

국제법 현안 Brief



국제법 현안 Brief 편집위원회

편집위원장 정인섭 교수 (서울대학교)

편집위원 백범석 교수 (경희대학교)

김현정 교수 (연세대학교)

투고문의 ksilbrief@gmail.com

웹사이트 www.ksil.or.kr

국제법 현안 Brief는 국제법 관련 현안문제에 관해 간략한 설명을 제공함으로써 국제법 연구자는 물론 일반인에게 국제법에 대한 이해를 돕는 것을 목표로 합니다. 국제사회에서 발생하는 최근 현안과 관련된 국제법 쟁점에 대한 인식과 최근 국제법 동향에 대한 지식을 공유함으로써 국제법에 대한 사회적 인지도를 향상시키는데 도움이 되기를 기대합니다.

미국 내 대북선제타격의 합법성 논의

백 범 석 (경희대학교 교수)



현 미국 행정부는 북한의 핵미사일 개발과 관련해 강경하고 과격한 발언을 계속해 왔다. Donald Trump 미 대통령의 2017년 8월 “화염과 분노” 발언, 같은 해 9월 “북한정권의 완전한 파괴”를 거론한 제72차 유엔총회 연설뿐만 아니라 Vincent Brooks현 한미연합사 사령관, Mike Mullen 전 합참의장, 그외 미공화당 내 강경파 의원들의 잇따른 대북선제타격 가능성에 대한 언급은 한반도의 긴장을 크게 높여왔다. 미 백악관은 공식적으로 부인하고 있으나, 올해 1월 월스트리트저널의 보도가 기폭제가 되어 등장한 코피(Bloody Nose) 전략 등 북한에 대한 제한적인 선제타격 방안들은 그 개념상 통일된 정의조차 불명확한 채로 언론을 통해 폭발적으로 제기되고 있다.¹ 물론 최근 북미간 대화를 모색하는 등 화해 분위기가 조성되고 있는 것도 사실이다. 그러나 대표적인 대북 강경파인 John Bolton 전 주유엔 미국대사가 백악관 국가안보회의 보좌관으로 임명되고, Mike Pompeo CIA 국장이

새로운 국무장관으로 지명되는 등 한반도 문제는 불확실성이 산적해 있기에 대북 선제타격에 대한 논의는 여전히 필요하다. 이에 본 글에서는 미국 내에서 활발히 개진되었던 대북 선제타격의 합법성에 관한 다양한 담론들을 간략하게 정리하여 소개한다.

1. 국내법적 논의

미국 내에서의 해당 주제에 관한 논의는 주로 국제법이 아닌 미 국내법에 기반을 두고 있다. 특히 대통령이 국회의 승인 없이 북한을 상대로 한 전쟁선포 또는 선제무력 공격을 명령한 권한이 있는지, 있다면 그 국내법적 근거는 무엇인지에 대한 논쟁이 활발히 있어 왔다. 미 헌법 제1조에서는 전쟁선포 권한이 의회에 있음을 명시하고 있지만, 헌법 제2조는 곧바로 군 통수권자로서 대통령의 전쟁수행 권한을 인정하고 있다. 특히 1973년 제정된 전쟁

권한법(War Powers Resolution)은 “명백하고 현존하는 위협”에 직면한 상황을 전제로 단독으로 전쟁을 개시할 권한(Authorization for Use of Military Force: AUMF)을 대통령에게 부여하고 있고, 동시에 이러한 행위가 48시간 내에 의회에 통보되고 60일 안에 의회의 승인을 받아야 한다고 규정한다. 결국 의회 승인 없이 미군이 대통령의 명령에 따라 외국에서 전쟁을 수행할 수 있는 기한은 60일로 제한된다. 그러나 이러한 제한 사유는 군사시설 정밀타격 등의 단기간이 예상되는 대북 코피전략의 경우 사실상 유명무실할 수 밖에 없다. 한편 “명백하고 현존하는 위협”은 상대국이 공격능력을 보유하고, 공격이 임박하며, 선제공격 외에는 위협을 막을 다른 수단이 없어야 함을 의미하는데, 문제는 전쟁권한법상 이에 대한 판단 주체가 대통령이라는 점이다. 더욱이 한국전쟁이 여전히 정전이 아닌 휴전상태에 있다고 본다면, 대통령의 대북 군사행동 권한은 보다 강력할 것이다.² 실제 George Bush 대통령은 2003년 이라크 전쟁 시, Barack Obama 대통령은 2011년 리비아에 대한 군사행동 시에 공히 의회의 승인을 사전에 받지 않았다. Donald Trump 대통령도 작년 초 의회에 사전통보 없이 시리아에 대한 공습을 명령한바 있다. 같은 맥락에서 미국 대통령이 대북 선제공격을 명령하는데 국내법상 어려움이 없을 것으로 보았던 Jack Goldsmith 하버드대 로스쿨 교수의 기고문은 흥미롭다.³ 그는 특히 대통령의 법적 권한에 대한 유권해석 업무를 담당하는 연방법률자문국(Office of Legal Counsel: OLC)의 일련의 보고서들을 본인 주장의 기반으로 제시한다. OLC는 2011년 4월 리비아에 대한 무력공격 행사 권한에 관한 보고서를 법무부에 제출하였는데, 동 보고서는 헌법 제1조가 제한요소가 될 가능성(possible)이 있고, 따라서 상당한 군사행동의 경우 의회의 동의를 요할 수 있다(may require)고 인정하면서도, 미국을 보호할 수 있는 유일한 그리고 최선의 수단이라고 판단될 경우에는 미 헌법 제2조에 따라 행정부가 의회의 사전 동의 없이 일방적인 무력행사를 결정하여 수행할 수 있다고 보았다. Goldsmith 교수는 당시 상황과 현재를 비교하면서, 북한은 오랜 시간 미국을 상대로 리비아 보다 훨씬 많은 위협적인 행동들과 언사들을 계속해 왔기 때문에 적어도 OLC 보고서(법적 근거 및 기존의 선례들)에 기반한다면 이미 북한을 공격하기에 충분한 상황이라고 본 것이다. 다시 말해 Trump 대통령이 북한을 공격하

기로 결정했다면 OLC가 이러한 대통령의 결정을 제한하기 어렵고, 그 외 이를 막을 행정부 내의 장치가 있을 것으로 기대하기도 어렵다고 판단하였다.

2. 국제법적 논의

미국 내 대북 선제공격의 합법성에 대한 국제법적 논의는 주로 자위권 행사여부를 중심으로 이루어져 왔다. 주지하다시피 유엔 헌장 체제 하에서 개별 국가의 무력행사는 자위권에 의하여 정당화되지 않는 한 일반적으로 금지되며 국제법상 위법행위에 해당하기 때문이다. 실제 자위권은 무력행사의 근거로 오늘날 빈번하게 원용되고 있다.⁴

(1) 집단적 자위권 행사

우선 북한의 일련의 동해상으로 미사일 시험발사는 “무력공격(armed attack)”에 해당하며, 일본은 자위권을 행사할 수 있고, 이를 기반으로 미국 역시 집단적 자위권을 행사할 수 있다는 주장이 있다. 일반적으로 공격을 하지 않은 국가를 상대로 선제공격을 할 경우 자위권을 주장할 수 없음은 국제법상 당연하다. 타국의 무력행사가 유엔헌장 51조 상의 개별적 자위권 행사 요건인 무력공격의 발생에 해당하려면 자국을 향해 이루어진 것이 확실한 경우여야 하기 때문이다. 그런데 북한의 미사일 발사는 통상 특정국가에 대한 공격이 아닌 연습을 목적으로 발사한 것이기에 발사행위가 종료된 시점에서는 선제공격이건 반격이건 허용되지 않는다고 이해된다. 이에 대해 미 육군사관학교 교수인 Shane Reeves와 Robert Lawless는 강한 어조로 북한의 미사일 시험발사가, 설사 탄두를 탑재하지 않은 경우(unarmed missile)라도, 일본 영해에 낙하하거나 통과한다면 이는 일본에 대한 무력공격에 해당하고 따라서 일본은 자위권을 행사할 수 있다고 주장한다. 동시에 1960년 “일본과 미국간의 상호협력 및 안전보장조약”(이하 미일안전보장조약) 등에 기반하여 미국도 이러한 경우에는 집단적 자위권을 행사할 수 있다고 본다. 이들 주장의 주된 근거는 미사일 시험발사가 타국 영토에 무기(weapon)를 발사한 것으로 보아야 한다는데 있다.⁵ 그러나 탄두가 탑재되지 않은 미사일이 시험발사 과정에서 의도하지 않은 인명피해를 야기하거나, 우연히 재산피해를 입힐 수 있다는 이유로 무기로 볼 수 있다는 논리는 쉽게

찬동하기 어렵다. Michael Schmitt 엑서터대 국제법교수와 Ryan Goodman 뉴욕대 로스쿨 교수는 최근 기고문에서 모든 무력공격이 무력행사에 해당할 수 있겠으나, 모든 무력행사가 자위권 행사를 정당화하는 무력공격에 달하지는 않는다고 지적한다.⁶ 즉 탄두탑재여부와 관계없이 무기에 해당한다고 할지라도, 인구가 밀집된 지역을 통과하거나, 물질적 피해를 야기할 것이 사전에 예상되고 동시에 그러한 의도로 발사된 경우에만 무력공격에 해당한다고 봄이 타당하다는 것이다. 심지어 이들은 미국이 코피전략을 실행한다면 반대로 이 것이야말로 무력사용금지원칙에 관한 유엔헌장 제2조 제4항 및 국제관습법을 위반한 국제위법행위에 해당하며, 침략범죄에 까지 이를 수 있다고 주장하였다. Masahiro Kurosaki 일본 방위대 교수는 탄두가 탑재되지 않은 미사일 시험발사의 경우에는 일본 영토에 진입한다고 하더라도 무력공격으로 판단할 가능성이 적고, 적대적 고의를 명확히 밝힐 실질적 증거들이 있지 않는 한, 일본 정부가 자위권을 행사할 여지는 적다고 보았다.⁷ 실제 일본 정부는 무력공격을 타국을 상대로 한 조직적이고 미리 숙의된 무력사용이라고 정의해 왔다.⁸ 이는 국제사법재판소가 니카라과 사건 등을 통해 제시한 요건들과는 다소 차이가 있는데, 전반적으로 종합적인 상황을 충분히 고려하여 적대적 고의를 가지고 명확히 일본 국을 상대로 공격한 경우에만 한정하고 있는 것으로 보인다. 2004년 중국의 핵잠수함이 국제해양법 협약 제20조에 위반하여 일본 영해에 잠행해 들어온 사건에서도 일본 정부는 유감표명을 하였지만 그 이상의 국제법적 판단은 제기하지 않았다.

다음으로 일본이 개별적 자위권을 행사할지 여부와 상관없이 미국은 북한의 미사일 발사실험과 핵실험에 대하여 독자적으로 “집단적 자위권”을 행사할 수 있다는 주장이 있다. 국제법상 개별적 자위권의 발동을 정당화할 정도의 무력공격에 해당한다고 보기 어려운 경우, 집단적 자위권의 논리가 불가피하게 적용된다. 실제로 시리아 내 ISIL 공습에 참여하였던 대다수 서방국가들은 공습의 주된 법적 근거를 집단적 자위권에 둔 바 있다. 집단적 자위권의 행사는 니카라과 사건에서 국제사법재판소가 밝힌 바와 같이 무력공격을 받은 피해국이 우선 무력공격이 있었음을 선언하고 이후 명시적인 도움을 요청하거나 기존에 방위조약과 같은 사전합의가 있는 경우에 허용된다. 앞서

살펴본 바와 같이 본 사안의 경우, 일본이 무력공격이 있음을 선언하고 동시에 미국에 요청하여 함께 자위권을 행사할 여지는 높아 보이지 않는다. 따라서 집단적 자위권에 관한 논의는 1960년 미일안전보장조약에 기반하여 설사 일본이 자위권을 행사하지 않은 경우에도 미국이 독자적으로 집단적 자위권을 행사할 수 있는지 여부가 주로 다루어졌다. 미국 내 일부 국제법학자들은 동 조약 제5조⁹에 따라 미국의 자위권 행사에 일본 정부의 사전 상의나 일본 정부로부터의 명시적 요청이 필요하지 않다고 해석한다. 그러나 양국간의 협의를 강조한 제4조¹⁰가 먼저 적용된다고 봄이 타당하며, 제7조에서는 유엔 헌장상의 당사국의 권리와 의무에 반하여 동 조약이 해석될 수 없다는 규정하고 있는바 제5조상의 자위권 행사가 상대국의 동의를 요하지 않는다는 해석은 무리가 있어 보인다.¹¹ 한편 미국은 한국의 동의 없이 북한에 대한 자위권을 행사할 수 있다는 주장들이 전 주한미군사령관을 포함한 미국 군사전문가들로부터 제기된 바 있다.¹² 미 자국 영토를 북한이 직접 공격하는 경우라면 미국의 무력 대응은 주권에 해당하는 사안으로 한국의 승인이나 협력을 필요로 하지 않는다는 것이다. 더 나아가 이 경우 미국의 다른 동맹국들 역시 한국의 승인 없이 미국의 군사대응에 참여할 수 있다고 주장한다. 이와 관련하여 한미상호방위조약에 명시된 외부의 무력공격에 대한 대응절차를 다룬 제2조¹³ 및 제3조¹⁴ 규정의 해석이 문제가 되는데, 자국 영토에 대한 북한의 공격이 있을 경우에는 (한국의 반대가 있을 것으로 예상하기도 힘들지만) 동맹국인 한국의 승인 여부와 상관 없이 자국 방어에 필요한 무력조치를 미국이 취할 것은 자명하다.

(2) 개별적 자위권 행사

문제는 실제 북한의 공격이 이루어지지 않은 상황에서 과연 미국이 개별적 자위권에 기반하여 대북 선제타격을 합법적으로 할 수 있는지 여부일 것이다. 이를 위해서는 “선제적 자위권” 개념을 원용할 수 밖에 없기에 이에 대한 미국 내 논의를 마지막으로 소개한다. Shane Reeves 교수와 Robert Lawless 교수는 같은 글에서 미국이 선제적인 그러나 제한적인 형태의 공격을 취할 절박한 이유가 있을 시 개별적 자위권에 기반을 둔 대북 선제타격을 가할 수 있다고 주장한다.¹⁵ 즉 외교, 협상, 협력 그리고 제

재를 통한 국제사회의 포괄적인 노력에도 불구하고 북한이 도발적인 연동과 함께 미사일 발사실험과 핵실험을 지속적으로 자행한다면 이는 미국의 선제적 자위권 행사를 정당화할 수 밖에 없다고 본다. 북한의 위협이 계속적으로 증대되고 모든 비무력적 수단들이 고갈된다면 미국이 행동할 “마지막 기회(last opportunity)”가 얼마 남지 않았다고 믿는 것이 논리적이라는 것이다. 마지막 기회이론은 2016년 미국국제법연례회의에서 당시 국무부 법률자문이었던 Brian Egan이 제시한 비국가행위자에 대한 선제적 무력사용 논리에 기반을 두고 있다.¹⁶ 그러나 지금까지 북한의 일련의 대미 위협(threat) 언사와 행동은 미국 본토를 공격할 능력을 갖추었는지 여부를 인지할 수는 있을지언정 북한으로부터의 무력공격이 임박했는지를 판단하기는 어렵기 때문에 이를 확대 적용하기는 어려워 보인다.¹⁷ 다시 말해 충분한 정보수집과 증거에 기반하여 북한이 미국을 곧 공격하기로 하였음이 확실하고, 비무력적 수단들을 통한 예방이 불가능한 경우에만 자위권 행사가 제한적으로 가능하다고 봄이 타당하다. 더욱이 선제적 자위권 개념 자체는 이론적으로 어느 정도 수긍하더라도 구체적 선제 공격행위가 적법한 자위권 행사로 실제 인정받은 경우는 현재까지 단 한 건도 없었다.¹⁸ 미국의 기존 국가실행을 보아도 선제적 자위권 개념에 기반하여 무력사용을 할지 다소 회의적이다. 1981년 이스라엘이 해당 개념에 기반하여 이라크의 오시라크 핵발전소를 공격하였을 때, 미국을 포함한 유엔안전보장이사회는 강하게 이를 비판한 바 있다. 또한 2003년 이라크 전쟁에서도 선제적 자위권 개념에 대한 논란은 많았으나, 미국 정부는 자위권 개념을 원용하였다기보다 결국 기존의 무력사용을 승인한 1990년 안보리 결의 678호를 확대 해석하여 이를 기반으로 무력행사를 하였다고 볼 수 있다.¹⁹ 설사 선제적 자위권이 인정된 다 할지라도 현재 논의되고 있는 미국의 대북 선제타격의 경우는 국제관습법상 필요성 및 비례성의 원칙에 반할 가능성이 매우 높다. 한편 Charlie Dunlap 듀크대 로스쿨 교수는 일본에 상주하는 5만명에 달하는 주일미군 병력을 고려한다면, 자국민 보호를 위한 개별적 자위권 행사가 충분히 가능하다고 주장한다.²⁰ 그러나 이러한 주장은 자국민에 대한 무력공격이 임박하고, 이를 방지할 다른 방법이 없을 경우 (특히 상주국 정부가 이를 방지할 능력이 없거나 방지할 의지가 없는 경우)에만 가능할 것이기에 논리적 비약이 있다고 판단된다.

3. 글을 마치며

지금까지 소개된 여러 논의에도 불구하고 실제 미국이 북한에 대한 선제타격을 감행하기로 결정하였다면, 적어도 자국 입장에서는 국제법상 적법한 논리구성을 마쳤을 가능성이 농후하다. 결국 중요한 것은 국제법상 미국이 북한을 합법적으로 선제 타격할 수 있는가에 대한 질문의 답을 구하는 것이 아닐 수 있다. 즉 이러한 질문을 하기에 앞서, 과연 미국이 타국을 비슷한 논리하에 선제 공격할 수 있다는 선례를 만들지 그리고 다른 국가들 역시 같은 맥락에서 무력행사를 보다 쉽게 결정할 수 있는 가능성은 없는 지 등 앞으로 국제사회의 평화와 안정을 침해할 위험을 미국 스스로 감수할 수 있는가를 먼저 생각해 보는 것이 아닐까 싶다. 선제적 자위권이 현 북한의 상황에서 인정된다면 이는 향후 미국에 위협이 될 수 있는 그 어느 국가에라도 공격이 가능하다는 논리와 그 맥을 같이 할 수 있기 때문이다.

필자 소개

백범석 교수는 경희대학교 국제대학 조교수로 재직 중이다.

국제법 헌안 Brief의 내용은 필자 개인의 견해이며 **대한국제법학회**의 공식적인 입장은 아닙니다.

¹ 선제타격(preemptive strike)은 적이 재래식 또는 핵무기를 이용해 공격을 가하려는 의도를 사전에 탐지하고, 이를 미리 타격함으로써 그 위협을 제거하는 군사행동을 지칭한다. 이는 적의 미사일과 핵 공격 자산만을 골라 외과적으로 정밀타격하는 방법 뿐 아니라, 육해공군 및 사이버 자산을 총동원해 미사일 및 핵기지뿐만 아니라 적의 지휘통제 시스템과 지도부까지 괴멸시키는 방법도 포함한다.

² Charlie Dunlap, “Assessing the Legal Case for the Use of Force against North Korea: is ‘armistice law’ a factor?”, *Lawfare* (Sep.17 2017).

³ Jack Goldsmith, “The Ease of Writing an OLC Opinion in Support of Military Action Against North Korea”, *Lawfare* (Sep.14 2017).

- 4 도경욱, “시리아 내 ISIL 공습에 대한 국제법적 분석”, 국제법학 회논총 제61권 제1호 (2016) 참조.
- 5 Shane Reeves & Robert Lawless, “Is There an International Legal Basis for the ‘Bloody Nose’ Strategy?”, *Lawfare* (Jan.19 2018).
- 6 Michael Schmitt & Ryan Goodman, “Best Advice for Policymakers on ‘Bloody Nose’ Strike against North Korea”, *Just Security* (Jan.23 2018).
- 7 Masahiro Kurosaki, “The ‘Bloody Nose’ Strategy, Self-Defense and International Law”, *Lawfare* (Feb.15, 2018).
- 8 http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b153027.htm
- 9 “Each Party recognizes that an armed attack against either Party in the territories under the administration of Japan would be dangerous to its own peace and safety and declares that it would act to meet the common danger in accordance with its constitutional provisions and processes. Any such armed attack and all measures taken as a result thereof shall be immediately reported to the Security Council of the United Nations in accordance with the provisions of Article 51 of the Charter. Such measures shall be terminated when the Security Council has taken the measures necessary to restore and maintain international peace and security.” (밑줄 추가)
- 10 “The Parties will consult together from time to time regarding the implementation of this Treaty, and, at the request of either Party, whenever the security of Japan or international peace and security in the Far East is threatened.”
- 11 Aurel & Hitoshi Nasu, “Collective Self-Defense and the ‘Bloody Nose Strategy’”, *Just Security* (Jan. 26 2018).
- 12 Sungwon Baik, “Experts: US Would Not Need South Korea’s OK to Strike North”, *Voice of America* (Aug.23 2017).
- 13 “당사국중 어느 일국의 정치적 독립 또는 안전이 외부로부터의 무력공격에 의하여 위협을 받고 있다고 어느 당사국이든지 인정할 때는 언제든지 당사국은 서로 협의한다. 당사국은 단독적으로나 공동으로나 자조와 상호원조에 의하여 무력공격을 방지하기 위한 적절한 수단을 지속하고 강화시킬 것이며 본 조약을 실행하고 그 목적을 추진할 적절한 조치를 협의와 합의 하에 취할 것이다.” (밑줄 추가)
- 14 “각 당사국은 타당사국의 행정지배하에 있는 영토와 각 당사국이 타당사국의 행정지배하에 있는 들어갔다 인정하는 금후의 영토에 있어서, 타당사국에 대한 태평양지역에 있어서의 무력 공격을 자국의 평화와 안전을 위태롭게 하는 것이라고 인정하고 공통된 위협에 대처하기 위하여 각자의 헌법상의 절차에 따라 행동할 것을 선언한다.”
- 15 Shane Reeves & Robert Lawless, *supra* note 5.
- 16 Brian Egan, “International Law, Legal Diplomacy, and Counter-ISIL Campaign”, Keynote Address at 110th Annual Meeting of the American Society of International Law (Apr.1 2016).
- 17 J. Francisco Lobo, “One Piece at a Time: The ‘Accumulation of Events’ Doctrine and the ‘Bloody Nose’ Debate on North Korea”, *Lawfare* (Mar.16 2018).
- 18 김석현, “유엔헌장 제2조 4항의 위기”, 국제법학회논총 제48권 제1호 (2003) 참조. 김석현 교수는 기술의 발달에 따른 현대무기의 신속성과 파괴성을 이유로 예방적 자위를 인정하여야 한다는 주장에 대해, 반대로 오히려 자위권의 남용이 우려됨을 강조한다.
- 19 김부찬, “국제법상 무력사용금지의 원칙과 그 예외에 관한 고찰”, 인도법논총 제26권 (2006); 소병천, “이라크 전쟁과 국제법,” 비교법학연구 제3집 (2004) 참조.
- 20 Charlie Dunlap, “The ‘Bloody Nose’ Strategy debate: Why it’s more complicated than some think”, *Lawfire* (Jan.24 2018).