

논문: 이라크 전쟁을 위해 독일 내 미군기지를 사용하는 것에 대한 헌법적 평가. 2004년. 출처 법연

헌법파괴의 심연에서

— 미국이 이라크 전쟁을 위해 독일 내 미군기지를 사용하는 것에 대한 헌법적 평가 —

디터 다이저르트

법학박사, 독일 연방행정법원 판사

이계수 옮김

울산대학교 법학부 교수

미국이 사담 후세인 정권을 전복할 의도를 갖고 이라크를 상대로 전쟁을 한다면 이는 정치, 군사, 경제적으로 아주 심각한 결과를 초래하게 될 것이다. 나아가 그것은 중요한 법적 문제들을 안고 있는데, 이에 대한 독일 내 논의는 최근까지 아주 미미했다. 미국의 대 이라크 전쟁이 시작되면 독일은 자신의 영토(주권영역) 내에서 적어도 다음과 같은 네 가지 방식으로 연루될 수 있다:

- (1) 독일정부는 독일 영공에 대한 상공통과권을 허가해달라는 요청을 미국정부로부터 받을 수 있다.
- (2) 미군용기들이 독일 내 미군비행장(예컨대 라인-마인 미공군기지)에 급유를 위해 중간 기착한 뒤, 그곳에서부터 재차 출동영역을 향해 비행을 속개하는 사태가 발생할 수 있다.
- (3) 미국 정부는 독일 내 미군기지에 비축되어 있는 미국의 전쟁물자 및 그곳에 주둔하고 있는 부대를 항로 및 해로를 통해 전쟁지역으로 실어 나르려고 할 것이다.
- (4) 독일 내에 있는 미군 사령부시설(예. 슈투트가르트-바이헨겐에 있는 미군 EUCOM 부대) 및 통신 및 기반시스템이 대 이라크 군사작전계획 및 집행에 편입될 수 있다.

1. 기존의 유엔 결의들은 전쟁을 위한 정당화 근거가 되는가?

이라크 전쟁을 수행할 권한을 미국정부에게 부여하는 유엔 안전보장이사회(이하 유엔안보리라 함)의 결의는 아직까지 내려진 바 없다.

(a) 이라크 침략군으로부터 쿠웨이트를 해방하기 위해 쿠웨이트 측 동맹국들에게 “가능한 모든 수단”을 동원할 권한을 부여했던 유엔 결의 제678호(1990. 11. 29)는 더 이상 전쟁을 위한 수권(授權)의 근거가 되지 못한다. 이라크 침략자들을 쿠웨이트에서 추방하도록 한 당시 유엔결의의 수권목적은 1991년에 이미 달성되었기 때문이다. 당시 미국과 동맹국은 사담 후세인과 그 정권을 군사적 수단을 동원해 붕괴시키고 체제변화를 꾀할 권한을 부여받지 않았다. 그렇기 때문에 당시 미국대통령이었던 아버지 부시는 영향력 있는 여러 세력들이 군대를 “바그다드까지 진격시켜라”고 요청을 했음에도 불구하고 이를 거부했던 것인데, 결과적으로 그것은 국제법에 부합한 행동이었다.

(b) 휴전협정체결¹⁾ 및 흑시 있을지도 모를 핵무기·생화학무기의 탐지와 폐기를 담당할 유엔 무기사찰단(UNSCOM, 1999년 이후 UNMOVIC²⁾)의 임명 및 파견을 규정한 이후의 유엔 결의들³⁾ 또한 이라크에 대한 무력행사권한을 부여하고 있지는 않다. 이들 결의에는 유엔사찰단의 활동에 대한 협력을 무력을 통해 강제할 수 있다거나 전쟁을 통해 후세인 정권을 무너뜨릴 수 있다는 내용이 담겨져 있지 않다.

(c) 또한 그후 유엔안보리가 채택한 관련 결의 어디에도 미국 정부와 그 동맹국이 이라크에 대해 전쟁을 하는 것을 승인하는 내용은 포함되어 있지 않다. 몇 주간의 협상 끝에 2002년 11월 8일 유엔안보리에서 만장일치로 채택된 결의(제1441, 2002년)⁴⁾도 마찬가지이다. 이라크가 언제까지 어떤 내용의 의무를 실천해야 하는지 하는 부분 및 UNMOVIC과 국제원자력기구(IAEA) 사찰단의 활동에 관한 기본원칙에 대해 이 결의가 상대적으로 자세하게 규율하고 있는 것은 사실이다. 즉 늦어도 유엔 결의안이 채택된 후 45일 안에, 다시 말해 2002년 12월 23일이 지나기 전에 사찰단이 이라크에서 활동을 개시해야 하고, 활동개시 후 60일 안에, 그러니까 늦어도 2003년 2월 21일까지 유엔안보리에 보고서를 제출함과 동시에 활동을 종료해야 한다.⁵⁾ 이라크 측이 유엔결의를 집행하는 사찰단의 활동에 대해 불안정하게 협력한다거나,⁶⁾ 어떤 식으로든 사찰단의 활동을 방해하는 경우에는⁷⁾ UNMOVIC의 책임자인 한스 블릭스와 국제원자력기구 사무총장인 모하메드 엘바라데이는 그 사실을 즉시 안보리에 보고하도록 되어 있다. 보고를 받으면 안보리는 “국제평화와 안보”를 지키기 위해 그 상황에 대해 논의할 수 있다.⁸⁾ 물론 그러한 상황에서 유엔안보리가 어떠한 결정을 내려야 하는가 하는 부분에 대해서는 결정된 바 없다. 다만 안보리는 그 결의에서, 과거 안보리는 이라크가 계속해서 의무위반을 한다면 “심각한 결과”를 각오해야 할 것이라고 이라크에 대해 끊임없이 경고해왔다는 사실을 상기시켰다.⁹⁾ “심각한 결과”의 내용이 무엇이 될까 하는 부분은 아직까지 구체화된 바 없다.

지난 몇 달 동안 부시행정부가 공개적으로 밝힌 입장만을 놓고 보면, 미국정부가 위 결의에 규정된 절차와 무관하게 결의가 강조하고 있는 “심각한 결과”를 스스로 일방적으로 정의하고 집행할 가능성도 배제할 수 없다. 미국정부는 유엔안보리가 미국의 기준에서 볼 때 불충분한 조치를 사담 후세인 정권에 대해 취할 경우 일방적 행동에 나설 것임을 이미 오래 전부터 밝힌 바 있다. 예컨대 리처드 체니 미국 부통령은 2002년 8월 말 예비역군인들을 상대로 텍사스에서 행한 연설에서 사찰은 별 쓸모가 없고 유해하기까지 하다. 이라크에서의 정권교체가 보다 바람직하다는 식으로 말했다.¹⁰⁾ 조지 W. 부시 미국 대통령의 대변인도 이

1) 1991년 3월 2일 결의 제686호(1991), 1991년 4월 3일 결의 제687호(1991) 참고.

2) 결의 제1284호(1999) 참고.

3) 특히 1991년 4월 5일 결의 제688호(1991), 1991년 8월 15일 결의 제707호(1991), 1991년 10월 11일 결의 제715호(1991), 1995년 4월 14일 결의 제986호(1995) 및 1999년 12월 17일 결의 제1284호(1999).

4) 영어로 된 원문은 아래 주소에서 찾을 수 있다. www.un.org/doc

5) 결의 제1441호(2002) 제5조 참고.

6) “failure by Iraq at any time to comply with, and cooperate fully in the implementation of, this resolution shall constitute a further material breach of Iraq’s obligations…”(Ziff, 4)

7) “...any interference by Iraq with inspection activities…”(Ziff, 11)

8) “in order to consider the situation and the need for full compliance with all of the relevant Council resolutions in order to secure international peace and security”(Ziff, 12)

9) 결의 제13조.

러한 입장을 지지했다. 그는 체니가 정부의 입장을 대변하고 있다고 설명했다. 독일에서는 미국의 이러한 정책이 시민사회는 물론 슈뢰더 연방수상¹¹⁾ 및 다른 당파의 정치인들¹²⁾에 의해서 여러 차례 공개적으로 비판을 받았다. 유엔헌장에 규정된 국제연합의 집단안보체제의 틀을 벗어나는 부시 행정부의 그와 같은 일방적 - 궁극적으로는 이라크 내에서의 정권교체를 목적으로 하는 - 대응은 결의 제1441호(2002)의 문언은 물론, 안보리의 토의내용으로부터 도출해 낼 수 있고 또한 도출해 내어야 하는 결의의 참뜻과도 맞지 않다. 특히 상임이사국인 프랑스, 러시아, 중국은 물론 대부분의 비상임 회원국들은 유엔안보리에 대해 원래 미국정부가 요구한 “수권-결의”에 대해 처음부터 강력하게 반대했다. 그들은 일단은 - 이후는 어떻게 되더라도 - 이라크에 대한 근본적인 요구사항을 담은 첫 번째 결의안을 채택해야 한다고 주장했다. 사찰단의 활동결과와 이라크의 행동을 지켜본 뒤, 두 번째 안보리 결의안을 채택해야 하는데, 상황에 따라서는 필요한 후속조치를 논의하고 결정할 수 있다는 입장이었다. 몇 주간의 논의 끝에 결국 유엔안보리는 결의 제1441호(2002) 제14조를 통해 안보리가 이라크 문제에 대해 결정권한을 갖겠다(2002년 11월 8일의 결정 이후에도 또한 같다)는 입장을 분명히 했다. 결국 안보리는 이라크문제에서 손을 뗄 생각이 없으며, 이라크가 해당 유엔 결의의 집행과 관련하여 잘못된 행동을 보였을 때 어떤 식으로 대응해야 할 것인가 하는 부분에 대해 유엔헌장에 따라 앞으로도 자신이 결정할 것임을 분명히 했다. 따라서 안보리가 결의 제1441호(2001) 및 특히 동 결의 제13조의 표현(“심각한 결과”)을 통해 이미 장래의 무력행사에 대해 결정했다거나 정당화했다고 볼 여지는 전혀 없다. 안보리는 “다만” 불명확한 경고를 발했을 뿐이다.

유엔안보리가 - 유엔헌장의 한계 안에서¹³⁾ - 무력행사를 적극적으로 승인했을 때에만 이라크에 대한 무력행사는 현행 국제법상 허용될 수 있다. 유엔안보리가 “침묵” 혹은 공백으로 남겨둔 “심각한 결과(가 초래될 수 있음)”이라는 부분만으로는 이라크에 대한 무력행사를 정당화할 수 없다. 왜냐하면 유엔헌장 제2조 제4항에 따라 다른 국가에 대한 “모든” 형

10) 한델스블라트(독일신문), 2002. 9. 2자 참고.

11) 2002년 9월 13일 연방의회에서의 연설. “무기사찰단이 들어가서 조사해야 한다는 것은 너무나 당연하다. - 그것은 또한 한번도 논란이 된 적이 없다. 그러나 이런 목적 이외에 다른 목적을 논의의 중심으로 끌어들이고 되는지에 대해서는 논란이 되었고 여전히 논란거리다. 물론 우리도 그 논쟁에 참여했다. 나는 이렇게 말하겠다. 누군가 무기사찰단을 이라크에 보내는 목적 외에 정권을 폭력적으로 제거하려는 목적을 설정했다면 유엔이 과거 및 현재 갖고 있는 입장을 잘못 이해한 것이다. ... 우리가 중동에 대해 논쟁할 때에는 이 지역에서의 안정이 언제나 중요하다는 사실, 아주 민감하고 어려운 이 지역에 군사적 개입을 했을 때 나타날 수 있는 결과를 염두에 두어야 한다. 생각해볼 수 있고, 가능하며 계획된 군사적 개입이 행해지고 난 다음에 일어날 사태와 관련해 아직까지 그 누구도 그 자체로 논리정연하고 자명한 구상을 공식적으로 제출한 바가 없다. 따라서 나는 이렇게 말하겠다. 군사적 개입을 반대하는 나의 논지는 여전히 유효하다. 또한 이 점도 분명하다. 내가 수상으로 있는 한 독일이 군사적 개입에 참여하는 일은 없을 것이다.”

12) 예컨대 기독교사회연맹(CSU) 지방그룹 의장인 미하엘 글로스는 이라크에 대한 공격을 공개적으로 경고했다. “현재와 같은 상황에서” 개입은 “예측할 수 없는 위험”이 될 것이라는 게 그의 논지다. 이라크를 공격하려면 최소한 유엔의 위임이 있어야 한다는 지적도 덧붙인다. 그는 그러나 유엔의 결의가 있다고 하더라도, 집권 기독교사회연맹/기독교민주연맹(CDU) 연방정부(2002년 9월 총선에서 승리할 경우 - 역자)가 이라크 전쟁에 독일도 참여하겠다고 결정하게 될 것인지는 확실하지 않다고 보았다. 따라서 글로스는 선거팀 내 외교전문가인 볼프강 쇼이블레의 입장과 선을 그었다. 쇼이블레는 미국의 태도에 대해 동조하는 입장을 보였다. 이에 대해서는 www.tagesschau.de 및 프랑크푸르트 루트샤우, 2002. 10. 8자, 7쪽 등을 참고할 것.

13) 유엔헌장 제39, 42조에 따라 유엔안보리가 개별사안에서 무력행사를 결의한 경우, 유엔안보리는 어떤 법적 한계-통제하에 놓이는지에 대해서는 여기서 더 이상 자세히 다루지 않겠다. 자세한 것은 Jochen Herbst, *Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates*, 1999와 이 글에 대한 나의 서평을 참고하라. 나의 서평은 *FW(Die Friedenswarte) Heft 2-3 -2001*, 311쪽 아래 수록되어 있다.

태의 무력의 위협이나 무력행사는 유엔안보리가 유엔헌장이 정하는 바에 따라 무력행사에 응수하는 대응조치를 결의하거나, 유엔헌장 제51조에 따라 예외적으로 자위권이 인정되는 경우가 아닌 한 국제법에 반하기 때문이다.

2. 유엔헌장 제51조 상의 자위권

사담 후세인 정권을 전복하고 이라크를 미국의 영향권 아래 끌어들이려는 목적의 대 이라크 군사공격을 감행하기 위해 미국정부는 유엔헌장 제51조를 끌어들이려 하나 이는 가능하지 않다고 보아야 한다. 유엔헌장 제51조에 따르면 단지 “무력공격이 발생한 경우”만, 그것도 안보리가 국제평화 및 안전을 유지하기 위하여 필요한 조치를 취하기 전까지만 개별적 혹은 집단적 자위라는 고유한 권리가 인정된다. 자위권의 범위와 한계와 관련해 해결되지 않은 문제들이 많은 것은 사실이나 자위권이 “무력공격”(armed attack)이 “발생한 경우”에만 인정된다는 점은 분명하다. 즉 군사적 방어작전이 허용되기 이전에 공격자에 의해 이미 무력이 행사되거나 행사되었어야 한다.

그러나 어느 시점에서 “무력공격”에 대한 자위조치를 취할 수 있는지에 대해서는 아직 명확하게 정리된 게 없다. 이스라엘, 미국 같은 나라들은 유엔헌장 제51조 혹은 국제관습법에 근거하여 이른바 “예방적 자위”를 계속해서 주장해 왔다. 이들 국가들은 현대무기가 도달한 발전상태 및 파괴력, 그리고 짧은 사전경고시간을 고려할 때 각국은 자신들의 눈앞에 닥친 파괴의 위협을 보고도 적국의 최초 무기사용을 “기다렸다가” 무력동원을 해야 하는 것은 아니라는 식의 논지를 펴고 있다.¹⁴⁾

그러나 국제관행 및 국제법 문헌상의 지배적 견해는 예방적 공격 및 예방적 자위는 국제법상 원칙적으로 허용되지 않는다는 입장이다.¹⁵⁾ 이스라엘이 1967년 유엔헌장 제51조를 근거로 이집트에 대한 예방적 공격과 함께 이른바 6일 전쟁을 개시했을 때, 당시 대부분의 국가들은 이스라엘의 예방전쟁을 유엔 총회에서 명시적으로 거부하지는 않았다. 그러나 이스라엘이 1981년 6월 7일, 당시 건축 중이던 이라크 핵원자로 타무즈 I에 대한 폭격의 근거로 예방적 자위권을 주장했을 때는 상황이 달랐다. 유엔안보리는 만장일치로 이스라엘이 공격을 감행한 것으로 판단했다. 아프리카, 아시아 국가들뿐 아니라 대다수 유럽국가들도 군사적 예방조치를 명시적으로 거부했다.¹⁶⁾ 그랬음에도 불구하고 미국의 여러 정권들은 이후에도 계속해서 그와 같은 권리를 자국과 타국을 위하여 주장해왔다. 예방공격(혹은 나아가 선제공격)에 대한 국제법적 허용성을 둘러싼 아주 명백한 견해차이는 법적으로 볼 때 어쨌건 의미가 있다. 왜냐하면 그로 인해 국제법상의 일치된 국제관행 및 “예방적 자위권”의 존재에 대한 공통의 법적 확신이 생겼다고 말하기 어렵고, 그 결과 국제관습법을 이야기하기도 어렵기 때문이다. 그렇게 되면 결국 유엔헌장 제51조의 해석만이 문제가 될 뿐이다. 국제법학자들 중에는 확대해석을 통해 유엔헌장 제51조에서 “예방적 자위”권을 도출해내는

14) 자세한 것은 입센이 편집한 책, K. Ipsen(Hrsg.), *Völkerrecht*, 4판, 1999에 수록되어 있는 H. Fischer의 글을 -특히 갓번호 29번- 참고하라.

15) 짐마가 편집한 책, Simma(Hrsg.), *Charta der Vereinten Nationen*, 1991 중 Ranzelzhofer가 유엔헌장 제 51조에 대해 쓴 부분, 특히 갓번호 9-14번 및 여러 문헌들을 소개한 갓번호 34번을 참고하라.

16) 이에 대해서는 특히 Hailbronner, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht(BDGV)*, 26 (1986), 82쪽; Fischer, 앞의 글, 갓번호 30번을 참고하라.

사람들도 있지만, 그들도 그러한 자위권을 행사할 수 있는 경우를 제한하고 있다. 우선 그러한 자위권을 행사하기 위해서는 “명백하고 현존하는 중대한 위협”이 존재해야 한다. 또한 그 상황에서 현존하는 위협을 방어할 다른 수단이 없을 때 그러한 권리를 행사할 수 있다. 그런데 현재 미국정부와 사담 후세인 정권 사이의 갈등이 위의 조건을 충족시키고 있는 것은 아니다. 왜냐하면 이라크 정부가 당장이라도 미국이나 동맹국에게 대해 직접 공격을 가하게 될 것이고 그러한 현재의 절박한 위협을 방어할 수단으로 예방전쟁 외에는 대안이 없다는 사실을 미국 정부조차 충분히 해명할 수 없는 상황이기 때문이다.

이 논의의 결론이 어찌되었건 유엔헌장 제51조를 확대 해석하여 “예방전쟁”을 자위권의 행사로 보는 견해에 대해서는 찬성할 수 없다. 문언(“무력공격이 발생한 경우”)으로 보나, 유엔헌장의 관련조항들에 대한 체계적 해석 및 목적론적 해석론의 관점에서나 보나 예방전쟁(예방적 자위)권은 인정될 수 없다. 특히 국제관계에서 “모든” 형태의 무력행사를 명시적으로, 그리고 오해의 여지가 없이 금지한 유엔헌장 제2조 제4호는 논의의 출발점으로 보아야 한다. 무력행사를 엄격히 금지하는 유엔헌장의 원칙에 대해서는 아주 제한된 범위에서만 그 예외가 인정된다. 나아가 그러한 예외 즉 군사적 강제조치의 동원도 일차적으로 유엔안보리(유엔헌장 제42조, 제43조-제47조)가 직접하거나 혹은 안보리의 위임 하에서(유엔헌장 제42조, 제48조, 제53조)만 인정된다.

유엔헌장은 개별국가의 무력행사를 예외적으로만 인정한다. 무력공격을 받은 개별국가는 유엔헌장 제51조에 의거 정당방위나 긴급구조조치만을 할 수 있을 뿐이다. 그것도 유엔안보리가 무력공격에 대해 필요한 조치를 취하지 않은 경우에 그리고 필요한 조치를 하지 않고 있는 동안에 한해서 그러하다. 국제관계에서 일반적으로 한 국가가 무력행사를 하는 것을 가능한 한 제한하려는 것이 헌장 제51조의 목적이기 때문이다. 이러한 사실을 무시하고 “예방적 자위”권을 인정하는 것은 결국 개별국가에게 그들의 자의적 판단에 따라 “급박한 위협”을 판단하도록 내버려두는 것과 같다. 그렇게 되면 개별국가의 자위권을 “무력공격의 경우”로(무력공격이 발생한 경우) 제한한 유엔헌장 제51조는 사실상 폐기되는 꼴이 된다. 이처럼 유엔헌장의 규범구조 및 체계를 고려해보더라도, 유엔헌장 제51조는 무력행사를 일반적으로 금지한 헌장 제2조 제4호에 대한 예외가 된다는 사실을 알 수 있다. 예외조항은 -따라서 유엔헌장 제51조도 마찬가지로- 확대해석을 해서는 안 되는 것이 원칙이다(“singularia non sunt extendenda” 특별규정은 확대해석은 안 된다).

한 국가가 개별국가의 무력행사를 제한하는 유엔헌장을 무시하고 -자신이 설정한 전제와 조건하에서- 예방전쟁을 수행할 권리를 주장한다면 그 국가는 국제법에 반하는 행동을 하는 게 된다. 그 국가는 침략행위자이다.

3. 나토조약 상의 침략금지

나토회원국이 침략행위를 계획하고 실행한다면 그 국가는 유엔헌장은 물론이고 동시에 나토조약 제1조에 반하는 행위를 한 것이 된다. 나토조약 제1조에서 모든 나토회원국들은 “관련 될지도 모르는 어떠한 국제적 분쟁이라도 국제적 평화와 안전과 정의를 위태롭게 하지 않는 방법으로 평화적 수단에 의하여 해결하고 또한 국제관계에 있어서 국제연합의 목적에 배치되는 모든 형태의 무력위협이나 무력행사를 삼가 할 것을” 약속하였다.¹⁷⁾ 조약체결 당시 나

17) 역주: 나토조약 제1조는 한미상호방위조약 제1조, 미일안보조약 제1조와 거의 동일한 텍스트로 되어 있다.

토조약 제1조는 강력한 집단안보체제를 만들 수 있도록 한 유엔헌장(헌장 제51조를 근거로 함)을 근거로 그러한 조직을 만들되 유엔헌장이 설정한 한계를 엄격히 지키겠다는 의지의 표명으로써 채택되었다.

결국 이는 유엔헌장 제51조를 통해 정당화될 수 없는 “예방전쟁”은 나토조약으로도 — 특히 나토조약 제5조 상의 “나토-동맹사태”(NATO-Bündnisfall)¹⁸⁾— 정당화될 수 없다는 뜻이 된다. 즉 나토는 동맹국 정부의 요청이나 혹은 압력이 있다고 하더라도 유엔헌장에 반하는 것을 결의·집행할 수 없으며 해서도 안 된다. 나토조약 제7조는 재차 모든 나토회원국의 유엔헌장에 대한 구속을 특별히 강조하고 있다. 동 규정에 따르면 나토조약은 유엔회원국이기도 한 나토회원국들의 유엔헌장상의 권리와 의무를 변동시키지 않는다. 또한 동 조항은 나토조약의 해석을 통해 이들 권리와 의무를 변동시키려해서도 안 된다는 점도 분명히 하고 있다. 그러므로 “동맹의무상항”을 원용한다고 해서 나토회원국이 행하는 유엔헌장에 반하는 침략전쟁이 방어전쟁이 되는 것은 아니다.

4. 묵인 및 지원을 통한 침략?

물론 침략국만이 국제법을 위반하는 것은 아니다. 침략국가를 돕는 국가, 예컨대 자신의 영토 내에서 이루어지는 전쟁관련 행위를 묵인하거나 나아가 지원하는 국가도 국제법을 위반하기는 마찬가지이다. “A국이 자국의 영토를 B국이 사용할 수 있도록 하였고, B국이 사용권을 위임받은 A국 영토를 이용해 제3국인 C국에게 공격을 감행했을 경우, B국의 이러한 행위를 묵인한 A국의 행위”는 침략행위로 간주되며, 따라서 국제법상의 무력금지에 위반하는 것이 된다. 이 점은 1973년 12월 14일 유엔총회에서 의결된 결의 제3조 f항을 통해 분명하게 확인되었다.¹⁹⁾ 비록 유엔총회 결의가 원칙적으로 아무런 법적 구속력도 없다고 하더라도 “침략개념”을 위와 같이 의결하기까지 유엔 차원에서 오랫동안 논의가 있었다는 사실, 나아가 결국 1974년에는 그러한 의결내용이 국제사회에서 일반적으로 합의되기에 이르렀다는 사실을 간과할 수 없으며 간과해서도 안 된다. 물론 국제법에 반하는 침략행위 판정을 위해 유엔총회가 침략개념에 포함시킨 대표적 사례들은 예시적인 것이지만, 그런 사례들이 거의 만장일치로 채택된 결의 속에 예시되어 있고, 이후 실제로 일반적으로 승인되고 있다는 점에서 그것은 말하자면 국제관습법의 성격을 획득한 것으로 보아야 한다. 따라서 각국은 그에 따라야 한다.

독일연방공화국은 기본법 제25조에 따라 “국제법의 일반원칙”(die allgemeinen Regeln des Völkerrechts)에 그리고 기본법 제20조에 따라 현행법에 구속되므로, 모든 독일 정부는 — 어느 당파의 정부인가와 관계없이 — 자신의 영토가 국제법에 위반되는 행위에 휘말리거나 혹은 나아가 의도적으로 휘말려 들어가지 않도록 하기 위해 어떤 조치를 취할 수 있는지, 나아가 취해야만 하는지 하는 문제에 직면하게 된다. 독일정부는 이미 예전에도 여러

이 점을 고려하여 나토조약 제1조의 번역에서는 한미상호방위조약 상의 표현을 참고하였다.

18) 역주: 나토는 나토조약 제5조에서 회원국 중 일개국 혹은 다수국이 무력공격을 받을 경우 집단안보를 보장하는 것을 근본임무로 하는 군사동맹임을 밝히고 있다. 나토조약 제5조에 규정되어 있는 NATO-Bündnisfall을 여기서는 동맹사태로 번역하였다. 이하에서 동맹사태라고 하는 것은 “나토-동맹사태”를 지칭한다.

19) UN-Generalversammlung, GA-Resolution 3314 (XXIX), 독일어 번역은 Vereinte Nationen (VN) 1975, 120쪽.

번 그러한 상황을 경험했다. 이미 베트남 전쟁 당시에도, 국제법에 반하는 미국의 베트남전쟁을 지원하기 위해 전쟁물자를 동남아시아 지역으로 실어 나르는 전초기지로 독일 내 미군 시설을 이용하는 것이 국제법에 반하는 것이 아닌가 하는 의구심이 끊임없이 표출된 바 있다. 물론 당시 독일의 대중들은 그러한 논란에 대해 거의 주목하지 못했다. 당시까지 독일 정부는 주요동맹국인 미국에 대해 순종하는 태도를 보여왔기 때문에 그런 식의 비판적인 문제제기들을 봉쇄해버렸다. 1973년 이스라엘에서 욘-키푸르 전쟁(제4차 중동전쟁-역주)이 발발하자 비로소 처음으로 독일영토가 나토지역 밖에서 일어나는 군사분쟁에 연루되어도 되는지 하는 문제가 중요한 이슈가 되었다. 1973년 10월 미국정부의 요청에 의해 세 척의 이스라엘 배가 독일 주둔 미군의 군사물자를 선적하기 위해 브레머하펜 항구에 도착했다. 당시 연방수상이었던 빌리 브란트는 당시 부수상 겸 외무장관이었던 발터 쉘과 공동으로, 선적을 즉각 중단할 것과 이스라엘 선박이 독일의 영해를 즉각 떠날 것을 결정하였다.²⁰⁾ 유럽 주둔 미군사령관인 로저 장군이, 미국 공군기가 1986년 4월 14일과 15일 양일에 걸쳐 리비아에게 행한 공습은 독일 내 사령부가 있는 슈투트가르트-바이힝겐에서 준비되고 조종되었다고 공개적으로 선언했을 때도 앞서 말한 것과 똑같은 문제상황이 재연되었다.²¹⁾ 마지막으로 1987년에는 미 정부당국이 500 토투(TOW)-대전차로켓을 람슈타인에 있는 미군공군기지를 거쳐 이란으로 넘겨주었다는 사실이 당시 미국 대통령에 의해 임명된 이른바 이란-콘트라 사건조사위원회의 보고서를 통해 독일인들에게 알려지게 되었다. 그러한 행위가 미국법 및 국제법에 위반한 것임은 물론이고, 당시 미국정부는 그와 같은 행위를 하면서 사전에 독일 정부에 대해 일언반구도 없었다.²²⁾

5. 독일영공 및 미군기지의 사용

국제협약에도 이미 그 내용이 들어가 있는(특히 1944년 시카고협약 제1조 참고) 일반국제법에 따라 모든 국가는 자기 영토 위의 영공에 대해 “완전하고 배타적인 지배권”을 갖는다. 그런데 —독일에서처럼— 외국군대가 주둔하는 경우에는 이들 주둔군의 이동권의 범위와 한계는 통상 특별한 국제협약에 의해 규율된다. 독일에서 이러한 협약은 연합국에 의한 독일 점령정책이 끝나면서 이른바 나토 군 지위협약에 대한 보충협약의 형태로 체결되었다.

이 보충협약(ZA-NTS 1959)은 조약법의 형태를 띠었지만 실제로는 점령시기의 규정들을 그대로 계승하였다. 이 협약은 나토군의 형태로 독일에 주둔하고 있는 미군에게 독일 영공을 거의 마음대로 이용할 수 있는 권리를 부여하였다. 즉 “군대”는 항공기를 이용해 “연방 공화국의 국경을 가로지를 수 있으며 연방의 영토 내부 및 상공에서 이동할” 권리를 부여받고 있었다.

그러다가 1994년 위 보충협약(이하 ZA-NTS 1994²³⁾)이 개정되면서 해당 규정도 바뀌었다. 독일 내에 주둔하고 있는 미군이라고 하더라도 지상, 해상 혹은 공중운송수단을 통해

20) 이에 대해서는 특히 Paul Frank, *Entschlüsselte Botschaft*, 1985, 267쪽 아래; Dieter Deiseroth, *US-Basen in der Bundesrepublik*, 1판, 1988(현재 제2판을 준비중), 44쪽 아래 참고.

21) 이에 대해서는 프랑크푸르트 룬트샤우, 1986. 4. 21자; 벨트 암 존탁, 1986. 4. 20자, 타게스차이퉁, 1986. 4. 23자 참고.

22) *BT-Drucksache*, 11/736, 3쪽. Deiseroth, *US-Basen in der Bundesrepublik*, 6쪽 참고.

23) *Bundesgesetzblatt* 1994 Teil II, 2594쪽 아래.

연방공화국 내로 “들어오거나 연방의 영토 내부 및 상공에서 이동하고자” 할 때에는 원칙적으로 메번 독일연방정부로부터 허가를 받게끔 되었다(1994년 보충협약 제57조 제1항 제1문). 그러나 이처럼 원칙적으로 허가를 받아야 하는 의무는 1994년 보충협약 제57조 제1항 제2문에 의해 재차 부분적으로 제한되고 있다. 동 규정은 다음과 같다.

독일법의 —여기에는 이 협약 및 연방공화국과 (군대의-역자첨가) 파견국 중 일국 혹은 다수국 이 협약당사자에 속하는 다른 국제협약, 그리고 이들 협약과 결합되어 있는 기술적 협약 및 절차가 포함된다— 범위 내에서 이루어지는 수송 및 기타의 이동은 허가를 받은 것으로 본다.

다른 말로 하면 제2문에 해당하는 한 “입국” 및 항공기를 이용해 “연방의 영토 안과 위를” 이동하는 모든 행위들은 허가 받을 필요가 없다는 얘기가 된다. 그러나 이 규정은 모든 국가는 자신의 영토에 대한 완전한 주권을 가지며, 자기영토의 상공에 대한 “완전하고 배타적인 영공고권”을 가진다는 일반국제법상의 원칙에 대한 예외조항으로 보아야 한다. 예외조항이므로 일반적인 해석원칙(“*singularia non sunt extendenda*”)에 따라 좁게 해석해야 한다. 이 조항은 —동 조항의 문헌을 통해 이미 분명한 것처럼— “군”(및 그 “민간인 수행원”, “구성원 및 직원”) 항공기의 이동에 대해서만 규율한 것으로 보아야 한다. 따라서 미군 군용기로 미국에서 독일 연방공화국으로 “입국”하는 행위가 모두 이 조항의 적용을 받는 것은 아니다. 이 조항에서 말하는 “군대”의 의미는 나토 군 지위 협약 제3조에 정의되어 있다. 이에 따르면 “군대”란 (나토 군 지위협약)의 일방 당사국의 육, 해, 공군에 속하는 인원으로 서, “그들의 복무의무와 관련하여” 어느 협약 당사국의 “영토”에 —여기서는 독일이 될 것임— “체류”하는 병력을 말한다. 따라서 보충협약 제57조 제1항 제2문에 따라 일정한 조건 하에서 미군 군용기에게 일반적으로 허가된 “입국” 및 “독일 연방의 영토 내부 및 상공에서” 이동할 수 있는 자유는 나토의 틀 내에서 독일에 주둔하고 있는 미군 병력에게만 인정될 수 있다. 반면 미국 내에 주둔하고 있는 미군 병력이 항공기를 이용하여 중동지역(이라크 등)으로 이동하기 위해 독일영공을 단순히 이용한다거나 연료공급과 물자와 무기의 전적을 위해 그리고 궁극적으로는 —나토의 위임 없이— “나토지역” 이외의 전쟁지역으로 비행을 속개하기 위해 독일에 중간기착을 하고자 한다면 일반국제법 및 1994년 보충협약 제57조 제1항 제1문에 의거하여 허가를 받아야 하는 것이 원칙이다. 그러므로 1994년 보충협약 제57조 제1항 제2문에 의거 미군 군용기에게 광범위하게 부여된 독일 영공 내에서의 이동권을 주장하기 위해서는 해당 미국 항공기가 나토의 범위 내에서 독일에 주둔하고 있는 부대에 속하는가 그리고 그 항공기가 나토의 범위 내에서 나토의 위임에 따라 임무를 수행하고 있는가 아니면 미국이라는 나라의 (국가적) 이익을 위해 동원되고 있는가 하는 점이 중요하다. 이 말은 결국 대 이라크 전쟁이 발발할 경우 미군 군용기가 독일의 허가 없이 독일 영공을 이용할 수 있는지 하는 법적 문제에 대한 답변은 나토가 그 전쟁에서 어떠한 역할을 떠맡게 될 것인가에 달려 있다는 뜻으로 해석할 수 있다. 만약 나토가 집행부의 결정, 명령 체계 및 부대배치 등을 통해 볼 때 이라크에 대한 작전과 무관한 위치에 있다면, 다시 말해 이라크에 대해 나토가 전쟁을 선언하지 않는다면 미국 군대는(경우에 따라서는 몇몇 나토 회원국에 의해 지원을 받는다고 하더라도) 자국의 “국가적 차원”에서만 행동하는 것이다. 독일 내 미군기지에 대해서도 똑같은 얘기를 할 수가 있다. 미군에게 “배타적 사용권이 부여된” 이들 기지에서 미군은 보충협약 제53조 제1항에 의거 “방어임무의 수행을 위해 필요한 조치”를 취할 수 있다. 동조 제2항은 “기지 위 상공에서 조치를 취하는 것도 또한 같다”

고 규정하고 있다. 이들 조항을 둘러싼 여타 해석상의 난점은 일단 제쳐놓더라도 이들 조항에서도 알 수 있듯이 독일 당국, 즉 독일 정부는 문제가 되는 경우 주둔군이 주둔지(및 그 상공)에서 보충협약 및 나토조약에서 말하는 “방어임무”를 수행하는지 아니면 다른 조치를 준비하거나 나아가 실행하고 있는지를 사안별로 판정·통제할 법적 권한을 갖고 있다. 보충협약 제53조 제3항에 의하면 —협약조문에 따르면— 독일당국은 “독일의 이익을 위해 필요한 조치”를 미군 기지 안에서 실행할 수 있다. “독일의 이익을 위해” 필요하다는 말의 의미가 무엇인지는 이 규정 혹은 다른 개별 협약 어디에도 정의되어 있지 않다. 따라서 “독일의 이익”을 구체화하고 이를 관철하기 위한 수단을 확정하는 것²⁴⁾은 당연히 독일당국, 즉 독일정부의 임무이다. 그러한 임무의 수행에서 독일정부는 기본법 제20조 제3항, 제25조에 따라 각각 “법과 법률”, “국제법의 일반원칙”에 구속된다는 사실을 잊어서는 안 된다. 어쨌건 위 규정에서 말하는 “독일의 이익을 위함”에는 독일 연방공화국 내에서 국제법에 반하는 작전이 행해지거나 그러한 작전을 지원하는 일이 발생하는 것을 방지하는 데 필요한 모든 조치를 취하는 것이 포함되는 것만은 틀림없다. 이러한 결론은 독일은 독일통일의 과정에서 체결한 2+4조약 제2조에 의거 “독일 땅에서는 오직 평화만이 생겨나도록 배려” 해야 할 의무를 지고 있다는 사실을 고려할 때 더욱 설득력을 얻는다.

물론 법률적, 사실적으로 볼 때 논란이 되는 부분이 있는 것도 사실이다. 특히 적어도 두 가지 점에서 그러하다. 첫째, 미국본토를 출발하여 독일로 들어오는, 즉 독일 영공을 이용하는 군용 항공기와 군 병력을 나토의 범위 내에서 독일 내에 주둔하는 부대에 할당된 병력으로 보아 그들에게 1994년 보충협약 제57조 제1조 제1항 제2문에 규정된 특권을 부여할 것인지 아니면 나토임무가 아닌 순전히 “미국의 국가적 임무”를 수행하는 병력으로 보아 독일 영공의 이용에 대해 독일 정부의 허가를 각각 받도록 해야 할 것인지 하는 문제를 매번 어떻게 구별할 것인가 하는 게 문제가 된다. 둘째, 이미 나토의 임무수행을 위해 독일 내 미군 기지에 주둔하고 있는 미군 군용기, 군대 및 무기체계들을 이라크전쟁에 투입하는 경우에도 법률적, 사실적 논란은 남는다. 독일 주둔 (나토)“군”이 나토 군 지위협약 제3조에서 말하는 군 병력인 것은 사실이나, 이 경우처럼 그 나토군 및 그 무기체계를 전쟁지역으로 이동시키는 것은 나토가 예정한 “역외이동”(“out of area” disloziert)에 해당한다고 보기는 어렵다. 왜냐하면 이들 병력 등이 나토의 임무를 위해 전투에 배치되었다고 보기도 어려울 뿐 아니라 나토 사령부 및 사령관이 그 병력을 지휘·통제할 수도 없을 것이기 때문이다.

이처럼 국제협약에 비추어 볼 때 의문이 있는 법적, 사실적 문제를 궁극적으로 어떻게 해결할 수 있으며 해결해야 하는지 하는 문제에서는 정치적 판단변수가 결정적으로 작용한다. 앞서 언급한 협약 및 관련 법규정에 포함되어 있는 법적 판단변수를 구체화하고, 그것을 국가실무에서 집행하려면 정치적 “지지”와 실천이 필요하다. 다시 말해 문제해결을 위한 명확한 정치적 구상이 있어야 하고 그것을 국내·국제적 차원에서 정치적으로 관철·확보할 수 있어야 한다. 이와 관련해서는 예컨대 국제법에 반하는 미국의 이라크 공격이 있을 때 나토로 하여금 그 분쟁에 휘말리지 않도록 할만큼 독일정부가 역량이 있는가, 자신의 정치적 입장에 대한 지지를 다른 나토 회원국으로부터 끌어올 수 있는가, 그렇게 해서 나토 내에서 독일만이 고립되지 않도록 할 수 있는가 하는 점이 관건이 될 것이다. 나아가 독일정부가 자신의 정치적 입장에 대해 “여론”, 즉 (독일 및 나토 회원국 내의) 시민사회의 지지를 얻을 수 있는가 혹은 나아가 이들 시민사회가 가진 역량을 동원해 낼 수 있는가 하는 점도 중요할 것이다. 자국 내에서조차 격렬한 논쟁의 대상이 되고 있는 정책을 펼치고 있는 현재의

24) Deiseroth, *US-Basen in der Bundesrepublik*, 44쪽 참고.

미 행정부를 한편으로 하고, 독일정부 및 다른 나토회원국을 다른 한편으로 하는 분쟁-충돌이 어떤 식으로 결론 날지는 알기 어렵다.

반면 미국이 이라크에 대해 명백한 국제법 위반의 군사력투입을 자행하는 과정에서 독일 내 미군 기지와 독일의 상공을 사용하여 미군 전투기와 병력을 이동시키고 있음에도 불구하고 독일정부가 아무런 이의 없이 그 상황을 묵인한다면 나타날 결과는 불을 보듯 뻔할 것이다. 우선 독일정부가 독일의 영공 및 영토가 국제법에 반하는 침략전쟁수행에 연루되는 것을 의식적으로 묵인한다면 이것은 장래에 대해 치명적인 “선례”를 될 가능성이 높다. 왜냐하면 형성 중에 있거나 나아가 고착화되고 있는 국제관행은 국제법규에 대한 공인된 해석의 확립에 결정적으로 기여하기 때문이다.

다른 한편으로는 모든 독일정부들이 헌법과괴의 나락에 빠지는 상황에 직면하게 될 것이다. 독일영토가 국제법에 반하는 전쟁수행에 연루되는 상황을 독일정부가 의식적으로 방치한다면 기본법 제26조와 2+4 조약 제2조와 충돌하는 상황이 발생한다. 이 두 규범은 침략전쟁의 수행을 “준비하는 것”을 명시적으로 금지하고 있다. 문언만으로 보면 침략전쟁금지조항이 금지하는 것은 단지 침략전쟁의 “준비”이다. 그러나 헌법이 침략전쟁을 “준비”해서는 안 된다고 못박고 있다면, 그 헌법규정의 의미와 목적을 고려할 때 그러한 전쟁을 수행하거나 어떤 형태로건 지원하는 것은 더더욱 안 된다고 보아야 한다. 형법에 의해서도 그 실효성이 담보되고 있는 기본법상의 침략금지조항은 무조건 금지라는 형태로 규범화되어 있다. 즉 침략전쟁을 준비, 수행, 지원하는 것은 어떤 경우든 “위헌적”이며 “형사처벌을 받는” 행위가 된다. 바로 이 점이 기본법 제26조가 금지하고 있는 또 다른 행위유형과 —“국가간의 평화로운 공동생활을 교란시키기에 적합하고 또한 교란할 의도에서” 하는 행위들— 다른 점이다. 다른 말로 하면 기본법 제26조에서 말하는 침략전쟁은 그것이 사실상 혹은 추정컨대 방금 말한 의도가 없는 혹은 그런 것을 주된 의도로 내세우지 않은 것이라 하더라도 위헌이며 또한 형법상 금지된다. 왜냐하면 헌법은 그러한 전쟁은 무조건 금지된다는 전제에서 출발하고 있기 때문이다. 기본법은 침략전쟁을 언제나 “국가간의 평화로운 공동생활을 교란”하는 데 객관적으로 적합한 것으로 상정하고 있는 셈이다.

6. 보충25): 미국의 이라크 전쟁에서의 나토의 동맹의무?

6.1. 나토 동맹사태에서의 군사적 원조의무?

나토조약 제5조는 모든 조약당사국은 “유럽 및 북아메리카에 있는 일 회원국 혹은 여러 회원국이” 무력공격을 받았을 경우 원조의를 진다고 규정하고 있다. 그런데 원조주의의 범위는 그냥 공백으로 남겨 놓았다. 동 조항 제2문은 “모든 조약당사국은 즉각 각자 개별적으로 그리고 다른 당사국과 함께 그들이 북대서양 지역의 안전을 회복·유지하는 데 필요하다고 생각하는, 무력행사까지 포함하는 조치를 취함으로써 원조한다”고 규정하고 있다.

동맹사태가 되기 위해서는 공격목표물의 공간적 위치가 중요하다.²⁵⁾ 조약 제6조에 따르면

25) 이하의 원고는 2003년 1월 14일 완성했다.

26) 반면 나토회원국의 원조행위가 이루어질 지리적 장소에 관한 문제에 대해서는 조약본문에 규정되어 있지 않다. 이에 대해서는 Deiseroth, *US-Basen in der Bundesrepublik*, 33-34쪽; von Bülow, *Der Einsatz der Streitkräfte zur Verteidigung*, 1984, 169쪽 및 동면에 소개된 문헌들 참고.

아래 지역에 대해 무력으로 공격하면 조약 제5조에서 말하는 일 회원국 혹은 여러 회원국에 대한 무력공격이 된다.

1. 유럽 혹은 북아메리카 지역 내 회원국 지역, 프랑스령 알제리,²⁷⁾ 터키지역 혹은 북회귀선 이북의 북대서양 지역에 있는 회원국 관할 도서(島嶼)
2. 이들 지역 혹은 이들 지역 상공에 있는, 혹은 이 조약 발효당시 회원국이 점령하는 기타 유럽 지역, 지중해 혹은 북회귀선 이북의 북대서양에 있는 회원국 군대, 선박, 항공기

따라서 예컨대 선박이나 항공기가 조약 제6조에서 자세히 특정된 영역 밖에서 공격받는 경우라거나 혹은 나아가 나토조약 제6조에 규정된 “나토지역”에 대한 군사공격은 없었지만 나토조약의 한 당사국 혹은 여러 당사국의 정치, 경제, 혹은 군사적 이익이 “단지” 침해된 경우라면 나토조약 제5조에서 말하는 무력공격은 존재하지 않는다. 또한 나토 회원국에 의한 국제법에 반하는 무력행사로 인해 촉발된 공격도 엄밀히 유엔헌장 제51조에 맞춘 나토 조약 제5조 및 제6조 상의²⁸⁾ 공격개념²⁹⁾에 해당하지 않는다.

나토조약 제6조에서 말하는 “무력공격”의 발생여부에 대한 판단을 누가 하는지에 대해 동 조약은 아무런 말도 하지 않고 있다. 조약 제6조에 규정된 조건이 존재하면 동맹사태는 자동적으로 발생한다는 견해도 예전에는 일부 있었다.³⁰⁾ 사실 조약원문만 따지면 그렇게 볼 수도 있다. 왜냐하면 원문에 조약 제6조 제1, 2호에 열거된 목표물에 대한 모든 무력공격은 제5조에서 말하는 “무력공격”으로 “본다”고 되어 있기 때문이다.

그러나 미국 상원 외교위원회는 조약에 대한 협상이 이루어지던 1940년대 말, 분쟁이 발생하는 경우 “모든 당사국에게 조약 제6조 상의 공격이 이루어졌는지에 대해 스스로 사실문제를 판단할 책임이 주어져야 한다”는 입장을 분명하게 제시했다.³¹⁾ 미국 측의 이러한 입장에 대해 다른 당사국들은 협상 당시와 그 이후 아무런 반대도 하지 않았다. 그렇게 본다면 적어도 다른 당사국들도 미국 측의 입장을 수용한 것으로 보아야 한다.

27) 이 영토와 관련하여 1963년 1월 16일, 나토 상임이사회에서 프랑스 대표는 “프랑스령 알제리”는 프랑스 공화국 대통령에 의한 알제리 독립승인에 의해 1963년 7월 3일자로 더 이상 존재하지 않는다고 선언했다. 이 선언이 있자 나토 상임이사회는, 이전의 프랑스령과 관련한 나토조약상의 관련조항들은 1963년 7월 3일자로 그 대상을 상실했다고 확정했다. *NATO - Tatsachen und Dokumente*, Brüssel, 1969, 266쪽; K. Ipsen, *Rechtsgrundlagen und Institutionalisierung der atlantisch-westeuropäischen Verteidigung*, 1967, 16쪽 참고.

28) 이에 대해서는 1954년 10월 23일 런던 9개국 회의를 폐회하며 채택한 미국, 프랑스, 영국의 선언을 아울러 참고하라. 그 선언에서 이들 3개국은 “... 유엔헌장을 위반하여 대서양 동맹의 불가침성과 통일성 및 그 동맹의 방어적 목적을 위협하는 모든 무력행사는 자국의 평화와 자국의 안전에 대한 위협으로 간주한다”는 점을 분명히 했다. 그와 같은 사태가 발생 시 동맹의 의무를 다하지 않는 정부는 북대서양조약과 그 의정서에 규정되어 있는 안전보장 및 군사적 지원에 관한 권리를 상실한다는 테도 의견의 일치를 보았다. 선언문은 Rauschnig, *Die Gesamtverfassung Deutschlands*, 1962, 448쪽; 나머지 6개국도 이 선언에 동참했다. K. Ipsen, 앞의 글, 10쪽 참고.

29) K. Ipsen, 앞의 글, 55쪽아래; K. Ipsen, “Die rechtliche Institutionalisierung der Verteidigung im atlantisch-westeuropäischen Raum,” *J&R 21 (1972)*, 18쪽 참고. 이하 입센의 두 번째 글은 K. Ipsen(1972)로 인용.

30) 예컨대 Mahnke, *Das Problem der Einheit der Völkerrechtsgemeinschaft und die Organisation der internationalen Sicherheit*, Berlin, 1965, 150쪽; Colombos, *Internationales Seerecht*, 1963, 994쪽; Fox/Fox, *NATO and the Range of American Choice*, New York 1967, 231쪽; 이들 견해에 대한 단호한 반대 입장은 특히 K. Ipsen, 앞의 글, 17쪽.

31) 1949년 6월 6일자 미 상원 외교위원회 보고서, 835쪽 참고; K. Ipsen, 앞의 글, 17쪽.

연방헌법재판소는 퍼싱 미사일 판결(1984. 12. 18.)에서 — 자세한 이유제시는 하지 않은 채 — “나토조약은 모든 당사국들에게 조약 제5조 제1항 상의 동맹사태가 발생했는지 여부에 대해 판단할 권한을 위임하고 있다”고 밝혔다.³²⁾ 이러한 해석은 미국의 소관 상원 상임위원회가 협상당시 자기들의 입장으로 제시하고 성공적으로 관철한 앞의 견해 외에도 “의심스러울 때는 보다 유리한 쪽으로 판단한다(in dubio mitius)”는 국제법상의 해석원칙에 의해 비추어 보아도 타당하다. 즉 조약문언 혹은 다른 자료를 동원하더라도 합의내용에 대한 실제 당사자들의 의사를 충분히 알 수 없는 상황에서 국가의 결정권 및 형성권을 제한하는 내용을 담고 있는 국제조약법상의 규정을 해석해야 할 때, 해석상 논란이 있으면 그 규정에 대해서는 제한적 해석을 해야 한다.³³⁾

조약당사국에 의한 신뢰할 만한 해석이 아직까지는 제시된 바가 없다는 사실은 분명하다. 1956년 수에즈운하를 둘러싼 분쟁 당시 프랑스와 영국의 무력개입은 나토조약 제6조상의 동맹사태문제가 제기되지 않은 채 종결될 수 있었다. 입센은 당시 이집트가 프랑스와 영국의 병력(그들이 수에즈운하지역의 일부를 점령한 이후)에 대해 군사적 공격을 감행했을 시 그것이 유엔헌장 제51조가 말하는 이집트의 “무력공격”이 되는지 아니면 영국과 프랑스의 무력공격에 대한 반격이 되는지에 대해 당연히 검토가 될 수 있었다는 사실을 적절히 지적하고 있다. 만약 후자라고 본다면 아마도 두 나토국가의 병력에 대한 “도발에 의한 공격”이 있었던 것으로 볼 수 있었을 것이다.

나토국가들이 동맹사태에 해당하는 것으로 확정된 유일한 사례인 뉴욕과 워싱턴에서의 9·11 테러사안에서도 모든 회원국들에게 조약 제5조 제1항 상의 동맹사태에 대해 판단할 권한을 위임하고 있는 나토조약의 원칙에 따라 문제가 처리되었다. 회원국 대표들은 2001년 10월 초, 당시 바로 직전에 각국 정부가 나토이사회에서 내린 결정(만장일치)에 따라 9·11테러가 나토조약 제5조와 제6조에 의거 동맹사태가 됨을 공식적으로 확정했다. 이런 결의가 있고 일반적 확신이 섰을 때 비로소 나토조약에서 말하는 “동맹사태”가 인정된 것이다.

몇몇 당사국 혹은 모든 나토 동맹국들이 조약 제6조상의 무력공격이 행해졌다는 사실에 의견일치를 보아 동맹사태가 결의된 경우, 조약 제5조에 의거 조약당사국이 공격당한 동맹국에 대해 지는 원조 의무의 수행방식은 각국의 재량³⁴⁾에 맡겨져 있다. 연방헌법재판소도 퍼싱 미사일 판결(1984. 12. 18.)에서 바로 그러한 입장에서 논지를 펼치고 있다.³⁵⁾ 왜냐하면 조약 제5조 제1항은 — 1947년 미국에 의해 체결된 리오조약 제3조³⁶⁾와 달리 — 모든 조약당사국은 동맹사태시 “개별적으로 그리고 다른 당사국과 함께” “그들이 생각하기에” 북대서양 지역의 안전을 회복·유지하는 데 “필요하다고 생각하는” 조치를 취할 수 있다는 식으로 분명하게 표현하고 있기 때문이다. 조약당사국들은 그들 국가의(국내 헌법에 의거) 책임 있는

32) BVerfGE 68, 1(93) 참고.

33) Menzel/Ipsen, *Völkerrecht*, 2판, 1979, §43 III 3a, 320쪽; Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, 1963/1971, 143쪽 아래, 155쪽 및 각주 729번에 기술된 참고문헌 참고; Dahm, *Völkerrecht*, 3권, 1961, 42쪽 아래; Deiseroth, *US-Truppen und deutsches Recht*, 1986, 58쪽 및 그곳에 게시된 참고문헌 참고.

34) 개별 조약당사국이 갖는 이러한 재량은 원조조치가 북대서양 지역의 안전을 회복·유지하는 데 적합한 것이어야 한다는 점에 의해서만 구속된다.

35) BVerfGE 68, 1(93) 참고.

36) 리오조약 제3조에 의하면 아메리카 지역의 한 국가에 대해 공격이 행해지는 경우, 모든 조약당사국들은 유엔헌장 제51조상의 자위권을 행사하여 공격받은 국가가 행하는 “방어를 원조할” 의무를 진다. 이에 대해서는 K. Ipsen(1972), 앞의 글, 20쪽 및 그곳에 게시된 관련문헌 참고.

기관이 동맹사태에 대처하기 위해 필요하다고 판단한 각각의 조치들을 “단지” 서로 조율하기만 하면 된다.³⁷⁾ 나토조약 제5조가 어떤 특정한 대응조치를 지시하고 있는 것은 아니다. 극단적으로 제5조가 정한 무력행사를 할 수도 있고, 그냥 “호의적 중립”을 지킬 수도 있다.³⁸⁾ 미국 상원 외교위원회는 제5조의 문언에 비추어 볼 때 이렇게 결론이 날 수밖에 없음을 이미 인용한 1949년 6월 6일의 보고서(인준절차의 일환으로 제시된)에서 분명하게 밝혔으며 원조의무의 이행과 관련하여 다음과 같이 강조했다. “원조의무가 있다고 해서 당사국들이 전쟁선언을 할 의무를 지는 것은 아니다. 공격의 정도에 따라 극단적으로 무력행사 등 상황에 맞는 여러 조치들이 강구될 수 있다. 외교적 항의에서부터 동원할 수 있는 가장 강력한 형태의 압력행사까지 취할 수 있는 조치는 다양하다.” “필요하다고 보는 행위들”이라는 표현이 조약 제5조에 들어온 것은 “모든 당사국들은 자신들의 결정권 안에서, 북대서양 지역의 안전을 회복·유지하는 데 공헌하기 위해 어떤 조치를 취해야 할 지 진지하게 판단할 자유를 갖고 있다는 사실을 아주 분명하게 표현하기 위해서”였다.³⁹⁾ 나토조약의 협상에 참여한 유럽국가들이 원조의무를 보다 강력하게 그리고 구속력 있게 만들려고 시도했으나 미국의 반대로 성공하지는 못했다.⁴⁰⁾

이는 다른 말로 유엔헌장 제51조의 해석상 금지되어있는 “예방전쟁”은 법적으로 볼 때 결코 나토조약 제5조에서 말하는 “동맹사태”가 될 수 없거니와, 설혹 나토이사회에 의해 (위법하게 혹은 합법적으로) 동맹사태가 발생했다는 판단이 내려진다고 하더라도 나토회원국들은 다른 나토회원국을 무력적 수단으로 지원할 의무는 지지 않는다는 뜻이다. 따라서 법적으로 강제되는 군사동맹의무는 존재하지 않는다.

6.2. 나토조약 제11조 제1문상의 헌법유보(“보장조항” protective clause)

나아가 나토조약은 이미 지적한 것처럼 “관련될지도 모르는 어떠한 국제적 분쟁이라도 국제적 평화와 안전과 정의를 위태롭게 하지 않는 방법으로 평화적 수단에 의하여 해결하고 또한 국제관계에 있어서 국제연합의 목적에 배치되는 모든 형태의 무력위협이나 무력행사를 삼가는 것”이 모든 나토회원국들의 의무임을 명시하고 있다. 유엔헌장 제51조의 해석상 금지되어있는 “예방전쟁”은 이미 앞에서 살펴보았던 것처럼 결코 나토조약 제5조상의 “동맹사태”가 될 수 없다. 나토는 동맹국정부의 요청이나 압력이 있다고 하더라도 유엔헌장에 위배되는 사항을 결의·집행할 수 없으며, 해서도 안 된다. 그러므로 “동맹사태”를 원용한다고 해서 침략전쟁이 유엔헌장 제51조에서 말하는 방어전쟁이 되는 것은 아니다. 나토조약 제1, 5, 6조에 비추어 볼 때 — 특히 나토조약 제21조가 분명히 밝히고 있듯이 — 침략전쟁시에는 원조의무가 없다.

나토조약은 여기서 한 발짝 더 나아가 어떤 조약당사국도 나토조약이나 조약의 집행과정에서 내려진 이후의 결정들(예컨대 나토 위원회들에서의 결의들)에 의해 자국 헌법에 반하는 행위를 하도록 강요받지 않는다고 하여 이 부분에 대한 법적 유보를 분명히 하고 있다(이른바 보

37) K. Ipsen(1972), 앞의 글, 19쪽 참고.

38) 이에 대해서는 Menzel, *Völkerrecht*, 1962, 399쪽을 인용하는 K. Ipsen(1972), 앞의 글, 19쪽 참고. 또한 Deiseroth, *US-Basen in der Bundesrepublik*, 1988, 34쪽.

39) *American Foreign Policy 1950-1955, Basic Documents*, 제1권: Department of State Publication 6446, 1957, 836쪽; K. Ipsen(1972), 앞의 글, 19쪽.

40) Heindel, 앞의 글, 647쪽; Trelles, *El Pacto del Atlántico*, Madrid, 1950, 366쪽; K. Ipsen(1972), 앞의 글, 19쪽 참고.

장조항). 당시 트루만 행정부의 강력한 권고에 의해⁴¹⁾ 조약의 승인과 집행은 헌법유보에 놓이게 됨을 명시하는 제11조 제1문이 나토조약의 “초안”에 들어왔다.⁴²⁾ 나토조약은 “각 당사국의 헌법절차에 따라 승인 및 집행되어야 한다”는 사실이 동 조항에 명시되었다. 따라서 나토조약과 그것의 집행 및 그로부터 (각 회원국에게) 부과되는 의무와 개별 당사국들의 헌법간에 발생할 수 있는 충돌을 해결할 답은 애초부터 내려져 있었던 셈이다. 다시 말해 양자 사이에 충돌이 발생하면 각 동맹 및 조약당사국의 헌법규정이 나토조약규정들(및 조약의 집행을 위해 내린 결정들)에 우선한다.⁴³⁾ 퍼싱 미사일 판결(1984. 12. 18)의 별개의견(Sondervotum)에서 연방헌법재판관 마렌홀츠는 이 점을 특별히 지적한 바 있다.⁴⁴⁾

만약 미국이 — 유엔안보리의 수권 없이 — 일방적으로 이라크에 대해 전쟁을 하고, 나토이사회가 미 행정부와 연대를 이유로 이 상황을 “동맹사태”로 확정·결의한다고 하더라도 독일 정부가 그것에 구속되어 침략전쟁의 준비 및 수행을 금지한 기본법 제26조 혹은 다른 헌법 규정(예컨대 국제법의 “일반원칙”에 구속됨을 명시한 기본법 제25조 혹은 “법과 법률”에 구속된다고 규정한 기본법 제26조에 반하여)에 반하는 조치를 해야 할 의무를 지는 것은 아니다. 따라서 법률적으로 볼 때 각 회원국의 헌법에 반하는 법적 동맹의무는 존재하지 않는다.

역자의 덧붙이는 글

이 글은 독일의 대표적 일간지인 『프랑크푸르트 룬트샤우』(Frankfurter Rundschau) 2002년 9월 11일자에 “헌법과괴의 심연에서: 미국이 독일 내 미군기지를 사용하면서 이라크에 대해 전쟁을 하는 경우 연방정부는 이를 묵인해도 되는가? Am Abgrund des Verfassungsbruchs: Dürfte die Bundesregierung es dulden, dass die USA im Falle eines Kriegs gegen Irak die deutschen Militärstützpunkte nutzen?”라는 제목으로 처음 실렸다. 이후 저자는 이를 보완하여 월간지 『학문과 평화』(Wissenschaft und Frieden) 2003년 1월 호에 같은 제목의 글을 게재했다.⁴⁵⁾

41) Heindel 등, “The North Atlantic Treaty in the United States Senate,” *American Journal of International Law*, 1949년, 634쪽, 649-650쪽; K. Ipsen(1972), 앞의 글, 1, 22쪽 참고.

42) 헌법합치조항(Konformitätsklausel)은 원래 나토조약 전문에 규정되어 있었다. 그러다 미 상원 외교위원회의 제안에 의해 제11조로 자리를 옮겼다. 동 조항이 각국 헌법 및 그 헌법에 규정된 결정권한에 유리하게끔 하는 유보조항의 기능을 한다는 점을 아주 분명하게 하기 위해서였다. 이에 대해서는 특히 Heindel, 앞의 글, 649-650쪽; K. Ipsen(1972), 22쪽 참고. 상원 외교위원회의 1949년 6월 6일자 보고서에는 이와 관련해 다음과 같이 기술되어 있다. 제11조는 “각국의 헌법절차에 맞는” 승인뿐만 아니라 “(조약상의) 모든 조항의 합헌적 집행”을 보장한다. 말하자면 체결국들은 제11조를 통해 “보장조항”을 채택하였는데, “동 조항은 예컨대 조약 제5조는 물론 조약상의 모든 조항과 관련하여 어떤 의문도 제기되지 않도록 하는 데 그 목적이 있다. 따라서 여기서 말하는 유보는 조약상의 모든 조항을 포괄한다.” 특히 이 규정이 있음으로 해서 나토조약이 군대의 총사령관으로서의 대통령의 권한 혹은 전쟁선언에 관한 의회의 결정권한을 변동시키지 않는다는 사실에 의문의 여지가 없어졌다. *American Foreign Policy 1950-1955, Basic Documents*, 제1권: Department of State Publication 6446, 1957, 841-842쪽 및 K. Ipsen, 앞의 글, 22쪽.

43) K. Ipsen, 앞의 글, 22쪽; K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 제2권, 1980, §54 I c, 1392쪽.

44) BVerfGE 68, 1(116-117) 참고.

45) 다만 부제는 민주법학기고문과 같이 “US-Stützpunkte in Deutschland im Falle eines US-Krieges gegen Irak”으로 바꾸었다.

그리고 민주법학기고를 위해 위 잡지에 기고한 글을 다시 보완하여 본문 6. 이하를 추가하였다. 역자는 “미군장갑차 여중생 고 신효순, 심미선 살인사건 범국민대책위”가 지난 해 말 기획했던 “미 주둔군 지위 관련 각국 실태와 제도개선운동을 위한 긴급국제심포지움”에 참석할 독일측 인물을 접촉하는 과정에서 이 글의 저자 디터 다이저로트 판사를 알게 되었다. 민주법학 외국인 편집인인 마틴 쿠차교수가 중간에서 다이저로트 판사와 필자를 연결해주었다. 다이저로트 판사는 현재 독일 연방행정법원 판사이며 핵무기 반대 국제법률가 연합(IALANA, International Association of Lawyers Against Nuclear Arms)고문 및 독일정부 공동대표 등을 맡고 있다. 공직과 시민운동 분야에서 동시에 일하는 매우 독특한 인물이다. 사정이 생겨 위 국제심포지움은 개최되지 못했지만, 다이저로트 판사는 한국과 독일의 소파를 구체적으로 비교하고, 소파개정을 위한 양국 시민운동의 활동을 평가하는 작업에 대해 많은 흥미를 나타냈으며 이 문제에 대한 양국 비판법학 진영(46)의 공동연구를 제안해왔다. 그러한 공동연구가 조만간 성사되기를 기대해본다.

다이저로트 판사가 이 글에서 주장한 내용을 정리하면 다음과 같다: 미국정부가 독일 상공을 통과하여 이라크로 출격하거나 나토의 위임 없이 독일 내 미군병력을 이라크 전쟁에 동원하는데도 독일 연방정부가 이를 묵인한다면 그것은 곧 “헌법과괴”를 의미한다. 특히 그것은 침략전쟁을 금지하고 있는 독일 기본법 및 2+4조약(1990년 독일 통일을 규정한 조약)에 반한다. 독일헌법은 침략전쟁 자체뿐만 아니라 침략전쟁에 대한 지원도 금지하고 있다. 그런데 어느 모로 보나 미국정부가 계획하고 있는 대 이라크 전쟁은 국제법에 반하는 침략전쟁의 성격을 갖고 있으며, 나토조약의 틀 내에서의 ‘방위임무’도 아니다. 그러한 전쟁에 대해서는 ‘아니오’라고 말해야 할 뿐만 아니라, 나아가 독일 내 미군기지 등의 사용에 대해서도 거부해야 한다. 그렇지 않으면 독일은 침략전쟁의 지원국이 될 가능성이 있다. 분명하게 말하고 있지는 않지만 다이저로트 판사가 얘기하고 싶은 핵심은 바로 이 부분인 듯하다. 슈뢰더 수상은 미국의 이라크 전쟁에 대해 명확히 ‘아니오’라고 말하면서 독일은 ‘사람도 돈도’ 낼 수 없다고 선언하고 있지만, 그러한 입장을 일관되게 관철하고자 한다면 국제법을 무시하는 미국의 행위를 묵인하지 말고, 상공통과와 독일 내 미군기지 사용에 대해 ‘노’라고 말해야 한다는 것이다. 이는 현재의 법적 틀 내에서도 가능한 저항이다. 다이저로트는 결국 국제질서를 자기 뜻대로 재단·형성하려는 미국을 적어도 미군이 주둔하고 있는 국가 내에서 견제할 수 있는 방안을 제시하고 있는 셈이다.

한편 이 글의 번역을 마치고 막 원고를 민주법학 편집부에 넘기기 전 역자는 일본의 군사법 연구자 미즈시마 아사호 교수의 홈페이지(www.asaho.com)에서 다이저로트 판사의 논문을 요약한 동 교수의 글을 우연히 읽게 되었다. 역자는 다이저로트 판사의 글을 한국상황에 적용하면 어떻게 될까 하는 생각을 하고 있었는데, 마침 아사호 교수도 일본과 관련하여 아래와 같은 비판을 토로하고 있었다.

...이에 반해서 일본은 어떠한가? 1995년 오키나와 소녀강간사건을 계기로 미군지위협정을 다시 보자는 요구가 높았다. 그러나 일본정부는 미국 측과의 개정교섭에 관심을 보이지 않았다. 독일이 1993년에 나토 군 지위협약의 보충협약을 대폭 개정하여, 전술한 것과 같은 허가권을 도입한 것과는 다르다. 미일안보조약에 의한 ‘전토기지방식’(全土基地方式, 전국토를 기지로 본다는 뜻·역주)의 결과, 미군은 일본 각지에서 제멋대로 저공비행훈련을 되풀이하고 있다. 이라크공격이 시작되면 일

46) 다이저로트 판사는 ‘마부르크 법 및 미래책임 연구소’(Marburger Instituts Recht und Zukunftsverantwortung, MIRZ)의 소장이기도 하다.

본정부는 안보조약 제6조의 교환공문에 의거, “일본을 기지로 하는 전투작전행동”에 대해 사전협의 를 신청해야 할 것이다. 협의를 하는 경우에는 안보조약 제6조에 의거 기지를 제공하는 것은 일본 및 ‘극동’의 평화와 안전을 위한 것이며, 이라크에 대한 선제공격을 위해 일본 내 미군기지를 사용 하는 것은 안보조약에 반하는 것임을 명확히 해야 한다. 안보조약 제1조는 나토조약 제1조와 마찬가지로 유엔현장을 존중하고, “무력에 의한 위협과 무력의 행사는, 그것이 어떤 국가의 영토보전 혹은 정치적 독립에 대한 것이라도 자제해야 하며, 또한 유엔의 목적과 양립하지 않는 그 어떤 방 법에 의한 무력위협과 행사에 대해서도 신중할 것을 약속한다”고 규정하였다. 일본은 안보조약에 기하여, “유엔현장의 목적과 양립하지 않는” 이라크의 “영토보전 혹은 정치적 독립에 대한” 무력행 사에 협력하지 않을 것을 분명하게 말해야 할 것이다. 허나 1960년의 신안보조약으로부터도 42년 이 흘렀지만 비참하게도 일본정부는 단 한번도 사전협의신청을 미국 측에 한 적이 없다. 핵을 적재 한 항공모함의 일본 기항(寄港)이 문제가 되었을 때도 그러했다. 이번의 대 이라크 공격은 종래 미 국이 행했던 무력행사 중에서도 가장 말도 안 되는 오만한 부류에 속한다. 만약 이를 묵인하고, 그 것을 지지한다면 일본도 또한 침략에 손을 빌려주는 것임을 명심해야 한다.⁴⁷⁾

유엔의 승인을 받지 않은 채 미국과 영국이 일방적으로 이라크 전쟁을 시작한다면 현행 국 제법은 이를 침략전쟁이라고 선언할 것이다. 유엔의 국제평화주의에 참여하는 나라는 이러 한 전쟁을 지지해서도 도와주어서도 안 된다. 또한 자국에서 그러한 전쟁을 위한 준비가 진 행되고, 자국으로부터 전쟁지역으로 향하는 전투기와 병력이 발진하는 상황을 묵인해서도 안 된다. 이와 같은 국제법논리는 독일에서건 일본에서건 그리고 한국에서건 모두 동일하게 적용된다. 우리 헌법도 침략전쟁을 부인하고 국제평화주의를 지지하고 있다(헌법 제5조 제1 항). 그러나 이러한 인식은 한국사회에서 아직 충분히 공유되지 않은 것 같다. 한국정부는 최근 국무총리의 국회답변을 통해 이라크 전쟁이 발발할 경우 전투병력의 파병까지도 고려 하고 있음을 밝힌 바 있다. 국방부는 한미동맹을 내세워 미국의 파병요청에 응해야 한다는 입장이다. 그러나 한미동맹을 내세운다고 해서 침략전쟁을 금지한 헌법을 무시할 수 있는 것은 아니다. 나아가 한미동맹의 법적 표현인 한미상호방위조약을 끌어온다고 하더라도 한 국의 이라크 전 참전을 정당화할 수는 없다. 다이저로트 판사의 글은 이러한 너무나 당연 한, 그러나 간과되고 있는 중요한 법리를 우리 앞에 분명하게 펼쳐 보이고 있다.

47) Mizhushima Asaho, 「在獨米軍基地使用拒否の論理」, 今週の直言, 2002. 10. 7자.
<http://www.asaho.com/jpn/index.html>.