

# 국경 지역 무력공격 개념에 관한 법적 고찰

최성철\*

- I. 서론
- II. 무력공격의 법적 개념과 소규모 무력행위
- III. 국가실행과 평가
- IV. 국경 지역 무력공격에 관한 법적 개념 정립
- V. 결론

## 요약

모든 형태의 무력사용이 금지된 현행 유엔체제하에서 국가 간 무력분쟁 시 자위권이 인정되면 무력공격의 수준에 이르는 적의 대규모 공격이 선행되어야 한다. 즉, 가해국이 낮은 수준의 규모와 효과로 도발하는 경우에는 피해국이 무력을 사용하여 합법적으로 방어할 수 없다는 의미이다. 그러한 이유로 피해국은 그 무력 도발의 경중을 따져 무력으로 대응할 것인지, 아니면 도발이 종료되기를 기다렸다가 위법행위에 따른 배상을 요구할 것인지 등을 고민하는 딜레마에 빠진다. 그러나 과거의 국경충돌 사건들을 살펴보면, 피해국은 자국의 영역에 침입한 타국의 병력에 대하여 그 도발 수준에 관계없이 적극적으로 무력을 사용하였으며, 그들은 그러한 관행이 국가의 기본적인 권리이자 국민에 대한 당위적 의무에서 비롯된 것으로 인식해 왔다.

그에 따라 본 논문에서는 국경 지역에서의 현행 무력공격 개념이 국제평화와 국가주권의 보장에 공히 이바지하는 자위권 발동 요건인지를 살펴보고, 자위권 및 국가성의 본질을 분석하여 유엔의 이상과 국가의사를 모두 반영하는 절충적인 성격의 무력공격 요건을 제시해 본다.

핵심어 : 무력공격, 자위권, 자기보존권, 국경충돌, 무력행위

\* 해군대학, 국제법 박사

## I. 서론

이제 국제법상의 자위권은 국가의 무력사용을 정당화하는 데 없어서는 안 될 정치적 수사로 자리잡은 듯하다. 선제공격을 행한 국가이든, 그 공격을 방어하는 국가이든 자신의 무력사용을 자위권이라는 명목으로 합리화하고 있기 때문이다. 2023년 말 발생한 이스라엘-하마스 전쟁의 경우, 이스라엘은 가자지구의 하마스 제거작전이 자위권 차원에서 수행되고 있다고 주장하였고,<sup>1)</sup> 반면 하마스를 배후에서 지원하는 이란은 하마스의 선제적 군사행동이 팔레스타인을 억압하는 이스라엘에 대한 자위권적 공격이었음을 강조하였다.<sup>2)</sup> 그야말로 자위권의 규범적 모호성이 빚어낸 모순적 현상이 아닐 수 없다. 다만 공격자(攻者)와 방자(防者)의 정치적 구분은 애매모호할 수 있지만, 법적으로는 그 이론적 경계가 분명해야 분쟁의 결과로 인한 책임의 귀속이 가능해진다. 그래서 통상 이러한 사안은 누가 먼저 불법적인 무력행위를 일으켰는가에 대한 문제로 귀착되는데, 특히 인접 국가들 간 국경 지역에서 벌어지는 무력충돌은 그러한 위법한 선제공격과 적법한 자위권과의 역학관계를 보여주는 적절한 지표가 될 수 있다.

피츠모리스(Fitzmaurice)는, 국가 간 국경충돌의 성격에 관해 논하면서, 국경 지역에서 벌어지는 어떤 분쟁은 일견 사소해 보일 수 있지만 또 다른 어떤 분쟁은 극도로 심각해질 수도 있다고 언급하였다.<sup>3)</sup> 이것은 국경충돌이 다양한 양상으로 나타날 수 있다는 말이지만, 나아가 국가영역의 의도적인 침범이나 국경 무실화 목적의 국가전략적인 무력행위까지 포섭할 수 있다는 의미이기도 하다. 과거의 역사를 보면, 국경에서의 소규모 무력충돌이 대규모 분쟁으로 확대된 수많은 사례들은 국경충돌이 영토국에 의미하는 바가 다대하다는 것을 시사하며, 이를 마주하는 국가들의 사활적 태도에서 그 진정성과 중요성의 단면이 발견된다. 그러한 의미에서 국경충돌 시 자위권 발동의 실제적인 요건은 피해국이 자신의 국가영역과 독립성 방어를 위해 정당하게 무력을 사용할 수 있는가와 관련하여 그 법적 중요성을 대변해 준다.

본 논문에서는 국경 지역에서의 현행 무력공격 개념이 국제평화와 국가주권의 보장에 공히 이바지하는 자위권 발동 요건인지를 살펴보고, 자위권의 본질과 국가성의 의미를 분석하여 유엔의 이상과 국가의사를 모두 반영하는 절충적인 성격의 무력공격 개념을 제시해 보고

1) UN News, "War Against Hamas in Gaza is act of self-defence, Israel tells world court", 12 Jan. 2024.

2) Reuters, "Iran says attack on Israel is Palestinian self-defence", 8 Oct. 2023.

3) Gerald G. Fitzmaurice, "The Definition of Aggression", *International and Comparative Law Quarterly* Vol.1, No.1 (1952), p. 139.

자 한다. 이를 위해 유엔헌장상 무력공격의 요건과 국경 지역에서 발생했던 관련 무력충돌 사례를 살펴보고, 자위권의 규범 형성 과정에서 나타난 자위권의 본질을 토대로 국경 지역에서의 무력공격 개념을 재정립해 보겠다.

## II. 무력공격의 법적 개념과 소규모 무력행위

### 1. 무력공격의 법적 개념

일반적으로 국제법상의 자위권은 어떠한 국가가 타국으로부터 무력공격을 받은 경우에 이를 배제하고 공격 이전의 상태로 회복하기 위하여 무력으로 반격할 수 있는 권리를 말한다. 즉, 국가 자위권은 외부로부터 위법한 물리적 공격을 받은 경우 자국의 이익을 지키기 위해 무력에 의한 반격을 취할 수 있는 권리로서, 어떠한 형태의 무력사용도 금지하고 있는 현대 국제사회에 있어 개별 국가에 의한 예외적이고 합법적인 무력사용의 근거로 활용되고 있다. 이를 규정하는 유엔헌장 제51조<sup>4)</sup>에서는 자위권이 국가의 ‘고유한 권리(*inherent right*)’라는 점을 나타내면서, 아울러 그 발동 조건으로 ‘무력공격(*armed attack*)’이 선행되어야 함을 밝히고 있다.

여기서 말하는 ‘무력공격’은 피해국에 가해지는 모든 형태의 적대적 군사행동을 의미하는 것이 아니라 그 규모와 효과에 있어 일정한 수준을 초월하는 것이어야 한다. 이와 관련하여 1986년 니카라과 사건에서 ICJ는 “가장 중대한 형태의 무력사용(*the most grave forms of use of force*)”만이 무력공격에 해당한다고 밝히면서, 그에 반해 “보다 덜 중대한 그 밖의 형식(*other less grave forms*)의 무력사용”은 무력공격의 범위에서 제외되어 자위권의 대상이 아니라고 실시하였다.<sup>5)</sup> 즉, 타국의 영토 내로 무장한 병력을, 정규군이든 또는 비정

4) “Nothing in the present Charter shall impair *the inherent right* of individual or collective self-defence if an *armed attack* occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security.....”

5) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports, 1986* (이하 “*ICJ Reports, 1986*”이라 함), p. 101, para. 195; 한편, *Nicaragua* 사건에서 판시된 무력공격의 중대성 요건을 제한적으로 해석하려는 일각의 시도가 있다. 특히 동 사건의 주요 관심사가 집단적 자위권이므로 소규모 지역 분쟁에 제3국의 무분별한 개입을 제한하기 위해 중대성의 요건을 강조한 것이라는 주장이 있다. Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, 4<sup>th</sup> ed. (Oxford Univ. Press, 2018), pp. 156-157; 그러나 유엔헌장 제2조 제4항에서 모든 형태의 무력사용을 금지하고 있는 가운데 제51조상의 자위권이 엄격한 조건하에서만 인정되고 있는 점, 그리고 *Nicaragua* 사건의 실시 과정에서 개별적 또는 집단적 자위권의 용어 사용을 특정하지 않은 점 등을 고려할 때 동 사건의 판시내용이 집단적 자위권에만 적용된다고 확인하기는 어렵다. 에리트리아

규준이든, 파견하여 일정 수준 이상의 규모와 효과로 무력이 행사되어야만 피해국도 역시 무력을 사용하여 합법적으로 대응할 수 있다는 것이다.<sup>6)</sup> 그러한 맥락에서 ICJ는 ‘단순한 국경분쟁(mere frontier incident)’을 야기하는 소규모 무력행위는 제51조상의 무력공격이 될 수 없음을 시사하였다.<sup>7)</sup> 그렇지만 적의 무력공격의 규모와 효과가 구체적으로 어떠한 수준에 이르러야만 자위권을 발동할 수 있는지에 대한 명확한 기준은 제시하지 않았다.

이와 관련하여 이미 1974년 유엔은 “침략(aggression)의 정의 결의”<sup>8)</sup> 전문에서 무력공격과 사실상 동일한 개념으로 인정되고 있는<sup>9)</sup> ‘침략’을 “가장 심각하고 위험한 형태의 불법적인 무력사용(the most serious and dangerous form of the illegal use of force)”이라고 규정하면서, 제1조에서는 보다 자세히 “타국의 주권, 영토보전이나 정치적 독립에 반하는, 또는 유엔헌장에 부합하지 않는 방식의 무력사용”<sup>10)</sup>이라고 설명하였다. 요컨대, 유엔헌장의 기조에 반하는 여러 종류의 무력사용 중에서도 특히 타국의 영토보전 및 정치적 독립을 침해하

---

아-에티오피아 청구위원회는 “소규모 부대 간에 벌어진 국지전이 설사 인명 손실을 야기하더라도 유엔 헌장상의 무력공격을 구성하지 않는다.”라고 판시하였는데, 이것은 무력공격의 중대성 요건이 비단 집단적 자위권에만 적용되는 것은 아니라는 점을 나타내고 있다. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission (EECC): Partial Award, Jus Ad Bellum, Ethiopia's Claims 1-8, Decision of 19 Dec. 2005*, para. 11, RIAA, Vol.26, pp. 457-469.; 그와 관련하여, 일부 학자들은 소규모 군사행동에 대하여도 자위권이 허용된다고 주장하면서 방어적 군사행동(defensive military action), 부대자위권(unit self-defense), 현장대응(on-the-spot reaction) 등의 용어를 사용하여 합리화하고 있으며, *Oil Platforms* 사건에서 Simma 재판관은 개별의견을 통해 낮은 수준의 적대적 군사행동(lower level of hostile military action)에 대해 무력을 사용하여 방어하는 것은 적법하다고 주장하였다. Separate Opinion of Judge Simma in *Oil Platforms case (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *ICJ Reports, 2003*, p. 161, paras. 12-13; 딘스타인(Dinstein)은 자위권이 국가에 의해서만 시행될 수 있기 때문에 부대자위권(unit self-defense)보다는 현장대응(on-the-spot reaction)이 더 정확한 표현이라고 하면서, 현장대응도 필요성, 비례성, 즉각성의 요건을 갖추어야 하며 과도한 자위권은 배제되어야 한다고 강조하였다. Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 6<sup>th</sup> ed. (Cambridge Univ. Press, 2017), pp. 262-263; 다만, 그러한 소규모 무력행위에게까지도 무력공격을 인정하려는 주장은 모두 각각의 반박에 노출되어 있고, 그와 관련된 논쟁은 아직 계속되고 있다.

6) *ibid.*, p. 103, para. 195.

7) *ibid.*: 1986년 *Nicaragua* 사건에서 ICJ는 무력공격에 이르지 않는 낮은 수준의 무력행위를 ‘단순한 국경분쟁(mere frontier incident)’, 2003년 *Oil Platforms* 사건에서 Simma 재판관은 개별의견에서 ‘낮은 수준의 적대적 군사행동(lower level of hostile military action)’, 2007년 국제법학회(Institut de Droit International)는 산티아고 결의에서 ‘저강도 무력행위(Acts involving the use of force of lesser intensity)’ 등으로 지칭하였으나, 이에 대한 정확한 개념 정의가 부재하므로 본 논문에서는 일반적인 규모와 효과를 나타낼 수 있는 ‘소규모 무력행위’라고 지칭한다. 다만 문맥에 따라 그 본래의 의미를 고려하여 위의 용어들을 혼용한다.

8) “Definition of Aggression”, UNGA RES. 3314 (XXIX) 14 Dec. 1974.

9) 김석현, “UN헌장 제2조 4항의 위기”, 『국제법학회논총』, 제48권 제1호 (2003), 80면, 김대순, 『국제법론』, 제20판 (삼영사, 2020), 1462면, Nguyen Q. Dinh, Patrick Daillier & Alain Pellet, *Droit International Public*, 2<sup>nd</sup> ed. (Paris: LGDJ, 1980), p. 900; 유엔헌장 불어본 제51조에는 ‘armed attack’을 ‘une aggression armée’로 표현하고 있으며, *Oil Platforms* 사건에서 Simma 재판관은 armed attack을 불어본의 une aggression armée와 동일시하였다. Separate Opinion of Judge Simma in *Oil Platforms case*, *op. cit.*

10) “Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this Definition.”

는 행위에 대해서는 침략행위, 즉 제51조상의 무력공격으로 간주할 수 있다는 것이다.

나아가 침략행위의 구체적인 사례로 일곱 가지를 열거하였는바,<sup>11)</sup> 그중 제3조의 (a)~(d)호는 직접적인 무력사용의 형태를 나타내고 있는데, 그 사례들을 관통하는 핵심적인 특징은 병력 또는 화력에 의한 국가영역의 침범 또는 폭격, 그리고 타국 군대에 대한 직접적인 공격으로 요약할 수 있다. 즉, 국경선을 넘어 국가영역을 공격하거나 군대 간의 공격 수준에 이르는 심각하고 위험한 군사행동에 대하여만 피해국의 자위권적 무력대응이 인정된다는 것이다. 특히 (b)호는 타국의 영역에 대한 폭격(bombardment)이나 여하한 무기의 사용(use of any weapons)을 규정하고 있어 국가영역에 대한 직접적 무력행위가 의미하는 심각성을 상징적으로 나타내고 있다. 다만 제4조에서는 열거된 일곱 가지 사례가 침략행위를 모두 나타내는 완전한 목록이 아니며, 안전보장이사회가 또 다른 형태의 침략행위를 규정할 수 있다고 부연 설명하고 있다.

여기서 침략행위, 즉 무력공격의 사례를 목록화하는 것이 얼마나 어려운지에 대한 문제를 짚어볼 필요가 있다. 위의 제4조에서 지적한 것처럼, 국가의 영토보전이나 정치적 독립에 반하는, 또는 유엔헌장에 부합하지 않는 형태의 무력사용 형태를 한정된 목록으로 요연하게 제시하는 것은 사실상 불가능에 가까운 일이라고 할 수 있다. 왜냐하면 위 요소들을 정량적으로 평가하기도 어렵거니와 그 영향도 개별 국가의 정치·경제·사회·안보 상황 등에 따라 모두 다른 양상으로 나타날 수 있기 때문이다. 또한 가해국이 불순한 의도를 가지고 있다면 피해국의 영토 안에서뿐만 아니라 그 바깥에서라도 그들이 의도한 목적을 전적으로 또는 부분적으로라도 달성할 수 있는 것이다.<sup>12)</sup> 그래서 피츠모리스는 침략의 행위를 한정적으로 목록화하는 것이 군사적 또는 정치적으로 매우 위험한 일이라고 하면서, 특히 국경 지역에서 가해국이 불순한 의도로 목록 이외의 무력 도발을 수시로 일으켜 오히려 침해국의 무력공격을 유발할 수도 있다고 우려하였다.<sup>13)</sup> 이것은 무력공격의 범주화가 어렵다는 말이기도 하지만, 그와 함께 무력공격의 요건이 악용되거나 자의적인 해석에 맡겨져서는 안 된다는 의미이기도 하다. 요컨대, 분쟁이 빈번한 국경 지역에서만큼은 무력공격의 법적 경계와 그에

11) Article 3: "Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of article 2, qualify as an act of aggression: (a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof, (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State; (c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State....."

12) G. Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 139.

13) *ibid.*

따른 법적 책임의 귀속 여부를 명확히 하여 자위권의 정당하고 안정적인 발동 여건을 보장할 필요가 있는 것이다.

요약해보면 유엔체제는 가해국이 상당한 수준의 군사행동을, 비록 그 한계를 명확하게 제시하지는 않았지만, 동원했을 때에만 비로소 피해국의 합법적인 자위권 발동 요건이 충족된 것으로 보고 있다. 달리 말하면, 군사행동의 규모와 효과에 있어 낮은 수준의 무력행위에 대하여는 피해국이 정당하게 무력을 사용하여 스스로를 방어할 수 없다는 것이다. 그러한 현상에 대하여 일부 학자들은 여하한 무력사용에 대한 개별 국가의 자위권보다 국제평화와 평화적 해결수단이 우선시되기 때문이라는 해석을 내놓고 있으나,<sup>14)</sup> 그러한 논리가 국경 지역에서도 유효하게 적용될 수 있는지에 대해서는 보다 구체적인 검토가 필요하다.

## 2. 국경총돌에 대한 일반적인 인식

타국 영역에 대한 무력공격은 필연적으로 영토주권에 반하여 이루어지기 때문에 피해국은 자국의 '영토보전'과 '정치적 독립'을 수호하기 위하여<sup>15)</sup> 본능적으로 국가의 고유한 권리인 자위권을 행사한다. 여기서 말하는 영토보전과 정치적 독립은 '국가성(statehood)'의 골자를 이루는 요소로서 어떠한 국가가 국제사회에서 주권국가로서 존립하는 데 필요한 핵심적인 자격과 토대를 제공한다.<sup>16)</sup> 그러한 의미에서 국제연맹은 규약 제10조에서 모든 회원국들이 타국의 영토보전과 정치적 독립을 존중 및 보존하기로 약속하였고,<sup>17)</sup> 이를 계승하여 유엔헌장 제2조 제4항<sup>18)</sup>은 일국의 영토보전 또는 정치적 독립에 대하여 여하한 무력의 위협이나 사용을 금지함으로써 모든 국가에 부여된 국가성 및 주권의 위상과 그 중요성을 상징적으로 나타내었다.<sup>19)</sup> 이 두 가지 요소는 국가의 완전성에 기여하면서 상호 밀접한 개념

14) Laurie R. Blank, "Irreconcilable Differences: The thresholds for Armed Attack and International Armed Conflict", 96 *Notre Dame L. Rev.* 249 (2020), p. 257.

15) 제성호, "국제법상의 자위권과 국지도발", 『국방정책연구』, 제27권 제2호 (2011), 141면.

16) Panu Minkkinen, "The Ethos of Sovereignty: A Critical Appraisal", *Human Rights Review* (2007), p. 43; 오펜하임(Oppenheim)은 국가주권이 국가성(Statehood)을 구성하는 요건이라고 하면서, 이는 다시 독립성(independence), 영토보전(territorial integrity), 그리고 대인고권(personal supremacy)으로 구분된다고 하였다. Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8<sup>th</sup> ed. by H. Lauterpacht (London: Longmans, Green, 1955), p. 286.

17) "The members of the League undertake to respect and preserve as against external aggression *the territorial integrity and existing political independence* of all Members of the League....."

18) "All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against *the territorial integrity or political independence* of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations."

19) '영토보전'과 '정치적 독립'이라는 용어는 당초 유엔헌장 제2조 제4항의 초안에 포함되지 않았으나, 추후 다수

으로 인식되고 있는데, 왜냐하면 영토는 국가의 존립에 필요한 공간적인 틀을 제공하면서 정치적 독립의 구현을 위한 필요조건으로도 기능하기 때문이다.<sup>20)</sup> 즉, 영토는 국가의 정치적 독립이 구현되는 터전이면서 외국 정부가 무단으로 침범할 수 없는 불가침의 영역으로 간주되고 있는 것이다.<sup>21)</sup>

여기서 주목해야 할 점은, ICJ가 니카라과 사건에서 자위권의 발동 조건을 실시하면서 ‘무력공격’의 개념을 ‘단순한 국경분쟁(mere frontier incident)’과 비교한 내용이다. 동 사건에서 ICJ는 무력공격이 성립하려면 국경 내로의 병력 파견이 단순한 국경충돌과는 구별되는 상당한 수준의 무력행사여야 한다고 판시하였다. 즉, 타국의 영역을 무력으로 침입했을 때 그 규모와 효과가 어느 정도의 수준을 상회해야 자위권에 호소할 수 있는 무력공격의 요건이 충족된다는 것이다. 그렇지만 단순히 규모와 효과에 따른 접근방식을 국경 지역에서도 적용할 수 있는지에 대해서는 논쟁의 여지가 있다. 왜냐하면 국가영역이 아닌 무주지(*terra nullius*)나 공공물(*res communis omnium*)의 영역에서라면 오로지 무력사용의 규모와 효과만을 가지고 그 교전의 심각성을 판단할 수 있지만, 고의로 국경을 넘은 가해국의 병력은 그 정도에 관계없이 이미 피해국의 영토보전과 정치적 독립을 무력으로 훼손한데다 나아가 이를 보호하려는 피해국의 방어 의지까지 제압하려는 의도를 내포하고 있기 때문이다. 따라서 영역 침범에 따른 여하한의 무력행위는 영토국가의 주권의지에 정면으로 도전하는 행위이므로, 정치적 독립성에서 비롯된 국가 자위권의 발동을 정당화하는 요인이 될 수 있다.<sup>22)</sup>

그러한 맥락에서 오펜하임(Oppenheim)은 “국가의 주권은 국가 외부로부터의 위법행위를 저지하기 위한 모든 조치를 취할 수 있다.”고 하며 외부의 침해에 대한 국가주권의 방어적 속성을 제시하였고,<sup>23)</sup> 딘스타인(Dinstein)은 “국가의 주권은 외부의 모든 침해행위로부터 국가영역을 보호해야 한다.”고 하여 국가영역 방어의 당위성을 주장하였다.<sup>24)</sup> 또한 델루피스(Delupis)는, 보다 구체적으로, “단순한 국가영역 침입행위(trespass)라고 할지라도 필요시에는 강력하게 물리력을 동원하여 그 도발을 격퇴해야 한다.”고 하였다.<sup>25)</sup> 이러한 입장은 국가영역의 불가침성을 강조한 것으로서, 국가는 외부로부터의 어떠한 침해행위에도 국

국가들의 요구로 두 개념의 중요성을 강조하기 위해 포함되었다.... ‘영토보전’과 ‘정치적 독립’에 반하는 모든 종류의 무력행위를 금지하려는 의도로 작성되었다. Yoram Dinstein, *op. cit.*, p. 93.

20) Christian Marxsen, “Territorial Integrity in International Law - Its Concept and Implications for Crimea”, *ZaöRV* 75 (2015), p. 10.

21) *ibid.*

22) 셔(Shaw)는 독립성에서 영토와 국민에 대한 관할권과 자위권 등이 파생된다고 하였다. Malcolm N. Shaw, *op. cit.*, p. 212.

23) Lassa Oppenheim, *op. cit.*, paras. 447, 450.

24) Yoram Dinstein, *op. cit.*, p. 178.

25) Ingrid Delupis, “Foreign Warships and Immunity for Espionage”, *AJIL*, Vol.78, No.1 (1984), p. 72.

가주권의 터전인 영토를 보전함으로써 국민과 국가성을 보호하고 존립시켜야 할 의무가 있다고 보는 것이다. 요컨대 타국이, 비록 낮은 수준의 무력을 사용하더라도, 국가영역에 무단으로 침입한다면 영토국은 그러한 위기와 위협으로부터 국가와 국민을 보호하기 위해 여하한 방법을 사용하여 이를 즉각적으로 배제해야 한다는 것이다.

특히 국경 지역에서의 무력충돌은 국가 간 갈등이 장기적으로 지속되거나 군사적 갈등이 참여한 국가들 간에 발생하는 경우가 많다. 다만 그러한 도발은 상당한 규모와 효과를 발생시키지 않는 지극히 국지적인 수준에서 소규모로 발발할 수 있다. 가령 소수의 병력이 흥기를 들고 국경을 넘어 피해국의 경계 병력을 기습적으로 공격하거나, 또는 가해국의 병력이 국경 너머에서 총격이나 포격을 가하는 상황과 같이 소수의 병력에 의해 제한된 규모로 군사적 도발을 일으키는 경우이다. 여기서 중요한 점은, 이러한 상황에서 과연 피해국은 어떠한 대응수단을 강구할 수 있는 것인가이다. 말하자면, 가해국의 군사적 도발에 가차없이 무력으로 대응할 것인지, 아니면 가해국의 소규모 무력행위가 국가 자위권의 요건에 해당되지 않으므로 막연히 그 도발이 종료되기를 기다렸다가 위법행위에 따른 배상을 요구할 것인지 등을 고민하는 것이다. 그러한 맥락에서 과거에 국지적으로 발생했던 국경충돌 사례를 살펴보는 것은 분쟁에 대한 당사국들의 대응 의지와 국가영역이 주권국가에게 의미하는 바를 이해하는 데 도움이 될 것이다.

### Ⅲ. 국가실행과 평가

#### 1. 국경 지역에서의 무력충돌 사례

그동안 국경 지역에서의 국가 간 무력충돌이 전면전으로 치닫지는 않았지만 소규모로 발생하여 현장에서 종결된 사례는 많이 있었다. 다만 대부분의 국경충돌은 양측 간 국경 획선이 확정되지 않은 불안정한 상황에서 발생하는 경우가 많다.<sup>26)</sup> 그중 언론을 통해 잘 알려진 사례로, 최근에 벌어졌던 중국과 인도의 국경충돌 사건은 낮은 수준의 무력 강도에도 불구하고 국제사회의 많은 관심을 불러일으켰는데, 그 사건의 개요를 정리하면 다음과 같다.

2020년 6월 15일 인도 북부의 꺄원(Galwan) 계곡에서 인도와 중국 병력 간에 국경충돌이 발생하였다. 양국은 1962년 중·인 전쟁 이후 국경선을 잠정적으로 대신하는 실질통제선

26) 국경이 불명확한 국가 간에 영역 확보를 위한 무력행위가 빈번했었다는 의미이며, 이미 국경이 합의된 국가들이라고 할지라도, 안보적 경쟁 또는 종교적·감정적 대립 등으로 인해 국경충돌이 발생하기도 한다.

(LAC: Line of Actual Control)<sup>27)</sup>을 설정하여 운영하고 있었으며, 일부 구간에서는 경계선이 명확하지 않았고 동 분쟁이 발생한 갠윈 계곡도 그중 하나였다. 충돌이 발생한 곳은 인도가 관할하고 있는 지역으로서 다수의 사망자가 발생하였는데,<sup>28)</sup> 주목할 점은 교전 간에 어떠한 총포도 사용되지 않고 난투전만으로 싸움이 이루어졌다는 것이다. 동 충돌에서 양측은 돌, 쇠파이프, 가시철사를 감은 몽둥이 등으로 싸웠는데, 그 이유는 1996년 상호 합의에 따라 실질통제선 인근에서는 총기 및 폭발물을 소지하는 것을 금지하였기 때문이다.

동 사건의 객관적인 자료 및 정황을 놓고 보면, 충돌한 지역이 인도의 점령지역이므로, 그 발단과 선점 과정은 차치하고라도, 중국군이 먼저 인도군에 선제공격을 가했던 것으로 보인다.<sup>29)</sup> 일단인 중국군 병력이 국경선으로 간주되는 실질통제선을 월선하여 무력행위를 시작했는데, 여기서 눈여겨볼 사안은 중국군이 최초로 행한 무력행위 수준이다. 즉, 중국군이 총포를 사용하지 않고 쇠파이프 등의 흉기를 사용하여 백병전을 시작한 것이 과연 무력공격에 해당되는지의 여부인데, 달리 말하면 동 사건이 1986년 니카라과 사건에서 언급한 단순한 국경충돌 사례에 해당되는 것인지, 아니면 제51조상의 무력공격으로 간주해야 할 것인지를 판단하는 것이다. 여기서 중요한 점은, 일국의 무장 병력이 무단으로 잠정 경계선을 넘어, 비록 총포를 사용하지는 않았지만, 근접무기로 무력행위를 도발하여 피해국에 다수의 사망자를 발생시켰다는 것이다. 요컨대 중국군의 도발은, 월경과 백병전이 연계되어, 피해국의 점령 지역 내에서 무력사용의 위법행위와 더불어 피해국의 영토와 국민에 직접적인 물리적 위해를 가하는 결과를 야기하였다.

두 번째로 살펴볼 사례는 1969년 3월 2일에 있었던 중국과 구소련 간의 국경충돌 사건이다. 당시 구소련의 타스통신(TASS)은 무장한 중국군 약 300명이 먼저 자국 영토에 침범했다고 보도했고, 반면에 중국 당국은 무장한 구소련의 국경경비대가 중국 측 영토에 침입하여 먼저 도발했다고 주장했다.<sup>30)</sup> 이것은 양국이 문제의 도서인 전바오섬(러시아명 다만스키섬)<sup>31)</sup>을 제각기 자국의 영토로 간주했기 때문인데, 그 배경에는 국경조약상 경계선에 관한

27) 1993년 양측 간 최초로 실질통제선이 합의되었으며, 1996년 국경조약 제10조에서 이를 확인하였다. 그러나 모든 국경선에 대하여 완벽히 합의되지 않은 관계로 합의 이후에도 분쟁이 계속되고 있다. Line of Actual Control - Wikipedia: [https://en.wikipedia.org/wiki/Line\\_of\\_Actual\\_Control](https://en.wikipedia.org/wiki/Line_of_Actual_Control). 24.3.1. 검색.

28) 인도 측 주장에 따르면, 2020년 5월 이후 수천 명의 중국군이 동 지역으로 들어와 참호, 천막 및 포를 설치하고 60km의 인도 관할지역을 점령하였다. 이날 충돌로 인도군 20명, 중국군 43명이 사망했다. 이철민, “핵 가진 중국·인도, 히말라야에선 돌 들고 이렇게 싸운다.”, 조선일보, 2020.6.17.

29) 당시 일련의 충돌과정을 통해 중국은 40-60km<sup>2</sup>의 영토를 확장한 것으로 분석된다. Conflict at the China-India Frontier, Congressional Research Service, Jun. 17, 2020. p. 1; 다만 중국 외교부는 브리핑을 통해 인도군이 국경을 넘어와 도발했고, 이 과정에서 맨손 격투를 벌였다고 주장했다. 이재용, “중국-인도 유혈충돌로 인도군 20명 사망”, 노컷뉴스, 2020.6.17.

30) “중국과 소련, 전바오섬에서 무력충돌 발생”, 조선일보, 1969.3.2.

31) 우수리강에 있는 면적 0.74km<sup>2</sup>의 작은 섬으로서, 중국 측 연안에서 200m, 러시아 측 연안에서 300m 떨어져 있다.

세부 규정이 미비하여 동 도서가 어느 국가에 귀속되는지에 대한 분쟁이 존재했던 것이다. 알려진 바로는, 충돌 당일 중국군 특수부대원들이 전바오섬에 잠입하여 몽둥이와 목봉 등으로 기습공격을 가하였으며, 이후 전세가 구소련 측에 불리해져 구소련군이 총을 발사하게 되면서 양측에 큰 피해를 야기하는 상황으로 확대되었다.<sup>32)</sup> 결과적으로 일방의 분쟁지역 침입과 근접무기 사용이 상대의 총포 사용을 유도하여 심각한 교전상황으로 치닫게 만든 것이다.

동 분쟁도 불명확한 국경선으로 인해 발생하였는데, 문제는 누가 먼저 무력을 행사하였고 그러한 군사행동이 제51조상의 무력공격에 해당하는가 여부이다. 중요한 점은, 단지 전바오섬이 어느 국가에 귀속되는지에 관한 문제를 떠나서, 구소련군이 차지하고 있던 분쟁지역에 중국군이 잠입하여 선제적으로 무력을 행사했다는 것이다. 비록 초전 상황에서 총포와 같은 원거리 살상용 무기는 사용되지 않았지만 중국군은 분쟁지역에 병력을 파견하여 폭력적인 행동으로 섬을 점령함으로써 소련군의 총격을 유발하였고, 결국 수십만 명의 병력이 대치하고 전차와 헬기까지 동원하는 등 심각한 수준의 교전 양상으로 격화되고 말았다. 요컨대, 국경선이 확정된 지역은 아니라고 할지라도, 중국은 무장 병력을 파견하여 구소련 군대에 선제적으로 무력을 행사하였으며, 그러한 과정에서 상대국의 점유 영역을 유린하고 경계 병력에 일방적인 위해를 가한 점은 분명해 보인다.

끝으로 남북한 간 북방한계선(NLL: Northern Limit Line, 이하 ‘NLL’이라 함)을 사이에 두고 포탄을 주고받는 군사적 충돌 상황에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. 서해 NLL은 서해 5개 도서<sup>33)</sup>와 북한 영토 간에 획선되어 있지만, 이것은 양측의 영해 경계선이라기보다는 정전상태를 유지하고 군사적 충돌을 방지하기 위한 잠정적 해상 군사분계선으로 이해해야 한다.<sup>34)</sup> 즉, 정전협정에 규정되지 않은 해상 군사분계선을 운용함으로써 정전체제를 안정적으로 유지하고, 도발을 일삼는 북한 선박의 영토 접근을 방지 및 감시하기 위한 목적이 크다고 할 수 있다. 따라서 NLL이 영해 한계선을 넘어 공해상까지 확장되어 있음에도 불구하고 북한 선박이 이를 월선한다면 동 행위를 정전체제 위반과 군사적 관할해역에 대한 침범으로 간주하고 강력하게 대응할 필요가 있는 것이다. 사실상 NLL은 바다에서의 군사적 충돌을 예방하는 실질적 해상경계선인 것이다.

2014년 3월 31일 북한은 서해 NLL 너머의 우리 통제해역에 먼저 해안포 및 방사포 사격을 가해왔다. 북한은 남측에 일방적으로 사격계획을 통보한 후 8차례에 걸쳐 약 500여 발의

32) 이후 교전 양상이 확대되어 중소 국경지대에 수십만 명의 병력이 집결하여 대치하게 되었다. 중소 국경분쟁 - Wikipedia: <https://ko.wikipedia.org/wiki/24.3.1.검색>.

33) 백령도, 대청도, 소청도, 연평도, 우도.

34) NLL은 정전체제가 존재하는 한에서만 타당한 잠정적인 대북한계선이다. 제성호, 『한반도 안보와 국제법』, (KIDA, 2010), 217면.

사격을 실시했고, 그중 100여 발이 백령도 인근의 NLL 이남 해역에 떨어졌다.<sup>35)</sup> 우리 당국은 북한의 NLL 너머로의 포 사격을 관할해역에 대한 공격으로 간주하고 즉시 NLL 북측 해역에 K-9 자주포와 별컨포로 약 300발의 대응사격을 실시하였다. 당시 북한군 병력에 의한 NLL 월선과 사격에 따른 사상자는 발생하지 않았지만, 남측 정부는 북한의 과거 도발 행태를 고려하여 북한군의 도발적인 사격을 NLL 무실화와 남측 해역에 대한 훼손 행위로 간주하였다.

위 사례들에서 본 것처럼, 대부분의 사건들은 국경선이 합의되지 않은 불안정한 상황에서 촉발되는 경우가 많았으며 주로 가해국의 소규모 무력행사로부터 시작되어 때에 따라서는 심각한 교전 양상으로 확대되기도 하였다. 주목할 점은, 최초 가해국의 무력행사가 백병전 수준의 난투극이거나 단순한 군사분계선 월선 상황으로 시작되었다는 것과 피해국도 여지없이 그에 상응하는 무력대응을 했다는 것이다. 이러한 공방 패턴은 그만한 군사적 능력을 가지고 있는 주권국가라면 예외 없이 실행되는 자연스러운 현상이라고 할 수 있다.<sup>36)</sup> 즉, 가해국의 무력사용이 유엔헌장상의 무력공격 수준에 이르지 않더라도 그러한 도발 행위가 국경선을 넘어 가해했다면 피해국은 외부의 침해행위에 대하여 한 치도 양보하지 않는 적극적인 무력대응을 해 왔던 것이다.

## 2. 국경충돌 사례 평가

유엔헌장 제51조의 무력공격에 해당하려면 무력행사의 수준이 상당한 수준에 이르러야만 하나, 앞서 살펴본 대로 국경 지역에서 무력충돌이 발생하면 피해국은 그 규모나 강도에 관계없이 가용한 무력수단을 사용하여 적극적으로 대응해 왔다. 즉, 국방의 의지가 있는 대부분의 주권국가들은, 분쟁을 평화적으로 해결하고자 하는 유엔헌장의 이상과는 관계없이, 자국의 국가영역을 지키기 위해 외부의 무력 침범행위에 대하여 강력히 저지하고 격퇴하려는 모습을 보이고 있는 것이다. 특히 국경 지역에서 발생하는 무력충돌은 국가영역 침범이나 국경 무실화의 목적으로 발생하는 경우가 많아 영토주권 문제와 긴밀히 연결되어 있는데, 이와 관련하여 정당한 자위권의 개념 정립을 위해 무력공격의 요건을 구체화하려는 개별 학자들의 노력이 있어 왔다.

그중 딘스타인은, 국경 지역의 특수성에 주목하며, 타국의 국경 침범행위가 유엔헌장상의

35) 김재중, “3시간 15분간 포격... 軍, 정밀지격탄 탑재 F-15K 즉각 출격”, 국민일보, 2014.4.1.

36) Jacob Sundberg, “Legitimate Responses to Aerial Intruders: The View from a Neutral State”, *Annals of Air and Space Law*, Vol.10 (1985), pp. 267-268.

무력공격으로 인정되기 위해서는 적어도 두 가지의 요건을 충족해야 한다고 하였다: “첫째는, 국경선 월선 행위가 의도적이어야 하고 우발적으로 발생해서는 안 된다.<sup>37)</sup> 두 번째는, 적어도 수 명 이상의 병력이 고의로 국경을 침범하여 일정한 기간 동안 피해국의 영역에 체류해야 한다.” 요컨대 그의 주장은, 국경 월선의 고의성과 함께 병력 및 체류 기간의 상당성 요건을 충족해야 제51조상의 무력공격에 해당되어 피해국의 정당한 자위권을 인정할 수 있다는 것이며, 그 이면에는 소수 병력의 우발적 국경 침범에는 자위권을 인정하지 않음으로써 불필요한 무력충돌을 방지하겠다는 의도도 내포되어 있다. 즉, 영역 침범의 의도가 없거나 소규모 병력의 일시적 월경 행위에 대해서는 피해국의 무력대응을 제한하여 무분별한 충돌이나 사태의 확산을 막고자 하는 선의의 취지도 담겨있는 것이다.

그렇지만 국경 지역에서 무력충돌이 함의하는 바를 고려할 때, 던스타인의 이론이 자위권의 발동 조건을 객관화하는 합목적적인 기준이라고 보기는 어렵다. 왜냐하면 국경 지역에서 침범의 고의성과 월경 병력 및 체류기간의 상당성을 입증하는 일은 매우 주관적이고 자의적으로 이루어질 수 있기 때문이다. 부연하면, 먼저 국경선이 모호한 지역에서 일국 병력의 월경행위에 대하여 파견국은 월경 지역이 자국의 영역이라고 주장하거나, 또는 착오에 의한 월경이라고 둘러댈 수 있을 것이다. 병력의 규모와 체류 기간 역시 다른 입장이 대립될 수 있으며, 객관적인 입장에서 보더라도 파견된 병력의 임무에 따라 동 요건이 달리 해석될 수 있다. 가령 지형적으로 협소한 접경지역에서 침해국의 병력이 국경의 무실화를 위해 기습적으로 국경을 월선했다면 그 병력의 규모는 상당한 수준에 이를 필요가 없으며, 그 성과도 일시적 또는 간헐적인 방식으로 달성될 수 있으므로 상당한 체류기간의 시간적 요건이 필수적이라고 볼 수 없다.

특히 모호하게 획정된 국경을 두고 벌어지는 무력충돌에서는 서로 상대측의 선제적 월경을 주장할 가능성이 높으므로 현상(現狀)과 사실에 기반한 상황 해석이 중요하다.<sup>38)</sup> 만약 현재 어떠한 국가가 타국이 주둔해 있는 지역을 무력으로 점령하려 한다면, 비록 그 지역이 분쟁지역이라고 할지라도, 동 행위는 원칙적으로 유엔헌장 제2조 제4항에 위배될 뿐만 아니라 해당 지역에서의 도발적 행위 여하에 따라 제51조상의 무력공격에 해당될 수도 있는 것이다. 즉, 가해국이 국경을, 임시적이든 또는 확정적이든, 월선하여 공공연하게 무력을 행사한다면 그러한 공격 행위는, 병력의 규모와 체류 시간 여하에 관계없이, 필연적으로 제51조상의 무력공격에 해당될 가능성이 높다고 볼 수 있다. 가해국의 병력이 무단으로 국경을 넘

37) Yoram Dinstein, *op. cit.*, pp. 213-214.

38) 영토분쟁의 존재 여부를 확인할 때는 당사국들의 권원 주장에 대한 정당성보다는 양측 간에 영토분쟁이 존재한다는 사실 파악이 더 중요하다. Constantinos Yilallourides, Markus Gehring, Jean-Pierre Gauci, *The Use of Force in relation to Sovereignty Disputes over Land Territory*, (BIICL, 2018), p. 9.

어 무력을 행사한다는 것은 피해국의 영토보전과 독립성을 훼손하고 주권 수호 의지마저 공격하려는 의도로 볼 수 있기 때문이다.

이러한 관점에 따라 위의 충돌 사례들을 살펴보면 무력공격의 개념이 보다 구체적으로 적시될 수 있다. 우선 위 사건들은, 잠정적인 경계선을 유지하고 있는 가운데, 가해국이 국경선의 무실화를 위해 그 경계를 침범 또는 피해국 영토의 일부를 강제 점령한 경우이거나, 혹은 그 너머로 제한적인 포격을 가한 경우에 해당된다. 그중 첫 두 사례에서는 국경선이 모호한 상황에서 다수의 병력이 피해국의 점령 지역에서 상당한 시간 동안 백병전이나 영역 강점을 기도하였고, 결국은 소규모의 병력 충돌이 커다란 교전으로 확대되는 양상을 보였다. 초전 상황에서 가해국의 총포 사용은 없었지만 백병전용 근접무기를 사용하여 상대국의 병력에 선제적인 공격을 시도하였고, 그로 인해 인명의 손실과 교전상황이 확대되는 결과로 이어졌다. 세 번째 사례인 NLL 무실화 사건의 경우에는, 북한이 정전상태에서 해상 군사분계선인 NLL 너머로 포격을 가하여 남측의 통제영역을 일방적으로 훼손하는 결과를 야기했고 그에 대하여 북측 해역에 대한 남측의 대응 포격이 있었다. 비록 남측의 인명이나 시설 피해는 없었지만 해상경계선으로서 NLL의 위상을 고려하여 남측은 즉각적으로 상대의 해역에 비례적이고 충분한 수준에서 물리적인 대응을 실시한 것이다.

결국 위 사례들에서 가해국들은 선제적으로 국경을 침범하여 소규모 또는 낮은 수준의 무력을 행사했지만 피해국들은 이를 의도적인 국경 침범 또는 무실화 행위로 간주하고 한 치의 양보 없이 반격하는 모습을 보였다. 피해국의 입장에서는 자국의 영역에 무단으로 침입 또는 공격한 타국의 병력을 자연스럽게 격퇴한 것으로서, 이것은 당연한 외적의 침입을 본능적으로 물리치려는 국가의 오랜 습성에서 비롯되었다고 할 수 있다. 그와 관련하여 국가의 국가성에 내재된 자기보존적 속성을 확인하고 이를 계승하는 자위권의 본질을 살펴보는 것은 그 선결 요건인 무력공격의 개념 정립에 도움이 될 수 있다.

## IV. 국경 지역 무력공격에 관한 법적 개념 정립

### 1. 자위권의 성문화 과정 고찰

라우터팍트(Lauterpacht)는 유엔헌장 제51조가 단일 국가의 유사시 무력사용을 승인하는 유일한 조항이지만, 여기에는 국가의 고유한 권리로서 자위권의 자연법적인 특성이 그대로 남아있다고 언급하였다.<sup>39)</sup> 나아가 올린(Ohlin)은 자연법상의 자위권이 제51조의 실정법

으로 구현되어 나타났다고까지 하였다.<sup>40)</sup> 이것은 유엔헌장 제51조의 창설 이전부터 이미 국가들이 일반국제법상 자위권을 향유하고 있었다는 의미이며, 그러한 특성에 대하여 ICJ는 1986년 니카라과 사건에서 구체적으로 설명하였는데, 즉 자위권이 자연법적인, 그리고 관습법적인 권리에 근거했을 때 비로소 국가의 고유한(inherent) 권리로서의 의미를 지니게 된다고 지적하였다.<sup>41)</sup> 그러한 관점에서, 헌장에는 자위권의 행사 요건인 무력공격의 개념과 필요성 및 비례성에 대한 기술이 부재하며, 동 권리는 헌장에 의해 부여된 권리가 아니라 이와는 별개로 오래전부터 관습법에 따라 행사되는 국가의 고유한 권리라고 설명하였다.<sup>42)</sup> 요컨대 ICJ는 자위권이 자연법에서 유래된 국가의 고유한 권리로서, 헌장과는 별개로 자위권의 또 다른 영역을 규율하는 관습법 규범이 병행적으로 존재하고 있다는 점을 인정한 것이다.

관습법상의 자위권은 예로부터 자기보존권(self-preservation)의 한 영역으로서 발전해 왔다.<sup>43)</sup> 즉, 자기보존권은 국가의 핵심적 이익에 영향을 미치는 현실적 위해에 대한 자위적 조치뿐만 아니라 미래의 위해와 자기보존에 필요한 예비적 조치까지 취할 수 있는 광범위한 권리로서, 전쟁의 자유가 인정되었던 19세기 후반까지 많은 국가들에 의해 필요시 자국의 일방적인 불법 행위를 정당화하는 논리로도 이용되어 왔다.<sup>44)</sup> 그래서 자기보존권은 국가주권의 유지를 위해 외부의 침해와 국가적 위기에 적극적으로 대응할 수 있는 국가행위의 법적 기반이었으며, 그러한 규범의 틀 속에 자위권을 포함한 다양한 국가 보존의 기본권이 함께 존속되어 왔던 것이다. 그러다가 19세기 후반부터 국가의 일방적인 위법행위에 대한 성찰이 일어나면서 자기보존권의 여러 영역 중에서 자위권만을 인정하는 분위기가 확산되었는데,<sup>45)</sup> 자기보존권의 무분별한 인정보다는 당면한 물리적 위해에 대한 자기보존권, 즉 자위권만을 인정하는 여론이 국제공동체의 지지를 받게 된 것이다.

이러한 분위기에서 20세기 들어 국가 간 합의를 통해 자위권을 성문화하려는 움직임이 일어나게 된다. 그 시발점으로, 비록 자위권에 대한 직접적인 언급은 없었지만, 1919년 국제연맹 규약 제8조에서는 국가들의 군비(national armaments)를 국가의 안전(national safety)에 필요한 만큼만 허용할 수 있도록 규정하는 조항을 마련하였다.<sup>46)</sup> 이후 방어적인

39) Lassa Oppenheim, *op. cit.*, p. 267.

40) Jens David Ohlin, "The Doctrine of Legitimate Defense", 91 *International Law Studies* (2015), p. 126.

41) *ICJ Reports, 1986*, p. 94, para. 176.

42) *ibid.*

43) 자기보존권은 자위권을 포함하는 보다 넓은 개념으로서, 외부의 공격뿐만 아니라 국가의 안전이 위협을 받는 모든 상황에서 무력으로 대응할 수 있는 권리로 활용되어 왔다. Ian Brownlie, "The Use of Force in Self-Defence", 37 *BYIL* (1961), pp. 183, 186, 189.

44) 전순신, "Jus ad bellum에 있어 필요성·균형성 원칙의 기원", 『동아법학』, 제47호 (2007), 168면.

45) 위의 주, 168-169면.

46) 제8조: "The Members of the League recognise that the maintenance of peace requires the

개념의 자위권을 규정하는 최초의 다자조약이 체결되는데, 1925년 로카르노 조약(Locarno Pact)<sup>47)</sup> 제2조에서는 ‘정당한 방어(legitimate defence)’의 경우를 제외하고는 회원국에 대한 공격이나 무력의 호소를 금지한다고 규정하였다. 그런데 흔히 부전조약으로 알려진 1928년 파리조약(Pact of Paris 또는 Kellogg-Briand Pact)은 국가정책 수단으로서 전쟁의 포기를 선언했지만, 자위권의 개념과 그 행사에 관해서는 전혀 언급하지 않았다. 다만 이를 비준하는 과정에서 당사국들은 자위권이 국가의 고유한 권리이며 자연법에 근거한 권리라는 점을 확실히 하였는데,<sup>48)</sup> 이러한 우려에 대하여 조약의 초안을 준비한 미국은 조약 상 어느 내용도 자위권을 제한하거나 손상하려는 의도가 없으며, 자위권은 주권국가의 고유한 권리로서 조약 자체에, 직접 표현되지 않더라도, 내포되어 있다고 해명하였다.<sup>49)</sup>

미국은, 조약의 원만한 체결을 위해, 이러한 내용이 포함된 해설서를 14개 서명국<sup>50)</sup> 모두에게 보냈는데, 결국 반대나 유보 없이 모든 국가의 비준이 이루어지게 되었다. 이것은 당시 자위권이 국가의 고유한, 그리고 자연법적인 권리이자 관습법 규범으로서 국제사회에 널리 인정되고 있었음을 나타내고 있다. 동 문서가 중요한 이유는, 이것이 단지 당시 국제사회를 주도했던 서명국들 모두의 자위권에 관한 합의가 반영되었다는 것 외에도, 동 권리가 국가에 부여된 양도할 수 없는(inalienable), 그리고 자연발생적인(natural) 것이며, 더불어 최초로 국가의 고유한(inherent) 권리라는 점을 명시적으로 규정하면서 유엔헌장 제51조에도 그 문구가 그대로 사용되었다는 점에서 큰 의미를 찾을 수 있다.<sup>51)</sup> 이러한 분위기는 미주 국가들 간에 체결된 1936년 국가의 권리와 의무에 관한 몬테비데오 협약<sup>52)</sup>에도 이어지는데, 동 조약 제3조에서는 국가의 기본적인 권리로서 완전성과 독립성 보호를 위한 자위권적 권리, 나아가 국가 보존과 변형, 국익을 위한 입법 등에 관련된 포괄적인 자기보존의 권리를 열거하고 있다. 그리고 제5조에서는 이러한 국가의 기본권(fundamental rights)이 어떠한

---

reduction of national armaments to the lowest point consistent with *national safety* and the enforcement by common action of international obligations.....”

47) “.....This stipulation shall not, however, apply in the case of: (1) The exercise of the right of *legitimate defence*, that is to say, resistance to a violation of the undertaking contained in the previous paragraph or to a flagrant breach of.....”, Art. 2 of the Treaty of Mutual Guarantee between Germany, Belgium, France, Great Britain and Italy, Oct. 16, 1925.

48) Marco Roscini, “On the ‘Inherent’ Character of the Right of States to Self-defence”, *CJICL* Vol.4 (2015), p. 640.

49) ILC, ‘Preparatory Study Concerning a Draft Declaration on the Rights and Duties of States, Memorandum Submitted by the Secretary-General’ (15 Dec. 1948), UN Doc A/CN.4/2, 206.

50) 미국을 제외한 14개 서명국: 프랑스, 영국, 아일랜드, 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 남아공, 인도, 벨기에, 폴란드, 체코슬로바키아, 독일, 이탈리아, 일본.

51) Marco Roscini, *op. cit.*, p. 641.

52) Montevideo Convention on the Rights and Duties of States 1933 (1934년 발효)

방식이든 간에 간섭을 받아서는 안 된다고 규정하고 있다.

그러다가 제2차 세계대전 후 유엔이 창설되면서 국제사회는 모든 형태의 무력사용이나 위협을 금지하게 되는데, 그러한 의지는 유엔헌장 제2조 제4항의 직접적인 무력사용 금지 조항뿐만 아니라 전문을 포함한 헌장 전반에 걸쳐 나타나게 된다. 그럼에도 불구하고 일종의 무력행사 방식인 자위권에 관한 규정을 제51조에 특별히 명기하였는데, 이러한 조문이 별도로 마련된 것은 동 권리가 당시 국가의 당연한 권리로서 인식되었다는 방증이기도 하지만<sup>53)</sup> 특히 기본권의 명시적인 누락이 염려된 남미 국가들의 적극적인 요구가 있었기 때문이었다.<sup>54)</sup> 그리고 당시의 분위기를 반영하듯, 동 조항의 제정 과정에서 자위권의 범위나 무력 공격의 정의에 관한 어떠한 토의도 없었고 그 개념에 관해 특별한 이의나 논쟁도 제기되지 않았다.<sup>55)</sup> 더욱이 프랑스어 번역본의 경우에는 ‘자위권’을 ‘*légitime défense*’로, 그리고 ‘고유한 권리’를 ‘*droit naturel*’로 표현하여 자위권의 당위성을 국가의 기본적 권리나 자연법에서 찾으려는 의미 있는 움직임도 보였다.<sup>56)</sup>

이후 1949년 국제법위원회(International Law Commission)는 국가들의 권리·의무에 관한 선언의 초안을 작성했는데, 제12조에서 모든 국가들에 부여된 고유한 자위권의 존재를 다시 한번 확인하였다.<sup>57)</sup> 작성 당시 자기보존권에 관한 조항을 만들자는 제의가 있었지만, 이미 선언문 전체에 그러한 권리가 녹아들어 있으니 언급이 불필요하다는 의견이 지배적이어서 결국 반영되지는 않았다.<sup>58)</sup> 위원회는 동 선언에 이미 자위권과 불간섭 원칙의 조항이 포함되어 있으니 선언문의 기초라고 할 수 있는 국가의 자기보존권을 불필요하게 다시 명시할 필요는 없다고 본 것이다.<sup>59)</sup> 동 선언문의 초안을 작성했던 알파로(R. Alfaro)는, 별도의 논문에서, 자기보존권이, 독립성(*independence*), 주권(*sovereignty*), 평등(*equality*)과 더불어, 국가의 기본적 권리라고 하면서, 동 권리는 선언적인 것이 아니라 국가의 존재와 함께 당연히 발생하는 태생적인 권리이며 국가의 개념과 분리되거나 침범될 수 없는 근본적인 것이라고 주장하였다.<sup>60)</sup>

53) 20세기 초까지만 해도 자연법론과 법실증주의 모두 자위권을 국가의 기본적인(*fundamental*) 권리로 인식하였다. Marco Roscini, *op. cit.*, p. 642; 신범철, *International Law and the Use of Force*, (KIDA Press, 2008), 80면.

54) Murray Colin Alder, *The Inherent Right of Self-Defence in International Law* (Springer, 2013), p. 86.

55) 신범철, 앞의 책, 83면.

56) George P. Fletcher and Jens D. Ohlin, *Defending Humanity: When Force is Justified and Why* (Oxford Univ. Press, 2008), pp. 75-78.

57) 동 조항은 유엔헌장 제51조에 근거한다고 설명하고 있다. Draft Declaration on Rights and Duties of States with Commentaries, ILC YB 1949/IV, p. 288.

58) *ibid.*

59) *ibid.*

그는, 자기보존권이 자위권을 포괄하는 개념이지만, 전자가 관념적, 객관적, 영속적인 속성을 가지고 있다면, 후자는 구체적, 주관적, 우발적, 일시적인 성격을 가지고 있다고 보았다.<sup>61)</sup> 즉, 자기보존권은 시대와 관계없이 국가성 유지를 위한 근본적 권리라고 한다면, 그에 비해 자위권은 그 부수적 권리로서 국가의 자기보존에 기여하는 일시적 방어기제로 본 것이다. 이처럼 알파로에게 있어 자기보존권은 시간이 지나도 형해화될 수 없는 국가의 고유한 권리이지만, 주권평등 원칙을 기반으로 한 현 유엔체제의 국제사회에서는 타국의 국가성을 침해하는 행위는 배제된 자기보존권, 즉 자위권만이 그 명맥을 유지할 수 있었던 것이다. 다만 20세기 들어 자위권의 개념이 성문화되면서 그 법적 위상을 확실히 하게 되었고, 특히 유엔헌장 제51조의 제정으로 자위권은 자기보존권을 상징하는 국가의 고유한 기본권으로서 각별히 인식되고 있는 것이다.<sup>62)</sup>

## 2. 무력공격 개념의 고찰

여기서 짚어봐야 할 점은, 자위권의 발동 조건인 무력공격의 수준이다. 과거 자기보존을 위한 무력사용이 용인되던 시기에는 국가성을 침해하는 어떠한 외부의 공격에도 피해국은 그 침해 수준과 관계없이 정당하게 무력으로 대응할 수 있었다. 즉, 영토보전과 정치적 독립에 대한 일방적 침해는 곧 국가성에 대한 공격으로 인식되었고, 이에 대한 물리적 대응은 국가적 의무로서 당연시되었다. 그러다가 20세기 중반 유엔체제의 출현으로 모든 형태의 일방적인, 유엔의 승인을 받지 않은, 무력행위가 불법화되면서 국가들은 오로지 헌장 제51조의 자위권에 의해서만 무력을 행사할 수 있게 되었다. 더욱이 합법적인 대응이 되기 위해서는 외부의 무력행위가 무력공격의 수준에 이르러야만 정당화될 수 있는 커다란 부담까지 안게 된 것이다. 보다 구체적으로 ICJ는, 무력공격의 개념과 관련하여, '규모와 효과(scale and effects)' 면에서 단순한 국경충돌의 수준을 초월해야 무력공격으로 인정될 수 있다고

60) Ricardo J. Alfaro, "The Rights and Duties of States", 97 *Recueil des Cours* (1959), pp. 104, 113; 한편 지델(G. Gidel)은 모든 국가가 향유하는 국가의 기본권은 그 자체로 고유성을 지니며, 아울러 절대적이고 불가침적이며 양도할 수 없는 성격을 가지고 있다고 하였다. Gilbert Gidel, "Droits et Devoirs des Nations, la Théorie Classique des Droits Fondamentaux des Etats", 10 *Recueil des Cours* (1925), pp. 541, 542; 19세기부터 20세기 중반까지 당시 다수의 법학자들은 국가의 기본권 이론을 국가성(statehood) 개념과 결부 지어 고찰하였다. Daniel H. Joyner and Marco Roscini, "Is There Any Room for the Doctrine of Fundamental Rights of States in Today's International Law?", *Cambridge Journal of International & Comparative Law*, Vol.4 (2015), p. 476.

61) *ibid.*

62) 1996년 ICJ는 모든 국가가 생존과 자위권에 대한 기본적인(fundamental) 권리를 가지고 있다고 설시하였다. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996*, p. 263, para. 96.

설시한 바 있다.<sup>63)</sup>

그러나 단순한 국경충돌에 비교한다고 해서 ‘규모와 효과’의 공식에 병력이나 교전의 크기와 같은 피상적 변수만을 대입하게 되면 자칫 국가의 자기보존적 방어권을 부당하게 제한할 수 있다. 겉으로는 작은 규모의 교전이라고 할지라도 그 무력충돌이 가지는 전략적 의미에 따라 전체 전역(戰役)의 향방이 바뀔 수 있고, 경우에 따라서는 국가의 명운이 완전히 달라질 수도 있는 것이다. 아울러 ‘규모’ 위주의 해석은 국가주권과 영토의 본질, 그리고 그에 미치는 무력행위의 영향을 간과하거나 단순화할 수 있으므로 하여 규모의 함정에 빠져 국가주권에 미치는 본질적 ‘효과’의 중요성이 배제되는 우를 범할 수도 있다. 중요한 점은, 주권 또는 영역 침범에 대한 피해국의 정당한 방어를 지나치게 제한하는 방식으로 이루어져서는 안 된다는 것이다.<sup>64)</sup> 그러한 맥락에서 단 한 척의 군함일지라도 자위권의 대상이 될 수 있음을 시사한 ICJ의 판시 내용<sup>65)</sup>은 무력공격의 요건이 단지 규모의 형식에 매몰되어서는 안 된다는 점을 알려주고 있다. 요컨대 수세적인 피해국에, 규모의 여하에 관계없이, 치명적인 초기의 피해를 순순히 감내하고 자위권을 발동할 수 있는 완벽한 조건인지를 밝혀내도록 부담지는 것은 주권평등하의 국제사회에서 무척 부당한 요구 조건이라고 할 수 있다.<sup>66)</sup>

앞서 살펴본 대로 자위권은 예로부터 관습법에 따라 행해왔던 국가의 고유한 권리이다. 그러한 의미에서 다수의 학자들이 그 근거를 자기보존권에서 유래된 자연법에서 찾고 있으며, 유엔헌장 프랑스어 번역본에는 제51조상의 고유한 권리(inherent right)를 ‘droit naturel’로 표현하고 있다. 1986년 니카라과 사건에서 ICJ는 자위권의 고유성을 관습법에서 찾으려 하였지만,<sup>67)</sup> 오히려 국가성의 본질을 강조하려면 자위권의 자연법적인 특성에 주목할 필요가 있다. 코스케니미(M. Koskeniemi)는, ICJ가 동 사건에서 국가실행과 법적확신을 입증하는 내용을 제시하지 못했으므로, 여기서의 관습은 사실상 자연법 원칙과 다르지 않다고 지적하였다.<sup>68)</sup> 자연법적인 근거에 주목하는 이유는, 관습법은 국가실행과 법적확신이라는 두 가지 요건이 충족되어야만 후천적으로 창설될 수 있지만 자연법적 규범은 국가의 성립과 함께 발생하는 태생적 권리이므로 별도의 입증이 필요 없게 되는 것이며,<sup>69)</sup> 무력의

63) *ICJ Reports, 1986*, p. 103, para. 195.

64) Christian Marxsen, *op. cit.*, p. 23.

65) *ICJ Reports, 2003*, para. 72.

66) Yoram Dinstein, *op. cit.*, pp. 232-233.

67) *ICJ Reports, 1986*, p. 94, para. 176.

68) Marco Roscini, *op. cit.*, p. 644.

69) 라우터팍트는, 국가의 발생은 곧 국제법 규범하에 놓이게 되는 것이라고 하였다. 다만 국가성 요건이 충족되어야 하고, 타국의 승인이 필요하다고 전제하였다. Hersch Lauterpacht, *Recognition in International Law* (Cambridge Univ. Press, 2012), p. 41.

수준과 관계없는 국가들의 자연적인 방어진제를 타당하게 설명할 수도 있기 때문이다. 그러한 관점에서 국가의 성립으로 자연적으로 형성된 국가성은 그 고유한 권리인 자기보존권, 특히 자위권에 의해 그 시초부터 당면한 위해에 대하여 스스로 보호받을 수 있게 된 것이다.

그렇다면 과연 영토보전과 독립성으로 대표되는 국가성은 무력공격에 이르지 않는 낮은 수준의 무력행위 정도는 허용가능한 재량적 대상으로 볼 수 있는가? 이에 관하여, 먼저 영토주권의 속성에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 국가주권은, 국가가 향유하는 기본적 또는 부수적인 권리들과 함께, 그 국가의 영토를 기반으로 존재한다는 점에 주목할 필요가 있다.<sup>70)</sup> 그래서 국제법 영역은 국가영토의 불가침성을 보호하는 방향으로 관련 국제규범이 발전해 왔고, 그 결과 영토주권은 국제법의 핵심적인 개념으로 자리잡을 수 있었다.<sup>71)</sup> 그러한 맥락에서 라우터팩트는 국가의 영토보전이 정치적 독립성과 결합되면 곧 영토의 불가침성을 의미하게 된다고 하였다.<sup>72)</sup> 최근 과학기술의 발달과 인권 및 초국가적 관심사의 대두로 그 배타성이 다소 약화된 것이 사실이지만, 그럼에도 불구하고 영토주권은 현대 국제관계를 구성하는 가장 중요한 요소라는 점을 부인할 수는 없다.<sup>73)</sup> 특히 자연법 이론을 지지하는 학자들은 영토보전과 같은 국가의 자기보존 기능을 자위권의 중심 개념으로 인식하고 있으며, 그러한 권리를 단지 국가의 권리로써뿐만 아니라 타국과 그 국민에 대한 의무로까지 간주하게 되었다.<sup>74)</sup> 즉, 그들은 오늘날의 자위권을 자기보존권에 기반하여 국가의 권리아자 의무로서 개념화된 용어라고 인식하고 있는 것이다.<sup>75)</sup>

그와 같은 맥락에서 국경충돌 현상을 바라보면 무력공격의 엄격한 공식에 연연하지 않는 국가들의 실행을 보다 잘 이해할 수 있다. 앞서 살펴본 대로 대부분의 국가들은, 즉 국가방어의 의지를 갖고 있는 일반적인 국가들은, 국경을 침범한 무장한 병력에 대하여 영역주권 훼손의 정도를 최소화하기 위한 적극적인 노력을 기울여 왔다. 이러한 일반적인 실행은 유엔 창설 이전과 이후가 다르지 않으며, 특히 적대적인 국가관계일수록 더욱 민감하고 사활적인 태도를 견지해 왔다. 즉, 국가들은 유엔현장의 역사와 관계없이 자국의 영토보전과 정치적 독립을 유지하기 위하여 외부의 공격에 적극적으로 대응하고, 필요시에는 가용한 모든 수단을 동원하는 강력한 모습을 보여왔던 것이다. 그러한 측면에서, 국가들의 일관된 실행과 더불어, 관습법의 또 다른 요건인 법적확신도 어느 정도 성립되어 있다고 추정해 볼 수 있다.

70) Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6<sup>th</sup> ed. (Cambridge Univ. Press, 2008), p. 487.

71) *ibid.*, p. 488.

72) Lassa Oppenheim, *op. cit.*, p. 154.

73) Malcolm N. Shaw, *op. cit.*, p. 488.

74) Jens David Ohlin, *op. cit.*, p. 130.

75) *ibid.*, p. 133.

국가실행과 법적확신의 존재는 일국의 정부나 공식 기관이 행하는 행위와 성명 등을 통해서 확인할 수 있는데, 이미 공격의 수준에 관계없이 피해국의 무력대응 행위는 빈도 면에서 일관성을 보이고 있고, 더욱이 그러한 대응을 단지 정책적인 수단으로서만이 아니라 국가의 권리와 법적 의무로서도 인식하고 있기 때문이다.

사실 유엔은 전쟁의 참화를 막아보려는 순수한 의도로 무력사용을 금지하였지만, 그러한 제도적인 노력으로 자위권과 같은 국가의 근본적인 자기보존적 속성을 일거에 제거할 수는 없는 것이다. 더욱이 애초에 동 조문이 국가의 기본권을 제한하려는 의도가 명확했다면 현장의 초안 성립 과정에서 많은 당사국들의 이견과 반발을 불러일으켰을 것이다. 가령 제51조에 국경을 침범하는 낮은 수준의 군사행동에는 자위권을 불허한다는 내용이 포함되었다면, 과연 당사국들이 그러한 조문에 자발적으로 동의했을까? 그들이 제51조의 문언에 동의한 것은, 자위권이 국가의 기본적이고 고유한 권리로서, 논쟁이 있을 수 없는, 확실하고 명백한 권리이자 국민에 대한 당연한 의무였기 때문인 것으로 볼 수 있다.<sup>76)</sup> 예컨대, 가해국이 국경을 넘어 공격해 온다면, 그 규모와 효과에 관계없이 무조건적으로, 피해국은 가용한 모든 무력수단을 동원하여 국가영역과 국민을 보호하기 위해 그 위해를 즉시 제거하거나, 필요시에는 강력하게 퇴치하려고 할 것이다.

설사 조문의 해석이 유엔의 희망처럼 높은 수준의 무력공격에 대해서만 자위권을 인정한다고 하더라도, 국경 지역에서의 추후관행은, 앞서 살펴본 바와 같이, 공격의 규모와 효과와는 무관하게 이루어지고 있다는 것을 알 수 있다. 조문의 해석은 추후관행을 통해서도 이루어질 수 있다는 점에서 국가실행의 축적은 당사국들의 공동의 이해와 진정한 의도를 파악할 수 있는 객관적인 증거가 될 수 있다. 즉, 추후관행은 유엔 회원국들의 의사가 적절히 반영된 해석수단이 될 수 있으므로 오랜 기간의 관찰을 통해 유엔헌장 성립 당시 당사국들의 진정한 의도를 파악할 수 있는 것이다. 만약 국가들의 의사가 명확하게 반영되지 않은 유엔헌장상 자위권의 발동 조건이 여전히 개념적인 모호함을 노정하고 있다면, 추후발전(subsequent development)<sup>77)</sup>이라는 측면에서도 일관된 국가실행을 현실적으로 해석해 볼 수 있는 것이다. 다만 추후관행은 국제법정에서 내린 해석이 아니라 관련 사건에서 나타난 회원국들의 합의와 적용이 직접적인 권위를 가질 수 있다는 점에 유의할 필요가 있다.<sup>78)</sup>

76) 일부 학자들은 유엔헌장 제51조상의 용어들이 그 자체로 오해의 소지 없이 충분히 명확한 의미를 지니고 있다고 평가하고 있다. Ian Brownlie, *op. cit.*, pp. 183, 244, Laurie R. Blank, *op. cit.*, p. 253.

77) United Nations, Report of the International Law Commission on the Work of its Sixtieth Session, "Treaties over Time, in particular: Subsequent Agreement and Practice", A/63/10, Annex A, 2008, para. 2.

78) United Nations, Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-Fifth Session, "Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of

이와 같이 국경 지역에서 벌어지는 대부분의 무력충돌 사건에서는 군사행동의 규모와 효과에 관계없이 피해국의 자위권적인 무력대응이 있었고, 특히 분쟁국가들 간에는 그러한 경향이 더욱 강한 양상으로 나타나고 있다. 개별 국가의 도발적 무력사용이 원천적으로 금지된 유엔체제하에서도 국가 간의 무력충돌이 그치지 않는 것은 그 이면에 국가의 영토보전과 독립성을 사수하려는 국가들의 본능적 습성과 기제가 뿌리깊이 자리잡고 있기 때문이다. 그러한 자기보전적 속성으로 인해 국가들은 국경 침범과 영역 훼손을 야기하는 가해국의 도발을 좌시하지 않고 즉각 퇴거시키거나 단호하게 격파하고 있는 것이다. 이러한 실행들은 일반적 관행의 증거일 뿐만 아니라, 이미 법적확신의 단계에 있다고 해도 과언이 아니다.

### 3. 국경 지역 무력공격 개념 정립

국경 지역에서의 무력공격 개념을 정립하는 일은 자위권의 발동 조건에 있어서 국제평화를 지향하는 유엔과 국가의사를 중시하는 국가들 간에 적절한 합의점을 찾는 길이기도 하다. 왜냐하면 국경 지역에서 벌어지는 무력충돌은, 병력 또는 화력을 통해, 영역 침범으로 이어질 가능성이 다분하며, 피해국은, 주권평등 기반하의 국제사회에서 그 공격 수준에 관계없이 그리고 위법 여부에 관계없이, 사할을 걸고 대응하려는 속성을 갖고 있기 때문이다. 따라서 유엔의 이상과 개별 국가의 주권을 존중하는 절충적인 수준의 자위권 발동 조건 마련이 필요한데, 특히 이것은 가해국 병력의 영역 침범이, 우발적이든 또는 의도적이든, 피해국의 주권 침해의 결과로 나타났을 때 피해국이 그 침해로부터 벗어나거나, 또는 그 병력을 즉각 퇴거 조치할 수 있는 자위권의 존재 이유에 부합되어야 한다. 따라서 국경 지역에서 기존의 무력공격 개념이 국제평화를 우선시하는 보편주의적 입장에 가깝다면, 절충안은 국제사회의 일차적 주체인 국가의 의사까지도 아울러 존중될 수 있는 방향으로 제시되어야 한다.

딘스타인은, 앞서 언급한 대로, 국경 지역에서 가해국의 군사적 행동이 무력공격으로 인정되려면 그 공격이 의도적이어야 하고 다수의 병력이 일정한 기간 동안 피해국의 영토에 체류해야 한다고 주장하였다. 그러나 국경충돌 상황에서 침범의 고의성과 병력 및 체류기간의 상당성을 객관적으로 입증하기가 곤란하며, 아울러, 그의 지적처럼, 피해국에게 치명적인 초기의 피해를 온전히 감내하고 자위권의 발동 조건이 충족되었는지를 판단케하는 것은 절박한 위기상황에 국가에 부과되는 합리적인 의무로서 적절치 않다. 왜냐하면 가해국의 영역 침범으로 인해 이미 피해국은 국가의사에 반하여 국가성이 유린되었으며, 나아가 물리적 피

해까지 발생한다면 피해국은 통상 영토보전과 국민의 생명 보호라는 국가적 의무를 이행하기 위해 가용한 모든 수단을 동원하여 반격할 것이기 때문이다. 그러한 포연탄우의 암연 속에서 가해국의 공격이 어떻게 진행될지, 어디에 집중될지, 그리고 언제 끝날지에 대하여 실시간으로 확신을 갖고 대응하는 것은 사실상 불가능하며, 그러한 소규모 무력충돌이 자칫 전쟁의 참화로 이어질 수도 있다는 가정을 배제하기는 더더욱 어렵다.

그럼에도 불구하고 국경 지역에서 정당한 자위권 행사를 위해 고려해야 할 기준적인 요소는 분명한데, 그것은 가해국의 월경행위가 영역주권 훼손의 의도가 있는지를 객관화하여 판단하는 것이다. 다만 이것은 가해국의 우발적 침범에 의한 충돌과 그에 따른 피해국의 주권 침해를 공히 최소화해야 하지만, 가해국의 고의성을 단적으로 증명하기가 곤란하므로 이미 발생했거나 발생하고 있는 사실을 기준으로 추론할 수밖에 없다. 그에 따라 국경 지역에서 무력공격 개념에 부합하는 객관적인 요소를 제시한다면 크게 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 먼저 병력의 국경 침범 여부이다. 국경을 넘은 병력은, 그 월선 의도에 관계없이, 이미 그 자체로 피해국에 커다란 군사적 위협과 안보 불안을 야기한다. 특히 분쟁관계에 있는 일국의 무장 병력은 그 규모에 관계없이 국가적 소요를 일으킬 수 있고, 심지어 피해국의 국가비상사태나 군사대비태세를 최고조로 격상시킬 수도 있다. 다만 여기서 유의할 점은, 국경이 모호하거나 확정되지 않은 지역에서는 현재의 잠정 경계선을 기준으로 침범 여부가 평가되어야 하며,<sup>79)</sup> 그러한 경계마저 모호한 지역에서는 현재의 병력 주둔 상황을 기반으로 판단되어야 한다.<sup>80)</sup> 즉, 타국의 병력이 일국의 점령지역에 무단으로 침입했다면 그 도발적 행위 자체를 월경행위로 판단할 수 있을 것이다.

두 번째는 국경 월선 이후의 무력행위이다. 월경한 병력이 아군 또는 민간인에 대하여 물리적 위해를 가하거나, 영역 점령 또는 무실화 등의 의도로 무력행위를 한다면 이를 무력공격으로 간주할 필요가 있다. 이미 월경한 병력은 그 자체로 피해국에 커다란 군사적 위협인데, 그에 더하여 무력행위까지 가한다면 그것은 피해국의 영토보전과 독립성에 대해 정면으로 도전하는 행위라고 할 수 있다. 그러한 가해국의 무력행위에는, 비단 강력한 원거리 살상용 무장뿐만 아니라, 영토와 국민에 위해를 가할 수 있는 모든 형태의 무장이 사용될 수 있

79) Yoram Dinstein, "Armistice" in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online ed., 2015) para. 14.

80) C. Yilallourides, M. Gehring, J. Gauci, *op. cit.*, pp. 44-45; *Costa Rica v. Nicaragua* 사건에서, 니카라과는 코스타리카와의 분쟁지역을 자국의 영역인 줄 알고 점령했다고 했는데, 이에 ICJ는 그러한 오인에 의한 무력 점유 및 무단행위라고 할지라도 무력사용 금지 의무 등을 포함한 국제책임으로부터 면제될 수 없다고 하였다. *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v Costa Rica)*, Judgment, *ICJ Reports, 2015* (이하 "ICJ Reports, 2015"라 함), p. 665, para. 97.

다. 앞서 살펴본 것처럼, 인도-중국 간 국경충돌 사건에서는 돌, 쇠파이프, 가시철사를 감은 몽둥이 등이 무자비하게 사용되었고, 중국-구소련 간에는 몽둥이와 목봉 등이 상대국의 인명을 살상하고 영역 점령을 위한 무기로 활용되었다. 특히 가해국이 의도적으로 총포 이외의 근접무기를 사용하여 저강도 분쟁을 도발한 후 상대국의 총포 사용을 유도하여 무력공격과 확전의 책임을 피해국에 전가할 수도 있다는 점에 유의해야 한다.

중요한 점은, 두 가지 무력공격의 조건이 서로 연계되어 발생되어야 한다는 것이다. 즉, 가해국의 병력이 국경을 침범한 상황만으로 무력공격으로 인정되어서는 안 되고,<sup>81)</sup> 아울러 국경을 넘지 않은 상황에서의 무력행위만을 가지고 무력공격으로 단정해서는 안 된다. 두 요건은 연쇄적으로 발생해서 결과적으로 영역 침범의 양상으로 나타나야 하며, 단지 병력의 규모나 체류 시간의 여하에 따라서 무력공격의 개념을 설정한다면 불필요한 해석과 노력을 소모할 뿐이다. 단, 총포와 같은 원거리 무기를 사용하여 국경 너머로 공격을 가하는 상황은 다른 견지에서 평가되어야 한다. 비록 병력이 직접 월경하지 않더라도 원거리 포격은 피해국의 영역주권을 훼손하면서 국가영역 또는 국민에 직접적인 피해를 줄 수 있으므로, 그에 대한 반격은 자위권 차원에서 용납될 필요가 있다. 이러한 적용은 1974년 유엔의 '침략의 정의 결의'에서 국가영역에 대한 폭격이나 여하한 무기의 사용이 '침략'에 해당된다고 적시한 것과 맥을 같이한다. 현대 첨단무기의 가공할 위력은 이미 여러 전장에서 입증되었으며, 그러한 무월경(無越境) 공격의 피해 효과는 국경의 월선 여부에 따라 달라지지 않으므로 국가성을 보존해야 할 피해국은 정당한 방어적 권리를 행사할 수 있어야 한다.

이와 같이 국경 지역에서 무력충돌 시 위의 두 가지 요건을 적용하면 기본권으로서의 국가 자위권의 본질을 보다 잘 이해할 수 있다. 자위권의 개념이 위법적 무력행사의 제물이 된 국가의 방어적 권리를 의미하므로, 누가 먼저 국경을 침범했는지, 그리고 상대국의 영역에서 무력이 행사되고 있는지를 가늠할 수 있다면 피해국의 정당한 자위권 발동 환경이 분명해지는 것이다. 다만 국경선이 애매한 상황에서 가해국의 월경 여하를 어떻게 판단할 것인가의 문제에 대해서는 국경조약 체결 이후의 당사국 간 추후관행이 중요하게 평가될 수 있다.<sup>82)</sup> 즉, 현재 문제의 영역을 점유하고 있는 국가가 누구인지에 따라 잠정적인 국경선이 평가될 수 있으며, 임시적으로라도 일국에 의해 점유되고 있는 어떠한 영역이 타국에 의해 영토 회복의 목적 등으로 공격을 받았다면 이는 위법적인 행위에 해당되고 자위권이나 기타

81) 코튼(Corten)은 타국 영역 내 병력의 단순한 존재(mere presence)가 영토보전을 침해하는 행위가 될 수는 있지만, 그 자체만으로 무력행위라고 볼 수는 없다고 하였다. Oliver Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Bloomsbury Publishing, 2021), p. 82.

82) M. Shaw, *op. cit.*, p. 497.

의 국제법적 권리로서 이를 정당화할 수 없다.<sup>83)</sup> 즉, 무력으로 현상의 영역 경계를 파괴하려는 행위는 현대 국제법체계에서 용납될 수 없기 때문에 잠정적으로 형성된 국경선을 기준으로 무력공격의 개념을 판단해야 하는 것이다.

혹자는 소규모 무력충돌에 대해서도 자위권을 인정하는 경우 피해국의 무력행사를 부추겨 분쟁을 확대하거나, 심지어 제3차 세계대전을 앞당길 수도 있다는 우려를 제기하는데,<sup>84)</sup> 앞서 소개한 것처럼, 국가의 근본적인 습성과 그에 따른 실제 실행은 범규범의 개정이나 해석에 따라 쉽게 변하지 않는다. 오히려 작금의 소규모 무력행위를 계속 방치한다면 불순한 국가들에 의하여 소규모 무력행위들이 빈번해질 것이고, 그러한 의도적인 행위는 국경의 무실화나 영역 침범의 수단으로 애용되어 피해국의 무력공격을 유도하는 불쏘시개가 될 수 있다. 더불어 소규모 또는 간헐적 무력행위의 누적에 대한 방어적 무력행위를 정당화하여 자칫 연쇄적 무력충돌이나 대규모 분쟁을 양산할 수도 있다.<sup>85)</sup> 따라서 가해국의 선제적 영역 침범에 대해, 그 규모와 효과에 관계없이, 합법적으로 대응할 수 있는 법적 근거를 마련함으로써 가해국의 도발적 행위에 경종을 울리고 그에 따른 위법행위와 국가책임을 객관화할 수 있는 긍정적 계기를 마련할 필요가 있다.

유념해야 할 점은, 전통적으로 국가들은 영토보전과 독립성으로 대변되는 국가성의 본질을 스스로 지키기 위해 자위권을 고유한 권리이자 의무로 인식해 왔으며, 시대와 실정법의 변화에도 불구하고 국가의 개념과 분리되거나 침범될 수 없는 기본적인 속성을 그대로 간직하고 있다는 것이다. 그렇지만 제51조가 국가의 진정한 의사에서 창설된 조문이 아닌데다가 이의 엄격한 해석과 적용으로 현실과 이상 간 괴리가 발생하고 있어 국제사회의 일차적 주체인 국가의 주권과 주권평등의 원칙이 시나브로 훼손되고 있다는 점을 간과해서는 안 된다.<sup>86)</sup> 요컨대, 국가실행이 꾸준히 축적되고 있는 만큼 향후 국가의사와 현실에 부합하는 수준으로 관련 규범의 전향적인 해석 또는 보완이 필요하다.

83) Anthony C. Arend, "The Obligation to Pursue Peaceful Settlement of International Disputes During Hostilities", 24(1) *Virginia Journal of International Law* 97 (1984), p. 102; *Costa Rica v. Nicaragua* 사건에서 오와다(Owada) 재판관은, 개별의견에서, 니카라과가 일방적인 수단을 사용하여 현상을 변경하려 했으므로 현장 제2조 제4항의 무력사용 금지 원칙을 위반하였다고 실시하였다. *ICJ Reports, 2015, Sep Op Judge Owada*, paras. 10-12.

84) Laurie R. Blank, *op. cit.*, pp. 256-257.

85) 가령 '누적적 사건론(accumulation of events theory)' 또는 '침격전술론(needle-prick theory)'은 계속적으로 발생하는 일련의 사건들에 대하여 개개의 사건을 따로 보면 사소한 것일지라도 그 전체를 종합적으로 보면 무력공격으로 볼 수 있다는 이론이다. 이와 관련된 논문으로는 Yoram Dinstein, *op. cit.*, p. 211, 제성호, "유엔 현장상의 자위권 규정 재검토 - 천안함사건에서 한국의 무력대응과 관련해서", 『서울국제법연구』, 제17권 제1호(2010), 78-80면, 김찬규, "국제법상 자위권의 현주소", 법조신문, 2009.6.9.

86) ICJ는, 국경을 침범한 분쟁은 영토보전에 대한 침해이면서 피해국에 회복할 수 없는 손실을 야기한다고 하였다. *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v Nicaragua) (Provisional Measures) (Order of 8 March 2011) (Sep Op Judge Dugard)*, para. 18.

## V. 결론

모든 형태의 무력사용이 금지된 현행 유엔체제하에서 국가 간 무력분쟁 시 합법적인 자위권이 인정되려면 무력공격에 이르는 상당한 기준이 충족되어야 한다. 즉, 가해국이 낮은 수준의 규모와 효과로 도발하는 경우에는 피해국이 무력을 사용하여 합법적으로 자국의 영역을 방어할 수 없다는 것이다. 이러한 부당한 상황에서 피해국은 딜레마에 빠지게 되는데, 가령 가해국의 무력 도발에 역시 무력으로 대응할 것인지, 아니면 그 도발이 종료되기를 기다렸다가 위법행위에 따른 배상을 요구할 것인지 등을 고민하게 된다. 그러나 과거의 국경 충돌 사건들을 살펴보면, 피해국은 자국의 영역에 침입한 타국의 병력에 대하여 적극적으로 무력대응을 해왔으며, 그들은 이러한 습성이 국가의 기본적인 권리이자 국민에 대한 의무에서 비롯된 것으로서 인식하고 있다.

국경 지역에서 국가 간 무력충돌이 끊임없이 발발하는 것은 본질적으로 국가의 영토보전과 독립성에 대한 자기보전적 방어기제가 뿌리깊게 자리잡고 있기 때문이다. 그러한 속성으로 인해 국가들은 국경 지역에서의 도발을 좌시하지 않고 그 군사적 행동의 규모와 효과에 관계없이 강력하게 대응하여 격퇴하는 것이다. 이러한 일반적인 국가실행은 유엔 창설 이전과 이후가 다르게 나타나지 않으며, 특히 적대적인 국가관계일수록 더욱 민감하고 치열한 양상을 보여왔다. 즉, 국가들은 유엔헌장 창설의 역사와 관계없이 자국의 영토보전과 정치적 독립을 유지하기 위해 외부의 공격에 적극적으로 대응하였고, 필요시에는 가용한 군사적 수단을 모두 동원하여 강력하게 격퇴하는 모습을 보여왔다. 그러한 관점에서 유엔헌장상의 무력공격 개념과 국가실행 간에 실제적인 간극이 존재하고 있으며, 이러한 현상을 방기하는 것은 국제사회의 일차적 주체인 국가의 주권과 의사를 도외시하는 것이기도 하다.

따라서 국경 지역에서의 무력공격 개념을 정립하는 것은 규범과 현실 적용 간의 괴리를 줄이고, 자위권의 발동 조건에 있어서 유엔헌장의 이상과 국가의사를 중시하는 입장 간에 적절한 합의점을 찾는 길이다. 결국 월경행위가 영역주권을 의도적으로 훼손했는지에 대한 객관화가 중요한데, 다만 가해국의 의도성을 단적으로 증명하기가 곤란하므로 이미 발생했거나 발생하고 있는 사실을 기준으로 추론해야 한다. 이에 국경 지역에서의 무력공격 개념에 부합하는 객관적인 요소를 크게 두 가지로 구분하여 생각해 볼 수 있다. 첫째는, 병력의 국경 침범 여부이다. 국경을 월경한 병력은 이미 피해국에 군사적 위협과 안보 불안을 야기하는 것이며, 특히 양측이 분쟁관계에 있을수록 일방의 무장 병력은 그 규모에 관계없이 상대에 심대한 국가적 소요를 야기할 수 있다. 다만, 국경이 모호하거나 확정되지 않은 지역에서는 잠정적이더라도 현재의 경계선을 기준으로 침범 여부가 평가되어야 하며, 그러한 경계

마저 모호한 분쟁지역에서는 현재의 병력 주둔 상황을 기반으로 이루어져야 한다.

두 번째는 국경 월선 이후의 무력행위이다. 월경한 병력이 자국의 영토 또는 국민에 대하여 물리적 위해를 가하거나, 그와 유사한 무력행위를 한다면 이를 무력공격으로 간주할 수 있어야 한다. 이미 국경을 월선한 적의 병력은 그 자체로 피해국에 군사적 위협이 되므로, 그에 더하여 무력행위까지 가한다면 그것은 피해국의 영토보전과 독립성에 정면으로 도전하는 행위이다. 유의해야 할 점은, 이와 같은 두 가지 무력공격의 조건이 서로 인과성을 가지고 연계되어 이루어져야 한다는 것이다. 즉, 두 요건은 연쇄적으로 발생해서 영역 침범의 결과로 나타나야 하며, 주관적인 요소가 강하게 나타나는 가해국의 병력 규모나 체류 시간의 여하만을 가지고 무력공격의 개념이 평가되어서는 안 된다.

전통적으로 국가들은 영토보전과 독립성으로 대변되는 국가성의 본질을 스스로 지키기 위해 자위권을 국가의 기본적인고 고유한 권리이자 의무로 인식해 왔으며, 시대의 변화에도 국가의 개념과 분리되거나 침범될 수 없는 속성을 그대로 간직하고 있다. 요컨대 국경에서의 무력충돌이 영역 침범의 양상으로 번지는 경우 피해국은 가용한 무력수단을 적극적으로 활용하여 침입세력을 즉시 물리치고 국가성을 회복하고자 노력해 왔던 것이다. 다만 그러한 자위권적 행위는 정당한 자기보존을 위한 경우에만 용인될 수 있는데, 그렇게 사용되지 않는 경우 타국의 부당한 무력공격을 끊임없이 감수해야만 하기 때문이다.<sup>87)</sup>

87) Lassa Oppenheim, *op. cit.*, p. 266.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

#### (1) 단행본

김대순, 『국제법론』, 제20판 (삼영사, 2020)

신범철, 『International Law and the Use of Force』, (KIDA Press, 2008)

제성호, 『한반도 안보와 국제법』, (KIDA Press, 2010)

#### (2) 논문

김석현, “UN헌장 제2조 4항의 위기”, 『국제법학회논총』, 제48권 제1호 (2003)

전순신, “Jus ad bellum에 있어 필요성·균형성 원칙의 기원”, 『동아법학』, 제47호 (2007)

제성호, “유엔 헌장상의 자위권 규정 재검토 - 천안함사건에서 한국의 무력대응과 관련해서”, 『서울국제법연구』, 제17권 제1호 (2010)

### 2. 외국문헌

#### (1) 단행본

Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, 4<sup>th</sup> ed. (Oxford Univ. Press, 2018)

Constantinos Yilallourides, Markus Gehring, Jean-Pierre Gauci, *The Use of Force in relation to Sovereignty Disputes over Land Territory*, (BIICL, 2018)

George P. Fletcher and Jens D. Ohlin, *Defending Humanity: When Force is Justified and Why* (Oxford Univ. Press, 2008)

Hersch Lauterpacht, *Recognition in International Law* (Cambridge Univ. Press, 2012)

Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8<sup>th</sup> ed. by H. Lauterpacht (London: Longmans, Green, 1955)

Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6<sup>th</sup> ed. (Cambridge Univ. Press, 2008)

Murray Colin Alder, *The Inherent Right of Self-Defence in International Law* (Springer, 2013)

Oliver Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in*

*Contemporary International Law* (Bloomsbury Publishing, 2021)

Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 6<sup>th</sup> ed. (Cambridge Univ. Press, 2017)

## (2) 논문

Anthony C. Arend, “The Obligation to Pursue Peaceful Settlement of International Disputes During Hostilities”, 24(1) *Virginia Journal of International Law* 97 (1984)

Christian Marxsen, “Territorial Integrity in International Law - Its Concept and Implications for Crimea”, *ZaöRV* 75 (2015)

Daniel H. Joyner and Marco Roscini, “Is There Any Room for the Doctrine of Fundamental Rights of States in Today's International Law?”, *Cambridge Journal of International & Comparative Law*, Vol.4 (2015)

Gerald G. Fitzmaurice, “The Definition of Aggression”, *International and Comparative Law Quarterly* Vol.1, No.1. (1952)

Gilbert Gidel, “Droits et Devoirs des Nations, la Théorie Classique des Droits Fondamentaux des Etats”, 10 *Recueil des Cours* (1925)

Ian Brownlie, “The Use of Force in Self-Defence”, 37 *BYIL* (1961)

Jacob Sundberg, “Legitimate Responses to Aerial Intruders: The View from a Neutral State”, *Annals of Air and Space Law*, Vol.10 (1985)

Jens David Ohlin, “The Doctrine of Legitimate Defense”, 91 *International Law Studies* (2015)

Laurie R. Blank, “Irreconcilable Differences: The thresholds for Armed Attack and International Armed Conflict”, 96 *Notre Dame L. Rev.* 249 (2020)

Marco Roscini, “On the ‘Inherent’ Character of the Right of States to Self-defence”, *Cambridge Journal of International & Comparative Law*, Vol.4 (2015)

Panu Minkkinen, “The Ethos of Sovereignty: A Critical Appraisal”, *Human Rights Review* (2007)

Ricardo J. Alfaro, “The Rights and Duties of States”, 97 *Recueil des Cours* (1959)

Yoram Dinstein, “Armistice” in Max Planck Encyclopedia of Public International Law (online ed., 2015)

### 3. 국제 판례

*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v Nicaragua), Provisional Measures (Order of 8 March 2011)*

*Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v Costa Rica), Judgment, ICJ Reports, 2015.*

*Eritrea-Ethiopia Claims Commission (EECC): Partial Award, Jus Ad Bellum, Ethiopia's Claims 1-8, Decision of 19 Dec. 2005.*

*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996.*

*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports, 1986.*

## A Legal Study on Armed Attacks in Frontier Areas

Choi, Sungcheol

### Keywords

armed attack, self-defense, self-preservation, frontier incident, armed activities.

Under the current UN system, where the use of all forms of armed force is prohibited, the high standard of armed attack must be met in order for the right to legitimate self-defense to be recognized in armed conflicts between countries. In other words, if the aggressor provokes an armed activity that does not reach the level of an armed attack, the victim State cannot legitimately defend its territory under international law. In this unreasonable situation, the victim State is contemplating whether to respond to the aggressor's armed provocation with force or wait for the provocation to end and demand compensation for the alleged illegal activities.

However, if you look at past frontier incidents, victims have actively responded with force to the aggressor's armed activities that have illegally invaded their territory, and they recognize this attribute as a result of the State's fundamental rights and obligations to the international community and their own people. This paper examines whether the current concept of armed attack in border areas is a appropriate requirement to invoke the right to self-defense that contributes to the fair guarantee of both international peace and State Sovereignty, and also analyzes the nature of the right to self-defense and the importance of statehood to establish an eclectic requirement for armed attack that reflects both the ideals of the United Nations and the will of the States.

[논문투고일: 2024. 3. 18.]

[심사의뢰일: 2024. 5. 17.]

[게재확정일: 2024. 6. 19.]