

LEX STATUS MIXTUS의 制定을 爲한 提言

金 燦 奎

一九六〇年 四月二七日 드물게 보는 코발트 및 土耳其 하늘에서 한臺의 機影이 레이다에 捕捉되었다. 그것은 土耳其의 「아다나」(Adana) 近傍에 있는 「인췌릴린」(Inchlik) 美空軍基地에서 파키스탄의 「페샤와르」(Peshawar)로 飛行하는 U-2機의 모습이었다. 그로부터 五日 後인 五月 一日, 同機는 蘇聯上空을 지나 늘웨이까지의 三五〇〇마일의 距離를 飛行하게 되었는데 同機가 蘇聯國境線을 突破할 때 까지 離陸基地의 레이다에는 아무런 事故도 反映되지 않았다. 同機가 蘇聯國境線을 突破하자 離陸基地의 美國無電士 한 사람은 蘇聯國境防衛軍基地에다 無電機의 周波數를 맞추었는데 그때 흘러 나오는 蘇聯兵士들의 말 소리는 前과 다름 없었고 다만 그들은 또 하나의 U-2機가 蘇聯領空을 侵犯하고 方今 一蘇聯空軍基地의 上空에서 다른 基地의 上空으로 移動하고 있음을 증명시킬 따름이었다.

事實 U-2機의 侵入은 蘇聯當局에 對해서는 이미 새로운 것이 아니었다. 지난 四年동안 U-2機는 蘇聯領空을 無斷飛行했으며, 이에 對해 蘇聯軍當局은 로켓트의 發射와 MIG의 邀擊으로 應하였으나 八萬 乃至 十萬 피이트를 維持하는 U-2機의 高度에 反해 發射되는 로켓트나 MIG는 겨우 六萬 피이트까
지 밖에는 上昇하지 못하였다.

蘇聯上空을 지나 늘웨이로 向한 바 있는 前記 U-2機가 「우란」山脈 속에 있는 「스베르들로브스크」

(Sverdlovsk)上空에 이르자——同機는 여기에서 半左轉하여 西北方에 있는 늘웨이로 가게 되어 있었다——突然故障이 發生했다. 「下降한다」는 興奮된 蘇聯無電士의 목소리가 無電機를 통해 흘러 나왔다. 鐵의 轟轟이 쪽에 處한 美前哨基地의 聽取者들은 어찌할 道理가 없었다. 이어 同無電機에서는, U-2機가 射程 距離內로 螺旋降下한다는 蘇聯防空砲臺의 緊張된 報告가 흘러 나오고 그 後는 바람소리를 傳達하는 機械소리만이 들리는 사람의 가슴을 조이게 할 뿐이었다. 그때 U-2機는 四萬피트까지 下降되어 있었다.

그 後 蘇聯에서는 拿捕한 U-2機의 機體와 同機가 撮影했다는 蘇聯軍事施設의 寫眞 및 生捕한 操縱士 「프란시스·게리·파우워스」(Francis Gary Powers) 前美空軍大尉의 所持品——피스톨 一挺, 물린 한 瓶, 懷中電燈 一個, 피우다 남긴 캔트남배 半匣, 社會保險證書, 칼 두 자루, 기계의 試驗結果 三〇秒만에 죽어 버린 「파우워스」 自身の 自殺道具—— 등을 證據物로 提示하고 領空權侵害에 對해 美國에 強硬한 抗議를 提出했다.

以上이 一九六〇年 五月 十六日 巴里에서 開催된 豫定이던 頂上會談을 流會시키고 그 後 長期間에 걸쳐 東西間의 說往說來의 中心이 된 이른바 U-2機事件의 全貌이다.¹⁾

이 事件에 對해 蘇聯은 美國의 公開謝過와 關係者의 處罰 및 將來에 對한 保障을 要請하였으나 美國側의 拒否로 目的을 이루지 못하고, 드디어 五月 一八日 安全保障理事會에 提訴했다. 五月 二三日에서 二六日 까지에 걸친 安全保障理事會의 討議에서 蘇聯外相 「안드레이·그로미코」(Andrei Gromyko)가 同事件을 「美國政府의 諒知와 指令에 依해 故意的으로 準備되고 遂行된, 平時에 있어서도 들어 보지 못한 侵略行爲」라고 攻撃하고 그것은 美國飛行機에 依한 헤아릴 수 없는 蘇領侵犯의 한 例에 不過하며, 그때 마다 蘇聯은 美國에 抗議했고, 一九五六年과 一九五八年에는 安全保障理事會의 注意마저 喚起했었다고 非難하였다. 이어서 그는 單한 臺의 飛行機라도 核武器를 運搬할 수 있는 것이므로 그와 같은 行爲는 軍事的인 報復을 可

能케 하며, U-2機나 同類의 飛行機에 基地를 提供하는 國家는 侵略行爲의 共犯者(accomplices and parties)이므로 그들도 報復의 禍를 免하지 못할 것이라고 하였다.

이에 對한 美國의 態度는 갈팡질팡 하였다. 처음에는 NASA (National Aeronautics and Space Administration) 所屬 氣象觀測飛行機라고 했다가 나중에 同機의 越境은 事故에 依한 것이라고 잡아 떼었다. 다음 外상은 當局과는 全然 關聯없는, 또 許可해 준 일도 없는 民間飛行機라고 하더니 그 後 어쩔 수 없는 窮地에 陷入하자 그것이 國家所屬情報探知用 飛行機임을 是認하고 그것은 「自由世界에 對한 奇襲의 危險을 減少시키기 爲해 至今 鐵의 帳幕 뒤에 隱匿된 情報獲得을 爲한 것」이라고 實吐하였다. 이어 아이젠하워 大統領은 그러나 「同飛行은 侵略의 意圖를 갖지 않았으며 그것은 오히려 原子彈頭로써 武裝된 誘導彈으로 美國이나 其他 國家를 荒廢시킨 能力을 자랑하는 國家의 奇襲으로부터 美國과 自由世界의 安全을 確保하기 爲한 것」이라고 辨明하였다.²

註 1 以上 U-2機事件의 事實에 對해서는 TIME, The Weekly Newsmagazine, May 23, 1960. 에 依하였다.

2 U-2機事件의 國際法的 評價 및 安全保障理事會에서의 討議狀況에 對해서는 cf. Quiney Wright, "Legal Aspects of the U-2 Incident," 54 A.J.I.L. (1960), pp. 836-854.

二

以上 U-2機事件을 圍繞하고 東西間에 交換된 各自의 主張을 長惶할 程度로 詳述하였는데 여기에서 우리는 兩側의 主張이 다 一理 있음을 본다.

먼저, U-2機의 蘇聯上空飛行은 領空權侵害라는 蘇聯主張인데, 그것이 蘇聯側의 主張과 같이 侵略行爲에까지는 이르지 않더라도 領空權侵害인 것만은 分明하다. 한 國家의 領域이 地球의 表面에만 그치는

것이 아니라, 그上空 및 地下도 包含하는 하나의 立體——한스·켈젠은 三次元的空間(a space of three dimensions)이라는 말을 쓰고 있다——라고 한다.^{2,3} 그上空에 無斷히 侵入한 U-2機의 行爲는 分明히 領空權侵害를 構成하기 때문이다. 그와 같은 것은 國家慣行에 依해서도 認定되고 있는 것이며, 一九一九年の 巴里條約, 一九二八年의 하바나條約, 一九四四年의 시카고條約도 明文으로써 그것을 規定하고 있다.⁴ 蘇聯이 비록 그 어느條約의 當事國도 아니긴 하지만 原則이 一般國際法의 宣稱인 以上⁵ 그것은 蘇聯에도 當然히 適用되는 것이라고 하지 않을 수 없다.

이와 같이 U-2機가 蘇聯領空을 侵犯한 것만으로서 그것은 이미 國際法違反을 形成한다. 그러나 U-2機는 이 외에 蘇聯의 軍事施設을 撮影하는 等 이른바 間諜行爲를 恣行하였으니 그것은 또 하나의 國際法違反을 惹起시키고 있는 것이다.⁶

그렇다면 美國의 行爲는 全的으로 國際法違反이며, 國際正義라는 觀點에 비추어 非難만 받아야 할 것인가. 實定法(lex lata)의인 立場에서 限 不幸하나마 우리는 그것을 肯定하지 않을 수 없다. 그러나 그것은 반드시 正義에 反하는 것이라고는 볼 수 없을 것 같다. 如何한 國家라도 單一擊에 荒廢되어 버릴 수 있는 核武器時代에 우리는 所謂「武力攻擊」(armed attack)이 發生하지 않았다고 해서 모든 事態에 對해 靜觀만을 일삼아야 할 것인가? 核戰爭은 一分間の 戰爭이라고도 한다. 그러나 그것이 비록 一分間の 戰爭이 아니라도 先手の 一擊이 戰爭의 勝敗에 決定的인 因子를 提供할 것임은 再言을 要치 않는다. 이에 對한 하나의 救濟策으로서의 空中開放案(open skies plan)의 結實을 보지 못한 오늘날 自衛의 한 方法으로서 他國의 軍事施設을 探索하는 行爲가 반드시 正義에 벗어난다고는 보기 어려울 것 같다. 正義가 「各自에 그의 義務」(suum cuique) 주는 것이 라면 그것은 또한 各自에 均等한 機會마저 주어야 한다. 法이 正義의 實現을 目的으로 하는 限 正義라고 볼 수 없는 諸般事를 強制하는 것은 이미 言語의 眞正한 意味에 있어

서의 法이라고 볼 수 없을 것이다. 一觸即發의 兩極化現象과 可恐할 程度의 核武器 및 그 運搬手段의 發達을 본 오늘날 前時代의 與件을 反映한 傳統的인 國際法規에만 사로잡혀 아무런 措置도 取하지 못한다면 그것은 오히려 自滅을 自招하는 길 밖에는 되지 않는다. 처음부터 한 편에는 有利하고 다른 편에는 不利한 法規의 遵守를 期待하는 것이 果然 正義에 合當한 일일까?

이러한 現實의 變遷은 自衛權理論에도 影響을 주고 있음을 우리는 본다. 即 國際聯合憲章이 採擇되자 從來의 自衛權行使에 關한 公式이었던 「手段의 選擇과 熟慮의 거를을 許容하지 않는 切迫하고 壓倒의 必要性」(instant and overwhelming necessity permitting no choice of means and no moment for deliberation)⁷

이라는 要件은 止揚되고, 代身 自衛權의 行使는 「武力攻擊이 發生한 境遇」(an armed attack occurs)에만 限하도록 되었다.⁸ 이것은 이른바 先制의 自衛(anticipatory self-defense)를 排除하는 것으로 從來 自衛權의 以들므로 恣行되던 罪 많은 帝國主義的 膨脹政策에 所謂 rule of law의 拘束을 受 劃期的인 發展이라는 데 諸學者들의 意見은 一致되고 있었다.⁹ 그렇던 것이 東西間의 對立이 尖銳해 지고 緊張의 幾何級數的인 增大와 더불어 核規模의 戰爭의 危險性이 現實化하자 憲章에 對한 上記와 같은 解釋方式은 排斥되고 憲章은 지금까지의 一般國際法上의 自衛權을 制限하는 것이 아니라고 主張하는 學者가 많아지게 되었다.¹⁰

自衛權理論을 中心으로 한 이와 같은 學說變遷이 受諾될 수 있는 것이든 아니든 그것은 別問題다. 如何든 이와 같은 現象이 나타나고 있음은 國際法이 妥當할 社會的 基盤과 情勢에 根本的인 變革이 이루어지고 있음을 指摘하는 것이다. 이와 같은 階梯에 處해 美國의 이른바 「生存을 爲한 解釋」(Interpretation for Survival)에 우리는 不法의 烙印을 찍어야 할 것인가? 生이나 死나 하는 百尺竿頭에 處한 美國에 諜報 行爲를 하지 말 것을 期待할 可能性이 果然 存在할 것인가? 이에 對해 우리는 積極的인 態度는 到底히 取할 수 없을 것 같다.

그렇다면 U.2 機事件을 中心으로 한 美蘇兩國의 主張이 다 옮단 말인가? 同一事件을 中心으로 해서 利害關係를 달리하는 兩當事者의 主張이 다 正當하다 함은 法律常識에 벗어나는 것이겠으나, 적어도 U.2 機事件에 關한 限 우리는 그것을 是認하지 않을 수 없을 것 같다. 그렇다면 이와 같은 不合理은 어디에서 오는 것일까? 나는 이것을 傳統的 國際法學의 構造的 缺陷에서 發見하고 싶다. 傳統的 國際法學은 이른바 二分法(dichotomy)에 의해 平時가 아니면 戰時라고 二者擇一의 方法을 取해 왔다. 그러나 戰時도 아니고 平時도 아닌 「슈발첸베르거」(Georg Schwarzenberger)의 이른바 status mixtus의 冷戰狀態가 二次大戰後 出現하자 從來의 國際法 原則으로서는 그것을 規律할 수 없게끔 되었다. 卽最近 平時도 아니고 戰時도 아닌 새로운 第三의 狀態가 出現했는데 그와 같은 平時가 아닌(그렇다고 해서 戰時도 勿論 아닌) 狀態에 對해 平時法으로 規律을 企圖하니 거기에는 不合理가 따르지 않을 수 없게 되었던 것이다. 그 端的인 表現이 U.2 機事件을 圍繞한 美蘇間의 舌戰이다. 傳統國際法學의 二分法에서 는 限 同舌戰은 「暗黑」의 跳躍(Jump in the dark)의 意味할 따름이다. 도대체 從來의 國際法이란 上記 二分法에 立脚한 것이므로 第三의 狀態인 오늘날의 冷戰狀態를 規律한다는 것은 一種의 原始不能에 屬한다. 따라서 나는 여기서 從來의 二分法에서 한 점음 나아가 戰時도 平時도 아닌 第三의 狀態인 冷戰狀態를 規律할 수 있는 새로운 法體系의 樹立을 提唱하고 싶다.

註 1 侵略의 무엇인가에 對한 定義는 至難事이다. 一九三三年七月三日 蘇聯이 八個隣國과 締結한 侵略의 定義에 關한 條約(Convention for the Definition of Aggression)에 依하면 侵略은 陸軍이나 海軍의 活動 또는 政府의 支持나 默認을 받은 武裝團體의 他國의 對한 活動이라는 것이다(Herbert W. Briggs, The Law of Nations(1952), pp. 989-970). 그러나 一九五六年의 蘇聯提案은 間接的·經濟的·理念的 侵略도 이에 包含된다 하고 있다(Julius Stone, Aggression and World Order(1958), p. 201).

그러나 생각컨대 侵略이란 國際關係에 있어 侵略의인 意圖를 가지고 直接的인 武力行使를 하거나 또는 武

力行使의 威脅을 하는 것을 指稱할 것이다 (cf. Quincy Wright, "The Prevention of Aggression," 50 A. J.I.L. (1956), pp. 515ff.). U-2機의 蘇聯侵犯을 圍繞하고 그것이 侵略의 되거나 어쩔나 問題가 安全保障理事會에서 論議되었을 때 蘇聯代表「안드레이·그로미코」와 美國代表「헨리·캐보트·라지」는 各各 見解를 달 리하였다. 그러나 그들이 採擇한 侵略 自體의 定義는 上記와 같은 것이었다. 다만「그로미코」는 U-2機같은 飛行機는 強大한 破壞力을 가진 爆發物을 가진 것인 양가진 侵入한 以上 攻擊意思를 가진 것이라고 볼 수 있다고 주장한데 反해「라지」는 現實의 爲로 非武裝인 飛行機에 侵略意思를 推定한다는 것은 不當하다고 強調했다 (cf. Quincy Wright, "Legal Aspects of the U-2 Incident," 54 A.J.I.L. (1960), p. 846). 侵略은 國際關係에 있어 侵略의 意圖를 가진 武力行使나 그 威脅이라고 볼 때 U-2機와 같은 非武裝偵察機의 單純한 侵入行爲를 武力行使라고 보기에 는 事實을 너무나 誇張시키는 것이 같았다.

2 Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952), p. 226.

3 領空의 具體的으로 무엇인가에 關해서는 金燦奎「國家領空權의 限界(1)」法政 第十二卷 第十一號 禮紀四二二九〇年十二月 四三—四八面 參照. 金燦奎「國家領空權의 限界(2·完)」法政 第十三卷 第三號 禮紀四一九一年三月 三六—四〇面 參照.

4 Herbert W. Briggs, *op. cit.*, p. 320.

5 Quincy Wright, *op. cit.*, p. 845.

6 戰時의 空軍의 間諜派遣의 交戰權의 行使로 取扱되고 있다 (Tessa Oppenheim, *International Law*, edited by Hersch Lauterpacht (7th ed., 1955), vol. II, p. 422). 그러나 平時에 있어서 는 不法으로 看做된다. 그것은 相對國의 領土保全과 政治的獨立에 對한 하나의 威脅을 構成하기 때문이다.

7 一八三七年의 「캐롤라인」(Caroline)號事件에 際해 當時의 美國務長官 「다니얼·웹스터」(Daniel Webster)가 내린 有名한 公式이다.

John Bassett Moore, *A Digest of International Law* (1906), vol. II, p. 412.
Herbert W. Briggs, *op. cit.*, pp. 984ff.

8 國際聯合憲章 第五一條 參照.

Article 51. Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective

self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security.....

○ Hans Kelsen, *The Law of the United Nations* (1951), pp. 791-800 and 269.

Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations* (1952), pp. 166-167.

Josef L. Kunz, "Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations," 41 *A.J.I.L.* (1947), p. 878.

Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law* (1959), pp. 115-118.

W. E. Beckett, *The North Atlantic Treaty, The Brussels Treaty and the Charter of the United Nations* (1950), p. 13.

C. A. Pompe, *An Aggressive War, An International Crime* (1953), p. 98.

K. Skubiszewski, "The Postwar Alliances of Poland and the United Nations Charter," 53 *A.J.I.L.* (1959), pp. 613-624.

○ C. H. M. Waldock, "The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law," *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (1952), vol. II, pp. 496-499.

D. W. Bowett, *Self-Defense in International Law* (1958), pp. 184-193.

M. S. McDougal and F. P. Feliciano, "Legal Regulation of Resort to International Coercion: Aggression and Self-Defense in Policy Perspective," 68 *Yale Law Journal* (1959), pp. 1144-1149.

Georg Schwarzenberger, "The Fundamental Principles of International Law," *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (1955), vol. I, pp. 335-339.

L. M. Goodrich and E. Hambro, *Charter of the United Nations* (1949), p. 301.

II Georg Schwarzenberger, *A Manual of International Law* (4th ed., 1960) vol. I, p. 174.

「國際法」の「中絶条約」(a state of intermediacy) 論(Philip C. Jessup, "Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and War?", 48 *A. J.I.L.* (1954), pp. 98-103)。

이른바 近代國際法體系란 中世의 統一的인 封建秩序가 崩壞된 廢墟에서 그 畧을 露出시키고 있다. 近世 初의 歐羅巴를 風靡하였던 近世主權國家間的 激烈을 極한 權力鬭爭을 制限하기 爲해 (abgrenzen) 登場한 것이 近代國際法體系라던² 그와 같은 近代國際法體系的 任務는 다시 말할 必要도 없이 戰爭을 規制하는 것이었다.³ 따라서 近代國際法學은 戰爭을 어떻게 볼 것인가 하는 問題에서 그 出發點을 發見하고 있다.

그리하여 近代國際法學의 創設者(les fondateurs du droit international)들인 이른바 正戰論(Bellum Justum)에 立脚하여 戰爭을 正當한 戰爭과 正當하지 못한 戰爭으로 區別하였는데 그들이 戰爭을 區別함에 있어 내세웠던 標準은 防衛, 財産의 恢復, 懲罰 등이었다.⁴ 그後 近代國家의 核心的 概念을 이루고 있는 主權概念이 크게 浮刻되자 最高 絶對를 內容으로 하는 主權者의 行爲를 判斷할 수 있는 第三의 權威가 國際社會에는 存在하지 않는다는 理由下에 正戰論은 無慘히도 打倒되고 代身 登場한 것이 主權國家의 合法的인 節次에 依據한 戰爭은 어느 것이나 正當하다는 이른바 無差別戰爭觀이었다.⁵ 다만 이때에 있어서도 모든 戰爭이 다 正當하다는 立場이 壓倒했다기 보다는 現實의 正, 不正을 判定할 수 있는 機關이 없으므로 그것이 不可避하다는 面이 強調되었음에 不過했던 것이다.⁶ 그러나 여하튼 絶對的인 主權概念의 出現과 더불어 無差別戰爭觀이 壓倒하게 되었음은 움직일 수 없는 事實이다. 爾來 自助의 最終的 手段으로서의 戰爭이 一般的으로 合法視되게 되어 國際社會에는 自助를 口實로 저지른 帝國主義 國家들의 沒理性的인 行動으로 말미암아 秩序라기 보다는 無秩序가 支配하는 「帝國主義의 暗黑時代」가 齊來되었다.

그러나 人間은 亦是 知性的이었다. 「生覺하는 갈대」(roseau pensant)로서의 人間이 사는 고장이 秩序이었지 決코 暴力狀態가 아님을 痛感한 人類는 第一次世界大戰後 國際聯盟을 創設하여 同規約에서 大幅的

로 戰爭을 違法化하였다. 그러나 또한 人間의 知慧에는 限度가 있는 것, 戰爭을 이 땅에서 完全히 驅逐하지는 못하였다. 그리하여 戰爭의 餘地를 抹殺하기 爲해 一九二三年의 相互援助條約案, 一九二四年의 제네바 議定書等 많은 努力이 傾注되었으나 모두 失敗로 돌아가고 드디어는 一九二八年의 이른바 不戰條約을 通해 國際聯盟外에서 戰爭防止를 摸索하지 않으면 안될 處地에 놓이게 되었다. 그러나 不戰條約마저 軍神「마아스」의 검은 그림자를 씻어 버리기에 는 너무나 無力한 것이었다. 多幸히 第二次世界大戰後 國際聯合의 誕生을 보아 同憲章은 技術的인 意味에 있어서의 戰爭 뿐만이 아니라 한 걸음 나아가 「戰爭에 이르지는 않는 武力行使」(use of force short of war)마저 禁止하여 戰意(animus belligerendi)의 表明만 없으면 如何한 大規模의 戰爭이라도 할 수 있었던 從來의 可能性을 拂拭하진 하였지만은 그러나 自衛로서의 戰爭, 制裁로서의 戰爭 및 非加盟國에 對한 憲章適用에는 希望을 갖지 못하며 또한 國際聯合이 創設된 後의 十六年의 歷史는 우리에게 더욱 悲觀의 빈축을 禁할 수 없게 하고 있다.

註1 우리가 이른바 近代國際法體系를 論할 때, 그러면 近代以前에는 國際法이 없었는가 하는 것이 問題된다. 비록 主權과 民族主義를 中心으로 하는 近代國家와 같은 概念은 近代以前에는 없었을 지라도 近代以前에도 亦是 國家가 있었다. 그리고 그와 같은 國家가 一定한 條約을 締結하고 그 遵守를 誓約하는 것 같은 것은 古代에 있어서 마저 存在했었다.

原始人 및 그들 團體 相互間의 關係, 古代中國, 古代印度, 羅馬, 中世歐羅巴의 涉外的 慣行에 對해서는 cf. Frank M. Russell, *Theories of International Relations* (1936), pp.1-113.

古代國際法 一般을 詳論하기는 cf. Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (rev. ed., 1954), pp.1-16.

그러나 이와 같은 所謂 古代國際法은 그것이 몹시 宗教的인 性格을 띠고 있다는 點과 그리고 特定事項에 關한 斷片的인 規定이 있을 뿐으로 하나의 統一된 法秩序를 이루지 못하고 있다는 點에서 近代國際法과 區別되고 있다.

2 田畑茂二郎 國際法 I 法律學全集 55 昭和三年 十六頁 參照。

田畑茂二郎 國際法 岩波全書 224 一九五六年 十三頁 參照。

國際法學에 關한 歷史的研究에 關한 造詣를 지닌 日本 京都大學教授 田畑茂二郎氏의 上揭著書에 依하면 近代國際法學은 歐羅巴國家體系(Das europäische Staatensystem)가 確立된 後 아나키狀態를 露呈시킨 國家間의 權力鬭爭을 合理的인 무솔下에 制限시키기 爲해 出現한 것이라 한다. 이 때 發生한 國家間의 權力鬭爭에는 두가지 面이 있었는데 그 하나는 國境擴張을 爲한 戰爭이고 다른 하나는 海外 殖民地獲得을 둘러싼 鬭爭이 있다는 것이다.

3 그래서 初期에 出現한 國際法에 關한 著書도 舉皆가 戰爭問題의 取扱에서 出發하고 있다. 「國際法の 아버지」(Der Vater des Voelkerrechts)라고 呼稱되는 후우고·그로티우스의 主著가 「戰爭과 平和의 法」(De Jure Belli ac Pacis, 1625)이라 表題를 가진 것도 同一한 事情에 依한 것이다. 이 著書를 執筆한 動機를 그로티우스는 「푸를레고네나」에서 다음과 같이 陳述하고 있다. 「戰爭을 하기 爲해서도 또 戰爭中에 있어서도 遵守하지 않으면 안될 諸國家間에 共通한 法의 存在함은 確實한 일이다. 따라서 나는 이 問題에 對한 著述을 하지 않으면 안 된다……」(Prolegomena, §28).

4 후우고·그로티우스의 主著「戰爭과 平和의 法」은 다음과 같은 內容을 가진 三卷의 書冊으로 形成되어 있다. 即 「푸를레고네나」에 뒤이은 第一卷에서는 戰爭이란 무엇인가, 法이란 무엇인가, 라는 一般의 論議를 먼저 하고 다음 戰爭은 許容되는가 어떤가 라는 問題, 公戰과 私戰의 區別, 그 區別의 基準이 되는 主權問題等이 取扱되고 있다. 第二卷에서는 戰爭이 合法的인 것으로 許容될 수 있기 爲한 正當原因으로서 防衛, 財産의 恢復, 懲罰의 三種이 舉示되고, 이러한 正當原因의 具體的인 內容을 說明하는 形式으로서 領域의 本質과 內容, 領域의 取得 및 喪失의 方式, 條約, 國際責任等 所謂 平時國際法分野에 屬하는 諸問題가 詳論되어 있다. 그리고 第三卷에서는 戰爭時에 지켜야 할 交戰法規, 戰爭完了의 方式等 이른바 戰時國際法에 關한 問題가 取扱되어 있다.

5 無差別戰爭觀을 確立시킨 著者 「발렐」(Emmerich de Vattel, 1714-1767)이라 한다(田畑茂二郎 國際法 I 法律學全集 55 昭和三年 三〇頁 參照).

6 田畑茂二郎 國際法 岩波全書 224 一九五六年 三五七頁 參照。

7 國際聯盟規約中 直接戰爭禁止를 하고 있는 規定은 第十二條와 第十三條 및 第十五條이다. 먼저 第十二條에 있어서, 聯盟國相互間에 「國交斷絶에 이를 憂慮가 있는 紛爭」이 發生한 境遇, 그 紛爭을 仲裁裁判이나 司法的 解決 또는 聯盟理事會의 審議에 付託하지 않고 即時 戰爭에 呼訴할 때, 그리고 裁判의 判決이나 理事會의 報告가 있는 後三個月 以內에 戰爭에 呼訴하는 것이 禁止되었다. 다음 第十三條 第四項에서는 判決에 服從하는 當事國에 對해 戰爭을 하여서는 안될 것, 그리고 第十五條 第六項에서는 聯盟理事會가, 紛爭當事國을 除外한 其他理事國全員の 同意를 얻어, 紛爭解決條件을 勸告한 境遇, 그 勸告에 服從하는 當事國에 對해서는 他方當 事國이 戰爭에 呼訴해서는 안된다는 것이 規定되고 있다.

8 國際聯盟規約의 戰爭禁止規定은 全然 徹底하지 못한 것이었다. 前述한 第十三條 第四項이나 第十五條 第六項의 境遇에 있어서도 當事國이 다 裁判判決이나 理事會의 勸告에 服從하지 않을 때는 該當되지 않으며, 더구나 第十五條 第七項에 依하면, 理事會의 勸告가 單純 過半數의 贊成에 依해 이루어진 境遇에는 聯盟國은 「正義公道를 維持하기 爲해 必要하다고 認定되는 措置를 할 權利」가 留保되고 있어, 따라서 必要하다고 認定될 때에는 戰爭에 呼訴할 수도 있고 또 紛爭이 第十六條 第八項에서 規定하고 있는 國內管轄事項이라고 理事會가 認定하고 거기에서 손을 떼었을 때도 또한 戰爭에 呼訴할 수 있었다.

9 一九二八年에 採擇된 不戰條約(Treaty for the Renunciation of War)의 第一條에서 紛爭解決手段으로서의 戰爭과 國家政策手段으로서의 戰爭만을 禁止하고 있다.

四

以上 國際法學이 戰爭을 어떻게 다루어 왔는가의 問題에 對해 簡單한 言及을 하였다. 近世初의 이론바 國際法의 創設者들이 國際法을 論함에 있어 그들은 于先 戰爭問題를 取扱하고 正當한 戰爭原因에 對한 說明의 必要上 平時에 있어서 國家間에 存在하는 權利義務에 言及하였다. 따라서 그들이 國際法을 論함에 있어서는 戰爭이 아니면 平和라는 二分法(dichotomy)을 前提로 하고 있었으며, 그와 같은 二分法은 후우고.

그로티우스로부터 國際法學에서 通用되어 왔었다. 그리하여 그로티우스는 그의 一六二五年의 著書「戰爭과 平和의 法」(De Jure Belli ac Pacis)에서 「戰爭과 平和間의 中間狀態란 없다」(Inter bellum et pacem nihil est medium.)라고 斷定하였¹⁾으며 그의 그와 같은 態度는 그대로 그의 後繼者들에 依해 繼承되었던 것이다.²⁾

이와 같이 近世初의 國際法 創設者들은 戰爭 아니면 平和라는 二分法에 依해 國際法을 論했는데 그것은 二後 國際法學에 있어서의 하나의 前提의인 立場을 이루어 戰時에는 戰爭法規, 平時에는 平時法規가 適用되는 것이 常識化되기에 이르렀다.³⁾ 그렇던 것이 近來에 와서 特히 國際聯盟 以後 法的인 意味에 있어서의 「戰爭」이 存在하지 않는 데도 戰爭行爲가 이루어 지는 境遇가 壓倒的인 現象으로 出現하였다. 이 現象을 反對로 表現한다면 平時에도 戰爭法規가 適用될 境遇가 있는 것을 말한다. 當事國들이 大規模의인 軍事行動에 從事하고 있으면서도 戰爭이 아니라고 主張한 實例는 數없이 많으나 그 중 主된 몇 個를 例舉하면 다음과 같은 것이 있다.

1 一七九八年 美合衆國議會는 佛蘭西에 對한 制限된 軍事行動을 許可했다. 그래서 兩國 軍艦사이 에 砲火가 交換되고, 捕獲行爲와 捕虜行爲까지 있었으나 佛蘭西는 一八〇〇年 戰爭狀態가 存在하지 않고 있다고 公式의 主張했다. 美國檢察總長도 同一한 見解를 表明했다.

그러나 美國大審院은, 當事國이 「制限된」 또는 「不完全한」 戰爭이라고 부르고 있을 方法的인 戰爭狀態는 存在하고 있다고 主張하였다.

2 一八二七年의 「나바린스」(Navarins)海戰에서 英·佛·露의 艦隊가 土耳其·埃及艦隊를 攻擊하여 約六〇隻의 船舶을 破壞하고 約四千名의 人員을 殺害했는데도 英國外相은, 그들은 戰爭中도 아니며 또 戰爭을 始作한 意慾도 없다고 말했다. 同海戰後 聯合國側 大使들은 自國政府는 關係國間의 「平和

의 繼續」을 眞正으로 願한다고 土耳其政府(Sublime Porte)에 通告하였다.

3 一八五三年 九月 土耳其는 露西亞의 「몰다비아」(Moldavia) 및 「왈라치아」(Wallachia)에 領에 對해 土耳其 帝國은 露西亞와 「戰爭狀態」에 突入했다는 宣言을 함으로써 應했다. 그때 英·佛은 土耳其를 支援하여 自國艦隊를 黑海로 移動시켰다. 이에 對해 露西亞는 그들과의 外交關係를 繼續했으나 英·佛은 一八五四年 三月에 이르러서야 『크리미아 戰爭』(Crimean War)에 正式으로 參加했다. 그에 앞서 英國議會에서 英·露關係는 平和인가 戰爭인가 라는 質問이 提起된 일이 있는데, 當時 英國外相 「클라렌돈」卿(Lord Clarendon)은 「戰爭이 宣言되지 않았기 때문에 우리는 戰爭中에 있는 것이 아니다. …… 嚴格하게 말해서 露西亞와 平和關係에 있는 것도 아니다. ……」 나는 우리가 中間狀態(inter-mediate status)에 處해 있다고 생각한다」라고 答辯하였다.

4 一九三一年의 滿洲事變에서 發端하여 盧溝橋事件(Marco Polo Bridge Affair)을 契機로 本格化한 「支那事變」(The China Incident)의 一九三〇年代에 있어서의 中國侵略을 表現하기 爲해 日本政府가 採擇한 婉曲語法에 不過하다. 中國側의 評價에 依하면 이 期間中의 그들 損害는 軍人、民間人 合해서 約三百萬이 殺害되고 敵側의 損害는 十四次의 大戰鬪와 萬回가 넘는 小規模交戰에서 約二五〇萬의 死傷者가 났다는 것이다. 뿐만 아니라 日本은 中國 主要港口의 大部分과 十三個省을 占領했다. 그럼에도 不拘하고 中國이나 日本이나 第三國에 對해 中立宣言을 要請하지도 않았었고 海上에서 交戰權을 主張하지도 않았었다. 그리고 國際聯盟마저도 滿洲事變을 「戰爭」이라고 부를 것을 回避했다.

뿐만 아니라 當時 美國에는 外國間에 「戰爭狀態」가 存在하는 境遇, 그 事實의 宣言을 大統領에게 要請하는 中立法(Neutrality Act)이 實施되고 있었는데 中立法의 適用이, 美國政府가 同情하고 있

었던 中國에 不利하므로 「戰爭狀態」는 宣言되지 않았었다.

5 一九三七年에서一九三九年에 이르는 동안 滿洲國境地帶에서 日·蘇駐屯軍間に 大規模의인 戰鬪가 있었다. 日本側 發表에 依하면 一九三八年 한 해 동안 만도 二,四〇〇회에 걸친 國境事件이 있었다는 것이다. 戰鬪의 規模는, 一九三九年에 發生했던 單 한 번의 交戰에서 一八,〇〇〇名의 死傷者를 日本이 發表한 것 만으로서도 可히 짐작할 수 있다. 그러나 그 어느側도 그것을 「戰爭」이라고 하려 하지는 않았다.

6 볼프事件에 關해 法律家特別委員會(Special Committee of Jurists)가 國際聯盟理事會에 不分明한 意見을 上申한 四年後 國際聯盟事務總長은 「法的인 觀點에서는 二國間の 戰爭狀態의 存在는 그들 意思에 달려 있는 것이지 그 行爲에 달려 있는 것이 아니다」라고 말하였다.

註 1 Georg Schwarzenberger, A Manual of International Law (4th ed., 1960), vol. II, p.579.

2 후우고·그로티우스의 그와 같은主張, 即 「戰爭과 平和間의 中間狀態란 없다」(Inter bellum et pacem nihil est medium)라는 것이 「키케로」(Cicero)에서 引用한 말이라 한다 (Philip C. Jessup, "Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and War?", 48 A.J.I.L. (1954), p.38).

「겐슨 對 드리의 本國인 統合鑛業株式會社」事件(Janson v. Driefontein Consolidated Mines Ltd.)에서 一九〇二年 英國上院은 「판나아 판」(Lord MacNaghen)을 通해 다음과 같은 態度를 밝히고 있다. 「本人은 學識 높은 被告의 辯護人이, 法은 平和狀態와 戰爭狀態를 認定하고 있으나 平和狀態도 戰爭狀態도 아닌 中間狀態(intermediate state)에 對해서는 알지 못하고 있다고 말하는 것이 正當하다고 생각한다」(ibid.).

3 一九五三年十月 三十日의 뉴욕 타임스紙에 依하면 板門店에서 開催中인 韓國休戰會談에서 蘇聯의 中立性에 關해 共產軍側代表는 다음과 같은 主張을 했다는 것이다. 「當身내 편은 至今 蘇聯과 戰爭狀態에 있는가? 萬一 그렇지 않다면 蘇聯이 兩交戰國과는 區別되는 中立國인을 當身내 편에서는 어떻게 否定할 수 있겠는가?」(ibid.).

以上에서 우리는當事國들이 大規模의인 軍事行動에 從事하고 있으면서도 戰爭이 아니라고 主張한 많은 實例를 보았다. 그렇다면 諸國은 實質의인 戰爭行爲에 從事하고 있으면서도 어찌하여 戰爭이 아니라고 主張하였을까? 規模는 戰爭과 같으나 宣戰을 하지 않는 武力行使가 出現한 理由로서 들 수 있는 것은 여러 가지 있다. 그러나 最近 戰爭法의 權威로서 登場한 濠洲出身의 「줄리우스·스톤」(Julius Stone)에 依하면 그 理由는 大略 다음과 같다는 것이다. 卽,

- 1 벨사이유條約이 戰爭責任 및 賠償條項을 規定함으로써 假想侵略者에 對해 警告하고 있다는 點。
 - 2 國際聯盟規約과 至今의 國際聯合憲章이 制裁 및 平和實施條項을 가지고 있다는 點。
 - 3 不戰條約에 依한 戰爭의 不法化。
 - 4 特히 侵略戰爭이라는 評價에 基한 戰犯裁判에 對한 恐怖。
 - 5 一九三七年的 美國中立法과 같은 制定法에 依해 行해지는 戰爭物資의 抑留에 對한 恐怖。
 - 6 局地的인 戰爭行爲가 擴大될 것을 두려워하는 被攻擊弱少國家의 單純한 恐怖。
- 가 그 理由라는 것이다. 「스톤」에 依하면 第二次世界大戰勃發時까지에 惹起된 바 있던 敵對行爲中

A 滿洲事變(一九三一—一九三二年)에 있어서의 日本側의 理由로서는 上記中 1, 2, 3, 中國側의 理由로서는 6,

B 伊太利의 에티오피아侵略事件에 있어서의 伊太利側 理由는 1, 2, 3, 5, 反面에티오피아는 同 事件이 國際聯盟規約 第十六條가 規定하는 「戰爭」이라고 主張하고 聯盟加盟國들도 같은 決議를 했 다.

C 支那事變(一九三七—一九四一年)에 있어서의 日本側 理由는 1, 2, 5, 中國側 理由는 5, 6, 日本, 中國이 모두 美國의 戰爭物資輸出禁止를 怯내었고 國際聯盟總會는 日本行爲等은 不戰條約을 違反한 것이라고 決議했다.²⁾

註 1 Julius Stone, Legal Controls of International Conflict (1954), p.311, n.79.

2 Ibid.

六

以上에서 近來 特別 國際聯盟 誕生後 法的인 意味에 있어서의 「戰爭」이 存在하지 않는데도 戰爭行爲가 이루어 지는 境遇가 壓倒的인 現象으로 出現하였음을 보았는데 萬一 傳統的인 國際法學의 構造 乃至 骨格을 그대로 維持하면서 이 現象을 評價하려는 限, 그것은 戰爭에도 屬할 수 없고 또한 平和에도 屬할 수 없다고 말하지 않을 수 없다. 왜냐하면 戰時에만 發動될 수 있는 戰爭法規를 適用하면서 敵對行爲를 繼續하고 있는 反面 또한 當事國은 外交關係等 平和關係도 維持하고 있기 때문이다.¹⁾ 따라서 이것은 戰爭이라고 도 볼 수 없고, 平和라고도 볼 수 없다.

이와 같은 事情은 오늘날의 冷戰에도 그대로 適用되고 있는데 冷戰의 當事國들은 外交關係等 平和關係를 그대로 持續하면서 到處에서 實質的인 敵對行爲에 從事하고 있다. 그 端的인 例가 上述한 U·2 機事件이다. 即 U·2 機事件이란 戰爭을 前提로 해서만 合法化될 수 있는 것인데 現在의 美·蘇關係란 平和로 밖에 볼 수 없다. 따라서 이러한 平和時에 U·2 機事件이 發生했음은, 그것을 다른 말로 表現한다면 美·蘇는 平和關係를 維持하면서 다른 한편에 있어서는 敵對行爲에 從事하고 있다고 말할 수 있는 것

이다. 이러한事態는 그것을戰爭으로 볼 수도 없고 또한 平和로도 볼 수 없기 때문에 그와 같은事態를 規律하는法으로는 平時法도 登場시킬 수 없고 또한 戰爭法도 登場시킬 수 없는 것이다. 이러한事態는 戰爭도 平和도 아닌 全혀 性格을 달리하는 第三의 狀態이다. 第三의 狀態에 對해 平時法을 登場시키니 不合理가 나올 수 밖에 없는 것이다. 萬一 우리가 戰爭도 아니고 平和도 아닌 第三의 狀態에 對해 status mixtus라는 名稱을 붙인다면이 status mixtus를 規律하기 爲한 새로운 法體系가 樹立되지 않으면 안된다. 그때야만 새로운事態를 合理的으로 規律할 수 있으며, 正義의 實現道具로서의 法이 또한 그 機能을 다할 수 있게 될 것이기 때문이다.

그렇다면이 status mixtus를 規律하기 爲한 새로운 法體系란 어떤 것이어야 할 것인가? 이問題에 對한 解答은 우리들 共同的 課題이다. 어느 한 個人의 制限된 知慧를 通해 解決된 問題는 아니다. 그리고 이 課題를 實現에 옮기는 方法에는 여러 가지가 있을 수 있다. 그러나 그중, 그 어느 方法보다도 國際聯合國際法委員會의 活動에 依한 共同採擇이 가장 合理的인 方法일 것임을 여기에서 指摘하고 싶다. 現代法學의 課題란 過去로부터 내려오는 法을 現在 및 앞날의 事態와 어떻게 調和시킬 것인가 하는 데 있다 한다.² 그렇다면 오늘날 새로 出現한 이와 같은 status mixtus에 어떤 法體系가 妥當해야 할 것인가를 決定하는 것은 現代法學이 當面한 共同課題가 되지 않을 수 없는 것이다. 그러나 如何든 여기에서 強調할 수 있는 것은 오늘날이 冷戰狀態와 같은 status mixtus에 對해서는 從來의 戰爭法이나 平時法으로서 는 그 規律이 不可能하며 規律을 成功裡에 實現시키기 爲해서는 새로운 法體系의 確立이 必要하다는 것이다.

註1 「게울크·슈발렌버로거」는 이 狀態의 特徵을 다음과 같이 說明하고 있다. 卽「이 狀態의 特徵은 戰爭行爲의 相對國에 對해서, 同行爲을 平和狀態로 取扱하는가 戰爭狀態로 取扱하는가 하는 選擇權을 주는 데 있다. 그리고 또한 第三國에 對해서도 兩當事國과의 關係에 있어 中立法의 全部를 適用하는지 그 一部分을 適用하는지 하는

選擇權을 주는 데 있다. 實踐의 一面에 있어서는 이것은 當事國間的 關係에 있어 一定目的을 爲해서는 平時法이 繼續適用되고, 反面 例를 들면 捕虜의 處遇와 같은 다른 一定目的을 爲해서는 戰爭法規가 適用되는 것 같은 것을 意味한다」(Georg Schwarzenberger, A Manual of International Law (4th ed., 1960), vol. I, p. 174).

2 Philip C. Jessup, A Modern Law of Nations (1952), p. 14.

7

以上에서 새로운 事態의 出現으로 말미암아 傳統的 國際法學에서 採擇하고 있던 二分法으로서는 그 規律이 不可能해졌고 그것을 可能케 하기 爲해서는 새로운 三分法(trichotomy)의 確立이 必要함을 指摘했다.

三分法이란 무엇인가? 그것은 國際法狀態를 平時·戰時와 이 兩者의 어느 편에도 屬하지 않거나 status mixtus로 區別하는 것이다. 그렇다면 새로 登場한 이른바 status mixtus란 具體的으로 어떤 것인가? 故 「만·윈슨」(Manley O. Hudson)의 뒤를 이어 今番 國際司法裁判所 判事로 選出된 「필립·재섭」(Philip C. Jessup)에 依하면 status mixtus에는 三種의 特徵이 있다고 것이다.¹ 即 status mixtus에는 對立 當事國間에 敵意와 緊張이라는 基本條件이 있다는 것이 그것째 特徵이라는 것이다. 이 敵意는 例를 들면 近代의 獨·佛關係를 惡化시킨 것과 같은 歷史的·民族的 憎惡가 아니라 回教徒에 對한 基督敎國의 初期의 態度, 異教徒에 對한 回教徒들의 態도와 類似하다는 것이다.

事實, 初期의 回教徒들의 思考方式은 異教徒에 對한 「聖戰」(jihad)과 戰爭이 行해지고 있지 않은 境遇라도 그들과의 關係는 敵對關係라고 생각하는 것이었다.² 「로스코·파운드」(Roscoe Pound)도 十八世紀中葉까지 「코란」(Koran)이 異教徒와의 平和條約締結을 禁하고 있다는 理由로 基督敎諸國과 休戰(armistice)만 하

지 평화條約(Treaty of Peace)의締結은 하지 않는 것이 確立된 土耳其의 慣行이 었다고 指摘하고 있다.⁴ 이러한 事情은 오늘날 資本主義世界에 對한 共產主義의 威脅로기 가운데서도 發見될 수 있는 것이다.

status mixtus의 特徵은 當事國間의 爭點이 너무나 根本的이고 또한 뿌리 깊은 것이어서 表面에 나타난 數三의 問題의 解決을 보았다고 해서 그 全體가 終熄되는 것이 아니라 하는 것이다. 이 點은 「트리에스테」(Trieste)에 關한 伊太利·유고슬라비아間의 不和, 스페스運河基地에 關한 英國·埃及間의 紛爭, 또는 카슈미爾問題에 關한 印度·파키스탄間의 衝突等과 같은 傳統的인 形態의 問題와 區別함으로써 說明될 수 있다. 勿論 許多한 難關과 困難이 깃들고 있긴 하지만 그래도 이러한 問題들은 우리가 分明히 把握할 수 있고 또한 本質的으로 解決할 수 있는 問題인 것이다. 더구나 이러한 問題들은 表面上으로는 아주 深刻하게 他國의 利害關係와 얽혀 나타나지 않는 直接的으로는 兩當事國間의 關心事이다. 그러나 現在의 美·蘇間의 關係같은 것은 그 對立이 너무나도 根本的인 것이어서 周邊의 인 몇 가지의 問題가 解決되었다고 해서 敵意가 終熄되거나 基本的인 爭點이 解決되는 것은 아니다. 우리는 이것을 韓國問題와 印度支那問題에서 본다. 韓國과 印度支那에서 休戰이 成立되어 砲火의 交換이 中止되고 事實上 平和가 恢復되었지만 美蘇關係는 조금도 改善되지 않았으며 그 對峙狀態는 그대로 繼續되고 있다. 獨逸問題가 解決된다 해도 事情은 달라지지 않을 것이다. 美·蘇關係의 試金石이라고 指摘되는 이러한 重要問題들은 兩國만의 二邊의 인 關心事項만이 아니기 때문이다.

status mixtus의 셋째 特徵은 問題解決手段으로서 戰爭에 呼訴할 意思를 對峙陣營에서 全然 갖고 있지 않다는 點이다. 이 第三의 特徵은 status mixtus의 流動的인 性格을 特히 잘 表現하고 있는데 그러나 特定時期에 있어서의 그 分析이 반드시 不可能한 것은 아니라는 것이 主張되고 있다.

註 1 Philip C. Jessup, "Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and

- War?," 48 A.J.I.L.(1954), p. 101.
- 2 Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (1947), pp. 26—27.
Arthur Nussbaum, "Forms and Observance of Treaties in the Middle Ages and Early Sixteenth Century," in *Law and Politics in the World Community*, compiled and edited by George A. Lipsky(1953), p. 195.
- 3 傳統的인 見解에 依하면 休戰(armistice)과 平和條約(Treaty of peace)은 全然 다르다. 休戰은 「차음中의 休戰(arma interstitium)은 意味한다 (Marcel Siefert, "L'armistice," 40 Revue Générale de Droit International Public(1933), p. 638) 平和條約은 차음의 終結을 意味한다(Lessa Oppenheim, *International Law*, edited by Hersch Lauterpacht (7th ed., 1955), vol. II, pp. 605—606). 그러나 第二次世界大戰後 長期間에 걸친 休戰期間의 出現이라 이것을 嚴格의 區別하고서는 非現實의 이라고 立場을 據頭하고 있다(Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict* (1954), p. 646).
- 4 In a foreward to Fritz Grob, *The Relativity of War and Peace: A Study in Law, History and Politics* (1949), at p. x.
- 5 韓國과 印度支那에 있어서의 休戰協定을 어떻게 볼 것인가는 困難한 問題이다. 休戰의 一般의인 性質에 關한 傳統的 見解에 따르면 戰鬪停止(suspension of arms)과 一般의 休戰(general armistice)은 모두 部分的 休戰(partial armistice)과 같은 休戰의 限의 內容을 가진 敵對行爲의 一時的 中斷(a temporary cessation of hostilities)의 不過하다(Oppenheim, *op. cit.*, p. 546). 따라서 戰爭을 繼續되고 있으며 休戰을 決코 一時的 平和(temporary peace)가 아니다(Oppenheim, *op. cit.*, p. 547).
- 그러나 이와 같은 古典의 理論에 對해 最近 戰爭法의 權威로 登場한 「홀리우스·스톤」은 一般의 休戰協定에 關한 現代의 傾向을 分析한 後 休戰은 그것의 一般의 休戰인 限 「戰爭의 事實上의 終了」(de facto termination of war)을 結果하는 것이라고 指摘하고 있다(Julius Stone, *op. cit.*, p. 644). 그러한 實例로서 「스톤」과 「블라이 유」平和條約의 締結前, 一九一九年十一月十一日의 聯合國과 獨逸間의 休戰이 戰爭의 事實上의 終了에 該當하며 여러 裁判所의 判例에도 이 見解가 實際로 採擇되고 있음을 들고 있다. 이와 같은 見地에 立脚하여 一九五三年七月二七日의 韓國休戰도 그 休戰協定의 前文에 이 條件 및 規定의 意圖가 純全히 軍事的 性質에 屬하는 것

이라고明記하였으나 그것이 全面的인 一般的의 休戰인 까닭에 戰爭의 「事實上의 終了」에 該當하는 것이라고 하고 있다. 또 그는 해에 그 陸戰法規 第三六條로부터 第四一條에 이르는 休戰規定은 이와 같은 새로운 傾向에 비추어 調節과 適應을 要한다고主張하고 있다(Julius Stone, op. cit., p. 644, n. 42 a).

事實、韓國休戰協定이나 印度支那休戰協定에 關한 限、이러한 休戰協定들은 그 有效期間으로 「最後的인 平和的解決이 達成된 때 까지」 또는 「政治問題의 解決時까지」라고 規定하고 있으므로 이와 같은 平和的解決이나 政治問題의 解決에 到達하면 그것으로서 平和는 齊來되는 것이고 또 解決에 到達되지 않는 境遇라도 休戰協定이나 그대로 效力을 繼續할 것이니 이와 같은 休戰協定은 戰爭의 事實上의 終了를 意味한다고도 볼 수 있을 것 같다.

八

以上에서 近來 特히 國際聯盟의 成立 以後 從來의 國際法學의 二分法에 依해서는 到底히 解決못할 여러 가지 新事態가 發生하고 이러한 新事態에 對한 法的規律을 可能케 하려면 傳統的인 二分法 代身 三分法을 採擇하여 戰爭도 平和도 아닌 第三의 이른바 *status mixtus*란 狀態를 設定해 거기에 妥當할 수 있는 새로운 法體系의 樹立이 必要하다는 것을 論하였다. 그리고, 그레야만 平和에 對한 技術로서의 國際法을 살릴 수 있으며 人類가 사는 고장에 暴力狀態가 아닌 秩序를 齊來시킬 수 있음을 指摘하였다.

그러나 이에 對하여서는, 國際法의 狀態를 三種으로 區別할 必要가 없다는 立場이 있을 수 있다. 왜냐하면 國際聯盟規約이나 不戰條約下에 있어서는 戰爭이 禁止되고 더구나 오늘날의 國際聯合憲章下에 있어서는 戰爭뿐만이 아니라 戰爭에 이르지 않는 武力行使마저 禁止되어 있으니 平和와 이에 對한 反對概念만이 있을 수 있지, 戰爭도 아니고 平和도 아닌 中間狀態란 存在할 수 없다는 主張도 一應 可能하기 때문이다. 따라서 오늘날 國際聯合憲章下에서 必要한 것이 있다면 그것은 어느 것이 合法的인 行使이며, 어느 것이 힘의 非合法的인 行使인가를 區別하는 것이라고主張할 수도 있는 것이다. 이러한 立場은 確實

히 論理의 正鵠을 찌르고 있다.

그러나 생각컨대 이와 같은 立場은 그 妥當의 素地가 尙今 마련되고 있지 않는 것 같다. 그것은 첫째로 오늘날의 國際聯合이 비록 普遍的인 秩序의 建設을 그 目標로 하고 있긴 하지만 非加盟國家에 對해서 마저 그 秩序를 強要할 수는 없을 것이기 때문이다. 그리고 不戰條約의 當事國인 境遇에는 同條約은 技術的인 意味에 있어서의 戰爭에만 適用되는 것이지 戰爭에 이르지 않는 強制措置에는 該當되지 않는다고 주장될 수 있는 것이다.

둘째, 國際聯合 加盟國과 非加盟國間의 緊張關係에 있어 後者は 憲章의 影響을 안받을 것을 主張할 수 있다.

셋째, 加盟國間의 紛爭인 境遇라도 이른바 拒否權의 行使로 因해 安全保障理事會가 憲章 第七章下의 決定에 到達할 수 없을 수도 있다.

마지막으로 憲章 第一〇七條의 留保下에서 國際聯合 加盟國은 第二次世界大戰時의 敵國에 對해 一方의 인 行動을 取할 수도 있다.

이러한 偶發可能之事가 拂拭될 수 없는 限 國際法의 세 狀態에 對한 配慮를 그친다는 것은 所望되지 않는 일일 것이다.

〈筆者—建國大學校政治大學 專任講師〉