

【논문】

히로시마-나가사키 원폭 투하의 위법성

: 국제인도법의 관점* ** *** ****

정태욱

인하대학교, 법철학

water@inha.ac.kr

<국문초록>

이 글에서는 당시의 국제인도법적 관점에서 1945년 히로시마-나가사키 원폭 투하의 위법성에 대하여 살펴보았다. 일본 도쿄지방법판소의 ‘시모다 사건’ 판결, 국제사법재판소(ICJ)의 핵무기의 사용 및 위협의 적법성에 대한 권고적 의견을 검토하고, 1868년 전쟁 무기 제한에 관한 상트 페테르부르크 선언 이래 1938년 무차별 공습 금지에 관한 국제연맹의 결의에 이르기까지 여러 조약들과 관습법상의 국제인도법 원칙들을 검토함으로써 히로시마-나가사키 원폭 투하의 법적 평가를 시도하였다. 그리하여 이 글은 결론적으로 히로시마-나가사키 원폭 투하는 당시 국제인도법의 기준으로 볼 때에도 위법한 행위였다고 판단하였다. 이는 히로시마 나가사키 원폭 투하는 방어되지 않은 후방 민간 거주 지역에 대한 무차별적 폭격으로서 민간인 보호 및 전투원과 비전투원 구분 원칙에 반하는 것이며, 핵무기의 치명적 살상력과 또 방사능 피폭이 야기하는 심각한 후유증을 고려할 때 불필요한 고통 금지의 원칙에도 반하는 것이며, 민간 지역에 대한 의도된 공격으로서 가장 커다란 피해를 의도했다는 점에서 인도의 원칙과 공공의 양심에 반하는 것이며, 당시 상황에서 군사적 승리를 위한 어떤 절박한 필요성으로 정당화되기도 어려우며 일본의 위법행위들에 대한 제재라는 측면에서도 지나치게 가

* 심사위원: 오동석, 정경수, 이경주

투고일자: 2023. 6. 14. 심사개시: 2023. 6. 14. 게재확정: 2023. 6. 25.

** 이 글의 연구는 인하대학교 지원으로 수행되었다.

*** 심사위원들의 유익한 제언과 지적에 감사드리고, 가능한 한 반영하여 보완 수정하였다.

**** 이 글은 2023년 6월 7일 개최된 원폭국제민중법정 실행위원회 주최 “원폭국제민중법정 제1차 국제토론회”에서의 토론문을 발전시킨 것이다.

혹한 것이었다고 판단하였다. 나아가 이 글은 당시의 일반적인 통념이었던 소위 ‘전략적 필요성’ 및 ‘상호성’에 대하여도 검토하였다. 원폭 투하 결정의 정치적 과정을 내밀하게 분석한 하세가와 등의 논의에 기초하여 소위 ‘전략적 필요성’의 논거도 박약한 것이며, 도쿄 대공습 등의 사례에 근거하여 ‘상호성’의 원칙에도 부합하지 않는다고 판단하였다.

주제어: 국제인도법, 히로시마-나가사키 원폭 투하, 도쿄지방법판소 ‘시모다’ 사건, 국제사법재판소의 핵무기 위법성에 대한 권고적 의견, 전투원과 비전투원 구분 원칙, 불필요한 고통 금지 원칙, 마르텐스 조항, 군사적 필요성, 무력 복구

< 차 례 >

- I. 머리말
- II. 도쿄지방법판소 시모다 재판(下田事件: 東京原爆訴訟)
- III. 국제사법재판소(ICJ) 권고적 의견(advisory opinion)
- IV. 1945년 당시 국제인도법 상황
- V. 히로시마-나가사키 원폭 투하와 국제인도법 원칙들
- VI. 맺음말

I. 머리말

윤석열 대통령과 기시다 후미오(岸田文雄) 일본 총리가 2023년 5월 21일 일본 히로시마 한국인 원폭 희생자 위령비에 참배했다. 양국 정상회담 참배는 1945년 히로시마-나가사키 원폭 투하 이래 77년 만에 최초였다. 현직 일본 총리로서는 1999년 오부치 게이조 총리 이후 두 번째라고 한다. 2016년 미국 오바마 대통령은 당시 일본 아베 총리와 히로시마 평화공원을 찾아 원폭 희생자들 묘역에 헌화하였다. 미국 대통령으로서는 역사상 최초의 일이었다.

윤석열 대통령과 기시다 총리는 연설 없이 참배만 하였다. 다만, 한일 정상회담 모두 발언에서 희생자들에 대한 추모의 뜻과 평화로운 미래에 대한 언급이 있었다.¹⁾ 오바마 대통령은 인류 전쟁과 참사의 역사에 대한

긴 연설 속에 핵무기 근절에 대한 짧은 언급이 있었으나 원폭 투하에 대한 사죄는 없었다. 아베 총리도 전쟁의 참상과 미국인들의 희생에 대하여 얘기하고 평화로운 미래에 대한 책임을 강조하였지만, 전쟁 책임에 대한 사죄는 없었다.²⁾

히로시마-나가사키 원폭 희생자는 1947년 미국의 전략 폭력 희생자 조사에 따르면 사망자 히로시마 8만 명, 나가사키 4만 5천 명, 부상자는 히로시마 8-10만 명, 나가사키 5-6만 명으로 추산되었다. 방사능 피폭자의 수는 1950년 시점 283,498명으로 집계되었으나 피폭자의 범위가 재조정되면서 1995년 피폭자로 등록된 인원수는 328,629명으로 파악되었고, 1994년 현재 피폭 사망자는 히로시마 186,940명, 나가사키 102,275명으로 추산되었다.³⁾ 한국 원폭 피해자협의회 합천지부 심진태 지부장은 히로시마-나가사키에서 한국인 피폭자로 현장에서 사망한 인원수를 5만 명으로 추산한다.⁴⁾

현재까지 인류 역사에서 핵무기가 실전에 사용된 것은 태평양 전쟁에서 미국의 히로시마-나가사키 원폭 투하가 유일하다. 일본 도쿄지방법판소는 일찍이 1963년에 피폭자들의 손해배상청구 소송에서 히로시마-나가사키 원폭 투하를 국제인도법 위반으로 판시한 바 있다. 다만, 손해배상 청구권은 일본과 미국의 샌프란시스코 강화조약으로 소멸되었다고 보았다. 국제사법재판소(ICJ)는 1996년 핵무기에 대한 권고적 의견을 발한 적이 있다. 유엔 총회와 국제보건기구가 핵무기의 사용 혹은 위협의 적법성

1) “윤 대통령-기시다 총리, 히로시마 한국인 원폭희생자 위령비 참배”, 대한민국 정책브리핑, <<https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148915369>>, 검색일: 2023. 6. 12.

2) The White House, Office of the Press Secretary, “Remarks by President Obama and Prime Minister Abe of Japan at Hiroshima Peace Memorial”, <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/05/27/remarks-President-obama-and-prime-minister-abe-japan-hiroshima-peace>>, 검색일: 2023. 6. 13.

3) 이삼성, “한국 입장에서 본 히로시마-나가사키 원폭 투하의 정치·군사적 의미”, 원폭국제민중법정 실행위원회, 원폭국제민중법정 제1차 국제토론회 자료집(2023. 6. 7.), 32쪽.

4) 이삼성, 위의 자료집, 33쪽. 당시 히로시마 징용 한인들은 대부분 합천 출신이었다고 한다. 한국 피폭자의 70%가 합천 사람들이고, 2022년 현재 446명의 피해자가 그 후손들이 여전히 합천에 살고 있다.

여부를 문의하였고, ICJ는 핵무기는 국제인도법의 규율에 비추어 위법의 가능성을 인정하지만, 동시에 극도의 자위(self-defense)의 상황에서 핵무기의 사용 혹은 위협에 대한 위법성 여부는 단정하지 못하였다.

이 글에서는 히로시마-나가사키 원폭 투하의 위법성을 국제인도법⁵⁾적 관점에서 살펴보고자 한다. 앞서 본 도쿄지방법판소의 판결도 있었고, 국제사법재판소의 권고적 의견도 있었으나 아직까지 국내에서는 히로시마-나가사키 원폭에 대한 국제인도법 관련 논문은 찾기 어렵다.⁶⁾ 이 글은 그에 대한 하나의 시론적이면서 개괄적인 검토라고 할 수 있다. 보다 심화되고 전문적인 연구들이 나오기를 기대한다. 또한 이 글은 원폭 투하의 위법성만 다루고 피해자들의 청구권 문제는 다루지 않는다는 한계도 있다.

Ⅱ. 도쿄지방법판소 시모다 재판(下田事件: 東京原爆訴訟)

이 판결은 원폭 투하에 대한 세계 최초의 사법적 판단이었으며, 더욱이 1945년 당시 유효한 국제법적 관점에서 원폭 투하의 위법성을 인정한 판결이라는 점에서 중요하다.

-
- 5) 국제인도법(international humanitarian law)의 명칭은 전쟁법(laws of war)에서 무력충돌의 법(law of armed conflict)으로, 다시 국제인도법에 이르렀다. 이러한 명칭의 변화는 국제인도법의 두 축인 군사적 필요성과 인도주의의 사이의 비중의 변화를 반영한다고 생각된다.
- 6) 이 글은 원폭국제민중법정 실행위원회, 원폭국제민중법정 제1차 국제토론회, 2023. 6. 7의 토론회의 다른 발제들, 즉 이삼성, “한국 입장에서 본 미국의 히로시마-나가사키 핵무기 투하의 정치 군사적 의미”, 에릭 데이비드(Eric David), “1945년 당시 조약 국제법으로 본 히로시마-나가사키 핵무기 투하의 불법성” 및 야마다 토시노리, “1945년 당시 관습 국제법으로 본 히로시마-나가사키 핵무기 투하의 불법성” 등을 많이 참고하였다. 아울러 외국문헌으로서 도쿄지방법판소 판결에 대한 일반적 분석으로 Richard A. Falk, “The Shimoda Case: A Legal Appraisal of the Atomic Attacks upon Hiroshima and Nagasaki”, *The American Journal of International Law*, Vol. 59, No. 4(Oct. 1965), 759-793쪽; 동경지방법판소의 판결을 비판하며 트루만의 결정을 ‘군사적’ 혹은 ‘전략적’ 필요성의 차원에서 긍정하는 글로서 Jordan J. Paust, “The Nuclear Decision in World War II: Truman’s Ending and Avoidance of War”, *The International Lawyer*, Vol. 8, No. 1(Jan. 1974), 160-190쪽 등도 참고하였다.

시모다 류이치를 비롯한 일본의 원폭 피해자들은 1955년 4월 25일 도쿄지방법판소에 원폭 투하에 관한 소를 제기하였다. 이들은 미국의 원폭 투하는 국제법 위반이라고 주장하였으며, 샌프란시스코 강화조약에 따라 일본은 미국 및 트루만 대통령에 대한 손해배상청구권을 포기하였다는 전제하에, 일본국 헌법 제29조 3항(피해보상청구권)에 따른 보상을 청구하였다. 한편 그 다음 날 다른 피해자들이 오사카지방법판소에도 같은 내용의 소를 제기하였다.⁷⁾ 이들 소송은 변호사 오카모토 쇼이치(岡本尚一) 등이 대리하였는데, 오카모토는 도쿄 전범 재판에서부터 미국 원폭 투하의 전쟁범죄를 호소하여 왔다.⁸⁾

이후 오사카지방법판소 계류 사건은 도쿄지방법판소로 이송되었고, 앞서 제기된 시모다 사건과 병합하여 심리되었다. 그리고 최초 소제기 이후 8년 만인 1963년 12월 7일 선고가 내려졌다. 도쿄지방법판소는 히로시마-나가사키의 원폭 투하에 대하여 국제법 위반을 긍정하였다. 다만, 샌프란시스코 강화 조약에 따라 일본은 모든 청구권을 포기하였고, 국가는 그에 대한 합법적 처분권이 있다고 보았다.⁹⁾

시모다 사건에서 도쿄지방법판소는 비록 미국이나 일본 정부의 손해배상책임을 인정하지 않았지만, 원폭 투하가 국제인도법에 위반되는 불법행위였음은 명확히 실시하였다. 재판부는 먼저 1945년 당시 유효한 국제인도법 조약들 가운데 핵무기를 직접 규율하는 조항들은 없지만, 관습국제법(customary international law)과 조약의 ‘해석’과 ‘유추적용’을 통하여 핵무기 금지 여부를 평가할 수 있다고 판시하였다.

7) 이 동경지방법판소 소송에 대한 개요는 “下田事件(東京原爆訴訟)”, 일본 반핵법률가협회, <<https://www.hankaku-j.org/shimoda/>>, 검색일: 2023. 6. 13.

8) 오카모토 변호사 등의 반핵 소송 운동에 대하여는 Yuki Tanaka and Richard Falk, “The Atomic Bombing, The Tokyo War Crimes Tribunal And The Shimoda Case: Lessons For Anti-Nuclear Legal Movements”, Nuclear Age Peace Foundation, <<https://www.wagingpeace.org/the-atomic-bombing-the-tokyo-war-crimes-tribunal-and-the-shimoda-case-lessons-for-anti-nuclear-legal-movements/>>, 검색일: 2023. 6. 13.

9) 일본 판결 원문은 일본 반핵법률가협회 사이트, <https://www.hankaku-j.org/shimoda/tokyo02_pdf/331.pdf>; 동 판결문의 영어 번역문은 <<https://web.archive.org/web/20120927012013/http://www.icrc.org/IHL-NAT.NSF/39a82e2ca42b52974125673e00508144/aa559087dbcf1af5c1256a1c0029f14d!OpenDocument>>; 검색일: 2023. 6. 13.

시모다 판결은 국제인도법의 두 원칙, 즉 무차별적 폭격의 금지(무방호 지구에 대한 폭격) 그리고 불필요한 가해의 금지의 원칙에 기초하여 히로시마-나가사키 원폭의 위법성을 판단하였다.

먼저 방어되지 않은 지역에 대한 포격 금지에 대하여는 1907년 육전(陸戰)에서의 법과 관습에 관한 헤이그 제4협약 및 부속 규칙¹⁰⁾ 그리고 1907년 해군의 포격에 관한 헤이그 제9협약¹¹⁾을 원용하고 있다. 아울러 재판부는 1923년 공중 폭격에 관한 헤이그 규칙 초안¹²⁾도 원용하고 있다. 재판부는 이 공전(空戰) 규칙 초안이 비록 채택되지는 않았지만 당시 법학도들은 동 초안을 권위적인 준거로 학습하였으며 몇몇 국가들은 자국의 규범으로서 실행하였다고 말하고 있다. 그리하여 그 초안에 규정된 민간인과 전투원의 구분이라는 원칙은 이미 당시 관습국제법의 구성 부분이 되었다고 보고 있다.

불필요한 가해 금지 원칙에 관하여는 1925년의 생화학 무기 금지에 관한 제네바 의정서¹³⁾와 더불어 1907년 헤이그 제4협약 부속 규칙 제23조 독이나 유독성 무기(poison or poisoned weapons) 사용 금지 조항을 제시하였다. 재판부는 원폭 투하는 수십 년간 지속되는 방사능의 유해성을 감안할 때, 원폭 투하는 불필요한 과도한 가해를 금지하는 당시 협약 국제법(conventional international law) 원칙에 반하는 것으로 보았다.

한편 재판부는 불필요한 가해 금지 원칙과 관련하여 군사적 필요성(military necessity) 원칙도 잠깐 언급하였다. 그러나 원자탄의 거대한 파괴력과 그로 인한 피해를 고려할 때 군사적 필요성의 원칙에 의해 정당화되기 어렵다고 말하였다.

10) 1907 Hague Convention respecting the Laws and Customs of War on Land and Annexed Regulations. 이하 1907년 헤이그 제4협약 및 부속 규칙으로 약칭함.

11) 1907 Hague Convention concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War. 이하 1907년 헤이그 제9협약으로 약칭함.

12) 1923 Hague Draft Rules of Aerial Warfare. 이하 1923년 헤이그 규칙 초안으로 약칭함.

13) 1925 Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare. 이하 1925년 제네바 의정서로 약칭함.

Ⅲ. 국제사법재판소(ICJ) 권고적 의견(advisory opinion)

세계보건기구(WHO)는 1993년 “건강이라는 관점에서 그리고 환경에 대한 영향이란 관점에서 볼 때 전쟁에서 또는 그 밖의 무력충돌에서 국가가 핵무기를 사용하는 것이 WHO현장을 포함한 국제법상의 국가의 의무 위반이 될 것인가?”라는 질의로서 국제사법재판소에 권고적 의견을 구하였다. 아울러 유엔 총회는 비동맹국들 중심으로 1994년 “핵무기에 의한 위협 또는 핵무기의 사용이 국제법상 어떠한 허용되어 있는가”라는 문제로 국제사법재판소에 권고적 의견을 묻는 결의를 채택하였다. ICJ는 여러 나라들의 진술서를 접수하고 국가와 개인들의 구두진술을 청취한 뒤, 1996년 WHO의 질의는 각하하고, 유엔총회의 질의에 대하여는 권고적 의견을 제시하였다.¹⁴⁾

ICJ의 권고적 의견의 주문을 요약해 보면 다음과 같다.

- A: 핵무기의 위협 또는 사용을 특별히 허가(specific authorization)해 주는 관습 또는 조약상의 국제법은 존재하지 않는다(전원일치).
- B: 핵무기의 위협 또는 사용을 포괄적이고 보편적으로(comprehensive and universal) 금지하는 관습 또는 조약상의 국제법은 존재하지 않는다(11대3).
- C: UN 헌장에 반하는 침략적 목적을 위한 핵무기의 위협 또는 사용은 위법하다(전원일치).
- D: 핵무기의 위협 또는 사용은 특히 국제인도법상의 원칙을 포함하여 무력 충돌에 적용되는 국제법의 요건에 반하는 것이어서는 안 된다(전원일치).
- E: 핵무기의 위협 또는 사용은 국제인도법의 원칙에 일반적으로 반하는 것으로 여겨진다(would generally be contrary to). 그러나 현재의 국제법으로서는 국가의 존망이 걸린 극단적인 자위의 상황에서는

14) 권고적 의견 결정문, 재판관들의 개별 의견 및 반대의견들 및 심리 과정의 문서들을 포함한 전체 자료는 <<https://www.icj-cij.org/case/95>>, 검색일: 2023. 6. 13.에서 볼 수 있다. 주문은 권고적 의견 결정문 105절에 나와 있다. 이 권고적 의견에 대한 자세한 설명은 박배근, “핵무기사용의 합법성에 대한 ICJ의 권고적 의견”, 국제법평론(제8호, 1997), 119-135쪽; 정태욱, “북한의 핵보유에 대한 규범적 평가를 위하여”, 민주법학(제33호, 2007), 229-262쪽 등 참조.

핵무기의 위협 또는 사용이 적법 또는 위법한지 여부를 확정적으로 (definitively) 결론지을 수 없다(7대7, 재판장 결정투표).

F: 핵군축에 이르는 협상을 성실히 추구하고 협상의 결론에 도달할 의무가 있다(전원일치).

ICJ는 우선 1899년 독성물질 발사체 사용 금지에 대한 제2차 헤이그 선언¹⁵⁾, 1907년 헤이그 제4협약 혹은 1925년 제네바 의정서 등에서 핵무기에 대한 구체적인 금지 규정은 찾을 수 없다고 하였다. 그러나 민간인 보호 그리고 전투원과 비전투원 구별의 원칙, 불필요하고 가중된 가해의 금지, 마르텐스 조항(인도의 원칙과 공공 양심) 그리고 중립(neutrality)의 원칙은 오래전부터 국제인도법의 원칙으로 발전되어 왔으며, 핵무기 문제에 적용될 수 있다고 실시하였다. 그리고 핵무기 파괴력의 무차별성과 광범위성을 감안할 때, 핵무기의 사용은 앞의 주문(D항 및 E항 전단)에서 본 바와 같이 무력충돌의 법적 요청들과 조화되기는 어려운 것 (scarcely reconcilable)으로 판단하고 있다.

이와 같이 ICJ는 핵무기가 국제인도법의 기본 원칙들과 양립하기 어렵다고 보고 있다. 다만, “국가의 존망이 걸린 극단적인 자위의 상황(in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake)”에서는 핵무기의 사용이 위법하다고 단정할 수 없다고 하였다. 이러한 최종 결론은 책임 방기적 ‘판단 중지’라는 점에서 납득하기 힘든 것이었고, 전쟁 수단으로서의 적법성(jus in bello: 교전법)을 평가하는 자리에서 전쟁 개시의 정당성(jus ad bellum: 개전법)의 논리를 끌어들이었다는 점에서도 이상한 것이었다.

그러나 ICJ의 권고적 의견은 현재까지 핵무기에 대한 국제사회의 가장 권위있는 판단이라는 점에서 경시할 수 없다. 물론 ICJ의 권고적 의견은 1996년 현대 상황에서의 핵무기에 대한 판단으로서 1945년 당시와는 준거 시점의 차이가 있다. 하지만, ICJ가 국제인도법의 원리들은 핵무기가 개발되기 전부터 확립되어 왔으며, 핵무기의 사용이 그러한 원리와 양립할 수 없음을 시사한 부분은 매우 의미있다고 생각한다. 그 실시 내용은

¹⁵⁾ 1899 Hague Declaration concerning the Prohibition of the Use of Projectiles with the Sole Object to Spread Asphyxiating Poisonous Gases.

1945년 당시 핵 투하에 대한 국제인도법적 평가에 대한 일응의 기준을 제시해 준다고 생각한다. ICJ가 결과적으로는 국가의 존망이 걸린 극단적 방어의 상황에서 핵무기의 사용에 면책을 부여하였다는 점에서 아쉬움이 남지만, 그 또한 히로시마-나가사키 원폭 투하의 정당성 판단에서 검토되어야 할 논점으로 볼 수 있다.

IV. 1945년 당시 국제인도법 상황

1. 국제인도법의 연원

제2차 세계대전 때까지 핵무기는 아직 개발되지 않았었다. 따라서 핵무기를 특정하여 명시적으로 금지하는 조약이나 관습법은 없었다. 더욱이 1945년 당시 그리고 지금까지도 공군 폭격을 규제하는 조약은 공식 체결되어 있지 않다. 이러한 상황들이 히로시마-나가사키 원폭 투하에 대한 법적 단죄에 어려움을 야기한다. 1996년 ICJ가 핵무기를 보편적으로 또 포괄적으로 금지하는 조약이나 관습법은 존재하지 않는다고 말한 것도 그런 이유 때문이고, 도쿄 지방재판소 역시 그 문제를 먼저 짚고 넘어가야 했다.

그러나 핵무기가 1945년 당시 최신 무기이고 또 당시 공습을 규제하는 국제 조약이 존재하지 않았다고 하여 민간인에 대한 무차별적 원폭이 허용되는 것이었다고 단정할 수는 없다. 핵무기는 신무기이지만, 그것도 하나의 무기이다. 더욱이 기존의 무기보다 파괴력과 살상력이 더 큰 무기이다. 기존 무기들을 규제하는 국제인도법의 원리들이 있다면 이는 핵무기에 대하여도 적용된다고 보아야 할 것이다.

주지하듯이 국제인도법은 군사적 필요성과 인도주의 원칙을 양대 축으로 발전하였다. 군사적 필요성에 대하여 인도주의적 한계를 설정하는 것이 국제인도법 발전의 과정이었다고 할 수 있다. 무기 규제에 관한 국제인도법은 1868년 상트 페테르부르크 선언¹⁶⁾에서 시작한다. 이 선언은 서문에

¹⁶⁾ 1868 Saint Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of

서 전쟁의 필요성(necessities of war)은 인도(humanity)의 요청에 양보해야 하는 한계가 있음을 전제하고, “문명의 발전은 전쟁의 참화를 가능한 덜어 주기 위한 것”이며, “전시에 달성하기 위해 노력해야 할 유일한 정당한 목적은 적의 군사력을 약화시키는 것”이라고 천명하였다. 그에 따라 전투력이 상실된(disabled) 인원의 고통을 불필요하게 가중시키거나 사망에 이르게 하는 무기 사용은 그러한 원칙을 넘어서는 것임을 선언하였다.

1899년 및 1907년 개최된 헤이그 평화회의에서는 전쟁 무기는 무제한이 아니라는 근본 명제가 정립되었다.¹⁷⁾ 마찬가지로 1899년 헤이그 제2협약¹⁸⁾과 1907년 헤이그 제4협약 서문은 공히 보다 완비된 전쟁법규에 관한 법전이 제정되기까지 체결국은 그들이 채택한 규칙들에 포함되지 않은 경우라에도 거주민들 및 교전자는 문명국 간에 수립된 관행, 인도(humanity)의 법규와 공공 양심(public conscience)의 요청들로부터 유래하는 국제법 원칙의 보호 및 지배하에 있음을 선언하고 있다(일명 ‘마르텐스 조항’).

이처럼 국제 사회는 오래전부터 국제인도법의 기본원칙인 무차별적 민간인 살상 금지와 불필요한 고통 가중 금지 원칙을 정립해 왔다고 할 수 있다. 육전(陸戰)에 관한 1907년 헤이그 제4협약 및 해전(海戰)에 관한 헤이그 제9협약 그리고 1925년 유독가스 및 세균 사용 금지에 관한 제네바 의정서 등은 모두 그러한 관습국제법적 요청들을 조문화한 것이다.

따라서 비록 핵무기가 당시에는 존재하지 않은 무기였고, 또 공습을 규제하는 조약이 체결되지 않았다고 하여도 기존의 국제인도법의 원칙들에 근거하여 히로시마·나가사키 원폭 투하를 비판적으로 평가할 수 있을 것이다. 이것이 바로 도쿄 지방재판소 시모다 판결의 입장이었으며, 또 ICJ가 핵무기는 일반적으로 국제인도법의 원칙에 반하는 것으로 여겨진다고 보았던 이유라고 생각한다.

Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight.

17) 헤이그 제1차 평화회의의 1899년 육전의 법과 관습에 관한 헤이그 제2협약 부속 규칙 및 헤이그 제2차 평화회의의 1907년 육전의 법과 관습에 관한 헤이그 제4협약의 부속 규칙 제22조는 “해적(害賊) 행위의 채택에 관한 교전자의 권리는 무제한이 아니다”라고 규정하고 있다.

18) 1899 Hague Convention with respect to the Laws and Customs of War on Land. 이하 1899년 헤이그 제2협약으로 약칭함.

2. 공전(空戰) 조약 미비의 문제

그러면 공전(空戰)에서의 폭격을 규제하는 조약이 체결되지 않은 이유는 무엇이며 그것은 어떻게 이해해야 할까?

공중 폭격을 제한하려는 국제적 노력은 오래전부터 진행되었다. 1899년 제1차 헤이그 평화회의에서부터 이미 공중 기구(balloon) 혹은 다른 유사한 성질의 새로운 방법에 의한 발사체 금지를 논의하였다.¹⁹⁾ 또한 1907년 육전에 관한 헤이그 제4협약 부속 규칙 제25조에서는 방어되지 않은(undefended) 도시, 촌락, 주거지, 건물 등에 대한 폭격을 금지하면서, “어떠한 수단에 의해서도(by whatever means)”라는 구절을 삽입하였다. 이는 바로 공중 폭격을 엄두에 둔 것이었다고 이해된다.²⁰⁾

1907년 해전에 관한 헤이그 제9협약도 제1조에서 무방호지구에 대한 폭격을 금지하였으며, 제2조에서는 군사 시설에 폭격에 수반되는 불가피한(unavoidable) 피해는 허용된다고 하고, 이어서 군사적 이유(military reasons)에 따라 즉각적인 행동이 필요한 경우에도 군사령관은 지역의 피해가 가능한 최소화될 수 있는 모든 적정한(due) 조치를 취해야 한다고 규정하고 있다.

이렇게 육전(陸戰) 및 해전(海戰)의 포격에 대한 기준이 마련된 후, 1911년 마드리드에서 개최된 세계 국제법학회(the Institute of International Law)에서 공중 폭격 문제가 본격적으로 논의되었다. 공군력의 사용을 금지하자는 의견도 있었으나 정당방위의 수단으로 허용되어야 한다는 반론이 있었고, 결국 비전투원들에게 육상과 해상 폭격보다 더 큰 위협을 야기하지 않는 한에서 허용된다는 입장으로 정리되었다.²¹⁾

제1차 세계대전 후 1921년 승전국들의 군축평화회담인 워싱턴 회의에서 공전(空戰) 규제에 관한 조약 성안이 시도되었다.²²⁾ 워싱턴 회의의 주

19) 1899 Declaration on the Launching of Projectiles and Explosives from Balloons.

20) Matthew Lippman, “Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan”, *California Western International Law Journal*, Vol. 33, No. 1(Fall 2002), 7쪽.

21) Matthew Lippman, “Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan”, 9쪽.

22) Heinz Marcus Hanke, “The 1923 Hague Rules of Air Warfare: A Contribution

목적은 열강들의 해군력 제한에 있었다. 다만, 그 산하 기구로 공전 조약에 관한 국제 법률가 위원회를 설치하였으며, 승전 5개국(미,영,일,프,이) 및 네덜란드 대표들은 헤이그에서 수개월의 논의를 거쳐 1923년 헤이그 공전(空戰) 규칙 초안에 합의하였다.

동 초안 제22조는 민간인들에 대한 공중 폭격을 금지하고 있으며, 제24조 제1항은 군사적 목표물(military objective)이란 개념을 사용하여 군사적 성질이 아닌 대상에 대한 폭격을 금지하고, 제2항에서는 그러한 군사적 대상으로서 군사력, 군수물자 및 군사적 목적을 위해 사용되는 통신선 혹은 교통 노선 등을 열거하고 있으며, 제3항에서는 육상 군사 작전 바로 인근에 있지 않은 도시, 읍면, 마을, 주거지 혹은 건물에 대한 폭격을 금지하고, 제2항에 규정된 군사 목표물이 민간인 거주지역과 밀접하게 위치하여 민간인들에 대한 폭격을 피할 수 없는 경우라면 공중폭격은 자제되어야 한다고 규정하고, 제4항에서는 육상 작전, 육상 전투와 인접한 지역에 대하여는 민간 주거지에 위협을 초래하는 폭격도 가능하지만 그것은 그 지역의 군사적 시설의 중요성이 충분히 인정될 경우에 한한다고 규정하고 있다.

헤이그 규칙 초안은 공중 폭격에 대한 매우 엄격한 제한을 둔 것이었다. 즉 기본적으로 민간인에 대한 의도적 폭격을 금지하고 있으며, 군사적 목표에 대한 폭격은 가능하지만, 수반되는 민간인 피해가 더 큰 경우에는 허용되지 않는다는 비례의 원칙도 규정하였으며, 군사적 목표에 대한 폭격이 민간 거주지에 대한 무차별적 폭격을 수반하는 경우라면 그 항공기(the aircraft)는 폭격을 포기해야 한다는 의무까지 부과하였다. 이는 실제 조약 성안 과정에서 현실적 요구들에 따라 어느 정도 완화될 것을 감안한 결과로 볼 수 있을 것이다.

이러한 헤이그 공전(空戰) 규칙 초안은 조약으로 성립되지는 못하였다. 미국과 영국 등 항공 군사 기술에서 앞서가는 열강들은 ‘유망한’ 군사적 수단에 대한 명시적 제한을 꺼려한 것이다. 그러나 그 헤이그 규칙 초안이 담고 있는 가장 기본적 원칙인 무차별적 민간 폭격의 금지는 이미 관

to the Development of International Law Protecting Civilians from Air Attack”, *International Review of the Red Cross*(1961 - 1997), Volume 33, Issue 292(Feb. 1993), 14쪽.

습국제법을 형성하고 있었다고 생각된다.²³⁾ 도쿄 지방재판소 시모다 사건 재판부도 그와 같이 판단하였다. 동 재판부는 헤이그 공전 규칙 초안이 비록 채택되지는 않았지만 법학도들은 동 초안을 권위적인 준거로 학습 하였으며 주요 국가들은 자국의 규범으로 실행하였다고 실시하였다. 그리 하여 그 규칙 초안에 규정된 민간인과 전투원의 구분이라는 원칙은 이미 당시 국제법의 구성부분이 되었다고 보았다.

이후 공중 폭격에 대한 규제는 국제연맹의 과제로 넘겨졌다. 1937년 일본이 중일전쟁을 본격화하면서 상하이에 공중 폭격을 감행했다. 중국 정부는 국제연맹에 적십자사, 병원도 폭격을 당했으며, 여성 아동을 포함한 수백 명의 민간인들이 살상당했다고 통보했다. 국제연맹은 일본의 무 방호 지구에 대한 폭격을 규탄했으며, 미 국무장관 헐(Cordell Hull)은 국제연맹 총회에서 평화로운 생업을 영위하는 민간 주거지역을 포함하는 광범위한 폭격은 “법과 인도의 원칙”에 반한다고 선언하였다. 또한 1938년 독일 나치의 공군은 스페인 게르니카에 무차별적 폭격을 자행하여, 만 명이 넘는 민간인을 살상했다. 국제연맹 제3위원회는 민간인에 대한 폭격 금지는 “확립된 국제법 원칙”임을 확인하였고,²⁴⁾ 국제연맹 총회는 1)민간인에 대한 의도적 폭격은 불법이며, 2)공습 목표물은 정당한 군사적 대상이어야 하며, 식별가능한 것이어야 하며, 3) 어떤 정당한 군사적 대상에 대한 공격일지라도 목표물 인근 민간 주민들에게 부주의하게 폭격되어서는 안 된다는 결의를 채택하였다.²⁵⁾

아울러 프랭클린 루스벨트 미국 대통령은 1939년 제2차 세계대전 직전 유럽 주요 국가들에 민간인 대상 공중 폭격을 금지하는 호소를 발표하였다.²⁶⁾ 그에 대하여 영국 챔벌레인 수상도 동의하였으며, 폭격기의 공

23) Matthew Lippman, “Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan”, 11쪽 및 12쪽; 후지타 히사카즈(藤田久一), 이민호/김유성 옮김, 국제인도법(신판)(연경문화사, 2010), 125쪽.

24) Matthew. Lippman, 위의 글, 14쪽.

25) 국제연맹 총회 결의 “전시 공중 폭격으로부터 민간인 보호”(Protection of Civilian Populations Against Bombing From the Air in Case of War, General Assembly, League of Nations, September 30, 1938).

26) F. D. Roosevelt, An Appeal to Great Britain, France, Italy, Germany, and Poland

습은 주간에 목표물을 식별가능할 때로 제한하는 명령이 시달되었다. 물론 이러한 원칙은 독일의 폴란드 공습 그리고 서부전선에서의 ‘전격전(Blitzkrieg)’에 따른 공습이 전개되면서 무효화되었다. 하지만, 무차별적 공습이 국제인도법에 반한다는 국제적 확신은 재차 확인될 수 있다고 생각한다.²⁷⁾

이러한 무차별적 공습 금지에 대한 법적 확신은 1945년 뉴른베르크 전범 재판에서도 찾아 볼 수 있다. 주지하듯이 뉴른베르크 전범 재판은 평화에 반하는 범죄(crimes against peace), 인도에 반하는 범죄(crimes against humanity) 그리고 전쟁 범죄(war crimes)에 대한 최초의 국제법적 재판이었다. 뉴른베르크 전범재판을 위한 원칙을 규정한 뉴른베르크 헌장(Nuremberg Charter)²⁸⁾ 제6조 (b)는 “군사적 필요성에 의하여 정당화되지 않는 도시, 촌락, 마을들에 대한 자의적 파괴 혹은 유린”을 전쟁 범죄의 하나로 명시하였다. 이는 바로 1907년 헤이그 제4협약 이래 국제인도법이 정립해 온 ‘무차별적 폭격 금지’ 원칙을 반영하는 것이었다. 도쿄 전범재판의 도쿄 헌장(Tokyo Charter) 제5조 b에서도 전쟁 범죄를 규정하고 있다. 그러나 여기서는 구체적인 행위 유형은 열거하지 않고, 다만, “전통적인 전쟁 범죄들(conventional war crimes): 전쟁 법규들과 관습들의 위반행위”라고만 규정하였다.

그러나 실제 전범재판에서 무차별적 공습에 의한 처벌은 없었다. 독일 공군 사령관인 괴링(Hermann Goering)도 그에 의한 처벌은 받지 않았다.

to Refrain from Air Bombing of Civilians, 1939. 9. 1.; The American Presidency, <Project <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/appeal-great-britain-france-italy-germany-and-poland-refrain-from-air-bombing-civilians>>, 검색일: 2023. 6. 12.

27) 물론 현대 국제인도법상으로도 그러한 군사작전은 명백하게 금지된다. 1977년 제네바협약 제1추가의정서 제52조 제2항은 민간 주민은 공격의 대상이 될 수 없으며, “민간 주민 사이에 공포(terror)를 만연시킴을 주목적으로 하는 폭력행위 및 위협은 금지된다”고 명시하고 있다. 나아가 무차별적 폭격은 전쟁범죄를 구성할 것이다. Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*(제2판, Cambridge; Cambridge University Press, 2010), 117-118쪽 및 125-126쪽.

28) 공식 명칭은 Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, <https://en.wikipedia.org/wiki/Nuremberg_Charter>, 검색일: 2023. 6. 27.

무차별 공습을 기소 사유로 하지 않은 것은 바로 독일만이 아니라 연합국인 영국과 미국도 그로부터 자유롭지 못하였기 때문이다.

제2차 세계대전은 이른바 ‘총력전(total war)’이었다고 얘기된다. 국가의 모든 역량을 동원하고 또 적국의 전쟁 역량을 근원적으로 파괴하는 양상으로 전개되었다. 그에 따라 적의 군수 산업, 통신, 교통 등 사회의 인프라를 파괴하는 ‘전략 폭격(strategic bombing)’이 행해졌다.

전략 폭격의 극단적 형태는 일반 국민들을 목표로 한 것이었다. 적국의 국민들 사이에 경악과 공포를 불러일으켜 적국의 사기를 떨어뜨리기 위한 것이었다. 독일 나치가 영국 동(東) 런던 그리고 네덜란드 로테르담에 무차별적 공습을 가하였으며, 연합군은 독일 드레스덴을 초토화하였다. 아시아에서 일본은 중일 전쟁 중 상하이, 충칭 등에 대한 무차별 폭격을 가했다. 미군 역시 원폭 투하 전에 이미 무자비한 동경 공습을 행하였다.

이러한 참혹한 전쟁 양상이 ‘군사적 필요성’의 명분으로 정당화될 수 있을까? 전범 재판에서 무차별 폭격이 기소사실에 포함되지 않은 것은 그것이 정당화사유에 해당한다는 의미였을까? 그러나 총력전이라고 하여도 민간인에 대한 폭격은 정당화될 수 없을 것이다. 일본 도쿄 지방재판소가 실시하였듯이 그것이 정당화된다면, 이는 곧 인류 상호 멸절의 논리로 이어질 수 있을 것이다.

후술하듯이, 전략 폭격은 대부분 군사적 필요성을 넘어서는 군사적 유용성 혹은 정치적 필요성을 위한 것이라고 생각된다. 그러한 전략 폭격은 당시 확립된 국제인도법의 원칙인 민간인에 대한 무차별적 폭격 금지에 반하는 행위라고 생각된다. 다만, 제2차 세계대전의 승전국들인 영국과 미국도 그러한 행위에 가담하였기 때문에 처벌하지 못하였을 뿐이라고 생각된다. 즉 이는 법적으로 정당화되는 사유가 아니라 다만 사실적으로 제재하지 못하는 상태였을 뿐이라고 생각한다.

V. 히로시마-나가사키 원폭 투하와 국제인도법 원칙들

일본 도쿄지방법판소의 시모다 판결과 ICJ의 권고적 의견은 무력 충돌에 관한 국제인도법의 기본 원칙들을 모두 반영하고 있다. 이는 다음과 같다고 할 수 있다: 민간인 보호(전투원과 비전투원의 구별), 불필요한 고통 금지, 마르텐스 조항(인도의 원칙과 공공 양심), 중립(neutrality).²⁹⁾ 이는 협약국제법 및 관습국제법에서 모두 확인된다.³⁰⁾ 한편 그러한 위반을 정당화하는 사유로서는 도쿄지방법판소가 잠깐 언급한 군사적 필요성을 들 수 있다. 국제사법재판소가 말한 국가의 존망이 걸린 극단적 자위상황도 군사적 필요성과 관련하여 검토될 수 있다고 생각된다.³¹⁾ 아울러 제2차 세계대전 전까지 국제법상 인정되었던 무력 복구(military reprisal)도 생각할 수 있을 것이다. 이하에서는 각 부분을 상론하겠다.

1. 전투원과 비전투원의 구별(distinction)(민간인 보호)

민간인 보호 원칙은 1949년 민간인 보호에 관한 제네바 제4협약³²⁾에

29) Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 4-9쪽. 이 가운데 중립은 히로시마-나가사키 원폭의 사안에서는 크게 문제되지 않을 것으로 보인다. 다만, 대기 오염과 수질 오염이 주변 관련국들에게도 불이익을 초래할 수 있다는 점에서 문제가 될 수 있겠지만, 환경에 관한 국제인도법은 1945년 당시 확립된 원칙은 아니라고 생각되기에 여기서는 제외하도록 한다.

30) 앞서 본문에서도 보았듯이, 국제인도법에서 협약국제법(conventional international law)과 관습국제법(customary international law)은 서로 영향을 주고받으며 발전해 왔다. Yoram Dinstein, 위의 책, 12쪽. 대체로 관습국제법의 기본 원리들이 국제 협약으로 구체화되었다고 생각된다.

31) 본문에서 언급한 바와 같이 국제법상 자위권(self-defense)은 ‘전쟁 중의 정의(교전법: jus in bello)’가 아니라 ‘전쟁 개시의 정의(개전법: jus ad bellum)’에 해당한다. 국제인도법상 핵무기의 위법성 여부는 전쟁의 수단 즉 교전법에 대한 것이고, 자위의 권리는 전쟁의 개시, 즉 개전법에 대한 것이다. 따라서 국제사법재판소의 입론은 범주의 착오에 해당할 수 있다. 그러나 국제사법재판소의 판시 이유를 선택하면 자위를 위한 수단으로서 군사적 필요성을 말하는 것으로 생각된다.

32) 1949 Geneva Convention(IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in

서 강조되었으며, 전투원과 비전투원의 구분(distinction; discrimination)에 관한 용어는 1977년 제네바 협약 추가의정서들³³⁾에서 나타난다. 그러나 민간인 및 전투능력을 상실한 전투원에 대한 살상 금지는 국제인도법 발생 초기부터 국제인도법의 구성 부분이었다.

앞서 보았듯이 일찍이 1868년 상트 페테르부르크 선언은 “전시에 달성하기 위해 노력해야 할 유일한 정당한 목적은 적의 군사력을 약화시키는 것이다”라고 규정하였다. 군사적 공격은 적을 약화시키거나 제압하기 위한 필요성이 있을 때 정당화되며, 그러한 군사적 필요성이 인정될 수 없는 살상행위는 허용되지 않는다는 것이다. 이로부터 전투능력을 상실한 적병이나 전투와 무관한 민간인에 대한 공격은 허용되지 않는다는 원칙을 도출할 수 있을 것이다.

민간인 보호의 원칙은 1907년 헤이그 제4협약 부속 규칙 제25조 “어떤 수단에 의해서든 방어되지 않은 도시, 촌락, 주거지 또는 건물에 대한 공격 또는 포격은 금지”된다는 규정에서도 확인된다. 앞서 보았듯이 ‘어떤 수단에 의해서든(by whatever means)’이라는 구절이 주목된다. 이 조약이 비록 육전을 주제로 한 것이지만, 공중 폭격까지 염두에 둔 것으로 평가된다. 또한 동 규칙 제27조는 “포위와 포격을 함에 있어 종교, 예술, 과학, 자선 목적, 역사 유적, 병원에 이용되는 건물 그리고 환자나 부상을 입은 자들이 수용되어 있는 장소 등은 그것들이 군사적 목적으로 이용되지 않는 한 그 보호를 위한 가능한 한 필요한 모든 조치들이 취하여져야 한다”고 규정하고 있다. 1907년 헤이그 제9협약 제1조 제1문 역시 “방어되지 않은 항구, 촌락, 주거지 또는 건물에 대한 해군 포격은 금지”된다고 규정하여 민간인에 대한 무차별적 포격을 불허하였다.

위 조약들이 육전과 해전의 포격에 대한 것이고 공전(空戰)의 포격은 명시적으로 포함하고 있지 않다. 그러나 일반적으로 육군이든 해군이든 민간인에 대한 무차별적 포격을 금지하는 국제법 원리가 정립되었다면,

Time of War. 이하 1949년 제네바 제4협약으로 약칭함.

³³⁾ 1977 Protocol I Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts. 이하 1977년 제네바협약 제1추가의정서로 약칭함. Protocol II Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts. 이하 1977년 제네바협약 제2추가의정서로 약칭함.

그 원리는 그보다 위험성이 더 큰 공군의 폭격에도 당연히 적용된다고 보아야 할 것이다.

관련하여 앞서 보았듯이 1923년 공전(空戰)에 관한 헤이그 규칙 초안도 상기할 필요가 있다. 동 초안은 민간인들에 대한 공중 폭격을 금지하고, 군사적 성질이 아닌 대상에 대한 폭격을 금지하고 있으며, 군사적 공격에 수반되는 민간인 피해 부분에서는 비례의 원칙까지 요구하고 있다. 이 초안이 공식 조약으로 체결되지 못하였지만, 그 기본 내용은 국제사회의 법적 확신을 시사한다.

실제로 이후 국제사회에서 무차별적 공중 폭격이 문제가 되면서 국제연맹은 관련 결의안을 채택하였다. 이미 보았듯이 1938년 국제연맹 총회는 민간인에 대한 의도적 폭격은 불법이며, 공습 목표물은 정당한 군사적 대상으로서 식별가능한 것이어야 하며, 군사적 목표물 인근 민간 주민들에 대한 부주의한 폭격은 불허된다고 하였다.

물론 국제연맹 총회의 결의는 회원 국가들에게 직접적 구속력을 가진 못하지만, 그 결의는 만장일치일 경우에만 채택될 수 있다는 점에서 민간인에 대한 무차별적 공습 금지에 대한 당시 국제사회에서의 법적 확신을 보여준다고 생각한다.

요컨대 1945년 당시 민간인에 대한 공중 폭격을 금지하는 명시적인 조약은 없었지만, 육전과 해전 관련 조약에서 해당 조항은 이미 존재하였음은 물론이고, 민간인에 대한 공습 금지는 관습국제법으로 확립되어 있었다고 생각한다.

히로시마·나가사키 원폭 투하는 군사적 목표물에 대한 타격이 아니라 다수 시민 거주 도시에 대한 의도적 폭격이었다. 당시 원폭 투하 대상지는 대도시들로 선정되었다. 최초 목표에는 교토도 포함되어 있었다. 또한 원폭 투하는 도시 전체에 최대한의 피해를 줄 수 있는 고도에서 폭발하도록 기획되었다. 애초에 무차별적 타격을 의도하였고, 최대한의 공포와 충격을 가하여 조기 종전의 효과를 노린 것이다. 민간인 보호가 아니라 민간인 피해의 극대화를 계획한 것이다. 따라서 이는 민간인 보호를 규정한 당시의 국제인도법에 반한다고 할 것이다.

2. 불필요한 고통(unnecessary suffering) 금지

앞서 보았듯이 이 원칙 또한 일찍이 1868년 상트 페테르부르크 선언에서 명백히 표현되었다. 동 선언은 “전투능력을 상실한 부상자의 고통을 불필요하게 증대(uselessly aggravate the sufferings)”시키는 무기를 금지하였다. 이는 1907년 헤이그 제4협약 부속 규칙에도 반영되었다. 동 규칙 제23조 제5문은 “불필요한 고통(unnecessary suffering)을 야기하도록 고안된 무기, 발사체, 또는 물질을 사용하는 것은 특별히 금지된다”고 규정하고 있다. 동 규칙 동 조항 제7문은 “적국의 재산을 파괴하거나 물수하는 것은 그것이 전쟁의 필요(necessities of war)에 반드시(imperatively) 요구되지 않는 한 금지된다”고 하여 불필요한 고통 가해 금지의 원칙을 군사적 필요성과 연결하여 규정하였다.

한편 동 규칙 동 조항 제1문은 독극물(poison) 혹은 유독성(poisoned) 무기를 사용하는 것도 금지하였다. 이러한 생화학 무기에 대한 규제는 1925년의 생화학 무기 금지 제네바 의정서에도 반영되었다. 동 의정서 제1문은 “질식가스, 독가스, 기타 가스 및 모든 유사한(analogous) 액체, 물질 혹은 장치들의 사용 금지”를 촉구하였다.

이러한 유독 물질 및 생화학 무기 금지 규정에 핵무기도 포함되는 것인지 다툼이 있을 수 있다. 동 조약들이 성안될 당시 핵무기는 아직 존재하지 않았다. 따라서 이로부터 핵무기 사용 금지를 도출하는 것은 어렵다는 의견이 있다. ICJ도 국가들의 관행은 생화학 무기들에 대한 용어를 당시의 무기에 대한 통상적인 의미로 이해하고 있으며, 핵무기에는 적용이 없는 것으로 간주하고 있다고 판단하였다.

현대 국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court) 제8조 제2항(b)(20)의 전쟁범죄 규정도 참고할 수 있을 것이다. 동 조항은 “과도한 상해나 불필요한 괴로움을 야기하는 성질을 가지거나 또는 무력충돌에 관한 국제법에 위반되는 무차별적 성질의 무기, 발사체, 장비 및 전투방식의 사용”을 금지하지만, “다만, 그러한 무기, 발사체, 장비 및 전투방식은 포괄적 금지의 대상이어야 하며, 제121조와 제123조에 규정된 관련 조항에 따른 개정에 의하여 이 규정의 부속서에 포함되어야 한다”고 규정하고 있다. 이는 바로 핵무기를 염두에 둔 규정

으로 이해된다. 동 조항 관련하여 로마 조약 회의에서 첨예한 의견대립이 있었으며, 미국, 러시아 등 핵무기 보유국가들은 동 조항에 강하게 반대하였다. 그리하여 결국 본문 조항에 핵무기 사용을 원리적으로 전쟁범죄로 포섭하면서, 단서로서 실제적인 실행은 거의 불가능하게 한 것으로 낙착되었다.³⁴⁾

이렇듯 현재 로마 규정의 전쟁 범죄 대상에서 핵무기는 빠져 있다. 그렇다면 과거 1945년 당시에는 더욱 그렇다고 볼 수 있을 것이다. 하지만, 현재나 과거나 핵무기가 과도하고 불필요한 고통을 야기하는 무기라는 점에는 큰 이론이 없을 것이라고 생각된다. 즉 로마 규정상 전쟁범죄를 구성하는 것은 아닐지라도 핵무기는 그 개발 당시부터 이미 관습국제법인 불필요 고통 금지의 원칙에는 위반될 수 있다고 생각된다.

핵무기는 전투원들의 전투능력을 제거하는 데에 그치지 않고, 그 이상의 심각한 피해를 야기한다. 방사능의 후유증은 전후 수십 년 동안 지속되고, 심지어 2세에까지 유전될 수도 있다.³⁵⁾

뿐만 아니라 이미 보았듯이 1925년 제네바 의정서 위반도 생각할 수 있다. 동 의정서는 질식 가스, 독가스 등 여러 가스는 물론이고 그와 유사한(analogous) 모든 액체, 물질 혹은 장치들의 사용도 금하고 있기 때문이다. 동 의정서의 유해 가스와 ‘유사한’ 물질 및 장치에 핵무기의 유해한 방사능이 포함된다고 보는 데에는 큰 무리가 없을 것이다.³⁶⁾

국제인도법상 불필요한 고통 금지의 원칙은 일반적으로 전투원의 피해 문제에 대하여만 적용되는 것으로 이해된다. 민간인 희생은 민간인 보호 내지 전투원과 비전투원 구분의 문제로 처리되는 것이다. 그러나 정당한 군사적 목표에 수반되는 민간인 피해에 관해서는 불필요한 고통 금지 원칙을 적용할 수 있다고 생각된다. 그렇다고 한다면 핵무기가 불필요한 고통 금지 원칙에 반한다는 것은 더욱 명백할 것이다.

34) 김영석, 국제인도법(개정판, 박영사, 2022), 32쪽.

35) 원폭 방사능 피해 유전 여부에 대하여는 논란이 있다. 김형률은 원폭 피해자의 2세로서 1970년 출생하여 선천성 면역글로불린결핍증을 앓다가 2005년 35세의 나이로 사망하였다. 그의 생사의 증인에 대하여는 김형률, 아오야기 준이치 엮음, 나는 반핵 인권에 목숨을 걸었다(행복한 책읽기, 2015).

36) 에릭 데이비드, 원폭국제민중법정 제1차 국제토론회 자료집, 189-191쪽.

3. 마르텐스 조항(The Martens Clause)³⁷⁾

마르텐스 조항은 헤이그 평화회의 제1차 및 제2차 회담에서 러시아의 대표로 활약했던 마르텐스(Friedrich Martens)가 제안한 것이다. 이는 관습국제법으로도 인정되어 왔으며 협약국제법으로도 성문화되었다. 그 첫 번째 표현은 1899년 헤이그 제2협약 전문에서 확인할 수 있다. 그에 따르면 “보다 완비된 전쟁법규에 관한 법전이 제정되기까지는 채약국은 그들이 채택한 규칙들에 포함되지 아니한 경우에 거주민들 및 교전자가 문명국 간에 수립된 관행, 인도의 법규들 및 공공양심의 요청들(the laws of humanity and the requirements of the public conscience)로부터 유래하는 국제법 원칙의 보호 및 지배하에” 있게 된다.

1907년 헤이그 제4협약 전문에서는 “인도의 법칙들과 공공양심의 명령(laws of humanity, and the dictates of the public conscience)”으로 약간 수정되어 재규정되었으며, 현대 1977년 제네바협약 제1추가 의정서 제1항 제2호에는 “인도의 원칙들과 공공양심의 명령(the principles of humanity and from dictates of public conscience)으로 정식화되어 있다.

보다시피 마르텐스 조항은 그 최초 성안된 1899년부터 현대 1977년 제네바 협약 제1추가의정서까지 그대로 유지되고 있다. 따라서 1945년 원폭 투하 당시에도 이 조항은 당연히 유효한 국제인도법 원리였다고 볼 수 있다.

이 마르텐스 조항은 국제인도법의 일반 조항이라고 할 수 있다. 따라서 개별 조약들 혹은 개별 관습법이 온전히 규율하지 못하는 부분을 보완하는 기능을 할 수 있다. 그리하여 마르텐스 조항은 실정법과 법원리(자연법)의 가교라고도 얘기된다. 따라서 실정적인 국제법의 흠결을 보완

37) 마르텐스 조항에 대하여 랑베르몽 조항으로 명칭이 바뀌어야 한다는 주장이 있다. 그 조항은 원래 벨기에의 법학자-외교관 랑베르몽(Auguste Lambermont)이 침략국에 대항하다 체포된 시민 저항군들의 지위와 처우에 대한 원리로서 주장 하였던 것이라고 한다. Antoon De Baets, “The View of the Past in International Humanitarian Law(1860-2020)”, *How International Humanitarian Law Develops, International Review of the Red Cross*, 104(920-921)(2022), 1593쪽 각주 32). 에릭 데이비드는 이 조항을 ‘Lambermont/Martens Clause’라고 칭한다. 에릭 데이비드, 원폭국제민중법정 제1차 국제토론회 자료집, 191쪽 각주 15).

하는 기능을 할 수 있다. 요컨대 마르텐스 조항은 기존 협약국제법 및 관습국제법이 미처 명백하게 규율하지 못하는 사안에 있어서도 보충적으로 적용될 수 있다.³⁸⁾

인구 밀집 도심의 민간인들에 대한 의도적 원폭 투하, 핵무기의 파괴력과 핵무기로 인한 참상, 방사능 피폭으로 인한 지속적인 고통 등을 생각한다면 히로시마·나가사키 원폭 투하가 인도의 원칙과 공공 양심상 용인된다고 말하기 어려울 것이다. 또한 히로시마의 경우 당시 90% 이상의 의사와 간호사들이 사망하거나 부상당하였다고 한다.³⁹⁾ 핵무기는 부상자의 치료의 여건조차 없앴다. 따라서 설사 그 원폭 투하가 앞에서 본 국제인도법의 두 원칙을 명시적으로 위반하는 것이 아니라고 할지라도 마르텐스 조항의 위반은 피하기 힘들 것이다.

이러한 인도의 원칙과 공공 양심의 판단에는 교전국이 아닌 제3국 시민의 관점이 중요할 것이다. 이와 관련하여 국제적십자위원회(ICRC)의 마르셀 주노(Marcel Junod) 박사의 수기는 참고가 될 것이다. 주노 박사는 원폭 투하 후 히로시마에 최초로 방문한 외국인 의사였다.

”12시에 우리는 히로시마 상공을 비행했다. 우리는 전에 봤던 것보다 전혀 다른 현상을 목격했다. 도심은 손바닥처럼 평평하고 부드러운, 일종의 하얀 천 조각으로 보였다. 아무 것도 남아 있지 않았다. 주택의 최소한의 흔적조차도 보이지 않았다. ... 몇 초 뒤 도심의 거리와 정원에서 수천 명의 사람이 강렬한 열파에 덮여져 파리처럼 죽었던 것이다.... 모든 개인 집, 창고 등은 마치 초자연적 힘에 의해 일소된 것처럼 사라졌다. 전차는 마치 하중이 없는 것처럼 들어 올려져 몇 야드나 내던져졌다. ...⁴⁰⁾

38) ICRC, “Commentary of 1987 to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977; <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-1/commentary/1987?activeTab=undefined>>, 검색일: 2023. 6. 11.

39) 영문 위키백과, “Atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki”, <https://en.wikipedia.org/wiki/Atomic_bombings_of_Hiroshima_and_Nagasaki#Bombing_of_Hiroshima>, 검색일: 2023. 5. 23.

40) Marcel Junod, “The Hiroshima Disaster: A Doctor’s Account”, ICRC, <<https://>

쥬노 박사가 경악하고 전율하였듯이, 비록 전시라고 하지만, 군사적 목표와는 관계없는 후방의 민간 거주 지역의 대량학살을 위한 폭격이 인도의 원칙과 공공 양심에 부합한다고 말하기는 어려울 것이다.

4. 군사적 필요성(military necessity)

4.1. 통상적인 군사적 필요성

반복하지만 국제인도법은 군사적 필요성과 인도주의라는 두 축으로 구성되어 있다. 군사적 필요성은 군사적 타격에 한계를 설정하는 원리이기도 하지만, 군사적 타격에 정당성을 부여하는 원리이기도 하다.

군사적 필요성의 원리란 전시 타격은 적의 군사적 능력을 약화시키는 데에 필요한 군사적 목표를 위한 공격이어야 하며, 또 그 목적 달성을 위한 적절한 수단을 이용한 공격이어야 함을 뜻한다. 그리고 그런 한에서 그와 같은 전쟁 수단은 교전국들 상호 간에 평등하게 허용됨을 뜻한다. 군사적 필요성의 원리도 국제인도법 발전 초기부터 그 주요 원리로 인정되어 왔다.

먼저 국제적인 조약은 아니지만, 미국 남북 전쟁 시기 리버 규칙(Lieber Code)에서도 군사적 필요성은 분명히 인식되었다. 리버 규칙은 군사적 필요성에 대해 현대 문명 국가들에 의해서 이해되는 바, 전쟁의 목적들을 확보하는 데에 불가결한 조치들의 필요성을 의미(동 규칙 제14조)한다고 규정하고, 군사적 필요성에 따라 전시 무력충돌에서 적병의 직접적 살상 혹은 그에 수반되는 다른 사람들에 대한 불가피한 피해를 허용하였다(동 규칙 제15조). 그러나 군사적 필요성은 잔인함을 허용하지 않는다고 규정하였다. 즉 가학적인 가해, 복수, 혹 자백을 강요하기 위한 고문은 허용되지 않고, 어떤 식으로든지 유독 물질 사용도 안 되며, 어떤 지역에 대한 악의적인 유린도 허용되지 않으며, 일반적으로 평화의 회복

www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/hiroshima-junod-120905.htm>, 검색일: 2023. 6. 13.; 번역은 다니엘 리터커, “1945년 당시 관습 국제법으로 본 히로시마-나가사키 원폭 투하의 불법성 토론”, 원폭국제민중법정 제1차 국제토론회 자료집, 287쪽에서 인용.

을 어렵게 만드는 적대행위는 군사적 필요성에 부합하지 않는다”고 규정하였다(동 규칙 제16조).

국제인도법 조약으로는 앞서 보았듯이 일찍이 1868년 상트 페테르부르크 선언에서 “전쟁의 필요성은 인도(humanity)의 요청들에 양보해야 한다”고 규정하였다. 또한 동 선언은 전쟁의 참화는 가능한 한 완화되어야 하며, 전쟁 중에 국가들이 추구해야 하는 유일한 정당한 목표는 다만 적의 군사력을 약화시키는 데에 있을 뿐이며, 부상 입은 이들의 피해를 불필요하게 가중시키거나 그들의 죽음을 초래하는 무기의 사용은 그러한 필요성을 초과하는 것으로서 인도의 원칙에 반한다고 규정하였다.

이러한 군사적 필요성은 불필요한 고통 가해 금지의 원칙과 연결되어 이해된다. 예컨대 앞서 언급한 1907년 헤이그 제4협약 부속 규칙 제23조 제7문은 “적국의 재산을 파괴하거나 몰수하는 것은 그것이 전쟁의 필요(necessities of war)에 반드시(imperatively) 요구되지 않는 한 금지된다”고 규정하였다.

또한 비록 1945년 이후이긴 하지만, 1977년 제네바협약 제1추가 의정서 제52조 제2항은 공격의 대상을 엄격히 군사 목표물에 한정하고 있다. 군사 목표물(military objectives)은 그 성질·위치·목적·용도상 군사적 행동에 유효한 기여를 하고, 당시의 지배적 상황에 있어 그것들의 전부 또는 일부의 파괴, 포획 또는 무용화가 명백한 군사적 이익(definite military advantage)을 제공하는 물건에 한하였다.

이처럼 군사적 필요성은 전쟁 무기와 전쟁 방식의 비인도적 사용을 규제하는 원리이지만 다른 한편 군사적 필요성이 인정되면 그에 따르는 민간인 피해도 허용되는 정당화 원리이기도 하다. 군사적 필요성이 인정되는 타격에 수반되는 민간인 피해를 보통 정당한 부수적 피해(legitimate collateral damage)라고 한다. 정당한 군사적 목표에 대한 불가피한 타격에 수반되는 민간인 피해는 전쟁에서 허용되는 위협으로 간주되는 것이다.

그러나 군사적 필요성에 따른 부수적 피해가 무한정 허용되는 것은 아니다. 이에 관하여 현대 국제인도법은 ‘비례성(proportionality)의 원칙’을 얘기한다. 공격으로 얻을 수 있는 군사적 이점이 그로 인해 야기되는 민간인 피해보다 적다면 그 공격은 허용되지 않는다. 1977년 제네바협약

제1추가정서는 “우발적인 민간인 생명의 손실, 민간인에 대한 상해, 민간물자에 대한 손상, 또는 그 복합적 결과를 야기할 우려가 있는 공격으로서 소기의 구체적이고 직접적인 군사적 이익에 비하여 과도한(excessive) 공격”을 금지한다고 하여 비례성의 원칙을 표현하고 있다.

비례성의 원칙은 군사적 필요성이 인정되는 군사행동임에도 불구하고 그것을 다시 제한하는 매우 엄격한 원칙이다. 1945년 당시 이미 비례성의 원칙이 국제법상 확립된 관습법이었다고 볼 수 있을지는 불확실하다.⁴¹⁾ 앞서 보았던 1923년 공전(空戰)에 관한 헤이그 규칙 초안은 육상 전투와 인접한 지역에 대하여 민간 지역에 위협을 초래하는 폭격도 가능하지만 그것은 그 지역의 군사적 시설의 중요성이 충분히 인정될 경우에 한한다는 일종의 비례성의 원칙을 규정한(바) 있다. 그러나 다른 조약들에서는 비례성의 원칙에 관한 규정을 찾기 힘들다. 다만, 1907년 해군 포격에 관한 헤이그 제9협약 제2조 3문에서는 사령관에게 무방호지구 도시의 피해 최소화를 위한 모든 적절한(duе) 조치를 취할 것을 요구하고 있다.

설령 1945년 당시 비례성의 원칙이 아직 확립된 관습국제법은 아니었다고 하여도, 민간인에 대한 의도적 폭격 금지, 군사적 목표라고 하여도 식별불가능한 목표에 대한 공격 금지 그리고 그에 따르는 민간인들에 대한 무차별적 폭격 금지의 원칙은 확립된 관습국제법이라고 할 것이다. 앞서 보았던 1907년 헤이그 제4협약 부속 규칙 및 헤이그 제9협약에서 규정된, 방어되지 않는 민간 지역에 대한 포격 금지 원칙을 생각할 수 있고, 또 1938년 국제연맹이 결의한 바와 같은 민간인에 대한 의도적 폭격 그리고 식별 불가능한 목표에 대한 폭격 금지도 생각할 수 있다. 앞서 보았듯이 국제연맹 총회도 만장일치로써 1937년 중일전쟁에서 일본이 행한 무차별적 공습, 또 스페인 내전에서의 무차별 공습을 규탄하는 결의를 채택한 바 있다.⁴²⁾

히로시마-나가사키 원폭 투하는 ‘군사적 필요성’에 따라 정당화될 수

41) Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 129쪽.

42) Matthew Lippman, “Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan”, 13쪽.

있을까? 그 원폭 투하가 적의 군사적 역량을 약화시키기 위한 군사적 목표를 대상으로 하는 것이었나? 설사 그 원폭 투하가 군사적 목표에 대한 것이었다고 하여도 핵무기라는 수단이 적절했다고 할 수 있을까? 1945년 당시 히로시마에는 군부대도 있었고, 나가사키에는 군수 공장도 있었다. 그러나 미국의 원폭 계획은 일본의 군사적 역량을 파괴하는 데에 있지 않았다. 히로시마와 나가사키는 일본의 주요 도시로서 선택되었고, 그 원폭 투하는 일본에 대한 최대의 피해와 일본 국민들에 극한의 공포를 야기하는 데에 목적이 있었다. 히로시마-나가사키 원폭은 군사적 목표에 대한 군사적으로 적절한 수단의 공격으로 기획된 것이 아니었다. 그것을 초과하는 전략적 혹은 정치적 목적으로 기획된 것이었다.

4.2. ‘전략적 필요성’의 문제

히로시마-나가사키 원폭 투하는 소위 ‘전략 폭격(strategic bombing)’의 관점에서 검토될 필요가 있다. 특히 이른바 ‘민간인들에게 공포를 확산시키는(to spread terror among the civilian population)’ 음단 폭격이 문제다. 이는 앞서 본 바와 같이 제2차 세계대전 당시 독일의 동(東) 런던 공습, 일본의 충칭 공습, 미영의 드레스덴 공습, 미국의 도쿄 대공습 등 빈번하게 실시된 군사 작전이었다. 히로시마-나가사키 원폭 투하는 그러한 가혹한 전략폭격의 정점이었다.

이러한 전략 폭격은 상대의 전쟁 수행 의지를 꺾어 전쟁을 조기 종결로 이끄는 효과적인 방법으로 군사적 필요성이 있다는 주장이 있다. 그것이 통상의 군사적 목표에 대한 타격은 아니지만, 그것이 적국 전체에 심대한 타격을 주고 전쟁 수행 의지를 꺾어서 조기 종전을 가져오는 효과가 있다고 얘기한다. 말하자면 ‘군사적 필요성’을 넘어 ‘전략적 필요성(strategic necessity)’을 제기하는 것이라고 말할 수 있을 것이다.⁴³⁾ 전략적 필요성은 통상적인 의미에서 국제인도법의 원리에 포함되지는 않지만, 히로시마-나가사키 원폭과 관련하여 일반적으로는 가장 널리 퍼져 있는

43) 전략적 필요성의 여러 관점에 대하여는 Jordan Paust, “The Nuclear Decision in World War II”, 180쪽.

인식이 아닐까 생각된다. 따라서 그 부분에 대하여 좀 더 살펴보고자 한다.

히로시마-나가사키 원폭 투하의 전략적 필요성을 옹호하는 주장들은 대체로 다음과 같이 설명될 수 있다고 생각한다.

“원폭 투하는 태평양 전쟁에서 일본의 항복, 즉 군사적 승리를 위한 군사행동이었으며, 당시 다른 군사 작전들에 비하여 일본의 항복을 조기에 이끌어 낸 효과적인 수단이었다. 교토(애초의 목표 도시 리스트에 포함되어 있었음)나 도쿄 등 더 큰 대도시를 택하지 않고 단지 2발의 원폭 투하로 목적을 달성할 수 있도록 하였다는 점에서 과도한 피해를 피한 군사작전이었으며, 일본 상륙 작전에 수반될 수 있는 더 큰 인명 피해를 줄인 적절한 군사적 수단이었다. 일본은 포츠담 선언의 최후통첩에서 ‘즉각적이며 완전한 파괴’를 경고받았음에도 불구하고 그것을 묵살하였으며 따라서 미국의 원폭 투하는 부득이하고 정당한 군사적 공격이었다.”

그러나 그러한 전통적인 주장에는 많은 반론이 제기되어 왔다. 일찍이 1965년 러시아의 가르 알페로비츠(Gar Alperovitz)는 미국의 원폭 투하의 주목적은 일본과의 전쟁을 끝내기 위한 것이 아니라 전후 소련과의 대결을 위한 것이었다고 주장하였다.⁴⁴⁾ 그에 따르면 미국의 원폭 투하는 전후 도래할 패권 경쟁에서 미국의 군사적 파괴력을 과시하기 위한 것이었다고 본다. 그렇다면 원폭 투하는 기본적으로 태평양 전쟁에서의 군사적 목적을 위한 것이 아니라고 할 것이다.

보다 최근에 일본의 하세가와(長谷川 毅, Hasegawa Tsuyoshi)는 알페로비츠와는 다른 차원에서 히로시마-나가사키 원폭 투하는 일본의 항복을 이끌어 내는 효과적인 방법이 아니었다고 주장하였다.⁴⁵⁾ 하세가와는 일본 항복에서 보다 결정적인 요인은 소련의 참전 그리고 일본 천황제의 유지

⁴⁴⁾ Gar Alperovitz, *Atomic Diplomacy: Hiroshima and Potsdam: The Use of the Atomic Bomb and the American Confrontation with Soviet Power*(New York: Simon & Schuster, 1965).

⁴⁵⁾ Hasegawa Tsuyoshi, *Racing the Enemy: Stalin, Truman, and the Surrender of Japan*(Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2006).

가능성이었다고 한다. 일본은 당시 이미 전쟁에서 패배를 절감한 상태였고, 다만, 천황제를 유지하는 조건으로 전쟁을 종결하고자 하였고, 당시 일본과 중립 조약을 체결하였던 소련에게 마지막 중재를 기대하였다는 것이다. 그러나 소련이 중립 조약을 깨고 남하를 개시하고 일본 본토의 점령도 가시화되면서 일본은 서둘러 항복 선언을 하게 되었다고 한다.

하세가와는 일본에 최후통첩을 알린 포츠담 선언의 경과에 주목하였다. 포츠담 선언의 원래 초안은 태평양 전쟁에 소련의 참전을 확인하면서 일본의 천황제를 유지시키는 조건으로 일본에 항복을 요구하는 것이었다고 한다. 그러나 원자탄 실험 성공의 소식이 전해지면서 트루만 대통령은 그 두 가지 사항을 빼고 일본에 무조건 항복을 요구했다. 원자탄을 손에 넣음으로 해서 소련의 참전 전에 전쟁을 끝낼 수 있다고 생각하였으며, 또 일본을 완벽히 굴복시키는 승리를 거둘 수 있다고 생각했다는 것이다.

하세가와는 히로시마-나가사키 원폭 투하에도 일본 정부는 반응을 보이지 않다가, 소련의 참전을 당하여 비로소大本營 군사 회의와 어전 회의를 연 것에 주목한다. 소련에 의한 점령의 위험이 가시화되면서 소련보다는 미국이 일본 천황제 유지에 우호적일 것으로 기대하고 포츠담 선언의 항복 조건을 수용하였다는 것이다. 하세가와는 포츠담 선언이 원래 초안대로 발표되었다면 일본은 불가불 항복을 선언했을 것이라고 본다. 그러나 미국은 그 대신 히로시마-나가사키 원자탄 투하라는 선택을 한 것이다. 트루만 대통령은 소련의 참전 전에 전쟁을 끝내기를 원했고, 일본에 대한 복수라는 미국인들의 감정을 만족시키고자 했다는 것이다.⁴⁶⁾

그렇다면 그 원폭 투하는 군사적 목적을 위한 것이 아니라 국제 정치적 혹은 국내 정치적 목적을 위한 수단으로 활용되었다고 말할 수 있겠다. 포츠담 회담, 소련 참전, 일본 항복의 긴박한 순간들에서 미국, 소련, 일본 정치의 내막을 면밀하게 탐구한 하세가와의 연구는 설득력이 있다.

46) 이상의 내용은 Hibiki Yamaguchi, Fumihiko Yoshida, Radomir Compel, "What role did the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki and Soviet entry into the war play in Japan's decision to surrender in the Pacific War? Conversations with Tsuyoshi Hasegawa", *The Asia-Pacific Journal(Japan Focus)*, Vol. 17 Issue 18, No. 1, Sep 15, 2019, <<https://apjjf.org/2019/18/Yamaguchi-Yoshida-Compel.html>>, 검색일: 2023. 5. 24.에서 요약한 것임.

그뿐 아니라 히로시마-나가사키 원폭 투하가 군사적 필요성보다 정치적 필요성에 의해 실시되었다는 여러 연구들이 있다.⁴⁷⁾

이러한 연구들을 보건대 히로시마-나가사키 원폭 투하가 불가피한 군사작전이었던지는 매우 의심스럽다고 생각한다. 히로시마-나가사키 원폭 투하는 국제인도법상의 ‘군사적 필요성’도 인정될 수 없을 뿐 아니라 일반적으로 생각되는 ‘전략적 필요성’의 설득력도 박약하다고 생각한다.⁴⁸⁾

한편 국제사법재판소가 말한 국가의 존망이 걸려 있는 극단적 자위의 상황이라는 것도 넓은 의미에서는 이와 같은 ‘전략적 필요성’의 범주에 들 수 있지 않을까 생각한다. ICJ는 ‘각국의 생존에 관한 근본적 권리(fundamental right to survival)’을 언급하고 있다. 즉 적국의 부당한 공격에 맞서 국가 방위의 불가피한 선택으로서 핵무기의 사용을 옹호하는 것이라고 생각된다. 정당방위를 위한 최후의 전쟁 수단으로 핵무기를 인정하는 것이라고 생각된다.

47) 몇 가지 연구를 나열하면, Barton J. Bernstein, “The Atomic Bombings Reconsidered”, *Foreign Affairs*, Vol. 74, No. 1(Jan. - Feb., 1995), 135-152쪽; Stanley Goldberg, “Racing to the Finish: The Decision to Bomb Hiroshima and Nagasaki”, *The Journal of American-East Asian Relations*(Summer 1995), Vol. 4, No. 2, Special Issue—Above the Mushroom Clouds: Fiftieth Anniversary Perspectives, 117-128쪽.

48) 물론 전략적 필요성을 진주 소련과의 경합에서 우위를 점하고자 하는 국제정치적 관점에서 생각하는 이들에게 당시 원폭 투하의 필요성은 절실했는지도 모르겠다. 그러나 그와 같은 국제정치적 필요성에 부합하면 할수록 국제인도법상의 군사적 필요성의 원칙(그리고 인도주의 원칙)에는 멀어진다고 생각한다. 그 전략적 필요성을 말하는 이들은 소련에 대한 우위가 바로 새로운 질서의 평화를 위한 것이었다고 주장하기도 한다. Jordan Paust, “The Nuclear Decision in World War II: Truman’s Ending and Avoidance of War”, 190쪽. 그러나 연합국들 사이에 타방의 배제를 통한 일방적 평화 기획은 오히려 경쟁과 긴장을 고조시켜 평화가 아니라 분열과 적대를 낳을 수도 있다. 실제로 대소 관계에서 미국이 원폭 투하로 얻은 것이 무엇일까? 원폭 투하는 소련의 참전을 막지 못했다. 원폭 투하는 소련 참전 이전 일본의 조기 항복을 가져오지도 못했다. 원폭 투하로 오히려 소련의 대일 선전포고가 앞당겨졌고, 소련의 진주가 더 빨라졌다고도 할 수 있다. 소련에 사할린 남부와 쿠릴 열도만 넘겨주고 일본 본토는 지켰다는 것을 성과로 내세울 수 있을까? 이는 일본이 소련에 강화회담을 부탁할 때부터 이미 각오한 바였다. 더욱 심각한 것은 한반도의 북반부가 전적으로 소련 수중에 떨어졌다는 사실이다. 그 결과 미소의 냉전은 한반도에서 300만 명의 희생을 낳은 끔찍한 열전을 배태하였다.

이러한 주장은 국가의 교전권을 무제한 인정하는 전통적인 전쟁 논리(Kriegsraison)를 방어전쟁에서 원용하는 관점이라고 생각된다. 그러나 이는 공격 전쟁이든 방어 전쟁이든 모든 전쟁에서 그 전쟁 수단과 방식을 인도주의 원칙으로 제한하려는 20세기 국제인도법의 교전법(jus in bello) 발전에는 맞지 않다.

설사 이를 인정한다고 하여도 히로시마-나가사키 원폭 사용은 그에 해당되기 어렵다고 생각한다. 왜냐하면 비록 태평양전쟁이 일본의 침략으로 시작되긴 하였지만, 원폭 투하 당시에는 이미 승부는 결정난 상태였고, 미국이 국가의 존망을 걱정할 단계가 아니었기 때문이다. 일본은 패배를 인식하고 있었으며, 소련에 강화회담을 요청한 상태였다. 미국의 원폭 투하는 자기 방어를 위한 불가피한 선택이 아니라 이미 패망이 결정되어 있는 적국에 대한 가혹한 응징 혹은 조기 항복을 강요하기 위한 전략적 선택이었을 뿐이라고 생각한다.

5. 무력 복구(復仇: reprisal)

군사적 복구(military reprisal)는 타국의 위법행위를 중지시키거나 다시 행하지 못하도록 하는 다른 국가의 군사 조치를 말한다. 현대에는 이러한 국가에 의한 무력 제재는 허용되지 않는 것으로 이해된다. 제2차 세계대전 이후 국가의 무력행위는 자위(self-defense)의 경우에만 허용되고, 국제적인 제재는 오직 유엔 안보리의 결의에 의해서만 가능하다. 그러나 제2차 세계대전 이전에는 복구도 예외적으로 허용되었다.

그러면 미국의 히로시마-나가사키 원폭 투하는 그러한 복구의 의미에서 정당화될 수 있을까? 무력 복구는 국제사회의 공적 기구가 아닌 한 국가에 의한 일방적 제재라고 할 것이고, 따라서 그 오남용을 방지하기 위한 조건이 요구된다. 관련하여 일찍이 중재재판소는 Naulilaa Incident 사건에서 무력 복구에 대하여 절대적으로 필요한 경우에만, 그리고 복구 행위와 원래의 위법행위 사이의 균형, 즉 비례성이 있을 경우에만 허용되는 것으로 판시하였다.⁴⁹⁾

⁴⁹⁾ Portugal v. Germany, (1928) 2 RIAA 1012; 김대순, 국제법론(제8판, 삼영사,

그렇다면 미국의 원폭 투하는 일본에 대한 제재로서 반드시 필요한 것이었을까? 그리고 그것은 일본의 위법행위들에 대한 상응하는 가해였을까? 앞서 보았듯이 당시 태평양전쟁은 이미 종전을 목전에 두고 있었으며 미국의 원폭 투하는 절대적으로 필요한 것은 아니었다. 또한 일본에 대한 응징은 종전 후 강화회담에서 처리할 수도 있을 것이었으며, 무엇보다 미국은 도쿄 대공습⁵⁰⁾을 비롯한 일본 본토 공격으로 이미 미국의 희생에 대한 상응하는 보복을 하였다고 생각된다.

혹자는 상호성(reciprocity)의 원리를 적용하여 그러한 무차별적 폭격을 정당화하기도 한다. 즉 적이 먼저 그러한 전략 폭격을 실행하였을 경우 그에 대한 대응으로서의 전략 폭격은 정당화 혹은 면책될 수 있다고 말한다.⁵¹⁾ 이는 국제법상으로 본다면 앞서 보았던 복구(reprisal)의 일종이라고 생각된다.

유럽에서 그러한 무차별적 폭격을 어느 나라가 먼저 시작했는지 다툼이 있지만, 아시아 전역(戰域)에서 일본이 먼저 시작하였음이 명백하다. 일본은 1937년 중일전쟁을 일으키면서 상하이에 무차별적 폭격을 가하였으며, 이후 중국 국민당 정부의 전시 수도였던 충칭 등에도 계속하여 무차별적 폭격을 가하였던 것이다.⁵²⁾ 그렇다면, 미국의 무차별적 용단폭격,

2003), 902쪽 설명에 따름.

50) 1945년 5월 9일 미 공군은 일본 수도 도쿄의 민간 지역에 대한 대공습을 가하였다. 300대 이상의 전폭기들이 2천 톤 가량의 폭탄을 12평방 마일 약 125만 명이 거주하는 지역을 타겟으로 하여 집중 투하하였다. 일시에 투하된 폭탄들은 그 지역의 온도를 거의 섭씨 980도(화씨 1800도)까지 치솟게 하였다. 미국 전략 폭격 조사에 따르면 87,793명이 사망하였고, 40,918명이 부상을 입었으며, 도심의 16평방 마일이 잿더미로 변했다고 한다. 역사상 가장 파괴적인 공습이었다고 한다. 도쿄만이 아니라 5월 11일과 19일에 나고야, 오사카, 고베 등 일본의 주요 도시들에도 그와 같은 용단 폭격을 가하였다. Matthew Lippman, "Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan", 18쪽.

51) John Bennett, "Reaping the Whirlwind: The Norm of Reciprocity and the Law of Aerial Bombardment during World War II", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 20, No. 2(2019), 305-348쪽.

52) 중일전쟁 당시 일본의 무차별적 폭격은 대한민국 임시정부의 피난의 장경에서도 겪었던 바이다. 이에 대한 생생한 기록은 양우조/최선화, 제시의 일기(우리나비, 2019), 162-164쪽 등 곳곳.

나아가 원폭 투하는 상호성의 원리에 의하여 정당화되거나 면책될 수 있을까?

이러한 상호성의 원리는 설사 교전국 상호 간에 인정될 수 있다고 하여도 그것은 상호 위법을 범하는 것이라는 점에서 규범적 견지에는 가능한 제한적으로 해석되어야 한다고 생각한다. 즉 상호성의 원리는 앞서 본 복구의 국제법적 요건과 같이 제한적으로 해석되어야 할 것이다. 그 무차별적 폭격이 절대적으로 필요한 상황이어야 하며, 또 상대의 위법행위와 비례하여 실시되어야 한다.

그런 관점에서 볼 때 히로시마-나가사키의 원폭은 상호성의 원칙에 부합하지 않는다고 생각한다. 미국의 원폭 투하는 앞서 본 바와 같이 그 당시 일본의 위법행위를 제재하는 데에 절대적으로 필요한 것이 아니었다. 또한 미국은 도쿄 대공습 등으로 이미 일본을 응징하는 무차별적 중단 폭격을 가하였다. 히로시마-나가사키의 원폭 투하는 상호성으로 정당화될 수 있는 수준을 넘는 대량살상과 공포를 위한 군사적 위력 과시였다고 생각한다.

VI. 맺음말

1945년 히로시마-나가사키 원폭 투하는 당시 국제인도법의 기준으로 볼 때에도 위법한 행위였다고 생각한다. 히로시마 나가사키 원폭 투하는 방어되지 않은 후방 민간 거주 지역에 대한 무차별적 폭격으로서 민간인 보호 및 전투원과 비전투원 구분 원칙에 반하며, 핵무기의 치명적 살상력과 또 방사능 피폭이 야기하는 심각한 후유증을 고려할 때 불필요한 고통 금지의 원칙에도 반하며, 민간 지역에 대한 의도된 공격으로서 가장 커다란 피해를 의도한 것으로서 인도의 원칙과 공공의 양심에도 반하며, 당시 상황에서 어떤 절박한 군사적 필요성으로 정당화되기도 어려우며 일본의 위법행위들에 대한 제재라는 측면에서도 지나치게 가혹한 것이었다.

전쟁을 일찍 그리고 완벽하게 끝내고자 하는 미국 정치 군사 지도자들

의 의도는 이해할 수 있다. 일본 상륙 작전이 아니라 원폭 투하로 전쟁을 끝낼 수 있다면, 미국 장병들의 희생(경우에 따라서는 일본인들의 희생도)은 최소화할 수 있을 것이었다. 소련의 참전 전에 일본의 항복을 받아낼 수 있다면 전후 동아시아 아니 세계 질서 재편에서 소련의 지분을 배제할 수도 있을 것이었다. 일본을 가공할 파괴력으로 타격하고 무조건 항복을 받아낸다면 이는 미국 국민들에게 완벽한 복수와 승리의 기쁨을 안겨줄 것이다.

그러나 법은 목표와 이익의 추구에 한계를 설정하고 그 과정에서의 규칙을 정하는 것이라고 할 수 있다. 미국의 히로시마-나가사키 원폭 투하는 그러한 법의 한계를 넘어서는 잔인한 것이었다고 생각한다.

그러면 당시 원폭 투하 이외에 어떤 대안이 있었을까? 앞서 하세가와의 연구에서 보았듯이 포츠담 선언 원래의 초안과 같은 군사외교적인 대안이 있었을 수도 있다. 또한 비록 원폭 투하가 불가피하였다고 하여도 그 참혹함을 덜 수 있는 방안이 있었을 것이다. 원폭 투하 작전 계획 중에 여러 가지 대안들이 제시되었다. 원폭 투하 전에 먼저 경고를 하여야 한다는 제안이 있었다. 또한 원폭 투하는 먼저 인구가 희소한 지역을 대상으로 하여 일본 정부로 하여금 숙고의 기회를 주었어야 한다는 제안도 있었다. 그러나 그 제안들은 모두 기각되었다. 군사 기술적인 이유도 있지만, 근본적으로는 정치적 이유 때문이었다. 미국 정치지도자들은 일본에(아니 나아가 세계에) 가장 거대한 충격을 안겨주길 원했다.

그 거대한 충격은 당시의 사건, 당시의 희생자들에 국한되지 않고 있다. 미국의 오바마 대통령은 2009년 핵무기 없는 세상에 대한 그의 비전으로 노벨 평화상을 수상하였고, 핵무기폐기국제운동(ICAN)은 2017년 핵무기 금지조약을 성사시켜 역시 노벨 평화상을 수상하였다. 그러나 세계 핵 보유고는 계속 증가하고 있고, 핵전쟁의 위험성도 점증하고 있다. 우크라이나 전쟁에서 러시아는 핵무기 사용을 공공연하게 위협하고 있다. 한반도에서도 핵 위기가 고조되고 있다.

핵 없는 세상, 핵의 공포로부터 자유로운 세상에 대한 비전은 무엇보다 원폭 투하의 참상, 원폭 희생자들의 고통을 이해하고, 그에 대한 역사적 죄과를 되새기는 데에서 시작해야 할 것으로 생각한다.

<참고문헌>

- 김영석, 국제인도법, 개정판, 박영사, 2022.
- 김형률, 아오야기 준이치 편, 나는 반핵 인권에 목숨을 걸었다, 행복한 책읽기, 2015.
- 박배근, “핵무기사용의 합법성에 대한 ICJ의 권고적 의견”, 국제법평론 제8호, 1997, 119-135쪽.
- 원폭국제민중법정 실행위원회, 원폭국제민중법정 제1차 국제토론회 자료집, 2023. 6. 7.
- 정태욱, “북한의 핵보유에 대한 규범적 평가를 위하여”, 민주법학 제33호, 2007, 229-262쪽.
- 후지타 히사카즈(藤田久一), 이민효/김유성 옮김, 국제인도법(신판), 연경문화사, 2010.
- Alperovitz, Gar, *Atomic Diplomacy: Hiroshima and Potsdam: The Use of the Atomic Bomb and the American Confrontation with Soviet Power*, New York: Simon & Schuster, 1965.
- Baets, Antoon De, “The View of the Past in International Humanitarian Law(1860-2020)”, *How International Humanitarian Law Develops, International Review of the Red Cross*, 104(920-921), 2022, 1586-1620쪽.
- Bennett, John, “Reaping the Whirlwind: The Norm of Reciprocity and the Law of Aerial Bombardment during World War II”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 20, No. 2, 2019, 305-348쪽.
- Bernstein, Barton J., “The Atomic Bombings Reconsidered”, *Foreign Affairs*, Vol. 74, No. 1, Jan. - Feb., 1995, 135-152쪽.
- Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 제2판, Cambridge; Cambridge University Press, 2010.
- Falk, Richard A., “The Shimoda Case: A Legal Appraisal of the Atomic Attacks upon Hiroshima and Nagasaki”, *The American Journal of International Law*, Vol. 59, No. 4, Oct. 1965, 759-793쪽.
- Goldberg, Stanley, “Racing to the Finish: The Decision to Bomb Hiroshima and Nagasaki”, *The Journal of American-East Asian Relations*, Vol. 4, No. 2, Special Issue—Above the Mushroom Clouds: Fiftieth Anniversary Perspectives, Summer 1995, 117-128쪽.
- Hasegawa, Tsuyoshi, *Racing the Enemy: Stalin, Truman, and the Surrender of Japan*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2006.
- ICRC, Commentary of 1987 to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977; <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-1/commentary/1987?activeTab=undefined>>, 검색

일: 2023. 6. 11.

- Junod, Marcel, “The Hiroshima Disaster: A Doctor’s Account”, ICRC, <<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/hiroshima-junod-120905.htm>>, 검색일: 2023. 6. 13.
- Lippman, Matthew, “Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afganistan”, *California Western International Law Journal*, Vol. 33, No. 1, Fall 2002, 1-68쪽.
- Paust, Jordan J., “The Nuclear Decision in World War II: Truman’s Ending and Avoidance of War”, *The International Lawyer*, Vol. 8, No. 1, Jan. 1974, 160-190쪽.
- Tanaka, Yuki/Falk, Richard, “The Atomic Bombing, The Tokyo War Crimes Tribunal And The Shimoda Case: Lessons For Anti-Nuclear Legal Movements”, Nuclear Age Peace Foundation, <<https://www.wagingpeace.org/the-atomic-bombing-the-tokyo-war-crimes-tribunal-and-the-shimoda-case-lessons-for-anti-nuclear-legal-movements/>>, 검색일: 2023. 6. 13.
- Yamaguchi, Hibiki/Yoshida, Fumihiko/Compel, Radomir, “What role did the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki and Soviet entry into the war play in Japan’s decision to surrender in the Pacific War? Conversations with Tsuyoshi Hasegawa”, *The Asia-Pacific Journal(Japan Focus)*, Vol. 17 Issue 18, No. 1, 2019년 9월 15일, <<https://apjif.org/2019/18/Yamaguchi-Yoshida-Compel.html>>, 검색일: 2023. 5. 24.

<Abstract>

Illegality of Hiroshima-Nagasaki Atomic Bombings

: A Perspective of International Humanitarian Law

Tai-uk Chung

Professor, Inha University

In this article, I examined the illegality of the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki in 1945 from the perspective of international humanitarian law at the time. I reviewed the Tokyo District Court's decision on the Shimoda case and the International Court of Justice (ICJ)'s advisory opinion on the legality of the use and threat of nuclear weapons. I also reviewed international humanitarian law principles as found in conventions and conventions, starting with the 1868 St. Petersburg Declaration on the Limitation of Arms of War, through to the 1938 League of Nations resolutions banning air raids on civilians. Therefore, I concluded that the bombing of Hiroshima and Nagasaki was an illegal act even by the standards of international humanitarian law at the time. The atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki were indiscriminate bombing of undefended civilian residential areas in the rear, and thus violated the principles of protecting civilians and separating combatants from non-combatants. In addition, the dropping of the atomic bomb was against the principle of prohibition of unnecessary suffering, given the lethal power of nuclear weapons and the serious aftereffects caused by radiation exposure. It was also contrary to humanitarian principles and public conscience in that the bombing was a deliberate attack on civilian areas and was intended to cause the greatest damage. I judged that the atomic bombing of Hiroshima and Nagasaki could hardly be justified by any desperate necessity for military victory in the

circumstances at the time. Also, I judged that it was too harsh in terms of sanctions against Japan's wartime violations. Furthermore, the article also reviewed the so-called 'strategic necessity' and 'reciprocity', which were common ideas at the time. Based on the discussions of Hasegawa and others who secretly analyzed the political process at the time, I judged that the so-called 'strategic necessity' argument was weak. Also, since there was already a terrible air raid on Tokyo, I decided that the atomic bombing of Hiroshima and Nagasaki did not conform to the principle of 'reciprocity'.

Key phrases: International Humanitarian Law, Atomic Bombings on Hiroshima-Nagasaki, Tokyo District Court 'Shimoda' Case, International Court of Justice's Advisory Opinion on the Illegality of Nuclear Weapons, Principle of Distinction between Combatants and Non-combatants, Principle of Prohibition of unnecessary suffering, Martens Clause, Military necessity, Military Reprisal