

영해 및 접속수역법의 해석상 무해통항

-대법원 2021. 5. 7. 선고 2017도9982 판결-

The Meaning of the Right of Innocent Passage in Korean Territorial Sea and Contiguous Zone Act

- Supreme Court Decision 2017Do9982, Decided on May 7, 2021 -

이정원*

Lee, Jung-won

목 차

- I. 서 론
- II. 기초사실 및 판결이유 등
- III. 연구 및 평석
- IV. 결 론

Abstract: Although the Republic of Korea (hereunder, Korea) is a member of the UNCLOS, it has enacted and implemented the Territorial Sea Act to clarify the breadth of Korea's territorial waters and guarantee the right of innocent passage of foreign ships within it. In addition, Korea can exercise its jurisdiction with various legislative regulations related to the passage of foreign vessels through its territorial waters in order to protect its national interest. Under Article 5 (1) of the Territorial Sea Act, foreign vessels are allowed innocent passage through Korea's territorial waters, provided it does not compromise the peace, public order, or security of Korea. However, Article 5 (2) specifies that certain activities such as fishing, research, or surveys conducted by foreign vessels within Korea's territorial waters are considered detrimental to its peace, public order, or security. The Supreme Court has ruled that using a fish detector on a foreign vessel to explore the seabed for sunken ships in Korean territorial waters is deemed as a foreign vessel's passage under Article 5 of the Territorial Act, regardless of whether the specific activity itself harms the peace,

* 부산대학교 법학전문대학원, 교수·변호사, 703hee@gmail.com

public order, or security of Korea.

Key words: Innocent passage, Freedom of navigation, Conduct of research or survey activities, Marine Scientific Research, Article 5 of the Territorial Sea and Contiguous Zone Act

I. 서 론

「해양법에 관한 국제연합협약 (United Nations Convention on the Law of the Sea, hereunder ‘UNCLOS’)¹⁾ 제17조는 “연안국이거나 내륙국이거나 관계없이 모든 국가의 선박은 이 협약에 따라, 영해에서 무해통항권을 향유한다.”고 규정하고 있다. 한편 「영해 및 접속수역법, 이하 영해법이라고 함」 제5조 제1항은 “외국 선박은 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 아니하는 범위에서 대한민국의 영해를 무해통항할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 위 조항은 UNCLOS 제17조를 국내 입법한 것으로 그 의미와 내용이 UNCLOS 제17조가 규정하는 외국선박의 ‘무해통항권(The right of innocent passage)’과 동일하다.²⁾

그런데 대한민국 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있으므로, 대한민국이 적법하게 체결·공포한 조약인 UNCLOS는 대한민국의 국내법과 동일한 효력을 가진다고 보아야 한다.³⁾ 나아가 UNCLOS의 국내법적 효력과 관련해서는, UNCLOS의 규제 대상과 내용 등이 입법에 관한 사항에 관한 것이라는 점을 감안하면, UNCLOS는 대한민국 법률인 영해법과 동일한 지위를 가진다고 할 것이다. 이에 따라 동일한 법률로서의 지위를 가지는 UNCLOS와 영해법의 적용의 순위 등이 문제될 수 있다. 그러나 영해법은 UNCLOS의 규정 중 영해와 접속수역에 관한 부분만을 규정하고 있고, 그 내용도 UNCLOS 그것과 완전히 동일하지는 않을 뿐만 아니라, 위 법률 제7조는 “대한민국의

1) 위 협약은 1996. 2. 28. 조약 제1328호로 대한민국에서 발효되었다.

2) 신재웅·최지현(2021), p. 202; 이필복(2021), pp. 134-135.

3) (사) 한국헌법학회(2010, a), pp. 166-167.

영해 및 접속수역과 관련하여 이 법에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 헌법에 의하여 체결·공포된 조약이나 일반적으로 승인된 국제법규에 따른다.”는 명문규정을 두고 있으므로, 대한민국 영해의 통항방법에 관해서는 영해법이 우선적으로 적용되어야 한다.

영해의 통항방법에 관해 영해법 제5조 제1항은 외국선박에 대한 원칙적 무해통항을 인정하면서도, 제2항에서는 일정한 경우에는 외국선박의 무해통항권을 부정하고 있다. 특히 영해법 제5조 제2항에서 규정하고 있는 13가지의 행위는 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것으로 간주되는데,⁴⁾ 위 조항에서 규정하는 무해통항에서 제외되는 사유들은 UNCLOS 제19조에서 규정하는 무해통항에서 제외되는 사유들과 거의 동일하다.⁵⁾

그런데 영해법 제5조의 규정에도 불구하고, 실무상 영해법의 해석 및 적용에 있어서는 특정 선박의 행위가 영해법 제5조에서 규정하는 무해한 것인지 여부가 항상 명확하지는

4) 영해법 제5조 제2항 단서에서 규정하는 사유는 다음과 같다.

- ① 무기를 사용하여 하는 훈련 또는 연습;
- ② 항공기의 이함(離艦)·착함(着艦) 또는 탑재;
- ③ 군사기기의 발진(發進)·착함 또는 탑재;
- ④ 잠수항행;
- ⑤ 조사 또는 측량;
- ⑥ 통항과 직접 관련 없는 행위로서 대통령령으로 정하는 것.

5) Article 19 Meaning of innocent passage

1. Passage is innocent so long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State. Such passage shall take place in conformity with this Convention and with other rules of international law.
2. Passage of a foreign ship shall be considered to be prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State if in the territorial sea it engages in any of the following activities:
 - (a) any threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or political independence of the coastal State, or in any other manner in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations;
 - (b) any exercise or practice with weapons of any kind;
 - (c) any act aimed at collecting information to the prejudice of the defence or security of the coastal State;
 - (d) any act of propaganda aimed at affecting the defence or security of the coastal State;
 - (e) the launching, landing or taking on board of any aircraft;
 - (f) the launching, landing or taking on board of any military device;
 - (g) the loading or unloading of any commodity, currency or person contrary to the customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations of the coastal State;
 - (h) any act of wilful and serious pollution contrary to this Convention;
 - (i) any fishing activities;
 - (j) the carrying out of research or survey activities;
 - (k) any act aimed at interfering with any systems of communication or any other facilities or installations of the coastal State;
 - (l) any other activity not having a direct bearing on passage.

않다. 영해법 제5조 제2항은 동 조에서 유해한 통항으로 간주하는 사유의 경우에도, 일정한 사유에 대해서는 대한민국 관계 당국의 허가·승인 또는 동의를 받은 경우에는 유해한 통항으로 간주하지 않고 있는데, 외국 선박의 특정한 행위가 영해법 제5조 제2항 단서에서 규정하는 예외사유에 해당하는지 여부가 문제가 될 수 있다. 특히 영해법 제5조는 외국선박의 대한민국 영해 내에서의 무해통항권을 인정하면서도, 동 법 제8조 제1항에서는 외국선박이 영해법 제5조 제2항을 위반한 때에는 외국선박의 승무원이나 그 밖의 승선자는 5년 이하의 징역 또는 3억 원 이하의 벌금에 처하고, 정상을 고려하여 필요할 때에는 해당 선박, 기재(器材), 채포물(採捕物) 또는 그 밖의 위반물품을 몰수할 수 있도록 규정하고 있다.

이와 관련하여 최근 대한민국 검찰은, 외국국적 선박이 대한민국의 영해 내에서 어군탐지기 등을 이용하여 침몰된 선박을 찾아 인양한 후 고철 등을 판매하여 이익을 취득한 행위에 대해 외국선박소유자를 영해법위반으로 기소한 사실이 있다. 위 사건에서 피고인은, 자신의 행위가 영해법 제5조 제2항 제11호에 해당되는 것으로서, 자신은 선박의 입항 및 출항에 있어 「선박의 입항 및 출항 등에 관한 법률, 이하 ‘선박입출항법’이라고 함」 제4조에 따라 선박의 입출항 신고를 하였으므로,⁶⁾ 영해법 제5조 제2항에 따른 대한민국 관계당국의 허가 등을 받은 적법한 행위였다고 주장하였다. 위 사건에서 대법원은 영해법상 무해통항의 의미와 선박입출항법상 선박 입출항 신고 등의 법적 의미에 관해 판시한 바 있는데, 위 대법원 판시는 영해법과 UNCLOS에서 규정하는 외국선박의 무해통항권에 관한 유의미한 내용을 담고 있다고 생각되므로, 이하에서는 위 판결의 평석을 중심으로 외국선박의 무해통항권에 관해 살펴보고자 한다

6) 선박입출항법 제4조(출입 신고)

- ① 무역항의 수상구역 등에 출입하려는 선박의 선장(이하 이 조에서 “선장”이라 한다)은 대통령령으로 정하는 바에 따라 관리청에 신고하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 선박은 출입 신고를 하지 아니할 수 있다.
 1. 총톤수 5톤 미만의 선박
 2. 해양사고구조에 사용되는 선박
 3. 「수상레저안전법」 제2조 제3호에 따른 수상레저기구 중 국내항 간을 운항하는 모터보트 및 동력요트
 4. 그 밖에 공공목적이나 항만 운영의 효율성을 위하여 해양수산부령으로 정하는 선박
- ② 관리청은 제1항에 따른 신고를 받은 경우 그 내용을 검토하여 이 법에 적합하면 신고를 수리하여야 한다.
- ③ 제1항에도 불구하고 전시·사변이나 그에 준하는 국가비상사태 또는 국가안전보장에 필요한 경우에는 선장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 관리청의 허가를 받아야 한다.

II. 기초사실 및 판결이유 등

1. 사건의 경위

피고인 1은 피고인 2 회사를 운영하면서 ① 2015. 2. 초순경 진도 맹골수도 해역에서, ② 2015. 8. 말경 부산 태종대 해역에서 각 침몰된 선박을 찾아 인양한 후 고철 등을 판매하여 이익을 취득하였다.

2. 소송의 경과

검사는 피고인들의 행위에 대하여, ① 피고인 1이 2015. 1. 29. 허가를 받지 아니하고 맹골수도 해역에서 침몰된 선박의 위치를 찾기 위해 외국선박에 설치된 어군탐지기 등을 이용하여 해저를 조사하였다는 영해법위반, ② 피고인들이 허가를 받지 않고 2회에 걸쳐 공유수면을 점용·사용하였다는 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」(이하 ‘공유수면법’이라고 한다)의 위반, ③ 피고인 1이 2015. 8. 말경 피해자 공소외 1 주식회사 소유의 (선박명 1 생략) 선체 및 (선박명 1 생략)에 선적되어 있던 피해자 공소외 2 주식회사 소유의 철판을 절취하였다는 절도, ④ 피고인들이 등록을 하지 아니하고 2회에 걸쳐 선체, 고철 등 화물을 운송하여 해상화물운송사업을 하였다는 해운법위반의 범죄사실로 기소하였다.

제1심과 원심은, 피고인 1에 대한 ① 영해법위반, ② 공유수면법위반, ③ 절도 부분 및 피고인 2 회사에 대한 ② 공유수면법위반 부분에 대하여는 모두 유죄로 판단하였다. 피고인 2 회사는 상고하지 않았고, 피고인 1만 상고하였으나 ② 공유수면법위반 부분에 대하여는 상고이유를 주장하지 않았다.

한편 피고인들에 대한 ④ 해운법 위반 부분에 대하여는 제1심과 원심이 모두 무죄로 판단하였고, 검사가 상고하였다.⁷⁾

7) 참고로 이 사건의 원심판결은 부산지법 2017. 6. 16. 선고 2016노4948 판결이다.

3. 피고인 1의 영해법위반 부분에 관한 법률규정과 쟁점

영해법 제5조 제1항 전문은 “외국선박은 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 아니하는 범위에서 대한민국의 영해를 무해통항할 수 있다.”라고 규정하고, 제2항은 “외국선박이 통항할 때 다음 각호의 행위를 하는 경우에는 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것으로 본다. 다만 제2호부터 제5호까지, 제11호 및 제13호의 행위로서 관계 당국의 허가·승인 또는 동의를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하면서 같은 항 제11호에서 “조사 또는 측량”을 규정하고 있다.

피고인 1은, (선박입출항법에 따른 외국선박의) 입출항 신고를 하였다는 등의 이유로 ‘외국선박의 통항’에 해당하지 않고,⁸⁾ 해저에 방치되어 있는 침몰선의 위치를 조사하여 이를 인양하는 것은 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것이 아니므로 영해법 제5조 제2항 제11호의 ‘조사’에 해당하지 않는다고 주장한다. 따라서 이 부분 쟁점은 피고인 1의 행위가 ‘외국선박이 통항’하면서 ‘조사’행위를 한 때에 해당하는지 여부이다.

4. 대법원 판결이유

1) 영해법 제5조 제2항에서 정한 ‘외국선박이 통항할 때’의 의미 및 외국선박이 ‘선박입출항법’에 따라 출입신고를 한 경우 달리 보아야 하는지 여부

영해법 제5조 제2항의 ‘외국선박이 통항할 때’라고 함은 외국선박이 ① 영해를 횡단할 목적, ② 내수를 향하여 또는 내수로부터 항진할 목적, ③ 정박지나 항구시설에 기항할 목적을 위하여 영해를 지나서 항행하는 일체의 경우를 의미하는 것으로(UNCLOS 제18조 제1항 참조), 외국선박이 선박입출항법에 따라 출입신고를 하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

8) 앞서 실시한 바와 같이 피고인 1은, 자신은 선박입출항법에 따라 입출항신고를 하여 관계 당국의 출입항허가를 받았으므로 자신은 대한민국 영해를 적법하게 통항할 허가를 받았다고 주장한 바 있다.

2) 영해법 제5조 제2항 제11호에서 정한 ‘조사’의 의미 및 실질적으로 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 경우로만 한정되는지 여부

영해법 제5조 제2항 제11호의 ‘조사’는 ‘해양의 자연환경과 상태를 파악하고 밝히기 위하여 해저면, 하층토, 상부수역 및 인접대기 등을 대상으로 하는 일체의 조사활동’을 의미하는 것으로, 다음과 같은 이유로 실질적으로 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 경우로만 한정되지 않는다.

① 외국선박의 영해에서의 무해통항권은 연안국의 주권에 대한 제한을 의미하는데 연안국의 주권에는 자원개발권, 환경보호권, 과학조사권 등이 포함되어 있으므로, 무해통항의 요건으로서의 ‘무해성’에는 위와 같은 주권적 권한을 침해하지 않는다는 의미가 포함되어 있다.

② 영해법 제5조 제2항 제10호의 ‘어로’의 경우 그 자체로는 연안국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 않는 경우에도 주권의 중요한 내용인 어업권을 침해하기 때문에 무해하지 않은 것으로 취급된다.

③ UNCLOS 제21조 제1항 (g)호는 연안국이 무해통항과 관련하여 ‘해양과학조사와 수로측량’에 관한 법령을 제정할 수 있도록 규정하고 있고, 제245조는 영해에서의 해양과학조사는 연안국의 명시적 동의를 얻어 수행하도록 규정하고 있는데, 이는 연안국의 명시적 동의를 받지 않은 영해에서의 조사활동은 실질적으로 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는지 여부에 관계없이 허용되지 않음을 전제로 하는 것이다.

④ 그뿐만 아니라, 외국선박이 영해에서의 조사활동을 통하여 해양의 자연환경과 상태에 대하여 정보를 수집하는 경우 이러한 정보는 향후 연안국의 평화와 안전을 해하는데 활용될 위험성이 있으므로, 조사활동 당시의 목적이 그렇지 않다고 하여 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 않는다고 단정할 수도 없다.

따라서 피고인이 허가를 받지 아니하고 진도 맹골수도 해역에서 침몰된 선박의 위치를 찾기 위해 외국선박에 설치된 어군탐지기 등을 이용하여 해저를 조사하였다면, 제반 사정에 비추어 피고인의 위 행위는 영해법 제5조 제2항 제11호의 ‘외국선박이 통항하면서 조사행위를 한 경우’에 해당한다.

III. 연구 및 평석

1. 영해법 제5조 및 UNCLOS 제17조의 외국선박의 ‘무해통항’의 의미

영해법 제5조와 UNCLOS 제17조는 연안국 영해 내에서의 외국선박의 무해통항권에 대해, 그리고 영해법 제5조는 대한민국 영해에서의 외국선박의 무해통항권에 대해 규정하고 있다. 외국선박의 타국 영해에서의 무해통항권에 관한 UNCLOS 제17조는 「1958년 영해 및 접속수역에 관한 협약 (1958 Geneva Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, 이하 ‘Geneva Convention’이라고 함)」 제14조 (1)의 규정을 승계한 것으로,⁹⁾ 그 동안 국제관습법(international customary law)으로 인정되어 오던 외국선박의 타국 영해 내에서의 무해통항권을 입법적으로 완비한 것이다.¹⁰⁾ 따라서 UNCLOS 제17조에서 규정하는 외국선박의 무해통항권은 UNCLOS 회원국 여부에 관계 없이 모든 국가의 선박에게 부여된 권리라는 데 그 의의가 있다.¹¹⁾ 그러나 영해법 제5조와 UNCLOS 제17조에서 규정하고 있는 무해통항의 개념과 연안국의 주권적 권리는 상호 견제와 긴장 관계 속에서 동시에 발전되어 온 개념으로서 이를 일의적으로 파악하기는 어렵다.¹²⁾

따라서 영해법 제5조 등에서 규정하고 있는 외국선박의 영해에서의 무해통항권의 의미를 파악하기 위해서는 무해통항권의 성립요건들을 분석해 볼 필요가 있다.

2. 통항(passage)의 의미

통항이란 외국선박이 타국의 영해를 항행하는 것으로서, (a) 내수에 들어가지 아니하거나 내수 밖의 정박지나 항구시설에 기항하지 아니하고 영해를 횡단하는 것; 또는 (b)

9) Geneva Convention Article 14

(1) Subject to this Convention, ships of all States, whether coastal or land-locked, enjoy the right of innocent passage through the territorial sea.

10) Edward D. Brown(1994), p. 53.

11) Ibid., p. 53.

12) 김영구(2004), p. 146.

내수를 향하여 또는 내수로부터 항진하거나 또는 이러한 정박지나 항구시설에 기항하는 것을 포함하는 개념이다.¹³⁾ 한편 통항은 계속적이고 신속하여야 한다. 따라서 외국선박이 타국 영해를 배회(Hovering)하는 것은 무해통항에 포함되지 않는다.¹⁴⁾ 다만, 정선이 나 닻을 내리는 행위가 통상적인 항행에 부수되는 경우, 불가항력이나 조난으로 인하여 필요한 경우, 또는 위험하거나 조난상태에 있는 인명·선박 또는 항공기를 구조하기 위한 경우에는 통항에 포함된다.

UNCLOS 제18조와 달리, 영해법은 외국선박의 대한민국 영해에서의 무해통항권에 대해서만 규정할 뿐 통항의 개념에 대해서는 별도로 규정하고 있지 않다. 그러나 앞서 본 바와 같이 UNCLOS는 헌법 제6조에 따라 국내 법률로서의 지위를 가지므로, 영해법상 통항에 관한 개념정의의 흠결에도 불구하고 외국선박은 UNCLOS 제18조에 규정된 방식으로 대한민국 영해를 통항할 수 있다. 따라서 외국선박이 대한민국의 영해로부터 내수를 향하여 또는 대한민국의 내수로부터 영해로 항진하는 것도 통항에 포함된다.

3. 선박입출항법상 외국선박의 입출항신고와 영해법상 통항의 의미

선박입출항법 제4조에 따라, 무역항의 수상구역 등에 출입하려는 선박의 선장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 관리청에 신고하여야 하고(제1항),¹⁵⁾ 관리청은 출입신고의 내용을 검토하여 선박입출항법에 적합한 경우 그 신고를 수리하여야 한다(제2항). 특히 외항선(국내항과 외국항 사이를 운항하는 선박을 말한다)이 무역항의 수상구역 등의 안으로 입항하는 경우에는 입항 전에, 무역항의 수상구역 등의 밖으로 출항하려는 경우에는 출항 전에 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 외항선 출입신고서를 관리청에 제출하여야 하고(선박입출항법 시행령 제2조 제2호), 관리청은 출입신고를 위반한 선박에 대해 출항을 중지시킬 수 있을 뿐만 아니라(동 법 제47조), 출입신고의무를 위반한 자는 형사 처벌을 받을 수 있다.¹⁶⁾

13) UNCLOS Article 18.

14) 김영구, 앞의 책, 146면.

15) 위 각주 6) 참조.

16) 선박입출항법 제4조 제3항에 따른 허가를 받지 아니하고 무역항의 수상구역 등에 출입하거나 기항지에 대한 정보를 거짓으로 제출하여 출입허가를 받은 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에(동 법 제55조), 제4조 제1항에 따른 출입신고를 하지 아니하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 신고한 자는 500만원 이하의 벌금에(동 법 제56조)

선박입출항법 제4조가 외국선박의 무역항의 수상구역 등에서의 입출항에 대한 ‘신고주의’를 취하고 있는 입법취지에 대해서는, 외국선박이 자유로이 입출항할 수 있는 무역항의 수역에서 선박의 입출항에 대한 지원과 해상교통질서를 유지하고 안전운항을 보장하는 데 그 목적이 있다고 본다.¹⁷⁾ 이에 반해 영해법상 무해통항제도의 취지는 대한민국 영해 내에서의 외국선박의 무해통항을 원칙적으로 보장하되, 외국선박의 유해활동에 대해서는 정선·검색·나포 기타 필요한 명령이나 조치를 취할 뿐만 아니라 안전보장상 일정한 경우에는 무해통항을 일시정지시킬 수 있도록 함에 있다.¹⁸⁾ 즉 영해법은 그 목적이 대한민국의 안전보장에 그 초점이 맞추어져 있는 반면, 선박입출항법상 입출항신고는 무역항 등에서의 선박의 안전운항확보와 항내 질서유지에 그 목적이 있으므로, 비록 외국선박이 선박입출항법 제4조에서 정한 입출항신고를 하였다고 하더라도 필연적으로 영해법상 외국선박의 통항이 무해하다고 볼 여지는 없다.

또한 영해법 제5조 제2항 단서의 해석상 관계 당국의 허가 또는 동의 등의 대상은 ‘조사 또는 측량행위’에 대한 것이지, 조사 또는 측량행위를 수행하는 선박의 입출항 자체에 대한 것으로 볼 수는 없다. 따라서 피고인 1이 이 사건 선박의 입출항에 대해 관계 당국의 허가 등을 받았다고 하더라도, 이를 영해법 제5조 제2항 단서에서 규정하는 대한민국 영해 내에서의 조사 또는 측량행위에 대한 허가 등으로 해석할 수는 없다.

이 사건에서 피고인 1은, 이 사건 선박에 대해 선박입출항법에 따른 입출항 신고를 하였다는 등의 이유로 ‘외국선박의 통항’에 해당하지 않는다고 주장하였지만, UNCLOS 제18조 및 영해법 제5조의 입법취지를 감안하면 선박입출항법에 따른 신고 후의 항행도 통항의 개념에 포함된다고 해석하는 것이 타당하므로, 피고인 1의 주장은 정당하지 않고 이 점을 지적하는 이 사건 대법원 판시도 정당하다.

조), 각 처해질 수 있다.

17) 이윤철(2021), p. 751.

18) 1977. 10. 05. 정부가 제안하여 1977. 12. 16. 수정가결된 영해법안(의안번호: 090730) 제안이유 및 주요골자 참조. 국회의안정보시스템(<https://likms.assembly.go.kr/bill/summaryPopup.do?billId=008508>), , 2023. 3. 9. 최종검색.

4. 무해통항의 의미

UNCLOS 제19조 제1항은 무해통항의 의미에 관해, 통항은 연안국의 평화, 공공질서 또는 안전을 해치지 아니하는 한 무해하고, 이러한 통항은 UNCLOS 및 그 밖의 국제법 규에 따라 보장된다고 규정하고 있다.¹⁹⁾ 영해법 제5조 제1항도 “외국선박은 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 아니하는 범위에서 대한민국의 영해를 무해통항 할 수 있다.”고 규정하여, 무해통항에 관해 UNCLOS 제19조 제1항과 동일한 취지로 규정하고 있다. 그러나 무해통항에 관한 위와 같은 개념정의에도 불구하고 ‘평화(Peace)’·‘공공질서(Good order)’·‘안전(Security)’이라는 용어는 그 개념이 불명확하다. 무해통항의 허용요건에 관한 위와 같은 용어들의 개념의 불명확함은 외국선박의 통항과 관련한 불필요한 분쟁을 야기할 소지가 있다.

이에 따라 무해통항에 관한 보다 객관적인 의미를 제공하기 위해 UNCLOS 제19조 제2항 및 영해법 제5조 제2항은 무해통항에 관한 예시를 규정하고 있다.²⁰⁾ 영해법 제5조 제2항에 따르면, 외국선박이 통항할 때 일정한 행위를 하는 경우에는 원칙적으로 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것으로 본다고 규정하고 있고, UNCLOS 제19조 제2항도 거의 동일한 내용을 규정하고 있다.²¹⁾

19) Article 19 Meaning of innocent passage

(1) Passage is innocent so long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State. Such passage shall take place in conformity with this Convention and with other rules of international law.

20) R. R. Churchill and A. V. Lowe(1999), p. 85.

21) 영해법 제5조 제2항에 따라 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것으로 간주되는 외국선박의 행위는 다음 각 호의 행위를 말한다.

1. 대한민국의 주권·영토보전 또는 독립에 대한 어떠한 힘의 위협이나 행사(行使), 그 밖에 국제연합헌장에 구현된 국제법원칙을 위반한 방법으로 하는 어떠한 힘의 위협이나 행사
2. 무기를 사용하여 하는 훈련 또는 연습
3. 항공기의 이함(離艦)·착함(着艦) 또는 탑재
4. 군사기기의 발진(發進)·착함 또는 탑재
5. 잠수항행
6. 대한민국의 안전보장에 유해한 정보의 수집
7. 대한민국의 안전보장에 유해한 선전·선동
8. 대한민국의 관세·재정·출입국관리 또는 보건·위생에 관한 법규에 위반되는 물품이나 통화(通貨)의 양하(揚荷)·적하(積荷) 또는 사람의 승선·하선
9. 대통령령으로 정하는 기준을 초과하는 오염물질의 배출
10. 어로(漁撈)
11. 조사 또는 측량
12. 대한민국 통신체제의 방해 또는 설비 및 시설물의 훼손

한편 영해법 제5조 제2항에서 규정하고 있는 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것으로 보는 행위들은 예시적(Non-exhaustive)인 것으로서, 위 조항 제13호는 통항과 직접 관련이 없는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위는 무해하지 않은 것으로 간주된다고 규정하고 있지만, 동 법 시행령에서는 이에 대해 별도로 규정하고 있지 않다. 영해법 제5조 제2항과 관련하여 특기할 점은, UNCLOS 제19조 제2항과 달리, 위 조항은 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것으로 간주되는 13가지의 행위 중에서 제2호부터 제5호까지, 제11호 및 제13호의 행위에 대해 관계 당국의 허가·승인 또는 동의를 받은 경우에는 무해통항으로 허용된다는 취지로 규정하고 있다는 것이다.

따라서 외국선박에 의한 대한민국 영해 내에서의 ‘조사 또는 측량행위(the carrying out of research or survey activities)’는 원칙적으로 금지되는 것이지만, 이러한 행위에 대해 사전에 관계 당국의 허가·승인 또는 동의를 받은 경우에는 예외적으로 허용되고 있다. 이 사건의 경우, 피고인들이 외국선박을 사용하여 대한민국 영해의 해저에 방치되어 있는 침몰선의 위치를 조사하여 이를 인양하는 것이 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것으로서 조사 또는 측량행위에 해당하는 것인지 여부가 쟁점이 되었다.

5. 영해법 제5조 제2항 제11호 및 UNCLOS 제19조 제2항 (j)의 의의

1) 조사 및 측량행위의 의의: 본질적 조사행위(fundamental research)’와 ‘적용적 조사행위(applied research)’

영해법 제5조 제2항 제11호 및 UNCLOS 제19조 제2항 (j)는 무해하지 않은 통항의 예시로서 ‘조사 또는 측량행위(the carrying out of research or survey activities)’를 규정하고 있지만, 조사 또는 측량행위의 개념에 대해 적극적으로 정의하지 않고 있다. 다만 UNCLOS 제13부에서는 해양과학조사(Marine Scientific Research이하 ‘MSR’이라 함)에 관해 규정하고 있는데, MSR에 관한 고찰을 통해 UNCLOS 제19조에서 규정하는 조사

13. 통항과 직접 관련 없는 행위로서 대통령령으로 정하는 것

또는 측량행위의 개념을 추론해 볼 수 있을 것이다.

넓은 개념으로는, MSR에는 해양 관련 정보의 수집 및 시료(samples)의 분석이 포함될 것이지만,²²⁾ UNCLOS의 해석과 관련해서 MSR의 범주에 포섭될 수 있는 정확한 활동 범위에 대해서는 여전히 의문이 제기되고 있다. 이와 관련해서 일부 견해는 해양에 관한 조사행위를 해양환경에 대한 인간의 이해의 증진과 같은 평화적 목적에 따라 수행되는 ‘본질적 조사행위(fundamental research)’ 또는 ‘순수한 조사행위’와 조사행위의 우선적 목적이 상업적 이익의 추구하고 같은 특정한 실용적 목적에 있는 ‘응용된 조사행위(applied research)’로 구분하기도 한다.²³⁾ 실제로 UNCLOS 제246조 제3항과 제5항은 배타적 경제수역과 대륙붕에서의 조사행위와 관련하여 그 수행목적에 따라 연안국의 대응방안에 차등을 두고 있다. UNCLOS 제246조에 따르면, 배타적 경제수역과 대륙붕에서의 해양 과학조사는 연안국의 동의를 얻어 수행되어야 하고(제2항), 연안국은, 통상적 상황에서, 다른 국가 또는 권한있는 국제기구가 오로지 평화적인 목적을 위하여, 또한 모든 인류에 유익한 해양환경에 대한 과학지식을 증진시키기 위하여 동 협약에 따라 자국의 배타적 경제수역과 대륙붕에서 수행하는 해양과학조사에 대해 동의할 권한을 보유하고 있다(제3항).²⁴⁾ 그러나 UNCLOS 제246조의 규정에도 불구하고, 조사행위를 본질적인 것과 응용적인 것으로 구분하는 위의 견해에 대해서는 본질적 조사행위와 응용적 조사행위를

22) Ronan Long(2009), P. 156.

23) R.R. Churchill and A. V. Lowe, op. cit., p. 405.

24) Article 246 Marine scientific research in the exclusive economic zone and on the continental shelf

(3) Coastal States shall, in normal circumstances, grant their consent for marine scientific research projects by other States or competent international organizations in their exclusive economic zone or on their continental shelf to be carried out in accordance with this Convention exclusively for peaceful purposes and in order to increase scientific knowledge of the marine environment for the benefit of all mankind. To this end, coastal States shall establish rules and procedures ensuring that such consent will not be delayed or denied unreasonably.

(5) Coastal States may however in their discretion withhold their consent to the conduct of a marine scientific research project of another State or competent international organization in the exclusive economic zone or on the continental shelf of the coastal State if that project:

(a) is of direct significance for the exploration and exploitation of natural resources, whether living or non-living;

(b) involves drilling into the continental shelf, the use of explosives or the introduction of harmful substances into the marine environment;

(c) involves the construction, operation or use of artificial islands, installations and structures referred to in articles 60 and 80;

(d) contains information communicated pursuant to article 248 regarding the nature and objectives of the project which is inaccurate or if the researching State or competent international organization has outstanding obligations to the coastal State from a prior research project.

구분하는 것 자체가 용이하지 않다는 비판적 견해가 제시되고 있다.²⁵⁾

사건으로는, UNCLOS는 조사행위의 개념과 관련해서 본질적 조사행위와 응용적 조사행위로 구분하고 있지 않으므로, 설령 조사행위가 상업적 목적에 따라 수행되는 ‘해양 탐사(exploration)’ 또는 ‘해양개발(exploitation)’의 경우에도 그 개념 자체로는 조사행위에 포함된다고 볼 수 있다. 따라서 UNCLOS의 해석 및 적용에 있어서는 어떤 특정한 행위가 상업적 목적 하에 수행이 되든 또는 비상업적 목적 하에 수행이 되던 본질적으로 해양환경에 대한 조사 및 분석, 그리고 이를 위한 자료의 수집에 그 목적이 있으면 해당 행위는 조사행위에 포함이 된다고 볼 것이다. 이 사건에서 대법원이 “영해법 제5조 제2항 제11호의 ‘조사’는 ‘해양의 자연환경과 상태를 파악하고 밝히기 위하여 해저면, 하층토, 상부수역 및 인접대기 등을 대상으로 하는 ‘일체의 조사활동’을 의미한다.”고 판시한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 다만 UNCLOS의 해석 및 적용에 있어 이러한 조사 및 측량행위가 무한정 허용될 것인지의 문제는 연안국과 여타 국가 및 국제사회의 이해가 상충된다는 점에서 후술하는 바와 같은 적절한 타협이 요구된다.²⁶⁾

2) 영해법 제5조에서 규정하는 해양조사행위

일부 견해는 UNCLOS PART 제13부에서 규정하는 MSR의 개념정의와 관련하여 외국선박의 특정한 행위는 MSR에서 제외될 수 있다고 해석한다. 위 견해에 따르면 UNCLOS에서 규정하는 MSR에는 해양환경에 대한 이해의 제고를 위해 수행되는 여하한 연구 또는 관련한 조사 및 실험행위가 포함될 수 있다고 본다.²⁷⁾ 이에 반해 UNCLOS상 MSR에는 위 협약 Part 제2부, 제3부 및 제3 부속서(Annex Ⅲ)에서 우선적으로 다루고 있는 해양에 관한 탐사(exploration) 및 개발행위(exploitation), 수로측량(hydro-graphic surveys), 그리고 생물탐사(bio-prospecting)는 포함되지 않는다고 해석한다.²⁸⁾

그러나 대한민국 영해법 제5조는 외국선박이 대한민국 영해를 통항할 때 조사 또는 측량행위를 하는 경우에는 유해한 통항으로 보고 있을 뿐 별도로 특정한 행위를 조사

25) Paul Gragl(2014), p. 402.

26) Ibid. p. 403.

27) M. Pavliha·N. A. Martinez Gutierrez(2010), p. 115.

28) Alfred. H. A. Soons(1982), p. 1.

및 측량행위에서 제외하고 있지 않다. 나아가 영해법 제5조에서 규정하는 외국선박의 행위는 위 법률 제8조와의 관계에서 범죄의 구성요건에 해당하는데, 죄형법정주의 원칙상 범죄구성요건은 명확하게 규정되고, 엄격하게 해석하여야 한다.²⁹⁾ 다만 영해법 제5조 제2항 단서는 외국선박의 대한민국 영해 내에서의 조사 및 측량행위라도 관계 당국의 허가 또는 동의를 받은 경우에는 무해한 통항으로 본다고 규정하고 있으므로, 영해법 제5조 제2항 및 제8조 제1항의 해석에 관해서는 ① 피고인의 행위가 영해법 제5조가 규정하는 조사 및 측량행위에 해당하는지, ② 만약 조사 및 측량행위에 해당한다면 그 행위에 대해 관계 당국의 허가 등이 있었는지 여부가 관건이 된다.

생각건대, 타국의 영해를 운항하기 위해 필요한 한도 내에서 수심이나 조류를 측정하는 행위가 안전운항을 위한 목적 하에 이루어진 것으로서 그 필요성과 수단의 합리성이 인정될 경우에는 무해통항으로 간주될 수 있겠지만, 조사 또는 측량행위의 목적이 항해 안전과 무관한 경우에는 이러한 행위는 연안국의 평화와 안전보장 등을 해하는 것으로 볼 수 있다.

이 사건에서 대법원이 “연안국의 명시적 동의를 받지 않은 영해에서의 조사활동은 실질적으로 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는지 여부에 관계없이 허용되지 않음을 전제로 하는 것으로서, ... 외국선박이 영해에서의 조사활동을 통하여 해양의 자연환경과 상태에 대하여 정보를 수집하는 경우 이러한 정보는 향후 연안국의 평화와 안전을 해하는 데 활용될 위험성이 있으므로, 조사활동 당시의 목적이 그렇지 않다고 하여 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 않는다고 단정할 수도 없다.”고 판시한 것도 이러한 맥락에서 이해할 필요가 있다.

이 사건에서 피고인들의 범죄사실은 피고인들이 관계 당국의 허가를 받지 아니하고 대한민국 영해에서 침몰된 선박의 위치를 찾기 위해 외국선박에 설치된 어군탐지기 등을 이용하여 해저를 조사하였다는 것인데, 외국선박에 설치된 어군탐지기 등을 이용하여 해저를 조사하는 행위는 영해법 제5조 제2항 제11호가 규정하는 조사 또는 측량행위에 포함된다고 볼 것이다. 그렇다면 피고인들의 범죄행위의 성립 여부는 피고인들의 행위에 대한 관계 당국의 허가 등이 있었는가 하는 점에 대한 추가적 검토가 필요한데, 이 사건에서는 피고인들의 조사행위에 대한 관계 당국의 허가는 없었다.

29) 신동운(2021), pp. 24-27.

6. 영해에서의 연안국의 관할권

영해법 제5조는, 외국선박이 대한민국 영해를 통항할 때 대한민국의 주권에 대한 어떠한 힘의 위협이나 행사를 하는 경우에는 유해한 통항으로 보고(제2항 제1호), 대한민국의 안전보장을 위하여 필요한 경우에는 대통령이 정하는 바에 따라 외국선박의 무해통항을 일시적으로 정지할 수 있다고 규정하고 있다(제3항). 이에 반해 UNCLOS는 무해통항에 관한 연안국의 법령제정권(제21조), 영해 내의 항로대(sea lane)와 통항분리 방식(traffic separation scheme)의 채택권(제22조), 연안국의 보호권(제25조) 등 외국선박의 영해 통항에 대한 연안국의 광범위한 관할권을 인정하고 있다.

전술한 바와 같이 대한민국 헌법 제6조에 따라 UNCLOS도 대한민국 법률로서의 효력을 인정할 수 있으므로, 영해법 제5조의 규정에도 불구하고 대한민국은 외국선박의 영해통항에 관한 일반적 관할권을 행사할 수 있다고 보아야 한다. 이에 따라 대한민국은 UNCLOS의 규정과 그 밖의 국제법규칙에 따라 영해에서의 ① 해양생물자원의 보존, ② 연안국의 어업법령 위반방지, ③ 연안국의 환경보전과 연안국 환경오염의 방지, 경감 및 통제, ④ 해양과학조사와 수로측량 등의 행위에 관한 법령을 제정할 권리를 가진다(UNCLOS 제21조). 나아가 대한민국은 무해하지 아니한 통항을 방지하기 위하여 필요한 조치를 자국 영해에서 취할 수 있고(UNCLOS 제25조 제2항), 선박이 내수를 향하여 항행하거나 내수 밖의 항구시설에 기항하고자 하는 경우, 그 선박이 내수로 들어가기 위하여 또는 그러한 항구시설에 기항하기 위하여 따라야 할 허가조건을 위반하는 것을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 권리도 가진다(동 조 제1항).

외국선박의 무해통항권은 연안국의 주권에 대한 제한 내지 예외적 조치로서, 영해 내에서의 연안국의 법령제정 및 시행권은 본질적으로 연안국의 주권에 관한 문제라고 볼 수 있고,³⁰⁾ 이러한 원칙은 UNCLOS를 포함한 현대 국제법에서 널리 인정되고 있는 법리이다.³¹⁾ 물론 위와 같은 대한민국의 영해 내에서의 통항에 관한 법령위반행위가 곧 바로 유해통항으로 간주될 수는 없지만, 많은 경우에 이러한 법령위반행위는 무해통항의 조건을 위반하는 것으로 볼 수 있을 것이다.³²⁾ 이 경우 연안국은 외국선박의 법령위반행

30) Kevin Aquilina(2014), p. 38.

31) R. R. Churchill and A. V. Lowe, op. cit., p. 75.

32) Edward D. Brown, op. cit., pp. 58-59.

위를 방지하기 위해 필요한 제반조치를 취할 수 있고, 나아가 연안국은 자국 영해를 통항하는 선박에 대해서도 국제법상 보편적으로 인정되고 있는 자기방어권을 행사할 수 있으므로, 비록 외국선박이 연안국의 법령을 위반하지는 않았지만, 외국선박의 통항이 연안국의 중대한 이익을 침해하거나 급박한 위험을 야기하는 경우에는 자국의 이익을 방어하기 위해 물리력의 행사를 포함한 제반조치를 취할 수 있다고 본다.³³⁾

7. 유해통항은 항상 연안국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것이어야 하는가?

UNCLOS 제19조 제1항은 “통항은 연안국의 평화, 공공질서 또는 안전을 해치지 아니하는 한 무해하다.”고 규정하고 있고, 영해법 제5조 제1항도 “외국선박은 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 아니하는 범위에서 대한민국의 영해를 무해통항(無害通航)할 수 있다.”고 규정하고 있다. 무해통항의 요건에 관한 UNCLOS 제19조 제1항 및 영해법 제5조 제1항의 문언을 엄격히 해석할 경우, 외국선박의 영해 내에서의 특정한 행위가 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전을 해하지 아니하는 한 그러한 행위는 유해하지 않다고 해석할 여지가 있다. 다만 영해법 제8조 제1항은 동 법 제5조를 위반한 외국선박의 선원 등을 형사처벌하도록 규정하고 있으므로, UNCLOS 제19조 제1항 및 영해법 제5조 제1항은 엄격하게 해석할 필요가 있다.

그런데 범죄구성요건의 엄격성과 명확성의 요구를 고려하더라도, UNCLOS 제19조 제1항 및 영해법 제5조 제1항의 해석과 관련하여 외국선박의 통항이 유해하기 위해서는 그 행위가 반드시 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것이어야 하는지는 추가적 고찰이 필요하다. 영해법 제5조는 외국선박의 무해통항을 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 않을 것을 조건으로 하고 있고, 외국선박이 대한민국의 주권·영토보전 등에 대한 어떠한 힘의 위협이나 행사를 하는 경우를 무해하지 않은 통항으로 간주하고 있지만, 외국선박에 의한 연안국의 이익의 침해에 대한 자기방어권으로서의 성질을 갖는 연안국의 법령제정 및 시행권의 의미를 고려하면, 외국선박의 대한

33) R. R. Churchill and A. V. Lowe, op. cit., p. 99.

민국의 주권 등에 대한 침해를 반드시 어떠한 힘의 행사나 무력위협을 통한 것으로 국한할 필요는 없다. 따라서 외국선박의 주권침해가 어떠한 힘의 행사 내지 무력의 사용을 통한 것이 아닌 경우에도, 이러한 행위는 대한민국의 주권을 침해하는 것으로서 유해한 행위라고 보아야 한다.

이 사건에서 대법원은 “외국선박의 영해에서의 무해통항권은 연안국의 주권에 대한 제한을 의미하는데 연안국의 주권에는 자원개발권, 환경보호권, 과학조사권 등이 포함되어 있으므로, 무해통항의 요건으로서의 ‘무해성’에는 위와 같은 주권적 권한을 침해하지 않는다는 의미가 포함되어 있다.”고 판시하고 있는데, 이러한 대법원 판시는 영해 내에서의 외국선박의 무해통항권과 대한민국의 관할권의 관계에 대해 적절히 설명한 것으로서 정당하다고 볼 것이다.

한편 전술한 바와 같이 ‘연안국의 평화, 공공질서 또는 안전’이라는 용어는 그 개념이 명확하지 않다는 비판이 가능하지만, 외국선박의 영해 내에서의 특정 행위가 연안국의 평화, 공공질서 또는 안전을 해치는 것인지 여부를 판단함에 있어 이러한 용어들이 아무런 기능을 수행하지 못하는 것은 아니다. 이 사건에서 대법원은 “영해법 제5조 제2항 제10호의 ‘어로’의 경우 그 자체로는 연안국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 않는 경우에도 주권의 중요한 내용인 어업권을 침해하기 때문에 무해하지 않은 것으로 취급된다.”고 판시하고 있다. 대법원은 ① ‘어로’의 경우에는 그 자체로는 연안국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것은 아니지만, ② 어로는 대한민국의 주권을 침해하는 행위로서 유해하다고 본 것 같다.

실제로 Geneva Convention 제14조 제5항은 “연안국은 자국 영해 내에서의 외국 어선의 어로행위를 방지하기 위한 법규를 제정하고 공포할 수 있으므로, 만약 외국 어선이 연안국의 그러한 법규를 준수하지 않을 때에는 외국 어선의 통항은 무해한 것으로 볼 수 없다.”라고 규정하여,³⁴⁾ 영해 내에서의 외국선박의 어로행위 자체를 연안국의 주권의 침해로서 유해하다고 파악하고 있다. 이에 반해 UNCLOS와 영해법에는 Geneva Convention 제14조에 대응하는 규정을 찾을 수 없다. UNCLOS와 영해법은 외국선박의 통항이 무해

34) Geneva Convention Article 5

(5) Passage of foreign fishing vessels shall not be considered innocent if they do not observe such laws and regulations as the coastal State may make and publish in order to prevent these vessels from fishing in the territorial sea.

하기 위한 조건으로서 연안국의 평화, 공공질서 또는 안전을 해치지 아니할 것을 요구하고 있을 뿐이다.

사건으로는 외국선박의 대한민국 영해 내에서의 어로행위의 수행 내지 조사 및 측량 행위는 대한민국의 공공질서를 해치는 것으로 볼 여지가 있다. 헌법 제37조 제2항에 따라 국민의 모든 자유와 권리는 그 본질적인 내용을 침해하지 않는 한도 내에서, 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있는데, 국가안전보장·질서유지 내지 공공복리라는 개념은 영해법 제5조에서 규정하는 평화·공공질서 또는 안전보장과 일맥상통한다고 볼 수 있다. 헌법 제37조 제2항에서 규정하는 국가안전보장·질서유지 내지 공공복리라는 개념은 한 마디로 ‘목적의 정당성’을 의미하는 것으로 해석할 수 있다.³⁵⁾ 특히 질서유지에는 안전보장도 포함되는 광의의 개념으로서, 공동체가 존속하며 유지하며, 그 공동체 속에서 구성원들이 평화롭고 안전하게 살 수 있도록 하는 질서를 유지하는 것을 의미한다.³⁶⁾ 영해법은 외국선박이 대한민국 영해를 통과함에 있어 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 않을 경우에 이를 허용하겠다는 것으로 이해할 수 있는데, 외국선박의 대한민국 영해 내에서의 허가받지 않은 어로행위 내지 조사 및 측량행위는 그 자체로서 목적의 정당성을 상실하였을 뿐만 아니라 「수산업법」 등 관련 법령을 위반하는 것으로서,³⁷⁾ 대한민국의 공공질서 내지 평화를 실질적으로 위협하는 행위로서 무해한 통항이라고 볼 수 없다. 그렇다면 이 사건에서 대법원은 굳이 어로행위나 측량 내지 조사행위의 위법성을 외국선박에 의한 대한민국의 주권침해로 구성할 필요 없이, 피고인들의 행위가 영해법 제5조에서 규정하는 대한민국의 공공질서 내지 평화를 위반한 것으로 이해할 여지도 있다.

8. 수중 난파선(underwater shipwrecks) 인양의 문제

이 사건의 경우, 피고인들의 범죄사실의 요지는 대한민국 영해 내에 침몰되어 있는 선박을 인양한 것인데, 수중 난파선의 인양과 관련해서는 UNESCO가 별도의 협약을 통해

35) (사) 한국헌법학회(2010, b), p. 438.

36) 정종섭(2007), p. 305.

37) 참고로, 수산업법 제5조는 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 외국인이나 외국법인에 대하여 대통령령으로 정하는 어업면허나 어업허가를 하려면 미리 해양수산부장관과 협의하여야 하도록 규정하고 있다.

규정하고 있으므로 이에 대해 간략히 살펴본다.

UNCLOS는 수중 난파선의 인양과 관련한 직접적인 규정을 두고 있지 않다. 다만 동 협약 제303조에 의해 각국은 해양에서 발견된 고고학적·역사적 유물을 보호할 의무를 지며, 이를 위하여 서로 협력하여야 하며(제1항), 이러한 유물의 거래를 통제하기 위하여 연안국은 접속수역에 관한 제33조를 적용함에 있어서, 연안국의 승인없이 제33조에 규정된 수역의 해저로부터 유물을 반출하는 것을 제33조에 언급된 자국의 영토나 영해에서의 자국 법령 위반으로 추정할 수 있다(제2항)고 규정하고 있다. 또한 위 협약 제149조는 심해저에서 발견된 고고학적·역사적 성격을 가진 모든 물건은 인류전체의 이익을 위하여 보존하거나 처분하며, 특히, 기원국, 문화적 기원국 또는 역사적·고고학적 기원국의 우선적 권리를 특별히 고려한다고 규정하고 있을 뿐이다.

한편 「수중문화유산 보호에 관한 협약(The Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, 이하 ‘CPUCH’라고 함)」이 2001년 11월경 UNESCO에 의해 채택되어 2009년경 발효되었다.³⁸⁾ 특기할 점은 CPUCH에 따르면 ‘수중문화유산’이란, 100년 이상 수중에 침몰되어 있는 선박 내지 이들 선박에 적재되어 있는 화물 등과 같이, 역사적·문화적 특징을 내포하고 있는 인류의 존재양식에 대한 제반 탐사를 의미한다는 것이다[제1조 제1항(a)]. 위 협약은 회원국들에게 인류보편의 이익을 위한 수중문화유산 보전의무를 부담시키면서(제2조 제3항), 수중문화유산의 상업적 이용을 금지시키고 있다(제2조 제7항). 나아가 위 협약 제4조에 따르면, 위 협약이 적용되는 어떠한 수중문화유산에 관한 행위도, ① 관계 당국에 의해 승인이 되고, ② 이 협약을 완전히 준수한 상태에서, ③ 발견된 수중문화유산을 최대한 보호하겠다는 확약이 없는 한, 해난구조 또는 발견에 관한 법의 적용대상이 되지 않는다.³⁹⁾

이 사건의 경우, (대한민국이 CPUCH의 회원국이 아니라는 점을 제외하더라도), ① 침몰된 선박의 인양을 통해 상업적 목적을 추구하였다는 점, ② 침몰된 선박이 수중에

38) 위 협약은 35개의 조항과 부속서(Annex)로서 「수중문화유산에 대한 활동에 관한 규정(Rules concerning Activities Directed at Underwater Cultural Heritage)」으로 구성되어 있다. 다만 대한민국은 아직 위 협약에 가입하지 않았다.

39) Article 4 - Relationship to law of salvage and law of finds Any activity relating to underwater cultural heritage to which this Convention applies shall not be subject to the law of salvage or law of finds, unless it:

(a) is authorized by the competent authorities, and

(b) is in full conformity with this Convention, and

(c) ensures that any recovery of the underwater cultural heritage achieves its maximum protection.

100년 이상 침몰된 상태로 있지 않았다는 점 ③ 이 사건 선박을 문화유산으로볼 수 있는지 의문이라는 점 등을 고려하면, 애당초 이 사건은 CPUCH의 적용 대상이 될 수 없다고 볼 것이다.

IV. 결 론

대한민국은 UNCLOS 회원국으로서 UNCLOS의 제반 규정을 준수할 국제적·국내적 의무를 부담하고 있다. 한편 대한민국은 UNCLOS에 가입하는 것과 별도로 대한민국의 영해의 폭을 명확하게 함과 동시에 외국선박의 대한민국 영해 내에서의 무해통항권을 보장하기 위해 영해법을 제정하여 시행하고 있다. 다만 대한민국 헌법 제6조에 따라 UNCLOS는 영해법과 동일한 국내 법률로서의 지위를 가지므로, 대한민국 영해 내를 통항하는 외국선박들은 영해법 및 UNCLOS에서 규정하는 제반 규정들을 충실히 준수하여야 한다. 또한 대한민국은 자국의 이익을 보호하기 위해 영해 내에서의 외국선박의 통항과 관련한 다양한 입법적 규제와 함께 관할권을 행사할 수 있다.

영해법 제5조 제1항은 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 않을 것으로 조건으로, 대한민국 영해 내에서의 외국선박의 무해통항을 원칙적으로 허용하고 있다. 그러나 위 조항에서 무해통항의 요건으로 규정하고 있는 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장이란 것이 어떤 것인지 명확하지 않음으로 인해 실무상 동 조항의 적용에 문제가 발생할 소지가 있다. 이에 따라 영해법 제5조 제2항에서는 외국선박이 대한민국의 영해를 통항할 때 어로행위·조사 및 측량행위 등 특정한 행위를 하는 경우에는, 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 것으로 본다고 규정하고 있다. 그러나 구체적 사안에서 외국선박의 특정한 행위가 영해법 제5조 제2항에서 규정하는 유해한 통항행위로 간주될 수 있는지 여부는 또 다른 해석의 문제이다.

대법원은 외국선박의 소유자가 대한민국 영해 내에 침몰되어 있는 선박의 위치를 찾기 위해 외국선박에 설치된 어군탐지기 등을 이용하여 해저를 조사한 행위와 관련하여, 외국선박이 선박입출항법에 따라 출입신고를 하였다고 하더라도, 이러한 행위가 영해법

제5조에서 규정하는 통항에 포함된다고 판시하였다. 나아가 대법원은 영해법 제5조 제2항 제11호의 ‘조사’는 ‘해양의 자연환경과 상태를 파악하고 밝히기 위하여 해저면, 하층토, 상부수역 및 인접대기 등을 대상으로 하는 일체의 조사활동’을 의미하는 것으로서, 외국선박에 의한 조사행위가 실질적으로 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는 경우로만 한정되지 않는다고 판시하였다. 이에 따라 대법원은 외국선박에 의한 특정한 행위가 그 자체로는 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 않는 경우에도 주권적 권한의 중요한 내용을 침해하는 경우에는 실질적으로 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치는지 여부에 관계없이 허용되지 않는다고 판시하였다.

위와 같은 대법원 판시는 영해법 및 UNCLOS가 규정하는 영해 내에서의 외국선박의 무해통항과 관련한 기본 법리에 충실한 것이라고 볼 수 있다. 다만 대법원은 피고인들의 행위가 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 않는 경우에 해당한다는 점을 전제로, 비록 피고인들의 행위가 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전보장을 해치지 않더라도 그러한 행위가 대한민국의 주권적 권한을 실질적으로 침해하는 것으로서 유해한 통항이라고 판시하였다. 그러나 사건으로는 이 사건 피고인들의 행위는 대한민국의 평화 내지 공공질서를 정면으로 침해하는 유해한 통항으로서, 대법원은 피고인들의 행위가 대한민국의 주권을 침해하였는지 여부를 판단할 필요는 없었다고 본다.

투고일	2023. 03. 10
1차 심사일	2023. 05. 08
게재확정일	2023. 05. 16

■ ■ 참고문헌

1. 김영구. 2004. 『한국과 바다의 국제법』. 21세기 북스.
2. (사) 한국헌법학회. 2010, a. 『주석 헌법 I』. 제2판. 법제처.
3. (사) 한국헌법학회. 2010, b. 『주석 헌법 II』. 제2판. 법제처.
4. 신동운. 2021. 『형법총론』. 제13판. 법문사.
5. 신재웅·최지현. 2021. 「무해통항권 행사를 주장하는 선박에 대한 법집행관할권」. 『외법논집』. 제45권 제4호. 한국외국어대학교 법학연구소.
6. 이윤철. 2021. 『해상교통법』. 다솜출판사. 부산.
7. 이필복. 2021. 「영해에 대한 무해통항 원칙의 의미 -대법원 2021. 5. 7. 선고 2017도9982 판결-」. 『해양한국』. 해사문제연구소.
8. 정종섭. 2007. 『헌법학원론』. 박영사.
9. Alfred. H. A. Soons. 1982. “Marine Scientific Research and the Law of the Sea”. Kluwer Law.
10. Edward D. Brown. 1994. The International Law of the Sea Volume I Introductory Manual. Dartmouth.
11. Kevin Aquilina. 2014. “Territorial Sea and the Contiguous Zone”. The IMLI Manual on International Maritime Law Vol I The Law of the Sea. Oxford University Press.
12. M. Pavliha·N. A. Martinez Gutierrez. 2010. “Marine Scientific Research and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea” Ocean and Coastal Law Journal. 16.
13. Paul Gragl. 2014. “Marine Scientific Research”. The IMLI Manual on International Maritime Law Vol I The Law of the Sea. Oxford University Press.
14. Ronan Long. 2009. “Regulating Marine Biodiscovery in Sea Areas Under Coastal State Jurisdiction”. Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention. Leiden·Boston. Martinus Nijhoff Publishers.
15. R. R. Churchill and A. V. Lowe. 1999. The Law of the Sea, 3rd ed., Manchester University Press.
16. 국회의안정보시스템. <https://likms.assembly.go.kr/bill/summaryPopup.do?billId=008508> (2023년 3월 9일)

