해양환경안전학회 제15권 제4호, pp. 375-383, 2009. 12. 31. (ISSN 1229-3431)
Journal of the Korean Society of Marine Environment & Safety

해상에서 선박에 대한 영장 없는 수색과 압수
- 미국 해안경비대(Coast Guard)의 직무집행과 관련하여 -

김 종 구*
* 조선대학교 법과대학

Warrantless Searches and Seizures of Vessels at Sea

Jong-Goo Kim*
* College of Law, Chosun University, Gwangju, 501-759, Korea

요 약 : 해상에서 선박에 대한 수색과 압수도 형사소송법의 일반원칙에 따라 영장을 발부 받은 후 이루어져야 한다. 하지만, 해상과 선박의 특수성을 고려한다면, 해상에서의 수사 활동과 그 수단으로서 압수와 수색에 대해서는 육상에서와는 다른 기준에 따라 판단할 필요성도 있다. 해상 선박에 대한 수색과 압수에 있어서 영장주의의 예외에 관한 미국의 판례와 이론을 미국 해안경비대(Coast Guard)의 직무집행과 관련하여 고찰하였다. 이러한 연구결과는 국내 해양경찰의 직무활동에 관한 근거 법률의 마련과 그 활동의 적법성 판단에 주요한 지침이 될 수 있을 것으로 생각된다.

핵심용어 : 해안경비대, 해양경찰, 영장주의, 영장 없는 수색, 직무

Abstract : *The purpose of this study is to examine the U.S. Coast Guard's origins and powers with respect to the warrantless searches of vessels at sea. In principle, searches and seizures of vessels at sea require a warrant. However, a ship at sea may easily slip away and destroy evidence while authorities attempt to get a warrant. Thus, warrantless searches and safety inspection need to be validated because of the exigent circumstances at the sea. There are also two kinds of exceptions that justify warrantless searches at sea namely, border searhes and administrative searches. These theories in the U.S. will be useful for legislation and law enforcement related to the Korea Coast Guard's mission.*

Key Words : *U.S. Coast Guard, Korea Coast Guard, Warrantless search, Safety inspection, Mission.*

1. 머리말

형사소송법상 선주나 선장의 동의 없는 선박에 대한 수색은 강제처분의 일종으로서 영장에 의하지 않으면 위법한 수색이 된다. 이러한 영장주의는 형사소송법상 강제처분의 기본원칙이다. 따라서 해상에서 선박에 대한 수색과 압수도 형사소송법상 일반원칙에 따라 영장을 발부 받은 후 이루어져야 한다.[1]

그러나 형사소송법상 영장주의에는 일부 예외가 인정되고 있다. 형사소송법이 규정하고 있는 체포현장에서의 압수와 수색이 그 대표적인 것이다.[2] 이러한 예외는 상황의 긴급성과 부수적으로 이루어지는 처분이라는 점에서 인정되고 있다.

그런데, 형사소송법상의 영장주의의 원칙과 예외는 원칙적으로 육상에서 이루어지는 경찰의 직무집행을 전제로 한다. 해양경찰도 일반경찰과 마찬가지로 경찰관직무집행법과 형사소송법에 근거하여 활동한다. 해양경찰의 직무집행과 관련한 별도의 근거 법률은 없으며[3], 일반적으로 해양경찰의 직무집행에도 강제처분에 있어서는 형사소송법상 영장주의가 적용되어야 한다.

하지만, 해상과 선박의 특수성을 고려한다면, 해상에서의 수사 활동과 그 수단으로서 압수와 수색에 대해서는 육상에서의 경우와는 다른 기준에 따라 판단해야 할 필요성도 있다. 따라

* 정회원, jonggookim@chosun.ac.kr, 010-3232-7176

1 배종대, 이상돈, 정승환(2008), 신형사소송법, 홍문사, p. 91; 손동권(2008), 형사소송법, 세창출판사, p. 286; 신동운(2008), 신형사소송법, 법문사, p. 159; 이재상(2008), 신형사소송법, 박영사, p. 298 이하 참조. 헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다고 규정한다.

2 형사소송법상 영장주의의 예외에 대해서는 배종대, 이상돈, 정승환, 앞의 책, p. 185 이하; 손동권, 앞의 책, p. 301 이하; 신동운, 앞의 책, p. 292 이하; 이재상, 앞의 책, p. 304 이하 참조.

3 해양경찰의 직무집행과 관련한 법규범으로 형사소송법, 경찰관직무집행법 이외에 해상교통안전법과 훈령인 선박통제규정 등이 있다. 특히 해상교통안전법 제66조에 따르면, 해양경찰서장은 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반하였거나 위반한 혐의가 있는 자가 승선하고 있는 선박에 대하여 정선하게 하거나 회항할 것을 명할 수 있도록 하고 있다

서 이러한 특수성을 반영한 별도의 해양경찰 직무활동의 근거에 관한 법률을 마련하는 것도 고려해 보아야 할 것으로 생각된다.

미국의 경우 우리의 해양경찰과 같은 역할을 하는 해안경비대(Coast Guard)는 실정법과 판례법에 기초한 광범위한 권한을 부여받고 있다. 본 논문에서는 해상 선박에 대한 수색과 압수 있어서 영장주의의 예외에 대한 미국의 판례와 이론을 미국 해안경비대의 직무집행과 관련하여 고찰하고자 한다. 이러한 연구는 우리 해양경찰의 직무활동에 관한 근거 법률의 마련과 그 활동의 적법성 판단에 주요한 지침이 될 수 있을 것으로 판단된다.

특히 우리나라는 육상의 국경을 통한 내외국인의 출입국은 거의 없으므로 육상을 통한 밀수나 밀입국 등의 단속은 의미가 없으며, 해상 국경을 통한 밀수나 밀입국의 단속이 주로 문제된다. 따라서 해상에서 긴급시 혐의 선박에 대해 해양경찰이 영장 없이 압수 및 수색을 할 수 있도록 하는 이론적 근거를 살펴보는 작업은 의미를 갖는다고 판단된다.

본 논문에서는 먼저, 미국 해안경비대의 연혁과 권한을 살펴본다. 다음으로 영장 없이 이루어지는 압수와 수색과 관련하여 긴급상황의 예외, 국경에서의 예외 및 행정단속에 있어서의 예외에 관한 미국의 논의에 대해서 검토한다. 그리고 공해상에서 선박에 대한 영장 없는 수색에 대해 고찰한다. 결론 부분에서는 미국에서의 이론과 판례의 내용을 반영한 우리의 입법방향에 대하여 살펴보고자 한다.

2. 미국 해안경비대(Coast Guard)의 연혁과 권한

2.1. 미국 해안경비대의 연혁

미국 해안경비대의 임무는 내수, 영해 및 공해를 포함한 모든 해역에서 공공질서와 환경을 보호하고, 국가경제 및 안보상의 이익을 지키는 것이다.[4] 특히 해안경비대의 주요 임무는 미국의 수로 및 해상 국경의 안전을 수호하는 것이다. 이러한 임무는 미국 연방법 제14장 제2조에[5] 나타나 있는데, 이 조항은 "코스트가드는 공해와 미국의 관할 하에 있는 해역에 적용될 모든 법률을 집행하거나 그 집행을 도울 것이다."라고 규정한다.

이러한 미국 해안경비대의 기원은 1790년으로 거슬러 올라간다.[6] 미국의 초대 의회는 세관원(Customs officials)에게 혐의 선박에 승선하여 수색하고 압수할 수 있는 모든 권리와 권한을 부여하는 규정을 입법하였다. 이 때 만들어진 것이 '세관단속선단'(Revenue marine)인데, 그 후 1790년 새로운 법이 만들어지면서 종전의 법은 폐지되고, 현재의 미국 코스트가드의 전신(前身)인 '밀수선 감시선단'(Revenue Cutter Service)이 창립되었다.[7]

1790년의 법은 세관원들로 하여금 적하목록을 요구하고 선박을 검사 및 수색하기 위해 세관원들이 선실과 선박의 모든 곳에 자유롭게 접근할 수 있도록 허용하였다. 그 시기에 유사한 다른 법률에서는 수색을 위해서 과세대상 물품이 선적되어 있을 것이라고 의심할 이유를 필요로 했음에도 불구하고, 이 법에서는 범죄행위에 대한 어떠한 혐의도 요하지 않는 것으로 해석되어 왔다. 이러한 광범위한 권한 부여의 주된 목적은 조세납부 의무를 강제함으로써 세입을 증가시켜 신생 미국 정부가 많은 부채로부터 속히 벗어날 수 있도록 하기 위한 것이었다. 이 시기의 해양법은 밀수품에 대한 수색을 위해 연안국에 공해상의 중립국 선박을 수색할 수 있는 권리와 자국 식민지와 외국선박의 교역을 금지시킬 수 있는 권리를 인정하고 있었다. 이를 배경으로 선박에 승선하여 검사하지 않고는 관세법이나 전쟁법 위반 여부를 현실적으로 판단할 수 없다는 점에서 1790년의 법은 더욱 정당화 될 수 있었다.[8]

그 뒤 1866년, 미국의회는 법 개정을 통하여 과세대상 물품의 밀수 금지에 국한하지 않고 세관원들의 권한을 더 확대하였다. 또한 1886년에 제정된 법은 세관원들의 권한 행사의 대상을 해안으로부터 4리그(Four leagues) 이내에 있는 선박들로 제한하였던 이전 법률의 제한을 없앴다. 이 법은 또한 세관원들의 법집행권을 확대하여 그들의 관할범위에 미국 법에 대한 어떠한 위반이나 침해도 포함되는 것으로 하였다. 미국 의회는 이러한 확대가 해상 국경의 통제와 밀수의 방지에 필요한 것이라 믿었다.[9]

미국의 해안경비대가 현재와 같은 명칭을 얻게 된 것은 1915년이었다. 1915년에 미국 의회는 새로운 기관을 만들기 위해 해안경비대의 또 다른 전신인 '인명 구조대'(Life-Saving Service)를 '밀수선 감시선단'(Revenue Cutter Service)과 통합시켜 미국 해안경비대(United States Coast Guard)를 창설한 것이다.[10] 1915년의 법은 "밀수선 감시선단과 인명 구조대에 의해 수행된 모든 임무가 계속하여 해안경비대에 의해 수행될 것이다."라고 규정하여, 기존의 두 기관의 임무를 새로이 창설된 해안경비대에 부여하였다.[11] 그 뒤 1936년에 미국 의회는 해안경비대의 관할범위를 명확히 규정하고, 미연방법 제14장 제89조[12]를 포함하는 새로운 법률을 입법하였다.[13]

미국의 다섯 가지 병종(Five armed services)[14] 중 하나로서

4 Juliana Gonzalez-Pinto(2008), "Interdiction of Narcotics in International Waters", *University of Miami International and Comparative Law Review* Vol. 15, p. 450.

5 14 U.S.C. §2.

6 Juliana Gonzalez-Pinto, 앞의 논문, p. 451.

7 이러한 내용에 대해서는 Lauren Estrin(2004), "The Preservation of Privacy Interests at Sea: The Need for Meaningful Scope Limits on Customs Official and the Coast Guard's Sweeping Authority to Search Vessels", *Tulane Maritime Law Journal* Vol. 29, p. 107.

8 Lauren Estrin, 앞의 논문, p. 107.

9 Lauren Estrin, 앞의 논문, p. 108.

10 Juliana Gonzalez-Pinto, 앞의 논문, p. 451; Lauren Estrin, 앞의 논문, p. 108.

11 Juliana Gonzalez-Pinto, 앞의 논문, p. 451; Lauren Estrin, 앞의 논문, p. 108.

12 14 U.S.C. §89.

13 Lauren Estrin, 앞의 논문, p. 108.

공식적으로 창립된 이래, 해안경비대의 업무[15]의 초점은, 시간이 지남에 따라 변화되어 왔다.[16] 1980년대에, 코스트가드의 주된 임무는 마약과의 전쟁(Drug War)의 최전선에서 싸우며 불법적인 마약밀수를 억지하는 것이었다. 2001년 미국의 911 사태 이후에는[17] 국가의 안전을 확보하고 가능한 해상 테러리즘(maritime terrorism)을 방지하는 것이 미국 코스트가드의 모든 활동의 중심에 서게 되었다.[18]

우리의 경우 미국의 코스트가드의 역할을 하는 것이 해양경찰과 어업지도사무소이다. 이 중 특히 해양경찰의 역할은 미국의 코스트가드의 역할과 대동소이 한 것이다. 따라서 미국의 코스트가드의 연혁과 권한에 관한 내용은 우리 해양경찰의 직무집행의 해석과 입법의 방향에 관한 지침으로서 의미를 갖는 것으로 판단된다. 이하에서는 미국 해양경비대의 권한에 대하여 살펴본다.

2.2. 미국 해안 경비대의 권한

미국 의회와 법원은 해안경비대에 그 임무를 적극적으로 수행할 수 있도록 거의 제한 없는 권한을 부여하여 왔다.[19] 해안경비대는 미국 연방법 제14장 89(a)절에 따른 광범위한 실정법상 권한으로 무장되어 있다. 미국 연방법 제19장 제1581절[20]에 따라 세관에 부여된 권한과 함께, 이들 조항은 미국 실정법상의 가장 광범위한 경찰권한을 규정한 것으로 그 의미가 설명되고 있다.[21]

미국 연방법 제14장 제89조는 해안경비대의 선박에 대한 정선과 승선 및 조사권에 대하여 광범위한 권한을 규정하고 있다. 제89조(a)는 위법행위의 상당한 이유 또는 합리적 혐의 없이도 언제라도 승선하여 임검과 수색 및 압수 등이 가능한 것으로 규정하고 있다.[22] 제89조(b)는 해안경비대가 법령의 집행에 관한 사무를 행하는 경우, 그의 권한과 관련하여 당해 해안경비대원은 각각의 법령의 시행에 관한 사무의 소관 행정청의 해당 관리로 보아, 당해 법령의 집행에 관한 사무에 관하여 그 행정관청이 제정한 규칙의 적용을 받는 것으로 규정하고 있다.[23] 이와 유사하게 미국 연방법 제19장 제1581조(a)[24]는 세관원(Customs official)이 미국 영해, 내수 또는 관세수역에 있어서, 위법행위에 관한 혐의 없이 선박의 정선, 승선, 적하목록 기타 선박에 비치된 문서를 검사할 수 있다고 규정한다.[25]

미국 법원은 해안경비대와 세관에 부여된 이러한 광범위한 권한에 대하여 별도의 의미 있는 제한을 해오지 않았다. 오히려 법원들은 법문언 및 그러한 법률 하에서 실행된 업무집행을 존중하여 부여되고 수행된 권한을 뒷받침해 왔다.[26] 미국 법원들은 환경과 국가안보 이익에 대응하여 제4차 수정헌법상의 권리를 침해할 가능성에도 불구하고 지속적으로 이러한 조항들을 지지해 왔다.[27] 미국의 911 테러 이후에는 특히 국토방위 및 해상테러 위험 방지의 측면에서 해안경비대의 권한은 더욱 강화되고 있는 상황이다.

3. 선박에 대한 수색과 영장주의의 예외

미국연방법 제14장 89조(a)와 제19장 1581조(a)는 해안경비대와 연방 세관에 미국의 관할 구역 내에 있는 모든 선박을 정선시키고 수색할 수 있는 사실상의 제한 없는 권한을 부여하고 있다.[28] 이러한 조항들은 미국 실정법상 가장 광범위하게 경찰권을 부여하고 있는 것으로 설명되기도 한다.[29] 이에 근거하여 미국의 해안경비대는 선박에 대한 정선과 수색권을 적극적으로 행사하여 왔다.

그러나, 제89조(a)와 제1581조(a)는 문언상 상당한 이유(probable cause)나 영장 없는 수색을 허용하기 때문에 합헌성에 관한 의문을 야기한다. 원칙적으로 미연방대법원은 몇 가지 예외의 경우를 제외하고 '불합리한 수색과 압수'(Unreasonable search and seizure)를 금지하는 제4차 미연방수정헌법상 수색에는 상당한 이유에 기초한 영장이 필요하다고 한다. 해상에서 선박에 대한 수색과 관련하여, 영장 없는 선박 수색을 정당화

14 미국 해안경비대는 육군, 해군, 공군, 해병대에 이은 제5군이라고도 불린다.

15 미국 해양경비대의 주요 임무는 해양안전(maritime security), 해상운송(maritime mobility), 해상보안(maritime security), 국가방어(national defense), 천연자원의 보호(protection of natural resources) 등이다.

16 Lauren Estrin, 앞의 논문, p. 106.

17 이후 미국 해안경비대는 국토방위부(Department of Homeland Security)로 소속을 변경하게 되었으나, 그 임무는 기존의 업무와 크게 달라진 바 없다.

18 Robert G. Clyne(2003), "Terrorism and Port, Cargo Security: Development and Implications for Marine Cargo Recoveries", *Tulane Law Review* Vol. 77, p. 1184.

19 Megan Jaye Kight(1997), "Constitutional Barriers to Smooth Sailing: 14 U.S.C. §89(a) and the Fourth Amendment", *Indiana Law Journal* Vol. 72, p. 571-72.

20 19 U.S.C. 1581(a).

21 Stephen H. Evans(1949), *The United States Coast Guard 1790-1915*, p. 218; Thomas P. Ostrom(2006), *The United States Coast Guard: 1790 to the Present*, 참조.

22 14 U.S.C. § 89(a)

23 14 U.S.C. § 89(b)

24 19 U.S.C. § 1581(a)

25 이러한 미국의 세관과 해안경비대의 법집행을 위한 선박 임검의 근거 규정에 관한 설명에 대해서는 Linda A. Newland(1992), "Searches and Seizures at Sea: Trying to Balancing Governmental Interests against the Fourth Amendment", *Tulane Maritime Law Journal* Vol. 16, p. 321.

26 Greg Shelton(1993), "The United States Coast Guard's Law Enforcement Authority Under 14 USC 89: Smuggler's Blues or Boaters' Nightmare?", *William and Mary Law Review* Vol. 34, p. 936.

27 Jeremy Firestone & James Corbett(2003), "Maritime Transportation: A Third Way for Port and Environmental Security", *Widener Law Symposium Journal* Vol. 9, p. 434-435.

28 Note(1980), "High on the Seas: Drug Smuggling, the Fourth Amendment, and Warrantless Searches at Sea", *Harvard Law Review* Vol. 93, p. 725.

29 Stephen H. Evans, 앞의 책, p. 218.

할 수 있는 제4차 미연방수정헌법에 대한 세 가지 예외로는 긴급 상황에서의 수색, 국경 수색, 그리고 행정단속 수색을 들 수 있다.[30] 이하에서 이들 예외에 대하여 살펴본다.

3.1. 긴급 상황의 예외(Exigent circumstances exceptions)

먼저 거론되는 예외는 긴급 상황의 예외이다. 일반적으로 이 예외에 따르면 상당한 이유에 기초하여 법위반 사실이 있고 영장을 확보하기 위한 시간의 지체가 증거의 일실이나 파손을 초래한다는 믿음이 있는 경우 영장 없는 수색이 허용된다.[31] 미국 연방대법원은 긴급 상황의 예외를 자동차 수색에 적용하면서, 자동차는 이동성이 있고, 자동차를 운행하는 자들은 단속에 대해 주의를 기울이고 있으며, 자동차에 실린 물건들은 만약 영장이 획득된 후 수색된다면 결코 발견될 수 없다는 점을 지적하였다.[32]

미국 연방법원들은 자동차 수색과 관련한 이 예외이론을 선박에 대한 영장 없는 수색의 합헌성을 판단하는데 종종 적용하여 왔다.[33] 이 예외 이론을 선박 수색에 적용하는 근거 중 중요한 것이 선박은 이동성이 있고, 해상에서는 수색이 즉시 이루어지지 않는다면 증거가 쉽게 훼손되거나 은폐될 위험이 있다는 점이다. 또한 선박의 경우 자동차의 경우보다 억류 기간 중 증거가 일실될 가능성이 더 크다. 왜냐하면, 해상에서는 증거가 단지 물속으로 던져지는 것만으로도 쉽게 없어질 수 있기 때문이다. 예를 들어, 많은 양의 마리화나는 그 크기 때문에 쉽게 없애는 것이 어렵다고 하더라도, 코카인이나 헤로인과 같은 다른 물질들은 아주 쉽게 물속으로 던져 없앨 수 있다.[34] 이러한 점에 비추어 보면 해상에서의 긴급 상황에서 선박에 대한 영장 없는 수색을 허용하는 것이 필요한 측면이 있다고 판단된다.

다만, 긴급 상황의 예외이론은 주로 영장 확보의 불가능성에 기초하는 것이며, 오직 영장이 사전에 획득될 수 없었고, 수색의 지연으로 인하여 선박이 도주하거나 증거가 일실될 그러한 긴급 상황에서만 인정되어야 하는 것이다.[35] 이 이론은 만약 수색이 지연되는 경우 야기될 증거의 일실이나 파괴의 위험을 그 근거로 하지만[36], 제4차 미연방수정헌법[37]이 보호하는 프라이버시에 대한 합리적 기대(Reasonable expectancy of privacy)[38]의 침해를 초래한다는 비판도 만만치 않다. 프라이버시에 대한 합리적인 기대는 자동차에서보다 선박에서 더 클 것이기 때문에 오히려 자동차 수색에 관한 이론을 선박 수색에 적용해서는 안 된다는 견해도 있다.[39] 선박은 자동차보다 선주나 선원의 일시적 주거로서 더 많이 이용되며, 일반적으로 자동차보다는 대중의 시야에 덜 노출되어 있다는 것이다.

물론 선박은 일시적으로 사람의 주거로 사용되는 것도 있기 때문에, 프라이버시의 기대는 자동차의 경우보다 오히려 높은 것으로 보아야 하는 점도 있다.[40] 그러나, 자동차는 정해진 도로를 통행할 필요가 있으나, 선박은 언제든지 어떠한 방향으로도 항행할 수 있어서 도주가 용이하다. 또한 선박은 자동차와 달리 번호판 체계가 잘 되어 있지 않고, 해상에서 밀수 등 위법행위를 방지하기 위하여 해양경찰관이 직접 승선하여 선박 관련 서류를 확인할 필요성이 있다.[41] 이러한 점에서 본다면 긴급상황의 예외이론은 자동차보다 오히려 선박의 경우 인정할 필요성이 크다.

미국 연방대법원의 판례[42]는 자동차의 역할이 주거가 아니라 운반에 있다는 점과 주행 중 차내에 있는 승객이나 물건을 한 눈에 볼 수 있다는 점 등을 근거로 자동차에 대한 프라이버시는 감소하는 것으로 본다.[43] 따라서 이를 기초로 미국에서는 자동차에 대한 수색에 있어서 영장주의 예외(Vehicle exception to the search warrant requirements)의 법리가 형성되어 있는 것이다. 그렇다면, 선박의 경우는 자동차와 달리 프라이버시의 기대가 큰 것으로 볼 수 있으므로, 선박에서의 수색·압수에는 주거와 같이 엄격한 영장주의가 적용된다고 보아야 하는가? 선박은 자동차와 비교하여 복잡하고 다기한 법적 규제를 받고 있고, 하천이나 해상을 운항하기 때문에, 자동차보다 위험성이 높은 측면이 있다.[44] 따라서 선박의 프라이버시의 기대가 자동차에 대한 프라이버시의 기대보다 높다고 하여 선박에 대한 수색·압수의 요건을 육상에서의 자동차에

30 Note(1980), "High on the Seas: Drug Smuggling, the Fourth Amendment, and Warrantless Searches at Sea", *Harvard Law Review* Vol. 93, p. 725.

31 우리 형사소송법은 체포현장 또는 구속현장에서의 영장 없는 압수·수색을 허용하는 규정을 두고 있다(형사소송법 제216조 제1항 제2호). 이 조항은 피의자가 증거를 손괴하거나 은닉하는 것을 막기 위한 긴급행위로서의 성격을 갖는다(신동운, 앞의 책, p. 293).

32 Chambers v. Maroney 399 U.S. 42. 미국에서는 자동차의 수색·압수에 관해서 자동차 내에 금제품 또는 압수대상물의 존재의 상당한 이유가 있는 경우에는, 자동차를 영장 없이 수색하는 것이 허용되는 자동차에 관한 예외의 법리가 인정되어 온 것이다. 자동차에 관한 예외의 근거로는 첫째, 자동차가 '기동성'을 가지고 있으므로, 영장 입수의 시간적 여유가 없다는 것과 둘째, 자동차에 있어서는 프라이버시 기대가 감소한다는 것의 두 가지가 거론된다. 여기에 대해서는 LaFave, Israel, King(2000), *Criminal Procedure*(3rd. ed.), West Group, p. 210 이하; Miller, Dawson, Dix, Parnas(2000), *The Police Function*(6th. ed.), West Group, p. 302 이하.

33 이에 대해서는 Note(1980), "High on the Seas: Drug Smuggling, the Fourth Amendment, and Warrantless Searches at Sea", Harvard Law Review Vol. 93, p. 728 참조.

34 Juliana Gonzalez-Pinto(2008), "Interdiction of Narcotics in International Waters", *University of Miami International and Comparative Law Review*, p. 458.

35 Note(1980), "High on the Seas: Drug Smuggling, the Fourth Amendment, and Warrantless Searches at Sea", *Harvard Law Review* Vol. 93, p. 728 참조.

36 Carroll v. United States, 267 U.S. 132 (1925).

37 제4차 미연방수정헌법은 불합리한 압수와 수색(unreasonable searches and seizures)으로부터 보호받을 권리를 규정한다.

38 Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

39 United States v. Chadwick, 433 U.S. 1 (1977).

40 462 US 579.

41 이러한 점에 대해서는 成田秀樹(2008), "船舶の立入檢査とプライヴァシ", 刑法雜誌(日本刑事法學會誌) 47卷 3号, p. 332.

42 South Dakota v. Oppermann, 428 U.S. 363 (1976).

43 LeFave, Israel, King, 앞의 책, p. 211.

44 成田秀樹, 앞의 논문, p. 334.

대한 수색·압수의 요건보다 엄격하게 해석하는 것은 타당하지 않은 것으로 생각된다. 또한 긴급 상황으로 인한 영장주의의 예외의 법리는 자동차의 경우보다, 증거의 일실 및 파괴의 위험성이 큰 해상의 선박의 경우에 오히려 더 적용될 필요성이 있는 것으로 생각된다.

이러한 관점에서 긴급상황에서의 영장주의의 예외이론은 해상에서 선박에 대한 수색에 원용될 수 있을 것으로 생각되며, 우리 해양경찰의 직무집행의 적법성 판단에도 고려할 가치가 있는 이론이라고 판단된다.

3.2. 국경에서의 수색의 예외(Border search exception)

미국의 판례이론에 따르면, 미국 내로 들어오는 사람과 재산에 대해서는 영장이나 상당한 이유 없이 수색이 가능하다. 미연방대법원은 이러한 국경 수색을 국가의 자기보호의 필요성에 근거하여 정당화하였다. 그런데 이러한 수색에는 두 가지의 제한이 있다. 그것은 수색이 국경에서 행하여져야 하며, 외국으로부터 들어오는 물품과 사람이 국가에 초래하는 어떠한 위험이 현존하여야 한다는 것이다.[45] 육상 국경보다는 해상 국경이 사실상의 국경으로서 의미를 갖는 우리나라의 경우, 해상 국경에서의 영장 없는 수색의 문제는 많은 의미를 지닌 것으로 판단된다.

미국연방대법원은 국경수색이 사실상의 국경선에서뿐 아니라 국경선과 기능상 동일시 할 수 있는 곳에서도 이루어질 수 있는 것으로 본다.[46] 실제 행정단속의 필요성을 고려할 때 어떤 특정 상황에서는 사실상의 국경선을 넘어서 수색이 허용될 수 있다는 것이다. 해양법과 관련하여 보자면, 국경에서의 선박에 대한 수색이 영해의 사실상 경계선에 제한될 필요가 없다는 것을 강하게 시사하는 것이다.[47] 예를 들어, 미국에 도착하는 선박에 대해서는, 도착지점(Point of landing)이 국경 수색(Border search)을 수행하는데 가장 적합한 장소이며, 국경과 기능적으로 상응한 곳(Functional equivalent of the border)이라고 인정될 수 있다.[48] 대양에 인접한 만(Bay adjacent to an ocean)의 경우 국경에 기능적으로 상응하는 곳의 한 예이다.[49] 미국의 Almeida-Sanchez 사건[50]의 판결문에 따르면, 항구에서의 수색은 중간 기착 없는 국제비행 후 국내 공항에 도착하는 항공기에 대한 수색과 매우 유사하다. 항구로 직행하는 선박상의 조건들은 도착시와 사실상의 국경 통과시 사이에 일반적으로 변화가 없다. 선박은, 항공기와 달리, 항해 중에도 승선과 억류가 가능하겠지만, 바다에서보다 항구에서 세관업무를 집행하는 것이 더 쉽고 안전하다. 예를 들어, 항구에서 수색을 함으로써 영해의 경계선에서 배들이 대기하는 것을 피할 수 있고, 화물도 하역되면서 검사될 수 있다.[51]

해상 국경은 매우 길고 업무집행을 위한 자원은 매우 희소하다. 바다에서는 검문소가 설치될 수 있는 육상에서의 도로에 비교할 만한 특정된 간선이 없고, 선박이 국경상의 어떤 지점을 건너가는 것을 막을 수 있는 물리적 장벽이 존재하지 않는다. 해양 국경선을 효과적으로 경비하는 것이 현실적으로 불가능하다는 점과, 선박상의 조건이 국경 통과시점과 수색시점 사이에 일반적으로 바뀌지 않는다는 점에서, 일련의 해역을 그 곳에 들어오는 선박들을 영장 없이 정지시킬 수 있는 국경과 기능적으로 상응한 곳으로 인정할 필요가 있는 것이다.[52] 이러한 지점들과 해안 사이의 순찰에 집중함으로써, 법집행기관은 더욱 효과적으로 국경을 순찰할 수 있다. 다만, 특정된 국경선이 아니라, 국경 인근지역(Border area) 내에서 국경수색을 허용하는 것은, 필연적으로 어느 정도 국경수색의 시간과 장소의 특정성을 침해하게 된다는 점과, 시간과 장소의 확실성이라는 요소는 수색이 단지 합리적으로 좁은 지역 내에서 허용되는 경우에만 유지될 수 있다는 점을 유념해야 한다.[53]

일본의 경우, 국경에 있어서 수색은 수색 대상자가 국경을 넘었다는 사실이 있다면, 그것만으로 정형적인 수색이고 합헌으로 되기 때문에, 대상자의 승낙이 없더라도 승선 수색이 가능한 것으로 해석하는 견해가 있다. 이에 따르면 대상자의 승낙은, 국경에 있어서 수색을 적법하게 하는 요건은 아니며, 프라이버시의 침해의 정도를 한정하는 요소로서 파악하는 것이 타당한 것으로 본다.[54]

이러한 국경 또는 국경에 준하는 장소에서 예외적으로 영장 없는 수색을 허용하는 미국의 이론은 특히 해상 국경을 통한 밀수와 밀입국이 문제인 우리나라의 해양경찰의 직무집행에 유용하게 적용될 수 있는 이론이라고 생각된다.

3.3. 행정 단속의 예외(Administrative search exception)

미국의 해양경비대에 의한 해상 선박에 대한 승선(Boarding)의 대부분은 관련법 위반혐의가 존재한다고 믿을 만한 상당한 이유(Probable cause)에 근거하거나 국경수색의 예외에 기초하는 것이 아니라, 오히려 일반적으로 행정상 선박에 대한 안전 검사(Administrative vessel safety inspection)를 수행하는 목적에 기초하는 것이다.[55] 미국연방법 제14장 제89조(a)은 해안경비대가 사실상 영장이나 상당한 이유 없이 승선하여 임검할 수 있는 권한을 부여하고 있으며, 미국 법원

45 이러한 내용에 대해서는 Juliana Gonzalez-Pinto, 앞의 논문, p. 458; Note(1980), p. 731; Note(1974), From Bags to Body Cavities: The Law of Border Search, *Columbia Law Review* Vol. 74, p. 53; Note(1968), Border Searches and the Fourth Amendment, *Yale Law Journal* Vol. 77, p. 1007.

46 Almeida-Sanchez v. United States, 413 U.S. 266, 272-73 (1973).

47 Note(1980), p. 732.

48 여기에 대해서는 Note(1980), p. 732.

49 United States v. Solmes, 527 F.2d 1370, 1372 (9th Cir. 1975).

50 Almedia-Sanchez v. United States, 413 U.S. 266 (1973).

51 United States v. LaFroscia, 485 F.2d 457 (2d Cir. 1973).

52 Note(1980), p. 733.

53 Note(1980), p. 735.

54 成田秀樹, 앞의 논문, p. 329.

55 Note(1980), p. 738; Juliana Gonzalez-Pinto, 앞의 논문, p. 460.

들은 영장 없는 선박에 대한 안전 검사나 서류 검사가 의심할 바 없이 합헌이라고 하거나[56], 선박에 대한 행정상 검사에 있어서 정부의 이익이 제4차 미연방수정헌법상의 이익[57]에 우선한다고 하여 해안경비대의 직무집행의 적법성을 인정하고 있다.

예를 들어, 미국의 제5연방항소법원은 United v. Warren 사건에서, 안전규정에 위반했다고 의심할 만한 사실상의 근거가 명백히 결여되었음에도 불구하고, 해안경비대 뿐 아니라 마약청(Drug Enforcement Administration)과 세관(Customs Service)의 수사관들에 의한 미국으로부터 700마일 떨어진 곳의 새우 잡이 배에 대한 안전검사의 합헌성을 인정하였다. 포괄적으로 말하자면, 미국의 해안경비대는 어떠한 특정된 혐의(Particularized suspicion) 없이도, 모든 미국 선적의 선박에 승선할 수 있다.[58] 미국 법원들은 왜 상당한 이유(Probable cause)가 요구되지 않는가에 대해 설명하지 않으나, 어떠한 선박이라도 안전 검사를 위해 정선시킬 수 있을 것이라고 한다.[59]

물론, 이러한 광범위한 해안경비대의 권한 행사는 제4차 미연방수정헌법에 반하는 것이라는 지적이 있다. 미국의 해안경비대는 일반 형법의 집행(General criminal law enforcement)과 안전 규제(Safety regulation)라는 두 가지 역할을 수행하기 때문에, 전적으로 해안경비대의 재량에 의해 행사할 수 있는 선박에 대한 안전 검사권을 갖는다는 것은 범죄증거를 발견하기 위한 수색을 위해 선박 검사권을 남용할 가능성이 있다. 범죄수사(Criminal investigation)보다 행정상 검사(Administrative inspection)의 기준이 더 엄격하지 않기 때문에 행정상 검사를 가장하여 범죄증거 발견을 위한 수색을 하려는 유혹을 낳을 수 있는 것이다.[60] 이로 인해 별건(Pretext)에 기초한 수사의 위험성이 현저히 증대한다.[61] 실제 미국 코스트가드는 안전 규정을 준수하고 있는가를 검사하려 한다는 목적을 구실로 밀수 혐의 선박에 일상적으로 승선한다고 한다.[62]

또한 선박 안전검사는 개인의 프라이버시 이익에 대한 심각한 침해를 야기하는 정선과 승선 및 선박에 대한 광범위한 수색을 포함하게 된다. 그런데, 검사자는 승선 자체만으로도 개인이 정당하게 사적인 공간으로 유지하고자 하는 선박의 여러 부분들을 자세히 살펴볼 수 있게 된다.[63] 더구나, 안전규정 준수 여부를 확인하기 위한 수색(Safety search)은 사실상 선박의 모든 영역에 대한 철저한 검사를 필요로 하게 된다. 예를 들어, 코스트가드가 선박의 메인 빔 넘버를 등록서류상의 넘버와 비교하는 것은 표준적인 절차인데, 이를 위해서는 검사자가 상업용 선박의 짐칸이나 레저선박의 주된 생활공간 안으로 들어가야 한다. 엔진실이나 선실 또는 화장실을 포함하여 선박의 기타 영역들도 일반적인 선박 검사의 대상이 된다.[64]

미법원은 행정적 수색의 범위와 가능성을 분석하면서, 보통 침해되는 법익과 수색의 필요성을 탄력적으로 비교 형량하는데[65], 제4차 미연방수정헌법상 이익형량의 원칙을 선박에 대한 안전규정 준수 여부 확인을 위한 수색에 적용한다면, 현재 미국 해안경비대에 의해 완전히 재량에 따라 무작위로 실시되는 수색은 위헌으로 보아야 한다는 지적이 있으며, 따라서 법원은 이러한 재량의 남용을 최소화할 안전 검사의 규칙을 채택하여야 한다고 한다.[66] 예를 들어, 임의적인 영장 없는 정선은 위헌이라고 하면서, 주기적인 검사 프로그램을 광범위한 선박에 대한 행정적 검사의 대안으로 제시하기도 한다.[67]

해양경비대에 포괄적인 권한을 부여하고 있는 미국과 달리, 우리의 경우 선박의 임장임검이나 불심검문시 해양경찰관은 영장 없이는 긴급체포의 경우를 제외하고 선장이나 선주의 의사에 반하여 혐의 선박에 승선하여 조사할 수 없다고 해석된다. 일반적인 선박의 임검이나 불심검문은 현행 불심검문에 관한 다수의 견해에 따르면, 강제력을 수반할 수 없다.[68] 더구나 선박임장임검의 근거 규정인 선박통제규정은 훈령으로서의 성격을 가지면 대국민적 효력이 없으므로, 선박통제규정에 근거한 임장임검을 강제할 수는 없다. 다만, 선박안전법 제66조가 적용되는 범위에서는 동조항을 근거로 강제력을 수반하여 정선시키는 것이 가능하다고 보아야 할 것이다.[69]

그러나, 해양경찰의 업무의 특수성을 고려한다면 남용되지 않는 범위에서 행정 단속 목적에 의한 승선이 폭 넓게 허용되어야 할 필요성이 있으며, 혐의선박에 대한 정선 및 승선에 관한 근거 규정을 명확히 할 필요성이 있다고 판단된다.

4. 공해상 선박에 대한 영장 없는 수색

56 United States v. Miller, 589 F.2d 1117, 1125 n.3 (1st Cir. 1978).

57 여기에서의 이익은 불합리한 수색이나 압수를 당하지 않을 자유를 의미한다.

58 578 F.2d 1508 at 1064-65 (5th Cir. 1978) 여기에서 법원은 선박 검사가 특정한 혐의에 근거할 필요가 없다고 한다.

59 Note(1980), p. 739.

60 Note(1980), p. 741. 별건 수사는 형사소송법상으로도 위법한 것으로 이해된다(배종대, 이상돈, 앞의 책, p. 142; 신동운, 앞의 책, p. 225; 이재상, 앞의 책, p. 262).

61 W. LaFave at 188-90. 그런데, 범죄증거를 발견하기 위한 수색의 범위는 행정상 검사보다 일반적으로 더 광범위하며, 이로 인해 개인의 프라이버시에 대한 침해는 더 크다. Note(1977), "Border Searches in the Fifth Circuit: Constitutional Guarantees v. Immigration Policy", *Columbia Law Review* Vol. 8, p. 121-122.

62 United States v. Warrens, 578 F.2d 1058 (5th Cir. 1978) 이 사안의 사실관계는 승선의 목적이 안전규정 위반에 대한 단속이 아니라 밀수품을 수색하기 위한 것이었다는 점을 강하게 시사한다.

63 이러한 문제에 대해서는 Note p. 743.

64 United States v. Hilton, 469 F.Supp. 94, 98 & n.4 (D.Me. 1979) 일반적인 안전 검사에는 어느 경우에든 엔진실에 대한 체크를 포함한다고 한다.

65 Camera v. Municipal Court, 387 U.S. 523, 537 (1967). Rothstein & Rothstein(1975), "Administrative Searches and Seizures: What Happened to Camera and See?", *Washington Law Review* Vol. 50, p. 341.

66 Note(1980), 앞의 논문, p. 743.

67 Klutz v. Beam, 374 F.Supp. 1129 (W.D.N.C. 1973).

68 배종대, 이상돈, 정승환, 앞의 책, p. 80; 신동운, 앞의 책, p. 126; 이재상, 앞의 책, p. 199 참조.

69 이러한 내용에 관한 자세한 것은 김종구(2008), "선박 임장임검 및 불심검문의 법적성격과 허용범위에 관한 고찰", 해양환경안전학회지 제14권 제4호, p. 314 이하 참조.

4.1. 공해자유의 원칙과 그 예외

국제공동체의 공공물이라 할 수 있는 공해는 어떤 국가의 전속적 관할에도 속하지 않는다. 공해는 모든 국가들을 위하여 개방되며 항해의 자유가 인정된다. 그러나 공해상의 선박에 대해서는 원칙적으로 기국주의(旗國主義)에 따라 기국이 관할권을 갖는다.[70] 공해상의 질서유지는 기국주의에 의해서 확보되는 것이다. 상설국제사법재판소(PCIJ)는 로터스(Lotus)호 사건[71]에서 공해상의 선박은 기국 이외의 어떠한 국가의 관할에도 속하지 않는다고 하여 기국주의 원칙을 확인한 바 있다.

이 기국주의에는 예외가 있으며, 예를 들어 해적선, 노예매매선, 무국적선은 어느 국가든 관할권을 행사하여 단속할 수 있다.[72] '해양법에 관한 국제연합협약'[73]상의 추적권(Right of hot pursuit)도 이러한 예외 중의 하나이다.[74]

이하에서는 먼저, 공해상의 자국선박에 대한 수색에 대하여 살펴본다. 다음으로, 공해상의 선박에 대한 수색의 문제를 기국 이외의 국가에 의한 수색과 관련하여, 외국선박, 무국적선에 대한 수색과 추적권 행사시의 수색의 문제에 대하여 검토한다.

4.2. 자국선박(National vessels)에 대한 수색

해양법에 관한 국제연합협약은 모든 국가가 자국 선박에 대한 국적 부여의 조건을 정할 수 있도록 하고 있다.[75] 모든 선박은 국제조약상의 명백한 예외의 경우를 제외하고는 공해상에서 개별 선적국의 관할 하에 놓인다. 이러한 예외가 해적행위(Piracy), 노예매매(Slave trade), 무허가 방송(Unauthorized broadcasting), 무국적선(Stateless vessels), 그리고 추적권이다. 따라서 기국은 영해상이건 공해상이건 위법행위의 혐의가 있는 자국 선박을 언제든지 정선시키고 승선하여 수색할 수 있다. 예를 들어, 미국의 경우 자국의 관할 하에 있는 모든 국적선에 대하여 해안경비대나 세관이 승선할 수 있는 권한을 부여받고 있다. 우리의 경우도 해양경찰은 영해와 공해를 불문하고 법위반의 혐의가 있는 우리 국적 선박을 정선시켜 승선할 수 있도록 하는 합리적 요건을 갖춘 법규정의 마련을 고려해 보아야 할 것이다.

4.3. 외국선박(Foreign vessels)에 대한 수색

일반적으로 공해상의 외국 선박은 기국의 관할 하에 놓인다. 따라서 공해상의 외국 선박에 대한 승선 전에는 기국과 접촉하여 당해 선박의 승선에 대한 동의 구하거나 국내법의 집행에 대한 이의제기를 포기하도록 요청해야 한다.[76] 미국의 경우, 만약 기국으로부터의 유효한 승낙이 있다면, 당해 선박이 미국 국내법을 위반했다는 점에 대한 합리적인 의심의 존재를 전제로, 해안경비대는 당해 외국 선박을 공해상에서 정선, 수색 및 압수할 권한을 갖는 것으로 본다.[77] 승낙이나 포기는 무전이나 유선전화 또는 다른 유사한 구두 또는 전자수단에 의해 얻어질 수 있다. 일단 기국이 수색에 동의하거나 수색에 대한 모든 이의제기를 포기하면, 연안국의 관헌이 자국선에 승선하여 연안국의 법을 집행하는 것을 허락했다는 것을 나타내는 것이다.[78]

외국 선박 승선시 당해 기국의 동의를 얻어야 한다는 요건의 하나의 예외는 선장으로부터 동의를 얻는 경우이다. Vale v. Louisiana 사건[79]에, 미법원은 동의에 따른 수색이 헌법상 허용될 수 있다고 판결하였다. 외국 선박의 선장은 그 선박에 승선하는 연안국의 관헌에 구두로 승낙을 할 수 있다.[80] 승선의 범위는 선장의 동의의 범위에 제한되며, 이 동의는 선장이 승선팀에게 하선을 요구하는 경우 언제든지 철회될 수 있다.

최근에는 안보와 환경에 대한 관심이 커지면서 공해상의 항해의 자유가 더욱 제한되고 있으며, 연안국의 혐의선박에 대한 정선 및 수색권이 확대되고 있다.[81] 예를 들어, 일본의 경우도 해상자위대로 하여금 비상시 일본 영해나 영해에 인접한 공해상에서 외국선박을 정선시키고 화물을 검색할 수 있는 법안을 마련하고 있다.[82] 우리의 경우도 해상 국경에서의 국가안보를 위해서 영해 및 영해와 인접한 공해에서의 혐의 외국 선박에 대한 정선 및 수색권에 관한 근거 규정을 명확히 하여야 할 것으로 생각된다.

4.4. 무국적선(Stateless vessels)에 대한 수색

70 김대순(2006), 국제법론(제12판), 삼영사, p. 86; 김정균, 성재호(2004), 국제법(제4개정판), 박영사, p. 467.

71 이 사건에 대해서는 박찬호, 김한택(2009), 국제해양법, 지인북스, p. 155; 이민효(2007), 해양에서의 군사활동과 국제해양법, 연경문화사, p. 147 참조.

72 공해자유의 원칙과 예외에 대해서는 김영구(2004), 한국과 바다의 국제법(신판), 북21, p. 640; 김정균, 성재호, 앞의 책, p. 463 이하; 박찬호, 김한택, 앞의 책, p. 137 이하; Ian Patric Barry(2004), "The Right of Visit, Search and Seizure of Foreign Flagged Vessels on the High Seas Pursuant to Customary International Law: A Defense of the Proliferation Security Initiative", *Hofstra Law Review* Vol. 33., p. 305 이하; 林司 宣(2000), "公海上の船舶に對する旗國以外の國家による取締り"、早稻田法學 七五卷 二号, p. 105 이하.

73 United Nations Convention on the Law of the Sea.

74 김영구, 앞의 책, p. 653.

75 UNCLOS art. 91.

76 Juliana Gonzalez-Pinto, 앞의 논문, p. 456.

77 박찬호, 김한택, 앞의 책, p. 139.

78 Juliana Gonzalez-Pinto, 앞의 논문, p. 456.

79 Vale v. Louisiana, 399 US 30 (1970).

80 Jeseph E. Kramek(2000), "Bilateral Maritime Counter-Drug and Immigrant Interdiction Agreement: Is this the World of the Future?", *University of Miami Inter - American Law Review* Vol. 31, p. 132.

81 Jon M. Van Dyke(2003), "Balancing Navigational Freedom with Environmental and Security Concerns", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* Vol. 19., p. 22 이하.

82 Jon M. Van Dyke, 앞의 논문, p. 27.

'해양법에 관한 국제연합협약' 제110조[83]는 문제의 선박이 해적행위나 노예매매, 불법방송을 한다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있거나, 당해 선박의 국적이 없는 경우 어느 국가의 관헌이든 공해상에서 당해 선박을 정지시켜 승선할 수 있는 임검권(臨檢權, right to visit)을 규정하고 있다.[84] 따라서 만일 어느 국가의 군함이 공해상에서 어떤 상선이 자국의 선박이라고 의심할 충분한 사유가 있는 경우 국적을 확인하기 위하여 그 배에 승선하여 조사할 수 있다.[85]

'해양법에 관한 국제연합협약' 제110조의 권한에 따른 조사를 하는 당사자는 문제의 선박이 정당한 국기를 게양하고 있는가를 먼저 확인해야 한다. 외국 선박에 게양된 국기가 당해 선박의 국적과 반드시 일치하는 것은 아니기 때문이다. 최초의 선박의 국적에 대한 확인 절차 후에도 국적에 대한 의심이 남는 경우에만 이러한 수색이 이루어질 수 있다.[86] 선박의 국적에 대한 판단은 국제법과 관습에 따라 모든 선박에 비치하도록 되어 있는 선박서류(Documents)를 확인함으로써 이루어질 수 있다.

선박이 자신의 국적에 대한 입증 책임을 다할 수 없을 때 당해 선박은 무국적선으로 분류된다. 예를 들어, 특정국가의 국기를 게양한 선박이 다른 국가의 등록서류나 유효기간이 지난 서류를 제출하거나 전혀 서류를 제출하지 않은 경우가 이러한 사례에 해당한다.[87] 선박 등록 여부에 대해 확인을 요청받은 기국이 당해 선박과의 관련을 부인하는 경우나, 당해 선박이 공해상에서 그의 국적을 바꾸려 한다든가, 어떠한 국적도 전혀 주장하지 않는 경우 무국적선으로 분류될 수 있다.[88]

4.5. 추적권(Right of hot pursuit) 행사의 경우

'해양법에 관한 국제연합협약' 제111조 제1항은 연안국(Coastal state)에게 그 국내 법령을 위반했다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 외국선박을 공해에까지 계속해서 추적하여 나포할 수 있도록 하고 있다. 추적권은 공해상 선박의 항해의 자유를 침해할 가능성이 있는 예외적인 권리이며 그 요건에 대하여 해양법에 관한 국제연합협약은 상세히 규정하고 있다.[89] 추적권 행사의 요건이 충족된다면 공해상에서 외국 선박에 대한 영장 없는 정선 및 수색이 가능하게 된다.

일본의 경우 2005년 신풍호 사건에서 우리 국적선인 신풍호를 일본 영해에서부터 우리의 배타적 경제수역까지 추적하려 나포하려 한 바 있다.[90] 추적권을 적극적으로 행사하고 있는 것이다. 우리 해양경찰의 경우도 '해양법에 관한 국제연합협약'상 추적권을 적극적으로 행사하여 우리 영해에서 위법행위를 하고 공해상으로 도주하는 외국 선박을 나포할 수 있도록 해야 할 것이다.

5. 맺음말

형사소송법상 영장주의의 원칙은 해상에서 선박에 대한 수색에도 기본적으로 적용되어야 한다. 그러나 미국의 경우 해상에서 위법 선박의 단속과 관련하여 해안경비대에 광범위한 권한을 부여하고 있으며, 해상에서 선박의 수색에 대한 영장주의의 예외도 폭 넓게 인정되고 있다. 이러한 영장주의의 예외로는 긴급 상황에서의 예외, 국경 수색의 예외, 행정 단속에 있어서의 예외 등이 거론되고 있다. 공해상에서도 해양법에 관한 국제협약상 기국주의에 관한 예외로서 외국 선박이나 무국적선에 대한 수색 및 추적권에 기초한 수색이 허용되고 있다.

최근에는 안보와 환경에 대한 관심이 커지면서 공해상의 항해의 자유가 더욱 제한되고 있으며, 혐의선박에 대한 연안국의 정선 및 수색권이 확대되고 있다. 해상과 선박의 특수성 및 우리의 경우 해상 국경의 안전이 곧 국경의 안전이라는 점에서 해상에서의 선박 수색과 관련하여 영장주의의 예외를 인정할 수 있는 근거 규정을 마련하는 것이 필요할 것으로 생각된다. 이는 날로 증가하고 있는 해상을 통한 밀입국, 밀수와 불법어로 등의 단속을 위해 영해 및 영해와 인접한 공해에서 혐의 외국 선박에 대한 긴급한 상황에서의 정선 및 수색권에 관한 근거 규정을 명확히 하여야 한다는 점에서도 요청되는 것이라 판단된다.

후 기

이 논문은 조선대학교 2008년도 학술연구비의 지원을 받아 연구되었음.

83 UNCLOS art. 110(1).

84 김영구, 앞의 책, p. 647.

85 박찬호, 김한택, 앞의 책, p. 146. 무국적선 여부에 대한 조사는 접근권(right to approach), 임검권(right of visit), 검색권(right of search), 나포권(right of arrest) 행사의 순서로 이루어진다(김영구, 앞의 책, 652면 이하).

86 UNCLOS art. 110(2).

87 Kyle Salvador Scalfani(2001), "If the United States Doesn't Prosecute Them, Who will? The Role of the United States as the 'World's Police' and its Jurisdiction over Stateless Vessels", *Tulane Maritime Law Journal* Vol. 26, p. 375.

88 Kyle Slavador Scalfani, 앞의 논문, p. 376. 편의에 따라 2개 이상의 국기를 선택적으로 게양하는 선박은 무국적선으로 분류되어야 한다(김영구, 앞의 책, 650면).

89 추적권에 관한 자세한 것은 김영구, 앞의 책, p. 653; 김종구(2008), "UN해양법협약상 추적권 행사의 요건에 관한 고찰", 해양환경안전학회지 제14권 제2호, p. 149 이하; 박찬호, 김한택, 앞의 책, p. 143; Robert C. Reuland(1993), "The Customary Right of Hot Pursuit Onto the High Seas: Annotation to Article 111 of the Law of the Sea", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 33, 1993, p. 557 이하; Nicholas M. Postulanza(2002), *The Right of Hot Pursuit in International Law*(2판), Martinus Mijhoff Publishers, 참조.

90 신풍호 사건에 대해서는 김찬규, "포럼 - 신풍호 사건이 남긴 법적 논란", 문화일보 2005년 6월 3일자 참조.

참 고 문 헌

[1] 김대순(2006), 국제법론(제12판), 삼영사, p. 86.

[3] 김영구(2004), 한국과 바다의 국제법, 21세기북스, p. 640.

[4] 김정균, 성재호(2004), 국제법(제4개정판), 박영사, p. 467.

[5] 박찬호, 김한택(2009), 국제해양법, 지인북스, p. 155.

[6] 배종대, 이상돈, 정승환(2008), 신형사소송법, 홍문사, p. 91.

[7] 신동운(2008), 신형사소송법, 법문사, p. 159.

[8] 손동권(2008), 형사소송법, 세창출판사, p. 286.

[9] 이민효(2007), 해양에서의 군사활동과 국제해양법, 연경문화사, p. 147.

[10] 이재상, 신형사소송법(2008), 박영사, p. 298.

[11] Miller, Dawson, Dix, Parnas(2000), *The Police Function*(6th. ed.), West Group, p. 302.

[12] LeFave, Israel, King(2000), *Criminal Procedure*(3rd. ed.), West Group, p. 211.

[13] Jeseph E. Kramek(2000), "Bilateral Maritime Counter -Drug and Immigrant Interdiction Agreement: Is this the World of the Future?", *University of Miami Inter - American Law Review* Vol. 31, p. 132.

[14] Jon M. Van Dyke(2003), "Balancing Navigational Freedom with Environmental and Security Concerns", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* Vol. 19, p. 22, , p. 27.

[15] Juliana Gonzalez-Pinto(2008), "Interdiction of Narcotics in International Waters", *University of Miami International and Comparative Law Review* Vol. 15, p. 450.

[16] Kyle Salvador Scalfani(2001), "If the United States Doesn't Prosecute Them, Who will? The Role of the United States as the 'World's Police' and its Jurisdiction over Stateless Vessels", *Tulane Maritime Law Journal* Vol. 26, p. 375.

[17] Lauren Estrin(2004), "The Preservation of Privacy Interests at Sea: The Need for Meaningful Scope Limits on Custom Official and Coast Guard's Sweeping Authority to Search Vessels", *Tulane Maritime Law Journal* Vol. 29, pp. 107-108.

[18] Linda A. Newland(1992), "Searches and Seizures at Sea: Trying to Balancing Governmental Interests against the Fourth Amendment", *Tulane Maritime Law Journal* Vol. 29, p. 321.

[19] Robert C. Reuland(1993), "The Customary Right of Hot Pursuit Onto the High Seas: Annotation to Article 111 of the Law of the Sea", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 33, 1993, p. 1184.

[20] 成田秀樹(2008), "船舶の立入檢査とプライヴァシ", 刑法雜誌(日本刑事法學會誌) 47卷 3号.

[21] 林司 宣(2000), "公海上の船舶に對する旗國以外の國家による取締り"、早稻田法學 七五卷 二号.

[22] 山下隆之(1998), "船舶に對する立入檢査と捜査-海上保安官の立場から", 捜査研究 558号.

원고접수일 : 2009년 10월 01일
원고수정일 : 2009년 11월 11일
게재확정일 : 2009년 12월 24일