

한국이민법학회 · 한양대학교 법학연구소
공동학술대회

출입국관리법의 법적 쟁점

일시: 2014년 5월 30일(금) 13:30~18:00

장소: 한양대학교 법학전문대학원 제2법학관
2층 국제학술세미나실

주최: 한국이민법학회 · 한양대학교 법학연구소

한국이민법학회



한양대학교 법학연구소

프로그램

13:30 ~ 14:00 등록

14:00 ~ 14:10 개회식

- 개회사: 석동현 (한국이민법학회 회장)
- 환영사: 박종보 (한양대학교 법학전문대학원 원장)

제1부 (14:10~15:50)

사회: 경 건 (서울시립대 법전문 교수)

14:10~15:00 • 제1주제: 출입국관리법과 헌법질서

- 발표: 오동석 (아주대 법전문 교수)
- 토론: 정문식 (한양대 법전문 교수)

15:00~15:50 • 제2주제: 출입국관리와 적법절차

- 발표: 최계영 (서울대 법전문 교수)
- 토론: 박영아 (공익인권법재단 공감 변호사)

15:50~16:10 휴식

제2부 (16:10~17:50)

사회: 김환학 (헌법재판연구원, 책임연구원)

16:10~17:00 • 제3주제: 출입국관리법상 보호명령과 그에 대한 구제

- 발표: 하명호 (고려대 법전문 교수)
- 토론: 송시강 (홍익대 법과대학 교수)

17:00~17:50 종합토론

- 토론: 이규홍 (법무부 외국인정책과장)
이발래 (국가인권위원회 이주인권팀장)

17:50 ~ 18:00 폐회식

- 폐회사: 석동현 (한국이민법학회 회장)

18:00 만찬

목 차

【제1주제】

입출국관리와 헌법질서	오 동 석	1
-------------------	-------	---

【제2주제】

출입국관리와 적법절차	최 계 영	11
-------------------	-------	----

【제3주제】

출입국관리법상 보호명령과 그에 대한 구제	하 명 호	29
토 론	송 시 강	55

【종합토론】

종합토론문	이 규 흥	59
종합토론문	이 발 래	67

[제1주제]

입출국관리와 헌법질서

오 동 석 (아주대 법학전문대학원)

- I. 머리말
- II. 헌법질서 관점의 접근방법
- III. 헌법질서와 입국관리의 문제점
- IV. 헌법질서와 체류 및 출국 관리의 문제점
- V. 맺음말

I. 머리말

지구화 또는 세계화는 사람, 상품(물건), 자본(돈), 그리고 정보의 활동이 국경을 넘어 지구적 규모에서 전개됨으로써 국가, 사회, 인간 상호의 관계가 가까워지고 상호작용이 활발해지는 상황을 가리킨다(望全幸男/ 確井敏正, 2000: 117 참조). 국가는 사람, 상품, 자본, 정보의 입출국관리를 통하여 헌법질서를 수호한다. 사실 국민국가 단위로 국경을 정하고 국경을 통제·관리하게 된 것은 서구의 근대 이후이다. 국경을 통제·관리한다고 하지만, 그것이 엄격하게 가능해진 것은 최근의 일이다.

그럼에도 불구하고 오늘날 사람, 상품, 자본, 정보가 국경을 넘어 교류가 활발해지고 있다. 이 중 이민은 사람의 입출국과 체류에 관한 문제이다. 다만 사람의 범위를 넓힌다면, 자본과 상품 또는 정보 또한 나란히 또는 부수적으로 이민과 결부되어 있다. 이민의 문제를 인권의 관점에서 접근하는 경우 사람만을 대상으로 하기 때문에 헌법질서 관점에서 입출국의 문제에 접근하였다.

현행 출입국관리법의 집행수단은 국민 및 외국인 여부를 불문하고 대한민국 영토에 대한 입출국을 관리하는 것이다. 그 내용은 입출국관리와 외국인체류관리 그리고

난민인정절차 등이다(동법 제1조 참조). 그 첫 번째 조항만 분석해보아도 매우 이질적인 대상과 내용 등이 뒤엉켜 있음을 알 수 있다. 헌법규범이 명령하는 기본권 보장과 헌법적 가치를 위한 기본권 제한 그리고 통치 작용에 대한 헌법적 명령이 정돈되어 있지 못하다. 그것은 입출국관리라는 국가작용의 관점에서 접근한 탓이다.

먼저 국민과 외국인 또는 난민에 대하여 일률적으로 규율하고 있다. 둘째, 입출국과 체류 ‘관리’를 구별하지 않는다. 셋째, 관리의 목적에 따라 행정작용을 구별하여 ‘관리’하지 않는다. 넷째, 그 결과 입출국관리행정이 지나치게 비대하다. 그것은 곧 권력집중을 의미하므로 견제와 균형 장치가 마련되어 있지 않다.

그동안 입출국과 외국인 체류의 문제는 외국인 인권의 관점에서 다루어졌다. 이 글은 헌법질서라는 관점에서 입출국관리의 의미를 분석하고 그 문제점을 지적함으로써 향후 출입국관리법의 입법방향을 제안하였다.

II. 헌법질서 관점의 접근방법

1. 인권적 접근방법과의 관계

외국인의 입출국 문제는 외국인의 기본권주체 인정 여부와 거주·이전 자유의 내용으로서 입출국 자유의 헌법적 성격 그리고 국가의 대외적 주권의 헌법적 성격의 문제로 다루어졌다. 외국인의 기본권주체는 인정하지만, 그 구체적 인정 여부는 기본권의 성질에 따라 다르다. 외국의 입국의 자유는 국가의 재량사항인 반면 출국의 자유는 특별한 경우가 아니면 인정된다. 체류의 자유는 입국할 때 인정된 기한 및 내용에 따라 결정된다. 이때 외국인의 입국 허가 여부는 국가의 재량사항인 것으로 이해된다. 이렇게 보면 외국인의 기본권 보장 내용으로서 입·출국의 자유는 비교적 ‘약한 기본권’에 속한다.

한편 약한 기본권이라고 하더라도 상대적으로 기본권 제한의 목적이 가지는 중요성에 따라 기본권 보장의 정도는 달라진다. 강한 기본권에 대한 약한 기본권 제한 목적은 가장 강하게 보장되는 반면, 약한 기본권에 대한 강한 기본권 제한 목적은 가장 약하게 보장된다.

헌법질서의 관점에서 출입국관리법을 평가하려는 까닭은 외국인의 기본권 보장 관점에서 입출국의 자유는 약한 기본권에 속하기 때문이다. 약한 기본권이라고 하더라도 국가의 재량에 맡겨진다면, 거의 기본권의 보장 의미가 유명무실해질 수 있기 때문이다. 오히려 기본권 제한 목적으로서의 헌법질서 관점에서 지금의 출입국관리법이 과연 얼마나 헌법이 요청하는 기준을 충족하는가를 진단해보려는 것이다. 기본권의 관점에서 접근하는 경우 약한 기본권의 성격 때문에 규범적 보호 주장이 기각되기 십상이다.

반면 기본권 제한 또는 부인을 통하여 실현하고자 하는 헌법질서의 관점에서 외국인의 입출국과 체류 문제를 다루는 것은 기본권 제한의 목적과 수단의 적합성 판단을 세밀하게 논의할 수 있게 한다. 물론 외국인의 입·출국의 자유 제한에 대하여 과잉금지의 원칙을 적용할 수 있는 사안인지 검토가 필요하다. 그렇지만 출입국관리법이 규율하고 있는 사안은 입출국 자유에 한정되는 것이 아니기 때문에 관련 기본권의 내용에 따라 그리고 기본권 제한의 목적에 따라 유형화함으로써 출입국관리법이 헌법의 규범 기준을 충족하고 있는가를 분석하고자 한 것이다.

2. 주권과 헌법질서

헌법 제정의 주체는 민족이 아니다. 주권자인 인민은 혈연, 전통, 언어 등과 연관성이 있지만, 그것이 필수적인 공통성으로 요청되지 않는다. 다민족, 다전통, 다언어 등의 국가도 존재한다. 미국, 호주, 뉴질랜드, 하와이 등에서는 선주민이 아닌 이주민 중심으로 그리고 서로 다른 민족, 전통, 언어 등을 전제로 국가가 수립되었다. 인민이 헌법을 제정하고 국가를 수립함으로써 국적 요건을 정하여 국민이 되는 것이다. 국가의 지속성 관점에서 또는 국민의 범위 확정에서 국민 요건은 폐쇄적인 구조를 가질 수 없다. 국가의 성원이 되고자 하는 권리는 인권 중의 인권이며, 기본권 중의 기본권이다.

국가가 외국인의 입출국을 관리할 수 있는 헌법적 근거는 국가의 주권이다. 그러나 외국인에 대한 모든 입출국 관리 행위, 더욱이 관련 행정청이나 공무원의 행위가 주권으로부터 직접 도출되는 것은 아니며, 주권으로부터 도출되는 국가의 권한이기 때문에 당연히 재량행위로서 자리매김할 수 있는 것도 아니다. 헌법 제60조가 “주권의

제약에 관한 조약”이라는 표현을 하고 있는 만큼 다른 헌법조항과의 논리적·체계적 해석을 통하여 외국인의 입출국 관리 권한 또한 헌법적 제약을 받는다.

3. 헌법질서

질서는 “혼란 없이 순조롭게 이루어지게 하는 사물의 순서나 차례”를 의미한다. 헌법이 지향하는 질서는 국가와 시민사회 그리고 행정질서 등 다양한 차원과 층위를 가지고 있다. 뿐만 아니라 헌법질서는 치밀하게 짝 짜진 것도 아니며 일사분란하게 작동할 수 있는 체계도 아니다. 또한 기본권을 존중하고 보호하며 충전하고 증진하여야 하는 국가의 의무를 고려하면, 헌법질서는 개별 기본권에 따라 또는 그 부분내용과의 관계에서 요철과 굴곡이 심하다.

헌법질서를 다음과 같이 구성해볼 수 있다. 첫째, “국가안전보장” 질서이다. 외국인은 국적이 다르기 때문에 잠재적으로 국가안전보장에 저해가 될 수 있는 존재로 ‘추정’된다. 미국의 경우 건국 초기 유럽과의 긴장관계 속에서 특히 국내의 프랑스인과 아일랜드인에 대처하기 위하여 1798년 귀화법, 외국인법, 적성외국인법, 치안유지법 등 네 개의 외국인·치안단속법을 제정했다(新井信之, 2008: 18). 그러나 이들 법률은 국가 전복을 피하는 외국인에 대한 것만 아니라 대립정당인 공화당의 정치활동을 제한하는 것을 목적으로 제정한 것이었다(新井信之, 2008: 18). 외국인이 국가안전보장에 위해가 될 정도로 입국하기는 어렵다는 점에서 국가안전보장을 확보하기 위하여 입출국을 관리한다고 보기 어렵다. 국민과 달리 취급할 까닭이 없다. 물론 이러한 판단의 결과가 외국인의 입국을 무제한의 허용해야 한다는 의미는 아니다.

둘째, “자유민주적 기본질서”이다. 자유민주적 기본질서에 “사유재산과 시장경제를 골간으로 하는 경제질서”가 포함되는지 논란이 있을 수 있지만, 헌법재판소는 “모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서”로서 “구체적으로는 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부체제”라고 자유민주적 기본질서를 이해하였다.¹⁾ 폭력적 지배체제를 구축하기 위하여

1) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113.

민주적 헌법체제 자체를 위협하지 않는 한 이 또한 외국인을 국민과 달리 취급할 이 유가 없다.

다음으로 “질서유지”인데, 국가안전보장과 구별되는 사회질서를 의미한다고 할 것이다. 여기에는 ‘사회적 시장경제질서’가 포함된다. 헌법재판소에 따르면, “우리나라 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.”²⁾ 이와 관련하여 사회복지 차원에서의 외국인 처우 문제를 일단 논외로 한다면, 일단 국민의 일자리와 관련하여 노동질서의 교란을 염려한다(新井信之, 2008: 259). 그러나 시장경제질서의 측면에서 관리의 한계가 있을 수밖에 없다. 또한 노동사회질서의 유지는 일차적으로 사용자와의 관계에서 관리되어야 한다. 따라서 노동질서는 외국인의 입출국 문제보다는 고용관계 측면에서 접근해야 할 문제이다. 그에 따라 입국 단계에서 취업 관련 자격과 권리를 제한하는 방법을 취할 수 있다. 고용 문제가 독립변수이고, 입국 문제는 종속변수이다.

따라서 헌법질서를 크게 구분하면, 국가안전보장 및 자유민주적 기본질서를 포함한 정치질서와 사회·경제질서를 포함한 질서유지로 정리할 수 있다. 이와 관련하여 외국인의 지위와 관련한 헌법체계는 국민의 진입 요건과 입출국 및 체류 관리로 구성된다. 보통 국민 개념을 전제로 하여 출입국을 제한하는 입장을 취한다. 이에 대하여 일용 ‘함께 살려는 의사’와 ‘헌법질서 준수 의사’를 대안으로 제시해볼 수 있다. 민주공화국의 헌법질서는 이에 대하여 어떠한 입장을 취하여야 할 것인지 헌법질서의 관점에서 입국 그리고 체류 및 출국 관리에 접근해 볼 수 있을 것이다. 다만 현행 출입국관리법을 고려하여 헌법질서로부터 행정질서를 구별하고자 한다.

III. 헌법질서와 입국관리의 문제점

1. 정치질서와 입국 관리

2) 헌재 1996. 4. 25, 92헌바47.

출입국관리법의 입국 금지 사유는 “대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람”이라고 정하고 있다(동법 제11조 제1항 제3호). 여기에는 국가적 법익에 대한 범죄를 저지룰 수 있는 사람이 포함되어 있지만, 그 범위가 너무 광범위해서 국가안전보장과 자유민주적 기본질서에 위해를 가할 우려가 있는 사람과 그 밖의 사람이 혼재되어 입국이 금지될 수 있다. 그 판단은 법무부장관의 몫이지 입법자의 몫이 아니다. 또한 외국인은 모든 정치적 활동이 금지되어 있어 외국인의 다양한 유형에 따라 달리 처우해야 한다는 점이 간과되고 있다.

2. 사회·경제질서와 입국 관리

사회질서를 위한 입출국관리는 공적 부조와 정신위생상 ‘공공의 부담’, 형사범죄인, 마약단속위반자, 매춘부 등 범죄단속과 도덕상 문제를 우려하는 경우이다. 사회적·개인적 법익에 대한 범죄행위에 대한 처벌 그리고 사회통합의 관점에서 ‘다문화 가족’과 결혼이주민 관리 등이 이에 속한다.

출입국관리법 제11조 제1항의 입국 금지 사유는 “1. 감염병환자, 마약류중독자, 그 밖에 공중위생상 위해를 끼칠 염려가 있다고 인정되는 사람”과 “2. 「총포·도검·화약류 등 단속법」에서 정하는 총포·도검·화약류 등을 위법하게 가지고 입국하려는 사람”으로 정하고 있다. 또한 “4. 경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람”을 포함하고 있다.

경제질서를 위한 입출국관리는 국민경제의 관점에서 규율 또는 관리되어야 함에도 불구하고 오히려 자유로운 이동은 물론 더 나아가 일정한 이윤 확보까지 보장하는 추세이다. 이주민노동자 관련하여 산업연수생 제도에서 고용허가제로 발전하였지만, 노동허가제는 도입되지 않았다. 반면 한미 FTA 체결을 통하여 자본 또는 기업은 자유로이 입출국하며, 심지어 론스타처럼 불법 논란까지 있는 투기자본에 대해서는 통제장치가 제대로 작동하지 않는다.

3. 행정질서와 입국 관리

출입국관리법 제11조 제1항의 입국 금지 사유는 “6. 강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년이 지나지 아니한 사람”과 “7. 1910년 8월 29일부터 1945년 8월 15일까지 사이에” “일본 정부, 일본 정부와 동맹 관계에 있던 정부, 일본 정부의 우월한 힘이 미치던 정부”의 “지시를 받거나 그 정부와 연계하여 인종, 민족, 종교, 국적, 정치적 견해 등을 이유로 사람을 학살·학대하는 일에 관여한 사람”으로 정하고 있다. 그러나 여기에는 “5. 사리 분별력이 없고 국내에서 체류활동을 보조할 사람이 없는 정신장애인, 국내체류비용을 부담할 능력이 없는 사람, 그 밖에 구호(救護)가 필요한 사람”을 포함하고 있고, 또한 “8. 제1호부터 제7호까지의 규정에 준하는 사람으로서 법무부장관이 그 입국이 적당하지 아니하다고 인정하는 사람”으로 확장되고 있다.

IV. 헌법질서와 체류 및 출국 관리의 문제점

외국인은 그 체류자격과 체류기간의 범위에서 대한민국에 체류할 수 있다(출입국관리법 제17조 제2항). 체류 문제는 입국 허가시 사전적으로 판단되어야 하지만, 체류 과정에서 사후적으로 판단되어야 할 문제이기도 하다. 그런 점에서 체류 관리의 문제는 입국 관리와 다른 차원의 문제이며, 강제퇴거와 같은 강제출국은 체류의 정당성과 적합성 등에 비추어 비례적으로 판단되어야 한다. 또한 입국과 달리 특별한 경우가 아니면 출국의 자유가 보장되어야 한다.

1. 정치질서와 체류 및 출국 관리

정치적인 헌법질서의 유지는 오히려 정치활동에 대하여 매우 개방적임을 알 수 있다. 그런데 출입국관리법을 비롯한 법률들은 외국인의 정치활동에 대하여 매우 폐쇄적이다. 즉 대한민국에 체류하는 외국인은 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니 된다(출입국관리법 제17조 제2항). 법무부장관은 대한민국에 체류하는 외국인이 정치활동을 하였을 때에는 그 외국인에게 서면으로 그 활동의 중지명령이나 그 밖에 필요한 명령을 할 수 있다(출입국관리법 제17조 제2항). 국가안

전보장이나 자유민주적 기본질서의 유지의 관점에서 보면 과잉금지라 할 것이다. 다만, 영주권자라고 하더라도 “「형법」 제2편제1장 내란의 죄 또는 제2장 외환의 죄를 범한 사람”(출입국관리법 제46조 제2항 제1호)을 강제퇴거의 대상으로 하는 것은 적정하다.

2. 사회·경제질서와 체류 및 출국 관리

출입국관리법 제56조의4 제1항에 따르면, 출입국관리공무원은 강제력을 행사할 수 있고, 다른 피보호자와 격리하여 보호할 수 있다. 물론 피보호자의 생명과 신체의 안전, 도주의 방지, 시설의 보안 및 질서유지를 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 그 사유는 자살 또는 자해행위를 하려는 경우, 다른 사람에게 피해를 끼치거나 끼치려는 경우 등이다. 또한 “제1호부터 제4호까지에서 규정한 경우 외에 보호시설 및 피보호자의 안전과 질서를 현저히 해치는 행위를 하거나 하려는 경우”가 포함된다. 이때 강제력을 행사할 때에는 신체적인 유형력(有形力)을 행사하거나 경찰봉, 가스분사용총, 전자충격기 등 법무부장관이 지정하는 보안장비만을 사용할 수 있다. 물론 긴급한 상황으로 사전에 경고할 만한 시간적 여유가 없을 때 이외에는 사전에 해당 피보호자에게 경고하여야 한다. 한편 외국인 노동자의 노동은 사용자의 고용 자격에 종속되며, 근무처까지도 제한받는다.

3. 행정질서와 체류 및 출국 관리

출입국관리법 제56조의4 제1항에 따라 출입국관리공무원은 강제력을 행사할 수 있는 경우에는 도주하거나 도주하려는 경우와 출입국관리공무원의 직무집행을 정당한 사유 없이 거부 또는 기피하거나 방해하는 경우가 포함되어 있다.

출입국관리법 제46조 강제퇴거의 대상자에는 입국절차를 위반한 사람, 입국금지사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람, 행정청 또는 관계 공무원이 붙인 허가조건을 위반한 사람, 허가를 받지 아니하고 근무처를 변경·추가하거나 법을 위반하여 외국인을 고용·알선한 사람, 법무부장관이 정한 거소 또는 활동범위의 제한이나 그 밖의 준수사항을 위반한 사람, 외국인등록 의무를 위반한 사람, 금고 이상의 형을 선

고받고 석방된 사람 등이 포함된다. “그 밖에 제1호부터 제13호까지의 규정에 준하는 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람” 또한 포함된다.

V. 맺음말

국경의 관리는 매우 차별적으로 진행된다. 사람, 상품, 자본, 정보 중에서 유독 사람만 엄격한 관리 대상이 된다. 그것은 헌법질서의 관점에서의 접근이라기보다는 단지 규율의 편의성 때문이다. 자본과 상품의 경우 시장이 국경을 무너뜨림으로써 자본은 국경을 넘어 본격적으로 세계를 누빈다. ‘경제영토’라는 개념이 생겨났지만, 그에 대한 국가의 주권적 관리는 행해지지 못한다. 그 결과 국경 안에 사는 사람들의 의사보다 초국가적 시장의 경쟁논리가 우위를 점한다. 반면 사람들의 이동은 엄격하게 통제·조절되고, 선별적으로 수입된다. 그것도 그 사람의 상품적 가치 또는 자본력에 따라 결정되며, 그 유통기한이라 할 체류기한 또한 차별적으로 결정된다.

이 글이 상품과 자본 그리고 정보의 이동이 자유롭기 때문에 사람의 이동 또한 자유로워야 한다고 주장하는 것은 아니다. 또 그런 관점에서 출입국관리법의 문제점을 지적하는 것도 아니다. 우리가 지향하는 헌법 이념 및 원칙에 따라 헌법질서에 걸맞은 입출국관리를 통해 주권을 확보하자는 주장이다.

이민정책은 개인의 인권과 국가의 주권, 외국인의 권익과 내국인의 권익, 사회경제적 필요성과 경제질서적 규제필요성 등이 충돌하는 문제이다. 그렇지만 현실적으로 자본의 자유로운 흐름과 함께 사람의 자유로운 이동 또한 일방적으로 막을 수 없는 흐름이다. 오히려 ‘자유민주적인’ 건전한 경제질서의 유지를 위해서는 경제적 이윤만 추구하는 다국적기업의 활동과 투기자본의 흐름을 규제함과 아울러 그에 대한 과세 정책을 전개하고, 이주민의 출·입국 및 체류 그리고 노동에 대하여는 인권적 관점에서 자유로운 거주·이전·노동·사회보장의 자유와 권리를 인정하는 차별적 정책이 요청된다(오동석, 2010).

참고문헌

- 공진성(2013). 출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호: 현재
2012. 8. 23. 2008헌마430 결정에 대한 평석. 공법학연구 14(1). 221-248.
- 김환학(2012). 이민행정법의 구축을 위한 시론. 행정법연구 32. 193-221.
- 김환학(2013). 불법체류자의 고용관계에 대한 통제: 유럽연합의 사용자제재지침을 참
조하여. 행정법연구 35. 87-113.
- 노은명(2009). 일본의 출입국관리체제 반대운동 연구: 1969~71년 일본인의 반대운동
을 중심으로. 역사문제연구 22. 289-326.
- 성홍재(2009). 경찰 신원확인조치에 대한 국가론적 접근: 출입국관리법과 경찰관직무
집행법의 비교를 통하여. 한·독사회과학논총 19(1). 151-176.
- 오동석(2009). 세계화와 헌법 그리고 생존주권. 비교법제연구센터 연구분과 종합포럼
집 I: 법과 글로벌스탠다드. 한국법제연구원. 2009. 6. 149-183.
- 오동석(2010). 한국이민법제의 헌법적 평가와 재구조화. 새로운 이민법체계 수립을
위한 국제 심포지움(한국이민학회/ IOM이민정책연구원 주최). IOM이민정책연
구원. 2010. 11. 10.
- 오동석(2011). 이민법제의 헌법적 평가와 재구조화. IOM 이민정책연구원 워킹페이퍼
2011-11. 이민정책연구원. 2011. 12.
- 원재천(2008). 캐나다의 출입국 관리법에 관한 연구: 인권보호 및 인도주의적 고찰을
중심으로. 공법학연구 9(4). 347-375.
- 이지영(2012). 일본의 이주자정책이 여성이주에 미치는 영향: 출입국관리정책, 이주노
동자정책, 통합정책을 중심으로. 국제정치논총 52(5). 257-287.
- 이한우(2002). 한국은 난민촌인가. 책세상.
- 望全幸男/ 確井敏正 역음(2000). 글로벌리제이션と市民社會: 國民國家は 초えられ
るか. 文理閣.
- 新井信之(2008). 外國人の退去強制と合衆國憲法: 國家主權の法理論. 有信堂.
- Beck, Ulrich(벡, 올리히)(2011). 홍진숙 옮김. 세계화 시대의 권력과 대항권력: 새로
운 세계정치경제. 길.
- Castles, Stephen(카슬, 스티븐)/ Miller, Mark J.(밀러, 마크 J.)(2013). 한국이민학회
옮김. 이주의 시대. 일조각.

[제2주제]

출입국관리와 적법절차*

최 계 영(서울대학교 법학전문대학원 부교수)

- | |
|---------------------------------|
| I. 서론 |
| II. 외국인 추방에 관한 유엔 국제법
위원회 초안 |
| III. 행정절차법 적용배제의 문제점 |

I. 서론

1. 문제상황

- 장기간 국내에 불법체류한 외국인에 대한 강제퇴거명령의 집행행위가 위헌인지 쟁점이 된 사건에서 2인의 재판관은 적법절차원칙이 요구하는 청문의 기회가 보장되지 않았다고 판시¹⁾

강제퇴거를 집행함에 있어서 청구인들의 구체적인 사정들에 관한 청문의 기회를 부여하지 않았다. ... 물론 국가인권위원회가 권고 결정을 하였다거나 행정소송이 계속중에 있다고 해서 피청구인이 강제퇴거의 집행을 정지하여야 할 법적인 의무는 없다고 할 것이지만, 출입국관리법 기타 법령에 의하더라도 강제퇴거의 집행 절차에서 그 대상자의 청문 기회가 제대로 보장되지 못하고 있는 상황에서 피청구인이 직접 청문 기회를 부여하지 않는다면, 적어도 국가인권위원회의 최종 결정이나 법원의 재판 결과를 기다려 볼 필요는 있었다고 할 것이다. ... 결국 이 사건 강제퇴거의 집행은 적법절차원칙이 요구하는 청문의 기회를 청구인들에게 충분히 보장하지 않은 채 이루어진 것이라 하겠다.

* 미완성 발표문이므로 필자의 동의 없이 인용할 수 없습니다.

1) 헌법재판소 2012. 8. 23.자 2008헌마430 결정 중 재판관 송두환, 이정미의 반대의견.

□ 출입국관리법에 따른 행정작용에 있어서는 절차적 권리의 보장수준 낮음

○ 행정절차법의 적용배제

(행정절차법 제3조 제2항 제9호, 같은 법 시행령 제2조 제2호)²⁾

○ 인신보호법의 적용배제

(인신보호법 제2조 제1항 단서)³⁾

→ 행정심판 또는 행정소송절차 이전 단계의 행정절차에서는 청문(의견청취)의 기회 보장되지 아니함

→ 집행금지결정이 내려지지 아니하면 실질적으로 청문의 기회 없음

2. 구성

○ 외국인 추방에 관한 유엔 국제법위원회 초안 중 절차적 권리 관련 부분 소개

→ 절차적 권리의 보장수준에 관한 최근의 국제적 동향 확인

○ 행정절차법의 적용배제 조항의 문제점 검토

○ 인신보호법의 적용배제 조항의 문제점 검토

○ 강제퇴거명령의 집행금지 문제 검토

2) 행정절차법 제3조 ② 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.

9. ... 외국인의 출입국·난민인정·귀화... 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

행정절차법 시행령 제2조 법 제3조제2항제9호에서 “대통령령으로 정하는 사항”이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 말한다.

2. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항

3) 인신보호법 제2조(정의) ① 이 법에서 “피수용자”란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설(이하 “수용시설”이라 한다)에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자를 말한다. 다만, 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자 및 「출입국관리법」에 따라 보호된 자는 제외한다.

II. 외국인 추방에 관한 유엔 국제법위원회 초안

1. 개관

유엔 국제법위원회

- 유엔 국제법위원회(International Law Commission; 이하 ILC라고 한다)는 유엔 총회의 부속기관으로서 ‘국제법의 점진적 발달 및 그 법전화의 촉진’(promotion of the progressive development of international law and its codification)을 임무로 함⁴⁾
- 위원회 규정 제15조에서는 ‘점진적 발달’을 “국제법에 의해 아직 규율되지 않은 주제에 관한 협약의 초안의 준비 혹은 국가관행에 대한 법이 충분히 발달하지 못한 주제에 대한 협약초안의 준비”로, ‘법전화’는 “광범위한 국가관행, 선례 및 원리로서 이미 존재하는 국제법 규칙의 보다 정교한 공식화와 체계화”로 구별. 그러나 실질적 활동에 있어서는 양자를 명확히 분리하거나 구별하여 진행하지는 않음.

‘외국인의 추방’(expulsion of aliens)

- ILC는 2004년부터 ‘외국인의 추방’(expulsion of aliens)을 주제로 선정하고 카메룬의 Maurice Kamto 위원을 특별보고관으로 지명하여 위 주제에 관한 연구에 착수
- 2005년부터 2012년까지 특별보고관은 8차례에 걸쳐 보고서를 제출하였고, ILC는 2012년 제1독회에서 외국인 추방에 관한 초안(이하 ‘초안’이라고 한다)을 채택⁵⁾
- 초안에 대해 2014년 3월경까지 우리나라를 포함한 각국 정부에서 의견을 제출하였고, 5월부터 8월 사이에 진행될 제66차 회기에서 제출된 의견을 바탕으로 논의가 진행될 예정⁶⁾

4) 유엔 국제법위원회의 조직, 임무 등에 관한 일반적인 설명은 <http://www.un.org/law/ilc> 참조.

5) ILC Report, A/67/10, 2012, chp.IV, paras. 30-46
(<http://legal.un.org/ilc/reports/2012/2012report.htm>).

□ 위 초안의 의의

- 위 초안은 외국인 추방 과정에서의 절차적 권리의 보장수준에 관한 현재의 국제적 기준을 가장 신뢰성 있게 보여준다고 할 수 있음⁷⁾
 - 우리나라의 현재 법적 상황에 대한 평가지표의 역할
- 한계 : 일부 조항은 현존의 국제법을 단순히 성문화하는 데 그치는 것이 아니라 ‘점진적 발달’에 해당
 - 이에 해당하는 조항은 별도로 명기

□ 위 초안에 따른 ‘외국인’과 ‘추방’의 개념

<p>Article 2 Use of terms For the purposes of the present draft articles: (a) “expulsion” means a formal act, or conduct consisting of an action or omission, attributable to a State, by which an alien is compelled to leave the territory of that State; it does not include extradition to another State, surrender to an international criminal court or tribunal, or the non-admission of an alien, other than a refugee, to a State; (b) “alien” means an individual who does not have the nationality of the State in whose territory that individual is present.</p>	<p>제2조 (용어) 본 초안에서 (a) “추방”이란 외국인이 어느 국가의 영토에서 떠나도록 강제하는, 공식적 행위 또는 그 국가에 귀속될 수 있는 작위 또는 부작위로 이루어진 행태를 의미한다. 다른 국가에의 범죄인 인도, 국제형사재판소에의 인도 및 난민을 제외한 외국인의 입국거부는 이에 포함되지 아니한다. (b) “외국인”은 체류하는 국가의 국적을 가지지 아니한 개인을 의미한다.</p>
---	--

⁶⁾ U.N. Doc. A/CN.4/669

(<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/272/09/PDF/N1427209.pdf?OpenElement>)

⁷⁾ Won Kidane, Procedural Due Process in the Expulsion of Aliens under International, United States, and European Union Law: A Comparative Analysis, *Emory International Law Review*, Vol. 27, 2013, p. 303.

2. 초안 제26조

<p>Article 26 Procedural rights of aliens subject to expulsion</p> <p>1. An alien subject to expulsion enjoys the following procedural rights:</p> <p>(a) the right to receive notice of the expulsion decision;</p> <p>(b) the right to challenge the expulsion decision;</p> <p>(c) the right to be heard by a competent authority;</p> <p>(d) the right of access to effective remedies to challenge the expulsion decision;</p> <p>(e) the right to be represented before the competent authority; and</p> <p>(f) the right to have the free assistance of an interpreter if he or she cannot understand or speak the language used by the competent authority.</p> <p>2. The rights listed in paragraph 1 are without prejudice to other procedural rights of guarantees provided by law.</p> <p>3. A alien subject to expulsion has the right to seek consular assistance. The expelling State shall not impede the exercise of this right or the provision of consular assistance.</p>	<p>제26조 (추방 대상 외국인의 절차적 권리)</p> <p>1. 추방 대상 외국인은 아래와 같은 절차적 권리를 향유한다.</p> <p>(a) 추방결정의 통지를 받을 권리</p> <p>(b) 추방결정에 대하여 불복할 권리</p> <p>(c) 권한 있는 기관에 의견을 제출할 권리</p> <p>(d) 추방결정에 불복하기 위한 실효적인 구제수단에 접근할 수 있는 권리</p> <p>(e) 권한 있는 기관에 대한 관계에서 대리인을 선임할 권리</p> <p>(f) 권한 있는 기관이 사용하는 언어를 이해하거나 말할 수 없는 경우 무료로 통역인의 조력을 받을 권리</p> <p>2. 제1항에서 열거한 권리는 법률에 규정된 다른 절차적 권리 또는 보장에 영향을 미치지 않는다.</p> <p>3. 추방 대상 외국인은 영사의 조력을 구할 권리를 갖는다. 추방국은 위 권리의 행사 또는 영사의 조력 제공을 방해하여서는 아니 된다.</p>
---	--

<p>4. The procedural rights provided for in this article are without prejudice to the application of any legislation of the expelling State concerning the expulsion of aliens who have been unlawfully present in its territory for less than six months.</p>	<p>4. 이 조항에서 부여한 절차적 권리는 추방국의 영토에 불법으로 체류한 지 6개월 미만인 외국인의 추방에 대해서는 추방국의 법 적용에 영향을 미치지 아니한다.</p>
--	---

추방결정의 통지를 받을 권리[제1항 (a)]

- 다른 절차적 권리를 향유하기 위한 필수적인 전제조건
- 추방결정의 통지를 받을 권리는 이유를 제시받을 권리까지 포함할 수 있음. 유럽공동체법원(ECJ)은 국가안보에 관한 사유가 없는 한, 추방결정의 이유도 통지되어야 한다고 판시하였음. 나아가 제시된 이유는 당사자가 자신의 이익을 방어하는 데 충분할 정도로 상세하고 구체적이어야 한다고 함.⁸⁾ 다만, 각국의 국내법 수준에서는 이유제시 권리의 보장 여부 및 보장수준에 편차가 있음.⁹⁾

추방결정에 대하여 불복할 권리[제1항 (b)]

의견청취의 권리[제1항 (c)]

- 추방결정에 불복할 권리를 행사하는 데 필수적
- 권한 있는 기관이 의견을 직접 들을 것을 요구하는 것은 아님. 권한 있는 기관에 대한 관계에서 자신의 상황을 설명하고 주장을 제시할 기회가 부여되면 충족됨. 서면에 의한 절차도 위 요건을 충족할 수 있음.¹⁰⁾

⁸⁾ *Rezguia Adoui v. Belgian State and City of Liège; Dominique Cornuaille v. Belgian State, Joined Cases C-115/81 and C-116/81, Judgment of 18 May 1982, para 2*(<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/380/67/PDF/N1038067.pdf?OpenElement>).

⁹⁾ Sixth Report of the Special Rapporteur, Maurice Kantto (62nd session of the ILC (2010)) Appendum, U.N. Doc. A/CN.4/625 Add. 1, para. 76-80(

¹⁰⁾ ILC Report, A/67/10, 2012, p. 64.

- 추방결정에 불복하기 위한 실효적인 구제수단에 접근할 수 있는 권리[제1항 (d)]
- 대리인을 선임할 수 있는 권리[제1항 (e)]
 - 반드시 변호사를 대리인으로 선임할 수 있는 권리를 포함하는 것은 아님¹¹⁾
- 통역인의 조력을 받을 권리[제1항 (f)]
 - 절차적 권리를 실효성 있게 행사하기 위해 결정적인 요소. 의견청취의 권리를 행사하는 데 필수적이고, 추방결정을 통지받을 권리 및 추방결정에 불복할 권리의 실현을 위해서도 중요.¹²⁾
 - 방대한 문서를 번역하거나 당사국이 위치한 지역이나 국제적인 수준에서 통상 쓰이지 않는 언어로 통역해 줄 것을 요구할 수 있는 권리까지 포함되는 것으로 해석하여서는 안됨. 다만, 의견제출 절차의 공정성을 저해하지 않는 한도에서 그러함.
- 절차적 권리의 주체[제4항]
 - 불법체류자라도 절차적 권리를 향유할 수 있으나, 체류기간이 6개월 미만인 불법체류자는 제외
 - 핵심적인 절차적 권리는 모든 외국인이 예외 없이 향유해야 한다는 반론 있었으나, ILC는 현실적인 접근방법을 채택.
 - 여러 국가의 국내법에서 불법체류자에 대해 간소화된 절차를 채택하고 있음. 이 경우 불법체류자는 열거된 여러 절차적 권리뿐만 아니라 가장 핵심적인 권리인 추방결정에 불복할 권리도 향유할 수 없게 됨. 그리하여 절차적 권리를 향유하기 위한 최소 기간을 설정하기로 하고 이를 6월로 정함.
 - 체류기간 이외에 다른 요소(사회적, 직업적, 경제적 또는 가족의 통합의 정도)도 고려되어야 한다는 반론이 있었으나, 그러한 요소를 평가·적용하는 것이 어렵고 국가별 관행도 다양하므로 기간을 기준으로 함.¹³⁾

¹¹⁾ ILC Report, A/67/10, 2012, p. 68.

¹²⁾ ILC Report, A/67/10, 2012, p. 68.

3. 초안 제27조

<p>Article 27 Suspensive effect of an appeal against an expulsion decision An appeal lodged by an alien subject to expulsion who is lawfully present in the territory of the expelling State shall have a suspensive effect on the expulsion decision.</p>	<p>제27조 (추방결정에 대한 쟁송제기의 집행정지효) 추방국의 영토에 적법하게 체류하고 있는 추방 대상 외국인이 제기한 쟁송은 추방결정의 집행을 정지시키는 효력을 갖는다.</p>
--	--

- 초안 제27조는 적법하게 체류하고 있는 외국인에 대해서는 쟁송 제기의 집행정지효 인정
- ‘국제법의 점진적 발달’에 해당. 각국의 관행이 일반적 국제법의 성립을 뒷받침할 정도로 충분히 단일하거나 수렴되어 있지는 않음.
- 그럼에도 불구하고 ILC가 집행정지효를 인정한 이유는 추방결정의 집행이 정지되지 않는다면 추방결정에 대한 쟁송이 실효성이 없을 수 있기 때문임. 추방국에서 퇴거한 이후에 비로소 추방결정의 위법성이 확인된다면, 경제적 문제 등 귀환에는 현실적인 장애가 있을 수 있음
- 일부 위원은 불법체류자의 경우에도 일정 기간 이상 체류하거나 사회적, 경제적, 가족의 통합의 정도가 일정 수준 이상인 경우에는 집행정지효를 인정해야 한다는 의견을 제시함
- 참고로 유럽인권법원은 집행정지 여부에 대한 국가의 재량을 인정하면서도, 회복불가능한 결정은 권한 있는 기관에 의해 그 결정이 유럽인권협약에 합치된다는 점이 확정되기 전에는 집행되어서는 안 된다고 판단(*Čonka v. Belgium*)¹⁴⁾

¹³⁾ ILC Report, A/67/10, 2012, p. 70.

¹⁴⁾ 이상 ILC Report, A/67/10, 2012, pp. 71-72.

4. 초안 제29조

<p>Article 29 Readmission to the expelling State</p> <p>1. An alien lawfully present in the territory of a State, who is expelled by that State, shall have the right to be readmitted to the expelling State if it is established by a competent authority that the expulsion was unlawful, save where his or her return constitutes a threat to national security or public order, or where the alien otherwise no longer fulfills the conditions for admission under the law of the expelling State.</p> <p>2. In no case may the earlier unlawful expulsion decision be used to prevent the alien from being readmitted.</p>	<p>제29조 (추방국으로의 재입국)</p> <p>1. 추방국의 영토에 적법하게 체류하다가 추방된 외국인은 권한 있는 기관에 의하여 그 추방이 위법하다는 점이 확인되면 추방국에 재입국할 권리가 있다. 다만, 그의 귀환이 국가안전 또는 공공질서에 위협이 되거나 그가 추방국의 법률에 따른 입국 요건을 더 이상 충족시킬 수 없는 경우에는 그렇지 아니하다.</p> <p>2. 어떠한 경우에도 이전의 위법한 추방결정이 재입국을 막는 데 이용되어서는 아니 된다.</p>
--	---

- 초안 제29조는 위법한 추방으로 인해 추방국을 떠난 자에 대해 재입국의 권리를 부여
- ‘국제법의 점진적 발달’에 해당. 각국의 관행이 일반적 국제법의 성립을 뒷받침할 정도로 충분히 단일하거나 수렴되어 있지는 않음
- ILC는 신중한 접근법을 택하여, 적법하게 체류하고 있던 자가 위법하게 추방된 경우로 한정함. 또한 권한 있는 기관에 의해 추방의 위법성이 확인되고, 추방국이 위 조항에서 정한 다른 사유를 재입국 거부사유로 주장할 수 없는 경우에만 적용되도록 함.¹⁵⁾

¹⁵⁾ 이상 ILC Report, A/67/10, 2012, p. 73

* 초안 제19조

<p>Article 19 Detention conditions of an alien subject to expulsion</p> <p>1. (a) The detention of an alien subject to expulsion shall not be punitive in nature. (b) An alien subject to expulsion shall, save in exceptional circumstances, be detained separately from persons sentenced to penalties involving deprivation of liberty.</p> <p>2. (a) The duration of the detention shall not be unrestricted. It shall be limited to such period of time as is reasonably necessary for the expulsion to be carried out. All detention of excessive duration is prohibited. (b) <u>The extension of the duration of the detention may be decided upon only by a court or a person authorized to exercise judicial power.</u></p> <p>3. (a) The detention of an alien subject to expulsion shall be reviewed at regular intervals on the basis of specific criteria established by law. (b) Subject to paragraph 2, detention shall end when the expulsion cannot be carried out, except where the reasons are attributable to the alien concerned.</p>	<p>제19조 추방 대상 외국인의 구금 요건</p> <p>1. (a) 추방 대상 외국인의 구금은 제재적 성격을 가져서는 아니 된다. (b) 추방 대상 외국인은, 예외적인 상황을 제외하고는, 자유형 등 형을 선고받은 자와 분리하여 수감되어야 한다.</p> <p>2. (a) 구금기간은 무제한적이어서는 아니 된다. 구금기간은 추방이 집행되기에 합리적으로 필요한 기간으로 제한되어야 한다. 과도한 기간의 구금은 모두 금지된다. (b) <u>구금기간 연장은 법원 또는 사법권을 행사할 권한이 있는 자에 의해서만 결정될 수 있다.</u></p> <p>3. (a) 추방 대상 외국인의 구금은 법률에서 정한 구체적인 기준에 기초하여 정기적으로 심사되어야 한다. (b) 제2항의 조건 하에서, 추방을 집행할 수 없다면, 그 사유가 해당 외국인에게 책임 있는 것이 아닌 한, 구금은 종료된다.</p>
--	--

- 초안 제19조 제2항은 구금기간의 연장을 오로지 법원 또는 사법권을 행사할 권한이 있는 자만이 결정할 수 있도록 함
- 여러 위원이 위 요건을 이민법 집행과정에서 적용할 수 있을지 우려를 표시하였으나, ILC는 행정기관에 의한 남용가능성을 방지하기 위해 위 요건이 필요하다고 판단함
- 이는 유럽인권법원 판례의 영향을 받은 것임. 유럽인권법원은 인신보호의 권리(right of habeas corpus)를 언급하면서, 최초의 기간을 연장하기 위해서는 자의 방지를 위해 법원의 개입이 요구된다고 판시하였음.¹⁶⁾¹⁷⁾

III. 행정절차법 적용배제의 문제점

1. 행정절차법 제3조 제2항 제9호를 둘러싼 논란

□ 법률 조항의 문제점 : 명확성 원칙 또는 포괄위임금지 원칙 위반 여부

- 같은 항 제1호에서 제8호는 적용배제사항을 법률에서 완결적으로 정하고 있음. 이에 반해 제9호는 적용배제사항을 대통령령에 위임하고 있을 뿐만 아니라 그 범위도 매우 불확정적이고 넓은(아래 밑줄 친 부분 참조).

행정절차법 제3조 제2항 제9호

「병역법」에 따른 징집·소집, 외국인의 출입국·난민인정·귀화, 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계와 그 밖의 처분, 이해 조정을 목적으로 하는 법령에 따른 알선·조정·중재(仲裁)·재정(裁定) 또는 그 밖의 처분(①) 등 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항(②)으로서 대통령령으로 정하는 사항

- 특히 행정절차법에 규정된 개개의 절차를 배제하는 데 그치는 것이 아니라 행정절차법 전체의 적용을 배제하는 효과를 갖는 조항이므로 1996년 행정절차법 제정시부터 문제가 지적되어 왔음

¹⁶⁾ Shamsa v. Poland, Judgment of 27 November 2003, Applications Nos. 45355/99 and 45357/99, para. 59.

¹⁷⁾ 이상 ILC Report, A/67/10, 2012, p. 49.

□ 대통령령 조항의 문제점 : 위임의 한계 이탈 여부

- 위임조항은 적용배제될 수 있는 행정작용의 포괄적인 유형에 관한 부분(①)과 적용배제의 실질적 근거 또는 기준(②)에 관한 부분으로 구성되어 있음. 그러므로 위임조항의 취지는 행정부에게 구체적인 행정작용별로 행정절차법의 적용을 배제할 만한 실질적인 근거가 있는지(②)를 판단하여 그 판단의 결과를 구체적으로 대통령령에 담도록 한 것임. 즉 ①에서 열거한 포괄적인 유형에 해당하더라도 개별 행정작용별로 ②의 기준을 충족하는 경우에만 대통령령에 규정하여야 하고, ①에서 열거하고 있지 아니하더라도 “그 밖의 처분”에 해당할 수는 있으나 역시 ②의 기준을 충족하여야 함.
- 그러나 대통령령에서는 적용배제될 수 있는 행정작용의 포괄적인 유형(①)을 추가하고 있을 뿐이고, 행정절차법의 적용을 배제할 만한 실질적인 근거가 있는지(②)에 대한 고려는 드러나지 아니함. 제1호부터 제4호에서는 법률의 문언을 거의 그대로 반복하거나 행정작용을 추가하고 있고, 제5호 이하에서는 적용배제되는 새로운 행정작용 유형을 포괄적으로 창설

같은 법 시행령 제2조(적용제외) 법 제3조제2항제9호에서 “대통령령으로 정하는 사항”이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 말한다.

1. 「병역법」, 「향토예비군 설치법」, 「민방위기본법」, 「비상대비차원 관리법」에 따른 징집·소집·동원·훈련에 관한 사항
2. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항
3. 공무원 인사관계법령에 의한 징계 기타 처분에 관한 사항
4. 이해조정을 목적으로 법령에 의한 알선·조정·중재·재정 기타 처분에 관한 사항
5. 조세관계법령에 의한 조세의 부과·징수에 관한 사항
6. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」, 「약관의 규제에 관한 법률」에 따라 공정거래위원회의 의결·결정을 거쳐 행하는 사항
7. 「국가배상법」, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 재결·결정에 관한 사항
8. 학교·연수원등에서 교육·훈련의 목적을 달성하기 위하여 학생·연수생등을 대상으로 행하는 사항
9. 사람의 학식·기능에 관한 시험·검정의 결과에 따라 행하는 사항
10. 「배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률」에

따라 행하는 사항

11. 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」에 따른 사정·결정·심결, 그 밖의 처분에 관한 사항

2. 판례를 통한 해결?

□ 대법원은 일종의 '법률합치적 대통령령 해석'으로 이 문제를 해결

행정과정에 대한 국민의 참여와 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하는 행정절차법의 입법목적과 행정절차법 제3조 제2항 제9호의 규정 내용 등에 비추어 보면, 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항 전부에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 것이 아니라 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제되는 것으로 보아야 할 것이다(대법원 2007. 9. 21. 선고 2006두20631 판결【진급낙천처분취소】).

□ 한계

- 공무원에 대한 징계절차(국가공무원법 제10장 참조)나 공정거래위원회의 의결·결정절차와 같이 절차의 개시부터 종료까지 개별법에서 완결적으로 규정하고 있는 경우를 제외하면, “성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분”이 행정절차법 전체의 적용을 배제하는 데 적절한 기준인지 의문. 행정절차법상의 개별 절차(사전통지, 의견제출, 이유제시 등)가
 - “성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요”하다면
 - 개별 절차를 정하고 있는 조항에서 예외 규정을 둬¹⁸⁾

18) 행정절차법 제21조(처분의 사전 통지) ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항에 따른 통지를 하지 아니할 수 있다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
2. 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우
3. 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우

제22조(의견청취) ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에도 불구하고 제21조제4항 각 호의 어

- “행정절차에 준하는 절차를 거치도록” 하였다면,

→ 그 조항이 행정절차법에 대한 특별한 규정이므로 우선 적용¹⁹⁾

- 행정부 공무원에 대한 행위규범으로 작동하지 못함. 대통령령 조항의 효력 유지되므로 행정부 공무원은 여전히 “성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분”인지 검토하지 아니하고 대통령령에 열거된 사항 모두에 대하여 행정절차법의 적용 배제되는 것으로 이해하고 업무 처리하는 경향. 심지어 하급심 판결에서도 이러한 경향을 발견할 수 있음.

3. '외국인의 출입국에 관한 사항'에 관한 하급심 판례의 동향

□ '외국인의 출입국에 관한 사항'이면 그것만으로 행정절차법이 적용되지 않는다고 한 유형²⁰⁾

- 강제퇴거명령, 보호명령, 출국명령, 입국금지처분 등과 관련하여 사전통지, 의견제출, 이유제시 규정 등의 위반을 주장하였으나 배척

행정절차법 제3조 제2항 제9호 및 같은 법 시행령 제2조 제2호는 외국인의 출입국에 관한 사항에 대하여는 행정절차법이 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 피고가 이 사건 처분을 함에 있어 행정절차법에서 정하는 의견청취 및 이유제시의 절차를 따르

는 하나에 해당하는 경우와 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 하지 아니할 수 있다.

제23조(처분의 이유 제시) ① 행정청은 처분을 할 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다.

1. 신청 내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우
2. 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우
3. 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

19) 제3조(적용 범위) ① 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차(이하 “행정절차”라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

20) 인천지방법원 2012. 2. 16. 선고 2011구합6404 판결; 의정부지방법원 2012. 2. 7. 선고 2011구합3444 판결; 서울행정법원 2012. 7. 6. 선고 2012구합13344 판결; 서울행정법원 2011. 4. 7. 선고 2010구합45491 판결; 서울행정법원 2008. 4. 16. 선고 2007구합24500 판결 등. 위 판결들은 모두 대법원 2007. 9. 21. 선고 2006두20631 판결이 나온 이후의 판결들이다. 이 점에서 대법원 판결이 제시한 기준이 실제로 작동하고 있는지 의문이다.

지 않았다 하더라도 어떠한 절차상 하자가 있다고 보기는 어려우므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

→ 대법원 판례와 배치되는 문제점

□ “성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분”인지 검토한 유형²¹⁾

다만, 행정절차법의 입법목적과 행정절차법 제3조 제2항 제9호의 규정 내용 등에 비추어 외국인의 출입국에 관한 처분 전부에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 것이 아니라 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제되는 것으로 해석...

○ 강제퇴거명령에 대하여 사전통지, 의견제출 절차를 거치는 것은 곤란하거나 불필요²²⁾하거나 또는 출입국관리법에서 의견청취에 준하는 절차를 거치도록 하고 있다²³⁾고 판단

외국인에 대한 강제퇴거명령은 그 성격상 신속을 요하여 행정절차법의 적용을 배제할 필요성이 있고, 특히 이러한 사실이 미리 알려질 경우 해당 외국인이 도주할 염려가 있어 처분의 사전통지에 관한 절차를 거치는 것은 곤란하며, 강제퇴거명령을 하기 위해 출입국관리공무원이 해당 외국인이나 참고인에 대한 출석 요구를 하여 진술을 듣고 그 밖에 서류나 물건을 제출받을 수 있어 조사과정에서 어느 정도 의견제출의 기회 또한 주고 있다고 보이므로 외국인에 대한 강제퇴거명령을 함에 있어 행정절차법 제21조, 제22조에서 정한 절차를 거치는 것은 곤란하거나 불필요하다고 보인다.²⁴⁾

출입국관리공무원은 강제퇴거명령의 사유에 해당된다고 의심되는 용의자에 대하여 출석 요구 및 신문할 수 있고, 서류 또는 물건을 제출하도록 요구할 수 있어(출입국관리법 제48조, 제50조) 조사과정에서 강제퇴거명령의 대상자에게 어느 정도 의견제출의 기회를 주고 있다고 보이고, ...²⁵⁾

21) 서울행정법원 2013. 4. 26. 선고 2012구합34679 판결; 서울행정법원 2013. 6. 12. 선고 2012구합36514 판결; 서울행정법원 2013. 6. 20. 선고 2012구합 40506 판결 등.

22) 서울행정법원 2013. 4. 26. 선고 2012구합34679 판결.

23) 서울행정법원 2013. 6. 20. 선고 2012구합 40506 판결.

24) 서울행정법원 2013. 4. 26. 선고 2012구합34679 판결.

25) 서울행정법원 2013. 6. 20. 선고 2012구합 40506 판결.

- 출석요구, 서류·물건 제출 요구 등 행정청의 조사권한에 관한 조항을 근거로 의견청취의 기회가 보장되었다고 할 수 있는지 의문
- 출국명령에 대하여 “그 외국인이 자진하여 출국하겠다는 의사를 표시한 경우에 행해지는 조치로서 그 성질상 행정절차를 거칠 필요가 없는 처분”이라고 판단²⁶⁾
- 강제퇴거명령에 따른 입국금지기간 5년의 불이익(출입국관리법 제11조 제1항 제6호)을 피하기 위해 출국명령을 선택한 경우(같은 법 제68조 제1항 제1호) 강제퇴거사유의 부존재를 의견제출의 기회를 통해 주장할 이익 있으므로 자진 출국의사를 표시하였다는 이유만으로 행정절차를 거칠 필요가 없다고 판단한 것은 의문²⁷⁾

4. 이유제시의 문제

□ 강제퇴거명령의 경우

출입국관리법 제59조 ③ 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장은 제2항에 따라 강제퇴거명령을 하는 때에는 강제퇴거명령서를 용의자에게 발급하여야 한다.

같은 법 시행규칙 제63조(강제퇴거명령서의 기재요령) 법 제59조제3항에 따른 강제퇴거명령서에는 적용법조·퇴거이유·송환국등을 명시하여야 한다.

- 위 법령 조항이 강제퇴거명령을 서면으로 통지하도록 하면서 적용법조·퇴거이유 등을 기재하도록 한 것은, 강제퇴거명령의 요건에 관하여 신중한 조사와 판단을 하여 정당한 처분을 하도록 하고, 처분의 상대방에게 그 정당성의 근거를 제시하여 이에 대한 불복신청에 편의를 주고, 나아가 이에 대한 사법심사에 있어서 심리의 범위를 한정함으로써 결국 이해관계인의 신뢰를 보호하고 절차적 권리를 보장하기 위한 것이므로, 행정절차법 제23조 규정의 ‘처분의 근거 및 이유’와 다르지 않다고 할 것임²⁸⁾

26) 서울행정법원 2013. 6. 12. 선고 2012구합36514 판결.

27) “행정지도방식에 의한 사전고지나 그에 따른 원고의 자진 폐공의 약속 등의 사유만으로는 그것이 위 사전통지 등을 하지 않아도 되는 위 법 소정의 예외의 경우에 해당한다고 볼 수도 없다”고 판단한 대법원 2000. 11. 14. 선고 99두5870 판결과 비교

- 행정절차법 제3조 제1항에 따라 특별규정으로 우선 적용
- 행정절차법 제23조가 적용되지 않는다고 보더라도 결국 위 법령조항은 헌법상 적법절차의 원칙과 행정절차법의 기본 원리를 받아들인 것이므로²⁹⁾ 강제퇴거명령에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데 지장이 없을 정도로 구체적으로 이유를 제시하여야 함³⁰⁾

□ 출국명령의 경우

출입국관리법 제68조 ② 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장은 제1항에 따라 출국명령을 할 때에는 출국명령서를 발급하여야 한다.

- 같은 법 시행규칙 [별지 제123호 서식] 에서 출국명령서 서식을 정하고 있으나 위 서식에는 이유를 기재하는 난이 없음
- “성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정”하기 어려운 성격의 처분이므로, 행정절차법 제23조 제1항 각호에서 정한 이유제시의 예외사유에 해당하지 않는 한, 이유가 제시되어야 할 것임

28) 현재 2009. 1. 13. 2008헌마161 결정 참조.

29) 조세 영역에서의 특별규정에 관한 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010두12347 판결 참조.

30) 대법원 1990.9.11. 선고 90누1786 판결 참조.

[제3주제]

출입국관리법상 보호명령과 그에 대한 구제*

하 명 호 (고려대학교 법학전문대학원)

- I. 서론
- II. 행정상 인신구속과 그에 관한 구제제도에 관한 이해
- III. 출입국관리법상 보호명령에 대한 검토
- IV. 맺음말

I. 서론

헌법 제12조 제1항 전문에서는 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다”라고 규정하여 이를 기본권으로 보장하고 있다. 그런데 신체의 자유와 침해 및 그 침해에 대한 구제수단에 대한 관심은 형사절차에서의 체포·구속에 집중되어왔다. 그러나 헌법 제12조의 신체의 자유의 대상이 되는 인신구속은 형사절차에서의 체포·구속만 한정하는 것이 아니라 ‘공권력’에 의한 신체의 자유의 침해이기만 하면 행정목적의 달성을 위한 행정작용에 의한 구속도 포괄하는 것이다. 이러한 행정상의 인신구속은 국민들의 생활에 생각보다 가까이 있고, 그 침해의 심각성 또한 형사절차에서의 체포·구속에 못지않다.

출입국관리행정영역에서 살펴보더라도 국가는 바람직스럽지 않은 외국인을 강제퇴거할 권리를 당연히 가지기 때문에, 현행 출입국관리법에도 외국인의 강제퇴거절차를 규정하고 있다. 그런데 그 절차에는 행정상 인신구속에 해당하는 보호명령과 같은

* 이 발표문은 고려법학 제52호에 2009. 4. 30. 게재된 줄고, 「외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰」이라는 논문을 현재 시점에 맞춰 수정한 것이다.

강제적 수단이 포함되어 있다. 이렇게 외국인의 강제퇴거가 국가의 주권 또는 재량사항에 속하는 것이라고 하더라도 헌법상 보장된 기본권 중에서도 가장 기본이 되는 신체의 자유를 제한하는 것이기 때문에 법치국가의 원리가 당연히 적용되어야 한다.

출입국관리법상의 보호명령에 따르는 인신구속의 필요성에도 불구하고 이에 대한 적절한 이의절차를 갖는 것은 인권보장을 위하여 매우 중요한 일이다. 그런데, 외국인들은 다른 나라의 출입국관리정책이나 그 집행에 이의를 제기하기가 사실상 곤란하고 문제를 제기하더라도 불법체류자로 확정되면 곧바로 출국할 수 밖에 없기 때문에, 몇몇 인권단체에서 관심을 갖는 외에는 이러한 문제에 소홀하였던 것도 사실이다. 이러한 문제의식 하에서 이 말제에서는 출입국관리법상 보호명령에 관하여 공법적 검토를 행하는데 목적이 있다.

II. 행정상 인신구속과 그에 관한 구제제도에 관한 이해

1. 행정상의 인신구속의 의의

가. 개념

신체의 자유란 신체적 기동의 자유를 말한다. 적극적으로는 어디든지 원하는 장소로 이동할 수 있는 자유를 말하고, 소극적으로는 현재 있는 장소에 머무를 수 있는 자유를 말한다.¹⁾ 헌법 제12조 제1항은 신체의 자유에 대한 제한 내지 침해의 유형으로 체포·구속·압수·수색·심문·처벌·보안처분 또는 강제노역으로 예시하고 있다. 여기에서 ‘체포’는 신체를 실력으로 구속하여 일정기간 유치하는 것이고, ‘구속’은 신체를 일정한 장소에서 계속 구류하여 장소적 이동을 불가능하게 하는 것이다.²⁾ 인신보호법 제2조 제1항 본문에서는 헌법 제12조 제1항 제1문에 규정된 체포·구속에 대한 대응하는 개념으로 “수용”이라는 용어를 사용하면서, 피수용자를 「자유로운 의사에 반하여 수용시설에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자」라고 정의하고 있다.

체포·구속은 형사절차에서만 이루어지는 것은 아니다. 이를 형사절차에서의 인신

1) 계획열, 헌법학(중) 신정2판, 박영사(2007), 290면, 현재 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정.

2) 계획열, 위의 책, 292면 참조.

구속과 구별하기 위하여 ‘행정상 인신구속’이라고 부를 수 있다.³⁾ 행정상 인신구속은 행정작용이라는 점에서 형사절차에서의 인신구속이 사법작용인 것과 구별된다. 그러나 형사절차에서의 인신구속과 그렇지 않은 행정상의 인신구속은 공권력에 의한 인신구속이라는 점에서 공통점도 가지고 있고, 이러한 점에서 사인에 의한 인신구속과 구별된다.

인신보호법 제2조 제1항 본문에서 보는 바와 같이 신체의 자유의 제한 내지 침해인지 여부는 그것을 받는 자의 ‘자유로운 의사’에 반하는지 아닌지가 관건이 된다. 스스로 자신의 정신질환을 자각하여 자의로 정신병원에 입원한 것처럼, 비록 신체적 거동이 자유롭지 않게 되었다라도 그것이 본인의 자유로운 의사에 기하여 이루어진 것이라면 신체의 자유의 제한 내지 침해라고 볼 수 없으므로, 그러한 자의입원을 두고 체포나 구속이라고 할 수는 없을 것이다.

자유로운 의사에 반하여 신체적 거동이 제한되고 있다면 명칭의 여하를 불문하고 구제의 대상이 되는 체포·구속에 해당한다. 인신보호법 제2조 제1항 본문에서는 “수용·보호 또는 감금”을 예시하고 있고, 일본 인신보호규칙 제3조에서는 “체포, 억류, 구금”을 예시하고 있다. 주의할 점은 실정법에 규정된 명칭에 현혹되지 말고 또 체포·구속의 동기에 구애받지 말고, 그 실질에 따라 - 특히 감금이 수반되는지 여부에 따라 - 인신구속에 해당하는지 여부를 살펴보아야 한다는 것이다. 폐쇄된 시설에의 수용뿐만 아니라 폐쇄되지 않은 시설에의 수용일지라도 시설관리자가 피수용자를 일정한 시설에 가두고 탈출을 제지하는 권한을 부여받고 있는 경우에는 사실상 탈출의 가능성이 다소 있다라도 구속에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 경찰행정적 관점에서 공공의 안녕질서의 유지를 위하여 행해진 경우뿐만 아니라 복지행정적 측면에서 치료를 위하여 행해진 경우에도 구속에 해당한다고 보아야 한다.

나. 법적 성격

행정상 인신구속은 각각의 요건과 형태를 따져서 그 법적 성질을 규명하여야 할

3) 행정상 인신구속이라는 용어는 이 분야에 관한 연구가 소홀한 것에서 보는 바와 같이 사용된 예가 거의 없고, 학계에서 합의된 용어도 아니다. 이러한 용어를 사용한 문헌으로는 「박균성, 『행정상 인신구속에 대한 법적 통제』, 공법학의 제문제 : 현제 김영훈박사 화갑 기념, 법문사(1995)」, 「하명호, 『행정상 인신구속과 구속적부심사제도의 도입에 관하여』, 헌법논총 제16권, 헌법재판소(2005)」 등이 있다.

것이지만, 통상 구속을 결정하는 절차와 그 결정을 집행하는 절차로 나눌 수 있다. 전자는 치료시설에 입원할 것과 같은 의무부과를 명하는 결정이나 명령으로 행정행위의 성질을 가지는 것이 대부분일 것이고, 후자는 행정상 즉시강제나 직접강제에 해당할 것이다.

직접강제와 즉시강제는 법률이나 행정처분에 의하여 의무가 미리 과해진 경우를 전제로 하는 것인지로 구별하는 것이 통설적인 견해이다. 따라서 행정상 인신구속을 집행하는 절차가 입원명령과 같이 상대방인 국민에게 사전에 의무를 명함이 없이 행해지는 경우에는 행정상 즉시강제가 되고, 사전에 국민에게 의무를 명하고 상대방인 국민이 이 의무를 이행하지 않을 때 행해지는 경우에는 직접강제에 해당하게 될 것이다.⁴⁾

2. 행정상 인신구속과 적법절차의 원리

가. 헌법 제12조 제1항 제2문(적법절차의 원칙)의 적용

헌법 제12조 제1항 제2문은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하고, 같은 조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하고 있는 등 적법절차의 원칙을 명문으로 규정하고 있다.

적법절차의 원칙이 국민의 자유와 권리를 보장하는 것을 목적으로 하는 점에 비추어 헌법상의 처벌·보안처분 또는 강제노역은 적법절차의 대상을 한정적으로 열거한 것이 아니고 예시한 것에 불과하다는 것이 통설(예시설)이고 타당하다.⁵⁾ 헌법재판소도 형사절차에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련된 관련되지 않은 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하고 있다.⁶⁾

4) 박균성, 위의 논문, 488면.

5) 계희열, 위의 책, 304면, 김철수, 헌법학개론 제19전정신판, 박영사(2007), 648면, 성낙인, 헌법학 제7판, 법문사(2007), 379면, 정종섭, 헌법학원론, 박영사(2006), 381면, 허영, 헌법이론과 헌법 신판, 박영사(2007), 537면.

6) 헌재 1992. 11. 12. 선고 91헌가2 결정, 헌재 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정, 헌재 2001.

따라서, 헌법상 적법절차원리는 행정상 인신구속에도 그대로 적용되어야 하는바, 그 내용으로 주로 다음과 같은 점이 거론된다.⁷⁾ 첫째, 정당한 권한을 가진 기관에 의해 결정되어야 한다. 둘째, 행정절차의 상대방에 대해서는 고지·청문의 기회가 보장되어야 한다.⁸⁾ 특히 행정상 인신구속이 이루어질 경우 피구속자 본인이나 가족에게 인신구속의 이유, 시기, 장소 등이 고지되어야 한다. 셋째, 판정기관은 공정하게 구성된 독립된 기관이어야 한다. 넷째, 최종적 결정은 행정목적에 합치되고 헌법에 반하지 않는 법률에 근거하여 판정을 내릴 것을 명한다.

위와 같은 적법절차원리가 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을衡量하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.⁹⁾

나. 헌법 제12조 제3항(영장주의)의 적용여부

(1) 학설상의 논의

헌법 제12조 제3항에서 천명한 영장주의란 수사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 할 때 신분이 보장되는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의해야 한다는 것을 말한다. 행정절차에 헌법 제12조 제3항에서 규정된 영장제도가 적용되는가에 대하여 견해가 대립되는데, 주로 행정상 즉시강제나 강제적 성격의 행정조사에 관하여 논의가 이루어지고 있다. 그러나 영장주의의 적용 여부는 헌법상의 체포·구속·압수·수색의 개념에 포섭되는 한 위와 같은 경우에 한정되는 것이 아니라 직접강제, 행정대집행, 강제징수 등에서도 논의되어야 한다.

학설은 영장불요설,¹⁰⁾ 영장필요설, 행정상 즉시강제마다 개별적으로 살펴야 한다는 견해(개별설)¹¹⁾도 있으나, 원칙적으로 영장필요설에 있으면서 행정목적의 달성을 위

11. 29. 선고 2001헌바41 결정 등 참조.

7) 조홍석, 「정신병원에서의 수용과 기본적 인권」, 법학논고 15집, 경북대학교 법학연구소(1999), 138면 참조.

8) 헌재 1990. 11. 19. 선고 90헌가48 결정, 헌재 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정.

9) 헌재 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정.

10) 김성수, 일반행정법 제4판, 법문사(2008), 530면에서는 원칙적으로 즉시강제에 영장이 필요 없다고 기재되어 있다.

하여 불기피하다고 인정할 만한 특별한 사유가 있는 경우에는 예외적으로 영장주의의 적용을 받지 않는다는 절충설이 다수설이다.

이러한 절충설에서도 영장이 필요하지 않는 경우에 대하여 약간씩 다른 입장을 보이고 있다. 헌법학자들 중에는 행정상 즉시강제가 형사사법의 목적에 결부되는 경우에 영장이 필요하다는 견해,¹²⁾ 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 행정목적 달성이 불가능한 지극히 예외적인 경우에는 예외적으로 영장이 필요하지 않다는 견해,¹³⁾ 긴급한 경우에는 영장이 필요하지 않지만 정신병자의 강제수용에서 보는 바와 같이 자유가 계속적으로 박탈되는 경우에는 그 자유 박탈의 허용과 계속은 법관의 결정(영장)이 필요하다는 견해¹⁴⁾ 등이 있다. 행정법학자들의 경우에는 목전의 급박한 장애를 제거하기 위한 경우로 성질상 법관의 영장을 사전에 구할 수 없는 경우와 범죄수사와 관련이 없는 즉시강제에는 반드시 영장을 요하지 않다는 견해,¹⁵⁾ 국민의 생명·신체에 대한 절박한 위해를 방지하기 위한 경우에는 영장주의가 적용되지 않는다는 견해¹⁶⁾ 등이 주류이고, 더 나아가 즉시강제가 형사책임의 추궁과 관련을 갖는 것으로서 침해가 계속되거나 개인의 신체·재산·가택에 중대한 침해를 가할 수 있는 경우에는 사후이라도 영장을 요하고, 다만 경찰관직무집행법상 보호조치·위험발생방지 등 표준처분은 매우 빈번한 것으로 영장주의를 관철시킬 수 없다는 견해도 있다.¹⁷⁾

(2) 판례의 입장

11) 박균성, 행정법(상), 박영사(2014), 530면.

12) 계획열, 위의 책, 311면, 윤명선, 헌법학, 대명출판사(2000), 405면.

13) 허영, 위의 책, 542면, 행정법학자로서 같은 견해는 박윤훈, 최신행정법강의(상) 개정 29판, 박영사(2004), 624면.

14) 김철수, 위의 책, 658면, 정종섭, 위의 책, 395면, 김철수 교수는 독일기본법 제104조 제2항의 예를 든다.

15) 김남진·김연태, 행정법 I, 법문사(2014), 535면, 류지태, 행정법신론 제12판, 신영사(2008), 322면, 정하중, 행정법총론 제3판, 법문사(2006), 457면, 홍준형, 행정법총론 제3판, 한울아카데미(1997), 571면. 따라서 즉시강제라고 하더라도 성질상 미리 의무를 명하는 것으로는 행정목적 달성이 불가능한 경우나 긴급성이 없는 직접강제, 행정조사의 경우에는 사전영장이 요구된다고 한다.

16) 김동희, 행정법 I 제14판, 박영사(2008), 461면.

17) 홍정선, 행정법원론(상) 제16판, 박영사(2008), 599면.

헌법재판소의 판례 중에는 헌법 제12조 제1항은 신체의 자유에 관한 일반규정이
고, 제3항은 수사기관의 강제처분절차에 관한 특별규정이라고 판시한 것이 있고,¹⁸⁾
행정상 즉시강제는 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 원칙적으로 영장주의가
적용되지 않는다고 판시한 것이 있다.¹⁹⁾ 전자는 헌법 제12조 제3항이 수사절차에 한
정된다는 취지이므로 영장불요설에 있다고 볼 수 있으나, 후자는 절충설에 입각한 듯
한 표현을 사용하고 있어, 헌법재판소가 어떤 입장에 있는지 불분명하다.

한편, 대법원은 “사전영장주의는 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리이기 때문에
인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 존중되어야 하지만, 헌법 제12조
제3항 단서도 사전영장주의의 예외를 인정하고 있는 것처럼 사전영장주의를 고수하
다가는 도저히 행정목적 달성을 수 없는 지극히 예외적인 경우에는 형사절차에서
와 같은 예외가 인정된다”고 판시하여 절충설에 있는 것으로 보인다.²⁰⁾

(3) 행정상 인신구속·압수·수색에 대한 영장주의의 적용 배제

헌법 제12조 제3항의 영장제도의 본질은 수사절차상의 체포·구속·압수·수색 등
을 법원의 결정에 의하도록 함으로써 국민의 기본권을 보장하고자 하는데 있으므로,
행정상 인신구속을 만드시 법원의 결정에 의하여야 한다고 해석할 수 없다고 생각한
다.

먼저 연혁적인 이유로서, 헌법 제12조 제3항은 원래 미국 헌법으로부터 계수된 것
이고 계수 당시 미국에서는 행정목적을 위한 수색 등에는 영장주의가 적용되지 않는
것으로 보았다는 점이다. 수정헌법 제4조²¹⁾ 후단의 취지는 Common Law상 ‘법관영
장주의’의 전통에 따라 압수·수색을 하고자 하는 경우 원칙적으로 법원으로부터 영
장을 발부받아야 하고, 이러한 영장청구는 상당한 이유(probable cause)에 근거하여야
한다는 점을 명시하고 있다. 그런데, 이러한 미국식 영장주의는 미군정을 통해 우리
나라 제헌헌법의 제정에 직접적인 영향을 미친 것은 분명하다. 1948. 3. 20. 제정되

18) 헌재 2003. 12. 18. 선고 2002헌마593 결정.

19) 헌재 2002. 10. 31. 선고 2000헌가12 결정.

20) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결.

21) 미국 수정헌법 제4조는, “신체, 가택 서류 및 재산의 안전을 보장받는 국민의 권리는 비합
리적인 체포, 수색 및 압수에 의하여 침해될 수 없다. 체포, 수색 및 압수의 영장은 상당
한 이유에 근거하여 선서 또는 확약에 의하여 확인되고, 특히 수색장소와 피체포자 또는
압수품을 기재하지 아니하고는 이를 발할 수 없다”고 규정하고 있다.

고 1948. 4. 1. 시행된 미군정법령 제176호는 수사기관에게 강제처분권을 광범위하게 인정하고 있었던 조선형사령 중 일부 규정을 폐지하고(제24조), 인신구속 혹은 압수 수색에 관하여 원칙적으로 재판소의 영장이 필요하다고 규정하는 등(제3조, 제5조) 형사소송절차에 대하여 미국식 사법제도를 도입하였다. 그 후 1948. 7. 17. 제정된 제헌헌법 제9조 제2항에서는, “체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다. 단, 범죄의 현행·범인의 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 수사기관은 법률의 정하는 바에 의하여 사후에 영장의 교부를 청구할 수 있다”고 규정하였다.²²⁾ 그런데, 위 제헌헌법 제정 당시 미국에서는 수정헌법 제4조가 형사절차에서만 적용되는 것이지 행정절차에서 적용되는 것이라고 생각하지 않았고,²³⁾ 우리 제헌헌법 제9조 제2항에서도 ‘범죄’, ‘수사기관’이라는 표현에서 보는 바와 같이 당시 미국의 해석례를 그대로 따랐다.

다음으로, 우리 헌법 제12조 제3항을 문리해석하면 제1항과 달리 형사절차에서만 적용될 수 밖에 없음을 알 수 있다. 같은 항 본문에서 영장은 검사의 신청에 의해 법관이 발부하도록 규정하고 있고, 게다가 단서에서 사전영장의 예외로서 현행범 체포와 긴급체포의 경우에 사후영장을 발부받도록 규정하고 있는데 이는 범죄를 저지른 자에 대한 수사절차에 관한 규정임을 알 수 있고 달리 해석할 여지가 없다.

현실적인 측면에서 살펴볼 때에도 출입국관리법상 보호명령의 대상자가 될 수 있

22) 미국의 형사절차가 우리나라의 형사절차에 어떠한 헌법적·형사소송법적 영향을 미쳤는지를 자세히 다룬 문헌은, 김시철, ‘형사사법제도에 관한 우리나라와 미국의 헌법 등에 대한 비교법적 검토 -미국의 헌법이 우리 형사사법제도에 미친 영향 등을 중심으로-’, 헌법논총 제15집, 헌법재판소(2004) 참조.

23) 미국 연방대법원은 1959년의 Frank 사건에서 위생검사관이 어떤 주거의 지하실에 쥐가 끓는다는 믿음만한 상당한 이유가 있어 출입조사를 요구하였지만 집주인이 그것을 거절하였기 때문에 출입조사의 거절에 대하여 20달러의 벌금을 부과하는 취지가 규정된 조례에 의하여 형을 가한 것에 대하여, 위생공무원에 의한 영장 없는 검사를 허용할 의무를 가옥의 소유자에게 과하는 것은 프라이버시권의 합리적 제한으로서 적법절차 조항에 위반되는 것이 아니라고 판결하였다{Frank v. Maryland, 359 U. S. 360(1959), 김영조, 행정조사에 관한 연구, 경희대학교 대학원 박사학위논문(1998), 61면에서 재인용}. 물론 미국 연방대법원의 판례는 1967년의 Camara 판결에서 개인의 주거에 대한 행정조사에서, See 판결에서 영업소에 대한 행정조사에서 수정헌법 제4조가 적용된다고 판시하여 종래의 판결을 반복하였다. 그렇다고 하더라도 행정절차에서의 영장주의는 형사절차에서의 그것보다 광범위한 적용상 예외가 인정되고 있다{자세한 사항은 김영조, 위의 논문, 62면-72면, 서주실, ‘수정헌법 제4조와 영장제의 예외’, 미국헌법연구 제9호, 미국헌법학회(1998. 7), 26면-29면 참조}.

는 외국인 불법체류자는 2012년 말을 기준으로 177,854명에 달할 뿐만 아니라²⁴⁾ 그 밖에 경찰관직무집행법, 아동복지법, 장애인복지법, 정신보건법, 사회복지사업법, 성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률, 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률, 보호관찰 등에 관한 법률 등에 규정된 수용대상자를 보태면 그 수를 가늠할 수 없는데, 법원이 일일이 나서 영장을 발부하는 것은 사실상 불가능한 일이고,²⁵⁾ 특히 정신보건법상 강제입원에서 보는 바와 같이 법원 보다는 다른 전문기관이 수용 여부를 결정하는 것이 바람직한 경우도 있다. 행정상 인신구속만 살펴봐도 이렇진대 행정목적에 위한 압수·수색까지 합쳐 생각한다면 우리나라 법원의 인적 구성이나 여건 등에 살펴볼 때 현실성 없는 일이다.

결론적으로 법률적 차원에서 개개의 법률에서 영장주의를 채택하는 입법적 배려는 당연히 존중되어야 할 것이지만, 헌법 제12조 제3항은 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차에 적용되는 것으로 해석해야 할 것이므로, 행정상 인신구속·압수·수색의 절차에서 법관의 영장을 요건으로 하지 않는다고 하여 위헌이라고 할 수는 없을 것이다.

(4) 기존의 학설에 대한 검토

먼저 통설적 견해인 절충설이 드는 ‘형사사법의 목적과 경합되지 않는 경우’는 영장주의의 예외라 할 수 없는 것이다. 형사절차와 행정절차가 경합되는 경우에는 당연히 형사사법의 목적 때문에 영장이 요구되는 것이기 때문이다. 조세범처벌절차법 제3조 제1항은 범칙사건을 조사함에 있어서 압수 또는 수색을 하기 위해서는 영장이 필요하다고 규정하고 있으나 제12조 제1항에 의하여 그 조사결과 통고처분을 이행하지 않는 위반자는 국세청장 등에 의하여 반드시 고발되어 형사절차로 이행된다. 이러한 통고처분은 원래 형사절차로 처리되어야 할 것을 절차를 신속하고 간이하게 하기 위해 우선은 행정절차로 진행하도록 한 것 뿐이고 통고처분을 이행하지 않으면 다시 원래의 형사절차로 이전되기 때문에 당연히 위 조사절차는 형사사법의 목적을 가질

24) 법무부 출입국·외국인정책본부, 2012년도 출입국·외국인정책통계연보, 651면. 총 체류자는 1,445,103명으로 불법체류율은 12.3%이다.

25) 미국에서도 행정절차에 관해 광범위한 영장주의의 예외를 인정하고 있는데, 이른바 일반 영장(general warrant)이나 명목적인 고무인적 영장(rubber stamp)이 될 가능성이 높기 때문이라 한다(김영조, 위의 논문, 74면 참조).

수 밖에 없다.

다음으로 영장이 필요하지 않은 사유로서 ‘긴급한 경우’에는 수사절차와 마찬가지로 영장을 받을 필요가 없다고 한다. 그러나 수사절차에서는 현행범 체포나 긴급체포의 경우 사후영장을 발부받도록 헌법과 형사소송법에 규정되어 있으니 행정절차에서도 형사절차와 마찬가지로 사후영장을 발부받아야 한다고 주장하는 것이 논리필연적이다. 이 견해를 일관한다면, 긴급한 경우의 행정상 즉시강제나 행정조사의 경우에는 사전영장을 요하지는 않으나 사후영장은 필요하고, 긴급성이 갖춰지지 않은 행정절차에는 모두 법원의 사전영장이 필요하다고 해야 하므로, 영장주의를 규정하지 않는 모든 행정법규는 위헌이라고 해야 한다. 결국 영장필요설과 같은 결론이 되고, 이는 현실과 부합하지 않는 논리가 된다.

한편, 자유가 계속적으로 박탈되는 경우에는 그 자유 박탈의 허용과 계속은 법관의 결정(영장)이 필요하다는 견해는 독일 기본법으로부터 시사받은 것으로 보인다. 독일 기본법 제104조 제2항에서는 모든 형태의 ‘신체의 자유 박탈의 허용과 계속’을 법관만 결정하도록 규정하고 있고(법관유보), 제3항에서는 특히 범죄혐의 때문에 일시적으로 체포된 자에 대해서는 이에 더하여 법관대면기회를 헌법적 차원에서 보장하면서 계속적 구금을 위해서는 법관의 영장을 요하도록 규정하고 있다. 이에 따라 인신구속절차를 연방 차원의 일반법으로 구체화한 ‘자유박탈에 관한 재판절차법(Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen, FEFG)’이 제정되어 있고,²⁶⁾ 정신질환자, 마약중독자 및 알콜중독자에 대한 자유박탈과 같이 그 근거가 연방법이 아닌 주법인 경우에는 비송사건절차법(Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FGG) 제70조 내지 제70조의 n에서 정한 절차를 거치게 되어 있다.²⁷⁾ 그러나 위 견해는 우리나라 헌법 제12조 제3항과 독일 기본법 제104조 제2항, 제3항의 규정체계나 내용이 완전히 다르다는 점을 간과한 것이다. 위 견해는 독일 기본법 제104조로부터는 도출될 수 있겠으나 우리 헌법 제12조 제3항의 연혁적·문언적 해석에는 배치되는 것이라 생각된다.

²⁶⁾ v.Mangoldt · Klein · Starck, Bonner Grundgesetz Kommentar Band 3 4.Auflage, Verlag Franz Vahlen(2001), S.1450

²⁷⁾ Keidel · Kuntze · Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit 15.Auflage, Verlag C.H.Beck(2003), S.1590

다. 헌법 제12조의 그밖의 규정

신체의 자유를 보장하는 헌법 제12조는 앞에서 열거한 적법절차조항(제1항), 영장주의(제3항), 구속적부심조항(제6항) 이외에도 많은 절차적 보장 수단들을 규정하고 있다. 우선 제2항에서 고문금지와 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리를 보장하고 있는바, 위 조항은 형사절차 뿐만 아니라 행정절차나 국회에서의 조사절차에서도 적용된다.²⁸⁾ 제4항의 전단에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리 또한 행정절차에도 적용됨이 명백하나 후단의 국가의 형사피고인에 대한 국선변호인 선정 의무는 문언상 행정절차에 적용된다고 보기 어렵다. 제5항의 체포 또는 구속의 이유 등을 고지받을 권리는 형사절차에만 한정되어 보장된다는 아무런 근거가 없으므로, 행정상 인신구속에도 적용되어야 한다고 본다. 마지막으로 제7항에서 규정된 자백의 증거능력 제한규정은 행정절차와는 무관하다.

3. 위법한 행정상 인신구속에 대한 구제절차

가. 일반적인 구제수단

(1) 행정쟁송절차

행정기관에 의한 인신구속의 결정과 그에 대한 집행은 처분의 성질을 가진다. 행정상 인신구속이 행정상 즉시강제에 해당하는 경우 소의 이익과 관련하여 문제가 될 소지가 있으나 계속적 성질을 갖는 즉시강제의 경우에는 위법상태가 계속되는 한 소의 이익이 있다. 따라서 행정상 인신구속이 위법 또는 부당하게 국가기관에 의한 강제입원을 당한 자는 행정심판(취소심판)을 제기할 수 있고, 위법하게 국가기관에 의한 강제입원을 당한 자는 행정소송(취소소송)을 제기할 수 있다.²⁹⁾

행정쟁송은 법적 분쟁의 존재를 전제로 하고, 그 법적 분쟁은 판결을 통해서 최종적으로 결말이 나게 되는데, 그에 이르기까지 숙명적으로 오랜 시일이 걸린다. 또한 처분에는 공정력과 자기집행력이 있어서 본안 판결이나 재결을 기다리다가는 집행이 완료되어 버리는 경우도 생길 수 있다. 이러한 부작용은 행정상 인신구속에서 가장

²⁸⁾ 헌재 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정, 헌재 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43 결정.

²⁹⁾ 박근성, 위의 논문, 504면.

극단적으로 나타날 것이다. 그러므로 행정상 인신구속은 집행정지결정을 받아야 할 필요가 더욱 크다.

(2) 민·형사상의 구제수단

구속자 자신의 행위로 인한 불법구속이 행해졌다면 그는 민법 제750조에 의한 손해배상책임을 부담할 것이다. 그 사용인의 고의·과실에 의한 경우에는 그 구속자가 사인이면 민법 제756조에 의하여 민사상의 손해배상책임을, 국가 또는 지방자치단체라면 국가배상법 제2조 제1항의 국가배상책임을 부담하게 될 것이다. 한편 불법적인 구속으로 인한 손해가 시설 등 공작물의 설치, 관리상의 하자로 인한 것이라면 민법 제758조의 공작물책임을 부담하게 되고, 만일 영조물이라면 국가배상법 제5조에 의한 국가배상책임을 부담할 것이다.

한편, 행정상 인신구속에서 위법이 있으면 형법상의 감금죄 등으로 처벌을 받을 수 있음은 당연하고, 정신보건법 제55조 내지 제59조에서와 같이 벌칙 및 과태료조항도 마련하고 있는 경우도 많이 있다.

나. 개별법에 규정된 구제제도

행정상 인신구속을 규정한 개별법에는 인신구속의 남용을 막기 위하여 앞에서 본 일반적인 구제수단 외에도 개별적인 상황에 맞는 구제제도를 규정한 경우가 있다. 특히 헌법 제12조 제5항에서는 체포 또는 구속의 이유 등과 변호인의 조력을 받을 수 있음을 고지 받을 권리를 규정하고 있는데, 여기에서 체포와 구속은 수사절차에만 한정된다고 볼 수 없으므로, 행정상 인신구속에도 당연히 적용되어야 한다고 본다. 출입국관리법에는 다른 법률보다 더 특별하고 상세한 구제수단들을 마련하여 놓고 있는데, 뒤에서 자세히 살펴본다.

다. 인신보호절차

(1) 헌법 제12조 제6항의 해석³⁰⁾

헌법 제12조 제6항에서는 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를

³⁰⁾ 현재 2004. 3. 25. 선고 2002헌바104 결정의 해석론 참조.

법원에 청구할 권리를 가진다”고 규정하여 체포와 구속에 관해서는 특별한 구제절차인 구속적부심제도를 헌법적 차원에서 보장하고 있다.

첫째, ‘체포·구속’의 의미는 헌법 제12조 제1항에서와 같이 문언상 수사기관에 의한 것에 한정할 아무런 근거가 없으므로, 그 밖의 다른 공권력에 의한 체포·구속도 포괄하는 것이다. 따라서 최소한 국가기관, 지방자치단체 등 모든 공권력 행사기관이 체포 또는 구속의 방법으로 신체의 자유를 제한하는 경우 헌법 제12조 제6항이 적용됨이 분명하다.³¹⁾

둘째, 적부심사청구권은 현실적으로 체포·구속을 당한 사람 ‘누구든지’ 행사할 수 있다. 따라서 입법자가 법률로써 이러한 권리행사의 주체를 임의로 제한할 수 없다.

셋째, 적부심사청구권은 ‘법원’에 청구할 권리이다. 따라서 법원이 아닌 행정기관이나 제3의 기관에 구속의 적부를 심사할 수 있도록 규정한 법률은 그 기관들이 아무리 중립적인 기관이라고 하더라도 헌법 제12조 제6항을 제대로 구현하였다고 볼 수 없다.

넷째, 헌법 제12조 제6항은 체포·구속의 ‘적부심사’를 청구할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 적부심사의 대상은 체포·구속 자체에 대한 심사를 의미한다. 국가기관을 비롯한 타인이 체포·구속의 방법으로 당사자의 ‘신체의 자유’를 제한하는 사안에 관련하여 그 원인관계의 정당성에 다툼이 있는 경우 사법권 행사에 관련된 일반적인 헌법규정에 근거하여 법원은 최종적인 사법적 판단을 하게 되는 한편, 헌법 제12조 제6항은 당사자가 체포·구속된 원인관계 등에 대한 최종적인 사법적 판단을 구하지 아니하고도 체포·구속 자체에 대한 적부 여부를 법원에 청구할 수 있는 절차를 별도로 헌법적 차원에서 보장하고 있는 것이다.³²⁾ 이러한 적부심사는 체포·구속된 당

31) 우리 헌법상 기본권은 특별한 사정이 없는 한 공권력행사기관에 대한 주관적 공권이므로 사인에 의한 체포·구속에 대하여 법원에 적부심사를 청구할 수 있는 권리가 헌법적 차원에서 보장된다고 해석하기는 어렵다. 참고로 제3공화국 헌법 제10조 제5항에는 “누구든지 체포·구속을 받은 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다. 사인으로부터 신체의 자유의 불법한 침해 받은 때에도 법률이 정하는 바에 의하여 구제를 법원에 청구할 권리를 가진다”고 규정하고 있었다.

32) 예를 들면 어떤 절도범행의 혐의를 받고 있는 자가 수사기관에 의해 구속된 경우 구속의 원인이 되는 절도혐의에 관한 재판은 헌법상 보장된 재판청구권 등에 의하여 보장되고 그 재판에 의하여 무죄가 선고되면 그에 터잡은 구속은 해제되어야 한다. 한편 위 피구속자는 절도혐의에 대한 형사재판과 완전히 다른 별도의 절차로 구속의 적부에 대한 심사를 받아 석방될 수도 있다.

사자의 청구에 의하여 게시된다는 점에서 구속절차가 공권력의 발동에서 비롯되는 것과 다르다. 아울러 적부의 심사대상은 당해 체포·구속 자체의 정당성 뿐만 아니라 체포·구속을 계속하는 것이 적당한지 여부도 심사대상으로 보는 것이 일반적이다.

(2) 헌법 제12조 제6항의 법률적 구체화

헌법재판소는 헌법 제12조 제6항이 ‘체포·구속을 당한 때’라는 매우 구체적인 상황에 관련하여 헌법적 차원에서 ‘적부의 심사를 법원에 청구할 권리’라는 구체적인 절차적 권리를 보장하고 있지만, 입법자의 형성적 법률이 존재하지 아니하는 경우 현실적으로 법원에서 당사자의 ‘체포·구속적부심사청구권’에 대하여 심리할 방법이 없기 때문에, 입법자에게 헌법상 보장된 구속적부심청구권을 법률적 차원에서 구현할 의무가 있음을 선언한 바 있다.³³⁾

그런데, 형사절차에서 구속적부심의 문제는 이미 형사소송법에서 구체화되어 있다. 문제는 행정상 인신구속에 관한 것인데, 위 헌법재판소의 결정을 계기로 그 구체절차에 대한 입법논의가 활발히 제기되었고, 마침내 행정상의 인신구속과 사인에 의한 인신구속을 포괄한 구속적부심청구권을 보장하는 내용의 인신보호법이 2007. 12. 21. 법률 제8724호로 공포되어 2008. 6. 22.부터 시행되기에 이르렀다.

III. 출입국관리법상 보호명령에 대한 검토

1. 출입국관리법상 보호명령의 의의

외국인에 대한 보호는 그 명칭과 관계없이 외국인보호실·외국인보호소 기타 법무부장관이 지정하는 장소에 수용하는 것으로 신체의 자유를 박탈하는 것이므로, 전형적인 행정상 인신구속이다. 이는 행정상 즉시강제에 해당하고 권력적 사실행위의 성질을 갖는 처분이다. 따라서 위법·부당함을 주장하는 자는 행정심판을 제기할 수 있을 것이고, 위법함을 주장하는 자는 행정소송도 제기할 수도 있다.

³³⁾ 현재 2004. 3. 25. 선고 2002헌바104 결정(전격기소사건).

2. 출입국관리법상 보호명령과 그 구제절차(강제퇴거절차)

가. 강제퇴거절차의 하나로서 보호명령

(1) 강제퇴거의 의의

강제출국은 국가가 불법입국, 불법체류 또는 입국 후 그 나라의 법률을 위반한 자, 그 나라의 안전이나 이익 또는 공공질서에 해를 끼친 자를 그 나라에서 거주 또는 일시체류를 중지시키고 강제적인 수단을 동원하여 국경을 떠나게 하는 것인바, 출입국관리법상 강제출국에는 강제퇴거, 출국명령, 출국권고가 있다. 강제퇴거는 국제법상 개념으로서의 추방에 대응되는 것으로서³⁴⁾ 강제적인 수단을 동원하여 외국인을 한국의 국경 밖으로 보내는 조치이고, 출국명령은 강제퇴거의 대상인 외국인이 자신의 비용으로 자발적으로 출국하는 것이며,³⁵⁾ 출국권고는 위반 정도가 비교적 가벼운 외국인에게 출입국관리사무소장 등이 자발적으로 출국할 것을 권고하는 행위를 말한다.

출입국관리법상 강제퇴거절차는 강제퇴거의 사유에 해당한다고 의심되는 외국인에 대한 조사부터 시작한다. 조사 후에는 이들이 보호의 대상인지 또는 강제퇴거를 행할 것인지 여부를 심사하여 결정한다. 이를 도식화하면 강제퇴거절차는 「조사 ⇒ (보호) ⇒ 심사결정 ⇒ (보호) ⇒ 강제퇴거의 집행」 순서로 진행된다.

(2) 심사결정을 위한 보호명령

출입국관리법 제47조에서는, “출입국관리공무원은 제46조 제1항 각호의 1에 해당된다고 의심되는 외국인에 대하여는 그 사실을 조사할 수 있다”고 규정하고 있다. 이에 따르면, 조사의 권한은 출입국관리공무원에게 있고, 조사의 대상자는 강제퇴거의 사유가 있다고 의심되는 외국인이며, 그 외국인을 ‘용의자’라고 표현하고 있다. 출입국관리법상의 조사절차는 형사소송법상 수사절차와 유사한 과정을 거치는데, 수사절차상의 피의자에 대응되는 개념으로 출입국관리법은 용의자라는 용어를 사용하는 듯하다.³⁶⁾

³⁴⁾ 박상순, ‘외국인의 강제퇴거제도에 관한 연구’, 법무연구 제26호, 법무연수원(1999), 424면.

³⁵⁾ 강제퇴거와 출국명령의 차이점은 자신의 비용으로 자발적으로 출국하느냐의 여부에 있다. 또한 강제퇴거된 외국인은 출국 후 5년 이내에는 입국이 금지되는 반면, 출국명령을 받은 외국인은 출국 후 사증발급이 제한되나 법무부장관의 허가를 받으면 다시 입국할 수 있다.

용의자라 하여 반드시 보호되어야 하는 것은 아니나 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정되는 경우에는 원활한 조사를 위하여 부득이 신병을 확보할 필요가 있을 수 있다. 이러한 용의자에 대한 신병확보절차는 출입국관리법 제51조에 규정되어 있다. 출입국관리공무원은 외국인이 강제퇴거 사유에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발부받아 그 외국인을 보호할 수 있다(제1항). 다만 위 보호요건에 해당하나 긴급을 요하여 보호명령서를 발부받을 여유가 없는 때 출입국관리공무원의 명의로 긴급보호서를 발부하여 그 외국인을 보호할 수 있는데, 이 경우 48시간 이내에 보호명령서를 발부받아 그 외국인에게 이를 내보여야 하고, 이를 발부받지 못한 때에는 즉시 보호를 해제하여야 한다(제3항 내지 제5항).

용의자의 보호기간은 10일 이내로 한다. 다만, 부득이한 사유가 있는 때에는 지방출입국·외국인관서의 장의 허가를 받아 10일을 초과하지 아니하는 범위 내에서 한 차례만 연장할 수 있다(제52조 제1항). 한편, 보호할 수 있는 장소(보호시설)는 외국인보호소·외국인보호소 또는 그밖에 법무부장관이 지정하는 장소로 한다(제52조 제2항).

(3) 강제퇴거명령을 받은 사람의 보호

지방출입국·외국인관서의 장은 출입국관리공무원이 용의자에 대한 조사를 마친 때에는 지체 없이 용의자가 강제퇴거의 대상자에 해당하는지의 여부를 심사하여 결정하여야 한다(제58조). 심사결과 용의자가 강제퇴거의 대상자에 해당한다고 인정될 때에는 강제퇴거명령서를 발부할 수 있다.

출입국관리공무원은 지방출입국·외국인관서의 장이 결정하여 발부한 강제퇴거명령서를 지체없이 집행하여야 하나, 여러 가지 사정으로 인하여 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 경우가 있을 수 있다. 그리하여 출입국관리법 제63조는 지방출입국·외국인관서의 장이 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있도록 규정하고 있다. 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항

36) 이러한 용어는 일본의 出入國管理及び難民認定法(이하 入管法이라 한다) 제27조에서 유래한 것으로 보인다.

에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 하고, 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 한다. 한편, 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람이 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우에도 그의 보호를 해제할 수 있다.

나. 구제절차

(1) 법무부장관에 대한 이의신청

출입국관리공무원으로부터 보호된 용의자 또는 그의 법정대리인 등은 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다(제55조).³⁷⁾ 여기에서 법무부장관에 대한 이의신청과 행정심판과의 관계가 문제된다. 행정심판법 제3조 제1항에서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 행정심판을 제기할 수 없도록 하고 있으므로, 위 이의신청이 행정심판을 대체하는 것이면 행정심판법상 행정심판을 제기할 수 없게 되기 때문이다.

이의신청과 행정심판의 구별문제에 관해서, 심판기관을 기준으로 이의신청은 처분청 자체에 제기하는 쟁송이고 행정심판은 원칙적으로 처분청의 직급 상급행정청에 제기하는 쟁송이라고 보는 견해가 있다.³⁸⁾ 이 견해를 따르다 보면 위 이의신청은 출입국관리사무소장 등의 보호명령이나 강제퇴거명령에 대하여 상급 행정청에 대한 제기하는 쟁송이어서 행정심판을 대체하는 것이 되므로, 행정심판법상의 행정심판을 청구할 수 없게 된다는 결론이 된다.

그러나, 헌법 제107조 제3항은 행정심판절차가 사법심판절차를 준용되어야 한다고 규정하고 있으므로, 쟁송절차를 기준으로 이의신청 중에서 준사법절차가 보장되는 것만 행정심판으로 보고, 그렇지 않은 것은 행정심판이 아닌 것으로 보는 것이 타당하다.³⁹⁾ 헌법재판소도 같은 취지에서 행정심판은 판단기관의 독립성과 공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등의 면에서 사법절차의 본질적 요소를 구비하

37) 강제퇴거명령을 받은 자도 강제퇴거명령에 대하여 법무부장관에게 7일 이내에 이의를 신청할 수 있다(제60조).

38) 박윤훈, 위의 책, 811면.

39) 박근성, 위의 책, 953면.

여야 한다고 한다.⁴⁰⁾ 이렇게 보면, 법무부장관이 출입국관리사무소장 등의 관계에서 객관적 제3자의 지위에 있다고 보기 어렵고, 대심적 심리구조를 취하고 있지 않으며, 당사자의 절차적 권리보다는 절차의 신속성을 강조하는 구조를 취하고 있으므로, 위이의신청과 행정심판은 정합하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

(2) 행정쟁송절차

출입국관리법상 외국인의 보호명령은 처분이므로, 위법·부당함을 주장하는 자는 행정심판을 제기할 수 있을 것이고, 위법함을 주장하는 자는 행정소송도 제기할 수 있다. 또한 행정심판이나 행정소송을 제기하거나 제기한 후 집행정지를 신청할 수 있음은 물론이다.

(3) 그 밖의 사법적 구제

보호절차에 불법행위가 개입되어 있는 경우 국가배상 또는 손해배상과 같은 민사상의 절차에 따른 사후구제를 받을 수 있고, 보호명령에 형법상의 감금죄 등에 해당하는 위법이 있는 경우 처벌을 받을 수 있다.

3. 공법적 검토

가. 영장주의와 관련된 문제

외국인에 대한 보호는 그 명칭과 관계없이 전형적인 행정상 인신구속에 해당하는데, 출입국관리법은 외국인의 보호에 관해서 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발부받아 출입국관리공무원이 이를 집행하도록 규정하고 있을 뿐이다. 위 보호명령서는 검사의 신청에 의하여 법원이 발부한 영장은 아니나, 헌법 제12조 제3항의 영장주의조항은 제1항의 적법절차조항의 특별규정으로서 수사절차에서의 적법절차를 강화하기 위한 것으로 해석하는 입장에서는 헌법에 위반된다고 보기 어렵다.

미국에서도 이렇게 외국인의 신체의 자유를 박탈하는데 법원의 영장을 발부받지

⁴⁰⁾ 현재 2001. 6. 28. 선고 2000헌바30 결정.

않는 것에 대하여 수정 헌법 제4조에 위반되는 것이 아닌지에 관하여 논란이 되었으나, 연방대법원은 외국인의 추방절차에는 위법수집증거배제의 원칙이 적용되지 않는다고 판시하였다.⁴¹⁾ 한편, 일본의 入管法 제39조 제2항은 외국인의 수용에 있어서 입국경비관이 그 소속 관서의 주임심사관으로부터 수용영서를 발부받아 집행하도록 규정하고 있어서, 영장주의를 규정한 일본 헌법 제33조에 위반되는지 문제가 되었다. 이에 대하여 일본의 최고재판소는 강제퇴거명령서에 근거하는 수용은 그 성질, 목적, 양태의 어느 면에서도 형사절차에 의한 체포·구류와 비교할 수 없으므로 위헌이 아니라고 판시하였고,⁴²⁾ 동경고등재판소 또한 수용영서 및 강제퇴거영서에 따른 신체의 구속은 출입국관리행정의 수행에 수반되어 생기는 행정적 절차로서 그 필요성이 인정되고, 당해 외국인의 권리보장을 배려하여 신중하고 공평한 절차에 따라 행해지며, 그 집행을 행하는 입국경비관과는 별개의 직무권한을 가진 독립제 관청인 주임심사관이 심사 후 발부하고, 사후에 사법재판이 보장되어 있다는 이유 등으로 영장주의에 위반되는 것은 아니라고 판시하였다.⁴³⁾

나. 적법절차의 원칙과 관련된 문제

(1) 적법절차의 중요성

외국인에 대한 보호는 영장주의가 적용되지 않는다고 하더라도 헌법 제12조 제1항의 적법절차보장조항의 엄격한 적용이 필요하다. 개개의 사안에서 적법절차원리의 구체적인 내용은 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 결정될 것인데, 외국인의 보호는 신체의 자유라는 가장 근본적인 기본권을 심각하게 제한하는 것이기 때문이다.

(2) 보호명령서의 발부주체와 집행기관의 분리 문제

41) *INS v. Lopez-Mendoza* 468 U.S. 1032 (1984).

42) 最高裁判所 第二小法廷 昭和55(1980)年 5月 30日 宣告 昭54(行ツ) 56号 判決.

43) 東京高等裁判所 昭和50(1975)年 11月 26日 宣告 昭49(ネ) 1778号 判決. 그러나 일본의 학설은 일본 헌법 제35조(영장주의)와 제38조(묵비권)은 행정절차에도 적용 내지 준용된다고 보는 것이 대세인 것 같다(松井幸夫, ‘行政手續と令狀主義および黙秘權 : 川崎民商事件’, *ジュリスト* 別冊 155號 : 憲法判例百選Ⅱ(第4版), 有斐閣(2000), 261頁 참조).

우리나라에서 강제퇴거절차는 출입국관리공무원이 조사를 진행한 후 지방출입국·외국인관서의 장이 강제퇴거 여부를 심사하여 결정하고, 보호명령 또한 지방출입국·외국인관서의 장이 보호명령서를 발부하여 출입국관리공무원이 집행하는 구조로 되어 있다. 따라서 형식적으로는 조사절차와 심사절차가 분리되고 보호명령서의 발부주체와 집행기관이 분리되어 있으나 실상은 출입국관리사무소내 하급자와 상급자의 관계에서 사실상 동일한 주체가 조사와 심사 및 보호명령서의 발부와 집행을 함께 하고 있는 것이다. 이렇게 직무분담이 이루어지지 않고서는 실질적인 청문이 이루어지기 어렵게 되고, 중립적이고 독립적인 기관에 의한 견제가 전혀 이루어질 수 없는 것이 되고 만다.

물론 미국에서도 이민행정관 등에게 영장 없는 체포에 관한 광범위한 수권을 주고 영장의 발부도 ICE의 권한이어서 우리와 별반 다를 것이 없지만, 강제퇴거의 조사와 심사는 엄격하게 분리되어 상호견제가 가능한 구조로 되어 있다. 강제퇴거절차 중 조사와 체포는 2002년 이후 국토안보부 소속 ICE와 CBP가 담당하고, 청문과 판정은 법무부의 이민심판원(EOIR) 소속 이민심판관(Immigration judge)이 담당한다. 이렇게 이민심판원은 이민관련 집행기관과는 전혀 다른 부서에 소속된 별도의 조직이라는 특징이 있다.⁴⁴⁾

한편, 일본의 강제퇴거절차는 입국경비관의 위반조사가 入管法에 정해진 상세한 절차에 따라 진행된 다음, 제1심으로 입국심사관의 심사, 제2심으로 특별심리관의 구두

44) 최홍엽, '외국인의 강제퇴거절차와 관련된 몇 가지 쟁점', 민주법학 33호, 관악사(2007. 3), 371면. 이민심판관은 1983년 이전까지는 법무부 산하 이민귀화청(INS) 소속이었고 2002년까지 이민귀화청이 이민의 주된 집행기관이었으므로 이민심판관의 중립성이 문제가 되었다. 연방대법원은 1950년에 행정절차법이 업무의 분리를 요구한다고 판결하였으나 연방의회는 그 이후 이민국적법을 개정하여 이민심판관이 집행공무원으로서의 업무를 수행할 수 있게 자신이 조사하거나 기소한 사건을 심판하지 못하도록 개정하였고 연방대법원은 이것이 적법절차에 위반되지 않는다고 판결하였다고 한다. 그 이후 이민귀화청내 전문성에 대한 요구와 예측가능하고 합리적인 판정에 대한 필요로 인해 1956년 초부터 이민귀화청은 이민심판관에게 법학학위를 요구하였고, 1983년 법무부는 이민 심판원을 신설하고 이민심판관의 소속을 변경하여 집행기관과 판정기관을 분리하였다(자세한 내용은 최홍엽, 위의 글, 373면-375면, 이희정·박찬호, 미국이민법제에 관한 연구, 한국법제연구원(2007), 45면-47면 참조). 한편 이민심판원은 이민심사원(Immigration Court)과 이민재심위원회(Board of Immigration Appeals)로 구성되어 있는데, 이민심판관의 결정에 대하여 BIA에 대한 이의신청 등 행정상의 불복절차 뿐만 아니라 법원에 의한 사법심사도 보장되어 있다(자세한 내용은 최홍엽, 위의 글, 373면-375면, 이희정·박찬호, 위의 책, 123면-126면 참조).

심리 및 제3심으로 이의신청에 대한 법무대신의 재결이라는 3심제 구조를 취하여 우리나라에 비해 상당히 신중한 심사와 판정이 이루어지고 있다.⁴⁵⁾ 이 때 위반조사와 수용영서 및 강제퇴거영서의 집행권한은 입국경비관에게, 위반심사의 권한은 입국심사관에게, 구두심리의 권한은 특별심리관에게, 이의신청에 대한 재결 및 체류특별허가의 권한은 법무대신에게, 수용영서 및 강제퇴거영서의 발부권한은 주임심사관에게 각각 권한을 배분하여 상호견제기능을 작동시켜 외국인의 인권을 배려하고 있다. 일본의 入管法은 강제퇴거절차가 외국인의 인권에 깊이 관련되어 있는 점을 고려하여 사법제도에 준해서 입국심사관에게 독립적인 권한을 부여함과 동시에 독자적으로 불복신청제도를 운용하고 있다. 입국심사관은 직무권한에 따라 일반입국심사관과 특별심리관인 입국심사관, 주임심사관인 입국심사관으로 구분된다. 주임심사관은 법무대신의 재결과 관련된 이의신청을 취급하는 외에 외국인의 신체의 자유를 박탈하는 근거가 되는 수용명령서 또는 강제퇴거명령서를 발부할 권한이 부여되어 있는바, 이러한 중요성을 감안하여 상급의 입국심사관으로서 법무대신이 특히 지정하는 자에게 한정하고 있다. 앞서 본 바대로 동경고등재판소도 수용영서 및 강제퇴거영서에 따른 신체의 구속이 영장주의를 위반하지 않은 것이라는 논거 중의 하나로 집행을 행하는 입국경비관과는 별개의 직무권한을 가진 독립제 관청인 주임심사관이 심사 후 발부한다는 점을 들고 있다.⁴⁶⁾

(3) 절차상 권리로서 고지의 문제

헌법 제12조 제5항의 체포 또는 구속의 이유 등과 변호인의 조력을 받을 수 있음을 고지 받을 권리를 규정하고 있는바, 여기에서 체포와 구속은 수사절차에만 한정된다는 아무런 근거가 없으므로, 외국인의 보호에도 당연히 적용되어야 한다고 본다. 출입국관리법 제54조에서는 출입국관리공무원은 용의자를 보호한 때에는 국내에 있는 그의 법정대리인·배우자·직계친족·형제자매·가족·변호인 또는 용의자가 지정하는 사람에게 3일 이내에 보호의 일시·장소 및 이유를 서면으로 통지하도록 규정하고 있으나, 변호인 선임권의 고지에 관해서는 특별한 규정이 없다. 그렇다고 하

45) 坂中英徳・齊藤利男, 出入國管理及び難民認定法 逐條解説, 日本加除出版(1994), 515頁.

46) 東京高等裁判所 昭和50(1975)年 11月 26日 宣告 昭49(ネ) 1778号 判決. 이에 대하여 주임심사관이 중립적이라고 할 수 있는지 의문이라는 견해가 있다(野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利, 憲法I(第4版), 有斐閣(2007), 403頁).

더라도 출입국관리공무원은 외국인을 보호하기 전에 반드시 변호인 선임권을 고지하여야 하고 이를 위반하면 절차적 하자라고 생각한다.

이상과 같은 헌법 및 출입국관리법상의 고지제도는 고지 자체도 중요하지만 상대방이 이해할 수 있어야 실효적일 것이므로, 되도록 당해 외국인이 이해가 가능한 언어로 고지되어야 할 필요가 있을 것이다. 이와 관련하여 출입국관리법은 2014. 5. 14. 제56조의9가 신설되어 지방출입국·외국인관서의 장은 보호에 대한 이의신청, 면회 등 및 청원에 관한 절차를 보호시설 안의 잘 보이는 곳에 게시하여야 한다고 규정하고 있는데, 바람직한 개정이라고 생각된다.

다. 비례의 원칙과 관련된 문제

출입국관리법상 보호명령서의 발부는 도주우려가 있는 용의자의 신병확보 등과 같은 출입국관리행정의 목적을 달성하기 위한 것으로 한정되어야 하고, 이러한 목적이 전제되지 않는 외국인의 보호는 정당화될 수 없다(적합성의 원칙). 다음으로 인신의 구속에 이르지 않는 다른 수단에 의하여 행정목적의 달성을 달성할 수 있는 경우에는 외국인의 보호는 허용되지 않는다(필요성의 원칙 또는 최소침해의 원칙). 또한, 추구하는 행정목적과 외국인의 보호는 비례관계를 유지하여야 한다(협의의 비례의 원칙).

강제퇴거명령을 받은 사람의 보호기간은 원칙적으로 3개월이나 법무부장관의 승인이 있는 경우에는 연장할 수 있다. 여기에서의 보호는 강제퇴거명령의 집행확보 이외의 다른 목적을 위하여 이를 발할 수 없다는 목적상의 한계 및 일단 적법하게 보호명령이 발하여진 경우에도 송환에 필요한 준비와 절차를 신속히 마쳐 송환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간 동안 잠정적으로만 보호할 수 있고 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적 한계를 가진다고 해석하여야 한다.⁴⁷⁾

라. 인신보호절차와 관련된 문제

(1) 기존 구제제도의 문제점

출입국관리법상의 보호명령이 위법한 경우 그 피해가 막대하고 회복이 곤란함에도

⁴⁷⁾ 대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결에서는 강제퇴거명령대상자로 보호처분 중에 있는 자에 대하여 다른 고소사건을 수사하기 위하여 퇴거명령의 집행을 보류하고 보호기간을 연장하는 것은 위법하다고 판시하였다.

불구하고 그에 대한 기존의 구제제도는 즉각적이고 효율적인 구제수단이 되지 못한다는 한계를 가지고 있다. 보호명령에 대한 직접적인 구제수단인 행정쟁송을 통한 권리구제는 위법이 무효가 아닌 단순위법에 불과한 경우에는 불복제기기간의 제한을 받는다는 점, 위법한 인신구속에 대한 권리구제는 신속하게 행하여져야 하는데 행정쟁송을 통해서는 그 구조상 신속한 권리구제를 기할 수 없다는 점, 원고적격을 갖는 보호되고 있는 외국인이 쟁송절차를 제기하기에는 상당한 현실적인 어려움이 있을 것이라는 점 등의 문제점이 있다.

한편, 행정심판법과 행정소송법상의 집행정지는 본안쟁송을 전제로 하고 있으므로, 행정쟁송이 즉각적이고 효율적인 구제수단이 되지 못하는 이유는 집행정지에 관해서도 그대로 적용된다. 또한 대법원은 출입국관리법상의 강제퇴거명령을 받은 자에 대한 보호명령의 집행정지사건에서 그 집행을 정지하면 외국인의 출입국 관리에 막대한 지장을 초래하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있다는 이유로 그 보호명령의 집행정지를 허용하지 않았다.⁴⁸⁾ 위 대법원 판결 하나만 가지고 일반화할 수는 없겠으나, 위 판결로 인해 법원이 외국인의 보호명령에 대한 집행정지의 인용에 관해 인색하게 될 가능성은 농후하다.

다음으로, 출입국관리법상 이의신청제도는 위법·부당한 인신구속에 대한 신속한 구제수단이 될 수는 있으나, 그 결정기관이 어디까지나 행정관청이고 사법기관이 아니라는 문제점을 가지고 있다.

(2) 특별한 구제제도의 필요성과 인신보호법의 제정

위와 같이 기존의 구제수단은 출입국관리법상 외국인의 보호에 대하여 헌법 제12조 제6항에서 보장하는 구속적부심청구권을 구현한 것이 아니고, 법원에 의한 즉각적이고 효율적인 구제수단도 아니다. 그리하여 행정상의 인신구속에 대한 구속적부심청구권을 구체화한 인신보호법이 제정되었다는 점은 앞에서 본 바와 같다.

(3) 인신보호법상 구제청구의 범위

⁴⁸⁾ 대법원 1997. 1. 20. 자 96두31 결정. 물론 위 사안에서 신청인은 중국인에게만 발행되는 거민신분증을 소지하고 있어 중국국적을 취득한 듯한 외형을 갖추고 있었기 때문에 위 거민신분증이 위조되었다는 신청인의 주장에 대한 소명이 매우 불충분한 상태였다는 점도 감안하여야 한다.

인신보호법은 위법한 행정처분 또는 사인에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차를 마련함으로써 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적(제1조)으로 제정된 것으로, ‘피수용자’란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설 등에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자를 말하고(제2조 본문), 피수용자에 대한 수용이 위법하게 게시되거나 적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 때에는 피수용자, 그 법정대리인·후견인·배우자·직계혈족·형제자매·동거인·고용주는 법원에 구제를 청구할 수 있도록 규정하고 있다(제3조).

(4) 인신보호법 제2조 단서의 위헌성

그런데 인신보호법 제2조 단서는 형사절차에 따라 체포·구속된 자와 수형자 외에도 출입국관리법에 따라 보호된 자를 그 적용에서 배제하고 있어서 위헌인지 의문일 수 있고, 관건은 ‘누구든지’에 외국인이 포함될 수 있는지에 달려 있다고 생각된다.

헌법 제12조 제6항의 구속적부심청구권은 신체의 자유에 대한 절차적 보장을 의미하고 신체의 자유라는 기본권의 주체는 국가권력의 영향 하에 있는 모든 인간의 권리라고 해석할 수 밖에 없다.⁴⁹⁾ 따라서 외국인도 헌법 제12조 제6항의 기본권주체성을 부인할 수 없는 것이다. 그렇다면, 출입국관리법에 따라 보호된 자를 인신보호법의 적용대상에서 배제한 위 법 제2조 단서 부분은 위헌이라고 해석할 수 밖에 없다.

우리나라 헌법 제12조 제6항의 구속적부심조항의 원형이 된 미국의 인신보호영장 제도(Habeas Corpus)는 이민국적법상 외국인 체류자에 대한 추방 절차의 위법성 판단과 구속적부심 판단의 두 가지 부분에서 논의된다.⁵⁰⁾ 1996년의 불법이민대응개혁과 이민자책임법(IIRIRA)이 강제출국결정에 대한 사법심사가 허용되지 않는 것으로 규정한 이후에도, 미국 연방대법원은 구속에 대한 심사 청구에서 habeas corpus의 적용가능성을 인정하였다.⁵¹⁾ 또한 2005년의 REAL ID법(The REAL ID Act of 200

49) 장영수, 기본권론, 홍문사(2007), 276면.

50) 아래의 논의는 American Immigration Law Foundation의 홈페이지에 게재된 ‘Introduction to Habeas corpus, June 2008’이라는 문헌을 참조한 것이다(자료출처 www.aifl.org/lac/pa/lac_pa_0406.pdf).

5)⁵²⁾은 추방절차에 있어 최종 명령(final order)에 대한 인신보호영장의 관할권을 배제시키고 항소법원을 통한 재심을 확정지었으나, 여전히 이민국적법상의 구속의 기간 또는 요건에 대해 인신보호영장의 심사를 청구하는 경우 REAL ID법은 영향을 끼치지 않는다.

우리나라 인신보호법의 제정에 상당한 입법적 영향을 미친 일본의 인신보호법{昭和 23(1949)年 7月 30日 法律 第199号} 제2조 제1항에서도 법률상 정당한 절차에 의하지 않고 신체의 자유를 구속당하고 있는 자는 누구라도 인신보호법에 따른 구제 청구를 할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 우리나라와 같이 출입국관리법에 따라 보호된 자의 적용을 배제하는 규정이 없다. 또한 최고재판소를 비롯한 각급 법원에서 入管法에 따라 수용되거나 입국이 거부된 자가 청구한 구제심판의 사례를 다수 찾아볼 수 있다.⁵³⁾

IV. 맺음말

출입국관리법상 보호명령을 검토하기 위해서는 신체의 자유를 보장하는 헌법 제12조의 의미를 살펴보는 것이 중요한데, 기본적으로 우리 헌법상 영장주의는 수사절차에 한정하여 적용되는 것이므로 강제퇴거절차상의 체포·구속, 압수, 수색은 법원이 발부한 영장 없이 집행되더라도 위헌은 아니라고 생각된다. 그렇다고 하더라도 적법절차의 원리마저 배제되는 것은 아니므로, 강제퇴거절차가 실질적인 청문이 될 수 있도록 입법적인 개선이 필요하고 특히 조사절차와 심판절차를 분리하고 심판을 담당

51) 위 문헌에 의하면 연방대법원은 *Zadvydas v. Davis* 판결(2001)에서 법원은 추방 명령 이후의 구속에 대한 법과 헌법에 기한 심사 청구를 하기 위해서 *habeas corpus*가 가능하다고 판시하였고, *Demore v. Kim* 판결(2003)에서는 법원은 추방 명령 이전의 구속에 대한 헌법에 기한 심사 청구를 하기 위해서 *habeas corpus*가 가능하다고 판시하였으며, *Clark v. Martinez* 판결(2005)에서 법원은 *Zadvydas v. Davis* 사건의 결정이 입국자격이 없는 자에 대한 정부의 구속에 적용된다고 판시하였다고 한다.

52) Pub. L. 109-13, 119 Stat. 231 (2005).

53) 大谷正義, 「人身の自由」の法的保障, 晃洋書房(2000), 121頁-124頁에서는 출입국관리에 관한 가장 대표적인 인신보호법 판결례 4개를 소개하고 있다. 그런데, 위 문헌에서는 일본의 법원이 인신보호상 의심되어지는 사안에서 안이한 재량론에 의해 헌법문제를 회피하는 태도를 취하는 것에 대하여 비판을 가하고 있다.

하는 기관에게 중립적이고 독립적인 권한을 부여할 필요가 있다. 이렇듯 우리나라의 헌법 해석상 행정절차에서 영장주의의 적용을 배제하고 있지만 헌법 제12조 제6항은 체포·구속에 관한 사후적인 사법적 심사를 보장하고 있어 이를 보완하고 있다. 이를 형사절차 이외의 영역에서 법률적으로 구체화한 것이 인신보호법인데, 유감스럽게도 인신보호법 제2조 단서는 출입국관리법에 따라 보호된 자를 신체의 자유에 대한 가장 중요한 구제수단에서 배제하고 있다. 이는 명백한 위헌상황이라고 생각한다. 아마도 출입국관리당국은 헌법 제12조 제6항이 형사절차에서만 적용되는 것이고 외국인의 보호명령에 오류가 거의 없음에도 이러한 구제절차를 두어 번거로움만 가중시킨다고 생각할 것이다. 그러나 신체의 자유에 대한 박탈은 어떠한 행정목적보다도 우선되는 가장 중요한 기본권이고 외국인의 보호명령이나 강제퇴거명령에 오류가 없다고 단정할 수도 없다.⁵⁴⁾ 따라서 위헌적인 인신보호법 제2조 단서는 하루빨리 개정되어야 한다고 생각한다.

54) 헌법 제2조 제1항은 국민이 되는 요건을 법률로 정하도록 규정하고 그에 따라 국민의 국적취득과 상실 등에 관하여 ‘국적법’이 제정되어 있다. 그런데, 특히 문제가 되는 것은 국적법이 제정되기 이전에 조선국적 취득 후 북한법에 의하여 북한국적을 취득하여 중국주재 북한대사관에서 해외공민증을 발급받은 자에 관한 것이다. 이에 대하여 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결에서는 다음과 같은 논리로 위와 같은 자를 대한민국 국민으로 인정하였고, 출입국관리법상 강제퇴거의 대상자가 아니라고 판시하였다. 첫째, 대한민국 성립 이전의 대한제국 국민의 후손은 대한민국 국민이라는 점이다. 국적법이 제정될 때까지 조선인의 국적을 확립하기 위하여 1948. 5. 11. 제정·공포된 미군정법령 제11호 ‘국적에 관한 임시조례’ 제2조 제1호는 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정하고 있었고, 1948. 7. 17. 공포된 제헌헌법 제3조는 대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로써 정한다고 규정하고 있었으며, 제100조에서 현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하고 있었기 때문이다. 둘째, 북한 지역에 살고 있는 주민은 그 조상이 대한제국의 후손이며 대한민국의 영토 내에 거주하고 있기 때문에 대한민국 국민이라는 점이다. 헌법 제3조에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”고 규정하고 있는바, ‘구한말 영토의 승계논리’나 ‘미수복지역논리’ 또는 ‘반국가단체 지배지역 논리’나 ‘유일합법정부론’을 내세워 북한지역을 현실적으로 우리의 영토로 간주하여 왔기 때문이다.

[토론문]

‘출입국관리법상 보호명령과 그에 대한 구제’에 대한 토론문

송 시 강 (홍익대학교)

먼저 공동학술대회의 성공적 개최를 축하드리며, 소중한 토론의 기회를 주신 점 깊이 감사드립니다. 아울러, 발표를 통해 소중한 가르침을 주신 하명호 교수님께 평소 존경의 마음과 함께 깊은 감사를 드립니다.

발표자는 헌법 제12조 제6항(누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다)에서 적법절차원리의 하나로서 ‘일반적’ 인신보호영장제도(habeas corpus)을 도출하고, 이에 비추어 「출입국관리법」에 따라 보호된 자를 「인신보호법」의 적용에서 제외하고 있는 「인신보호법」 제2조 단서가 위헌임을 논증하고 있는바, 이점을 발표자의 핵심적인 논지로 보고, 이하에서는 이점에 대해 발표자와는 좀 다른 시각에서 저의 개인적인 의견을 드리는 것으로 토론을 하겠습니다.

헌법 제12조가 적법절차원리를 규정하는 점에 대해서는 이론이 있을 수 없겠으나, 적법절차원리를 행정절차에 대해서까지 곧바로 적용할 수 있는 근거는 헌법 제12조에서 찾을 수 없다는 것이 저의 개인적인 생각입니다. 헌법 제12조는 제2항에서 “**형사상**” 자기에 불리한 진술을 강요하지 아니한다고 규정하고, 제3조에서 “**검사**”의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 함을 규정하며, 제4항에서 “**형사피고인**”이 스스로 “**변호인**”을 구할 수 없을 때 국가가 “**변호인**”을 붙인다고 규정하고, 제7항에서 “**피고인**”의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 “**유죄**”의 증거로 삼거나 이를 이유로 “**처벌**”할 수 없다고 규정합니다. 이는 헌법 제12조 전체가 직접적으로 형사절차에 관하여 규율하고 있음을 잘 보여주는 대목이고, 헌법 제12조에 행정절차에 곧바로 적용 가능한 규율이 있다고 보는 것은 문리적 한계를 벗어나는 일이라 생각합니다.

이렇게 말씀드리다고 해서 제가 적법절차원리의 헌법적 효력을 부정하는 것은 아

됩니다. 적어도 분명한 것은 헌법 제12조에서 명문으로 규정하는 사항은 곧바로 행정절차에 적용될 수 없음을 말씀드리고자 합니다. 행정절차에 관한 규율은 헌법에 명문의 규정이 없기 때문에 부득이 해석을 통해 원리적인 차원에서 도출될 수 있을 뿐입니다. 따라서 적법절차원리가 어떠한 모습으로 어떠한 경우에 적용되는가는 전적으로 해석에 달려있는 문제라는 생각입니다.

이상과 같은 생각에서, 발표자의 주장과 달리 저는 헌법 제12조 제6항은 행정절차에 곧바로 적용될 수 없다는 것이 저의 입장입니다. 헌법 제12조 제6항이 직접 적용될 수 없다면, 다음으로 헌법 제12조 제6항과 유사한 명제, 즉 발표자가 주장하는 ‘일반적’ 인신보호영장제도가 해석을 통해 원리적 차원에서 행정절차에 적용될 수 있을 것인지 검토하는 일이 남는데, 저는 이점에 대해서도 부정적인 입장입니다. 그 이유는 다음과 같습니다.

(1) 형사절차에서 영장과 행정절차에서 영장은 성격을 달리합니다.

간단히 비교하면, 형사절차에서 영장(예: 체포영장, 구속영장, 압수수색영장)을 집행하는 것은 형사재판에서 재판장의 명령을 집행하는 것이고, 행정절차에서 영장(예: 대집행영장, 보호명령서, 강제퇴거명령서)의 집행은 행정행위를 집행하는 것입니다. 헌법 제12조 제6항이 규정하는 체포구속적부심사제도를 이와 같은 견지에서 이해하면, 「인신보호법」상 보호명령(이하 ‘보호명령’이라 합니다)의 집행에 대해서 적부심사를 할 경우에 그 제도는 체포구속적부심사제도와는 의미가 상당히 달라진다고 할 것입니다. 보호명령은 원래 법원과 전혀 무관하게 행정에 의해서 발급되는 것인데, 그 집행에 대해 체포구속적부심사제도에서와 같이 법원이 적부를 심사한다고 하면 행정의 고유한 속성, 여기서는 특히 효율성의 원리에 입각한 ‘자기집행력’이 심각하게 훼손되기 때문입니다. 따라서 보호명령의 집행에 대해 법원이 그 적부를 심사할 수 있게 된다고 하더라도 그 의미는 체포구속적부심사에서와는 달라져야 합니다. 보편적인 인권 보호의 차원 정도로 이해하는 것이 적절하다는 생각인데, 이와 같이 보편적인 인권 보호를 위한 수단을 적법절차원리적인 요청으로 이해하기에는 충분하지 않다는 생각입니다.

(2) 적법절차원리에서 신속한 권리구제의 필요성이 바로 도출되는 것 또한 아닙니다.

발표자는 신속한 권리구제절차라 할 수 있는 「출입국관리법」상 법무부장관에 대한 이의신청은 대심적 구조가 아닌 점에서 공정성을 담보하기 어려운 반면에, 보호명령에 대한 행정재송을 통한 권리구제는 신속한 권리구제가 어려운데다 특히 집행정지신청의 인용가능성이 낮다는 점을 지적하고 있습니다.

먼저, 「출입국관리법」상 법무부장관에 대한 이의신청이 대심적 구조가 아니라서 공정성의 제도적 보장에 미흡한 점은 저도 공감하는 사실이나, 이점은 「출입국관리법」에 국한된 것이 아닌 우리 행정제도 전체의 문제인 측면이 있습니다. 발표자가 제시한 단초대로, 법무부장관에 대한 이의신청을 대심적 구조로 재편하여, 이른바 ‘특별행정심판’으로 격상시키는 방안은 인신의 자유라는 기본권이 가지는 무게에 비추어 진지하게 검토할 필요가 있다고 사료됩니다.

다음, 보호명령에 대한 항고소송이 신속한 권리구제가 아닌 점에서 적법절차원리의 관점에서 충분하지 못하다는 주장에 대해서는 견해를 달리합니다. 신속한 재판을 받을 권리라는 것은 굳이 「출입국관리법」상 보호명령에 국한된 문제는 아니며, 적법절차원리에서 바로 도출되는 것이라 보는 것도 쉽지 않은 것 같습니다. 특히 「출입국관리법」상 보호명령에 대해 곧바로 항고소송을 제기하고 그와 동시에 집행정지를 신청한 사건이 법원에서 처리되는 경과가 반드시 「인신보호법」상 구제신청에 대한 법원의 처리에 비해 늦다는 명제는 성립하기 어려워 보입니다.

(3) 다만, 보편적 인권 보장의 차원에서 기존 절차의 보완은 필요하다고 생각합니다.

「인신보호법」 제2조 단서의 위헌성에 관한 발표자의 주장에는 동의하지 않지만, 결국 발표자가 의도하는 바, 즉 기존의 권리구제절차가 좀 더 인권 친화적으로 발전해야 한다는 점에 대해서는 전적으로 찬성합니다. 예를 들어, 「인신보호법」상 구제신청은 소송대리인의 조력 없이도 가족이 본인을 대신해서 손쉽게 할 수 있는 점이 그러합니다. 앞서 말씀드린 바와 같이 법무부장관에 대한 이의신청 절차를 대심적 구조로 개편하는 것 또한 그러합니다.

감사합니다. 끝.

종합토론문

이 규 홍 (법무부 외국인정책과장)

I. 최계영 교수 발표 관련 검토 의견 발표주제 : 출입국관리와 적법절차

1. 행정절차법이 배제되는 출입국행정의 범위

최계영 교수 의견 요지

- 행정절차법은 외국인의 출입국, 난민인정, 귀화에 있어 동법 적용을 배제하고 있으나(행정절차법제3조제2항제9호), 시행령에서 전부 배제가 아니라 각 행정작용별로 배제여부를 구체화하는 것이 타당

▪ (행정절차법제3조제2항) 이 법은 다음 각 호의 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 않는다. ……

9. ……외국인의 출입국·난민인정·귀화…… 등 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

▪ (시행령제2조) 법제3조제2항제9호에서 “대통령령으로 정하는 사항”이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 말한다. ……

2. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항

-
- 외국인의 출입국·난민인정·귀화라는 행정작용 중 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항

으로 인정되는 행정작용만을 시행령에 구체적으로 규정하지 않아 위임의 한계 일탈 논란이 있음 (대법원은 공무원 인사관계 법령에 의한 처분 관련 사건에서 해석으로 이를 보완, 2007.9.31. 선고 2006두20631 판결)

- 행정부공무원은 대법원 판례를 무시하고 시행령에 열거된 사항 모두에 대하여 행정절차법의 적용을 배제하는 경향이 존재하고 일부 하급심 판례*에서도 이러한 경향 존재

* 인천지법 2012.2.16. 선고 2011구합6404 판결, 의정부지법 2912.2.7. 선고 2011구합 3444, 서울행정법원 2012.7.6. 선고 20121구합13344 판결 등

□ 법무부 검토 의견

- 국제법상 외국인은 우리나라에 효력을 갖는 국제조약 등에서 별도로 정하지 않는 한 우리나라에 입국 또는 경제활동을 할 권리를 갖지 않고, 외국인의 출입국 및 귀화허용여부는 국가주권에 관한 사항으로서 각 국가가 광범위한 재량을 가짐

- 따라서 외국인의 출입국, 난민인정, 귀화 및 국적회복은 그 특성을 고려하여 출입국관리법, 난민법, 국적법에 별도의 행정절차를 규정하면서 국가주권과 외국인의 인권 보장을 조화시키고 있음

※ 미국, 캐나다, EU, 일본, 호주 등 주요 선진국도 외국인 출입국, 귀화 등 이민문제에 대하여 별도의 법에 행정절차를 규정

- 이에 따라 출입국관리법 등 개별법에서 ①필요 시 행정절차법에 준하는 행정절차를 규정하면서도, ②성질상 행정절차법상 행정절차를 거치기 곤란하거나 ③거칠 필요가 없다고 인정되는 경우 행정절차법상 행정절차를 배제하고 있다고 볼 수 있으므로, 현행 행정절차법시행령제2조가 위임의 한계 일탈이 있다고 단정할 수 없음

• (①예시) 행정절차법제26조는 당사자에게 처분에 관한 불복절차, 청구기간 등을 고지하도록 한 것과 유사하게 출입국관리법제56조의9에 따라 이의신청절차를 보호시설안의 잘 보이는 곳에 게시하도록 하고 있고, “출입국사법 단속과정의 적법절차 및 인권보호준칙

(법무부 훈령) 제11조제2항에 따라 용의자를 긴급 보호할 때 이의신청을 할 수 있음을 고지토록 함

- (②예시) 행정절차법제21조 및 제22조는 당사자의 권익을 제한하는 처분을 할 때 당사자에게 미리 통지하도록 하고 있으나, 불법채류 또는 불법취업 외국인 등에게 단속사실을 미리 통지할 경우 도주할 염려가 있어 적용 곤란
- ※ 행정절차법제21조제4항도 공공의 안전 또는 복리를 위해 긴급히 처분할 필요가 있는 경우 또는 해당처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란한 경우 등은 예외를 인정하나, 출입국관리법 등 개별법에서 구체적으로 예외가 적용되는 처분인지 여부를 명확히 하는 것이 법률의 명확성과 법적 안정성 제고 가능
- (③예시) 행정절차법제22조에 규정된 청문 등 사전 의견청취절차를 반드시 거치도록 하고 있으나, 강제퇴거사유의 대다수를 차지하는 불법채류와 불법취업 여부는 비자 또는 외국인등록증에 있는 채류자격 확인만으로 명백하게 판명되어 다툼의 소지가 거의 없어 사전 의견청취의 실효성이 낮고, 강제퇴거명령을 하기 위해 출입국관리공무원이 해당 외국인이나 참고인에 대한 조사과정에서 진술을 듣고 그 밖에 서류나 물건을 제출받을 수 있어 어느 정도 의견 제출의 기회가 주어지고 있다고 볼 수 있음

2. 출국명령서에 출국명령이유 기재 필요성 여부

□ 최계영 교수 의견 요지

- 강제퇴거명령의 경우 강제퇴거명령서에 적용법조, 퇴거이유 등을 기재하고 있어, 처분 근거와 이유를 제시토록 한 행정절차법제23조 규정과 동일한 행정절차를 규정
- 반면, 출국명령서 서식에는 출국명령의 이유를 기재하지 않고 있는 데, 행정절차법제23조제1항 각호에서 정한 예외사유*에 해당되지 않는 한 원칙적으로 그 이유가 제시되어야 함
 - * 신청내용을 모두 인정한 처분인 경우, 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우, 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

□ 법무부 검토 의견

- 출국명령은 주로 출입국사범 중 자진신고를 한 자에게 적용함으로써 당사자가

그 이유를 이미 명백히 알고 있는 점 등을 고려하여 적용 범조만 기재하고 그 이유를 기재하지 않고 있음

- 그러나 향후 적법절차를 강화하기 위하여 출입국관리법 시행규칙 개정을 통해 출국명령서 서식에 **출국명령의 이유를 기재**토록 하는 방안을 적극 검토하겠음

II. 하명호 교수 발표 관련 검토 의견

발표 주제 : 출입국관리법상 보호명령과 그에 대한 구제

1. 보호명령의 영장주의 위반 여부

□ 하명호 교수 의견 요지

- **헌법제12조제3항의 영장주의** 조항은 제1항의 적법절차조항의 특별규정으로 수사절차에만 적용되고, 행정상 인신구속에는 적용되지 않는다는 입장을 취할 때 위헌이 아님

* 헌재 2003.12.18. 선고 2002헌마593 등 (미국 판례 : INS v. Lopez-Mendoza 468 U.S. 1032 (1984), 일본판례 : 동경고등재판소 소화50(1975)년 11월 26일 선고)

- 다만, 헌법제12조제1항의 적법절차조항의 엄격한 적용을 통한 기본권 보장강화를 위해 일본, 미국* 등과 같이 **보호명령서 발부주체, 이를 집행하는 기관 및 이의신청 담당기관을 분리**할 필요

- ▶ (일본) 지방 입국관리국 내 수영영서 및 강제퇴거영서를 발부하는 주임심사관과 집행을 담당하는 입국경비관을 분리하고, 이의신청은 법무대신이 담당
- ▶ (미국) 국토안보부 지방 이민세관집행청(Immigration and Customs Enforcement)의 청장 등 관리자가 영장발부, 일반직원이 집행을 담당하여 우리와 유사하나, 청문 및 판정은 법무부내 이민심판원이 담당

□ 법무부 검토의견

- 출입국사범의 대다수를 차지하는 불법체류, 불법취업여부는 **고도의 법적 지식이나 판단을 요하지 않고 다툼의 소지가 거의 없는 점과,**
- 법무부장관에 대한 **이의신청절차, 행정소송 등을 통해 구제가 가능한 점,** 강제 퇴거서 발부기관과 집행기관을 분리 운영하기 위해서는 인력확충과 예산이 필요한 점, **제1심 기능을 수행하는 미국 이민심판원과 같은 유사기관 설립 시 오히려 재판청구권 침해 논란이 있을 수 있는 점** 등을 종합적으로 고려하여 검토할 필요

2. 변호사 선임권 고지 여부

□ 하명호 교수 의견 요지

- 출입국관리법 위반 용의자를 **보호할 때 변호인의 선임권의 고지에 대한 규정이 없고,** 규정이 없더라도 해당 외국인에게 이를 **고지하지 않으면 절차적 하자임**

□ 법무부 검토 의견

- “출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호준칙(법무부 훈령)”제11조제2항에 따라 용의자를 긴급 보호할 때 용의자에게 변호인선임권이 있다는 것을 알리고 있음 (기타 진술거부권, 이의신청권도 고지)

※ 법무부도 지속적으로 단속과정에서 미란다원칙을 준수하도록 관리·감독 중임

3. 인신보호법 적용배제의 위헌 여부

□ 하명호 교수 의견 요지

- 헌법제12조제6항 규정상 구속적부심사청구권은 수사기관이 아닌 행정상 인신구속에도 적용되는 것으로 해석해야 함
- 따라서 위법한 행정처분 또는 사인에 의한 시설에의 부당한 수용에 대해 법원의 구제절차를 취할 수 있도록 한 인신보호법은 헌법제12조제6항을 고려할 때

출입국관리법에 따라 보호된 자도 포함되어야 함에도, 인신보호법 적용대상에서 제외된 것은(제2조단서) 위헌임

※ 일본 인신보호법제2조제1항은 출입국사범에 대한 배제조항이 없음

□ 법무부 검토 의견

- 헌법제12조제1항은 수사 또는 행정작용을 위한 인신구속에 대하여 적법절차원칙을 일반적으로 선언한 규정이고, 헌법제12조제2항 내지 7항은 역사적으로 신체의 자유의 침해가 심했던 형사절차에서 준수해야 할 내용을 규정한 것이라 볼 때, 헌법제12조제6항 규정상 구속적부심사청구권이 행정상 인신구속에도 적용되어야 한다고 단정하기 어려움

- 헌법제27조제1항의 재판청구권의 구체적 보장을 위해 입법자의 광범위한 입법 재량이 인정됨 (헌재 2009.2.26. 선고 2007헌바8 결정)

- 특히, 국가의 강제퇴거 권리는 국제법상 확립된 권리로서, 강제퇴거를 위한 보호명령에 대하여도 어떤 방식으로 행정적·사법적 구제절차를 형성할 것인가에 대해서는 광범위한 정책재량을 가지며, 당사자의 불이익 보다 공익적 측면이 더욱 강조됨

※ 헌재 2005.3.31. 선고 2003헌마87 결정, 서울행정법원 2009.12.31. 선고 2009구합44898 판결 등

- 따라서 인신보호법상 구속적부심사절차를 배제하더라도 보호명령에 대하여 행정소송이 가능하고 보호명령에 대한 집행정지 신청이 가능하므로 재판청구권을 부당하게 제한하는 것이 아님

- 또한 ① 통상적으로 불법체류 또는 불법취업 확인은 매우 단순하게 입증이 가능하고 행정청이 잘못 판단할 가능성이 현저히 낮음에도 인신보호법상 구제절차를 이용토록 할 경우, 출입국사범에 대한 법원의 부담을 불필요하게 가중시키고, 인신보호법에 따른 법원의 결정과 행정소송에 따른 법원의 재판결과가 서로 모순될 경우 법정 안정성을 훼손할 우려도 있음

- ②입국불허 또는 불법체류 외국인이 체류기간 연장수단으로 구제절차를 남용하

여 강제퇴거 등의 절차가 지연됨에 따라 국익을 손상할 우려가 높음

※ 출입국관리법상 보호제도는 다른 행정절차와 달리 국내 체류가 아니라 단기간 보호된 후 국외로 추방되는 것이므로 인신보호법상 구제절차를 인정할 경우 그 자체가 보호 기간을 늘리거나 불법체류 등 위법상태를 연장하는 효과가 있는 특성을 가짐

- 또한 ③불법체류자의 경우 대부분 주거가 부정하거나 도주우려가 농후한데, 인신보호법제9조 및 제13조에 따라 보호 일시 해제 또는 해제결정이 내려지면 강제퇴거를 담보할 수단이 없게 되므로 행정쟁송을 통한 구제 이외에 인신보호법상 구제절차를 중복적으로 허용하지 않는 것임

○ 설령 헌법제12조제6항 규정상 구속적부심사청구권이 행정상 인신구속에도 적용되어야 한다는 견해에 따르더라도, 입법부가 이미 입법제약을 통해 행정쟁송을 통한 보호명령의 적부심사 및 판결 전 집행정지신청 등을 통해 헌법상 구속적부심사절차를 구체화한 것으로 볼 수 있으므로 위헌이라고 단정할 수 없음

※ 입법부는 형사소송법제214조의2에 의해 헌법상 구속적부심사절차를 구체화한 ‘형사절차에 따라 체포·구속된 자’에 대하여도 인신보호법상 구제절차를 마찬가지로 배제하고 있음(인신보호법제2조제1항 단서)

- 특히 행정소송법상 집행정지는 행정상 인신구속에 대한 즉각적이고 효율적인 구제수단이 되므로, 인신보호법상 구제제도에 비하여 그 효과가 결코 미약하지 않음

○ 따라서 현행 보호명령에 대한 구제절차는 공의과 사익을 비교형량하여 적절히 조화시킨 것으로 헌법상 구속적부심사청구권이나 재판청구권을 부당하게 제한한다고 볼 수 없고, 외국인의 국제법 및 국내법적 지위를 고려한 합리적 차별에 해당하는 것이므로 헌법에 위반된다고 볼 수 없음

출입국관리법 쟁점 토론문

이 발 래 (국가인권위원회 이주인권팀장)

1. 사회적 소수자로서의 이주민

사회적 소수자는 “특정한 속성에 따라 구획되어 특정한 사회공동체의 구성원으로 비지배적이고 소외되고 차별되어 경멸적인 대우를 받음으로(차별성) 인하여 서로 연대감을 가지고(연대성), 은연중에 이를 유지하기 위한 집단인식이 형성되어(집단성& 정체성) 대다수 구성원과 평등하게 취급받기를 원하는(항거성) 부류」라고 정의한다.¹⁾

이러한 정의에 따르면 「국가인권위원회법」 제30조 제2항의 19개 차별사유 중 이주민과 관련된 차별사유는 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색 등으로 이는 소수자의 영역이다.²⁾ 따라서 이주민은 사회적 소수자이고 차별가능성이 매우 높은 집단이다.

소수자가 소수자의 권리를 다수자와 동등하게 보장하도록 요구하는 한 소수자보호의 문제는 일차적으로 평등권의 보장문제이다. 소수자가 집단성을 이루고 있으므로 집단을 차별하게 되면 그에 속해 있는 개인이 불이익을 당하기 때문이다.

1) 이발래, “인권법상 소수자 보호체계와 차별심사에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제9권 제1호, 2003. 337-378면 참조.

2) 이러한 차별사유에 따라 사회적 소수자의 개념요소에 해당되는지 여부를 살펴보면 다음과 같다.

사 유	요 건	소수자개념의 요건			
		차별성	연대성	정체성	항거성
장애		○	△		○
나이		○			
출신국가		○	○	○	○
출신민족		○	○	○	○
인종		○	○	○	○
피부색		○	○	○	○
혼인여부		○			

따라서 사회적 소수자인 이주민에 대한 문제를 헌법적으로 체계화하는 것은 결국 평등문제이다. 즉 평등문제는 소수자를 체계적으로 이해하고 소수자의 보호규정을 이해하는데 결정적으로 작용한다. 다수자에게 자유가 있다면 소수자에게는 평등이 있는 것이다. 따라서 헌법상 평등원칙은 이주민에게 시혜가 아니라 헌법 체계상 소수자인 이주민 자신의 고유한 권리이며, 실천규범으로 우리 사회의 통합을 진전시킬 수 있는 규범으로서 역할을 할 것이다.

여기에서 국내에 유입된 이주민이 사회적 소수자라 할 수 있을 것이나 출입국단계에 있는 외국인을 사회적 소수자라 할 수 있을까? 사회적 소수자가 아니라면 최소한 취약한 상황에 있는 약자에 해당될 것이다. 외국인을 사회적 소수자라 하든지 사회적 약자라 하든지 외국인 및 이주민의 문제는 빈곤과 편견에 노출된 집단임에 틀림이 없다.

이와 같은 사회적 소수자인 외국인에 대하여 국가는 법질서의 확립, 국가적 혹은 민족적 과제를 수행한다는 명분을 통해 인권침해나 차별행위를 정당화해 왔고, 소외시켜 왔다. 이러한 사회적 소수자의 인권침해나 차별행위 그리고 소외를 해소할 위해서는 사회적 소수자의 정체성과 사회적 소수자의 의미(가치)의 세계(사회적 소수자의 문화)를 존중하고 회복시키는 것이다. 이러한 사회적 소수자의 정체성과 문화의 존중이 사회통합의 첫걸음이라 볼 수 있을 것입니다.

2. 사회적 소수자로서의 접근

사회공동체는 상황에 따라 다수와 소수로 갈라짐으로 인하여 동질적 공동체뿐만 아니라 이질적 민주주의 국가에서 사회적 소수자의 보호의 필요성이 더욱 높아지고 있다. 소수자도 인간의 권리의 주체이고 비록 다수와 다른 입장에 있다할지라도 인간 존엄과 행복을 추구할 수 있는 삶을 영위할 권리를 광범위하게 공유할 수 있어야 할 것이다.

사회적 소수자 및 약자인 외국인의 기본권 보장에 있어서, 헌법질서 관점에서 기본권의 보장 정도에 따라 외국인의 입출국과 체류 문제를 다루는 것 보다는 사회적 소수자 및 약자의 관점에서, 즉 기본권의 보호의 대상적 관점에서 이주민 및 외국인의 문

제를 접근한다면 과잉금지 원칙을 적용하는데 하등의 문제가 될 것이 없을 것이다.

약한 기본권이기 때문에 규범적 보호가 어렵다는 주장보다는 기본권 성질에 따라 인권적 성격을 갖는 기본권에 대하여 외국인의 기본권 주체성을 인정하고, 헌법상 외국인의 기본권 주체성 인정의 근거가 되는 조문을 찾는 노력을 하는³⁾ 것이 더 설득력이 있을 것이다.

출입국의 자유가 약한 기본권의 성격이기 때문에 국가재량에만 맡길 수 있는 문제에 대하여 우려를 표하고 있지만, 이 문제를 주권과 헌법질서의 관점에서 본다면 외국인의 출입국의 자유는 당연히 약한 기본권이고, 국가의 광범위한 재량을 정당화하게 될 가능성이 높다.

3. 국가인권위원회의 권고 및 의견표명

가. 권고 및 의견표명

출입국관리공무원은 출입국관리법에 근거하여 법관이 발부한 영장 없이도 불법체류 외국인의 신체를 구속하는 ‘(긴급)보호’를 하고 있으며, 강제퇴거명령에 대한 취소소송이 법원에 계속 중인 경우에도 곧바로 강제퇴거를 집행하여 외국인을 본국으로 송환할 수 있다.

이와 관련하여 국가인권위원회에서는 다음과 같은 권고 및 의견표명을 한 사실이 있다.

1) 「출입국 관리법 일부개정법률안」(2007.11.8. 입법예고)에 대하여 의견표명⁴⁾

1. ‘보호’의 법률적 정의규정 신설과 더불어 불법체류 외국인의 인신구속 및 보호 행정작용에 형사사법절차에 준하는 권리보장체계를 마련하여 출입국관리분야의 실질적 법치주의 실현을 위해 노력하는 것이 바람직하다.

3) 공진성, “출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호 - 현재 2012. 8. 23. 2008헌마430 결정에 대한 평석 -”, 「공법학연구」 제14권 제1호, 226면 이하.

4) 국가인권위원회, 2007. 12. 6. 「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 의견표명.

2. 법률안 제46조의 2에 불법체류 외국인에 대한 단속권한의 규정 신설과 더불어 단속대상 외국인에 대한 질문·조사 및 사업장 출입·조사 등의 과정에 기본적인 권리고지·영장제시 등 형사사법절차에 준하는 권리보호조치를 마련하는 것이 바람직하다.

가) ‘보호’의 법률적 정의 규정

우리 위원회는 2005. 5. 23. 전원위원회의 결정을 통해 「출입국관리법」상 행해지는 ‘보호’행위는 실질적으로 형사사법절차상의 구인·구금 또는 수용과 유사함에도 불구하고, ‘보호’행위에 대한 정의 규정이 없어 그 내용과 적용범위가 모호하여 대상 외국인의 신체의 자유 등 기본권 침해의 우려가 있으므로, 그 개념을 분명히 정의할 것⁵⁾을 법무부에 권고한 바 있다.

그러나 외국인에 대한 ‘보호’의 개념을 법률안이 어떻게 규정할 것인가의 문제는, ‘보호’의 명목으로 행해지는 불법체류 외국인에 대한 단속 및 신병 확보 과정 중에 형사사법절차에서와 같은 인신보호조치를 어느 정도로 보장할 것인가가 결정될 수 있는 중요한 사항이다. 즉, ‘보호’의 개념은 법률안 제2조 제10호의 2에 국한된 의미를 갖는 것이 아니라, 불법체류 외국인의 단속에서 강제퇴거 조치 이전까지의 인신구속적 행정작용 전 과정에서의 절차 및 권리 보장 전반에 영향을 미치는 사항인 것이다.

법무부는 이번 법률안에서 ‘보호’의 개념을 불법체류 외국인에 대한 ‘인치 및 수용과 관련된 집행활동’으로 정의하여, ‘보호’행위가 불법체류 외국인의 인신의 제한과 관련된 집행행위임을 명백히 하고 있다. 이러한 법률안의 태도는 보호 대상이 되는 불법체류 외국인에 대해서도 인신의 제한과 관련된 우리 헌법상의 적법절차 및 기본적인 권리 보장을 인정하기 위한 선결 조치라고 판단된다.

2) 「출입국관리법 일부개정법률안(정부 발의)」(2009. 11. 16. 의견조회)에 대한 의견표명⁵⁾

「출입국관리법 일부개정 법률안」에 영장주의, 엄격한 검문요건 등 형사사법절차에 준하는 인신보호 규정을 마련하는 것이 바람직하다.

5) 국가인권위원회, 2009. 11. 19. 「출입국관리법 일부개정법률안(정부 발의)」에 대한 의견표명.

가) 형사사법절차에 준하는 인신보호규정 신설 필요

우리 위원회는 2005. 5. 23. 법무부장관에게 「출입국관리법」 상 행해지는 ‘보호’행위는 실질적으로 형사사법절차상의 구인·구금 또는 수용과 유사함에도 불구하고, ‘보호’행위에 대한 정의 규정이 없어 그 내용과 적용범위가 모호하여 대상 외국인의 신체의 자유 등 기본권 침해의 우려가 있으므로, 그 개념을 분명히 정의할 것’을 권고한 바 있다.

개정안 제2조 제11호에서 우리 위원회의 권고를 받아들여 ‘보호’에 관한 정의규정을 신설한 것은 바람직하다. 그러나 ‘보호’의 개념을 분명히 하라는 종래 권고의 실질적 의미는 출입국관리법상의 외국인 ‘보호’ 업무가 행정작용이라고 할지라도 인신의 자유에 대한 중대한 제한을 내용으로 하고 있어, 그 본질은 형사사법절차상의 인치·구금과 유사하므로 인신관련 행정작용의 근거와 절차를 형사사법절차에 준하여 마련하라는 것이었다. 따라서 단순히 ‘보호’의 법률적 정의규정을 신설하는 것만으로는 충분하지 않으며, 외국인의 인신을 구속하는 행정작용을 함에 있어서는 사전에 법원으로부터 영장을 발부받아야 함을 원칙으로 하고, 긴급체포 시에도 체포 후 법원에 구속영장을 청구하도록 하고 있는 현행 형사사법절차에 준하는 권리보장체계를 마련하여 출입국관리 분야에도 실질적 법치주의가 실현될 수 있도록 노력하는 것이 바람직하다.

개정안은 강제퇴거 대상자의 보호기간이 3개월을 넘을 경우에는 3개월마다 미리 법무부 장관의 승인을 받도록 하는 조항(제63조 제2항)을 신설하였다. 이는 출입국관리공무원의 자의적 구금을 통제하기 위한 것으로 이해된다. 그러나 실질적으로 이 목적을 달성하기 위해서는 법무부장관의 승인을 받도록 하기보다는 위에서 지적한 바와 같이 영장주의를 도입하여 법원의 허가를 받아 보호기간을 연장하도록 하는 것이 바람직하다.

개정안은 「출입국관리법」을 위반하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 외국인을 정지시켜 질문할 수 있다는 조항(제81조 제3항)을 신설하였다. 그러나 출입국사범의 단속을 위한 질문·조사 등의 법적 성격을 행정작용으로 인정하더라도 이러한 질문과 조사는 실질적으로 인신구속과 직결될 수 있으므로 형사사법절차상의 인신보호 조치에 준하는 절차가 구비되어야 한다. 위와 같은 출입국관리공무원의 정지·질문권은 「경찰관직무집행법」 상의 불심검문과 유사하므로 불심검문 절차를 규정한 동법

제3조를 참고할 수 있을 것이다. 이 조항에 의하면 경찰관이 당해인을 정지시켜 질문할 경우에는 자신의 신분을 밝혀야하고 그 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행의 경우에는 동행 장소를 밝혀야 하고, 당해인은 동행요구를 거절할 수 있으며, 당해인의 가족 또는 친지 등에게 위의 사실을 고지하거나 본인이 연락을 할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 변호인의 조력을 받을 권리를 고지해야 하고 당해인을 일정시간 이상 경찰관서에 체류하게 할 수 없으며, 당해인은 신체를 구속당하지 않고 답변을 강요당하지 않을 권리가 있다. 이상의 점을 종합해볼 때 개정안에도 「경찰관직무집행법」 제3조에 준하는 인신보호절차를 신설하는 것이 바람직하다 할 것이다.⁶⁾

법무부는 ‘불법체류 외국인의 단속은 실제적 진실이 엄격히 규명되어야 하는 형사 피의자의 수사와 달리 불법상태의 판별이 매우 용이한 외국인을 신속히 국외로 퇴거시키는 것을 목적으로 하므로 복잡한 형사절차에 의하기보다는 행정절차로 신속히 이루어지는 것이 타당하며, 불법체류 외국인의 출국이라는 행정목적은 담보할 대체수단이 없는 상태에서 출국 시까지 최단기간의 수용을 의미하므로 신체의 자유 제한 자체를 목적으로 하는 형사범의 구금과는 그 목적이나 성질을 달리하는 것이고, 불법체류 외국인의 단속 즉 보호와 강제퇴거는 국가주권적 행위’라고 주장하면서 영장주의가 배제되어야 함을 강조하고 있다.

3) 여수출입국관리사무소 보호실 화재사고 직권조사에 따른 개선 권고(사건 07직인기)

가) 보호에 대한 적극적 입법통제의 필요성

외국인 보호는 위에서 본 바와 같이 형식적으로는 권력적 행정작용으로서 행정처분이나, 본질적으로는 인신의 자유를 박탈하는 억류의 성격을 가지고 있다. 신체의 자유를 박탈 또는 제한하는 처분은 기본적 인권에 대한 중대한 제한으로서, 그 요건과 내용을 법률에서 구체적이고 엄밀하게 규정하여야 하는 ‘법률유보의 원칙’이 적용되며 이는 외국인이라고 하여 그 예외에 해당할 수 없는 것이라 하겠다.

6) 이밖에도 개정안에서 삭제해야 할 조항들로 제시한 조항은 ① 정보화기기에 의한 출입국 심사 신설조항, ② 외국인의 입국 및 등록 시 지문 등 정보제공의무 신설조항 등이다.

7) 국가인권위원회, 2007. 4. 7. 2007직인2 여수출입국관리사무소 보호실 화재사고 직권조사에 따른 개선 권고.

나) 보호외국인에 대한 권리구제 절차 수립 및 보장

「외국인보호규칙」 제8조에는 보호외국인에게 “보호소의 생활규칙 및 보호외국인의 권리구제방법 등”을 고지하도록 규정하고 있다. 또한 「출입국관리법」 제54조는 용의자를 보호할 경우 보호의 일시, 장소 및 이유를 국내의 법정대리인 등 또는 지정하는 자에게 통지하여야 한다고 규정하고 있다. 단, 법정대리인이 국내에 거주하지 않거나 용의자가 통지 받을 자를 지정하지 않을 경우 통지하지 않을 수 있다고 규정하고 있다.

그러나 직권조사결과에서 본 바와 같이 여수출입국사무소는 보호외국인들에게 자신들이 받을 수 있는 권리구제절차에 대하여 제대로 안내하지 아니하였던 것으로 드러났는바, 이에 대하여 개선을 권고할 필요성이 있다고 판단된다. 또한 불법체류자들의 대부분은 국내연고가 없는 경우가 많으므로 보호외국인이 수용될 경우 자국의 영사기관으로부터 신속한 보호를 받을 권리가 있음을 출입국관리 공무원이 고지하도록 「출입국관리법」을 개정하여야 할 것이다.

4) 외국인 보호 및 교정시설 방문조사에 따른 권고(2007. 12.)⁸⁾

1. 외국인 보호절차의 개선과 보호외국인의 인권보호와 향상을 위하여
 - 가. 출국권고나 출국명령 등 강제퇴거의 대안적 절차를 적극 활용하여 신체의 자유를 제한하는 보호조치를 최소화해야 할 것이다.
 - 나. 보호조치에 대해 형사사법 절차에 준하는 수준의 실질적 감독 체계가 마련되어야 할 것이다.
 - 다. 법률에 의해서만 보호외국인에 대한 기본권 제한이 이루어질 수 있도록 하기 위해서 출입국관리법에 운동이나 급양, 집필, 보호거실이 갖추어야 할 최소한의 조건 등 기본권과 관련된 중요한 사항들을 규정해야 할 것이다.
 - 라. 보호의 적정화를 위해 보호기간이 연장되는 때 3개월마다의 승인, 승인과정에서 해당 외국인의 보호에 대한 이의신청권이나 의견진술기회 보장, 보호기간의 상한 규정 등이 마련되어야 하며, 이러한 내용들이 「출입국관리법」에 반영되어야 한다. 또한 보호외국인들의 체불임금 등 금품문제를 해결하고 보호기간이 단축될

⁸⁾ 국가인권위원회, 2007. 12. 17. 외국인 보호 및 교정시설 방문조사에 따른 권고.

수 있도록 보호일시해제 조건을 완화하는 등의 다양한 지원시스템을 강구해야 할 것이다.

마. 보호시설 내에서 외국인이 일과 시간 중에 운동장, 도서 등에 대한 접근이 원활하게 이루어질 수 있도록 거실 밖의 자유로운 이동을 최대한 보장해야 한다.

바. 보호시설 내에서 의복 등의 반입과 짐필권이 최대한 보장될 수 있도록 「외국인보호규칙」 제10조를 개정하여 보호외국인이 보호시설 안에서 생활하는 동안 필요한 물품인 의류, 필기구와 종이, 도서, 가족사진, 화장품 등을 소지하고 사용하는 것을 소장의 허가사항이 아닌 기본적 허용사항으로 하고, 보호외국인의 사복착용 허용, 여벌의 보호복 지급, 보호복의 정기적 교환 및 세탁을 위한 최소한의 기준 마련 등 보호복의 청결과 위생 상태를 유지하기 위한 대안을 모색해야 할 것이다.

- 이하 교정시설 부분 권고내용은 생략 -

가) 보호의 법적 의미 및 문제점

현행의 보호는 대부분 「출입국관리법」 위반사실이 확정되지 않았거나 행정처분인 강제퇴거의 대상에 대해 출입국관리사무소장 등이 발부한 보호명령서에 의해 특정한 장소에 인치하여 신체의 자유를 제한하는 것으로 형벌적 요소가 배제된 행정작용이다.

그러나 실제적으로 「출입국관리법」상 행해지는 보호행위는 사법절차상의 구인·구금 또는 수용과 유사한 것으로 보호외국인의 기본권을 폭넓게 제한하고 있다.

따라서 단순한 신명확보를 목적으로 하는 행정적 작용으로서의 ‘보호’ 개념에도 불구하고 보호과정에서 해당 외국인에 대하여 광범위한 기본적 권리의 제한이 이루어지고 있는 현실에 비추어, 현행의 보호조치를 우선으로 하는 미등록 강제퇴거 정책에 대한 대안과 보호과정에서 처우의 개선방안에 대한 검토가 요청된다.

나) 보호조치의 최소화를 위한 개선 방안 모색

「출입국관리법」 제46조에 의하면, 유효여권을 소지하지 않았거나 입국금지 사유가 입국 후 발견되거나 발생하는 등 하자 있는 입국을 했던 경우, 허가받은 체류기간을 초과하였거나 체류자격을 위반하여 활동하는 등으로 입국 후 체류자격에 하자가 발

생한 경우 등의 사유로 「출입국관리법」을 위반한 자나 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 자 등은 강제퇴거의 대상자이다.

위 「출입국관리법」 제46조에 해당하는 강제퇴거의 대상자이지만 자기비용으로 자진하여 출국하려는 자나 출국권고를 이행하지 않은 자 등에 대해서는 출국명령을 내릴 수 있다. 출국명령서를 발급할 때에는 출국기한을 정하고 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙일 수 있다. 출국명령을 받고도 지정한 기한까지 출국하지 않을 경우에는 강제퇴거명령서를 발급하여야 한다. 즉 현행의 「출입국관리법」은 보호를 수반하는 강제퇴거 전에 출국권고, 출국명령을 할 수 있도록 규정하여 강제퇴거 대상자의 자진출국을 유도할 수 있도록 규정하고 있다.

따라서 도주의 우려가 있는 지, 혹은 공공에 위협이 될 것으로 판단되는지의 여부에 관계없이 강제퇴거 대상자에 해당되는지 여부를 조사하는 과정이나 강제퇴거 집행을 위한 대기 기간 동안 신체의 자유를 제한하는 보호조치를 원칙으로 하고 있는 우리의 출입국 정책은 재고되어야 하며 현행과 같은 보호조치를 대체할 수 있는 다양한 방법들이 모색될 필요가 있다.

특히 현행법 체계 내에서도 출국권고나 출국명령의 방안을 활용한다면 외국인의 기본권 제한을 최소화 할 수 있으므로 보호조치의 대안적 절차로서 이러한 방법을 적극 활용함으로써 이 절차를 통하여 출국한 자에 대해서 입국금지 기간을 줄여주는 등의 인센티브를 제공하여 출국권고나 출국명령의 준수를 유도하는 등의 노력을 기울여야 할 것이다.

나. 이주 인권가이드라인 권고

2012. 1. 국가인권위원회는 정부의 이주민 관련 정책이 인권적 측면에서 방향성을 갖도록 하기 위하여 「이주 인권가이드라인」을 수립하여 법무부 등 10여 개 정부 부처에 권고했다.

1) 「이주 인권가이드라인」의 의미

「이주 인권가이드라인」이 정부가 이주민 관련 정책이나 사업을 수립, 시행할 때 인권적 측면에서 방향성을 제시하는 지침으로 적극 활용되기를 바란다.

2) 수립경과

「이주 인권가이드라인」은 국내체류 이주민들의 인권상황에 대한 실태조사, 이주민 관련 법령 및 사회적 관행에 대한 분석, 관련 국제법과 해외사례 조사 등을 바탕으로 마련되었습니다. 또한 위원회는 「이주 인권가이드라인」을 수립하면서 전국의 40여개 인권단체를 비롯한 관련 정부부처들과도 간담회를 개최, 정책입안자와 현장활동가들의 폭넓은 의견을 수렴, 반영하도록 노력하였다.

3) 「이주 인권가이드라인」의 내용

「이주 인권가이드라인」은 7개 영역(이주노동자의 인권보호 강화, 결혼이주민의 인권보호 강화, 이주아동의 인권보호 강화, 난민, 무국적자의 인권보호 강화, 재외동포 이주민의 인권보호 강화, 미등록 이주민의 인권보호 강화, 인종차별 예방 및 외국인에 대한 인식 제고), 30개 분야에서 90개의 핵심추진과제를 제시하여 중장기적으로 정부 정책에 반영할 것을 요청하는 것을 주요내용으로 담고 있다.

2. 미등록 이주민 단속과정에서 인권침해 예방

가. 현황 및 문제점

- 현재 정기적으로 실시되는 법무부와 경찰의 미등록 이주민 합동 단속은 대부분 신분증을 제시하지 않고(37.4%) 동의나 허락 없이 무단으로 진입한(71.5%) 사복차림의 단속반원에 의해(47.9%), 근무지나(43.0%) 거주지(17.9%)에서 대규모로 단속이 되었다고 조사되었다. 또한, 단속반원들의 79.5%가 수갑을 사용했으며, 경찰 장구와 전자 충격기 및 그물총을 사용하는 경우도 있었다고 조사된 바가 있다. 미등록 이주민의 단속과정의 적법절차 위반과 폭력성은 대표적인 이주민 인권침해 사례로 국내외의 비난을 받고 있다. 특히, 단속과정에서 종종 발생하는 상해, 사망사고 등은 인권친화적 제도적 장치 마련을 통해 시급히 예방하여야 할 사항이다.

나. 국내규범

규범	내용
국내규범	- 외국인에 대한 국내법에 따른 보호에 관하여는 헌법 제6조(조약과 국제법규의 효력 및 외국인의 지위보장), 국가인권위원회법 제4조(동법의 대한민국 영역에 있는 외국인에 대한 규정) 적용함. - 헌법 제10조(행복추구권), 제12조(신체의 자유), 구속·체포의 요건 및 절차에 관한 형사소송법 제73, 85, 87, 88조, 제200조의2, 3, 5, 불심검문에 관한 경찰관직무집행법 제3조를 단속의 요건 및 절차에 관한 법정화시 참고

다. 핵심추진과제

VI-2-1. 외국인의 ‘단속’ 및 ‘보호’ 업무는 실제 인신의 자유에 대한 중대한 제한을 내용으로 하고 있어 그 본질은 형사사법절차상의 인치·구금과 유사한바, 그 근거와 절차를 형사사법절차에 준하여 규정하고 그 업무에 대한 사법심사를 강화하여야 한다.

VI-2-2. 야간단속, 사업주의 동의 없이 하는 단속, 주거침입 단속 등을 지양하고 단속과정에서 적법절차를 준수하여 인권침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

VI-2-3. 단속 과정에서 발생하는 인권침해를 예방하기 위하여 출입국관리공무원에 대한 정기적인 인권교육을 강화하여야 한다.

VI-2-4. 단속 과정에서 발생할 수 있는 응급상황에 신속·적절히 대처할 수 있도록 단속공무원에게 실제적인 응급의료조치 교육을 강화하여야 한다.

4. 미등록 이주민 보호제도 개선

가. 현황 및 문제점

- 외국인보호소에 보호된 외국인들은 형사 사범이 아님에도 불구하고, 보호 적정인원 초과수용, 보호기간과 수용형태의 문제, 권리고지 및 보호사실 통보의 문제, 보호에 대한 이의절차 및 보호절차 중 신체검사 및 소지품 보관에 관한 문제, 변호인 접견 및 면회, 서신왕래와 전화통화, 시설 및 위생, 급식 및 보건, 운동과 종교 생활 및 기타생활, 계구와 무기의 사용 및 강제력의 행사와 안전대책, 격리수용 등 여러 인권침해에 노출되어 있는 상황이다.

이러한 미등록 이주민 보호조치의 장기화와 보호시설의 운영에 관한 사안 등이 유엔이 정한 「피구금자 처우에 관한 최저기준규칙(1955)」의 기준을 충족하지 못하고 있다는 지적이 있다.

나. 국내규범 및 해외사례

규범 및 해외사례	내 용
국내규범	- 외국인에 대한 국내법에 따른 보호에 관하여는 헌법 제6조(조약과 국제법규의 효력 및 외국인의 지위보장), 국가인권위원회법 제4조(동법의 대한민국 영역에 있는 외국인에 대한 규정) 적용함. - 출입국관리법 제63조(보호), 외국인보호규칙, 헌법 제10조(행복추구권), 제12조(신체의 자유), 제36조 제2항(모성보호), 제37조 제2항(기본권의 제한), 보호기간의 제한에 관하여 구속 기간을 정해 놓고 있는 형사소송법 제92, 203, 205조 참고
국제규범	- 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙

다. 핵심추진과제

VI-4-1. 강제퇴거 명령을 받은 사람에 대하여 보호가 장기간 지속되는 경우 그 연장을 제한하여 장기구금을 방지하도록 하고, 사안에 따라 보증금 없는 보호일시해제도 적극적으로 검토하여야 한다.

VI-4-2. ‘보호’는 실제로는 신체의 자유를 제한하는 행위이므로 형사사법절차에 준하는 권리보장체계를 마련하여 출입국관리분야에서 실질적 법치주의가 실현되도록 하여야 한다.

VI-4-3. 보호시설은 적정한 수용공간과 시설을 갖추고, 위생, 급식, 보건에서 인간다운 생활이 가능하도록 운영하도록 하고, 특히 여성, 아동 등은 특수성을 고려하여 생활권과 교육권이 보장될 수 있도록 하여야 한다.

VI-4-4. 보호시설을 인권친화적으로 개선하고 그 운영과정에서 인권침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

5. 미등록 이주민의 강제퇴거제도 개선

가. 현황 및 문제점

- 정부의 단속 및 강제퇴거 정책에 의해 많은 미등록 이주민이 자신의 의사와 관계없이 강제퇴거 조치의 대상이 되고 있고, 현행 고용허가제와 방문취업제 이주노동자의 체류기한이 만료되는 시점에는 더 많은 미등록 이주민이 양산될 것으로 예측되고 있다. 강제퇴거 사유가 광범위하고 모호하게 규정된 부분이 있어서 법집행공무원의 자의적 판단에 의한 인권침해도 발생하고 있으므로 이러한 가능성을 줄이기 위한 법령의 개정도 필요하다.

나. 국내규범

규범	내용
국내규범	- 외국인에 대한 국내법에 따른 보호에 관하여는 헌법 제6조(조약과 국제법규의 효력 및 외국인의 지위보장), 국가인권위원회법 제4조(동법의 대한민국 영역에 있는 외국인에 대한 규정) 적용함. - 헌법 제10조(행복추구권), 제27조 제1, 4항(재판을 받을 권리 및 무죄추정의 원칙) 참고

다. 핵심추진과제

VI-5-1. 강제퇴거 명령에 대하여 이의신청이 있는 경우 이의신청에 대한 결정이 있기 전이나 취소소송을 제기한 경우 그 집행을 정지할 수 있도록 하는 근거규정을 마련하여야 한다.

VI-5-2. 미등록 이주민의 진정권을 보장하기 위하여 인권침해나 임금체불 등과 관련한 진정을 제기한 경우 진정사건 처리기간 보장을 위한 퇴거조치 유보가 필요하다.

■ 법무법인 공존(共存)은

니와 너, 국민과 외국인, 인간과 자연이 조화롭게 공존하는 세상을 꿈꾸며 노력하는 변호사들이 모여 설립한 법인입니다.

■ 주요 업무

- 복수국적, 국적상실, 국적회복 등 국적 관련 모든 업무
- 비자, 입국규제, 영주권 등 출입국 관련 모든 업무
- 상속, 이혼, 모국투자, 병역법 등 각종 법률 업무

■ 구성원 소개



■ 대표변호사 차 규 근

- 법무부 국적, 난민과장(2006.6.~2011.5.)
- 법무부장관상, 보건복지부장관상 등 수상
- 주한중국총영사관, 한국이민재단, 동포교육지원단 자문변호사

■ 공동대표변호사 김 태 섭 (전 대검 연구관, New York주 변호사)

전 중 민 (전 법무법인 화우, 전 행정법원 판사)

이 장 환 (전 법무법인 태평양, New York주 변호사)

Dæho **LAWFIRM**

법무법인 대호

대표변호사

유 철 환
서 주 흥

고문변호사

석 동 현

서울주사무소 : 서울 강남구 테헤란로 119(역삼동) 대호레포츠틀딩 6층

대표전화 : 02) 568-5200 팩스 : 02) 561-5100

부산분사무소 : 부산 해운대구 해운대로 309 리드빌딩 3층

대표전화 : 051) 744-2014 팩스 : 051) 731-2718