

한국이민법학회 · 한양대 법학연구소 · 인하대 BK21+다문화교육 사업팀  
2016년 추계공동학술대회

---

# 불법체류와 법치행정

- 일시: 2016년 10월 28일(금) 13:30~17:50
- 장소: 한양대학교 법학전문대학원 제3법학관 603호
- 주최: 한국이민법학회  
한양대학교 법학연구소  
인하대학교 BK21+다문화교육 사업팀

한국이민법학회



한양대학교 법학연구소



인하대학교  
BK21+다문화교육 사업팀

## 프로그램

### [개 회]

사회: 노호창 (호서대 법정학부)

- 13:30~14:00
- 개회사 석동현 변호사(한국이민법학회)
  - 환영사 오 윤 교수(한양대 법학연구소장)

### [주제 발표]

사회: 김환학 (헌법재판연구원)

#### 14:00~15:00 [제1주제] 미등록 이주민 인권침해 실태 및 대응방안

- 발 표 정상우 교수, 이미정 연구교수, 박지인 연구원  
(이상 인하대 BK21+다문화교육 사업팀)
- 토 론 박영아 변호사(공익인권법재단 공감)

#### 15:00~16:00 [제2주제] 불법체류(통제)의 법적 쟁점

- 발 표 이 일 변호사(공익법센터 어필)
- 토 론 이희정 교수(고려대)

16:00~16:20 휴 식

#### 16:20~17:20 [제3주제] 불법체류 통제행정에의 경제적 접근

- 발 표 차규근 변호사(법무법인 공존)
- 토 론 이규용 박사(한국노동연구원)

#### 17:20~17:50 [종합토론]

- 이철우 교수(연세대)
- 석동현 변호사(한국이민법학회)
- 이민희 변호사(전 법무부 출입국관리국장)

17:50~ 만 찬

# 목 차

## 【제1주제】

미등록 이주민 인권침해 실태 및 대응방안..... 정 상 우·이 미 정·박 지 인	1
토론문..... 박 영 아	35

## 【제2주제】

불법체류(통제)의 법적 쟁점..... 이 일	39
토론문..... 이 희 정	63

## 【제3주제】

불법체류 통제행정에의 경제적 접근..... 차 규 근	69
토론문..... 이 규 용	89

## 【종합토론】

- 이 철 우
- 석 동 현
- 이 민 희



[제1주제]

## 미등록 이주민 인권침해 실태 및 대응방안

정 상 우\* · 이 미 정\*\* · 박 지 인\*\*\*

- I. 서론
- II. 미등록 이주민의 현황과 법적 지위
- III. 미등록 이주민의 인권침해 유형 및 현실
- IV. 미등록 이주민 인권침해 대응방안
- V. 결론

### I. 서론

세계화에 따른 이주의 보편화로 우리 사회에도 다양한 유형의 이주민이 지속적으로 증가하고 있다. 이주민의 증가와 장기체류는 자연스럽게 이주민에 대한 논의와 관련 법률의 개선을 요구하며 이에 따라 이주민의 법적 지위와 권리 보장도 점차 강화되고 있다. 그러나 이주의 보편화에 따라 이주로 인한 갈등, 이주민에 대한 인권침해 현상도 끊이지 않고 있다. 어떻게 보면 이주민들의 일부는 사회구성원과 대등한 수준의 보호를 받지 못하기도 하고 경우에 따라서는 법제도의 보호 밖에 놓이기도 한다. 특히 이와 관련하여 미등록 이주민은 실정법과 인권 사이에서 끊임없이 갈등이 일어나고 있는 지점이라고 할 수 있다.

우리 사회에서 이주민에 대한 논의는 일반적으로 합법적 제도 안에서 체류하고 있는 이주민, 즉 ‘제한외국인’을 주된 대상으로 하고, 체류자격 없는 이주민에 대한 논의는 상대적으로 소외받고 있다. 2015년 12월 말 기준으로 우리나라에 체류하고 있

\* 인하대학교 교수, BK21+다문화교육 사업팀.

\*\* 인하대학교 연구교수, BK21+다문화교육 사업팀.

\*\*\* 인하대학교 연구원, BK21+다문화교육 사업팀.

는 외국인인 약 190만 명인데, 총 체류외국인의 11.3%에 해당하는 약 21만 명은 미등록 이주민으로 체류하고 있다.<sup>1)</sup> 이들은 제도적 보호를 받지 못하는 인권의 사각지대에 놓여있기 때문에 단속과 강제퇴거 과정에서, 근로관계에서, 건강 및 보건의 영역에서 각종 인권침해에 노출되어 있으며, 이들의 자녀 역시 부모의 불안정한 체류자격이 대물림되어 아동으로서 기본적인 보호를 받지 못하고 있는 상황이다. 그러나 모든 사람에게 주어지는 기본적인 인권은 우리 헌법과 국제인권조약의 기본 가치로, 시혜적인 차원이 아니라 보편적인 차원에서 주어져야 하는 권리라는 점에서 미등록 이주민의 인권에 대한 인식에 있어 보다 전향적인 시각이 필요하다.

사실 국내 미등록 이주민 중 일부는 국내 외국인력 정책이 갖는 문제점으로 인해 발생하기도 하고 값싼 노동력을 필요로 하는 우리 사회의 요구에 따라 발생을 묵인하고 있기도 하다. 따라서 이들에 대하여 무조건 배제나 추방으로만 해결하기에는 보편적 인권 보장이라는 측면에서 부당할 뿐만 아니라 정책적으로도 한계가 있을 수밖에 없다. 특히 미등록 이주민 중에서도 책임 없는 사유로 미등록 이주민이 되거나, 체류가 장기화됨에 따라 생활기반을 한국에 두고 가족을 형성하는 등 현실적으로 우리 사회의 구성원으로 살아가고 있는 경우들도 나타나고 있다. 그러나 아직까지 우리의 출입국관리 정책은 이러한 점을 고려하지 않고 사회의 유대와는 관계없이 미등록 이주민에 대하여 획일적인 강제추방을 원칙으로 삼고 있는 상황이다.

이러한 문제의식에 따라 이 연구는 먼저 미등록 이주민의 발생원인과 법적 지위를 간단히 살펴보고, 법원 판결과 헌법재판소 결정, 국가인권위원회 결정례와 실태조사 결과, 최근 3년간 신문기사 등을 중심으로 출입국, 근로, 건강 및 보건, 아동의 교육과 관련한 인권침해문제를 검토하고자 한다. 이를 바탕으로 미등록 이주민 인권보호를 위한 제도 개선 방안을 모색하고자 한다.

1) 법무부 출입국·외국인 정책본부의 2015 출입국·외국인정책 통계연보에 따르면, 2015년 12월 31일 대한민국에 체류하고 있는 외국인인 모두 1,899,519명이며, 출입국관리법을 위반하여 체류하고 있는 외국인인 214,168명이다. 법무부에서는 국제적인 관행에 따라 2015년 1월부터 매 월마다 공개하던 미등록 이주민 관련 통계를 삭제하고, 1년에 한 번 공개하기로 하였다.

## II. 미등록 이주민의 현황과 법적 지위

### 1. 미등록 이주민의 의의 및 유형

국가의 영토를 넘는 행위는 해당 국가의 주권 영역으로 들어가는 것이기 때문에, 이주민은 각국의 입국조건을 충족하고 합법적으로 체류하여야 한다. 우리나라에서는 출입국관리법에서 외국인 체류의 기본사항을 규정하고 있으며, 동법 제46조 제1항 각호의 요건을 위반한 경우에는 강제퇴거 할 수 있다고 규정하고 있다. 이 법에서 미등록 체류에 대한 개념을 명시적으로 규정하고 있지는 않고 있어 일의적으로 정의하기는 어렵지만, 강제퇴거 규정과 불법체류 경험을 전제로 한 고용제한 규정<sup>2)</sup> 등은 미등록 체류를 전제한 개념이라고 할 수 있다. 「재한외국인 처우 기본법」 제9조 제1항 제1호에서 재한외국인과 불법체류외국인, 귀화자에 관한 실태조사를 규정하면서 불법체류외국인이라는 용어를 사용하고 있기는 하다. 이를 근거로 할 경우 정식으로 입국절차를 밟지 않고 입국하거나, 합법적으로 입국하였으나 그 체류기간을 초과하거나, 체류자격외의 활동을 하는 경우 등 출입국관리법 규정을 위반하여 체류하고 있는 이주민들을 모두 포함한다고 할 수 있다.<sup>3)</sup> 다만 법무부 출입국·외국인 정책 본부의 불법체류자<sup>4)</sup> 통계에서의 불법체류의 의미는 통계로 확인할 수 있는 인원을 표시하는

2) 출입국관리법 제90조의2는 불법취업외국인의 출국비용 부담책임, 동법시행령과 시행규칙에 ‘불법체류’라는 용어가 등장한다.

3) 설동훈, 국내 불법체류 외국인의 적정 규모 추정, 법무부, 2005; 조병인, 박철현, 불법체류 외국인의 실태와 대책, 한국형사정책연구원, 1998, 86면; 조우석, “실무연구: 불법체류자 처리정책-주요국가 비교분석을 중심으로-”, 『법조』 제53권 제7호, 2004, 241면.

4) 미등록 이주민(undocumented migrant) 또는 비정규이주민(irregular migrant)인, 불법이민자, 불법체류자 등의 용어 사용과 관련하여 다음 문헌들을 참고할 수 있다. 최서리 외, 국제비교를 통한 국내 외국인 불법체류 관리정책, IOM이민정책연구원, 2014, 24면에서는 용어의 사용은 일반대중의 인식과 나아가 정책 담론에까지 영향을 미칠 수 있기 때문에 매우 중요한 논의라고 지적한다.; 이다혜, 시민권과 이주노동, 서울대학교 박사학위논문, 2015, 10면에서도 법무부를 비롯한 정부에서는 일반적으로 ‘불법체류자’라는 용어를 사용하고 있지만, 출입국관리법을 위반하였다고 하여 ‘불법’이라는 표현을 사용하는 것은 체류자격 없는 이주민에 대한 일반 대중의 부당한 편견을 가져올 수 있으며, 미등록 이주민이 출입국관리법 위반 외의 형사적 범죄행위를 일으킨 것처럼 간주하도록 할 우려가 있다고 본다.; 국제연합에서는 ‘불법’이라는 용어는 범죄를 연상시키며, 체류지위와 관계없이 존중되어야 하는 인간의 기본권을 부정하기 때문에 이러한 용어의 사용을 비판하고 있다. 국내에서도 국가인권위원회를 비롯한 인권 관련 문서와 일부 학자들, 이주관련단체들에서는 불법, 비합법 등과 같은 가치 판단적인 용어를 사용하기 보다는 ‘미등록 이주민’이라는 표현을 선호하고 있다. 이 글에서는 원 자료를 인용하는 경우 및 특별히 ‘불법’의 의미를 살려야 하는 경우를 제외

것이기 때문에 주로 체류기간을 초과한 사람에 한정된 의미로 사용되고 있다.

미등록 이주민의 발생은 주로 출입국관리법 위반으로 나타나기 때문에, 발생원인 또는 유형 역시 원칙적으로 출입국관리법 규정에 따라 적용하여 분류해볼 수 있다.

첫째, 국내에 외국인이 입국할 때에는 유효한 여권과 법무부 장관이 발급한 사증이 필요하다(출입국관리법 제7조 제1항). 출입국관리공무원은 외국인이 입국할 때 여권과 사증의 유효성, 체류자격에 맞는 입국목적, 체류기간이 법무부령으로 정하는 바에 따라 정하여졌을 것의 요건을 갖추었는지를 심사하여 입국을 허가하고 있다(동법 제12조 제3항). 이러한 정규적 입국 절차를 거치지 않고 밀입국하였거나, 관련서류를 위조 및 서류 없이 입국한 외국인은 출입국관리법을 위반한 미등록 이주민이 된다.

둘째, 정규적 입국절차를 거친 뒤에 국내에 체류하려는 외국인은 체류자격과 체류기간 안에서 체류해야 한다(동법 제17조 제1항). 체류자격에 해당하는 활동과 함께 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 미리 법무부장관의 활동허가를 받아야 하고(동법 제20조), 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 법무부장관의 체류자격 변경허가를(동법 제24조 제1항) 받아야 한다. 체류기간을 초과하여 체류하기 위해서는 체류기간이 끝나기 전, 체류기간 연장허가가 필요하다(동법 제25조). 그리고 입국하여 90일을 초과하여 체류하는 외국인에게는 외국인 등록의무가 부여되고 있다(동법 제31조 제1항). 이처럼 규정된 체류자격 및 기간, 외국인 등록 의무를 지키지 않은 경우에는 정규적으로 입국을 하였다 하더라도 체류요건 위반으로 미등록 이주민이 된다.

셋째, 출입국관리법은 외국인의 고용과 관련하여서는 보다 엄격한 제한을 두고 있다. 체류외국인 중에서 특히 취업을 목적으로 하는 외국인의 경우에는 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아 지정된 근무처에서 근무하여야 한다(동법 제18조). 만약 체류외국인이 체류자격의 범위에서 근무처를 변경하거나 추가하려면 미리 법무부 장관의 허가를 받아야 하며, 근무처의 변경허가·추가허가를 받지 아니한 외국인을 고용하거나 고용을 알선하여서는 아니 된다(동조 제21조). 따라서 외국인의 고용단계에서는 잔여 체류기간이 남아 있는 경우라도, 취업자격이 없거나 취업허가 기간을 경과하는 경우 그리고 지정된 근무처를 이탈하게 되면 미등록 이주민이 된다.<sup>5)</sup>

하고는 가급적 ‘이주민’, ‘미등록 이주민’이라는 용어를 사용하고자 한다.

5) 특히 국내에서는 외국인의 고용과 관련하여 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」에 따라 사업



넷째, 국내에서 발생하는 미등록 이주아동은 크게 입국 후에 체류기간이 초과한 아동과 국내 출생자로 출생신고를 하지 못한 무국적 아동의 두 부류로 나누어진다. 대한민국에서 출생하여 체류자격을 가지지 못하고 체류하는 외국인에 대하여, 출입국관리법 제23조에서는 출생한 날로부터 90일 이내에 체류자격을 받아야 한다고 규정하고 있으나 부모가 미등록 이주민인 경우에 강제퇴거 및 미등록 체류로 인한 벌금 부담으로 인하여 출생신고를 하지 못하게 된다. 입국 후에 체류기간이 초과한 아동의 경우는 통계에 나타나지만, 무국적 이주아동의 경우는 입국 기록이 없기 때문에 정확한 수치조차 파악할 수가 없고 각종 권리의 보호를 받지 못하고 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 출입국관리법 위반에 따른 미등록 이주민의 유형은 비정규입국자, 체류기간초과자, 체류자격외활동자 등으로 나눌 수 있고, 여기에 더하여 국내출생 무국적자를 포함할 수 있겠다(<도표 1> 참조).

그러나 이주민은 이주단계에서 다양한 상황에 놓여 있기 때문에 ‘등록’ 이주민과 ‘미등록’ 이주민의 지위는 절대적이지 않다. 정규적 입국절차를 거친 이주민도 체류기간을 초과하면 ‘미등록’ 체류자가 되고, 체류기간 내에 체류하고 있지만 정부의 취업허가를 받지 않고 일을 하거나 허가된 장소 이외에서 일을 하게 되면 역시 ‘미등록’ 취업자가 된다. 또한 비정규적 입국을 한 경우라 하더라도 내국인과의 결혼이나 정부의 합법화조치로 인해 등록 이주민으로 그 지위가 전환되기도 한다. 이처럼, 이주민의 법적 지위는 고정된 것이 아니라 등록에서 미등록으로, 미등록에서 등록으로 얼마든지 변화될 수 있는 것이다.<sup>6)</sup>

---

장변경 허용 규정을 매우 엄격하게 규정하고 있다. 이주노동자는 일정한 경우에만 사업장 변경을 신청할 수 있도록 하고, 그 횟수도 원칙적으로 3번으로 제한되어 있으며, 3개월 내에 사업장 변경 허가를 받지 못한 경우에는 출국해야 한다. 그러나 이는 이주노동자의 직장 이동의 자유를 제한하고 사업주에게 종속되는 결과를 가져오는 등 인권침해의 소지가 있으며, 변경 사유와 기간이 극히 제한적이고 이주노동자에게 변명권도 부여되고 있지 않아 귀책사유 없는 미등록 이주민이 발생하게 된다. 특히 재외동포를 대상으로 하는 방문취업제(H-2)에서는 신고만으로 자유롭게 사업장 변경이 가능하게 되어 있지만, 비전문취업제(E-9)에서는 사업장 변경이 어려워 인종에 따른 차별행위라는 비판이 따르고 있다.

6) 아비바 촘스키, 『그들이 우리의 일자리를 빼앗고 있다!: 이민에 대한 미국 사회의 편견과 신화』, 백미연 역, 진리과 문화, 2008, 97-98면; 류유선, “가구화 과정에서 나타난 미등록 이주여성의 가족 관계의 변화에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 2015, 85면.

&lt;도표 1&gt; 미등록 이주민의 유형

비정규입국자	여권이나 사증을 위조 혹은 변조하거나 정식으로 입국 절차를 밟지 않고 입국하여 체류하는 자
체류기간초과자	체류기간 만료 전 법무부장관의 체류기간 연장허가를 받지 않고 허가된 체류기간을 초과하여 체류하는 자
체류자격외활동자	① 법무부장관의 ‘체류자격외활동허가’를 미리 받지 않고 체류 자격에 해당하는 활동과 병행하여, 다른 체류자격에 해당하는 활동을 한 자 ② 법무부장관의 ‘체류자격변경허가’를 미리 받지 않고 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 한 자
국내출생 무국적자	외국국적 부모 사이에서 국내 출생한 아동 중 부모가 그 출생을 신고하지 않은 아동

## 2. 미등록 이주민의 현황 및 특징

미등록 이주에 대한 수치는 일반적인 통계에 포함되지 않기에 신뢰할 만한 통계를 찾는 것은 어려운 일이며 단지 추정할 수 있을 뿐이다.<sup>7)</sup> 국내에서는 법무부의 출입국·외국인정책본부에서 1992년부터 미등록 이주민에 대한 통계를 발표하고 있다. 통계에서 의미하는 불법체류자(미등록 이주민)는 정규적인 입국절차에 따라 입국하였으나, 체류기간을 경과한 초과체류자를 의미한다. 앞에서 유형을 나눈 경우 중 비정규 입국자와 체류자격외 활동자(체류기간이 남아있는 취업자격외 이주민), 국내출생 미등록 아동 등은 통계에 포함되지 않고 있다. 따라서 미등록 이주민에 대한 통계는 실제 미등록 이주민의 수와는 차이가 있을 수밖에 없다. 다만 국내에서 체류하고 있는 미등록 이주민들이 대부분 정규적으로 입국했다가 체류기간이 경과한 경우가 대부분이라면, 출입국·외국인 정책본부의 통계가 이를 바탕으로 한 것이기에 실제 미등록 이주민의 수와 차이가 크지는 않다고 하겠다.<sup>8)</sup> 미등록 이주민 통계에서 나타난 특징적인 점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 2004년 이후로 미등록 체류율은 감소하는 경향에 있으며, 2008년에는 미등

7) 미국의 경우에는 2006년 3억 명의 인구 가운데 약 1,200만 명이 미등록 이주민으로 추정되고 있다. 스티븐 카슬·마크 J. 밀러, 『이주의 시대』, 한국이민법학회 역, 2013, 31면.

8) 이상림·정영탁, 불법체류자 현황분석 및 관리정책 연구: 불법화 경향 통계분석, 2011, 14면.

록 체류율이 처음으로 20%미만으로 낮아졌다. 이는 2003년 고용허가제 입법화(실시는 2004년 8월) 및 2008년 이후 ‘불법체류외국인 감소 5개년 계획’에 따른 정부의 대대적인 단속 등이 영향을 미친 것으로 보인다. 2009년부터 2012년까지 평균 미등록 체류율은 13.2%이며, 2015년 12월 말 미등록 이주민의 수는 약 21만명이고 이는 총 체류이주민의 11.3%에 해당한다. 2016년 4월 외국인정책심의회에서는 3년 이내에 미등록 이주민/총체류자 비율을 10%미만으로 감축하려는 목표를 갖고 있다.<sup>9)</sup>

둘째, 미등록 이주민 발생 유형 및 원인을 살펴보면, 국내 미등록 이주민의 대다수는 체류기간을 초과하여 발생하고 있는데 특히 사증면제(B-1), 단기방문(C-3), 고용허가제에 따라 입국한 비전문취업(E-9) 이주민 등이 대표적이다. 이는 세계 미등록 이주민의 대부분의 원인인 경제적 이유에서 기인한 점이 크다. 국내 미등록 이주민은 주로 개발도상국 출신이며, 본국에서 일자리를 얻지 못하거나 더 나은 조건을 찾기 위하여 일단 입국한 뒤, 체류기간을 초과하고 있다. 특히 현행 고용허가제에서는 정주화 방지의 원칙에 따라 원칙적으로 3년으로 취업기간을 제한하고 있고,<sup>10)</sup> ‘성실근로자 재입국 취업제도’는 매우 제한되어 있다.<sup>11)</sup> 고용주는 현실적으로 숙련된 인력을 계속 고용하고 싶으나 그 숫자는 제한되어 있고, 경제적 이유로 보다 체류하고 싶은 이주민의 이해관계에 따라 미등록 이주민은 지속적으로 발생하고 있다.

셋째, 2015년도 체류자격별 미등록 이주민은 사증면제(B-1) 5만6천여 명(사증면제자 중 26.3%), 비전문취업(E-9) 4만9천여 명(비전문취업자 중 23%), 단기방문(C-3) 4만7천여 명(단기방문자 중 22.1%) 등의 순서로 높게 나타나고 있다. 주목할 점은 2014년까지는 비전문취업으로 입국한 이주민의 미등록 발생율이 가장 높게 나타났지만, 2015년에는 사증면제로 입국한 경우의 미등록 발생율이 가장 높다는 것이다. 이

9) 정부는 2016년 4월 제18회 외국인정책위원회 회의에서 안전한 국경관리와 사회통합 강화를 위하여 3년 이내 불법체류율을 10%미만으로 감축하는 목표를 설정하고 불법체류자에 대한 상시 단속 체계를 강화하기로 하였다. 불법체류율 목표는 2016년 10.7%, 2017년 10.0%, 2018년 9.3%로 점차적으로 낮춰갈 것을 밝혔다.

(<http://www.segye.com/content/html/2016/04/04/20160404001925.html?OutUrl=naver>, 2016년 10월 20일 검색)

10) 이주노동자의 취업기간은 원칙적으로 3년이나, 사용자의 요청이 있으면 고용노동부장관의 재고용허가를 받아 2년 미만의 기간 동안 귀국하지 않고 취업을 연장할 수 있다.

11) 외국인고용법 제18조의 4에서는 이주노동자는 사용자의 신청이 있는 경우에는 출국 후 3개월이 지나면 다시 재입국하여 취업할 수 있는 ‘성실근로자 재입국 취업제도’를 두고 있다. 그러나 성실근로자가 되기 위해서는 취업활동 기간 중에 사업장 변경을 하지 않은 것을 전제로 하고 있어 매우 제한적이다.

전까지는 장기체류 외국인 중에서 미등록 이주민 발생비율이 높았다면, 이제는 사증 면제 및 단기방문 비자로 입국한 뒤, 체류기간 내에 출국하지 않아 미등록 이주민이 되는 사례가 증가하고 있는 것이다. 이외에도 최근에는 예술홍행(E-6)에서는 총 체류자 4,924명 중 1,732명이 미등록상태로서 약 35%의 비율로 미등록 이주민이 발생하고 있는데, 이런 부류의 미등록 이주민의 경우 인권침해에 노출될 가능성도 높아진다.<sup>12)</sup>

넷째, 취업인력을 전문인력과 단순기능인력으로 구분하였을 때, 단순기능인력에서 미등록 이주민의 발생 비율이 전체 미등록 이주민 중 92%에 해당하여 훨씬 높다. 미등록 이주민이 발생하고 있는 인원을 기준으로 볼 때 대부분은 고용허가제로 취업한 비전문취업(E-9)과 방문취업제(H-2)로 입국한 이주민들이다. 비전문취업(E-9) 미등록 체류자는 49,272명으로 전체 취업자격 미등록 체류자의 75%를 차지하고 있다. 주목할 점은 방문취업제(H-2) 체류자는 비전문취업(E-9) 체류자 보다 그 수가 많지만, 미등록 체류율에 있어서는 현저히 차이가 난다는 것이다. 이는 방문취업제의 경우는 5년 이내 출입국이 자유롭고 취업할 수 있는 업종도 건설업, 서비스업 등 다양하며 무엇보다 사업장 변경이 자유롭기 때문인 것으로 보인다.<sup>13)</sup> 선원취업의 경우 해당 자격별 체류자 중에서 미등록 발생 비율이 30% 이상으로 높은 것은 업종의 특성에서 기인한 것으로 추측된다.

다섯째, 미등록 이주민의 전체 체류기간 현황인 <도표2>에 따르면 절반 이상의 미등록 이주민은 국내 체류기간이 3년 이하로 나타나지만, 5년을 초과하여 체류하는 미등록 이주민도 29.1%로 상당수를 차지하고 있다.<sup>14)</sup> 특히 10년을 초과하여 체류하고 있는 장기체류 미등록 이주민의 경우에는 지난 2004년 고용허가제로 전환에 따른 합법화 조치에서 배제되었던 이주민들이라고 할 수 있다. 이렇게 10년을 초과하여

12) 2015년 출입국·외국인 정책본부 통계연보 참조.

13) 외국국적동포를 대상으로 하는 방문취업제(H-2) 체류자는 건설근로자를 제외하고는 사업장 변경 사유와 횟수의 제한이 없어 신고만으로도 자유로운 사업장 변경이 가능하고, 업종간 이동이 자유롭기 때문에 업종별 쿼터를 별도로 배분하고 있지 않다. 또한 국내에서 취업기간이 만료된 후에 자유롭게 출국하였다가 재입국하여 취업활동을 할 수 있다. 손운석(2013), “이주노동자의 고용허가제 개선 방안”, 『법학연구』 제49집, 13면.

14) 출입국·외국인정책본부의 통계연보에 따르면, 2011년 총 불법체류자 167,780명 가운데 13.5%, 2012년 총 불법체류자 177,854명 가운데 12.4%, 2013년 총 불법체류자 183,106명 가운데 13%, 2014년 총 불법체류자 208,778명 가운데 13.3%, 2015년 총 불법체류자 214,168명 가운데 14.9%가 10년을 초과한 장기체류자로 나타나고 있다.

장기체류하는 미등록 이주민의 경우에는 우리나라에서 새롭게 가족을 형성하고 있는 경우가 많고, 생활기반이 한국에 있어 본국으로 돌아갈 가능성이 낮기 때문에 현실적인 사회구성원으로 이들을 바라보아야 할 필요성이 요청된다.

<도표 2> 미등록 이주민의 전체 체류기간 현황

체류기간	미등록 이주민(명)	비율(%)
1년 이하	44,848	20.9
1년 초과-2년 이하	48,059	22.4
2년 초과-3년 이하	22,788	10.6
3년 초과-4년 이하	22,373	10.4
4년 초과-5년 이하	13,590	6.3
5년 초과-6년 이하	8,220	3.8
6년 초과-7년 이하	5,586	2.6
7년 초과-8년 이하	6,010	2.8
8년 초과-9년 이하	5,792	2.7
9년 초과-10년 이하	4,967	2.3
10년 초과	31,935	14.9
전체	214,168	100

자료: 2015년 출입국·외국인 정책 통계연보 재구성

### 3. 미등록 이주민의 법적 지위

우리 헌법과 국제인권법에서는 외국인도 기본권의 주체가 되며, 인간으로서의 권리는 보편적으로 누구에게나 보호되는 권리로 받아들여지고 있다. 그러나 국내 실정법에 따른 제한외국인에는 미등록 이주민이 제외되고 있기 때문에 미등록 이주민의 인권의 보호는 사실 매우 취약한 상황이다. 국내 체류 외국인에 대한 기본법이라고 할 수 있는 제한외국인처우기본법에서는 제한외국인을 ‘대한민국에 합법적으로 체류하고 있는 외국인’으로 규정하고 있다. 이에 따라 다문화가족 구성원의 안정적인 가족생활을 위한 다문화가족지원법에서도 제한외국인처우기본법에 따른 합법적 체류자격이 있는 결혼이민자만을 대상으로 하고 있으며, 각 지방자치단체의 거주외국인 지원조례에서도 합법적으로 체류할 수 있는 법적 지위를 가지지 않은 외국인은 제외된다. 즉 미등록 이주민은 강제퇴거의 직접적 대상으로 규정된 출입국관리법을 제외하고는 현

행 법령에서 원칙적으로 배제되어 법적으로 보호를 받지 못하는 사각지대에 놓여 있는 것이다. 미등록 이주민을 포함하는 것으로 해석되는 법령은 「응급의료에 관한 법률」 제3조와 외국인 인권 보호를 위한 지방자치단체의 조례 정도에서만 나타나고 있다.<sup>15)</sup>

헌법재판소는 외국인의 기본권 주체성과 관련하여 여러 차례 판결을 해 오고 있는데, 기본적인 입장은 다음과 같다. 첫째, 외국인의 기본권 주체성과 관련하여 “국민 또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인만이 기본권의 주체”라고 보았다.<sup>16)</sup> 둘째, 외국인의 기본권 인정 범위와 관련하여 “외국인에게 모든 기본권이 무한정 인정될 수 있는 것이 아니라 원칙적으로 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’의 범위 내에서만 인정될 것”이라고 하였다.<sup>17)</sup> 셋째, “인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다.”라고 판시하였다.<sup>18)</sup> 이 외에도 개별적인 기본권에서 외국인의 기본권 주체성을 다룬 사건들이 다수 있다. 그런데 헌법재판소 결정에 따르더라도 “국민과 유사한 지위에 있는 외국인”이 구체적으로 무슨 의미인지 명확하지 않다. “인간의 권리”에 대해서는 외국인에게도 기본권주체성이 인정된다는 이른바 ‘권리성질설’을 따르더라도 개별 기본권에서 구분이 모호하고<sup>19)</sup> 미등록 이주민을 포함하는지는 불분명하다. 평등권의 경우만 하더라도 합리적인 이유 없는 차별은 미등록 이주민에 대해서도 금지된다고 해석되지만 관련 법률에서는 추상적인 선언에 머물고 있고, 구체적인 경우에 차별을 판단하기는 쉽지 않은 것이 현실이다.

국내 입법이 미비하거나 인권 보장 수준을 판단하기 어려울 경우 국제인권법이 하나의 기준으로 작용할 수 있다. 세계인권선언, 자유권규약, 사회권규약 등에서는 인종, 민족 등에 다른 차별을 금지하고 있고, 아동권리협약 제30조에서는 인종적·종교적·언어적 소수자에 속하는 아동의 고유문화 향유, 고유 종교 신앙·실천, 고유 언

15) 정상우, “다문화사회 사회통합을 위한 조례 개선방안”, 『헌법학연구』 제22권 제3호, 2016, 390~391면.

16) 헌법재판소 1994. 12. 29. 93헌마120 결정

17) 헌법재판소 2007. 8. 30. 2004헌마670 결정

18) 헌법재판소 2001. 11. 29. 99헌마494 결정

19) 헌법재판소 결정 중에서도 직업의 자유에서 직업장 이동의 자유와 직업선택의 자유의 성격을 달리 보고 있다.

어 사용을 할 권리를 규정하고 있다.

유엔 인종차별철폐위원회(2012년) 및 인종차별특별보고관(2015년)의 권고 역시 이주노동자들의 근로조건과 관련이 깊어 우리나라에서 적극적으로 수용할 필요가 있다. 특히 인종차별철폐위원회 2012년 최종견해 제12항에서는 “불법체류 외국인근로자의 권리를 보호할 것, 근로감독 중에 파악된 불법체류 근로자의 수, 이들에 대한 보호조건 및 기간, 그리고 이들 중 강제 퇴거된 사람의 수에 대한 정보 요청, 합법적으로 한국에 입국한 외국인근로자들이 취업허가 제도의 경직성으로 인하여 불법체류자가 되지 않도록 보장하기 위한 모든 조치를 취할 것”을 권고하였다. 아동권리위원회 2011년 최종견해에서도 “부모의 법적 지위나 출신에 관계없이 모든 아동이 출생신고를 할 수 있도록 보장하는 조치를 취할 것”을 촉구한바 있다. 유엔 인권이사회 2012년 국가별 정례인권검토(UPR) 결과보고서에서는 이주노동자의 사업장이동(mobility) 제한을 철폐하기 위한 모든 조치를 취할 것(65항)과 미등록 체류(undocumented) 이주자의 자녀가 의료서비스 이용을 제공받도록 보장하기 위한 조치를 취할 것(66항), 이주자와 그 가족의 권리를 보호하기 위한 조치를 실행할 것(67항), 불법이민문제를 온정적으로 처리할 것과 그들의 기본적 인권에 대한 추가적인 법률적 보호를 고려할 것을 각각 권고(69항) 등을 권고하였다.

그러나 미등록 이주민의 법적 지위를 논의함에 있어 이론적인 면에서 헌법이나 국제인권법 수준에서 외국인의 기본권 주체성이 다루어지지만, 출입국법 위반 결과 우리 영토 안에 거주하는 것 자체가 위법성을 띠기 때문에 기본권 주체로서의 권리 보장 범위를 다루기가 어려운 점이 있다. 즉 기본권을 인정하더라도 종국적으로는 퇴거의 대상이 되기 때문에 기본권 보장의 ‘시간적 여유’가 없다고 할 수 있다.<sup>20)</sup>

20) 미등록 이주노동자의 근로자성을 인정하는 판례에 대하여는 산업재해, 근로기준법, 노동조합 관련 대법원 판례들을 참조할 수 있다. 대법원 1995. 9. 15 선고 94누12067 판결; 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누2050 판결, 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다50034 판결; 헌법재판소 2007.8.30. 선고 2004헌마670 결정; 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083 결정; 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌마 367 결정

### Ⅲ. 미등록 이주민의 인권침해 유형 및 현실

#### 1. 서설: 인권침해 유형

미등록 이주민의 인권침해 현실과 관련하여 선행연구에서 주로 언급되거나 국가인권위원회에 진정이 제기된 사례, 언론 보도 사례들을 검토하면 대체로 출입국 관리 또는 단속 과정에서 나타나는 인권침해, 근로관계에서 사용자 등으로부터 받는 인권침해, 보건·건강·교육·환경 관련 인권의 보호 미흡 등을 들 수 있다. 최근에는 노동현장에서 안전 미흡이나 사회적·문화적 부적응, 나아가 사회적 참여 수단 미비 등도 지적되고 있다. 아무래도 미등록 이주민이 주로 발생하는 체류 자격에 대하여 사회통합보다는 차별배제 원칙 수준에서만 외국인 정책이 시행되고 있는 점도 하나의 원인이라고 생각한다.

이러한 주된 인권침해 유형은 첫째, 출입국관리 분야 인권침해 유형으로서 단속과 보호 과정에서 나타나는 공권력으로부터의 인권침해, 둘째 노동 분야 인권침해 유형으로서 노동현장에서 사용자 등 사인으로부터 받는 인권침해와 산업재해 노출 등, 셋째, 사회보장 분야 인권침해로서 사회권으로서 보건·건강·교육·문화·환경 등의 보호 미흡 등으로 구분해 볼 수 있겠다. 이 장에서는 이러한 인권침해 유형을 중심으로 인권침해 발생 원인과 현실에 대해 논의하고자 한다.

#### 2. 출입국관리 분야 인권침해

출입국관리는 각 국가의 주권의 영역으로 인정되고 있으므로, 이주민은 체류국의 출입국관리에서 규정하고 있는 체류자격 및 체류기간 등의 규정을 지켜야 한다. 이러한 규제는 국가의 주권에서 나온 권한이지만, 이주민의 기본적인 인권을 제한할 수 있는 강제력이 있기 때문에 기본권 제한의 한계가 따른다. 국가가 부득이하게 출입국 관리 및 강제퇴거 등의 조치를 취하더라도 이 과정에서 이주민의 기본적인 권리는 보호되어야 하는 것이다. 그런데 출입국관리법에서는 미등록 이주민의 인권보호 측면에서 미흡한 부분이 존재하고 있다.<sup>21)</sup> 미등록 이주민의 출입국관리 분야와 관련한 국가인권위원회의 결정례는 2008년과 2009년에 침해권고사례가 집중되어 있다. 이



시기는 정부의 대대적인 미등록 이주민에 대한 단속과 추방이 이루어졌던 때이다. 다만 최근에는 출입국관리 분야에서 인권에 대한 관심이 높아졌고 출입국행정 분야 인권침해 예방을 위한 인권교육교재와 이주민권 가이드라인 등도 작성되어 과거보다는 인권침해가 줄어든 것도 사실이다.

과거에는 단속 과정에 있어 인권침해 사례가 다수 있었다. 출입국관리법에는 단속 절차에 대한 별도의 규정이 없으며 단속과정에서 적법절차가 준수되지 않았기 때문이다.<sup>22)</sup> 2009년 당시 국가인권위원회의 조사결과에 따르면<sup>23)</sup> 외국인 단속 과정에서 사복차림의 단속반원들에 의한 단속, 신분증의 미제시, 거주지나 근무지 단속 시의 소유자 또는 관리자의 동의 없는 무단 진입, 폭언과 욕설, 인종차별적 발언, 폭행 등의 인권침해실태가 나타나고 있다.<sup>24)</sup> 또한 야간에는 단속과정에서 필연적으로 발생하는 부상과 사고의 위험이 훨씬 높아 예외적으로 실시되어야 함에도 보고서에 따르면, 예외적으로 실시되어야 하는 야간단속이 상당수 이루어지고 있었다.<sup>25)</sup> 이처럼 단속과정에서는 적법절차에 따르기보다는 검거에 초점을 맞춘 폭력적인 진입으로 인하여 2003년 이후에만 무려 100여 명의 미등록 외국인들이 단속과정에서 사망한 것으로 나타났고,<sup>26)</sup> 여론의 비판과 국가인권위원회의 지속적인 권고에 따라 2009년 법무부 훈령으로 출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙이 마련기도 하였다.<sup>27)</sup>

21) 노영돈·최영춘, “외국인 강제퇴거제도와 인권문제”, 『제외한인연구』 제30호, 2013, 119-120면; 김대근 외, 출입국관리상 인권제고를 위한 형사정책적 대응-불법체류외국인을 중심으로, 한국형사정책연구원, 2014, 20면.

22) 국가인권위원회, 미등록이주자 단속과 외국인보호시설 방문조사, 2008, 43면; 국가인권위원회, 2009 외국인보호소 방문결과 보고서, 2009.

23) 국가인권위원회의 방문조사는 2009. 7. 14부터 7.23 까지 화성외국인보호소, 청주외국인보호소, 인천공항 출입국관리사무소, 서울출입국관리사무소의 4곳을 대상으로 실시되었다.

24) 국가인권위원회, 2009외국인보호소 방문결과 보고서에 따르면 전체 응답자 436명 중 47.4%는 사복차림의 단속반원들에 의하여 단속을 당하고, 62%는 단속과정에서 신분증의 제시를 받지 못하고 있었다.

25) 국가인권위원회, 2010-2011 외국인보호소 방문조사 결과보고서, 2011, 17면에 따르면 조사대상 359건 중 단속시간 별로 주간인 09:00-18:00에 63.8%를 차지하고 있지만, 야간에 해당하는 18:00-00:00에 24.0%, 00:00-06:00에 7.5%, 06:00-09:00에 4.7%에 해당하는 단속이 있었다.

26) 국가인권위원회, 이주 인권가이드라인 구축을 위한 실태조사, 2011, 256면.

27) 국가인권위원회의 권고사례를 검토해보면 단속과정에서 적법절차의 준수에 대한 권고가 다수 있다. 출입국관리공무원은 단속 시 신분증 제시 및 소속과 성명을 밝힌 뒤, 단속의 취지와 이유에 대한 설명을 고지하여야 하고, 긴급보호 집행 시에는 긴급보호의 취지 및 비란다 원칙의 고지가 먼저 이루어져야 한다. 그러나 이러한 절차를 지키지 않은 채 강제적인 무차별적 단속과 연행이

최근에는 외국인 보호소의 보호 환경이 문제가 되고 있다. 2007년 여수 외국인보호소 화재 사건이 발생하면서 외국인 보호소의 열악한 문제가 대대적으로 언론에 알려지게 되었고,<sup>28)</sup> 참사 이후 국가인권위원회는 매년 외국인보호소 방문조사를 실시하고 있다. 2010년 이후 국가인권위원회 외국인보호소 방문조사 보고서에 따르면 외국인보호소에서는 보호실 내 보호외국인 이동의 과도한 제한, 사생활 보호공간의 부족, 화장실 차폐시설의 불충분 등 보호소의 시설 문제와, 면회 기회 및 전화, 인터넷을 통하여 외부와 교통할 수 있는 권리 보장의 미흡, 임신부와 아동, 환자 등 인권취약 대상자의 보호환경의 조성 미흡, 보호시설 생활규정 및 권리구제방법에 대한 자국어 안내 부족 등 권리구제 미흡의 문제가 나타나고 있다.<sup>29)</sup>

출입국관리법에 따른 외국인 보호의 경우에는 사실상 구금과 구속의 성질을 가지고 있음에도 불구하고 영장주의가 적용되지 않아 법관의 통제를 전혀 받지 않고 있어 보호외국인의 인권이 침해될 가능성이 존재하고 있다.<sup>30)</sup> 대법원과 헌법재판소는 출입국관리법에 따른 보호제도가 영장주의에 위배되는지에 대하여 직접적으로 판단한 적은 없으나 하급심 판결에서는 영장주의가 적용되지 않는다는 판결이 있었다.<sup>31)</sup> 그러나 보호명령서를 받을 시간적 여유가 없는 긴급보호의 경우는 제외하더라도, 일반보호의 경우에는 법관의 개입을 통하여 사법적 통제장치를 마련하는 방안이 고려되어야 할 것이다.<sup>32)</sup> 특히 단속 이후의 보호처분에 법원의 적부심사가 이루어지지 않고 있는 점에서 위헌 논란이 되고 있다. 현행 인신보호법에서는 출입국관리법에 따라 보호된 자를 적용에서 제외하고 있다.

그러나 보호소에서 보호되고 있는 외국인은 형사범이 아닌, 행정절차를 위반한 자

---

이루어지는 경우들이 다수 발생하였으며, 사업장이나 거주지에 대한 조사가 이루어질 때에는 조사 목적의 명확한 설명이나 동의 없이 무단으로 진입하여 단속 및 연행하는 경우들이 잦았다.

국가인권위원회, 적법절차 위반 등에 의한 인권침해 권고 결정, 2008.1.28, 국가인권위원회, 경찰의 미등록외국인 강제연행 등에 의한 인권침해 권고 결정, 2008.3.28 등

28) 2007년 2월 11일, 새벽 여수출입국사무소 외국인보호실 304호실에서 화재가 발생하여 보호 중인 외국인 10명이 질식사하고 17명이 중경상을 당한 사건이다.

29) 국가인권위원회, 2010~2011 외국인보호소 방문조사 결과보고서, 2011; 2012년 외국인보호소 방문조사 결과보고서, 2012; 국가인권위원회, 2013년 외국인보호시설 방문조사 결과보고서, 2013; 국가인권위원회, 2014년 외국인 보호시설 방문조사 결과보고서, 2014.

30) 국가인권위원회, 출입국분야 인권교육 교재, 2009, 128면; 이발래, “방문조사를 통해서 본 보호외국인의 실태 및 개선방안”, 『일감법학』 제34호, 2016, 8면.

31) 서울행정법원 2009. 6. 5. 선고 2009구합10253 판결.

32) 이철우 외, 『이민법』, 2016, 199면.

이며 무엇보다 보호소의 목적 자체는 본국으로 이주민이 송환되기 전에 잠시 머무르는 곳이라는 점을 염두에 두어야 한다. 이러한 보호소 설치의 목적에도 불구하고 실제 보호소에서는 미등록 외국인에 대하여 과도한 신체적 자유의 제한이 이루어지고 있으며, 강제퇴거명령의 집행 후 즉시 송환이 불가능한 경우에는 장기간의 보호가 이루어지고 있어 인권침해가 일어나고 있다.

강제퇴거 과정에서도 여전히 인권침해 사례들이 보고되고 있다. 체류기간이 만료된 미등록 이주노동자라고 하더라도 민사적인 권리구제절차와 임금체불이 청산되지 않은 상황에서 강제퇴거가 집행되는 경우들이 많은데 일찍이 국가인권위원회에서는 인권을 침해하는 것으로 판단하였다.<sup>33)</sup> 또한 보호명령 및 강제퇴거명령에 대한 이의신청을 기각하고 곧바로 미등록 이주민을 강제출국 조치한 것은 이의신청기각결정에 대한 행정소송 제기의 권리를 박탈하고 무엇보다 변호인의 접견교통권을 침해받았다고 할 수 있다. 국가인권위원회는 미등록 이주민의 강제퇴거절차 과정에서의 보호를 위해서는 출입국관리법이 형사사법 절차에 준하는 권리보장체제로 개정이 이루어져야 함을 권고하였다.<sup>34)</sup>

한편 미성년 외국인학생에 대한 강제퇴거와 관련하여 국가인권위원회는 진정한 이 출국을 최종결정하였다고 하더라도, 미성년 학생 신분임을 고려하여 부모와 분리되어 단독으로 퇴거된 것은 아동의 이익을 최우선적으로 고려하지 않은 것으로 판단하였다. 따라서 미등록 이주아동이 단속되어 보호 조치되는 경우에는 부모와 분리되어 단독으로 퇴거되지 않도록 관련 법령의 개선의 필요성을 언급하였다.<sup>35)</sup>

### 3. 노동 분야 인권침해

미등록 이주민은 대다수가 체류하면서 생계를 위한 경제활동을 하고 있으므로, 미등록 이주민들 대부분은 미등록 이주노동자라고 할 수 있다. 이들은 체류자격 또는 취업자격이 없기 때문에 제공한 근로에 대한 자신의 권리를 적극적으로 주장할 수 없게 된다. 따라서 등록 이주노동자의 경우보다 더욱 열악한 근로조건과 임금체불의

33) 국가인권위원회, ○○동포 강제퇴거 권고 결정, 2002.12.9.

34) 국가인권위원회, 외국인들의 강제퇴거에 의한 인권침해 권고 결정, 2008.4.28.

35) 국가인권위원회, 12진정0835200 사건에 대한 침해구제제2위원회 결정, 2013.6.24.

문제를 겪고 있다. 또한 현행 고용허가제에서는 엄격한 사업장 변경 제한 규정을 시행하고 있어 귀책사유 없이 미등록 이주노동자가 발생하게 되는 점 등은 대표적인 인권침해 사례로 볼 수 있다. 최근에는 이주노동자의 산업제해 비율이 일반 내국인 근로자보다 월등히 높은 것으로 나타나고 있는데, 이러한 점도 인권침해적 사례로 볼 수 있을 것이다. 사례별로 살펴보기로 한다.

첫째, 미등록 이주노동자는 과거부터 열악한 근로조건, 임금체불로 인한 인권침해를 받고 있다. 일반적으로 이주노동자는 등록 여부를 불문하고 내국인이 꺼리는 위험률이 높고 노동환경이 열악하고 힘든 일에 종사하고 저임금에 시달리고 있지만, 미등록 이주노동자의 경우에는 불안정한 체류자격으로 인하여 열악한 노동조건과 임금체불에도 사용주에게 문제를 제기하기 어렵다는 점이 중요하다. ‘2015년 경남 이주노동자 노동·생활실태’<sup>36)</sup>에 따르면 이주노동자들의 하루 평균 노동시간은 10.54시간으로 하루 2.5시간, 1주일에 5일 이상 연장근무를 하는 것으로 나타났으며, 임금은 약 180만원으로 국내 임금근로자(223만원, 2014년 통계청)보다 낮았다. ‘2013년 경기도외국인근로자 가족 인권상황실태조사’<sup>37)</sup>에서도 특히 미등록 이주민의 경우에 임금체불 경험이 31.5%로 등록 이주민의 18.2%보다 높게 나타나고 있다.

대법원의 판례에 따르면, ‘근로자성’ 여부의 핵심은 근로계약에 따른 노동력의 제공이며 이미 제공한 노동에 관한 임금은 취업자격과 관계없이 보장받아야 하지만,<sup>38)</sup> 현실적으로 사업장에서는 미등록 이주민에 대한 임금체불의 문제가 종종 발생하고 미등록 이주민은 자신의 권리를 적극적으로 주장하지 못하고 있다. 이는 미등록 이주노동자가 밀린 임금을 요구하는 경우에 일부 사업주들은 미등록 체류자격이라는 신분적인 약점을 이용하여 출입국관리소에 신고하여 추방시키겠다고 협박하고, 체불임금을 진정하는 고용노동부 공무원은 출입국관리법에 따른 통보의무가 면제되지 않기 때문이다. 또한 과거에는 노동부의 ‘외국인근로자 민원처리지침’에 따라 미등록 이주노동자에게 출입국 사실을 통보하기 전에 먼저 체불임금지급 등 권리구제조치를 해

36) 2015년 8월 1일부터 11월 15일까지 경남이주민노동복지센터에서 경남지역에 취업 중인 이주노동자 476명을 대상으로 실태조사 하였으며, 이 중 미등록 이주노동자는 127명이다.  
(연합뉴스 <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/12/16/0200000000AKR20151216179100052.HTML?from=search>, 2016.10.20. 검색)

37) 경기도외국인인권지원센터, 경기도 외국인 근로자 가족 인권상황 실태조사, 2013.

38) 대법원 1995.12.22. 선고 95누2050 판결, 대법원 2005.11.10. 선고 2005다50034 판결.

야 하였다. 그러나 이 지침은 출입국관리법에 반한다는 이유로 2008년 폐기되었다. 따라서 현재는 미등록 이주노동자들이 강제퇴거 전 체불입금을 받기가 훨씬 어렵다.<sup>39)</sup> 정부는 미등록 이주노동자에 대한 권리침해의 방지를 위해 근로기준법을 위반한 사용자의 처벌을 강화하는 등의 조치를 취하고 있지만, 실제 현장에서는 미등록 이주노동자들에 대한 권리침해는 지속적으로 발생하고 있는 상황이다.<sup>40)</sup>

둘째, 미등록 이주노동자를 비롯한 이주노동자들은 언어로 인한 소통부족과 노동환경에서 안전교육 및 보호 장비의 미비 등으로 근로 중 산업재해가 많이 발생하고 있다. 2015년 경남 이주노동자 노동·생활실태 조사결과에 따르면 피조사자의 26.5%가 산업재해 피해 경험이 있고, 1인당 평균 1.89번의 산업재해 경험이 있다고 답하였다. 산업재해는 주로 작업시간 도중 사고로 발생하는데 이는 직장에서 안전보건교육을 받은 이주노동자가 48.7%에 불과하여 절반이상의 근로자가 안전보건교육 없이 작업에 노출되어 있기 때문이다.<sup>41)</sup> 또한 고용허가제로 입국할 때에 이주노동자가 산업인력공단에서 받는 교육에는 안전 또는 건강권을 비롯한 기초 권리교육이 거의 없고, 취업교육에 초점이 맞춰져있다. 또한 이주노동자들은 입국 직후 한국어 소통 능력이 부족함에도 한국어교육이 지원되지 않아 어려움이 많다.

산업재해가 발생한 경우에는, 체류자격에 관계없이 산업재해보상금을 신청할 수 있으며<sup>42)</sup> 미등록 이주노동자의 경우에는 출국을 일정기간 유예하고 있다. 그러나 산업재해보상에 대한 제도가 존재함에도 불구하고 현실적으로는 보호가 어려운 문제들이 있다. 먼저 사업장 규모에 따라 산업재해보상보험의 적용을 받지 못하는 경우가 상당수 발생하고 있다. 산업재해보상법 시행령 제2조 제1항 제6호에 따라 농업, 임업, 어업 및 수렵업 중 법인이 아닌 자의 사업으로서 상시 근로자 수가 5명 미만인 사업의 경우에는 산업재해보상보험법의 적용이 제외되고 있다. 농업 분야에서는 5인 이상의 이주노동자를 상시 고용하고 있는 대규모 농가의 비율은 12.2%에 불과하므로, 체류자격과 관계없이 농업에 종사하고 있는 이주노동자들 상당수가 소규모 사업장에서 일하고 있는 상황이다. 이들도 산업재해에 노출되어 있지만, 보상보험의 적용을 받지

39) <http://www.inkwon.or.kr/maybbs/form.php?db=inkwon&code=news&n=527&mod=modify&page=52> (검색일: 2016.3.30.)

40) 노재철, “미등록외국인근로자의 문제점과 해결방안”, 『비교법논총』 제18집, 2010년, 49면.

41) 권익위원회 권고 사항 참조.

42) 대법원 1995.9.15. 선고 94누12067 판결

못하게 된다.<sup>43)</sup> 또한 미등록 이주노동자들이 산업재해보상금을 신청하게 되면 사용자는 미등록 이주노동자를 고용한 사실이 밝혀져 벌금이 부과되고, 미등록 이주노동자는 요양신청을 하는 과정에서 체류자격이 드러나 강제송환될 우려가 있다. 따라서 이러한 현실적인 부담과 이해관계 때문에 산업재해보상금을 신청하는 것은 쉽지 않다.<sup>44)</sup> 2015년 경남 이주노동자 노동·생활실태에서는 산업재해가 발생한 경우 산재보험 처리를 받은 경우가 21.3%에 불과하다.

셋째, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」(이하 “외국인고용법”) 제25조에 따라 이주노동자는 사업장 변경을 허용 받을 수 있다. 그런데 사업장 변경은 그 사유와 기간의 제한 등이 매우 엄격하여 비판을 받고 있다. 먼저 이주노동자의 사업장 변경 사유는 외국인고용법 제25조 제1항<sup>45)</sup> 및 고용노동부 고시<sup>46)</sup> 등 일정한 사유에 해당할 때에만 가능하다. 그런데 이 ‘사유’의 범위가 지나치게 협소하고 극히 제한되어 있어 이주노동자의 직업 선택의 자유를 심각하게 침해하고 있고, 이로 인해 강제노동을 가능하게 한다는 점에서 인권침해 문제가 발생하고 있다. 특히 같은 고용허가제이지만, 방문취업 동포(H-2)들의 경우에는 입국 후 자유로운 구직활동이 가능하며, 직장이동이 무제한으로 허용되고 있는 점과 비교 된다. 재외동포에 대한 이러한 특혜에 대해서는 국가에 의한 차별로 여겨져 국내·외적으로 개선권고를 받고 있다.<sup>47)</sup>

다음으로 외국인고용법 제25조 제3항에서는 “다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청한 날부터 3개월 이내에 출입국관리법 제21조에 따른 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근로계약이 종료된 날부터 1개월 이내에 다른 사업 또는 사업장

43) 민주사회를 위한 변호사모임, 위의 보고서, 61면.

44) 노동부 한국산업인력공단, 외국인근로자 체류지원을 위한 상담사례집, 2008, 84면; 노제철, 앞의 논문, 68면.

45) 제25조(사업 또는 사업장변경의 허용) ① 외국인근로자(제12조제1항에 따른 외국인근로자는 제외한다)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 직업안정기관의 장에게 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다.

1. 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우
2. 휴업, 폐업, 제19조제1항에 따른 고용허가의 취소, 제20조제1항에 따른 고용의 제한, 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 인하여 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정하여 고용노동부장관이 고시한 경우
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우

46) 고용노동부고시 제2012-52호 외국인근로자의 책임이 아닌 사업장

47) 우삼열, 이주노동자의 노동권 보장을 위한 고용허가제 개선 방안, 이주노동자 노동권 향상을 위한 세미나, 2015, 32면.

으로의 변경을 신청하지 아니한 외국인근로자는 출국하여야 한다”라고 사업장 변경 기간을 규정하고 있다. 위 규정과 같이 현행 고용허가제 하에서 이주노동자는 3개월의 구직 기간을 부여받고 있으며, 이 기간을 초과할 경우 에는 이주노동자에 대한 귀국이 강제되고 있다. 그러나 3개월 근무처 변경과정에서는 이주노동자를 채용하는 기업이 신고의 주체가 되므로 신고 기한 이내에 고용센터를 방문해야 하지만, 담당 관리자의 실수 등으로 기한을 초과하는 경우에는 이주노동자는 미등록 이주민이 된다. 이처럼 이주노동자 본인의 과실이 없었음에도 불구하고, 기한 초과에 따라 체류 자격이 없기 때문에 반드시 출국하도록 하는 제도는 이주노동자에게 지나친 피해가 전가되고 있다. 고용노동부의 ‘사업장 변경 신청기간 및 구직기간 초과자 현황’에 따르면 사업장 변경 과정에서 발생한 미등록 이주노동자 수는 지난 5년 동안 모두 42,996명이나 된다. 이들은 처음부터 미등록자가 될 의도를 가진 이들이 아니었으며, 경직된 제도로 인해 본의와 다르게 미등록자가 된 것이라 할 수 있다.<sup>48)</sup> 외국인고용법상 사업장 변경의 제한은 직접적으로 직업장 선택의 자유를 제한하는 것이기도 하지만, 간접적으로 이주노동자들의 인권 상황을 열악하게 방치함으로써 미등록 이주민들을 양산할 수 있다는 점에서 개선될 필요가 높다.

넷째, 최근 국가인권위원회의 실태조사와 언론보도에 의하면 제조업 이외에 농·축산업에 종사하고 있는 이주노동자들의 인권 상황이 열악한 것으로 나타나고 있다. 2016년 9월 말, 현재 고용허가제에 따라 비전문취업제(E-9)로 입국한 이주노동자는 모두 27만 6945명이며, 이들 중 농축산업 분야 종사자는 2만 7488명이다.<sup>49)</sup> 국내 농촌의 일손 부족이 심해지면서 2003년부터 농축산업 분야에도 이주노동자가 유입되기 시작하여 미등록 이주노동자도 갈수록 증가하고 있다. 이들은 등록 이주노동자 경우 조차도 매일 새벽부터 늦은 밤까지 휴일 없이 일하는 등 근로기준법상 근로시간, 휴식, 휴일에 관한 규정들을 적용받지 못하고 있어 인권 침해 정도가 심각하다.<sup>50)</sup> 2013년 국가인권위원회의 농축산업 이주노동자 인권상황 실태조사에 따르면, 농축산업에 종사하는 이주노동자들의 61.1%는 최저임금법을 위반하고 있는 계약을 체결하여 저임금을 받고 있으며, 90.7%는 장시간 노동을 겪고 있었다. 특히 농한기에는 일

48) 우삼열, 위의 보고서, 57면.

49) 법무부 출입국 외국인정책본부, 2016년 9월 통계월보.

50) 연합뉴스, <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/07/11/0200000000AKR20160711136900051.HTML?from=search>, 2016.10.20. 검색

이 없으면 임금을 받지 못하거나 해고당하는 경우들도 발생하고 있다.<sup>51)</sup> 또한 이들이 주로 거주하고 있는 숙소는 거주용이 아닌 컨테이너나 패널집이 67.7%를 차지하였고, 샤워시설 및 화장실이 제대로 갖추어져 있지 않거나 냉난방시설이 없어 더위와 추위를 견디기가 어렵다. 그리고 숙소의 잠금장치가 제대로 되지 않아 여성 이주노동자들의 경우에는 성폭행에 노출되어 있는 위험이 있어 주거시설의 개선이 시급하다.<sup>52)</sup>

#### 4. 사회보장 분야 인권침해

##### (1) 건강 및 보건

미등록 이주민이 체류하면서 가장 어려움을 겪고 있는 부분은 의료에 대한 부분이라 할 수 있다. 등록 이주노동자의 경우에도 의료서비스는 의사소통의 어려움, 사업장 내 종속적 지위 등으로 접근이 쉽지 않다.<sup>53)</sup> 그러나 미등록 이주민의 경우에 보다 근본적인 문제는 건강보험에 가입할 수 없기 때문에 거액의 진료 부담으로 인하여 의료서비스를 받지 못하는 점이다.

의료지원은 사회보장의 영역으로 대개 국민의 권리라고 여겨지고 있기 때문에 보호가 취약할 수밖에 없다. 그러나 ‘건강’의 개념에는 육체적 건강 뿐 아니라 정신적 건강도 포함되며 육체적, 정신적으로 건강할 권리는 인간으로 누려야 할 최소한의 권리로 생명과 직결되어 있다. 따라서 건강권은 국민의 권리 이전에 인간의 권리로 체류자격 없는 이주민에게도 보호되어야 할 것이다.<sup>54)</sup> 최근 한 조사에 따르면<sup>55)</sup> 신체적 및 정신적 건강에 대한 만족도는 체류자격에 따라 차이가 많이 나타나고 있다. 등록 이주민은 45.4%(30명)가 자신이 건강하다고 느끼고 있지만, 미등록 이주민은 29.3%(27명)만이 건강하다고 느끼고 있어 체류가 불안정한 경우 정신적인 스트레스

51) 국가인권위원회, 농축산업 이주노동자 인권상황 실태조사, 2013, 99~104면.

52) 국가인권위원회, 위의 보고서, 2013, 152~159면.

연합뉴스, [http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/11/13/0200000000AKR2015/11/13/020000\\_0000AKR20151113075600052.HTML?from=search](http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/11/13/0200000000AKR2015/11/13/020000_0000AKR20151113075600052.HTML?from=search), 2016.10.20. 검색

53) 노재철, 앞의 논문, 53면.

54) 이명운·고준기, “외국인 근로자의 보건의료 현황과 문제점”, 『한양법학』 제21권 제3집, 2010, 325면.

55) 경기도외국인인권지원센터, 2013 경기도 외국인근로자가족 인권상황 실태조사, 2013.



로 육체적 건강상태에도 영향을 주고 있다고 판단할 수 있다.

사업장에서 근로하는 등록 이주노동자의 경우에는 직장가입자로서 취업한 때부터 퇴직할 때까지 사업주가 이주노동자를 건강보험가입자로 신고하여야 할 의무가 있으며, 근로관계가 지속되는 동안에는 임의탈퇴가 불가능하므로 건강보험 적용이 지속된다. 직장가입자에 해당하지 않는 등록 이주민은 당연가입의 대상자는 아니지만, 국내에 3개월 이상 거주한 경우에는 지역의료보험 가입을 신청하여 보험적용을 받을 수 있다.<sup>56)</sup> 그러나 미등록 이주노동자는 국민건강보험의 가입 대상자에서 제외되므로 경제적 어려움으로 인한 진료비의 부담, 미등록 체류자격으로 인한 강제퇴거의 두려움, 진료 시 의사소통의 어려움 등으로 제도권 내의 의료에 접근하기가 현실적으로 불가능하다. 성서이주노동자무료진료소에서 2012년 실시한 이주노동자 건강권 실태조사 결과<sup>57)</sup>에서는 이주노동자의 국민건강보험가입률은 48.1%에 불과하였고 등록 이주노동자의 경우에도 6%는 건강보험에 가입되어 있지 않았다. 이주노동자들이 병원에 가지 못한 이유는 시간이 없다는 응답이 54.1%로 가장 높게 나타났지만, 그 다음으로는 돈이 없어서라는 응답이 15.1%, 출입국단속의 두려움이라는 대답도 8.1%에 해당하였다.

미등록 이주민들은 대부분 이주지원단체들을 통하여 소외계층을 위한 무료의료봉사, 순회 진료 및 치료사업 등의 기초적인 의료서비스에 의존하고 있으며, 의료수요를 충족하기는 매우 부족하다. 따라서 제도적으로 최소한의 의료보장을 보장해줄 수 있도록 개선이 필요하다.<sup>58)</sup> 특히 미등록 이주민 중에 국내에서 임신 및 출산을 하게 되거나 영유아의 경우에는 보호의 필요성이 높고 의료서비스의 혜택이 더욱 필요하다. 현재 영유아의 경우에는 외국인등록증이 없는 경우에도 시군에서 제공하는 무료 예방접종서비스를 받을 수 있도록 되어 있다. 그러나 이에 대한 정보가 부족하여 서비스를 받아 본 적 없다는 이주민이 대부분인 것으로 나타나고 있다.<sup>59)</sup>

## (2) 아동의 교육

56) 국민건강보험법 시행령 제76조

57) 성서이주노동자무료진료소, 성서이주노동자 건강권 실태조사, 2012.

58) 이희성·김슬기, “미등록 외국인 근로자의 보호”, 『한양법학』 제26권 제4호, 2015, 362면.

59) 2013 경기도 외국인근로자가족 인권상황 실태조사에 따르면 무료접종 서비스를 받은 경험에 대한 질문에 응답자의 60.1%(101명)가 ‘없다’라고 응답했다.

국내 거주 미등록 이주아동은 국내 출생자로 출생등록을 하지 못한 무국적 아동이 포함되어 있기 때문에 정확한 통계를 얻는 것이 불가능하다. 국가인권위원회 실태조사에 따르면 국내 거주 미등록 이주아동을 2010년에는 약 1만 7천여명으로 추산하였고, 2011년에는 약 2만 명의 미등록 이주아동이 있다고 추산하였다.<sup>60)</sup>

아동기의 교육은 아동의 장래를 결정하는 중요한 요소이며, 아동의 발달을 위해 반드시 필요하다. 사회적 차원에서도, 다양한 문화적 배경을 가지고 있는 아동들이 교육을 통해 건강하게 성장함으로써 우리 사회의 구성원으로 자라나는 것은 사회의 안정과 통합을 위해서도 매우 중요한 문제이다.<sup>61)</sup> 미등록 이주아동은 한국에서 출생하거나, 어렸을 때부터 한국에서 자라 한국인의 정체성을 가지고 한국문화에 더 익숙한 경우가 있을 수 있다. 또한 아동권리협약에 따라 정부는 체류자격과 관계없이 이들이 우리 사회에 체류하는 동안 아동의 중요한 권리인 교육권을 보호해야 한다. 이러한 정신에 따라 초·중등교육법 시행령에서는 미등록 이주아동이 교육을 받는데 장애가 되는 요소들을 축소해 왔다.

그런데 미등록 이주아동이 교육에 접근할 수 있는 제도가 과거보다 확대되었지만, 현실적으로 아동의 교육권이 실질적으로 보장되고 있는가는 다른 문제라고 할 수 있다. 미등록 이주아동에 대한 교육은 의무교육으로 명문에 근거한 것이 아니라 ‘해석’에 의한 확대 적용에 의한 것이며, 학교장의 재량으로 되어 있다.<sup>62)</sup> 법에 명시된 의무교육규정에 따라 국가는 취학할 아동의 보호자에게 취학통지를 하지만, 이주아동에게는 체류자격 여부를 불문하고 취학통지서가 발급되지 않기 때문에 보호자가 자녀의 입학 시기가 되면 주민자치센터에 신청하여 발급받거나 거주지 인근의 초등학교 또는 교육청에 입학 문의하여 입학해야 하고, 이로 인하여 이주아동의 교육 접근성은 현저히 낮아질 수밖에 없다.<sup>63)</sup> 그리고 입학은 학교장의 재량사항으로 규정되어 있어 입학을 거부당하는 사례도 미약하지만 발생하고 있다. 2013년 경기도외국인지원센터에서 실시한 경기도 외국인근로자 가족 인권상황 실태조사에서는 자녀를 입학 할 때

60) 국가인권위원회, 『이주아동의 교육권 실태조사』, 2010; 국가인권위원회, 『이주인권가이드라인 구축을 위한 실태조사』

61) 박미정, 사회통합을 위한 이주배경청소년 정책에 관한 연구, 성결대학교 박사논문, 2015.

62) 대한변호사협회, 2013 인권보고서 제28집, 2013, 227면.

63) 소라미, 미등록이주아동 기본권 보장을 위한 법률 제·개정 필요성, 국회인권포럼 이주아동토론회 자료, 2013. 4. 9.

교육청이나 주민센터로부터 입학 안내를 받지 못한 비율이 72.7%에 해당하였고, 21.7%는 자녀를 입학 시킬 때 학교 측의 거부를 당한 경험이 있었다고 응답하여<sup>64)</sup> 미등록 이주아동에 대한 교육권을 실질적으로 보호할 수 있는 조치가 요구된다.

특히 미등록 아동 중, 미취학 아동의 경우에는 취학 아동에 비하여 더욱 열악한 조건에 놓여 있다. 이들에 대한 보육 및 유아교육은 공교육이 아니기에 교육에 대한 지원을 기대할 수 없는 상황이다. 2011년 국가인권위원회의 ‘이주아동의 교육권 실태조사’에 따르면 이주아동들은 공교육 진입 전에 34.9%(65명)가 집에서 혼자 있었다고 답하였다. 즉, 공교육 입학 전까지는 제대로 된 교육기관에서 교육을 받지 못하고 방치되어 있었던 것이다. 입학 전 이주아동이 교육을 받지 못하는 이유는 경제적 인 문제가 가장 크다. 이처럼 교육을 받지 못하다가 취학연령이 되어 학교에 진학하게 되면, 한국어 이해의 어려움과 학습이해도의 부족, 학교생활의 부적응 등으로 중도탈락하게 되는 경우가 많을 것으로 예상된다.

현재 국내에서는 만3세부터 초등학교 취학 전까지의 유아에게 제공되는 교육은 의무교육은 아니지만 정부의 지원이 제공되고 있다. 그러나 이는 복지의 영역이기 때문에, 대한민국 국적을 가진 사람과 결혼하여 가족을 이룬 경우를 제외한 이주민의 자녀들은 이러한 지원을 받을 수 없다. 그러나 미취학 시기의 교육은 단지 공교육 단계에서의 학업성취를 위해서는 반드시 전제되어야 하는 부분인 만큼, 인도적인 차원에서 미취학 아동의 교육 지원방안을 검토해야 한다.

#### IV. 미등록 이주민 인권침해 대응방안

##### 1. 출입국관리 과정에서 인권 증진

우리 헌법에서 규정하고 있는 신체의 자유는 인간의 권리로 해석되어 모든 사람에게 적용되며, 미등록 이주민은 비록 출입국관리법을 위반하였더라도 이를 집행할 때에는 명확한 규정과 적법한 절차에 따라 제한이 엄격하게 이루어져야 하며, 출입국관

<sup>64)</sup> 경기도 외국인지원센터

리의 집행은 인권적으로 이루어져야 한다.

따라서 첫째, 출입국관리법에서는 단속절차에 대한 명시적 규정이 필요하다. 현행 출입국관리법에서는 단속 절차에 대한 별도의 규정을 두지 않고 ‘조사’ 및 ‘보호’절차에 포함되는 과정으로 보고 있다. 그러나 실질적으로 동향조사 또는 긴급보호의 규정이 단속실시에 대한 법적 근거로 보기에 불충분하기에 단속 행위에 대한 정당성 문제로도 이어진다.<sup>65)</sup> 단속과정의 인권침해에 대한 국가인권위원회의 지속적인 권고와 비판적인 여론으로 인하여 법무부에서는 2009년 「출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙」(이하 “인권보호 준칙”)을 마련하여 보충적으로 출입국관리공무원의 단속에 대한 가이드라인을 제시하고 있으며, 준칙 제정 이후 단속과정에서의 인권문제가 해결되고 있다고 보고 있다. 그러나 준칙 제정 이후에도 국가인권위원회의 권고사례와 상담사례에서는 단속과정의 인권침해가 계속되고 있음이 나타난다. 이에 법률에 단속에 대한 규정을 신설하여 무분별한 단속으로 인한 인권침해문제, 단속의 정당성에 대한 법적 근거를 보다 명확히 할 것이 요청된다.

둘째, 외국인 보호제도에 대한 보완이 필요하다. 현재 출입국관리법에 따른 외국인 보호제도는 형사절차가 아닌 행정절차이기에 영장주의 원칙의 적용에서 벗어나 있다. 그러나 외국인에 대한 단속과 보호의 실질적인 성격은 형사절차와 동일한 정도로 사람의 인신을 체포·구속하는 것이므로 급박성을 요구하는 긴급보호가 아닌 경우에는 법원의 심사를 거치는 것이 필요하다.<sup>66)</sup> 이와 함께 강제퇴거 집행을 위한 보호에서는 강제퇴거명령을 발부받은 외국인이 불합리하거나 자의적인 신체의 자유의 침해받지 않기 위하여 보호기간의 상한이 법률에 정해져야 한다. 실질적으로 강제퇴거를 집행할 때에는 송환국과의 교류, 항공편 확보 등이 상이하기 때문에 일률적으로 그 시간을 정하기는 쉽지 않다. 또한 상한기간을 규정하였는데 초과하게 되면 해당 외국인을 즉시 석방하게 되어 강제퇴거를 집행하지 못하게 된다는 우려도 있다.<sup>67)</sup> 그러나 이러한 우려는 행정상의 편의를 위한 것으로 보호기간의 상한을 두지 않는다면, 이는 외국인의 신체의 자유를 침해하는 결과를 가져온다고 할 수 있다. 따라서 ‘합리

65) 유성화·장교식, “「출입국관리법」상 행정조사절차의 개선방안에 관한 연구”, 『토지공법연구』 제74집, 2016, 245면.

66) 공진성, “출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호”, 『공법학연구』 제14권 제1호, 2013, 243면.

67) 노영돈·최영춘, 앞의 논문, 134면.

적인' 보호기간이 법률에서 규정되어야 할 것이다.

셋째, 출입국관리업무를 직접적으로 집행하는 출입국관리공무원에 대한 인권교육 및 다문화교육이 중요하다. 출입국관리공무원들에게는 구체적인 내용을 담고 있는 행정부의 명령, 규칙 등에 비하여 인권존중의 이념은 다소 포괄적이고 추상적으로 다가 오기도 하며, 명령과 규칙 등을 따르면 합법적이라고 생각하는 경향이 있다.<sup>68)</sup> 이처럼 외국인에 대한 이해와 인권 존중에 대한 인식 없이 업무를 수행하게 되면 그 과정에서 인권침해와 인종차별적 행동을 하게 될 수 있어 문제가 된다. 따라서 미등록 외국인 단속과 보호절차에 있어서 출입국관리공무원은 교육을 통해 대상 외국인의 인권보호에 대한 의지, 인권과 직무 관련 법령 지식, 다문화 소통능력, 외국인에 대한 이해능력을 갖추어야 하며, 그 중에서도 특히 인권보호에 대한 강력한 의지와 다문화적 능력을 갖추는 것이 중요하다고 할 수 있다.<sup>69)</sup>

넷째, 출입국관리 집행 시에는 미등록 외국인에 대한 권리보호가 충분히 이루어져야 한다. 강제퇴거 과정에서는 강제퇴거 대상자에 대한 보호 보다는 규제에만 초점이 맞춰져 있는 것이 사실이다. 「출입국관리법」과 「인권보호 준칙」에서는 출입국관리공무원의 권한에 대해서만 규정하고 있지, 무분별한 단속에 따른 부상 및 인권침해가 발생하는 경우의 책임에 대해서는 불분명하다. 조사과정에서도 외국인은 다른 문화와 언어의 장벽으로 출입국관리 관련 법령을 집행하는 측과 완전한 소통이 이루어지지 않는 경우가 많으며, 집행과정에 대한 이해도 불완전하기에 이에 대한 권리보호가 더욱 필요하다고 할 수 있다.<sup>70)</sup>

무엇보다 강제퇴거의 집행 시에도 최대한 외국인의 권리를 구제한 뒤에 본국으로 송환될 수 있는 시간이 주어지는 것이 필요하다. 미등록 외국인이 일단 본국으로 귀환한 뒤에는 사실상 권리의 구제를 받기가 어렵기 때문이다. 2008년 이전 출입국관리국에서는 법으로 규정되어 있지 않지만, 체류자격이 없더라도 임금체불이나 산업재해를 당한 외국인의 경우에는 구제를 받을 수 있도록 체류기간을 연장하거나 강제퇴거명령에 대한 소송 또는 이의신청을 제기한 외국인의 체류기간을 연장해주는 등의 행정 편의를 제공하여 미등록 이주민에 대한 권리를 우선적으로 보호하였다.<sup>71)</sup> 그러

68) 국가인권위원회, 출입국분야 인권교육 교재, 2013, 2면.

69) 김병득, “출입국관리행정과 인권문제”, 2010, 209면.

70) 법무부, 앞의 책, 2009, 11면.

71) 최홍엽, “외국인 강제퇴거절차와 관련한 몇 가지 쟁점”, 『민주법학』 통권33호, 2007, 355면.

나 2008년 이후의 정부 정책이 미등록 이주민에 대한 강력한 추방으로 바뀌면서 강제퇴거 집행 시 미등록 이주민에 대한 권리보호는 더욱 어려워지고 있는 상황이다.

## 2. 노동 사업장에서 인권 증진

미등록 이주민의 발생을 개선하기 위하여는 사업장 이동제한에 대한 규정의 완화가 필요하다. 즉, 현행 고용허가제 아래에서 경직된 규정으로 인하여 귀책사유 없이 미등록 이주민이 되는 이주민을 최소한 보호할 수 있도록 그 제한 규정이 개정되어야 하는 것이다.

고용허가제에서 이주노동자의 사업장 변경은 원칙적으로 금지되고 예외적인 사유에서만 허용되고 있다.<sup>72)</sup> 이에 따르면 이주노동자는 보다 향상된 근로조건을 위하여 사업장을 변경할 자유나 직장을 그만둘 권리가 인정되지 않아 사업주에게 종속되는 결과를 가져와 사실상의 강제노동의 효과가 나타나고 있다. 이와 관련하여 특례고용허가제를 일반고용허가제에도 확대 적용하여 일반 이주노동자에게 사업장 변경을 할 수 있도록 하는 방안이 제시되기도 한다.<sup>73)</sup> 그러나 단순기능인력에 대하여 입국 초기부터 사업장 변경의 자유를 보장하는 나라는 찾아보기가 어렵고<sup>74)</sup>, 사업장 변경을 자유롭게 허용할 경우 고용관리의 측면에서 미등록 체류의 소지가 높아질 수 있다는 반론이 있다.<sup>75)</sup> 이러한 부작용을 최소화하기 위하여, 모든 외국인근로자에게 사업장 변경을 허용해주기보다는 국내에서 체류기간이 길어지는 자에게 일정한 시간이 지난 후 이를 허용하는 방안이 대안으로 제시되고 있다.<sup>76)</sup>

보다 현실적으로 개선이 가능한 부분은 사업장 변경 사유 및 기간의 확대이다. 먼

72) 외국인고용법 제25조는 “사용자가 근로계약을 해지하거나 근로계약 갱신을 거절한 경우, 휴업·폐업 및 그 밖에 이주노동자의 책임이 아닌 사유로 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우, 사업장의 근로조건이 근로계약 조건과 상이한 경우, 근로조건 위반 등 사용자의 부당한 처우 등으로 인하여 사회통념상 근로계약을 유지하기 어려운 경우 등”으로 사업장 변경 허용요건을 규정하고 있다.

73) 손윤석, “이주노동자의 고용허가제 개선 방안”, 『법학연구』 제49집, 2013, 17면.

74) 최홍엽, 앞의 논문, 118면.

75) 하갑래, “외국인고용허가제의 변천과 과제”, 『노동법논총』 제22집, 2011, 362면.

76) 외국인근로자가 3년의 취업 후 2년간 취업기간을 연장하는 경우 연장된 2년 동안 사업장 변경의 자유를 허용하는 방안(최홍엽, 앞의 논문, 118면), 입국 후 최초 1년은 현행 고용허가제를 적용하고 그 후 사업장 변경을 허용하는 노동허가제를 적용하는 방안(이광택, 앞의 논문, 116면).

저 사용자의 부당한 처우에는 근로조건의 위반 뿐 아니라, 미등록 이주노동자가 폭행을 당한 경우라면 상해라는 결과에 이르지 않았더라도 사업장 변경을 인정해주고, 이주노동자가 ‘산업안전상’의 이유로 사업장을 변경하기를 원한다면, 이러한 사유는 사업장 변경 사유로 고려되어야 할 것이다.

또한 이주노동자는 근로계약 종료 후 1개월 내에 사업장변경신청을 하여야 하고 변경신청 후 3개월 이내에 출입국관리법 상의 근무처 변경허가를 받지 못하면 출국하도록 규정되어 있다. 이러한 제한기간을 넘기지 않기 위하여 여러 일자리를 비교하지 못하고 우선 취업을 하거나, 제한기간을 넘겨 미등록 이주민이 되는 경우가 발생하고 있다. 특히 사업장 변경기간에는 예외규정을 두고 있지 않아 신청기간이 경과되면 이주노동자에게 책임 없는 사유로 그 기간이 경과되었다고 하더라도, 출국하여야 한다. 이처럼 구제조치가 없는 점은 매우 불합리하다고 생각된다. 특히 기업의 도산, 장기간 임금 미지급 등 이주노동자에게 책임 없는 사유, 즉 사업주 귀책사유로 인한 사업장 변경을 할 경우에는 3개월의 구직기간은 예외적으로 적용하지 않는 것이 타당하다고 여겨진다. 그리고 새로운 사업장에서 고용신고가 늦어졌다 하더라도 새로 알선된 사업장에서 고용의사가 있다면 일정한 과태료를 부과하여 고용할 수 있도록 하여 미등록 이주민으로 전락하는 것을 예방해야 할 것이다. 이는 신고 지연의 책임이 분명히 새로운 회사에 있으므로 회사를 상대로 과태료가 부과되는 것이 타당하다.<sup>77)</sup>

마지막으로 외국인고용법 제25조 제4항의 사업장변경 횟수 제한의 폐지 또는 예외 규정 신설이 요청된다. 현행 외국인고용법에서는 원칙적으로 입국한 날로부터 3년의 기간일 때에는 3회의 사업장 변경이 가능하고, 재고용허가를 받아 2년의 범위 내에서 연장된 체류기간 중에는 2회를 초과할 수 없도록 되어 있다. 이처럼 횟수의 제한으로 인하여 이주노동자는 사용자가 계약 종료 후 갱신을 거절하거나, 근로계약을 해지하지 않도록 사업장 내에서 인권침해를 받거나 내국인 근로자에 비하여 차별적인 대우를 받아도 적극적으로 문제제기를 할 수 없는 상황에 놓이게 된다.

### 3. 근로현장에서의 인권 증진

77) 우삼열, 앞의 보고서, 63면.

대법원의 판례에 따라 실질적으로 근로를 제공한 이주민은 그 체류자격과 관계없이 근로자로서의 보호를 받을 수 있어야 한다. 그러나 현실적으로 미등록 이주민은 체류자격이 없다는 이유로 임금체불을 당하거나 당연히 퇴직금을 지급하지 않는 등 노동권을 침해받고 있다.

미등록 이주노동자의 근로자로서의 권리 보호를 위해서는 근로기준법을 위반한 경우 처벌의 수위를 높이고, 사용자가 의무적으로 가입해야 하는 체불임금 보증보험 가입 여부를 철저히 확인하여 권리침해가 발생하지 않도록 해야 한다. 또한 산업재해에 대한 보상은 체류자격이 없는 이주노동자들도 그 대상이 된다는 점에서 크게 발전한 제도라고 보이지만, 현실적으로 제도적 혜택을 받을 수 없는 점이 보완이 필요하다. 자진신고 및 산재신청에 협조하는 사용자에게는 벌금을 감면하는 인센티브 제공 등이 그 예라 할 수 있다. 그리고 근본적으로는 산업재해 감소를 위하여 안전보건관리 교육과 제조업, 농업, 축산업, 어업 등 사업장의 종류와 특성에 맞는 세부적인 대책이 필요하다.

한편, 노동현장 곳곳에서 발생하고 있는 미등록 이주노동자들에 대한 권리침해는 제도적인 측면의 문제보다는 관련부처와 외국인을 고용하는 사용자, 그리고 국내 근로자들의 의식 전환이 이루어지지 않아 일어나고 있다.<sup>78)</sup> 이를 위해서는 이주노동자를 고용하고 있는 사업주와, 함께 일하는 국내 근로자들에게 사업장 내의 인권교육 및 다문화교육이 의무적으로 실시되어 인식이 개선될 것이 요청된다.<sup>79)</sup>

#### 4. 사회보장 접근성 제고

미등록 이주민의 최소한의 건강권을 보호하기 위해서는 제도적 차원에서의 개선이 먼저 필요하다. 현재 미등록 이주민은 건강보험에 가입할 수 없기 때문에 의료비용의 부담으로 일반 병원에서 진료를 받기가 어렵다. 따라서 외국인지원센터, 보건복지부의 소외계층 진료사업 등 무료 의료서비스와 민간차원에서 의료서비스를 지원받고 있다. 그러나 이러한 극히 제한된 무료 의료서비스만으로는 한계가 따르며, 미등록 이주민의 질병을 예방하고 건강을 보호하기 위해서는 근본적으로 제도권 내의 의료

78) 노재철, 앞의 논문, 53면.

79) 강현빈·정상우, “이주근로자 사업장에서의 다문화인권교육”, 『법과인권교육』 제9권 제2호, 192면.



서비스 접근이 전제되어야 한다.

과거 국민건강보험은 국민 이외의 이주민에 대해서는 일부 비자에 대해서만 가입 자격을 인정해 주다 2006년부터 장기간 거주하고 있는 등록 이주민에 대하여 건강보험 가입의 자격을 확대하였다. 사업장에서 근무하는 등록 이주민들은 직장가입자로 가입이 의무화되어 있고, 출입국관리법 제31조에 따라 외국인등록을 한 경우는 지역가입자로 임의가입이 가능한 상황이다.

의료서비스 접근의 필요성은 특히 장기체류 미등록 이주민과 미등록 이주아동의 경우에 적극적인 논의가 필요하다. 장기체류 미등록 이주민은 대부분 사업장의 열악한 환경에서 오래 근로를 제공하였기 때문에 직업병을 가지고 있다. 미등록 이주민도 지역가입자로 건강보험에 가입할 수 있도록 적용대상 확대가 이루어질 수 있을지에 대한 논의가 필요하고, 미등록 이주아동의 경우에는 인도주의적 차원에서 의료급여 수급권자에 포함될 수 있도록 의료급여법 규정의 개선의 검토가 이루어져야 할 것이다.<sup>80)</sup> 그러나 건강보험 및 소외계층에 대한 의료급여는 기본적으로 사회복지의 영역이기 때문에, 미등록 이주민이 이러한 사회적 국가제도에 들어올 수 있는가에 대해서는 사회적 합의가 충분히 논의되어야 하는 상대라고 할 것이다.

이에 보다 현실적인 차원의 접근으로 지방자치단체의 차원에서 미등록 이주민을 포함한 지역 거주이주민에게 최소한의 건강권 보호를 위한 의료서비스가 제공되는 것이다. 대부분의 거주외국인 지원조례에서는 「재한외국인처우기본법」에서와 마찬가지로 ‘대한민국에 합법적으로 체류할 수 있는 법적 지위를 가지지 않은 경우에는 적용대상에서 제외되고 있어 문제가 된다. 국내 이주민 기본법이라고 할 수 있는 「재한외국인처우기본법」과 외국인을 위한 자치조례에서 체류자격 없는 이주민을 배제시키고 있는 점은 비판받아야 할 것이다. 그러나 경기도 외국인 인권 지원에 관한 조례 등 일부 지방자치단체의 인권조례에서는 대한민국 국적을 가지지 않고 자치단체

80) 의료급여법은 생활이 어려운 자에게 의료급여를 실시하고 있으며, 의료급여법상 수급권자에는 국민기초생활보장법에 따른 수급권자가 포함되고 있다(제3조 제1항 제1호). 국민기초생활보장법 제5조의2는 외국인에 대한 특례 규정을 두어, 대한민국 국민과 혼인하여 본인 또는 배우자가 임신 중이거나 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있거나 배우자의 대한민국 국적인 직계존속과 생계나 주거를 같이하고 있는 사람의 경우에는 수급권자로 보고 있다. 또한 의료급여법 제3조의2에서는 난민법에 따른 난민인정자로서 국민기초생활보장법 제12조의3 제2항에 따른 의료급여 수급권자의 범위에 해당하는 사람을 수급권자로 보아 외국인의 경우에도 제한적으로나마 수급권자의 범위를 확대하고 있다.

내에 거주하는 모든 외국인을 대상으로 하여 체류자격 없는 이주민도 포함하고 있다. 외국인의 ‘인권’ 지원을 명시한 조례에서만은 아니라, 일반 거주외국인 지원 조례에서도 체류자격과 관계없이 실질적으로 그 지역에 거주하고 있는 이주민에 대한 기본적인 권리의 보호는 시급히 이루어져야 한다.

경기도에서 운영되고 있는 ‘경기도 팜뱅크 설치 및 운영조례’에서는 지역소외계층에게 무료의약품을 지원하고자 의약품 기탁자와 수요자를 연결하는데 필요한 팜뱅크의 설치 및 운영에 관한 사항을 규정하고 있다. 의료소외계층에 대한 의료서비스 지원 범위에 미등록 이주민을 포함하여 그 대상이 확대된다면, 비용문제와 신분으로 인한 두려움으로 의료서비스의 접근이 어려운 이들에게 기초적인 의료를 제공할 수 있는 것으로 생각된다.<sup>81)</sup>

## 5. 체류자격의 부여

미등록 이주민에 대한 체류자격 부여는 정책적으로, 혹은 인도주의적 차원에서 이루어지고 있다. 우리 정부의 경우에도 산업연수생 제도에서 고용허가제로 외국인력정책을 전환하면서 일부 미등록 이주민에게 체류자격을 부여하였으며, 재중동포에게는 자진출국 후 재입국을 조건으로 방문취업(H-2) 자격을 부여하기도 하였다. 2006년에는 인도적인 측면에서 취약 중인 외국국적 아동에게는 일반 연수(D-4), 자녀를 둔 부모에게 기타(G-1) 자격을 부여하여 아동의 교육권을 보호하기도 하였다.<sup>82)</sup> 그리고 2007년에는 화재 현장에서 11명의 인명을 구조한 몽골 미등록 이주민 4명에게 특별 공로를 인정하여 체류자격을 부여한 적도 있다.<sup>83)</sup> 그러나 우리 정부의 체류자격 부여는 일회성에 그치고 있고, 사회와의 유대관계 등을 고려하는 정책은 나타나지 않고 있다.

각국 정부에서는 정규화 프로그램을 통해 일정 자격을 갖춘 미등록 이주민에게 체류자격을 부여하기도 한다. 대표적인 사례를 살펴보면, 영국에서는 1990년대 이후 일회성 정규화 프로그램 대신 사회와의 유대관계에 근거하여 미등록 이주민에게 합법

81) 경기도외국인인권지원센터, 앞의 보고서.

82) 최서리, 앞의 보고서.

83) ‘화재현장 11명 구한 몽골인’ 합법 체류 허가 (연합뉴스, <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1510=102&oid=001&aid=0001598>, 2016.10.13. 검색)

화를 신청할 수 있는 기회를 제공하고 있다. 그 대상은 장기거주 이주민과 영국에서 출생한 외국국적 아동이며, 영국 이민법(Immigration Act)에서 체류자격 부여 요건을 규정하고 있다.<sup>84)</sup> 자세한 요건은 다음 <도표 3>와 같다.

<도표 3> 영국의 미등록 이주민 정규화 요건

	성인	청소년 (18~25세)	아동 (18세 미만)	영국 출생자
체류기간	20년 이상	인생의 반 이상	최소 7년 동안 지속적으로	생애 첫 10년 이후 90일 이상 체류
체류자격	최대 30개월 체류 자격 부여	한시적 체류자격	한시적 체류자격	시민권 신청가능
요구조건	해당없음	해당없음	해당없음	-신원상 문제 없을 것 -지인 추천

자료: 최서리, 앞의 보고서를 참조하여 구성

또한 일본의 경우에는 미등록 체류에 대하여 단속과 같이 강압적인 방식으로 대응을 하고 있지만, 일본 사회와 유대관계가 형성되었다고 생각되는 미등록 이주민에게는 특별허가에 따라 한시적으로 체류자격을 부여하고 있다. 구체적인 체류자격 요건 등이 법률에 규정되어 있지는 않지만, 입관법(「출입국관리 및 난민인정법」) 제50조<sup>85)</sup>에 따라 법무대신의 재량으로 체류자격 부여 여부가 결정되고 있다. 일본 정부는 2004년 이후, 해마다 합법화 사례와 그렇지 못한 사례를 입국관리국 홈페이지에 공표하고, 2006년 10월부터는 합법화 판단의 가점요인과 감점요인을 발표하기 시작했다. 가점요인에는 일본사회와의 유대관계가 크게 고려된다. 예를 들면, 일본에 영구 거주하는 사람과의 가족관계, 초중등학교에 재학 중이며 10년 이상 일본에 거주해

<sup>84)</sup> 최서리, 앞의 보고서.

<sup>85)</sup> 제50조 (법무대신 재결의 특례) 법무대신은 퇴거강제 명령에 대한 이의신청에 (합당한)이유가 없다고 인정되는 경우라도 신청인이 다음 사항에 해당할 시 재류를 특별히 허가할 수 있다.

- 영주허가를 받았을 때
  - 과거에 일본 국민으로써 일본에 본적을 가졌을 때
  - 인신매매에 의해 일본에 체류하고 있을 때
  - 그 외에 법무대신이 특별히 재류를 허가하는 사정이 있다고 인정할 때
- 법무대신은 법무성의 규정에 따라 체류자격 및 체류기간을 결정하고 그 외에 필요하다고 인정되는 조건을 부여한다.

온 자녀가 있거나, 일본에 거주한 지 20년 이상 되어 생활기반을 가지고 있는 사람은 체류자격 부여의 가능성이 높다.

또한 캐나다에서는 이민난민보호법(Immigration and Refugee Protection Act)에서 정상참작에 의하여 영주권을 부여하고 있다.<sup>86)</sup> 캐나다 이민난민보호법 제25조는 통상의 영주권 취득요건이 되지 않고 난민의 요건에도 맞지 않는 경우에도 정상참작과 인도주의적 고려로 외국인에게 영주권을 부여할 수 있는 법적인 근거를 마련하고 있다. 정상참작에 의한 영주권의 부여 결정시 이민관은 캐나다에서의 정착 여부를 가장 중요하게 심사하고 있으며 1) 캐나다에서의 체류 기간, 2) 캐나다에서의 체류가 본인이 통제할 수 없는 사유로 인한 것인지 여부, 3) 고용유지 상태, 4) 재산 보유 등 재무 건전성, 5) 한 지역사회에 안정적인 거주, 6) 지역사회에의 사회통합 여부(예, 자원 봉사 등), 7) 캐나다 사회에의 통합을 보여주는 직업, 언어 등 교육 프로그램 수료 여부, 8) 캐나다에서 선량한 시민으로 살았는지 여부(예, 형사 전과, 가정폭력, 아동 학대 등이 없는 지 등) 등을 고려하고 있다.<sup>87)</sup>

## V. 결론

이 연구는 미등록 이주민의 발생유형과 현황을 조사하고, 이들에 대한 대표적인 인권침해 유형인 출입국, 노동, 건강 및 보건, 아동의 교육에 따른 인권침해실태를 살펴본 후, 헌법재판소와 대법원의 판례, 국가인권위원회의 결정례 및 그동안 제기된 인권개선 방안들을 검토하여 미등록 이주민을 보호 방안을 제시하고자 하였다. 미등록 이주민에 대한 인권의 보호와 차별금지의 원칙은 우리 헌법과 국제인권조약에서 규범적으로 보장되고 있는 보편적인 권리이다. 그러나 미등록 이주민은 현행 국내법과 제도에서 체류자격에 따른 한계로 인하여 기본권을 보호받지 못하고 인권침해의 상황에 놓일 때가 많아 보호가 요청된다. 일찍이 대법원의 판례를 통하여 체류자격 없는 미등록 이주민에게도 근로자성이 인정되고, 산업재해를 보상받을 수 있으며, 최

<sup>86)</sup> 한태희(2008), “이민법상 정상참작에 의한 영주권 부여에 관한 연구”, 『비교법 연구』 제8권 제2호.

<sup>87)</sup> 정상참작 이민에 관한 캐나다 이민관 업무지침. (<http://www.cic.gc.ca/english/resources/tools/perm/hc/processing/index.asp>, 접속일: 2016.10.20)

근에는 노동조합결성권도 인정되고 있어 미등록 이주민의 노동권은 제도적으로 상당히 보호받고 있는 것처럼 보인다. 그러나 현실적으로는 여전히 체류자격의 불안정함을 이용한 임금체불, 산업재해의 은폐 등 보호가 이루어지기 어려운 제약이 있다.

과거보다 단속 과정에서의 인권 보호는 일부 진전이 있었지만, 여전히 출국과 보호 단계의 인권 보장, 놓여준 거주 미등록 외국인의 인권 보장, 미등록 이주민 발생 원인이 되는 제도적 미비점 개선 등은 새롭게 제기되는 과제라고 할 수 있겠다. 이를 위해 강제퇴거 과정에서는 미등록 이주민 보호를 위하여 단속된 미등록 이주민에게도 보호처분에 대한 사법적 감시가 강화될 필요가 있다고 보았다. 체불임금 진정 시 고용노동부 공무원의 통보의무 면제, 산업재해 보상 시 사업주에게 인센티브 제공 등의 개선이 필요하다. 그리고 미등록 이주민에 대한 건강 및 보건, 교육과 같은 사회적 권리 역시 인간의 보편적 인권으로서 접근 가능성이 실질적으로 확대될 필요가 있다고 보았다. 무엇보다 최소한의 의료의 제공은 인간의 권리로 제도적인 접근이 보장되어야 할 것이다. 마지막으로 우리 사회와 유대관계가 있는 미등록 이주민에게는 제한적이겠지만 체류자격의 부여라는 보호도 진지하게 논의될 필요가 있다고 본다.

보편적 인권은 누구에게나 보호되어야 하는 권리이며, 이러한 보편적 인권은 시대의 흐름에 따라 그 영역이 확장되어 왔다. 현실적으로 우리 사회에 존재하고 있는 미등록 이주민에 대한 적극적인 논의와 보호가 지속적으로 필요하다고 할 것이다.



[토론문]

## “미등록 이주민 인권침해 실태 및 대응방안”에 대한 토론문

박 영 아\*

발제문은 미등록 이주의 인권적 문제점을 깊이 있고 폭넓게 검토하고 있다. 발제문에서 제시된 문제의식과 대응방안에 특별한 이견 없이 동의한다. 특히 ‘등록’ 이주민과 ‘미등록’ 이주민의 지위는 절대적이지 않고, 그러한 이주민의 법적 지위는 고정된 것이 아니라 등록에서 미등록으로, 미등록에서 등록으로 얼마든지 변화할 수 있다는 발제문의 지적에 깊이 공감한다. 본인의 상황은 바뀐 게 하나도 없는데, 전산시스템의 간단한 조작으로 등록외국인이 미등록 외국인으로 전락한 사례를 접하면서 미등록이나 등록이냐가 한 사람에 대한 평가와 무관하다는 점을 실감하게 되었다. “불법 체류자들은” 흔히 “범죄집단”과 유사한 방식으로 묘사되고 인식되고는 있지만, 미등록 이주는 개인에게서 원인을 찾을 수 있다기보다 근대 국민국가의 보편화와 국경관리의 필요성이 낳은 산물에 가깝다고 생각한다.

“미등록”이기 때문에 발생하는 인권침해에 대해 그 누구도 미등록이기 “때문에” 감수해야 하거나 당연한 제재나 효과로 보고 있지 않다. 다만 출입국 “관리”의 필요성 때문에 발생하는 “불가피한” 부작용 정도로 취급하는 관점은 있는 것 같다. 이러한 관점은 두 가지 방식으로 발현된다. 하나는 구제거부 다른 하나는 구제포기다.

통보의무로 범죄피해신고나 의료서비스에 대한 접근 등을 어렵게 하는 것은 구제거부에 가깝다. 이와 관련, 출입국관리법 제84조 제1항 단서 및 시행령 제92조의 2)

---

\* 공익인권법재단 공감.

- 1) 제92조의2(통보의무의 면제) 법 제84조제1항 단서에서 “대통령령으로 정하는 사유”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유를 말한다.
  1. 「초·중등교육법」 제2조에 따른 학교에서 외국인 학생의 학교생활과 관련하여 신상정보를 알게 된 경우
  2. 「공공보건의료에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 공공보건의료기관에서 담당 공무원이 보건의료 활동과 관련하여 환자의 신상정보를 알게 된 경우

은 일정한 경우 통보의무를 면제하고 있지만, 일선 기관에서 해당 규정들이 매우 제한적으로 해석되는 경향이 있고, 통보의무가 면제된다 하더라도 통보가 금지되는 것이 아니라서, 담당자의 세계관이나 주관에 따라 결과가 달라질 가능성이 있어, 여전히 구제에 대한 장벽으로 작용한다.

사용자의 이탈신고에 의해 외국인노동자의 체류자격이 좌우되는 문제도 오래전부터 지적되어 왔다. 출입국관리법 제19조 제1항 제2호에 따르면 외국인을 고용한 사람은 해당 외국인의 소재를 알 수 없게 된 경우 그 사실을 출입국관리사무소에 신고를 하여야 한다. 외국인의 체류관리를 위해 외국인을 고용하는 사람에게 신고의무를 부과한 것이다. 이 신고는 흔히 “이탈신고”라고 지칭되는데, 문제는 근로조건 등을 둘러싸고 사용자와 외국인 노동자간에 분쟁이 발생하여 노동자가 근로제공을 거부하는 상황에서 사용자가 “이탈신고”를 하는 경우, 출입국관리당국이 해당 노동자가 실제로 소재가 불명한지, 근로제공을 거부하게 된 경위와 원인 등을 적극적으로 파악하지 않고 주로 (말이 통하는) 사용자의 진술을 근거로 결론을 내리는 경향이 있다는 점이다. 노동자의 근로제공 거부로 사용자가 입게 된 손실 등에 깊이 공감하는 모습을 보이기도 한다(사업장에서의 폭행, 욕설과 임금체불이 문제된 사건이었다. 이 사건의 경우 외국인노동자는 “도망갈” 기회도 있었으나 재차 도움을 청하려고 출입국관리사무소를 찾아가는 바람에 그 자리에서 단속이 되었다). 그 결과 사용자의 이탈신고가 있으면 외국인근로자가 특별한 사정이 없는 한 미등록 상태로 전락하게 되므로 사업장 이탈신고가 사용자가 외국인노동자와의 분쟁에서 매우 효과적으로 활용할 수 있는 무기로 변질되었다.

구제포기의 대표적인 사례로는 미등록 이주아동을 들 수 있다. 미등록 이주아동의 경우, 자신이 이와 같은 상황에 놓이게 된 것이 본인의 의사나 책임과 전혀 무관하다. 현재 우리나라에서 살고 있는 미등록 이주아동은 초등학교, 중학교 및 고등학교를 다니는 것까지는 가능하지만, 대학교 입학은 불가능하고, 정상적으로 직장생활을 하거나 결혼하고 가정을 이루며 살아갈 수 있다는 희망조차 없이 성장하고 있다. 그러나 정책당국은 이미 실질적으로 한국사회에 편입되어 그 구성원으로 살아가고 있

---

3. 그 밖에 공무원이 범죄피해자 구조, 인권침해 구제 등 법무부장관이 정하는 업무를 수행하는 과정에서 해당 외국인의 피해구제가 우선적으로 필요하다고 법무부장관이 인정하는 경우  
[본조신설 2012.10.15.]



는 미등록 이주아동에 대한 구제는 부모의 미등록체류를 유발한다는 우려가 있다 해서 사실상 손을 놓고 있는 상황이다.

출입국관리법 위반자에 대한 단속 및 강제퇴거명령의 집행을 위한 이주구금은 사람의 신체 및 자유에 대한 직접적 침해를 수반하기 때문에 가장 엄격한 잣대로 평가되어야 함에도 불구하고, 다른 행정영역에서 일반적으로 적용되는 법치주의 원칙에 대한 광범위한 예외가 인정되고 있다. 영장주의가 적용되지 않음은 물론, 체포영장을 대체하는 출입국관리사무소장이 발부권한을 가지는 보호명령서제도 또한 긴급보호의 일반화로 유명무실에 가깝다. 특히 현장에서는 사업장에 있는 사람들을 무작위로 일단 잡아놓고 사후적으로 조사를 하는 단속관행이 문제되고 있다. 단속의 효율성 위해 서라지만 절차적 권리보장은 최후의 마지노선으로 보아야 한다는 점에서 심각하게 받아들여야 하는 문제라고 생각한다. 최근에도 출입국관리사무소에 5명이 잡혀 있다 해서 법률조력을 하기 위해 찾아갔는데 막상 가보니 2명만이 남아 있었다는 경험담을 들을 수 있었다. 강제퇴거명령이 발부된 후에는 강제퇴거명령이 집행될 때까지 보호, 즉 구금이 가능하기 때문에 장기구금이 특히 문제되고 있다. 출입국관리법에 따른 장기구금은 인신보호법의 적용조차 받지 않아 사법적 통제가 원천적으로 배제되어 있다. 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있지만, 아래에서 보는 바와 같이 2012-16년 현재까지 이의신청이 인용된 건은 한 건도 없다<sup>2)</sup>

□ 보호에 대한 이의신청 현황

(단위 : 건)

연도	구분	이의신청			
		접수	기각	각하	인용
2012		11	10	1	-
2013		9	6	3	-
2014		8	3	5	-
2015		12	11	1	-
2016.8월말		8	6	2	-

통상 이주는 비자발적 이주와 자발적 이주로 구분되며, 난민 등 비자발적 이주에

2) 노회찬 의원의 대정부질문에 대한 법무부 회신

대해 국제법상 보호의무가 인정되기도 한다. 그러나 자발적이건 자발적이지 않건 대부분의 이주에 비계획적인 요소가 많다는 점에 주목할 필요가 있다. 특히 2세, 3세로 내려갈수록 이주는 개인의 의지나 선택과 점점 멀어지는 하나의 현상으로 나타나게 된다. 이러한 현상에 대해 출입국관리의 잣대만을 갖다 대는 것은, 피아노를 놓을 자리를 봐두면서 피아노의 길이가 아닌 넓이만을 고려하는 것과 다름없다. 미등록 이주로 인해 발생하는 인권침해 문제는 해당 이주민이 우리사회와 접촉하고 상호작용하는 과정에서 매우 다양한 방식과 모습으로 나타나기 때문에 다각적인 검토와 대응방안이 필요하다. 미등록 이주민은 체류자격이 없다 할지라도 인간으로서 가지는 권리에 대한 침해가 최소화되어야 한다. 이주민들은 등록여부와 상관없이 우리사회의 일원으로 살아가고 있기 때문이다. 사회 내부에 인권침해가 용인되는 집단의 형성은 사회 전체적으로 바람직한 현상이 될 수 없다고 생각한다.

## 불법체류(통제)의 법적 쟁점

이 일\*

1. 문제의 제기
2. 불법체류외국인을 ‘찾아낼’ 통제행위의 범위와 한계
3. 불법체류외국인에게 ‘출국을 명하고, 강제로 쫓아낼’ 통제행위의 범위와 한계
4. 불법체류외국인을 ‘가들’ 재량의 범위와 한계
5. 불법체류의 통제행위를 둘러싼 ‘출입국관리에 대한 광범위한 재량’이란 법적 테제의 모호성에 대한 도전들
6. 결어 - 불법체류외국인의 기본권 옹호와 대한민국 헌법질서의 옹호

### 1. 문제의 제기

#### 가. 불법체류(통제)에 대한 정책결정자 관점의 우세와 개별 통제행위에 관한 정밀한 사법심사의 사실상 정지

불법체류를 둘러싼 제반문제를 바라보는 입장에는 커다란 양극단의 시각차가 있다. 첫째 관점은 불법체류를 일국의 엄정한 법질서를 훼손한 개인의 범법행위로 이해하여 강력한 규제와 물리적 추방을 긍정하는 관점 즉, 정책결정자의 관점이다. 둘째 관점은 불법체류를 세계화와 노동력의 국제이동, 국제분쟁의 항구화 속에서 발생한 불

\* APIL, Advocates for Public Interest Law 상근변호사, il.lee@apil.or.kr, 02-3478-0529, www.apil.or.kr

가피한 사태와 일국의 법질서 사이의 괴리 속에서 발생하는 수궁가능한 상황으로 이해하여 불법체류자의 합법화(regularization/legalization) 정책 및 당해 외국인의 체류, 잠재적 영주가능성을 포함한 제반 인권에 대한 옹호에 집중하는 관점 즉, 인권옹호자의 관점이다.

소위 ‘불법체류’의 주제를 접근할 때 위와 같은 양극단의 시각차가 존재한다는 것을 명확하게 인지할 뿐만 아니라, 발화자의 입장을 적극적으로 표명하고 정교하게 주장할 필요성은, 단지 실용적 이해의 측면에서 뿐만 아니라, 법률적 측면에서도 중요하다고 본다. 왜냐하면 실제 불법체류를 둘러싼 제반 제도 설계, 집행과정은 물론 실제 범익침해를 필연적으로 수반할 수밖에 없는 통제행위에 관한 사법적 판단과정에서마저도 위 두 관점 중 정책결정자의 관점에만 충실하여 각 규범영역마다 구체적이고 개별적으로 심사되어야만 하는 행정청의 재량행사의 적법성에 대한 심사가 사실상 포기된 경우가 많았기 때문이다.

즉, 불법체류의 통제행위에 관한 법원의 사법적 통제는 ‘국가에게 부여된 출입국관리의 광범위한 재량’이란 테제 앞에서, 기계적인 형태의 범익형량을 통한 중립 견지를 표명하다 결국 사실상 전자의 관점을 택하여 개별 외국인의 인권침해를 불가피한 것으로 승인하거나, 행정목적 달성을 위해 어쩔 수 없이 용인해야만 하는 것으로 이해하여 모든 통제행위를 승인해 준 적이 많았고, 이에 위 주제에 관해 ‘정교한’, 그리고 ‘다양한’ 발전은 제도적으로나, 학술적으로나 이루어지지 않았던 것은 아닌가!) 의문이 든다.<sup>2)</sup>

이하 본 원고에서는 후자의 관점에서, 불법체류<sup>3)</sup> 통제에 관한 대한민국 내 그동안

- 
- 1) 그리고 근원적으로는 국민과 비국민을 구별하되 해석된 비국민의 ‘인간’의 권리는 실제로는 시혜적인 산물로 이해되고 있어서이기도 하다.
  - 2) 예를 들어, 불법체류 통제의 가장 핵심적인 수단인 ‘강제퇴거’의 위법성에 대한 절차적, 실체적 사유들은 학술적으로는 물론 실무적으로도 정교하게 논의되어 오지는 않은 것으로 보인다. 범익 비교형량에 관하여는, 서울행정법원 실무연구회, ‘행정소송의 이론과 실무’ (사법발전재단, 2013), 317면, 홍예연, ‘강제퇴거처분 취소소송의 위법성 판단기준’, “사법논집” 제51집(2011), 605면.
  - 3) 불법체류는 판례상 언급되고 있는 표현이긴 하나, 사실상 정확하지 않다. 불법과 위법을 명확히 구분할 경우, 불법이란 보편타당한 규범에 반하는 실제 자체이며, 위법이란 구체적 법체계 하에서 내려지는 ‘행위에 대한 부정적인 판단’과 같은 관계적 개념인데, 소위 미등록 체류는 불법한 실제라기보다는 오히려 일국이 행정목적에 따라 운용, 집행하고 있는 법질서와의 관계적 이반을 뜻하는 것이기 때문이어서 오히려 그 경우 법질서와 관계해서 판단할 경우 오히려 위법체류라고 불러야 하며, 그 의미를 살리고 부정적 오용을 줄이려면 미등록 체류등으로 파악하는 것이 더욱 타당할 것이다.

제기되어왔던 현재의 실무적 쟁점들을 개괄적으로 파악하고 간략히 요약해보고자 한다.

나. 불법체류외국인 통제행위에 관한 제반 법적 규율 분야 - '규정하고, 찾아내고, 명하고, 가두고, 내쫓는 것'

불법체류외국인은 결국 체류기간의 도과, 또는 입국허가를 받지 않고 입국하거나, 입국거부사유의 존재가 사후적으로 파악되었거나 하는 등으로 출입국관리법상의 적법한 체류자격을 갖지 않고 사실상 체류하고 있는 외국인을 일컫는다.

불법체류를 줄이는 방법은 결국 첫째, 합법화를 꾀하여 국내에 있는 불법체류자의 법적 지위를 변화시켜 수를 줄이는 방법과, 둘째, 강력한 통제를 통해 불법체류자를 국외로 내보내는 방법이라 할 수 있는데, 후자의 방법 즉 '통제'란 결국 간단하게 말해 불법체류자를 '규정하고, 찾아내고, 명하고, 가두고, 내쫓는 것'이고, 일련의 통제행위의 과정에는 명확히 각 외국인의 헌법상 기본권은 물론이고, 법적 보호가치가 있어 실제적으로 고려해야하는 수많은 사항들이 필연적으로 침해된다.

위 '규정하고, 찾아내고, 명하고, 가두고, 내쫓는' 통제행위의 표현에 현행 출입국관리법이 정하고 있는 법적 개념을 대입하자면, 법률 제정과 행정규범 수립을 통해 체류자격의 기준과 범위를 정하는 것, 사실조사(출입국관리법 제80조, 이하 '법')와 동향조사(법 제81조)를 포함한 행정조사, 위반조사(법 제47조 내지 제49조)를 통해 불법체류를 파악하는 것, 그 후 출국권고(법 제67조), 출국명령(법 제68조), 강제퇴거명령(제46조)을 내려 출국을 명하거나 강제로 쫓아내는 것, 조사과정과 집행과정을 담보하기 위해 구금하는 것(법 제51조, 제63조)이라고 할 수 있다.<sup>4)</sup>

## 2. 불법체류외국인을 '찾아낼' 통제행위의 범위와 한계

### 가. 현행 제도 운용 실무의 문제 - 동향조사 과정의 영장없는 '수색'과 '체포'

4) 다만 체류자격의 기준과 범위를 정하는 것 자체는 통상적인 통제행위의 범위에서 다루지 않는 것이므로 별도로 검토하지 않을 것이다.

불법체류외국인 통제는 불법체류외국인을 어떻게 ‘찾아낼 것인가’에서 시작된다. ㉠전산상으로 체류기간을 초과하였지만 출국하지 않은 외국인을 추산할 수는 있지만, ㉡그 밖의 유형의 불법체류외국인을 추산할 수는 없다. ㉢설령 전체의 존재를 추계할 수 있다고 하더라도 실제로 불법체류외국인을 찾아내지 못하면, 이후의 심사 및 후속 통제행위를 개시할 수 없다.

그 과정에서 수사(搜查)와 같은 경찰작용으로서의 행정조사가 이루어지는데 임의조사가 아닌 강제조사가 필요한 경우에 있어서도 출입국관리법에는 원칙적으로 행정절차법의 적용이 배제되고, 영장주의 역시 적용되지 않아 불법체류외국인의 정당한 이익에 대한 침해가 발생한다.

불법체류외국인을 ‘찾아내기 위해’<sup>5)</sup> 집중적 단속이 실시될 경우 사업장 수색이 이루어지는데, 외국인들이 근무하는 사업장에 무단으로 진입하거나 관리자의 의사에 반하여 주택에 들어가는 경우들이 있다. 또한 ‘찾아낸’ 외국인의 신병을 사실상 체포에 준하여 확보하는 일이 있는데, 이와 같은 일련의 단속과정은 단속을 피하여 도주하여 사상에 이르는 경우도 발생하고, 절차적 권리를 주장하기도 어려울 정도의 강제력이 동원됨에도 법적근거가 미약하다.

## 나. 모호한 영장주의 적용의 문제 및 행정당국의 다양한 법관의 개입 차단 근거마련 시도

불법체류외국인을 ‘찾아내는 과정’의 적법성을 해결하기 위한 가장 근본적인 방법은 타국의 입법례들을 활용하여 영장주의를 단계적으로 도입하는 것일텐데, 행정당국이 수호하는 ‘출입국관리행정의 광범위한 재량’은 법관의 개입을 차단하되, 그와 유사한 제도를 만들어 비난의 소지를 줄이고, 실제 절차적 보장은 바뀐 것이 없는 형태로 발전해 왔다.

5) 또한 ‘찾아낸’ 불법체류외국인에 대한 통제행위도 문제다. 형사상 ‘체포, 구속’에 일부상응하는 불법체류외국인들에 대한 인신구속 제도들 즉, ‘긴급보호’, ‘심사결정을 위한 보호’, ‘강제퇴거명령집행을 위한 보호’와 같은 제도에 법관에 영장발부를 통한 통제는 물론, 인신보호법과 같은 일반법을 통한 직접적 통제역시 이루어지지 않고 있는 제도적 문제는 오랫동안 지적되어 왔다. 독립적인 적정성에 대한 심사 없이 출입국관리공무원 개인의 결정만으로 일련의 강제퇴거절차 과정 속에서 구금여부, 구금의 장단 여부가 임의로 결정되고, 결국 국제법적으로 엄격히 금지되고 있는 자의적 구금을 결과하게 되었다.

예를 들어, 일본의 입관법을 계수한 ‘강제퇴거의 집행을 위한 수용제도’[구 출입국관리법(법률 제3694호로 1984. 7. 1. 시행된 것) 제50조<sup>6)</sup>]가 구금이라는 국제적 비판이 계속되자, 영장주의를 도입한 것이 아니라, 1992. 12. 8. 출입국관리법 전부개정을 통해 ㉠명칭만을 ‘수용(收容)’에서 ‘보호’로 바꾸고<sup>7)</sup>, ㉡보호에 대한 위법, 적정성의 판단을 법관으로부터 받게 하는 것이 아니라 상급행정기관의 형식적인 심사절차인 보호에 대한 이의(제55조) 규정을 추가하였다. 그럼에도 불구하고 송환할때까지의 구금이 행정청의 결정만으로 계속된다는 비판이 생기자 2009. 12. 29. 출입국관리법 개정을 통해 보호가 계속될 경우 3개월마다 법무부장관의 형식적 심사를 받게 하였다.<sup>8)</sup> 신체의 자유를 구속하고 있는 것이 분명함에도 영장주의 적용을 불분명하게 하기 위해 외국인 보호소에서 제한되는 자유는 ‘신체의 자유’가 아니라 ‘거주이전의 자유’라고 다양한 단계에서 주장하여 현행 제도로도 충분하다며 적극적으로 방어해왔다.<sup>9)</sup>

특히 ‘찾아내는 과정’에서 오랫동안 비판받아온 것은 두 가지인데, **첫째로**, 법적 근거 없는 ‘사업장 수색’이다. 불법체류외국인이 있다는 첩보가 있을 경우 사업장에 진입하여 이들을 찾아내는 것이다. 관행적으로 이루어진 단속과정의 공포로 인해 많은 외국인들이 다치거나 목숨을 잃고 있었다. 이에 대한 근거로 들었던 것이 동향조사(법 제81조)인데, ‘방문하여 질문’하는 것만이 가능할 뿐 사업장 관리주체의 동의 없이 침입하여 수색하는 근거로 삼을 수는 없는 것이다.<sup>10)</sup> 국가배상판결까지 잇따르자

6) 제50조 (수용) ① 출입국관리공무원은 제45조(강제퇴거의 대상자)각호의 1에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도망하거나 도망할 염려가 있는 자에 대하여는 사무소장으로부터 수용 명령서를 발부받아 수용할 수 있다

7) 일본의 입관법은 여전히 정직하게 수용이란 명칭을 유지하고 있다. 자세한 연혁적 경위에 대해서는 이근우, ‘보호인가 구금인가? - 출입국관리법상 강제처분 비판’, (비교형사법연구 2012), 484 내지 485면.

8) 출입국관리법 제63조 ② 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장은 제1항에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다.  
③ 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장은 제2항의 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 한다.

9) 그 성공적 결과 중 하나가 헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2012헌마686, “인신보호법 제2조 제1항 위헌확인”사건에서 헌법재판소마저 ‘즉, 출입국관리법은 보호의 적법성을 담보하기 위한 사전적 절차와 부당한 보호에서 벗어날 수 있는 사후적 구제수단을 촘촘하게 마련함으로써, 행정소송절차를 통한 구제가 가지는 한계를 충분히 보완하고 있는 것이다’라고 설시하게 만든 것이다.

10) 실제로 법원은 주거권자 또는 관리자의 사전동의가 있어야 한다고 판결을 내리고(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도7156) 이후 하급심에서 대답이 없었다는 이유만으로 묵시적 동의를 의제할 수 없

행정당국은 지난 국회에서 개정안 제47조의2(의안번호 : 13847)<sup>11)</sup>2)를 제출하여 출입국관리공무원의 판단만으로 영장주의를 배제하고 수색할 수 있는 근거 및 이를 방해하는 자에 대한 형벌규정까지 마련하려 시도하였으나 법안이 통과되지 못했다.

**둘째로,** 법적 근거 없는 ‘구인’이다. 행정당국은 ‘찾아낸’ 불법체류외국인을 출입국관리사무소까지 구인하는 과정에 있어서 근거를 마련하기 위하여 애써왔다. 1992. 12. 8. 출입국관리법 전부개정을 통해 긴급체포와 유사한 긴급보호제도를 신설하였다(제51조 제3항, 제4항)<sup>13)</sup>. 또한 종전의 ‘수용’을 그대로 대치한 ‘보호’라는 용어를 사용하면서, 2009. 12. 29. 출입국관리법의 개정을 통해 기존의 ‘수용’의 이미지만을 탈각한 것을 넘어, ‘인치(引致) 하여 수용하는 활동’으로 개념을 확장하여, 현장에서의 사실상 체포의 근거를 마련하여 관행적 강제연행의 근거를 만들어낸 것이다. 물론 위와 같은 개념확장을 시도하였다 하더라도, 행정상 편의를 위해 일정한 요건충족이 까다롭고<sup>14)</sup> 및 긴급보호서 발부등의 행정절차가 필요한 긴급보호(법 제51조 제3항)를

고, 정신적 피해에 대한 위자료의 국가배상책임도 인정해야한다는 취지로 판시하고 있다(창원지방법원 2013. 9. 2. 선고 2013가단70975등)

- 11) 제47조의2(출입국관리공무원의 사업장등 출입 및 조사) ① 사무소장 또는 출장소장은 출입국관리공무원으로 하여금 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업장·영업장소·사무실, 그 밖의 필요한 장소(이하 “사업장등”이라 한다)에 출입하여 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당한다고 의심되는 외국인(이하 “용의자”라 한다) 및 관계인에 대하여 질문·조사를 하게 하거나 관련 서류 등 필요한 자료를 열람 또는 그 자료의 제출을 요구하게 할 수 있다.
1. 사무소장 또는 출장소장이 사업장등에 출입국관리법을 위반하고 있는 용의자가 있다는 신고나 제보를 받고, 그 신고나 제보가 신빙성이 있다고 인정되는 경우
  2. 사무소장 또는 출장소장이 사업장등에 용의자가 출입국관리법을 위반하고 있다고 의심할 만한 자료를 확보한 경우
- ② 출입국관리공무원은 이 법에 따른 직무를 수행하는 과정에서 용의자가 사업장등에 있는 것을 발견한 경우 또는 용의자가 사업장등으로 도주하여 긴급히 출입할 필요가 있는 경우에는 그 사업장등에 출입할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항에 대하여 사업주 또는 관계인은 정당한 사유없이 거부 또는 방해할 수 없다.
- ④ 출입국관리공무원은 조사를 위하여 건조물 내부로 출입할 때에는 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 취득한 정보를 타인에게 제공 또는 누설하거나 기타 용도로 이를 이용하여서는 아니된다.
- 12) 조영관, “출입국관리법과 영장주의 - 정부제출 출입국관리법 개정안(의안번호 : 13847)의 문제점을 중심으로”, ‘출입국관리법과 적법절차 국회토론회’ (2015), 12 내지 17면.
- 13) 출입국관리법 제51조 ③출입국관리공무원은 외국인이 제46조 각호의 1에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 긴급을 요하여 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부받을 여유가 없는 때에는 그 취지를 알리고 출입국관리공무원의 명의로 긴급보호서를 발부하여 그 외국인을 보호할 수 있다.
- ④출입국관리공무원은 제3항의 규정에 의하여 그 외국인을 보호한 경우 48시간 이내에 보호명령서를 발부받아 그 외국인에게 이를 내보여야 하며, 이를 발부받지 못한 때에는 즉시 보호를 해제하여야 한다.



활용하지 않고, 임의로 연행하는 경우가 훨씬 많으므로 실제로는 구인(拘引)의 근거가 없다.<sup>15)</sup>

#### 다. 불완전한 구제수단

강제력을 동반한 행정당국이 위법성을 감안하더라도 ‘광범위한 출입국관리에 관한 재량’을 원용하며 사업장 수색을 사업주의 동의 없이 실시하고, 실제로 강제로 구인하여 위반수사를 게시한 후 강제퇴거명령 등 후속 절차로 나아간다 하더라도 이를 다룰 수 있는 실효적 방법이 많지 않다.

일단 외국인등록증 미소지자를 다 차에 태워서 구인한 후 조사해보고 풀어주는 빈번한 위법행위에 대해서도 외국인들이 개별적으로 다투기 어렵다. 당사자로서도 강제퇴거와 구금의 위협에서만 벗어나면 문제를 삼으려 하지 않는다. 문제를 삼으려 하여도 수색과정이나 관리주체의 동의 여부를 파악하기 위해 사업주의 협조를 얻는 것이나, 구인과정에 관한 실제 현장에서의 강제성등을 입증할만한 자료를 확보하기가 쉽지 않고, 이미 단속된 당일 또는 익일에 강제퇴거명령 및 보호명령의 발령으로 인해 구금이 신속히 게시되어 버리기 때문이다. 위법한 통제행위를 통해 ‘찾아내는’ 일이 있어도 책임추궁이 쉽지 않아, 같은 위법한 행위가 반복된다.

### 3. 불법체류외국인에게 ‘출국을 명하고, 강제로 쫓아낼’ 통제행위의 범위와 한계

#### 가. 현행 제도 운용 실무의 문제

소위 불법체류외국인의 수를 물리적으로 줄이기 위해서 행정당국이 발동할 수 있

14) 여권미소지, 외국인등록증 미소지만으로 강제퇴거사유에 대한 ‘상당한 이유’가 있다고 추정하긴 어렵다.

15) 사업장 수색에 더하여 구인에 있어서도 동향조사(법 제81조)를 근거로 드는 경우가 있으나 수색에 의한 강제성도 인정되기 어려운 마당에, 위 조항을 근거로 구인의 근거를 삼을 수는 없다.

는 가장 궁극적인 권능은 불법체류외국인의 의사를 묻지 않고 강제력을 발동하여 외국인을 국외로 퇴거시키는 ‘추방’ 즉, 강제퇴거의 권능이다. 출국권고, 출국명령, 강제퇴거명령은 모두 중첩되거나 독자적인 요건을 갖기도 하지만, 한편 궁극적 불법체류 통제행위인 강제퇴거명령을 위한 단계적 절차로도 파악할 수 있다. 즉, 경미한 출입국관리법 위반에 대하여 자진출국할 것을 지도하는 하명(下命)으로서의 출국권고(법 제67조), 출국권고를 이행하지 않을 경우 발령하는 하명(下命)으로서의 출국명령(법 제68조), 출국명령에서 지정한 기한까지 출국하지 않을 경우 발령하는 강제퇴거명령(법 제68조 제4항)은 점차 고강도의 통제행위가 된다.

입법자가 예상치 못할 구체적인 사정에 따라 위와 같은 수단을 행정당국이 활용할 수 있어야 함은 당연하다. 하지만 문제는 ㉠중첩되는 위 통제행위 중 어떤 행위를 선택할 것인지에 대한 기준이 매우 모호하며, ㉡실무상 강제퇴거사유에 해당하지만 하면 사실상 예외 없이 강제퇴거명령이 발령되는 것, ㉢그리고 일단 집행이 되어버리면 회복할 수 없는 강제퇴거명령의 고강도의 침익적 성격을 고려했을 때 반드시 지켜져야 할 적법한 절차가 지켜지지 않는 경우도 많고, ㉣이를 다룰 수 있는 구체수단 조차 불완전하여, 당해 불법체류외국인의 지위가 매우 취약하다는데 있다.

#### 나. 강제퇴거명령 발령 심사시 처분사유의 존재만 파악하는 것으로 충분인가

강제퇴거사유 즉, 요건은 출입국관리법 제46조 제1항에 법정되어 있다. 추상적으로 규정되어 있는 부분이 많으나 출입국행정의 특수성을 감안하여 대체로 수궁할 수 있다. 그런데 현재 실무상 문제점은 행정당국이 강제퇴거사유에 포섭할 수 있는 사실관계가 존재하는지 여부만 판단한 후 기계적으로 명령을 발령하는데 있다.

불법체류외국인에 대한 강제퇴거명령발령은 실무상 매우 간략히 이루어진다. 사후적으로 발견한 입국거부사유등의 경우를 제외하면, 체류자격의 미소지, 체류기간의 도과기간등은 전산망을 통해 별다른 조사 없이도 즉시 찾아낼 수 있다. 실무상 외국인 고용 사업장에 임의 출입 후 외국인등록증(ID)을 보여줄 것을 요구한 후 미소지자들을 차에 태워 와서 전산망을 통해 체류자격 및 체류기간 도과기간을 확인하여 내부 행정규칙의 기준<sup>16)</sup>에 맞는지만 확인한 후 곧장 강제퇴거명령서와 보호명령서를

발급하여 보호하는 것이 전부다. 그런데 이것이 전부일 경우 출입국관리법이 수사에 비견되는 형태로 소위 출석요구 및 신문, 검사 및 서류제출요구를 포함한 위반조사(법 제47조 내지 제49조)의 수단을 출입국관리공무원에게 마련해주고 있고, 일정한 요건하에서 최장 20일에 달하는 심사결정을 위한 구금(법 제51조)까지 할 수 있게 한 이유가 없다.

즉, 강제퇴거사유의 심사는 현행 실무처처럼 ‘출입국관리법 제46조 제1항 각호 사유의 존재’를 확인하는 것으로 끝나는 것이 아니라 대한민국 법체계 내에 행정당국에게 부여된 강제퇴거명령의 발령을 제한하는 기타 요건들에 관한 면밀한 고려까지 동반하여 어떤 경우에는 퇴거할 수 있고, 어떤 경우에는 퇴거하지 않아야 함에 관한 기준을 정비해야 하고, 실제 심사에서 아래와 같은 사정들을 고려해야 한다. 일정한 불법체류외국인들을 퇴거를 시키고자 하는 행정당국의 목표와 의도가 곧장 비례의 원칙이 고려되지 않은 퇴거자제를 법적으로 정당화시키는 것은 아니기 때문이다.

**첫째로,** 심사시 비례의 원칙을 고려하여야 한다. 불법체류외국인이 도과한 체류기간의 장단 뿐 아니라, 그/그녀가 한국에서 생활한 총기간의 장단, 가족관계 및 기타 형성한 제반생활관계등을 고려하여 강제퇴거가 지나치게 불법체류외국인의 정당한 이익을 침해하는 것이 아닌지를 판단해야 하며, 출입국관리법 위반행위에 대한 제재가 강제퇴거 외에는 다른 보충적 수단이 없는 것인지 역시 고려해야 한다. 행정청 단계에서 아무런 고려 없이 발령되는 기계적인 강제퇴거명령이 과연 비례의 원칙에 따른 적법한 명령인지 여부는 주로 사법심사단계에서 일정정도 공사의 형량을 통해 이와 같은 역할을 수행<sup>17)</sup>하고는 있으나 행정청의 심사단계에서도 고려가 필요한 것이다.

**둘째로,** 대한민국에서 법률적 효력을 갖는 국제인권규약들을 고려해야 한다. 예를 들어 강행규범이면서 추방의 권능을 직접적으로 제약하는 강제송환금지원칙을 고려할 수 있다. 즉 ‘난민의 지위에 관한 협약(소위 난민협약)’ 제33조 제1항<sup>18)</sup>, ‘고문 및

16) ‘입국규제 업무처리등에 의한 지침’

17) 예를 들어 외국국적동포의 체류이익을 특수하게 고려하는 점, 직업등 한국에서 형성한 생활관계가 어떤 것인지를 고려하는 점, 가족이 있을 경우 생계기반이 무너질 염려등을 고려하는 점, 범죄 등을 범하여 강제퇴거를 명하는 경우도 범죄전력, 범죄사실의 경중, 재범가능성, 범행 동기등을 종합적으로 고려하는 점등이 그렇다. (예를 들어, 대전지법 2008. 5. 28. 선고 2008구합985 판결등)

18) 제33조 1. 체약국은 난민을 어떠한 방법으로도 인종, 종교, 국적, 특정사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 그 생명이나 자유가 위협받을 우려가 있는 영역의 국경으로 추방하거나 송환하여서는 아니된다.

그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(소위 고문방지협약) 제3조<sup>19)</sup>, ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(소위 자유권규약)’ 제7조<sup>20)</sup>는 강제송환금지원칙을 직접적으로 규정하고 있는데 이는 일정한 불법체류외국인에게 강제퇴거를 명할 때 ‘현재’ 한국에서 형성된 생활관계의 이익의 박탈만을 고려할 것이 아니라, 송환국에서 ‘미래’에 새롭게 받게 될 침해의 가능성까지 고려할 것을 명한다. 그 침해의 가능성은 난민협약에서 정하고, 국내 난민법 제2조에서 규정하고 있는 ‘박해’ 뿐만 아니라, 현행 난민인정제도의 틀 안에 포섭되지 않은 ‘고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌’까지 포함되는 것이다.

이에 대해서 현행 실무는 강제퇴거사유가 존재 할 경우 불법체류자인 외국인이 난민신청을 하였을 경우 미등록체류기간이 일정기간 이상되었거나, 여권이나 사증, 심사인이 진정하지 않음이 발견되었을 경우 강제퇴거명령을 발령하되 집행만 지연하고 있고, 법원도 강제퇴거명령의 발령자체가 난민신청자에게 금지되는 것은 아니라는 태도를 일반적으로 취하고 있으나<sup>21)</sup>(소위 ‘강제송환금지원칙의 집행제한론’), 강제송환을 당하지 않을 권리가 가장 중핵인 난민신청자에게에 대한 한국 내의 난민신청절차단계부터 사법심사단계까지의 전과정을 의미하는 난민인정절차가 종료되지 않았음에도 바로 그 권리에 반하는 강제퇴거명령이 적법하다고 하는 것은 수긍하기 어렵고, 실제로 강제퇴거명령이 강제퇴거를 위한 것이 아니라, 미래의 불확실한 난민인정을 해제조건으로 하는 신병확보 즉, 보호를 주된 목적으로 삼는 탈법적 운용인 점을 고려할 때 더욱 그렇다.<sup>22)</sup>

또한 난민협약 제31조와 같이 난민의 취약성 및 일정 출입국관리관계법령 위반의 불가피성을 고려하여 일정한 요건하에 출입국관리법에 의한 행정적 제재를 면제할

19) 제3조 1. 어떠한 당사국도 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 개인을 추방·송환 또는 인도하여서는 아니된다.

2. 위와 같이 믿을만한 근거가 있는지 여부를 결정하기 위하여, 권한있는 당국은 가능한 경우 관련국가에서 현저하며 극악한 또는 대규모 인권침해 사례가 꾸준히 존재하여 왔는지 여부를 포함하여 모든 관련사항을 고려한다.

20) 제7조 어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다. 특히 누구든지 자신의 자유로운 동의없이 의학적 또는 과학적 실험을 받지 아니한다.

21) 난민신청자에 대한 강제퇴거명령이 취소된 사례로는

22) 또한 고문방지협약을 도입했다는 행정당국의 설명에도 불구하고, 별도의 신청권이 없어 시혜적으로 부여되어 권리로 인정받기 어려운 ‘인도적 체류지위’이 요건에 해당하는 경우 그 공백이 더 크다.

것을 정면으로 규정한 조항의 규정도 강제퇴거명령 발령시 고려해야 하나,<sup>23)</sup> 현재행 정당국은 이를 실무상 전혀 고려하지 않는다.

실무상 ‘아동의 권리에 관한 협약’ 역시 중요하다. 위 협약 제3조 ‘아동 최선의 이익’ 역시 강제퇴거명령 발령시 고려 되어야 하기 때문이다. 즉 심사단계에서 불법체류외국인에게 가족 및 양육을 요하는 아동이 존재하는지 여부를 파악하여야 한다. ㉠아버지를 단속해서 강제퇴거를 명하였는데 배우자와 아동이 있어 아버지와 아동의 격리가 아동의 이익에 반하는 경우, ㉡어머니를 단속했는데 영유아를 데리고 있어 어머니의 동의를 형식적으로 받아 영유아인 아동까지 함께 구금하여 아동의 이익에 반하는 경우, ㉢㉠과 같은 사례에 더하여 배우자의 출산이 임박한 경우등이 있는데, 단속된 불법체류외국인이 난민신청자이거나, 불가피한 사유로 가족중 일부만이 난민신청자여서 사실상 강제퇴거명령의 집행도 하기 어려워 가족들이 격리된 장기구금상태가 발생할 여지까지 다양하게 생기는 것을 고려하면 이와 같은 확인은 필수적이다. 더욱이 부모에 대한 강제퇴거명령의 발령과 다른 대안이 없어 사실상 강제에 가까운 부모의 동의를 받아 영유아까지 함께 보호소에 구금하는 실무관행은 반드시 종결되어야 한다.

**셋째로,** 강제퇴거명령과 연계된 보호명령이 가져오는 ‘장기구금’의 중대성도 함께 고려해야한다. 아래에서 더 자세히 설명할 것이나, 강제퇴거명령 발령시 예외없이 보호명령도 함께 발령하는 소위 ‘전진수용주의’<sup>24)</sup>와 ‘강제퇴거명령 집행을 위한 보호(법 제63조)’ 제도의 위헌성으로 인해 불법체류외국인인 난민신청자에 대한 강제퇴거

23) 과거 출입국외국인정책본부에서 운용한 난민인정업무처리 지침에는 신청서 접수시 보호대상 여부에 대해 다음과 같은 규정이 있었으나(<http://nancen.org/383>), 삭제되었다고 한다. (다) 보호 대상자 A. 아래에 해당하는 자에 대하여는 보호상태에서 절차 진행 i. 단속에 적발된 직후 또는 강제퇴거명령을 받고 신청한 자, ii. 밀입국·마약거래 등 국가의 이익에 반하는 행위를 한 자, iii. 난민인정을 받을 목적으로 허위 서류를 행사한 자. 다만, 신청인이 허위서류를 행사하였음을 자진하여 신고하는 등 난민신청의 진정성이 인정되는 경우에는 제외, iv. 기타 국가안보 또는 공공질서를 해롭게 한 자로서 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장이 보호가 불가피하다고 인정한 자, B. 다만, 지체 없이 국가기관에 출두하여 불법적인 입국 또는 체류에 대한 상당한 이유를 제시하는 경우는 예외로 함, C. 보호된 난민신청자가 보호의 일시해제를 청구한 때에는 출입국관리법 제65조(보호의 일시해제)의 규정에 따라 해제 가능

24) 일본도 소위 ‘수용전치주의’, ‘원칙적 수용주의’라 하여 퇴거강제명령서 발부시 수용명령서도 함께 발부하고 있다. 日本弁護士連合會, “出入國管理における身体拘束制度の改善のための意見書”(2014. 9. 18.), 2면 [http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2014/140918\\_2.html](http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2014/140918_2.html) (최종접속 2016. 10. 22.)

명령은 한번 발령되어 버리면 그 자체가 형사범과 비교할 때 중범죄에 해당하는 ‘장기’ 자유형(自由刑)의 결과를 출입국공무원이 결정해 버리는 기이한 결과가 발생한다. 일본의 법무부 출입국관리국의 경우 면밀한 집행상태는 확인할 수 없으나 ㉠인신매매피해자일수 있는자, ㉡미성년자, ㉢통원 및 입원이 필요한 환자, ㉣유아, 아동을 수용감독양육하고 있는자, ㉤기타 사회적 약자로 볼 수 있는자, ㉥임산부에 대하여 가방면허가허용등으로<sup>25)</sup> 수용하지 않는 경우가 있는데, 국제인권규약의 고려 및 장기구금의 중대성을 함께 고려한 것으로 볼 수 있다.

### 다. 강제퇴거명령의 발령시 준수해야할 절차의 해태

강제퇴거명령발령에 선행하는 동향조사 및 위반조사단계에서 발생한 절차적 위법은 강제퇴거명령의 절차적 위법으로도 승계되어야 한다고 봐야하는데<sup>26)</sup>, 실무상 강제퇴거명령발령에 대한 의견제출의 기회는 주어지지 않는다. 앞에서 살펴본 출입국관리법 위반 사실외의 고려할 다양한 사정 등에 대한 소명기회의 부여는 불법체류외국인 본인을 위해서 뿐만이 아니라, 행정당국의 강제퇴거절차의 적법성 확보를 위해서도 중요하다.

### 라. 불완전한 구제수단

불법체류외국인이 강제퇴거를 다루는 방법은 7일안에 제출해야하는 ‘강제퇴거에 대한 이의’(법 제60조)<sup>27)</sup>가 있으나, 실무상 독립된 심사가 아니어서 무용한 절차며, 강제퇴거집행의 시기는 실무상 다양한 협력과, 압박 등 집행시기를 임의로 결정하는 재량에 따라 집행여부 및 시기를 예측하기 어렵다.<sup>28)</sup> 더욱이 집행부정지원칙으로 인

25) 日本弁護士連合會, 전계서, 3면.

26) 홍예연, 전계서, 607면

27) 제60조(이의신청) ① 용의자는 강제퇴거명령에 대하여 이의신청을 하려면 강제퇴거명령서를 받은 날부터 7일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청서를 제출하여야 한다. <개정 2014.3.18.>② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따른 이의신청서를 접수하면 심사결정서와 조사기록을 첨부하여 법무부장관에게 제출하여야 한다.

28) 심지어 신속한 집행을 원하는데에도 집행이 아무런 설명 없이 지연되어 구금기간이 지연되는 사례들도 있다.

해 집행이 완료되어도 다룰 방법이 없다.<sup>29)</sup> 변호사를 접촉하여 강제퇴거명령취소의 소를 제기하면서 집행정지신청을 함께 하는 것만이 가능할 뿐이나, 구속피고인에게 국선변호인이 직권으로 선정되는 것과 달리(형사소송법 제33조 제1항 제1호), 변호사의 조력과 접근을 자동적으로 기대할 수 없어 행운에 기댈 뿐이다.

결국 강제퇴거를 당하는 불법체류외국인으로서, 자신의 어려움을 소명할 정당한 기회를 부여받지 못하고, 일체의 생활관계를 박탈당하며, 집행시기를 예측할 수 없는 장기 자유형의 가능성, 그리고 미래의 박해 등의 위험 발생가능성까지 견여야할 강제퇴거명령을 행정당국의 광범위한 재량에 의해 받게 되고, 이를 다루는 것도 간단치 않은 형국인 것이다.

#### 4. 불법체류외국인을 ‘가둘’ 재량의 범위와 한계

##### 가. 현행 제도운용 실무의 문제

불법체류외국인에게 강제퇴거명령이 내려지면 결국 집행을 확보하기 위해 보호도 함께 집행된다(법 제63조 제1항). 그런데 문제는 실질적으로 인신구속의 성격을 가지고 형사절차에서와 마찬가지로 신체의 자유를 제한하는 것임에도 구속의 개시와, 연장, 중단 과정에 있어서 법관의 개입이 실질적으로 배제되어 있을 뿐 아니라, ‘장기화된 구금 자체’를 법관에 의해 다루는 것은 실제로 봉쇄되어 있다는 것이다. 즉, 한번 구금이 개시되면, 불법체류외국인에 대한 구금의 종료 - 강제퇴거명령의 집행이 완료됨으로써, 또는 강제퇴거명령 및 보호명령의 위법성이 확인되어 철회, 취소됨으로써 - 역시 행정당국의 완전한 재량에 맡겨져 있기 때문이다. 즉, ‘가둘’ 통제행위는 ‘가두는 것’, 그리고 ‘풀어주는 것’을 행정당국이 임의로 결정하는 두 부분으로 나뉜다.

소송, 체불입금, 신병치료등의 사실적 사유 및 난민인정심사 미종료와 같은 법률적 사유 등과 같은 강제퇴거집행 장애사유가 없는 경우를 제외하고는 대부분의 불법체

<sup>29)</sup> 최홍엽, “외국인 강제퇴거절차와 관련한 몇 가지 쟁점”, 민주법학, 제33호, (민주주의법학연구회, 2007,) 370면.

류외국인들의 ‘구금’은 단기간에 종료된다.<sup>30)</sup> 그러나 특히 난민신청자의 경우 강제퇴거명령의 발령 자체가 난민신청자의 기본적 권리에 반하는 것이라거나, 당장 집행할 수도 없는 강제퇴거명령의 집행확보를 위한 장래의 이익이란 불확실한 공익을 근거로 이루어지는 문제가 있을 뿐 아니라, 자의적 구금이 명확하고, 위헌성 여부 역시 명확한 보호제도의 문제까지 함께 결합되어 수년간에 걸친 기이한 장기구금이 발생되어 문제가 더욱 심각해진다.

#### 나. 불법체류자에 대한 보호명령 자체의 위헌성 : 구금기간의 상한(上限)<sup>31)</sup>(장치1)과 ‘독립된 기관에 의한 구금의 필요성 심사’(장치2)와 같은 장치의 부재

구체적으로 제63조 구금은 실제 집행과정에서 자의적인 장기구금을 낳는다. 첫째로, 그 근본적인 이유는 출입국관리법 제63조 제1항의 위헌성 때문이다. 위 조항의 ‘송환할 수 있을때까지’라는 자의적이고 불명확한 개념은 명확성의 원칙에 위배될 뿐 아니라, 현행 출입국관리법에 제63조 구금의 장기화를 방지할 두가지 장치 ‘구금기간의 상한(上限)’(장치1)과 ‘독립된 기관에 의한 구금의 필요성 심사’(장치2)와 같은 장치가 전혀 없는 것은 침해의 최소성과 법익의 균형성을 만족시키지 못하여 과잉금지 원칙에 위배된다.<sup>31)</sup>

실제로 위와 같은 장치는 엄격히 금지되는 자의적 구금(Arbitrary Detention)을 방지하기 위한 핵심적인 요소로 자유권 규약의 해석에 따라 요구되고 있는 것들로서 대한민국에서도 사법구금에 대해서는 구속기간의 상한을 정하고, 구속의 시작단계와

<sup>30)</sup> 2013. 12., 2014. 8. 화성보호소, 청주보호소, 여수출입국관리사무소 정보공개청구 결과 편집

해당연도	보호집행일수(일)					
	화성 (일반)	화성 (난민신청자)	청주 (일반)	청주 (난민신청자)	여수(일반)	여수 (난민신청자)
2012년	12.5	375	12.5	143	16.3	156
2013년	12.1	171	12.1	149	15.9	122
2014년	11.3	100	11.9	124	16	83
2015년 (상반기)	10.0	84.3	13.5	98	14.2	0(없음)

<sup>31)</sup> 장치2는 사법적인 보호수단이 충분히 마련되어 있는지 여부와 관련있는데, 출입국관리사무소장이 독립된 기관이라 하거나, 구금기간 중에도 보호일시해제신청, 보호에 대한 이의(출입국관리법 제55조), 또는 강제퇴거명령 및 보호명령에 대한 취소의 소를 언제든 할 수 있어서 보호수단이 촘촘하게 마련되어 있다는 주장은 아래 3. 나. 에서 보듯 근거가 없다.



연장단계에 있어서 판사의 심사를 보장하는 형태로 반영되어 있다. 그러나, 제63조 구금에서는 이와 같은 장치가 모두 없다.<sup>32)</sup>

따라서 제63조 구금을 거칠게 사법구금과 비교하면, ‘검사가 수사의 필요성이 있다고 하면 검사장이 구금을 허가하고, 언제까지 구금을 해도되는지에 대한 상한이 없고, 장기화되는 구금에 대해 법원에 다룰 방법이 없’는 매우 이례적인 구금이다. 사실 장기구금을 유발할 수밖에 없는 출입국관리법 제63조의 이와 같은 문제는 수사목적의 별건구금과 같은 상황에 대해서 국가배상청구를 인용한 선례적인 판례<sup>33)</sup>에도 반영되어 있다. 아무런 한계를 지우지 않으면 출입국관리법 제63조는 당연하게도 너무나 위험한 조항이 되기 때문이다. 당시 대법원은 출입국관리법 제63조의 해석상 목적상 한계, 시간적 한계가 있다고 합헌적 해석을 시도하였으나 당시에도 목적상 한계의 일탈로 청구를 인용하였을 뿐, 과연 그 시간적 한계가 어느 정도인지는 한번도 판시한 적이 없는데, 과연 현재와 같이 1~3년 이상 구금된 피수용자들의 구금이 시간적 한계를 일탈하지 않은 것으로 볼 수 있을지 매우 의문이다.

**둘째로,** 구금의 종료와 재개시 마저도 별다른 기준 없는 행정당국의 재량에 달려있는 점도 문제다. 아래에서 볼 수 있듯이 불법체류외국인에게 임시적으로 구금해제가 부득이한 사유가 있을 경우 ‘권리’로서 구금을 종료시킬 수 있는 수단이 사실상 전무하여, ‘시혜적 조치’로서 보호일시해제신청을 할 수 밖에 없는데, 그 기준이 출입국관리법과 행정규칙인 보호일시해제업무처리규정에 마련되어 있긴 하나, 실무상 완전한 당국의 재량에 달려있다. 이에 당국으로서도 수용외국인 관리에 부담이 되는 사유가 법적-사실적으로 발생하였을 경우 보호일시해제를 원용하여 신속히 내보내는 경우도 있고, 신청하는 경우에도 적법한 절차에 따른 신청과 심사가 있는 것이 아니라, 사전 구두승락을 받은 후에 신청서를 형식적으로 제출하는 경우들도 있다. 일단 일시해제

32) 이와 같은 통제장치의 존부로 인해 제63조가 위헌인지 여부는 2013헌바196 출입국관리법 제63조 제1항 위헌소원에서 심리중이다.

33) 출입국관리법 제63조 제1항은, 강제퇴거명령을 받은 자를 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 때에 송환이 가능할 때까지 그를 외국인 보호실·외국인 보호소 기타 법무부장관이 지정하는 장소에 보호할 수 있도록 규정하고 있는바, 이 규정의 취지에 비추어 볼 때, 출입국관리법 제63조 제1항의 보호명령은 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 가지는 일시적 강제조치라고 해석된다. 대법원 2001.10.26. 선고 99다68829 판결[손해배상(기)]

가 되었을 경우도 사정변경이 없어 해제기간을 연장해야할때에도, 일종의 징벌적 의사까지 고려하여 연장여부를 임의로 결정하는 당국의 판단에 재구금여부를 눈치보며 맡길 수 밖에 없는 실정인 것이다.

#### 다. 실효적 구제절차의 미존재<sup>34)</sup>

그런데 이에 대한 실효적 구제절차가 없다. ①보호일시해제신청을 허가하거나, ②3개월 마다 마련된 법무부장관의 승인절차를 통해서 심사를 한다거나, ③보호에 대한 이의신청을 받아들이거나, ④강제퇴거명령 및 보호명령 취소의 소를 통해 다룰 수 있는 방법이 있어서 구제수단을 촘촘하게 마련하고 있다는 취지의 주장을 해왔다. 이 같은 사실 인신보호법의 구제청구자에서 출입국관리법에 따라 보호된 자를 배제하는 인신보호법 제2조 제1항<sup>35)</sup>이 위헌인지 여부를 다뤘던 2012헌마686사건<sup>36)</sup>에서도 주장되었고, 자유권 규약 제4차 심의 사전질의서에 대한 답변에서도 마찬가지로 현출되었다.<sup>37)</sup> 그러나 오랜 심리 끝에 헌법질서해명의 필요성과 반복가능성이 있음에도 분안 판단을 멈추고 ‘각하’ 결정(4명의 위헌의견과 2명의 개정입법의견)으로 종결된 헌

34) 이 부분은 이일, “출입국관리법 제63조에 따른 기간의 제한이 없는 구금 및 출입국관리법에 따라 보호된 사람의 인신보호법 미적용의 문제”, ‘출입국관리법과 적법절차 국회토론회’ (2015), 32 내지 47면을 수정보완하였다.

35) 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.

36) 사실 위 판결은 제63조 구금에 대한 사법적 구제를 출입국관리법에 마련할 것인지, 인신보호법을 통해서 하도록 할 것인지가 입법자의 재량에 달려있다고 전제한 후 현행 출입국관리법이 보호수단을 잘 마련하고 있어 굳이 인신보호법 구제청구 대상에서 제63조 구금을 제외하였다고 하더라도 위헌으로 보기 어렵다는 취지의 판결인데, 실무상 구제수단이 없다는 점에서 매우 잘못된 판결이다.

37) 15-1.(외국인보호에 대한 사법심사) 제4차 국가보고서 제154항에 기재된 법무부 장관의 보호연장승인제도를 통해 법무부장관은 보호명령을 받은 외국인에 대하여 지방출입국·외국인관서의 장이 처분한 보호명령이 위법하거나 부당한지 여부를 정기적으로 점검하여 불법적 또는 남용적 보호를 방지하고 있다. 보호명령은 강제퇴거명령을 받은 사람의 출국을 위해 대기하는 절차에 불과하고 보호외국인의 의사에 따라 언제든지 출국할 수 있으므로 형사절차의 구금과는 목적과 성질이 다르다. 또한 보호에 대해서는 이의신청제도(제55조)가 마련되어 있을 뿐만 아니라 보호의 적법성 여부에 대한 사법부의 판단, 즉 보호처분취소소송과 집행정지신청 등을 구할 수 있는 권리가 보장되어 있어 강제퇴거명령을 받은 외국인의 보호지속기간과 관련된 법적 권리구제절차가 충분히 마련되어 있다[유엔 시민적 및 정치적 권리위원회(Human Rights Committee) 대한민국 4차 정부보고서에 대한 사전질의서(List of Issues)에 대한 답변 16면]

법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 출입국관리법 제63조 제1항 위헌소원 사건에서는 오로지 두 명의 보충의견을 제외하고는 다수의견 마저도 종전의 인신보호법 위헌소원사건과 달리 위와 같은 구제수단의 존재자체에 대하여는 타당히 침묵했다.

그러나 ①보호일시해제<sup>38)</sup>는 일종의 구속집행정지와 같은 잠정적인 보호의 정지를 의미하는 것일 뿐 종국적인 해결수단이 아닐 뿐 아니라 허가요건이 법정되어 있지 않아 허가 여부가 행정청의 재량이 가장 고도로 발현되는 절차며, 구금기간의 장기화는 일시해제 허가 대상이 아니다. ②보호기간이 3개월을 경과할 때마다 득해야 하는 법무부장관의 사전승인절차<sup>39)</sup>는 승인상신 공문에 대한 결재형태로 이뤄지는 것으로서 ‘구금계속의 필요성’에 대한 심사가 아니라 ‘강제퇴거집행을 할 수 없어서 구금이 부득이한 사유’만 있으면 허가되는 형태로 이루어져왔고 아무런 실효성이 없다. 아무런 요건도 법정되어 있지 않을 뿐 아니라 구금기간이 장기화되었다고 하여 해제한 사례가 없기 때문이다. 오히려 당국이 국제기구들에 제63조의 위헌성을 감소시킨 훌륭한 조치처럼 선전하는 용도로 이용되고 있다. ③법무부장관에게 구금의 위법·부당을 주장하며 언제나 신청할 수 있는 보호에 대한 이의<sup>40)</sup>에서도 구금의 장기화로 인해 위법·부당을 인정하여 구금에서 해제한 사례가 단 한건도 없다. ④강제퇴거명령 및 보호명령 취소의 소는 제소기간이 도과하면 사실상 제기하기 어렵기 때문에 오히려 구금기간이 장기화는 역설적으로 다룰 수 없다.

현행 구금제도의 위헌성은 구금기간의 상한과 독립된 사법심사를 두지 않아, 구금기간이 종기(終期)없이 장기화되는 것에서 나타나는데, 주로 행정당국이 들고 있는 모든 구제수단은 장기구금된 피수용자가 선택할 수 없는 것 뿐이다. ①②③에서 당국은 구금기간의 장기화를 그 요건으로 전혀 삼지 않는다. 그런데, 그와 같은 결론을

38) 출입국관리법 제65조(보호의 일시해제) ① 보호명령서나 강제퇴거명령서를 발급받고 보호되어 있는 사람, 그의 보증인 또는 법정대리인등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방출입국·외국인관서의 장에게 보호의 일시해제를 청구할 수 있다. ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따른 청구를 받으면 피보호자의 정상(情狀), 해제요청사유, 자산, 그 밖의 사항을 고려하여 2천만원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있다.

39) 출입국관리법 제63조 ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다. ③ 지방출입국·외국인관서의 장은 제2항의 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 한다.

40) 출입국관리법 제55조(보호에 대한 이의신청) ① 보호명령서에 따라 보호된 사람이나 그의 법정대리인등은 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다.

법정으로 가져가 다룰 수도 없다. 잠정적인 것에 불과한 보호일시해제 불허가를 거부 처분으로 삼아 항고소송으로 다루는 것은 어렵고, 법무부장관의 사전승인은 그 성격이 불명확하다. 보호에 대한 이의 불허처분은 하급심 판례<sup>41)</sup>에 따르면 특별행정심판으로서 재결(裁決)의 성격을 가지기 때문에 장기구금과 같은 것은 재결고유의 위법이 아니어서 다룰 수가 없다.

직접적으로 법원에 가져갈 수 있는 유일한 방법인 강제퇴거명령 및 보호명령 취소의 소는 제소기간이 도과한 후에는 사용할 수 없다. 설령 신청시기에 대한 제한이 없는 보호에 대한 이의신청을 거칠 경우 보호명령 취소의 소 제소기간을 재결서를 송달받을 날로부터 기산한다고 해석<sup>42)</sup>하여 그 시점이 언제라도 보호명령 취소의 소를 제기할 수 있다고 보더라도, 결국 재판부로서는 보호의 상한이 법정되어 있지 않은 한 역설적으로 장기구금이라고 하더라도 도대체 어느 시점을 기준으로 소위 ‘시간적 한계’를 일탈하여 ‘위법’하다는 판단을 내리기가 매우 어렵고, 처분의 위법성 판단시점은 처분시를 따라야하는데, 처분시에는 보호명령의 발령이 적법하였으나 이후 집행이 장기화되었기에 과거의 보호명령이 위법하여 취소해야한다고 해석하기도 어렵기 때문이다. 결국 장기간 구금되었으므로 구금에서 해제되어야 한다고 피수용자가 주장할 경우 행정당국이 시혜적으로 이를 받아주지 않는 한 법원에 가져가 이를 다룰 방법이 전혀 없는 상황이다. 헌법재판소의 종전 인신보호법 제2조 제1항 위헌 확인 사건의 결정은 이같은 점을 완전히 간과한 결정이다. 인신보호법상 구제청구의 중요한 심리사유가 바로 이와 같은 ‘사후적 구금사유 소멸’이기 때문에 제63조 구금이 인신보호법에서 배제된 이상 이를 다룰 방법이 없기 때문이다.

## 5. 불법체류의 통제행위를 둘러싼 ‘출입국관리에 대한 광범위한 재량’이란 법적 테제의 모호성에 대한 도전들

정책결정자의 기계적 균형을 유지하는 관점과 달리, 인간 개인으로서의 불법체류의

41) 서울행정법원 2013. 12. 13. 선고 2013구합18810. 재결이 아니라는 판례도 있어 엇갈린다(인천지방법원 2016. 3. 17. 선고 2015구합53095)

42) 그 경우 이에 제소기간의 제한이 사라지는 것이어서 그와 같은 해석이 가능할지 의문이다.

국민의 법익침해의 관점에서 보면 당사자 개인의 이해할만한 개인고충의 청취와 별개로, 행정당국의 통제행위의 처음부터 끝은 잠재적 위법의 가능성이 짙은 행정행위들이 놓여있는데, 이와 같은 제도들은 근원적으로 ㉠외국인의 기본권을 국민의 기본권보다 후차적인 것으로 전제하는 관념, ㉡‘불법’이란 커다란 실체적 개념으로 외국인을 낙인찍은 이후 기본권 침해할 수인하는 것이 타당하다는 관념, ㉢그리고 출입국관리에 부여된 광범위한 행정당국의 재량이란 테제가 함께 어우러져 존재하기 때문에 작동하고 있는 것이다.

특히 마지막 불법체류외국인들에 대하여 적용가능한 ‘출입국관리에 부여된 광범위한 행정당국의 재량’이란 테제는 의문의 여지가 없는 것으로 원용되어 왔는데, 실무상 그 모호한 실체는 사법절차에서도 타당하게도 아주 조금씩 제한되어 가고 있는데, 환영할 만한 경향이라고 생각한다.

**첫째,** 처분성의 확대가 이루어지고 있다. ‘압수, 수색’, 그리고 ‘체포와 구속’에 관하여 법관의 개입을 피하면서, 외부적 비난을 차단하는 형태로 발전해온 불법체류자 통제제도는, 일체의 관련 제도에 대한 처분성을 부정하는 형태로도 등장하는데, 출입국관리에 관한 일련의 처분들의 처분성이 국가의 주권적 재량성을 주장하는 행정당국의 주장 및 종래의 선례에도 불구하고 조금씩 인정되어 사법심사의 대상이 되고 있다. 예를 들어, 체류자격의 변경허가나 연장허가에 대한 것은 이론의 여지가 없고, 하급심에서는 입국불허처분<sup>43)</sup>의 처분성이 점차 긍정되고 있으며, 과거 ‘외국인의 사증발급행위는 국가의 주권적 사항이어서 행정소송의 대상이 될 수 없는 것’이라고 한 예들이 있던 사증발급거부처분의 경우도 결혼이민사증(F-6)<sup>44)</sup>, 방문취업(H-2)<sup>45)</sup>의 경우 처분성이 인정된 사례가 있고, 최근 재외동포(F-4)사증신청거부처분에 관하여도 마찬가지로 처분성이 인정됨을 전제로 심사후 기각한 사례가 있다.<sup>46)</sup> 난민법 제6조의 난민인정심사불회부결정에 고권적 결정 및 내부적 의사결정 등의 이유를 행정당국이 들었으나 마찬가지로 처분성이 인정되었다.<sup>47)</sup>

43) 인천지방법원 2015. 8. 28. 선고 2015구합50812 및 서울고등법원 2016. 3. 23. 선고 2015누57279 등

44) 서울행정법원 2014. 11. 20. 선고 2013구합59590

45) 서울행정법원 2007. 11. 14. 선고 2007구합21204. 처분성을 인정하지 않은 판례도 있다. 서울행정법원 2007. 11. 15. 선고 2007구합21893

46) 서울행정법원 2016. 9. 30. 선고 2015구합77189

47) 인천지방법원 2014. 5. 16. 선고 2014구합30385

**둘째,** 국제인권규범이 부과하는 특수한 제한을 조금씩 고려하고 있다. 예를 들어 난민신청자의 특수성을 고려한 판결들 즉, 체류자격외 활동허가를 얻지 않고 한 취업허가를 이유로 한 강제퇴거명령을 난민신청자의 인간으로서의 존엄성을 고려하여 취소한 판결, 밀입국한 난민신청자에게 벌을 하지 않을 것을 고려한 난민협약 제31조를 암묵적으로 고려하여 강제퇴거명령을 취소한 판결<sup>48)</sup>등이 있다. 인천공항 송환대기실에서 제한되고 있는 외국인의 기본권을 ‘거주이전의 자유’가 아닌 ‘신체의 자유’로 명확히 파악하고, 수용해제를 명하면서 강제송환금지원칙의 중요성을 언급한 판결도 있다.<sup>49)</sup> 대체로 정면으로 관련 국제인권규범을 실시하지는 않으나, 재량의 일탈·남용여부에 대한 판단 등에 녹여서 고려하고 있는데, 앞으로 더욱 사법부의 전향적인 결정이 요청될 뿐만 아니라, 실제 행정집행단계에서도 이를 존중할 것이 요구된다.

**셋째,** 행정절차법의 적용도 적용하는 사례들이 늘고 있다. 행정당국은 행정절차법은 ‘외국인의 출입국·난민인정·귀화’에는 적용되지 않는 것으로 주장, 해석해왔으나, 점차 처분의 성질에 따라 판례는 “해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항”이 아닌 경우 행정절차법의 적용도 긍정하고 있다. 예를 들어, 출국명령에 대한 이유제시가 필요하다는 판례<sup>50)</sup>, 결혼이민사증(F-6) 사증 발급거부처분에 관한 문서주의와 이유제시의무를 언급한 판례<sup>51)</sup>, 난민법상 생계비부지급결정에 관한 문서주의와 이유제시의무를 언급한 판례<sup>52)</sup>, 난민심사불회부결정에 관한 문서주의와 이유제시의무를 언급한 판례<sup>53)</sup>들이 있어, 행정절차법상 의무를 처분의 성질에 따라 적용하는 경우가 생기고 있다.

**넷째,** 입법재량과 집행재량의 구별을 통해 정면으로 위·테제에 의문을 제기한 경우도 있다. 유효한 여권을 제3자가 사용한 경우에 발령한 강제퇴거명령을 취소하는 사건에서 출입국공무원의 위명여권의 판단 권한에 관하여 서울행정법원 2013. 10. 10.

48) 서울행정법원 2015. 6. 18. 선고 2015구단50576. 피고의 항소로 서울고등법원에서는 박해의 위협의 미존재에 대한 실질적 판단을 하면서 원심판결을 뒤집고 대법원에서도 그대로 확정되었다.

49) 인천지방법원 2014. 4. 30. 선고 2014인라4결경 인신보호.

50) 서울행정법원 2014. 7. 3. 선고 2013구합30612. 행정절차를 거칠 필요가 없다는 하급심 판례도 있다. 서울행정법원 2013. 6. 12. 선고 2012구합36514.

51) 서울행정법원 2014. 11. 20. 선고 2013구합59590

52) 서울고등법원 2016. 9. 27. 선고 2016누36934

53) 서울고등법원 2016. 10. 12. 선고 2016누54482

선고 2013구합10342은 다음과 같이 판시하여, 일률적으로 언급되어온 ‘출입국행정에서의 광범위한 재량’은 정책형성과정에서 법규명령을 형성하는 재량이지, 개별심사와 처분에 관한 재량은 아니라고 하였는데, 상급심에서 취소되었으나 숙고할 부분이 있다고 생각한다.

(1) 출입국관리행정에 부여된 재량의 의미

(가) 헌법재판소는 출입국관리행정이 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정으로서, 특히 그 중에서도 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는데 필요한 것이므로 광범위한 정책재량의 영역에 놓여 있는 분야라고 판시한 바 있다(2005. 3. 31.선고 2003헌바 87 결정). 여기에서 광범위한 정책재량이라 함은 출입국관리법에서 위임한 사항을 하위의 법규명령으로 구체화하는 과정에서 인정되는 것으로서 하위의 법규명령에 대한 위헌·위법 여부 심사에서 완화된 심사기준이 적용되어야 함을 의미하는 것이지, 대통령과 법무부장관이 수립한 정책을 단순히 집행하는 지위에 있는 하급행정청이 외국인 개개인에 대하여 개별적인 심사와 처분을 함에 있어서도 광범위한 재량이 부여되어 있다는 의미는 아니다. 즉, 정책형성에서 있어서의 재량과 정책집행에 있어서의 재량은 본질적으로 다르고 할 것이며, 개별처분은 정책집행의 영역이다. (나) 출입국관리법에는 정책집행의 영역에 속하는 다양한 종류의 행정처분이 규정되어 있는데, 이들 각각에 관하여 행정청이 누리는 재량의 범위가 모두 동일하게 광범위하다고 볼 수는 없다. 재량의 범위는 각각의 근거법령의 문언과 규율필도, 입국, 체류자격 부여 및 변경, 귀화, 출국과 같은 출입국관리행정의 단계, 당해 행정처분이 침익적인지 아니면 수익적인지, 행정처분을 통해 부여되거나 박탈되는 지위의 성격과 등급이 어떠한지 등에 따라 달라진다고 할 것이다.

## 6. 결어 - 불법체류외국인의 기본권 옹호와 대한민국 헌법질서의 옹호

불법체류외국인들은 앞으로도 존재할 것이고, 단속되고, 구금되고, 쫓겨날 것이다. 결코 완전히 없앨수도 없으며, 그리고 없애야하는 것도 정책목표가 될 수 없는 불법체류외국인에 대한 통제는 어떠한 형태로 이루어져야 하는가. 당연히 정책결정자의 관점에서 일부 다양한 정책수단을 통해 불가능한 목표가 아닌, 실현가능한 수준에서 조정되어야 하고, 구체적 각 통제행위는 개별 외국인의 정당한 법적이익을 침해하지

않아야 한다는 데에 정책결정자와 집행자, 그리고 사법심사에 관여하는 모두가 의견을 모아야 한다.

불법체류외국인의 기본권을 정당하게 옹호하고 보호해야하는 것은 대한민국의 헌법질서를 정당하게 확인하는 일이기도 하다. 첫째, 각 ‘기본권’ 자체의 의미와 중요성을 확인하는 일이다. 예컨대, 위헌성이 농후한 강제퇴거명령 집행을 위한 보호제도의 경우 법원이 이를 중단시킬 방법이 없어 자의적 구금으로 신체의 자유가 침해되고 있음이 명백하다. ‘행정청이 연장당시에 잘 심사할테니 믿어달라’라고 하고 아무런 개입 없이 이를 계속 놓아둘 것인가? 그렇다면 이는 대한민국의 헌법질서 하에서 ‘신체의 자유’가 사실은 별로 중요하지 않다는 뜻이나 마찬가지인데, 결코 그렇게 볼 수 없다. 불법체류외국인들에게 실무상 문제되는 쟁점은 결국 정상적으로 체류하는 외국인에게나, 국민에게나 동일하다.

둘째, ‘국민과 외국인 사이에 기본권보호에 근본적으로 차등을 둘 것인가’에 답하기 위해서다. “불법체류외국인”이라면 국민과 달리 신체의 자유에 대한 이와 같은 과도한 침해를 받아도 된다고 하는 것이 대한민국 헌법질서에 부합하는가? 아니다. 불법체류외국인에 대한 기본권 침해를 바로 그 사유로 인해 용인하는 것은 결국 대한민국은 과연 이와 같이 가장 핵심적인 기본권에 대한 외국인에 대한 차별을 용인하거나, 수긍하는 헌법질서를 갖고 있는 것인지, 아니면 근본적으로는 그렇지 않음을 선언할 수 있는지 여부를 선택하는 문제다. 당연히 차별을 수긍할 수 없다.

마지막으로, 보다 근본적으로 ‘국가가 인간에게 가할 수 있는 고권적 권력의 한계를 설정할 것인가’를 묻는 것이기도 하다. 기본권을 보호하는 대한민국의 헌법적 질서하에서 인간의 기본권과 국가의 공권에 대한 권한의 한계를 묻는 것이다. 불과 수십년전만 해도 형사절차에도 영장없는 구금이나 상한 없는 구금이 수사기관이나 정보기관에 의해 횡행하였으나 조금씩 발전하여 이제 당국이 임의로 할 수 있는 적법한 구금의 권한은 상한이 설정된 현행법체포와 긴급체포 뿐이며 실제로도 대부분 그렇다. 불법체류외국인에 대한 사업장 강제진입과 단속은 사실 여관방을 들이 닦친 일제 강점기의 임검과 다르지 않다. 외국인에 대한 추방목적의 구금은 일본의 입관법을 계수한 이래 수십년째 구금기간의 상한이나 법원의 개입 없는 구금의 장기화가 그대로 이뤄지고 있어 수십년전 위헌적인 형사구금의 어두운 과거와 조금도 다르지 않다. 결국, 불법체류 외국인의 기본권을 정당하게 옹호하는 것은 한편 우리 ‘국민’들이 과



거에 어느정도 쟁취한 후 잊고 있었던 ‘인간’에 대한 국가가 행사할 수 있는 공권력의 마지노선을 다시 더듬는 일이기도 하다.



[토론문]

## “불법체류(통제)의 법적 쟁점”에 대한 토론문

이 희 정\*

발표자께서 도입부에서 지적하신대로 불법체류에 관한 문제에 잘 대응하기 위해서는 그 문제를 바라보는 시각이 중요하다. 모든 문제가 frame이 중요한 영향을 끼치지만, 불법체류의 문제는 특히 국가를 경계로 내부자와 외부자가 나뉘어져 역사사지 또는 공감대 형성이 어려워서 어떤 관점에 서는가에 따라 같은 국민에 대해서는 허용되지 않는 방식을 선택할 수도 있기 때문이다. 이와 관련하여 더 다양한 관점을 추가해 볼 필요도 있지 않을까 생각된다.

정책결정자의 관점과 인권옹호자의 관점이 통상은 대립하면서 존재하는 것이 사실이지만, 이는 상대적으로 현 상황의 분석에 충실한 미시적, 규범적 관점이라면, 거시적, 장기적 관점, 사실적, 역사적 관점 등도 추가할 수 있겠다고 생각된다. 예컨대, 오늘날 불법체류는 국경을 관리하는 영토국가, 국민국가라는 정치공동체 제도를 전제로 성립될 수 있는 문제인데, 세계화 경향이 이미 현실화되어 현저한 영향을 미치고 있는 이때 영토국가, 국민국가의 유효성이 어느 정도로 유지되어야 하는가의 관점을 생각해 볼 수 있다. 또한 인류 역사에 있어서 자연재해, 외적의 침입과 같은 자연적, 사회적 압력에 밀려 인간이 지리적 이동을 하면서 주변 지역에 다양한 변화를 파생 시켜온 점을 회고해 보면서, 오늘날 경제적 격차나 정치적 불안 등의 압력으로 다른 지역으로 이주하고자 하는 사람들의 의지, 본능적 힘을 기존 사회에서 어떻게 대처해야 하는가라는 문제로 생각해 볼 수도 있다. 또한 물론 이러한 관점들은 규범적 관점은 아니다. 그러나 이민법의 문제는 살인의 금지와 같이 더 원초적인 규범에 비하면 특정 제도에 기초한 문제이고, 그러한 제도의 필요성, 효과성 등에 기초하여 규범의 설계나 적용을 달리 할 수 있는 것이므로, 규범적 문제의 적절한 이해를 위해서는 규범적 frame을 통하지 않은 현상에 대한 직시 내지 선이해의 시도도 도움이 될

---

\* 고려대학교.

것으로 생각된다.

또한 하나는 정책결정자의 관점과 인권옹호자의 관점이 전적으로 대립적이기만 한 것인가? 그래서 법원과 같이 구체적 문제를 해결해야 하는 주체들은 양자 중 선택할 수밖에 없는가? 하는 문제이다. EU 이민법을 보면, EU 기본권헌장, EU 인권협약 등을 통해 회원국이 아닌 제3국인의 기본권 내지 인권보호를 강화하고 있지만, 동시에 강제출국지침(Return Directive)의 목적에서 불법체류자의 강제출국 등이 잘 집행되어야 적법한 이민제도가 성공적으로 운영될 수 있다고 보고 있다. 물론 이것은 목적으로 제시한 것에 불과하지만, 강제출국제도의 원활한 운영이 적법한 이민제도를 통한 외국인 교류의 증진이라는 상위목적 달성에 기여한다는 구조는 다소 상충되는 것으로 보이는 하위목표들이 통합되어 단일한 상위목표에 기여한다는 점에서 규범조화적 해석의 가능성이 커지는 등 장점이 많다. 따라서 정책결정자의 관점과 인권옹호자의 관점을 대립시켜 파악하는 분석과 더불어 정책결정자의 관점에서 인권옹호가 기여할 수 있는 부분을 긍정적으로 평가하도록 하여 양자를 큰 틀에서 통합하는 것이 법을 집행하는 사람에게 해결되기 어려운 윤리적 딜레마나 한쪽을 얻으려면 한쪽을 잃을 수밖에 없다는 좌절감을 피할 수 있도록 하고, 널리 수범자에 해당하는 국민들에게도 양자를 대립하는 가치로 받아들이게 하기보다는 인권보호를 통해 궁극적으로 위험이 관리가능한 출입국제도를 더 실효적으로 안정시킬 수 있음을 설득하는데 도움이 될 수 있다고 생각한다.

발표자께서 지적한 문제점과 분석에 기초하여 생각해 보면, 현재 불법체류자에 대해 출입국관리법이 집행되고 있는 상황에 제기되는 문제는 아래와 같은 단계로 분류해 볼 수 있다고 생각된다.

첫째, 불법체류 또는 위법체류를 하는 자를 반드시 강제출국시켜야 할 필요도 없고, 그것이 출입국관리법에서 강제되는 유일한 조치도 아니라는 점이다. 이러한 견해에서는 강제퇴거의 요건과 효과 규정에 대한 해석, 적용에 있어서 외국인에게 적용되는 다른 기본권과 인권을 반영하여 비례원칙상 정당화될 수 있는 경우에만 강제퇴거 권한을 행사함이 헌법과 인권 관련 국제규범, 그리고 출입국관리법을 제정한 입법취지에 해당한다고 보는 것으로 이해된다. 발표자께서 지적하신 강제퇴거명령 발령 심사시 처분사유의 존재만 파악하는 것으로는 충분하지 않고, 그간 형성된 생활관계나

가족생활의 유지 등 다양한 요소를 고려하여야 한다는 지적이나 절차는 이러한 점에서 매우 타당하다고 생각된다.

그렇다면 법무부가 이러한 방식으로 권한을 행사하기 위해 필요한 조건은 무엇인가를 생각해 볼 필요가 있다. 우선 이러한 법적용을 위해서는 ‘재량’이 필요하고, 재량권 행사시 고려해야 할 여러 요소들의 규범적 근거를 마련해야 한다. 우리 출입국관리법상 강제퇴거의 근거규정은 “강제퇴거시킬 수 있다.”고 규정하여 강제퇴거 여부에 대해 재량권을 부여하고 있다.<sup>1)</sup> ‘재량’은 여러 가지 차원에서 다른 의미를 가질 수 있는데, 우리 행정법에서 주로 다루고 있고 발표자께서 소개해 주신 서울행정법원 2013. 10. 10. 선고 2013 구합10342 판결에서 사용하는 ‘재량’은 주로 행정청이 입법자가 정립한 규범의 기계적 적용을 할 수 없는 규범의 미세공백상태에서 선택적 결정을 할 수 있고 이에 대해 법원은 가능한 한 존중하는 방식으로 결정이 이루어지는 범주를 의미하는 것으로 보인다. 그런데 지금까지의 출입국행정이 발표자께서 지적한 대로 강제퇴거처분 사유가 있으면 다른 개별 사유들을 고려하지 않고 강제퇴거 조치를 한다는 것은 강제퇴거제도를 재량이 없이 지속적으로 운영하는 것으로 볼 수 있다. 그러한 운영을 하게 되는 이유는 무엇일까? 이는 우리 행정 일반에 있는 부패방지나 책임을 묻는 방식의 미흡한 발전도 한 원인이 된다고 생각된다. 또 다른 측면은 출입국관리법에 대해서도 그 집행을 하는 공무원과 집행을 당하는 외국인 등 사람의 실제 행위 유인 등을 고려하지 않은 규범주의적 시각이 지배하고 있기 때문이 아닐까 생각된다. 따라서 발표자께서 제안하신 방식으로 강제퇴거제도가 운영되도록 하려면 1차적으로 강제퇴거처분자체의 기준과 절차를 개선하여 처분에 관여하는 공무원들이 개별 사안의 관련 요소들을 고려하여 결정할 수 있는 시스템을 만들어야 할 것으로 생각된다. 특히 가족생활이나 개인의 건강 등 인권법적 측면이 고려될 수 있도록 명확한 법적 기준을 만드는 것이 필요하고, 당사자가 그러한 사유를 제시할 수 있는 처분절차를 만드는 (재결절차가 적절할 수 있다) 것이 필요하다. 그러한 결정에 대해 법원이 사법심사를 할 기회도 당연히 보장되어야 할 것이다.

둘째, 불법체류자는 강제출국시켜야 할 필요가 있고, 출입국관리법에서도 강제출국

1) 출입국관리법 제46조(강제퇴거의 대상자) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다

시켜야 할 의무가 인정되는 경우에도, 강제출국시키는 과정에서 인권 또는 기본권이 보호되어야 할 필요가 있다는 점이다. 위에서 강제출국결정의 합리성을 제고하기 위해 필요한 사항들은 곧 강제출국과정의 합인권적 설계에도 필요한 요소들일 것이다. 추가로 생각해 볼 점은 강제출국제도의 필요성이 인정된다면, 그 제도가 원활히 그 목적을 달성할 수 있도록 제도가 설계되어야 한다는 점이다. 강제출국절차가 진행되는 동안 필요한 자유의 제한은 강제출국에 대한 저항의 유인이 강할수록 필요성이 인정된다. 자유롭게 이동할 수 있으면 강제출국을 피해 이동할 것이고, 법집행을 위해 그 외국인을 찾는 과정에서 행정력이 투하되어야 하고, 이를 통해 필요한 정도의 법집행이 이루어지지 않을 수도 있게 될 것이기 때문이다. 주거나 사생활의 자유를 위해 불법체류자를 찾기 위해 사업장에 출입하는 권한이 제한되는 경우 더욱 찾기 어려워질 것이다. 따라서 발표자께서 지적한 출입국관리법의 개정안의 문제점은 이러한 법집행절차 전체를 효과적인 법집행과 그 과정에서 인권의 보호라는 양대 목표의 관점에서 세밀하게 설계해야 한다는 관점에서 검토되어야 할 것이다. 절차의 부분 부분을 잘라서 기본권 침해가능성에 대해 지적하는 경우 제도와 운영행위를 개선해야 할 주체로서는 그 지적을 합리적으로 수용하기가 어려울 것으로 생각된다. 법집행기관이 인권을 보호하면서도 주어진 법집행의 책무를 잘 수행할 수 있는 권한과 절차를 제안해 주는 것이 필요하다. 그와 관련하여 발표자께서 출입국관리법 개정안의 구체적인 문제점이 무엇인지, 그리고 인권보호뿐만 아니라 효과적 법집행이라는 목적을 함께 달성하기 위한 제도적 대안은 무엇이라고 생각하시는지를 질문드린다.

그리고 법적 근거없는 구인 부분에서 임의연행을 사실상 강제로 하는 것에 대해서는 법적 근거가 없는 구인이라는 비판이 타당하다고 보입니다. 그런데, 긴급보호제도를 신설한 것은 구인의 법적 근거를 마련한 것이므로 법적 근거가 없다는 문제점을 해결한 것으로 볼 수도 있지 않은지요? 법적으로 근거가 마련된 긴급보호제도가 문제가 있다고 지적하시는 뜻이라면, 발표자께서 문제로 생각하시는 부분은 형식적인 법의 근거가 없다는 점을 넘어서, 긴급보호제도의 절차 등 내용이 위헌적이라는 실질적인 문제를 지적하고 계시는 것인지요? 그렇다면 구인의 법적 근거 및 그 내용이 어떠해야 한다고 생각하시는지 질문드린다.

마지막으로 구금의 기간과 관련하여 제시하여 주신 정보공개청구 결과에 따르면, 난민신청이 수반되지 않는 대부분의 일반불법체류외국인들의 구금은 10일 내외의 단

기간에 종료되는데, 그렇다면 구금기간의 장기화는 주로 난민신청자와 관련된 문제이므로 이를 난민법의 문제로 별도로 검토해야 할 필요가 없는지에 대해서도 질문드린다.





[제3주제]

## 불법체류 통제행정에의 경제적 접근

차 규 근\*

1. 들어가는 글
2. 현행 경제적 제재수단(통고처분)
3. 통고처분제도와 허가등의 취소·변경제도의 탄력적 적용
4. 몇가지 사례 적용
5. 세계화시대의 새로운 행정규범(soft law)
6. 마치는 글

### 1. 들어가는 글

출입국관리법은 1963년 제정 이래 1993년까지 30년 동안 5번만 개정되었으나, 1993년부터 2015년까지 22년 동안에는 30번 가까이 개정되었으며, 2010년부터 2015년까지 15번이나 개정되었다. 외국인행정에 대한 정책환경이 급변함에 따라 관련 내용도 빈번하게 정비되고 있음을 알 수 있다. 그런데, 개정 횟수 뿐만 아니라 실질적인 내용에 있어서도 효율적인 정비가 이뤄지고 있는가? 그 중에서 법규위반에 대한 제재절차는 어떠한가?

출입국사범에 대한 제재방법으로 가장 무거운 것은 형사처벌이 있고, 가장 가벼운 것은 과태료처분이다. 물론, 실무에서는 종종 접할 수 있는 엄중경고 처분이 과태료 처분보다 더 가볍다고 볼 수는 있으나 출입국관리법에 관련 규정을 찾을 수는 없다. 형사처벌과 과태료 내지 엄중경고 처분 사이에 있는 제재방법이 강제되지 명령, 보호

\* 한국이민법학회 연구이사, 법무법인 공존 변호사.

명령, 출국명령, 출국권고, 입국금지 등의 처분이다.

오늘 발표할 내용은 출입국사범에 대한 이러한 기존의 제재수단이 아닌 경제적 관점에서의 제재수단을 출입국행정에 도입하는 것이 어떤가에 대한 제안에 관한 것이다. 물론, 범칙금처분(통고처분)이 일종의 경제적 제재수단으로서 성격을 지니고 있기는 하나, 시야를 넓혀 좀 더 과감하고 탄력적인 경제적 제재수단의 도입방안의 타당성에 대하여 제안을 해보고자 한다.

## 2. 현행 경제적 제재수단(통고처분)

출입국관리법에는 범위반에 대한 제재수단으로 여느 법과 마찬가지로 형사벌(법 제 93조의2 내지 99조의 3) 규정이 있으며, 이와는 별도로 과태료 규정(법 제100조)도 있다. 출입국사범에 관한 사건은 출입국사무소장 등의 고발이 없으면 공소를 제기하지 못한다.

그런데, 출입국관리법에는 매우 특수한 규정이 있는데 이는 ‘지방출입국·외국인관서의 장은 출입국사범에 대한 조사 결과 범죄의 확증을 얻었을 때에는 그 이유를 명확하게 적어 서면으로 벌금에 상당하는 금액(이하 “범칙금”이라 한다)을 지정한 곳에 낼 것을 통고할 수 있다.’는 조항이다(법 제102조). 범칙금의 양정기준(量定基準)은 법무부령으로 정하며, 법무부장관은 출입국사범의 나이와 환경, 범 위반의 동기와 결과, 범칙금 부담능력, 그 밖의 정상을 고려하여 제102조제1항에 따른 통고처분을 면제할 수 있다(법 제103조).

동법 시행규칙 제86조는 법 제103조에 따른 범칙금의 양정기준을 별표7, 8로 규정하고 있는데, 법무부장관은 출입국사범의 나이와 환경, 범 위반의 동기와 결과, 범칙금 부담능력, 그 밖의 정상을 고려하여 제102조제1항에 따른 통고처분을 면제할 수 있다(실무상 사무소장 권한으로 1/2까지 감경 가능하며, 본부 승인을 받으면 면제도 가능). 출입국사범은 통고서를 송달받으면 10일 이내에 범칙금을 내야 하는데, 만일 동 기간 내에 납부하지 않으면 고발된다. 그러나, 출입국사범에 대하여 강제퇴거명령서를 발급한 경우에는 고발하지 아니한다(법 제105조).

예를 들어, 관광비자로 입국하여 취업할 수 없는 태국 여성을 마사지사로 고용한 한국인 업주가 단속될 경우, 업주는 법 제18조의 제3항을 위반하여 법 제94조에 따라 ‘3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금’에 처해지게 된다. 그런데, 위반정도가 중하지 않을 경우 업주는 형사처벌을 받지 않으며 법 제102조(통고처분), 103조(벌칙금의 양정기준 등), 동법시행규칙 86조(벌칙금의 양정기준), 별표8(벌칙금의 양정기준)에 의하여 고용인원, 고용기간에 따라 200만원에서 2,000만원 범위에서 벌칙금 부과처분을 받는 것으로 된다.

또 다른 예로, 외국인이 체류기간을 초과하여 계속 체류하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 체류기간이 끝나기 전에 법무부장관의 체류기간 연장허가를 받아야 하는데(법 제25조), 그렇지 않으면 법 제94조제17호에 의하여 ‘3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금형’에 처해지게 된다. 그런데, 위반정도가 중하지 않는 등 경우에 따라서는 통고처분 조항이 적용되어 별표7(벌칙금의 양정기준) 21호에 의하여 3개월 미만은 ‘10만원 이상 50만원 미만’, 2년 이상은 ‘400만원 내지 2,000만원 이하’ 범위에서 벌칙금 부과처분을 받는 것으로 될 수 있다. 2010년도에 소위 ‘동포고충해소프로그램’이 시행되었는데, 10년 이상 장기불법체류 한국계외국인들은 일정한 벌칙금만 납부하는 방법으로 합법화될 수 있었다.

이러한 통고처분 제도는 출입국관리법 외에, 관세법(제331조)<sup>1)</sup>, 조세범처벌절차법(제15조)<sup>2)</sup>, 도로교통법(제163조)<sup>3)</sup>, 경범죄처벌법(제7조)<sup>4)</sup> 등에 규정되어 있으며, 조세

1) 제311조(통고처분) ① 관세청장이나 세관장은 관세범을 조사한 결과 범죄의 확증을 얻었을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝히고 다음 각 호에 해당하는 금액이나 물품을 납부할 것을 통고할 수 있다. <개정 2015.12.15.>

1. 벌금에 상당하는 금액
2. 몰수에 해당하는 물품
3. 추징금에 해당하는 금액

2) 제15조(통고처분) ① 지방국세청장 또는 세무서장은 조세범처벌행위의 확증을 얻었을 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 대상이 되는 자에게 그 이유를 구체적으로 밝히고 다음 각 호에 해당하는 금액이나 물품을 납부할 것을 통고하여야 한다. 다만, 몰수 또는 몰취(沒取)에 해당하는 물품에 대해서는 그 물품을 납부하겠다는 의사표시(이하 “납부신청”이라 한다)를 하도록 통고할 수 있다.

1. 벌금에 해당하는 금액(이하 “벌금상당액”이라 한다)
2. 몰수 또는 몰취에 해당하는 물품
3. 추징금에 해당하는 금액

3) 제162조(통칙) ① 이 장에서 “범죄행위”란 제156조 각 호 또는 제157조 각 호의 죄에 해당하는 위반행위를 말하며, 그 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다.

② 이 장에서 “범죄자”란 범죄행위를 한 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하

범, 관세사범의 경우 통고처분 제도는 경제적 이득의 환수가 목적이고, 도로교통법과 경범죄처벌법 에서 채택한 통고처분제도는 소액의 벌금·구류·과료에 처할 경미한 범죄로 인한 과중한 업무부담을 해소하는 데 목적이 있다.

이에 비해 출입국사범의 경우에는 일반적으로 외국인을 피의자로 하거나 참고인으로 하기 때문에 수사상 언어 및 문화의 장벽이 있어 이를 전문으로 하는 사무소장 등이 일차적인 수사를 하는 것이 타당하고, 외국인 피의자의 인권 보호에 충실할 수 있다는 점, 내국인의 경우에도 정식 재판에 들어가지 아니하고 신속·간편한 처리절

는 사람을 말한다.

1. 범칙행위 당시 제92조제1항에 따른 운전면허증등 또는 이를 갈음하는 증명서를 제시하지 못하거나 경찰공무원의 운전자 신원 및 운전면허 확인을 위한 질문에 응하지 아니한 운전자
2. 범칙행위로 교통사고를 일으킨 사람. 다만, 「교통사고처리 특례법」 제3조제2항 및 제4조에 따라 업무상과실치상죄·중과실치상죄 또는 이 법 제151조의 죄에 대한 벌을 받지 아니하게 된 사람은 제외한다.

③ 이 장에서 “범칙금”이란 범칙자가 제163조에 따른 통고처분에 따라 국고(國庫) 또는 제주특별자치도의 금고에 내야 할 금전을 말하며, 범칙금의 액수는 범칙행위의 종류 및 차종(車種) 등에 따라 대통령령으로 정한다.

제163조(통고처분) ① 경찰서장이나 제주특별자치도지사는 범칙자로 인정하는 사람에 대하여는 이유를 분명하게 밝힌 범칙금 납부통고서로 범칙금을 낼 것을 통고할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 그러하지 아니하다. <개정 2014.12.30.>

1. 성명이나 주소가 확실하지 아니한 사람
  2. 달아날 우려가 있는 사람
  3. 범칙금 납부통고서 받기를 거부한 사람
- 4) 제6조(정의) ① 이 장에서 “범칙행위”란 제3조제1항 각 호 및 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 말하며, 그 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다.

② 이 장에서 “범칙자”란 범칙행위를 한 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 사람을 말한다.

1. 범칙행위를 상습적으로 하는 사람
2. 죄를 지은 동기나 수단 및 결과를 헤아려볼 때 구류처분을 하는 것이 적절하다고 인정되는 사람
3. 피해자가 있는 행위를 한 사람
4. 18세 미만인 사람

③ 이 장에서 “범칙금”이란 범칙자가 제7조에 따른 통고처분에 따라 국고 또는 제주특별자치도의 금고에 납부하여야 할 금전을 말한다.

제7조(통고처분) ① 경찰서장, 해양경비안전서장, 제주특별자치도지사 또는 철도특별사법경찰대장은 범칙자로 인정되는 사람에 대하여 그 이유를 명백히 나타낸 서면으로 범칙금을 부과하고 이를 납부할 것을 통고할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 통고하지 아니한다. <개정 2014.11.19.>

1. 통고처분서 받기를 거부한 사람
2. 주거 또는 신원이 확실하지 아니한 사람
3. 그 밖에 통고처분을 하기가 매우 어려운 사람

차를 통해 범칙자 자신의 비용을 절약시키고 업무상 신용 등 불편을 해소하는 데 있다고 할 것이다(법무부, 출입국관리법해설).

### 3. 통고처분제도와 허가등의 취소·변경제도의 탄력적 적용

#### 가. 통고처분의 확장적 적용

그런데, 이러한 통고처분 제도를 출입국행정에 확장적으로 적용하는 방안은 어떤 까? 오늘 제가 발표할 주제는 이것이다.

기실, 법 제24조를 위반한 자는 소위 ‘불법체류자’이다. 그렇기 때문에 불법체류자로 단속이 되면, 일반적으로는 법 제46조 제1항 제8호(제17조제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람)에 해당하여 강제퇴거조치된다. 범칙금을 납부하는 방법으로 강제퇴거조치를 면하는 것이 모든 불법체류자들에게 보장이 되는 것은 아니다. 위 동포고충해소프로그램의 적용대상이 되지 못한 일반 외국인들이 국가인권위원회에 차별이라고 진정을 하였으나, 법무부는 이를 수용하지 않았다.

그런데, 일반 외국인의 경우에도 사안의 경중을 따져서 일률적으로 강제퇴거대상으로 처리할 것이 아니라 통고처분을 확장하여 적용하거나 아니면 강제퇴거명령보다 덜 침익적인 방법으로 접근할 여지는 없을까? 강제퇴거명령을 받게 되면 법 제11조에 의하여 5년간 국내 입국이 금지되며, 입국금지기간이 경과하더라도 비자를 받아서 입국할 수 있다는 보장이 없다.

다음과 같은 제도가 도입되면 어떨까?

불법체류자가 자진신고하는 경우에, 불법체류의 경위(관광비자로 입국하여 불법체류한 경우와 E9비자로 입국하여 일하다가 사업주의 파산 등 본인의 귀책사유없이 직장을 구하지 못하고 불법체류한 경우는 달리 평가될 수 있지 않을까)나 불법체류기간, 불법체류기간 동안 어떻게 체류하였는지(사업장에서 꾸준히 성실하게 근무함으로써 업주 등의 탄원이 있는지 여부) 등을 종합적으로 고려하여 현재보다 더 탄력적

으로 통고처분을 함으로써 이들을 5년간의 입국금지가 걸리는 강제퇴거대상자로 바로 처리하지 않은 방안 말이다. 대신, 이 경우에 통고처분을 할 때는 현행 제도보다 더 고액의 통고처분을 함으로써 불법에 대한 정당한 제재는 할 필요가 있으며, 이러한 방법으로 거둬들인 범칙금을 출입국행정의 재원으로 활용하는 방안이다.

여기서, 논란이 될 수 있는 것은 통고처분제도의 적극적 활용이 범질서확립에 반하는 것이 아닌가 하는 것이다. 불법체류자는 출입국관리법령에 의할 때 강제퇴거대상이고 입국금지 대상인데, 통고처분을 하여 체류를 합법화해주거나 입국의 기회를 보장하는 것이 범질서 확립에 부합하지 않는다는 반론이 제기될 수 있다. 그러나, 출입국행정의 궁극적목적은 무엇일까? 범질서확립일까, 아니면 국익일까? 범질서확립은 궁극적 목적인 ‘국익’의 하위개념이 아닐까? 물론, 출입국관리행정은 기본적으로 국경 및 체류외국인에 대한 적절한 관리가 기본적인 대전제이므로 신중하게 접근하여야 할 필요는 있을 것이다. 하지만, 단속인력의 부족과 사망·부상 등 사고발생 가능성, 지속적인 단속만으로는 불법체류자의 규모를 감소하는 것에 한계가 있는 점 등의 현실적인 문제점을 외면할 수는 없지 않을까.

출입국사범은 ‘부작위로 인한 위법행위’가 많으며, 해당국가와의 외교적 관계, 해당 외국인의 인권, 노동시장에 미치는 영향, 인구정책적 고려 등을 해야 할 필요성이 많은 행정이다. 그렇기 때문에, 통고처분이라는 경제적 접근방식을 보다 더 확장하여 탄력적으로 적용할 여지가 더 많지 않나 생각한다. 일종의 ‘외국인사회통합부과금’ 또는 ‘외국인질서유지부과금’ 등의 성격으로 말이다.

## 나. 각종 허가 등의 취소·변경에 관한 법 89조 관련

출입국관리법 제89조에는 각종 허가 등의 취소·변경에 관한 조항이 있다.

법 제89조(각종 허가 등의 취소·변경) ① 법무부장관은 외국인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 제8조에 따른 사증발급, 제9조에 따른 사증발급인정서의 발급, 제12조제3항에 따른 입국허가, 제13조에 따른 조건부 입국허가, 제14조에 따른 승무원 상륙허가, 제14조의2에 따른 관광상륙허가 또는 제20조·제21조 및 제23조 부터 제25조까지의 규정에 따른 체류허가 등을 취소하거나 변경할 수 있다.

1. 신원보증인이 보증을 철회하거나 신원보증인이 없게 된 경우

2. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 허가 등을 받은 것이 밝혀진 경우
3. 허가조건을 위반한 경우
4. 사정 변경으로 허가상태를 더 이상 유지시킬 수 없는 중대한 사유가 발생한 경우
5. 제1호부터 제4호까지에서 규정한 경우 외에 이 법 또는 다른 법을 위반한 정도가 중대하거나 출입국관리공무원의 정당한 직무명령을 위반한 경우

그런데, 실무상으로는 강제퇴거사유가 발견될 경우, 체류기간연장을 불허하여 사실상 출국조치를 하거나, 아니면 강제퇴거명령이나 자진하여 출국하겠다는 각서를 받고 출국명령을 내리지 체류자격만을 취소하거나 변경하는 조치를 하지는 않는 것으로 보인다. 그러나, 강제퇴거사유의 경중에 따져서 상대적으로 가벼운 사유의 경우에는 해당 외국인을 출국조치할 것이 아니라 그의 체류자격을 한단계 강등(취소 내지 변경)시키는 조치를 하는 방법을 적극적으로 활용할 필요가 있지 않을까. 그렇게 함으로써 당국으로서는 범질서 확보라는 명분을 가질 수 있고, 해당 외국인은 비록 한단계 강등된 체류자격일지라도 국내에서 체류를 계속할 수 있는 실리를 가질 수 있다.

이렇게 체류자격을 강등하는 조치를 취할 때, 경제적 제재방안을 같이 시행하는 방안은 어떨까. 아니면, 경제적 제재방안을 적극적으로 시행할 때 위 법 제89조를 보다 적극적으로 활용하는 방법도 생각해 볼 수 있다.

과거, 공무원징계 종류에는 파면, 해임, 정직, 감봉, 전책만 있었으나 언제부터인가 해임과 정직 사이에 ‘강등’이란 종류가 생겼다. 공무원 직위를 유지할 수 있다는 점에서는 해임보다 유리하지만, 종전 직위에서 한단계 강등된다는 점에서 상당한 중징계라 할 수 있다. 이러한 ‘강등’제도와 같은 것을 출입국행정에도 도입하는 것을 어떨까라는 것이 문제제기의 배경이다.

외국인의 경우도, 비록 종전 체류자격보다 하위의 체류자격, 조건으로 된다는 점에서는 상당한 불이익이 될 수는 있으나, 여전히 합법적으로 국내 체류를 계속할 수 있다는 점에서는 강제퇴거명령이나 출국명령보다는 훨씬 선호할 수 있다. 그 과정에서 경제적 제재방안이 곁들여지더라도 출국과 재입국의 불안함을 해소한다는 점에서는 해당 외국인은 여전히 선호할 가능성이 높다.

## 4. 몇가지 사례 적용

### ① 사례 1.

법무부는 올해 불법체류 외국인 자진신고제도를 운영하였다.

#### 자진출국 불법체류외국인입국금지 면제

시행기간 : 2016. 4. 1. ~ 9. 30. (6개월)

시행 장소 : 전국 공·항만 출입국관리사무소

#### 자진출국자 혜택

불법체류에 따른 입국금지 조치가 면제됩니다.

※ 종전 자진출국 시에는 불법체류 기간에 따라 2년까지 입국 금지

불법체류외국인과 그 고용주에 대해 범칙금이 면제됩니다.

보호시설에 수용되지 않고 자유롭게 출국할 수 있습니다.

출국 후 대한민국 공관에서 비자를 받아 다시 대한민국에 입국할 수 있습니다.

- ▶ 단속에 적발되어 강제추방되는 경우에는 불법체류 기간에 관계없이 5년 동안 입국이 금지됩니다.
- ▶ 불법 고용주에게는 고발 등 형사처벌이 강화되고 대폭 상향된 벌금이 부과됩니다.

#### 자진출국 절차

자진출국을 희망하는 외국인은 당일 출국 항공권과 유효한 여권 또는 여행증명서를 가지고 전국공·항만 출입국관리사무소에 방문하여 자진출국 신고 후 출국하시면 됩니다.

※ 다른 사람의 여권으로 입국하는 등 정상적인 방법으로 입국하지 않은 사람



은 신원을 확인하는데 시간이 더 걸릴 수 있으니 출국 당일 조금 더 일찍 공항만 출입국관리사무소에 방문하시기 바랍니다.

**문의처**

기타 궁금한 사항은 외국인종합안내센터(☎ 1345) 또는 공·항만 출입국관리사무소에 문의하시기 바랍니다.

인천공항 032-740-7391~2 김해 051-979-1300

동 제도에 따라 상당히 많은 불법체류 외국인이 자진신고 출국을 하였으며, 새로 비자를 발급받고 다시 입국한 수도 상당히 있다. 법무부가 이와 같은 제도를 시행하는 것은 불법체류외국인 감소가 단속행위만으로는 한계가 있기 때문이다. 법무부는 상시적으로 불법체류 외국인 단속을 하여 불법체류 외국인을 강제추방시키고 있다. 그런데, 부족한 단속인력으로 인하여 불법체류자를 단속하는 것은 쉽지 않으며, 단속 과정에서 단속공무원과 외국인이 부상 내지 사망하는 불상사가 생기기도 한다. 이와 같은 조치는 자진출국을 위한 동기를 적극적으로 부여하여 불법체류외국인이 스스로 출국하도록 함으로써 불법체류외국인 감소정책을 효율적으로 추진하기 위한 것이다. 불법체류자 규모는 정부 당국이 지속적으로 감소를 위하여 애를 쓰고 있음에도 줄어들지 않고 있기 때문이다.

※ 불법체류자 및 자진출국자 현황

구 분	2014년	2015년
불법체류자	20.8만명	21.4만명
자진출국자	2.5만명	2.8만명

그런데, 위 정책이 시행되어 많은 외국인이 자진출국하였음에도 불구하고, 자진신고를 망설이는 불법체류 외국인이 적지 않다. 왜 그럴까? 불법체류기간에 관계없이 자진신고하면 입국금지를 걸지 않는다는 것은 파격적인데 말이다. 문제는, 이들 외국인은 다시 국내로 들어오려는 의욕이 매우 강한데 입국금지를 걸지 않는다고 해도, 출국후 재외공관에서 비자를 받고 입국할 수 있다는 보장을 받을 수 없기 때문이다.

중전에는, 불법체류자 자진신고자에 대하여 당국에서 ‘출국확인서’를 발급하여 주었고, 동 ‘출국확인서’를 재외공관에 제출하면 비자를 받을 수 있도록 한 적이 있었기 때문에 ‘출국확인서’가 없는 이번 조치에 대하여 망설이는 불법체류 외국인인 있는 것으로 보인다. 그리고, 국가에 따라서는 다시 전자여권을 발급받는데 상당한 시간과 비용이 걸리는 경우도 있어 이에 대한 부담 때문에 망설이는 경우도 있다.

이러한 불법체류자 감소정책시행과 관련하여, 통고처분과 같은 경제적 처분을 병행하여 시행하였으면 어땠을까? 예컨대, 불법체류기간과 양태, 고용주와의 관계 등에 따라 1~200만원 내지 1~2,000만원의 범칙금을 납부하면 자진신고한 불법체류자가 아예 출국하지 않고 합법적으로 체류할 수 있도록 해주거나, 그보다 적은 범칙금을 내면(예컨대, 1~200만원 내지 4~500만원) 재외공관에서 출국후 바로 비자를 받아 입국할 수 있는 ‘출국확인서’를 발급하여 주는 방안 말이다. 기실, 위 정책이 시행됨에 따라 자진신고를 한 불법체류 외국인 중에는 출국 후에 다시 들어올 수 있을지가 걱정이 된 나머지 브로커 등에게 몇백만원의 비용을 지불하는 사례가 적지 않았는바, 차라리 위 비용을 정부 당국이 수납하여 이를 외국인행정을 위한 재원으로 활용하였더라면 어땠하였을까.

## ② 사례2.

200만원의 범칙금 납부로 많은 한국계 외국인이 합법화된 2010년도 시행 소위 ‘동포고충해소프로그램’도, 대상자를 세분화하여 범칙금을 구분하여 적용하였더라면 어땠을까? 합법화라는 파격적인 당근 외에 ‘출국후 재입국 보장’, ‘입국규제 완화 내지 유예’ 등의 다양한 정책방법을 탄력적으로 구사하되, 여기에 범칙금을 적절히 가미하여 활용하면 어땠을까?

그것이 해당 외국인에게 부당한 부담으로 된다면 모르겠으나, 상당수 불법체류 외국인들은 자신들의 잘못(출입국관리법위반, 불법체류 등)에 대하여 상당한 대가를 치러야 한다는 것은 인식을 하고 있으므로, 범칙금을 합리적으로 양정하여 세분화한다면 출입국당국은 출입국행정의 재원을 마련하므로 좋고, 해당 외국인은 불법체류의 불안한 지위에서 벗어나거나 재입국의 보장을 받을 수 있어 좋으므로 서로 좋은 결과를 얻을 수도 있지 않을까?

③ 사례3.

중국동포 나동포는 10년여 전 다른 중국동포를 친인척으로 하여 초청한 적이 있었다. 그 일 이후 별 일없이 지내고 있던 나동포는 최근 10여년 전의 허위초청건이 적발되었다. 출입국사무소에서는 10년여 전의 일이라고 하더라도 엄연히 출입국관리법 제7조의2(허위초청 등의 금지), 제46조제1항제2호(제7조의2를 위반한 외국인 또는 같은 조에 규정된 허위초청 등의 행위로 입국한 외국인은 강제퇴거시킬 수 있다)에 해당하므로 강제퇴거시키거나 아니면 출국명령을 하고 입국금지 5년의 규제를 걸어야 한다는 견해와 법 제7조의2 위반은 법 제94조(벌칙) 제3호에 의하여 ‘3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금’에 해당하는데 이에 대한 공소시효는 5년으로, 공소시효가 지나서 형사처벌도 어렵게 된 행위에 대하여 5년의 입국금지의 규제가 걸리는 강제퇴거명령이나 출국명령을 하는 것은 너무 가혹하므로 법 제102조에 의하여 통고처분(벌칙금)으로 갈음하는 것이 적절하다는 견해가 대답되었다.

사실, 범위반에 대한 형사처벌 조항은 공소시효가 걸리게 되나, 법 제46조에 의한 강제퇴거명령과 법 제68조에 따른 출국명령은 시효의 제한 없이 적용되고 있다. 위 사례의 경우도, 종래 출입국실무는 전자의 견해가 주류이다. 그러나, 후자의 견해처럼, 공소시효가 경과하여 형사처벌을 할 수 없는 행위에 대하여 천편일률적으로 강제퇴거명령과 출국명령을 하는 것이 합당한 것인지 한번 고민해볼 필요가 있다. 이런 경우에도, 내용과 죄질에 따라서는 과감하게 강제퇴거명령이나 출국명령을 해야 할 필요가 있을 수도 있다.

그러나, 내용과 죄질이 그렇게 나쁘지 않다면 10여년 전의 허위초청 행위에 대하여 벌칙금 등 경제적인 제재방법을 적용하는 것도 괜찮지 않을까? 당국로서는 과거의 범위반에 대하여 사면을 해 줄 수는 없을 것이고, 그 대신 적절한 방법으로 제재를 가하여 ‘위법을 해서는 안되며, 하면 불이익을 받는다’는 명분을 가지고, 해당 외국인 입장에서는 항상 마음 졸이며 불안해하던 범위반사실에 대하여 자신이 10여년 동안 국내에서 경제활동을 하면서 번 돈의 일부를 당국에 납부함으로써 ‘5년간의 입국금지의 불이익’이라는 극단적인 불이익은 피하는 실리를 챙길 수가 있게 되기 때문이다. 당국은, 해당 외국인으로부터 수납한 돈을 외국인 일반을 위한 행정비용으로 사용함으로써 국민의 혈세를 절약할 수도 있다(다만, 동법시행규칙 별표7에 의하여 법 제7조의2 위반에 대한 벌칙금은 ‘500만원 이상 2,000만원 이하’인데, 현행 규

정상으로는 별치조항 자체가 공소시효가 완성된 상황에서 별치에 근거한 통보처분을 하는 것이 적법한지에 대한 논란의 여지가 있다).

④ 사례4.

법 제46조는 강제퇴거사유를 규정하고 있다. 관련 규정은 다음과 같다.

제46조 (강제퇴거의 대상자) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다.

1. 제7조를 위반한 사람(외국인이 입국할 때에는 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증(査證)을 가지고 있어야 한다)

2. 제7조의2를 위반한 외국인 또는 같은 조에 규정된 허위초청 등의 행위로 입국한 외국인(허위초청 등의 금지)

3. 제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람(대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람, 강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년이 지나지 아니한 사람 등)

4. 제12조제1항·제2항 또는 제12조의3을 위반한 사람(외국인이 입국하려는 경우에는 입국하는 출입국장에서 출입국관리공무원의 입국심사를 받아야 한다. 누구든지 외국인을 불법으로 입국 또는 출국하게 하거나 대한민국을 거쳐 다른 국가에 불법으로 입국하게 할 목적으로 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다)

5. 제13조제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장이 불인 허가조건을 위반한 사람(지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따른 조건부 입국을 허가할 때에는 조건부입국허가서를 발급하여야 한다. 이 경우 그 허가서에는 주거의 제한, 출석요구에 따른 의무 및 그 밖에 필요한 조건을 붙여야 하며, 필요하다고 인정할 때에는 1천만원 이하의 보증금을 예치(預置)하게 할 수 있다)

6. 제14조제1항, 제14조의2제1항, 제15조제1항, 제16조제1항 또는 제16조의2제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 상륙한 사람(승무원의 상륙허가, 관광상륙허가, 긴급상륙허가, 재난상륙허가, 난민 임시상륙허가)

7. 제14조제3항(제14조의2제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다), 제15조제2항, 제16조제2항 또는 제16조의2제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장 또는 출입국관리공무원이 불인 허가조건을 위반한 사람

8. 제17조제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람(외

국민은 그 체류자격과 체류기간의 범위에서 대한민국에 체류할 수 있다. 대한민국에 체류하는 외국인인 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니 된다. 외국인이 대한민국에서 취업하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 한다. 외국인은 지정된 근무처가 아닌 곳에서 근무하여서는 아니 된다. 누구든지 체류자격을 가지지 아니한 사람을 고용하여서는 아니 된다. 누구든지 체류자격을 가지지 아니한 사람의 고용을 알선하거나 권유하여서는 아니 된다. 누구든지 체류자격을 가지지 아니한 사람의 고용을 알선할 목적으로 그를 자기 지배하에 두는 행위를 하여서는 아니 된다. 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격에 해당하는 활동과 함께 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 미리 법무부장관의 체류자격 외 활동허가를 받아야 한다. 대한민국에서 출생하여 제10조에 따른 체류자격을 가지지 못하고 체류하게 되는 외국인인 그가 출생한 날부터 90일 이내에, 대한민국에서 체류중 대한민국의 국적을 상실하거나 이탈하는 등 그 밖의 사유로 제10조에 따른 체류자격을 가지지 못하고 체류하게 되는 외국인인 그 사유가 발생한 날부터 30일 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 체류자격을 받아야 한다. 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 미리 법무부장관의 체류자격 변경허가를 받아야 한다. 외국인이 체류기간을 초과하여 계속 체류하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 체류기간이 끝나기 전에 법무부장관의 체류기간 연장허가를 받아야 한다.)

9. 제21조제1항 본문을 위반하여 허가를 받지 아니하고 근무처를 변경·추가하거나 같은 조 제2항을 위반하여 외국인을 고용·알선한 사람(대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격의 범위에서 그의 근무처를 변경하거나 추가하려면 미리 법무부장관의 허가를 받아야 한다)

10. 제22조에 따라 법무부장관이 정한 거소 또는 활동범위의 제한이나 그 밖의 준수사항을 위반한 사람(법무부장관은 공공의 안녕질서나 대한민국의 중요한 이익을 위하여 필요하다고 인정하면 대한민국에 체류하는 외국인에 대하여 거소(居所) 또는 활동의 범위를 제한하거나 그 밖에 필요한 준수사항을 정할 수 있다)

10의2. 제26조를 위반한 외국인

11. 제28조제1항 및 제2항을 위반하여 출국하려고 한 사람(외국인이 출국할 때에는 유효한 여권을 가지고 출국하는 출입국장에서 출입국관리공무원의 출국심사를 받아야 한다)

12. 제31조에 따른 외국인등록 의무를 위반한 사람(외국인이 입국한 날부터 90일을 초과하여 대한민국에 체류하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 입국한 날부터 90일 이내에 그의 체류지를 관할하는 지방출입국·외국인관서의 장에게 외국인등록을 하여야 한다)

12의2. 제33조의2를 위반한 외국인(외국인등록증 등의 체무이행 확보수단 제공 등의 금지)

13. 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람

14. 그 밖에 제1호부터 제10호까지, 제10호의2, 제11호, 제12호, 제12호의2 또는 제13호에 준하는 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람

동법시행규칙 제54조의2 (강제퇴거의 대상자) 법 제46조제1항제14호에서 “법무부령으로 정하는 사람”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장이 강제퇴거함이 상당하다고 인정하는 사람을 말한다. [개정 2010.11.16]

1. 제54조 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄를 범한 사람
2. 「배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률」을 위반한 사람
3. 「영해 및 접속수역법」을 위반한 사람

동법시행규칙 제54조 (영주자격을 가진 자의 강제퇴거) 법 제46조제2항제2호에서 “법무부령으로 정하는 자”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 법무부장관이 강제퇴거함이 상당하다고 인정하는 자를 말한다. [개정 2005.7.8, 2013.10.10]

1. 「형법」제2편제24장 살인의 죄, 제32장 강간과 추행의 죄 또는 제38장 절도와 강도의 죄중 강도의 죄를 범한 자
2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」위반의 죄를 범한 자
3. 「마약류관리에 관한 법률」위반의 죄를 범한 자
4. 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의2·제5조의4·제5조의5·제5조의9 또는 제11조 위반의 죄를 범한 자
5. 「국가보안법」위반의 죄를 범한 자
6. 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」제4조 위반의 죄를 범한 자
7. 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」위반의 죄를 범한 자

그런데, 각호의 퇴거사유는 그 무게감에서 균일하지 않다. 이는 행위 위반에 대하여 적용되는 벌칙 규정에 차이가 있다는 점에서 쉽게 알 수 있다. 예컨대, 제46조제1항제12호의 ‘외국인등록의무 미이행자’는 ‘1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’에 해당하며(법 제95조제7호), 제46조제1항제9호의 ‘근무처의 변경허가 또는 추가 허가를 받지 아니한 외국인의 고용을 알선한 사람’은 ‘500만원 이하의 벌금’에 해당하는 반면(법 제97조제2호), 제46조제1항제4호의 ‘입국심사를 받지 아니하고 입국한 사람’은 ‘5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금’에 해당한다.

실제로, 출입국실무에서는 상대적으로 경미한 강제퇴거사유의 경우에 바로 강제퇴거명령이나 출국명령을 내리는 대신 통고처분(벌칙금)을 부과하기도 한다. 그러나, 엄연히 강제퇴거사유로 규정되어 있는 이상 바로 출국조치가 내려지더라도 (내부적으로

재량권을 일탈, 남용하였는지 여부는 별론으로 하더라도) 법상으로는 문제가 없다.

그리고, 법상으로는 합법체류자의 경우 ‘금고 이상의 형의 선고를 받고 석방된 경우’와 ‘살인과 성범죄 등 일정한 강력범죄를 저지른 경우’에만 강제퇴거되는 것으로 되어 있으나, 실무상으로는 벌금 300만원 내지 500만원부터는 출국조치의 대상으로 삼고 있다. 그러나, 체류기한이 법적으로 보장된 합법체류자의 경우에 명문의 문구가 없는 내용으로 출국조치를 하는 것은 합법체류자가 그 동안 국내에서 맺어온 다양하고 복잡한 인적, 물적유대관계를 고려할 때 가혹한 결과가 초래되는 경우가 적지 않다.

이런 사건이 있었다. 중국동포 청년이 노래방 도우미와의 사소한 시비로 맥주캔을 던져서 도우미가 전치2주의 부상을 입었으나, 치료비와 위자료로 150만원을 지급하고 원만히 합의하였으나, 벌금형이 없는 범정형 때문에(흥기 상해) 기소되어 불구속 상태에서 집행유예를 선고받았다(초범으로 피해자와 바로 합의가 되었으며 우발적인 사건이었기 때문에 만일 범정형에 벌금형이 있었다면 벌금형이 충분히 가능한 사안이었다). 이에 대하여 출입국당국은 강제퇴거사유가 있다고 전제한 후 출국명령을 내렸고, 중국동포는 이에 대하여 소송을 제기하였다. 중국동포 청년은 국내에서 위 사건 외에는 형사처벌 받은 적이 전혀 없는 초범이었고(과거에 1년6개월 동안 불법체류한 적은 있었으나 당국의 정책에 호응하여 자진신고하여 출국하였고 이에 따라 아무런 입국금지의 불이익없이 다시 입국할 수 있었다), 국가기술자격증까지 취득하면서 같은 중국동포 여성이랑 국내에서 혼인까지 예정하고 있었으나, 법원은 ‘결혼을 앞둔 자가 노래방도우미가 있는 노래방에 간 것은 윤리적으로도 문제가 있다’는 지엄한 판시까지 하면서 출국조치가 정당하다고 판단하였다(퇴근하던 원고는 오랜만에 친구들의 연락을 받고 노래방에 간 것이었는데, 자신은 도우미랑 놀고 싶지 않아 방에 온 도우미를 돌려보냈고 이것 때문에 다른 도우미랑 시비가 일어나게 된 것이었음에도 불구하고 법원은 위와 같이 판시하였다). 결국, 이 청년은 가족 등 가까운 친척들이 국내에 기반을 가지고 있는 약혼녀를 남겨둔 채 눈물을 머금고 모국에 대한 깊은 원망을 하면서 중국으로 돌아갈 수 밖에 없었다. 입국금지가 5년이나 걸린 상태로 말이다.

이처럼 국내에 형성된 인적, 물적 유대관계를 무시하는 것이 인도주의적인 견지에서 가혹한 경우나 상대적으로 경미한 강제퇴거사유인 경우에, 범칙금 등과 같은 경제

적 제재방안을 적극적으로 활용하는 것은 어떨까? 예컨대, 위 사례의 동포 청년의 경우에 외국인질서유지금 등의 이름으로 몇백만원의 부담금을 납부하는 조건으로 체류를 보장해줬더라면 어땠을까? 당사자인 동포 청년은 비록 몇백만원의 돈이 지출되기는 하지만, ‘출국 및 입국금지 5년’의 불이익 없이 합법적인 체류가 계속 보장되기 때문에 기꺼이 납부하려고 하였을 것이다. 당국은? 적극적인 외국인행정을 위한 몇백만원의 재원이 확보되는 실리를 챙길 수 있지 않을까?

##### ⑤ 사례5.

종래 강제되거나 출국명령을 받아 입국규제가 걸려 있는 외국인 중에서는 그 이후에 시행된 유화적인 외국인정책의 관점에서 다시 검토했을 때는 과도한 불이익을 받은 것으로 평가될 수 있는 사례들이 있다.

예컨대, 앞서 소개한 2010년도에 시행된 동포고충해소프로그램의 경우, 10년 이상 불법체류한 사람도 200만원의 범칙금을 내면 합법화가 될 수 있었다. 그러나, 동 정책이 시행되기 전에 단속되어 강제되거나 10년이상 불법체류 동포는 동 정책의 적용을 받지 못하였으며 5년간의 입국규제가 걸렸다. 물론, 운 없게 위 정책이 시행되기 전에 단속되었기 때문에 어쩔 수 없다고 볼 수도 있으나, 해당 동포 입장에서는 안타까움에 밤잠을 설칠 수 밖에 없을 것이다. 위와 같은 동포고충해소프로그램도 사실은 국내노동시장 보호라는 명분에 의하여 재외동포법이 일부 동포들에게 실질적으로 적용되지 않았던 현실에 대한 반성적 고려에서 나온 것이었다는 점을 감안하면, 정책 시행 전에 단속되는 바람에 추방되고 입국규제가 걸려 있는 동포 입장에서는 더더욱 잠을 잘 수가 없을 것이다.

비단, 위 동포고충해소프로그램이 아니더라도 유화적인 외국인정책이 시행될 때는 위와 비슷한 사례들이 생긴다. 물론, 이런 경우에도 입국규제가 걸려있는 동포 입장에서는 입국규제를 해제받으면 다시 입국할 수 있으나, 실무상 입국규제 해제는 매우 까다롭게 심사된다는 점에서 말처럼 쉽지가 않다.

또한, 강제되거나 출국명령을 받은 외국인 중에는 나름대로 억울한 사연을 가지고 있거나 인도주의적인 사유를 가지고 있는 사람들이 있을 수 있다.

이럴 때도 경제적 제재방안이 적절히 활용될 여지는 없을까. 나중에 시행된 유화적인 정책 등을 고려해볼 때 과거에 적용된 내용이 다소 과중한 것으로 평가될 수 있



다면, 경제적 제재금 등 납부라는 조건 하에서 입국금지의 불이익을 해소해주는 방법을 도입하는 것은 어떨까. 입국금지를 해제할 때 보호일시해제처럼 담보금을 받아두는 방법도 생각해 볼 수 있다. 입국금지를 해제받고 입국하였는데 그 이후에 출입국법령 등 법규위반사항이 있으면 담보금을 몰취하는 등 일정한 제재를 가하는 방법이 가해진다면, 해당 외국인은 중도에 입국금지가 해제되어 국내에 입국하더라도 자신의 행실에 대하여 더 조심할 가능성이 높지 않을까.

## 5. 세계화시대의 새로운 행정규범(soft law)

성균관대학교 법학전문대학원 이광운 교수는 2016. 4.에 열린 한국행정법학회 연합 학술대회에서 다음과 같이 기초발제를 한 적이 있다.

「전통적인 행정법은 국가 행정의 조직과 작용을 규율하는 공법규범의 총체를 가리킨다. 그런데 세계화는 통신, 자본, 생각, 등이 지구 전체에서 교류되고 통신, 자본, 생각 등의 세계적인 교류에 영향을 받은 국가기관 또는 비국가기관, 기업 또는 다국적 기업, 주권, 영토 또는 주권 외 또는 영토 밖의 모든 기관들의 활동 현상을 말하는 것이기 때문에 기존의 전통적 행정법의 질서와 세계화는 충돌할 수밖에 없다. Timsit 교수에 따르면 행정법과 세계화 규범의 다른 점<sup>5)</sup>은 다음과 같다 :

- 첫째, 행정법의 규범영역은 정적이데 비하여 세계화 규범의 영역은 동적이다. 이 동적인 규범 영역이 확대됨에 따라 행정법의 변화를 가져오게 한다.
- 둘째, 행정법은 정점 하에 구조를 형성하고 있는 데 비하여 세계화는 비정형적이고 유연한 관계를 형성하여 결정권이 분산되고 사법(私法)이 대거 도입되고 있다.
- 셋째, 행정법은 수직적 정치권력의 통제를 받지만 세계화는 수평적인 정치적 통제를 받는다.<sup>6)</sup>

5) Gérard Timsit, Le droit administratif face à la mondialisation -Les attentes des citoyens-, REDP 22\_2(76), 2010, p.316

6) 적어도 헌법적으로는 행정은 정치권력이 형성되면 이 정치권력에 복속이 되기 때문에 행정의 고유권력은 존재하지 않는다. 이에 비해 세계화는 국제질서상 주권국가들이 병렬되어 있기 때문에 계층적 관계가 아니다.

그러나 이러한 차이점에도 불구하고 행정법의 정당성은 시민의 동의에 기초하고 있고, 세계화도 시민들의 반응에 기초하고 있다는 점에서는 마찬가지로 사정에 있다.

오래 동안 행정은 고유의 정당성이 없이 정치적 정당성이 성립되면 그 정치권력에 복속되는 것으로만 여겨졌으나 오늘날은 더 이상 정치권력에 복속만 되지 않고 있다. 그 이유는 우선 선출된 자들의 임기동안 그들의 정당성이 시민들로부터 불신을 받고 있기 때문인데 이러한 시민들의 불신은 대표의 민주주의제도의 위기로 까지 치닫고 있다. 또한 대표민주주의는 다수결 원칙에 기초하고 있는데, 시민들은 더 이상 다수의 의사에 단순히 복종하지 않고 소수라 하더라도 무시되지 않고 전체 공동체의 일원으로서 존경받기를 원한다. 세계화라는 관점에서 이민사회의 중요성이 부각되고 있는 것은 단적인 예이다. (중략) 전통적 행정법에는 계층적이고, 명령적이며 확정적이고 획일적으로 규정하는 일반적이고 객관적인 국가가 자리하였으나 세계화 시대에는 새로운 형태의 권고, 부양책 등의 soft law가 우선시 된다. 또 세계화 시대의 새로운 규범의 특징은 상대성에 있다. 즉 상황에 따라 면제와 예외가 다수 존재한다. 따라서 예측 가능성과 법적 안정성이 훼손될 수 있다. 대화 규범의 또 다른 특징으로는 변화가능성을 들 수 있는데, 허가의 예를 들어 보면 그 전에는 명료하고 구체적이고 일방적인 것이었는데 최근에 환경 분야에 있어서의 온실가스 배출권의 할당 같은 경우에는 할당된 범위 내에서 온실가스를 배출할 권리를 이전하는 일방적인 허가임에도 불구하고, 사용되지 아니한 배출권은 거래의 대상이 됨으로써 스스로 배출능력을 증가시킬 수 있다. 따라서 허가가 수정되므로 변화가능성을 내포하고 있다. 전통적 허가는 일신 전속적이고 양도할 수 없는 것이었으나 배출권 할당 제도에 있어서는 시장에서 조건 없이 양도할 수 있다.<sup>8)</sup>

(이광운, 글로벌 시대의 행정법학의 과제와 대응, 한국행정법학회 연합학술대회 기초발제문)

발제자가 지금까지 제안한 경제적 제재방안이 위 발제문에서 언급된 ‘세계화 시대의 새로운 행정규범(수단)으로서의 soft law’에 해당하는 것은 아닐까.

7) 법과 비법(非法)과의 경계영역에 존재하는 법적 규범의 총칭이다. 비구속적 합의, 비법률적 합의, 프로그램법, 사실상의 합의, 형성 도상의 법이라고도 한다. 21세기 정치학대사전, 정치학대사전편찬위원회, 한국사건연구소

8) 배출권거래제의 법적 성격에 관하여는 이광운, 배출권거래제의 도입에 따른 법적 과제, 법제 631호 (2010. 7.)

## 6. 마치는 글

체류외국인 200만명 시대에 진입하였음에도 불구하고, 인터넷에 외국인과 외국인 근로자 관련 기사에 달리는 댓글은 험악하기 짝이 없다. 국민과 외국인이 서로 존중하고 공존하는 사회분위기를 만들어야 할 상황에 국민과 외국인의 갈등은 커져만 가는 상황이다. 극악무도한 일부 외국인의 범죄가 이러한 분위기에 영향을 미친 것으로 보이지만, 다른 한편으로는 국민역차별 논란을 불러일으키는 일부 다문화지원정책도 크게 영향을 미쳤다고 생각한다. 국민의 호주머니에서 나온 상당한 액수의 세금이 다문화지원정책 등에 투입되고 있기 때문에, 국민들은 외국인들이 더 이상 국민들이 일하지 않으려는 3D 업종에 종사하는 근로자로만 인식하지 않으며 국민들의 일자리를 잠식하는 경쟁자이자 국민의 세금으로 지원을 해야만 하는 부담스러운 존재로 인식하는 경향이 있다.

한편, 출입국행정에서는 합법이든 불법이든 외국인이 국내에서 체류하면서 형성한 인적·물적유대관계 등이 충분히 세심하게 고려되지 않은채 강제퇴거명령이나 출국명령이 내려지는 사례가 적지 않다.

이런 상황에서, 발표자가 앞서 제안한 것과 같이 통고처분 제도와 같은 경제적 제재방안을 보다 적극적으로 활용하는 방안을 통하여 외국인행정과 관련한 재원을 확충하여, 동 재원으로 외국인 관련 행정을 운영해나간다면 국민들이 외국인, 외국인행정에 대하여 가지는 반감이 대폭 감소될 수 있지 않을까. 당국도 보다 자신감을 가지고 적극적으로 외국인행정을 펼쳐나갈 수 있지 않을까. 그리고, 당사자에게 치명적인 불이익을 초래할 수 있는 강제퇴거명령이나 출국명령보다 소프트한 경제적 제재수단을 시행함으로써 당국이 원하는 외국인체류질서 확립과 해당 외국인이 원하는 합법적인 체류보장이라는 두 마리 토끼를 다 잡을 수도 있지 않을까. 나아가, 국정과제인 ‘창조경제’ 개념에도 부합하지 않을까.

이를 위하여서는 출입국관리법 등 관련법령이 개정되어야 할 필요가 있다. 그리고, 이러한 경제적 제재방안을 통하여 마련된 재원은 국민을 위한 행정이 아니라 원칙적으로 그 부담자인 외국인을 위한 행정에 투입되는 것이 바람직하다고 생각한다. 우리나라를 찾는 외국인들이 보다 양질의 행정서비스를 받도록 해야 하며, 이는 우리나라의 국제적 위상과 이미지 제고를 위하여서도 필요하기 때문이다.



[토론문]

## “불법체류 통제행정에의 경제적 접근”에 대한 토론문

이 규 용\*

### 1. 불법체류 개념 및 발생양태<sup>1)</sup>

외국인의 불법적인 체류 현상에 대해서는 비밀이주( clandestine migration), 불법이주( illegal migration), 비승인이주( unauthorized migration), 서류미비이주( undocumented migration), 비정규이주( irregular migration) 등의 여러 가지 용어로 표현되고 있다. 국제노동기구(ILO)는 1975년에 채택된 ILO 협약 제143호에서 이주자의 지위를 “합법적 이주자(legal migrants)”와 “비합법적 이주자(illegal migrants)”라는 용어를 사용하여 표현한 바 있으나,<sup>2)</sup> 최근에는 여러 용어 가운데 “비정규이주( irregular migration)”라는 용어를 가장 적합한 표현으로 선호하고 있다. 왜냐하면 다른 용어들은 이주근로자를 범죄인처럼 취급하는 의미가 포함되어 있는 데 반하여 “비정규이주”라는 용어는 외국인 이주자를 범죄인화하지 않은 중립적인 어감을 가진 용어이기 때문이다(Wickramasekara, 2004).

불법체류 외국인력은 국제노동이동의 각 단계에서 모두 발생할 수 있다. 단기관광 목적의 입국사증을 받아 입국한 뒤 불법으로 취업하거나 합법적 체류기간을 초과하여 체류하는 경우, 인신매매(trafficking)나 밀입국(smuggling)에 의해 입국하여 체류하거나 취업한 경우 등 불법체류 외국인력은 다양한 형태로 발생하고 있다. 불법체류 외국인력이 발생하는 양태는 다음 네 가지로 유형화할 수 있다.

---

\* 한국노동연구원.

1) 이규용외(2007)에서 인용

2) 정규이주근로자란 체류국으로부터 입국, 체류 및 고용에 대하여 적법한 허가를 얻어 입국, 체류 및 취업을 하고 있는 자를 의미하며, 비정규이주근로자란 체류국으로부터 입국, 체류 및 고용에 대하여 적법한 허가를 얻지 아니하고 입국, 체류 및 취업을 하고 있는 자를 의미한다(ILO, 2004: 51).

첫째, 입국은 체류허가를 받아 합법적으로 하였고 체류허용기간이 아직 경과하지 않았으나 합법적인 취업허가를 받지 않고 취업하여 입국목적에 위반한 경우, 또는 취업사증을 받아 입국하였으나 허용된 취업기간이 종료되었음에도 불구하고 계속 취업하고 있는 경우이다. 관광, 친인척 방문, 학업 등 취업 이외의 목적을 위해 합법적인 절차를 거쳐 입국하였다가 취업허가를 받지 않고 불법적으로 취업한 경우, 또는 연수 목적으로 입국하였으나 연수사업장을 이탈하여 불법취업을 하고 있는 외국인 등이 대표적인 예에 속한다.

둘째, 입국은 체류허가를 받아 합법적으로 하였으나 허가받은 체류기간이 경과하였고 취업허가 없이 불법으로 취업한 경우이다. 관광 등 단기체류 목적으로 입국하여 체류기간을 경과하여 체류하면서 합법적인 취업허가를 받지 않고 취업하거나, 취업사증을 받아 입국하였으나 허용된 취업기간을 초과하여 계속 취업하여 불법취업자가 된 외국인 등이 대표적인 예에 속한다. 2006년 10월 현재 불법체류자의 약 40%는 단기체류목적으로 입국하였으나 체류기간을 초과하여 체류하고 있으며, 이들의 대부분이 불법으로 취업하고 있는 것으로 추정되고 있다.

셋째, 입국 자체를 불법적으로 하여 불법체류하면서 취업허가도 없이 불법적으로 취업하고 있는 경우이다. 밀입국이나 인신매매 등을 통해 입국하여 불법적으로 취업하고 있는 외국인 등이 이에 해당된다.

넷째, 입국은 불법적으로 하였으나 불법체류 외국인에 대한 합법화 조치에 의해 또는 내국인과의 혼인 등에 의해 합법적인 체류 및 취업허가를 받았으나 허가받은 체류기간이나 취업허가기간이 경과한 경우가 대표적인 예에 속한다.

<이주단계별 불법체류 및 불법취업 외국인의 발생 양태>

입국단계 (entry)	체류단계 (residence)	고용단계 (employment)
합법적 입국	합법적 체류	합법적 취업 불법취업(취업허가 없이 취업, 취업허가기간 경과, 취업 허가 업종 이외 취업 등) 비경제활동인구
	불법체류(허가받은 체류기간 경과 등)	불법취업(취업허가 없이 취업) 비경제활동인구
불법적 입국	불법체류	불법취업(취업허가 없이 취업) 비경제활동인구

합법적 체류(합법화 조치, 내국인과의 결혼 등에 의한 체류자격 취득 등)	합법적 취업 불법취업 (취업허가 없이 취업, 체류 및 취업허가기간의 경과 등) 비경제활동인구
--	--

외국인의 불법체류와 취업은 어느 하나의 요인에 의해 결정되는 것이 아니라 여러 가지 요인들이 복합적으로 작용한 결과로 보아야 할 것이다. 간단히 불법체류 외국인 근로자수를 결정하는 요인들을 함수로 표시한다면 다음과 같이 나타낼 수 있을 것이다.

$$\text{불법체류 외국인근로자수} = f(QM, CO, IC, SYM, EL, RT, WG, OTHER)$$

여기서 *QM*은 도입된 외국인력의 질(quality)을 나타내며, *QM*이 높을수록 불법체류자는 감소할 것이다. *CO*는 입국에 소요된 비용(cost)을 나타내며, *CO*가 많을수록 장기체류할 유인이 커지므로 불법체류 외국인이 증가할 것이다. *IC*는 사증심사, 국경 통제, 공항 및 항구에서의 입국심사(immigration control)의 효율성을 나타내며, *IC*가 효과적으로 이루어질수록 불법체류자는 감소할 것이다. *SYM*은 외국인력의 합법적인 도입 및 관리 시스템(system)의 효율성을 나타내는 것으로서 *SYM*이 효율적일수록 불법체류자는 감소할 것이다. *EL*은 불법체류에 따른 기대손실(expected loss)로서 불법체류에 따른 *EL*이 클수록 불법체류자는 감소할 것이다. *RT*는 자진귀국(voluntary return) 유인 프로그램의 효율성으로서 *RT*가 효율적일수록 불법체류자는 감소할 것이다. *WG*는 송출국과 수입국의 임금격차(wage gap)로서 *WG*가 클수록 불법체류자는 증가할 것이다. *OTHER*는 기타 요인들이다.<sup>3)</sup>

## 2. 불법체류자 대책

### 1) 불법체류자 대책에 대한 일반적 논의

불법체류 외국인력은 노동력의 국제이동의 각 단계에서 발생하기 때문에 외국인의

3) 불법체류 외국인력정책에 대한 평가와 제도개선방안은 제3절 ‘정책추진체계에 대한 평가’에서 함께 논의하고자 한다.

불법체류와 불법취업을 감소시키기 위해서는 외국인의 선발과정에서부터 귀국할 때까지의 모든 과정에 걸쳐 종합적인 접근(comprehensive approach)이 이루어지지 않으면 효과적인 결과를 기대하기 힘들다.

Wickramasekara(2004)는 외국인의 불법체류 및 불법취업을 최소화하기 위한 정책을 ① 외국인의 유입단계 내지는 예방단계의 정책, ② 귀국, 재입국, 제재와 처벌을 통한 불법체류 및 불법취업을 억제하는 정책, ③ 합법화 조치(regularization and amnesties) 및 ④ 양국간 및 지역적 협력의 네 가지로 유형화하였다. Tapinos(2000)는 외국인의 불법체류 및 불법취업을 최소화하기 위한 정책을 ① 외국인력의 유입과 체류기간에 대한 통제, ② 외국인력의 불법고용에 대한 통제, 그리고 ③ 자유무역과 협력을 통한 송출국에서의 인력유출 압력의 완화 등으로 유형화하였다.

외국인의 불법체류와 취업은 외국인력의 유입과 귀국의 모든 단계에서 발생할 수 있다. 따라서 외국인의 불법체류와 취업에 영향을 미치는 모든 이해당사자, 즉 외국 인근로자, 외국인의 선발·교육·송출업무를 담당하는 송출국의 송출기관과 수입국의 수입기관, 외국인을 고용하는 기업, 외국인의 불법체류와 취업을 단속하는 수입국의 관련기관, 수입국에서 체류하는 동안 외국인근로자의 체류와 취업에 영향을 미칠 수 있는 수입국의 관련기관과 단체 등 다차원적 접근이 이루어져야 한다(Tapinos, 2000).

Wickramasekara(2004)는 비정규이주를 최소화하기 위한 올바른 접근방법으로 다음 여덟 가지를 제시하고 있다.

첫째, 근로자의 권리를 존중하는 외국인력 관리체계를 구축하라. 둘째, 비정규이주를 법률문제나 안보문제로 다루지 말고 노동시장의 문제로 다루어라. 셋째, 송출국에서의 빈곤과 실업의 근본원인을 치유하라. 넷째, 수입국에서의 외국인의 불법고용을 해결하기 위한 조치를 취하라. 다섯째, 정부, 경영계, 노동계, 시민사회 간의 협력 등 국제이주문제를 다룰 사회적 협의체(tripartite framework)를 구성하라. 여섯째, 투명하고 합법적인 외국인력 활용 메커니즘을 만들어라. 일곱째, 모든 사회구성원들에게 외국인력의 합법적 활용의 이득(benefits)과 불법적 활용의 위험(risks)에 대해 적극 홍보하라. 여덟째, 송출국과 수입국의 양국간 또는 지역적 협력을 강화하라.

세계화의 흐름 속에서 선진국으로 유입되는 외국인력을, 원하는 특성을 가진 사람만을 선택하여 도입한다는 것은 여간 어려운 일이 아니다. 더구나 소득수준이 높고



높은 문화수준을 유지하고 있는 외국인력 도입국은 개도국 국민들에게는 취업목적으로뿐만 아니라 관광이나 친지방문 목적 등으로도 가고 싶어하는 매력적인 나라이다. 문제는 이러한 다양한 외국인 입국자 중에서 취업할 의향이 있는 외국인과 그렇지 않은 외국인을 구별해 낼 수 있는 어떠한 행정적인 수단<sup>4)</sup>도 만족스러운 만큼 효과적이지 않다는 것이다.

입국과정에 대한 통제가 강화되면 입국에 대한 비용을 증가시키기 때문에 신규 유입 외국인은 감소하지만, 기존에 입국한 외국인의 체류기간을 증가시키는 경향이 있다(Tapinos, 2000).

불법적(illegal) 또는 비정규적(irregular)인 노동력의 국제이동은 합법적(legal) 또는 정규적(regular)인 노동력의 국제이동과 밀접한 연관을 갖고 있다. 따라서 비정규적인 국제 노동력 이동의 문제는 단지 법률적인 문제나 안보적인 문제로만 취급할 것이 아니라 넓은 의미의 노동시장의 문제로 접근할 필요가 있다(Wickramasekara, 2004). 정규적으로 유입된 외국인 노동력이든 비정규적으로 유입된 외국인 노동력이든 모두 수입국 경제에 도움을 준다. 그러나 외국인 노동력이 비정규적으로 유입되거나 불법 체류를 하는 것은 바람직하지 않기 때문에 최소화되어야 한다. 모든 외국인은 합법적인 체류자이건 불법적인 체류자이건 기본적인 인권(basic human rights)은 보장되어야 한다. 송출국과 수입국의 정부, 사회적 파트너, 시민단체, 그리고 외국인근로자가 모두 불법적인 체류를 최소화하기 위해 협력하여야 한다.

그러나 불법체류 외국인력이 정부의 단속이나 자진귀국 프로그램, 송출국 및 수입국 간의 협력에 의해 사라질 수 있다고 생각하는 것은 환상에 불과하다. 비정규적이주는 법률을 위반한 것이지만 개인의 자유 영역에 속한다. 불법체류 외국인을 단속하는 의무를 다해야 하는 감독공무원과 더 나은 미래를 꿈꾸며 고임금을 좇아 국제이주를 선택하는 이주자는 서로 입장이 다를 뿐이다. 이것이 불법취업외국인 문제의 근원(root)이다(Tapinos, 2000). 따라서 개도국의 경제사회발전을 위한 국제적인 협력과 노력이 성공을 거두어 국가간의 빈부격차가 완화되어야 저숙련 인력의 불법체류와 취업문제가 완화될 수 있을 것이다. 불법체류 및 취업을 완벽하게 해결하는 나라

4) 예컨대, 입국목적을 분별해 낼 수 있는 사증정책(visa policies), 귀국항공권이나 일정액의 현금 소지 등 관광객이 갖추는 일반적 특성을 입국심사과정에서 확인하는 조치, 숙박예약권의 소지 여부 확인, 입국심사과정에서의 인터뷰 과정 등의 수단을 통해 입국목적을 유추해 볼 수는 있다.

는 없으며 가능하지도 않다.

외국인을 불법으로 고용하는 국내 사업주에 대한 감독과 처벌은, 불법취업 외국인을 고용할 경우의 노동비용이 임금 이외에 불법고용사실이 발각되어 처벌받게 되는 경우에 기대되는 손실액(risk premium)만큼 증가하여, 외국인의 불법고용에 대한 수요를 감소시키는 효과가 있다. 이는 불법체류 외국인에 대한 사업주의 수요를 억제하여 외국인의 불법적인 유입을 감소시키기 위한 2차적인 통제수단이다.

그러나 유럽과 미국의 경험에 의하면 사업주에 대한 제재도 불법체류 외국인을 감소시키는 데는 매우 제한된 효과밖에 없다는 것이다(Tapinos, 2000). 그 이유는 첫째, 사업주가 외국인을 불법으로 고용하고 있는지를 확인하는 것이 용이하지 않다. 감독관청에서 수많은 사업주를 대상으로 외국인을 불법으로 고용하고 있는지를 일일이 확인하는 것이 행정적으로 거의 불가능하며, 사업주가 외국인을 고용할 경우 외국인이 합법적인 체류자이고 정당한 취업허가서를 발급받았는지를 확인하도록 의무화하더라도 이를 이행하고 있는지를 감독하는 것이 현실적으로 어렵다. 둘째, 외국인을 불법으로 고용하였다고 하여 사업주를 처벌하는 것이 지역경제상황을 어렵게 한다는 이유로 정치적 압력을 받게 되므로, 법령대로 처벌하는 데 상당한 어려움이 있다. 셋째, 외국인을 합법적으로 고용하기 어려워 불법적으로 고용하게 되는데, 사업주에 대한 처벌을 하더라도 내국인근로자의 구인에 어려움이 있고 고용허가를 받은 외국인을 적기에 구할 수 없을 경우에는, 사업주의 외국인 불법고용에 따른 기대비용(expected cost)이 외국인을 불법으로 고용할 경우와 합법적으로 고용할 경우의 노동비용의 격차보다 작을 경우에는 사업주가 외국인을 불법으로라도 고용하려고 할 것이다.

불법체류나 불법취업을 하는 외국인근로자의 입장에서 보면, 불법체류나 불법취업에 따른 기대손실(expected loss)은 불법체류나 불법취업 사실이 적발될 확률과 적발되었을 경우 받게 되는 처벌의 내용의 곱에 의해 결정된다. 즉,

$$\text{기대손실} = \text{적발될 확률} \times \text{적발시 처벌내용}$$

그런데, 적발될 확률을 높이기 위해 출입국관리국의 단속공무원을 대폭 늘리는 것은 한계가 있기 때문에 외국인근로자의 선별과정에서 불법체류나 불법취업의 가능성

이 상대적으로 적은 양질의 인력을 선별하여 도입하는 것이 중요하며, 적발시 처벌내용의 수준을 높이는 방안을 검토할 수 있다.

## 2) 불법체류자의 합법화 조치 및 사후 관리

ILO협약 제143호는 불법체류 외국인에 대한 합법화 조치(legalization, regularization, 또는 amnesty)를 불법체류 외국인을 감소시킬 수 있는 대안의 하나로 언급하고 있다. 불법체류 외국인에 대한 합법화 조치는 불법체류 외국인의 수가 너무 많을 때 이를 현실적으로 받아들여 향후 특단의 조치를 취하고자 하는 경우에 취하는 조치다. 이탈리아, 한국, 말레이시아, 스페인 등 여러 나라가 합법화 조치를 취한 적이 있으나, 합법화 조치는 이를 기대한 또 다른 불법체류를 야기할 수 있다는 이유로 대부분의 수입국들은 합법화 조치에 대해 부정적인 반응을 보이고 있다. 또한 합법화 조치가 모든 불법체류 외국인을 대상으로 하는 것이 아니라 일정한 요건을 갖춘 불법체류 외국인만을 대상으로 하기 때문에 합법화 조치만으로는 불법체류 외국인 문제를 해결할 수 없다.

유럽과 미국 등의 경험<sup>5)</sup>에 의하면 합법화 조치가 불법체류의 근본요소에 영향을 미치지 못하였으며, 그 결과 불법체류 외국인 문제를 해결하지 못하였다. 이는 합법화 조치가 시행되어서는 안 된다는 것을 시사하는 것이 아니라 합법화 조치는 이미 존재하는 불법체류 외국인의 지위를 합법적으로 인정해 줄 뿐, 미래의 불법체류문제에 대해서는 영향을 미치지 못한다는 사실을 인식하는 것이 중요하다는 것을 시사하는 것이다(Tapinos, 2000). 미국의 경험에 의하면 불법체류 외국인에 대한 새로운 합법화 조치가 있을 것이라는 기대가 없는 경우에도 불법체류 외국인은 증가한다는 것이며, 유럽의 경험에 의하면 합법화 조치를 할 것인지 안할 것인지를 선택할 것이 아니라 합법화 조치를 반복적으로 할 것인지 아니면 사안별로 신중하게 할 것인지를 선택의 문제라는 것이다(Tapinos, 2000).

합법화 조치는 불법체류 외국인의 규모와 이들의 특성을 파악할 수 있고, 불법체류 외국인 증가에 따른 범죄 증가와 인권침해 등의 사회적 문제를 완화할 수 있는 등의

5) 프랑스는 1981~82년과 1997~98년에, 그리스는 1987~89년과 1990년, 1996년에, 포르투갈은 1992~93년과 1996년에, 스페인은 1985~86년과 1991년 및 1996년에, 미국은 1986년과 1997~1998년에 합법화 조치를 단행하였다(OECD, 2000: 56).

효과를 기대할 수 있다. 그러나 합법화 조치를 기대하고 불법으로 입국하거나 사증유효기간을 초과하여 불법체류를 하도록 조장할 가능성도 있기 때문에 합법화 조치를 반복적으로 실시하지 않는 것이 바람직하다(You, Lee, and Lee, 2004).

### 3. 발제문에 대한 의견

발제자는 외국인 불법행위(?)를 불법체류와 범법행위로 보고 불법행위에 따른 처벌의 기대이익과 기대손실을 비교하여 기대이익이 큰 방향으로 통고처분의 유연성을 갖고 접근할 필요가 있음을 제언하고 있으며 이에 대해서는 논평자는 이견이 없다.

특히 처벌방법의 경우 출국조치와 벌금형이라는 양자의 선택문제를 볼 때 해당 조치의 결과가 초래하는 편익과 비용의 비교를 감안하면 벌금형의 유용성이 훨씬 더 클 것으로 판단된다. 기본적으로 벌금형의 경우 출국조치에 비해 불법체류자를 합법 시장으로 끌어내는데 유용하며, 이는 결과적으로 불법체류자 단속 등을 위한 행정비용의 감소와 불법체류에 따른 사회적 비용을 줄이는 효과를 가져올 수 있다. 아울러 부과된 벌금은 외국인 불법행위로부터 발생하는 제반 비용을 충당하는데 소요할 수 있다는 장점을 갖고 있다. 이런 점에서 발제자의 의견에 동의한다.

불법행위를 사회적 관점에서 보면 크게 두 가지 사회적 비용을 발생시킨다(박세일, 법경제학) 첫째, 불법행위로 야기되는 피해비용(damage cost). 이는 불법행위가 피해자에게 직접부과하는 각종 피해의 사회적 비용과 불법행위가 사회에 미치는 부정적 영향이다. 외국인근로자의 불법체류는 노동시장에 미치는 부정적 영향이 대표적인 비용이 될 것이며 일반적인 범법행위는 범죄에 따른 비용으로 나타난다.

둘째, 불법행위의 예방과 처벌을 위한 범죠통제비용(control cost)이다. 여기는 불법행위의 예방과 처벌을 위한 각종 행정비용 등이 포함된다.

따라서 이 양자를 고려한 외국인 불법행위에 대한 처벌을 어떻게 마련할 것인가가 논의의 초점이라고 볼 수 있다. 여기에는 다음과 같이 고려할 점이 있다. 첫째, 불법행위에 따른 비용의 크기를 어떻게 측정하고 비교할 것인가이다. 발표자의 논문에서 보듯이 불법행위의 유형은 매우 다양하며 각 유형별 비용의 크기가 다르기 때문에 이러한 불법행위를 방지하기 위해 소요되는 비용과 견주어 불법행위의 발생비용이 이를 방지하기 위한 비용보다 크지 않도록 대응해 나갈 필요가 있다. 발제자의 사례

에서 나타난 동포청년의 경우에서 보듯이 이러한 인도주의적 관점에서의 배려를 비용에서 차감할 경우 비용이 매우 줄어들 가능성이 있는 사안에 비추어 행정처벌이 다소 가혹하다고 느낄 수 있다.

둘째, 적정처벌 수준에 관련된 내용이다. 처벌 수준이 불법행위자가 감내하거나 무시할 수준일 경우 불법행위를 방지하기 위한 수단은 효력을 상실할 가능성이 크다. 따라서 처벌수준의 적정수준을 어떻게 할 것인가가 논의의 초점이다. 벌금을 부과한다면 부과수준의 적정성은 어떻게 할 것인가? 출국조치를 할 경우 입국유예를 어느 정도 둘 것인가? 등이 논의의 대상이라고 볼 수 있다.

이는 처벌수준의 적정성과 관련된 것으로 여기에는 다음과 같은 내용들이 고려되어야 할 것으로 본다. 1) 사회적 형평성으로 불법행위의 비용이 적음에도 불구하고 처벌의 강도가 높다면 사회적 형평의식에 위반된다고 볼 수 있다(중국동포 청년 사례) 2) 처벌강도가 높을 경우 의도한 불법행위의 감소에 기여하지 못할 수 있다. 불법체류자에게 지나치게 높은 벌금형을 부과할 경우 합법시장으로 유인하는 것이 쉽지 않을 수 있다. 3) 처벌에 따른 비용의 고려이다. 벌금형 부과나 단속 및 출국조치 등은 모두 비용이 소요된다. 이 경우 불법행위의 방지 효과에 비해 비용이 지나치게 크다면, 혹은 방지비용에 비해 불법행위 방지가 별 영향이 없다면 처벌방법을 변경해야 할 것이다.

결과적으로 볼 때 외국인 불법체류나 범법행위에 대한 처벌수준, 처벌방법은 불법행위 방지의 실효성과 불법행위에 따른 사회경제적비용, 불법행위 방지를 위해 소요되는 비용을 종합적으로 고려할 필요가 있으며 이런 점에서 볼 때 불법체류 문제에 대한 대처방식도 발제자가 제시한 방안을 적극 검토할 필요가 있는 것으로 판단된다.