

체류자격의 규정방식에 대한 검토

노호창(호서대 법경찰행정학부)

<목 차>

I. 서론

1. 체류자격의 개념
2. 사증과의 관계
3. 체류자격의 기능 및 역할
4. 체류자격의 정책적 함의

II. 이민행정의 규율원리와 체류자격

1. 주권 행사에 맡겨진 재량 영역이라는 기존의 논리
2. 주권행사론의 오류와 법치행정의 당위성

III. 체류자격에 관한 입법의 동향과 분석

1. 입법의 현황과 기존의 논의
2. 개정 출입국관리법상 체류자격에 관한 입법 변화
3. 규율형식에 대한 검토
4. 체계정당성 및 규율내용에 대한 검토
 - 가. 법규범의 체계정당성 요청
 - 나. 분류기준의 합리성 여부
 - 다. 체류자격 유형에 관한 문제점
 - (1) 체계정당성에 맞지 않는 이질적인 유형의 혼재
 - (2) 노동이민의 누락
 - (3) 결혼이민의 불충분한 명시
 - (4) 영주자격의 모호성
 - (5) 시행령 내에서의 규정방식의 상이성

IV. 외국 입법례에서의 체류자격 규율

1. 일본
2. 브라질
3. 스위스
4. 정리

V. 결론

I. 서론

1. 체류자격의 개념

외국인의 체류는 외국인이 우리나라에 입국하여 일정 기간 동안 머물러 있는 상태 그 자체를 말한다.¹⁾ 체류는 외국인의 입국과 함께 시작되는 것이며, 그 종류는 기간을 기준으로 90일 이하인 단기체류, 91일 이상인 장기체류, 그리고 체류기간의 제한이 없는 영주의 3가지로 구분된다. 물론 모든 종류의 물리적 체류를 규범적 의미에서의 체류로 볼 수 있는 것인지 의문이 있을 수 있으나 현행 「출입국관리법 시행령」 별표1에서는 체류자격의 유형으로 ‘관광·통과’(B-2)를 규정하고 있음을 볼 때, 모든 물리적 체류는 규범적 의미에서의 체류로 실무상 취급되고 있다고 볼 것이다.²⁾

그리고 외국인의 체류를 규율하기 위해서 체류자격이 존재한다. 체류자격이란 외국인이 국내에 머물면서 일정한 활동을 할 수 있는 법적 지위를 유형화한 것으로 개념 정의될 수 있을 것이다.³⁾ 우리 법에서는 체류자격의 직접적 개념 정의를 하고 있지는 않지만, 「출입국관리법」 제10조 등에서 체류자격을 언급하고 있고 「출입국관리법 시행령」 제12조 별표1에서 A계열부터 H계열에 이르기까지 36가지의 체류자격의 유형을 규정하고 있다. 국내에서 체류하는 외국인은 이에 따라 서로 다른 권리를 부여받고 의무를 부담하는 관계에 놓이게 된다.

외국인은 사증발급이 면제되는 경우를 제외하고 원칙적으로 입국 전 사증발급 시에 체류의 목적을 기준으로 하여 다양한 체류자격을 부여받는다.⁴⁾ 외국인은 체류자격에 따라 인정되는 범위 내에서 활동을 할 수 있으며, 체류기간 또한 체류자격별 상한 내에서 재량으로 결정된다. 체류자격에서 인정된 활동 외에 다른 활동을 하고자 하는 경우에는 체류자격 외 활동허가를 받아야 한다. 마찬가지로 체류기간의 변경을 원할 때도 체류기간의 연장허가를 받아야 한다. 허가를 받지 않고 체류자격 외 활동을 하거나 체류기간을 위반하는 경우 처벌 및 강제퇴거의 대상이 된다.

1) 차용호, 「한국이민법」, 법문사, 2015, 321면.

2) 이희정, “외국인의 체류”, 「이민법」, 박영사, 2016, 127면.

3) 차용호, 앞의 책, 322면.

4) 어떤 체류자격을 부여할 것인가는 재량행위에 속한다. 다만 체류자격 부여가 특허에 해당한다 할지라도 그에 대한 재량권 행사에 있어서도 일탈·남용에 대한 심사는 엄격하게 이루어져야 할 것이다. 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두48846 판결: “체류자격 변경허가는 신청인에게 당초의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 할 수 있는 권한을 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가지므로, 허가권자는 신청인이 관계법령에서 정한 요건을 충족하였다고 하더라도, 신청인의 적격성, 체류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 허가 여부를 결정할 수 있는 재량을 가진다고 할 것이다. 다만 이러한 재량을 행사할 때 판단의 기초가 된 사실인정에 중대한 오류가 있는 경우 또는 비례·평등의 원칙을 위반하거나 사회통념상 현저하게 타당성을 잃는 등의 사유가 있다면 이는 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다.”

2. 사증과의 관계

사증(査證)은 「출입국관리법」 등에서 직접 정의 조항을 두고 있지는 않다. 그렇지만 사증에 대해서는 ‘사증발급 신청인의 여권이 그 국적국가의 정부기관에서 합법적으로 발급된 유효한 여권임을 확인하고, 사증발급 신청의 사유와 사증발급에 요구되는 기준에 의해 입국하려는 국가에서 입국·체류하는 것이 상당함을 확인하여 입국항만에서 출입국관리공무원의 입국심사를 받도록 허가한 문서’로 개념 정의할 수 있다.⁵⁾ 즉 사증 개념에서 가장 핵심적인 부분은 ‘확인하였다’라는 점에 있다. 사증은 다른 말로 비자(visa)라고도 부르지만 visa의 본뜻도 라틴어로는 ‘살펴보았다’는 의미이다.⁶⁾

사증발급의 법적 성격에 대해서는 외국인이 다른 국가에 입국할 수 있음을 인정하는 ‘입국허가의 확인’이라는 견해와 외국인의 입국허가 신청에 대해 단순히 추천해 준다는 ‘입국추천’이라는 견해가 있다.⁷⁾

사증은 여권에 대한 심사를 거쳤음을 확인하는 최소한의 의미를 내포하고 있으나 더 나아가 그러한 확인을 통해 사증 신청 외국인에 대하여 무엇을 허용하는 취지인가라는 질문에 대해서는 수용국의 의지에 따라 다양한 답변이 부여될 수 있다.⁸⁾ 입국을 허용한다는 의미가 될 수도 있고, 입국과 통과를 허용한다는 의미가 될 수도 있고, 입국과 체류를 허용한다는 의미가 될 수도 있다.

그렇다면 체류자격은 사증과 어떤 관계에 있는가? 「출입국관리법 시행령」에 따르면 외국인의 사증발급 신청에 기하여 재외공관의 장은 체류자격과 체류기간 등 필요한 사항을 적어서 사증을 발급하도록 되어 있다(동 시행령 제7조). 그러므로 사증은 체류자격과 개념상 구별되는 것임에는 분명하다.

다만 사증의 발급이 곧 체류를 허가한다는 의미를 가지는 것이라는 점에서 살펴보면, 사증에는 체류허가의 규율내용이라 할 체류자격과 체류기간이 내포되므로 사증과 별도로 체류허가를 부여하는 것은 아니라고 볼 것이다.⁹⁾ 이런 경우에는 체류자격이 사증에 착종되어 있는 것으로 볼 수 있다. 또한 이와 같이 사증요건이 적용되는 외국인에 대해서는 사증에 착종되어 있는 그 규율내용에 해당하는 체류자격과 체류기간에 대한 심사가 출입국관리공무원에 의하여 입국심사단계에서 한 번 더 이

5) 차용호, 앞의 책, 53면.

6) 차용호, 앞의 책, 53면. 한편 언어마다 비자를 의미하는 용어는 차이가 있다. 영어와 프랑스어에서는 라틴어 visa를 그대로 받아서 쓰고 있지만, 독일어에서는 Visum으로 쓰고 있다. 한편, 스페인어에서는 비자를 visado라고 하여 본다는 뜻의 동사 visar의 과거분사를 쓰고 있고, 포르투갈어에서도 비자를 visto라고 하여 본다는 뜻의 동사 ver의 과거분사를 쓰고 있다는 점에서 스페인어나 포르투갈어에서는 ‘살펴보았다’ 내지 ‘보여졌다’라는 비자 본래의 의미가 보다 선명하게 드러난다.

7) 이현수, “외국인의 입국”, 「이민법」, 박영사, 2016, 97면; 차용호, 앞의 책, 54면.

8) 이현수, 앞의 글, 96면.

9) 이현수, 앞의 글, 97면.

루어진다는 특징이 있으며, 이 단계에서 출입국관리공무원의 권한에 의해 체류자격 및 체류기간에 대한 사증의 규율내용이 변경되기도 한다.¹⁰⁾

그런데 사증요건이 적용되지 않는 외국인의 경우 입국심사 단계에서 체류권원, 즉 체류자격 및 체류기간이 부여되므로(법 제7조 제2항, 제12조 제5항, 동 시행령 제15조 제3항) 입국허가 단계에서 비로소 그의 체류자격과 체류기간이 정해진다.¹¹⁾ 이런 경우에는 체류자격이 입국허가와 착종되어 있는 것으로 볼 수 있다.

3. 체류자격의 기능 및 역할

외국인의 체류는 이민행정 및 이민정책의 주된 대상이 되고, 체류자격의 유형과 체류기간은 외국인의 체류 양상에 영향을 미치는 직접적이고 핵심적인 정책수단으로서 외국인의 체류에 대한 소극적 관리수단을 넘어 적극적 조종수단의 역할까지 수행한다.¹²⁾

특히 외국인의 체류에 관한 기본적인 규율은 체류기간이 아니라 체류자격에 의해서 결정된다는 점에서 체류자격이 외국인의 체류에 있어서는 핵심적인 역할을 한다고 하겠다.¹³⁾ 체류자격과 체류기간 과의 관계에 대해서 보자면, 체류자격은 적극적으로는 외국인이 체류하면서 할 수 있는 활동의 범위와 경계를 지정해주거나 법적 지위나 신분을 설정해주기도 하며, 소극적으로는 할 수 없는 활동의 영역을 지정해주는 의미를 가지기 때문에, 활동의 성격이나 법적 지위에 해당하는 체류자격이 곧 체류기간의 장단과 일정 부분 연계된다는 점에서, 단순히 외국인이 체류할 수 있는 시간적 범위를 설정해주는 것에 불과한 체류기간보다 체류자격이 더 중요한 의미를 가진다. 곧 외국인이 우리나라에서 체류한다고 할 때 왜, 무엇을 위하여, 무엇을 하려고 체류하는가라는 질문에 대한 답으로서의 체류자격이 곧 얼마 동안 체류할 수 있도록 허락해줄 것인가라는 체류기간의 독립변수로서의 역할을 하는 것이라 하겠다.

현행 법령을 기초로 체류자격의 역할을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 체류자격은 외국인이 대한민국에 입국하려는 때에 입국허가의 요건이 된다(출입국관리법 제7조 제1항, 동법 시행령 제7조 제2항 참조). 둘째, 체류자격은 외국인이 대한민국에 입국한 후 90일을 초과하여 체류하려는 때에 활동범위에 관하여 예측가능한 명확한 기준을 설정하는 지침 내지 제한이 된다(출입국관리법 제17조 제1항 참조). 셋째, 체류자격은 영주 또는 국적과의 연계를 통하여 국가 간 인적 교류를 증진하는 수단이 된다.¹⁴⁾ 넷째, 체류자격은 외국인의 법적 지위에 따른 권리와 의무의 범위를 정

10) 이현수, 앞의 글, 112면.

11) 이현수, 앞의 글, 112면.

12) 김환학, “이민행정법의 구축을 위한 시론”, 「행정법연구」 제32호, 행정법이론실무학회, 2012.

13) 이희정(2016 책), 앞의 글, 128면.

하고 그 범위를 위반할 경우에는 제재하고 관리하는 규범이 된다(출입국관리법 제 46조 제1항 제8호, 제67조 제1항 제1호, 제94조 제7호 참조).

4. 체류자격의 정책적 함의

체류자격은 단지 외국인이 희망하는 체류의 형태를 유형화해서 관리해주는 질서유지적 수단을 넘어 외국인이 국내의 정치·사회·경제·문화 등에 미치는 영향을 관리하고자 하는 정책적 관점에서 외국인의 체류를 직간접적으로 제어하고 유도하는 고도의 정책적 도구에 해당한다. 따라서 외국인정책 내지 이민정책의 중요성이 커질수록 체류자격에 대한 체계적 이해, 법적 검토, 전략적 설계의 필요성도 커진다.

II. 이민행정의 규율원리와 체류자격

1. 주권행사에 맡겨진 재량 영역이라는 기존의 논리

오토 마이어에 의해 정립된 법치행정의 원칙은 법률의 범규창조력과 법률의 우위, 법률유보를 그 요소로 한다.¹⁵⁾ 그 중 이민행정에서 특히 문제가 되는 점은 법률유보의 원칙 즉 모든 행정작용에는 법률의 근거가 있어야 한다는 원칙이다.

그런데 기본적으로 외국인이 국내에 들어오는 것에 대한 규제는 국가에 의해 주도되는 성격을 가진다.¹⁶⁾ 더구나 이민행정의 상대방인 외국인은 국민이 아니다. 즉 외국인은 기본적으로 대의기관에 의해 대표되는 자가 아니므로 대의기관을 통해 법치 내지 법치행정을 요청할 자격을 가지는지 의문이 생길 수 있다. 물론 외국인에게도 인간으로서의 권리(인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 신체의 자유, 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등), 사법권에 관한 권리(변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권 등)는 보장될 수 있을 것이나,¹⁷⁾ 외국인의 법적 지위에 관한 헌법 제6조 제2항을 보게 되면 외국인이 국내에 거주하면서 가지게 되는 권리와 의무는 결국 입법정책적 의미의 권리 곧 입법재량에 의해 좌우되는 것에 불과한 것

14) 예컨대, 주재(D-7)부터 특정활동(E-7) 체류자격 또는 거주(F-2) 체류자격으로 5년 이상 대한민국에 체류하는 자는 법무부장관이 정하는 일정한 조건을 갖춘 경우 영주(F-5) 체류자격으로 변경이 가능하고 법무부장관은 귀화허가 신청을 받으면 요건을 심사하여 귀화를 허가할 수도 있다.

15) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2016, 31~32면; 박정훈, “오토·마이어(1846-1924)의 삶과 학문”, 「행정법연구」 제18호, 행정법이론실무학회, 2007.08, 199~230면; 김성수, “오토 마이어-행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가”, 「공법연구」 제45집 제2호, 한국공법학회, 2016.12, 231~254면.

16) 김환학, “이민법의 구조와 법원”, 「이민법」, 박영사, 2016, 25면.

17) 헌법재판소 2012.8.23.자 2008헌마430 결정.

은 아닌가라고 생각할 수도 있겠다. 또한 국내에 체류하는 외국인에 대한 행정에 대해서도 국민이 아니라는 이유로 통제의 관점에서 보다 광범위한 행정재량의 대상에 불과한 것은 아닌가라는 의문 역시 제기될 수밖에 없다. 더구나 국내에 입국도 하기 전의 외국인에게는 더욱더 법적으로 보호되는 이익이 인정되기가 어려울 것이다. 이런 이유들로 인하여 외국인에게는 기본적으로 체류자격에 관해서도 국내법 차원에서 보호될 만한 법적 지위가 없는 것은 아닌가라고 생각될 수도 있다.

이러한 생각은 국제법적인 관점에서라든가 헌법재판소나 법원의 입장, 행정 실무에서도 엇볼 수 있다.

첫째, 국제법상으로는 외국인의 입국을 허용해야 하는 일반적인 의무가 인정되지도 않거니와 국가가 외국인의 입국을 거부하거나 국가가 정한 일정한 조건 하에 제한적으로 허용할 수 있다고 하는바, 이러한 근거는 국가의 영토에 대한 지배권을 의미하는 영토주권으로부터 비롯되는 것으로 설명되고 있으며 곧 외국인의 입국과 체류는 어디까지나 주권행사의 결과이므로 각 국가의 재량사항이라는 것이다.¹⁸⁾ 또한 국제인권규범에서도 외국인의 출국의 자유라든가 추방에 대한 절차적 제한은 제외하고라도 외국인의 입국의 자유는 보장하지 않는다.¹⁹⁾

둘째, 헌법재판소의 경우에도 “출입국관리에 관한 사항 중 특히 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역에 놓여있는 분야”라고 언급한 바 있다.²⁰⁾ 이러한 논리는 법원의 실무에서도 빈번하게 등장하는바, ‘출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하고자 하는 국가행정작용으로 특히 외국인의 입국, 체류, 출국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는데 필수적인 것으로서 엄격히 관리되어야 하므로 광범위한 정책재량의 영역에 놓인 분야’라고 한다.²¹⁾ 출입국에 관한 행정권의 행사가 주권의 행사라는 논리는 이민행정에 광범위한 재량을 부여함으로써 법원의 재량하자 심사를 약화시키기 위한 논거로 가장 자주 쓰이지만,²²⁾ 더 큰 문제는 이민행정에 있어서 법치행정의 구성요소 전반에 대하여 그 적용을 배제하거나 약화시키기 위한 논거로 등장한다는

18) 김대순, 「국제법론」, 삼영사, 2015, 907면; 차용호, 앞의 책, 246면.

19) 세계인권선언(1948) 제13조 제1항. 모든 사람은 자국 내에서 거주 이전의 자유에 대한 권리를 가진다; 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(1966) 제12조 제1항. 합법적으로 어느 국가의 영역 내에 있는 사람에 한해 그 영역 내에서 이동의 자유 및 거주에 관한 권리를 인정한다.

20) 헌법재판소 2005.3.31.자 2003헌마87 결정.

21) 서울행정법원 실무연구회, 「행정소송의 이론과 실무」, 사법발전재단, 2013, 363면; 서울행정법원 2016. 9. 30. 선고 2015구합77189 판결(입국금지결정); 서울행정법원 2015. 6. 18. 선고 2014구단15040 판결(체류기간 연장허가 거부); 대구고등법원 2016. 8. 5. 선고 2016누4547 판결(체류자격 변경허가 거부); 인천지방법원 2015. 5. 21. 선고 2014구합3185 판결(출국명령); 서울고등법원 2014. 4. 29. 선고 2013누47483 판결(출국명령); 대구지방법원 2014. 7. 18. 선고 2014구합20300 판결(출국명령) 등.

22) 최계영, “출입국관리행정, 주권 그리고 법치”, 「행정법연구」 제48호, 행정법이론실무학회, 2017.02, 32면.

점이다.²³⁾

셋째, 행정 실무에서도 ‘외국인의 입국과 체류의 조건을 정하는 것은 국가의 고유한 주권행사로써 어떠한 형태의 규정 방식을 채택하는가는 해당 국가의 입법재량으로 보는 것이 일반적’이라고 하여 현행 체류자격에 대해 시행령 별표로 규정하고 있는 입법방식이 정당하다는 근거로 주권행사를 원용하고 있다.²⁴⁾

이런 이유들로 인해 이민행정의 경우 다른 행정영역에 비해 법치주의의 여러 요소들이 배제되거나 제한적으로만 관철되는 것이 사실이다.

2. 주권행사론의 오류와 법치행정의 당위성

입국, 체류, 출국 등 이민행정 전반에 걸쳐 주권행사라는 논리가 법치주의 제한의 논거로 사용되고 있는 것이 현실이지만, 문제는 주권행사의 개념이나 실체가 모호함에도 불구하고 그 어떤 논의나 판결례 등에서도 정작 국제법 차원에서 언급되는 주권국가 내지 주권행사가 국내법 체계 안에서 언제, 왜, 어떻게 법치주의를 제한할 수 있는가에 대한 구체적인 논리는 보이지 않는다는 점이다.

외국인의 출입국에 관한 권한의 행사가 주권행사로써 광범위한 재량을 누린다는 명제가 가지는 가장 큰 문제점은 국제법상의 재량의 의미와 국내법상의 재량의 의미를 혼동하고 있다는 점이다. 국제법 차원에서는 누구를 받아들이고 누구를 추방할 것인가가 국가의 주권적 재량사항이 될 수 있지만, 국내법 차원에서는 입법부, 행정부, 사법부 간의 권한 배분문제이므로 각국의 헌법질서에 맡겨진 문제이다. 그러므로 국제법상 국가주권에 관한 사항이라는 명제가 국내법질서 안에서 입법부와 사법부의 권한과 책임을 감소시키고 행정부의 권한을 확장시키는 방향으로 작동할 이유는 없으며 또한 국가주권의 최고성과 무제약성을 행정권이 모두 가져갈 당위성도 없다.²⁵⁾ 이런 관점에서 보자면, 이민행정이 주권행사와 밀접한 관계가 있다거나 주권의 본질적 속성에 따른 것이라는 논리는 그 실체가 없거나 지나치게 과장된 것일지도 모른다.²⁶⁾ 왜냐하면, 아무리 이민행정이 높은 수준의 정책재량을 가지는 주권행사의 일부분이라 할지라도, 그것이 이민법이라는 법률로 반영되었다면,²⁷⁾ 그 한도 내에서는 결국 국내법 질서 안에서 법치행정의 원리에 따라 작동한다는 한계 내에서 존재해야만 하는 것이기 때문이다.

법치행정의 원리는 권력분립을 전제로 하여, 한편으로는 입법권이 법률을 통해, 다른 한편으로는 사법권이 사법심사를 통해 행정을 통제한다는 것이다. 법치행정의

23) 최계영, 앞의 논문, 33면.

24) 법무부, 「출입국관리법해설」, 2011, 86면.

25) 최계영, 앞의 논문, 45면.

26) 최계영, 앞의 논문, 46면.

27) 차용호, 앞의 책, 21면.

원리가 효과적으로 작동하기 위해서는, 입법권과의 관계에서는 행정에 대한 법률의 규율밀도가 일정 수준 이상이어야 하고, 사법권과의 관계에서는 행정에 대한 사법심사의 대상과 강도가 일정 수준 이상이어야 한다. 현행 법체계 하에서 전자는 법률유보 원칙과 포괄위임금지 원칙의 문제로, 후자는 처분성과 재량하자의 문제로 논의된다.²⁸⁾ 법률유보 원칙과 포괄위임금지 원칙은 국민의 대표로 구성된 입법부에서 행정권 행사에 대한 기본 사항을 결정할 것을 요구하는 것이므로, 법치주의의 구성요소일 뿐만 아니라 그 자체로 민주주의의 실현수단이다.²⁹⁾

외국인이 국내에 체류한다고 했을 때 해당 외국인의 문제는 그 자신만의 문제인가? 그렇지 않다. 외국인 역시 인간이기 때문에 국내에 체류하면서 생활을 영위하게 되면 결국 국민과의 접점이 형성되고 국민의 법적 지위 내지 권리·의무에 영향을 줄 수밖에 없게 된다. 고용, 결혼 등 외국인의 구체적인 체류목적과 관련하여 영향을 받는 내국인들이 존재하므로 이들의 권리·의무에 영향을 미친다는 점에서 국회가 제정한 법률로 결정되어야 할 사항이 존재할 것이다. 더 적극적으로는 외국인의 출입국 및 체류에 관한 사항, 나아가 사회통합에 관한 사항 등은 국가공동체, 사회공동체의 주요 구성원들에 관한 사항일 것이다. 그러므로 이는 공동체에 중요한 사항이고 따라서 공동체 차원의 논의와 결정이 필요하다.³⁰⁾

더구나 오늘날 외국인력의 국제적 이동이나 난민의 이동이 보편화되었고 외국인의 인권 보호가 국제사회의 중요한 과제가 된 만큼³¹⁾ 이민정책 및 이를 구현하는 이민법제에 있어서도 법치주의가 요구되고 있다. 이민정책 내지 외국인정책도 결국은 국민과의 관계에서는 국가의 중요한 행정작용이므로 법치행정의 원리가 요구되는 것은 당연하고 행정재량이 인정되더라도 재량권의 일탈·남용이 통제되어야 한다는 요청은 필연적이다.

설사 외국인은 국민이 아니라는 점에 착목하여 국민과 같은 법적 지위를 부여하지 않고 국민과 같은 권리·의무를 부여하지 않는다고 하더라도 최소한 인권의 관점에서 법에 따른 합리적 이민행정이 요구된다는 점은 부인하기 어렵다. 오히려 고령화와 저출산이라는 미증유의 인구구조 위기 하에서 각국의 우수한 인력을 이민을 통해서라도 유치하고자 하는 필요성을 충족시킨다고 하는 실리적인 관점에서 보면 법치주의에 충실한 합리적 이민행정은 외국인 유입에 있어서 최소한 걸림돌은 되지 않을 것이다.

요컨대, 외국인의 권리보호나 외국인의 기본권 실현이라는 인권적 요소를 배제하고도 이민행정에 있어서는 법치행정이 필요하다. 세계화, 지역화, 다국적기업, 인터

28) 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005, 17~22면.

29) 최계영, 앞의 논문, 33면.

30) 이희정, “외국인의 출입국 관리와 법치행정 원칙”, 「이민행정과 법치주의」, 2016년 춘계학술대회 자료집, 한국이민법학회, 161면.

31) 차용호, 앞의 책, 321면.

넷 등 다각도에서 특정 영토를 기반으로 하고 있는 국가의 역할에 대한 도전이 있긴 하지만 국가는 여전히 개인의 삶에 큰 의미를 가지는 공동체 단위이다. 따라서 국가의 외연의 유지와 기존 구성원의 보호 및 새로운 구성원의 충원을 위한 이민행정이 목적에 맞게 높은 수준으로 이루어지는 것은 국가와 국민들이 공유하는 공익(public interest)이기도 하다. 그리고 다수의 담당 공무원들에 의해 실현되는 이민행정이 목적에 맞게 합리적으로 이루어지도록 하기 위해서도 법치행정의 방식이 필요하다.

다만, 현재 외국인에게 국민과 달리 본인이 원하는 대로 입국과 체류에 대한 권리가 원칙적으로 인정되기는 어려우므로, 그로 인해 국민을 위한 법치행정의 원칙이 외국인과 관련해서는 수정될 여지가 있을 수는 있겠다.³²⁾ 이와 관련하여, 법치행정의 정당성 측면에서 2가지 내용이 고려되어야 할 것이다. 첫째, 법치행정은 주권자인 국민의 대표인 의회가 제정한 법률에 의해 행정권 행사를 규율한다고 하는, 대의제 민주주의를 통한 정당성이 그 근거에 있다는 점이다. 둘째, 법치행정은 법률을 적용하기 전에 당사자가 누구인지, 어떤 사건인지에 대하여 무지한 상태에서 미리 규범을 설정해두고 이에 따라 향후 분쟁을 처리한다는 형식적 합리성과 그 법률의 내용이 합헌적이어야 한다는 실질적 법치주의에 기초하고 있다는 점이다. 법치행정의 원칙이 가진 이 두 가지 내용을 기초로 생각해본다면, 선거권이 없는 외국인의 경우 대표를 통한 자기통치의 측면은 그 적용을 요구할 수 없을 것이지만, 그렇다 할지라도 형식적 합리성, 예측가능성, 법률 내용의 합헌성 등은 요구할 수 있다는 것이다. 그리고 그 정당성의 원천은 국민의 경우와는 달리 대의제 민주주의에 근거한 자치이념이 아니라 보편적 법이념으로서의 정의 등에서 모색되어야 할 것이다.

여기에 더하여, 외국인의 법적 지위의 규율에 법치행정 원칙이 적용되어야 하는 더 중요한 기능적 이유가 있다. 바로 국민과의 관계라는 관점에서 사회 구성원들 곧 시민들의 통합을 위해서이다. 이민정책의 중요 목표 중 하나는 우리 국가가 필요로 하는 인재들이 자발적으로 이민해 오도록 하는 것임을 부인할 수 없다. 과거 ‘단일민족국가’를 표방하는 시기에 민족적 유대를 우리 국가공동체의 통합을 위한 축으로 활용한 것이라면, ‘다문화사회’를 지향하게 된 시기에 국가공동체의 통합은 동일한 법질서를 준수하기로 한다는 약속을 중심으로 이루어질 수 있고, 따라서 특히 외국인의 법적 지위 기타 신분이나 활동과 관련된 규율을 법치행정의 원칙에 따라서 시행해야 한다는 것은 사회통합의 핵심축일 수밖에 없다.³³⁾

III. 체류자격에 관한 입법의 동향과 분석

32) 이희정(2016 자료집), 앞의 논문, 159면.

33) 이희정(2016 자료집), 앞의 논문, 161면.

1. 입법의 현황과 기존의 논의

현행 출입국관리법은 체류자격에 관하여 종류와 내용 및 기간에 대해 대통령령과 법무부령에만 일임하고 있다.

출입국관리법 제10조(체류자격) ① 입국하려는 외국인은 대통령령으로 정하는 체류자격을 가져야 한다. ② 1회에 부여할 수 있는 체류자격별 체류기간의 상한은 법무부령으로 정한다. [전문개정 2010.5.14.]
--

현행 출입국관리법 제10조에 근거하여 발령된 「출입국관리법 시행령」 제12조 별표1(개정 2016.7.5.)에서는 외국인의 체류자격을 A~H의 8개 그룹으로 대별하고 그 안에서 총 36가지의 하위유형을 정하고 있다. 동 별표에서는 각 체류자격별로 그 체류자격을 부여받을 수 있는 요건 및 그 체류자격 하에서 허용되는 활동의 범위나 법적 지위를 정하고 있다. 또한 「출입국관리법 시행규칙」 별표1(개정 2015.6.15.)에서는 체류자격별로 1회에 부여할 수 있는 체류기간의 상한을 정하고 있다.

시행령 별표1에 따른 체류자격의 유형은 다음과 같다.

기호	체류자격 유형
A	외 교(A-1), 공 무(A-2), 협 정(A-3)
B	사증면제(B-1), 관광·통과(B-2)
C	일시취재(C-1), 단기방문(C-3), 단기취업(C-4),
D	문화예술(D-1), 유 학(D-2), 기술연수(D-3), 일반연수(D-4), 취재(D-5), 종교(D-6), 주재(D-7), 기업투자(D-8), 무역경영(D-9), 구직(D-10),
E	교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술홍행(E-6), 특정활동(E-7), 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10),
F	방문동거(F-1), 거주(F-2), 동반(F-3), 재외동포(F-4), 영주(F-5), 결혼이민(F-6)
G	기타(G-1)
H	관광취업(H-1), 방문취업(H-2)

일반적으로 법률이 어떤 사항을 대통령령에 위임한다고 하는 경우 그에 대해서는 포괄위임금지의 원칙이라는 헌법적 제한을 받는데³⁴⁾ 포괄위임금지의 원칙이라는 관점에서 보면 출입국관리법 제10조 제1항은 체류자격에 대해 구체적으로 범위를

34) 헌법 제75조: 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.

정한 것으로 보기는 어려워 포괄위임으로 평가될 수 있다.³⁵⁾

물론 세부적인 체류자격 유형을 모두 법률에서 직접 규정하는 것은 효율적인 입법 방식이 아닐 수 있다. 그렇지만 그렇다하더라도 법률에서 체류자격 전부를 대통령령에 위임하고 있는 입법 방식은 체류자격에 대해 전혀 예측가능성이 없고 아무리 외국인이라 할지라도 법치주의 내지 법치행정의 원리상 법적 지위 및 권리·의무 사항에 대해 지나치게 포괄적으로 하위법령에 위임하고 있다는 비판을 면하기는 어려웠다.³⁶⁾

체류자격에 관한 규율밀도가 낮은 이유에 대해서는, 외국인의 출입국 및 체류에 관한 사항이므로 국민에 관한 사항이 아니라는 점, 외국인의 체류자격 및 기간은 국가의 주권적 사항이라고 봐서 국제법상 국가의 재량이 인정되므로 그 침익으로부터 보호되어야 할 대상으로서 선재(先在)하는 기본권이나 법적 권리가 잘 보이지 않는다는 점 따라서 침익적 행정으로 보기도 어렵다는 점 등이 고려된 것이 아닐까 하는 점이 제시된 바 있었다.³⁷⁾ 그러나 동시에 법률유보원칙의 관점에서 보면 포괄 위임금지의 원칙의 위반 여부를 판단할 때 중요사항에 대한 의회유보의 문제도 함께 고려되어야 한다는 점이 지적되었다. 왜냐하면, 이민제도와 관련한 법치행정을 구현하기 위해서는 법률상 중요한 사항들이 명시되어 이에 대한 예측가능성을 높여 주는 것이 요구된다는 점, 체류외국인의 수와 체류형태의 변화로 우리 사회에서 외국인구성원의 비중이 커진 이 상황에서 체류자격제도는 국가공동체 시민들의 구성에 대한 장기계획과 원칙 등을 담아 표현하는 것이어야 한다는 점, 따라서 국회에서의 논의와 결단이 필요할 만큼의 중요성을 가지고 있다는 점을 고려하면 출입국 관리법 제10조 체류자격에 관한 규정은 법률상 규율밀도를 보다 높이는 것이 필요하다는 것 때문이었다.³⁸⁾

그래서 외국인의 유입이 증가하고 공존과 통합의 시대적 가치가 요구되는 상황에서 체류자격에 관한 입법과 행정의 바람직한 지향점은 무엇인가라는 관점에서 논란

35) 포괄위임금지 원칙의 위반 여부를 판단기준으로 헌법재판소 2002. 8. 29 선고 2000헌바50은 다음과 같이 제시하고 있다. “법률이 어떤 사항에 관하여 대통령령에 위임할 경우에는 국민이 장래 대통령령으로 규정될 내용을 일일이 예견할 수는 없다고 할지라도 적어도 그 대체적 윤곽만은 예견할 수 있도록 기본적 사항들에 관하여 법률에서 구체적으로 규정하여야 한다. 그리고 그간 우리재판소에서 누누이 밝힌 바 있듯이 그 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 영역에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 영역에서보다 더 엄격하게 제한되어야 한다. 그리고 여기서 위임의 구체성·명확성의 정도 내지 예측가능성을 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단하는 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다. 즉 위임조항 자체에서는 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당 하는 것으로 볼 수는 없다.”

36) 김환학(2016 책), 앞의 글, 28~29면; 이희정(2016 책), 앞의 글, 130면.

37) 이희정(2016 자료집), 앞의 논문, 162면.

38) 이희정(2016 자료집), 앞의 논문, 163면.

이 있을 수밖에 없었다.

이와 관련하여 최소한 체류자격의 기본적인 유형을 법률에서 입법하고 세부적인 유형을 행정입법에 위임하거나 체류자격 유형을 결정할 때 고려해야 할 원칙 내지 형량의 대상이 될 주요 정책목표나 가치 등을 법률에 명시하는 방식 등이 대안으로 제시되기도 하였다.³⁹⁾

2. 개정 출입국관리법상 체류자격에 관한 입법 변화

최근 「출입국관리법」이 개정되었는데(2018.9.21. 시행 예정) 개정법에서는 법률에서 직접 체류자격을 일반체류자격과 영주자격의 두 가지 종류로 나누어 명시하였고, 각 체류자격별로 목적과 기간에 관한 최소한의 기준을 설정하였으며, 특히 영주자격에 대해서도 그 요건을 규정하였다.

출입국관리법 제10조(체류자격) 입국하려는 외국인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 체류자격을 가져야 한다.

1. 일반체류자격: 이 법에 따라 대한민국에 체류할 수 있는 기간이 제한되는 체류자격
2. 영주자격: 대한민국에 영주(永住)할 수 있는 체류자격

[전문개정 2018.3.20.] [시행일 : 2018.9.21.] 제10조

출입국관리법 제10조의2(일반체류자격) ① 제10조제1호에 따른 일반체류자격(이하 "일반체류자격"이라 한다)은 다음 각 호의 구분에 따른다.

1. 단기체류자격: 관광, 방문 등의 목적으로 대한민국에 90일 이하의 기간(사증면제협정이나 상호주의에 따라 90일을 초과하는 경우에는 그 기간) 동안 머물 수 있는 체류자격
2. 장기체류자격: 유학, 연수, 투자, 주재, 결혼 등의 목적으로 대한민국에 90일을 초과하여 법무부령으로 정하는 체류기간의 상한 범위에서 거주할 수 있는 체류자격

② 제1항에 따른 단기체류자격 및 장기체류자격의 종류, 체류자격에 해당하는 사람 또는 그 체류자격에 따른 활동범위는 체류목적, 취업활동 가능 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

[본조신설 2018.3.20.] [시행일 : 2018.9.21.] 제10조의2

39) 이희정(2016 책), 앞의 글, 131면.

출입국관리법 제10조의3(영주자격) ① 제10조제2호에 따른 영주자격(이하 "영주자격"이라 한다)을 가진 외국인은 활동범위 및 체류기간의 제한을 받지 아니한다.

② 영주자격을 취득하려는 사람은 대통령령으로 정하는 영주의 자격에 부합한 사람으로서 다음 각 호의 요건을 모두 갖추어야 한다.

1. 대한민국의 법령을 준수하는 등 품행이 단정할 것
2. 본인 또는 생계를 같이하는 가족의 소득, 재산 등으로 생계를 유지할 능력이 있을 것
3. 한국어능력과 한국사회·문화에 대한 이해 등 대한민국에서 계속 살아가는 데 필요한 기본소양을 갖추고 있을 것

③ 법무부장관은 제2항제2호 및 제3호에도 불구하고 대한민국에 특별한 공로가 있는 사람, 과학·경영·교육·문화예술·체육 등 특정 분야에서 탁월한 능력이 있는 사람, 대한민국에 일정금액 이상을 투자한 사람 등 대통령령으로 정하는 사람에 대해서는 대통령령으로 정하는 바에 따라 제2항제2호 및 제3호의 요건의 전부 또는 일부를 완화하거나 면제할 수 있다.

④ 제2항 각 호에 따른 요건의 기준·범위 등에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

[본조신설 2018.3.20.] [시행일 : 2018.9.21.] 제10조의3

이러한 변화는 분명 기존의 입법상태보다는 일견 진전된 것으로 보인다. 그렇다면 이 정도의 개정이 과연 법치행정의 원리를 제대로 구현하고 있다고 볼 수 있을 것인가? 또한 향후 공존과 통합의 시대를 위한 진일보한 초석으로 평가할 수 있는가?

일단 개정 출입국관리법 해당 조문에서 기간을 중심으로 하여 대분류를 하고 체류자격의 목적을 기준으로 세분류를 할 것처럼 규정하고 있으므로 하위규범에서도 그러한 분류 체계를 따라서 체류자격의 유형화가 이루어져 있을 것으로 예상케 하지만 실제 동법 시행령 별표1과 동법 시행규칙 별표1이 바뀐 것은 전혀 없다는 점에서는 정합성이 맞지 않는 것으로 보인다. 즉 시행령 별표1 상의 기존의 36가지 세부 체류자격의 복잡한 체계와 내용에 있어서는 변화가 있었던 것은 없고 그런 이유로 시행령 별표1을 먼저 살펴본 후 법률 조항의 내용을 거슬러 올라가서 살펴보았을 때는 시행령 별표1에 규정된 체류자격의 유형과 내용 등이 개정 법률의 변화에 부합하는 것이 아님을 알 수 있다. 이런 점에서는 체류자격에 관한 기존의 비판이 여전히 유효하다고 할 수 있겠다.

3. 규율형식에 대한 검토

이민행정영역은 그 역동성과 가변성으로 인해 법률로 정하기에 적절한 사항이 제한적이다.⁴⁰⁾ 따라서 불가피하게 행정입법으로 규정하는 사항이 확대되면서 포괄위임금지 원칙이 특히 중요하게 부각된다. 「출입국관리법」을 보면, 대체적으로 그 규정의 법문이 모호하며, 행정권한 행사의 근거를 충분히 규정하지 못하고 있는데,

40) 김환학, “이민법체계의 형성과 문제점”, 「행정법연구」 제44호, 행정법이론실무학회, 2016.02, 179면.

하위법령에 포괄적으로 위임하고 있다. 그 대표적인 예가 체류자격에 관한 규정이다. 종래 동법 제10조 제1항은 “입국하려는 외국인은 대통령령으로 정하는 체류자격을 가져야 한다.”고만 규정하였고 이를 근거로 「출입국관리법시행령」 별표1에서 외국인의 체류자격을 상세히 정하고 있었다. 그런데 이는 외국인의 지위를 정한 법규사항이므로 적어도 그 원칙과 대강이라도 법률에 규정하고 세부사항을 하위법령에 위임하는 입법방식을 택해야 한다는 지적이 있었다.⁴¹⁾ 그런데 개정 출입국관리법에서 보면 법률조항에서 체류자격의 종류에 대한 기본적인 사항을 규정하긴 했으나 시행령 별표1의 내용 자체는 종래와 동일하기 때문에 의미있는 변화가 있었다고 보기는 어렵고 법률조항과 시행령 별표1간의 정합성이 있는지 의구심이 존재하는 만큼 형식적인 측면에서 보았을 때도 종래와 마찬가지로 중요하고 실질적인 사항들은 여전히 하위 규범에 위임된 상태로 봐야 할 것 같다.

규율형식과 관련하여 특히 이민행정의 법률유보를 위협하는 또 다른 현상으로 지적되는 것이 있는바, 고시와 지침에 의한 행정이다. 예컨대, 체류자격의 경우에도 법률에서 명시하고 있는 사항이 적고 시행령과 시행규칙에 대부분 맡겨져 있다보니 구체적인 이민행정업무를 처리하기 위해서는 고시와 지침 등이 많이 요구될 수밖에 없다. 고시와 지침은 개별적 상황에서 필요에 따라 다양한 명칭으로 내려진다(예컨대, 각종 매뉴얼). 그 결과 여러 형식과 내용의 행정입법이 산재하여 수범자로서는 자신에게 해당되는 규정이 어디에 어떤 내용으로 되어있는지 파악하기 어렵다. 입법의 체계성 역시 결여되기 때문에 규정간의 모순과 충돌이 발생하는 경우 행정청과 실무자는 행정편의적인 선택으로 경도될 우려가 있다. 또, 상대방으로서는 규율내용이 유동적이고 불투명하여 법적 안정성을 확보하기가 곤란하다. 이에 대한 사법적 통제가 필요함은 물론이지만, 난점이 존재하는바, 여기서는 특히 내부적 통제가 강화될 필요가 있다. 다른 한편 행정입법에 대한 의회의 통제를 규정한 국회법 제98조의2 제1항에 따라 법규명령과 같이 훈령이나 예규, 고시와 같은 행정규칙 역시 그 제정, 개정 폐지의 경우 국회에 제출하도록 되어 있으나 그 실효성은 의문시된다. 내부지침의 공개여부 또한 문제이다. 법치국가적 관점에서 지침을 공개하여 예측가능성을 높일 필요가 있음은 물론이다. 하지만, 이민행정은 외국인을 대상으로 한다는 특성이 있고, 가변적인 상황에 대응하는 규정이 공개되어 행정에 자기구속이 될 만큼 언제나 잘 정비되어 있지도 않다. 따라서 비공개일변도보다는 일정한 기준과 절차에 따라 공개여부와 공개시기를 결정할 필요가 있다.⁴²⁾ 그러나 현재는 전적으로 행정당국에 맡겨져 있는 상황이다. 비록 개정 출입국관리법이 법률조항에서 체류자격에 관한 내용을 보완하긴 하였으나 고시와 지침에 의한 행정이 근본적으로 개선되었다고 보긴 어렵다. 보다 공개적인 논의를 거쳐서 제정되고, 그 내용에

41) 김환학(2016.02), 앞의 논문, 180면.

42) 김환학(2016.02), 앞의 논문, 185면.

대한 통제를 받을 필요도 있으므로 내용에 따라서는 법규명령의 형식으로 제정되는 것이 더 적절한 부분도 있을 것이다.

법률에서 체류자격의 유형을 개별적으로 정해야 하는 이유는, 비록 그 시대적 상황에 따른 변동가능성 내지 행정의 탄력적 대응에 대한 필요성으로 인하여 행정입법으로 위임하는 것이 합리적이라 하더라도, 최소한 체류자격의 대분류, 특히 그것이 단기방문인지, 고용 등이 가능한 일시정주를 허용하는 것인지, 아니면 영주를 허용하는 것인지에 따른 유형화 및 그 각 유형별로 체류자격부여의 요건으로 고려되어야 할 중요한 형량요소 등은 국회에서의 논의와 사회적 공론을 거쳐 결정되고 법률로 표현될 필요가 있기 때문이다.⁴³⁾ 다만, 개정 출입국관리법에서 일반체류자격과 영주자격을 최소한 체류자격의 종류로라도 법률 차원으로 끌어올렸다는 점에서는 일단 긍정적으로 보일 여지가 있다.

4. 체계정당성 및 규율내용에 대한 검토

가. 법규범의 체계정당성 요청

규범은 일반적으로 ‘체계정당성’(Systemgerechtigkeit)을 갖추어야 한다. 체계정당성의 원리라는 것은 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 (수평적 관계이건 수직적 관계이건) 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 하나의 헌법적 요청(Verfassung-spostulat)이다. 즉 이는 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지하도록 입법자를 기속하는 헌법적 원리라고 볼 수 있다. 이처럼 규범 상호간의 체계정당성을 요구하는 이유는 입법자의 자의를 금지하여 규범의 명확성, 예측가능성 및 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위한 것이고, 이는 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는 것이라고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 개정 출입국관리법의 경우에도 체류자격 측면에서 법률, 시행령, 시행규칙 간의 관계 및 각 내용 기타 다른 법규범과의 관계 및 내용에 대해서 체계정당성 여부를 살펴볼 필요가 있다.

나. 분류기준의 합리성 여부

원론적으로는 법치행정의 원리를 보다 엄두에 둔다면 체류자격과 관련해서는 법률 단계에서부터 체류자격의 분류기준을 고민하여,⁴⁵⁾ 예컨대, 그 목적을 중심으로 하

43) 이희정, “행정법의 관점에서 본 이민법의 쟁점”, 「고려법학」 제72호, 고려대 법학연구원, 2014.03. 20면.

44) 헌법재판소 2004. 11. 25.자 2002헌바66 결정.

여 노동이민, 가족결합(결혼이민), 경제활동(투자, 주재, 경영 등), 공무, 외교, 단순 방문, 기타 등으로, 신분을 중심으로 영주, 재외동포 등 큰 틀에서 분류하여 그 요건과 법적 지위를 명시하고, 체류기간은 부수적인 것이긴 하지만 각 체류자격별로 체류기간을 법률에 명시할 필요가 있는 것과 없는 것을 구분하고 명시할 필요가 있는 경우에는 최대한도 정도는 명시해두는 것이 타당하다고 본다.

그런 점에서 보면, 체류자격의 분류기준에 있어서는 기간이 중심이 아니라 목적이 나 신분이 중심이 되어야 할 것 같은데, 개정 출입국관리법 제10조, 제10조의2의 내용은 반대로 되어 있다는 점에서 향후 추가적인 개선 논의가 필요할 것 같다.

그리고 시행령 별표1의 체류자격에 대해서도 자세히 살펴보면, 분류 기준이 모호하므로 일정한 기준에 따라 재정비가 필요하다고 본다. 경우에 따라서는 법률단계로 승격시켜서 규정해야 할 내용들도 보인다.

다. 체류자격 유형에 관한 문제점

(1) 체계정당성에 맞지 않는 이질적인 유형의 혼재

개정 출입국관리법에서 일반체류자격과 영주자격이라고 하는 체류자격의 종류에 해당하는 용어를 명시하면서 아주 기초적인 내용을 언급하긴 하였으나 이를 토대로 법치행정의 원리가 제대로 구현되었다고 볼 수 있을 것인가에 대해서는 유보적으로 볼 필요가 있다.

체류자격의 구체적인 유형과 내용을 상세히 명시하고 있는 출입국관리법 시행령 별표의 내용과 비교해보아야 하기 때문이다. 우선 개정 출입국관리법은 체류자격을 일반체류자격과 영주자격으로 구분하고, 일반체류자격은 기간을 중심으로 단기와 장기로, 신분을 기준으로 영주로 구분하여, 일반체류자격은 또 목적과 결합하여 규정하고 있다. 그러나 시행령 별표1에서 명시하고 있는 세부적인 체류자격과 비교해보면 법률상의 분류기준과 시행령 별표1 상의 분류가 어떤 관계 하에서 정합성이 있는지 알기는 어렵다. 또한 법률상의 분류 기준인 일반체류자격과 영주자격도, 법률에서 생각하는 취지는 기간을 기준으로 분류한 것으로 보이긴 하지만, 사실 전자가 기간을 기준으로 하는 것이라면, 후자는 사회의 영속적인 구성원이라는 신분을 기준으로 하는 것이라는 점에서 대등한 위치에서 규정될 수 있는 것인지 의문이 있다.

「출입국관리법 시행령」 별표1에 규정된 A에서 H까지의 8개 그룹을 전체적으로 살펴보고 각 그룹 내 세부유형들을 살펴보면, 각 그룹별로 포함된 세부적인 체류자격들이 공통점이 보이기도 하지만 상당히 이질적인 유형들도 서로 혼재되어 있다.

45) 이희정(2016 책), 앞의 글, 131~136면.

기호	체류자격 유형
A	외 교(A-1), 공 무(A-2), 협 정(A-3)
B	사증면제(B-1), 관광·통과(B-2)
C	일시취재(C-1), 단기방문(C-3), 단기취업(C-4),
D	문화예술(D-1), 유 학(D-2), 기술연수(D-3), 일반연수(D-4), 취재(D-5), 종교(D-6), 주재(D-7), 기업투자(D-8), 무역경영(D-9), 구직(D-10),
E	교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술홍행(E-6), 특정활동(E-7), 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10),
F	방문동거(F-1), 거주(F-2), 동반(F-3), 재외동포(F-4), 영주(F-5), 결혼이민(F-6)
G	기타(G-1)
H	관광취업(H-1), 방문취업(H-2)

우선 A에서 H까지의 각 그룹이 어떤 기준으로 그렇게 구성이 되어 있는지 그 유형적 체계성의 기초를 찾기가 어렵다. 또한 각 체류자격의 유형과 각 체류자격을 상징하는 기호(A~H) 간에도 어떤 연관성이 있는지 알기 어렵다. 그런 면들은 각 체류자격의 명칭과 분류기호만 봐도 알 수 있다. 아마도 각 시대적 상황에 따라 그때그때 필요로 되었던 체류자격의 유형이 정책적 요청에 따라 시간적 순서로 추가된 것이 아닌가 하는 추측이 가능하지만 그마저도 불확실하다.

개정 출입국관리법 제10조의2에서는 단기체류자격으로 관광, 방문 등 목적으로 90일 이하 체류하는 자격과 장기체류자격으로 유학, 연수, 투자, 주재, 결혼 등 목적으로 90일 이상 체류하는 자격을 두고 있고, 개정 법 제10조의3에서 영주자격을 명시하고는 있다. 그러나 정작 법률에서 최소한의 사항이 규정되어야 할 만한 사항들과 그렇지 않은 사항들이 혼재된 채 모두 시행령 별표1에 맡겨져 있는 상태다.

(2) 노동이민의 누락

정작 국민의 여러 집단에 이해관계를 심대하게 미치는 노동이민에 대한 언급은 법률에 전혀 없이 여전히 시행령 별표1에 여러 유형의 취업자격[예컨대, 전문인력(C-4, E-1, E-2, E-3, E-4, E-5, E-6, E-7), 단순기능인력(E-9, E-10, H-2)]으로 산재하여 그 요건이 규정되어 있을 뿐이다.⁴⁶⁾ 노동이민은 내국인 근로자와 사용자 집단 사이에 존재하는 이해관계 및 내국인 근로자의 고용율과 임금수준에 중대한 영향을 미친다. 노동이민의 시작이 법무부 훈령(제255호, 1991)에 따른 산업연수생 제도였음을 고려한다면, 현재는 노동이민에 관한 규율이 최소한 출입국관리법 시행령 단계에서 이루어지고 있고 또한 시행령 별표1에 따른 체류자격을 부여받은

46) 법무부, 「출입국·외국인정책 통계월보」, 2018.3., 26면. 이에 따르면 2018.3.31.기준으로 전문인력 46,748명, 단순기능인력 535,787명으로 집계되고 있다.

경우 ‘외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률’(이하 ‘외고법’)에 따라 고용허가제에 의하여 규율되고 있으므로 그래도 과거보다는 진전되었다고 볼 수는 있지만, 여전히 중대한 문제가 두 가지 남아있다. 하나는 국민의 여러 집단 간의 이해관계가 충돌하는 상황임에도 불구하고 국민의 대표인 국회의 의사결정이 관여하지 못하고 있다는 것이다. 또 다른 하나는 시행령과 법률 간의 규율관계의 역전현상과 그로 인한 불합리이다. 단순기능인력의 관리를 목적으로 하는 외고법 및 외고법의 적용을 전제로 하는 노동관계법의 적용대상이 되기 위해서는, 우선, 출입국관리법 시행령 별표1에 명시된 체류자격(E-9, H-2)을 획득해야 하는데, E-9이나 H-2 체류자격을 획득해야 비로소 외고법이 적용대상이 되므로 시행령이 법률을 지배하는 현상이 생기고 이러한 규율관계의 역전현상은 필연적으로 고용허가제와 연동되며 고용허가제는 사업장이동권 제한, 고용변동신고와 같은 이중삼중의 외국인 근로자 통제와⁴⁷⁾ 외국국적동포와의 차별 문제를 야기하게 된다.

(3) 결혼이민의 불충분한 명시

개정 출입국관리법 제10조의2에서 장기체류자격으로 결혼 목적의 90일 초과 체류자격을 명시하고 있지만, 정작 결혼이민자의 중요한 기준이나 요건에 대해서는 법률에 명시된 바가 없다. 시행령 별표1에서 국민의 배우자에게 ‘결혼이민 체류자격’(F-6)이 부여된다는 점을 밝히고 있을 뿐이다.

<p>28의4. 결혼이민(F-6) 가. 국민의 배우자</p> <p>나. 국민과 혼인관계(사실상의 혼인관계를 포함한다)에서 출생한 자녀를 양육하고 있는 부 또는 모로서 법무부장관이 인정하는 사람</p> <p>다. 국민인 배우자와 혼인한 상태로 국내에 체류하던 중 그 배우자의 사망이나 실종, 그밖에 자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인관계를 유지할 수 없는 사람으로서 법무부장관이 인정하는 사람</p>
--

결혼이민 체류자격은 가족결합권을 실현시키는 수단이고 가족결합권은 국제결혼을 포함하여 혼인의 자유 중 특수한 형태로서 보호되는 것이어서⁴⁸⁾ 국민의 권리와 이익에 매우 중대한 영향을 미치는 것이라 할 수 있다. 특히 혼인제도가 가지는 사회적 중요성과 영향력, 위장혼인 규제와 관련하여 국민 간의 혼인과 국민과 외국인 간의 혼인에 대해 서로 다르게 취급되고 있는 법현실, 결혼이민자가 국민기초생활보장법 기타 사회복지 관련 법률상으로는 사회복지수급권 대상의 요건이라는 점 등

47) 노호창, “외국인 고용에 있어서의 몇 가지 쟁점에 관한 규범적 검토”, 『행정법연구』 제43호, 행정법 이론실무학회, 2015.11., 204~216면.

48) 헌법재판소 2013.11.28.자 2011헌마520 결정: “헌법 제36조 제1항은 가족을 보호하는데, 여기에서 ‘가족’은 부부 중 한 명이 우리 국민이고 다른 한 명이 외국인인 국제결혼의 경우도 포함한다. 가족을 구성할 권리는 원칙적으로 가족이 함께 살 수 있는 권리를 포함하는바, 한 가족 구성원이 특정 국가에 합법적으로 거주하고 있는 경우 가족이 함께 살기 위하여 다른 가족 구성원이 그 국가에 입국하고 거주할 권리를 의미하는 가족결합권은 혼인의 자유 중 특수한 형태로서 보호된다.”

을 고려한다면 최소한 법률에 기본적인 사항이 명시되어야 할 것이 아닌가 한다. 물론 출입국관리법 제25조의2에서 결혼이민자에 대한 특칙으로서 국민의 배우자인 외국인이 가정폭력 피해자인 경우 체류기간 연장허가를 규정함으로써 결혼이민 체류자격에 대해 간접적이거나 명시하고 있으나 어떠한 요건 하에서 결혼이민 체류자격이 부여될 수 있는지 법에서는 언급이 없고 또한 시행령 별표1에서도 국민의 배우자에게 결혼이민 체류자격이 부여될 수 있다는 언급만 있을 뿐이지 그 요건이나 제한에 관해서는 규정된 바 없다. 정작 결혼이민 체류자격의 기준은 출입국관리법 시행규칙 제9조의5에서 결혼이민 사증 발급과 관련하여 찾아볼 수 있을 뿐이다.⁴⁹⁾ 결국은 부령에서 정한 기준에 따라 가족결합권의 제한이 가능한 상황인데, 사증 발급기준을 부령에 위임한 출입국관리법 제8조 제3항에서⁵⁰⁾ 가족결합권 제한의 근거를 찾아볼 수 없다는 점에서도 문제이다. 이는 외국인의 가족결합권뿐만 아니라 국민의 가족결합권도 제한하는 것이어서 국민의 가족결합권에 미치는 영향에 비추어 봐서라도 소득·주거·언어요건 등의 충족여부를 판단할 세부적인 기준들은 행정입법에서 정하더라도 최소한 '정상적인 혼인 생활의 가능성을 심사하여 결혼동거목적의 사증 발급을 제한할 수 있다는 정도의 취지는 법률에 명시하는 것이 타당하다.⁵¹⁾

(4) 영주자격의 모호성

49) 출입국관리법 시행규칙 제9조의5(결혼동거 목적의 사증 발급 기준 등) ① 제9조의4제1항에 따라 결혼동거 목적의 사증 발급 신청을 받은 재외공관의 장은 혼인의 진정성 및 정상적인 결혼 생활의 가능성 여부를 판단하기 위하여 제9조의2 각 호(제5호는 제외한다) 외에도 사증 발급을 신청한 외국인과 그 초청인에 대하여 다음 각 호의 요건을 심사·확인할 수 있다. 다만, 초청인과 피초청인 사이에 출생한 자녀가 있는 경우 등 법무부장관이 정하는 경우에 해당하면 다음 각 호의 요건 중 일부에 대한 심사를 면제할 수 있다. <개정 2013.10.10., 2015.6.15.>

1. 교제경위 및 혼인의사 여부
 2. 당사국의 법령에 따른 혼인의 성립 여부
 3. 초청인이 최근 5년 이내에 다른 배우자를 초청한 사실이 있는지 여부
 4. 초청인이 「국민기초생활 보장법」 제2조제11호에 따른 기준 중위소득을 고려하여 법무부장관이 매년 정하여 고시하는 소득 요건을 충족하였는지 여부
 5. 건강상태 및 범죄경력 정보 등의 상호 제공 여부
 6. 피초청인이 기초 수준 이상의 한국어 구사가 가능한지 여부. 이 경우 구체적인 심사·확인 기준은 법무부장관이 정하여 고시한다.
 7. 부부가 함께 지속적으로 거주할 수 있는 정상적인 주거공간의 확보 여부. 이 경우 고시원, 모텔, 빌딩하우스 등 일반적으로 부부가 함께 지속적으로 거주할 수 있는 장소로 보기 어려운 곳은 정상적인 주거 공간이 확보된 것으로 보지 아니한다.
 8. 초청인이 「국적법」 제6조제2항제1호 또는 제2호에 따라 국적을 취득하거나 영 별표 1 28의3. 영주(F-5) 나목에 따라 영주자격을 취득하고 3년이 경과하였는지 여부
- ② 재외공관의 장은 제1항 각 호의 요건을 심사·확인하기 위하여 필요할 때에는 초청인의 주소지를 관할하는 사무소장 또는 출장소장(이하 "주소지 관할 사무소장 또는 출장소장"이라 한다)에게 사실관계의 확인을 요청할 수 있다. <개정 2011.12.23.>
- ③ 제1항 각 호의 요건을 심사·확인한 결과에 따라 사증 발급이 허가되지 않은 경우 해당 신청인은 그 배우자와 혼인의 진정성 등을 재고(再考)하여 허가되지 않은 날부터 6개월이 경과한 후에 사증 발급을 다시 신청할 수 있다. 다만, 출산이나 그밖에 국내에 입국하여야 할 급박한 사정이 있는 경우에는 6개월이 경과하지 아니한 경우에도 신청할 수 있다.

50) 출입국관리법 제8조(사증) ③ 사증발급에 관한 기준과 절차는 법무부령으로 정한다.

51) 최계영, 앞의 논문, 35면.

개정 출입국관리법 제10조의3의 경우에도 일단 개정 법이 법률 단계에서 체류자격의 종류로 영주자격을 명시하긴 하였으나, 영주제도는 우리 공동체에 중대한 영향을 미치는 실질적 구성원의 자격을 설정하는 것이므로⁵²⁾ 법령준수, 품행단정, 생계유지능력, 한국어능력, 기본소양 외에도 법률유보의 관점에서 보자면 영주자격을 두는 취지나 이유에 대한 최소한의 언급은 필요할 것이라는 점, 동조 제2항에서 명시된 특별한 공로와 일정 금액 이상 투자를 이유로 하는 영주자격 부여부분은 다소 막연하고 자격 부여가 행정입법으로만 결정된다는 점은 개선의 여지가 있어 보인다. 특히 영주자격을 받은 자의 법적 지위가 무엇인지 알기 어렵다는 점은 향후 추가적 논의를 거쳐 개선되어야 할 것이라 본다. 예컨대, 시행령 별표1의 영주자격의 구체적 내용을 토대로 살펴보자.

28의3. 영 주(F-5) 마. 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제2조제2호의 외국국적 동포로서 「국적법」에 따른 국적 취득 요건을 갖춘 사람

28의3. 영 주(F-5) 차. 대한민국에 특별한 공로가 있다고 법무부장관이 인정하는 사람

세부적으로는 ‘F-5 마’의 경우 영주자격자의 법적 지위에 관한 내용이므로 최소한 법률단계에서 언급이 되어야 하는 사안으로 보이고, ‘F-5 차’의 경우 법률에서 근거 규정이 마련되긴 하였으나 특별한 공로의 내용이 지나치게 주관적일 수밖에 없어서 자의적으로 남용되거나 축소될 여지가 있다는 문제점이 있다.

(5) 시행령 내에서의 규정방식의 상이성

어떤 특정 체류자격이 부여된다고 할 때 그 체류자격을 기초로 하여 허용되는 활동범위가 정해지므로 체류자격에 대한 규정은 일종의 ‘요건-효과’를 담은 조건명제의 형태라고 볼 수 있다. 이러한 ‘요건-효과’의 규정 형태는 시행령 별표1의 체류자격의 각 유형에 대한 규정에서 나타나있는데, 외형상 그런 구조가 잘 보이는 경우도 있고 아닌 경우도 있다. 물론 그런 구조가 잘 보이지 않는 경우에도, 규범의 해석과정에서 요건 부분과 효과 부분이 드러나기도 한다.

예컨대, 시행령 별표1 내에서 방문취업(H-2) 체류자격을 보면, 하나의 내용 안에 요건과 효과가 함께 구분되어 규정된 경우이므로, ‘요건-효과’의 구조가 잘 보이고 있다. 방문취업(H-2)의 경우 “가. 체류자격에 해당하는 사람” 부분에서 요건을 정하고 있다면, “나. 활동범위”에서 효과를 정하고 있다고 볼 수 있다.

그런데, 시행령 규정 내에서도 규정방식이 상이한 모습들이 있어 혼란을 주기도 한다. 예컨대, ‘요건-효과’의 규정방식과 관련하여, 법 시행령 별표1 내의 각 체류

52) 이희정(2016 책), 앞의 글, 158면.

자격 유형에서 대체로 ‘요건-효과’가 설정되어 있고 설사 그런 외형이 잘 보이지 않더라도 해석상 ‘요건-효과’의 구도를 찾는 것이 가능하지만, 효과의 중요한 내용에 해당하는 활동범위라든가 취업 가능 여부가 시행령 별표1 내에서 직접 규정되어 있지 않고 시행령 제23조에서 취업이 가능한 체류자격유형들을 직접 열거하는 방식으로 규정하고 있는 경우도 있는 등⁵³⁾ 시행령 내에서도 체류자격의 효과가 시행령 본문에 있는 경우와 별표에 있는 경우가 혼재되어 있다. 체류자격 유형이 다양한 만큼 그 규율방식이 다를 수 있음을 감안하더라도 보다 일관되게 정비될 필요가 있다.

IV. 외국 입법례에서의 체류자격 규율

독일이나 미국의 경우 체류자격을 법률에서 규율하고 있다는 점이 알려져 있는 바,⁵⁴⁾ 이하에서는 그 외의 국가들의 사례를 살펴보고자 한다.

1. 일본

53) 출입국관리법 시행령 제23조(외국인의 취업과 체류자격) ① 법 제18조제1항에 따른 취업활동을 할 수 있는 체류자격은 별표 1 중 9. 단기취업(C-4), 19. 교수(E-1)부터 25. 특정활동(E-7)까지, 25의3. 비전문취업(E-9), 25의4. 선원취업(E-10) 및 31. 방문취업(H-2) 체류자격으로 한다. 이 경우 "취업활동"은 해당 체류자격의 범위에 속하는 활동으로 한다.
 ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 제1항에도 불구하고 별표 1의 체류자격 구분에 따른 취업활동의 제한을 받지 아니한다.
 1. 별표 1 중 27. 거주(F-2)의 가목부터 다목까지 및 자목부터 카목까지의 어느 하나에 해당하는 체류자격을 가지고 있는 사람
 2. 별표 1 중 27. 거주(F-2)의 라목·바목 또는 사목의 체류자격을 가지고 있는 사람으로서 그의 종전 체류자격에 해당하는 분야에서 활동을 계속하고 있는 사람
 3. 별표 1 중 28의4. 결혼이민(F-6)의 체류자격을 가지고 있는 사람
 ③ 별표 1 중 28의2. 재외동포(F-4) 체류자격을 가지고 있는 사람은 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 별표 1의 체류자격 구분에 따른 활동의 제한을 받지 아니한다. 다만, 허용되는 취업활동이라도 국내 법령에 따라 일정한 자격이 필요할 때에는 그 자격을 갖추어야 한다.
 1. 단순노무행위를 하는 경우
 2. 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 반하는 행위를 하는 경우
 3. 그 밖에 공공의 이익이나 국내 취업질서 등을 유지하기 위하여 그 취업을 제한할 필요가 있다고 인정되는 경우
 ④ 별표 1 중 28의3. 영주(F-5)의 체류자격을 가지고 있는 사람은 제1항에도 불구하고 별표 1의 체류자격 구분에 따른 활동의 제한을 받지 아니한다.
 ⑤ 별표 1 중 30. 관광취업(H-1) 체류자격을 가지고 있는 사람이 취업활동을 하는 경우에는 제1항에 따른 취업활동을 할 수 있는 체류자격에 해당하는 것으로 본다.
 ⑥ 제3항 각 호의 구체적인 범위는 법무부령으로 정한다.

… 이하 생략

54) 법무부, 앞의 책, 87면.

한국법에 지대한 영향을 주었기에 비교법 연구에 있어 항상 참고 대상이 되지 않을 수 없는 일본의 경우 1951년에 제정·시행된 「出入国管理及び難民認定法」(Immigration Control and Refugee Recognition Act)에서⁵⁵⁾ 이민행정을 규율하고 있다. 이 법은 법률에서 체류자격(在留資格, status of residence)의 기본원칙을 명시하고 있고 법률의 별표에서 체류자격을 모두 명시하고 있으며 체류기간(在留期間, period of stay)에 대해서도 기본원칙을 명시하고 있는 점이 특징이다.

동법 제2조의2(在留資格及び在留期間) 제1항에서는 “일본에 체류하는 외국인은 出入国管理及び難民認定法 및 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는, 해당 외국인에 대하여는 입국허가 또는 당해 외국인의 취득할 수 있는 체류자격 또는 그 변경에 따른 체류자격을 가지고 체류하는 것으로 한다.”고 규정하고 있고,⁵⁶⁾ 동조 제2항에서는 “체류자격은 별표 제1 또는 별표 제2에 기재된 대로 하되, 별표 제1의 체류자격을 가지고 체류하는 자는 당해 체류자격에 따라 각각 일본에서 동표에서 정한 활동을 할 수 있고, 별표 제2의 체류자격을 가지고 체류하는 자는 당해 체류자격에 따라 각각 일본에서 동표에서 정한 신분이나 지위를 가진 자로서 활동을 할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 동조 제3항에서는 “제1항의 외국인이 체류할 수 있는 기간(이하 ‘체류기간’이라 한다)은 각 체류자격에 관해서 법무부령으로 정한다. 이 경우에 관하여, 외교, 공용 및 영주자의 체류자격 이외의 체류자격에 수반되는 체류기간은 3년[특정활동(별표 제1의 5에서 = 제외)의 체류자격에 있어서는 5년]을 초과하는 것이 허용되지 않는다.”고 규정하고 있다.

동법 별표 1에서는 체류하는 동안 할 수 있는 활동을 기준으로 체류자격을 26가지로 명시하여(예컨대, 外交, 公用, 教授, 芸術, 宗教, 報道, 投資·經營 등) 해당 활동의 내용을 규정하고 있고, 동법 별표 2에서는 체류하고자 하는 자의 신분 또는 지위를 기준으로 체류자격을 4가지(영주자, 일본인의 배우자 등, 영주자의 배우자 등, 정주자)로 규정하고 있다.

2. 브라질

브라질은 1500년 포르투갈에 의해 발견된 후 포르투갈의 식민지였고 아프리카 노예노동을 통해 사탕수수, 커피, 목축 등 산업이 발전하였다. 1800년대 중반 이후

55) http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?id=173&vm=4 (일본 출입국관리 및 난민인정법, 최종방문 2018.05.10.)

56) 공식 영문 번역은 “An alien may reside in Japan only under a status of residence determined by the permission for landing, the permission for acquisition or the permission for any changes thereof, except as otherwise provided for by the Immigration Control and Refugee Recognition Act or other laws.”인데, ‘외국인은 출입국관리 및 난민인정법 기타 법률에 정한 경우를 제외하고는, 입국허가, 취득허가 또는 그에 대한 변경허가에 따라 결정된 체류자격 하에서만 일본에 체류한다.’로 번역되므로 보다 의미가 분명하게 드러나고 있다.

커피 농장에 노동력 부족 현상이 발생하게 되면서 주로 독일을 중심으로 한 유럽 이민이 유입되기 시작했고 1888년 노예해방 이후부터는 노예가 자유민으로 되면서 매우 극심한 노동력 부족 현상을 겪게 된다. 그런 이유로 폴란드, 이태리, 독일, 프랑스, 스페인, 포르투갈 등 유럽 이민이 대거 유입되었고 아시아에서는 일본 이민이 대거 유입되었다. 브라질은 오늘날 다인종 국가이자 이민에 의해 형성된 국가라고 할 수 있다.

대륙법계 국가인 브라질은 1949년 제정된 국적취득상실에 관한 법(Lei nº 818/1949)을 통해서 국적선택, 국적취득, 국적상실 등의 문제를 규율해오고 1980년 제정된 외국인법(Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/1980)을 통해서 외국인의 법적 지위, 출입국 및 체류, 이민관리기구로서의 국가이민심의회(Conselho Nacional de Imigração) 등과 관련하여 규율해왔다. 그렇지만 브라질이 가진 다양한 경제적 가치의 현실화라든가 투자유치, 경제활성화, 10개국과 국경을 접하고 있다는 정치역학적 이유, 난민 등으로 인한 국경관리 등 다양한 필요성으로 인해 2017년 종래의 국적취득상실에 관한 법과 외국인법 두 가지를 모두 폐지하고 통합하여 ‘이민법’(Lei de Migração, Lei nº 13.445, 2017)을 새롭게 제정하였다.⁵⁷⁾

이민법에서는 정의 조항에서 들어오는 이민(imigrante), 나가는 이민(emigrante), 국경거주자, 방문자, 무국적자의 개념을 규정하고(동법 제1조) 이민정책의 원리와 지침을 명시하고(동법 제3조) 이민에게 인정되는 권리와 보장도 명시하고 있는(동법 제4조) 점이 주목된다.

편제상으로는 브라질로 들어오는 이민에 대한 것, 브라질에서 나가는 이민에 대한 것, 국적선택상실, 귀화 등 순서로 규율하고 있다.

체류자격과 관련하여 두드러지게 보이는 특징은 체류자격을 별도로 규정하지 않고 비자(visto)와 통합하여 매우 상세히 법률에서 직접 규정하고 있다는 점이다. 이민법 제2장 ‘이민과 방문자의 서류 상태’라는 제하의 장(章) 제2절 ‘비자’(visto)절에서는 비자의 정의, 비자발급 절차에 수수료가 부과된다는 점, 하위규범(regulamento, 대통령령 등)으로 정할 사항에 대한 위임 등을 규정한 다음 비자 종류의 대분류, 각 대분류된 비자마다의 핵심적 요건, 각 대분류된 비자가 발급될 수 있는 하위 요건 및 주요 내용 등을 상세히 규정하고 있다. 몇 가지를 살펴보면 다음과 같다.

첫 번째, 비자(visto)란 국가 영역 안으로 ‘들어오는 것이 기대되는 자격’(titular expectativa de ingresso)을 주는 문서이다(동법 제6조).

두 번째, 하위규범(regulamento)에 위임되어 규정될 사항은, 비자에 필요한 사항 기타 상호주의를 포함한 단순화에 관한 사항, 비자의 유효기간 및 그 계산방식, 최

57) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm (브라질 이민법, 최종방문 2018.05.10.)

초 입국시의 최대 기간, 이민자 및 방문자의 체류에 관한 최대 기간, 비자의 일방적 혹은 상호간 면제의 조건, 비자 발급시 영사수수료 등의 일방적 혹은 상호간 면제의 조건, 전자 비자 요청 및 발급이다(동법 제9조).

세 번째, 요청된 비자의 유형에 맞는 요건을 충족하지 못한 자, 비자 발급 내지 입국에 장애가 되는 사정을 ‘증명될 정도로’(comprovadamente) 은폐하고 있는 자, 동반자가 없는 18세 미만자 기타 법적 책임자나 관할 당국의 서면에 의한 여행 허가가 없는 18세 미만자에게는 비자가 발급되지 않는다(동법 제10조).

네 번째, 국내로 입국 내지 체류(permanecer)하고자 하는 신청자(solicitante)에게 발급될 수 있는 비자의 유형은 그 대분류로는 방문비자(visto de visita), 단기비자(visto temporário), 외교비자(visto diplomático), 공용비자(visto oficial), 예우비자(visto de cortesia)의 5가지 유형이 있다(동법 제12조).

다섯 번째, 각 비자의 유형별로 각 비자가 발급될 수 있는 요건 및 허용활동, 금지사항 등이 상세히 규정되어 있다. 예컨대, 거주 목적 없는 단기 체류자에게 방문비자가 발급될 수 있는데 방문비자가 발급될 수 있는 사유로는 관광·업무·통과·예술활동·스포츠활동 기타 하위규범에서 규정하는 경우이며, 방문비자 소지자는 유급활동(atividade remunerada)을 수행하는 것이 원칙적으로 금지되지만, 다만 정부·브라질 사업주·민간단체로부터 스포츠경기나 예술·문화 경연대회에서 금전 기타 상금을 포함하여 일당·비용부조 기타 여행관련 경비 등 명목으로 지불을 받는 것은 허용되며, 방문자가 국제통과지역(área de trânsito internacional)을 벗어나지 않는 한 중간기착 혹은 경유하는 경우에는 방문비자가 요구되지 않는다(동법 제14조).

여섯 번째, 체류허가(Autorização de Residência)는 별도로 규정하고 있다. 체류허가는 등록 시에 목적부합성(연구, 교습, 학문, 건강치료, 인도적 수용, 학습, 노동, 종교활동, 자선활동, 투자 기타 경제활동, 가족결합), 인적 기준(거주 및 자유 이동에 관한 조약의 수혜자, 고용제안 받은 자, 이미 브라질 국적을 취득한 바 있었으나 그 재취득 요건을 충족하지 못하는 자, 난민인정자·망명인정자·무국적보호인정자, 국경 근처 혹은 국내에서 발견된 버려진 타국·무국적 미성년자, 이민 상태라는 이유로 인신매매·노예노동 기타 중대한 권리의 피해자, 브라질에서의 보석 또는 형집행 중인 자), 기타 하위규범에서 정하는 사항 중 어느 하나에 해당하면, 이민자, 국경 거주자 기타 방문자에게 발급될 수 있다(동법 제30조 본문). 다만 브라질 혹은 외국에서 확정판결로 유죄 인정된 자로서 그 행위가 브라질 형법상 구성요건해당성 있는 경우에는, 몇 가지 예외를 제외하고는, 체류허가가 발급되지 않을 수 있다(동법 제30조 제1항). 브라질에서는 비자를 발급받는 것 외에 입국 시에 체류허가가 별도로 발급되는 것으로 규정하고 있는 점에 비추어, 비자의 성격과 관련하여 비자 발급이 입국허가 그 자체가 아니라 비자 발급은 입국허가의 추천 정도에 불과하다는 견해가⁵⁸⁾ 입법화된 것으로 보아도 무방하다.

일곱 번째, 체류기간과 체류허가절차에 대해서는 법률의 위임 하에 하위 규범(regulamento, 대통령령 등)로 정하도록 되어 있다(동법 제31조).

여덟 번째, 특이한 점은 비자별로 발급절차에 소요되는 영사수수료(taxas e emolumentos consulares)를 상세히 동법 별표에서 규정하고 있다는 점이다.

3. 스위스

남한의 절반 정도의 면적을 지니는 스위스는 1815년부터 영구 중립국으로 인정받았고 독일, 프랑스, 이태리, 오스트리아, 리히텐슈타인과 국경을 맞대고 있으며 여러 민족이 혼재하면서 주변 국가의 언어를 공용어로 사용해 왔기 때문에 공식적 언어만 하더라도 독일어와 프랑스어, 이탈리아어, 로망슈어 네 가지나 되는 만큼 외국인 정책이나 이민행정을 어떤 식으로 꾸려가고 있는지 흥미롭지 않을 수 없다.

스위스는 2005년 12월 16일자 법률인 ‘외국인에 대한 연방법’(Federal Act on Foreign Nationals)을 통해 스위스에서의 외국인의 출입국, 거주, 가족 재결합, 통합 촉진을 도모해오고 있다(동법 제1조 참조).⁵⁹⁾

특기할 만한 사항으로 입국과 통합의 원칙을 규정하고 있다는 점인데, 입국의 원칙으로는 유급근로자인 외국인의 입국은 경제 전체의 이익 차원에서 허용되며 스위스의 사회환경 및 고용시장에 대한 지속적인 통합가능성이 결정적이고 스위스의 문화적 과학적 필요가 고려되어야 한다고 규정된 외에 입국허가와 관련해서는 국제법 의무, 인도주의적 사유, 가족결합의 필요성이 인정되는 경우에 입국허가되어야 한다고 규정하며 입국 결정시에는 인구학적 사회적 발전도 고려되어야 함을 명시하고 있다(동법 제3조). 통합의 원칙과 관련해서는 연방헌법의 가치 및 상호존중과 관용을 기반으로 하여 내국인과 외국인의 공존을 목적으로 삼고, 통합을 통해 장기 거주 외국인이 스위스의 사회·경제·문화에 참여할 수 있도록 하는 한편, 통합을 위해 외국인의 의지와 내국인의 열린 마음을 요구하며, 외국인의 책무로서 스위스의 환경에 적응하고 특히 언어를 배우도록 요구하고 있다(동법 제4조).

그리고 외국인법은 체류자격, 체류기간, 입국허가, 체류허가에 대해 모두 법률로 규정하고 있다. 특징적인 것은 체류자격에 대해서 별도로 규정하고 있지 않고 비자가 필요한 경우와 그렇지 않은 경우로 대별하고 비자가 필요한 경우 체류자격과 비자가 결합된 형태로 규정되어 있으며, 체류자격의 분류도 비자의 목적(노동, 가족결합 등)에 따른 분류 방식이 채택되어 있으며, 체류기간도 기본적으로 법률에서 규정하고 있는바 단기체류허가·거주허가·영주권허가별로 기간을 달리 정하고 있다. 예컨대, 다음과 같다.

58) 비자발급의 성격에 관한 두 가지 견해에 관해서는 이현수, 앞의 글, 97면 참조.

59) <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20020232/201801010000/142.20.pdf>
(스위스 연방 외국인법, 2018년 법률 기준, 최종방문 2018.05.10.)

법 제11조(유급고용의 체류기간에 대한 허가요건)

1. 스위스에서 근로하고자 하는 외국인은 체류기간과 관계없이 허가가 필요하다. 이 허가를 위해서는 근로예정지 관할당국에 신청해야 한다.
2. 유급고용이란, 보수가 실제 지급되었는가 여부와 관계없이, 일반적으로 보수를 목적으로 수행되는 급여를 받는 여하한 활동 또는 자영인의 활동이다.
3. 급여를 받는 고용의 경우, 허가 신청은 사용자에 의해 제출되어야 한다.

법 제34조(영주허가)

1. 영주허가는 조건 없는 무기한 체류가 부여되는 것이다.
2. 외국인은 다음의 경우 영주허가가 부여될 수 있다.
 - a. 단기체류나 거주허가를 받아 스위스에 최소 10년 동안 거주했고, 지난 5년 동안 중단 없이 거주허가가 유지된 자
 - b. 제62조에 관해서 철회 사유가 없을 것
3. 정당한 이유가 있다면, 보다 단축된 요건기간 후에 영주허가가 부여될 수 있다.
4. 성공적으로 통합된 자에게 영주허가가 부여될 수 있는데, 특히 거주허가로 지난 5년간 중단없이 체류하였고 당사자가 국어에 대한 상당한 조예를 가진 경우이다.

... 이하 생략

또한 인적숙성을 기준으로 하여 체류를 인정할 수 있는 경우로서 무국적자를 규정하고 있다. 노동과 관련하여 내국인 우선의 원칙을 규정하고 있는 것도 색다르게 보인다.⁶⁰⁾

다만 입국허가에 대해서 별도로 규정하여 규율하고 있다. 예컨대, 다음과 같다.

법 제18조 유급고용 외국인은, 다음의 경우, 근로자로 일할 수 있도록 입국될 수 있다.

- a. 경제 전체의 이익을 위한 경우
- b. 사용자의 신청서가 제출된 경우
- c. 제20조~제25조의 요건이 충족된 경우

4. 정리

체류자격의 규정 방식에 대하여 외국의 사례를 우리나라와 비교하여 살펴보면, 다음과 같이 정리할 수 있겠다.

	체류자격 규정	체류자격 유형	체류기간 규정	체류자격-비자 관계
한국	행정입법	매우 복잡	행정입법	분리형
일본	법률	비교적 복잡	법률+ 행정입법	분리형
브라질	법률	비교적 간소화	행정입법	일체형
스위스	법률	간소화(법률에 散在)	법률	일체형

체류자격의 규율과 관련하여 어떤 국가의 입법이 가장 타당한가를 단정할 수는 없

60) 브라질의 경우 외국인 노동의 문제와 관련하여 노동법전에서 내국인 3분의2 이상 할당 원칙을 규정하고 있다.

다. 왜냐하면, 외국인의 체류자격에 대한 규율은 그 타당성과 관련하여 어느 국가를 막론하고 획일적이고 공통적인 어떤 이상적인 기준이 있는 것이 아니라 외국인을 바라보는 관점이나 태도 등이 국가마다 다르고 또한 외국인정책이나 이민행정의 역사적·사회적·정치적·문화적 배경도 모두 다를 수밖에 없기 때문이다. 그러므로 체류자격이라는 것이 보편적 인간의 동일한 문제를 다루는 것이 아니라 외국인이라는 집단을 둘러싼 역학구조 및 질서형성의 문제를 다루는 것인 만큼 체류자격에 관한 비교법적 연구에 있어서는 주체의 성격상 비교대상 국가 간에 정치적·사회적·역사적 맥락이 함께 고려될 필요가 있다는 점도 유의하여야 할 것이다.⁶¹⁾ 그렇지만 그럼에도 불구하고 비교대상 국가들의 경우에는 체류자격에 관한 내용들이 기본적으로 법률에서 규율되고 있다는 점을 간과하여서는 안 된다.

V. 결론

현대 행정의 특성상 법률의 규율밀도가 낮아지는 것이 불가피하고 법률유보 원칙과 포괄위임금지 원칙의 요청도 완화될 수밖에 없다. 그러나 법치주의를 채택하고 있는 이상 이러한 원칙들을 포기할 수는 없다. 이민행정의 분야가 다른 행정영역과 본질적으로 다른 것으로 분리되어 취급될 이유가 없다. 법률유보 원칙이나 포괄위임금지 원칙을 적용하기 위해 본질적 사항인지, 위임이 구체적인지 판단할 때는 규율대상의 성질, 기본권 제한의 효과 등을 고려하여 판단하는바, 이민행정이 가지는 특수성도 그 안에서 고려되면 충분하다. 이민행정에 관한 사항이 주권적 사항이라고 주장하면서 법률의 규율밀도가 낮아도 된다고 단정해서는 안 되며, 국내법 질서로 편입된 이상 법치행정의 적용을 받아야 할 뿐이다. 이민정책에 관한 결정이 본질적 사항이라면 국회에서 결정하여야 하고(법률유보의 원칙) 비본질적 사항이라도 시민의 권리·의무에 영향을 주는 사항이라면 법률의 위임이 필요하고 그 위임은 구체적이어야 한다(포괄위임금지의 원칙).⁶²⁾

2018년 개정 출입국관리법은 체류자격과 관련하여 몇 가지 종류와 기준에 대해 거칠게라도 규정을 함으로써 기존에 시행령에 모든 것을 위임했던 방식에서는 조금이나마 벗어났다. 그러나 시행령 별표에 있는 내용에서 변경된 것은 없고 또 법률의 개정으로 인해서 법률의 내용과 시행령의 내용 간의 정합성이 존재한다고 보기도 어려워 실질적으로는 종전과 달라진 것은 없다고 보여서 법률의 개정은 상당히 한계가 있는 불완전한 상태인 것으로 판단된다.

61) Otto Kahn-Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law", *Modern Law Review* 37, 1974, pp. 20~27.

62) 최계영, 앞의 논문, 48면.

그렇지만 큰 변화를 위해서는 작은 시작이 필요한 것이기에 향후의 증대될 사회적 요구를 예상한다면 출입국관리법 전반에 걸친 개편이 필요할 것이고 이 과정에서 체류자격에 관한 내용들이 보다 더 체계적으로 정리되고 논의되어 법률에 반영되는 단계로 진행될 것이라 예상된다. 비록 다른 분야이긴 하지만, 노동행정 분야의 법률인 「산업재해보상보험법」의 경우를 예로 들자면, 1964년부터 시행되었던 「산업재해보상보험법」은 당초 업무상 재해의 규정만 간단히 있었고 업무상 재해의 구체적인 유형이나 내용은 모두 시행규칙에 위임되어 있었다가 우리나라가 산업화되면서 관련된 재해가 많이 발생하고 업무상재해 성립 여부를 다투는 사건 역시 증가하자, 업무상재해 관련 유형들이 정비되어 시행령으로 규정되어 왔으며, 현재는 거의 대부분의 유형과 요건이 법률에 규정되고 세부적인 사항들만 행정입법으로 보충되는 단계로 이행되어 왔다.

내 이웃에 누가 살고 있는가라는 문제는 남의 문제가 아닌 바로 나의 문제다. 왜냐하면 나의 삶에 긍정적이든, 부정적이든 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 외국인에 대해서도 마찬가지이다. 이민행정이나 외국인정책의 문제는 점점 더 중요성이 커져갈 것인 만큼, 그 정비에 대한 사회적 요구도 증대될 것이다. 따라서 체류자격에 관한 내용도 향후 보다 체계적으로 정리되어 결국 중요한 내용은 법률에 모두 규정되는 단계로 이행될 수밖에 없을 것이라고 전망된다.

체류자격 제도의 동향 및 개편 방향

법무부 체류관리과
사무관 김명훈¹⁾

< 목 차 >

1. 들어가는 글
2. 체류자격 제도의 변천사
3. 93년 체제의 문제점: (1) 총체적 분석
 - 3.1. 체계성의 부족과 과소범주화
 - 3.2. 수요자 접근성 저하
 - 3.3. 소결: 범주화의 필요성
4. 93년 체제의 문제점: (2) 취업활동 체류자격의 문제점
 - 4.1. 외국인 취업활동 개황
 - 4.2. 취업활동 관련 체류자격의 문제점 및 개선방향
5. 체류자격 개편(안) 소개
6. 나가는 글

1. 들어가는 글: 체류자격 제도의 의미

대한민국에 합법적으로 입국하는 모든 외국인은 출입국관리법(이하 ‘법’) 제 12조에 따라 출입국관리공무원이 행하는 입국심사를 거치는 시점부터 동법 제 10조에 따른 ‘체류자격’이라는 법적 지위를 부여받는다. 법 제 17조에 따라 모든 외국인은 그 체류자격과 체류기간의 범위 내에서 체류할 수 있으므로, 체류자격은 외국인의 합법적 체류를 규율하는 기본 틀을 의미한다.

현행 체류자격 제도의 구체적인 내용은 출입국관리법 시행령(이하 ‘시행령’) 별표 1에 규정되어 있다.²⁾ 시행령 별표 1에는 외교(A-1)에서 방문취업(H-2)에 이르기까지 총 36개 체류자격 규정되어 있으며, 체류자격 내에 각목으로 세분화된 항목을 모두 합하는 경우 그 개수는 73개로 늘어난다.³⁾

1) 본 글은 법무부의 공식 입장이 아닙니다. 인용 시에는 출처를 명확히 밝혀주시기 바랍니다.
2) 법률 제 15492호, 출입국관리법 일부개정법률안에 따라, 9월부터 시행 예정인 개정 출입국관리법에 따르면, 체류자격은 ‘일반체류자격’과 ‘영주자격’으로 구분되고, 일반체류자격은 다시 90일 이하의 기간 동안 머물 수 있는 ‘단기체류자격’과, 90일을 초과하여 거주할 수 있는 ‘장기체류자격’으로 구분된다.

별표의 기본 틀에서 알 수 있듯이 체류자격의 규정 방식은 ‘체류자격에 해당하는 사람 또는 외국인의 활동 범위’이다.⁴⁾ 후술하겠지만, 현행 체류자격 규정 방식에 대한 주요 문제점 중 하나로 지적되는 것이 ‘사람’과 그 ‘활동범위’가 혼재되어 있다는 것이다. 즉 신분을 나타내는 체류자격과 활동을 규정한 체류자격이 혼재되어 있으며 이것을 시행령 별표1의 구성 방식에서 쉽게 유추할 수 있다.

체류자격은 국내에서 체류하는 외국인의 법률관계 형성의 출발점이 된다. 한국 입국 및 체류를 희망하는 외국인은 기본적으로 법무부장관이 발급한 유효한 사증을 소지(법 제7조)하여야 하며, 따라서 1차적으로 공관에서 체류자격 해당여부를 심사받아 사증을 발급⁵⁾받고, 입국 시 해당 사증에 기재된 체류자격과 체류목적이 부합하는 지 여부를 재차 심사받게 된다. 이러한 심사를 거쳐 최종적으로 체류자격에 부합하는 합법적인 체류가 시작되는 것이다.

외국인이 본래 부여받은 체류자격의 틀 안에서 인정되지 않는 행위를 하는 경우, 당연히 법적 제재의 대상이 되며, 특히 국내 취업활동은 법적으로 한정된 체류자격을 보유한 외국인에 대해서만 제한적으로 허용되며, 이는 외국인의 취업활동이 국내 노동시장에 부정적 영향을 미치지 않도록 하기 위함이다.⁶⁾

한편, 체류자격 제도는 국민의 사법상 행위와도 밀접한 관계를 맺고 있다. 대표적으로 혼인은 기본적으로 사법상 계약에 해당되나, 국민과 혼인하여 ‘배우자’의 지위에서 한국에 체류하려는 외국인은 법무부장관이 별도로 정하는 ‘체류자격’ 해당 여부를 심사받아야 한다. 이는 체류자격 해당성이 사법상 혼인계약의 유효성과는 별도로라는 것을 의미하며, 이를 통해 체류자격 제도가 외국인의 공·사법상 생활관계의 기본 틀을 형성한다는 것을 알 수 있다.

이와 같이 체류자격 제도는 외국인을 규율하는 기본적인 정책 틀이다. 이러한 점을 인식하면서 본 글에서는 ‘93년 도입된 현행 체류자격 제도의 연혁을 간략하게 살펴보고, 체류자격 제도에 대한 진단을 바탕으로 현재 법무부에서 추진하고 있는 체류자격 개편의 주안점 및 개편안에 대해서 살펴볼 것이다.

3) 법 시행령 별표1 ‘체류자격에 해당하는 사람 또는 활동범위’에서 다시 목으로 세분화하여 규정한 경우를 모두 합하는 경우 73개이다. 신분 또는 활동범위에 따라 목이 세분화되는 방식으로 규정되어 있으나, 일관된 것은 아니어서, 방문취업(H-2) 체류자격의 경우 가목은 ‘해당하는 사람’을 규정하고, 나목은 ‘활동범위’를 규정하고 있다.

4) 이러한 체류자격 규정방식은 일본·미국의 자격부여방식에서 공통적으로 찾아볼 수 있는데, 한국의 경우 체류자격이 사람과 활동범위를 모두 규정하고 있다는 점에서 미국 방식에 가깝다고 할 수 있다. 관련하여, 清水隆雄, “外国人政策の変遷と各種提言”, 人口減少社会の外国人問題: 総合調査報告書, 2008, 참조

5) 다만 조약 또는 일방적 선언에 근거하여 특정 국가의 국민들은 사증발급을 면제받게 된다.

6) 출입국관리법 시행령 제7조 제5항은 ‘법무부장관은 취업활동을 할 수 있는 체류자격에 해당하는 사증을 발급하는 경우에는 국내 고용사정을 고려하여야 한다.’고 규정하여 국내 노동시장 보호를 천명하고 있다. 동 조항은 1993년 출입국관리법 시행령 전부개정으로 추가되었다.

2. 체류자격 제도의 변천사: 법령 개정 연혁을 중심으로

1963년 3월 법률 제1289호로 제정된 출입국관리법은 제8조에서 ‘외국인으로 서 입국하고자 하는 자는 각령이 정하는 입국자격(오늘날의 체류자격)을 가져야 한다’고 규정하면서, 시행령 제7조 제1항에서 16개의 체류자격을 열거하고 있다. 당시 시행령 제7조에 따른 입국자격의 종류는 아래 <표1>과 같다.

<표1> 제정 출입국관리법상 입국자격의 구분

입국자격의 구분
1. 대한민국정부가 승인한 국가의 외교관, 영사 또는 그의 가족 및 수행원
2. 대한민국정부가 승인한 외국정부 또는 국제연합기구의 공무를 수행하는 자와 그의 가족 및 수행원
3. 대한민국정부와의 협정에 의하여 외교관 또는 영사와 유사한 특권과 면제를 향유하는 자와 그의 가족 및 수행원
4. 외국의 신문, 방송, 잡지, 영화 기타 보도기관으로부터 파견되는 자
5. 종교상의 활동을 하기 위하여 외국의 종교단체로부터 파견되는 자
6. 산업상의 특수한 기술기능을 제공하기 위하여 초청되는 자
7. 무역에 종사하거나 사업 또는 투자활동을 하려는 자
8. 학술연구기관 또는 교육기관에서 연구지도 또는 교육을 하려는 자
9. 학술연구기관 또는 교육기관에서 특정연구를 하거나 교육을 받으려는 자
10. 예술상·학술상의 활동을 하려는 자
11. 연극·연예·연주·운동경기 그 밖의 흥행업을 하려는 자
12. 거주하려는 자
13. 대한민국에 있는 친척 및 친지를 방문하려는 자
14. 대한민국을 통과하려는 자
15. 관광객
16. 제4호 내지 제10호에 해당하는 자의 배우자 및 20세미만의 자녀 (다만, 배우자 없는 자에 한한다)

입국자격 제도의 큰 틀이 마련된 후, 입국자격이 추가되거나 폐지되고, 나눠 어졌다가 다시 합쳐지기도 했으나 전체적인 틀은 그대로 유지되었다. 그 후 주목할 만한 제도 개편은 1984년 출입국관리법 시행령 전부 개정이다. 동 개정으로 입국자격이 체류자격으로 변경되어 오늘에 이르게 되었으며 90일 이하로 체류 가능한 ‘단기체류자격’ 제도를 규정함으로써 장기체류자격과 단기체류자격을 구분하여 규정하는 현 체류자격 제도의 근간을 마련하게 되었다. (표2 참조)

<표2> 체류자격 구분 (1984년 출입국관리법 시행령 제9조)

체류자격의 구분
1. 외교관·영사와 그 가족 및 수행원
2. 외국정부 또는 국제기구의 업무를 수행하는 자와 그 가족 및 수행원
3. 대한민국 정부와의 협정에 의하여 거류신고 및 외국인등록이 면제되거나 이를 면제할 필요가 있다고 인정되는 자와 그 가족
4. 관광·통과·방문·요양·시찰·회의참석·상담·단기연수·친선교환경기·문화예술 그밖에 이와 유사한 목적으로 단기간 체류 하고자 하는 자
5. 외국의 신문·방송·잡지 그밖에 보도기관의 파견원으로 국내에 주재하거나 단기간 취재활동을 하고자 하는 자
6. 외국의 종교단체 또는 사회복지단체로부터 파견되거나 국내의 종교단체 또는 사회복지단체로부터 초청되어 종교 또는 사회복지활동을 하고자 하는 자
7. 산업상의 특수한 기술·기능을 제공하기 위하여 국내의 공·사기관으로부터 초청된 자
8. 외국회사의 주재원으로 근무하거나 무역 그밖에 영리사업을 위한 활동에 종사하고자 하는 자
9. 외자도입법의 규정에 의한 외국인투자기업에 종사하고자 하는 자
10. 전문대학 이상의 교육기관 또는 학술연구기관에서 전문분야의 교육 또는 연구지도에 종사하고자 하는 자
11. 국내의 공·사 기관 또는 개인에게 고용되어 근무하고자 하는 자
12. 전문대학 이상의 교육기관 또는 학술연구기관에서 정규과정의 교육을 받거나 특정의 연구를 하고자 하는 자
13. 대한민국의 공·사기관에서 산업상의 기술·기능을 연수하거나 기타 제12호의 규정에 의한 교육기관 또는 학술연구기관외의 교육기관 또는 단체 등에서 교육 또는 연수를 받고자 하는 자
14. 수입을 목적으로 한 연예·운동경기 그밖에 흥행을 하고자 하는 자
15. 가족동거·피부양·가사정리 그밖에 이와 유사한 목적으로 체류하고자 하는 자
16. 대한민국에 계속 거주하여 생활의 근거나 국내에 있는 자, 그의 배우자 및 출생자녀와 국민의 배우자
17. 제5호 내지 제14호에 해당하는 자의 배우자 및 20세미만의 자녀로서 배우자가 없는 자
18. 제1호 내지 제17호에 해당하지 아니하는 자로서 법무부장관이 정하는 자

이어 1993년 출입국관리법 시행령 전부개정에서 처음으로 체류자격 규정이 시행령 본문에서 별표로 분리되었으며, 영문 알파벳 대문자와 숫자가 결합된 형태의 체류자격 구분기호가 법령에 처음 규정되었으며 체류자격별 상한이 함께 기재되었다.⁷⁾ 여기에 95년 관광취업(H-1) 자격이 신설되고, 98년 재외동포(F-4)자격 및 연수취업(E-8)이 신설⁸⁾, 2002년 영주(F-5) 자격이 신설되었으며,

7) 당시에는 체류자격별로 체류기간의 상한이 규정되어 있었으며, 동 상한을 초과하여 체류하려는 외국인은 법 제26조에 따른 갱신허가(최대 2회)를 받아 지속 체류할 수 있었다. 체류자격별 상한은 1997년 체류기간갱신제도 및 상한제가 폐지됨에 따라 삭제되었다.

8) 2007년 6월 폐지

이어 2003년 비전문취업(E-9) 자격을 신설되었다. 이어 2004년 내향선원(E-10, 2007년 선원취업으로 변경)자격이 신설되었고 2007년 방문취업(H-2) 자격이 신설되었으며, 2008년 구직(D-10)자격이 신설되었다. 이어 2011년 상용(C-2)자격이 폐지되고, 결혼이민(F-6)자격이 신설되어 최종적으로 오늘날과 같은 틀을 갖추게 되었다.

주목할 것은 외국인의 취업활동과 직결된 체류자격 제도의 변천이다. 표2에 나타난 1984년 체류자격 체제에서, 취업활동에 종사하는 외국인은 7호(산업기술의 지도), 10호(교수), 11호(일반취업), 14호(연예·공연) 등으로 규정되어 있었다. 이것이 1993년 체류자격 제도 개편 및 별표 신설에 따라 전면적으로 개편되어 오늘날과 같은 직종별 취업체류자격⁹⁾ 체계를 갖추게 된 것이다.

결론적으로 오늘날의 체류자격 제도의 원형은 1993년 시행령 별표1 신설 및 취업 관련 체류자격 개편이라고 할 수 있다. 그 이후 2018년에 이르기까지 크고 작은 정책적 변화가 있었으나, 큰 틀에서 이른바 ‘93년 체류자격 체제’의 패러다임에는 변화가 없었다고 말할 수 있다.

3. 93년 체제의 문제점: (1) 총체적 분석

93년 시행령 별표1 신설과 함께 도입된 체류자격 규정은 84년 규정의 문제점을 상당부분 개선하였다는 데 의미가 있다. 알파벳과 숫자로 구성된 구분기호, 체류자격 해당 신분 또는 활동에 대한에 대한 비교적 상세한 규정 등은 84년 체류자격 규정과 대비되는 93년 규정의 특징이다.

이러한 장점에도 불구하고, 93년 도입된 현행 체류자격 규정은 25년 간 큰 변화 없이 유지되면서 오늘날 많은 문제점을 노정하고 있다. 이 절에서는 현행 체류자격 규정의 총체적인 문제점에 대하여 살펴본다. 이어 다음 절에서는 취업활동 관련 체류자격의 문제점을 집중 분석한다. 이어 살펴볼 체류자격 개편안(안)은 이러한 문제점 분석 결과에 따른 대응을 담고 있다.

3.1. 체계성의 부족과 과소범주화

93년 체류자격의 기술 순서는 기본적으로 직전 84년 규정을 기준으로 하고 있다. 이에 따라 기존 시행령 제9조에 규정되어 있던 체류자격들은 이에 따라 A계열(외교, 공무, 협정), B,C계열(단기체류자격)이 순서대로 편제되었다. 다만 D계열(문화예술~무역경영)과 E계열(교수~특정직업)은 5호 내지 14호에 혼재되어 편제되어 있던 것이 나름대로의 체계를 갖추게 되었다.

그러나 지난 25년 간의 체류·사증정책 변화에 따른 체류자격 신설 및 폐지

9) 교수(E-1), 회화지도(E-2), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문직업(E-5), 예술흥행(E-6), 특정직업(E-7)

를 반영하면서, 오늘날 시행령 별표1은 체계성이 떨어지는 문제를 안고 있다. 단적인 예는 바로 기타(G-1) 자격이다. 93년 당시 기타(G-1)자격을 마지막 체류자격으로 편제한 것은 84년 규정을 기준으로 한 것인데, 그 뒤로 관광취업(H-1)자격, 방문취업(H-2) 자격이 추가되면서, 전체적인 체계성이 훼손되었다.

세부적으로 살펴보면 체계성 부족의 문제점은 더욱 여실히 드러난다. 전문한 관광취업(H-1)자격과 방문취업(H-2)자격은 성격이 완전히 다르다. 관광취업은 워킹홀리데이(Working Holiday) 활동을 위하여 입국하는 외국인을 대상으로 하는 자격인 반면, 방문취업은 38개 단순노무활동에 종사하거나 친족방문·상용활동 등의 활동을 위하여 방문하려는 재외동포를 대상으로 만들어진 자격이다.

D계열 체류자격들 역시 같은 문제점을 안고 있다. 비영리 문화예술 활동 종사 외국인을 위한 문화예술(D-1) 자격, 해외 소재 법인으로부터 파견되는 필수 전문인력 등을 위한 주재(D-7)자격, 개인사업에 종사하는 외국인을 위한 무역경영(D-9)자격, 취업활동에 종사하기 위한 전단계로서 구직활동에 종사하고자 하는 외국인을 위한 구직(D-10)자격들은 성격이 전혀 다른 집단임에도 불구하고 같은 D계열에 포섭되어 있다.

이와 같은 체계성의 부족으로 인하여, 현행 체류자격 체계는 유사한 성격의 집단을 범주화하지 않음으로 말미암아 발생하는 **과소 범주화**의 문제점을 안고 있다. 상이한 성격의 체류자격들이 동일한 범주에 포섭되고 비슷한 성격의 체류자격이 전혀 다른 범주로 규정되어 있어 시행령 별표1을 접하는 정책수요자는 쉽게 혼란을 겪는다. 혼란을 겪는 정책수요자를 일관된 틀 안에서 안내할 수 있는 심층적인 구성원리는 현재의 시행령 별표1에서는 발견되지 않는다. 이는 후술하는 접근가능성 부족의 문제와 직접적으로 연결된다.

3.2. 수요자 접근성 저하

상술하였듯이 현행 시행령 별표1은 일관된 구성원리나 체계성을 찾기 어려우며 따라서 기본적인 접근가능성이 떨어진다. 즉 시행령 별표1을 처음 접하는 국민 또는 외국인은 자신이 어떤 체류자격에 해당하는지 찾기 어렵게 된다. 체류자격 정보는 한국에 입국하고자 하는 외국인에게 필수적·기본적인 정보이므로, 동 정보에 대한 접근비용이 높아지면 외국인들의 입국 비용 자체가 증가하는 것이다.

체류자격 내 각목을 살펴보면 더욱 복잡하다. 특히 거주(F-2)자격에는 투자 이민자, 난민, 숙련기능인력 등 다양한 집단이 포섭되어 있어 그 성격을 바로 파악하기 어렵다. 실무에서 거주(F-2) 자격은 높은 수준의 혜택을 누리는 자

격으로 인정되며, 그 취득을 위한 요건도 타 자격에 비하여 까다롭다. 그러나 시행령 별표1만을 보면, 고액투자자·난민·영주권 상실자·비전문취업(E-9) 장기경력자가 모두 포함되어 혼란을 야기한다.

기업투자(D-8)자격의 각목 또한 수요자의 접근성을 떨어뜨리는 구성 방식을 택하고 있다. 기업투자(D-8)자격은 가목, 나목, 다목 등 3개 세부항목으로 구성되는데, ‘기업투자’라는 명칭과는 달리 각목 어디에도 ‘투자자’가 현출되어 있지 않다.¹⁰⁾ 실무적으로는 가목에 포섭시켜 사증을 발급하고 체류자격을 부여하나, 처음 별표1을 보는 외국인은 당황할 수밖에 없는 구조이다.

결과적으로 외국인은 현행 시행령 별표1에 규정된 체류자격을 보면서 자신의 체류 경로를 설계하기 어렵게 된다. 물론 복잡한 시행령 별표1을 해석하기 위한 지침서를 마련하고, 이주 경로를 설계할 수는 있지만 그보다 더 바람직한 것은, 체류자격 제도의 기본 틀인 시행령 별표1을 알기 쉽고 접근하기 쉽게 설계하는 것이다.

3.3. 소결: 범주화의 필요성

큰 틀에서 분석한 현행 체류자격 제도의 일반적 문제점은 구성원리 없는 체류자격의 평면적 나열로 인한 과소 범주화 및 그에 따른 체계성 부족 문제와 그로 인하여 야기되는 접근 가능성의 저하 문제로 요약될 수 있다. 이 밖에도 동반가족 유입의 증가, 국제인권법의 발달과 난민법 제정 등 이민정책적 환경 변화를 고려한 체류자격의 신설 및 재정비가 시급하게 요구되고 있다. 이러한 문제점을 인식하면서, 법무부의 체류자격 개편안은 우선 체류자격을 성격별로 범주화한 별도 범주의 신설·시행령 별표1 각목에 혼재된 체류자격들의 분리·통합을 통한 체계성 확보에 주안점을 두고 있다. 자세한 개편안의 내용에 대해서는 후술하기로 한다.

10) 시행령 별표1 17. 기업투자(D-8) 각목은 다음과 같다.

- 가. 「외국인투자 촉진법」에 따른 외국인투자기업의 경영·관리 또는 생산·기술 분야에 종사하려는 **필수전문인력**(국내에서 채용하는 사람은 제외한다)
- 나. 지식재산권을 보유하는 등 우수한 기술력으로 「벤처기업육성에 관한 특별조치법」 제2조의2제1항제2호다목에 따른 **벤처기업을 설립한 사람** 중 같은 법 제25조에 따라 벤처기업 확인을 받거나 이에 준하는 사람으로서 법무부장관이 인정하는 사람
- 다. 다음의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 지식재산권을 보유하거나 이에 준하는 기술력 등을 가진 사람 중 법무부장관이 인정한 **법인 창업자**
 - 1) 국내에서 전문학사 이상의 학위를 취득한 사람
 - 2) 외국에서 학사 이상의 학위를 취득한 사람

4. 93년 체제의 문제점: (2) 취업활동 체류자격의 문제점

4.1. 외국인 취업활동 개황

취업활동 관련 체류자격의 문제점을 분석하기에 앞서, 외국인 경제활동의 현황을 개괄적으로 살펴본다. 통계청-법무부 공동 주관 ‘2017년 이민자 체류실태 및 고용조사’에 따르면 국내 외국인 취업자는 약 **83만 4천명**으로, 국내 전체 근로자 1,544만 명의 약 5.3%에 해당한다. 법무부 시스템 등재 취업가능 체류자격¹¹⁾ 별 외국인 체류 현황을 살펴보면 아래와 같다.

<표3> 취업가능 자격 보유 장기체류 외국인 현황 (2018.1.)¹²⁾

교수(E1)	선원취업(E10)	회화지도(E2)	연구(E3)	특정활동(E7)	E계열 기타 (E4~E6)
2,397	15,519	14,076	3,142	20,677	4,057
비전문(E9)	거주(F2)	재외동포(F4)	영주(F5)	결혼이민(F6)	방문취업(H2)
273,865	40,556	414,668	136,365	121,247	226,284

※ 장기체류 외국인은 총 1,589,219명이며 그 중 취업가능 비자 보유 외국인은 1,272,853명 (약 80%)

한편, 현재 법무부는 외국인 취업 체류자격 중 E계열 자격을 통계청 고시 한국표준직업분류를 기준으로 비전문인력 및 전문인력 자격으로 구분하고 있다. 이러한 기준에 따르면 **비전문인력 체류자격에는 비전문취업(E-9) 및, 선원취업(E-10) 자격이** 해당하고, **전문인력 체류자격에는 E-1(교수)부터 E-7(특정활동)에 이르는 7개 자격이** 포함된다.¹³⁾ 이러한 전문인력/비전문인력 체류자격과 함께 노동시장 접근에 거의 제한이 없는 방문취업(H-2), 거주(F-2), 재외동포(F-4), 영주(F-5), 결혼이민(F-6) 자격에 해당하는 체류외국인 중 20대 이상 외국인의 연령대별 현황을 살펴보면 아래 표와 같다.

11) 법 제18조 제1항 및 시행령 제23조에 따르면 취업활동이 가능한 외국인은 아래와 같다.

① 단기취업(C-4), 19. 교수(E-1)부터 25. 특정활동(E-7)까지, 25의3. 비전문취업(E-9), 25의4. 선원취업(E-10) 및 31. 방문취업(H-2) 체류자격 ② 시행령 별표 1 중 27. 거주(F-2)의 가목부터 다목까지 및 자목부터 카목까지의 어느 하나에 해당하는 체류자격을 가지고 있는 사람. ③ 시행령 별표 1 중 27. 거주(F-2)의 라목·바목 또는 사목의 체류자격을 가지고 있는 사람으로서 그의 종전 체류자격에 해당하는 분야에서 활동을 계속하고 있는 사람. ④ 시행령 별표 1 중 28의4. 결혼이민(F-6)의 체류자격을 가지고 있는 사람 ⑤ 그 밖에 F-4(재외동포), F-5(영주), H-1(관광취업) 체류자격 보유자

12) 관광취업(H-1, Working Holiday) 자격을 보유한 외국인은 1,747명은 제외

13) 주재(D-7), 무역경영(D-9) 자격 보유 외국인 중 기업 내부 전근자(intra-company transfer) 또는 법인 간 용역계약에 의한 서비스 공급자(contract service provider)는 고용계약을 근거로 체류하는 인원이 아니나 전문인력의 범주에 포섭시킬 수 있으며 그 규모는 3천여 명 정도이다.

<표4> E계열 자격 보유 외국인 연령별 현황 (20세 이상, 2018.1.)

구분	체류자격/연령	20 - 24	25 - 29	30 - 34	35 - 39	40- 44	45- 49	50세 이상	소계
전문 인력	교수 (E-1)	0	31	326	564	429	324	723	2,397
	회화 (E-2)	1,421	6,217	3,474	1,480	638	354	492	14,076
	연구 (E-3)	30	276	1,245	808	298	146	339	3,142
	특정활동 (E-7)	630	4,034	5,935	4,543	2,789	1,461	1282	20,674
	E계열 기타	440	901	864	562	341	222	606	3,936
비전문 인력	비전문취업(E-9)	27,918	86,099	78,281	49,648	21,836	6,902	3,180	273,864
	선원취업(E-10)	729	3,270	3,564	3,577	2,738	1,541	100	15,519
합계		31,168	100,828	93,689	61,182	29,069	10,950	6,722	333,608

<표5> 동포 · F계열 자격 보유 외국인 연령별 현황 (20세 이상, 2018.1.)

구분	체류자격/연령	20 - 24	25 - 29	30 - 34	35 - 39	40- 44	45- 49	50세 이상	소계
재외 동포	방문취업 (H-2)	-	13,117	27,328	23,787	23,472	36,943	101,636	226,283
	재외동포 (F-4)	10,333	37,243	46,688	35,238	27,040	33,650	221,085	411,277
기타	거주 (F-2)	811	3,119	6,425	4,355	2,920	3,204	9,730	30,564
	영주 (F-5)	1,919	7,191	16,501	17,614	13,415	16,426	54,322	127,388
	결혼이민 (F-6)	9,458	23,618	27,980	20,259	12,124	10,287	17,434	121,160
합계		22,521	84,288	124,922	101,253	78,971	100,510	404,207	916,672

현재 20대 외국인 (20세~29세) 중 취업이 가능한 자격을 보유한 이들은 총 238,805명인데, 이는 청년층 취업자 370여 만 명의 약 6.4%에 해당하는 수치이다.¹⁴⁾ 취업가능 자격을 보유한 20대 외국인 중 비전문인력(E-9, E-10) 체류자격 외국인이 차지하는 비율은 약 50% (118,016명)에 달한다.

이는 취업 활동 중인 청년층 외국인 중 상당수가 비전문인력이라는 것을 의미한다. 특히 동포를 제외한 비전문인력을 대상으로 하는 E-9 자격 보유자 (273,864명) 중 청년층이 차지하는 비율은 약 42%에 달하여, 노동시장에서 일반적으로 대체성이 높은 저숙련 · 저임금 외국인력이 주로 청년층 노동시장에 유입되고 있음을 알 수 있다.

결국 20대 청년층 노동시장에 유입되는 인력의 절대 다수는 비전문취업 자격 보유자이며, 전문인력 해당 외국인의 숫자는 많지 않다. 이는 노동시장에서 비전문인력 외국인과 내국인 청년이 경합하고 있을 가능성을 제기한다. 물론 특정 산업에서 비전문인력 외국인이 내국인 청년인력을 보완하는 방식으로 활용된다면 저숙련 외국인력 유입으로 인한 청년층 노동시장에의 부정적 영향에 대한 우려는 줄어들 것이나 이를 뒷받침하는 구체적인 자료는 아직 부족하다.¹⁵⁾

14) 통계청, 경제활동인구조사 2017년 12월 자료 기준

한편, 내·외국인 임금자료¹⁶⁾를 비교 분석하여보면, ① 전체 임금근로자 임금 분포와 비교할 때 외국인은 월소득 270~280만원 이하 구간에 집중적으로 분포하고 있으며(전체 90%이상) ② 국내 전체 임금근로자 중 50% 이상이 월소득 230~240만 원 이상에 해당하나, 외국인의 경우 240만 원 이상 근로자가 20% 미만에 해당하여 임금격차가 뚜렷하게 관찰되고 ③ 외국인 중 월소득 320만 원 이상에 해당하는 인원이 거의 없어 (5% 미만), 전체 임금근로자 중 320만 원 이상에 해당하는 근로자는 절대 다수가 내국인이라는 추론이 가능하다. 이는 국내 노동시장의 ‘이중적 이중구조’가 심화되고 있다는 방증이다.¹⁷⁾ 일반적으로 고임금 구간보다 저임금 구간에서 노동시장 보호의 필요성이 높으므로, 저임금 구간 외국인 경제활동에 대해서는 체계적인 관리가 필요하다. 저임금 외국인력의 유입이 내국인의 근로조건을 악화시키는 것을 막기 위하여, 국내 외국인 경제활동의 계량화와 노동시장 모니터링이 주기적으로 요구되고, 요건 강화를 통하여 내국인 근로조건을 악화시키는 경제활동을 제한할 필요가 있다.¹⁸⁾

저임금 · 외국인근로자 장기 고용에 따른 내국인 구축효과를 감소시키기 위한 정책 대응이라는 견지에서, 법무부는 2017년 고용노동부와 협의하여 고용허가제 도입 외국인근로자의 최장 체류기간을 10년 이내로 제한하는 시행규칙을 마련하여 지난해 11월 30일 시행하였다.¹⁹⁾

4.2. 취업활동 관련 체류자격의 문제점 및 개선방향

살펴본 것처럼 현재 한국 이주노동시장은 저임금 · 저숙련 외국인력 중심으로 구성되어 있으며, 따라서 고부가가치 성장산업으로의 인력 유입이 지지부진한 상황이다.²⁰⁾ 그 이유 중 하나는 현행 시행령 별표1로 대표되는 체류자격 제도의 신호발신 기능이 미약하기 때문이다. 즉 독점적 인적자본을 보유하고 국내 노동시장을 보완하는 해외 우수인재를 식별하기 위한 장치가 현행 시행령 별표1에는 마련되어 있지 않다.

15) 관련하여, 최경수, ‘외국인력 유입의 내국인에 대한 영향’, 2012, 경제학연구 제61집 제3호. ‘외국인력 및 이민 유입의 경제적 효과’, 2011, KDI 정책포럼 제239호, 최경수, 이규용 외, “이민현황 및 장기적 영향평가를 통한 이민정책 추진체계 개선방안 연구”, 2016, 경제·인문사회연구회 미래사회 협동연구총서 등을 참조하였으며, 이민 유입의 저숙련 · 저학력 계층에의 노동시장 효과와 관련한 최근의 논쟁과 관련하여 economist, ‘A new paper rekindles a tiresome debate on immigration and wages’, 2017. 6. 12. 참조

16) 법무부 보유 데이터베이스 (외국인 2015-2016 임금자료) 및 고용노동부(고용형태별근로실태조사, 2015) 통계자료 활용

17) 이중적 이중구조란, 전통적으로 국내 노동시장의 문제점으로 지적되어 오던 국민 내부의 노동시장 이중구조 (비정규직 및 정규직)와 더불어, 내·외국인 간 이중구조(상대적 고임금군에 속하는 국민인력 및 상대적 저임금군에 속하는 외국인력)가 문제가 되고 있다는 것을 지적하는 표현이다.

18) 제3차 외국인정책기본계획 주요 과제 “유입 체계 고도화 및 체류·국적 제도 개선”의 세부과제로 선정

19) 법무부령 제912호 ‘출입국관리법 시행규칙 일부개정령안’ 2017년 11월 30일

20) 이철희 · 김혜진, “산업·직종별 노동시장 특성과 외국인 근로자 비중에 관한 실증분석”, 2018년 4월

물론 사증·체류자격 제도가 해외 우수인재의 국내 노동시장 진입여부를 결정짓는 주된 변수는 아닐 것이다. 그러나 **일본·호주·캐나다·중국** 등 주요 국가들이 신속하게 우수인재 식별 및 우대를 위한 점수제(point-system) 사증·취업허가 제도를 마련하고 있다는 점을 고려한다면, 한국 또한 우수인재가 보다 낮은 비용으로 보다 신속하게 노동시장에 진입할 수 있도록 별도 자격 신설 등 정책 대응을 적극적으로 펼칠 필요가 있다.

보다 구체적으로는, 국내 노동시장을 보완하는 고임금 우수인재에 대하여 사증심사, 입국, 체류 등의 전 과정을 우대하는 사증·체류자격 경로를 설계하되, 시장 임금만으로 식별하기 어려운 노동시장 보완성을 평가하기 위하여 산업통상자원부·과학기술정보통신부·고용노동부 등 관계부처·공공기관의 협업을 통한 기관추천제를 보다 활성화할 필요가 있다.

다음 절에서는 앞에서 살펴본 체류자격 제도의 일반적 문제점과 취업체류자격의 문제점을 개선하기 위한 법무부 체류자격 개편안(안)의 내용과 개편 주안점을 간략히 살펴본다.

5. 체류자격 개편(안) 소개

법무부 출입국·외국인정책본부는 현행 체류자격 제도가 안고 있는 문제점을 인식하면서, 21세기 행정패러다임에 부합하는 체류자격 제도로의 전면적인 개편을 준비하고 있다. 현재 수립된 체류자격 개편(안)의 주요 특징을 살펴보면 다음과 같다.

우선 ① 외교·공무, 경제, 교육·문화, 가족 등의 성격별 중범주 신설을 통하여 정책 수요자의 접근가능성을 근본적으로 제고하였으며 ② 다양한 성격이 혼재된 기존 체류자격을 정비하여 하나의 체류자격에는 하나의 성격을 가진 집단이 포섭되도록 하였으며 ③ 우수인재를 위한 별도의 체류자격을 신설하여 우수인재 유치라는 정책적 목표를 천명하였고 D계열에 포섭된 구직·인턴을 취업분야의 최상위로 위치시켜 범주를 명확하게 하였다.

또한 ④ 난민법에 따라 국내 체류가 허가된 ‘인도적 체류허가자’를 위한 별도 체류자격을 신설하여 안정적 체류를 지원하고 종래 기타(G-1) 자격에 일괄 포섭되어 있던 범죄피해자 및 산재 치료·요양자 등을 위한 ‘인도적 보호’ 자격을 신설하여, ‘인도적 사유’라는 범주로 포섭하였다.

아래 표는 새롭게 시행될 시행령 별표1의 모습을 담고 있다. 전체적으로, 기존 체류자격의 기본 틀은 유지하되, 전체 및 체류자격 단위별 일관성 및 체계성을 확보하고자 노력하였다. 극소수를 제외한 대부분의 체류자격은 그대로 유지되며 범주만이 변경되게 된다.²¹⁾

<표6> 체류자격 개편에 따른 시행령 별표1 및 新舊 자격대조표

(1) 장기체류자격

중범주(소범주)		新체류자격	신구대조
외교·공무		외교	舊 외교(A-1)
		공무	舊 공무(A-2)
		협정	舊 협정(A-3)
경제	취업	구직·인턴	舊 구직(D10), 창업제외
		우수인재	신 설
		교수 ~ 선원취업	舊 교수(E1)~선원(E10)
	투자·창업	투자	舊 기업투자(D8), 舊 거주(F-2) 중 공익투자이민 등 관련 자격 포섭
		창업	舊 경영(D9), 구직(D10) 중 창업 관련 자격 포섭
	주재·취재	주재	舊 주재(D7), 경영(D9) 중 파견 관련 자격 포섭
		취재	舊 취재(D5)
교육·문화		연수	舊 기술·일반연수(D3, D4)
		유학	舊 유학(D2) 및 연수(D4) 일부
		문화·종교	舊 문화예술(D1), 종교(D6)
		관광취업	舊 관광취업(H1)
동포		재외동포	舊 재외동포(F4)
		방문취업	舊 방문취업(H2)
가족		결혼이민	舊 결혼이민(F6)
		동반가족	舊 동반(F3)
		일시방문	舊 방문동거(F1)
인도적 사유		인도적 체류허가자	舊 기타(G1) 중 인도적 체류허가자
		인도적 보호	舊 기타(G1) 중 범죄피해자, 산재 치료중인 자 등
기타		거주	舊 거주(F2)
		임시	舊 기타(G1) 중 난민

21) 이번 발제문에 수록되는 체류자격 개편안에는 영주(F-5)가 제외되어 있다. 영주자격은 금년 출입국 관리법 개정으로 법적으로 일반체류자격과 독립된 자격이 되었다. 향후 영주자격 또한 개편안에 포함 시킬 예정이다.

(2) 단기체류자격

중범주	新체류자격	신구대조
관광 · 방문	면제협정	舊 사증면제(B-1)
	일방면제	舊 관광통과(B-2)
	단기방문	舊 단기방문(C-3), 단기취업(C-4)
취업	전문취업	舊 단기취업(C-4)
	계절근로	신 설

보다 구체적으로 범주별 특징을 살펴보면 다음과 같다. 우선 “경제” 범주는 다른 범주들과는 달리 **취업, 투자·창업, 주재·취재**라는 세 가지 소범주로 보다 세분화하였다. 이러한 범주화를 통해 국내 취업과 투자를 희망하는 외국인은 종전보다 수월하게 본인이 취득하여야 하는 체류자격을 확인할 수 있게 된다. 우선 **우수인재 체류자격 신설**을 통하여 국가경쟁력에 기여하는 해외 우수인재를 식별하여 우대할 수 있는 제도적 기반을 마련하였고, **투자 및 창업 체류자격** 정비를 통해 여러 자격에 산발적으로 규정되어 있던 투자 및 창업 관련 자격을 각 자격에 맞게 적절히 포섭하여 접근 가능성을 높였다.

다음으로 D계열에 일괄 포섭되어 있던 **교육·문화** 관련 체류자격들을 하나의 범주에 포섭하되, 연수와 유학으로 나누어 편제하고 상호 간섭이 발생하던 양 체류자격의 내용을 명확하게 분리 규정하였다. 또한 ‘재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률’에 따른 재외동포에게 부여되는 자격이라는 공통점을 갖는 재외동포(F-4) 자격 및 방문취업(H-2) 자격을 ‘**동포**’라는 하나의 범주로 포섭시켰으며, 방문취업(H-2) 자격과 상이한 성격을 갖는 관광취업(H-1) 자격은 그 성격에 맞게 **교육·문화** 범주로 포섭시켰다.

또한 중대한 범죄의 피해자로 피해 회복을 위하여 국내 체류의 필요성이 인정되는 외국인 및 국내 취업활동 중 발생한 산업재해로 인하여 치료요양 중인 외국인 등 인도적 견지에서 체류허가가 필요한 대상을 위한 ‘**인도적 보호**’ 자격을 신설하며, 난민법상 ‘**인도적 체류허가자**’를 위한 별도 자격을 신설하여 향후 국민건강보험법 등 다른 법률에 의한 법적 지원을 두텁게 받을 수 있도록 하였다. 또한 농·어촌의 계절적 인력수요에 대응하기 위한 법무부-지자체 협업 프로그램인 **계절근로 프로그램 참여자**를 대상으로 하는 별도 체류자격 신설도 그 내용으로 하고 있다.

6. 나가는 글

지금까지 법무부가 추진 중인 체류자격 개편안의 수립 배경과 안의 기본 내용을 살펴보았다. 이번 체류자격 개편 작업의 주된 목표는 수요자 중심 행정·이민정책적 가치를 창출하는 체류자격 제도를 만드는 것이다. 저출산 고령화가 고착화되고 이민정책의 중요성이 높아지면 높아질수록 이민정책의 세밀한 구성과 집행의 중요성은 날로 배가될 것이다.

체류자격 제도는 이민정책이 효과적으로 수립되고 집행되도록 하는 기본적인 바탕이다. 체류자격이 체계적으로 구성되어 있어야 외국인의 체류가 우리 경제·사회에 어떤 효과를 미치는 지 세밀하게 관찰할 수 있는 것이다. 또한 완성도 높은 체류자격 제도는 정확한 정책을 특정 집단에 펼치기 위한 기본적인 정책 틀이 된다.

이러한 체류자격 제도의 중요성을 고려할 때 총 체류외국인이 채 7만 명에 못 미치던 시절에 만들어진 현행 체류자격 제도의 틀이 바뀌어야 하는 것은 명백하다.²²⁾ 체격이 달라지면 그에 맞는 옷을 입어야 하듯, 체류 규모가 급격히 커지고 체류패턴이 다양화된 오늘날, 체류자격 제도의 개선을 위한 민·관·학 차원의 심도 있는 논의가 시급히 요구되고 있다. 체류자격 제도의 발전적 개선과 함께 한국이 이민정책적 가치를 창출하는 국가로 거듭나길 바라며 글을 맺는다.

22) 1993년 당시 총 등록 외국인은 66,688명. (2018년 1월 현재 1,589,219명 (거소신고 포함))

토론문

법무법인 공존
변호사 강성식

1. 장기보호문제 해결책으로서의 출입국·이민·난민 심판원

- 출입국관리법 제63조 제1항에 대한 최근의 헌법재판소 결정 2건은, 보호명령에 대한 중립적 기관의 통제 필요성을 제기함 -> 중립적 기관은 법원이 될 수도 있고, 제3의 기관이 될 수도 있음

- 그 중립적 기관이 법원이 되는 경우라면, 최계영 교수님께서 지적해주셨듯이 행정소송은 한계(제소기간, 위법판단기준시)가 있음

- 보호명령에 한정한다면 영장제도를 도입하거나, 인신보호청구를 이용하거나, 보호연장승인을 법원이 하도록 하는 등의 방식으로 법원이 보호명령에 대한 통제를 가하는 것이 가능함

- 그러나 장기보호문제가 발생하는 근본적인 원인을 해결하여, 장기보호 자체가 발생하지 않도록 하는 것이 더욱 바람직함

- 이일 변호사님께서 지적해주셨듯이, 2017. 10. 기준 일반적인 보호 외국인의 보호기간은 10일 내외이며, 장기 보호되어 있는 외국인의 장기보호 사유는 대체로 난민심사 및 난민소송임 -> 난민인정여부가 최종 확정되지 않았기 때문에, 출국시킬 수도, 보호를 해제하여 국내체류를 허가할 수도 없는 것임

- 따라서 핵심은 보호되어 있는 외국인에 대해서 난민인정여부를 신속하게 심사 및 확정하는 것임 -> 단, 신속성을 위해 충실한 심사 및 검토과정을 희생해서는 안 됨

- 난민심사는 출입국외국인청·사무소에서 1차 심사(난민신청)를, 법무부 난민과 및 난민위원회에서 2차 심사(이의신청)를 담당하고 있음

- 담당 공무원의 수가 턱없이 부족하며, 난민위원회는 비상설 기구로서 심사의 충실성 및 신속성 확보에 한계가 있음 -> 난민신청자는 2015년에 5,711명, 2016년에 7,541명, 2017년에 9,942명 -> 난민담당공무원 2015년 8명, 2016년 32명, 2017년 37명

- 난민 담당 공무원 인원 및 관련 예산을 늘리는 것은, 행정부처간 관계 등을 고려할 때 그 증가 속도에 한계가 있음

- 아예 김명아 박사님께서 제안해주신 것처럼 출입국·이민·난민심판원을, 또는 적어도 난민문제만을 심판하는 난민심판원을 신설하여 2차 심사를 담당하게 하면, 신설되는 기관이니만큼 예산 및 인력 확보에 유리할 수 있음 -> 상설기관이므로 충실하고도 신속한 심사도 가능할 수 있음(기존에 2차 심사를 담당하던 난민전담공무원들이 1차 심사에 추가적으로 배치될 수 있어 1차 심사 인력 부족문제도 완화됨) -> 심판원이 1심 소송을 대체하게 하는 경우 난민인정여부의 결정에 소요되는 전체 기간도 단축할 수 있음(난민사유가 없음에도 난민소송을 3심까지 진행하여, 소송 진행 중 한국 체류 및 취업을 피하는 악의적 난민신청자들의 절차 남용 유인도 감소시킬 수 있음) -> **결과적으로 보호되어 있는 난민신청자들의 보호기간이 감소됨**

- 폭증하는 난민신청자 문제에 적극적으로 대응하지 않는 경우 난민심사절차의 장기화는 불가피하며, 이로 인해 난민신청자의 장기보호로 인한 인권 침해 문제도 계속해서 발생할 우려가 있음 -> 그러한 상황에서 보호기간에 법정 상한을 두게 된다면, 강제퇴거명령을 받고 보호된 외국인이 난민신청을 한 후 보호기간의 상한까지 버티면 다시 국내체류가 허가될 수 있는바, 난민제도와 보호기간 상한제도를 국내체류의 수단으로 악용하는 유인을 제공하게 됨

참고. 형사사건에서 구속되었다가 집행유예를 선고받은 외국인의 장기보호

- 외국인이 형사범으로 구속되었다가 1심 판결로 집행유예를 선고받고 석방되는 경우, 일단 구치소·교도소에서 출입국외국인청·사무소로 인계된 후 강제퇴거명령 및 보호명령을 받고 강제퇴거 집행시까지 보호됨

- 검찰이 항소 및 상고하는 경우, 항소심 및 상고심이 계속되는 2~6개월 동안 보호소에서 계속 머물러야하는 문제가 발생함

- 이 경우 형사소송법 상 구속기간의 제한 규정도 적용되지 않기 때문에, 형사사건을 진행하는 법원은 절차 진행도 구속 사건만큼 빠르게 진행하지 않음

- 본인이 출국 의사를 표명해도 출국이 되지 않으므로, 집행유예를 선고받고 풀려났음에도 사실상 징역형을 선고받은 것과 유사한 효과

- 이 경우, 형사재판을 구속사건에 준하여 신속하게 진행할 수 있도록 입법적 보완이 필요할 것으로 보임 -> 예컨대, '형사재판이 계속 중임'을 사유로 강제퇴거집행이 미

루어진 상태에서 보호된 외국인에 대해서는, 특별히 단기간의 보호기간 상한을 정하는 규정이 필요할 수 있음

2. '입국금지사유 의존형 강제퇴거사유 규정' 문제의 해결방안 모색 : 과징금 제도

- 이현수 교수님께서 지적해주셨듯이, 입국단계에서의 배제사유(입국금지사유)를 그대로 체류 단계에서의 배제사유(강제퇴거사유)로 삼고 있는 현행 출입국관리법의 체계는, 입국 단계에서의 배제보다 체류 단계에서의 배제가 해당 외국인 및 그와 관계된 국민의 이익에 미치는 영향이 더 큰 점을 고려하면 바람직하지 않음

- 외국인이 국내에서 체류하며 형성한 인적·물적 관계 및 기반을 파괴할 가능성이 높은 강제퇴거의 경우, 그 결정에 있어 신중함이 요구됨 -> 성중탁 교수님께서도 강제퇴거에 있어 가족결합권이나 아동의 이익을 충분히 고려해야 한다고 지적하고 계심

- 출입국관리법 제102조 이하에서는 출입국관리법 위반사범, 즉 원칙적으로는 형사처벌이 되어야 하는 사람에게 법령에서 정해놓은 기준에 따라 범칙금을 납부하도록 하고 형사고발을 하지 않는 통고처분 제도, 즉 중간적 제재수단을 두고 있음

- 그러나 출입국관리법 제46조에 해당되는 강제퇴거대상자에 대해서는, 그와 같은 규정이 없음 -> '출국 또는 체류', 즉 '모 아니면 도'의 결정만 가능함

- 강제퇴거대상자에 해당하더라도, 특히 입국금지대상자로서 강제퇴거대상자가 된 경우 중 국익에 큰 위해가 되지 않는 경우로 한정하여, 법령에서 구체적으로 사유와 금액을 정하여 과징금을 납부하도록 하고, 체류를 허가하는 중간적·경제적 제재를 고려해볼 필요가 있음 -> 출국시키자니 당사자나 국민에게 너무 가혹하고, 아무런 제재 없이 체류를 허가할 경우 출입국관리 측면에 문제가 생길 수 있는 경우

- 현재는 입국금지 기간을 조정하는 방식으로 제재의 정도를 조정하고 있기는 하지만, 사증을 발급받기 어려운 국가의 경우 일단 강제출국을 당하게 되면 입국금지 기간이 모두 도과되고 난 이후라도 강제출국 전력 때문에 사증을 발급받기 어려워 재입국이 어렵기 때문에, 강제출국에 직면한 외국인들에게는 과징금을 납부하고서라도 체류하고자 할 충분한 유인이 있음

- 강제출국에 직면한 외국인들에게는 새로운 선택권을 부여하고, 국가 입장에서는 강제퇴거대상자에 대한 일정한 제재를 가함과 동시에 국고 수입도 확보할 수 있는 점을 고려하면, 고려해볼만한 방안임

3. 토론 - 외국인 불법취업과 관련된 범칙금과 이의신청 제도

- 실무과정에서 느끼는 문제점을 간략히 소개함
- 일선 출입국외국인청·사무소에 출입국사범으로 가장 많이 단속되어 오는 사람들은 불법취업 관련 외국인 및 고용주임 -> 대체로 범칙금 처분을 받게 됨
- 범칙금 부과에 대해 이의제기를 할 수 있는 방법은 오로지 범칙금 미납 후 형사고발에 이은 형사재판절차뿐임(출입국관리법 제105조 제2항)
- 형사재판 절차로 이행되면 범칙금 처분과 달리 형사처벌을 받고 범죄경력이 생기게 될 가능성이 생기고, 강제출국 가능성도 높아짐 -> 이의제기에 따른 불이익이 커서, 누구도 이의제기를 할 생각을 하지 못함
- 불법취업의 경우, 특히 H2(38개 단순노무 업종)와 F4(단순노무 이외의 업종)의 경우 취업가능한 업종들을 출입국관리법령에서 규정하고 있는데, 수많은 세부 업종들이 새로 생기면서 중간적인 성격의 업무를 수행하는 일도 많아지는 현실을 고려하면 실제 취업이 제한되는 업종에서 취업을 한 것인지 불분명한 경우가 많이 발생함 -> 억울하게 단속되는 일이 생길 수 있음
- 단속된 외국인 입장에서는 억울하게 단속되었다는 생각이 들더라도, 이의제기를 할 경우 감수해야 하는 불이익이 너무 크므로, 범칙금을 납부하고 마는 경우가 대부분임
- 그러나 최종적으로 범칙금을 납부하더라도, 일선 출입국외국인청·사무소에서 범칙금을 부과하는 과정에서는, 부과하는 출입국관리공무원과 부과받는 외국인 간에 언쟁이 일상적으로 일어나고 있으며, 각종 민원이 발생하고 있음 -> 범칙금 부과에 대해서도 불이익 발생 우려가 없는 이의신청 절차를 만들 필요성이 있을 것으로 보임
- 대표적인 범칙금 제도인 교통 범칙금의 경우, 납부하지 않으면 즉결심판에 회부되어 판사의 판단을 받을 수 있음 -> 즉결심판의 경우 「형의 실효등에 관한 법률」 제5조 제1항 제1호가 수사자료표 작성의 예외로 인정하고 있어, 즉결심판에서 받은 벌금은 범죄경력으로 남지 않음(이의신청에 따른 불이익 없음)

입국금지사유와 강제퇴거사유의 조응관계에 관한 일 고찰¹⁾

이 현 수

(건국대학교 법학전문대학원 교수)

- 목 차 -

- I. 예비적 고찰 : 힘과 법 사이의 외국인
- II. 입국금지사유 및 강제퇴거사유 개관
- III. 입국금지사유와 강제퇴거사유 간의 관계-비교법적 고찰
- IV. 맺음말

I. 예비적 고찰 : 힘과 법 사이의 외국인

오늘날 인류의 국경간 이동이 일상적인 일이 되면서 세계의 거의 모든 나라들이 외국인에 대하여 어떠한 법적 처우를 해야 하는가의 문제를 고심하고 있다. 외국인의 법적 처우 문제는 입국과 체류, 출국의 전 단계에서 제기되는데, 물론 이러한 문제가 비교적 최근이야 비로소 인류의 관심사가 된 것은 결코 아니다. 서구의 신대륙 발견과 식민지배의 단초가 되었던 대항해 시대에 에스파냐의 국제법학자였던 Francisco de Vitoria (1483-1546)는 인류의 자유로운 이동권을 주장하면서 외국인의 입국자유를 옹호하는 견해를 제시한 바 있다.²⁾ 그러나 과학기술의 발달로 인류의 전지구적 이동현상이 전례 없이 증가하면서 외국인과 국경의 법적 규율 문제는 정도의 차이는 있지만 세계 여러나라들의 공통관심사가 되었다. 물론 근대적 국가성이 주권 개념과 결부되면서 국민과 영토에 대한 배타적 지배야말로 국가라는 정치체의 고유한 속성이라

1) 미완성 상태의 원고이므로 본 원고 내용의 인용은 학술지 투고 및 게재 이후에 하여 주시기를 부탁드립니다.

2) 물론 그의 견해에 대해서는 당시 에스파냐의 신대륙 침략의 정당화라는 시각에서 주장된 것에 불과하다는 시각이 지배적이다. Beatriz Salamanca, "Early Modern Controversies of Mobilities within the Spanish Empire: Francisco de Vitoria and the Peaceful Right of Travel", *International Journal of Humanities and Social Sciences* Vol:10, No:1, 2016 ; Ramón Hernández, "The Internationalization of Francisco de Vitoria and Domingo de Sotro", *Fordham International Law Journal* Volume 15 Issue 4, 1991, 1031.

는 관점이 널리 정착되었고 외국인을 영토 내로 들일지 말지를 결정하는 것은 국가의 주권행사의 일환이라고 보는 견해가 확고한 위치를 차지하게 되었다. 주권과 헌법의 관계 또는 힘과 법의 관계는 공법학자들의 고전적인 탐구 주제이지만 특히 외국인이 라는 피사체를 가운데 두었을 때에는 날 것으로서의 힘을 앞세우는 견해와 힘을 제어하는 당위로서의 법을 앞세우는 견해가 보다 극명하게 대립되기 마련이다.³⁾ 예컨대 이민자의 나라인 미국의 건국초기에도 시민 아닌 자에게 헌법이 적용되어야 하는가에 관하여 치열한 다툼이 있었다. 이에 대해서는 사회계약론(social contract theory)적인 입장과 Emer de Vattel(1714-1767)의 자연법론적 국제법이론(naturalist international law)에 토대를 둔 입장이 대립되었다. 의무의 상호성에 주목하는 사회계약론에 토대한 입장에서는 외국인이 미국의 법질서에 복종한다면 그는 사회계약의 일방 당사자인 것으로 여겨야 하고 따라서 국가는 그를 시민과 대등하게 보호할 의무가 있다고 주장하였다.⁴⁾ 그러나 연방주의자들은 Vattel이 1758년 프랑스어로 출간한 “Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle”에서 제시한 다음과 같은 견해를 추종하여 ‘주권자’는 외국인에 대해서 절대적인 통제력을 갖는다는 입장을 택하였다.

모든 국가는 외국인의 입국이 당해 국가를 명백한 위험에 빠뜨리거나 분명한 해악을 끼치는 경우, 해당 외국인을 영토에 들이기를 거부할 권리가 있다. 국가가 스스로에게 지고 있는 의무인, 자신의 안전을 돌볼 의무로부터 바로 이러한 권리가 도출된다. 그리고 국가의 자연적 자유의 관점에서, 상황상 외국인의 입국을 허락하는 것이 정당한지 여부를 판단하는 것은 국가의 몫이다... 그리하여, 또한 어떤 외국인이 시민의 미풍을 타락시키거나 종교적인 혼란을 야기하거나 공공의 안전에 반하는 무질서를 야기할 것이라고 염려할 정당한 이유가 있다면 국가는 당해 외국인을 어디론가 보내버릴 권리도 누린다. 이러한 관점에서 국가는 신중함이 명령하는 바를 따를 권리를 가지며 심지어 그렇게 할 의무까지도 있다.⁵⁾

그리하여 외국인도 모종의 권리를 갖는 존재이어야 한다는 입장은 이후 미국의 주요 문헌과 판례들에서는 그다지 위력을 발휘하지 못하는 처지가 되었고, 시민과 국가 간에는 민주주의, 법치주의에 토대한 관계설정이 무르익어 가던 와중에도 외국인의 지위는 법의 영역이 아닌 힘의 영역에 오랫동안 맡겨져 있었다.⁶⁾ 즉, 외국인의 출입

3) 이철우, “주권과 인권의 사이에서: 이민법의 구조”, 이주민법연구, 6쪽에서는 주권을 국내 주권, 상호 의존주권, 국제법적 주권, 베스트팔렌 주권으로 구별하면서 국경통제권력을 상호의존주권으로 자리매김하고 있는 크라스너(Stephen Krasner)의 견해를 소개하고 있다.

4) 예컨대 Albert Gallatin은 미국 헌법에서 ‘시민’이라는 단어를 사용하기보다는 ‘person’이라는 단어를 사용하고 있는 것은 외국인에게도 해당 조항이 적용되게끔 하기 위한 것으로 보아야 한다고 주장한 바 있고 John Tayer는 외국인들에게 권리를 부인하는 것은 공화주의 원칙에 어긋난다고 주장하였다. Vanessa B. Beasley, Who Belongs in America?: Presidents, Rhetoric, and Immigration, Texas A&M University Press, (2006), p. 151.

5) Emer de Vattel, Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, lib 1, c. 19, §§ 230, 231.

6) 다른 한편으로는, Vattel의 언명을 비롯하여 외국인 관련 규율의 ‘주권성’을 강조하고 있는 고전적 문헌들에 대한 상세한 분석을 통해 외국인과 관련한 주권의 절대성을 주장하는 견해들 역시 역사적으로는 상대적일 뿐임을 밝히고 있는 문헌으로는 James Nafziger, The general admission of aliens

국규제가 한 나라의 주권의 행사에 해당하기 때문에 대외적으로는 다른 외국들은 주권국의 외국인 출입국규제에 간섭할 수 없음은 물론이요, 대내적으로는 기타의 일상적인 행정작용들에 대해서 당연히 적용되고 있는 합법성 통제기제가 외국인 출입국규제행정에는 미치지 않는다는 것이다. 따라서 외국인에게는 입국을 허락할지 여부는 국가의 전적인 공익성 여부 판단에 맡겨져 있고, 외국인의 입국을 거부 내지 금지하는 결정을 내리거나 영토 내 소재하고 있는 외국인을 영토로부터 배제하는 결정을 내리더라도 이유제시를 할 의무는 없으며 이러한 결정은 사법심사의 대상이 아니라는 관점이 오랫동안 외국인의 지위를 지배하는 견해로 자리잡게 되었다. 이처럼 외국인에 대한 출입국 규제권한을 기본적으로 주권과 연계하여 이해하는 입장은 우리나라의 경우에도 마찬가지로 예컨대 헌법재판소는 “출입국관리에 관한 사항 중 외국인의 입국에 관한 사항은 특히 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역”이라고 성격규정하고 있으며(헌재 2014. 4. 24. 2011헌마474 ; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87 참조) 국가인권위원회도 “외국인은 대한민국에 입국할 자유가 보장되지 아니한다. 입국의 경우 각 주권국가는 자국에 있어서 바람직하지 않다고 인정하는 외국인의 입국을 거부할 권한을 가지고 있다는 것이 국제관습법상 확립된 원칙이다”라고 결정한 바 있다(국가인권위원회 결정례 2003. 7. 28. 02진인2181, 03진인1124 병합결정).

그러나 다른 한편으로는 외국인의 출입국을 규제할 힘은 분명 헌법적 한계 내의 것으로서 주권은 그 토대가 되지 못한다는 주장도 설득력 있게 제시되고 있다. 외국인의 입국을 배제하거나 출국을 강제할 힘이 주권으로부터 나온다는 말은 결국 이들 힘이 헌법 위에 존재한다는 말과 다름 없다. 하지만 국가가 자국민의 입국을 저지할 힘이 없다는 데서 드러나듯, 누구를 영토내로 들어오게 할지 말지를 결정하는 힘은 이미 일정한 법적 제약하에 있다고도 볼 수 있다는 것이다.⁸⁾ 이처럼 외국인의 출입국을 통제하는 국가의 힘은 헌법을 뛰어넘는 예외적 힘으로서의 주권에 의해 오로지 뒷받침되는 것은 아니며, 일차적으로는 국가와 국가 사이의 법에 의하여, 그리고 이차적으로는 외국인과 국가 사이의 법의 규율에 의해 포착되어야 할 대상으로 바라보는 시각

unter international law, 77 American Journal of International Law, 804, 1983, 818-819.

7) 외국인에 대한 출입국행정작용이 주권의 본질적 속성상 당연한 것이라고 지적하고 있는 견해로는 차용호, 한국이민법, 2015, 253, 517쪽.

8) 이러한 견해를 잘 보여주는 예가 Mandel 사건에서 제시된 마샬 대법관의 반대이견이다. Kleindienst v. Mandel, 408 U.S. 753 (1972) 774-85 (Marshall, J., dissenting) “ours was a government of limited powers, unlike the tyrannies our founding fathers opposed, whose powers were absolute; the first amendment was intended to limit the powers of Congress. If, as in most cases, the power to exclude is based upon sovereignty, rather than on the Constitution, and if, as the government invariably argues, it may be totally delegated to executive officers, then the executive (in this case, the consul) has been placed beyond the reach of the law. This writer submits that this could not be the case. Certainly no consul has the right to exclude a United States citizen from the country. Some authorities believe that there are federal constitutional restraints on Congress's power to exclude and its power to delegate that power to executive officers, and that reliance on “sovereignty” is no basis for overriding these restraints.”

도 힘을 얻어가고 있다. 그리하여 많은 나라들에서 이미 외국인의 출입국통제를 법률로 규율하고 있는데, 특히 외국인의 입장에서는 입국단계에서는 자신이 들어가기를 희망하는 특정 국가가 어떤 사유를 들어 자신의 입국을 저지할 수 있는지를 염려하지 않을 수 없고 이미 입국하여 특정 국가의 영토 내에 소재하고 있는 외국인의 입장에서는 체류국의 공권력이 어떤 사유를 들어 자신을 체류국의 영토 밖으로 내칠 수 있는지가 지대한 관심사가 될 수밖에 없다. 전자, 즉 국가가 외국인의 입국을 바람직하지 않다고 여겨 허락하지 않을 때, 그러한 결정을 정당화하는 사유들을 이른바 입국금지사유라고 하고 후자, 즉 영토 내 소재하고 있는 외국인에게 그 존재가 바람직하지 않다고 여겨 영토로부터 배제하는 결정을 정당화하는 사유를 강제퇴거사유라고 하는데, 이 두 사유들의 관계를 어떻게 설정할 것인가의 문제는 주요국의 입법자들이 차이 없이 고심하고 있는 바이기도 하다. 이 두 사유가 모두 '적당하지 않은' 외국인을 배제하는 것과 관련이 있으며 다만 사전적 배제나 아니면 사후적 배제나라는 시간차원의 차이만 있을 뿐이라고 본다면 이 둘은 거의 유사한 내용들로 채워지게 될 것이다. 반면 시간이 인간의 삶에 만들어 놓은 흔적들, 즉 외국인이 입국 후 체류하는 과정에서 만들어지게 된 공동체적 삶의 연계성에 주목한다면 입국금지사유와 강제퇴거사유는 질적인 차이가 있을 수밖에 없다고 주장하게 될 것이다. 이러한 관점에서는 힘과 법 사이의 외국인의 좌표는 고정된 것이 아니며 상황에 따라 힘 쪽으로 보다 강하게 견인될 수도 있고 법 쪽으로 보다 강하게 견인될 수도 있는 역동성을 가지고 있으며 특히 어떤 외국인을 국가가 어떻게 대하느냐의 문제가 국민의 삶에 모종의 영향을 보다 강하게 미치게 되는 경우라면 당해 외국인이 처할 자리는 민주주의, 법치주의라는 헌법원리의 우산 아래로 더 가까워져야 한다는 주장도 가능할 것이다.

이하에서는 우리 출입국관리법제가 정하고 있는 입국금지사유와 강제퇴거사유를 개관한 뒤 우리 법제가 취하고 있는 입장을 진단하여 보고, 이러한 입장에 대해 제기될 수 있는 다양한 의문점들을 미력이나마 점검해보고자 한다.

II. 입국금지사유 및 강제퇴거사유 개관

1. 입국금지사유

(1) 입국금지의 개념

입국금지사유를 살펴보기 이전에 먼저 입국금지의 개념을 명확히 하기 위하여 인접 개념과의 차이점에 대하여 살펴보기로 한다. 출입국관리법상의 입국금지와 입국불허는 특정 외국인이 대한민국에 바람직하지 않은 존재인지에 대한 판단을 포함한다는 점에서 일정부분 공통점도 있으나 다음의 점에서 차이가 있는 별개의 행위이다. 첫째, 입국금지(결정)는 법무부장관이 직권에 의해 또는 관련기관의 장의 요청에 의해 행사하는 권한인 반면(법 제11조 제1항, 법시행령 제14조) 입국불허는 출입국항에서 출입

국관리공무원이 입국심사를 거쳐 행사하는 권한이다(제12조 제4항). 둘째, 입국금지는 해당 외국인이 입국을 희망하여 사증이나 입국허가의 발급을 신청하였는지와 무관하게 이루어지는 반면, 입국불허는 출입국항에서 입국을 신청한 외국인에 대하여 발하여진다(출입국관리법 제11조 제1항). 따라서 법무부장관의 입국금지 그 자체는 대상 외국인에게 고지되거나 통지되지 않고 해당 외국인의 자료는 정보화업무처리지침에 따라 관리될 따름이며(법시행령 제13조)⁹⁾ 해당 외국인이 재외공관장에게 사증발급을 신청하였거나 또는 출입국항에서 출입국관리공무원에게 입국허가신청을 하였을 때 비로소 활용되는, 행정내부의 정보로서의 기능을 수행하게 된다.¹⁰⁾ 또한 입국금지사유와 입국불허사유 역시 구별되는데, 입국금지에서는 외국인이 출입국관리법 제11조 제1항 소정의 사유에 해당하는지만이 고려되는 데 반하여 입국불허의 사유로는 입국금지사유 뿐 아니라 여권과 사증의 구비 여부, 입국목적과 체류자격, 체류 기간, 지문 및 얼굴에 관한 정보의 제공 여부 등도 고려된다(법 제12조 제4항, 제12조의2 제2항).

(2) 입국금지사유의 상세

출입국관리법 제11조 제1항은 입국금지사유로 공중위생상 위해(제1호), 총포·도검·화약류의 불법적 반입(제2호), 국가의 이익·공공의 안전에 대한 위해(제3호), 경제·사회질서 또는 선량한 풍속에 대한 위해(제4호), 강제퇴거전력(제5호), 공공의 부담(제6호), 일본전범(제7호), 기타 사유(제8호)를 정하고 있으며 공직선거법에서도 국외에서 공직선거법이 금지하는 행위를 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우를 외국인의 입국금지사유로 정하고 있다(법 제218조의31 제1항 본문). 이러한 출입국관리법상 규정을 일별하는 것만으로도 입국금지사유들에는 평가적인 요소가 개입되는 정도나 규율의 밀도 등의 관점에서 볼 때 매우 이질적인 사유들이 혼재되어 있음을 알 수 있다. 예컨대 동조 동항 제1호에서 정하고 있는 사유, 즉 감염병환자, 마약류중독자, 그 밖에 공중위생상 위해를 끼칠 염려나 제2호에서 정하고 있는 사유, 즉 총포·도검·화약류 등을 위법하게 가지고 입국하려한다는 등의 사유는 제3호의 대한민국의 이익이나 공공의 안전, 제4호의 사회질서나 선량한 풍속에 비하여 법집행자의 평가적인 정신활동이 현저히 적게 개입하는 입국금지사유라고 할 것이다. 마찬가지로 강제퇴거전력이거나 일본 전범 관련 사유도 대한민국의 이익이나 선량한 풍속에 대한 위해라는 사유에 비하여 금지결정을 내리는 자의 가치관이나 세계관이 개입할 여지가 상대적으로 적다고 볼 수 있다.

이처럼 입국금지사유들이 이질적이라는 점으로부터 과연 다양한 입국금지사유들의 확인과 입국금지결정 사이에서 행정의 수행하는 역할이 모두 동질적인가라는 의문이

9) 출입국기록관리 및 정보화업무처리지침 (법무부훈령 제919호).

10) 반면, 입국금지결정이 행정쟁송법상의 처분으로서의 성질을 가진다라는 전제하에 입국금지결정과 사증발급거부처분 사이에 하자가 승계된다고 본 판결로는 서울행정법원 2014. 11. 20. 선고 2013구합 59590 판결.

제기될 수 있다. 즉, 입국금지사유를 정하고 있는 출입국관리법과 공직선거법은 모두 법무부장관이 해당 외국인의 입국을 ‘금지할 수 있다’고 규정하고 있는데(출입국관리법 제11조 제1항, 공직선거법 제218조의31 제1항 본문) 이로부터 모든 경우의 입국 금지가 과연 행정의 재량적 결정사항인 것인가라는 아니면 일정한 입국금지사유인 경우에는 반드시 입국금지를 해야 할 기속을 받는가의 문제가 제기된다.

(3) 입국금지사유인 적용단계

입국금지사유는 외국인이 한 국가의 영토 외에 있느냐 아니면 영토 내에 있느냐를 불문하고 일관되게 그의 지위를 정하는 중요 요소로 작용한다. 먼저 외국인이 입국을 하기 위하여 사증을 발급받아야 하는 경우, 사증발급 소관청은 해당 외국인에게 입국 금지사유가 있는지 여부를 심사하여야 한다. 물론 사증발급을 발급받기 위해서 갖추어야 할 요건 내지 서류들은 사증의 유형에 따라 천차만별이지만, 모든 유형의 사증에 공통적으로 적용되는 소극적 요소가 입국금지사유 해당성이다. 외국인이 어렵사리 사증을 발급받았다 하더라도 사증만으로 국경을 자유로이 건너게 되는 것은 물론 아니다.¹¹⁾ 사증 그 자체가 입국허가는 아니며 다만 입국허가의 추천 정도라고 보는 관점에서는 외국인은 재외공관에서 사증을 발급받았다 하더라도 출입국항에서의 입국심사를 거쳐 출입국관리공무원의 입국허가를 받아야 한다. 외국인의 입국허가 신청에 대하여 출입국관리공무원이 가부간에 결정을 내릴 때 반드시 고려해야 할 요소가 바로 입국금지사유 해당 여부이다. 입국허가를 받아 적법하게 입국 및 체류를 하고 있는 외국인이라 하여 입국금지사유로부터 자유로워지는 것은 아니다. 영주의 체류자격을 가진 자의 경우에는 강제퇴거사유가 제한적으로만 규정되어 있으나 이를 제외한 기타의 외국인의 경우에는 입국금지사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 것은 강제퇴거사유 가운데 하나이므로 외국인은 결국 입국, 체류, 출국 전 과정을 거쳐 입국금지사유인 지배하에 있게 된다(법 제46조 제1항.제2항).

2. 강제퇴거사유

(1) 강제퇴거의 개념

강제퇴거란 출입국관리법을 위반하였거나 대한민국의 이익을 해할 우려가 있는 외국인에 대하여 그 외국인의 의사에 반하여 대한민국 영토 밖으로 강제적으로 출국시키는 것을 말한다.¹²⁾ 외국인을 영토 내에서 배제할 권리는 주권국가의 속성으로서 해당 외국인의 국적국은 이에 상응하는 (수용)의무를 진다는 것이 확립된 국제관습법이다.¹³⁾ 이로부터 국민은 자신의 국적국에 입국할 권리를 가지며 국가는 자국민에게는

11) 사증의 연혁과 기능, 사증과 입국허가, 사증과 체류자격의 관계에 대해서는 이철우/이희정 외 8인 공저, 『이민법』, 박영사 2017, p. 93-98 참조.

12) 이철우/이희정 외 8인 공저, 『이민법』, 207쪽.

입국 또는 체류의 권리를 부인할 수 없다는 것도 확립된 국제법원칙이다. 반면 국제법상으로는 외국인에게는 국적국이 아닌 국가에 들어갈 일반적인 권리는 인정되지 않는다. 그러나 국가가 바람직하지 않다고 여기는 외국인을 영토 밖을 배제하는 것 역시 헌법보다 상위의 힘으로서의 주권에 근거한 것으로 보는 입장에 대해서는 외국인의 입국에서와 마찬가지로 지적이 가능하다. 즉, 일상적인 상황에서 헌법 위에 존재하는 힘을 가정하는 것은 헌법국가에서는 더 이상 용인되지 않는다는 것이다.

한편 강제퇴거는 송환과 구별하여야 한다.¹⁴⁾ 강제퇴거는 조사, 보호, 심사결정이라는 절차를 거쳐 강제퇴거명령에 뒤이은 송환으로 이어지게 된다는 점에서 송환이 강제퇴거명령의 집행으로서 이루어지는 경우도 있으나 출입국관리법이 '제11조에 따라 입국이 금지'된 외국인을 송환의 대상으로 규정하고 있는 점에서 알 수 있듯이 송환은 강제퇴거명령을 전제로 하지 않을 수도 있기 때문이다(법 제76조 제1항 제2호).

다만 제11조에 따른 입국금지는 행정 내부의 정보제공행위에 불과하고 이것이 외국인을 상대방으로 하여 법적 규율성 있는 행위로서 현출되는 단계는 재외공관에서의 사증발급 거부 또는 출입국항에서의 입국불허라고 보는 관점에서는 제11조에 따른 입국금지자를 송환 대상으로 규정하는 것은 문제가 있다. 이에 관해서는 이하의 3. 검토에서 보다 자세히 살펴보기로 한다.

(2) 강제퇴거사유의 상세

강제퇴거사유는 세 가지 유형으로 구분될 수 있는데, 출입국 관련사유, 체류 관련사유, 그리고 범죄가 그것이다.

가. 출입국 관련 사유

출입국과 관련된 강제퇴거 사유로 출입국관리법은 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증 없이 입국한 경우(법 제46조 제1항 제1호), 거짓된 사실의 기재나 거짓된 신원보증 등 부정한 방법으로 외국인을 초청하거나 그러한 초청을 알선하는 행위, 거짓으로 사증 또는 사증발급인정서를 신청하거나 그러한 신청을 알선하는 행위를 한 외국인 또는 그러한 허위초청 등의 행위로 입국한 경우(제2호), 입국금지사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 경우(제3호), 입국하는 출입국항에서 출입국관리공무원의 입

13) Fripp, p. 324.

14) 송환이라는 용어는 우리의 입법실무에서 출입국관리법 (제56조 제2항, 제62조 제3항) 이외에도 국군 포로의 송환 및 대우 등에 관한 법률, 6·25전쟁 납북피해 진상규명 및 납북피해자 명예회복에 관한 법률, 국제형사사법 공조법, 난민법 (제3조 강제송환의 금지), 선원법(제19조 재외국민의 송환) 등에서 사용되고 있다. 물론 이들 법률들에서 사용하는 송환 개념이 모두 동질적이라고 할 수는 없을 것이다.

국심사를 받지 않은 경우나 외국인의 불법출입국하게 할 목적으로 선박등이나 여권, 사증, 탑승권 등을 제공한 경우(제4호), 조건부 입국허가를 받아 입국한 외국인이 그 조건을 위반한 경우(제5호) 각종 상륙허가를 받지 아니하고 상륙한 경우(제6호, 제7호), 출국할 때 유효한 여권을 가지고 출입국관리공무원의 출국심사를 받지 아니한 경우(제11호)를 들고 있다.

나. 체류 관련 사유

체류와 관련한 강제퇴거사유로는 체류자격의 범위를 벗어나거나 체류기간을 초과하여 체류한 경우, 외국인 고용제한을 위반한 경우, 체류자격 외 활동허가를 받지 아니하고 체류자격에 해당하는 활동과 함께 다른 체류자격에 해당하는 활동을 한 경우, 대한민국에서 출생하여 체류자격을 가지지 못하고 체류하게 된 외국인이 법에서 정한 기간 내에 체류자격을 부여받지 못한 경우, 체류자격 변경허가를 받지 아니하고 다른 체류자격에 해당하는 활동을 한 경우, 체류기간 연장허가를 받지 아니하고 체류기간을 초과하여 체류한 경우(제8조), 근무처의 변경허가.추가허가를 받지 아니하고 근무처를 변경하거나 추가한 경우, 근무처의 변경허가.추가허가를 받지 아니한 외국인을 고용하거나 고용을 알선한 경우(제9호), 법무부장관이 제한한 거소 또는 활동의 범위 등 준수사항을 위반한 경우(제10호), 외국인등록의무를 위반한 경우(제12호)가 있다.

다. 범죄 관련 사유

출입국관리법이 범죄와 관련하여 강제퇴거사유를 규정하는 방식은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 하나는 형에 주목하는 방식으로서 죄목과 상관 없이 일정한 형 이상을 퇴거사유로 정하는 방식이고 다른 하나는 형의 경중이나 선고여부와 관계없이 일정한 죄목을 퇴거사유로 정하는 방식이다. 우리 출입국관리법에서는 이 두 방식을 모두 채용하고 있기 때문에 범죄 관련 퇴거사유의 해당성을 판단하는 과정에서는 퇴거사유간의 경합이 발생하게 된다. 먼저, “금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람”은 강제퇴거의 대상이 되는바(법 제13호) 다만 법문에서는 형의 선고라고만 규정하고 있을 뿐 실형으로 한정하고 있지는 않으므로 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받은 경우도 강제퇴거의 대상이 된다는 것이 하급심법원의 견해이다. 또한 집행유예의 선고를 받고 그 선고의 실효나 취소 없이 유예기간이 경과하여 형선고의 효력이 소멸하였다 하더라도 형선고의 법률적 효과만이 사라질 뿐 형선고의 사실이 소멸하는 것은 아니므로 이 경우 역시 강제퇴거 대상이라는 것도 하급심 법원의 입장이다.¹⁵⁾

나아가 일정한 범죄유형들은 형의 선고를 받는 단계에까지 이르지 않았다 하더라도 강제퇴거의 대상이 되는데, 여기에는 형법 제2편 제4장 살인의 죄, 제32장 강간과 추

15) 서울행정법원 2013. 7.19. 선고2013구합338 판결.

행의 죄, 제38장 절도와 강도의 죄 중 강도의 죄(법 제14호, 시행규칙 제54조의2), 성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 위반의 죄, 마약류관리에 관한 법률 위반의 죄, 특가법 제5조의, 제5조의4, 제5조의5, 제5조의9 또는 제11조 위반의 죄, 국가보안법 위반의 죄, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 위반의 죄, 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반의 죄가 해당한다.

이상의 범죄나 형벌만이 강제퇴거의 사유가 되는 것은 물론 아니다. 앞서 언급한 특정 범주의 범죄가 아니더라도, 또한 금고 이상의 형을 선고받지 않았다 하더라도 강제퇴거의 대상이 될 수 있다. 즉 벌금형을 선고받았더라도 이 사실에 토대하여 당해 외국인이 “대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려”가 있다거나 “경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려”가 있다고 인정되는한, 해당 외국인은 강제퇴거대상이 될 수 있기 때문이다.

3. 검토

(1) 입국금지과 입국불허의 구별

외국인의 입국과 관련하여 입국금지와 입국불허를 구분하여 규정하는 것은 1963년 제정 출입국관리법에서도 발견된다. 즉 1963년 법 제9조에서는 입국의 금지라는 표제하에 법무부장관이 입국을 금지할 수 있는 사유를 제1호에서 제6호에 걸쳐 규정하고 있었으며 제11조에서는 입국의 사열이라는 표제하에 외국인이 입국할 때에는 출입국사열관의 사열을 받아야 하고 출입국사열관은 심사결과 제7조 내지 제10조 규정 위반사유가 있다고 인정되는 자를 발견한 때에는 그의 입국을 금지할 수 있다고 규정하였다(동조 제1항, 제4항). 이러한 틀은 거의 20년 가까이 지속되다가 1984년 개정법에 이르러 입국금지사유(제10조), 입국허가 및 허가거부(제11조)라는 표현으로 대체되었다.

출입국관리법이 입국심사를 받지 아니하고 입국한 외국인, 즉 밀입국자를 강제퇴거의 대상으로 하고 있는 점은 입국금지자(불허자)가 송환의 대상이 되도록 하고 있는 점과 견주어 볼 때 바람직하지 못한 것으로 보인다. 강제퇴거와 송환은 그 절차보장의 측면에서 큰 차이가 있는데 입국심사를 받지 않은 자를 강제퇴거의 대상으로 하면서 입국심사를 받은 자를 송환의 대상으로 하는 것은 국가의 국경통제권에 대한 보다 큰 침해를 가져온 자를 절차적으로 더 우대하는 결과를 가져오기 때문이다. 또한 입국자격을 갖추지 못한 외국인의 입장에서는 밀입국이 오히려 자신에게 유리한 것으로 판단하게 되므로 밀입국 시도의 유인이 될 우려도 있다.

조건부 입국허가를 받은 자의 경우도 마찬가지로 문제가 발생한다. 조건부 입국허가는 입국허가의 요건에 대한 판단이 마무리되지 않은 상태에서 발급되는 임시의 입국허가라는 점에서 조건부 입국허가를 받은 자도 입국허가가 없는 상태에서의 체류라는

점에서는 밀입국자와 동일하기 때문이다.

또한 입국금지사유가 곧바로 강제퇴거사유가 되도록 하는 것(법 제46조 제3호)은 특히 불확정법개념이 채용되어 있는 제11조 제1항 제3호나 제4호의 맥락에서는 바람직하지 않다는 비판이 제기되고 있다. 체류 중인 외국인은 이미 국내에서 생활관계를 형성한 경우가 많아서 외국인의 강제퇴거는 외국인 본인 뿐 아니라 그와 관련된 국민의 삶에도 심대한 영향을 미치게 된다는 점에서 퇴거사유는 보다 명확하게 규정될 필요가 있다는 것이다. 이러한 관점에서는 강제퇴거사유를 대한민국의 이익, 공공의 안전, 또는 선량한 풍속과 같은 고도의 불확정개념을 퇴거사유로 두는 것은 행정의 자의적인 재량판단을 가능하게 할 위험이 있는 규정이라고 보게 된다.¹⁶⁾ 이러한 입법방식의 문제점에 대해서는 IV. 맺음말에서 보다 상세히 살펴보기로 한다.

(2) 송환의 대상

앞서 출입국관리법이 제11조에 따른 입국금지자를 송환대상으로 하고 있음을 살펴보았는데, 이러한 규정방식은 논리적으로 정밀하지 못하고 정책적으로도 바람직하지 않다고 할 것이다. 보다 자세히 살펴보면, 법무부장관의 입국금지결정은 외국인의 입국절차 계류 여부와 무관하게 내려지므로 해당 외국인의 영토 내 소재를 전제로 하지 않는다. 따라서 입국금지 대상으로 지정된 외국인이 영토 외에 소재하고 있을 경우, 송환 규정은 공허한 규정이 된다. 반면 외국인이 영토 내에 소재하고 있을 경우에는 해당 규정은 입국금지만이 있고 입국불허의 의사표시가 아직 당해 외국인에게 도달하지 않은 상태에서도 송환을 할 수 있다는 규정으로 해석될 우려가 있다는 점에서 정밀하지 못한 규율이다. 더구나 송환대상자를 오로지 '제11조에 따른' 입국금지된 자로 한정하게 되면 반대해석상 '제11조에 따른' 입국금지는 결정된 바 없으나 출입국항에서의 심사결과 입국불허된 자를 송환대상에서 배제하게 되는 이해할 수 없는 결과로 이어질 수 있게 된다. 이러한 해석은 법무부장관의 입국금지결정이 없더라도 출입국관리공무원은 입국심사과정에서 제11조의 해당성 여부를 심사할 고유한 권한이 있음을 선언하고 있는 법률규정과 조화될 수 없다(법 제12조 제3항 제4호). 물론 법 제76조 제1항 제3호에서는 '제12조 제4항에 따라... 입국이 허가되지 아니한 사람'을 송환대상으로 하고는 있으나 여기에는 '선박등의 장이나 운수업자의 귀책사유'라는, 역시 이해하기 어려운 한정이 부수되어 있어 제3호 역시 입국불허된 자를 포괄적으로 송환의 대상으로 삼는 근거가 되기에는 한계가 있다. 따라서 법 제76조 제1항 제2호와 제3호는 통합하여 '법 제12조 제4항에 따라 입국이 허가되지 아니한 사람'으로 규정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

16) 이철우/이희정 외 8인 공저, 이민법, 209쪽.

Ⅲ. 입국금지사유와 강제퇴거사유 간의 관계 : 비교법적 고찰

1. 일 본

(1) 연 혁

가. 개관

일본의 출입국관리법제는 제2차 세계대전 이전과 이후로 큰 변화를 겪게 되었다. 戰前에는 출입국관리의 주체가 경찰이었으며 그 규율형식도 법률이 아닌 勅令·内務省令이었다. 제국헌법에 의하면 주권자는 천황이었으므로 주권의 행사로서의 출입국 관리는 의회법률로 규율될 필요는 없다고 보았던 것이다. 이 시기의 출입국관련 주요 법규범으로는 1899년의 내무성령 제32호 「숙박기타의 건(宿泊其ノ他ノ件)」, 1918년 내무성령 제1호 「외국인의 입국에 관한 건(外国人ノ入国ニ関スル件)」, 1939년 내무성령 제6호 「외국인의 입국, 체재 및 퇴거에 관한 건(外国人ノ入国、滞在及退去ニ関スル件)」을 들 수 있다. 1899년의 성령에서는 동일 시정촌에 90일 이상 거주하는 외국인의 이름, 주소, 국적과 그 변경신고를 경찰관서가 관할하며 경찰관리는 외국의 심문과 여권제출을 명할 수 있다는 규정을 두고 있었다.

1918년 성령은 최초의 일반적인 외국인입국관련 규범이라고 할 수 있는데, 5개조로 구성된 매우 단출한 규정으로서 지방장관에게 외국인의 상륙을 금지할 권한이 있다는 것과 경찰관리가 외국인에게 여권제출이나 진술을 요구할 수 있다는 규정을 두는 데 그쳤다. 그러나 1939년에 이르러 외국인의 입국과 체류, 그리고 퇴거를 포괄하는 규정이 마련되었다.

한편 패전 후 일본은 포츠담 선언에 따라 미국의 출입국관리법제를 모방하여 1951년 (政令)인 「出入国管理令」을 제정하였으며 그 후 1980년대에 이르러 일본이 난민조약 및 난민의정서에 가입하면서 위 정령은 현재의 출입국관리 및 난민인정법(이하 입관법이라 한다)이라는 명칭을 얻게 되었다.¹⁷⁾

나. 1939년 성령

1939년 규정은 그 전과 다름 없이 외국인의 입국에 대한 통제를 치안유지활동의 일환으로서 보는 체제였다. 동 규정에서는 외국인이 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지방장관이 그 입국 또는 통과를 금지해야 한다고 하면서 여권이나 국적증명서 등을 소지하지 못한 자, 제국의 이익에 위배되는 행동을 하거나 적국의 편의를 도모할 우려가 있는 자, 공안을 해치거나 풍속을 해칠 우려가 있는 자, 각종 전염

17) 高橋 濟, 我が国の出入国管理及び難民認定法の沿革に関する一考察, 中央ロー・ジャーナル 第12巻 第4号 (2016), 62-65쪽.

병환자, 심신상실자나 심신미약자 또는 빈곤자 등 구조를 요할 우려가 있는 자, 각 기항지에서 경찰관리의 입국사열을 받는 경우 신고서에 사실을 기재서명하고 경찰관리의 청구가 있을 시 여권 기타 증명서를 제시하고 질문에 진실한 진술을 해야할 의무를 규정하고 있는 제5조 제2항을 위반한 자를 금지사유로 들고 있었다(제2조). 또한 60일 이상 체류하는 외국인이 일본을 출국하고자 하는 때에는 미리 거주지경찰서장에게 이를 신고해야 하며 지방장관은 이를 위반한 외국인의 입국 또는 통과를 금지할 수 있다라고 규정하였다(제17조). 한편 퇴거강제에 관해서는 다음과 같은 규정을 두었다. 즉 지방장관은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자에 대해 제국영토로부터 퇴거를 명할 수 있다라고 하면서 그 사유로서는 제2조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 자(제18조 제1호), 타인의 이름을 기재한 여권 또는 국적증명서나 여행증명서 기타 이에 대신하는 증명서를 행사한 자(2호), 허위의 방법에 의하여 여권 또는 국적증명서나 여행증명서 기타 이에 대신하는 증명서의 사증을 거친 자(3호), 제5조 제1항의 규정에 위반한 자(4호), 제7조 제2항 또는 제3항의 허가를 받지 아니하고 체류한 자(5호)를 들고 있었다.

한편, 이 시기의 일본은 인구의 과밀, 급속한 근대화에 의한 농촌의 피폐와 과잉노동력이라는 문제상황에 처하여 대량의 인구를 해외로 송출하는 정책을 취함과 더불어 영주를 목적으로 하는 이민과, 이민과 결부될 가능성이 있는 외국인 노동자의 입국을 엄격히 제한하는 정책을 취하였으며 이러한 정책기조는 패전 이후로도 오랫동안 이어지게 되었다.¹⁸⁾

(2) 현 입관법의 규정

가. 상륙허가의 소극적 사유

현 출입국관리 및 난민인정법(이하 입관법이라 한다)은 외국인의 입국과 상륙을 구분하고 있는데, 외국인이 일본국의 영해나 영공 내에 들어오는 것이 '입국'이고 일본국의 영토 내에 들어오는 것이 '상륙'에 해당한다(입관법 제3조, 제5조). 일본은 섬나라이기 때문에 외국인은 먼저 영해나 영공을 통하여 일본의 주권이 미치는 영역 내로 들어온 후, 육지에 발을 디디게 된다. 따라서 외국인이 육지에 발을 들여놓기 이전 단계인 영역에 진입한 단계에서부터 외국인의 거동을 규율할 필요가 있어 일본의 입관법은 입국과 상륙의 개념을 구분하고 각각의 요건을 정하고 있다.

입관법 제3조의 사유는 유효한 여권을 소지하지 않은 자, 입국심사관으로부터 상륙허가 등을 받지 않고 상륙할 목적을 가진 자이다. 한편 제5조의 사유는 상륙허가의 소극적 요건이라는 점에서 제5조의 사유가 우리의 출입국관리법상 입국금지사유 규정에 해당하는 역할을 하는 것으로 짐작하여 볼 수 있다 (그 밖에 법 제7조에서도 입국심사관이 심사하여야 할 상륙의 조건을 정하고 있다).¹⁹⁾ 구체적으로 제5조에서는

18) 坂中英徳, 外国人政策史素描―'在留資格の変遷を通して―,

전염병의 소견이 있는 자(1호), 정신장애자(2호), 빈곤자(3호), 범죄 내지 형벌전력 등(4호, 5호, 5호의2), 마약관련 위반(6호), 성매매(7호), 인신매매(7호의2), 총포도검등소지(8호), 상륙거부 또는 강제퇴거 후 그 사유에 따라 일정기간이 경과하지 아니한 자(9호), 범죄관련(9호의2), 일정한 사유로 강제퇴거된 자(10호), 정부파괴기도자(11호), 일정한 정당이나 단체관련자(12호, 13호), 기타 법무대신이 일본국의 이익 또는 공안을 해하는 행위를 할 우려가 있다고 인정함에 상당한 이유가 있는 자(14호)를 상륙허가의 거부사유로 정하고 있다.

제14호와 관련하여서는 일본에 들어오는 것이 바람직하지 않다고 인정되는 유형을 모두 열거하는 것은 입법기술상 곤란하고 위 13개의 사유에 해당하지 않더라도 구체적인 사안에 따라서는 일본국의 이익이나 공안을 해하는 행위를 할 우려가 있는 경우를 예상할 수 있다는 점에서 이와 같은 불확정개념에 토대한 상륙거부사유를 두는 것이 정당화된다고 보고 있다.²⁰⁾ 다만, 제5조의 사유가 있을 때 이를 법무대신이 상륙금지자로 정한다는 등의, 우리 법 제11조 제1항에 상응하는 규정은 발견되지 않는다.

나. 퇴거강제사유

한편 퇴거강제사유는 입관법 제24조에서 총 10개의 호에 걸쳐 규율하고 있는데, 제3조에 위반하여 입국한 자(1호), 입국심사관으로부터 상륙허가를 받지 않고 상륙한 자(2호), 일정한 체류자격이 취소되거나 기간을 초과하여 체류한 자(2호의2, 2호의3, 2호의4), 다른 외국인에게 부정하게 증명서, 상륙허가 인등을 교부한 자(제3호) 등, 상세한 규정을 두고 있다. 주목할 점은 앞서 살펴본 바와 같이, 상륙허가의 소극적 요건에 있어서는 일본국의 이익 또는 공안과 같은 불확정개념을 사용하고 있으나 퇴거강제사유에서 해당 조항과 유사한 규정은 발견되지 않는다는 점이다.²¹⁾

2. 영 국

영국의 출입국법제는 국제법, EU법, 국내법의 규율로 촘촘히 짜여져 있으며 주요 국내법령으로는 1971년 이민법(IA ; Immigration Act), 1999년 이민 및 비호법(IAA ; Immigration and Asylum Act), 2002년 국적 이민 및 비호법(NIAA ; Nationality, Immigration and Asylum Act), 2007년 영국국경법(UKBA ; United Kingdom Borders Act) 및 다수의 이민령(Immigration Regulations), 이민규칙(Immigration Order)등이 있다. 그런데 영국의 출입국관련법제에서 주목할 점은 우리의 입국금지결정 및 금지사유에 해당하는 법령조항을 찾아보기 어렵다는 점이다. 즉 영국의 법령에서는 외국인과 출입국관리행정이 접촉하게 되는 국면인 사증이나 입

19) 실무육법, 16쪽.

20) 실무육법, 20쪽.

21) 일본의 입관법상 상륙불허를 받은 외국인은 송환의 대상인 반면, 상륙허가를 받지 아니하고 상륙한 외국인은 퇴거강제의 대상으로 하고 있다. 입관법 제59조 참조.

국허가의 거부사유에 관하여서는 명문의 규정을 두고 있으나 그 전 단계인 입국금지 결정에 관하여는 명문의 규정을 발견할 수 없다.

(1) 입국불허

가. 개념

입국불허(exclusion)는 출입국항에서 입국허가(leave to enter)를 신청한 외국인에게 입국허가를 거부하는 출입국관리공무원의 행위로서 재외공관에서 발급하는 사증(entry clearance)과는 원칙적으로 구별된다. 사증의 발급 자체는 입국허가의 확정적 의사표시는 아니기 때문에 사증을 발급받았다 하더라도 출입국항에서 다시 입국허가를 받아야 한다는 것이 오랫동안의 법상태였다. 그러나 최근에는 일정한 유형의 사증에는 입국허가의 성격도 부여하고 있으나 사증과 착종된 입국허가의 의사는 출입국항에서의 입국심사를 거쳐 폐지될 수 있으므로 어떤 경우이건 사증은 입국을 보장하지는 않는다.²²⁾ 입국불허결정에 대한 행정불복(appeal)은 원칙적으로 허용되지 않으며 입국허가가 거부된 외국인은 송환(removal)의 대상이 된다.

영국의 이민법 규칙(immigration rules)의 Part 9에서는 사증이나 입국허가의 거부사유 일반에 대하여 규정하고 있는데 이들 사유들은 크게 두 가지 유형으로 나누어지고 있다. 하나는 행정이 반드시 거부하여야 하는 기속적 사유(ground on which entry clearance ... is to be refused)이고 다른 하나는 거부 여부에 행정의 재량이 인정되는 사유(ground on which entry clearance...should normally be refused)이다. 기속적 불허사유는 Immigration Rules 제320조 제1항부터 제7D항에 걸쳐 규정되어 있으며 재량적 불허사유는 제320조 제8항에서 제23항에 걸쳐 규정되고 있다.

나. 입국불허사유의 상세

○ 입국목적

제일 먼저 거명되고 있는 입국불허사유는 입국목적이 해당 이민령에서 정한 바에 포함되지 아니할 때이다. 자신의 입국목적이 해당 이민령이 정하고 있는 범주들 가운데 포함된다는 것을 입증할 책임은 신청인에게 있는데 이민령의 규율밀도가 더욱 더 치밀해지고 있어서 입국목적과 관련하여 문제가 생길 여지는 점점 더 커지고 있다.

○ 증거 내지 서면요건 등 신청인의 지위와 관련한 요건위반

증거 내지 서면 요건이나 기타 신청인의 지위와 관련된 불허사유는 신원과 국적을 입증할 유효한 여권 미비(제320조 제3항), 사증의무가 있는 경우 유효한 사증의 미비

22) Clayton, p. 196.

(제5항), 사증 인터뷰 요청에 합리적 설명없이 응하지 않은 경우(제7D항), 입국허가 발급 여부 및 부수할 조건에 관하여 출입국관리공무원이 판단할 때 필요한 정보를 제공하지 아니할 때(제8항), 2002년 법에 따라 제출하여야 할 신체정보를 제출하지 아니한 때(제20항), NHS 규정에 따라 납부하여야 하는 1000 파운드의 부담금을 납부하지 않았다고 NHS에서 고지한 경우(제22항) 등이다.

○ 범죄 또는 ‘공익’ 관련 사유

범죄 또는 ‘공익’ 관련 사유는 네 가지 유형으로 나누어 볼 수 있는데 첫 번째 유형은 유죄평결(conviction)로 자유형을 선고(sentence) 받았거나 해당 외국인이 현재 강제퇴거명령의 대상인 경우이며 이는 기속적 불허사유이다(제320조 제2항).

○ 여행금지

○ 보건관련 사유

이민법령에서는 영국에 6개월 이상 체류하고자 하는 자

○ 이민법령 위반

과거에는 이민법령 위반 전력은 재량적 거부사유였으나 2008년 4월 1일 이후 기속적인 거부사유로 되었으며 그와 더불어 일정기간의 재입국 금지라는 효과도 수반되게 되었다. 2008년 전에는 강제퇴거명령만이 일정 기간동안 영국에의 입국을 금하는 효과를 수반하였다는 점에서 2008년의 법개정은 여러모로 이민법령 위반자에 대한 행정의 대응수위를 보다 강화한 것으로 볼 수 있다. 이민법령 위반전력에 해당하는 사유로는 (a) 체류기간 초과, (b) 체류허가의 조건 위반, (c) 불법입국, (d) 사증이나 입국및체류허가신청시 기망(성공 여부 불문)이 있다. 물론 이러한 전력이 있다고 하여 무한정 사증이나 입국허가가 거부되는 것은 아니며 일정한 시간이 지나면 그러한 제한은 사라지게 된다.²³⁾ (immigration rule para 320 7(B)) 이러한 이민법령 위반전력의 재입국금지효 규정은 성인 부부 및 가족 구성원의 신청에는 적용되지 않으며 (para A320), 그러한 위반행위가 18세 초과 연령일 때 저질러진 경우에만 적용되는 제약도 있다(para 320 7(B))

○ 허위 표시와 중요사실 비공개

23) 그 기간은 다음과 같다. 초과체류자로서 장관이 제공하는 비용에 의지하지 아니하고 자발적으로 영국을 나간 경우 90일 ; 누구든지 장관이 제공하는 비용에 의하지 아니하고 영국을 자발적으로 나간 경우 12개월 ; 장관의 비용으로 자발적으로 출국하면서 강제퇴거결정기한인 6개월 이내 또는 상소기간 내에 출국한 경우 2년 ; 장관의 비용으로 자발적으로 출국한 자의 경우 5년 ; 사증을 신청하면서 기망을 저질렀거나 강제퇴거 또는 송환된 경우 10년. Clayton, p.193.

또다른 2008년 개정사항으로서 제320조 제7(A)항이 있는데 이는 신청과 관련하여 허위표시 내지 허위정보가 제출되었거나(false representation or false information) 신청과 관련하여 중요한 비공개가 있는 경우를 거부사유로 추가하고 있다.

(2) 강제퇴거

가. 개념

영국법상 deportation이란 장관이 일정한 요건을 충족한 외국인에게 퇴거하라는 명령을 함으로써 그의 의사와 무관하게 출국하도록 하는 것을 말하는데 퇴거명령을 받은 해당 외국인은 일정 기간동안 또는 무기한 영국으로 다시 입국할 수 없게 된다.²⁴⁾ 강제퇴거는 강제퇴거명령, 구금, 송환의 절차로 이어지게 되는데, 강제퇴거명령에 대해서는 원칙적으로 절차적 보장이 배풀어지는 반면, 송환지시는 외국인의 인신을 비행기나 배 등 운송수단에 넣어 다른 나라로 보내는 급작스럽고 신속한 과정에 관한 것으로서 아무런 절차적 보장이 배풀어지지 않고 사법적 감독 또한 이루어지지 않기 때문에 행정적 송환(administrative removal) 또는 약식 송환(summary removal)이라고도 불린다.²⁵⁾

나. 강제퇴거 사유

○ 1971년 이민법

1971년 IA이 정하고 있는 퇴거사유는 크게 세 가지인데 (a) 외국인의 퇴거가 공익(public good)에 도움이 되는 경우, (b) 해당 외국인이 속한 가족의 다른 구성원에게 퇴거명령이 내려지는 경우, 또는 (c) 외국인이 17세에 달한 이후 징역형에 해당하는 범죄로 유죄평결(verdict)을 받고 유죄평결과 더불어 이 법에 의한 수권에 따라 법원이 강제퇴거를 권고한 경우가 그러하다. 특히 세 번째 퇴거사유는 의무적 강제퇴거(mandatory deportation)라고도 한다(1971 IA 3조 5항, 6항). 이상의 요건 가운데 하나가 충족되면 장관은 강제퇴거명령을 내릴 수 있으며(may) 강제퇴거명령이 내려지면 외국인에게 부여되었던 입국허가나 체류허가는 모두 실효된다(1971 IA 5조 1항) 그러나 장관은 강제퇴거명령을 언제라도 폐지할 수 있으며 강제퇴거명령을 받은 자가 영국 시민의 지위를 얻게 되면 명령은 실효된다(1971 IA 5조 2항). 그 밖에도 강제퇴거명령은 배우자로서 퇴거되었으나 이혼한 경우(1971 IA 5조 3항, 4항), 아동으로서 퇴거되었으나 18세에 달한 경우, 자동으로 실효된다. 강제퇴거명령이 실효되거나 장

24) Clayton, p. 535 ; immigration rules para. 362.

25) Clayton, p. 53?

관에 의해 폐지되지 않는한 그 효력은 존속하며 이는 다시 당해 외국인에 대한 사증 발급(entry clearance)이나 입국허가(leave to enter)의 거부사유가 된다. 한편 동법에서는 강제퇴거명령에 뒤이은 구금(detention), 송환(removal)에 대해서도 규정하고 있다.(1971 IA Schedule 3 1 (1))

○ 2007년 영국국경법

최근 법률로는 2007년 UKBA에서 규정하고 있는 ‘자동 퇴거(automatic deportation)’ 규정들이 중요하다. 동법 제32조에서는 ‘외국인 범죄자(foreign criminal)’의 개념을 정의하면서 이들 ‘외국인 범죄자’에 대해서는 장관이 반드시 퇴거명령을 내리도록 하고 있다. 자동퇴거의 대상이 되는 외국인범죄자란 (a) 영국 시민이 아니고 (b) 영국 내에서 범죄로 유죄평결을 받았으며 (c) 조건 1이나 조건 2가 적용되는 자인데, 조건 1은 최소 12개월의 징역형 선고이고 조건 2는 해당 범죄가 2002년 NIAA 제41조에서 정하고 있는 범죄(중대범죄)이면서 더불어 징역형이 선고되는 경우를 말한다. 2007년법은 바로 뒤이어 제33조에서 예외사유를 들고 있는데, 이러한 예외에 해당하는 경우에는 장관이 퇴거명령을 발할 의무에서 벗어나게 된다.²⁶⁾ 한편 2007년 법 제32조 제5항에서는 외국인범죄자의 경우에는 1971년법상의 공익부합성이 충족된다고 규정하고 있으나 예외사유에 해당하는 경우에는 제5항의 공익부합성 충족 규정도 적용되지 않는다(2007년법 제33조).

한편 어떤 외국인이 동법상의 ‘외국인 범죄자’에 해당하게 되면 시간이 흐른다고 하여 그의 강제퇴거 책임이 소멸되는 것은 아니며 해당 외국인은 영구히 강제퇴거대상으로 남게 된다. 그러나 위에서 언급한 예외사유에 해당하는 경우에는 상당한 시간경과나 상황변경이 강제퇴거의 공익부합성 여부를 판단하는 데 하나의 요소가 될 수는 있다.²⁷⁾

26) (2) 예외1 은 퇴거명령에 따른 외국인 범죄자의 송환이

(a) 어떤 자의 조약상 권리 Convention rights를 침해하거나

(b) 난민조약에 따른 영국의 의무에 위배되는 경우.

(3) 예외 2는 외국인 범죄자가 유죄선고시 18세 미만이었다고 장관이 생각하는 경우

(4) 예외 3은 퇴거명령에 따른 외국인 범죄자의 송환이 공동체조약들에 따라 해당 범죄자가 누리는 권리들을 침해할 경우.

(5) 예외 4는 외국인 범죄자가

(6)

(a) 1983년 정신보건법 37조에 따른 입원명령

(b)

(c)

(d)

(e)

(7)

27) Fripp, p. 251.

다. 강제퇴거 면제자

아일랜드 공화국 시민, 영연방시민으로서 최소 5년 동안 영국 내에서 평온하게 거주한 경우는 강제퇴거의 대상이 되지 아니한다(1971년 IA 7조). 일정한 항공기나 배의 승무원 (1971 IA 8조 1항), 외교관이나 국제기구종사자 등(1971 IA 8조 2항), 영국 시민이 아닌 군인(8조 4항)

(3) 송환

강제퇴거명령에 따른 송환 이외에도 송환은 그 권한의 근거법이 무엇이나에 따라 세 가지 정도로 나눌 수 있는데 1971 IA에 따른 송환, 1999년 IAA 10조에 따른 송환, 2006년 IANA 47조에 따른 송환이 그것이다.

가. 1971년 IA 스케줄 2

동 규정이 정하고 있는 송환사유는 (a) 입국허가가 거부된 자(persons refused leave to enter), (b) 불법입국자(illegal entrant) 및 (c) 앞의 두 유형에 속하는 자의 가족구성원 (d) 선박승무원이나 항공기승무원이다. 특히 불법입국자는 다시

- 기만에 의한 입국과 관련 범죄(entry by deception and related criminal offences)

- 합법적 입국의 증거부재(NELE ; No Evidence of Lawful Entry)
 - 강제퇴거명령위반의 입국(entry in breach of a deportation order)
 - 공동여행영역(Common Travel Area)을 통한 입국
- 으로 나누어진다.

나. 1999년 IAA 제10조

동 규정이 정하고 있는 송환사유는

- (a) 체류기간 초과(overstays)
- (b) 체류조건 위반(breach of conditions)
- (c) 기만에 의한 체류허가(leave to remain by deception)
- (d) 허가의 단축/폐지에 따른 removal

5) 2014년 IA 1조에 의한 1999년법의 대체

다. 2006년 IANA 제47조

3. 미 국

(1) 입국금지

미국의 경우, 과거에는 연방법률에서 33개의 입국금지사유(inadmissibility)를 규정하고 있었으나 1990년 이후 법률개정을 통하여 입국금지사유를 몇 개로 범주화하였다. 즉, 보건(health), 범죄(criminal), 안전(security), 공공의 부담(public charge), 근로허가 및 자격(labor certification and qualification), 불법입국 및 이민법위반전력(illegal entries and immigration violations), 문서요건(documentation required), 시민권 결격사유(ineligibility for citizenship), 강제퇴거전력(previously removed), 및 기타의 사유를 입국금지사유로 규정하고 있다(8 U.S.C. § 1182 (1)-(10)). Aleinikoff, op.cit., p. 508.

(2) 강제퇴거

(3) 송환

IV. 맺음말

○ 입국금지결정권한 규정의 문제점

외국인의 배제사유를 규정함에 있어서 (특히 국회)입법자가 고도로 불확정적인 개념을 사용하여 그 구체화임무를 행정에게 널리 맡길 것인지, 아니면 입법자 스스로 보다 구체화된 입국금지사유를 규정하고 행정에게는 보다 적은 구체화여지를 부여할 것인지는 안전한 국경관리의 책무를 입법과 행정의 어떻게 나누어 수행할 것인지라는 권한배분의 문제이기도 하면서 동시에 출입국행정에 대한 사법적 통제의 가능성과 밀도를 어떻게 구성할 것인지의 문제이기도 하다.²⁸⁾

각국의 입법례를 살펴보면 외국인의 입국통제 사유와 결정단계에 관한 규정들을 모두 마련하고는 있으나 입국금지사유 및 입국금지결정 절차 및 결정권자를 법령에서 명문의 규정으로 언급할 것인가와 관련하여서는 제각각 상이한 입장들을 발견할 수 있다. 일본, 영국, 미국 등의 입법례에서도 우리 출입국관리법령과 마찬가지로 입국허가나 사증발급을 가로막는 일정한 소극적 사유들을 명시하고는 있다. 그러나 입국금지사유를 규율하면서 출입국항에서의 입국불허 내지 입국허가의 거부결정과는 구별되는, 입국금지결정단계를 규율하고 입국금지결정의 권한기관으로 장관을 규정하는 입법례는 패전 이전의 제국주의 일본에서 실시되었던 출입국관련법령만이 발견될 따름이다. 반면 패전 이후 마련된 1951년의 「出入国管理令」에서는 상륙금지사유(제5조)를 규정하면서 이를 출입국항에서의 입국심사관의 상륙허가의 소극적 사유임을 규율하는

28) 이철우/이희정 외 8인 공저, 『이민법』,

데 그치고(제7조) 제국주의 시대의 법령에서 발견되는 ‘... 아래의 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 지방장관이 그 입국 또는 통과를 금지하여야 한다’라는 규정은 더 이상 두지 않았으며 이러한 입장은 그 이후로도 지속되고 있다.

반면 우리나라의 경우 해방 이후 1949. 11. 7. 제정되어 1950. 1. 7. 시행되었던 「외국인의 입국출국과등록에관한법률」에서 제국주의 일본의 출입국관련법령과 유사하게 국익 위배, 공안이나 풍속의 침해, 전염병 등의 사유가 있는 외국인에 대하여 외무부장관이 그 입국을 금지할 수 있다는 규정을 두었으며²⁹⁾ 이러한 규율은 출입국관리법 제정 이후로도 지속되어 오늘날에까지 이르고 있다. 그런데, 이처럼 입국금지사유에 해당하는 자를 입국금지대상으로 결정할 장관의 권한을 법률에서 명기하는 것이 과연 바람직한 것인가를 생각해볼 필요가 있다. A국 국민을 B국이 자국 영토에 들어오지 못하도록 조치한 경우, 입국이 저지된 특정 외국인의 신원이나, 입국금지 사유 중 어느 것에 해당한다고 보아 그의 입국을 저지하였는지에 따라서는 자칫 A국과 B국 사이의 외교적 분쟁으로까지 비화될 가능성이 없지 않다. 따라서 구체적 사안에서 적용된 입국금지사유가 무엇이었는지, 금지가 누구의 의사였는지를 밝히는 것은 매우 조심스러운 접근이 필요한 문제라고 할 것인데, 그 존재감이 뚜렷한 장관을, 입국금지 결정의 권한자로 부각시킴으로써 당해 외국인의 입국에 대한 소극적 결정이 국정의 최고위선에서 이루어졌노라고 만천하에 알리는 것은 외교적 분쟁이 발생한 상황에서는 오히려 B국에 불리하게 작용하는 요소일 수도 있기 때문이다. 또한 입국불허는 출입국관리공무원의 고유한 권한사항임에도 불구하고 행정 내부의 정보제공과정에 불과한 입국금지결정권한을, 입국불허관련 규정에 앞서 전면 배치하는 것은 마치 대한민국의 출입국관리공무원은 장관이 정한 바에 따라 기계적으로 입국금지사유 해당성 여부를 판단하여 결정을 내리는 듯한 오해를 빚어낼 수 있다는 점도 고려하여야 한다.

○ 입국금지사유를 강제퇴거사유로 삼고 있는 규정의 문제점

앞서 살펴본 나라들의 출입국관리법제에서는 바람직하지 못하다고 여겨지는 외국인을 영토로부터 배제하기 위하여 입국 단계와 출국 단계에서의 배제사유들을 정하면서, 법률유보라는 관점에서 갖추어야 할 규율밀도를 입국단계와 퇴거단계에서 상이하게 판단하고 있는 것으로 보인다. 즉 입국 단계에서의 배제사유에 관해서는 ‘공익’, ‘공안’과 같은 고도의 불확정개념이 사용되고 있는 반면, 퇴거 단계에서의 사유에 관해서

29) 제6조 다음의 각호의 1에 해당한다고 인정되는 외국인에 대하여서는 외무부장관이 그 입국을 금지할 수 있다.

1. 대한민국의 이익에 배반하는 행동 또는 경계를 교란하는 행동을 할 우려가 있는 자
2. 공안을 해하거나 또는 풍속을 문란하게 할 우려가 있는 자
3. 전염병환자, 기타 공중위생상 위험한 자
4. 심신상실자, 심신미약자, 빈한자 기타 구조를 요할 자

한편 동법은 입국허가의 소관청도 외무부장관으로 규정하고 있었다. 동법 제7조 참조. 출입국항에서의 심사와 관련하여서는

는 이러한 불확정개념에 의지하는 경우를 발견하기 어렵다. 퇴거단계의 규율밀도가 좀 더 높아야 하는 이유는 어렵지 않게 짐작해 볼 수 있는데, 일반적으로 입국 단계에서의 배제보다는 체류 단계에서의 배제가 해당 외국인의 삶에 미치는 영향이 더 크다는 점이 언급되고 있다.³⁰⁾ 그러나 이익이라는 관점에서는 외국인 자신의 이익보호 필요성에 앞서서 당해 외국인과 생활관계를 맺게 된 국민의 이익보호 필요성이 우선적으로 고려하여야 할 것이다. 따라서 외국인의 입국단계의 배제사유와 출국 단계의 배제사유의 규율밀도에 질적인 차이가 없어도 무방하다는 관점은 당해 외국인 자신은 물론이요, 그와 연계된 국민의 생활관계의 예측가능성을 충분히 뒷받침해주지는 못하는 문제가 있다. 또한 퇴거절차와 관련하여서 외국인의 인신에 대한 행정당국의 실력행사가 수반된다는 점도 행정의 자의를 배제할 수 있도록 사전적인 기준이 보다 상세히 마련되어야 할 요인이라고 할 수 있다.

한편 우리의 법제가 강제퇴거사유들을 규정함에 있어서 고도의 불확정 법개념이 동원되고 있는 입국금지사유에 의지하는 입법방식을 취한 것은 이미 앞서 언급한 1949년의 구 「외국인의입국출국과등록에 관한 법률」에서도 나타나고 있다. 즉 동법에서는 입국금지사유 가운데 일부인 제6조 제1호와 제2호의 규정에 해당하는 외국인에 대하여 내무부장관이 외무부장관과 협의하여 출국을 명할 수 있다고 규정하고 있었고 입국금지사유를 강제퇴거사유들 가운데 하나로 채용하는 이러한 입법방식은 그 이후로도 큰 변화 없이 유지되고 있다. 그런데 유감스럽게도 이러한 입법방식 역시 제국주의 시대 일본의 출입국관련법령인 1939년의 「외국인의 입국, 체재 및 퇴거에 관한 건(外国人ノ入国、滞在及退去ニ関スル件)」에서도 발견된다. 즉 동 법령에서는 ‘지방장관은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자에 대해 제국영토로부터 퇴거를 명할 수 있다’라고 하면서 그 사유로서는 제2조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 자, 즉 입국금지사유에 해당하는 자를 가장 먼저 언급하고 있다(령 제17조 제1호).

그런데, 이처럼 우리의 출입국관리법제가 무려 70여년 간 애지중지(?) 고수해온 입국금지사유 의존형 강제퇴거사유 규율방식에 대해서는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다.³¹⁾ 예를 들어 외국인이 범죄로 인하여 벌금형을 선고받은 경우, 당해 외국인을 출입국관리법 제46조 제1항 제13호를 근거로 하여 강제퇴거할 수는 없으나 동항

30) 예컨대, 서울행정법원 2014. 9. 23. 선고 2014구합5842 판결에서는 “일반적으로 대한민국에 입국하려는 외국인보다 대한민국에 일단 입국한 외국인의 경우가 경제적 내지 사회적으로 대한민국과 좀더 많은 연관성을 가지고 있을 것이고, 이러한 대한민국과 관련된 당해 외국인의 경제적 내지 사회적 이익을 보호할 필요성이 있기 때문이다. 강제퇴거와 관련하여, 재량권의 범위가 입국심사시에 허용되는 재량권의 범위보다 좁다.”라고 판시하고 있다.

31) 1949년 법의 관련 규정은 다음과 같다.

제12조 내무부장관은 외무부장관과 협의하여 다음의 각호의 1에 해당하는 외국인에 대하여 출국을 명할 수 있다.

1. 제6조제1호와 제2호의 규정에 해당하는 자
2. 제13조제1호, 제3호의 1에 해당하는 자
3. 제13조에 규정한 죄를 범하여 금고이상의 형을 받은 자
4. 전호에 해당하는 자를 제외하고 제13조의 규정에 의하여 처벌된 자로서 다시 동조 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자

제3호(입국금지사유)를 통해 매개되는 제11조 제3호를 근거로 하여 강제되거할 수 있게 된다. 그렇다면 법 제46조 제13호에서 금고형 이상이라는 제한을 둔 취지가 무엇 인지를 전혀 설명할 수 없게 되고, 범죄와 관련하여 어느 정도의 반가치를 되거대상 으로 할 지에 관하여 입법자는 모순되는 결정을 했다는 결론으로 이어지게 된다. 법 에 있어서의 합리성 개념이 다양하게 분화하면서 법적 합리성을 일의적으로 정의할 수 없게 되었다는 기술을 다수의 법철학 관련 문헌에서 발견할 수 있지만, 일단의 법 철학자들이 말하는 법의 합리성의 발전단계, 즉 형식적 합리성, 실질적 합리성, 소통 적 합리성이라는 틀에 출입국관리법 제46조 제1항을 투영해 본다면 동 규정은 예측 가능성을 통해 자유의 공평한 보장을 도모한다는 의미의 합리성, 즉 자유주의적 법치 국가가 요구하는 정도의 합리성도 갖추지 못한 단계라고 진단할 수 있을 것이다.³²⁾ 또한 우리 헌법재판소는 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 사이에서 그 규범의 구 조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안된 다는 헌법의 요청을 ‘체계정당성의 원리’라고 판시한 바 있는데 여기서 ‘상호 배치되 거나 상호 모순된다’는 것은 바꿔 말하면 체계성(Systemgemäßheit)과 논리적 일관성 (Folgerichtigkeit)이 없는 상태를 의미한다.³³⁾ ³⁴⁾ 출입국관리법 제46조 제1항 제3호 는 모순되는 결과를 초래한다는 점에서 체계정당성을 결여하고 있다고도 볼 수 있다. 요컨대 되거대상이 되어야 할 반가치의 정도에 관하여 모순되는 내용을 담고 있는 출 입국관리법의 강제되거관련조항은 법철학적 관점에서는 형식적 합리성을 갖추지 못하 였다고도 진단할 수 있고 법률의 위헌성 심사라는 실천적 관점에서는 체계정당성이 라고 하는 헌법적 요청을 충족하고 있지 못하다라고 진단할 수 있다. 따라서 차제에 이러한 입법방식을 고수할 것인지에 대해서는 실무계와 학계 모두에서 활발한 논의가 이루어져야 할 것이다.

32) 법의 각 발전단계에서 법의 합리성을 형식적 합리성, 실질적 합리성, 그리고 소통적 합리성으로 분류하는 견해에서는 형식적 합리성은 평등한 자유를 정형화된 형태로 그리고 예측 가능한 방식으로 실현한다는 의미에서 자유의 ‘형식’을 보장하는 법의 특성을 의미한다. 이러한 법의 형식적 합리성은 자유주의적 법치국가라는 국가상에 상응하는 것이라 하겠다. 반면 실질적 합리성은 특히 사회적 약자에 게도 자유의 ‘실질적 조건’을 보장하는 법의 특성을 말하는 것으로 헌법의 발전단계상으로는 사회국 가적 헌법에 상응한다. 셋째, 소통적 합리성은 법의 형성과 적용에서 민주적 소통을 보장하는 법의 특성을 의미하며 절차를 중시하게 된다. 법의 지층을 이와 같이 분류하는 것은 특히 Max Weber, Habermas 에게서 그 연원을 찾을 수 있다고 한다. 이상의 논의에 관해서는 이상돈, “소통적 합리성 과 법관상의 변화”, 「법철학연구」, 제19권 제1호 2016, 62-63쪽 ; 양천수, “합리성 개념의 분화와 충돌 -독일의 논의를 중심으로 하여-” 「법과 사회」 제31권, 2006.

33) 헌법재판소 2005.6.30, 2004헌바40, 2005헌바24[병합] “체계정당성의 원리는 동일 규범 내에서 또 는 상이한 규범간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙면에서 상호 배치되거나 모 순되어서는 안 된다는 하나의 헌법적 요청이며, 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는데, 이러한 체계정당성 위반은 비례의 원 칩이나 평등의 원칙 등 일정한 헌법의 규정이나 원칙을 위반하여야만 비로소 위헌이 되며, 체계정당 성의 위반을 정당화할 합리적인 사유의 존재에 대하여는 입법 재량이 인정된다.”

34) 이상돈, 위의 논문,

주제어 : 출입국관리법, 입국금지사유, 입국허가, 강제퇴거사유, 출입국관리법상 보호
keywords : Immigration Control Act, ground for exclusion, admission, ground for
deportation, immigratory detention

참고문헌

이철우,이희정 외 8인 공저, 『이민법』, 박영사, 2017.

법무법인(유한) 태평양·재단법인 동천 공동편집, 『이주민법연구』, 경인문화사, 2017.

이상돈, “소통적 합리성과 법관상의 변화”, 『법철학연구』, 제19권 제1호 2016.

양천수, “합리성 개념의 분화와 충돌 -독일의 논의를 중심으로 하여-” 『법과 사회』
제31권, 2006.

유혁수,은용기, “일본의 외국인법제의 개요와 과제”, 『일본공간』 vol.17, 133 [2015]

出入国管理法令研究會, 『出入国外国人登録 実務六法』, 日本加除出版, 2005.

山田鑠一, 黒木忠正, わかりやすい入管法, 有斐閣, 2004.

山脇康嗣, 入管法判例分析, 日本加除出版, 2013.

Eric Fripp (ed.), The Law and Practice of Expulsion, Exclusion from the United Kingdom : Deportation, Removal, Exclusion and Deprivation of Citizenship, Oxford, Oregon : Hart Publishing (2015)

Hermansky, Jennifer A, Kalmykov, Kate (ed.), What every lawyer needs to know about immigration law, Chicago, Illinois : ABA Section of Administrative Law and Regulatory Practice, 2014

Bennett, W. M., Reentering the Golden Door: Waiving Good-Bye to Exclusion Grounds for Permanent Resident Aliens, Washington law review, Vol.69 No.4, [1994]

Jones, P. S., Immigration Reform: Congress Expedites Illegal Alien Removal and Eliminates Judicial Review from the Exclusion Process, NOVA LAW REVIEW, Vol.21 No.3, [1997]

Marouf, Fatma E., Alternatives to Immigration Detention, Cardozo law review, Vol.38 No.6, [2017]

Ryo, Emily, Fostering Legal Cynicism Through Immigration Detention, Southern California law review, Vol.90 No.5, [2017]

Beatriz Salamanca, "Early Modern Controversies of Mobilities within the Spanish Empire: Francisco de Vitoria and the Peaceful Right of Travel", *International Journal of Humanities and Social Sciences* Vol:10, No:1, 2016.

Ramón Herández, "The Internationalization of Francisco de Vitoria and Domingo de Sotro", *Fordham International Law Journal* Volume 15 Issue 4, 1991.

참고자료

일본입관법

제24조 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에 대해서는 다음 장에 규정된 절차에 따라 본국에서 강제퇴거할 수 있다.

1. 제3조의 규정에 위반하여 일본에 들어온 자
2. 입국 심사관으로부터 상륙허가 등을 받지 않고 일본에 상륙한 자
- 2의2. 제22조4 제1항 (제1호 또는 제2호에 관한 것에 한한다)의 규정에 따라 체류 자격이 취소된 자
- 2의3. 제22조4 제1항 (제5호에 관한 것에 한한다)의 규정에 따라 체류 자격이 취소된 자 (동조 일곱째 항 본문의 규정에 의하여 기간의 지정을 받은 자를 제외한다)
- 2의4. 제22조의4 제7항 본문 (제61조의 제2항, 제8항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의하여 기간의 지정을 받은 자로서, 해당 기간을 지난 본국에 잔류하는 자
3. 다른 외국인에 대한 전장 제1절 또는 제2절 규정에 의한 증명서의 교부, 상륙 허가의 證印 (제19조 제4항의 규정에 의한 기록을 포함한다) 또는 허가, 같은장 넷째 절의 규정에 의한 상륙 허가 또는 제1절, 제2절 또는 다음 장 제3절의 규정에 의한 허가를 받게 목적으로 문서나 도화를 위조 또는 변조, 허위 문서 또는 도화를 작성 혹은 위조 또는 변조된 문서 또는 도화 혹은 허위의 문서 또는 도화를 행사하고 소지하고 또는 제공하거나 이러한 행위를 선동하거나 또는 이를 도운 사람
- 3의2. 공중 등 협박 목적의 범죄 행위를 위한 자금 등의 제공 등 처벌에 관한 법률 (평성 14년 법률 제67호) 제1조에서 규정하는 공중 등 협박 목적의 범죄 행위 (이하이 호에서 "공중 등 협박 목적의 범죄 행위"라한다), 공중 등 협박 목적의 범죄 행위의 예비 행위 또는 공중 등 협박 목적의 범죄 행위의 실행을 용이하게 하는 행위를 할 우려가 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 자로서 법무부 장관이 인정하는 자
- 3의3. 국제 약속에 의해 우리나라에 입국을 방지할 것으로 되어있는 자.
- 3의4. 다음 ㄱ에서 ㄴ에 기재한 행위를 하거나 이를 선동하거나 도운 사람
ㄱ 사업 활동과 관련하여 외국인 불법 취업 활동 (제19조 제1항의 규정을 위반하는 활동 또는 제70조 제1항 제1호, 제2호, 제3호 내지 제3호의3, 제5호, 제7호 내지 제7호의3까지 또는 제8호의2에서 제8호의4까지 사람이 행하는 활동으로서 보수 기타 수입을 수반하는 것을 말한다. 이하 같다)을 시키는 것.
ㄴ 외국인이 불법 취업 활동을 하는 데 이를 자기의 지배하에 두는 것.
ㄷ 사업으로 외국인 불법 취업 활동을 하는 행위...
- 3의5. 다음 ㄱ에서 ㄴ까지의 하나의 행위를 하고 선동하거나 이를 도운 사람
ㄱ 행사의 목적으로 재류 카드 또는 샌프란시스코 강화 조약에 따라 일본 국적을 이탈한 자 등의 출입국 관리에 관한 특례법 제17조 제1항에 규정하는 특별 영주자 증명서 (이하 단지 「특별 영주자 증명서 "라한다)를 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조의 재류 카드 또는 특별 영주자 증명서를 제공하고 수수하거나 소지하는 행위
ㄴ 행사의 목적으로 타인 명의의 재류 카드 또는 특별 영주자 증명서를 제공하고 수수하거나 또는 소지하거나 자기 명의의 체류 카드를 제공하는 행위
ㄷ 위조 또는 변조의 재류 카드 또는 특별 영주자 증명서 또는 타인 명의의 재류 카드 또는 특별 영주자 증명서를 행사하는 행위
ㄹ 재류 카드 또는 특별 영주자 증명서의 위조 또는 변조 의용으로 제공하는 목적으로 장비 또는 원료를 준비하는 행위

4조부터 정리할 것

강제퇴거 대상자의 장기보호 문제 - 출입국관리법 제63조 제1항 구금

공익법센터 어필 이일 변호사

1. 문제점

- 출입국관리법상 여러 종류의 행정구금의 문제1)의 핵심을 이루는 것이 출입국관리법 제63조 제1항임. 출입국관리법 위반 외국인에 대한 최고도의 불이익처분의 근거가 되는 이 조항은 일본 입관법 제52조 제5항과 거의 동일함.

현행 출입국관리법	현행 일본 입관법
출입국관리법 제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 <u>송환할 수 있을 때까지</u> 그를 보호시설에 보호할 수 있다.	입관법 제52조 제5항(번역) 입국 경비관은 제 3 항 본문의 경우에는 강제 퇴거를 받는 자를 즉시 본국 밖으로 송환 할 수 없는 경우에는 <u>송환 할 때까지</u> 그 사람을 입국자 수용소, 수용 장 기타 법률 대신 또는 그 위임을 받은 주임 심사관이 지정하는 장소에 수용 할 수 있다.”

- 특정 외국인은 출입국관리법령 위반은 물론, 해석의 폭이 매우 넓은 입

1)

	심사결정을 위한 보호 / 긴급보호	강제퇴거명령의 집행을 위한 보호	일시보호	사실상의 구금 (공항 구금)
법적 근거	제51조 제1항 / 제51조 제3항	제63조 제1항	제56조	없음
실체요건	①제46조 1항 위반 의심 상당이유, ②도주 or 도주할 염려 + [*긴급한 경우 / 발급받을 여유가 없을 때]	①강제퇴거명령을 받은 사람, ②여권 미소지 또는 교통편 미확보 등으로 송환할 수 없을 경우	①입국불허자 or ②조건부 입국허가 (도주/도주우려) or ③출국명령(도주/도주우려)	입국 불허된 경우 송환지시서에 의해 항공사운영협의회의 용역이 집행
절차요건	출입국사무소장 명의 보호명령서 발급	출입국사무소장 명의 보호명령서 발급	없음	없음
보호기간	10일(출입국사무소장의 허가를 받아 1차례 연장가능) [*48시간]	송환할 수 있을 때까지 (단, 3개월 마다 법무부장관의 사전 승인 필요)	48시간(출입국사무소장의 허가를 받아 1차례 연장가능)	무기한 (자진출국 / 강제출국까지)
보호장소	보호시설(외국인보호실, 외국인보호소, 그밖에 법무부장관이 지정하는 장소)			공항 송환대기실
불복방법	- 보호에 대한 이의(제55조) - 보호일시해제 (제65조) * 인신보호법은 적용 배제(제2조)		없음	인신보호법 가능

국금지사유도 그대로 준용하고 있는 강제퇴거요건(출입국관리법 이하 ‘법’ 제46조)에 처분청의 의지에 따라 쉽게 포섭되어 강제퇴거대상자가 될 수 있고²⁾, 강제퇴거 대상자로 포섭만 되면 사실상의 예외 없이 출입국관리법 제63조 제1항의 보호명령을 받아 ‘송환할 수 있을 때까지’³⁾ 외국인보호소등에 보호되는데, 그 실질은 신체의 자유를 제약하는 ‘인신구속’ 임.

- 이에 주로 다음과 같은 문제점들이 지적됨
 - 인신구속임에도 구금의 ‘개시’ 및 ‘연장’에 판사의 개입이 제도 내에 존재하지 않는 ‘행정구금’
 - 구금의 필요성(예를 들어 도주의 우려, 주거부정등)에 대한 심사가 없이 강제퇴거대상에 해당한다면 구금의 정당성이 자동적으로 확보되는 것으로 이해
 - 외국인의 취약성에 대한 고려가 없어 원칙적으로 구금되어서는 안 될 외국인이 강제퇴거대상자가 되었다는 이유로 구금되는 일이 발생함(아동, 난민, 인신매매피해자등)
 - 구금의 ‘상한’이 없음. 이에 구금의 ‘종료’는 행정청의 광범위한 재량에 의해 기준이 불명확하여 사실상 자의적으로 운영될 소지가 큼
 - 구금의 ‘상한’이 명시적으로는 없지만, 구금의 목적, 시간적 한계가 규범적으로는 존재한다고 해석⁴⁾되나 실제로는 이와 같은 한계를 판단하기 어려움
 - 이에 일단 구금이 개시되면 ‘종기 없는 장기구금이 발생됨’ : 시간적 한계에 대한 명확한 기준이 없어 원래의 목적을 일탈하는 기간까지 구금이 종기 없이 계속됨.
 - 또한 구금이 개시되면 행정청의 시혜적 조치 외에는 사실상 종료시킬 방법이 없고, 목적적, 시간적 한계를 일탈한 구금기간의 ‘장기화’ 자체의 위법, 부당성을 판사 앞에서 판단 받을 방법이 없음.
 - 이로 인해 ‘장기보호’된 ‘단기’ 보호를 예정하여 교정시설보다 열악한 외국인보호소 내 피구금 외국인의 처우 역시 문제됨

2) 실무상은 행정규칙 형태의 지침에 따라 적용의 대강이 정해짐

3) 출입국외국인정책본부는 이를, ‘실제로 송환집행을 하여 송환국에 입국시킬 때까지’로 해석하고 있음.

4) 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 99다68829판결)

- 구체적 개인으로서의 외국인이 강제퇴거대상자가 될 경우, ‘내가 구금 될지 안 될지 모르고’, ‘구금되면 자진귀국을 선택하지 않는 한 언제 풀려날지 영원히 구금이 계속될지 모르며’, ‘별다른 의견진술기회 없이 구금은 자동적으로 연장되며,’ ‘위법, 부당성을 관사에게 다룰 방법 조차 없이 갇혀 있게 됨.

2. 현재 장기구금 현황

- 외국인보호인원(2017. 10.기준) : 평균 구금일수는 구금부터 퇴거집행까지 10일정도임

구분	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년
연간보호인원	20,049명	19,563명	18,693명	21,605명	29,926명
1인평균보호기간	12.1일	11.6일	12.2일	11.9일	10.8일
일평균 보호인원	664명	621명	626명	709명	886명

- 6개월 이상 장기보호 외국인 현황
 - 2014년 기준 57명, 2015. 기준 75명, 2016. 기준 111명, 2017. 10.기준 23명. 정권교체기 직후 퇴거집행이 법률상 가능한 장기구금자들을 일률적으로 퇴거집행하여 많이 줄어든 상태임.
 - 장기구금의 경우 10일과 비교할 수 없이 약 3, 4년에 달하는 장기구금자도 존재함.
 - 더욱이, 구금되어서는 안 되었던 억울한 외국인들, 즉 정기적인 사법심사와 구금의 상한이 없던 것으로 인해 장기 구금되어 신체, 정신적 피해를 입은 외국인들이 명확히 존재함.
 - 예를 들어 ①3년 10개월 동안 구금된 이란 국적의 난민신청자인 외국인은 풀려난 이후에 2015. 5. 28. 난민으로 인정받았고, ②1년 9개월 동안 구금되었던 나이지리아 국적의 외국인도 풀려나 2013. 초 난민인정을 받았고, ③1년 6개월 동안 구금된 파키스탄 국적의 외국인도 2010. 난민인정을 받고 풀려났고, ④8개월 동안 아내와 딸과 떨어져 구금되었다가 풀려난 이란 국적 외국인은 2017 4. 15. 난민으로 인정받았고, ⑤8개월 동안 구금되었던 이집트 국적의 대학생은 2017. 2. 24. 난민인정을 받고 풀려났으며, ⑥1년 반 동안 구금되었던 파키스탄 국적의 정치활동가는 장기 단식으로 허약해지자 보호소에서 보호일시해제로 풀어졌으나 이후 2016. 10. 27. 난민인정을 받았음.

3. 현재까지의 관련 논의 상황

- 법 제63조 제1항에 따른 강제퇴거대상자에 대한 보호⁵⁾의 이와 같은 문
제는 국내에서 다양한 연구를 통해 반복적으로 지적되어 왔음.
- 국제기구들의 판단 내지 권고가 지속적으로 있었음
 - 2009. ICCPR에 기한 유엔인권위원회(HRC)에 구금된 난민신청자의 개
인청원에 따른 Interim measure 및 결정⁶⁾[국 [씨
(CCPR/C/110/D/1908/2009)사건]이 있었는데 위사건 Interim measure에서
행정구금에 대한 정기적 사법심사를 요청함.
 - 2012. CRC 대한민국 제3,4차 통합정기보고서에 대한 권고
[CRC/C/KOR/CO/3-4]⁷⁾에서 ‘난민아동이 강제퇴거대상자가 되어 구금
될 수 있다는 문제, 구금상한이 없고, 정기적인 심사가 없다는 문제’
를 시정할 것을 권고함
 - 2015. ICCPR 대한민국 제4차 정기보고서에 대한 권고
[CCPR/C/KOR/CO/4]⁸⁾에서 ‘구금상한이 없고, 아동이 구금될 수 있으
며, 구금시설이 열악하고, 정기적이고 독립적인 심사를 받지 않는 문
제’를 시정할 것을 권고함
 - 2017. CAT 대한민국 제3,4,5차 통합정기보고서에 대한 권고
[CAT/C/KOR/CO/3-5]⁹⁾에서 ‘구금기간의 상한이 없고 아동이 구금될

5) 일본의 입관법을 계수하였는데, 일본은 현재까지 실질에 맞게 ‘수용’이라는 표현을 쓰고 있으나 한
국은 이를 ‘보호’로 명칭만 변경함.

6) 송환이 아닌 구금분야에 대해서는 본안에서는 각하하였지만, Interim measure에서는 대한민국 정부
에게 정기적인 사법심사를 보장해야하고 추방하지 않을 것을 최초로 요청하였음 “while his case is
under consideration by the Committee and to guarantee the regular judicial review of A’s
administrative detention”

7) “66. 또한, 위원회는 난민아동, 망명희망아동 또는 보호자가 없는 아동이 대한민국 이민법에 따라
구금될 수도 있다는 사실에 깊은 우려를 표한다. 또한 이 경우 아동에게 부적절한 시설에 구금되
며, 본국송환 명령 집행이 미정인 경우 구금일수가 법으로 명시되어 있지 않고 이러한 구금에 대한
정기적이고 시기적절한 조사를 보장하는 조항이 없다는 것을 우려와 함께 주목한다.
67. 위원회는 난민, 망명희망 또는 보호자가 없는 아동의 구금을 삼갈 것을 대한민국에 촉구한다.
본국으로 송환되는 경우, 이러한 아동이 가능한 한 그들의 권리를 배려하고 존중하는 시설에서 머
물 수 있도록 하며, 최대구금일수를 명확하게 규정하고, 시설에 대한 시기적절하고 정기적인 검토
가 이루어지도록 할 것을 촉구한다. “

8) “38. 위원회는 대한민국의 2013년, 난민법과 그 시행령 및 시행규칙의 제정을 환영하는 한편, 이주
구금의 기간에 법적 상한이 없는 것과 이주 아동의 구금, 그리고 이주 구금 시설의 열악한 환경에
대해 우려한다. (제 9조, 24조)
39. 대한민국 정부는 이주구금의 기간을 제한해야 하며, 구금이 최단 기간 동안 최후의 수단으로만
사용되도록 보장해야 한다. 또한 대한민국 정부는 일반논평(General Comment) 35번에 부합하도록
아동의 최선의 이익을 고려한 뒤에, 최단 기간 동안 최후의 수단으로 사용되는 경우를 제외하고는,
아동의 자유가 박탈되지 않도록 해야 한다. 또한 이주구금시설의 생활 조건이 국제기준에 부합하도
록 하며, 정기적이며 독립적인 심사를 받을 수 있도록 보장해야 한다.”

9) “41. While welcoming the adoption of the Refugee Act and the hosting of a large number of
refugees and asylum seekers by the State party, the Committee is concerned about: (a) The
implementation of article 5 of the Enforcement Decree of the Refugee Act, which outlines the
grounds for not referring an applicant for asylum to refugee status determination procedures and
about the quality of those procedures, as well as about the fact that implementation of that

수 있음과 열악한 보호소시설에 대해 우려를 표하고, 이를 시정할 것' 을 권고함

- 해외에서도 외국인들의 구금의 경우 ‘구금상한의 존부’, ‘독립된 사법심사의 존부’ 가 없어 국민들에 비해, ‘종기 없는 구금’ 이 되는 경우가 많았으나, 점차 입법적으로 이를 해결하거나, 법원의 위헌이라는 판단¹⁰⁾으로 개정 입법한 경우들이 다수 존재함.
- 헌법재판소에서 두 차례의 직접적인 판단을 내렸음¹¹⁾ 앞으로 반드시 위헌이 선고될 것으로 보임.
- 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 출입국관리법 제63조 제1항 위헌법률심판
 - 1년 10개월 동안 구금되었다가 후에 보호일시해제로 풀려난 난민신청자에 대한 사건
 - 5인의 각하 의견(그 중 2인은 개정입법의견, 2인은 합헌취지의 보충의견) : 풀려났으니 심판의 이익이 없다
 - 4인의 위헌 의견 : 심판의 이익은 있으며, 63조 1항은 신체의 자유를 제약하는 구금임. <과잉금지원칙위반> 목적의 정당성, 수단의 적정성은 인정되나 피해의 최소성의 경우 보호기간의 상한이 없고, 난민신청자들을 강제퇴거대상자와 동일하게 규율하고 있다는 점에서 위헌성이 있고, 법익의 균형성의 경우도 난민신청자의 경우 난민지위가 인정되지 않으면 그 후 보호명령을 발령하여 신병확보가 가능하므로 공익에 비해 불이익이 매우 중대함. <적법절차원칙 위반> 외국인보호가 형사절차상 ‘체포 또는 구속’ 에 준하는 것이어서 엄격한 영장주의는 아니어도 제3자의 심사가 필요하는데 아무것도 아님. 인신구속임에도 불구하고 청문절차도 없고, 보호의 개시나 연장단계에 있어서 청문의 기회도 보장하지 않고 있으므로 적법절차원칙에 위반됨
- 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2017헌가29 출입국관리법 제63조 제1항 위헌제청

provision may result in forcible deportation; (b) The absence of a legally prescribed maximum duration for immigration detention and the immigration detention of minors; (c) The reported overcrowding and poor material conditions in immigration detention facilities, including at points of entry and in departure waiting areas, when applicants file complaints for not having been referred for refugee status determination (arts. 2-3, 11-13 and 16). rture waiting areas.”

10) 예를 들어, 대만 헌법재판소는 구금상한이 없고 연장에 사법심사가 없다는 이유로 2013. 2. 6. NO. 708으로 출입국관리법 당해 조항을 위헌으로 결정

11) 2011년 1차 위헌법률심판제청(1차 사건) (헌재 2012. 12. 4. 2012헌바404)이 있었으나, 보호 해제되었다는 사유로 지정재판부에서 전원재판부 회부가 안 됨

- 외국환거래법위반으로 형을 선고받은 외국인이 1개월간 구금되어 있다가 강제퇴거명령 및 보호명령에 대한 법원의 집행정지로 풀려난 사건
- 4인의 합헌의견 : 출입국행정의 입법재량을 넓게 인정해야할 것을 전제로, <과잉금지원칙>은 자진출국이 가능하고, 구금기간 상한을 규정하였을 경우 퇴거명령의 집행이 어려워질 수 있고 국가안보, 질서유지, 공공복리에 위해가 될 수 있으며, 구금에서 벗어날 수 있는 여러 가지 수단이 있으므로, 침해의 최소성에 위배되지 않고, 공익이 중대하고 자진출국이 가능한 것을 고려하면 제한되는 사익은 경하므로 법익의 균형성도 위배되지 않음. <적법절차원칙>은 객관적 중립적 통제절차가 반드시 요구되는 영역이 아니고, 의견진술의 기회가 없다고 보기 어려우므로 위배되지 않음(그러나 보호기간 상한 설정할 수 있는지를 신중하게 검토할 필요가 있다고 함)
- 5인의 위헌의견 : <과잉금지원칙>은 보호기간의 상한이 없으면 최대기간을 예측할 수 없고, 집행을 용이하게 한다는 목적 때문에 무기한 보호를 하는 것은 행정의 편의성과 확실성만을 강조한 것이고, 구금에서 벗어날 수 있는 실효적 수단은 없고¹²⁾ 오히려 그 수단을 통해 구금기간이 늘어날 수 있고, 구금을 해제했을 경우의 합헌의견의 우려는 현실화되지 않은 잠재적 가능성에 불과하고, 모두를 잠재적 도주자로 볼 수 없고, 다양한 입법적 대안(주거지 제한, 보고, 신원보증인, 보증금, 감독등)이 가능하며, 장기구금 외국인에겐 사실상 ‘출국할 수 있는 자유’가 있다고 보기 어려워 침해의 최소성에 위배되고, 중대한 공익이더라도 신체의 자유 제한정도가 지나치게 크므로 법익의 균형성에도 위배되어 위반됨. <적법절차원칙>은 구체적 절차를 살펴보면, 실제 보호절차를 통제할 객관적 중립적 기관이 없다고 보이고, 보호명령은 자동적으로 발령되고, 3개월마다의 승인, 보호 또는 강제퇴거명령에 대한 이의신청은 인용된 사례도 없고, 행정소송은 일반적, 사후적 사법통제 수단이라 외국인의 신체의 자유를 충분히 보장하기 어렵고, 의견 제출의 기회가 봉쇄되어 있어 위반됨.

○ 현재, 아동구금을 원칙적으로 금지하거나, 구금기간의 상한을 정하거나,

12)실제로 ‘구금의 장기성’ 자체를 법원에 가져가 실효적으로 다룰 수 있는 방법이 전혀 없음. ①보호일시해제 : 보호일시해제 사유가 재량적이어서 구금의 장기성만으로는 ‘일시해제를 하지 않은’ 보호일시해제 취소의 소가 거의 불가능(99다68829 대법원 판례를 고려하여 시간적 한계가 있다고 해석하더라도 마찬가지) ②보호에 대한 이의신청 : 구금의 장기성은 보호의 이의사유가 되지 않는다고 해석하고 있고, 판례가 엇갈리고 있으나 보호에 대한 이의기간결정이 재결이라는 판결이 있어서 그 경우 원처분인 보호명령의 위법만을 다뤄야 하는 문제가 있음. ③강제퇴거명령 및 보호명령취소의 소 : 취소기간의 문제가 있는데, 이를 합헌적 법률해석을 하는 하급심 판례등을 참고하여 돌파하여 본안으로 가더라도 보호명령 발령시 처음엔 적법했는데 구금기간이 길어지니 사후에 처분이 위법해진다는 판단을 현재의 행정소송구조에서 받아내기 어려움. ④인신보호법의 청구대상에서도 배제됨.

구금결정 자체를 법관이 하도록 하는 법률안이 발의되어 있고, 계속 발의 예정임.¹³⁾¹⁴⁾

- 국가인권위원회도 2017. 12. 27.자로 17방문0000900으로 쇠창살등 구금적 형태의 수용거실을 인권친화적으로 개선할 것을 포함한 5가지 권고를 하였음

4. 논점은 무엇이며, 앞으로 제도개선을 어떻게 할 것인가

- 출입국관리법 제63조 제1항은, 사실상 신체의 자유에 관한 과잉금지원칙 위반, 적법절차원칙 위배로 사실상 이미 위헌결정을 받은 것이나 다른 없는 조항임¹⁵⁾.
- 현행 헌법 체계 내, 그리고 현 정부 발의 헌법개정안 체계 내 “에서 ‘구금기간의 상한, 독립적인 심사’ 가 없어 실제 억울하게 신체, 정신적 손해를 심각하게 감내하고 있는 외국인들이 존재하는 ‘장기보호’ 문제에 대해서 정부도 태도를 명확하게 해야 함.
- 정부로서도 ‘목적의 정당성이나 수단의 적합성’ 만을 주장하여 계속 유지할 것을 정책적의지로 지속하거나(현재까지도 정부는 침해의 최소성과 법익의 균형성을 전혀 고려하지 않고, ‘제도운명을 위해서 불가피하다’ 라는 취지의 의견만 피력하고 있는데, 현재의 장기구금문제는 귀국하지 않는 외국인들이 만들어낸 것이라고만 생각하는지, 신체의 자유의

13) 예를 들어, [의안번호 2007661], 제안일자 2017. 6. 29. 출입국관리법 일부개정법률안(금태섭의원 등 13인) “가. 이주아동의 보호를 원칙적으로 금지하고, 이주아동의 안전 등 부득이한 경우에만 필요한 최소한의 범위에서 보호할 수 있도록 함(안 제52조의2제1항).

나. 부득이하게 이주아동을 보호하는 경우 교육·급식 및 의료 등 특별한 조치를 취하도록 하고, 보호하지 않는 이주아동에 대해서는 아동복지시설 연계 등의 보호조치를 취하도록 함(안 제52조의2제3항 및 제4항).

다. 강제퇴거명령 집행을 위한 보호기간을 6개월로 하되, 보호를 계속할 상당한 이유가 있는 경우에는 최대 12개월의 범위에서 연장할 수 있도록 함(안 제63조제1항 및 제2항) “

14) 예를 들어, [의안번호 2005364], 제안일자 2017. 2. 1. 출입국관리법 일부개정법률안(임종성의원등 11인) “가. 강제퇴거 대상자 심사결정을 위해 외국인을 보호하는 경우 출입국관리공무원으로 하여금 구두 또는 고지문으로 해당 외국인에게 진술거부권, 변호인선임권이 있으며 보호에 대한 이의신청을 할 수 있음을 알리도록 함(안 제51조제6항 신설).

나. 지방출입국·외국인관서의 장이 강제퇴거명령을 받은 외국인을 보호하고자 할 경우 관할지방법원의 영장을 받도록 하고, 그 보호 기간의 상한을 6개월로 하되 예외적으로 6개월의 범위에서 1차에 한하여 연장할 수 있도록 함(안 제63조).

다. 보호영장에 따라 보호된 외국인이나 그 법정대리인등에게 법원에 대하여 보호의 적부심사를 청구할 수 있도록 함(안 제63조의2 신설). “

15) 한편, 국제적으로 보더라도 출입국관리법 제63조 제1항은 자의적 구금(Arbitrary Detention)을 금지하는 ICCPR 7조에 명확히 위배되고, 비교법적으로도 구금기간 상한을 규정하지 않는 나라가 없는 것은 아니나 후진적 사례를 따라갈 것은 아니고, 오히려 구금기간의 상한 규정, 개시, 연장, 종료의 심사주체의 독립과 같은 것을 관철한 선례들도 다수 존재함.

제한은 감내해야 할 것으로 어쩔 수 없이 중요한 것은 아니라고 생각하는지 정확하게 의사를 밝힐 필요가 있다고 생각함¹⁶⁾, 위헌판결이 나오는 것을 막기 위하여 장기보호외국인들 일부를 재량적으로 보호일시해제와 같은 방법으로 잠시 풀어주는 것과 같은 미봉책으로 현재 제도를 조금 더 유지하려 하는 것은 결코 바람직한 방향이 될 수 없음.

- 강제퇴거사유의 해당성이 기간을 확정할 수 없고 길게는 4-5년에 이르기까지의 장기구금의 정당성을 담보하는 충분조건으로 결코 볼 수 없으며,
- 퇴거집행¹⁷⁾이 가능하게 되었을 미래 시점의 송환편의를 위하여 사실상 무기한 구금하게 하는 것은 행정편의만을 위하여 신체의 자유를 제약하는 것이고,
- 상한에 도달하였다고 구금해제하면 공익에 문제가 생길 수 있다는 것은 위헌적인 예방적 구금을 전제하는 판단이며,
- 상한을 이용하여 구금에서 해제되려고 하는 사람들의 남용을 방지하기 어렵다는 것은 실증적 연구에 따른 뒷받침이 없는 것일 뿐 더러, 난민 신청 등 법률에 따라 보장된 당연한 권리를 ‘남용’으로 전제하는 사고일 뿐 아니라, 행정목적은 달성하면서도 사익을 보다 덜 침해하는 방식의 정교한 대책¹⁸⁾에 관한 고민은 전혀 없이 외국인들을 통제와 관리의 대상으로만 보는 과거¹⁹⁾의 패러다임을 반복하는 것에 불과함.

○ 우선 보호기간의 상한은 정하여야 하고, 판사가 ‘장기보호된 외국인’의 보호의 필요성과 취약성을 심사하여 구금계속의 정당성 여부를 판단할 수 있게 해야 함. 과정에서 고려해야 할 법리적 논점들로는 다음과 같은 것들이 있음.

- 보호기간의 상한을 정하되 얼마로 할 것인가(45일²⁰⁾, 6월²¹⁾, 1년, 18월²²⁾)
- 보호의 ‘개시’, ‘연장’의 주체의 독립성을 어떻게 확보할 것인가 (개시단계부터 법관에게 영장을 청구하는 방식, 연장만 법관이 심사하는 방식, 독립된 위원회를 통해 개시 또는 연장을 심사하는 방식, 현행

16) 예를 들어 금태섭 의원 안에 대하여도 법무부는 ‘보호기간 상한이 설정되면 각종 소송을 제기하거나 난민신청신청을 남용함으로써 강제퇴거 제도가 유명무실하게 되어 정상적인 외국인 체류관리가 어려울 수 있다’는 취지의 의견을 밝혔음.

17) 장기보호외국인들은 생활관계가 본국에서 소멸되거나 돌아갈 수 없는 사정이 있는 경우들이며, 난민의 경우 퇴거자체가 불가능하고, 인신매매피해자들은 퇴거가 부적정함.

18) 예를 들어 해외의 구금대안(Alternative to Detention)에 대한 다양한 연구와 모색도 그 종류중 하나임.

19) 더욱이 출입국-외국인청으로 변경하며 외국인에 대한 ‘서비스’를 강조하도록 직제를 변경한 상황임.

20) 대만 출입국관리법 제38조(2016. 11. 16.개정)

21) 일본변호사협회의 권고

22) EU 송환 Directive

을 유지하되 인신보호법의 예외조항에서 출입국관리법의 보호를 삭제하는 방식)

- ‘강제퇴거사유의 해당성’ 뿐만이 아니라 구금을 해야하는 이유 즉, ‘보호의 필요성’ 을 요건화하고, 구금을 원칙적으로 금지할 대상(예를 들어, 아동, 난민, 인신매매피해자 등)을 고려하여 즉, ‘피보호자의 취약성’ 등을 요건화하여 이에 관한 식별단계가 구금 ‘개시’, ‘연장’ 심사에 반영시키는 것 들어오도록 마련하는 것
 - 구금 자체를 개시하게 하는 강제퇴거의 사유를 입국금지사유를 준용하지 않고 보다 축소하는 것
- 지금은, 장기보호 문제를 제도적인 개선을 통해 신속히 해결해야할 것 자체는 당연한 전제로 하고 어떻게 이를 달성할 것인지에 모두 함께 주력해야 한다고 생각함. 출입국관리법상의 강제퇴거제도는 매우 중요한 제도이지만 사려 깊게 적용, 집행되지 않으면 구체적 외국인에게 있어서는 추방 자체의 심대한 침해 뿐 아니라, 구금 과정에서의 가장 기본적으로 중요한 자유가 심각하게 배제되는 것임을 진지하게 고려하여 시급히 법률을 개정하여야 함.

이주민의 구금과 적법절차¹⁾

최계영(서울대학교 법학대학원 교수)

I. 서론

1. 이민구금, 출입국 통제, 적법절차

이민구금(immigration detention)이란 이민을 통제하는 과정에서 이민 통제 권한에 근거하여 이루어지는 구금을 가리킨다. 이민구금은 외국인에 대하여 이민통제 권한에 근거해서 이루어진다는 특성 때문에 법적 통제와 적법절차의 보장수준이 다른 종류의 구금에 비해 낮게 나타나는 경향이 있고,²⁾ 이는 우리나라에서도 마찬가지이다. 출입국에 관하여 외국인에게는 입국과 체류의 자유가 보장되지 않고 출입국에 관한 통제권한의 행사는 국가주권 행사의 성격을 가진 것으로 이해되고 있으며, 그 결과 출입국관리에 관해서는 입법의 단계에서나 집행의 단계에서 광범위한 재량이 인정되고 있다.³⁾ 그런데 외국인에게 입국의 자유는 인정되지 않지만, 인간의 권리인 신체의 자유는 외국인에게도 보장된다. 그럼에도 불구하고 이민구금에 대하여는 인신구금으로서의 성격보다 출입국 통제에 부수된 수단으로서의 성격에 중점을 두어,⁴⁾ 적법절차의 보장 수준이 통상적인 신체의 자유 제한에 요구되는 것보

1) 이 글은 법무법인(유한) 태평양·재단법인 동천. 『이주민법연구』, 2017, 155-195에 게재된 논문을 수정한 글이다. 학술대회 자료집에 게재하는 것에 동의해 준 태평양·동천 측에 감사드린다.

2) Daniel Wilsher, *Immigration Detention - Law, History, Politics*, Cambridge: Cambridge University Press (2012), ix.

3) 이에 대한 비판은 최계영, “출입국관리행정, 주권 그리고 법치”, *행정법연구* 제48호 (2017. 2.), 31 이하 참조.

4) “출입국관리법상 보호는 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정인 출입국관리행정의 일환으로 외국인의 체류자격의 심사 및 체류자격 없는 외국인의 강제퇴거절차의 집행을 위하여 이루어지는 것인바, 출입국관리행정 중 이와 같이 체류자격의 심사 및 퇴거 집행 등에 관한 사항은 광범위한 정책재량의 영역에 있다”(헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2003헌마87 결정; 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌마474 결정 등 참조).

다 낮아도 무방한 것으로 바라보는 시각이 있고, 이러한 경향은 입법·행정·사법의 실무에서 모두 발견할 수 있다.

우리나라에서 특히 최근 문제가 되는 현상은 난민신청자에 대한 무기한의 장기구금 문제이다. 난민신청자는 난민 인정 여부에 대한 최종 판단이 내려지기 전까지는 강제송환할 수 없다. 그런데 난민신청자에 대해 강제퇴거명령과 보호명령이 발해지면, 행정부와 사법부에서 난민 인정 여부에 대한 최종 판단이 내려질 때까지 난민신청자는 계속하여 구금된다. 법률상 구금기간에 상한도 없고, 사법적 통제를 포함한 객관적·중립적 통제도 제대로 이루어지지 않는다. 이로 인해 뒤에서 볼 바와 같이 구금기간이 3년이 넘어가는 초장기 구금도 나타나고 있는 실정이다. 이민구금에 대한 적법절차원칙의 보장수준이 적정한지 점검할 필요가 있는 시점이다.

2. 출입국관리법의 ‘보호’

우리나라 출입국관리법(이하 이 글에서 ‘법’이라고만 하면 출입국관리법을 가리킨다)에서는 출입국 통제 과정에서 이루어지는 구금을 ‘보호’라 부르고 있다. 이는 강제퇴거의 심사와 집행을 위한 외국인의 구금을 뜻한다. 원래는 법률상 보호의 정의규정이 없었으나 보호의 개념이 사전적 의미와는 달리 사용되고 있다는 비판이 제기되어 2010년 정의규정이 신설되었다.⁵⁾ 현행법에서는 보호를 “강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 인치하고 수용하는 집행활동” (법 제2조 제11호)이라고 정의하고 있다. 위와 같은 법 개정으로 보호가 신체의 자유를 제한하는 실질적인 인신구속이라는 점은 입법적으로⁶⁾ 명백해졌다. 그러나 정의규정만 신설되었을 뿐 인신구속에 걸맞는 권리보호 장치는 마련되지 않았다는 점에서 비판이 제기된다.⁷⁾

5) 2010. 5. 14. 법률 제10282호.

6) 판례상으로는 이미 대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결에서 “실질적인 인신구속”이라고 평가하였다.

보호는 ‘강제퇴거 심사를 위한 보호’ (법 제51조, 이하 ‘심사보호’ 라고 한다)와 ‘강제퇴거 집행을 위한 보호’ (법 제63조, 이하 ‘집행보호’ 라고 한다)로 나뉜다. 전자는 강제퇴거 대상자에 해당하는지를 조사하기 위한 보호이고, 후자는 강제퇴거명령이 내려졌지만 즉시 송환할 수 없을 때 강제퇴거 집행을 확보하기 위해 송환할 수 있을 때까지 보호하는 것이다. 강제퇴거 심사를 위한 보호는 다시 ‘일반보호’와 ‘긴급보호’로 구별된다. 일반보호는 사전에 보호명령서를 발급받아 보호하는 것이고(법 제51조 제1항), 긴급보호는 보호명령서를 발급받을 여유가 없을 때 먼저 보호한 후 사후에 보호명령서를 발급받는 것이다(같은 조 제3항).

3. 이 글의 구성

이 글은 현행 출입국관리법상의 보호 제도가 적법절차원칙에 부합하는지 살펴보고 현행법의 개선방안을 제시하는 것을 목표로 한다. 보호에 관한 결정과 통제 권한 문제(Ⅱ.)와 보호기간의 문제(Ⅲ.)를 중점적으로 살펴볼 것이다. 각각의 부분에서 현행법의 체계(1.), 관련 헌법재판소 결정(2.), 유럽연합·독일·프랑스 법제에 대한 비교법적 고찰(3.)의 순서로 살펴볼 것이다. 이를 토대로 Ⅳ.에서 현행 보호 제도의 개선방안을 제안한다. 여기에 덧붙여 마지막으로 출입국항 송환대기실에서의 사실상 구금 문제를 함께 살펴보기로 한다(V.).

Ⅱ. 보호에 관한 결정과 통제 권한

1. 현행법의 체계

가. 보호의 개시와 연장

7) 형식적으로 ‘보호’의 법률적 정의규정을 신설하는 것에 그칠 것이 아니라, 외국인과 관련된 인신행정작용(인치 및 수용 등)에 형사사법절차에 준하는 권리보장체계를 마련하여 실질적 법치주의가 실현될 수 있도록 노력하는 것이 바람직하다는 국가인권위원회 2007. 12. 28. 「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 의견표명 참조.

보호에 관한 최초의 결정권한은 일반보호와 집행보호는 지방출입국·외국인관서의 장(이하 ‘소장 등’⁸⁾이라 한다)에게, 긴급보호는 출입국관리공무원에게 있다(법 제51조, 제63조). 그러므로 구금을 개시할 권한은 전적으로 행정기관에 부여되어 있고, 영장 제도는 배제되어 있다.

보호에 관한 최초의 결정 후 일정 시간이 지나면 자동적으로 통제가 이루어진다. 일반보호는 10일 이상 보호하기 위해서는 소장 등의 연장허가가 필요하고(법 제52조 제1항), 긴급보호는 보호 개시 후 48시간 내에 소장 등으로부터 보호명령서를 발급받아야 하며(법 제51조 제5항), 집행보호는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다(법 제63조 제2항). 즉, 일정 기간 경과 후 일반보호, 긴급보호에 대해서는 소장 등에 의해, 집행보호는 법무부장관에 의해 통제가 이루어진다. 그러므로 구금 개시 후 이루어지는 자동적인 통제도 전적으로 행정기관에 맡겨져 있다.

나. 보호에 대한 권리구제절차

외국인의 신청에 의하여 권리구제절차가 개시되면 그 절차에서 보호의 적법성이 통제될 수 있다. 우선 출입국관리법상 마련된 권리구제절차로는 이의신청 제도가 있다. 그러나 이의신청을 심사하여 결정하는 기관은 법무부장관으로서(법 제55조 제1항, 제63조 제6항) 역시 행정기관이다. 다음으로 보호된 외국인은 행정소송절차를 통해 권리구제제도모할 수 있다. 보호는 권력적 사실행위로서 ‘처분’(행정소송법 제2조 제1항 제1호)에 해당하기 때문에 행정소송(취소소송)을 제기하여 다툴 수 있다. 또한 그 절차에서 보호의 집행정지를 구하여(행정소송법 제23조 제2항) 중구적인 판단이 내려지기 전이라도 구금 상태에서 벗어날 수 있는 길도 있다. 이와 같이 사법적 절차를 통해 보호의 적

8) 법률에서는 “지방출입국·외국인관서의 장”이라고만 규정하고 있는데, 시행령에서 출입국관리사무소의 장, 출입국관리사무소 출장소의 장, 외국인보호소의 장으로 구체화하고 있다(법 시행령 제63조 참조).

법성을 통제할 수 있는 가능성이 열려 있기는 하지만 일반적인 행정소송절차는 뒤에서 볼 바와 같이 신체의 자유를 제한하는 공권력 행사에 대한 통제수단으로는 충분하지 않은 측면이 있다. 행정기관에 의한 신체의 자유 제한을 통제하기 위한 특별한 보호장치로는 인신보호법상의 구제청구절차가 있다. 그러나 인신보호법은 명문으로 “출입국관리법에 따라 보호된 자”를 인신보호법상 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외하고 있다(같은 법 제2조 제1항 단서). 그 결과 보호에 대한 사법적 통제는 일반적인 행정소송절차를 통해서만 가능하다.

다. 소결론

전체적으로 보면, 보호 여부를 결정하고 통제할 권한은 대부분 행정기관, 즉 법무부장관과 그 하급행정기관인 소장 등, 출입국관리공무원에 맡겨져 있다. 사법기관에 의한 통제는 보호된 외국인이 권리구제를 청구한 경우에만 작동할 수 있고, 그 방식도 일반적인 행정소송절차에 한정된다.

2. 헌법재판소의 판단

현재의 출입국관리법상 보호 제도에 신체의 자유를 보장하기 위한 충분한 통제장치가 마련되어 있는지의 문제가, 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정에서는 적법절차원칙 위반 문제로, 헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2012헌마686 결정에서는 적부심청구권의 침해 문제로 다루어졌다. 이하에서 차례로 살펴본다.

가. 적법절차원칙 위반 여부

- 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정 -

위 결정에서는 현행 출입국관리법상의 보호 제도가 적법절차원칙에

반하는지 여부가 쟁점이 되었다. 비록 다수의견은 재판의 전제성이 없음을 이유로 각하결정을 내렸지만,⁹⁾ 4인의 반대의견(이하 ‘[반대의견]’ 이라 한다)과 2인의 다수의견에 대한 보충의견(이하 ‘[보충의견]’ 이라 한다)은 적법절차원칙 위반 여부에 관하여 실체적 판단을 하였다. [반대의견]은 적법절차원칙에 반한다는 입장인 반면, [보충의견]은 반하지 않는다는 입장이다. 세부적인 논거를 비교하면 다음과 같다.

① 우선 [반대의견]은 출입국관리법상의 외국인 보호는 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것으로서 외국인의 신체의 자유를 박탈하는 것임을 전제로 하는 반면, [보충의견]은 피보호자가 자진 출국함으로써 언제든지 보호대상에서 벗어날 수 있다는 점에서 일반적인 형사상 구금과 차이가 있으므로 보다 완화된 기준에 의한 심사가 가능하다는 것을 전제로 한다. ② 보호가 신체의 자유에 미치는 영향에 대한 위와 같은 인식의 차이를 토대로, [반대의견]은 엄격한 영장주의는 아니더라도 적어도 출입국관리공무원이 아닌 객관적·중립적 지위에 있는 자가 그 인신구속의 타당성을 심사할 수 있는 장치가 있어야 한다는 입장인 반면, [보충의견]은 출입국관리에 관한 공권력 행사와 관련하여 그 업무를 동일한 행정기관에서 하게 할 것인지, 서로 다른 행정기관에서 하게 하거나 사법기관을 개입시킬 것인지는 입법정책적인 문제이며, 반드시 객관적·중립적 기관에 의한 통제절차가 요구되는 것은 아니라고 한다.¹⁰⁾ ③ 신체의 자유를 보장하기에 충분한 사법적 통제장치가 있는지에 관해서도, [반대의견]은 강제퇴거명령이나 보호명령에 대한 행정소송과 같은 일반적·사후적인 사법통제수단만으로는 우리나라 사법시스템이나 국어에 능통하지 못한 외국인의 신체의 자유를 충분히 보장하기에 미흡하다는 생각인 반면, [보충의견]은 강제퇴

9) 청구인에 대한 보호가 완전히 해제되어 당해 사건인 보호명령 취소소송이 부적법하여 각하될 수밖에 없는 상황이었다. 이에 대해 반대의견은 외국인의 신체의 자유와 직결되는 매우 중요한 헌법문제라는 이유로 예외적 심판의 이익을 인정하였다.

10) 오히려 출입국관리와 같은 전문적인 규제분야에서는 동일한 행정기관으로 하여금 여러 업무를 동시에 수행하게 하는 것이 행정의 경험과 전문성을 살리고, 신속한 대처를 통한 안전한 국경관리를 가능하게 하며, 외교관계 및 급변하는 국제정세에 맞춰 적절하고 효율적인 출입국관리를 가능하게 하는 길이라고 볼 수도 있다고 한다.

거명령이나 보호명령에 대해 취소소송을 제기할 수 있고 집행정지신청을 할 수 있으므로 객관적·중립적 기관에 의한 통제절차가 없다고 볼 수도 없다는 생각이다.

나. 적부심청구권 침해 여부

- 헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2012헌마686 결정 -

앞서 본 것처럼 출입국관리법에 따라 보호된 자는 인신보호법상 구제청구를 할 수 없다(인신보호법 제2조 제1항 단서). 위 조항이 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.”고 정하고 있는 헌법 제12조 제6항에 위반되는지 쟁점이 되었다. 앞서의 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정에서는 - [반대의견]이든 [보충의견]이든 - 출입국관리법상 보호에 대해서는 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 적용되지 않는다는 것을 전제로 하고 있는 반면, 이 결정에서는 헌법 제12조 제6항의 체포·구속적부심청구권은 보호를 비롯한 행정상 인신구속 일반에 대해 적용된다는 것을 전제로 하고 있다. 헌법 제12조 제6항의 “체포 또는 구속”은 포괄적 개념으로서 수사기관 뿐만 아니라 일반 행정기관을 비롯한 모든 형태의 공권력행사기관이 체포 또는 구속의 방법으로 신체의 자유를 제한하는 사안에 적용된다는 것이다. 이는 헌법 제12조 제3항¹¹⁾과 달리 헌법 제12조 제6항의 문언에는 수사절차에만 특유하게 적용될 수 있는 부분이 없기 때문에 가능한 해석일 것이다.

그런데 위 결정에서는 출입국관리법상의 보호에 대해서도 헌법 제12조 제6항이 적용된다는 점을 논의의 출발점으로 삼았음에도, 결론적으로는 인신보호법상의 배제 조항이 위헌은 아니라고 판단하였다. 그와 같은 결론이 가능한 이유는 헌법 제12조 제6항에 의해 요구되는 절차가 갖추어야 할 요건을 완화하여 해석하기 때문이다. 입법자는 “행정상의 체포·구속에 대하여도 체포·구속된 원인관계 등에 대한 최종

11) “검사의 신청에 의하여”, “현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고”

적인 사법적 판단절차와는 별도로 체포·구속 자체에 대한 적법 여부를 법원에 심사청구할 수 있는 절차”를 마련하여야 하지만, 절차를 구체화함에 있어서는 상대적으로 광범위한 입법형성권을 가지고 있다. 특히 출입국관리법상 보호는 외국인의 체류자격의 심사 및 체류자격 없는 외국인의 강제퇴거절차의 집행을 위하여 이루어지는 것이므로, 그 구체적 절차에 관한 사항은 광범위한 정책재량의 영역에 있다고 한다.

위와 같은 심사기준을 토대로 헌법재판소는, 보호명령 자체의 취소를 구하는 행정소송이나 그 집행의 정지를 구하는 집행정지신청을 통해 출입국관리법상 보호의 적법 여부를 다룰 수 있는 이상 헌법 제12조 제6항이 요구하는 체포·구속 자체에 대한 적법 여부를 법원에 심사청구할 수 있는 절차가 없다고 할 수 없다고 판단하였다. 나아가 출입국관리법에 사전적 절차규정¹²⁾ 및 법무부장관에 대한 이의신청이라는 사후적 보호수단이 마련되어 행정소송이나 집행정지신청이 가지고 있는 한계를 충분히 보완하고 있다고 평가하였다.

3. 비교법적 고찰

가. 유럽연합

유럽연합은 2008년 송환지침(Return Directive)¹³⁾을 제정하여 위법하게 체류 중인 제3국 국민¹⁴⁾의 송환에 적용할 공통 기준과 절차를 정하였다. 송환지침에 따르면 구금에 관한 결정은 사법기관뿐만 아니라 행정기관도 할 수 있다(송환지침 제15조 제3항 1문). 그러나 사법기관이 아니라 행정기관에게 구금에 관한 결정권한을 부여하였을 때에는

12) 보호기간의 제한(법 제52조, 제63조 제2항), 보호명령서의 제시(법 제53조, 제63조 제6항), 법정대리인 등에 대한 통지(법 제54조, 제63조 제6항).

13) Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals.

14) 유럽연합 시민 이외의 자를 의미한다(송환지침 제3조 제1호 참조).

신속한 사법심사가 보장되어야 한다. 그 방법은 두 가지이다. 당사자의 신청에 관계없이 자동적으로 사법기관이 심사하도록 하거나, 당사자에게 사법심사를 신청할 권리를 부여하는 것이다.¹⁵⁾ 사법심사는 신속하여야 한다. 자동적으로 사법심사가 시작되도록 하였다면 구금이 개시된 때로부터 가능한 한 신속하게, 당사자의 신청에 의하여 사법심사를 하도록 하였다면 심사절차가 개시된 때로부터 가능한 한 신속하게, 구금의 적법성에 관한 결정이 내려져야 한다. 또한 자동적인 사법심사가 보장되지 않고 당사자의 신청으로 사법심사가 시작되도록 하였다면, 회원국은 사법심사를 구할 수 있는 절차가 있음을 당사자에게 즉시 고지하여야 한다(같은 항 2문). 구금에 대한 심사를 담당하는 법원에게는, 구금의 적법성에 관해 결정하고 구금이 위법하다면 석방을 명령할 수 있는 권한이 부여되어야 한다.¹⁶⁾

모든 사안에서, 구금은 주기적으로 심사되어야 한다. 심사 사이의 기간 간격은 합리적이어야 한다(송환지침 제15조 제3항 1문). 심사 사이의 기간 간격이 어느 정도이어야 지나치게 길지 않고 합리적이라고 볼 수 있는지는 일률적으로 말할 수 없다. 그렇지만 주기적 심사 사이에 발생한 사정변경을 불합리한 지체 없이 심사에 반영하여, 새로이 발생한 요소에 따르면 구금이 사후적으로 위법하게 되었다고 결정할 수 있어야 한다.¹⁷⁾ 위 규정에 따른 심사는 반드시 사법기관에 의한 심사일 필요는 없고 행정기관에 의한 심사로도 충분하다. 그러나 구금기간이 연장된 경우라면, 주기적인 심사는 사법기관에 의한 심사이어야 한다(같은 항 2문).

유럽연합 송환지침은 회원국의 입법을 통해 각국의 국내법으로 전환된다. 이하에서는 독일과 프랑스가 구체적으로 송환지침을 어떻게 전환하였는지를 살펴본다.

15) 지침 제정과정에서, 원칙적으로 구금은 사법기관의 결정으로 하도록 하는 안과 구금 개시 후 72시간 내에 사법기관의 승인을 받도록 하는 안(자동적인 사법심사)이 제안되었지만 받아들여지지 않았다. Kay Hailbronner & Daniel Thym(ed.), *EU Immigration and Asylum Law*(2nd ed.), München: C.H.Beck (2016), Part C VII Art. 15 MN 13 참조.

16) Kay Hailbronner & Daniel Thym(ed.), 위의 책, Part C VII Art. 15 MN 19.

17) Kay Hailbronner & Daniel Thym(ed.), 위의 책, Part C VII Art. 15 MN 29.

나. 독일

독일 체류법(Aufenthaltsgesetz)¹⁸⁾에서는 퇴거를 위한 구금으로 두 종류의 구금, 즉 ‘퇴거 심사를 위한 준비구금’ (Vorberitungsshaft, 이하 ‘준비구금’ 이라 한다)과 ‘퇴거 집행을 위한 확보구금’ (Sicherungsshaft, 이하 ‘확보구금’ 이라 한다)을 두고 있다. 전자는 우리나라의 심사보호에 유사한 것이고, 후자는 집행보호에 유사한 것이다. 준비구금과 확보구금 모두 법관의 영장을 필요로 한다(준비구금에 관해서는 체류법 제62조 제2항, 확보구금에 관해서는 같은 조 제3항). 즉, 독일은 최초의 구금 개시 단계에서부터 사법기관의 결정을 요구한다. 이는 독일 기본법 제104조 제2항의 영장주의(또는 법관유보 Richtervorbehalt)가 이민구금에도 관철되기 때문이다. 신체의 자유 박탈이 적법한지 결정할 권한은 법원에 배타적으로 귀속되어야 한다.¹⁹⁾ 일정한 사유가 있으면 예외적으로 법관의 사전영장 없이 행정기관의 결정으로 구금할 수도 있다. 그러나 그 경우에도 지체 없이 법관 앞에 인치하여 법관이 구금 여부를 결정하도록 하여야 한다(체류법 제62조 제5항). 구금의 개시와 연장은 모두 사법기관의 결정으로 이루어진다. 또한 법원은 영장에서 정한 구금기간이 지나기 전이라도 구금사유가 소멸하면 직권으로 구금을 취소하여야 한다.²⁰⁾

다. 프랑스²¹⁾

프랑스에서는 구금에 대한 최초의 결정, 연장결정, 그리고 이에 대한

18) Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet.

19) 비공식적인 구금이 이루어졌던 나치 시대의 경험으로 인해 구금에 대한 강력한 헌법상 보호장치가 마련되었다고 한다.

20) § 406 Abs. 1 FamFG.

21) 이민구금에 관한 프랑스 법체계를 파악함에 있어서는 Marie-laure Basilien et al., “Immigration Detention and the Rule of Law - National Report: France”, Bingham Center for the Rule of Law (2013. 6.)의 도움을 받았다.

통제의 권한이 행정기관과 사법기관에 나뉘어 있다. 외국인을 구금하기로 하는 최초의 결정은 행정기관에 의해 이루어지지만, 연장결정과 통제는 사법기관이 맡는다. 최초의 구금결정에 관한 권한을 갖는 기관은 행정기관인 지사(Préfet)²²⁾이다. 지사의 결정에 의한 구금기간의 상한은 48시간이다. 48시간이 지난 후에도 계속 구금하기 위해서는 지사는 법관에게 구금기간의 연장을 신청하여야 한다.²³⁾ 구금기간 연장결정을 담당하는 법관은 ‘자유와 구금 담당 법관’ (Juge des libertés et de la détention, 통상 JLD라고 줄여 부른다, 일반법원 소속이다)이다. 최초의 구금결정과 연장결정 모두 사법기관에 의해 통제된다. 2016년 이전에는 지사의 최초 구금결정에 대한 통제권한은 행정법원에, JLD의 구금기간 연장결정에 대한 통제권한은 일반법원에 각각 나뉘어 있었다.²⁴⁾ 그러나 2016년의 법 개정²⁵⁾으로 통제권한이 일원화되었다. 최초 구금결정에 대한 통제도 행정법원이 아니라 일반법원 소속인 JLD가 담당한다.²⁶⁾

III. 보호기간

1. 현행법의 체계

일반보호의 보호기간은 10일 이내로 하되, 다시 10일 이내의 범위에서 한 차례만 연장할 수 있다. 연장은 ‘부득이한 사유’가 있어야 하

22) 지사라고 통상 번역되지만, 우리나라의 지방자치단체 장에 해당하는 기관은 아니고, 중앙정부가 중앙정부를 대표하여 지방자치단체에 파견한 기관이다.

23) CESEDA, Article L.551-1. CESEDA는 ‘Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile’(외국인의 입국·체류 및 망명권에 관한 법전)의 약칭이다.

24) 행정에 대한 재판도 행정작용으로 보는 프랑스 특유의 권력분립원칙에 따라 행정사건을 관할하는 행정법원은 사법부가 아니라 행정부에 소속되어 있다. 다만 행정법원은 소속이 행정부일 뿐 재판의 독립을 향유하는 실질적인 사법기관이다.

25) LOI n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

26) CESEDA, Article L.512-1, III, mod. par LOI n°2016-274 du 7 mars 2016 - art. 33, I.

고, 연장허가의 권한은 최초에 보호명령서를 발급한 소장 등에게 있다(법 제52조 제1항), 긴급보호는 48시간 내에 보호명령서를 발급받아야 하므로 기간의 상한은 48시간이다(법 제51조 제4항). 집행보호는 “송환할 수 있을 때까지” 보호할 수 있다고 규정되어 있을 뿐 기간의 상한이 정해져 있지 않다(법 제63조 제1항). 다만 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다(같은 조 제2항). 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우에는 소장 등은 보호를 해제할 수 있지만(같은 조 제4항), 반드시 해제해야 하는 것은 아니다.

2. 헌법재판소의 판단

- 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정-

앞서 본 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정에서는 보호기간 설정의 필요성에 관해서도 [반대의견]과 [보충의견]이 다른 입장을 취하였다. [반대의견]은 보호기간의 상한을 설정하고 있지 않아 무기한 보호가 가능한 것 자체가 신체의 자유에 대한 과도한 제한이라고 보았다. 기간의 상한이 정해져 있지 않은 보호는 “자신이 언제 풀려날지 전혀 예측할 수 없게 한다는 점에서 실제 보호기간의 장단과 관계없이 그 자체로 심각한 정신적 압박감”을 가져온다는 것이다. 반면 [보충의견]은 ‘송환할 수 있을 때까지’ 보호하여야만 송환이 가능해진 시점에 신속하게 강제퇴거를 이행할 수 있고, 언제 송환이 가능해질 것인지 미리 알 수 없는 이상 특정한 일시까지 보호기간을 한정하지 않는 것은 입법목적 달성을 위해 불가피하므로 과잉금지 원칙에 반하지 않는다고 판단하였다.

3. 비교법적 고찰

가. 유럽연합

회원국은 구금기간의 상한을 설정해야 하고, 원칙적으로 그 상한은 6월을 넘어서는 아니 된다(지침 제15조 제5항). 예외적으로 12월을 한도로 구금기간을 연장할 수 있지만 이는 지침에서 규정한 사유가 있을 때에 한한다. 연장이 허용되는 사유는 아래의 두 가지 경우이다. ① 당사자가 협력하지 아니하거나, ② 제3국으로부터 필요한 서류를 확보하는 것이 지체되어, 모든 합리적인 노력에도 불구하고 퇴거의 집행에 시간이 더 필요한 경우이다(같은 조 제6항).²⁷⁾ 유럽사법재판소는 2014년 Mahdi 결정²⁸⁾에서 지침 제15조 제6항의 해석기준, 즉 구금 연장사유에 대한 판단기준을 제시하였다. 그 내용은 다음과 같다.²⁹⁾

- 연장결정의 시점에서 판단할 때 퇴거가 집행될 수 있다는 합리적인 가능성이 있어야 한다.
- 최초의 구금결정시 적용되는 실제적인 요건³⁰⁾의 존부를 다시 심사하여야 한다.
- 연장 여부를 결정하는 법관에게는, 개별 사건의 구체적인 사실관계를 완전하게 심사한 후에, 구금에 관한 기존의 (행정기관 또는 법관의) 결정을 자신의 결정으로 대체하여, 연장 여부에 관한 결정뿐만 아니라 구금에 대한 대안 또는 석방을 명할 수 있는 권한이 있어야 한다.
- 법관은 행정기관이 제시한 사유에 한정하지 말고 연장 여부 결정과 관련된 모든 요소를 직권으로 심사하여야 한다.
- 연장사유로 오로지 신분증명서가 없다는 점만이 제시되었다면 구금을 연장하여서는 아니 된다. 구금의 예외적 연장사유는 지침

27) 집행위원회의 최초의 제안은 6월을 단일하게 구금기간의 상한으로 하는 것이었다. 이에 대해 유럽의회는 '3+15월'을 제안하였다. 일정한 사유가 있을 때에만 3월을 넘는 구금이 가능하도록 하되 그 경우에도 연장된 기간은 15월을 넘지 못하도록 하는 것이다. 반면 평의회는 6월을 원칙으로 하되, 일정한 사유가 있으면 기간의 제한 없는 구금도 가능하도록 하는 안을 제안하였다. Kay Hailbronner & Daniel Thym(ed.), 앞의 책, Part C VII Art. 15 MN 14 참조.

28) ECJ, Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:320.

29) Kay Hailbronner & Daniel Thym(ed.), 앞의 책, Part C VII Art. 15 MN 60.

30) ① 도주의 위험이 있거나 ② 당사자가 송환 준비 또는 퇴거 절차를 회피하거나 방해하여야 한다(지침 제15조 제1항).

제15조 제6항에 열거된 두 가지 사유에 한정되기 때문이다. 신분 증명서가 없다는 점은 구금요건인 도주의 위험성(지침 제15조 제1항) 판단에 영향을 미치는 요소 중의 하나로만 고려하여야 한다.

- 당사자가 협력하지 아니하였다는 이유로 구금을 연장하고자 한다면 당사자의 행위와 퇴거 집행이 지체되고 있다는 사실 사이에 인과관계가 있어야 한다. 만약 다른 사유로 퇴거 집행에 시간이 더 걸리게 된 것이고 인과관계가 없다면 당사자가 협력하지 않았다는 사유로 구금을 연장하는 것은 정당화되지 않는다.

- 행정기관이 모든 합리적인 노력을 하였음에도 예상보다 퇴거 집행이 지체되었다는 점이 증명되어야 한다. 신분증명서가 없어서 퇴거를 집행하지 못하고 있는 경우라면 행정기관이 신분증명서의 발급을 위해 적극적으로 노력하였다는 점이 증명되어야 한다.

지침 제15조 제5항, 제6항에 따른 전체 18월(6월+12월)의 기간 제한은 절대적이다. 위 기간이 지나면 어떠한 사유가 있더라도 당사자를 즉시 석방하여야 한다. 이 점은 유럽사법재판소가 Kadzoev 결정³¹⁾에서 확인하였다. 유효한 신분증명서가 없거나, 당사자의 행동이 공격적이라거나, 생계를 유지할 능력이 없고 회원국에 의하여 주거나 생계유지수단이 제공되지 않는다고 하더라도,³²⁾ 18월이 지나면 구금을 연장할 수 없다.

나. 독일

(1) 비례원칙과 구금기간의 상한

독일 체류법에서는 구금에 관한 조문의 첫 번째 조항에서 비례원칙

31) ECJ, Kadzoev, C-357/09 PPU, EU:C:2009:741.

32) 구금기간의 상한을 모두 채워 석방된 자의 법적 지위(취업활동이 가능한지, 사회보장수급권이 있는지 등)에 관해서는 송환지침이 아무런 규정을 두지 않고 있다. 입법적 공백으로 인한 문제점을 지적하는 글로는 Daniel Wilsher, 앞의 책, 197, 204 이하 참조.

을 선언하면서, 시간적 측면에서도 구금은 가능한 한 짧은 기간으로 제한되어야 한다고 규정하고 있다(체류법 제62조 제1항 2문). 나아가 구금의 종류별로 구금기간의 상한을 정한다. 준비구금은 6주를 넘을 수 없다(같은 조 제2항 2문). 확보구금은 원칙적으로 6월을 넘을 수 없다(같은 조 제4항 1문). 그러나 예외적으로 외국인이 퇴거의 집행을 방해하였다면 최대 12월을 연장하여 구금할 수 있다(같은 항 2문). 준비구금의 기간은 확보구금의 기간에 산입된다(같은 항 3문).

(2) 퇴거 집행의 가능성 고려

위와 같이 구금기간의 상한이 설정되어 있을 뿐만 아니라, 일정한 기간 내에 퇴거가 집행될 가능성이 있어야만 구금이 개시되거나 계속될 수 있도록 하여, 구금의 장기화를 막기 위한 추가적인 안전장치를 두고 있다. 외국인에게 책임 없는 사유로 3월 이내에 퇴거가 집행될 수 없다는 점이 증명되면 확보구금은 허용되지 않는다(같은 조 제3항 4문). 처음부터 구금의 개시가 허용되지 않는 것이다. 3월 이내에 퇴거가 집행될 가능성이 없다면 3월보다 짧은 기간이라도 구금을 명할 수 없다.³³⁾ 구금이 개시된 후에 이러한 상황이 밝혀졌다면 즉시 구금은 종료되어야 한다.³⁴⁾ 퇴거명령에 대한 행정소송에서 퇴거명령의 집행이 정지된 경우, 임신 중인 경우, 여권이나 여행증명서를 확보하기 어려운 경우, 송환국에서 외국인을 받아들이고자 하지 않는 경우, 운송수단이 없는 경우 등은 책임 없는 사유로 볼 수 있다.³⁵⁾ 3월 내에 퇴거가 집행될 수 있는지에 대한 판단은 예측적인 성격을 갖는다. 그렇지만 신체의 자유에 대한 제한이므로 법원은 해당 사안의 구체적 사실 관계에 기초하여 완전하게 심사하여야 한다.³⁶⁾

확보구금의 원칙적 상한은 6월이지만, 3월 이내에 퇴거 집행의 가능

33) Bertold Huber(hrgb.), Aufenthaltsgesetz(2. Aufl.), München: C.H.Beck (2016), §62 Rn. 24.

34) LG Bremen InfAuslR 2001, 449.

35) Bertold Huber(hrgb.), 앞의 책, §62 Rn. 24.

36) BVerfG, 2 BvR 538/07, Beschluss vom 27. Februar 2009.

성이 없으면 구금이 허용될 수 없다는 위 조항의 취지에 비추어, 판례는 통상적인 경우라면 구금기간은 3월을 넘을 수 없다고 판단하였다. 법률상 상한이 6월이더라도 그것만으로 바로 6월의 구금이 비례원칙에 합치된다고 할 수 없다는 것이다. 첫 번째의 3월의 구금기간 동안 퇴거가 집행되지 않은 것이 외국인의 책임 있는 사유로 인한 것이 아니라면, 다시 기간을 연장하는 것은 허용되지 않는다.³⁷⁾

다. 프랑스³⁸⁾

프랑스에서 구금기간의 상한은 최대 45일(48시간+28일+15일)이다. 앞서 본 것처럼 행정기관의 결정에 의한 구금기간의 상한은 48시간이다. 48시간 이상 계속 구금하고자 할 경우 지사는 법관(JLD)에게 구금기간의 연장을 신청하여야 한다.³⁹⁾ 연장할 수 있는 기간의 상한은 28일이다. 30일(48시간+28일)이 지난 후에도 계속 구금할 필요성이 있다면 15일을 상한으로 두 번째 연장을 신청할 수 있다. 다만, 두 번째 연장의 경우 연장사유는 제한된다. 두 번째 연장은 ① 절대적으로 긴급한 경우, ② 공공질서에 대한 중대한 위협이 있는 경우, ③ 퇴거 집행이 불가능한 원인이 당사자에 의한 신분증명서 또는 여행증명서의 분실 또는 훼손이나 고의적인 퇴거 절차의 방해로 인한 경우에 한한다. 또한 지사는 퇴거의 집행을 위해 모든 합리적인 노력을 하였음을 증명하여야 한다.⁴⁰⁾ 45일의 기간이 모두 지나면 피구금자를 석방해야 한다. 이때에는 주거의 제한, 전자감시와 같은 구금에 대한 대안적 조치를 취

37) BGH, V ZA 9/10, Beschluss vom 25. März 2010.

38) 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정의 [보충의견]에서는 구금기간의 상한이 없는 나라 중 하나로 프랑스를 열거하고 있다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 구금기간의 상한이 법률에 명시되어 있으므로(CESEDA, Article L.552-1, L.551-7) 그러한 판단은 의문이다. 프랑스는 독일과 마찬가지로 유럽연합 송환지침의 적용을 받으므로 구금기간의 상한을 설정할 의무가 있다. 또한 상한이 송환지침 제정 이후에 비로소 설정된 것도 아니다. 오히려 과거에는 12일이었던 상한이 2003년에 32일로, 2011년에 45일로 늘어난 것이다. Marie-laure Basilien et al., 앞의 보고서, 27, 28 참조.

39) CESEDA, Article L.552-1.

40) CESEDA, Article L.551-7.

하게 된다.⁴¹⁾

테러 관련자에 대해서는 예외적으로 구금기간의 상한이 높아진다. 테러행위로 형사처벌을 받은 자 또는 테러와의 관련을 이유로 퇴거명령을 받은 자에 대해 JLD는 1월의 구금을 명할 수 있고 이는 연장가능하다. 그러나 그 전체 기간은 6월을 넘을 수 없다. 또한 퇴거가 집행될 수 있는 합리적인 가능성이 있고, 주거 제한으로는 해당 외국인을 충분히 통제하기 어려운 사정이 있어야 한다.⁴²⁾

IV. 현행 보호 제도의 개선방안

1. 사법적 통제의 강화

(1) 현행 법체계의 문제점

헌법 제12조 제3항은 신체의 자유에 대한 특별한 보호장치로서 영장주의를 규정하고 있다. 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야 한다는 데에 있다.⁴³⁾ 앞서 본 바와 같이 현행법은 외국인에 대한 구금을 개시하고 연장할 권한을 전적으로 행정기관에게 부여하고 있다. 이러한 현행 법체계가 헌법상의 영장주의에 위반되는지,⁴⁴⁾ 또는 입법론적으로 영장 제도를 도입할 필요성이 있는지⁴⁵⁾는 논

41) Marie-laure Basilien et al., 앞의 보고서, 30, 31.

42) CESEDA, Article L.551-7.

43) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바28 결정.

44) 영장주의에 위반되지 않는다는 입장으로는 김경제, “대한민국 출입국관리법에 대한 비판적 고찰”, 일감법학 제29호 (2014. 10.), 17 이하; 하명호, “외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰”, 고려법학 제52호 (2009), 185 이하 참조. 반면 영장주의에 위반된다는 입장으로는 정승규, “외국인근로자에 대한 강제퇴거처분과 절차적 구제수단의 모색”, 노동법논총 제17집 (2009), 360; 홍예연, “강제퇴거처분 취소소송의 위법성 판단기준”, 사법논집 제51집 (2011), 605 등 참조. 신체의 자유를 직접적으로 침해하는 구금의 성격을 가지므로 형사절차상의 체포, 구속과 실질적으로 차이가 없다는 점을 논거로 한다.

45) 집행보호에 대해 보호영장을 도입하는 법률안이 현재 국회에 계류 중이다. 임종성 의원 발의, “출입국관리법 일부개정법률안”, 5364, (2017. 2. 1.)[계류 중]. 위 법률안

란의 대상이다. 사건으로는 헌법 제12조 제3항에 위반된다고 단언하기는 어렵다고 생각한다. 헌법 제12조 제3항의 문언이나 입법연혁이 수사절차를 전제로 하고 있기 때문이다.⁴⁶⁾ 그러나 엄격한 의미의 영장주의가 적용되거나 관철되지 않는다고 하더라도 곧바로 현행 법체계가 합헌적이라거나 바람직하다는 결론에 이르게 되는 것은 아니다. 구금의 개시와 연장에 관한 결정을 모두 법관의 판단에 의하도록 해야 하는 것은 아니더라도, 신체의 자유가 갖는 중요성을 생각해 보면, 일반적인 행정작용보다 통제를 강화할 필요가 있기 때문이다. 보호의 개시와 연장에 관한 권한을 모두 행정기관, 그것도 상하관계에 있는 행정기관에 맡기고 있는 현재의 체계는 개선이 필요하다.⁴⁷⁾

이에 대해 취소소송과 집행정지신청을 통하여 충분한 사법적 통제가 이루어지고 있다는 반론도 생각해 볼 수 있다. 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정의 [보충의견]과 헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2012헌마686 결정은 공통적으로 이와 같은 입장을 피력하고 있다. 그러나 보호가 개시 당시에는 적법하였으나 사후적으로(예를 들어 보

에는 보호영장 제도의 도입 이외에도, ① 보호기간의 상한 설정(6월을 상한으로 하되, 6월 이내에서 1차에 한하여 갱신 가능), ② 보호에 대한 적부심사, ③ 보호의 사유가 없거나 소멸시 법원에 의한 보호의 직권취소 등의 내용이 담겨 있다.

반면 법무부는 현행법이 영장주의에 위반되지 않을 뿐만 아니라 입법적으로도 영장제도를 도입할 필요가 없다는 입장이다. “우리나라로부터 추방되는 경우에는 곧바로 신체의 자유가 회복된다는 면에서 형벌의 집행을 목적으로 하는 형사소송법상의 체포·구속과 달리 보아야” 하고, 강제퇴거사유인 불법체류나 불법취업 등은 쉽게 불법 여부를 판단할 수 있어 고도의 사법적 판단이 불필요하며, 행정소송을 통해 사법적 통제가 가능하다는 점 등을 근거로 한다. 법무부, 출입국관리법 해설 (2011), 19 이하 참조.

46) 상세한 내용은 하명호, 앞의 글, 185면 이하 참조.

47) 보호의 개시 또는 연장에 관한 권한을 법관에게 부여해야 한다는 입장으로는 공진성, “출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호”, 공법학연구 제14권 제1호 (2013. 2.), 233-234; 김대근, 난민의 인권보장을 위한 구금관련 규정 정비 방안, 형사정책연구원 연구총서 (2015. 12.), 62 이하 참조. 미국과 일본의 예를 들어 (법관의 개입까지는 요구되지 않더라도) 결정(심사)기관과 집행기관이 행정조직상 분리되어야 한다는 입장으로는 최홍엽, “외국인의 강제퇴거절차와 관련한 몇 가지 쟁점”, 민주법학 제33호 (2007. 3.), 370-375; 하명호, 앞의 글, 201-202 참조. 엄격한 영장주의는 아니더라도 중립적 지위에 있는 자가 인신구속의 타당성을 사전이든 사후든 심사할 수 있는 장치가 있어야 한다는 입장으로는 하태훈 등, “영장제도의 현황 및 개선방안 연구”, 국가인권위원회 연구용역보고서 (2013. 9.), 186 이하 참조.

호기간이 길어지면서) 위법하게 된 경우에는 취소소송은 적합한 구제 수단이 될 수 없다.⁴⁸⁾ 제소기간의 제한과 위법판단의 기준시 때문이다. 취소소송은 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 하므로(행정소송법 제20조 제1항 본문) 보호명령을 교부받은 후 90일이 지나면 취소소송의 제기는 부적법하다. 취소소송의 위법판단 기준시는 판결시가 아니라 처분시이므로 처분시 이후에 발생한 사정변경은 위법성 판단에 영향을 미치지 못한다.⁴⁹⁾ 집행정지 역시 본안소송이 계속 중이고 적법할 것을 전제로 하므로 보호가 사후적으로 위법하게 된 때에는 마찬가지로 이유로 집행정지신청도 적합한 구제수단이 될 수 없다. 요컨대 신체의 자유에 대한 침해의 정도가 큰 장기구금의 문제에 대해, 취소소송과 집행정지신청은 적합한 구제수단이 되지 못한다.⁵⁰⁾

(2) 법원에 의한 연장결정

그러므로 일반 행정소송절차 이외의 방식으로 법관이 개입할 수 있는 장치를 마련할 필요성이 있다. 물론 이를 위한 가장 강력한 수단은 독일처럼 보호의 개시 단계에서 법관의 결정에 의하도록 하는 것일 것이다. 그러나 법원의 인적 자원이나 업무 부담을 고려하면, 출입국

48) 이일, “출입국관리법 제63조에 따른 기간의 제한이 없는 구금 및 출입국관리법에 따라 보호된 사람의 인신보호법 미적용의 문제”, 출입국관리법과 적법절차, 국회토론회 (2015. 8. 27. 발표), 43.

49) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두3930 판결 참조.

50) 현행법 틀 안에서 이 문제를 돌파하기 위해 몇 가지 방법을 생각해 볼 수 있다. ① 이의신청에 대한 법무부장관의 기각결정(법 제55조 제2항), ② 법무부장관의 보호기간 연장승인(법 제63조 제2항), ③ 보호해제(법 제63조 제3항) 신청에 대한 소장 등의 거부결정을 보호명령과 구별되는 별개의 처분으로 구성하여 취소소송을 제기하는 것이다.

그러나 ①은 권리·의무에 변동을 가져오지 않으므로 원결정과 별개로 처분이 되기 어렵다고 판단될 가능성이 높다(대법원 2016. 7. 27. 선고 2015두45953 판결 참조, 위 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정의 [반대의견]에서는 ‘이의신청에 대한 기각결정’에 대한 행정소송을 제기할 수 있다고 하고 있으나 기존의 대법원 판례에 따르면 가능할지 의문이다). ② 역시 승인의 상대방이 피보호자가 아니라 소장 등이어서 행정기관 상호간의 내부행위라는 이유로 처분성이 부정될 가능성이 높다(대법원 1997. 9. 26. 선고 97누8540 판결 참조). 거부처분의 요건으로 신청권을 요구하는 판례의 태도에 따르면, ③ 또한 보호해제는 행정청의 직권에 의한 것이고 피보호자에게 이를 구할 신청권은 없다는 이유로 각하될 가능성이 적지 않다.

관리법상의 보호 전부에 대해 법관이 결정하도록 요구하는 것은 업무 부담을 과중하게 하여 오히려 형식적인 심사로 흐르게 될 우려도 있다. 구금기간이 연장된 경우 사법기관에 의한 주기적 심사를 요구하는 유럽연합 송환지침이나, 행정기관에 의한 구금 개시 후 일정 기간이 지나면 법관의 연장결정을 요구하는 프랑스의 예를 참조하면, 보호의 개시는 지금처럼 행정기관에게 맡기되 일정 기간이 지나면 법관의 연장결정을 받도록 하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정 [보충의견]도 (현행 법제도가 합헌이라고 판단하면서도) 외국인의 인권보호를 위해 바람직한 입법정책적 방향은 보호기간이 3개월을 넘는 경우 연장에 대한 판단을 사법부가 결정하도록 하는 것이라는 의견을 제시하고 있다.⁵¹⁾

연장결정 단계에서부터 법관이 개입하도록 할 경우, 어느 정도 기간까지의 보호를 행정기관에게 맡기고 어느 시점부터 법관의 개입을 요구할지는 보호기간을 결정하는 요인에 대한 실증적 고찰을 거쳐 결정할 문제일 것이다. 2015년도 8월 기준 통계를 보면, 보호 중인 외국인 중 난민신청자가 아닌 자(528명)의 평균 보호기간은 약 12일 정도이다.⁵²⁾ 대부분 교통편을 확보하기까지 소요되는 시간일 것으로 보인다. 평균적인 보호기간을 넘어 구금이 장기화되는 상황은 난민신청자의 경우와 그 밖의 경우로 나누어 볼 수 있다. 앞서의 통계에 따르면, 보호 중인 난민신청자(16명)의 평균 보호기간은 약 425일에 달한다고 한다.⁵³⁾ 난민신청 이외의 사유로 평균적인 보호기간보다 길게 보호되는 경우도 있는데, 임금체불, 소송 계속, 질병의 치료, 여행증명서 신규발급 등의 사유로 퇴거 집행이 곤란하거나 적합하지 않은 경우이다. 이 경우에는 보호기간이 약 2-3개월 정도라고 한다.⁵⁴⁾

51) 한편 사법부가 아닌 다른 ‘공정하고 중립적인’ 기관에 의한 통제 제도를 도입하는 방법도 생각해볼 수 있다. 그러나 이를 위해서는 준사법적 성격의 행정기관(예를 들어 외부의 민간전문가가 다수 참여하는 합의제 위원회)을 새로이 설치하여야 할 것인데, 기존의 법원을 활용하는 것보다 비용은 더 들면서도 통제의 공정성·중립성의 수준은 낮을 것이라 생각된다. 개시결정이 아니라 연장결정의 단계에서부터 통제장치를 도입한다면 굳이 새로운 행정조직을 만들 필요성은 크지 않다.

52) 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정 중 반대의견 참조.

53) 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정 중 반대의견 참조.

실제 입법을 위해서는 정확한 통계가 뒷받침되어야 하겠지만, 교통편이 확보되기까지 보호되는 경우를 기준으로 할 수 있을 것이라 생각된다. 교통편 확보를 위해 통상 소요되는 기간을 기준으로 하여 그 기간 내의 보호는 굳이 법관이 (당사자의 권리구제신청 없이) 자동적으로 개입할 필요성은 크지 않을 것이다. 앞서의 통계에 따르면 열흘 내외의 단기간이고, 즉시 송환할 수 없는 사정도 이례적이지 않기 때문이다. 이렇게 접근하면 상당수의 사안은 법관의 연장결정이 요구되는 시점 이전에 퇴거 집행이 완료될 것이므로 법원의 업무부담도 크지 않다. 난민신청이나 그 밖의 사정으로 그보다 보호기간이 길어지게 되는 소수의 사안에 대해서만 사법부가 자동적으로 개입하게 된다. 이러한 사안은 구금상태가 장기화된다는 것만으로도 심사의 필요성을 클 뿐만 아니라, 구체적 사안별로 퇴거 집행의 가능성이나 그 시기를 개별적으로 심사할 필요가 크다. 집행보호가 강제퇴거명령의 집행 확보를 목적으로 하는 이상, 퇴거 집행의 가능성이 낮거나 그 집행에 오랜 시간이 소요될 것으로 예상되는 경우까지 보호를 계속하는 것은 정당화되기 어렵고, 이에 대한 법관의 심사가 요청되기 때문이다.

(3) 인신보호법상의 구제청구

헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2012헌마686 결정은 보호명령에 대한 취소소송과 집행정지신청을 통해 헌법 제12조 제6항의 요청이 충족된다고 판단하였다. 그러나 일반 행정소송절차는 인신보호법상의 구제청구와 비교할 때 신체의 자유에 대한 보장수단으로는 한계가 있다.

우선 권리구제의 신속성에서 차이가 있다. 행정기관에 의한 인신구속도 행정소송법상의 처분에 해당하므로 취소소송을 제기할 수 있다.⁵⁵⁾ 인신보호법이 없었던 시절에도 취소소송이나 집행정지신청을 통

54) 이일, 앞의 글, 34.

55) 행정작용 분류체계에 따르면 행정상 인신구속은 권력적 사실행위로 분류된다. 행정법학계의 통설은 권력적 사실행위도 처분에 포함된다고 보고 있다. 판례는 권력적 사실행위라는 범주적 개념을 사용하지는 않지만, 직접적인 법적 효과의 발생을 의도하지 않은 행정작용도 “국민의 권리·의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위”라면 처분으로 판단하고 있고, 권력적 사실행위임을 이유로 처분성을 긍정한 원심판결의 판

해 행정상 인신구속으로부터 신체의 자유에 대한 침해를 방어할 수 있는 사법적 통제장치는 있었던 셈이다. 그럼에도 불구하고 입법자가 인신보호법을 제정하여 “위법한 행정처분...으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차” (인신보호법 제1조 참조)를 마련한 이유는 기존의 행정소송절차로는 신속한 구제가 보장되지 못하는 문제점이 있기 때문이다.⁵⁶⁾ 그런데 위 헌법재판소 결정에서는 인신보호법상 구제절차도 행정소송절차와 비교할 때 그다지 더 신속하다고 볼 수 없음을 근거로 행정소송절차를 통한 구제가 미흡하다고 할 수 없다고 판단하고 있다. “인신보호법상 구제절차에서는 구제 청구일부터 2주일 정도 후에 심문기일이 열리고 통상 2개월 내지 4개월의 심리기간이 소요” 된다는 것이다. 인신보호사건의 처리기간에 대한 헌법재판소의 인식이 정확한지는 검증하기 어렵다.⁵⁷⁾ 그러나 위와 같은 방식의 논증은 의문이 있다. 위 결정에서는 심문기일이 2주일 정도 ‘후’에 열린다고 하고 있는데, 대법원규칙에 따르면 (“특별한 사정이 없는 한”이라는 조건이 붙어 있기는 하지만) 청구가 있는 날로부터 2주일 ‘내’에 심문기일을 열어야 한다(인신보호규칙 제10조).⁵⁸⁾ 만약 실제로 2주일 정도 후에야 비로소 심문기일이 열린다면 이는 대법원규칙에 반하는 관행으로서 개선되어야 할 관행이지 행정소송절차와의 비교에서 준거로 삼을만한 관행은 아닐 것이다. 심리기간이 2개월 내지 4개월이라는 점도 인신구속에 대한 신속한 구제절차를 마련한다는 인신보호법의 제정취지에 비추어 바람직한지 의문이다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 그리고 현실이 그렇다고 하더라도 규범적 차원에서 보면, 인신

시를 그대로 원용한 예도 있다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두20899 판결 참조).

56) 이우영, “미국 인신보호영장제도(Habeas Corpus) 분석 - 헌법적 논점을 중심으로”, 공법연구 제35권 제4호 (2007. 6.), 478 참조.

57) 대법원에서 제공하는 사법연감과 법원통계월보에 인신보호사건의 처리현황은 포함되어 있지만 처리기간은 포함되어 있지 않기 때문이다.

58) 위 조항은 인신보호규칙 제정(대법원규칙 제2179호)시부터 있었던 조항이다.

59) 이는 인신보호법이 심리의 신속성에 관해 모호하게 규정하고 있기 때문에 가능한 현상이다. 인신보호법에 따르면 법원은 “지체 없이” 심리를 개시하여야 하고(인신보호법 제8조 제1항), 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정되는 때에는 수용을 “즉시” 해제할 것을 명하여야 한다(같은 법 제13조 제1항). 확정기한을 정하고 있는 미국법의 입법태도와 비교하여 이를 비판하는 입장으로는 심희기, “인신보호법이 나

보호법에는 신속한 구제를 목표로 하여 심리와 결정의 신속성을 요구하는 규정(인신보호법 제8조 제1항, 제13조 제1항)이 있는 반면, 취소소송이나 집행정지신청에 관해서는 그러한 규정이 없다는 점도 구제수단을 비교할 때 고려되어야 할 것이다.

다음으로 앞서 본 바와 같이 보호가 개시 당시에는 적법하였으나 사후적으로 위법하게 된 경우에는 제소기간의 제한과 위법판단의 기준시 때문에 취소소송과 집행정지신청은 적합한 구제수단이 될 수 없다. 반면 인신보호법상의 구제청구는 수용이 계속 중인 이상 수용이 개시된 때로부터 시간이 얼마나 지났는지와 상관없이 구제청구가 가능하다. 그리고 구제사유에는 수용이 위법하게 개시된 경우뿐만 아니라 “적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용” 되어 있는 경우도 포함된다(인신보호법 제3조 본문).

마지막으로 절차의 세부적인 구성에서도 양자는 차이가 있다. 인신보호법상 구제청구는 원칙적으로 심문기일을 열어야 하고, 피수용자 등을 출석하게 할 수 있으며, 이 경우 수용자는 피수용자를 출석시킬 의무가 있다(인신보호법 제10조).⁶⁰⁾ 반면 집행정지절차에서는 반드시 변론을 거치거나 심문을 할 필요가 없고, 집행정지절차의 변론기일이나 심문기일 또는 취소소송의 변론기일에 법원이 행정청에게 피보호자를 출석시킬 의무를 부과할 수도 없다. 또한 인신보호법상 구제절차에서는 국선변호인 제도가 마련되어 있어, 빈곤이나 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다(인신보호법 제12조 제2항). 그러나 행정소송절차에서는 국선변호인 제도가 없다. 이러한 차이는 인신보호법상 구제청구 제도가 신체의 자유 침해에 대한 특별한 보호장치라는 점에 기인한다.

덧붙여 위 헌법재판소 결정에서는 법무부장관의 이의신청을 통해 행

아가야 할 방향”, 저스티스 제122호 (2011. 2.), 20 참조.

60) 덧붙여 현재 구제청구 사건 중 다수는 정신질환자의 강제입원에 대한 것인데, 사건의 특성상 전문가의 의견조회(인신구제법 제8조 제2항)를 거치는 등 심리에 일정한 시간이 소요될 수밖에 없기 때문에 나타난 현상이 아닌가 조심스레 추측해 볼 수 있다.

61) 영미에서 본래 인신보호영장은 특정인의 신병을 법관의 면전에 출두시키라는 취지로 발부되는 영장이다. 이우영, 앞의 글, 472-473 참조.

정소송이나 집행정지신청이 가지고 있는 한계가 충분히 보완된다고 하였으나, “2015년 8월 기준 현재까지 이의신청 인용 사례가 단 한 건도 없다”⁶²⁾는 점을 고려하면, 이의신청에 대한 위와 같은 평가에는 동의하기 어렵다. 이처럼 일반 행정소송절차는 인신보호법상의 구제청구에 비하면 한계가 있고, 이의신청 역시 일반 행정소송절차를 보완한다고 볼 수 없으므로, 출입국관리법에 의해 보호된 자에 대해서도 인신보호법상의 구제청구가 허용되거나 그와 유사한 제도가 도입되어야 할 것이다.⁶³⁾

앞서 논의한 연장결정을 법관이 하도록 하는 방안과 비교해 보면, 연장결정을 통한 통제는 당사자의 신청 없이 자동적으로 개시되는 사법적 통제인 반면, 인신보호법상의 구제청구는 당사자 등의 신청을 계기로 개시되는 사법적 통제이다. 양자는 상호보완적인 측면이 있으므로 연장결정 권한을 법원에게 부여하더라도 인신보호법상 구제청구도 허용되는 것이 바람직할 것이다. 만약 현재처럼 연장결정을 행정기관이 하는 체계가 계속된다면, 인신보호법상의 구제청구는 - 있으면 바람직한 정도가 아니라 - 반드시 가능하여야 할 것이다. 또한 최초에 행정기관의 결정만으로 보호할 수 있는 기간이나 연장결정을 다시 받아야 하는 주기가 길면 길수록, 중간의 사정변경을 반영할 수 있는 인신보호법상 구제청구 제도의 필요성은 커질 것이다.

2. 보호기간 관련 규정 정비

(1) 보호기간 상한 설정의 필요성

62) 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정의 [반대의견]

63) 출입국관리법상 보호된 자를 구제청구권자의 범위에서 제외한 입법태도에 대한 비판은 - 현행법을 위헌이라고 평가할 것인지 입법정책상 바람직하지 않다고 평가할 것인지에 대해서는 다소간 차이가 있으나 - 많은 문헌에서 찾아볼 수 있다. 김대근, 앞의 보고서, 68; 김학성, “인신보호법에 대한 비판적 고찰 - 특히 보충성 원칙을 중심으로”, 강원법학 제44호 (2015. 2.), 43-46; 심희기, 앞의 글, 14; 이호중, “인신보호법의 제정의미와 활용성”, 형사정책 제21권 제1호 (2009), 310; 정형근, “인신보호법에 관한 연구”, 인권과 정의 제390호 (2009. 2.), 93-94; 하명호, 앞의 글, 205-206; 홍예연, 앞의 글, 605 등.

현행 출입국관리법에 따르면 집행보호는 보호기간의 상한이 없어 무기한의 구금도 가능하다. 그러나 구금이 언제 끝날지 알 수 없는 것은 그 자체로 피구금자에게 매우 큰 정신적 압박감을 가져온다.⁶⁴⁾ 형법에서 자유형의 상한이 반드시 미리 정해져 있어야 하는 것이 법치주의의 중요한 요소인 것처럼, 출입국관리법상의 보호에 있어서도 구금기간의 상한은 법률로 미리 확정되어 있어야 할 것이다.⁶⁵⁾ 이 점에서 집행보호는 퇴거의 집행확보를 위한 것이니 퇴거가 가능해질 때까지 기간의 제한 없이 보호할 수 있다는 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정의 [보충의견]은 행정의 목적 달성만을 앞세우고 피구금자의 인권을 지나치게 경시하고 있는 것이다. 2015. 8. 5. 기준으로 화성외국인보호소에 3년 이상 구금된 피보호자가 2명, 2년 이상 구금된 피보호자는 3명, 1년 이상은 구금된 피보호자는 10명이었다고 한다.⁶⁶⁾ 단지 이민통제의 대상이 되었을 뿐이고 범죄를 저지른 것도 아닌데 1년 이상, 심지어 3년 이상 시설에 구금되는 것은 지나치게 가혹하다. 이러한 점을 고려하여 위 현재 결정의 [보충의견]에서도 보호기간의 상한을 설정하는 방안을 검토할 필요가 있다고 덧붙인 것으로 보인다. 앞서 본 유럽연합 송환지침에서도 최대 18월로 구금기간의 상한을 정하고 있고(그것도 6월이 원칙이고, 이를 넘는 구금은 예외적 상황에 한정된다), 독일도 이와 유사하게 송환지침을 국내법으로 전환하였다. 프랑스는 상한이 훨씬 낮아 심지어 테러행위에 관련되었다고 의심되는 경우도 최대 6월이다. 적정한 상한이 어느 정도인지는 우리나라의 실정을 고려하여 논의하여야 할 것이지만, 그 기간을 넘어서게 되면 절대적으로 석방되어야 할 보호기간의 상한은 법률에 명확하게 규정되어야 할 것이다.

64) UNHCR/OHCHR Summary Conclusion from Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons [2011] § 11.

65) Michael Fordham et al., "Immigration Detention and the Rule of Law - Safeguarding Principles", British Institute of International and Comparative Law (2013. 6.), 84.

66) 이일, 앞의 글, 34 이하 참조.

(2) 퇴거 집행의 가능성 고려

출입국관리법은 “다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우”에는 소장 등은 “보호를 해제할 수 있다” (법 제63조 제4항)고 규정하고 있다. 이를 문언 그대로 해석하면, 송환이 불가능함이 명백하더라도 보호를 해제할지 여부는 행정청의 재량에 맡겨져 있고 해제하지 않는 것도 가능하다. 그리고 송환이 불가능한 상황임에도 행정청이 보호를 해제하지 않는다면 결국 무기한의 장기간 구금으로 귀결될 수밖에 없다. 보호의 목적은 송환을 통해 퇴거집행을 확보하기 위한 것이어야 하므로 송환이 불가능한 상태에서 구금을 계속하는 것은 목적상의 한계⁶⁷⁾를 벗어난 위법한 구금으로 평가할 수밖에 없다. 따라서 위 조항은 행정청에게 재량을 부여하는 것이 아니라 의무를 부과하는 조항으로, 즉 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우에는 보호를 해제 ‘하여야’ 하는 것으로 개정되어야 할 것이다.

나아가 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우뿐만 아니라, 일정한 기간 내에 송환될 가능성이 낮은 경우에도 보호의 개시나 연장이 억제되어야 할 것이다. 집행보호가 퇴거의 집행이라는 본래의 목적에 기여하지 못하고 구금상태만 장기화될 우려가 크기 때문이다. 앞서 살펴본 것처럼 독일에서는 3월 내에 퇴거가 집행될 가능성이 있어야만 구금이 개시되거나 계속될 수 있다. 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정의 [보충의견]은 “각 나라의 사정이나 절차 진행 상황에 따라 소요기간이 달라질 수밖에 없으므로 언제 송환이 가능해질 것인지 미리 알 수가 없”기 때문에 무기한의 구금이 허용된다고 하

67) 대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결 참조. 판례는 출입국관리법 제63조 제1항의 규정취지로부터 ‘목적상의 한계’와 ‘시간상의 한계’를 도출하였다. ① “강제퇴거명령의 집행확보 이외의 다른 목적을 위하여 이를 발할 수 없”고(목적상의 한계), ② “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 없다”(시간상의 한계). 송환이 가능한 상황임에도 고소사건의 수사를 위한 검사의 요청으로 구금 상태가 계속된 사안이다. 법원은 위와 같은 구금은 보호의 목적상·시간상 한계를 넘는 위법한 구금이라고 판단하였다.

였다. 그러나 앞서 본 것처럼 독일의 법원은 예측적 성격의 판단이더라도 신체의 자유에 대한 제한이기 때문에 구체적 사실관계에 기초하여 완전하게 심사하여야 한다고 한다. 우리의 경우에도 즉시 송환이 불가능한 사유가 무엇인지에 따라 - 난민신청자인지, 소송 계속 중인지, 치료 중인지 등 - 대략 앞으로 상황이 어떻게 전개될 것인지는 경험칙에 비추어 예측할 수 있을 것이다. 만약 일정한 기간 내의 퇴거 집행이 애당초 불가능한 상황이어서 구금이 장기화될 수밖에 없다면, 구금의 대안을 모색하여 할 것이고, 언제 집행될 수 있을지 모를 퇴거를 대비해 구금을 개시하는 것은 행정의 편의만을 앞세운 것이다. 우리나라와 유사하게 구금기간의 상한이 설정되어 있지 않은 나라로 영국이 있다. 그렇지만 영국은 판례법상의 법리로 “합리적인 기간 안에 강제퇴거를 집행할 수 없음이 명백해졌다면, 행정청은 구금권한을 행사하여서는 아니 된다”는 원칙이 정립되어 있다.⁶⁸⁾ 우리나라도 유사

68) 영국은 구금기간의 상한이 규정되어 있지 않고[송환지침에 참여하지 않기로 (opt-out) 결정하여 송환지침의 적용을 받지 않기 때문에 다른 유럽연합 국가들과 달리 국내법상 이민구금의 상한을 정하지 않는 것이 가능하다. Kay Hailbronner & Daniel Thym(ed.), 앞의 책, Part C I MN 5, Part C VII Art. 1 MN 13 참조.] 구금기간도 비교적 장기간이어서 비판의 대상이 되고 있다. Alexis Cooke, “Immigration Detention and the Rule of Law - National Report: United Kingdom”, Bingham Center for the Rule of Law (2013. 5.), 26-28 참조.

그렇지만 이민구금을(특히 그 기간을) 통제하기 위한 법리가 판례로 발달하였다. 이를 Hardinal Singh 원칙이라 부른다[R(Hardinal Singh) v Governor of Durham Prison[1984] 1 WLR에서 처음 등장한 법리여서 이러한 명칭이 붙여졌다]. 위 원칙은 R(I) v Secretary of State for the Home Department [2002] EWCA Civ 888 판결에서 네 개의 하위원칙으로 정리되었다. 본문에서 언급한 내용은 그 중 세 번째 원칙이다.

첫째, 행정청은 대상자를 강제퇴거할 것을 의도하여야 하고 강제퇴거의 목적을 위해서만 구금할 수 있다. 둘째, 모든 상황을 고려할 때 구금의 기간은 합리적인 기간 동안이어야 한다. 셋째, 위의 합리적인 기간이 지나기 전에 이미, 합리적인 기간 안에 강제퇴거를 집행할 수 없음이 명백해졌다면, 행정청은 구금권한을 행사하여서는 아니 된다. 넷째, 행정청은 합리적인 수준에서 성실하고 신속하게 강제퇴거를 집행하여야 한다.

Hardinal Singh 원칙은 공법상 위법성에 관한 판례법이 이민구금에 관한 성문법상의 권한에 적용된 결과이다. 위 원칙은 의회가 이민구금 권한이 무제한적일 것을 의도하지 않았을 것이라는 추정에서 출발한다. 첫 번째 원칙은 권한은 부여된 목적과 합치되게 행사되어야 한다는 Padfield 원칙이, 나머지 원칙은 권한을 부여받은 행정청은 합리적으로 행동할 의무가 있다는 Wednesbury 원칙이 적용된 것이다. Graham Denholm & Rory Dunlop, 앞의 책, 8.05 참조. 앞의 세 개의 원칙을 위

한 내용을 입법하거나 적어도 출입국관리법 제63조의 해석에 반영할 필요가 있을 것이다.

3. 보론 - 긴급보호의 긴급성 판단

헌행법에 의하면 보호에 대한 사전적 통제장치의 역할을 하는 것은 소장 등의 보호명령서이다. 위에서 본 것처럼 보호명령서는 그 발부주체가 집행기관인 출입국관리공무원의 상급자이어서 적법절차원칙을 충족하였다고 평가하기에 부족하다. 그런데 긴급보호의 요건을 넓게 해석하면 보호명령서를 통한 통제조차도 작동하지 않게 된다. 이 점에서 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2008헌마430 결정의 다수의견에서 제시한 해석론은 우려스럽다.

위 사건에서는 두 명의 외국인이 같은 날 약 40분 정도의 차이만을 두고 서로 다른 장소에서 긴급보호되었다. 위 외국인들은 이주노동자 조합의 위원장과 부위원장으로서 각종 집회와 행사에 공개적으로 참석하였고 그 활동이 언론에 보도되기도 하였다. 단속된 시간대는 사람들의 활동과 이동이 적은 시간대였고, 단속된 장소는 각각 이주노동 사무실과 주거지 부근이었으며, 당시 두 사람 이외에 단속된 외국인은 단 한 명뿐이었다. 소수의견(2인)에서 판단한 바와 같이 사전에 “인적 사항과 소재를 파악한 후 계획적으로 신병 확보에 나섰을 가능성”이 큰 상황이다. 그럼에도 불구하고 다수의견은 “외국인등록을 하지 않은 외국인에 대해서는 인적 동일성이나 주거지 등을 확인할 수 있는 객관적인 자료가 없으므로, 외국인등록을 하지 않은 강제퇴거 대상자를 사전에 특정하여 보호명령서를 발부받은 후 집행하기는 현실적으로 어”려우므로 “외국인등록을 하지 아니한 채 오랜 기간 불법적으로 체류하면서 스스로 출국할 의사가 없는” 외국인들을 보호한 것은 긴급성의 요건을 충족한다고 판단하였다.

그러나 외국인등록을 하지 않은 외국인의 인적 동일성이나 주거지를

반하면 구금이 위법해지지만, 마지막 원칙을 위반한 경우에는 위반이 없었다면 구금되었을 기간보다 구금이 장기화된 경우에만 구금이 위법하다. Graham Denholm & Rory Dunlop, 앞의 책, 8.09 참조.

판악하기 어렵다는 것은 일반적인 유형적 판단일 뿐이다. 긴급보호가 신체의 자유를 제한하는 공권력 행사인 이상 그 요건 충족 여부는 해당 사안의 구체적 상황을 기초로 하여야 할 것이다. 다수의견의 해석론에 따르면, 외국인등록을 하지 않거나 등록된 주거지와 다른 곳에 거주하는 외국인의 경우, 그러한 사정만으로 바로, 행정청이 실제로 인적 사항과 소재를 알 수 있었는지를 불문하고, 긴급보호가 허용되는 셈이다. 이렇게 광범위하게 긴급보호를 허용할 경우, 긴급보호를 일반 보호에 대한 예외로 규정한 출입국관리법의 본래 취지와 달리, 긴급보호가 보호의 원칙적인 모습이 될 우려가 있다. 긴급체포가 영장주의원칙에 대한 예외로서 예외적으로만 허용⁶⁹⁾되어야 하는 것처럼, 긴급보호 역시 예외적으로만 허용되어야 할 것이다. 이 점에서 긴급보호의 긴급성 요건을 엄격하게 해석하고⁷⁰⁾ 당해 사안의 구체적 상황을 기초로 요건의 충족 여부를 판단한 소수의견의 접근방법이 타당하다고 할 것이다.

V. 결론

이 글에서 제시한 개선방안을 요약하는 것으로 글을 맺고자 한다. 우선 일반 행정소송절차는 신체의 자유 침해에 대한 구제절차로는 한계가 있으므로 출입국관리법상 보호에 대한 사법적 통제를 강화하여야 한다. 이를 위한 구체적 방안으로 보호에 대한 연장 여부를 행정기관이 아닌 법관이 결정하도록 하는 방안과 현행 인신보호법을 개정하여 출입국관리법에 의해 보호된 자도 구제청구가 가능하도록 하는 방안을 제시하였다. 둘 다 도입되는 것이 가장 바람직할 것이지만, 그것이 여의치 않다면 인신보호법상의 구제청구라도 반드시 가능해야 할 것이다. 다음으로 보호기간에 관한 규정을 정비할 필요가 있음을 지적하였다. 보호기간의 절대적인 상한을 법률에 명확히 규정해야 할 것이

69) 대법원 2003. 3. 27.자 2002모81 결정 참조.

70) “긴급보호는 강제퇴거의 대상이 되는 외국인을 우연히 발견하여 즉시 신병을 확보할 필요가 있음에도 보호명령서를 발부받을 수 없는 경우와 같이 보호명령서를 사전에 발부받을 수 없는 부득이한 경우에 예외적으로 허용되는 것으로 보아야 한다.”

다. 또한 보호의 목적이 강제퇴거명령의 집행을 확보하기 위한 것이라는 점을 고려할 때, 퇴거 집행의 가능성이 없으면 반드시 보호를 해제하도록 현행 출입국관리법을 개정하여야 할 것이고, 가까운 일정한 기간 내에 퇴거가 집행될 가능성이 없으면 보호의 개시나 연장은 억제되어야 할 것이다.

강제퇴거명령 및 보호명령 입법체계와 불복절차에 대한 개선방안

김명아 연구위원(한국법제연구원)
2018. 5. 17. (목)

목 차

1. 서언
2. 강제퇴거명령 및 보호명령 관련 규정의 문제점
3. 해외의 강제퇴거명령 및 보호명령 제도 운영 사례
4. 강제퇴거 및 보호 관련 입법체계 및 불복절차 개선방안

1. 서언

□ 각 국가에서는 국내 법질서 유지를 위하여 필요한 경우, 외국인 출입국관리규정 위반자 등에 대하여 출입국관리법제를 통한 다양한 행정처분을 내리고 있음

○ 우리나라의 경우, 「출입국관리법」 제6장 [강제퇴거 등]에서는 외국인에 대한 강제퇴거 대상자 여부 심사 및 강제퇴거명령에 따른 집행을 위하여, ‘보호’ 절차를 두고 있음

- 즉, 「출입국관리법」 제6장 제1절 강제퇴거의 대상자(제46조), 제2절 조사(제47조~제50조), 제3절 심사결정을 위한 보호(제51조~제57조), 제4절 심사 및 이의신청(제58조~제61조), 제5절 강제퇴거명령서의 집행(제62조~제64조), 제6절 보호의 일시해제(제65조~제66조의2)의 규정이 해당됨

- 「출입국관리법」 제2조(정의) 제14호에서는 출입국관리법 제10장 [벌칙](제93조의2~제100조)에 규정된 죄를 범하였다고 인정되는 자를 ‘출입국사범’이라는 용어를 사용하여 통칭하고 있으며, 제47조(조사) 이하에서는 법 제46조제1항 각호의 어느 하나에 해당된다고 의심되는 외국인을 ‘용의자’로 명명하여 사실 조사권을 부여하고 있음

- 「출입국관리법」 제51조에서는 법 제46조제1항 각호(강제퇴거의 대상자)의 어느 하나에 해당된다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있다고 판단되는 외국인에 대하여, 출입국관리공무원은 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있도록 하고 있음

- 「출입국관리법」 제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) 제1항에서 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 경우, 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있도록 하고, 보호기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받도록 하고 있음

□ 우리나라 「출입국관리법」 상 강제퇴거명령 및 보호명령의 절차와 기한 등에 관하여서는 기존에 다양한 문제점이 제기되어 왔으며, 특히 「출입국관리법」의 개정 필요성이 꾸준히 논의되고 있는 상황임

○ 「출입국관리법」 제63조제1항에 대하여서는 지속적으로 개정 필요성이 제기되기도 하였으며, 위헌여부에 대한 헌법소원심판이 청구되기도 하였으나, 위헌의견에 찬성한 재판관이 다수임에도 위헌결정을 위한 심판정족수에 이르지 못하여 위헌결정에는 이르지 못한 바 있음¹⁾

- 해당 헌법소원심판에 대한 각하 결정에 대하여서는 장을 바꾸어 관련 내용을 상세하게 소개하기로 함

□ 아래에서는 「출입국관리법」 상 쟁점이 되고 있는 규정들을 사안별로 소개하는 한편, 해외의 사례를 참고하여 강제퇴거 및 보호에 관한 규정과 집행절차, 불복절차를 우리나라의 국내 실정에 적합하게 개선·도입할 수 있는 방안을 모색할 수 있도록 함

2. 강제퇴거명령 및 보호명령 관련 규정의 문제점

(1) 법률과 시행령, 시행규칙, 훈령 간 위임체계의 확립 부재

1) 2017헌가29 출입국관리법 제63조제1항 위헌제청에 대한 헌법재판소 결정(2018.2.22.)

□ 국내에서 외국인의 출입국관리에 관한 기본법은 「출입국관리법」이며, 이법 각 규정에서는 대통령령 및 법무부령 등 하위법령으로 위임할 사항을 정하여 두고 있음

○ 특히, 강제퇴거 대상자 및 강제퇴거 대상자 여부에 대한 심사를 위한 보호, 강제퇴거명령을 받은 사람의 보호, 보호해제, 이의신청 등과 관련된 다양한 규정은 외국인의 권리 제한과 절차, 범위, 구제 등에 대한 강력한 효력을 가지는 특징을 가짐

○ 그러나, 강제퇴거 및 보호와 관련된 「출입국관리법」 각 규정과, 같은 법 시행령, 같은 법 시행규칙, 법무부 훈령 등에서는 ‘법률’로 정하여야 할 사항을 ‘법률’에서 위임규정 없이 하위규정으로 제정하여 두고 있는 경우가 많음²⁾

○ 이처럼 법률에 당사자의 권리를 제한하는 성격의 규정에 대하여 하위법령에 위임한다는 내용의 정함이 없이 시행령, 시행규칙, 훈령³⁾ 등에 관련 규정을 두고 있는 사례가 다수 발견되며, 아래에서 제시하는 단순한 위임체계 문제 뿐만 아니라, 다른 법리적인 문제점을 함께 가지고 있는 복합적인 사례들도 다양하게 발견됨

○ [법률에서 위임없이 하위규정에 권리제한 및 권리구제와 관련한 사항을 정한 경우]

- 「출입국관리법」 제65조(보호의 일시해제) 제2항에서는 ‘보호의 일시해제 청구, 보증금의 예치 및 반환의 절차는 대통령령으로 정한다.’고 규정하고 있을 뿐, 보호 일시해제와 관련한 중요한 판단기준이 되는 보호일시해제 심사기준에 대하여서는 위임하고 있지 않고, 법률에서도 관련 규정이 흠결되어 있음

- 같은 법 시행령 제79조의2(보호 일시해제 심사기준) 제1항에서는 보호 일시해제 청

- 2) 국민의 권리·의무에 관한 사항은 원칙적으로 법률로 정하여야 하지만, 그 중 실제적인 사항에 대하여 하위법령에 위임함을 정할 때에는 가능하면 대통령령으로 정하고, 단순히 행정처분의 기준이나 서식과 같은 절차에 관한 사항은 부령으로 정할 수 있음(법제처, 「법령입안·심사기준」, 2017.12., 16면).
- 3) 훈령은 행정규칙의 한 유형으로서, ‘일반적으로 행정규칙은 “상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 그 조직이나 업무처리와 절차·기준 등에 관하여 발하는 일반적·추상적 규율”로서 법규성이 없는 것’으로 봄(법제처, 「『행정규칙 업무 종합안내서』, 1면, 2017.1.(국가법령정보센터 홈페이지 - 행정규칙 - 행정규칙안내(<http://law.go.kr.admRulSc.do?tabMenuId=tab107>) 2018.5.11. 최종검색)).

※ 관련 판례: 행정규칙의 법규성
[양도소득세 부과처분취소, 대법원 1987. 9. 29. 선고, 86누 484]

상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여서 발하는 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니지만, 법령의 규정이 특정행정기관에게 그 법령내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 아니한 관계로 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면 그와 같은 행정규칙, 규정은 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라, 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 된다 할 것이므로 이와 같은 행정규칙, 규정은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다.

구를 받은 지방출입국·외국인관서의 장이 심사해야 할 사항과 기준을 정하고 있으며, 제2항에서는 그 세부 기준과 방법에 관하여 필요한 사항을 법무부장관이 정하도록 위임하고 있음

- 그러나, 이러한 시행령 제79조의2 규정은 법률에서 위임함이 없이 대통령령으로 규정하고 있어서 당사자의 권리보호에 적당하지 않으며, 해당 규정은 당사자의 보호 일시해제와 관련한 중요한 권리제한 사항이기 때문에 법률에 규정하여야 함이 옳고, 설령 법률에서 대통령령으로 위임하였다고 하더라도 대통령령에서 정하도록 위임한 사항을 다시 구체적인 세부기준에 대하여 법무부장관이 다시 정하도록 재위임하는 것은 바람직하지 않음

- 보호 일시해제 청구에 대한 세부심사 기준은 법무부훈령인 「보호일시해제업무 처리 규정」에서 정하고 있으며, 대부분의 권한 사항은 지방출입국·외국인관서의 장이 결정하도록 하고 특별해제의 경우에는 그 사실을 법무부장관에게 미리 보고한 후 일시해제할 수 있도록 하고 있어서 지방출입국·외국인관서의 장은 보호 일시해제에 대한 전권을 가지게 됨

(2) 정책당국 담당자에게 과도한 재량권의 부여

□ 「출입국관리법」 내지 같은 법 시행령 등에서 출입국관리공무원 내지 지방출입국·외국인관서의 장에게 과도한 재량권을 부여하고 있는 경우가 있음

○ 제51조(보호) 제1항 및 제3항에서는 보호명령서 발급 및 긴급보호에 대한 일정한 요건을 두고 있으나, ‘의심할 만한 상당한 이유’, ‘도주할 염려’, ‘긴급한 경우’와 같은 추상적인 요건을 제시하고 있어서 담당공무원에 대한 과도한 재량권을 부여하는 결과가 되었음

○ 제52조(보호기간 및 보호장소) 제1항에서도 ‘부득이한 사유’가 있으면 보호기간을 10일을 초과하지 아니하는 범위에서 한 차례 연장이 가능하도록 하고 있으나, 이는 당사자의 권리제한에 대한 중요한 사항임에도 불구하고 ‘부득이한 사유’에 대한 명확한 법률상의 규정이 부재함

○ 제54조(보호의 통지) 제2항에서는 보호된 사람이 원하는 경우에는 국내에 주재하는 그의 국적이나 시민권이 속하는 국가의 영사에게 보호의 일시·장소 및 이유를 통

지하도록 하고 있으나, '긴급한 사정이나 그 밖의 부득이한 사유'가 없을 것을 조건으로 하고 있고, 그 조건에 대한 명확한 예시규정이나 열거규정, 하위법령으로의 위임규정도 없어서 당사자의 권리보호에 불리한 점이 있음

○ 제56조(외국인의 일시보호) 제1항 제2호 및 제3호에서도 '도주할 염려'가 있다고 인정할 만한 '상당한 이유'라는 표현을 사용함으로써 범위를 확정하기 어려운 모호한 기준을 제시하고 있어 재량권의 여지가 큼⁴⁾

○ 제56조의4(강제력의 행사) 제4항 제4호에서는 '특별히 필요하다고 인정되는 보호장비로서 법무부령으로 정하는 것'이라고 하여 해당 사항의 구체적인 내용을 법무부령으로 위임하고 있고, 제5항에서는 '보호장비의 사용 요건 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.'고 규정하고 있으나 법무부령인 동법 시행규칙에는 해당 규정이 흠결되어 있음⁵⁾

- 일반적으로 법률에서 하위법규에 위임하고자 하는 경우에 '대통령령으로 정한다' 내지 '...부령으로 정한다'라고 규정하는 것은 같은 법 시행령 내지 시행규칙으로 정한다는 것을 뜻함

- 그러나, '강제력의 행사'와 같은 중요한 권리제한 규정에 대하여 법률에서 정한대로 '시행규칙'에서 정하지 않고, 법무부훈령인 「출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙」 제4장 [보호장비 및 보안장비 사용] 제24조에서 제29조까지 관련 사항을 정하고 있는 것은 개선이 필요할 것으로 판단됨

○ 제56조의5(신체 등의 검사) 제2항에서는 '여성 출입국관리공무원이 없는 경우에는 지방출입국·외국인관서의 장이 지명하는 여성이 할 수 있다.'고 규정하고 있으나, 이 경우 지명되는 여성의 자격요건 등이 명시적으로 규정되어 있지 않아 입법적 불비가 있다고 판단되며, 원칙적으로는 여성 출입국관리공무원의 인원 배치를 의무화하거나 지명할 수 있는 여성의 자격요건 등을 명시적으로 기재하는 것이 바람직할 것임

4) 한편, 제56조 제2항에서는 일시보호한 외국인의 송환을 위한 보호기간 연장 요건을 '출국교통편의 미 확보, 질병 그 밖의 부득이한 사유'로 표현함으로써 일정부분 구체화하고 있으나, '그 밖의 부득이한 사유'에 대한 구체적인 범위를 열거하고 있지 않고, 하위규정으로의 위임도 하고 있지 않아 입법적 불비라고 판단됨

5) 당사자의 권리제한에 관한 규정은 법률에 두는 것이 바람직하며, 중요한 내용 외에 절차상의 기준 등을 정하는 경우라고 하더라도 법률에서 '법무부령으로 정한다'고 한 것은 일반적으로 같은 법 시행령을 뜻하는 것으로 이해되고, '법무부장관이 정한다'라고 규정한 것은 시행규칙 외에도 고시/훈령 등의 방식으로 제정되는 행정규칙으로 제정하는 것이 가능하다고 판단됨. 입법실무상 입법체계에 맞는 법규 제정 형식이 법령 및 행정규칙에 대한 효력의 해석과 일치하는 경우가 수범자의 입장에서 가장 바람직한 입법이라고 할 것임.

○ 제56조의6(면회 등)제2항에서는 ‘부득이하다고 인정되는 경우’에는 면회 등을 제한할 수 있도록 하고 있으며, 제3항에서는 면회 등의 절차 및 그 제한 등에 관한 구체적인 사항은 법무부령으로 정하도록 하고 있으나 입법적 불비가 있음

- 면회 등의 제한에 관한 사항은 당사자의 권리제한에 관한 사항이므로 법률에 그 내용을 규정하는 것이 바람직할 것이며, ‘부득이하다고 인정’되는 경우에 대한 명확한 기준을 제시하여 명확성의 원칙에 부합하도록 하여야 할 것임

- 한편, 법무부령에서도 제56조의6 제2항에 따른 해당 규정이 부재하여 입법적 불비로 판단됨

○ 제56조의7(영상정보 처리기기 등을 통한 안전대책) 제3항에서는 영상정보 처리기기 등의 설치·운영 및 녹화기록물의 관리 등에 필요한 사항은 법무부령으로 정하도록 하고 있으나, 법무부령인 같은 법 시행규칙에는 해당 규정이 부재하고, 법무부 훈령인 「출입국기록관리 및 정보화업무처리지침」에서 관련 내용을 상세하게 규정하고 있음

○ 제56조의7(청원) 제4항에서는 청원의 절차 등에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정하도록 하고 있으나, 같은 법 시행규칙에 관련 규정이 불비되어 있으며 행정규칙에도 관련 규정이 부재함

○ 제66조(보호 일시해제의 취소) 제1항 제3호에서는 ‘일시해제에 붙인 조건을 위반한 경우’를 취소사유의 하나로 규정하고 있으나, 일시해제에 붙이는 ‘조건’에 대한 유형이나 범위 등에 대한 일정한 기준이 부재되어 지방출입국·외국인관서의 장에게 ‘조건’ 부가에 대한 폭넓은 재량권이 인정됨

□ 법률에서 위임없이 하위규정에 권리제한 및 권리구제와 관련한 사항을 정한 경우 이면서 동시에 과도한 재량권을 부여하고 있는 경우도 발견됨

○ [법률에서 위임없이 하위규정에 권리제한 및 권리구제와 관련한 사항을 정한 경우] 이면서 [과도한 재량권을 부여하고 있는 경우]

- 「출입국관리법」 제48조(용의자에 대한 출석요구 및 신문) 제3항

: 「출입국관리법」 제48조(용의자에 대한 출석요구 및 신문) 제3항에서는 ‘용의자가 한 진술’외에 조서에 적어야 할 사항(필요적 기재사항)을 따로 규정하고 있지 않으나, 같은 법 시행령 제59조(신문조서) 제4호에서는 제1호에서 제3호의 용의자 확인 사항 및 출입국사범 관련 사항, 용의사실의 내용 외에도, ‘그 밖에 범죄경력 등 필요한 사항’을 규정하고 있음

: 한편, 같은 법 시행령 제59조 제4호에서 그 밖에 범죄경력 등 ‘필요한 사항’에 대하여는 정확한 범위가 정하여져 있지 않아 명확성을 확보하고 있지 못함(법률에서 ‘대통령령이나 법무부령 정한다’라는 위임이 없기도 하지만, 법무부령인 같은 법 시행규칙에서도 관련 규정을 찾을 수 없음)

(3) 당사자의 동의를 받도록 하고 있으나, ‘동의’의 효력이 불명확한 규정 존재

□ 「출입국관리법」 제50조(검사 및 서류 등의 제출요구)에서는 출입국관리공무원이 용의자에 대한 사실조사 과정에서 필요한 경우 ‘용의자의 동의’를 받아 그의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류 또는 물건을 제출하도록 요구할 수 있도록 규정하고 있음

○ 해당 조문에서 출입국관리공무원의 ‘용의자에 대한 사실 조사 과정’은 사실상 ‘수사’에 가까운 성격을 가지게 되는데, 이 경우 수색영장에 준하는 사법절차 없이 단순히 ‘용의자의 동의’만 있으면 주거 또는 물건을 검사할 수 있는 권한을 가지게 되는가에 대한 문제제기가 있을 수 있음

○ 특히, 「출입국관리법」 제56조의4(강제력의 행사) 제1항 제4호에서는 ‘출입국관리공무원의 직무집행을 정당한 사유 없이 거부 또는 기피하거나 방해하는 경우’, 피보호자(용의자)에게 강제력의 행사가 가능한 측면이 있어서, 제50조의 ‘동의’가 과연 법리적인 측면에서 ‘동의’가 맞는지에 대한 의문이 있음

□ 한편, 「출입국관리법 시행령」 제61조(검사 및 서류 등의 제출요구)에서는 ‘출입국관리공무원은 법 제47조에 따라 용의자를 조사할 때 용의자가 용의사실을 부인하거나 용의자가 제출한 서류만으로는 용의사실을 증명하기에 충분하지 아니하다고 인정되는 경우에는 그 용의자와 관련 있는 제3자의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류 또는 물건을 제출하게 할 수 있다. 이 경우 미리 그 제3자의 동의를 받아야 한다.’고 규정하고 있음

○ 이 경우, 법률에서 정하고 있지 않은 '제3자의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류 또는 물건을 제출하게 할 수 있다'는 규정을 시행령에 두고 제3자의 권리를 제한할 수 있는지 의문이며, 마찬가지로 제3자의 '동의'가 과연 사법적 절차를 대신할 수 있는 정도로 사실상의 거부권 행사가 가능한지 불분명한 측면이 있음

(4) 권리제한 사항에 대한 설명 절차의 흠결과 당사자 의견제출 기회의 불충분

□ 「출입국관리법」 제51조(보호) 이하에서는 보호처분의 요건과 절차를 규정하고 있으며, 보호명령서 집행과정이나 긴급보호 과정에서 당사자인 외국인에 대한 외국어/청각장애 통역 규정이 부재하며, 당사자의 권리제한 사항에 대한 설명과 확인 절차가 흠결되어 있어 당사자 의견제출 기회가 봉쇄되어 있음

○ 제51조 제1항과 제2항에서는 보호명령서 발급 요건을 넓게 규정하여 사실상 출입국관리공무원이나 지방출입국·외국인관서의 장의 자의적 판단이 개입될 여지가 크고, 당사자 권리제한 사항에 대하여 알아들을 수 있는 언어로 통역하도록 하는 충분한 설명 절차와 당사자 확인 절차 및 의견제출 기회가 제공되지 않는 문제점이 있음

- 즉, 제51조 제1항에서는 '의심할 만한 상당한 이유', '도주할 염려'와 같은 불명확하고 추상적인 요건을 규정하고 있어서 법률 명확성의 원칙에 맞지 않고, 재량권을 넓게 인정하는 결과를 낳고 있음

- 또한 동조 제2항에서 보호명령서의 발급을 신청할 때에는 보호의 필요성을 인정할 수 있는 자료를 첨부하여 제출하도록 절차상의 제한 규정을 두고 있긴 하나, 당사자의 의견제출 기회에 대한 절차적 보장 규정이 부재하여 당사자에 대한 충분한 권리의 보장과 구제 기회의 제공에 부적절함

○ 긴급보호의 경우에도 마찬가지로 당사자의 권리제한 사항에 대한 설명과 이해하였는지에 대한 확인 절차, 의견제출 기회가 차단되어 있음

- 「출입국관리법」 제51조(보호) 제3항에서는 법 제46조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 '의심할 만한 상당한 이유'가 있고, '도주하거나 도주할 염려가 있는' '긴급한 경우'에는 보호명령서 발급 이전에라도 48시간까지 당사자(외국인, 용의자)에게 '그 사유를 알리고' 긴급히 보호할 수 있도록 하고 있음

- 또한, 긴급보호의 경우 제4항에서는 ‘즉시 긴급보호서를 작성하여 그 외국인에게 내보여야 한다.’고 규정하고 있고, 제3항에서는 ‘그 사유를 알리’도록 하고 있으나, 그 사유를 알리는 과정이나 긴급보호서 작성, 내보이는 과정에서 긴급보호서 작성내용에 대하여 출입국관리공무원이 당사자가 알아들을 수 있는 방법(통역 등)으로 설명할 의무가 제시되어 있지 않으며, 당사자가 이해하였는지에 대한 확인 절차 등에 대하여 관련 규정이 부재함⁶⁾

- 그리고, ‘긴급한 경우’에 대한 명확한 규정상의 예시나 범위가 제시되어 있지 않아 담당공무원의 재량에 따른 판단의 여지가 큼

○ 제55조(보호에 대한 이의신청) 제3항에서 법무부장관은 제2항에 따른 기각 또는 인정 결정에 앞서 필요하면 관계인의 진술을 들을 수 있도록 하고 있으나, 당사자의 보호절차 집행과정에서 당사자의 의견제출 기회나 관계인 진술 기회가 보장되어 있지 않아 당사자의 권리보호에 불리함

○ 제56조의8(청원)에서는 청원의 절차 등에 관하여 필요한 사항을 법무부령으로 정하도록 하고 있으나, 해당 사항에 대한 법무부령이 부재하여 입법적 불비가 있어 지방출입국·외국인관서의 장의 재량권이 폭넓게 인정되는 문제 외에도 청원에 필요한 사항에 대하여 협력할 의무 등이 규정되어 있지 않아 해당 규정의 실효성에 대한 문제가 제기될 여지가 있음

○ 제56조의9(이의신청 절차 등의 게시)에서는 당사자의 권리구제에 필요한 절차를 보호시설 안의 잘 보이는 곳에 게시할 의무를 규정하고 있으나, 이러한 당사자의 중요한 권리를 당사자가 이해할 수 있는 언어로 제시하거나 설명할 의무에 대하여서는 상세하게 규정하고 있지 않아 당사자의 권리보호에 불리함

○ 제59조(심사 후의 절차) 제4항에서는 강제퇴거명령서 발급의 경우 이의신청 가능 사실을 용의자에게 알리도록 하고 있으나, 법무부 훈령인 「출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙」 제23조(심사결정 후 절차) 제2항에서는 강제퇴거명령서 발부시에 용의자에게 구두 또는 고지문으로 알린다는 규정 외에, 제22조(심사결정서 작

6) 강제퇴거 대상자에 대한 조사와 용의자에 대한 출석요구 및 신문과정에서는 법 제48조에 따라 신문에 따른 ‘조서를 용의자에게 읽어주거나 열람하게 한 후 오기가 있고 없음을 물어야 하고, 용의자가 그 내용에 대한 추가·삭제 또는 변경을 청구하면 그 진술을 조서에 적어야 한다.’고 규정하고 있는 것과 대조적임. 신문 과정에서도 절차적으로 인정하고 있는 당사자에 대한 설명의무와 당사자의 이해여부에 대한 확인 절차가 사실상의 인신구속 처분인 ‘보호’ 과정에서 보장되고 있지 않은 점은 논리적으로 맞지 않다고 판단됨.

성) 제3항⁷⁾⁸⁾에서와 같이 ‘용의자가 이해할 수 있는 언어로 읽어 주거나 열람하게 한 후 오기가 있고 없음을 물어’ 보는 방법으로 용의자에게 그 내용에 대한 확인 및 설명의무가 확보되어 있지 않아 당사자의 권리보호에 불리함

○ 제60조(이의신청) 제3항에서는 법무부장관이 강제퇴거명령에 대하여 이의신청서를 접수한 이후 이의신청에 대한 심사결정을 하도록 하고 있으나, 그 심사결정에 대한 기한 내지 그 결과를 지방출입국·외국인관서의 장에게 알려야 하는 기간 등의 규정을 두고 있지 않아 당사자의 권리구제 여부에 대한 명확한 결과를 알 수 있는 기간 예측이 불투명함

○ 제62조(강제퇴거명령서의 집행) 제2항에서도 마찬가지로 강제퇴거명령을 받은 사람에게 강제퇴거명령서를 내보이도록 하고 있으나, 강제퇴거 명령 집행 과정상 내보이는 강제퇴거명령서에 대하여 ‘용의자가 이해할 수 있는 언어로 읽어 주거나 열람하게 한 후 오기가 있고 없음을 물어’ 보는 방법으로 용의자에게 그 내용에 대한 확인 및 설명의무가 확보되어 있지 않아 당사자의 권리보호에 불리함

○ 제66조의2(보호의 일시해제 절차 등의 게시)에서는 보호의 일시해제 및 그 취소에 관한 절차를 보호시설 안의 잘 보이는 곳에 게시하도록 하고 있으나, 당사자가 이해할 수 있는 언어로 제시하거나 설명할 의무를 규정하고 있지 않아 당사자 권리구제에 불리한 측면이 있음

(5) 강제퇴거명령을 받은 사람의 보호에 대한 기간 상한의 부재

□ 「출입국관리법」 제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) 제1항에서는 강제퇴거명령을 받은 사람에 대하여 ‘여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다.’고 하여 기간제한 없는 보호를 규정하고 있음

○ 해당 규정이 가진 불합리에 대하여서는 그동안 각계에서 지속적으로 문제를 제기하여 왔으며, 이에 관한 헌법재판소 결정 사례도 있음

7) 「출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙」 제22조(심사결정서 작성) ...

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 심사결정서 및 출입국사범심사결정통고서는 용의자가 이해할 수 있는 언어로 읽어주거나 열람하게 한 후 오기가 있고 없음을 물어 용의자가 그 내용에 대한 증감 또는 변경 청구를 한 때에는 그 진술을 심사결정서 및 출입국사범심사결정통고서에 기재하여야 한다.

8) 해당 규정도 당사자의 권리구제에 관한 중요한 사항이므로 법률에서 이를 규정하는 것이 바람직할 것임

○ 출입국관리법 제63조제1항 위헌제청에 대한 헌법재판소 결정(헌재 2018.2.22. 2017헌가29 결정)은 강제퇴거명령 등 무효확인에 대한 항소심에서 ‘항소심 법원(서울고등법원 2017누43984)은 그 심리 중 출입국관리법 제63조 제1항이 적법절차원칙 및 과잉금지원칙에 위배하여 신체의 자유를 침해한다는 등의 이유로 2017.10.31. 직권으로 위 법률조항에 대하여 위헌 여부의 심판을 제청’하였음

○ [심판대상 조항]

출입국관리법 (2014.3.18. 법률 제12421호로 개정된 것)
제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다.

○ 제청법원의 위헌제청이유

- ‘심판대상조항은 강제퇴거대상자에 대한 보호의 개시나 연장 단계에서 공정하고 중립적인 기관에 의한 통제절차를 두고 있지 않고, 행정상 인신구속을 하면서 청문의 기회도 보장하고 있지 아니하므로 헌법상 적법절차원칙에 위배된다. 또한 심판대상조항은 보호기간의 상한을 설정하지 아니하여 기간의 제한 없는 보호를 가능하게 하므로, 과잉금지원칙을 위반하여 강제퇴거대상자의 신체의 자유를 침해한다.’

○ 제한되는 기본권

- ‘심판대상조항의 ‘보호’는 출입국관리공무원이 강제퇴거명령을 받은 사람(이하 ‘강제퇴거대상자’라고 한다)을 출국시키기 위해 외국인보호소 등에 인치하고 수용하는 집행활동을 말한다(법 제2조 제11호 참조). 이는 강제퇴거대상자를 특정한 장소에 수용하여 국내에 체류하지 못하게 함으로써 신체의 자유로운 이동과 활동을 제한하는 것이므로, 심판대상조항은 강제퇴거대상자의 신체의 자유를 제한한다.’

○ 합헌의견 4인(재판관 김창종, 재판관 안창호, 재판관 서기석, 재판관 조용호)과 위헌의견 5인(재판관 이진성, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 이선애, 재판관 유남석)으로 위헌의견에 찬성한 재판관이 다수이지만 헌법 제113조 제1항과 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 위헌결정을 위한 심판정족수에 이르지 못하여 위헌결정을 할 수 없으므로 합헌결정이 난 사례임

○ [과잉금지원칙 위배 및 적법절차원칙 위반 여부에 대한 합헌의견과 위헌의견 판단]

		합헌의견	위헌의견
과 잉 금 지 원 칙	총설	<ul style="list-style-type: none"> - 본국 또는 제3국으로 자진출국함으로써 언제든지 보호상태를 벗어날 수 있음 - 출입국관리법상 보호는 국가행정인 출입국관리행정의 일환으로 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것이므로 일정부분 입법정책적으로 결정될 수 있음 	
	입법목적의 정당성과 수단의 적정성	<ul style="list-style-type: none"> - 심사후 퇴거명령을 받은 강제퇴거대상자에 대하여 그 집행을 위해서 외국인보호소 등에 인치하고 수용함으로써 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정하여 국가의 안전보장·질서유지 및 공공복리를 도모하기 위한 것으로 입법목적이 정당함 - 강제퇴거대상자를 출국 요건이 구비될 때까지 보호시설에 보호하는 것은 강제퇴거명령의 신속하고 효율적인 집행과 외국인의 출입국·체류관리를 위한 효과적인 방법이므로 수단의 적정성도 인정됨 	<ul style="list-style-type: none"> - 심판대상조항은 그 입법목적은 정당하고, 수단의 적정성도 인정됨
	침해의 최소성	<ul style="list-style-type: none"> - 침해의 최소성 원칙을 충족함 - 강제퇴거대상자는 입국자체가 불법이거나, 체류기간을 초과하는 등 체류조건을 위반하거나, 체류기간 동안 범법행위를 하는 등 질서유지를 해칠 우려가 있는 외국인 등이며, 이들에 대해서 국가의 안전보장, 질서유지 및 공공복리를 위해서 본국으로 송환될 때까지 그 송환을 위해 보호 및 관리가 필요함. 이는 입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 조치임 - 입법목적 달성을 위해 보호기간의 상한을 두지 아니하는 것은 불가피한 측면이 있으나, 1) 강제퇴 	<ul style="list-style-type: none"> - 침해의 최소성 원칙을 충족하지 못함 - 심판대상조항에 의한 보호대상은 본국으로 송환될 때까지 그 신명을 확보하기 위한 보호와 관리가 필요하다는 점은 인정됨 - 그러나 심판대상조항은 보호기간의 상한을 설정하고 있지 않아 강제퇴거명령을 받은 자를 대한민국 밖으로 송환할 수 있을 때까지 무기한 보호를 가능하게 하고, 이는 피보호자로 하여금 자신이 언제 풀려날지 전혀 예측할 수 없게 한다는 점에서, 실제 보호기간의 장단과 관계없이 그 자체로 심각한 정

	<p>거명령의 집행확보의 목적으로만 발하여져야 하며, 2) 그 보호는 송환이 가능할 때까지 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 기간 동안만 가능함- 심판대상조항이 필요 최소한의 기간동안 잠정적으로 보호할 수 있으며 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적 한계가 있다는 대법원 판시를 함께 인용(대법원2001.10.26. 선고 99다 68829 판결 참조)</p> <ul style="list-style-type: none"> - 보호기간의 상한을 규정하는 것이 국가안보·질서유지 및 공공복리에 위해(소재불명 등으로 보호해제가 최소된 사례 136건)가 될 수 있을 뿐만 아니라 강제퇴거대상자의 인권에도 결코 바람직하지 아니한 결과를 초래(범죄 연루, 노동/환경 등 국가정책 관련성, 열악한 처우 가능성 등)할 수 있음 - 해외 입법례에서 강제퇴거의 집행을 위한 보호 또는 구금기간의 상한을 설정해 두지 않은 나라가 적지 않음 · 프랑스: 외국인의 강제퇴거에 필요최소한의 기간 동안만 보호가 가능 · 캐나다/호주: 외국인에 대하여 강제퇴거의 집행을 위해 구금할 수 있으며, 구금기간의 상한 규정 부재 · 일본: 바로 출국시킬 수 없을 때에는 ‘송환가능한 때까지’ 수용 · 중국: 즉시 집행할 수 없는 경우 해당 외국인을 구류소 혹은 외국인 송환 장소에 구금해야 한다고 규정할 뿐, 구금기간의 산한 규정 부재 · 미국: 90일의 퇴거기간 이내에 퇴거시켜야 하고, 그 기간 동안 해당 외국인을 구금하나 퇴거기간 연 	<p>시적 압박감을 가져옴.</p> <ul style="list-style-type: none"> - 적절한 보호기간의 상한이 어느 정도인지는 별론으로 하더라도, 최소한 그 상한을 법에서 명시함으로써 피보호자로 하여금 자신이 보호될 수 있는 최대기간을 예측할 수 있게 할 필요가 있으며, 단지 강제 퇴거명령의 집행을 용이하게 한다는 행정목적 때문에 기간의 제한 없는 보호를 가능하게 하는 것은 행정의 편의성과 확실성만을 강조한 것으로 그 자체로 피보호자의 신체의 자유에 대한 과도한 제한임 (헌재 2016.4.28. 2013헌바196 결정 중 반대의견 참조) - 국제적 기준과 해외 입법례에서도 기간이 정해져 지 않은 구금 상태가 중대한 인권침해를 초래할 가능성이 있어 최대 구금기간을 정하도록 하고 있는 경우가 있음 · 국제연합(UN)의 ‘자의적 구금에 관한 실무그룹’(Working Group on Arbitrary Detention): 구금의 상한이 반드시 법률에 규정되어 있어야 하고, 구금이 무기한이어서는 안 된다고 하고 있음 · 유럽연합(EU) 불법체류자 송환 지침(Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States of returning illegally staying third-country nationals) : 강제추방을 위한 구금은 6개월까지 명할 수 있고, 더 긴 기간이 소요될 것으로 예상되는 경우 최대 12개월 연장할 수 있도록 정하고 있음 · 독일 : 유럽연합 불법체류자 송
--	--	--

	<p>장의 경우 연장가능 기간에 대한 제한이 없음. 다만 미국 연방대법원은 퇴거기간 경과 후 무제한 구금에 대한 합리적인 기간은 6개월로 추정(안보나 테러상의 이유로 구금된 경우 등은 지속적 구금 가능 규정)</p> <ul style="list-style-type: none"> - 출입국관리법이 강제퇴거대상자가 보호상태에서 벗어날 수 있는 여러 가지 수단(1)보호 일시해제, 2) 보호기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인 필요, 3) 보호에 대한 이의신청 및 강제퇴거명령이나 그에 따른 보호의 취소를 구하는 행정소송 제기, 4) 그 과정에서 보호에 대한 집행정지 신청 가능, 5) 강제퇴거명령 또는 난민불인정 처분에 대한 취소소송의 제1심 또는 제2심에서 승소한 경우에는 그 소송이 확정되기 전이라도 원칙적으로 보호를 일시해제함(「보호일시해제업무 처리규정」 제6조 제2항)) 등의 제도를 통해 보호기간의 상한이 없는 점을 보완하고 있음 - 강제퇴거대상자를 출국 요건이 구비될 때까지 보호하는 대신, 그들의 주거지를 제한하거나 주거지에 대하여 정기적으로 보고하도록 하는 방법, 신원보증인을 지정하거나 보증금을 내도록 하는 방법 등을 고려할 수 있으나, 강제퇴거명령의 신속한 집행과 외국인의 효과적 체류 관리를 통한 국가의 안전 보장·질서유지 및 공공복리라는 입법목적을 심판대상조항과 동등한 정도로 달성하기 어려움. - 강제퇴거대상자를 출국 요건이 구비될 때까지 보호하되 보호기간의 상한을 두는 방법도 대안으로 	<p>한지침을 따르고 있음</p> <ul style="list-style-type: none"> · 미국: 강제퇴거대상인 외국인을 구금하되 90일간의 퇴거기간 이내에 퇴거를 집행하도록 하고 있고, 미국 연방대법원은 퇴거기간 경과 후 무제한 구금이 허용되는 것이 아니라 그 합리적인 기간은 6개월로 추정된다고 판시하였음 - 심판대상조항에 대하여, 대법원이 ‘송환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간 동안 잠정적으로만 보호할 수 있고, 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적 한계를 가지는 일시적 강제’라고 판시(대법원 2001.10.26. 선고 99다68829판결 참조)한 점을 들면서도, 이 판결은 보호의 성질상 한계를 실시한 것일 뿐 보호기간의 상한을 설정한 것이 아니므로, 보호기간을 제한할 수 있는 적절하고 실질적인 통제기능을 한다고 보기 어렵다고 함 - 피보호자가 강제퇴거명령에 대한 취소소송을 제기하거나 난민인정신청을 하는 등의 경우에는 절차의 진행 상황에 따라 보호기간이 무한정 늘어날 수 있는데, 보호기간의 장단은 오로지 행정청과 사법부가 관련 절차를 얼마나 신속하게 진행시키는지 여부에 따라 결정되므로 피보호자에게 책임이 없는 사유(집행정지 신청에 대한 판단은 법원의 재량에 맡겨져 있음)로 보호가 장기화되는 결과가 초래될 수 있다고 함 - 강제퇴거대상자들을 대상으로 한 막연하고 잠재적인 잠재·범죄 발생 가능성에 대한 추정은 ‘기한의 상한이 없는 보호’와 같이 신체의 자
--	---	--

		<p>고려할 수 있으나, 계속적 신병 확보 및 신속한 집행과 체류 통제가 어려워 심판대상조항과 동등한 정도의 입법목적 달성을 달성할 수 없음</p>	<p>유를 중대하게 제한하는 조치를 정당화하기 어려움. 특히, 강제퇴거 대상자 중 범죄에 연루되지 않고 입국이나 체류에 관한 행정법규를 단순히 위반한 외국인들도 있기 때문에 이들 모두를 잠재적 도주자 내지는 잠재적 범죄자로 보아 기간의 제한 없이 보호하는 것은 과도한 조치임</p> <ul style="list-style-type: none"> - 보호기간의 상한을 초과하여 보호를 해제하더라도 출국 요건이 구비될 때까지 이들의 주거지를 제한하거나 주거지에 대하여 정기적으로 보고하도록 하는 방법, 신원보증인을 지정하거나 적정한 보증금을 내도록 하는 방법, 감독관 등을 통하여 이들을 지속적으로 관찰 및 감독하는 방법 등을 통하여 도주나 추가적인 범법행위를 상당 부분 방지할 수 있을 것임 - 피보호자가 강제퇴거명령에 대한 취소소송을 제기하거나 난민인정신청을 하는 등의 경우에 대하여는, 법원에서 해당 사건을 우선적·집중적으로 심리하고, 난민인정심사 및 결정을 신속히 진행하는 등 제도적 개선을 통하여 보호기간의 상한을 초과하는 경우를 최소화할 수 있음
	<p>법익의 균형성</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 국가의 안전보장·질서유지 및 공공복리와 직결되는 출입국관리 및 체류를 관리를 위한 심판대상조항의 공익은 매우 중대하고, 해당조항의 송환할 수 있을 때까지 ‘일시적·잠정적으로 신체의 자유를 제한 받는 것에 불과하며, 본국 또는 제3국으로 자진출국함으로써 언제든지 보호상태에서 벗어날 수 있으므로 출국시에는 신체의 자유 제한이 발생하지 않고 보호에서 해제될 수 있는 다양한 제도가 마련되어 있으므로 법익의 균형성 요건을 충족함 	<ul style="list-style-type: none"> - 강제퇴거대상자들이 언제든지 출국할 자유가 있고 이로써 보호대상자에서 벗어날 수 있다는 이유로 보호기간의 상한을 두지 않음에 따른 기본권 침해가 완화된다고 볼 수 없다고 한 기존의 반대의견(헌재 2016.4.28. 2013헌바196 결정 중 반대의견)을 재확인함 - 보호일시해제 청구의 경우에도, 강제퇴거명령 등에 대한 취소 소송에서 승소 판결을 받은 사정이 있지 않는 한 보호일시해제 여부는

			<p>소장 등의 전적인 재량사항이므로 보호일시해제제도가 장기 구금의 문제를 보완할 수 있는 장치로서 실질적으로 기능한다고 보기 어려움</p> <ul style="list-style-type: none"> - 강제퇴거명령 및 보호명령에 대한 이의신청 등 사후적 구제 수단도 실효성이 있다고 보기 어려움
<p>적법절차원칙</p>	<p>적법절차원칙 위반 여부 판단 요소의 형량</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 헌법 제12조 제1항은 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하여 적법절차 원칙을 규정하고 있으며, 이는 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용에 적용됨 	<ul style="list-style-type: none"> - 출입국관리법상의 외국인 보호는 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것으로서 외국인의 신체의 자유를 박탈하는 것이므로, 검사의 신청과 판사의 발부라는 엄격한 영장주의는 아니더라도, 적어도 출입국관리공무원이 아닌 객관적·중립적 지위에 있는 자가 그 인신구속의 타당성을 심사할 수 있는 장치가 있어야 함을 기존의 반대의견(헌재 2016.4.28. 2013헌바196 결정 중 반대의견) 재확인을 통하여 강조함 - 현재 출입국관리법상 보호제도는 보호의 개시, 연장단계에서 제3의 독립된 중립적 기관이나 사법기관이 전혀 관여하고 있지 않다는 점에서, 수사단계든 형집행단계든 구금의 개시, 연장을 법원에서 결정하고 그 종기도 명확하게 규정되어 있는 형사절차상 구금과 대조적임 - 보호명령의 발령과 집행에 관하여 보면, 형식적으로는 조사절차오 심사절차가 분리되고 보호명령서의 발급주체와 집행기관이 분리되어 있으나, 실상은 출입국관리사무소 내의 하급자와 상급자가 용의자 조사, 강제퇴거명령과 보호명령의 발령 및 집행을 모두 함께 하고 있
		<ul style="list-style-type: none"> - 적법절차원칙에서 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는가에 대하여는 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수 밖에 없음 - 출입국관리법상 보호는 국가행정인 출입국관리행정의 일환으로 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것이므로 일정부분 입법정책적으로 결정될 수 있음 	

		<p>음. 보호결정을 하는 소장 등은 독립된 제3의 기관이 아니라 출입국관리공무원이 속한 동일한 집행기관 내부의 상급자에 불과하여 <u>실질적으로 기관이 분리되어 있다고 볼 수 없고, 그 밖에 사법부 등 외부 기관이 관여할 여지가 전혀없으므로, 객관적 중립적 기관에 의한 절차적 통제가 이루어진다고 보기 어렵다고 한 기존의 반대의견</u>(헌재 2016.4.28. 2013헌바196 결정 중 반대의견)을 확인함</p> <p>- 강제퇴거명령을 받은 자라고 하여 항상 도주의 가능성이 있다고 간주할 수 없으므로 <u>보호의 필요성에 대한 별도의 판단이 필요하고, 공정성과 객관성을 담보할 수 있는 중립적 기관이 개입하지 않는 한 강제퇴거명령이 있으면 보호명령이 거의 자동적으로 발령되는 현재의 구조는 변경될 가능성이 희박함</u></p>
	<p>객관적·중립적 기관에 의한 통제절차</p>	<p>- 강제퇴거대상자에 대한 보호의 특수성에 비추어 볼 때, 출입국관리에 관한 공권력 행사와 관련하여 단속, 조사, 심사, 집행 업무를 <u>동일한 행정기관에서 하게 할 것인지, 또는 서로 다른 기관에서 하게 하거나 사법기관을 개입시킬 것인지</u>는 <u>입법정책의 문제</u>이며, 반드시 객관적·중립적 기관에 의한 통제절차가 요구되는 것은 아님. 오히려 행정의 <u>전문성을 살리고 신속한 대처를 통한 안전한 출입국관리</u>를 가능하게 하며, 외교관계 및 국제정세에 맞춰 적절하고 효율적인 출입국관리를 가능하게 할 필요가 있음. 또한, 강제퇴거명령과 그에 따른 보호명령에 대한 행정소송 제기가 가능하고, 보호 자체를 다투는 소송을 제기하거나 그 집행을 정지를 구하는 집행정지신청 등을 할</p> <p>- 심판대상조항은 <u>보호의 개시나 연장 단계에서 공정하고 중립적인 기관에 의한 통제절차가 없음</u></p> <p>- 사후구제수단 내지 통제절차와 관련하여 보면, 법무부장관은 사실상 보호명령을 발령·집행하는 행정청의 관리감독청에 불과하여 <u>외부의 중립적·객관적 기관에 의한 심사제도가 보장되어 있다고 볼 수 없음</u></p> <p>- 최근 5년간(2013~2017년) 보호 또는 강제퇴거명령에 대한 이의 신청이 인용된 사례가 단 한건도 없고, 보호기간 연장에 대한 법무부장관의 사전승인 역시 강제퇴거집행이 지연되는 상태에서 소장 등이 승인신청 서류를 제출하면 거의 예외 없이 승인되는 것이 현실임에 비추어 보더라도, <u>법무부장관의 심사 및 판단은 보호의 적법성을 담</u></p>

		<p>수 있어서 <u>객관적·중립적 기관에 의한 통제절차</u>도 구비하고 있음</p> <ul style="list-style-type: none"> - 출입국관리법상 심판대상조항에 의한 보호의 개시나 연장 단계에서 제3의 독립된 중립적 기관이나 사법부의 판단을 받도록 하는 절차가 규정되어 있지 않다고 하여 곧바로 적법절차원칙에 위반된다고 볼 수는 없음 	<p><u>보호기 위한 실질적인 통제절차로서의 의미를 갖는다고 보기 어렵다</u>는 점을 기존의 반대의견(헌재 2016.4.28. 2013헌바196 결정 중 반대의견)을 들어 재확인함</p> <ul style="list-style-type: none"> - 또한 피보호자는 강제퇴거명령이나 보호명령, 이의신청에 대한 기각결정 등에 대하여 행정소송을 제기할 수 있으나, 행정소송과 같은 <u>일반적·사후적인 사법통제수단만으로는 우리나라의 사법시스템에 익숙하지 않고 한국어에 능통하지 못한 외국인의 신체의 자유를 충분히 보장하기에 미흡함</u>
	<p style="text-align: center;">의견제출 기회</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 적법절차 원칙에서 도출할 수 있는 중요한 절차적 요청은 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것 등임 - 강제퇴거대상자에 대한 보호는 강제퇴거 대상에 해당한다고 의심할 만한 사유가 있는 사람에 대한 조사를 근거로 하여 이루어지는데, 그에 대한 조사는 그의 진술을 조서에 적고 그 내용에 대한 추가·변경 등의 청구가 있으면 이를 조서에 적어야 하는 등 강제퇴거대상자는 조사과정에서 자신의 의견을 진술할 기회를 가짐(법 제48조 제3항, 제4항) - 출입국관리공무원은 보호명령서를 집행할 때 강제퇴거대상자에게 이를 보여주어야 하고(법 제63조 제6항, 제53조, 같은 법 시행령 제79조 제1항), 3일 이내에 강제퇴거대상자의 법정대리인 등에게 보호의 일시·장소 및 이유를 서면으로 통지하여야 하며, 강제퇴거대상자가 원하는 경우에는 부득이한 사유가 없으면 국내에 주재하는 그의 국적이나 시민권이 속하는 국가의 	<ul style="list-style-type: none"> - 행정상 인신구속을 함에 있어 의견제출의 기회도 전혀 보장하고 있지 아니함 - 출입국관리법에는 심판대상조항에 의한 보호명령을 발령하기 전에 당사자에게 의견제출의 기회를 부여하도록 하는 규정이 없고, 형사소송법상 구속 전 피의자심문(영장실질심사)과 같은 제도도 마련되어 있지 않음 - 행정절차법 제3조 제2항 제9호, 같은 법 시행령 제2조 제2호에서도 행정절차법 제22조에서 정하고 있는 당사자 의견제출 기회 규정을 행정절차법의 적용대상에서 제외하고 있음 - 따라서, 보호명령을 받는 자는 자신에게 유리한 진술을 하거나 의견을 제출할 수 있는 기회가 전혀 없음 - 보호에 대한 이의신청 단계에서도 법무부장관이 필요하면 관계인의 진술을 들을 수 있도록 재량으로 규정하고 있을 뿐이며(법 제63조 제6항, 제55조 제3항), 보호연장에 대한 법무부장관의 사전승인 역시 피보호자에게 진술이나 의견

	<p>영사에게 보호이 일시·장소 및 이유를 통지하여야 함(법 제63조 제6항, 제54조)</p> <p>- 강제퇴거대상자는 보호에 대한 이의신청을 하면서 이의의 사유를 소명하는 자료를 제출할 수 있고 (출입국관리법 시행령 제69조 제1항), 행정소송을 제기할 때에도 자신의 의견을 진술하거나 자료를 제출할 수 있는 기회가 보장되어 있음</p>	<p>제출 기회를 부여하지 않은 채 소장 등이 제출한 서류의 심사를 통해서만 이루어지고 있음</p>
--	--	---

□ 그동안 「출입국관리법」 제63조 제1항 규정에 따른 상한기간의 정함이 없는 ‘보호’에 대하여서는 수차례의 위헌심판청구에도 위헌결정을 위한 심판정족수에 이르지 못하여 합헌 결정이 내려진 바 있으나, 현재 2018.2.22. 2017헌가29 결정에서는 위헌의견에 찬성한 재판관이 다수인 점이 주목을 끔

○ 국제연합(UN)의 ‘자의적 구금에 관한 실무그룹’(Working Group on Arbitrary Detention)에서도 구금의 상한이 반드시 법률에 규정되어 있어야 하고, 구금이 무기한이어서는 안 된다고 하고 있으며, EU 불법체류자 송환지침 등에서는 강제추방을 위한 구금은 6개월까지 명할 수 있고, 더 긴 기간이 소요될 것으로 예상되는 경우 최대 12개월 연장할 수 있도록 정하고 있음

○ 한편, 헌법 제12조 제1항에 따른 적법절차의 원칙에 따라 출입국관리법 상 ‘보호’의 개시나 연장 단계에서부터 객관적·중립적인 기관에 의한 통제절차가 중요하다는 점은 합헌의견과 위헌의견 재판관 모두가 인정하고 있음

(6) 전문성과 객관성을 모두 갖춘 제3의 독립기관에 의한 판단 부재

□ 현재 2016.4.28. 2013헌바196 결정에서의 반대의견과 현재 2018.2.22. 2017헌가29 결정에서의 반대의견에서는 대체로 적법절차의 원칙과 관련하여 전문성과 객관성을 모두 갖춘 제3의 독립기관에 따른 판단의 중요성을 강조하고 있음

○ 헌법 제12조 제1항에 따른 적법절차의 원칙에 따라 출입국관리법 상 ‘강제퇴거명령’의 조사·심사 과정에서부터 ‘보호’의 개시나 연장 단계에서 이르기까지 객관적·중립

적인 기관에 의한 통제절차가 중요하다는 점은 위에서 살펴본 헌재 2018.2.22. 2017헌가29 결정에서 합헌의견과 위헌의견 재판관 모두가 인정하고 있음

○ 한편, 출입국관리법 상 '보호'제도가 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정하여 국가의 안전보장·질서유지 및 공공복리를 도모하기 위한 것이라는 입법목적과 강제퇴거명령의 신속하고 효율적인 집행과 외국인의 출입국·체류관리를 위한 효과적인 방법으로서 수단의 적정성에 부합한다는 점에도 헌재 2018.2.22. 2017헌가29 결정에서 합헌의견과 위헌의견 재판관 모두가 공통적으로 인정하고 있음

○ 따라서, 현행 출입국관리법 상의 강제퇴거명령과 보호명령 제도 운영과 입법체계 상의 문제점을 해당 피보호자의 권리보호의 확대 측면에서 개선해 나가기 위하여서는 강제퇴거명령과 보호명령의 조사와 심사, 집행, 개시와 연장, 구제 과정에 이르기까지 외국인의 출입국 문제라는 특수성을 인정하고, 객관적이고 전문적인 기관이 사법적 권능을 가진 통제절차를 확보하는 것이 필요할 것임

□ 상대적으로 최근 수년간 외국인 관련 정책 중에서 난민과 관련하여서는 난민법상 난민불인정 결정이나 난민인정 취소 또는 철회에 대한 이의신청 및 불복절차에 대하여 수차례의 논의와 연구가 이루어져 온 바 있음

○ 즉, 난민 지위의 특수성과 난민인정 관련 업무의 전문성을 감안하여, 제3의 독립·전문기관의 설립 필요성이 제기되어 온 바 있으며, 이에 난민인정불인정 결정이나 난민인정 취소 또는 철회에 대한 이의신청이나 불복절차를 위한 심판 전문기관의 설립에 대한 연구⁹⁾도 진행된 바 있음

○ 난민심판 전문기관의 경우에도 사법적 통제절차와 대심구조의 채택을 통하여 심리절차의 절차적 공정성을 확보하고, 난민심판 전문기관의 구성에 있어서도 조직 구성과 인력의 전문성과 독립성을 유지하도록 하는 것이 중요한 기준이 됨

○ 특히, 난민심판 전문기관의 도입 방안에서도 외국인 관련 업무라는 특수성과 전문성을 충분히 반영할 수 있도록 다양한 제도적 설계가 필요하며, 이러한 전문성과 특수성 확보 문제는 난민에 국한되는 것이 아닌 외국인의 출입국과 처우에 관련된 심사나 결정, 이의신청 등 구제절차 전반에 동일하게 적용되는 중요한 요건이라 할 것임

* 「출입국관리법」 제62조(강제퇴거명령서의 집행) 제4항에서는 강제퇴거명령을

9) 송영훈 외, 『난민심판 전문기관 설립 타당성 및 운영방안 연구』, 강원대학교·법무부, 2017. 9.

받은 사람이라도 「난민법」에 따라 난민인정 신청을 하였으나 난민인정 여부가 결정되지 아니한 경우와, 「난민법」 제21조에 따라 이의신청을 하였으나 이에 대한 심사가 끝나지 아니한 경우에는 송환을 금지하고 있음

□ 따라서, 난민인정과 관련된 구제절차에 대해서 뿐만 아니라 ‘외국인’의 강제퇴거명령서의 집행에 따른 송환과 송환할 수 없는 사유가 있는 경우의 ‘보호’에 대한 다양한 사법적 절차를 ‘외국인’ 출입국 관리와 심사에 대한 전문성과 객관성을 갖춘 제3의 독립기관에 의하여 판단하도록 함으로써 위에서 지적되었던 다양한 문제를 해결할 수 있을 것으로 기대함

○ 아래의 해외 사례에서 보는 바와 같이, 이민/출입국 전문심판기관의 도입을 통하여 당사자 권리보호에 유리한 일정한 사법적 절차의 진행과 외국인 강제퇴거명령 집행 및 보호에 관한 전문성을 확보할 수 있도록 하는 한편, 객관성을 확보하는 방안을 고민해 볼 수 있을 것임

3. 해외의 강제퇴거명령 및 보호명령 불복절차 운영 사례¹⁰⁾

(1) 미국

□ 미국의 외국인 강제퇴거 명령은 특수한 경우를 제외하고는 이민재판을 통해 이민판사(Immigration Judge)에 의해 결정됨

○ 이민판사는 사법판사가 아니라 법무부 소속 행정판사이므로, 외국인이 행정적 판결에 불복할 경우 사법적 재판을 청구할 수도 있음

- 이민판사는 사법판사가 아니라 미국 법무부(Department of Justice) 소속 행정판사이며, 독립적인 자격으로 청문과 판결을 실행하고, 판결은 당사자가 항소를 제기하지 않으면 확정판결이 됨

- 강제퇴거대상자에 대해서 이민법정에서 이민판사가 주재하는 사법적 청문과 추발절차를 진행하기 위한 판결절차인 실질심사(Master Calendar Hearing)는 특별한 사유가 있는 경우 외에는 공개재판을 원칙으로 함

10) 오정은, 『강제퇴거 대상 외국인의 보호 및 강제퇴거 절차에 대한 해외 법제도 연구』, IOM이민정책 연구원·법무부, 2017.12., 1~155면의 내용을 정리·요약한 내용임

- 이민판사는 피고인에게 개인 변호사를 선임하거나 무료 변호인을 선임할 권리가 있음을 고지해야 하며, 변호사 선임 거부권, 증거 거부권, 증인에 대한 거부권 및 증인과의 대질심문 거부권 등이 있음을 고지해야 함

- 강제퇴거대상자인 피고인에 대하여 무료변호사 선임권리는 헌법상 인정되지 않으며, 미국변호사 자격이 없는 인증받은 법률대리인도 변호가 가능함

- 통역은 국선이나 사설통역 모두 가능하고, 사설통역일 경우 이민판사 앞에서 공정하고 정확한 통역을 서약하고 이에 대한 책임을 부담하도록 하고 있음

- 증거 채택과정에서는 형사범에 적용되는 증거원칙(Federal Rule of Evidence)이 적용되지 않고 미국 이민단속국이 제시하는 증거와 입증사실 사이에 관련성이 있으면 증거로 채택됨

- 강제퇴거 대상자는 퇴거일까지 외국인 보호시설에 구금되어 생활하는 경우도 있고, 구금되지 않은 상황에서 퇴거절차를 진행하는 경우도 있음

○ 피고인과 국토안보국은 이민판사의 판결에 불복할 경우 30일 이내에 이민항소위원회(Board of Immigration Appeals: BIA)에 청원하여 재심을 요청할 수 있으며, 이민항소심은 법무부 소속 이민재판 절차의 최종심으로 행정적 판결절차는 이 단계에서 종결됨

○ 피고인이 이민판사와 이민항소심의 결정에 불복할 경우 연방 항소(순회)법원에 강제퇴거 취소 등의 구제를 청구하는 사법소송을 제기할 수 있음

- 이러한 사법적 구제절차는 행정적 판결절차를 모두 거쳤을 것을 전제로 하며, 최종적 행정판결 30일 이내에 청구할 수 있음

○ 연방항소법원이 해당 외국인의 강제퇴거명령집행정지신청(Mpition to Stay of Removal)에 대해 집행정지 결정 및 ICE(이민단속국)에 집행정지 명령을 하면 연방법원의 항소심이 끝날 때까지 추방집행이 정지됨

○ 장기보호 외국인이 발생하는 경우, 6개월 이상 보호되는 외국인은 인신보호영장(Habeas Corpus)을 근거로 연방 항소법원에 보호해제를 신청할 수 있음

- 즉, 미국 이민법은 6개월 이상 보호된 외국인은 인신보호영장을 근거로 연방 항소 법원에 보호해제를 신청할 수 있도록 규정하고 있음

○ 미국에서 강제퇴거를 위한 구금의 상한선이 법률로 정하여져 있는 것은 아니나, 미국 대법원은 그 합리적인 기간을 180일 이내로 제시하고 있으며, 180일을 초과하여 구금시설에 수용되는 외국인에 대하여서는 매6개월마다 구금의 사유를 제시하도록 하고 있음

- 미국 대법원은 Zadvydas v. Davis(533 U.S. 678, 2001) 판례에서 통상 180일을 합리적인 강제퇴거를 위한 구금기간으로 보고 이후에는 매6개월마다 구금의 사유를 제시하도록 판결한 바 있음

- 의무적 보호대상자도 상황에 변화가 있고 보호가 과도하게 길어지면 ICE 및 이민 판사에게 보호를 재검토하여 줄 것을 요청할 수 있음

□ 미국은 외국인보호 장기화 방지를 위하여 신속재판과 이민재판 연기 불허 제도를 운영하고 있음

○ 신속재판은 범죄혐의로 유죄판결을 받은 이민자가 형기를 마치면 이민재판 없이 곧바로 강제퇴거집행을 하는 것임

- Jeff Sessions 연방 법무장관이 2017년 4월 신속추방제도 시행을 명령한 이후, 연방법원에서 유죄판결을 받은 이민자에게 판사의 추방명령(Judicial Orders of Removal)이 동시에 발부되는 사례가 늘고 있음

- 신속재판을 통해 진행되는 소위 '신속추방제도(Express Deportation System)'는 현재 미국에서 빠르게 확산 중이며, 밀입국 2년이 안 된 불법이민자들은 국경 뿐만 아니라 미국 내 어디서든지 체포되면 즉시 추방할 수 있도록 허용하고 있음

○ 2017년 연방 법무부는 전국의 이민판사들에게 특별한 경우를 제외하고는 이민재판 연기 신청을 되도록 받아들이지 말라는 내용의 지시를 내린 것으로 알려져 있음

- 전국 이민법원에 적체되어 있는 소송은 2017년 초 60만건 이상이어서 2011년보다 2배 이상 늘 것으로 전해지며, 평균대기 기간도 2년에 이른다고 알려져 있음

- 이민 변호사들은 이러한 미국정부의 지침으로 인해 이민판사의 재량권을 약화시켜 더 많은 이민자들이 더 빨리 추방될 것이라는 우려의 목소리를 표명하고 있다고 함

(2) 독일

□ 독일은 강제퇴거대상자에게 출국요청(Ausreiseaufforderung), 강제퇴거 고지(Abschiebungsandrohung), 사전 구금 없는 강제퇴거 혹은 추방(Abschiebung oder Zurückschiebung), 강제퇴거 혹은 추방을 위한 구금(Abschiebungs-order Zurückschiebungshaft) 등의 조치를 내림

○ 강제퇴거를 위한 구금(Abschiebungshaft)은 형사소송의 절차 혹은 형의 집행을 위한 과정이 아니라 출국의무 완성을 위한 예방적 대책으로 간주되어 강제퇴거 실행을 위한 위협예후로 인식하는 특징이 있음

- 예비구금 기간 내에 강제추방 결정이 나는 경우에는 강제퇴거를 위한 구금으로 성격이 바뀌게 되어 별도의 법원 구금명령에 따른 보안구금과 구별됨

· 예비구금은 범죄자 내지 국가의 기본질서·안전을 위협하는 강제퇴거 대상자에 대하여 신청되며, 그 기간은 6주를 초과할 수 없음(우리나라 출입국관리법 제51조의 강제퇴거 심사결정을 위한 보호에 해당함)

· 보안구금은 강제퇴거의 집행을 면탈한 자나 면탈하려는 근거가 있는 의심이 있는 경우, 법원의 명령으로 최장 6개월까지(해당 외국인이 자신의 추방 집행을 방해하는 경우 최대 12개월 연장 가능) 구금이 가능함

- 구금의 목적이 다른 완화된, 충분한 다른 수단으로 성취될 수 있는 경우에는 퇴거를 위한 구금이 허용되지 않으며(§62 Abs. 1 Satz 2 AufenthG), 구금신청 기관은 구금의 요건과 소요기간을 적시해야 함

- 구금신청에 대하여 경찰이나 외국인관리사무소는 법원에서 청문 과정을 통해 추방을 위한 구금이 합당하다고 판단했는지를 밝혀야 하며, 이 때 법원은 강제퇴거 또는 난민신청에 대한 사안은 결정하지 않고, 구금이 적법했는지에 대하여서만 판단함(구속적부심에 해당)

○ 독일의 출입국 및 체류관리제도는 EU차원의 가이드라인의 영향을 받고 있으며, 외국인의 강제퇴거제도에도 이를 따르고 있음

○ 출국의무자에 대한 구금은 제3국 국민이 강제퇴거집행을 면탈할 가능성이 있는 경우에 이루어지며, 법원에 의해 6개월까지만 허용되며, 외국인이 자신의 퇴거집행을 방해하는 경우 최대12개월까지 구금이 연장(최장 18개월)될 수 있음

- 실제로 대부분의 구금기간은 1개월 미만에 그친다고 하며, 구금가능 상한기간을 초과하면 해당 외국인은 보호가 해제됨

□ 독일은 강제퇴거대상자에 대한 강제퇴거 집행 전 구금 여부를 결정(구속적부심과 유사함) 할 때에 법원의 청문 시작 전, 청문 진행 과정, 청문 이후 각 절차별로 대상자의 인권보호를 위한 다양한 권리를 규정하고 있음

○ 법원에서 청문 시작 전, 대상자는 변호인의 중재를 요청할 수 있고, 배우자, 반려자, 부모, 양부모, 자녀 등의 가족이 법정에서 증언할 수 있다면 청문이 시작하기 전에 고지받을 권리를 가짐. 해당 외국인이 요청하는 경우 무료로 통역사를 배치함

○ 법원은 구금신청서를 당사자가 평온한 상태에서 읽을 수 있도록 하고, 번역해주어야 하며, 당사자가 청문시작 전에 강제퇴거 명령서를 받은 경우가 아니라면 보호해제를 요청할 수 있음

(3) 캐나다

□ 캐나다는 출입국사범의 강제퇴거와 관련하여 출국명령(Departure Order), 배제명령(Exclusion Order), 추방명령(Deportation Order) 등 세 가지 유형으로 대응함

○ 영주권자의 경우에도 법에서 정하는 중범죄 위반자나 이민관에게 허위진술한 자, 거주 의무 위반자 등에 대하여서는 캐나다 안보와 질서에 대한 중대한 위반을 하는 자로 보아 강제퇴거 대상자가 될 수 있음

○ 강제퇴거 대상자가 외국인보호소에서 구금상태로 생활하는 경우가 많지만, 외국인

보호기간에 대한 명확한 규정이 없는 것으로 알려져 있음

- 2016년 9월에 5년간 연방구금시설에서 생활하다가 강제출국 상황을 맞은 외국인이 위헌소송을 제기하였으나, 2017년 7월 캐나다 연방법원은 불법이민자의 강제구금에 대한 합헌판결을 내려 캐나다의 불법체류자에 대한 엄격한 통제정책을 지지하였음

- 보호 외국인의 인권에 대하여서는 법적 장치를 마련하여 세심하게 보호하고 있는 것으로 알려져 있음

- 캐나다 이민법은 이민법 위반혐의자를 수색하기 위하여서는 합리적인 이유 (reasonable grounds)의 명시를 요구하고 있어서, 일반적 의심(suspicion)의 수준보다 높은 기준을 요구하고 있음

- 또한, 피조사자의 권리 고지절차에서는 몸수색에 대한 설명과 동의절차, 변호사 선임권고지와 이해 여부를 묻는 등, 관련 권리를 명시적으로 고지하도록 하고 있음

- 구금 사유는 당사자에게 고지되어야 하며, 본인의 요청이 있으면 본국 영사관 관계자 또는 대사관에 연락을 취할 권리가 있고, 원하지 않는 경우 캐나다 주재 유엔 난민고등판무관(UHCR) 사무실에 구금 사실을 알려줄 것을 요청할 수 있음. 또한, 법적 절차(구금심리, 이민 청문회 등)에서 사용되는 언어를 이해하거나 구사하지 못할 경우, 통역의 도움을 받을 권리가 있음

○ 2015년 유엔인권위원회는 캐나다 정부에 대해 불법체류자 구금기한 상한을 정해야 한다는 권고안을 제시한 바 있으나, 2017년 7월 캐나다 연방법원은 불법체류자에 대한 무기한 강제구금에 대해 합헌 판결을 내린 상황임

□ 다만, 캐나다의 경우 독립적인 준사법기관으로서 행정부나 사법부에 속하지 않는 독립기관인 이민난민심사위원회(IRB; Immigration and Refugee Board of Canada)를 두고 강제퇴거대상자에 대한 구금심사 및 난민심사를 진행하고 있음

○ 캐나다는 출입국관리 및 비자,영주권 업무를 담당하는 정부조직을 국경관리청(CBSA: The Canada Border Services Agency)과 이민·난민·국적부(IRCC)로 나누어 운영하고 있으며, 이와 독립된 준사법기관으로 이민난민심사위원회를 두고 있음

- 캐나다 국경관리청은 출입국자를 관리하고 통제하는 기본적인 업무 즉, 이민법위반자 조사 및 검사, 체포업무 등을 담당함

- 이민·난민·국적부(IRCC)의 주요 업무는 국민에 대한 여권발급, 외국인에 대한 비자발급 및 영주권 심사, 이민 관련 업무 등이 있고, 제한적으로 이민난민심사위원회에 회부되는 항소사건의 심사를 담당하기도 함

○ 이민난민심사위원회는 난민보호국, 이민심사국, 이민항소국, 난민항소국 으로 구성되어 있음

- 난민보호국(RPD: Refugee Protection Division)에서는 캐나다 영토안에 있는 사람들에게 대한 난민심사와 지위부여 업무를 담당하는데, 강제퇴거 명령을 받은 외국인이 난민신청을 접수하면 난민보호국에서 난민인정 여부를 판정하게 됨

* cf. 우리나라의 경우에도 「출입국관리법」 제62조(강제퇴거명령서의 집행) 제4항에서는 강제퇴거명령을 받은 사람이라도 「난민법」에 따라 난민인정 신청을 하였으나 난민인정 여부가 결정되지 아니한 경우와, 「난민법」 제21조에 따라 이의신청을 하였으나 이에 대한 심사가 끝나지 아니한 경우에는 송환을 금지하고 있음

- 난민항소국((RAD: Refugee Appeal Division)은 난민심사국에서 내린 1차 난민심사 결정에 대해서 당사자가 불복하는 경우에 대한 항소 심사를 담당함

- 이민심사국(ID: Immigration Division)은 외국인의 입국과 체류허가를 결정하는 기관으로서 국경관리청에서 입국불허 판정을 받은 외국인이 이민심사국에 재심사를 요청할 수 있고, 이민심사국의 재심 결과에 따라 처음에 입국불허 판정을 받은 외국인이 캐나다 입국과 체류를 허가받을 수도 있음. 또한, 외국인에 대한 구금 적부의 심사도 수행함

· 최초 구금 이후 48시간 이내에 이민심사국은 구속자의 구금 지속여부를 심리하여야 하고, 이때 국경관리청(CBSA)과 독립적으로 심사하여야 함

· 최초 구속적부심사 이후 그 다음 7일 이내에 당해자의 구속여부를 재심리하고, 이후 최소한 30일마다 한 번씩 구속여부에 대한 재심리를 반복하여야 함

- 이민항소국(IAD: Immigration Appeal Division)은 이민심사국의 결정 중에서 법이나 사실관계 적용에 문제가 있거나 헌법적 정의 구현에 위반되는 경우, 직접적인 영향을 받는 아동의 이익최우선 원칙 등 인도적 고려에 따라 조건부 영주, 혹은 강제퇴거 명령 기각, 강제퇴거명령 유예 등을 결정할 수 있음

· 강제퇴거명령 유예결정의 경우 일정기간 안에 다시 이민항소국이 재심을 하여 이행여부를 결정하기 이전까지 명령집행이 유예되며, 재심청구가 최종 기각되면 강제추방 명령으로 전환되어 국경관리청에 의해서 강제퇴거명령 집행이 실행되며 재심청구가 받아들여지면 강제퇴거명령은 기각되어 원청과 같은 조건, 혹은 다른 조건에 의한 체류가 허락됨

4. 강제퇴거 및 보호 관련 입법체계 및 불복절차 개선방안

(1) 위임체계의 확립을 위한 전면적 법령 개정 작업

□ 위에서 지적한 바와 같이, 법률에 정하여야 하는 권리와 의무 등의 중요사항에 대하여서는 원칙적으로 법률에 그 근거 규정을 두도록 하되, 실제적인 사항에 대하여서는 대통령령으로 정하도록 하고, 권리와 의무 등의 중요사항에 관한 것이 아닌 단순한 기준이나 서식 등은 부령으로 정하도록 하여야 할 것임

○ 강제퇴거 대상자 및 강제퇴거 대상자 여부에 대한 심사를 위한 보호, 강제퇴거명령을 받은 사람의 보호, 보호해제, 이의신청 등과 관련된 다양한 규정은 외국인의 권리 제한과 절차, 범위, 구제 등에 대한 강력한 효력을 가지므로 법률에서 정하도록 함

○ 한편, 현행 「출입국관리법」 각 규정에서 법무부령으로 정하도록 한 사항을 법무부 훈령으로 정하여 운용하고 있는 문제점을 개선하기 위하여, 법률에서 법무부령으로 정할 사항과 법무부장관이 고시하여 정할 사항을 분리하여 규정하여야 할 것임

○ [법률에서 위임없이 하위규정에 권리제한 및 권리구제와 관련한 사항을 정한 경우]

- 「출입국관리법」 제65조(보호의 일시해제) 제2항에서는 ‘보호의 일시해제 청구, 보증금의 예치 및 반환의 절차는 대통령령으로 정한다.’고 규정하고 있을 뿐, 보호 일시해제와 관련한 중요한 판단기준이 되는 보호일시해제 심사기준에 대하여서는 위임하고

있지 않고, 법률에서도 관련 규정이 흠결되어 있어 이에 대한 규정 보완이 필요함

- 같은 법 시행령 제79조의2(보호 일시해제 심사기준) 제1항에서는 보호 일시해제 청구를 받은 지방출입국·외국인관서의 장이 심사해야 할 사항과 기준을 정하고 있으며, 제2항에서는 그 세부 기준과 방법에 관하여 필요한 사항을 법무부장관이 정하도록 위임하고 있으나, 대통령령에서 정하도록 위임한 사항을 다시 구체적인 세부기준에 대하여 법무부장관이 다시 정하도록 재위임하는 것은 바람직하지 않으므로 시행령에서 당사자의 권리보호와 관련된 중요한 사항을 정하도록 규정을 보완하여야 함

- 보호 일시해제 청구에 대한 세부심사 기준인 법무부훈령 방식의 「보호일시해제업무처리규정」에서도 대부분의 권한 사항은 지방출입국·외국인관서의 장이 결정하도록 하고 있는 바, 이는 포괄적 위임입법 금지 원칙에 위반하는 측면이 있어 관련 규정 중 당사자의 권리보호에 중요한 사항은 법률에서 정하도록 하고, 입법체계에 따라 대통령령과 부령, 고시로 정할 것을 분리하여 규정을 재설계하여야 할 것임

(2) 정책당국 담당자에게 부여된 과도한 재량권의 제한

□ 「출입국관리법」 내지 같은 법 시행령, 법무부훈령 등에서는 위에서 지적한 바와 같이 출입국관리공무원 내지 지방출입국·외국인관서의 장에게 과도한 재량권을 부여하고 있는 경우가 많아 대부분 개정 대상 규정이라 할 것임

○ 제51조(보호) 제1항 및 제3항에서는 보호명령서 발급 및 긴급보호에 대한 일정한 요건을 두고 있으나, '의심할 만한 상당한 이유', '도주할 염려', '긴급한 경우'와 같은 추상적인 요건을 폐지하거나, '상당한 이유' 등에 대한 구체적인 기준을 법률에 정하거나 실무상 불가피한 경우 이를 대통령령이나 부령 내지 법무부장관 고시로 정할 것임을 위임하는 근거 규정을 마련하여야 할 것임

○ 제52조(보호기간 및 보호장소) 제1항에서 '부득이한 사유'가 있으면 보호기간을 10일을 초과하지 아니하는 범위에서 한 차례 연장이 가능하도록 하고 있어 당사자의 권리제한에 대한 중요한 사항이 됨. 따라서, 이 경우에도 명확한 구체적 기준 내지 하위법령으로의 위임 근거 규정을 마련하여야 함

○ 제54조(보호의 통지) 제2항에서는 보호된 사람이 원하는 경우에는 국내에 주재하는 그의 국적이나 시민권이 속하는 국가의 영사에게 보호의 일시·장소 및 이유를 통

지하도록 하고 있으나, '긴급한 사정이나 그 밖의 부득이한 사유'가 없을 것을 조건으로 하고 있으므로 그 조건에 대한 명확한 예시규정이나 열거규정, 하위법령으로의 위임규정을 마련하여 당사자의 권리보호에 대한 불리를 제거하여야 할 것임

○ 제56조(외국인의 일시보호) 제1항 제2호 및 제3호에서도 '도주할 염려'가 있다고 인정할 만한 '상당한 이유'라는 표현을 사용함으로써 출입국관리 담당자 및 책임자의 재량권이 넓게 인정되는 측면이 있으므로, 마찬가지로 명확한 기준을 법률에 두어야 할 것임

○ 제56조의4(강제력의 행사) 제4항 제4호에서는 '특별히 필요하다고 인정되는 보호장비로서 법무부령으로 정하는 것'이라고 하여 해당 사항의 구체적인 내용을 법무부령으로 위임하고 있고, 제5항에서는 '보호장비의 사용 요건 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.'고 규정하고 있으나 법무부령인 동법 시행규칙에는 해당 규정이 흠결되어 있고, 법무부훈령인 「출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙」 제4장 [보호장비 및 보안장비 사용] 제24조에서 제29조까지 관련 사항을 정하고 있는 상황을 개선할 필요가 있음. 해당 규정들은 당사자의 권리보호에 중요한 사항이므로 법률에 그 규정을 두어야 할 것임

○ 제56조의5(신체 등의 검사) 제2항에서는 '여성 출입국관리공무원이 없는 경우에는 지방출입국·외국인관서의 장이 지명하는 여성이 할 수 있다.'고 규정하고 있으나, 이 경우 지명되는 여성의 자격요건 등이 명시적으로 규정되어 있지 않은 입법적 불비를 해결하기 위하여, 원칙적으로는 법률 규정에서 여성 출입국관리공무원의 인원 배치를 의무화하되 불가피한 경우, 법률에서 지명할 수 있는 여성의 자격요건 등을 하위법령에 위임하는 근거규정을 마련하여 그 기준을 명시적으로 기재하도록 하여야 할 것임

○ 제56조의6(면회 등)제2항에서는 '부득이하다고 인정되는 경우'에는 면회 등을 제한할 수 있도록 하고 있으며, 제3항에서는 면회 등의 절차 및 그 제한 등에 관한 구체적인 사항은 법무부령으로 정하도록 하고 있으나 법무부령에 입법적 불비가 있으므로 '부득이하다고 인정'되는 경우에 대한 명확한 기준을 수립하여야 할 것임

○ 제56조의7(영상정보 처리기기 등을 통한 안전대책) 제3항에서는 영상정보 처리기기 등의 설치·운영 및 녹화기록물의 관리 등에 필요한 사항은 법무부령으로 정하도록 하고 있으므로, 법무부 훈령으로 운영하고 있는 「출입국기록관리 및 정보화업무처리 지침」 중에서 관련 규정에 관한 내용은 법무부령으로 승격하여 규정하여야 할 것임

○ 제56조의7(청원) 제4항에서는 청원의 절차 등에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정하도록 하고 있으나, 같은 법 시행규칙에 관련 규정이 불비되어 있으며 행정규칙에도 관련 규정이 부재함. 청원의 절차는 당사자의 권리구제에 중요한 사항이 되므로 원칙적으로 법률에 근거 규정을 두고, 필요한 경우 대통령령으로 관련 세부사항을 정하도록 하여야 할 것임

○ 제66조(보호 일시해제의 취소) 제1항 제3호에서는 ‘일시해제에 붙인 조건을 위한 경우’를 취소사유의 하나로 규정하고 있으나, 일시해제에 붙이는 ‘조건’에 대한 유형이나 범위 등에 대한 일정한 기준이 부재되어 지방출입국·외국인관서의 장에게 ‘조건’ 부가에 대한 폭넓은 재량권이 인정됨. 이에 대하여서는 원칙적으로 법률에서 당사자의 권리에 대한 중요한 사항에 대하여 규정하도록 하고, 집행기관이 지침으로 사용할 세부적인 절차 등은 하위법령으로 위임하도록 설계하여야 할 것임

□ 법률에서 위임없이 하위규정에 권리제한 및 권리구제와 관련한 사항을 정한 경우 이면서 동시에 과도한 재량권을 부여하고 있는 경우에는 입법적 불비를 제거하도록 하여 당사자 권리보호에 관한 중요한 사항은 법률에서 규정하도록 하여야 할 것임

○ 「출입국관리법」 제48조(용의자에 대한 출석요구 및 신문) 제3항에서는 ‘용의자가 한 진술’외에 조서에 적어야 할 사항(필요적 기재사항)을 따로 규정하고 있지 않으나, 같은 법 시행령 제59조(신문조서) 제4호에서는 제1호에서 제3호의 용의자 확인 사항 및 출입국사범 관련 사항, 용의사실의 내용 외에도, ‘그 밖에 범죄경력 등 필요한 사항’을 또 법무부장관이 추가적으로 정하도록 하고 있어 입법체계에 맞지 않아 이를 개선하여야 할 것임. 필요적 기재사항과 신문조서에 관한 중요한 사항은 법률에서 규정하여야 할 것임

(3) 효력이 불분명한 당사자의 ‘동의’ 규정 폐지와 절차적 정당성의 확보

□ 「출입국관리법」 제50조(검사 및 서류 등의 제출요구)에서는 출입국관리공무원이 용의자에 대한 사실조사 과정에서 필요한 경우 ‘용의자의 동의’를 받아 그의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류 또는 물건을 제출하도록 요구할 수 있도록 규정하고 있음

○ 특히, 「출입국관리법」 제56조의4(강제력의 행사) 제1항 제4호에서는 ‘출입국관리공무원의 직무집행을 정당한 사유 없이 거부 또는 기피하거나 방해하는 경우’, 피보호자

(용의자)에게 강제력의 행사가 가능한 측면이 있으므로, 제50조의 ‘동의’는 적법절차의 원리에 따라 형사절차에 준하는 절차를 보완함으로써 당사자의 권리를 실질적으로 보호하도록 하여야 함

○ 「출입국관리법 시행령」 제61조(검사 및 서류 등의 제출요구)에서도 ‘출입국관리공무원은 법 제47조에 따라 용의자를 조사할 때 용의자가 용의사실을 부인하거나 용의자가 제출한 서류만으로는 용의사실을 증명하기에 충분하지 아니하다고 인정되는 경우에는 그 용의자와 관련 있는 제3자의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류 또는 물건을 제출하게 할 수 있다. 이 경우 미리 그 제3자의 동의를 받아야 한다.’고 규정하고 있는 바, 이 경우에도 제3자의 거부권 행사 가능성에 대한 실질적 규정과 제3자의 권리를 제한하는 경우에는 그에 대한 적법절차를 보완하여야 할 것임

(4) 권리제한 사항에 대한 설명의무 도입과 충분한 당사자 의견제출 기회 보장

□ 「출입국관리법」 제51조(보호) 이하에서는 보호처분의 요건과 절차를 규정하고 있으나, 보호명령서 집행과정이나 긴급보호 과정에서 당사자인 외국인에 대한 외국어/청각장애 통역 규정이 부재하며, 당사자의 권리제한 사항에 대한 설명과 확인 절차가 흠결되어 있어 당사자 의견제출 기회를 보장하도록 하는 개정 작업이 필요함

○ 특히, 제51조 제1항과 제2항에서는 보호명령서 발급 요건을 넓게 규정하여 사실상 출입국관리공무원이나 지방출입국·외국인관서의 장의 자의적 판단이 개입될 여지가 크므로 해당 요건을 구체적으로 명문화할 필요가 있으며, 당사자 권리제한 사항에 대하여 알아들을 수 있는 언어로 통역하도록 하는 충분한 설명 절차와 당사자 확인 절차 및 의견제출 기회를 제공할 필요가 있음

○ 「출입국관리법」 제51조(보호) 제3항에 따른 긴급보호의 경우에도 마찬가지로 당사자의 권리제한 사항에 대한 설명과 이해하였는지에 대한 확인 절차, 의견제출 기회가 차단되어 있으므로, 제4항 ‘즉시 긴급보호서를 작성하여 그 외국인에게 내보여야 한다.’는 과정이나 제3항 ‘그 사유를 알리’는 과정에서, 긴급보호서 작성내용에 대하여 출입국관리공무원이 당사자가 알아들을 수 있는 방법(통역 등)으로 설명할 의무를 부가하고, 당사자가 이해하였는지에 대한 확인 절차를 도입하여야 할 것임

- 한편, ‘긴급한 경우’에 대한 명확한 규정상의 예시나 범위가 제시되어 있지 않아 담당공무원의 재량에 따른 판단의 여지가 크므로 법률에서 그 기준과 범위 설정에 대한

원칙 규정을 두고, 필요한 경우에는 하위법령에 위임한다는 근거규정을 마련하여 실무상의 요구에 부합할 수 있도록 함

○ 제55조(보호에 대한 이의신청) 제3항에서 법무부장관은 제2항에 따른 기각 또는 인정 결정에 앞서 필요하면 관계인의 진술을 들을 수 있도록 하고 있으나, 당사자의 보호절차 집행과정에서 당사자의 의견제출 기회나 관계인 진술 기회가 보장되어 있지 않아 이에 대한 규정 보완이 필요함

○ 제56조의8(청원)에서는 청원의 절차 등에 관하여 필요한 사항을 법무부령으로 정하도록 하고 있으나, 해당 사항에 대한 법무부령이 부재하여 입법적 불비가 있어 지방출입국·외국인관서의 장의 재량권이 폭넓게 인정되는 문제 외에도 청원에 필요한 사항에 대하여 협력할 의무 등이 규정되어 있지 않으므로 해당 규정의 실효성 확보를 위하여 관련 내용의 규정을 마련하여야 할 것임

○ 제56조의9(이의신청 절차 등의 게시)에서는 당사자의 권리구제에 필요한 절차를 보호시설 안의 잘 보이는 곳에 게시할 의무를 규정하고 있으나, 이러한 당사자의 중요한 권리를 당사자가 이해할 수 있는 언어로 제시하거나 설명할 의무에 대하여서는 상세하게 규정하고 있지 않으므로 해당 의무를 도입하여야 할 것임

○ 제59조(심사 후의 절차) 제4항에서는 강제퇴거명령서 발급의 경우 이의신청 가능 사실을 용의자에게 알리도록 하고 있으나, 법에는 그 상세 절차나 방법이 규정되어 있지 않으며, 법무부 훈령인 「출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙」 제23조(심사결정 후 절차) 제2항에서는 강제퇴거명령서 발부시에 용의자에게 구두 또는 고지문으로 알린다고만 규정하고 있어서 당사자의 권리보호에 불리함. 동 준칙 제22조(심사결정서 작성) 제3항¹¹⁾¹²⁾에서 규정하고 있는 ‘용의자가 이해할 수 있는 언어로 읽어 주거나 열람하게 한 후 오기가 있고 없음을 물어’ 보는 절차를 법률에 규정하도록 하여 당사자의 권리보호에 만전을 기할 필요가 있음

○ 제60조(이의신청) 제3항에서 법무부장관이 강제퇴거명령에 대하여 이의신청서를 등을 접수한 이후 이의신청에 대한 심사결정을 하도록 하고 있으므로, 그 심사결정에 대한 기한 내지 그 결과를 지방출입국·외국인관서의 장에게 알려야 하는 기간 등의

11) 「출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙」 제22조(심사결정서 작성) ...

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 심사결정서 및 출입국사범심사결정통고서는 용의자가 이해할 수 있는 언어로 읽어주거나 열람하게 한 후 오기가 있고 없음을 물어 용의자가 그 내용에 대한 증감 또는 변경 청구를 한 때에는 그 진술을 심사결정서 및 출입국사범심사결정통고서에 기재하여야 한다.

12) 해당 규정도 당사자의 권리구제에 관한 중요한 사항이므로 법률에서 이를 규정하는 것이 바람직할 것임

규정을 추가적으로 마련함으로써 기간에 대한 예측 가능성을 높이도록 하여야 함

○ 제62조(강제퇴거명령서의 집행) 제2항에서도 강제퇴거 명령 집행 과정상 내보이는 강제퇴거명령서에 대하여 ‘용의자가 이해할 수 있는 언어로 읽어 주거나 열람하게 한 후 오기가 있고 없음을 물어’ 보는 방법으로 용의자에게 그 내용에 대한 확인 및 설명의무를 두어 당사자의 권리를 확보할 수 있도록 하여야 함

○ 제66조의2(보호의 일시해제 절차 등의 게시)에서는 보호의 일시해제 및 그 취소에 관한 절차를 보호시설 안의 잘 보이는 곳에 게시하도록 하고 있으므로, 당사자가 이해할 수 있는 언어로 제시하거나 설명할 의무를 함께 규정함으로써 당사자 권리보호를 강화하여야 할 것임

(5) 강제퇴거명령을 받은 사람의 보호에 대한 기간의 설정

□ 「출입국관리법」 제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) 제1항에서는 강제퇴거명령을 받은 사람에 대하여 ‘여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다.’는 현행 규정은 당사자의 인신구속 기간에 대한 예측가능성이 낮은 문제가 있으므로 이를 개선하여야 할 것임

○ 헌법재판소 결정(헌재 2018.2.22. 2017헌가29 결정)에서 반대의견을 제시한 과반수의 재판관은 출입국관리법 제63조 제1항이 적법절차원칙 및 과잉금지원칙에 위배한다는 의견을 제시한 바 있으며, 이에 대한 입법론적 논의가 지속될 것으로 예상됨

○ 국제연합(UN)의 ‘자의적 구금에 관한 실무그룹’(Working Group on Arbitrary Detention)에서도 구금의 상한이 반드시 법률에 규정되어 있어야 하고, 구금이 무기한이어서는 안 된다고 하고 있고, 유럽연합(EU) 불법체류자 송환지침에서도 강제추방을 위한 구금은 6개월까지 명할 수 있고, 더 긴 기간이 소요될 것으로 예상되는 경우 최대 12개월 연장할 수 있도록 정하고 있으므로 이러한 국제적 기준을 수용할 필요가 있음

○ 우리나라의 출입국관리 실정에 맞는 ‘보호’ 기간의 상한 범위에 대하여서는 앞으로 실무·학계·인권단체 등 다양한 의견을 반영하여 법무부가 주도적으로 그 기간 설정 기준과 범위를 정하려는 입법적 노력과 논의를 계속해 나가야 할 것임

(6) 출입국관리에 대한 전문성과 판단의 객관성을 갖춘 제3의 독립기관의 설립

□ 출입국관리에 대한 조사와 심사, 집행, 구제 과정에서 각 단계별로 외국인의 출입국관리에 대한 이해를 기반으로 하는 전문성과 집행에서의 신속성과 효율성이 요구된다는 것은 널리 인정되는 바임

○ 헌법 제12조 제1항에 따른 적법절차의 원칙에 따라 출입국관리법 상 ‘강제퇴거명령’의 조사·심사 과정에서부터 ‘보호’의 개시나 연장 단계에서 이르기까지 객관적·중립적인 기관에 의한 통제절차가 중요하다는 점은 위에서 살펴본 헌재 2018.2.22. 2017헌가29 결정에서 합헌의견과 위헌의견 재판관 모두가 인정하고 있음

□ 따라서, ‘외국인’의 강제퇴거명령서의 집행에 따른 송환과 송환할 수 없는 사유가 있는 경우의 ‘보호’에 대한 다양한 사법적 절차를 ‘외국인’ 출입국 관리와 심사에 대한 전문성과 객관성을 갖춘 제3의 독립기관에 의하여 판단하도록 함으로써 위에서 지적되었던 다양한 문제를 해결할 수 있을 것으로 기대함

○ 위의 해외 사례에서 보는 바와 같이, 출입국·이민·난민 전문심판기관의 도입을 통하여 당사자 권리보호에 유리한 일정한 사법적 절차의 진행과 외국인 강제퇴거명령 집행 및 보호에 관한 전문성을 확보할 수 있도록 하는 한편, 객관성을 갖추도록 하여야 할 것임

○ 전문성과 객관성을 갖춘 출입국·이민·난민 심판원(가칭)의 설립 모델은,

① 미국과 같이, 전문심판기관인 출입국·이민·난민 심판원(가칭)에서 행정적 심판절차를 심사와 재심 구조로 진행하도록 하되, 전문심판기관의 재심 결과에 대하여 불복할 때에는 일반적인 사법절차로 진행하도록 하는 방식과

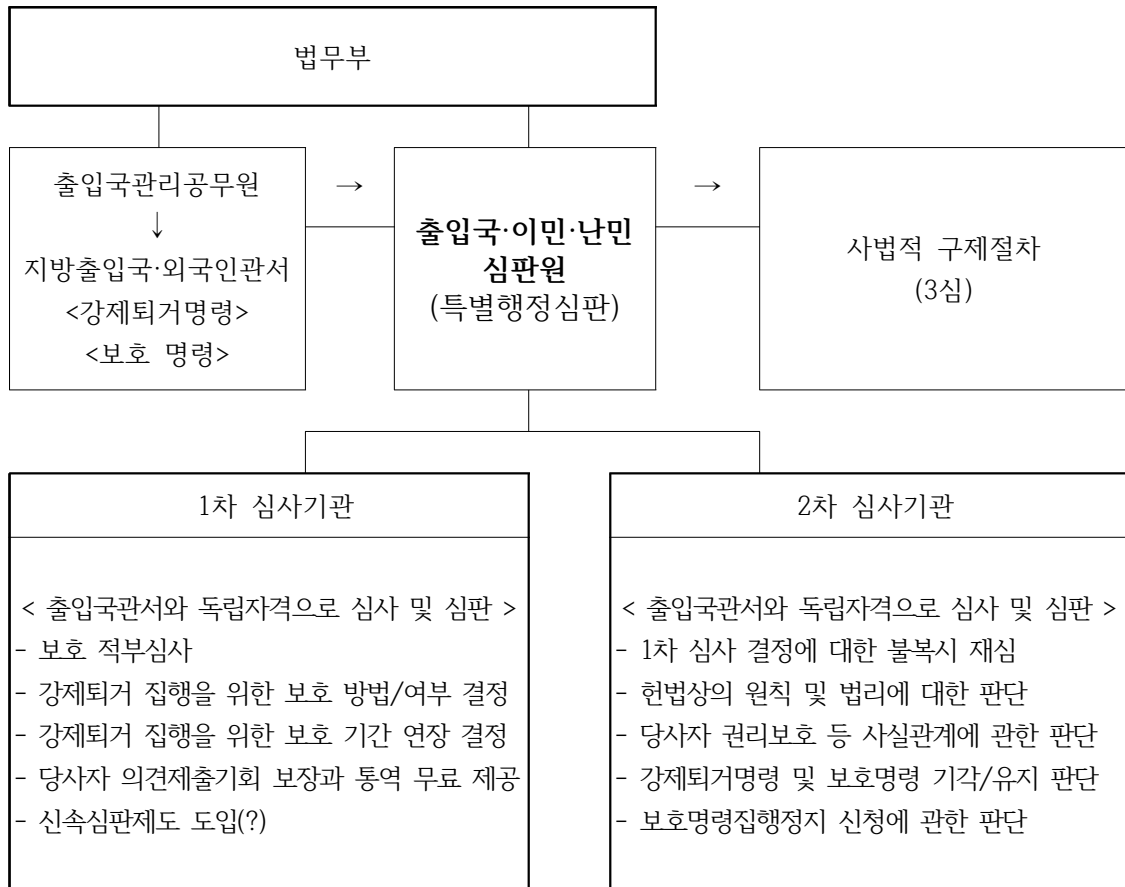
② 캐나다와 같이, 행정부에 속하지 않는 독립기관인 전문심판기관으로서 출입국·이민·난민 심판원(가칭)을 두고, 외국인의 ‘보호(긴급보호, 일시보호, 강제퇴거대상자심사결정을 위한 보호, 강제퇴거명령에 따른 보호)’ 집행에 대한 보호적부심사 및 강제퇴거대상자 심사결정을 담당하는 1차 심사기관과 그 결과에 대한 불복이 있는 경우 재심을 할 수 있는 2차 심사기관을 두는 방식 등을 고민하여 볼 수 있을 것임

- 이 경우 재심심판기관의 재결에 대한 소송이 재심심판기관의 소재지를 관할하는 고등법원에 전속하도록 할 것인지(「해양사고의 조사 및 심판에 관한 법률」 제74조 제1항 또는 「특허법」 제186조 제1항 참고)에 대하여서는 정책적 판단이 필요할 것임

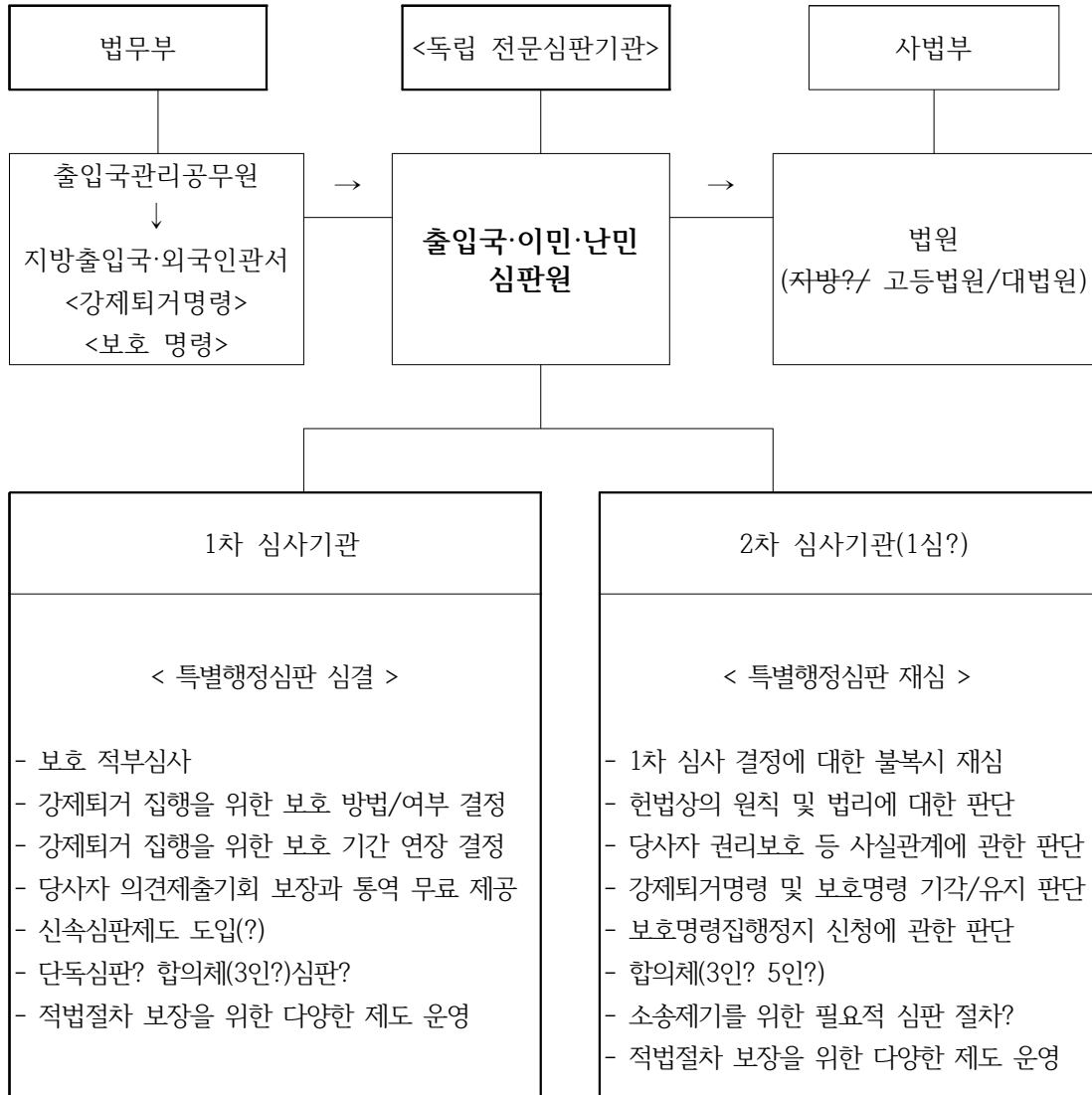
○ 우리나라의 출입국관리행정 기관의 운영체제와 소송(3심)제도를 고려하는 경우, 미국이나 캐나다와 동일한 조건의 설립방식을 취하기는 어려울 것이나, 이러한 2가지 방식을 통하여 출입국·이민·난민 심판원이 미국과 유사하게 특별행정심판기관으로서의 지위를 가지도록 할 것인가, 캐나다와 같이 행정부와 별개의 독립된 전문심판기관으로 설립할 것인가의 차이가 생길 수 있을 것임

○ 다음의 [그림 1]과 [그림 2]는 각각 법무부 소속으로 하는 경우와 독립전문심판기관으로 설립하는 방식의 차이를 그림으로 나타낸 것임

[그림 1] 법무부 소속 특별행정심판기관으로 설립하는 경우



[그림 2] 법무부와 독립된 전문심판기관으로 설립하는 경우



토 론 문

경북대 법학전문대학원 교수, 변호사, 법학박사 성중탁

I. 쟁점 - 국가의 고유 주권 행사와 인권 보장 사이의 딜레마

국제법상 국가가 자국에 체류하고 있는 외국인을 일정한 경우 국외로 추방할 수 있는 권리는 그 국가의 주권사항이고 아무도 이를 간섭할 수 없다. 그러나 그렇다고 해서 국가는 자의로 외국인을 추방할 수 있다는 것은 아니라 일정한 제한이 있을 수 있는데, 이러한 제한은 주로 국제인권법적인 측면에서 가해지는 것이다. 즉 외국인을 추방하더라도 국제인권법에서 규정하고 있는 인간의 기본적인 권리는 보장되어야 한다. 이 경우 대부분 국가의 공익과 개인의 사익간의 충돌문제가 발생하는데, 이 양자는 서로 대립되는 이익이기 때문에 어느 하나를 지나치게 강조하게 되면 다른 하나는 상응하여 약화될 수밖에 없다. 그러므로 공익과 사익 사이에서 합리적인 타협점을 찾아야 할 것이다. 즉 이러한 문제의 해결방안을 모색함에 있어 지나치게 인권보호를 강조하게 되면 강제퇴거제도가 그 의미를 상실하게 되어 국가의 공권력이 약화될 수 있기 때문에 가급적이면 가장 합리적인 '타협점'을 찾을 수 밖에 없다.

II. 현행 출입국관련 법제의 문제점

1. 강제퇴거의 의의와 관련 문제점

강제퇴거는 법무부 출입국·외국인청장 등이 출입국관리법을 위반한 외국인에 대하여 국내체류를 불허하고 그 외국인의 의사에 반하여 대한민국의 영토 밖으로 퇴거시키는 행정처분이다. 강제퇴거명령에는 이른바 '집행부정지원칙'이 적용됨으로 인하여 이의신청의 제기 혹은 행정소송의 제기 여부와 관계없이 퇴거명령이 집행될 수 있고, 임금체불이나 산업재해 등으로 피해구제를 받아야 하거나 인권 침해적 단속의 대상이 되었다더라도 이미 강제퇴거집행을 받은 이후임이 보통이다. 결국 위법한 강제퇴거처분에 대해 다툴 실익이 거의 없어지게 되는 것이다. 또한 형식적으로는 출입국관리법 소정의 강제퇴거대상자가 되더라도, 실제로 강제퇴거를 시키는 것이 현저하게 부당한 결과로 나타나는 경우도 적지 않다.¹⁾

특히 한국인과 혼인한 외국인이 최초로 한국에 입국할 때 결혼이민비자(F-6-1)를 발급받고 입국하는데, 입국하면 바로 한국국적을 취득하는 것이 아니라 국적법의 규정에 따라 배우자와 혼인한 상태로 대한민국에 2년 이상 계속하여 주소가 있거나, 그 배우자와 혼인한 후 3년이 지나고 혼인한 상태로 대한민국에 1년 이상 계속하여 주소가 있어야 만이 한국국적을 취득하게 된다(국적법 제6조 제2항). 즉 결혼이민자는 한국에 입국한 후 최소한 1년이란 기간 동안은 외국인 신분으로 한국에 체류하게 되는데, 그 기간 내에 강제퇴거에 해당하는 사유가 발생

1) 예컨대, 내국인 배우자의 학대에 못 이겨 가출하였기 때문에 자녀까지 두고 있음에도 출입국관리법위반사범이 된 경우나 심각한 산업재해를 입어 치료중인 자가 그 보상을 받기 전에 외국인고용법 소정의 기간을 도과하는 경우 등.(정승규, "외국인근로자에 대한 강제퇴거처분과 절차적 구제수단의 모색". 노동법논총 제17집, 2009, 356~357쪽.)

하여 강제퇴거 당하면 5년 내에 재입국이 불가하기 때문에 그 가족이 유지될 확률은 높지 않게 된다. 따라서 현행 규정은 가족의 보호를 충분히 고려한 규정이라 보기는 어렵다.

또한 관련 문제로서, 최근 외국인노동자의 체불임금과 퇴직급여와 관련하여 출국만기보험금제도가 신설되었는데, 보험약관에 따르면 외국인노동자가 출국하지 않으면 퇴직급여를 받을 수 없다. 보호명령제도는 불법체류 외국인을 규제하고 그 수를 줄이기 위한 입법목적 가진 것인데, 보호명령에 의한 보호조치가 장기화될 경우 해당 외국인에 대한 퇴직급여가 지급될 수 없는 문제가 발생할 수 있다. 이는 지나치게 외국인에게 불이익하고 반사적으로 외국인 고용주나 보험사에 대해서는 유리한 규정으로 작용하고 있는 실정이다. 출국만기보험금제도 자체도 위헌 시비²⁾가 있었지만, 기간 상한이 없는 보호명령으로 인하여 무제한적인 임금체불이 용인된다는 것은 묵과할 수 없는 문제이다.

2. 보호명령의 본질 및 관련 문제

(1) 보호의 본질

출입국관리공무원은 외국인이 출입국관리법 제46조 제1항 각호의 어느 하나(강제퇴거의 대상자)에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다(출입국관리법 제51조 제1항). 이는 사실상 강제구금에 해당한다. 이와 관련하여, 서울행정법원은 2015. 6. 18. 선고 2015구단50576호 사건에서, “실제 난민으로 어느정도 인정될 가능성이 인정되는 경우에는 그 가능성, 도주 우려 등에 관한 면밀한 심사 없이 난민신청 직후 기계적으로 내려진 이 사건 강제퇴거명령과 이에 따른 보호명령은 신병확보의 필요성만을 강조한 나머지 이로 인하여 발생하는 원고의 중대한 불이익을 도외시한 것으로서 더 이상 그 정당성을 주장하기 어렵다.”는 의미 있는 판단을 한 바 있다.

(2) 보호기간 상한 부재

한편, 출입국관리법상 보호명령에 관한 법률조항은 보호기간의 상한을 설정하고 있지 않아 강제퇴거명령을 받은 자를 대한민국 밖으로 송환할 수 있을 때까지 무기한 보호를 가능하게 한다. 기간의 상한이 정해져 있지 않은 보호는 피보호자로 하여금 자신이 언제 풀려날 지 전혀 예측할 수 없게 한다. 단지 강제퇴거명령의 집행을 용이하게 한다는 행정목적 때문에 기간의 제한 없는 보호를 가능하게 하는 것은 행정의 편의성과 획일성만을 강조한 것으로 그 자체로 피보호자의 신체의 자유에 대한 과도한 제한이다. 다만 2014. 3. 18. 개정된 현행 출입국관리법 제63조 제2항은 “지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다.” 고 하고, 동조 제3항은 “지방출입국·외국인관서의 장은 제2항의 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여

2) 현재는, “출국만기보험제도가 근로자의 퇴직 후 생계 보호를 위한 퇴직금의 성격을 가진다고 하더라도 불법체류가 초래하는 여러 가지 문제를 고려할 때 불법체류 방지를 위해 그 지급시기를 출국과 연계시키는 것은 불가피하므로 심판대상조항이 청구인들의 근로의 권리를 침해한다고 보기 어렵다.”고 판시한 바 있다.(헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367)

야 한다.”라고 규정하여 부분적으로 이 문제가 시정된 바 있다. 그러나 같은 내무기관에 불과한 법무부장관의 심사 및 판단은 보호의 적법성을 담보하기 위한 실질적인 통제절차로서의 의미를 갖는다고 보기 어렵고 오히려 행정당국에 면죄부를 주는 것에 가깝다고 하겠다.³⁾

(3) 보호, 강제퇴거 집행과정에서의 의견진술 등 형해화 문제

헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정의 보충의견이 피력하듯 피보호자는 강제퇴거명령이나 보호명령, 이의신청에 대한 기각결정 등에 대하여 행정소송을 제기할 수 있으나, 행정소송과 같은 일반적·사후적인 사법통제수단만으로는 우리나라 사법시스템이나 국어에 능통하지 못한 외국인의 신체의 자유를 충분히 보장하기에 미흡하다. 또한 인신구속에 관한 침익적 행정처분의 경우 외국인이라고 하더라도 마찬가지로 사전고지, 청문, 의견진술 기회 등이 보장되어야 함이 원칙인데, 출입국관리법상 보호명령을 발부하기 전에 청문절차를 거치도록 특별히 규정되어 있지 않고, ‘외국인의 출입국에 관한 처분’은 행정절차법의 적용대상에서 제외되어 있으며(행정절차법 제3조 제2항 제9호, 같은 법 시행령 제2조 제2호), 형사소송법상 구속 전 피의자심문 절차(영장실질심사)와 같은 제도도 전혀 마련되어 있지 않다. 즉, 보호명령을 받는 자는 사전에 자신에게 유리한 진술을 할 수 있는 기회가 사실상 전혀 없다⁴⁾. 보호에 대한 이의신청 단계에서도 법무부장관이 필요하면 관계인의 진술을 들을 수 있도록 재량으로 정하고 있을 뿐이며(출입국관리법 제63조 제6항, 제55조 제3항), 보호기간 연장에 대한 법무부장관의 사전승인 역시 피보호자에게 진술이나 소명기회를 부여하지 않은 채 기관장 등이 제출한 서류심사로만 이루어지고 있다. 무엇보다, 출입국관리법 제60조에서는 이의신청에 대한 규정을 두고 있지만, 외국인보호소 등에 수용된 외국인은 시간적, 공간적 제약을 받을 수밖에 없고, 이의신청권 행사를 위해 언어의 장벽을 넘어 자료를 수집한다거나 스스로 이의신청서를 작성한다는 것도 사실상 불가능하여 사문화된 규정에 불과하다.⁵⁾

(4) 실효적 구제수단의 부재

발제문에서도 지적하고 있는 바와 같이, 보호라는 명목 하에 이루어지는 구금의 개시도, 구금의 연장도 법관에 의하지 않는 출입국관리법 제63조에 따른 구금은 실무적으로 사실상 그 구제수단이 존재하지 않는다. 현행법상 보호명령을 받은 외국인이 취할 수 있는 구제수단은 ① 보호일시해제⁶⁾ 신청, ② 법무부장관의 (3개월 보호연장)사전승인⁷⁾에 대한 취소소송, ③ 보호

3) 특히 보호기간이 3개월을 넘을 경우 3개월마다 법무부장관의 승인을 받도록 하겠다고 하더라도, 위 규정에 따른 보호명령은 일시적인 사유로 외국인을 즉시 송환할 수 없는 경우 3개월 내외의 단기간 동안 그 신병을 확보하기 위한 제도라고 보아야 하는데, 난민신청자 등에게 적용될 경우 장기간 구금은 보호명령 제도의 취지를 넘어서 난민신청자의 이익을 심대하게 침해하는 것으로 비춰질 수 있다.

4) 위 현재결정 당시 보충의견은, 행정소송에서 자신의 의견을 진술할 기회가 있음을 들고 있으나, 외국인의 경제적, 언어적 한계를 고려하면 행정소송만으로는 사실상 전혀 진술 기회가 실질적으로 보장되지 않는다고 볼 수 밖에 없다.

5) 박귀천·이유봉, 출입국관리법과 국적법 개선에 관한 연구, 한국법제연구원, 2012, 82쪽.

6) 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. <개정 2014.3.18.>

7) 출입국관리법 제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘을 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다. <개정 2014.3.18.>

에 대한 이의신청⁸⁾⁹⁾ 불허처분에 대한 항고소송, ④ 강제퇴거명령 및 보호명령 취소의 소를 상정해 볼 수 있다. 보호일시해제 제도는 잠정적인 성격을 가지므로 거부처분 취소소송을 설령 인용받는다 하더라도 위법한 보호명령에서 완전히 벗어나게 하지 못한다. 법무부장관의 사전승인은 항고소송 대상성에 대해서도 논란이 있다. 또한 이의신청 불허와 관련하여서는 서울행정법원 2013. 12. 13. 선고 2013구합18810 판결에서 “이의신청불허는 특별행정심판으로서 재결의 성격을 가지기 때문에, 장기구금과 같은 하자는 재결고유의 하자가 아니어서 다룰 수 없다”고 보았다.¹⁰⁾ 결국 보호명령 처분 자체에 대한 취소소송밖에 남지 않는데, 이 또한 실무상 제소기간이 도과 문제 등으로 실제 소송화 되는 경우는 거의 없다고 한다. 나아가 설령 본안판단을 받을 수 있는 경우라고 하더라도, 처분의 위법성은 처분시를 기준으로 판단하므로 처분시에는 보호명령의 발령이 적법하였으나 이후 집행이 장기화되었기에 과거의 보호명령이 위법하여 취소해야 한다고 해석하기도 어렵고, 구금의 상한규정이 없는 상태에서 법원이 단지 장기구금만을 이유로 당초 적법한 보호명령처분을 취소할 수 있을지도 의문이다. 결국, 언어와 경제적 한계가 있는 외국인이 이러한 소송수단을 사용할 수 있는 지를 차치하고서라도, 법률적으로도 상정할 수 있는 구제수단이 거의 없는 것이다.

Ⅲ. 제언(발제자들의 입장은?)

1. 영장주의 원칙 확립

현행 출입국관리법상 보호제도는 보호의 개시, 연장 단계에서 법원이 전혀 관여하고 있지 않은바¹¹⁾, 보호명령은 인신구속에 관한 문제이므로 검사의 신청, 판사의 발부라는 영장주의가 적용되어야 함이 원칙이다.¹²⁾ 비교법적으로 보아도 대부분의 선진국에서는 원칙적으로 영장주의를 채택하고 있다. 다만, 강제퇴거명령자에 대한 최초 긴급보호는 현행법 체포에 준하는 것으로 보아¹³⁾, 현행법 체포 등의 경우 예외를 인정함이 상당하다.

- 8) 출입국관리법 제55조(보호에 대한 이의신청) ① 보호명령서에 따라 보호된 사람이나 그의 법정대리인 등은 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다. ② 법무부장관은 제1항에 따른 이의신청을 받은 경우 지체 없이 관계 서류를 심사하여 그 신청이 이유 없다고 인정되면 결정으로 기각하고, 이유 있다고 인정되면 결정으로 보호된 사람의 보호해제를 명하여야 한다.
- 9) 행정심판법 제3조는 “다른 법률에 특별한 규정(별도의 불복절차)이 있는 경우”에는 행정심판 청구권을 인정하지 않는다는 규정하고 있는바, 위 보호명령의 경우에도 위 별도의 불복절차(이의신청)가 있는 것으로 보아 행정심판법에 따른 심판청구를 할 수 없다고 보아야 한다.
- 10) 실제로 법무부장관이 장기구금을 이유로 이의신청을 받아들인 경우는 거의 없다고 한다.(이일, 출입국관리법에 따라 보호된 사람의 인신보호법 미적용의 문제, 공익법센터 어필, 2015. 8., 42쪽.)
- 11) 출입국관리법상 외국인에 대한 강제퇴거절차는 ① 출입국관리공무원이 용의자를 단속하여 조사를 진행한 후 ② 지방출입국·외국인관서의 장이 보호명령서를 발부하여 출입국관리공무원이 집행하고(강제퇴거심사를 위한 보호), ③ 다시 장 등이 강제퇴거 여부를 심사하여 결정하고 보호명령서를 발부한 후 ④ 출입국관리공무원이 집행하는(강제퇴거집행을 위한 보호) 구조로 되어 있다. 따라서 출입국관리사무소 내 하급자와 상급자의 관계에서 사실상 동일한 주체가 용의자 조사, 긴급보호, 강제퇴거명령과 보호명령의 발령 및 집행을 모두 함께 하고 있어 절차적 통제는 사실상 불가능하다는 평가다.
- 12) 이 경우에도 사전영장주의가 지켜져야 한다고 보는 견해로는 정승규, 위의 글, 360쪽. 반면 현행 우리 헌법 제12조 제3항의 영장주의는 수사절차에서의 적법절차를 강화하기 위한 것으로 해석하는 견지에서 반대하는 견해로는 하명호, “외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰”, 고려법학 제52호, 2009, 199쪽.
- 13) 일본의 경우, 긴급보호가 헌법 제33조에 위반하는지가 다투어진 사건에서, 최고재판소는 직접 헌법 제33조 위반여부를 판단하지 않고, 현행법의 논리를 가지고 수용이 ‘현행법 체포 또는 이에 유사하

2. 구금기간 상한 명시

법무부 등은 구금기간의 상한을 규정하게 되면 강제퇴거명령의 신속한 집행이 어려워진다고 주장하나, 행정상 목적달성의 필요성이 있더라도 처분은 공익과 사익의 비교형량을 통해 적법하게 행해야 하는 것이며, 필요성이 있다고 무기한 인신구속을 할 수 있다고 볼 수 없다. 특히, 장기구금의 폐해가 가장 심각한 난민신청자의 경우 출입국관리법 제63조에서 규정한 구금의 정당성은 더욱 약화된다.¹⁴⁾ 구금기간의 상한이 얼마여야 하는지에 대해서는 보다 면밀한 검토가 필요하나, 이에 대해 이일변호사님은 과거 2015. 8. 국회 발제에서 해외 법제 및 형량해야 할 공익과 사익 등을 고려하면 보호명령 자체는 3월 또는 6월을 상한으로 하되 연장을 거듭하더라도 총 수용기간이 최대 1년을 넘을 수 없도록 출입국관리법 제63조에 법정하는 것이 적절하다고 주장한바 있는데 상당히 합리적 대안이라고 생각된다. 1년이 넘을 경우에 구금을 전부 해제하면 강제퇴거명령의 집행확보가 어려워진다는 반론이 있을지 모르나, 오히려 1년이 넘은 경우에도 송환을 할 수 없었다면 송환할 수 없는 자에 대해서 내려진 강제퇴거명령 자체의 정당성이 없었던 경우로 볼 수 있다.

3. 실효적 권리구제 확보

이와 관련하여, 먼저 김명아 박사님이 제안한 외국인 관리청을 법무부와 독립한 전문성과 객관성을 갖춘 출입국·이민·난민 심판원(가칭)을 설립하고자 하는 안과 보호, 강제퇴거 등에 관한 심사기구로서 심판기구 내지 전문심판기구 설립에는 다소 회의적이다. 법무부가 지금까지의 경험을 통해 가지고 있는 노하우를 무시할 수는 없고, 법무부에서 독립된 제3의 기관을 설립하는 것은 그 자체로 오히려 행정낭비와 비효율을 가져올 수 있기 때문이다. 또한 3개월마다 이루어지는 법무부장관의 사전승인제도에 대한 개선 역시 특별행정심판 등을 통하기 보다는 바로 법원(사법부)에 의한 구금 계속의 필요성 심사가 이루어지도록 할 필요가 있다. 그 모델로는, ① 직접적으로 보호개시 단계부터 법원이 발부하는 영장주의를 도입하고, 구금기간의 연장단계에서도 법원의 심사를 받게 하는 방법 ② 구금의 개시단계는 법무부 출입국관리사무소장이 하게 하되, 1차 구금이 종료된 후 구금기간의 연장이 필요할 경우 영장주의를 도입하여 구금연장의 필요성을 법관에게 직접 소명케 한 후 구금계속의 심사를 받는 방법¹⁵⁾ ③ 현행 체계를 유지하되 구금의 연장을 법무부장관의 사전승인제가 아닌 실질적인 심사로 대체하는 방법이 있다. 만약 ③을 택할 경우 현행제도와는 달리 제63조 구금기간의 상한을 6월로 한정하되 그 이상의 구금이 필요할 경우 형식상 서류심사에 그치는 법무부장관의 사전승인이 아니라 출입국관리사무소 등이 별도의 6월을 기간으로 하는 ‘보호명령서’에 의한 보호명령처분을 새롭게 하되, 당사자의 소명기회를 충분히 보장하는 대면심사(한국어 번역인 동반)를 보장하고, 구금계속의 필요성을 소명할 자료를 해당 당사자로부터 반드시 받아 이를 충분히 심사

는 것이므로, 사법부의 (사전)영장을 요하지 않는다는 것은 명백하다’고 판시한 바 있다.

14) 이일, 위의 글, 44쪽.

15) 헌법재판소 2013헌바196 결정의 보충의견도 위와 같은 취지의 입법론을 개진한 바 있다. - 보충의견 해당 부분 “이 사건 법률조항에 의한 보호는 신체의 자유를 제한하는 측면이 있으므로, 보호기간이 3개월을 넘는 경우 이를 연장할지에 대한 판단을 사법부가 심사하여 결정하도록 함으로써 외국인의 인권 보호에 진일보한 입법정책을 택하는 것이 바람직한 것으로 보인다.”

를 한 후 보호기간연장에 대한 허가를 법무부장관에게 득하게 하는 형태를 생각해 볼 수 있다.¹⁶⁾

무엇보다, 항고소송을 통한 사법적 구제를 실효화 하려면 제도적으로, 1차 구금이 종료되고 구금기간을 연장하는 행정청의 판단을 독립된 처분의 형태로 이루어지게 하여야 하고, 그에 대하여 항고소송으로 다룰 수 있음을 사전에 안내(고지)하여야 한다.

또한, 구금의 개시단계에서도 '즉시 송환할 수 없을 경우' 외에 '구금의 필요성', '구금의 상당성'과 같은 요건을 법정하여 기계적인 구금이 아닌 실질적 심사를 요청하고, 신설해야 할 연장단계에도 '구금연장의 필요성', '구금연장의 상당성'과 같은 요건을 법정하여 실질적 심사 기준을 속히 마련해야 할 것이다.

또한, 강제퇴거명령처분 취소소송을 제기할 때 원고인 해당 외국인이 자신의 강제퇴거명령이 부당하다고 생각할 때에 그 강제퇴거명령의 집행정지를 신청할 수 있고, 이러한 경우에는 행정법상의 집행부정지원칙의 예외로 법원의 집행정지신청에 대한 결정이 있을 때까지 그 집행을 일시정지하는 것이 바람직하다. 법원이 집행정지결정을 한 경우에는 강제퇴거명령의 집행이 당연히 정지되겠지만 그에 더하여 해당 외국인이 법원에 집행정지신청을 한 경우에는 법원의 결정이 있을 때까지도 행정당국의 강제퇴거명령 집행을 일시적으로 정지하도록 규정하는 것이 타당하다. 물론 이때에도 해당 외국인은 보호소에서 보호되어야 하고, 집행정지로 인하여 발생하게 되는 모든 비용은 해당 외국인이 부담하도록 해야 할 것이다. 또한 해당 외국인이 강제퇴거명령을 받고 보호된 날로부터 3개월이 지나도 법원의 결정이 내려지지 않아서 보호기간을 연장해야 할 경우에는 법원에서 이를 승인하도록 하여야 할 것이다.

참고로, 이렇게 되면 법원의 업무 부담이 지나치게 늘어날 것을 우려하는 반대견해도 있으나, 보호명령의 건수가 전국적으로 연간 수백 건을 넘기지 않을 뿐더러, 제도를 시행도 해보기 전부터 법원의 업무부담 과중만을 문제 삼는 것은 바람직하지 않다.

4. 인신보호법 제2조 개정을 통한 구제 가능성

한편, 인신보호법 제2조¹⁷⁾의 제외사유에서 출입국관리법상의 보호제도 배제부분을 삭제함으로써 출입국관리법 제63조 규정상의 구금(보호명령) 자체를 언제든지 인신보호법 제3조 구제청

16) 이일, 위의 글, 47면 이하.

17) 인신보호법 제1조(목적) 이 법은 위법한 행정처분 또는 사인(私人)에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차를 마련함으로써 「헌법」이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적으로 한다.

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.

제3조(구제청구) 피수용자에 대한 수용이 위법하게 개시되거나, 적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 때에는 피수용자, 그 법정대리인, 후견인, 배우자, 직계혈족, 형제자매, 동거인, 고용주 또는 수용시설 종사자(이하 "구제청구자"라 한다)는 이 법으로 정하는 바에 따라 법원에 구제를 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 상당한 기간 내에 그 법률에 따른 구제를 받을 수 없음이 명백하여야 한다.

구 규정에 따라 법원에 구제심사를 받을 수 있도록 보장하는 방법을 적극 고려해 볼 수 있다. 출입국관리법상 보호 조치된 자가 현행 인신보호법의 적용이 배제된 주요 이유에는, 출입국관리행정 특수성(강제퇴거사유 존부 심사 및 강제퇴거명령 집행을 확보하는 행정목적 담보, 효율적인 집행 목적)과 나름의 사전절차 및 사후적 구제수단이 보장되어 있어 인신보호법 적용의 필요성이 크지 않다고 판단하였기 때문으로 이해된다. 이와 관련하여, 인신보호법 제2조 제1항 단서 중 “「출입국관리법」에 따라 보호된 자는 제외한다.” 부분이 헌법 제12조 제6항에 반하여 청구인들의 신체의 자유 침해 여부와 청구인들의 평등권 침해 여부가 다투어진 사건(헌재 2012헌마686)에서, 현재는 심판대상조항이 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 인신보호법에 따라 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외한 것은 합리적인 이유가 있고, 심판대상조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다고 판시한 바 있다.¹⁸⁾ 그러나, 현행 출입국관리법상 보호명령을 실효적으로 다룰 수 있는 수단이 크지 않은 이상 인신보호법 제2조를 개정하여 보호명령을 받은 자로 하여금 사법적 판단을 받을 기회를 보다 폭넓게 인정할 필요성이 있다고 할 것이다.

5. 가족결합권 보장

출입국관리법상 강제퇴거 당한 외국인인 5년 이내에 재입국이 금지되어 있는 실정에서 가족결합권의 보호를 위하여 강제퇴거 외국인의 재입국 요건을 완화하는 방법을 모색할 수 있다. 즉, 대안으로 새로운 비자제도를 신설하거나, 아니면 자진신고제도에 준하여 다시 합법적으로 체류자격을 부여 받아 체류하는 방법 등이 있을 수 있지만, 궁극적으로는 가족과의 재결합을 위하여 예외적으로 법률이 규정한 입국금지기간에의 입국을 허가하도록 하는 것이다. 물론, 이현수 교수님의 발제문에서 상세히 설명되고 있듯이 출입국관리법이 강제퇴거 대상자에 대한 입국금지기간을 규정한 취지는 강제퇴거 당한 외국인인 안전한 국경관리와 외국인의 체류관리를 위한 출입국관리법을 엄중하게 위반한 자들이기 때문이다. 특히 불법체류자는 대부분 본인이 불법체류하고 있음을 인지하고 있음에도 불구하고 계속하여 불법체류하는 자로서 이와 같은 경우에 재입국을 허락한다면 강제퇴거제도는 더 이상 의미가 없게 된다. 또한 강제퇴거 외국인의 재입국을 쉽게 허가할 경우에는 불법체류자들이 이를 이용하여 오히려 출국을 더 태만하게 되고, 이는 외국인들의 불법체류를 간접적으로 용인하게 되며 대량의 불법체류자를 양산할 수 있는 위험한 결과를 초래할 수도 있다. 따라서, 자녀와 배우자가 있는 외국인의 경우 사전에 강제퇴거를 신중하게 결정할 필요가 크다. 즉, 강제퇴거명령의 발부권자는 기존의 조사사실을 기초로 불법체류 외국인의 사정을 적절히 고려하여 강제퇴거명령을 내릴 수 있는데, 이 때 그 '사정'에 가족결합권, 특히 아동의 이익이 충분히 고려될 수 있도록 하여야 할 것이다.¹⁹⁾

18) 인신보호법 제2조 1항 위헌확인 소송(헌재 전원재판부 2012헌마686) : “심판대상조항이 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 인신보호법에 따라 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외한 것은, 출입국관리법상 보호가 외국인의 강제퇴거사유의 존부 심사 및 강제퇴거명령의 집행확보라는 행정목적을 담보하고 이를 효율적으로 집행하기 위해 행해지는 것으로 신체의 자유 제한 자체를 목적으로 하는 형사절차상의 인신구속 또는 여타의 행정상의 인신구속과는 그 목적이나 성질이 다르다는 점, 출입국관리법이 보호라는 인신구속의 적법성을 담보하기 위한 엄격한 사전절차와 사후적 구제수단을 충분히 마련하고 있는 이상, 인신보호법의 보호범위에 출입국관리법에 따라 보호된 자를 포함시킬 실익이 크지 아니한 점을 고려한 것이며, 여기에는 합리적 이유가 있다.”

19) 노영돈, 최영춘, “외국인의 강제퇴거와 인권문제”, 재외한인연구 제30호, 2013. 6., 141면 이하.