대한민국 출입국관리법에 대한 비판적 고찰

Critical Reflection on the Law of Exit and Entry of Korea

김 경 제*
Kim, Kyong-Je

목 차

I. 들어가기	IV. 출입국관리법에 주어지는 비판들
II. 외국인의 대한민국 출입과 체류를
규율하는 법률	V. 마무리
III. 불법체류자에 대한 출입국관리법의
강제퇴거절차	

국경에 대한 인식이 변화되고 국가 간의 교역이 자유로워짐에 따라 일자리와 지식을 찾아 이동하는 인구가 늘어나고 이를 효과적으로 규율하는 것이 현대 국가의 중요한 관심사가 되었다. 이에 따라 한 국가가 특정 시점에서 취하게 되는 외국인 정책도 국제사회의 변화와 국내 경제·정치문제에 따라 종속적으로 변하게 된다. 과거 폐쇄적이고 배타적이었던 대한민국의 외국인 정책도 이러한 흐름 안에서 점차 외국인의 유입을 늘이고, 외국인에게 국내에서 일정한 지위를 가지고 활동할 수 있는 범위를 확대하는 방향으로 입법개정이 이루어지고 있다.

대한민국헌법 제6조 제2항에서는 외국인의 지위를 국제법과 조약에 따라 정할 것을 규정하고 있다. 외국인의 지위를 규정하고 있는 국제법으로 대한민국이 승인한 국제법이 없는 상황에서 대한민국은 외국인을 규율하기 위하여 출입국관리법 등 여러 법률을 제정하여 현재 시행하고 있다. 이 가운데 출입국관리법은 외국인의 대한민국에 입국, 체류, 출국 그리고 강제퇴거를 규정하고 있는 법으로 외국인의 지위에 관한 가장 중요한 법률이다. 그러나 이 법률에 대하여 특히 강제퇴거절차와 관련하여 출입국관리법 위반사항 조사의 공정성을 확보하기 위해 위반사실 조사기관과 강제퇴거명령서 발급기관의 조직적인 독립 혹은 업무처리과정에서의 독립 요청이 강하게 대두되고 있고, 또 강제퇴거와 관련하여서

투고일 : 2014. 8. 31. / 심사완료일 : 2014. 9. 26. / 게재확정일 : 2014. 10. 13.

* 동국대학교 법과대학 교수

Associate Professor, College of Law, Dongguk University

는 혼인생활보장 및 가족공동생활 파탄을 막기 위한 체류허가의 특례사유를 확대할 것이 요구된다.

[주제어] 출입국관리법, 외국인 입국, 입국심사, 강제퇴거명령, 기본권 주체성

I. 들어가기

정보를 수집할 수 있는 능력이 향상되면서 지구 구성원들의 거리는 좁아지고, 또한 신속하게 움직일 수 있는 교통수단이 마련됨에 따라 이들에게 국경과 관계없이 이동이 자유로워졌다. 여기에 더하여 각국이 보유한 자원의 양과 일자리의 숫자가 불균형을 이룸으로써 그러한 공백을 메우기 위한 지구 구성원들의 이동이 늘어나게 되었다. 이에 따라 현대 국가에서는 한편으로는 자국민의 이동 및 입국을 관리하기 위하여 그리고 또 다른 한편으로는 외국인의 자국으로 입국 및 자국 안에서의 활동 그리고 출국을 규제하기 위하여 출입국관리업무에 대한 관심이 증대되었다. 국제법상 외국인의 입국허가 여부 및 강제퇴거 여부는 영역국의 주권행사작용으로 이해한다. 따라서 이에 관한 타 국가의 간섭은 배제된다.¹⁾ 이에 따라 각국은 국가 간의 인적교류를 불가피한 것으로 받아들이고 자국민의 출국심사와 외국인의 입국, 체류, 강제퇴거 등을 법률의 형식으로 엄격하게 규율하고 있다. 대한민국도 출입국관리법을 통하여 대한민국 국민의 출국 및 입국 행위와 외국인의 대한민국에 입국 및 출국 행위, 대한민국에 체류 그리고 난민의 인정절차 등을 엄격하게 관리한다.²⁾

그러나 이 글에서는 현행 출입국관련법에 규정되어 있는 대한민국 국민에 대한 출국 및 입국에 관한 내용은 검토의 대상에서 제외하고 주로 외국인의 대한민국에 입국, 대한민국에 체류 및 대한민국에서 출국과 관련된 규정들을 논의의 대상으로 한다. 논의의 순서는 먼저 외국인의 대한민국 출입 및 체류와 관련된 법률들을 개관하고(Ⅱ), 이 가운데 외국인의 대한민국 불법체류문제를 해결하기 위한 출입국관리법상 강제퇴거절차를 살펴본다(Ⅲ). 이어서 출입국관리법이 외국인에 가하는 여러 규제요소 가운데 문제되는 내용을 비판적으로 분석하며(Ⅳ), 이를 바탕으로 이 글을 마무리한다(Ⅴ).

1) 김원숙/이동욱/김효겸/박동철, 출입국관리정책록(Ⅰ), 법무부 체류정책과, 2007, 5쪽.

2) 출입국관리법 제1조 출입국관리법의 목적 참조.

II. 외국인의 대한민국 출입과 체류를 규율하는 법률

1. 출입국관리법

대한민국에의 입국과 출국을 규율하고 있는 기본적인 법률은 출입국관리법이다. 기본적인 법률이라는 의미에서 이 법률은 대한민국에 입국하거나 출국하는 모든 사람을 규율대상으로 한다. 따라서 대한민국 국민도 대한민국에서 출국하거나 혹은 외국에서 대한민국으로 돌아올 때에는 이 법률에 따라 출국과 입국을 하여야 한다. 구체적인 절차로는 유효한 여권을 가지고 “출국하는” 그리고 “입국하는” 출입국장에서 출입국관리공무원의 “출국” 그리고 “입국” 심사를 받아야 한다.³⁾ 유효한 여권을 가지고 “입국”하는 그리고 “출국”하는 출입국장에서 출입국관리공무원의 “출국” 그리고 “입국” 심사를 받아야 한다는 점에서 외국인도 대한민국에 입국하거나 출국하는 경우 대한민국 국민과 같은 절차를 거친다.⁴⁾ 그러나 외국인이 대한민국에 입국하게 하거나 체류하게 하는 작용은 대한민국의 주권행사에 속하는 작용으로서 타 국가의 간섭이 배제되므로,⁵⁾ 대한민국에 입국하고 체류하기 위해서는 대한민국의 허가를 받아야 한다. 출입국관리법은 이 허가 권한을 법무부장관이 행사하도록 규정하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 재외공관의 장에게 위임할 수 있도록 하고 있다.⁶⁾

외국인이 대한민국에 입국하려고 할 때에는 체류자격을 가져야 하는 바 이 체류자격에 따라 그 외국인은 대한민국에서의 체류기간 및 활동범위가 결정된다. 이 체류자격은 출입국관리법시행령 제12조의 별표 1에서 규정하고 있는데, 이 체류자격은 체류기간의 장단, 그리고 입국 목적에 따라 구분된다.⁷⁾ 외국인이 대한민국에 체류하는 것을 기간에 따라 구분하면 체류기간이 90일 이하인 ‘단기체류’, 체류기간이 91일 이상인 ‘장기체류’,

3) 대한민국 국민의 출국에 대해서는 출입국관리법 제3조 제1항, 입국에 대해서는 출입국관리법 제6조 제1항 참조.

4) 외국인의 대한민국 입국에 대해서는 출입국관리법 제7조 제12조 참조, 출국에 대해서는 출입국관리법 제28조 제1항 참조.

5) 김원숙/이동욱/김효겸/박동철, 앞의 책, 5쪽.

6) 출입국관리법 제8조 참조.

7) 체류자격에 관해서는 김원숙/이동욱/김효겸/박동철, 앞의 책, 92-94쪽 참조; 박귀천/이유봉, 출입국관리법과 국적법 개선에 관한 연구-외국인노동자, 이주여성 및 이주아동 문제를 중심으로-, 한국법제연구원, 2012, 40-43쪽 참조; 김정순, 외국인의 국적 취득 및 체류에 관한 법제연구, 한국법제연구원, 2010, 28-30쪽 참조.

체류기간의 제한이 없는 ‘영주’로 구분한다.⁸⁾ 그리고 장기체류와 영주의 경우에는 입국 일로부터 90일 이내에 외국인등록을 하여야 한다.⁹⁾ 입국 목적에 따라서는 외교, 공무, 협정, 사증면제, 관광·통과, 일시취재, 단기방문, 단기취업, 문화예술, 유학, 기술연수, 일반연수, 취재, 종교, 주재, 기업투자, 무역경영, 구직, 교수, 회화지도, 연구, 기술지도, 전문직업, 예술홍행, 특정활동, 비전문취업, 선원취업, 방문동거, 거주, 동반, 재외동포, 영주, 결혼이민, 기타, 관광취업, 방문취업으로 구분한다.

외국인은 대한민국에서 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 부여 받은 경우 취업활동을 할 수 있다. 다만 취업을 하더라도 외국인은 지정된 근로 장소에서 근로를 제공하여야 하며,¹⁰⁾ 근무처를 변경하거나 추가하는 경우 미리 법무부장관의 허가를 받아야 한다.¹¹⁾ 또한 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려면 출입국관리법 제24조에 따라 미리 법무부장관으로부터 체류자격 변경허가를 받아야 한다. 체류기간을 연장하려고 하는 경우에는 출입국관리법 제25조에 따라 체류기간이 끝나기 이전에 법무부장관으로부터 체류기간 연장허가를 받아야 한다. 그리고 출입국관리법은 제6장에서 제46조 제1항에 규정된 입국관련규정을 위반한 외국인에 대하여 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있음을 규정하고 있다.

2. 국적법

국적법은 국민의 자격을 규정하는 법으로 외국인의 입국이나 출국과는 관련이 없는 법처럼 보이지만, 외국인이 대한민국 국적을 취득하는 경우 출입국관리법에서 외국인에 대한 규정되어 있던 여러 조항들을 이제는 적용받지 않게 된다. 그러한 측면에서 이 장에서 논의할 필요가 있다. 현행 국적법은 국적취득의 제1원칙으로 출생에 의한 국적취득을 선언한다. 즉 출생 당시 부 또는 모가 대한민국 국민인 자는 출생으로 대한민국 국민의 자격, 즉 국적을 취득하여 대한민국 국민이 된다.

대한민국 국적을 취득하는 방법으로 그 밖의 유형은 특히 외국인의 경우에 의미가

8) 박귀천/이유봉, 앞의 책, 37쪽.
9) 출입국관리법 제31조.
10) 출입국관리법 제18조 제1항, 제2항.
11) 출입국관리법 제21조 제1항. 다만 전문직에 종사하는 외국인은 근무처 변경이나 추가가 신고제로 완화되었다. 이들의 경우 근무처가 변경된 경우 15일 이내에 법무부장관에게 신고하는 것으로 근무처가 변경 추가된다. 출입국관리법 제21조 제1항 단서 참조.

있는 것으로, ‘인지’와 ‘귀화’가 있다. ‘인지’는 혼인 외의 출생자를 생부나 생모가 자기의 자녀임을 확인하는 행위로 특히 국적취득의 요건으로, 현재 대한민국 국민이 아닌 자(외국인)에 대하여 대한민국 국민인 부 또는 모가 “자신의 자녀임을 확인하는 행위”를 하는 것을 말한다. 이러한 인지행위는 인지하는 당시 그 외국인이 대한민국 민법상 미성년이고 출생할 당시에 그 부 또는 모가 대한민국 국민이었을 경우 그에게 대한민국 국민으로서의 자격을 가지게 한다.

외국인이 대한민국 국적을 가질 수 있는 또 다른 방법은 ‘귀화’가 있다. 대한민국 국적법은 귀화를 크게 3가지로 분류하여 규정한다. 그 첫 번째가 ‘일반귀화’로 외국인이 “1. 5년 이상 계속하여 대한민국에 주소가 있을 것, 2. 대한민국의 민법상 성년일 것, 3. 품행이 단정할 것, 4. 자신의 자산이나 기능에 의하거나 생계를 같이하는 가족에 의존하여 생계를 유지할 능력이 있을 것, 5. 국어능력과 대한민국의 풍습에 대한 이해 등 대한민국 국민으로서의 기본 소양(소양)을 갖추고 있을 것”(국적법 제5조)의 요건을 취득하면 법무부장관의 귀화허가를 받아 대한민국의 국적을 취득한다.

두 번째 유형이 ‘간이귀화’로 외국인이 “1. 부 또는 모가 대한민국의 국민이었던 자, 2. 대한민국에서 출생한 자로서 부 또는 모가 대한민국에서 출생한 자, 3. 대한민국 국민의 양자(양자)로서 입양 당시 대한민국의 민법상 성년이었던 자”(국적법 제6조 제1항)는 3년 이상 계속하여 대한민국에 주소가 있는 경우 귀화허가를 받을 수 있고 배우자가 대한민국 국민인 외국인은 “1. 그 배우자와 혼인한 상태로 대한민국에 2년 이상 계속하여 주소가 있는 자, 2. 그 배우자와 혼인한 후 3년이 지나고 혼인한 상태로 대한민국에 1년 이상 계속하여 주소가 있는 자, 3. 제1호나 제2호의 기간을 채우지 못하였으나, 그 배우자와 혼인한 상태로 대한민국에 주소를 두고 있던 중 그 배우자의 사망이나 실종 또는 그 밖에 자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인 생활을 할 수 없었던 자로서 제1호나 제2호의 잔여기간을 채웠고 법무부장관이 상당(相當)하다고 인정하는 자, 4. 제1호나 제2호의 요건을 충족하지 못하였으나, 그 배우자와의 혼인에 따라 출생한 미성년의 자(子)를 양육하고 있거나 양육하여야 할 자로서 제1호나 제2호의 기간을 채웠고 법무부장관이 상당하다고 인정하는 자”(국적법 제6조 제2항)는 귀화허가를 받을 수 있다.

귀화의 세 번째 유형으로 ‘특별귀화’는 외국인으로서 “1. 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자. 다만, 양자로서 대한민국의 민법상 성년이 된 후에 입양된 자는 제외한다. 2. 대한민국에 특별한 공로가 있는 자, 3. 과학·경제·문화·체육 등 특정 분야에서

매우 우수한 능력을 보유한 자로서 대한민국의 국익에 기여할 것으로 인정되는 자”(국적법 제7조 제1항)는 대한민국에 주소가 있는 경우 특별귀화를 허가받을 수 있다.

3. 재한외국인처우기본법

대한민국의 국적을 가지지 않은 사람으로서 대한민국에 거주할 목적을 가지고 합법적으로 체류하고 있는 자를 대상으로 이들에 대한 처우에 관한 기본적인 사항을 규율하기 위하여 제정된 법률이 재한외국인처우기본법이다. 이 법률은 대한민국에 합법적으로 체류하고 있는 자를 규율대상으로 하므로 불법체류자는 이 법의 적용에서 배제되지만, 대한민국에 체류하는 외국인의 합법적인 체류를 규율하는 중요한 법이다. 따라서 외국인의 처우를 규율하는 법률을 제정할 때에는 이 법의 목적에 맞도록 하여야 한다.¹²⁾

이 법의 목적은 “재한외국인이 대한민국 사회에 적응하여 개인의 능력을 충분히 발휘할 수 있도록 하고, 대한민국 국민과 재한외국인이 서로를 이해하고 존중하는 사회 환경을 만들어 대한민국의 발전과 사회통합에 이바지함”인바, 이를 위하여 법무부장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 5년마다 외국인정책에 관한 기본계획을 수립하여야 하며 관계 중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장은 이 계획에 따라 “소관사항별로” 그리고 “위임한 사무에 관하여 당해 중앙행정기관의 장이 수립한 시행계획에 따라” 당해 지방자치단체의 연도별 시행계획을 수립·시행하여야 한다. 구체적인 내용으로는 재한외국인 또는 그 자녀에 대한 불합리한 차별 방지 및 인권옹호를 위한 교육·홍보, 그 밖에 필요한 조치를 취하기 위하여 노력하여야 하며(동법 제10조), 재한외국인의 사회적응을 지원하고, 결혼이민자 및 그 자녀에 대하여 국어교육, 대한민국의 제도·문화에 대한 교육, 결혼이민자의 자녀에 대한 보육 및 교육지원, 의료지원 등을 통하여 대한민국 사회에 적응하도록 지원한다(동법 제12조). 그리고 영주권자에게는 대한민국으로의 입국·체류 또는 대한민국 안에서 경제활동을 보장할 수 있도록 하며(동법 제13조), 재한외국인이 대한민국의 국적을 취득한 경우 국적을 취득한 날로부터 3년이 경과하는 날까지 대한민국 사회에 적응하도록 지원할 수 있도록 하였다(동법 제15조). 그리고 국가 및 지방자치단체에게 전문적인 지식·기술 또는 기능을 가진 외국인력의 유치를 촉진할 수 있도록 그 법적 지위 및 처우의 개선에 필요한 제도와 시책을 마련할 것을 요구한다(동법 제16조).

12) 재한외국인처우기본법 제4조 참조.

또한 과거 대한민국국적을 보유하고 있던 자에 대하여 대한민국의 이익을 해치지 아니하는 범위 안에서 대한민국으로의 입국·체류 또는 대한민국 안에서의 경제활동 등을 보장할 수 있도록 할 수 있으며(동법 제17조), 국민과 재한외국인이 서로의 역사·문화 및 제도를 이해하고 존중할 수 있도록 교육, 홍보, 불합리한 제도의 시정이나 그 밖에 필요한 조치를 하기 위하여 노력하여야 하며(동법 제18조), ‘세계인의 날’을 매년 5월 20일로 정하여 국민과 재한외국인이 더불어 살아갈 수 있는 사회 환경을 조성하기 위하여 노력할 것을 규정한다(동법 제19조).

4. 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률

외국인근로자의 고용 등에 관한 법률은 외국인근로자를 체계적으로 도입·관리함으로써 원활한 인력수급 및 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 제정되었다. 이 법이 규율대상으로 하는 외국인근로자란 대한민국의 국적을 가지지 아니한 사람으로서 국내에 소재하고 있는 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하려는 사람을 말한다(동법 제2조). 그리고 이 법은 외국인근로자의 고용관리 및 보호에 관한 주요 사항을 심의·의결하기 위해 국무총리 소속으로 외국인력정책위원회를 두도록 하였다(동법 제4조).

이 법은 국민의 일자리 확보를 위하여 사용자가 외국인근로자를 고용하기 위해서는 먼저 “내국인 구인 노력(동법 제6조)”를 하여야 하며 이런 노력에도 불구하고 인력을 채용하지 못한 경우에만 외국인근로자 고용허가를 신청하도록 하였다(동법 제8조 제1항). 그리고 외국인근로자는 입국한 후에 외국인취업교육을 받아야 하며(동법 제11조 제1항), 귀국 시 필요한 비용에 충당하기 위하여 보험 또는 신탁에 가입할 것을 의무지운다(동법 제15조). 외국인근로자의 취업활동기간은 3년으로 하며 1회에 한하여 2년 미만의 범위에서 취업활동 기간을 연장 받을 수 있다(동법 제18조, 18조의 2).

또한 출입국관리법에서 정한 엄격한 근무처 제한을 완화하기 위하여 이 법에서는 일정한 경우 사업장 변경을 신청할 수 있도록 하고 있다. 즉 이 법 제25조는 ① 사용자가 정당한 사유로 근로계약기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우, ② 휴업, 폐업, 제19조 제1항에 따른 고용허가의 취소, 제20조 제1항에 따른 고용의 제한, 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 인하여 사회통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수

없게 되었다고 인정하여 고용노동부장관이 고시한 경우, ③ 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우에는 직업안정기관의 장에게 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다. 다만 사업장변경을 신청한 날로부터 3개월 이내에 출입국관리법 제21조에 따른 근무처 변경허가를 받지 못하거나 사용자와 근로계약이 종료된 날로부터 1개월 이내에 다른 사업장으로 변경을 신청하지 아니한 외국인근로자는 출국하여야 한다(동법 제25조 제3항). 사업장 변경 신청의 경우 입국한 날로부터 3년 이내 3회를 초과할 수 없으며 연장된 기간 중에는 2회를 초과할 수 없다(동법 제25조 제3항).

국내에서 취업한 후 출국한 외국인근로자는 출국한 날로부터 6개월이 지나지 아니하면 대한민국에서 다시 취업할 수 없다(동법 제18조의 3). 그러나 출입국법의 이 조항도 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률에서는 완화되어 외국인근로자의 정주화를 방지하기 위한 단기순환 원칙을 견지하면서도 기업에는 숙련인력의 계속 사용을, 외국인근로자에 대하여는 성실근로와 자진 귀국을 유도하기 위하여¹³⁾ 국내 취업활동 기간 중에 내국인 고용 곤란 사업장에서 사업장 변경 없이 성실하게 근로한 외국인근로자에 대해서는 연장된 고용기간이 만료되어 출국한 날로부터 3개월이 지나면 다시 취업할 수 있도록 하고 있다(동법 제18조의 4).

Ⅲ. 불법체류자에 대한 출입국관리법의 강제퇴거절차

1. 강제퇴거대상자

출입국관리법에서 규정하고 있는 강제퇴거는 강제적인 수단을 동원하여 외국인을 대한민국의 국경 밖으로 내보내는 조치이다.¹⁴⁾ 국제법상 한 국가는 그 국가의 안전이나 이익 혹은 공공질서를 보호하기 위하여 그 나라에서 거주 혹은 일시 체류하는 외국인을 강제적인 수단을 동원하여 출국시키는 것이 인정된다.¹⁵⁾ 강제퇴거 외에도 외국인을 국경 밖으로 내보내는 효과를 가지는 조치로 출입국관리법은 출입국관리법 위반사항이 경미한 경우 자진하여 출국할 것을 권고할 수 있는 출국권고제도와(출입국관리법 제67

13) 박귀천/이유봉, 앞의 책, 51쪽.

14) 김원숙/이동욱/김효경/박동철, 앞의 책, 157쪽.

15) 김원숙/이동욱/김효경/박동철, 위의 책, 157쪽.

조 제1항⁶⁾) 강제퇴거대상자가 자기비용으로 자진하여 출국하려고 하는 경우 혹은 출국 권고를 받고도 이행하지 아니하는 사람, 체류허가가 취소된 사람, 과태료처분을 받은 자에 대하여 출국 조치하는 것이 타당하다고 인정되는 사람 그리고 범죄의 혐의로 통고 처분을 받은 후 출국조치를 하는 것이 타당하다고 인정되는 사람에 대하여 행하는 출국 명령제도(출입국관리법 제68조 제1항⁷⁾)가 있다.¹⁸⁾ 그 가운데 강제퇴거조치가 외국인에 취해지는 가장 엄한 조치이다.¹⁹⁾

강제퇴거조치는 강제퇴거의 대상이 되는 사람이 자신의 비용으로 자발적으로 출국하지 않는 경우 발하여진다는 점에서 출국명령과 차이가 있다. 즉 강제퇴거 대상 외국인이 자신의 비용으로 자발적으로 출국하고자 한다면 출국명령의 처벌을 하며 그 외국인이 자발적으로 출국하지 않으면 바로 강제퇴거 조치를 한다.²⁰⁾ 그리고 강제퇴거된 외국인은 출국 후 5년 이내에는 입국이 금지된다.²¹⁾ 출입국관리법은 동법 제46조 제1항에서 구체적으로 강제퇴거 대상이 될 수 있는 외국인을 기술한다.²²⁾ 그리고 강제퇴거대상 외국인은

-
- 16) 출입국관리법 제67조 ① 지방출입국·외국인관서의 장은 대한민국에 체류하는 외국인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 외국인에게 자진하여 출국할 것을 권고할 수 있다.
1. 제17조와 제20조를 위반한 사람으로서 그 위반 정도가 가벼운 경우
 2. 제1호에서 규정한 경우 외에 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 사람으로서 법무부장관이 그 출국을 권고할 필요가 있다고 인정하는 경우
- 17) 출입국관리법 제68조 ① 지방출입국·외국인관서의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에게는 출국명령을 할 수 있다.
1. 제46조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당한다고 인정되나 자기비용으로 자진하여 출국하려는 사람
 2. 제67조에 따른 출국권고를 받고도 이행하지 아니한 사람
 3. 제89조에 따라 각종 허가 등이 취소된 사람
 4. 제100조 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 과태료 처분 후 출국조치 하는 것이 타당하다고 인정되는 사람
 5. 제102조 제1항에 따른 통고처분(통고처분) 후 출국조치 하는 것이 타당하다고 인정되는 사람.
- 18) 하명호, “외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰”, 고려법학 제52호, 고려대학교 법학연구원, 2009, 170쪽.
- 19) 김원숙/이동욱/김효겸/박동철, 앞의 책, 157쪽.
- 20) 김원숙/이동욱/김효겸/박동철, 위의 책, 159쪽.
- 21) 출입국관리법 제11조 제1항 제6호.
- 22) 출입국관리법 제46조 ① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다.
1. 제7조를 위반한 사람
 2. 제7조의2를 위반한 외국인 또는 같은 조에 규정된 허위초청 등의 행위로 입국한 외국인
 3. 제11조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람
 4. 제12조 제1항·제2항 또는 제12조의3을 위반한 사람
 5. 제13조 제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장이 붙인 허가조건을 위반한 사람

유형별로 대한민국에 불법입국이나 상륙한 사람, 불법체류한 사람이나 체류관리 규정을 위반한 사람, 대한민국에 입국 혹은 출국심사 규정을 위반한 사람, 위·변조여권이나 사증을 소지한 사람, 금고 이상의 형을 선고 받고 석방된 사람으로 분류될 수 있다.²³⁾

또한 출국권고는 위법 외국인에 대한 처벌 중 가장 경미한 처벌로 체류목적 위반하거나 체류기간을 초과한 행위 중 그 위반 정도가 비교적 가벼운²⁴⁾ 외국인에게 지방출입국·외국인관서의 장이 그 외국인에게 자발적으로 출국할 것을 권고하는 행위이다. 출입국관리소장 등은 출국권고를 할 때에는 출국권고서를 발급하여야 하고 출국권고서를 발급한 날로부터 5일의 범위에서 출국기한을 정할 수 있다.²⁵⁾ 외국인이 출국권고를 받고 도 정해진 기한 안에 출국하지 않은 경우 즉시 출국명령의 조치가 내려진다.²⁶⁾

2. 강제퇴거절차

2.1 조사의 착수

출입국관리법은 강제퇴거조치를 취할 수 있는 권한을 지방출입국·외국인관서의 장에게 부여한다. 그러나 강제퇴거조치가 취해지기 이전까지 그 외국인이 출입국관리법상 강제퇴거사유 관련조항을 위반하였는지 여부를 조사하는 기관은 출입국관리공무원이

6. 제14조 제1항, 제14조의2 제1항, 제15조 제1항, 제16조 제1항 또는 제16조의2 제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 상륙한 사람
7. 제14조 제3항(제14조의2 제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다), 제15조 제2항, 제16조 제2항 또는 제16조의2 제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장 또는 출입국관리공무원이 붙인 허가조건을 위반한 사람
8. 제17조 제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람
9. 제21조 제1항 본문을 위반하여 허가를 받지 아니하고 근무처를 변경·추가하거나 같은 조 제2항을 위반하여 외국인을 고용·알선한 사람
10. 제22조에 따라 법무부장관이 정한 거소 또는 활동범위의 제한이나 그 밖의 준수사항을 위반한 사람
11. 제28조 제1항 및 제2항을 위반하여 출국하려고 한 사람
12. 제31조에 따른 외국인등록 의무를 위반한 사람
13. 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람
14. 그 밖에 제1호부터 제13호까지의 규정에 준하는 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람

23) 김원숙/이동욱/김효겸/박동철, 앞의 책, 159쪽; 하명호, 앞의 논문, 172쪽.

24) 출입국관리법 제67조 제1항.

25) 출입국관리법 제67조 제2항, 제3항.

26) 출입국관리법 제68조 제1항 제2호.

다. 출입국관리법 제47조에 의하면 출입국관리공무원은 강제퇴거사유가 있다고 의심되는 외국인에 대하여 그 사실을 조사할 수 있다. 그리고 이들 강제퇴거사유가 있다고 의심되는 외국인을 ‘용의자’라고 칭한다. 출입국관리공무원은 자신이 가지고 있는 각종 정보, 인지, 자진신고, 제3자의 신고, 출판물로부터 얻은 정보, 관계기관으로부터의 통보를 통하여 용의자에 대한 조사를 착수한다.²⁷⁾ 또한 직접 외국인에 대하여 출입국관리법 제27조 제2항에 따라 여권, 선원증명서, 외국인입국허가서, 외국인등록증 등의 제시를 요구하고 또한 외국인 등록 또는 신고 내용의 정확성을 유지하기 위하여 신고내용이나 등록 내용이 사실과 다르다고 의심할 만한 상당한 이유가 있으면 그 사실을 조사하기 위하여 관계인이나 그 외국인을 출석하게 하여 질문을 하거나 자료를 요구하는 방법으로 용의자에 대한 조사를 행한다.²⁸⁾ 그리고 출입국관리법 제81조의 동향조사,²⁹⁾ 동법 제83조의 일반 국민에 의한 출입국관리사범에 대한 신고와 동법 제84조의 공무원에 의한 출입국사범을 발견한 경우 통보의무의 이행을 통하여 외국인에 대하여 강제퇴거사유가 있는지 여부를 조사한다.

2.2 조사의 방법

출입국관리공무원이 강제퇴거 대상자가 될 수 있는지 여부를 조사하는 방법은 용의자를 출석 요구하여 직접 신문하는 방법과 참고인에 대하여 출석을 요구하여 진술을 듣는

27) 하명호, 앞의 논문, 173쪽.

28) 출입국관리법 제80조.

29) 출입국관리법 제81조 ① 출입국관리공무원과 대통령령으로 정하는 관계 기관 소속 공무원은 외국인이 이 법 또는 이 법에 따른 명령에 따라 적법하게 체류하고 있는지를 조사하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 방문하여 질문하거나 그 밖에 필요한 자료를 제출할 것을 요구할 수 있다.

1. 외국인
2. 외국인을 고용한 자
3. 외국인의 소속 단체 또는 외국인이 근무하는 업소의 대표자
4. 외국인을 숙박시킨 자

② 출입국관리공무원은 허위초청 등에 의한 외국인의 불법입국을 방지하기 위하여 필요하면 외국인의 초청이나 국제결혼 등을 알선·중개하는 자 또는 그 업소를 방문하여 질문하거나 자료를 제출할 것을 요구할 수 있다.

③ 출입국관리공무원은 거동이나 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 이 법을 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인에게 정지를 요청하고 질문할 수 있다.

④ 제1항이나 제2항에 따라 질문을 받거나 자료 제출을 요구받은 자는 정당한 이유 없이 거부하여서는 아니 된다.

방법, 그리고 용의자의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류 또는 물건을 제출할 것을 요구하는 방법을 사용한다. 먼저 출입국관리법 제48조는 출입국관리공무원에게 특정 외국인이 강제퇴거 대상자인지 여부를 조사할 권한을 부여하고 그리고 그 방법으로 그 외국인에 대하여 필요한 경우 출석을 요구할 수 있고, 그에 대하여 신문할 수 있도록 규정하고 있다. 이때 ‘신문’이란 조사권한을 가진 국가기관이 “증인이나 참고인에 대하여 말로 물어 사건을 조사하는 행위”³⁰⁾를 말한다. 그러므로 출입국관리공무원은 특정 외국인이 “강제퇴거사유의 하나에 해당된다고 의심이 되고”³¹⁾ 그리하여 “조사할 필요가 있다”고 판단한 경우 그 외국인을 조사를 위한 장소로 출석하게 하여 구두의 형식으로 진술하게 하여 강제퇴거대상자에 해당하는지 여부를 조사한다.

출입국관리공무원이 특정 외국인을 출석하게 하여 신문할 때에는 다른 출입국관리공무원을 참여시켜야 한다. 그리고 이 신문과정에서 그 외국인이 한 진술내용은 조서에 적어야 한다.³²⁾ 또한 진술조서가 작성되었을 때에는 그 내용을 용의자에게 읽어 주거나 열람하게 한 후 오기가 없음을 물어야 하고, 용의자가 그 내용에 대한 추가·삭제 또는 변경을 청구하는 경우 그 진술을 조서에 적어야 한다. 또 조서에는 용의자가 서명하게 하고 거부할 때에는 그 사실을 조서에 적는다. 또한 국어가 통하지 않는 사람이나 장애인을 위하여 통역하게 하여야 하며 청각장애인이나 언어장애인인 경우 문자로 묻거나 진술하게 할 수 있다.³³⁾

참고인 조사는 필요한 경우 이루어진다. 조사방법은 참고인에게 출석을 요구하고 그의 진술을 듣는 방법을 사용한다. 그리고 참고인을 출석시켜 진술을 들을 때에는 용의자에 대한 신문에 요구되는 모든 조건들이 그대로 적용된다. 따라서 참고인 진술서를 작성하여야 하고 출입국관리공무원 2인 이상이 참석한 상태에서 신문하여야 하며 진술내용을 읽어주어야 한다.³⁴⁾ 더 나아가 출입국관리공무원은 그 외국인이 강제퇴거 대상자인지를 조사하기 위하여 필요하다면 그 외국인의 동의를 받아 그의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류 또는 물건을 제출하도록 요구할 수 있다.³⁵⁾

조사하는 과정에서 용의자가 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우에는 출입국관리

30) 민중국어사전 참조.

31) 출입국관리법 제47조.

32) 출입국관리법 제48조 제2항, 제3항.

33) 출입국관리법 제48조 제4항, 제5항, 제6항, 제7항.

34) 출입국관리법 제49조.

35) 출입국관리법 제50조.

공무원은 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다. 이때 보호한다는 것은 용의자를 외국인보호실이나 외국인보호소 또는 법무부장관이 지정하는 장소에 인치하여 수용하는 것을 말한다.³⁶⁾ 용의자의 보호는 현행 출입국관리법상 강제퇴거대상자에 해당하는지 여부를 심사하기 위하여 신병확보 차원에서 행하는 보호와 강제퇴거명령을 받은 자를 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없어 하는 보호의 두 가지가 있다. 두 경우 모두 용의자를 보호하기 위해서는 “도주하거나 도주할 염려”가 있어야 하고 그리고 “강제퇴거대상자라고 의심할 만한 상당한 이유”, 즉 강제퇴거사유에 해당한다고 판단할 만한 객관적이고 합리적인 근거³⁷⁾가 있어야 한다. 보호기간은 10일 이내로 하고 부득이한 사유가 있는 경우 지방출입국·외국인관서의 장의 허가를 얻어 10일 이내에서 한 차례 연장할 수 있다. 또한 긴급한 필요가 있는 경우 출입국관리공무원은 스스로 긴급보호서를 작성하여 용의자를 보호할 수 있고 이 경우 48시간 이내에 보호명령서를 발급받아 그 용의자에게 내보여야 한다.³⁸⁾ 어느 경우나 용의자를 보호할 때에는 보호명령서를 내보여야 하며 보호가 이루어지면 3일 이내에 용의자의 법정대리인 등에게 보호 일시·보호 장소 및 이유를 서면으로 통지한다.³⁹⁾

또한 출입국관리공무원은 피보호자가 자살 또는 자해행위를 하려는 경우, 다른 사람에게 위해를 가하려는 경우 또는 도주하거나 도주하려는 경우 등 출입국관리법 제56조의 4의 소정의 행위를 하는 경우 강제력을 행사할 수 있고(동법 제56조의4), 또한 신체·의류 및 휴대품을 검사할 수 있다(동법 제56조의5).

2.3 심사결정과 강제퇴거명령의 집행

용의자가 강제퇴거 대상자에 해당하는지 판단하는 권한은 지방출입국·외국인관서의 장에 속한다(출입국관리법 제58조). 지방출입국·외국인관서의 장은 출입국관리공무원이 용의자에 대한 조사를 마친 때에는 지체 없이 용의자가 강제퇴거 대상자에 해당하

36) 출입국관리법 제2조 11호; 김병록, “출입국관리행정과 인권문제 -불법체류외국인 단속보호를 중심으로-”, 조선대학교 법학논총 제17집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2010, 204쪽.

37) 김원숙/이동욱/김효겸/박동철, 앞의 책, 205쪽.

38) 출입국관리법 제51조 제3항, 제4항.

39) 출입국관리법 제53조, 제54조. 현행 출입국관리법은 2010. 5. 14. 개정을 통하여 보호의 통지 대상에 그 외국인이 속한 국가의 영사를 포함시켰다.

는지 여부를 결정을 하여야 한다. 그리고 심사하여 퇴거대상자가 아니라고 판단된 경우에는 지체 없이 그 사실을 용의자에게 알려야 하고 즉시 보호를 해제하여야 한다.⁴⁰⁾ 그러나 심사한 결과 강제퇴거대상자에 해당한다는 결론에 이르러 강제퇴거명령을 하는 경우에는 강제퇴거명령서를 발급하고, 동시에 법무부장관에게 이의 신청을 할 수 있다는 사실을 알려야 한다.⁴¹⁾

강제퇴거명령서의 집행은 출입국관리공무원이 집행하며 지방출입국·외국인관서의 장은 사법경찰관에게 강제퇴거명령서의 집행을 의뢰할 수 있다. 강제퇴거명령을 집행할 때에는 명령을 받을 사람에게 강제퇴거명령서를 내보이고 지체 없이 그를 송환국으로 송환하여야 한다.⁴²⁾

3. 이의신청

출입국관리법은 강제퇴거조치를 취하는 과정에서 용의자에게 두 가지 종류의 이의신청을 규정하고 있다. 첫째의 이의신청은 외국인이 강제퇴거대상자가 되는지 여부를 조사하는 과정에서 행하는 이의신청이다. 이 이의신청은 출입국관리공무원이 출입국관리법 제51조에 따라 그 외국인이 강제퇴거대상자에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 그 외국인에 대하여 보호조치를 취하게 되는데 이런 보호조치에 대한 이의신청이다. 이 경우의 이의신청은 보호명령서에 따라 보호된 사람이나 그의 법정대리인 등이 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청을 한다.

또 다른 이의신청의 유형은 용의자에 대한 심사결과 강제퇴거명령을 받은 경우 이 강제퇴거명령에 대하여 이의신청을 하는 것이다. 즉 강제퇴거명령을 받은 외국인은 강제퇴거명령서를 받은 날로부터 7일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청서를 제출한다.⁴³⁾ 이의신청을 제출받은 출입국관리공무원은 강제퇴거명령의 당부를 심사할 수 있도록 심사기록과 조사기록을 첨부하여 법무부장관에게 제출한다.

법무부장관은 제출된 이의신청을 심사한 결정결과를 지방출입국·외국인관서의 장

40) 출입국관리법 제59조 제1항.

41) 출입국관리법 제59조 제4항.

42) 출입국관리법 제62조.

43) 출입국관리법 제60조 제1항.

에게 알려야 한다. 심사결과가 이유 있다고 결정되었으면 출입국관리공무원은 지체 없이 그 사실을 용의자에게 알리고 용의자가 보호되어 있으면 즉시 그 보호를 해제한다. 그리고 이유 없다는 결정을 통지 받으면 지체 없이 그 사실을 용의자에게 알려야 한다.⁴⁴⁾ 그리고 이어서 강제퇴거명령을 집행한다.

Ⅳ. 출입국관리법에 주어지는 비판들

1. 강제퇴거조치

1.1 강제퇴거대상자 조사과정에서의 영장주의 적용여부

출입국관리법은 용의자가 강제퇴거대상자에 해당하는지 여부를 조사하기 위하여 출입국관리공무원에게 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 출입국관리공무원은 강제퇴거대상자에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 긴급한 경우 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급 받을 여유가 없는 경우 그 사유를 알리고 그 외국인을 긴급히 보호할 수 있다. 그리고 이때 보호는 강제퇴거라는 목적을 확실하게 달성하기 위하여 외국인을 일정한 시설에 인치하여 수용하는 집행활동이다.⁴⁵⁾ 그리고 이 보호의 집행으로 그 외국인의 행동의 자유는 보호시설 안으로 한정된다.

그런데 출입국관리법상 이 보호조치는 이로 인하여 그 외국인이 보호시설 밖으로 이동하는 것이 제한된다는 의미에서 외국인의 신체의 자유를 중대하게 제약하는 행위로서 국제법적 기준에 의하면 인신의 자유를 박탈하는 억류에 해당된다.⁴⁶⁾ 그리고 이와 같이 신체의 자유를 공간적으로 제한하는 국가작용은 헌법적인 차원에서는 구속으로서의 성격을 가진다고 말할 수 있다. 왜냐하면 헌법적 차원에서 구속이란 “신체의 자유를 박탈하여 일정한 장소에 일시적 또는 계속적으로 머무르게 하는 국가작용”⁴⁷⁾을 말하는

44) 출입국관리법 제60조 제3항, 제4항, 제5항.

45) 김병록, 앞의 논문, 199쪽.

46) 김병록, 위의 논문, 201쪽.

데 출입국관리법상 용의자에게 출입국관리공무원이 행하는 보호가 이와 유사한 성격을 가지기 때문이다.⁴⁸⁾ 그리고 만약 출입국관리법상 “보호”조치가 헌법 제12조 제3항에서 말하는 구속에 해당하는 작용이라면 여기에도 헌법 제12조 제3항에서 요구하는 영장주의가 적용되어야 하는가 하는 문제가 제기된다.

이러한 문제를 해결하기 위하여 대한민국에서는 크게 두 가지 방향으로 이론구성을 한다. 그 첫째 방향은 조사대상이 된 외국인이 대한민국 헌법에 규정되어 있는 기본권의 보장 대상이 될 수 있는 기본권 주체성이 있는가를 판단하는 것이다. 왜냐하면 우리 헌법상 외국인은 일단 대한민국 헌법에 규정되어 있는 기본권의 주체성이 인정되어야 그 다음에 구체적으로는 형사절차상의 기본권을 규율하고 있는 헌법 제12조에 의하여 보장되는 영장주의가 외국인에게도 보장될 수 있는가 하는 문제가 답하여질 수 있기 때문이다.

학계에서는 외국인에 대하여 대한민국 헌법상 기본권 주체성을 인정하는 입장이 다수이다.⁴⁹⁾ 제시하는 이유들로는 건국헌법 제정의 기초가 되었던 원안은 헌법 제2장의 제목을 ‘인민의 권리의무’로 각 기본권의 주체를 ‘모든 인민’으로 규정하고 있었다는 사실을 제시하거나 헌법 제6조 제2항에 언급된 상호주의의 원칙은 외국인의 기본권 주체성을 부인하는 논거가 될 수 없다는 이유 혹은 헌법 제10조 제2문의 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 한 표현방법에서 보장대상이 ‘국민’이 아니라 ‘개인’이라고 지칭된 점에서 그 이유를 찾는다. 헌법재판소의 판례 가운데 우리 헌법상 기본권 중 ‘인간의 권리’로 분류되는 기본권을 외국인에 대하여 인정한 판례가 있다.⁵⁰⁾ 이러한 입장에 따르면 외국인에게 신체의 자유, 주거의 자유, 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권 등은 성질상 인간의 권리에 해당한다고 볼 수 있으므로, 헌법 제12조 제3항의 영장에 관한 기본권은 강제퇴거 대상이 된 외국인들에게도 인정된다.

47) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 414쪽.

48) 공진성, “출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호”, 공법학연구 제14권 제1호, 한국 비교공법학회, 2013, 233쪽.

49) 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 입장을 취하는 견해는 김학성/최희수/김주환/홍일선, “기본권의 주체”, 헌법재판연구 제20권, 헌법재판소, 2009, 86-87쪽 참조; 전광석, 국제사회보장법론, 법문사, 2002, 417-421쪽 참조; 허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 저스티스 제115호, 한국법학원, 2010. 2, 74쪽; 방승주, ‘헌법 제10조’, 주요법령에 대한 주석서 발간 1(헌법-총강 및 기본권부분), 한국헌법학회, 2001, 345-347쪽; 공진성, 앞의 논문, 228쪽.

50) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고, 2008헌마430; 공보 191, 1621, 1624.

외국인에게 헌법상 보장된 기본권 주체성이 인정된다고 하여도 외국인에 대한 강제퇴거대상자 여부를 조사하는 과정에서 영장주의가 적용되는지의 문제는 바로 해결되지 않는다. 왜냐하면 우리 헌법 제12조는 문언 형식상 “형사절차”에 적용되는 헌법원칙으로 이해되기 때문이다. 그리하여 만약 출입국관리법상 강제퇴거대상자 여부 조사행위가 형사절차에 해당하지 아니하고 행정절차에 해당한다고 한다면, 이런 절차에 반드시 영장주의가 적용된다고 말할 수 없기 때문이다. 학계에서는 행정절차에는 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 적용되지 않는다는 견해⁵¹⁾와 제한적으로 긴급한 필요가 있을 경우 외에는 영장이 필요하다는 견해⁵²⁾가 주장되고 있다. 헌법재판소와 대법원은 명백한 입장을 보이지는 않았지만 여기에 극히 소극적이다.⁵³⁾

그러나 외국인이 대한민국 영역 안에서 어떠한 보장을 받아야 하는가 특히 대한민국 헌법에 규정되어 있는 기본권의 보장대상자가 될 수 있는가 하는 문제는 헌법 스스로가 직접 이 내용을 규정하고 있지 않은 경우 “기본권 그 자체의 성격”을 규명하는 방법으로는 근본적인 해결책을 얻을 수 없다. 왜냐하면 기본권이란 대한민국 국민이 자신들의 기본권을 대한민국을 통하여 실현하기 위하여 대한민국 헌법을 통하여 규정한 권리가기 때문이다.⁵⁴⁾ 이것이 아니라도 현행 헌법에는 명시적으로 “외국인”의 지위가 규정되어 있다. 그 내용은 헌법 제6조 제2항에서 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”고 규정한다. 이 조항에서 헌법제정자가 인간의 한 부류인 “외국인”을 특정한 것은 이들이 “대한민국 국민”과 구별되는 대상, 그러므로 헌법의 적용에 있어서 다르게 대우하겠다는 것을 분명히 한 것이다. 그리고 “국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 한 것은 이들에게 대한민국 국민에게 보장되는 기본권을 그대로 보장하지는 않겠다는 뜻을 드러낸 것이다. 거꾸로 이들에게는 국제법과 조약에 따라 거기서 보장되는 정도만큼만 보장하겠다는 것이다. 그러므로 외국인은 대한민국 안에서 대한민국 헌법이 규정한 기본권 보장을 대한민국 헌법을 근거하여 청구할 수 없고, 국제법이나 자신과 관련하여 본국과 체결한 조약에 따라 거기에서 허용되는 내용

51) 김성수, 일반행정법 제4판, 법문사, 2008, 530쪽; 특히 영장제도와 관련하여 행정행위에는 영장이 요구되지 않는다는 입장으로, 하명호, 앞의 논문, 187-191쪽 참조; 김병록, 앞의 논문, 191-192쪽.

52) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 658쪽; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2012, 513쪽; 권영성, 앞의 책, 428쪽; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2012, 462쪽.

53) 헌법재판소 2003. 12. 28. 선고, 2002헌마593 결정; 대법원 1997. 6. 13. 선고, 96다56115 판결.

54) 이러한 생각은 헌법 전문의 첫 문구와 끝 문구, “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 …… 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 …… 개정한다.”는 부분에서 분명히 확인된다.

만 청구할 수 있다.

한편 대한민국이 국내법으로 받아들일 수 있는 “일반적으로 승인된 국제법규”로 출입국관리와 관련하여 강제퇴거의 절차와 방법을 규정하고 있는 국제법규는 존재하지 않는다.⁵⁵⁾ 그러므로 국내에 체류하고 있는 외국인에게 보장되는 권리는 그 외국인이 속한 국가와 대한민국이 체결한 조약의 내용에 따라, 그것이 아니라면 그 외국인이 국내에 들어오도록 하였던 관련 법률에서 보장되는 대상으로 지정하고 있는 권리들이 보장될 수 있는 권리이다. 구체적인 내용으로는, 예컨대 한미 주둔군 지위협정 제8조 제2항에 따라 미국 군대의 구성원, 군속 및 그들의 가족은 외국인 등록 및 관리에 관한 대한민국법령의 적용을 면제받는 권리나 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조에 따라 일정한 경우 근로할 사업장 변경을 청구할 권리 등이 이에 속한다.

구체적으로 한 국가가 어느 시점에서 어떤 내용의 권리를 외국인에게 보장할 것인가는 그 국가가 처한 상황이나 국제법적인 지위 그리고 그 국가 국민들의 외국인에 대한 인식 및 주변국가에서 외국인에게 권리를 보장하는 상황에 따라 선택될 것이다. 특히 출입국관리법상 강제퇴거조치와 관련하여 일반적으로 승인된 국제법규나 우리 법제에서 조사과정에 영장제시를 규정하고 있는 조항은 없다.⁵⁶⁾ 따라서 이 과정에서 영장주의는 적용되지 않는다.

1.2 보호명령서 발부기관과 집행기관의 분리 문제

현재 출입국관리법에 따라 이루어지는 강제퇴거절차는 법조항의 문언으로만 보면 서로 분리된 국가기관이 각각의 기능을 수행하도록 규정되어 있는 것처럼 보인다. 그래서 이들 각각의 기관들은 강제퇴거조사나 심사를 하는 과정에서 자신에게 속하는 권한만을 행사하게 됨으로써 기관 상호간에 견제와 균형을 통하여 조사행위나 심사 및 강제퇴거명령 집행행위가 공정하게 이루어질 수 있는 구조로 보인다. 즉 외국인이 강제퇴거대상자인지 여부를 조사하는 권한은 출입국관리공무원에게 부여되어 있고 그리고 그런 조사를 바탕으로 그 외국인이 강제퇴거대상자에 해당하는지 심사하는 권한은 지방출입국·외국인관서의 장에게 부여되어 있다.⁵⁷⁾ 나아가서 출입국관리법은 외국인이 강제퇴

55) 김원숙/이동욱/김효겸/박동철, 앞의 책, 213쪽; 김병록, 앞의 논문, 186쪽. 그리고 헌법재판소나 대법원을 통하여 출입국관리업무와 관련하여 “일반적으로 승인된 국제법규”로 인정된 국제법규는 아직 없다.

56) 김원숙/이동욱/김효겸/박동철, 앞의 책, 213쪽 이하 참조.

57) 출입국관리법 제47조 및 제58조.

거대상자에 해당하는지 여부를 조사하는 과정에서 그 외국인을 보호할 필요가 있는 경우에도 보호명령서를 신청하는 기관은 출입국관리공무원으로 하고, 보호명령서를 발급하는 기관은 지방출입국·외국인관서의 장으로 규정하여 각각의 권한행사기관을 분리시키고 있다.⁵⁸⁾ 그리고 이러한 형태는 외국인에 대한 강제퇴거명령서 발급과 집행에 서로 보인다. 즉 강제퇴거명령서 발급은 지방출입국·외국인관서의 장이 행하며 강제퇴거명령서의 집행은 출입국관리공무원이 집행한다.⁵⁹⁾

그러나 이렇게 각각의 기관이 외국인 강제퇴거대상자 판단과정에서 외형적으로는 상호 분리되어 있고 각각의 기관이 자신에게 속하는 권한을 행사하는 것처럼 보이지만 실제적으로는 이 두 기관은 구조적으로 집행부 조직에 속한다. 분리되어 있지만 집행부에 속하는 기관이기 때문에 기대하였던 “기관 간의 견제와 균형을 통한 공정한 공권력행사”가 실제로 이루어질 수 있겠는가 하는 의문이 든다. 강제퇴거절차가 진행되는 동안 권한을 행사하는 지방출입국·외국인관서의 장과 출입국관리공무원은 크게 삼권분립의 관점에서 보면 모두 집행부소속 공무원들이다. 권한행사 과정에서 이들 사이에 기대되는 견제와 균형의 효과가 헌법적 차원에서 논의되는 3권력 주체 간에 발생하는 효과만큼 있을 수 없을 것이라는 것을 쉽게 예상할 수 있다.

여기에 더하여 지방출입국·외국인관서의 장은 출입국관리사무소 내 상급자와 하급자의 관계에 있다.⁶⁰⁾ 같은 집행부 조직의 기관이라고 하더라도 이들 두 기관은 권력행사 과정에서 너무 가까이 있다. 형식적으로는 다른 기관이 각각의 권한을 행사하지만 사실상 동일한 주체가 전체적으로 하나의 권한을 행사하는 것으로 볼 수 있다. 또한 출입국관리법에는 이들 두 기관이 직무를 수행함에 있어서 엄격하게 분리된다는 내용의 법조항도 없다.⁶¹⁾ 따라서 중립적이고 독립적인 기관에 의한 견제가 이루어질 수 있는 어떤 장치가 필요하다. 외국인의 체류 및 강제퇴거의 문제를 조사하고 심사하며 집행하는 작용이 집행부에 속하는 국가작용이어서 이 과정에 입법부나 사법부를 개입시킬 수 없다고 하더라도, 현재와 같이 같은 조직 내에서 아주 밀접하게 연결되어 있는 “상급자와 하급자의 관계”에 있는 두 기관에게 이 업무의 전체를 수행하도록 하는 것은 업무수행의 공정성·독립성을 기대만큼 얻을 수 없다. 최소한 집행부 내부에서 조직적으로 분리된

58) 출입국관리법 제51조 제1항.

59) 출입국관리법 제59조 제3항 및 제62조.

60) 하명호, 앞의 논문, 201쪽.

61) 직무분담 혹은 직무독립의 규정하고 있는 법조항으로는 예컨대 감사원법 제2조 제1항이 있다. 감사원법 제2조 제1항 감사원은 대통령에 소속하되, 직무에 관하여는 독립의 지위를 가진다.

다른 기관 소속의 공무원으로 하여금 각각의 업무를 수행하도록 하는 것이 바람직하다. 미국의 경우를 예로 들면 강제퇴거절차 중 강제퇴거대상자에 해당하는지 여부를 조사하고 체포하는 권한은 국토안보부 소속 ICE와 CBP가 담당하고 청문과 판정은 법무부의 이민심판원(EOIR) 소속 이민심판관(Immigration judge)이 담당한다. 이들 두 기관은 집행부 내부에서 조직적으로 전혀 다른 부서에 소속된 별도의 기관이다.⁶²⁾

우리의 경우에도 출입국관리법상 강제퇴거절차가 공정하고 독립적으로 이루어질 수 있도록 제도마련이 필요하다. 미국의 경우처럼 집행부 내에서 조직적으로 독립된 다른 조직에서, 예컨대 외교부에 소속하는 기관으로 출입국관리관을 두어 법무부에 속하는 출입국관리공무원이 제출한 보호명령서나 강제퇴거명령서를 심사하여 발급하도록 하는 방법이나, 또는 이것이 불가능하여 현재와 같은 방식으로 강제퇴거절차를 운영하여야 한다면 최소한도 출입국관리법에 직무독립을 내용으로 하는 규정을 신설하여 출입국관리공무원과 지방출입국·외국인관서의 장의 권한행사를 엄격히 구별할 필요가 있다. 구체적으로는 출입국관리법 제58조의2를 신설하여 ‘출입국관리공무원은 강제퇴거 등의 직무를 수행함에 있어서 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 독립의 지위를 가진다.’는 조항을 추가할 것을 제안한다.

2. 가족결합보호문제

출입국관리법과 관련하여 문제되는 사항 가운데 절실한 것 중 하나는 강제퇴거대상자의 가정보호, 구체적으로는 가족결합보호의 문제이다. 예컨대 외국인과 혼인하여 하나의 가정을 이룬 경우 그리고 어떤 이유로 인하여 그 외국인이 대한민국 국적을 취득하지 못한 경우 그 외국인이 강제퇴거명령을 받게 되면 그 가정은 부부가 국내에서 함께 살 수 없게 된다. 더 문제가 되는 것은 만약 이들 가정에 아직 성인이 되지 못한 청소년이 있는 경우 가정보호, 특히 가족 결합체 보호의 필요성은 증가된다.

이런 문제를 해결하기 위하여 현행 국적법은 제6조 제2항 제4호에서 외국인에게 대한민국의 국적을 갖게 하는 방법을 마련하여 두고 있다. 즉 외국인이 대한민국 국민과 혼인하여 출산을 하고 그 자녀가 미성년이고 현재 양육하고 있거나 양육하여야 할 자인 경우, 일정한 기간을 채울 것을 조건으로 대한민국 국적을 받을 수 있게 한 것이다.

62) 이에 관해서는 하명호, 앞의 논문, 201쪽; 최홍엽, “외국인의 강제퇴거절차와 관련된 몇 가지 쟁점”, 민주법학 33호, 관악사, 1997. 3, 373-375쪽 참조.

그리고 대한민국 국적을 받게 되므로 더 이상 강제퇴거의 대상이 되지 않게 된다. 그러나 여기서 문제가 되는 것은 이런 상황이 아니라 어떤 일로 인하여 혼인하여 가정을 꾸리고 있는 외국인이 강제퇴거 대상자가 된 경우이다. 그리고 이런 결정이 난 경우 현재 출입국 관리법은 이런 가정을 대상으로 가정보호 혹은 가족결합보호를 위한 어떤 규정도 두지 않고 있다. 따라서 강제퇴거 결정이 있게 되면 그 외국인은 필연적으로 예외 없이 대한민국을 떠나야 하고 그러면 그 가정은 더 이상 결합하여 가정생활을 꾸려갈 수 없다.

이 문제와 관련하여 그간 국가인권위원회는 가족결합을 보장하기 위하여 강제퇴거자의 입국금지해제를 권고하거나⁶³⁾ 입국사증을 발급하여 줄 것을 권고⁶⁴⁾한 적이 있다. 이때 국가인권위원회는 우리나라가 당사국으로 되어 있는 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)”⁶⁵⁾과 “경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)”을 고려하였다. B규약 제23조 제1항은 “가정은 사회의 자연적이며 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있고 A규약 제10조 제1항은 “사회의 자연적이고 기초적인 단위인 가정에 대하여는 특히 가정의 성립을 위하여 그리고 가정이 부양 어린이의 양육과 교육에 책임을 맡고 있는 동안에는 가능한 한 광범위한 보호와 지원이 부여된다.”고 규정되어 있다. 나아가서 우리 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활에 대하여 국가에게 보호를 의무를 지운다.

헌법 제36조 제1항에 규정된 혼인과 가족생활의 가장 핵심적인 내용은 배우자 선택행위와 혼인관계 유지행위 그리고 자녀를 양육하고 교육하는 행위이다.⁶⁶⁾ 특히 혼인관계 유지행위로 “동거”는 혼인의 핵심적인 내용이다.⁶⁷⁾ 아울러 미성년의 자에 대한 부모의 양육 권리와 의무는 형성 중인 인간이 올바르게 성장할 수 있게 하는 유일한 그리고 최선의 방법이므로 어떤 가치보다도 더 앞서는 것이라 할 수 있다. 따라서 이에 관한 적절한 입법을 하지 않는 것은 입법자의 입법부작위로 평가될 수 있다. 입법자의 혼인과 가족생활보호를 위한 충분한 입법조치가 요구된다. 입법적으로는 출입국관리법 제61조 제1항⁶⁸⁾에 체류허가의 특례사유로 “혼인 중에 있거나 미성년의 자를 양육하는 경우”라는

63) 국가인권위원회 결정 02진인1428; 국가인권위원회 결정 03진인931, 박귀천/이유봉, 앞의 책, 82-83쪽에서 재인용.

64) 국가인권위원회 결정 04진인1581; 박귀천/이유봉, 위의 책, 83쪽에서 재인용.

65) 이 규약은 1990년 3월 16일 국회 동의를 거쳐 1990년 7월 10일부터 발표되었다.

66) 헌법재판소 98헌가16결정, 헌판집 12-1, 427, 447; 2005헌마156, 헌판집 20-2상, 1007; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2012, 1004쪽 이하.

67) 민법 제826조 제1항 참조.

68) 출입국관리법 제61조(체류허가의 특례) ① 법무부장관은 제60조 제3항에 따른 결정을 할 때 이의신청이

문구를 명문으로 삽입하는 법률개정을 제안한다.

V. 마무리

현재의 국제사회는 상호 의존적인 특성을 가지고 있어서 국가 간의 교류와 협력을 어떻게 이용하느냐에 따라 한 국가의 번영이나 몰락까지도 초래할 수 있는 상황에 와 있다. 그 과정에서 개방의 압력이 강할수록 다른 한편에서는 자기보존과 자기방어의 욕구는 더 강해진다. 자기 필요에서 특정 물자의 유입을 더 늘이거나 외국인을 더 받아들이다가도 어느 시점에 돌아가면 자기보존과 자기방어의 본능에서 지극히 보수적으로 돌아가는 것이 현재 모든 국가의 공통된 모습이다. 외국인 정책도 이러한 갈등구조에서 특정 시점에서 그 국가가 직면하고 있는 상황에 따라 결정된다.

국제법상 외국인에 대한 입국허가 여부, 체류 허용 그리고 강제퇴거에 대한 결정은 그 국가의 주권행사에 해당하는 작용으로 이해된다. 따라서 이 부분에서 타 국가의 간섭은 배제된다. 그러나 현대 국제사회에서 한 국가의 생존과 번영은 다른 국가와의 관계에 의존하고 있고 자국의 이익만을 무한히 추구할 수 없으므로 한편에서는 외국에 거주하거나 체류하는 자국민의 지위를 보호하기 위하여 혹은 국제환경 변화에 적응하기 위하여 탄력적으로 출입국관리법을 운영할 필요가 있다.

헌법적인 차원에서 “인간의 권리”로 분류되는 기본권을 외국인에게까지 보장대상을 확장하는 노력이 여기에 해당할 수 있고 이것이 현행 헌법적으로 불가능하여 외국인의 기본권 주체성을 부정할 수밖에 없는 경우라도, 조약이나 외국인관련법을 통하여 특정 권리를 우리 헌법상 대한민국국민에게 보장되는 정도로 보장하여줄 필요도 있다. 구체적인 방법으로는 출입국관리법을 통하여 출입국관리법 위반사항 조사의 공정성을 확보하기 위한 노력으로 외국인을 조사하는 과정에서 “지방출입국·외국인관서의 장이 청구하고 법관이 발부한 영장”을 제시할 것을 내용으로 하는 규정을 신설하거나 아니면 집행부 내에서 조직적으로 독립된 다른 조직에 속하는 기관으로 하여금, 예컨대 외교부에 속하는 출입국관리관을 두어 그가 법무부에 속하는 출입국관리공무원이 제출한 보호명령서나 강제퇴거명령서를 심사하여 발급하도록 하는 내용의 규정을 신설하는 방법이

이유 없다고 인정되는 경우라도 용의자가 대한민국 국적을 가졌던 사실이 있거나 그 밖에 대한민국에 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되면 그의 체류를 허가할 수 있다.

이러한 노력에 해당할 수 있다. 또한 현재의 시점에서 강제퇴거절차가 공정하게 이루어지도록 출입국관리법 안에 출입국관리공무원이 강제퇴거 등의 직무를 수행함에 있어서 직무의 독립성을 보장할 수 있는 근거조항의 마련이 시급하다. 이것이 아니라면 외국인에게 허용되는 권리를 법률의 형식으로 기술하는 방법으로 체류자격을 부여하면서 각각의 체류자격에 허용되는 권리를 출입국관리법에 구체적으로 명시하는 것도 한 방법이 될 수 있다. 또한 강제퇴거조치가 야기하는 혼인생활 단절 및 가족공동생활 파탄을 막기 위하여 출입국관리법 제61조 제1항에 체류허가의 특례사유로 “혼인 중에 있거나 미성년의 자를 양육하는 경우”라는 문구를 삽입하는 법률개정을 제안한다.

참고문헌

1. 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.
- 김성수, 일반행정법 제4판, 법문사, 2008.
- 김원숙/이동욱/김효겸/박동철, 출입국관리정책록(I), 법무부 체류정책과, 2007.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
- 방승주, ‘헌법 제10조’, 주요법령에 대한 주석서 발간 1(헌법-총강 및 기본권부분), 한국헌법학회, 2001.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2012.
- 전광석, 국제사회보장법론, 법문사, 2002.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2012.
- 최홍엽, 외국인의 강제퇴거절차와 관련된 몇 가지 쟁점, 민주법학 33호, 관악사, 1997.
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2012.

2. 학술지

- 공진성, “출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호”, 공법학연구 제14권 제1호, 2013. 2, 228-233쪽.
- 김병록, “출입국관리행정과 인권문제 -불법체류외국인 단속보호를 중심으로-”, 조선대 법학논총 제17집 제1호, 2010, 186-204쪽.
- 김정순, “외국인의 국적 취득 및 체류에 관한 법제연구”, 한국법제연구원, 2010, 28-30쪽.
- 김학성/최희수/김주환/홍일선, “기본권의 주체”, 헌법재판연구 제20권, 헌법재판소, 2009, 86-87쪽.
- 박귀천/이유봉, “출입국관리법과 국적법 개선에 관한 연구 -외국인노동자, 이주여성 및 이주아동 문제를 중심으로-”, 한국법제연구원, 2012, 37-83쪽.
- 하명호, “외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰”, 고려법학 제52호, 2009, 170-201쪽.
- 허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 저스티스 제115호, 한국법학원, 2010. 2, 74쪽.

[Abstract]

Critical Reflection on the Law of Exit and Entry of Korea

Kim, Kyong-Je*

The current international community is now very closely interdependent. The foreign policy of a state is determined depending on the conditions with which the state is actually confronted in a time. According to international laws, it is understood that the responsibility for deciding on a permit to enter a state and stay in the state or forced deportation belongs to its national sovereignty. Therefore the interference of other states in the foreign affairs are excluded. But because the existence and prosperity of a state in the modern international community depends on the relationship with other countries, a state cannot pursue only his own interests. It is therefore necessary that a state flexibly apply the Immigration Act in order, on the one hand, to protect his people that stay in other countries and, on the other hand, to be able to adapt himself to the changing international relations well.

It is not agreed with what status is to foreigner by the Korea Constitution given. On the status of foreigners in Korea regulates Art. 6 paragraph 2 of the Korea Constitution. Art. 6 paragraph 2 of the Korea Constitution reads: The status of aliens shall be guaranteed as prescribed by international law and treaties. It can therefore be understood that the Korea Constitutional law-maker will not grant to foreigners any fundamental right. Therefore foreigners can not assert the fundamental right directly based on the Korean Constitution to protect their right against the Korea government. Because foreigners have no fundamental right according to the Korea constitutional law, in order to give them any legal protection in Korea, legislative efforts are needed. It is conceivable that legislators specifically prescribe each right that foreigners can exercise in Korea according to his visa. In addition, the rights which are granted to foreigners in Korea can be stated in the treaty according to which he

* Associate Professor, College of Law, Dongguk University

come into Korea. Further, it is proposed to insert paragraphs for ensuring fairness during the assessment of the forced deportation and for the protection of the live-together-with-family-members in the Immigration Act.

[Key Words] Immigration law, entry permit, immigration control, forced deportation, deportation order