

출입국관리법상 외국인 보호제도의 개선방안

Unconstitutionality of the Detention of Persons Subject to Deportation Orders on the Immigration Act

여 경 수*
Yeo, Gyeong-Su

목 차

- | | |
|---------------------------|------------------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 강제퇴거명령과 보호과정에서 적법절 |
| II. 출입국관리법상 강제퇴거명령과 보호 | 차의 원칙 준수 여부 |
| 제도 | V. 맺음말 |
| III. 보호기간의 상한이 없는 규정의 신체의 | |
| 자유 침해 여부 | |

이 논문에서는 출입국관리법상 강제추방명령을 받은 외국인에 대한 보호제도에 관한 헌법적인 분석을 하고자 한다. 출입국관리법상 ‘보호’란 “출입국관리공무원이 출입국관리법상 강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소 또는 그밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 인치하고 수용하는 집행활동이다.”(출입국관리법 제2조 11호). 학계에서는 출입국관리법상 보호에 관한 연구가 축적되어 있다. 하지만 여전히 위헌적인 요소가 출입국관리법상 존재하고 있다. 우리나라에서는 출입국행정에서 특별한 상황과 제도적인 장애물이 존재한다. 이런 이유로 출입국관리법의 적용에서는 헌법 정신이 반영되지 못한 측면이 있다.

외국인은 국민과 유사한 지위에 있는 경우에는 원칙적으로 기본권의 주체성이 인정된다. 출입국 과정에서는 외국인은 헌법 제12조에서 규정한 신체의 자유와 적법절차의 원칙은 적용된다. 이 논문에서는 출입국관리법의 위헌적인 측면을 지적하고, 출입국관리법상 보호제도의 개선 방안을 제시하고자 한다.

투고일 : 2018. 8. 31. / 심사회의일 : 2018. 9. 17. / 게재확정일 : 2018. 10. 8.

* 경기대학교 행정사회복지대학원 공공정책학과 조교수, 법학박사

Assistant professor, Graduate School of Public Administration & Social Welfare of Kyonggi University, Ph.D in Law.

첫째, 출입국관리법상 보호기간의 상한이 없는 것은 신체의 자유를 지나치게 제한한다. 출입국관리법상 보호기간의 최고 상한을 명확히 규정하여야 한다.

둘째, 출입국관리법상 보호과정에서는 헌법상 적법절차를 준수하지 못하고 있다. 출입국관리법상 보호절차 과정에서는 외국인에게 청문권과 변호인의 조력을 받을 권리를 보장해야 한다.

셋째, 출입국관리법상 보호과정에서는 헌법상 영장주의가 배제된 문제점이 있다. 출입국관리법상 보호과정에서 법원과 같은 독립적이고 중립적인 제3의 기관의 관리와 감독이 필요하다.

우리나라의 출입국과 관련된 법령과 정책은 헌법이 허용하는 범위 내에서 입안과 집행이 가능하다.

[주제어] 구금, 출입국관리, 신체의 자유, 적법절차, 영장주의

I. 들어가는 말

우리나라는 사회 통합에 기초한 다문화 사회를 지향하고 있다. 우리사회에서 외국인의 인권 보장에 관한 관심이 증가하고 있다. 외국인이 우리나라를 출입국 하는 과정은 인권 보호의 시작이자 마무리이다. 출입국관리법 제63조에서는 강제퇴거명령을 받은 사람에 대한 보호시설 명령규정을 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 “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.” 이 조항의 목적은 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정하기 위한 목적이다.

강제퇴거명령 대상자인 외국인도 헌법상 신체의 자유와 적법절차와 같은 헌법의 원칙은 당연히 준수되어야 한다. 하지만 현행 출입국관리법상 강제퇴거명령을 받은 사람에 대한 보호제도는 다음과 같은 문제점을 지니고 있다. 법률상 보호라는 용어를 사용하지만, 실제로는 외국인을 구금하는 제도이다. 첫 번째 문제는, 강제퇴거명령을 받은 사람의 보호에서는 보호기간의 상한이 없다. 이론적으로는 외국인이 자발적으로 출국하지 않는다면, 보호된 외국인에 대한 무기한 구금도 가능하다. 두 번째 문제는, 강제퇴거명령을 받은 사람에 대한 보호의 이유에 대한 구체적인 심사도 없이, 보호명령이 발부되고 있다. 또한 적절한 청문절차도 배제되어 있다. 출입국관리를 담당하는 공무원의 권한은 형사소송법의 적용을 받는 수사기관보다 더욱 강할 수 있다. 그런데도, 출입국관리행정에서

는 행정절차법과 인신보호법도 적용이 배제된다. 출입국행정은 헌법상 적법절차의 원칙의 사각지대로 존재한 측면도 있다.

지난 2018년 2월 헌법재판소는 출입국관리법상 강제퇴거명령을 받은 사람에 대한 보호제도와 관련해서는 합헌결정을 내렸다.¹⁾ 하지만, 헌법재판관 5인은 해당 조항이 과잉금지원칙과 적법절차원칙에 위배되어, 청구인의 신체의 자유를 침해한다는 위헌의견을 밝혔다.²⁾ 이 글에서는 헌법재판소의 결정을 비판적으로 분석하고자 한다. 외국의 외국인 보호제도와 관련된 비교법사례와 국제인권법의 사례를 이 글에서 반영하고자 한다.

이 글에서는 출입국관리법상 강제퇴거명령 대상자들에 대한 보호에 신체의 자유보장과 적법절차원칙 그리고 영장주의의 적용여부를 다루고자 한다. 현행 보호제도의 개선안을 담고 있는 국회의 출입국관리법(안)을 참고한다. 궁극적으로는 이번 연구를 통해서 인권보장과 사회통합에 걸맞은 출입국관리법의 개선방안을 제시하고자 한다.

II. 출입국관리법상 강제퇴거명령과 보호제도

1. 출입국관리법상 강제퇴거명령과 보호제도

1.1 출입국관리법상 보호의 의미와 법적 성질

출입국관리법상 보호의 의미는 다음과 같다. “출입국관리공무원이 강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국을 위한 심사와 그 집행을 위하여 외국인보호소 등에 인치하고 수용하는 집행활동을 말한다”(출입국관리법 제2조 제11호). 출입국관리법상 “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”(출입국관리법 제63조). 이처럼

1) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 394쪽.

2) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 394쪽: 헌법재판관 이진성, 김이수, 강일원, 이선에, 유남석의 위헌의견.

출입국관리법상의 보호는 행정작용이다. 보호는 외국인에게 강제 출국의 목적달성이 곤란할 때, 해당 외국인에 대한 신체에 대한 실력을 행사하는 것이다. 이러한 행정작용은 인신을 체포 또는 구속하여서 외부와 격리함으로써 신체의 자유를 강도 높게 제한하는 작용이다. 그러므로 “출입국관리법상 외국인 보호는 실질적으로는 구금이며, 인신구속의 성격을 지닌 강제처분”³⁾이다. 우리나라의 출입국관리법상 ‘보호’라는 명칭을 사용하고 있다. 하지만 외국의 경우에는, 행정법에 근거하여 출입국관리에서 미등록된 외국인이라는 이유로 신체적인 자유를 배제하는 용어를 구금(Detention)으로 정의하고 있다.⁴⁾ 출입국관리법상 ‘보호’라는 용어를 사용하지만 실질은 ‘구금’의 의미를 지닌다.

1.2 출입국관리법상 강제퇴거명령

출입국관리법상 강제퇴거명령은 다음과 같은 사유로 이루어진다. 첫째, 국내에 불법으로 입국하였거나 체류기간을 도과하는 등 체류조건을 위반하여 불법으로 체류하고 있는 외국인이다. 둘째, 외국인등록 의무를 위반하거나 범죄를 저질러 금고 이상의 형을 선고받은 외국인이다. 셋째, 대한민국의 이익·공공의 안전을 침해하거나 경제질서·사회질서·선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 외국인에 대하여 발령된다(출입국관리법 제59조 제2항, 제46조 제1항 참조).

1.3 출입국관리법상 보호기간과 보호집행

출입국관리법상 강제퇴거 대상에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 외국인은 외국인보호소 등에 보호할 수 있으며, 그 외국인의 강제퇴거대상자 여부를 심사·결정하기 위한 보호기간은 10일 이내이고 한차례 연장할 수 있다(출입국관리법 제51조 제1항, 제52조 제1항). 출입국관리소장이 강제퇴거 여부를 심사하여 결정하고, 강제퇴거명령서 및 보호명령서를 발급한다(출입국관리법 제58조,

3) 김병록, “불법체류 외국인 강제퇴거의 인권 문제”, 법학논총 제17권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2010, 201쪽; 이재삼, “출입국관리법상의 외국인에 대한 강제퇴거와 보호에 관한 연구”, 토지공법연구 제59집, 한국토지공법학회, 2012, 256쪽; 이근우, “보호인가 구금인가? 출입국관리법상 강제처분 비판”, 비교형사법연구 제14권 제2호, 한국비교형사법학회, 2012, 485쪽; 김희정, “행정구금을 실질적 형사구금으로 볼 수 있는 법리의 검토”, 인권법평론 제20호, 전남대학교 법학연구소 공익인권법센터, 2018, 119쪽.

4) Izabella Majcher, Clément de Senarclens, “Discipline and Punish? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe”, *Ameri Quests* Vol. 11, No. 2, 2014, p. 1.

제59조 제2항, 제3항, 출입국관리법 시행령 제78조 제1항). 강제퇴거명령서와 보호명령서를 근거로 출입국관리공무원이 강제퇴거 대상 외국인에 대한 보호를 집행한다(출입국관리법 제62조 제1항, 제63조 제6항, 제53조).

2. 출입국관리법상 피보호 인원 현황

법무부 제출 자료에 따르면, 화성외국인보호소, 청주외국인보호소, 여수출입국관리사무소의 보호외국인은 2015년 16,561명, 2016년 21,793명, 2017년 23,660명이다.⁵⁾ 보호명령된 1인의 평균보호기간은 10.8일이며, 일일 평균으로 보호소에서 보호되는 인원은 886명이다.⁶⁾ 2018년 5월 1일 기준으로 보호기간을 살펴보면, 총 813명 중 8명이 1년 이상 장기 구금되어 있다. 이들이 장기 구금된 주된 이유는 난민신청 불허처분소송 등으로 단기간에 강제퇴거 집행이 어려운 상황인 것으로 파악된다.⁷⁾

3. 출입국관리법상 보호제도의 헌법적인 쟁점

출입국관리법 제63조의 규정에서는 입법부작위에 따른 헌법 위반의 문제가 제기된다. 첫째로는, 출입국관리법에서는 외국인의 보호기간에 관한 상한을 설정하지 아니하여, 기간의 제한 없는 보호가 가능하다. 이것은 과잉금지원칙을 위반하여서, 강제퇴거대상자의 헌법 제12조에서 보장하는 신체의 자유를 침해하는 소지가 있다. 둘째로는, 출입국관리법상 강제퇴거대상자에 대한 보호의 개시나 연장 단계에서 공정하고 중립적인 기관에 의한 통제절차를 두고 있지 않고 있다. 또한 행정상 인신구속을 과정에서 청문의 기회도 보장하고 있지 않다. 이것은 헌법상 적법절차원칙에 위배되는 소지가 있다.

5) 국가인권위원회, 「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 의견표명, 2018.7.26, 4쪽.

6) 국회 법제사법위원회, 출입국관리법 일부개정법률안 (임종성의원 대표발의, 제5364호) 검토보고서, 2017.8.19쪽.

7) 국가인권위원회, 「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 의견표명, 2018.7.26, 4쪽.

Ⅲ. 보호기간의 상한이 없는 규정의 신체의 자유 침해 여부

1. 헌법상 신체의 자유와 출입국관리법상 외국인보호의 법적 성질

1.1 헌법상 신체의 자유와 주체

헌법 제12조에서는 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”고 규정하고 있다. 신체의 자유는 인간의 존엄과 가치를 보장하는 중요한 자유이다. 기본권 순서상으로도 평등권(헌법 제11조) 다음에 자리 잡고 있다. 신체의 자유는 다른 인권을 보장하기 위한 전제조건이며, 신체의 자유가 보장되지 않은 상황에서는 자유권, 사회권, 정치권과 같은 권리는 실질적으로 무의미하다. 헌법재판소는 신체의 자유를 보장하는 헌법 규정은 형사절차뿐만 아니라 행정절차상의 권리로 파악한다.⁸⁾

외국인도 신체의 자유를 가진다. 출입국관리법 제63조 상의 보호는 강제퇴거대상자를 특정한 장소에 수용하여, 신체의 자유로운 이동과 활동을 제한하는 것이다.⁹⁾ 헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 기본권의 주체만 청구할 수 있는데, 단순히 ‘국민의 권리’가 아니라 ‘인간의 권리’로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 외국인도 기본권의 주체”¹⁰⁾로 보고 있다. 신체의 자유는 성질상 인간의 권리에 해당되므로, 외국인도 주체가 된다.

1.2 출입국행정에서 인신보호법이 배제되는 문제점

헌법재판소는 출입국관리법상 보호명령을 받은 외국인에게는 인신보호법의 적용을 배제한 규정에 관해서는 합헌결정을 하였다.¹¹⁾ 하지만, 실질상 구금의 문제에 관해서는 외국인이라는 측면이 아닌 인간의 권리의 측면에서 접근해야 한다. 따라서 해당 결정에서는 보다 엄격한 헌법적 한계의 적용을 고려해야 한다.¹²⁾ 출입국행정에서는 인신보호

8) 헌법재판소 2018. 5. 31. 2014헌마346 결정, 공보 제260호, 874쪽.

9) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 394쪽.

10) 헌법재판소 2012. 8. 23. 2008헌마430 결정, 판례집 24-2상, 574쪽.

11) 헌법재판소 2014. 8. 28. 2012헌마686 결정, 판례집 26-2상, 397쪽.

12) 김희정, “외국인 ‘보호’기간 형기 미산입 문제의 헌법적 검토”, 공법연구 제46집 제4호, 한국공법학회, 2018, 371쪽.

법이 배제되는 문제점이 있으므로, 출입국관리법은 더욱 출입국행정에서 법치주의에 부합되도록 마련되어야 한다.

2. 국제인권법 규정의 준수 여부

이주민에 대한 구금제도는 국제적으로도 많은 관심과 연구가 축적되어 있다.¹³⁾ 국제인권법을 근거로, 해당 국가내의 이주민 구금에 대한 통제를 할 수 있다.¹⁴⁾ 강제 구금된 이주민에 대한 국제인권법은 대표적으로는 다음과 같다. 세계인권선언(the Universal Declaration of Human Rights(UDHR)), 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(the International Covenant on Civil and Political Rights(ICCPR)), 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(the Convention against Torture and other Cruel), 모든 이주노동자와 그 가족의 권리의 보호에 관한 국제협약(the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families(ICPRM))이다.¹⁵⁾

국제인권법 규정을 자세히 살펴보면 다음과 같다. 세계인권선언 제9조에서는 “누구든지 자의적인 체포, 구금 및 추방을 당하지 않는다.”¹⁶⁾고 규정하고 있다. 외국인도 자의적인 구금을 받지 않는다. 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제9조에서는 다음과 같이 더욱 명확하게 규정하고 있다. “모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 자의적으로 체포되거나 또는 억류되지 아니한다. 어느 누구도 법률로 정한 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다.”고 규정되어 있다.

우리나라에는 직접 적용되는 규정은 아니지만, 유럽인권조약(European Convention on Human Rights(ECHR))의 이주민의 신체의 자유를 자세히 규정하고 있다. 이 규정에 따르면, “모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 법률로 정한 절차를 따르지 아니하고는 자유를 박탈당하지 아니한다. 불법 입국을 방지 또는 강제되거나 범죄인인도를 위한 절차가 행하여지고 있는 사람의 합법적인 체포 또는 구금도

13) Robyn Sampson, Grant Mitchell, “Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales”, *Journal on Migration and Human Security* Vol. 1 Num. 3, 2013, p. 97.

14) Galina Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights*, Koninklijke Brill NV, 2010, p. 276.

15) Kimberly R. Hamilton, “Immigrant Detention Centers in the United States and International Human Rights”, *Berkeley La Raza Law Journal* Vol. 21, 2011, p. 109.

16) Universal Declaration of Human Rights, art.9, <<http://www.un.org/Overview/rights.html>>.

포함한다. 체포된 모든 사람은 그가 이해하는 언어로 그의 체포 사유와 혐의 사실을 신속하게 통고 받는다. 체포 또는 구금에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 누구든지 법원이 그의 구금의 합법성을 지체 없이 결정한다. 누구든지 구금의 적법성을 법원에서 다룰 수 있는 절차를 취할 권리를 가진다. 이 규정에 위반된 체포 또는 구금의 피해자는 누구든지 집행 가능한 보상을 받을 권리를 가진다.”(유럽인권조약 제5조).

1991년 유엔 인권위원회(UNCHR)는 결의 제1991/42호로 자의적 구금실무그룹(WGAD: Working Group on Arbitrary Detention)을 설치했다.¹⁷⁾ 자의적 구금실무그룹은 유엔 결의에 의하여 권한과 기능이 규정되는 유엔 인권특별절차이다. 또한 자의적 구금실무그룹은 개인진정에 대하여 준사법적 절차에 따라 법적 판단을 내린다.¹⁸⁾ 자의적 구금실무그룹은 해당 국가 내의 이주민에 대한 구금에 적용하는 국내법이 국제인권법의 기준에 부합하는지를 조사할 수 있는 권한을 지닌다.¹⁹⁾ 헌법재판소의 반대의견에서는 “국제연합(UN)의 ‘자의적 구금에 관한 실무그룹’의 구금의 상한이 반드시 법률에 규정되어 있어야 하고 구금이 무기한이어서는 안 된다고 한다.”²⁰⁾는 점을 지적하면서, “국제적 기준이나 다른 입법례에서 최대 구금기간을 정하도록 하고 있는 이유도, 기간이 정해져 있지 않은 구금 상태가 중대한 인권침해를 초래할 가능성이 있기 때문이다.”²¹⁾이라는 내용을 헌법재판소 결정문에서 언급하였다.

3. 기간의 상한이 정해져 있지 않은 보호의 문제점

헌법재판소의 합헌의견에서는 피보호자가 ‘출국할 수 있는 자유’가 보장되어 있다고 밝혔다. 하지만, 반대의견이 지적하는 것처럼, “다양한 사정으로 자진 출국하는 것을 선택하지 않았거나 자진 출국하는 것이 불가능했기 때문에 보호된 외국인들에게는 사실

17) Jared M. Genser and Margaret K. Winterkorn-Meikle, “The Intersection of Politics and International Law : The United Nations Working Group on Arbitrary Detention in Theory and in Practice”, *Columbia Human Rights Law Review* Vol. 39, 2008, p. 101.

18) 신희석, “국제법상 신체의 자유에 관한 연구”, 국제법평론 통권 제50호, 국제법평론학회, 2018, 197쪽.

19) David S. Weissbrodt & Brittany Mitchell, “United Nations Working Group on Arbitrary Detention”, *Human Rights Quarterly* Vol. 38, 2016, p. 659.

20) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 401쪽 : 헌법재판관 이진성, 김이수, 강일원, 이선애, 유남석의 위헌의견.

21) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 401쪽 : 헌법재판관 이진성, 김이수, 강일원, 이선애, 유남석의 위헌의견.

상 ‘출국할 수 있는 자유’가 있다고 보기는 어렵다. 피보호자가 ‘출국할 수 있는 자유’가 있으므로, 보호기간의 상한을 두지 않음에 따른 기본권 침해가 완화된다고는 볼 수 없다.”²²⁾ 출입국관리법상 보호된 상황의 외국인은 다른 국가에서 실질상 구금된 상황이다. 피보호자는 다른 국가에서, 자신이 언제 풀려날지도 전혀 예측할 수 없는 상황이라면, 심각한 정신적인 압박감을 느낄 수밖에 없다. 헌법재판소의 반대이견에서도 “행정의 편의성과 획일성만을 강조한 측면”²³⁾을 지적하였다. 출입국관리법상 보호기간의 상한이 정해지지 않은 그 자체만으로도 피보호자의 신체의 자유를 지나치게 제한한다.

헌법재판소의 반대이견의 지적처럼, “만약 보호기간의 상한을 초과하여 보호를 해제 하더라도, 출국 요건이 구비될 때까지 이들의 주거지를 제한하는 방법이나 신원보증인을 지정하거나 보증금을 내도록 하는 방법을 통하여 도주나 추가적인 범법행위를 상당 부분 방지할 수도 있다.”²⁴⁾ 이처럼, “덜 제한하는 다른 방법이 있는데도 이를 대안으로 선택하지 않는 것은 과잉금지의 원칙상 피해의 최소성의 원칙에도 어긋난다.”²⁵⁾ 미국 연방대법원도 무기한의, 잠재적으로 영원한 구금이 가능한 경우에는 해당 법률의 규정은 위헌이라는 지적²⁶⁾을 한 판례가 있다.

4. 중간 결론

외국인의 인신 구금 상태가 장기화되면, 기본권의 침해 문제가 자연스럽게 발생할 수 있다. 장기 구금이 가능한 외국인 보호제도는 국제법위반의 소지를 예상할 수 있다.²⁷⁾ 또한 무기한 구금은 죄형법정주의에서 파생되는 ‘절대적부정기형 금지의 원칙’에도 위배될 소지가 있다. 그러므로 최소한은 외국인 보호기간의 최장 상한을 출입국관리법에 서는 규정하고 있어야 한다.²⁸⁾

22) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 402쪽 : 헌법재판관 이진성, 김이수, 강일원, 이선애, 유남석의 위헌의견.

23) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 400쪽 : 헌법재판관 이진성, 김이수, 강일원, 이선애, 유남석의 위헌의견.

24) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 401쪽 : 헌법재판관 이진성, 김이수, 강일원, 이선애, 유남석의 위헌의견.

25) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 398쪽 : 헌법재판관 이진성, 김이수, 강일원, 이선애, 유남석의 위헌의견.

26) *Zadvydas v. Davis*, “533 U.S. 678 (2001)”; *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003) : *Prerna Lal, Legal and Extra-Legal Challenges to Immigrant Detention*, *Asian American Law Journal*, Volume 24, 2017, p. 137.

27) Anil Kalhan, “Rethinking Immigration Detention”, *Columbia Law Review Sidebar* Vol. 110, 2010, p. 42.

입법적인 대안으로는, 출입국관리법상 제63조에서 다음과 같은 내용을 담을 필요가 있다. 출입국관리법상 “지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따른 보호를 1년을 초과 하여 할 수 없고, 해당 기간이 초과한 경우에는 지체 없이 그 보호를 해제하여야 한다.”²⁹⁾ 는 규정을 신설하는 방안이 검토된다. 최장 상한 기한 이후에는 해당 외국인의 주거지를 제한하거나, 신원보증인을 지정하거나 보증금을 내도록 하는 방법으로 보완한다.

IV. 강제퇴거명령과 보호과정에서 적법절차의 원칙 준수 여부

1. 헌법상 적법절차의 원칙과 영장주의

헌법 제12조에서 규정된 적법절차원칙에서 도출할 수 있는 것은, ① 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, ② 당사자에게 의견과 자료 제출의 기회를 부여하는 것이다.³⁰⁾ 헌법상 적법절차의 원칙은 형사절차상의 제한된 범위뿐만 아니라 국가작용으로서 모든 입법과 행정작용에도 광범위하게 적용된다.³¹⁾

헌법 제12조 제3항은 영장주의를 선언하고 있다. 영장주의란 “헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에서 도출되는 원리로서 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색의 강제처분을 할 때에는 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 안 된다는 원칙”³²⁾이다. 헌법 제12조 제6항은 “당사자가 체포·구속된 원인관계 등에 대한 최종적인 사법적 판단절차와는 별도로 체포·구속 자체에 대한 적법 여부를 법원에 심사청구할 수 있는 절차를 헌법적인 차원에서 보장하는 규정이다. 입법자는 전반적인 법체계를 통하여 관련자에게 그 구체적인 절차적 권리를 제대로 행사할 수 있는 기회를 최소한 1회 이상 제공하여야 할 의무를 가진다.”³³⁾ 우리나라에서는 강제퇴거명령과 보호명령의 집행에 대하여도, 헌법상 적법절차원칙과 영장주의의 적용여부에 관해서는 긍정적으로 검토되어야 한다.

28) 김재선, “외국인에 관한 출입국행정의 재량행위성과 입법적 통제”, 공법연구 제45집 제2호, 한국공법학회, 2016, 399쪽.

29) 출입국관리법 일부개정법률안(박주민의원 대표발의, 의안번호 : 13703, 2018.5.23. 발의).

30) 헌법재판소 2013. 7. 25. 2011헌바274 결정, 판례집 25-2상, 98쪽.

31) 헌법재판소 2009. 6. 25. 2007헌마451 결정, 판례집 21-1하, 883쪽.

32) 헌법재판소 2015. 9. 24. 2012헌바302 결정, 판례집 27-2상, 519쪽.

33) 헌법재판소 2014. 8. 28. 2012헌마686 결정, 판례집 26-2상, 403쪽.

2. 적법절차원칙상 청문권

행정절차법상 출입국행정은 행정절차법의 적용이 배제된다. 강제퇴거와 보호조치 과정에서 행정주체는 외국인에게 적절한 통지와 그에 대응할 수 있는 기회와 의견 제출의 기회를 보장해야 한다.³⁴⁾ 출입국관리법 제59조 제1항에 따르면, 지방출입국·외국인관서의 장은 심사 결과 용의자가 제46조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니한다고 인정하면 지체 없이 용의자에게 그 뜻을 알려야 하고, 용의자가 보호되어 있으면 즉시 보호를 해제하여야 한다. 또한 제4항에서는 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령서를 발급하는 경우 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있다는 사실을 용의자에게 알려야 한다고 규정하고 있다. 출입국관리법 시행령 제74조에서는 청장·사무소장·출장소장 또는 보호소장은 법 제59조 제2항에 따라 강제퇴거명령을 결정한 때에는 명령의 취지 및 이유와 이의신청을 할 수 있다는 뜻을 적은 강제퇴거명령서를 발급하여 그 부분을 용의자에게 교부하여야 한다고 규정하고 있다. 출입국관리법 시행규칙 제63조에서는 법 제59조 제3항에 따른 강제퇴거명령서에는 적용법조·퇴거이유·송환국 등을 명시하여야 한다고 규정하고 있다. 다만, 출입국관리법의 고지제도는 상대방이 이해할 수 있도록, 해당 외국인의 이해가 가능한 언어로 고지되어야 할 필요가 있으며 이의신청 이외에 실효적인 권리구제방안 수단방법에 대한 고지가 필요하다.

3. 변호인의 조력을 받을 권리

보호명령을 받은 외국인들은 경제적인 어려움, 언어의 문제, 한국 법체계의 이질성을 가지고 있다. 그러므로 이들에 대한 적절한 변호인의 조력을 받을 권리를 보장받을 필요가 있다. 현실에서는 구금된 외국인들은 변호인의 조력을 받을 권리를 충분히 보장받기는 어렵다. 헌법 제12조 4항에서는 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리”를 보장하고 있으며, 헌법 제12조 제5항에서는 “체포 또는 구속의 이유 등과 변호인의 조력을 받을 수 있음을 고지 받을 권리”를 규정하고 있다. 헌법재판소는 인천국제공항에서 외국인이 약 5개월째 수용한 사안에서 다음과 같이 밝혔다. 헌법재판소는 “헌법 제12조 제4항에서, 체포와 구속은 수사절차에만 한정된다고 볼 수 있는

34) Carrie Rosenbaum, “Immigration Law’s Due Process Deficit and the Persistence of Plenary Power”, *Berkeley La Raza Law Journal* Vol 28, 2018, p. 125.

아무런 근거가 없으므로, 외국인의 보호에도 당연히 적용되어야 한다고 본다. 행정절차에서 구속된 사람에게 부여되어야 하는 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 구속된 사람에게 부여되어야 하는 변호인의 조력을 받을 권리와 그 속성이 동일하다.”³⁵⁾ 고 밝혔다. 출입국관리법상 강제퇴거와 보호과정에서도 외국인은 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 경우에 따라서는, 국선변호인제도와 같은 도움을 받을 수 있는 개선방안도 검토할 필요성이 있다.

4. 객관적·중립적 기관에 의한 절차적 통제의 미비와 영장주의의 적용 여부

현행 출입국관리법상 보호제도에서는 “보호의 개시, 연장 단계에서 제3의 독립된 중립적 기관이나 사법기관이 전혀 관여하고 있지 않다.”³⁶⁾ 출입국관리법상 보호명령과 관련하여 객관적·중립적 기관에 의한 절차적 통제가 이루어진다고 보기가 어렵다.³⁷⁾ 이러한 문제를 해결하기 위해서는 “출입국관리법상의 외국인보호는 출입국관리공무원이 아닌 객관적·중립적 지위에 있는 자가 그 인신구속의 타당성을 심사할 수 있는 장치”³⁸⁾가 있어야 한다. 출입국관리법상 보호는 형사절차에서의 체포와 구속과 동일한 정도로 외국인의 신체의 자유를 제한하므로, 헌법상 영장주의를 출입국관리법상 외국인 보호제도에도 적용되어야 한다³⁹⁾는 주장이 있다. 다만, 기본권 주체성의 인정 문제와 기본권 제한의 정도는 별개의 문제이므로 외국인에게 신체의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정한다는 것이 곧바로 우리 국민과 동일한 수준의 보장을 한다는 것을 의미하는 것은 아닐 수 있다. 그러므로 변호인의 조력을 받을 권리와는 달리 보호과정에서 영장주의의 적용여부는 입법권을 가진 국회에서 더욱 충실한 논의를 거칠 필요가 있다.

35) 헌법재판소 2018. 5. 31. 2014헌마346 결정, 공보 제260호, 875쪽. : 이 사건은 기존의 헌법재판소 2012. 8. 23. 2008헌마430의 결정을 변경한 사안이다.

36) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 402쪽 : 헌법재판관 이진성, 김이수, 강일원, 이선애, 유남석의 위헌의견.

37) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 402쪽 : 헌법재판관 이진성, 김이수, 강일원, 이선애, 유남석의 위헌의견.

38) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정, 공보 제257호, 402쪽 : 헌법재판관 이진성, 김이수, 강일원, 이선애, 유남석의 위헌의견.

39) 공진성, “출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호”, 공법학연구 제14권 제1호, 한국비교공법학회, 2013, 243쪽.

5. 중간 맺음말

출입국절차 과정에서 구금된 이주민들에 대한 인간의 존엄성을 유지하는 정책의 집행은 필수적이다.⁴⁰⁾ 헌법정신이 반영된 법률을 통한 출입국행정의 통제는 필요하다.⁴¹⁾ 미국의 경우에도 출입국 과정에서 자국민이 아닌 사람에 대한 구금에 대해서도 헌법상 적법절차를 준수하여, 청문의 기회는 충실히 보장하고자 노력하고 있다.⁴²⁾ 미국에서는 출입국관리정책에서 이주민 구금제도의 합헌적인 운영에 많은 주의를 기울이고 있으며, 의회의 입법개선에 주의를 기울이고 있다.⁴³⁾

유럽인권재판소(European Court of Human Rights(ECHR))는 이주민의 구금과 관련한 합법성 심사에서 합리성, 필요성, 적합성, 비례성의 원칙을 적용하고 있다.⁴⁴⁾ 미국의 경우에도 강제구금의 대상이 되는 외국인은 형사범죄혐의자로 제한하는 논의가 있다.⁴⁵⁾ 우리나라는 강제퇴거사유가 너무나 광범위하다. 그런 까닭으로 보호명령이 발부되는 사유 역시 광범위하다. 우리나라의 경우에는 출입국관리법상 ‘보호의 필요성’이나 ‘피보호자의 취약성’을 판단하여서, 보호명령을 발부할 수 있도록 하는 개선방안도 고려된다.

헌법재판소의 반대견해와 학계의 의견이 반영된 출입국관리법 개정(안)이 국회에 계류 중에 있다. 출입국관리법의 개선안과 관련된 자세한 내용을 살펴보면 아래와 같다.

첫째, 강제퇴거 대상자 심사결정을 위해 외국인을 보호하는 경우에는, 출입국관리공무원은 구두 또는 고지문으로 해당 외국인에게 진술거부권, 변호인선임권이 있으며 보호에 대한 이의 신청을 할 수 있음을 알리도록 한다.⁴⁶⁾ 출입국관리법의 고지제도는 상대방이 이해할 수 있도록, 해당 외국인의 이해가 가능한 언어로 고지되어야 할 필요가 있다.⁴⁷⁾

40) Alice Bloomfield, “Alternatives to Detention at a Crossroads : Humanisation or Criminalisation?”, *Refugee Survey Quarterly* Vol. 35 2016, p. 29.

41) Alina Das, “Administrative Constitutionalism in Immigration Law”, *Boston University Law Review* Vol. 98, 2018, p. 539.

42) Whitney Chelgren, “Preventive Detention Distorted : Why It Is Unconstitutional to Detain Immigrants Without Procedural Protections”, *Loyola of Los Angeles Law Review* Vol. 44, 2011, p. 1477.

43) Travis Silva, “Toward a Constitutionalized Theory of Immigration Detention”, *Yale Law & Policy Review* Vol. 31, 2012, p. 273.

44) Galina Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights*, Koninklijke Brill NV, 2010, p. 296.

45) Sarah Gryll, “Immigration Detention Reform : No Band-Aid Desired”, *Emory Law Journal* Vol. 60, 2011, p. 1254.

46) 출입국관리법 일부개정법률안(임종성의원 대표발의, 의안번호 : 5364, 2017. 2. 1. 발의).

47) 하명호, “외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰”, 고려법학 제52권, 고려대학교 법학연

둘째, 강제퇴거 대상의 외국인에 대한 보호 개시와 연장의 경우에는 그 판단을 사법부와 같은 제3의 기관에서 판단할 필요가 있다. 출입국관리법에서 보호의 적법성을 담보하기 위한 실질적인 통제절차를 마련한다.⁴⁸⁾ 예를 든다면, 지방출입국·외국인관서의 장이 강제퇴거명령을 받은 외국인을 보호하고자 할 경우 관할지방법원의 영장을 받도록 한다.⁴⁹⁾

셋째, 보호 개시 결정에 대한 불복을 다룰 수 있는 적부심사방안도 검토된다. 예를 든다면, 보호영장에 따라 보호된 외국인이나 그 법정대리인 등에게 법원에 대하여 보호의 적부심사를 청구할 수 있도록 한다.⁵⁰⁾

V. 맺음말

출입국관리법의 목적인 “대한민국에 입국하거나 대한민국에서 출국하는 외국인의 출입국관리를 통한 안전한 국경관리, 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리”는 필요하다. 이에 못지않게 외국인의 인권을 충실히 보장해야 한다. 우리나라의 사법체계에서 출입국행정은 인신보호법과 행정절차법의 적용을 받지 않는다. 그러므로 출입국관리법은 더욱 헌법에 합치되도록 제정되고 운영되어야 한다. 그럼에도, 출입국관리법 제63조에서는 강제퇴거명령을 받은 외국인을 보호할 때 그 기간에 상한을 두지 않아 신체의 자유를 지나치게 제한한다. 또한 헌법상 적법절차의 원칙에서 파생하는 청문권이 배제되어 있으며, 영장주의도 배제되어 있다.

헌법재판소의 출입국관리법상 강제퇴거제도에 관한 합헌결정이 있었지만, 위헌의견을 밝힌 헌법재판관의 수가 5인이나 된다. 또한 합헌의견에서도 출입국관리법상 강제퇴거제도에 대한 입법적인 개선에 관한 의견을 표시하였다. 국가인권위원회에서도 헌법재판소 결정 이후 출입국관리법의 개정을 권고하는 결정을 내렸다.

국회는 헌법재판소의 결정을 면밀히 검토하여서, 출입국관리법에 관한 입법적인 개선이 필요하다. 입법과정에서는 외국의 비교법 사례와 국제인권법 규정을 충실히 반영할

구원, 2009, 203쪽.

48) 국가인권위원회, 「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 의견표명, 2018.7.26, 12쪽.

49) 출입국관리법 일부개정법률안(임종성 의원 대표발의, 의안번호 : 5364), 2017.2.1. 발의.

50) 출입국관리법 일부개정법률안(임종성 의원 대표발의, 의안번호 : 5364), 2017.2.1. 발의.

필요가 있다.

첫째, 출입국관리법상 보호기간의 상한을 법률에서 명확하게 규정하도록 한다.

둘째, 출입국관리법상 강제퇴거 과정과 보호조치 과정에서는 피보호자의 청문권을 충실히 보장하며, 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하도록 한다.

셋째, 출입국관리법상 보호명령에 영장주의 적용여부를 신중히 검토한다. 강제퇴거명령을 받은 외국인을 보호할 경우에는 영장주의가 적용되도록 하며, 보호영장 발부 후에도 피보호자가 법원의 결정에 따라 구제될 수 있도록 보호의 적부심사와 일시해제 청구가 가능하도록 한다. 사법부의 사전적이고도 사후적인 통제 절차가 마련되어야 한다.

이번 연구가 출입국관리법상 외국인의 헌법상 권리를 보장하는 방향으로 개선되는 방향의 참고자료가 되기를 바란다.

참고문헌

- 공진성, “출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호: 현재 2012. 8. 23. 2008헌마430 결정에 대한 평석”, 공법학연구 제14권 제1호, 한국비교공법학회, 2013, 221-248쪽.
- 김병록, “불법체류 외국인 강제퇴거의 인권 문제”, 법학논총 제17권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2010, 23-52쪽.
- 김재선, “외국인에 관한 출입국행정의 재량행위성과 입법적 통제”, 공법연구 제45집 제2호, 한국공법학회, 2016, 399쪽.
- 김희정, “외국인 ‘보호’기간 형기 미산입 문제의 헌법적 검토-미국 제9순회 항소법원 자발라 사건을 중심으로-”, 공법연구 제46집 제4호, 한국공법학회, 2018, 359-378쪽.
- _____, “행정구금을 실질적 형사구금으로 볼 수 있는 법리의 검토”, 인권법평론 제20호, 전남대학교 법학연구소 공익인권법센터, 2018, 113-135쪽.
- 신희석, “국제법상 신체의 자유에 관한 연구-유엔 자의적 구금 실무그룹(UN WGAD)의 실행을 중심으로-”, 국제법평론 통권 제50호, 국제법평론학회, 2018, 195-219쪽.
- 이근우, “보호인가 구금인가? 출입국관리법상 강제처분 비판”, 비교형사법연구 제14권 제2호, 한국비교형사법학회, 2012, 479-508쪽.
- 이재삼, “출입국관리법상의 외국인에 대한 강제퇴거와 보호에 관한 연구”, 토지공법연구 제59집, 한국토지공법학회, 2012, 245-283쪽.
- 하명호, 외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰, 고려법학 제52권, 고려대학교 법학연구원, 2009, 167-212쪽.
- Alice Bloomfield, “Alternatives to Detention at a Crossroads : Humanisation or Criminalisation?”, *Refugee Survey Quarterly* Vol. 35 2016, pp. 1-18.
- Alina Das, “Administrative Constitutionalism in Immigration Law”, *Boston University Law Review* Vol. 98, 2018, pp. 486-539.
- Anil Kalhan, “Rethinking Immigration Detention”, *Columbia Law Review Sidebar* Vol. 110, 2010, pp. 42-58.
- Carrie Rosenbaum, “Immigration Law’s Due Process Deficit and the Persistence of Plenary Power”, *Berkeley La Raza Law Journal* Vol 28, 2018, pp. 119-156.

- David S. Weissbrodt & Brittany Mitchell, “United Nations Working Group on Arbitrary Detention”, *Human Rights Quarterly* Vol. 38, 2016, pp. 655-705.
- Galina Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights*, Koninklijke Brill NV, 2010, p. 276-296.
- Izabella Majcher, “Clément de Senarclens, Discipline and Punish? Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe”, *AmeriQuests* Vol. 11, No. 2, 2014, pp. 1-24.
- Jared M. Genser and Margaret K. Winterkorn-Meikle, “The Intersection of Politics and International Law : The United Nations Working Group on Arbitrary Detention in Theory and in Practice”, *Columbia Human Rights Law Review* Vol. 39, 2008, pp. 101-169.
- Kimberly R. Hamilton, “Immigrant Detention Centers in the United States and International Human Rights”, *Berkeley La Raza Law Journal* Vol. 21, 2011, pp. 93-132.
- Perna Lal, “Legal and Extra-Legal Challenges to Immigrant Detention”, *Asian American Law Journal*, Vol. 24, 2017, pp. 131-146.
- Robyn Sampson, “Grant Mitchell, Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales”, *Journal on Migration and Human Security* Vol 1 Num 3, 2013, pp. 97-121.
- Sarah Gryll, “Immigration Detention Reform : No Band-Aid Desired”, *Emory Law Journal* Vol. 60, 2011, pp. 1211-1255.
- Travis Silva, “Toward a Constitutionalized Theory of Immigration Detention”, *Yale Law & Policy Review* Vol. 31, 2012, pp. 227-273.
- Whitney Chelgren, “Preventive Detention Distorted : Why It Is Unconstitutional to Detain Immigrants Without Procedural Protections”, *Loyola of Los Angeles Law Review* Vol. 44, 2011, pp. 1477-1528.

국가인권위원회, 「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 의견표명, 2018년 7월 26일.
국회 법제사법위원회, 출입국관리법 일부개정법률안 (임종성의원 대표발의, 제5364호)
검토보고서, 2017년 8월.

출입국관리법 일부개정법률안(박주민의원 대표발의, 의안번호 : 13703, 2018. 5. 23. 발의).
출입국관리법 일부개정법률안(임종성의원 대표발의, 의안번호 : 5364, 2017. 2. 1. 발의).

<헌법재판소, 미국연방대법원 판결>

헌법재판소 2009. 6. 25. 2007헌마451 결정.

헌법재판소 2012. 8. 23. 2008헌마430 결정.

헌법재판소 2013. 7. 25. 2011헌바274 결정.

헌법재판소 2014. 8. 28. 2012헌마686 결정.

헌법재판소 2015. 9. 24. 2012헌바302 결정.

헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정.

헌법재판소 2018. 5. 31. 2014헌마346 결정.

Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678 (2001).

Demore v. Kim, 538 U.S. 510 (2003).

[Abstract]

Unconstitutionality of the Detention of Persons Subject to Deportation Orders on the Immigration Act

Yeo, Gyeong-Su*

This essay analyzes the detention of persons subject to deportation orders on the Immigration Act. The term “detention” means an immigration control official’s enforcement activities taking into custody or impounding a person having reasonable grounds to be suspected of falling under persons subject to deportation. Scholars have drawn attention to the myriad ways in which the lines between criminal enforcement and immigration control have blurred in law and public discourse. In Korea, The direct application of constitutional norms in immigration law has long been stymied by unique doctrinal and institutional barriers.

A foreigner has a status similar to that of a citizens, and therefore, a foreigner is entitled to the basic rights in principle. Although non-national immigrant detainees are not afforded all of the same protections that Korea citizens are, they are protected by the Constitution. Noncitizens are afforded Article 12 of the Constitution procedural due process regardless of their immigration status. These provisions apply not just to those imprisoned as part of the criminal process, but also to those detained due to immigration purposes.

This article considered forced evacuation of aliens and detention. This article reforming the immigration detention system as part of comprehensive immigration reform.

1. Unreasonable long-term Detention violate the rule against excessive restriction, thus infringing upon the physical freedom.
2. Procedural due process requires individualized proceedings to provide adequate notice and a reasonable opportunity to respond to the charges resulting in confinement, while substantive due process requires the government have a legitimate purpose in restricting an individual’s liberty by detaining.

* Assistant professor, Graduate School of Public Administration & Social Welfare of Kyonggi University, Ph.D in Law.

3. Violation of the principle of arrest by warrant under Article 12 Section 3 of the Constitution.

The importance of ensuring that the nation's immigration policy is implemented via "constitutionally permissible means" demand that national assembly consider reforming the immigration detention system as part of comprehensive immigration reform that support the dignity and security of migrants.

[Key Words] Detention, Immigration, The Physical Freedom, Due Process, The Principle of Arrest by Warrant