

출입국관리법상 출국명령의 적법성과 권리구제

-체류허가취소와의 관계를 중심으로-

Legality and Rights Relief of Departure Orders under the Immigration Act

-Focusing on the Relationship with Revocation of Permission of Stay-

이 원 재*
Lee, Won Jae
송 동 수**
Song, Dongsoo

목 차

- | | |
|-----------------|------------------|
| I. 머리말 | IV. 체류허가취소와 출국명령 |
| II. 출국명령 일반론 | V. 맺음말 |
| III. 출국명령과 행정절차 | |

국내 체류 외국인의 증가세에 따라 외국인과의 관련된 근로, 주거, 인권 및 외국인 범죄 등의 사회적 문제가 큰 화두가 되고 있다. 국내 저출산 및 노동력 부족 등의 문제를 외국인의 유입으로 해결해 보고자 하는 사회적 흐름도 존재하지만, 한편으로 이방인들에 대한 다양한 선결문제가 존재함에도 이에 대한 국가·사회적 대응책이 아직은 미흡한 실정이다. 이에 따라 국내 유입된 외국인이 사회에 적응하지 못해 범죄를 저지르거나 다른 사유

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..56.401>

투고일: 2023. 11. 29. / 심사완료일: 2023. 12. 26. / 게재확정일: 2023. 12. 28.

* 주저자: 단국대학교 대학원 법학과 박사과정

Lead Author: Ph.D. Candidate, Department of Law, Graduate School of Dankook University

** 교신저자: 단국대학교 법과대학 교수, 법학박사

Co-Author: Professor, College of Law, Dankook University

등으로 인해 이들을 우리 사회로부터 배제하여야 할 필요성이 발생하게 된다. 이 경우 행정청은 그들에 대해 국외 추방조치를 하게 되는데 강제퇴거와 출국명령이 대표적인 예이다.

한편 국내 체류하는 외국인인 적법한 체류자격을 부여받아 이를 유효하게 유지시켜야 하는데, 다양한 이유로 외국인이 부여받았던 체류자격은 변경·취소되기도 한다. 그런데 외국인은 체류자격이 취소되는 경우 자격을 변경하거나 새로 부여받지 못하게 되면 더 이상 국내에 체류할 수 없게 되고 행정청은 출국명령을 통해 해당 외국인을 본국 등으로 출국시킨다.

이러한 상황에서 행정청이 외국인에 대한 출국명령 등 행정행위를 함에 있어 절차적 규정을 엄격하게 준수하여야 하는지와 이를 준수하지 않은 해당 처분에 대한 유효성 등이 관련 문제로 제기된다. 행정처분에 대한 절차의 준수는 행정의 공정성과 신뢰성 등을 확보하고 상대방의 권익을 보호하기 위한 목적이나, 외국인의 출입국에 관한 사항에까지 이와 같은 절차의 준수가 요구되는지는 의문이기 때문이다.

이에 본 논문에서는 외국인의 출입국에 관한 사항 중 체류허가취소 처분에 있어 행정절차법의 적용이 배제되는지와 해당 처분을 하는 과정에서 법정 절차를 위반한 경우 체류허가취소 처분의 유효성이 인정되는지에 대해 검토하고, 이로 인해 연속하여 행해진 출국명령의 효력을 하자승계의 법리에 따라 검토하였다. 나아가 출입국관리 행정실무에서 혼용되어 사용되고 있는 용어의 문제점을 고찰하였다.

[주제어] 외국인, 출국명령, 체류허가, 체류자격, 하자승계, 체류허가취소, 체류자격취소

I. 머리말

법무부의 최근 통계에 따르면 2022년 기준 국내 체류하는 외국인 수는 약 224만명에 이른다.¹⁾ 이는 통계청이 산정한 우리나라 전체 인구(5,155만명)의 4.3%에 이르는 수치이며 1997년(38만명)에 비해 약 6배가량 증가한 것으로, 등록되지 않은 외국인까지 포함한다면 국내 체류 외국인 수는 이보다 훨씬 상회할 것으로 보인다. 통상 학계에서 이 수치가 5%를 넘으면 다문화 사회로 분류하는데, 외국인의 유입 증가세를 고려할 때 우리나라는 곧 다문화 사회에 진입할 것으로 전망된다. 그리고 이러한 변화에 따라 외국인의 범죄 및 국내 체류와 관련된 다양한 법적 문제점이 부각되고 있으며, 특히 외국인의 국외추방과 관련한 출입국관리 행정은 주권 국가로서의 기능 수행 및 인권 문제 등과 맞물려 중요한 현안이 되고 있다.

1) 법무부, “출입국통계”, <<https://www.moj.go.kr/moj/2412/subview.do>>, 검색일: 2023. 11. 21.

한편 「출입국관리법」에 따르면 출입국관리사무소²⁾는 국내 거주하는 외국인에 대한 국내 체류여부와 그 자격을 결정할 수 있으며, 특히 강제퇴거와 출국명령이라는 외국인의 국외추방과 관련된 처분을 내릴 수 있다. 강제퇴거는 범법행위 등 일정 요건을 갖춘 외국인에 대해 국내 체류를 불허하여 강제로 대한민국 영토 밖으로 송환하는 가장 강력한 행정처분이다(법 제46조). 반면 출국명령은 자기비용으로 자진 출국하는 등 일정 기간 국내 생활을 정리할 수 있는 기간을 부여하여 출국을 명령하는 행정처분이다(법 제68조). 결국 출국명령을 받은 외국인은 출국의무를 부담함에 따라 국내 체류가 불가능해지고, 해당 외국인이 국내 체류를 위해 부여받았던 체류자격 등은 상실된다.

그런데 이러한 출국명령을 하는 경우 외국인에 대한 체류허가취소 선행 여부가 문제가 될 수 있다. 이에 대하여 법무부는 “출국명령의 법적 효과가 체류자격의 소멸 또는 상실을 전제하고 있는바, 동 처분에 앞서 체류허가취소가 반드시 선행되어야 하는 것은 아니다. 다만, 법 제68조 제1항 제3호에 의해 체류허가 등이 취소된 사람에 대한 출국명령을 하는 경우에는 사전에 체류허가취소 처분이 선행적으로 이루어져야 한다.”라고 견해를 밝히고 있다.³⁾ 더 나아가 법무부는 “출입국관리법 제68조 제1항 제3호 이외의 사유로 출국명령을 하는 경우, 출국명령과 체류허가는 양립불가능함에 따라 출국명령 처분을 받은 외국인에 대하여 행정청이 사전적 또는 사후적으로 체류자격 취소를 해야 할 법률적 의무가 있는 것은 아니나, 행정청이 체류허가 취소의사를 보다 명확히 하기 위하여 출국명령 후 체류허가취소 통지서를 교부하는 경우도 있다.”라는 매우 모호한 입장을 취하고 있다.⁴⁾

결국, 외국인에 대하여 법 제68조 제1항 제3호에 의해 체류허가취소를 이유로 출국명령을 하는 경우, 출입국관리공무원은 출국명령에 앞서 외국인의 체류자격(체류허

2) 출입국관리사무소에서 제공하는 행정서비스를 국민들이 쉽게 알 수 있도록 하기 위하여 출입국관리사무소 중 인천공항출입국관리사무소 등 6개의 출입국관리사무소를 출입국·외국인청으로, 서울남부출입국관리사무소 등 13개의 출입국관리사무소를 출입국·외국인사무소로 각각 개편하였다(법무부와 그 소속기관 직제, 대통령령 제28870호, 2018. 5. 8. 일부개정). 이하에서는 출입국·외국인 정책본부 및 그 산하 각 출입국·외국인청과 지방 출입국·외국인사무소에 대해 구분할 필요가 있는 경우를 제외하고는 이를 통칭하여 ‘출입국관리사무소’라 한다.

3) 법무부 출입국 외국인정책본부 출입국정책단 체류관리과(출국명령과 체류허가취소의 상관성에 관한 2023. 7. 18. 법무부 회신내용; 처리기관 접수번호 2AA-2306-1058601).

4) 법무부 출입국 외국인정책본부 출입국정책단 체류관리과(출국명령과 체류허가취소의 상관성에 관한 2023. 11. 10. 법무부 회신내용; 처리기관 접수번호 2AA-2310-0421444).

가)에 대한 취소처분을 하여야 하고, 이에 따라 해당 외국인에게 출입국관리법 시행규칙 [별지 제45호 서식]에서 정한 체류허가취소 통지서를 발급한다.

이때 외국인의 국내 체류를 금지하는 공적 처분인 체류허가취소를 함에 있어서는 일정한 절차준수가 요구됨에 따라 「행정절차법」이 정한 사전통지·의견청취 및 처분 결과에 대한 문서통지 등의 절차를 거쳐야 하는지가 문제가 된다. 더 나아가 이에 대한 체류허가취소의 절차적 하자가 있는 경우 이를 이유로 후행처분인 출국명령을 취소할 수 있는지도 후속적 문제로 제기된다.⁵⁾

따라서 이하에서는 체류허가취소에 「행정절차법」이 적용될 수 있는지에 대해 검토한 후, 체류허가취소가 사전통지·청문·문서통지 등의 절차를 갖추지 않은 경우 그와 같은 체류허가취소의 절차적 하자를 이유로 출국명령의 효력마저 부인할 수 있는지에 대해 검토해 보고자 한다. 나아가 출입국관리행정 등 실무에서 혼용되고 있는 용어의 문제점에 대해서도 검토하고자 한다.

II. 출국명령 일반론

1. 개념

「출입국관리법」 제68조가 규정하고 있는 출국명령이란 강제퇴거 사유에 해당하거나 법령을 위반한 외국인에 대하여 자진하여 출국할 것을 명령하는 행정처분을 말한다.⁶⁾ 출국명령은 법 위반 정도가 경미한 범주에 속하거나 체류허가 등이 취소되어 출국에 필요한 준비가 요구되는 경우, 보다 강력한 처분인 강제퇴거 및 보호의 절차를 거치지 않고 용의자(외국인)에게 자발적으로 출국할 것을 명령하는 행정행위로서 작위의무를 명하는 하명에 해당한다.

5) 사실상 출입국관리 실무에서는, 체류허가취소와 출국명령이 외국인에 대한 사범조사 과정에서 같은날 동시에 이루어지는 경우가 대부분이어서, 체류허가취소에 대한 이와 같은 절차적 하자의 문제가 빈번하게 발생하고 있다.

6) 이철우/이희정 외 9인, 이민법, 박영사, 2017, 218쪽.

2. 요건

「출입국관리법」 제68조는 출국명령 요건에 대하여, ① 강제퇴거 사유에 해당되거나 자기비용으로 자진 출국하려는 사람, ② 출국권고를 받고도 출국하지 아니한 사람, ③ 각종 허가 등이 취소된 사람, ④ 영주자격이 취소된 사람 중 일반체류자격을 부여 받지 못한 사람, ⑤ 과태료 처분 후 출국조치가 인정되는 사람, ⑥ 통고처분 후 출국조치하는 것이 타당하다고 인정되는 사람에게 출국명령을 할 수 있다.

강제퇴거 대상자가 대한민국에서의 생활 관계를 정리할 시간을 확보하거나 강제퇴거명령에 부가되는 재입국 제한을 회피·경감하기 위하여 자기비용으로 자진하여 출국할 의사를 표명할 경우 행정청은 이 점을 고려하여 강제퇴거명령 대신 출국명령을 할 수 있는데,⁷⁾ 이러한 사례가 가장 빈번하게 발생하고 있다.

3. 절차

「출입국관리법」에 따르면 출국명령을 하는 경우 지방출입국·외국인관서의 장은 출국명령서를 발급하여야 한다(제68조 제2항). 이때 출입국관리공무원은 법 제47조에 따라 출입국사범에 대한 조사를 실시한 후 출국명령을 결정하게 된다.

그리고 출국명령서를 발급할 때에는 출국기한을 정하고 주거제한 등의 조건을 붙이거나, 필요한 경우 이행보증금을 예치하게 할 수 있다(제68조 제3항). 즉, 지방출입국·외국인관서의 장이 출국명령서를 발급할 때에는 용의자의 출국을 담보하기 위하여 조건을 붙일 수 있는데, 이에는 필요조건과 임의조건이 있다. 필요조건은 시행규칙 제65조 제1항에서 규정하고 있는 출국기한인데, 그 기한은 출국명령서 발급일로부터 30일 이내이다. 임의조건으로는 용의자가 출국할 때까지 용의자의 활동을 적정하게 제한하기 위하여 주거 및 행동의 범위 등을 일정하게 제한하는 것이다. 그리고 행동의 범위를 제한할 때 고려될 수 있는 것으로는 취업의 금지 또는 체류지역 제한이 있을 수 있다.⁸⁾

한편, 지방출입국·외국인관서의 장은 출국명령을 받고도 지정한 기한까지 출국하지 아니하거나 붙인 조건을 위반한 사람에게는 지체 없이 강제퇴거명령서를 발급하

7) 이철우/이희정 외 9인, 위의 책, 218쪽.

8) 이하룡, 외국인 근로자와 외국적 동포 상담이론과 실무, 박문각, 2014, 343쪽.

여야 하며, 그 예치된 이행보증금의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시킬 수 있다(제68조 제4항).

4. 강제퇴거와의 비교

국내에 적법하게 체류하는 외국인에 대한 체류자격을 박탈하여 국외로 추방하는 조치에는 대표적으로 강제퇴거(제46조)와 출국명령(제68조)이 있다. 강제퇴거란 국가가 법을 위반하였거나 국가의 안전이나 이익을 해할 우려가 있는 외국인에 대하여 대한민국 영토 밖으로 강제출국 시키는 것을 말한다.⁹⁾ 강제퇴거는 행정법상 행정청의 명령에 의한 직접강제로 볼 수 있으나, 즉시강제로서의 성격을 가진다고 할 수도 있다.¹⁰⁾

반면, 출국명령은 강제퇴거와 달리 ‘자발적 출국’이라는 특수한 성질을 가진다. 즉, 강제퇴거명령을 받은 사람은 처분을 받는 즉시 대한민국에서 퇴거하여야 하는 의무를 지고 외국인보호소 등에 인치되는 수동적 지위에 있게 된다. 그러나 출국명령의 경우에는 처분과 함께 출입국 공무원이 출국일을 지정하고 상대방(외국인)은 해당 날짜에 항공권 발권 등의 출국 방법을 자신 비용으로 마련하여 원칙적으로 출국일까지 신체에 대한 자유의 제한 없이 대한민국에서의 생활을 자유롭게 정리할 수 있는 능동적인 지위에 있게 된다. 두 처분 모두는 국내에 체류 중인 외국인을 국외로 추방하는 효과가 있지만, 강제퇴거와 출국명령은 보호 여부, 권리구제 방법 등에서 차이를 나타낸다.

4.1 보호 여부

「출입국관리법」에 강제퇴거의 요건은 출국명령보다 세부적으로 규정되어 있다. 이는 강제퇴거가 출국명령보다 국외로 추방하여야 할 필요성이 더 큰 경우를 가정하고 있기 때문이다.

그러나 두 처분의 가장 큰 차이는 ‘보호’ 여부이다. 보호는 형사절차상의 구속과

9) 전영순/김경제, “외국인 강제퇴거 절차의 개선방안”, 유럽헌법연구 제31호, 유럽헌법학회, 2019, 341쪽.

10) 박균성, 행정법강의, 박영사, 2018, 387쪽; 이재삼, “출입국관리법상의 외국인에 대한 강제퇴거와 보호에 관한 연구”, 토지공법연구 제59집, 한국토지공법학회, 2012, 254쪽.

마찬가지로 대상자의 의사에 반해 신체의 자유를 박탈하는 행정절차상 인신구속이다.¹¹⁾ 이처럼 ‘보호’ 제도는 일상적인 ‘보호’라는 말의 뜻이 미치지 않는 명칭으로서 수용 또는 구금의 실질을 갖는다.¹²⁾ 즉, 강제퇴거명령을 받은 외국인은 외국인보호소나 출입국사무소 보호실에 보호되어 신체의 자유가 제한되는데, 보호 기간에 대하여 「출입국관리법」 제63조는 보호 기간의 상한을 정하고 있지 않다. 생각건대 보호라는 이름으로 상한을 정하지 않은 이와 같은 사실상의 무기한 구금은 ‘절대적부정기형 금지’에 위배된다. 그러므로 「출입국관리법」은 외국인에 대한 보호의 필요성이 인정된다고 하더라도 보호 기간의 상한을 정하여야 한다.¹³⁾¹⁴⁾ 반면, 출국명령의 경우 외국인보호소 등에 보호하는 절차를 두지 않고 있어, 출국명령을 받은 외국인은 지정된 출국일까지 자유롭게 국내에서의 생활 관계를 정리할 수 있게 된다.

한편 두 처분 모두 국외로 추방하는 조치에 해당하지만, 향후 추방된 외국인이 국내에 다시 입국하고자 하는 경우에도 커다란 차이가 있다. 출국명령에 비해 강제퇴거명령을 받은 외국인이 그 원인이 된 사유가 중대하다는 점에 기초하여 국내 재입국 금지기간이 보다 장기로 부여되거나 영구적으로 재입국이 금지된다. 이에 따라 상대방(외국인)은 국외추방이 예상되는 경우, 신체적 자유가 제한되고 국내 재입국이 사실상 장기화되거나 불가능한 강제퇴거 대신 출국명령을 받기를 희망한다. 출입국공무원 역시 해당 외국인이 중대한 국외추방 사유를 가지지 않은 이상 인도적 사유 및 출국 비용의 문제 등 여러 사정을 고려하여 되도록 해당 외국인에게 자발적 출국이 가능한 출국명령을 하게 된다.

11) 공진성, “출입국관리법상 ‘보호’와 외국인의 신체의 자유”, 법과정책연구 제20집 제4호, 한국법정책학회, 2020, 287쪽.

12) 이근우, “보호인가, 구금인가? -출입국관리법상 강제처분 비판-”, 비교형사법연구 제14권 제2호, 한국비교형사법학회, 2012, 487쪽.

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

14) 헌법재판소는 2023년 3월 23일 재판관 6:3의 의견으로, 강제퇴거명령을 받은 사람을 보호할 수 있도록 하면서 보호 기간의 상한을 마련하지 아니한 출입국관리법 제63조 제1항이 과잉금지원칙 및 적법절차원칙에 위배되어 피보호자의 신체의 자유를 침해하는 것으로, 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 하였다(헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2020헌가1, 2021헌가10 결정, 출입국관리법 제63조 제1항 위헌 제정).

4.2 권리구제 방법

강제퇴거명령에 불복하여 다투는 방법으로는 이의신청을 통해 기존 처분의 취소나 변경을 구하는 방법과 강제퇴거명령의 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 방법을 들 수 있다. 「출입국관리법」상 두 가지 이의신청이 가능한데 하나는 제55조 제1항에 따른 ‘보호’에 대한 이의신청이고, 다른 하나는 제60조 제1항에 근거한 강제퇴거명령에 대한 이의신청이다. 이들 모두는 행정심판의 적용을 배제하는 조항이 존재하지 않고, 실무상 이의신청 이후에 행정심판이나 행정소송을 통한 권리구제로 나아간다는 점을 비추어 보면, 이의신청은 행정심판이나 특별행정심판이 아닌 기타 불복 제도에 해당한다고 해석된다.¹⁵⁾

반면, 출국명령에 대해서는 별도로 이의를 제기하는 절차가 존재하지 않음에 따라 처분의 적법성을 다투기 위해서는 행정심판 또는 행정소송에 의하여야 한다.¹⁶⁾ 이때 행정소송을 제기한 외국인은 강제퇴거 처분을 받은 외국인처럼 외국인보호소에 인치되지 않으므로 소송이 진행되는 동안 국내에 체류할 수 있는 체류자격으로 변경하거나, 출국 기간 유예 처분을 받는 방법으로 정상적인 체류가 가능하게 된다. 다만 출입국사무소 등이 소송을 위한 체류자격을 부여하지 않거나 출국 기간 유예 처분을 하지 않는 경우, 해당 외국인은 법원에 출국명령에 대한 집행정지를 구해야 한다.

5. 출국권고와의 비교

출국권고란 경미한 법 위반에 대하여 외국인에게 자진하여 출국할 것을 권고하는 것이다. ‘권고’라는 표현을 사용하고 있으나 단순한 행정지도(행정절차법 제2조 제3호), 즉 상대방의 임의적 협력을 전제로 지도·권고·조언하는 것에 그치는 것은 아니다. 출국권고를 이행하지 아니하면 출국명령(법 제68조 제1항 제2호)을 받게 되므로, 출국권고의 이행은 법적으로 강제되고 있다. 따라서 출국권고 역시 출국명령과 마찬가지로 출국할 의무를 부과하는 행정행위로서 하명에 해당한다.¹⁷⁾

15) 김지영, “「출입국관리법」 및 「난민법」상 이의신청 개선을 위한 법·정책적 연구”, 법과 정책연구 제21집 제3호, 한국법정책학회, 2021, 74쪽.

16) 강제퇴거명령서(출입국관리법 시행규칙 별지 제110호 서식)에는 이의신청은 물론 행정심판·행정소송이 가능하다는 기재가 있는 반면, 출국명령서(출입국관리법 시행규칙 제123호 서식)에는 행정심판·행정소송에 대한 기재만이 있을 뿐이다.

출국명령과 출국권고는 모두 외국인에게 자진하여 출국할 것을 명하는 재량적 행정행위로서 모두 문서로 처분 사실을 상대방에게 통지하여야 한다. 그러나 출국권고는 출국명령에 비해 출국사유가 경미한 경우에 이루어진다. 즉, 출국권고는 외국인이 체류기간 및 체류자격별 활동 범위를 비교적 경미하게 위반한 경우(10일 이내의 기간)와 기타 법무부장관이 출국권고의 필요성을 인정하는 경우에 이루어진다. 또한 출국권고는 출국권고서 발급일로부터 5일 이내 출국할 것을 요건으로 한다는 점에서 출국명령과 차이를 나타낸다.

III. 출국명령과 행정절차

1. 행정절차법상 행정절차의 적용과 제외

「행정절차법」 제3조 제2항은 행정절차법의 적용 제외 사항을 정하고 있다. 그 중 동항 제9호는 “... 외국인의 출입국·난민인정·귀화...”를 포함시키고 있어 ‘외국인의 출입국에 관한 사항’을 「행정절차법」의 적용 제외 사유로 들고 있다. 그리고 「행정절차법 시행령」 제2조는 “행정절차법 제3조 제2항 제9호에서 ‘대통령령으로 정하는 사항’이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 말한다”고 하면서, 제2호에서 “외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항”이라고 정하고 있는바, 이를 종합하면 ‘외국인의 출입국에 관한 사항’은 「행정절차법」의 적용 제외 대상이 된다.

그러나 이에 대해 대법원은 ‘외국인의 출입국에 관한 사항’이라 하더라도 「행정절차법」의 적용이 당연히 부정되는 것은 아니라는 입장이다. 대법원은 “관련 규정들의 내용을 행정의 공정성·투명성·신뢰성을 확보하고 처분 상대방의 권익보호를 목적으로 하는 행정절차법의 입법 목적에 비추어 보면, 행정절차법의 적용이 배제되는 ‘외국인의 출입국에 관한 사항’이란 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항이나 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 행정절차법 시행령으로 정하는 사항만을 가리킨다고 보아야 하고, ‘외국인의 출입국에 관한 사항’이라고 하여 행정절차를 거칠 필요가 당연히 부정되는 것은 아니

17) 이철우/이희정 외 9인, 앞의 책, 220쪽.

다.”라고 판시하고 있다.¹⁸⁾ 즉, ‘외국인의 출입국’ 관련 사항에 「행정절차법」의 적용이 당연히 배제된다고 보고 있지는 않다.¹⁹⁾

「행정절차법」 적용 제외 사항에 대한 이와 같은 대법원의 해석은 특정 행정영역에 절차적 보장을 무조건적으로 배제하는데 동 규정의 취지가 있는 것은 아니며, ‘성질상 행정절차를 거치지 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항’에 방점을 두어 해석하여야 함을 강조하는 것으로 볼 수 있다.²⁰⁾

이와 같은 대법원의 규범해석은 타당하다고 판단된다. 적법절차의 원칙은 형사절차뿐 아니라 개인에게 부담을 주는 행정절차에서도 준수되어야 하므로, 헌법상 보장되는 적법절차에는 행정절차 역시 포함되어야 한다.²¹⁾ 이는 국민에게 부담을 주는 불이익처분에도 헌법상 적법절차의 원칙이 일반적으로 적용되어야 한다는 의미이기도 하다.²²⁾ 외국인의 출입국에 관한 사항은 개인에게 부담을 주는 행정행위임에도 「행정절차법」상의 행정절차를 일률적으로 배제하는 것은 개인적 권리보호에 취약할 뿐 아니라, 행정의 합목적성과 합법률성 및 효율성 등을 고려할 때 적절하지 않기 때문이다.

따라서 비록 「행정절차법」에는 적용 제외 사항으로 ‘외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항’이 포함되어 있지만, 외국인의 출입국과 관련된 사항을 일률적으로 ‘행정절차의 준수가 곤란·불요한 경우 및 이에 준하는 절차를 거친 경우’로 볼 수 없고, 외국인의 출입국과 관련한 처분은 개인에게 의무를 부과하는 조치라는 점에서 특별한 경우를 제외하고는 「행정절차법」 적용이 배제된다고 보아서는 안된다.²³⁾

18) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결 등.

19) 과거 하급심 판단 중에는 ‘외국인의 출입국에 관한 사항’은 행정절차법의 적용 대상이 아니라고 본 판결도 있다(서울행정법원 2008. 4. 16. 자 2007구합24500 결정).

20) 이철우/이희정 외 9인, 위의 책, 113쪽.

21) 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010두12347 전원합의체 판결.

22) 정의석/장운영, “행정절차법상 사전통지와 의견청취의 예외사유-대법원 2020. 7. 23. 선고 2017두66602 판결”, 경희법학 제56권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2021, 519쪽.

23) 다만, 대법원은 귀화에 대하여는 행정절차법의 적용을 배제하고 있다(대법원 2018. 12. 13. 선고 2016두31616 판결).

2. 출국명령과 체류허가취소에 대한 행정절차법의 적용

2.1 사전통지

「행정절차법」 제21조는 ‘당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분’을 하는 경우, 처분의 제목과 내용 및 의견제출기한 등을 사전에 통지하여야 한다고 정하고 있다.

그런데 출국명령은 외국인의 체류허가와 양립할 수 없다는 것이 법무부의 해석임에 따라 출국명령을 통해 이와 양립 불가능한 외국인의 국내 체류자격(체류허가)은 자동으로 소멸된다. 출국명령을 받은 사람은 국내에 체류할 수 없게 되어 출국의무를 가지게 되고, 체류허가가 취소된 사람은 새로운 체류자격을 부여받아야 하거나 출국의무를 부담하게 되므로 이는 모두 ‘당사자에게 의무를 부과’하는 처분이 된다.

따라서 「출입국관리법」 제68조에 기초하여 외국인에게 출국명령을 하는 경우 또는 제89조에 의해 외국인에 대한 체류허가를 취소하는 경우, 행정청은 처분의 제목·당사자의 성명·처분의 내용 및 법적 근거 등 「행정절차법」 제21조에서 정한 사항을 당사자에게 사전통지 하여야 한다.

2.2 청문

「행정절차법」 제22조 제1항은 ‘신분·자격의 박탈의 경우 청문을 한다’고 규정하고 있다. 체류허가취소는 외국인이 국내에 적법하게 체류할 수 있는 자격을 박탈당하는 것으로 볼 수 있고, 이에 따라 「행정절차법」 제22조가 정한 ‘신분·자격의 박탈’에 해당한다. 이에 따라 행정청은 체류허가를 취소하는 경우 필요적으로 청문을 하여야 한다.

2.3 이유제시

「행정절차법」 제23조는 행정청이 처분을 할 때에 원칙적으로 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 하고 있다. 「행정절차법」이 규정하는 절차준수의 필요성은 출입국관리 행정에 부여된 폭넓은 재량을 고려할 때 더욱 엄격하게 요구된다.²⁴⁾ 또한

행정처분에 있어 이유제시가 가지는 주요 기능은 설득 기능이라 할 수 있고 이를 통해 상대방은 행정처분을 수용할 가능성이 높아진다는 점에서, 외국인에 대하여 하는 각종 출입국행정상 처분에 대하여도 그 이유를 제시하는 것이 바람직하다. 특히 이유제시는 행정청이 법적 이유와 근거에 기초해 처분을 하는 과정에 더 책임 있는 태도로 접근하게 하고, 이를 통해 스스로 처분에 대한 타당성이나 합리성을 확인·검증할 수 있어 행정오류를 줄이고 행정 효율을 높일 수 있게 된다는 장점이 있다.²⁵⁾

2.4 문서통지

「행정절차법」 제24조는 특별한 경우를 제외하고는 행정청은 처분을 문서로서 하여야 한다고 정하고 있다. 이에 대해 대법원은 “행정청이 처분을 하는 경우 특별히 예외적인 경우를 제외하고는 행정절차법 제24조에 따라 문서로 하여야 한다고 판단하면서, 해당 규정은 처분 내용의 명확성을 확보하고 처분 상대방의 권익을 보호하기 위한 것이므로 이를 위반한 처분은 중대·명백한 하자로서 무효이다.”라고 판시한 바 있다.²⁶⁾

2.5 소결

「출입국관리법」과 「행정절차법」에 대한 법원의 해석을 종합해 보면 외국인의 출입국에 관한 사항에 있어 「행정절차법」이 정한 절차의 준수를 배제하고 있지 않음을 알 수 있다. 따라서 행정청은 외국인에 대한 출국명령 및 체류허가취소 등을 함에 있어 「행정절차법」 제21조 내지 제24조가 정한 사전통지, 청문 및 문서통지 등의 절차를 준수하여야 한다.

대법원은 역시 “행정청이 상대방에게 의무부과 또는 권익제한과 같은 침해적 처분을 하는 경우에는 행정절차법에 따른 사전통지와 의견제출 기회를 보장해야 하며, 처분 상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의 사전통지 이전에

24) 출입국관리 행정에 부여된 폭넓은 재량으로 인해, 이에 대한 일탈·남용에 관한 각종 소송이 제기되고 인용되는 사례가 적지 않다는 사정은 출입국관리 행정처분의 신중과 절차준수가 더욱 요구되는 이유가 된다.

25) 이철우/이희정 외 9인, 앞의 책, 113쪽.

26) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결.

의견을 진술할 기회가 있었다는 사정만을 고려하여 판단할 것은 아니다.”라는 취지의 판결을 한 바 있다.²⁷⁾

결국 「출입국관리법」에 따라 외국인을 조사하는 과정에서 언어와 국내법 등에 익숙하지 않은 외국인이 출국명령에 해당하는 위반 사실을 시인하고 이에 동의하는 의견을 진술하였다 하더라도, 이러한 사정만으로는 사전통지 및 의견청취에 대한 예외가 될 수 없다. 출국명령 및 체류허가취소 등에 있어 「행정절차법」이 정한 사전통지, 청문, 문서통지 등의 절차는 엄격하게 준수되어야 할 것이다.

IV. 체류허가취소와 출국명령

1. 문제 제기

「출입국관리법」 제68조 제1항 제3호에 의한 출국명령은 국내 체류자격이 취소된 외국인에 대하여 국내 체류를 불허하고 국외로 추방하는 것을 의미한다. 출국명령이 발령되면, 상대방(외국인)은 국내에 체류할 수 없게 되고 이에 따라 국내 체류자격은 취소된다. 이에 대해 법무부가 ‘출국명령과 체류허가는 양립할 수 없고 양립 불가능한 행정행위의 취소는 명시적, 묵시적으로 가능하므로 출국명령이나 강제퇴거명령 처분을 받은 외국인에 대하여 행정청이 사전적 또는 사후적으로 체류자격 취소를 해야 할 법률적 의무가 있는 것은 아니다. 다만 행정청이 체류허가취소 의사를 보다 명확히 하기 위하여 체류허가취소 통지서를 교부하는 경우도 있다.’고 해석하고 있음은 이미 살펴본 바와 같다.

특히 「출입국관리법」 제68조 제1항 제3호(제89조에 따라 각종 허가 등이 취소된 사람)에 따른 출국명령을 하는 경우, 출국명령에 앞서 법 제89조에 따라 해당 외국인에 대한 체류허가를 취소하여야 하고, 행정청은 해당 외국인에게 그와 같은 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하여야 한다. 또한 행정청은 체류허가취소를 하기 전에 앞서 상대방(외국인)에게 변명과 유리한 자료를 제출할 실질적 기회를 부여하여야 한다.

그러나 출국명령을 하면서 이와는 양립할 수 없는 체류허가취소 처분을 별도로

27) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두41811 판결.

하여야 하는지, 나아가 행정청은 유사한 목적의 두 처분을 하면서 「행정절차법」이 정한 사전통지, 청문, 문서통지 등의 절차를 반복해 거쳐야 하는지가 문제된다. 따라서 이하에서는 체류허가취소를 함에 있어 사전통지, 청문, 문서통지의 절차가 필요한지와 절차가 해태된 경우 이를 이유로 출국명령까지 취소할 수 있는지에 대하여 검토하기로 한다.

2. 외국인의 입·출국과 체류

2.1 외국인의 입국

물리적 차원의 입국은 물리적 국경을 이월하는 행위라고 볼 수 있다. 「출입국관리법」은 국민의 입국이라는 표제하에 ‘대한민국 밖의 지역으로부터 대한민국으로 입국’하는 것을 입국이라 약칭하고 있다(제6조). 한편 「출입국관리법」상 입국의 개념은 물리적인 국경의 이월 행위, 즉 국가의 영역 외로부터 영역 내로 진입하는 행위뿐 아니라 그에 대한 심사와 허용이라는 규범적 판단의 절차를 거치는 경우를 지칭하는 것으로 사용되는 때도 있다.²⁸⁾

2.2 사증과 체류자격 및 체류허가

2.2.1 사증

사증(VISA)이란 사증 발급 신청인의 여권이 그 국적 국가의 정부기관에서 합법적으로 발급된 유효한 여권임을 확인하고, 사증 발급 신청의 사유와 사증 발급에 요구되는 기준에 의하여 입국하려는 국가에서 입국·체류하는 것이 상당함을 확인하여 출입국항만 등에서 출입국관리 공무원의 입국심사를 받도록 허가한 문서를 말한다. 사증의 본래적 개념은 일종의 배서 또는 확인을 의미하지만, 각 국가의 정책에 따라 그 의미는 다양하게 나타난다. 대표적으로 외국인이 그 나라에 입국할 수 있음을 인정하는 ‘입국허가 확인’의 의미와 외국인의 입국허가 신청에 대한 영사의 ‘입국추천행위’의 의미로 보고 있는 국가로 구분되고 있다. 우리나라는 후자의 의미, 즉 ‘외국인의 입국허가 신청에 대한 영사의 입국추천행위’로 사증을 이해하고 있다. 따라서

28) 이현수, “외국인 입국규제의 공법적 쟁점”, 공법연구 제44집 제1호, 한국공법학회, 2015, 621쪽.

외국인이 사증을 소지한 경우에도 출입국관리사무소 심사관의 입국심사 결과 입국허가 요건에 부합하지 아니한 경우 입국을 허가하지 않을 수도 있게 된다.²⁹⁾

2.2.2 체류자격

체류자격이란 외국인이 국내에서 머물면서 일정한 활동을 할 수 있는 법적 지위를 유형화한 것으로, 그에 따라 일정한 권리를 부여받고 의무를 부담하는 「출입국관리법」에서 정한 자격을 말한다.³⁰⁾ 외국인은 사증 발급이 면제되는 경우와 대한민국에서 출생한 외국인을 제외하고 원칙적으로 입국 전 사증 발급 시에 체류자격을 부여받고,³¹⁾ 이 중 장기체류외국인(90일 초과)은 국내에 입국하여 출입국관리사무소에서 외국인등록을 하게 된다. 따라서 외국인의 입국과 관련하여 발급되는 사증과 외국인이 국내에서 활동할 수 있는 법적 지위를 의미하는 체류자격은 개념상 서로 다른 것이며 양자는 명확히 구별된다. 「출입국관리법 시행령」은 체류자격 해당 여부를 유효한 여권 소지 여부, 입국금지 대상 여부와 함께 사증 발급의 요건의 하나로 규정하고 있고(제7조), 법원 역시 체류자격에 관한 사항을 사증의 필수적 기재 사항으로 해석하고 있다.³²⁾ 다만, 「출입국관리법」 제7조 제2항에 따라 재입국허가를 받은 사람이나 사증면제협정을 체결한 국가의 국민이 입국하는 경우, 사증을 발급받지 않아도 체류자격이 부여된다.

2.2.3 체류허가

외국인의 신청에 의해 재외공관에서 사증을 발급하는 경우, 사증에는 체류자격과 체류기간 등 필요한 사항을 적어야 한다.³³⁾ 즉, 「출입국관리법」상 사증의 규율 내용에 체류허가의 규율 내용이라 할 체류자격과 체류기간이 포함되어 있고 사증과 별도로 체류허가를 명시적으로 부여하는 것은 아니다. 그리하여 출입국관리 행정실무에서 일반적으로 ‘체류허가’를 체류자격 외 활동허가(법 제20조), 근무처 변경·추가

29) 하이코리아, “출입국·체류안내”, 2021. 4. 13, <https://www.hikorea.go.kr/info/InfoDetail.pt?CAT_SEQ=144&PARENT_ID=11>, 검색일: 2023. 11. 21. 하이코리아(<http://www.hikorea.go.kr>)는 대한민국을 찾는 외국인이 필요한 정보를 하나의 창구로 제공하기 위하여 법무부, 산업통상자원부, 고용노동부가 공동으로 구축한 외국인을 위한 전자정부의 대표 사이트이다.

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

31) 이철우/이희정 외 9인, 앞의 책, 127쪽.

32) 서울행정법원 2016. 9. 30. 선고 2015구합77189 판결.

33) 출입국관리법 시행령 제7조 제1항.

허가(법 제21조), 대한민국에서 출생한 자 등에 대한 체류자격 부여(법 제23조), 체류자격 변경허가(법 제24조), 체류기간 연장허가(법 제25조) 등 외국인이 입국한 이후 그의 체류자격이나 기간을 규율하는 결정을 지칭하는 광의적 개념으로 사용하고 있다.³⁴⁾

사증 발급의 기준과 절차는 「출입국관리법」 제8조 제3항에서 법무부령으로 정하도록 하였고, 「출입국관리법 시행령」 제7조 제1항은 사증을 발급받으려는 외국인이 사증 발급 신청서에 법무부령으로 정하는 서류를 첨부하여 법무부장관에게 제출하도록 규정하고 있다. 사증발급 신청에 따라 해당 소관청은 「출입국관리법 시행규칙」 제9조의2에서 정한 기준에 따라 이를 심사한다. 한편, 법무부는 사증발급과 관련된 구체적인 사항을 정한 ‘사증 발급 안내 메뉴얼’³⁵⁾을 사용하고 있는데, 이에 대해 헌법재판소는 출입국업무와 관련한 이해를 돕기 위해 작성·공표한 것으로서 행정기관 내부의 사무처리 기준을 정리해 편의를 위해 국민과 외국인에게 알려주는 것에 불과해 대외적 구속력이 없다고 보고 있다.³⁶⁾

2.3 외국인의 출국

외국인에게 입국의 자유는 인정되지 않지만, 출국의 자유는 인정된다. 유효한 여권을 가지고 출국하는 이상 절차적으로 출입국항만 등에서 출입국관리 공무원의 출국 심사를 받아야 할 뿐이다. 외국인은 원칙적으로 출국할 권리가 있으나, 범죄수사·형사재판 중이거나 납세의무를 이행하지 않는 등의 경우에는 예외적으로 일정한 기간 동안 출국이 제한될 수 있다. 이를 외국인에 대한 출국정지라고 하는데 국민에 대한 출국금지에 상응하는 것이다.³⁷⁾

34) 이철우/이희정 외 9인, 앞의 책, 97쪽.

35) 하이코리아, “출입국·체류안내”, 2021. 4. 13, <https://www.hikorea.go.kr/info/InfoDatail.pt?CAT_SEQ=144&PARENT_ID=11>, 검색일: 2023. 11. 21.

36) 헌법재판소 2014. 6. 17. 선고 2014헌마335 결정.

37) 이철우/이희정 외 9인, 앞의 책, 192쪽.

3. 체류자격취소와 체류허가취소

3.1 용어의 불명확성

출입국관리 행정실무에서는 외국인의 국내 체류자격을 취소하는 처분에 대하여 ‘체류허가취소’ 또는 ‘체류자격취소’라는 용어를 사용하고 있다. 출입국관리사무소는 체류자격을 취소하는 경우 ‘체류허가취소 통지서’를 당사자에게 교부하고 있어 ‘체류허가취소’라는 용어를 보통 사용하고 있다.³⁸⁾ 이에 반해 법원의 판결 등에서는 ‘체류허가취소’라는 용어보다 ‘체류자격취소’라는 용어가 일반적으로 사용되고 있다.³⁹⁾

그런데 ‘체류허가취소’ 또는 ‘체류자격취소’라는 용어를 사용하기 위해서는 행정행위로서 선행되는 ‘체류허가처분’ 또는 ‘체류자격부여처분’이 존재하여야 할 것이다. 「행정소송법」 제2조는 “처분 등이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.”고 정하고 있다. 그리고 행정행위의 취소란 일단 유효하게 효력이 발생한 행정행위를 그 성립의 하자를 이유로 권한 있는 기관이 그 법률상 효력을 원칙적으로 행위시에 소급하여 소멸시키는 독립된 행정행위를 말한다.⁴⁰⁾ 따라서 처분의 취소를 구하는 행정소송은 그 전제로서 행정청이 행하는 구체적 사실에 대한 법집행으로서의 행정작용인 ‘처분’이 있어야 한다.

그러나 「출입국관리법」과 하위 법령에는 체류자격에 대한 사항만이 규정되어 있을 뿐(법 제10조 및 제23조, 시행령 제12조 및 제29조 등), ‘체류허가’에 관한 사항은 정하고 있지 않다. ‘체류허가처분’의 요건과 효과 등을 직접적으로 정하고 있는 관련 규정이 없을 뿐만 아니라, 이에 대한 행정청의 처분 역시 존재하지 않는다. 나아가, 외국인이 출입국관리 당국으로부터 국내 체류와 관련된 각종 허가 등을 받고자 제출하는 통합신고서(출입국관리법 시행규칙 별지 제34호 서식) 역시 ‘외국인의 등록, 체류자격 외 활동허가, 체류기간 연장허가, 체류자격 변경허가, 체류자격 부여’ 등의 신청 사항만이 기재되어 있을 뿐, ‘체류허가’라는 용어 또는 신청 사항은 존재하지

38) 출입국관리법 시행규칙 [별지 제45호 서식].

39) 수원지방법원 2015. 12. 8. 선고 2015구합61031 판결; 서울행정법원 2022. 5. 26. 선고 2021구단61010 판결 등.

40) 이규호, “행정행위의 요건과 무효 및 취소가능 행정행위”, 사법행정 제60권 제7호, 한국사법행정학회, 2019, 53쪽.

않는다. 결국 체류허가라는 신청 사항이 존재하지 않음에 따라, 필연적으로 행정청의 체류허가처분 역시 존재하지 않는 것이다. 체류허가라는 용어는 법무부 고시인 「각종 체류허가 등의 신청 및 수령의 대리에 관한 규정」⁴¹⁾에만 나타나는데, 이는 체류허가를 위한 각종 신청 및 수령에 있어 대리인에 관한 절차적 규정일 뿐 실질적 사항을 규정한 것은 아니다.

이러한 불명확한 용어 혼용에 대해 법무부는 “체류허가취소 통지서는 출입국관리법 제89조에 따른 체류허가 취소 사유가 발생한 경우 선행된 체류허가의 효력을 취소할 때 발급하는 문서로서, 체류허가 처분이 존재하지 않는 상태에서 체류허가취소 통지가 이루어질 수는 없다.”고 설명하고 있다. 그러면서도 “통합신청서 상단의 신청·신고 선택항목에 있는 체류기간연장허가, 체류자격변경허가, 체류자격부여 등은 출입국관리법 제89조에 따라 취소대상이 될 수 있는 체류허가에 해당한다.”는 상호 모순되는 입장을 표하고 있다.⁴²⁾ 생각건대 법무부는 「출입국관리법 시행규칙」 별지 제34호 서식에 나타나는 체류기간연장허가, 체류자격변경허가, 체류자격부여 등에 대한 출입국관리 행정청의 허가 결정을 통칭하여 ‘체류허가처분’으로 판단하고 있는 것으로 보인다.

요컨대 법무부는 ‘체류기간연장허가, 체류자격변경허가, 체류자격부여 등이 「출입국관리법」 제89조에 따라 취소대상이 될 수 있는 체류허가에 해당한다’는 입장임에 따라, 이미 이루어진 체류자격부여·체류기간연장허가·체류자격변경허가 결정에 대한 취소 처분은 모두 체류허가취소 처분이라는 입장인 것 같다.⁴³⁾

법무부의 이와 같은 해석이 옳은지 그른지를 떠나, 현재와 같이 체류자격취소 또는 체류허가취소로 용어가 혼용되는 이유는 이것이 과연 어떠한 행정작용에 대한 취소를 의미하는 것인지에 대해 명확한 개념 정립이 이루어지지 않고 있기 때문이다. 체류허가라는 행정청의 구체적 처분이 존재하지 않음에도 체류자격부여·체류기간연장허가·체류자격변경허가 등을 ‘체류허가’라 볼 수 있다는 법무부의 해석은 그에 대한 법리적 근거를 찾을 수 없다. 나아가 체류자격부여·체류기간연장허가·체류자

41) 법무부고시 제2020-520호, 2020. 12. 9. 일부개정, 시행 2020. 12. 10.

42) 법무부 출입국 외국인정책본부 출입국정책단 체류관리과(체류허가취소처분에 대한 2023. 7. 18.자 법무부 회신; 처리기관 접수번호 2AA-2306-1058601).

43) 출입국관리법 시행규칙 서식에도 체류자격부여, 체류기간연장허가, 체류자격변경허가 등의 허가결정 통지서와 불허결정통지서는 별도로 존재하지만, 이미 이루어진 허가결정을 취소하는 통지서는 체류허가취소 통지서만이 존재한다.

격변경허가·체류자격의 활동허가 등은 그 요건과 효과가 각기 다르고 신청인의 자격(재외동포인지 재외동포를 제외한 외국인인지) 등에 따라서도 차이를 나타냄에 따라, 이를 모두 ‘체류허가’로 통칭하는 것은 과도한 해석으로 보인다. 또한 외국인은 통합신청서상 신청 사항을 복수로 선택하여 여러 처분을 함께 받을 수도 있어,⁴⁴⁾ 이를 모두 체류허가로 표현하는 경우 처분의 명확성 및 그에 대한 권리구제의 문제가 발생될 수도 있다.

통합신청서상의 서로 다른 각 허가처분들에 대한 취소는 ‘체류자격부여처분취소·체류기간 연장허가처분취소·체류자격 변경허가처분취소’ 등으로 어렵지 않게 용어와 각 취소처분을 구분할 수 있다. 이런 점에서 존재하지도 않는 처분에 대한 추상적 용어의 사용은 처분 내용 및 처분 존부의 명확성을 저하하고 처분 상대방의 권의 보호를 약화하는 편의주의적인 행정관행에 불과해 보인다.

3.2 용어의 정리

출입국관리사무소 등은 국내 체류자격이 취소된 상대방(외국인)에게 「출입국관리법 시행규칙」 별지 제45호 서식에 따라 ‘체류허가취소 통지서’를 교부한다. 위와 같은 법령상의 규정 및 처분의 존재 등을 고려할 때, 체류허가취소가 잘못된 용어로 보임은 이미 살핀 바와 같다. 체류허가라는 명시적 ‘처분’이 존재하지 않음에도, ‘체류허가취소’라는 용어를 사용하는 것은 모순적이며, 나아가 체류자격부여허가·체류기간연장허가·체류자격변경허가 등을 체류허가로 통칭할 수 있다는 법적 근거도 찾을 수 없기 때문이다. 특히 체류자격은 다른 요소와 함께 외국인에 대한 국내 체류허가 판단을 하는 여러 요소 중 하나라는 점에서 이를 체류허가와 동일하게 볼 수는 없다. 그럼에도 이에 대한 법무부의 해석에 따르면 출입국관리사무소는 체류허가취소 통지서를 상대방에게 교부하면서, ‘체류허가’를 취소하는 것이 아니라 ‘체류자격’을 취소하고 있어, 실무적으로 외국인의 ‘체류자격’이 취소되는 경우 행정청은 ‘체류허가취소 통지서’를 발급·교부하고 있다.

이에 체류허가취소가 이루어지는 실무적 관행과 관련 법령 및 법무부의 해석 등을

44) 예를들어 재외동포 체류자격(F-4)을 가진 외국인이 대한민국 국민과 혼인하여 국민의 배우자 체류자격(F-6)으로 ‘체류자격 변경허가’를 신청하면서, 기존 체류기간의 연장이 필요한 경우 ‘체류기간 연장허가신청’을 함께 하여 복수의 처분을 받는 경우 등을 들 수 있다.

종합해 볼 때, ‘체류허가취소’는 ‘체류자격취소’를 포함하는 포괄적이고 강화적인 추상적 개념으로 이해하여야 할 것 같다. 국내 체류를 희망하는 외국인이 신청에 의해 체류자격을 취득하게 되는 경우 이를 추상적으로 체류허가를 받은 것으로 이해하고, 나아가 해당 외국인의 국내 체류자격이 취소되는 경우 체류허가가 취소되는 것으로 보인다. 다시 말해 출입국관리 행정실무에서는 일반적으로 ‘체류허가’를 체류자격 외 활동허가(법 제20조), 근무처 변경·추가허가(법 제21조), 대한민국에서 출생한 자 등에 대한 체류자격부여(법 제23조), 체류자격변경허가(법 제24조), 체류기간연장허가(법 제25조) 등 외국인의 체류자격이나 기간을 규율하는 결정을 지칭하는 광의의 개념으로 사용하고 있는 것이다.⁴⁵⁾

하지만 법적합성이 요구되는 행정행위로서의 처분과 이에 대한 행정소송 등의 권리구제 절차를 고려할 때, 출입국관리 행정청은 관련 규정에 존재하지 않는 ‘체류허가’라는 용어의 사용을 재고하여야 할 것이다. 체류허가라는 구체적 처분은 물론 체류허가에 대한 명시적인 근거 규정이 존재하지 않음에도 체류허가취소라는 용어를 체류자격취소와 동일한 의미로 사용하는 것은 적절하지 않기 때문이다.

그러나 「출입국관리법 시행규칙」에 따라 체류자격이 취소된 외국인에게 ‘체류허가취소 통지서’가 발급된다는 점과 법무부의 해석 등을 고려하여, 본 논문에서는 체류자격취소와 체류허가취소를 별도로 구분하지 않고 통칭하여 광의의 ‘체류허가취소’라는 용어로 사용하기로 한다.

3.3 광의의 체류허가취소

3.3.1 의의

체류허가의 기초가 되는 체류자격이란 외국인이 국내에서 일정한 활동을 하며 체류할 수 있는 법적 지위로서 일정한 권리부여와 의무를 부담하는 법령상의 자격을 말한다.⁴⁶⁾ 즉, 체류자격은 외국인의 입국목적, 체류상의 활동 내용 등에 따라 그들의 신분 또는 지위를 유형화, 정형화한 것으로 외국인 체류 관리의 유형별 관리 기준이 된다.⁴⁷⁾

45) 이철우/이희정 외 9인, 앞의 책, 97쪽.

46) 광재석, 체류자격 개편방안 연구, 법무부·출입국 외국인 정책본부, 2011, 12쪽.

47) 한태희, “출입국관리법상 외국인 체류자격법제 개선방안 연구: 캐나다 사례와 비교를 중심으로”, 동국대학교대학원 박사학위논문, 2016, 70쪽.

그런데 「출입국관리법」 제89조는 각종 허가 등의 취소·변경에 관한 사항을 정하면서, 제1항 각호에 정한 사항에 해당되거나 다른 법을 위반한 정도가 중대한 경우 체류허가를 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 국내 체류자격을 취득한 외국인이 관련 법령에 정한 사유에 해당하면 법무부장관은 해당 외국인의 체류자격을 취소할 수 있는데, 이를 체류허가취소라고 한다.

3.3.2 절차

「출입국관리법」상 법무부장관은 각종 허가 등의 취소나 변경에 필요하다고 인정하면 해당 외국인을 출석하게 하여 의견을 들을 수 있고, 이때 취소하거나 변경하려는 사유, 출석일시와 장소를 출석일 7일 전까지 해당 외국인이나 신청인에게 통지하여야 한다(제89조).

또한, 「출입국관리법 시행령」에 따르면 법무부장관은 체류기간 연장허가 등을 취소 또는 변경한 때에는 해당 외국인에게 취소나 변경된 사실을 알려야 하고 그 뜻을 여권에 적을 수 있다(제94조 제1항). 또한 출입국관리 공무원은 사증발급인정서, 조건부 입국허가서, 승무원 상륙허가서, 관광상륙허가서 및 체류자격 외 활동허가서를 가진 외국인이 그 허가 등이 취소된 때에는 그 허가서 등을 회수하여야 한다(제94조 제2항). 이에 따라 체류자격이 취소된 외국인은 외국인등록증 등을 출입국관리 공무원에게 반납하여야 한다.

3.4 체류허가취소의 하자

3.4.1 사전통지 및 의견청취

외국인의 출입국에 관한 사항인 체류허가취소를 함에 있어서도 「행정절차법」이 적용된다는 사정은 앞서 살핀 바와 같다. 특히 체류허가취소는 당사자인 외국인에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분인 만큼, 이 경우 ‘처분의 제목’, ‘처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거’, ‘이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리 방법’ 등의 사항을 당사자 등에게 사전 통지하여야 하고, 청문의 기회도 부여해야 한다.⁴⁸⁾ 나아가 「행정절차법」 제22조 제1항은 ‘신분·자격의 박탈’의 경우 필요적으로 청문절차를 거치도록 하고 있고, 체류허가취소는 외국

48) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두41811 판결.

인의 체류자격을 박탈하는 것이므로 당연히 청문절차의 대상이 된다.

다만, 「행정절차법」 제21조 및 제22조는 ‘공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우(처분의 긴급성)’와 ‘법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우(객관적 증명)’, ‘해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우(상당한 이유)’를 사전통지 및 의견청취 절차를 거치지 않아도 되는 예외 사유로 들고 있다.

① 처분의 긴급성

「행정절차법」은 ‘긴급히 처분할 필요가 있는 경우’를 사전통지 및 의견청취 절차의 예외 사유로 정하고 있다. 그런데 체류허가를 취소하는 경우 출입국관리 공무원은 해당 외국인에 대하여 출입국관리사무소에서 취소의 원인이 되는 사항에 대한 조사를 거친 후 취소처분을 한다는 점, 체류허가를 취소하는 경우 처분 내용과 근거 등을 문서로서 당사자에게 통지하여야 한다는 점 등을 고려할 때 일반적으로 사전통지 및 청문절차를 거치지 않아도 될 정도의 특별한 긴급성이 요구된다고 볼 수 없다.

② 객관적 증명

「행정절차법」 제21조 제4항은 처분의 전제 사실이 재판 등으로 증명된 경우, 이를 사전통지 및 청문 절차의 예외 사유로 정하고 있다. 그러나 체류허가취소는 외국인이 법정 요건에 해당하는 행위를 한 경우 체류자격을 상실하게 하는 조치로서, ‘자격이 없거나 없어지게 되도록 하는 처분’에 해당한다. 즉, 체류허가취소는 체류를 위한 자격이 없거나 없어지게 만드는 단계의 처분임에 따라, 사전통지 및 의견제출 절차를 거치지 않아도 되는 ‘그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우’를 상정하는 것은 불가능하다. 체류허가취소는 행정청의 행정행위로 결정되며 법원의 재판은 해당 결정에 대한 당사자의 적부판단 요청에 의한 응답으로 처분 이후의 사후적 절차로 볼 수 있다. 같은 취지에서 「출입국관리법」 제68조 제1항 제3호의 사유에 의해 출국명령을 하는 경우, 체류허가가 취소된 사정이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 때에는, 출국명령에 대한 사전통지 및 의견청취 절차를 거치지 않고 출국명령을 할 수 있을 것이다.

③ 상당한 이유

「행정절차법」 제21조 제4항 제3호 및 「행정절차법 시행령」 제13조는 상당한 이유가 있는 경우를 사전통지를 하지 아니할 수 있는 사유로 들고 있다. 이에 대해 대법원은 “행정절차법 제22조 제4항, 제21조 제4항 제3호에 의하면, ‘처분의 성질상 의견청취가 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 상당한 이유가 있는 경우’에는 청문 등 의견청취를 하지 아니할 수 있는데, 여기에서 ‘의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 상당한 이유가 있는 경우’에 해당하는지는 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하며, 처분상대방이 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의 사전통지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정을 고려할 것은 아니다”라고 판시하고 있다.⁴⁹⁾

결국, 상당한 이유에 해당하는지는 개별적·구체적으로 판단되어야 하며, 이러한 경우에도 처분의 사전통지 및 의견청취 예외사유는 입법취지와 적법절차 원칙 등을 고려하여 엄격하게 해석해야 한다. 대법원 역시 “청문제도는 행정처분의 사유에 대하여 당사자에게 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 위법 사유의 수정 가능성을 고려하고, 처분의 신중과 적정을 기하려는 데 그 취지가 있다. 그러므로 행정청이 특히 침해적 행정처분을 할 때 그 처분의 근거 법령 등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있다면, 행정절차법 등 관련 법령상 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 반드시 청문을 실시하여야 하며, 그러한 절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소사유에 해당한다”고 판시하였다.⁵⁰⁾

3.4.2 문서주의

행정청의 처분에 대한 「행정절차법」 제24조의 적용에 관해 대법원은, “행정절차에 관한 일반법인 「행정절차법」은 제24조 제1항에서 행정청이 처분을 할 때에는 특별한 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, (중략) 이 규정은 처분내용의 명확성을 확보하고 처분의 존부에 관한 다툼을 방지하여 처분상대방의 권익을 보호하기 위한 것이므로 이를 위반한 처분은 하자가 중대·명백하여 무효이다.”라고 판시하고 있다.⁵¹⁾

그러나 대법원은 “성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는

49) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두41811 판결; 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016두63224 판결.

50) 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005두15700 판결.

51) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결.

처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거친 것으로 인정되는 사항”을 「행정절차법」의 예외 사항으로 보고 있다.⁵²⁾ 그런데 체류허가취소의 경우 ‘처분서 작성·교부’ 절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 볼 특별한 사정이 있다고는 할 수 없을 뿐만 아니라, 이에 준하는 다른 절차가 존재하는 것으로 볼 수도 없다. 다만 「출입국관리법 시행령」 제94조 제1항은 ‘법 제89조 제1항에 따라 체류기간 연장허가 등을 취소 또는 변경한 때에는 해당 외국인에게 취소나 변경된 사실을 알려야 하고 그 뜻을 여권에 적을 수 있다’고 규정하고 있는데 이를 ‘처분서 작성·교부’에 준하는 절차로 볼 수 있는지가 문제된다. 그러나 「출입국관리법 시행령」 제94조 제1항의 ‘그 뜻을 여권에 적을 수 있다.’는 임의적 규정 사항은 「행정절차법」 제24조 제1항 필요적 문서통지의 대체 절차가 될 수 없다. 또한 「출입국관리법 시행령」 제94조 제2항은 ‘체류자격 외 활동허가서를 가진 외국인이 제1항에 따라 그 허가 등이 취소된 때에는 그 허가서 등을 회수하여야 한다.’고 규정하나, 이는 체류자격 취소에 관한 내용도 아닐 뿐만 아니라, 체류자격 외 활동허가서 회수를 ‘처분서 작성·교부’에 준하는 절차로 볼 여지도 없다. 오히려 「출입국관리법 시행령」 제94조 제1항의 ‘취소 또는 변경한 때에는 해당 외국인에게 취소나 변경된 사실을 알려야 한다.’는 내용은 외국인에게 처분의 통지가 명확하게 이루어져야 한다는 절차의 강조로 볼 수 있을 것이다.

결국 처분의 방식에 있어 국내 법령과 문화 및 언어에 익숙하지 않은 외국인에게 처분의 내용, 이유 등을 말이나 전화, 문자 등에 의한 방법으로 통지하는 것은 처분상 대방의 권익보호를 약화시키고 관련 법령의 입법취지에도 부합하지 않는다. 따라서 「행정절차법」 제24조 제2항에 해당하지 않는 한⁵³⁾ 행정청은 처분 내용을 문서로서 통지하여야 한다.

52) 대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결.

53) 행정절차법 제24조 제2항은 ‘긴급한 처분’과 ‘경미한 사안’을 문서통지의 예외 사유로 정하고 있다. 그러나 출입국관리법 제68조 제2항은 출국명령을 함에 있어 출국명령서를 발급하여야 한다고 규정하고 있는바, 동법 제68조 제1항 제3호 따라 체류허가취소 이후 출국명령이 이루어진다는 점에서 체류허가 취소에 문서통지의 예외사유로서 긴급성이 요구된다고 볼 수 없고, 동법 시행령 제33조는 체류자격 변경 또는 체류기간 연장 등의 신청을 불허하는 경우에는 불허결정 통지서를 발급하여야 한다고 정하고 있으므로 그보다 침익적 성격이 강한 체류허가취소는 문서통지의 예외가 되는 경미한 사안으로 볼 수 없다. 나아가 체류허가취소의 권한이 법무부장관으로부터 지방출입국·외국인관서의 장에게 위임되어 있어 비교적 간단하고 빠른 절차로서 처분통지서가 작성될 수 있는바, 체류허가취소 통지서를 발급하는 것에 물리적 장애나 행정절차상 특별한 어려움이 있다고 볼 수도 없다.

4. 출국명령과 체류허가취소 하자의 승계

4.1 행정행위의 하자의 승계

행정행위의 하자란 법령에서 요구되는 적법요건(성립 및 효력요건)을 완전하게 구비하지 못하여 완전한 효력발생에 장애가 되는 사유를 말한다. 즉, 행정행위로서 완전한 효력의 발생에 장애가 되는 흠을 가리켜 행정행위의 하자라고 한다.⁵⁴⁾

행정행위 하자의 승계는 동일한 행정목적을 달성하기 위하여 2개 이상의 행정행위가 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 경우에, 불가쟁력을 발생한 선행행위가 지닌 흠을 이유로 흠 없는 후행행위의 효력을 다투는 것을 말한다. 통상 행정상 법률관계는 가능한 신속하게 확정되어야 하므로, 행정행위의 하자는 원칙적으로 각 행정행위에 대하여 독립적으로 검토되어야 할 것이다. 만약 먼저 이루어진 행정행위에 불가쟁력이 발생하였음에도 이를 법원의 판결 등으로 쉽게 취소할 수 있게 된다면 행정활동의 효율성은 상당히 저해될 것이다. 반면 법적 안정을 중시하여 불가쟁력이 발생했다는 이유로 선행 행정행위에 흠이 있어도 후행 행정행위의 효력을 전혀 다투지 못하게 된다면 구체적 타당성을 훼손하여 결국 권리구제 측면이 소홀해질 것이다.⁵⁵⁾ 이에 따라 특별한 경우에는 예외적으로 선행 행정행위의 하자를 후행 행정행위가 승계하여, 후행 행정행위의 효력을 부인할 수 있도록 하는 것이 권리구제를 위해 요구된다.⁵⁶⁾

하자승계의 문제가 논의되기 위해서는 ① 선행 행정행위에만 하자가 존재하고, 후행 행정행위에는 하자가 없으며, ② 선행 행정행위의 하자가 무효가 아닌 취소의 하자이고, ③ 선행 행정행위의 하자를 당사자가 쟁송제기기간 내에 다투지 않아 불가쟁력이 발생하여야 하는 기본적 전제가 있어야 한다.

54) 석종현/송동수, 일반행정법 총론, 박영사, 2022, 266쪽; 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2018, 417쪽.

55) 홍강훈, “「하자승계 문제의 소송법적 해결론」에 따른 하자승계 관련 대법원 판례들의 문제점 분석 및 비판”, 공법연구 제50집 제2호, 한국공법학회, 2021, 113쪽.

56) 김병훈, “행정행위의 하자승계에 관한 학설 · 판례 연구”, 법학연구 제17집, 한국법학회, 2004, 22쪽.

4.2 체류허가취소 하자과 출국명령의 효력

4.2.1 하자의 승계

① 원칙

행정행위의 하자는 독립적으로 검토되어야 하며 행정상 법률관계의 조속한 확정이 필요하다는 관점에서는 행정행위의 하자의 승계는 원칙적으로 인정되지 않는다.⁵⁷⁾ 만일 선행 행정행위에 불가쟁력이 발생하였음에도 선행행위에 존재하는 하자를 근거로 후행 행정행위의 효력을 부인할 수 있게 된다면 행정행위는 위축되고 불안해질 것이다. 이에 따라 대법원 역시 “선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없는 것이 원칙”이라는 입장이 다.⁵⁸⁾ 이에 따라 별개의 처분인 경우 선행행위의 하자는 후행행위에 승계되지 않으며, 이에 후행행위의 효력에는 영향을 미칠 수 없다고 볼 수 있다.

② 예외

동일한 행정목적 달성을 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 선행행위와 후행행위가 ‘서로 결합하여 하나의 법률효과를 완성하는 경우’에는 하자의 승계가 인정된다.⁵⁹⁾ 그런데 「출입국관리법」 제68조 제1항 제3호에 의한 출국명령은 체류허가취소와 출국명령이라는 일련의 두 처분이 결합하여 ‘국외추방’이라는 종국적 법률효과를 나타낸다. 즉, ‘각종 허가 등이 취소된 사람’에 대하여 출국명령을 할 수 있다는 위 규정에 근거해 체류허가취소라는 선행처분을 전제로 출국명령이라는 후행처분이 가능하게 되며, 이때 국외추방이라는 출국명령의 법률효과는 비로소 발생하게 된다. 따라서 위 규정에 의한 출국명령에 있어 선행처분인 체류허가취소에 존재하는 하자는 후행처분인 출국명령에 승계되고, 이로 인해 출국명령의 효력은 부정된다고 볼 수 있다.

또한 대법원은 “선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로

57) 석종현/송동수, 앞의 책, 288쪽.

58) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93누8542 판결; 대법원 1996. 3. 22. 선고 95누10075 판결.

59) 김남진, “하자승계론에 대한 비판”, 부동산연구 제8권, 한국부동산연구원, 1998, 99쪽.

하는 경우에도 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에는 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다.”라고 판시한 바 있다.⁶⁰⁾ 이에 체류허가취소에 하자가 존재함에도 불가쟁력을 이유로 위법한 선행처분에 의해 이루어진 후행 출국명령의 효력을 다룰 수 없게 된다면, 이는 처분 상대방에게 수인한도를 넘는 가혹한 것이며 예측가능성 또한 존재하지 않는다. 하자 있는 체류허가취소 처분의 불가쟁력을 이유로 출국명령을 받은 외국인이 후행처분인 출국명령의 취소를 구하는 소송에서 선행처분의 하자를 다룰 수 없게 된다면 이는 당사자에게 수인한도를 넘는 가혹함이라 할 수 있고, 나아가 그와 같은 결과는 당사자에게 예측가능한 것으로도 볼 수 없다는 점에서 후행처분의 효력은 부인될 수 있다.

4.2.2 선행처분이 무효인 경우

대법원은 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우에는 후행처분의 효력을 부인할 수 있다는 입장이다. 그런데 앞에서 살핀 바와 같이 대법원은 “행정절차법 제24조는 행정청이 처분을 하는 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하고 (중략) 위 규정을 위반하여 행하여진 행정청의 처분은 하자가 중대하고 명백하여 원칙적으로 무효이다.”라고 판시한 바 있다.⁶¹⁾ 체류허가취소와 출국명령을 독립된 별개의 처분으로 본다고 하더라도 체류허가취소에 있어 문서통지 등의 절차적 하자가 있는 경우 이는 중대·명백한 하자로서 당연무효가 됨에 따라 그에 기초해 이루어진 출국명령의 효력은 부인될 수 있다.

V. 맺음말

행정행위의 취소란 일단 유효하게 효력이 발생한 행정행위에 대하여 하자 등을 이유로 권한 있는 기관이 그 법률상 효력을 소급하여 소멸시키는 행정행위를 의미하며, 결국 처분의 취소를 위해서는 그 전제가 되는 ‘처분’이 존재하여야 함은 당연하다.

그러나 외국인이 적법하게 국내에 체류할 수 있는 자격을 취소하는 용어로서 행정

60) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012두6964 판결.

61) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도11109 판결.

청과 법원 등은 체류허가취소와 체류자격취소를 혼용하여 사용하고 있을 뿐 아니라, 취소의 전제가 되는 체류허가처분이나 체류자격부여처분이 존재하지 않음에도 행정청은 체류허가취소나 체류자격취소라는 용어를 사용하고 있다. 이에 대해 법무부는 체류기간연장허가, 체류자격변경허가, 체류자격부여 등이 출입국관리법 제89조에 따라 취소대상이 될 수 있는 체류허가에 해당한다는 입장이나, 위 각 처분을 체류허가로 볼 수 있는 법적 근거를 찾을 수 없는 데에다, 이들은 각기 요건과 효과 등이 다르다는 점에서 이를 모두 체류허가로 통칭할 수 있다는 법무부의 해석은 과도해 보인다. 결국 처분의 명확성을 확보하고 이를 통해 권리구제의 가능성을 확대하기 위해서는, 체류허가취소 또는 체류자격취소의 대상이 되는 처분이 구체적으로 이루어져야 할 것이다.

한편, 외국인에 대한 체류자격이 적법하게 취소되었음을 전제로 한 「출입국관리법」 제68조 제1항 제3호의 출국명령은 유효하다. 그러나 체류허가취소가 성립요건을 갖추지 못하였거나 혹은 유효하게 성립되었다고 하더라도 「행정절차법」에서 정한 사항을 위반하는 등으로 절차적 하자를 가진 경우 출국명령의 효력은 부인될 수 있다. 특히 선행행위와 후행행위가 서로 결합하여 하나의 법률효과를 완성하는 경우 하자승계가 인정될 수 있다는 대법원 입장에 따라 「출입국관리법」 제68조 제1항 제3호는 체류허가취소와 출국명령이 단계적인 절차로 결합하여 국외추방이라는 법률효과를 완성하므로 선행처분인 체류허가취소의 흠은 후행처분인 출국명령에 승계된다고 해석할 수 있을 것이다. 또한 하자 있는 체류허가취소임에도 불가쟁력이 발생한 상태에서 이루어진 출국명령은 외국인에게 수인한도를 초과하는 가혹한 처분임과 동시에 예측가능성 또한 존재하지 않는다고 보아 이 경우 역시 출국명령의 효력은 부인될 수 있다. 나아가 체류허가취소 처분에 존재하는 「행정절차법」의 청문·문서통지 등의 절차적 하자는 중대·명백한 하자로서 당연무효에 해당됨에 따라 하자승계의 법리에 의하지 않더라도 출국명령의 효력은 부인된다고 볼 수 있다.

위와 같은 해석은 모두 선행처분으로서 체류허가취소에 「행정절차법」이 규정한 절차를 거치지 않은 하자가 있는 경우, 이를 이유로 후행처분인 출국명령의 효력을 부정할 수 있다는 결론에 이르게 한다.

다만 이와 같은 해석에도 불구하고 출국명령의 본래적 취지와 행정효율의 제고 등을 고려할 때, 출국명령시 「행정절차법」에 따른 체류허가취소 절차의 준수가 반드시 엄격히 요구되어야 하는지에 대한 의문은 남는다.⁶²⁾ 출국명령과 같은 외국인의

출입국에 관한 사항은 바람직한 사회 유지를 위한 국가 주권의 본질적 행사와 실현으로 볼 수 있고, 이에 따라 행정청에 폭넓은 재량을 부여하고 있다. 이러한 상황에서 체류허가취소의 절차적 하자를 이유로 출국명령의 효력마저 부정하게 되는 경우, 우리는 국가에 해악을 미친 이방인을 적시에 사회로부터 분리·배제 할 수 없게 되는 불합리한 결과가 발생될 수도 있다. 따라서 「출입국관리법」 제68조 제1항 제3호에 의한 출국명령과 같은 특정한 경우에 대해서는 처분의 절차를 완화하거나 절차준수의 예외 사항에 대한 폭넓은 재량을 인정하는 등으로 행정효율을 제고하고 관련법의 입법 목적을 실현할 수 있는 유기적 사법해석 또는 입법적 고민이 필요할 것으로 생각된다.

62) 문병효, “한국 출입국관리법의 쟁점과 발전방향”, 강원법학 제55권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018, 276쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 박균성, 행정법강의, 박영사, 2018.
- 석중현/송동수, 일반행정법 총론, 박영사, 2022.
- 이철우/이희정 외 9인, 이민법, 박영사, 2017.
- 이하룡, 외국인 근로자와 외국적 동포 상담이론과 실무, 박문각, 2014.

2. 학술지

- 공진성, “출입국관리법상 ‘보호’와 외국인의 신체의 자유”, 법과정책연구 제20집 제4호, 한국법정책학회, 2020, 281-308쪽.
- 김남진, “하자승계에 대한 비판”, 부동산연구 제8권, 한국부동산연구원, 1998, 95-114쪽.
- 김병훈, “행정행위의 하자승계에 관한 학설·판례 연구”, 법학연구 제17집, 한국법학회, 2004, 21-42쪽.
- 김재선, “외국인에 대한 출입국행정의 재량행위성과 입법적 통제”, 공법연구 제45집 제2호, 한국공법학회, 2016, 377-405쪽.
- 김지영, “「출입국관리법」 및 「난민법」상 이의신청 개선을 위한 법·정책적 연구”, 법과 정책연구 제21집 제3호, 한국법정책학회, 2021, 65-91쪽.
- 문병효, “한국 출입국관리법의 쟁점과 발전방향”, 강원법학 제55권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018, 243-281쪽.
- 이규호, “행정행위의 요건과 무효 및 취소가능 행정행위”, 사법행정 제60권 제7호, 한국사법행정학회, 2019, 45-56쪽.
- 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.
- 이현수, “외국인 입국규제의 공법적 쟁점”, 공법연구 제44집 제1호, 한국공법학회, 2015, 615-644쪽.
- 전영순/김경제, “외국인 강제퇴거 절차의 개선방안”, 유럽헌법연구 제31호, 유럽헌법

학회, 2019, 337-370쪽.

정의석/장윤영, “행정절차법상 사전통지와 의견청취의 예외사유 -대법원 2020. 7. 23. 선고 2017두66602 판결”, 경희법학 제56권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2021, 507-546쪽.

홍강훈, “「하자승계 문제의 소송법적 해결론」에 따른 하자승계 관련 대법원 판례들의 문제점 분석 및 비판”, 공법연구 제50집 제2호, 한국공법학회, 2021, 111-144쪽.

3. 학위논문

한태희, “출입국관리법상 외국인 체류자격법제 개선방안 연구: 캐나다 사례와 비교를 중심으로”, 동국대학교대학원 박사학위논문, 2016.

4. 웹자료

법무부, “출입국통계”, <<https://www.moj.go.kr/moj/2412/subview.do>>, 검색일: 2023. 11. 21.

하이코리아, “출입국 · 체류안내”, 2021. 4. 13, <https://www.hikorea.go.kr/info/InfoDatail.pt?CAT_SEQ=144&PARENT_ID=11>, 검색일: 2023. 11. 21.

5. 보고서

곽재석, 체류자격 개편방안 연구, 법무부 · 출입국 외국인 정책본부, 2011.

[Abstract]

Legality and Rights Relief of Departure Orders under the Immigration Act -Focusing on the Relationship with Revocation of Permission of Stay-

Lee, Won Jae*

Song, Dongsoo**

As the number of foreigners residing in the country increases, social issues related to foreigners, such as employment, housing, human rights, and crimes of foreigners, are becoming hot topics. Behind the social trend of trying to solve problems such as domestic low birth rate and labor shortage through the influx of foreigners, there are various prerequisite problems for foreigners, but the national and social response measures are still insufficient. Accordingly, when foreigners brought into the country are unable to adapt to society and commit crimes or it is recognized that there is a need to exclude them from our society for other reasons, the administrative office takes measures to deport them, deportation and departure orders are representative.

Meanwhile, foreigners residing in the country must be granted a legal status of sojourn and maintain it valid, but the status of sojourn granted to foreigners may be changed or canceled for various reasons. However, if a foreigner's status of sojourn is revoked, if he or she is unable to change the status or receive a new one, he or she will no longer be able to stay in the country, and the administrative office will send the foreigner to his/her home country through a departure order.

At this time, related issues are raised as to whether the administrative agency must strictly comply with procedural regulations when carrying out administrative actions such

* Lead Author: Ph.D. Candidate, Department of Law, Graduate School of Dankook University

** Co-Author: Professor, College of Law, Dankook University

as ordering departure of foreigners, and the validity of the relevant disposition if these are not followed. Compliance with procedures for administrative dispositions is intended to ensure fairness and reliability of administration and to protect the rights of the other party, but it is questionable whether compliance with such procedures is also required for matters related to the immigration and departure of foreigners.

Accordingly, in this document, we examine whether the application of the Administrative Procedure Act is excluded in the revocation of permission of stay among matters related to the immigration and departure of foreigners and whether the validity of the revocation of permission of stay is recognized when statutory procedures are violated in the process of such disposition, the effect of subsequent departure orders was reviewed according to the legal principle of succession to defect. Furthermore, the problem of terms being used interchangeably in immigration and departure management administrative practice was examined.

[Key Words] Departure Order, Permission of Stay, Status of Sojourn, Revocation of Permission of Stay, Revocation of Status of Sojourn