

외국인의 출입국 관리와 법치행정 원칙

이 희 정 (고려대)

I. 외국인의 출입국관리행정에 대해서도 법치주의가 적용될 필요가 있는가?

1. 법치행정 원칙의 구성요소

법치행정의 원칙을 간략히 표현하면, 한 국가공동체를 운영하는 관리작용(govern)이 법에 따라 이루어져야 함을 의미한다. 그런데 우리가 행정법의 이념으로 삼고 있는 법치행정의 원칙은 여러 요소로 구성되어 있다.

첫째, 공무원의 행정작용이 사전에 정립되어 있는 일반·추상적 규범에 따라 이루어진다는 점이다. 구체적 상황 발생 전에 규범을 정해둠으로써 특정한 사람이나 상황에 따라 공익적 결정이 왜곡될 가능성을 줄이고, 자의적 권한남용을 막을 수 있다는 것이 장점이다.

둘째, 누가 정립한 규범에 따르는가, 더 넓게 말해 규범의 구속력을 발생시키는 정당성의 원천은 무엇인가의 측면이 있다. 우리 헌법은 국민주권과 대의민주주의 원칙을 채택하고 있으므로, 국민의 대표인 국회가 제정하는 법률에 따라 수권되는 행정권한을, 법률의 기준에 따라 행사하도록 함으로써 국민이 주권을 행사하여 스스로 통치하는 것이 가능해진다.

셋째, 규범의 내용적 측면이다. 실질적 법치주의와 합헌적 법치주의는 법규범이 국민의 기본권을 보장하기 위하여 헌법에 위반되지 않는 그리고 헌법적 가치를 적극 실현하는 내용을 담아야 함을 의미한다. 이는 약간 달리 보면 규범의 체계가 누구의 이익을 목적으로 하는가의 문제이기도 하다. 우리 헌법이 대한민국을 구성하는 일반 국민들의 기본권 실현을 우선적인 목표로 한다고 하면, 외국인의 경우에는 내용적으로 동일한 목표로 되지 않을 수 있다.

넷째, 법치행정이 실현되고 있다고 하기 위해서는 법규범이 단지 존재할 뿐만 아니라 실효성있게 준수되어야 한다. 출입국관리법의 수범자는 규율의 대상(외국인·국민)과 규율의 집행자(행정청)라는 두 그룹으로 나누어볼 수 있다. 양자를 1, 2차적 수범자와 같이 법치주의와의 관련성에 있어 의미를 달리 한다고 볼 수 있을까? 공동체(집단)의 이익을 위해 개인의 자유에 대한 법적 제한을 수용하는 것과 그 제한을 법에 따라 집행하는 것 모두 법치의 중요한 구성요소이다. 그러나 우리 사회에서 '법치주의'라는 용어를 사용해 오는 관례를 보면, 과거 정부가 '법치주의'를 이야기할 때는 국민이 수범자로 법을 준수해야 함을 강조할 때가 많고, 행정법학에서는 행정권한을 행사하는 행정기관이 법을 준수함을 주로 의미하였다. 순서에 의미

를 두지 않고, 차례로 살펴보면, 먼저 동법에 의한 다양한 행위의무를 부과받는 외국인과 국민이 출입국관리법을 준수하도록 하는 것은 중요하고 도전적인 과제이다. 인간의 본질상 지역과 문화를 기반으로 자아를 형성해가도록 되어 있음에도 다른 국가로 이주하고자 하는 경우 생존과 관련된 강력한 동인이 있는 경우도 많을 것이다. 이러한 경우 출입국관리법상 규제가 장애물이 될 경우 그 준수를 회피하고자 하는 유인과 그 유인을 이용하여 이익을 추구하는 자들에 대해 출입국관리법이 실효성을 확보하는 것이 쉽지 않은 일이다. 또한 국민에 대한 법의 실효성 확보 수단은 달리 강제출국 등의 수단이 활용되는 것이 특징이다. 다음으로 출입국관리법의 핵심적 수범자는 그 법을 집행하는 행정청 및 그 구성원으로서의 공무원이다. 공무원이 출입국관리법령을 준수하도록 실효성을 확보하는 수단은 법률과 명령의 위헌성을 통제하는 위헌법령심사제, 행정소송개괄주의 등 행정통제 내지 국민의 권리구제제도를 강화하는 것이다.¹⁾

외국인의 출입국을 관리하는 행정에 법치행정의 원칙을 적용하고자 할 때, 이상과 같은 법치행정의 구성요소들과 관련하여 일반적인 국민을 대상으로 한 경우와 차이가 있는 부분은 무엇일까? 국민이 아니라 외국인이 대상이 됨으로써 중요한 차이가 있는 부분은 우선 법규범을 정립하는 주체가 될 수 없다는 것이다. 법치를 통해 자동성의 원리가 실현되는 것은 원칙적으로 국민에 한하기 때문이다. 외국인은 대의민주주의하에서 자신의 대표를 선출할 권리를 부여받지 못한다. 다음으로 내용적 측면에서 외국인의 기본권 실현이 국민의 그것과 마찬가지로 법치행정의 목표로 설정되기도 어려울 것으로 생각된다. 마지막으로 외국인에게는 원칙적으로 대한민국에 입국할 권리, 체류할 권리가 없다는 이유로 이민행정에 관한 결정에 대해 재판으로 불복할 권리가 인정되지 않는 경우도 있다. 우선 아래에서는 이러한 외국인이 당사자가 됨으로 인해 인정되는 특수한 측면을 분석해 보기에 앞서 출입국행정에 법치주의가 실현되는 것이 바람직한 이유를 먼저 살펴보기로 한다.

2. 이민행정에 있어 법치의 필요성

(1) 국가와 국민

우선 외국인의 권리보호나 외국인의 기본권(인권) 실현이라는 요소를 배제하고도 이민행정에 있어 법치를 실현할 필요성이 있는지 생각해 보면 다음과 같다.

첫째, 출입국관리행정 또는 국경관리행정은 국가의 영토주권의 발현으로서 중요한 의미를 갖는다. 세계화나 지방화, 다국적 기업이나 인터넷을 통한 산업의 확산 등 다각도에서 특정 영토를 기반으로 한 국가의 역할에 대한 도전이 있지만, 국가는 여전히 개인의 삶에 큰 의미를 갖는 공동체 단위이다. 따라서 국가의 외연의 유지와 기존 구성원의 보호 및 새로운 구성원의 충원을 위한 출입국행정이 목적에 맞

1) 박균성, 행정법론(상) 제14판, 박영사, 2015, 20면

게 높은 수준으로 이루어지는 것은 국가와 국민들이 공유하는 공익이다. 그리고 다수의 공무원들에게 의해 실현되는 행정이 목적에 맞게 합리적으로 이루어지도록 하기 위해서는 법치행정의 방식이 필요하다.

둘째, 기존 국민은 외국인의 출입국과 관련하여 개인적이고 구체적인 이익을 가질 수 있다. 예컨대 경제적 측면에서 국민은 외국인을 고용하거나 외국인의 투자를 받거나 외국인을 주된 수요자로 경제활동을 할 수 있는 한편, 외국인 인력의 유입으로 인해 국내 노동시장에서 불리한 조건에 직면하게 될 수 있다. 또한 가족생활의 측면에서 국민이 외국인인 가족과 우리나라에서 결합하여 거주하기를 희망할 수 있다. 그러한 국민의 이익은 다른 국내 행정처럼 법치행정에 의해 보호되기를 기대할 수 있다.

셋째, 국제사회에서 대한민국의 품격과 위상에 영향을 미칠 수 있다. 특히 현재는 각국이 인구구조의 취약점이나 전문인력의 부족을 이민정책을 통해 보완하려고 노력하고 있다. 즉 각국이 바람직하다고 생각하는 신규 구성원에게 이주하기에 더욱 매력적으로 보이기 위해 노력하고 있다. 이러한 때 예측가능하고 실체적·절차적으로 합리적인 출입국행정은 이민정책의 성공적인 실행을 위한 필수요소이다. 그것은 단지 출입국 자체의 편의성이나 신뢰성 때문만은 아니다. 출입국행정 역시 일반행정의 일환으로 그 국가가 (국민인가 외국인인가를 불문하고) 사람을 얼마나 존중하는지, 공동체 운영에 있어 어떠한 가치를 지향하는지, 공공영역의 수준은 어떠한지에 대한 일반적 인상을 형성하는 중요한 계기가 되기 때문이다. 다시 말해 지구촌 규모의 인적 이동이 점점 더 활발해져 가는 상황에서 우리 출입국관리행정을 합리적이고 예측가능하게 유지하는 것은 그러한 인적 이동이 우리나라에 긍정적인 방향으로 이루어지는데 중요한 조건이 된다. 이것이 외국으로 이주하는 우리 국민에 대한 외국 정부의 처우에 대해 규범적 주장의 법적, 사실적 근거가 될 수 있다.

(2) 외국인

위의 사유와 별도로 외국인과 관련하여 대한민국의 출입국행정이 법치행정 원칙을 준수해야 할 규범적 근거는 무엇인가?

첫째, 인권(human rights) 또는 인권법(human rights law)이 법치행정 원칙 준수의 근거가 되어야 하는가?

이와 관련하여 인권이 법과 긴밀한 상호관계를 갖는 것으로 보이는 EU의 경우를 보면 다음과 같다. 인권이 EU 법질서에서 중요한 위치를 차지하게 된 것은 처음에는 유럽법원의 판결에 의해 이루어지기 시작했고, 이후 마스트리히트와 암스테르담 유럽조약(Treaties of European Union) 제6조에서 EU 창설의 기초가 되고 EU의 존중을 받는 '법의 일반원칙(general principles of law)'으로 수용되었다.²⁾ 그러나

2) 1. The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of

EU가 EU법과 별도로 인권 자체를 실현하기 위한 권한을 부여받았다고 할 수는 없고, EU 법의 범주 내에서 인권이 침해된 경우 이를 실현할 수 있음을 의미한다. 유럽조약과 별도로 인권에 특화하여 제정된 ‘유럽기본권헌장(European Charter of Fundamental Rights)’와 ‘유럽인권협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)’은 인권보호를 위한 별도의 제도로 ‘유럽인권법원’을 운영하고 있다. 이러한 기본권 및 인권의 보호가 이민법 체계의 중요한 부분임은 명백하다고 한다.³⁾

이를 보면 인권은 일반적인 실정법체계와 독자적인 규범체계로 의의를 갖지만, 유럽인권법원과 같이 독자적으로 이를 집행하는 법제도를 만들지 않는 경우에는 법치주의 원칙 하에서 실정법체계와 별도의 독자적인 규범체계로 집행되기 보다는 헌법을 포함한 실정법체계의 의미를 해석하고 법원리(legal principles)를 발견하는 원천으로 작용하는 것이 더 보편적으로 보인다. 우리에게 유럽인권협약과 유사한 기능을 가진 것으로 국제인권조약과 같은 국제규범을 생각할 수 있는데, 우리 헌법재판소는 이를 직접 적용하는 예는 찾기 힘들고, 우리 헌법을 해석하는 기준으로 간접적으로 활용할 수는 있다는 입장이라는 평가, 우리 법원 역시 헌법 제6조 1항의 규정에도 불구하고 개별적인 사건, 특히 인권과 관련된 사안에서 국제인권조약을 언급하는 예는 많지 않으며, 국제인권조약을 직접 원용하는 데에도 유보적인 태도를 보이고 있다는 평가이다.⁴⁾ 21세기에 들어서면서 보편적 인권의 실정법적 표현물로서의 국제인권조약과 헌법의 관계에서 ‘헌법의 국제법화’ 또는 ‘국제(인권)법의 헌법화’ 현상이 나타나고, 이는 헌법에 규정된 기본권의 내용과 가치가 국제적 동의를 기반으로 국제사회로부터 승인되고 수렴되는 과정이자 국제인권조약과 국내헌법의 상호작용을 통해 국제인권조약의 개념이 국내헌법에 수용되는 과정으로 볼 수 있다고 한다. 또한 이것은 국제관습법으로서의 성질도 갖게 된 경우가 있고, 헌법 제6조에 의해 조약으로서, 국제관습법으로서 국내법과 같은 효력을 인정받아야 한다는 주장도 있다.⁵⁾ 이러한 주장을 적극적으로 받아들인다면, 출입국행정에 대해서도 외국인의 지위에 대한 인권, 인권법이 행정청과 법원의 법해석이나 법원리의 발견과정에 편입되어야 하고, 가능하다고 보인다. 문제는 그 범위일 것이다. 인권을 헌법상 기본권의 해석론과 중첩시킴으로 이를 실정법체계 내에 편입할 경우의 외연

Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties. ...

2. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties.

3. Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law.

3) Gina Clayton, Textbook on Immigration and Asylum Law, 5th ed. Oxford, pp.197-8

4) 류성진, 헌법재판에서 국제인권조약의 원용가능성: 미국 남아프리카공화국, 우리나라의 사례를 중심으로-, 아주법학, 제7권 제1호, 28면; 오승진, 국제인권조약의 국내 적용과 문제점, 국제법학회 논총 제56권 제2호 (통권 제121호), 2011.6, 113-140 참조

5) 류성진, 위의 글, pp.13-5

을 어느 정도 찾을 수 있지 않을까 한다.

둘째, 우리 헌법상 외국인에게도 일정 범주의 기본권이 인정된다. 그 보호를 위해 법치행정이 요청된다. 우리 헌법 제6조 제2항에서 “외국인의 지위는 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하고 있다. 이 조항 중 ‘조약이 정하는 바에 의하여’를 대한민국과 외국 사이에 각각 자국민과 해당 국민의 법적 지위에 관한 특별한 내용을 담거나 또는 체약 당사국이 자국 국민들의 체약국 내에서의 각종 권리 및 법적 지위를 체약국 상호간의 수평적이고 대등한 관계로 규정하고 상호호혜적으로 인정하고 보장하는 상호주의에 입각한 것으로 보면, 국내에 정주의사를 가지고 상당한 기간 거주하여 온 외국인들의 법적 지위로서는 충분치 않은 점이 있고, 나아가 세계화의 흐름 속에 사람의 국제적 이동이 매우 활발한 현재 외국인들의 지위를 규율하는 접근으로도 부족한 부분이 있다.⁶⁾ 또한 이 규정에 조약 외에 국제법이 포함되어 있으므로, 위에서 본 국제인권조약이나 난민협약과 같은 것 역시 외국인들의 법적 지위를 근거지우는 법원으로 활용될 수 있다고 생각된다.

한편, 우리 헌법 제2장 ‘국민의 권리와 의무’ 부분에 있는 기본권 규정과 관련하여 외국인에게 헌법상 기본권 주체성을 인정할 수 있는지에 대해서, 일단 인간의 권리로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 기본권 주체성을 인정할 수 있다는 것이 학설과 판례에서 공통적으로 인정한다. 헌법상 외국인에게 기본권 주체성이 인정되고 있는 기본권으로는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권, 자유권적 기본권, (특히 경제적 영역에서의 직장선택의 자유), 자유권적 기본권 보장과 밀접한 관련을 가지는 사회권이 있고, 자유권적 기본권의 침해를 구제받기 위한 청구권이 있다. 정치적 권리에 대해서는 외국인은 해당 국가의 정치적 의사형성과 결정에 관여할 만큼 공적 책임을 부과할 수 없으므로 인정할 수 없다고 한다. (정치활동에 대해서는 후에 더 상술한다.)

셋째, 출입국관리법령에는 외국인들의 출입국관리행정을 규율하는 법령 뿐만 아니라 매우 상세한 지침들까지 존재한다. 통상 국민의 경우 이러한 법령은 내용에 따라 국민에게 의무를 부과하는 동시에 행정청에게 의무를 부여함으로써 개인의 권리에 대한 보호적, 보장적 기능을 수행한다. 특히 공권이 성립하는가는 행정청에게 의무를 부과하는 강행규정이라 하더라도, 사익보호성이 있어야 한다고 한다. 국민과 달리 외국인에게 일반적인 입국 및 체류에 대한 권리가 인정되지 않는다는 점과 별도로 출입국관리법령에 근거한 행정청의 의무가 국경 관리라는 공공 일반의 이익을 위한 것일 뿐만 아니라 부분적으로라도 외국인 개인의 이익을 보호하기 위한 취지가 인정된다면 외국인에게 공권이 인정될 수 있다. 체류자격에 의해 허용된 활동범위 내에서 활동할 수 있는 권리나 강제출국 사유가 없으면 강제출국 당하지 않을 권리 등은 비교적 공권으로 인정하기 용이한 경우라고 생각된다. 출입국관리법상

6) 이민법, 최윤철, 제3장 외국인의 법적 지위 참조

사증발급이나 입국허가와 같은 결정의 경우 특정한 사증을 발급받을 권리나 입국을 허가받을 실체적 권리는 인정할 수 없지만, 행정청에게 법에 따라 재량권을 일탈·남용하지 않고 결정을 내려 응답을 해 달라고 할 신청권이 있다고 할 수는 없을까? 예컨대, 도시계획입안신청에 대한 거부에 대해 적법성 통제를 청구할 수 있는 것은 통상 그 국민이 당해 도시계획으로 인해 재산권을 침해받는 경우이고, 검사임용신청거부처분이나 교수재임용거부처분에 대한 처분성 인정은 ‘검사’ 나 ‘교수’가 사회적 기능을 가지고 있어 그 임용과정에 대한 적법성 통제가 필요한 것으로 설명될 수 있다. 즉, 당사자의 사적 재산권이나 제도의 사회적 필요성 등이 전제로 되어 있으므로 그 결정에 대한 적법성 통제의 필요성이 인정되고 정당화되는 것으로 생각된다. 그렇다면 출입국행정의 결정에 대한 적법성 통제를 요청할 정도로 외국인의 출입국이 적법하게 이루어져야 할 어떤 권리나 사회제도적 필요성이 있는가? 원칙적으로 권리가 인정되지 않고, 외국인의 왕래가 적었던 과거에는 사회제도적 필요성도 낮았을 것이나, 세계화와 경제·사회적 인적 교류가 과거와 비교할 수 없으리만큼 활발해진 지금 합리적 출입국행정에 대한 사회제도적 필요성은 어느 정도 인정된다.

약간 달리 말하면, 어떤 거부가 처분으로서 적법성 통제를 받는 것은 어떤 규범적 상태를 전제하고 있는가에 따라 달라질 수 있다. 흔히 행정법상 허가를 자연적 자유의 일반·상대적 금지를 해제하는 것으로 정의하고, 특허를 새로운 권리를 창설하는 것이라 정의하면서 전자는 행정청의 허가가 기속행위로 해석되고 후자는 재량행위로 해석된다는 법리가 있다. 이것은 ‘허가’와 ‘특허’라는 당해 행위의 의미를 파악하기 위해서는 그 전체가 되는 규범상태 즉, 규율의 대상이 되는 행위나 법적 지위가 기본적으로 허용되는 것인지, 아니면 금지되거나 허용되지 않았던 것인지 등을 함께 고려해야 한다. 그렇다면 외국인의 출입국은 원칙적 허용-일반·상대적 금지와 해제, 원칙적 허용-예외적 금지와 원칙적 금지-예외적 허용의 어느 쪽에 가까울까? 외국인의 입국, 체류에 대한 권리의 부인은 원칙적 금지 - 자유로운 허용에 가까운 구성을 결과하는 것으로 보이지만, 체류의 유형에 따라 달리 구성될 수 있을 것이다. 예컨대 사증이 면제되는 경우, 관광목적의 입국의 경우 원칙적 허용-예외적 금지에 가깝고, 취업을 위한 입국의 경우 원칙적 금지-예외적 허용에 가깝다고 할 수 있다. 실질적으로 원칙적 허용-예외적 금지로 규율된다고 하는 것이 외국인의 입국이나 체류에 대한 권리의 인정으로 연결되는 것은 아니라는 점에 주목해야 한다. 그러나 권리가 없다 하더라도 행정의 현실이 이를 통상적으로 허용한다면 사실상 권리가 인정되는 것과 유사한 상태가 형성됨은 부인할 수 없다. 이러한 사실적 상태가 계속되다 보면, 합리적 이유없이 그러한 기대가 좌절되는 경우 부당하다는 느낌과 불복의 의지가 강해질 것이다. 또한 행정법에서 최초의 허가과 최초 입국과 체류기간의 연장이나 재입국의 경우 전체적인 경향에 있어서 최근의 국제적, 국내적 상황의 변화는 상대적으로 후자에서 전자로 옮겨가고 있다고 생각되는 측면이 있다.

이러한 권리와 관련된성 외에도 출입국관리행정청의 결정의 사후적 사법통제가 제한되는 것이 정당화될 수 있는 근거가 있을까? 예컨대, 해외에서 이루어지는 사증발급절차나 외국에서 와서 입국허가를 받기 위해 국경에 서있는 외국인에게 사증 발급이나 입국허가를 발급 또는 발급하지 않으면서 충분한 정보를 얻기 어렵고, 이는 이유를 제시하기 어려운 재량적 판단이 될 가능성이 높다. 이 또한 사증발급이나 입국허가거부에 대해 재판통제를 전면적으로 인정하기 어려운 이유가 되지 않을까 한다.

이러한 인권과 기본권과 관련하여 생각해 볼 점은, 모든 외국인에게 특정한 인권과 기본권이 동등하게 적용되는 것이 아니고, 구체적으로는 외국인이 입국 전에 사증발급을 신청하는 단계, 적법하게 입국한 후 체류자격의 변경 또는 체류기간의 연장을 신청하는 단계 등에서 외국인의 법적 지위는 달라지고 따라서 그 행정청의 결정에 대한 외국인의 법적 권리, 행정쟁송 제기의 가능성도 달라진다. 일반적으로는 대한민국에 적법하게 입국하여 체류하면서 생활관계를 형성하는 정도가 클수록 외국인의 법적 지위도 더 강하게 보장되어야 한다.⁷⁾ 예컨대, 행정쟁송의 허용성에 대해 사증발급거부처분과 체류자격변경거부처분은 달리 평가되어야 한다. 또한 그렇다면 처음부터 이민을 희망하여 오는 사람과 일시적 체류를 하는 사람의 기대와 행정에 대한 신뢰이익도 달리 취급되어야 한다. 이를 생각해보면 영주제도를 선택하는 트랙을 별도로 관리하는 것도 필요하지 않을까 생각된다.

(3) 외국인에 관한 출입국행정과 법치의 특수성

현재와 같은 영토국가 체제를 유지하는 동안에는 국민이 아닌 외국인 모두에게 국민과 마찬가지로 자신이 원할 때 입국할 수 있는 권리 또는 체류할 수 있는 권리를 부여하기는 쉽지 않을 것으로 보인다. 물론 사증의 유형을 통한 이민정책의 내용으로 국가나 국민의 이익을 위해 유입되기를 원하는 유형의 외국인에게 입국과 체류에 대한 규제를 완화하거나 면제하는 경우가 있는 것을 보면, 이는 정책적인 문제이고 영토국가의 본질적 조건은 아닐 수도 있다. 그러나 현재 외국인에게 국민과 달리 입국과 체류에 대한 권리가 원칙적으로 인정되지 않는다.

여기서 제기하고 싶은 질문은 외국인에게 대한민국의 입국이나 출입국에 대한 실체적 권리를 인정하지 않는다는 점이 외국인에 대한 출입국행정이 법에 따라 이루어져야 한다는 점에 어떤 영향을 미칠 것인가 하는 점과, 만약 권리가 인정되지 않아 그 행정작용에 대한 재판청구권이 인정되지 않는다면 이에 대해 법치주의가 인정되지 않는 것인가 하는 점이다.

7) 현재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등 “청구인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동 인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 이 사건 청구인들에게 직장 선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 인정할 수 있다 할 것이다.”

이하에서는 먼저 현행 출입국행정에 있어서 법치의 실현에 관해 살펴보고 위의 문제를 다시 생각해 보기로 한다.

II. 현행 출입국행정에 있어서 법치의 실현

1. 법규범의 정립

(1) 법규범의 규율밀도

법규범의 규율밀도라는 측면에서 출입국관리법 및 시행령, 시행규칙의 내용은 외국인의 법제에 비하면 낮은 편이라고 할 수 있다. 이를 보충하고 있는 것은 각종 업무지침과 고시 등이다. 아래에서 볼 법률유보의 문제를 제외하고 보면, 이러한 고시와 업무지침이 상세하게 제정되고 공표, 공개되는 것은 법치행정의 실현에 많은 기여를 할 수 있다. 법규명령과 행정규칙의 형식에 각각에 부합하는 실질적 내용을 담아야 한다는 행정입법의 명제는 법치의 기본구조의 측면에서 중요하다. 그러나 매우 복잡한 요소를 고려해야 하고 입국하고자 하는 외국인들의 행동에 따라 규율을 신속히 변경해야 할 경우도 있으므로, 이를 법률이나 법규명령에 담는 것만으로 합리적인 행정이 확보되지는 않을 것으로 생각된다. 따라서 중요한 것은 합리적인 내용의 기준을 정립하고, 이를 이해관계인들에게 제공함으로써 이주라는 개인의 삶에 중요한 사건들에 대해 최대한 미리 예측하고 준비할 수 있도록 도움을 주는 것이다. 다만, 이와 관련하여 국내적 사안에 대한 법치주의의 논의처럼 최대한 예측 가능한 기준을 생산하고 이를 투명하게 공개하는 것이 바람직하다고 주장하기에는 외국인의 이주는 마치 경기장이 그려져 있지 않은 들판에서 사방에서 들어오는 골을 막아내야 하는 것처럼 국가로서는 예측하여 관리할 수 있는 위험이 아니므로, 사전에 기준을 공표하여 그 기준에 스스로를 구속하거나(행정의 자기구속) 그 기준에 대한 기대를 형성하는 것만으로도 행정의 목적 달성에 부담을 주는 것이 되지 않을까 하는 우려가 있다. 따라서 이 문제는 여러 층위의 규범을 정립할 필요가 있다. 즉, 외국인의 입국과 관련하여 이미 예측가능해진 상황과 위험에 대해서는 기준을 만들고 공표하는 것을 더욱 추구하되, 예외적 상황이나 사전배려적 고려가 필요한 상황이 발생하면 필요한 모든 고려를 반영할 수 있음을 늘 명시하고 그러한 권한을 유보해 둘 필요가 있다. 프랑스의 사례와 같이 기준을 전혀 공표하지 않음으로써 이를 명확히 하는 것도 가능한 선택지이다. 그러나 이미 우리 행정청은 사증관련 매뉴얼, 체류관련 매뉴얼 등을 공표하는 등 반대쪽 방향을 선택한 것으로 보인다. 그 밖의 영역에서의 법치행정의 기준과 이민행정의 특수성을 반영하여 규범의 체계를 균형있게 준비해 두는 것이 중요하다고 생각된다.

(2) 법률유보: 법규범 형성에 있어서 국회와 행정부, 사법부의 역할분담

이민법 규범의 형성에 국회와 행정부, 사법부가 어떻게 역할을 분담해야 할 것인가?

1) 국회의 역할

법치행정에서 국회의 역할을 요청하는 법리는 법률유보, 의회유보 원칙으로 대표된다. 침익적 행정영역 뿐만 아니라 공동체나 시민에게 중요한 (본질적인) 행정권의 조치는 침해행정인가 급부행정인가를 가리지 않고 법률의 근거를 요하며, 그 중요성의 정도에 비례하여 보다 구체적인 규율을 하여야 한다는 점 역시 우리 헌법재판소의 판례에서 받아들이고 있는 원칙이다.

외국인의 출입국이나 체류에 관한 규율에 일반적으로 법치행정의 원칙이 적용되어야 하는가? 첫째, 외국인의 입국과 체류는 국가와 국민에게 넓은 영향을 미치는 매우 중요한 문제이므로, 국민의 대표인 국회가 이에 대해 더 관심을 가지고 논의하고 결정해야 한다. 이러한 관점에서 출입국관리법에서 시행령에 체류자격의 유형을 구체적 원칙이나 가치, 목표 등에 대한 언급없이 위임한 것은 법률유보원칙의 위반이라고 보인다. 이러한 위임이 유효하게 유지된 것은 법치주의가 국민에 관련해서만 요청된다는 관념이나 외국인 문제에 대한 사실상의 관심 부족이 원인이었을 것으로 생각된다.⁸⁾

둘째, 우리 헌법재판소는 ‘국민의 권리’와 ‘인간의 권리’로서의 기본권을 구분하고 후자의 경우 외국인에게도 이를 인정한다. 그 기준에 따르면, 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권이 실질상 인간의 권리에 해당한다고 하는 것을 보아 이러한 기본권들을 아우르는 헌법의 기본원리로서의 법치행정 원칙도 인간의 권리에 해당할 것으로 보인다.⁹⁾ 법치행정의 원칙은 자의적인 공권력의 행사로부터 개인을 보호한다는 점에서 인권법의 차원에서도 이민제도에 적용되어야 한다고 할 수 있다. 선거권이 없는 외국인의 경우 법치주의가 적용된다는 것은 대표를 통한 자기통치의 측면은 적용을 요구할 수 없지만, 그 밖에 형식적 합리성, 예측가능성, 법률 내용의 합헌성 등은 법이념으로서의 정의나 인권 등에서 요구할 수 있을 것이다.

셋째, 외국인의 법적 지위의 규율에 법치행정 원칙이 적용되어야 하는 기능적 이유가 있다. 바로 사회 구성원들 곧 시민들의 통합이다. 이민정책의 중요 목표 중 하나는 우리 국가가 필요로 하는 인재들이 자발적으로 이민해 오도록 하는 것임을 부

8) 또다른 예로, 「공익사업 투자이민 유치기관 지정 및 관리 등에 관한 규정」제13조에 따르면, 누구든지 법무부장관으로부터 유치기관으로 지정받지 아니하고 투자이민을 유치해서는 안 되고, 이를 위반한 자에게는 원금보장·무이자형 투자를 위한 한국정책금융공사의 가상계좌부여 또는 사증이나 체류허가 신청의 대행 등을 제한할 수 있다. 이 규정을 보면, 투자이민유치기관의 지정은 영업규제방식 중 특허에 가깝고, 그렇다면 훈령에 의해 영업규제를 하는 셈이 되어 상위법령에 근거를 신설하는 것을 검토할 필요가 있다.

9) 인간의 자유인 일반적 인격권을 매개로 외국인이 출국절차에 대하여도 법치국가적 요청을 준수할 것을 요구할 수 있는 주관적 청구권이 있다는 입론 또는 행정절차에서의 청문청구권은 법치국가원칙에 근거하여 곧바로 외국인에게도 헌법상 권리로 인정될 수 있다는 입론 등의 가능성에 대해 언급한 글로 공진성, 출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호 - 현재 2012.8.23. 2008헌마430 결정에 대한 평석 -, 공법학연구 제14권 제1호, 2013. 2 236면

인할 수 없다. 과거 ‘단일민족국가’를 표방하는 시기에 민족적 유대를 우리 국가공동체의 통합을 위한 축으로 활용한 것이라면, ‘다문화사회’를 지향하게 된 시기에 국가공동체의 통합은 동일한 법질서를 준수하기로 한다는 약속을 중심으로 이루어질 수 있고, 따라서 특히 외국인의 신분과 관련된 규율을 법치행정의 원칙에 따라 한다는 것은 사회통합의 핵심축으로 필요한 일일 수 있다.

2) 행정의 역할

위 법규범의 규율밀도 및 국회의 역할에서 언급한 바와 같이 행정입법에의 과도한 의존은 문제이나, 이를 법률과 법규명령의 활용만으로 해결할 수는 없고, 행정입법의 제정절차, 공포 등을 통해 실질적 기능을 할 수 있도록 하는 것이 중요하다. 연성법에 해당하는 매뉴얼과 같은 형식도 장점이 있다. 기준을 제시하되 행정청 스스로도 법규범의 효력 자체 때문에 100% 구속되지 않고, 필요한 경우 그와 다른 결정을 할 수도 있기 때문이다.

3) 법원의 역할

국회와 행정이 법규범 생성을 충분히 하지 않을 경우, 또는 충분히 하였으나 예측하지 못한 상황이 발생한 경우 법원의 역할은 중요하다. 그런데 국회나 행정이 일반,추상적 규범을 정립할 수 있음에도 불구하고 하지 않음으로 인해 법원이 그 공백을 메워들어가는 것은 예측가능성 등의 측면에서 바람직하지 않을 수 있다.

한 예로 행정절차법의 적용문제를 보기로 한다. 행정절차법은 행정절차에 관한 일반법이다. 따라서 행정절차에 관한 한, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정절차법에서 정하는 바에 따르게 된다(행정절차법 제3조 제1항). 그러므로 출입국관리 영역의 행정작용에 대해 출입국관리법에 별도로 절차규정이 있을 때에는 그에 따르게 되지만 그렇지 않을 경우에는 행정절차법상의 규정이 적용된다. 그런데 행정절차법에서는 위와 같은 특별법 우선 원칙 외에 동법의 적용배제 사항을 따로 정하고 있다. 행정절차법 제3조 제2항 제9호 및 동법 시행령 제2조 제2호는 외국인의 출입국에 관한 사항에 대하여는 동법이 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 이를 문언 그대로 해석하면 출입국관리법에 근거한 외국인에 대한 행정작용에 대해서는 행정절차법이 적용되지 않는다고 보게 될 것이다. 그러나 대법원은 위 조항의 적용범위를 좁히고 있다. 즉, 행정절차법의 입법목적과 법 제3조 제2항 제9호의 규정 내용 등에 비추어 외국인의 출입국에 관한 처분 전부에 대하여 동법의 적용이 배제되는 것이 아니라 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 동법의 적용이 배제된다. 그러므로 개개의 처분별로 ‘성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는지’와 ‘행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는지’를 살펴 행정절차법의 적용배제 여부를 판단하여야 한다.

행정절차법과 관련된 이러한 규범의 상태에 따르면, 출입국관리법상 다양한 행

정처분(결정)에 행정절차법상 절차적 요건이 요구되는가는 궁극적으로 법원의 판단을 받아야 확정되는 것이 된다. 이러한 규범의 불확정한 상태 자체도 법치의 요구에 반하지만, 특히 이민행정에 존재하는 특수성이 반영되어야 할 필요 등이 법원을 통해 잘 형량될 수 있을지도 명확하지 않다. 그리고 법원은 이러한 명확한 규율의 공백을 메우는 역할을 하는 것에 불과한데도 그 이후 입법자나 행정청이 그 판결에서 정한 것을 최대한으로 받아들여 더 합리적인 절차의 신설을 미룰 수도 있다. 따라서 출입국행정에 필요적절한 행정절차적 보호수준과 모델을 출입국관리법에서 보다 완결적으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각된다.

(3) 규범의 합헌성, 합인권성

출입국관리법상 외국인에 대한 법규범이 헌법상 보장되는 외국인의 기본권이나 국제인권조약과 같은 실제적 상위규범에 의해 내용적 통제를 받을 수 있어야 한다.

그러한 관점에서 검토해 볼 한 예로 출입국관리법상 정치활동 금지규정을 살펴본다. 출입국관리법 제17조 제2항은 “대한민국에 체류하는 외국인은 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니 된다.”고 규정함으로써 외국인의 정치활동을 원칙적 금지, 부분적 허용의 형태로 규율하고 있다. 그 연혁을 보면, 1977. 12. 31. 개정 출입국관리법에서 ‘활동범위’에 관한 규정을 신설하여 그 내용 중 하나로 정치적 활동을 전면금지하였다.¹⁰⁾ 이후 2005. 3. 23. 개정 출입국관리법에서 현행과 같은 규정을 두어, 정치적 활동을 부분적으로 허용하였다. 이에 위반하여 정치활동을 하는 것은 강제퇴거사유가 된다(법 제46조 제1항 제8호). (벌칙규정은 두고 있지 않다.)

‘정치활동’의 개념에는 언론·출판·집회·시위와 같은 표현활동, 정당의 설립·가입과 정당활동, 선거·투표 참여나 공무담임에 이르기까지 다양한 수준의 활동이 포함될 수 있다. 따라서 ‘정치활동’에 어느 범위의 활동이 포함되는지 해석이 필요한데, 이를 위해서는 행위유형별 평가가 선행되어야 한다. 예컨대, 정치활동은 ‘국가’라는 정치공동체를 기반으로 이루어지는 것이고 헌법 제1조 제2항의 국민주권을 원칙으로 하므로, 엄격한 의미의 구성원-국민-이 아닌 외국인에게 선거권과 피선거권, 공무담임권 등 참정권이 제한됨은 헌법상 정당화가 상대적으로 용이하다. 그러나 언론·출판·집회·결사·시위와 같이 개인적인 차원에서 이루어질 수 있는 표현의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과 밀접한 관련을 가진 인간의 권리로 인정될 가능성이 상대적으로 크고, 따라서 이러한 표현행위들을 ‘정치활동’에 해당된다는 이유로 금지하고 위반자를 강제퇴거하는 경우 기본권을 침해한다고 평가받을 가능성도 높아질 것이다. 정당의 설립·가입 및 정당활동도 정치적 표현의 자유라는 측면에서는 인간의 권리에 가까운 점이 있으나, 그 공식적인 성격과 제도적 기

10) 출입국관리법에 외국인의 정치활동 금지가 규정된 계기는 1960년 선교활동을 위해 입국한 미국인 오글레(George Ewing Ogle) 목사가 유신체제를 비판하는 정치활동을 했다는 이유로 1974년 강제퇴거된 사건이라고 한다. 차용호, 한국이민법, 법문사, 2015. 333면

능을 고려할 때 외국인에게 이를 제한함이 정당화될 가능성이 상대적으로 높다. 만약 이렇게 정치활동에 해당될 만한 행위들도 그 성질에 따라 제한될 수 있는 범위가 다르다고 본다면, 필요한 경우 각각 정당법이나 선거법, 공무원법 등에서 규정할 수 있음에도, 출입국관리법에서 포괄적으로 ‘정치활동’을 금지한 것이 과잉금지원칙 위반 등으로 평가될 가능성도 있다. 또한 ‘정치활동’에 해당되는 행위인지에 대한 해석의 가능성이 넓게 열려있다는 점이 이 규정이 자의적으로 적용될 수 있다는 비판도 가능하다. 아직 제17조 제2항의 적용이 문제된 판례들은 나오지 않았지만, 향후 그 적용과 입법론에 대해 많은 논의가 필요하다.¹¹⁾

다른 한편 외국인의 정치활동에 관련된 다른 법률들은 다음과 같다. 먼저 「공직선거법」에서는 외국인에게 대통령과 국회의원 선거권은 부여하지 않지만, “19세 이상으로서 …「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람”에게는 지방자치단체의 의회의원과 장의 선거권을 부여한다.(제15조) 이러한 차이는 국가단위의 정치공동체와 지역공동체의 정치적 참여권의 성질이 다르다는 전제에 기초한 것으로 보인다. 예컨대, 전국적으로 효력을 미치는 중요한 주권 행사의 담당자를 선출하는 것과 주민의 복지증진 등의 지역적 사무를 처리하는 자치권의 담당자를 선출하는 것의 차이이다.¹²⁾ 지방자치단체의 의회의원과 장의 경우도 외국인에게 피선거권은 부여되지 않는다. 또한 외국인의 선거운동은 금지되지만, 위에서 선거권이 인정되는 예외적인 경우에는 선거운동도 허용된다.(동법 제60조 제1항 제1호) 지방자치에 있어 주민참여절차인 주민소환과 주민투표에서도 일정한 자격을 갖춘 외국인이 투표권을 부여받는데, 양자는 요건에서 차이가 있다. 주민소환투표권은 지방의회 의원과 단체장을 소환하는 것이므로 「공직선거법」상 선거권자와 범위가 동일하고, 특정 사안에 대한 결정절차인 주민투표권은 “출입국관리 관계 법령에 따라 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격 (체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 외국인으로서 지방자치단체의 조례로 정한 사람”으로 규정하여 더 넓은 범위의 자에게 인정하고 있다. 마지막으로 정당법에 의하면 외국인은 정당의 당원이 될 수 없다.(제22조 제2항)

법무부장관은 대한민국에 체류하는 외국인이 정치활동을 하였을 때에는 그 외국인

11) 변해철, 세계화와 선거제도, 외법논집 33집 제4호, 2009.11, 김수진, 지방자치와 외국인 : 독일의 외국인자문위원회(Auslanderbeirat)가 주는 시사점, 지방자치법연구 제7권 2호(통권14호), 2007, 함인선, 주민투표법의 제정의의, 문제점과 바람직한 운영방안, 저스티스8 제0호, 2004 등 참조; 한편 최근 대법원 2015.06.25.선고 2007두4995 전원합의체 판결[노동조합설립신고서반려처분취소]은 취업자격없는 외국인도 사실상 근로를 제공하고 대가로 임금 등을 받아 생활하면 노동조합법상 근로자에 해당한다고 판단하였다. 노조활동은 정치활동에 해당하지는 않지만, 넓은 의미의 결사나 표현의 권리의 일종인 측면도 있으므로 이 판결이 정치활동의 문제에 대해서도 시사하는 바가 없지 않다고 생각된다.

12) 지방자치법 제11조(국가사무의 처리제한)는 법률에 달리 규정하지 않는 한 지방자치단체가 처리할 수 없는 국가사무를 아래와 같이 들고 있다. 이는 관련 국가의사결정에 외국인의 참여가 제한되는 사안이라고도 할 수 있다. 1. 외교, 국방, 사법(司法), 국세 등 국가의 존립에 필요한 사무 2. 물가정책, 금융정책, 수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무

에게 서면으로 그 활동의 중지명령이나 그 밖에 필요한 명령을 할 수 있다. (법 제 17조 2,3항) 법무부장관은 법 제17조제3항에 따라 활동중지를 명하려는 경우에는 활동중지 명령서에 "1. 그 활동을 즉시 중지할 것, 2. 명령을 이행하지 아니할 때에는 강제퇴거 등의 조치를 할 것이라는 것, 3. 그 밖에 필요한 것"을 적어 직접 발급하거나 사무소장 또는 출장소장을 거쳐 해당 외국인에게 발급하여야 한다. 어떤 행위가 '정치활동'의 개념에 해당하는지가 명확하지 않은 경우가 있을 수 있으므로, 이러한 중지명령 단계에서 행정청이 특정 행위가 법상 금지된다고 판단한다는 점이 명확히 전달될 것이다.

2. 규범의 적용문제: 실체적 적법성, 행정청의 재량의 문제

외국인에 대한 출입국, 귀화 등의 행정을 함에 있어서 행정청에 부여되는 재량권은 내국인에 대한 다른 분야의 행정과 다른 차별적 취급이 필요한가? 즉, 외국인에 대한 행정작용은 권한행사에 있어서 행정청에게 재량을 더 많이 부여하는 것이 필요하고 정당화될 수 있는 것은 아닌가? 그리하여 행정계획을 수립하는 영역에서 '계획재량'이라는 것이 인정되듯이, 이민법 상의 처분과 집행에 관해서는 질적으로 다르거나, 양적으로 현저한 차이가 있는 재량권이 유형적으로 인정된다고 볼 수 있는가? 정치·사회적 배경의 차이는 인간의 행동의 동기나 방식을 다르게 한다. 그러한 관점에서 외국인의 출입국에 관한 행위들은 내국인의 행위에 비하여 훨씬 다양할 가능성이 있고, 그 문화적 상이함으로 인해 예측이 어려운 상황들도 있으므로, 개별적인 상황에 대처하기 위해서는 특별히 재량권을 가져야 할 필요성이 있다. 또한 외국인의 출입국 및 체류에 관한 사항 중에는 매우 다양한 국가적 공익이 관련될 수 있다. 고용과 결혼으로 한국 사회에 미치는 영향은 물론이고 테러리즘 같은 국가안보의 문제도 관련될 수 있기 때문이다. 따라서 이러한 공익들을 추구하는 과정에서도 특별한 재량권이 필요할 수 있다. 그렇다면 이러한 재량권을 부여하는 입법도, 그리고 이를 사후심사하는 사법도 그러한 재량권을 부여하고 존중해주어야 할 필요가 있다. 이를 '이민재량'이라고 칭할 수도 있겠다. 이러한 '이민재량'을 인정한다면 그 근거는 무엇이겠는가? 그 재량이 특별하다고 인정할 수 있는 근거는 소극적으로는 외국인은 그 국가법체계로부터 내국인들과 같은 권리·의무의 체계로 구성된 법적 지위를 부여받지 못했다는 점으로 보인다. 따라서 처분을 하기 전에는 입국과 체류에 관해 아무런 법적 지위가 없으므로 신청에 대한 거부도 이에 대해서 지위에 대한 변동이 없으므로 행정처분과정에서도 보호할 이익이 없어서 법으로부터 자유로운 재량권이 인정된다는 논리가 구성될 수 있다. 단순히 말하면, 그 공동체의 구성원인 '시민'이 아니므로 시민에게 유보되어 있는 법체계로 보호되는 지위에 의한 재량권의 제약이 그만큼 적다는 의미이다. 그러나 '시민'과 '비시민'으로 양분되는 사회가 아니라, '시민'과 '지방자치단체의 선거권을 갖는 비시민', '선거권이 없는 비시민'으로 중층적으로 구별되는 사회라면, 법적으로 보호되는 정도도

다양하게 분류될 수 있을 것이다. 그렇다면 이에 상응하여 이민행정에 대한 재량권의 범위 내지 한계도 세분되어야 할 것이다. 동포로서의 외국인, '적법하게 입국하였으나 현재 체류상태가 불법으로 된 자', '불법으로 입국하여 체류상태가 불법인 자' 등의 차이에 따라 행정청의 재량권 행사도 달라져야 할 것이다. 이민재량은 이러한 질적 또는 양적으로 더 넓은 재량권을 포함해야 한다는 의미이지만, 그와 동시에 외국인의 기본적 인권, 다른 국가와의 관계 등을 존중해야 한다는 특별한 한계를 갖는 것은 물론이다.

전통적으로 행정청이 사인의 행위를 명령·수권·허용·금지 등을 하는 법규범의 적용을 통해 규제하고자 할 때 그 법규범은 요건-효과를 담은 조건명제로 구성된다. 사실관계를 조사하여 그 요건에 해당하는가 여부를 판단하고 그에 따라 어떤 법적 효과를 부여할 것인가를 결정하는 방식이다. 출입국관리법 시행령 별표1의 체류자격에 관한 규정을 살펴보면 요건-효과의 규정으로 보이는 경우도 있고, 그와 다른 경우도 있다. 예를 들어 보면 다음과 같다.

1. 외교(A-1) 대한민국정부가 접수한 외국정부의 외교사절단이나 영사기관의 구성원, 조약 또는 국제관행에 따라 외교사절과 동등한 특권과 면제를 받는 사람과 그 가족

11. 유학(D-2) 전문대학 이상의 교육기관 또는 학술연구기관에서 정규과정의 교육을 받거나 특정 연구를 하려는 사람

5. 관광·통과(B-2) 관광·통과 등의 목적으로 대한민국에 사증 없이 입국하려는 사람

27. 거주 (F-2)
 사. 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10) 또는 방문취업(H-2) 체류자격으로 취업활동을 하고 있는 사람으로서 과거 10년 이내에 법무부장관이 정하는 체류자격으로 4년 이상의 기간 동안 취업활동을 한 사실이 있는 사람 중 다음 요건을 모두 갖춘 사람
 - 1) 법무부장관이 정하는 기술·기능 자격증을 가지고 있거나 일정 금액 이상의 임금을 국내에서 받고 있을 것(기술·기능 자격증의 종류 및 임금의 기준에 관하여는 법무부장관이 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 고시한다)
 - 2) 법무부장관이 정하는 금액 이상의 자산을 가지고 있을 것
 - 3) 대한민국 「민법」에 따른 성년으로서 품행이 단정하고 대한민국에서 거주하는 데에 필요한 기본 소양을 갖추고 있을 것

A-1, D-2의 경우 규정되어 있는 인적 요건들을 충족해야만 해당 체류자격을 부여받을 수 있고, 그 요건을 충족하지 않음이 명백하거나 또는 그러한 의심이 있는 경우에는 이 체류자격을 부여받을 수 없을 것이다. 체류자격의 부여를 신청하는 자는 외교사절단의 구성원이라는 점이나 교육기관에서 교육받을 기회가 부여되었다

는 점을 서면 등으로 증명해야 할 것이다.

B-2의 경우 실제적인 인적 요건이 규정된 것은 아니고, 신청인이 주장하는 입국 목적이 신빙성이 있는가, 다른 목적이 있을 가능성은 없는가 하는 점을 판단해야 할 것이다. 재외공관장이 행정조사권이나 자료에 대한 접근권을 갖지 못한 외국에서 신청인이 제출하는 서류만으로 이를 판단해야 하는 상황에서 다른 목적이 있는가 하는 점을 엄격히 사실자료에 기초하여 이유 제시가 가능한 방식으로만 판단하기를 요구할 수는 없을 것이다. 따라서 체류자격의 요건에 대한 판단 중에는 통상 국내에서 이루어지는 행정처분과는 그 판단의 근거에 대한 요구나 방식의 적법절차적 요구 등이 완화될 수밖에 없다. 물론 근거에 기초한 판단이나 적법절차적 고려 등이 가능함에도 불구하고 이를 채택하지 않는 것까지 정당화될 수 있는 것은 아니다. 상대방인 외국인이 이를 소송을 통해 다툴 수 없다 하더라도 행정 내부적 통제와 국회에 의한 통제 등의 대상이 될 수 있다.

한편, F-2의 경우 이미 국내에 체류하고 있던 사람에 대해서만 부여될 수 있는 새로운 체류자격으로서, 그 요건으로는 이미 완성된 체류기간, 소득금액이나 자산금액과 같이 기계적 판단이 가능한 요건도 있으나, “품행이 단정하고 대한민국에서 거주하는 데에 필요한 기본 소양을 갖추고 있을 것”과 같이 불확정개념으로서 그 객관적이고 일관된 판단을 위해서는 범죄소추사실이 없다든가, 한국어 구사능력이 인정되었다든가 하는 추가적인 기준을 설정할 필요가 있는 요건도 있다. 이 경우에는 이미 국내에서 체류하고 있었으므로 정부가 조사권 및 정보접근권을 가진, 그 요건들에 해당 여부를 판단하는 자료가 존재할 가능성이 높으므로, 일반적인 국민에 대한 행정처분에 적용되는 적법성 판단 기준이 적용될 가능성도 높아진다.

3. 절차적 적법성 통제: 청문권, 영장제도 등 절차적 권리의 보호

법치행정은 행정처분의 실제법적 기준의 준수에 못지 않게 절차법적 기준을 준수하는 것이 중요하고, 그 처분에 행정청의 재량권이 더 크게 인정될수록 절차법적 통제의 중요성 역시 비례하여 커진다. 출입국관리, 귀화허가, 난민인정 등에 관한 처분에서 외국인은 자신이 대한민국이라는 장소에 자유롭게 있을 수 있는가하는 근본적인 자유를 제한받는 것이고, 또한 그 처분에는 특별히 재량권이 크게 인정될 수 있다는 점을 고려하면 절차적 보호의 중요성은 커진다. 그러나 이 경우에도 외국인의 경우 행정절차에 있어서 적법절차에 의한 기본권이 인정되는가의 문제, 즉, 청문 등 의견청취의 기회를 부여받아야만 불이익처분을 받는 것이 정당화될 수 있는가 하는 문제가 있다. 이에 대해 헌법상 적법절차의 보장은 인간의 권리로서 외국인에 대해서도 인정된다는 것이 일반적 견해이자 헌법재판소도 이를 인정하는 것으로 보이며, 헌법 제12조의 해석론에 있어서 적법절차의 원칙은 처벌, 보안처분 또는 강제노역에 한하지 않고 이는 예시적인 것에 불과하며 행정절차에도 적용된다고 한다. 이와 관련하여 다른

유의할 점은 이러한 처분을 공익적 견지에서 합리적으로 하기 위해서라는 측면에서도 당사자와의 청문절차 등의 보장은 필요하다는 점이다.

그러나, 적법절차의 보장이 인간의 권리로서 외국인에게 인정된다 하더라도, 그 보장의 정도에 있어 국민과 같은 정도일 것을 요구하는가는 또다른 문제이다. 우리 행정절차법은 제3조 제9호에서 적용범위에서 외국인의 출입국, 난민인정, 귀화 등에 대해 행정절차법의 적용을 일반적으로 배제하고 있다. 그 취지는 이러한 처분에 대해서 행정절차법과 같은 절차적 보호가 헌법상 요구되지 않는다는 판단을 전제로 한 것이 아니라면, 이 결정들에 적합한 별도의 절차를 설계하고자 하는 취지라 할 것이다. 출입국관리법과 국적법상의 절차가 이와 관련하여 충분한 것인지에 대해서는 개별적인 검토가 필요하다. 다만, 적법절차의 보장은 외국인과 관련한 위와 같은 결정들과 관련하여서는 그 제도의 취지, 국민에 비하여 상대적으로 법적 보호가 약한 외국인의 지위, 국가의 구성원을 받아들이는 문제에 대해 국가가 가진 주권적 자유의 문제 등과 관련하여 국민에 비해 상당히 제한될 수 있다고 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 인간으로서의 권리를 존중하는 한에서의 절차적 보장이 어느 정도 수준의 것이어야 하는가는 계속 논의가 필요한 문제이다.

또한 출입국관리법 제51조의 불법체류자에 대한 긴급보호는 행정법상 권력적 사실 행위로서 이에 대한 절차적 보호수단으로서 영장주의 적용 여부에 대한 문제가 논의되고 있다. 이에 관해 행정상 인식구속의 경우 '법관'이 발부하는 영장은 아니라도 최소한 집행기관과 다른 공정하게 구성된 독립된 결정기관이 결정하도록 하거나 형식적으로는 독립기관이 아니지만 실질적으로는 결정기관이 독립하여 결정한다고 평가되어야 적법절차원칙을 충족하는 것이므로, 현재와 같이 집행기관의 장으로부터 보호명령서를 받아 대상 외국인을 체포하고, 보호시설에 유치하는 강제처분의 경우 적법절차원칙에 반한다고 보는 견해도 그 반영을 검토해 볼 수 있겠다. 13)

13) 공진성, 출입국관리법상 '보호' 및 강제퇴거와 외국인의 기본권 보호 - 현재 2012.8.23. 2008헌마430 결정에 대한 평석, 공법학연구, 14권 1호, 2013, 233면