

# 이민행정에 있어 법치구현의 방법과 한계

차규근 변호사

(이민법학회 연구이사, 법무법인 공존)

## 1. 들어가는 글 : 출입국행정과 이민행정

이민행정이란 무엇일까요? 법치주의는 또한 무엇일까요? 이민행정에 법치주의는 어떻게 구현되고 있으며 어떤 한계가 있을까요? 제가 발제할 내용은 이러한 물음들에 대한 것입니다.

먼저, 이민행정이란 무엇일까요? 앞서 장지표 단장님께서 ‘출입국행정과 법치주의 적용의 한계와 실무’란 제목으로 발제를 해주셨습니다만, 출입국행정과 또 제가 발표하는 이민행정은 또 어떻게 같고 다를까요? 사실, 실무상으로 출입국행정과 이민행정은 같은 용법으로 사용되고 있습니다. 법무부 출입국외국인정책본부가 하는 행정업무를 어떤 경우에는 출입국행정이라고, 또 어떤 경우에는 이민행정이라고 부르고 있기 때문입니다.

다만, 출입국행정은 정책주관부서가 좀 더 부각된 표현으로서 전통적인 행정을 의미하는 것인 반면, 이민행정은 정책의 내용과 대상이 좀 더 부각된 표현으로서 최근에서야 사용되고 있는 점에서 차이가 있습니다. 사실, 제 발표 제목을 ‘출입국행정에 있어 법치구현의 방법과 한계’라고 했더라도 큰 차이는 없었을 것입니다. 하지만, 발표내용을 조금 더 엄밀하게 따지자면 ‘출입국행정’보다는 ‘이민행정’이라는 표현이 좀 더 의미가 있을 것 같습니다.

법무부 출입국외국인정책본부는 2007. 5. 이전에는 법무부 출입국관리국이었습니다. 2007. 5. 재한외국인처우기본법이 제정되면서 출입국관리국은 출입국외국인정책본부로 확대개편되었습니다. 이는 체류외국인의 급증, 새로운 체류외국인 유형의 등장 등 시대상황의 변화에 따라 전통적인 출입국행정, 즉 국경관리·체류외국인에 대한 엄격한 관리로 대표되는 규제행정 업무도 변화가 필요하다는 인식이 반영된 결과라고 볼 수 있습니다. 즉, 결혼이주자 등에 대한 사회통합, 국적, 난민, 재외동포업무 등 조장적 성격의 행정업무는 종래 전통적인 규제행정적 마인드로는 접근하는 것이 한계가 있기 때문에 ‘출입국관리국’이 ‘출입국외국인정책본부’로 된 것이라 할 수 있습니다.

종래 출입국관리국에는 ‘출입국기획과, 체류관리과, 조사집행과, 출입국심사과’ 등 규제행정적 성격의 부서만 있다가 2006년도 이후부터 ‘국적난민과, 외국적동포과, 사회통합과(이민통합과)’ 등 조장행정적 성격의 부서가 신설되었는바, 이러한 것도 ‘출입국관리국’이 ‘출입국외국인정책본부’로 변화하게 된 이유를 엿볼 수 있다고 하겠습니다.

이민행정이란 말은 출입국관리국 당시에는 거의 사용되지 않았으며 출입국외국인정책본부 이후부터 사용된 표현입니다. 2006년 이후 출입국 당국의 업무에 ‘국적난민, 외국적동포, 사회통합(이민통합)’ 등 조장적 성격의 업무가 추가되면서 사용되기 시작한 것입니다. 출입국행정과 이민행정은 엄밀히 말하자면 이와 같은 차이가 있다고 볼 수 있습니다. 물론, 아직까지도 ‘이민(행정)’이라는 말을 보편적으로 쓰는 것이 적절한 것인가에 대한 논란의 여지는 있습니다.

지난 4월 15일에 열린 한국행정법학회 연합학술대회에서 ‘글로벌시대의 행정법학의 과제와 대응’이라는 주제로 기초발제를 하신 성균관대 법학전문대학원 이광운 교수님은 ‘전통적 행정법에는 계층적이고, 명령적이며 확정적이고 획일적으로 규정하는 일반적이고 객관적인 국가가 자리하였으나 세계화 시대에는 새로운 형태의 권고, 부양책 등의 soft law<sup>1</sup>가 우선시된다. 또 세계화 시대의 새로운 규범의 특징은 상대성에 있다. 즉 상황에 따라 면제와 예외가 다수 존재한다’고 주장하신 바 있는데, 종래의 ‘출입국행정’ 표현이 아닌 ‘이민행정’이라는 표현이 최근 들어 자주 사용되는 현상도 이러한 맥락에서 이해될 수 있을 것 같습니다.

그러면, 출입국행정, 이민행정과 법치주의는 어떠한 모습으로 서로 연관되어 현실에서 구현되고 있을까요?

## 2. 법치주의와 이민행정(출입국행정)

사전적 의미에 의하면, 법치주의는 ‘사람의 지배’ 대신 ‘법의 지배’를 통하여 통치가 행하여지는 주의를 말합니다. 쉽게 말해 ‘법대로’ 행정이 이뤄지는 것을 말합니다. 그런데, 사람의 지배가 아니라 법의 지배가 이루어지려면 적용되는 법령의 내용이 가급적이면 구체적으로 정해져 있어야 할 것입니다. 추상적이고 모호하면 사람에 따라 다양한 해석이 가능하게 되어 자칫 사람에 의한 자의적인 적용이 이루어질 가능성이 있기 때문입니다. 법의 지배가 가장 강조되는 형사법

<sup>1</sup> 법과 비법(非法)과의 경계영역에 존재하는 법적 규범의 총칭이다. 비구속적 합의, 비법률적 합의, 프로그램법, 사실상의 합의, 형성도상의 법이라고도 한다. 21세기 정치학대사전, 정치학대사전편찬위원회, 한국사전연구소

령에서 유추해석을 금지하고 엄격한 죄형법정주의를 택하고 있는 것은 사람에 의한 자의적인 법 적용을 방지하기 위함입니다.

그런데, 출입국 관련법령을 보면, 추상적이고 모호한 규정이 매우 많이 있음을 알 수 있습니다. 한번 예를 들어보겠습니다.

제11조(입국의 금지 등) ① 법무부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에 대하여는 입국을 금지할 수 있다.

1. 감염병환자, 마약류중독자, 그 밖에 공중위생상 위해를 끼칠 염려가 있다고 인정되는 사람
3. 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람
4. 경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람

제12조(입국심사) ③ 출입국관리공무원은 입국심사를 할 때에 다음 각 호의 요건을 갖추었는지를 심사하여 입국을 허가한다.

2. 입국목적이 체류자격에 맞을 것

제46조(강제퇴거의 대상자) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다.

3. 제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람
13. 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람
14. 그 밖에 제1호부터 제13호까지의 규정에 준하는 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람

제51조(보호) ① 출입국관리공무원은 외국인이 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다.

위에서 인용한 조항들은 당사자에게 미치는 영향이 매우 큰 조항입니다. 즉, 11조(입국금지)가 적용되면 아예 대한민국에 입국할 수 있는 비자를 발급받을 수 없으며, 제12조(입국심사)가 적용되면 비행기를 타고 대한민국에 도착하고서도 공항에서 입국거부되어 출발국으로 돌아가야 하며, 제46조(강제퇴거)가 적용되면 합법체류자라고 하더라도 출국조치가 되며, 제51조(보호)가 적용되면 사실상 인신구금인 보호조치가 될 수 있습니다.

보시는 바와 같이, 이들 조항에 사용된 용어들은 상당히 추상적인 표현들이 많이 있습니다. 그런데, 관련 조항들을 너무 구체적으로 규정해 놓으면 자칫 철저한 국경관리와 위해(危害) 외국인 입국금지, 체류관리, 강제퇴거에 있어서 지장이 초래할 수 있다는 점에서 위와 같이 추상적으로 규정한 것은 일응 부득이한 측면이 있습니다. 이 점에서, 출입국행정은 형사사법행정과는 달리 법치주의의 관점에서만 본다면 법치주의가 온전히 적용되지 못하는 한계가 있다고 할 수 있습니다. 법치주의란 앞서 말씀드린 것처럼, 사람에 의한 자의적인 지배가 되지 않도록 가급적 법령을 구체적으로 규정할 필요가 있는데, 출입국행정에 있어서는 주권행사와 국경관리라는 측면에

서 관련 법령을 구체화하는 것이 부적절하며 한계가 있기 때문입니다.

이처럼, 출입국행정(이민행정)에는 법치주의가 유보되는 측면이 있으며, 이는 엄격한 국경관리와 체류외국인 관리 측면에서 불가피한 측면이 있기 때문입니다. 다시말해, 출입국행정(이민행정)은 법치주의와 친(親)하지 않는 분야라고 할 수 있겠습니다.

정책 시행에 있어서도 출입국행정은 법치주의가 유보되는 경우가 있습니다. 정부는 2016. 4. 1.부터 6개월 동안 불법체류자 자진신고제도를 시행하고 있습니다. 불법체류자가 20만명을 넘어선 상황에서 단속만으로 불법체류자를 감소시키는 것은 인원상 한계 뿐만 아니라 직원과 외국인의 부상 위험도 있기 때문에 정부는 고도의 정책적인 관점에서 불법체류자가 자진신고를 하고 출국을 하면 입국금지의 불이익을 주지 않는 교육지책을 시행한 것입니다. 이 자진신고제도로 인하여 하루에도 수백명의 불법체류자가 자진신고를 하고 출국을 하고 있습니다. 그런데, 이러한 자진신고제도는 법치주의와는 부합하지 않는 면이 있습니다. 출입국관리법에 의할 경우 불법체류자는 강제퇴거 대상이며, 국가 비용으로 강제퇴거되는 사람은 5년의 입국금지가 걸리도록 되어 있습니다.

그런데, 정부의 고권적 행위로서 기간을 정하여 동 기간 안에 자진신고를 하면 입국금지의 불이익을 주지 않고 출국하여 다시 재입국할 수 있는 기회를 부여하는 것입니다. 종래에도 몇 번의 불법체류자 자진신고제도가 시행되었는데, 장기간 대한민국의 법을 위반하고 불법체류한 외국인들에게 강제퇴거와 입국금지의 불이익을 면제하여 주는 것은 엄격한 관점에서만 본다면 법치주의와 부합하지 않는 행정이라 할 수 있습니다. 그런데, 불법체류자 자진신고 제도는 출입국관리법 어디에도 근거 규정이 없다는 점에서 출입국행정(이민행정)은 전통적인 법치주의와는 잘 맞지 않는 면이 있습니다. 형사범을 사면하는 경우에 비록 형법에는 관련규정이 없지만, 사면법이라는 별도의 명문의 법에 의하여 사면이 이뤄지는데, 불법체류외국인 자진신고 및 입국금지 유예라는 내용은 출입국관리법이나 그 외의 어느 법에도 관련 근거를 찾을 수가 없습니다. 외국인에 대한 국가의 고권적 통치행위로 이해되기 때문입니다.

사법부도 기본적으로 출입국행정(이민행정)이 법치주의가 유보되는 분야라는 인식을 가지고 있는 것으로 이해됩니다. 즉, 헌법재판소는 ‘출입국관리법은 대한민국에 입국하거나 대한민국으로부터 출국하는 모든 국민 및 외국인의 출입국관리와 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리 및 난민의 인정절차 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다(법제1조). 이러한 출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통

제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정이다. 즉, 개개 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 구체적으로 심사하여 내·외국인의 출입국을 공정하게 규제하고 외국인의 체류기간을 연장하거나 입국 또는 체류를 불허하여 국외로 퇴거시키는 기능을 수행한다. 이와 같은 출입국관리에 관한 사항 중 특히 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역에 놓여 있는 분야라고 할 수 있을 것이다. 그러므로 이러한 영역의 공권력행사의 위헌 여부를 판단함에 있어서는 완화된 심사기준이 적용되어야 한다.’고 하였습니다(헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2003헌마87 한중국제결혼절차위헌확인).

참고로, 헌법재판소는 위 문장 바로 앞에서는 ‘합헌적이고 정당한 법령에 따른 공권력의 행사라고 할지라도 그것이 본래의 목적을 벗어나 합리적 이유 없이 자의적으로 행사된다면, 또는 기본권 주체에게 수인한도를 넘는 과중한 부담을 부과하거나 기본권의 본질적 부분을 침해함으로써 기본권 보장이 형해화된다면, 그러한 공권력행사는 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법할 뿐만 아니라 위헌적인 공권력행사라 할 것이다. 국민의 기본권을 제한하는 공권력행사는 목적이 정당하고 수단이 적정해야 하며 목적과 수단 사이에 합리적 비례관계가 유지되어야 한다는 것이 우리 헌법의 명령이기 때문이다. 즉, 기본권을 제한하는 공권력행사는 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 되고 공권력행사로 인하여 침해되는 사익보다 달성하고자 하는 공익이 커야 한다’고 하고 있는데 이는 일반행정에 통상적으로 적용되는 법리라는 점에서, 사법당국이 그 다음의 문장에서 외국인행정(출입국관리행정)을 어떻게 바라보고 있는지 엿볼 수 있다고 하겠습니다.

법원도 헌법재판소와 같은 시각을 가지고 있습니다.

『출입국관리법 제68조제2항제1호, 제46조제1항제3호, 제11조제1항제3호, 제4호 등의 규정 형식과 문언, 출국명령의 내용과 특성 등을 종합하면, 행정청은 출국명령대상자에 대한 출국명령의 발령 여부에 관하여 재량권을 가진다고 봄이 타당하다. 출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하고자 하는 국가행정작용으로, 특히 외국인의 출입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필수적인 것으로서 엄격히 관리되어야 한다』 (서울행정법원 2015구단7626 출국명령처분취소)

『귀화허가는 앞서 본 바와 같이 통치권의 속인적 범위를 확정하는 매우 중요한 행정행위로서 고도의 정책적 판단을 수반하며, 행정청의 그와 같은 판단이 현저히 부당하거나 그 재량행사의 기초가 되는 사실 인정에 오류가 있다는 등의 사정이 드러나지 않는 이상 존중될 필요성도 있는 점까지 함께 고려하면, 원고가 외국국적 동포에 해당한다는 점 등 원고가 주장하는 모든 사정을 감안하더라도 피고 법무부장관의 이 사건 귀화불허처분이 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 할 수 없다』(서울행정법원 2014구합21448 귀화불허처분취소등)

『외국인의 입국에 관한 사항은 광범위한 정책재량이 부여되는 영역에 속하고, 외국인의 체류자격, 입국 여부 등을 결정함에 있어서는 국가의 이익과 안전을 도모하여야 하는 공익적 측면이 어느 영역보다도 더욱 강조되어야 한다. 따라서 원고가 주장하는 사정을 감안하더라도, 이 사건 각 처분이 그로 인하여 달성하려는 공익 목적에 비하여 과중하게 재량권을 일탈남용하였다고 볼 수 없다』(서울행정법원 2015구단7442 강제퇴거명령취소)

### 3. 법치주의 구현의 필요성

그런데, 이렇게 출입국행정(이민행정)이 법치주의와 본래적 성격상 친하지 않으며 엄격한 국경관리의 필요성 등의 이유로 법치주의가 유보되는 특성이 있기는 합니다만, 내용에 따라서 법치주의가 유보되지 않아도 되는 경우에도 법치주의가 유보되는 경우가 있습니다. 즉, 관련 법령이 좀 더 구체화되더라도 국경관리와 체류외국인 관리에 문제가 없는데도 ‘출입국행정(이민행정)은 법치주의가 유보되는 분야’라는 인식 하에서 추상적으로 규정되어 있거나, 아니면 관련 법적 근거가 마련되어 있지 않는 경우가 있습니다. 위해(危害) 우려 외국인 입국이나 퇴거가 아니라 중장기간 국내에서 합법적으로 체류하고 있는 외국인에 대하여는 중장기간 국내에서 체류하면서 형성된 물적, 인적 유대관계를 고려해 줄 필요성이 있는데도, ‘출입국행정은 법치주의가 유보되는 분야’라는 인식이 무차별적으로 적용됨으로 인하여 체류외국인 190만명 시대에 걸맞는 행정이 이뤄지지 않는 측면이 있다는 것입니다.

아쉬운 것은 이러한 사례가 법원에서 쟁점이 될 경우, 사법부도 ‘출입국행정(이민행정)은 법치주의가 유보되는 분야’라는 무의식적인 전제 하에서 매우 소극적인 태도를 보이고 있다는 것입니다. 앞서 출입국행정과 이민행정의 개념상 차이점에 대하여 설명을 드렸습시다만, ‘법치주의의 유보’가 당연시 되던 전통적인 출입국행정이 아닌 정부가 공식적으로 표방하고 있는 ‘체류외국

인과 더불어 사는 사회'와 연관되는 '이민행정'과 관련하여서는, 관련 규정들이 좀 더 다듬어지고 구체화될 수 있는데도 불구하고 여전히 앞서와 같은 이유로 법치주의가 전반적으로 유보되는 분야로 인식되고 있는 것입니다.

한두가지 예를 살펴보겠습니다.

강제퇴거에 관한 출입국관리법 제46조제1항제13호에 '금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람'조항이 있습니다. 여기, 불구속 상태에서 조사를 받다가 불구속 기소가 되었고 그 상태에서 집행유예의 형을 선고받은 사람이 있다고 할 때, 이 사람은 여기에 해당이 될까요? 상식적인 한글 해석으로는 해당이 되지 않습니다. '금고 이상의 형을 선고받은 사람'이라면 모르겠으나, 구속된 적이 없었기 때문에 '형을 선고받고 석방'된 사람은 아니기 때문입니다. 그러나, 놀랍게도 '해당된다'는 판결이 종래 주류였습니다.

한번 보시지요.

『출입국관리법 제46조 제1항 제11호('현재의 13호')에서는 '금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람'도 강제퇴거의 대상자로 정하고 있는데, 여기에 집행유예의 경우를 제외하고 있지 않을 뿐만 아니라, 형사소송절차에서 구속재판을 할 것인지 여부는 형사소송법 제70조에서 정한 구속 사유가 있는지에 따라 결정되는 것일 뿐 강제퇴거 대상자의 선정과는 아무런 관련이 없는 점에 비추어 보더라도, 위 '금고 이상의 형'에는 집행유예를 받은 경우도 당연히 포함되는 것으로 보아야 하고, 따라서 금고 이상의 형을 선고 받은 이상, 불구속 재판을 받다가 금고 이상의 형에 대하여 집행을 유예하는 판결이 선고되었더라도 위 규정에서 정한 강제퇴거 대상자에 해당한다 할 것이다』(서울행정법원 2008구합37558 판결).

『출입국관리법 제46조 제1항 제13호는 '금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람'을 강제퇴거의 대상자로 규정하고 있는데, 여기에서 '금고 이상의 형'을 실형으로 한정할 근거가 없고, 집행유예가 선고된 경우에는 반사회성이 없다고 단정할 수도 없는 점, 우리 형사소송법은 체포된 피의자에 대하여도 구속영장을 청구하지 아니하거나 구속영장을 발부받지 못한 때에는 즉시 피의자를 '석방'하여야 한다고 규정하고 있어, 위 '석방'의 의미가 법문언상 반드시 '구속'되었다가 석방된 사람만을 의미한다고 해석할 수 없는 점, 이에 더하여 위 '석방된 사람'을 '체포나 구속'되었다가 석방된 사람만을 의미한다고 보게 되면 체포나 구속되지 않고 불구속상태에서 재판을 받고 금고 이상의 실형을 선고받았으나 아직 집행 전이

거나 집행이 면제된 사람은 여기에 포함되지 않게 되어 형평의 문제가 있는 점, 형사소송 절차에서 구속재판을 할 것인지 여부는 형사소송법 제70조에서 정한 구속의 사유가 있는지에 따라 결정되는 것일 뿐 대한민국 국민으로서의 적합성을 판단하는 강제퇴거 대상자의 선정과는 아무런 관련이 없는 점 등을 종합하여 보면, 위 ‘금고 이상의 형’에는 집행유예를 선고받은 경우도 포함되고 ‘석방된 사람’에는 수사 또는 재판과정에서 체포, 구속되었는지 여부와 관계없이 형을 선고받고 그 재판절차에서 벗어난 사람 즉, 그 형의 집행 전이거나 집행을 유예 또는 면제받거나 집행을 종료한 사람이 모두 포함된다고 하여야 한다. 따라서, 원고가 금고 이상의 형의 선고를 받은 이상, 불구속 재판을 하다가 금고 이상의 형에 대하여 집행을 유예하는 판결이 선고되었더라도 위 규정에서 정한 강제퇴거대상자에 해당한다 할 것이다』(의정부지방법원 2013구합16932판결).

이와 반대되는 판결은 다음과 같습니다.

『출입국관리법 제46조 제1항 제13호는 강제퇴거 대상자의 하나로서 “금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람”이라고 규정하고 있다. 여기에서 “금고 이상의 형”(무죄추정의 원칙상 당연히 그 형이 확정된 경우를 포함한다)을 실형으로 한정할 법문언상, 조문체계상 근거가 없고 집행유예가 선고된 경우에는 반사회성이 없다고 단정할 수도 없으므로, 집행유예가 선고된 경우도 “금고 이상의 형”에 포함된다고 보아야 할 것이다. 그러나 출입국관리법 제46조 제1항 제13호는 단순히 금고 이상의 형을 ‘선고받은’ 사람이라 규정한 것이 아니라 금고 이상의 형을 ‘선고받고 석방된’ 사람이라고 규정하고 있으므로, 여기에서 “금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람”이란 실형을 선고받아 집행을 마치고 석방된 사람이거나 적어도 수사 또는 재판 과정에서 구속되었다가 징역·금고형의 집행유예를 선고받음으로써 석방된 사람을 의미한다고 보아야 할 것이다. 체포된 피의자를 구속영장을 청구하지 않거나 구속영장을 발부받지 못해 석방한 경우는 ‘형을 선고받고 석방된’ 것이 아니므로, 출입국관리법 제46조 제1항 제13호로 포섭할 수 없다. 불구속 상태에서 재판을 받고 집행유예가 선고된 경우에도 반사회성이 없다고 단정할 수도 없고, 이러한 사람에 대하여도 강제퇴거 명령을 하여야 할 필요성이 있는 경우가 있을 수 있지만, 그러한 경우에는 굳이 제13호에 근거하여 처분할 것이 아니라 다른 호에 근거하여 처분할 수도 있으므로, 굳이 법문언의 한계를 뛰어 넘어 제13호를 확대 해석할 필요도 없다. 앞서 인정한 바와 같이, 원고는 불구속 기소되어(수사과정에서 현행범으로 체포되었다가 그 다음날 석방된 것으로 보인다) 징역형의 집행유예를 선고받았을 뿐이므로 출입국관리법 제46조 제1항 제13호에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 원고가 출입국관리법 제46조 제1항 제13호에 해당함을 이유로 한 강



제퇴거명령은 위법하다』(서울행정법원 2014. 11. 21. 선고 2014구단57174, 강제퇴거명령 및 보호명령 취소. 서울고등법원 2014누70558, 대법원 2015두46642).

그러면, 왜 주류 판결과 같은 판결이 있었을까요? 강제퇴거에 관한 출입국관리법 제46조제1항13호의 ‘금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람’ 조항을 적용하지 않더라도 제46조제1항제3호(입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람)나 14호(기타 법무령으로 정하는 사람)도 있기 때문에 13호가 적용되지 않는다고 하더라도 외국인행정에 큰 구멍이 생기는 것도 아니었는데 말입니다. 발제자는, 기본적으로 사법부에서 외국인행정과 관련하여서는 법치주의가 유보되는 분야로 인식하여 매우 광범위한 재량을 인정해주다보니, 법리해석에 있어서도 그만 무리한 논리를 끌어 쓰게 된 것이 아닌가 생각합니다.

외국인행정(출입국관리행정)이 외국인에 대한 대한민국 주권의 행사이기 때문에 고도의 재량권을 가진다는 것이 종래 전통적인 관점입니다. 그렇기 때문에 앞에서 살펴본 헌법재판소 결정도 외국인행정(출입국관리행정)에 많은 재량권이 인정된다고 하였으며, 발제자도 기본적으로 그 취지에 공감합니다.

그런데, 아직 입국하지 않은 외국인에 대한 행정처분(입국불허나 사증불허처분이 이에 해당할 것입니다)이 있을 때의 법치주의의 유보와 어떠한 방식으로든 입국하여 국내에서 다년간 인적·물적 유대관계를 형성한 외국인에 대한 행정처분(체류기간연장불허, 출국명령, 강제퇴거명령이 여기에 해당할 것이다)이 있을 때의 법치주의 유보의 형태와 내용은 달라야 하지 않을까요? 외국인이 더 이상 잠시 머물다 가는 ‘손님’으로서만이 아니라 ‘이웃’으로서의 성격도 많이 가지게 된 변화된 현실을 이제 사법기관도 고려해야 하지 않을까요?

또 다른 사례를 살펴보겠습니다.

사안은, 합법적으로 국내에 체류하던 외국인이 내국인과의 혼인생활을 위해 국민의 배우자(F6)로 체류자격 변경을 신청하였는데 출입국관리사무소장이 출입국관리법 시행규칙 제9조의5의 ‘결혼동거 목적의 사증 발급기준’ 중 제1항 제4호에 규정된 ‘초청인이 「국민기초생활 보장법」 제6조의 최저생계비를 고려하여 법무부장관이 매년 정하여 고시하는 소득 요건을 충족하였는지 여부’ 기준을 원고가 충족하지 못하였다는 이유로

체류자격변경을 불허한 사건이었습니다.

이에 대하여 원고측은 다음과 같이 주장하였습니다.

『사증은, 출입국관리법 제7조와 제8조, 출입국관리법 시행령 제7조 이하, 출입국관리법 시행규칙 제8조 이하에서 규정하듯, 대한민국 외부에 있는 외국인이 대한민국 내로 입국할 때 필요한 서류로서, 법무부장관이 발급하는 것이며(다만 출입국관리법 제8조 제2항에 의하여 재외공관장에게 위임되어 있습니다), 그 발급기준이 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 이하에 상세하게 규정되어 있고(결혼이민 사증의 경우는 제9조의5에서 규정하고 있습니다), 제출서류도 동 시행규칙 제76조 제1항 제1호 및 별표 5에 규정되어 있는 반면, 반면, 체류자격은 출입국관리법 제17조 등에 따라 외국인이 대한민국 내에서 체류하기 위해 가져야 하는 법적 지위로서, 체류자격 변경허가는 출입국관리법 제24조에서 규정하듯, 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하려할 때 미리 받는 허가이다. 그 신청 절차 및 제출서류에 관해서는 출입국관리법 시행령 제30조와 출입국관리법 시행규칙 제76조 제2항 제5호 및 별표 5의2에 규정되어 있다. 또한, 피고의 상급기관인 법무부 출입국외국인정책본부도, 외국인을 위한 전자정부 하이코리아(www.hikorea.go.kr)에 게시한 ‘체류자격별 안내메뉴얼’에서, ‘체류’의 경우와 ‘사증’의 경우를 구별하여 매뉴얼을 제작하여 배포하고 있는바, ‘체류자격 부여, 변경, 기간연장’의 경우와 ‘사증 발급’의 경우가 구별되고 있다는 점은 명백하다. 위와 같이 사증과 체류자격은 구별되고 있으며, ‘결혼이민’ 사증 및 체류자격과 관련해서도 그 발급기준 및 변경허가기준이 구별되고 있다. 결혼이민 사증발급 기준에 관한 규정인 출입국관리법 시행규칙 제9조의5 제1항은, 아래와 같이 2013. 10. 10. 법무부령 제799호로 개정되면서, ‘법무부장관이 매년 정하여 고시하는 소득요건’부분이 신설되었다.

〈출입국관리법 시행규칙 2013. 10. 10. 개정 전후 비교〉

2013. 10. 10. 개정 전	2013. 10. 10. 개정 후
제9조의5 (결혼동거 목적의 사증 발급 기준 등) ① 제9조의4제1항에 따라 결혼동거 목적의 사증 발급 신청을 받은 재외공관의 장은 혼인의 진정성 및 정상적인 결혼 생활의 가능성 여부를 판단하기 위하여 제9조의2 각 호(제5	제9조의5 (결혼동거 목적의 사증 발급 기준 등) 신구조문 ① 제9조의4제1항에 따라 결혼동거 목적의 사증 발급 신청을 받은 재외공관의 장은 혼인의 진정성 및 정상적인 결혼 생활의 가능성 여부를 판단하기 위하여 제9조의2 각 호(제5

<p>호는 제외한다) 외에도 사증 발급을 신청한 외국인과 그 초청인에 대하여 다음 각 호의 요건을 심사·확인할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 교제경위 및 혼인의사 여부</li> <li>2. 당사국의 법령에 따른 혼인의 성립 여부</li> <li>3. 최근 5년 이내에 2회 이상 다른 배우자를 초청한 사실이 있는지 여부</li> <li>4. 초청인의 개인 파산, 부도, 법원의 채무불이행 판결 등을 고려한 가족부양능력 여부</li> <li>5. 건강상태 및 범죄경력 정보 등의 상호 제공 여부</li> </ol>	<p>호는 제외한다) 외에도 사증 발급을 신청한 외국인과 그 초청인에 대하여 다음 각 호의 요건을 심사·확인할 수 있다. 다만, 초청인과 피초청인 사이에 출생한 자녀가 있는 경우 등 법무부장관이 정하는 경우에 해당하면 다음 각 호의 요건 중 일부에 대한 심사를 면제할 수 있다. [개정 2013.10.10] [[시행일 2014.4.1]]</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 교제경위 및 혼인의사 여부</li> <li>2. 당사국의 법령에 따른 혼인의 성립 여부</li> <li>3. 초청인이 최근 5년 이내에 다른 배우자를 초청한 사실이 있는지 여부</li> <li>4. <u>초청인이 「국민기초생활 보장법」 제6조의 최저생계비를 고려하여 법무부장관이 매년 정하여 고시하는 소득 요건을 충족하였는지 여부</u></li> <li>5. 건강상태 및 범죄경력 정보 등의 상호 제공 여부</li> <li>6. 피초청인이 기초 수준 이상의 한국어 구사가 가능한지 여부. 이 경우 구체적인 심사·확인 기준은 법무부장관이 정하여 고시한다.</li> <li>7. 부부가 함께 지속적으로 거주할 수 있는 정상적인 주거공간의 확보 여부. 이 경우 고시원, 모텔, 비닐하우스 등 일반적으로 부부가 함께 지속적으로 거주할 수 있는 장소로 보기 어려운 곳은 정상적인 주거공간이 확보된 것으로 보지 아니한다.</li> <li>8. 초청인이 「국적법」 제6조제2항 제1호 또는 제2호에 따라 국적을 취득하거나 영 별표 1 28의3. 영주(F-5) 나목에 따라 영주자격을 취득하고 3년이 경과하였는지 여부</li> </ol>
---	---

그러나 개인 간의 사적 행위인 결혼에 국가가 개입하는 것은 매우 강력한 규제이기 때문에, 이에 대해서 출입국관리법 시행규칙 제84조의2(규제에 대한 재검토)에서는 위와 같은 규제강화 규정에 대하여 3년마다 재검토 대상이 되는 것으로 하였다. 그런데, 피고의 주장처럼 국제결혼이 많은 사회적 문제들을 일으키게 되면서, 사증발

급에 대해서는 위와 같이 시행규칙에 피고가 적용한 소득요건 기준에 대한 구체적인 조항을 두게 되었던 것이지만, 체류자격변경의 경우에는 그렇지 않다. 즉, 출입국관리법 시행규칙 제9조의5와 같은 조항이 없다. 그리고, 사증발급에 관한 세부기준인 출입국관리법 제9조의5를 체류자격변경에 있어서 준용할 수 있다는 명문의 규정도 없으며, 오히려 출입국관리법 시행규칙 제76조에서는 (제1항 제1호에서는 사증신청시 첨부서류에 대하여, 제2항 제5호에서는 체류자격변경신청시 첨부서류에 대하여) 이를 명확히 구분하여 규정하고 있다. 그리고, 출입국관리법 시행규칙 별표5의2에서는 결혼이민(F-6) 체류자격 변경허가 제출서류에, 단순히 ‘소득요건 입증서류’라고 규정하고 있을 뿐이다.

이와 같은 규정의 차이는, 결혼사증 발급신청의 경우 아직 국내에 입국하지 않은 외국인 배우자가 신청하는 것이어서, 아직 동거생활 등 혼인의 실체가 본격적으로 형성되지 않은 경우가 대부분인 반면, 결혼이민 체류자격 변경신청의 경우 이미 국내에서 체류하고 있는 외국인 배우자가 국민과 혼인하여 동거생활을 시작한 이후에야 신청하는 것이어서, 혼인의 실체가 이미 본격적으로 형성된 경우가 많기 때문이다(이 사건의 경우도, 원고와 한국인 배우자는 소 제기 훨씬 이전부터 동거생활 중으로, 이미 혼인의 실체가 본격적으로 형성되어 있는 상황이었음).

이처럼 동거생활 등 혼인의 실체가 형성되어 있지 않은 상태에서 사증발급이 거부될 경우 그 결과가 당해 신청자나 국민인 배우자에게 미치는 영향은 적은 반면, 이 사건의 경우처럼 동거생활 등 혼인의 실체가 형성된 상태에서 체류자격 변경이 거부될 경우에는 그 결과가 국민인 배우자에게 미치는 영향이 매우 크다는 차이가 있기 때문에, 법무부는 ‘결혼이민’ 사증 발급에 비하여 ‘결혼이민’ 체류자격으로의 변경허가에 있어서 보다 유연한 모습을 보이고 있는 것이다.

예컨대 ‘결혼이민’ 사증 중 ‘자녀양육자(F-6-2)’ 사증의 경우, 국민인 자녀에 대한 양육권이나 실제 양육 입증자료가 있는 경우에만 사증발급 대상이 되지만, ‘자녀양육자(F-6-2)’ 체류자격의 경우, 양육권이나 실제 양육 입증자료가 있는 경우뿐만 아니라 면접교섭권을 가진 경우까지도 체류허가를 하여주고 있다. 또한 ‘혼인단절자(F-6-3)’의 경우도 사증발급 대상은 되지 않지만 체류자격 변경허가의 대상은 된다. 이와 같이, ‘결혼이민’ 사증 및 체류자격에 있어, 기본적으로 사증보다는 체류자격의 경우에 허가의 여지가 더 열려있다고 할 수 있다.』

이러한 원고의 주장에 대하여 법원은 어떻게 판단하였을까요? 다른 법원에서도 이와 쟁점이 유사한 사례가 있었는데, 이 두 사건에 관하여 법원이 판단한 내용을 소개해보겠습니다.

#### ① 사건

『체류자격변경허가의 허가권자는 신청인의 적격성, 체류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 체류자격변경을 허가할 것인지에 관하여 폭넓은 재량을 가지고 있는 점, 피고는 내부사무처리준칙인 ‘결혼이민(F6) 사증 및 체류관리 통합지침’에 근거하여 사증발급 기준에 준하여 이 사건 심사를 하였는바, 위 통합지침은 이른바 ‘규범해석 규칙’의 성격을 가지는 것으로서 그 기준이 객관적으로 합리적인 것이 아니라거나 타당하지 않다고 볼 만한 다른 특별한 사정은 없으므로 거기에 표시된 행정청의 의사는 가급적 존중되어야 하는 점, 원고가 제출한 자료만으로는 ‘결혼동거 목적의 사증발급에 필요한 소득요건 고시’에서 정하는 2인 가구 기준 소득기준인 15,135,091 원을 충족하고 있다고 보기는 어려운 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 이 사건 처분에 법률적합성원칙 위반 또는 기초사실 오인의 위법이 있다고 단정하기는 어렵다.』

#### ② 사건

##### 『1) 관련 법리

출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하고자 하는 국가행정작용으로서, 특히 외국인의 국내체류에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필수적인 것이므로 엄격히 관리되어야 한다. 이러한 출입국관리행정의 목적 및 취지와 위에서 본 관계 법령의 규정형식, 체계 및 문언에 비추어 볼 때, 외국인의 체류자격변경에 관한 허가는 신청인에게 당초의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 할 수 있는 권한을 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 가지는 것으로, 그 허가권자는 신청인의 적격성, 체류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 허가 여부를 결정할 수 있는 폭넓은 재량을 갖는다고 보아야 한다.

##### 2)소득요건의 충족 여부

앞서 본 출입국관리법 시행규칙 제9조의5 제1항 제4호는 결혼동거 목적의 사증발급 신청을 받은 재외공관의 장은 혼인의 진정성 및 정상적인 결혼 생활의 가능성 여부를 판단하기 위하여 사증 발급을 신청한 외국인의 초청인에 대하여 ‘초청인이 국민

기초생활보장법 제2조 제11호에 따른 기준 중위소득을 고려하여 법무부장관이 매년 정하여 고시하는 소득요건을 충족하였는지 여부에 관하여 심사할 수 있다'고 규정하고 있고, 같은 시행규칙 제76조 제1항 제1호와 이와 관련한 [별표5]에서는 결혼이민(F-6)체류자격을 위한 사증발급 등 신청시 첨부서류로 '소득요건 입증서류'를 규정하고 있으며, 이 사건 처분 당시 법무부장관의 고시 [결혼동거 목적의 사증 발급에 필요한 소득요건 고시{법무부고시 제2014-563호, 2015.1.12. 시행}, 이하 '이 사건 고시'라고 한다]에 따른 2인 가구의 소득기준액은 초청인의 과거 1년 근로소득액 등과 초청인 소유 재산의 5%에 해당하는 금액을 합산하여 총 15,135,091원 이상일 것으로 규정되어 있다.

한편 출입국관리법 시행규칙 제76조 제1항 제2호와 이와 관련한 [별표 2]에서는 결혼이민(F-6)으로서의 체류자격변경 허가신청 등을 위한 첨부서류로, 위와 같은 사증발급 등 신청시 첨부서류와 동일한 '소득요건 입증서류'를 규정하고 있는데, 위 시행규칙 내에서는 위 '소득요건'에 관하여 아무런 정의규정이 존재하지 않지만, 다음과 같은 이유에서 피고가 이 사건 처분을 함에 있어서 위 첨부서류상의 '소득요건'을, 앞서 본 결혼이민(F-6)체류자격을 위한 사증발급신청 요건인 '소득요건'과 동일한 내용으로 본 데에 잘못은 없다.

○ 사증에 필요한 첨부서류와 체류자격변경을 위한 첨부서류는 [별표5]와 [별표5의2]에 별도로 규정되어 있으면서 위와 같은 '소득요건 입증서류'는 별표[5]와 [별표5의2]에 함께 규정되어 있는데, [별표5]의 '소득요건'과 관련하여 이 사건 고시가 공표되어 있는 반면 [별표5의2]의 '소득요건'과 관련하여 별도의 고시가 없는 이상, 위[별표5]의 '소득요건'과 관련한 이 사건 고시를 [별표5의2]의 '소득요건에 준용하는 것이 자연스럽다.

○ 외국인에 대한 사증발급 안내메뉴얼(갑 제14호증)과 외국인체류 안내메뉴얼(갑 제15호증)에서도 모두 소득요건 관련 제출서류로 "소득금액증명원(국세청 발급), 신용정보조회서"를 필수서류로 공통적으로 규정하고 있고, 그 이유에 대해서도 소득금액증명원의 경우 '전년도 소득 입증(국세청에 신고된 모든 소득 확인 가능)', 신용정보조회서에 대해서는 '채무불이행 여부 부채 확인'이라고 동일한 사유를 기재하고 있다

○ 사증은 대한민국 외부에 있는 외국인이 대한민국 내로 입국할 때 필요한 서류이고, 체류자격은 외국인이 대한민국 내에서 체류하기 위해 가져야 하는 법적 지위로서 모두 외국인에게 일정한 체류자격을 부여하는 효과를 발생시킨다는 점에서 양자의 '소득요건'을 동일한 기준과 내용으로 판단하는 것이 불합리하지 않다.

○ 법무부장관이 고시한 소득요건 기준은 체류자격 변경허가 여부를 결정할 때 고려할 수 있는 요건 중 하나일 뿐 절대적인 기준이 아니기는 하나, 원고와 000의 혼인의 진정성, 원고가 국내에서 안정된 혼인생활을 이루며 건전한 시민으로 정착하여 생활할 수 있는지 여부 등을 판단할 수 있는 중요한 기준이 된다.

따라서 피고가 이 사건 체류자격변경 허가 여부를 결정함에 있어 원고가 갖추어야 할 소득요건으로, 이 사건 고시에서 정한 2인 가구 소득기준액을 적용하여 원고와 그 내국인 배우자의 과거 1년 근로소득액 등과 원고와 내국인 배우자 소유 재산의 5%에 해당하는 금액을 합산하여 총 15,135,091원 이상일 것을 요구한 것은 위법하거나 부당하지 아니하다.』

여러분들은 어떻게 생각하시나요? 입국하지 않은 외국인에 대한 사증(비자)발급에 관한 기준을 이미 입국하여 국민인 배우자와 몇 년간 동거하고 있는 외국인에 대한 체류자격 변경 사안에 그대로 적용하는 것이 아무런 문제가 없는 것일까요? 그대로 적용할 필요가 있다고 한다면 사증발급과 관련한 규정과 기준을 체류자격변경에도 준용한다는 규정을 만들어야 하지는 않을까요? 차라리, 법원에서 그렇게 판단했더라면 법무부도 이에 근거하여 규정을 신속하게 정비할 수 있지 않았을까요? 법무부가 굳이 관련 규정을 정비하지 않더라도 법원에서 알아서 법무부의 손을 들어주고 있다 보니 어떤 면에서는 이민행정 관련 규정들이 좀 더 다듬어질 기회가 생기지 않는 것은 아닐까요? 이러한 법원의 모습이 법치주의의 구현에 부합되는 것이라 볼 수 있을까요?

정부가 공식적으로 표방하고 있는 ‘체류외국인과 더불어 사는 사회’와 연관되는 개념인 ‘이민행정’과 관련하여, 가능한 범위 내에서는 관련 규정들이 좀 더 다듬어지고 구체화되는 것이 필요하지는 않을까요? 그것이 법치주의의 구현에 좀 더 걸맞는 행정이 되지는 않을까요?

#### 4. 마치는 글

출입국행정이라는 표현보다 이민행정이라는 표현이 더 많은 함의를 지니게 된 현실에서 법치주의가 이민행정(출입국행정)에서 유보되는 것의 한계는 어디까지일까 하는 것이 발제자의 문제의식이었습니다. 아무리 세상이 변했다고 하더라도, 엄격한 국경관리와 위해 외국인 관리 라는 측면에서 법치주의가 이민행정에 곧이 곧대로 적용되는 것은 바람직하지 않으며 여전히 유보되어야 할 부분이 있다는 것은 발제자도 공감합니다. 그런데, 이러한 종래 전통적인 출입국행정에 대한 법치주의 유보의 인식이 이민행정에 무차별

적으로 적용되는 것은 경계를 할 필요가 있지는 않을까요? 그런데, 안타깝게도 이민행정은 법치주의가 유보되는 분야라는 인식은 비단 출입국 내부 뿐만 아니라 이에 대한 일정한 견제 역할을 하여야 하는 사법부 내부에도 팽배해 있는 것이 엄연한 현실이 아닌가 싶습니다. 경우에 따라서는, 출입국 내부보다 사법부가 이민행정에 법치주의를 적용하는 것에 대하여 더 소극적인 태도를 보일 때도 있습니다. 전통적인 사법시스템이 아니라 외국인심판원과 같이 글로벌시대의 soft law에 걸맞는 새로운 유형의 불복처리 시스템이 적극적으로 도입될 필요가 있습니다.

이제 체류외국인 190만명 시대입니다. 저출산고령화사회에서 이민행정(출입국행정)이 지니고 있는 역할과 의미에 대하여 다시 한번 생각해보아야 할 시점이기도 합니다. 외국인이 왔다가 며칠 머물다 가는 ‘손님’이 아니라 장기간 우리와 호흡하며 살아가고 있는 ‘이웃’으로서의 성격도 많이 가지게 된 현실에 걸맞는 정책이 시행되어야 하지 않을까요? 그런 점에서, 이민행정(출입국행정)에 법치주의를 적용하는 것의 내적, 외적 한계는 어디까지인지, 또한 법치주의 적용이 유보될 필요가 없는 분야에서의 법령 정비가 적극적으로 추진될 필요가 있지 않을까 하는 관점에서 발표를 해 보았습니다.

출입국관리법은 1963년 제정 이래 1993년까지 30년 동안 5번 밖에 개정되지 않았으나, 1993년부터 2015년까지 22년 동안은 30번 가까이 개정되었으며, 2010년 이후에는 15번이나 개정되는 등 많은 변화가 있었습니다. 2000년도 들어서서 체류외국인이 급증한 현상을 법령 개정 횟수에서도 알 수 있다고 하겠습니다. 다만, 빈번한 횟수 만큼 체류 외국인을 잠시 왔다 가는 ‘손님’이 아니라 우리의 ‘이웃’으로 여기는 실질적 내용의 법령 개정도 있었는지 한번 돌이켜보고 점검할 때가 되지 않았는가 생각합니다.

감사합니다.