

출입국관리행정과 법치주의 한계와 실무

2016. 5. 27. 동포교육지원단장 장 지 표

1. 들어가며

- 행정에 있어 법치주의 요청은 행정권의 자의적인 행사를 막고, 모든 행정활동을 법의 통제 아래 두려는 것으로 소위 법률에 의한 행정원리임
- 출입국관리행정은 국가주권 행사에 관련된 것으로 법률의 독자성이 강하며, 최근 각국은 외국인의 출입국 및 체류에 대한 통제·관리를 강화하는 추세
- 출입국관리행정에 있어 법치주의는 행정목적 달성과과정에서 궁극적으로 외국인의 인권 보호, 절차적 보장, 재량 통제의 문제로 볼 수 있음
- 이하, 출입국관리행정의 특수성과 우리나라 출입국관리제도를 개괄적으로 살펴본 뒤, 법치주의에 반한다고 지적되고 있는 대표적인 사안에 대해 실무를 중심으로 출입국관리행정에 있어 법치주의 한계에 대해 알아보고자 함

2. 출입국관리행정 특수성

- 출입국관리행정은 국제간에 이동하는 사람을 대상으로 하는 행정으로, 오래전부터 국가주권 행사와 관계된 행정의 하나로 인정되어 왔음
- 국가는 어떠한 외국인을 받아들이고, 어떠한 외국인을 거부할 것인가를 자유롭게 결정할 수 있다는 것이 국제법상 일반적인 원칙임
- 또 외국인의 입국을 인정한 후에도 그 사람을 계속 체류하게 할 것인가, 어떠한 외국인을 강제퇴거 할 것인가에 대해서도 국가의 고유 권한으로 되어 있음
- 이러한 주권국가의 속성상 출입국관리행정의 특성을 다음의 3가지로 요약 할 수 있음
 - ① 출입국관리행정은 폭넓은 자유재량을 내포하는 행정권의 독자성 내지 우위성을 가지는 범주에 속하는 행정으로, 소위 재량행정의 전형임
그러나 재량행정이란 하더라도 무제한적이고 절대적인 것은 아님
 - ② 출입국관리행정은 외국인의 출입국(체류 및 강제퇴거 포함)을 규제하는 것을 목적으로 하는 규제행정 중의 하나임
출입국관리행정은 자국에 바람직하지 않는 외국인에 대한 입국거부나 강제퇴거 등을 통해 공공의 안전 유지, 국가이익을 보호하는 것
 - ③ 출입국관리행정은 국제법과 교차하는 행정임
인적이동을 통한 건전한 국제교류 발전 및 국제평화에 기여함은 물론 인도적 입장에서 외국인을 처우함으로써 인권보장 발전에 기여
- 결론적으로 출입국관리행정은, 국가주권 행사로서 국가에 도움이 되는 외국인을 받아들이고 국익에 유해한 사람을 배제함으로써, 국가의 건전한 발전을 도모하고 국제협조 및 국제교류 증진에 기여하는 것을 목적으로 하는 행정으로, 적극적 기능과 소극적 기능이 함께 하는 이율배반적인 기능이 있음

3. 우리나라 출입국관리제도 개괄

가. 근거 및 특징

- 출입국관리법은 외국인 입국 및 체류를 규율하는 핵심 법률임
 - 출입국 관련법으로는 재외동포법, 난민법, 재한외국인처우기본법 등 국적법, 외국인고용법, 다문화가족지원법이 유사 법률 범위 내 포함
- 우리나라 출입국관리제도 특징은 다음과 같이 요약할 수 있음
 - 국가주권 영역에 속하는 관계로 인하여 출입국관리법의 핵심을 이루는 대부분 사항이 재량규정으로 되어있음
 - 체류자격제도 중심의 출입국관리체제로 입국심사와 체류관리를 엄격히 하고 있으며¹, 외국인의 정치활동을 원칙적으로 금지하고 있음
 - 외국인의 입국을 입국과 상륙²으로 구분하고 있고, 조건부 입국허가제도를 두고 있으며 입국 불허가에 대한 이의신청을 허용하지 않고 있음
 - 입국금지 및 출국금지 제도가 있고, 강제퇴거 대상에 해당하더라도 인도적인 사유 등 특별한 경우 체류를 허가하는 특별체류허가제도를 두고 있음
 - 출입국관리법 위반자 처리 관련 간이 신속한 절차로서 강제퇴거제도, 통고처분제도, 출국명령제도 등을 두고 있으며 이의신청 등의 권리구제 기회를 보장
 - 법 위반자 단속에 있어 형사절차상의 영장주의를 채택하고 있지 않으며, 출입국관리공무원은 출입국사범에 대한 전속 고발권을 가지고 있음
 - 행정의 사전절차에 있어서 행정절차법과 국민의 기본권 보호가 목적인 인신보호법 적용이 배제, 그 이유는 국가주권에 입각하는 재량론과 처분의 특수성임

나. 출입국관리제도 개요

외국인의 출입국 심사

입국허가 요건 및 입국금지 사유

- 외국인이 우리나라에 입국하기 위해서는 다음의 요건을 갖추어야 하며, 이 요건을 충족하지 못할 경우 입국이 불허됨(법 제12조 제4항)
 - ① 유효한 여권과 사증(다만 사증은 필요시에만)을 소지하고 있을 것
 - ② 입국목적이 체류자격과 부합할 것
 - ③ 체류기간이 법무부령에 정하는 바에 따라 정하여졌을 것
 - ④ 법 제11조의 규정에 의한 입국금지 또는 거부의 대상이 아닐 것³
- 입국금지(거부)사유나 입국목적 등에 대한 소명은 원칙적으로 해당 외국인의 입증책임이므로 본인이 입국허가요건 충족을 충분하게 소명하여야 함

¹ 출입국관리 유형은 크게 영미법계와 대륙법계(유럽)로 나누어지는데 우리나라는 전자에 속함

² 상륙허가로는 간이신속한 방법으로 입국을 허가하는 것으로 승무원상륙허가, 관광상륙허가, 긴급상륙허가, 재난상륙허가, 난민의 임시상륙허가 등 5종이 있고, 입국심사 시 바이오정보 제출을 생략해주기도 한다.

³ 법 제11조의 규정에 의한 입국금지 대상은 1)감염병환자, 마약류중독자, 그 밖에 공중위생상 위해를 끼칠 염려가 있다고 인정되는 사람, 2)「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」에서 정하는 총포·도검·화약류 등을 위법하게 가지고 입국하려는 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, 5)사리 분별력이 없고 국내에서 체류활동을 보조할 사람이 없는 정신장애인, 국내체류비용을 부담할 능력이 없는 사람, 그 밖에 구호가 필요한 사람, 6)강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년이 지나지 아니한 사람, 6)1910. 8. 29. - 1945. 8. 15. 사이에 일본 정부의 지시를 받거나 그 정부와 연계하여 인종, 민족, 종교, 국적, 정치적 견해 등을 이유로 사람을 학살·학대하는 일에 관여한 사람, 7)위에 준하는 사람으로서 법무부장관이 그 입국이 적당하지 아니하다고 인정하는 사람, 8)상호주의에 의해 입국이 거부되는 사람 등임

외국인 입국심사

- 우리나라에 입국하고자 하는 외국인은 입국하는 출입국항에서 출입국관리공무원에게 입국허가를 신청하여 입국 심사를 받아야 함(법 제12조)
- 17세 이상의 외국인은 정보화기기로 지문 및 얼굴에 관한 정보를 제공하고 본인임을 확인하는 절차에 응하여야 하는 의무가 부여되어 있음
- 출입국관리공무원은 입국심사 결과 입국을 허가할 때는 해당 외국인의 여권 등에 입국심사인을 찍고 체류자격과 체류기간을 기재하여야 함
- 출입국관리공무원은 외국인 입국을 불허할 경우 해당 외국인이 탔던 선박 등의 장 또는 운수업자에게 송환지시서를 발부하여 송환 요구할 수 있음
- 선박 등의 장 또는 운수업자는 자기 비용과 책임으로 해당 외국인을 대한민국 밖으로 송환하여야 할 의무를 지고 있음
통상 원활한 송환을 위하여 송환지시를 받은 항공사 책임 아래 입국이 불허된 자는 국제공항 내의 송환대기실(항공사운영협의회가 운용주체)에서 대기

조건부 입국허가

- 지방출입국·외국인관서의 장(이하 ‘사무소장’이라 함)은 외국인이 입국허가요건을 갖추지 못하였더라도 특별한 사유가 있는 경우에는, 조건부 입국을 허가할 수 있음 (법 제13조)
- 특별한 사유로는, ①부득이한 사유로 유효한 여권 및 사증을 소지하지 못하였으나 일정 기간 내에 그 요건을 갖추 수 있다고 인정되는 경우, ②입국금지 사유에 해당된다고 의심 또는 입국목적이 체류자격과 부합하지 않다고 의심되어 특별 심사 필요가 있다고 인정되는 경우 등임
- 조건부 입국을 허가할 때에는 주거의 제한, 출두의무 등 필요한 조건을 붙이고, 1천만 원 이하의 보증금을 예치하게 할 수 있으며, 당사자가 이를 어길 때에는 예치 보증금의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시킬 수 있음

외국인 출국심사

- 외국인은 우리나라를 출국할 때에는 입국 시와 같이 유효한 여권을 가지고 출국하는 출입국항에서 출입국관리공무원의 출국심사를 받아야 함
- 외국인의 출국은 자유이나 출국절차는 필요하며, 출국심사는 설권행위인 외국인 입국심사와 달리 확인행위임
출국심사는 출국하는 외국인을 정확히 파악하고 공정한 출입국관리를 하기 위하여 외국인 개개인에 대한 출국사실을 확인하는 것임
- 국내 체류 중 범죄로 소추되어 있거나 범죄혐의로 수사 중에 있는 등 특별한 경우 외국인은 출국이 정지될 수 있음(법 제4조제1항)⁴
대표적인 출국정지 대상자로는 ①범죄수사 상 출국이 적당하지 아니하다고 인정되는 사람, ②형사재판에 계속(係屬) 중인 사람, ③징역형이나 금고형의 집행이 끝나지 아니한 사람 등임

⁴ 기타 출국정지 사유로는, ①대통령령으로 정하는 금액 이상의 벌금(1천만 원 이상)이나 추징금(2천만 원 이상)을 내지 아니한 사람, ②대통령령으로 정하는 금액 이상의 국세·관세, 지방세를 정당한 사유 없이 납부기한까지 내지 아니한 사람(세금 체납액은 5천만 원 이상), ③기타 위에 준하는 사람으로서 대한민국의 이익이나 공공의 안전, 경제질서를 해칠 우려가 있어 출국이 적당하지 않다고 법무부령으로 정하는 사람 등임

- 출국정지 기간은 기본적으로 범죄수사 해당자는 10일(도주 등 특별 사유가 있는 경우에는 1개월), 기소중지자는 3개월(기소중지자로서 체포영장 또는 구속영장이 발부된 자는 영장 유효기간 까지), 이외 해당자는 3개월을 초과할 수 없음
- 출국정지는 중앙행정기관의 장 등의 요청에 의하여 법무부장관이 결정하고, 해제 역시 동일한 형식을 취하며, 법무부장관은 출국정지 요청을 받으면 지체 없이 심사 결정하도록 되어 있음
- 법무부장관은 출국정지 사유가 소멸할 때에는 즉시 출국정지를 해제하여야 하고, 출국정지나 연장 결정을 한 때에는 즉시 당사자에게 서면으로 통지하여야 함
- 해당 외국인은 10일 이내에 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있으며, 출국정지가 해제된 날로부터 10일 이내에는 체류기간연장 등 별도의 절차에 의하지 아니하고 출국할 수 있음

외국인 체류관리

체류자격제도

- 우리나라 입국이 허가된 외국인은 입국허가 시 부여된 체류자격과 체류기간 범위 내에서만 체류할 수 있음
- 체류자격이란 우리나라에 체류하는 외국인이 행할 수 있는 활동 또는 체류할 수 있는 신분· 지위를 유형화한 출입국관리법상의 법적자격임
현재 36개의 체류자격별로 체류 중에 할 수 있는 활동이 정하여져 있고, 외국인이 취업하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 절차에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 함(법 제18조)
- 체류자격은 입국허가를 할 때에 체류기간과 함께 출입국관리공무원이 결정하여 여권에 명시하며, 기본적으로는 사증을 중심으로 하여 이루어짐
- 입국허가 후에 체류자격변경 또는 체류기간연장에 대해서는 법무부장관이 허가하는 것으로 되어있음

외국인등록

- 외국인이 국내 90일 이상 체류하고자 할 때에는 입국일로부터 90일 이내에 주소지 관할 사무소장에게 외국인등록을 하여야 하며(법 제31조), 이때 17세 이상자는 지문 및 얼굴 정보를 제공하여야 함
- 외국인등록사항은, ①성명, 성별, 생년월일 및 국적, ②여권의 번호· 발급일자 및 유효기간, ③근무처와 직위 또는 담당업무, ④본국의 주소와 국내 체류지, ⑤체류자격과 체류기간, ⑥ 기타 법무부령으로 정하는 사항 등임(법 제33조)
- 외국인등록을 한 외국인은 위 ①· ② 및 기타 법무부령이 정하는 사항에 변경이 있는 때에는 14일 이내에 지방출입국외국인관서의 장 또는 시군구청· 동의장에게 신고하도록 되어있음
- 17세 이상의 외국인에 대해서는 외국인등록증명서의 상시 휴대의무가 부과되어 있으며, 출입국관리공무원 등 권한 있는 공무원으로부터 등록증명서의 제시요구를 받을 때에는 이에 응하여야 함(법 제27조)
- 외국인등록제도는 신분관계를 명확히 하고(동일성 확보), 체류하는 외국인의 체류지, 체류목적, 체류기간, 근무처 등을 정확히 파악함으로써 외국인을 효율적

- 으로 관리하여 공공의 안녕과 외국인의 체류질서를 확보하는데 그 의의가 있음
- 나아가 동 제도는 외국인에 대한 행정서비스 확대 및 영주자격 소지자의 참정권 부여 등 다양한 서비스 제공 수단으로서의 기능과 역할이 증가하고 있음

각종 체류허가

- **(체류기간연장허가)** 국내 체류하는 외국인이 체류기간을 초과하여 계속 체류하고자 할 때에는 기존 부여된 체류기간의 만료 전에 법무부장관으로부터 체류기간연장허가를 받아야 함
 - 외국인에게는 체류권이 보장되어 있지 않음. 체류기간연장 등 각종체류허가는 허가권자가 신청인의 적격성, 체류목적, 그간의 체류행정, 공익, 국내 제반 사정 등을 참작하여 허가여부를 결정할 수 있는 재량행위임
 - 체류기간연장허가는 기존 체류자격에 해당하는 체류 목적을 달성하지 못한 관계로, 그 체류자격을 유지하면서 국내에 계속 체류하고자 하는 경우에 신청하는 것으로 계속 체류의 필요성을 입증하는 것이 핵심 사항임
- **(체류자격변경허가)** 우리나라에 체류하는 외국인이 기존의 체류자격과 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하고자 할 때에는 미리 법무부장관으로부터 체류자격변경허가를 받아야 함
 - 외국인등록이 면제된 자로서 신분 변경으로 체류자격을 바꾸고자 하는 자는 그 신분 변경일로부터 30일 이내에 체류자격변경허가를 받도록 되어있음
- **(체류자격부여허가)** 한국 국적을 잃거나 국내 출생, 기타 사유로 체류자격을 가지지 못하고 체류하게 되는 외국인은 그 사유가 발생한 날부터 30일(국내 출생자는 90일) 이내에 체류자격을 부여받아야 함
- **(체류자격외 활동허가)** 대한민국에 체류하는 외국인이 그 체류자격에 해당하는 활동과 병행하여 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하고자 할 때에는 사전에 법무부장관의 체류자격외 활동허가를 받아야 함
 - 이는 어디까지나 주된 활동에 부수적인 활동을 하는 것이므로 부수적인 활동 범위가 주된 활동범위를 넘어서서는 아니 됨
 - 현행 법령과 지침에서 부수적인 활동을 판단할 명확한 기준이 없으므로 활동 형태, 임금, 시간 등을 종합적으로 고려하여 그 판단
- **(근무처변경·추가허가)** 외국인이 체류자격 범위 내에서 근무처를 변경·추가하고자 할 때에는 미리 법무부장관의 허가를 받아야 하며, 누구든지 근무처변경·추가허가를 받지 아니한 외국인을 고용 또는 고용을 알선하여서는 아니 됨
 - 외국인은 취업할 수 있는 체류자격을 가지고 있어도 근무처를 자유롭게 이동할 수 없으며, 오로지 지정된 근무처에서만 근무하여야 함
 - 실무에 있어서는 전문인력에 대해서는 사후신고제(근무처 옮긴 후 15일 이내 신고)로, 비전문인력에 대해서는 사전허가제로 운용되고 있음

각종 신고

- 국내 등록외국인이 체류지를 변경할 때에는 전입한 날부터 14일 이내에 신체류지의 시·군·구·읍·면·동의 장 또는 신체류지를 관할하는 지방출입국·외

· 외국인관서의 장에게 전입신고를 하여야 함

- 적법절차를 통해 외국인을 고용한 자는, ①외국인을 해고하거나 외국인이 퇴직 또는 사망한 경우, ②고용된 외국인의 소재를 알 수 없게 된 경우, ③고용계약의 중요한 내용을 변경한 경우에는 그 사실을 안 날부터 15일 이내에 사무소장에게 신고(법 제19조)하여야 하며, 외국인 유학생이 재학·연수중인 학교의 장도 유사한 의무를 지고 있음⁵

각종 허가 등의 취소·변경

- 법무부장관은 외국인이 허위 또는 부정한 방법으로 출입국관리법상 각종 허가⁶를 받았거나, 해당 외국인이 허가 내용과 다른 활동하는 등 법 제89조 제1항의 각 호에 해당할 때에는 이미 허가된 내용을 취소·변경할 수 있으며, 이 경우 각종 허가와 관련하여 신청인은 물론 이해관계인의 행위도 포함됨
- 구체적으로 해당사유를 보면, ①신원보증인이 보증을 철회하거나 신원보증인이 없게 된 경우, ②거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 허가 등을 받은 것이 밝혀진 경우, ③허가조건을 위반한 경우, ④사정 변경으로 허가상태를 더 이상 유지시킬 수 없는 중대한 사유가 발생한 경우, ⑤ 이 법 또는 다른 법을 위반한 정도가 중대하거나 출입국관리공무원의 정당한 직무명령을 위반한 경우 등임
- 법무부장관은 각종 허가 등의 취소나 변경에 필요하다고 인정하면 해당 외국인이나 법 제79조(허가신청 등의 의무자)에 따른 신청인을 출석하게 하여 의견을 들을 수 있음
이 경우 법무부장관은 취소하거나 변경하려는 사유, 출석일시와 장소를 출석일 7일 전까지 해당 외국인이나 신청인에게 통지
통지는 서면으로 하는 것이 원칙이나, 해당 외국인이나 신청인의 소재불명 등으로 통지할 수 없을 때에는 공시절차를 거침
- 이러한 절차규정을 두는 것은, 각종 허가 등에 대한 취소·변경은 해당 외국인에게 미치는 영향이 크므로 당사자에게 충분한 소명기회를 주고, 입국 및 체류 목적, 체류상황 등에 정확한 사실관계를 확인한 후 관련조치를 하기 위해서임

강제퇴거

강제퇴거 법적 근거

- 국가는 국제관습법 상 자국에 바람직하지 않는 외국인을 추방할 권리를 가지고 있고, 어떠한 외국인을 바람직하지 않다고 판단할 것인가에 대해서도 자유로이 결정할 수 있다고 인정되어 왔음
- 이에 우리나라 출입국관리법도 일정한 사유에 해당하는 외국인을 강제력을 행사하여 국외로 강제퇴거 시키는 법적절차를 상세하게 정하고 있음

강제퇴거 사유

⁵ 외국인 유학생이 재학 또는 연수중인 학교의 장은, 외국인 유학생이 매 학기 등록기한까지 등록을 하지 아니하거나 휴학을 한 경우, 제적·연수중단 또는 행방불명 등의 사유로 외국인 유학생의 유학이나 연수가 끝난 경우에는 그 사실을 안 날부터 15일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장에게 신고(정보통신망 신고 포함)하여야 함

⁶ 각종 허가 등이란, 법 제8조에 따른 사증발급, 제9조에 따른 사증발급인정서의 발급, 제12조제3항에 따른 입국허가, 제13조에 따른 조건부 입국허가, 제14조에 따른 승무원 상륙허가, 제14조의2에 따른 관광상륙허가 또는 제20조·제21조 및 제23조부터 제25조까지의 규정에 따른 체류허가 등임

○ 출입국관리법은 외국인 인권을 존중하고 자의적인 강제퇴거를 막기 위하여 강제퇴거 사유를 구체적으로 정하고 있음²

○ 출입국관리법 제46조에서 규정한 강제퇴거 대상은, 출입국관리법 위반자(불법입국자, 불법취업자, 체류기간 초과자, 불법입국 방조자, 출국명령 위반자 등), 반사회성이 강한 자(형벌법령 위반자, 마약류 중독자), 감염병 환자 등 공공의 부담이 되는 자, 국가의 안전과 이익을 해하는 자 등으로 유형화 할 수 있음

강제퇴거절차

○ 강제퇴거절차는 신체 구속을 수반하는 행정처분인 점을 감안, 우리나라 출입국관리법은 강제퇴거 사유의 해당성을 보다 공정하고 합리적으로 판단하기 위하여 신중하고 상세한 절차를 마련하고 있음. 이는 외국인의 권리보호 관점에서 적정 절차를 보장하려는 것임

①위반조사

【위반조사】

○ 강제퇴거절차로서는, 우선 강제퇴거 사유에 해당한다고 의심되는 외국인(이하 용의자라고 함)에 대하여 출입국관리공무원의 위반조사가 이루어짐

○ 출입국관리공무원은 용의자에 대하여 그 사실을 조사할 수 있고, 용의자에 대한 출석요구 및 조사, 참고인의 출석요구 및 진술 청취를 할 수 있으며, 필요할 때에는 용의자의 동의를 얻어 그의 주거 또는 물건을 검사하거나 서류나 물건의 제출을 요구할 수 있음

【용의자 보호】

○ 출입국관리공무원은 외국인이 강제퇴거 사유에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 사무소장이 발부하는 보호명

-
3. 제12조의3제1항 또는 제2항을 위반하거나 이를 교사(敎唆) 또는 방조(幫助)한 사람
 2. 5년 이상의 징역 또는 금고의 형을 선고받고 석방된 사람 중 법무부령으로 정하는 사람
 1. 「형법」 제2편제1장 내란의 죄 또는 제2장 외환의 죄를 범한 사람
- ② 제10조제1항에 따른 체류자격 중 대한민국에 영주할 수 있는 체류자격을 가진 사람은 제1항에도 불구하고 대한민국 밖으로 강제퇴거되지 아니한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그러하지 아니함
1. 제7조를 위반한 사람, 2. 제7조의2를 위반한 외국인 또는 같은 조에 규정된 허위초청 등의 행위로 입국한 외국인, 3. 제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람, 4. 제12조제1항· 제2항 또는 제12조의3을 위반한 사람, 5. 제13조제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장이 붙인 허가조건을 위반한 사람, 6. 제14조제1항, 제14조의2제1항, 제15조제1항, 제16조제1항 또는 제16조의2제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 상륙한 사람, 7. 제14조제3항(제14조의2제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다), 제15조제2항, 제16조제2항 또는 제16조의2제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장 또는 출입국관리공무원이 붙인 허가조건을 위반한 사람, 8. 제17조제1항· 제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람, 9. 제21조제1항 본문을 위반하여 허가를 받지 아니하고 근무처를 변경· 추가하거나 같은 조 제2항을 위반하여 외국인을 고용· 알선한 사람, 10. 제22조에 따라 법무부장관이 정한 거소 또는 활동범위의 제한이나 그 밖의 준수사항을 위반한 사람, 10의2. 제26조를 위반한 외국인, 11. 제28조제1항 및 제2항을 위반하여 출국하려고 한 사람, 12. 제31조에 따른 외국인등록 의무를 위반한 사람, 12의2. 제33조의2를 위반한 외국인, 13. 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람, 14. 그 밖에 제1호부터 제10호까지, 제10호의2, 제11호, 제12호, 제12호의2 또는 제13호에 준하는 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람
- ² 법 제46조(강제퇴거 대상자) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있음

령서에 의하여 그 외국인은 보호할 수 있는데, 보호명령서 발부를 신청할 때에는 보호의 필요성을 인정할 수 있는 자료를 첨부하여 제출하도록 되어 있음

보호명령서 발부심사에 있어, 사무소장은 다양한 실무경력과 전문지식을 살려 제3자적인 입장에서 공정하고 합리적인 판단을 내릴 수 있음

○ 출입국관리법상 보호란 강제퇴거 대상에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인 보호장소에 외국인보호실, 외국인 보호 장소에 인치(引致)하고 수용하는 집행활동인데, 이는 강제퇴거 대상여부를 조사하기 위한 보호와 강제퇴거명령 집행을 위한 보호로 구성되어 있음³

○ 보호는 정상적으로 보호명령서를 발부 받아 보호하는 것이 일반 원칙이나, 긴급을 요하여 사무소장으로부터 보호명령서를 발부받을 시간적 여유가 없는 때에는 그 취지를 알리고 출입국관리공무원 명의로 긴급보호서를 발부하여 그 외국인을 보호할 수 있음

이 경우 48시간 이내에 보호명령서를 발부받아 해당 외국인에게 제시하여야 하며, 이를 발부받지 못한 때에는 즉시 보호를 해제하여야 함

○ 보호기간은 10일이며, 부득이한 사유가 있는 때에는 사무소장의 허가를 받아 10일을 초과하지 않는 범위 내에서 1차에 한하여 연장할 수 있음⁴

보호할 수 있는 장소는 외국인보호실(각 사무소 내에 있는 보호 장소), 외국인 보호소, 기타 법무부장관이 지정하는 장소임

○ 출입국관리공무원이 보호명령서를 집행할 때에는 용의자에게 이를 제시하여야 하며, 보호일로부터 3일 이내에 국내에 있는 용의자의 가족이나 법정대리인, 용의자가 지정하는 자에게 보호일시 및 장소, 보호이유를 서면으로 통지하여야 함

○ 보호명령서에 의하여 보호된 자 또는 그의 법정대리인 등은 사무소장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있음(기간 제한은 없음)

이 경우 법무부장관은 지체 없이 관계서류를 심사하여 이의신청에 대한 결정을 하여야 하며, 결정에 앞서 필요한 때에는 관계인의 진술을 청취할 수 있음

이의신청에 이유가 없을 때는 기각, 이유 있다고 인정될 때에는 결정으로 피보호자 해제를 출입국관리사무소장에게 명하여야 함

②위반 심사 및 이의신청

【사무소장의 위반심사】

○ 사무소장은 출입국관리공무원이 용의자에 대한 조사를 마치면, 지체 없이 용의자가 강제퇴거 대상에 해당하는지 여부를 심사하여 결정하여야 함

○ 사무소장의 심사는 담당공무원이 조사한 내용을 중심으로 이루어지나, 용의사실과 다른 사실의 유무에 대해서도 적극적으로 심사할 필요가 있음

³ 출입국관리법상 보호의 성격에 대한 헌법재판소 판단(헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마474등 참조) : 또한, 출입국관리법상 보호는 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정인 출입국관리행정의 일환으로 외국인의 체류자격의 심사 및 체류자격 없는 외국인의 강제퇴거절차의 집행을 위하여 이루어지는 것인바, 출입국관리행정 중 이와 같이 체류자격의 심사 및 퇴거 집행 등의 구체적 절차에 관한 사항은 광범위한 정책재량의 영역에 있음

⁴ 일본의 경우 강제퇴거 대상자에 대한 조사를 위한 수용기간은 30일이고, 30일 범위 내에 1차 연장하여 최대 60일이며, 강제퇴거명령 집행을 위한 수용기간은 송환이 가능할 때까지로 제한이 없다. 또한 우리나라 처럼 장기보호자에 대한 일정기간마다 계속 보호여부에 대한 상부의 승인을 받는 절차도 없음

- 심사의 결과, 사무소장은 용의자가 강제퇴거 사유의 하나에 해당한다고 인정될 때에는 강제퇴거명령서를 발부할 수 있음
그렇지 않을 때에는 지체 없이 용의자에게 그 뜻을 알려야 하고, 용의자가 보호되어 있는 때에는 즉시 보호를 해제하여야 함
사무소장은 강제퇴거명령서를 발부한 때에는 그 용의자에게 법무부장관에게 7일 이내에 이의신청을 할 수 있음을 알려야 함
- 사무소장은, 용의자가 강제퇴거 사유의 어느 하나에 해당한다고 인정되더라도 자기비용으로 자진하여 출국하려는 자에 대해 출국명령을 할 수 있음
자진출국하려는 자는 출국에 필요한 비용을 피강제퇴거자 자신이 부담하고, 자발적인 의사로 출국할 확실한 의사를 가지고 있어야 함

【심사결정에 대한 이의신청】

- 용의자가 강제퇴거명령 처분에 대해 이의신청을 하고자 할 때에는 강제퇴거명령서를 받은 날부터 7일 이내에 사무소장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청서를 제출하여야 하며, 이 기간을 넘기면 이의신청이 불가함
- 사무소장은 이의신청서를 접수한 때에는 심사결정서와 조사기록을 첨부하여 법무부장관에게 제출하여야 하며, 법무부장관은 이의신청서를 접수한 때에는 이의신청이 이유 있는지 여부를 심사 결정하여, 그 뜻을 사무소장에게 통지함
사무소장은 법무부장관으로부터 이의신청에 대한 결정 통지를 받으면, 지체 없이 용의자에게 그 뜻을 알려야 하고, 이의신청이 이유가 있다는 결정이 통지되면 즉시 보호를 해제하여야 함

③강제퇴거명령서 집행

- 강제퇴거명령서의 집행은 출입국관리공무원이 하며, 강제퇴거명령서를 집행할 때에는 그 명령을 받은 자에게 강제퇴거명령서를 내보이고 지체 없이 해당 외국인을 송환국에 송환하여야 함
- 강제퇴거명령을 받는 자에 대해서는 원칙적으로 해당 외국인의 국적국 또는 시민권이 속하는 국가로 송환하는 것이 원칙이나, 이들 국가에 송환이 불가할 경우는 다음의 국가로 송환할 수 있음
대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가 또는 출생지가 있는 국가
대한민국에 입국하기 위하여 선박 등에 탔던 항이 속하는 국가
기타 본인이 송환되기를 희망하는 국가
- 난민은 난민협약 제33조제1항에 따라 규정에 추방 또는 송환이 금지되는 영역이 속하는 국가에 송환해서는 아니 되나, 법무부장관이 대한민국의 이익이나 안전을 해친다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니함(법 제64조제3항)⁵
- 사무소장은 피강제퇴거명령자를 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없을 때에는 송환이 가능할 때까지 보호할 수 있으며, 송환이 원천적으로 불가능할 경우에는 필요한 조건을 붙여 보호를 해제할 수 있음
- 강제퇴거명령 집행을 위한 보호 시 보호기간이 3개월을 넘을 때에는 3개월마다

⁵ 법 제62조 제4항은, 강제퇴거명령을 받은 자가 난민인정을 신청하여 아직 난민인정 여부가 결정되지 아니한 경우나 난민불인정에 대해 이의신청을 하였으나 이에 대한 심사가 끝나지 아니한 경우에는 송환을 금지하고 있다. 다만 난민인정을 신청한 사람이 대한민국의 공공안전을 해쳤거나 해칠 우려가 있다고 인정될 때에는 그러하지 아니함

미리 법무부장관의 승인을 받아야 하고, 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 하며, 송환이 명백히 불가하다고 판단될 때에는 주거제한 등 필요한 조건을 붙여 사무소장의 직권으로 보호를 해제할 수 있음

④일시보호 및 보호 일시해제

【일시보호】

- 출입국관리공무원은 아래 외국인을 48시간을 초과하지 않는 범위 내에서, 사무소장으로부터 일시보호명령서를 발부 받아 외국인보호실에 일시보호할 수 있음
외국인 입국이 허가되지 아니한 자, 조건부 입국허가를 받은 자로서 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자
출국명령을 받은 자로서 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자
- 출입국관리공무원은 일시보호한 외국인을 출국교통편의 미확보, 질병, 기타 부득이한 사유로 48시간 내에 송환할 수 없는 경우에는 사무소장의 허가를 얻어 48시간을 넘지 아니하는 범위 내에서 1회에 한하여 보호기간을 연장할 수 있음

【보호의 일시해제】

- 보호명령서나 강제퇴거명령서를 발부 받고 보호된 자나 그의 보증인, 법정대리인 등은 사무소장에게 보호의 일시해제를 청구할 수 있음
- 사무소장은 보호의 일시해제 청구를 받으면 피보호자의 정상, 해제요청사유⁶, 자산, 기타 사항 등을 고려하여 2천만 원 이하의 보증금을 예치시키고 주거 제한 등 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있는데, 허가요건은 정해지지 않았음
- 보호일시해제에 대한 허가여부는 사무소장의 자유재량에 맡겨져 있으며, 고려하여야 할 사항 중 해제요청사유는 확실한 증거에 기초하여 판단하여야 할 것임
- 보호일시해제는 사실상 강제퇴거집행을 잠정 유보하는 것이 되므로, 긴급하거나 부득이한 경우에 한하여 최소한도에서 적용되어야 할 것이고, 보호자체가 원천적으로 불가할 정도가 아니면 단기간 내에서 이루어져야 할 필요가 있음
- 보호의 일시해제된 자가, 도주하거나 도주할 염려가 인정되는 경우, 정당한 사유 없이 출석명령에 따르지 아니한 경우, 기타 일시해제에 붙인 조건을 위반한 경우에는 보호의 일시해제를 취소하고 다시 보호할 수 있으며, 이 때 보증금의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시킬 수 있음
- 보호의 일시해제된 자가 출국하거나 보호의 일시해제를 취소할 때에는 보증금을 납부한 자에게 반환하여야 함

⑤체류허가의 특례

- 법무부장관은 강제퇴거명령에 대한 이의신청이 이유 없다고 인정되는 경우라도 용의자가 우리나라 국적을 가진 사실이 있거나 그 밖에 국내에 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되면 체류를 허가할 수 있으며, 이 때 체류기간 등 특별한 조건을 붙일 수 있음(법 제61조)⁷

⁶ 보호일시해제 청구사유로는 질병치료, 사업·재산정리, 채권회수, 회복할 수 없는 손해 등을 들 수 있다.

⁷ 특별체류허가는 강학상 특허에 해당하며, 특별한 조건은 행정법 이론상 필요한 부관에 해당하는 것이다.

- 그밖에 우리나라에 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우란, 용의자가 영주자격을 가졌거나 대한민국에 특별한 공헌을 한 사실이 있는 경우, 기타 국익이나 인도주의 차원에서 국내 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우 등을 말함
- 피강제퇴거명령자에 대한 특별체류허가는, 법무부장관의 판단으로 체류를 특별히 허가하는 즉, 청구권이 없는 자에게 이익을 부여하는 시혜적인 조치로 대표적인 재량행위이며, 그 성격상 특별체류 허가여부에 대한 고정적·일의적인 기준이 있을 수 없음. 이런 관계로 강제퇴거 관련 다수의 소송이 특별체류허가를 하지 않았다는 점을 들어 법무부장관의 재량남용·일탈을 주장하고 있음⁸

4. 출입국관리행정 실무와 법치주의 한계

가. 외국인의 입국심사

▣문제 제기▣

- 외국인 입국허가 요건 충족여부에 대한 출입국심사관의 자의적인 판단 우려됨
- 입국거부자의 송환대기실 장기 대기는 인신구금에 해당하는 것으로 헌법 위반

▣실무운동 및 한계▣

- 출입국관리공무원의 입국허가 요건 충족여부의 판단에 있어 자의적 판단이 개입될 염려가 있는 부분은, ①입국목적이 체류자격에 부합하는지 여부와, ②법 제11조에 따른 입국의 금지 또는 거부 사유 중 상당성 또는 해당성 판단임
- 외국인 입국심사 때 우선적으로 심사하여야 할 사항은, 여권 및 사증에 관한 조건, 체류목적 및 기간에 관한 조건, 입국거부 해당성에 관한 조건 등임⁹
 - 외국인의 활동의 진실성, 체류자격 해당성, 입국허가 요건 적합성을 판단
 - 입국허가 기준은 외국인의 입국·체류 동향, 경제·사회 정세변화에 따라 달라져야 하므로 법령으로 기준을 설정하는 것은 현실적으로 어려움이 있음

○ 입국불허 대상 심사 절차

출입국관리법령상 이의신청제도를 두고 있지 않으나, 심사관의 자의적인 판단 배제 및 외국인에게 충분한 소명기회 부여 등 신중한 판단을 하고 있음

외국인에게 입국불허에 대한 이의신청을 허용하고 있지 않는 이유는 입국허가 판단은 주권국가의 주권행사로서 자유재량에 속하기 때문임

그러나 선의의 피해자가 발생하지 않도록 실무상 3심제를 운용, 해당 외국인에게 충분한 소명기회 부여 및 정확한 사실 판단을 하고 있음

- 3심제 경우 1차 출입국심사관이 입국허가 여부 판단 → 2차 재심 전담직원 판단 → 3차 직원 3명으로 구성된 심사팀에서 합의심사 과정을 거침¹⁰
- 입국허가요건 충족에 대한 소명책임은 해당 외국인에게 있으므로, 당사자는 진술 및 객관적인 자료로 이를 입증하여야 함
- 위 2차·3차 심사의 경우 본인의 진술을 기초로 하여 입국목적, 과거 우

⁸ 법무부장관이 특별체류를 허가할 것인지에 대한 판단은 재량행위 성질상 당부당의 문제는 있을 수 있으나, 위법의 문제는 쉽게 생길 수 없다 할 수 있음

⁹ 외국인의 입국요건에 “입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닐 것을”을 규정한 것은 법 제11조의 절차적 실효성을 확보하기 위한 것임

¹⁰ 인천공항출입국 경우에는 1차 심사는 심사과 소속 직원이, 2차 심사는 과를 달리하여 재심전담의 입국재심과 직원이 함으로써 객관성과 공정성을 담보하고 있음

리나라 입국 및 체류상황, 여행스케줄, 충분한 여행경비 소지 여부, 국내 연고자, 체류 및 방문예정지 등을 상세히 파악하여 심사에 활용하고 있음

○ 입국거부자의 송환대기실 운용 관련

출입국항의 송환대기실은 입국이 거부된 외국인이 출국 항공편에 탑승하기 위해 일시 대기하는 곳으로, 그 운용주체는 공항 경우 항공사운영협의회임 이 곳은 법 위반자를 대상으로 한 보호 장소가 아니므로 시설에 있는 동안 인신구금 상태에 있는 것은 아니나, 시설 밖으로 자유 출입은 통제되고 있음 이는 입국거부자에 대한 정확한 송환을 하기 위해 불가피한 것으로 인신보호 법상의 수용시설도 아니며 세계 각국이 이러한 형태의 운용을 하고 있음 통상 입국거부자의 송환은 본인이 일부로 귀국을 기피하지 않는 이상 단기간 내에 이루어지므로 장기구금에 따른 인권침해 문제는 거의 발생하지 아니함 판례는 송환대기실 장기대기를 강제하는 것은 인신보호법상의 수용시설 수용으로 보고 위법판단을 하였는데, 의도적인 귀국기피를 도외시한 것으로 보임 입국거부자로서 도주하거나 도주 우려가 있을 때는 일시보호명령서에 의해 보호할 수 있으나, 통상 입국거부자는 그 단계에서 출입국관리법 위반자가 아니므로 부득이한 경우가 아니면 법정 보호를 피하는 것이 바람직함

○ 최근 개정 법안 내용 관련 우려

2015년 10월 26일 정부가 국회 제출한 출입국관리법 개정안이 2016년 3월 2일 국회를 통과, 2016년 3월 29일 공포되었음

주요 개정 내용은 1)탑승자 사전확인· 탑승 방지제도 도입을 통한 분실· 도난 여권 소지자, 입국 금지자 등의 항공기 탑승을 국외 출발지 공항에서 사전차단, 2)국민의 출입국심사 시 개인정보 활용 등 임¹¹

현재 탑승자 사전확인 및 탑승방지 제도는 일부 항공사를 대상으로 시범실시 중이며¹², 법무부는 시범대상 확대를 거쳐 내년 중 이 제도를 시행할 방침임 이 제도는 국익 危害 외국인을 국외에서 원천 차단하는 것으로 입국거부에 따른 행정력 낭비 방지 및 항공사 송환부담 경감, 승객의 시간비용 절감 등의 효과가 예상되나, 우리나라에 입국하려는 외국인의 입장에서 보면 입국허가 요건을 갖추었다고 주장할 수 있는 기회가 원천 봉쇄되고, 이 과정에서 항공사 직원과 승객간의 마찰이 예상되기도 함

정보화기기에 의한 국민의 출입국심사 시 개인정보(국민의 지문 및 얼굴에 관한 자료) 활용 근거 마련과 관련, 정보주체의 동의가 없는 과도한 정보제공으로 기본권 침해 우려가 있다는 일부 지적이 있지만, 이는 새로이 개인정보를 수집하는 것이 아니고 공공기관이 공익목적으로 수집한 정보를 공익차원에서

¹¹ 출입국관리법 개정 내용은 위 외에, 체류허가를 신청할 때 거짓서류를 제출하거나 외국인등록증을 다른 사람에게 불법제공· 알선하는 행위에 대한 처벌 강화(3년 이하 징역 또는 2천만 원 이하 벌금), 외교관· 국제기구 직원 등 외국인 등록의무가 면제된 외국인도 본인이 원할 경우 등록 허용, 자동출입국 사전등록 절차생략(정보화기기에 의한 출입국 심사 시 개인정보 활용근거 마련), 외국인의 체류지 변경 신고를 읍· 면· 동에서 할 수 있도록 허용, 난민여행증명서 유효기간 현행 2년에서 3년으로 연장, 출입국사범에 대한 범칙금의 납부기한을 10일에서 15일로 연장 등의 내용 포함.(2016. 9. 30일부터 시행)

¹² 2015. 2월-12월 일본 나고야· 나리타 공항, 중국 푸둥· 청도 공항, 태국 수완나폴공항, 몽골 칭기스칸공항, 대만 타오위안· 가오슝· 송산 공항, 미국 LA공항 등 6개국 10개 공항에서 입국탑승자 사전확인시스템을 시범운영하여 1평균 27편 입국 승객 5천 명을 대상으로 입국 부적격자 299명을 적발하여 입국을 사전 차단하였음

고객이 편리한 출입국심사를 위해 활용하려는 것이므로 크게 염려할 사안이 아니라고 봄¹³

나. 외국인의 체류관리

▣문제 소재▣

- 출입국관리법령에 각종 체류허가 신청에 대한 허가요건 또는 불허의 판단기준이 마련되어 있지 아니함¹⁴, 행정절차법의 적용 배제로 절차적 보장 미흡

▣운용 실태 및 한계▣

- 외국인은 우리나라에 계속 체류할 수 있는 권리가 있는 것이 아니며, 다만 각종 체류허가 등을 신청할 절차적 기회가 보장되어있는 것에 불과함
- 각종 신청에 대한 허가여부 결정은, 원칙적으로 제출서류에 의한 서면심사로 이루어지나, 필요시 실태조사(외국인 본인 및 관계자)를 통해 심사할 수 있음
- 각종 체류허가신청에 대한 허부 결정에 있어, 법무부장관은 국내 치안과 선량한 풍속 유지, 보건 및 위생 확보, 노동시장 안정 등 국익보호 관점에서 신청자의 신청 사유에 대한 當否는 물론, 해당 외국인의 체류상황 및 행적, 정치·경제·사회 등의 제반 사정, 국제정세, 외교관계 등 여러 사정을 참작하여 체류 등의 필요성 및 해당성을 심사하고 있음
- 허가여부 판단에 있어 참작할 요소가 다양하고 고려 요소가 시기 등에 따라 변할 수 있어 구체 판단기준이나 요건(소위 재량 준칙)을 획일적으로 만들어 운용하는 데에는 한계가 있음

현재 법무부는 비교적 상세한 체류관리지침 및 사증관리지침 등을 만들어 홈페이지에 공개함으로써 행정의 공정성과 투명성, 예측성을 높이고 있음¹⁵

획일적인 판단기준을 만들기 어렵다 하더라도 재량의 일탈·남용으로 인한 위법사태가 발생하지 않도록 신중한 판단을 할 필요가 있음

- 각종 체류허가에 있어 행정절차법 적용은 배제되어 있으나, 실태조사, 관계인의 진술청취, 서류제출 등 정확한 사실확인을 통해 허가여부 판단을 하고 있음
그리고 각종 허가에 대한 불허결정시 행정절차법에 준하는 처분근거 및 이유를 알려주고 있음(단, 가능한 범위 내에서)
다만 여기에 그치지 말고, 일본처럼 업무처리 가이드라인(영주자격 부여, 특별체류허가 등)을 만들어 공개 적용하는 것도 검토할 필요가 있음

다. 외국인 강제퇴거제도

[1] 외국인 단속 및 보호에 영장주의 적용 주장관련

¹³ 현재 자동출입국심사대는 전국 106대(인천공항 72대)이며, 앞으로 직원부족을 메우고 고객이 편리한 출입국심사 서비스를 제공하기 위하여 매년 확대설치 운영될 예정임. 2015년 자동출입국 심사서비스 이용자는 1,628만 여명으로 전체 출입국자 6,637만여 명의 약 25%임

¹⁴ 영주자격이나 국적 부여 등에 있어서는 범죄경력, 소득요건, 기초소양, 건강상태 등을 판단 요소로 하고 있고, 허가여부에 대한 개괄적이 판단기준을 지침으로 만들어 운용하고 있음

¹⁵ 위 이외에도 법무부의 출입국관리 관련 행정규칙으로는, 숙련생산기능 외국인력에 대한 거주(F-2) 자격으로 체류자변경 및 체류관리 업무처리지침 등 다수의 훈령교시가 있음 : 사회통합 프로그램 다문화사회 전문가 인정 기준 등에 관한 규정, 외국인 자동출입국심사 이용대상자 등록 요건 및 절차(고시), 남·북한 왕래자 등에 대한 출입(국)심사지침, 해외투자기업 기술연수생 등에 대한 사증발급인정서 발급 및 관리에 관한 훈령, 출입국사범 고발규정, 출입국기록관리 및 정보화업무처리지침, 방문취업제 무연고 중국동포 선발방식 변경(고시), 외국국적동포에 대한 단기종합(C-3)사증 발급 등에 관한 지침 등

▣문제제기▣

- 보호는 인신구속 및 이동의 자유 등을 빼앗는 것이므로 헌법 제12조에 의한 영장주의를 적용하여야 한다는 주장이 학계 및 시민단체 등에서 제기되고 있음

▣운용실태▣

- 출입국관리공무원은 외국인이 강제퇴거 대상에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우에는 사무소장 등으로부터 보호명령서를 발부받아 해당 외국인을 보호하고 있고, 보호명령서를 발부받을 시간적 여유가 없을 때에는 긴급보호서로 보호하고 있음
- 사무소장은 보호명령서 발부에 있어, 강제퇴거 대상 해당성과 보호의 필요성을 출입국관리공무원이 조사 청구한 서류 등을 통해 객관적으로 판단하여 발급함

▣영장주의 반대 이유▣

- 보호의 목적은, 강제퇴거절차에 있어 용의자 출두를 확보하여 용의사실 관련 심사를 원활히 하고, 강제퇴거명령처분이 확정될 경우 해당 외국인의 송환을 확실히 하기 위해 그 신병을 확보하는 것으로 행정처분임
- 헌법 제12조는 형사절차 상의 신체구속을 엄두에 둔 규정이므로 형사절차 외에 행정처분에 적용하는 것은 타당하지 않음
- 보호명령서에 의한 보호는 국제법상 국가권리로 인정되고 있는 외국인 강제퇴거 실시를 목적으로 하여, 강제퇴거 대상에 해당하는 외국인의 강제퇴거절차 진행을 위한 신체구속으로 행정목적 달성을 위한 불가결한 절차임
- 출입국관리법상의 보호는 외국인 강제퇴거라는 행정목적 실현을 위한 수단으로서 강제퇴거절차(보호명령서 발부요건, 발부절차, 보호기간, 보호장소, 이의신청, 보호일시해제 등)는 전체적인 구조로서 적정하고 합리적임
그리고 보호명령서 발부의 적법여부에 대해서는 최종적으로는 법원의 사법판단을 구하는 권리가 보장되어 있음
또한 법 위반 용의자에 대한 긴급보호를 위해 그의 주거에 들어간 경우 긴급보호가 적법한 이상 주거의 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다는 판결도 있음 (헌법재판소 전원재판부 2008헌마430, 2012.8.23.)¹⁶
- 실제 대다수의 불법체류자들은 체류기간을 넘겨 불법취업을 하고 있어 단속 현장에서 신병을 확보하지 않으면 강제퇴거절차를 원활하게 진행할 수 없는 실정임
- 우리나라 출입국관리제도 근간은 체류자격제도인바, 불법체류자처럼 체류자격이 이미 상실되고 없는 자가 여전히 사회에서 활동하는 것은 출입국관리 근간을 저해하는 것이며 법 위반자가 합법체류자보다 더 우대받는 모순을 초래하는 것임

¹⁶ 위 재판부의 결정요지 : ①외국인등록을 하지 아니한 채 오랜 기간 불법적으로 체류하면서 스스로 출국할 의사가 없는 것으로 판단되는 청구인들에 대한 긴급보호는 출입국관리법상 긴급보호의 요건을 갖추지 못하였다고 볼 수 없음. ②출입국관리법에 의한 보호에 있어서 용의자에 대한 긴급보호를 위해 그의 주거에 들어간 것이라면 그 긴급보호가 적법한 이상 주거의 자유를 침해한 것으로 볼 수 없으므로 청구인에 대한 긴급보호가 적법한 이상 그 긴급보호 과정에서 청구인의 주거에 들어갔다고 하더라도 주거의 자유를 침해하였다고 볼 수 없음.

- 긴급보호는 현행법 체포에 준하는 것¹⁵, 현행법 체포가 헌법상 영장주의 적용의 예외가 된 것은 체포자의 목전에서 범행이 이루어져 범죄혐의가 명백하고 법관에 의한 억제 없어도 잘못 체포될 염려가 적기 때문임
 - 불법체류자 단속 경우 현장에서 여권이나 전자기기를 통해 인적사항, 체류자격· 체류기간 등을 확인, 강제퇴거 대상여부를 쉽게 판단할 수 있음
 - 불법잔류자는 체류기간을 기준으로 결정되므로 체류기간 만료일만 확인되면 법 위반이 명백하여 현장에서 불법보호가 발생할 여지가 거의 없음
- 출입국관리법 제46조는 강제퇴거대상을 유형화한 것으로 외형적으로 이에 해당하는 사람이면 누구든지 강제퇴거의 대상이 되므로, 불법체류자 단속이나 적발 단계에서 실질적 내용(강제퇴거 필요성)까지 판단할 필요가 없음
 - 따라서 강제퇴거 대상에 해당하는 외국인을 발견(단속, 적발)할 때에는 도주를 시도하거나 도주 우려 등 보호의 필요성만 인정되면 보호를 통한 강제조사를 진행하는 것이 타당함
 - 강제퇴거명령은 형벌이 아닌 행정처분이므로, 외국인의 강제퇴거 사유의 해당성 판단에 있어서는 형사절차 상에서 문제 되는 외국인의 위반사실에 대하여 고의 또는 과실 유무는 요건이 아님
 - 실무 운용에서 외국인이 법 제46조의 강제퇴거의 대상에 해당 된다 하더라도 일률적으로 해당 위반행위자에 대하여 강제퇴거를 명령하는 것이 아니고, 위법행위에 대한 정확한 조사한 후 강제퇴거 여부를 심사 결정하고 있음

〔2〕 건조물 출입· 단속과 영장주의 관계

▣문제제기▣

- 출입국관리공무원의 불법체류자에 대한 단속과 관련하여 압수수색 영장 없이 사업장이나 영업장, 사무실 등을 출입하여 조사하는 것은 헌법 제12조 위반이라는 주장이 오래전부터 제기되어 왔음

▣운용실태▣

- 현 출입국관리법에는 출입국관리공무원이 사업장 등에 출입조사하는 직접적인 규정이 없으나, 법 제81조의 외국인동향조사 규정이 그 근거로 작용하고 있음
- 실제 불법체류자 단속에 있어서 공장 등 사업장 출입· 조사는 사업자 등의 동의를 받는 형식의 임의조사로 이루어지고 있으며, 사업자 등의 반대로 조사가 원천적으로 불가할 때에는 법관의 압수수색 연장을 발부받아 하는 경우도 있음
- 이러한 관계로 외국인 불법 취업· 고용이 일상 이루어지고 있는 사업자 등에 대해 효과적인 단속이 되지 못하고 있음. 최근 직원 부족 등 단속 환경이 좋지 않아 신고· 제보를 근거로 유흥업소 등 제한된 장소만 단속하고 있는 실정임

▣검토 및 관련 입장▣

- 2015년 말 현재 국내에는 약 21만 4천여 명의 불법체류자 외국인들이 있고, 외

¹⁵ 일본의 경우, 긴급보호가 헌법 제33조에 위반하는지가 다투어진 사건에서, 일본 최고재판소는 직접 헌법 제33조 위반여부를 판단하지 않고, 현행법의 논리를 가지고 수용이 ‘현행법 체포 또는 이에 유사하는 것이므로, 사법관현의 영장을 요하지 않는다’는 것은 명백하다’고 판시, 위헌 주장을 받아들이지 않았음

국민 범죄 증가에 더하여 그 범행 역시 흉포화· 다양화하는 추세로 이들에 대한 관리강화 목소리가 커지고 있지만 고질적인 인력 부족으로 큰 어려움을 겪고 있음
법무부에 따르면 불법체류자 단속 전담직원은 전국적으로 150명에 불과, 직원 1명이 무려 1400명 이상의 불법체류자를 담당하고 있는 실정임

나아가 단속직원은 불법체류자 단속 외에 출입국사범 처리, 실태조사, 외국인 보호업무 등 다양한 일을 겸직하고 있어 상당한 업무 과중에 시달리고 있음

단속 현장에서는 불법체류자들의 필사적인 저항으로 직원이 부상당하거나 단속직원에게 투신이나 자해 등의 협박과 위협을 가하는 경우도 발생하고 있음

불법체류자에 대한 지속적인 단속이 필요한 상황이지만 예전과 달리 사업장 출입조사에 협력하지 않는 사업주 등이 늘고 있어 더욱 어려움이 가중되고 있음

- 통상 불법체류자들은 취업에 종사하고 있어, 용의자가 있다고 의심되는 사업자 등에 출입하여 조사· 확인하는 것이 필요 불가결하지만, 현행 출입국관리법에는 사업장 등에 출입· 조사할 수 있는 명문 근거 규정이 없어 업무수행에 어려움이 많음
이런 이유로 단속 방법을 바꾸어 길거리 단속이나 야간 또는 공휴일 단속을 할 수 밖에 없는데, 이는 토끼몰이식 단속 등 인권침해 논란을 더욱 가중시킬 수 있음

- 그리고 사업장 출입· 조사에 관한 법적 미비점을 알고 있는 일부 고용주들은 출입국관리공무원의 사업장 진입을 원천봉쇄하거나, 사업장에 출입하여 불법체류 외국인을 단속하는 공무원을 흥기로 위협하거나 폭력을 행사하고 있는 상황임

- 이러한 배경 하에서 정부는 출입국관리공무원의 사업장 등의 출입· 조사에 대한 명확한 법적근거를 마련¹⁶, 위법성 시비를 해소하고 불법체류자 단속의 실효성을 높이기 출입국관리법 개정을 추진하고 있으나 아직 결실을 보지 못하고 있음

2015. 1. 29. 출입국관리공무원의 사업장 등 출입· 조사권 등을 담은 출입국관리법 정부 개정안이 국회에 제출, 전향적으로 검토되어 오다 일부 이견 부분(인권침해 및 과잉단속 우려 등)에 대한 충분한 공감대 형성을 위해 출입· 조사 관련 규정은 개정에서 입법에서 제외되었음

당초 정부안은 출입국관리공무원의 사업장 등의 출입조사는, ①사업장 등에 용의자가 있다는 신빙성 있는 신고· 제보를 받는 경우, ②해당 사업장등에 용의자가 있다고 의심할 만한 자료를 확보한 경우 등에 할 수 있도록 하고, 정당한 이유 없이 사업장 등 출입을 거부하거나 방해한 경우 3년 이하 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하는 내용을 담고 있음

이에 대한 법사위 입법전문위원 검토보고는, 사업주 등이 공무원의 사업장 등 출입을 거부방해하는 상황에서 출입권한 명시를 통해 사업주 등의 불법행위 등에 대한 조사의 실효성을 담보하려는 개정안의 입법취지는 인정된다 하였음

- 외국인이 불법으로 취업하고 있는 사업장 등에 대한 출입· 조사는 외국인 체류질서 확립을 위한 기본적인 업무이고, 불법체류자가 매년 계속 증가하고 있으며, 유사 법률에서 관계 공무원의 사업장 등에 대한 출입조사권을 인정하고 있

¹⁶ 2005. 11월 국가인권위원회는 출입국관리공무원의 불법체류자 단속을 위한 주거 등 건조물의 출입 및 조사에 대한 법적근거 마련을 권고한 바 있음 / 또한 판례(의정부지법 2008.4.23. 선고 2008고단291, 대법원 2009.3.12. 선고 2008도7156, 대구지법 2011.9.9. 선고 2011노1600 등)에서도 “현행 출입국관리법 어디에서도 출입국관리공무원으로 하여금 주거권자나 관리자의 의사에 반하여 주거나 사업장 등에 들어가 외국인 동향을 조사할 권한을 부여하고 있는 규정을 찾을 수 없다”라고 판시하며 현행 규정 개정 필요성을 제기하고 있음

는 점¹⁷ 등을 고려하면 시급히 명확한 법 규정이 마련되어야 할 필요성이 있음
 향후 법 개정에서 사업장 등의 출입조사권을 신설할 경우, 그 실효성을 담보하는
 장치와 필요 최소한의 공권력 행사 방안이 함께 마련되어야 할 것임

- 불법체류자 문제가 나날이 심각해지는 상황에서 이들에 대한 단속 등에 영장주의를 적용한다면 사실 행정을 하지 말라는 것과 같으므로, 사업장 등의 출입조사에 영장주의 예외까지 인정하고 있는 외국의 입법 사례를 참고할 필요가 있음
 영국 이민법은 믿을만한 합리적인 근거가 있을 경우 사업장 등에 진입하여 수색할 수 있다고 규정하고 있음

독일은 불법체류자의 체포 및 구금에는 영장을 필요로 하지만 이를 위한 주거 진입은 수색이 아닌 ‘출입’으로 보아 영장주의의 제한을 받지 않음

일본은 수용명령서에 의한 수용에 있어서는 영장주의를 배제하고 있으나 임검·수색·압수(강제처분) 시에는 재판관의 허가를 받도록 하고 있음¹⁸

뉴질랜드싱가폴의 이민법은 출입국관리법을 위반하거나 위반하였다는 상당한 증거가 있는 경우 출입국관리공무원은 사업주나 관리인의 사전 동의나 영장 없이 사업장에 출입하여 조사할 수 있다고 규정

라. 행정절차법 및 인신보호법 적용 문제

행정절차법 적용 제외

- 우리나라는 1998년부터 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정 참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하고 있는 법으로서 행정절차법을 제정 시행하고 있음(법률 5241호, 제정 1996.12.31. 제정 1998.1.1.시행)

동 절차법의 핵심은, 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 사전통지하고, 청문 등을 통하여 의견청취를 하도록 하며, 처분의 근거와 이유를 제시하도록 하는 것임

- 행정절차법 제3조는, 외국인의 출입국 등(외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복)에 관한 사항에 대해 동법의 적용을 제외하고 있는데, 이는 외국인 출입국 등에 관한 사항은 일반 국민과 다른 특수성을 보이고 있기 때문임
- 행정절차법은 일반 국민에 대한 통상의 처분 등을 대상으로 하는 것으로, 국가의 자유재량에 속하는 외국인의 출입국 등에 관한 분야에 행정절차법을 그대로 적용하는 것은 본래 본 법이 의도하는 것이 아니라는 것임
- 실제 난민인정불허결정 취소소송에서, 외국인의 난민인정에 관한 사항에 대하여는 행정절차법이 적용되지 아니하므로, 행정처분을 할 때(행정절차법 제23조

¹⁷ 법무부의 출입국관리법 개정안 첨부자료에 따르면, 관계 공무원의 출입조사를 명시한 법령은 약 270여개, 출입하여 관계인 등을 조사하는 규정을 두고 있는 법령은 13개(공직선거법, 노인복지법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 아동복지법, 식품위생법 등)가 있음

¹⁸ 출입국관리공무원을 위한 법은 아니지만, 미국 애리조나(Arizona) 주는 2010. 4. 23. “The Support Our Law Enforcement and Safe Neighborhoods Act. S.B.1070”(신이민법)을 제정, 불법이민자로 의심되는 자에 대하여 경찰관이 신분증명서 제시 요구, 영장 없이 체포·구류도 가능하도록 하여, 주정부 독자로 불법 이민자 단속을 강화하고 있음. 이 법은 2012. 6. 25. 연방법 유선 규정을 정한 헌법 위반으로 판결되었으며, 다수의 불법이민자가 미국으로 밀입국하는 멕시코 국경을 접하는 주 등은 연방법보다 더 엄격한 내용의 주 법률을 제정 시행하고 있음. 조지아주, 유다주, 사우스 캐롤라이나주 등도 유사 성격의 이민법을 채용하고 있음

에 따라) 처분의 근거와 이유를 제시하지 아니하여도 그 사유로 위법한 처분이 되지 아니한다고 확인되었음(서울고등법원 2007.1.19, 선고, 2006누5467, 판결)

- 외국인의 출입국 등에 관한 사항에 행정절차법이 그대로 적용될 경우 국가 주권 행사에 대한 상당한 제약, 행정의 특수성 훼손 및 행정지연 등이 예상되나, 실제 행정 운용은 동 법의 취지를 살린 방향으로 나가는 것이 바람직함

인신보호법 적용 제외

- 우리나라는 2008. 6. 22. 위법한 행정처분이나 사인에 의한 시설에의 수용(이하 피수용자라 함)으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인에 대한 구제절차를 마련함으로써 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하고자 인신보호법을 제정 시행하고 있음(2007. 12. 21. 제정, 법률 제8724호)
- 이 법에 따르면, 피수용자란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설(이하 수용시설이라 함)에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자는, 위법한 수용 등에 대해 법원에 구제청구를 할 수 있게 되어있음
- 그러나 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자 및 출입국관리법에 따라 보호된 자는 피수용자 범위에서 제외되어 있어, 출입국관리법을 위반하여 강제퇴거절차 진행 과정에서의 보호는 동 법에 따라 구제를 청구할 수 없음
- 출입국관리법에 따라 보호된 자가 인신보호법 적용에 배제된 주요 이유는, 출입국관리행정 특수성(강제퇴거사유 존부 심사 및 강제퇴거명령 집행을 확보하는 행정목적 담보, 효율적인 집행 목적) 인정, 엄격한 사전절차 및 사후적 구제수단 이 보장되어 있어 인신보호법 적용의 실익이 크지 않기 때문으로 이해됨
인신보호법 제2조 제1항 단서 중 “「출입국관리법」에 따라 보호된 자는 제외한다.” 부분이 헌법 제12조 제6항에 반하여 청구인들의 신체의 자유 침해 여부와 청구인들의 평등권 침해 여부가 다투어진 사건(인신보호법 제2조 1항 위헌확인 소송 : 현재 전원재판부 2012헌마686, 2014.8.28.)에서, 심판대상조항이 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 인신보호법에 따라 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외한 것은 합리적인 이유가 있고, 심판대상조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다고 판시¹⁹
- 출입국관리행정에 있어 인신보호법 적용여부가 문제되는 것은 출입국항(주로 공항에 있는 송환대기실)에 있는 입국거부자의 송환대기실이 인신보호법상의 수용시설에 해당하는지 여부임
국제공항 내 송환대기실은 입국이 거부되어 항공사에 송환지시가 내려진 사람들이 항공사의 책임 아래 비행기를 타기 위해 일시 대기하는 곳으로, 사무소

¹⁹ 인신보호법 제2조 1항 위헌확인 소송(현재 전원재판부 2012헌마686, 2014.8.28.) : “심판대상조항이 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 인신보호법에 따라 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외하는 것은, 출입국관리법상 보호가 외국인의 강제퇴거사유의 존부 심사 및 강제퇴거명령의 집행확보라는 행정목적 담보하고 이를 효율적으로 집행하기 위해 행해지는 것으로 신체의 자유 제한 자체를 목적으로 하는 형사절차상의 인신구속 또는 여타의 행정상의 인신구속과는 그 목적이나 성질이 다르다는 점, 출입국관리법이 보호라는 인신구속의 적법성을 담보하기 위한 엄격한 사전절차와 사후적 구제수단을 충분히 마련하고 있는 이상, 인신보호법의 보호범위에 출입국관리법에 따라 보호된 자를 포함시킬 실익이 크지 아니한 점을 고려한 것이며, 여기에는 합리적 이유가 있다.”

장의 일시보호명령에 따라 외국인을 단기간(48시간, 최대 96시간) 보호하기 위한 법정 외국인보호실은 아니며, 원칙적으로 자유가 보장된 민간시설임
그러나 입국이 거부된 자들은 모든 수단을 사용하여 입국을 시도하는 것이 일상적인 일인 바, 해당 항공사는 원활한 송환을 위해 이들을 제한된 공간에서 대기하도록 하고 있는데 이는 불가피한 상황임

- 입국거부자의 송환대기실 관련 사건은 아니지만, 강제퇴거자의 외국인 본국송환 전 보호시설 보호는 합헌이라는 최근 헌재 판단에서, 재판들은 “국내 체류기간 동안 범법행위를 하여 강제퇴거명령을 받은 외국인은 도주 가능성이나 잠재적 위험성이 없다고 볼 수 없어 보호와 관리가 필요하다고 하였음(2013헌바196 출입국관리법 제63조 제1항 위헌소원 각하, 2016.4.28. 결정 선고)

통상 입국 불허된 자가 송환대기실에 머무른 시간은 직항 항공편이 없는 등 특별한 경우가 아니면 단기간에 그치나, 본인이 송환을 완강히 거부하면 항공사 직원이 물리력을 행사하여 비행기에 탑승시키는 것은 쉽지 않는 상황임

- 2014년 인천공항에서 난민인정을 신청한 외국인이, 입국불허처분이 있는 뒤 공항 내 송환대기실에서 약 5개월간 머무르게 되자, 인신보호법상 구제청구를 한 사건에서, 입국이 불허된 외국인이라 하더라도 외부와 출입이 통제된 한정된 공간에 장기간 머무르도록 강제하는 것은 법률상 근거 없이 인신의 자유를 침해하는 것으로서 인신보호법이 구제대상으로 하고 있는 위법한 수용에 해당한다는 사례가 있음(대법원 2014.8.25. 자, 2014인마5, 결정/인천지법 2014.4.30., 자, 2014인라4, 결정 : 재항고)

이 사건에서 재판부의 판단은 송환대기실에 장기간 머무르도록 강제하는 것에 초점을 맞춘 것으로 보지만, 강제성 판단에 대해서는 본인의 출국의사에 따라 언제든지 송환대기실을 벗어날 수 있기 때문에 동의하기 어렵고, 또한 단기간 대기는 위법한 수용으로 볼 수 없다는 추론이 가능함

만일 입국이 불허된 자가 항공기 탑승을 위해 송환대기실에 일시 대기하는 것이 위법 수용에 해당한다 하면, 출입국관리 당국은 위법 해소를 위해 모든 입국 거부자를 출입국관리법 제56조에 따라 보호를 할 수 밖에 없게 되므로 이는 외국인 인권보호 측면에서 보면 바람직한 일이 아님

또한 공항만에서 매일 상당수의 입국 거부자가 발생²⁰ 되는 상황에서 이들에 대해 전부 강제력을 행사하여 일시보호를 하는 것은 행정력 낭비는 물론 재정적 부담도 적지 않으며, 국경안보 차원에서 입국 거부자들이 불법입국하지 않도록 이들에 대한 관리를 보다 강화하여야 할 필요성이 많아지고 있음

행정심판법 적용 문제

- 행정절차법과 인신보호법은 외국인의 출입국 등에 관한 사항은 각각 적용에서 제외하고 있는데, 이는 출입국관리행정의 특수성을 고려한 것으로 볼 수 있음
- 행정심판법은 외국인 출입국 등에 관한 사항을 적용제외 대상으로 직접 규정하고 있지 않고, 출입국관리법에도 행정심판법 청구를 제한하는 규정이 없으므로 기본적으로 출입국 등에 관한 처분 등에 이 법이 적용된다고 볼 수 있음

²⁰ 인천공항의 경우 2015년 입국거부자는 31,304명(입국목적 불분명 25,528명, 위변조 1,213명, 입국금지자 483명, 기타 3,804명)으로 1일 평균 85명임, 2014년 입국불허자는 13,385명임

- 그러나 난민법 제21조제2항은, 제1항에 따른 이의신청²¹을 한 경우에는 행정심판법에 따른 행정심판을 청구할 수 없다고 규정하고 있는데, 이는 행정심판법 제3조에서 “다른 법률에 특별한 규정(별도의 불복절차)이 있는 경우”에는 행정심판 청구권을 인정하지 않는다는 규정에 따른 것으로 볼 수 있음. 따라서 외국인 출입국 등에 관한 처분 중 별도의 불복절차(이의신청)가 있는 것을 제외하고는 행정심판법에 따른 심판청구를 할 수 있다고 보아야 함²³
- 행정심판법에 따르면, 행정심판 절차를 통하여 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하고, 아울러 행정의 적정한 운영을 꾀함을 목적으로 하고 있는데, 이는 출입국관리행정 특수성과 정면으로 충돌하는 문제가 발생되고 있음
- 출입국관리행정은 국가 주권행사에 관계되는 것으로 광범한 자유재량을 가지고 있는데, 이러한 재량은 행정기관에 행정행위를 함에 있어 판단의 여지를 두는 것으로 재량의 남용 또는 일탈이 아니면 처분의 위법성이 문제되지 아니함
- 재량규정 중심의 출입국관리행정 입장에서 보면, 위법이 아닌 처분의 부당성까지 행정심판절차를 통해 심사를 받는다 하면 사실상 행정 목적 달성이 불가한 상황으로까지 이어질 수 있고, 행정법상 재량행정 이론에도 반한다 할 수 있음
- 외국인 출입국 등의 처분과 관련한 구제는 행정심판법에 의하기 보다는 외국인만을 대상으로 하는 출입국관리법 고유의 구제절차에 따라 하는 것이 타당하다 할 수 있고, 적어도 행정절차법·인신보호법의 적용배제 이유와 정합성을 유지하여야 할 당위성은 있다할 것임
- 일본 행정불복심사법도 이와 비슷한 논리로 외국인 출입국 및 난민 등에 관한 사항을 적용 범위에서 제외하고 있는 바, 우리나라도 체류기간연장 등 행정심판법 적용대상으로 되어있는 사항에 대하여 대책을 강구할 필요가 있음

5. 출입국항에서의 난민인정신청

▣문제제기▣

- 출입국항인 공항만에서 난민인정신청자가 난민인정심사 불회부결정을 받아 송환되는 사례가 있는 바, 이는 난민인정절차 개시를 원천 봉쇄 하는 것으로 위법

▣운영실태 및 한계▣

- 우리나라에 난민인정신청을 하는 방법은 출입국항에서 입국심사를 받을 때 하는 방법과 입국 후 체류지 사무소에 하는 두 가지 형태의 방법이 있음
- 외국인이 입국심사를 받는 때에 난민인정 신청을 하려면 출입국관리법에 따라 출

²¹ 제21조(이의신청) ① 제18조제2항 또는 제19조에 따라 난민불인정결정을 받은 사람 또는 제22조에 따라 난민인정이 취소 또는 철회된 사람은 그 통지를 받은 날부터 30일 이내에 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있다. 이 경우 이의신청서에 이의의 사유를 소명하는 자료를 첨부하여 지방출입국·외국인관서의 장에게 제출하여야 한다<개정 2014.3.18.>. 난민법 제정 전의 출입국관리법은 관련 규정에서 14일 이내에 이의신청을 하도록 하고 있음

²² 행정심판법 제3조(행정심판의 대상) ① 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다.

²³ 외국인의 출입국 등에 관한 사항 중 이의신청제도를 둔 것은, 보호, 강제퇴거, 난민인정 등으로 이 분야를 제외한 사항은 행정심판법에 따른 구제 청구가 가능하다고 보아야 함

입국항을 관할하는 지방출입국·외국인관서의 장(약칭 사무소장)에게 난민인정신청서를 제출하여야 함

우리나라가 외국인의 입국단계에서 난민인정신청을 허용하는 것은, 진정한 난민 해당자가 입국불허로 인하여 그 기회를 놓치게 되는 불합리를 막기 위함임

○ 사무소장은 난민인정신청자에 대해 7일의 범위에서 출입국항에 있는 일정한 장소(난민인정심사대기실)에 머무르게 할 수 있고, 그 기간 동안 신청자에게 기본적인 의식주를 제공하여야 함

○ 법무부장관은 난민인정신청서를 제출한 사람에 대하여는 그 신청서가 제출된 날부터 7일 이내에 난민인정 심사에 회부할 것인지를 결정하여야 하며, 그 기간 안에 결정하지 못하면 그 신청자의 입국을 허가하여야 함

신청서 제출 7일 이내에 난민인정심사 회부를 결정하면 입국조치를 하며, 이 때까지는 난민인정심사대기실에서 머무름

불회부 결정시에는 해당 외국인에 대하여 송환절차에 따라 송환을 개시, 이 때 만일 신청자가 소송을 제기하면 입국을 허가함

○ 일반적으로 진정한 난민 해당자 경우 공항만에서 입국심사를 받을 때 난민신청을 하는 것이 상식이지만 간혹 입국이 거부되어 송환대기실에서 송환을 준비 중인 자가 난민인정신청을 하는 경우가 있는데, 이는 이해하기 어려운 경우의 일임

이 경우에도 난민인정신청은 받아들여져 7일 이내에 난민인정심사 회부여부가 결정되어야 하고, 신청자는 난민인정심사대기실로 옮겨 그 결과를 기다려야 함

난민인정심사 불회부결정으로 송환지시를 받은 자는 항공사운항협의회가 운영하는 송환대기실에서 대기하다 출항 항공기에 탑승하여야 함

○ 공항만 출입국관리사무소의 난민인정심사 회부여부에 대한 결정은 난민협약에 따른 난민요건에 관한 심사가 아니고, 난민인정심사 단계로 진입할 수 있는지의 여부를 결정하는 것임

이는 난민신청자의 의사표시와 상관없이 난민인정절차 개시 자체를 원천 봉쇄하는 것으로, 난민협약(제33조)에 위반한다는 주장이 제기되기도 함

그러나 난민인정심사 회부여부 심사제도가 난민법에 생기게 된 것은 남용적인 난민인정신청자를 걸러내기 위해서라고 생각됨

○ 실제로 2013.7.1.- 2015.12.31. 인천국제공항의 난민인정심사 회부여부에 대한 심사건수를 보면, 총 489명에 회부 326명, 불회부 163명이며, 불회부 경우 2013년 10명, 2014년 44명, 2015년 109명으로 매년 크게 증가하고 있는데 이들은 위장 난민에 가까운 자들로 추정할 수 있음²⁴

○ 우리나라가 2013.7.1. 난민법을 별도로 제정 시행하고 있는 주된 이유는, 난민인정절차 및 난민 등의 처우에 관하여 구체적으로 규정함으로써 난민협약 등 국제법과 국내법의 조화를 꾀하고, 인권선진국으로서 초석을 다지기 위한 것이니만큼, 난민인정제도의 실제 운용에 있어서는 유연성과 엄격성의 조화가 필요하다고 봄

²⁴ 난민인정심사에 회부하기로 결정된 경우도 2013년 26명, 2014년 70명, 2015년 393명으로 급증 추세임

위장난민에 대해서는 철저히 걸러내고 진정한 난민에 대한 유연한 포용이 필요하며, 난민인정요건에 대한 판단, 난민인정심사 회부여부 결정 등에 있어 절차의 신속성, 투명성, 공정성을 확보하여 나갈 필요가 있음

5. 마무리

- 현대 행정에 있어 법치주의란 행정권의 행사는 법률에 근거하여야 하고, 법에 적합하여야 한다는 원리로서, 이는 출입국관리행정에도 당연 적용되어야 하는 것임
- 이는 기본적으로 국민의 자유와 권리를 지키기 위함이며, 실제 행정에 있어 행정의 형식적 합법성 물론 목적과 내용이 보편적 정의에 맞는 정당성을 가져야 함
- 출입국관리행정은 국가 주권영역에 속한 것으로서 폭넓은 재량을 가지고 있으며, 외국인의 입국·체류에 대한 적절한 규제와 관리를 통해 공공안전을 유지하고 국가 발전을 도모하는 것을 그 목적으로 하고 있음
- 이러한 행정의 특성상 각종 허가 업무처리, 불법체류자 단속 등 행정목적 달성 과정에서 외국인 인권을 침해할 수 있는 요소가 상존하고 있는 것이 사실임
- 반면 국경안보 차원의 출입국관리강화, 우수 전문인력 유치, 국제협조와 국제교류 증진을 통한 국가경쟁력 강화 등 출입국관리행정의 기능이 더욱 중요시 되고 있음
- 이러한 상황 아래서 행정의 특수성을 살리되 법치주의 정신에 입각한 행정 운용과 적법절차 준수, 인권보호에 충실한 법의 개정, 적절한 재량의 통제방안 등이 강구되어야 할 것임. -끝-