

“이민행정과 법치주의” 에 대한 토론문

김재선¹⁾

우선, 이민법학회 회원님들의 노고로 완성된 이민정책론·이민법 출간을 진심으로 축하드립니다. 또한 이렇게 뜻깊은 학술행사에 토론자로 초대하여 주신 이민법학회 석동현 회장님, 이화여대 법학연구소장 최승원 교수님께도 진심으로 감사의 말씀을 올립니다. 출입국관리행정 측면에서 나타나는 광범위한 법치주의의 한계 문제를 일목요연하게 소개해주신 장지표 동포교육지원단장님, 법치주의의 측면에서 이를 고찰하여 주신 차규근 변호사님, 행정법적 관점에서 자세히 고찰하여 주신 이희정 교수님의 발표에도 감사드립니다. 저는 종합토론을 맡게 된 한경대학교 김재선입니다.

저는 개인적으로 최근 지난 3년간 미국에서 외국인의 신분으로 살았습니다. 비교적 안정적인 비자상황에 있었음에도 불구하고 출입국 상황 등에 대해서 민감하게 신경을 썼으며 가까운 미국 외 주변국 여행에 있어서도 일정 조정 시의 제한을 우선적으로 고려하였습니다. 뿐만 아니라 어떠한 사소한 분쟁이라도 시작되면 겪을 외국인으로서의 언어적·문화적·제도적 불리함을 알고 있었기에 매사에 조심했던 기억을 갖고 있습니다. 특히 9·11 테러 이후 강화된 미국의 출입국 행정은 국가안보라는 공익적 목적을 충분히 이해하고 있었음에도 불구하고 불편함을 넘어서는 기억으로 남아있었습니다.

논의하여주신 바와 같이 출입국 관리행정은 국가의 주권영역으로서 재량행정의 성격을 갖는다는 견해에 동감하며 타당하다고 생각합니다. 다만, 행정법을 공부하고 있는 토론자로서의 책무로 인하여 발표자분들의 고견에 관하여 간단한 질문을 드리고자 합니다.

우선, 8페이지 이하 강제퇴거절차의 보호제도에 관하여 여쭙고자 합니다. 출입국관리법 제51조에 따르면 ‘출입국관리공무원은 외국인이 강제퇴거 대상자에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 지방출입국, 외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수’ 있습니다. 또한, 긴급한 사유가 있는 경우 이를 알리고 긴급히 보호할 수 있으며 보호명령서를 48시간 이내에 보호명령서를 보여주어야 한다고 규정하고 있습니다. 헌법재판소 역시 지난 2008년, “강

1) 한경대학교 법학과 조교수, 법학박사, J.D.

제퇴거대상인 불법체류자들에 대한 긴급보호 및 보호명령의 집행행위가 기본권을 침해하지 않는다” 고 하였으며, “강제퇴거명령 취소소송 및 집행정지 신청이 제기되어 법원에 계속 중인데 강제퇴거명령을 집행한 행위 역시 (취소소송의 제기가 절차의 집행 또는 속행에 영향을 주지 않으므로) 당사자의 재판청구권을 침해하지 않는다” 고 판단하였습니다.²⁾

원칙적으로 외국인은 헌법 제2조에서 예정하고 있는 국민이 아니므로 국민으로서의 모든 권리를 누릴 수 없으며 다만 헌법 제6조 제2항에 의한 상호주의가 적용될 뿐입니다. 또한 외국인이 국내에 거주하게 되면서 갖게 되는 권리와 의무는 “입법 정책적 의미의 권리” 라는 교수님들의 견해에도 동감합니다. 하지만 최근의 헌법재판소 판결 등을 종합하여 볼 때 외국인이 라 할지라도 인간으로서의 권리(인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 신체의 자유, 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등), 사법권에 관한 권리(변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권 등)는 보장될 수 있다고 생각됩니다.³⁾ 따라서 불법체류자의 강제퇴거 시 신체의 자유를 일정한 시간, 일정한 장소에서 구속하는 ‘보호’ 제도에 대해서는 절차적 권리의 보호가 필요할 것이라 사료됩니다. 법 제51조에서 보호명령서는 지방출입국, 외국인관서의 장에게 발급받도록 규정되어 있습니다. 보호주체인 출입국관리공무원과 보호명령서의 발급주체인 위 두 기관의 장은 사실상 동일한 행정주체에 해당하므로 행정내부의 통제절차에 해당하며 외부적 통제장치로 기능하기는 어려울 것이라 생각합니다.⁴⁾ 비록 보호제도가 형사절차에 미치지 않는 행정상 즉시강제에 해당한다고 할지라도 현실적으로 신체의 구금에 해당하는 행위에 관하여는 법치주의에 의한 통제가 필요할 것으로 생각합니다. 출입국에 관한 한 독립행정기관인 이민국(USCIS)에 많은 재량을 부여하고 있는 미국의 경우에도 최소한 ‘체포, 구금, 조사’ 에 해당하는 경우에는 이민심판원의 심사를 받도록 하고 있다는 점에서 최소한의 기본권 영역에 해당하는 것은 아닌지 하는 생각이 듭니다. 따라서 법치주의적 관점에서 최소한의 외부적 통제절차(예컨대, 보호명령서 발부기관의 분리)가 필요한 것은 아닌가 하는 생각을 해 보았습니다. 이에 대한 발표자님의 고견을 부탁드립니다.

두 번째로, 14페이지 이하에서 소개해주신 내용에 관하여 의견을 여쭙고자 합니다. 체류허가 등에 있어서 행정절차법에 준하는 처분근거 및 이유를 알려주고 있다고 하셨는데 구체적으로 어느 정도가 공개범위로 설정 되는지

2) 헌재 2012.8.23. 2008헌마430.

3) 위의 판결.

4) 참조: 공진성, 출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호, 공법학연구 제14권 제1호 (2013) 등.

Immigration Judge.
한국의 법원 판결
2012.2.20

요. 또한, 가이드라인 등이 공개된다면 당사자의 예측가능성을 높이고 부당한 재량을 줄일 수 있다고 하셨는데 가이드라인보다 높은 법규명령 이상의 법규로 규정할 수 있을지에 대한 발표자님의 고견을 부탁드립니다.

발표자분들의 고견을 들으면서 이민법제와 법치주의에 관하여 보다 세심한 고찰이 필요하면 본 학회와 같은 논의의 장이 이후 우리나라의 이민법정책 결정에 중요한 역할을 할 수 있음을 느낄 수 있었습니다. 법률과 실무가 지속적으로 상호작용하면서 이민행정법 분야가 국민의 권익을 보호하는 법제로 성장하기를 기대합니다. 다시 한번 감사드립니다.