

난민신청자 구금의 법적인 문제

김종철(변호사, 공익법센터 어필)

1. **난민신청자가 구금되는 경우**는 공항에서 난민신청을 하는 경우, 위명 여권으로 입국한 후 난민신청 하는 경우, 난민재신청을 하는 경우, 허가 없이 취업 하다가 단속 된 경우, 구금된 이후에 난민신청을 하여 구금이 장기화 되는 경우가 있다. 이러한 구금이 정당화 되기 위해서는 난민신청자의 권리를 침해하지 않아야 한다.

2. 구금과 관련한 **난민신청자의 권리의 근거**는 헌법(신체의 자유)과 자유권 규약을 포함한 각종 국제인권규범이다. 그러나 가장 중요한 법적인 근거는 물론 난민협약이다.

3. **난민협약의 규범태도**는 제1조에서 난민요건을 규정한 후에 난민인정 절차에 대해서는 침묵하면서 난민의 권리에 대해서는 아주 상세한 규정을 두고 있다는 것이다. 이러한 권리 규정의 특징은 난민의 체류의 성격(단순한 체류simple presence, 법적인 체류lawful presence, 법적인 거주lawful residence)에 따라 인정되는 권리의 종류를 차별화 했을 뿐 아니라, 인정되는 권리의 종류에 따라 어느 정도의 수준(외국인이 일반적으로 누리는 정도, 가장 유리한 대우 및 최소한 외국인이 일반적으로 누리는 정도, 국민이 누리는 정도, 가장 유리한 정도)으로 인정할 지 구분한 것이다.

4. **난민 신청자가 속한 범주**는 난민 협약의 '단순 체류'자인 것은 당연하고 난민 신청을 한 때 부터는 신청을 한 나라에 체류할 수 있는 법적인 근거가 있기 때문에 '합법적인 체류'자라고도 할 수 있다. 따라서 난민 신청자는 난민협약에 따라 단순 체류자와 합법적 체류자가 누리는 권리를 보장 받는다고 할 것이다.

5. 난민으로 인정을 받아 합법적인 거주자가 되기 이전이라도 **난민신청자에게 일정한 권리를 인정하는 이유**는 난민법의 가장 기본적인 원칙이 난민으로 인정받기 전이라도 난민협약상의 난민 요건에 해당하면 난민이라는 난민인정의 선언적인 성격을 확보하기 위함이다, 또한 난민 신청자에 대한 열악한 처우를 하여 그 국가로 난민이 유입되는 것을 막거나 이미 난민을 신청한 사람들이 박해를 받을 수 있는 곳으로 되돌아 갈 수 밖에 없는 상황을 만들지 않기 위한 것이기도 하다.

6. 난민신청자에게 인정되는 여러 권리가 있으나 **난민의 구금과 관련하여 가장 유의미한 권리는 불법입국으로 인해 벌을 받지 않을 자유, 이동의 자유**이므로 이를 중심으로 살펴보기로 한다. 하지만 생존권과 강제송환을 강하지 않을 권리 역시 한국 상황에서 난민신청자의 구금과 관련하여 함께 논의 해야 할 필요성이 있다

7. 먼저 **강제 송환을 당하지 않을 권리**를 보자면, 그 권리의 주체는 난민협약 제33조 제1항에서 단순히 ‘난민’이라고 하고 있기 때문에 합법적 거주자 뿐 아니라 단순 체류자와 합법적 체류자까지 포함하고 있어 당연히 난민신청자도 위 권리의 주체가 될 뿐 아니라 제1항이 난민이 체약국에 있을 것을 요구하지 않고 있으므로 우리나라에 입국하지 않은 사람이라도 하더라도 위 사람을 박해가 있는 영역으로 추방하는 경우에는 위 규정을 위반하는 것이라고 할 수 있다.

7. 강제송환금지 원칙non refoulment은 난민협약 뿐 아니라, 고문방지협약 , 자유권 규약 그리고 국제관습법으로도 인정되는 규범인데 고문 등의 박해를 받을 곳으로 강제송환하는 것을 금할 뿐 아니라 아래에서 살펴보는 바와 같이 생존권을 전혀 보장하지 않아 비호국을 떠날 수 밖에 없도록 만드는 경우에도 사실상de facto 강제송환금지 원칙 위반이라고 할 수 는데, (난민법 시행 전은

물론이고 시행 후에도)아무런 생계 지원 없이 허가를 받지 못한 채 **취업했다**는 이유로 난민을 구금하는 것은 사실상 강제송환을 당하지 않을 권리를 침해하는 것이다.

8.이에 대해 **난민신청자에게 생존권이 있는지**에 대해서 논란이 있을 수 있다. 난민법에서도 생계비 등의 지원과 취업허가를 재량행위로 규정해 놓았기 때문이다. 그러나 난민신청자가 인격의 존엄하고 인간적인 처우(리셉션)을 받을 권리는 난민협약과 세계인권선언의 비호를 구할 권리 내재적인 것이라고 할 것이다.

9. 뿐만 아니라 사회권 규약 제11조 등은 체약국에 있는 ‘모든 사람’이 의복과 식량과 주거 그리고 기본적인 의료적인 서비스를 받을 권리가 있다고 하고 있다고 하고 있으므로 난민신청자의 생존권 역시 규범적인 근거가 있다고 할 것이다.

9.1.. 이에 대해 사회권 규약 제2조 제1항은 사회권 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하라고 하고 있으므로 현재 난민 신청자에게 사회권 규약 제11조가 규정하고 있는 권리를 보장하지 않고 있다고 하더라도 사회권 규약 위반이 아니라고 반론을 제기할 수 있을 것이다.

9.2. 그러나 사회권 규약 제2조 1항은 사회권 규약 제11조가 규정한 권리를 점진적으로 실현하되 가용 자원이 허용하는 최대한도 까지 조치를 취하되 자국만의 자원으로 부족한 경우 국제적인 지원과 협력을 받아서 할 것을 규정하고 있고 사회권 규약 위원회는 처분할 수 있는 자원을 활용하고 국제적인 지원을 받는데 모든 노력을 다했다는 것에 대한 입증책임은 그 국가에게 있다고 하고 있다. 그런데 대한민국의 경제적인 위상을 고려할 때 허용하는 자원을 최대한도로 활용해서도 난민 신청자에게 최소한의 인간다운 생활을 할 수 있는 권리를 보장할 수 없었다고는 말할 수 없을 것이다. 만일 우리가 가지고 있는 자원을 아무리 활용해서도 난민 신청자에게 위와 같은 권리를 보장하기에 역

부족이라면 국제 사회의 도움을 받아서 난민 신청자에게 최소한의 인간다운 생활을 할 권리를 보장해 주었어야 하는데 그러한 시도도 하지 않았다. 따라서 난민 신청자에 대해 생존권을 박탈한 사회적 처우는 사회권 규약 위반이라고 할 것이다.

9.3. 게다가 사회권 규약 제2조 제2항은 사회권 규약 제11조에서 인정하는 권리가 인종, 피부색, 언어, 민족적 또는 사회적 출신, 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 하고 있는데, 국민에게는 헌법상 최소한의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하면서 난민 신청자에게 위와 같은 권리를 부정하는 것은 차별금지를 규정한 사회권 규약 제2조 제2항 위반이라고도 할 수 있다.

9.4. 이에 대해서 사회권 규약 제2조 제3항은 “개발도상국은 인권과 국가 경제를 충분히 고려하여 이 규약에서 인정된 경제적 권리를 어느 정도까지 자국의 국민이 아닌 자에게 보장할 것인가를 결정할 수 있다”라고 하고 있으므로, 한국 국민이 아닌 난민 신청자에게 어느 정도로 사회권 제11조가 규정한 권리를 보장할 것인지는 대한민국의 결정에 맡겨져 있기 때문에 최소한의 인간다운 생활을 할 권리에 관하여 난민 신청자에게 국민과 같은 수준의 처우를 하지 않는다고 하여 사회권 규약 위반이 될 수 없다고 반론을 제기할 수 있을 것이다.

9.5. 그러나 과연 대한민국이 개발도상국인지는 의문이며, 가사 대한민국이 여전히 개발도상국이라고 하더라도 난민 신청자와 국민을 차별 대우는 인권과 국가 경제에 대한 고려에서 나와야 하는 것인데, 난민 신청자에게 최소한의 인간다운 생활을 할 수 있는 권리와 관련해서 국민과 다른 처우를 하는 이유는 경제적, 인권적 이유가 아니라 난민 제도 남용을 막기 위한 것이므로, 이와 같은 이유에 의해 난민 신청자와 국민을 차별 대우하는 것은 사회권 규약 제2조 제3항에 의해 정당화 될 수 없다고 할 것이다.

9.6. 또한 사회권 규약 위원회가 일반 논평에서 밝힌 바와 같이 사회권 규약의

'핵심 내용'은 아무리 개발도상국가라고 하더라도 국민과 국민이 아닌 자를 차별하지 않고 보장해야 하며, 특히 사회적 약자에 대해서는 위와 같은 '핵심 내용'을 보장하기 위해 적극적인 조치를 취해야 한다.

9.7. 그렇다면 사회권 규약의 핵심 내용이란 무엇인가? 사회권 규약 위원회는 사회권 규약의 핵심 내용과 그 내용을 보장할 국가의 의무에 대해 일반 논평 제3호(UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, May 12, 2004)에서 다음과 같이 이야기하고 있다. "위원회는 적어도 각 권리의 최소 필요수준을 충족시킬 것을 보장하기 위한 최소핵심 의무가 모든 당사국에 부과되고 있다는 견해를 가지고 있다. 따라서 예를 들어 상당수의 국민이 필수적인 식량이나 필수적인 기본의료, 주거, 가장 기초적 형태의 교육을 받지 못하고 있는 당사국은 일견 동 규약에 명시되어 있는 의무를 이행하지 않은 것으로 추정될 수 있다. 동 규약이 이러한 최소핵심 의무를 부과하는 것은 아니라는 방향으로 해석한다면 이는 본 규약의 존재 이유를 대부분 박탈하는 것과 다름이 없다."

9.8. 따라서 우리나라가 개발도상국이기 때문에 사회권 규약이 보장하는 권리에 관해서 난민 신청자를 국민과 동일하게 처우할 수 없다고 하는 변명은 난민 신청자에게 최소한의 인간다운 생활을 할 수 있는 음식, 주거, 기본적인 의료 서비스 등에 대한 권리를 보장하지 않는 경우에는 통하지 않는다고 할 것이고 사회권 규약 제2조와 제11조를 위반하지 않기 위해서는 난민신청자도 국민과 동일한 정도로 최소한의 인간다운 생활을 할 권리를 보장해야 한다.

10. 다음으로 난민협약상 **불법으로 입국하거나 체류했다는 것을 이유로 벌지 않을 자유**를 보면, 위 협약 제31조 제1항이 위 권리의 주체를 단지 '난민'이라고 규정하고 있기 때문에 단순 체류하는 사람도 아래에서 설명하는 4가지 요건을 갖춘 경우에는 불법으로 입국하거나 체류했다는 것을 이유로 벌지 않을 자유가 있다.

11. 그 **4가지 요건**에 대해 각 살펴보면, ①우선 "당국에 (자진해서) 출두해

야 한다.” ②둘째는 “지체 없이” 출두해야 한다. 위 “지체 없이”를 어떻게 해석할 것인지가 문제가 되는데, 난민이 처한 상황과 난민 신청국의 상황을 고려하여 판단할 수 밖에 없으나 난민협약의 정신에 비추어 될 수 있으면 넓게 해석해야 할 것이다. 이를 판단 할 때에는 고려될 수 있는 요소로는 국가에서 난민제도에 관한 정보를 제공하였는지, 난민 제도에 접근하기 위해 언어적, 문화적 장벽이 없었는지, 국적국에서 박해로 인한 외상 등으로 인해 당국에 보호를 요청하기를 주저했던 사정은 없었는지 하는 것 등을 들을 수 있다. ③셋째는 “생명 또는 자유가 제1조의 의미에 있어서 위협되고 있는 영역으로부터 직접 온” 경우라야 한다. 여기서 “직접 온”의 해석과 관련해서 논란이 될 수 있으나, 체약국에 입국하기 전에 안전한 제3국을 잠시 거쳐 왔거나 임시적으로 체류한 경우에는 여전히 ‘직접 온’ 것으로 보아야 하며, 제3국에 장기간 체류하였다고 하더라도 그 제3국에서 난민으로서 보호를 받지 못한 경우라면 역시 ‘직접 온’ 것으로 파악해야 한다. ④마지막으로 “상당한 이유”를 제시하여야 하는데, 여기서 상당한 이유란 불법적인 입국이 강제적인 이주, 즉 박해를 피해 피난한 결과라는 점을 밝히면 된다고 할 것이다.

12. 위와 같이 4가지 요건을 갖춘 자는 불법적으로 입국하고 체류하였다고 하더라도 그것을 이유로 벌을 받지 않을 자유가 있다. 그런데 여기서 ‘벌’은 무엇을 의미하는가? **오역으로 인해 위 벌을 ‘형벌’로 잘못 번역되어 사용**하고 있으나, 위 조항에서의 벌(penalty)은 형벌(criminal penalty)뿐 아니라 행정벌(administrative), 심지어는 난민 신청을 하지 못하게 하는 제재까지를 포함하는 벌 일반을 의미한다. 왜냐하면 법문상으로도 벌을 criminal penalty(형벌)로 규정하지 않고 penalty로 규정하였을 뿐 아니라, 불법적으로 입국하고 체류하는 사람들이 받게 되는 벌은 형벌이 아니라 출입국관리법상의 행정벌이 대부분이라고 할 수 있기 때문에 난민협약 제31조 제1항이 규정한 ‘벌’을 ‘형벌’로 축소해서 해석하게 되면, 박해를 피해 오느라 어쩔 수 없이 위조된 여권으로 밀항으로 입국하면서 출입국관리법을 어길 수밖에 없었던 난민들을 외국인 보호소에 구금하는 것과 같은 벌을 부과해도 괜찮다는 것이 되어 위 규정이 만들어진 취지와는 정반대되는 결과는 낳기 때문이다.

13. 따라서 우리의 경우 공항에서 난민을 신청 했다는 이유로 난민신청자를 구금하는 것은 말할 것도 없고, 위명 여권을 소지하고 입국한 경우 위명 여권을 사용할 수 밖에 없는 이유를 설명하면서 자진해서 당국에 출두해서 **난민 신청을 한 경우에 구금하는 것은 난민협약 제31조 제1항 위반**이라고 할 것이다(난민을 늦게 신청한 사정을 개별적으로 전혀 고려하지 않고 합법적으로 체류할 수 있는 기간을 초과해서 난민신청한 사람들에게 일괄적으로 그 초과한 기간에 상당하는 범칙금을 부과하고 범칙금을 납부하지 않는 경우에는 외국인등록증을 발급하지 않는 관행 역시 위 난민협약 제31조 제1항 위반의 소지가 크다).

14. **이동의 자유와 관련된 조항**인 난민협약 제26조는 합법적으로 체약국 내에 있는 난민에게 적용되도록 하고 있으나 앞에서 언급한 바와 같이 난민 신청자 역시 난민 신청으로 인해 체약국에서 합법적으로 체류하게 되었으므로 합법적 체류자라고 할 수 있으므로 위 규정의 적용을 받게 된다. 따라서 외국인 일반에게 적용되는 이동의 자유의 제한 보다 더 엄격한 제한은 난민 신청자에게는 할 수 없다.

15. 그러나 여기에는 **해석상 한 가지 제한**이 불가피 한데 불법적인 입국과 체류로 인한 이동의 자유 제한은 제26조에서 말하는 외국인 일반에게 적용되는 이동의 자유 제한으로 볼 수 없다는 것이다. 그렇지 않을 경우에는 앞에서 살펴본 제31조 제1항의 불법적인 입국과 체류를 이유로 벌을 받지 않을 자유가 무력화되기 때문이다.

16. 이동의 자유와 관련해서 해석상 또 문제가 되는 것은 제31조 제2항인데, 제31조 제1항에서 일정한 요건을 갖추고 있는 사람은 불법적인 입국과 체류를 이유로 구금과 같은 벌을 받지 않도록 하였음에도 불구하고, 제2항에서는 난민의 이동의 자유에 대하여 제한을 할 수 있도록 하였기 때문이다. 즉 제**31**

조 제1항의 요건을 다 갖춘 경우에도 제2항에 의해 일정한 경우 이동의 자유를 제한 할 수 있게 한 것이다.

17. 그러나 위 제31조 제2항의 이동의 자유에 대한 제한은 그 한계가 없는 것이 아니다. 우선 타국에 입국 허가를 획득하게 된 경우에는 난민의 이동의 자유를 제한 할 수 없다. 그러나 더 중요한 것은 체약국에서 체재가 합법적인 것이 될 때에는 위 이동의 자유에 대한 제한을 할 수 없다는 것이다.

18. 그렇다면 언제 체재가 합법적이 된다고 할 것인가? 이에 대해서는 난민 인정을 받을 때라고 하는 견해도 있으나, 제31조와 제26조와의 규범적 충돌을 막고, 난민으로서 체약국에서 숨어 지내지 말고 체약국의 난민 제도를 이용할 수 있도록 당국에 나타나라는 제31조의 입법 취지를 고려할 때, 난민 신청할 때에 체재가 합법적인 것이 된다고 할 것이다. 따라서 난민 신청을 한 경우에는 더 이상 제31조 제2항에 의한 이동의 자유 제한은 할 수 없고 합법적인 체류자의 이동의 자유를 규정한 제26조에 의한 규제만을 받게 되는 것이므로 제31조 제2항의 이동의 자유 제한은 언제나 임시적이고 일시적이어야 한다.

19. 또 하나 제31조 제2항이 규정한 이동의 자유에 대한 제한의 한계는 “필요성”이다. 우선 이동의 자유에 대한 제한은 비호를 구하려고 하는 자의 신분을 확인하고, 국가의 안전 보장과 질서 유지를 위하는 등의 목적의 정당해야 한다. 따라서 국내외 잠재적인 난민의 난민 신청의 의지를 좌절시키기 위한 목적으로 비호를 구하는 사람들의 이동의 자유를 제한하는 경우 정당한 목적에 의한 이동의 자유가 아니므로 ‘필요성’을 갖추지 못한 것이 되어서 제31조 제2항 위반이라고 할 것이다.

20. 또한 위와 같은 목적을 달성하기 위해서 이동의 자유를 제한하는 것이 정

당화될 수 있어야 한다. 즉 이동의 자유를 제한한 정도가 강 할수록 그러한 이동의 자유의 제한을 정당화하기 위해서는 이동의 자유를 제한하는 목적 또한 강해야 한다(**비례성**). 또한 구금과 같은 방법이 아닌 더 약한 방법으로 이동의 자유를 제한해도 않아도 달성할 수 있는 목적임에도 불구하고 구금하는 것은 ‘필요성’을 갖추지 못한 것이 되서 제31조 제2항 위반이라고 할 수 있다.

21. 결국 난민협약 제31조 제1항의 요건들을 갖춘 경우에는 불법적인 입국과 체류를 위해서 구금을 포함한 벌을 받지 않을 자유를 누리나 예외적으로 제31조 제2항에 근거해서 ‘필요성(목적의 정당성과 비례성)’ 요건을 갖춘 경우에 한하여 이동의 자유 제한 할 수 있으나 이러한 이동의 자유의 제한의 성질은 임시적이고 일시적인 것이어서 체제가 합법적이 될 때, 즉 난민 신청 등으로 합법적 체류자가 될 때 까지만 이동의 자유를 제한 할 수 있으며 **그 이후에 이동의 자유를 제한하는 것은 제26조에 의해 외국인 일반에게 적용되는 이동의 자유 제한만을 할 수 있을 뿐이다.**

22. 앞에서 난민협약 제31조 제1항의 요건들을 갖춘 경우에는 제31조 제2항의 임시적이고 필요한 이동의 자유를 제한 받는 경우가 아니라면 불법적인 입국과 체류를 이유로 벌을 받지 못한다고 하였다. 그런데 **난민협약 제31조 제1항의 요건들을 갖추지 못한 경우에는** 어떻게 할 것인가? 그 경우에는 불법적인 입국과 체류를 이유로 구금을 포함한 벌을 받게 될 수도 있다고 할 것이다. 그러나 이 경우에도 아무런 제한 없이 구금을 할 수 있는 것은 아니고 자의적인 구금으로부터 자유로울 권리에 의한 제한을 받아야 한다.

23. 자유권 규약 제9조에 근거를 두고 있는 **자의적인 구금 금지 원칙**의 가장 기본적인 내용은 첫째는 법률유보(의회유보)와 법률우위이고 둘째는 (정기적인)사법통제이고 셋째는 구금의 상한을 포함한 비례성이다.

24. 현재의 외국인 보호는 출입국관리법 제63조 제1항은 강제퇴거명령을 받은

자에 대해서는 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 경우 송환이 가능할 때까지 보호할 수 있도록 하고 있어, 출입국관리법상의 ‘보호’가 갖는 일시적인 성격과는 달리 ‘과도하게 길거나 무기한’의 구금을 허용하고 있으며 실제로도 3년이 넘도록 구금된 사례도 있으며 장기간의 구금되는 동안에도 정기적인 사법심사를 받을 수 없도록 하고 있으므로 이러한 제도적, 관행적 장기 구금은 **명백한 자의적 구금금지 원칙 위반**이라고 할 것이다.

26. 이러한 자의적 구금 금지 원칙 위반에 대해서는 위 **출입국관리법 제 63조 제1항의 보호가 헌법 제12조 신체의 자유를 위반하는지 여부**에 대해 논의하며 더 자세히 살필 것이다.

27. 사실 맨 앞에서 언급이 되었어야 하지만, 여기서 집고 넘어가야 할 것은, **출입국관리법상의 보호가 과연 우리가 지금까지 논의한 구금인지 하는 것이다.** 출입국관리법 제11조 제2항 제11호는 “보호란 출입국관리공무원이 제46조 제1항 각 호에 따른 강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 인치(引致)하고 수용하는 집행 활동을 말한다”고 보호를 정의를 하고 있다.

28. 그런데 위 조항은 2005. 5. 23. 국가인권위원회가 법무부장관에게 “출입국관리법상 행하여지는 ‘보호’행위는 실질적으로 형사사법절차상의 구인, 구금 또는 수용과 유사함에도 불구하고, ‘보호’행위에 대한 정의 규정이 없어 그 내용과 적용범위가 모호하여 대상 외국인의 신체의 자유 등 기본권 침해의 우려가 있으므로, 그 개념을 분명히 정의하라”고 **권고**(국가인권위원회, 불법체류 외국인강제단속과정의 인권침해, 2005. 5. 23. 자 04진인139, 04진기131병합 결정)한 이후에 신설된 것이다.

29. 따라서 현행법이 규정하는 ‘보호’는 ‘수용형식’으로 ‘신병을 확보’하는 제

도를 의미하는 것으로서, 이는 그 사전적 의미와 달리 사실상 ‘구금’의 성격을 가지며 국제법적 기준에 의하면 인신의 신체의 자유를 박탈하는 억류(**detention**)에 해당한다.

30. 보호의 법적 성격과 아울러 본격적인 논의에 앞서 해결해야 할 또 한 가지 문제가 있는데, 그것은 **외국인이 헌법 제12조가 규정한 신체의 자유의 주체가 될 수 있는가** 하는 것이다.

31. **헌법 재판소**는 1994. 12. 29. 선고 93헌마120 결정에서 ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다고 판시하여, 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하고 있다. 특히 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이라고 판시한 바 있다. 또한 헌법 재판소는 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083 결정에서 직장 선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로, 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다고 판시하여 사회적 기본권에 관하여도 외국인도 기본권의 주체가 됨을 명시한 바 있다.

32. 그러므로 헌법 제12조의 신체의 자유는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 실현하기 위하여 가장 기본이 되는 자유이므로 당연히 난민신청자와 같은 **외국인도 신체의 자유의 주체**가 될 수 있고, 외국인의 구금에 관한 규정은 헌법 제12조의 신체의 자유를 위반해서는 안 된다고 할 것이다.

33. 그렇다면 헌법 제12조에서 말하는 **신체의 자유란 무엇인가?** 헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 있다”고 규

정하고 정신적 자유와 더불어 이를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 제 12조 제1항에서 신체의 자유를 보장하고 있다(헌재 1992. 4. 14. 선고 90헌마 82결정). 이와 같은 신체의 자유는 모든 기본권 보장의 전제가 되는 것으로서 신체활동을 자율적으로 할 수 있는 신체거동의 자유와 함께 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유를 포함한다(헌재 1992. 12. 24. 선고 92헌가8결정).

34. 이처럼 신체의 자유는 헌법상 모든 기본권 보장의 종국적 목적이자 기본 이념이라 할 수 있는 인간의 존엄과 가치에 밀접하게 관련되어 있으므로 그 침해 여부는 헌법 제37조 제2항에 따라 **엄격하게 심사**되어야 한다(헌재 2002. 7. 18. 선고 2000헌마327 결정). 따라서 난민신청자의 신체의 자유에 관한 제한이 불가피하더라도, 그 제한의 한계를 명확히 규정하여 명확성의 원칙에 부합한 법률에 의하여야 하며, 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하거나, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안된다.

35. 그런데 아래에서 살펴보는 바와 같이 난민신청자의 장기(무기한)구금에 대한 근거가 되는 **출입국관리법 제63조 제1항은 헌법 제12조 내지 제37조 제2항을 위반**하고 있다.

36. **우선 입법의 목적의 정당성 및 방법의 적절성**과 관련해서 살펴보면, 출입국관리법 제63조 제1항은 강제퇴거명령을 받은 자에 대하여 강제퇴거명령의 집행을 용이하게 확보하기 위하여 규정된 것으로서 그 입법목적은 정당하다고 할 것이다(하지만 다른 한편으로는 난민신청자에게 강제퇴거명령을 내리는 것이 적법한지 여부, 적법하다면 난민인지 여부에 대한 판단을 하지 않은 채 강제퇴거명령을 내리는 현행의 관행이 적법한지 여부가 부가적으로 논해져야 하는데, 만일 강제퇴거명령 자체가 적법하지 않다면, 난민신청자에 대한 강제퇴거명령을 집행을 용이하게 할 목적으로 구금하는 것 역시 그 목적의 정당성을 상실한다고 할 것이다). 또한 기본권을 제한하는 입법을 하는

경우에 기본권 제한의 방법은 입법목적 달성을 방법으로 효과적이고 적절한 것이어야 하는데, 송환에 필요한 절차의 실행을 위하여 강제퇴거 시까지 강제퇴거명령에 기한 보호를 연장할 수 있도록 한 것은 그 방법의 적절성이 인정된다.

37. 그러나 입법권이 선택한 기본권 제한조치가 입법목적의 달성을 위하여 적절하다고 하더라도, 기본권의 제한이 최소한이 되는 수단을 선택하여야 한다. 그러나 위 조항은 보호의 상한을 정하지 않았을 뿐 아니라 피구금된 외국인의 이동의 자유를 덜 제한 하는 방법을 전혀 규정하고 있지 않은 상태에서 사실상 무기한 보호를 할 수 있도록 규정하고 있으므로 **피해의 최소성 원칙에 반하여 규정**되었다고 할 수 있다.

38. 출입국관리법상 보호는 헌법 제12조에서 규정한 ‘신체의 자유’를 제한하는 사실상 구금의 성격을 지니는 행정작용으로 원칙적으로 헌법 제12조 제6항에서 규정한 사법적 통제가 필요하다. 특히 장기적인 혹은 무기한의 보호가 가능하게 규정되어 있기 때문에 **사법적인 통제는 정기적으로 이루어져야** 한다.

39. 이러한 문제점을 인식한 **국가인권위원회**는 2005년 5월 23일 ‘출입국관리법 일부 개정법률안에 대한 의견표명’에서 “출입국관리법상의 외국인 ‘보호’업무가 출입국관리분야의 행정작용이라 인정될 수 있을지라도, 실제 인신의 자유에 대한 중대한 제한을 내용으로 하고 있어, 그 본질은 형사사법절차상의 인치, 구금과 유사하므로, 인신관련 행정작용의 근거와 절차를 형사사법절차에 준하여 마련함이 바람직하다”라고 하고 있다(갑제9호증 5면 참조).

40. **헌법 재판소**도 형사소송법 제214조의2 제1항 위헌소원 사건에 관한 2004. 3. 25. 선고 2002헌바104 결정에서 “헌법 제12조에 규정된 ‘신체의 자유’는 수사기관뿐만 아니라 일반 행정기관을 비롯한 다른 국가기관 등에 의하

여도 직접 제한될 수 있으므로, 헌법 제12조 소정의 ‘체포·구속’ 역시 포괄적인 개념으로 해석해야 한다. 따라서 최소한 모든 형태의 공권력 행사기관이 ‘체포’ 또는 ‘구속’의 방법으로 ‘신체의 자유’를 제한하는 사안에 대하여는 헌법 제12조 제6항이 적용된다고 보아야 한다.”고 하여 일반 행정기관에 의한 신체의 자유 제한 처분에 대하여도 원칙적으로 법원의 통제가 적용될 수 있음을 판시한 적이 있다.

41. 물론 현행 출입국관리법상으로도 보호‘처분’에 대해 법원에 취소소송을 제기할 수 있고, ‘보호’ 자체에 대해서도 법무부장관을 상대로 이의신청을 제기하고 그 이의신청이 기각될 경우 그 기각결정에 대한 취소소송을 제기할 수 있다. 그러나 보호‘처분’에 대한 취소소송은 제소기간이 90일로 정해져 있어, 신체의 자유와 관련해서 가장 문제가 많이 되는 장기간의 보호에 대해서는 구제수단이 될 수 없다. 또 ‘보호’ 자체를 다투는 이의신청은 중립적이고 객관적이라고 할 수 있는 사법통제가 아니며, 이의신청에 대해 법무부장관이 내린 기각결정을 취소소송으로 법원에서 다룰 수 있지만 그것은 **즉각적이고 효율적인 구제수단이 아니라기보다는 우회적**이라고 할 수 있어, 헌법 제12조가 규정한 사법심사라고 할 수 없다.

42. 그러므로 출입국관리법 제63조 제1항에 근거하여 외국인을 보호하는 경우에는 헌법 제12조에 따라 보호의 타당성 내지 필요성에 대한 정기적인 사법심사의 길이 보장되어 있어야 하는데, 그러한 내용이 출입국관리법 제63조 제1항에는 없기 때문에, 사법기관의 관여 없이 출입국관리사무소장의 처분으로 외국인에 대해 사실상 구금과 다름없는 ‘보호’를 시작한 후 정기적인 사법심사 없이 ‘과도하게 길거나 무기한’의 구금을 가능하게 하는 위 조항은 **피해의 최소성 원칙에 반한다**고 할 것이다.

42. 그런데 위 출입국관리법 제63조 제1항은 **명확성의 원칙**에도 반하는 문제가 있다. 기본권 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여야 하고, 이때의 법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미

리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법 집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있는 것이어야 한다. 왜냐하면 법규범의 규정내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다(헌재 1992. 4. 28. 선고 90헌바27등 결정).

43. 그런데 위 조항은 현행규정이 강제퇴거명령을 받은 자를 ‘송환할 수 없는 때’에는 ‘송환이 가능할 때까지’ 구금할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 신체의 자유를 제한하는 이와 같은 규정을 두면서 구금의 상한도 마련하지 않은 채 막연히 ‘송환이 가능할 때까지’ 무기한 보호를 할 수 있도록 한 위 규정만으로는 그 보호기간을 예측하기가 쉽지 않다. 그러므로 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 그 보호기간을 쉽게 예측할 수 있도록 ‘송환할 수 없는 경우’라는 조항을 구체화하고, 구금의 최장기간을 명시하지 않는 한 **위 규정은 명확성의 원칙에 반한다**고 할 것이다.

44. 이처럼 난민신청자를 둘러싼 구금 제도와 관행은 **헌법 제12조, 제37조 제2항에 반할 뿐 아니라, 난민협약 제31조, 제26조, 자유권 규약 제9조, 국제관습법상의 강제송환금지 원칙 등에 배치된다**고 할 것입니다.

45. 앞에서 논의한 것 이외에도 난민신청자를 구금하는 물리적인 환경과 처우 등에 대해서도 문제가 적지 않지만, 그 문제는 다음 기회에 더 자세히 이야기 할 수 있기를 바라며 이제 글을 마치려고 한다. 근대법이 우리에게 가져다 준 중요한 혜택 중에 하나가 사법부와 같은 독립적인 기관의 개입을 포함한 엄격한 한계 내에서만 신체의 자유를 제한할 수 있다는 것이다. 그리고 인신구속에 관한 이러한 근대법의 태도는 최근 인신보호법으로 더 구체화 되었다. 그러나 이러한 혜택을 볼 수 있는 것은 국민이지, 외국인, 특히 그 가운데 더 취약한

난민신청자가 아니다. **국민의 몸만 신체고 외국인의 몸은 몸뚱어**
리가 아닌 한 이러한 야만적인 제도가 아직도 남아있을 수 없다. 이번 토론회
를 통해 난민신청자를 포함한 외국인 구금제도가 시급히 개혁되기를 바란다.