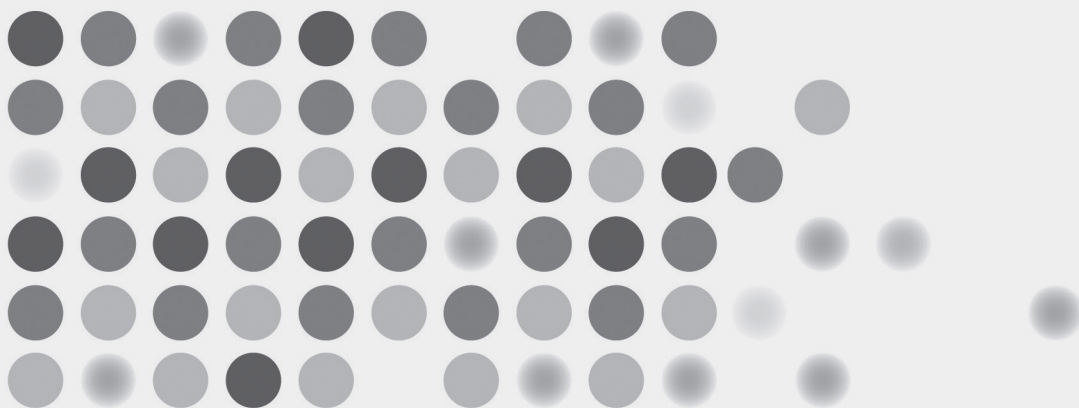


난민의 인권보장을 위한 구금관련 규정 정비 방안

*A Study on Reforming Custody Regulations Regarding
the Human Rights Protection for Refugees*

김대근



발간사

2015년 한 해, 국제사회의 가장 큰 화두는 '난민문제' 였다고 하더라도 과언이 아닐 것입니다. 난민문제는 지역적 차원은 물론 일국(nation) 차원에서 해결될 수 있는 문제가 아니며, 국제적(international) 혹은 더 나아가 초국가적(transnational) 차원에서 그 해법을 모색해야 할 문제입니다. 그럼에도 불구하고, 지금 이 순간 수많은 난민들이 안전을 확보하기 위해 각국을 떠돌고 있는 모습을 우리는 안타깝게 바라보고 있습니다.

물론 오늘날 전 세계적으로 발생하고 있는 난민문제는 난민 또는 난민신청자의 기본적인 인권과 직접적인 관련성을 갖는 것으로서 이를 해결하기 위해서는 우선적으로 그들의 기본적 인권이 침해되지 않도록 인도주의적 차원에서 그 해결방안을 모색하는 것이 바람직할 것입니다.

그에 따라 국제사회는 난민의 수용 규모를 확대하는 등 난민을 보호하기 위해 나름의 노력을 하고 있는 것으로 보입니다. 우리나라 역시 2013년 7월 아시아 최초로 독자적인 난민법을 시행하면서 난민의 인권보호에 각별한 노력을 기울이고 있습니다.

그러나 현행 우리나라의 난민과 관련된 법률이 과연 그들의 기본권을 충분히 보장하기 위한 장치가 되고 있는지에 대해서는 의심이 드는 것 또한 사실입니다. 특히, 난민신청자와 관련하여 발생하는 장기구금은 신체의 자유라는 인간의 기본적 권리를 무분별하게 박탈한다는 점에서 인권침해적 요소가 없지 않고, 난민인정절차를 규정하고 있는 법률인 출입국관리법 및 난민법은 이러한 난민신청자의 장기구금 현상을 해결하기엔 일정한 한계를 가지고 있습니다.

출입국관리법상 '보호제도'는 난민을 비롯한 외국인의 인권보장 차원에서 법학자는 물론이고 법실무자들의 진지한 고민이 요구되는 규정이라 할 수 있습니다. 또한, 인신보호청구자에서 출입국관리법에 따라 보호된 자를 제외하고 있는 인신보호법상의 규정 역시 난민신청자의 장기구금과 관련한 사항으로 성찰적 태도가 필요하다고 할 것입니다.

요컨대, 난민문제 해결이 국제사회의 중요한 위상을 점하고 있는 현 시점에서 우리나라에서도 이에 대한 지속적인 관심을 가질 필요가 있을 것입니다. 또한, 난민신청자의 장기구금 문제에 대해서는 반드시 국가와 법의 정책적 대응이 적극적으로 요구된다고 할 수 있을 것입니다.

이러한 점에서 본 연구는 난민의 인권을 보장하기 위하여 현행 법률 구금 규정을 정비하여, 난민인정절차에서 발생하고 있는 장기구금의 문제를 개선하고자 한다는 점에서 매우 시기적절하고 실천성을 지니는 연구라고 생각됩니다.

각별한 인권감수성을 통해 본 연구를 성실하게 수행한 김대근 부연구위원의 노고에 감사를 전합니다.

2015년 12월

한국형사정책연구원

원장 **김진환**

목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 난민 문제의 현황과 구금의 실태	3
-------------------------------	---

제1절 연구의 의의	5
------------------	---

제2절 난민 심사 및 인정의 절차 개관	7
-----------------------------	---

1. 난민신청 절차	7
2. 2015년(1월~5월) 난민신청자 현황	9
3. 2015년(1월~5월) 사무소별 난민신청 현황	10
4. 난민 구금 현황	11

제2장 난민 구금의 법적 근거와 헌법적 한계	13
----------------------------------	----

제1절 서설	15
--------------	----

제2절 절차적 요건상의 문제 - 출입국사무소장 명의 보호명령서 발급	16
---	----

1. 강제퇴거조치의 개념과 법적 근거	16
2. 보호명령서의 효력과 영장주의의 필요성	17

제3절 보호(구금)기간의 문제 - ‘송환할 수 있을 때까지’라는 기재로 인한 종기의 예측 불가	19
---	----

1. 조문상의 종기의 불명확성	19
2. 보호기간의 실태 분석	19
3. 종기의 불명확성의 위법성	22

제4절 난민위원회의 지위 문제	23
------------------------	----

1. 난민위원회의 지위와 구성 및 역할 개요	23
--------------------------------	----

2. 위원장의 재량과 위원회의 비상설화	24
3. 난민위원회의 독립성 여부	25
제5절 소결	25

| 제3장 | 난민 구금과 형사절차상 구속제도와 비교 분석 27

제1절 서설	29
제2절 난민처우에 있어서 인신보호법 제2조 제1항의 문제점	29
1. 인신보호법 개관	29
가. 인신보호법의 연혁	29
나. 인신보호법상의 구제절차	31
2. 인신보호법의 문제점	31
3. 헌법재판소의 판단	32
가. 신체의 자유 침해여부 검토	32
나. 평등권 침해여부 검토	34
4. 소결	35
제3절 형사절차상 구속 제도와의 비교	36
1. 서설	36
2. 구금의 개시	36
가. 법적근거	36
나. 구금의 개시 절차	38
3. 구금의 연장절차와 주체	39
가. 법적근거	39
나. 구금의 연장을 위한 요건	39
다. 구금의 연장주체	40
4. 구금기간의 상한	41
가. 법적근거	41
나. 구금기간 상한의 비교	42
5. 불복방법	43
가. 법적근거	43
나. 보호에 대한 이의신청과 구속적부심의 비교	44

| 제4장 | 국제조약 및 외국의 난민 구금 관련 법적절차 검토 ... 47

제1절 난민 구금 관련 국내법과 국제조약 개관	49
1. 출입국관리법	49
2. 난민법	50
3. 인신보호법	51
4. 1951년 난민 협약 및 1967년 난민 의정서	51
5. 유럽연합지침 2005/85/EG	53
제2절 미국	53
제3절 독일	54
제4절 캐나다	56

| 제5장 | 난민의 인권보장을 위한 구금 규정의 정비 59

제1절 난민 구금의 문제점	61
제2절 난민의 인권보장을 위한 구금 규정 정비 방안	62
1. 법해석학적 정책	62
2. 영장주의의 전면적인 도입(전면적 개선)	62
3. 외국인 보호에 대한 구제제도 마련(출입국관리법 제55조2 신설)	64
4. 구금기간 상한의 명시(출입국관리법 제63조 제1항)	64
5. 보호명령서 발부시 실체요건 추가(심사없는 구금 해결)	66
6. 일시해제보증금 변경(출입국관리법 제65조)	67
7. 법관의 보호명령서 발급(출입국관리법 제51조)	67
8. 인신보호법 개정(인신보호법 제2조 관련)	68
제3절 결론	69

참고문헌	71
------------	----

Abstract	75
----------------	----

표 차례

〈표 1-2-1〉 난민신청자 현황	10
〈표 1-2-2〉 사무소별 난민신청 현황	11
〈표 1-2-3〉 난민 구금 현황	11
〈표 1-2-4〉 2014. 8. 1. 기준 보호외국인 난민심사기간	12
〈표 2-3-1〉 2012년부터 2015년 상반기까지의 평균 보호집행일수	20
〈표 2-3-2〉 화성외국인보호소의 난민신청자의 보호일수	21
〈표 5-2-1〉 영장주의 전면 도입 방안	63
〈표 5-2-2〉 외국인 보호에 대한 구제제도 마련 방안	64
〈표 5-2-3〉 구금기간 상한 명시 방안	65
〈표 5-2-4〉 보호명령서 발부시 실체요건 추가 방안	66
〈표 5-2-5〉 일시해제보증금 변경 방안	67
〈표 5-2-6〉 법관의 보호명령서 발급 방안	68
〈표 5-2-7〉 인신보호법 개정방안	68

그림 차례

[그림 1-2-1] 출입국항 난민인정 신청, 처리 절차	8
[그림 1-2-2] 체류 중 난민인정 신청	9

국문요약

2015년 이른바 ‘시리아 난민 사태’를 계기로 난민 문제에 대한 국제사회의 이목이 집중된 가운데, 이에 대한 각국의 법정책 또한 초미의 관심사로 대두되고 있다. 난민 문제는 자국에게도 난민을 수용하고자 하는 수용국에게도 매우 예민한 문제로서, 이에 대해서는 인도주의적인 입장과 개별 국가의 주권, 다문화적 가치와 국가와 시민의 안전의 충돌, 그리고 문명 간의 대립 등이 첨예하게 대립하고 있다는 점에서 그러하다.

한편, 우리나라는 주로 출입국관리법과 난민법 그리고 인신보호법 등이 난민과 관련된 문제를 담당하고 있는데, 이와 같은 현행 법률들은 난민의 인권에 대한 충분한 안전장치가 되지 못하고 있는 실정이다. 특히, 난민신청자에 대한 부당한 장기구금은 인권침해적인 요소를 적지 않은 문제로서 이와 관련한 법률 및 제도는 꾸준한 비판의 대상이 되고 있다. 즉 현재 난민신청자에 대한 구금은 출입국관리법상 ‘보호’ 조치를 통해 이루어지고 있다. 그런데 출입국관리법상 보호는 사실상 그 실질이 형사절차에서의 ‘체포’ 또는 ‘구속’과 다를 것이 없으며, 나아가 이처럼 실질적으로 인신구속에 해당한다고 할 수 있는 보호가 단지 출입국사무소장 명의의 발급을 통한 보호명령서만으로 어렵지 않게 이루어지고 있다는 문제가 있다. 또한, 출입국관리법이 보호(구금)기간을 명시적으로 규정하고 있지 않다는 점은 장기구금의 문제를 심각하게 하는 가장 큰 원인이라고 할 수 있다. 이 외에도 출입국관리법상 보호의 보증금 문제, 난민법상 난민심사절차 지연의 문제 및 출입국관리법상 외국인의 인신보호청구를 일률적으로 배제한 인신보호법상의 문제 등 난민신청자의 장기구금 문제와 관련하여 많은 법적·제도적 문제들이 산적해 있다.

따라서 현시점에서 난민신청자에 대한 부당한 장기구금 문제를 해결할 수 있는 법적·제도적 개선방안을 마련하는 것이 필요하다 할 것인데, 이는 인간의 존엄과 인권존중이라는 기본적 가치를 실현하면서도 국제적 기준에 부합하는 방향으로 난민 관련 규정을 정비하는 것을 통해 달성될 수 있을 것이다.

구체적인 개선방안은 다음과 같이 법해석학적 내지 입법정책적 대안으로 제시될 수 있다.

2 난민의 인권보장을 위한 구금관련 규정 정비 방안

첫째, 입법적 개선 이전에 행정청 스스로가 현재의 틀을 유지한 상태에서 보호기간의 상한 및 필요성, 상당성 요건을 심사토록 하는 법해석학적 노력이 필요하다.

둘째, 가장 강력한 입법적 대안으로는 난민의 구금이 신체의 자유를 제약하는 구금임을 고려하여 헌법 제12조의 영장주의 및 이에 대한 형사소송법상의 절차를 유사하게 입법하는 것이다.

셋째, 이에 따라 보호되어 있는 외국인 또는 그의 법정대리인 등은 피보호장소의 소재지를 관할하는 지방법원에 보호의 적부심사를 청구할 수 있도록 하는 정책을 고려할 필요가 있다.

넷째, 종기없는 구금문제(특히, 난민신청자에게 유독 문제가 되는)를 해결하기 위해서는 보호명령서로 보호할 수 있는 기간의 상한을 명시하는 것이 필요하다.

다섯째, 강제퇴거명령의 발령요건만 만족하면 기계적으로 보호가 개시되는 문제를 해결하기 위해서는 실체적 요건을 추가할 필요가 있다. 특히 ‘필요성’과 ‘상당성’ 요건을 추가하는 것은 현행 제도에서도 진지하게 고려될 필요가 있다.

여섯째, 현재 일시해제보증금 액수를 2천만 원으로 고정화시킨 것을 경제상황이나 외국인의 법규위반 정도를 고려해 탄력적으로 부과하고 분할 납부가 가능하도록 할 필요가 있다.

일곱째, 보호로 인해 침해되는 신체의 자유가 사실상 형사절차 과정에서 비롯된 것과 동일하다면 출입국관리법 제51조에 근거한 보호명령서의 발급주체를 법관으로 하는 방안을 고려할 수 있다.

마지막으로 출입국관리법에 의한 보호가 다른 수용과 다르다고 할 수 있는 여지가 없음에도 불구하고 출입국관리법상 외국인에게 인신보호청구를 일률적으로 배제하는 것은 타당하지 않기 때문에 인신보호법의 적용예외 조항을 개정할 필요가 있다.

제1장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

난민 문제의 현황과 구금의 실태

제1장

난민 문제의 현황과 구금의 실태

제1절 연구의 의의

2014년 7월 난민법의 제정과 국외 여건의 변화 등으로 인해 최근 국내에 많은 난민 신청이 들어오고 있다. 난민신청자 대부분은 독재정권, 종족간의 갈등, 내전, 폭력사태 등으로 그 인권상황의 심각성이 국제사회에 널리 알려져 있는 국가의 출신이다. 2015년 현재 난민의 문제는 이른바 ‘시리아 난민’¹⁾문제를 통해 본격적으로 조명을 받기 시작하였고 이로 인해 많이 외면 받던 난민의 문제가 수면 위로 떠올랐다고 볼 수 있다. 난민 문제는 자국에게도 난민을 수용하고자 하는 수용국에도 매우 예민한 문제가 될 수 있어 여러 선진국에서도 한 가지의 이상적인 입장을 취한다기 보다는 다양한 입장을 견지하고 있어 이 문제에 대해 어떤 식으로 입장을 취해야 하는 지도 뚜렷하지 않다. 인도주의적인 입장과 국가 간의 문제, 국가 내의 문제를 잘 고려하여야 한다는 것은 분명한데 이에 대해서 우리나라에서도 2014년 난민법을 제정한 바가 있으며 개선시켜 나가고 있다.

1) 내전과 IS의 위협 등으로 시리아에 거주하던 민간인들이 대거 유럽 등으로 몰리면서부터 유럽행 난민들의 숫자가 크게 증가하였고, 이에 대해 특히 유럽 각국에서는 이들 난민의 수용 문제가 중요한 문제로 대두되기 시작하였다. 난민에 대한 인권적, 인도주의적 조치로 난민 수용을 지지하는 관점과, 외국인에 대한 반감 및 이슬람에 대한 테러 위협 등을 명분으로 자국의 안전을 강조하는 관점들이 치열하게 대립하는 가운데 해변가로 떠밀려온 시리아 난민 어린이 아일란 쿠르디(3세)의 사체 사진은 난민 문제에 대한 관심을 증폭시키는 계기가 되었다.

한편 UNHCR이 2013년 10월 3일 발표한 시리아 국내난민의 수는 425만 명이며, 국외로 탈출한 난민이 200만 명에 이르는 것으로 나타났다. 현재 시리아 인구의 절반 이상이 인도주의 구호가 필요한 상태에 놓여있다.

6 난민의 인권보장을 위한 구금관련 규정 정비 방안

그러나 통계 상 우리나라의 난민 수용률은 최하위권이며 이에 대해 전 유엔 직원 카트린 박은 지난 9월 미국 일간 유에스에이투데이에 실은 기고문에서 “한국과 일본은 모두 1951년 유엔난민협약 서명국으로, 난민을 보호하고 기본권과 최소한의 복지를 제공할 의무가 있지만 받아들이는 난민 수는 매우 적다”고 지적했으며 인구고령화와 저출산에 시달리는 한국과 일본은 이민과 난민에 문호를 개방하지 않으면 “생산가능인구가 줄어드는 문제가 생긴다.”면서 “그럼에도 국민들 사이에서는 단일민족이라는 자부심과 외부세계에 대한 경계 때문에 난민이나 이민에 대한 저항이 크다”고 설명했다. 이처럼 단일 민족이라는 자부심과 폐쇄성이 우리의 문을 여는 데에 큰 걸림돌이 되고 있다.

이러한 환경의 변화에도 불구하고 우리 출입국관리법과 난민법을 비롯한 관련 법률이 이러한 문제를 감당하는데 일정한 한계가 있는 것 또한 사실이다. 특히 난민의 지위를 인정받기 전의 이른바 ‘보호’조치를 통한 구금은 난민 인권과 관련하여 많은 문제점을 논출하고 있고, 이에 대한 비판도 상당히 제기되고 있다. 이하에서는 난민의 인권보호를 구금 규정을 정비하기 위한 목적으로 한다. 이에 먼저 난민 심사 및 인정의 절차를 개관하고 난민 문제의 현황과 구금의 실태를 파악한다(제1장 제2절 및 제3절). 이어 현행 우리나라의 난민 구금에 대한 법적 근거와 헌법적 한계를 출입국관리법 제63조 제1항의 위헌성 검토를 통해 분석하고자 한다(제2장). 난민 구금에 있어서 ‘보호’제도와 형사절차상의 ‘구속’제도와의 비교를 통해 난민 구금의 문제점을 조명이 되 그 전 단계에서 인신보호법 제2조의 문제점을 다루면서 심층적인 비교를 시도하였다(제3장). 한편 난민의 문제는 우리 헌법과 관련 국내법을 통해 접근하면서 동시에 국제조약과 외국의 관련 정책을 검토해야 하기 때문에 비교법적 접근을 통해 난민 구금의 특성과 현황을 검토하였다(제4장).

마지막으로 결론에 갈음하여 난민 인권보장을 위한 구금 규정의 정비 방안을 제시하고자 하였다. 먼저 국내 문헌들과 관계자들에 의해 지적되는 난민 구금상의 문제점을 개관하고(제5장 제1절), 이를 통해 난민의 인권이 향상될 수 있는 구금 관련 법정책과 제도를 대안으로 제시하고자 하였다(제5장 제2절).

제2절 난민 심사 및 인정의 절차 개관

1. 난민신청 절차

난민신청 절차는 ‘출입국향 난민인정 신청’과 ‘체류 중 난민인정 신청’으로 구분할 수 있다.

먼저, ‘출입국향 난민인정 신청’은 그 대상을 ‘항공기 또는 선박 등을 이용하여 출입국향으로 우리나라에 입국 또는 상륙하려는 외국인’으로 하며, 입국심사를 받는 때에 난민인정신청서를 제출한다. 출입국향으로 입국 또는 상륙한 외국인은 당일 입국 또는 상륙한 출입국향 관할사무소장, 출장소장에게 본인이 직접 신청할 수 있다.

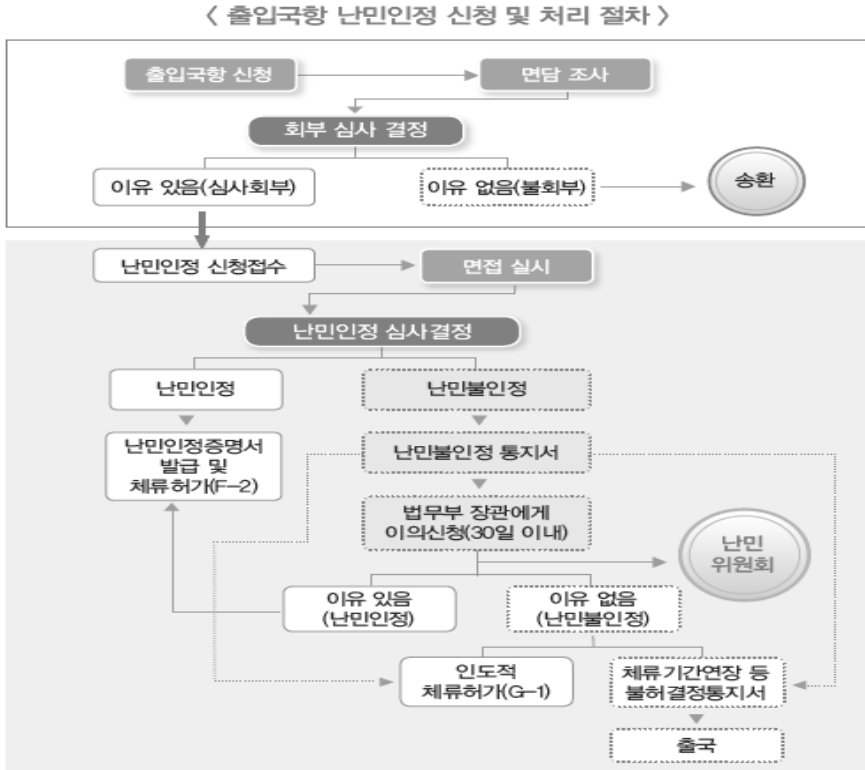
출입국향에서 난민인정신청서를 제출한 사람에 대해서 출입국향 사무소장 등은 7일 이내에 난민인정심사에 회부할지 여부를 결정한다.

단, ‘대한민국의 안전 및 사회질서 위해자’, ‘비협조로 인한 신원 확인 불가자’, ‘거짓 서류를 제출하는 등 사실을 은폐한 난민인정 신청’, ‘박해의 가능성이 없는 안전한 국가 출신이거나 안전한 국가로부터 온 경우’, ‘불인정자 및 취소된 자의 재신청’, ‘난민협약 및 난민법 제19조에 따른 난민인정의 제한 사유에 해당하는 자’, ‘경제적 사유 등 명백히 이유없는 난민신청’ 등의 경우에는 난민인정신청을 회부하지 아니할 수 있다.

그리고 난민인정 심사에 회부하기로 결정된 사람에 대해서는 난민신청 접수증이 교부되고 회부가 결정된 시점부터 난민신청자의 지위가 보장된다. 또한, 출입국향 사무소장 등은 난민인정 심사에 회부하기로 결정한 사람을 입국 심사를 하여 입국을 허가해야 한다. 이때 거주지의 제한, 난민심사를 위한 출석요구 등 일부 조건을 붙여 90일 범위에서 입국을 허가할 수 있다.²⁾

2) 법무부 출입국·외국인정책본부 난민과, 난민인정절차 가이드북, 2015, 14-15쪽.

1 출입국항 난민인정 신청



[그림 1-2-1] 출입국항 난민인정 신청, 처리 절차

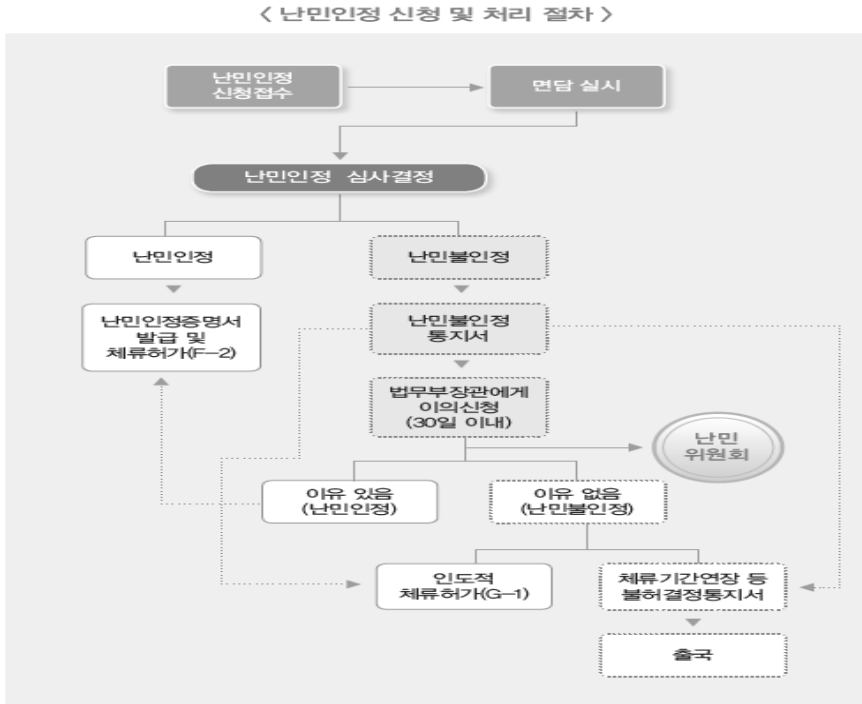
출처: 법무부 출입국·외국인정책본부 난민과, 난민인정절차 가이드북, 2015.

한편, ‘체류 중 난민인정 신청’의 대상은 ‘국내에 체류하고 있는 외국인’이다. 국내에 체류하고 있는 외국인은 그 체류기간동안 난민인정 신청이 가능하며, 대한민국 안에 있는 출입국관리사무소, 출장소, 외국인보호소에 신청할 수 있다. 그리고 난민인정을 받으려는 사람은 난민인정신청서를 자신의 체류지를 관할하는 출입국관리사무소 또는 출입국관리사무소 출장소에 제출하여야 하는데,

신청자가 민법상 미성년자이거나 질병, 기타의 부득이한 사유로 자진하여 출석할 수 없는 경우에는 신청자의 아버지, 어머니, 배우자, 자녀, 신청자의 친척, 변호사가 그 신청자를 대리하여 신청할 수 있다.³⁾

3) 법무부 출입국·외국인정책본부 난민과, 난민인정절차 가이드북, 2015, 18-20쪽.

2 체류 중 난민인정 신청



[그림 1-2-2] 체류 중 난민인정 신청

출처: 법무부 출입국·외국인정책본부 난민과, 난민인정절차 가이드북, 2015.

2. 2015년(1월~5월) 난민신청자 현황

2015년 1월부터 5월까지 국내에서 난민신청을 한 인원은 재신청 55명을 포함하여 총 1633명이다. 이는 전년도(2014년 1월부터 5월까지) 난민신청자 800명의 두 배 이상이며, 2014년 전체 난민신청자 2,896명의 50%를 이미 넘어선 수치이다. 2014년 1월부터 5월까지도 이미 전년도 동기(2013년 1월부터 5월) 신청자 416명의 두 배에 육박하는 수가 증가했음을 볼 때 2013년 7월 난민법 시행 이후 난민신청자의 수가 급격하게 증가하고 있음을 알 수 있다. 이로써 1994년 이후 누적 난민신청은 11,172명을 기록하게 되었다.

10 난민의 인권보장을 위한 구금관련 규정 정비 방안

〈표 1-2-1〉 난민신청자 현황

구분	신청	인정						인도적 지위	불허	철회	취소
		전체	법무부 심사				행정소송				
			1차 심사	이의 신청	가족 결합	법무부 소계					
1994	5	0	0	0	0	0	0	0	50	39	0
1995	2	0	0	0	0	0	0	0			
1996	4	0	0	0	0	0	0	0			
1997	12	0	0	0	0	0	0	0			
1998	26	0	0	0	0	0	0	0			
1999	4	0	0	0	0	0	0	0			
2000	43	0	0	0	0	0	0	0			
2001	37	1	1	0	0	1	0	0			
2002	34	1	1	0	0	1	0	8			
2003	84	12	11	1	0	12	0	5			
2004	148	18	14	0	4	18	0	1	7	9	
2005	410	9	9	0	0	9	0	13	79	29	
2006	278	11	6	1	3	10	1	13	114	43	
2007	717	13	1	0	11	12	1	9	86	62	
2008	364	36	4	0	16	20	16	22	79	109	
2009	324	74	45	10	15	70	4	22	994	203	
2010	423	47	20	8	10	38	9	43	168	62	
2011	1,011	42	3	8	13	24	18	21	277	90	4
2012	1,143	60	25	0	20	45	15	31	558	187	.
2013	1,574	57	5	9	33	47	10	6	523	331	.
2014	2,896	94	18	53	20	91	3(2)	539	782	363	.
2015.5.31	1,633	21	2	9	10	21	0	105	1066	92	.
합 계	11,172	496	165	99	155	419	77	838	4783	1619	4

출처: 난민인권센터 행정정보공개청구 결과
(법무부 난민과, 2015. 6. 24)

심사진행 중: 4,070명
(1차: 2,496명, 이의신청: 1,574명)

3. 2015년(1월~5월) 사무소별 난민신청 현황

서울 이외 지역의 난민신청이 증가하고 있으며 특히 대구와 광주에서는 이미 전년도 신청 건수를 넘어 204건, 136건이나 되는 난민신청이 접수되었다. 한편, 보호소에서 접수하는 난민신청은 지난해부터 급격히 줄어드는 추세를 보이고 있다.⁴⁾

4) 난민인권센터, 행정정보공개청구결과, 2015. 6. 24. <http://www.nancen.org/1402>

〈표 1-2-2〉 사무소별 난민신청 현황

(단위: 명)

	합계	서울	인천 공항	인천	화성 보호소	청주 보호소	여수 보호소	양주	수원	대전	대구	부산	광주
2008	364	282	·	·	10	·	·	·	·	6	33	24	·
2009	324	276	·	5	7	2	2	·	·	3	24	5	·
2010	423	403	·	·	11	2	·	·	·	1	3	1	·
2011	1,011	1,003	·	·	3	4	1	·	·	·	·	·	·
2012	1,143	1,132	·	·	6	3	2	·	·	·	·	·	·
2013	1,574	1,435	15	5	8	·	·	30	4	11	16	15	·
2014	2,896	2,040	27	·	·	·	·	79	31	·	140	49	114
2015	1,633	883	·	25	·	·	·	28	65	·	204	44	136

출처: 난민인권센터 행정정보공개청구 결과(법무부 난민과, 2015. 6. 24)

4. 난민 구금 현황

〈표 1-2-3〉 난민 구금 현황

총 보호 중인 난민	단속된 후 난민신청	난민신청 후 불법취업 등으로 단속된 자
21명	9명	12명

출처: 법무부 출입국·외국인정책본부 2015. 2. 23. 설명자료

2015년 2월 23일 기준, 보호 중인 난민신청자 21명이고, 이 중 단속된 후 난민신청을 한 자는 9명이고, 난민신청 후 불법취업 등으로 단속된 자는 12명이다. 현재 장기간 보호 중인 9명은 단속에 적발, 수용된 후 난민인정관련 소송을 제기하여 장기간이 소요되는 관계상 부득이 장기 보호되고 있다.⁵⁾ 난민신청자들은 난민심사기간동안 구금상태에 있어야 하는 것을 가장 힘들어한다.

5) 법무부 출입국·외국인정책본부, “난민 신청자 등 장기수용 외국인의 보호환경 열악 및 법원의 영장주의 적용 필요 등 보도 관련 설명”, 2015. 2. 23. 설명자료 참조, www.moj.go.kr

12 난민의 인권보장을 위한 구금관련 규정 정비 방안

특히 보호집행 중인 난민신청자들 같은 경우 난민심사의 장기화는 신체의 자유를 가장 크게 제약하는 것을 뜻하는 것이기도 하다. 더구나 난민신청자의 경우 행정쟁송 기간까지 고려하면 모든 절차가 종료되기 전까지 걸리는 시간은 더욱 길어진다. 그리고 이러한 장기 구금기간은 난민신청자들로 하여금 견디지 못하고 난민신청을 철회하도록 하는 결과로 이어지기도 한다.⁶⁾

〈표 1-2-4〉 2014. 8. 1. 기준 보호외국인 난민심사기간(팔호는 심사미종료)

심사기간 보호인원	1월	2월	3월	5월	7월
14	2(1)	6(2)	4(1)	1	1

출처: 대한변호사협회, 외국인보호소 실태조사 결과보고서

6) 대한변호사협회, 외국인보호소 실태조사 결과보고서, 2015, 162쪽.

제2장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

난민 구금의 법적 근거와 헌법적 한계

제2장

난민 구금의 법적 근거와 헌법적 한계

제1절 서설

우리 출입국관리법 제63조는 강제퇴거명령을 받은 사람-주로 외국인-의 보호 및 보호해제에 관한 규정을 담고 있다. 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환이 가능할 때까지 외국인을 보호할 수 있으며 그 외국인이 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백해진 경우에는 그의 보호를 해제할 수 있다는 것이 주 내용이다. 이 조항은 출입국 관리법에서 이의신청과 더불어 외국인을 대상으로 한 또 다른 법적구제 수단으로 알려져 있다. 하지만 출입국관리법 제63조를 포함해 기타 강제퇴거 및 보호에 관련된 규정들은 위헌소지가 있다고 판단되어 2012년 8월 23일에 있었던 2008헌마430 결정에서 그 위헌여부를 다투게 되었고, 그 결과 합헌결정을 받은 바 있다.

위의 결정에서 주된 쟁점은 ① 우리나라 헌법상 외국인에게도 기본권의 주체성이 인정될 수 있는지 ② 불법체류자로서 강제퇴거 대상자들에 대한 긴급보호 및 보호명령의 집행행위가 기본권을 침해하는지 ③ 강제퇴거명령에 대한 취소소송을 진행 중임에도 불구하고 강제퇴거명령을 집행한 행위가 기본권을 침해하는지 여부였다. 이에 대해 헌법재판소는 ① 기본권은 단순히 국민의 권리가 아니라 인간의 권리로 볼 수 있기에 외국인들 또한 기본권의 주체가 될 수 있다고 판단하면서 ② 불법체류자로서 오랫동안 불법체류하면서 자진 출국할 의사가 없다는 것으로 판단될 시 이들에 대한 긴급보호는 합법하며 ③ 취소소송의 제기는 그 집행에 영향을 주지 않으므로 취소소송에 관한 법원의 판단이 없더라도 강제퇴거명령을 집행한 것은 위법이 아니라고 결론지었다.

하지만 출입국관리법 제63조의 위헌소지는 여러 학자들과 시민단체 및 관련 자들에게서 지속적으로 제기되고 있다는 점에서 여전히 고민해야 할 문제이다. 더 나아가 이 문제는 모든 개별법의 기초가 되는 인간의 기본권과 관련된 문제이기에 위 조항의 본질에 대해서는 다양한 관점에서 성찰적 태도가 요구된다.

이하에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 난민의 신청 및 구금에 따른 절차적 요건상의 문제의, 보호(구금)기간의 문제, 장기구금의 법적구제 수단의 문제에 대해 고찰해 볼 것이다. 이에 더해 이의신청에 대한 심사를 주된 업무로 하고 있는 난민위원회의 지위 문제에 대해서도 알아볼 예정이다. 각 문제들에 대해서는 대해 기본권, 영장주의, 행정절차법과의 관련성 등을 감안해 위헌성을 검토해볼 것이다.

제2절 절차적 요건상의 문제 - 출입국사무소장 명의 보호명령서 발급

1. 강제퇴거조치의 개념과 법적 근거

강제퇴거란 출입국관리법상의 당해 외국인에 대한 출입국관리소장 등의 행정처분으로 외국인의 국내 체류를 불허함은 물론이고 체류외국인의 의사에 관계없이 대한민국 영토 밖으로 퇴거조치하는 처분을 말한다.⁷⁾ 우리나라 현행법상 강제퇴거의 법적 근거는 “...외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거 시킬 수 있다”고 규정함하고 있는 출입국관리법 제46조를 들 수 있다.

동법에 따르면 출입국관리사무소장등은 강제퇴거의 집행절차에 부수하여 해당 외국인의 신변확보차 보호명령 등에 의해 행정상 인신구속에 해당하는 보호조치를 취할 수 있다. 또한 출입국관리법은 그 절차를 여권과 사증이 유효하지 않거나, 외국인이 허가된 체류기간 내에 출국하지 않고 그 기간을 도과하거나 체류자격 외 활동을 하는 경우 등 출입국관리법 위반사실을 출입국관리공무원이 조사한 후 통고처분, 출국권고, 강제퇴거 등의 조치를 취할 수 있도록 하고 있다.

7) 김대근 외, 출입국관리상 인권제고를 위한 형사정책적 대응 : 불법체류외국인을 중심으로, 한국형사정책연구원, 2013, 118쪽.

강제퇴거는 국가가 강제적으로 외국인을 퇴거시키는 것이고 또한 이렇게 강제퇴거를 당한 외국인은 5년 이내에 입국이 금지되기 때문에, 강제퇴거조치는 출입국관리규정을 위반한 외국인에 대한 처분조치 중에 가장 엄한 것이라고 할 수 있다.⁸⁾ 즉 행정상 즉시강제의 성격을 띠고 있는 강제퇴거는 외국인을 강제적으로 본국 또는 제3국으로 퇴거하는 처분인 강제퇴거조치는 필연적으로 신체의 자유 및 거주·이전의 자유의 심각한 제약 내지 침해할 수반하게 된다.⁹⁾

이처럼 강제퇴거조치는 개인의 기본권을 침해할 소지가 있기 때문에 특히 적법한 절차로 진행되지 않을 경우 인권침해의 소지가 다분하다. 문제는 현행 출입국관리법상의 강제퇴거조치의 절차 요건에서는 처분권자의 자의적인 재량권 남용이 가능하다는 점에 있다.

2. 보호명령서의 효력과 영장주의의 필요성

출입국관리법에서는 출입국관리공무원은 외국인이 동법 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다고 규정하고 있다.(동법 제51조 제1항). 문제는 많은 연구들에서 보호명령서에 의한 외국인 보호조치가 기본권과 인권 특히 신체의 자유 및 거주·이전의 자유 등을 제약하고 있을 지적하면서 보호조치가 사실상 구금(에 가까운 것)으로 보아야함을 강조하고 있는 것이다.¹⁰⁾

때문에 사실상 인신구속적 성격이 강한 ‘보호’ 조치가 외국인보호소장 등이 발급하는 보호명령서만으로 이루어진다는 점은, 출입국관리법 위반 사실 때문에 신체가 구

8) 노영돈·최영춘, 외국인 강제퇴거제도와 인권문제, 재외한인연구 제30호, 2013, 122쪽.

9) 이재삼, 출입국관리법상의 외국인에 대한 강제퇴거와 보호에 관한 연구, 토지공법연구 제59집, 2012, 255쪽

10) 대표적으로는 김대근 외, 출입국관리상 인권제고를 위한 형사정책적 대응 : 불법체류외국인을 중심으로, 한국형사정책연구원, 2013, 134쪽. “보호명령서에 의한 외국인 보호조치는 사실상 구금과 유사하기 때문에 출입국행정공무원이 강제퇴거대상자로 의심을 받는 외국인을 출입국관리법 제51조에 의거 보호하는 강제처분은 기본권의 측면에서 볼 때 그 실질은 형사절차에서 피의자를 체포·구속하는 것과 유사한 것으로 보아야 한다.”

금되는 것이 형사 불법으로 인한 구속과는 그 성질이 다르다는 점을 심분 감안하더라도,¹¹⁾ 신중한 검토가 요구된다 할 것이다.

세계인권선언 제9조는 어느 누구도 자의적인 체포, 구금 또는 추방을 당하지 아니한다고 규정함으로써 신체의 자유에 대한 자의적인 제한을 금지하고 있다. 또한 우리나라 헌법 제12조 1항에서는 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하면서 신체의 자유를 구속할 때 적법절차의 원칙을 강조한다. 이러한 적법절차 원칙이 형사절차가 아닌 행정절차에도 적용되는지 여부에 대해서는 다소 견해가 대립되지만, 행정처분에 의한 불이익 조치에 대해서는 적법절차의 원칙을 적용해야 한다는 것이 통설적 견해이다.¹²⁾ 더 나아가서 입법론적으로는 ‘보호’가 강제되거 대상자의 해당여부를 심사·결정하기 위한 행정상 강제처분일지라도 보호로 인한 기본권의 제한이 형사절차의 과정의 그것과 실질적으로 같다면, 출입국관리법 제51조에 근거한 사전 및 사후 보호명령서는 그 명칭이 어떠하든지 간에 발급 주체로서 법관을 명시할 필요가 있다는 주장도 제기된다.¹³⁾ 원칙적으로 신체의 자유를 제한하는 행정절차에서 독립기관결정 원칙은 법관유보의 형태를 따르는 것이 적법절차 원칙에 보다 부합하다는 것을 근거로 하는 것이다.

11) 이 문제는 행정목적에 위한 인신 구속의 법적 성질을 어떻게 이해하는가의 문제로 귀결된다고 볼 수 있다는 김병록, 불법체류 외국인 강제퇴거의 인권문제, 조선대학교 법학논총 제17권 3호, 2010, 32쪽 참조.

12) 김병록, 위의 글, 32쪽

13) 공진성, 출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호: 현재 2012. 8. 23. 2008헌마430 결정에 대한 평석, 공법학연구 제14권 제1호, 2013, 233~234쪽.

제3절 보호(구금)기간의 문제 - ‘송환할 수 있을 때까지’라는 기재로 인한 종기의 예측 불가

1. 조문상의 종기의 불명확성

현행 출입국관리법에서는 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다고 규정한다(동법 제63조 제1항). 문제는 출입국관리법이 강제퇴거심사를 위하여 보호하는 경우에는 10일(1차 10일에 한하여 연장 가능함)의 보호기간을 규정하고 있음에도 불구하고(동법 제52조 제1항), 강제퇴거명령을 받은 자에 대하여는 즉시 대한민국 밖으로 ‘송환할 수 없는 경우’ ‘송환이 가능할 때까지’ 보호할 수 있도록 규정(법 제63조 제1항)하고 있다는 점이다. 이로 인해 사실상 무기한의 보호가 가능하다. 즉 송환할 때까지 외국인을 “무기한”으로 외국인을 보호할 수 있기 때문에 보호기간이 장기화되고, 피수용자는 본인의 실제 구금기간을 예측할 수 없는 것이다.

2. 보호기간의 실태 분석

조문상 보호기간의 종기가 불명확하다보니, 집행 실무에서도 보호기간이 장기화되는 것을 확인할 수 있다. 출입국관리법 제63조에 따른 보호는 2014년을 기준으로 강제퇴거명령이 집행되기 전까지 평균 10일 정도 집행되고 있다.¹⁴⁾ 그러나 예외적으로 장기보호 되는 경우¹⁵⁾가 있지만, 문제가 되는 것은 난민심사의 경우이다.

14) 이일, 「출입국관리법 제63조에 따른 기간의 제한이 없는 구금 및 출입국관리법에 따라 보호된 사람의 인신보호법 미적용의 문제」, 출입국관리법과 적법절차 국회토론회, 2015, 35쪽

15) 그 경우는 크게 두 가지로, 첫째 유효한 여권이 만료되어 여권 수 없이 장기보호되는 경우와 둘째, 체불입금 및 난민소송 때문에 장기보호되는 경우에 한정된다. 첫째의 경우는 대부분 동남아와 같은 선진국이 아닌 국가출신의 외국인이 많아 여행증명서 신청을 해도 행정적으로 발급이 늦어지는 경우로, 출입국사무의 행정상 부득이한 부분이 있으며 대개 신청 → 본국의 확인 → 신원조회 → 회신까지 불가피하게 3-4주 정도의 기간이 소요된다고 한다. 둘째는 체불입금을 받지 못한 외국인들은 보호소에 남아 강제퇴거를 거부하는 경우이다. 즉 출입국관리법상 외국인에 대한 체불입금은 출입국 관할이 아니라 노동청 관할 사건이기 때문에 체불입금을 받기 위해서는 노동청에 체불확인서를 발급 받아 법률구조공단을 통해서 무료 민사소송을 진행해야 한다. 그러나 기간이 6개월에서 1년 정도 소요되기 때문에, 그 결정을 기다리기 위해 장기보호 되고 있는 실정이라고 한다. 자세한 내용은 김영주, 「불법체류 외국인에 대한 강제퇴거 및 보호에 관한 연구」, 고려대학교, 2014, 55~57쪽 참조.

일반적으로 외국인이 보호소 내에서 난민인정신청을 하는 경우¹⁶⁾, 난민 심사관의 조사를 받아 법무부장관에게 신청을 하여 허가를 받는다. 통상 난민심사는 난민인정 심사단계, 이의신청단계, 3심까지의 심사단계를 거칠 수 있는데, 이 과정에서 기간의 장단을 전혀 예측할 수 없어 보호기간이 무한정 늘어날 수 있는 것이다. 실제 동법 제63조의 처분에 따른 국내 최장기 외국인 피수용자의 경우 3년 9개월 동안 화성외국인보호소에 수용되었다. 그는 이 기간 동안 술한 자살충동을 겪었을 뿐만 아니라, 스트레스로 대부분의 치아가 손실되었으나, 이러한 피해는 어디서도 보상받을 수 없다.¹⁷⁾ 또한 난민신청자들 가운데서는 장기구금을 견디지 못해 결국 신청을 철회하고 돌아가는 사람들도 있다.

우선 2012년부터 2015년 상반기까지의 평균 보호집행일수를 확인해보자. 아래 <표 2-3-1>에서는 2012년부터 2015년 상반기까지의 화성보호소, 청주보호소, 여수출입국관리사무소의 평균 보호집행일수를 확인할 수 있다. 한편 <표 2-3-2>는 같은 기간 화성외국인보호소에서 보호명령을 집행하였던 사람들 중 아직 집행이 완료되지 않는 난민신청자의 보호일수를 보여준다.

<표 2-3-1> 2012년부터 2015년 상반기까지의 평균 보호집행일수¹⁸⁾

해당연도	보호집행일수 (일)					
	화성 (일반)	화성 (난민신청자)	청주 (일반)	청주 (난민신청자)	여수 (일반)	여수 (난민신청자)
2012년	12.5	375	12.5	143	16.3	156
2013년	12.1	171	12.1	149	15.9	122
2014년	11.3	100	11.9	124	16	83
2015년(상반기)	10.0	84.3	13.5	98	14.2	0 (없음)

16) 강제퇴거명령을 받은 사람이 난민법에 따라 난민인정 신청을 하였으나 난민의 인정 여부가 결정되지 아니한 경우 혹은 난민법 제21조에 따라 이의신청을 하였으나 이에 대한 심사가 끝나지 아니한 경우에는 송환하여서는 아니 된다. 다만, 난민법에 따른 난민신청자가 대한민국의 공공의 안전을 해쳤거나 해칠 우려가 있다고 인정되면 그러하지 아니하다(출입국관리법 제62조 제4항).

17) 이일, 위의 글, 34쪽

18) 이일, 위의 글, 35쪽

〈표 2-3-2〉 화성외국인보호소의 난민신청자의 보호일수¹⁹⁾

신청자순번	보호집행시작일	보호집행종료일	보호일수
1	2012.05.18	미종료	1175
2	2012.08.23	미종료	1078
3	2012.10.24	미종료	1016
4	2013.06.26	미종료	771
5	2014.02.17	미종료	535
6	2014.04.23	미종료	470
7	2014.05.01	미종료	462
8	2014.05.12	미종료	451
9	2014.07.11	미종료	391
10	2014.08.07	미종료	364
11	2014.09.25	미종료	315
12	2014.10.22	미종료	288
13	2014.12.11	미종료	238
14	2015.03.05	미종료	154
15	2015.04.23	미종료	105
16	2015.05.22	미종료	76
17	2015.07.03	미종료	34
18	2015.07.09	미종료	28
19	2015.07.10	미종료	27
20	2015.07.28	미종료	9
21	2015.08.03	미종료	3

위의 〈표 2-3-1〉과 〈표 2-3-2〉를 통해, 난민신청자들에게 상당히 오랜 기간 동안 보호집행이 실행되고 있음을 확인할 수 있다. 우리 출입국관리법상 보호란 출입국관리공무원이 제46조제1항 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 집행활동을 말한다(법 제2조 제11호). 보호가 구금으로 변질될 가능성 때문에, 출입국관리법 제56조의3은 피보호

19) 이일, 위의 글, 36쪽

자의 인권을 최대한 존중할 것을 규정하기도 한다. 즉 보호조치를 할 때 피보호자의 인권은 최대한 존중하여야 하며, 국적, 성별, 종교, 사회적 신분 등을 이유로 피보호자를 차별하여서는 아니 된다는 것이다(동법 제56조의3). 또한 법 제56조의4는 피보호자에 대한 강제력 행사는 필요한 최소한도에 그쳐야 할 것을 규정하고 있다. 또한 ‘보호’라는 용어가 일상적인 의미처럼, 대상자에 대한 적절한 보호로서의 기대를 저버리지 않는 범위 내에서 활용될 필요도 있는 것이다.²⁰⁾

연혁적으로는 1983.12.31. 개정 출입국관리법[법률 제3694호]까지는 제2조(정의) 규정에 ‘보호’라는 개념정의가 없었고, 대신에 ‘수용’이라는 개념정의가 있었음을 주지할 필요가 있다. 즉 “제50조(수용) ① 출입국관리공무원은 제45조(강제퇴거의 대상자)각호의 1에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도망하거나 도망할 염려가 있는 자에 대하여는 사무소장으로부터 수용명령서를 발부받아 수용할 수 있다.”는 규정이 있었던 것이다. 이처럼 과거 출입국관리법이 ‘범법자, 포로, 난민, 관객, 물품 따위를 일정한 장소나 시설에 모아 넣음’을 의미하는 ‘수용’이라는 용어를 사용하였다는 연혁적 사실 보면 현재, 출입관리법상 ‘보호’가 이와 같은 ‘수용’ 내지 ‘구금’을 명칭만 바꾸어 놓은 것은 아닌지 의심할 수밖에 없다.²¹⁾

3. 종기의 불명확성의 위법성

위에서 제기한 문제의식을 바탕으로 출입국관리법 제63조 제1항을 검토하면 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다. 첫째, 동법 제63조 제1항은 보호처분의 종기가 예측 불가능하다는 점에서 ‘명확성의 원칙’에 반할 소지가 크다. 이 경우, 집행하는 자의 자의적인 판단에 의해 신체에 대한 구속과 자유 침해가 발생할 가능성이 크다. 나아가 명확성원칙에 따라 형의 장·단기가 전혀 특정되지 아니하는 절대적 부정기형은 금지되고 있는데,²²⁾ 출입국관리법 제63조 1항에서의 ‘송환할 수 있을 때까지’라는

20) 기본적으로 모든 법률 용어들은 정당한 기대를 통해 예견가능해야 할 것이다. 같은 취지로 Larry Alexander, Emily Sherwin, Demystifying Legal Reasoning, Cambridge University Press, 2008, p.20 이하 참조. 이는 김대근 외, 출입국관리상 인권제고를 위한 형사정책적 대응 : 불법체류외국인을 중심으로, 한국형사정책연구원, 2013, 133쪽에서 재인용하였다.

21) 이근우, 보호인가 구금인가?-출입국관리법상 강제처분 비판, 비교형사법연구 제14권 제2호, 2012, 485쪽.

용어는 이와 같은 절대적 부정기형을 의미하는 것으로도 해석될 수 있기 때문에 위법하다고 판단된다.

둘째, 동 조항에 따른 보호처분의 종기의 불명확성은 ‘과잉금지의 원칙’에도 반한다. 주지하다시피 헌법 제10조는 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하고 있고, 헌법 제37조 제1항에서 유래하는 기본권 제한의 과잉금지원칙은 국가권력의 행사가 필요한 정도에 그쳐야 할 것과 수단의 적정성 등을 요구한다.

출입국관리법 제63조 1항에서 말하는 ‘즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다’는 문언은 헌법 제37조 2항의 ‘필요한 경우에 한하여’에 대응되는 것이다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 강제퇴거명령을 받은 자에 대하여는 즉시 대한민국 밖으로 ‘송환할 수 없는 경우’ ‘송환이 가능할 때까지’ 보호할 수 있도록 규정은 실제로 난민신청자들에게 상당히 오랜 기간 동안 자의적인 구금을 가능하게 할 뿐이다. 당연하게도 이는 우리 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배될 수 있는 것이다.

제4절 난민위원회의 지위 문제

1. 난민위원회의 지위와 구성 및 역할 개요

난민위원회는 난민법 제21조에 따른 이의신청에 대한 심의를 하기 위하여 법무부에 둔다(동법 제25조 제1항). 난민법에 따르면 난민불인정결정을 받은 사람 또는 난민인정이 취소 또는 철회된 사람은 그 통지를 받은 날부터 30일 이내에 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있다.(동법 제21조 제1항) 그러면 법무부 장관은 이의신청서를 지체 없이 난민위원회에 회부하여야 한다(동조 제3항). 난민위원회가 심의한 이의신청에 대해 법무부장관은 6개월 이내에 이의신청에 대한 결정, 즉 난민인정 여부를 결정한다(동조 제6항 및 제7항). 이처럼 난민위원회는 결정기관이 아닌 심의·의결기관으로서 난민인정 및 인도적지위의 인정에 대한 이의신청을 주로 심의하는 역할을 한다.²³⁾

22) 이재상, 형법총론, 박영사, 2012, 25쪽.

23) 공익인권법재단 공감 티스토리 블로그, “난민법”, <http://withgonggam.tistory.com/1242>, (2015. 11. 10.)

한편 난민위원회는 위원장 1명을 포함한 15명 이하의 위원으로 구성한다(동법 제 25조 제2항). 위원은 ① 변호사의 자격이 있는 사람, ②「고등교육법」 제2조제1호 또는 제3호에 따른 학교에서 법률학 등을 가르치는 부교수 이상의 직에 있거나 있었던 사람, ③ 난민 관련 업무를 담당하는 4급 이상 공무원이거나 이었던 사람, ④ 그 밖에 난민에 관하여 전문적인 지식과 경험이 있는 사람의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 법무부장관이 임명 또는 위촉한다(동법 제26조 제1항). 위원의 임기는 3년으로 하고, 연임할 수 있다(동조 제3항). 한편 위원장은 이들 위원 중에서 법무부장관이 임명한다(동조 제2항).

현행 난민위원회에 대해서는 그 역할과 필요성을 긍정하면서도, 위원회가 담당 공무원의 의견이 들어 있는 요약 보고서를 주된 근거로 심의한다는 점에서 난민 신청자의 권익 보장보다는 행정 편의에 보다 치중한다는 비판이 제기되기도 한다. 하지만 이러한 비판보다 더 중요한 것은 난민위원회의 지위 문제이다. 이하에서는 이러한 쟁점을 위원장의 재량과 위원회의 비상설화 문제, 그리고 위원회의 독립성 여부를 검토하면서 다루도록 한다.

2. 위원장의 재량과 위원회의 비상설화

급격하게 증가하는 난민 신청자의 수에도 불구하고, 난민위원회는 위원장의 재량에 의해 소집된다. 이는 난민위원회 운영세칙 제11조에서 위원회는 위원장이 이의신청에 대한 심의가 필요하다고 인정하는 때에 소집하되(동조 제1항), 긴급한 사정이 있는 경우에만 위원회 위원이 위원장에게 위원회 개최를 요청할 수 있다는 규정에서 확인할 수 있다(동조 제2항)

또한 ‘심의가 필요하다고 인정하는 때’와 ‘긴급한 사정이 있는 경우’ 라는 문언의 의미가 명백하지 않기 때문에 언제 심의가 필요한지 또 언제 긴급한 경우인지의 판단이 예측가능하지 않고 위원장의 재량에 전적으로 의존하는 문제가 생기는 것이다. 더 나아가 최근 급증하는 난민신청 및 이의신청을 처리하기에 이와 같은 비상설적 운영이 타당한지 의구심이 들 수밖에 없다.

3. 난민위원회의 독립성 여부

난민심사와 이의신청 등에 대한 독립적이고 자율적인 판단이 가능하기 위해서는 다양한 구성이 필요조건일 것이다. 그러나 현실적으로 난민위원회는 난민법 제25조의 규정에도 불구하고 난민위원회 운영세칙에 따라 법무부차관인 위원장과(동 운영세칙 제3조 제1항), 법무부장관이 난민법 제26조 제1항의 규정에 의하여 임명 또는 위촉하는 위원으로 구성한다(동 운영세칙 제2조). 난민위원회 운영세칙 제2조에 따라 임명 또는 위촉되는 위원은 법무부 출입국·외국인정책본부장, 법무부 인권국장, 국가정보원 방첩단장, 외교부 국제기구국장, 보건복지부 사회복지정책실 복지정책관, 대법원 추천 법관, 대한변호사협회 추천 변호사, 대한적십자사 추천 난민전문가, 대한국제법학회 추천 난민전문가, 인권관련 시민단체 추천 난민전문가, 4급 이상 공무원으로 2년 이상 난민 관련 업무를 담당하였던 사람, 기타 난민 관련 분야에 3년 이상 근무하였거나 전문지식을 구비한 교수 등 난민전문가이다(동조 제2항).

이러한 구성은 먼저 법무부와 국가정보원, 외교부, 보건복지부 등 정부 입장을 옹호할 것으로 추정되는 구성원들이 6명, 변호사협회나 시민단체 등에서 추천한 난민전문가 등 시민사회의 입장을 대변할 것으로 추정할 수 있는 구성원이 6명이라는 점에서 일응 문제가 없어 보인다. 그러나 현실적으로 동등한 자격에서 발언이 가능할지에 대해서는 의문이 들 수 있다. 더 나아가 위원장을 법무부차관으로 규정하는 것도 결국 법무부 종속성을 강화하여 위원회의 독립성을 제약할 수 있다.

제5절 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 출입국관리법에 따라 ‘보호’ 라는 이름으로 행해지는 난민 구금은 사실상 형사절차상의 구금과 유사한 성격을 갖고 있음에도 불구하고 행정처분이라는 형식 때문에 영장주의의 적용을 받지 않고 이루어지고 있다.

이러한 문제의 심각성은 특히 출입국관리법 제63조에서 종기를 예측할 수 없는 규정을 통해 피수용자를 사실상 무기한 구금할 수 있다는 점에서 잘 드러난다. 이 규정에 따라 실제 난민신청자에 대한 구금이 장기화되고 있음은 이미 충분히 검토하였다. 당연히게도 이러한 규정은 명확성 원칙에 반할뿐더러, 헌법상 과잉금지 원칙에

위배되는 측면이 있는 것이다. 한편 난민 구금과 관련해서 난민심사 및 이의신청을 하는 난민위원회의 지위와 역할을 검토할 필요가 크다. 현행 난민위원회는 위원장의 재량으로 개최가 비상설적이라서 폭증하는 난민심사 및 이의신청을 처리하기에 문제가 있어 보인다. 또한 난민위원회의 독립성도 심사의 객관성을 위해 강화될 필요가 있을 것으로 보인다.

제3장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

난민 구금과 형사절차상 구속제도와와의 비교 분석

제3장

난민 구금과 형사절차상 구속제도와 비교 분석

제1절 서설

난민 구금의 쟁점을 파악하고 문제점을 확인하기 위해서는 출입국관리법 제63조 제1항의 위헌성을 검토해야겠지만, 동시에 형사절차상의 구속 제도와 비교를 통해 난민 구금의 특성을 이해할 필요가 있다. 이를 위해 먼저 인신구속에 대한 기본법이라고 할 수 있는 인신보호법 제2조 제1항을 검토할 필요가 있다. 그 이후에 출입국관리법 상의 보호와 행정상 인신구속의 차이를 통해 출입국 관리법 상의 '보호'에서 보호의 의미와 이와 관련된 난민의 지위를 확인하는 작업이 필요하다.

제2절 난민처우에 있어서 인신보호법 제2조 제1항의 문제점

1. 인신보호법 개관

가. 인신보호법의 연혁

위법한 행정처분 또는 사인(私人)에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차를 마련함으로써 「헌법」이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적으로 하는 인신보호법은 2007년 12월 21일 제정되어 2008년 6월 22일부터 시행되었다(법률 제8724호).

당시 인신보호법안의 제안 취지는 형사소송법이 형사절차에 의하여 체포·구금된 경우에 대해서만 구제절차를 두고 있어 행정력이나 개인에 의하여 발생한 구금의 경우 구제절차가 흠결된 중대한 인권침해를 해결하고, 특히 정신병자나 부랑자·윤락녀로 몰려 보호시설에 수용되는 사안, 지력이 부족하여 무인도의 어부·앵벌이로 끌

려간 사안에서 인간으로서의 기본권인 신체의 자유를 보장하고자 함에 있었다. 이에 최초의 인신보호법안은 유치장·구치소·의료시설·복지시설 등 개별법에 규정된 시설들에 구금·수용된 자를 ‘피구금자’라고 정의한 후, 피구금자를 크게 ① 적법한 절차에 의하지 아니하고 유치장 또는 구치소에 구금된 자, ② 부당한 행정처분에 의하여 시설에 수용된 자, ③ 그 밖에 개인 또는 민간단체가 운영하고 있는 사설시설에 불법·부당하게 수용된 자로 규정하였고, 특히 부당한 행정처분에 의하여 시설에 수용된 자에 대해서는 열거주의를 채택하여 각 개별법에 따라 수용된 자를 구체적으로 규정하고 있었다.

그러나 국회에서의 심의과정에서 포괄주의를 채택하여 피수용자를 “자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자”라는 일반적 개념으로 정의한 다음, 단서 조항에서 형사절차에 의해 체포·구속된 자, 수형자 및 출입국관리법에 의해 보호된 자를 제외하였다.²⁴⁾

이후 인신보호법은 두 차례의 개정이 이루어진다. 먼저 2010년 6월에는 인신보호법이 정신요양원 등 각종 의료·복지·수용 보호시설에 수용 또는 감금된 사람이 부당하게 인신의 자유를 제한당한 경우 법원에 구제를 청구할 수 있도록 하고 있고, 구제청구자로서 피수용자 본인과 배우자, 가족 등을 규정하고 있으나, 각종 시설의 피수용자 중에는 가족 요청 사례가 많고, 피수용자는 강제구금 상태에서 구제청구를 하기 어렵기 때문에 이 법의 실효성 문제가 지적되고 있으므로, 구제청구자에 수용시설 종사자를 추가하고, 피수용자의 구제청구를 방해하지 못하도록 하는 등 피수용자의 의사를 존중하고 피수용자가 구제청구제도를 보다 쉽게 이용할 수 있도록 하려는 취지에서 개정되었다.²⁵⁾ 그러다가 2011년 8월에는 의료법 일부개정법률에 따라 소소한 명칭의 변경을 통해 일부개정이 이루어져 지금의 인신보호법으로 시행되게 되었다(법률 제11005호).

24) 현재 2014. 8. 28. 2012헌마686에서 인용함.

25) 인신보호법(법률 10364호) 개정이유. <http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=105938&ancYd=20100610&ancNo=10364&efYd=20100911&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000>

나. 인신보호법상의 구제절차

인신보호법 제3조에 따르면 피수용자, 그 법정대리인, 후견인, 배우자, 직계혈족, 형제자매, 동거인, 고용주 또는 수용시설 종사자(이하 '구제청구자'라 한다)는 피수용자에 대한 수용이 위법하게 개시되거나 적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 때에는 법원에 구제를 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 상당한 기간 내에 그 법률에 따른 구제를 받을 수 없음이 명백하여야 구제청구를 할 수 있다.

한편 구제청구를 심리하는 관할 법원은 당해 피수용자 또는 수용시설의 주소, 거소 또는 현재지를 관할하는 지방법원 또는 지원으로 한다(동법 제4조). 법원은 ① 구제청구자가 아닌 자가 구제청구를 한 때, ② 청구의 방식을 충족하지 못한 때, ③ 다른 법률의 구제절차에 따른 구제를 받을 수 있음이 명백한 때, ④ 인신보호법 또는 다른 법률에 따른 구제청구가 기각된 후 다시 구제청구를 한 때에는 결정으로 구제청구를 각하할 수 있으며(제6조 제1항), 수용을 계속하는 경우 발생할 것으로 예상되는 신체의 위해 등을 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 구제청구자의 신청에 따라 피수용자의 수용을 임시로 해제할 것을 결정할 수 있다(제9조 제1항). 법원은 청구가 이유 있다고 인정되는 때에는 결정으로 피수용자의 수용을 즉시 해제할 것을 명하여야 하고, 이유 없다고 인정하는 때에는 이를 기각하여야 한다(제13조).

구제청구자와 수용자는 법원의 위 결정에 대하여 불복하면 3일 이내에 즉시항고할 수 있다(제15조). 또한 인신보호법에 따라 수용이 해제된 자는 구제청구의 전제가 된 사유와 같은 사유로 다시 수용할 수 없다(제16조).

2. 인신보호법의 문제점

문제는 인신의 자유를 부당하게 제한하는 것을 구제하기 위한 인신보호법이 정작 출입국관리법에 의해 '보호'된 자를 제외하고 있다는 점이다. 즉 인신보호법에 따르면 "이 법에서 "피수용자"란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설(이하 "수용시

설”이라 한다)에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자를 말한다. 다만, 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자 및 「출입국관리법」에 따라 보호된 자는 제외한다.”라고 규정하고 있는 것이다(동법 제2조 제1항).

이에 따라 동 조항이 출입국관리법에 의하여 보호된 외국인을 인신보호법상 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외함으로써 인신보호법에 따른 보호의 적부를 다룰 기회를 배제하고 있어 청구인들의 신체의 자유를 침해하는 것은 아닌지, 또한 합리적인 이유 없이 출입국관리법에 의해 보호된 사람을 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 시설에 수용·보호 또는 감금되어 있는 사람들과 차별하는 것으로, 청구인들의 평등권을 침해하는 것은 아닌지 의문이 제기될 법하다.

3. 헌법재판소의 판단

이에 대하여 우리 헌법재판소는 인신보호법에서 출입국관리법상 보호된 외국인을 동법의 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외하는지 여부에 대해 신체의 자유 침해여부와 평등권 침해여부를 쟁점으로 검토하였다.²⁶⁾

가. 신체의 자유 침해여부 검토

헌법재판소는 우리 헌법 제12조 제6항에 대한 해석을 통해 행정상의 체포·구속에 대해서는 입법자에게 광범위한 입법형성권이 있기 때문에 동 조항의 내용이 현저하게 불합리한 것이 아니기 때문에 헌법상 신체의 자유를 침해하는 것은 아니라고 한다.

먼저 “헌법 제12조 제6항은 입법자에게 행정상의 체포·구속에 대하여도 체포·구속된 원인관계 등에 대한 최종적인 사법적 판단절차와는 별도로 체포·구속 자체에 대한 적법 여부를 법원에 심사청구할 수 있는 절차를 마련할 것을 명하고 있으나, 이것이 반드시 형사절차에 의한 체포·구속과 동일한 절차를 마련하여야 함을 의미하지는 아니하며, 입법자는 이와 같은 절차를 구체화함에 있어 상대적으로 광범위한 입법형성권을 가지고 그 입법과정에서 법률의 구체적 내용, 명칭 등에 관련하여 다양

26) 이하의 쟁점은 현재 2014. 8. 28. 2012헌마686의 내용을 정리한 것이다.

한 선택을 할 수 있다²⁷⁾ 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 있다²⁸⁾고 한다.

한편, “출입국관리법상 보호는 강제퇴거사유의 심사 또는 강제퇴거의 집행확보 이외의 다른 목적을 위해서는 이루어질 수 없다는 명확한 목적상의 한계 및 일단 적법하게 보호명령이 발하여진 경우에도 심사를 위해 필요한 최소한의 기간 또는 송환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간 동안에만 당사자를 보호할 수 있고 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적 한계를 가지는 일시적 강제²⁹⁾”인데, “출입국관리법은 보호의 목적상 한계 및 시간적 한계를 준수하기 위하여 앞서 살펴본 보호기간의 제한(출입국관리법 제52조, 제63조 제2항)과 함께, 보호명령서를 집행할 때는 외국인에게 반드시 그 보호명령서를 보여주도록 하고(제53조, 제63조 제6항), 3일 이내에 국내에 있는 보호대상자의 법정대리인 등에게 보호의 일시·장소 및 이유의 서면통지를 하여야 한다는(제54조, 제63조 제6항) 등의 엄격한 사전적 절차규정을 마련하고 있다. 또한, 보호에 대하여 이의가 있는 경우에는 보호명령서에 따라 보호된 외국인이나 그의 법정대리인 등이 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있고(제55조 제1항, 제63조 제6항), 법무부장관은 위 신청에 따라 지체 없이 관계 서류를 심사하여 결정으로 기각하거나 보호해제를 명하여야 하고, 이 때 필요하면 이해관계인의 진술을 들을 수 있도록 하고 있는 등(제55조, 제63조 제6항), 보호가 그 목적상의 한계 및 시간적 한계를 벗어난 경우에 당사자가 즉시 그 상황에서 벗어날 수 있도록 하는 실효적인 사후적 구제절차 역시 마련하고 있다. 즉, 출입국관리법은 보호의 적법성을 담보하기 위한 사전적 절차와 부당한 보호에서 벗어날 수 있는 사후적 구제수단을 촘촘하게 마련함으로써, 행정소송절차를 통한 구제가 가지는 한계를 충분히 보완하고 있다”고 한다.

27) 현재 2004. 3. 25. 2002헌바104 참조.

28) 현재 2005. 3. 31. 2003헌마87; 현재 2014. 4. 24. 2011헌마474등 참조.

29) 대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결 참조.

이와 같이 “출입국관리법상 보호에 대하여 행정소송을 통한 구제의 길이 열려있어 전반적인 법체계를 통하여 당사자가 체포·구속의 당부를 사법부에 의해 판단받을 수 있는 기회가 보장되어 있고, 출입국관리법이 보호의 목적상 한계 및 시간적 한계를 준수하기 위한 엄격한 사전적 절차규정 및 법무부장관에 대한 이의신청이라는 사후적 보호수단들을 마련되어 행정소송이나 집행정지신청이 가지고 있는 한계를 충분히 보완하고 있으며, 이러한 입법자의 판단이 현저하게 자의적이라거나 재량범위를 벗어난 것이라고 볼 수도 없는 이상, 심판대상조항이 헌법 제12조 제6항의 요청을 외면한 것으로서 신체의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다”는 것이 헌법재판소의 결론이다.

나. 평등권 침해여부 검토

헌법재판소는 인신보호법상 구제청구를 할 수 있는 사람의 범위에서 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 제외하는 것은 합리적 이유에 의한 차별이기 때문에 평등권을 침해하는 것은 아니라고 한다.

즉, “인신보호법은 위법한 행정처분 또는 사인에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인에 대한 구제절차를 마련하여 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적으로 하고(인신보호법 제1조), 인신보호법상 구제청구도 피수용자에 대한 수용이 위법하게 개시되거나 적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 때 할 수 있는 것으로(제3조), 적절한 구제절차가 마련되지 아니한 위법한 수용을 그 대상으로 하고 있”음을 전제로 “출입국관리법에 따라 보호된 사람을 인신보호법에 따라 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외한 것은, 출입국관리법상 보호가 외국인의 강제퇴거사유의 존부 심사 및 강제퇴거명령의 집행확보라는 행정목적에 담보하고 이를 효율적으로 집행하기 위해 행해지는 것으로 신체의 자유 제한 자체를 목적으로 하는 형사절차상의 인신구속 또는 여타의 행정상의 인신구속과는 그 목적이나 성질이 다르다는 점 및 앞서 살펴본 바와 같이 출입국관리보호법이 보호라는 인신구속의 적법성을 담보하기 위한 엄격한 사전절차와 사후적 구제수단을 충분히 마련하고 있는 이상, 위법하게 수용되어 적절한 구제절차를 갖지 아니한 피수용자의 기본권을 보호하고자 하는 인신보호법의 보호범

위에 출입국관리법에 따라 보호된 자를 포함시킬 실익이 크지 아니한 점을 고려한 것이며, 여기에는 합리적 이유가 있다”는 것이다.

4. 소결

위에서 언급한 바처럼 난민으로 인정되기 위해서는 일정한 절차를 거쳐야만 한다. 난민으로서의 지위를 인정받기 위해서는 우선 난민 신청을 한 후 면담 및 사실조사를 진행한 후 심사기간을 갖게 된다. 심사기간이 끝나기 전까지는 난민이 아닌 난민신청자에 불과하다.³⁰⁾ 특히 문제되는 것은 충분히 지적인 것처럼 난민신청자가 출입국관리법상의 보호 조치를 당하는 경우이다. 앞에서 살펴본 것처럼 출입국관리법상의 보호는 사실상 구금에 가까운 강제조치일 뿐만 아니라, 그 근거규정이라고 할 수 있는 출입국관리법 제63조는 종기를 예측할 수 없는 규정을 통해 피수용자를 사실상 무기한 구금할 수 있어서, 실제로 일부 조사를 통해 난민신청자의 구금이 장기화되고 있는 결과를 초래하고 있음을 확인한 바 있다.

이러한 실무상의 문제에도 불구하고, 개인의 인신의 자유를 부당하게 침해하는 구금들에 대해 구제를 할 수 있는 인신보호법에서 출입국관리법상 보호된 자를 제외하는 것은 난민을 비롯한 불법체류자의 인권 및 기본권을 침해할 수 있다. 이에 대한 헌법재판소의 판단에도 불구하고 인신보호법 제2조에 대한 반성적 고민이 필요한 것이다. 특히 이 사안에서 문제되는 것처럼 구금된 난민신청자들도 하나의 인간으로서 자유를 가질 권리가 있다는 점, 및 우리 헌법 제12조 제6항은 명백하게 ‘누구든지’ ‘적부의 심사를 법원에 청구할 권리’를 행사할 수 있음을 규정하고 있다는 점을 잊어서는 안 될 것이다.

이러한 점을 염두에 두고, 이하에서는 출입국관리법 상의 보호와 형사소송법 상 구속을 비교해보도록 한다. 이를 통해 출입국관리법 상의 보호의 문제점을 보다 분명하게 드러낼 수 있을 것으로 보이며, 더 나아가 난민의 인권 보호를 위한 여러 제도적 상상력을 도모할 수 있을 것이기 때문이다.

30) ‘난민신청자’란 난민인정을 신청한 외국인으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다: ① 난민인정 신청에 대한 심사가 진행 중인 사람 ② 난민불인정결정이나 난민불인정결정에 대한 이의신청의 기각결정을 받고 이의신청의 제기기간이나 행정심판 또는 행정소송의 제기기간이 지나지 아니한 사람 ③ 난민불인정결정에 대한 행정심판 또는 행정소송이 진행 중인 사람. 난민법 제2조 제4항 참조

제3절 형사절차상 구속 제도와의 비교

1. 서설

이하에서는 출입국관리법상 불법체류외국인의 인권 및 기본권의 적절한 보장을 기획하기 위해 출입국관리법 상의 보호와 형사소송법 상 구속을 비교분석하고자 한다. 보호와 구속은 인간을 특정한 시설에 감금하여 외부와 단절시키는 공권력에 의한 행위라는 점에서 일견 유사하다. 다만 출입국관리법의 경우 내·외국인을 대상으로 하고 형사절차상 구속 제도는 대한민국 국민을 대상으로 한다는 점에서 형식적인 차이가 있다고 할 수 있다. 그러나 본 논의는 대상에 따라 달리 취급하는 것의 문제를 분석하기 위한 것이기 때문에 이러한 차이를 전제로 그 취급에 대한 차이를 검토하도록 한다. 물론 이러한 논의는 우리 법절차상의 것이기 때문에, 이러한 차이의 합리성 내지 그 철학적 함의는 다루지 않을 것이다.³¹⁾

이를 위해 양 제도의 공통의 절차적 요소를 추출하여 비교하기로 한다. 먼저 출입국관리법의 보호의 개시와 형법의 구속의 개시를 비교하여 보호처분의 절차적 문제점을 검토할 필요가 있다. 다음으로는 구금의 연장에 관해서 절차와 주체를 중점적으로 파악하고 연장과 관련하여 나타나는 문제점을 분석할 것이다. 한편 강제퇴거명령 전의 구금에 있어서 구금기간이 사실상 제한이 없으므로 장기간 구금 가능성으로 인한 인권침해의 가능성을 다시 한 번 강조하고자 한다. 마지막으로 불법방법에 대해 형사소송법과 비교하여 규정이 불분명하고 국선변호사와 같은 제도가 미흡하여 발생하는 피보호자의 인권침해의 가능성을 다루도록 하였다.

2. 구금의 개시

가. 법적근거

출입국관리법 상 보호의 개시는 직접적으로는 외국인이 동법 제46조 제1항 각

31) 부당한 차별과 합리적인 차별의 철학적, 사회학적 논의에 대해서는 Deborah Hellman, *When is Discrimination Wrong?*, Harvard University Press, 2008 참조. 이 책은 필자의 번역으로 『차별이란 무엇인가』(서해문집, 2016)로 출간할 예정이다.

호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 출입국관리상의 보호를 개시하게 된다는 규정해서 찾을 수 있다(동법 제51조). 또한 출입국관리법 제4조의 6에서는 수사기관은 범죄 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있거나 도망하거나 도망할 우려가 경우에 출국금지를 요청할 수 있다고 규정한다.

한편 형사절차상 구속에는 피의자를 교도소 또는 구치소 등에 감금하는 강제처분인 구금(拘禁)과 피의자를 법원 기타 장소에 인치하는 강제처분인 구인(拘引)이 포함되며, 이와 같은 구속의 요건으로는 우선 ‘범죄의 혐의’가 인정되어야 한다. 즉 형사소송법 제201조 제1항 본문은 피의자를 구속하려면 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어야 한다고 규정한다. 이처럼 구속의 요건이 되는 ‘범죄의 혐의’는 ‘피의자가 유죄판결을 받을 고도의 개연성이 인정될 수 있는 정도의 범죄혐의’를 의미하며, 따라서 위법성조각사유, 책임조각사유가 있거나, 소송조건이 구비될 수 없는 것이 명백한 경우에는 인정되지 않는다.³²⁾

그리고 주지하다시피 형사절차상 구속 개시의 법적근거는 헌법과 형사소송법이다. 먼저 헌법 제12조 3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다고 규정한다. 또한 형사소송법 제70조 제1항에 따르면 법원은 피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 다음에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인을 구속할 수 있다. ① 피고인이 일정한 주거가 없는 때 ② 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때 ③ 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때라고 규정한다. 동법 동조항 제2항은 법원은 제1항의 구속사유를 심사함에 있어서 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려하여야 한다고 규정한다. 그러나 형사절차상 구속은 위와 같은 요건을 모두 충족시켰다 하더라도 사건의 경중과 피의자의 개인적 사정을 비교형량하여 구속의 필요성이 상당한지 여부, 즉 구속의 상당성이 인정되어야만 한다.³³⁾

32) 임동규, 형사소송법, 법문사, 2015, 192쪽.

33) 임동규, 앞의 책, 194쪽.

요약하면, 출입국관리법 상 보호는 범위반에 대한 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 개시된다. 반면 형사절차상 구속은 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있어야 하지만 피고인이 일정한 주거가 없거나, 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때, 또는 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때로 그 이유가 구체적이고 여기에 구속의 상당성이 요구된다. 형사절차에서 구속의 요건이 훨씬 구체적이고 상세함을 확인할 수 있다. 이에 따라 출입국관리법의 보호의 개시에 있어서는 공권력의 자의가 보다 넓게 인정되고, 비례성의 원칙이 엄격하게 적용되기 힘든 구조라고 할 수 있다.

나. 구금의 개시 절차

먼저 출입국관리법에서 구금의 개시는 수사기관이 출입국관리공무원에게 출국금지요청에서 시작된다(동법 제4조의 6). 즉 수사기관에서 출입국관리공무원에게 출국금지 요청을 하면 출입국관리공무원은 사무소장·출장소장 또는 보호소장으로부터 보호의 사유, 보호장소 및 보호기간 등을 적은 보호명령서를 발급받아 용의자에게 보여 주어야 한다(동법 시행령 제63조 제2항).

반면 형사절차상의 제도의 구속의 개시는 불구속수사를 원칙으로 하되, 구속을 할 경우에는 검사가 신청하고 법관이 발부한 영장에 의해 개시된다. 구금의 개시 절차에서 서로 다른 권력적인 주체가 견제와 균형을 꾀할 수 있는 것이다. 더 나아가 형사절차상에서는 구속영장의 청구를 받은 판사가 피의자를 직접 심문하여 구속사유를 판단하는 것을 의미하는 영장실질심사제도를 실시한다. 이처럼 형사절차상에서는 피의자의 의사나 법관의 필요성 판단과 관계없이 필요적으로 영장실질심사제도를 실시하도록 하고 있는데, 이는 영장주의의 실효성을 확보하고 피의자의 법관대면권을 보장하기 위한 것이다.³⁴⁾

이처럼 출입국관리법상의 보호처분은 출입국관리 사무소장에 의해 개시되고, 수사기관은 단지 출국금지처분을 요청하는 기관에 불과하여 실질적으로 보호처분 판단은 출입국관리공무원에 의하여 이루어진다. 반면 형사절차상의 구속은 검사의 신청과

34) 임동규, 앞의 책, 196쪽.

법관의 영장 발부에 의해 개시된다. 주체를 이원화함으로써 어느 한 주체의 재량을 통제하고 견제와 균형을 도모할 수 있다는 점에서, 형사절차상의 구속은 기본권 내지 인권의 제한에 보다 신중한 접근을 한다고 평가할 수 있다.

3. 구금의 연장절차와 주체

가. 법적근거

출입국관리법 제52조에서는 동법 제51조에 따라 보호된 외국인의 강제퇴거 대상자 여부를 심사·결정하기 위한 보호기간은 10일 이내로 한다. 다만, 부득이한 사유가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장의 허가를 받아 10일을 초과하지 아니하는 범위에서 한 차례만 연장할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제52조 제1항). 또한 시행령에서는 출입국관리공무원은 법 제52조제1항 단서에 따라 보호기간을 연장하려면 사무소장·출장소장 또는 보호소장으로부터 연장기간, 연장 사유 및 적용 법조문 등을 적은 보호기간 연장허가서를 발급받아야 한다고 규정하고 있다(시행령 제65조 제1항). 또한 강제퇴거명령을 받은 사람에 대한 보호에 관해서는 방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제63조 제1항).

형사소송법상의 구속기간의 연장에서는 지방법원판사는 검사의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정한 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제203조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다고 규정하고 있다(형사소송법 제205조 제1항). 또한 전항의 신청에는 구속기간의 연장의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다고 규정한다(형사소송법 제205조 제2항).

나. 구금의 연장을 위한 요건

일단 심사결정을 위한 보호에서는 보호 기간의 연장을 위해서는 보호명령서를 발급받아 연장을 허가받아야 하고 이 때 연장은 10일을 초과하지 않도록 한다는 출입국관리법 제52조의 규정은 문제가 없어 보인다. 다만, 앞에서 여러차례 지적한 바처럼,

강제퇴거명령을 받은 사람의 보호에 있어서 ‘대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호 시설에 보호할 수 있다’고 규정하는 출입국관리법 제63조는 송환 가능할 때까지 무기한으로 보호할 수 있기 때문에 구금의 장기화를 초래할 수 있다. 반면 구속의 연장에 관한 형사소송법에서는 구속기간의 연장을 위해서는 수사를 계속함에 ‘상당한 이유’가 필요한 경우 10일 이내의 한도로 허가하고 있다. 또한 검사가 구속기간의 연장을 신청하는 경우 그것의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다고 명시되어 있다. 즉, 형사절차상 구속에서는 기간의 연장을 위해서 그 필요성의 입증을 요구하고, 또한 그것이 무기한으로 연장되는 것이 아니지만, 출입국관리법상의 보호는 구금의 연장이 무기한 가능할 뿐만 아니라 연장에 대한 별도의 조치가 수반되지 않기 때문에 남용의 여지가 크다고 할 수 있다.

다. 구금의 연장주체

한편 출입국관리법에서는 그 연장주체가 심사결정을 위한 보호에서는 지방출입국·외국인관서의 장, 그리고 강제퇴거명령을 받은 사람의 보호에서는 법무부장관이다. 언급한 것처럼 강제퇴거명령을 받은 사람의 보호에서는 보호계속의 필요성이 요구되지 않고 강제퇴거명령 집행이 지연되는 사유만 소명된다면 법무부장관에 의해 무기한으로 연장이 가능하다. 반면에 형사소송법에서는 구금의 연장주체가 지방법원판사이다. 검사가 구금의 연장을 신청한 경우, 지방법원판사는 구금의 필요성과 구속영장실질을 심사한 후에 그 허가를 내리도록 규정되어 있다.

현행 출입국관리법의 구조상 조사나 심사 및 강제퇴거명령 집행행위의 주체는 다소 상이해 보인다. 즉 ‘출입국관리공무원’이 외국인에 대하여 강제퇴거대상자인지 조사를 하고(동법 제47조), ‘지방출입국·외국인관서의 장’이 이에 대하여 심사 또는 결정을 한다(동법 제58조). 그리고 ‘지방출입국·외국인관서의 장’이 보호명령서를 발급한다(동법 51조). 그러나 이들 주체는 모두 행정부 소속의 공무원으로서 권력의 분립과 견제가 불가능한 구조이다. 반면 형사절차에서 구금의 신청과 개시는 각각 검사와 법관이라는 다른 권력 주체에 의해 이루어지기 때문에 재량의 남용과 일탈을 어느정도 견제할 수 있다.

4. 구금기간의 상한

가. 법적근거

출입국관리법상 보호를 강제퇴거의 심사·결정을 위한 보호와 강제퇴거의 집행을 위한 보호로 나누고 볼 필요가 있다. 먼저 강제퇴거의 심사·결정을 위한 보호는 그 성격과 긴급성에 따라 다시, 일반적인 보호와, 긴급보호, 그리고 일시보호로 나눌 수 있다.

일반적으로 외국인의 강제퇴거 대상자 여부를 심사·결정하기 위한 보호기간은 10일 이내로 한다. 다만, 부득이한 사유가 있으면 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장의 허가를 받아 10일을 초과하지 아니하는 범위에서 한 차례만 연장할 수 있다(출입국관리법 제52조 제1항). 한편 일반적인 보호와는 달리, 출입국관리공무원은 외국인이 제46조제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 긴급한 경우에 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장으로 부터 보호명령서를 발급받을 여유가 없을 때에는 그 사유를 알리고 긴급히 보호할 수 있다(동법 제51조 제3항). 이를 긴급보호라고 한다.³⁵⁾ 외국인을 긴급보호한 경우에는 출입국관리공무원은 48시간 이내에 보호명령서를 발급받아 외국인에게 내보여야 하며, 보호명령서를 발급받지 못한 경우에는 즉시 보호를 해제하여야 한다(동법 제51조 제5항). 마지막으로 출입국관리공무원은 제12조제4항에 따라 입국이 허가되지 아니한 사람, 제13조제1항에 따라 조건부 입국허가를 받은 사람으로서 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람, 제68조제1항에 따라 출국명령을 받은 사람으로서 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람 중 어느 하나에 해당하는 외국인을 48시간을 초과하지 아니하는 범위에서 외국인보호실에 일시보호할 수 있다(법 제56조 제1항). 출입국관리공무원은 제1항에 따라 일시보호한 외국인을 출국교통편의 미확보, 질병, 그 밖의 부득이한 사유로 48시간 내에 송환할 수 없는 경우에는 사무소장이나 출장소장의 허가를 받아 48시간을 초과하지 아니하는 범위에서 한 차례만 보호기간을 연장할 수 있다(법 제56조 제2항).

35) 이에 대한 자세한 내용은 김대근 외, 출입국관리상 인권제고를 위한 형사정책적 대응, 한국형 사정책연구원, 2013, 139쪽 참조.

한편 강제퇴거의 집행을 위한 보호는 동법 제63조에 따라 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다(동조 제1항). 다만 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다(동조 제2항).

이에 반해 형사소송법 상 구속 기간에 있어서는 형사소송법 제202조, 203조, 205조에 의해서 제한을 받고 있다. 제202조에서는 ‘사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다.’며 사법경찰관의 구속기간을 10일 이내로 제한하였고 제203조에서 ‘검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다.’며 검사의 구속기간 역시 10일 이내로 제한하였다. 제205조 136)항에서는 10일을 초과하지 않는 범위에서 구속기간 연장을 1차에 한하여 할 수 있음을 명시하여 형사소송법 상 구속기간은 최대 30일로 제한하고 있음을 알 수 있다. 다만, 국가보안법사건에 대하여는 사법경찰관은 1회, 검사는 2회에 한하여 구속기간을 연장할 수 있어 구속 가능 최대기간은 50일이다.³⁷⁾

나. 구금기간 상한의 비교

언급한 것처럼 강제퇴거의 심사·결정을 위한 보호에서 일반적인 보호는 그 기간을 10일 이내로 하고 10일을 초과하지 아니하는 범위에서 한 차례만 연장이 가능하다. 긴급보호의 경우 48시간 이내에 보호명령서를 발급받아 외국인에게 내보여야 하며, 일시보호의 경우에도 48시간을 초과하지 아니하는 범위에서 보호하되, 48시간 내에 송환할 수 없는 경우에는 사무소장이나 출장소장의 허가를 받아 48시간을 초과하지 아니하는 범위에서 한 차례만 보호기간을 연장할 수 있다. 이처럼 강제퇴거의 심사·결정을 위한 보호는 구금기간의 상한이 비교적 명백하게 규정되어 있다. 그러나 강제퇴

36) 형사소송법 제205조(구속기간의 연장) ① 지방법원판사는 검사의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정한 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제203조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다.

37) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2015, 115쪽.

거의 집행을 위한 보호는 동법 제63조의 ‘송환할 수 있을 때까지’라는 불명확 문언에 의해 무기한의 구금이 가능함은 앞서 설명한 바 있다.

형사소송 절차상의 구금이 그 상한이 명시되어 있어서 공권력의 남용과 일탈을 통제할 수 있다는 점은 분명하고, 이는 강제퇴거의 심사·결정을 위한 보호에 있어서 크게 다르지 아니하다. 그러나 강제퇴거의 집행을 위한 보호는 구금의 상한을 예측할 수 없기 때문에 명확성 원칙에 반할 뿐더러 과잉금지 원칙에 반할 우려가 크다고 할 것이다.

5. 불복방법

가. 법적근거

출입국관리법에서 보호 조치에 대해서 보호명령서에 따라 보호된 사람이나 그의 법정대리인들은 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다(동법 제55조 제1항). 또한 강제퇴거명령을 받은 외국인은 명령서를 받은 날로부터 7일 이내에 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있다(동법 제60조). 법무부장관은 이의신청서 등을 접수하면 이의신청이 이유 있는지를 심사결정하여 그 결과를 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장에게 알려야 한다(동법 제60조 제3항). 한편 시행령에서는 법 제55조 제1항에 따라 이의신청을 하려는 사람은 이의신청서에 이의의 사유를 소명하는 자료를 첨부하여 사무소장·출장소장 또는 보호소장에게 제출하여야 한다(시행령 제69조 제1항)고 규정하고 있다.

더불어 출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙(이하 ‘준칙’이라고 한다)의 규정에서는 용의자를 긴급보호 하는 때에는 미란다원칙 등 고지문(이하 “고지문”이라 한다)으로 용의자에게 진술거부권과 변호인선임권이 있고 보호에 대해 이의신청을 할 수 있음을 알려야 한다(준칙 제11조 제2항). 또한 사무소장은 용의자가 법 제46조 제1항 각 호의 하나에 해당된다고 인정되어 강제퇴거명령서를 발부하는 경우에는 용의자에게 구두 또는 고지문으로 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있음을 알려야 한다(준칙 제23조 제2항).

이에 반해 형사절차상 체포와 구속에 대한 이의는 주로 적부심사를 통해 이루어진다. 헌법 제12조 6항은 “체포·구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.”고 규정하여 구속적부심사제도를 명문화하고 있으며, 이는 형사소송법 제214조의2에 구체화되어 있다. 구속적부심사제도란 수사기관에 의해 구속된 피의자에 대하여 법원이 구속의 적법여부를 심사하여 석방하는 제도를 말한다.³⁸⁾ 즉 형사절차상 체포 및 구속의 적부심사의 법적 근거는 형사소송법 제214조의2 제1항으로 이 규정에 따르면, 체포 또는 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다. 또한 피의자를 체포 또는 구속한 검사 또는 사법경찰관은 체포 또는 구속된 피의자와 제1항에 규정된 자 중에서 피의자가 지정하는 자에게 제1항에 따른 적부심사를 청구할 수 있음을 알려야 한다(형사소송법 제214조의2 제2항). 그리고 제1항의 청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포 또는 구속된 피의자를 심문하고 수사관계서류와 증거물을 조사하여 그 청구가 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 이를 기각하고, 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 체포 또는 구속된 피의자의 석방을 명하여야 한다. 심사청구 후 피의자에 대하여 공소제기가 있는 경우에도 또한 같다(형사소송법 제214조의2 제4항).

나. 보호에 대한 이의신청과 구속적부심의 비교

일단 보호의 이의신청 주체는 보호된 사람이나 그의 법정대리인등이다. 이는 형사소송상 구속적부심사의 주체가 구속된 피의자 또는 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주로 상세하게 규정된 것과 비교하면 다소 모호하거나 그 범위가 제한적이라는 비판을 피할 수 없어 보인다.

또한 출입국관리법상 보호처분을 받은 외국인은 외국인보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소(이하 “보호시설”이라한다)에 있게 되는데, 이의신청은 보호된 사람이나 그의 법정대리인 등으로 제한되기 때문에 이의신청권을 행사하려고 해도 시간적, 공간적 제약을 받게 된다. 때문에 보호된 사람이나 그의 법정대리인은 스스로 이의신청에 필요한 자료를 수집하거나 반론권을 행사하기에 충분하지 않은

38) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 앞의 책, 165쪽.

점도 지적할 수 있다.³⁹⁾ 반면 형사소송규칙 제16조 제1항은 형사소송법 제214조의2에 따라 체포 또는 구속의 적부심사가 청구된 피의자에게 변호인이 없는 때에는 법원 또는 지방법원 판사는 지체 없이 국선변호인을 선정하고, 피의자와 변호인에게 그 뜻을 고지하여야 함을 규정하고 있어서 이의신청에 필요한 자료수집과 반론권을 충분히 행사하도록 하고 있음은 대조적이라 할 것이다.

형사절차상 구속의 경우 보증금의 납입을 조건으로 하는 석방이 가능하고 구속적부심사결정에 의하여 석방된 피의자가 도망하거나 죄증을 인멸하는 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 체포 또는 구속하지 못한다. 그러나 출입국관리법상 보호에 대한 이의신청에서는 보증금의 납입을 조건으로 하는 석방- 보다 정확하게는 보호해제-가 존재하지 않고, 동일 사유를 원인으로 재차 체포되지 않는다는 규정 또한 없다.

보다 본질적인 문제는 출입국관리법상의 이의신청은 처분청인 출입국관리사무소의 상급기관인 법무부가 강제퇴거처분 등의 적부를 심사하는 것이고, 이는 곧 자기의 처분에 대한 자기의 심사에 그치고 말수 있다는 점이다.⁴⁰⁾ 당연하게도 이 경우 신청에 대한 인용률이 높을 것을 기대하기는 어려울 것이다. 이 또한 체포·구속에 대한 적부심사는 법원에 의해 이루어지는 것과 크게 다른 점이라고 할 수 있다.

39) 박귀천·이유봉, 출입국관리법과 국적법 개선에 관한 연구-외국인노동자, 이주여성 및 이주아동 문제를 중심으로-, 한국법제연구원 연구정책세미나, 2012, 82쪽

40) 김대근 외, 출입국관리상 인권제고를 위한 형사정책적 대응, 한국형사정책연구원, 2013, 159쪽. 이 연구에서는 이의신청과 별개로 행정심판을 제기할 수 있는 가능성을 검토하고 있다.

제4장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

국제조약 및 외국의 난민 구금 관련 법적절차 검토

제4장

국제조약 및 외국의 난민 구금 관련 법적절차 검토

제1절 난민 구금 관련 국내법과 국제조약 개관

1. 출입국관리법

출입국관리법은 대한민국에 입국하거나 대한민국에서 출국하는 모든 국민 및 외국인의 출입국관리를 통한 안전한 국경관리와 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리 및 난민(難民)의 인정절차 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다(제1조).

출입국관리법에서 정의하는 “보호”는 출입국관리공무원이 제46조제1항 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 집행활동을 말한다(제2조 제11호).

이 법에 따라, 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 있는 것이다(제51조 제1항). 또한, 긴급한 경우에는 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받을 여유가 없을 때에는 그 사유를 알리고 긴급히 보호할 수 있지만(제51조 제3항), 이 경우에는 출입국관리공무원은 즉시 긴급보호서를 작성하여 그 외국인에게 내보여야 한다(제51조 제4항). 또한, 출입국관리공무원은 제3항에 따라 외국인을 보호한 경우에는 48시간 이내에 보호명령서를 발급받아 외국인에게 내보여야 하며, 보호명령서를 발급받지 못한 경우에는 즉시 보호를 해제하여야 한다(제51조 제5항). 이처럼 출입국관리법 제51조에 따라 보호된 외국인의 강제퇴거 대상

자 여부를 심사·결정하기 위한 보호기간은 10일 이내로 하며, 다만 부득이한 사유가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장의 허가를 받아 10일을 초과하지 아니하는 범위에서 한 차례만 연장할 수 있다(제52조 제2항).

한편, 출입국관리법에 따르면, 출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다(제63조 제1항). 다만, 그 기간이 3개월을 넘는 경우마다 미리 법무부장관의 승인을 받도록 하고 있다(제63조 제2항).

이 밖에도 출입국관리법은 위와 같은 보호에 대한 이의신청 규정을 두어 보호된 사람이나 그의 법정대리인등은 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있도록 하고 있으며 (제55조), 지방출입국·외국인관서의 장에게 보호의 일시해제를 청구할 수 있도록 하고 있으며,(제65조 제1항) 또한 2천만원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있도록 하고 있다(제65조 제2항).

2. 난민법

난민법은 「난민의 지위에 관한 1951년 협약」(이하 “난민협약”이라 한다) 및 「난민의 지위에 관한 1967년 의정서」(이하 “난민의정서”라 한다) 등에 따라 난민의 지위와 처우 등에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다(제1조). 이 법에서 정의하는 “난민”이란 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원인 신분 또는 정치적 견해를 이유로 박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호받기를 원하지 아니하는 외국인 또는 그러한 공포로 인하여 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가(이하 “상주국”이라 한다)로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 아니하는 무국적자인 외국인을 말한다(제2조).

난민법은 난민인정 신청과 심사 등에 대한 절차 등을 규정하고 있으며, 난민위원회의 설치 및 운영 등에 관한 사항, 그리고 난민신청자, 난민인정자, 인도적체류자의 처우에 관한 사항도 규정하고 있다.

3. 인신보호법

인신보호법은 위법한 행정처분 또는 사인(私人)에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차를 마련함으로써「헌법」이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적으로 한다. 이 법에서의 ‘인신보호 청구권’란 행정기관이나 사인에 의해 위법하게 인신을 구속당한 경우 법관에게 인신 구속의 적법여부를 판단 받을 수 있는 권리를 말한다.

이 법 제3조에 따르면 피수용자에 대한 수용이 위법하게 개시되거나 적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 때에는 피수용자 등은 법원에 구제를 청구할 수 있다.

한편, 이 법에서 “피수용자”란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설(이하 “수용시설”이라 한다)에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자를 말하는데, 여기에 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자 및 출입국관리법에 따라 보호된 자는 제외한다.

현행 인신보호법에서 가장 큰 문제가 되는 것은 출입국관리법에 따라 보호된 자의 구제청구를 제외하고 있다는 점이다. 인신보호청구는 그와 동등한 보호장치가 마련되어 있지 않는 한 다른 수단으로 대체될 수 없다.⁴¹⁾ 출입국관리법에 따른 수용이 다른 수용과 그 성격이 다르다고 할 수 없음에도 불구하고 출입국관리법상의 난민신청자를 비롯한 외국인에게만 일률적으로 인신보호청구를 배제하도록 규정하고 있는 현행 인신보호법 제2조 제1항은 이들의 신체의 자유 및 평등권을 부당하게 침해하는 규정이라 할 수 있다.

4. 1951년 난민 협약 및 1967년 난민 의정서

1951년 난민의 지위에 관한 협약 (Convention relating to the Status of Refugees 이하 ‘난민 협약’)은 제2차 세계대전의 종전 후에도 난민문제가 해결되지 아니하자 곤 난민의 법적 지위를 규정할 새로운 국제문서의 필요성이 대두되었다. 특정 난민상

41) 김학성, 인신보호법에 대한 비판적 고찰 -특히 보충성원칙을 중심으로-, 강원법학 제44권, 2015, 44쪽.

황에 대응하는 일회적인 협정을 채택하기보다 난민에 관한 일반적 정의를 담은 문서가 필요하다는 요구가 제기되었다. 난민 협약은 1951년 7월 28일 국제연합 전권대사 회의에서 채택되고, 1954년 4월 21일에 발효되었다. 1951년이라는 기한은 협약 채택 당시에 이미 존재하고 있음이 알려져 있거나 이미 발생한 사건의 결과로 장차 발생할 수 있는 난민상황에 자신들의 의무를 한정시키고자 했던 참여국들의 의도에서 비롯되었다. 시간이 지나고 새로운 난민상황이 출현함에 따라, 1951년 협약의 규정을 새롭게 생겨난 난민에게도 적용해야 할 필요성이 더욱 커졌다. 그 결과 난민의 지위에 관한 의정서 (Protocol relating to the Status of Refugees 이하 '난민 의정서')가 마련되었다. 이 의정서는 국제연합 총회의 심의를 거친 후 1967년 1월 31일부터 가입이 가능하게 되었고 1967년 10월 4일에 발효되었다. 난민 의정서에 가입함으로써 해당 국가는 1951년 협약의 실제적 규정을 1951년이라는 기한의 제약 없이 협약상 정의에 해당하는 모든 난민에게 적용할 의무를 지게 된다. 의정서는 협약과 관련되기는 하지만 별도의 독자적 문서로서, 그 가입대상도 협약 당사국에 국한되지 않는다.

그리고 이러한 1951년 난민 협약과 1967년 난민 의정서에는 이하와 같은 세 유형의 조항이 포함되어 있다.

① 난민 (및 난민이 아닌 사람) 그리고 난민신분으로 있다가 그 지위가 정지된 사람의 기본적 정의에 관한 조항. 이들 조항에 관한 논의와 해석은 난민인정업무를 담당하는 이에게 지침이 될 수 있도록 본 편람의 주요 부분을 구성하고 있다.

② 난민의 법적지위 및 피난국에서의 난민의 권리와 의무를 규정하는 조항. 이들 조항은 난민지위의 인정 절차에는 영향을 미치지 않지만, 난민지위인정 업무를 담당하는 기관은 자신들의 결정이 난민 개개인이나 가족에 실로 지대한 영향을 미치기 때문에 이 조항들을 숙지해야 한다.

③ 행정 및 외교적 관점에서 협약 및 의정서를 이행하는 데 필요한 기타 조항, 1951년 협약 제35조 및 1967년 의정서 제2조 체약국에게 유엔난민기구가 역할을 이행할 수 있도록 협력할 것을, 특히 난민협약 및 난민의정서 조항의 적용을 감독하는 임무를 원활히 수행할 수 있도록 편의를 제공할 것을 규정하고 있다.⁴²⁾

42) UNHCR, The UN Refugee Agency, 난민 지위의인정기준 및 절차 편람과 지침, 한글판 2014.

5. 유럽연합지침 2005/85/EG

동 지침은 난민신청자의 인권보호를 위하여 신청자에게 진술기회를 부여하고 있으며(동 지침 제12조 이하), 자신의 비용으로 변호사 등으로부터 법률적 조언을 구할 권한도 부여하고 있다(동 지침 제15조 이하). 또한 동 지침은 각 회원국이 해당 지침보다 더 유리한 절차규정을 마련하는 것도 허용하고 있다.

제2절 미국

미국의 불법체류외국인 구금에 관해서는 이민법(Immigration and Nationality Act: 이하 INA)에서 규정하고 있다. 이에 따르면 불법체류외국인에 대한 구금은 크게 두 가지 범주로 나뉜다. 하나는 U.S. 국경 또는 출입국항에서 미국 시민권이나 유효한 비자를 소지하지 않은 경우, 영주권 신분을 증명할 수 없는 경우, 이민법(INA)에 의하여 입국불가자로 밝혀지는 경우⁴³⁾이다. 그리고 다른 하나는 이와 비슷하게, 이민법(INA)을 위반하여, 입국 후 추방 대상자가 되었거나, 불법 입국한 비시민권자 및 신분을 증명할 수 없는 미국시민을 포함한 불법체류외국인들은 강제추방대상뿐만 아니라 구금의 대상이 될 수 있다. 즉 불법체류외국인, 비자가 있는 비시민권자, 그리고 상황에 따라 시민권자들도 이민법(INA)에 따라 구금될 수 있는 것이다.⁴⁴⁾

강제추방 또는 입국이 불가하다고 판단되는 불법체류외국인에 대한 구금 권한은 이민세관국(Immigration and Customs Enforcement: 이하 ICE)과 관세국경보호청(Customs and Border Protection: 이하 CBP)의 경찰에게 있다. 그리고 이민법(INA) 제235조, 제236조⁴⁵⁾는 불법체류외국인의 구금에 대한 주요 권한을, 제241조⁴⁶⁾는 최종적인 강제퇴거명령에 관한 규정을 두고 있다.⁴⁷⁾

43) INA(Immigration and Nationality Act) § 212, 8 U.S.C. § 1182.

44) INA §§ 101(a)(43), 237(a)(2)(A)(iii), 8 U.S.C. §§ 1101(a)(43), 1227(a)(2)(A)(iii)

45) INA §§ 235, 236, 8 U.S.C. §§ 1225, 1226.

46) INA § 241, 8 U.S.C. § 1231.

47) 김대근 외 4명, 출입국 관리상 인권제고를 위한 형사정책적 대응, 한국형사정책연구원, 292-293쪽.

한편, 미국은 애국법(USA Patriot Act)을 제정해, 이민법(INA) 236(A)조항⁴⁸⁾을 개정하였다. 즉 테러 행위 또는 국가 안보를 위협에 빠지게 하는 모든 행위와 그와 관련된 사람이라고 믿을만한 “정당한 이유”가 있을 때, 검찰총장이 그를 구금할 수 있도록 하고, 만약 정당한 이유가 없다면 검찰총장은 구금자 강제퇴거를 실시하거나, 체포 후 7일 이내에 기소하거나 석방시키도록 하고 있다. 또한, 테러리스트로 인정되어 구금된 자에 대한 강제퇴거 시기가 불확정적이고, 석방이 국가의 안보와 국민의 안전에 심각한 위협을 준다고 판단되는 경우에는 구금기간을 6개월까지 연장할 수 있도록 하고, 검찰총장은 그 테러리스트들을 매 6개월마다 재심사하도록 하고 있다. 그리고 외국인 체류자가 영장 없이 체포되었을 경우, 구금 또는 석방에 대한 결정은 48시간 이내에 이루어져야 한다. 이러한 외국인 체류자들의 체포와 구금에 대하여는 직무상 국토안보부(Department of Homeland Security Service: 이하 DHS)의 책임 하에 있다.

또한, 이민법(INA)에 따라, 강제퇴거 명령을 받은 후, 90일 이상 이민세관국(ICE) 구금상태가 계속되고 있는 이민 수감자들에게는 구금집행에 대한 재심사가 진행되어야 하며,⁴⁹⁾ 심사이전, 구금 후 30일 이내에 이민세관국(ICE)은 수감자에게 강제퇴거 되는 과정과 그 결과에 대해서 협조할 의무가 있음을 통지해야 한다. 그리고 구금자가 강제추방하는 과정에 비협조적일 때에는 구금기간을 최대 180일까지 연장할 수 있으며, 단, 이러한 사항에 대하여는 서면으로 고지하여야 한다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

제3절 독일

독일의 불법체류외국인 구금 관해서는 ‘독일연방 내의 외국인의 체류, 노동허가 및 통합에 관한 법률’(이하 체류법)⁵²⁾, ‘외국인등록법’(Gesetz über das Ausländer

48) INA §236(A).

49) 8 CFR §241.4.

50) INA § 241(a)(1)(C), 8 U.S.C. § 1231(a)(1)(C).

51) 김대근 외 4명, 앞의 보고서, 296-297쪽.

52) “Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet”, 2013년 7월 25일 개정, BGBl. I S. 2749.

zentralregister) 및 ‘유럽연합시민의 일반적 이주의 자유에 관한 법률’(이하 유럽연합 이주자유법: Freizügigkeitsgesetz/EU - FreizügG/EU)⁵³⁾ 등이 대표적 법규이다.

‘체류법’은 외국인 체류에 대한 일반법으로, 외국인들의 체류권한이나 체류권한이 없는 외국인에 대한 조치 등을 규율하고 있다. 그리고 이러한 체류법에 의거한 ‘외국인 등록법’은 체류허가 등을 받은 외국인들의 정보를 보관, 전송하는 것과 관련된 규정을 담고 있다.

그리고 ‘체류법’ 제62조 및 제62a조에는 강제추방의 집행을 위한 목적이 인정되는 경우, 법원의 결정을 얻어 해당 외국인에 대한 구금조치를 제한적으로 허용한다고 규정되어 있으며, 동법 제62조 제1항은 다른 경미한 법익 침해 수단을 통해서도 구금의 목적이 달성될 수 있다면, 구금이 허용되지 않으며, 구금이 필요한 경우에도 가능한 최소한의 기간으로 제한되어야 하며, 미성년자 그리고 미성년자를 둔 가족에 대한 구금조치는 매우 예외적인 경우에만 허용이 된다고 규정하고 있다.

독일의 강제추방을 위한 구금조치는 추방결정이 내려지기 이전에 행해지는 예비구금(Vorbereitungshaft)과 추방결정이 내려진 상태에서 행해지는 보안구금(Sicherungshaft)으로 크게 나눌 수 있다.

먼저, 예비구금이란 체류법 제62조 제2항에 따라, 추방결정이 즉시 내려질 수 없는 경우에 해당하면서도 구금 조치가 행해지지 않으면 강제추방하는 것이 사실상 어렵게 되거나 불가능해질 경우 법원의 명령을 얻어 해당 외국인을 구금하는 것을 말한다. 단, 예비구금은 6주를 넘어서는 안 되며, 만약 추방결정이 내려진 후에는 예비구금이 강제추방을 위한 구금으로 성격이 전환됨으로 애초의 예비구금 명령에 정해진 기간(최대 6주) 동안에는 계속적인 구금을 위해 법원으로부터 별도의 구금명령을 받을 필요는 없다. 다음, 보안구금은 체류법 제62조 제3항에 따라, 다음의 경우 법원의 명령을 받아 해당 외국인을 구금하는 것이다. ① 허가받지 않은 입국으로 인해 외국인에게 집행가능한 출국의무가 발생한 경우, ② 체류법 제58a조에 따라 외국인에게 강제추방명령이 내려졌으며 이 강제추방명령이 직접 집행이 될 수 없는 경우, ③

53) “Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern”, 2013년 6월 17일 개정, BGBl. I S. 1555.

출국기한이 경과하였으며 외국인이 외국인청에 새로운 주소를 알려주지 않은 채 자신의 체류장소를 변경한 경우, ④ 외국인이 자신에게 책임 있는 사유로 인해 강제추방 일자에 정해진 장소에 나타나지 아니한 경우, ⑤ 외국인이 그 밖의 방법으로 강제추방의 집행을 면탈한 경우, ⑥ 외국인이 강제추방의 집행을 면탈하고자 한다는 의심이 존재하는 경우 등이다. 그리고 이와 같은 보안구금은 최대 6개월까지 가능하며, 만약 해당 외국인이 강제추방의 집행을 방해한다면 최대 12개월까지도 연장될 수 있다. 또한 예비구금의 기간은 보안구금의 기간에 산입된다(체류법 제62조 제4항). 다만, 출국기한이 경과하고, 강제추방이 집행가능하다면 보안구금 기간은 최장 2주로 줄어들며, 또한 체류법 제62조 제3항에 의해, 위에 나열한 보안구금 사유 중 ①의 경우에는 해당 외국인이 강제추방을 면탈하지 않을 것임을 신뢰할 수 있다면, 예외적으로 구금 조치를 면제받을 수도 있으며, 외국인에게 책임 없는 사유로 인하여 향후 3개월 내에 강제추방이 불가능한 사정이 확인되는 경우에는 보안구금이 허용되지 않는다.

한편, 체류법 제62조 제5항에 의해, 강제추방의 집행을 위한 구금을 신청할 수 있는 관할 행정관청은 보안구금의 사유가 있다고 판단되며, 사전에 법원의 보안구금 명령을 얻을 수 없으며, 해당 외국인이 보안구금 명령을 면탈할 것이라는 의심이 있는 경우에는 법원의 사전 구금명령 없이 외국인을 체포하여 일시적으로 구류할 수 있다. 단, 일시적 구류의 경우 관할 행정관청은 지체 없이 법원에 보안구금 명령에 대한 결정을 요청하여야 한다.⁵⁴⁾

제4절 캐나다

캐나다의 ‘이민 및 난민보호법’(Immigration and Refugee Protection Act: ARPA, 이하 “이민법”이라 함)은 캐나다 연방 차원에서 제정된 연방법이다. 이 법은 우리나라의 출입국관리법과 같은 출입국관리와 관련된 일반법으로서 외국인의 출입국관리 및 외국인의 체류 등에 대한 내용을 담고 있으며, 나아가 난민지위신청 등과 관련한 규정들도 담고 있다.

54) 김대근 외 4명, 앞의 보고서, 332-334쪽.

동법에서는 추방명령 등의 집행을 위한 구금조치를 허용하면서, 구금조치를 크게 영장을 요하는 구금, 영장을 요하지 않는 구금, 입국심사대에서의 구금으로 나누어볼 수 있다.

먼저, 영장을 요하는 구금조치란 이민법 제55조 제1항에 따라 해당 외국인에게 ① 입국거절 사유에 해당하는 사유가 있다고 판단되며 일반 대중에게 위험이 될 수 있거나 ② 입국허용을 위한 심사나 청문회 및 추방명령에 대한 심사에 출석하지 않을 것으로 보이는 경우 또는 ③ 이민법 제44조 제2항에 따른 시민권 및 이민부 장관의 추방명령이 내려질 가능성이 있는 심사절차가 진행되는 경우에는 영장발부를 통해 구금조치가 이루어질 수 있음을 의미한다. 그리고 이는 영주권자를 포함한 모든 외국인에게 이루어질 수 있다. 그리고 영장을 요하지 않는 구금조치는 이민법 제55조 제2항에 따라 ① 해당 외국인에게 입국거절 사유에 해당하는 사유가 있다고 판단되며 일반 대중에게 위험이 될 수 있거나, 입국허용을 위한 심사나 청문회 및 추방명령에 대한 심사에 출석하지 않을 것으로 보이는 경우 또는 이민법 제44조 제2항에 따른 시민권 및 이민부 장관의 추방명령이 내려질 가능성이 있는 심사절차가 진행되는 경우 외에도 ② 이민법 규정에 따른 절차의 진행 중에 당해 외국인의 신원이 확인되지 않는 경우에도 영장 없이 구금조치를 취할 수 있는 것을 말한다. 단 이는 영주권자를 제외한 외국인에 대해서만 이루어질 수 있다. 마지막으로 입국심사대에서의 구금조치는 이민법 제55조 제3항에 의해 ① 입국심사를 위하여 필요하다고 인정되는 경우 또는 ② 입국거절 사유 중 국가안보, 인권침해, 국제협약 위반, 중범죄, 조직범죄 등의 사유가 있는 것으로 의심되는 경우에 입국심사대에서 곧바로 영장 없이 구금조치가 이루어질 수 있음을 말하며, 영장을 요하는 구금조치와 마찬가지로 영주권자를 포함한 모든 외국인에 대해 이루어질 수 있다.

한편 이민법 제56조 제1항에 의하면, 이민국의 정당성 여부에 대한 최초 심사가 이루어지기 전에 구금조치를 명한 공무원은 직권으로 구금사유가 더 이상 존재하지 않는다고 판단되는 경우에 한해서 석방조치를 취할 수 있으며, 이와 같은 석방조치에 보석금 납입을 비롯한 그 밖의 조건들을 함께 부과할 수도 있다.⁵⁵⁾ 그리고 구금명령의

55) 김대근 외 4명, 앞의 보고서, 385-387쪽.

정당성 여부는 이민 및 난민위원회(Immigration and Refugee Board) 산하의 이민국(Immigration Division)이 심사할 권한을 갖는다. 즉 이민법 제55조 제4항은 외국인에 대한 구금조치가 이루어진 경우 담당 공무원은 지체 없이 해당 사실을 이민국에 통보하도록 규정하고 있으며, 동법 제57조 제1항은 이민국은 가능한 한 빠른 시일 내에(최소 외국인의 구금조치가 있는 지 48시간 내)에 구금조치를 지속할 사유가 있는지의 여부에 대한 심사를 해야함을 규정하고 있다. 또한, 동법 제57조 제2항은 첫 번째 심사 이후 이민국은 7일 이내에 다시 한 번 재심사를 해야 하며, 그 이후에는 매 30일마다 추가심사를 해야 한다고 규정하고 있으며, 동법 제58조는 이민국은 심사 결과 구금사유가 계속 존재한다고 판단하는 경우에는 계속 구금을 명할 수 있으며, 반대로 구금사유가 더 이상 존재하지 않는다고 판단하는 경우에는 석방을 명할 수 있고, 또한 보석금 납부와 같은 일정한 조건 하에서의 석방을 명할 수 있음을 규정하고 있다.

제5장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

난민의 인권보장을 위한 구금 규정의 정비

난민의 인권보장을 위한 구금 규정의 정비

제1절 난민 구금의 문제점

지금까지는 난민 구금의 여러 법적 제도와 실무의 문제점을 다각도로 검토하고 분석하였다. 먼저 난민신청자의 보호에 따른 문제점을 지적하면서 우리 출입국관리법상 보호가 사실상 구금에 해당함을 논증하였다. 먼저 절차상 요건의 문제로서 보호명령서의 발급에 있어서 행정청의 재량을 지나치게 광범위하게 인정하고 있음을 보이고자 하였다. 특히 사실상 인신구속 내지 구금에 해당하는 보호가 하급 출입국관리직원이 신청하여 상급자인 출입국사무소장 명의의 발급을 통한 보호명령서만으로 이루어지는 경우 난민의 신체의 자유를 침해할 가능성이 매우 높다는 점을 지적하였다.⁵⁶⁾

또한 보호(구금) 기간의 상한이 “송환할 수 있을 때까지”와 같이 불명확하게 규정되어 그 상한을 예측할 수 없고, 결국 난민의 장기간 구금을 초래할 수 있음을 법해석학적인 작업과 실증적인 자료를 통해 제시하였다. 난민위원회의 운영이 상설화되어 있지 않고, 그 지위와 역할이 충분히 독립적이지 않음을 지적하기도 하였다.

이러한 문제점을 보다 극명하게 보이기 위해서 본 연구에서는 형사절차와의 비교를 시도하였다. 먼저 인신보호법 제2조 제1항이 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차에서 출입국관리법상의 보호된 자를 제외함으로써 난민의 신체의 자유와 평등권을 침해할 우려가 있음을 보이고자 하였다. 또한 구금의 개시와 구금의 연장 및 연장의 주체, 구금기간의 상한 및 불복 수단의 측면에서 출입국관리법상의 보호조치가 형사절차상의 구속 등과 비교해서 난민의 인권 및 기본권을 침해할 가능성이 높음을 여러 관점에서 설명하였다.

56) 같은 지적으로는 이근우, 앞의 논문, 483쪽.

이와 같은 문제의식을 전제로 난민의 인권보장을 위한 구금 규정 정비방안을 제시하면 다음과 같다.

제2절 난민의 인권보장을 위한 구금 규정 정비 방안

1. 법해석학적 정책

입법적인 개선이 없을 경우 사법심사를 도입하는 것은 어려움이 있지만, 행정청 스스로 현재의 틀을 유지한 상태에서 보호기간의 상한 및 필요성, 상당성 요건을 심사토록 하는 것은 가능하다. 나. 다.에 상응하는 내용을 법무부령인 외국인보호규칙에 반영하거나, 지침 또는 지시의 형태로 반영하는 것도 잠정적인 형태로 취할 수 있는 정책적 대안이다.

특히, 미성년자, 미성년자의 감호 및 양육을 하는 자, 인신매매피해자의 가능성이 있는 자, 난민신청자 등 국제법에 따라 보호가 상당하지 않은 대상들에 대한 보호의 경우 일부 지침과 지시 형태로 이미 보호를 자제하려고 시도하고 있는바, 이를 '상당성'이란 요건 하에 포괄적인 형태로 규정하여 보호를 자제케 하는 것이 가장 시급한 정책적 해결대상이 될 수 있다.

2. 영장주의의 전면적인 도입(전면적 개선)

가장 강력한 입법적 대안은 이주구금이 신체의 자유를 제약하는 구금임을 고려하여 헌법 제12조의 영장주의 및 이에 대한 형사소송법상의 절차를 유사하게 입법하는 것이다. 즉, 강제퇴거명령의 발령은 출입국관리사무소장의 재량에 따른 처분으로 가능하더라도, 구금을 개시하게 하는 보호명령의 경우 임시적인 구금의 성격을 지닌 '심사결정을 위한 보호'(출입국관리법 이하 '법'이라고만 함 제51조 제1항), '긴급보호'(법 제51조 제3항), '일시보호'(법 제56조)를 제외하고, '강제퇴거명령의 집행을 위한 보호'(법 제63조 제1항)가 영장에 의해서 이뤄지게 하는 것이다.

이 경우 현행 출입국관리법이 보호제도에 관한 사법부의 개입을 '보호명령에 대한 취소의 소', '보호에 대한 이의 불허가 결정 취소의 소', '보호일시해제불허가결정

취소의 소'와 같이 간접적인 방법으로만 제시하고 있는데 대해, 보호자체를 영장에 의해서만 하게하고, 영장이 발부된 경우 다투는 방법을 '보호에 대한 이익'을 형사소송법상의 '구속적부심제도', '보호일시해제'를 형사소송법상의 '보석제도', '구속영장집행정지제도'를 준용하는 형태로 보호체계의 틀을 형사소송법에 준하는 방식으로 전반적으로 개선해야하는 어려움이 있으나, 영장주의에 비추어 가장 확실하게 신체의 자유 제약의 적법성을 통제할 수 있는 방법이 된다.

보호명령서의 '발급', '연장' 등 어떤 단계에 영장을 청구하게 할 것인지, 보호사유는 무엇으로 할 것인지에 따라 다양한 입법적 대안이 있을 수 있으나 타국의 입법례를 참고하여 '보호의 필요성', '보호의 상당성'을 요건으로 추가할 경우 가능한 한 가지 예는 다음과 같다(이 입법례를 택할 경우 아래 핵심 조항 외에 위에서 언급한 일련의 조항들을 전부다 개선해야한다).

〈표 5-2-1〉 영장주의 전면 도입 방안

현행(출입국관리법)	개정안(출입국관리법)
제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호 해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다.〈개정 2014.3.18.〉	제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호 해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 제2항의 사유가 있을 때에는 6월을 상한으로 하는 보호영장을 관할지방법원판사로부터 받아 그를 보호시설에 보호할 수 있다.
② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다. 〈개정 2014.3.18.〉	② 법원은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 위 외국인을 보호할 수 있다. 단, 다음 각호의1에 해당하는 사유가 있더라도 미성년자, 미성년자의 감호 및 양육을 하는자, 인신매매피해자의 가능성이 있는자, 난민신청자 등 보호가 상당하지 않을 경우는 보호하지 않을 수 있다. 1. 일정한 주거가 없는 때 2. 증거를 인멸할 염려가 있는 때 3. 도망하거나 도망할 염려가 있는 때
	③ 지방법원판사는 지방출입국·외국인관서의 신청에 의하여 제2항의 사유로 인해 보호를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 경우 보호기간의 연장을 1회에 한하여 허가할 수 있다.

3. 외국인 보호에 대한 구제제도 마련(출입국관리법 제55조2 신설)

보호되어 있는 외국인 또는 그의 법정대리인 등은 피보호장소의 소재지를 관할하는 지방법원에 보호의 적부심사를 청구할 수 있도록 해야 한다.⁵⁷⁾

〈표 5-2-2〉 외국인 보호에 대한 구제제도 마련 방안

현 행 (출입국관리법)	개 정 안 (출입국관리법)
제55조(보호에 대한 이의신청) ① 보호명령서에 따라 보호된 사람이나 그의 법정대리인등은 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다. ② 법무부장관은 제1항에 따른 이의신청을 받은 경우 자체 없이 관계 서류를 심사하여 그 신청이 이유 없다고 인정되면 결정으로 기각하고, 이유 있다고 인정되면 결정으로 보호된 사람의 보호해제를 명하여야 한다. ③ 법무부장관은 제2항에 따른 결정에 앞서 필요하면 관계인의 진술을 들을 수 있다. 〈신 설〉	제55조(보호에 대한 이의신청) ① 보호명령서에 따라 보호된 사람이나 그의 법정대리인등은 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다. ② 법무부장관은 제1항에 따른 이의신청을 받은 경우 자체 없이 관계 서류를 심사하여 그 신청이 이유 없다고 인정되면 결정으로 기각하고, 이유 있다고 인정되면 결정으로 보호된 사람의 보호해제를 명하여야 한다. ③ 법무부장관은 제2항에 따른 결정에 앞서 필요하면 관계인의 진술을 들을 수 있다. 제55조2(보호에 대한 적부심사) 보호명령서에 따라 보호된 사람이나 그 변호인, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매나 가족, 동거인 또는 고용주는 관할법원에 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다. ② 보호명령서를 집행하는 출입국관리공무원은 피보호자에게 제1항에 따른 적부심사를 청구할 수 있음을 알려야 한다.

4. 구금기간 상한의 명시(출입국관리법 제63조 제1항)

장기구금의 폐해가 매우 심각한 난민신청자를 비롯한 외국인에 대한 행정상 목적달성의 필요성이 있더라도 무기한적으로 행정청이 인신구속을 할 수 있는 권한은 부당하다. 따라서 절대적 상한기간을 명시해야 한다. 종기없는 구금문제(특히, 난민신청자에게 유독 문제가 되는)를 해결하기 위해서는 영장주의를 본격적으로 도입하진 않더라도, 보호명령서로 보호할 수 있는 기간의 상한을 명시하는 것도 대안이 된다. 한국과

57) 이재삼, 앞의 논문, 270쪽.

유사한 제도를 운용하고 있는 일본의 이주구금과 관련하여 일본변호사협회는 6개월을 적절한 입법적 상한기간으로 제시하고 있다. 한국의 경우 현재 출입국관리법 제63조 제1항의 보호명령서에 의한 보호를 3개월로 하고, 3개월마다 법무부장관의 승인만 있으면 보호기간을 계속 연장할 수 있다고 규정하고 있으나, 이와 같은 틀을 유지한다고 하더라도, 최장기간을 설정하고 그 이상은 보호할 수 없도록 하는 것이다. 구금기간의 절대적 상한에 대해서는 면밀한 검토가 필요하겠지만, 해외 법제 및 형량해야할 공사의 등을 고려하면 보호명령 자체는 3월 또는 6월로 하고, 연장을 하더라도 총 수용기간이 최대 1년을 넘을 수 없도록 하는 것이 바람직할 것이다.⁵⁸⁾ 현행 법률의 체계를 유지한 채 최장기기간을 1년으로 설정할 경우 가능한 입법적 대안의 한 가지에는 다음과 같다.

〈표 5-2-3〉 구금기간 상한 명시 방안

현 행 (출입국관리법)	개 정 안 (출입국관리법)
제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호 해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다	제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호 해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 <u>최대 6개월까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다. 다만, 부득이한 사유가 있는 경우에 한하여 1회에 걸쳐 3개월 연장할 수 있다.</u> ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다. <u>단, 보호기간은 1년을 초과할 수 없다.</u> ③ 제51조1항 및 제3항의 보호기간은 1년을 초과할 수 없는 전항의 보호기간에 산입한다.

58) 공익법센터어필 이일 변호사, 앞의 보고서, 44-45쪽.

5. 보호명령서 발부시 실체요건 추가(심사없는 구금 해결)

강제퇴거명령의 발령요건만 만족하면 기계적으로 보호가 개시되는 문제를 해결하기 위해서는 실체적 요건을 추가할 필요가 있다. 필요성과 상당성 요건을 추가하는 것은 현행 제도에서도 필수불가결하다. 하지만, 가.와 같이 영장주의를 전면적으로 도입하거나, 라.와 같이 후속적으로 보호의 위법성을 법원으로부터 심판받을 수 있는 방법을 택할 경우에도 법원의 판단을 위해서는 준거가 될 수 있도록 요건을 추가해야 할 필요가 있다.

예를 들어, “1. 일정한 주거가 없는 때, 2. 증거를 인멸할 염려가 있는 때, 3. 도망하거나 도망할 염려가 있는 때”와 같이 형사소송법상의 구속영장 발부요건을 ‘필요성’ 요건으로 추가하여 ‘강제퇴거명령 집행이 현재 불가능한 상황에서 보호 없이도 가능한데, 굳이 보호를 해야 하는 이유’를 보호명령서의 요건에 넣고, “미성년자, 미성년자의 감호 및 양육을 하는자, 인신매매피해자의 가능성이 있는자, 난민신청자 등 보호가 상당하지 않을 경우”와 같이 보호의 필요성요건이 만족되더라도, 예외적으로 보호가 상당하지 않은 경우 보호에서 제외토록 ‘상당성’도 넣는 것이다(위 요건은 아동권리협약, 팔레르모 의정서, 난민협약 등에 근거를 두고 있다). 영장주의를 도입하지 않더라도 현행 체계 하에서는 다음과 같은 입법을 고려해볼 수 있다.

〈표 5-2-4〉 보호명령서 발부시 실체요건 추가 방안

현 행 (출입국관리법)	개 정 안 (출입국관리법)
제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호 해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다. <개정 2014.3.18.>	제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호 해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없다고 의심할만한 상당한이유가 있고, 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다. 외국인을 보호할 수 있다. 단, 다음 각호의1에 해당하는 사유가 있더라도 미성년자, 미성년자의 감호 및 양육을 하는자, 인신매매 피해자의 가능성이 있는자, 난민신청자 등 보호가 상당하지 않을 경우는 보호하지 않을 수 있다. 1. 일정한 주거가 없는 때 2. 증거를 인멸할 염려가 있는 때 3. 도망하거나 도망할 염려가 있는 때 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다.

6. 일시해제보증금 변경(출입국관리법 제65조)

현재 일시해제보증금 액수를 2천만 원으로 고정화시킨 것을 경제상황이나 외국인의 범규위반 정도를 고려해 탄력적으로 부과하여야 한다. 또한 일시해제보증금액을 당사자는 물론 그의 보증인 또는 법정대리인에게 전부 또는 일부를 부담하게 하거나 할부로 납부시키는 것도 고려할 수 있다.⁵⁹⁾

〈표 5-2-5〉 일시해제보증금 변경 방안

현 행 (출입국관리법)	개 정 안 (출입국관리법)
제65조(보호의 일시해제) ① 보호명령서나 강제퇴거명령서를 발급받고 보호되어 있는 사람, 그의 보증인 또는 법정대리인등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방출입국·외국인관서의 장에게 보호의 일시해제를 청구할 수 있다. ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따른 청구를 받으면 피보호자의 정상(情狀), 해제요청사유, 자산, 그 밖의 사항을 고려하여 2천만원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있다. 〈신 설〉	제65조(보호의 일시해제) ① 보호명령서나 강제퇴거명령서를 발급받고 보호되어 있는 사람, 그의 보증인 또는 법정대리인등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 지방출입국·외국인관서의 장에게 보호의 일시해제를 청구할 수 있다. ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따른 청구를 받으면 피보호자의 정상(情狀), 해제요청사유, 자산, <u>납부 능력, 범규위반 정도를 고려하여 2천만원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있다.</u> ③ <u>보호명령서나 강제퇴거명령서를 발급받고 보호되어 있는 사람, 그의 보증인 또는 법정대리인등은 보증금액을 전부 또는 일부를 부담할 수 있으며, 분할하여 납부할 수 있다.</u>

7. 법관의 보호명령서 발급(출입국관리법 제51조)

‘보호’로 인해 침해되는 신체의 자유가 사실상 형사절차 과정에서 비롯된 것과 동일하다면 이러한 행정절차에서의 독립기관결정 원칙은 법관유보의 형태로 요청된다. 그리고 법관유보가 요청되는 경우 법관유보의 형식은 형사절차상 영장제도로 운용하거나, 새롭게 행정법원에 행정상 강제처분에 필요한 영장발부 요건과 절차를 제정하는 방안을 고려하여야 한다. 그리고 이러한 입장에서 출입국관리법 제51조에 근거한 보호명령서의 발급주체는 법관이 되어야만 하는 것이다.⁶⁰⁾

59) 이재삼, 앞의 논문, 272쪽.

60) 공진성, 앞의 논문, 233-234쪽.

〈표 5-2-6〉 법관의 보호명령서 발급 방안

현 행 (출입국관리법)	개 정 안 (출입국관리법)
제51조(보호) ① 출입국관리공무원은 외국인이 제46조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 <u>지방출입국·외국인관서의 장으로부터</u> 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다.	제51조(보호) ① 출입국관리공무원은 외국인이 제46조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 <u>법관의 보호명령서를</u> 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다.

8. 인신보호법 개정(인신보호법 제2조 관련)

출입국관리법에 의한 보호가 다른 수용과 다르다고 할 수 있는 여지가 없음에도 불구하고 출입국관리법상 외국인에게 인신보호청구를 일률적으로 배제하는 것은 타당하지 않다. 또한, 인신보호법의 입법취지를 살리기 위해서라도 출입국관리법에 의해 인신구속된 피수용자들에 대해서도 인신구제청구를 할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.⁶¹⁾

위와 같은 입법적 대안과 더불어 새롭게 채택할 수 있는 것 중 하나는 현재 출입국관리법 제63조 제1항의 보호의 위법, 부당성에 대해 직접적으로 법원에 이를 심사토록 다룰 수 있는 방법이 없는 것을 고려하여, 이 같은 방법을 위해 마련된 인신보호법의 적용예외 조항을 개정하도록 하는 것이다. 헌법재판소는 인신보호법의 적용예외조항을 둔 것이 합헌이라는 취지로 판시한 적 있으나, 비판의 여지가 높으며, 입법적으로는 얼마든지 채택할 수 있는 방법이다.

〈표 5-2-7〉 인신보호법 개정방안

현 행 (인신보호법)	개 정 안 (인신보호법)
제2조(정의) ① 이 법에서 “피수용자”란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설(이하 “수용시설”이라 한다)에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자를 말한다. 다만, 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자 및 「출입국관리법」에 따라 보호된 자는 제외한다.	제2조(정의) ① 이 법에서 “피수용자”란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설(이하 “수용시설”이라 한다)에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자를 말한다. 다만, 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자는 제외한다.

61) 김학성, 앞의 논문, 45쪽.

제3절 결론

언급한 바와 같이 우리 현행법제, 특히 출입국관리법과 인신보호법상의 문제로 인하여 난민 구금에 있어서 인권침해적 요소가 있는 것은 사실이다. 일단 출입국관리상의 난민에 대한 보호가 사실상 구금에 가까운 것임에도 불구하고 형사절차상의 규정이 준용되지 않음으로 인하여 영장주의와 같은 인신보호 규범이 작용되지 못하고 있음은 가장 큰 문제일 것이다. 이에 출입국관리법 제63조 제1항은 보호명령서를 발급하는데 있어서 그 주체와 보호(구금) 기간에 많은 비판 제기되고 있고, 더불어 인신보호법 제2조에서는 출입국관리법에 의해 보호된 자를 제외하고 있어서 또한 문제가 되고 있다. 현행 난민심사절차가 지나치게 지연되어 난민신청자 등이 불이익을 받고 구금 기간이 길어지는 경우도 발생한다.

이에 본 연구에서는 다음과 같은 법해석학적 내지 입법정책적 대안을 제시하였다.

첫째, 입법적 개선 이전에 행정청 스스로가 현재의 틀을 유지한 상태에서 보호기간의 상한 및 필요성, 상당성 요건을 심사토록 하는 법해석학적 시도가 필요하다.

둘째, 가장 강력한 입법적 대안으로는 난민의 구금이 신체의 자유를 제약하는 구금임을 고려하여 헌법 제12조의 영장주의 및 이에 대한 형사소송법상의 절차를 유사하게 입법하는 것이다.

셋째, 이에 따라 보호되어 있는 외국인 또는 그의 법정대리인 등은 피보호장소의 소재지를 관할하는 지방법원에 보호의 적부심사를 청구할 수 있도록 하는 정책을 고려할 필요가 있다.

넷째, 종기없는 구금문제(특히, 난민신청자에게 유독 문제가 되는)를 해결하기 위해서는 보호명령서로 보호할 수 있는 기간의 상한을 명시하는 것이 필요하다.

다섯째, 강제퇴거명령의 발령요건만 만족하면 기계적으로 보호가 개시되는 문제를 해결하기 위해서는 실체적 요건을 추가할 필요가 있다. 특히 '필요성'과 '상당성' 요건을 추가하는 것은 현행 제도에서도 진지하게 고려될 필요가 있다.

여섯째, 현재 일시해제보증금 액수를 2천만 원으로 고정화시킨 것을 경제상황이나 외국인의 법규위반 정도를 고려해 탄력적으로 부과하고 분할 납부가 가능하도록 할 필요가 있다.

일곱째, 보호로 인해 침해되는 신체의 자유가 사실상 형사절차 과정에서 비롯된 것과 동일하다면 출입국관리법 제51조에 근거한 보호명령서의 발급주체를 법관으로 하는 방안을 고려할 수 있다.

마지막으로 출입국관리법에 의한 보호가 다른 수용과 다르다고 할 수 있는 여지가 없음에도 불구하고 출입국관리법상 외국인에게 인신보호청구를 일률적으로 배제하는 것은 타당하지 않기 때문에 인신보호법의 적용예외 조항을 개정할 필요가 있다.

참고문헌

- 공진성, 출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호, 한국비교
공법학회, 2013,
- 국회인권포럼 주최, 「난민 등의 지위 및 처우에 관한 법률」 제정을 위한 공청회,
2008.
- 김경제, 대한민국 출입국관리법에 대한 비판적 고찰, 일감법학 제29권, 2014.
- 김대근 외 4명, 출입국관리상 인권제고를 위한 형사정책적 대응-불법체류 외국
인을 중심으로, 한국형사정책연구원, 2014.
- 김대근 역, 차별이란 무엇인가, 서해문집, 2016
- 김병록, 불법체류 외국인 강제퇴거의 인권문제, 조선대학교 법학논총 제17권 3호,
2010.
- 김영주, 불법체류 외국인에 대한 강제퇴거 및 보호에 관한 연구, 고려대학교,
2014.
- 김종철 외, 국내 난민 인권실태조사, 국가인권위원회, 2008.
- 김종철, 난민신청자 구금의 법적인 문제, 2013.
- 김학성, 인신보호법에 대한 비판적 고찰 -특히 보충성원칙을 중심으로-, 강원법학 제44
권, 2015.
- 노영돈·최영춘, 외국인 강제퇴거제도와 인권문제, 재외한인연구 제30호, 2013.
- 대한변호사협회, 외국인보호소 실태조사 결과보고서, 2015.
- 박귀천·이유봉, 출입국관리법과 국적법 개선에 관한 연구-외국인노동자, 이주
여성 및 이주아동 문제를 중심으로-, 한국법제연구원 연구정책세미나,
2012.
- 박균성, 비형벌적 인신구속의 근거와 한계, 정신건강연구 제14집, 1995.
- 법무부 출입국·외국인정책본부 난민과, 난민인정절차 가이드북, 2015.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2015.

서정범·박상희, 행정법총론, 세창출판사, 2012.

신현기 박역종 안성률 외 8명, 경찰학사전, 2012.

이규창, 외국인 추방과 인신의 보호: 우리나라 강제퇴거제도의 문제점을 중심으로, 국제법학회논총 제50권 제2호 통권 제102호, 2005.

이근우, 보호인가 구금인가?-출입국관리법상 강제처분 비판, 비교형사법연구 제14권 제2호, 2012.

이 일, 출입국관리법 제63조에 따른 기간의 제한이 없는 구금 및 출입국관리법에 따라 보호된 사람의 인신보호법 미적용의 문제, 출입국관리법과 적법절차 국회토론회, 2015.

이재삼, 출입국관리법상의 외국인에 대한 강제퇴거와 보호에 관한 연구, 토지공법연구 제59집, 2012.

이재상, 형법총론, 박영사, 2012.

이재홍, 명령, 규칙에 대한 사법심사의 구조와 전망, 법조협회, 2014.

임동규, 형사소송법, 법문사, 2015.

정승규, 외국인근로자에 대한 강제퇴거처분과 절차적 구제수단의 모색, 한국비교노동법학회 노동법논총 17, 2009.

최홍엽, 외국인 강제퇴거절차와 관련한 몇 가지 쟁점, 민주법학. 통권33호, 2007.

하명호, 신체의 자유와 인신보호절차, 고려대학교출판부, 2012.

헌법재판소, 난민신청자의 권리에 관한 헌법적 검토-기본권적 보호의 시도-, 헌법재판연구원, 2015.

Deborah Hellman, When is Discrimination Wrong?, Harvard University Press, 2008

UNHCR, Global Consultations on international protection, 2001

UNHCR, Reception of Asylum-seekers including standards of treatment in the context of individual asylum system, 2001

난민인권센터, 행정정보공개청구결과, 2015. 6. 24. <http://www.nancen.org/1402>

국가법령정보센터, “출입국관리법 제63조 제1항 위헌”, <http://www.law.go.kr/detcInfoP.do?mode=1&detcSeq=21922>

찾기쉬운 생활법령정보, “국가배상청구권 시효”, <http://oneclick.law.go.kr/CSP/CnpClsMain.laf?popMenu=ov&csmSeq=560&ccfNo=3&cciNo=4&cnpClsNo=1>,

공익법센터 어필, “보호일시해제” <http://www.apil.or.kr/1098>

공익인권법재단 공감 티스토리 블로그, “난민법”, <http://withgonggam.tistory.com/1242>,

오마이뉴스, “난민법”. http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002142340

Abstract

A Study on Reforming Custody Regulations Regarding the Human Rights Protection for Refugees

Kim Dae-keun

The attention of the international community in 2015 called for 'Syrian refugee crisis, refugees concentrated in the instrument, the law of the country for this policy has also emerged as urgent concerns. Refugees are a very sensitive problem for receiving countries to accept refugees even country, which will issue between humanitarian and national perspective, it would need to seek a solution to consider the issue within the country properly.

On the other hand, our country is I'm mainly in charge of the Immigration Control Act include civil and human problems associated with refugees, the current legislation in such a situation does not have adequate safeguards for the rights of refugees. In particular, unjustified long detention for asylum-seekers are laws and institutions as a problem in this regard is that most often involve the element of human rights violations has been the subject of constant criticism. That is the current detention for asylum-seekers have been made over the immigration law 'protection' measures. But the immigration law 'Protection' is in fact not that substance is different from the 'arrest' or 'redemption' in criminal proceedings, and even thus substantially capable to correspond to human redemption "protect" the only immigration of office intestine people there is a problem that only a protection order is

made through a mechanical issue. In addition, the Immigration Act that this does not define the protection (custody) period can be called explicitly biggest cause serious problems in long-term detention. In addition to deposit a matter of immigration law 'Protection', I legally lot with regard to long-term detention issues of issues such as asylum-seekers on Trafficking Act excluding habeas claims of the issues and immigration law foreign civil refugee screening process delay uniformly, There are institutional problems.

Therefore it geotinde be legal to deal with unfair long-term detention issues for refugee claimants at present, to establish the institutional improvements needed, which direction to meet while international standards realizing the human rights values that maintain refugee regulations. It may be achieved through.

Specific improvements can be presented as a hermeneutical method to legislative policy options, as follows:

First, legislative improvements before the administrative agency itself has upper and the need for protection period while maintaining the current framework, reciprocity the hermeneutical method is necessary to ever attempt the examination requirements.

Second, the most powerful legislative alternative to this is to consider that the detention in custody of the refugee legislation restricts the freedom of the body, similar to the Constitution of Article 12 of this procedure, the warrant attention and the Criminal Procedure Code.

Third, and thus is protected foreigner or his legal representative, etc. need to consider a policy that allows you to charge a jeokbusim four of protection to the District Court with jurisdiction over the location of the protected area.

Fourth, it is necessary to boil without detention problem to specify the upper limit of the period of time that can be protected by a protection order to correct the (particularly toxic to be a problem for refugee applicants).

Fifth, if you satisfy the requirements of deportation command is issued only by mechanical protection, it is necessary to add the substantive requirements in order to solve the problems disclosed. Especially to add a 'necessity' and 'reciprocity' requirements need to be considered seriously in the current system.

Sixth, impose a temporary release current deposit amount considering the extent of the violations that were immobilized to 20 million won and foreign economic situation flexibly and installment payment may need to be available.

Seventh, the same as if the infringement of personal liberty that stems from de facto protection due to the criminal process, the issuing of a protection order based Immigration Control Act Article 51 can be considered as a way to judge.

Finally, the protection by the Immigration Act need to be, despite no room to be different from other accepted amendments to applicable exemptions of human laws because it is not reasonable to indiscriminately excluding the habeas claims to the Immigration Act foreigners have.

연구총서 15-AB-08

난민의 인권보장을 위한 구금관련 규정 정비 방안

발행 | 2015년 12월
발행처 | 한국형사정책연구원
발행인 | 김진환
등록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전화 | (02)575-5282
홈페이지 | www.kic.re.kr
정가 | 7,000원
인쇄 | 삼신인쇄 (02)2285-6478
ISBN | 978-89-7366-888-5 93360

연구원의 허락 없이 보고서 내용의 일부 또는 전체를 복사하거나 전재하는 행위를 금합니다.

