외국인보호제도의 올바른 개선방안

출입국관리법 제63조 제1항 헌법불합치 결정 관련 개선입법 토론회

2025년 1월 9일 (목) 13:30~17:00

장 소

국회의원회관 제6간담회실

주 최

국회의원 박주민, 국회의원 서영교, 국회의원 박균택, 국회의원 이성윤,
인권법학회, 이주구금대응네트워크, 난민인권네트워크

프로그램

인사말	**박주민** 의원, **서영교** 의원, **박균택** 의원, **이성윤** 의원
축 사	**황필규** 인권법학회 부회장
좌 장	**이석태** 전 헌법재판소 재판관
발 표	**이상현** 변호사
토 론	**이종철** 법무부 외국인정책과장 **김세연** 법원행정처 사법정책심의관실 사무관 **박혜경** 국가인권위원회 조사관 **이종찬** 대한변호사협회 난민이주외국인특위 변호사 **이탁건** 유엔난민기구 법무담당관 **최계영** 서울대 법학전문대학원 교수 **이한재** 이주구금대응네트워크 변호사 **유성오** 법무부 이민조사과장

인 사 말



안녕하십니까.
더불어민주당 서울 중랑갑 국회의원 서영교입니다.

오늘 「외국인보호제도의 올바른 개선 방안-출입국관리법 제63조 제1항 헌법불합치 결정 관련 개선입법 토론회」를 공동 주최해주신 박균택 의원님, 박주민 의원님, 이성윤 의원님께 감사드리며, 준비에 많은 도움을 주신 인권법학회, 이주구금대응네트워크, 난민인권네트워크 관계자 여러분께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

또한, 출입국관리법 개정안 논의 경과와 쟁점을 설명해주실 이상현 변호사님, 토론회의 좌장을 맡아주신 이석태 전 헌법재판소 재판관님, 그리고 다양한 대안을 제시해 주실 이종찬 변호사님, 서울대학교 최계영 교수님, 이주구금대응네트워크 이한재 변호사님 등 이 자리에 참석해 주신 모든 전문가와 관계자 여러분께도 진심으로 존경과 감사를 표합니다.

헌법재판소는 2023년 3월 출입국관리법 제63조 제1항에 대해 헌법불합치 결정을 내리며, 구금의 독립적 통제 절차 부족, 의견 제출 기회 미보장, 무기한 구금 가능성 등을 위헌 요소로 지적했습니다. 이는 우리의 법제도가 보호받아야 할 인권의 최저선조차 지키지 못한 현실을 여실히 드러낸 사례입니다.

더욱이, 법무부가 3살 외국인 아동을 보호소에 19일 동안 구금하며 비인도적 환경에서 고통받게 한 사건은 우리 사회가 외국인 보호제도를 바라보는 관점과 태도를 근본적으로 재검토해야 함을 강력히 시사합니다. 외국인 보호소

가 ‘보호’의 이름 아래 사실상 감옥의 역할을 하고 있다는 지적은 결코 가벼이 넘길 수 없는 문제입니다.

외국인 보호소가 감옥이 아니라 진정한 보호의 공간으로 거듭날 수 있도록, 그리고 헌법이 보장하는 기본권이 국적과 신분에 관계없이 모든 이에게 평등하게 적용될 수 있도록 우리 모두가 함께 노력해야 할 것입니다. 오늘 이 자리가 그러한 변화를 이끄는 출발점이 되리라 믿습니다.

다시 한번, 오늘 토론회를 위해 애써주신 모든 분들께 깊은 감사를 드리며, 국회 법제사법위원회의 위원으로서 외국인 보호제도의 개선을 위해 최선을 다하겠습니다.

감사합니다.

2025. 1. 9.

서울 중랑구갑 국회의원 서영교

인 사 말



안녕하십니까.
국회 법제사법위원회에서 활동하고 있는 광주광산구(갑) 국회의원 박균택입니다.

<외국인보호제도의 올바른 개선 방안 - 출입국관리법 제63조 제1항 헌법불합치 결정 관련 개선입법 토론회> 개최를 진심으로 환영합니다.

먼저 토론회를 함께 주최해 주신 선배·동료의원 여러분과 인권법학회, 이주구금대응네트워크, 난민인권네트워크 여러분께 깊이 감사드립니다.

아울러 토론회 좌장을 맡아주신 이석태 전 헌법재판관님을 비롯하여 발표 및 토론에 참여해 주신 관계부처 담당자 및 전문가 여러분께 진심으로 감사의 인사를 전합니다.

지난 2023년 3월 23일 헌법재판소에서는 강제퇴거명령을 받은 외국인을 보호시설에 보호하도록 하면서 보호기간의 상한을 마련하지 않은 것이 피보호자의 신체의 자유를 침해하며, 해당 외국인의 보호 개시 또는 보호기간 연장 시 독립적인 중립 기관에 의한 통제절차를 마련하고, 당사자인 외국인에게 의견 제출 기회를 보장할 필요가 있다는 이유로 「출입국관리법」에 대해 헌법불합치결정을 내린 바 있습니다.

오늘 토론회는 이와 같은 헌법재판소의 결정 취지와 현재까지 발의된 개정 법률안의 내용을 살펴보면서 쟁점을 정리하고 미비점을 보완하기 위해 마련됐습니다.

「출입국관리법」은 헌법재판소의 결정에 따라 오는 5월 31일까지 개정이 되어야 합니다. 오늘 토론회에서 개선 방안들이 깊이있게 논의되어 관련 제도가 우리 헌법의 가치와 인권보호에 부합되는 방향으로 개선되기를 기대합니다.

앞으로도 사회의 무관심으로 법적 사각지대에 놓여 있는 인권침해의 그늘을 지우기 위해 노력하겠습니다. 함께 해주시는 모든 분의 건승을 기원합니다. 고맙습니다.

2025. 1. 9.

국회 법제사법위원회 위원
광주광산구(갑) 국회의원 박균택

<외국인보호제도의 올바른 개선 방안> 서면축사



안녕하십니까,
국회 법제사법위원회 이성윤 의원입니다.

오늘 <외국인보호제도의 올바른 개선 방안>을 주제로 한 국회 토론회를 개최하게 되어 매우 뜻깊게 생각합니다. 함께해 주신 박주민, 서영교, 박균택 의원님과 인권법학회, 이주구금대응네트워크, 난민인권네트워크 관계자 여러분께 감사 말씀을 드립니다.

외국인 보호제도는 인권의 가치와 법치주의 원칙을 실현하고, 우리 사회가 지향해야 할 방향을 제시합니다. 출입국관리법 제63조 제1항에 대한 헌법불합치 결정은, 현재 제도가 미흡하다는 것을 여실히 드러냈습니다.

헌법재판소는 △구금 기간의 상한이 없어 신체의 자유를 과도하게 침해, △구금에 대한 이의신청 시 독립적이고 중립적인 기관에서 심사할 수 없다는 점, △적법절차 원칙 위반을 지적했습니다. 이는 단순한 법 개정을 넘어, 외국인의 기본권을 강화하고 국제적 인권 기준에 맞는 제도적 틀을 마련하라는 중요한 메시지입니다.

헌법재판소 결정의 취지를 충실히 반영하여 외국인 보호제도를 개선해야 합니다. 또, 국제사회에서 대한민국이 인권과 민주주의의 가치를 지키는 나라가 되어야 합니다. 오늘 토론회가 이러한 과제를 해결하기 위해 학계와 시민사회단체 등 각계의 의견을 수렴하고, 실질적이고 합리적인 대안을 모색하는 뜻깊은 자리가 되기를 기대합니다.

끝으로, 바쁘신 일정 속에서도 함께해 주신 발제자와 토론자 여러분을 비롯한 모든 참석자분들께 감사드립니다. 오늘의 논의 내용이 입법과 정책으로 이어져, 공정하고 인권 친화적인 외국인 보호제도를 만드는 데 밑거름이 되길 바랍니다. 저 또한 오늘 제시된 소중한 의견들을 의정 활동에 적극 반영하겠습니다.

감사합니다.

2025. 1. 9.

국회 법제사법위원회 이성윤 의원

축 사

반세기만의 반헌법법률 개정, 국회와 법원, 정부의 결단을 촉구하며



황필규 (인권법학회 부회장)

꼭 필요한 시기에 의미 있는 오늘 자리를 함께 마련해주신 박주민 의원님, 서영교 의원님, 박균택 의원님, 이성윤 의원님, 이주구금대응네트워크와 난민인권네트워크 관계자 여러분께 감사의 말씀을 전합니다.

비상계엄이 있었습니다. 계엄의 반대말은 인권입니다. 계엄은 공무를 수행하는 이들 의 인권에 대한 무지, 무관심, 그리고 무시를 드러낸 매우 가슴 아픈 사건입니다. 입법, 사법, 행정권력, 연구자, 실무가, 활동가 모두는 인권을 얼마나 이해하고, 인권을 위해 무엇을 했고 무엇을 남겼는지를 진지하게 자문하고 대안을 제시해야 합니다. 오늘 논의가 그 큰 흐름의 작은 밑거름이 될 수 있기를 희망합니다.

인권법학회(회장 김종철 연세대법전원 교수)는 2022년 춘계학술대회에서 “미등록 이주난민아동 구금 위헌소송” 세션에서 당시 헌법재판소에 계류중이던 오늘 토론회와 관련된 사건을 심도 깊게 다뤘습니다. 2023년 헌법불합치 결정 이후에도 향후 입법 방향에 대해서 관심을 끈을 놓지 않다가 오늘 이 자리에 함께하게 되었습니다.

대법원은 일찌감치 출입국관리법상의 **보호(구금)명령**이 **강제퇴거명령의 집행 확보 이외의 다른 목적을 위하여 이를 발할 수 없다는 목적상의 한계**와 **송**

환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간 동안 잠정적으로만 보호할 수 있고 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적 한계를 가지는 일시적·잠정적 조치라는 점을 분명히 했습니다. 강제퇴거명령의 집행확보 목적이 아니라 외국인혐오와 '공포'의 정치에 터 잡아 사법절차를 배제한 반헌법적 외국인차별적 보호감호의 사실상 부활을 꾀하는 움직임은 단호히 거부할 수 있어야 합니다.

헌법재판소의 불합치 결정은 **장기간 또는 무기한 구금**은 일시적·잠정적 강제조치로서의 한계를 벗어나 피보호자의 신체의 자유를 중대하게 제한하고 그 자체로 심각한 정신적 고통을 초래한다는 점에서 **과잉금지원칙을 위반하여 신체의 자유를 침해**한다고 판시하였습니다. 그리고 그 구금기간의 **국제적 기준**으로 **유럽연합 27개국에 강제되는 최초 구금 6개월 상한, 예외적 연장 최대 12개월**을 제시하고 있고, **입법예**로 **프랑스 최대 90일, 독일 최대 6개월 및 연장 최대 12개월, 대만 최대 100일, 남아프리카공화국 최대 120일**을 제시하고 있습니다. 인권선진국을 꿈꾼다면 적어도 웬만한 동유럽국가에도 적용되는 기준보다는 한 발 앞서는 것이 당연할 것입니다.

헌법재판소는 또한 신체의 자유 박탈인 보호명령의 개시 또는 연장단계에서 그 집행기관으로부터 독립된 중립적인 기관이 이를 통제하도록 하는 것과 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여하는 것은 적법절차원칙의 중요한 내용임 확인하고 있습니다.

헌법재판소는 이 기준에 근거해 현행법상 **외부의 중립적·객관적 기관이 아닌 외국인관서의 장과 법무부장관이 강제퇴거, 보호명령에 대한 이의신청, 보호연장 등을 심사·결정하는 것**, 피보호자가 보호명령절차 및 이의신청절차에서 자신에게 유리한 진술을 하거나 의견 및 자료를 제출할 기회가 보장되고 않는 것이 **헌법상 적법절차의 원칙에 위배됨**을 명백히 하고 있습니다. 왜곡된 법제로 인해 사적 구금에도 적용되는 법원에 대한 인신보호제도가 출입국관리법상의 구금에만 적용되지 않는 현실까지를 감안해 가장 제대로 된 **외부의 중립적·객관적 기관인 법원의 개입이 필요**합니다. **적어도 법무부**

와 출입국당국의 직간접적인 영향과 관여는 절대적으로 배제되어야 합니다.

관련 조항이 도입된 1967년 이래 반세기가 넘도록 적어도 수천 명이 무기징역과도 같은 상한 없는 구금의 피해를 봤고, 적어도 수십만 명이 적법절차 위반 구금 절차의 피해자가 됐습니다. 이들 인권침해 피해자 한분 한분을 기억해야 합니다. 약 60년간 이러한 반헌법적 법률을 입법하고 방치한 국회, 재량적 행적작용을 통해 법률의 반헌법성을 강화시켜 온 정부, 별다른 문제의식 없이 반헌법적 법률을 적용해 온 법원은 진지한 반성과 성찰을 통해 이를 제대로 바로잡기 위해 최선을 다해야 합니다. 헌법과 인권에 기초한 건설적인 논의와 결단을 기대합니다.

감사합니다.

2025. 1. 9.

황필규 (인권법학회 부회장)

프로그램

1. **일 시** : 2025. 1. 9.(목) 13:30~17:00
2. **장 소** : 국회의원회관 제6간담회실
3. **사 회** : 최초록 변호사
4. **좌 장** : 이석태 전 헌법재판소 재판관
5. **주 최** : 국회의원 박주민, 국회의원 서영교, 국회의원 박균택, 국회의원 이성윤, 인권법학회, 이주구금대응네트워크, 난민인권네트워크
6. **발제자** : 이상현 변호사
7. **토론자** :
   - ○ 법무부 (이종철 외국인정책과장)
   - ○ 법원행정처 (사법정책심의관실 김세연 사무관)
   - ○ 국가인권위원회 (박혜경 조사관)
   - ○ 대한변호사협회 (난민이주외국인특위 이종찬 변호사)
   - ○ 유엔난민기구 (이탁건 법무담당관)
   - ○ 학계 (서울대 법학전문대학원 최계영 교수)
   - ○ 시민사회 (이주구금대응네트워크 이한재 변호사)
   - ○ 법무부 (유성오 이민조사과장)

8. **토론회 프로그램 진행순서**

시간	세 부 일 정	
13:30 ~14:00 (30분)	개회	**인사말씀** : 박주민, 서영교, 박균택, 이성윤 의원 **축사** : 황필규 변호사 (인권법학회 부회장)
14:00 ~14:30 (30분)	법안 논의경과 발표	**출입국관리법 개정안 논의 경과와 쟁점** : 이상현 변호사

14:30 ~16:30 (120분, 각 15분)	**지정 토론**	**좌장** : 이석태 전 헌법재판소 재판관 (1) 법무부 (이종철 외국인정책과장) (2) 법원행정처 (사법정책심의관실 김세연사무관) (3) 국가인권위원회 (박혜경 조사관) (4) 대한변호사협회 (난민이주외국인특위 이종찬 변호사) (5) 유엔난민기구 (이탁건 법무담당관) (6) 학계 (서울대 법학전문대학원 최계영 교수) (7) 시민사회 (이주구금대응네트워크 이한재 변호사) (8) 법무부 (유성오 이민조사과장)
16:30 ~17:00 (30분)	**질의응답 및 자유토론**	

목 차

법안 논의경과 발표

출입국관리법 개정안 논의 경과와 쟁점 : 이상현 변호사 ·····1

지정토론

(1) 법무부 (이종철 외국인정책과장) ·····44

(2) 법원행정처 (사법정책심의관실 김세연 사무관) ·····45

(3) 국가인권위원회 (박혜경 조사관) ·····49

(4) 대한변호사협회 (난민이주외국인특위 이종찬 변호사) ·····62

(5) 유엔난민기구 (이탁건 법무담당관) ·····76

(6) 학계 (서울대 법학전문대학원 최계영 교수) ·····100

(7) 시민사회 (이주구금대응네트워크 이한재 변호사) ·····106

(8) 법무부 (유성오 이민조사과장) ·····119

[발제]

출입국관리법 개정안
논의 경과와 쟁점

이상현 변호사

[발제문]

출입국관리법 개정안 논의 경과와 쟁점

이상현 변호사

1. 논의의 배경: 현행 외국인보호제도와 헌법재판소 위헌결정

가. 현행 외국인보호제도

- ❍ 현행 출입국관리법상의 ‘보호’란 출입국관리공무원이 강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 인치하고 수용하는 집행활동으로, 실질적으로는 ‘구금’을 의미함.
- ❍ 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 외국인을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 경우 송환할 수 있을 때까지 외국인보호시설에 보호할 수 있음. 이러한 보호는 외국인이 강제퇴거대상에 해당된다고 판단하여 강제퇴거명령을 하였으나 즉시 집행할 수 없는 경우에 강제퇴거명령의 집행을 확보하기 위한 것임.
- ❍ 현행 출입국관리법은 ‘송환할 수 있을 때까지’ 보호할 수 있다고 하여 법문상 보호기간의 제한을 두고 있지 않고, 대신 보호기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 하며, 승인을 받지 못하면 보호를 해제하여야 함. 힌편, 보호시설에 보호된 사람은 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있음.

나. 헌법재판소 위헌결정의 요지

❍ 헌법재판소는 2023. 3. 23. 강제퇴거명령을 받은 사람을 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 인치할 수 있도록 한 출입국관리법 제63조제1항은 과잉금지원칙과 적법절차원칙에 위배되어 피보호자의 신체의 자유를 침해한다고 결정함(이하 ‘위헌 결정’).[1)]

❍ 헌법재판소는 심판대상조항이 ① 보호기간의 상한을 두지 않은 점, ② 독립적·중립적 지위의 기관에 의해 보호 개시·연장 심사와 통제가 이루어지지 못하고 있는 점, ③ 보호명령에 대한 의견제출의 기회를 보장하지 않은 점이 헌법상 과잉금지원칙을 위반하여 피보호자의 신체의 자유를 침해하고 적법절차원칙에 위배된다고 판단하였음.

❍ 다만 헌법재판소는 단순위헌결정을 선고하게 되면 강제퇴거명령의 집행을 위한 보호의 근거규정이 사라지게 되어 강제퇴거명령을 받은 사람의 신병을 확보할 수 없게 되는 용인하기 어려운 법적 공백이 발생할 우려가 있으므로, 헌법불합치결정을 선고하되, 2025. 5. 31.을 시한으로 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하였음.

2. 법안 발의 현황과 심사 현황

❍ 기존 국회 발의 법안

□ 발의 법안 개요

- 17대 국회 이원영의원안
- 18대 국회 이춘석의원안
- 20대 국회 임종성의원안, 금태섭의원안, 박주민의원안
- 21대 국회 김형동의원안, 이인영의원안, 박주민의원안, 조응천의원안

□ 주요내용 비교 (1): 심사주체

- 법원이 보호의 개시 및 연장을 판단하는 법안으로는 이춘석의원안과 임종성의원안이 발의되었음.
- 행정기관이 보호의 개시를 판단하되, 법원이 보호의 연장을 판단하는 법안으로는 이원영의원안, 박주민의원안, 김형동의원안, 조응천의원안이 발의되었음.

---

1) 헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2020헌가1,2021헌가10(병합) 결정.

- 별도의 행정위원회를 구성하여 보호의 개시 또는 연장을 판단하는 법안은 발의된 바 없음.

□ 주요내용 비교 (2): 보호기간의 상한

- 100일(박주민의원안)
- 120일(이인영의원안)
- 6개월(이춘석의원안)
- 12개월(금태섭의원안)
- 18개월(김형동의원안, 조응천의원안)

❍ 22대 국회 법안 발의 및 심사 현황

□ 박주민의원안(제2204347호)

- 제출일자: 2024. 9. 26.
- 전체회의 상정: - (소위 직회부)
- 법안소위 심사: 2024. 11. 13.

□ 정부안(제2204587호)

- 제출일자: 2024. 10. 7.
- 전체회의 상정: 2024. 11. 4.
- 법안소위 심사: 2024. 11. 13.

□ 법안의 주요 내용과 쟁점에 대해서는 후술함

3. 법안의 주요 내용과 쟁점, 관계기관 등 의견

가. 구금기간의 상한 설정

(1) 적정한 구금의 (기본)상한기간

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 상한기간을 일률적으로 100일로 정함

- 보호기간 상한을 원칙적으로 20일로 하되, 40일의 범위에서 두 차례 연장할 수 있도록 하여 최대 100일까지 보호할 수 있도록 함

□ 정부안: 상한기간을 차등적으로 18개월(기본 상한기간) 또는 36개월(가중 상한기간)으로 정함

- 보호기간의 상한을 원칙적으로 10개월로 정하고, 예외적으로 18개월의 범위 내에서 추가 연장하여 최대 36개월까지 보호할 수 있도록 함

□ 쟁점 ①: 보호기간의 상한을 일률적으로 설정할 것인지, 아니면 차등적으로 설정할 것인지

□ 쟁점 ②: 보호의 상한기간(차등적으로 설정할 경우에는 기본 상한기간)을 어느 정도의 기간으로 정할 것인지

- 박주민의원안의 경우 100일, 정부안의 경우 18개월로 그 간극이 큼

❍ 위헌결정의 판시 내용 및 그 취지

□ 헌법재판소는 “강제퇴거명령의 집행을 목적으로 일시적·잠정적으로 강제퇴거대상자를 특정 장소에 수용하는 보호는 그 본질상 강제퇴거명령을 집행하는 데 필요한 합리적 기간 내에 수용할 때에만 그 정당성을 인정할 수 있다”며 “상당한 기간 내에 강제퇴거명령을 집행할 수 없는 경우에도 강제퇴거대상자를 장기간 또는 무기한 보호하는 것은 일시적·잠정적 강제조치로서의 한계를 벗어[난다]”고 판단하였음.

□ 또한 헌법재판소는 강제퇴거명령을 받은 사람을 구금할 때 기간의 상한을 두고 있는 국제적 기준과 외국 입법례를 아래와 같이 언급하면서, 이러한 입법례에 비추어 합리적인 보호기간의 상한을 정할 수 있다고 판단하였음.

- 유럽연합 송환지침: 6개월(예외적으로 12개월 연장)
- 프랑스: 최대 90일
- 독일: 6개월(예외적으로 12개월 연장)
- 대만: 100일
- 남아프리카공화국: 120일

□ 즉, 헌법재판소는 구금의 상한기간을 정할 때에 ① 일시적·잠정적 처분으로서의 본질에 부합하는 ‘합리적 기간 내’로 정할 것과 ② 원칙적으로 90일 내지 6개월(단, 예외적 12개월 연장)로 상한기간을 정한 해외 입례에 비추어 합리적인 보호기간을 정할 것을 요구하였다고 볼 수

있음.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 법무부

- 법무부는 정부안에 대해서 ‘보호기간 상한을 너무 낮게 설명하면 송환을 거부하는 사례가 급증하는 등 강제퇴거 제도가 형해화될 우려가 있고, 보호해제된 외국인의 도주, 범법행위 등으로 국민안전에 위해가 될 우려가 있으므로, 보호기간의 상한을 규정하고 있는 대다수 국가의 사례를 참고하여 정부안으로 보호기간 상한을 18개월로 하되, 국가안보 및 국민안전에 위해를 끼칠 가능성이 높은 중대범죄를 저지른 외국인의 경우에는 36개월로 보호기간 상한을 정한 것’이라는 입장임.[2)]

□ 법원행정처

- 법원행정처는 보호기간의 적정한 상한을 정하는 것은 기본적으로 국회에서 입법정책적으로 결정할 사항이라는 입장임. 다만, 정부안이 정한 보호기간의 상한이 헌법재판소 결정 취지를 반영하여 피보호자의 신체의 자유를 과도하게 침해하지 않는 범위 내에서 설정되었다고 볼 수 있는지, 유럽연합 송환지침 등 보호기간의 상한을 정한 다른 국가의 입법례와 비교하여 과도하다고 볼 여지는 없는지 등을 추가적으로 검토할 필요가 있다는 입장임.[3)]

□ 국회 법제사법위원회 전문의원실

- 국회 법제사법위원회 전문의원실은 구금기간의 상한을 정한 국가 중 18개월을 초과하여 정한 국가가 없고, 구금일수가 3개월 미만인 외국인은 전체의 90% 이상, 1년 이상 구금되는 외국인의 비율이 1%에 미치지 못하는 점 등을 감안하여 적정한 상한을 정할 필요가 있다는 입장임.[4)]

---

2) 국회 법제사법위원회, 2024. 11. 13.자 법안심사제1소위원회 법안심사자료(의사일정 제17항, 제36항), 6쪽.
3) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 7쪽.
4) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 10쪽.

□ 국가인권위원회

- 국가인권위원회는 외국인보호시설 실태조사에서 구금기간이 합리적으로 제한되어야 함을 지적하면서, 출입국관리공무원의 66.9%는 외국인 보호의 적정한 기간이 1개월 미만이 되어야 한다는 입장이라는 출입국관리공무원에 대한 설문조사 결과[5]를 보고하였음.[6]

□ 대한변호사협회

- 대한변호사협회는 정부안이 지나치게 장기로 보호기간을 정하고 있어 헌법재판소 위헌결정에 반할 여지가 농후하다며, 보호기간에 관한 정부안을 반대하는 입장임.[7]
- 대한변변호사협회 난민이주외국인특별위원회는 보호기간 상한을 전향적으로 축소하여야 한다며, 상한기간을 100일로 규정하고 있는 박주민 의원안의 예시를 제시하였음.[8]
- 정부안의 보호기간 상한이 지나치게 장기여서 위헌결정이 명시한 '필요적, 합리적 기간'에 관한 내용에 위배된다고 함. 3개월 이상 보호된 외국인의 90%는 객관적인 출국장애사유(민사소송, 형사재판, 체불임금, 산업재해, 여권 발급 불가자, 난민, 무국적가 등)가 있어 장기간 구금하는 것이 강제퇴거 집행에 도움이 되지 않기 때문임.[9]
- 또한 이주구금에 관한 국제 동향에 비추어 보더라도 지나치게 길다는 입장임. 예컨대, 유럽연합 송환지침은 구금기간이 6개월을 넘을 수 없다고 정하고 있음(단, 일부 예외적인 경우에는 최대 18개월).[10]

□ 시민사회

- 민주사회를 위한 변호사모임은 구금기간의 상한을 단기간으로 정할 필요가 있다는 입장임. 프랑스의 경우 90일, 대만의 경우 100일, 남아공의

---

5) 전체 175명의 출입국관리공무원을 대상으로 하여 적정한 보호기간을 질의한 설문조사에서, '1개월 미만'은 66.9%, '1~2개월'은 10.9%, '3~4개월'은 4.0%, '5개월 이상'은 0.6%, '조건이 충족될 때까지 무기한'은 17.7%로 각각 응답되었음.

6) 국가인권위원회, 미등록 외국인 단속 및 외국인 보호시설 실태조사 (2005), 99쪽, 263쪽,

7) 대한변호사협회, 출입국관리법 일부개정법률안(정부, 4587호)에 대한 검토의견, 2024. 11., 17쪽.

8) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 출입국관리법 일부개정법률안(정부 제출)에 대한 검토의견, 2014. 11. 15., 3쪽.

9) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 2쪽.

10) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 2-3쪽.

경우 120일, 벨기에의 경우 150일로 각각 구금기간의 상한을 정하고 있음을 언급하면서, 이러한 해외 입법례를 참고기준으로 제시하였음.[11)]

- 이주구금제도개선TF는 정부안의 보호기간 상한은 위헌 결정의 취지를 잠탈한다며, 보호기간의 상한이 100일 이하여야 한다는 입장임.[12)]

❍ 비교법 및 국제인권법 검토

□ 유럽연합 송환지침[13)]

[원문] Article 15 Detention 5. Detention shall be maintained for as long a period as the conditions laid down in paragraph 1 are fulfilled and it is necessary to ensure successful removal. Each Member State shall set a limited period of detention, which may not exceed six months. 6. Member States may not extend the period referred to in paragraph 5 except for a limited period not exceeding a further twelve months in accordance with national law in cases where regardless of all their reasonable efforts the removal operation is likely to last longer owing to: (a) a lack of cooperation by the third-country national concerned, or (b) delays in obtaining the necessary documentation from third countries.
[번역문] 제15조 구금 제5항. 구금은 제1항에 명시된 조건이 충족되고 성공적인 추방을 보장하는 데 필요한 기간 동안 유지되어야 합니다. 각 회원국은 6개월을 초과할 수 없는 제한된 구금 기간을 정해야 합니다. 제6항. 회원국은 제5항에 언급된 기간을 연장할 수 없습니다. 단, 모든 합리적인 노력에도 불구하고 추방 작업이 다음과 같은 이유로 더 오래 지속될 가능성이 있는 경우 국내법에 따라 12개월을 초과하지 않는 제한된 기간을 제외합니다. (a) 관련 제3국 국민의 협조 부족 또는 (b) 제3국에서 필요한 서류를 얻는 데 지연

- 송환지침은 두 단계로 구금기간을 설정함. 제15조 제5항은 강제퇴거를 위한 구금(pre-removal detention)이 원칙적으로 6개월 이내에 실행되어야 한다고 규정하고, 제15조 제6항은 예외적인 경우에 구금이 12개

11) 민주사회를 위한 변호사모임, 2024년 한국사회의 개혁과 입법과제, 585쪽.

12) 이주구금제도개선TF, 정부제출 출입국관리법 일부개정법률안(의안번호 2204587)의 심각한 문제에 대한 인권단체 입장, 2014. 12.

13) Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals

월 연장될 수 있다고 규정함. 제15조 제6항에서 제시한 구금이 12개월 연장될 수 있는 2가지 예외적인 경우는 ① 피구금자의 비협조로 강제퇴거절차가 장기화되는 경우 및 ② 송환될 국가(country of return)가 필요한 서류를 발급하는 것을 지연할 경우임. 단 이러한 연장도 국내법에 ① 구금의 연장에 대한 근거규정이 있고, ② 당국이 강제퇴거이행을 위한 합리적인 노력을 경주한 경우에만 가능함.[14)]

- 유럽의회조사처(European Parliamentary Research Service)가 2020년 발간한 유럽 송환지침에 대한 입법평가에 따르면 송환은 주로 구금 초기에 이루어지며 구금의 장기화가 송환의 효과성을 높인다는 증거가 없음. 1개월을 초과하는 구금은 송환률을 높이지 않는 것으로 나타남. 구금의 비용 또한 구금에 대한 대안에 비해 높음. 이는 구금의 장기화가 비용 대비 효과가 적음을 의미하기도 함.[15)]

□ 해외 각국의 구금 상한기간

- 해외 각국의 구금기간 상한은 최소 28일부터 최대 18개월까지 다양하게 분포하고 있음.
- OECD 국가의 구금 상한기간 평균은 8.2개월[16)]
- 한국의 경우와 유사하게, 무기한 구금 내지는 장기간의 구금에 대한 위헌결정이 내려져서 구금 상한기간을 정하게 된 나라로는 대만,[17)] 이스라엘,[18)] 남아프리카공화국[19)]이 있음. 대만은 100일,[20)] 이스라엘은 3개월, 남아크리카공화국은 120일[21)]로 각각 구금 상한기간을 정하였음. 특히 이스라엘 대법원은 20개월의 구금기간이 지나치게 길다며 위헌결정

14) 유럽연합 송환지침의 해석에 관하여서는 헌법재판소 헌법재판연구원(연구책임자 김선희), 유럽의 이주구금에 관한 연구 - 유럽인권재판소 판례를 중심으로 , 헌법재판소 헌법재판연구원, 2021, 62쪽 참조.

15) EPRS (2020). The Return Directive 2008/115/EC European Implementation Assessment. p.19, p.92

16) 상한기간이 없는 국가 및 상한기간이 확인되는 않는 국가를 제외한 28개국에 대한 기본 상항기간 평균값. 기간별 분포는 다음과 같음. 28일(1개국), 60일 또는 2개월(3개국), 84일(1개국), 90일 또는 3개월(6개국), 5개월(1개국), 6개월(6개국), 10개월(1개국), 12개월(2개국), 18개월(7개국).

17) 관련하여 대만 사법원은 “법이 이민서에게 합리적인 기간을 부여하면 이민서가 단기간에 외국인 송환하는 데에 오히려 유리하다”는 점을 명시하였음. 대만 사법원 결정 제710호(2013. 7. 5.) 참조.

18) HCJ 8665/14 Deste v. Knesset (2015).

19) LAWYERS FOR HUMAN RIGHTS v MINISTER OF HOME AFFAIRS AND OTHERS 2017 (5) SA 480 (CC).

20) 대만 입출국법 제38조.

21) Immigration Act of 2018.

을 내린 바 있다는 점을 주목할 필요가 있음.[22)]

- 차등적인 구금 상한기간을 정하고 있는 국가의 경우(특히 가중사유가 있는 경우 무기한의 구금을 규정하고 있는 경우), 대체로 기본 상한기간은 90일 내외의 단기로 정하고 있음.[23)]
- 미국 연방대법원은 재드바이다스 대 데이비스(Zadvydas v. Davis) 사건에서 법률이 정한 구금의 기본 상한기간인 90일의 퇴거기간 경과하였을 경우, 구금 가능한 합리적 기간이 6개월로 추정된다고 판단함.

❍ 소결

□ 법무부는 기본 상한기간 18개월, 가중 상한기간 36개월로 차등설정하는 것이 적절하다는 입장임.

□ 헌법재판소의 위헌결정과 법원행정처는 유럽연합 송환지침 등 보호기간의 상한을 정한 다른 국가의 입법례에 비추어 합리적인 보호기간의 상한을 정하여야 한다는 입장임.

- 유럽연합 송환지침은 기본 상한기간을 6개월로 정하고 있고, 다만 특정한 사유가 있는 경우 18개월의 가중된 상한기간이 적용됨. 따라서 헌법재판소의 위헌결정과 법원행정처의 입장에 따를 때, 18개월의 기본 상한기간은 다른 국가의 입법례에 비추어 본 합리적인 상한기간이라고 보기 어려움.

□ 대한변호사협회와 시민단체는 정부안의 보호기간 상한이 지나치게 길다며 반대하는 입장임. 100일의 상한기간을 적절한 상한기간으로 제시하고 있음.

□ 비교법적으로 보면, OECD 국가의 구금 상한기간 평균은 8.2개월이라는 점, 차등적인 구금 상한기간을 정하고 있는 국가의 경우 대체로 기본 상한기간은 90일 내외의 단기로 정하고 있다는 점이 기본 상한기간 설정에 감안될 필요가 있음. 또한 20개월 구금 상한기간에 대해서 위헌결정

22) HCJ 8665/14 Deste v. Knesset (2015).

23)

구분	기본기간	가중기간
미국	90일	무기한
노르웨이	84일	무기한
대만	100일	무기한

이 내려진 이스라엘의 사례도 참고할 필요가 있음.

(2) 가중된 상한기간으로 최대 36개월 구금의 적정성

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 관련 규정 없음.

□ 정부안: 특정한 사유가 있는 경우 36개월을 가중된 상한기간으로 정하고 있음.

□ 쟁점: 최대 36개월의 가중된 상한기간이 적정한 것인지

❍ 위헌결정의 판시 내용 및 그 취지(전술함)

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 법무부(전술함)

□ 법원행정처(전술함)

□ 국회 법제사법위원회 전문의원실

- 국회 법제사법위원회 전문의원실은 “구금기간은 상한이 없는 국가도 있으나 상한을 정한 국가 중 18개월 초과를 정한 국가는 없”다고 보고함.[24] 유럽연합 송환지침의 경우 18개월을 절대적 상한기간으로 규정하고 있긴하나 형법상 제재를 받는 외국인은 해당 지침을 적용하지 않도록 하는 점, 18개월 범위 내에서의 추가 연장은 외국인보호위원회의 계속 보호 승인을 받도록 규정하는 점 등을 종합적으로 고려하여 최대 36개월 구금의 타당성을 논의할 필요가 있다고 보았음.[25]

□ 대한변호사협회

- 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회는 정부안의 가중 상한기간(최대 36개월)이 지나치게 길다는 입장임. 이러한 기간은 관련 헌법재

24) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 49쪽.
25) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 10쪽.

판소 위헌결정에 위배되고, 18개월 또는 그 이하를 구금의 절대적 상한으로 정하고 있는 국제 동향에 비추어보더라도 지나치게 길다고 함. 예외적인 사유가 있는 경우 기본 상한기간 이상으로 추가 보호할 수 있도록 한 규정은 삭제를 고려할 필요가 있다고 함.[26)]

□ 시민사회

- 이주구금제도개선TF는 36개월의 가중된 상한기간은 위헌 결정의 취지를 잠탈한다는 입장임.[27)]

❍ 비교법 및 국제인권법 검토

□ 유럽인권재판소

- 유럽인권재판소는 영국 정부가 테러리스트로 의심되는 사람을 국가안보를 이유로 하여 기한없이 구금한 사례에 대해 유럽인권협약 제5조를 인용하며 이러한 구금은 자의적 구금에 해당하므로 인권침해 사실이 확인된다고 판단하였음.[28)]이는 국가 안보나 테러 우려 등의 사유가 있는 경우에도 구금기간의 상한이 엄격하게 준수되어야 한다는 취지로 이해할 수 있음.

□ 유럽연합 송환지침

- 유럽연합 송환지침에 따르면 밀입국자와 형사적 제재로서 범죄인 인도 절차 대상이거나 송환 대상인 자에 대해서는 송환지침상의 18개월 상한기간과 무관하게 국내법 규정을 둘 수 있음.[29)]
- 유럽사법재판소는 이러한 적용배제 규정이 유효하기 위해서는 회원국이 이를 국내법에 명시하여야 한다는 입장임.[30)] 그런데 유럽연합 소속

---

26) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 출입국관리법 일부개정법률안(정부 제출)에 대한 검토의견, 2014. 11. 15., 2쪽.

27) 이주구금제도개선TF, 전게서.

28) A and Others v United Kingdom, Application no.3455/05, Council of Europe: European Court of Human Rights, 19. 2. 2009.

29) 유럽연합 송환지침 제2조 제2항.

30) Madalina Moraru (with the help of Géraldine Renaudiere and under the supervision of Philippe DeBruycker), REDIAL Electronic Journal on Judicial Interaction and the EU Return Policy – Third Edition: Articles 15 to 18 of the Return Directive 2008/115, REDIAL RR 2017/01, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): European University Institute, 2017, pp. 28-30.

대다수의 국가는 이러한 사유가 있는 자에게 송환지침을 배제하는 국내법 규정을 두고 있지 않음.[31]

벨기에	송환지침 제2조 제2b)항에 따른 명시적 적용제외 규정 없음 단, 공공질서 또는 국가안보에 대한 위해를 이유로 한 강제송환(refoulement)을 규정한 외국인법 제20조 및 수형자 또는 미결구금 대상 외국인에 대해 법원에 의해 부과된 형기 완료 후 강제퇴거 목적 구금시설로의 이송을 규정한 외국인법 제74/8조는 실질적으로 송환지침 제2조 제2b)항을 입법하였다고 볼 수 있음
불가리아	송환지침 제2조 제2항을 국내법으로 입법하지 않았음
에스토니아	송환지침 제2조 제2항을 국내법으로 입법하지 않았음
핀란드	송환지침 제2조 제2항을 국내법으로 입법하지 않았음
프랑스	송환지침 제2조 제2항을 국내법으로 입법하지 않았음
독일	송환지침 제2조 제2항을 국내법으로 입법하지 않았음
헝가리	송환지침 제2조 제2항을 국내법으로 입법하지 않았음
이태리	송환지침 제2조 제2항을 국내법으로 입법하지 않았음
라트비아	이민법 제42조에 해당하는 경우 송환지침을 적용하지 않음 - 입국거부결정이 있는 경우 - 인접 국가로부터 불법 입국 후 국경지역에서 구금되었고 해당 인접국가가 해당 외국인의 재입국을 허용하겠다고 하는 경우 - 법원이 형사처벌의 일환으로 라트비아로부터의 추방을 선고한 경우 - 해당 외국인이 형사법 영역에서 국제적 공조에 따른 범죄인 인도 대상인 경우
리투아니아	송환지침 제2조 제2a)항을 국내법으로 입법하지 않았음
룩셈부르크	송환지침 제2조 제2b)항에 따른 적용제외: 범죄인 인도절차 중 강제퇴거할 수 없도록 규정(자유로운 이동과 이민에 관한 법률 제128조)
네덜란드	송환지침 제2조 제2b)항에 따른 적용제외: 범죄인 인도절차 진행 중인 외국인에 대해서만 적용제외
슬로바키아	송환지침 제2조 제2항을 국내법으로 입법하지 않았음
슬로베니아	송환지침 제2조 제2항을 국내법으로 입법하지 않았음
스웨덴	범죄로 인해 법원에 의해 추방되는 경우 자발적 귀국 기한 부여 제외(제8장 제18a조)

31) EMN, Ad-Hoc Query on the Return Directive (2008/115/EC) Article 2, paragraph 2 a) and 2 b), 2013.

노르웨이	송환지침 제2조 제2항을 국내법으로 입법하지 않았음

❍ 소결

□ 법무부는 가중 상한기간 36개월이 적절하다는 입장임.

□ 헌법재판소의 위헌결정과 법원행정처는 유럽연합 송환지침 등 보호기간의 상한을 정한 다른 국가의 입법례에 비추어 합리적인 보호기간의 상한을 정하여야 한다는 입장임.

- 유럽연합 송환지침은 가중된 상한기간을 18개월로 정하고 있음. 따라서 헌법재판소의 위헌결정과 법원행정처의 입장에 따를 때, 36개월의 가중된 상한기간은 다른 국가의 입법례에 비추어 본 합리적인 상한기간이라고 보기 어려움.

□ 대한변호사협회와 시민단체는 정부안의 보호기간 상한이 지나치게 길다며 반대하는 입장임.

□ 비교법적으로 보면, 국회 법제사법위원회 전문의원실이 보고한 바와 같이 18개월을 초과한 기간으로 보호기간의 상한을 정한 국가는 없음. 정부안이 정하고 있는 36개월의 가중 상한기간은 비교법적으로 이례적임.

□ 유럽연합 송환지침은 범죄인 인도 절차 대상인 자 등에 대해서 구금 상한기간 18개월의 예외를 두는 별도의 국내법 규정을 둘 수 있다고 규정하고 있으나, 실제로 18개월 이상의 구금을 허용하는 국내법 규정을 둔 유럽연합 회원국은 드문 편임.

(3) 구금기간 가중의 사유

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 관련 내용 없음

□ 정부안: ① 국가보안법, 테러방지법, 테러자금금지법에 따른 죄 또는 형법상 내란, 외환, 국교, 공안에 관한 죄를 범한 사람이나 그 밖에 공공질서나 국민의 안전을 해치는 범죄로서 살인, 상해, 강간, 추행, 강도 등 대통령령으로 정하는 범죄를 범하여 금고 이상의 형을 선고받은 사람일 것으로서, ② 송환에 협조하지 않는 등의 사유로 18개월이 지난 후에도

송환할 수 없는 사람에 대해서 구금기간을 36개월까지 연장할 수 있도록 함.

- 참고로, 관련 판결례에 따르면 ‘죄를 범한 사람(또는 죄를 범한 자)’의 범위는 광범위하게 해석될 가능성이 높음. 범죄은닉죄에 관한 판례에 따르면 ‘죄를 범한 자’에 범죄의 혐의에 의하여 수사 중인 자가 포함되고,[32] 니아가 죄를 범한 자라는 것을 인식하였다면 그 당시에는 아직 수사대상이 되어 있지 않았다고 하더라도 이에 해당한다고 함.[33] 출입국관리법 제46조 제1항 각호의 ‘죄를 범한 자’에 관한 하급심 판결은 기소유예 처분을 받은 자도 이에 포함된다고 판단하였음.[34]

□ 쟁점: 정부안이 규정하고 있는 구금기간 가중의 사유가 적정한지와 관련하여 ① 국가보안법 등 위반의 경우 유죄판결을 요구하고 있지 않아 행정당국에 의한 자의적인 법집행이 가능하지 않은지, ② ‘공공질서 등을 해하는 범죄’가 지나치게 추상적이지 않은지가 문제됨.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 대한변호사협회

- 대한변호사협회는 국가보안법 등에 따른 죄를 범한 한 사람에 대한 구금기간 가중 규정이 ‘법원의 유죄판결이 요구되지 않고, 선고유예, 공소기각 등 뿐만 아니라 기소유예 등 불기소처분, 경우에 따라서는 수사 중에 있기만 해도 출입국관리 당국의 판단만으로 긴 기간 동안 구금될 수 있다’며 반대하였음.[35]
- 공공질서를 해하는 범죄 등으로 금고 이상의 형을 선고받은 사람에 대한 구금기간 가중 규정도 지나치게 막연하고 추상적이어서 법무부 행정당국의 자의적인 법집행이 가능한 측면이 다분히 존재한다며 반대하였음.[36]

---

32) 대법원 1960. 2. 24. 선고 4292형상555 판결.
33) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003도4533 판결.
34) 서울고등법원 2022. 9. 28. 선고 2022누40149 판결, 서울행정법원 2021. 10. 27. 선고 2021구단50201 판결. 다만, 기소유예 처분을 받은 사실이 있음에도 구체적인 사실관계에 대한 검토 하에 ‘죄를 범한 자’에 해당하지 않는다고 판단한 판결례로, 서울행정법원 2016. 7. 7. 선고 2015구단52480 판결 참조.
35) 대한변호사협회, 위 의견서, 19쪽.
36) 대한변호사협회, 위 의견서, 19쪽.

- 또한 개정법에 따르면 법원에서 집행유예를 선고받는 경우에도 외국인 보호시설에 구금되어야 하는데, 이는 과거 군사정권 시설 보호감호제를 연상시키는 부분이라며 우려하였음. ‘일부 사례의 경우 형사상 범죄혐의 확정 전에 강제퇴거결정을 하고, 불구속수사 사유에 해당하는 경우에도 사실상 구속수사와 동일하게 장기간 보호소에서 인신의 자유를 제한한 상태에서 수사절차를 진행하는 방식으로 보호제도를 편법적으로 운영하는 경우가 있는바, 이는 제도의 취지를 남용한 탈법적인 구금에 해당한다’ 고 보았음.[37)]

□ 시민사회

- 난민인권네트워크는 ‘국가보안법 등 위반’의 경우 유죄판결을 요구하고 있지 않아 피의자가 된 것만으로도 가중 사유에 해당하는 문제가 있고, ‘공공질서 등을 해하는 범죄’의 경우 대상범죄가 법무부령에 위임되어 오남용의 가능성이 크다는 문제를 문제를 지적함.[38)]

❍ 비교법 및 국제인권법 검토

□ 유럽인권재판소

- 전술한 바와 같이 유럽인권재판소는 국가 안보나 테러 우려 등의 사유가 있는 경우에도 무기한 구금이 자의적 구금에 해당한다는 입장임.

□ 유럽연합 송환지침

- 전술한 바와 같이 유럽연합 송환지침에 따르면 밀입국자와 형사적 제재로서 범죄인 인도 절차 대상이거나 송환 대상인 자에 대해서는 송환지침상의 18개월 상한기간과 무관하게 국내법 규정을 둘 수 있으나, 실제로 18개월 이상의 구금을 허용하는 국내법 규정을 둔 유럽연합 회원국은 드문 편이며, 국내법 규정을 둔 경우에도 범죄인 인도 대상 등으로 그 범위를 좁게 정하고 있음.

□ 미국

37) 대한변호사협회, 위 의견서, 17쪽.
38) 난민인권네트워크, 출입국관리법 일부개정법률안에 대한 입법반대 의견서, 2024. 4.

- 연방대법원이 재드바이다스 대 데이비스(Zadvydas v. Davis) 사건에서 90일의 퇴거기간 경과 후 구금 가능한 합리적 기간이 6개월로 추정된다고 판단함. 다만, 이후 제정된 퇴거기간 후 구금 조항에 대한 연방규칙은 안보나 테러상의 이유로 구금된 경우 등 일정한 경우에는 강제퇴거 집행이 불가능하더라도 지속적으로 구금할 수 있다고 규정하고 있음.[39]

❍ 소결

□ 법무부는 정부안의 가중사유가 적절하다는 입장으로 추측됨.

□ 대한변호사협회와 시민사회는 '국가보안법 등 위반'의 경우 유죄판결을 요구하고 있지 않아 행정당국에 의한 자의적인 법집행이 가능하고, '공공질서 등을 해하는 범죄'가 지나치게 추상적이라는 반대입장임.

□ 비교법적으로는 가중된 구금상한을 두는 경우에도 그 대상을 범죄인 인도 대상, 안보나 테러상의 이유로 구금된 경우 등으로 범위를 좁게 정하고 있음.

나. 독립된 중립적 기관의 적법성 통제절차 마련

(1) 심사기관

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 법원(관할 지방법원 판사)이 보호의 연장, 이의신청 등을 심사함.

□ 정부안: 법무부 산하의 행정위원회인 외국인보호위원회가 보호의 연장, 이의신청 등을 심사함.

□ 쟁점: 보호의 연장단계에서 인신구속의 타당성을 어떤 기관이 심사할 것인지 문제됨.

- 헌법재판소는 '보호의 개시 또는 연장 단계에서 집행기관으로부터 독

39) 1.1.1. 헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2020헌가1, 2021헌가10(병합) 결정의 반대의견.

립된 중립적 기관에 의한 통제절차가 마련’ 되어 있어야 한다는 점을 지적함.

- 다만, 헌법재판소는 ‘보호의 개시나 연장 단계에서 인신구속의 타당성을 심사할 기관을 어떻게 구성할 것인지’에 있어서 입법자가 입법재량을 가진다고 보았음.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 법무부

- 보호 이의신청 심사 등 행정적 불복심사 기능까지 사법부에서 수행하도록 하는 것은 보호에 대한 집행정지신청이나 취소소송 등 현재 마련되어 있는 사법적 구제수단과 중복될 여지가 있고, 보호에 대한 심사는 전문성과 신속성이 요구되는 것이므로 다양한 분야의 전문가로 구성된 합의제 기관이 보호심사를 전담하여 수행하는 것이 적절하다는 입장임.[40)]

□ 법원행정처

- 기본적으로 국회에서 입법정책적으로 결정할 사항이라는 입장임.[41)]
- 다만 박주민의원안과 같이 지방법원 판사가 보호에 대한 최초 이의신청과 그 후의 모든 연장신청 사건을 심사하도록 하는 경우에 법원의 업무 부담이 대폭 증가할 것으로 예상된다며, 법원의 인적, 물적 자원 확보가 선결될 수 있는지에 대한 추가 검토가 필요하다고 함.[42)]

□ 헌법재판소

- 헌법재판소 2016. 4. 28. 2013헌바196 결정의 다수의견에 대한 보충의견(재판관 김창종, 재판관 안창호)은 현행 출입국관리법이 헌법에 위반되지 않는다고 보면서도, ’보호기간 연장에 대한 판단을 사법부가 심사하여 결정하도록 하는 입법정책을 택하는 것이 바람직’하다는 입장임.
- 헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2020헌가1, 2021헌가10(병합) 결정의 헌법

40) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 6쪽.
41) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 10쪽.
42) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 7쪽.

불합치의견에 대한 보충의견(재판관 이미선)은 보호되고 있는 상태 그 자체에 대한 적법 여부 심사를 법원에 청구할 수 있는 절차가 보장되어야 한다는 입장임. 이는 법원에 대한 인신구제청구가 인정되고 있는 현제도에서는 보호에 대한 이의신청을 법원이 심사하여야 한다는 입장으로 이해할 수 있음.

□ 국가인권위원회

- 국가인권위원회는 '보호 등의 조치는 외국인들에 대한 신체의 자유를 침해하는 조치이기 때문에 영장주의 도입과 같은 실질적 통제장치가 필요하다'거나 '출입국관리법상의 외국인 보호 업무가 인신의 자유에 대한 중대한 제한을 내용으로 하고 있어 그 본질은 형사사법절차상의 인치, 구금과 유사하므로 인신관련 행정작용의 근거와 절차를 형사사법절차에 준하여 마련함이 바람직하다'는 의견을 표명한 바 있음.[43)]
- 이처럼 형사사법절차에 준하거나 영장주의를 도입하는 절차를 요구한 것은 법원에 의한 사법적인 통제를 의미한 것으로 볼 수 있음.

□ 국회 법제사법위원회 전문위원실

- 국회 법제사법위원회 전문위원실은 '독립적, 중립적 지위의 기관에 의해 보호 개시, 연장 심사와 통제가 이루어질 필요가 있다는 헌법재판소 결정의 취지, 2020년 이후 일평균 보호인원이 1,000명 이상으로 법원이 담당할 경우 업무부담 가중 우려, 보호 결정의 통제기관이 준사법적 행정기관인 해외사례(미국 등)도 존재하는 점을 고려' 하여 심사기관을 정해야 한다는 입장임.[44)]

□ 대한변호사협회

- 대한변호사협회는 외국인보호위원회가 법무부 직속 기구이고 사무국 역시 법무부 출입국공무원들이 운영할 것으로 보이는바, 그 독립성에서는 한계를 가질 수밖에 없는 구조라고 보았음. 이런 구조가 독립적이고 독자적인 사안 검토와 결정을 내리기 어렵다는 점은 현재도 운영되

43) 국가인권위원회 2007. 12. 6.자 결정, '출입국관리법 일부개정법률안'에 대한 의견표명.
44) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 4-5쪽.

고 있는 외국인 장기보호 심의위원회나 난민위원회를 보면 알 수 있다고 함. 외국인 장기보호 심의위원회는 법무부 산하 위원회로 외부 위원들이 참여하는 형태로 운영되고 있는데, 연간 2명만이 보호가 해제되고 있을 뿐이고, 난민위원회도 독립성, 중립성이 충분히 확보되지 못하고 있다는 지적이 강하다고 함.[45)]

- 또한 외국인보호위원회의 심사는 '집행기관으로부터 독립된 중립적 기관에 의한 통제절차'를 주문한 헌법재판소 결정에 배치될 가능성이 농후하다는 입장임. 결국, 헌법재판소의 위헌결정 취지에 제대로 따르기 위해서는 관할 지방법원에서 연장 심사를 하거나, 국무총리 산하의 독립적인 제3의 위원회를 신설하여 보호의 개시 및 연장심사를 함이 상당하며, 법무부 산하 위원회에서 심사를 하는 것은 아무리 외부위원을 위촉한다 하더라도 독립성이나 중립성을 확보하기란 다분히 한계가 있다는 입장임.[46)]

□ 학계

- 관련 문헌에 따르면, 이 쟁점에 관한 입장은 사법기관에 의한 통제를 지지하는 입장과 준사법기관에 의한 통제를 지지하는 입장으로 나뉨.[47)] 전자를 지지하는 학계의 입장으로 이준일,[48)] 공진성,[49)] 성중탁,[50)] 김하열[51)]의 견해가 소개됨. 후자를 지지하는 입장으로는 법무부[52)]의 입장이 소개됨.
- 사법기관에 의한 통제를 지지하는 학계의 입장이 주류적이고, 사법기관의 통제 대신 준사법기관의 통제를 명시적으로 지지하는 학계의 입장은 확인되지 않는 것으로 보임.

---

45) 대한변호사협회, 위 의견서, 23-24쪽.
46) 대한변호사협회, 위 의견서, 24쪽.
47) 최계영, "적법절차원칙에 비추어 본 외국인보호제도의 문제점과 개선방안", 외국인보호시설 내 인권침해현황과 개선방안 토론회(2021. 12. 30. 발표), 52-53쪽.
48) 이준일, "강제퇴거 대상자에 대한 보호제도의 위헌성 - 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정에 대한 평석 - ", 세계헌법연구 제25권 제2호, 2019, 60쪽.
49) 공진성, "출입국관리법상 '보호'와 외국인의 신체의 자유", 법과 정책연구 제20집 제4호, 2020, 291쪽.
50) 성중탁, "출입국관리법상 외국인 보호명령 및 강제퇴거 규정의 문제점과 개선방안", 행정판례연구 제22권 제2호, 2017, 419쪽.
51) 김하열, "출입국관리와 외국인의 신체의 자유", 저스티스 제174호, 2019, 29-32쪽.
52) 국가인권위원회 2018. 7. 26.자 결정 「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 의견표명, 8쪽.

❍ 비교법 및 국제인권법 검토

□ 해외 사례

- 준사법기관이 심사를 하는 미국, 캐나다, 영국을 제외한 다수의 국가는 법원이 심사를 하고 있음.[53]

□ 유엔 자유권규약위원회

- 자유를 박탈당한 사람은 누구든지 법원이 자유 박탈의 합법성을 지체 없이 결정하고, 억류가 합법적이 아닌 경우에는 석방을 명령할 수 있도록 하기 위하여 법원에 절차를 취할 권리를 가짐.[54] 특히 행정구금에 대해서는 신속하고 정기적인 사법심사 내지 사법부와 동일한 정도의 독립성과 공정성을 갖춘 기관에 의한 심사가 이루어져야 함.[55]
- 유엔 자유권규약위원회는 Torres v. Finland 사건[56]에 대한 논평을 통해 핀란드 내무부가 구금의 적법성 심사와 보호 여부를 심의 및 결정하는 것은 자유권규약 제9조를 위반한 것이라고 판단하였음. 핀란드는 이 사건 이후 관련법을 개정하여 심사기관을 내무부에서 법원으로 바꾸었음.

❍ 소결

□ 법무부는 심사기관으로 외국인보호위원회가 적절하다는 입장이고, 법원행정처는 법원이 심사할 경우 업무부담 증가가 예상된다며 법원의 인적, 물적 자원 확보가 선결될 수 있는지에 대한 검토가 필요하다는 입장임.

□ 국회 법제사법위원회 전문의원실은 법원의 업무부담 가중 우려의 근거로 일평균 보호인원이 1,000명 이상이라는 점을 들었음.

- 그러나 실제로 일정 기간이 경과한 후에 연장심사를 받게 될 외국인의 수는 이와 크게 차이가 있음. 법무부 통계에 따르면, 정부안과 같이 구

53) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 6쪽.
54) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조 제4항.
55) 유엔 자유권규약위원회, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 일반논평 제35호: 제9조 신체의 안전과 자유 (International Covenant on Civil and Political Rights General Comment No. 35: Article 9 – Liberty and security of person), 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, paras 15, 18.
56) Torres v. Finland, CCPR/C/38/D/291/1998, UN Human Rights Committee, 5 April 1990.

금 3개월 이후에 첫 심사를 받게 될 경우 연간 심사대상은 139명에 불과함(2019년 기준).[57] 박주민의원안과 같이 구금 20일 이후에 첫 심사를 받게 된다고 하더라도 연간 심사대상은 약 1,300건에 불과함. 이는 인신보호 사건의 연간 심사건수(1,165건, 2023년 사법연감 기준)와 유사함.

- □ 헌법재판소는 지난 결정들에서 법원에 의한 보호의 적법성 심사가 필요하다는 의견들을 개진한 바 있음. 특히 현행 제도가 합헌이라는 의견이면서도 보호기간 연장에 대한 판단은 사법부가 심사하는 것이 입법정책적으로 바람직하다는 보충의견은 주목할 필요가 있음.
- □ 국가인권위원회는 보호조치에 영장주의 도입과 같은 형사사법절차에 준한 통제절차가 마련이 바람직하다는 입장임.
- □ 대한변호사협회는 외국인보호위원회의 독립성과 중립성이 확보될 수 없고 위헌결정의 취지에 배치된다며 정부안에 반대하는 입장임.
- □ 학계는 사법기관에 의한 통제를 지지하는 입장이 주류적임. 준사법기관에 의한 통제방안을 다른 이민행정에 대한 통제에 대한 연결선상에서 연구한 사례는 없으나, 명시적으로 사법기관의 통제 대신 준사법기관에 의한 통제를 지지하는 입장은 확인되지 않음.
- □ 비교법적으로 미국, 캐나다, 영국을 제외한 다수의 국가는 법원이 심사하고 있음. 유엔은 사법심사 내지 사법부와 동일한 정도의 독립성과 공정성을 갖춘 기관의 심사를 요구함.

(2) 외국인보호위원회의 소속

❍ 법안 내용 및 쟁점

- □ 박주민의원안: 관련 규정 없음.
- □ 정부안: 외국인보호위원회를 법무부 산하에 두도록 규정하고 있음.
- □ 쟁점: (외국인보호위원회가 심사기관이 될 경우) 외국인보호위원회를 법무부 산하에 설치하는 것이 적절한지

57) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 3쪽.

❍ 위헌결정의 판시 내용 및 그 취지

□ 헌법재판소는 ‘[현행제도의 경우] 보호결정기관과 그 집행기관이 형식적으로는 분리되어 있으나, 독립된 제3의 기관이 아니라 동일한 집행기관 내부의 기관이므로 실질적으로 보호결정기관과 그 집행기관이 분리되어 있다고 볼 수 없’고 ‘법무부장관은 보호명령을 발령, 집행하는 행정청의 관리감독청에 불과하여 이를 두고 외부의 중립적, 객관적 기관에 의한 심사가 이루어진다고 보기 어렵다’고 판시하였음.

- 이는 보호의 (연장)결정 기관이 ① 독립된 제3의 기관이고, ② 동일한 집행기관 내부의 기관이 아니어야 하며, ③ (보호명령을 발령, 집행하는 행정청인 법무부로부터) 외부의 중립적, 객관적 기관이어야 한다는 것으로 이해할 수 있음.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 법무부

- 국무총리실 산하에 외국인보호위원회를 설치하는 것은 아직 검토된 바 없다는 입장임.

□ 법원행정처

- 법원행정처는 정부안에 대해서, 헌법재판소가 위헌결정에서 지적한 바와 같이 법무부장관은 강제퇴거대상자에 대한 보호를 집행하는 기관인 출입국관리공무원에 대한 관리감독청에 불과하므로 외국인보호위원회가 법무부에 속하도록 하는 것이 헌법재판소의 결정 취지를 반영하였다고 볼 수 있는지에 대하여 추가적임 검토가 필요하다는 입장임.[58)]

□ 국회 법제사법위원회 전문위원실

- 이에 관한 명시적인 의견은 없으니, 합의제 행정위원회 설치의 적정성과 관련하여서는 독립적, 중립적 지위의 기관에 의해 보호 개시, 연장 심사와 통제가 이루어질 필요가 있다는 헌법재판소 결정의 취지, 보호결정의 통제기관이 준사법적 행정기관인 해외사례(미국, 캐나다)를 고

58) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 10쪽.

려하여야 한다는 입장임.[59]

□ 대한변호사협회

- 대한변호사협회는 전술한 바와 같이 기본적으로 외국인보호위원회의 심사 자체를 반대하는 입장임. 나아가, 외국인보호위원회가 법무부 산하에 설치되는 것에 반대함. 법무부 산하의 기구는 사무국이 법무부 출입국공무원들에 의해 운영되는 등 독립성, 중립성이 확보될 수 없기 때문임.[60]
- 헌법재판소의 위헌결정 취지에 제대로 따르기 위해서는 외국인보호위원회를 설치하더라도 국무총리 산하의 독립적인 제3의 위원회를 신설하여 보호의 개시 및 연장심사를 함이 상당하다는 입장임. 법무부 산하 위원회에서 심사를 하는 것은 아무리 외부위원을 위촉한다 하더라도 독립성이나 중립성을 확보하기란 다분히 한계가 있음.[61]
- 법무부 산하의 외국인보호위원회는 중앙행정기관에 대한 심판을 담당하는 중앙행정심판위원회나 조세심판원이 국무총리 산하인 것 대비 조직의 독립성 보장과 거리가 있음.[62]

❍ 비교법 및 국제인권법 검토

□ 캐나다

- 캐나다는 행정기관인 '국경관리청'(Canada Border Services Agency)으로부터 독립된 이민난민위원회(The Immigration and Refugee Board of Canada)가 이주구금에 대한 심사를 함. 이민난민위원회는 캐나다 최대의 독립 행정심판원(independent administrative tribunal)으로서 의회 산하 기관임. 그 결정에 대해 캐나다 이민항소국(Immigration Appeal Division)에 대한 항소가 가능하고 대안적 분쟁 해결절차(Alternative Dispure Resolution)가 존재하는 등 준사법절차로서의 특성을 가지고 있음.[63]

---

59) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 4-5쪽.
60) 대한변호사협회, 위 의견서, 23-24쪽.
61) 대한변호사협회, 위 의견서, 24쪽.
62) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 5쪽.
63) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 6쪽.

□ 미국

- 이민판사(Immigration Judge)가 이주구금에 대한 심사를 담당함. 이민판사는 법무부 산하 이민심사사무국(Executive Officer of Immigration Review)에 소속되어 있음.[64] 그런데 미국의 경우 한국과 달리 이주구금의 집행기관이 법무부(Department of Justice)가 아닌 국토안보부(Department of Homeland Security) 산하의 이민관세집행국(Immigration and Customs Enforcement)이어서, 집행기관과 심사기관은 분리, 독립되어 있음.

□ 영국

- 영국의 경우 행정청인 내무부(Home Office) 산하 비자이민국의 구금결정에 대해서 행정심판을 통해 심사를 하는 방식으로 적법성 통제가 이루어지고 있음. 이때의 심사는 제1심행정심판소(First-tier Trubunal)와 상급행정심판소(Upper Tribunal)에서 담당함.[65]
- 이 기관들은 명칭(‘tribunal’)[66]에서부터 드러나듯이 한국의 준사법적 행정기관(중앙행정심판위원회, 조세심판원, 특허심판원 등)보다 법원에 가까운 성격의 기관임.[67] 독립성과 중립성의 정도가 높으며, 법원의 사실심을 대체하는 기능을 수행함.[68]

□ 유럽연합

- 유럽인권협약 제5조 제4항은 ‘체포 또는 구금에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 누구든지 법원이 그의 구금의 합법성을 지체없이 결정하고, 그의 구금이 합법적이 아닌 경우에는 석방이 명령되도록 법원에 절차를 취할 권리를 가진다’고 규정하고 있음.
- 위 규정의 해석에 있어서 유럽인권재판소는 ‘[유럽인권협약 제5조 제

64) 최계영, 전게서, 57쪽.
65) 최계영, 전게서, 54쪽.
66) 영국의 tribunal에 대한 번역어는 통일되어 있지 않음. 최근 법원은 ‘외국 법원 및 사법관련 국제기구 번역 가이드라인’에서 tribunal이 조세, 고용, 이민, 난민 등 특정 유형의 사건을 전담처리하는 재판부에 해당한다며, 그 역어로 ‘전문재판부’를 제안한 바 있음.
67) 최계영, 전게서, 60쪽.
68) 최계영, 전게서, 60쪽.

4항이 요구하는] 법원은 반드시 통상의 법원조직에 포함된 전통적 의미의 법원일 필요는 없지만, 사법적 성격(judicial character)을 가진 기관이어야 하고, 다시 말해 절차적 보장책을 제공하는 기관이어야 한다. 따라서, 행정부 및 사건 당사자로부터 독립된 기관이어야 한다.' 고 판단하였음.[69]

❍ 소결

- □ 헌법재판소 위헌결정은 보호의 (연장)결정 기관이 ① 독립된 제3의 기관이고, ② 동일한 집행기관 내부의 기관이 아니어야 하며, ③ (보호명령을 발령, 집행하는 행정청인 법무부로부터) 외부의 중립적, 객관적 기관일 것을 요구함.
- □ 법무부는 국무총리실 산하에 외국인보호위원회를 설치하는 것은 아직 검토된 바 없다는 입장임.
- □ 법원행정처는 외국인보호위원회가 법무부에 속하도록 하는 것이 헌법재판소의 결정 취지를 반영하였다고 볼 수 있는지에 대하여 추가적임 검토가 필요하다는 입장임. 이는 법무부 산하의 위원회는 위헌결정의 취지에 반할 수 있다는 우려의 입장으로 이해할 수 있음.
- □ 국회 법제사법위원회 전문의원실은 준사법적 행정기관이 심사를 하는 해외사례(미국, 캐나다)를 고려하여야 한다는 입장임. 캐나다와 미국은 집행기관과 분리되어 있는 독립된 기관이 심사를 담당하므로(캐나다는 행정부로부터 독립된 기관, 미국은 집행기관인 국토안보부로부터 독립된 기관), 법무부 산하의 위원회는 이러한 취지에 부합하지 않음. 유럽연합도 구금적법성 판단기관이 '반드시 법원일 필요는 없지만 행정부로부터 독립된 기관일 것' 을 요구하고 있음.
- □ 대한변호사협회는 법무부 산하 위원회에 반대하는 입장임. 대안으로, 중앙행정심판위원회나 조세심판원과 같이 국무총리 산하의 위원회를 설치하는 것을 제안함.

(3) 외국인보호위원의 구성 및 외부위원의 수

69) Benjamin and Wilson v. the United Kingdom, paras 33-34; Khlaifia v. Italy, para 128.

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 관련 규정 없음.

□ 정부안: 외국인보호위원회를 9인의 위원(위원장 1인)으로 구성하고, 위원장은 법무부장관 제청으로 대통령이 임명하며, 외부위원과 상임위원의 수를 대통령령으로 위임하고 있음.

□ 쟁점: ① 위원 중 외부위원의 수, ② 법무부 소속 공무원(특히 출입국관리공무원)이 위원이 될 수 있는지 여부, ③ 상임위원 중 외부위원의 수가 쟁점이 됨.

❍ 위헌결정의 판시사항 및 취지

□ 헌법재판소는 “적법절차원칙상 보호의 개시 또는 연장 단계에서 그 집행기관인 출입국관리공무원으로부터 독립되고 중립적인 지위에 있는 기관이 보호의 타당성을 심사하여 이를 통제할 수 있어야 한다”라고 판시하였음.

- 이는 보호의 (연장)결정 기관에서 출입국관리공무원이 배제되어야 함을 의미한다고 이해할 수 있음.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 법원행정처

- 법원행정처는 정부안에 대해서, 외국인보호위원회 위원의 독립성, 중립성을 보장할 수 있도록 외부위원의 수 등을 법률에서 정하지 않은 채 그 수를 정하는 권한을 대통령령에 위임하는 것이 헌법재판소의 결정 취지를 반영하였다고 볼 수 있는지에 대하여 추가적인 검토가 필요하다는 입장임.[70]

□ 국회 법제사법위원회 전문위원실

- 국회 법제사법위원회 전문위원실은 외부위원의 수는 위원회의 독립성과 연결되는 사항이므로 외부위원 수를 과반 이상으로 하한을 정하고

70) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 10쪽.

대통령령에 위임하는 방식이 적절하다는 입장임. 또한 상임위원 중 외부위원의 수를 별도로 명시할 것인지 논의가 필요하다고 보았음.[71]

□ 대한변호사협회

- 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회는 정부안이 법무부 소속 공무원을 위원으로 예정하고 있어[72] 인적 구성에서도 법무부와 구분되지 않는다며, 이는 '적어도 출입국관리공무원이 아닌 객관적, 중립적 지위에 있는 자가 그 인신구속의 타당성을 심사할 수 있는 장치가 있어야 한다'고 명시적으로 지적한 헌법재판소 결정 취지에 어긋난다는 입장임.[73]

❍ 소결

□ 헌법재판소 위헌결정은 '집행기관인 출입국관리공무원으로부터 독립되고 중립적인 지위에 있는 기관'의 심사를 요구하고 있음. 이는 보호의 (연장)결정 기관에서 출입국관리공무원이 배제되어야 함을 의미한다고 이해할 수 있음.

□ 법원행정처와 국회 법제사법위원회 전문의원실은 외부위원의 수를 법률에서 정할 필요가 있다는 입장임. 나아가, 국회 법제사법위원회 전문의원실은 상임위원 중 외부위원의 수에 대해서도 논의가 필요하다는 입장임.

□ 대한변호사협회는 정부안이 법무부 소속 공무원을 외국인보호위원회의 위원으로 예정하고 있어 인적 구성에서 법무부로부터 독립되지 않았다며, 법무부 소속 공무원이 위원에서 배제되어야 한다는 입장임.

(4) 외국인보호위원회 사무국의 구성

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 관련 규정 없음.

---

71) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 9-10쪽.
72) 법안 문언상 법무부 소속이 아닌 외부위원 수를 대통령령으로 위임하고 있어, 해석상 외부위원이 아닌 위원은 법무부 소속 공무원으로 예정되어 있음.
73) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 5쪽.

□ 정부안: 외국인보호위원회에 사무국을 두고, 사무국에 외국인보호 조사관을 두도록 규정하고 있음. 외국인보호 조사관은 외국인보호 업무에 관한 경험과 지식이 풍부한 사람 중에서 임명하되, 그 자격에 관한 구체적인 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있음. 출입국관리공무원을 사무국에서 배제하는 규정은 두고 있지 않음.

□ 쟁점: 외국인보호위원회 사무국에서 법무부 소속 공무원(또는 출입국관리공무원)이 배제되어야 하는지

❍ 위헌결정의 판시사항 및 취지

□ 헌법재판소는 “적법절차원칙상 보호의 개시 또는 연장 단계에서 그 집행기관인 출입국관리공무원으로부터 독립되고 중립적인 지위에 있는 기관이 보호의 타당성을 심사하여 이를 통제할 수 있어야 한다”라고 판시하였음.

- 이는 보호의 (연장)결정 기관에서 출입국관리공무원이 배제되어야 함을 의미한다고 이해할 수 있음.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 시민단체

- 외국인보호위원은 물론이고 사무국에서도 출입국관리공무원이 배제되어야 한다는 입장임. 외국인보호조사관의 자격과 관련하여 출입국관리공무원이 아닐 것이 규정되어야 한다는 입장임.[74]

❍ 소결

□ 위헌결정의 취지를 고려하였을 때, 법무부 산하 외국인보호위원회의 사무국에 출입국관리공무원이 포함되는 것이 문제될 수 있음.

- 법무부 산하에 외국인보호위원회를 설치할 경우, 사무국을 법무부 인권국 산하에 설치하고 사무국에서 출입국관리공무원은 배제하는 방안이 고려될 수 있다고 사료됨.

74) 이주구금제도개선TF, 외국인보호제도 개정법률안 설명자료, 2024. 11., 8쪽.

(5) 보호해제시 부과 조건의 판단주체

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 보호해제의 판단주체와 보호해제시 부과 조건의 판단주체를 동일하게(관할 지방법원 판사) 규정하고 있음.

□ 정부안: 보호해제의 판단주체는 외국인보호위원회로, 보호해제시 부과 조건의 판단주체는 지방출입국외국인관서의 장으로 이원화해서 규정하고 있음.

□ 쟁점: 보호해제의 판단주체와 보호해제시 부과 조건의 판단주체가 동일하게 정하는 것이 타당한지, 아니면 이를 이원화하는 것이 타당한지

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 시민단체

- 보호 해제 조건은 보호 해제 결정과 함께 판단되어야 한다는 입장임. 만약 두 판단기관이 분리된다면, 보호해제 판단주체로서는 보호해제 판단을 내리기 어렵고, 행정청의 재량에 종속되는 결과를 낳을 수 있다고 함.[75]

❍ 소결

□ 보호해제의 판단주체와 보호해제시 부과 조건의 판단주체를 다르게 정하는 것은 보호해제의 취지와 다르게 조건이 부과될 우려, 보호해제 판단주체로서는 부과 조건이 정해지지 않은 상황에서 먼저 보호해제를 결정하기에 부담이 따라 보호에 대한 적법성 통제에 소극적일 수 있다는 우려가 있음.

다. 실효성 있는 심사절차의 마련

(1) 구금 적법성 심사의 요건

75) 이주구금제도개선TF, 위 설명자료, 7쪽.

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: ① 도주의 우려가 있을 것, ② 다른 수단으로 그 목적을 달성할 수 없을 것을 구금의 요건으로 규정함. 그 외에 ③ 강제퇴거명령을 받은 사람의 송환가능성, ④ 강제퇴거명령을 받은 사람 또는 그 가족이 보호로 인하여 입게 될 불이익의 정도를 보호 여부의 고려사항으로 규정함.

□ 정부안: 요건에 관한 규정 없음.

□ 쟁점: 구금 적법성 심사의 요건을 법률에 규정할 것인지, 규정한다면 어떠한 내용을 요건으로 정할 것인지가 문제됨.

❍ 관련 위헌결정의 판시

□ 헌법재판소는 ‘연장 불승인 비율은 2017년 4.9%, 2018년 6.7%, 2019년 6.4%, 2020년 4.0%, 2021년 9.4%로 최근 5년간 불승인율이 평균 6.28%에 그치는 점에 비추어 볼 때, 연장승인제도의 실효성에 의문을 제기하지 아니할 수 없다’고 판시하였음.

- 이와 같은 통계와 위헌결정의 판시에 비추어 볼 때, 구금 연장심사의 구체적이 요건을 정하지 않는다면, 현행제도와 같이 적법성 통제에 실효성이 없을 우려가 있음.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 헌법재판소

- 헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2020헌가1, 2021헌가10(병합) 결정은 “피보호자는 보호명령절차에서 보호의 필요성이나 도주 우려 등에 대한 의견을 진술할 수 있어야 [한다]”라거나, “[강제퇴거대상자] 모두를 잠재적 도주자 내지는 잠재적 범죄자로 보아 기간의 제한 없이 보호하는 것은 과도한 조치”라거나, “실무상 강제퇴거명령이 발령되면 보호의 필요성이나 도주 우려 등 보호명령 자체에 대한 특별한 심사 없이 강제퇴거명령과 동시에 또는 연이어 보호명령을 발령하는 경우가 대부분이며, [...] 그러나 강제퇴거명령을 받은 자라고 하여 항상 도주의 가능성이 있다고 간주할 수 없으므로 보호의 필요성에 대한 별도의 판

단이 필요하[다]" 라고 설시하였음. 이는 '도주의 우려'를 보호명령이 적법성을 확보하기 위한 요건으로 보고 있음을 보여줌.

- 또한 헌법재판소는 같은 사건에서 "강제퇴거명령의 집행 확보는 심판대상조항에 의한 보호 외에 다양한 수단(주: 주거지 제한이나 정기보고 등)으로도 가능하다" 라거나, "심판대상조항은 다른 국가로부터 입국이 거부되어 송환이 불가능한 경우에도 송환이 가능할 때까지 기간의 제한 없이 계속해서 보호할 수 있도록 한다. 이처럼 상당한 기간 내에 강제퇴거명령을 집행할 수 없는 경우에도 강제퇴거대상자를 장기간 또는 무기한 보호하는 것은 일시적·잠정적 강제조치로서의 한계를 벗어나 피보호자의 신체의 자유를 중대하게 제한하는 것이다." 라고 설시하였음. 이는 '구금의 최후수단성(비구금적 대안의 유무)'을 보호명령이 적법성을 확보하기 위한 요건으로 보고 있음을 보여줌.

□ 대한변호사협회

- 대한변호사협회는 '송환할 수 없음이 명백하게 된 때에는 반드시 보호를 해제하여야 한다' 며, '3개월 내에 송환이 불가능한 경우' 에 구금을 할 수 없도록 규정하고 있는 독일의 사례[76]를 송환할 수 없음의 기준으로 제시함.[77] 이는 '3개월 내에 송환이 가능할 것' 을 구금이 적법하기 위한 요건으로 제시한 것으로 볼 수 있음.
- 또한 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회는 심사의 요건과 기준을 개정안에서 정하여야 한다는 입장임. 출입국관리법상 보호명령제도가 본질상 인신구속이며, 적법절차원칙상 인신구속 심사에 있어 그 기준과 요건에 관하여 법률의 명시가 필요하다고 함. 그렇지 않으면 자의적 심사의 우려가 높고 심사결과에 대한 예측가능성도 떨어진다고 함.[78]
- 심사요건의 예시로 ▲ 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없을 것, ▲ 도주의 우려가 있을 것, ▲ 다른 수단으로 그 목적을 달성할 수 없다고 인정될 것을 제시함.[79]

---

76) 이계수, 외국인보호제도에 관한 간단한 논평, 2005. 대한변호사협회, 위 의견서, 22쪽에서 재인용.
77) 대한변호사협회, 위 의견서, 22쪽.
78) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 4쪽.
79) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 4쪽.

❍ 비교법 및 국제인권법 검토

□ 유엔 자유권규약위원회

- 유엔 자유권규약위원회 일반논평 제9호에 따르면 합리성과 필요성, 비례성이 결여된 구금은 자의적 구금에 해당함. 구체적으로 유엔 자유권규약위원회는 ① 구금은 최후의 수단으로만 사용되어야 하며, 언제나 비구금적 대안을 우선해야 한다는 점, ② 피구금자의 구체적인 상황을 고려한 개별적 심사에 따라 필요성과 비례성이 심사되어야 한다는 점, ③ 구금의 필요성은 엄격한 요건 하에서 인정되어야 한다는 점을 강조하고 있음.[80]
- 또한 유엔 자유권규약위원회는 '불법 입국, 미등록 체류의 사실만으로는 구금의 필요성이 충족됐다고 볼 수 없다'며 '도주 가능성이 명백하거나 국가 기능에 비협조적인 것이 명백한 경우에만 구금의 합리성과 필요성을 인정할 수 있다'고 판단한 바 있음.[81]
- 즉, 유엔 자유권규약위원회는 구금의 최후수단성(비구금적 대안의 유무), 합리성과 필요성(도주의 우려 고려), 비례성(구금으로 인한 불이익 고려)을 구금의 적법성 요건으로 요구하고 있음.

□ 유엔난민기구

- 유엔난민기구의 '구금에 관한 지침'[82]은 구금 결정은 합법적인 목적과 더불어 구금의 필요성에 대한 세부적, 개별적 평가를 기반으로 해야 하며, 무단 이탈의 위험 등을 구금결정을 내리는데 고려되어야 함을 규정하고 있음(지침 4, 제19항). 또한 개별적 사례에서 구금이 정당화될 수 있는 목적과 관련해서, 무단이탈의 가능성과 다른 방식으로는 당국에 협조를 거부할 가능성이 높다고 믿을만한 강력한 근거가 있는 경우를 언급하였음(지침 4.1.1. 제21항, 제22항). 이는 도주의 우려와 송환에 있어서 당국에의 협조 거부를 구금판단의 고려요소로 본 것으로 이해할

80) 유엔 자유권규약위원회, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 일반논평 제35호: 제9조 신체의 안전과 자유 (International Covenant on Civil and Political Rights General Comment No. 35: Article 9 – Liberty and security of person), 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, 제12항.

81) A v. Australia, CCPR/C/59/D/560/1993, UN Human Rights Committee, 3 April 1997.

82) UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012.

수 있음.

□ 이주 글로벌 컴팩트[83]

- 이주 글로벌 컴팩트의 목표 13은 ‘이주구금을 오직 최후의 수단으로만 사용하여 비구금적인 대안을 우선시할 것’, ‘국제이주 상황에서 어떠한 구금도 비례의 원칙과 개별적 평가에 기반할 것’을 규정하고 있음.

□ 프랑스

- ‘(송환이 합리적으로 가능한 외국인을 대상으로) 효과적인 신병 확보가 어렵고 효과적인 집행을 보장하기 위한 다른 조치가 충분치 않을 때에 한하여 최대 90일까지 구금을 명할 수 있도록 법으로 규정’하고 있음[84]

□ 독일

- 독일은 구금된 외국인의 책임 없는 사유로 인해 3개월 내에 송환이 불가능한 경우에는 구금을 할 수 없도록 규정하고 있음.[85] 즉, 가까운 기간(3개월) 내의 송환가능성이 구금의 요건인 것임.

□ 유럽연합 송환지침

- 유럽연합은 이주민에 대한 구금의 목적이 송환이나 추방의 행정집행을 확보하기 위함으로, 이를 위해 오직 도주의 위험이 있거나, 체류자격신청이 명백히 이유 없거나, 허위 신청을 이유로 체류자격 신청이 기각된 경우, 또는 공공질서나 국가안보에 위협이 되는 경우에만 이주민에 대한 구금이 가능하다는 내용의 입법을 통해 목적의 합리성 및 비례성 원칙의 구체적인 요건을 정하고 있음.[86]

---

83) 이주 글로벌 컴팩트(Global Compact on Migration)의 공식명은 “안전하고, 질서 있고 정규적인 이주를 위한 글로벌 컴팩트”(Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration)로서, 2016년 9월 유엔 선언(이른바 “뉴욕 선언”)을 시작으로 추진되어 2018년 12월에 채택된 국제 문서임. 한국을 포함한 152개국이 이를 채택하였음.

84) 헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2020헌가1, 2021헌가10(병합) 결정.

85) 이계수, 외국인보호제도에 관한 간단한 논평, 2005.

86) 유럽연합 송환지침 제15조.

❍ 소결

□ 헌법재판소 위헌결정이 우려하고 있는 연장승인제도의 부족한 실효성을 고려하였을 때, 구금 연장심사의 구체적인 요건을 정하여 그 실효성을 제고할 필요가 있음. 한편, 헌법재판소는 도주의 우려와 구금의 최후수단성(비구금적 대안의 유모)를 보호명령이 적법성을 확보하기 위한 요건으로 보고 있음.

□ 대한변호사협회는 심사의 요건과 기준을 법률에서 정하여야 한다는 입장임. 심사요건의 예시로 ▲ 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없을 것, ▲ 도주의 우려가 있을 것, ▲ 다른 수단으로 그 목적을 달성할 수 없다고 인정될 것을 제시함. 즉시 송환가능성의 기준으로는 3개월 내 송환가능 여부를 제시함.

□ 유엔 자유권규약위원회는 구금의 최후수단성(비구금적 대안의 유무), 합리성과 필요성(도주의 우려 고려), 비례성(구금으로 인한 불이익 고려)을 구금의 적법성 요건으로 제시하고 있음. 유엔난민기구는 도주의 우려와 송환에 있어서 당국에의 협조 거부를 구금판단의 고려요소로 보고 있음.

□ 프랑스는 구금의 최후수단성(다른 조치가 충분치 않을 때), 독일은 가까운 기간(3개월) 내의 송환 가능성을 구금의 요건으로 보고 있음.

(2) 구금 적법성 심사와 구금 상한기간의 구조

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 원칙적으로 다음 심사기간 때까지의 구금이 이루어지도록 하고, 추가 구금 여부를 주기적으로 심사하는 구조로 규정하고 있음.

□ 정부안: 원칙적으로 상한기간까지의 구금이 가능하되, 석방 여부를 주기적으로 심사하는 구조로 규정하고 있음.

□ 쟁점: 보호처분이 발령될 때 최초로 정해지는 구금의 기간을 다음 심사기간 때까지로 정할 것인지 아니면 구금 상한기간까지로 정할 것인지, 심사의 대상을 석방 여부로 할 것인지 계속 구금 여부로 할 것인지 문

제됨.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 시민사회

- 이주구금제도개선TF는 정부안과 같은 ‘원칙적 보호기간 18개월 설정 및 3개월 간격으로 석방 여부 심사’의 방식으로는 침해최소성이 보장되지 않으며, 상한과는 별도로 보호처분으로 인한 보호기간을 다음 심사시까지로 단축하고 심사시에 계속 보호 여부를 심사하는 방식으로 변경이 필요하다는 입장임.[87]

❍ 소결

□ 박주민의원안과 정부안의 규정 구조가 상이하므로, 시민사회의 의견 등을 감안하여 둘 중 하나의 구조로 결정할 필요가 있음.

(3) 최초 심사시기와 심사 주기

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 최소 심사시기는 구금개시로부터 20일, 이후 심사주기는 40일로 규정하고 있음.

□ 정부안: 일률적으로 3개월 주기의 심사를 규정하고 있음.

□ 쟁점: 최초의 심사시기를 언제로 정할 것인지, 이후의 심사주기를 어떻게 정할 것인지 문제됨.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 대한변호사협회

- 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회는 최초 심사 시점을 전향적으로 앞당길 필요가 있다는 입장임. 정부안과 같이 구금 개시 후 3개월에 첫 심사를 하게 되면, 전체 인원의 0.37%만 심사의 대상이 됨. 다른 인신구속 절차의 경우, 형사절차의 경우 48시간 내 법원의 심사를

87) 이주구금제도개선TF, 정부제출 출입국관리법 일부개정법률안(의안번호 2204587)의 심각한 문제에 대한 인권단체 입장, 2014. 12.

받아야 하고, 행정구금 분야에서도 인신보호법은 구제청구가 있는 날부터 2주 내로 심문기일을 열도록 규정하고 있음.[88]

□ 학계

- 법원의 심사를 전제로 첫 번째 연장허가는 단기간에(예를 들어 10일 이내에) 받도록 하고, 이후의 연장허가는 보다 긴 주기로(예를 들어 2개월마다) 받도록 하는 방안을 고려해볼 수 있다는 견해가 있음. 모든 보호조치에 대해서 법원이 심사할 경우 업무부담으로 인해 심사가 부실해질 수 있다는 점, 장기구금의 경우 절차적 통제의 필요성이 큰 반면 교통편 확보 등 통상적인 송환준비에 걸리는 시간 정도의 단기간의 구금은 그 필요성이 낮으므로 전자에 자원을 집중시키는 것이 더 효과적이라는 점을 감안하여 법관에 의한 최초의 개입이 이루어져야 하는 시기를 정할 필요가 있다는 의견임.[89]

❍ 비교법 및 국제인권법 검토

□ 해외 사례

- 캐나다의 이주구금제도는 구금 개시 후 48시간 내 독립된 전국 상설기관인 이민난민위원회의 심리를 받음.[90]
- 프랑스의 이주구금제도는 구금 개시 후 48시간 내에 법원의 심사가 이루어짐.[91]
- 대만의 이주구금제도는 구금 개시 후 20일 내에 법원의 연장심사가 이루어짐.[92]
- 독일의 이주구금제도는 법원에 의해 구금이 개시되더라도 6주 이내에 다시 법원의 심사가 이루어짐.[93]

□ 유엔 자유권규약위원회

- 유엔 자유권규약위원회는 어떤 형태의 구금이든 구금을 계속하는 것의

88) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 3-4쪽.
89) 최계영, 전게서, 60쪽.
90) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 4쪽.
91) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 4쪽.
92) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 4쪽.
93) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 4쪽.

정당성에 관하여 주기적인 재평가가 이루어지지 않는다면 이는 자의적 구금이라는 입장임.[94]

□ 유엔 자의적 구금에 관한 실무그룹

- 유엔 자의적 구금에 관한 실무그룹은 이주구금의 적법성에 관한 심사가 주기적이어야 한다는 입장임.[95]

□ 유럽인권재판소

- 유럽인권재판소는 적법성 심사의 실효성을 담보하기 위한 요건으로 '구금의 적법성에 대한 이의제기를 합리적 간격을 두고 제기할 수 있을 것'과 '구금에 대한 짧은 간격의 주기적 심사가 이루어지도록 할 것'을 제시하고 있음.[96]
- 유럽인권재판소는 자유권규약 제9조와 유럽인권협약 제5조에 따른 '신속하고 지체없는 심사'는 미결구금이 엄격히 제한된 기간 동안만 이루어지는 것을 전제로 하고 있으므로, 적법성 심사는 짧은 기간 내 신속하게 이루어져야 한다고 판단함.[97]

❍ 소결

□ 대한변호사협회는 최초 심사 시점을 앞당길 필요가 있다는입장으로, 다른 절차의 예시로 48시간 또는 2주일을 제시하였음.

□ 학계에서는 최초 심사는 단기간에(예를 들어 10일 이내에) 받도록 하고 이후의 심사는 보다 긴 주기로(예를 들어 2개월마다) 받도록 하여야 한다는 견해가 있음.

□ 비교법적으로는 48시간 내지는 6주일 내에 최초심사가 이루어지고 있음.

---

94) 유엔 자유권규약위원회, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 일반논평 제35호: 제9조 신체의 안전과 자유 (International Covenant on Civil and Political Rights General Comment No. 35: Article 9 – Liberty and security of person), 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, 제12항.

95) Working Group on Arbitrary Detention, Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants, 7. 2. 2018. 제13, 14항.

96) European Court of Human Rights, Koendjbiharie v the Neatherlands, No. 11487/85. Judgement of 26 October 1990.

97) European Court of Human Rights, Barnowski v Poland, No. 28959/95, Judgement of 28 March 2000.

(4) 심사절차와 당사자의 절차적 권리 (의견진술 기회의 부여, 대면심리, 필요적 심문)

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 심사절차에서의 필요적 심문, 변호인의 조력을 받을 권리와 신뢰관계인의 동석을 규정하고 있음..

□ 정부안: 보호명령서 발급, 보호기간 연장 허가 등의 절차에서 미리 해당 외국인에게 구술 또는 서면으로 의견을 진술할 기회를 주도록 규정하고 있음.

- 그런데 의견진술권을 부여하는 절차에서 보호에 대한 이의신청절차는 유독 배제하고 있음.
- 아울러 외국인이 의견을 진술할 수 있는 상대방을 지방출입국외국인관서의 장으로 정하고 있음. 이는 심사권한이 외국인보호위원회에게 있는 보호연장의 승인(계속 보호 승인)과 보호의 일시해제의 경우에도 마찬가지임.

□ 쟁점: ① 심사절차에서의 필요적 심문을 규정할 것인지, ② 심문을 할 경우 그 시기는 어떻게 할 것인지, ③ 이의신청절차에서 의견진술권을 부여할 것인지, ④ 의견진술의 상대방을 지방출입국외국인관서의 장으로 정하여도 무방한지, ⑤ 변호인의 조력을 받을 권리와 신뢰관계인의 동석을 규정할 것인지 문제됨.

❍ 위헌결정의 판시사항 및 취지

□ 헌법재판소는 ‘당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여하는 것은 적법절차원칙에서 도출되는 중요한 절차적 요청이므로, 출입국관리법에 따라 보호를 하는 경우에도 피보호자에게 위와 같은 기회가 보장되어야 한다’ 고 판시하였음.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 법무부

- 법무부는 ‘형사절차에 적용되는 변호사 조력권, 신뢰관계 있는 사람의 동석 제도를 도입하는 것은 입법례가 없어 신중한 검토가 필요하나, 외국인보호위원회의 심의, 의결 절차에서 신뢰관계에 있는 사람의 진술을 들을 수 있도록 하는 것은 적절할 것으로 보인다’는 입장임.[98]

□ 법원행정처

- 법원행정처는 박주민의원안의 심문기일 지정 기한과 관련하여 절차의 신속성이 중요하나, 이의신청 또는 연장신청을 받은 다음날까지 심문하도록 하는 것이 그 기한을 지나치게 짧게 설정한 것은 아닌지 추가로 검토할 필요가 있다는 입장임.[99]

□ 국회 법제사법위원회 전문의원실

- 국회 법제사법위원회 전문의원실은 박주민의원안 중 관할 지방법원 판사가 신청일의 다음날까지 보호된 사람을 신문하도록 하는 부분에 대해서 ‘구금 중인 피보호자의 의견진술 기회 확대 측면에서 바람직하나 사법부의 업무부담 가중 우려 등을 고려하여 논의할 필요’가 있다는 입장임.[100]

□ 대한변호사협회

- 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회는 대면심사를 보장하는 방안을 고려할 필요가 있다는 입장임. 또한 변호인 조력권을 분명히 할 필요가 있으며, 보호대상자인 외국인 본인이 보호 처분을 받는 이유 등을 명확히 파악할 수 있도록 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하는 절차도 필요하다고 함.[101]

❍ 소결

□ 필요적 대면심사 여부, 변호사 조력권과 신뢰관계인 동석권 명시 여부에 대한 논의가 필요함.

---

98) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 6쪽.
99) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 7쪽.
100) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 5쪽.
101) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 7-8쪽.

□ 보호에 대한 이의신청절차에서는 의견진술권을 부여하지 않고 있는 정부안이 위헌결정의 취지에 부합하는 것인지 검토가 필요함.

라. 재보호

(1) 재보호 규정의 타당성과 재보호 사유

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 관련 규정 없음.

□ 정부안: ① 도주하거나 도주할 염려가 있다고 명백히 인정되는 경우, ② 새로운 강제퇴거 사유가 밝혀졌거나 이에 해당하게 된 경우, ③ 보호해제 조건을 위반한 경우에 재보호할 수 있도록 규정하고 있음.

□ 쟁점: 재보호 규정을 두는 것이 타당한지, 재보호 규정을 둘 경우 그 사유를 어떻게 정할 것인지 문제됨.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 국회 법제사법위원회 전문의원실

- 국회 법제사법위원회 전문의원실은 정부안에 대해서 '정부안이 규정하는 재보호의 경우 이론상 기간제한 없는 구금이 가능한 점, 도주 염려의 요건 판단 권한이 지방출입국외국인관서의 장 또는 출입국관리공무원에게 있는 점, 보호기간의 상한을 둔 노르웨이, 스웨덴의 경우에도 무기한 보호는 가능하도록 한 사례가 있는 점 등을 종합적으로 고려하여 논의할 필요'가 있다고 보았음.[102]

□ 대한변호사협회

- 대한변호사협회는 재보호 규정이 외국인을 잠깐동안 풀어주었다가 다시 구금하는 것을 되풀이하는 방식으로 탈법적으로 악용될 여지가 있다며, 재보호 규정 자체에 반대하였음.[103]

- 그 사유에 있어서도 '도주할 염려가 있다고 명백히 인정되는 경우'

102) 국회 법제사법위원회, 위 법안심사자료, 5쪽.
103) 대한변호사협회, 위 의견서, 20쪽.

는, 보호명령은 실무상 대부분의 미등록 체류 외국인에게 적용되고 있으며 법원은 미등록 체류로 인해 소재 탐지 또는 신병 확보가 어려운 경우 도주하거나 도주할 염려를 부정하지 않고 있으므로, ‘명백히 인정되는 경우’라는 추가 요건이 있다 하더라도 오남용의 위험을 통제하기 어렵다는 입장임.[104)]

- ‘보호해제 조건 위반’ 사유의 경우 보호해제 외국인이 생계유지를 위해 불가피하게 아르바이트 등의 업무를 하게 될 것으로 예상된다며 우려하였음.[105)]

❍ 소결

□ 재보호 규정을 둘 경우 이론상 무기한의 보호가 가능하다는 국회 법제사법위원회 전문의원실의 의견을 감안하여 재보호 규정을 둘 것인지를 결정할 필요가 있음.

□ 재보호 사유과 관련하여서는 ‘도주할 염려가 있다고 명백히 인정되는 경우’와 ‘보호해제 조건 위반’ 사유에 대한 대한변호사협회의 우려가 고려될 필요가 있음.

- 도주 우려에 관한 요건은 지나치게 광범위하므로 삭제를 고려할 필요가 있고, 보호해제 조건 위반 요건은 ‘중대한 위반’으로 범위를 축소하는 것을 고려할 필요가 있음.

(2) 재보호의 판단주체

❍ 법안 내용 및 쟁점

□ 박주민의원안: 관련 규정 없음.

□ 정부안: 재보호의 판단주체를 지방출입국외국인관서의 장으로 정하고 있음.

□ 쟁점: 재보호의 판단주체를 지방출입국외국인관서의 장으로 정하는 것이 타당한지, 아니면 보호심사의 주체와 일원화하여 외국인보호위원회를 정하는 것이 타당하지 문제됨.

---

104) 대한변호사협회, 위 의견서, 21쪽.
105) 대한변호사협회, 위 의견서, 21쪽.

❍ 관련 기관 및 전문가, 시민단체 의견

□ 대한변호사협회

- 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회는 재보호 여부를 출입국 당국이 자체적으로 판단하도록 하고 있는 정부안은 사실상 기간제한 없는 구금이 가능하도록 하여 관련 위헌결정의 취지를 잠탈할 소지가 크다는 입장임.[106)]

❍ 소결

□ 재보호 여부를 출입국 당국이 자체적으로 판단할 경우 위헌결정의 취지를 잠탈할 소지가 크다는 대한변호사협회의 우려를 고려하여 재보호의 판단주체를 정할 필요가 있음.

- 재보호는 보호의 연장결정보다도 해당 외국인에게 침익적인 결정임을 감안하여 보호연장의 판단주체와 재보호의 판단주체를 통일하는 것을 고려할 필요가 있음.

끝.

106) 대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회, 위 의견서, 4쪽.

[지정토론]

토론문

이종철 외국인정책과장
법무부

[지정토론]

토론문

김세연 사무관
법원행정처 사법정책심의관실

[토론문]

김세연
법원행정처 사법정책심의관실 사무관

Ⅰ. 서론

강제퇴거명령을 받은 외국인 보호에 관하여 필요한 사항을 법률로 규정하는 것은 기본적으로 국회에서 충분한 논의를 거쳐 합리적으로 결정할 사안이라고 생각합니다. 다만, 정부안에 따른 '보호기간의 상한'과 '외국인보호위원회의 구성 및 위상', 박주민 의원안에 따른 '심문기일 지정 기한'과 '법원이 심사 주체가 됨에 따른 인력과 예산 충원 문제'에 관하여는 보다 추가적인 논의가 필요할 것으로 보입니다.

이하에서는 위 추가 논의 사항을 중심으로 말씀드리도록 하겠습니다.

Ⅱ. 보호기간 상한

보호기간의 상한은 헌법재판소의 결정의 취지를 반영하여 피보호자의 신체의 자유를 과도하게 침해하지 않는 범위 내에서 설정될 필요가 있고, 유럽연합 불법체류자 송환지침 등 다른 국가의 입법례와 비교하여 지나치게 과도하지 않아야 할 것입니다.

정부안 제63조 및 제63조의3에 따르면, 재보호 후 1회 연장까지 하는 경우에는 최대 72개월(= 최초 36개월 + 재보호 36개월)까지 보호가 가능합니다. 한편, '유럽연합 불법체류자 송환지침'에 따르면 예외적으로 구금을 연장하더라도 최대 18개월까지 구금이 가능하고, 유럽연합 회원국들은 위 지침에서 정한 기준과 같거나 혹은 보다 엄격한 구금요건과 절차를 국내법으로 입법하면서 구금기간의 상한을 정하고 있습니다.

이러한 사정을 고려할 때, 정부안의 보호기간 상한이 국제적 기준에 부합하는지, 헌법재판소 위헌결정의 취지를 충분히 반영하고 있는지 등에 관한 추가 논의가 필요할 것으로 보입니다. 더 나아가 적정한 보호기간 상한은 어

떻게 도출하는 것이 합리적일지, 각 개정안이 상정한 보호기간 상한은 어떤 기준으로 도출되었는지 등에 관한 의견을 함께 나누어 보면 좋을 것 같습니다.

Ⅲ. 독립적·중립적 기관에 의한 심사·통제

1. 정부안

헌법재판소는 보호의 개시 또는 연장 단계에서 공정하고 중립적인 기관에 의한 통제절차가 없는 것은 헌법상 적법절차원칙에 위배된다고 판시하였습니다.

개정안은 심사·통제 기구로 외국인보호위원회를 제시하고 있고, 위 위원회는 조직 편재상 법무부 산하 기관이며, 외부위원의 수는 대통령령에 위임하고 있습니다. 외국인보호위원회가 법무부에 속하도록 하는 것이나, 위원회의 독립성과 중립성을 담보할 최소한의 외부위원 수도 법률에서 정하지 않은 채 이를 전적으로 대통령령에 위임하는 것이 헌법재판소 결정의 취지를 반영하였다고 볼 수 있는지 등에 관한 충분한 논의가 필요하다고 보입니다.

2. 박주민 의원안

박주민 의원안은 법원에 의한 심사·통제를 예정하고 있는바, 심사·통제의 주체와 관련된 독립성·중립성 논쟁은 없을 것으로 보입니다. 다만, 법원이 심사·통제의 주체가 된다고 하더라도, 그 심사·통제의 구체적 절차와 내용이 법원의 실무 현실을 적절히 반영하고 있다고 보기 어렵다면, 성공적인 제도로 자리매김하기는 어려울 것입니다.

우선, 개정안과 같이 지방법원 판사가 보호에 대한 이의신청 또는 연장신청을 받은 다음날까지 심문하도록 하는 것이 그 신청 후 심문기일을 지정할 때까지의 기한을 지나치게 짧게 설정한 것은 아닌지 추가 논의가 필요할 것입니다. 아울러, 인신보호사건의 경우 구제청구가 있는 날부터 2주일 내에 심문기일을 열도록 하고 있고, 체포·구속적부심의 경우에는 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포·구속된 피의자를 심문하여야

한다고 규정하고 있는데, 개정안의 입법과정에서 이러한 입법례가 충분히 고려되었는지 등에 관하여도 함께 의견을 나눠보면 좋을 것 같습니다.

다음으로, 법원의 인적·물적 자원 확보가 선결될 수 있는지에 대하여도 추가 논의가 필요하다고 보입니다. 개정안과 같이 지방법원 판사가 보호에 대한 최초 이의신청과 그 후의 모든 연장신청 사건을 심사할 경우, 법원의 업무 부담이 대폭 증가할 것이라는 점은 부인하기 어렵습니다. 인력 증원과 예산 증액이 이루어지지 않은 상황에서 위와 같은 사건의 심사를 맡게 된다면, 현실적으로 충실한 심리가 이루어지기 어렵습니다. 나아가, 기존 재판업무의 신속한 처리에도 영향을 미칠 우려가 있습니다.

추가로, 준사법기관이 1차 심사를 담당하되 사법적 통제를 병행함으로써, 법원의 사법심사는 보충적 사법통제 기능을 수행하도록 제도를 설계하는 방안도 고려해 볼 수 있습니다. 이에 관하여는 과거 도입이 논의되었던 '난민심판원' 또는 현재 정부안의 외국인보호위원회를 보완하는 방안을 생각해 볼 수 있습니다. 즉, ⅰ)외국인 보호를 심사·통제할 준사법기관을 설치하되, ⅱ)그 소속·소관 업무·구성·위원장 및 위원의 자격·임기·심사 및 결정 절차 등을 행정심판위원회의 경우와 같이 규율하여 충분한 중립성과 독립성을 확보하고, ⅲ)보충적 사법통제를 병행하는 방안을 참고해 보면 어떨까 싶습니다.

Ⅳ. 결론

각계의 심도 있는 논의를 통해 헌법재판소 위헌결정의 취지를 충실히 반영하면서도 제도안착의 현실성을 담보할 수 있는 개정안이 도출되기를 희망합니다.

[지정토론]

「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 검토 의견

박혜경 조사관
국가인권위원회

[토론문]

「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 검토 의견

박혜경
국가인권위원회 인권침해조사과 이주인권팀 조사관

Ⅰ. 배경

○ 국가인권위원회(이하 ‘위원회’)는 현행「출입국관리법」 제63조 1항의 위헌 요소와 관련하여 법률개정 권고를 꾸준히 이어왔으며, 외국인 보호시설 관련 진정사건 및 방문조사 등을 통해 보호외국인의 장기보호에 따른 문제점을 확인하고, 개선방안을 요구해 왔음.

- 2007년 「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 의견표명[1] 및 2011년 이주 인권가이드라인 권고 등을 통해 외국인의 인신구속 및 보호행정에 형사사법절차에 준하는 권리보장 체계 마련이 필요하다는 입장 제시
- 2018년 국회의장에게, 보호외국인의 인권보호를 위하여 보호기간 상한 명시, 보호개시 및 연장 단계에서 객관적·중립적 통제절차 마련, 아동 구금 금지 등 피보호자 취약성 고려 명문화 등을 내용으로 하는 「출입국관리법 일부개정법률안」을 조속히 심의하기 바란다는 의견[2]표명 등

○ 본 토론회는 「출입국관리법」 제63조 제1항 헌법불합치 결정에 따른 개선입법 토론회로 제22대 국회에서 심사 중인 개정안이 헌재의 결정 취지에 부합하는지 여부를 논의하는 자리임.

○ 위원회는 해당 조항의 개정은 현행 이주구금 제도의 인권침해적인 요소를 개선하기 위해 기존의 패러다임을 변경하는 것으로, 보호외국인의 인권과 관련된 중요한 전환점이 될 것인바, 개정안이 헌법재판소 및 위원회 권

1) 2007. 12. 6. 결정
2) 2017. 2. 1. 임종성 의원 대표발의, 2017. 6. 29. 금태섭 의원 대표발의, 2018. 5. 23. 박주민의원 대표발의 건에 대한 의견표명의 건으로, 구금의 상한 마련(각 6+6개월, 6+12개월, 2개월씩 1년까지)및 피보호자 취약성 고려 등을 포함한 개정안이었음.

고 취지에 부합하는지 여부를 검토 중에 있으며(2025. 1. 16. 상임위 안건 상정), 소관 위원회 의결 전인 사유로 실무부서 검토 의견으로 토론을 갈음하고자 함.

Ⅱ. 검토의견

1. 강제퇴거명령을 받은 외국인에 대한 보호기간의 상한 설정 등(안 제63조, 제63조의2, 제63조의3, 제65조, 제95조)

○ 개정안은 1) 강제퇴거명령을 받은 사람에 대한 보호기간의 상한을 원칙적으로 18개월로 설정하고, 「국가보안법」 등에 규정된 죄를 범하고 송환에 협조하지 아니하는 등의 사유로 보호 후 18개월이 지난 후에도 송환할 수 없는 경우 18개월의 범위 내에서 추가 연장 보호하는 등 최대 36개월까지 보호할 수 있도록 하고 있음.

○ 또한, 2) 보호기간이 3개월을 넘는 경우 3개월마다 미리 외국인보호위원회의 계속 보호 승인을 받도록 하며, 보호기간의 상한을 넘거나 외국인보호위원회의 계속 보호 승인을 받지 못한 경우 지체 없이 보호를 해제하도록 하고, 3) 일정 요건 하에 보호해제된 사람을 재보호할 수 있도록 하는 내용임

가. 보호기간의 상한 (18개월+18개월)

○ 헌법재판소는 본건 위헌결정에서 “강제퇴거 명령의 집행을 목적으로 일시적·잠정적으로 강제퇴거대상자를 특정 장소에 수용하는 보호는 그 본질상 강제퇴거명령을 집행하는 데 필요한 합리적 기간 내에 수용할 때에만 그 정당성을 인정할 수 있다.“고 하였음[3].

3) 또한, 헌법재판소는 강제퇴거명령을 받은 사람을 구금할 때 기간의 상한을 두고 있는 국제적 기준과 외국 입법례를 아래와 같이 언급하면서, 이러한 입법례에 비추어 합리적인 보호기간의 상한을 정할 수 있다고 판단하였음.
- 유럽연합 송환지침 : 6개월(예외적으로 12개월 연장)
- 프랑스 : 최대 90일
- 독일 : 6개월(예외적으로 12개월 연장)
- 대만 : 100일
- 남아프리카 공화국 : 120일

○ 현행법은 강제퇴거명령을 받은 사람을 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 ‘송환할 수 있을 때까지’ 보호할 수 있다고 하여 법문상 보호기간의 상한을 두지 않으나, 개정안은 ‘18개월의 범위에서’, ‘송환할 수 있을 때까지’로 보호기간의 상한을 설정하고 있음.

○ 개정안은 「국가보안법」 등에 규정된 죄[4]를 범하고 송환에 협조하지 아니하는 등의 사유로 보호 후 18개월이 지난 후에도 송환할 수 없는 경우 18개월의 범위 내에서 연장할 수 있도록 규정하여 최대 36개월까지 보호할 수 있도록 하고 있음.

○ 개정안의 보호기간 상한이 현재의 외국인 보호기간 현황과 비교할 때 적절한지 살펴보면,

- 법무부는 실무적으로 90일 이상 보호하고 있는 외국인을 ” 장기보호외국인 “으로 분류・관리하고 있음.
- 최근 5년간 보호기간별 보호인원을 살펴보면, 1년 이상 구금되는 외국인 비율은 0.1% ~ 0.9% 수준이며, 현재까지 파악된 최장 사례는 보호기간 약 4년 7개월(’ 12.10.23.~’ 17.6.9.)이고 해당 사유는 난민신청으로 인한 심사였음.

<2019년~2023년 보호기간별 보호인원>

(단위: 명)

보호기간 / 보호시작	3개월 미만	3개월 ~6개월	6개월 ~1년	1년~2년	2년 이상	합 계
2019	37,564	112	19	24	29	**37,748**
2020	12,534	647	145	86	17	**13,429**
2021	9,795	394	188	87	12	**10,476**
2022	11,478	403	170	49	2	**12,102**
2023	38,121	315	150	50	0	**38,636**

* 자료: 법무부

4) 이외에도, 개정안은 ①「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」, ②「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」, ③「형법」 제2편제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄, 제4장 국교에 관한 죄 또는 제5장 공안을 해하는 죄를 범한 사람, ④ 그 밖에 공공질서나 국민의 안전을 해치는 범죄로서 살인, 상해, 강간, 추행, 강도 등 대통령령으로 정하는 범죄를 범하여 금고 이상의 형을 선고받은 사람으로 규정하고 있음.

- 강제퇴거 대상 외국인의 대부분은 10일에서 20일 이내에 출국하고[5], 3개월 이상 보호된 소수의 외국인 중 90%는 객관적인 출국장해 사유(민・형사소송, 형사재판, 체불임금, 산업재해, 여권발급 불가자, 난민, 무국적자 등)가 있는바, 이에 대해서는 각 유형별로 장기구금의 원인을 분석하여 관련 사안에 대한 신속한 절차 진행 등 다른 대안을 검토하는 것이 적절할 것으로 보이며, 이들 소수(2023년 기준 1년 이상 보호된 외국인 비율 : 전체 보호인원 중 0.1%)의 장기 보호기간을 이유로 전체 보호기간의 상한을 높이는 것은 적절하지 않은 것으로 보임.
- 따라서, 위와 같은 보호기간 현황을 고려할 때 개정안의 보호기간 상한 최대 36개월은 본건 위헌결정이 명시한 “필요한 합리적 기간”이라고 보기 어려운 측면이 있음.

○ 또한, 개정안의 보호기간 상한은 국제 동향에 비추어 보더라도 그 기간이 지나치게 긴 측면이 있음. 「유럽연합(EU) 송환지침」[6]은 회원국에게 국내법으로 구금기간의 상한을 정할 의무를 부과하고 있는데, 최초 구금기간은 6개월을 넘을 수 없음. 예외적으로 구금을 연장할 경우 12개월을 추가할 수 있음.

<해외 주요국의 보호기간 상한>

보호기간 상한	국가
없음	미국(기본기간 90일, 가중기간 상한 없음)[7], 노르웨이(기본기간 84일, 가중기간 상한 없음), 캐나다, 영국, 호주, 일본, 중국 등
18개월	독일, 덴마크, 네덜란드, 그리스, 스위스, 폴란드, 오스트리아, 체코, 노르웨이, 키프로스, 에스토니아, 리투아니아, 몰타, 루마니아, 슬로바키아, 라트비아, 리히텐슈타인 등
18개월 미만	슬로베니아(16개월), 스웨덴(12개월), 이탈리아(6개월), 벨기에(5개월), 대만(100일), 프랑스(90일) 등

5) 1인 평균 보호기간 2019년 9.6일, 2020년 16.9일, 2023년 11.7일(코로나 19 상황인 2021-2022 제외)
6) 유럽연합(EU) 불법체류자 송환지침(Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals)
7) 미국 연방대법원은 재드바이다스 대 데이비스(Zadvydas vs. Davis) 사건에서 법률이 정한 구금의 기본 상한 기간인 90일의 퇴거기간이 경과하였을 경우, 구금 가능한 합리적 기간이 6개월로 추정된다고 판단함.

○ 따라서, 일시적 잠정적 한계를 벗어나지 않는 선에서 개정안의 보호 상한 기간을 재검토할 필요가 있음.

나. 보호해제 후 재보호를 할 수 있도록 한 내용 관련

○ 개정안 제63조의3에서는 보호해제되거나 재보호해제된 사람이 ① 도주하거나 도주할 염려가 있다고 명백히 인정되는 경우, ② 제46조 제1항이 규정하는 강제퇴거명령 사유 중 이미 강제퇴거명령을 받은 사유가 아닌 다른 사유에 해당하거나 해당하게 된 경우, ③ 보호해제를 할 때 붙인 조건을 위반한 경우에 지방출입국·외국인관서의 장이 재보호할 수 있도록 규정하고 있음.

○ 상기 요건에 해당하여 재보호할 경우 이론상 무기한 구금이 가능해진다는 문제가 있고, 재보호 요건의 적절성 여부를 떠나 판단 권한이 지방출입국·외국인관서의 장 또는 출입국관리공무원에게 있기 때문에, 개정안 제63조의2 제2항에 따라(외국인보호위원회의 계속 보호 승인을 얻지 못한 경우) 보호해제 된 외국인을 지방출입국·외국인관서의 장 등이 재보호할 수 있어, 독립적이고 중립적인 기관에 의한 보호의 계속 여부를 결정할 수 있도록 한 입법취지에 맞지 않는 결과가 초래될 수 있을 것으로 보임. 따라서, 재보호 역시 외국인보호위원회의 승인을 받도록 하는 방안을 고려할 필요가 있음.

2. 외국인보호위원회의 설치·운영 등(안 제55조 및 제56조의9, 제66조의4부터 제66조의17까지 신설)

○ 개정안은 외국인보호·재보호에 대한 이의 심사, 계속 보호 승인 등에 관한 업무를 수행하기 위하여 법무부에 외국인보호위원회를 설치하는 내용으로, 그 구성·자격 및 임명의 근거를 마련하고, 소관 업무와 위원회의 심의·의결 등을 신설하려는 것임

○ 헌법재판소는 2023. 3. 23. 헌법불합치결정에서 보호명령서 발급기관과

집행기관의 실질적인 분리, 보호의 개시 또는 연장 단계에서 집행기관으로부터 독립된 중립적 기관의 심사 등이 필요하다고 보았는바, 이에 따라 개정안은 독립하여 업무를 수행하는 위원회를 신설하려는 취지인 것으로 보임.

가. 외국인보호위원회 신설 관련

○ 위원회는 ‘보호 등의 조치는 외국인들에 대한 신체의 자유를 침해하는 조치이기 때문에 영장주의 도입과 같은 실질적 통제장치가 필요하다’, ‘출입국관리법상의 외국인 보호 업무가 인신의 자유에 대한 중대한 제한을 내용으로 하고 있어, 그 본질은 형사사법절차상의 인치, 구금과 유사하므로 인신관련 행정작용의 근거와 절차를 형사사법절차에 준하여 마련함이 바람직하다’, ‘보호개시 및 연장 단계에서 객관적·중립적 통제절차가 필요하다‘는 의견을 제시한 바 있음[8]. 이와 같은 절차는 법원에 의한 사법적인 통제를 의미한 것으로 볼 수 있음.

○ 또한, 보호의 개시 또는 연장을 판단하는 관할기관의 설정과 관련하여, 제20대부터 제22대까지 국회에 발의되었던 「출입국관리법 일부개정법률안」을 살펴보면, 대부분의 법률안은 보호 개시와 연장을 구별하여 보호 개시는 행정기관이, 연장은 대개 사법기관으로 관할기관을 설정하였는데, 사법기관이 아닌 제3의 독립된 중립적 기관을 설치하려는 개정안은 없었음.

○ 그러나, 헌법불합치 결정이 보호에 관한 결정을 반드시 법원 또는 법관이 통제하여야 한다는 취지로는 볼 수는 없고, 2020년 이후 일평균 보호인원이 매년 1,000명 이상이어서, 법원의 업무부담을 가중시키는 방식은 사법자원의 효율적 배분이라는 측면에서 신중할 필요가 있다는 점, 보호 결정의 통제기관이 준사법적 행정기관인 해외사례도 존재하는 점[9] 등을 감안할 때, 개정안이 외국인 보호·재보호에 대한

8) 출입국관리법 일부개정법률안에 대한 의견표명(2007. 12. 6), 출입국관리법 일부개정법률안에 대한 의견제출(2018. 8. 27)

이의심사 및 계속 보호 승인 등의 업무를 독립하여 수행하는 제3의 기관인 외국인보호위원회를 신설[10]하려는 취지 자체를 문제 삼을 수 없어보임.

<2019년~2023년 1인 평균 보호기간 및 일평균 보호인원>

구분 \ 연도	2019	2020	2021	2022	2023
연간 보호인원(명)	37,748	13,429	10,476	12,102	38,636
1인 평균 보호기간(일)	9.6	16.9	23.9	26.1	11.7
일(日) 평균 보호인원(명)	910	1,055	1,151	1,291	1,216

* 자료: 법무부

나. 외국인보호위원회 독립성 관련

○ 개정안은 보호의 연장 여부에 있어서는 외국인보호위원회의 심의로 결정하도록 하는바, 지방출입국·외국인관서의 장은 피보호자의 보호기간이 3개월이 넘는 경우에 3개월마다 미리 외국인보호위원회의 계속 보호 승인을 받도록 하고(안 제63조 제2항), 「국가보안법」 등에 규정된 죄를 범하고 송환에 협조하지 아니하는 등의 사유로 보호 후 18개월이 지난 후에도 송환할 수 없는 경우 미리 외국인보호위원회의 계속 보호 승인을 받아 추가로 18개월의 범위에서 계속 보호할 수 있도록 하여(안 제63조 제1항 단서) 보호결정기관과 보호연장승

9) 독일 및 프랑스는 사법기관 통제형으로, 독일은 구금의 개시와 연장을 모두 법원이 결정하도록 하고 있음. 프랑스는 행정기관이 개시결정을 하지만 48시간을 한도로 하고, 이후의 연장은 비교적 짧은 간격으로 법원이 심사함.
미국과 캐나다는 준사법기관 통제형으로, 구금의 집행과 통제기능을 분리하여 집행기관과 별도의 독립적·중립적 기관을 설치하고, 사법절차에 준하는 절차를 마련하고 있음(출처 : 최계영, 헌법불합치결정에 따른 출입국관리법상 보호(이민구금)제도 개선방안, 사단법인 행정법이론실무학회, 행정법연구 제71호, 2023. 8., p.419)

10) 「정부조직법」 제5조(합의제행정기관의 설치) 행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다.
「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」 제5조(위원회의 설치요건) ① 「정부조직법」 제5조에 따라 합의제행정기관(이하 "행정위원회"라 한다)을 설치할 경우에는 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.
1. 업무의 내용이 전문적인 지식이나 경험이 있는 사람의 의견을 들어 결정할 필요가 있을 것
2. 업무의 성질상 특히 신중한 절차를 거쳐 처리할 필요가 있을 것
3. 기존 행정기관의 업무와 중복되지 아니하고 독자성(獨自性)이 있을 것
4. 업무가 계속성·상시성(常時性)이 있을 것
② 행정위원회를 제외한 위원회(이하 "자문위원회등"이라 한다)는 제1항제1호 및 제2호의 요건을 갖추어야 한다.
제11조(위원회의 존속기한) ① 「정부조직법」 제5조에 따라 행정위원회를 설치할 경우 목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 기한 내에서 존속기한을 정하여 법률에 명시하여야 한다. 이 경우 존속기한은 5년을 초과할 수 없다.

인기관을 분리하고 있음.

○ 또한, 개정안은 기존에 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있었던 것과 달리, 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 외국인보호위원회에 심사청구를 할 수 있도록 하고(안 제55조), 그 밖에 재보호에 대한 이의 심사 및 계속 보호의 승인(안 제63조의3제2항), 보호의 일시해제 결정(안 제65조제2항) 등을 외국인보호위원회가 수행하도록 하고 있음.

- 개정안에 따를 때, 외국인보호위원회는 보호 개시 이후 대부분의 과정에 관여하게 되는바, 이는 해당 위원회가 제3의 기관으로서의 독립성·중립성이 더욱 철저히 보장될 필요가 있음을 나타내는 것임.

○ 이와 관련하여 개정안은 외국인보호위원회를 보호명령의 처분청인 '법무부 산하' 기관으로 하고 있고 '법무부 소속 공무원'을 위원으로 정하고 있어 독립성 보장에 대한 우려를 갖게 하는 측면이 있음.

○ 아울러, 외국인보호위원회의 구성과 관련하여, 개정안은 법무부 소속이 아닌 외부인원을 대통령령으로 정하는 수 이상이 되도록 하고 있는바(안 제66조의6 제3항), 외부위원의 수는 위원회의 독립성과 연결되는 사항이므로 외부위원의 수를 직접 법률에 명시하는 방안, 외부위원 수를 과반 이상으로 하한을 정하고 대통령령에 위임하는 방식 등을 논의할 필요가 있을 것으로 보임.

○ 또한, 이와 유사한 논지에서 외국인보호위원회의 상임위원 수, 임명과 직급에 관한 사항 모두 대통령령에 위임하는 부분(안 제66조의6 제3항), 외국인보호위원회의 실질적인 사무처리를 담당하는 사무국의 외국인보호 조사관의 임명 및 자격 요건에 대하여도 대통령령에 위임하고 있는 내용(안 제66조의15제4항)을 법률에 규정하는 방안 등을

통해 외국인보호위원회의 독립성을 보완할 방안을 논의할 필요가 있을 것으로 보임.

다. 보호 관련 의견진술 기회의 부여(안 제66조의3)

○ 개정안은 지방출입국·외국인관서의 장이 강제퇴거명령을 받은 사람의 보호, 보호해제된 사람의 재보호, 계속 보호 승인의 신청, 보호 일시해제의 취소 등의 조치를 하는 경우 미리 해당 외국인에게 구술 또는 서면으로 의견을 진술할 기회를 주도록 하는 내용임(안 제66조의3).

○ 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여하는 것은 적법절차 원칙에서 도출할 수 있는 중요한 절차적 요청 중의 하나임에도,[11] 현행법은 보호명령을 발령하기 전에 당사자에게 의견제출의 기회를 부여하도록 하는 규정이 없음.[12][13] 따라서, 개정안이 보호명령을 받는 자가 보호 이전에 자신에게 유리한 진술을 하거나 의견을 제출할 수 있는 기회를 부여하여 헌법불합치결정의 취지를 반영하고 있는 것은 타당하다고 보임.

○ 그런데, 정부 개정안은 보호대상자인 외국인 자신이 '보호' 처분을 받는 이유 등을 명확히 파악할 수 있도록 "변호사를 대리인으로 선임하여 조력을 받을 수 있음을 고지하는 절차"를 포함한 변호인조력권에 관한 내용을 정하고 있지 않음.

○ 인신구속 절차에 있어 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법적으로 인정되며, 실제로 영장실질심사는 필요적 국선변호 절차이고, 인신보호법도 국선변호인의 선임을 규정하고 있음. 외국인의 인신구속 사건이라면 언어의 한계 등으로 인해 변호사의 조력 필요성이 더욱 큼.

---

11) 헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25; 헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302 참조

12) 다만, 강제퇴거명령 절차에서는 대상자가 의견 진술을 할 기회가 있으나,(법 제47조, 제48조 제3항, 제4항), 보호명령 절차 자체에 사전적 의견 진술의 기회는 제공되고 있지 않음.

13) 「행정절차법」 제22조 제3항은 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 규정하고 있으나, '외국인의 출입국에 관한 처분'은 「행정절차법」의 적용대상에서 제외되어 있으며(제3조제2항제9호, 같은 법 시행령 제2조제2호), 형사소송법상 구속 전 피의자심문(영장실질심사)과 같은 제도도 마련되어 있지 않음.

○ 현행 법무부 훈령(출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙 제11조)도 강제퇴거 대상자에 대한 신병 확보 시 변호인선임권에 대해 고지하도록 하고 있는 점까지 고려하면, 외국인 보호 관련 의견진술 기회 보장 규정에도 변호인 조력에 관한 권리가 명시될 필요가 있음.

라. 기타(아동구금 금지 원칙 규정 신설 필요)

○ 유엔 아동권리위원회는 2019년 대한민국 제5·6차 국가보고서에 대한 최종견해를 통해 “「출입국관리법」 개정 등을 통해 이주아동의 구금을 금지할 것, 비구금형 대안을 보장할 것”, 그리고 “보호자 미동반 아동의 구금에 각별한 주의를 기울일 것”을 권고하였음.

○ 유엔 인종차별철폐위원회 역시 2018년에 대한민국의 「출입국관리법」이 아동의 구금을 허용하면서 아동 최상의 이익을 고려하지 않는 점에 우려를 표하며, “아동의 구금을 피하고, 법에 아동의 최우선적 이익과 관련한 조항을 포함하도록 「출입국관리법」을 개정할 것”을 권고한바 있음.

○ 위원회는 2018. 7. 26. 「출입국관리법개정안」에 대한 의견표명 및 2019년 이주 인권가이드라인 등을 통해 이주아동 구금 제한 및 아동 등 피보호자의 취약성을 고려한 규정의 필요하다는 의견을 표명하였고, 외국인 보호시설 내 아동구금에 따른 제도개선 권고(2024. 4. 12.) 에서는 아동에 대한 이주 구금이 아동에게 미치는 인권침해의 중대성을 감안하여 출입국관리 법령 등에 ‘아동에 대한 보호(구금) 조치를 원칙적으로 금지한다’는 규정을 신설할 것과, 아동이 보호조치 된 부모와 생활하기 위해 사실상 구금되는 것을 최소화하기 위하여, 보호대상자의 구금을 검토할 때부터 ‘아동 최선의 이익’이 고려되도록 출입국관리 법령 등에 관련 규정을 마련할 것을 권고한 바 있음.

○ 위 권고에 대해 법무부는 이행계획 통보(법무부 이민조사과-5928호, 2024. 8. 27.)에서 「출입국관리법」에 만 14세 미만 아동의 보호 제한 규정(안 제63조의2 제1항)과, 아동의 이익을 고려하는 규정(안 제63조의2 제2항)을 신설하겠다고 회신한 바 있으나, 본 개정안은 “아동의 이주구금 금지” 등에 관한 규정 신설이 반영되어 있지 않음.

○ 법무부 제출자료에 따르면, 2019년에서 2023년 사이 이주 구금시설에 구금 조치 된 아동의 수는 총 182명이며, 이 중에는 196일간 구금된 아동도 있음. 진정사건의 사례와 같이 부모와 함께 구금된 아동도 매년 수십 명씩 존재하여 2023년에는 23명, 2022년 19명, 2021년 16명, 2020년 25명의 14세 미만 아동이 이주 구금시설에 구금된 바 있음.

○ 유엔아동권리협약 제3조 제1항은 아동의 최선의 이익을 최우선적으로 고려하도록 하고 있고, 유엔아동권리위원회의 일반논평 제6호[14] 제61항에 따르면 “…아동의 최선의 이익의 원칙의 적용에 있어서 부모와 동반되지 않거나 분리된 아동은 일반적으로 구금되어서는 안 된다. 구금은 …그들이 이민 또는 거주 지위, 혹은 그러한 것(체류자격)이 없다는 이유로 정당화될 수 없다”라고 명시되어 있음.

○ 유엔 고문특별보고관이 작성한 ‘고문 및 다른 잔혹하고, 비인간적이거나 비하적 처우 또는 처벌에 대한 보고서[15]’는, 아동 구금이 아동 학대와 불가분한 관계에 있다고 하면서, 아동의 신체적 및 정서적 발달을 크게 저해시킨다는 점을 지적하였음. 특히, 아동 본인 혹은 부모의 체류자격에 기반한 구금은 절대로 아동 최선의 이익의 원칙에 부합할 수 없으며, 이는 필요성의 원칙에도 부합하지 않고, 반비례적이며, 아동에 대한 잔혹하고 비인도적이고 비하적인 처우가 될 수 있다고 하였음.

---

14) 출신국의 외부에 있는 동반되지 않고 분리된 아동에 대한 대우

15) Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/HRC/28/68

○ 따라서 외국인 아동을 보호조치 하여서는 안되며, 외국인 아동의 유일한 보호자의 보호결정 및 일시보호해제시 아동에 대한 고려 등, 출입국 당국이 외국인 아동의 처우에 관한 모든 사항에 있어, 아동의 최선의 이익을 최우선으로 하여야 함을 명시하는 규정을 개정안에 포함할 필요가 있음.

Ⅲ. 결론

○ 법무부가 개정안을 통해 보호기간 상한 마련, 법무부 산하 회국인보호위원회를 통한 보호 이의신청 및 계속 심사, 보호 전 의견진술 기회 부여 조항을 신설을 통해, 2023. 3. 헌법재판소 판단과, 기존 위원회 권고를 반영하여 보호외국인에 대한 인권침해를 최소화하려는 노력을 한 점에 대해서는 긍정적으로 평가함.

○ 다만, 개정안이 출입국행정 당국의 외국인 보호에 관한 인식과 행정편의만을 반영해서는 안되고, 신체의 자유 침해 및 적법절차원칙 위배를 확인한 본건 위헌결정의 취지가 충분히 반영되지 않아 보호외국인에 대한 인권침해가 지속될 우려가 있으며, 위원회 권고 취지에도 부합하지 않는 부분이 있다 할 것임.

○ 이에 개정안에 보호명령의 일시적 잠정적 강제조치로서의 한계를 벗어나지 않는 선에서 구금 상한을 마련하고, 재보호 역시 외국인보호위원회의 승인을 받도록 하는 방안을 고려할 필요가 있으며, 외국인보호위원회의 독립성과 중립성을 갖출 수 있도록 하는 방안을 마련하고, 보호 조치에 앞서 의견진술 기회 제공 시 변호인의 조력을 받을 권리를 명시하여 외국인보호제도에 대한 적법절차원칙 및 과잉금지 원칙이 지켜질 수 있도록 하고, 아동 구금 금지 원칙 등이 반영되도록 할 필요가 있어 보임.

[지정토론]

출입국관리법 일부개정법률안 등에 관한 대한변호사협회의 검토 의견과 관련 쟁점

이종찬 변호사
대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회

[토론문]

출입국관리법 일부개정법률안(정부, 2204587호) 등[1]에 관한 대한변호사협회의 검토 의견과 관련 쟁점

이종찬
대한변호사협회 난민이주외국인특별위원회 변호사

1. 대한변협 검토의견 요약

발제문에서 정부 개정안에 대한 대한변협 검토의견을 잘 정리하였으므로 이 토론문 서두는 위 검토의견의 6가지 구체적 쟁점과 결론을 각 한 문장으로 요약・제시합니다.

① 현행 출입국관리법상 강제퇴거 및 보호처분은 출입국관리기관의 재량판단의 여지가 지나치게 광범위하여 자의적인 법해석에 의한 불공정한 법집행 가능성이 크다.

② 외국인 '보호'의 실질은 '인신구속' 내지 '구금'이며, 보호처분을 사법당국의 판결에 의하지 않고 무제한 허용하는 것은 헌법상 영장주의의 근본을 위협할 수 있다.

③ 정부 개정안의 보호 상한(기본 18개월+최대 36개월)은 지나치게 장기간 구금할 수 있는 가능성으로 인해 헌법재판소 위헌결정에 반할 여지가 농후하여 수정 보완이 필요하다.

④ 정부 개정안의 재보호 규정은 보호 해제 이후 구금 대안에 대한 고민 없

1) 대한변호사협회(이하 "대한변협")가 발표한 법률안에 대한 의견서(아래 출처, 이하 "대한변협 검토의견")는 정부 제출 개정안(이하 "정부 개정안")에 대하여만 검토하였으나, 이 의견서의 초안이 되었던 협회 산하 '난민이주외국인특별위원회'의 검토 의견(이하 "특위 검토의견")은 정부 개정안을 검토하는 과정에서 그보다 앞서 국회에 제출된 '[2204347] 출입국관리법 일부개정법률안(박주민의원안, 이하 "의원 개정안")'의 관련 내용을 인용, 소개하였습니다. 본 토론문에서는 특위 검토의견에 반영되었던 내용을 중심으로 의원 개정안과 관련한 의견도 함께 개진하는 취지에서 '등'을 부기하였습니다.! 출처: https://koreanbar.or.kr/pages/board/view.asp?teamcode=&category=&page=1&seq=14150&types=7&searchtype=&searchstr=

이 손쉽게 재보호하는 방식으로 장기간 구금의 수단으로 악용될 가능성이 존재하여 반대한다.

⑤ 각종 보호조치 관련 처분전 당사자에게 미리 의견진술을 받도록 의무화한 정부 개정안은 적법절차 보장의 명시이므로 도입을 찬성한다.

⑥ 정부 개정안의 법무부 산하 외국인보호위원회 제도는 독립성에 한계를 가질 수밖에 없는 구조로, 헌법재판소의 위헌결정 취지를 제대로 따르려면 법원에서 연장심사를 하거나 국무총리 산하의 독립적인 제3의 위원회를 신설하는 등의 제도 도입이 필요하다.

2. 대한변협의 외국인 강제퇴거 및 보호의 실질에 관한 입장

가. 강제퇴거 및 보호의 실질에 관한 입장 표명이 갖는 의미

대한변협은 정부 개정안의 여러 쟁점들에 대해 의견을 밝히면서, 그에 앞서 그 근간이 되는 외국인 강제퇴거 및 보호에 관한 입장을 명확히 제시하였습니다(위 요약 ①②참조). 정부 개정안의 보호 상한, 재보호, 외국인보호위원회 도입 등 구체적 쟁점에 대해서만 그 의견을 개진할 수도 있지만, 먼저 '강제퇴거' 처분 및 외국인 '보호' 처분의 실질이 무엇인지에 대한 입장을 표명한 것입니다. 토론자는 이 토론회 자리가 갖는 의미와 관련하여, 이러한 핵심 취지와 입장의 표명이 중요한 시사점을 갖는다고 봅니다.

- 오늘 토론회는 현장의 실무와 법률가 내지 활동가의 문제의식이 교차하여 우연히 열린 연성의 제도 개선 논의 자리가 아니고 헌법재판소가 헌법에 위반됨을 선언한 외국인보호 제도의 위헌성을 어떻게 제거할 수 있는지를 논의하기 위해 모인 자리입니다.

- 따라서 정부 개정안이 제시한 출입국관리법 개정의 각 쟁점별 찬반 의견이 어떠한지를 서로 교환하는 것만으로는 이 토론회 자리의 무거운 소명을 반영하기 어렵습니다. 대한변협의 강제퇴거 및 보호에 관한 입장 표명은 각 쟁점별 의견이 어디에 근간하고 있으며 그것이 왜 중요한지를 설명함으로써, 이 의견이 단순히 어느 법률가 집단의 독자적 견해에 불과하여 청취하면 그만인 의견이 아니라, 위헌 제거 입법에 진지하게 고려되어야 하고 실제로 반영도 되

어야 할 의견임을 시사하고 있습니다.

나. 외국인에 대한 강제퇴거 및 보호 처분의 실질과 헌법 준수의 필요성

대한변협이 먼저 주목한 것은 외국인 '보호'의 출발점이 되는 '강제퇴거' 처분의 실질 및 그에 따른 헌법 준수와 인권 보장, 그리고 무죄추정 원칙이 존중될 필요성입니다.

> "강제퇴거는 … 실질에 있어서는 집행 대상자의 가족, 재산, 직업 등 거주지에서의 모든 생활기반을 박탈할 수 있는 소위 **사회적 사형**에 상당하는 처분 내용을 가지고 있습니다. 이러한 처분 결과에 비추어 강제퇴거의 결정 및 집행에 있어서 헌법상의 적정절차의 원칙 및 인권보장의 정신이 존중될 것이 강하게 요청됩니다. 또한 … 일단 집행이 이루어진 이후에는 처분이 취소된다 하더라도 이를 **원상회복할 수 있는 실효적인 수단이 없다**는 점에서 비록 행정처분이기는 하나 형사절차의 대원칙인 "무죄추정 원칙"의 정신이 존중되어야 할 필요성이 크다고 볼 수 있습니다." [2]

또한 대한변협이 분명히 한 것은 '강제퇴거'의 집행 명목으로 시행되는 외국인 '보호'의 실질 및 그에 따른 영장주의 위배 위험과 기간 제한의 필요성입니다.

> "현행 출입국관리법 제63조 제1항은 … 외국인에 대한 보호가 비록 행정처분이라고는 하나 실질에 있어서는 **사실상의 "구금"에 해당**한다는 점 … 등에 비추어 위와 같은 규정은 헌법상의 영장주의 원칙에 위배되는 인권 침해적인 규정임이 상당합니다. […] 더욱이 이처럼 **사실상의 인신구속의 성격**이 강한 보호처분을 사법당국의 판결에 의하지 않고 무제한 허용하는 것은 영장주의의 근본을 위협할 가능성이 있습니다" [3]

요컨대, 대한변협은 외국인에 대한 강제퇴거는 '사회적 사형'에 상당하는 처분이고, 강제퇴거를 위한 외국인 '보호' 처분은 실질에 있어 사실상 구금 내지 인신구속이라는 입장을 분명히 하였습니다. 그리고 이러한 입장은 특정 법률가 집단의 특수한 견해가 아니고 헌법재판소의 위헌결정(2023. 3. 23. 2020헌가1)과 대법원 판결(2001. 10. 26. 99다68829) 등에 근거한 것임도 밝혔습니다.

이하에서 제시하는 대한변협의 쟁점별 검토의견은 모두 이 '제도의 실질'

2) 대한변협 검토의견 14-5면. 밑줄 또는 강조는 토론자가 표시.
3) 대한변협 검토의견 15, 17면. 밑줄 또는 강조는 토론자가 표시.

과 그에 따른 ‘헌법적 요청’에 부응하는 내용으로 작성되었습니다.

3. 법안 제63조 제1항(보호기간) 반대 - “지나치게 장기간의 구금 가능성으로 인해 헌법재판소 위헌결정에 반할 여지가 농후하여 수정 보완 필요”

가. 지나치게 장기간 구금이 가능하도록 한 정부 개정안의 문제

상기 목차 제목에 대한변협 검토의견을 그대로 반영(밑줄은 토론자 표시)한 것처럼, 대한변협은 정부개정안의 보호기간에 ‘강력한’ 반대하는 입장입니다. 외국인 보호는 해당 용어의 ‘보호’라는 외피적 표현과 달리 실제로는 “구금”이며,[4] 정부 개정안의 보호 상한은 “지나치게 장기간”이어서 “헌법재판소 위헌결정에 반할 여지가 농후”하기 때문입니다.

대한변협은 헌법재판소 결정문에 담긴 ‘구금 상한 제정 필요성’의 행간과 취지를 반대의견의 주요 근거로 제시하였습니다.

> “그러나 헌법재판소의 결정문을 보면 단지 구금기간의 제한 범위를 정하는 것 뿐만 아니라 구금기간이 “합리적 기간”이어야 하고, “필요한 최소한의 기간”이어야 함을 위헌 결정의 핵심으로 강조하고 있습니다. 즉, 헌법재판소 결정문의 전체적인 목적은 「출입국관리법」에서의 “보호”는 말 그대로 “일시적이며 잠정적인 기간 동안의 강제적인 대책”일 뿐이어야 하며, 이 법조항이 “이루고자 하는 공익”에 비해 “보호받는 사람의 신체의 자유를 제한하는 정도가 과도하게 크면 안된다”는 것입니다.” [5]

그런데 정부 개정안의 보호 상한은 이 필요, 최소, 합리의 기준을 현저히 넘었습니다. 대한변협은 여기에 ‘외국인은 영장 없이 긴 시간 동안 구금해도 된다’는 편의적·편파적 사고가 반영되어 있음을 지적하며, 국가안보나 테러에 대한 국민들의 불안은 근거가 빈약한 혐오, 차별, 거짓 뉴스 등과 구별해 신중히 다루어야 할 대상임에도 이러한 막연한 불안을 영장 없는 장기구금의 두둔 근거로 사용되고 있는 현실을 비판하였습니다.

---

4) “보호”(protection)이 갖는 일반적 정의와 달리, 출입국관리법이 정의하는 ‘보호’란 “외국인보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 인치(引致)하고 수용하는 집행활동”을 의미하며(동법 제2조 제11호), 실제로 이 법의 정식 영문법령 및 ‘보호’에 관한 각종 공식 서식들에서 위 용어는 ‘구금’(“detention”)으로 번역되어 있습니다.

5) 대한변협 검토의견 18면. 대한변협 검토의견에 표시된 밑줄 그대로 반영하였음.

> “그런데, 정부 입법예고안은 … 국가보안법, 테러방지법 등 특정 법률을 어겼다고 판단되면 3년간 구금할 수 있도록 한 것 … 문제는 해당 규정이 법원의 유죄판결이 요구되지
> 않고 … 이 기간은 형사상 구속기간에 포함되지 않습니다. **국가안보나 테러에 대한 불안을 이용해 외국인을 영장없이 긴 시간동안 구금할 수 있는 길을 열어놓은 것**입니다.
>
> 그리고 “그 밖에 공공질서 및 국민의 안전을 해하는 범죄로서 법무부령으로 정하는 범죄의 금고 이상의 형을 선고받은 사람”도 마찬가지로 지나치게 막연하고, 추상적이어서 법무부 행정당국의 자의적인 법집행이 가능한 측면이 다분히 존재합니다. 형기를 모두 마치고 풀려나게 되더라도 외국인보호소에서 최대 3년까지 다시 구금될 수 있는데 모두 법무부장관 산하 신설기구인 외국인보호위원회의 판단에 전적으로 맡겨져 있습니다.” [6]

한편, 정부 개정안은 이 추가 상한 적용에 관하여 “송환에 협조하지 않는 등의 사유로 송환이 불가능한 경우”라는 조건을 추가하였지만 ‘등’이라는 문언이 드러내는 것처럼 출입국관리 당국의 편의에 따라 이 조건이 적용될 우려가 큰 데다 송환에 협조하지 않는 사정이 바로 송환이 ‘불가능한 사유’라고 할 수도 없는 문제가 있습니다.[7]

나. 필요한 최소한의 합리적인 기간

그렇다면 헌법재판소의 위헌 결정의 취지를 충분히 반영하는 ‘필요한 최소한의 합리적인 기간’은 어느 정도일지의 문제가 제기됩니다. 대한변협은 명시적으로 숫자를 제시하지는 않았습니다만, 후술하는 보호(구금)의 기준 제시 필요성과 보호 장기화를 통해 강제퇴거를 압박하는 관행의 문제 지적, 나아가 해외 주요 국가들의 구금 상한 예를 제시하는 방식을 통해 일정 수준의 적정 보호 상한을 추단할 수 있게 하였습니다.

먼저 대한변협은 정부 개정안이 기본 18개월 및 최대 36개월(3년)까지 구금할 수 있도록 정하였다고 소개하면서 각주를 통해 해외 주요 국가들의 구금 상한 예를 제시하였는바, 외국인의 무기한 구금에 대한 위헌 결정 이후 구금의 상한을 정한 세 개의 국가(대만 100일, 이스라엘 90일, 남아공 120일) 및 위 예시들 중 최장 기간인 유럽 국가(독일 1년 6개월, “구금 개시, 연장 및 기간에

6) 대한변협 검토의견 18-9면. 검토의견에 표시된 밑줄 그대로 반영하였고 강조는 토론자 표시.
7) 대한변협 검토의견 19면.

대해 강도 높은 법원에 의한 사법통제가 이루어짐”을 명시)를 제시하였습니다.[8]

관련하여 의원 개정안은 총 100일의 상한을 제시하고 있는데, 이는 대한변협이 인용한 해외 주요국가들의 사례와 비교할 만한 수준입니다. 또한 대한변협 검토의견의 초안이 되었던 특위 검토의견이 “「유럽연합(EU) 송환지침」[9]은 최초 구금기간은 6개월을 넘을 수 없고 예외적으로 구금을 연장할 경우[10] 12개월을 추가할 수 있어 최대 18개월(6개월+12개월)을 구금기간의 절대적 상한선으로 제시”하고 있음을 지적한 사실[11]까지 고려하면 현재 정부 개정안의 기본 18개월+가중 18개월의 기간은 전향적인 축소가 필요합니다.

그리고 앞서 대한변협 검토의견이 적시한 독일의 외국인 이주구금이 ‘법원에 의한 강도 높은 사법 통제’ 아래 놓여 있다는 점에 착안하여, 단순히 기간의 장단만이 아니라 ‘필요한 최소한의 합리적’ 보호가 되도록 하는 구금 개시 내지 연장의 기준도 필요함을 상기하여야 합니다.

다. 보호(구금)의 기준 제시 필요성

대한변협은 정부 개정안의 ‘지나치게 장기간 구금이 가능’하도록 설계된 이 제도를 평가하면서, 결국 이러한 입법 제안이 얼마나 부정적으로 해석될 수 있는지를 지적하는 것으로 ‘강력한 반대’ 의견을 마무리합니다.

> “정부안은 난민인정 신청, 국내 분쟁 중 등 강제퇴거명령을 즉시 이행하지 못할 사정, 또는 아동, 임산부, 노약자 등 구금이 부적절하므로 보호명령 자체를 보류할 사정 등에 대한 기준을 제시하지 않은 채 위와 같은 조건을 두어 **보호의 장기화를 강제퇴거대상자에 대한 압박의 수단으로 활용**하려는 것으로 보입니다. 그동안의 관련 연구 등에 따르면 구금기간의 장기화가 효율적인 송환의 집행으로 이어지지는 않았음을 상기할 필요가 있습니다.” [12]

위 적확한 지적은 단순히 기간의 장단을 정하는 문제만이 아니라 보호 개시

8) 대한변협 검토의견 18면, 각주 2) 참조.
9) 유럽연합(EU) 불법체류자 송환지침(Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals)
10) 당사국의 합리적 노력에도 불구하고 강제퇴거대상 외국인의 협조 거부 또는 제3국으로부터 필요한 서류 확보 지연으로 강제퇴거집행에 시일이 소요되는 경우 등
11) 특위 검토의견 2, 3면.
12) 대한변협 검토의견 19-20면. 밑줄 또는 강조는 토론자 표시.

내지 연장에 관한 기준 설정도 필요함을 역설합니다. 즉, 보호(구금)의 개시나 연장을 결정할 때 해당 보호(구금)가 ‘필요한 최소한의 합리적’인 기간 동안의 보호(구금)가 되려면 분명한 판단 기준이 제시되어야 한다는 것입니다. 즉,

❶ 위 의견이 제시한 것처럼 ‘난민인정 신청이나 국내 분쟁 등 강제퇴거명령을 즉시 이행하지 못할 사정’이 있다면 ‘강제퇴거될 때까지 보호’하는 처분은 위법(위헌)입니다.

❷ 아동, 임산부, 노약자 등 구금이 부적절하여 보호명령 자체를 보류할 사정도 고려되어야 합니다.

❸ 보호(구금)의 장기화를 강제퇴거를 압박(집행)하는 수단으로 삼아서는 안 됩니다. 보호하더라도 강제퇴거를 집행할 수 없는 사정 내지 보호 자체가 부적절한 사정에서는 보호(구금)해서는 안 됩니다.

요컨대 정부 개정안은 보호(구금)의 개시와 연장에 관한 합리적인 기준을 제시하고 있지 않고 그로 인해 위헌적인 장기 구금이 발생할 위험이 상존하므로, 적절한 기준 내지 요건이 도입되어야 보호 장기화를 강제퇴거의 수단으로 압박하는 잘못된 행정이 중지될 수 있다는 것입니다.

이에 관하여 의원 개정안은 (보호 이외에) “다른 수단으로 그 목적을 달성할 수 없을 것”을 구금의 요건으로 제시하고 “강제퇴거명령을 받은 사람의 송환가능성”과 “강제퇴거명령을 받은 사람 또는 그 가족이 보호로 인하여 입게 될 불이익의 정도”를 보호 여부의 고려사항으로 규정하였습니다.[13] 이와 같이 정부 개정안도 구금의 개시와 연장을 결정하는 구체적 기준을 제시하여야 하며, 그로써 보호 상한 기간도 헌법적 정당성이 확보될 수 있습니다.

4. 법안 제63조의3(보호해제된 사람의 재보호) 반대 - “장기간 구금의 수단으로 악용될 가능성 존재”, 송환할 수 없음이 명백하게 된 때에는 보호 해제하는 방안 검토 필요

13) 독일은 구금의 개시에 관하여 3개월 내에 강제퇴거 집행이 가능한지를 심사하여 만약 해당 기간 내에 강제퇴거 집행이 불가능하다고 판단되면 구금을 개시하지 않습니다(대한변협 검토의견 22면 각주 4)). 대한변협 검토의견이 제시한 ‘난민인정 신청’이나 ‘국내분쟁’도 이러한 ‘일정 기간 내 집행 불가능’한 사정에 해당한다고 볼 수 있습니다.

대한변협은 보호해제된 사람의 재보호를 출입국 당국의 판단만으로 손쉽게 가능하게 하고 이미 과도하게 설정된 구금 기한을 처음부터 다시 시작하도록 한 정부 개정안이 장기간 구금의 수단으로 악용될 위험이 상당하다고 평가합니다. 비판점도 분명합니다.

> "헌법재판소가 위헌결정문에서 구금하지 않게 된 외국인의 도주나 이후 법을 어긴 경우를 상당 부분 막을 수 있는 구체적인 방법에 대해 예시까지 들어 제시하고 있음에도 불구하고, 정부안은 위 지적 부분에 대한 대안 마련은 제대로 하지 아니한 채 재구금할 수 있는 요건만 더하였다는 비판이 충분히 가능한 것이다. [...] 애초에 '장기 구금에도 불구하고 강제퇴거를 집행할 수 없어 상한에 도달한 상태를 어떻게 해소할지'에 대한 고려 없이 단순히 '상한이 다시 적용되는 재구금'만 가능하도록 하는 것은 **장기 구금을 제재와 퇴거 압박 수단으로 사용하려는 의도를 드러내는 것**으로 보입니다." 14)

이처럼 재보호 규정은 출입국관리 당국의 행정편의적 발상이 극대화된 지점으로, 이 제도를 통해 사실상 헌법재판소의 위헌 결정 이전과 다를 바 없는 구금 실태를 그대로 작출할 가능성이 농후합니다. '도주할 염려가 있다고 명백히 인정되는 경우' 나 '보호해제 조건 위반' 과 같은 재보호 개시 요건 자체가 자의적 실무가 자행될 넓은 자리를 마련하고 있고 재보호 개시도 당국 스스로 결정할 수 있는데, 이 경우 처음부터 최대 3년의 구금 기한이 다시 적용되기 때문입니다.

여기에서 더 나아가 대한변협은 '송환할 수 없음이 명백하게 된 때에는 아예 보호를 해제할 수 있도록 하는 방안' 도 추가로 검토해야 한다는 입장입니다. 정부 개정안과 같은 재보호 규정은 당연히 도입되어서는 안 되고, 오히려 '언제든 송환 가능성이 사라지면 즉시 보호를 해제' 하는 제도가 도입되어야 한다는 것입니다.

> "즉, **일정한 기간 이상 송환할 수 없는 경우에는 반드시 보호 해제하도록 개정하여 장기간의 보호로 인한 피보호자 인권침해를 방지할 필요가 있는 것**입니다. 참고로 독일의 경우 구금된 외국인 자신이 어찌해볼 수 없는 이유로 인해 3개월 내에 송환(강제퇴거)이 불가능한 경우라면 보호, 즉 구금 자체를 더 이상 할 수 없도록 규정하고 있습니다." 15)

14) 대한변협 검토의견 20-21면. 밑줄 또는 강조는 토론자 표시.

5. 법안 제66조의3(의견진술 기회의 부여) 찬성

대한변협은 각종 보호조치 관련 처분전 당사자에게 미리 그 과정으로서 필요한 의견진술을 받도록 의무화한 정부 개정안에 찬성하는 입장입니다.

6. 법안 제66조의 4, 5, 6(외국인보호위원회의 설치 등) 반대

가. 독립성에 한계를 가질 수밖에 없는 구조이며 헌재 결정이 주문한 “집행기관으로부터 독립된 중립적 기관에 의한 통제절차”에 배치될 가능성이 농후한 제도

대한변협이 정부개정안의 외국인보호위원회의 설치 등을 반대하는 이유는 간단합니다. 이대로는 출입국관리 당국(그 상급 기관인 법무부)과 독립된 중립적 기관의 구금 적법성 심사가 제대로 이루어질 수 없는데 이는 헌법재판소의 위헌결정 취지와 어긋나기 때문입니다. 독립성이 훼손되기 쉬운 지점은 여러 군데에서 발견됩니다.

- 위원장은 법무부장관의 제청으로 대통령이 임명하고 상임위원도 대통령령에 포괄위임하여 법무부장관이 위촉하게 될 가능성을 열어놓음

- 전체 9명의 위원 중에는 공무원이 포함되고 외부위원 역시 법무부가 원하는 사람들로 채워질 가능성 존재

- 기구 자체가 제3의 독립적 기구가 아닌 법무부 직속 기구이고 사무국 역시 법무부 출입국공무원들이 운영될 것으로 보인다는 면에서 정부 개정안의 위원회에 대한 권한과 업무의 독립성 부여 규정은 선언적 내용에 불과

- 비슷한 구조로 현재도 운영되고 있는 외국인장기보호심의위원회나 난민위원회는 독립성이나 이의신청 심의 기관으로서의 기능 수행 면에서 많은 비판을 받고 있음

대한변협은 정부 개정안이 헌법재판소의 위헌 결정 이후 제안한 이 위원회

15) 대한변협 검토의견 22면. 밑줄 또는 강조는 토론자 표시.

제도가 최근까지 국회에 제출된 다른 출입국관리법 개정안의 입장이나 학계의 주류적 입장과 차이가 있을 뿐 아니라, 법무부 스스로 과거 내놓았던 개선방안보다도 후퇴한 법안임을 지적합니다.

> “헌법재판소는 헌법불합치 결정문에서 “집행기관으로부터 독립된 중립적 기관에 의한 통제절차”를 주문했는데 이점에도 배치될 가능성이 농후한 것으로 보입니다. 더욱이 과거 2018년과 2021년에 연이어 법무부가 소위 ‘새우꺾기’ 사건 이후 발표한 “화성외국인보호소 인권침해 사건 진상조사 결과 및 개선방안”에서 **“사법부 등 제3의 기관이 보호 개시 및 연장의 적부를 판단”하도록 법을 개정하도록 할 것이라고 발언한 바 있는데 이와 비교해서도 대폭 후퇴한 법안**이 아닐 수 없는 것입니다.
>
> 2017년부터 최근까지 국회에 제출된 출입국관리법 개정법률안들을 살펴보면 대부분의 안은 보호의 개시 내지 연장 단계에서 독립된 판사의 허가를 받도록 하고 있으며, 학계에서도 형사절차상 인신구속과 마찬가지로 영장주의를 관철시켜야 한다는 입장부터 사법기관에 의한 통제를 하되 영장주의보다 완화된 형태가 가능하다는 주장이 대세임을 쉽게
> 확인할 수 있습니다.” [16]

나. 관할지방법원 또는 국무총리 산하의 독립적인 제3의 위원회에서 심사 필요

대한변협은 “헌법재판소의 위헌결정 취지에 제대로 따르기 위해서는 관할 지방법원에서 연장 심사를 하거나, 국무총리 산하의 독립적인 제3의 위원회를 신설하여 보호의 개시 및 연장 심사를 함이 상당”하다는 입장입니다. 법무부 산하 위원회에서 심사를 하는 것은 “아무리 외부위원을 위촉한다 하더라도 독립성이나 중립성을 확보하기란 다분히 한계가 있다”고 봅니다.[17]

이러한 입장은 대한변협이 강조 인용한 헌법재판소의 위헌결정에서 비롯됩니다:[18]

> 헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2020헌가1 결정의 헌법불합치 의견
>
> “출입국관리법상의 외국인보호는 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것으로서 외국인의 신체의 자유를 박탈하는 것이므로, 검사의 신청, 판사의 발부라는 엄격

16) 대한변협 검토의견 24-25면. 밑줄 또는 강조는 토론자 표시.
17) 대한변협 검토의견 25면.
18) 대한변협 검토의견 24면 각주 5)에서 인용. 밑줄 및 강조 표시는 위 검토의견 기재를 그대로 따름.

한 영장주의는 아니더라도, **적어도 출입국관리공무원이 아닌 객관적·중립적 지위에 있는 자가 그 인신구속의 타당성을 심사할 수 있는 장치가 있어야 한다**. [...] 법무부 장관의 심사 및 판단은 보호의 적법성을 담보하기 위한 실질적인 통제절차로서의 의미를 갖는다고 보기 어렵다."

이를 통해, 전술한 대한변협의 대안 명시(법원 내지 국무총리 산하 제3의 독립 위원회 창설) 외에도 몇 가지 독립성 및 중립성을 확보하기 위한 개선 방향을 생각해볼 수 있습니다.

❶ [위원 임명, 구성 등의 독립성] 위원회가 심사 주체가 되더라도 위원장이나 위원의 임명이나 해임 등에 법무부장관이나 법무부(출입국관리 당국)가 개입해서는 안 됩니다.

- 정부 개정안의 "법무부 소속이 아닌 외부위원"(안 제66조의6 제1항)이라는 용어 자체가 독립적이지 않은 구조를 암시합니다. 위원회는 법무부와 독립된 중립적인 자들로 구성되어야 하는데, 정부 개정안은 처음부터 '법무부 소속인 (이른바 '내부') 위원'과 그로부터 독립된 지위가 추정되는 '외부' 위원의 존재와 구성을 상정하고 있습니다.

- "상임위원이 아닌 위원"에도 "법무부의 고위공무원단에 속하는 공무원"이 포함되어 있습니다(안 제66조의6 제4항 제1호)

- 위원의 해임 또는 해촉을 "법무부장관"이 할 수 있습니다(안 제66조의8).

❷ [운영의 독립성] 위원회 운영 실무에 실질적으로 가장 큰 영향을 미칠 사무국 설치와 조사관 임명 및 업무에 관하여도 법무부(출입국관리 당국)와 독립된 중립적인 지위 가 보장되도록 장치를 마련해야 합니다.

- 위원회의 사무처리 및 조사를 위해 위원회에 사무국을 두며 사무국은 외국인보호조사관을 두어 위원회 소관 업무(안 제66조의5 각 호)에 대한 조사 및 관련 업무 등 위원회 업무 전반에 관한 실무를 담당하게 됩니다(안 제66조의15 제1 내지 3항).

- 그런데 위 사무국의 조사관은 “외국인보호 업무에 관한 경험과 지식이 풍부한 사람 중에서 임명”하며 구체적인 자격 등 사항은 대통령령으로 위임되어 있습니다(동조 제4항). 그 외 사무국 구성, 운영에 관한 사항들도 대통령령으로 위임되어 있습니다.

- 9명의 위원으로 구성된 위원회에서 많은 수의 외국인 보호 사건을 처리할 경우 실질적으로 해당 실무에 가장 큰 영향을 주는 것은 실무자 조사관의 업무와 보고임을 결코 간과할 수 없습니다.

그런데 정부 개정안은 “출입국관리공무원이 아닌” 중립적인 자들로 사무국을 운영할 뜻은 없어 보이며, 오히려 “외국인보호 업무에 관한 경험과 지식이 풍부”할 것으로 쉽게 추정할 수 있는 ‘출입국관리공무원’을 사무국에 기용할 뜻을 명확히 하고 있습니다.

그러나, 국무총리 산하의 조세심판원조차 국세청과의 인사교류로 인해 그 독립성과 중립성에 대해 상당한 비판과 공격을 받아 왔고 결국에는 그러한 인사교류를 하지 않는 것으로 인사 정책을 수립하였음을 주목해야 합니다.[19] 국무총리 산하의 독립 심판 기관에서도 처분청과의 인사교류가 문제될 수밖에 없는 상황을 고려하면, 정부 개정안 위원회는 국무총리 산하로 두어야 할 뿐 아니라 출입국관리공무원과의 인사교류 차단도 (인사정책이 아닌) 제도로 도입될 필요가 있습니다.

7. 결어

외국인에 대한 강제퇴거 처분은 모든 생활기반을 박탈할 수 있는 소위 사회적 사형에 상당하는 처분이고 보호 처분은 실질에 있어 사실상 구금 내지 인신구속에 해당합니다. 헌법재판소도 이러한 점을 지적하며 현행 제도가 ‘위헌’임을 확인하였습니다. 그렇기 때문에 오늘 저희가 논의하는 출입국관리법 개정안은 단순히 행정 절차의 개선 수준에 머물러서는 안 되고, 행정편의적 발상의 연장도 허용되기 어렵습니다. 이러한 맥락에서 정부 개정안의 보호 상한

19) 〈조세심판원, ‘국세청 사람’ 다 뺀다…국세청-심판원 인사교류 안하기로〉 세정일보 2023. 2. 9. 자 기사 ¦ 출처: https://www.sejungilbo.com/news/articleView.html?idxno=41502

은 지나치게 장기여서 헌법재판소의 위헌결정 취지에 반할 가능성이 커 전향적인 축소가 필요하고, 재보호 규정은 보호 해제 이후의 대안을 충분히 고려하지 않은 채 장기간 구금으로 악용될 가능성이 높아 도입해서는 안 됩니다. 법무부 산하 외국인보호위원회는 독립성을 확보할 수 없어 법원에 의한 심사나 국무총리 산하 독립적 제3의 위원회 신설 및 구성과 운영에 있어 중립성을 확보할 수 있는 대안 마련이 있어야 합니다.

끝.

[지정토론]

출입국관리법 개정안 관련
유엔난민기구 의견

이탁건 법무담당관
유엔난민기구

[토론문]

출입국관리법 개정안 관련 유엔난민기구 의견 (요약)

이탁건
유엔난민기구 법무담당관

* 이하의 내용은 첨부된 유엔난민기구 의견서 원문을 국문으로 요약한 것임. 시간의 제약 상 정부 발의 출입국관리법 개정안에 대해서만 의견서가 작성되었고, 이를 토론문으로 제시하는 것에 대한 너른 양해를 구함.

1. 서론: 유엔난민기구의 난민협약 감독기능에 기반한 의견 제시

유엔난민기구는 난민들에게 국제적 보호를 제공하고 각국 정부와 함께 난민에 대한 영구적인 해결책을 모색하기 위해 유엔 총회로부터 그 임무를 위임 받았음. 1951 년 난민의 지위에 관한 협약4 (이하 "1951 년 난민협약") 및 1967 년 난민의 지위에 관한 의정서5 (이하 "1967 년 난민의정서")는 특히 1951 년 난민협약의 적용 감독에 대한 지원 등 유엔난민기구의 임무 수행에 대한 협조 의무를 당사국에게 부여하고 있음. 유엔난민기구의 감독 기능은 법무부와 기구간 협력 관계에 관하여 규정하고 있는 난민법 제 29 조에도6 제시되어 있음.

유엔난민기구는 국회의 심의를 지원하기 위해, 중립적이고 전문적인 정보를 제공하기 위한 목적으로 이 의견서를 제출함. 아래의 의견은 1951 년 난민협약에 명시된 난민 보호에 관한 국제적 기준, 유엔난민기구 집행위원회 ("집행위원회")의 결론, 그리고 유엔난민기구 구금 지침 등의 지침에 근거를 두고 있음. 비록 유엔난민기구 지침과 집행위원회의 국제적 보호에 대한 결론은 그 자체로 국가에 대한 법적 구속력은 없지만, 비호신청인과 난민에 대한 정부의 법적 책임의 형태를 보여주는 해석 방법과 처우 기준을 제시함으로써 법적확신(opinion juris)의 수립에 기여하고 있음. 2000 년부터 집행위원회의 회원국이었던 대한민국은 집행위원회가 만장일치로 의결한 "국제 보호에 관한 결론"을 도출하는데 기여해 오고 있음.

2. 이주구금에 대한 국제기준 및 규범

본 출입국관리법 개정안은 현행 이주구금(immigration detention) 법제가 헌법에 불합치한다는 결정을 내린 헌법재판소 결정의 취지를 반영하고 있음 [헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2020헌가1, 2021헌가10(병합) 결정]. 헌법재판소는 해당 결정에서 "강제퇴거명령의 집행을 목적으로 일시적·잠정적으로 강제퇴거대상자를 특정 장소에 수용하는 보호는 그 본질상 강제퇴거명령을 집행하는 데 필요한 합리적 기간 내에 수용할 때에만 그 정당성을 인정할 수 있다"고 보았음. 또한, "상당한 기간 내에 강제퇴거명령을 집행할 수 없는 경우에도 강제퇴거대상자를 장기간 또는 무기한 보호하는 것은 […] 피보호자의 신체의 자유를 중대하게 제한"한다고 판단하였음. 헌법재판소는 구금 개시 및 연장 시 "독립되고 중립적인 지위에 있는 기관"의 "통제" 및 "당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여하는" "적법절차 원칙"을 준수할 것을 강조하였음.

헌법재판소 결정은 난민 등의 구금에 대한 유엔난민기구의 입장과 부합하며, 당시 헌법재판소에 제출되었던 유엔난민기구 의견서에서도 설명된 이주구금에 대한 확립된 국제인권법 규범과도 일치함. 개정안과 관련된 유엔난민기구의 이주구금에 대한 주요 입장은 다음과 같음.

비호를 구할 권리, 강제송환으로부터의 보호, 신체의 자유 및 이동의 자유: 모든 사람은 박해로부터 보호받기 위해 다른 국가에서 비호를 신청하고 이를 누릴 권리가 있음. 1951년 난민 협약은 난민 및 비호신청인의 불법적인 입국 및 체류가 부당하게 처벌되지 않을 것을 보장하고 있음. 협약 제33조 등에서 규정하는 강제송환금지원칙은 박해가 예상되는 국가로의 개인의 송환을 금지하는 원칙으로서, 국가의 직접적인 송환행위 외에도, 위험한 곳으로 돌아가는 것이 현실적으로 유일한 선택지가 되도록 상황을 조성하는 것도 동 원칙의 위반일 수 있음. 이를테면 열악한 환경에서 장기간, 무기한, 또는 자의적으로 구금하거나, 난민신청에 대한 심사 거부 또는 심사 지연 등을 통해 효과적이고 효율적인 난민심사절차에 대한 접근을 제한하는 것도 강제송환금지원칙의 위반이 될 수 있음. 또한, 신체 및 이동의 자유는 주요 국제인권법 규범에 명시되어 있으며 법치주의에 기반한 법체계의 필수 구성 요소로, 난민과 비호신청인도 이를 누릴 수 있어야 함.

구금에 대한 개별적 심사: 추방 목적의 외국인 구금은 목적의 정당성, 필요성, 합리성, 비례성을 충족하여야 함. 강제성이 더 적은 대안을 고려한 후 최후의 수단으로만 고려되어야 하며, 구금의 필요성에 대한 상세한 개별적 심사에 기반하여야 함. 구금 기간에 따라 계속적인 심사가 이루어져야 함.

구금 기간: 추방 목적의 무기한 구금은 국제인권법 상 자의적 구금에 해당함. 추방이 불가능하거나 비현실적인 경우의 구금은 적법하지 않은 구금이 되며, 구금된 사람은 구금에서 해제되어야 함. 추방될 수 없는 개인의 권리 제한은 추방 집행이 아닌 다른 법적 근거가 필요하며, 이는 국제 난민법 및 국제인권법에 부합해야 함.

아동의 구금: 유엔난민기구는 아동의 법적 지위 또는 체류지위, 또는 그들의 부모의 지위와 무관하게, 아동은 항상 이민적 목적으로 구금되어서는 안된다는 입장임. 구금은 아동의 최상의 이익에 부합하지 않음. 아동 권리에 관한 국제 인권법과 기준에 기반하여, 이민 관련 목적의 아동 구금은 금지해야 한다는 것이 현재 국제사회의 합의임. 아동 최상의 이익과 가족 생활에 대한 권리를 보장하기 위해 아동이 가족과 함께 구금 시설 외부에서 생활할 수 있어야 함.

구금 대안 (Alternative to detention, ATD): 유엔난민기구는 헌법재판소가 "주거지를 정기적으로 보고하는 방법, 신원보증인을 지정하거나 적정한 보증금을 내도록 하는 방법, 감독관 등을 통하여 강제퇴거대상자를 지속적으로 관찰하거나 감독하는 방법 등 보호를 대체하는 수단을 통하여 강제퇴거명령의 집행을 확보할 수 있다"고 판시한 것에 주목함. 이른바 구금 대안 (ATD)이 이주구금이 최후의 수단으로만 사용될 수 있도록 하면서 동시에 이민 및 난민절차 준수를 효과적으로 보장할 수 있는 방안이라는 인식이 전세계적으로 확대되고 있음.

유엔난민기구는 각국이 국내 난민보호 체계에 대한 다양한 도전에 직면하고 있고, 이주구금을 포함한 이민 정책적 고려가 이로 인한 영향을 받을 수 있음을 잘 인식하고 있음. 유엔난민기구는 난민심사의 고도의 기술적인 성격을 감안하여, 국가 난민심사체계의 역량과 자원을 확대할 것을 권고함. 이러한 투자를 통해 심사적체를 해결하고 난민심사체계의 신뢰도를 향상할 수 있을 것임. 유사한 맥락에서 헌법재판소는 "[난민사건을] 우선적·집중적으로 심리하고 난민인정 심사 및 결정을 신속히 진행"하는 등의 "제도적 개선을 통하여 보호기간의 상한을 도과하는 경우를 최소화할 수 있다"고 언급한 바 있음. 또한, 개인의 필요에 대응할 수 있도록 귀환 독려, 정규적인 이민 경로 등 다양한 접근법을 통해 난민심사체계에 대한 부담을 완화할 수 있을 것임.

3. 무기한 구금의 제한

유엔난민기구는 심각한 범죄 및 국가 안보와 공공 질서를 해치는 행위를 저지른 자에게 대응이 필요하다는 국가의 고려에 공감하면서도, 안보와 보호가 상호 배타적

이지 않다는 입장임. 보호를 도외시한 안보 중심 접근은 희망하는 결과로 이어지지 않았음. 난민협약 및 국제인권법은 난민 및 비호신청인의 이동의 자유의 제한을 배제하지는 않지만, 법적 근거에 따라 예외적으로 적용되어야 하며 적법절차가 보장되어야 함. 난민법은 이미 신원 확인을 위한 난민신청자의 구금 절차를 예정하고 있음(최대 20일).

개정안 제63조는 여권 또는 교통편 미확보 등의 사유로 "즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 경우" 최초 18개월 구금을 규정하고 있음. 이러한 사유는 타 조항에서 더 구체화되지 않았음. 현재 출입국 관행을 고려할 때, 해당 조항이 외국인의 추방에 관한 구금이 법에 근거하여 필요성, 합리성을 충족하고 정당한 목적에 비례해 **개별적으로** 결정되는 경우에만 허용된다는 기준을 충족하지 못할 수도 있다는 점이 우려됨.

특히, 심사가 진행중인 비호신청인 중 일부 집단이 강제퇴거명령을 받고 구금되는 현재의 관행이 계속될 수 있다는 가능성이 있음. 원칙적으로 추방 목적으로 구금이 이루어질 수 있는 시점은 비호신청이 최종적으로 기각된 이후임. 또한 개정안 상에 아동 구금 금지에 대한 고려가 없으므로, 아동 구금에 대한 현재 관행이 계속될 가능성이 우려됨.

구금 기간이 18개월 연장될 수 있는 근거는 구금에 필요한 정도의 범위보다 넓을 수 있음. 제63조 제1항 제1호 내지 제4호의 "죄를 범한 사람"은 동항 제5호의 "범죄를 범하여 구금 이상의 형을 선고 받은 사람"의 문언과 비교하였을 때 형사 책임이 확정되지 않은 사람도 포함될 개연성이 있음. 제5호의 "공공질서나 국민의 안전을 해치는 범죄"는 예시적으로 규정되어 있으며, 그 범위를 대통령령에 위임하고 있는데, 필요 이상으로 확대해석될 위험이 있음.

제63조 제 1항은 "송환에 협조하지 아니하는" 것을 송환할 수 없는 경우의 사유로 제시하고 있음. 유엔난민기구는 모든 경우에 이주 구금의 기간과 조건이 처벌적 성격(punitive nature)을 가져서는 안 된다고 강조함. 송환에 대한 협조 거부는 그 자체로만은 장기간의 구금을 정당화할 수 없음. 또한 협조 거부 외에도 송환 불가능성을 더 광범위하게 해석할 수 있는 여지를 제공하며, 대상국이 여행문서를 제공하려 하지 않는 경우와 같이 구금된 사람의 통제 밖에 있는 사유가 포함될 가능성이 있음. 유엔난민기구는 헌법재판소가 "송환업무를 담당하는 출입국관리당국으로서는 송환을 지체시키는 장애를 제거하는 등 송환업무를 성실하게 수행하여야 하므로, 피보호자가 송환에 협조하지 않는다고 하여 언제까지고 송환이 실현될 때까지 계속해서 보호할 수는 없는 것"이라고 지적했음에 주목함. 또한 유엔 자유권위원

회도 “무국적 또는 다른 사유로 인해 당사국이 송환을 집행할 수 없더라도, 이는 무기한 구금을 정당화할 수 없다”라고 제시한 바 있음. 여권이나 교통편 미비와 같은 사유로 인한 송환 불가능성은 그 자체로 송환에 대한 협조 거부를 의미하는 것이 아니며, 송환 가능성에 대한 합리적인 평가 없이 장기 구금이 지속될 경우, 이는 대상국의 비협조를 이유로 개인을 제재하는 결과를 초래할 수 있음.

제63조의2 제3항이 “다른 국가가 강제퇴거명령을 받은 사람의 입국을 거부하는 등”의 이유로 “명백히 송환할 수 없게 된 경우” 즉각적인 구금 해제 가능성을 정하고 있어 긍정적임. 추방 집행을 위한 구금은, 추방이 현실적으로 가능하고 이를 신의성실하게 추진하는 동안에만 유지될 수 있음. 송환 가능성이 명백히 없을 경우에는 구금된 사람이 반드시 구금에서 해제되어야 한다는 점을 명확히 규정할 것을 권고함.

유엔난민기구는 제63조의3에서 도입된 재구금 가능성에 대해 우려를 표함. 동 조항은 도주하거나 도주할 염려가 있다고 명백히 인정되는 자, 강제퇴거명령을 받은 사유가 아닌 다른 사유로 강제퇴거 대상이 된 자, 그리고 보호해제 조건을 위반한 자에 대한 재구금을 허용하고 있음. 도주의 명백한 가능성 및 보호해제 조건 위반의 구체적인 정의는 따로 제시되고 있지 않음. 재구금 사유가 넓게 해석될 수 있는데, 이는 최대 36개월의 구금으로 이어질 수 있으며, 재구금 횟수에 제한이 없으므로 무기한 구금이 발생할 가능성이 있음. 이는 자의적 구금에 해당함.

또한, 현재 임시 보호 해제 관행에 비추어 볼 때, 구금에서 해제된 사람에 대한 지위 또는 처우에 대한 아무런 규정이 없으므로 집행 가능성이 없는 강제퇴거명령을 받은 자가 구금해제되더라도 생계 유지 수단이 없이 장기간 미등록 상태로 남을 위험이 있음. 이는 구금 해제된 난민 및 비호신청인이 재구금되는 결과를 초래할 수 있음.

제63조는 “보호시설”에서의 구금을 정하고 있는데, 이민 목적으로 구금된 난민과 비호신청인은 교도소, 유치장, 또는 형사사법절차 상의 시설에 구금되어서는 안됨.

제65조는 구금에서의 일시해제 (보호일시해제)를 정하고 있음. 이러한 일시적 해제는 구금대안의 일환으로 간주될 수 있지만, 구금대안 상 사람의 권리가 제한되기 위해서는 법적 확실성, 필요성, 비례성의 원칙을 준수해야 하며, 절차적 안전장치가 마련되어야 함. 구금대안은 또 다른 형태의 구금이 되어서는 안되며, 경제적으로 부담 가능해야 함.

4. 독립적인 구금 심사

유엔난민기구는 개정안 제66조의4 제2항이 외국인보호위원회의 독립성과 권한을 명시적으로 규정하고 있음은 긍정적으로 평가함. 다만 위원회가 법무부 산하에 설치되고, 위원장이 법무부 장관의 제청으로 임명된다는 점에 주목함. 상임위원의 임명 기준 및 절차는 대통령령에 위임되어 있으며, 이러한 상임위원이 법무부 장관에 의해 임명되거나 추천될 가능성이 있음. 비상임위원은 법무부 장관이 임명하거나 위촉하며, 법무부 소속 공무원도 그 대상이 될 수 있음. 비상임위원의 수는 대통령령에 위임되어 있음. 또한 법무부 장관은 명시된 사유에 따라 위원회 구성원을 해임할 권한이 있음.

이주구금은 사법기관 또는 기타 독립적인 기구에 의해 신속하고 정기적으로 검토되어야 하며, 구금된 사람은 자신의 구금의 적법성을 다투기 위해 법원에 절차를 제기할 권리가 있어야 함. 구금에 대한 사법 심사는 법률적, 실질적으로 형식적 검토에 그치지 않고, 국내법 준수 여부를 넘어서 구금이 구금된 개인의 인권, 즉 신체의 자유와 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적인, 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터의 자유를 포함하여 인권에 부합하는지 여부를 심사해야 함.

자유권위원회는 자유권규약 제9조 제4항과 관련하여, 체포 또는 구금에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 “법원”에 절차를 제기할 권리가 있다고 제시함. 이는 일반적으로 사법부의 법원을 의미함. 예외적으로, 일부 형태의 구금에 대해 법률이 전문적인 재판소를 통한 절차를 규정할 수 있을 것임. 이러한 재판소는 법률에 따라 설립되어 행정부 및 입법부로부터 독립되어 있거나 사법적 성격의 절차에서 법적 문제를 결정할 때 사법적 독립성을 누려야 함.

이를 고려할 때, 외국인보호위원회 관련 규정이 구금의 적법성과 자의성을 결정하는 기구로서 국제인권법이 요구하는 수준의 독립성과 공정성을 충족하지 못하는 것으로 보임. 위원회의 독립성과 중립성을 실질적으로 보장하기 위한 추가 수정을 권고함. 추가 수정으로서, 법무부 소속이 아닌 비상임위원이 위원회의 다수를 차지하도록 명시하거나(또는 위원회를 비법무부 구성원으로만 구성하도록 규정), 비법무부 구성원이 위원회의 위원장으로 임명되도록 명시하는 방안 등이 검토될 수 있음. 근본적으로, 법무부와 별개로 독립적이고 중립적인 기구로서의 사법기관을 심사기관으로 설정하는 방안도 고려할 수 있음. 또한, 위원회(또는 사법기관)가 개별 구금을 신속히 검토할 수 있도록, 이상적으로는 구금 결정 후 24-48시간 이내에 검토가 이루어질 수 있도록 충분한 자원이 배치되는 것이 중요함.

5. 의견 진술 기회의 부여

구금 대상인 외국인에게 의견진술 기회를 부여하고 있는 제66조의3의 신설은 긍정적임. 위원회가 구금의 개시, 지속 및 연장에 대한 결정을 내리기 전에 제출된 의견을 검토하도록 보장하기 위한 구체적인 절차를 규정할 것을 권고함.

6. 결론

국제난민법 및 국제인권법이 보장하는 비호를 구할 권리, 신체의 자유 및 이동의 자유에 따라, 난민 및 비호신청인의 구금은 최후의 수단으로 사용되어야 하며, 신체 및 이동의 자유가 보장되는 것이 일반적이어야 함.

난민 및 비호신청인의 예외적인 구금은 개별적으로 필요성이 인정되고, 항상 합리적이며 정당한 목적에 비례할 때에만 허용됨.

국제적 보호를 구하는 사람들을 추방하기 위한 목적으로의 구금은 원칙적으로 비호신청이 최종적으로 거부된 이후에만 이루어질 수 있음.

추방 집행을 위한 구금은, 추방이 현실적으로 가능하고 이를 신의성실하게 추진하는 동안에만 유지될 수 있음.

구금은 아동의 최상의 이익에 부합하지 않으며, 이는 아동에게 영향을 미치는 모든 결정에서 주요하게 고려되어야 함. 아동 등에 대한 구금 대안은 이주구금이 최후의 수단으로만 사용될 수 있도록 하면서 동시에 이민 및 난민절차 준수를 효과적으로 보장할 수 있는 방안임.

난민 및 비호신청인의 무기한 구금을 제한하려는 개정안의 목적을 환영함. 다만 개정안이 규정하는 구금(및 재구금)의 사유와 기간이 구금의 예외적인 성격을 반영하는 충분한 보호와 안전장치를 제공하지 않는다는 점이 우려됨.

구금에 대한 독립적인 심사를 보장하고, 구금 대상이 된 사람들에게 의견을 진술할 기회를 제공하는 조항의 신설은 긍정적임. 그러나 위원회의 독립성과 중립성을 실질적으로 보장하기 위해 추가적인 개정을 권고함.

UNHCR Comments on the
Government's Legislative Proposal to Amend the Immigration Act
regarding Immigration Detention in the Republic of Korea

Introduction

1. The United Nations High Commissioner for Refugees ("UNHCR"), through its Representation in the Republic of Korea, appreciates the opportunity to provide comments to the Legislative and Judiciary Committee ("Committee") of the National Assembly of the Republic of Korea on the Government's Proposal to Amend the Immigration Act, 7 Oct 2024, No.4587 (hereinafter "Proposal").[1]

2. UNHCR's interest in the Proposal stems from its mandate and responsibility for the protection of refugees and other persons in need of international protection, as detailed below. UNHCR has been entrusted by the UN General Assembly with the mandate to provide international protection to refugees and, together with Governments, seek permanent solutions for refugees.[2] Paragraph 8 of UNHCR's Statute confers responsibility on UNHCR for supervising the application of international conventions for the protection of refugees.[3] The 1951 Convention relating to the Status of Refugees[4] ("1951 Convention") and its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees[5] ("1967 Protocol") oblige States to cooperate with UNHCR in the exercise of its mandate, in particular facilitating UNHCR's duty of supervising the application of the provisions of the 1951 Convention (Article 35 of the 1951 Convention and Article II of the 1967 Protocol). UNHCR's supervisory function is also expressed in Article 29 of the Korean Refugee Act,[6] which provides for the cooperation and relationship of the Ministry of Justice ("MoJ") with UNHCR.

3. UNHCR submits these comments with the aim of providing neutral and expert information in order to assist the Committee and the National Assembly in its legislative deliberations. The following comments are based on international refugee protection standards set out in the 1951 Convention, Conclusions of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme ("ExCom"), and UNHCR guidelines. While neither the ExCom Conclusions on International Protection nor UNHCR´s guidelines are *per se* binding on States, they contribute to the formulation of *opinio*

---

[1] The comments hereinafter are based on UNHCR's unofficial English translation of the Proposal, attached here.
[2] UN General Assembly, *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 14 December 1950, A/RES/428(V), https://www.refworld.org/docid/3ae6b3628.html (Statute).
[3] *Ibid*., para. 8(a). According to para. 8(a) of the Statute, UNHCR is competent to supervise international conventions for the protection of refugees. The wording is open and flexible and does not restrict the scope of applicability of the UNHCR's supervisory function to one or other specific international refugee convention. UNHCR is therefore competent in its Statute to supervise all conventions relevant to refugee protection. UNHCR, *UNHCR's supervisory responsibility*, October 2002, ISSN 1020-7473, https://www.refworld.org/docid/4fe405ef2.html at pp. 7-8.
[4] UN General Assembly, *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, United Nations Treaty Series, No. 2545, vol. 189, https://www.refworld.org/docid/3be01b964.html. According to Article 35(1) of the 1951 Convention, UNHCR has the "duty of supervising the application of the provisions of the Convention."
[5] UN General Assembly, *Protocol Relating to the Status of Refugees*, 31 January 1967, United Nations, Treaty Series, vol. 606, https://www.refworld.org/docid/3ae6b3ae4.html at p. 267.
[6] Refugee Act, implemented on 1 July 2013, most recently amended on 20 December 2016, Law No. 14408.

juris by setting out standards of treatment or approaches to interpretation which illustrate States' sense of legal obligation towards asylum-seekers and refugees.[7] As a member of ExCom since 2000, the Republic of Korea has contributed to the development of the Conclusions on International Protection, adopted unanimously by the ExCom. The following comments are particularly based upon UNHCR's Detention Guidelines on the applicable standards regarding the detention of asylum-seekers and refugees (hereinafter "UNHCR Detention Guidelines"),[8] its experience in a range of national and regional systems and discussions, and UNHCR's comments submitted to the Constitutional Court during its deliberations,[9] after which the Court rendered its decision that found the current immigration detention legal and policy framework to be unconstitutional [Constitutional Court Decision 2020Hun-Ka1 and 2021Hun-Ka10(consolidated), 23 March 2023] (hereinafter "Constitutional Court Decision" or "Decision").[10]

4. UNHCR seeks consideration of these comments by the Committee and the National Assembly and welcomes further cooperation regarding them and their implementation.

International norms and standards on immigration detention

Reasons for Proposal:

The Proposal is to reflect the purport of the Constitutional Court's decision of unconstitutionality [March 23, 2023, Decisions 2020Hun-Ka1 and 2021Hun-Ka10 (consolidated)], ruling the detention of a foreigner subject to deportation without establishing an upper limit on the detention period to be a violation of the detainee's personal liberty and emphasizing the necessity of controlling procedures undertaken by a neutral institution independent from the enforcing authorities and ensuring opportunities for the concerned foreigner to state his/her opinion upon the start of detention or upon the extension of detention. Therefore, the Proposal sets out to improve and reinforce some of the shortcomings in the operation of the current system, including by setting an upper limit on the detention period for foreigners subject to deportation orders, establishing a Committee on Detention of Foreigners to independently conduct tasks such as examining detention of foreigners and extending the period thereof, and providing opportunities for the foreigner to state his/her opinion when the head of the competent Regional Immigration Service takes measures such as issuing detention orders or extending detention period.

---

[7] Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee in International Law* (3rd ed.), Oxford University Press, 2007, p. 217.

[8] UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2012/en/87776

[9] UNHCR, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of 2020HunGa1 and 2020HunBa119 before the Constitutional Court of the Republic of Korea*, November 2020, https://www.refworld.org/jurisprudence/amicus/unhcr/2020/en/123431

[10] *2020Hun-Ka1 & 2021Hun-Ka10 (consolidated)*, Republic of Korea: Constitutional Court, 23 March 2023, https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/korcc/2023/en/60731

5. The Proposal purports to reflect the Decision that found the current immigration detention framework to be unconstitutional. In its Decision, the Constitutional Court found that given the temporary and provisional nature of detention, issued to secure enforcement of a deportation order, detention of non-nationals under the Article 63(1) of the Immigration Act is "only legitimate if the holding is within a reasonable period of time necessary to enforce the deportation order." It also found that prolonged or indefinite detention […] even if the deportation order cannot be enforced within a reasonable period of time […] constitutes a significant restriction of the detainee's physical freedom." It also called for adherence to principle of due process through "control by an impartial and neutral body" and "opportunity for the [detainee] to be heard" upon initiation and extension of detention.

6. The Court's finding is in line with UNHCR's position on detention of refugees, asylum-seekers, [11] as well as well-established international human rights law instruments on the issue, as explained in UNHCR's submission to the Court. The principal points of UNHCR's position relevant to the Proposal are outlined below.

7. *Ensuring the right to seek asylum, protection from refoulement, and rights to liberty and freedom of movement*: Every person has the right to seek and enjoy in other countries asylum from persecution.[12] Seeking asylum is not an unlawful act, and the 1951 Convention provides safeguards to ensure the irregular entrance and stay of refugees and asylum-seekers are not unduly penalized.[13] Due consideration should be given to the principle of non-refoulement – the obligation of States not to expel or return a person to territories where his or her life or freedom would be threatened.[14] Most prominently expressed in Article 33 of the 1951 Convention, the principle of non-refoulement not only prohibits States from taking direct and explicit removal measures, but also from taking disguised or indirect measures that create circumstances leaving the individual in need of international protection[15] with no real alternative other than

---

[11] The terms "refugees and asylum-seekers" used throughout this submission, are understood to include individuals under other visa status or without visa status who present international protection needs.

[12] Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights provides that "[e]veryone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution". UNHCR Detention Guidelines, para. 11

[13] Article 31. See also UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 14: Non-penalization of refugees on account of their irregular entry or presence and restrictions on their movements in accordance with Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/24/14, 23 September 2024, https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2024/en/148632.

[14] See UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007: https://www.unhcr.org/cgibin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=45f17a1a4 and UNHCR, *Note on the Principle of Non-Refoulement*, November 1997, https://www.unhcr.org/refworld/docid/438c6d972.html.

[15] Given that a person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he or she fulfils the criteria contained in the refugee definition, refugee status determination is declaratory in nature: a person does not become a refugee because of recognition but is recognized because he or she is a refugee. It follows that the principle of *non-refoulement* applies not

returning or departing to a place of danger.[16] Such violation of the principle of non-refoulement may be triggered by dissuasive policies and practices, including, for example, detention in poor conditions for long, unauthorized or indefinite periods; and denial of access to fair and effective refugee status determination, such as refusing to process claims for asylum or unduly prolonging them.[17] Also, fundamental rights to liberty and security of the person and to freedom of movement, codified in numerous major international human rights law instruments and essential components of legal systems built on the rule of law, also apply to refugees, asylum-seekers, limiting their detention to only extraordinary individual circumstances that warrant such restriction of their fundamental rights.[18]

8. *Individual assessment for detention*: Exceptional detention of non-nationals subject to deportation, including, when applicable, refugees and asylum-seekers, can only be allowed where it has been determined that it is necessary, reasonable in all circumstances and proportionate to a legitimate purpose.[19] It must be imposed only as a measure of last resort following consideration of less coercive alternatives, based on a detailed, individualized assessment of the need to detain, and reassessed as it extends in time. If there are less restrictive or coercive measures - alternatives to detention - that can be effective in individual cases, detention in such cases would fail the necessity and proportionality tests.[20]

9. *Length of detention:* Indefinite detention for the purpose of executing an expulsion is arbitrary as a matter of international human rights law.[21] When the removal becomes

---

only to recognized refugees, but also to asylum-seekers whose status has not yet been determined. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, April 2019, HCR/1P/4/ENG/REV, https://www.refworld.org/docid/5cb474b27.html, para. 28. See also, as an example, *2016Du42913*, Republic of Korea: Supreme Court, Decision of 5 Dec 2017. See further, *G v G*, [2021] UKSC 9, United Kingdom: Supreme Court, 19 March 2021, https://www.refworld.org/cases,UK_SC,6061de2d4.html, at para. 81, in which the UK Supreme Court affirmed that: '[u]nder the 1951 Geneva Convention recognition that an individual is a refugee is a declaratory act. The obligation not to refoule an individual arises by virtue of the fact that their circumstances meet the definition of "refugee", not by reason of the recognition by a Contracting State that the definition is met.' See also, ExCom, *Non-Refoulement No. 6 (XXVIII) - 1977*, 12 October 1977:https://www.refworld.org/docid/3ae68c43ac.html.

[16] Committee against Torture, *General Comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, UN Committee Against Torture*, 9 February 2018, https://www.refworld.org/legal/general/cat/2018/en/120416, para. 14.

[17] UN Committee Against Torture, note 15 above, para. 14.

[18] *UNHCR Detention Guidelines*, para. 12. See also ExCom, *Conclusion No. 44 (XXXVII): Detention of Refugees and Asylum-Seekers – Adopted by the Executive Committee (1986)*, No. 44 (XXXVII) 1986, 13 October 1986, https://www.refworld.org/policy/exconc/excom/1986/en/41745. See also UN Human Rights Committee (HRC), *General comment no. 35, Article 9 (Liberty and security of person)*, 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, para.5, www.refworld.org/docid/553e0f984.html

[19] *UNHCR Detention Guidelines*, para. 21 ; [19] HRC, *General Comment no. 35*, para.18.

[20] *Ibid.*, para. 34. See also UN Working Group on Arbitrary Detention (WGAD), *Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*, 7 February 2018, para.16, www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Detention/RevisedDeliberation_AdvanceEditedVersion.pdf.

[21] *Ibid.*, para. 44; HRC, *General comment no. 35*, para. 18; *Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*, UN Working Group on Arbitrary Detention, 7 February 2018, www.refworld.org/legal/general/unwgad/2018/en/120413, para. 26.

impossible or impracticable, detention ceases to be lawful, and the person must be released.[22] Persons whose expulsion cannot be executed may be subject to restrictions of their rights only based on grounds under national law other than the execution of the expulsion and must always in line with international refugee and human rights law.[23]

10. *Detention of children*: UNHCR's position is that children should not be detained for immigration-related purposes, irrespective of their legal/migratory status or that of their parents. Detention is never in the best interests of the child.[24] There now exists international consensus, rooted upon international human rights law and standards on the rights of children, that detention of children for immigration-related purposes should be prohibited. In order to uphold the best interests of children and their right to family life, domestic laws should provide that accompanied children should be accommodated together with their family members outside of places of detention.[25]

11. *Alternative to detention*: UNHCR notes positively that the Constitutional Court contemplated the possibility and necessity of "alternatives measures to detention, such as […] requiring regular reports of residence, requiring an identity guarantor or posting an adequate bond, or continuous monitoring or supervision […]" in lieu of "method that unduly restricts the physical freedom of the detainee, such as indefinite detention, in order to secure enforcement of the deportation order." There is increasing awareness globally of the need to provide for alternatives to detention ("ATD") to ensure that immigration detention is only applied as a measure of last resort, as well as being practical and effective in ensuring compliance with immigration and asylum procedures.[26]

12. UNHCR recognizes various challenges States face in their national asylum systems, which may impact overall immigration policy considerations, including detention for violations of immigration-related laws. UNHCR continues to recommend additional

---

[22] See, HRC, *General comment no. 35*, para. 18; *A. v. Australia*, CCPR/C/59/D/560/1993, HRC, 3 April 1997, para. 9.4, www.refworld.org/cases,HRC,3ae6b71a0.html; *Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*, UN Working Group on Arbitrary Detention, para. 27.

[23] As example of other measures, see HRC, *General comment no. 35*, para. 15; *UNHCR, Detention Guidelines*, para. 30.

[24] UNHCR, *UNHCR's position regarding the detention of refugee and migrant children in the migration context*, January 2017, https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2017/en/11525

[25] UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW), *Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, 16 November 2017, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, www.refworld.org/reference/research/cmw/2017/en/119190

[26] *Ibid*., paras. 35-39. For an analysis of cost-benefit of alternative to detention, see UNHCR, *Unlocking rights: towards ending immigration detention for asylum-seekers and refugees*, September 2024, https://www.refworld.org/policy/polrec/unhcr/2024/en/148655, p. 18. See also UNHCR, *Options Paper 2: Options for governments on open reception and alternatives to detention* (first published 2015, revised version 2020), 2020, https://www.refworld.org/policy/strategy/unhcr/2020/en/104606

investment are made in reinforcing and expanding the capacity and resources of the national asylum system that takes into account the highly technical nature of refugee status determination, which would be helpful in addressing case backlogs and improving the integrity of the asylum system.[27] In a similar vein, the Constitutional Court in its Decision has noted that "institutional improvements such as prioritizing and concentrating [on refugee lawsuits] in court and expediting review and determination of refugee status can minimize the cases of exceeding the upper limit of detention." It also should be noted that pressure on the asylum system can be alleviated through various measures including differentiated approach that addresses specific needs of individuals, including return strategies and opportunities for regular migration pathways if established criteria are met.[28]

Limitations on indefinite detention

Article 63 (Detention of Persons Subject to Deportation Orders)

(1) If it is impossible to immediately repatriate a person subject to a deportation order out of the Republic of Korea for reasons including lack of passport or means of transportation, the head of a Regional Immigration Service may detain the person in any detention facility for up to 18 months until they can be deported. However, if the person to be deported falls under any of the following subparagraphs and cannot be deported even after 18 months for reasons including refusal to cooperate with repatriation, the head of a Regional Immigration Service may continue to detain the person in the detention facility for an additional period of up to 18 months until the person can be repatriated, with prior approval from the Committee on Detention of Foreigners.

1. *A person who has committed a crime specified in the National Security Act*
2. *A person who has committed a crime specified in the Act on Counter-Terrorism for the Protection of Citizens and Public Security*
3. *A person who has committed a crime specified in the Act on Prohibition Against the Financing of Terrorism and Proliferation of Weapons of Mass Destruction.*
4. *A person who has committed a crime under Chapter 1 (Crime Concerning Insurrection), Chapter 2 (Crimes Concerning Foreign Aggression), Chapter 4 (Crime Concerning Foreign Relations), or Chapter 5 (Crimes Against Public Peace) in Section 2 of the Criminal Act.*
5. *A person who has committed other crimes that harm public order or the safety of citizens, such as murder, assault, rape, indecent acts, robbery, and other crimes specified by Presidential Decree, and has been punished with imprisonment without labor or heavier punishment.*

[27] See, for example, UNHCR, *UNHCR Observations on the Outline of the 4th Basic Plan for Policies on Foreigners of the Government of the Republic of Korea*, p.5.

[28] See UNHCR, *The 10-Point Plan in Action, 2016 Update, Chapter 9: Return Arrangements for Non-Refugees and Alternative Migration Options*, December 2016, https://www.refworld.org /policy/strategy/unhcr/2016/en/114092, p.250.

(2) When the period during which a detainee is detained subject to paragraph (1) exceeds three months, the head of the Regional Immigration Service shall obtain prior approval on continuance of detention from the Committee on Detention of Foreigners every three months thereafter.

(3) The Minister of Justice may order the head of a Regional Immigration Service to transfer a detainee to another detention facility as specified in the Ordinance of the Ministry of Justice if the Minister deems it reasonable for tasks such as repatriation of the detainee under paragraph (1).

(4) Article 53 through 55, 56-2 through 56-9 and 57 shall apply mutatis mutandis to detention under the main clause of paragraph (1). Articles 56-2 to 56-9 and Article 57 shall apply mutatis mutandis to detention under the proviso of paragraph (1).

Article 63-2 (Release from Detention of Persons Subject to Deportation Orders)

(1) The Head of a Regional Immigration Service shall immediately release the person from detention if the detention exceeds the maximum duration of detention specified under the main clause and proviso of Article 63 (1).

(2) The Head of a Regional Immigration Service shall immediately release the person from detention if they fail to obtain approval for continuance of detention from the Committee on Detention of Foreigners under Article 63 (2).

(3) If it becomes clearly impossible to repatriate a detainee under Article 63 for reasons such as another country refusing the entrance of the person given deportation order, the head of a Regional Immigration Service may release the person from detention.

(4) When releasing a person from detention under paragraphs (1) through (3), the head of a Regional Immigration Service may impose necessary conditions such as restriction of residence.

Article 63-3 (Re-detaining of Persons Released from Detention)

(1) The head of the Regional Immigration Service may detain again a person who has been released from detention under Article 63 (2) and paragraph (2) of this Article if the person released from detention falls under any of the following subparagraphs (hereinafter "re-detention").

1. When it is clearly recognized that the person has absconded or poses a risk of absconding

2. When it is revealed that the person falls under any of the subparagraphs of Article 46(1) for reasons other than the grounds for which the deportation order was issued, or when the individual comes to fall under any of the subparagraphs of Article 46(1).

3. When the person has violated the conditions imposed at the release from detention under Article 63-2(4)

(2) Articles 53 to 55, Articles 56-2 to 56-9, Article 57, Article 63 [excluding paragraph (4)], and Article 63-2 shall apply mutatis mutandis to re-detention and the release therefrom under paragraph (1).

(3) When calculating the duration of re-detention under paragraph (2), the duration of detention previously imposed under Article 63 and the period of re-detention previously imposed under paragraph (1) shall not be included.

13. The Proposal's amended Article 63 envisages for initial 18 months of detention in principle, if it is impossible to immediately repatriate a person subject to a deportation order for reasons including the lack of passport or means of transportation. The detention may be extended for an additional 18 months, resulting in a total of 36 months of detention for those who: (1) cannot be immediately repatriated for reasons including refusal to cooperate; and (2) who have "committed a crime" as provided in the National Security Act, Act on Counter-Terrorism for the Protection of Citizens and Public Security, Act on Prohibition Against the Financing of Terrorism and Proliferation of Weapons of Mass Destruction, and other grave crimes under the Criminal Act; or (3) committed other crimes that harm public order or the safety of citizens and has been punished with imprisonment without labour or heavier punishment [Article 63(1)].

14. Continuance of detention is determined every three months by the Committee on Detention of Foreigners [Article 63(2)], and the extension of detention by 18 months also requires prior approval by the Committee. The Committee may, in its discretion, grant temporary release from detention [Article 65]. The detainee is released from detention when the upper limit of detention has been reached, with necessary conditions attached [Article 63-2]. Authorities, at their discretion, may also release the detainee if it is clearly impossible to repatriate him/her [Article 63-2]. Re-detention is possible, the length of which is reset from the previous detention [Article 63-3].

15. At the outset, UNHCR shares the legitimate concern of States to respond to possible security threats posed by those committing particularly serious crimes and other acts of harming national security and public order. However, in UNHCR's view, security and protection are not mutually exclusive. Giving primacy to a security focus at the expense of protection has failed to bring about desired result.[29] As mentioned above, the 1951 Convention as well as international human rights law do not preclude restrictions on the movement of refugees and asylum-seekers, including detention, albeit as the exception rather than the rule, if necessary in circumstances prescribed by law and subject to due process safeguards.[30] In this vein, UNHCR notes that the Refugee Act already provides for possibility of detention of asylum-seekers for the purposes of confirming their identify, at a maximum of 20 days.[31]

16. Article 63 provides a list of non-exhaustive grounds for determining the impossibility of "immediately repatriat[ing] a person subject to a deportation order out of the Republic of Korea", which may lead to initial detention of 18 months, including lack of

[29] UNHCR, *Addressing Security Concerns Without Undermining Refugee Protection - UNHCR's Perspective*, 17 December 2015, Rev.2, paras. 1 and 2, https://www.refworld.org/docid/5672aed34.html.
[30] *Ibid.,* para. 16.
[31] Article 20, Refugee Act.

transportation or passport. These grounds are not made more specific in other provisions of the Act; and the current immigration practice is to automatically detain a person given a deportation order, and administrative/judicial appeals to detention are very rarely successful. In light of the current immigration practice, UNHCR is concerned that the envisaged detention scheme under the Article fails to fulfill the requirement that detention of non-nationals upon deportation, including when applicable to refugees and asylum-seekers, is allowed only when it is prescribed by law, and individually determined to be necessary, reasonable, and proportionate to a legitimate purpose.[32].

17. Specifically, UNHCR is concerned that the current practice of issuing deportation orders to and detaining some asylum-seekers who have ongoing asylum proceedings would continue.[33] UNHCR emphasizes that in principle, detention for the purposes of expulsion can only occur after the asylum claim has been finally determined and rejected.[34] UNHCR also notes with concern that consideration of detention of children, and prohibition thereof, is not contemplated in the proposal, and the current practice of detaining children would continue.[35]

18. The grounds for an extension of detention for 18 months are also premised upon a broad range of acts, extending beyond what may be strictly necessary for detention. The wording of "committed a crime" of subparas. 1 through 4 of Article 63(1), in comparison of "committed a crime […] and has been punished with imprisonment" of subpara. 5 of the same Article, potentially encompasses individuals who have not been determined by the courts to be criminally culpable. Indeed, past court precedents have interpreted the text of "person who has committed a crime" to encompass those who have not been indicted,[36] or even those who are yet under criminal investigations.[37] "Other crimes that harm public order or the safety of citizens" provided in subpara. 5 is non-exhaustive, delegating the definition and scope to presidential decree, and may open up interpretation by decree or practice which is broader than necessary.

---

[32] The Constitutional Court Decision also emphasizes that detention is "only legitimate if the holding is within a reasonable period of time necessary to enforce the deportation order", and that "prolonged [detention], even if the deportation order cannot be enforced within a reasonable period of time, goes beyond the limits of a temporary and provisional coercive measure, and constitutes a significant restriction of the detainee's physical freedom."

[33] For past UNHCR comments on detention of asylum-seekers in the Republic of Korea, see UNHCR, *UNHCR Submission for the Universal Periodic Review – Republic of Korea – UPR 42nd Session (2022),* 2022, https://www.refworld.org/policy/upr/unhcr/2022/en/124202.

[34] *UNHCR Detention Guidelines*, para. 33. Detention of asylum-seekers as a last-resort should be based on other grounds than expulsion, see UNHCR Detention Guideline 4.1.

[35] Currently the Immigration Act does not prohibit detention of children, and there are reported cases of children being detained with their parents. Korean Bar Association, *2022 Report on Immigration Detention Facilities and Airport Waiting Rooms* (in Korean), 2022.

[36] See for example, related to deportation and departure orders under the Immigration Act, Seoul High Court, *2022Nu40149*, decided on 28 Sep 2022; and Seoul Administrative Court, *2021GuDan50201*, Decided on 27 Oct 2021.

[37] See for example, Supreme Court, *4292Hyung-Sang555*, Decided on 24 Feb 1960.

19. Article 63(1) provides for "refusal to cooperate" as a possible additional grounds for determining impossibility of repatriation, leading to an extension of detention. UNHCR emphasizes that in all cases, length and conditions of immigration detention should not be at such a level to be of a punitive nature; extensively prolonged detention for reasons of refusal to cooperate, by itself, cannot be justified. The provision also allows for a broader reading of impossibility of repatriation, other than the detainee's refusal to cooperate, and may potentially encompass reasons beyond the detainee's control, such as the receiving country's unwillingness to provide documentation. UNHCR notes that the Constitutional Court has also pointed out that "immigration authorities in charge of repatriation must diligently perform the repatriation task, including removing obstacles that delay the repatriation, therefore the refusal of the detainee to cooperate with the repatriation cannot be used as a reason to continue detention indefinitely until the repatriation is realized." As the UN Human Rights Committee has affirmed, "[t]he inability of a State party to carry out the expulsion of an individual because of statelessness or other obstacles does not justify indefinite detention."[38] Impossibility of repatriation for reasons such as lack of passport or transportation do not by themselves reflect the person's refusal to cooperate with repatriation; without assessment of reasonable prospect of repatriation, prolonged detention may amount to sanctioning an individual for the unwillingness or inability of a country to provide documentation.[39]

20. UNHCR notes positively that the Article 63-2 (3) allows for possibility of immediate release from detention "if it becomes clearly impossible to repatriate a detainee […] for reasons such as another country refusing the entrance of the person given deportation order". Detention while pursuing a deportation can only be maintained while the deportation is realistic and pursued with due diligence. UNHCR recommends that the provision is revised to clarify that the detainee shall be released from detention if there is clearly no reasonable prospect of repatriation.

21. UNHCR is concerned on the prospect of re-detention introduced by Article 63-3. The Article allows for those who have absconded or are likely to abscond; who have been found to be eligible for deportation for grounds other than the grounds for the initial deportation order; and who have violated conditions for release from detention. Definition of clear risk of absconding is not specified within the current Immigration Act or the Proposal. Violations of conditions for release from detention is likewise not defined. Therefore, there is a possibility for a broad reading of the grounds for re-

[38] HRC, *General comment no. 35, Article 9 (Liberty and security of person)*, CCPR/C/GC/35, 16 December 2014, www.refworld.org/legal/general/hrc/2014/en/104763, para. 18.
[39] See also UNHCR, *UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, 16 June 2008, https://www.refworld.org/legal/intlegcomments/unhcr/2008/en/59380, p. 2.

detention, which would result in potentially another 36 months of detention, without limitation of the number of re-detentions, leading to potentially indefinite detention, which is arbitrary.[40]

22. Also, without any provisions on status or treatment of those released from detention, based on current practice for temporary release, there is risk that those who have pending deportation that cannot be executed would be undocumented for a prolonged period of time, without any legal means of making a living. This may lead to refugees, asylum-seekers released from detention being re-detained.

23. In light of such potentially indefinite detention, UNHCR urges revision of Articles 63, 63(2), 63(3) and other provisions of the Act to ensure that detention is only allowed in exceptional circumstances such as being issued deportation orders with good reason.[41]

24. Article 63 provides that the person may be detained 'in any detention facility'. In this regard UNHCR notes that detention, where it is permitted on lawful grounds, must take place in a facility designated by law and appropriate to detention for purposes of immigration control. As such, refugees and asylum-seekers detained for immigration control purposes should not be detained in prisons, police cells, or other facilities within the criminal justice system.[42]

25. Article 65 in the Proposal continues to allow the possibility of temporary release of a detainee through the discretionary use of a deposit guarantee and restrictions on their residence, specifics of which are delegated to presidential decree. While this can be considered a form of alternative to detention (ATD), UNHCR emphasizes that ATDs must comply with principles of legal certainty as well as necessity and proportionality of any restrictions on rights.[43] ATDs should be adequately prescribed by laws of reasonable precision that are foreseeable in their application. They must be subject to procedural safeguards, including provision of adequate information to refugees and

---

[40] *UNHCR Detention Guidelines* 6.1.

[41] In accordance with the 1951 Convention, refugees can only be the subject of expulsion or return when the conditions of articles 32 and 33(2) are met. In UNHCR's view, the scope of Articles 32 and 33 extend to asylum-seekers including those without stable immigration status. In this regard, see: UNHCR, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of 2021KuHap78282 before the Seoul Administrative Court*, 14 March 2022, https://www.refworld.org/jurisprudence/amicus/unhcr/2022/en/124051 which provides UNHCR's interpretation of the two provisions.

[42] HRC, *General Comment No. 35*, para.18: "Any necessary detention should take place in appropriate, sanitary, non-punitive facilities and should not take place in prisons." See also *UNHCR Detention Guidelines*, Guideline 8; UNHCR, *UNHCR Guidelines on International Protection No. 14*, para. 33; ExCom, *Conclusion No. 85 (XLIX): International Protection - Adopted by the Executive Committee (1998)*, No. 85 (XLIX) 1998, 9 October 1998, para.(Ee), www.refworld.org/policy/exconc/excom/1998/en/114426; *H.A. and others v Greece*, Application no. 19951/16, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 February 2019, www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/echr/2019/fr/122552 and UNHCR, *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of H.A. and Others v. Greece (Appl. No. 19951/16) before the European Court of Human Rights*, 30 March 2017, www.refworld.org/jurisprudence/amicus/unhcr/2017/en/122548.

[43] See e.g. Council of Europe, *Legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration*, p.7.

asylum-seekers on rights and duties associated with the ATD, access to legal advice and judicial review by an independent body. [44] ATDs must not amount to alternative forms of detention,[45] and should be affordable.[46] UNHCR stands ready to provide technical support to the authorities in designing and implementing temporary release from detention to be aligned with UNHCR's recommendations on ATD.

Independent review of detention

Article 66-4 (Committee on Detention of Foreigners)
(1) The Committee on Detention of Foreigners shall be placed in the Ministry of Justice for tasks related to the review of objections to detention and re-detention of foreigners, approval of continuance of detention, and other matters.
(2) The Committee on Detention of Foreigners shall independently perform duties within its authority.

Article 66-5 (Duties of the Committee on Detention of Foreigners) *The Committee on Detention of Foreigners shall perform duties in the following subparagraphs.*
1. Review of objections to detention under Article 55
2. Approval of continuance of detention under the proviso of Article 63(1)
3. Approval of continuance of detention under Article 63(2)
4. Review of objections to re-detention and approval of continuance of detention under Article 63-3(2)
5. Decision on temporary release from detention under Article 65(2)
6. Other duties prescribed by laws and regulations to be under the authority of the Committee on Detention of Foreigners.
7. Investigation, research, education, public relations, and other matters related to the duties in subparagraphs (1) through (6).

Article 66-6 (Composition of the Committee on Detention of Foreigners)
(1) The Committee on Detention of Foreigners shall be composed of 9 members, including 1 chair, with consideration of gender. The number of outside members of the Committee who are not employed by the Ministry of Justice shall be equal to or higher than the number provided by the Presidential Decree.
(2) The chair of the Committee on Detention of Foreigners (hereinafter, the "chair") shall be named or appointed by the President upon the recommendation of the Minister of Justice, in accordance with the Presidential Decree.
(3) The number of permanent members of the Committee on Detention of Foreigners shall be as provided by Presidential Decree, and the appointment and rank of the permanent members shall be provided by the Presidential Decree.
(4) Non-permanent members of the Committee on Detention of Foreigners shall be appointed or commissioned by the Minister of Justice among individuals under any of the following subparagraphs.

[44] *UNHCR Detention Guidelines*, paras.37, 41.
[45] *UNHCR Detention Guidelines*, para.38.
[46] WGAD, *Revised Deliberation no. 5*, para.17.

1. Public officials who belong to the senior executive service of the Ministry of Justice or are public officials of grade 4 or higher.
2. Public officials who belong to the senior executive service of an institution specified by Presidential Decree or are public officials of grade 4 or higher, and are nominated by the head of the relevant institution.
3. Persons who serve or have served as a judge, prosecutor, or lawyer for at least five years.
4. Persons who serve or have served as an associate professor or higher, or in an equivalent position, teaching law, political science, sociology, psychology, etc., at a university as defined in Article 2 of the Higher Education Act, for at least five years.
5. Persons who work or have previously worked for at least 10 years in the human rights field at a non-profit organization registered under the Assistance for Non-Profit, Non-Governmental Organizations Act.
6. Persons who possess qualifications equivalent to those listed in subparagraphs (1) through (5) and have extensive expertise and experience in foreigner detention affairs.

26. Newly inserted provisions including Articles 66(4) through 66(6) provide for the establishment of the Committee on Detention of Foreigners, as well as operation, duties and composition thereof. The Committee is placed under the Ministry of Justice, with the authority to approve the initiation and extension of detention. UNHCR appreciates that the Committee's independence and authority is explicitly recognized in the amendment proposal [Article 66-4(2)] but notes that the Committee is placed under the detaining authority – Ministry of Justice,[47] and that its Chair would be recommended by the Minister of Justice. Standards and procedures for appointment of permanent members is delegated to presidential decree, and there is a possibility that such members would be appointed or recommended by the Minister of Justice. Non-permanent members are appointed or commissioned by the Minister of Justice [Article 66-6(4)] and may be public officials working in the Ministry. The number of non-permanent members is delegated to presidential decree. Furthermore, the Minister of Justice retains the power to dismiss any member of the Committee on enumerated grounds.[48]

27. UNHCR recalls that immigration detention must be subject to prompt and periodic review by a judicial or other independent body,[49] and detainees must also have the

[47] However, the decisions of the Committee, as administrative dispositions, would be subject to administrative lawsuits and judicial review.
[48] Article 66-8.
[49] *UNHCR Detention Guidelines*, Guideline 7, para.47 (iii); *A. v. Australia*, Communication No.560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, HRC, 3 April 1997, para. 9.4, www.refworld.org/cases,HRC,3ae6b71a0.html. See WGAD, *United Nations Basic Principles and Guidelines on Remedies and Procedures on the Right of Anyone Deprived of Their Liberty to Bring Proceedings Before a Court*, UN Doc. A/HRC/30/37, 6 July 2015, para. 9, Principle 6: "A court shall review the arbitrariness and lawfulness of the deprivation of liberty. It shall be established by law and bear the full characteristics of a competent,

right to take proceedings before a court to challenge the lawfulness of their detention.[50] Judicial review of detention must be substantive and not merely formal, both in law and in practice: it must extend beyond mere review of compliance with national law and include analysis of the compliance of the detention with the human rights of the individual detained, including the right to liberty, and the right to freedom from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In all such judicial reviews, the court must be capable of ordering release if the detention is incompatible with the right to liberty or with other human rights of the detainee.[51] According to the UN Human Rights Committee, the decisions of immigration detention "must be subject to periodic re-evaluation and judicial review."[52]

28. UNHCR recalls that, in the words of the UN Human Rights Committee, Article 9(4) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) entitles the individual deprived of his/her liberty by arrest or detention to take proceedings before "a court," which should ordinarily be a court within the judiciary. Exceptionally, for some forms of detention, legislation may provide for proceedings before a specialized tribunal, which must be established by law and must either be independent of the executive and legislative branches or enjoy judicial independence in deciding legal matters in proceedings that are judicial in nature."[53] The UN Working Group on Arbitrary Detention affirms that, when a specialized tribunal is competent to review the lawfulness and arbitrariness of specific forms of detention (e.g. immigration detention) instead of an ordinary court, it "[m]ust be established by law affording all guarantees of competence, impartiality and the enjoyment of judicial independence in deciding legal matters in proceedings that are judicial in nature."[54]

29. In light of this, UNHCR notes that the rules of the Committee do not seem to uphold the standards of independence and impartiality required by international human rights

---

independent and impartial judicial authority capable of exercising recognizable judicial powers, including the power to order immediate release if the detention is found to be arbitrary or unlawful." See also, Principle 21, para. 42 and 43: "Irrespective of the body responsible for their detention order, administrative or other, such non-nationals shall be guaranteed access to a court of law empowered to order immediate release or able to vary the conditions of release. They shall promptly be brought before a judicial authority before which they should have access to automatic, regular periodic reviews of their detention to ensure that it remains necessary, proportional, lawful and non-arbitrary. This does not exclude their right to bring proceedings before a court to challenge the lawfulness or arbitrariness of their detention."

[50] ICCPR, Article 9.4; WGAD, *Revised Deliberation No. 5*, para.29; HRC, *General Comment no. 35*, para.45. UN Human Rights Council, *WGAD Opinion No. 2/2019 concerning Huyen Thu Thi Tran and Isabella Lee Pin Loong (Australia)*; UN Human Rights Council, *WGAD, Opinion No. 50/2018 concerning Edris Cheraghi (Australia)*, 1 October 2018, A/HRC/WGAD/2018/50, paras. 75-77: *UN Principles and Guidelines on Remedies and Procedures on the Right of Anyone Deprived of their Liberty to Bring Proceedings before a Court*, para.43.

[51] HRC, *A. v. Australia*, para.9.5; *C. v. Australia*, Communication No.900/1999, CCPR/C/76/D/900/1999, HRC, 28 October 2002, para.8.3; HRC, *A.K. v Australia*, para.8.7.

[52] HRC, *General comment no. 35,* para 18.

[53] HRC, *General comment no. 35,* para 45.

[54] WGAD, *United Nations Basic Principles and Guidelines on Remedies and Procedures on the Right of Anyone Deprived of Their Liberty to Bring Proceedings Before a Court*, UN Doc. A/HRC/30/37, 6 July 2015, para. 54(a) (Guideline 4).

law for a body to decide on the lawfulness and arbitrariness of detention[55] and recommends further revisions to the Proposal to substantively ensure independence and neutrality of the Committee. Such revisions may include specifying the number of non-permanent members who are not under employment of the Ministry of Justice ("non-MoJ member") to reach majority of the Committee (or providing for only non-MoJ members of the Committee) and specifying the appointment of a non-MoJ member as the Chair of the Committee. Fundamentally, allowing a judicial authority, as an inherently independent and neutral institution separate from the Ministry of Justice, to be the reviewing authority can be contemplated.[56] UNHCR also emphasizes that ability of the Committee (or judicial authority) to promptly review individual detentions, ideally within 24-48 hours of the initial decision to hold the individual,[57] must be ensured through sufficient allocation of resources.

Opportunity to state opinion

Article 66-3 (Provision of Opportunity to State Opinion) The head of the Regional Immigration Service shall provide the concerned foreigner with an opportunity to state his/her opinions, either orally or in writing, prior to taking measures proscribed in any of the following subparagraphs.
1. Issuance of a detention order under Article 51(1) or (5)
2. Approval for extension of the detention period under the proviso of Article 52(1)
3. Detention of a person subject to a deportation order under the main clause of Article 63(1)
4. Request for approval of continuance of detention under the proviso of Article 63(1)
5. Request for approval of continuance of detention under Article 63(2)
6. Request for approval of re-detention and continuance of detention of a person who has been released from detention under Article 63-3
7. Cancellation of temporary release from detention under Article 66(1)

30. The newly inserted Article 66-3 allows the opportunity for the person to state his/her opinion prior to commencement, continuance, and extension of detention. UNHCR welcomes the addition of the Article,[58] and recommends that specific procedures are implemented to ensure that the Committee, before rendering its decision on initiation, continuance and extension of detention, reviews the submitted opinion.

Conclusion

[55] See, among others, UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adopted on 6 September 1985, https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary .
[56] The Constitutional Court Decision also emphasizes the need for "*ex ante* control by an impartial and neutral body at the stage of initiation or extension of detention."
[57] *UNHCR Detention Guidelines*, para. 47.
[58] The Constitutional Court Decision also has urged revision of the Immigration Act to the same effect.

31. In conclusion, UNHCR submits that:

- The right to seek asylum and the right to liberty and security of person and freedom of movement provided in international refugee and human rights law mean that the detention of refugees and asylum-seekers should be a measure of last resort, with liberty being the default position.
- Exceptional detention of refugees and asylum-seekers can only be applied where it has been individually determined that it is necessary, reasonable in all circumstances and proportionate to a legitimate purpose.
- In principle, detention for the purposes of expulsion of those seeking international protection can only occur after the asylum claim has been finally determined and rejected.
- Detention while pursuing a deportation can only be maintained while the deportation is realistic and pursued with due diligence.
- Detention is never in the best interests of the child, which must be a primary consideration in any decision affecting them. Including for children, alternatives to detention is the best measure to ensure that immigration detention is only applied as a measure of last resort, as well as being practical and effective in ensuring compliance with immigration and asylum procedures.
- UNHCR welcomes the objective of the Proposal to limit indefinite detention of refugees and asylum-seekers. However, UNHCR is concerned that the grounds for and length of detention (and re-detention) provided in the Proposal do not afford sufficient protection and safeguards that reflect the exceptional nature of detention.
- UNHCR appreciates the proposed provisions to ensure an independent review of detention and opportunity for those subject to detention orders to state their opinion. UNHCR recommends that additional revisions to substantively ensure independence and neutrality of the Committee.

9 January 2025
UNHCR

[지정토론]

출입국관리법 개정안에 대한 토론문

최계영 교수
서울대 법학전문대학원

[토론문]

출입국관리법 개정안에 대한 토론문

최계영

서울대학교 법학전문대학원 교수

□ 보호기간의 상한 차등 설정

- 정부안은 중대범죄를 저지른 외국인에 대한 상한은 36개월로 상향 설정함. 이는 기간의 상한을 정하도록 한 헌재 결정의 취지에 실질적으로 위배될 소지가 있을 뿐만 아니라, 현실적으로도 다음과 같은 의문이 있음.
- 이 조항에서 규율하는 상황은 중대범죄로 장기간 복역 후 강제퇴거명령을 발령하게 되는 상황[1]일 것이고, 확정판결 시부터 이미 형 집행 종료 후에 강제퇴거명령이 발령될 것이 사실상 예정되어 있음. 형사처벌이 전제되지 않는 사안과 비교할 때 강제퇴거 집행을 준비할 수 있는 시간이 훨씬 더 많을 것임에도, 오히려 더 긴 보호기간이 필요한 이유를 납득하기 어려움. 중대범죄로 인한 퇴거 대상자라면 형 집행 종료 후 바로 퇴거 집행이 가능하도록 철저히 준비를 해 두는 것이 국민의 안전에 더 도움이 될 것임.
- 형사처벌 대상자의 추방은 한국에 특유한 문제가 아닐 것인데, 유럽연합 사례를 보면 지침에서 상한 적용을 배제할 수 있도록 함에도 실제로 국내법으로 규정한 회원국은 소수임.[2] 만연히 보호기간을 늘려 대응할 문제가 아니라, 이민 통제의 효과적인 집행을 위한 역량, 특히 국제협력을 위한 역량을 강화하여 대응할 문제이고,[3] 이러한 역량 강화는 체류외국인의 증가 추세에 비추어 반드시 필요한 일임.
- 설사 도입하더라도 중대범죄의 기준을 재검토할 필요 있음. “그 밖에 공공질서나 국민의 안전을 해치는 범죄로서 살인, 상해, 강간, 추행, 강도 등 대통령령으로

---

1) 법무부 차관은 국회에서 보호기간 가중이 필요함을 보여주는 기존 사례로 징역 8년과 징역 4년의 실형을 복역한 사례를 근거로 제시함[법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회), 2024. 11. 13., 41쪽 참조].

2) 발제문, 10, 11쪽 참조.

3) 헌재 결정에서도 “피보호자의 협조 거부로 강제퇴거명령의 집행이 지연되는 경우에 협조 거부를 보호기간의 연장 사유로 삼을 수는 있으나, 송환업무를 담당하는 출입국관리당국으로서는 송환을 지체시키는 장애를 제거하는 등 송환업무를 성실하게 수행하여야 하므로, 피보호자가 송환에 협조하지 않는다고 하여 언제까지고 송환이 실현될 때까지 계속해서 보호할 수는 없는 것이다”라고 지적하고 있음.

정하는 범죄를 범하여 금고 이상의 형을 선고받은 사람”(정부안 제63조 제1항 제5호) 부분은, 범죄의 종류가 한정되지 아니하고(범죄 중에 “공공질서나 국민의 안전”을 해치지 않는 범죄는 생각하기 어려움), “금고 이상의 형”은 단기간의 자유형이나 집행유예 등까지 포함하는데 그러한 경우에도 36개월의 구금을 정당화할 정도의 중대성과 위험성이 있는지 의문임.[4] 또한 종국적으로 확정된 형을 기준으로 해야 하므로 “선고받아 확정된 사람”으로 수정해야 할 것임. 같은 취지로 앞의 1.~4호는 “… 죄를 범한 사람”이라고 하고 있는데, “… 유죄판결을 선고받아 확정된 사람”으로 수정해야 할 것임.

□ 독립적·중립적 기관의 통제

- 정부안은 행정기관인 ‘외국인보호위원회’를 독립적·중립적 통제기관으로 설정하고 있음. 사법부는 독립성·중립성이 조직구성의 기본원리를 이루므로 법원이 보호를 개시 또는 연장하도록 하면 독립성·중립성 확보 문제가 자동적으로 해결되지만,[5] 행정부는 계서제(피라미드) 구조가 원칙적인 구성 형태이므로 행정기관이 기존의 위계질서에서 벗어나 독립성·중립성을 가지려면 매우 섬세한 접근이 필요함. 독립성·중립성은 “업무를 독립하여 수행한다”(정부안 제66조의4 제2항)는 선언적 조항만으로 확보될 수 있는 것이 아님. 소속과 구성 면에서 독립성·중립성을 확보하기 위한 장치가 법률에 마련되어야 함.

○ 소속

- 정부안은 외국인보호위원회를 법무부 소속으로 설치하도록 하고 있음.
- 행정부처에 소속되는 위원회는 장관의 일반적 또는 개별적 지휘·감독권을 배제하더라도 인사권, 예산권을 통한 영향력이 있으므로 독립성에 한계가 있음. 이러한 한계가 있기 때문에 독립성·중립성의 요구 정도가 높은 위원회는 대통령 또는 국무총리 소속으로 설치됨. 공정거래위원회, 방송통신위원회, 금융위원회, 국민권익위원회(중앙행정심판위원회가 산하에 있음), 원자력안전위원회 등이 여기에 해당함. 위원회라 칭하지는 않지만 합의제로 결정하는 준사법적 기관인 조세심판원도 기획재정부로부터 독립성을 확보하기 위해 국무총리 소속으로 설치됨.
- 법무부가 변협에 설명한 자료에 따르면, 법무부는 “행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원

4) 앞서 본 것처럼 법무부는 국회 법안심사과정에서 징역 8년과 징역 4년의 실형을 선고받은 사례를 근거로 제시하였는바, 이와는 거리가 있음.

5) 토론자는 기본적으로 법원에 의한 통제를 지지하나, 법원의 업무 부담 가중 등 현실적 한계로 인해 행정기관 통제형으로 입법될 가능성도 적지 않으므로 행정기관 통제형 도입 시 검토가 필요한 사항 위주로 토론문을 작성함. 사법기관 통제형을 지지하는 논거는 최계영, “헌법불합치결정에 따른 출입국관리법상 보호(이민구금) 제도 개선방안”, 행정법연구 제71호, 2023, 395쪽 이하 참조.

회 등 합의제 행정기관을 둘 수 있다”고 정한 정부조직법 제5조를 법무부 소속 위원회도 독립성을 갖는다는 근거로 들고 있는 것으로 보임. 그러나 위 조항에 따른 위원회의 설치요건을 구체적으로 정한 ‘행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률’ 제5조[6]에서 알 수 있듯이, 여기에서의 “독립하여”는 ‘행정부처의 다른 업무와 별도로’ 정도의 의미를 갖는 것에 불과하고, 장관의 지휘·감독권 배제나 헌법적 차원의 독립성·중립성 확보를 의미하는 것이 아님.

- 같은 자료에서는 “행정위원회가 독자적인 권한을 행사할 수 있는 경우 그 소속과 관계없이 독립성이 있는 것으로 보아야 한다는 헌법재판소의 결정례가 있다”고 하면서 2005헌바86, 98헌바8 결정 등을 소개하고 있음. 그러나 위 결정례들은 ‘독자적인 권한을 수행하는 행정위원회’에 관한 것이 아니라, “행정심판의 절차는 … 사법절차가 준용되어야 한다”는 헌법 제107조 제3항의 위배 여부가 쟁점이 된 사건임. 준사법절차 평가의 한 요소인 ‘판단기관의 독립성·공정성’이 문제된 사건인데, 장관의 지휘감독을 받지 아니한다는 것만으로 독립성·공정성을 인정한 것이 아니라, 그 구성과 운영에 관한 조항들까지 종합해 보았을 때 결정의 독립성과 공정성을 객관적으로 신뢰할 수 있다는 판단임. 그리고 행정심판 사건들을 보아도, 원칙적인 형태는 처분청과 소속이 별개인 조직(중앙행정심판위원회, 조세심판원 등)에서 결정하고, 동일 부처 소속의 위원회에서 판단되는 사건들은 예외적임. 이는 동일 부처 소속이 독립성 확보에 취약하다는 점을 방증함.
- 또한 행정심판(헌법 제107조 제3항)과 신체의 자유 제한(헌법 제12조, 적법절차원칙)이 같은 기준으로 평가될 수 있을지 의문임. 헌재 결정은 외국인 보호를 “형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것”이라고 하면서, 현행 제도의 문제점을 보호결정기관(지방출입국·외국인관서의 장), 집행기관(출입국관리공무원), 보호연장승인기관(법무부장관)이 상하관계에 있어 “외부의 중립적·객관적 기관에 의한 심사”(필자 강조)가 이루어진다고 보기 어려움을 문제 삼고 있음. 체포·구속에 준한다고 본 이상 영장주의에 비견될 정도의 독립성·중립성이 확보되어야 하므로, 그 기관이 외부에 있을 것을 요구하는 것임. ‘외부기관’이어야 한다는 것은 (다음에서 다룰) ‘외부위원’이 일정 비율 이상이라는 것과는 구별됨.

○ 구성

- 가사 정부안에서 전제한 대로 형식상 법무부 소속으로 하더라도 실질상 독립

---

6) 제5조(위원회의 설치요건) ① 「정부조직법」 제5조에 따라 합의제행정기관(이하 “행정위원회”라 한다)을 설치할 경우에는 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.
1. 업무의 내용이 전문적인 지식이나 경험이 있는 사람의 의견을 들어 결정할 필요가 있을 것
2. 업무의 성질상 특히 신중한 절차를 거쳐 처리할 필요가 있을 것
3. 기존 행정기관의 업무와 중복되지 아니하고 독자성(獨自性)이 있을 것
4. 업무가 계속성·상시성(常時性)이 있을 것

성·중립성이 확보될 수 있다고 하더라도, 정부안에는 이를 구현하기 위한 구체적 조항이 미비함.

- [외부위원의 비율과 개념] 정부안은 “법무부 소속이 아닌 외부위원이 대통령령으로 정하는 수 이상”이 되도록 함(제66조의 6). 우선 외부위원 비율의 하한을 법률에서 정하지 아니한 문제가 있음.[7] 적어도 과반수를 점하여야 할 것임. 다음으로 외부위원을 ‘법무부 소속이 아닌’ 위원으로 정의하여 법무부 소속이 아니라면 공무원도 외부위원으로 산입되게 한 문제가 있음. 일정 비율 이상의 외부위원이 참여하도록 하는 법률 조항에서는 통상적으로 외부위원을 ‘공무원이 아닌 위원’으로 정의함(행정심판법 제7조, 감염병예방법 제10조 제2항, 공공보건의료법 제5조 제2항, 노인장기요양보험법 제56조 제3항, 행정규제기본법 제25조 제3항 등). 법무부 소속이 아니면 사안에 대한 전문성도 높지 않을 텐데 그렇다면 관료조직의 속성상 주무부처의 시각을 따르기 쉽고 객관적·중립적 검토를 기대하기 어려움.
- [위원장, 상임위원의 자격] 정부안은 위원장과 상임위원의 자격에 대해 대통령령에 위임하고 법률에서 정하지 아니함(제66조의6 제2항, 제3항). 행정위원회는 위원장 중심으로 위원회가 운영되기 쉽고, 비상임위원은 공무원의 업무 보조가 뒷받침되지 않으면 의사결정의 기여도가 미약할 수밖에 없어 상임위원이 결정력을 갖기 쉬움.[8] 그러므로 의사결정 과정에서 실질적 중립성을 확보하려면, 위원장과 상임위원(중 1/2 이상[9])은 (과거 일정 기간 내에) 공무원이 아니었던 사람 중에서 임명되도록 하여야 할 것임.[10]
- [임명.위촉권자] 정부안은 위원장은 법무부장관의 제청으로 대통령이 임명하고, 상임위원의 임명권자에 대해서는 정하지 아니하며, 비상임위원은 법무부장관이 임명·위촉하도록 함(제66조의6 제2항, 제3항, 제4항). 일정 숫자의 위원에 대해서는 외부기관에 추천권을 부여하여 구성상의 중립성을 확보할 필요 있음.[11]

---

7) 다만 이 부분은 정부 측도 개선할 뜻이 있는 것으로 보이므로 상세히 논하지 아니함(법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회), 2024. 11. 13., 36쪽 참조).

8) 나채준, “정부조직법상 행정위원회제도의 문제점에 대한 재검토”, 홍익법학 제14권 제4호, 2013, 357쪽 참조

9) 상임위원의 수도 대통령령에 위임하고 있는데, 전체 수와 그중 민간 출신의 수를 법률에서 정하여야 할 것임.

10) 위원장을 민간에서 위촉하도록 한 예는 행정규제기본법 제25조 제1항(형식상 국무총리와 공동 위원장이 되나 실질적인 위원장의 역할을 함)을, 관련 분야 전·현 종사자를 위원의 결격사유로 정한 예로는 ‘원자력안전위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’ 제10조 제1항 제4, 5호 참조.

11) 외부기관 추천을 통해 중립성을 높이고자 한 예로는 다음의 법령 참조.
원자력안전위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제5조 ② 위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고, 상임위원인 위원을 포함한 4명의 위원은 위원장이 제청하여 대통령이 임명 또는 위촉하며, 나머지 4명의 위원은 국회에서 추천하여 대통령이 임명 또는 위촉한다.
검사징계법 제5조 ② 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 법무부장관이 임명하거나 위촉한다.

3. 대한변호사협회장이 추천하는 변호사 1명
4. 사단법인 한국법학교수회 회장과 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장이 각각 1명씩 추천하는 법학교수 2명

[지정토론]

이주구금제도 개정을 위한 최소한의 요소

이한재 변호사
시민사회 이주구금대응네트워크

[토론문]

이주구금제도 개정을 위한 최소한의 요소

이한재
이주구금대응네트워크 변호사

A는 군부 쿠데타가 일어난 본국을 도망쳐 나온 아동이었습니다. 다른 가족 없이 홀로 대한민국에 입국한 A는, ‘부모님을 데려오라’는 출입국 직원의 말에 난민신청서도 접수해보지 못하고 돌아 나왔습니다. 이후 A는 노상에서 수원출입국·외국인청의 단속반에 단속되었습니다. 그리고 현장에서 즉시 구금(출입국관리법 제51조 제3항 긴급보호)이 시작되었습니다. A에 대한 재판도, 최소한의 의견제출과 신문 절차도 없었습니다. A는 어른들과 뒤섞여 구금된 후, 왜 갇혀있는지도 모른 채 두려움에 떨며 한 달간 아무하고도 말하지 않았다고 합니다.

본 법 개정의 계기가 된 2023. 3. 23. 출입국관리법 헌법 불합치 결정 사건의 청구인 이야기입니다. 본 토론 대상 개정법은, 이 A라는 아동의 눈물 위에 만들어진 것임을 기억해야 합니다. 헌법재판소는 이 제도가 인간의 신체의 자유를 과도하게 제한하며, 적법절차의 원칙에도 위반한다고 판단했습니다. 연 3만 명이 넘는 사람이 외국인보호소에 구금됩니다. 지금 이 순간에도 이렇게 구금되어 있는 사람들이 있습니다. 헌법재판소는 대한민국이 지금 이 순간까지 수십만 명의 사람에게 위헌적인 인신 구금을 자행했다는 엄중한 선언을 하였니다. 오늘날 이 출입국관리 개정 논의는 A와 수십만 명이 당한 위헌적인 구금이 다시는 발생하지 않도록 방지하기 위해 시작되었다는 점을 우리 모두 가슴 깊이 새겨야 할 것입니다.

그간 시민사회에서는 헌법재판소의 결정 전부터 오랫동안 본 법의 위헌성 문제를 지적해 왔습니다. 시민사회에서는 현재 논의되고 있는 출입국관리법의 근본적이고 인권적인 개정 방향에 관한 다양한 의견을 제시한 바도 있습니다. 하지만 오늘 이 자리에서는 현재 국회에서 논의되고 있는 틀 안에서, 헌법재판소에서 판단한 위헌성을 제거할 수 있는 최소한의 기준에 한정 지어 논의를 드리려고 합니다. 본 토론에서는 어디까지나 국제인권기준과 헌법에 비추어 반드시 지켜져야 할 최저 기준을 제안드린다는 점을 먼저 밝히며, 토론을 시작하겠습니다.

1. 구금 기간과 연장

가. 구금의 기간 상한 (2개월마다 연장, 총 6개월)

제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없고, 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에는 **2개월 내의 송환에 필요한 최소한의 범위에서** 그를 보호시설에 보호할 수 있다. (각호 생략) ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 제1항의 기간을 초과하여 보호기간을 연장할 필요가 있으며, 제1항 각호의 요건이 여전히 충족된 경우에는 보호기간 만료일 5일 전까지 그의 체류지를 관할하는 지방법원 판사의 연장 허가를 받아야 한다. 이 경우 보호기간은 **2개월의 범위에서 2회까지 연장**할 수 있다.

헌법재판소는 “보호는 그 본질상 강제퇴거명령을 집행하는 데 필요한 합리적 기간 내에 수용할 때에만 그 정당성을 인정할 수 있다”고 판단한 바 있습니다. 현행 출입국관리법 제63조 제1항은 강제퇴거명령의 집행을 위해 구금이 필요한 합리적인 이유를 ‘여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유’라고 기재하고 있습니다. 따라서 이러한 사유 해소를 위해 통상적으로 한 달 이상의 시간이 필요하지 않으며, 설사 늦어지더라도 그 기간이 6개월 이상인 경우를 상상하기는 어렵습니다.

만약 출국 곤란 사유를 해소하는 데에 장기간이 걸릴 것이 분명한 경우라면 오히려 구금을 해제해야 할 것입니다. 구금으로서 얻을 수 있는 행정적 목적 자체가 매우 불확실하기 때문입니다. 단순히 추후 용이한 신병 확보가 목적이라면 이를 위한 별도의 체계를 마련하여 해결하여야 합니다. 이런 경우 구금은 오히려 출국 곤란 사유 해소에 방해가 될 가능성이 높습니다.

실제 통계를 보더라도, 강제퇴거명령이 이루어지면 대부분은 단기간에 출국합니다. 법무부 통계상 10일 내에 85.7%가, 2개월 내에 99.3%가 출국합니다(2019년 기준). 구금의 기간을 2개월 이상으로 연장해야 하는 경우 자체가 극히 드물 수밖에 없으며, 장기 구금의 필요성에 대한 주장 역시 막연한 가상의 가능성 이상의 것을 찾기 어렵습니다.

실제 해외의 사례를 보더라도, 특별한 사유 없이 6개월 이상의 장기 구금 기간을 정하고, 다시 여기에 특별한 사유가 있을 때 장기간 연장(가중구금) 할 수 있도록 정하는 경우는 찾아보기 어렵습니다. 유럽의 경우 EU 법상 이주구금의 기본 상한은 6개월을 초과할 수 없도록 제한하고 있습니다. 예외적인 사유가 있을 경우에 한해 연장(가중구금)이 가능할 뿐입니다. 그 외의 국가를 모두 살펴보아도 미국(90일), 대만(100일)과 같이 통상 출국을 위해 필요한 기간으로서 합리적인 정도의 구금 상한을 설정하고 있습니다.

해외에 18개월 전후의 상한을 가진 국가들이 많다는 주장이 있으나, 이는 현재 논의하는 '기본 상한' 만을 두고 이야기한 것이 아닙니다. 특별한 사유가 있는 경우에만 적용할 수 있는 '가중 상한' 을 구분하지 않은데서 온 오해입니다. 기본 상한과 가중 상한을 나누는 체계 자체가 일반적인 경우에는 장기구금 자체가 필요하지 않다는 전제에서 시작된 것입니다.

세계 대부분의 국가에서 이주구금에도 형사절차와 유사한 영장주의를 적용하며, 법원의 지속적 구금 심사가 이루어진다는 점도 고려되어야 합니다. 구금 개시시에 아무런 제3자의 검토 절차 없는 현재 정부 법안에서, 그 기본 상한 자체가 6개월을 초과하는 초장기의 기간으로 정하는 구조는 다시 한번 위헌 논란에 시달릴 수밖에 없습니다. 오히려 많은 해외의 법제는 단기간에 출국이 어려울 경우 이주구금 자체를 금지하고 있다는 점도 눈여겨 보아야 합니다. 예를 들어 독일은 3개월 내에 송환이 불가능한 경우에는 애초에 구금의 개시조차 불가능하게 하고 있습니다.

기본적인 구금 기한은 통상 출국 준비에 걸릴 것으로 예상되는 최소한의 기간으로 정해야 합니다. 어차피 출국이 불가능한 상황은 아닌지, 구금 요건에 관한 심사도 최대한 짧은 주기로 이루어져야 합니다. 출국 준비에 걸리는 기간은 아무리 길게 보아도 6개월이 넘는다고 보기 어려우며, 그 이상의 구금이 필요하다면 오히려 구금이 애초에 목적을 달성할 수 없는 경우입니다. '무작정 가둬 두면 어떻게든 되겠지' 를 넘어서서, 구금이 행정 목적 달성에 기여할 수 있는 적절한 기간을 논해야 합니다.

나. 이른바 '가중 구금 기한'

*시민사회는 정부안과 같은 가중 구금 요건 자체에 반대하는 입장입니다.
그러한 전제에서 ‘기한’에 한정하여 의견을 작성한 것입니다.

제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ③ 지방출입국·외국인관서의 장은 송환하려는 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하고, 여전히 제1항 각호의 요건이 충족되며, 제2항의 기한이 지난 후에도 송환할 수 없는 경우에는 미리 지방법원 판사의 보호 연장 허가를 받아 추가로 3개월의 범위에서 보호시설에 계속 보호할 수 있다. 이 경우 추가로 연장할 수 있는 **총 보호기간의 상한은 12개월**로 한다. 1. 「형법」 제2편제1장 내란의 죄 또는 제2장 외환의 죄를 범하여 형이 집행된 사람. 2. 다음 각 목의 하나에 해당하는 죄를 범하여 3년 이상의 징역 또는 금고를 선고받고 석방된 사람. 다만 형의 집행을 유예받고 석방된 사람은 제외한다. 가.「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」에 규정된 죄를 범한 사람 나.「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」에 규정된 죄를 범한 사람 다.「형법」제4장 국교에 관한 죄 또는 제5장 공안을 해하는 죄를 범한 사람 라. 그 밖에 공공질서나 국민의 안전을 해치는 범죄로서 살인, 상해, 강간, 추행, 강도 등 대통령령으로 정하는 범죄를 범한 사람

출입국관리법상 보호제도는 보안처분이 아닙니다. 어차피 중대한 범죄 혐의로 형사 절차가 진행 중인 사람이나 형 집행 중인 사람에 대하여 강제퇴거를 집행해버리는 경우는 상상할 수 없습니다. 결국 법무부에서 제안한 이른바 ‘가중 구금’ 제도는 모든 형사절차가 종료되고 집행까지 완료된 이후의 사람에게만 실질적으로 적용됩니다. 전과가 있는 사람에게 특별한 행정적 불이익을 부과하는 것이 출입국 관리와 어떤 관계가 있는 것인지 알 수 없으며, 나아가 이는 국가인권위원회법에서 금지하는 ‘형의 효력이 실효된 전과를 이유로 한 차별‘입니다.

설사 장기 구금이 필요한 특수한 경우가 있다고 하더라도 그 기간은 18개월 이하가 되어야 합니다. 유럽연합 송환지침에서 정한 가중 구금 기한이 18개월이며, 구금 상한을 설정하고 있는 그 어떤 국가에서도 18개월을 초과하는 상한 기간을 법제화한 곳은 없습니다. 국회 법제사법위원회 전문의원실은 “상한을 정한 국가 중 18개월 초과를 정한 국가는 없”다고 보고하였습니다.

정부안에서 제시한 36개월이라는 이례적인 초장기 상한은 그 기준과 출처가 무엇인지도 불분명합니다. 출국을 궁극적 목적으로 하는 이주구금제도에서 36개월 이상 행정적 목적을 이루지 못한 채 무작정 구금을 지속하는 일이 과연 강제퇴거 제도의 취지에 맞는지도 고민이 되어야 합니다.

다. 무기한 재구금 조항 삭제

이미 구금 기간이 도과되었거나 구금의 요건에 해당하지 않아 보호에서 해제된 사람을 특정 이유로 ' 재구금 '한다는 것은 헌법재판소의 결정이나 이번 법 개정의 취지 자체를 몰각시키는 것입니다. 이는 헌법불합치 결정의 핵심인 ' 구금에 적절한 기한이 정해져야 한다 '는 취지에 반하여 결국 무기한 구금을 가능케 합니다. 국회 법제사법위원회 전문의원실 역시 정부안에 대해서 '정부안이 규정하는 재보호의 경우 이론상 기간제한 없는 구금이 가능' 하다는 점을 지적했습니다.

일단 구금이 되었다가 기간 도과 혹은 구금 해제 결정이 있었던 사람의 경우, 여하한 사유로 인해 단순히 구금하는 것만으로는 강제퇴거의 집행이 어렵다는 점이 이미 밝혀진 경우라고 보아야 합니다. 이러한 사례에까지 다른 수단을 사용하지 않고 구금을 반복하여 이미 실패한 시도를 지속하는 것이 어떠한 행정적 목적을 달성할 수 있다는 것인지 매우 의문스럽습니다. 재구금 규정은 구금 기한의 상한을 정하려는 개정법의 목적 자체를 잠탈하며, 헌법재판소의 결정에도 정면으로 반합니다.

2. 독립된 중립적 기관의 적법성 통제절차

가. 인신구금 여부는 법원이 심사해야 함

제55조(보호에 대한 이의신청) ① 보호명령서에 따라 보호된 사람이나 그의 법정대리인등은 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 그의 체류지를 관할하는 **지방법원의 판사(이하 "관할 지방법원 판사"라 한다)에게** 보호에 대한 이의신청을 할 수 있다. 제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 제1항의 기간을 초

과하여 보호기간을 연장할 필요가 있으며, 제1항 각호의 요건이 여전히 충족된 경우에는 보호기간 만료일 5일 전까지 **그의 체류지를 관할하는 지방법원 판사의 연장 허가를 받아야 한다.** 이 경우 보호기간은 2개월의 범위에서 2회까지 연장할 수 있다.

헌법재판소에서 판단한 이 법의 위헌 이유 중 핵심은 '출입국관리공무원으로부터 독립되고 중립적인 지위에 있는 기관의 심사'가 결여되었다는 점이었습니다. 나아가 헌법재판소는 여러 차례 '입법정책적으로 보호기간 연장에 대한 판단을 사법부가 심사하여 결정하도록 하는 것이 바람직하다'는 의견을 피력하기도 했습니다.

이주구금 제도에 있어 '객관적 독립적 심사'란 무엇인지에 관하여, EU 송환지침 등 EU 법은 그 요건을 '독립성, 공정성, 대심적 절차'라고 봅니다. 객관적 제3자가 구금 여부에 대해 판단하게 된다면, 처분청과 구금된 사람은 대립된 당사자로서 절차에 함께 참여해야 합니다. 그런데 구금 여부를 판단해야 할 기관이 대립된 당사자 중 일방에 속한 관계라면 이는 독립된 기관도, 공정한 기관도 아니며 대심적 절차 진행도 불가능합니다. 보호명령의 처분청이 속한 법무부 내에 그 판단 기관을 설치하는 방안은 어떠한 경우에도 '객관적 독립적 심사'라고 볼 수 없습니다.

이미 위헌임이 확인된 현행법상으로도 법무부 내에서 처분을 검토하는 구조는 마련되어 있습니다. 현행법은 보호명령을 연장할 때에 '3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인'을 받도록 하고 있습니다(출입국관리법 제63조 제2항). '법무부 장관의 승인'을 '법무부 산하 구금 위원회의 승인'으로 다꾼다고 하더라도 헌법재판소가 지적한 '제3자의 객관적 검토 없는 구금의 위헌성'은 전혀 해소되지 않습니다.

유사한 이주구금제도를 운영하는 해외 대부분의 국가에서는 이주구금의 적부 판단을 모두 법원에서 담당합니다. 법원이 아니더라도, 처분청의 산하기관에서 구금의 적부를 판단하도록 하는 국가는 그 어느 곳에도 없습니다. 법원이 이주구금의 적부를 판단하지 않는 미국과 캐나다는 이주 구금의 문제를 더 쉽게 판단하는 것이 아니라 별도의 '이민 판사'와 '이민 법정'을 구성하여 이러한 판단을 맡기고 있습니다. 이 국가들의 이민 법원은 모두 사법부에 속해있지는 않지만 전국에 설치된

상설 재판소이며, 강제퇴거 처분을 내리는 기관과는 소속이 다릅니다. 결국 이들도 형식적, 실질적으로 사법부와 동일한 정도의 독립성과 공정성을 갖추고 있다고 볼 수 있습니다.

결과적으로 이주구금에 대한 판단 절차를 두고 있는 모든 국가들은 별도의 재판소 내지는 법원이 그 주체가 되고 있습니다. 처분청의 내부 위원회에서 구금 적부를 판단하겠다는 구상 자체가 세계적으로 유래가 없으며 매우 돌출적입니다. 정부 법안을 제외하고, 이때까지 국회에 제출된 모든 법률안이 여야를 막론하고 모두 심사의 주체를 법원으로 정하고 있었던 것에서도 이를 알 수 있습니다.

심지어는 실무적, 현실적 관점에서도 보호명령의 적법성에 관한 판단은 법원이 하는 것이 가장 합리적이며, 경제적이고, 적절합니다. 정부 법안은 애당초 지역 조직도 없는 비상설 위원회를 예정하고 있습니다. 이러한 기관을 억지로 신설하더라도 인신구속 여부에 관한 심사를 적절한 시기에 충실히 할 수 있을 것이라고 기대하기는 어렵습니다. 전국에서 간헐적으로 심사 대상자가 생길 것이 예상되는 상황에서, 간헐적으로 중앙에서 열리는 위원회 심사 절차를 위해 전국에서 피구금자를 수송해 오는 시스템은 비현실적입니다. 이미 인신구속 판단에 대한 전문성을 갖추고 있으며, 전국적 상설 조직을 가진 법원에서 이를 심사하는 것이 결국 이주구금 심사의 가장 현실적인 방안입니다.

이는 법원에 큰 행정적 부담을 주지도 않습니다. 법제사법위원회의 법안심사자료에서 ‘일평균 보호인원이 1,000명 이상으로 법원이 담당할 경우 업무부담 가중 우려’가 있다는 의견이 있었지만, 이는 법안들에 대한 오해에서 비롯된 것입니다. 지금 제안된 그 어떤 법안도 구금의 개시 단계에서 영장심사와 같은 절차를 전제하고 있지 않습니다. 법무부안은 구금 후 3개월 뒤에야 첫 연장심사를, 박주민의원안은 구금 후 20일 뒤에 첫 검토를 하도록 되어 있을 뿐입니다. 법무부 통계에 따르면 정부안과 같이 구금 3개월 이후에 첫 심사를 받게 될 경우 심사대상은 1년간, 전국을 합쳐 139명에 불과하며 박주민의원안을 따르더라도 연간 1,300명에 불과합니다(2019년 기준). 법원의 전국 사건 처리 역량에 비해 극히 작은 규모입니다.

나. 최소 기준: 출입국관리공무원이 위원 및 사무국 어디에도 속해서는 안 됨

*시민사회는 법원이 아닌 ‘외국인 보호 위원회 설치’ 자체에 반대하며, 심지어 외국인 보

호 위원회가 법무부 내부에 설치될 경우 위헌성이 명백하다는 입장입니다.
이하는 그러한 전제 하에 외국인보호위원회에 최소한의 객관성을 부여하기 위한 최소 기준을 적은 것입니다.

제66조의4(외국인보호위원회의 설치) ① 외국인 보호·재보호에 대한 이의 심사, 계속 보호 승인 등에 관한 업무를 수행하기 위하여 **국무총리 소속**으로 외국인보호위원회를 둔다. 66조의6(외국인보호위원회의 구성) ① 외국인보호위원회는 위원장 1명을 포함한 9명의 위원으로 성별을 고려하여 구성한다. 이 경우 **법무부 소속이 아닌 위원이 과반수가 되어야 하며, 이 법상 출입국관리공무원은 위원이 될 수 없다.** 제66조의15(사무국의 설치 등) ① 외국인보호위원회의 사무 처리 및 조사를 위하여 외국인보호위원회에 사무국을 둔다. ② 사무국장은 위원장의 명을 받아 외국인보호위원회의 사무를 처리한다. **단, 이 법상 출입국관리공무원은 사무국장이 될 수 없다.** ③ 사무국에 외국인보호 조사관을 두며, 외국인보호 조사관은 위원장의 명을 받아 제66조의5 각 호의 사항에 대한 조사 및 그와 관련된 업무를 처리한다. ④ 외국인보호 조사관은 외국인보호 업무에 관한 경험과 지식이 풍부한 사람 중에서 임명하되, **이 법상 출입국관리공무원은 외국인보호 조사관이 될 수 없다.** 그 자격에 관한 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.

헌법재판소는 “적법절차원칙상 보호의 개시 또는 연장 단계에서 그 집행기관인 출입국관리공무원으로부터 독립되고 중립적인 지위에 있는 기관이 보호의 타당성을 심사하여 이를 통제할 수 있어야 한다”라고 판시하였습니다. ’ 출입국관리공무원으로부터 독립될 것‘을 합헌적 제도의 요건으로 헌법재판소가 명시한 것입니다. 따라서 위헌성 해소를 위한 개선 입법의 제1원칙은 ’ 구금 검토 전 과정에서의 출입국관리공무원 배제 ‘가 되어야 합니다.

행정처분에 대한 객관적인 제3자의 심사가 이루어졌다고 하기 위한 최소한의 조건은 처분청과 분리된 별개의 조직에서 그 가부를 판단하는 것입니다. 이른바 ’ 외국인 보호 위원회 ‘가 법무부 내부 조직으로 편성되는 이상, 이를 ’ 객관적인 제3자 ‘라고 보기는 어렵습니다. 그럼에도 불구하고 ’ 외국인 보호 위원회 ‘를 법무부 내부에 만들 수밖에 없다면 최소한 출입국 공무원의 구금 연장허가신청을 다시 출

입국 공무원이 판단하도록 해서는 안될 것입니다.

이는 위원회의 구성원 뿐만 아니라 사무국에도 동일하게 적용되는 원칙입니다. 헌법재판소가 밝힌 ’출입국관리공무원으로부터 독립‘원칙은 의사결정의 마지막 순간 뿐 아니라 그 전 과정에 적용되는 것입니다. 특히 현재 정부법안과 같이 실효성 없는 비상설 위원회가 만들어진다면 위원회의 구성과 무관하게 사무국에서 작성한 보고서를 그대로 승인하기만 하는 거수기 위원회가 될 우려가 큽니다. 따라서 사무국 구성원의 자격에 관한 이러한 최소한의 헌법적 요청을 법정할 필요가 있습니다.

3. 구금 심사 및 구금 기간 연장 심사의 요건

가. 구금 개시와 연장의 일반 요건

제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없고, **다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우**에는 2개월 내의 **송환에 필요한 최소한의 범위에서** 그를 보호시설에 보호할 수 있다.

1. 도주의 우려가 있을 것

2. 보호 이외에 다른 수단으로 강제퇴거를 집행할 수 없을 것

3. 강제퇴거명령을 받은 사람에게 보호명령 후 2개월 내 집행 가능성이 명백할 것

4. 강제퇴거명령을 받은 사람 또는 그 가족이 보호로 인하여 입게 될 불이익의 정도에 비추어 비례적일 것

② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 제1항의 기간을 초과하여 보호기간을 연장할 필요가 있으며, **제1항 각호의 요건이 여전히 충족된 경우**에는 보호기간 만료일 5일 전까지 그의 체류지를 관할하는 지방법원 판사의 연장 허가를 받아야 한다. 이 경우 보호기간은 2개월의 범위에서 2회까지 연장할 수 있다.

누구를, 왜 가두는 것인지 아무것도 정하지 않고 단순히 ‘심사 절차’를 만드는 것만으로는 이 법의 위헌성을 제거할 수 없습니다. 현재 이주구금을 개시하는 ‘보호명령’은 강제퇴거명령이 내려지기만 하면 예외 없이 내려지며, 별개의 처분임에

도 불구하고 그 처분의 기준이 되는 아무런 요건이나 절차가 정해져 있지 않습니다. 만약 법무부 제출안대로 법이 통과된다면 여전히 강제퇴거명령이 내려지기만 하면 아무런 검토 없이 모든 사람이 일단 구금됩니다. 이러한 상황에서 구금 연장 심사 제도를 도입하더라도 적절한 요건이 정해지지 않으면 유명무실한 절차가 더해질 뿐입니다.

단순히 '연장 심사 제도'를 도입하는 것이 아니라 당연히 구금의 개시시부터 적절한 검토가 이루어져야 합니다. 영장 제도와 유사한 인식 구속 절차가 만들어지는 것이 원칙적인 모습이겠으나, 그와 별개로 법무부의 처분에 관한 공식적인 기준과 요건은 정해져야 합니다. 인신을 구속하는 극도로 침익적인 처분에 대하여, 그 요건이 아무것도 법정되어있지 않다는 점은 이미 핵심적인 위헌 사유로 지적된 바 있습니다.

이번 개정으로 신설될 '연장 심사 절차'에서도 구금 개시시와 동일한 정도의 구체적 요건이 설정되어야 함은 물론입니다. 헌법재판소는 아무런 요건 없이 내부적 구금 연장 승인 절차만 두는 현행 제도에 대하여 '연장승인제도의 실효성에 의문을 제기하지 아니할 수 없다'면서 '보호의 필요성에 대한 별도의 판단이 필요하다'라고 고 설시한 바 있습니다. 이러한 합리적 검토 자체가 결여되어 있다는 점은 이미 현행 출입국관리법의 핵심적인 위헌 사유로 지적된 것입니다.

도주의 우려, 최후수단성, 집행의 가능성, 비례성은 가장 합리적인 최소한의 요건입니다. 유엔자유권규약 등 국제인권법은 이미 모든 구금에 합리성, 필요성, 비례성이 검토되어야 한다는 점을 분명히 하고 있습니다. 헌재는 특히 집행 가능성에 관하여 "상당한 기간 내에 강제퇴거명령을 집행할 수 없는 경우에도 강제퇴거대상자를 장기간 또는 무기한 보호하는 것"은 제도 자체의 목적에 반한다는 점을 분명히 했습니다.

실제 장기간 외국인보호소에 구금되어 고통을 받는 사람들 중 다수는 당장 출국할 수 없는 특별한 사유가 있습니다. 대표적인 사유는 임금체불 또는 산재 등에 관한 분쟁이 진행중인 경우, 난민신청 절차가 진행중인 경우, 형사절차가 진행중인 경우, 본국에서 여행 서류를 발급해주지 않아 출국이 불가능한 경우 등입니다. 이러한 경우는 진행 중인 절차의 종결을 기다릴 수밖에 없으며, 그 전에는 아무리 길게 구금하더라도 어차피 출국이 불가능합니다. 이런 사람들에게는 구금이 오히려 출국

곤란 사유 해소에 방해가 될 뿐입니다.

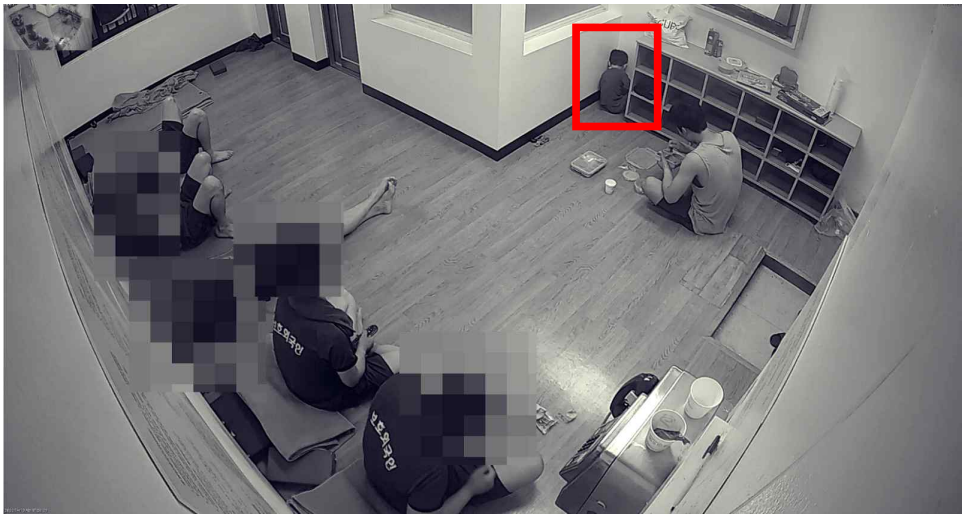
실효적, 합리적인 구금 검토 절차를 만드는 가장 중요한 첫 걸음은 제도의 목적에 맞는 적절한 요건을 설정하는 것입니다. 이 제도는 강제퇴거명령의 보전을 위해 존재하는 것이므로, 그 목적에 맞는 한도에서 정해져야 합니다. 헌법재판소 결정문에 담긴 것처럼, 강제퇴거는 '보호 외에 다양한 수단으로도 가능' 한 것이고, 이는 '일시적·잠정적 강제조치' 에 불과합니다. 이 제도의 목적에 맞는 적절한 요건이 설정되어야 합니다.

나. 아동 구금 금지

제51조의2 (아동의 구금 금지) 제51조 및 제63조에도 불구하고 **19세 미만의 외국인을 보호하여서는 아니 된다.**

그 어떤 경우에도 단지 행정적 목적으로 아동을 구금해서는 안 됩니다. 유엔 아동권리협약 등 국제인권기준에 의하면 18세 미만 아동의 이주구금은 법으로 금지되어야 하며, 최후의 수단으로도 사용되어서는 안 됩니다. 유엔 아동권리위원회, 인종차별철폐위원회 등은 한국 정부에 「출입국관리법」을 개정하여 아동의 이주구금을 금지할 것을 명시적으로 권고하기도 했습니다. 국가인권위원회 역시 2024. 5. 23. 법무부장관에게, 외국인 보호시설에 아동 보호를 금지해야 한다는 제도개선 권고를 내리기도 했습니다.

이렇게 아동 구금의 문제에 대한 다양한 지적이 계속되고, 심지어 본 법에 대한 헌법불합치 결정이 내려진 이후에도 아동에 대한 구금은 아무런 제한 없이 계속되고 있습니다. 2023년 4월에는 세 살 아동이 외국인보호소에 구금되어 있는 CCTV 장면이 언론에 알려져 큰 충격을 주었습니다. 심지어 2024년에는 역대 최대 규모의 아동 이주구금이 일어난 것으로 보입니다. 2024년에는 상반기에만 97명 이상의 아동이 구금된 것으로 알려져, 연간 200여명의 아동이 구금되었을 것으로 추정됩니다.



(사진: 제공된 성인용 식사를 거부하고 구석에 숨어있는 아동의 CCTV 사진)

[지정토론]

토론문

유성오 이민조사과장
법무부