

헌 법 재 판 소

결 정

사 건	2020헌가1, 2021헌가10(병합)	출입국관리법 제63조 제1항 위헌제청
제 청 법 원	1. 수원지방법원(2020헌가1) 2. 서울행정법원(2021헌가10)	
제 청 신 청 인	1. 파○○(외국인)(2020헌가1) 대리인 법무법인(유한) 지평 담당변호사 박성철 변호사 마한얼, 이상현, 최초록, 김종철, 박영아, 전수연, 황필규, 김세진, 이일, 이한재 2. 자○○(외국인)(2021헌가10) 대리인 법무법인(유한) 지평 담당변호사 박성철 변호사 마한얼, 이상현, 최초록	
당 해 사 건	1. 수원지방법원 2019구단6240 강제퇴거명령 및 보호명령 취소(2020헌가1) 2. 서울행정법원 2018구단54708 강제퇴거명령 및 보호명령 취소(2021헌가10)	
선 고 일	2023. 3. 23.	

주 문

출입국관리법(2014. 3. 18. 법률 제12421호로 개정된 것) 제63조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2025. 5. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때 까지 계속 적용된다.

이 유

1. 사건개요

가. 2020헌가1

제청신청인 파○○(외국인)은 이집트아랍공화국 국적의 외국인으로 2018. 7. 21. 관광·통과(B-2) 체류자격으로 대한민국에 입국한 후 부여받은 체류기간을 도과하여 대한민국에 체류하던 중이었다.

수원출입국·외국인청장은 2018. 10. 17. 출입국관리법 제51조 제3항에 따라 위 제청신청인을 긴급보호하고, 2018. 10. 18. 같은 법 제46조 제1항 제3호, 제8호, 제11조 제1항 제8호, 제17조 제1항에 따라 위 제청신청인에게 강제퇴거명령을 함과 동시에 같은 법 제63조 제1항에 따라 보호명령을 하였다.

이에 위 제청신청인은 위 강제퇴거명령 및 보호명령의 취소를 구하는 소를 제기하고(수원지방법원 2019구단6240), 위 재판 계속 중 출입국관리법 제63조 제1항 등에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으며(수원지방법원 2019아4057), 제청법원은 출입국관리법 제63조 제1항에 대한 신청 부분을 받아들여 2020. 1. 23. 이 사건 위헌 법률심판을 제청하였다.

나. 2021헌가10

제청신청인 자○○(외국인)은 방글라데시인민공화국 국적의 외국인으로 2017. 5. 13. 단기상용(C-3-4) 체류자격으로 대한민국에 입국한 후 2017. 8. 7. 난민인정신청을 하여 추가로 기타(G-1-5) 체류자격을 부여받았다.

서울출입국·외국인청장은 2017. 11. 22. 위 제청신청인이 허위초청 행위로 입국하였다는 이유로 출입국관리법 제46조 제1항 제2호, 제3호, 제7조의2 제2호, 제11조 제1항 제3호, 제4호에 따라 위 제청신청인에게 강제퇴거명령을 함과 동시에 같은 법 제63조 제1항에 따라 보호명령을 하였다.

이에 위 제청신청인은 위 강제퇴거명령 및 보호명령의 취소를 구하는 소를 제기하고(서울행정법원 2018구단54708), 위 재판 계속 중 출입국관리법 제63조 제1항 등에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으며(서울행정법원 2018아12518), 제청법원은 출입국관리법 제63조 제1항에 대한 신청 부분을 받아들여 2021. 2. 9. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

2. 심판대상

이 사건 심판대상은 출입국관리법(2014. 3. 18. 법률 제12421호로 개정된 것) 제63조 제1항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

출입국관리법(2014. 3. 18. 법률 제12421호로 개정된 것)

제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유

로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다.

[관련조항]

출입국관리법(2010. 5. 14. 법률 제10282호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

11. “보호”란 출입국관리공무원이 제46조 제1항 각 호에 따른 강제퇴거 대상에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 인치(引致)하고 수용하는 집행활동을 말한다.

출입국관리법(2014. 3. 18. 법률 제12421호로 개정된 것)

제46조(강제퇴거의 대상자) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다.

2. 제7조의2를 위반한 외국인 또는 같은 조에 규정된 허위초청 등의 행위로 입국한 외국인

3. 제11조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람

8. 제17조제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람

제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다.

③ 지방출입국·외국인관서의 장은 제2항의 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 한다.

④ 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람이 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우에는 그의 보호를 해제할 수 있다.

⑤ 지방출입국·외국인관서의 장은 제3항 또는 제4항에 따라 보호를 해제하는 경우에는 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙일 수 있다.

제66조(보호 일시해제의 취소) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 보호로부터 일시해제된 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 보호의 일시해제를 취소하고 다시 보호의 조치를 할 수 있다.

1. 도주하거나 도주할 염려가 있다고 인정되는 경우
2. 정당한 사유 없이 출석명령에 따르지 아니한 경우
3. 제1호 및 제2호에서 규정한 사항 외에 일시해제에 붙인 조건을 위반한 경우

② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호의 일시해제를 취소하는 경우 보호 일시해제 취소서를 발급하고 보증금의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시킬 수 있다.

출입국관리법(2018. 3. 20. 법률 제15492호로 개정된 것)

제65조(보호의 일시해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 직권으로 또는 피보호자(그의 보증인 또는 법정대리인등을 포함한다)의 청구에 따라 피보호자의 정상(情狀), 해제요청사유, 자산, 그 밖의 사항을 고려하여 2천만 원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있다.

3. 제청법원의 위헌제청이유

가. 심판대상조항은 보호기간의 상한을 설정하지 아니하여 피보호자로 하여금 자신이 언제 풀려날지 전혀 예측할 수 없게 한다는 점에서 그 자체로 심각한 정신적 압박감을 가져온다. 단지 강제퇴거명령의 집행을 용이하게 한다는 행정목적 때문에 기간의 제한 없는 보호를 가능하게 하는 것은 행정의 편의성과 획일성만을 강조한 것으로, 과잉금지원칙에 위배되어 피보호자의 신체의 자유를 침해한다.

나. 출입국관리법상 보호는 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것으로서 신체의 자유를 제한한다. 따라서 엄격한 영장주의의 적용을 받아야 하는데도 심판대상조항은 법원의 영장 없이 강제퇴거명령을 받은 외국인의 인신을 구속할 수 있도록 하고 있어 영장주의에 위배된다.

다. 보호의 개시 또는 연장 단계에서 제3의 독립된 중립적 기관이나 사법기관이 전혀 관여하고 있지 아니한 점, 피보호자는 법무부장관에게 보호명령에 대한 이의신청을 할 수 있고, 법무부장관의 승인이 있어야 보호를 연장할 수 있으나, 법무부장관은 보호명령을 발령·집행하는 행정청의 관리감독청에 불과하여 외부의 중립적·객관적 기관에 의한 사후 구제수단 내지 통제절차가 보장되어 있다고 볼 수 없는 점, 출입국관리법에 심판대상조항에 의한 보호명령을 발령하기 전 당사자에게 의견 제출의 기회를 부여하도록 하는 규정이 없는 점 등에 비추어 보면, 심판대상조항은 적법절차원칙에 위배된다.

4. 판단

가. 출입국관리법상 외국인 보호제도

(1) 출입국관리법상 보호란 ‘출입국관리공무원이 출입국관리법 제46조 제1항에

따른 강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 인치하고 수용하는 집행활동'을 말한다(출입국관리법 제2조 제11호). 출입국관리법상 보호에는 제51조에서 정하는 '강제퇴거대상 심사결정을 위한 보호'와 심판대상조항에서 정하는 '강제퇴거명령의 집행을 위한 보호'가 있다.

(2) 심판대상조항에 따르면, 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 외국인(이하 '강제퇴거대상자'라 한다)을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 외국인보호실, 외국인보호소, 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소(이하 '보호시설'이라 한다)에 보호할 수 있다. 심판대상조항에 의한 보호는 외국인이 강제퇴거대상에 해당된다고 판단하여 강제퇴거명령을 하였으나 즉시 집행할 수 없는 경우에 강제퇴거명령의 집행을 확보하기 위한 것으로, 강제퇴거대상에 해당하는지 여부를 심사하기 위하여 외국인의 신병을 확보하는 출입국관리법 제51조의 보호와 구분된다.

심판대상조항은 '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 한다(출입국관리법 제63조 제2항, 제3항). 또한 심판대상조항에 따라 보호시설에 보호된 사람은 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있고(출입국관리법 제63조 제6항, 제55조), 지방출입국·외국인관서의 장은 직권 또는 피보호자의 청구에 따라 피보호자의 정상, 해제요청사유, 자산, 그 밖의 사항을 고려하여 2,000만 원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있다(출입국

관리법 제65조 제1항).

나. 쟁점 및 심사기준

(1) 심판대상조항에 의한 보호는 강제퇴거명령을 즉시 집행할 수 없는 경우 강제퇴거명령의 집행을 확보하기 위하여 강제퇴거대상자를 보호시설에 인치·수용하는 강제조치로, 피보호자의 신체의 자유를 제한한다(헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29 참조). 따라서 심판대상조항이 기본권 제한의 한계 원리인 과잉금지원칙과 헌법 제12조의 적법절차원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해하는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

(2) 출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정하여 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정이다. 출입국관리에 관한 사항 중 외국인의 입국과 국내 체류에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역에 있고(헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마474등 참조), 강제퇴거명령의 집행을 확보하기 위하여 이루어지는 심판대상조항에 의한 보호는 출입국관리행정의 일환으로 볼 수 있다.

그러나 헌법 제12조 제1항의 신체의 자유는 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 최소한의 자유이자 모든 기본권 보장의 전제가 되는 것으로서(헌재 2020. 9. 24. 2017헌바157등 참조) 그 성질상 인간의 권리에 해당하고, 국내 체류자격 유무에 따라 그 인정 여부가 달라지는 것이 아니다. 따라서 심판대상조항이 신체의 자유를 침해하는지 여부에 대해서는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다.

다. 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미션의 헌법불합치의견

(1) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항의 입법목적은, 강제퇴거대상자를 대한민국 밖으로 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 인치·수용하여 강제퇴거명령을 용이하고 효율적으로 집행할 수 있도록 함으로써 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정하여 국가의 안전과 질서를 도모하고자 하는 데에 있다. 이러한 입법목적은 정당하고, 강제퇴거대상자를 대한민국 밖으로 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 인치·수용하여 신병을 확보하는 것은 강제퇴거명령의 집행을 확보하는 효과적인 방법이므로 수단의 적합성도 인정된다.

(나) 침해의 최소성 및 법익균형성

그러나 심판대상조항은 다음과 같은 점에서 침해의 최소성과 법익균형성을 충족하지 못한다.

1) 심판대상조항에 의한 보호는 강제퇴거명령을 발령 즉시 집행할 수 없는 경우 그 집행을 확보하기 위하여 일시적·잠정적으로 취하는 강제조치이다(헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29 참조). 그런데 심판대상조항은 강제퇴거대상자를 대한민국 밖으로 송환할 수 있을 때까지 보호할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 보호기간의 상한을 설정하고 있지 않아 무기한 보호를 가능하게 한다.

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 있다고 할 것이다. 그러나 심판대상조항에 따르면, 예컨대 피보호자가 난민법에 따라 난민인정신청을 하거나 난민불인정결정 등에 이의신청을 하여 관련 절차가 종료될 때까지 강제퇴거명령을 집행할 수 없

는 경우(출입국관리법 제62조 제4항 참조), 피보호자가 강제퇴거명령에 대하여 취소 소송 등을 제기하거나 민·형사 분쟁이 계류 중이어서 사실상 강제퇴거명령의 집행이 곤란한 경우 등에는 해당 절차의 진행 상황에 따라 보호기간이 무한정 늘어날 수 있다. 또한 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. 나아가 기간의 상한이 정해져 있지 않은 보호는 피보호자로 하여금 자신이 언제 풀려날지 전혀 예측할 수 없게 한다는 점에서 실제의 보호기간의 장단과 무관하게 그 자체로 심각한 정신적 압박감을 불러온다(헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29 중 재판관 이진성, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 이선애, 재판관 유남석의 위헌의견 참조).

심판대상조항에 의한 보호는 강제퇴거명령의 집행 확보 이외의 다른 목적을 위하여 발할 수 없다는 목적상의 한계와 송환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간 동안 잠정적으로만 보호할 수 있고 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적 한계를 가지며(대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결 참조), 실제 강제퇴거대상자가 송환되기까지의 보호기간의 평균은 10여 일 남짓에 불과하고 1년 이상의 장기 보호가 문제되는 경우는 소수에 불과하기는 하다. 그러나 이러한 한계는 일시적·잠정적 조치라는 보호의 성격에서 당연히 도출되는 것이고, 여기서 ‘송환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간’이 상당한 기간 내로 제한되어야 하는 규범적 개념인지 여부는 고려되어 있지 않다. 따라서 위와 같은 해석상 한계에도 불구하고 보

호기간의 상한을 설정하지 아니한 심판대상조항으로 인하여 장기간 또는 무기한 보호가 가능하고, 피보호자에게 책임을 물을 수 없는 사유로 강제퇴거명령을 집행할 수 없는 경우에도 ‘즉시 송환할 수 없으면’ 실제로 송환될 때까지 장기간 보호할 수 있는 등 보호기간의 상한을 설정하지 않은 데 따른 문제는 여전히 남는다.

한편, 송환을 불가능하게 하는 객관적 사유가 없는데도 피보호자가 송환에 협조하지 않아 강제퇴거명령을 신속하게 집행할 수 없는 경우가 있을 수 있으나, 송환에 협조하지 않는다는 사정만으로 무기한 보호가 정당화되는 것은 아니다. 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.

2) 따라서 적절한 보호기간의 상한이 어느 정도인지는 별론으로 하더라도, 최소한 그 상한을 법에서 명시함으로써 보호기간의 비합리적인 장기화 내지 불확실성에서 야기되는 피해를 방지할 수 있어야 한다. 단지 강제퇴거명령의 효율적 집행이라는 행정목적 때문에 기간의 제한이 없는 보호를 가능하게 하는 것은 행정의 편의성과 확일성만을 강조한 것으로, 피보호자의 신체의 자유를 과도하게 제한한다. 다양한 사정으로 자진 출국하는 것을 선택하지 않았거나 자진 출국하는 것이 불가능했기 때문에 단속되어 보호된 외국인에게는 사실상 ‘출국할 수 있는 자유’가 있다고 보기 어려우므로, 강제퇴거대상자가 언제든지 출국할 자유가 있고 이로써 보호대상자에서 벗어날 수 있다는 이유로 보호기간의 상한을 두지 않음에 따른 기본권 침해가 완화

된다고 볼 수 없다(헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29 중 재판관 이진성, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 이선애, 재판관 유남석의 위헌의견 참조).

국제적 기준과 외국 입법례를 살펴보다도, 상당수의 국가가 강제퇴거명령을 받은 사람을 구금할 때 그 기간의 상한을 두고 있다. ‘제3국 불법체류자의 송환에 대한 회원국 내 공동 기준과 절차에 관한 지침’(이른바 ‘유럽연합 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)은 불필요한 장기구금을 억제하고 강제퇴거대상 외국인의 기본적 인권을 존중하기 위하여 회원국으로 하여금 국내법으로 구금기간의 절대적 상한을 규정하도록 하고 있는데, 최초의 구금기간은 6개월을 넘을 수 없도록 하고 예외적으로 구금을 연장할 수 있으나 연장기간은 최대 12개월로 하도록 하는 등 장기구금에 대한 통제를 강화하고 있다. 이에 따라 유럽연합 회원국들은 위 지침에서 정한 기준과 같거나 혹은 보다 엄격한 구금요건과 절차를 국내법으로 입법하면서 구금기간의 상한을 정하고 있다. 즉 프랑스는 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 규정하고 있고, 독일은 강제추방을 위한 구금을 6개월까지 명할 수 있되, 연장하는 경우에도 최대 12개월을 넘지 못하도록 법으로 규정하고 있다. 대만과 남아프리카공화국도 법률로 강제퇴거대상자의 구금기간을 최대 100일 또는 120일로 제한하고 있다. 이처럼 국제적 기준이나 다른 입법례에서 구금기간의 상한을 정하고 있는 것은 기간이 정해져 있지 않은 구금상태가 중대한 인권침해를 초래할 가능성이 있기 때문이

다.

실제 강제퇴거명령을 집행하는 과정에서 송환에 이르기까지 소요되는 기간은 강제퇴거대상자의 협조 여부나 우리나라 또는 송환국의 사정에 따라 달라질 수 있다. 이러한 점을 들어 심판대상조항이 보호기간의 상한을 두지 않은 것의 불가피성을 주장할 수 있으나, 심판대상조항에 의한 보호가 강제퇴거명령의 집행을 목적으로 일시적·잠정적으로 취해지는 조치라는 점과 위와 같이 강제퇴거대상자에 대한 구금기간의 상한을 정하고 있는 국가들이 상당수 있다는 점을 고려하면, 강제퇴거명령을 집행하는데 필요한 합리적인 보호기간의 상한을 정하는 것이 불가능하다고 볼 수 없다.

3) 보호기간에 상한을 설정할 경우 송환이 지연되어 보호기간의 상한을 초과하게 되면 강제퇴거대상자의 보호를 해제하여야 하는데, 이 경우에 보호해제된 강제퇴거대상자가 잠적하거나 범죄에 노출될 수 있다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 이는 아직 현실화되지 않은 막연하고 잠재적인 가능성 내지 일부 상황을 과장한 우려에 불과하므로, 위와 같은 막연한 추정만을 근거로 ‘기간의 상한이 없는 보호’와 같이 신체의 자유를 중대하게 제한하는 조치가 정당화되기는 어렵다. 대한민국에서 범죄를 범한 외국인이라고 하여 그가 보호해제되면 도주하거나 다시 범죄를 범할 것이라고 단정할 수는 없다. 게다가 강제퇴거대상자 중에는 범죄를 범하여 형을 선고받은 외국인뿐만 아니라 입국이나 체류에 관한 행정법규를 단순히 위반한 외국인도 있을 수 있는데, 이들 모두를 잠재적 도주자 내지는 잠재적 범죄자로 보아 기간의 제한 없이 보호하는 것은 과도한 조치이다(헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29 중 재판관 이진성, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 이선애, 재판관 유남석의 위헌의견 참조).

보호기간에 상한을 두게 될 경우 피보호자가 강제퇴거명령에 대한 취소소송이나

난민인정신청 등을 통해 보호기간의 상한을 초과하게 될 것이라는 점에 대한 우려가 있을 수 있으나, 법원에서 해당 사건을 우선적·집중적으로 심리하고 난민인정 심사 및 결정을 신속히 진행하거나 난민인정신청의 남용을 방지하는 등 제도적 개선을 통하여 보호기간의 상한을 초과하는 경우를 최소화할 수 있다.

나아가 강제퇴거명령의 집행 확보는 심판대상조항에 의한 보호 외에 다양한 수단으로도 가능하다. 예를 들어 출국 요건이 구비될 때까지 강제퇴거대상자의 주거지를 제한하거나 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. 따라서 강제퇴거명령의 집행을 확보하기 위하여 기간의 상한 없는 보호와 같이 피보호자의 신체의 자유를 과도하게 제한하는 방식을 반드시 택하여야 하는 것은 아니다.

4) 한편, 현행 출입국관리법상의 절차나 제도의 운용만으로는 보호기간을 적절히 통제하여 신체의 자유에 대한 과도한 제한을 완화시키기에 부족하다.

먼저, 피보호자는 출입국관리법에 따라 지방출입국·외국인관서의 장에게 보호의 일시해제를 청구할 수 있고, 지방출입국·외국인관서의 장은 직권으로 보호를 일시해제할 수 있다(출입국관리법 제65조). 그러나 강제퇴거명령 등에 대한 취소소송에서 승소판결을 받은 사정이 있지 않은 한 보호일시해제 여부는 지방출입국·외국인관서의 장의 전적인 재량사항으로(출입국관리법 제65조, ‘보호일시해제업무 처리규정’ 제6조 참조), 보호의 필요성에 대한 실질적인 검토보다는 행정의 편의를 위해 이루어질 가능성이 크다. 2020헌가1 사건의 법무부장관에 대한 2021. 7. 1.자 사실조회결과

및 법무부장관이 2022. 9. 5. 제출한 참고자료에 따르면, 2013년부터 2017년까지 5년간 이루어진 보호일시해제 건수가 연 평균 120건이고, 2018년부터 2020년까지 3년간 이루어진 보호일시해제 건수가 연 평균 131건이었던 데 비해, 2021년 이루어진 보호일시해제는 461건으로 급증하였는데, 2021년에 보호일시해제 청구와 이에 대한인용이 급증한 것은 코로나바이러스감염증-19 확산으로 보호소 내 방역관리에 어려움을 겪은 데 따른 것으로 행정상의 편의가 주된 이유였던 것으로 보인다. 출입국관리법 제63조 제4항은 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거대상자가 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우에는 보호를 해제할 수 있다고 정하고 있으나, 이 역시 지방출입국·외국인관서의 장의 전적인 재량사항이다. 이러한 점에 비추어 보면, 보호일시해제제도가 보호기간의 상한을 두지 않은 문제를 보완할 수 있는 장치로 기능한다고 보기 어렵다.

또한 출입국관리법은 보호명령에 대한 이의신청, 보호기간 연장에 대한 법무부장관의 승인제도를 두고 있으나, 뒤에서 살펴보는 바와 같이 이는 보호명령을 발령·집행하는 행정청의 관리감독청인 법무부장관에 의해 이루어지는 절차에 그쳐 보호기간의 상한을 두지 않은 문제를 보완할 정도의 실효성이 있다고 볼 수 없다. 특히 법무부장관이 2021. 7. 21. 및 2022. 9. 5. 제출한 참고자료에 따르면, 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.

5) 이상의 사정을 종합하면, 보호시설에서의 무기한 보호 외에 강제퇴거명령의 집행 확보할 수단이 있음에도 심판대상조항이 기간의 상한 없이 피보호자를 보호할

수 있도록 한 것은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 피보호자의 신체의 자유를 과도하게 제한하는 것이고, 심판대상조항이 달성하고자 하는 공익이 중요하다고 하더라도 기간의 상한이 없는 보호로 인하여 피보호자의 신체의 자유가 제한되는 정도가 지나치게 크므로, 심판대상조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건을 충족하지 못한다.

(다) 소결

심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 피보호자의 신체의 자유를 침해한다.

(2) 적법절차원칙 위반 여부

(가) 헌법 제12조 제1항은 ‘법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.’고 규정하여 적법절차원칙을 천명하고 있다. 적법절차원칙은 형사소송절차에 국한되지 않고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용되므로(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8; 헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29 등 참조), 심판대상조항에 의한 보호에 있어서도 헌법상 적법절차원칙은 준수되어야 한다. 그런데 심판대상조항은 헌법상 적법절차원칙의 관점에서 다음과 같은 점이 문제된다.

(나) 행정절차상 강제처분에 의해 신체의 자유가 제한되는 경우, 강제처분의 집행기관으로부터 독립된 중립적인 기관이 이를 통제하도록 하는 것은 적법절차원칙의 중요한 내용에 해당하는바, 구체적인 통제의 모습이나 수준은 강제처분의 목적과 이로써 달성하고자 하는 공익, 강제처분으로 인해 신체의 자유가 제한되는 정도 등 모든 요소를 고려하여 결정되어야 할 것이다. 심판대상조항에 의한 보호는 강제퇴거명령의 집행 확보를 목적으로 하면서도 신체의 자유를 제한하는 정도가 박탈에 이르러 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것으로 볼 수 있는 점을 고려하면, 적법절차원

직상 보호의 개시 또는 연장 단계에서 그 집행기관인 출입국관리공무원으로부터 독립되고 중립적인 지위에 있는 기관이 보호의 타당성을 심사하여 이를 통제할 수 있어야 한다.

출입국관리법에 따르면 지방출입국·외국인관서의 장이 강제퇴거 여부를 심사·결정하여 강제퇴거명령서와 강제퇴거명령의 집행을 위한 보호명령서를 발급하고, 출입국관리공무원이 보호명령과 강제퇴거명령을 집행하도록 되어 있어(출입국관리법 제58조, 제59조 제2항, 제3항, 제62조 제1항, 제63조 제1항, 제6항, 제53조), 형식적으로는 보호명령서를 발급하는 자와 이를 집행하는 자가 분리되어 있기는 하다. 그러나 보호결정을 하는 지방출입국·외국인관서의 장은 독립된 제3의 기관이 아니라 출입국관리공무원이 속한 동일한 집행기관 내부의 상급자에 불과하여 실질적으로 보호결정기관과 그 집행기관이 분리되어 있다고 볼 수 없다. 또한 출입국관리법 제63조 제2항은 보호기간이 3개월을 넘는 경우 지방출입국·외국인관서의 장으로 하여금 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받도록 하여 보호연장승인기관을 분리하고는 있으나, 법무부장관은 보호명령을 발령·집행하는 행정청의 관리감독청에 불과하여 이를 두고 외부의 중립적·객관적 기관에 의한 심사가 이루어진다고 보기 어렵다.

이와 같이 현재 출입국관리법상 보호의 개시 또는 연장 단계에서 집행기관으로부터 독립된 중립적 기관이 전혀 관여하고 있지 아니한데, 이러한 상황 하에서는 보호의 필요성 등에 대한 심사가 제대로 이루어진다고 보장할 수 없다. 강제퇴거명령이 있으면 거의 자동적으로 보호명령이 발령되고, 지방출입국·외국인관서의 장의 신청이 있으면 거의 예외 없이 법무부장관의 연장승인이 이루어지는 현실은 이러한 점을 방증한다고 할 것이다.

한편 피보호자는 법무부장관에게 보호명령에 대해 이의신청을 할 수 있으나, 법무부장관은 앞서 본 것과 같이 보호명령을 발령·집행하는 행정청의 관리감독청에 불과하여 이로써 외부의 중립적·객관적 기관에 의한 심사제도가 보장되어 있다고 볼 수 없다. 2013년부터 2020년까지 8년간 보호명령에 대한 이의신청이 인용된 사례가 단 한 건도 없었다는 점을 보더라도, 법무부장관의 심사가 보호의 적법성을 담보하기 위한 실질적인 통제절차로서의 의미를 갖는다고 보기 어렵다. 또한 피보호자는 강제퇴거명령이나 보호명령, 보호명령에 대한 이의신청을 기각한 결정 등에 대하여 행정소송을 제기할 수 있고 그 과정에서 보호명령의 집행정지를 신청할 수 있으나, 보호의 개시 또는 연장 단계에서 공정하고 중립적인 기관에 의한 사전통제가 전혀 이루어지지 아니하는 이상 이와 같은 일반적·사후적인 사법통제수단만으로는 피보호자를 충분히 보호한다고 볼 수 없다.

(다) 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여하는 것은 적법절차원칙에서 도출되는 중요한 절차적 요청이므로(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25; 헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302 참조), 심판대상조항에 따라 보호를 하는 경우에도 피보호자에게 위와 같은 기회가 보장되어야 한다.

그런데 출입국관리법은 심판대상조항에 따른 보호명령을 발령하기 전에 당사자에게 의견을 제출할 기회를 부여하도록 하는 규정을 두고 있지 않다. 행정절차법은 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 규정하면서(행정절차법 제22조 제3항), ‘외국인의 출입국에 관한 처분’을 행정절차법의 적용대상에서 제외하고 있다(행정절차법 제3조 제2항 제9호, 행정절차법 시행령 제2조 제2호). 따라서 현행법상 피보호자는

보호명령절차에서 자신에게 유리한 진술을 하거나 의견을 제출할 수 있는 기회를 부여받고 있지 않다.

보호명령은 강제퇴거명령을 전제로 하고, 강제퇴거명령은 강제퇴거대상자에 해당된다고 의심되는 외국인, 이른바 용의자에 대한 조사를 근거로 이루어지며, 용의자에 대한 조사는 그의 진술을 조서에 적고 그 내용에 대한 추가·변경 등의 청구가 있으면 이를 조서에 적어야 하는 등(출입국관리법 제47조, 제48조 제3항, 제4항) 용의자는 강제퇴거명령절차에서 자신의 의견을 진술할 기회를 부여받는다고 볼 수 있다. 그러나 피보호자는 보호명령절차에서 보호의 필요성이나 도주 우려 등에 대한 의견을 진술할 수 있어야 하고, 강제퇴거명령절차에서 의견을 진술할 기회가 보장되었다고 하여 이와는 독립된 별도의 절차인 보호명령절차에서 의견을 진술할 기회를 배제할 수는 없다. 한편 보호명령에 대한 이의신청 단계에서는 법무부장관이 필요하면 관계인의 진술을 들을 수 있도록 재량으로 규정하고 있을 뿐이고(출입국관리법 제63조 제6항, 제55조 제3항), 보호 연장에 대한 법무부장관의 사전승인 역시 지방출입국·외국인관서의 장이 보호기간 연장의 필요성을 소명하여야 한다고만 규정하고 있어(출입국관리법 시행령 제78조 제2항) 피보호자가 법무부장관에게 의견 및 자료를 제출할 수 있는 절차적 기회가 법령상 마련되어 있다고 볼 수 없다.

(라) 이러한 점들을 종합하면, 심판대상조항은 보호의 개시 또는 연장 단계에서 공정하고 중립적인 기관에 의한 통제절차가 없고, 당사자에게 의견을 제출할 기회를 보장하고 있지 아니하므로, 헌법상 적법절차원칙에 위배된다.

(3) 헌법불합치결정과 잠정적용의 필요성

이상 살펴본 것과 같이 심판대상조항은 과잉금지원칙과 적법절차원칙을 위반하

여 피보호자의 신체의 자유를 침해하므로, 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 것이 원칙이다.

그러나 심판대상조항의 위헌성은 보호기간의 상한을 설정하지 아니하여 장기간 또는 무기한 보호가 가능하도록 한 점과 보호의 개시 또는 연장 단계에서 공정하고 중립적인 기관에 의한 통제가 이루어지지 않고, 당사자에게 의견제출의 기회가 부여되어 있지 않은 점에 있다. 이러한 상황에서 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 할 경우 강제퇴거명령의 집행을 위한 보호의 근거규정이 사라지게 되어 강제퇴거명령을 받은 사람의 신병을 확보할 수 없게 됨으로써 용인하기 어려운 법적 공백이 발생하게 된다. 더욱이 입법자는 보호기간의 상한을 어떻게 설정할 것인지, 보호의 개시나 연장 단계에서 인신구속의 타당성을 심사할 기관을 어떻게 구성할 것인지와 의견제출의 기회를 어떠한 형태로 보장할 것인지 등 절차 형성에 관하여 입법재량을 가진다.

따라서 심판대상조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하되, 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명하기로 한다. 입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 개선입법을 해야 할 의무가 있으므로, 늦어도 2025. 5. 31.까지는 개선입법을 하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 심판대상조항은 2025. 6. 1.부터 효력을 상실한다.

라. 재판관 이선애의 헌법불합치 의견

나는 심판대상조항이 헌법에 위반되어 헌법불합치결정을 하여야 한다는 점에서 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 위헌 의견과 결론을 같이 한다. 다만, 그 이유에 대하여는 이미 헌재 2018. 2. 22. 2017헌가

29 결정의 위헌의견에 참여하여 논증한 바 있으므로, 이를 아래와 같이 인용하여 이 사건의 위헌의견을 남긴다. 헌법불합치결정에 이르는 논증은 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 헌법불합치의견과 동일하다.

(1) 과잉금지원칙 위배 여부

(가) 목적의 정당성과 수단의 적정성

심판대상조항은 강제퇴거명령을 받은 자에 대한 집행을 용이하게 함으로써 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정하여 국가의 안전을 도모하기 위한 것이므로 그 입법목적은 정당하다. 또한 강제퇴거명령을 받은 사람을 출국 요건이 구비될 때까지 보호시설에 보호하여 신병을 확보하는 것은 강제퇴거명령의 신속하고 효율적인 집행을 위한 효과적인 방법이므로 수단의 적정성도 인정된다.

(나) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

1) 심판대상조항에 의한 보호대상은 출입국관리법상 강제퇴거명령을 받은 사람이다. 이들은 이미 국내체류기간 동안 불법체류, 불법취업, 범죄행위 등의 범법행위를 한 외국인으로서(법 제46조 제1항 참조) 도주의 가능성이나 잠재적 위험성이 없다고 볼 수 없으므로, 본국으로 송환될 때까지 그 신병을 확보하기 위한 보호와 관리가 필요하다라는 점은 인정된다.

그러나 심판대상조항은 보호기간의 상한을 설정하고 있지 않아 강제퇴거명령을 받은 자를 대한민국 밖으로 송환할 수 있을 때까지 무기한 보호를 가능하게 한다. 기간의 상한이 정해져 있지 않은 보호는 피보호자로 하여금 자신이 언제 풀려날지 전혀 예측할 수 없게 한다는 점에서, 실제 보호기간의 장단과 관계없이 그 자체로 심각

한 정신적 압박감을 가져온다. 따라서 적정한 보호기간의 상한이 어느 정도인지는 별론으로 하더라도, 최소한 그 상한을 법에서 명시함으로써 피보호자로 하여금 자신이 보호될 수 있는 최대기간을 예측할 수 있게 할 필요가 있으며, 단지 강제퇴거명령의 집행을 용이하게 한다는 행정목적 때문에 기간의 제한 없는 보호를 가능하게 하는 것은 행정의 편의성과 확실성만을 강조한 것으로 그 자체로 피보호자의 신체의 자유에 대한 과도한 제한이다(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바196 중 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견 참조).

국제적 기준과 외국 입법례를 보면, 국제연합(UN)의 ‘자의적 구금에 관한 실무그룹’(Working Group on Arbitrary Detention)은 구금의 상한이 반드시 법률에 규정되어 있어야 하고 구금이 무기한이어서는 안 된다고 한다. 독일은 강제추방을 위한 구금은 6개월까지 명할 수 있고, 더 긴 기간이 소요될 것으로 예상되는 경우 최대 12개월 연장할 수 있도록 정하고 있으며, 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) 역시 이와 동일하게 규정하고 있다. 이와 같이 국제적 기준이나 다른 입법례에서 최대 구금기간을 정하도록 하고 있는 이유도, 기간이 정해져 있지 않은 구금 상태가 중대한 인권침해를 초래할 가능성이 있기 때문이다.

대법원은, ‘출입국관리법 제63조 제1항의 보호명령은 강제퇴거명령의 집행확보 이외의 다른 목적을 위하여 이를 발할 수 없다는 목적상의 한계 및 일단 적법하게 보호명령이 발하여진 경우에도 송환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간 동안 잠정적으로만 보호할 수 있고 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적

한계를 가지는 일시적 강제'라고 하였다(대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결 참조). 그러나 위 판시대로 하더라도 장기 내지 무기한 보호의 가능성이 사라지는 것은 아니며, 위 판결은 보호의 성질상 한계를 실시한 것일 뿐 보호기간의 상한을 설정한 것이 아니므로, 보호기간을 제한할 수 있는 적절하고 실질적인 통제 기능을 한다고 보기 어렵다. 가령 피보호자가 강제퇴거명령에 대한 취소소송을 제기하거나 난민인정신청을 하는 등의 경우에는 절차의 진행 상황에 따라 보호기간이 무한정 늘어날 수 있는데, 보호기간의 장단은 오로지 행정청과 사법부가 관련 절차를 얼마나 신속하게 진행시키는지 여부에 따라 결정된다(피보호자가 법원에 강제퇴거명령 및 보호명령에 대한 집행정지를 신청할 수 있지만, 이를 받아들여지는 여부는 법원의 재량에 맡겨져 있다). 이 경우 피보호자에게 책임이 없는 사유로 보호가 장기화되는 결과가 초래될 수 있다.

2) 각 나라의 사정이나 절차 진행 상황에 따라 송환에 소요되는 기간이 달라져서 피보호자의 송환이 언제 가능해질 것인지 미리 알 수가 없으므로, 보호기간을 한정하지 않고 '송환할 수 있을 때까지' 보호할 수 있도록 한 것은 심판대상조항의 입법목적 달성을 위하여 불가피하다고 보는 입장이 있을 수 있다. 그러나 강제퇴거대상자에 대한 구금기간의 상한을 정하고 있는 국가들이 상당수 있다는 점을 고려할 때, 합리적인 보호기간의 상한을 정하는 것이 불가능하다고 볼 수 없다.

심판대상조항에 보호기간의 상한을 규정하면 송환 가능시점이 지연되어 보호기간의 상한을 초과하게 되었을 때 강제퇴거대상자를 석방하여야 하는데, 이 경우 석방된 강제퇴거대상자들이 잠적하거나 범죄를 저지를 수 있다고 보는 입장이 있을 수 있다. 그러나 이는 아직 현실화되지 않은 막연하고 잠재적인 가능성에 불과하고, 이

를 뒷받침할만한 실증적 근거도 충분하다고 볼 수 없으므로, 위와 같은 막연한 추정만을 근거로 ‘기한의 상한이 없는 보호’와 같이 신체의 자유를 중대하게 제한하는 조치가 정당화되기는 어렵다. 대한민국에서 범죄를 범한 외국인이라고 하여 그가 보호 해제되면 도주하거나 다시 범죄를 범할 것이라고 단정할 수 없다. 게다가 강제되거 대상자 중에는 범죄를 범하여 형을 선고받은 외국인뿐만 아니라 입국이나 체류에 관한 행정법규를 단순히 위반한 외국인도 있을 수 있는데, 이들 모두를 잠재적 도주자 내지는 잠재적 범죄자로 보아 기간의 제한 없이 보호하는 것은 과도한 조치이다.

피보호자가 강제퇴거명령에 대한 취소소송을 제기하거나 난민인정신청을 하는 등의 경우에 대하여는, 법원에서 해당 사건을 우선적·집중적으로 심리하고, 난민인정 심사 및 결정을 신속히 진행하는 등 제도적 개선을 통하여 보호기간의 상한을 초과하는 경우를 최소화할 수 있다. 보호기간의 상한을 초과하여 보호를 해제하더라도, 출국 요건이 구비될 때까지 이들의 주거지를 제한하거나 주거지에 대하여 정기적으로 보고하도록 하는 방법, 신원보증인을 지정하거나 적정한 보증금을 내도록 하는 방법, 감독관 등을 통하여 이들을 지속적으로 관찰 및 감독하는 방법 등을 통하여 도주나 추가적인 범법행위를 상당 부분 방지할 수 있을 것으로 보인다. 따라서 심판대상조항의 입법목적 달성을 위하여 기간의 상한 없는 구금과 같이 피보호자의 신체의 자유를 과도하게 제한하는 방식을 반드시 택하여야 하는지 의문이다.

3) 다양한 사정으로 자진 출국하는 것을 선택하지 않았거나 자진 출국하는 것이 불가능했기 때문에 단속되어 보호된 외국인들에게는 사실상 ‘출국할 수 있는 자유’가 있다고 보기 어려우므로, 강제퇴거대상자들이 언제든지 출국할 자유가 있고 이로써 보호대상자에서 벗어날 수 있다는 이유로 보호기간의 상한을 두지 않음에 따른 기본

권 침해가 완화된다고 볼 수 없다(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바196 중 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견 참조).

피보호자는 지방출입국·외국인관서의 장(이하 ‘소장 등’이라 한다)에게 보호일시해제를 청구할 수 있으나, 강제퇴거명령 등에 대한 취소 소송에서 승소 판결을 받은 사정이 있지 않는 한 보호일시해제 여부는 소장 등의 전적인 재량사항이므로, 보호일시해제제도는 장기 구금의 문제를 보완할 수 있는 장치로서 실질적으로 기능한다고 보기 어렵다. 그 밖에 강제퇴거명령 및 보호명령에 대한 이의신청 등 사후적 구제 수단 역시 뒤에서 보듯이 실효성이 있다고 볼 수 없다.

4) 이와 같이 심판대상조항이 달성하고자 하는 공익이 중대하고 강제퇴거대상자에 대한 보호가 그러한 공익의 달성을 위하여 필요하기는 하나, 이를 감안하더라도 기간의 상한이 없는 보호로 인하여 피보호자의 신체의 자유가 제한되는 정도가 지나치게 크므로, 심판대상조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건을 충족하지 못한다.

(다) 소결

심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 피보호자의 신체의 자유를 침해한다.

(2) 적법절차원칙 위반 여부

헌법 제12조 제1항은 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하여 적법절차원칙을 규정하고 있다. 적법절차원칙은 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용에 대하여 적용되므로(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8; 헌재 2014. 8. 28. 2012헌바433 등 참조), 출입국관리행정의 일환으로 이루어지는 강제퇴거명령 및 보호명령의 집행에 대하여도 적법절차원칙이

준수되어야 한다.

(가) 출입국관리법상의 외국인보호는 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것으로서 외국인의 신체의 자유를 박탈하는 것이므로, 검사의 신청, 판사의 발부라는 엄격한 영장주의는 아니더라도, 적어도 출입국관리공무원이 아닌 객관적·중립적 지위에 있는 자가 그 인신구속의 타당성을 심사할 수 있는 장치가 있어야 한다(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바196 중 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견 참조). 그런데 현재 출입국관리법상 보호제도는 보호의 개시, 연장 단계에서 제3의 독립된 중립적 기관이나 사법기관이 전혀 관여하고 있지 않다는 점에서, 수사단계든 형집행단계든 구금의 개시, 연장을 법원에서 결정하고 그 종기도 명확하게 규정되어 있는 형사절차상 구금과 대조적이다.

(나) 먼저 보호명령의 발령과 집행에 관하여 보면, 출입국관리법상 외국인에 대한 강제퇴거절차는 ① 출입국관리공무원이 용의자를 단속하여 조사를 진행한 후(법 제 47조), ② 소장 등이 보호명령서를 발급하여 출입국관리공무원이 집행하고(법 제51조 제1항, 제53조, 강제퇴거심사를 위한 보호), ③ 소장 등이 강제퇴거 여부를 심사하여 결정하고 강제퇴거명령서 및 보호명령서를 발급한 후(법 제58조, 제59조 제2항, 제3항, 심판대상조항, 출입국관리법 시행령 제78조 제1항), ④ 출입국관리공무원이 집행하는(법 제62조 제1항, 제63조 제6항, 제53조, 강제퇴거집행을 위한 보호) 구조로 되어 있다. 따라서 형식적으로는 조사절차와 심사절차가 분리되고 보호명령서의 발급주체와 집행기관이 분리되어 있으나, 실상은 출입국관리사무소 내의 하급자와 상급자가 용의자 조사, 강제퇴거명령과 보호명령의 발령 및 집행을 모두 함께 하고 있는 것이다. 즉 보호결정을 하는 소장 등은 독립된 제3의 기관이 아니라 출입국관리공

무원이 속한 동일한 집행기관 내부의 상급자에 불과하여 실질적으로 기관이 분리되어 있다고 볼 수 없고, 그 밖에 사법부 등 외부기관이 관여할 여지가 전혀 없으므로, 이와 같이 동일 집행기관의 상급자에게 결정을 받는 정도로는 객관적·중립적 기관에 의한 절차적 통제가 이루어진다고 보기 어렵다(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바196 중 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견 참조).

비록 심판대상조항은 ‘보호할 수 있다’는 임의규정으로 되어 있으나, 실무상 강제퇴거명령이 발령되면 보호의 필요성이나 도주 우려 등 보호명령 자체에 대한 특별한 심사 없이 강제퇴거명령과 동시에 또는 연이어 보호명령을 발령하는 경우가 대부분이며, 강제퇴거명령을 받았으나 즉시 송환할 수 없는 자에 대하여 보호명령이 발령되지 않은 사례는 없다. 그러나 강제퇴거명령을 받은 자라고 하여 항상 도주의 가능성이 있다고 간주할 수 없으므로 보호의 필요성에 대한 별도의 판단이 필요하고, 공정성과 객관성을 담보할 수 있는 중립적 기관이 개입하지 않는 한 강제퇴거명령이 있으면 보호명령이 거의 자동적으로 발령되는 현재의 구조는 변경될 가능성이 희박하다.

참고로 독일의 경우 퇴거 심사를 위한 준비구금(우리나라의 강제퇴거심사를 위한 보호와 유사)과 퇴거 집행을 위한 확보구금(심판대상조항에 의한 보호와 유사) 모두에 대하여 법관의 영장을 발부받을 것을 요건으로 하고 있어, 구금의 개시단계에서부터 법관에 의한 통제가 이루어진다.

(다) 사후 구제수단 내지 통제절차와 관련하여 보면, 피보호자는 법무부장관에게 보호 또는 강제퇴거명령에 대한 이의신청을 할 수 있고(법 제55조 제1항, 제60조 제1항), 소장 등은 보호기간이 3개월을 초과하는 경우 법무부장관으로부터 사전 승인을

받아 보호를 연장할 수 있다(법 제63조 제2항).

그러나 법무부장관은 사실상 보호명령을 발령·집행하는 행정청의 관리감독청에 불과하여 외부의 중립적·객관적 기관에 의한 심사제도가 보장되어 있다고 볼 수 없다. 실제로 최근 5년간(2013년부터 2017년까지) 보호 또는 강제퇴거명령에 대한 이의신청이 인용된 사례가 단 한 건도 없고, 보호기간 연장에 대한 법무부장관의 사전승인 역시 강제퇴거집행이 지연되는 상태에서 소장 등이 승인신청 서류를 제출하면 거의 예외 없이 승인되는 것이 현실임에 비추어 보더라도, 법무부장관의 심사 및 판단은 보호의 적법성을 담보하기 위한 실질적인 통제절차로서의 의미를 갖는다고 보기 어렵다(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바196 중 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견 참조).

또한 피보호자는 강제퇴거명령이나 보호명령, 이의신청에 대한 기각결정 등에 대하여 행정소송을 제기할 수 있으나, 행정소송과 같은 일반적·사후적인 사법통제수단만으로는 우리나라의 사법시스템에 익숙하지 않고 한국어에 능통하지 못한 외국인의 신체의 자유를 충분히 보장하기에 미흡하다.

(라) 적법절차 원칙에서 도출할 수 있는 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있으므로(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25; 헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302 참조), 심판대상조항에 의한 보호를 함에 있어 피보호자에게 위와 같은 기회가 보장되어야 한다.

그런데 출입국관리법에는 심판대상조항에 의한 보호명령을 발령하기 전에 당사자에게 의견제출의 기회를 부여하도록 하는 규정이 없다. 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 행정절차법의 적용대상에서 제외되어 있으며(행정절차법 제3조 제2항 제9호, 같은 법 시행령 제2조 제2호), 형사소송법상 구속 전 피의자심문(영장실질심사)과 같은 제도도 마련되어 있지 않다. 따라서 보호명령을 받는 자는 자신에게 유리한 진술을 하거나 의견을 제출할 수 있는 기회가 전혀 없다. 보호에 대한 이의신청 단계에서도 법무부장관이 필요하면 관계인의 진술을 들을 수 있도록 재량으로 규정하고 있을 뿐이며(법 제63조 제6항, 제55조 제3항), 보호 연장에 대한 법무부장관의 사전승인 역시 피보호자에게 진술이나 의견제출 기회를 부여하지 않은 채 소장 등이 제출한 서류의 심사를 통해서만 이루어지고 있다.

(마) 이러한 점들을 종합할 때, 심판대상조항은 보호의 개시나 연장 단계에서 공정하고 중립적인 기관에 의한 통제절차가 없고, 행정상 인신구속을 함에 있어 의견제출의 기회도 전혀 보장하고 있지 아니하므로, 헌법상 적법절차원칙에 위반된다.

(3) 소결

심판대상조항은 과잉금지원칙 및 적법절차원칙에 위배되어 피보호자의 신체의 자유를 침해하므로, 헌법에 위반된다.

5. 결론

심판대상조항은 헌법에 합치되지 아니하므로 헌법불합치결정을 함과 동시에 2025. 5. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 이를 적용하기로 한다. 아울러 종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리해 심판대상조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 변경하기로 한다. 이 결정에 대하여는 아래 6.과 같은 재판

관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 의견이 일치되었고, 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 헌법불합치의견에 대해서는 재판관 이미선의 아래 7.과 같은 보충의견이 있다.

6. 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견

우리는 심판대상조항이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하므로, 다음과 같이 견해를 밝힌다.

가. 헌법재판소의 선례

헌법재판소는 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정에서 다음과 같은 이유로 심판대상조항이 과잉금지원칙 및 적법절차원칙에 위배되지 아니하여 신체의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.

『(1) 과잉금지원칙 위배 여부』

심판대상조항이 강제퇴거대상자의 신체의 자유를 침해하는지를 판단함에 있어서는 출입국관리법상 보호가 국가행정인 출입국관리행정의 일환이며, 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것이므로 일정 부분 입법정책적으로 결정될 수 있다는 점이 고려되어야 한다.

(가) 입법목적의 정당성과 수단의 적합성

심판대상조항은 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정하여 국가의 안전보장·질서유지 및 공공복리를 도모하기 위한 것으로 입법목적이 정당하고, 강제퇴거대상자를 출국 요건이 구비될 때까지 보호시설에 보호하는 것은 강제퇴거명령의 신속하고 효율적인 집행과 외국인의 출입국·체류관리를 위한 효과적인 방법이므로

로 수단의 적합성도 인정된다.

(나) 침해의 최소성

1) 강제퇴거대상자는 입국 자체가 불법이거나, 체류기간을 초과하는 등 체류조건을 위반하거나, 체류기간 동안 범법행위를 하는 등 질서유지를 해칠 우려가 있는 외국인 등이다. 이들에 대해서는 국가의 안전보장, 질서유지 및 공공복리를 위해서 본국으로 송환될 때까지 그 송환을 위한 보호 및 관리가 필요하다. 따라서 지방출입국·외국인관서의 장이 송환이 가능한 시점까지 강제퇴거대상자를 보호하는 것은 심판대상조항의 입법목적 달성을 위하여 필요한 조치이다.

2) 심판대상조항에 따른 강제퇴거대상자는 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없을 때 보호되는데, 각 나라의 사정이나 절차 진행 상황 등에 따라 이에 소요되는 기간이 달라질 수밖에 없으므로 언제 송환이 가능해질 것인지 미리 알 수가 없다. 따라서 심판대상조항이 보호기간의 상한을 두지 않고 ‘송환할 수 있을 때까지’ 보호할 수 있도록 한 것은 입법목적 달성을 위해 불가피한 측면이 있다.

또한, 심판대상조항에 따른 보호는 강제퇴거명령의 집행확보의 목적으로만, 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 기간 동안만 가능하다. 대법원 역시 심판대상조항에 의한 보호는 목적상 한계와 시간적 한계가 있다고 판시하였다(대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결 참조). 실제 강제퇴거 집행은 대부분 신속하게 이루어지고 있으며, 보호기간의 평균은 11일 정도이다.

3) 강제퇴거대상자는 대한민국에 체류할 수 없을 뿐 본국 또는 제3국으로 임의로 자진출국함으로써 언제든지 보호상태에서 벗어날 수 있으므로, 강제퇴거대상자가

자신이 언제 풀려날지 예측할 수 없어 심각한 정신적 압박감을 가진다고 단정할 일은 아니다. 만일 심판대상조항에 보호기간의 상한이 규정될 경우, 그 상한을 초과하면 보호는 해제되어야 하는데, 강제퇴거대상자들이 보호해제된 후 잠적할 경우 강제퇴거명령의 집행이 불가능하거나 현저히 어려워질 수 있다. 또한, 강제퇴거대상자들이 범죄에 연루되거나 범죄의 대상이 될 수 있고, 그들이 불법체류하는 경우 임금 등 노동조건에서 열악한 처우를 받을 가능성도 크다.

따라서 심판대상조항에 보호기간의 상한을 규정하는 것은 국가안보·질서유지 및 공공복리에 위해가 될 수 있을 뿐만 아니라 강제퇴거대상자의 인권에도 결코 바람직하지 아니한 결과를 초래할 수 있다.

4) 다른 나라의 입법례를 살펴보아도 강제퇴거의 집행을 위한 보호 또는 구금기간의 상한을 설정해 두지 않은 나라가 적지 않다. 미국은 강제퇴거명령이 확정된 외국인을 90일의 퇴거기간 이내에 퇴거시켜야 하고, 그 기간 동안에는 해당 외국인을 구금하여야 한다고 규정하고 있고, 그 기간 내에 해당 외국인을 퇴거시키지 못하여 퇴거기간이 연장된 경우에는 연장된 기간 동안 구금할 수 있는데, 법률에서 퇴거기간 이후의 구금기간의 상한에 대해서는 규정하고 있지 아니하다. 캐나다와 호주도 외국인에 대하여 강제퇴거의 집행을 위해 구금할 수 있다고 정하면서도 구금기간의 상한을 규정하지 아니하고 있으며, 일본은 강제퇴거대상자를 바로 출국시킬 수 없을 때에는 ‘송환가능한 때까지’ 그 사람을 수용할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 수용기간의 상한을 두고 있지 아니하다. 중국 역시 강제출국이 결정되었으나 즉시 집행할 수 없는 경우 해당 외국인을 구류소 혹은 외국인 송환 장소에 구금해야 한다고 규정하고 있을 뿐 구금기간의 상한을 두고 있지 아니하다. 이와 같은 점을 감안할 때 우리나라

가 보호기간의 상한을 둘 경우, 이를 악용하여 우리나라에 불법으로 체류하는 외국인이 급증할 가능성도 배제할 수 없다.

5) 출입국관리법은 보호의 일시해제(제65조 제1항, 제2항), 연장승인(제63조 제2항, 제3항), 강제퇴거명령 및 보호명령에 대한 이의신청(제60조 제1항, 제4항, 제63조 제6항, 제55조 제1항, 제2항) 등 강제퇴거대상자가 보호상태에서 벗어날 수 있는 여러 가지 수단들을 마련하고 있으며, 나아가 강제퇴거대상자는 강제퇴거명령이나 그에 따른 보호의 취소를 구하는 행정소송을 제기하거나 집행정지를 신청할 수 있는바, 심판대상조항에 의한 보호에서 해제될 수 있는 다양한 제도가 마련되어 보호기간의 상한이 없는 점을 보완하고 있다.

6) 심판대상조항에 의한 보호 대신 주거지 제한, 신원보증인 지정, 보증금제도 등의 입법대안을 고려할 수 있으나, 강제퇴거대상자의 신병을 확보하지 않는 이상 강제퇴거명령의 신속한 집행과 효과적인 체류관리를 심판대상조항과 동등한 정도로 달성하기 어렵고, 그 밖에 심판대상조항과 동등하게 입법목적은 달성하면서도 강제퇴거대상자의 기본권을 덜 제한하는 입법대안을 상정하기 어렵다.

(다) 법익의 균형성

심판대상조항이 보호하고자 하는 국가의 안전보장·질서유지 및 공공복리는 매우 중대하고, 그 실현을 위해 심판대상조항에 의한 보호제도는 반드시 필요한 반면, 강제퇴거대상자는 강제퇴거명령을 집행할 수 있을 때까지 일시적·잠정적으로 신체의 자유를 제한받는 것이고 보호에서 해제될 수 있는 다양한 제도가 마련되어 있으므로, 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족한다.

(라) 소결

심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 강제퇴거대상자의 신체의 자유를 침해하지 아니한다.

(2) 적법절차원칙 위반 여부

(가) 심판대상조항이 적법절차원칙을 위배하였는지를 판단함에 있어서는 강제퇴거대상자는 대한민국에 체류할 수 없을 뿐 본국 또는 제3국으로 자진출국함으로써 언제든지 보호상태에서 벗어날 수 있는 점, 강제퇴거대상자는 규범적으로 대한민국에 머무를 수 없는 사람들이라는 점, 출입국관리법상 보호는 국가행정인 출입국관리행정의 일환이며 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것이므로 일정 부분 입법정책적으로 결정될 수 있다는 점이 고려되어야 한다.

(나) 강제퇴거대상자에 대한 보호의 특수성에 비추어, 강제퇴거명령 및 보호에 관한 단속, 조사, 심사, 집행 업무를 동일한 행정기관에서 하게 할 것인지, 또는 서로 다른 행정기관에서 하게 하거나 사법기관을 개입시킬 것인지는 입법정책의 문제이므로, 보호의 개시나 연장 단계에서 사법부의 판단을 받도록 하는 절차가 규정되어 있지 않다고 하여 곧바로 적법절차원칙에 위반된다고 볼 수는 없다. 오히려 출입국관리와 같은 전문적인 행정분야는 동일 행정기관으로 하여금 관련 업무를 동시에 수행하도록 하는 것이 효율적이기도 하며, 미국이나 일본 등 주요국가에서도 강제퇴거명령 및 구금에 대한 결정, 그 결정의 집행에 사법부가 개입하지 아니한다.

한편 강제퇴거대상자는 강제퇴거명령이나 보호를 다투는 행정소송을 제기하거나 그 집행을 정지를 구하는 집행정지신청을 함으로써 사법부로부터 보호의 적법 여부를 판단받을 수 있으므로, 객관적·중립적 기관에 의한 통제절차가 없다고 볼 수도 없다.

(다) 강제퇴거대상자는 강제퇴거 심사 전 조사과정에서 의견진술의 기회를 부여받으며(출입국관리법 제48조 제3항, 제4항), 보호에 대한 이의신청이나 행정소송 과정에서 의견을 진술하거나 자료를 제출할 수 있다(출입국관리법 시행령 제69조 제1항). 또한 출입국관리법은 보호명령서 집행 시 제시의무(출입국관리법 제63조 제6항, 제53조, 출입국관리법 시행령 제78조 제1항), 3일 이내 서면 통지의무(출입국관리법 제63조 제6항, 제54조)를 마련하고 있는바, 적법절차원칙으로부터 도출되는 절차적 요청을 준수하고 있다.

(라) 따라서 심판대상조항은 헌법상 적법절차원칙에 위반된다고 볼 수 없다.』

나. 선례변경의 필요성 인정 여부

(1) 헌법재판소법 제23조 제2항 제2호는 재판관 6명 이상의 찬성이 있으면 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 수 있도록 하고 있다. 그러나 선례를 변경하기 위해서는 위와 같은 가중정족수라는 형식적 요건 외에도, 선례의 판단에 법리상 잘못이 있다거나 사정변경이 있다는 등 선례의 입장을 변경해야만 할 필요성이 인정되어야 한다. 또한, 예측가능성, 법적 안정성 및 신뢰보호의 이념에서 보았을 때 선례의 입장을 변경해야만 할 필요성, 즉 사회제도나 문화의 변화, 국민의 법감정 또는 의식의 변화, 다른 법률의 내용이나 그에 관한 법리 변경 등과 같은 규범상태 또는 사실상태의 변화가 있었고, 이로 인하여 선례의 입장이 변경되어야 한다는 점이 논증되어야 한다(헌재 2018. 12. 27. 2015헌마77등 중 재판관 이은애, 재판관 이종석의 반대의견 참조).

(2) 심판대상조항에 대한 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 헌법불합치의견 및 재판관 이선애의 헌법불합치의견(이하

‘헌법불합치의견’이라 한다)은 기간의 상한이 없는 보호는 일시적·잠정적 강제조치인 보호의 한계를 벗어나는 것이라는 점, 구금기간의 상한을 정하고 있는 외국의 상당수 사례에 비추어 보면 보호기간에 상한을 마련하지 않는 것을 불가피하다고 보기 어렵다는 점, 보호명령에 대한 이의신청, 보호기간 연장에 대한 법무부장관의 승인 제도 및 보호일시해제제도만으로는 보호기간을 적절히 통제하여 신체에 대한 과도한 제한을 완화시키기에 부족하다는 점, 주거지 제한이나 보고, 신원보증인의 지정, 보증금제도, 감독관을 통한 관찰이나 감독 등 다양한 대체수단 등을 통해 강제퇴거명령의 집행 확보가 가능한 점 등을 근거로 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되고, 보호의 개시 또는 연장 단계에서 제3의 독립된 중립적 기관이나 사법기관이 전혀 관여하고 있지 아니한 점, 보호명령을 발령하기 전부터 이의신청 단계에 이르기까지 피보호자가 의견을 진술하고 자료를 제출할 수 있는 절차적 기회가 보장되어 있지 아니한 점, 통상의 행정소송절차만으로 법원에 의한 신속하고 효율적인 구제절차가 보장된다고 보기 어려운 점을 이유로 심판대상조항이 적법절차원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해한다고 하였다. 그런데 헌법불합치의견이 들고 있는 이러한 사유가 과연 선례를 변경할 필요성이 인정되는 규범 또는 사실상태의 변화에 해당하는지 의문이다.

(3) 먼저 심판대상조항에 따른 보호는 강제퇴거명령의 집행확보의 목적으로만 발하여져야 하며, 적법하게 보호가 이루어진 경우에도 그 보호는 송환이 가능할 때까지 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 기간 동안만 가능하다는 것은 이미 선례에서 밝힌 바와 같다. 실제 이 사건 기록에 의하면 강제퇴거명령을 받은 사람이 송환 준비를 마치고 송환되기까지 평균 보호기간은 2018년 10.1일, 2019년 9.6일, 2020년 16.9

일 정도이다. 2020년의 경우 코로나바이러스감염증-19의 확산으로 출국항공편이 중단, 감소되어 기간이 늘어난 사정을 감안한다면 보호기간은 선례 결정 당시에 비해 줄어들고 있는 추세라고 할 것인바, 이러한 점에 비추어 보면, 심판대상조항에 의한 보호는 실무에서도 대부분 목적상 한계 및 시간적 한계의 범위 내에서 집행되고 있는 것으로 보인다.

비록 출입국관리법이 보호기간에 상한을 두고 있지는 아니하나, 강제퇴거대상자는 보호명령에 이의가 있는 경우 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있도록 하고(출입국관리법 제63조 제6항, 제55조), 보호의 기간이 3개월을 넘는 경우에는 지방출입국·외국인관서의 장으로 하여금 3개월마다 법무부장관의 승인을 받도록 하며(제63조 제2항), 지방출입국·외국인관서의 장이 직권 또는 피보호자 등의 청구에 따라 보호를 일시해제할 수 있도록 하는 등(제65조), 보호가 필요한 최소한도의 기간 동안에만 이루어질 수 있도록 제도를 보완하고 있다. 또한 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거대상자가 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우에는 그의 보호를 해제할 수 있고(제63조 제4항), ‘보호일시해제업무 처리규정’ 제6조 제2항은 보호일시해제 청구된 자가 강제퇴거명령 또는 난민불인정 처분에 대한 취소소송의 1심 또는 2심에서 승소한 경우에는 원칙적으로 해당 절차를 거쳐 일반해제 또는 특별해제를 허가하도록 정하고 있어, 헌법불합치의견에서 지적하는 바와 같이 다른 국가로부터 입국이 거부되어 송환이 불가능한 경우라거나 난민불인정결정이나 강제퇴거명령을 다투고 있다는 등의 사정만으로 보호기간이 무한정 늘어날 가능성은 크지 아니하다.

(4) 더욱이 선례는 이미 헌법불합치의견이 지적하고 있는 대부분의 사실들을 전제

로 규범적 판단을 한 후 심판대상조항을 합헌이라고 결정하면서 제도를 정비할 필요성이 있다는 점을 지적하였으며, 이에 따라 제도와 실무가 지속적으로 개선되어 왔다.

(가) 출국명령 비율의 확대

지방출입국·외국인관서의 장은 전과 없는 외국인과 미성년자에 대해서 처음부터 보호명령이 수반되는 강제퇴거명령이 아니라 ‘비보호를 원칙으로 하는 출국명령’을 하는 방식을 통해 출국조치 대상자의 보호소 입소 비율을 축소해 나가고 있다. 2017년에는 출국조치 중 출국명령의 비율이 57.5%에 불과하였으나 2020년에는 78.3%, 2021년에는 73.2%에 달하는 등 강제퇴거명령의 비율은 줄어들고 출국명령의 비율이 늘어나고 있는 사실이 인정되는바, 지방출입국·외국인관서의 장은 보호의 필요성이 크지 아니한 경우 가급적 비보호를 원칙으로 하는 출국명령 방식으로 실무를 운영하고 있음을 확인할 수 있다.

(나) 이의신청제도의 실질화

보호명령은 강제퇴거명령을 전제로 하는 것으로, 법무부장관이 강제퇴거명령에 대한 이의신청이 이유 있다고 결정하면 용의자의 보호는 즉시 해제되고(출입국관리법 제60조 제4항) 원 체류자격이 회복되어 체류자격의 종류에 따라 취업 등도 가능해지는 반면, 보호명령에 대한 이의신청이 인용된다고 할지라도 그 자체로 강제퇴거명령에 영향을 미치지 아니한다. 따라서 당사자의 입장에서는 보호명령을 다투기보다는 강제퇴거명령에 대한 이의신청을 하는 것이 보다 근본적인 구제수단이 될 수 있다. 실제 보호명령에 대한 이의신청 건수는 2018년 9건, 2019년 5건, 2020년 7건으로 강제퇴거명령 이의신청 건수(2018년 72건, 2019년 54건, 2020년 67건)에 비해 현저히

적다.

현재까지 보호명령에 대한 이의신청이 인용된 사실이 없어 보호명령 자체에 대한 이의신청이 활성화되었다고 보기 어려운 점이 있기는 하다. 그러나 강제퇴거명령의 경우에는 2016년과 2017년에 0%였던 이의신청에 대한 인용률이 2018. 12. 5%, 2019년 2%, 2020년 6%로 증가하였다는 사실이 인정되는바, 이처럼 보호의 원인이 되는 강제퇴거명령에 대한 이의신청이 실질화되고 있는 추세임을 고려할 때 보호명령에 대한 이의신청이 인용된 사례가 없다는 사실만으로 이의신청이 실질적인 통제절차로서의 의미를 갖지 못한다고 단언할 수는 없다.

(다) 보호의 연장승인 및 보호일시해제 제도의 실효성 확대

지방출입국·외국인관서의 장은 보호의 기간이 3개월을 넘는 경우 3개월마다 보호기간 연장의 필요성을 소명하여 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다(출입국관리법 제63조 제2항, 출입국관리법 시행령 제78조 제2항). 그런데 이러한 보호기간 연장을 위한 승인제도 역시 점진적으로 실질화되어, 제도 시행부터 2015. 8.까지 총 12건에 불과하였던 불승인 사례가 2015. 9. 1.부터 2021. 5. 11.까지 총 181건으로 현저히 증가하고 있다.

또한 2020. 8. 14. 법무부훈령 제1303호로 개정된 ‘보호일시해제업무 처리규정’ 제4조 제2항은 보호일시해제 심사를 함에 있어, ① 출입국관리법 제56조의3 제3항 각호에 따른 환자, 임산부, 노약자, 미성년자 등에 해당하는지 여부, ② 피보호자의 건강상태 등을 고려할 때 피보호자를 보호하는 것이 적절한지 여부, ③ 피보호자가 18세 미만의 아동을 부양하고 있는 경우 피보호자 외 그 아동을 부양할 사람이 있는지 여부, ④ 즉시 송환할 수 없는 사유의 유무 등 대한민국 밖으로의 송환가능성 등을 우선

적으로 고려하도록 규정하였다. 그리고 2013년부터 2017년까지 5년간 총 601건(연평균 120건)이 이루어졌던 보호일시해제가 2021년 한 해에만 주로 전과 없는 외국인을 대상으로 461건이 이루어졌으며 신청건수대비 인용률은 2019년 44%, 2020년 54%, 2021년 56%에 달하고, 특히 2018년과 2019년에 미성년자가 한 보호일시해제신청은 전부 인용된 사실이 인정된다. 이처럼 관련 규정이 개정되고, 실무에서는 지방출입국·외국인관서의 장이 전과 없는 외국인이나 미성년자의 보호일시해제신청을 적극적으로 인용하는 등 보호일시해제제도의 실효성도 확대되어 가고 있다.

(라) 이상에서 본 바와 같이, 선례의 결정이 이루어진 이후 보호기간의 상한을 마련하지 아니한 점을 보완해 나가는 긍정적인 제도와 실무의 개선이 이루어지고 있음을 고려한다면, 선례를 변경할 만한 규범이나 사실상태의 변경이 있다고 볼 수 없다.

(5) 헌법불합치의견은 구금기간의 상한을 정하고 있는 외국의 상당수 사례에 비추어 합리적인 보호기간의 상한을 설정하는 것이 가능하다고 한다. 그러나 미국의 경우 외국인이 90일의 퇴거기간 내에 퇴거하지 아니한 경우에는 퇴거기간 이후에도 외국인의 구금을 계속할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 법률에서 그 상한을 명시하고 있지 아니하고 있으며, 연방대법원이 재드바이다스 대 데이비스(Zadvydas v. Davis) 사건에서 90일의 퇴거기간 경과 후 구금 가능한 합리적 기간이 6개월로 추정된다고 판단한 이후 제정된 퇴거기간 후 구금 조항에 대한 연방규칙 역시 안보나 테러상의 이유로 구금된 경우 등 일정한 경우에는 강제퇴거 집행이 불가능하더라도 지속적으로 구금할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 달리 구금기간에 특별한 제한을 두고 있지 아니함은 선례에서 이미 설명한 바와 같다. 우리나라의 주변국인 일본과 중국 등도 여전히 강제퇴거대상자에 대한 수용기간의 상한을 규정하고 있지 않아, 우리나라가 보호

기간에 상한을 설정하게 되면 우리나라에 불법으로 체류하는 외국인이 급증할 가능성을 배제할 수 없다는 점도 선례 결정 당시와 마찬가지로의 사정이다.

(6) 강제퇴거대상자의 보호기간에 상한을 설정하는 것은 강제퇴거 집행을 확보하는 방안이 있는지, 보호해제된 강제퇴거대상자를 관리할 수 있는 체계나 이들의 생계, 취업, 주거, 의료에 대한 지원책이 마련되어 있는지의 문제와 맞물려 있는바, 이에 대해 살펴본다.

(가) 출국거부자에 대한 강제퇴거 집행의 어려움

심판대상조항에 의한 보호는 강제퇴거의 집행을 확보하기 위한 것이므로, 보호기간의 상한을 정하기 위해서는 먼저 정해진 기간 내에 강제퇴거대상자의 본국송환이나 퇴거가 가능하여야 한다. 그러나 강제퇴거명령 및 보호명령 취소소송, 난민불인정처분 취소소송 등이 모두 기각되어 그 판결이 확정되었고, 더 이상 국내에서의 체류자격을 다투거나 주장할 수 있는 방법이 없게 된 이후에도 별다른 이유 없이 출국을 거부하고 있는 강제퇴거대상자의 경우, 면담을 통한 출국 유도, 가족·지인 등을 통한 설득, 강제퇴거대상자의 자국 영사에 대한 퇴거 지원·협조 요청, 국비를 통한 퇴거 집행 노력 이외에 강제적으로 퇴거시킬 수 있는 방법이 확보되어 있지 아니하고, 출입국관리공무원이 보호외국인과 함께 출국하는 국외호송방법에 의하더라도 보안상의 이유로 항공사에서 탑승을 거부하기도 하는 등 그 집행에 어려움이 있는바, 강제퇴거대상자가 출국을 거부하는 경우에는 일정한 기간 내에 강제퇴거를 집행하는 것이 현실적으로 불가능하다. 실제로 이 사건 기록에 의하면 1년 이상 장기보호 중인 강제퇴거대상자들 중 상당수는 고의로 여권을 훼손하거나 국비로 퇴거를 집행하겠다는 제안조차 거부하는 등 출국을 거부하고 있는 사람들이라는 점이 인정되는바,

이러한 상황에서 보호기간의 상한을 설정하여 일정한 기간이 경과하면 보호를 해제하도록 할 경우, 강제퇴거대상자들의 자발적인 출국의지를 저해할 가능성이 커질 우려가 있다.

(나) 보호해제된 강제퇴거대상자에 대한 체류관리의 어려움

보호기간의 상한을 정하기 위해서는 보호해제된 강제퇴거대상자들을 체계적으로 관리할 수 있는 제도의 확립이 전제되어야 한다. 보호기간 도과로 인해 보호를 해제하면서 주거를 제한하거나 보고하도록 하고, 신원보증인을 지정하거나 보증금을 납부하도록 하는 방안이 실효성을 가지기 위해서는 이를 관리하는 데 필요한 비용과 물적·인적 자원이 모두 확보되어 있어야 하는 것이다. 그런데 2018년부터 2020년까지 총 394건의 보호일시해제가 이루어졌고, 이 중 60건의 경우 소재불명 및 도주로 일시해제가 취소되었음을 확인할 수 있는바, 현재에도 보호일시해제된 외국인에 대한 관리가 철저하게 이루어지고 있다고 보기 어렵다. 이러한 점을 고려해 볼 때, 보호기간의 상한을 설정하여 보호가 해제된 강제퇴거대상자의 수가 지금보다 증가하게 될 경우, 이들의 국내체류를 효율적으로 관리할 수 있을지 의문이다.

나아가 보호기간의 상한을 도과한 강제퇴거대상자의 보호해제와 국내체류 허용여부는 고용·임금 등 노동문제, 주거·의료·생계 지원 등의 국가정책과 밀접한 관련이 있다. 예컨대 보호기간에 상한을 두고 있는 독일의 경우, 출국의무는 있지만 사실적 또는 법적 이유로 강제퇴거가 어려운 외국인에게 강제퇴거 집행에 대한 임시적 중단인 용인(Duldung)을 부여하는데, 용인이 부여된 외국인은 해당 불가 사유에 대해 본인의 귀책사유가 있는 등의 예외적인 경우를 제외하고 3개월의 대기기간 후에 취업허가를 받을 수 있도록 하는 등, 보호해제된 외국인의 국내 체류여건을 완화할 수 있

는 제도를 마련하고 있다. 반면 우리나라의 경우, 국내 체류자격을 얻지 못하였거나 국내 체류자격이 취소된 사람들에 대한 주거·의료·생계 지원 방안이 구체적으로 마련되어 있지 아니하고, 오히려 보호일시해제의 경우 해제기간 동안 취업 등 영리활동을 금지하는 조건이 부가되기도 하는 등(보호일시해제업무 처리규정 제13조 제3항 제4호) 보호해제된 강제퇴거대상자의 국내 체류여건을 완화할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니하다. 이러한 상황에서 보호기간에 상한을 두어 보호기간이 도과한 강제퇴거대상자의 국내체류를 허용하게 되면, 강제퇴거대상자의 생계, 건강 등이 위협받거나 이들이 범죄에 노출될 가능성이 커질 뿐만 아니라, 치안이나 질서유지에도 어려움이 발생할 수 있다.

(다) 이처럼 강제퇴거대상자의 보호기간에 상한을 두는 문제는 보호해제된 강제퇴거대상자의 관리로 인해 증가되는 행정비용을 어느 정도 감당할 것인지, 강제퇴거대상인 외국인에게 어떠한 취업기회를 부여하고, 어느 정도의 인도적 지원을 할 것인지에 대한 사회적 합의를 바탕으로 한 정책적 토대 위에서 논의되어야 한다. 선례에서 우리나라의 실정에 맞는 합리적인 보호기간의 상한을 설정할 수 있는지를 신중하게 검토할 필요가 있음을 지적하면서도 보호기간의 상한을 두지 아니한 것에 불가피한 측면이 있다고 본 것은, 보호기간의 상한을 정하는 것이 단순히 출입국관리행정만의 문제가 아니라 국가의 전반적인 정책과 밀접한 관련이 있다는 점을 고려한 것으로, 이러한 판단을 변경할 만한 정책적인 변화 등의 사정변경이 있다고 보기도 어렵다.

(7) 보호의 개시 또는 연장 단계에서 제3의 독립된 중립적 기관이나 사법기관이 개입하도록 할 것인지는 각국의 입법정책의 문제이다. 입법자가 행정의 전문성 확대,

신속한 대처, 외교관계 및 국제정세 등을 고려한 적절하고 효율적인 출입국관리 도
모를 위해 강제퇴거대상자의 보호의 개시 또는 연장 단계에 법원의 관여를 배제했다
는 이유만으로 심판대상조항이 적법절차원칙에 위배되었다고 판단할 수 없다. 강제
퇴거명령의 집행은 지체 없이 이루어져야 함이 원칙이고(출입국관리법 제62조 제3
항), 심판대상조항에 의한 보호는 강제퇴거명령을 받은 자가 즉시 대한민국 밖으로
송환될 수 없는 경우에 그를 보호함으로써 강제퇴거명령의 신속한 집행이라는 목적
을 달성하기 위해 이루어지는 일시적·잠정적인 조치인 바, 보호의 개시 단계에서 독
립되고 중립적인 제3의 기관이 보호의 타당성을 심사하여 통제하도록 하는 것이 ‘강
제퇴거명령의 신속하고 효율적 집행’이라는 심판대상조항에 의한 보호의 목적과 취
지에 비추어 현실적인 방안이 될 수 있는지 의문이다. 또한 법무부장관은 법무부 내
에 변호사, 교수, 종교인, 국제기구 관련 단체나 시민단체 구성원 등 민간위원이 포함
된 ‘외국인 장기보호 심의위원회’를 설치하여 1년 이상 보호된 외국인의 보호해제 또
는 보호일시해제에 관한 사항을 심의하도록 하고 있는바[외국인 장기보호 심의위원
회 운영지침(2020. 4. 14. 법무부예규 제1250호로 개정된 것) 제2조 제1항 및 제4항, 제
3조 제1항], 장기보호의 해제 등에 있어 중립적인 제3자의 의견을 반영하기 위한 절
차도 마련해 나가고 있다.

나아가 강제퇴거명령은 보호명령의 전제가 되고 보호는 강제퇴거명령의 집행을
위해 이루어지므로, 강제퇴거대상자가 의견 및 자료를 제출할 수 있는 절차적 기회
를 부여받았는지 여부를 판단함에 있어서는 강제퇴거명령에서부터 보호에 이르기
까지 일련의 절차를 유기적·종합적으로 살펴보아야 한다. 미국도 법무부 소속의 이
민판사에 의해 이루어지는 강제퇴거명령 재판에서 청문과 증거조사, 증인신문의 기

회 등을 보장하고 있으나[이민 및 국적법(Immigration and National Act) 제239조 및 제 240조]), 보호의 개시, 보호해제 검토 요청이나 인신보호영장(Habeas Corpus)을 근거로 한 보호해제 신청단계에서는 필수적인 의견 진술의 기회를 부여하고 있지 아니하는 등, 강제퇴거명령에서부터 보호의 개시, 연장, 해제에 이르기까지 어느 단계에서 어떠한 절차적 권리를 보장할 것인가는 각국이 입법정책의 범위 내에서 정할 수 있는 것이다. 따라서 심판대상조항이 적법절차원칙을 준수하였는지 여부는 보호의 개시, 연장, 해제의 각 단계마다 별도의 의견 진술이나 자료 제출의 기회를 부여하고 있는지가 아니라 전체적인 절차 내에서 강제퇴거명령이나 보호명령, 보호해제에 대한 의견 및 자료 제출의 기회가 보장되어 있는지를 기준으로 판단되어야 한다.

먼저 보호명령의 전제가 되는 강제퇴거명령이 이루어지는 단계에서 강제퇴거대상에 해당된다고 의심되는 외국인, 즉 용의자에 대한 조사(출입국관리법 제47조), 출석요구 및 신문(제48조) 등에서 의견 진술 및 자료 제출의 절차적 기회가 보장되어 있는 이상, 보호명령이 이루어지기 전에 별도로 의견 및 자료 제출의 기회를 부여하지 아니하였다는 이유만으로 적법절차원칙에 위배된다고 볼 수는 없다. 또한 보호명령서에 따라 보호된 사람은 그 즉시 보호에 대한 이의신청을 통해 보호명령에 대해 다툴 수 있는 기회를 보장받고 있다. 특히 이의신청서에 이의의 사유를 소명하는 자료를 첨부하여 제출하여야 하고(출입국관리법 시행령 제69조), 법무부장관은 이의신청에 대한 결정에 앞서 필요하면 당사자의 진술을 들을 수 있다는 점(출입국관리법 제 55조 제3항) 등에 비추어 보면, 이의신청 단계에서 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회가 완전히 배제되었다고 단정할 수도 없다. 그리고 피보호자는 보호 중에 언제든지 청구의 사유 및 보증금 납부능력을 소명하는 자료를 첨부한 보호일시해제 청구

서를 제출함으로써 보호의 일시해제를 신청할 수도 있어(출입국관리법 제65조 제1항, 출입국관리법 시행령 제79조 제2항), 서면을 통해 보호일시해제에 관한 의견 및 소명 자료를 제출할 수 있다.

이외에도 출입국관리법 및 그 시행령은 보호명령서 집행 시 이를 제시하도록 하고(출입국관리법 제53조), 보호한 날로부터 3일 이내에 보호의 사유·일시 및 장소와 이의신청을 할 수 있다는 뜻을 적은 보호통지서를 법정대리인에게 통지하도록 하며(제54조 제1항), 보호된 사람이 원하는 경우에는 긴급한 사정이나 그 밖의 부득이한 사유가 없으면 국내에 주재하는 그의 국적이나 시민권이 속하는 영사에게 보호의 일시·장소 및 이유를 통지하도록 하고(제54조 제2항), 이의신청에 대한 결정은 반드시 주문, 이유, 적용 법조문 등을 적은 이의신청에 대한 결정서를 작성하여 신청인에게 보내야 하며(출입국관리법 시행령 제70조 제1항), 출입국관리법 제63조 제2항에 따라 보호기간 연장승인을 받고자 하는 경우에는 보호기간 연장의 필요성을 지방출입국·외국인관서의 장이 직접 소명하도록 하는 등(출입국관리법 시행령 제78조 제2항) 출입국관리 행정의 효율성을 해치지 아니하는 범위 내에서 당사자의 절차적 권리를 보장하기 위한 절차들을 충분히 마련하고 있다. 따라서 보호의 개시나 연장 단계에서 피보호자에게 의견 및 자료를 제출할 수 있는 명시적인 절차적 기회를 부여하고 있지 아니하다는 이유만으로 심판대상조항이 적법절차에 위배된다고 볼 수는 없다.

(8) 한편, 심판대상조항에 의한 보호는 강제퇴거명령의 집행을 확보하기 위하여 이루어지는 출입국관리행정의 일환으로 강제퇴거명령을 받은 사람을 일시적으로 인치하고 수용하는 행정처분으로 헌법 제12조 제3항에 의한 엄격한 영장주의가 적용되지 아니한다. 또한 헌법 제12조 제6항이 형사절차에 의한 체포·구속뿐만 아니라 형

정상의 체포·구속에 대해서도 체포·구속 자체에 대한 적법 여부를 법원에 심사청구할 수 있는 절차를 마련할 것을 요구하고 있으나, 그 절차의 구체적인 내용을 형성함에 있어서는 입법자의 입법형성재량이 인정된다(헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104 참조). 특히 심판대상조항에 의한 보호는 강제퇴거명령의 집행 확보라는 행정목적을 담보하고 이를 효율적으로 집행하기 위해 행해지는 것으로서, 신체의 자유에 대한 제한 자체를 목적으로 하는 형사절차상의 인신구속 또는 여타의 행정상의 인신구속과는 그 목적이나 성질이 다르다고 할 것인바, 그 구체적 절차에 관한 사항은 정책재량의 영역에 있다(헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마474등 참조). 따라서 헌법재판소가 2014. 8. 28. 2012헌마686 결정에서 이미 밝힌 것처럼, 강제퇴거대상자가 보호의 원인이 되는 강제퇴거명령에 대하여 취소소송을 제기함으로써 그 원인관계를 다룰 수 있을 뿐만 아니라 보호명령 자체의 취소를 구하는 행정소송이나 그 집행을 정지를 구하는 집행정지신청을 할 수 있고, 앞서 본 바와 같이 보호명령 집행 시 보호명령서의 제시, 보호의 일시·장소 및 이유의 서면 통지 등 엄격한 사전적 절차와 강제퇴거명령에 대한 이의신청뿐만 아니라 보호명령에 대한 이의신청 등 사후적 보호수단들이 마련되어 행정소송절차를 통한 구제수단의 한계를 실질적으로 보완하고 있으며, 이러한 입법자의 판단이 입법형성의 재량 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 없는 이상, 심판대상조항은 헌법 제12조 제6항에 위배되지 아니한다. 아울러 재판관 5인의 헌법불합치이견에 더하여 심판대상조항이 헌법 제12조 제6항에 위반된다는 보충의견 형식의 재판관 이미션의 헌법불합치이견에 대하여 이와 같은 이유로 반대의견을 밝힌다.

(9) 이상과 같은 점들을 종합하면, 헌법불합치이견이 제시하고 있는 점은 선례 결

정을 변경할 만한 사정변경에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 헌법재판소의 선례를 변경할 만한 필요성은 인정되지 않는다.

다. 소결

헌법재판소가 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정에서 심판대상조항은 헌법에 위반되지 않는다고 밝힌 이후 심판대상조항의 위헌 여부를 이전보다 엄격히 판단해야 할 정도로 심판대상조항을 둘러싼 규범상태 또는 사실상태가 급변한 것으로 보이지 않고, 달리 새롭게 해석할 필요성도 찾아볼 수 없다. 오히려 관할 주무부처인 법무부는 위 2017헌가29 결정이 선고된 이후 관련 제도 및 실무를 지속적으로 개선하여 왔다. 출입국관리행정이 일정 부분 입법정책적으로 결정되는 영역임을 고려할 때, 불과 5년 만에 선례를 변경하여 헌법재판소의 결정을 통해 입법부 및 행정부의 자발적이고 점진적인 제도 개선의 여지를 제거하는 것이 바람직한 것인지도 의문이 남는다.

주권국가로서 출입국관리행정을 수행하기 위하여 마련된 심판대상조항이 과잉금지 원칙, 적법절차원칙에 위배되는 것은 아니라는 선례의 입장은 지금 시점에서 그대로 타당하고, 그 판단에 잘못이 없으며, 달리 선례를 변경할 만한 필요하고도 충분한 사정변경이 있다고 인정할 수 없다.

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되지 않는다.

7. 재판관 이미선의 재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 헌법불합치의견에 대한 보충의견

나는 심판대상조항이 과잉금지원칙 및 적법절차원칙에 위배된다는 재판관 5인의 헌법불합치의견에 더하여, 체포·구속적부심사청구권을 규정하고 있는 헌법 제12조 제6항에도 위배된다는 점을 다음과 같이 밝혀두고자 한다.

헌법 제12조 제6항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.”고 정하여 체포·구속적부심사제도를 규정하고 있다. 이는 공권력에 의한 체포·구속으로 신체의 자유를 제한당하는 경우 법원에 체포·구속의 적법 여부에 대한 심사를 청구할 수 있도록 하여 인신구속이 위법하게 개시된 경우 뿐만 아니라 인신구속을 계속하는 것이 위법한 경우에 즉시 석방함으로써 신속하고 효과적인 구제를 도모하는 사후구제절차이다.

헌법 제12조가 보장하는 신체의 자유는 수사기관 뿐만 아니라 일반 행정기관을 비롯한 다른 국가기관 등에 의하여도 직접 제한될 수 있으므로, 헌법 제12조 제6항의 ‘체포 또는 구속’ 역시 포괄적인 개념으로 해석해야 한다. 따라서 헌법 제12조 제6항은 모든 형태의 공권력 행사기관이 체포 또는 구속의 방법으로 신체의 자유를 제한하는 사안에 대해 적용된다. 또한 헌법 제12조 제6항은 당사자가 체포·구속된 원인관계 등에 대한 최종적인 사법적 판단절차와는 별도로 체포·구속 자체에 대한 적법 여부를 법원에 심사 청구할 수 있는 절차를 헌법적 차원에서 보장하는 규정으로, 이러한 체포·구속적부심사청구권은 헌법적 차원에서 독자적인 지위를 가지고 있기 때문에 입법자는 전반적인 법체계를 통하여 관련자에게 그 구체적인 절차적 권리를 제대로 행사할 수 있는 기회를 최소한 1회 이상 제공하여야 할 의무를 가진다(헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104; 헌재 2014. 8. 28. 2012헌마686 참조). 나아가 헌법 제12조 제6항은 ‘누구든지’ 법원에 체포·구속의 적부 심사를 청구할 권리를 가진다고 하여 외국인에 대해서도 체포·구속적부심사청구권을 인정하고 있다.

따라서 심판대상조항에 근거하여 보호된 외국인에 대해서는 보호 자체에 대한 적법 여부를 법원에 심사청구할 수 있는 기회가 최소한 1회 이상 제공되어야 한다(헌재

2014. 8. 28. 2012헌마686 참조).



그런데 심판대상조항을 비롯한 출입국관리법은 심판대상조항에 의하여 보호된 경우에 보호 개시 또는 계속의 적법 여부 심사를 법원에 청구할 수 있는 절차를 두고 있지 않다. 또한 인신보호에 관한 법원의 구체절차를 정하고 있는 인신보호법은 ‘출입국관리법에 따라 보호된 자’를 인신보호법의 적용대상에서 제외하고 있어(인신보호법 제2조, 제3조 참조), 심판대상조항에 의하여 보호된 외국인은 여타 행정상 인신구속의 경우와 달리 인신보호법상의 구체청구도 할 수 없다.



입법자는 체포·구속적부심사청구권을 실현하기 위한 절차를 구체화함에 있어 상대적으로 광범위한 입법형성권을 가지고 그 입법과정에서 법률의 구체적 내용, 명칭 등에 관련하여 다양한 선택을 할 수 있으며(헌재 2004. 3. 25. 2002헌마104 참조), 피보호자는 보호명령의 취소를 구하는 행정소송이나 그 집행의 정지를 구하는 집행정지신청을 할 수 있기는 하다. 그러나 헌법이 제27조 제1항에서 재판청구권을 보장하는 것과 별도로 제12조 제6항으로 체포·구속적부심사청구권을 보장하는 취지는, 공권력에 의해 인신구속이 된 경우 법원에 인신구속의 개시 또는 계속의 적법 여부 심사를 청구할 수 있도록 하여 신속하고 효율적인 구체절차를 마련하려는 데에 있다. 그런데 현행 출입국관리법상 보호의 개시나 연장 단계에서 법원의 관여가 전혀 이루어지지 않는 상황에서 이러한 통상의 행정소송절차만으로는 법원에 의한 신속하고 효율적인 구체절차가 보장된다고 보기 어렵다. 또한 보호의 개시는 적법하게 이루어졌으나 보호필요성의 소멸 등으로 보호의 계속이 위법하게 된 경우, 보호명령에 대한 취소소송이나 집행정지신청사건에서 적절하고 효율적인 구제가 이루어질 수 있을지 단정할 수도 없다. 출입국관리법은 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있도록 하

여 사후구제절차를 마련하고 있으나, 이러한 이의신청제도가 법원의 심사를 핵심 요소로 하는 헌법 제12조 제6항의 체포·구속적부심사제도의 내용이 될 수 없음은 명백하다. 나아가 중립적·객관적 기관이 아닌 관리감독청에 불과한 법무부장관에 의한 사후 통제나 그 밖에 출입국관리법이 정하고 있는 절차, 예컨대 보호 연장에 대한 법무부장관의 승인, 보호명령서의 당사자 제시, 보호 통지 등의 절차가 체포·구속적부심사제도를 보충하는 기능을 수행할 수 있다고 보기도 어렵다.

앞서 언급한 대로 입법자는 체포·구속적부심사청구권을 실현하기 위한 절차를 구체화함에 있어 상대적으로 광범위한 입법형성권을 가지지만, 헌법 제12조 제6항이 체포·구속적부심사청구권을 보장하고 있는 취지를 고려하면 심판대상조항에 따라 보호되고 있는 상태 그 자체에 대한 적법 여부 심사를 법원에 청구할 수 있는 절차는 보장되어야 하고, 이는 심판대상조항에 의한 보호가 출입국관리행정의 일환으로 이루어지는 것이라고 하더라도 보호로 인해 신체의 자유에 중대한 제한이 초래되는 이상 마찬가지이다.

이상을 종합하면, 심판대상조항에 의하여 보호된 경우 법원에 보호의 개시 또는 보호 계속의 적법 여부 심사를 청구할 수 있는 절차를 두고 있지 아니한 심판대상조항은 헌법 제12조 제6항에 위배된다.

재판장	재판관	유남석	<u>유 남 석</u>	
	재판관	이선애	<u>이 선 애</u>	

재판관	이석태	이석태	
재판관	이은애	이은애	
재판관	이종석	이종석	
재판관	이영진	이영진	
재판관	김기영	김기영	
재판관	문형배	문형배	
재판관	이미선	이미선	