

불법체류 외국인 등에 대한 출입국관리공무원의 강제단속 및 연행의 위헌, 위법성 등에 대한 소고

- 2004.4 황필규

1. 출입국관리법상 동법 위반행위에 대한 권력적 행정작용의 체계

출입국관리법은 동법 위반행위, 특히 소위 불법체류행위 등에 대하여 ① 행정범죄와 ② 행정처분의 대상이 되는 범죄 아닌 범위반행위, 두 가지의 전혀 다른 법적 의미를 부여하고 이에 따른 각각의 권력적 행정작용을 규정하고 있다. 양자는 결코 혼동하여 평가될 성질의 것이 아니며, 행정작용에서 양자가 혼재 되어 나타나는 경우 기본권 보장과 관련하여서는 이를 더 보장하는 방향으로, 즉 행정범죄와 관련된 엄격한 실체적, 절차적 기본권을 보장하는 방향으로 해석되어야 한다.

(1) 행정범죄

출입국관리법은 불법체류행위 등을 행정범죄로 구성하여(동법 제10장 벌칙 참조), 행정형벌(동법 제93조의 2 - 제99조의 2)과 행정질서벌인 과태료(동법 제100조)를 규정하고 있다.

행정형벌은 출입국사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장의 고발을 전제로(동법 제101조) 형사소송법이 정하는 바에 따라 법원이 과하는 것이 원칙이고 출입국사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장의 범칙금 납부 통고처분(동법 제102조 - 제106조)이라는 예외적인 과벌 절차도 존재하는데 이에 불복하는 경우 통고처분 자체는 그 효력이 소멸되고 출입국사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장은 고발을 하게 된다(동법 제105조).

행정질서벌은 출입국사무소장 또는 출장소장이 직접 부과, 징수하되 그 부과처분을 받은 자의 이의신청이 있는 경우 출입국사무소장 또는 출장소장이 관할법원에 그 사실을 통보하여 그 관할법원이 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 하게 된다(동법 제100조).

행정범죄의 수사에 대하여도 형사소송법이 적용되고, 특히 신체나 주거의 자유를 제한하는 수사방식에 대하여는 헌법 및 형사소송법상의 원칙인 미란다 원칙 등 적법절차원칙, 영장주의가 예외 없이 적용되고 특별사법경찰관리로서의 출입국관리공무원은 형사소송법에 따라 검사의 지휘와 사법기관의 관할을 받는다. 이는 출입국관리법 위반행위에 대한 조사 등에

행정범죄의 수사와 보호 또는 강제퇴거를 위한 조사의 성격이 혼재 되어 있는 경우에도 마찬가지이다.

한편, 한국의 사법당국과 출입국관리당국은 불법체류행위 등을 법적으로 범죄시하여 형사처벌절차로 가게 하는 것을 자제하고 있고, '있어서는 안 되는 장소에 허가 없이 있는 것'에 불과한 불법체류행위 등을 범죄로 구성하지 않고 행정절차로 처리하는 것이 세계적인 입법 추세이며 이러한 입법방향이 외국인의 차별 금지와 기본권 보장의 측면에서도 타당하다고 보여지므로 불법체류행위 등을 행정범죄로 규정한 현행 출입국관리법에 대한 전면적인 재고가 요청된다.

(2) 행정처분의 대상이 되는 법 위반행위

출입국관리법은 불법체류행위 등을 범죄가 아닌, 행정처분의 대상이 되는 법 위반행위로 구성하여(동법 제6장 강제퇴거 등 참조), 강제퇴거대상자 여부 조사, 심사를 위한 보호명령(동법 제51조 - 제57조), 강제퇴거명령을 받은 자에 대한 보호명령(동법 제63조), 강제퇴거명령(동법 제46조 - 제50조, 제58조 - 제64조) 등을 규정하고 있다.

보호명령서, 강제퇴거명령서는 출입국사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장이 결정하여 발부한다(동법 제51조, 제63조, 제58조 - 제59조).

보호명령서에 의한 보호조치, 강제퇴거명령서에 의한 강제퇴거조치는 행정상 직접강제로서 권력적 행정작용이고, 법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙, 특히 비례의 원칙이 철저히 지켜져야 한다.

보호명령서의 의한 보호조치나 강제퇴거명령서에 의한 강제퇴거조치가 내려지기 전에 이루어지는 신체 및 주거의 자유에 대한 제한은 행정상 즉시강제의 성격을 띠는 권력적 행정작용이고, 여기에는 법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙, 특히 비례의 원칙과 적법절차의 원칙이 철저히 지켜져야 함은 물론 영장주의도 원칙적으로 지켜져야 한다.

영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는가와 관련하여 행정법학계에서는 우리 헌법상의 영장주의는 형사사법권뿐만 아니라 행정상 즉시강제에도 적용되어야 하나, 다만 즉시강제 중에서 행정목적의 달성을 위하여 불가피하다고 인정될 만한 합리적인 이유가 있는 경우에만 영장주의가 적용되지 아니한다고 보는 견해가 통설이고(김남진, 김도영, 김동희, 석종현, 이상규, 유상현, 유지태 등), 영장불요설의 견해도 하나의 조치가 실질적으로 행정상 즉시강제와 형사책임추궁의 양 목적으로 행사되는 경우에는 영장을 요한다고 보고 있다(박윤혼).

보호조치 등과 관련된 강제력을 수반한 권력적 행정작용에 있어서, 헌법과 형사소송법이 규정하고 있는 신체의 자유의 제한과 관련된 영장주의 및 적법절차의 원칙 등을 보장하는 것은 헌법의 정신에 부합한다. 즉, ① 국제적인 인권기준이 모든 형태의 억류, 구금에 대하여 영장주의의 보장을 천명하고 있다는 점, ② 외국인보호가 현행법상 범죄자 아닌 정상인의 신체의 자유를 직접적, 전면적으로 제한하는 거의 유일한 제도라는 점, ③ 우리 학계의 통설이 원칙적으로 이러한 권력적 행정작용의 경우 영장주의가 적용되어야 한다고 주장하고 있는 점, ④ 보호는 외국인에게만 적용되는 제도로서 비록 형사절차는 아니지만 구금의 형식을 취하고 있고 내국인에게 보장되는 형사절차와 동일한 혹은 유사한 기본권을 보장하지 않는다면 국적에 의한 차별을 초래할 수 있다는 점 등에 비추어 영장주의 및 적법절차의 원칙이 철저하게 지켜져야 한다.

2. 출입국관리공무원의 강제단속 및 연행의 위헌, 위법성

법무부에서는 출입국관리법 제46조(강제퇴거의 대상자), 제47조(조사), 제48조(용의자의 출석요구 및 신문), 제51조(보호)와 제102조(통고처분) 및 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 제3조 제5항 등을 불법체류 외국인 등의 보호 또는 강제퇴거를 위한 출입국관리공무원의 강제력을 수반한 단속 및 연행의 법률적 근거로 제시하고 있다. 그러나 아래서 살펴보는 바와 같이 위의 어떠한 법률 조항도 출입국관리공무원의 강제단속 및 연행의 법률적 근거가 될 수 없고, 따라서 현재 아무런 법률적 근거 없이 행해지고 있는 불법체류 외국인 등에 대한 출입국관리공무원의 강제단속과 연행은 위헌, 위법하다.

(1) 출입국관리법 제51조(보호) 제3항 및 4항

출입국관리법 제51조(보호)

제3항 : 출입국관리공무원은 외국인이 제46조 제1항 각호의 1에 해당된다고 의심할만한 상당한 사유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 긴급을 요하여 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부 받을 여유가 없는 때에는 그 취지를 알리고 출입국관리공무원의 명의로 긴급보호서를 발부하여 그 외국인을 보호할 수 있다.

제4항 : 출입국관리공무원은 제3항의 규정에 의하여 그 외국인을 보호한 경우 48시간 이내에 보호명령서를 발부 받아 그 외국인에게 이를 내보여야 하며, 이를 발부 받지 못한 때에는 즉시 보호를 해제하여야 한다.

출입국관리법시행령 제64조(보호의 의뢰 등) 제3항

출입국관리공무원은 법 제51조 제3항의 규정에 의하여 용의자를 긴급보호하고자 하는 때에

는 긴급보호의 사유, 보호장소 및 보호시간 등을 기재한 긴급보호서를 발부하여 이를 용의자에게 내보여야 한다.

법무부는 출입국관리법 제51조 제3항을 출입국관리법 위반자에 대한 출입국관리공무원의 단속 및 연행권한의 주요한 근거로 제시하고 있는데, 본 조항이 출입국사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장의 직접적인 지휘, 감독이나 개입 없이 출입국관리공무원이 외국인을 긴급보호할 수 있는 근거조항임은 법문상 명백하다.

그러나, 본 법조항에 의한 긴급보호는 보호명령서에 의한 보호의 유일한 예외로서 1) 실제적 요건으로서 ① 강제퇴거대상자에 해당된다고 의심할만한 상당한 사유, ② 도주하거나 도주할 염려, ③ 긴급을 요하여 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부 받을 여유가 없는 때 등의 특정 요건이 모두 충족되고, 2) 절차적 요건으로서 ① 대상외국인에게 이러한 취지를 알릴 것, ② 긴급보호의 사유, 보호장소 및 보호시간 등을 기재한 긴급보호서를 발부할 것, ③ 이 긴급보호서를 대상외국인에게 내보여줄 것 등의 특정 요건이 모두 충족될 때에만 행할 수 있는 특정한 행정처분이다.

따라서 이러한 예외적인 조항이 불법체류 외국인 등에 대한 출입국관리공무원의 강제력을 수반한 일반적인 단속 및 연행의 권한을 명시하고 있다고 볼 수 없고, 이러한 엄격한 요건 하에서 이루어지지 않는 사실상의 긴급‘보호’는 모두 위법하며, 이러한 요건이 충족된 긴급‘보호’ 이전의 어떠한 강제력의 행사도 모두 위법의 소지가 있다. 긴급보호의 실제에 있어서도 위에서 언급한 절차적 요건이 실질적으로 지켜지고 있지 않으며, 단순히 불법체류외국인 처럼 보인다(?)는 이유, 신분증을 소지하지 않았다는 이유, 집회에 참석하였다는 이유만으로는 엄격하게 해석되어야 할 위 실제적 요건이 충족되었다고 볼 수 없다.

(2) 출입국관리법 제51조(보호) 제1항 및 제2항

출입국관리법 제51조(보호)

제1항: 출입국관리공무원은 외국인이 제46조 제1항 각호의 1(강제퇴거의 대상자)에 해당된다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부 받아 그 외국인을 보호할 수 있다.

제2항: 제1항의 규정에 의한 보호명령서의 발부를 신청할 때에는 보호의 필요성을 인정할 수 있는 자료를 첨부하여 제출하여야 한다.

출입국관리법시행령 제63조(보호명령서)

제1항: 출입국관리공무원은 법 제51조 제2항의 규정에 의하여 보호명령서의 발부를 신청할 때에는 보호의 사유를 기재한 보호명령서발부신청서에 조사자료 등을 첨부하여 사무소장,

출장소장 또는 보호소장에게 제출하여야 한다.

제2항: 출입국관리공무원은 사무소장, 출장소장 또는 보호소장이 제1항의 규정에 의한 신청에 대하여 보호명령결정을 한 때에는 사무소장, 출장소장 또는 보호소장으로부터 보호의 사유, 보호장소 및 보호기간 등을 기재한 보호명령서를 발부 받아 이를 용의자에게 내보여야 한다.

법무부는 출입국관리법 제51조(보호)를 불법체류 외국인 등에 대한 출입국관리공무원의 단속 및 연행의 법률적 근거의 하나로 제시하고 있다. 동조 제3항, 제4항은 앞에서 검토한 긴급'보호'에 관한 것이고 동조 제1항, 제2항은 출입국사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장이 발부한 보호명령서에 의한 '보호'에 관한 것이다.

그런데, 출입국사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장이 발부한 보호명령서에 의한 '보호'는 '보호'의 원칙적인 형태로서, 1) 실제적 요건으로서 ① 강제퇴거대상자에 해당된다고 의심할만한 상당한 사유, ② 도주하거나 도주할 염려 등의 요건이 모두 충족되고, 2) 절차적 요건으로서 ① 출입국관리공무원이 출입국사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장에게 보호의 사유를 기재한 보호명령서발부신청서에 조사자료 등을 첨부, 제출하여 보호명령서의 발부를 신청할 것, ② 출입국사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장이 보호명령결정을 하고 출입국관리공무원에게 보호의 사유, 보호장소 및 보호기간 등이 기재된 보호명령서를 발부할 것, ③ 출입국관리공무원이 이 보호명령서를 대상외국인에게 내보여줄 것 등의 요건이 모두 충족될 때 행할 수 있다. 그러므로 대상자 등의 특정 없이 보호명령서의 발부는 가능하지 않으며 단속이나 연행을 위한 백지식 보호명령서는 있을 수 없다.

따라서, 특정된 외국인에 대한 조사와 보호명령서 발부가 이루어지고 위 모든 요건이 모두 충족된 경우에 있어서의 특정된 외국인의 보호를 위한 강제력의 행사는 별론으로 하고, 위 조항이 불법체류 외국인 등에 대한 출입국관리공무원의 강제력을 수반한 단속 및 연행의 권한을 명시하고 있다고 볼 수 없다.

(3) 출입국관리법 제47조(조사) 및 제48조(용의자의 출석요구 및 신문)

출입국관리법(조사) 제47조

출입국관리공무원은 제46조 제1항 각호의 1에 해당된다고 의심되는 외국인(이하 "용의자"라 한다)에 대하여는 그 사실을 조사할 수 있다.

출입국관리법 제48조(용의자의 출석요구 및 신문) 제1항

출입국관리공무원은 제47조의 규정에 의한 조사를 함에 있어 필요한 때에는 용의자의 출석을 요구하여 신문할 수 있다.

법무부는 출입국관리법 제46조(강제퇴거의 대상자), 제47조(조사), 제48조(용의자의 출석요구 및 신문) 등을 불법체류 외국인 등에 대한 출입국관리공무원의 단속 및 연행의 법률적 근거 중으로 하나로 제시하고 있다.

그러나, '단속 및 연행'은 강제력을 수반한 권력적 행정작용을 의미함에 반하여, 법 47조의 조사나 법48조의 출석요구 및 신문은 ① 대상외국인에게 조사, 출석요구 또는 신문에 응할 의무를 부과하고 있지 않고, ② 이에 응하지 않은 경우에 어떠한 제재조치도 취할 수 없으므로 법문의 내용과 취지상 임의적인 조사방식, 즉 비권력적 행정작용을 의미한다.

따라서, 임의조사를 규정한 위 조항들이 불법체류 외국인 등에 대한 출입국관리공무원의 강제력을 수반한 단속 및 연행의 권한을 명시하고 있다고 볼 수 없고, 임의조사에 관한 조항을 근거로 강제력을 수반한 단속 및 연행의 가능성을 주장하는 것이라면 이는 위법할 뿐만 아니라 매우 위험한 위헌적인 발상이다.

(4) 출입국관리법 제102조(통고처분) 및 사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률 제3조 제5항

출입국관리법 제102조(통고처분)

제1항: 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장은 출입국사범에 대한 조사의 결과 범죄의 확증을 얻은 때에는 그 이유를 명시한 서면으로 벌금에 상당하는 금액(이하 "범칙금"이라 한다)을 지정한 곳에 납부할 것을 통고할 수 있다.

제2항: 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장은 제1항의 규정에 의한 통고처분을 받은 자가 범칙금을 임시 납부하고자 하는 경우에는 이를 임시 납부시킬 수 있다.

제3항: 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장은 조사결과 범죄의 정상이 금고 이상의 형에 처할 것으로 인정되는 때에는 즉시 고발하여야 한다.

제4항: 제47조 내지 제50조의 규정은 출입국사범에 대한 조사의 경우에 이를 준용한다. 이 경우 용의자신문조서는 형사소송법 제244조 규정에 의한 피의자신문조서로 본다.

사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률 제3조 제5항

출입국관리업무에 종사하는 4급 내지 7급의 국가공무원은 출입국관리에 관한 범죄에 관하여 사법경찰관의 직무를, 8급, 9급의 국가공무원은 당해 범죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 수행한다.

법무부는 마지막으로 출입국관리법 제102조(통고처분)과 사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률 제3조 제5항을 불법체류 외국인 등에 대한 출입국관리공무원의 단속

및 연행의 법률적 근거로 제시하고 있다.

그러나, 앞서 검토한 바와 같이 출입국관리법은 동법 위반행위, 즉 불법체류행위 등에 대하여 ① 행정범죄와 ② 행정처분의 대상이 되는 범죄가 아닌 법 위반행위, 두 가지의 전혀 다른 법적 의미를 부여하고 이에 따른 각각의 권력적 행정작용을 규정하고 있음이 명백하고, 동일 혹은 유사한 실체적 요건을 갖고 있는 동법 위반행위에 대하여 강제퇴거 여부를 결정하기 위한 임의조사(동법 제47조 - 제50조)와 출입국사범에 대한 조사(동법 제102조)를 구분하고 후자가 임의조사에 있어서 전자의 절차, 방식을 준용하도록 규정(동법 제102조 제4항)하고 있는 것만 보더라도 양자는 명확히 구분되고 있다.

그렇다면 법무부가 주장하는 출입국관리공무원의 단속과 연행이 보호 또는 강제퇴거를 목적으로 하는 것이라면 행정범죄의 규율을 대상으로 하는 출입국관리법 제102조(통고처분)과 사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률 제3조 제5항은 결코 그 법률적 근거가 될 수 없으며, 만약 그것이 행정범죄의 수사를 목적으로 하는 것이라면 헌법 및 형사소송법상의 원칙인 미란다 원칙 등 적법절차원칙, 영장주의 등이 예외 없이 적용될 것이기 때문에 영장주의 적용을 배제하기 위하여 위 조항들을 출입국관리공무원의 단속과 연행의 법률적 근거로 든다면 전혀 그 의미가 다른 두 가지의 법 위반행위의 법적 성질을 혼동하는 것이고 이러한 해석은 위헌, 위법한 자의적인 공권력의 행사를 초래할 수 있고 실제로 초래하고 있다.

따라서, 적법절차원칙과 영장주의가 철저히 지켜져야 할 행정범죄에 대한 규율을 그 대상으로 하는 위 조항들이 불법체류 외국인 등에 대한 출입국관리공무원의 강제력을 수반한 단속 및 연행의 권한을 명시하고 있다고 볼 수 없다.

(5) 소결

결론적으로 불법체류 외국인 등에 대한 강제력을 수반한 단속 및 연행의 필요성 여부는 별론으로 하고, 우선 엄격한 실체적, 절차적 요건 충족을 전제로 한 긴급보호서 혹은 보호명령서에 의한 보호처분과 헌법 및 형사소송법의 원칙인 미란다 원칙 등 적법절차원칙, 영장주의 등이 예외 없이 적용되는 행정범죄에 대한 수사는 그 실체적, 절차적 요건을 준수하지 않는 경우 위헌, 위법하게 된다. 그리고, 적법한 보호나 행정범죄에 대한 수사 등의 경우를 제외하고 현행법상 불법체류 외국인 등의 보호 또는 강제퇴거 등의 행정처분 부과여부를 조사, 심사하기 위한 출입국관리공무원의 강제력을 수반한 단속 및 연행의 법률적 근거는 없다.

3. 출입국관리법상 “보호”의 개념과 관련한 제문제

(1) “보호”의 개념

출입국관리법 제51조(보호) 제1항

출입국관리공무원은 외국인이 제46조 제1항 각호의 1(강제퇴거의 대상자)에 해당된다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장으로부터 보호명령서를 발부 받아 그 외국인을 보호할 수 있다.

출입국관리법 제63조(강제퇴거명령을 받은 자의 보호 및 보호해제)

제1항: 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장은 강제퇴거명령을 받은 자를 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 때에는 송환이 가능할 때까지 그를 외국인보호실, 외국인보호소 기타 법무부장관이 지정하는 장소에 보호할 수 있다.

제4항: 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장은 강제퇴거명령을 받은 자가 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백하게 된 때에는 주거의 제한 기타 필요한 조건을 붙여 그의 보호를 해제할 수 있다.

“보호”의 개념에 대하여 법령에는 규정된 바가 없다. 결국 기존 법규정의 해석을 통해 파악할 수밖에 없는데, 출입국관리법상 외국인보호는 외국인이 제46조 제1항 각호의 1(강제퇴거의 대상자)에 해당된다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있어 보호하는 경우와 강제퇴거명령을 받은 자를 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없어 보호하는 경우로 나눌 수 있는바 강제퇴거의 심사나 강제퇴거의 집행을 위하여 신병 확보의 목적을 달성하기 위한 행정작용이라고 정의할 수 있겠다. 그리고, 출입국관리법은 주거의 제한 등 기타 필요한 조건을 붙인 조치와 보호를 구별하여 규정하고 있는 취지상 보호를 구금 혹은 수용의 형식을 취한 신병확보에 국한시키고 있는데, 입법론적으로는 신체 또는 주거의 자유를 필요 최소한으로 제한하면서도 제도의 목적을 달성할 수 있는 다양한 형식이 강구될 필요가 있다.

(2) 외국인보호의 법적 근거상의 문제

출입국관리법 제57조(피보호자의 처우)

외국인보호실 및 외국인보호소의 설비, 보호되어 있는 자의 처우, 급여 기타 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

행형법 제1조(목적)

이 법은 수형자를 격리하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육

을 실시하여 사회에 복귀하게 하며 아울러 미결수용자에 수용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

헌법 제12조 제1항

모든 국민의 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

헌법재판소 99.5.29. 결정 98헌바70

법률유보의 원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정을 하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다.

헌법재판소 91.7.8. 결정 91헌가4

법률에 의한 처벌법규의 위입은, 헌법이 특히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률에 의한 처벌을 특별히 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직스럽지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 할 것인바, 처벌법규의 위입은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

외국인보호제도는 직접강제로서 행정상 강제집행의 수단이므로 법적 근거가 필요하다. 출입국관리법 제3절 제51조부터 제57조까지는 보호, 보호기간 및 보호장소, 보호명령서의 집행, 보호의 통지, 보호에 대한 이의신청, 외국인의 일시 보호, 피보호자의 처우를 규정하고 있고, 제5절 제63조에서는 강제퇴거명령을 받은 자의 보호 및 보호해제를 규정하고 있으며, 제6절 제65조부터 제66조까지는 보호의 일시 해제, 보호 일시 해제의 취소를 규정하고 있고 동법 시행령과 시행규칙에서 이에 관한 세부사항을 규정하고 있다.

그런데, 출입국관리법, 동법 시행령, 시행규칙 어디에도 '보호'가 무엇을 의미하는지에 대한 개념규정이 없고, 피보호자의 신체 또는 재산에 대한 실력 행사라는 '보호'의 실질적 내용, 즉 피보호자의 기본권 제한의 내용에 대한 규정이 없으며 이를 범무부령에 포괄 위임하는 입법형식을 취하고 있다. 이는 거의 유사한 형식의 주거 및 신체의 자유의 제한을 의미하는 구금 형의 집행내용에 관하여 법률인 행형법에 자세하게 규정하고 있는 것과 극명하게 대비되며 기본권에 대한 중대한 제한에 대하여 법률에 최소한의 내용이 규정되지 않은 경우에

해당하므로 헌법상 법률유보의 원칙, 포괄위임 금지의 원칙에 위반된다고 볼 소지가 다분하다.

(3) 외국인보호의 규정상의 문제

헌법 제37조 제2항

국민의 모든 자유와 권리는 국가안정보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

헌법재판소 90.9.3. 결정 89헌가95

과잉금지의 원칙이란 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 사용한 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한을 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量 할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다.

직접강제는 행정상 강제집행 수단 중에서 국민의 기본권을 가장 크게 제약하는 것이기 때문에 다른 강제집행수단으로 의무이행을 강제할 수 없을 때 최후의 수단으로 인정되어야 한다. 또한 직접강제는 비례의 원칙 및 적법절차의 원칙에 따라 보다 엄격한 절차법적 실체법적 통제가 가해져야 한다. 특히 주거의 자유 또는 신체의 자유에 대한 제한을 수반하는 직접강제의 경우에는 적법절차의 원칙상 영장주의의 적용여부가 검토되어야 한다.

비록 헌법은 기본권의 주체를 '국민'으로 규정하고 있지만, 외국인에게도 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유, 신체의 자유 보장을 위한 실체적, 절차적 보장, 종교의 자유, 예술, 학문의 자유, 사생활의 자유, 소비자의 권리 등은 적극적으로, 재산권, 언론, 출판, 집회, 결사의 자유, 환경권, 보건권, 노동3권 등을 제한적으로 헌법상 보장된다.

외국인보호의 내용은 법무부령인 외국인보호규칙, 법무부훈령인 동 규칙 시행세칙 및 법무부령인 보호외국인의의류및침구의제식에관한규칙에 규정되어 있는 바, 외국인보호는 외국인이 제46조 제1항 각호의 1(강제퇴거의 대상자)에 해당된다고 의심할만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있어 보호하는 경우나 강제퇴거명령을 받은 자를 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없어 보호하는 경우 모두 강제퇴거의 심사나 강제퇴거의 집행을 위한

신병 확보의 목적을 달성하기 위한 필요최소한의 주거 혹은 신체의 자유의 제한에 그쳐야 하며, 형사처벌이 아니므로 징벌이나 교정교화의 목적을 위한 기본권의 제한은 허용되지 않는다고 보아야 한다.

그런데, 외국인보호에 관한 출입국관리법 제57조(피보호자의 처우)의 법률유보원칙이나 포괄위임금지원칙의 위배는 별론으로 하고, 단순한 신병 확보를 목적으로 하는 외국인보호의 내용을 규정한 규칙 등이 징벌이나 교정교화를 목적으로 하는 구금형의 내용을 규정한 행정법이나 동법 시행령보다도 질적, 양적으로 강한 기본권 제한을 규정하고 있는 측면이 있다.

(4) “보호”에 강제연행 및 단속이 포함되는지 여부

위와 같은 외국인보호제도의 개념, 취지 및 관련 법령의 규정에 비추어 외국인의 ‘보호’는 엄격한 요건 하에서 강제퇴거 심사와 집행이라는 목적을 위하여 기본권이 최대한 보장되는 방향으로 신병을 확보하는 것이라고 보아야 하고, 이것이 강제단속이나 연행을 포함하는 개념으로 볼 수는 없다. 또한 출입국관리법 제51조 제3항의 긴급‘보호’는 보호명령서에 의한 보호제도의 유일한 예외로서 대상자 특정되고 엄격한 요건 하에서 이루어지는 행정처분으로서 이를 일반적인 강제단속과 연행을 포함하는 개념으로 파악하는 것은 행정상의 필요성에 의해 법령을 자의적으로 해석하는 것이다.