

<발제문>

미등록 이주난민아동 구금 위헌소송

이상현(사단법인 두루 변호사)

1. 들어가며¹⁾

이주구금(immigration detention)이란 이주 및 출입국을 통제하는 권한에 근거하여 이루어지는 구금을 말한다. 외국인에게도 신체의 자유가 보장되어야 하며, 이주 및 출입국행정의 절차에서도 적법절차원칙의 준수가 요구된다는 점에는 이론의 여지가 없다. 하지만 다른 한편으로는 외국인에게는 입국이나 체류의 자유가 인정되지 않으며, 출입국의 통제는 국가가 고유한 주권을 행사하는 것의 일환이라고도 인식되고 있다. 또한 이러한 인식 하에 외국인의 출입국관리에 관하여서는 입법단계와 집행단계에서 상당한 재량이 인정되는 것으로 이해되고 있다.²⁾ ‘신체의 자유 보장 및 적법절차원칙 준수에 대한 요구’와 ‘국가주권 행사의 성격을 가진 출입국 통제에서는 폭넓은 재량이 인정된다는 입장’이 대립하는 것이다. 그리고 그 간극에 이주구금제도의 인권 문제가 존재한다.

출입국관리법 제63조 제1항의 위헌소송 사건은 두 관점의 대립을 분명하게 보여준다. 출입국관리법 제63조 제1항³⁾은 강제퇴거 대상인 외국인에 대한 구금을 규정하고 있는, 이주구금제도의 근거조항이다. 그 규정의 위헌 여부에 대해서 헌법재판소의 입장은 둘로 나뉘었다. 합헌의견⁴⁾과 위헌의견⁵⁾은 모두 외국인에게도 신체의 자유가 보장되어야 하며, 이주 및 출입국행정의 절차에서도 적법절차원칙의 준수가 요구된다는

1) 본 절의 내용은 본 발제자가 공동집필자로 참여한, 김진 외 4, “한국 이주구금제도의 문제점에 관한 국제인권법적 검토”, 공익과 인권 제20권 (2020. 9.)의 내용을 토대로 이를 수정, 보완한 것이다.

2) 이에 대한 비판적 견해로는, 최계영, “출입국관리행정, 주권 그리고 법치”, 행정법연구 제48호 (2017. 2.), 31면 참조.

3) 출입국관리법 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 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다.

4) 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정 중 재판관 김창중, 재판관 안창호의 다수의견에 대한 보충의견, 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2017헌가29 결정 중 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 합헌의견.

5) 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정 중 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견, 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2017헌가29 결정 중 재판관 이진성, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 이선애, 재판관 유남석의 위헌의견.

점에 동의한다. 하지만 합헌의견은 “[이주구금은] 출입국관리행정의 일환이며, 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것이므로 일정부분 입법정책적으로 결정될 수 있다”며, 현행 이주구금제도가 피구금자의 신체의 자유를 침해하지 않고 적법절차원칙에 반하지 않는다고 본다. 반면, 위헌의견은 이주구금제도가 필요하다고 하더라도 이 제도로 인하여 피구금자의 신체의 자유가 제한되는 정도가 지나치게 커서 과잉금지원칙에 위배되며, 구금의 적법성 통제수단이 충분하지 않은 등 적법절차원칙에 위반된다는 입장이다.⁶⁾ 헌법재판소에서 두 차례 내려진 결정들에서는 기간의 상한이 없는 현행 제도의 신체의 자유 침해 여부, 강제송환금지의 원칙⁷⁾상 강제송환을 할 수 없는 난민신청자에 대한 이주구금의 신체의 자유 침해 여부, 보호명령의 처분발급 절차와 적법성 통제 절차와 관련해서 적법절차원칙의 위배 여부 등이 쟁점이 된 바 있다.

가장 최근의 헌법재판소 결정에서는 위헌의견(5인)이 합헌의견(4인)보다 다수였지만 위헌정족수에 이르지 못하는 못하였고,⁸⁾ 결국 이주구금제도는 존속하게 되었다. 하지만 헌법재판소에서도 위헌의견이 합헌의견보다 다수였다는 사실이 방증하듯, 현행 이주구금제도에 인권침해의 문제가 존재함은 분명하다. 합헌의견도 ‘출입국관리법 제63조 제1항이 위헌에 이르렀다고 할 수는 없으나, 현행 이주구금제도를 정비할 필요성이 있다’는 점을 인정한 바 있다.⁹⁾

한편, 위 헌법재판소 결정 이후로, 필자는 공동대리인단의 일원으로 출입국관리법상 보호명령에 의해서 구금된 미등록 이주아동을 대리하여 강제퇴거명령 및 보호명령에 대한 취소소송을 제기하였고, 보호명령과 강제퇴거명령의 근거조항에 대한 위헌법률심판 제청신청을 한 바 있다. 현재에도 강제퇴거명령의 근거조항¹⁰⁾과 보호명령의 근

6) 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2017헌가29 결정.

7) 난민법 제3조.

8) 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호.

9) 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2017헌가29 결정 중 재판관 김창중, 재판관 안창호, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 합헌의견.

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

1. 제7조를 위반한 사람
2. 제7조의2를 위반한 외국인 또는 같은 조에 규정된 허위초청 등의 행위로 입국한 외국인
3. 제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 입국금지 사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람
4. 제12조제1항·제2항 또는 제12조의3을 위반한 사람
5. 제13조제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장이 붙인 허가조건을 위반한 사람
6. 제14조제1항, 제14조의2제1항, 제15조제1항, 제16조제1항 또는 제16조의2제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 상륙한 사람
7. 제14조제3항(제14조의2제3항에 따라 준용되는 경우를 포함한다), 제15조제2항, 제16조제2항 또는 제16조의2제2항에 따라 지방출입국·외국인관서의 장 또는 출입국관리공무원이 붙인 허가조건을 위반한 사람
8. 제17조제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람
9. 제21조제1항 본문을 위반하여 허가를 받지 아니하고 근무처를 변경·추가하거나 같은 조 제2항을 위반하여 외국인을 고용·알선한 사람

거조항의 위헌 여부에 대해서는 헌법재판소의 심리가 진행 중이다.¹¹⁾ 이 사건에서는 기존 결정에서의 쟁점이 그대로 쟁점이 되고 있으며, 아동에 대한 이주구금의 위헌 여부, 영장주의 위배 여부 등이 추가로 쟁점이 되고 있다.

기존 결정례가 다루고 있는 쟁점에 대해서는 이미 많은 논의가 이루어진 바 있으므로, 본 발제문에서는 상대적으로 새로운 쟁점을 중심으로 살펴보았다. 아래에서는 아도 고유의 헌법적 접근과 이주구금제도의 위헌성, 헌법재판에서의 국제인권규범의 의미와 이주구금제도의 위헌성, 행정구금을 당한 자의 절차적 권리와 이주구금제도의 위헌성을 차례로 살펴보겠다.

2. 아동 고유의 헌법적 접근과 이주구금제도의 위헌성¹²⁾

가. 아동에 대한 이주구금제도의 실태

1) 관련 법령

출입국관리법은 아동¹³⁾을 이주구금의 대상에서 배제하고 있지 않다. 다만 피구금자의 처우 측면에서만 ‘19세 미만인 사람’에 대한 특별한 보호를 규정하고 있다.¹⁴⁾ 「외국인보호규칙」은 구금된 아동의 처우와 관련하여 교육과 외부 전문복지시설에의 위탁, 전담공무원의 지정, 정기적인 면담 등을 규정하고 있다.¹⁵⁾

-
10. 제22조에 따라 법무부장관이 정한 거소 또는 활동범위의 제한이나 그 밖의 준수사항을 위반한 사람
 - 10의2. 제26조를 위반한 외국인
 11. 제28조제1항 및 제2항을 위반하여 출국하려고 한 사람
 12. 제31조에 따른 외국인등록 의무를 위반한 사람
 - 12의2. 제33조의3을 위반한 외국인
 13. 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람
 14. 그 밖에 제1호부터 제10호까지, 제10호의2, 제11호, 제12호, 제12호의2 또는 제13호에 준하는 사람으로서 법무부령으로 정하는 사람
 - 11) 현재 진행 중인 헌법소송은 보호명령 근거조항(출입국관리법 제63조 제1항)만 심판대상이 되었던 기존 사건과는 다르게, 강제퇴거명령 근거조항(출입국관리법 제46조 제1항)도 함께 심판대상이 되고 있다는 특징이 있다. 실무상 강제퇴거명령이 내려졌으나 보호명령이 내려지지 않은 사례는 없을 정도로 두 처분은 불가분적 일체를 이루고 있으므로, 이주구금제도의 위헌여부는 두 법률규정을 종합적으로 조망하는 가운데 판단되어야 한다는 것이 본 발제자의 생각이다. 다만, 두 처분의 견련성이나 강제퇴거명령 근거조항의 위헌성에 대해서는 본 발제문에서 구체적으로 다루지 않는다.
 - 12) 본 절의 내용은 이 사건 제청신청인 측 대리인단이 위헌법률심판 사건에서 제출한 2021. 5. 28.자 의견서를 토대로 이를 수정, 보완한 것이다.
 - 13) 아동복지법에 따르면, 아동이란 18세 미만인 사람을 말한다(제3조 제1항). 유엔 「아동의 권리에 관한 협약」(이하 ‘유엔 아동권리협약’)도 18세를 기준으로 아동을 정의하고 있다(제1조). 다만, 청소년보호법은 청소년을 19세 미만인 사람으로 정하고 있고(제2조 제1호), 민법은 미성년자를 19세 미만으로 규정하고 있으며(제4조), 소년법은 소년을 19세 미만으로 정하고 있다(제2조). 이처럼 여러 법률들이 청소년, 아동, 소년 등에 대해서 각기 다른 연령기준을 제시하고 있다. 아래에서는 이에 대한 엄밀한 구분 없이 18세 미만의 사람인 아동을 중심으로 살펴보겠다.
 - 14) 출입국관리법 제56조의3

2) 구금인원 및 구금기간

대한변호사협회의 2015년도 실태조사에 따르면, 2013년부터 2015년까지 3년간 화성외국인보호소와 청주외국인보호소, 여수출입국관리사무소에 구금된 아동¹⁶⁾은 총 80명이었다.¹⁷⁾ 자유박탈아동에 대한 한국 실무그룹이 2020년 실시한 조사에서는 2015년부터 2019년 4월까지 구금된 아동이 총 173명이며, 평균 구금기간은 7.7일, 최장 구금기간은 140일로 확인되었다.¹⁸⁾

3) 영아에 대한 구금

외국인보호시설에서는 영아에 대한 구금도 이루어지고 있는 것으로 알려져있다. 국가인권위원회와 대한변호사협회는 생후 10개월의 아동이 2개월 동안 구금된 사례, 생후 26개월의 아동이 50일 동안 구금된 사례를 각각 보고한 바 있다.¹⁹⁾²⁰⁾

4) 교육, 혼거수용 등 피구금자 처우

대한변호사협회의 실태조사에 따르면, 외국인보호시설에서 아동에 대한 교육은 실시되지 않고 있다.²¹⁾ 그리고 외국인보호시설에서는 아동에 대한 분리수용²²⁾이 이루어지지 않은 채, 가족이 아닌 성인과 한 방에 수용되고 있는 것으로 알려져 있다.²³⁾ 또한 국제인권기준에 부합하도록 구금된 아동의 운동할 권리²⁴⁾가 보장되고

15) 외국인보호규칙 제4조 제4항, 제5항, 제6항

16) 법무부는 민법상 성년에 이르게 되는 연령인 19세를 기준으로 보호외국인에 관한 통계를 내고 있는 것으로 보인다.

17) 대한변호사협회, 외국인보호소 실태조사 결과 보고서 (2015), 25면.

18) 자유박탈에 대한 한국 실무그룹, 한국의 자유박탈아동 실태조사 - 유엔국제연구를 중심으로 (2020), 57-58면.

19) 국가인권위원회 2018. 7. 26.자 결정, 「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 의견표명.

20) 대한변호사협회, 전계서, 26면.

21) 대한변호사협회, 전계서, 26면.

22) 다수의 국제인권기준은 ‘아동의 분리수용원칙’을 규정하고 있다. 예컨대, 유엔 아동권리협약은 “자유를 박탈당한 모든 아동은 성인으로부터 격리되지 아니하는 것이 아동의 최선의 이익에 합치된다고 생각되는 경우를 제외하고는 성인으로부터 격리되어야 한다”고 규정하고 있다(제37조 다항). 유엔 「피구금자 처우에 관한 최저기준규칙」도 “소년은 송년과 분리하여 구금하여야 한다”고 규정하고 있다(제11조 (d)항). 그 연장선상에서 아동의 구금에 관한 다른 국내법령도 아동의 분리수용원칙을 따르고 있다(「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제11조 제1항).

23) 같은 취지로, 국가인권위원회 2009. 12. 28.자 09진인2790 결정.

24) 유엔 「피구금자 처우에 관한 최저기준규칙」에 따르면, 모든 피구금자는 매일 적어도 1시간의 실외운동을 하여야 하고, 특히 소년피구금자는 운동시간 중에 체육 및 오락훈련을 받도록 하여야 하며, 이를 위한 공간, 설비 및 용구가 제공되어야 한다(제23조).

있지 않으며, 아동의 성장이나 건강을 고려한 식사가 제공되지 않고 있다는 지적이 있다.²⁵⁾²⁶⁾

나. 아동 고유의 헌법적 접근의 필요성

1) 관련 헌법규정 및 선행논의

현행 헌법은 아동의 권리에 관한 일반적인 규정을 별도로 두고 있지 않다. 명시적으로는 연소자의 근로에 대한 특별한 보호²⁷⁾와 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 국가의 의무,²⁸⁾ 아동의 교육권을 도출케 할 수 있는 부모의 자녀에 대한 교육의무²⁹⁾가 규정되어 있을 뿐이다.

헌법의 해석을 통해서 아동의 고유한 권리를 인정한 헌법재판소 결정례는 확인되지 않는다. 또한 헌법재판소가 헌법적 판단을 함에 있어서 아동의 특수성을 적극적으로 고려한 사례도 소수에 불과하다.³⁰⁾ 헌법해석을 통해 아동인권의 헌법적 의미를 확인하고 확장시키는 학술적 논의도 활발하지 못한 것으로 보인다. 이는 아동을 보호의 객체로서만 인식하고, 개별적인 권리의 주체로서는 충분하지 못하고 있는 시각에 기인한 것으로 추측된다.³¹⁾

다만, 아동에 대한 헌법상 명문의 규정이 없다하더라도 헌법 제10조 인간의 존엄 조항 또는 제37조 제1항 등의 규정을 토대로, 해석을 통해 아동의 권리를 도출할 수 있다는 해석적 시도도 확인된다. 사회권 조항, 교육관련 조항, 근로에 관한 조항, 평등권에 대한 조항 등으로 산재되어 있는 헌법규정의 해석을 통해 아동에 관한 권리는 간접적으로 도출될 수 있다거나,³²⁾ 아동의 인격성장권이나 국가의 청소년정책 개발·실시의무로부터 아동의 고유한 헌법적 권리가 도출될 수 있다는 것이다.³³⁾

한편, 아동에 대한 이주구금제도의 위헌 여부를 판단할 때 주로 문제가 되는 ‘아동권의 방어권적 기본권으로서로서의 성격’에 대해서 논의는 거의 없는 것으로 보이며, 이러한 측면에서 아동의 특수성을 고려한 헌법재판소의 결정례도 확인되지 않는다.

25) 자유박탈에 대한 한국 실무그룹, 전게서, 61면.

26) 대한변호사협회, 전게서, 119면.

27) 헌법 제32조 제5항.

28) 헌법 제34조 제4항.

29) 헌법 제31조 제2항.

30) 구체적인 결정례들은 본고의 논지와 연결되는 범위 내에서 뒤에 소개하겠다.

31) 같은 취지로, 정혜영, “아동의 기본권에 관한 연구”, 공법학연구, 제10권 제4호(2009. 11), 81면.

32) 김정현, “헌법상 아동권 수용을 위한 헌법개정방안”, 교육법학연구, 제29권 제4호(2017. 12), 77면.

33) 김선택, “아동·청소년보호의 헌법적 기초 - 미성년 아동·청소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권”, 헌법논총(1997), 84-92면.

2) 아동 고유의 헌법적 접근에 관한 비교헌법적 검토

아동 고유의 헌법적 접근에 관한 비교헌법적 검토는 우리 헌법을 해석하는 데에 하나의 단초가 될 수 있다. 특히 명문의 규정이 없음에도 해석을 통해서 아동의 헌법적 특수성을 인정한 사례가 있다면, 이는 우리 헌법의 해석에도 시사하는 바가 클 것이다. 나아가, 아동의 권리와 인권은 인류보편의 가치라는 점을 고려할 때, 외국의 헌법이 아동권을 명문으로 규정하고 있는 경우 그러한 규정은 우리 헌법의 해석에 잣대가 될 수 있다.

대부분의 국가에서는 헌법상 아동권을 직접적인 기본권 형태로 규정하기 보다는, 국가의 미래세대 보호의무 규정을 두거나, 개별 헌법규정의 해석을 통해 아동권을 구체화하고 있다.³⁴⁾

가) 독일

독일 헌법은 명문으로 아동권을 규정하고 있지 않으나, 독일 연방헌법재판소는 헌법해석에 의하여 아동의 기본권(Kindergrundrecht)를 도출해내고 있다.³⁵⁾ 독일 연방헌법재판소는 아동의 기본권을 인간의 존엄과 가치로부터 도출해내고 있는 것으로 보인다. 이러한 해석은, 아동에게 있어 인간존엄이 ‘인간형성 중의 성장기본권(Menschwerdungsgrundrecht)’이라는 특수성으로 인하여 헌법의 인간상에 일치하는 인격발달을 강조하고,³⁶⁾ 아동의 건강한 성장을 위해서 생활의 여건을 적극적으로 형성할 의무를 국가에게 부여한다³⁷⁾는 입장에 근거하고 있다. 나아가, 독일 연방헌법재판소는 아동의 고유한 인간존엄과 독일 기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항의 인격발현권의 존중을 통하여 부모의 책임이 강화되어야 한다고 강조하고 있다.³⁸⁾

특히 독일 연방헌법재판소가 독일 기본법 제1조 제1항과 제2조 제1항의 의미에서 아동과 청소년이 자신의 인격을 ‘방해받지 않고 발현’할 권리를 가진다고 본 결론을 우리에게 시사하는 바가 크다.³⁹⁾ 최근에는 아동 및 청소년보호의 헌법적 의미를 강화시키기 위해 다음과 같이 판시하기도 하였다.

34) 배건이, “아동권”, 한국법제연구원 헌정제도연구사업 이슈페이퍼 (2018. 1. 3.), 9면.

35) Adelman, Bundesverfassungsgericht schafft “Kindergrundrecht” Anmerkung zu BVerfG vom 1. April 2008 (1 BvR 1620/04), JAmt 2008, S. p. 289. 정혜영, 전게서, 84면에서 재인용.

36) BVerfGE 24, 119(145). 정혜영, 전게서, 86면에서 재인용.

37) Ditzgen, Das Menschwerdungsgrundrecht des Kindes, NJW 1989, S. 2519. 정혜영, 전게서, 86면에서 재인용.

38) BVerfGE 24, 119(144). 정혜영, 전게서, 86면에서 재인용.

39) BVerfGE 45, 400(417); 59, 360(382); 72, 122(137). 정혜영, 전게서, 89면에서 재인용.

“헌법의 우선순위는 제2조 제1항과의 관련 속에서 제1조 제1항으로부터의 아동과 청소년보호에 있다. 아동과 청소년은 이 기본권규정의 의미에서 인격발현의 권리를 가진다. 그들은 사회 공동체 내에서 자기책임능력 있는 인격으로 발전하기 위한 보호와 도움을 필요로 한다.”⁴⁰⁾

나) 스위스⁴¹⁾

스위스는 1998년 연방헌법 개정을 통해 아동권 규정을 신설하였다. 연방헌법 제11조 제1항에 “아동과 청소년은 특히 자기가 상처받지 아니할 특별한 보장과 그 성장발달을 지원받을 권리를 가진다”라고 규정한 것이다. 이 규정은 국적이나 체류자격에 상관없이 스위스에 거주하는 모든 18세 미만 아동에게 적용된다.⁴²⁾

이러한 ‘상처받지 아니할 특별한 보장’은 아동의 신체의 자유를 더욱 특별하게 보호하려는 헌법제정권력의 의사가 반영된 것으로 볼 수 있다. 스위스 연방헌법개정 연혁에 따르면 제11조 제1항 아동과 청소년의 신체와 정신의 불가침성에 대한 특별한 보호는 이미 제10조 제2항이 보장하는 신체와 정신의 불가침성에 대한 보호권(Schutzanspruch)의 대상으로 보호받을 수 있다. 하지만 당시 헌법제정권력은 약하고 의존적인 존재이며 양육과 돌봄을 필요로 하는 아동 및 청소년의 특징을 고려할 때, 아동에게 성인과 동일한 수준의 보호만 제공하는 것은 아동 및 청소년이 누려야 하는 기본권적 요청(Grundrechtsanspruch)을 보장하기에는 충분하지 않다고 판단하였다. 이에 따라 제11조 제1항에서 미성년자의 상황을 반영한 특별한 국가적 보호를 요청할 수 있는 권리를 독립적인 기본권(selbständiges Grundrecht)으로 격상시킨 것이다.⁴³⁾

다) 핀란드⁴⁴⁾

핀란드 헌법은 아동을 단순한 기본권의 객체라기보다는 독자적인 기본권 주체로 보고 있다.⁴⁵⁾ 핀란드 헌법 제6조 제3항은 “아동은 개인으로서 평등한 대우를 받고,

40) BVerfGE 83, 130(140). 정혜영, 전거서, 89면에서 재인용.

41) 스위스 헌법 영문본은 https://www.constituteproject.org/constitution/Swaziland_2005?lang=en (2022. 3. 9. 최종접속).

42) 배건이, 전거서, 30면.

43) 배건이, 전거서, 32면.

44) 핀란드 헌법의 영문본은 https://www.constituteproject.org/constitution/Finland_2011?lang=en (2022. 3. 9. 최종접속).

45) 김정현, 전거서, 85면.

각자의 발달수준에 따라 자신과 관련된 문제에 대해 영향을 미칠 수 있다”라고 규정하고 있다.⁴⁶⁾

이중에서 제6조 제3항 후문은 아동의 피청취권과 절차적 참여권을 규정한 것으로 볼 수 있다.

라) 일본⁴⁷⁾

일본 헌법 제27조 제3항은 “아동을 혹사해서는 아니 된다”라고 규정하고 있다.⁴⁸⁾

일본 헌법이 혹사에 있어서 아동에 관한 특별규정을 둔 것은 ‘혹사에 대한 아동의 취약성’을 고려한 것으로 볼 수 있다.

마) 폴란드⁴⁹⁾

폴란드 헌법 제72조 제1항은 “폴란드공화국은 아동의 권리를 보호하여야 한다. 모든 사람은 아동에 대한 폭력, 학대, 착취, 기타 비도적적인 행위로부터 아동을 보호할 것을 공공기관에 요구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있고, 제2항은 “부모의 보호를 받지 못하는 아동은 공공기관에 의하여 제공된 보호를 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있으며, 제3항은 “아동에 대하여 책임 있는 공공기관과 개인은 아동의 권리를 확정하는 과정에서 가능한 한 아동의 견해를 우선해야 한다”고 명시하고 있고, 제4항은 “어린이권리감독관 임명의 권한과 절차를 별률로 정하다”고 규정하고 있다.⁵⁰⁾

여기에서 제1항은 폭력, 학대, 착취 등에 있어서 아동의 취약성을 고려한 것으로 볼 수 있다. 제2항은 부모를 동반하지 않은 아동에 대해서는 더욱 특별한 고려를 하여야 한다는 취지로 볼 수 있다. 제3항은 아동의 피청취권 및 절차적 권리와 관련이 있다.

바) 벨기에⁵¹⁾

46) 김정현, 전거서, 85면의 국문 번역.

47) 일본 헌법의 영문본은 https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946?lang=en (2022. 3. 9. 최종접속).

48) 김정현, 전거서, 85면의 국문 번역.

49) 폴란드 헌법의 영문본은 https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_2009?lang=en (2022. 3. 9. 최종접속).

50) 이상 김정현, 전거서, 86면의 국문 번역.

51) 벨기에 헌법의 영문본은 https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_2014?lang=en (2022. 3. 9. 최종접속).

벨기에헌법 제22조의2 제1항은 “모든 아동은 자신의 도덕적, 신체적, 정신적 및 성적 완전성에 대한 권리를 가진다”고 규정하고 있고, 제2항은 “모든 아동은 자신에게 영향을 미치는 모든 문제에 대하여 자신의 견해를 피력할 권리를 가진다. 단 그와 같은 견해는 연령 및 성숙도 따라 그 아동에게 당연히 중시되는 견해를 가리킨다.”고 규정하고 있으며, 제3항은 “모든 아동은 자신의 발달을 촉진하는 조치 및 시설의 혜택을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있고, 제4항은 “아동에 관한 모든 결정에서 아동의 이익이 가장 우선된다”고 규정하고 있으며, 제5항은 아동권의 구체적인 내용을 법률에 유보하고 있다.⁵²⁾

여기에서 제1항은 아동의 정신적, 신체적 권리를 특별히 강조한 것으로 볼 수 있고, 제2항은 아동의 피청취권 및 절차권 권리와 관련이 있다. 제3항은 아동의 권리를 아동의 ‘발달’과 연관시키고 있고, 제4항은 ‘아동 최상의 이익 원칙’⁵³⁾을 선언한 것으로 볼 수 있다.

사) 남아프리카공화국⁵⁴⁾

남아프리카공화국 헌법은 아동의 권리에 대해서 매우 상세한 규정을 두고 있다. 남아프리카공화국 헌법은 제28조 제1항은 a. 태어나면서 이름과 국적을 획득할 권리, b. 가정 또는 부모의 보호를 받을 권리, 또는 가정 환경에서 떨어져 있는 경우 적절한 대체적 보호를 받을 권리, c. 기본적 영양, 주거, 기본적 보건 서비스 및 사회 복지에 대한 권리, d. 학대, 방치, 폭행 또는 비하로부터 보호를 받을 권리, e. 착취적 노동 관행으로부터 보호를 받을 권리, f. 아동의 연령인 자에게 부적합한 작업 또는 서비스, 아동의 행복, 교육, 신체적 또는 정신적 건강이나 영적, 윤리적 또는 사회적 발달을 위협하는 작업 또는 서비스를 수행하도록 요구 또는 허용되지 않을 권리, g. 최후의 수단인 경우를 제외하고는 구금되지 않을 권리(최후의 수단으로 구금되는 경우, 본 헌법 제12조 및 제35조에 따라 아동이 향유하는 권리와 더불어, 아동은 최소한의 적절한 기간 동안만 구금될 수 있으며, 18세 이상의 성인 구금자

52) 이상 김정현, 전게서, 86면의 국문 번역.

53) 아동복지법 제2조 제3항은 기념이념으로 “아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다”고 규정하고 있고, 유엔 아동권리협약 제3조 제1항은 “공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국 또는 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다”고 규정하고 있다. 이러한 ‘아동 최상의 이익 원칙’은 일반적으로 아동인권의 가장 핵심적인 원칙 중 하나로 이해되고 있다.

54) 남아프리카공화국 헌법의 영문본은

https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012?lang=en (2022. 3. 9. 최종접속).

들과 따로 구급될 권리, 아동의 연령을 감안한 대우를 받고 연령을 고려한 여건에 있을 권리를 가진다), h. 아동에게 영향을 미치는 민사 소송에서 국선변호인을 배정 받지 않는다면, 실질적인 불이익이 있을 경우 국가의 비용으로 국선변호임을 선임 받을 권리, i. 무력 충돌에 직접 이용되지 않을 권리, 무력 충돌 시 보호를 받을 권리를 규정하고 있다. 그리고 같은 조 제2항은 “아동의 최대 이익은 아동에 관한 모든 사안에서 가장 중요하다”고 규정하고 있다.⁵⁵⁾

이러한 규정은 부모 미동반 아동의 특수성(제1항 b.), 거주·생활환경에 관한 특별한 권리(제1항 c. 및 g.), 학대 등으로부터의 취약성에 대한 고려의 필요성(제1항 d., e. 및 f.), 구급에 있어서의 특별한 보도(제1항 g.), 절차적 권리와 변호사 조력권에 있어서의 특수성(제1항 h.), 아동 최상의 이익 원칙(제1항)과 관련이 있다.

아) 포르투갈⁵⁶⁾

포르투갈 헌법 제69조는 “온전한 발달을 위해 아동은 사회와 국가의 보호를 받을 권리, 특히 모든 형태의 유기, 차별, 억압, 가족이나 기타 기관의 권력 남용으로부터 보호받을 권리가 있다”고 규정하고 있다.

이러한 규정은 아동의 권리를 ‘발달’과 연관시키고 있고, 아동권이 권력 남용으로부터의 방어권적 성질도 가짐을 보여주고 있다는 특징이 있다.

자) 시사점

이상의 내용을 종합해보면, 아래와 같은 시사점을 도출할 수 있다.

첫째, 아동권은 '인간의 존엄과 가치'로부터 파생되는 권리로 이해할 수 있다(독일).

둘째, 아동 고유의 헌법적 접근이 필요한 이유는 ① 인격발현과정 내지는 발달기에 있는 아동의 특수성(독일, 벨기에, 포르투갈)이나, ② 아동의 취약성(일본, 폴란드, 남아프리카공화국)에서 찾을 수 있다.

셋째, 모든 시민에게 보장되는 헌법적 권리와는 구분되는, 아동 고유의 헌법적 특성으로는 ① 신체와 정신의 불가침성에 대한 특별한 보호가 필요하다는 점(스위스, 벨기에), ② 피청취권과 절차적 참여권, 변호사조력권 등 절차권 권리에 대한 특별

55) 이상 김정현, 전거서, 86-87면의 국문 번역.

56) 포르투갈 헌법의 영문본은 https://constituteproject.org/constitution/Portugal_2005?lang=en (2022. 3. 9. 최종접속).

한 보호가 필요하다는 점(핀란드, 폴란드, 남아프리카공화국), ③ 거주 및 생활환경에 관한 특별한 권리가 인정된다는 점(남아프리카공화국), ④ 아동은 구금으로부터 특별한 보호를 받는다는 점(남아프리카공화국)을 들 수 있다.

넷째, 아동의 최상의 이익 원칙을 하나의 헌법원칙으로 받아들이고 있는 국가들이 확인된다(벨기에, 남아프리카공화국).

다섯째, 아동 중에서도 부모를 동반하지 않은 아동에 대해서는 특별한 고려가 필요하다라는 원칙도 인정되고 있음을 알 수 있다(폴란드, 남아프리카공화국).

여섯째, 앞서 살펴본 헌법상의 아동권은 국가권력의 남용으로부터 아동을 보호하는 방어권적 성질을 함께 가지고 있음이 확인된다(포르투갈).

3) 헌법상 인격의 발달권·발현권과 아동 고유의 헌법적 접근

우리 헌법상 아동을 포함하여 모든 국민(해석상으로 인간)은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다(헌법 제10조 제1문). 인간으로서의 존엄과 가치는 헌법에 의하여 형성되는 국가질서에 있어서 인간이 주체가 되며 주체로서 유지되어야 한다는 선언이며, 그 누구도 어떠한 관계에 있어서건 단순한 객체로 전락되어서는 안된다는 요청이다.⁵⁷⁾ 아동 역시 인간으로서의 존엄과 가치를 가진 존재로서 어떠한 경우에도 타자의 행위의 단순한 객체일 수는 없는 것이다.⁵⁸⁾

문제는 아동은 발달기에 있다는 특수성이 있어서, 자기와 관련된 모든 상황에서 독자적인 주체로서 행위하는 데에는 다소간의 한계가 존재한다는 점이다. 아동은 법적인 의미를 가지는 행위를 함에 있어서 종종 타자의 도움을 필요로 한다.⁵⁹⁾

하지만 이를 이유로 아동으로서의 존엄과 가치가 무시되는 일은 허용될 수 없음은 물론이며, 오히려 이러한 사실은 아동이 독립된 주체로서 헌법질서 형성의 주도적 역할을 수행할 수 있도록 ‘성장’ 내지는 ‘발달’할 수 있도록 할 필요가 있다는 새로운 헌법적 과제를 부여한다. 다시 말해서, 헌법 제10조가 규정하는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’가 온전히 실현되기 위해서는 아동의 발달과 인격 발현이 전제되어야 하는 것이다. 결국 헌법 제10조은 ‘아동의 발달권과 인격발현권’을 포함하는 개념으로 이해될 수 있다.

관련해서, 아동권을 개별적인 기본권으로 보는 경우, 아동권의 보호범위와 그 주된 내용에 대해서는 이를 독립된 인격체로서 성장할 권리(Recht auf Person-Werden)로 보는 견해⁶⁰⁾와 아동이 헌법국가의 자율적 인간상으로 형성될

57) 김선택, 전거서, 85-87면.

58) 김선택, 전거서, 85-87면.

59) 같은 취지로, 김선택, 전거서, 85-87면.

수 있는 인격의 발달(Entwicklung)과 발현(Entfaltung)할 권리라고 보는 견해⁶¹⁾로 나뉜다.⁶²⁾ 전자에 따르면, 인격성장의 권리는 아동의 주관적 권리로서 국가적 침해에 대한 방어권적 성격을 가지고 있다. 입법·행정·사법을 불문하고 국가공권력의 적법성 및 정당성을 다룰 수 있는 것이다. 또한 이러한 권리는 객관적인 측면에서 아동의 인격성장에 조력할 국가의 의무를 담고 있으므로, 국가는 아동의 인격성장을 위해 입법을 통해 적절한 수준의 보호 및 지원을 할 의무를 진다고 한다.⁶³⁾ 후자에 따르면, 인격의 발달과 발현권은 국가권력에 대한 방어권과 객관적 가치질서로서 작용하는데, 인격발달권과 인격발현권은 상호구분된다고 한다. 인격발달권은 국가에 대하여 이러한 기본권 행사를 위한 실질적 전제조건을 형성할 의무를 지우며, 인격발달권과 인격발현권의 관계는 직업의 자유와 교육의 권리 사이의 관계와 유사하다고 한다.⁶⁴⁾

어느 견해에 따르더라도, 아동의 헌법상 권리가 ‘인간의 존엄과 가치’에 근거하고 있다는 점, ‘성장’ 또는 ‘발달, 발현’이라는 매개개념을 통해서 이러한 권리가 해석상 도출된다는 점, 이러한 권리는 방어권으로서의 성질과 객관적 가치질서로서의 성질을 겸유하고 있다는 점에서는 공통된다.

앞서 살펴본 독일 연방헌법재판소의 결정례은 인간의 존엄과 가치로부터 아동의 발달권과 인격발현권을 도출해내는 해석에 설득력을 더한다. 독일 헌법이 명문으로 아동권을 규정하고 있지 않으나 독일 연방헌법재판소는 인간의 존엄과 가치로부터 아동의 기본권(Kindegrundrecht)를 도출해내고 있고, 이러한 해석은 아동에게 있어 인간존엄이 ‘인간형성 중의 성장기본권(Menschwerdungsgrundrecht)’이라는 특수성으로 인하여 헌법의 인간상에 일치하는 인격발달을 강조하고 아동의 건강한 성장을 위해서 생활의 여건을 적극적으로 형성할 의무를 국가에게 부여한다는 입장에 근거하고 있다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

이러한 논의는 이 사건에서도 적용될 수 있다. 이주구금을 통해서 아동의 발달과 인격발현을 제한하는 국가공권력 행사는 그 자체로 헌법상 아동의 권리를 제한하는 것이며, 구금을 통해서 신체의 자유를 제한하는 것을 뛰어넘는 헌법적인 의미를 가지는 것이다. 결국, 아동이 아닌 자의 신체의 자유를 제한하는 국가공권력 행사에 대한 위헌심사보다 엄격한 심사기준이 적용될 수 있다.

4) 아동의 취약성과 아동 고유의 헌법적 접근

60) 김선택, 전거서, 94면.

61) 정혜영, 전거서, 88면.

62) 이러한 구분에 대해서는 배건이, 전거서, 27면 이하 참조.

63) 이상 김선택, 전거서, 88-90면.

64) 이상 정혜영, 전거서, 88-89면.

앞서 살펴보았듯이, 일본, 폴란드, 남아프리카공화국의 헌법은 아동 고유의 헌법적 접근이 필요한 이유를 아동의 취약성에서 찾고 있다. 이에 본 발제문에서는 ‘아동의 취약성’을 매개로 하여 헌법상 아동에 대한 특별한 지위가 인정될 수 있는지를 살펴보겠다.

가) 관련 헌법재판소 결정례 및 선행논의

아동의 취약성을 이유로 헌법상 아동에 대한 특별한 지위를 인정한 명시적인 헌법재판소 결정례는 확인되지 않는다. 다만, 헌법재판소는 아동의 인격권이 성인과 마찬가지로 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호된다고 판단하였고,⁶⁵⁾ 한국 사회에서 청소년이 느끼는 입시교육의 중압감을 고려해서 청소년의 문화향유권을 특별하게 해석한 바 있다.⁶⁶⁾

한편, 헌법재판소는 미등록 외국인이 그 ‘신분적 취약성’으로 인해 강제근로와 같은 인권침해의 우려가 있다고 설시한 바 있다.⁶⁷⁾ 그리고 장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다고 보거나, 여성이 사회적으로 차별을 받은 집단이라는 구체적 사실에 대한 인식 하에 여성할당제와 같은 잠정적인 우대조치를 합헌이라고 판단한 이면에는 ‘취약한 지위에 있는 자의 기본권을 두텁게 보장하여야 한다’는 인식이 있는 것으로 볼 여지가 있다.

취약성을 토대로 한 아동의 헌법적 특수성에 대한 학술적 논의도 활발하지 못한 것으로 보인다.

나) 미국 연방대법원의 입장

미국 연방대법원은 여러 사례에서 ‘아동 고유의 헌법적 접근’을 취한 바 있다.⁶⁸⁾ 나아가, 미국 연방대법원은 2012년 몽고메리 대 루이지애나 주 사건에서 ‘아동과 성인이 헌법적으로 다르다’는 점은 분명히 하였다(“[C]hildren are constitutionally different from adults...”).⁶⁹⁾

65) 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16, 98헌마429(병합) 결정.

66) 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌가1 결정.

67) 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌마367 결정.

68) Weithorn, Lois A., A Constitutional Jurisprudence of Children's Vulnerability (December 1, 2017). Hastings Law Journal, Vol. 69, No. 179, 2018, p. 181.

특히 미국 연방대법원은 이처럼 아동과 성인을 구분하는 세 가지 이유 중에 하나로 ‘아동의 특수한 취약성(the peculiar vulnerability of children)’을 들고 있다.⁷⁰⁾ 그리고 이때의 취약성은 ① 피해기반 취약성(특정한 자극이나 상황에 대한 노출로 인해서 신체적, 심리적 피해가 큰 취약성), ② 영향기반 취약성(다른 사람의 영향, 압력, 강압에 의해 더 큰 영향을 받는 취약성), ③ 능력기반 취약성(미숙한 결정과 부족한 자기보호능력에 기인하는 취약성), ④ 지위기반 취약성(소수자로서의 지위와 다른 사람의 권위와 통제에 종속되는 법적, 사회적, 지위에 기인하는 취약성), ⑤ 의존성기반 취약성(자신의 기본적인 욕구 충족을 위해 다른 사람에게 더 많이 의존함에 따른 취약성)으로 의미로 나누어볼 수 있다.⁷¹⁾

다) 유럽인권재판소의 입장

유럽인권재판소는 여러 차례에 걸쳐서 아동에 대한 행정구금이 유럽인권협약에 위배된다고 판단하였다. 특히 유럽인권재판소는 이러한 구금이 고문이나 비인간적, 굴욕적 처우의 금지를 규정한 유럽인권협약 제3조⁷²⁾에 위배된다고, ‘아동의 극도의 취약성(the child’s extreme vulnerability)’이 그 결정적 요인이라고 보았다.⁷³⁾⁷⁴⁾ 취약성 논증은 아동의 권리를 제한하는 공권력 행사에 대한 합헌 논거로서도 사용되지만, 동시에 아동을 성인과 동일하게 취급하는 공권력 행사에 대한 위헌 논거로서도 사용된다.⁷⁵⁾

또한 유럽인권재판소는 성적인 학대를 당한 아동에 대한 국가의 적절한 조사 실패와 관련한 사건에서 상대적으로 당국은 자신이 당한 학대를 보고하거나 묘사하기 어려운 아동의 취약성에 주의를 기울여야 하고 취약함에 따르는 인권침해로부터 적절한 보호를 제공해야 한다고 결정한 바 있다. 이 판결에서 유럽인권재판소는 개인

69) *Montgomery v. Louisiana*, 136 S. Ct. 718, 733 (2016) (quoting *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460, 471 (2012) (citing *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 569-70 (2005); *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 68 (2010))). Weithorn(2017), 181면에서 재인용.

70) *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622, 634 (1979), Weithorn(2017), 181면에서 재인용.

71) Weithorn, op. cit., p. 185.

72) 유럽인권협약 제3조는 ‘Prohibition of torture’라는 표제 하에 “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”라고 규정하고 있다.

73) *A.B. and Others v. France* (no. 11593/12); *A.M. and Others v. France* (no. 24587/12) ; *R.C. and V.C. v. France* (no. 76491/14); *R.K. and Others v. France* (no. 68264/14) ; *R.M. and Others v. France* (no. 33201/11); *Popov v France* (Nos. 39472/07 and 39474/07); *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v Belgium* (No. 13178/03); *Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium* (No. 41442/07);

74) 위 판결들의 원문과 해석에 대해서는 아래의 링크 참조.

<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-administrative-detention-children-context-deportation-procedures> (2022. 3. 9. 최종접속)

75) Weithorn, op. cit., pp. 182-183.

의 사생활을 보호하여야 할 유럽인권협약상의 국가의 의무를 언급하면서, 특히 어린이와 기타 취약한 개인은 효과적인 보호를 받을 자격이 있다(“Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to effective protection.”)고 보았다. 나아가, 같은 사건에서 유럽인권재판소는 성적 학대 사건의 피해자인 미성년자는 일정한 취약성, 즉 ‘학대에 대해서 신고하거나 사실관계를 설명하는 데에 주저할 수밖에 없는 특수성’을 가지고 있다는 점을 고려하였다.⁷⁶⁾

라) 시사점

미국 연방대법원의 판례를 보면, 아동의 취약성으로부터 아동의 헌법적 특수성을 인정하는 해석은 그 타당성이 인정될 수 있음을 알 수 있다.

그리고 아동의 취약성을 다섯 가지로 분류하고 있는 미국의 논의는 아동의 헌법적 특수성의 구체적인 내용을 도출해냄에 있어서 방법론적으로 큰 도움이 될 수 있다. 아동은 아동이 아닌 사람과 비교하였을 때 앞서 소개한 다섯 가지 측면에서 취약하므로, 그러한 취약국면에 각각 대응시켜서 헌법상 아동에 대한 특별한 지위를 도출해볼 수 있는 것이다.

예를 들어, 구금에 더욱 취약한 아동의 특수성⁷⁷⁾은 ‘피해기반 취약성’에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 국가공권력을 행사하여 사람을 구금하는 것의 위헌 여부를 판단할 때에는 아동의 이러한 취약성을 헌법적으로 평가하여야 한다. 능력기반 취약성은 절차적 권리의 보장과 관련이 있다. 아동의 경우 이러한 취약성을 고려하여 더 높은 수준의 절차적 보장이 이루어져야 하는 것이다.

유럽인권재판소의 판례는 아동에 대한 이주구금의 위법·위헌 여부를 판단할 때,

76) C.A.S. and C.S. v. ROMANIA, App. No. 26692/05, 20 March 2012.

77) 구금이 아동에게 미치는 악영향과 관련하여서는, 이병기, 김성언, “소년원생의 생활실태 및 교육에 관한 연구”, 한국형사정책연구원 연구보고서 (1995); 신민희, 강문희, “소년원 수용 비행 청소년과 일반청소년의 자기 불일치 및 우울 수준에 관한 연구”, 청소년학연구 12(1), (2005); 주리아, 김현진, “소년원에 수감된 여자 청소년의 이야기 그림검사 반응특성 연구”, 미술교육논총 제30권 1호, (2016); Australian Human Rights Commission, “The Forgotten Children: National Inquiry into Children in Immigration Detention 2014” (2015), <https://humanrights.gov.au/our-work/asylum-seekers-and-refugees/publications/forgotten-children-national-inquiry-children>, pp. 139-140; Laban CJ, Gernaat HB, Komproe IH, van der Tweel I, de Jong JT, “Postmigration living problems and common psychiatric disorders in Iraqi asylum seekers in the Netherlands”, J Nerv Ment Dis (2015), pp. 825-832; M. Werthern et al., “The impact of immigration detention on mental health: a systematic review”, MBC Psychiatry (2018), p. 2; Sarah Mares, Jon Jureidini, “Psychiatric assessment of children and families in immigration detention - clinical, administrative and ethical issues”, AUSTRALIAN AND NEW ZEALAND JOURNAL OF PUBLIC HEALTH VOL. 28 NO. 6, (2004); Sarah Mares, Louise Newman, Michael Dudley and Fran Gale, “Seeking refuge, losing hope: parents and children in immigration detention”, Australasian Psychiatry Vol 10, No 2 (2002) 각 참조.

아동의 취약성이 중요한 요소가 됨을 보여준다. 나아가, 위 판례가 법적 근거로 들고 있는 유럽인권협약 제3조의 내용을 보면, 우리 헌법의 해석에도 유사한 해석적 접근이 타당하다는 점을 알 수 있다. 고문 및 굴욕적 처우의 금지를 규정하고 있는 유럽인권협약 제3조의 내용은 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있는 우리 헌법 제10조의 내용에서 도출되는 내용으로 볼 수 있다. 그렇다면 아동 등 취약한 사람에 대한 고문이나 굴욕적 처우에 대한 헌법심사에 있어서는 동일한 논리에 따라 헌법 제10조 위반 여부를 판단할 수 있을 것이다.

다. 아동 고유의 헌법적 접근에 기반한 이주구금제도의 위헌성 판단기준

1) 심사기준 ①: 아동에 대한 행정구금의 절대적 금지 원칙

앞서 살펴보았듯 ‘아동 최상의 이익 원칙’은 헌법상 아동권으로부터 파생되는 세부 원칙으로 인정될 여지가 있다. 그런데 아동 최상의 이익 원칙을 헌법상의 원칙으로 받아들인다면, 아동에 대한 행정구금은 언제나 헌법에 위반된다고 보는 것이 타당하다. 행정목적의 달성을 위한 아동구금은 언제나 아동 최상의 이익에 부합하지 않는다고 보아야 하기 때문이다. 같은 취지에서, 유엔 아동권리위원회는 여러 차례에 걸쳐서 아동 최상의 이익 원칙을 선언한 유엔 아동권리협약의 해석을 통해서 ‘행정목적 달성을 위한 아동구금은 언제나 아동 최상의 이익에 부합하지 않으며, 따라서 그 자체로 유엔 아동권리협약에 위배된다’고 판단한 바 있다.⁷⁸⁾⁷⁹⁾ 2017년에는 일반논평을 통해서 “모든 아동은 언제나 신체의 자유와 이주 구금으로부터 자유로울 권리를 갖는다. [...] 모든 유형의 아동 이주구금은 법으로 금지되어야 하며, 이러한 금지는 실제로 완전히 이행되어야” 한다고 명시하였다.⁸⁰⁾

한편, 헌법상 아동권의 주요내용 중 하나라고 볼 수 있는 ‘신체와 정신의 불가침성에 대한 특별한 보호의 요청’도 아동에 대한 행정구금의 절대적 금지 원칙을 뒷

78) UN Committee on the Rights of the Child, Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration, 28 September 2012.

www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2012/DGD2012ReportAndRecommendations.pdf

79) United Nations General Assembly, 「Global Study on Children Deprived of Liberty」, 11 July 2019, A/74/136. 제56항.

80) CMW and CRC, “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”, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 2017. 11. 16., paras. 5-13.

받침한다. 헌법상 아동권은 아동의 신체와 정신의 불가침성을 특별히 보호하기 때문에 이를 정면으로 침해하는 아동구금은 매우 좁은 범위에서만 헌법적으로 용인될 수 있는 것이다.

취약성에 따른 아동에 대한 헌법적 접근의 필요성도 아동에 대한 행정구금의 절대적 금지 원칙을 뒷받침한다. 아동은 구금에 더욱 취약하기 때문에 아동에 대한 구금은 원칙적으로 금지되는 것이다.

2) 심사기준 ②: 아동구금의 최후수단성 원칙

설령 아동에 대한 행정구금이 그 자체로 위헌이라고 볼 수 없다고 하더라도, 아동구금은 최후의 수단으로서만 허용될 수 있으며, 그렇지 않은 경우에는 헌법에 반한다는 원칙을 도출해낼 수 있다. 앞서 살펴본 아동의 헌법적 특수성에 비추어 보면, 신체의 자유를 제한할 때 통상적으로 따르는 헌법 제37조 제2항에 따른 헌법상의 제한보다도 더욱 엄격한 기준에 의해서 아동구금에 대한 위헌심사가 이루어져야 하는 것이다. 동일한 원칙은 앞서 살펴본 남아프리카공화국 헌법이나 유엔 아동권리협약⁸¹⁾에서도 재확인할 수 있다.

3) 심사기준 ③: 엄격한 심사기준을 적용한 과잉금지원칙

설령 아동에 대한 행정구금 금지의 원칙이나 아동구금의 최후수단성 원칙이 헌법상의 원칙으로 인정될 수 없다고 하더라도, ‘아동의 헌법적 특수성에 의해서 더욱 고양된 신체의 자유’에 비추어서 이주구금제도의 위헌여부에 대한 심사를 하여야 한다. 따라서 아동에 대한 이주구금제도가 과잉금지원칙에 반하는지를 심사할 때에

81) 유엔 아동권리협약 제37조

당사국은 다음의 사항을 보장하여야 한다.

가. 어떠한 아동도 고문 또는 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 아니한다. 사형 또는 석방의 가능성이 없는 종신형은 18세미만의 사람이 범한 범죄에 대하여 과하여져서는 아니된다.

나. 어떠한 아동도 위법적 또는 자의적으로 자유를 박탈당하지 아니 한다. 아동의 체포, 억류 또는 구금은 법률에 따라 행하여져야 하며, 오직 최후의 수단으로서 또한 적절한 최단기간 동안만 사용되어야 한다.

다. 자유를 박탈당한 모든 아동은 인도주의와 인간 고유의 존엄성에 대한 존중에 입각하여 그리고 그들의 연령상의 필요를 고려하여 처우되어야 한다. 특히 자유를 박탈당한 모든 아동은, 성인으로부터 격리되지 아니하는 것이 아동의 최선의 이익에 합치된다고 생각되는 경우를 제외하고는 성인으로부터 격리되어야 하며, 예외적인 경우를 제외하고는 서신과 방문을 통하여 자기 가족과의 접촉을 유지할 권리를 가진다.

라. 자유를 박탈당한 모든 아동은 법률적 및 기타 적절한 구조에 신속하게 접근할 권리를 가짐은 물론 법원이나 기타 권한있고 독립적이며 공정한 당국 앞에서 자신에 대한 자유박탈의 합법성에 이의를 제기하고 이러한 소송에 대하여 신속한 결정을 받을 권리를 가진다.

는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다.

4) 심사기준 ④: 고양된 아동의 절차적 권리를 고려한 엄격한 적법절차의 원칙

아동에게 피청취권과 절차적 참여권, 변호사조력권 등 절차권 권리에 대한 특별한 보호가 필요하다는 점은 아동의 헌법적 특수성 중에서 중요한 요소이다. 따라 아동에 대한 이주구금절차가 적법절차의 원칙에 위배되는지 여부를 판단할 때에는 아동의 고양된 절차적 권리를 고려하여 적법절차의 원칙이 보다 엄격하게 적용되어야 한다.

관련해서 유엔 아동권리협약과 유엔 「모든 이주노동자와 그 가족들의 보호를 위한 국제협약」(이하 ‘유엔 이주노동자권리협약’)은 ‘아동’⁸²⁾과 ‘이주아동’,⁸³⁾ ‘부모를 동반하지 않은 이주아동’,⁸⁴⁾ ‘구금된 아동’⁸⁵⁾에 대해서 각각 고양된 절차적 권리를 요구하고 있다. 이러한 협약의 내용들은 헌법상 아동의 고양된 절차적 권리를 구체화하는 대에도 중요한 잣대가 될 수 있다.

구체적인 내용을 살펴보면, 첫째, 유엔 아동권리협약은 아동의 절차적 권리를 특별히 강조하고 있다. 특히 “자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장”하여야 하고,⁸⁶⁾ “아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적·행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치되는 방법으로 주어져야 한다.”⁸⁷⁾ 그중에서도 ‘아동의 견해를 표시할 권리’를 더욱 강조하고 있습니다. 그리고 이러한 피청취권 규정은 유엔 아동권리협약의 일반원칙으로 이해되고 있다.⁸⁸⁾

이는 기본권을 제한하는 경우 반드시 당사자에게 자기 입장을 개진할 수 있는 기회를 보장해야 한다는 헌법상 적법절차의 원칙과도 일맥상통한다.⁸⁹⁾ 아동의 경우

82) 유엔 아동권리협약 제12조.

83) 유엔 이주노동자권리협약 제18조 제4항.

84) UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin, 1 September 2005, CRC/GC/2005/6, available at: <https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html> [accessed 18 March 2022].

85) 유엔 아동권리협약 제37조 라항.

86) 유엔 아동권리협약 제12조 제1항.

87) 유엔 아동권리협약 제12조 제2항.

88) UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, 20 July 2009, CRC/C/GC/12, para. 15, available at: <https://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html> [accessed 18 March 2022]. 이에 따르면, 유엔 아동권리협약 제12조가 규정하는 피청취권은 일반원칙에 해당하며, 당사국은 협약에 포함된 모든 다른 권리의 해석과 이행에 있어서 제12조가 지침이 되도록 노력해야 한다.

89) 헌법재판소 2000. 11. 30. 선고 99헌마624 결정 등.

자신의 권리를 파악해 온전하게 행사하거나, 자신이 요구할 수 있는 개선된 처우를 알아내 주장하는 것 등이 성인에 비해 용이하지 않으므로, 보다 엄격한 적법절차의 원칙이 적용되어야 하는 것이다.

관련해서 유엔 아동권리위원회는 일반논평을 통해서 아동의 피청취권에 대해서 아래와 같은 해석을 확립하였다.

- ✓ “보장해야 한다”는 당사국에 어떠한 재량의 여지도 남기지 않는 특별한 힘을 가진 법률용어이다. 따라서 당사국은 모든 아동을 위하여 피청취권을 완전히 이행하기 위해 적절한 조치를 취할 엄정한 의무를 지닌다.⁹⁰⁾
- ✓ 당사국은 자신의 견해가 청취되도록 하는 데 어려움을 겪는 아동을 위해서도 피청취권의 이행을 보장할 의무가 있다. 예컨대, 장애아동은 자신의 견해를 표현하는 데 필요한 의사소통 수단을 제공받고, 그것을 사용할 수 있어야 한다. 또한, 다수 인구의 언어를 구사하지 못하는 소수민, 선주민, 이주 아동 및 여타 아동에게도 자신의 견해를 표현할 권리가 있음을 인정하기 위해 노력해야 한다.⁹¹⁾
- ✓ [피청취권이 보장되어야 하는] 전형적인 행정절차에는 아동의 교육, 건강, 환경, 생활여건, 보호에 관한 결정 등이 포함된다.⁹²⁾
- ✓ 위협적이거나 적대적인 환경 또는 아동의 연령에 신경 쓰지 않거나 부적절한 환경 속에서는 아동의 견해가 효과적으로 청취될 수 없다. 따라서 절차는 접근이 용이하고 동시에 아동에게 적합해야 한다. 아동 친화적인 정보의 제공과 전달, 자기옹호를 위한 충분한 지원 [...중략...] 등에 특별한 관심을 기울여야 한다.⁹³⁾
- ✓ 대변할 기회는 “국내법의 절차규칙에 함치되는 방식으로’ 제공해야 한다. 이 구절을 아동의 피청취권 향유를 제한하거나 방해하는 절차법의 사용을 허용한다는 의미로 해석해서는 안 된다. 오히려 변호권 및 본인의 서류철에 접근할 권리와 같은 공정한 절차의 기본규칙을 준수할 것을 당사국에 권장한다.⁹⁴⁾
- ✓ 절차규칙이 지켜지지 않으면, 법원 또는 행정당국의 결정에 이의가 제기되어 결정이 반복 또는 대체되거나 추가적인 사법적 검토를 위해 반송될 수도 있다.⁹⁵⁾

90) UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, 20 July 2009, CRC/C/GC/12, para. 19.

91) Ibid., para. 21.

92) Ibid., para. 32.

93) Ibid., para. 34.

94) Ibid., para. 38.

✓ [위원회는] 이주·망명 절차 등에 관한 정보 등 모든 관련 정보를 아동이 이해할 수 있는 언어로 아동에게 제공해야 한다는 점을 강조한다.⁹⁶⁾

요컨대, 아동의 피청취권을 보장할 국가의 의무는 ▲ 다수 인구의 언어를 구사하지 못하는 이주 아동에게도 피청취권을 보장할 것, ▲ 변호권을 보장할 것, ▲ 본인의 서류철에 접근할 권리를 보장할 것, ▲ 아동이 이해할 수 있는 언어로 이주 절차 등에 관한 모든 정보를 제공할 것을 그 내용으로 한다.

둘째, 이주아동에 대해서는 다른 아동보다도 절차적 권리가 더욱 강조된다. 유엔 아동권리위원회와 유엔 이주노동자권리보호위원회는 공동 일반논평을 통해서, 국제이주의 맥락에 있는 모든 아동에게 “자신의 권리를 주장할 수 있는 권한을 부여하는 것이 더 없이 중요하[다]”며, “[아동은] 자신의 권리를 침해당한 경우, 아동 및 이주 문제에 전문 지식을 갖춘 전문가들로부터 아동친화적인 방식으로 조언을 듣고 대리인으로부터 조력을 받을 수 있어야 한다.”라고 강조하였다.⁹⁷⁾

위 공동 일반논평은 이주아동의 고양된 절차적 권리를 구체화하여, ▲ 절차의 모든 단계에서 의견을 피력하고 참여하며 무상으로 번역자 및 통역자의 조력을 받을 권리, ▲ 절차의 모든 단계에서 아동의 대리인 역할에 대한 훈련을 받았고 대리인 경험이 있는 변호인의 조력을 받고 대리인과 자유롭게 소통하며, 무료 법률 지원을 이용할 수 있는 권리, ▲ 절차 과정의 전반에 걸쳐, 자신의 후견인 및 법적 자문인과 함께, 자신의 권리에 대한 정보와 자신에게 영향을 미칠 수 있는 모든 관련 정보를 포함하여, 완전하게 정보를 제공 받을 권리” 등이 이주아동의 기본적 권리에 해당한다고 판단하였다.⁹⁸⁾

셋째, 부모를 동반하지 않은 이주아동의 경우에는 더더욱 철저한 절차보장이 이루어져야 한다. 유엔 아동권리위원회는 부모를 동반하지 않은 이주아동 부모를 동반하지 않은 이주아동에게 유엔 아동권리협약 제12조에 따른 ‘자신의 견해를 자유롭게 표시할 권리’가 더욱 중요하다는 점을 강조하면서, “동반되지 않거나 분리된 아동에 대하여 채택할 조치를 결정하는데 있어서”는 “필요한 경우에 절차의 모든 단계에서 통역이 제공되어야만 한다.”라고 유엔 아동권리협약상 아동의 절차적 권리를 구체화하였다.⁹⁹⁾

95) Ibid., para. 39.

96) Ibid., para. 124.

97) 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, available at: <https://www.refworld.org/docid/5a12942a2b.html> [accessed 18 March 2022].

98) Ibid., para. 17.

넷째, 구금된 아동에 대해서도 특별한 절차적 보장이 이루어져야 한다. 유엔 아동 권리협약은 “자유를 박탈당한 모든 아동은 법률적 및 기타 적절한 구조에 신속하게 접근할 권리를 가짐은 물론, 법원이나 기타 권한있고 독립적이며 공정한 당국 앞에서 자신에 대한 자유박탈의 합법성에 이의를 제기하고 이러한 소송에 대하여 신속한 결정을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다(제37조 라항). 구금된 아동의 특수성을 고려해서, 그 절차적 권리를 다시 한 번 강조하고 있는 것이다.

이러한 내용을 종합해보면, 아동에 대한 이주구금의 위헌 여부가 쟁점이 되고 있는 이 사건에서 적용되는 적법절차 원칙은 구체적으로 보았을 때 ① 절차의 모든 단계에서 통역을 제공할 것, ② 본인이 이해할 수 있는 언어로 본인이 처해있는 상황에 대해 설명할 것, ③ 본인에게 진술할 권리를 제공할 것, ④ 본인의 서류철에 접근할 권리를 보장할 것, ⑤ 구금에 대해 불복할 권리를 실질적으로 보장할 것, ⑥ 변호사의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장할 것을 의미한다고 보아야 한다.

라. 소결: 아동에 대한 이주구금제도의 위헌성

앞서 다.항에서 도출한 아동 고유의 헌법적 접근에 기반한 이주구금제도의 위헌성 판단기준에 비추어서 현행 이주구금제도의 위헌 여부를 살펴보겠다.

1) 심사기준 ① ‘아동에 대한 행정구금의 절대적 금지 원칙’ 위배

이 심사기준에 따를 때, 행정목적 달성을 위한 아동구금은 그 자체로 아동의 헌법상 권리를 침해한다. 따라서 이주구금의 구체적인 요건이나 절차와 무관하게 아동에 대한 이주구금제도는 헌법에 위배된다.

2) 심사기준 ② ‘아동구금의 최후수단성 원칙’ 위배

원칙과 금지가 뒤바뀐 현행의 법체계는 아동구금의 최후수단성 원칙에 위배된다. 출입국관리법은 강제퇴거의 사유가 인정되는 외국인에게 원칙적으로 강제퇴거명령과 보호명령을 내리도록 규정하고,¹⁰⁰⁾ 예외적으로 구금하지 않을 수 있도록 규정¹⁰¹⁾하고 있으며, 이는 아동의 경우에도 마찬가지이다. 아동에 대한 행정구금이

99) UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin, 1 September 2005, CRC/GC/2005/6, para. 25., available at: <https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html> [accessed 18 March 2022].

100) 출입국관리법 제46조 제1항, 제59조 제2항, 제63조 제1항.

그 자체로 위헌이 아니라고 하더라도 이는 어디까지나 예외로서만 인정될 수 있으므로, 아동에 대한 비구금을 원칙으로 정하고 예외적인 경우에만 강제퇴거명령 및 보호명령을 내릴 수 있다고 규정하여야만 위헌을 면할 수 있다.

3) 심사기준 ③ ‘엄격한 심사기준을 적용한 과잉금지원칙’ 위배

현재의 아동에 대한 이주구금제도는 엄격한 심사기준을 적용한 과잉금지원칙에 위배된다. ‘강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 아동(출입국관리법 제2조 제11호)’을 출국시키기 위해서 반드시 아동에게 극히 침익적인 구금을 수반하게 되는 강제퇴거명령 및 보호명령을 하여야 하는 것은 아니다. 동일한 행정목적은 달성할 수 있는 덜 침해적인 수단이 존재한다.

먼저, 강제퇴거명령 및 보호명령을 내리는 대신, 출국명령이나 출국권고로써 비구금적 상황에서 해당 아동의 출국을 강제하는 것이 가능하다. 같은 취지에서 국가인권위원회도 비구금적 대안이 적극적으로 시행되어야 한다고 권고한 바 있다.¹⁰²⁾

또한 외국인보호시설에 구금을 하는 대신 출국 요건이 구비될 때까지 주거지를 제한하거나 주거지에 대하여 정기적으로 보고하는 방법도 있다. 신원보증인을 지정하거나 적정한 보증금을 내도록 할 수도 있고, 감독관 등을 통하여 이들을 지속적으로 관찰 및 감독하는 것도 가능하다. 출입국관리법이 규정하고 있는 ‘활동범위 제한제도’도 고려해볼 수 있다.¹⁰³⁾ 이에 따르면, 법무부장관은 공공의 안녕질서나 대한민국의 중요한 이익을 위하여 필요하다고 인정하면 대한민국에 체류하는 외국인에 대하여 거소 또는 활동의 범위를 제한하거나 그 밖에 필요한 준수사항을 정할 수 있다.

한편, 덜 침해적인 수단이 존재한다는 점은 비교법적으로도 확인이 가능하다. 해외의 각국은 아동에 대한 이주구금 대신 대안적 수단을 택하고 있다. 독일에서는 거주지를 제한하는 것으로 구금을 대신하고 있다. 대신 1주일에서 11일 정도의 단기간만 체류자격을 부여하고 매 기간마다 체류자격을 갱신하도록 한다. 스웨덴에서는 이민국이나 경찰의 감독을 받을 것을 전제로 구금하지 않을 수 있다. 이 경우 가까운 경찰서나 이민국에 정해진 시간에 보고하는 것으로 감독명령을 이행할 수 있다. 멕시코의 경우에도 정기적인 보고의무를 부여하고 구금을 하지 않도록 하고

101) 출입국관리법 제67조, 제68조는 일정한 요건 하에서만 구금을 수반하지 않는 출국명령이나 출국권고를 내릴 수 있다고 규정하고 있다.

102) 국가인권위원회 2019. 1. 16.자 결정, ‘2018년도 외국인보호소 방문조사에 따른 권고’, 국가인권위원회 2019. 8. 29.자 19진정0117700·19진정0214900(병합) 결정. 특히 아동에 대해서는 국가인권위원회 2009. 12. 28.자 09진인2790 결정.

103) 출입국관리법 제22조.

있다.¹⁰⁴⁾

그 외에도 아동구금에 있어 보호기간의 상한이 존재하지 않는다는 점, 분리수용 원칙에 위배하여 성인과 아동을 함께 수용하고 있고 아동의 교육받을 권리를 박탈하고 있는 등 구금된 아동에 대한 처우가 지극히 침익점이라는 점에 비추어보더라도, 현재의 아동에 대한 이주구금제도는 엄격한 심사기준을 적용한 과잉금지원칙에 위배된다.

4) 심사기준 ④ ‘고양된 아동의 절차적 권리를 고려한 엄격한 적법절차의 원칙’ 위배

앞서 ‘고양된 아동의 절차적 권리를 고려한 엄격한 적법절차의 원칙’이 ① 절차의 모든 단계에서 통역을 제공할 것, ② 본인이 이해할 수 있는 언어로 본인이 처해있는 상황에 대해 설명할 것, ③ 본인에게 진술할 권리를 제공할 것, ④ 본인의 서류철에 접근할 권리를 보장할 것, ⑤ 구금에 대해 불복할 권리를 실질적으로 보장할 것, ⑥ 변호사의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장할 것을 의미한다고 살펴본 바 있다. 현재재의 아동에 대한 이주구금제도는 이러한 기준을 충족시키지 못하므로, 적법절차의 원칙에 위배된다.

먼저, 단속 및 구금 과정에서 통역이 제공되는 경우는 거의 없다. 단적으로 이 사건의 당사자도 긴급보호처분에서 강제퇴거명령 및 보호명령, 화성외국인보호소로의 이송에 이르는 일련의 절차에서 통역을 제공받지 못하였다. 실태조사에서도 “단속 및 구금과정에서 출입국사범 심사, 당사자 신문절차 등을 통해 의사를 표명하거나 해명할 기회가 있었는지 질문하였는데, 참여자 모두 통역이 없어 의견을 전달할 수 없었[다.]”라는 점이 확인된 바 있다.¹⁰⁵⁾

다음으로 본인이 처해있는 상황에 대한 설명도 제대로 이루어지지 않고 있다. 앞서 살펴보았던 통역이 제공되고 있지 않기 때문이다. 처분절차에서 강제퇴거명령서와 보호명령서가 교부되고, 심사결정통고서에 당사자의 서명을 받지만, 그 양식은 국문 및 영문으로만 기재되어 있고 그 내용은 국문으로만 작성된다.¹⁰⁶⁾ 단속(긴급보호)을 할 때 제시하는 ‘미란다원칙 등 고지문’도 국문과 영문으로만 준비되어 있

104) 이상 김종철, “이주아동 구금 보고서 - 이주아동 구금 근절과 구금 대안을 향하여”, 2016. http://www.w4refugee.org/board/bbs/board.php?bo_table=2_manual&wr_id=44&page=7&wr_1

105) 자유박탈에 대한 한국 실무그룹, 전개서, 60-62면.

106) 출입국관리법 시행규칙 [별지 제95호서식](보호명령서 양식), 같은 법 시행규칙 [별지 제104호서식](보호사항 변경통지서 양식), 같은 법 시행규칙 [별지 제110호서식](강제퇴거명령서 양식), 같은 법 시행규칙 [별지 제109호서식](심사결정서 양식), 같은 법 시행규칙 [별지 제142호서식](출입국사범 심사결정 통고서 양식) 각 참조.

다.107) 결국 국문과 영문을 모르는 이주아동으로서는 본인이 처해있는 상황에 대해서 어떠한 설명도 듣지 못하게 된다. 실태조사에서도 ‘본인이 이해할 수 있는 언어로 본인이 처해있는 상황을 설명받지 못했다’는 점이 여러 차례 확인되었다.108)

또한 아동의 진술할 권리도 보장되지 않고 있다. 출입국관리법은 강제퇴거 대상자로 의심이 되는 외국인에 대한 신문을 임의 규정으로 정하고 있기 때문이다.109) 신문을 할 것이지 여부는 출입국관리공무원의 재량에 맡겨져 있고, 그 결과 실무에서 강제퇴거명령 및 보호명령을 내리기 전에 신문을 하는 경우는 적으며, 대부분은 신문절차를 생략하고 처분을 내린다. 이 사건의 당사자도 신문을 받지 못한 채 구금되었다. 실태조사에서도 “출입국사범심사, 당사자 신문절차 등을 통해 의견을 전달할 수 없었다.”라는 사실이 확인되었다.110)

본인의 자료에 대한 접근권도 보장되지 않고 있다. 출입국관리법은 강제퇴거명령과 보호명령의 과정에서 용의사실 인지보고서,111) 용의자신문조서,112) 참고인 진술조서,113) 제3자가 제출한 서류,114) 제출된 서류 및 물건의 제출물목록,115) 심사결정서,116) 출입국사범 심사결정통고서117) 등의 문서를 남길 것을 규정하고 있으나, 구금 당한 아동으로서는 이러한 자료에 접근하는 것이 제한된다. 출입국관리법이 이러한 자료를 당사자에게 교부하거나 제시하도록 규정하도록 규정하고 있지 않으며,118) 열람·등사권도 규정하고 있지 않기 때문이다. 나아가, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」도 외국인의 정보공개청구권을 제한하고 있다.119) 설령 이주아동이 정보공개청구권자로 인정받을 수 있다고 하더라도, 미성년자로서 직접 정보공개청구를 하는 것은 사실상 불가능하다.

나아가, 불복절차에 대한 설명이 불충분하여 불복할 권리가 실질적으로 보장되고 있지 않다. 강제퇴거명령 및 보호명령을 받은 이주아동은 각 처분에 대한 이의신청,

107) 「출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙」(법무부 훈령 제1003호) [별지 2] 미란다 원칙 등 고지문.

108) 자유박탈에 대한 한국 실무그룹, 전게서, 64면.

109) 출입국관리법 제47조 제1항.

110) 자유박탈에 대한 한국 실무그룹, 전게서, 60면.

111) 출입국관리법 시행령 제57조.

112) 출입국관리법 제48조 제1항.

113) 출입국관리법 제49조 제2항, 제48조 제3항.

114) 출입국관리법 시행령 제61조.

115) 출입국관리법 시행령 제62조.

116) 출입국관리법 시행령 제72조.

117) 출입국관리법 시행령 제104조 제3항.

118) 예외적으로, 용의자신문조서나 출입국사범 심사결정통고서는 당사자가 날인을 하도록 되어 있어서 당사자가 날인 시에 그 내용을 확인할 수 있지만, 그 문서를 계속해서 보유할 수는 없다. 더구나 이 과정에서 충분한 통·번역이 제공되지 않으므로, 한 번 보고 날인하는 것만으로 자료접근권이 보장되었다고 볼 수는 없다.

119) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제5조 제2항, 같은 법 시행령 제3조.

행정소송, 행정심판 등을 통해서 불복할 수 있는데, 이에 대한 설명이 제대로 이루어지지 않고 있는 것이다. 불복절차를 ‘아동이 이해할 수 있는 방법’으로 구두설명하지 않고 있으며, 강제퇴거명령서나 보호명령서에는 불복절차에 관한 사항이 국문 및 영문으로만 기재되어 있다. 실태조사에서도 “이주아동이 이의신청 등을 할 수 있다는 안내를 전혀 받지 못했다.”라는 사실이 확인되었고,¹²⁰⁾ 외국인보호소에는 이의신청 안내문이 한국어, 영어, 중국어로만 기재되어 있음이 밝혀졌다.¹²¹⁾(참고자료 1, 175~178쪽).

3. 헌법재판에서의 국제인권규범의 의미와 이주구금제도의 위헌성¹²²⁾

가. 헌법 재판의 재판규범 혹은 헌법의 해석기준으로서의 국제법규

헌법재판과 국제법규의 관계를 규정하기 위해서는 먼저 국내법적 접근과 국제법적 접근의 차이를 인식하고, 그 간극을 좁혀 통합적으로 접근하기 위한 모색이 필요하다. 그리고 조약이 국내법의 질서 내 어떤 효력을 가지는 규범인가의 문제는 조약이 헌법재판에 재판규범 또는 헌법의 해석 기준이 될 수 있는지에 대한 문제는 구별되어야 한다. 국제법적으로 한 국가가 절차에 따라 조약에 가입·비준하면 헌법을 포함한 국내법 규정 내용에도 불구하고 조약을 이행할 법적 의무를 지는¹²³⁾ 반면, 국내법에 따르면 조약은 헌법에 위배될 수 없기 때문이다.¹²⁴⁾

조약, 특히 국제인권조약의 경우 헌법의 기본권 조항들에 규정된 ‘법률’의 내용을 구성하는 경우, 예를 들어 헌법 제12조 제1항, 제27조 제1항, 제37조 제2항 등 기본권의 구체화적 법률유보의 내용을 구성한 경우 간접적으로 헌법 해석의 기초가 된다. 나아가, 세계인권선언에서 선언된 인권을 포함하여 “개인이 가져야만 하는 기본적 자유와 권리를 구체적으로 규정”한 주요 국제인권조약은 “인간의 존엄과 가치를 보호하기 위하여 인권이 단순한 국내 문제가 아니라 전세계적으로 보장되도록 하여야 한다는 당위성”에서 등장한 것으로, 그 내용의 대부분이 “우리 헌법상 보장된 기본권 목록과 일치”하므로 단순히 법률상 효력을 가지는 것이 아니라 헌법적 차원의 효력을 가지는 것으로 보아야 한다는 견해도 상당수 존재한다.¹²⁵⁾

120) 자유박탈에 대한 한국 실무그룹, 전거서, 60면.

121) 대한변호사협회, 외국인보호소 실태조사 결과 보고서 (2015), 175-178면.

122) 본 절의 내용은 이 사건 제청신청인 측 대리인단이 위헌법률심판 사건에서 제출한 2021. 5. 31.자 의견서 및 본 발제자가 공동집필자로 참여한, 김진 외 4(2020)의 내용을 토대로 이를 수정, 보완한 것이다.

123) 조약법에 관한 비엔나협약 제27조 (국내법과 조약의 준수) 어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니 된다.

124) 헌법 부칙 제5조 이 헌법 시행 당시의 ... 조약은 이 헌법에 위배되지 않는 한 그 효력을 지속한다.

이에 대해서 헌법재판소는 국제인권조약의 직접적인 재판규범성을 인정하지 않고, 다만, 헌법재판소는 국제인권조약을 헌법해석의 참고자료로서 검토하고, 심판대상 규정 등의 헌법위반 여부를 판단하면서 국제인권조약 위반 여부도 부수적으로 함께 판단하거나, 심판대상 규정이 국제법 준종의 원칙을 위반하였는지 여부를 판단하기 위하여 국제인권조약 위반을 검토하는 방식으로, 국제인권조약을 간접적으로 사용하고 있다.¹²⁶⁾ 한편, 양심적 병역거부 사건에서 대법원의 제2다수보충의견은 “자유권규약은... 헌법 제6조 제1항의 규정에 따라 국내법적 효력을 가지며, 그 효력은 적어도 법률에 준한다”고 판시함으로써 자유권규약이 법률 상위적 효력을 가질 수도 있는 가능성을 긍정하는 듯한 표현을 사용하였으나,¹²⁷⁾ 표현상의 불명확성으로 인하여 그 의미를 단정하기는 힘들다.¹²⁸⁾

국제인권조약이 헌법재판의 재판규범에 해당하는지 여부는, ① 헌법 해석의 기준이 되고 헌법재판규범성이 인정되는 헌법 전문의 “항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지”한다는 국제협조주의,¹²⁹⁾ ② 헌법 제6조 제1항과 「조약법에 관한 비엔나협약」 제27조 등의 국제법 존중주의,¹³⁰⁾ ③ “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”는 헌법 제10조 후문과 헌법 제37조 제1항의 국가의 기본권 확인 및 보장 의무에 비추어서 판단될 필요가 있다. 앞서 살펴본 헌법의 규정들에 비추어 보았을 때, 국제인권조약은 헌법재판의 재판규범이 될 수 있으며, 적어도 헌법의 해석기준의 성격을 가진다고 볼 수 있다.

나. 이주구금제도에 관한 국제인권법의 일반원칙

1) 개관

인신의 자유는 인간의 존엄을 보존하기 위해 보장해야 하는 가장 기본적인 권리이다. 이는 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)에 가장 먼저 등장

125) 이명용, “국제인권법과 헌법재판”, 저스티스 제83권, 2005, 183-184면. 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇가지 고찰”, 법조 제56권 제6호, 2007. 6., 151면.

126) 전종익, “헌법재판소의 국제인권조약 적용”, 저스티스 제171권 제2호, 2019. 2., 507-537면.

127) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 판결.

128) 연구책임자 이해영, “법원의 국제인권조약 적용 현황과 과제”, 사법정책연구원, 2020. 3., 5면.

129) 헌법재판소 1992. 3. 13. 선고 92헌마37등 결정.

130) 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정. “국제연합(UN)의 “인권에 관한 세계선언”은 법적 구속력을 가진 것은 아니고, 우리나라가 아직 국제노동기구의 정식회원국은 아니기 때문에 이 기구의 제87호 조약 및 제98호 조약이 국내법적 효력을 갖는 것은 아니지만(헌법 제6조 제1항, 위 87호 조약 제15조 제1항, 98호 조약 제8조 제1항 참조), 다년간 국제연합교육과학문화기구의 회원국으로 활동하여 오고 있으며, 국회의 동의를 얻어 국제연합의 인권규약의 대부분을 수락한 체약국으로서 위 각 선언이나 조약 또는 권고에 나타나 있는 국제적 협력의 정신을 존중하여 되도록 그 취지를 살릴 수 있도록 노력하여야 함은 말할 나위도 없다.”

하는 실체적 권리로, 세계인권선언은 “모든 사람은 생명과 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다.” 그리고 “어느 누구도 자의적으로 체포, 구금 또는 추방되지 아니한다.”고 규정하여(제3조, 제9조) 인신의 자유 보호의 중요성을 강조하고 있다. 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 “자유권규약”)」 역시 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다고 명시하고 있다(제9조). 자유권규약은 이어 “누구든지 자의적으로 체포되거나 또는 억류되지 않는다. 어느 누구도 법률로 정한 이유 및 절차에 따르지 않고는 그 자유를 박탈당하지 않는다.”고 명시하며, 신체의 자유와 안전의 권리 보장을 위한 ‘자의적 구금의 금지 원칙’을 규정하고 있다.

자유권규약의 이행 감독기구인 자유권규약위원회(Human Rights Committee)는 자유권규약 제9조에 대한 일반논평 제35호를 통해 ‘자의적 구금’을 일반적인 불법 구금 또는 체포보다 더 넓은 개념으로, ‘부적절함, 불공정함, 예측 가능성의 부재, 적법절차의 결여, 합리성과 필요성의 부존재, 비례의 원칙 위반’ 등이 포함된다고 정의하였다.¹³¹⁾ 그리고 위 일반논평에 따르면, 이주구금이 그 자체로 자의적 구금인 것은 아니나, 외국인의 이주를 사유로 한 자유박탈을 정당화하기 위해서는 합리성과 비례성을 갖추어야 하고, 구금이 장기화될 경우 구금이 자의적인지 여부를 정기적으로 심사 받을 수 있어야 한다.¹³²⁾

최근 국제이주에 대한 최초의 정부 간 합의문인 「안전하고, 질서있고 정규적인 이주를 위한 글로벌 컴팩트(Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, 이하 “이주 글로벌컴팩트”)」는 (i) 이주구금을 오직 최후의 수단으로만 사용하고 비구금적인 대안을 우선시할 것, (ii) 개별적 평가에 기반하여 비례의 원칙에 부합하게 이주구금이 이루어지도록 할 것, (iii) 적법절차의 원칙과 절차적 안전장치를 준수할 것, (iv) 피구금자의 사법접근권을 보장할 것, (v) 구금기간을 최소화할 것, (vi) 피구금자의 처우를 보장할 것을 규정하여, 이주구금에 관한 국제인권법의 원칙을 재확인하였다.¹³³⁾

이와 같이 일련의 국제인권규범이 규정하고 있는 ‘자의적 구금의 금지 원칙’ 등 구금에 관한 국제인권법상의 원칙은 그 내용을 아래의 다섯 가지 원칙으로 요약할 수 있다.

131) Human Rights Committee, 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, para 12.

132) Human Rights Committee, 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 12, 18.

133) Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, formally endorsed by the United Nations General Assembly on 19 December 2018, objective 13.

- ① 구금 기간의 상한을 마련하여 구금 기간을 예측 가능하도록 할 것
- ② 구금을 합리적인 목적과 비례의 원칙에 따라 집행할 것
- ③ 구금 관련 절차를 법에 명시하고, 독립된 기관이 정기적으로 심사하도록 할 것
- ④ 구금 시 피구금자에 대한 인간적인 처우를 보장할 것
- ⑤ 아동의 구금은 원칙적으로 금지할 것

위의 다섯 가지 ‘일반원칙’은 이주구금제도에 대해서도 마찬가지로 적용된다.¹³⁴⁾ 아래에서는 이주구금의 맥락에서 위 일반원칙들의 구체적인 내용을 차례로 살펴보겠다.

2) 이주구금에 관한 국제인권법의 일반원칙 ①: 기한의 상한 없는 구금의 금지

기한의 상한을 정하지 않은 인신의 구속은 그 종료 시기의 예측을 불가능하게 한다. 나아가, 이는 피구금자의 정신적·육체적 건강에 해를 끼칠 수 있다. 이에 유엔 인권위원회(UN Commission on Human Rights)의 자의적 구금에 관한 실무그룹(Working Group on Arbitrary Detention)은 무기한 구금 금지의 원칙을 확립하였다.¹³⁵⁾ 이러한 원칙은 이주구금제도에 동일하게 적용된다. 자의적 구금에 관한 실무그룹도 “이주민에 대한 모든 형태의 구금은 최소한의 기간 동안만 이뤄져야 하며, 구금의 상한 기간은 국내 입법을 통해 달성하여야 한다”고 강조한 바 있다.¹³⁶⁾

유럽에서는 1998년 유럽인권재판소가 유럽인권협약 제5조를 인용하며 무기한 구금은 자의적 구금에 해당한다고 판시한 이래,¹³⁷⁾ 지침(Directive)을 통해 구금 기간의 상한 설정에 대해 참고할 만한 입법례가 제시되어 있다. 유럽연합이 2008년 채택한 「제3국 이주민의 미등록 체류로 인한 송환에 관한 유럽연합 당사국의 기준과 절차에 관한 지침」은 유럽연합 회원국에서 이뤄지는 이주민에 대한 행정 및 사법적 구금의 최대 기간이 6개월을 넘을 수 없고, 행정적으로 지연될 경우에도 추가로 12월까지만 연장할 수 있다고 정하고 있다.¹³⁸⁾

134) 예컨대, 자유권규약위원회는 일반논평 제35호를 통해서 신체의 자유에 관한 자유권규약 제9조의 규정이 외국인, 난민, 비호신청자, 무국적자, 이주노동자에게도 동일하게 적용되고, 형사절차에만 적용되는 자유권규약 제9조 제2항의 일부 및 제3항을 제외하고는 자유권규약 제9조가 자유를 박탈당한 모든 사람에게 적용되며, 여기서 자유의 박탈은 행정구금도 포함한다는 점을 분명히 하고 있다. Human Rights Committee, 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 3-5.

135) United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Working Group on Arbitrary Detention, Report of the Working Group, E/CN.4/2000/4, (28 December 1999).

136) United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Working Group on Arbitrary Detention, Report of the Working Group, A/HRC/39/45, (2 July 2018).

한편, 국제인권법은 난민의 경우에는 구금기한의 상한을 둘 필요성을 더욱 강조하고 있다. 난민은 본국으로 돌아갈 경우 그 생명이나 자유가 위협받을 우려가 있어 본국으로 귀환하는 방법으로 구금상태에서 해제될 수 없으므로, 구금기한의 상한을 두지 않는다면 구금이 무기한 지속될 수 있기 때문이다. 이러한 취지에서 유엔난민기구의 「구금에 관한 지침(Detention Guidelines)」은 “비호신청자¹³⁹⁾ 구금의 상한 기간이 법률에 부재하다면 이는 해당 법률의 타당성에 문제가 있는 것이므로, 최장 구금기간은 법으로 정해져야 하며, 출입국 관리 목적으로 이루어지는 비호신청자에 대한 사실상 무기한적 구금은 국제인권법상 ‘자의적인 구금’에 해당”함을 분명히 하였다.¹⁴⁰⁾

3) 이주구금에 관한 국제인권법의 일반원칙 ②: 합리적 필요성과 비례성의 원칙

자유권규약위원회에 따르면, 합리성과 필요성, 비례성이 결여된 구금은 자의적 구금에 해당한다.¹⁴¹⁾ 자의적 구금 금지의 원칙에서 파생되는 ‘이주구금에 관한 합리적 필요성과 비례성의 원칙’은 그 구체적인 내용을 (i) 구금을 최후의 수단으로서만 택해야 하며 비구금적 대안을 우선시하여야 한다는 점, (ii) 구금대상자의 구체적인 상황을 고려한 개별적 심사에 기반하여 필요성과 비례성을 심사하여야 한다는 점, (iii) 엄격한 요건 하에서만 구금의 필요성을 인정하여야 한다는 점으로 요약할 수 있다.

먼저 구금의 최후수단성과 비구금적 대안의 필요성에 대해 살펴보면, 「비구금 조치에 관한 유엔 최소표준규칙(United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures)」은 자유가 원칙이어야 하며, 구금은 이에 대한 예외여야 함을 분명하게 규정하고 있다. 같은 취지에서 이주 글로벌컴팩트도 이주구금에 대한 비구금적 대안을 우선시 하여야 할 것을 규정하고 있다.¹⁴²⁾

구금대상자의 구체적인 상황은 특히 비호신청자의 경우에 중요하게 고려되어야 한

138) 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, article 15.

139) 여기서 비호신청자란 ‘난민의 지위에 관한 협약과 난민의 지위에 관한 의정서상의 난민의 정의에 따라 난민 지위를 신청한 자와 보완적, 부차적, 혹은 일시적 형태의 보호를 받고자 하는 자를 통칭한다. 비호신청자는 난민지위 등의 심사절차, 형식심사, 사전심사 또는 기타 유사한 절차를 통해 그 신청을 심사받는 이들을 포함한다. UNHCR, Detention Guidelines: Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention, 2012, 참조.

140) UNHCR, Detention Guidelines: *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention*, 2012.

141) Human Rights Committee, 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, para 12.

142) Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, formally endorsed by the United Nations General Assembly on 19 December 2018, objective 13.

다. 비호신청자는 난민사유 등에 관한 주장에 대해서 최종 결정이 나올 때까지는 추방의 대상이 아니기 때문에 보호 절차가 진행 중일 때 추방을 이유로 비호신청자를 구금하는 것은 국제인권법에 반하기 때문이다.¹⁴³⁾ 추방 목적의 구금은 최종심사가 이루어져 비호신청이 기각된 이후에만 이루어질 수 있으며, 다만 특정 비호신청자가 추방을 지연시킬 목적으로 비호신청하는 등의 사정이 있는 경우에는 구금이 정당화될 여지가 있다.¹⁴⁴⁾

구금의 필요성에 관한 요건과 관련해서, 유럽연합은 ‘이주민에 대한 구금은 그 목적은 송환이나 추방의 행정집행을 확보하기 위함이고, 이를 위해 오직 도주의 위험이 있거나, 체류자격 신청이 명백히 이유없거나 허위 신청을 이유로 체류자격 신청이 기각된 경우, 또는 공공질서나 국가안보에 위협이 되는 경우에만 이주민에 대한 구금이 가능하다’는 내용으로 목적의 합리성과 비례성 원칙의 구체적 요건을 정하고 있다.¹⁴⁵⁾ 따라서 설사 이주민이 불법적인 경로로 입국했다 하더라도 이러한 사정만으로 구금의 필요성을 입증할 수 없다. 특히 위법하게 입국한 비호신청자의 경우, 그들의 입국을 문서화하고, 그들의 주장을 기록하며, 신원을 확인하기 위해 입국 초기의 짧은 기간 동안 구금하는 것은 허용될 수 있으나, 그 이상으로 구금하는 것은 국가안보에의 위험 등 해당 비호신청자에게 특별한 이유가 없는 이상 자의적 구금에 해당한다.¹⁴⁶⁾ 자유권규약위원회는 불법적인 경로로 입국해 비호신청한 캄보디아의 난민 가족이 호주 정부를 상대로 제기한 자의적 구금에 대한 손해배상 소송에서 자유권규약 제9조를 적용하여, “불법으로 입국한 이주민이라도 불법 입국, 미등록 체류의 사실만으로는 구금의 필요성이 충족됐다고 볼 수 없다”고 명시하며, “도주 가능성이 명백하거나 국가 기능에 비협조적인 것이 명백한 경우에만 구금의 합리성과 필요성이 인정된다”고 판단하였다.¹⁴⁷⁾

4) 이주구금에 관한 국제인권법의 일반원칙 ③: 독립된 기관에 의한 구금의 정기적 심사

143) UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention*, 2012, para 33.

144) UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-seekers and Alternatives to Detention*, 2012, para 33.

145) 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, article 15.

146) Human Rights Committee, 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, para 18.

147) A. v. Australia, CCPR/C/59/D/560/1993, UN Human Rights Committee (HRC), 3 April 1997, available at: <https://www.refworld.org/cases,HRC,3ae6b71a0.html>

자유를 박탈당한 사람은 누구든지 법원이 자유박탈의 합법성을 지체없이 결정하고, 역류가 합법적이 아닌 경우에는 석방을 명령할 수 있도록 하기 위하여 법원에 절차를 취할 권리를 가진다(자유권규약 제9조제4항). 특히 행정 구금에 대해서는 신속하고 정기적인 사법 심사 내지 사법부와 동일한 정도의 독립성과 공정성을 갖춘 기관에 의한 심사가 이루어져야 한다. 미주인권협약 제7조, 유럽인권협약 제5조 등도 구금 시 법원에 의하여 지체 없이 구금의 적법성 심사를 받을 수 있는 피구금자의 권리를 규정하고 있다.

자유권규약위원회는 일반논평 제8호를 통해 인신 구속에 대해 법원이 적법성 여부를 심사하는 제도적 장치들은 형사사건이나 행정사건 중 개인의 자유를 박탈하는 모든 경우에 적용된다고 강조했다.¹⁴⁸⁾ 따라서 만약 정부부처의 장관 등에 의한 심사 및 이의제기로 법원의 적법성 심사를 갈음하는 경우, 이는 자의적 구금을 금지한 자유권규약을 위반하는 사례에 해당될 수 있는 것이다. 실제로 자유권규약위원회는 *Torres v. Finland*¹⁴⁹⁾ 사건에 대한 논평을 통해 핀란드 내무부가 구금의 적법성 심사와 보호 여부를 심의 및 결정하는 것은 그 조치가 어느 정도 수준을 유지하더라도 자유권규약 제9조를 위반한 것이라고 판단하였음을 밝혔다. 핀란드는 이 사건 이후 관련법을 개정하여, 이주민에 대한 행정 구금 시 지체없이 법원의 심사를 받도록 하였다.

자유 박탈의 적법성 심사를 받을 권리는 단순히 형식적으로만 제시되어서는 안 되며, 실효적으로 행사가 가능해야 한다. 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 이뤄지도록 할 것”을 제시하고 있다.¹⁵⁰⁾ 구금을 통한 신체적 자유 제한을 정당화했던 사유들이 시간이 지남에 따라 소멸할 가능성이 있으므로, 법원에 의한 계속된 심사 기회가 확보되어야만 피구금자의 실효적 구제 수단을 마련할 수 있기 때문이다. 즉, 유럽인권재판소에 의하면, 수년 동안 이루어진 미결 구금에 대한 법원의 적법성 심사가 한 번밖에 없었거나, 구금 최초 결정 후 그 구금을 적법성 심사에서 면제되는 것으로 해석하는 등 구금의 적법성에 대해 주기적으로 심사를 받지 못하는 경우에는 유럽인권협약 제5조의 대상과 목적에 반하게 된다. 또한, 유럽인권재판소는 자유권규약 제9조와 유럽인권협약 제5조가 이야기하는 ‘신속하고 지체없는 구속 심사’는 미결구금이 엄격하게 제한된 기간 동안만 이뤄지는 것을 전제로 하고 있으므로, 적법성 심사가 짧은 기간 내에 신속하게

148) Human Rights Committee, International Covenant on Civil and Political Rights General Comment No. 8: Article 9 (Right to Liberty and security of person), 30 June 1982.

149) *Torres v. Finland*, CCPR/C/38/D/291/1988, UN Human Rights Committee (HRC), 5 April 1990.

150) European Court of Human Rights, *Koendjibiharie v the Neatherlands*, No. 11487/85, judgement of 26 October 1990.

이뤄져야 한다고 판단한 바 있다.¹⁵¹⁾

자유권규약위원회도 어떤 형태의 구금이든 구금을 계속하는 것의 정당성에 관하여 주기적인 재평가가 이루어지지 않는다면 그것은 자의적 구금임을 분명히 하고 있으며,¹⁵²⁾ 자의적 구금에 관한 실무그룹도 이주구금의 적법성에 관한 심사는 주기적이어야 함을 강조하고 있다.¹⁵³⁾

5) 이주구금에 관한 국제인권법의 일반원칙 ④: 피구금자의 기본권 처우 보장

모든 사람은 자유를 박탈당한 상황에서도 인간으로서의 존엄성을 보장받아야 한다. 이때, 인간의 존엄성 보장은 물질적 최저수준을 넘어 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있는 권리를 의미하며, 자유박탈 상황은 개인이 인간다운 생활을 향유할 권리에 영향을 미쳐서는 안 된다. 이러한 취지에서 자유권규약은 “자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급된다”고 규정하고 있으며, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. 이하 “사회권규약”)은 “연령, 법적 지위를 불문하고 모든 사람의 적절한 생활 수준을 누릴 권리와 이를 지속적으로 향유할 수 있는 권리”를 보장하고 있다.

유엔 총회가 채택한 「피구금자 처우에 관한 최저기준 규칙(Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)」(이하 “유엔 최저기준규칙”)은 위의 원칙을 보다 구체화하여 자유를 박탈당한 모든 사람들에게 보장되어야 할 개인위생, 건강과 의료서비스에 관한 기준을 규정하고 있다.

구체적으로 살펴보면, 국제인권법은 과밀수용, 개인위생, 의복 및 침구, 보건의료서비스, 운동, 외부와의 통신, 구금시설 내 징벌, 청원 및 진정에 관한 일정한 처우기준을 두고 있다.¹⁵⁴⁾

6) 이주구금에 관한 국제인권법의 일반원칙 ⑤: 아동 구금의 금지

유엔 아동권리협약은 아동과 관련된 모든 활동에 있어 아동 최상의 이익이 최우선

151) European Court of Human Rights, *Barnowski v Poland*, No. 28959/95, judgement of 28 March 2000.

152) Human Rights Committee, 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, para 12.

153) UN Working Group on Arbitrary Detention, Revised Deliberation No. 5 on Deprivation of Liberty of Migrants, 2018, paras. 13-14.

154) 이에 관하여서는 김진 외 4, 전게서 참조.

적으로 고려되어야 함을 강조한다(제3조). 또한, 제37조를 통해 특히 구금을 포함한 아동의 자유박탈은 최후의 수단으로만 사용되어야 한다고 명시하고 있다. 아동권리협약 제37(b)조는 아동의 구금에 대해 엄격한 제한을 두고 있는데, “어떠한 아동도 위법적 또는 자의적으로 자유를 박탈당하지 아니 한다”라는 자유권규약 제9조의 자의적 구금 금지와 유사한 일반적 규범에 이어 “아동의 체포, 억류 또는 구금은 법률에 따라 행해져야 하며, 오직 최후의 수단으로서 또한 적절한 최단기간 동안만 사용되어야 한다”고 규정하였다. 이 때, “최후의 수단”이란 아동의 자유박탈은 마지막 선택이어야 하며 원칙적으로 피해야 한다는 의미로, 만일 예외로서 자유의 박탈이 불가피하고 해당 사건의 특정한 상황에서 엄격하게 필요한 경우라면 가장 적절한 최단기간 동안만 적용될 수 있는 것이다.¹⁵⁵⁾¹⁵⁶⁾

1989년 채택된 아동권리협약의 적용에 따라 오랜 기간 이주와 관련된 사유에 의한 아동의 자유박탈 역시 최후의 수단으로, 최단기간 동안이라면 가능하다고 해석되어 왔다. 하지만 아동의 이주구금은 그 자체로 아동권리 침해라는 문제제기 이후 관련 논의가 계속되었고, 아동권리위원회는 「국제이주의 맥락에 있는 모든 아동의 권리에 관한 2012년 일반토론의 날 보고서」에서 그 동안의 논의를 정리하며 “본인 또는 부모의 이주 지위에 대한 이유만으로 아동이 구금되는 것은 어떠한 상황에서도 아동의 권리를 침해하는 행위로, 어떠한 경우에도 정당화될 수 없다”¹⁵⁷⁾고 강조하였다. 위원회는 이어 “아동이 출입국 관련 문제가 해결될 때까지 불법 취급을 받거나 구금과 같은 징벌 조치의 대상이 되어서는 안 된다. 본인 또는 부모의 이주 지위 때문에 아동을 구금하는 것은 언제나 아동 최상의 이익의 원칙에 위배된다. 이러한 관점에서 국가는 이주를 사유로 한 아동의 구금을 신속하고 완전하게 중단해야 한다.”고 천명하였다.¹⁵⁸⁾ 아동권리협약의 정신에 의해 아동의 이주구금은 그 자체로 절대로 허용되어서는 안 되고, 출입국 관련 문제가 해결되는 동안에도 가족과 함께 생활할 수 있는 권리를 포함한 아동의 기본권이 보장되어야 하며, 해당 아동 최상의 이익에 부합하는 방식의 가족 및 보호자와 함께 있을 수 있는 비구금적 대안이 채택되어야 한다는 것

155) United Nations General Assembly, 「아동의 자유박탈에 대한 국제연구: Global Study on Children Deprived of Liberty」, 11 July 2019, A/74/136.

156) 아동권리협약 제45조 제3호에 따라 유엔 아동권리위원회는 유엔 사무총장이 아동권리와 관련된 특정 이슈를 연구하도록 유엔 총회에 권고할 수 있다. 2016년 10월, Manfred Nowak 교수가 본 연구를 주도하는 독립전문가로 임명된 후 연구가 진행되었으며 2019년 제74차 유엔 총회에서 보고서가 채택되었다.

157) UN Committee on the Rights of the Child, *Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration*, 28 September 2012, www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2012/DGD2012ReportAndRecommendations.pdf 에서 볼 수 있음.

158) 위의 자료, 78항.

이다.

아동권리위원회와 국제 사회의 아동의 이주구금 전면 금지에 대한 이러한 입장은 2017년 채택된 「국제이주 맥락에서의 아동 인권에 관한 출신국, 경유국, 목적국 및 귀환국에서의 국가 의무에 관하여 공동으로 채택한 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호 위원회(Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families) 일반논평 4호 및 아동권리위원회의 일반논평 23호(이하 “공동 일반논평”）」를 통해 다시 한 번 강조되며 보다 명확해졌다. 공동 일반논평은 “모든 아동은 언제나 신체의 자유와 이주 구금으로부터 자유로울 권리를 갖는다. [...] 모든 유형의 아동 이주구금은 법으로 금지되어야 하며, 이러한 금지는 실제로 완전히 이행되어야 한다.”고 명시하였다. 이 때, 이주구금이란 아동의 자유박탈과 관련한 이유, 장소, 시설 등과 관계없이 아동이 자신 또는 부모의 이주 지위로 인해 자유를 박탈당한 모든 행위를 의미한다. 관련하여 두 위원회는 아동권리협약 제37(b)조의 아동의 자유박탈에 대한 일반 원칙은 “비정규 입국이나 체류 관련 위반 행위에는, 어떠한 상황에서도 범죄의 자행에 따른 위반 행위와 유사한 결과가 주어지는 안 되”며, 제37(b)조의 최후의 수단으로서의 아동 구금 원칙은 아동사법 등 다른 맥락에서 적용되는 원칙으로 아동의 이주구금에는 적용되지 않음을 분명히 했다.

현재 아동의 이주구금 전면 금지는 원칙으로 자리잡아, 최근에는 「자유가 박탈된 아동에 대한 국제연구를 주도한 독립전문가의 보고서」 역시 “본 연구 조사는 이주를 사유로 한 아동 구금은 최후의 수단으로도 사용되어서는 안 되며, 절대로 아동 최상의 이익이 될 수 없으므로 반드시 금지되어야 함을 확인한다.”고 정리하기도 하였다.¹⁵⁹⁾

다. 소결: 국제인권법의 일반원칙에 위배되며, 나아가 헌법에 위반되는 현행이주구금제도

현행 이주구금제도는 이주구금제도에 관한 국제인권법의 다섯 가지 일반원칙에 모두 위배된다. 이점은 UN 산하 인권조약기구들도 한국 정부에 대한 권고를 통해서 반복적으로 지적한 바 있다.

자유권규약위원회는 2015년 대한민국 제4차 정기보고서에 대한 최종견해에서, 구금기간의 상한이 없는 문제(일반원칙 ①), 구금시설의 거주환경 문제(일반원칙 ④), 아동

159) United Nations General Assembly, 「아동의 자유박탈에 대한 국제연구: Global Study on Children Deprived of Liberty」, 11 July 2019, A/74/136. 제56항.

에 대한 구금 문제(일반원칙 ⑤)를 지적하면서 이에 대한 개선을 권고하였다.¹⁶⁰⁾

인종차별철폐위원회는 2019년 대한민국 제17, 18, 19차 통합 정기보고서에 대한 최종견해에서, 구금기간 제한 설정(일반원칙 ①), 구금 외 다른 대안적 조치의 우선 적용 및 최후수단으로서의 난민신청자 구금, 최단 기간 동안의 구금(이상 일반원칙 ②), 구금의 적법성에 대한 독립적 기구의 정기적 검토(일반원칙 ③), 아동구금의 금지(일반원칙 ⑤)를 권고하였다.¹⁶¹⁾

고문방지위원회는 2018년 대한민국 제3, 4, 5차 통합 정기보고서에 대한 최종견해에서 구금기간의 상한이 없는 문제(일반원칙 ①), 열악한 구금환경의 문제(일반원칙 ④), 아동에 대한 구금 문제(일반원칙 ⑤)를 지적하며, 이에 대한 개선을 권고하였다.¹⁶²⁾

아동권리위원회는 2019년 대한민국 제5, 6차 통합 정기보고서에 대한 최종견해에서, 아동의 구금을 삼갈 것을 촉구하였다(일반원칙 ⑤).¹⁶³⁾

이상의 내용을 정리하여 보면 아래의 표와 같다. 현행 이주구금제도가 이주구금제도에 관한 국제인권법의 다섯 가지 일반원칙에 모두 위배된다는 점에는 이론의 여지가 없다.

160) Human Rights Committee, Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea, para. 38-39, CCPR/C/KOR/CO/4

161) Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding observations on the combined 17th to 19th periodic reports of Republic of Korea, para 18, CERD/C/KOR/CO/17-19

162) Committee against Torture, Concluding observations on the combined third to fifth periodic reports of the Republic of Korea, paras. 41-42, CAT/C/KOR/CO/3-5

163) Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations on the combined fifth and sixth periodic reports of the Republic of Korea, para. 43, CRC/C/KOR/CO/5-6.

	자유권규약 위원회	인종차별철폐위 원회	고문방지 위원회	아동권리 위원회
일반원칙 ① 위배: 구금기간의 상한 규정 부재	✓	✓	✓	
일반원칙 ② 위배: 필요성과 비례성 원칙 위배		✓		
일반원칙 ③ 위배: 정기적 적법성 검토 부재		✓		
일반원칙 ④ 위배: 열악한 구금시설 처우	✓		✓	
일반원칙 ⑤ 위배: 아동 구금	✓	✓	✓	✓

4. 행정구금을 당한 자의 절차적 권리와 이주구금제도의 위헌성¹⁶⁴⁾

가. 개관

행정구금을 당한 자의 절차적 권리를 헌법적인 측면에서 검토하여 보면, ① 영장주의의 적용 여부, ② 체포·구속적부심사청구권의 인정 여부, ③ 적법절차원칙의 구체적인 내용과 적용강도가 쟁점이 된다. 아래에서는 이주구금제도의 위헌 여부와 연결시켜서 위 쟁점들을 차례로 살펴보겠다.

나. 행정구금과 헌법상 영장주의

헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”며, 영장주의를 규정하고 있다. 만약 행정구금에 대해서도 헌법상 영장주의가 적용된다면, 법관의 판단 없이 인신을 구속시키는 현행 외국인보호제도는 헌법에 위반될 것이다.

164) 본 절의 내용은 졸고, “행정구금과 신체의 자유에 관한 헌법적 쟁점과 과제”, 신체의 자유와 구금의 쟁점들 공동연구 학술대회, 서울대학교 법학연구소 (2022. 1. 21. 발표)의 내용을 토대로 이를 수정, 보완한 것이다.

그런데 헌법상 영장주의가 외국인보호제도에도 적용되는지 여부에 대해서는 헌법재판소의 입장이 확립되어 있지 않다. 외국인보호제도의 위헌 여부에 관한 두 차례의 결정의 경우, 헌법재판소는 영장주의 위반 여부에 대해서는 판단 자체를 하지 않았다.¹⁶⁵⁾

이주구금제도 외의 행정구금제도의 사례를 살펴보다라도, 헌법상 영장주의가 행정구금에 적용되는지 여부에 대해서는 헌법재판소의 입장이 확립되지 않은 것으로 보인다.

관련해서 헌법재판소는 특별검사에 의한 참고인 동행명령제도 사건에서 관련 법률이 영장주의 ‘또는’ 과잉금지원칙에 위배된다고 판단하였다.¹⁶⁶⁾ 이때 5인의 재판관은 참고인 동행명령제도에 영장주의가 적용된다고 보았고,¹⁶⁷⁾ 3인의 재판관은 참고인 동행명령제도에 영장주의가 적용되지 않는다고 판단하였다.¹⁶⁸⁾ 다만 여기서 영장주의가 적용되지 않는다는 의견은 ‘동행명령 불응을 형사처벌하는 것은 직접적이고 현실적인 강제력의 행사가 아니라 심리적, 간접적인 강제이므로 영장주의의 적용대상이 될 수 없다’는 취지이며, 직접적이고 현실적으로 인신을 구속하는 행정구금에 대해서도 영장주의가 적용되지 않는 취지라고 단정할 수 없다. 따라서 위 결정은 이주구금제도에 영장주의가 적용되는지 여부에 관한 직접적인 선례라고 보기는 어렵습니다.

보다 직접적인 선례는 영창제도의 사례이다. 헌법재판소는 전투경찰순경에 대해 법관의 심사 없이 영창처분을 내릴 수 있도록 하는 구 전투경찰대 설치법의 영장주의 위반 여부가 쟁점이 된 사건에서, 영장주의 적용 여부에 관한 의견이 4:5로 나뉘었다. 재판관 4인의 법정의견은 ‘형사절차가 아닌 징계절차에도 헌법상 영장주의가 그대로 적용된다고 볼 수 없다’는 입장인 반면, 재판관 5인의 위헌의견은 ‘행정 목적을 달성하기 위한 인신구속에 대해서도 헌법상 영장주의가 원칙적으로 적용된다’는 입장이었다.¹⁶⁹⁾

이후 헌법재판소는 전투경찰순경에 대해 영창제도와 거의 유사한 군인사법상 영창제도에 대해서 위헌을 선고하였는데, 이때에는 영장주의 적용 여부에 관한 의견이 2:4로 나뉘었다. 재판관 2인의 반대의견은 영장주의가 적용되지 않는다는 입장이고, 재판관 4인의 법정의견에 대한 보충의견은 영장주의가 적용되지 않는다는 입장이다. 한편, 이때 나머지 재판관 3인은 영창제도가 신체의 자유를 침해한다고 판단하였으나, 영장주의 위반 여부에 대해서는 판단을 내리지 않았다.¹⁷⁰⁾ 군인사법상

165) 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 결정, 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정.

166) 헌법재판소 2008. 1. 10. 선고 2007헌마1468 결정.

167) 재판관 이강국, 재판관 김희욱, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 위헌의견.

168) 재판관 이공현, 재판관 김종대의 위헌의견, 재판관 송두환의 반대의견.

169) 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2013헌바190 결정.

영장제도 사건 이후로 헌법재판소 재판관의 구성이 변경되지 않았으므로, 현재에도 헌법재판소는 유사한 입장일 것으로 추단해볼 수 있을 것인데, 이때 재판관 3인이 영장주의의 위반 여부에 대해서 아예 판단을 하지 않음에 따라 현재 헌법재판소의 입장이 어떠한지는 분명히 알 수 없게 되었다.

한편, 대법원은 형사절차가 아닌 행정적 절차에서도 영장주의가 적용된다는 입장이다. 대법원은 지방의회의 증인에 대한 동행명령장제도 사건,¹⁷¹⁾ 피의자의 보호실유치 사건¹⁷²⁾에서 영장주의가 적용된다고 판단하였다.

체계적 해석의 관점에서 본다면, 행정구금된 사람에게도 헌법상 변호인의 조력의 권리를 인정한 헌법재판소의 결정례는 영장주의의 적용 여부에 있어서 중요한 논거가 될 수 있다. 헌법재판소는 공항 출국대기실에 구금된 외국인에 대한 변호인 접견 제한의 위헌 여부가 다툰이 된 사건에서 헌법 제12조 제4항¹⁷³⁾ 본문에 규정된 ‘구속’에 행정절차상의 구속이 포함된다는 점을 분명히 한 바 있다.¹⁷⁴⁾ 그렇다면 헌법 제12조 제3항이 규정하는 영장주의의 경우에도 ‘구속’에 행정절차상의 구속이 포함된다고 볼 수 있는 것이다. 이에 대해서는 헌법 제12조 제3항의 경우 ‘검사의 신청’이나 ‘현행범인’, ‘장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄’라는 문언에 비추어 볼 때 이는 형사절차를 전제하고 있는 것이라고 보아야 한다는 반론이 있을 수 있으나, 이에 대해서는 헌법 제12조 제4항에도 ‘변호인’, ‘형사피고인’과 같이 형사절차를 전제하고 있는 문언이 포함되어 있다는 재반론도 가능할 것이다.

나아가, 위 결정례에서 헌법재판소는 “신체의 자유를 보장하는 헌법 제12조 제1항 제1문은 문언상 형사절차만을 염두에 둔 것이 아님이 분명하다”거나, “신체의 자유는 그에 대한 제한이 형사절차에서 가해졌든 행정절차에서 가해졌든 간에 보장되어야 하는 자연권적 속성의 기본권이므로, 신체의 자유가 제한된 절차가 형사절차인지 아닌지는 신체의 자유의 보장 범위와 방법을 정함에 있어 부차적인 요소에 불과하다”고 보았다. 특히 위 결정례에서 헌법재판소는 “형사절차를 특히 염두에 둔 것이 아닌 헌법 제12조 제1항 제1문과의 체계적 해석의 관점에서 볼 때, 헌법 제12조 제1항 제2문, 제2항 내지 제7항은 당해 헌법조항의 문언상 혹은 당해 헌법조항에 규정된 구체적인 신체의 자유 보장 방법의 속성상 형사절차에만 적용됨이 분명한 경우가 아니라면, 형사절차에 한정되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다”고 설시하였다. 그렇다면 헌법 제12조 제3항의 문언상 혹은 당해 헌법조항에 규정된 구체적인 신체의 자유 보장 방법의 속성상 형사절차에만 적용됨이 분명한 경우임이 논증되지 않는 한, 행정절차에도 영장주의가 적용되는 것이 타당할 것이

170) 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2017헌바157, 2018헌가10(병합) 결정.

171) 대법원 1995. 6. 30. 선고 93추83 판결.

172) 대법원 1994. 3. 11. 선고 93도958 판결.

173) 헌법 제12조 ④누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

174) 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2014헌마346 결정.

다.¹⁷⁵⁾

영장주의의 적용 범위를 비교법적으로 살펴보면, 남아프리카공화국 헌법재판소는 2017. 6. 29. 사법 심사 없이 행정처분을 통해서 강제추방 대상 외국인을 구금시킬 수 있도록 한 근거 규정에 대해서 위헌결정을 내렸다. 남아프리카공화국 헌법 제12조 (1)(b)항은 ‘재판 없이 구금되지 않을 권리’를 규정하고 있는데, 이때의 구금에는 이주구금이 포함된다고 판단한 것이다.¹⁷⁶⁾ 그리고 독일의 경우 ‘자유박탈의 허용 및 계속에 대하여는 법관만이 결정한다’는 기본법¹⁷⁷⁾에 따라, 사전영장주의에 따른 이주구금제도가 운영되고 있다. 다만, 이 경우 헌법규정의 문언이 다소 상이해서 직접적으로 비교하기는 어렵다.

다. 행정구금과 체포·구속적부심사청구권

헌법 제12조 제6항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다”며, 체포·구속적부심사청구권을 규정하고 있다. 이주구금제도와 관련해서는 행정절차에서 구속된 사람에게도 헌법상 구속적부심사청구권이 보장되는지, 헌법상 구속적부심사청구권은 구체적으로 어떠한 절차를 요구하는지가 쟁점이 된다.

관련해서 헌법재판소는 이주구금에 대해서도 헌법 제12조 제6항의 체포·구속적부심사청구권이 보장되어야 한다고 하면서도, 취소소송과 집행정지신청을 통해 그러한 헌법상 요청이 충족되었다고 판단하였다.¹⁷⁸⁾

사건으로는, 제소기한의 제한이 있고 행정처분의 공정력이 인정되는 등의 한계가 있는 행정소송절차는 체포·구속적부심사절차로 불충분하다는 점에서, 이러한 헌법재판소의 판단은 타당하지 않다고 생각된다.

라. 행정구금과 적법절차의 원칙

행정구금에 있어서 적법절차원칙의 구체적인 내용과 적용강도에 대해서는 헌법재

175) 한편 같은 취지에서, 헌법재판소는 출입국관리법에 따라 보호된 자가 구속적부심을 청구할 권리를 가지는지 여부가 쟁점이 된 사건에서 “헌법 제12조 제6항은 모든 형태의 공권력행사기관이 체포 또는 구속의 방법으로 신체의 자유를 제한하는 사안에 대해 적용된다”는 점을 분명히 하였다(헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2012헌마686 결정).

176) Lawyers for Human Rights v Minister of Home Affairs and Others (CCT38/16) [2017] ZACC 22; 2017 (10) BCLR 1242 (CC); 2017 (5) SA 480 (CC) (29 June 2017)
<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2017/22.html>

177) 독일 기본법의 국문본은
https://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsIInfoReadPage.do?CTS_SEQ=37924&AST_SEQ=1145&ETC=1
(2022. 3. 18. 최종접속).

178) 헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2012헌마686 결정.

판소의 명시적인 판시가 없는 것으로 보인다. 이주구금제도에 관한 기존 헌법재판소 결정례의 경우, ‘객관적·중립적 기관에 의한 통제절차’가 쟁점이 되었다. 합헌의견은 ‘강제퇴거대상자에 대한 보호의 특수성에 비추어볼 때, 출입국관리에 관한 공권력 행사와 관련하여 단속, 조사, 심사, 집행 업무를 동일한 행정기관에서 하게 할 것인지, 또는 서로 다른 행정기관에서 하게 하거나 사법기관을 개입시킬 것인지는 입법정책의 문제이며, 반드시 객관적·중립적 기관에 의한 통제절차가 요구되는 것은 아니’라고 본 반면, 위헌의견은 ‘출입국관리법상의 외국인 보호는 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’는 입장이다. 다만 위헌의견도 왜 이주구금에서는 헌법상 적법절차의 원칙이 객관적·중립적 기관에 의한 통제절차를 요구하는 것으로 연결되는지를 구체적으로 논증하지는 않았다.

관련해서, 대만 사법원 대법관회의는 2013. 2. 대법관해석 제708호를 통해서 행정처분을 통해서 외국인을 강제퇴거 시키기 전에 수용소에 일시수용할 수 있도록 한 근거조항에 대해 위헌결정을 내렸다. 이와 같은 신체의 자유를 박탈하는 강제처분은 반드시 사법적 절차에 따라서 이루어지거나 기타 정당한 법적 절차에 근거하여야 한다는 것이다. 사법원은 처분 24시간 이내에 수용 외국인에 대한 수용이 필요한지 여부에 대한 법원의 결정이 필요하다고 보았다.¹⁷⁹⁾

구체적으로 살펴보면, 대만 사법원은 형사비고인과 비형사피고인의 인신자유의 제한은 목적, 방식 및 정도에 있어서 차별되어야 한다며, 출입국사범을 본국으로 송환하기 위한 업무를 처리하기 위해 짧은 기간(최대 15일) 동안 일시수용처분을 하는 것은 위헌이라고 할 수 없다고 보면서도, ‘사법심사 없이 행정기관이 구금기간을 연장할 수 있도록 한 규정은 적법절차에 위배되어 신체의 자유를 침해한다’고 판단하였다. 이러한 입장은 행정구금의 경우 형사구금과 같이 사전영장주의가 전면적으로 적용되는 것은 아니라고 하더라도 ‘고양된 적법절차의 원칙’이 적용되어야 한다는 것으로 평가할 수 있으며, 한국에도 시사하는 바가 크다.

유사한 내용으로 ‘고양된 적법절차의 원칙’을 구체화한 사례가 헌법재판소 결정례의 소수의견에서도 확인된다. 법관이 아닌 사회보호위원회가 치료감호의 종료여부를 결정하도록 규정한 구 사회보호법 규정의 위헌 여부가 쟁점이 된 사건에서, 재판관 3인의 반대의견은 신체의 자유 박탈을 내용으로 하는 보안처분에 대해서는 ‘좁은 의미의 적법절차의 원칙’이 엄격히 적용되어야 한다고 본 것이다. 이에 따르

179) <http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=708#secTwo>

면, ① 치료감호의 종료 여부를 법관이 판단하여야 하고, ② 행정기관(사회보호위원회)의 판단에 대해서 행정소송을 제기할 수 있다고 하더라도 단지 법관에 의한 사후적인 심사절차가 규정되어 있는 것만으로는 절차적 권리가 충분히 보장된다고 보기 어렵다.¹⁸⁰⁾

위 반대의견의 기준은 형사사법처분의 하나인 치료감호에 관한 것이기는 하나, 신체의 자유 박탈을 내용으로 하는 행정구금에 대해서도 같은 기준이 적용되어야 한다는 해석론도 고려해볼 수 있을 것이다. 즉, 행정구금에 대해서 영장주의 원칙이 전면적으로 적용되어야 한다는 입장과 영장주의 원칙이 적용되지 않으며 통상적인 적법절차원칙이 적용되어야 한다는 입장의 사이에 있는 절충적인 입장으로서, 행정구금에 대해서는 사전영장주의에 따른 사전적인 심사는 아니라고 하더라도 피구금자의 신청 여부와 무관하게 법관에 의한 사후적 적법성 심사절차를 필요적으로 거치도록 해야 한다는 것을 내용으로 하는 ‘고양된 적법절차의 원칙’이 적용되어야 한다는 입장을 도출해볼 수 있다.

마. 소결

이상의 내용을 종합해보면, 행정구금을 당한 자의 헌법상 절차적 권리의 구체적인 내용에 대한 다양한 입장을 나열해 보면 다음과 같다. 반드시 그러한 것은 아니지만, 이 순서는 보다 강한 보장에서 보다 약한 보장의 순서인 것으로 볼 수 있다.

- ① 사전영장주의형: 사전에 법관의 결정이 있어야만 행정구금을 개시할 수 있다
- ② 고양된 적법절차원칙형: 법관의 사전적인 결정이 없더라도 행정구금을 개시할 수 있으나, 구금의 연장 및 종료에는 반드시 법관의 결정이 필요하다. 이러한 법관의 심사절차는 당사자의 신청여부와 무관하게 진행되어야 한다. 이때 행정기관의 판단만으로도 구금할 수 있는 기간에는 일정한 상한이 따른다.
- ③ 사후적 구속적부심사형: 법관의 결정이 없어도 구금을 개시, 연장, 종료할 수 있다. 다만, 당사자는 법관을 대면해서 법관으로부터 구금의 당부를 판단받을 수 있는 권리를 가진다. 당사자의 신청이 없다면 이러한 심사절차는 시작되지 않는다.
- ④ 독립기관심사형: 법관의 결정이 없어도 구금을 개시, 연장, 종료할 수 있다. 다만, 객관적, 중립적 지위에 있는 자가 그 인신구속의 타당성을 심사하여야 한다. 이러한 심사는 정규적으로 이루어져야 한다. 여기서 객관적, 중립적 지위에 있는 자는 법관이 아니어도 무방하다.
- ⑤ 입법정책형: 법관의 결정이 없어도 구금을 개시, 연장, 종료할 수 있다. 구금에 대

180) 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2003헌바1 결정.

한 적법성 통제는 입법정책의 문제이며, 반드시 객관적·중립적 기관에 의한 통제절차가 요구되는 것은 아니다.

첫 번째 ‘사전영장주의형’은 독일과 남아프리카공화국의 입장으로 보인다. 두 번째 ‘고양된 적법절차원칙형’은 대만과 프랑스가 따르고 있는 것으로 보인다. 세 번째 ‘사후적 구속적부심사형’은 유엔 자유권규약의 규정과 같은 입장으로 보인다. 헌법 제11조 제6항도 명문으로 이를 요구하고 있으나, 현행 제도가 이러한 요구를 충족하고 있는 것인지에 대해서는 견해의 다툼이 있을 수 있다. 네 번째 ‘독립기관심사형’은 이주구금제도에 관한 기존 헌법재판소 결정의 위헌의견이 택하고 있는 입장이다. 유엔 인종차별철폐위원회도 정기적 심사를 요구하고 있다. 다섯 번째 ‘입법정책형’은 이주구금제도에 관한 기존 헌법재판소 결정의 합헌의견이 택하고 있는 입장이다.

사건으로는, 사전영장주의형 또는 적어도 고양된 적법절차원칙형의 절차적 보장은 필요하다고 본다.

끝.