

[논평]

출입국 관리업무와 절차보장에 대한 논평 <대상판결: 창원지방법원 2013. 9. 3. 선고 2013가단70975>

출입국관리·단속업무에 있어서도 형사법의 대원칙인 영장주의 원칙이 적용된다. 특히 단속업무와 관련하여 수반되는 강제처분에 있어서는 당연히 적용되는 법원칙이라고 할 것이다. 그러나 이러한 영장주의의 예외 역시 출입국관리법에서 규정 하는바, 동법 제81조 제1항의 '출입국관리공무원 및 대통령령이 정하는 관계 기관 소속 공무원(이하 '출입국관리공무원 등'이라고 한다)은 외국인이 이 법 또는 이 법에 따른 명령에 따라 적법하게 체류하고 있는지를 조사하기 위하여 외국인, 외국인을 고용한 자, 외국인의 소속 단체 또는 외국인이 근무하는 업소의 대표자, 외국인을 숙박시킨 자를 방문하여 질문하거나 그 밖에 필요한 자료를 제출할 것을 요구할 수 있다.' 및 동조 제4항의 '제1항이나 제2항에 따라 질문을 받거나 자료 제출을 요구받은 자는 정당한 이유 없이 거부하여서는 아니된다.'라는 규정이 그것이다. 즉, 체류의 적법여부가 의심되어 출입국관리공무원 등이 그 의심되는 외국인 등을 방문·조사할 경우 긴급성 내지 필요성을 고려하여 당해 출입국관리공무원 등에게 외국인동향조사 권한을 부여하고 있는 것이다.

그러나, 이미 우리 법원은 위 출입국관리공무원 등의 외국인동향조사 권한에 관하여 일정한 한계를 제시한바 있는데, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도7156판결에서 대법원은 '출입국관리공무원 등이 출입국관리법 제81조 제1항에 근거하여 제3자의 주거 또는 일반인의 자유로운 출입이 허용되지 아니한 사업장 등에 들어가 외국인을 상대로 조사하기 위해서는 그 주거권자 또는 관리자의 사전 동의가 있어야 한다.'라고 판시한바 있다. 즉, 피조사자 내지 당해 사업장 관리자의 사전 동의를 조사 등에 있어서 필수요건으로 명시한 것이다. 하지만, 대법원이 제시한 '사전 동의'의 의미에서 묵시적 동의와 관련하여 명확한 해석이 없었고, 그로 인한 혼란이 있어왔다. 동의에는 묵시적 동의도 포함되는데 이에 대한 기준 역시 모호하기 때문이

다.

금번 창원지방법원 판결(2013가단70975)은 이러한 문제점을 인식하고 그 해석의 기준을 제시하였다는 점에서 여러 측면에서 의미 있는 판결이라 하겠다. 첫째, 묵시적 동의가 있었다고 하기 위해서는 명시적 사전 동의에 준할만한 명백한 상황이 있어야 한다는 기준을 제시하였다. 즉 출입국관리공무원이 식당에 있던 외국인 2명에게 누구인지를 물었으나 명확한 대답을 하지 아니한 사정만으로는 묵시적 동의라 할 수 없다는 것이다. 둘째, 주거, 신체의 자유, 사생활의 자유 등 기본권을 침해할 가능성이 있는 조사·단속 과정에 있어서 절차의 엄격한 보장이 필요함을 설시하였다. 셋째, 출입국관리공무원의 단속과정에서 위법행위가 있었다면 그로 인해 야기된 피조사자 등의 정신적 고통을 인정하고 그에 대한 국가배상청구를 인정하였다.

지금까지 우리 법원은 출입국관리·단속업무와 관련하여 '출입국에 관한 사항은 주권국가의 기능수행과의 연관성으로 공익적 측면을 강조한다'는 취지의 판시를 하여, 외국인의 기본권 보호 측면에서 꾸준히 문제가 제기되어 왔다. 금번 판결은 외국인도 인간으로서 가지는 기본권을 당연히 영위하고 그 기본권을 침해할 가능성이 있는 경우 절차보장에 대한 보다 엄격한 기준을 제시하는 한편, 그로 인한 국가배상책임을 인정하여 외국인의 권리 보장에 진일보한 입장을 취하였다는 점에서 매우 의미 있다고 할 것이다.

2013. 9. 17.

민주사회를 위한 변호사모임 노동위원회

위원장 권영국