



# 이주구금 제도개선을 위한 국제심포지엄

2022. 9. 14.(수)

페럼타워 페럼홀(서울 중구 을지로5길 19)

| 주최 | 국가인권위원회 | 주관 | 이주구금 제도개선 TF





# 이주구금 제도개선을 위한 국제심포지엄

2022. 9. 14.(수)

페럼타워 페럼홀 (서울 중구 을지로5길 19)

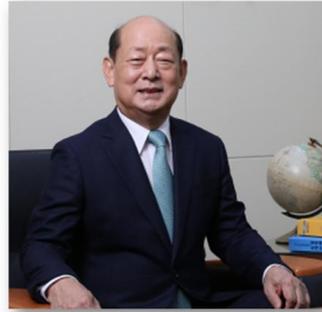
| 주최 | 국가인권위원회 | 주관 | 이주구금 제도개선 TF





---

## 개회사



국가인권위원회 위원장 송 두 환

---

안녕하십니까.

국가인권위원회 위원장 송두환입니다.

먼저, 바쁘신 가운데에서도 우리나라 이주구금 제도의 현황과 문제를 살펴보고, 국제기준에 부합하는 제도 개선안에 대한 논의를 준비해 주신 발제자 및 토론자분들께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 또한 이주인권 문제에 대한 큰 관심과 열정을 가지고 이 자리에 함께하신 모든 분들께도 감사의 말씀을 전합니다.

올해는 우리나라 최초의 외국인 전문 보호시설인 화성 외국인 보호소가 개소된 지 30주년이 되는 해입니다.

여러분들께서 잘 아시는 것처럼, 강제퇴거 대상 외국인을 대상으로 하는 이주구금 제도는 그동안 많은 변화가 있었습니다. 그러나 여전히 보호기간의 상한이 없고, 보호처분에 대한 적정한 적부심사 절차가 마련되지 않아 국제사회와 시민사회의 우려가 지속되고 있습니다.

인권위는 2018년 8월 「출입국관리법 일부개정법률안」과 관련하여, 보호기간

상한 설정, 아동 및 장애인 등 취약한 보호외국인에 대한 구금 금지 등을 위해 관련 규정 개정이 필요하다는 의견을 표명한 바 있습니다.

그런데, 2021년경 인권위의 외국인보호소 방문조사 결과에 따르면, 유엔아동 권리위원회 등 국제기구의 지속적인 권고에도 불구하고 이주아동들이 외국인 보호소에 여전히 구금되고 있고, HIV에 감염된 외국인이 적절한 조치 없이 9개월 이상 구금되는 사례가 발견되는 등 외국인 보호에 있어서 취약계층에 대한 특별한 고려가 부족하다는 것이 확인되었습니다.

한편, 2020년 수원지방법원과 2021년 서울행정법원은 「출입국관리법」 제63조 제1항에 대해, 구금의 상한이 없어 무기한 구금이 가능하고, 구금 대상에 제한이 없으며, 구금이 적절한지에 대한 객관적인 제3자의 판단 절차가 없다는 등의 이유로 위헌법률심판을 제청하였으며, 현재 헌법재판소가 심리 중에 있기도 합니다.

이러한 문제의식 하에서, 시민단체 활동가들과 공익 변호사들이 한 뜻으로 모인 ‘이주구금 제도개선을 위한 TF’와 인권위가 “이주구금 제도개선을 위한 국제심포지엄”을 함께 준비하여 개최하게 되었습니다.

오늘 심포지엄에서는 이주구금 제도와 관련된 국제기준과 해외 사례, 소수자와 취약한 사람들에 대한 구금 문제, 나아가 ‘구금의 대안(Alternative to detention)’에 대한 논의를 통해, 외국인 보호에 대한 패러다임의 변화와 제도개선의 기틀을 마련할 수 있기를 바랍니다.

오늘의 심포지엄이 이주구금 제도의 올바른 방향성을 정립하고, 이주구금 정책의 큰 전환점을 맞이하는 계기가 되기를 바랍니다.

이 자리는 여기 계신 모든 분들과 각계 전문가들의 다양한 의견과 지혜를 모으는 소중한 자리입니다.

인권위는 오늘의 논의가 우리 정부의 이주구금 정책에 적극 반영될 수 있도록 꾸준히 노력하겠습니다.

바쁘신 가운데서도 심포지엄에 참석하신 여러분 모두에게 다시 한번 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

특히, 코로나-19로 인해 현장에 직접 오시지 못하셨지만, 영상을 통한 발제를 준비해 주신 독일, 대만, 벨기에, 호주의 전문가분들께도 깊이 감사드립니다.

이 자리에 함께해 주신 여러분 모두의 가정에 건강과 행복이 함께하시기를 기원합니다.

감사합니다.

2022년 9월 14일

국가인권위원회 위원장 송 두 환



남민네트워크 의장 이 일

---

## 축사

안녕하십니까.

남민네트워크 의장 이 일입니다.

“예외상태”라는 개념이 있습니다. 칼슈미트에서 벤야민, 아감벤까지 발전되고 대립되는 이 개념은 기존의 규범을 정지시키는 법 바깥의 상태를 상례화하는 근대 권력의 통치기술을 의미합니다.

아감벤은 그 유명한 표현 ‘호모 사케르’ 즉 법적으로 보호받지 못하는 고대 로마의 범죄자들을 지칭하던 용어를 사용하여 “누군가 이들을 살해해도 책임을 지지않아도 될 정도로 법 밖으로 쫓겨난 존재들”을 양산하는 권력을 설득력 있게 그려냅니다.

아우슈비츠 수용소에서 사망한 수용자들부터, 국가보안법의 피해자, 9.11 이후 지구화된 테러방지법 하에 상시적으로 감시당하는 지구상 모든 시민들도 이와 같은 예외상태에 놓이게 되곤 합니다.

오늘 한국에서 이주구금의 자리는 이와 같은 우리 사회의 예외상태를 드러내 주는 공간입니다. 외국인보호소에 끝을 모르게 갇혀 있을 때, 독방에서 장구를 쓰고 고문당할 때 우리 사회는 아무런 부채감을 느끼지 않습니다.

그들의 신체와 존엄은 신체와 존엄이 아닌 것입니다. 3년 4년 억울하게 갇혀 있다가 풀려난 난민들의 시간에 대해 그 어떤 보상도 해야 한다고 생각하지 않습니다. 그들의 시간은 시간이 아니기 때문입니다. 외국인이 보호소에서 부당 처우로 병원 이송 중 사망한 일에 단지 보호소 바깥에서 일어났다며 안도하고, 망자에 대한 애도는 없습니다. 그들의 죽음은 애도할 가치가 있는 죽음이 아니기 때문입니다.

우리 사회는 이처럼 ‘호모 사케르’의 ‘갇혀 있다는 감각’에 공감하지 않습니다. 동물이 케이지, 사육장에 갇혀 있어 도축을 기다리고 있을 때 그들의 간힘은 간힘이 아니며, 도살당할 때 그들의 생명은 생명이 아니어서 우리 사회가 아무런 부채감을 느끼지 않는 것과 마찬가지로입니다.

이처럼 이주구금의 문제는 단지 개별 외국인의 탈취당한 인권을 되찾는 문제 뿐 아니라, 우리 사회의 꺼풀을 들춰 고발하는 문제이기도 합니다. 이와 같은 사태를 용인하고 눈을 돌리는 이상 예외상태를 결정한 주권이란 폭력에 가담한 우리는 결코 야만성을 벗어날 수 없습니다.

한국 사회에서 이주구금의 문제는 오랜 기간 축적된 제도개선에 관한 요구, 그리고 작년 화성보호소 독방 CCTV 영상의 공개와 시민사회의 적극적인 활동, 벌써 3번째에 도달한 구금 근거 조항에 관한 헌법재판소의 위헌 심리로 중대한 전기를 맞이하였습니다.

내년의 한국의 제도와 상황은 올해와 결코 같지 않을 것입니다. 특히 이주구금의 문제가 단지 한국만의 특화된 문제가 아니고 아시아 전역에서 수많은 ‘법 밖으로 쫓겨난 존재들’을 현시하고 사용함으로써 통치 권력을 보여주는 잔인한 도구가 되어 있는 현실 속에서 이처럼 변화를 모색하는 것은 매우 의미심장한 일이 됩니다.

오늘 한국, 독일, 대만의 이주구금 제도, 그리고 바람직한 미래와 구금 대안에 대해서 논의할 발제자와 토론자 여러분들께, 그리고 이주구금 제도개선 TF 멤버들과 함께 오늘 소중한 심포지엄을 준비해주신 국가인권위원회에 감사를 드립니다.

함께 싸우고 서있었던 시민사회의 일원으로서 저는 이 심포지엄이 지구와 시간을 단지 소비하는 행사가 아니라, 더욱 단단한 미래를 모색하는 공감대와 희망을 찾는 디딤돌이 되길 진심으로 기대합니다. 감사합니다.

2022년 9월 14일

**난민네트워크 의장 이 일**

# 프로그램

사회 : 박혜경 조사관(국가인권위원회 인권침해조사과)

09:50~10:00 (10')	등 록	
10:00~10:20 (20')	개회사 축 사	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국가인권위원회 위원장 송두환</li> <li>• 난민네트워크 의장 이 일</li> </ul>
<b>세션1 : 이주구금의 절차 및 상한</b>		
10:30~10:50 (20')	<b>발제 1 한국의 현행 이주구금제도</b>	김세진 변호사 (공익법센터 어필)
10:50~11:10 (20')	<b>발제 2 독일의 이주구금</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 구금 개시 및 연장 절차</li> </ul> ※ 영상 발제	Christoph König Dr. Bianca Sukrow (Refugee Law Clinics, Deutschland)
11:10~11:30(20')	<b>발제 3 대만의 이주구금</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 장기구금 위헌 결정 이후 대만의 구금 현황</li> </ul> ※ 영상 발제	Liao Xin-yi (International affairs Coordinator, Taiwan Association for Human Rights)
11:30~12:00 (30')	<b>토 론 한국의 이주구금 현황과 법제도 개선 방향성 모색</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 최계영 교수 (서울대학교 법학전문대학원)</li> <li>• 오정은 교수 (한성대학교 국제이주협력학과)</li> <li>• 임선영 팀장 (국가인권위원회 인권침해조사과)</li> </ul>	
12:00~12:30 (30')	전체 토론	
휴식		
<b>세션2 : 이주구금의 제한 및 대안</b>		
14:00~14:20 (20')	<b>발제 4 취약계층과 한국의 이주구금</b>	김 진 변호사 (사단법인 두루)
14:20~14:40 (20')	<b>발제 5 취약한 사람들에 대한 구금의 제한</b> ※ 영상 발제	Marta Gionco (Advocacy Officer, PICUM)
14:40~15:00 (20')	<b>발제 6 구금대안에 대한 국제기준 및 사례</b> ※ 영상 발제	Min Jee Yamada Park (Asia Pacific Program Officer, International Detention Coalition)
15:00~15:30 (30')	<b>토 론 취약한 사람들의 보호와 법제도 개선 방향성 모색</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 권수진 실장 (한국형사·법무정책연구원 범죄예방·교정정책연구소)</li> <li>• 김가을 팀장 (유엔난민기구 법무팀)</li> <li>• 송오영 과장 (국가인권위원회 인권침해조사과)</li> </ul>	
15:30~16:00 (30')	전체 토론 및 마무리	



# Contents

개회사 ..... i  
축사 ..... iv

## 세션 1 : 이주구금의 절차 및 상한

**발제 1 한국의 현행 이주구금제도** ..... 3  
김세진 변호사 (공익법센터 어필)

**발제 2 독일의 이주구금** ..... 19  
• 구금 개시 및 연장 절차  
Dr. Christoph König (Refugee Law Clinics, Deutschland)  
Dr. Bianca Sukrow (Refugee Law Clinics, Deutschland)

**발제 3 대만의 이주구금** ..... 33  
• 장기구금 위헌 결정 이후 대만의 구금 현황  
Liao Xin-yi (International affairs Coordinator, Taiwan Association for Human Rights)

**토론 한국의 이주구금 현황과 법제도 개선 방향성 모색** ..... 87  
• 최계영 교수 (서울대학교 법학전문대학원) / 89  
• 오정은 교수 (한성대학교 국제이주협력학과) / 105  
• 임선영 팀장 (국가인권위원회 인권침해조사과) / 109

## 세션2 : 이주구금의 제한 및 대안

**발제 4 취약계층과 한국의 이주구금** ..... 117  
김진 변호사 (사단법인 두루)

**발제 5 취약한 사람들에 대한 구금의 제한** ..... 129  
Marta Gionco (Advocacy Officer, PICUM)

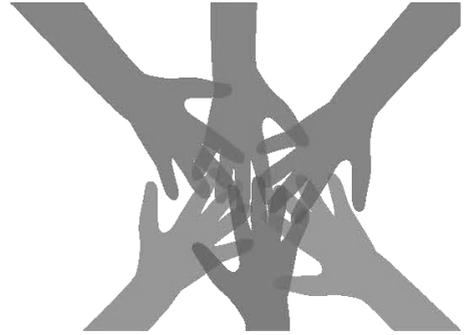
**발제 6 구금대안에 대한 국제기준 및 사례** ..... 149  
Min Jee Yamada Park (Asia Pacific Program Officer, International Detention Coalition)

**토론 취약한 사람들의 보호와 법제도 개선 방향성 모색** ..... 197  
• 권수진 실장 (한국형사·법무정책연구원 범죄예방·교정정책연구실) / 199  
• 김가을 팀장 (유엔난민기구 법무팀) / 207  
• 송오영 과장 (국가인권위원회 인권침해조사과) / 212





이주구금 제도개선을 위한  
국제심포지엄



---

세션 1  
이주구금의 절차 및 상한







이주구금 제도개선을 위한  
국제심포지엄

발제 1

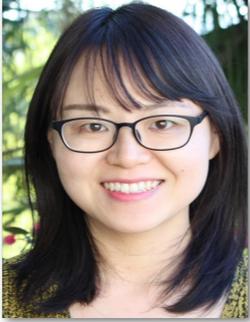
# 한국의 현행 이주구금제도

- 김세진 변호사 (공익법센터 어필)





## Ⅰ 발제자 및 소속 기관 소개



### 김세진

공익법센터 어필 상근 변호사/난민인권센터 운영위원

- 공익법센터 어필에서 난민, 구금된 외국인의 보호해제 관련 신청 및 소송을 진행하면서, 관련 법 및 제도 개선을 위해 난민인정자 처우, 인도적체류지위자 처우등 관련 연구, 출입국관리법 개정안 입법운동 등의 활동을 하고 있다. 현재 난민인권센터의 운영위원으로도 활동하고 있다.
- 공익법센터 어필은 난민, 구금된 이주민, 무국적자, 인신매매피해자 인권옹호 및 다국적 기업의 인권 침해 감시에 특화된 전문성을 갖고 있다. 어필은 법적인 전문성을 바탕으로 소송 등 법적절차를 활용해 취약한 이주민과 외국인을 지원하며, 입법운동, 동료 단체와의 연대 활동, 인식제고 캠페인, 국제인권 메커니즘 활용 등 다양한 활동을 펼치고 있다.



# 한국의 이주구금 현실

김세진(공익법센터 어필)

## 1. 들어가며

여수출입국외국인관리사무소 보호소 화재 사건, 화성 외국인보호소에서의 새우껍기 사건과 같이 보호소에서 끊임없이 인권침해가 일어나는 이유는 담당 직원들의 문제도 있으나, 근본적으로는 법 제도의 문제입니다.

아래에서는 현 이주구금제도의 문제점을 구체적으로 살펴보고 출입국관리법의 개정안도 제안해보겠습니다.

## 2. 외국인 보호소 구금 현황

정보공개 청구를 한 결과 2021년 4월 기준, 각 보호소 및 보호실 별 보호 인원수는 아래와 같습니다.

사무소명	현인원
화성외국인보호소	251
청주외국인보호소	177
인천공항출입국외국인청	3
수원출입국외국인청	15
김포공항출입국외국인사무소	0
서울출입국외국인청	20
서울남부출입국외국인청	12

사무소명	현인원
인천출입국외국인청	105
양주출입국외국인사무소	12
부산출입국외국인청	27
울산출입국외국인사무소	17
창원출입국외국인사무소	27
김해공항출입국외국인사무소	0
제주출입국외국인청	29
여수출입국외국인사무소	140
광주출입국외국인사무소	20
전주출입국외국인사무소	11
대구출입국외국인사무소	19
춘천출입국외국인사무소	6
대전출입국외국인사무소	18
청주출입국외국인사무소	14
총계	923

외국인보호실(보호소 포함) 평균 보호기간은 아래와 같습니다.

구분	2016년	2017년	2018년	2019년	2020년
1인 평균 보호기간	10.8일	10일	10.1일	9.6일	16.9일

21년 5월 18일 기준, 보호 기간은 아래와 같습니다.

구분	1개월 미만	1개월이상 3개월미만	3개월이상 6개월미만	6개월이상 1년미만	1년 이상
화성외국인보호소	154	80	22	16	7
청주외국인보호소	117	51	12	8	2
여수출입국외국인사무소	85	63	7	1	0

이렇게 외국인에 대해 장기 구금이 가능한 이유는 이 사건 법률조항인 출입국관리법 제63조 제1항이 강제퇴거명령을 받은 사람을 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 무기한 즉, 구금의 시간적 한계를 두지 않고 무기한 구금이 가능하다는 식으로 규정되어 있기 때문입니다.

### 3. 현 출입국관리법의 국제법 및 헌법 위반

#### 가. 출입국관리법상 외국인 보호의 법적 성격

- 사전적 의미와는 다르게 ‘보호’의 실질은 ‘구금’입니다.

“보호”의 사전적 의미는 “위험이나 곤란 따위가 미치지 아니하도록 잘 보살펴 돌본다”라는 의미입니다. 즉 “보호”는 피보호자의 이익을 위한 것입니다. 그런데 출입국관리법은 일찍이 강제퇴거명령의 집행을 위하여 외국인을 일정한 장소에 붙잡아 두고 있으면서 이를 “보호”라고 표현하였습니다. 사전적 의미의 ‘보호’와 달리 출입국관리법상 ‘보호’는 피보호자인 외국인 본인을 위한 것이 아닙니다. 오히려 외국인의 인권을 침해하는 소지가 더 컸습니다.

이에 2005. 5. 23. 국가인권위원회는 법무부장관에게 “출입국관리법상 행하여지는 ‘보호’행위는 실질적으로 형사사법절차상의 구인, 구금 또는 수용과 유사함에도 불구하고, ‘보호’행위에 대한 정의 규정이 없어 그 내용과 적용범위가 모호하여 대상 외국인의 신체의 자유 등 기본권 침해의 우려가 있으므로, 그 개념을 분명히 정의하라”고 권고 (국가인권위원회, 불법체류외국인강제단속과정의 인권침해, 2005. 5. 23. 자 04진인139, 04진기131병합결정)하였습니다.

그러나 출입국관리법 제63조 제1항에 대한 헌법소원을 제기하였을 때 법무부장관은 출입국관리법상 ‘보호’는 신체의 자유를 제한하지 않는다고 주장하였습니다. 즉 미등록체류상태에서 국내에 거주할 수 있는 권리란 존재하지 않는 것이고, 국내에서 자유롭게 다닐 수 없는 결과 보호소에 있는 것이므로, 이 사건 보호는 단지 외국인의

‘국내’에서의 자유로운 이전만을 제한하고 있을 뿐이므로 거주이전의 자유에 불과하다고 합니다. 그리고 2018년 헌법재판소의 다수 의견은 법무부의 주장을 일부 받아들여서 심판대상조항이 강제퇴거대상자의 신체의 자유를 제한 한다고 하더라도, 강제퇴거대상자는 대한민국에 체류할 수 없을 뿐 본국 또는 제3국 으로 자진출국함으로써 언제든지 보호상태를 벗어날 수 있는 등, 강제퇴거대상자에 대한 신체의 자유 제한은 그의 의사에 좌우될 수 있다는 특수성이 있다고 판시 하였습니다.

그러나 유엔 자유권규약 위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조 (신체의 자유)에 대한 일반 논평 제35호에서 신체의 자유의 침해는 이동의 자유의 침해와 비교해 보았을 때 더 좁은 공간에서 움직임을 더 심하게 제한하는 것으로 여기에는 당연히 이주구금을 포함한 행정구금이 해당 된다고 하였고 (제5단), 이동의 자유의 심각한 제한 형태가 신체의 자유 제한이라고 하면서 외국인을 강제송환이나 추방하기 위해 가두는 것은 자유권 규약 제9조에서 말하는 구금 이라고 하였습니다 (제60단)

따라서 외국인보호소는 신체의 자유를 제한하는 구금시설이며, 이 사건 심판조항에 의해 발령되는 보호명령은 구금집행명령입니다.

또한 유엔인권 조약 기구들도 한국의 이주구금의 문제를 지적한 바 있는데, 대표적 으로 유엔 아동권리위원회는 2012년 한국의 외국인 구금시설에 대해 아래와 같은 권고를 하였습니다.

“난민 아동이나, 난민신청자인 아동 그리고 부모를 동반하지 않은 (외국인) 아동이 출입국 관련법에 의해 구금되는 것에 대해 깊은 우려를 갖고 있다. 또한 그러한 구금이 부적절한 시설에서 이루어지고, 송환 명령에 대한 집행이 실행되지 못하는 동안 법으로 정한 상한(上限)없이 구금이 이루어지고, 또한 구금이 정기적이고 시의적절한 심사를 보장하는 규정 없이 이루어 지는 것에 대해서도 우려를 표시한다..... 협약국(인 한국)은 그러한 외국인 구금이

.....시의적절한 정기적 심사의 대상이 되도록 해야 하고, 구금에 상한을 두어야 한다.”

## 나. 현 출입국관리법의 위헌성 및 문제점.

### 1) 외국인에 대한 불필요한 장기 혹은 무기한의 구금이 가능하게 함

현재 외국인에 대해 장기 구금이 가능한 이유는 본 법률조항인 출입국관리법 제63조 제1항이 강제퇴거명령을 받은 사람을 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 무기한 즉, 구금의 시간적 한계를 두지 않고 무기한 구금이 가능하다는 식으로 규정되어 있기 때문입니다.

어떤 법률의 입법목적이 정당하고 그 목적을 달성하기 위해 제한을 두는 경우 입법자가 그러한 수단을 선택하지 아니하고도 보다 덜 제한적인 방법을 선택하여도, 그 목적을 실현할 수 있음에도 불구하고 그러한 입법을 한다면 이는 과잉금지 원칙의 한 요소인 “최소침해성의 원칙”에 위배됩니다.

본 법상 구금의 사유는 국가의 행정적 필요에 따라 설정되는 체류자격의 위반으로서 그 불법성의 정도가 형사 범죄에 미치지 못하는 것들입니다.

그러므로 보호의 상한을 정하지 않았을 뿐 아니라 피구금된 외국인의 이동의 자유를 덜 제한하는 방법을 전혀 규정하고 있지 않은 상태에서 사실상 무기한 보호를 할 수 있도록 규정한 본법률조항은 피해의 최소성 원칙에 반하여 규정 되었다고 할 수 있습니다.

## 2) 정기적인 사법적 심사의 부재

보호는 헌법 제12조에서 규정한 ‘신체의 자유’를 제한하는 사실상 구금의 성격을 지니는 행정작용으로 원칙적으로 헌법 제12조 제6항에서 규정한 사법적 통제가 필요합니다. 특히 장기적인 혹은 무기한의 보호가 가능하게 규정되어 있기 때문에 사법적인 통제는 정기적으로 이루어져야 합니다.

이러한 문제점을 인식한 국가인권위원회는 2005년 5월 23일 ‘출입국관리법 일부 개정법률안에 대한 의견표명’에서 “출입국관리법상의 외국인 ‘보호’업무가 출입국 관리분야의 행정작용이라 인정될 수 있을지라도, 실제 인신의 자유에 대한 중대한 제한을 내용으로 하고 있어, 그 본질은 형사사법절차상의 인치, 구금과 유사하므로, 인신관련 행정작용의 근거와 절차를 형사사법절차에 준하여 마련함이 바람직하다”라고 하고 있습니다.

헌법재판소는 형사소송법 제214조의2 제1항 위헌소원 사건에 관한 2004. 3. 25. 선고 2002헌바104 결정에서 “헌법 제12조에 규정된 ‘신체의 자유’는 수사기관뿐만 아니라 일반 행정기관을 비롯한 다른 국가기관 등에 의하여도 직접 제한될 수 있으므로, 헌법 제12조 소정의 ‘체포·구속’ 역시 포괄적인 개념으로 해석해야 한다. 따라서 최소한 모든 형태의 공권력 행사기관이 ‘체포’ 또는 ‘구속’의 방법으로 ‘신체의 자유’를 제한하는 사안에 대하여는 헌법 제12조 제6항이 적용된다고 보아야 한다.”고 하여 일반 행정기관에 의한 신체의 자유 제한 처분에 대하여도 원칙적으로 법원의 통제가 적용될 수 있음을 판시하고 있습니다.

물론 현행 출입국관리법상으로도 보호‘처분’에 대해 법원에 취소소송을 제기할 수 있고, ‘보호’ 자체에 대해서도 법무부장관을 상대로 이의신청을 제기하고 그 이의신청이 기각될 경우 그 기각결정에 대한 취소소송을 제기할 수 있습니다.

그러나 보호‘처분’에 대한 취소소송은 제소기간이 90일로 정해져 있어, 신체의

자유와 관련해서 가장 문제가 많이 되는 장기간의 보호에 대해서는 구제수단이 될 수 없습니다. 또 '보호' 자체를 다투는 이의신청은 중립적이고 객관적이라고 할 수 있는 사법통제가 아니며, 그 이의신청에 대해 법무부장관이 내린 기각결정을 취소소송으로 법원에서 다툴 수 있지만 그것은 즉각적이고 효율적인 구제수단이 아니라기보다는 우회적이라고 할 수 있어, 헌법 제12조가 규정한 사법심사라고 할 수 없습니다.

그러므로 출입국관리법 제63조 제1항에 근거하여 외국인을 보호하는 경우에는 헌법 제12조에 따라 보호의 타당성 내지 필요성에 대한 정기적인 사법심사의 길이 보장되어 있어야 하는데, 그러한 내용이 출입국관리법 제63조 제1항에는 없기 때문에, 사법기관의 관여 없이 출입국관리사무소장의 처분으로 외국인에 대해 사실상 구금과 다름없는 '보호'를 시작한 후 정기적인 사법심사 없이 '과도하게 길거나 무기한'의 구금을 가능하게 하는 본법조항은 피해의 최소화 원칙에 반합니다.

### 3) 구금개시 요건 및 제약 부재로 인한 문제점들

즉시 송환불능만을 보호 사유로 규정하고 있어, 강제퇴거명령만 발부 되면 보호 사유에 대한 구체적 심사 없이 강제퇴거명령 발부와 거의 동시에 보호명령이 발령되고 있습니다. 이는 담당 공무원으로 하여금 구금을 보다 용이하게 하는 강제퇴거명령 발부에 대한 유인이 됩니다. 이에 출국명령제도가 있지만, 구금이 용이한 강제퇴거명령이 월등히 많이 발부됩니다. 또한 현 출입국관리법은 취약한 지위에 있는 외국인들에 대한 고려가 전혀 없어서, 구금되어서는 안될 취약한 지위에 있는 자들이 구금되고 있습니다. 일시보호해제를 신청하여 보호 일시해제되는 사례들이 있기는 하지만 상당한 금액의 보증금과 취약한 사유에 대한 증명의 어려움으로 인해서 보호일시해제도 용이하지 않습니다.

## 4. 그간 출입국관리법 개정 노력들

### 가, 헌법소송

- 헌법재판소 2012. 12. 4. 2012헌바404 결정(위헌제청 각하)  
보호 해제 이유로 재판의 전제성 인정되지 않는다는 이유로 전원 각하 결정
- 헌법재판소 2016. 4. 28. 2013헌바196 결정(위헌제청 기각)  
5인 다수의견-각하 결정(박한철, 서기석, 조용호/보충의견 김창종, 안창호 합헌)  
4인 반대의견-위헌 의견 (이정미, 김이수, 이진성, 강일원-위헌)
- 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정(서울행정법원의 위헌제청)  
4인 합헌 의견(김창종, 안창호, 서기석, 조용호)  
5인 위헌 의견(이진성, 김이수, 강일원, 이선애, 유남석)
- 헌법재판소 2020헌가1(수원지방법원 위헌제청)  
유남석, 이선애/ 이석태\*, 이은애(김명수)/ 이종석(자유한국당),  
이영진(바른미래당) 김기영\*(더불어민주당)/ 문형배(문재인) 이미선(문재인)

### 나. 국회 입법발의

- 1) 이춘석 의원안
  - 출국권고, 출국명령 우선
  - 영장주의
  - 구금 2개월 원칙, 최대 6개월 상한
- 2) 전해철 의원안
  - 보호를 수용으로 변경
  - 영장주의 도입
- 3) 임종성 의원안
  - 법관의 영장에 의해 보호 개시
  - 6개월+6개월
  - 법원이 보호 일시해제 결정

- 4) 박주민 의원안
  - 보호의 필요성과 피보호자의 취약성 추가 심사
  - 2개월 넘는 경우 2개월마다 판사의 허가
  - 상한 1년
- 5) 금태섭 의원안
  - 구금상한 규정 (6+12)
  - 아동구금 금지

## 5. 출입국관리법 개정 제안.

### 1) 구금 상한 관련

- 출입국관리법 제63조 개정하여 구금 상한 규정 도입.

### 2) 적법한 외부 통제 관련

- 사법부 통제(다만 구금개시 단계에서 영장주의 도입하지 않고, 연장 단계에서 지방 법원 판사의 허가)
- (인신보호법상 적용제외 규정 삭제)

### 3) 구금 개시 관련

- 강제퇴거명령 대신 출국명령 우선 원칙 도입
- 피구금자의 취약성 고려 또는 구금 면제 규정 도입.

제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호 해제) 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.	제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호 해제) ① ----- ----- ----- -----고 도주 우려가 있으며,
---	--

<p>〈신 설〉</p> <p>② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다.</p> <p>③ 지방출입국·외국인관서의 장은 제2항의 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 한다.</p> <p>④ 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람이 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우에는 그의 보호를 해제할 수 있다.</p> <p>⑤ 지방출입국·외국인관서의 장은 제3항 또는 제4항에 따라 보호를 해제하는 경우에는 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙일 수 있다.</p> <p>〈신 설〉</p> <p>⑥ 제1항에 따라 보호하는 경우에는 제53조부터 제55조까지, 제56조의2부터 제56조의9까지 및 제57조를 준용한다.</p>	<p><u>덜 침익적 수단으로 보호의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 송환을 위한 준비 및 절차를 위하여 필요한 최소 기간 동안 그를 보호시설에 보호할 수 있다.</u></p> <p>② 제1항에 따라 강제퇴거명령을 받은 자의 보호기간은 20일을 초과해서는 안된다.</p> <p>③ 제1항의 보호 기간이 만료하기 전에 지방출입국외국인관서의 장이 <u>보호 연장의 필요성이 있다고 인정하는 경우에는 기간 만료 5일 전에 사유를 첨부하여 관할지방법원 판사에게 보호연장 결정허가를 청구해야 한다.</u></p> <p>④ <u>전항의 보호연장은 보호기간이 만료한 날로부터 40일을 초과하지 않는 범위에서, 두 차례만 연장 할 수 있다.</u></p> <p>⑤ <u>지방출입국·외국인관서의 장은 보호된 외국인이 송환할 수 없음이 명백하거나 관할지방법원 판사로부터 보호연장의 허가를 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 한다.</u></p> <p>⑥ <u>지방출입국·외국인관서의 장은 제5항에 따라 보호를 해제하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 주거의 제한, 지방출입국·외국인관서의 장이 지정하는 일시·장소에 출석할 의무, 그 밖에 필요한 조건을 부과할 수 있다.</u></p> <p>⑦ 지방출입국·외국인관서의 장은 제5항에 따라 보호로부터 해제된 사람이 정당한 사유 없이 제6항에 따른 조건을 위반하면 다시 제1항에 따른 보호명령을 할 수 있다.</p>
---	--

	<p>⑧ 전항에 따라 재보호 되는 기간은 그 전에 동일한 사건으로 보호했던 기간과 합산해야 하며, 그 합산 기간이 100일을 초과해서는 안된다.</p> <p>⑨ 제1항에 따라 보호하는 경우에는 제51조의2, 제53조부터 제55조까지, 제56조의2부터 제56조의9까지 및 제57조를 준용한다.</p>
--	--





이주구금 제도개선을 위한  
국제심포지엄

발제 2

# 독일의 이주구금

## - 구금 개시 및 연장 절차 -

- Christoph König (Refugee Law Clinics, Deutschland)
- Dr. Bianca Sukrow (Refugee Law Clinics, Deutschland)





## ▮ 발제자 및 소속 기관 소개



**Christoph König**([christoph.koenig@rlc-deutschland.de](mailto:christoph.koenig@rlc-deutschland.de))

Refugee Law Clinics, Deutschland

- Christoph König is doctoral researcher in contemporary legal history at Humboldt Universität and BSP Business and Law School in Berlin as well as lecturer for commercial law at the Universität Erfurt. He is a founder and former co-chair of the Refugee Law Clinic movement in Germany and has a keen interest in all aspects of access to justice.
- 베를린 BSP 경영법대학교와 훔볼트 대학교 현대법사학 분야의 박사과정 연구자이고, 에르푸르트 대학교에서 상법을 강의한다. 독일에서 난민법 클리닉 운동의 창립자이자 전 공동의장이고 법에 대한 접근성의 모든 측면에 깊은 관심을 갖고 있다.
- **Refugee Law Clinics, Deutschland**  
독일 난민법률클리닉(RLC)은 독일 현지 30개 이상의 이민법률 클리닉협회로 독일과 유럽의 난민 또는 이주민 옹호와 네트워킹, 회의조직, 교육자료 발간 및 배포 등을 통해 회원 단체를 지원하고 회원조직들의 작업 환경을 개선하는 것을 목표로 하고 있다.

## Ⅰ 발제자 및 소속 기관 소개



**Dr. Bianca Sukrow**

Refugee Law Clinics, Deutschland

- Dr. Bianca Sukrow has been educated as a humanities scholar and systemic therapist. Since 2016, they are director of the Law Clinic at Bucerius Law School in Hamburg, Germany. Bianca is an active member of the German and the international law clinic and access to justice network. They were co-chair of the umbrella organisation Refugee Law Clinics Germany til 2020, when they were appointed chair of the advisory board of the same organisation. In 2019, Bianca co-founded an initiative that provides legal aid for people detained for deportation in Northern Germany.
- 인문학자와 체계적인 상담사로 훈련받았다. 2016년부터 독일 함부르그에 있는 부세리우스 법대의 법 클리닉 디렉터를 맡았다. 비앙카는 독일 및 국제법 클리닉과 법에 대한 접근 네트워크의 활동적인 구성원이다. 2020년까지 상부 단체인 독일 난민법 클리닉의 공동의장을 맡았고, 2020년에는 같은 단체 고문단의 의장으로 위촉되었다. 2019년에는 독일 북부에서 송환을 위해 구금된 사람들을 위해 법적 조력을 제공하는 운동을 시작했다.

# *Abschiebehaft* *Abschiebungshaft* deportation detention in Germany

Bianca Sukrow & Christoph König

## History

1919 / 1920	1. Deportation Code / 1. prison in Ingolstadt
1938	<i>AusländerpolizeiVO</i> („foreigners' police“)
1965	<i>AusländerG</i> (Foreigners' Code) → max. 1 year
1990	max. 1,5 years
2009	BGH becomes relevant
2014	EuGH → <i>Trennungsprinzip</i> („separation principle“)
Since 2015	continuous tightening of regulation

## Basics

- **Überstellungshaft (§ 2 XIV AufenthG):**
  - „Dublin“-custody
  - up to 12 weeks
- **Abschiebungshaft (§ 62 AufenthG):**
  - Custody awaiting deportation
  - up to 6 months, in exceptional cases even 18 months
- **Ausreisegewahrsam (§ 62b AufenthG):**
  - Custody to secure departure
  - up to 10 days
- **Zurückweisungshaft (§ 15 V AufenthG):**
  - Refusal of entry custody
  - up to 6 months, in exceptional cases even 18 months
- **Zurückschiebungshaft (§ 57 III AufenthG iVm. §§ 62, 62a AufenthG):**
  - Removal custody

## Basics

- Basic requirements
  - Obligation to leave Germany
  - (significant) risk of flight → can be based on different indications
- Deportation detention is not criminal detention
- Obligation to leave is not affected by challenges to detention
- Right to stay is not considered by proper court → civil courts
- No court-appointed counsel, people must pay for a lawyer, which many cannot afford

## Person of trust

- No court-appointed counsel, but sort of substitute named „Person des Vertrauens“ (person of trust)
- Anybody can be named by the detainee, no formal qualification necessary (whereas ALL other forms of legal counselling are strictly regulated)
- Person of trust acts in his/her own name, no representation of the client
- Almost all legal interventions possible starting from the moment of nomination (lawyers can also act retroactively, persons of trust cannot)

## Normal procedure

- Request by immigration authorities to local **civil court** (Amtsgericht / AG)
  - Hearing of the concerned party at the local civil court
  - Decision by local civil court
    - Arrest order
    - Release
- Application to regional court (Landgericht / LG)
  - Hearing of the concerned party at the regional court
  - Decision by regional court
    - Confirmation of arrest order
    - Repeal of arrest order
- Application to Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof / BGH)

## Statistics on lawfulness

*(Gathered by Peter Fahlbusch, no official statistics available; numbers as of November 2021)*

- Lawyer Fahlbusch represented 2.167 people detained for deportation between 2001 and 2021
- 1.115 of the clients (=51,5%) were detained illegally according to final judgement
- On average, each client was imprisoned illegally for 26 days (some just a few days, others for months)

*(similar numbers reported by Frank Gockel, who also represented several thousand detainees in the course of the last 25 years)*

## Conditions of detention

- Very similar to penal detention, though no crime committed
- Euphemistic dictum by people supporting deportation detention: „*Deportation detention is like residing minus freedom.*“  
In fact:
  - walls are six metres high and end in barbed wire
  - visits are extremely restricted
  - women often experience conditions of solitary confinement
  - private communication tools often must not be used (often results in absolute loss of contacts)
  - often sanctions seem even more arbitrary than in penal detention

## Conditions of detention

- ECJ decision C-519/20 of 10.03.2022 [not yet published in English]
  - Deportation detainees must not be detained in „prison like“ facilities (meaning: they must not be detained together with criminals; deportation detention centres still look and feel like prisons)
  - If – in emergency situations – deportation detainees are detained in prison-like facilities the civil judge has to consider if there really is an emergency

## Recommendations

- yes, make sure you have a court reservation system,
- but make sure detainees get a court-appointed (=paid by public) lawyer who is at the same time unattached to the court and not subjected to public directives, too!
- make sure there is a clear and easy to access way to challenge detention orders and appeal to higher courts (even if you have court-appointed lawyers, detainees should also be able to appeal personally)
- make sure visitors (family, friends, social advisers, etc.) and independent organisations like refugee rights initiatives and aid groups have the right to access the detention facility AND have confidential conversations with the detainee
- make sure detainees can keep their private mobile phones (with all their contacts, which they don't have if they get a loan device) and have nonrestricted access to the internet

# *Abschiebehaft*

# *Abschiebungshaft*

## 독일의 강제추방 및 구금

비앙카 스크로(Bianca Sukrow) &  
크리스토프 쿤니히(Christoph König)

## 연혁

- |           |   |
|-----------|---|
| 1919/1920 | 1. 강제추방 규정 / 1. 잉골슈타트 수용소                   |
| 1938      | <i>AusländerpolizeiVO</i> ('외국인 통제')        |
| 1965      | <i>AusländerG</i> (외국인법) → 최장 1년            |
| 1990      | 최장 1.5년                                     |
| 2009      | 관련 독일연방대법원 판결 등장                            |
| 2014      | 유럽연합법원 → <i>Trennungsprinzip</i> ('분리의 원칙') |
| 2015년 이래  | 규범이 점차 엄격해지고 있음                             |

## 기본사항

- 인도 (전) 구금 (체류법 제 2조 XIV):
  - '더블린' 구금
  - 최장 12주
- 추방(*deportation*) (전) 구금 (체류법 제 62조):
  - 강제 추방을 위한 대기 중 구금
  - 최장 6개월이나 특별한 경우 18개월까지 가능
- 강제 추방 (체류법 제 62b조):
  - 출국 집행을 위한 구금
  - 최장 10일
- 추방(*expulsion*) (전) 구금 (체류법 제 15조 V):
  - 입국 거부에 따른 구금
  - 최장 6개월이나 특별한 경우 18개월까지 가능
- 강제 송환 (전) 구금 (체류법 제 62, 62a조와 관련된 57조 III):
  - 강제추방을 위한 구금

## 기본사항

- 기본 요건
  - 독일에서 출국할 의무
  - 도피할 (상당한) 위험 → 다양한 요소를 고려할 수 있음
- 강제추방 구금은 형사 구금이 아님
- 구금에 이의를 제기하는 행위는 출국 의무에 영향을 미치지 않음
- 체류 허가는 관할 지역 법원에서 심의되지 않음 → 민사 법원
- 국선변호인을 선정해주지 않으므로 직접 변호인을 선임해야 하는데 많은 이에게 비용 부담이 큼

## 신뢰하는 자

- 국선변호인 선정은 없으나 역할을 어느 정도 대체할 수 있는 '신뢰하는 자(Person des Vertrauens)'라는 제도가 있음
- 피구금자는 자격요건과 관계없이 누구든지 지명할 수 있음(이와는 달리 그 밖의 모든 법적 자문은 엄격하게 규제됨)
- 신뢰하는 자는 고객의 대리인이 아닌 본인 명의로 활동함
- 지명 즉시 거의 모든 법적 중재가 가능함(변호사는 소급하여 활동할 수 있으나 신뢰하는 자는 불가능함)

## 일반적인 절차

- 이민 당국이 해당 **구법원**(Amtsgericht/AG)에 심리 요청
  - 해당 구법원에서 관계자 심리 진행
  - 해당 구법원의 판결 선고
    - 구속 명령
    - 석방
- 지방법원(Landgericht/LG)에 이의 신청
  - 해당 지방법원에서 관계자 심리 진행
  - 해당 지방법원의 판결 선고
    - 구속 명령의 확인
    - 구속 명령의 취소
- 연방대법원(Bundesgerichtshof/BGH)에 이의 신청

## 적법성에 관한 통계 자료

- 피터 팰부시(Peter Fahlbusch) 수집, 공식 통계 확인 불가.  
2021년 11월 기준

- 팰부시 변호사는 2001년부터 2021년 사이에 2,167명의 강제 추방 피구금자를 변호하였음
- 그중 51.5%에 해당하는 1,115명의 의뢰인이 최종 판결 기준으로 불법 구금되었음
- 평균적으로 의뢰인이 불법 구금된 일수는 26일임(적게는 며칠간, 많게는 수개월간 구금되었음)

(지난 25년간 수천 명의 피구금자를 변호한 프랑크 고켈(Frank Gockel)이 발표한 숫자도 비슷한 수준이었음)

## 구금 환경

- 범죄를 저지르지 않았음에도 불구하고 구류와 매우 유사함
- 강제추방 구금을 옹호하는 자들의 완곡한 표현에 따르면, "강제추방 구금은 자유 없이 생활하는 것과 같다." 실상은 이러함
  - 6m에 달하는 담장 위에는 철조망이 쳐져 있음
  - 면회는 굉장히 제한적으로 이뤄짐
  - 여성은 독방 수감되는 경우가 상당함
  - 개인적인 연락 수단 사용을 금지하는 경우가 많음(결국 외부와 연락이 완전히 두절되는 사례가 많음)
  - 구류 때보다도 제재를 더 임의로 가하는 양상도 보임

## 구금 환경

- 2022년 3월 10일 유럽연합재판소(ECJ) 판결 C-519/20 (영문본 미출간)
  - 강제추방 피구금자는 '감옥 같은' 시설에 구금되어서는 안 됨(의미: 범죄자와 함께 구금되어서는 안 됨. 아직도 강제추방 대상 구금시설은 외견과 분위기가 감옥과 유사함)
  - 비상 상황으로 인해 강제추방 피구금자가 감옥과 같은 시설에서 구금된다면 사법재판관은 해당하는 상황이 정말 비상 상황인지 심의해야 함

## 권고사항

- 재판 예약 시스템을 구축하되,
- 피구금자를 위해 관련 법원과 무관하며 행정 지시로부터 자유로운 국선 변호인(선임료를 국가에서 부담) 선정 제도도 구비할 것!
- 구금 명령에 이의 신청하고 상급 법원에 항소할 수 있는 쉽고 명확한 절차를 마련할 것(국선 변호인 제도를 운용하더라도 피구금자가 직접 항소할 수도 있어야 함)
- 방문자(가족과 친구, 사회복지사 등) 및 난민 인권 단체와 원조단체 등 독립적인 기관이 구금시설에서 구금자를 접견하는 것은 물론, 비밀이 보장된 대화를 나눌 수 있는 권한을 부여할 것
- 구금자가 개인 휴대전화(임대 전화와 달리 개인 연락처 보유 가능)를 소지하고 인터넷에 제한 없이 접속할 수 있도록 할 것



이주구금 제도개선을 위한  
국제심포지엄

발제 3

# 대만의 이주구금

## - 장기구금 위헌 결정 이후 대만의 구금 현황 -

• Liao Xin-yi

(International affairs Coordinator, Taiwan Association for Human Rights)





## Ⅰ 발제자 및 소속 기관 소개

**Xin-yi Liao** (xy@tahr.org.tw)

International affairs Coordinator, Taiwan Association for Human Rights

- Xin-yi Liao is the International Affairs Coordinator of Taiwan Association for Human Rights. She is in charge of channeling bottom-up initiatives of grassroots activists and legal practitioners onto supranational networks, strengthening solidarity between human rights defenders, as well as soliciting transnational benefactions.

대만인권협회의 국제 업무 코디네이터다. 풀뿌리 활동가와 법조인의 활동이 국제적인 네트워크와 연결될 수 있도록 하고, 인권활동가 간의 연대를 강화하며, 초국가적인 후원을 모집하는 일을 맡고 있다.

- **Taiwan Association for Human Rights**

Taiwan Association for Human Rights is one of its nation's longest-running advocacy groups established during the Martial Law era in opposition to the late authoritarian regime. The organization has contributed to various pivotal events of Taiwan's democratization, and is now focusing on strengthening legislative safeguards for freedom of expression, privacy and data autonomy, adequate housing, asylum and refuge, as well as fair working conditions in deep-sea fishing.

As a part of a coalition for migrant empowerment, the organization's campaign for improving the immigration system predates the official inception of the National Immigration Agency. Strategic litigation, lobbying and consultation are methods adopted to promote structural reforms.

## ■ 발제자 및 소속 기관 소개

- **대만인권협회**

대만인권협회는 과거 권위주의 정권에 맞서 계엄 시절에 설립된 대만의 가장 오래된 어드보커시 단체 중 하나다. 대만 민주화의 다양한 주요 사건에 기여했으며, 지금은 표현의 자유, 프라이버시 및 데이터 주권, 주거보장, 망명과 난민 및 원양어업에서의 공정한 노동환경을 위한 법적 안전장치를 강화하는데 집중하고 있다.

이주민 권리강화를 위한 연대의 일부로서, 이민체계를 개선하기 위한 대만인권협회의 캠페인은 국가이민청의 공식 출범보다도 앞선다. 구조적인 개혁을 위해 전략소송, 로비, 컨설팅과 같은 방법을 활용하고 있다.

Conference Paper for  
Improving the Immigration Detention System  
2022 International Symposium  
The Case of Taiwan

Liao Xin-yi

目次

壹、外國人收容制度

- (一) 收容的法源
- (二) 收容的名義
- (三) 收容的決定
- (四) 收容的存續

貳、司法院大法官解釋

- (一) 憲法保留範圍
- (二) 針對移民署收容的憲法解釋

參、對大法官解釋批評

- (一) 憲法保留原則遷就資源經濟
- (二) 收容異議無法達成即時救濟

肆、立法沿革

- (一) 修法契機
- (二) 刑案責付的刪除
- (二) 替代收容的保全
- (三) 法院裁定的聲請
- (四) 收容的上限天數

## 壹、外國人收容制度

就入出境管制，台灣對外籍人士的干預行為可略分為「禁止境外人士入境」與「限令境內人士出境」，本文探討範圍限於後者的現行制度與變革歷程。

### (一) 收容的法源

組織法上，內政部移民署（下稱移民署）是掌理強制驅逐出境的主管機關<sup>1</sup>。作用法上，規範入出境管制之具體公權力行使方式的是入出國及移民法（下稱移民法）。權利救濟，除收容聲請案件優先適用移民法<sup>2</sup>與行政訴訟法的收容聲請事件程序專章<sup>3</sup>，其餘則回歸一般行政救濟法規的適用<sup>4</sup>。此外，由於中華人民共和國國民在台涉及任何民事、刑事與行政事務，以優先適用臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸條例）與香港澳門關係條例（下稱港澳條例）為原則，前述條例亦針對該國國民定有限令出境與強制驅逐的條文，且在部分處分作成與救濟程序上準用移民法。

### (二) 收容的名義

移民法與其下位行政法規所稱的「收容」是政府以剝奪人身自由確保「驅逐」被執行完畢的保全措施，而「驅逐」性質上是「限令出境」的強制執行，「限令出境」則是具體化特定外國人公法上行為義務的基礎處分；前者的合法性以後者的存續為前提<sup>5</sup>。

<sup>1</sup> 見內政部移民署組織法第2條。

<sup>2</sup> 見入出國及移民法第38條之1。

<sup>3</sup> 見行政訴訟法第二編第四章。

<sup>4</sup> 詳見行政訴訟法有關撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟之規定。

<sup>5</sup> 有關行政執行的合法性，參考陳清秀，行政執行程序之救濟，法令月刊，65卷3期，30-62頁(2014年)。

移民署作成與執行出境處分時須遵循的法定程序，依相對人是否事實上曾獲准入境或居留而異。就實體決定而言，倘若相對人於入境時未經查驗，移民署的裁量權受法令羈束，應課予其離境義務<sup>6</sup>。就決定機關而言，事實上曾取得居留者，倘若未經刑事法院宣判驅逐出境確定，且無其他法定情事<sup>7</sup>，應由移民署遴聘之委員所組成的強制驅逐出國案件審查會議決其出境義務；反之，則與事實上未曾取得居留許可者相同，由移民署專勤隊自行決定。強制驅逐出國審查會委員為無給職，委員中不隸屬於行政機關的「社會公正人士及學者專家」不得少於全體的二分之一<sup>8</sup>；專勤隊則是隸屬於移民署的勤務單位，成員皆是機關內部人員。

執行政序上，入境時未經查驗的外國人所受的保障最低，移民署的裁量權在此同樣受法令羈束，負有義務逕行驅逐該類外國人出境<sup>9</sup>；在餘下情形，移民署則有寬泛的裁量權依追蹤的難易度<sup>10</sup>以及國家與社會安全的風險<sup>11</sup>，衡酌是否給予相對人自行出境的機會。被限令自行出境的外國人中，又以因許可逾期而需離境者的履行期限最寬裕，為辦妥出境手續後十日內<sup>12</sup>。

就驅逐的停止事由，除了適逢懷胎、生產或流產者，罹患疾病致驅逐有生命危險之虞者，罹患法定傳染病而有傳染他人之虞者，無法獨自出國又無人協助出國的未成年、年邁或身心障礙者，經司法或其他機關通知限制出

<sup>6</sup> 見入出國及移民法第 36 條第 1 項。

<sup>7</sup> 見入出國及移民法第 36 條第 4 項但書。

<sup>8</sup> 詳見入出國及移民法第 36 條第 4 項與第 6 項、臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條第 3 項與第 5 項，以及強制驅逐出國案件審查會設置及作業要點。

<sup>9</sup> 以外國人強制驅逐出國處理辦法第 2 條反面解釋入出國及移民法第 36 條可推知。

<sup>10</sup> 見外國人強制驅逐出國處理辦法第 1 條第 1 項第 2 款到第 4 款。

<sup>11</sup> 見外國人強制驅逐出國處理辦法第 2 條第 1 項第 5 到第 7 款。

<sup>12</sup> 見外國人強制驅逐出國處理辦法第 2 條。

國者，外國人強制驅逐出國處理辦法第 6 條另設有概括條款，容許移民署依個案情形暫緩驅逐。

### (三) 收容的決定

在法律上，強制驅逐處分的作成不當然伴隨收容或收容替代處分，倘若移民署得即時戒護受驅逐處分之人出境，應盡速為之，不得處以收容或收容替代處分<sup>13</sup>。只有當移民署事實上無法即時取得戒護相對人出境所需的旅行文件，而相對人「受外國政府通緝」或「有事實足認有行方不明、逃逸或不願自行出國之虞<sup>14</sup>」，移民署始有採取額外措施保全驅逐的權限。

程序上，移民署在核定保全方式前應先給予相對人陳述意見的機會。保全方式的優先選擇是由移民署命相對人繳納保證金或將其責付予第三方，同時要求其在離境前持續履行「一、定期至移民署指定之專勤隊報告生活動態。二、限制居住於指定處所。三、定期於指定處所接受訪視。四、提供可隨時聯繫之聯絡方式、電話，於移民署人員聯繫時，應立即回覆。」四款中全部或部分要求<sup>15</sup>；形式上，上述各項負擔以一收容替代處分設定。只有當相對人違反收容替代的負擔條件<sup>16</sup>，或當移民署無法預期能以收容替代處分達到保全驅逐的效果，移民署始能認定該相對人「非予收容顯難強制驅逐<sup>17</sup>」，並在排除法定難以自理生活與有特殊身心需求者後<sup>18</sup>，作成暫予收容處分。

<sup>13</sup> 見入出國及移民法施行細則第 24 條。

<sup>14</sup> 引自入出國及移民法第 38 條第 1 項。

<sup>15</sup> 見入出國及移民法第 38 條第 2 款。

<sup>16</sup> 見入出國及移民法第 38 條之 8。

<sup>17</sup> 引自入出國及移民法第 38 條第 1 款。

<sup>18</sup> 詳見入出國及移民法第 38 條之 1。

(四) 收容的存續

移民署收容分為三個階段，暫予收容、續予收容與延長收容。中華人民共和國的國民，適用《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》者的收容上限天數是150日，前15日為暫予收容，第16日起至第60日為續予收容，第61日起至第100日為第一次延長收容，第101日起至第150日為第二次延長收容<sup>19</sup>；適用《香港澳門關係條例》者的收容天數與其他外國人同為100日，前15日為暫予收容，第16日起至第60日為續予收容，第61日起至第100日為延長收容<sup>20</sup>。立法院與主管機關作此區分的理由是移民署遣返適用《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》的中華人民共和國國民時，需按《金門協議》特定的時間與方式，導致該等受遣返人的等待期間普遍久於一般外國人<sup>21</sup>。此外，「同一事件之收容期間應合併計算<sup>22</sup>」；當移民署廢止或停止收容處分後，復因相對人違反收容替代條件，或基於廢止或停止原因消滅，再次收容該名外國人，前後收容期間加起來不得大於前述上限天數<sup>23</sup>。

因收容處分涉及人身自由之剝奪，立法者針對此類行政處分專設司法程序<sup>24</sup>，排除一般行政與司法審查程序的適用。該司法程序，在暫予收容階段只有「事後提審模式」<sup>25</sup>，在續予收容與延長收容階段則是「事前法官保留模

<sup>19</sup> 見臺灣地區與大陸地區人民關係條例第18條之1。

<sup>20</sup> 見香港澳門關係條例第14條之1。

<sup>21</sup> 詳見立法院公報，第104卷，第45期，立法院第8屆第7會期內政委員會第19次全體委員會議紀錄(2015年)。

<sup>22</sup> 引自臺灣地區與大陸地區人民關係條例第18條之1第9項。

<sup>23</sup> 見入出國及移民法第38條之8、以及臺灣地區與大陸地區人民關係條例第18條之1第9項。

<sup>24</sup> 有關「法官介入審查機制」，參考林明昕，論剝奪人身自由之正當法律程序，臺大法學論叢，46卷1期(2017年)。

<sup>25</sup> 此指入出國及移民法第38條之1所稱「收容異議」。

式」<sup>26</sup>兼併「事後提審模式」<sup>27</sup>。系爭事後提審程序，需由受收容人或其配偶、直系親屬、法定代理人、兄弟姊妹主動提出，移民署如未在受理後二十四小時內移送法院審查，就必須即刻廢止暫予收容處分並釋放受收容人；事前法官保留程序，則是由移民署在續予或延長收容相對人前，主動聲請法院裁定。前述司法裁定皆以收容所所在地的地方行政訴訟庭為第一審級，兩造如不服第一審裁定得在五日内抗告於高等行政訴訟庭<sup>28</sup>。當法院撤銷暫予收容處分、駁回續予或延長收容聲請，移民署必須立即釋放受收容人。法院裁定准予續予收容或延長收容後，移民署仍可以依職權廢止暫予收容處分或停止收容，釋放受收容人。

## 貳、司法院大法官解釋

### (一) 憲法保留範圍

憲法第二章人民之權利義務的各項基本人權條款中，只有第 8 條有關人身自由的條文定有具體的程序保障；依前大法官李震山之見解，此為憲法保留原則限縮立法形成自由的適例<sup>29</sup>。針對法官如何介入審查，該條第 4 項明定當「本人或他人」主動向法院聲請追究「任何機關」的逮捕拘禁時，法院必須於二十四小時內追究逮捕拘禁機關；條文沒有將該義務的適用範圍限縮於特定逮捕拘禁原因與目的。相對的，憲法是否要求任何逮捕拘禁機關皆須主動在二十四小時內將受拘禁逮捕者移送該管法院審問的憲法義務，而非限於「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁」的情形，則因同條第 2 項的文字序列而有解釋上的歧異<sup>30</sup>。但不論對該條第 2 項的解釋上是從寬或從

<sup>26</sup> 此指見入出國及移民法第 38 條之 4。

<sup>27</sup> 此指行政訴訟法第 237 條之 13 所稱「停止收容」。

<sup>28</sup> 見行政訴訟法第 237 條之 16。

<sup>29</sup> 詳見李大法官震山釋字第 708 號解釋部分協同部分不同意見書。

<sup>30</sup> 參考林明昕，論剝奪人身自由之正當法律程序，臺大法學論叢，46 卷 1 期(2017 年)。

嚴，此項毋寧是憲法對法定程序的最低要求，不阻礙立法者設計更嚴謹的司法審查機制。此外，不問逮捕拘禁的原因與目的，「非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」是同條第1項所擔保的。

(二) 針對移民署收容的憲法解釋

一、收容事由：司法院大法官釋字第710號的理由書釋明「暫予收容乃剝奪人身自由之處分，其事由應以法律或法律具體明確授權之命令定之；如授權以命令定之，授權條款之明確程度應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱」且「暫予收容之事由應以法律直接規定或法律具體明確授權之命令定之，始符合法律保留原則；法律規定之內容並應明確，始符合法律明確性原則。」

二、收容程序：釋字第708號的多數意見認為移民署收容的目的是儘速將受驅逐的外國人遣送出國，而執行遣送外國人出國本就需要作業期間，因此法律賦予移民署「合理作業期間」，有利於移民署在短期間內遣送外國人。一方面肯定移民署收容待出境的外國人時，應踐行必要的司法程序，始符合憲法第8條第1項的意旨；另一方面否定系爭司法程序必然與法律給予刑事被告的相同。多數意見綜合上述，就合理作業期間內的收容，只肯認人民有立即聲請法院救濟的憲法權利，指明當人民對於暫時收容處分表示不服，移民署應於二十四小時內將受收容人移送法院裁定是否收容；就超過合理作業期間的收容，則以法官保留原則要求移民署應於暫時收容期間屆滿前，將受暫時收容人移送法院聲請許可續行收容。釋字第710號的多數意見重申此見解。

三、收容期限：釋字第 710 號的解釋文謂「暫予收容未設期間限制，有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，有違憲法第二十三條比例原則，亦不符憲法第八條保障人身自由之意旨。」，同號解釋的理由書亦表示收容未設期限與其「迅速將受收容人強制出境」之目的矛盾。

## 參、對大法官解釋批評

### (一) 憲法保留原則遷就資源經濟

就憲法解釋層面，有大法官在部分不同意見書中提出，憲法針對政府剝奪人民人身自由之情形，特別將法院監控行政不法的任務前置，由「事後」移至「事前」審查，即是認定非借助中立第三者獨立、公正、迅速地制衡行政權力，不能及時救濟受拘禁者並維護憲政秩序<sup>31</sup>；釋字第 708 號與第 710 號新創無法從憲法文義推演出的「合理作業期間」概念，並以此概念劃分行政與司法收容外國人的決定權限，是罔顧要求逮捕拘禁機關在 24 小時內將人民移送法院審問的憲法第 8 條<sup>32</sup>。亦有大法官擔憂該兩號釋字的實質修憲，開闢了立法者規避具憲法位階之程序保障的門路<sup>33</sup>。就憲法適用層面，有部分不同意見認為「外國人收容之目的雖與因犯罪嫌疑而逮捕拘禁之目的不同，然就其完全剝奪人身自由之情形而論，兩者並無本質上差異。<sup>34</sup>」，受驅逐的外國人是否「非予收容，顯難強制驅逐出境」宜由司法機關判定，如委由行政機關判斷，易導致行政機關圖本身作業之便，並

<sup>31</sup> 詳見李大法官震山釋字第 708 號解釋部分協同意見書部分不同意見書。

<sup>32</sup> 有關「合理作業期間」為大法官新創概念的認定，參考了李大法官震山部分協同意見書部分不同意見書、陳大法官春生部分協同意見書部分不同意見書、羅大法官昌發部分協同意見書部分不同意見書、陳大法官新民部分不同意見書與葉大法官百修協同意見書。

<sup>33</sup> 詳見陳大法官春生釋字第 710 號解釋部分協同意見書部分不同意見書。

<sup>34</sup> 引自羅大法官昌發釋字第 708 號解釋部分協同意見書部分不同意見書。

話弊多數意見「驟然將二十四小時之嚴格標準，降為十五日之極寬鬆標準，已背離憲法第八條第二項保障人身自由之意旨。<sup>35</sup>」。

## (二) 收容異議無法達成即時救濟

有學者批判釋字第708號解釋酌定合憲的「收容異議」此事後救濟程序，無法保障受收容人及時獲得救濟，因為當「法官不可能主動介入，只能被動反應受收容人處於被隔絕狀態，在時間上已失保障之先機。」且受收容人以外的適格異議人僅限於受收容人的法定代理人、配偶、直系親屬與兄弟姊妹的規定，對於外國人而言是強人所難，難以發揮該配套欲達成的輔助功能<sup>36</sup>。

## 肆、立法沿革

### (一) 修法契機

2007年，內政部入出國及移民署<sup>37</sup>掛牌成立，《入出國及移民法》經全文修正後公布。在此之前，強制驅逐是由內政部警政署接續國防部警備總司令執掌。儘管主管機關更易，法規並未一舉脫離過往的高壓控管方針，涉及驅逐與收容的條文多有牴觸憲法對人身自由與訴訟權保障之處。《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》於2009年公布施行。應該施行法第8條的要求<sup>38</sup>，移民署於兩年期限內，檢討移民法規牴觸《公民與政治權利國際公約》之處，並提具修法草案。在此期間，釋字第708號與第710號的聲請人向司法院遞交釋憲聲請書。2

<sup>35</sup> 同前註。

<sup>36</sup> 詳見李建良，外國人收容之法官保留與司法救濟—2014年行政訴訟法修正評介，台灣本土法學雜誌，252期，頁1-10（2014年）。

<sup>37</sup> 該署於2015年更名為內政部移民署。

<sup>38</sup> 即「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」

011年頒布之《入出國及移民法》修正條文，持續容任司法機關以責付涉及刑事案件的外國人於移民署收容所的便宜措施規避刑事羈押的嚴格審查，將「所持護照或旅行文件遺失或失效」的受收容人排除適用於增修的120日收容上限天數<sup>39</sup>，且沒有針對外國人收容建構法官保留或即時司法審查機制。直至2013年，大法官以釋字第708號，宣告《入出國及移民法》因未賦予受暫時收容人即時有效之司法救濟，且就逾越暫時收容期間之收容非限定由法院審查而逕由移民署處分，違憲；又以釋字第710號，宣告《台灣地區與大陸地區人民關係條例》所定之驅逐程序不正當、收容要件不明確、收容未設期限，違憲。立法院參照兩號大法官解釋的理由書與意見書，在2014至2016年依序修正的《行政訴訟法》、《入出國及移民法》、《台灣地區與大陸地區人民關係條例》、《香港澳門關係條例》與配套行政命令<sup>40</sup>，始相當程度的將剝奪人身自由的決定權從移民署手中歸還予法院。

---

<sup>39</sup> 見總統華總一義字第10000259761號令。

<sup>40</sup> 此指《入出國及移民法施行細則》、《外國人強制驅逐出國處理辦法》與《大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法》等。

(二) 刑案責付의 刪除

入出國及移民法	
2015年1月23日修正 <sup>41</sup>	2011年11月8日修正 <sup>42</sup>
第三十六條	第三十八條
<p>[ 第三項 ]</p> <p>入出國及移民署於知悉前二項外國人涉有刑事案件已進入司法程序者，於強制驅逐出國十日前，應通知司法機關。該等外國人除經依法羈押、拘提、管收或限制出國者外，入出國及移民署得強制驅逐出國或限令出國。</p>	<p>[ 第五項 ]</p> <p>受收容人涉及刑事案件已進入司法程序者，入出國及移民署於收容前或執行強制驅逐出國十五日前，應通知司法機關；其係經司法機關責付者，並應經司法機關同意，始得執行強制驅逐出國。司法機關認為有羈押之必要者，應移請司法機關處理。</p>
第三十八條之五	[ 第六項 ]
<p>[ 第一項 ]</p> <p>受收容人涉及刑事案件已進入司法程序者，入出國及移民署於知悉後執行強制驅逐出國十日前，應通知司法機關；除經司法機關認為羈押或限制出國之必要，而移由司法機關處理者外，入出國及移民署得執行強制驅逐受收容人出國。</p>	<p>有第一項各款情形之一之外國人涉及刑事案件，經司法機關責付而收容於第三十九條所定之收容處所，並經法院判決有罪確定者，其收容之日數，以一日折抵有期徒刑或拘役一日或刑法第四十二條第六項裁判所定之罰金額數。</p>

<sup>41</sup> 同年 2 月 4 日公布，2 月 5 日施行。

<sup>42</sup> 同年 11 月 23 日公布，12 月 9 日施行。

(二) 替代收容의保全

入出國及移民法	
2015年1月23日修正 <sup>43</sup>	2011年11月8日修正 <sup>44</sup>
第三十八條	第三十八條
<p>[ 第一項 ]</p> <p>外國人受強制驅逐出國處分，有下列情形之一，且非予收容顯難強制驅逐出國者，入出國及移民署得暫予收容，期間自暫予收容時起最長不得逾十五日，且應於暫予收容處分作成前，給予當事人陳述意見機會：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>一、無相關旅行證件，不能依規定執行。</li> <li>二、有事實足認有行方不明、逃逸或不願自行出國之虞。</li> <li>三、受外國政府通緝。</li> </ul> <p>[ 第二項 ]</p> <p>入出國及移民署經依前項規定給予當事人陳述意見機會後，認有前項各款情形之一，而以不暫予收容為宜，得命其覓尋居住臺灣地區設有戶籍國民、慈善團體、非政府組織或其本國駐華使領館、辦事處或授權機構之人員具保或指定繳納相當金額</p>	<p>[ 第四項 ]</p> <p>受收容人無法遣送或經認定無暫予收容之必要時，入出國及移民署得限定其住居所或附加其他條件後，廢止收容處分。</p>

<sup>43</sup> 同註 40。

<sup>44</sup> 同註 41。

<p>之保證金，並遵守下列事項之一部或全部等收容替代處分，以保全強制驅逐出國之執行：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>一、定期至入出國及移民署指定之專勤隊報告生活動態。</li> <li>二、限制居住於指定處所。</li> <li>三、定期於指定處所接受訪視。</li> <li>四、提供可隨時聯繫之聯絡方式、電話，於入出國及移民署人員聯繫時，應立即回覆。</li> </ul> <p>[ 第三項 ]</p> <p>依前項規定得不暫予收容之外國人，如違反收容替代處分者，入出國及移民署得沒入其依前項規定繳納之保證金。</p>	
---	--

臺灣地區與大陸地區人民關係條例	
2015年6月2日修正 <sup>45</sup>	2015年4月21日修正 <sup>46</sup>
第十八條之一	(無對應條文)
<p>[ 第五項 ]</p> <p>受收容人有得不暫予收容之情形、收容原因消滅，或無收容之必要，內政部移民署得依職權，視其情形分別為廢止暫予收容</p>	

<sup>45</sup> 同年6月17日公布，7月3日施行。

<sup>46</sup> 同年5月6日公布，6月15日施行。

<p>處分、停止收容，或為收容替代處分後，釋放受收容人。如於法院裁定准予續予收容或延長收容後，內政部移民署停止收容時，應即時通知原裁定法院。</p> <p>[ 第十項 ]</p> <p>受收容人之收容替代處分、得不暫予收容之事由、異議程序、法定障礙事由、暫予收容處分、收容替代處分與強制出境處分之作成方式、廢（停）止收容之程序、再暫予收容之規定、遠距審理及其他應遵行事項，準用入出國及移民法第三十八條第二項、第三項、第三十八條之一至第三十八條之三、第三十八條之六、第三十八條之七第二項、第三十八條之八第一項及第三十八條之九規定辦理。</p>	
--	--

<p>香港澳門關係條例</p>	
<p>2015年6月2日修正<sup>47</sup></p>	<p>2006年5月5日修正<sup>48</sup></p>
<p>第十四條 之一</p>	<p>( 無對應條文 )</p>
<p>[ 第四項 ]</p> <p>受收容人有得不暫予收容之情形、收容原因消滅，或無收容之必要，內政部移民署得依職權，視其情形分別為廢止暫予收容</p>	

<sup>47</sup> 同年 6 月 17 日公布，7 月 3 日施行。

<sup>48</sup> 同年 5 月 30 日公布，7 月 1 日施行。

<p>處分、停止收容，或為收容替代處分後，釋放受收容人。如於法院裁定准予續予收容或延長收容後，內政部移民署停止收容時，應即時通知原裁定法院。</p> <p>[ 第八項 ]</p> <p>受收容人之收容替代處分、得不暫予收容之事由、異議程序、法定障礙事由、暫予收容處分、收容替代處分與強制出境處分之作成方式、廢（停）止收容之程序、再暫予收容之規定、遠距審理及其他應遵行事項，準用入出國及移民法第三十八條第二項、第三項、第三十八條之一至第三十八條之三、第三十八條之六、第三十八條之七第二項、第三十八條之八第一項及第三十八條之九規定辦理。</p>	
--	--

(三) 法院裁定的聲請

一、法院作為事前決定機關

入出國及移民法	
2015年1月23日修正 <sup>49</sup>	2011年11月8日修正 <sup>50</sup>
第三十八條之四	( 無對應條文 )
[ 第一項 ]	

<sup>49</sup> 同註 40。

<sup>50</sup> 同註 41。

<p>暫予收容期間屆滿前，入出國及移民署認有續予收容之必要者，應於期間屆滿五日前附具理由，向法院聲請裁定續予收容。</p> <p>[ 第二項 ]</p> <p>續予收容期間屆滿前，因受收容人所持護照或旅行文件遺失或失效，尚未能換發、補發或延期，經入出國及移民署認有繼續收容之必要者，應於期間屆滿五日前附具理由，向法院聲請裁定延長收容。</p>	
---	--

<p>臺灣地區與大陸地區人民關係條例</p>	
<p>2015年6月2日修正<sup>51</sup></p>	<p>2015年4月21日修正<sup>52</sup></p>
<p>第十八條之一</p>	<p>( 無對應條文 )</p>
<p>[ 第二項 ]</p> <p>暫予收容期間屆滿前，內政部移民署認有續予收容之必要者，應於期間屆滿五日前附具理由，向法院聲請裁定續予收容。續予收容之期間，自暫予收容期間屆滿時起，最長不得逾四十五日。</p> <p>[ 第三項 ]</p> <p>續予收容期間屆滿前，有第一項各款情形之一，內政部移民署認有延長收容之必要</p>	

<sup>51</sup> 同註 44。

<sup>52</sup> 同註 45。

<p>者，應於期間屆滿五日前附具理由，向法院聲請裁定延長收容。延長收容之期間，自續予收容期間屆滿時起，最長不得逾四十日。</p> <p>[ 第四項 ]</p> <p>前項收容期間屆滿前，有第一項各款情形之一，內政部移民署認有延長收容之必要者，應於期間屆滿五日前附具理由，再向法院聲請延長收容一次。延長收容之期間，自前次延長收容期間屆滿時起，最長不得逾五十日。</p>	
---	--

<p>香港澳門關係條例</p>	
<p>2015年6月2日修正<sup>53</sup></p>	<p>2006年5月5日修正<sup>54</sup></p>
<p>第十四條之一</p>	<p>( 無對應條文 )</p>
<p>[ 第二項 ]</p> <p>暫予收容期間屆滿前，內政部移民署認有續予收容之必要者，應於期間屆滿五日前附具理由，向法院聲請裁定續予收容。續予收容之期間，自暫予收容期間屆滿時起，最長不得逾四十五日。</p>	

<sup>53</sup> 同註 46。

<sup>54</sup> 同註 47。

<p>[ 第三項 ]</p> <p>續予收容期間屆滿前，有第一項各款情形之一，內政部移民署認有延長收容之必要者，應於期間屆滿五日前附具理由，向法院聲請裁定延長收容。延長收容之期間，自續予收容期間屆滿時起，最長不得逾四十日。</p>	
---	--

二、法院作為事後即時救濟機關

<p>入出國及移民法</p>	
<p>2015年1月23日修正<sup>55</sup></p>	<p>2011年11月8日修正<sup>56</sup></p>
<p>第三十八條之二</p>	<p>第三十八條</p>
<p>[ 第一項 ]</p> <p>受收容人或其配偶、直系親屬、法定代理人、兄弟姊妹，對第三十八條第一項暫予收容處分不服者，得於受收容人收受收容處分書後暫予收容期間內，以言詞或書面敘明理由，向入出國及移民署提出收容異議；其以言詞提出者，應由入出國及移民署作成書面紀錄。</p> <p>[ 第二項 ]</p> <p>入出國及移民署收受收容異議後，應依職權進行審查，其認異議有理由者，得撤銷</p>	<p>[ 第三項 ]</p> <p>受收容人或其配偶、直系親屬、法定代理人、兄弟姊妹，得於七日內向入出國及移民署提出收容異議。</p>

<sup>55</sup> 同註 40。

<sup>56</sup> 同註 41。

或廢止原暫予收容處分；其認異議無理由者，應於受理異議時起二十四小時內，將受收容人連同收容異議書或異議紀錄、入出國及移民署意見書及相關卷宗資料移送法院。但法院認得依行政訴訟法相關規定為遠距審理者，於法院收受卷宗資料時，視為入出國及移民署已將受收容人移送法院。

[ 第三項 ]

第一項之人向法院或其他機關提出收容異議，法院或其他機關應即時轉送入出國及移民署，並應以該署收受之時，作為前項受理收容異議之起算時點。

[ 第四項 ]

對於暫予收容處分不服者，應依收容異議程序救濟，不適用其他撤銷訴訟或確認訴訟之相關救濟規定。

[ 第五項 ]

暫予收容處分自收容異議經法院裁定釋放受收容人時起，失其效力。

臺灣地區與大陸地區人民關係條例	
2015年6月2日修正 <sup>57</sup>	2015年4月21日修正 <sup>58</sup>
第十八條之一	(無對應條文)
<p>[第十項]</p> <p>受收容人之收容替代處分、得不暫予收容之事由、異議程序、法定障礙事由、暫予收容處分、收容替代處分與強制出境處分之作成方式、廢(停)止收容之程序、再暫予收容之規定、遠距審理及其他應遵行事項，準用入出國及移民法第三十八條第二項、第三項、第三十八條之一至第三十八條之三、第三十八條之六、第三十八條之七第二項、第三十八條之八第一項及第三十八條之九規定辦理。</p>	

香港澳門關係條例	
2015年6月2日修正 <sup>59</sup>	2006年5月5日修正 <sup>60</sup>
第十四條之一	(無對應條文)
<p>[第八項]</p> <p>受收容人之收容替代處分、得不暫予收容之事由、異議程序、法定障礙事由、暫予</p>	

<sup>57</sup> 同註 44。

<sup>58</sup> 同註 45。

<sup>59</sup> 同註 46。

<sup>60</sup> 同註 47。

<p>收容處分、收容替代處分與強制出境處分之作成方式、廢(停)止收容之程序、再暫予收容之規定、遠距審理及其他應遵行事項，準用入出國及移民法第三十八條第二項、第三項、第三十八條之一至第三十八條之三、第三十八條之六、第三十八條之七第二項、第三十八條之八第一項及第三十八條之九規定辦理。</p>	
--	--

<p>行政訴訟法</p>	
<p>2014年5月30日修正<sup>61</sup></p>	<p>2006年5月5日修正<sup>62</sup></p>
<p>第二百三十七條之十三</p>	<p>(無對應條文)</p>
<p>[第八項] 受收容人之收容替代處分、得不暫予收容之事由、異議程序、法定障礙事由、暫予收容處分、收容替代處分與強制出境處分之作成方式、廢(停)止收容之程序、再暫予收容之規定、遠距審理及其他應遵行事項，準用入出國及移民法第三十八條第二項、第三項、第三十八條之一至第三十八條之三、第三十八條之六、第三十八條之七第二項、第三十八條之八第一項及第三十八條之九規定辦理。</p>	

<sup>61</sup> 同年6月18日公布，7月3日施行。

<sup>62</sup> 同年6月17日公布，7月3日施行。

(四)收容의上限天數

入出國及移民法	
2015年1月23日修正 <sup>63</sup>	2011年11月8日修正 <sup>64</sup>
第三十八條之四	第三十八條
<p>[第三項]</p> <p>續予收容之期間，自暫予收容期間屆滿時起，最長不得逾四十五日；延長收容之期間，自續予收容期間屆滿時起，最長不得逾四十日。</p>	<p>[第一項]</p> <p>外國人有下列情形之一，非予收容，顯難強制驅逐出國者，入出國及移民署得暫予收容：</p> <p>一、受驅逐出國處分或限令七日內出國仍未離境。</p> <p>二、未經許可入國。</p> <p>三、逾期停留、居留。</p> <p>四、受外國政府通緝。</p> <p>[第二項]</p> <p>前項收容以六十日為限，收容期間屆滿，入出國及移民署在事實上認有繼續收容之必要，得延長收容六十日，以一次為限。但受收容人所持護照或旅行文件遺失或失效，尚未能換發、補發或延期者，得延長收容至有效證件備齊後三十日止。</p>
第三十八條之八	
<p>[第一項]</p> <p>外國人依第三十八條之一第一項不暫予收容或前條第一項廢止暫予收容處分或停止</p>	

<sup>63</sup> 同註 40。

<sup>64</sup> 同註 41。

<p>收容後，有下列情形之一，非予收容顯難強制驅逐出國者，入出國及移民署得再暫予收容，並得於期間屆滿前，向法院聲請裁定續予收容及延長收容：</p> <p>一、違反第三十八條之一第二項之收容替代處分。</p> <p>二、廢止暫予收容處分或停止收容之原因消滅。</p> <p>[ 第二項 ]</p> <p>前項外國人再次收容之期間，應與其曾以同一事件收容之期間合併計算，且最長不得逾一百日。</p>	
---	--

臺灣地區與大陸地區人民關係條例	
2015年6月2日修正 <sup>65</sup>	2015年4月21日修正 <sup>66</sup>
第十八條之一	( 無對應條文 )
<p>[ 第二項 ]</p> <p>暫予收容期間屆滿前，內政部移民署認有續予收容之必要者，應於期間屆滿五日前附具理由，向法院聲請裁定續予收容。續予收容之期間，自暫予收容期間屆滿時起，最長不得逾四十五日。</p>	

<sup>65</sup> 同註 44。

<sup>66</sup> 同註 45。

<p>[ 第三項 ]</p> <p>續予收容期間屆滿前，有第一項各款情形之一，內政部移民署認有延長收容之必要者，應於期間屆滿五日前附具理由，向法院聲請裁定延長收容。延長收容之期間，自續予收容期間屆滿時起，最長不得逾四十日。</p> <p>[ 第四項 ]</p> <p>前項收容期間屆滿前，有第一項各款情形之一，內政部移民署認有延長收容之必要者，應於期間屆滿五日前附具理由，再向法院聲請延長收容一次。延長收容之期間，自前次延長收容期間屆滿時起，最長不得逾五十日。</p> <p>[ 第九項 前段 ]</p> <p>同一事件之收容期間應合併計算，且最長不得逾一百五十日；</p>	
---	--

<p>香港澳門關係條例</p>	
<p>2015年6月2日修正<sup>67</sup></p>	<p>2006年5月5日修正<sup>68</sup></p>
<p>第十四條之一</p>	<p>( 無對應條文 )</p>
<p>[ 第二項 ]</p>	

<sup>67</sup> 同註 46。

<sup>68</sup> 同註 47。

<p>暫予收容期間屆滿前，內政部移民署認有續予收容之必要者，應於期間屆滿五日前附具理由，向法院聲請裁定續予收容。續予收容之期間，自暫予收容期間屆滿時起，最長不得逾四十五日。</p> <p>[ 第三項 ]</p> <p>續予收容期間屆滿前，有第一項各款情形之一，內政部移民署認有延長收容之必要者，應於期間屆滿五日前附具理由，向法院聲請裁定延長收容。延長收容之期間，自續予收容期間屆滿時起，最長不得逾四十日。</p> <p>[ 第七項 前段 ]</p> <p>同一事件之收容期間應合併計算，且最長不得逾一百日；</p>	
---	--

# 이민자 구금제도의 개선

## - 대만 사례 -

랴오신이

### 목차

- I. 외국인 구금제도
  - 1. 구금의 법원(法源)
  - 2. 구금의 정의
  - 3. 구금의 결정
  - 4. 구금기간 연장
  
- II. 사법원 대법관의 해석
  - 1. 헌법유보의 범위
  - 2. 외국인 구금에 대한 헌법해석
  
- III. 대법관 해석에 대한 비판
  - 1. 헌법유보원칙은 자원경제를 우선시한다
  - 2. 구금에 대한 이의제기로 즉시 구제 받을 수 없다
  
- IV. 입법 변천 과정
  - 1. 법을 개정할 계기
  - 2. 형사책부(責付) 삭제
  - 3. 구금대체처분의 보전
  - 4. 법원판결 요청
  - 5. 구금의 상한

## I. 외국인 구금제도

출입국 관리를 목적으로 대만이 외국인에 대해 개입할 수 있는 행위는 “입국을 제한하는 것”과 “강제추방”을 하는 것으로 나눌수 있는데, 이 글에서는 후자에 대한 현행제도와 변천과정에 대해 논의하고자 한다.

### 1. 구금의 법원(法源)

조직법에 의하면 내무부 이민서(內政部移民署, 이하 이민서)는 강제추방을 담당하는 기관이다.<sup>1)</sup> 출입국 통제에 대하여 구체적으로 공권력을 행사하는 방식을 규범하고 있는 것은 「입출국 및 이민법(이하 이민법)」이다. 구금청구 사건에서 권리 구제에 관한 내용은 이민법<sup>2)</sup>과 행정소송법의 구금청구절차<sup>3)</sup>를 우선적으로 적용하며, 나머지는 일반 행정규제법을 적용한다.<sup>4)</sup> 그 외에도 중화인민공화국 국민이 대만에서 민사, 형사 또는 행정사건에 연루된 경우에는 원칙적으로 「대만지역 및 대륙지역 인민관계조례(이하 양안조례)」 및 「홍콩 마카오 관계조례(이하 콩마조례)」를 우선적으로 적용한다. 앞서 말한 조례는 해당 국가의 국민을 대상으로 출국명령과 강제추방에 대해 규정하고 있으며 처분의 성립과 구제절차는 이민법을 준용하고 있다.

### 2. 구금의 정의

이민법과 그 하위 행정법규에 따르면 “구금”은 정부가 추방의 집행을 확보하기 위해 신체자유를 박탈하는 보전조치이고, “추방”은 출국명령을 이행하기 위한 강제집행이며, “출국명령은” 특정 외국인의 공법상 행위의무를 구체화하는 기초처분이다. 전자의 합법성은 후자의 존재를 전제로 한다.<sup>5)</sup>

1) 내정부 이민서 조직법 제2조.

2) 입출국 및 이민법 제38조의1.

3) 행정소송법 제2편 제4장.

4) 자세한 내용은 행정소송법에서 소송철회, 소송확정 및 소송지출과 관련된 규정 참고.

5) 행정집행의 합법성에 대해서는 진청수(陳淸秀), 행정집행절차의 구제, 법령월간 제65권 3호, 30-62쪽,

이민서가 출국처분을 내리거나 집행할 때 준수해야 하는 법정절차는 해당 외국인이 입국 또는 체류허가를 받았는지에 따라 달라진다. 실제로 결정하는데 있어 만약 해당 외국인이 입국할 때 검사를 받지 않아 이민서의 재량권이 법령에 의해 제한을 받게되는 경우에는 출국의무를 부여해야 한다.<sup>6)</sup> 체류허가를 받았거나 형사법원의 추방확정 선고를 받지 않고, 법정 사유에 해당되지 않는 자<sup>7)</sup>의 출국 의무에 대해서는 이민서에서 선발·구성한 심사회가 결정기관으로서 의결해야 한다. 해당 심사회의 위원은 급여가 없으며 외부 사회인사가 구성원의 2분의 1을 초과해야 한다.<sup>8)</sup> 이와 반대의 경우에는 체류허가를 받지 않은 사람과 마찬가지로 내무부에서 처분을 내린다.

집행 절차를 보면 입국 시 검사를 받지 않은 외국인이 받을 수 있는 보장은 가장 적다. 이 때 이민서의 재량권은 법에 의해 제한되며 해당 외국인에 대한 추방의무가 부여된다.<sup>9)</sup> 이 외 상황에서 이민서는 추적 난이도<sup>10)</sup>에 따라 광범위한 재량권을 갖는다. 또한 재량권을 행사하기 위해 국가와 사회 안전에 위협을 가할 우려가 있는지<sup>11)</sup>, 외국인에게 자진출국 할 기회를 주었는지를 고려한다. 자진출국 명령을 받은 외국인 중 출국 기한을 넘겨 강제출국 해야 하는 경우에 집행기한은 출국 수속을 마친 후 10일 이내로 가장 넉넉하다.<sup>12)</sup>

추방의 정지 사유에는 임신, 출산 또는 유산한 자, 질병에 걸려 생명의 위험이 우려되는 자, 법정 전염병에 걸려 다른 사람에게 전염될 우려가 있는 자, 혼자 출국할 수 없고 출국을 도울 사람이 없는 미성년자, 노인 또는 심신장애자, 사법기관 또는 기타기관의 출국제한 통지를 받은 자를 포함하고 있을 뿐만 아니라 외국인 강제 추방 출국 처리 방법 제6조에 포괄적으로 규정되어있기 때문에 이민서는 사건 상황에 따라 추방을 잠시 연기할 수 있다.

2014년 참고.

6) 입출국 및 이민법 제36조 제1항.

7) 입출국 및 이민법 제36조 4항 단서.

8) 입출국 및 이민법 제36조 제4항과 제6항, 대만지역과 대륙지역 인민관계조례 제18조 제3항 및 제5항의 강제추방사건 심사회의 구성 및 업무내용 참조.

9) 외국인 강제추방 출국 처리 방법 제2조 반대로 출국 및 이민법 제36조를 해석하면 알 수 있다.

10) 외국인 강제추방처리 방법 제1조 제1항 제2호에서 제4호.

11) 외국인 강제추방 처리 방법 제2조 제1항 제5조에서 7항.

12) 외국인 강제추방 처리 방법 제2조.

### 3. 구금의 결정

법률규정에 따르면 강제추방처분의 집행은 반드시 구금 또는 구금대체처분이 수반되지 않는다. 만약 이민서가 추방처분을 받은 경계·보호 대상자를 즉시 출국시켜야 한다면 가능한 빨리 집행을 해야 하며 구금 또는 구금대체처분을 내려서는 안 된다.<sup>13)</sup> 다만 이민서가 사실상 해당 외국인의 출국을 경계하는데 필요한 여행 서류를 즉시 발급받지 못하고, 해당 외국인이 “외국 정부의 수배를 받거나”, “행방이 불분명하거나 도주하거나 자진출국하기를 원치 않을 우려가 있는” 경우<sup>14)</sup>에 이민서는 추방을 보전하기 위한 추가조치를 취할 권리가 있다.

절차상 이민서는 보전 방식을 정하기 전에 해당 외국인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 보전 방식의 선택에 있어 이민서는 우선적으로 해당 외국인 또는 제3자에게 보증금을 납부하도록 명령해야 한다. 또한 강제출국대상자로 하여금 출국 전에 4가지 조건 중 전부 또는 일부를 이행하도록 해야하는데 이 4가지 조건은 다음과 같다."첫째, 입출국 및 이민서에서 지정한 담당팀에게 정기적으로 생활을 보고한다. 둘째, 지정된 장소에서 거주한다. 셋째, 정기적으로 지정된 장소에 방문한다. 넷째, 수시로 연락할 수 있는 연락처, 전화를 제공하고, 입출국 및 이민서 담당자가 연락할 때 즉시 회신한다."<sup>15)</sup> 상술한 각 항목은 하나의 구금대체처분에 의해 설정된다. 이민서는 해당 외국인이 구금대체 조건을 위반하거나<sup>16)</sup> 구금 대체 처분으로 추방 보전 효과를 기대할 수 없을 때에만 해당 외국인을 "구금하지 않으면 강제 추방이 어려워지는 경우<sup>17)</sup>"로 인정할 수 있다. 또한 법률 규정에 따라 스스로 생활할 수 없거나 특별히 심신이 미약한 자를 배제한 후,<sup>18)</sup> 임시 구금 처분을 내린다.

13) 입출국 및 이민법 시행세칙 제24조.  
 14) 입출국 및 이민법 제38조 제1항.  
 15) 입출국 및 이민법 제38조 제2항.  
 16) 입출국 및 이민법 제38조의 8.  
 17) 입출국 및 이민법 제38항 제1항.  
 18) 입출국 및 이민법 제38조의 1.

#### 4. 구금기간 연장

이민서의 구금조치는 임시 구금, 재구금 및 연장구금 3단계로 나뉜다. 중화인민공화국의 국민은 “대만지역 및 대륙지역 인민관계조례”가 적용되고 구금상한은 150일이다. 그 중 15일은 임시 구금, 16일부터 60일까지는 재구금, 61일부터 100일까지는 연장구금, 101일부터 150일까지는 재연장 구금기간이다.<sup>19)</sup> “홍콩마카오관계조례”가 적용되는자의 구금기간은 다른 외국인과 같은 100일이고, 그 중 15일은 임시구금, 16일부터 60일까지는 재구금, 61일부터 100일까지는 1차 연장구금, 101일부터 150일까지는 2차 연장구금이다.<sup>20)</sup> 입법기관과 주무관청에서 이와 같이 구분하는 이유는 이민서에서 “대만지역 및 대륙지역 인민관계조례”를 적용하는 중화인민공화국 국민을 송환할 때에는 “금문협약(金門協議)”에서 특정하고 있는 시간과 방식을 적용해야 하기 때문에 송환에 필요한 기간이 일반 외국인보다 길어지기 때문이다.<sup>21)</sup> 또한 “동일 사건의 구금기간은 합산하여야 한다.”<sup>22)</sup> 즉 이민서가 구금처분을 취소하거나 정지한 후에 해당 외국인이 구금대체조건을 위반하거나 취소 또는 정지원인의 소멸로 해당 외국인을 다시 구금해야 하는 경우에도 전·후 구금기간을 통틀어 상기 상한일수를 초과해서는 안된다.<sup>23)</sup>

구금처분이 신체의 자유를 박탈하는 것이기 때문에 입법자는 이런 행정처분에 대한 사법절차를 따로 규정하여<sup>24)</sup> 일반 행정·사법 심사절차의 적용을 배제하였다. 이러한 사법 절차는 임시구금 단계에서는 “사후심사절차<sup>25)</sup>”, 재구금 및 연장구금 단계에서는 “사전판사유보절차<sup>26)</sup>”와 “사후심사절차<sup>27)</sup>”를 꼽을 수 있다. 사후심사절차는 피구금인

19) 대만지역과 대륙지역 인민관계조례 제18조의 1.

20) 홍콩마카오관계조례 제14조의 1.

21) 입법부 공식 보고서, 제104권 제45호, 입법부 제8회 제7기 내정위원회 제19차전체위원 회의기록, 2015년 참조.

22) 대만지역과 대륙지역 인민관계조례 제18조의 1 제9항.

23) 입출국 및 이민법 제38조의 8, 대만지역과 대륙지역 인민관계조례 제18조의 1제9항.

24) '판사 개입 심사 체제'과 관련된 내용은 린밍신, “신체자유의 정당한 법률절차에 대한 논거”, 대만 법학 논총, 46권 1기, 2017년 참조.

25) 이는 입출국 및 이민법 제38조의 1의 “구금이의”를 가리킨다.

26) 이는 입출국 및 이민법 제38조의 4를 가리킨다.

27) 이는 행정소송법 제237조의 13의 “구금정지”를 가리킨다.

또는 그 배우자, 직계 친족, 법정 대리인, 형제자매가 자발적으로 제기해야하며, 이민서가 접수 후 24시간 안에 법원에 이송하여 심사하지 않으면 즉시 임시구금처분을 취소하고 피구금인을 석방해야 한다. 사전판사유보절차는 이민서가 외국인을 재구금 하거나 연장구금하기 전에 법원에 자발적으로 결정을 요청하는 것이다. 앞서 서술한 사법결정은 모두 수용소 소재지의 지방행정소송법원을 제1심급으로 하고 양측 당사자가 제1심 결정에 불복하는 경우에는 5일 이내에 고등행정소송법원에 항고해야 한다.<sup>28)</sup> 법원이 재구금 또는 연장구금을 허가한 후에도 이민서는 직권에 따라 구금처분을 취소하거나 구금을 정지하고 피구금자를 석방해야 한다.

## II. 사법원 대법관의 해석

### 1. 헌법유보의 범위

헌법 제2장 “인민의 권리의무”에 규정된 기본인권조항 중 제8조 신체자유에 관한 조항만이 구체적인 절차상의 보장을 명시하고 있으며 입법의 자유를 명확히 제한하고 있다. 이는 헌법유보원칙의 가장 대표적이고 실질적인 예라고 할 수 있다.<sup>29)</sup> 판사가 어떻게 심사에 개입하는가에 대하여, 동조 제4항은 “본인 또는 타인”이 스스로 모 기관의 체포·구금에 대한 추궁을 법원에 요청할 때, 법원은 반드시 24시간 이내에 체포·구금기관을 추궁해야 한다고 명시하고 있다. 이 조항은 해당 의무의 적용범위를 특정 체포·구금 사유와 목적에 한정하지 않는다. 한편, 헌법이 구금기관에 구금된 자를 24시간 이내에 관할법원으로 이송하라는 헌법상 의무를 부과하는지 여부에 대해서는 동 조 제2항의 문언에 따라 해석의 차이가 생긴다.<sup>30)</sup> 그러나 동조 2항에 대한 해석에 차이가 있을지라도 이는 법정절차에 대한 헌법의 최소한의 요구라는 것에는 해석의 여지가 없고 입법자가 보다 엄격한 사법심사를 설계하는 것을 저해하지 않는다. 또한

28) 이는 행정소송법 제237조의 16을 가리킨다.

29) 이대법관 진산(震山) 해석서 제708호 해설부분 및 일부 반대의견서 참조.

30) 린밍신, 신체자유를 박탈하는 정당한 절차, 대만대학교 법학논총, 46권 1호, 2017년.

동조 제1항은 이유와 목적을 따지지 않고 체포·구금하는 경우를 대비하여 "사법기관이나 경찰기관은 법정절차를 거치지 아니하고 체포·구금을 할 수 없다. 법원은 법정절차를 거치지 아니하고 심문 및 처벌할 수 없다. 법정절차에 따르지 아니한 체포·구금·심문·처벌은 거부해야 한다"고 규정하고 있다.

## 2. 외국인 구금에 대한 헌법해석

가. 구금사유: 사법원대법관해석서 제710호 사유서는 "임시구금은 신체의 자유를 박탈하는 처분으로, 그 사유는 법률 또는 법이 명확히 위임하고 있는 명령으로 규정해야 한다. 만약 명령으로 규정할 것을 위임하고 있다면, 위임조항의 명확도는 법률명령이 국민에게 끼칠 영향에 부합해야 한다", 또한 "임시구금의 사유는 법률 또는 구체적이고 명확하게 위함한 명령으로 정해야 하고, 법률유보 원칙에 부합해야한다. 법률규정의 내용은 명확해야하고 법률명확원칙에 부합해야 한다."고 설명하고 있다.

나. 구금절차: 해석서 제708호의 다수의견은 이민서에서 구금하는 목적이 강제추방 대상 외국인을 가능한 빨리 외국으로 송환하는 것이며, 외국인의 송환을 집행하려면 기간이 필요하기 때문에 법이 이민서에게 "합리적인 기간"을 부여하면 이민서가 단기간에 외국인을 송환하는데 유리하다고 판단하고 있다. 한편으로는 이민서가 출국대기 중인 외국인을 구금할 때 필요한 사법절차를 이행하는 것이 헌법 제8조 제1항의 취지에 부합한다고 인정하면서, 다른 한편으로는 사법절차가 법률이 형사피고인에 대해 규정하는 것과 다를 바 없다며 부정하고 있다. 앞서 말한 다수의견을 정리해보면 합리적인 기간을 부여한 것은 인민(해석상 외국인)이 제때에 법원을 통해 구제받을 헌법상의 권리를 인정하는 것이며 인민(해석상 외국인)이 임시구금처분에 대해 불복하는 경우에는 이민서가 24시간 안에 해당 피구금자를 법원에 이송하여 구금여부를 판결받아야 한다. 또한 합리적 기간을 초과하여 구금하는 것에 대해서는 판사유보원칙에 따라

이민서가 임시구금기간이 만료되기 전에 피구금자를 법원에 이송하여 재구금 여부에 대한 판결을 요청해야 한다고 설명하고 있다. 이렇듯 해석서 제710호의 다수의견은 이러한 견해를 재확인하고 있다.

다. 구금기한: 해석서 제710호 해설문은 “임시구금기간에 제한을 두지 않으면 피구금자의 신체자유가 과도하게 박탈당할 우려가 있고 헌법 제23조 비례 원칙에 위배되며 헌법 제8조 신체자유를 보장한다는 취지에 부합하지 않는다”고 명시하고 있다. 또한 동 해석서의 사유서는 구금기한을 정하지 않은 것은 구금자를 '신속히 강제추방'한다는 목적과 모순된다고 설명하고 있다.

### Ⅲ. 대법관 해석에 대한 비판

#### 1. 헌법유보원칙이 자원경제보다 우선하지 않는다

헌법 제8조는 정부가 신체의 자유를 박탈할 때 반드시 실천해야 하는 법정절차를 구체적으로 규정하고 있는데, 사법원대법관해석서 제708호 및 제710호는 해당 조문으로 추단할 수 없었던 “합리적인 기간”이라는 신개념에 대해 설명함으로써 신체의 자유를 박탈하는 행정과 사법의 사전결정권한을 구분하고 있다. 헌법 해석에 있어 대법관은 일부 반대의견서를 통해 “헌법이 특별히 법원의 행정감독의무를 사후에서 사전심사로 이전한 것은 신체의 자유를 박탈하는 것에 대해 회답하지 못하는 상황에서 중립적인 제3자를 통해 독립적이고, 공정하며 신속하게 행정권을 견제하게 함으로써 국민 구제수요를 즉시 충족하고 헌정질서를 유지하기 위한 것”이라고 설명하고 있다.<sup>31)</sup> 또한 헌법의 적용에 있어서 “외국인을 구금하는 목적이 범죄용의자를 체포·구속하는 목적과는 다르지만, 신체의 자유를 완전히 박탈하는 것에 있어서 전자와 후자에 실질적인 차이가 없다. 때문에 24시간의 엄격한 기준을 15일이라는 느슨한

31) 자세한 내용은 이대법관의 진산(震山)해석서 제708호 해설부분 및 일부 반대의견서 참조.

기준으로 낮춘 것은 이미 헌법 제8조 제2항 신체의 자유를 보장한다는 취지에서 벗어났다.<sup>32)</sup>”고 설명하고 있다. 그 외에 추방대상자인 외국인이 “구금하지 않으면 강제추방이 어려워 지는 경우”에 속하는지는 사법기관에서 판단해야하며, 행정기관에 위임하여 판단하게 된다면 행정기관의 편의를 봐주는 결과를 초래할 수 있다.<sup>33)</sup> 이는 실질적으로 헌법에서 규정하고 있는 24시간 이내에 법원에 이송하는 절차를 회피할 수 있는 길을 보장하고 있는 것이다.<sup>34)</sup>

## 2. 구금에 대한 이의제기로 즉시 구제받을 수 없다

‘구금이의’의 재판형식, 즉 사후구제절차에 대한 학자의 평론은 이러하다. “판사가 주도적으로 개입할 수 없고, 피구금자가 고립된 상태에 있다는 수동적인 반응만 있을 뿐 시간적으로도 이미 보장의 기회를 놓쳤다.” 또한 피구금자 이외의 적격이의인은 피구금자의 법정대리인, 배우자, 직계존속과 형제자매에 국한되어 강제추방대상 외국인이 구제를 받기에 매우 난처하고 이러한 규정을 통해 구제기능을 발휘하기는 어렵다.<sup>35)</sup>

## IV. 입법 변천 과정

### 1. 법을 개정한 계기

2007년 내무부 입출국 및 이민서<sup>36)</sup>가 정식으로 설립되고, 「입출국 및 이민법」이 개정되어 공포되었다. 이전에 강제추방은 국방부 경비총사령관의 뒤를 이어 내무부 경정서가 맡았다. 주관기관이 변경되었음에도 불구하고 법률규정은 과거의 고압적인

32) 자세한 내용은 나대법과의 창발(昌發)해석서 제708호 해설부분 및 일부 반대의견서 참조.

33) 자세한 내용은 나대법과의 창발(昌發)해석서 제708호 해설부분 및 일부 반대의견서 참조.

34) 자세한 내용은 진대법과의 춘생(春生)해석서 제710호 해설부분 및 일부 반대의견서 참조.

35) 이진양(李建良), 외국인 구금의 판사유보 및 사법구제 - 2014년 행정소송법 개정평가, 대만본토법학잡지, 252기, 1-10쪽, 2014년.

36) 해당부서는 2015년에 내무부 이민서로 명칭을 변경하였다.

통제방침에서 벗어나지 못하였으며, 추방 및 구금과 관련된 조항은 신체의 자유와 소송권을 보장하고 있는 헌법에 저촉되는 점이 많았다. 「국민과 정치적 권리에 관한 국제협약 및 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제협약 시행법」은 2009년에 공포 및 시행되었다. 법 제8조<sup>37)</sup>에 따라 이민서는 2년 안에 이민법이 「국민과 정치적 권리에 관한 국제협약」에 저촉되는 부분을 검토하고 개정법 초안을 제출했다. 그 사이 해석서 제708호와 제710호의 청구인이 사법원에 헌법해석청구서를 제출하였다. 2011년에 공포된 「입출국 및 이민법」 개정문은 여전히 사법기관이 형사사건에 연루된 외국인을 구금할 때 이민서 수용소의 편의를 위한 조치로 형사법상 구속에 대한 엄격한 심사를 회피할 수 있도록 허용하고, ‘여권 또는 여행서류가 분실되거나 효력이 만기된’ 피구금자를 새로 추가된 120일의 구금상한일<sup>38)</sup> 적용대상에서 배제하고 있으며, 외국인의 구금에 있어서는 판사유보제도 또는 즉각적인 사법심사제도를 구축하지 않고 있다. 2013년이 되어서야 비로서 대법관해석서 제708호를 통해 「입출국 및 이민법」이 임시구금자에게 즉각적이며 유효한 사법구제방법을 부여하지 않고, 임시구금기간을 넘긴 구금을 법원에서 심사하지 않고 입출국 및 이민서에서 처분하는 것이 위헌이라고 인정하였다. 또한 해석서 제710호를 통해 「대만지역 및 대륙지역 인민관계조례」에서 규정하고 있는 추방절차가 부당하고, 구금요건이 명확하지 않으며, 구금기간이 정해져 있지 않는 것이 위헌이라고 인정하였다. 입법부는 이러한 대법관 해석서의 사유서와 의견서를 참고하여 2014~2016년동안 순차적으로 행정소송법, 입출국 및 이민법, 대만지역과 대륙지역 인민관계조례, 홍콩마카오관계조례와 부수적인 행정명령<sup>39)</sup>을 개정하여 신체의 자유를 박탈하는 결정권을 이민국에게서 법원으로 돌려주었다.

37) 각급 정부기관은 두 협약의 규정에 따라 관할 법령 및 행정조치를 검토해야 하며, 두 협약규정에 부합하지 않는 경우에는 법 시행 후 2년 이내에 법령의 제정, 수정 또는 폐지 및 행정조치의 개선을 완료해야 한다.

38) 대통령 화총(華總)-의자(義字) 제100000259761호 참조.

39) 입출국 및 이민법 시행세칙, 외국인 강제추방 처리방법, 대륙지역 및 홍콩, 마카오 주민 강제추방 처리방법 등을 말한다.

## 2. 형사책부(責付) 삭제

입출국 및 이민법	
2015년 1월 23일 수정 <sup>40)</sup>	2011년 11월 8일 수정 <sup>41)</sup>
제36조	제38조
<p>[제3항]</p> <p>1, 2항의 외국인이 형사사건에 연루되어 이미 사법절차가 진행된 사실을 이민서가 알게 되는 경우에는 강제추방하기 10일 전에 사법기관에 통지해야 한다. 해당 외국인이 법에 따라 구속·연행·구금되거나 출국이 제한되는 경우를 제외하고 이민서는 해당 외국인을 강제추방하거나 출국명령을 내려야 한다.</p>	<p>[제5항]</p> <p>피구금자가 형사사건에 연루되어 이미 사법절차가 진행된 경우에 입출국 및 이민서는 구금하기 전에 또는 강제추방을 집행하기 15일 전에 사법기관에 통지해야 한다. 그 후 사법기관의 책임자와 사법기관의 동의를 받아 강제추방을 집행해야 한다. 사법기관에서 구속이 필요하다고 인정하는 경우에는 사법기관에서 처리해야 한다.</p>
제38조의 5	
<p>[제1항]</p> <p>형사사건에 연루되어 사법절차가 진행된 피구금자에 대해 입출국 및 이민서는 강제출방을 집행하기 10일 전에 사법당국에 통보해야 한다. 사법기관으로부터 구금 또는 출국 제한의 필요성을 인정받은 자를 제외하고, 입출국 및 이민서는 피구금자를 외국으로 강제추방해야 한다.</p>	<p>[제6항]</p> <p>제1항 각호의 하나에 해당하는 외국인이 형사사건에 연루되어 사법기관에 의해 제 39조에서 규정하는 수용소에 구금되고 법원판결에 의해 죄가 확정된 경우에, 그가 구금되었던 시간은 유기징역의 기간에서 하루를 하루로 환산하여 차감하거나 형법 제42조 제6항에 따라 벌금으로 계산하여 차감한다.</p>

40) 같은 해 2월 4일 공포, 2월5일 시행.

41) 같은 해 11월 23일 공포, 12월9일 시행.

### 3. 구금대체처분의 보전

입출국 및 이민법	
2015년 1월 23일 수정 <sup>42)</sup>	2011년 11월 8일 수정 <sup>43)</sup>
제38조	제38조
<p>[제1항] 강제추방처분을 받은 외국인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당되고, 구금을 하지 않으면 강제추방하기 어려운 경우에 입출국 및 이민서는 임시적으로 구금해야 한다. 그 기간은 임시 구금의 시작일로부터 15일을 초과하지 아니하며, 입출국 및 이민서는 임시 구금처분을 하기 전에 당사자에게 의견을 진술 할 기회를 주어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 여행 관련 증명서가 없어 규정에 따라 집행 할 수 없는 경우.</li> <li>2. 행방불명되거나 도주하거나 자진출국하지 않을 우려가 있으며 그 사실이 충분히 인정되는 경우.</li> <li>3. 외국 정부에 의해 지명수배되는 경우.</li> </ol> <p>[제2항] 입출국 및 이민서는 1항의 규정에 따라 당사자에게 의견을 진술할 기회를 준 후, 1항 각 호의 어느 하나에 해당됨에도 불구하고 임시 구금을 하지 않는 것이 적절하다고 인정하는 때에는 대만 지역에 거주하며 호적이 있는 국민, 자선단체, 비정부조직, 자국의 영사관 또는 그 사무실이나 수탁기관의 임직원을 찾아 보증을 서거나 보증금을 납입하도록 하고, 다음 각 호에 규정한 구금대체처분의 일부 또는 전부를 준수하므로 강제추방집행을 보전한다.</p>	<p>[제4항] 피구금자를 송환할 수 없거나 임시적으로 구금할 필요가 없다고 인정되는 경우에 입출국 및 이민서는 거주지를 제한하거나 기타 조건을 부가한 후 구금처분을 취소한다.</p>

<p>1. 정기적으로 입출국 및 이민서에서 지정 담당자에게 생활을 보고한다.</p> <p>2. 지정된 장소에서 거주한다.</p> <p>3. 정기적으로 지정된 장소에서 방문 및 면회를 받는다.</p> <p>4. 수시로 연락할 수 있는 연락방식, 전화를 제공하며 입출국 및 이민서 담당자가 연락할 때에는 즉시 회신해야한다.</p> <p>[제3항] 2항 규정에 따라 임시 구금을 하지 않은 외국인이 구금대체처분을 위반하는 경우, 입출국 및 이민서는 2항 규정에 따라 납입한 보증금을 몰수한다.</p>	
--	--

<p>대만지역 및 대륙지역 인민관계조례</p>	
<p>2015년 6월 2일 수정<sup>42)</sup></p>	<p>2015년 4월 21일 수정<sup>45)</sup></p>
<p>제18조의 1</p>	<p>(관련 조항 없음)</p>
<p>[제5항] 피구금자에게 임시구금을 하지 않아야 하는 경우이거나 구금해야하는 이유가 소멸되거나 구금해야할 필요가 없는 경우에 내정부 이민서는 직권에 따라 이 상황을 각각 임시 구금처분의 취소·정지, 구금대체처분 또는 피구금자의 석방으로 본다. 만약 법원에서 재구금 또는연장구금 허가결정을 내린 후 내정부 이민서에서 구금을 정지하는 때에는 원결정법원에 즉시 통지해야한다.</p>	

42) 같은 해 2월4일 공포, 2월5일 시행.

43) 같은 해 11월 23일 공포, 12월9일 시행.

발제 3. 대만의 이주구금(장기구금 위헌 결정 이후 대만의 구금 현황)

<p>[제10항]</p> <p>피구금자의 구금대체처분, 임시구금 금지사유, 이의절차, 법정장애사유, 임시구금처분, 구금대체처분과 강제추방처분의 방식, 구금 취소(정지) 절차, 재구금 규정, 원거리 심리 및 기타 지켜야할 사항은 입출국 및 이민법 제 38조 제2항, 제3항, 제38조의1 부터 제 38조의 3, 제38조의6, 제38조의7 제2항, 제 38조의 8 제1항 및 제 38조의9 규정을 준용한다.</p>	
---	--

홍콩 마카오 관계조례	
2015년 6월 2일 수정 <sup>46)</sup>	2006년 5월 5일 수정 <sup>47)</sup>
제14조의 1	(관련 조항 없음)
<p>[제4항]</p> <p>피구금자에게 임시구금을 하지 않아야 하는 경우이거나 구금해야하는 이유가 소멸되거나 구금해야할 필요가 없는 경우에 내정부 이민서는 직권에 따라 이 상황을 각각 임시구금처분의 취소·정지, 구금대체처분 또는 피구금자의 석방으로 본다. 만약 법원에서 재구금 또는연장구금 허가결정을 내린 후 내정부 이민서에서 구금을 정지하는 때에는 원결정법원에 즉시 통지해야한다.</p> <p>[제8항]</p> <p>피구금자의 구금대체처분, 임시구금 금지사유, 이의절차, 법정장애사유, 임시구금처분,</p>	

44) 같은 해 7월 17일 공포, 7월3일 시행.

45) 같은 해 5월6일 공포, 6월 15일 시행.

<p>구금대체처분과 강제추방처분의 방식, 구금 취소(정지) 절차, 재구금 규정, 원거리 심리 및 기타 지켜야할 사항은 입출국 및 이민법 제 38조 제2항, 제3항, 제38조의1 부터 제 38조의 3, 제38조의6, 제38조의7 제2항, 제 38조의 8 제1항 및 제 38조의9 규정을 준용한다.</p>	
--	--

#### 4. 법원판결 요청

##### 가. 사전결정기관으로서의 법원

입출국 및 이민법	
2015년 1월 23일 수정 <sup>46)</sup>	2011년 11월 8일 수정 <sup>49)</sup>
제38조의 4	(관련 조항 없음)
<p>[제1항] 임시 구금기간이 만료되기 전에 입출국 및 이민서가 재구금의 필요성을 인정하는 경우에는 기간이 만료되기 5일 전에 사유를 첨부하여 법원에 재구금 결정을 요청해야 한다.</p> <p>[제2항] 재구금기간이 만료되기 전에 피구금자가 소지하고 있는 여권 또는 여행서류가 분실되거나 효력을 잃고 아직 교환, 재발급 또는 연장되지 않았으며, 입출국 및 이민서가 여전히 구금의 필요성을 인정하는 경우에는 기간 만료 5일 전에 그 사유를 첨부하여 법원에 재구금 연장 결정을 요청해야 한다.</p>	

46) 같은 해 6월 17일 공포, 7월3일 시행.

47) 같은 해 5월 30일 공포, 7월1일 시행.

48) 같은 해 2월4일 공포,2월5일 시행.

대만지역 및 대륙지역 인민관계조례	
2015년 6월 2일 수정 <sup>50)</sup>	2015년 4월 21일 수정 <sup>51)</sup>
제18조의1	(관련 조항 없음)
<p>[제2항]                      임시구금기간이 만료되기 전에 내정부 이민서가 재구금의 필요성을 인정하는 경우에는 기간이 만료되기 5일 전에 사사유를 첨부하여 법원에 재구금 결정을 요청해야 한다. 재구금의 기간은 임시구금 기간이 만료된 시점부터 45일을 초과해서는 아니된다.</p> <p>[제3항]                      재구금기간이 만료되기 전에 제1항의 각 호 중 하나에 해당하고 내정부 이민서가 연장구금의 필요성을 인정하는 경우에는 재구금기간이 만료되기 5일 전에 사유를 첨부하여 법원에 연장구금 결정을 요청해야 한다. 연장구금기간은 재구금기간이 만료되는 시점으로부터 40일을 초과해서는 아니된다.</p> <p>[제4항]                      제3항구금기간이 만료되기 전에 제1항의 각 호 중 하나에 해당하고 내정부 이민서가 연장구금의 필요성을 인정하는 경우에는 재구금기간이 만료되기 5일 전에 사유를 첨부하여 법원에 다시한번 연장구금 결정을 요청해야 한다. 연장구금기간은 첫 연장구금기간이 만료되는 시점으로부터 50일을 초과해서는 아니된다.</p>	

49) 같은 해 11월 23일 공포, 12월9일 시행.

50) 같은 해 6월 17일공포, 7월3일 시행.

홍콩 마카오 관계조례	
2015년 6월 2일 수정 <sup>52)</sup>	2006년 5월 5일 수정 <sup>53)</sup>
제14조의1	(관련 조항 없음)
<p>[제2항] 임시구금기간이 만료되기 전에 내정부 이민서가 재구금의 필요성을 인정하는 경우에는 기간이 만료되기 5일 전에 사유를 첨부하여 법원에 재구금결정을 요청해야 한다. 재구금기간은 임시구금기간이 만료되는 시점으로 부터 45일을 초과해서는 아니된다.</p> <p>[제3항] 재구금기간이 만료되기 전에, 제1항의 각 호 중 하나에 해당하고, 내정부 이민서가 연장구금의 필요성을 인정하는 경우에는 재구금기간이 만료되기 5일 전에 사유를 첨부하여 법원에 연장구금 결정을 요청해야 한다. 연장구금기간은 재구금기간이 만료되는 시점으로 부터 40일을 초과해서는 아니된다.</p>	

#### 나. 사후구제기관으로서의 법원

입출국 및 이민법	
2015년 1월 23일 수정 <sup>54)</sup>	2011년 11월 8일 수정 <sup>55)</sup>
제38조의2	제38조
<p>[제1항] 피구금자 또는 그 배우자, 직계가족, 법정대리인, 형제자매가 제38조 제1항의 임시구금</p>	<p>[제3항] 피구금자 또는 그 배우자, 직계가족, 법정대리인, 형제자매는 7일 안에 입출국 및 이민서에</p>

51) 같은 해 5월 6일 공포, 6월15일 시행.

52) 같은 해 6월17일 공포, 7월3일 시행.

53) 같은 해 5월 30일 공포, 7월1일 시행.

54) 같은 해 2월4일 공포, 2월5일 시행.

<p>처분에 불복하는 경우에는 피구금자의 구금 처분서를 받은 후 구금기간 내에 구두 또는 서면으로 이유를 설명하고 입출국 및 이민서에 구금이의를 제기해야 한다. 구두로 이의를 제기하는 경우에는 입출국 및 이민서에서 서면 기록을 작성해야 한다.</p> <p>[제2항] 입출국 및 이민서는 구금이의를 받은 후 직권에 따라 심사해야 한다. 이유가 합리적인 경우에는 구금처분을 철회 또는 취소 해야 하며 이유가 합리적이지 않은 경우에는 이의신청을 접수한 때부터 24시간 내에 피구금자의 이의신청서, 이의기록, 입출국 및 이민서의 의견서 및 관련 서류들을 법원에 이송해야 한다. 그러나 법원에서 행정소송법에 따라 원격 심리자로 인정하는 경우, 법원은 서류를 받을 때 입출국 및 이민서에서 이미 관련서류를 이송한 것으로 간주한다.</p> <p>[제3항] 제1항에 해당되는 자가 법원 또는 기타기관에 구금이의를 제기하는 경우, 법원 또는 기타기관은 구금이의를 입출국 및 이민서로 이송하고, 입출국 및 이민서가 전달 받은 시점을 구금이의를 접수한 기산점으로 한다.</p> <p>[제4항] 임시 구금처분에 불복하는자는 구금이의절차에 따라 구제를 받아야하며 철회소송 또는 확인소송등 기타 구제규정을 적용하지 아니한다.</p> <p>[제5항] 임시 구금처분은 구금이의가 법원의 판결을</p>	<p>구금이의를 제기해야 한다.</p>
---	-----------------------

거처 피구금자의 석방을 결정한 날로부터 그 효력을 상실한다.	
-----------------------------------	--

대만지역 및 대륙지역 이민관계조례	
2015년 6월 2일 수정 <sup>56)</sup>	2015년 4월 21일 수정 <sup>57)</sup>
제18조의 1	(관련 조항 없음)
[제10항] 피구금자의 구금대체처분, 임시구금 금지 사유, 이의절차, 법정장애사유, 임시구금처분, 구금대체처분과 강제추방처분의 방식, 구금취소(정지) 절차, 재임시구금 규정, 원거리 심리 및 기타 지켜야할 사항은 입출국 및 이민법 제 38조 제2항, 제3항, 제 38조의1 부터 제 38조의 3, 제38조의6, 제38조의7 제2항, 제 38조의 8 제1항 및 제 38조의9 규정을 준용한다.	

홍콩 마카오 관계조례	
2015년 6월 2일 수정 <sup>58)</sup>	2006년 5월 5일 수정 <sup>59)</sup>
제14조의1	(無對應條文)
[제8항] 피구금자의 구금대체처분, 임시구금 금지 사유, 이의절차, 법정장애사유, 임시구금처분, 구금대체처분과 강제추방처분의 방식, 구금취소(정지) 절차, 재임시구금 규정, 원거리 심리 및 기타 지켜야할 사항은 입출국 및 이민법 제 38조 제2항, 제3항, 제	

55) 같은 해 11월 23일 공포, 12월9일 시행.

56) 같은 해 6월 17일 공포, 7월3일 시행.

57) 같은 해 5월6일 공포, 6월15일 시행.

38조의1 부터 제 38조의 3, 제38조의6, 제38조의7 제2항, 제 38조의 8 제1항 및 제 38조의9 규정을 준용한다.	
---	--

행정소송법	
2014년 5월 30일 수정 <sup>60)</sup>	2006년 5월 5일 수정 <sup>61)</sup>
제237조의13	(관련 조항 없음)
[제8항] 피구금자의 구금대체처분, 임시구금 금지 사유, 이의절차, 법정장애사유, 임시구금처분, 구금대체처분과 강제추방처분의 방식, 구금취소(정지) 절차, 재임시구금 규정, 원거리 심리 및 기타 지켜야할 사항은 입출국 및 이민법 제 38조 제2항, 제3항, 제 38조의1 부터 제 38조의 3, 제38조의6, 제38조의7 제2항, 제 38조의 8 제1항 및 제 38조의9 규정을 준용한다.	

## 5. 구금의 상한

입출국 및 이민법	
2015년 1월 23일 수정 <sup>62)</sup>	2011년 11월 8일 수정 <sup>63)</sup>
제38조의 4	제38조
[제3항] 재구금기간은 임시구금기간이 만료되는 날	[제1항] 외국인이 다음 각호의 하나에 해당하고,

58) 같은 해 6월16일 공포, 7월3일 시행.  
59) 같은 해 5월 30일 공포, 7월1일 시행.  
60) 같은 해 6월 18일 공포, 7월 3일 시행.  
61) 같은 해 6월 17일 공포, 7월 3일 시행.

<p>로부터 45일을 초과해서는 아니되며, 연장구금기간은 재구금기간이 만료되는 날로부터 40일을 초과해서는 아니된다.</p>	<p>구금하지 아니하면 강제추방하기 어려워 보이는 경우에는 입출국 및 이민서에서 임시적으로 구금한다.</p> <p>강제출국처분을 받았거나 출국명령을 받고 7일안에 출국하지 아니한 경우.</p> <p>허가 없이 입국한 경우</p> <p>체류기간을 도과한 경우</p> <p>외국 정부의 수배를 받는 경우</p> <p>[제2항]</p> <p>제1항 구금의 상한은 60일이며, 구금기간이 만료되고도 입출국 및 이민서가 재구금을 해야하는 실질적 필요성을 인정하는 경우에는 60일을 연장해야하고 연장을 한번으로 제한한다. 그러나 피구금자가 여권 또는 여행서류를 잃어버리거나 효력이 없고 아직 갱신, 재발급 또는 연장할 수 없는 경우에는 유효한 증명서를 갖춘 후 30일까지 연장구금 할 수 있다.</p>
<p>제38조의 8</p>	
<p>[제1항]</p> <p>외국인이 제38조 제1항에 해당하여 임시구금을 하지 않거나 제38조의7 제1항에 의하여 임시구금처분을 취소하거나 구금을 정지한 후 다음 각 호의 어느 하나에 해당되고 구금을 하지 않으면 강제추방하기 어려워지는 경우에 입출국 및 이민서는 다시 임시구금을 해야하며, 기간이 만료되기 전에 법원에 재구금 및 연장구금을 요청해야 한다.</p> <p>1. 제38조의1 제2항의 구금대체처분을 위반하는 경우.</p>	

<p>2. 임시구금처분을 취소하거나 구금정지사유가 소멸하는 경우.</p> <p>[제2항] 제1항 외국인이 다시 구금되는 기간은 동일한 사건으로 구금되었던 기간과 합산해야 하며, 총100일을 초과해서는 아니 된다.</p>	
--	--

대만지역 및 대륙지역 인민관계조례	
2015년 6월 2일 수정 <sup>64)</sup>	2015년 4월 21일 수정 <sup>65)</sup>
제18조의1	(관련 조항 없음)
<p>[제2항] 임시구금기간이 만료되기 전에 내정부 이민서가 재구금의 필요성을 인정하는 경우에는 기간이 만료되기 5일 전에 사유를 첨부하여 법원에 재구금 결정을 요청해야 한다. 재구금의 기간은 임시구금 기간이 만료된 시점부터 45일을 초과해서는 아니 된다.</p> <p>[제3항] 재구금기간이 만료되기 전에 제1항의 각 호 중 하나에 해당하고 내정부 이민서가 연장구금의 필요성을 인정하는 경우에는 재구금기간이 만료되기 5일 전에 사유를 첨부하여 법원에 연장구금 결정을 요청해야 한다. 연장구금기간은 재구금기간이 만료되는 시점으로부터 40일을 초과해서는 아니된다.</p>	

62) 같은 해 2월4일 공포, 2월5일 시행.

63) 같은 해 11월 23일 공포, 12월9일 시행.

<p>[제4항] 제3항의 구금기간이 만료되기 전에 제1항의 각 호 중 하나에 해당하고 내정부 이민서가 연장구금의 필요성을 인정하는 경우에는 재구금기간이 만료되기 5일 전에 사유를 첨부하여 법원에 다시 한번 연장구금결정을 요청해야 한다. 연장구금기간은 첫 연장구금기간이 만료되는 시점으로부터 50일을 초과해서는 아니된다.</p> <p>[제9항 전반부] 동일한 사건의 구금기한은 합산해야 하며 총150일을 초과해서는 아니된다.</p>	
--	--

<p>홍콩 마카오 관계조례</p>	
<p>2015년 6월 2일 수정<sup>64)</sup></p>	<p>2006년 5월 5일 수정<sup>65)</sup></p>
<p>제14조의1</p>	<p>(관련 조항 없음)</p>
<p>[제2항] 임시구금기간이 만료되기 전에 내정부 이민서가 재구금의 필요성을 인정하는 경우에는 기간이 만료되기 5일 전에 사유를 첨부하여 법원에 재구금결정을 요청해야 한다. 재구금기간은 임시구금기간이 만료되는 시점으로부터 45일을 초과해서는 아니된다.</p> <p>[제3항] 재구금기간이 만료되기 전에, 제1항의 각 호 중 하나에 해당하고, 내정부 이민서가</p>	

64) 같은 해 6월17일 공포, 7월3일 시행.

65) 같은 해 5월 6일 공포, 6월15일 시행.

연장구금의 필요성을 인정하는 경우에는 재구금기간이 만료되기 5일 전에 사유를 첨부하여 법원에 연장구금 결정을 요청해야 한다. 연장구금기간은 재구금기간이 만료되는 시점으로부터 40일을 초과해서는 아니된다.

[제7항 전반부]

동일한 사건의 구금기간은 합산해야 하며, 총 100일을 초과하지 아니한다.

66) 같은 해 6월 18일 공포, 7월3일 시행.  
67) 같은 해 5월 30일 공포, 7월 1일 시행.





이주구금 제도개선을 위한  
국제심포지엄

토론

# 한국의 이주구금 현황과 법제도 개선 방향성 모색

- 최계영 교수 (서울대학교 법학전문대학원)
- 오정은 교수 (한성대학교 국제이주협력학과)
- 임선영 팀장 (국가인권위원회 인권침해조사과)





[토론문]

## 한국의 이주구금 법제도 개선 방향 모색 - 적법절차 원칙을 중심으로<sup>1)</sup>

최계영 교수 (서울대학교 법학전문대학원)

### I. 들어가며

헌법재판소는 이민구금의 개시와 연장을 전적으로 행정기관의 결정에 맡기고 있는 현행법에 대해 두 차례 위헌 여부를 심사하였고<sup>2)</sup> 지금 세 번째 판단을 앞두고 있다.<sup>3)</sup> 지난 두 번의 결정에서 법정의견으로 위헌 판단이 내려지지 않는 못하였지만, 다수의 재판관은 현행 조항이 적법절차원칙 위반으로 위헌이거나 적어도 입법정책적으로 바람직하지 않다는 의견을 개진하였다. 이 토론문에서는 외국의 사례를 살펴보고, 이민구금 결정·통제 구조의 개선방안을 모색하고자 한다.

### II. 외국의 사례

먼저 이민구금을 통제하는 (주된) 기관이 사법기관인 나라(독일, 프랑스)와 준사법적 기관인 나라(영국, 미국, 캐나다)로 나누어 외국의 사례를 살펴본다. 이는 행정기관의 구금에 대한 1차적 통제를 어느 기관이 담당하는가를 기준으로 분류한 것으로서,

- 1) 이 토론문은 토론자의 학술대회 발표문 “적법절차원칙에 비추어 본 외국인보호제도의 문제점과 개선 방안”(2022. 1. 21. 서울대학교 법학연구소 공동연구 학술대회 「신체의 자유와 구금의 쟁점들」)에 기초하고 있습니다.
- 2) 헌법재판소 2016. 4. 28. 2013헌바196 결정; 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정.
- 3) 헌법재판소 사건검색에 따르면, 2021. 12. 16. 현재 출입국관리법 제63조의 위헌 여부를 다투어 계속 중인 사건은 2020헌바540, 2021헌가10, 2021헌마1262, 2020헌가1의 4건이다.

뒤에서 볼 바와 같이 준사법기관 통제형으로 분류된 나라들에서도 사법기관에 의한 통제는 병행된다.

## 1. 사법기관 통제형

### (1) 독일<sup>4)</sup>

독일 체류법<sup>5)</sup>에서는 퇴거를 위한 구금으로 두 종류의 구금, 즉 '퇴거 심사를 위한 준비구금'(Vorberitungsshaft, 이하 '준비구금'이라 한다)과 '퇴거 집행을 위한 확보구금'(Sicherungschaft, 이하 '확보구금'이라 한다)을 두고 있다. 전자는 우리나라의 '강제퇴거 심사를 위한 보호'(출입국관리법 제51조)에 유사한 것이고, 후자는 '강제퇴거 집행을 위한 보호'(출입국관리법 제63조)에 유사한 것이다. 강제퇴거에 관한 결정이 바로 내려질 수 없거나 구금하지 아니하면 강제퇴거가 불가능하거나 곤란할 것이라고 예상되면 강제퇴거의 준비를 위해 구금할 수 있다(체류법 제62조 제2항 1문). 확보구금의 사유는 다음의 세 가지이다. ① 도주의 염려가 있거나, ② 위법한 입국으로 인해 퇴거하여야 하거나, ③ 국가 안보 또는 테러 위협을 이유로 강제퇴거명령을 받았으나 즉시 집행할 수 없는 경우이다(같은 조 제3항 1문). 그러나 외국인에게 책임 없는 사유로 3월 이내에 강제퇴거 집행이 가능하지 않다는 점이 증명되면 확보구금은 허용되지 않는다(같은 항 3문).

구금의 개시와 연장은 모두 사법기관의 결정으로 이루어진다. 준비구금과 확보구금 모두 법관의 결정을 필요로 한다(준비구금에 관해서는 체류법 제62조 제2항, 확보구금에 관해서는 같은 조 제3항). 즉, 독일은 최초의 구금 개시 단계에서부터 사법기관의 결정을 요구한다. 행정상 인신구금에도 영장주의가 적용되기 때문이다. 독일 헌법은 신체의 자유의 박탈을 허용하거나 계속하도록 하는 결정은 법관만이 할 수 있도록 규정하고 있다(기본법 제104조 제2항).

4) 이하에는 최계영, “이주민의 구금과 적법절차”, 법무법인 태평양·재단법인 동천 공동편집, 이주민법연구, 경인문화사, 165-166쪽의 내용이 일부 포함되어 있다.

5) Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet; Aufenthaltsgesetz.

법원은 구금에 관하여 결정하기 전에 당사자의 의견을 직접 청취하여야 한다(가사 및 비송사건 절차법<sup>6)</sup> 제420조 제1항). 이러한 구술청문 의무는 기본권의 지위를 갖는(기본법 제104) 중요한 절차적 보장이므로, 구술청문 없이 이루어진 구금은 위법하고 사후에 보완한다고 하여 하자가 치유될 수 없다.<sup>7)</sup> 구금결정에는 구금사유와 구금의 종기가 명시되어야 한다(같은 법 제421조). 당사자는 구금결정에 대해 항고로 불복할 수 있다(같은 법 제58조, 제429조). 법원은 결정에서 정한 구금기간이 지나기 전이라도 구금사유가 소멸하면 직권으로 구금을 취소하여야 한다(같은 법 제426조 제1항). 당사자가 구금의 취소를 신청할 수도 있다(같은 조 제2항).

구금기간의 상한은 구금의 종류에 따라 다르다. 준비구금의 기간은 원칙적으로 6주를 넘을 수 없다(체류법 제62조 제2항 2문). 확보구금은 6개월 이내의 기간을 정하여 명할 수 있다(같은 조 제4항 1문). 최대 12개월까지 연장할 수 있지만 연장사유는 제한된다. ① 외국인이 강제퇴거를 방해한 경우와 ② 국가 안보 또는 테러 위협을 이유로 강제퇴거명령을 받았으나 즉시 집행할 수 없다는 사유로 구금되었는데 제3국 입국에 필요한 서류의 전달이 지연되는 경우에만 연장이 가능하다(같은 항 2, 3문). 확보구금의 전체 기간은 18개월을 초과할 수 없다(같은 항 4문). 준비구금 기간은 전체 확보구금 기간에 산입된다(같은 항 5문). 연장결정에 대해서도 최초 구금 개시 결정시 적용되었던 절차(구술청문, 항고를 통한 불복 등)가 동일하게 적용된다.<sup>8)</sup>

일정한 사유가 있으면 관할 행정기관은 법관의 사전 결정 없이 임시로 구금할 수 있다. ① 확보구금의 사유가 있다는 강한 의심이 있거나, ② 미리 법관의 결정을 받는 것이 불가능하거나, ③ 구금을 피할 의도라고 의심할 합리적 근거가 있는 경우가 있는 경우에 그러하다(같은 조 제5항 1문). 그러나 그 경우에도 지체 없이 법관 앞에

6) Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

7) BVerfG, 07.09.2006 - 2 BvR 129/04. Keßler, Hofmann(Hrsg.), Aufländerrecht, 2.Aufl., 2016, AufenthG §62 Rn.77 참조.

8) Global Detention Project, Country Report - Immigration Detention in Germany: From Open Arms to Public Backlash, August 2020, p. 23.

9) 통상 구금기간은 6주 이하이고, 6개월을 넘기는 적은 거의 없다고 한다. Global Detention Project, Country Report - Immigration Detention in Germany: From Open Arms to Public Backlash, August 2020, p. 22.

인지하여 법관이 구금 여부를 결정하도록 하여야 한다(같은 항 2문).

요컨대 독일은 구금의 개시와 연장이 모두 법원의 권한이므로, 자동적으로 사법심사가 이루어지는 체계이다. 또한 구금결정에 대한 항고와 구금취소 신청을 통해 당사자는 구제를 청구할 수 있다.

## (2) 프랑스<sup>10)</sup>

프랑스에서는 구금에 대한 최초의 결정, 연장결정, 그리고 이에 대한 통제의 권한이 행정기관과 사법기관에 나뉘어 있다. 외국인을 구금하기로 하는 최초의 결정은 행정기관에 의하지만, 연장결정과 통제는 사법기관이 맡는다. 최초의 구금결정은 행정기관인 지사(le préfet)<sup>11)</sup>에게 권한이 있다. 지사의 결정에 의한 구금기간의 상한은 48시간이다. 48시간이 지난 후에도 계속 구금하기 위해서는 지사는 법관에게 구금기간의 연장을 신청하여야 한다.<sup>12)</sup> 구금기간 연장결정을 담당하는 법관은 ‘자유와 구금 담당 법관’(le juge des libertés et de la détention, 통상 JLD라고 줄여 부른다, 일반법원 소속이다)이다.

구금기간의 상한은 최대 90일(48시간+28일+30일+15일×2회)이다. 예전에는 45일이었으나 2018년의 법 개정<sup>13)</sup>으로 2019년부터 2배가 되었다. 앞서 본 바와 같이 행정기관이 48시간 이상 구금하려면 법관에게 연장신청을 하여야 한다. 첫 번째 연장결정은 28일까지 가능하다. 30일(48시간+28일)이 지난 후에도 계속 구금할 필요성이 있다면 다시 연장을 신청할 수 있으나 사유가 제한된다. 두 번째 연장은 ① 절대적으로 긴급한 경우, ② 공공질서에 대한 중대한 위험이 있는 경우, ③ 퇴거 집행이 불가능한 원인이 당사자에 의한 신분증명서 또는 여행증명서의 분실 또는 훼손이나 고의적인 퇴거 절차의 방해로 인한 경우에 한한다. 두 번째 연장기간의

10) 이하에는 최계영, “이주민의 구금과 적법절차”, 166-167쪽, 171-172쪽의 내용이 일부 포함되어 있고, 위 문헌 발간 이후의 법개정 사항이 반영되어 있다.

11) 지사라고 통상 번역되지만, 우리나라의 지방자치단체 장에 해당하는 기관은 아니고, 중앙정부가 중앙정부 부를 대표하여 지방자치단체에 파견한 기관이다.

12) CESEDA, Article L.551-1. CESEDA는 ‘Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile’(외국인의 입국·체류 및 망명권에 관한 법전)의 약칭이다.

13) LOI n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d’asile effectif et une intégration réussie.

상한은 30일이다. 당사자가 고의로 송환을 방해하거나 퇴거를 막기 위한 목적으로 비호신청을 하는 등의 사유가 있으면 15일을 상한으로 2회 더 연장할 수 있다. 전체 기간은 90일을 넘길 수 없다(다만, 테러관련자의 경우에는 210일).<sup>14)</sup>

최초의 구금결정과 연장결정 모두 사법기관에 의해 통제된다. 2016년 이전에는 지사의 최초 구금결정에 대한 통제권한은 행정법원에, JLD의 구금기간 연장결정에 대한 통제권한은 일반법원에 각각 나뉘어 있었다.<sup>15)</sup> 그러나 2016년의 법 개정<sup>16)</sup>으로 통제권한이 일원화되어 최초 구금결정에 대한 통제도 행정법원이 아니라 일반법원 소속인 JLD가 담당한다. 구금결정에 대해서는 통지시부터 48시간 이내에 JLD에게 불복할 수 있다.<sup>17)</sup> 지사가 연장을 신청한 경우에는, 당사자의 불복신청과 지사의 연장신청을 하나의 절차에서 하나의 결정으로 판단한다.<sup>18)</sup>

요컨대 프랑스는 구금의 개시는 행정기관이 결정하지만 연장은 법원의 권한이다. 행정기관의 결정만으로 구금할 수 있는 기간은 48시간에 그친다. 또한 구금의 개시와 연장결정에 대해 모두 법원에 불복할 수 있다.

## 2. 준사법기관 통제형

### (1) 영국

영국의 이민구금은 내무부(Home Office) 산하 비자이민국(UK Visas and Immigration; UKVI)에서 담당한다. 이민에 관한 내무부의 결정은 행정심판으로 다룰 수 있다. 영국의 행정심판은 법무부 산하 2심제 행정심판소에서 담당한다.<sup>19)</sup> 제1심행정심판소 (First-tier

14) CESEDA, Article L.551-7.

15) 행정에 대한 재판도 행정작용으로 보는 프랑스 특유의 권력분립원칙에 따라 행정사건을 관할하는 행정법원은 사법부가 아니라 행정부에 소속되어 있다. 다만 행정법원은 소속이 행정부일 뿐 재판의 독립을 향유하는 실질적인 사법기관이다.

16) LOI n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

17) CESEDA, Article L.512-1-III. 구금결정과 함께 이루어진 강제퇴거에 관한 결정은 행정법원에 불복한다.

18) CESEDA, Article L.512-1-III.

Tribunal)와 상급행정심판소(Upper Tribunal)로 구성된다. 각 심판소 내에는 이민·비호사건을 전담하는 이민·비호심판부(Immigration Asylum Chamber)가 설치되어 있다. 제1심행정심판소 이민·비호심판부의 재결에 불복하면, 상급행정심판소 이민·비호심판부에서 판단한다. 상급행정심판소의 재결에 대해서는 항소법원(Court of Appeal)에 소를 제기할 수 있다.

이민구금 결정은 내무부가 하고, 이를 통제하는 수단은 ① 보석청구(bail), ② 사법심사청구(judicial review), ③ 인신보호청구(habeas corpus)의 세 가지이다.<sup>20)</sup> 보석청구는 행정기관과 준사법적 행정기관에서, 사법심사청구와 인신보호청구는 사법기관에서 담당한다. 구체적으로 보면 다음과 같다.

첫 번째 방법인 보석은 내무부장관(Secretary of State of Home Office; SSHD) 또는 제1심행정심판소에 청구할 수 있다.<sup>21)</sup> 내무부장관에 대한 청구는 언제든지 가능하고, 제1심행정심판소에 대한 청구는 영국에 입국한 지 8일이 지난 때부터 가능하다. 제1심행정심판소에서는 보통 청문절차를 거쳐 판단한다. 당사자의 청구 없이 내무부에 의해 자동적으로 제1심행정심판소의 보석심리에 회부되는 경우도 있다. 4개월 이상 구금되었고, 그동안 보석을 청구하지 않았으며, 구금사유가 국가안보의 이익을 위한 것이 아니고, 추방을 위한 조치가 취해지지 않은 경우에 그러하다. 구금이 계속되면 4개월마다 자동적으로 회부된다.<sup>22)</sup> 보석절차는 구금의 적법성을 심사하는 절차는 아니고, 주로 해악을 끼칠 위험성이 있는지 등을 판단하여 (정당한 구금사유가 있더라도) 석방할 수 있는지를 심리한다.<sup>23)</sup>

19) 2007년에 행정심판 제도 개혁으로 만들어진 구조이다. 행정기관으로부터 조직상 독립성을 확보하기 위한 것이다. 김광수, “영국 행정심판제도의 운영현황”, 공법연구 제38권 제4호, 2010. 6., 176-177쪽 참조.

20) Stefanelli, *Judicial Review of Immigration Detention in the UK, US and EU - From Principles to Practice*, Bloomsbury, 2020, pp. 69-72.

21) Immigration Act 2016, SCHEDULE 10.

22) <https://www.gov.uk/bail-immigration-detainees/apply-for-bail>:  
<https://righttoremain.org.uk/toolkit/detention> 참조.

23) Stefanelli, *op. cit.*, p. 70.

두 번째 방법인 사법심사청구는 제1심법원인 고등법원(High Court) 여왕좌부(Queen's Bench Division; QBD) 산하의 행정법원(Administrative Court)에 제기한다.<sup>24)</sup> 사법심사청구절차에서는 보석절차와 달리 구금의 적법성을 심사한다. 다만, 재량적인 성격의 구제절차이므로, 구금이 위법하더라도 반드시 석방 등 구제명령을 하여야 하는 것은 아니다.<sup>25)</sup> 사법심사청구절차에서는 유럽인권협약 제5조 위반 여부도 판단받을 수 있고, 손해배상도 청구할 수 있다.<sup>26)</sup>

세 번째의 인신보호청구 역시 행정법원의 관할이다. 외국인이더라도 영국 영토에 있는 모든 사람은 인신보호청구 제도를 이용할 수 있다.<sup>27)</sup> 인신보호절차에서는 사법심사청구와 마찬가지로 구금의 적법성을 심사한다. 그러나 사법심사청구와는 달리 구제 여부는 재량적이지 않고 구금이 위법하면 구제명령을 발하여야 한다.<sup>28)</sup>

## (2) 미국

미국의 이민구금은 국토안보부(Department of Homeland Security; DHS)에서 담당한다. 국토안보부 산하 이민담당부서로 관세국경보호국(Customs and Border Protection; CBP)과 이민관세집행국(Immigration and Customs Enforcement; ICE)이 있는데, 이중 이민관세집행국에서 이민구금을 담당한다. 이민구금에 대해서는 행정적 통제와 사법적 통제가 모두 가능하다. 행정부 안에서 권한을 분리하여 국토안보부가 아닌 법무부(Department of Justice; DOJ)에서 행정적 통제를 담당한다. 구체적으로는 법무부 산하 이민심사사무국(Executive Officer of Immigration Review; EOIR)에서 이민사건에 대한 재결(adjudication)을 관할한다. 심급은 두 단계이다, 이민판사(Immigration Judge; IJ)로 구성된 이민법원(Immigration Court of United

24) Home Office, Immigration returns, enforcement and detention-General Instructions - Judicial Review and injunctions, version 21.0, 22 April 2021( [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/979820/judicial-reviews-chapter-60-v21.0.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/979820/judicial-reviews-chapter-60-v21.0.pdf)) 참조.

25) Stefanelli, op. cit., p. 70.

26) Ibid., p. 71.

27) Ibid., p. 72.

28) Ibid.

States; IC)에서 재결하고, 재결에 대해 이민불복위원회(Board of Immigration Appeals; BIA)에 불복할 수 있다. 이민불복위원회의 결정에 대해서는 연방법원에 소를 제기할 수 있다.

이민구금에 관한 구체적인 권한 배분과 통제 구조는 다음과 같다. 미국의 경우 구금의 사유에 따라 구금의 관할기관, 요건과 절차가 달라지는데, 여기에서는 기본형에 해당하는<sup>29)</sup> 이민국적법<sup>30)</sup> 제236조 제(a)항에 따른 구금을 기준으로 권한 배분을 설명한다. 위 조항은 정식추방절차(formal removal proceedings)에서의 구금에 관한 것이다. 이민관세집행국 담당공무원은 추방절차에서 외국인을 체포할 수 있고, 체포시로부터 48시간 이내에 구금을 계속할지 여부를 결정하여야 한다. 이민관세집행국의 최초 결정에 대해 당사자는 이민판사에게 보석을 청구할 수 있다. 이민판사는 구금을 계속할지 석방할지 여부(구금결정, 보석결정)와 석방하는 경우의 보증금의 액수를 결정한다. 이민판사의 구금결정에 대해 실질적인 사정변경이 있었음을 소명하면 다시 보석심사를 청구할 수 있다. 당사자와 국토안보부 양자 모두 이민판사의 구금결정 또는 보석결정에 대해 이민불복위원회에 불복할 수 있다.<sup>31)</sup> 행정적 불복 이외에 사법적 불복도 가능하다. 이민국적법 제236조 제(e)항은 추방 대상 외국인의 구금 또는 석방 결정에 대한 사법심사를 배제하고 있지만, 연방대법원은 위 조항이 인신보호청구까지 배제하는 것은 아니라고 판단하였다.<sup>32)</sup> 따라서 위 조항에도 불구하고 법원은 인신보호절차에서 이민구금의 위헌·위법 여부를 심사할 수 있다.<sup>33)</sup>

### (3) 캐나다

캐나다의 이민구금은 국경관리청(Canada Border Services Agency; CBSA)에서 담당한다. 이민·난민·시민권부(Immigration, Refugees and Citizenship Canada; IRCC)에서 이민·난민 사안에 관한 총체적인 책임을 지고, 국경관리청은 구금을

29) Congressional Research Service, Immigration Detention: A Legal Overview, September 16, 2019, p. 9 참조.

30) Immigration Nationality Act: INA.

31) Ibid., pp. 10-11 참조.

32) INS v. St. Cyr, 533 U.S. 289, 311 (2001).

33) Congressional Research Service, op. cit., pp. 15-17 참조.

포함하여 이민·난민 사안의 집행기능을 수행한다. 이민·난민사건을 다루는 행정심판소로 이민난민심판소(Immigration and Refugee Board of Canada; IRB)가 별도로 설치되어 있다. 이민난민심판소는 독립적인 준사법적 기관으로서 행정부로부터 독립되어 있다. 이민난민심판소는 첫 번째 심급인 난민보호부(Refugee Protection Division; RPD), 이민부(Immigration Division; ID), 두 번째 심급인 난민불복부 (Refugee Appeal Division; RAD), 이민불복부(Immigration Appeal Division: IAD)로 구성된다.<sup>34)</sup>

이민구금에 관한 구체적인 권한 배분과 통제 구조는 이민·난민보호법<sup>35)</sup>에서 다음과 같이 정하고 있다.<sup>36)</sup> 국경관리청에 의해 구금된 외국인에 대해 이민난민심판소는 구금을 계속할 사유가 있는지를 일정한 시간 간격을 두고 심사한다(detention reviews). 당사자의 청구 없이 자동적으로 심사가 이루어진다. 국경관리청은 구금 후 48시간 이내에 이민난민심판소 이민부에 사건을 회부하여야 한다. 최초의 심사는 48시간 이내 또는 그때로부터 지체없이 이루어져야 하고(제57조 제1항), 그 다음에는 7일 이내에 심사하여야 하며, 이후에는 구금이 계속되는 동안 30일마다 심사하여야 한다(같은 조 제2항).<sup>37)</sup> 심사시에는 피구금자를 직접 출석시켜야 한다(같은 조 제3항). 피구금자는 30일이 지나기 이전에도 사정변경이 있음을 이유로 심사를 청구할 수 있다. 구금을 계속할 사유가 없으면 이민난민심판소는 석방명령을 내린다(제58조 제1항). 석방명령에는 보증금, 주기적 보고의무 등의 조건을 붙일 수 있다(같은 조 제3항). 사법적 통제는 ① 위 이민난민심판소 재결에 대한 사법심사청구(judicial review)와 ② 인신보호청구(habeas corpus)의 두 가지 방식으로 가능하다. 이민·난민보호법의 절차(및 이에 따른 사법심사청구) 이외에 인신보호청구도 가능한지는 논란이 있었으나, 연방대법원은 2019년 인신보호절차도 보장되어야 한다고 판단하였다.<sup>38)</sup> 권리장전에서

34) <https://irb.gc.ca/en/board/Pages/index.aspx> 참조.

35) Immigration and Refugee Protection Act (S.C. 2001, c. 27).

36) <https://irb.gc.ca/en/legal-policy/procedures/pages/ProcessRevMot.aspx> 참조.

37) 같은 조 제2항.

38) Canada(Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina, 2019 SCC 29. 위 판결을 한국에 소개한 문헌으로는 김하열, 앞의 논문, 24-25쪽 참조.

보장하고 있는 인신보호절차가 예외적으로 배제되기 위해서는, 개별법령에서 규정하고 있는 구제절차가 “완전하고, 포괄적이며, 전문적인 절차이고, 인신보호절차에 상응할 정도로 광범위하고 유리”(a complete, comprehensive and expert scheme that is as broad and advantageous as habeas corpus)하여야 한다.<sup>39)</sup> 그런데 앞서본 이민·난민보호법의 절차는 위 요건을 충족시키지 못한다는 것이다.

판단의 근거는 다음과 같다. 첫째, 증명책임이 인신보호절차에서는 행정기관에 있는 반면, 이민·난민보호법 절차에서는 피구금자에게 있다.<sup>40)</sup> 둘째, 이민·난민보호법 절차는 심사범위가 제한되어 있다. 실무상 이민난민심판소에서 주기적 심사를 할 때 구금의 적법성은 새로이 독립적으로 심사되는 것이 아니라 이전의 결정에서 제시된 사유에 기초하여 심사되고, 이에 대한 사법심사의 범위도 해당 개별 결정의 적법성에 한정된다. 반면 인신보호절차에서는 권리 침해 여부가 총체적으로 고려된다.<sup>41)</sup> 셋째, 이민난민심판소 재결에 대한 사법심사청구에서 가능한 구제수단은 원칙적으로 이민난민심판소에 재결정을 명령하는 데 그치지만, 인신보호청구에서는 즉시 석방을 명령할 수 있다.<sup>42)</sup> 넷째, 인신보호절차가 보다 신속한 구제수단이다. 사법심사청구는 개시허가가 필요하므로, 30일 후의 다음 주기 심사 이전에 사법심사청구의 판단이 나오는 것은 실제로 가능하지 않다. 앞서 본 것처럼 재결정을 거쳐야 하기 때문에 구제는 더욱 지연된다.<sup>43)</sup> 판례를 통해 인신보호청구가 가능하다는 점이 확인된 이후, 인신보호청구는 주로 장기구금에 대한 구제수단으로 활용되고 있다.<sup>44)</sup>

39) 위 판결, [43].

40) 위 판결, [60-63].

41) 위 판결, [64], [62].

42) 위 판결, [65].

43) 위 판결, [66-67].

44) Global Detention Project, Country Report - Immigration Detention in Canada: Progressive Reforms and Missed Opportunities, April 2021, pp. 26-27.

### Ⅲ. 개선방안의 검토

적법절차원칙에 부합하는 이민구금 체계를 설계해 나감에 있어서 제일 먼저 해결해야 할 문제는 주된 통제기관을 사법기관으로 할 것인가, 아니면 준사법기관을 설치하여 준사법기관에 통제를 맡길 것인가의 문제이다(1.). 이하에서는 이를 먼저 검토한 후 사법기관 통제형을 채택했을 때(2.)와 준사법기관 통제형을 채택했을 때(3.) 고려해야 할 사항을 각각 살펴본다. 뒤에서 볼 바와 같이(1.) 필자는 사법기관 통제형을 지지한다. 그렇지만 현실적으로 준사법기관 통제형이 채택될 가능성도 적지 않고, 그 경우에는 준사법기관에 의한 통제시에 우려되는 바를 더더욱 제도 설계시에 반영하여야 할 것이므로 준사법기관 통제형 채택시의 고려사항도 함께 살펴볼 것이다.

#### 1. 사법기관 통제형인가, 준사법기관 통제형인가

사법기관 통제형을 지지하는 가장 강력한 논거는 출입국관리법의 보호가 신체의 자유를 제한하는 인신구금이라는 점일 것이고, 준사법기관 통제형을 지지하는 가장 강력한 논거는 이민행정은 국가주권 존중과 전문성의 요청이 큰 분야라는 점일 것이다. 양쪽의 논거 모두 일정한 설득력을 가지지만, 사법기관을 주된 통제기관으로 삼는 것이 타당하다고 생각한다. 그 논거는 다음과 같다.

첫째, 신체의 자유가 전체 기본권 체계에서 갖는 특별한 지위를 고려할 때, 사법기관에 의한 통제만이 합헌적이라고 할 수는 없더라도, '제3의 독립된 중립적 기관'에 의한 통제와 사법기관에 의한 통제가 대등한 가치를 갖는 선택지라고 볼 수는 없다. 신체의 자유의 제한과 관련하여 영장주의, 체포·구속적부심청구권 등 사법기관에 의한 특별한 절차적 보호장치를 마련하도록 한 헌법 제12조에서 이 점은 여실히 드러난다.

둘째, 준사법기관 통제형은 새로운 준사법기관을 설립하여 이민구금 외에 여러 이민·난민행정상의 처분에 대한 통제를 맡길 것을 예정하고 있는데, 이민구금과 그

밖의 처분에 요구되는 독립성·중립성의 정도가 다르다. 준사법기관 설립에 관한 논의들은 이민구금(보호)에 대한 불복만을 대상으로 한 것이 아니다. 강제퇴거명령, 난민불인정결정 등 현행법상 이의신청의 대상이 되는 처분들, 나아가 현재는 이의신청의 대상이 아니지만 대상으로 할 필요가 있는 출국명령, 체류기간 연장허가 거부 처분, 나아가 가장 넓게는 이민·난민행정상의 처분 모두를 대상으로 한 논의이다.<sup>45)</sup> 신체의 자유가 갖는 특별한 지위에 비추어 이를 통제하는 자는 법관은 아니더라도 이에 준할 정도의 독립성과 자격을 갖춘 사람이어야 할 텐데, 이민구금 이외의 다른 이민·난민행정상의 처분의 경우에는 불필요하게 과도한 요건이 될 수 있고 오히려 전문성을 저해할 수 있다. 반대로 다른 이민·난민행정상의 처분에 맞추어 판단자의 자격을 정할 경우 이민구금에 요구되는 정도의 독립성·중립성을 갖추지 못할 수 있다. 이민·난민행정 분야 전반을 아우르는 전문적인 불복기관 설립이 필요하다는 주장에는 어느 정도 공감할 수 있지만, 그렇다고 해서 이민구금에 대한 통제까지 새로이 설립될 기관에 맡기는 것이 당연한 논리적 귀결은 아니다.

셋째의 논거는 둘째의 논거와도 연결되는 것이다. 독립성의 요청과 전문성의 요청은 현실적으로 상충관계에 설 수밖에 없는데, 신체의 자유를 제한함에 있어서는 전자의 요청이 우선시되어야 한다는 점이다. 준사법기관을 지지하는 논거는 전문성을 강조하고 있는데, 그렇다면 그 구성원은 이민·난민행정 분야에서 지식과 경험을 쌓아온 사람이어야 할 것이다. 그런데 현재 한국 상황에서 이에 해당하는 전문가 인력풀은 매우 제한적이고, 결국 기준에 공직, 시민사회, 학계에 몸담았던 사람이 될 수밖에 없다. 전문성과 중립성을 동시에 갖춘 충분한 인력을 확보하기는 쉽지 않을 것이다. 넷째, 준사법기관에 관한 논의들은 주로 영미법계 국가의 준사법적 기관(영국, 미국, 캐나다, 호주 등)을 모델로 하고 있는데, 이들 국가의 준사법적 기관은 한국의 준사법적 행정기관(중앙행정심판위원회, 조세심판원, 특허심판원 등이 모델로 논의되고 있다<sup>46)</sup>)보다 법원에 가까운 성격을 갖고 있다. 그러므로 독립성·중립성의 정도가 높은 영미법계의 준사법적 기관에 관한 논의를 차용하는 것은 무리가 있다.

45) 권채리, 이민행정의 거버넌스 구축을 위한 법제 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2020, 253-254쪽 참조.

46) 예를 들어 김지영, 앞의 논문, 93쪽 이하.

다섯째, 준사법기관 통제형을 채택한 나라들에서도 인신보호청구 등 사법적 통제는 병행되고 있다는 점이다. 앞서 본 바와 같이 영국, 미국, 캐나다 모두 법원에 인신보호 청구를 하는 것이 가능하고, 준사법기관에 대한 구제청구와 병행하여 실제로 활용되고 있다. 우리의 관점에서 볼 때 매우 중립적인 준사법적 통제절차를 갖추고 있는 것으로 보이는 캐나다에서조차도 그 한계로 인해 인신보호절차의 필요성이 긍정되고 있다. 한국은 현재 인신보호청구가 법률로 배제되고 있는데, 이러한 상황에서 준사법적 통제만으로는 구제수단이 충분하지 않다.

## 2. 사법기관 통제형의 설계

위와 같은 사유로 이민구급에 대해서는 사법기관에 의한 통제장치를 마련하는 것이 더 타당하다고 생각된다. 이때 두 가지 선택지가 있다. 하나는 구급의 개시 단계에서부터 통제하도록 하는 방안, 즉 영장주의를 도입하는 안(독일의 사례, 개정안 중 임종성안)이다. 다른 하나는 구급의 연장에 대해 정기적으로 사법심사를 받도록 하는 안(프랑스의 사례, 개정안 중 박주민안)이다. 영장주의의 전면적인 채택이 신체의 자유를 최대한으로 보장하는 방안이겠으나 다음과 같은 점을 고려할 때 연장 단계에서부터 법원이 개입하도록 하는 안이 적절하다고 판단된다.

첫째, 모든 이민구급 사건에 대해 법원의 영장을 받도록 한다면 업무부담으로 인해 심사가 부실해질 수 있다. 아래 표에서 보는 바와 같이 (코로나 19로 인한 특수한 상황이 아니라면) 연간 보호인원은 대략 2~3만건 정도일 것으로 예상된다. 이 정도 숫자의 사건부담이 인력 총원 없이 추가되면 현재의 난민재판의 상황에서 보듯이 충실한 심리가 불가능할 것이다.

구 분	2013년	2014년	2015년	2016년	2017년	2018. 9.
연간 보호인원	19,563	18,693	21,605	29,926	29,139	23,632
1일 평균 보호기간	11.6일	12.2일	11.9일	10.8일	10.0일	9.9일
일(日) 평균 보호인원	621	626	709	886	804	860

47) '출입국관리법 일부개정법률안 제13703호'에 대한 법제사법위원회 검토보고서, 12쪽.

둘째, 장기구금의 경우 절차적 통제의 필요성이 큰 반면, 교통편 확보 등 통상적인 송환 준비에 걸리는 시간 정도의 단기간의 구금은 그 필요성이 낮으므로, 전자에 자원을 집중시키는 것이 더 효과적이다. 이 경우 행정기관의 결정만으로 구금이 가능한 기간, 즉 법관에 의한 최초의 개입이 이루어져야 하는 시기를 정하는 것이 제도 성패의 관건이 될 것이다. 평균 보호기간, 보호기간별 인원 등을 고려하여 적절한 지점을 찾아야 할 것이다.

보호된 외국인의 평균 보호기간(최근 5년간, 2016-2020년)

(단위: 일)

연도	2016	2017	2018	2019	2020
평균 보호기간(전체)	10.8	10	10.1	9.6	16.9
화성보호소	10.3	8.9	8.2	7.5	25.7
청주보호소	11.9	11.9	11.4	9.4	23.3
여수사무소	12.8	12.9	14	11.1	24.9

\* 법무부 2021. 10. 14.자 정보공개청구 및 결정내역(접수번호 8239345)

장기 보호외국인 현황

(’18. 10. 12. 기준, 단위 : 명)

보호기간	계	3개월 이상 ~ 6개월 미만	6개월 이상 ~ 1년 미만	1년 이상 ~ 2년 미만	2년 이상
보호외국인	45	25	12	3	5

48)

한편 최초의 연장허가와 이후의 연장허가가 반드시 같은 주기로 정해질 필요는 없다. 최초 심사시에는 가까운 시일 내에 송환 가능성이 있는지가 주된 고려사항이 될 반면, 이후의 심사시에는 그 사이에 사정변경이 있는지가 주된 고려사항이 될 것이기 때문이다. 그러므로 첫 번째 연장허가는 단기간에(예를 들어 10일 이내에) 받도록 하고, 이후의 연장허가는 보다 긴 주기로(예를 들어 2개월마다) 받도록 하는 방안도 생각해 볼 수 있다.

48) 위 검토보고서, 9쪽.

덧붙여 법관의 연장결정을 통해 구금을 통제하더라도 인신보호법상 구제청구도 추가로 가능하여야 할 것이다. 법관의 연장결정을 통한 통제는 당사자의 신청 없이 자동적·주기적으로 이루어지는 통제인 반면, 인신보호법상의 구제청구는 당사자 등의 신청을 계기로 하는 통제이어서 성격을 달리하고, 심사주기 사이에 사정변경을 심사할 수 있는 장치가 필요하기 때문이다. 따라서 출입국관리법상 보호에 대해 인신구제청구를 배제하는 현행 인신보호법을 개정하거나, 출입국관리법에 별도로 인신보호청구 제도를 규정하여야 할 것이다.

나아가 구금의 대안<sup>49)</sup>이 입법되고 활용될 필요 있다. 적절한 구금의 대안이 마련되어 있지 않으면 법관은 도주의 우려 때문에 연장불허가 결정을 망설이게 될 것이다. 구금의 대안이 필요하다는 점은 헌법재판소 결정에서도 언급된 바 있다. “주거지를 제한하거나 주거지에 대하여 정기적으로 보고하도록 하는 방법, 신원보증인을 지정하거나 적정한 보증금을 내도록 하는 방법, 감독관 등을 통하여 이들을 지속적으로 관찰 및 감독하는 방법”<sup>50)</sup>이 함께 강구되어야 한다.

### 3. 준사법기관 통제형 채택시의 고려사항

만약 앞서의 논의와는 달리 준사법기관을 설립하고 여기에 이민구금 통제를 맡기기로 하는 경우에는 독립성·중립성의 확보가 실효적인 통제의 관건이 될 것이다. 이를 위해서는 다음의 사항을 고민하여야 한다.

첫째, 조직상의 독립성 문제이다. 준사법적 통제형을 채택한 나라들은 모두

49) James Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*(2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press (2021), 534; UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, April 2011, PPLA/2011/01.Rev.1, 25~26; Beth Lion, "Detention of migrants: Harsher policies, increasing international law protection" in: Chetail/Bauloz, *Research Handbook on International Law and Migration*, Edward Elgar (2014), 183.

50) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정의 위헌의견.

이민구금을 집행하는 부처와 별개의 부처에 통제기관이 속해 있다. 영국은 내무부와 법무부, 미국은 국토안보부와 법무부로 집행기관과 통제기관이 분리되어 있고, 캐나다의 이민난민심판소는 어느 부처에도 속하지 않는 독립기관이다. 따라서 우리나라의 경우에도 준사법기관은 법무부 이외 기관의 소속으로 하는 것이 바람직할 것이다. 기존의 예를 보면, 국무총리 소속 기관인 중앙행정심판위원회, 조세심판원 등이 처분청과 재결청의 소속을 분리하여 독립성을 확보하고 있는 좋은 예이다.

둘째, 이른바 ‘심판원’ 형태(조세심판원 등)와 ‘위원회’ 형태(행정심판위원회 등)의 비교<sup>51)</sup>할 때 전자가 더 적절하다. 전자는 3~4인 정도 소수의 고정적인 구성원이 (법원의 재판부에 유사한) 심판부를 구성하여 판단하는 형태이고, 후자는 다수의 인력풀에서 회의마다 위원을 지정하여 위원회를 구성하여 판단하는 형태이다. 법원과 유사한 구조의 전자가 충실한 심리와 실효적인 통제에 더 적합할 것이다.

셋째, 일정 비율 이상의 민간전문가 참여가 보장되어야 하고, 공무원인 구성원은 현재 또는 최근에 출입국관리업무에 종사하거나 종사했던 사람이 아니어야 한다. 민간 구성원의 비율은 적어도 과반수여야 할 것이고, 공무원인 구성원이 같은 방향의 결정을 내리는 경향이 있는 점을 고려하면 그보다 비율이 높아야 할 것이다. 또한 집행기관의 관점으로부터 실질적으로 독립하여 판단하기 위해서는 현재 출입국관리업무와 이민구금의 통제업무를 겸하여서는 안될 뿐만 아니라 출입국관리업무에 최근에 종사했던 이른바 전관이 바로 옮겨오는 자리여서도 안될 것이다. 이를 위해서는 일정한 결격기간(예를 들어 퇴직 후 2년)을 둘 필요가 있다.

51) 김지영, 「출입국관리법」 및 「난민법」상 이의신청 개선을 위한 법·정책적 연구, 법과 정책연구 제21집 제3호, 2021, 93쪽에서는 독립성·전문성이 강화된 심판원 형태가 현재 결정에서 지적된 문제를 완화할 수 있다는 점이 언급되고 있다.

[토론문]

## 이주구금의 절차 및 상한

오정은 교수 (한성대학교 국제이주협력학과)

국내체류 외국인은 대한민국 「출입국관리법」을 근거로 국내에서의 활동범위와 체류상한이 규제된다. 그리고 규정을 어겼을 때에는 그 정도에 따라 과태료, 고발, 통고처분, 출국권고, 출국명령, 강제퇴거 등의 제재를 받는다. 이 가운데 가장 심각한 위반사항에 대한 조치가 강제퇴거인데, 강제퇴거는 한 사람의 인생에 중차대한 영향을 미칠 뿐만 아니라, 그 집행과정에서 종종 인신구속을 동반한다는 점에서 인권 측면을 고려한 신중한 결정이 요구된다.

최근 국내체류 외국인이 증가하면서 강제퇴거 처분을 받는 외국인은 계속 증가해왔다. <표 1>은 최근 외국인의 출입국사범 처리 현황을 보여주는 것으로, COVID-19로 국제이동이 크게 감소한 2020~2021년 이전까지 매년 강제퇴거 대상자가 증가해 왔음을 확인할 수 있다.

<표 1> 연도별 국내체류 외국인 출입국사범 처리 현황

(단위: 건)

연도 \ 처분	총계	강제 퇴거	출국 명령	출국 권고	통고 처분	고발	과태료	기타
2015	124,515	21,919	5,564	3,192	29,272	1,850	8,558	54,160
2016	152,486	28,784	6,183	3,345	29,380	2,553	7,271	74,970
2017	146,924	26,694	6,282	3,366	29,838	2,851	15,205	62,688
2018	176,847	31,811	4,770	3,273	30,395	3,482	15,595	87,521
2019	175,609	34,557	5,852	2,687	26,106	4,552	14,330	87,525
2020	118,829	5,867	2,062	2,097	17,863	2,605	21,358	66,977
2021	121,225	3,116	1,560	2,911	17,880	1,303	22,756	71,699

출처: 법무부 출입국·외국인정책본부.

현행법은 「출입국관리법」 제46조 제1항에 의한 강제퇴거 대상자이거나 대상자로 의심될 만한 상당한 이유가 있는 사람에 대해 출입국공무원이 출국 과정에서 필요한 경우 출국시키기 위해 외국인 보호실, 외국인보호소 등에 수용하는 것을 허용한다. 여기서 보호라는 용어를 사용하지만 당사자 의사에 반하여 신체의 자유를 박탈하는 행위이기 때문에, 실제로는 인신구속이라는 이유로 인권 측면에서의 논쟁이 계속되었다.

외국인의 보호소 수용은 행정상 즉시강제에 해당한다. 행정상 즉시강제란 급박한 행정상 장애를 제거할 필요가 있는 경우에, 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하고는 목적달성이 곤란할 때 즉시 실력을 가하는 것이다. 여기에는 영장주의가 적용되지 않는다. 영장주의란 체포, 구속, 압수 등 강제처분을 할 때, 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니된다는 원칙이다. 이에 따르면 신체의 자유를 침해하는 강제처분은, 중립적인 위치에 있는 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의해야 한다. 하지만 출입국관리법은 법관의 영장 없이 지방출입국 및 외국인관서의 장이 보호명령서를 발급하도록 규정(출입국관리법 제51조 제1항)하고 있으며, 이는 영장제도 배제로 해석된다.

「출입국관리법」은 강제퇴거 대상자로 의심되는 사람에 대한 강제퇴거 심사 과정과 강제퇴거 대상자로 확정된 사람에 대한 강제퇴거 집행 과정에 인신구속 상태의 보호를 허용한다. 이러한 보호에는 일반보호, 긴급보호, 일시보호, 강제퇴거 집행을 위한 보호 등이 가능하다. 여기서 특히 문제가 되는 것이 강제퇴거 집행을 위한 보호이다. 강제퇴거 집행을 위한 보호란 강제퇴거 집행 대상자가 여권 미소지, 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환될 수 없는 경우이다. 현행 출입국관리법 제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제)는 강제퇴거 대상자의 보호와 관련하여 6개의 항을 두고 있다. 그 내용은 다음과 같다.

- 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.

- 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.
- ⑥ 제1항에 따라 보호하는 경우에는 제53조부터 제55조까지, 제56조의2부터 제56조의9까지 및 제57조를 준용한다.

여기서 제1항은 구금의 상한을 규정하지 않고 “~송환할 수 있을 때까지”로 규정되어 있다. 이 조문은 특정 외국인을 장기간 구금할 수 있는 근거가 된다. 그래서 인권 전문가들을 중심으로 외국인 보호기간의 상한을 명시적으로 정하는 법률 개정이 필요하다는 지적이 이어졌다. 해외 주요국에서 외국인 이주구금에 대한 법조항에 보호를 위한 최대 기간의 상한을 명확히 규정한 경우가 많다는 사실이, 현행법의 개정 이유의 논리를 뒷받침해 주었다. 나아가 제63조 제1항 개정을 위해 수차례의 위헌소송까지 발생한 바 있다.

위헌판결은 헌법재판소의 권한이다. 본 토론의 장에서 결정될 수는 없다. 하지만 이번 토론회에서 현행법이 과연 최선의 방법인지, 개선의 여지는 없는지 논의하고 보다 바람직한 방향에 대해 논지를 모으는 것은 중요하다.

우선 강제퇴거 대상자이거나 대상자로 의심될 만한 상당한 이유가 있는 사람에게

영장주의 대신 현재와 같은 행정상 즉시강제 유지 문제를 진지하게 토의할 필요가 있다. 결론을 먼저 말하면, 체류질서 위반자가 많고, 위반시 도주자도 많은 현 상황을 고려할 때, 영장주의로의 전환은 현실적으로 바람직하지 않다고 판단된다. 외국인 체류질서 확보가 어렵고, 출입국관리법 위반자 증가로 인해 외국인에 대한 국민의 두려움과 편견이 증가할 수 있다.

다음으로, 보호 상한 규정의 필요성과 시의성을 생각할 필요가 있다. 상한 없는 구금 허용에서 인권침해 요인은 분명히 존재한다. 그런데, 서둘러 상한을 명시하는 법개정이 더 큰 혼란을 자초할 수도 있다. 외국인보호소에 구금된 사람들은 하루빨리 구금에서 해제되기를 희망하기 마련이지만, 해제 후 출국이 아니라 국내체류를 시도하는 경우가 많다. 보호상태에서도 난민신청 등을 통해 체류연장을 시도하는 사례가 적잖이 발생한다. 현재 외국인형사범에 대한 선고에서 강제퇴거를 위한 집행유예 판결이 나는 경우도 많은데, 강제퇴거를 위해 보호되던 외국인이 보호상한 도래를 이유로 보호해제 되는 경우가 많아진다면, 이러한 사실은 외국인에 대한 국민의 편견을 증가시킨다는 부작용도 우려된다. 체류질서 위반자가 상한기한 도래만을 기다리며 다양한 편법을 동원하여 출국을 늦추려는 시도가 늘어날 수 있다. 또한 구금상한을 정한 국가에서도 예외조항을 두어 상한을 초과하여 이주구금을 하는 사례도 있다는 사실도 검토할 필요가 있다. 또한 현재 보호 상한은 없지만 매 3개월마다 기간 연장을 검토하는 절차가 있다는 사실도 고려해야 한다.

그렇다고 지금처럼 상한없는 구금 허용을 최선이라고 단정할 수는 없다. 심각한 인권침해 가능성이 있는 조문이다. 상한에 대한 명시에 대해 진지한 고민과 법개정을 위한 고민이 필요하다.

[토론문]

## 이주구금의 절차 및 상한 토론문

임선영 팀장 (국가인권위원회 인권침해조사과)

「출입국관리법」에 따른 ‘보호’는 제51조에 따른 강제퇴거 심사를 위한 보호와 제63조에 따른 강제퇴거 집행을 위한 보호로 구분되고, 보호장소는 화성·청주 등 2개의 외국인보호소와 여수 등 19개의 지방출입국·외국인관서 내에 설치된 외국인보호실이 있습니다.

동법 제52조에서 강제퇴거 대상자 여부를 심사·결정하기 위한 보호기간은 10일 이내로 하며, 다만 부득이한 사유가 있으면 10일을 초과하지 아니하는 범위에서 한 차례만 연장할 수 있다고 규정하고 있습니다.

이에 비해 동법 제63조 제1항은 강제퇴거 명령을 했지만 즉시 송환할 수 없을 때 강제퇴거 집행을 확보하기 위해 송환할 수 있을 때까지 보호할 수 있다고 규정하면서, 제2항에서 그 기간이 3개월이 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 하고, 제3항에서 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하도록 하였습니다.

문제는 동법 제63조 제1항에 따른 보호기간 상한이 명시되어 있지 않아 아래의 사례와 같이 외국인보호소에 장기간 갇혀있게 되는 심각한 인권침해가 발생하였다는 것입니다.

종교 박해를 피해 한국에 난민인정을 신청한 나이지리아 A씨의 경우 인도주의적 사유로 보호일시해제가 승인되어 보호소를 나올 때까지 2012년 10월부터 2017년 6월까지 4년 8개월 동안 수용되어 있었음

2001년 사증면제로 한국에 입국한 방글라데시 출신의 B씨는 2005년 한국여성과 결혼, 2006년 자녀가 출생함. 2010년 B씨는 한국 국적을 취득하면서 방글라데시 국적을 포기하였고, 귀화 후 생년월일 정정신청을 하였으나 출입국사무소는 B씨가 귀화허가 신청 당시 생년월일을 허위로 기재하였다며 B씨의 귀화허가를 취소함. 방글라데시는 국적 회복 절차가 없어서 결국 무국적자 상태에서 가족과 같이 생활하다가 2015년 단속된 후 강제퇴거명령과 보호처분을 받음. 무국적으로 퇴거집행이 불가능함에도 1년 이상 보호소에 있다가 건강 악화로 인해 보호일시해제됨

국내법상의 ‘보호’에 대해 유엔 자유권위원회의 일반논평 제35호에서 “외국인을 강제송환이나 추방을 위해 가두는 것은 자유권 규약 제9조의 신체의 자유 침해, 즉 구금”이라고 명시한 바 있고, 국가인권위원회(이하 “위원회”라 한다)는 구금·보호 시설의 업무 수행과 관련하여 외국인이 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우, 이를 조사하고 구제하는 역할을 수행하고 있습니다.

2007. 2. 11. 발생한 여수출입국관리사무소 보호실 화재로 보호 중인 외국인 10명이 질식사, 17명이 중경상을 당한 사건이 언론에 보도되면서, 보호시설 내에서의 과도한 기본권 제한 및 보호기간의 장기화 등 우리 정부의 외국인 보호정책에 대한 재검토가 사회적으로 요청되었습니다.

이에 위원회는 2007년부터 매년 「국가인권위원회법」 제24조에 근거하여 이주 관련 단체 활동가, 변호사, 의사 등 외부 전문가와 함께 외국인 보호시설 방문조사를 정기적으로 실시하고, 법무부에 보호외국인 인권침해 방지와 보호시설 환경 개선 방안에 대해 정책권고를 하였습니다.

〈외국인 보호시설 방문조사에 따른 권고〉

2007. 12. 17.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 외국인 보호절차의 개선과 보호외국인의 인권보호 및 교정시설 내 외국인 수용자의 인권보호를 위한 개선방안을 종합적으로 권고</li> </ul>
2008. 12. 8.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 2007년 방문조사에서 제외되었던 외국인 보호시설 2곳에 대한 시설조사를 통하여 실태를 파악하고 보호환경 개선 및 보호외국인 처우 개선방안을 권고</li> </ul>
2009. 12. 28.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 2007년 방문조사에서 제외되었던 외국인 보호시설 4곳을 대상으로 방문조사를 실시하여 개선방안 권고</li> </ul>
2011. 11. 3.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 보호외국인에게 시설 생활규칙, 보호외국인의 권리구제 방법, 고충처리상담 등에 대한 안내를 강화하고, 보다 다양한 언어로 정보를 제공할 것, 장기 보호외국인과 가족동반 보호외국인, 특히 아동의 보호를 위한 대책을 강화할 것 등을 권고</li> </ul>
2012. 11. 29.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 「외국인 권리구제 절차 안내서」보호실 내부 상시 비치, 고용노동부 종합센터 1350에 대한 안내게시문 부착, 개인 사생활 보호공간을 보호실 내에 설치, ○○외국인보호소에 간호사를 배치하여 보호외국인의 의뢰서비스 접근권을 강화할 것 등을 권고</li> </ul>
2013. 11. 19.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 보호시설에 수용된 난민 신청자의 보호기간을 단축할 수 있는 대책 마련, 임신부 등 인권취약 대상자를 고려한 보호환경 조성, ○○출입국관리사무소보호실의 화장실 차폐 시설 개선 등을 권고</li> </ul>
2014. 11. 25.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 인권취약계층에 대한 심사기능 강화 및 대안적 보호시설의 검토, 아동 이익 최우선의 원칙 고려, 보호외국인의 정신건강을 위한 프로그램의 도입, 보호외국인의 난민법에 대한 이해 확대를 위한 정보제공 등을 권고</li> </ul>
2016. 4. 12.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 장기 보호외국인에 대하여 운동시간 확대, 외부사회와의 자유로운 교통권 강화를 위하여 보호외국인의 인터넷 사용 기회 확대, 환자·임산부·노약자·아동·난민신청자등 특별한 보호가 필요한 보호외국인에 대하여 다양한 대안적 보호시설 마련 등을 권고</li> </ul>
2016. 12. 23.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 보호외국인의 외부교통권 보장, 외국인보호소 급식의 질을 개선하고 보호외국인의 문화와 식습관 등을 고려한 급식이 제공될 수 있도록 예산확보, 보호외국인이 자신의 건강상태를 이해할 수 있도록 건강검진결과에 대한 서면통지 등의 방안 마련 권고</li> </ul>

2017. 12. 27.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 쇠창살 등 구금적 형태의 외국인보호소 수용거실 및 ○○외국인보호소 내 특별계호실을 인권 친화적으로 개선, 보호외국인에 대한 독방 격리보호 시, 실질적·절차적 통제가 이루어졌는지 점검하고, 남용되지 않도록 구체적 방안 마련 등 권고</li> </ul>
2019. 1. 16.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 외국인보호소 입소 시 전염성 질환에 대한 기초적 선별검사 실시, 보호외국인에 대한 정신건강 증진을 위해 상시적 전문 심리상담 프로그램을 마련, 난민신청자 등 장기보호자에 대한 구금 대안적 방안 마련 등 권고</li> </ul>
2021. 5. 12.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 외국인보호소 내 감염병 예방을 위해 격리기간 준수, 보호 외국인이 의료기관 등의 검진과 의료지원을 받을 수 있도록 협력체계 구축, 일시보호해제 적극 검토, 감염병 예방을 위해 보호 외국인의 일반면회가 과도하게 제한하지 않도록 방안 마련 등 권고</li> </ul>
2022. 4. 15.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 외국인보호시설 내 1인당 기준면적을 준수하고, 코로나19와 같은 감염병 상황에서 과밀수용으로 인해 인간의 존엄과 가치 등이 침해되지 않도록 보호해제 및 보호일시해제를 적극 검토할 것 등 수용환경, 보호외국인의 의료조치 및 건강권 보장, 사생활과 인격권, 외부교통권, 취약자 보호에 대한 고려 및 장기보호외국인들에 대해 절차적 권리 보장과 보호일시해제 등 구금 대안 등을 권고</li> </ul>

이주구금 환경은 독일 발제자분들이 강조한 것처럼 형사구금이 아님에도 현실을 살펴보면, 교도소처럼 생겼으며 교도소처럼 느껴지고 교도소처럼 운영됩니다. 오히려 문제는 행정적 구금 형태이기 때문에 절차적 안전조치가 형사구금보다 적고, 자의적으로 이루어진다는 것입니다.

만성적 과밀, 비위생적 상황, 의료 물품 및 서비스에 대한 접근 부족, 효과적 구제에 대한 낮은 접근 등 기본적으로 인간으로서의 존엄을 보장받기에 취약한 이주구금 환경은 이주민의 신체적 및 정신적 건강의 악화를 야기할 수 있는데, 특히 장기적인 구금은 우울증, 트라우마 재생산 등 정신건강 문제와 관련되어 심각한 건강권 침해를 가져오기도 합니다.

그러나 인권침해 가능성과 외국인보호소 운영 비용 등 논란의 소지가 높은 이주구금 정책은 한국뿐만 아니라 많은 국가에서 실행되고 있습니다. 국가 간 사람의 이동이 증가하고, 중동 및 북아프리카 등지에서 발생한 아랍의 봄 이후 급격하게 늘어난 난민신청자로 인해 전 세계적으로 미등록(또는 비정규) 이주민에 대한 행정적 구금이 증가하고 있고, 구금이 개인에게 극단적 영향을 미치는 조치로써 최후의 수단으로 사용되기보다는 일상적으로 이루어지고 있는 것이 현실입니다.

김세진 변호사의 발제문에서 언급되어 있는 보호소 내 장기 구금, 사법적 심사 등 적법한 외부 통제 부재, 강제퇴거명령 발부라는 구금개시 요건, 취약자에 대한 미고려 등 한국의 현행 「출입국관리법」과 외국인보호정책은 지속적으로 문제 제기되어 온 부분으로 위원회는 2018. 7. 26. 「출입국관리법」개정에 대한 의견표명과 2019. 8. 19. 제2차 이주 인권가이드라인을 통해 외국인보호정책에 대한 개선을 권고한 바 있습니다.

또한 시민사회에서는 「출입국관리법」 제63조 제1항에 대해 ‘구금의 상한이 없어 무기한 구금이 가능하고, 구금 대상에 대한 제한이 없어 아동 등 취약자에 대한 구금이 가능하고, 구금 절차가 법관 또는 객관적인 제3자의 판단 절차 없이 이루어지며, 구금의 사유가 무엇인지 법률이 구체적이지 않는 등 「헌법」제12조에서 보장하고 있는 신체의 자유를 침해하고 적법절차원칙을 위반하였다는 이유로, 2020년 위헌 제청을 하여 현재 헌법재판소가 심리 중에 있습니다.

그동안 안전한 국경관리 목적을 위한 이주구금 정책에 대해 개별국가의 주권적 영역이라는 인식이 보편적이었으나, 인권의 절대적 성격과 국가의 적극적 인권보호 의무가 강조되고, 광범위하고 급격하게 증가되고 있는 정규적이거나 비정규 방식의 국제이주 현상 및 대량 난민의 발생으로 이주구금자들이 많아지고 이들의 인권침해가 쟁점화되면서 이제는 UN, 미국 및 유럽 법원에서 이주구금에 대해 필요성 및 비례성의 원칙을 엄격히 적용하는 사례들이 늘어나고 있습니다.

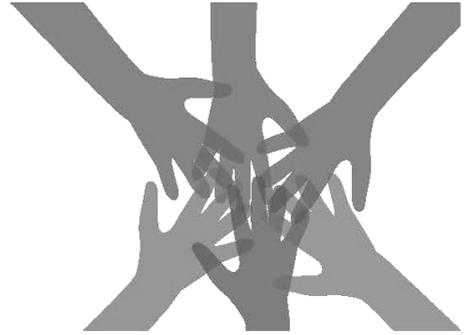
2018년 한국을 포함하여 164개국이 채택한 안전하며 질서있고 정규적인 이주를 위한 글로벌 컴팩트에서도 ‘신체를 구속하지 않는 구금의 대안을 우선시하고 구금을 오직 최후의 수단으로만 사용하며 모든 구금에 인권에 기반한 접근법을 취할 것, 적법절차를 따르고, 비자의적이며, 법·필요성·비례성 및 개별 평가에 기반할 것, 가능한 한 가장 짧은 시간 동안만 이루어지도록 보장할 것’을 채택국들간의 공식적 약속으로 다짐하였습니다.

해외 사례인 독일과 대만의 이주구금 발제문을 살펴보면, 대만은 명확히 구금 상한 기간을 명시하고 있고, 독일의 이주구금도 2개의 조건에서만 이주구금이 이루어지는데 이주민이 강제추방 명령을 받고, 모든 종류의 단서에 근거하여 명백한 도주의 위험이 있을 때만 구금하도록 하면서, 구금자에게 자신을 변호해줄 사람을 지명할 수 있도록 법적 절차가 마련되어 있습니다.

이주 구금은 보통 위험에 놓인 것으로 간주되지 않는 개인을 인권침해에 취약하게 만들 수 있습니다. 특히 장기 또는 무기한 구금 중 신체적 및 정신적 건강의 저하, 이의를 제기할 수 있는 객관적 적법절차 부재, 충분치 못한 시설의 물리적 조건, 의료에 대한 접근 부재, 과도한 보호장치 사용 및 부당한 대우 등으로 인해 취약한 상태에 놓이게 된다는 점을 다시 한번 강조하면서, 한국의 이주구금 제도가 이러한 인권적 고려를 반영하여 개선되기를 희망해 봅니다.



이주구금 제도개선을 위한  
국제심포지엄



---

세션 2  
이주구금의 제한 및 대안







이주구금 제도개선을 위한  
국제심포지엄

발제 4

## 취약계층과 한국의 이주구금

• 김 진 변호사 (사단법인 두루)





## ■ 발제자 및 소속 기관 소개



### 김 진

사단법인 두루, 외국변호사(호주, 뉴질랜드)

- 사단법인 두루
- 민주사회를 위한 변호사모임 국제연대위원장
- 아태지역난민인권네트워크 (APRRN) 동아시아지역 의장
- 사단법인 두루는 '법으로 사회변화를 이끄는 전문가 단체'를 꿈꾸는 비영리 전업 공익변호사 단체다. 두루는 2014년 9월 설립 이후 국제 인권, 아동·청소년 인권, 장애 인권, 사회적경제, 환경 등의 분야에서 사회정의와 공익을 위한 소송, 법률자문과 상담, 입법운동, 연구, 연대활동 등 인권 옹호를 위한 다양한 활동을 진행해 왔다.



## 취약계층과 한국의 이주구금

김 진 (사단법인 두루)

모든 인간은 존엄하며, 태어나면서부터 자유와 권리를 부여 받는다. 인간의 존엄성과 가치, 행복을 추구할 권리를 규정하며 우리 헌법은 국가에 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 부여하고 있다. 인간이 보편적으로 가지고 있는 인권을 스스로 실현하도록 하지 않고 국가가 보장하도록 하고 있는 것이다. 이 때, 사람이 처한 사회경제적 상황에 따라 국가의 더 큰 역할과 보호를 필요로 하는 사람이 있다. 개인의 기본적인 인권을 보장하는 과정에서 국가는 더 취약한 지위에 있는 사람들의 권리를 더욱 두텁게 보호해야 하는 것이다.

한국이 비준한 주요 국제인권조약을 포함한 국제인권법과 관련 기준 역시 각국에 취약한 상황에 놓인 사람을 보호할, 보다 적극적인 의무를 부여하고 있다. 다양한 조약 및 구속력이 있는 관련 문서들은 특히 신체적 자유를 심대하게 침해하는 구금에 대해서는 취약한 상황에 놓인 개인을 특별한 조치 없이 구금해서는 안 된다는 원칙을 마련함과 함께 아동, 고문 피해자, 인신매매피해자, 성소수자, 정신질환자, 장애인 등 취약한 상황에 놓인 사람들을 보호할 수 있도록 장치를 마련할 것을 권고하고 있다.

그럼에도 불구하고 '보호'라는 이름으로 기한이 없는 구금을 정하고 있는 현행 「출입국관리법」은 환자, 임산부, 노약자, 19세 미만인 사람에 대해 특별히 보호한다고 규정하고 있을 뿐, 취약한 사람들의 구금을 금지하거나 제한하는 별도의 규정이 없어 개선이 필요하다. 이 글에서는 특별한 보호가 필요한 사람 중 특히 아동, 성소수자 및 정신질환자의 보호에 대한 현행 제도의 운용을 짚어보고, 개선방안을 제시하고자 한다.

## 1. 아동의 구금

한국의 「출입국관리법」에는 이주아동의 구금 금지에 대한 별도의 규정이 없다. 행정규칙인 「외국인보호규칙」이 “19세 미만인 사람”은 특별히 보호해야 한다고 규정하고 있을 뿐이다. 이 규칙은 또한 “청장 등은 보호외국인이 14세 미만의 어린이를 부양하고 있고 보호외국인 외에는 그 어린이를 부양하려는 사람이 없는 경우에 한정하여 그 어린이가 보호대상이 아니더라도 보호외국인과 함께 생활하도록 허가”할 수 있으며, “3세 미만의 어린이는 보호외국인 외에 그 어린이를 부양하고자 하는 사람이 있는 경우에도 그 친부모인 보호외국인과 함께 생활하도록 허가할 수 있다”고 규정한다(제4조제2항). 이에 따라 부모에게 강제퇴거명령을 발령하면서 부모의 동의가 있는 경우 아동을 같이 구금하게 되는데, 부모의 입장에서 자녀를 보호하기 위한 대안이 달리 없는 상황에서 동의는 사실상 강제에 가까운 경우가 많다. 결과적으로 아동이 부모와 함께 구금되는 관행이 존재하는 것이다.

이러한 한국의 법제도에 대하여 2019년 유엔 아동권리위원회는 대한민국 제5·6차 국가보고서에 대한 최종견해에서 “출입국관리법 개정 등을 통해 이주아동의 구금을 금지할 것, 비구금형 대안을 보장할 것”, 그리고 “보호자 미동반 아동의 보호에 각별한 주의를 기울일 것”을 권고하였다. 2018년 유엔 인종차별철폐위원회 역시 한국의 이민 법제가 아동의 구금을 허용하면서 아동 최상의 이익을 고려하지 않는 점에 우려를 표하며, “아동의 구금을 피하고, 법에 아동의 최우선적 이익과 관련한 조항을 포함하도록 출입국관리법을 개정할 것”을 권고하기도 하였다. 국내에서는 국가인권위원회의 권고가 있었다. 국가인권위원회는 제2차 이주 인권가이드라인을 통한 「출입국관리법」에 아동의 구금을 금지하는 규정을 신설할 것을 권고하는 등 수 차례에 걸쳐 아동 구금 제한 및 아동 최상의 이익 고려에 대해 권고해 왔다.

아동의 이주구금에 대하여 국제사회는 그 자체로 아동권리의 침해라는 기준을 정리해 왔다. 유엔 아동권리위원회는 이주를 사유로 한 아동의 구금은 “어떠한 상황에서도 아동의 권리를 침해하는 행위로, 어떠한 경우에도 정당화될 수 없다”고 강조하며 “본인 또는 부모의 이주 지위 때문에 아동을 구금하는 것은 언제나 아동 최상의 이익의 원칙에 위배”되므로 “국가는 이주를 사유로 한 아동의 구금을 신속하고 완전하게 중단해야 한다”고 천명<sup>1)</sup>한바 있다. 유엔 사무총장이 주도한 아동의 자유박탈에 대한 국제연구(Global Study on Children Deprived of Liberty) <sup>2)</sup> 역시 “이주를 사유로 한 아동의 구금은 최후 수단으로도 사용되어서는 안 된다”는 원칙을 강조하며, 구금의 대안이 없어 가족과 함께 머물도록 하기 위한 구금 역시 정당화될 수 없다고 명시하고 있다. 구금의 환경 조성, 구금된 아동의 처우 보장 등과 관계없이 이주구금은 아동의 신체적, 정신적 건강에 해가 되며, 아동이 이미 가지고 있는 신체적 문제를 악화하고 정신적 어려움을 새롭게 야기할 수 있기 때문이다.

하지만 한국에서는 이주아동이 구금되는 사례가 계속해서 발견되고 있다. 2019년 정보공개청구를 통해 법무부가 제공한 자료<sup>3)</sup>에 의하면 2015년에서 2019년 사이 구금된 아동의 평균 구금 기간은 7.7일이며, 이 중에는 140일간 구금된 아동도 있었다.

	2015년	2016년	2017년	2018년	~2019년 4월
화성	25	24	24	24	8
청주	7	13	8	25	2
여수	2	4	3	4	4

1) 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”, September 2021.  
 2) 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 유엔총회에서 보고서가 채택되었다.  
 3) 법무부, 이주아동 구금 현황에 대한 정보공개청구 답변, 2019. 5. 20.자 결정

이주아동이 계속해서 구금되고 있는 상황에서의 문제제기에 대해 법무부는 14세 미만 아동은 실무상 보호하지 않고 있으며, 14세 이상 18세 미만 아동은 출국명령 등을 통해 보호를 최소화하고, 형사범 등에 대해서 제한적으로 보호조치를 하고 있다고 밝혔다. 또한, 외국인보호규칙에 “그 아동의 나이와 능력에 적합한 교육을 실시하거나 외부의 전문복지시설에 위탁하여 교육을 실시할 수 있다” (제4조제4항)는 18세 미만 아동의 처우에 대한 별도의 규정을 두어 인권을 보호하고 있다고 답변하기도 하였다.<sup>4)</sup> 하지만 명확한 국제인권기준에 의하면 어떠한 경우에도 이주를 사유로 구금되어서는 안 되는 아동에는 14세 미만의 아동 뿐 아니라 유엔 아동권리협약이 정의한 “만 18세 미만의 모든 사람”이 모두 포함되어야 한다. 그리고 교육이나 특별한 보호가 제공된다 하더라도 구금 자체가 아동에게 미치는 부정적인 영향을 상쇄할 수 없다. 한편, 실태조사<sup>5)</sup> 등에 의하면 규칙이 정한 교육 등도 제대로 제공되지 않고 있는 실정이다.

따라서 이주아동의 구금을 중단하기 위해서는 먼저 이주와 관련된 사유로 하는 모든 아동의 구금을 금지하도록 「출입국관리법」 등 관련 법의 개정이 반드시 필요하다. 그리고 법이 개정될 때까지 아동의 보호 등 피치 못할 사유로 구금이 이루어진다면 구금되는 동안 아동 최상의 이익에 부합하는 교육, 급식, 의료 등이 반드시 제공되어야 하며, 모든 보호소가 이러한 내용을 충분히 숙지하고 집행할 수 있도록 아동의 권리에 대한 교육도 병행되어야 한다.

## 2. 성소수자의 구금

많은 경우 성별 또는 신체적, 정신적 및 성적 폭력은 제한적으로 정의되기 때문에 이주 상황, 특히 신체적 자유가 제한된 구금의 상황에서 성소수자는 더욱 취약한 상황에 놓이기 쉽다.<sup>6)</sup>

4) 최기상 의원 요청자료 (2020. 10. 19) 및 법무부 이민조사과 설명자료 “법무부는 미성년 이주아동의 보호 조치 및 보호기간을 최소화하기 위해 노력하고 있습니다” (2020. 2. 25. <http://www.moj.go.kr/bbs/immigration/215/520365/artclView.do>)

5) 자유박탈아동에 대한 한국 실무그룹의 「한국의 자유박탈아동 실태조사」(2020)에 의하면 구금된 아동에게 통역은 전혀 제공되지 않았으며, 참여 아동은 전담공무원과 면담을 한 적이 없을 뿐 아니라 교육, 운동, 식사에 어려움이 있어도 문제를 해결할 수 있는 방법이 없어 참고 견뎠다고 답변하였다. (60페이지)

성소수자에 대한 국제인권법과 기준을 정리한 옥야카르타원칙은 구금상태에서 인간적인 대우를 받을 권리(제9원칙)에 대해 국가로 하여금 “구금시설을 배정할 때, 성적지향이나 성별정체성을 이유로 사람들을 한층 더 주변화시키거나, 폭력이나 잔혹한 대우, 신체적, 정신적, 성적 학대에 처하게 하지 않도록 해야 한다”고 정리하였다. 유엔난민기구의 ‘구금에 관한 지침’은 레즈비언, 게이, 양성애자, 성전환자, 또는 중성(intersex) 비호신청인의 구금(지침9.7)에 대하여 “이들을 폭력, 혹독한 처우, 또는 신체적, 정신적, 성적 학대 위협에 노출되지 않도록 하며, 가능하면 적합한 의료서비스와 상담에 접근할 수 있”여야 한다고 규정하고 있다. 특히 구금 중에 이들의 안전을 확보할 수 없다면 구금 해제 또는 구금 대안 전환을 고려해야 한다고 설명하며, “독방 감금은 대상자의 보호를 관리 또는 보장하기 위한 적절한 방법이 아니다”고 강조하고 있다. 그 외에도 유엔 마약범죄사무소의 ‘특수한 요구를 가진 수용자를 위한 핸드북’ 등의 지침, 유럽연합의 ‘LGBTI 인권 보장 및 증진을 위한 지침’ 등은 성소수자라는 이유만으로 격리수용하는 것은 인권의 침해임을 분명히 하며, 필요한 경우에는 독립적인 감시기구의 개입을 통해 당사자 개인의 상황을 면밀하게 검토하여 구금할 것을 권고하고 있다.

「외국인보호규칙」은 방 배정에 대한 사항을 특별히 정하고 있는데, 규칙 제9조에 의하면 남자전용방, 여자전용방, 독방 외에 환자, 임산부, 성적 소수자 등을 위한 특별보호방을 운영하고 있다. 이는 2018년 개정된 조항으로, 이전 “환자·산모 등을 위한 특별보호방”으로만 규정했던 것에 “성적(性的) 소수자 등”이 특별히 추가되었음은 주목할 만하다.

한편, 성소수자 외국인의 구금에 대하여 2021년 국가인권위원회는 「국가인권위원회법」 제24조에 따른 외국인보호소 및 보호시설의 방문조사 이후 “성소수자 보호외국인에 대한 보호 장소 지정은 원칙적으로 피보호자의 성정체성을 고려하면서, 성별 재지정을 위한 의료적 수술을 받은 사람 및 과정 중에 있는 사람과 그렇지 않은 사람의 다양한

6) 이주민인권특별보고관, “젠더 관점에서 본 이주가 이주여성과 여아에게 미치는 영향”, 2012. 4. 2., A/HRC/41/38.

요구, 범죄 이력, 다른 피보호자로부터의 위해 우려, 본인의 심리적 상황 등을 개별적으로 검토하여 결정할 것”을 법무부장관에게 권고하였다. 방문조사 결과를 통하여 성소수자 보호외국인의 권리가 충분히 보장되지 못하고 있음이 확인되었듯, 법무부는 인권위의 권고를 수용하여 종합적인 개선 대책을 마련하여야 하며, 법제도의 개선을 통해 성소수자가 본인의 의사와 관계없이 성별이 규정되어 수용되거나 부당하게 격리 수용되지 않도록 당사자 및 외부 전문가의 의견을 청취하는 절차 등이 마련되어야 한다.

### 3. 구금된 외국인과 정신건강

「외국인보호규칙」 제7조는 “보호외국인에게 급히 치료받아야 할 질병·상처 또는 신체적 이상이 있음을 발견하였을 때 지체없이 보호시설 안에 있는 의사에게 진료를 받게 하여야” 하며 정신질환 등이 의심되는 보호외국인은 “외부의 의료기관에 격리하여 보호할 수 있다”고 정하고 있다. 각 보호시설에는 의사 1명이 상주하는 의무실이 있는데, 이 의사는 정신과 전문의가 아니고 환자의 증상과 관계없이 하루 수십건을 진료한다. 정신과 약도 별도로 구비되어 있지 않아 시설 내에서 정신장애 관련 치료 또는 상담을 받는 것은 사실상 불가능하다. 보호소 내에서 치료를 받기 어렵기 때문에 외부의 진료가 필수적이거나 보호외국인이 외부진료를 받는 경우는 극히 드물다. 코로나19 이전, 화성외국인보호소에는 연간 1만 3천여명의 외국인이 수용되었으나 2018년, 외국인이 외부진료를 받은 것은 95건에 불과했다고 한다.<sup>7)</sup> 이중 정신과 진료는 훨씬 적을 것으로 예상된다. 정신질환이 의심되는 외국인을 격리하여 치료하도록 하는 절차 역시 마련되어있지 않다. 구금이 정신건강에 미치는 영향을 고려할 때 정신장애 여부는 구금 결정 시 반드시 고려되어야 하지만 관련 절차는 부재한 상황이다.

7) 경향신문, “열악한 의료 탓 죽음 못 막는 외국인보호소”, 2019. 11. 1.  
<https://m.khan.co.kr/national/national-general/article/201911010600005#c2b>

이러한 점에서 국가인권위원회는 외국인보호소 내 정신건강 관련 프로그램을 도입하고 심리상담 프로그램을 운영할 것을 권고해 왔다. 인권위의 2014년 보호소 방문조사 결과에 의하면 10명 중 4명이 보호시설에서 스트레스로 정신적 불안함을 경험하였다고 응답하였으며, 보호외국인의 정신과 진료 현황을 조사한 결과 우울증, 정신분열증, 특이행동, 알코올중독, 자해, 자살 충동에 따른 정신병원 입원 치료 기록 등이 확인되었다.<sup>8)</sup> 이러한 문제는 현재까지도 해결되지 않아 인권위는 2021년 방문조사 이후에도 보호소 내에 심리검사 또는 우울척도 검사를 도입하고, 화상상담과 진료를 통한 치료와 이에 따른 보호일시해제를 적극 검토할 것을 권고했다.<sup>9)</sup> 한편, 외국인보호시설의 열악한 환경은 보호외국인의 정신건강에 큰 영향을 미쳐 입소 후에 정신건강이 악화되는 사례가 발견되기도 한다. 2021년 화성외국인보호소에 구금되었던 모로코 국적의 외국인인 입소 전부터 가지고 있던 정신질환에 대한 진료와 처방을 받지 못하였을 뿐 아니라 보호소 직원들의 폭언, 폭행 등의 가혹행위로 인한 트라우마가 더해져 질환이 더욱 악화되어 큰 논란이 되었다.<sup>10)</sup>

이러한 문제가 반복되지 않도록 보호외국인을 수용할 경우 정신장애 여부를 반드시 고려하여야 하며, 장애가 심한 경우 구금을 금지하고 대안을 활용하는 방향으로의 제도 개선이 반드시 필요하다. 또한, 보호외국인에게 정신장애가 발견되거나 상태가 악화되는 경우 적극적으로 외부 진료를 받을 수 있도록 하며, 필요한 경우 구금에서 해제될 수 있도록 조치할 수 있어야 한다.

#### 4. 「출입국관리법」 개정 제안

현행 제도상 구금의 유일한 대안은 보호의 일시해제이다. 「출입국관리법」 제65조에 따르면 지방출입국·외국인관서의 장은 2천만원 이하의 보증금을 예치시키고 주거 제한

8) 국가인권위원회, 2014. 11. 25.자 “보호외국인의 인권증진을 위한 외국인보호시설 개선방안 권고”.

9) 국가인권위원회, 2022. 5. 9.자 “외국인보호시설 방문조사에 따른 인권상황 개선 권고”

10) 경향신문, “새우껍기’ 화성외국인보호소...”정신질환 치료도 충분치 않았다”, 2021. 12. 13.

<https://m.khan.co.kr/national/national-general/article/202112131200021#c2b>

등의 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있다. 그러나 보호일시해제의 결정은 해당 외국인을 단속한 출입국관리사무소의 재량에 달려 있으며, 청구 사유를 입증하는 서류와 보증금 납부 능력을 증명하는 서류 등을 제출하여야 한다. 이는 국제법이 엄격히 금지한 아동의 이주구금에 대해서도 마찬가지로, 아동의 보호일시해제를 신청하는 경우에도 같이 적용된다. 더욱이 한국에는 보호일시해제된 보호자 미동반 외국국적 아동에 대한 보호체계가 부재하여, 신원보증한 아동이 해당 아동의 보호를 책임져야 하는 상황이다. 따라서 아동의 구금 금지 및 구금된 취약계층의 보호에 대하여 다음의 조항을 신설하는 「출입국관리법」 개정안을 제안한다. 현행 이주구금제도의 상한의 부재, 적법절차에 대한 고려 등 위헌성에 대한 고려와 함께 특히 취약한 사람들의 권리와 구금의 대안에 대한 논의가 함께 진행되어 제도의 개선으로 이어질 수 있기를 기대한다.

**제51조의2 (아동의 보호금지)**

- ①제51조에도 불구하고 출입국관리공무원은 18세 미만의 사람을 보호하여서는 안 된다.
- ②출입국관리공무원은 제1항에 따라 보호하지 아니한 아동에게 보호자가 없는 경우에는 「아동복지법」 제15조 제2항에 따라 지체 없이 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 보호조치를 의뢰하여야 한다.
- ③출입국관리공무원은 아동에 대한 결정 및 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익을 최우선적으로 고려하여야 한다.

**제51조의3 (취약한 외국인의 보호)**

- ①제51조에도 불구하고 출입국관리공무원은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 보호하여서는 안 된다. 다만 보호를 해야 할 부득이한 사유가 있는 경우 법무부장관의 허가를 받아 보호명령서에 그 사유를 명시하여 보호할 수 있다.
  - 가. 정신장애나 질병이 있는 자가 보호로 인해 치료에 지장을 받거나 생명에 위협이 있는 경우
  - 나. 임신 5개월 이상이거나 출산 또는 유산 후 3개월 미만인 경우
  - 다. 질병, 사고로 치료중인 자와 그 보호자
  - 라. 인신매매 피해 외국인 등 범죄피해자
  - 마. 그 밖에 인도적 고려가 필요한 사람



이주구금 제도개선을 위한  
국제심포지엄

발제 5

# 취약한 사람들에 대한 구금의 제한

- Marta Gionco (Advocacy Officer, PICUM)





## Ⅰ 발제자 및 소속 기관 소개



**Marta Gionco** (marta.gionco@picum.org)

Advocacy Officer, PICUM

- Marta Gionco is Advocacy Officer at PICUM, the Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, where she works on migration policies with a focus on detention, deportation and criminalisation of solidarity. She previously worked on human rights defenders protection for the World Organisation Against Torture (OMCT). She holds a Master in Laws and a MSc in Migration, Mobility and Development.
- 마르타 지온코는 미등록이주민에 대한 국제협력 플랫폼 PICUM의 홍보기획 담당관으로, 구금, 송환 및 연대의 범죄화를 중심으로 이주 정책을 다룬다. 그 전에는 세계반고문기구 (World Organisation Against Torture, OMCT)에서 인권활동가의 보호를 위해 일했다. 법학 석사 학위와 이주, 이동 및 개발학 석사 학위를 받았다.
- About Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, PICUM 미등록 이주민 국제협력 플랫폼을 주창하는 비정부기구로 벨기에 브뤼셀에 위치하고 있으며, 유럽 내 미등록 이주민의 인권존중과 사회정의를 촉진하는 것을 목적으로 하고 있다. 세계 다른 지역의 유사한 문제를 안고 있는 조직 및 네트워크와의 협력업무를 하면서 34개국에서 미등록 이주자들과 함께 일하고 있으며, 167개 회원 네트워크의 대표를 맡고 있다.



**PICUM**  
PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON  
UNDOCUMENTED MIGRANTS

# PICUM Guidance On Preventing And Addressing Vulnerabilities In Immigration Enforcement Policies

Marta Gionco,  
Advocacy Officer,  
PICUM  
marta.gionco@picum.org

Brussels, Belgium



**PICUM**  
PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON  
UNDOCUMENTED MIGRANTS

- Published in 2021, outcome of 2 years research
- Analyses the **impact of pre-return detention** on individuals' lives and (mental) health and the **exacerbation / creation of situations of vulnerability**
- Analyses the **relevant EU and international legal framework** on vulnerability and immigration detention (pre-return)
- **Comparative analysis of vulnerability screening** in Belgium, Greece, the Netherlands, Spain and the United Kingdom (information collected through members)
- Main **findings**: inconsistencies in the way vulnerability is defined and assessed → **non-detection of vulnerabilities**

EXECUTIVE SUMMARY .....	5
INTRODUCTION .....	10
I. DETENTION IS ALWAYS HARMFUL, DISPROPORTIONATE AND INEFFECTIVE .....	11
II. DEFINING VULNERABILITY .....	13
A. The legal framework .....	13
B. The limits of a group-based approach to vulnerability .....	20
C. Striking the balance: the importance of an individualised assessment .....	21
III. VULNERABILITY SCREENING AND ASSESSMENT .....	22
A. Legal framework .....	22
B. National level practice .....	27
IV. INSUFFICIENT ACCESS TO LEGAL AID, SERVICES AND NGO ACCESS TO DETENTION CENTRES .....	34
A. EU legal framework .....	34
B. National level practice .....	35
V. DETENTION OF CHILDREN .....	39
A. Legal framework .....	39
B. National level practice .....	41
CONCLUSION .....	47
RECOMMENDATIONS .....	48



Preventing and Addressing  
Vulnerabilities in Immigration  
Enforcement Policies

PICUM  
PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON  
UNDOCUMENTED MIGRANTS

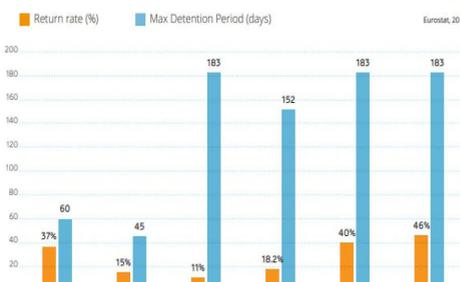
Executive summary  
available in English;  
French; Spanish and  
Dutch

**PICUM**  
PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON  
UNDOCUMENTED MIGRANTS

## DETENTION IS ALWAYS HARMFUL, DISPROPORTIONATE AND INEFFECTIVE

- JRS, 2010: [680 interviews](#) show that even short periods of detention increase vulnerability
- No evidence that more detention leads to higher return rates
- Violates human rights law
- PICUM advocates to **end** immigration detention

Figure 1: the lack of evidence between longer detention periods and return rates



Country	Return rate (%)	Max Detention Period (days)
Belgium	37%	60
France	15%	45
Germany	11%	183
Italy	18.2%	152
Netherlands	40%	183
Spain	46%	183

Eurostat, 2017

## 1. INTERNATIONAL AND EU LEGAL FRAMEWORK:

- Positive **obligation** to protect individuals in situations of vulnerability & not detain them (WGAD, [2018](#))
- Under international law, **specific safeguards** apply to: children, victims of torture, victims of THB, women in detention, pregnant women, LGBTIQ+, people living with a mental illness, people with disabilities, stateless people (sources in [report](#))

## 2. DEFINITION OF VULNERABILITY:

- **No commonly agreed definition** in international and EU law on vulnerability in the context of migration
- Return Directive, art. 3 + 15: obligation to “pay particular attention”
- RD + all MS analysed: **group-based** + focused on pre-existing personal factors
- Mostly **exhaustive**

### 3. SCREENING AND ASSESSMENT PROCEDURES

- **NL, SP, EL: no standard** vulnerability screening or assessment **procedure before or during immigration detention**
- Vulnerabilities in practice can be raised by migrants, lawyers or medical professionals, but **no official procedure prior or during pre-return detention**
- **BE, UK:** some forms of screening, but outcomes balanced against migration control purposes – people with vulnerabilities still detained
  - BE: form completed by police, focuses only on art. 3 + medical staff can formulate objection
  - UK: vulnerability raised by detainees or other people, then balanced against other factors (e.g. length of detention). In 2018, 77,6% of people considered vulnerable remained in detention

### 4. ACCESS TO SERVICES

- **Insufficient access to legal aid and services**
  - Practical obstacles to accessing **legal aid** (including limited/uncertain funding, remoteness of detention centres, waiting periods) and **medical care**. Particularly lacking in *de facto* detention (e.g., police stations in EL)
  - Insufficient access to **interpretation** while accessing services & in decision-making processes
  - NGOs face **restrictions** / difficulties in accessing centres (in all countries they have access but not always complying with the standards of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman Treatment (CPT), which require visits to be frequent and unannounced).
- **Further hinder identification of vulnerabilities**

## 5. GENDER-SPECIFIC VULNERABILITIES

- Gender-specific needs and vulnerabilities often **overlooked**
- **Women** face particular obstacles (deprived of access to hygiene products, pervasive sexual harassment, male guards, more delays)
- **Men** are often excluded by definitions, but often face specific vulnerabilities (e.g. for young age, experience of trauma and abuses, migratory journey). Centres more densely populated.
- **LGBTIQA+** people regularly face discrimination, sometimes solitary confinement, detained according to sex and not gender

## 6. MENTAL HEALTH

- **High incidence** of mental health illnesses in detention (very high levels of depression in four out of every five detainees; Brook House: 51% at risk of suicide)
- Mental health often not mentioned in legal definitions of vulnerability (**BE, ES, NL and Return Directive**).
- Exhaustive definition does not consider impact of detention / migration policies themselves on vulnerabilities
- In practice, mental health issues often dismissed and psychologists not available
- **BE, ES**: solitary confinement (which is also a punitive measure)

## 7. CHILDREN

- **Clear evidence shows** negative impact on child development
- **UN experts agree** that it's against BIC and it's a violation of HR. GCM: governments commit to end child detention.
- EU: RD imposes obligation to take into account BIC (RD, art. 5); but allows CD as last resort
- 2019: at least 330,000 children detained for migration-related reasons every year, in at least 77 countries.
- Children are detained in all 5 countries analysed in the report, e.g. when age is contested (BE, EL, ES), when suspected of a crime or do not comply with reporting duties (NL)

## 8. STATELESS PEOPLE

- Particularly at risk of prolonged detention
  - Statelessness is not considered a factor of vulnerability in the definition
  - In all countries analysed, no obligation to identify country of removal before the decision to detain is taken
- Frequently detained even if there's no reasonable prospect of removal (in violation of at 15(4) RD)

### RECOMMENDATIONS (1/2)

1. Definitions of vulnerability should be based on an **open-ended list**, which takes into consideration the **intersectional** nature of vulnerability as well as **vulnerabilities caused by detention itself**
  - **Mental health issues** should be explicitly included as well as **gender specific** vulnerabilities
2. States should develop **clear vulnerability screening and assessment procedures** in close cooperation with **civil society organisations**
  - The procedures should be **transparent**, **motivated** in writing and **accessible**

### RECOMMENDATIONS (2/2)

3. There should be a clear legal obligation to screen and assess individuals' **vulnerability before a decision to detain is taken + repeated on a regular basis**
  - Vulnerability should always be determined and assessed on an **individual basis** and by a **multidisciplinary team**
4. **Access to services:** interpretation whenever needed, free access to legal aid, access to medical screening before detention, NGOs' access to detention centres are key to ensure that vulnerabilities are timely detected

 **PICUM**  
PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON  
UNDOCUMENTED MIGRANTS

**THANK YOU !**

 **PICUM**

PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON  
UNDOCUMENTED MIGRANTS

Contact:

Marta Gionco- Advocacy Officer  
marta.gionco@picum.org

<https://picum.org/>

  
PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON  
UNDOCUMENTED MIGRANTS

# 이민법 집행 정책에서의 취약성 방지 및 대처를 위한 PICUM의 제언

Marta Gionco,  
홍보담당관  
PICUM  
[marta.gionco@picum.org](mailto:marta.gionco@picum.org)

브뤼셀, 벨기에



  
PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON  
UNDOCUMENTED MIGRANTS

- 2년의 연구결과물 (2021년 출판)
- 개인의 삶과 정신건강 및 취약성 악화 혹은 발생에 대한 송환 전 구금의 영향 분석
- 취약성과 송환 전 이주구금에 대한 관련 EU법 및 국제법적 프레임워크 분석
- 벨기에, 그리스, 네덜란드, 스페인 및 영국의 취약성 식별에 대한 비교분석 (관련 정보는 회원 단체를 통해 수집)
- **주요 결과:** 취약성의 정의 및 평가에 대한 일관성 부재  
→ 취약성 식별 실패

EXECUTIVE SUMMARY .....	5
INTRODUCTION .....	10
I. DETENTION IS ALWAYS HARMFUL, DISPROPORTIONATE AND INEFFECTIVE .....	11
II. DEFINING VULNERABILITY .....	13
A. The legal framework .....	13
B. The limits of a group-based approach to vulnerability .....	20
C. Striking the balance: the importance of an individualised assessment .....	21
III. VULNERABILITY SCREENING AND ASSESSMENT .....	22
A. Legal framework .....	22
B. National level practice .....	27
IV. INSUFFICIENT ACCESS TO LEGAL AID, SERVICES AND NGO ACCESS TO DETENTION CENTRES .....	34
A. EU legal framework .....	34
B. National level practice .....	35
V. DETENTION OF CHILDREN .....	39
A. Legal framework .....	39
B. National level practice .....	41
CONCLUSION .....	47
RECOMMENDATIONS .....	48



Preventing and Addressing Vulnerabilities in Immigration Enforcement Policies

PICUM  
UNDOCUMENTED MIGRANTS

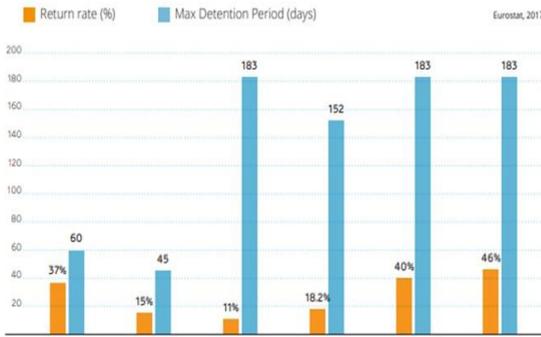
핵심 요약은 영어, 불어, 스페인어 및 네덜란드어로 번역되어 있음

**PICUM**  
PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON UNDOCUMENTED MIGRANTS

구금은 항상 해롭고, 비례적이지 못하며, 효과적이지 않음

- JRS, 2010: **면접조사 680 건**은 짧은 구금기간조차도 취약성을 증대시킨다는 점을 보여줌
- 구금이 송환비율 증가로 이어진다는 근거는 부재함
- 인권법 위반
- PICUM은 이주구금을 끝내기 위해 활동하고 있음

**Figure 1: the lack of evidence between longer detention periods and return rates**



Country	Return rate (%)	Max Detention Period (days)
Belgium	37%	60
France	15%	45
Germany	11%	183
Italy	18.2%	152
Netherlands	40%	183
Spain	46%	183

Eurostat, 2017

## 1. 국제법 및 EU법적 프레임워크

- 취약한 상황에 놓인 개인들을 보호하고 구금하지 않을 적극적 의무 (WGAD, [2018](#))
- 국제법상 다음에 대하여 보호 조치가 적용됨: 아동, 고문 피해자, 인신매매 피해자, 구금된 여성, 임신한 여성, 성소수자 (LGBTIQ+), 정신질환을 지닌 사람, 장애인 및 무국적자 (출처는 [보고서](#)에 참조)

## 2. 취약성의 정의

- 이주의 맥락에서 국제법과 EU법상 취약성에 대한 합의된 정의는 없음
- 송환지침 (Return Directive) 3조 및 15조: '특별한 주의를 기울일' 의무
- 송환지침 및 모든 이민시스템 (MS) 분석: [취약성 판단에 있어] 집단을 중심으로 하고 (group-based) 기존의 개인적 요인에 대하여 초점을 맞춤
- 대부분 나열식

### 3. 식별 및 평가 절차

- **네덜란드, 스페인, 그리스:** 이주 구금 전 혹은 동안의 표준화된 취약성 식별 혹은 평가 절차가 부재함
- 실무적으로 취약성은 이주자, 변호사 혹은 의료진에 의해 문제화될 수 있기는 하지만 송환 전 구금 시에 혹은 구금 전에는 공식적인 절차가 없음
- **벨기에, 영국:** 일종의 식별 절차가 있으나 그 결과가 이주관리 목적과 비교형량되어 취약성을 지닌 사람들이 계속 구금됨
  - **벨기에:** 경찰이 양식을 작성하고 (송환지침의) 3조에만 집중함 & 의료진이 반대 의견을 낼 수 있음
  - **영국:** 피구금자나 제3자에 의해 문제화된 취약성은 다른 요인 (예: 구금기간)과 비교형량된다. 2018년에 취약하다고 고려되는 사람의 77.6%는 구금되어 있었다

### 4. 법적 조력에 대한 접근

- **법적 조력 및 서비스에 대한 접근성 불충분**
  - 법적 조력 및 의료적 치료에 대한 현실적 장애물 (제한된/불확실한 펀딩, 구금소의 유원함, 대기 기간을 포함). 사실상의 구금 (예: 그리스의 경찰서)에서 특히 부족함
  - 서비스 접근 및 결정 과정에서의 **통역**에 대한 불충분한 접근성
  - 구금소에 방문하는데 있어 NGO는 제한과 어려움을 겪음 (모든 [검토된] 국가에서 NGO는 [구금소에] 접근을 할 수는 있으나 방문이 빈번하고 사전 통지되지 않을 것을 요구하는 고문과 비인간적 처우 방지를 위한 유럽 위원회의 기준에 항상 부합하지는 않음.)
- ➔ 이는 취약성의 식별을 더욱 어렵게 함

## 5. 젠더별 취약성

- 젠더별 필요와 취약성은 자주 **간과됨**
- **여성**은 특수한 문제를 마주함 (위생용품에 대한 접근 부재, 만연한 성폭력, 남성 경비요원, 추가적인 지연)
- **남성**은 [취약성의] 정의에서 주로 제외되지만 특정한 취약성을 자주 마주함 (예: 낮은 연령, 트라우마와 학대 경험, 이주 여정). [남성] 구금소의 인구가 더 조밀함.
- **성소수자 (LGBTIQ+)**는 일반적으로 차별을 경험하고, 가끔씩 독방 수용을 겪으며, 젠더가 아닌 성별에 따라 구금되기도 함

## 6. 정신건강

- 구금소에서는 **높은 빈도로** 정신질환이 발생함 (다섯 피구금자 중 네 명이 높은 수준의 우울증을 겪음; Brook House: 51%가 자살 위험에 처함)
- 정신건강은 취약성의 법적 정의에서 자주 누락됨 (**벨기에, 스페인, 네덜란드 및 송환지침**).
- 나열식 정의는 구금과 이주 정책 자체가 취약성에 미치는 영향을 고려하지 않음
- 실무상 정신건강 문제는 자주 무시되고 심리상담사가 부재함
- **벨기에, 스페인**: 독방 수용 (처벌 조치로도 활용됨)

## 7. 아동

- 아동 발달에 대한 부정적 영향을 미친다는 **명확한 근거**가 있음
- **UN 전문가**는 이것 [아동구금]이 아동 최선의 이익 (BIC)에 반하며 정부가 아동구금을 끝내기로 한이주 글로벌 컴팩트 (HR. GCD)에 위반된다는 점에 대해 일치된 의견을 가짐.
- EU: 송환지침은 아동 최선의 이익을 고려할 의무를 부여함 (**송환지침 5조**); 다만 송환지침은 최후의 수단으로써의 아동구금은 허용함
- 2019: 77개국에서 매년 최소 330,000 명의 아동이 이주와 관련된 이유로 구금됨.
- 이 보고서에서 분석한 다섯 국가 모두에서 아동은 구금됨: 연령이 불분명한 경우 (벨기에, 그리스, 스페인) 및 범죄 혐의를 받는 자가출석 의무를 이행하지 않은 경우 (네덜란드)

## 8. 무국적자

- 장기구금될 특별한 위험에 처해 있음
  - [취약성]의 정의상 무국적은 취약성의 요소로 고려되지 않음
  - 분석된 모든 국가에서 구금 결정이 내려지기 전에 송환국을 지정할 의무는 없었음
- ➔ 송환의 합리적 가능성이 부재함에도 빈번하게 구금됨 (송환지침 15조 4항 위반)

### 제언 (1/2)

1. 취약성의 정의는 취약성의 교차적 성격과 구금 자체에 의해 초래된 취약성을 고려하는 **열린 목록**에 기반해야 함
  - **정신건강 문제** 및 **젠더별** 취약성은 명시적으로 포함되어야 함
2. 국가는 **시민사회단체**와 긴밀히 협력하여 **명확한 취약성 식별 및 평가 절차**를 마련해야 함
  - 해당 절차는 투명하고, 서면으로 이유를 설명하고, 접근성 있어야 함

### 제언 (2/2)

3. 구금 결정이 이루어지기 전에, 또 주기적으로 **반복되기** 전에 개인의 취약성을 식별하고 평가할 명확한 법적 의무가 있어야 함
  - 취약성은 항상 **개인 차원에서 학제적 팀에 의해** 식별되고 평가되어야 함
4. **서비스에 대한 접근**: 필요한 경우 언제나 제공되는 통역, 법적 조력에 대한 무료 접근, 구금 전 의료 검사에 대한 접근, 구금소에 대한 비정부 기구의 접근은 취약성이 시의적절하게 발견되도록 하는 데에 핵심적임

 **PICUM**  
PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON  
UNDOCUMENTED MIGRANTS

**감사합니다!**

 **PICUM**  
PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON  
UNDOCUMENTED MIGRANTS

연락처:

Marta Gionco-홍보담당관  
[marta.gionco@picum.org](mailto:marta.gionco@picum.org)

<https://picum.org/>



이주구금 제도개선을 위한  
국제심포지엄

발제 6

# 구금대안에 대한 국제기준 및 사례

• Min Jee Yamada Park  
(Asia Pacific Program Officer, International Detention Coalition)





## ▮ 발제자 및 소속 기관 소개



**Min Jee Yamada Park** (mpark@idcoalition.org)

Asia Pacific Program Officer/International Detention Coalition

- MIN JEE YAMADA PARK is human rights advocate and researcher with strong background in migration, gender, and detention. She has been with the IDC as the Asia-Pacific Programme Officer and Impact and Learning Lead since April 2019 and prior to joining the IDC, she worked in the areas of detention monitoring, research, policy advocacy, and capacity building, particularly for government actors in Southeast Asia and Africa. She has also published and spoken at various international and regional platforms on the experiences and challenges of vulnerable groups deprived of liberty, particularly women and their accompanying children, based on her extensive field research in detention facilities in Cambodia, Indonesia, Thailand and Kenya. At IDC, she is responsible for supporting the coalition members and partners in the region through research, capacity building as well as facilitating collaboration on the development, and implementation of national and regional strategies to promote alternatives to immigration detention. Min received a Master of Arts in Development Studies from the International Institute of Social Studies, Erasmus University Rotterdam in the Netherlands.

Min Jee Yamada Park는 이주, 젠더 그리고 구금에 있어 강한 배경을 지닌 인권 활동가이자 연구자다. 2019년 4월부터 아시아 태평양 프로그램 사무관과 영향 및 지식 리더로 IDC에서 근무해왔고, IDC 전에는 특히 동남아시아와 아프리카의 정부기관에 대한 구금 모니터링, 리서치, 정책 홍보 및 역량 제고 영역에서 활동했다. 캄보디아,

인도네시아, 태국 그리고 케냐 구금시설에 대한 광범위한 현장 연구에 기반하여 자유를 박탈당한 취약집단, 특히 여성과 그들의 자녀가 겪는 경험과 도전에 대해 다양한 국제적, 지역적 플랫폼에서 출판하고 말해왔다. IDC에서는 리서치, 역량 제고 및 이주구금에 대한 대안을 활성화시키기 위한 국가 및 지역 전략의 수립과 실행에 있어서의 협업 증진을 통해 연대 구성원과 지역 파트너를 지원하는 일을 맡았다. 네덜란드에 있는 에라스무스 대학교의 사회연구 국제연구소에서 개발연구 석사 학위를 받았다.

- **About IDC**

IDC is a powerful global network of 400+ organisations, groups, individuals, as well as representatives of communities impacted by immigration detention, based in over 100 countries. IDC members have a wide range of specialisations related to immigration detention and alternatives to detention, including academia, law, research, policy, direct service, advocacy, and community organising.

IDC staff work nationally and regionally in Africa, the Americas, Asia Pacific, Europe, the Middle East and North Africa, and at the global level. Staff coordinate with members and partners on advocacy, research, coalition and capacity building, as well as create opportunities for national, regional and global collaboration to reduce immigration detention and further rights-based alternatives to detention.

- **IDC**

IDC는 총 100곳 이상의 국가에서 활동하는 400여 단체, 그룹, 개인 및 이주구금의 영향을 받는 공동체의 대표자로 구성된 영향력 있는 글로벌 네트워크다. IDC 구성원은 이주구금과 구금대안에 대한 학문, 법, 리서치, 정책, 직접적 서비스 제공, 홍보 및 공동체 조직 등 영역에서 폭넓은 전문성을 지니고 있다.

IDC 활동가는 아프리카, 북남미, 아시아 태평양, 유럽, 중동, 북아프리카에서 국가와 지역의 차원, 그리고 글로벌한 차원에서 활동한다. 활동가는 홍보, 리서치, 연대 및 역량 제고, 그리고 이주구금을 축소시키고 권리에 기반한 구금대안을 발전시키기 위한 국가, 지역 및 글로벌 협업 기회 창출 영역에서 구성원과 파트너 간 협업을 조정한다.

## The Case for Alternatives to Detention (ATD)<sup>1)</sup> – Concept, benefits and promising practices –

Min Jee Yamada Park  
(Asia Pacific Program Officer, International Detention Coalition)

### Introduction

While people have migrated throughout human history, immigration detention is a relatively recent global phenomenon that has spread across many regions of the world over the last thirty years. The increasing use of immigration detention as a migration governance tool is a key manifestation of a growing global trend to criminalise migrant<sup>2)</sup> communities.

The experience of immigration detention has many damaging and enduring effects on individuals. This includes debilitating physical and mental health impacts that are felt well beyond the period of detention, and often for an entire lifetime. The impacts of detention must be seen through an intersectional lens. This means understanding that people have diverse and intersecting identities, and are impacted in very specific ways according to their particular situations of vulnerability.

After thirty years of growing immigration detention systems across the

---

1) This paper takes its contents largely from IDC's key publications on ATD. This includes 'There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised), 2015', 'Using ATD as a Systems Change Strategy, 2022', 'Gaining Ground: Promising Practice to Reduce and End Immigration Detention, 2022', and 'Immigration Detention and ATD in the Asia Pacific Region, 2022'.

2) Note that the term 'migrant' is used as an umbrella term in this paper. The term is used to refer to the people on the move across an international border, regardless of their legal status and whether the move was voluntary or involuntary. This can include refugees, asylum seekers, migrant workers and many other groups.

world, the results are clear: immigration detention creates severe harm at personal, community, and systemic levels, and its human and financial costs make it unsustainable for the future.

In terms of solutions to the widespread use of immigration detention, there is ample evidence that Alternatives to Detention (ATD) lead to better outcomes for individuals, communities and governments.<sup>3)</sup> ATD programmes prove that detention is not necessary during the immigration process, and cases can be resolved while people are free in communities.

## What is ATD?

There is no universally recognised definition of ATD. Therefore, ATD is interpreted in different ways, including legal, conceptual, academic and practical interpretations. The lack of a universal definition also leads to different actors using the term ATD to describe a broad spectrum of practices and approaches.

IDC defines ATD as a range of laws, policies and practices by which people at risk of immigration detention are able to live in the community, without being detained for migration-related reasons. ATD can involve a range of interventions in areas of migration governance that ensure liberty and rights, individual screening and assessment, placement options, and case management to facilitate fair and timely case resolution.

While some ATD may involve restrictions on people's freedom of movement, these cannot be at a level that would amount to deprivation of liberty. According to international law, the difference between a restriction of freedom of movement and deprivation of liberty is one of

---

3) Sampson, R., Chew, V., Mitchell, G., and Bowring, L. (2015) 'There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised)', International Detention Coalition, pp. 9 - 15

degree of intensity rather than nature, with deprivation of liberty being *de facto* detention or “alternative forms of detention”. Alternative forms of detention can take many different forms and cannot be considered as ATD. They can include the following circumstances.

- Closed shelters or reception facilities that people are not allowed to leave. Closed “shelter” models are often purported to support or protect individuals from harm, but they have been shown to arbitrarily restrict access to rights and services.
- Remote or physically isolated locations in which natural geography is used to severely curtail freedom of movement and access to rights, sometimes coupled with strict curfews.
- Screening at international borders or transit zones where restrictions go beyond typical screening and identification processes. For example: temporary custody in stations, ports and airports or any other facilities where people remain under surveillance, are transferred against their will, or remain in the custody of government officials pending transfer (e.g. in the case of deportation).
- Electronic monitoring or tagging is a controversial form of surveillance which involves an electronic device that is physically fitted to a person and cannot be removed, allowing for constant monitoring by government officials. Electronic tagging can involve substantial or complete deprivation of freedom of movement and liberty.
- Onerous conditions or restrictions applied under the auspices of “ATD” that are not lawful, necessary and proportionate, and comport with the same test for non-arbitrariness of detention discussed above.<sup>4)</sup> Overly onerous conditions or restrictions of personal liberty may be arbitrary and constitute *de facto* detention.<sup>5)</sup>

4) UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW), Joint General Comment No. 5 (2021) on migrants’ rights to liberty and freedom from arbitrary detention, CMW/C/GC/5, para. 51.

5) See, e.g., ECtHR, *Guzzardi v. Italy*, where the court found the applicant was in fact

## Global Trends

Over recent years, there has been growing momentum at the national, regional and global levels to move away from the use of immigration detention as a migration governance tool by expanding the use of ATD. Some of this has been propelled by the COVID-19 pandemic, which had a profound impact on international migration and migration governance.<sup>6)</sup> In a number of cases, promising practice has been developed or adopted in order to work towards reducing and ending immigration detention and/or an increased use of alternatives. Many of these promising developments are not substantively new; for many years, ATD has been included in international law as a key legal safeguard to prevent arbitrary detention and ensure the right to liberty.<sup>7)</sup> Increased enthusiasm around and use of ATD has not led in all cases to an associated reduction in immigration detention. Yet this momentum is nonetheless indicative of a growing recognition that migration management systems that do not make use of immigration detention - or which use immigration detention to a lesser extent - are possible, and that effective alternatives exist.

Globally a range of UN human rights bodies,<sup>8)</sup> international<sup>9)</sup> and regional

---

deprived of his liberty when confined to a small island and subject to a curfew, reporting requirements, and restrictions on movement and communications.

- 6) International Detention Coalition (2020) 'Room for Hope. IDC Briefing Note: An overview of promising alternatives to detention in the era of COVID-19.'
- 7) UNHCR (2012) 'Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention'
- 8) For example, UN Committee Migrant Workers, *General comment No. 5*, 2021; UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, *Report on ending immigration detention of children and seeking adequate reception and care for them*, 2020; UN Committee on the Rights of the Child and UN Committee on Migrant Workers, *Joint General comment no. 4 and no. 23*, 2017.
- 9) See for example, UN Network on Migration Working Group on Alternatives to Detention here <https://migrationnetwork.un.org/thematic-working-group-2-alternatives-detention>; IOM, *Quick Guide on Alternatives to Detention*, 2019; UNICEF, *Alternatives to Detention for Children, updated 2019*; UNHCR, *Alternatives to Detention tools available online* here: <https://www.unhcr.org/search?page=search&skip=0&docid=&cid=49aea9390&scid=53aa926a6&comid=56b0b4534>

entities, and civil society groups have supported governments to implement ATD.<sup>10)</sup> Through different global frameworks, such as the Global Compact for Migration,<sup>11)</sup> the Committee on Migrant Workers General Comment No. 5 and many others,<sup>12)</sup> governments across the globe have committed to developing and supporting non-custodial ATD with the goal to reduce and end immigration detention.

Further, governments are increasingly exploring ATD, ranging from scoping studies and small-scale pilot projects to significant policy developments and systemic change.<sup>13)</sup> This has led to shifts that include the adoption of laws and policies enshrining non-detention or setting out ATD, the introduction and scaling of community-based pilot projects, establishing screening, assessment and referral mechanisms that help to reduce the use of detention, as well as the development of alternative care arrangements for children which - in the best cases - integrate migrant children directly into national child protection systems.

10) For example, Council of Europe, *Practical Guidance on Alternatives to Immigration Detention: Fostering Effective Results*, 2019; Council of Europe, Commissioner for Human Rights, *Human Rights Comment, High time for states to invest in alternatives to migrant detention*, 31/01/2017; Inter-American Commission on Human Rights, *Human Mobility Inter-American Standards*, 2015; the Inter-American Principles of the Human Rights of all Migrants, Refugees, Stateless Persons and Victims of Human Trafficking, 2019; and Migration for Southern Africa Dialogue (MIDSA) Conclusions and Recommendations 2016.

11) UN General Assembly (2018) 'Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration', A/RES/73/195. With Objective 13 of the GCM, States reiterated existing human rights obligations and provided guidance to operationalise them by committing to "Use immigration detention only as a measure of last resort and work towards alternatives".

12) UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW), Joint General Comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention, CMW/C/GC/5. GC 5 restated that States have an "[o]bligation to consider alternatives to detention before imposing detention in each individual case" and particularly promoted "community-based non-custodial measures that include case management and other forms of support, are adapted to the specific needs and vulnerability of each person or family, and which allow people to live freely in their communities"

13) See Sampson, R., and Mitchell, G. (2013) 'Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales' in *Journal on Migration and Human Security* Volume 1 Number 3, p. 98.

## Why choose ATD?

Detention has proven to be an overly expensive and ineffectual way of managing migration.<sup>14)</sup> It is rarely conducive to case resolution – a shared objective of governments and migrants – or to finding durable solutions for people on the move. While immigration detention is often used to manage irregular migration and limit the entry of irregular migrants to the territory, there is no empirical evidence to suggest that the threat of being detained deters irregular migration.<sup>15)</sup>

Findings from IDC’s global research on ATD practices demonstrate that ATD provides a range of benefits for both migrants and governments. A number of ATD pilots and programmes around the world have already been formally evaluated. They demonstrate how ATD can be better for people’s health and wellbeing, respect, protect and fulfil human rights while being more cost effective than detention, and help to resolve people’s migration cases with a high compliance rate.

### *1. ATD improve the health and wellbeing of the migrants*

There is considerable evidence that community-based ATD has a positive impact on people’s physical and mental health as well as their wellbeing. This is in part because of the health benefits of leaving detention in itself but also because ATD that are focused on engagement and centred on a case management-based approach are intended to provide holistic and individualised support to migrants, thus improving health and wellbeing outcomes as well.

---

14) Sampson, R., Chew, V., Mitchell, G., and Bowring, L. (2015) ‘There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised)’, International Detention Coalition.

15) UNHCR (2011) ‘Back to Basic: The Rights to Liberty and Security of Person and ‘Alternatives to Detention’ of Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants’

Conversely, the experience of immigration detention has a lasting impact on the health and wellbeing of the migrants well beyond the period of confinement. Such negative impacts are further exacerbated for women and children due to their particularly vulnerable situation. Recent research conducted by the World Health Organisation (WHO) on immigration detention in Europe provides comprehensive evidence of the harmful consequences of immigration detention on migrants' physical and mental health. While there are a number of factors that negatively impact the physical and mental health of detained persons, "the main risk factor for the overall poor health of migrants was the [immigration detention] environment itself".<sup>16)</sup> Whilst improving detention conditions is one part of improving the health of detained migrants, this finding shows that regardless of how good the conditions are, the simple fact of being held in immigration detention is harmful in and of itself.

## *2. ATD respect, protect and fulfil human rights*

Under international human rights law, everyone has the right to liberty of person, irrespective of their migration situation.<sup>17)</sup> The prohibition on arbitrary detention requires that immigration detention always be based on a legitimate state objective in line with national law, and must be an exceptional measure of last resort.<sup>18)</sup> This means that when there is a lawful immigration detention decision, States have a legal obligation to first

16) World Health Organisation (2022) 'Addressing the Health Challenges in Immigration Detention and Alternatives to Detention: A country implementation guide'

17) The right to liberty of person is upheld by international law in article 3 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and article 9 of the ICCPR and is recognized in all major international and regional human rights instruments. See e.g. Human Rights Committee General Comment No. 31 (2004): "the enjoyment of Covenant rights is not limited to citizens of States Parties but must also be available to all individuals, regardless of nationality or statelessness, such as asylum seekers, refugees, migrant workers and other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State Party."

18) The prohibition of arbitrary detention is absolute, which means that it is a non-derogable rule of customary international law, or a jus cogens norm. See UN Committee on Migrant Workers General comment No. 5, para. 17.

evaluate and apply all available “alternative measures” prior to detaining someone, in accordance with the principles of necessity and proportionality, and on the basis of a presumption of liberty.<sup>19)</sup> Thus, ATD is a key legal safeguard to prevent arbitrary detention and ensure the right to liberty.

Adopting ATD and reducing the use of immigration detention therefore contributes to fulfilling the states’ obligations to comply with international human rights laws and reinforces their role as a responsible member of the international community.

### ***3. ATD help migrants to remain engaged and comply with the immigration process.***

One of the major concerns of governments when it comes to ATD is whether they will result in reduced compliance and that people who may be considered a ‘flight risk’ may stop engaging with the authorities. However, IDC’s global research on ATD shows that alternatives can achieve high compliance rates, achieving up to 95% appearance rates.<sup>20)</sup> The same study found that ATD – and particularly those incorporating case management and legal advice – also assist in achieving efficient and sustainable outcomes by building confidence and trust in the immigration process. This can improve final immigration outcomes.

### ***4. ATD are cost-effective and more affordable than detention***

IDC’s research found that alternatives have been shown to be up to 80% cheaper than detention and that in the majority of cases detention is significantly more expensive than available alternatives.<sup>21)</sup> This is attributable

---

19) See UN Committee on Migrant Workers General comment No. 5, para. 17.

20) Sampson, R., Chew, V., Mitchell, G., and Bowring, L. (2015) ‘There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised)’, International Detention Coalition, pp 9-11.

21) Ibid. See page 11-12 for detention and ATD costing comparison.

to factors such as lower operating costs, savings from use of independent departure programmes over forced removal, and the avoidance of litigation and compensation claims resulting from wrongful detention or harmful impacts.<sup>22)</sup>

### **Outcomes of ATD Evaluation in Europe and Asia**

A 2020 evaluation of the case management-based **pilot ATD initiatives in Bulgaria, Cyprus and Poland** showed a high level of engagement with the pilots on the part of participants, 86% of whom remained engaged across the three countries.<sup>23)</sup> 81% of the participants reported improved psychological wellbeing. It also demonstrated improvements in people's ability and capacity to work towards resolving their cases.

In 2022, an evaluation of the **government-civil society ATD partnership in the UK** found compelling evidence that participants experienced more stability and better health and wellbeing outcomes whilst being supported by Action Access in the community than they had received while in detention. Evidence from this pilot suggests that these outcomes were achievable without decreasing compliance with the immigration system.<sup>24)</sup> It also found evidence to suggest that the cost of supporting people in the community could be half that of holding them in detention.

A 2019 evaluation of a **Community Placement and Case Management programme run by SUKA Society** for unaccompanied and separated children at risk of immigration detention in Malaysia found that the programme had significantly improved the overall wellbeing, safety and

<sup>22)</sup> See Independent (2022) 'Unlawful Home Office detentions 'rising at alarming rate' with record-high compensation paid' for a recent example from UK. (last accessed 2 Aug 2022)

stability of children. At the same time, the programme cost 90% less than immigration detention and achieved 100% compliance rates.<sup>25)</sup>

Similarly positive results were demonstrated through a recent independent evaluation<sup>26)</sup> of a **community-based ATD programme implemented by Host International Thailand**, through which children and mothers released from immigration detention are supported with case management and other services. Children and their mothers in the programme experienced greater resilience and wellbeing outcomes, including through improved access to education and other services. The programme has also promoted greater social cohesion between refugee and local communities, and is significantly less costly to run than immigration detention.

## Key elements of successful ATD

An array of practices have been implemented worldwide by governments and other actors as “alternatives to detention,” varying in the extent to which they respect, interfere with or violate human rights. These practices exist on a spectrum from more to less restrictive, as well as those that do not involve restrictions on liberty at all. In terms of approach, these practices

23) In Bulgaria, overall absconding rates have been estimated at around 75%. The absconding and disengagement rate on the Bulgarian pilot was only 18%, suggesting that case management for the pilot cohort achieved a dramatic reduction in the rate of absconding. See Ohtani, E. (2020) ‘Alternatives to detention: building a culture of cooperation - Evaluation of two-year engagement-based alternative to immigration detention pilot projects in Bulgaria, Cyprus and Poland’, European Programme for Integration and Migration (EPIM).

24) UNHCR (2021) ‘Evaluation of ‘Action Access’, an Alternatives to Detention Pilot: Report on an Independent Evaluation (March 2019-October 2021)’, op cit.

25) Lighthouse Partnerships (2019) ‘External Evaluation: SUKA Society Community Placement and Case Management Program’, op cit.

26) Keaiting, R. and L. Bloom (2022) ‘Evaluation of the HOST Thailand Community-Based Protection Project’.

can also broadly be grouped into ATD that rely on reduced degrees of coercion to increase compliance with migration processes, and those that actively support and engage with people to better ensure rights, wellbeing and migration governance outcomes.<sup>27)</sup>

Research suggests that migrants rarely abscond while awaiting the outcome of a visa application, status determination or other immigration process if they are in their intended destination. They are also able to better comply with requirements if they can meet their basic needs while in the community. Moreover, they are more likely to accept and comply with a negative decision on their visa application, status determination or other immigration process if they trust that they have been through a fair and efficient process, that they have been informed and supported through that process and that they have explored all options to remain in the country legally.<sup>28)</sup>

Based on these findings, IDC's research identified the main elements of successful ATD that work better for individuals, communities and governments, in terms of promoting wellbeing and achieving migration governance outcomes.<sup>29)</sup> These include:

- Focusing on early engagement
- Early screening and assessment mechanisms to tailor case management and placement decisions
- Ensuring availability of accommodation and placement options in the community, if needed
- Providing holistic case management, focused on case resolution

---

27) See Detention Action (2016) 'Without Detention: Opportunities for alternatives', p. 20.

28) Sampson, R., Chew, V., Mitchell, G., and Bowring, L. (2015) 'There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised)', International Detention Coalition, p. IV

29) Adapted from Sampson, R., Chew, V., Mitchell, G., and Bowring, L. (2015) 'There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised)', International Detention Coalition, p. 13.

- Exploring all options to remain in the country regularly and also all avenues for voluntary or independent departure
- Ensuring individuals are well-informed and trust they have been through a fair and timely process
- Ensuring fundamental rights are respected, access to services is provided and basic needs are met
- Ensuring any conditions imposed are not overly onerous
- Having in place Standard Operating Procedures (SOPs) to ensure adequate staffing and funding, timely processing, and quality

## Promising ATD Practices

ATD is most successful when it is centred around holistic community-based support, focuses on engagement rather than enforcement, and tailored to the localised contexts and specific needs of the migrants at risk of immigration detention. The ATD examples across the globe also show that models that are based on a whole-of-society approach are most effective. The involvement of and partnership with civil society organisations and non-governmental organisations (including those that are migrant-led) can create important bridges between states and migrant communities. Grassroots actors and direct services providers often have far better access to communities than government authorities, given the trust-based relationships and connections that they have worked to establish over long periods of time. The participation and leadership of migrants, refugees and other people on the move and their communities in migration governance is essential in order to ensure rights-based and responsive approaches that are informed by directly impacted communities.<sup>30)</sup>

---

30) See UN Network on Migration peer learning discussion on ‘Government Civil Society Partnerships on Alternatives to Immigration Detention’ (2022), available at: <https://migrationnetwork.un.org/events/imrf-dialogue-government-civil-society-partnerships-alternatives-immigration-detention> (last accessed 21 April 2022)/

The below ATD initiatives operating in Belgium, United Kingdom and Japan incorporate some of the key elements of effective ATD discussed above.

### Belgium

‘Plan Together’ - a project of the Jesuit Refugee Service Belgium - is a rights-based ATD pilot based in the community providing independent, holistic case management to families with children who are at risk of detention. It enables children to stay in a familiar environment in their community while they and their parent(s) work towards case resolution with the assistance of two case managers who visit the families at their homes regularly. The programme is not time-bound, and focuses on building a relationship of trust, strengthening the families’ resilience, and providing them with correct and clear information about their cases. It is geared towards exploring all options for a durable solution: legal stay in Belgium, in another EU Member State or voluntary return to their country of origin.<sup>31)</sup>

In addition to this, the Belgian government established a new “Alternatives to Detention” department in June 2021. The current focus of this department is to set up Individual Case Management Support (ICAM) for people in returns processes, with ICAM coaches to be located in regional offices across the country. The approach is intended to encourage engagement, independence and constructive cooperation through intensive guidance, provision of information, and finding durable solutions to people’s migration cases. If regularisation is not a realistic option, people receive guidance around voluntary return with the aim being to avoid forced returns.<sup>32)</sup> The government also committed in 2020 to fund a number of pilot projects to support migrants with irregular status to work towards durable solutions. <sup>33)</sup>

### **United Kingdom**

The Detention Action Community Support Project has been working since April 2014 with migrant men with previous convictions, who have barriers to removal and have experienced or are at risk of long-term detention. After the person has been admitted to the project following a risk assessment, the project coordinator and the participant draw up a transition plan which sets out goals, actions and steps the participant can take. The project aims to reduce the risk of formerly incarcerated young men with barriers to removal from reoffending or absconding, by assisting them to meet the conditions of their release and avoid long-term detention. Through one-to-one case management, participants are able to strengthen their skills and confidence to stabilise their lives, engage positively in the community, and maintain contact with the authorities.<sup>34)</sup> The CSP project has seen low numbers of reoffending and high numbers of engagement.

### **Japan**

Forum for Refugees Japan (FRJ), a network of NGOs supporting refugees and people seeking asylum, entered into a Memorandum of Understanding with the Ministry of Justice and Japan Federal Bar Association in 2012 to pilot an ATD programme for people seeking asylum entering Japan via designated airports. Under this programme, the Ministry of Justice can refer people seeking asylum to FRJ instead of sending them to detention facilities so that FRJ can provide emergency shelter, secure appropriate accommodation, provide case management support, and facilitate further referral for legal assistance and other services. People seeking asylum already in the detention facilities can also be referred to FRJ. The pilot stage of the programme ended in 2014 and has since been formally implemented.

The ATD programme implemented by MOJ, FRJ and JFBA has proven that early intervention with case management support makes a positive difference to participants’ wellbeing, addresses their particular needs and vulnerabilities, and supports them to productively engage in asylum and migration processes. In turn, this leads to better engagement with the authorities and results in improved and timely case resolution.

The case of Belgium demonstrates that immigration detention does not need to be a prerequisite for facilitating a safe and voluntary return of migrants and that it is important to explore all options for durable solutions. It also highlights the Belgian government’s openness to engage with a diverse range of actors. The Detention Action project in the UK has proven that ATD can be effective for migrants with complex needs and risk factors who would otherwise face indefinite detention. The ATD programme in Japan offers room to imagine ATD options that can support migrants who may face protracted stay at the ports of entry with severe restrictions on the freedom of movement which could amount to *de-facto* detention.

Overall, they are not without their limitations and are by no means a “perfect model” but they present well the efforts and intermediate steps that the government and civil society members are making in their respective countries to reduce the use of immigration detention and work towards rights-based ATD.

---

31) For more information on the Plan Together pilot, see the JRS Belgium website, available at: <https://www.jrsbelgium.org/Plan-Together-564> (last accessed 2 Aug 2022).

32) On ICAM, see La Libre (2021) ‘Asile et migration: Sammy Mahdi ouvre le premier bureau de retour régional’ (‘Asylum and Migration: Sammy Mahdi opens the first regional return office’), 28 October: <https://www.lalibre.be/belgique/societe/2021/10/28/sammy-mahdi-ouvre-le-premier-bureau-de-retour-regional-OWM24AQKOVHMFDMBCBTK3W6SUM/> (last accessed 2 Aug 2022).

33) Belgian Federal Government (2020) ‘Accord de Gouvernement’, op cit.

34) Detention Action (2016) ‘Without Detention’

## Conclusion

Criminalisation and increasing securitisation of migration are not only a human rights concern but also do not align with the states' desire for effective migration governance. In fact, there is no evidence that the criminalisation of migration and the use of immigration detention prevent irregular migration. It is also important to note that migration is not a crime; the act of crossing an international border and staying in a country on an irregular basis *per se* does not constitute a criminal act and should not be treated as such. While states have legitimate interests to protect their borders and uphold their sovereignty, the use of immigration detention as a default measure exceeds those legitimate interests under international human rights law. It is essential, therefore, that states increase their efforts to replicate and scale up existing ATD, in order to work towards migration governance systems that do not rely on the use of detention and that allow for people on the move to live with rights and dignity.

A growing number of governments are exploring and investing in ATD already, as a result of a number of key factors. These include:

- Evidence of the harm that immigration detention causes to people's health and wellbeing, and a clear link between ATD and improved mental and physical health outcomes;
- An expanding body of international legal obligations and norms that call for states to use detention only as a last resort, and to prioritise ATD in the first instance;
- The high costs involved in setting up and running detention facilities, as well as related legal costs borne by the state.

Promising examples are emerging across different regions of the world, including the adoption of laws and policies enshrining non-detention or setting out ATD, the introduction and scaling of community-based pilot

projects, the establishment of screening, assessment and referral mechanisms that help to reduce the use of detention, as well as the development of alternative care arrangements for children.

The range of ATD available to both state and non-state actors take many different forms, however research shows that the most successful examples centre around holistic, case management-based approaches that allow people to live in the community while their migration cases are processed and focus on engagement rather than enforcement. Whole-of-society approaches, including the establishment of partnerships between civil society and governmental actors, further allow for the emergence of models that respect the human rights of people on the move and reflect their needs and those of their communities.

## 구금 대안(ATD) 사례<sup>1)</sup>

### - 개념, 이점 및 전향적인 관행 -

Min Yamada Park  
(Asia Pacific Program Officer, International Detention Coalition)

## 서론

인류는 역사를 통틀어 이주해 왔으나, 이민 구금은 지난 30년에 걸쳐 세계 각지에 퍼진 비교적 최근에 발생한 세계적인 현상이다. 이민 관리 도구로 이민 구금을 점점 더 많이 사용하는 것은 이주자<sup>2)</sup> 지역사회를 범죄화하려는 세계적인 추세<sup>3)</sup>의 주요 징후이다.

이민 구금의 경험은 개인에게 많은 피해와 지속적인 영향을 미친다. 여기에는 구금 기간은 물론 이를 훨씬 지나 종종 평생 남는 신체 및 정신적 건강의 쇠퇴와 같은 영향도 포함된다. 구금의 영향은 교차적인 시각으로 보아야 한다. 이는 사람이 저마다 다양하고 교차하는 정체성을 가지고 있으며 취약한 특정 상황에 따라 매우 구체적인 방식으로 영향을 받는다는 점을 이해하는 것이다.

30년 동안 전 세계적으로 증가하는 이민 구금 시스템의 결과는 분명하다. 이민 구금은 개인, 지역사회 및 조직 차원에서 심각한 피해를 초래하고 인적 및 재정적 비용을 유발하여 미래에 지속 가능하지 않은 결과를 낳는다.

1) 이 백서의 내용은 주로 ATD에 대한 IDC의 주요 간행물에서 발췌한 것이다. 여기에는 ‘*There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised), 2015*’, ‘*Using ATD as a Systems Change Strategy, 2022*’, ‘*Gaining Ground: Promising Practice to Reduce and End Immigration Detention, 2022*’, ‘*Immigration Detention and ATD in the Asia Pacific Region, 2022*’가 있다.

2) 이 문서에서는 포괄적인 용어로서 ‘이주자’(migrant)라는 용어가 사용되었다. 이 용어는 법적 지위와 이동이 자발적인지 비자발적인지 여부에 관계없이 국경을 넘어 이동하는 자들을 지칭한다. 여기에는 난민, 망명 신청자, 이주 노동자 및 기타 여러 집단이 포함될 수 있다.

이민 구금의 광범위한 사용에 대한 해결책 측면에서 구금 대안(ATD)이 개인, 지역사회 및 정부에 더 나은 결과를 가져온다는 충분한 증거가 있다.<sup>3)</sup> ATD 프로그램은 이민 과정에서 구금이 필요하지 않으며 이주자들이 공동체에서 자유롭게 지내게 하면서도 사례를 해결할 수 있음을 증명한다.

## ATD란?

ATD에 대해 보편적으로 인정되는 정의는 없다. 따라서 ATD는 법적, 개념적, 학문적 및 실제적 해석을 포함하여 다양한 방식으로 해석된다. 보편적인 정의가 없기 때문에 다양한 행위자들은 ATD라는 용어를 다양한 관행과 접근 방식으로 광범위하게 설명하기도 한다.

IDC는 ATD를 이민 구금의 위험에 처한 사람들이 이민과 관련된 이유로 구금되지 않고 지역사회에서 생활할 수 있도록 하는 다양한 법률, 정책 및 관행으로 정의한다. ATD는 공정하고 시기적절한 사례 해결을 촉진하기 위해 이주자의 자유와 권리, 개별 심사 및 평가, 배치 방안, 사례 관리를 목적으로 이민 거버넌스 영역에서 이루어지는 다양한 개입조치들을 포함할 수 있다.

일부 ATD는 사람의 이동의 자유에 대한 제한을 포함할 수 있지만 이는 자유의 박탈에 해당하는 수준은 될 수 없다. 국제법에 따르면 이동의 자유 제한과 자유 박탈의 차이는 그 성격이 아닌 강도의 정도에 있으며 자유의 박탈은 사실상의 구금 또는 '대체 구금 형태'에 해당한다. 대체 구금은 다양한 형태를 취할 수 있으며 ATD로 간주될 수 없다. 여기에는 다음과 같은 상황이 포함될 수 있다.

- 사람이 나가는 것이 허용되지 않는 폐쇄적인 피난처 또는 접수 시설. 폐쇄적인 '피난처' 모델은 종종 개인을 피해로부터 지원하거나 보호하는 것으로 알려져

3) Sampson, R., Chew, V., Mitchell, G., and Bowring, L. (2015) 'There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised)', International Detention Coalition, pp. 9 - 15

- 있으나, 권리와 서비스에 대한 접근성을 임의로 제한하는 것으로 나타났다.
- 이동의 자유와 권리에 대한 접근을 심각하게 제한하는 자연적 지리를 활용하며 때로는 엄격한 통금 시간을 적용함은 물론, 원격 또는 물리적으로 고립된 곳에 위치한다.
  - 제한조치가 일반적인 검사 및 식별 절차를 넘어서는 국경 또는 환승 구역에서의 검색. 예시: 역, 항구, 공항 또는 사람들이 감시하에 있거나, 의지에 반하여 이송되거나, 이송 대기 중인 정부 관리의 보호를 받는 기타 시설에서의 임시 구금(예: 추방의 경우).
  - 전자 모니터링 또는 태깅은 사람에게 물리적으로 장착되어 제거할 수 없는 전자 장치를 포함하여 정부 관리가 지속적으로 모니터링할 수 있는 논란의 여지가 있는 형태의 감시이다. 전자 태깅은 이동과 자유의 실질적이거나 완전한 박탈을 포함할 수 있다.
  - ‘ATD’ 하에 적용되는 불법적이고 불필요하며 비례적이지 않으며 구금의 비자의성에 대한 조건에 부합하는 가혹한 조건이나 제한.<sup>4)</sup> 개인의 자유에 대한 지나치게 가혹한 조건이나 제한은 자의적일 수 있으며 사실상 구금에 해당할 수 있다.<sup>5)</sup>

## 전 세계적 추세

최근 몇 년 동안 국가, 지역 및 세계 수준에서 ATD 사용을 확대하여 이민 관리 도구로 이민 구금을 사용하지 않으려는 추진력이 커지고 있다. 이 중 일부는 국제 이주 및 이주 거버넌스에 지대한 영향을 미친 코로나 19 전염병의 영향력에 힘입었다.<sup>6)</sup> 대개 이민 구금을 줄이거나 끝내고 대안의 사용을 늘리기 위해 유망한 관행이

4) UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW), Joint General Comment No. 5 (2021) on migrants’ rights to liberty and freedom from arbitrary detention, CMW/C/GC/5, para. 51.

5) 예: ECtHR, *Guzzardi v. Italy*. 법원은 신청인이 작은 섬에 수감되어 통행금지, 보고 요건, 이동 및 통신 제한의 대상이 되었고 사실상 자유를 박탈당했다고 판결했다.

6) International Detention Coalition (2020) ‘Room for Hope. IDC Briefing Note: An overview of promising alternatives to detention in the era of COVID-19.’

개발되거나 채택되었다. 이와 같이 개발된 관행의 상당수는 사실상 새로운 것이 아니다. 수년 동안 ATD는 자의적 구금을 방지하고 자유의 권리를 보장하기 위한 핵심 법적 보호 수단으로 국제법에 포함되었다.<sup>7)</sup> ATD에 대한 열의의 증가와 ATD의 사용이 언제나 이민 구금의 감소로 이어진 것은 아니다. 그러나 이러한 추진력은 그럼에도 불구하고 이민 구금을 사용하지 않거나 덜 사용하는 이민 관리 시스템이 현실적으로 가능하고 효과적인 대안이 존재한다는 인식이 커지고 있음을 시사한다.

전 세계적으로 다양한 유엔 인권 기구,<sup>8)</sup> 국제 및 9) 지역 단체, 시민 사회 단체가 각국 정부의 ATD 시행을 지원했다.<sup>10)</sup> 이주 글로벌 컴팩트(Global Compact for Migration),<sup>11)</sup> 이주 노동자 위원회 일반 논평 제5호(Committee on Migrant Workers General Comment No. 5)<sup>12)</sup> 등 다양한 글로벌 프레임워크를 통해 전 세계 정부는

7) UNHCR (2012) 'Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention'

8) UN 이주 노동자 위원회 일반 논평 제5호(2021년), UN 이주민 인권 특별보고관 아동에 대한 이민 구금 종료 및 아동에 대한 적절한 수용 및 보살핌 추구에 대한 보고서(*Report on ending immigration detention of children and seeking adequate reception and care for them*)(2020년), UN 아동권리위원회와 유엔이주노동자위원회 합동 일반 논평 제4호 및 제23호(2017년).

9) 유엔 이주네트워크 실무그룹의 구금 대안은 다음과 같다.

<https://migrationnetwork.un.org/thematic-working-group-2-alternatives-detention>; IOM, *Quick Guide on Alternatives to Detention*, 2019; UNICEF, *Alternatives to Detention for Children*, updated 2019; UNHCR

온라인상에서 확인할 수 있는 구금 대안은 다음과 같다.

<https://www.unhcr.org/search?page=search&skip=0&docid=&cid=49aea9390&scid=53aa926a6&comid=56b0b4534>

10) Council of Europe, *Practical Guidance on Alternatives to Immigration Detention: Fostering Effective Results*, 2019; Council of Europe, Commissioner for Human Rights, *Human Rights Comment, High time for states to invest in alternatives to migrant detention*, 31/01/2017; Inter-American Commission on Human Rights, *Human Mobility Inter-American Standards*, 2015; the Inter-American Principles of the Human Rights of all Migrants, Refugees, Stateless Persons and Victims of Human Trafficking, 2019; and Migration for Southern Africa Dialogue (MIDSA) Conclusions and Recommendations 2016.

11) UN 총회(2018) '안전하고 질서 있고, 정규적인 이주를 위한 글로벌 컴팩트(GCM)', A/RES/73/195. GCM의 목적 13을 통해 기존의 인권 의무를 상기시키고, "이민 구금을 최후의 수단으로만 사용하고 대안을 찾기 위한 노력"을 약속함으로써 이러한 대안의 운영을 위한 지침을 제시했다.

12) UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW), Joint General Comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention, CMW/C/GC/5. GC 5는 국가가 "각 개별 사례에 대해 구금을 부과하기 전에 구금 대안을 고려할 의무가 있다"며 특히 "위원회는 사례 관리 및 기타 형태의 지원을 포함하여 특정 요구 및 각 개인이나 가족의 취약성에 따라 조정되고 이를 통해 사람들이 공동체에서 자유롭게 살 수 있도록 하는 공동체 기반 비구속 조치의 강화를 권장한다."고 강조했다.

이민 구금을 줄이고 종식시키기 위한 목적으로 비구금 ATD를 개발하고 지원하는 데 전념하고 있다.

아울러 범위 지정 연구 및 소규모 파일럿 프로젝트부터 중요한 정책 개발 및 시스템 변화에 이르기까지 광범위하게 ATD를 연구하는 정부가 늘고 있다.<sup>13)</sup> 이는 비구금 원칙을 수호하거나 ATD를 규정하는 법률 및 정책의 채택, 지역사회 기반 파일럿 프로젝트의 도입 및 규모 확대, 구금 사용을 줄이는 데 도움이 되는 심사, 평가 및 위탁 메커니즘의 구축은 물론, 이주 아동을 국가 아동 보호 시스템에 직접 통합하는 최적의 방법 등을 통한 아동을 위한 대안적 보육 계획의 개발과 같은 변화로 이어졌다.

## ATD를 선택해야 하는 이유

구금은 이주 관리 측면에서 지나치게 많은 비용이 들고 비효율적인 방법임이 입증되었다.<sup>14)</sup> 정부와 이주자의 공동 목표인 사례 해결이나 이주 중인 이주자를 위한 탄탄한 해결책을 찾는 데 거의 도움이 되지 않는다. 이민 구금은 비정규 이주를 관리하고 비정규 이주자의 영토로의 입국을 제한하는 데 종종 사용되고 있으나, 구금 위협이 비정규 이주를 억제한다는 실증적 증거는 없다.<sup>15)</sup>

ATD 관행에 대한 IDC의 글로벌 연구 결과에 따르면 ATD는 이민자와 정부 모두에게 다양한 혜택을 제공한다. 전 세계에서 수많은 ATD 파일럿 및 프로그램이 이미 공식적으로 평가되었다. 이러한 프로그램들은 ATD가 어떻게 사람들의 건강과 복지에 더 큰 편익을 주고, 인권을 존중, 보호 및 이행하면서 구금보다 비용 효율적일 수 있으며, 높은 준수율로 이주자의 이주 사례를 해결하는 데 도움을 주는지를 보여준다.

13) Sampson, R., and Mitchell, G. (2013) 'Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales' in *Journal on Migration and Human Security Volume 1 Number 3*, p. 98.

14) Sampson, R., Chew, V., Mitchell, G., and Bowring, L. (2015) 'There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised)', International Detention Coalition.

15) UNHCR (2011) 'Back to Basic: The Rights to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants'

### 1. ATD는 이주자의 건강과 복지를 향상시킨다.

공동체 기반 ATD가 사람들의 신체적 및 정신적 건강과 복지에 긍정적인 영향을 미친다는 상당한 증거가 존재한다. 이는 이주자가 구금에서 해제되는 것 자체의 건강상의 이점에도 일부 기인하나, 참여에 중점을 두고 사례 관리 기반 접근 방식에 중점을 둔 ATD는 이주자에게 총체적이고 개별화된 지원을 제공하여 건강 및 복지 결과를 개선한다는 점에도 일부 기인한다.

반대로 이민 구금의 경험은 구금 기간이 끝난 후에도 오랜 기간 이민자의 건강과 복지에 지속적인 영향을 미친다. 이러한 부정적인 영향은 여성과 어린이의 경우 특히 취약한 상황으로 인해 더욱 악화된다. 유럽의 이민 구금에 대해 세계보건기구(WHO)가 수행한 최근 연구는 이민 구금이 이민자의 신체적, 정신적 건강에 미치는 해로운 결과에 대한 포괄적인 증거를 제공한다. 구금자의 신체적 및 정신적 건강에 부정적인 영향을 미치는 요인은 여러 가지가 있으나, “이주자의 전반적인 건강 악화의 주요 위험 요인은 [이민 구금] 환경 그 자체”이다.<sup>16)</sup> 구금 여건의 개선은 구금된 이주자의 건강을 개선하는 하나의 요소는 될 수 있으나, 이러한 연구 결과는 아무리 좋은 여건이더라도 구금되어 있다는 단순한 사실 자체가 구금자에게 유해하다는 것을 보여준다.

### 2. ATD는 인권을 존중, 보호 및 이행한다.

국제인권법에 따르면 모든 사람은 이주 상황에 관계없이 신체의 자유를 누릴 권리가 있다.<sup>17)</sup> 자의적 구금을 금지하기 위해서는 이민 구금이 항상 국내법에 따라 합법적인 국가 목표에 근거해야 하며 예외적인 최후의 수단이어야 한다.<sup>18)</sup> 즉, 합법적인 이민

16) World Health Organisation (2022) ‘Addressing the Health Challenges in Immigration Detention and Alternatives to Detention: A country implementation guide’

17) 사람의 자유에 대한 권리는 세계인권선언문(UDHR) 3조와 ICCPR 9조에서 국제법에 의해 지지되며 모든 주요 국제 및 지역 인권 문서에서 인정된다. 인권위원회 일반 논평 제31호(2004), “규약의 권리 향유란 당사국의 시민에게만 국한되지 않고 국적이나 무국적에 관계없이 망명 신청자, 난민, 이주 노동자, 당사국의 영토 또는 관할 하에 소재할 수 있는 모든 개인에게 적용된다.”

18) 자의적 구금 금지는 절대적이며, 훼손될 수 없는 국제관습법 또는 강행 규범임을 의미한다. 이주 노동자 위원회 일반 논평 제5호 17문단 참조.

구금 결정이 있을 때 국가는 필요성과 비례의 원칙, 그리고 자유 추정에 기초하여 누군가를 구금하기 전에 사용 가능한 모든 '대안 조치'를 먼저 평가하고 적용할 법적 의무가 있다.<sup>19)</sup> 따라서 ATD는 자의적 구금을 방지하고 자유권을 보장하기 위한 핵심적인 법적 보호 장치이다.

따라서 ATD를 채택하고 이민 구금의 사용을 줄이는 것은 국제 인권법을 준수해야 하는 국가의 의무를 이행하는 데 기여하고 국제 사회의 책임 있는 구성원 역할을 강화한다.

### **3. ATD는 이민 절차에 대한 이민자들의 참여를 유지하고 준수를 돕는다.**

ATD와 관련하여 정부가 가지는 주요 우려 사항 중 하나는 규정 준수가 감소하고 '도주 위협'이 있는 자로 간주될 수 있는 사람들이 당국과의 관계를 중단할 가능성이 있는지 여부이다. 그러나 ATD에 대한 IDC의 글로벌 연구에 따르면 대안은 높은 준수율을 달성하여 최대 95%의 출두율을 달성할 수 있다.<sup>20)</sup> 같은 연구에 따르면 사례 관리 및 법률 자문을 통합하는 기관도 ATD가 이민 절차에 대한 자신감과 신뢰를 구축하여 효율적이고 지속 가능한 결과를 달성하는 데 도움이 된다고 보았다. 이는 최종적인 이민 결과를 향상시킬 수 있다.

### **4. ATD는 구금보다 비용 효율적이고 경제적이다.**

IDC의 연구에 따르면 구금 대안은 구금보다 최대 80% 경제적이고 대부분의 경우 이용 가능한 구금 대안보다 구금이 훨씬 더 높은 비용이 든다.<sup>21)</sup> 이는 운영비 절감, 강제 출국 대신 독립 출국 프로그램 활용으로 인한 절감, 부당한 구금이나 유해한 영향으로 인한 소송 및 손해배상 청구 회피 등의 요인에 기인한다.<sup>22)</sup>

19) 이주 노동자 위원회 일반 논평 제5호 17 문단 참조.

20) Sampson, R., Chew, V., Mitchell, G., and Bowring, L. (2015) 'There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised)', International Detention Coalition, pp 9-11.

21) Ibid. 구금 및 ATD 비용 비교는 11-12페이지를 참조.

22) 최근 영국의 사례는 Independent(2022) 'Unlawful Home Office detentions 'rising at alarming

### 유럽 및 아시아의 ATD 결과 평가

불가리아, 키프로스 및 폴란드의 사례 관리 기반 파일럿 ATD 프로젝트에 대한 2020년 평가에서는 참가자 측에서 파일럿 프로젝트에 대한 높은 수준의 참여를 보여주었고, 이 중 3개 국가에서 86%가 계속 참여했다.<sup>23)</sup> 참여자의 81%가 심리적 건강이 개선되었다고 보고했다. 또한 이주자 자신의 사례를 해결하기 위해 노력하는 능력과 역량이 향상된 것으로 나타났다.

2022년 영국의 정부-시민 사회 ATD 파트너십 평가의 참여자들은 구금 중에 받은 지원보다 지역사회에서 Action Access의 지원을 받는 동안 더 높은 안정성과 더 나은 건강 및 웰빙 결과를 경험했다는 강력한 증거를 제시했다. 이 파일럿 프로젝트의 증거는 이민 시스템에 대한 순응도 저하 없이 이러한 결과를 달성할 수 있음을 시사한다.<sup>24)</sup> 또한, 지역사회에서 이주자를 지원하는 비용이 그들을 구금하는 비용의 절반이 될 수 있음을 시사하는 증거를 찾았다.

2019년 SUKA 협회가 말레이시아에서 이민 구금의 위험에 처한 비동반 및 분리 아동을 위해 운영하는 지역사회 배치 및 사례 관리 프로그램에 대한 평가에 따르면 이 프로그램이 아동의 전반적인 웰빙, 안전 및 안정성을 크게 개선한 것으로 나타났다. 동시에 이 프로그램은 이민 구금보다 90% 적은 비용으로 100% 준수율을 달성했다.<sup>25)</sup>

마찬가지로 긍정적인 결과는 Host International Thailand가 시행한 지역사회 기반 ATD 프로그램에 대한 최근의 독립적인 평가를 통해 입증되었다.<sup>26)</sup> 이 프로그램은 이민 구금에서 해제된 자녀와 어머니에게 사례 관리 및 기타 서비스를 지원한다. 프로그램에 참여한 어린이와 어머니는 교육 및 기타 서비스에 대한 접근성 향상을 포함하여 더 큰 회복력과 건강 결과를 경험했다. 이 프로그램은 또한 난민과 지역사회 간의 더 큰 사회적 결속을 촉진했으며 운영 비용은 이민 구금보다 훨씬 적다.

rate' with record-high compensation paid'를 참조(마지막 접속: 2022년 8월 2일).

23) 불가리아에서는 전체 도주율이 약 75%로 추산된다. 불가리아 파일럿 프로젝트의 도주 및 이탈률은

## 성공적인 ATD의 핵심 요소

정부와 기타 행위자들은 인권을 존중, 간섭 또는 침해하는 정도에 따라 ‘구금 대안’으로 다양한 관행을 전 세계적으로 시행해 왔다. 이러한 관행은 자유에 대한 제한을 전혀 포함하지 않는 것뿐만 아니라 더 제한적인 것부터 덜 제한적인 것까지 다양한 범위로 존재한다. 접근 방식의 관점에서 볼 때 이러한 관행은 이주 과정에 대한 준수를 증가시키기 위해 제한적인 강제에 의존하는 ATD와 권리, 건강 및 이주 거버넌스 결과를 보다 잘 보장하기 위해 이주자를 적극적으로 지원하고 참여시키는 ATD까지 광범위하게 분류할 수 있다.<sup>27)</sup>

연구에 따르면 이민자들은 의도한 목적지에 있는 경우 비자 신청, 신분 결정 또는 기타 이민 절차의 결과를 기다리는 과정에서 거의 도피하지 않는 것으로 나타났다. 지역사회에 있는 동안 기본 요구 사항을 충족할 수 있다면 요구 사항을 더 잘 준수할 수 있는 것으로도 드러났다. 또한, 자신이 공정하고 효율적인 절차를 거쳤고 해당 절차를 통해 정보와 지원을 받았으며 합법적으로 국내에 머물 수 있는 모든 방안을 모색했다고 생각한다면 비자 신청, 신분 결정 또는 기타 이민 절차에 대한 부정적인 결정을 수락하고 준수할 가능성이 더 높다.<sup>28)</sup>

---

18%에 불과했으며, 이는 파일럿 집단의 사례 관리가 도주 비율을 극적으로 감소시켰음을 시사한다. Ohtani, E. (2020) ‘구금 대안: 협력 문화 구축 - 불가리아, 키프로스 및 폴란드의 이민 구금 시범 프로젝트에 대한 2년 참여 기반 대안 평가’, 유럽 통합 및 이주 프로그램(EPIM)을 참조.

24) UNHCR (2021) ‘Evaluation of ‘Action Access’, an Alternatives to Detention Pilot: Report on an Independent Evaluation (March 2019-October 2021)’, op cit.

25) Lighthouse Partnerships (2019) ‘External Evaluation: SUKA Society Community Placement and Case Management Program’, op cit.

26) Keaiting, R. and L. Bloom (2022) ‘Evaluation of the HOST Thailand Community-Based Protection Project’.

27) Detention Action (2016) ‘Without Detention: Opportunities for alternatives’, p. 20. 참조

28) Sampson, R., Chew, V., Mitchell, G., and Bowring, L. (2015) ‘There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised)’, International Detention Coalition, p. IV

이러한 결과를 기반으로 IDC의 연구는 건강 증진과 이주 거버넌스 결과 달성이라는 측면에서 개인, 지역사회 및 정부에 더 효과적이고 성공적인 ATD의 주요 요소를 꼽았다.<sup>29)</sup> 이는 다음과 같다.

- 초기 참여에 중점
- 사례 관리 및 배치 결정을 맞춤화하기 위한 조기 심사 및 평가 메커니즘
- 필요한 경우 지역사회에 숙소 및 배치 방안의 가용성 보장
- 사례 해결에 중점을 둔 종합적인 사례 관리 서비스 제공
- 정기적으로 국내에 머물 수 있는 모든 방안과 자발적 또는 독립적인 출국을 위한 모든 방법 탐색
- 개인이 공정하고 시기적절한 절차를 통해 충분한 정보를 얻도록 지원하고 신뢰 확보
- 기본권을 존중하고 서비스에 대한 접근성을 제공하고 기본적인 필요 충족
- 부과된 조건이 지나치게 부담스럽지 않도록 보장
- 적절한 인력과 자금, 시기적절한 처리 및 서비스 품질을 보장하기 위한 표준 운영 절차(SOP) 확립

## 유망한 ATD 관행

ATD는 전체적 커뮤니티 기반 지원에 중점을 두고 시행보다는 참여에 초점을 맞추고 이민 구금의 위험에 처한 이민자의 현지 상황과 특정 요구 사항에 맞춰 조정될 때 가장 성공적이다. 전 세계의 ATD 사례는 또한 사회 전체적 접근 방식을 기반으로 하는 모델이 가장 효과적이라는 것을 보여준다. 시민사회 조직 및 비정부 조직(이주자 주도 조직 포함)의 참여 및 파트너십은 국가와 이주자 공동체 사이에 중요한 다리를 만들 수 있다. 오랜 기간 동안 구축하기 위해 노력한 신뢰 기반 관계와 연계를 감안할

29) Sampson, R., Chew, V., Mitchell, G., and Bowring, L. (2015) 'There Are Alternatives: A Handbook for Preventing Unnecessary Immigration Detention (revised)', International Detention Coalition, p. 13.에서 발췌

때 정부 당국보다는 풀뿌리 행위자와 직접 서비스 제공자가 공동체에 훨씬 수월하게 접근할 수 있는 경우가 많다. 직접적으로 영향을 받는 공동체에게서 정보를 제공받는 권리 기반의 대응적인 접근 방식을 보장하기 위해서는 이주 거버넌스에서 이주자, 난민 및 이주 중인 다른 이주자와 그들이 속한 지역사회의 참여와 리더십이 필수적이다.<sup>30)</sup>

벨기에, 영국 및 일본에서는 전술한 효과적인 ATD의 핵심 요소 중 일부가 통합된 다음과 같은 ATD 이니셔티브를 운영하고 있다.

### 벨기에

벨기에 예수회 난민 봉사기구(Jesuit Refugee Service Belgium)의 프로젝트인 ‘Plan Together’는 지역사회에 기반을 둔 권리 기반 ATD 파일럿 프로그램으로서, 구금 위험에 처한 자녀가 있는 가족에게 독립적이고 종합적인 사례 관리를 제공한다. 이를 통해 가정을 정기적으로 방문하는 2명의 사례 관리자의 도움을 받아 사례 해결을 위해 노력하는 동안 아동은 친숙한 지역사회 환경에 머물 수 있다. 이 프로그램은 기한에 구속되지 않으며 신뢰 관계를 구축하고 가족의 회복력을 강화하며 사례에 대한 정확하고 명확한 정보를 제공하는 데 중점을 둔다. 벨기에나 다른 EU 회원국에서의 합법적 체류나 출신 국가로의 자발적인 귀국과 같은 영구적인 솔루션을 위한 모든 옵션을 모색하는 데 중점을 두고 있다.<sup>31)</sup>

이 외에도 벨기에 정부는 2021년 6월에 새로운 “구금 대안” 부서를 설립했다. 이 부서의 현재 초점은 귀국 절차를 진행 중인 이주자를 위한 개별 사례 관리 지원(ICAM)을 설정하는 것이며 ICAM 지도자는 전국 지역 사무소에 배치된다. 이 접근 방식은 집중적인 지도, 정보 제공 및 사람들의 이주 사례에 대한 지속적인

30) UN Network on Migration peer learning discussion on ‘Government Civil Society Partnerships on Alternatives to Immigration Detention’ (2022) 참조, 출처: <https://migrationnetwork.un.org/events/imrf-dialogue-government-civil-society-partnerships-alternatives-immigration-detention>(마지막 접속: 2022년 4월 21일).

해답 찾기를 통해 참여, 독립 및 건설적인 협력을 장려하는 것을 목적으로 한다. 합법화가 현실적인 방안이 아닌 경우에는 강제 귀국을 피할 수 있도록 자발적 귀국에 대한 지도를 제공한다.<sup>32)</sup> 정부는 또한 2020년에 비정규 이민자들이 항구적인 해결책을 찾을 수 있도록 지원하기 위한 여러 시범 프로젝트에 자금을 지원하겠다고 약속했다.<sup>33)</sup>

### 영국

2014년 4월부터 구금 행동 지역사회 지원 프로젝트는 전과가 있고 출국 장벽에 처해 있으며 장기 구금을 경험했거나 장기 구금 위험에 처한 이주 남성을 대상으로 운영되고 있다. 위험 평가에 따라 대상자가 프로젝트에 참여하게 된 후 프로젝트 조정자와 참여자는 참여자가 취할 수 있는 목표, 조치 및 단계를 설명하는 전환 계획을 작성한다. 이 프로젝트는 구금 해제 조건을 충족하고 장기 구금을 피할 수 있도록 지원하여 출국 장벽에 처해 있고 수감 이력이 있는 청년의 재범 및 도주 위험을 줄이는 것을 목표로 한다. 일대일 사례 관리를 통해 참여자는 기술과 자신감을 강화하여 생계를 안정시키고 지역사회에 긍정적으로 참여하며 당국과의 연락을 유지할 수 있다.<sup>34)</sup> CSP 프로젝트는 낮은 재범률과 높은 참여도를 보였다.

### 일본

난민과 망명을 원하는 사람들을 지원하는 NGO 네트워크인 일본 난민 포럼(FRJ)은 지정된 공항을 통해 일본 입국 및 망명을 원하는 사람들을 위한 ATD 프로그램을 시범 운영하기 위해 2012년 법무부 및 일본 연방 변호사 협회와 양해각서를 체결했다. 이 프로그램에 따라 법무부는 망명을 원하는 사람들을 구금 시설로 보내는 대신 FRJ에 회부하여 FRJ에서 긴급 피난처를 제공하고, 적절한 숙소를 확보하고, 사례 관리 지원을 제공하고, 법률 지원 및 기타 서비스에 대한 추가 의뢰를 원활하게 진행할 수 있도록 한다. 이미 구금 시설에 있는 망명을 원하는 사람들도 FRJ에 의뢰될 수 있다. 이 프로그램의 시범운영 단계는 2014년에 종료되었으며 이후 공식적으로 시행되었다.

MOJ, FRJ 및 JFBA가 구현한 ATD 프로그램은 사례 관리 지원을 통한 조기 개입이 참여자의 건강에 긍정적인 차이를 형성하고 특정 요구와 취약점을 충족하며 망명 및 이주 절차에 생산적으로 참여할 수 있도록 지원한다는 것을 입증했다. 결과적으로, 이는 당국과의 더 나은 참여로 이어지며 개선되고 시기적절한 사건 해결로 이어진다.

벨기에의 사례는 이주자의 안전하고 자발적인 귀환을 촉진하기 위해 이민 구금이 전제 조건일 필요는 없으며 항구적인 해결책을 위한 모든 옵션을 모색하는 것이 중요하다는 것을 보여준다. 또한 다양한 범위의 행위자들과 교류해야 한다는 벨기에 정부의 개방성을 강조한다. 영국의 Detention Action 프로젝트는 ATD가 무기한 구금에 직면한 복잡한 요구와 위험 요소를 가진 이주자에게 효과적일 수 있음을 입증했다. 일본의 ATD 프로그램은 사실상 구금에 해당할 수 있는 이동의 자유에 대한 심각한 제한과 함께 입국장에서 장기간 체류할 가능성이 있는 이주자를 지원하는 ATD 방안을 구상할 여지를 남긴다.

종합하면 이러한 프로그램들은 한계가 없거나 “완벽한 모델”은 결코 아니지만, 정부와 시민사회 구성원이 이민 구금의 사용을 줄이고 권리 기반 ATD를 위해 각 국가에서 기울이고 있는 노력과 중간 단계를 잘 보여준다.

- 
- 31) Plan Together 파일럿에 대한 자세한 내용은 JRS Belgium 웹사이트 <https://www.jrsbelgium.org/Plan-Together-564>를 참조(마지막 접속: 2022년 8월 2일).
- 32) ICAM, La Libre (2021) ‘Asile et migration: Sammy Mahdi ouvre le premier bureau de retour régional’ (‘Asylum and Migration: Sammy Mahdi opens the first regional return office’), 10월 28일: <https://www.lalibre.be/belgique/societe/2021/10/28/sammy-mahdi-ouvre-le-premier-bureau-de-retour-regional-OWM24AQKOVHMFDMBCBTK3W6SUM/> (마지막 접속: 2022년 8월 2일).
- 33) Belgian Federal Government (2020) ‘Accord de Gouvernement’, op cit.
- 34) Detention Action (2016) ‘Without Detention’

## 결론

이주 불법화 및 안보화 증가는 인권의 문제일 뿐만 아니라 효과적인 이민 거버넌스에 대한 국가의 요구와도 일치하지 않는다. 실제로 이주 구금의 이용이 이주를 범죄화하고 불법 이주를 방지한다는 증거는 없다. 이주가 범죄가 아니라는 점에 유의하는 것도 중요하다. 국경을 넘어 비정규적으로 국가에 체류하는 행위 자체는 범죄 행위가 아니며 범죄로 취급되어서도 안 된다. 국가는 국경을 보호하고 주권을 수호할 정당한 이익이 있으나, 이민 구금을 기본 조치로 사용하는 것은 국제 인권법에 따른 정당한 이익을 초과한다. 따라서 구금의 사용에 의존하지 않고 이주 과정의 이주자가 권리와 존엄성을 가지고 살 수 있도록 하는 이주 거버넌스 시스템을 만들기 위해 주정부가 기존 ATD를 복제하고 확장하려는 노력을 늘리는 것이 필수이다.

여러 주요 요인으로 인하여 ATD를 탐색하고 투자하는 정부는 늘어나고 있다. 자세히는 다음과 같다.

- 이민 구금이 이주자의 건강과 복지에 유해하다는 증거, ATD와 정신 및 신체 건강 개선 결과 간의 명확한 연관성
- 국가가 구금을 최후의 수단으로만 사용하고 ATD를 우선시할 것을 요구하는 확장된 국제 차원의 법적 의무 및 규범
- 구금 시설을 설치하고 운영하는 과정에서 국가가 부담하는 높은 비용과 관련 법률 비용.

세계 각지에서 이루어지고 있는 유망한 예로는 비구금 원칙을 수호하거나 ATD를 규정하는 법률 및 정책의 채택, 지역사회 기반 파일럿 프로젝트의 도입 및 규모 확대, 구금 사용을 줄이는 데 도움이 되는 심사, 평가 및 위탁 메커니즘의 구축은 물론, 아동을 위한 대안적 보육 계획의 개발과 같은 변화가 있다.

주정부 및 비정부 행위자 모두가 사용할 수 있는 ATD의 범위는 다양한 형태를 갖지만 연구에 따르면 가장 성공적인 사례는 이주 사례가 처리되는 동안 이주자가

지역사회에서 살 수 있도록 허용하고 집행보다는 참여에 초점을 맞춘 전체론적이고 사례 관리 기반적인 접근 방식이다. 시민사회와 정부 행위자 간의 파트너십 구축을 포함한 사회 전반적인 접근 방식은 이주 과정의 이주자의 인권을 존중하고 그들의 요구와 지역사회의 요구를 반영하는 모델의 출현으로 이어질 것이다.

**국제구금연맹**

모든 이주자의 권리와 존엄성

**구금 대안 사례  
개념, 이점 및 유망한 관행**

**민지 야마다 박**  
아시아 태평양 프로그램 책임자  
영향 및 학습 리드

**국제구금연맹(International Detention Coalition)**

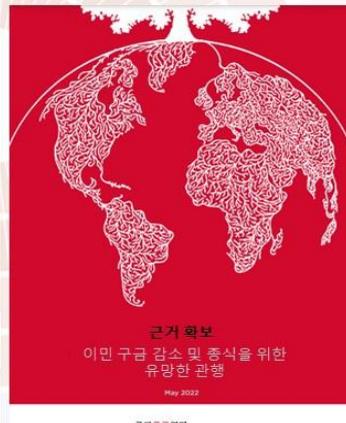
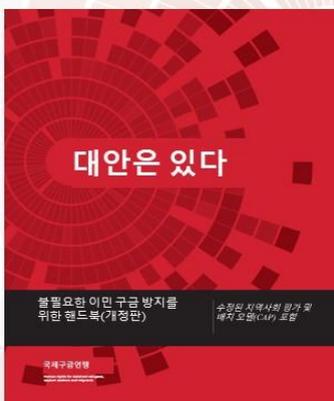
거의 100개국에 기반을 두고  
400개 이상의 시민 사회 조직 및  
개인으로 구성된 글로벌  
네트워크로 이민 구금의 대상이  
되거나 이민 구금에 처할 위험이  
있는 난민, 망명 신청자 및  
이주자의 권리를 위해 일하고  
있다.

## IDC의 접근 방식

- ATD 글로벌 전문가 유엔 이주 네트워크(UN Migration Network) ATD WG의 공동 의장, 지역 ATD 네트워크 조정, 다양한 이해관계자를 모으는 글로벌 및 지역 정책 회의 소집 등의 역할 수행
- ATD에 대한 **최첨단 연구 및 리소스** 마련
- 지역 문제를 해결하기 위해 **솔루션 중심의 협력적이고 혁신적인 접근 방식**을 적용
- 정부, 유엔 기관 및 시민 사회와 **건설적인 협력 실적** 보유

3

## 증거 구축 및 솔루션 파악



## ATD란? (alternatives to immigration detention)

IDC는 ATD를 “이민 구금의 위험에 처한 사람들이 이민과 관련된 이유로 구금되지 않고 지역사회에서 생활할 수 있도록 하는 다양한 법률, 정책 및 관행”으로 정의한다.

## ATD의 종류

- 당국에 등록
- 정기 보고
- 지정 거주지
- 보석금, 보증금 또는 보증인
- 귀환 주택/귀환 센터
- (전자 모니터링)
- 임시 거주 허가
- 개방 센터 또는 부분 개방 센터
- 감독
- 귀환 상담
- 사례 관리 또는 사례 담당자 지원
- 가족 기반 대안 숙소
- 주거용 숙소

집행 기반>>>> 참여 기반

## ATD의 종류

참여 기반 ATD	집행 기반 ATD
맞춤화된 종합적인 사례 관리	정기 보고, 서류 제출, 거주 요건
개인이 참여하고 협력할 수 있도록 지원하고 권한을 부여하는 것이 목표	규정 준수를 제어, 제한 및 억제하는 것이 목표
신뢰와 소통을 바탕으로 함	불신을 바탕으로 함
종합적(이주와 관련된 모든 선택지와 광범위한 필요 사항 및 복지에 중점)	대부분 귀환에만 집중함
사회복지 원칙 및 방법론	형사사법적 접근
매우 효과적(비용, 규정 준수, 복지)	정부가 개인을 석방하고 추적할 수 있는 것 이외에 효과에 대한 증거가 거의 없음

## ATD에 대한 “잘못된” 인식

### • 대체 구금 형태 ≠ ATD

- 폐쇄적인 피난처 또는 접수 시설
- 외진 곳 또는 물리적으로 고립된 곳
- 국경 또는 환승 구역에서의 보호관리는 그 제한 조치가 일반적인 검사 및 식별 절차를 넘어섬
- 전자 모니터링 또는 태깅
- 가혹한 조건이나 제한 – 불법적이고 불필요하며 과도하다.

**= 사실상의 구금**

## 전 세계적 추세

- 국가, 지역 및 세계 수준에서 ATD 사용을 확대하여 이민 관리 도구로 이민 구금을 사용하지 않으려는 추진력이 증가함
- 코로나19는 보다 지속 가능하고 효과적인 이주 거버넌스를 위한 과제와 기회를 모두 제시함
- GCM과 같은 다양한 글로벌 프레임워크를 통해 전 세계 정부는 ATD를 개발하고 지원하는 데 전념하고 있음

## ATD를 선택해야 하는 이유

### 1. ATD는 이주자의 건강과 복지를 향상시킨다.

- 아무리 짧은 기간이라도 구금은 개인의 건강과 복지에 유해하다.
- 높은 수준의 우울증과 외상 후 스트레스 장애(PTSD)
- 아동의 인지 및 정서 발달에 평생 영향

- 지역사회 기반 ATD는 구금과 비교하여 건강 및 복지에 훨씬 더 긍정적인 결과를 보여주었다.

## ATD를 선택해야 하는 이유

### 1. ATD는 이주자의 건강과 복지를 향상시킨다.

- 영국 ATD 파일럿 평가(2022)에서 참가자들은 이민 시스템 준수를 저해하지 않으면서도 더 긍정적인 건강 및 복지 영향을 경험했다.
- 불가리아, 키프로스 및 폴란드의 ATD 평가(2020)에서는 참가자의 81%가 심리적 복지가 개선되었고 75%가 생활 상황이 개선된 것으로 나타났다.
- 말레이시아의 어린이를 위한 ATD 프로그램 평가(2019)는 참가자의 복지, 안전 및 안정성이 크게 향상되었음을 밝혀냈다.

11

## ATD를 선택해야 하는 이유

### 2. ATD는 인권을 존중, 보호 및 이행한다.

- 국제법에 따르면 이민 구금은 가능한 모든 대안을 고려한 후 최후의 수단으로만 사용해야 한다.
- 자유 추정에 기초한 필연성과 비례의 원칙

“[구금에 대한] 결정은 사례별로 관련 요소를 고려해야 하며, (...) 보고 의무, 보증인 및 기타 도주 방지 조건과 같이 동일한 목적을 달성하기 위해 권리를 덜 침해하는 수단을 고려해야 한다.”  
(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR) 제9 조의 유엔 자유권규약위원회(HRC) 일반논평(GC))

12

## ATD를 선택해야 하는 이유

### 2. ATD는 인권을 존중, 보호 및 이행한다.

난민 글로벌 컴팩트(Global Compact on Refugees)와 안전하고, 질서 있고 정규적인 이주를 위한 글로벌 컴팩트(Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration)에는 모두 보호관리 없는 구금 대안 개발에 대한 언급이 포함되어 있다.

*“이주 구금은 오직 최후의 수단으로만 사용하며 대안을 찾기 위해 노력한다.”(GCM 목표 13)*

국제법에 따르면 아동의 경우 구금 자체가 아동 권리 침해이며 아동의 최선의 이익을 침해한다. ‘최후의 수단’ 원칙은 아동에게 적용되지 않는다.

13

## ATD를 선택해야 하는 이유

### 3. ATD는 이주자들이 이민 절차에 지속적으로 참여하고 준수하도록 돕는다.

- 구금의 위협이 비정규적인 이주를 억제한다는 실증적 증거는 없다.

- 구금이 반드시 사례 해결에 도움이 되는 것은 아니다.

- ATD를 사용할 때 규정 준수가 개선되고 사례 해결이 증가했음이 입증되었다.
- 정보에 입각한 의사 결정에 참여할 수 있는 능력이 향상되었다.
- 이민 절차의 공정성에 대한 신뢰를 형성한다.
- 최종 결과에 대한 준수 수준이 높다(합법 체류 또는 독립 출국).

14

## ATD를 선택해야 하는 이유

### 4. ATD는 구금보다 비용 효율적이고 경제적이다.

- ATD는 이민 구금을 운영하는 것보다 평균 80% 저렴하다.
- 구금 비용 대비 비용 절감 효과가 캐나다에서는 93%, 호주에서는 69%로 나타났다.
- 영국의 ATD 파일럿 평가는 지역사회에서 이주자를 지원하는 비용이 그들을 구금하는 비용의 절반이 될 수 있음을 시사한다. 말레이시아에서는 아동을 위한 ATD 프로그램 비용이 이민 구금 비용보다 90% 더 저렴하다.
- 이러한 요인에는 운영 비용 감소, 독립 출국 프로그램 사용으로 인한 비용 절감, 소송 및 보상 청구 방지 등이 포함된다.

15

## ATD를 선택해야 하는 이유

### 4. ATD는 구금보다 비용 효율적이고 경제적이다.

국가	구금 비용	대안 비용
호주	AU\$655	\$8.80-\$38
오스트리아	€120	€17-€24
벨기에	€180-190	€90-120
캐나다	CA\$179	CA\$10-12

출처: IDC Handbook: There Are Alternatives(IDC 핸드북: 대안은 있다), 11페이지

16

## 성공적인 ATD의 핵심 요소

- 사례 관리 및 배치 결정을 맞춤화하기 위한 **심사 및 평가**
- 사례 해결 및 **조기 참여**에 중점을 둔 **종합적인 사례 관리 서비스 제공**
- 개인이 합법적으로 국내에 머물 수 있는 모든 방안과 **자발적 또는 독립적인 출국을 위한 모든 방법**을 모색하는 공정하고 시기적절한 절차를 통해 **충분한 정보를 얻도록 지원하고 신뢰 확보**
- **기본권을 존중하고 기본적인 필요 충족**
- **부과된 조건이 지나치게 부담스럽지 않도록 보장**

17

## 유망한 관행 – 벨기에

벨기에 정부 내 CSO& ATD 부서에서 운영하는 ATD 프로그램

- 벨기에 예수회 난민 봉사기구(Jesuit Refugee Service Belgium)는 구금 위험에 처한 자녀가 있는 가족에게 독립적이고 종합적인 사례 관리를 제공한다.
- 사례 관리자의 정기적인 가정 방문을 통해 신뢰 관계를 구축하고 가족의 회복력을 강화하며 사례에 대한 정확하고 명확한 정보를 제공하는 데 중점을 둔다.
- 2021년 6월에 설립된 ATD 부서는 귀국 절차를 진행 중인 이주자를 위해 개별 사례 관리 지원(ICAM)을 설정한다.
- 정규화, 자발적 귀국 등을 포함하여 사람들의 이주 사례에 대한 지속적인 해답 찾기를 통해 참여, 독립 및 건설적인 협력을 장려하는 것을 목적으로 한다.

18

## 유망한 관행 – 영국

### 위험 요인이 있는 이주자를 위한 지역사회 지원 사업

- 2014년부터 Detention Action에 의해 운영되고 있으며, 전과가 있고 출국 장벽에 처해 있으며 장기 구금을 경험했거나 장기 구금 위험에 처한 이주 남성을 대상으로 한다.
- 참가자는 위험 평가를 통해 프로그램에 참여하고 일대일 사례 관리 지원을 제공받는다.
- 구금 해제 조건을 충족하고 장기 구금을 피할 수 있도록 지원하여 재범 및 도주 위험을 줄이는 것을 목표로 한다.

19

## 유망한 관행 – 일본

### 공항에서 망명을 원하는 사람들을 위한 ATD 프로그램

- 일본 난민 포럼(FRJ), 법무부 및 일본 연방 변호사 협회가 체결한 양해각서(MOU)를 바탕으로 2012년에 시범 운영되었고 2014년에 공식적으로 시행되었다.
- 법무부가 망명 신청자를 NGO 네트워크인 FRJ에 회부하면, FRJ는 긴급 피난처를 제공하고 숙소를 확보하고, 사례 관리 지원을 제공하며, 법률 지원 및 기타 서비스에 대한 의뢰를 원활하게 진행할 수 있도록 한다.
- 망명 신청자들이 지역사회에 머무르면서 이주 절차에 생산적으로 참여할 수 있도록 지원함으로써 당국과의 관계를 발전시키고 시기적절한 사례 해결로 이어지도록 하는 것을 목표로 한다.

20

## 요약

다음과 같은 요인으로 인하여 ATD를 탐색하고 투자하는 정부가 늘어나고 있다.

- ✓ 아무리 짧은 기간이라도 구금은 개인의 건강과 복지에 **유해하다**.
- ✓ 국제법에 따르면 구금은 **예외적인 최후의 수단**이어야 한다.
- ✓ 구금의 위협이 비정규적인 이주를 억제한다는 **실증적 증거는 없다**.
- ✓ 구금은 지나치게 비용이 많이 들고 비효율적인 이주 관리 방법이다.

## 요약

- ✓ 이주 관리에 대한 가장 효과적인 접근 방식은 **신뢰를 구축**하고 이주자가 시스템에 참여할 수 있도록 **지원**하는 것이다.
- ✓ ATD는 구금과 비교할 때 **상당한 건강 및 복지 이점**이 있다. 또한 **더욱 비용 효율적**이며 **규정 준수율을 낮추지 않고도 사례 해결**을 지원할 수 있다.
- ✓ ATD에 대한 성공적인 접근 방식에는 **공통된 특성**이 있다.
- ✓ **자유를 박탈**하여 사실상 구금으로 이어지는 조치는 **피해**야 한다.





이주구금 제도개선을 위한  
국제심포지엄

토론

# 취약한 사람들의 보호와 법제도 개선 방향성 모색

- 권수진 실장 (한국형사·법무정책연구원 범죄예방·교정정책연구실)
- 김가을 팀장 (유엔난민기구 법무팀)
- 송오영 과장 (국가인권위원회 인권침해조사과)





[토론문]

## 이주 구금의 제한 및 대안 토론문

권수진 실장

(한국형사·법무정책연구원 범죄예방·교정정책연구실)

김진 변호사님의 ‘취약계층과 한국의 이주 구금’, 마르타 지온코 보호담당관님의 ‘취약한 사람들에 대한 구금의 제한’, 미 야마다 박님의 ‘구금대안에 대한 국제기준 및 사례’에 대한 발제를 잘 살펴보았습니다. 이하에서는 위 세 발제 내용에 대하여 발제자분들께 몇 가지 의견을 여쭙고 대안을 제안하는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.

**발제 1 취약계층과 한국의 이주 구금** 발제문에서는 취약계층과 한국의 이주 구금에 대해서 아동, 성소수자의 이주 구금 문제점, 그리고 구금된 외국인의 정신건강 문제에 대해서 다루었습니다. 그리고 발제자께서는 이와 관련하여 현행 「출입국관리법」의 개정안을 제안하셨습니다.

이 중 저는 우선 **아동구금, 의사소통**에 대해서 말씀드리겠습니다. 발제문에서는 「한국의 자유박탈 아동 실태조사」(2020)에 의하면 구금된 아동에게 통역은 전혀 제공되지 않았으며, 참여 아동은 전담공무원과 면담을 한 적이 없을 뿐만 아니라 교육, 운동, 식사에 어려움이 있어도 문제를 해결할 방법이 없어 참고 견뎠다는 사례가 소개되었습니다. 특히 구금된 아동에게 보호시설 구금 중 통역이 전혀 제공되지 않았다고 하는데, 이는 구금된 아동이 거의 보호시설에 방치된 것과 다름없다고 생각됩니다. 무엇보다 보호시설에 구금된 아동의 상태를 확인하고, 상황을 설명해 주고, 기본적인 욕구가 적절히 충족될 수 있도록 가능한 범위 내의 조치가 필요했다고 생각합니다.

그리고 이를 위해서는 기본적으로 구금된 아동의 언어를 이해할 수 있는 통역 서비스가 필요했다고 생각합니다.

참고로 현재 우리나라 교정시설, 특히 대전교도소, 천안교도소, 청주여자교도소에는 다양한 국적의 많은 외국인 수용자들이 수용되어 있습니다. 2020년 기준 외국인 수용자는 2,451명(기결 1,445명, 미결 1,006명)입니다. 이 경우 외국인 수용자를 수용하는 교정시설에서는 외국어에 능통한 소속 교도관을 전담요원으로 지정하여 일상적인 개별면담, 고충 해소, 통·번역, 외교공관 등 관계기관과의 연락 업무, 법률정보 등을 제공하고 있습니다.<sup>1)</sup> 또한, 외국인 수용자와 의사소통 가능한 이주민센터 관계자, 지역사회 외국인의 통역을 통해 외국인 수용자와 의사소통이 이루어지고 있습니다. 이런 부분에 있어서는 오히려 교정시설보다 외국인 보호시설의 대처가 미흡해 보여 많이 아쉽게 생각합니다.

또 해외 사례를 소개하자면, 오스트리아 교정시설은 화상통역 서비스를 운영하고 있습니다. 오스트리아 교정시설에는 독일어로 의사소통이 불가능한 외국인(주로 동유럽 및 북아프리카 출신)의 비율이 최근 급속도로 높아졌습니다. 2017년 오스트리아 교정시설 수용 현원 중 외국인이 40% 이상으로 의료처우 등에 있어서 정확한 통역이 필요했습니다. 오스트리아는 2016년부터 공공기관의 경우, 국가 차원에서 각종 행정업무에 민간 통역회사를 통한 화상통역 서비스를 제공하고 있었습니다. 이에 오스트리아 교정시설에서도 외국인 수용자와의 원활한 의사소통을 위하여 화상통역 서비스를 도입하여 운영하였습니다. 오스트리아의 교정시설은 민간 통역 서비스 업체와 계약을 체결하여 민간업체에 소속된 통역인이 화상으로 교정시설 내 외국인 수용자와 교정직원과의 통역을 통하여 의사소통이 이루어지고 있습니다.<sup>2)</sup>

외국의 사례와 같이 전문 통역 서비스 업체를 활용하기는 어렵겠지만, 우리나라 교정시설처럼 보호시설에 구금된 외국인에 대하여 이주민센터 관계자 등을 통한 대면, 유선 또는 화상 통역 서비스 지원이 반드시 필요하다고 생각합니다.

1) 법무부 교정본부, 2021교정통계연보, 82면.

2) 권수진 외, 국외출장복명서, 한국형사정책연구원, 2017, 11~13면.

다음으로 **이주 구금 시설(보호시설)**과 관련하여, 법무부는 「2022년도 주요업무 추진계획」에서 개방형 보호시설을 추진하겠다고 하였습니다.<sup>3)</sup> 이 경우 우리나라 천안개방교도소를 비롯한 개방형 교정시설(개방교도소, 소망의 집, 희망센터 등)을 참고할 수 있다고 생각됩니다. 다만, 이주 구금된 외국인은 수형자의 신분이 아니기 때문에 이들에 대한 시설 내 생활상의 조치 및 처우는 개방형 교정시설과는 달라야 한다고 저는 생각합니다.

나아가 이들이 보호시설에 구금되지 않고, 그동안 생활했던 거주지에 머물 수 있도록 하는 제도가 마련되길 바랍니다. 교정 분야의 경우이지만, 외국에서는 다양한 조건을 부과하여 대상자를 자신의 거주지 등에 머물도록 하는 재택구금제도가 시행되고 있습니다. 그리고 재택구금제도의 운영은 자유 제한의 정도와 부수되는 조건 등 그 형태와 운영방식은 나라마다 매우 다양합니다. 자유 제한의 정도에 따라 상이하지만, 경우에 따라서는 직장 또는 학교에 다닐 수도 있으며, 일상생활도 가능합니다.<sup>4)</sup> 이주 구금의 대안으로 보호시설 구금 대신 재택구금제도도 참고해 볼 수 있겠습니다.

다음으로 **성소수자의 구금**에 대해서 말씀드리겠습니다. 성소수자의 경우 본인의 의사와 관계없이 성별이 규정되어 수용되거나 부당하게 격리 수용되지 않도록 당사자 및 외부 전문가의 의견을 청취하는 절차 등이 마련되어야 한다는 발제자 의견에 적극 동감합니다.

일반 교정시설에서도 성소수자의 수용이 문제되기도 합니다. 성소수자는 일반 수용자와 혼거를 희망하지만, 다른 수용자들이 성소수자와의 혼거를 거부하는 경우도 있습니다. 또한, 혼거수용 중 성소수자에 대한 동료 수용자들에 의한 폭력, 따돌림, 성적 학대 등의 문제가 발생할 수도 있습니다. 이 경우 보호시설의 입장에서는 성소수자가 혼거를 희망하더라도 이들을 독거수용하는 것이 이들의 건강과 안전을

3) 법무부, 2022년 법무부 주요업무 추진계획, 2021.12.

4) 외국의 재택구금제도에 관해서는 권수진 외, 재택구금제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2020.에 자세히 소개되어 있습니다.

고려한 조치라고 할 수 있지만, 성소수자들의 입장에서는 이러한 조치를 차별이라고 여길 수도 있을 것 같습니다. 이러한 경우에 성소수자 본인의 의견과 다르더라도 독거(격리 수용) 하는 방법 이외에 다른 대안이 있을지 발제자의 의견을 여쭙보고 싶습니다.

## 발제 2 이민법 집행 정책에서의 취약성 방지 및 대처를 위한 PICUM의 제안에 대하여

발제문에서는 구금의 영향, 특히 송환 구금과 관련된 영향에 대해 벨기에, 네덜란드, 그리스, 스페인, 영국에서의 사례를 조사한 결과가 소개되었습니다. 그리고 구금은 매우 단기간 적용된 경우에도 사람들의 취약성을 높이지만, 구금 기간이 길어질수록 송환율을 높인다는 증거는 없다고 하였습니다. 결론에서는 다양한 요인의 교차성을 고려하는 취약성에 대한 교차적 접근법을 지지하면서, 각국의 이주 구금 전 또는 이주 구금 도중에 취약성 판별 또는 평가 기준이 존재하지 않고 이들이 사법 지원, 의료서비스, 통역 서비스 등에 접근이 어렵다는 점이 지적되었습니다.

이 중 **성소수자 구금**과 관련하여, 일부 성소수자는 젠더가 아닌 성별에 따라 분류된 사람들과 함께 구금되며, 특정한 위협, 괴롭힘, 성희롱에 처하게 되고, 일부 국가에서 일부 성소수자들이 독방에 감금되는 문제점이 언급되었습니다. 이에 앞서 제가 “취약계층과 한국의 이주 구금에 대해” 발제에 대하여 질의한 바와 마찬가지로 성소수자는 일반 수용자와 혼거를 희망하지만, 다른 수용자들이 성소수자와의 혼거를 거부하는 경우도 있고, 혼거수용 중 성소수자에 대하여 동료 수용자들에 의한 폭력, 따돌림, 성적 학대 등의 문제가 발생할 수 있습니다. 이 경우에는 성소수자가 혼거수용을 희망하더라도 독거수용이 이들의 건강과 안전을 고려한 조치일 수 있다고 생각됩니다. 이 경우 성소수자 본인의 의견과 다르더라도 독거(격리 수용) 하는 방법 이외에 다른 대안이 있을지 앞서 취약계층과 한국의 이주 구금에 대하여 발제해 주신 김진 변호사님의 답변이 참고가 될 듯 합니다.

다음으로 **아동 구금**에 대하여, 발제자께서는 UN 합의 기준으로 이주 목적의 아동 구금은 항상 아동을 위한 최선의 이익에 반하므로 아동은 절대 구금되어서는 안 된다고 강조하고 있습니다. 그렇다면 이와 같은 아동에 대한 구금의 대안으로 부모 동반 아동의 경우 거주하고 있는 거주지에 부모와 함께 머무를 수 있게 하는 재택구금의 형태가 좀 더 적절할 것으로 생각합니다. 재택구금은 자유 제한의 정도와 부수되는 조건 등에 따라 그 형태와 운영방식은 나라마다 매우 다양함은 앞서 말씀드린 바와 같습니다. 아동 구금을 방지하기 위하여 이와 같은 재택구금제도를 참고할 수 있을 것으로 생각합니다.<sup>5)</sup>

아동 구금 방지를 위한 또 하나의 방안으로 외국에서 운영되고 있는 유아 양육을 위한 교정시설의 사례를 참고할 수 있겠습니다. 이런 시설은 교정시설임에도 불구하고 부모 수행자가 유아를 양육할 수 있는 환경이 잘 조성되어 있고, 유아 양육을 위한 지원도 잘 되고 있습니다. 여기에는 개별 생활공간, 공동육아 공간, 놀이터 등이 잘 갖추어져 있고, 자녀는 유아원, 유치원, 또는 학교에 다닐 수도 있으며, 양육 도우미 지원을 받기도 합니다. 아래 사진은 미국 일리노이 주 디케이터 교정센터의 유아 양육 시설과 대만 도원여자감옥 내 유아 양육 시설입니다.

일리노이 주 디케이터 교정센터 시설



5) 외국의 재택구금제도에 관해서는 권수진 외, 재택구금제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2020.에 자세히 소개되어 있습니다.



출처: The Washington Post, "Raising babies behind bars", 2018.5.18. ([https://www.washingtonpost.com/news/local/wp/2018/05/11/feature/prisons-are-allowing-mothers-to-raise-their-babies-behind-bars-but-is-the-radical-experiment-in-parenting-and-punishment-a-good-idea/?utm\\_term=.5c9c5f568c76](https://www.washingtonpost.com/news/local/wp/2018/05/11/feature/prisons-are-allowing-mothers-to-raise-their-babies-behind-bars-but-is-the-radical-experiment-in-parenting-and-punishment-a-good-idea/?utm_term=.5c9c5f568c76), 2022.9.1. 최종검색)

### 대만 도원여자감옥 내 유아 양육 시설





출처: 권창모, “대만의 수용자 자녀 양육을 위한 처우”, 「제1차 수용자 자녀 양육 지원을 위한 처우 개선방안」 워크숍 발표자료, 한국 형사정책연구원, 2019.7.8., 5~7면.

그러나 여기서 이주 구금 아동은 범죄자 또는 수형자가 아니라는 점을 다시 한번 말씀드리고 싶습니다. 참고 사례로 외국의 교정시설 내 유아 양육 시설은 모두 특수한 교정시설로서 부모 수형자가 그들의 자녀를 양육할 수 있도록 마련된 시설입니다. 다만, 우리나라 이주민 보호시설 내 유아 양육 시설을 마련한다면 참고가 될 수 있을 것으로 생각합니다.

### 발제 3 구금 대안(ATD) 사례 - 개념, 이점 및 전향적인 관행 - 발표에 대하여

발제문에서는 구금 대안(ATD)의 정의, ATD의 전 세계적 추세, ATD의 장점, 효과적이고 성공적인 ATD의 주요 요소에 대해 설명해 주셨고, 벨기에, 영국, 일본의 ATD 운영 사례가 소개되었습니다.

앞서 소개한 재택구금제도를 참고할 수 있을 것으로 생각합니다. 외국에서는 다양한 조건을 부과하여 대상자를 자신의 거주지 등에 머물도록 하는 재택구금이 실시되고 있습니다. 그리고 재택구금제도의 운영은 각국의 상황에 따라 그 유형과 방법은 다양합니다. 자유 제한의 정도에 따라 상이하지만, 경우에 따라서는 직장 또는 학교에 다닐 수도 있으며, 일상생활도 가능합니다. 이주민 보호시설에서의 구금 대신 재택구금제도도 고려해 볼 수 있을 것으로 생각합니다.<sup>6)</sup>

이상으로 위 세 발제에 대한 토론을 마치도록 하겠습니다. 감사합니다.

---

6) 외국의 재택구금제도에 관해서는 권수진 외, 재택구금제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2020.에 자세히 소개되어 있습니다.

[토론문]

## 난민인정심사 제도와 구금대안(ATD)에 대하여

김가을 팀장 (유엔난민기구 법무팀)

구금대안(ATD: Alternatives To Detention)은 난민 및 비호 신청자가 '이동의 자유에 대한 여러 조건이나 제한을 받는 형태로 지역사회 내에서 거주할 수 있도록 허용하는 모든 법률, 정책 또는 관행'을 말합니다.<sup>1)</sup> 이번 세션에서 앞서 말씀하신 발표자와 토론자 께서 소개해 주셨듯이 개방형 수용(reception) 및 숙소, 거주지 제한, 지역당국의 감독 및 당국 보고 요건 등과 같은 다양한 형태로 존재합니다.

예를 들어 유럽연합에서는 일반적인 관행으로 구금대안이 신속 난민지위심사 절차(accelerated asylum procedure)의 맥락에서 여러 형태로 구현되고 있는데, 이를 두고 유엔난민기구는 이동의 자유를 제한하는 방법이 신체의 자유를 제한하는 구금에 비해 선호됨을 강조한 바 있습니다.<sup>2)</sup>

국내 난민인정심사(구금 중 신청 및 출입국항에서의 절차 포함)의 맥락에서도 공정하고 효율적인 심사가 전제가 된다면,<sup>3)</sup> 구금대안의 도입으로 국가와 개인

1) 유엔난민기구, 당사국 정부를 위한 선택지: 개방형 수용 및 구금 대안,  
<https://www.unhcr.org/553f58719.pdf>

2) 유엔난민기구는 2020년 10월 '유럽 연합의 공정하고 빠른 국경 절차 및 연대를 위한 실질적인 고려 사항'에서 이동을 제한 하는 것과 제한적인 범위 내에서 구금을 하는 것은 필요한 안정장치를 갖췄다면 합법적일 수 있음을 인정하고, 유럽 전역에서 일반적인 관행으로 이뤄지는 이동의 자유를 제한하는 방법이 신체의 자유를 제한하는 구금에 비해 선호된다고 했습니다. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Practical considerations for fair and fast border procedures and solidarity in the European Union*, 15 October 2020, available at: <https://www.refworld.org/docid/5f8838974.html>

3) 난민인정심사의 효율성과 질을 보장하면서 심사적체의 방지 및 해결에 도움이 될 수 있는 사건

모두에게 긍정적인 효과를 기대할 수 있을 것입니다.

국제 난민법 및 인권법상의 비호신청권, 신체 자유와 안전에 대한 권리, 이동의 자유는 난민 및 비호신청자의 구금이 최후 수단으로만 사용되어야 하며, 자유가 기본 상태(default position)임을 의미합니다.<sup>4)</sup> 특히 1951년 난민협약 제31조 제1항은 비호신청자의 비정규적인 입국 또는 체류에 대해 처벌 금지 원칙을, 제 31 조 제 2 항은 난민의 이동의 자유를 보장하며 오직 필요한 경우에 한해 그 자유의 제한을 인정하고 있습니다.<sup>5)</sup>

그럼에도 불구하고 국가가 신체의 자유를 제한하는 실질적인 정책을 실행하는 이유는 여러가지가 있을 수 있지만, 개별 사례에 대한 구금이 위법하지 않고 자의적이지 않으려면 구금의 필요성이 존재해야하고 항시 합리적이어야 하며, 정당한 목적 달성을 위한 비례적인 조치였음을 당국이 입증할 수 있어야 합니다.<sup>6)</sup> 구금

---

처리 방식에 대해서는 유엔난민기구가 2021년 국가인권위원회에 제출한 “국가인권위원회 21-진정-0274200 사건 관련 유엔난민기구 의견서” 참고. 영문 원본: UNHCR, Opinion by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees for the Petition of 21-Jinjeong-0274200 submitted to the National Human Rights Commission of Korea, December 2021, available at: <https://www.refworld.org/docid/61d43f2d4.html> 국문: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=61d43f404>

4) 유엔난민기구, 비호신청인의 구금 및 구금 대안에 관한 적용 기준에 및 표준 지침, 2012, 지침 제2호, 제14항, 13면. UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012, available at: <https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>

5) 유엔난민기구, 2020 헌가 1 및 2020 헌바 119 사건과 관련해 대한민국 헌법재판소에 제출하는 의견서 참고. UNHCR, Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of 2020HunGa1 and 2020HunBa119 before the Constitutional Court of the Republic of Korea, November 2020, available at: <https://www.refworld.org/docid/6136026b4.html>, 국문: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=613602844>; 비정규 이민을 범죄화하는 조치는 종종 비정규 이민을 통제하고 규제하는 정부의 정당한 이익을 초과합니다. 유엔난민기구가 2017년 3월 15일 작성한 불법 입국 또는 체류의 처벌 금지에 대한 결론 요약: 1951년 난민협약 제31조의 해석 및 적용 참조. UNHCR, Summary Conclusions on Non-Penalization for Illegal Entry or Presence: Interpreting and Applying Article 31 of the 1951 Refugee Convention, 15 March 2017, Roundtable, available at: <https://www.refworld.org/docid/5b18f6740.html>

6) 위의 글. 유엔 인권이사회는 구금이 개개인별 결정에 근거를 두어야 하며 개인의 상황에 비추어 볼 때 구금이 합리적이고 필수적이며 그 상황에 비례한다는 것이 입증되어야 한다고 명시했습니다.

기한에는 상한이 있어야 하고, 구금을 개시 할 때와 마찬가지로 연장 될 때도 정기적으로 검토 되어야 하며, 덜 강압적이거나 덜 침해적인 수단을 대안으로 고려하지 않아 피해의 최소성을 보장하지 못하면 또한 자의적인 구금이 될 수 있습니다.<sup>7)</sup>

앞서 예로 든 유럽연합의 여러 국가별 법제도의 합법성을 판단하며, 유럽인권재판소는 이동의 제한과 구금의 차이는 정도(degree)의 것이지 본질(substance)의 차이가 아니라고 보고 있습니다.<sup>8)</sup> 이러한 취지의 판시는 1980년 이후부터 지속되고 있으며 (아래 사례 참고) 최근까지도 여러 유럽 국가의 이동의 제한이 수반된 다양한 구금대안 시도의 사법적 판단 기준으로 사용되고 있습니다.<sup>9)</sup>

#### 사례: Case of Guzzardi v. Italy (1980)

시민을 아시나라섬(Asinarea Island)의 칼라 레알(Cala Reale) 지역에 지정된 숙소에서 16개월동안 의무적으로 머물게 한 거주지 제한 조치를 두고,<sup>10)</sup> 구금에 해당하지 않는다는 이태리 당국의 주장에 대해 (오전 7 부터 통금시간인 오후 10시 사이에는 자유롭게 숙소 출입이 가능했으며, 200 여명의 섬 주민과 교류 할 수

특히 덜 침해적인 기타 방법을 통해 의도된 목적을 달성할 수 있다면 구금을 해서는 안 됩니다. 만약 구금이 부과된다면 적법한지에 대한 사법부의 심사 같은 법적 안전장치가 보장되어야 합니다. 마찬가지로, 유엔 인권이사회는 이동의 자유와 관련하여 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 도덕 및 타인의 권리와 자유를 보호할 목적으로만 이동의 자유가 국가 권력에 의해 제한될 수 있다고 판단하였습니다. 모든 규제는 법률상 규정되어 있어야 하며, 나아가 필수적이고, 비례의 원칙을 준수하며, 보호적 기능을 적절하게 달성하고 수호하고자 하는 이익에 비례하며, 기대하는 효과를 달성할 수 있는 가장 덜 침해적인 조치여야 합니다. 유엔 인권이사회, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조에 대한 일반 의견 제35 호, 2014, CCPR/C/GC/35, <https://www.refworld.org/docid/553e0f984.html> 참조; 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제12조에 대한 일반 의견 제27호, 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, <http://www.refworld.org/docid/45139c394.html> 참조.

7) 위의 글.

8) "(...) 시작점은 대상자가 처한 현실 속 구체적인 상황이어야 하며, 해당 [제한] 조치의 유형, 기간, 영향 및 적용 방식과 같은 다방면에 걸친 요소를 고려해야 한다." 유럽인권재판소, 유럽인권협약 제5조, 자유의 권리 및 안전에 관한 지침, 2020년 8월; 유럽인권재판소, De Tommaso v. Italy, 대재판부 판결, 제80 항, 2017년; 유럽인권재판소, Guzzardi v. Italy, 제92항, 1980년; 유럽인권재판소, Medvedyev and Others v. France, 대재판부 판결, 제73항, 2010년; 유럽인권재판소, Creanga v. Romania, 대재판부 판결, 제91항, 2012년.

9) 위의 글.

있었고, 16개월 중 14개월을 배우자와 아들과 함께 있으면서 가족생활 및 사생활에 대한 권리를 보장받았고, 편지와 전보로 외부와 자유로운 교신을 할 수 있었고, 전화 상대의 이름과 전화 번호를 신고 하면 통화하는데 다른 제약이 없었으며, 사전 허락이 있으면 섬을 일시적으로 떠날 수 있다는 점 등 여러 근거를 제시함), 유럽인권재판소는 이 조치가 교도소와 같은 전통적인 구금(classic detention)은 아니라는 점은 인정해도 그에 대한 처우가 ‘개방형 교도소(open prison)’ 같은 구금과 흡사(resemble)하다고 판단 하는데 있어, 하나의 요소만으로는 신체의 자유에 대한 제한에 이르지 못하지만 여러 요소(하루에 두 번 본인의 위치를 감시자들에게 알려야하는 보고 요건, 이동할 수 있었던 지역은 옥방(cell)보다는 크지만 고립되어 있는 섬의 아주 작은 일부에 불과한 사실, 낙후된 생활 환경, 가족외에 교류했던 섬 ‘주민’의 대부분은 본인이 비슷한 처지에 있는 사람이거나 경찰관이었던 사실, 본토나 다른 섬으로의 외출은 지극히 드물었고 감시하에 진행되었다는 점, 당사자가 섬을 떠난 후 당국이 의무 거주지 목록에서 제외 했다는 점 등)를 종합적으로 봤을 때 신체의 자유에 대한 제한이라고 판단함.

즉 둘의 차이는 개인의 이동 및 자유에 대한 제한을 통해 이루고자하는 목적과 제한의 심각성(severity)과 관련있으며, 개별 사건에 대해 취해진 제한 조치의 유형, 기간, 효과, 영향 및 구현방식에 따라 증감할 수 있습니다.

또, 최소 개입의 방법으로 개별 난민 및 비호신청자의 특정한 상황을 고려하여 관련 법적 보호 장치를 존중하면서 채택한 이동 제한의 방법이라고 해도 여전히 당국에 상당한 재량이 부여된다는 것은 사실입니다. 재량을 과도하게 사용할 경우 당사자의 인권과 존엄성에 끼치는 부정적인 영향 뿐만 아니라, 그 정당성을 계속 확보해야하는 당국에게도 부담이 됩니다. 결국, 구금대안은 대안적 구금 (alternative form of

10) *Guzzardi v. Italy*, 청구 번호 7367/76, 유럽평의회: 유럽인권재판소, 1980년 11월 6일. 원문: *Guzzardi v. Italy*, Application no. 7367/76, Council of Europe: European Court of Human Rights, 6 November 1980, available at: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,502d42952.html>

detention)이 되는 것을 피해야하며, 이동의 자유에 대한 제약이 점점 심해져 사실상 구금으로 전환 되는 “임계점”보다 제약의 수위가 낮아야 그 의미가 있습니다.

임계점이 어디에 있는지에 대해서는 여러 의견이 있고 아직까지 일관된 기준은 없는 것으로 보입니다. 하지만 법에 명시된 내용 외에도 대상자에 대한 처우와 공공 또는 민간 지원 서비스의 접근과 밀접한 관련이 있다는 것이 여러 국가에서 확인되고 있습니다.

의미있는 구금대안을 공정하고 효율적인 심사 맥락에서 구현하기 위해 유엔난민기구는 다음을 강조합니다:

- 일반적으로 구금이 아닌 이동 제한만으로도 공정하고 효율적인 심사를 운영하기에 충분함
- 심사제도와 구금대안이 결합될 때 법적 확실성 보장 필요 (특히 정신 건강에 대한 영향 고려)
- 지속적인 심사를 통해, 총체적으로 비례적인 구금대안 보장
- 수용(리셉션) 시설을 고립되거나 외진 지역에 두지 않음
- 적절한 생활조건과 처우 보장
- 구금대안의 설계 부터 실행까지 시민사회 참여 및 의견 수렴
- 인도주의 주체의 자유롭고 방해받지 않는 접근 보장 (유엔난민기구, 다른 유엔기구, NGO 등)
- 새로운 형태의 리셉션 시범 운영을 통해 꾸준히 보완해야할 점을 찾고 반영

마지막으로 앞서 말씀하신 발표자 및 토론자도 강조를 했듯이 아동, 인신매매 피해자, 고문 피해자 등 취약한 집단을 선별(screening)하여 조취를 취하는, 즉 통제와 처벌이 아니라 적극적이고 진정한 의미의 보호(protection)를 위한 접근으로 전환이 필요합니다.<sup>11)</sup>

11) 스페인에 여성 또는 아동을 동반한 여성을 위한 리셉션 센터 운영 참고. 아셈(Accem), 국가보고서: 스페인, 리셉션 시설 환경, 비호 정보 데이터베이스 - 난민 및 망명인 유럽 이사회(European Council on Refugees and Exiles), 2022년 4월 21일. 원문: Accem, Country Report: Conditions in reception facilities - Spain, available at: <https://asylumineurope.org/reports/country/spain/reception-conditions/housing/conditions-reception-facilities/>

[토론문]

## 이주 구금의 제한 및 대안 토론문

송오영 과장 (국가인권위원회 인권침해조사과)

먼저 이 자리를 빌어 전문적 지식과 높은 열정을 토대로 평소 이주민 인권에 많은 관심을 가져주시고, 저희에게도 많은 조언해주신 여러분께 위원회를 대표하여 깊은 감사를 드립니다.

아울러 이 자리에는 함께하지 못했지만, 영상으로 한국의 이주구금제도 개선을 위해 많은 영감을 주신 발제자분들께도 감사드립니다.

발제자 분들의 말씀을 들어보면 한국의 이주구금 제도뿐만 아니라 유럽을 비롯한 각 국에서도 공통적으로 고민하는 사항으로 보여집니다.

여전히 한국에서는 공문이나 언론 등에서 ‘불법체류자’로 표현하고 있으나 이는 적절하지 않음을 여기 계신 모든분께서 공감하시리라 생각합니다. 미등록 이주민을 비롯한 보호외국인의 대부분은 범죄자가 아니며, 이에 교정시설 수용자와 동일하게 취급해서는 아니 될 것입니다.

그러나 보호외국인들은 인권위에 편지를 보내 인권침해 상황을 호소하면서, “(외국인보호소에 있지만) 지금 이곳은 교도소입니다.”, “내가 왜 범죄자처럼 감옥에 있어야 하나요.”, “나는 죄를 짓지 않았어요. 내가 왜 이런 대우를 받아야 합니까?”로 시작하는 경우가 많습니다.

보호외국인 문제를 다룸에 있어 보호외국인의 지위와 국내 ‘불법체류자’라는 용어에 대해 다시 한번 상기하면서 발제에 대한 의견을 밝힙니다.

발제에서도 문제점이 제기된 바와 같이 외국인 보호소 내에서 여성, 아동, 성소수자 등 취약계층의 인권문제는 우리 위원회에도 종종 접수됩니다. 특히 구금 생활을 통해 정신건강의 문제를 겪는 문제는 비단 외국인보호소 뿐만 아니라 교정시설에서도 지속적으로 발생합니다.

이에 우리 위원회도 정신건강 문제나 취약계층에 관한 특별한 고려가 필요하다는 발제자분들의 의견에 적극 동의하는 바이며, 이와 관련한 권고 등을 진행해오고 있음을 밝힙니다.

또한 국제사회에서 근본적 문제 해결을 위해 구금 대안(ATD) 방식에 대해 깊이 고민하고 있다는 점에 대해 감사드리며, 우리 위원회도 이를 한국의 상황에 맞게 적용할 수 있는 방법에 대해 연구가 필요할 것으로 생각합니다.

**‘이민 구금의 경험은 개인에게 많은 피해와 지속적인 영향을 미친다.’**

정부 당국을 비롯하여 우리 사회의 모든 구성원들이 새겨 들어야 할 말입니다. 보호외국인은 범죄자가 아니며 출입국 정책의 특수성을 고려하더라도 이들 자유의 완전한 박탈은 인권적 관점에서 허용될 수 없습니다.

우리 역시 외국에 나갔을 때 언제든지 유사한 상황을 마주할 수도 있으며, 이에 전 세계 각국이 연대하여 이러한 제도의 기틀을 다지는 일도 반드시 필요합니다.

발제에서 지적된 바와 같이 이주구금으로 인한 피해는 보호외국인에게만 있는 것은 아니며, 사회적 비용이 큼니다. 실제로 외국인보호소 내 출입국 공무원들도 보호외국인 관리로 인해 느끼는 스트레스도 상당합니다.

이러한 관점에서 한국에서도 구금 대안(ATD)이 본격적으로 논의될 시점이 되었다고 생각합니다.

다행인 점은 우리 출입국 당국에서 화성외국인보호소를 비롯하여 개방형 외국인보호소에 대한 시범적 검토를 실시했다는 것입니다.

저도 지난 5월 화성외국인보호소를 다녀왔습니다. 여러 전문가분들께서 보시기에 아직은 완벽하다고 보기는 어렵지만 그 변화는 이미 시작되고 있었습니다.

개별 격실과 철창 속에서의 생활이 변화되고 햇살이 비치는 운동장으로도 상시 접근할 수 있어 보호외국인들의 모습이 훨씬 더 밝아 보였습니다. 이들은 인터넷과 휴대전화를 통해 가족들과도 소통하며 즐거워하기도 하였습니다. 모순적이게도 모든 생활을 통제할 때보다 평화로워 보였습니다.

이처럼 아직은 작은 변화로 시작하지만, 우리 사회에서도 본격적으로 구금 대안에 대한 논의를 통해 더 나은 변화를 이끌어 낼 수 있을 것이라 생각합니다. 특히 코로나-19는 우리 인류에게 위기도 했지만, 사회 변화를 가속화한 기회적 측면도 있습니다. 코로나-19를 계기로 한국을 비롯한 전 세계적으로 구금 대안에 대한 심도있는 토론이 진행되기를 희망합니다.

마지막으로 국내 상황에 대해 위원회의 권고와 우려사항을 언급하고 마치겠습니다. 발제에서도 지적된 바와 같이 현행 출입국관리법에서는 환자, 임산부, 노약자, 19세 미만인 사람에 대해 특별히 보호한다고 규정하고 있을 뿐, 현실에서는 구체적으로 고려가 되지 않는 것으로 보입니다.

특히 아동 구금에 대한 2018년 유엔 인종차별철폐위원회의 지적, 2019년 유엔 아동권리위원회의 지적은 우리 정부가 뼈아프게 받아들여야 할 사항이라 생각합니다.

다른 취약계층도 고려가 되어야 하지만, 아동에 대해서는 우리가 더욱 유의할 필요가 있습니다. “본인 또는 부모의 이주 지위 때문에 아동을 구금하는 것은 언제나 아동 최상의 이익의 원칙에 위배된다.”는 말은 출입국 정책의 정당성에도 불구하고 항상 새겨야 할 지적입니다.

일반 보호외국인의 경우에도 구금으로 인한 정신건강의 문제가 발생하는데, 아동의 구금 경험은 평생의 상처로 남습니다. 우리 정부가 이주 아동에 대해서는 인권적 관점에서 조금 더 적극적인 관심을 기울이고, 정책과 제도를 마련해주실 것을 다시 한번 당부드립니다.

교정시설에서도 마찬가지지만, 외국인 보호소 내에서도 성소수자에 대한 인권침해 문제는 전문성을 가지고 깊이 고민할 필요가 있습니다. 우리 위원회는 2021년 외국인보호소에 대한 방문조사를 실시하고, 관련된 제도개선을 권고한바 있습니다. 이에 대해서도 유의미한 변화가 있기를 기대합니다.

마지막으로 정신건강에 관한 사항입니다. 정신건강에 문제가 없던 사람도 행동의 자유가 극도로 제한되고 구금되는 상황에 처하면 정신적으로 문제가 생길 가능성이 높아집니다.

실제로 우리 위원회에 도움을 호소하는 편지를 보면, “미쳐버릴 것 같아요.”, “자살하고 싶어요.”, “너무 답답하고 공황장애가 생겼습니다.” 등의 말들을 심심치 않게 볼 수 있습니다.

그러나 위원회나 전문가들이 지적하는 바와 같이 외국인보호소 내에서는 정신건강에 대한 적절한 진료 및 대응도 어려울 뿐만 아니라, 일반 의료조치도 부족하다는 지적이 지속적으로 제기됩니다.

발제자분들께서도 말씀하셨지만, 구금은 그 자체로서 보호외국인의 건강에 미치는

영향이 지대하므로 이들에 대한 구금은 신중할 필요가 있으며, 부득이하게 구금을 하더라도 건강에 미치는 영향을 최소화하는 방향으로 가는 것이 인권에 부합하는 출입국 정책이라 할 것입니다. 아울러 보호외국인에게 범죄우려 등 특별한 사유가 없으면 보호일시해제 결정도 적극적으로 검토될 필요가 있겠습니다.

우리 위원회는 매년 방문조사를 통해 외국인보호소 인권상황을 점검하고 올해도 진행되고 있습니다. 또한 진정사건을 통해 개별 인권침해 상황을 살펴보고, 정책·제도개선 권고를 통해서도 정부 정책의 근본적인 변화를 촉구하기도 합니다.

오늘 심포지엄을 계기로, 우리 사회에서 이주민 특히 보호외국인에 대한 인권증진에 기여할 수 있는 기회가 되기를 바라며, 우리 위원회도 제도변화 촉구를 통해 우리 사회의 변화를 견인하겠습니다.

발제와 토론을 맡아주신 모든 분께 다시 한번 감사드립니다.

본 토론문은 실무 부서에서 작성한 글로, 위원회 공식 입장과는 다소 차이가 있을 수도 있음을 양해해주시기 바랍니다.



이주구급 제도개선을 위한  
**국제심포지엄**

