

집행정지신청에 대한 법원의 결정 전 강제퇴거집행에 관한 해외사례비교

목차

1. 연구배경
2. 강제퇴거 집행정지제도와 관련한 현행법
3. 해외사례
 - (1) 미국
 - (2) 캐나다
 - (3) 영국
 - (4) 일본
4. 강제퇴거 집행정지제도와 관련한 정책 제언

작성자: 한태희 IOM MRTC 책임연구원(J.D.)
th.han@iom-mrtc.org
www.iom-mrtc.org
작성일: 2011. 05.12

요약

□ 연구배경

- 최근 불법체류외국인의 강제퇴거처분에 대한 취소소송과 이에 수반한 집행정지신청이 증가하면서 “외국인이 집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때까지” 강제퇴거 집행이 정지되는지에 대한 이견이 있음

□ 강제퇴거 집행정지제도와 관련한 현행법

- 우리 행정소송법은 집행부정지원칙을 채택하고 있으나 항고소송의 권리구제 실효성 확보를 위하여 예외적으로 행정소송상의 가구제(假救濟)로서 집행정지제도를 두고 있음
- 하지만, 행정소송법이나 출입국관리법 등 관련법은 “외국인이 강제퇴거 집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때” 까지 강제퇴거 집행이 정지되는지 여부에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않음

□ 해외사례

- 미국: 판례와 법원실무로서 “외국인이 강제퇴거집행정지신청(motion to stay)을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때” 까지 강제퇴거명령의 집행을 일시 정지
- 캐나다: 이민관 업무지침에 의거하여 이민관은 “외국인이 강제퇴거집행정지신청(motion to stay)을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때” 까지 집행을 정지
- 영국: 이민관 업무지침에 따라 이민관은 “강제퇴거집행정지신청(injunction)을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때” 까지 집행을 정지하고, 외국인이 행정소송허가신청(application for permission to judicial review)을 제기한 대부분의 경우 허가신청에 대한 법원의 결정이 있을 때까지 퇴거가 일시 정지
- 일본: 원칙적으로 집행부정지원칙을 채택하고 예외적으로 집행정지를 인정하고 있으며, 강제퇴거명령처분에 대한 집행정지신청이 제기되었음에도 불구하고 그에 대한 재판소의 결정이 나오기 전에 강제송환이 이루어지는 경우도 있음

□ 강제퇴거 집행정지제도와 관련한 정책 제언

- 법무부는 외국인이 강제퇴거집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정을 기다리는 동안 강제퇴거집행을 정지할 수 있는 요건에 관한 명확한 지침 마련 및 공개
- 법원은 외국인의 강제퇴거집행정지신청에 대한 신속한 결정에 협조

이 글은 행정소송법상 집행정지신청에 대한 법원의 결정이 내려지기 전에 강제퇴거명령을 집행할 수 있는 지에 대하여 1) 우리나라 현행법을 분석하고 2) 해외입법사례와 비교한 후 3) 강제퇴거집행정지제도와 관련한 정책 제언을 하고자 함

1. 연구배경

- 최근 불법체류외국인의 강제퇴거처분에 대한 취소소송과 이에 수반한 집행정지신청이 증가하면서¹ “외국인이 집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때까지” 강제퇴거집행이 정지되는지에 대한 이견이 있음
- 장기간의 불법체류를 이유로 2008년 대한민국에서 강제퇴거된 림부(네팔인)와 소부르(방글라데시인)는 이 이슈에 대하여 헌법소원을 제기하여 헌법재판소는 “행정소송법상 집행정지신청에 대한 법원의 판단이 내려지기 전에 강제퇴거 명령을 집행한 것이 재판을 받을 권리를 침해한 것인지”에 대하여 결정을 할 예정임²
- 향후 지속적으로 증가하는 강제퇴거처분취소소송과 집행정지신청에 대응하기 위하여 “외국인이 강제퇴거집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때까지” 강제퇴거집행이 정지되는지에 대한 종합적인 검토가 요청됨

2. 강제퇴거 집행정지제도와 관련한 현행법

- 우리 행정소송법은 집행부정지원칙(제23조 제1항)을 채택하고 있으나 항고소송의 권리구제 실효성 확보를 위하여 행정소송상의 가구제(假救濟)로서 집행정지제도(동조 제2항)를 두고 있음
- 하지만, 행정소송법이나 출입국관리법 등 관련법은 “외국인이 강제퇴거 집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때” 까지 강제퇴거 집행이 정지되는지 여부에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않음
- 이러한 입법의 불비에 대하여 행정처분의 집행부정지원칙을 강조하여 이 시기에 퇴거집행이 가능하다는 견해와 이 시기의 퇴거집행은 헌법상 재판청구권을 침해한 것이라는 견해가 대립하고 있음

¹ 대표적인 사례로 2008년 림부(네팔인)와 소부르(방글라데시인) 및 2009년 미누(네팔인) 강제퇴거 사건이 있음

² 2008헌마430 사건

3. 해외사례

(1) 미국

- 미국은 1996년 불법이민개혁 및 이민자 책임법(Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act)이 제정되기 전에는 강제퇴거명령을 받은 외국인이 일단 강제퇴거처분취소소송을 제기하면 소송에 대한 법원의 판단이 내려지기 전까지 강제퇴거집행이 자동으로 정지하였음
- 하지만 법 제정 이후에는 강제퇴거명령을 받은 외국인이 강제퇴거처분취소소송을 제기하였다고 하여 그 소송에 대한 법원의 결정이 있을 때까지 강제퇴거가 자동으로 정지하지는 않음³
 - 이러한 이유로 통상 강제퇴거명령을 받은 외국인은 강제퇴거처분취소소송(petition)과 더불어 강제퇴거집행정지신청(motion to stay)을 하고 있음
- 미국 이민법은 강제퇴거처분의 집행정지를 할 것인지 여부에 관한 결정권을 법원에 맡기고 있고, 여기서 법원의 결정권은 집행정지신청에 대한 판단이 있을 때까지 일시집행정지의 효력을 부여할 것인지도 포함되는 것으로 해석됨⁴

De Leon v. INS 판결⁵

미국 연방 제9항소법원은 이 판결에서 본 법원에 강제퇴거집행정지신청이 제기된 경우에는 그 신청에 대한 결정이 있을 때까지 강제퇴거집행이 정지된다고 판시하고 이러한 판시는 법원 규칙에 반영되어 지금까지 적용되고 있음⁶

³ 미국 이민국적법(Immigration and Nationality Act) 제 242 조(b)(3)(B)에 아래와 같이 규정

"Service of the petition on the officer or employee does not stay the removal of an alien pending the court's decision on the petition, unless the court orders otherwise.

⁴ 위 각주

⁵ De Leon v. I.N.S., 115 F. 3d 643 (9th Cir.1997)

⁶ Ninth Circuit General Order 6.4(c)(1)

Prieto-Romero v. Clark 판결⁷

또한 연방 제9항소법원은 이 판결에서, 이민국적법 제241조(a)(1)(B)규정⁸은 “외국인이 강제퇴거 집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때” 까지가 “강제퇴거가 집행가능하게 된 시점”에 해당하는지 여부에 관하여 침묵하고 있는데, 법원은 입법자가 이 기간은 강제퇴거가 집행가능한 시점이 아닌 것으로 의도했을 것으로 해석하고 있음

- 미국법에서 연방항소법원은 타 연방항소법원의 판례에 구속(binding authority)되지는 않지만 특별한 사유가 없는 경우 이를 존중하는 경향(persuasive authority)이 있는 점으로 미루어 볼 때, 미국은 판례와 법원실무로서 “외국인이 강제퇴거 집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때” 까지는 강제퇴거명령의 집행을 일시 정지하는 것으로 이해됨

(2) 캐나다

- 캐나다 이민난민보호법은 강제퇴거집행이 정지되는 5가지 경우에 관한 조항⁹을 두고 있으나 이 조항도 미국 이민국적법과 유사하게 “외국인이 강제퇴거 집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때” 까지 퇴거집행이 정지되는지 여부에 관하여는 규정하고 있지 않음
- 캐나다는 이러한 입법의 불비를 국적·이민·다문화부(Ministry of Citizenship, Immigration and Multiculturalism) 이민관 업무지침으로 해결하고 있음

⁷ Prieto-Romero v. Clark, 534 F.3d 1053 (9th Cir.2008)

⁸ 미국은 “강제퇴거가 집행가능하게 된 시점”으로부터 90 일 안에 강제퇴거를 집행하도록 규정하고 있는데 이 조항에서는 “강제퇴거가 집행가능하게 된 시점”이 언제인지를 규정하고 있음

⁹ 캐나다 이민난민보호법(Immigration and Refugee Protection Act) 제 50 조

사법심사(Judicial Review)에 관한 이민관 업무지침¹⁰

“법원은 통상 강제퇴거집행정지신청에 대하여 강제퇴거집행일 전에 가부 결정을 내린다. 법원은 종종 긴급한 집행정지신청을 처리하기 위하여 통상 근무시간외에도 재판을 진행하기도 한다 (중략) 일단 이민관은 집행정지신청이 법원에 제기되었다는 사실을 통지받은 경우에, 설사 법원의 결정이 퇴거집행예정일까지 내려지지 않을 것으로 예상되는 경우에도 법원의 결정이 있을 때까지 강제퇴거 집행을 연기해야 한다 (중략) 이민관은 집행정지신청이 강제퇴거집행 지연만을 목적으로 한 것이 분명한 경우(예를 들면, 집행정지신청에 대한 법원의 기각결정이 있음에도 불구하고 유사한 집행정지신청을 법원에 다시 접수한 경우, 또는 법원의 집행정지신청기각결정에 대한 항고권이 없음에도 불구하고 항고하는 경우 등)에는 법무부와 협의한 후 집행을 연기하지 않을 수 있다.”

- 이 업무지침에 의거하여 캐나다 이민관은 “외국인이 강제퇴거집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때” 까지 집행을 정지하고 있으며 이러한 제도가 잘 기능하는 이유 중 하나는 법원이 강제퇴거 집행예정일 전에 재판을 마치려는 노력이 있기 때문임

(3) 영국

- 영국도 “외국인이 강제퇴거집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때” 까지 집행을 정지하는지 여부에 관하여 법률에 규정하고 있지 않음
- 영국은 캐나다 사례와 마찬가지로 이러한 입법의 불비를 국경청(UK Border Agency) 이민관 업무지침¹¹으로 대처하고 있음
- 이 지침은 외국인의 강제퇴거집행정지신청(application for injunction)과 행정소송허가신청 (application for permission to judicial review)¹²에 대한 이민관의 일시집행정지 절차를 기술하고 있음

¹⁰ 캐나다 이민관 업무지침(manual) 제 9 장 사법심사(Judicial Review) 12 쪽

¹¹ 영국 국경청 이민법집행지침(Enforcement Instructions and Guidance) 제60장 사법심사와 집행정지(Judicial Review and Injunctions)

¹² 영국에서 행정소송을 제기하는 경우 법원은 제기된 행정소송의 본안심사를 할 것인지에 대한 약식심사를 먼저하고 이

- 먼저, 집행정지신청에 관하여는, 이민관이 강제퇴거지시서(removal direction)를 외국인에게 송부할 때 이 지시서에 외국인이 집행정지신청을 제기한 경우 반드시 담당 이민관에게 그 사실을 고지할 것과 고지할 전화번호와 팩스번호를 기술하고 있고¹³ 이러한 고지를 받은 경우 집행정지신청에 대한 법원의 결과가 있을 때까지 집행을 일시 정지하는 것으로 판단됨
- 또한 외국인이 행정소송허가신청을 법원에 제기한 경우에는 일반적으로 허가 여부가 법원에서 결정될 까지 퇴거집행을 일시적으로 연기하고 있음¹⁴
 - 단, 유사한 쟁점에 대한 행정소송 또는 준사법심사(Asylum and Immigration Tribunal로의 appeal)의 결정이 내려진 후 3개월이 경과하지 않은 경우에는, 또 다른 행정소송허가신청이 있다고 하더라도 퇴거집행이 일시적으로 연기되지 않음
- 이 업무지침에 따라 영국 이민관은 "외국인이 강제퇴거집행정지신청(injunction)을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때" 까지 집행을 정지하고, 외국인이 행정소송허가신청을 제기한 대부분의 경우 허가신청에 대한 법원의 결정이 있을 때까지 퇴거집행이 일시 정지됨¹⁵

(4) 일본

- 일본 행정사건소송법(行政事件訴訟法)은 원칙적으로 집행부정지원칙(제25조 제1항)을 채택하고 있으며 예외적으로 집행정지(동조 제2항)를 인정하고 있음
- 하지만, 행정사건소송법이나 출입국관리 및 난민인정법(出入国管理及び難民認定法) 등은 "외국인이 강제퇴거집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정이 있을 때" 까지 강제퇴거 집행이 정지되는지 여부에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않음
- 이러한 입법의 불비와 집행부정지원칙의 고수로 인하여, 강제퇴거명령처분에 대한 집행정지신청이 제기되었음에도 불구하고, 그에 대한 재판소의 결정이 나오기 전에 강제송환이 이루어지는 경우도 있음¹⁶

러한 심사를 통과하지 못하는 신청은 소 각하를 함

¹³ 각주 11, 20쪽

¹⁴ 각주 11, 10쪽

¹⁵ 참고로, 강제퇴거집행이 급박하게 이루어지고 있는 동안 강제퇴거집행정지신청이 법원에서 인용되면, 퇴거집행관은 강제퇴거대상자인 외국인이 탑승할 비행기의 탑승구가 열려져 있는 한 강제퇴거집행을 정지할 의무가 있음(각주 11, 20쪽)

¹⁶ 東京地判 昭44.11.8 行集20권11호 1324쪽, 東京高判 昭46.3.30 行集22권3호 36쪽 (장지표, 강제퇴거 관련 집행정지요건

4. 강제퇴거 집행정지제도에 대한 정책 제언

- 행정소송법상 집행정지제도의 취지는 행정소송을 제기하여 승소한 경우에도 이미 처분이 집행되는 등의 사유로 인하여 회복할 수 없는 손해를 입게 되어 권리구제가 되지 못하는 경우를 방지하고자 함이고,
 - 1)회복하기 어려운 손해발생의 우려, 2)긴급한 필요의 존재, 3)공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 지 여부, 4)본안 청구가 이유 없음이 명백한지 여부 등에 대한 판단을 법원에 맡긴다는 입법자의 의지가 있는 것으로 해석됨
- 집행정지신청 중에 퇴거를 집행하면 집행정지신청제도가 영해화 될 수 있다는 점, 권리구제의 실효성 확보 및 외국인의 인권보호, 강제퇴거가 외국인의 재입국 가능성에 미치는 영향¹⁷, 권력분립의 원칙(사법부의 권한에 대한 존중), 해외사례 등을 고려할 때 강제퇴거집행에 있어서 집행부정지원칙의 유연한 적용이 요구됨

제언 1	법무부는 외국인이 강제퇴거집행정지신청을 하고 그 신청에 대한 법원의 결정을 기다리는 동안 강제퇴거집행을 정지할 수 있는 <u>요건에 관한 명확한 지침 마련 및 공개</u>
-------------	---

- 이 지침에는 어떤 경우에 집행이 일시 정지가 되고 그 예외가 있다면 예외사유, 법원에 집행정지신청을 한 사실을 입증할 서류, 이러한 사실을 퇴거집행기관에 통지할 방법 (예를 들면, fax송부) 등 퇴거대상 외국인이 명확하게 이해할 수 있는 상세한 지침을 마련하고 이를 공개할 필요가 있음

제언 2	법원은 강제퇴거 외국인의 집행정지신청에 대한 신속한 결정에 협조
-------------	-------------------------------------

- 위와 같은 지침의 시행으로 인하여 적법한 퇴거집행이 지연됨을 방지하기 위해서는 집행정지신청에 대한 법원의 신속한 결정이 요구되므로, 행정법원의 적극적 협조가 요청됨

에 관한 고찰-일본의 행소법 및 입관법을 중심으로, 법무연구 27(2000.12) 381쪽에서 재인용)

¹⁷ 외국인은 강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년 동안 대한민국에 입국이 금지됨(출입국관리법 제11조 제1항 제6호)