

국 가 인 권 위 원 회

침해구제제2위원회

결 정

사 건 19진정0703100 장기체류 미등록 이주아동의 체류자격 부여제도 부존재로 인한 인권침해

진 정 인 ○○○

피 해 자 1. ○○○

2. ○○○

피진정인 법무부장관

주 문

1. 피진정인에게, 피해자들과 같은 장기체류 미등록 이주아동에 대한 무조건적인 강제퇴거를 중단하되, 이들이 국내에 지속적인 체류를 원할 시 직접 체류자격을 신청할 수 있도록 하고, 아동 최상의 이익을 고려한 구체적이고 공개적인 심사기준에 따라 적절한 체류자격을 부여할 수 있는 제도를 마련할 것을 권고한다.
2. 피진정인에게, 해당 제도 마련 이전이라도 피해자들의 인권이 침해되지 않도록 아동 최상의 이익을 고려하여 현행 법·제도 하에서 가용한 모든 절차를 활용하여 체류자격 부여 여부를 적극적으로 심사하되, 이 과정에서 피해자들의 강제퇴거에 대한 두려움을 최소화할 수 있는 조치를 취할

것을 권고한다.

이 유

1. 진정요지

피해자들은 체류자격 없이 대한민국에서 출생한 외국인으로 강제퇴거 대상자이나 '불법체류 학생의 학습권 지원방안' 지침에 따라, 고등학교 졸업시까지 부모와 함께 강제퇴거가 유예되었다.

피해자들은 고등학교를 졸업하더라도 대학입학 또는 장애를 가진 부모 및 어린 동생들을 돌보아야 하는 등의 사정이 있지만, 현 제도 상 피해자들과 같이 장기체류 중인 미등록 이주아동에게 체류자격을 부여하는 제도가 없어, 위 지침 상의 유예기간이 지나면 본국으로 강제퇴거 된다.

한국어를 모국어로 사용하고 장기간 대한민국에서 교육받고 성장하면서 정체성을 형성한 피해자들의 의사와 상관없이 국적국으로 출국하게 하는 것은 이들의 기본권을 침해하는 행위이다.

2. 당사자의 주장 요지

가. 진정인

진정요지와 같다.

나. 피해자 1(2002년생, ○○ 국적)

피해자 1은 ○○국적이나 대한민국에서 출생하여 대부분의 기간 동안 국내에 거주한 고등학교 2학년 학생이다.

1) 출생 및 미등록 체류 경위

피해자 1의 부모는 선천적으로 청각 및 언어장애를 갖고 있는 중복 장애인이다. 피해자 1의 아버지는 ○○의 장애인 복지가 매우 열악해 자립 하기가 힘들어 대한민국으로 입국했고, 어머니는 일찍이 부모님을 여의고 큰언니 손에 자라다가, 한국인과 결혼하게 된 큰언니를 따라 함께 입국하였다.

피해자 1의 부모는 한국에서 만나 결혼하여 2002년 피해자 1을 출산 하였다. 당시 피해자 1의 부모 모두 미등록 신분이었기 때문에 피해자 1도 외국인 등록을 하지 못했다. 피해자 1이 3세가 되었을 즈음 어머니가 피진 정기관에 의해 단속되어 피해자 1은 어머니와 함께 ○○로 출국하여 1년간 량 체류하다가 2006년 어머니와 함께 대한민국에 재입국하여 현재까지 체 류 중이다. 피해자 1의 부모 모두 ○○에 거주중인 가족이나 친지는 없다.

2) 성장과정

피해자 1의 아버지는 건설일용노동자, 어머니는 공장노동자로 일하며 가족의 생계를 유지하고 있다. 부모 모두 청각 및 언어장애가 있어 가족끼 리는 수어로 소통하는데, 피해자 1의 가족은 한국어 수어를 체계적으로 배 우지 못해 수어보다는 대부분 몸짓과 손짓으로 대화한다. 부모는 한국어를 모르고, 피해자 1은 ○○어를 몰라 글로도 소통이 불가능하다.

피해자 1은 유치원을 졸업한 뒤 관악구 소재의 초등학교, 중학교를 졸업하고 현재 동작구에 소재한 고등학교 2학년으로 재학 중이다. 피해자 1 은 고등학교에 입학한 이후로 사회문제를 다루고 해결책을 제시하는 사회

탐구과목에 흥미를 가지게 되었고, 좋은 성적을 받고 있다.

피해자 1은 교내 봉사 동아리 부장을 맡아 16명의 부원들을 통솔하며, 2주에 한 번씩 정기적으로 지역 요양원에서 청소, 배식, 말벗 되어드리기 등 다양한 봉사를 하며 사회복지사가 되기 위한 준비를 하고 있다.

3) 한국사회와의 유대 관계 및 장래계획

피해자 1의 한국어 능력은 보통의 대한민국 국적 고등학생 수준이다. 피해자 1은 초등학교부터 주변 친구들에게 외국국적이라는 사실을 알리지 않았다. 피해자 1은 평범하지 않은 이름 때문에 친구들로부터 이름이 아닌 별명으로 불리기도 했지만, 한국국적이 아니라는 사실을 의심 받아본 적은 없다.

피해자 1은 미등록 체류 사실의 의미를 본격적으로 깨닫게 된 중학교 시절부터 한국국적 친구들을 보며 상대적 박탈감을 느꼈으나, 스스로 가능한 것들의 성취를 위해 부단히 노력하였다. 일례로, 사회봉사 시간을 인정받기 위해서는 사회복지자원봉사인증관리 홈페이지에 가입하여야 하나, 피해자 1은 주민등록번호가 없어 가입이 불가능하였다. 그러나 피해자 1은 봉사 동아리 부장으로서 봉사시간, 봉사인원, 봉사내용을 매번 요양원 측과 의논하는 과정에서 요양원 관계자들의 신뢰를 얻고 있었기 때문에 요양원 으로부터 수기로 작성된 봉사 증명서를 받을 수 있었다.

피해자 1은 사회복지사라는 목표를 갖고 봉사활동을 열심히 하고 있다. 피해자 1은 체류자격과 경제적 궁핍으로 인해 의료와 교육의 기회로부터 소외된 사람들의 애환과 특히 장애인과 그 자녀가 겪는 어려움을 누구

보다도 더 잘 알고 있어 경제적으로 안정적인 삶을 추구하기보다는 자신과 같은 어려움을 겪고 있는 사람들에게 도움을 주고 싶다는 생각으로 사회복지사가 되려고 한다.

4) 국적국과의 단절

피해자 1은 국적국 언어인 ○○어를 배운 적이 없고, 부모와도 한국어 수어로만 대화하고 있다. 최근에는 교내 백일장 대회에서 우수한 성적으로 상장을 받기도 하였고, ○○어보다 학교에서 제2외국어로 배우고 있는 일본어를 더 잘 안다.

피해자 1은 성장하는 동안 ○○의 사회, 문화, 교육을 접할 기회를 전혀 갖지 못했다. 피해자 1은 부모나 이모를 통해 ○○에 대한 교육이나 설명을 듣지 못했고, 한국에서 공교육을 이수하는 과정에서도 ○○ 관련 교육을 받지 않았으며, 가족을 제외한 ○○국적 외국인과의 교류한 경험도 없다.

피해자 1에게 국적국인 ○○은 TV에서 보고 들은 낙후된 국가라는 정도의 이미지뿐이고, 피해자 1은 자신이 ○○ 사람이라고 느낀 적이 없을 정도로 국적국과의 연대감이 없으며, ‘○○로 돌아갈 바에는 높은 데에서 떨어져 죽겠다’는 심정이 들 정도로 국적국에 대한 거부감이 크다.

어머니의 자매들은 모두 한국에 있고, 아버지의 친인척은 모두 사망하여 ○○ 현지에는 피해자 1을 보호하고 지원해 줄 수 있는 친인척이 없다. 또한 피해자 1의 부모는 선천적인 장애로 인해 가족 이외의 사람을 만날 기회가 드물었기 때문에 국적국에서의 인적 기반이 전혀 없다.

5) 기타 고려사항

피해자 1은 이 진정사건 조사 과정에서 피진정인으로부터 '특별 자진 출국제도'를 통해 국적국으로 출국하여 일정기간 이상 체류한 이후 유학생 비자 등으로 재입국하여 합법적으로 체류할 수 있는 방법에 대해 안내 받았으나, 아직 강제출국 유예기간이 남아있고, 연고도 없는 국적국에 혼자 체류할 수 없어 해당 제도를 이용할 수 없다고 진술하였다.

다. 피해자 2(2001년생, ○○○ 국적)

피해자 2는 ○○○ 국적이거나, 한국에서 출생하여 지금까지 한국에서만 거주한 진정 제기 당시 고등학교 3학년 학생이다.

1) 출생 및 미등록체류 경위

피해자 2의 부모는 산업연수생 신분으로 한국에 입국하였으나, 열악한 노동조건으로 인해 사업장에서 이탈하여 미등록 체류상태로 한국에서 근로하며 거주하고 있다.

피해자 2의 부모는 사실혼 상태에서 2001년 피해자 2를 출산하고, 그 후 2명의 딸을 더 출산하였다. 피해자 2의 어머니는 2014년경 몸 상태가 나빠져 요양을 위해 ○○○으로 출국하였으며, 강제퇴거 대상자의 신분이었기 때문에 일정기간 재입국이 불가하여, 현재 피해자 2는 아버지와 여동생 2명과 함께 살고 있다.

2) 성장 과정 및 가족관계

피해자 2는 안산에서 초등학교 및 중학교를 졸업하고, 현재는 안산의

특성화 고등학교에 재학 중에 있다.

5년 전 피해자 2의 어머니가 원인을 알 수 없는 증상으로 장기치료 및 요양이 필요하여 자진출국 하였는데, 당시 피해자 2의 나이는 12세였다. 그때부터 피해자 2는 사실상 2명의 동생들을 돌보는 역할을 하였다. 피해자 2는 가정형편을 생각하여 고등학교를 진학할 때도 인문계 학교보다 학비가 저렴한 특성화고를 선택할 정도로 가족에 대한 책임감이 강하다.

3) 한국사회와의 유대 관계 및 장래계획

피해자 2가 유일하게 구사할 수 있는 언어는 한국어이다. 학교 교우들은 피해자 2가 외국국적이라는 사실을 모른다. 피해자 2는 가장 가깝게 지내는 친구 1-2명에게만 한국 국적이 아니라는 사실을 고백하였다.

피해자 2는 중학교 졸업 시 정근상을 받는 등 성실하게 초등학교 및 중학교 과정을 이수하였고, 고등학교에서는 연극 동아리에서 활발하게 활동하고 있다. 피해자 2는 주말과 방학에도 학교에 나가 연극을 준비할 정도로 성실하게 동아리 활동에 참여하고 있는데, 동아리에서 무대 설치, 조명, 의상, 음향 등의 업무를 맡고루 경험하면서 '상황에 맞는 음악과 조명을 선택하고 무대를 돋보이게 하는 것이 가장 행복하다'라는 생각을 하게 되었다. 이러한 경험을 토대로, 피해자 2는 공연 기획 업무를 하고 싶다는 구체적인 계획도 세웠다.

피해자 2는 고등학교 졸업 이후 ○○○으로 돌아가야 한다는 생각은 해본 적이 없고, 한국에서 계속 살고 싶어 한다.

4) 국적국과의 단절

피해자 2는 ○○○어를 전혀 구사하지 못한다. 부모와 2명의 동생들도 한국어만 사용했다. 따라서 자연스럽게 지역 내 다른 ○○○인들과의 교류도 없고, 주로 교류하는 사람들은 매주 예배 시 만나는 지역 내 성당의 교인들이며, ○○○ 친척들과의 교류나 소통도 거의 없다.

5) 기타 고려사항

피해자 2는 2020. 2. 고등학교를 졸업하여 피진정기관에 의해 단속되면 강제퇴거 된다. 그래서 국적국으로 쫓겨날 수도 있다는 두려움으로 피진정인에게 안내받은 '특별 자진출국제도'를 적극 활용하고 싶은 마음도 있다. 그러나 출국하면 다시 한국으로 재입국하기 어려울 수도 있다는 불안감, 사회적 유대감이 전혀 없는 국적국에서의 생활에 대한 막막함, 그리고 남겨질 어린 동생들에 대한 걱정이 커서 선뜻 선택하지 못하는 상황이다.

라. 피진정인

초·중·고등학교에 재학 중인 불법체류 아동(이하 '미등록 이주아동'이라 한다)에 대해 단속을 자제하고, 본인 희망 시 고등학교 과정까지 강제출국을 유예하고 있다.

미등록 이주아동이 고등학교를 졸업하면 더 이상 유엔 「아동의 권리에 관한 협약」에 따른 '미성년 아동의 인권' 영역이 아닌 성인 미등록 체류 문제로 성격이 전환되고, 국내출생 미등록 이주아동의 대학 진학 등의 사유로 인한 '상시적 합법화 제도(체류자격 부여)'는 없으므로, 고등학교 졸업 후 단속에 적발되면 강제 퇴거된다.

다만, 「출입국관리법」 제61조(체류허가의 특례)에 따라 법무부 장관이 강제퇴거 명령을 받은 외국인에 대해 국내 체류를 허용할지 여부를 심사할 수 있으므로, 법 위반 동기 및 내용 등의 사유를 종합적으로 검토하여 개별적으로 판단할 수 있을 것이다.

일각에서 미등록 체류 아동에 대한 합법화를 주장하고 있으나, 미등록 이주아동에 대한 상시적 합법화는 유엔 「아동의 권리에 관한 협약」의 범위를 벗어난 것으로 법 경시 풍조가 초래될 수 있다는 주장 외에도, 미등록 체류 외국인의 규모가 급증하고 있는 상황에서 부모가 자녀를 이용하여 체류하는 사례가 더욱 증가함으로써 국경관리 및 체류질서의 근간이 훼손될 수 있다는 우려도 있다.

그동안 미등록 이주아동을 구제하는 법안이 수차례 발의되었으나, 위와 같은 이유 등을 배경으로 폐기된 현실을 고려할 때, 국내 출생 미등록 이주아동에 대한 ‘상시적 합법화(체류자격 부여)’는 국민적 공감대 형성이 우선 전제되어야 할 것이다.

참고로 현재 ‘불법체류 외국인 관리대책’에 따라 ‘특별 자진출국제도’를 운영하고 있는데, 2019. 12.부터 2020. 6.까지 자진 출국할 경우 입국금지가 면제되고, 유학(D-2) 등 자격요건을 구비하는 경우 과거 미등록 체류 사실과 관계없이 재입국하여 합법적으로 체류할 수 있다.

3. 관련 규정

별지 기재와 같다.

4. 인정사실

진정서 및 진정한 제출자료, 진정한 전화조사, 피진정인 의견서 및 제출자료 등을 종합하면 아래와 같은 사실이 인정된다.

가. 진정인은 '이주배경 아동청소년 기본권 보호를 위한 네트워크' 소속으로 피해자들을 지원하고 있으며, 피해자들은 체류자격 없이 대한민국에서 출생한 미등록 이주아동으로 강제퇴거 대상자이나, 피진정기관의 '불법체류 학생의 학습권 지원방안' 지침에 따라 고등학교 졸업 시 까지 강제 출국이 유예되었다.

나. 피해자들은 국내에서 초·중학교를 졸업했으며, 현재 피해자 1은 고등학교 3학년에 재학 중이고, 피해자 2는 2020. 2. 고등학교를 졸업하였다.

다. 피진정인은 2010년부터(고등학교 학생 대상은 2013년부터) '불법체류 학생의 학습권 지원방안' 지침에 따라, 초·중·고등학교에 재학 중인 미등록 이주아동에 대해서는 단속을 자제하고 있으며, 본인 희망 시 고등학교 과정까지 부모와 함께 강제 출국을 유예하고 있고, 위 지침상의 유예사유 종료 시점인 고등학교 졸업이후 단속된 미등록 이주아동과 그 부모에 대해서는 강제퇴거를 집행하고 있다.

라. 피진정인은 2019. 12.부터 2020. 6.까지 '특별 자진출국제도'를 운영하고 있으며, 해당기간에 자진출국 하는 미등록 이주민은 출국 시점에 따라 과태료 감면 또는 면제를 받을 수 있으며, 강제퇴거대상 외국인에게 적용되는 5년간 재입국 금지가 면제된다.

5. 판단

가. 판단근거

「대한민국헌법」 제6조에 따르면 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다. 또한 같은 법 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리가 있고, 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 지니고 있음을 규정하고 있는데, 외국인의 기본권 주체성에 관한 헌법재판소 결정례에 따르면, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 관해서는 ‘인간의 권리’로 외국인에게도 폭넓게 인정된다(헌법재판소 2001.11.29. 선고 99헌마494결정).

국내에 입국하려는 외국인은 「출입국관리법」 제10조에 따라 체류자격을 받아야 하며, 국내 출생으로 같은 법 제10조에 따른 체류자격을 갖지 못하고 체류하게 되는 외국인은 같은 법 제23조에 따라 출생한 날부터 90일 이내에 체류자격을 받아야 한다. 위의 규정을 위반한 외국인은 같은 법 제46조 제1항에 따라 강제퇴거 될 수 있고, 강제퇴거 된 외국인은 같은 법 제11조 제1항 제6호에 따라 5년간 국내에 입국할 수 없다.

피해자들은 국내출생 외국인으로 「출입국관리법」 제23조에 따라 체류자격을 받아야 했지만 그러지 못하여 강제퇴거 대상이다. 그러나 피진정인의 ‘불법체류 학생의 학습권 지원방안’ 지침에 따라 고등학교 졸업시기까지 부모와 함께 강제퇴거가 유예되거나 유예됐다.

피진정인은 피해자들의 경우 강제퇴거가 유예된 것뿐이고, 현행법상 피해자들과 같은 미등록 이주아동에게 체류자격을 부여하는 상시적 합법화제

도가 없으므로 피해자들이 고등학교를 졸업하게 되면 유예사유가 소멸되어 단속 시 강제퇴거 한다는 입장이며, 이에 불복한다면 「출입국관리법」 제61조에 따라 강제퇴거 명령에 대한 이의신청 절차를 통해 국내 체류 허용 여부를 심사 받을 수 있고, 이 심사는 △법 위반동기·내용·결과, △고의·과실 여부, △가족관계 및 체류실태, △국내생활 기반 여부, △국경관리와 체류질서에 미치는 영향, △국민적 공감대 형성 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하고 있다고 한다.

결국, 피해자들은 본인의 의지와 상관없이 대한민국에 태어나서 미등록의 상황에서 성장하였을 뿐인데, 강제퇴거명령 처분 이후에나 가능한 피진정인의 체류허가의 특례 외에는 대한민국에서 체류자격을 부여 받을 기회조차 없는 것이다. 그러나 피해자들 역시 기본권을 보장받고 향유할 주체이므로, 이들에게 강제퇴거 명령으로 적용되는 기본권 제한은 최소침해의 원칙 등 기본권 제한 원리에 따라야 한다.

나. 인권침해 및 기본권 제한 여부

기본권 침해는 공권력의 작용과 현재 관련이 있어야 하며, 장래 어느 때인가 관련될 수도 있다는 것만으로는 충분치 않으나, 헌법재판소에서도 기본권 침해에 대해 사후구제적인 보호뿐만 아니라 사전예방적인 보호도 필요하기 때문에 현재성의 요건을 완화하여 해석하고 있다(헌법재판소 1997. 7. 16.자 97헌마70 결정, 헌법재판소 2001. 3. 21.자 99헌마 150 결정, 헌법재판소 2002. 8. 29.자 2000헌마556 결정). 특별히 본 사건의 경우, 가까운 미래에 기본권 침해 문제가 발생할 것이 확실히 예견되는 바, 기본권 침해의 현재성을 완화하여 판단하는 것이 타당하다.

강제퇴거명령의 주된 취지는 ‘반사회성을 지닌 외국인으로부터 우리나라 국민을 보호’하기 위한 공익적 목적을 달성하기 위한 것이다.(청주지방법원 2018. 5. 17. 선고 2017구합2276 판결)

피해자들이 체류자격 없이 출생하고 성장한 배경과 사정은 각기 다를 것이나, 피해자들 모두 자신의 체류자격 부존재의 의미와 그에 따른 효과에 대해 충분히 이해하고 의사결정을 할 수 있는 연령이 아니었으므로, 미등록의 책임이 피해자에게 있지 않다는 것은 자명한 사실이다. 또한 피해자들은 국내 출생이후, 국내에 체류하면서 대한민국의 초·중·고등학교 교과과정을 이수하며 성장했고, 대한민국의 언어, 풍습, 문화, 생활환경 등에서 정체성을 형성해 왔으며, 대한민국에서 사회적 기반을 형성하고 있다.

피진정인은 미등록 이주아동에게 체류자격을 부여하게 되면 부모가 자녀를 이용하여 체류하는 사례가 더욱 증가함으로써 국경관리 및 체류질서의 근간이 훼손될 것이라는 우려를 제기하지만, 현실화 되지 않은 가정적 우려이기 때문에 이를 이유로 피해자들의 기본적 인권을 소홀히 할 수 없고, 그러한 우려는 출입국행정이나 법령 보완 등을 통해 해결해야 하는 것이 적절해 보인다.

한편, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(이하 ‘자유권규약’이라고 한다) 제12조 제4항은 ‘어느 누구도 자국에 돌아올 권리를 자의적으로 박탈당하지 아니한다’고 규정하여 “본국에 입국할 권리”를 보장하고 있다. 이 조항에 대해 유엔 시민적 및 정치적 권리 위원회(이하 ‘유엔 자유권규약 위원회’라고 한다)는 일반논평을 통해 ‘이는 국적과 무관하게 모든 사람에게 적용되며¹⁾, 어느 국가와의 특별한 관계 또는 권리로 인해 일반적인 외국인

으로 볼 수 없는 사람까지 이 조항에 의해 목적국가에 입국할 권리가 보호될 여지가 있다'고 해석하면서, '장기간의 거주, 밀접한 개인적 및 가족 관계, 계속 체류하고자 하는 의사, 타국과의 관계가 없다는 점' 등을 종합적으로 고려하여 판단하게 된다²⁾고 밝힌바 있다.

또한 2017년 유엔 아동권리위원회와 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호 위원회가 채택한 일반논평에 따르면, 이주아동과 그 가족의 강제추방이 가족 및 사생활에 대한 권리의 자의적 간섭에 해당되는 경우에도 보호되어야 하며, 특히 목적국에서 출생하거나 장기간 거주한 경우, 또는 부모의 출신국으로 돌아가는 것이 아동의 최선의 이익에 위배되는 경우에 자녀와 함께 비정규적 상황에서 거주하는 이주민들에게 정규 지위를 획득할 수 있는 경로를 제공할 것을 각국에게 권고한바 있다.³⁾

출입국관리행정은 내국인과 외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정으로서, 피진정인이 어떠한 외국인을 바람직하지 않다고 판단하여 출국하게 할 것인지 여부는 원칙적으로 정책재량의 영역에 속한다. 따라서 피진정인은 피해자들과 같은 장기체류 미등록 이주아동에 대해 「출입국관리법」 제46조 제1항에 따른 강제퇴거 여부를 정할 재량권을 가지고 있다고 할 것이다.

1) General Comment No. 27 on the freedom of movement, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 1999. 11. 2. para.20

2) CCPR Communication No. 1959/2010(Warsame) para 8.4

3) Joint general comment No. 4(2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23(2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return

따라서 피진정인이 피해자들에게 강제퇴거명령을 함에 있어서는 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하려는 공익적 측면과, 헌법상 규정된 피해자들의 인간으로서의 존엄과 행복추구의 권리, 국제협약에서 보장하고 있는 피해자들의 다양한 지위와 영역에서의 권리, 피해자들이 우리나라에 체류하면서 형성한 사회적 기반, 가족결합권 등의 개인적 이익을 종합적으로 비교·형량해야 하고, 그에 대한 판단에 있어서는 인권의 존중과 과잉금지원칙을 고려하는 것이 합리적이라고 보인다.

결국, 피진정기관은 「출입국관리법」 제46조 제1항에서 규정한 강제퇴거 대상자에게 강제퇴거를 명할지 여부에 관하여 재량권을 행사할 권한이 있으나, 피해자들이 고등학교를 졸업하여 유예사유가 소멸되고 강제퇴거 대상이 되는 본 사건의 경우 피진정기관이 달성하고자 하는 공익보다 피해자들이 입게 될 불이익이 더 클 것으로 예견되므로, 이는 헌법 제10조에서 보장하는 피해자들의 인간의 존엄성 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단된다.

한편 피진정인은 「출입국관리법」 제61조의 체류허가의 특례 제도를 대안으로 제시하고 있으나, ‘특별체류허가’의 사유 중 하나인 “체류하여야 할 특별한 사정”에 대한 공개적이고 구체적인 기준이 없어 예측 가능성이 매우 낮을 뿐만 아니라 실제로 인정된 경우도 극히 소수이며, 오히려 이의신청이 기각되고 특별체류허가가 부여되지 않은 외국인이 소송을 통해 강제퇴거명령이 취소되고 체류자격을 부여 받은 사례도 있는바(청주지방법원 2018. 5. 17. 선고 2017구합2276 판결), 위 특례 제도가 피해자들의 기본권을 보호할 수 있는 대안이 될 수 있을지 의문이다.

또한 이러한 심사는 강제퇴거명령을 받은 후, 당사자의 이의신청에 의해 진행되는 절차이고, 이의신청을 하지 못하거나 이의신청이 기각된 경우 바로 강제퇴거 될 수 있다는 점에서 피해자들과 같은 장기체류 미등록 이주아동이 위 특례 제도에 접근할 수 있는 가능성도 매우 낮다 할 것이다.

이에 피진정인에게, 피해자들과 같은 장기체류 미등록 이주아동에 대한 무조건적인 강제퇴거를 중단하되, 이들이 국내에 지속적인 체류를 원할 시 직접 체류자격을 신청할 수 있도록 하고, 아동 최상의 이익을 고려한 구체적이고 공개적인 심사기준에 따라 적절한 체류자격을 부여할 수 있는 제도를 마련할 것을 권고한다.

또한, 해당 제도 마련 이전이라도 피해자들의 인권이 침해되지 않도록 아동 최상의 이익을 고려하여 현행 법·제도 하에서 가용한 모든 절차를 활용하여 체류자격 부여 여부를 적극적으로 심사하되, 이 과정에서 피해자들의 강제퇴거에 대한 두려움을 최소화할 수 있는 조치를 취할 것을 권고한다.

6. 결론

이상과 같은 이유로 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제1호 및 제2호에 따라 주문과 같이 결정한다.

2020. 3. 31.

위원장 이상철

위원 조현욱

위원 문순희

<별지>

관련 규정

1. 「대한민국헌법」

제6조

- ① 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내 법과 같은 효력을 가진다.
- ② 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.

제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

2. 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」

제12조

4. 어느 누구도 자국에 돌아올 권리를 자의적으로 박탈당하지 아니한다.

3. 「출입국관리법」

제10조(체류자격) 입국하려는 외국인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 체류자격을 가져야 한다.

1. 일반체류자격: 이 법에 따라 대한민국에 체류할 수 있는 기간이 제한되는 체류자격
2. 영주자격: 대한민국에 영주(永住)할 수 있는 체류자격

제11조(입국의 금지 등)

- ① 법무부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인에 대하여는 입국을 금지할 수 있다.

6. 강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년이 지나지 아니한 사람

제23조(체류자격 부여) 대한민국에서 출생하여 제10조에 따른 체류자격을 가지지 못하고 체류하게 되는 외국인은 그가 출생한 날부터 90일 이내에, 대한민국에서 체류 중 대한민국의 국적을 상실하거나 이탈하는 등 그 밖의 사유로 제10조에 따른 체류자격을 가지지 못하고 체류하게 되는 외국인은 그 사유가 발생한 날부터 30일 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 체류자격을 받아야 한다.

제46조(강제퇴거의 대상자)

- ① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다.

8. 제17조 제1항·제2항, 제18조, 제20조, 제23조, 제24조 또는 제25조를 위반한 사람

제60조(이의신청)

- ① 용의자는 강제퇴거명령에 대하여 이의신청을 하려면 강제퇴거명령서를 받은 날부터 7일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청서를 제출하여야 한다.
- ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따른 이의신청서를 접수하면 심사결정서와 조사기록을 첨부하여 법무부장관에게 제출하여야 한다.
- ③ 법무부장관은 제1항과 제2항에 따른 이의신청서 등을 접수하면 이의신청이 이유 있는지를 심사결정하여 그 결과를 지방출입국·외국인관서의 장에게

알려야 한다.

- ④ 지방출입국·외국인관서의 장은 법무부장관으로부터 이의신청이 이유 있다는 결정을 통지받으면 지체 없이 용의자에게 그 사실을 알리고, 용의자가 보호되어 있으면 즉시 그 보호를 해제하여야 한다.
- ⑤ 지방출입국·외국인관서의 장은 법무부장관으로부터 이의신청이 이유 없다는 결정을 통지받으면 지체 없이 용의자에게 그 사실을 알려야 한다.

제61조(체류허가의 특례)

- ① 법무부장관은 제60조 제3항에 따른 결정을 할 때 이의신청이 이유 없다고 인정되는 경우라도 용의자가 대한민국 국적을 가졌던 사실이 있거나 그 밖에 대한민국에 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되면 그의 체류를 허가할 수 있다.
- ② 법무부장관은 제1항에 따른 허가를 할 때 체류기간 등 필요한 조건을 붙일 수 있다.

4. 「출입국관리법 시행령」

제76조(체류허가의 특례)

- ① 법 제61조제1항에 따른 그 밖에 대한민국에 체류하여야 할 특별한 사정은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로 한다.
3. 그 밖에 국가이익이나 인도주의에 비추어 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우