

변호인 접견 불허처분 등 위헌확인

[2018. 5. 31. 2014헌마346]

【판시사항】

1. 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”에 행정절차상 구속도 포함되는지 여부(적극, 선례변경)
2. 인천국제공항에서 난민인정신청을 하였으나 난민인정심사불허부결정을 받은 청구인을 인천국제공항 송환대기실에 약 5개월째 수용하고 환송구역으로의 출입을 막은 것이 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”에 해당되는지 여부(적극)
3. 피청구인이 청구인의 변호인의 접견신청을 거부한 것이 청구인에게 보장되는 헌법 제12조 제4항 본문에 의한 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것인지 여부(적극)

【결정요지】

1. 헌법 제12조 제4항 본문의 문언 및 헌법 제12조의 조문 체계, 변호인 조력권의 속성, 헌법이 신체의 자유를 보장하는 취지를 종합하여 보면 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”은 사법절차에서 이루어진 구속뿐 아니라, 행정절차에서 이루어진 구속까지 포함하는 개념이다. 따라서 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 행정절차에서 구속을 당한 사람에게도 즉시 보장된다.

종래 이와 견해를 달리하여 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것으로서 출입국관리법상 보호 또는 강제퇴거의 절차에도 적용된다고 보기 어렵다고 판시한 우리 재판소 결정(헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430)은, 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 변경한다.

2. 인천국제공항 송환대기실은 출입문이 철문으로 되어 있는 폐쇄

된 공간이고, 인천국제공항 항공사운영협의회에 의해 출입이 통제되기 때문에 청구인은 송환대기실 밖 환승구역으로 나갈 수 없었으며, 공중전화 외에는 외부와의 소통 수단이 없었다. 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 약 5개월 째 송환대기실에 수용되어 있었고, 적어도 난민인정심사불회부 결정 취소소송이 종료될 때까지는 임의로 송환대기실 밖으로 나갈 것을 기대할 수 없었다. 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 자신에 대한 송환대기실 수용을 해제해 달라는 취지의 인신보호청구의 소를 제기해 둔 상태였으므로 자신의 의사에 따라 송환대기실에 머무르고 있었다고 볼 수도 없다. 따라서 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속” 상태였다.

3. 이 사건 변호인 접견신청 거부는 현행법상 아무런 법률상 근거가 없이 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 제한한 것이므로, 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이다. 또한 청구인에게 변호인 접견신청을 허용한다고 하여 국가안전보장, 질서유지, 공공복리에 어떠한 장애가 생긴다고 보기는 어렵고, 필요한 최소한의 범위 내에서 접견 장소 등을 제한하는 방법을 취한다면 국가안전보장이나 환승구역의 질서유지 등에 별다른 지장을 주지 않으면서도 청구인의 변호인 접견권을 제대로 보장할 수 있다. 따라서 이 사건 변호인 접견신청 거부는 국가안전보장이나 질서유지, 공공복리를 위해 필요한 기본권 제한 조치로 볼 수도 없다.

재판관 김창종, 재판관 안창호의 별개의견

입국불허결정을 받은 외국인인은 대한민국에 입국할 수 없을 뿐, 본국 또는 제3국으로 임의로 자진출국함으로써 언제든지 송환대기실 밖으로 나올 수 있었으므로, 입국불허결정을 받은 외국인에 대한 ‘이동의 자유’의 제한은 그의 의사에 좌우될 수 있다는 특수성이 있다.

국가의 안전보장, 질서유지 및 공공복리를 위해서는 입국불허결정을 받은 외국인의 ‘이동의 자유’를 제한할 필요성이 인정되고, 입국이 불허된 청구인이 임의로 자진출국할 수 있음에도 계속 대한민국에 입국하려고 하여 이를 통제하는 과정에서 불가피하게 청구인에 대한 ‘이동의 자

유'의 제한이 있었던 것이므로, 그러한 자유의 제한이 청구인의 의사와 무관하다고는 볼 수 없다. 또한, 청구인이 이 사건 송환대기실에 5개월 이상 머무르게 된 것은 그가 난민인정심사 불회부 결정을 받고 그에 대한 취소의 소를 제기하며 다투는 과정에서 출입국항에 머무르는 기간이 길어졌기 때문이다.

이러한 점을 고려하면 청구인은 헌법에서 예정한 '구금' 상태에 놓여 있었다고 볼 수 없으므로, 헌법 제12조 제4항에 규정된 구속된 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 갖는다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 변호인 접견신청 거부(이하 별개의견에서는 '이 사건 변호사 접견신청 거부'라고 한다)에 의하여 청구인의 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리가 제한된다고 볼 수 없다.

송환대기실에 수용된 청구인이 수용의 당부를 다투기 위해 인신보호 청구의 소를 제기하였으며, 그 소송과 관련하여 변호사의 조력을 원한다는 점을 고려하면, 이 사건에서 재판청구권은 인간의 권리인 신체의 자유를 실효적으로 보장하는 데 반드시 필요한 권리라고 볼 수 있어, 청구인이 외국인이라 하더라도 재판청구권의 주체가 된다고 봄이 타당하다.

출입국항에서 입국불허결정을 받아 송환대기실에 있는 사람과 변호사 사이의 접견교통권의 보장은 헌법상 보장되는 재판청구권의 한 내용으로 볼 수 있으므로, 이 사건 변호사 접견신청 거부는 재판청구권의 한 내용으로서 청구인의 변호사의 도움을 받을 권리를 제한한다. 이 사건 변호사 접견신청 거부는 아무런 법률상의 근거 없이 이루어졌고, 국가 안전보장, 질서유지, 공공복리를 달성하기 위해 필요한 기본권 제한 조치로 볼 수도 없으므로, 청구인의 재판청구권을 침해한다.

【참조조문】

헌법 제12조 제4항, 제27조, 제37조 제2항

【참조판례】

1. 헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104, 판례집 16-1, 386, 396

헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430, 판례집 24-2상, 567, 577

헌재 2014. 8. 28. 2012헌마686, 판례집 26-2상, 397, 404

【당 사 자】

청 구 인 M. S. I. 압달라(M. S. I. Abdalla)

대리인 변호사 이일

피 청 구 인 인천공항출입국·외국인청장

【주 문】

피청구인이 2014. 4. 25. 청구인의 변호인의 접견신청을 거부한 행위는 난민 인정심사불회부 결정을 받은 후 인천국제공항 송환대기실에 수용중인 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이므로 헌법에 위반됨을 확인한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 청구인은 수단 국적의 외국인이다. 청구인은 2013. 11. 18. 수단의 카르툼 공항에서 출국하였고, 홍콩을 경유하여 2013. 11. 20. 인천국제공항에 도착하였다. 청구인은 입국시에 수단 주재 한국대사관이 발급한 단기 상용 목적의 사증을 가지고 있었는데, 인천국제공항에 도착하여 입국 심사 과정에서 난민신청 의사를 밝히고 난민법 제6조에 따른 출입국항에서의 난민인정신청을 하였다.

나. 인천국제공항 출입국관리공무원은 2013. 11. 20. 청구인에 대하여 입국목적에 사증에 부합함을 증명하지 못하였다는 이유로 입국불허결정을 하였다. 피청구인은 2013. 11. 20. 청구인이 타고 온 비행기의 운수업자인 중국남방항공(China Southern Airlines)에 대하여 청구인을 국외로 송환하라는 내용의 송환지시서를 발부하였다. 다만 송환지시서에 “항공사 및 출국대기실에 난민 심사를 위해 대기하여야 함을 고지함”이라고 부기하여 즉각적인 집행을 보류하였다.

다. 청구인은 2013. 11. 20.부터 인천국제공항 환승구역 내에 설치된 송환대기실에 수용되었다. 피청구인은 2013. 11. 26. 청구인에 대하여 난민인정심사불회부 결정을 하였고, 청구인은 그 이후에도 계속 송환대기실에 수용되었다. 청구인은 2013. 11. 28. 난민인정심사불회부결정 취소의 소를 제기하였고, 2013.

12. 19. 인신보호청구의 소를 제기하였다.

라. 인천국제공항 송환대기실은 입국이 불허된 외국인들이 국외송환에 앞서 임시로 머무르는 곳이다. 청구인이 수용된 송환대기실은 인천국제공항 건물 3층에 있었는데, 이는 2014년 하반기로 예정된 송환대기실 신축을 앞두고 사용하던 임시대기실이다. 이곳은 전용면적 약 330㎡에 공중전화기, 의자, 텔레비전, 음료수대, 샤워실, 화장실을 갖추고 있었으나 정상적인 침대나 침구는 없었다. 인천국제공항 항공사운영협의회는 청구인에게 치킨버거와 콜라 등을 제공하였다. 청구인은 자신의 의사에 따라 대기실 밖으로 나갈 수 없었고, 공중전화 외에는 외부와의 소통 수단이 없었다. 송환대기실은 인천국제공항 항공사운영협의회에 의해 출입이 통제되고, 철문으로 막혀 있다. 송환대기실의 관리·운영 체계는 피청구인과 인천국제공항 항공사운영협의회에 의해 공동으로 결정되었는데, 피청구인이 송환대기실의 입차료를 부담한다.

마. 청구인의 변호인은 2014. 4. 25. 청구인에 대한 접견을 신청하였다. 피청구인은 2014. 4. 25. 송환대기실 내에 수용된 입국불허자에게 변호인 접견권을 인정할 법적 근거가 없고, 피청구인은 송환대기실의 관리·운영 주체가 아니어서 청구인에 대한 변호인 접견을 허가할 권한이나 의무가 없다는 이유를 들어 청구인의 변호인의 접견신청을 거부하였다.

바. 청구인은 전항 기재와 같은 피청구인의 접견신청 거부로 인하여 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 주장하면서 접견신청 거부의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

사. 청구인은 인신보호사건의 제1심에서 패소하였으나, 항소심에서 승소하였다. 항소심 법원은 2014. 4. 30. 피청구인과 인천국제공항 항공사운영협회의 모두를 수용자로 인정하고, 피청구인과 인천국제공항 항공사운영협의회에 대하여 청구인의 수용을 즉시 해제할 것을 명하는 내용의 인신보호 인용결정을 하였다. 피청구인은 위 결정에 대해 재항고하는 한편, 2014. 5. 4. 중국남방항공과 협의하여 청구인에 대한 송환대기실 수용을 해제하였다. 이에 따라 청구인은 2014. 5. 4.부터 송환대기실에서 나와 인천국제공항의 환승구역에서 생활하였다. 피청구인은 2014. 5. 26. 인도적 견지에서 청구인에 대한 입국을 허가하였다.

아. 청구인은 난민인정심사불회부결정 취소소송의 제1심 및 항소심에서 승소하였고, 피청구인이 상고를 포기하여 2015. 2. 12. 승소판결이 확정되었다. 청구인은 2016. 3. 17. 난민인정결정을 받았다.

2. 심판대상

이 사건의 심판대상은 피청구인이 2014. 4. 25. 청구인의 변호인의 접견신청을 거부한 행위가 난민인정심사불회부 결정을 받은 후 인천국제공항 송환대기실에 수용중인 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다(이하에서는 피청구인의 2014. 4. 25.자 변호인 접견신청 거부를 ‘이 사건 변호인 접견신청 거부’라 한다).

3. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

행정기관에 의해 구금된 경우에도 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리는 인정된다. 청구인은 송환대기실에 구금된 상태에서 변호인의 접견을 거부당하였으므로, 이 사건 변호인 접견신청 거부는 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다.

또한 청구인에게는 재판받을 권리에서 도출되는 변호사의 조력을 받을 권리가 인정된다. 청구인은 변호인 접견을 거부당하여 정상적인 재판 준비 및 수행이 불가능하게 되었으므로, 이 사건 변호인 접견신청 거부는 청구인의 변호사의 조력을 받을 권리를 침해한다.

나. 법무부장관의 의견 요지

입국이 불허되어 송환대기실에 수용중인 외국인은 기본권의 주체가 아니므로 기본권 침해가능성이 없다. 접견신청 거부행위는 행정소송의 대상이 되는 처분인데, 청구인은 그 취소소송을 제기하지 않은 채 헌법소원심판청구를 하였으므로, 청구인의 헌법소원심판청구는 보충성 요건을 갖추지 못하였다. 청구인은 이미 입국하여 자유롭게 변호인의 조력을 받을 수 있고, 법무부장관은 ‘난민인정 심사, 처우, 체류지침’을 개정하여 출입국하에서의 난민신청자에게 변호인 접견권을 인정하고 있으므로 심판의 이익이 없다. 따라서 청구인의 헌법소원심판청구는 부적법하다.

변호인의 조력을 받을 권리는 행정절차에는 인정되지 않으므로, 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리는 침해되지 않았다. 나아가 입국이 불허된 외국인에 대해서도 재판청구권에서 도출되는 변호사의 조력을 받을 권리가 곧바로 인정된다고 볼 수 없다. 청구인은 송환대기실에서 변호사와 전화통화를 하면서 변호사로부터 도움을 받았다. 따라서 재판청구권에서 도출되는 변호사의 조력을 받을 권리도 침해되지 않았다.

4. 적법요건에 대한 판단

가. 청구인적격 및 자기관련성

청구인은 외국인이다. 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 기본권의 주체만 청구할 수 있는데, 단순히 ‘국민의 권리’가 아니라 ‘인간의 권리’로 볼 수 있는 기본권에 대해서는 외국인도 기본권의 주체이다. 청구인이 침해받았다고 주장하는 변호인의 조력을 받을 권리는 성질상 인간의 권리에 해당되므로 외국인도 주체이다(헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430 참조). 따라서 청구인의 심판청구는 청구인 적격이 인정된다.

변호인이 의뢰인을 조력하는 행위와 의뢰인이 변호인의 조력을 받는 행위는 하나의 사건을 다른 방향에서 바라본 것이어서 서로 표리관계에 있다. 이러한 이유 때문에 이 사건 변호인 접견신청 거부와 직접적인 상대방은 청구인이 아니라 청구인의 변호인이었지만, 그로 인하여 청구인은 변호인의 도움을 받지 못하게 되었다. 따라서 이 사건 변호인 접견신청 거부와 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해할 가능성이 있다(헌재 2011. 5. 26. 2009헌마341 참조).

나. 보충성원칙

송환대기실의 설치·운영에 관하여 피청구인의 권한을 정하는 법령상의 근거가 없다. 피청구인은 이와 같이 자신에게 송환대기실에 수용된 사람의 변호인 접견을 허가할 권한이나 의무가 없다는 이유를 들어 변호인 접견신청을 거부하였다. 따라서 청구인이 피청구인을 상대로 이 사건 변호인 접견신청 거부의 취소를 구하는 행정심판이나 행정소송을 제기한다 하더라도 이 사건 변호인 접견신청 거부와 구체적 사실에 관한 “법집행”이 아니어서 행정소송법상 “처분”에 해당되지 않는다는 이유로 각하될 가능성이 크다.

따라서 이 사건 심판청구는 행정심판이나 행정소송이라는 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차이행의 기대가능성이 없는 경우에 해당한다. 이 사건 심판청구는 보충성의 예외가 인정된다(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133 참조).

다. 심판의 이익

청구인은 2014. 5. 4. 송환대기실에서 풀려났고, 같은 달 26. 입국이 허가되어 자유로운 변호인 접견이 가능한 상태가 되었다. 따라서 이 사건 변호인 접견신청 거부를 취소하여야 할 주관적인 심판의 이익은 없다.

그러나 출입국항에서의 난민신청자에 대해 난민인정심사불회부 결정이 내려진 후 송환대기실에 수용된 상태에서 변호인의 접견이 제한되는 문제는 앞

으로도 반복적으로 발생할 가능성이 있다. 피청구인의 주장대로 법무부장관이 ‘난민인정 심사, 처우, 체류 지침’을 개정하여 출입국항에서의 난민신청자에게 변호인 접견을 허용하고 있다 하더라도, 위 지침은 그 내용상 “회부심사가 진행 중인” 난민신청자에 대한 것이므로, 청구인과 같이 이미 난민인정심사불회부 결정을 받은 난민에 대해서는 적용되지 않는다.

또한 이 사건 변호인 접견신청 거부 of 위헌 여부는 헌법 제12조 제4항 본문 of “구속”에 행정구금도 포함되는지와 같은 중요한 헌법 해석 문제를 해명해야만 판단할 수 있다. 이와 같이 이 사건 변호인 접견신청 거부 of 위헌 여부 판단이 헌법질서의 수호·유지를 위해 중대한 의미를 가지므로, 그 위헌 여부를 확인하여야 할 객관적인 심판의 이익이 있다(헌재 2011. 5. 26. 2009헌마341; 헌재 2017. 12. 28. 2015헌마632 참조).

5. 본안에 대한 판단

가. 청구인에게 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되는지 여부

(1) 쟁점

헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”라고 규정한다. 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 인천국제공항 환승구역 내에 설치된 송환대기실에 수용되어 있었으므로, 청구인이 당시에 송환대기실에 수용되어 있던 것이 위 헌법조항에 규정된 “구속을 당한 때”에 해당되는지가 문제이다. 이를 판단하기 위하여 청구인을 송환대기실에 수용한 주체가 행정기관인 피청구인인지, 피청구인이 수용 주체라면 행정절차상 구속에도 헌법 제12조 제4항 본문이 적용되는지, 이 사건 변호인 접견신청 거부가 있었던 2014. 4. 25. 당시 청구인의 송환대기실 수용이 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”에 해당되는지 여부를 차례로 살펴본다.

(2) 청구인을 송환대기실에 수용한 주체가 피청구인인지 여부

수용의 주체는 수용의 개시와 종료 권한과 수용자에 대한 출입 통제 권한을 가지고, 수용에 드는 비용을 부담하며, 수용으로 인한 이익 또한 향유한다. 그런데 수용의 주체가 복수인 경우에는 위와 같은 요소들 각각의 귀속이 수용 주체들 사이에 분산되거나 일부에게 집중될 수 있다. 따라서 수용의 주체가 누구인지를 판단하기 위해서는 위와 같은 요소들 중 어느 하나만을 살펴보는 것으로는 부족하고, 누가 수용시설의 관리·운영체계를 결정하는지, 수용에 관련

된 각각의 요소들의 귀속 주체가 누구인지 구체적으로 검토하여야 한다.

이 사건의 경우, 송환대기실의 관리·운영 체계는 피청구인과 인천국제공항 항공사운영협회가 공동으로 결정하였다. 청구인의 수용에 관해 구체적으로 살펴보면, 우선 피청구인이 청구인에 관한 송환지시서에 “항공사 및 출국대기실에 난민심사를 위해 대기하여야 함을 고지함”이라고 부기함에 따라 청구인을 즉각 송환하는 대신 송환대기실에 수용하는 절차가 개시되었다. 청구인이 송환대기실에 수용되어 있는 동안 송환대기실 출입은 인천국제공항 항공사운영협회가 통제하였다. 피청구인이 2014. 5. 4. 중국남방항공과 협의하여 청구인에 대한 수용을 해제함으로써 청구인에 대한 송환대기실 수용절차가 종료되었다. 송환대기실 입차료는 피청구인이 부담하였고, 청구인에 대한 음식물 제공은 인천국제공항 항공사운영협회가 담당하였다. 청구인이 환승구역에서 자유롭게 돌아다니는 대신 송환대기실 안에 머물게 됨에 따라, 피청구인은 ‘입국거부된 자에 대한 통제 편의’라는 행정적 이익을 얻었고, 인천국제공항 항공사운영협회는 ‘송환업무의 편의’라는 업무상 이익을 얻었다.

이와 같이 피청구인은 수용시설인 송환대기실의 관리·운영체계의 공동결정자이고, 청구인의 수용의 개시 및 종료에 있어 결정적인 권한을 행사하였으며, 수용비용 중 일부를 부담하였고, 수용으로 인한 이익도 향유하였다. 따라서 피청구인은 인천국제공항 항공사운영협회와 공동으로 청구인을 수용한 주체이다.

(3) 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”에 행정절차상 구속도 포함되는지 여부

헌법 제12조 제1항은 제1문에서 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”고 규정한다. 신체의 자유를 보장하는 헌법 제12조 제1항 제1문은 문언상 형사절차만을 염두에 둔 것이 아님이 분명하다. 또한 신체의 자유는 그에 대한 제한이 형사절차에서 가해졌든 행정절차에서 가해졌든 간에 보장되어야 하는 자연권적 속성의 기본권이므로, 신체의 자유가 제한된 절차가 형사절차인지 아닌지는 신체의 자유의 보장 범위와 방법을 정함에 있어 부차적인 요소에 불과하다.

우리 헌법은 신체의 자유를 명문으로 규정하여 보장하는 헌법 제12조 제1항 제1문에 이어 제12조 제1항 제2문, 제2항 내지 제7항에서 신체의 자유가 제한될 우려가 있는 특별한 상황들을 열거하면서, 각각의 상황별로 신체의 자유의 보장 방법을 구체적으로 규정한다. 따라서 형사절차를 특히 염두에 둔 것이 아닌 헌법 제12조 제1항 제1문과의 체계적 해석의 관점에서 볼 때, 헌법 제12조

제1항 제2문, 제2항 내지 제7항은 당해 헌법조항의 문언상 혹은 당해 헌법조항에 규정된 구체적인 신체의 자유 보장 방법의 속성상 형사절차에만 적용됨이 분명한 경우가 아니라면, 형사절차에 한정되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다(헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104; 헌재 2014. 8. 28. 2012헌마686 참조).

위와 같은 해석 원칙에 따라, “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라는 내용의 헌법 제12조 제4항 본문이 형사절차에만 적용되는지에 관하여 본다.

먼저, 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속을 당한 때”가 그 문언상 형사절차상 구속만을 의미하는 것이 분명한지 살펴본다. 사전적 의미로 ‘구속’이란 행동이나 의사의 자유를 제한함을 의미할 뿐 그 주체에는 특별한 제한이 없다. 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”은 사전적 의미의 구속 중에서도 특히 사람을 강제로 붙잡아 끌고 가는 구인과 사람을 강제로 일정한 장소에 가두는 구금을 가리키는데, 이는 형사절차뿐 아니라 행정절차에서도 가능하다.

법령상의 용례를 보더라도 ‘구속’이라는 용어는 선원법 제25조의2, ‘장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’ 제30조 등과 같이 사전적 의미의 ‘구속’의 의미로 사용되는 경우도 있고, ‘해양사고의 조사 및 심판에 관한 법률’ 제48조 제3항과 같이 행정기관에 의한 구인 및 구금을 가리키거나 ‘과태료 체납자에 대한 감치의 재판에 관한 규칙’ 제10조와 같이 과태료 체납자의 구인 및 구금을 가리키는 경우에 사용되기도 한다. 구속의 형태 중 ‘구금’ 역시 군인사법 제57조 제2항 제2호처럼 그 주체가 행정기관인 경우에도 사용된다.

우리 헌법은 제헌 헌법 이래 신체의 자유를 보장하는 규정을 두었는데, 원래 “구금”이라는 용어를 사용해 오다가 현행 헌법 개정시에 이를 “구속”이라는 용어로 바꾸었다. 현행헌법 개정시에 종전의 “구금”을 “구속”으로 바꾼 이유를 정확히 확인할 수 있는 자료를 찾기는 어렵다. 다만 ‘국민의 신체와 생명에 대한 보호를 강화’하는 것이 현행 헌법의 주요 개정이유임을 고려하면, 현행 헌법이 종래의 “구금”을 “구속”으로 바꾼 것은 헌법 제12조에 규정된 신체의 자유의 보장 범위를 구금된 사람뿐 아니라 구인된 사람에게까지 넓히기 위한 것으로 해석하는 것이 타당하다.

위와 같은 점을 종합해 보면, 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”을 형사절차상 구속뿐 아니라 행정절차상 구속까지 의미하는 것으로 보아도 문언해석의 한계를 넘지 않는다.

다음으로, 변호인의 조력을 받을 권리가 그 속성상 형사절차에서 구속된 사

람에게만 부여될 수밖에 없는 것인지 살펴본다. 구속된 사람에게 변호인 조력권을 즉시 보장하는 이유는 구속이라는 신체적 자유 제한의 특성상 구속된 사람의 자유와 권리를 보장하려면 변호인의 조력이 필수적이기 때문이다. 즉, 구속을 당한 사람은 자연권적 속성을 가지는 신체의 자유가 심각하게 제한된 상황에 처하고, 구속에 따른 육체적·정신적 제약이 커서 스스로의 힘만으로는 자신의 자유와 권리를 제대로 방어하기 어려울 뿐만 아니라, 구속의 당부를 다투려면 법적 절차를 거쳐야 하므로, 그에게는 법률전문가인 변호인의 조력이 즉시 제공되어야 한다. 이러한 속성들은 형사절차에서 구속된 사람이나 행정절차에서 구속된 사람이나 아무런 차이가 없다. 이와 같이 행정절차에서 구속된 사람에게 부여되어야 하는 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 구속된 사람에게 부여되어야 하는 변호인의 조력을 받을 권리와 그 속성이 동일하다. 따라서 변호인의 조력을 받을 권리는 그 성질상 형사절차에서만 인정될 수 있는 기본권이 아니다.

결국 헌법 제12조 제4항 본문은 형사절차뿐 아니라 행정절차에도 적용된다고 해석하는 것이 헌법 제12조 제4항 본문 자체의 문리해석의 측면에서 타당하고, 변호인 조력권의 속성에도 들어맞으며, 우리 헌법이 제12조 제1항 제1문에 명문으로 신체의 자유에 관한 규정을 두어 신체의 자유를 두텁게 보호하는 취지에도 부합할 뿐 아니라, 헌법 제12조의 체계적 해석 및 목적론적 해석의 관점에서도 정당하다.

종래 이와 견해를 달리하여, 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것으로서 출입국관리법상 보호 또는 강제퇴거의 절차에도 적용된다고 보기 어렵다고 판시한 우리 재판소 결정(헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430)은, 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 변경한다.

(4) 청구인의 송환대기실 수용이 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”에 해당되는지 여부

헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”이란 강제로 사람을 일정한 범위의 폐쇄된 공간에 가두어 둠으로써, 가두어 둔 공간 밖으로의 신체의 자유로운 이동을 금지하는 행위를 의미한다. 이 사건 변호인 접견신청 거부가 있었던 2014. 4. 25. 청구인이 헌법 제12조 제4항 본문상 “구속”되었다고 인정하려면, 당시 피청구인이 강제로 송환대기실에 갇혀 있었음이 인정되어야 한다.

이 사건에 관하여 보건대, 변호인 접견신청 거부일인 2014. 4. 25. 청구인이

수용되어 있었던 송환대기실은 출입문이 철문으로 되어 있는 폐쇄된 공간이고, 인천국제공항 항공사운영협의회에 의해 출입이 통제되었다. 청구인은 송환대기실 밖 환송구역으로 나갈 수 없었으며, 공중전화 외에는 외부와의 소통 수단이 없었다. 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 약 5개월째 송환대기실에 수용되어 있었고, 적어도 난민인정심사불회부 결정 취소소송이 종료될 때까지는 임의로 송환대기실 밖으로 나갈 것을 기대할 수 없었다. 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 자신에 대한 송환대기실 수용을 해체해 달라는 취지의 인신보호청구의 소를 제기해 둔 상태였으므로 자신의 의사에 따라 송환대기실에 머무르고 있었다고 볼 수도 없다.

위와 같은 사정을 종합하면, 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 자신의 의사에 반하여 강제로 송환대기실에 갇혀 있었다고 인정된다. 따라서 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부일인 2014. 4. 25. 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속을 당한” 상태였다.

입국불허결정을 받아 송환대기실에 수용된 외국인은 대한민국에 입국할 수 없을 뿐 외국으로 자진출국하기 위해서는 언제든지 송환대기실 밖으로 나올 자유가 있으므로 강제로 갇혀 있는 상태가 아니라는 반론이 있을 수 있다. 그러나 국적국의 박해를 피해 온 청구인의 구체적·현실적 사정에 비추어 보면, 청구인에게 출국의 자유란 실현불가능한 관념적 가능성에 불과하므로 송환대기실에 “구속”되었는지 여부를 판단함에 있어 고려할 요소가 아니다. 설사 그러한 출국가능성을 고려한다 하더라도 청구인은 오랜 기간 동안 송환대기실을 벗어나 환송구역으로 이동하는 것이 금지되어 있었다는 점에서 폐쇄된 공간인 송환대기실에 구금되어 있었음이 분명하다.

(5) 중간결론

청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부가 있었을 당시 행정기관인 피청구인에 의해 송환대기실에 구속된 상태였으므로, 헌법 제12조 제4항 본문에 따라 변호인의 조력을 받을 권리가 있다.

나. 이 사건 변호인 접견신청 거부의 위헌 여부

헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리도 헌법 제37조 제2항에 규정된 요건에 따라 합헌적으로 제한할 수 있다. 헌법 제37조 제2항에 따르면 변호인의 조력을 받을 권리는 “법률로써” 제한할 수 있다. 난민법 제6조 제2항 내지 제4항에는 출입국장에서 난민인정신청서를 제출한 사람을 난민인정심사회부 여부가 결정될 때까지 최장 7일의 범위에서 출입

국항에 있는 일정한 장소에 머무르도록 할 수 있는 근거규정이 마련되어 있다. 그러나 이 사건 변호인 접견신청 거부는 청구인이 난민인정심사 불회부 결정을 받은 후 5개월째 구속되어 있던 때에 이루어졌으므로 위 난민법 규정의 적용 대상이 아닐뿐더러, 위 규정에도 변호인 접견권의 제한에 관한 내용은 없다. 그 밖에 현행법상 청구인의 변호인조력권 제한의 근거 법률이 없다. 이 사건 변호인 접견신청 거부는 아무런 법률상 근거가 없다.

뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항에 따르면, “국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 달성하기 위해 필요한 경우에 한하여” 변호인의 조력을 받을 권리를 제한할 수 있다. 그런데 청구인에게 변호인 접견신청을 허용한다고 하여 국가안전보장, 질서유지, 공공복리에 어떠한 장애가 생긴다고 보기는 어렵다. 설령 송환대기실에 수용된 외국인에 대한 변호인 접견 허용으로 인해 국가안전보장이나 환송구역의 질서유지 등에 장애가 생길 우려가 있다 하더라도, 필요한 최소한의 범위 내에서 접견 장소 등을 제한하는 방법을 취한다면 국가안전보장이나 환송구역의 질서유지 등에 별다른 지장을 주지 않으면서도 청구인의 변호인 접견권을 제대로 보장할 수 있다. 따라서 이 사건 변호인 접견신청 거부는 국가안전보장이나 질서유지, 공공복리를 위해 필요한 기본권 제한 조치로 볼 수도 없다.

이 사건 변호인 접견신청 거부는 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하므로 헌법에 위반된다.

6. 결 론

그렇다면 이 사건 변호인 접견신청 거부는 난민인정심사불회부 결정을 받은 후 인천국제공항 송환대기실에 수용중인 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이므로 헌법에 위반됨을 확인한다. 이 결정에는 아래 7.과 같은 재판관 김창중, 재판관 안창호의 별개의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관들의 의견이 일치되었다.

7. 재판관 김창중, 재판관 안창호의 별개의견

우리는 이 사건 변호인 접견신청 거부(이하 별개의견에서는 ‘이 사건 변호사 접견신청 거부’라고 한다)가 청구인의 기본권을 침해한다는 결론에는 찬성하나, 다수의견과 달리 위 거부행위가 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하지 아니하고 재판청구권을 침해한다고 판단하므로, 아래와 같이 그 의견을 밝힌다.

가. 변호인의 조력을 받을 권리 침해 여부

(1) 헌법 제12조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 여기서 ‘구속’이란 강제적으로 신체의 자유를 제한하여 일정 기간 장소적 이전가능성을 금지하는 것으로서, 사람을 붙잡아 끌고가는 구인(拘引)과 어떤 장소에 가두어 두는 구금(拘禁)을 의미한다.

여기서 ‘구금’은 보다 구체적으로, 강제로 사람을 일정한 범위의 폐쇄된 공간에 가두어 두므로써, 그 폐쇄된 공간 밖으로의 자유로운 신체의 이동을 금지하는 행위를 의미한다. 헌법 제12조 제4항의 ‘구금’에 해당하는지 여부는 자유로운 신체의 이동을 제약할 정도의 폐쇄된 공간인지와 더불어, 자유로운 신체의 이동을 제한받은 경위와 그 제한받은 사람의 의사에 따라 그 제한상태에서 벗어날 수 있는 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

(2) 출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 안전보장, 질서유지, 공공복리를 도모하는 국가행정이다. 이와 같은 출입국관리에 관한 사항 중 특히 국민이 아닌 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역에 놓여 있는 분야이다(헌재 2005. 3. 31. 2003헌마87; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마474등 참조).

청구인은 외국인으로서 입국목적이 체류자격에 부합함을 증명하지 못하였다는 이유로 출입국관리법 제12조 제3항 제2호, 제4항에 따라 입국불허결정을 받았다. 출입국관리법 제76조 제1항 제1호 및 제3호에 의하면, 입국목적에 부합하는 체류자격을 갖추지 못하여 입국이 불허된 외국인이 댔던 선박 등의 장이나 운수업자는 그의 비용과 책임으로 그 외국인을 지체 없이 대한민국 밖으로 송환하여야 한다. 국가의 안전보장, 질서유지 및 공공복리를 위해서는, 위와 같이 입국불허결정을 받은 외국인이 송환될 때까지 대한민국으로의 입국이 제한되므로, 그 한도에서 외국인의 ‘이동의 자유’는 일정 부분 제한될 수 있다.

한편, 청구인은 출입국청에서 난민신청을 하였는데, 출입국청에서 난민인정신청을 한 외국인이라 하더라도 난민인정심사 회부결정을 받기 전까지는 대한민국에 입국할 수 없으므로, 입국불허결정을 받은 외국인에 대한 ‘이동의 자유’의 제한은 계속될 수 있다.

(3) 다수의견이 설시한 바와 같이, 이 사건 변호사 접견신청 거부일 당시 청구인이 머무르고 있던 송환대기실은 물리적으로 폐쇄된 공간으로서 출입이 통제되었던 사정 등이 인정된다. 그러나 입국불허결정을 받은 외국인은 대한민국

국에 입국할 수 없을 뿐, 본국 또는 제3국으로 임의로 자진출국함으로써 언제든지 송환대기실 밖으로 나올 수 있었으므로, 입국불허결정을 받은 외국인에 대한 ‘이동의 자유’의 제한은 그의 의사에 좌우될 수 있다는 특수성이 있다 (헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29 참조).

청구인이 위 송환대기실에 수용되는 것을 원했다고 볼 수는 없겠지만, 앞서 보았듯이 국가의 안전보장, 질서유지 및 공공복리를 위해서는 입국불허결정을 받은 외국인의 ‘이동의 자유’를 제한할 필요성이 인정되고, 입국이 불허된 청구인이 임의로 자진출국할 수 있음에도 계속 대한민국에 입국하려고 하여 이를 통제하는 과정에서 불가피하게 청구인에 대한 ‘이동의 자유’의 제한이 있었던 것이므로, 그러한 자유의 제한이 청구인의 의사와 무관하다고는 볼 수 없다. 또한, 청구인이 이 사건 송환대기실에 5개월 이상 머무르게 된 것은 그간 난민인정심사 불허부 결정을 받고 그에 대한 취소의 소를 제기하며 다투는 과정에서 출입국향에 머무르는 기간이 길어졌기 때문이다.

이와 같이 청구인이 본국 또는 제3국으로 임의로 자진출국함으로써 언제든지 송환대기실 밖으로 나올 수 있었고, 그럼에도 불구하고 난민인정신청을 위하여 자신의 의사에 따라 출입국향에 계속 머무르는 과정에서 송환대기실의 출입이 통제된 점을 고려하면, 청구인은 헌법에서 예정한 ‘구금’ 상태에 놓여 있었다고 볼 수 없다.

참고로 청구인이 ‘구금’ 상태에 있었다고 보는 경우에는, 영장주의를 규정한 헌법 제12조 제3항에 따라 그 구금에 대하여 영장이 필요한지 여부가 문제될 수 있다. 만약 영장이 필요하다고 본다면 영장이 발부되었음에도 피구금자가 ‘임의’로 출국할 수 있는 것이 되는데, 그것이 현행 ‘영장제도’에 부합하는지 의문이고, 임의로 자진출국할 수 있는 외국인에게 영장을 발부하는 것은 경우에 따라서는 해당 외국인에게 불리하게 작용할 수 있다.

(4) 따라서, 청구인은 헌법 제12조 제4항에 규정된 구속된 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 갖는다고 볼 수 없으므로, 이 사건 변호사 접견신청 거부에 의하여 청구인의 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리가 제한된다고 볼 수 없다.

나. 재판청구권 침해 여부

이 사건 변호사 접견신청 거부가 청구인의 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부를 살펴본다.

(1) 우선 청구인과 같은 외국인이 재판청구권의 주체가 될 수 있는지 문제

된다. 송환대기실에 수용된 청구인이 자유로운 신체의 이동을 제한받고 있고, 그러한 수용의 당부를 다투기 위해 인신보호청구의 소를 제기하였으며, 그 소송과 관련하여 변호사의 조력을 원한다는 점을 고려하면, 이 사건에서 재판 청구권은 인간의 권리인 신체의 자유를 실효적으로 보장하는 데 반드시 필요한 권리라고 볼 수 있어, 청구인이 외국인이라 하더라도 재판청구권의 주체가 된다고 봄이 타당하다.

(2) 헌법 제27조는 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하여 재판청구권을 보장하고 있고, 이 때 재판을 받을 권리에는 민사재판, 형사재판, 행정재판, 헌법재판이 포함된다(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122 참조). 헌법 제27조 제1항이 규정하는 ‘법률에 의한’ 재판청구권을 보장하기 위해서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적인 형성이 필요하지만, 이는 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌바77; 헌재 2010. 7. 29. 2005헌바89 참조). 현대 사회의 복잡다단한 소송에서의 법률전문가의 증대되는 역할, 민사법상 무기 대등의 원칙 실현 등을 감안할 때, 출입국장에서 입국불허결정을 받아 송환대기실에 있는 사람과 변호사 사이의 접견교통권의 보장은 헌법상 보장되는 재판청구권의 한 내용 또는 그로부터 파생되는 권리로 볼 수 있다(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122 참조).

따라서 이 사건 변호사 접견신청 거부는 재판청구권의 한 내용으로서 청구인의 변호사의 도움을 받을 권리를 제한한다.

(3) 헌법 제37조 제2항에 따라 재판청구권을 제한하기 위해서는 “법률로써” 제한하여야 한다. 그런데 이 사건 변호사 접견신청 거부는 아무런 법률상의 근거 없이 이루어졌으므로 그로 인한 청구인의 재판청구권 제한은 헌법에 위반된다.

또한, 헌법 제37조 제2항에 따르면, “국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 달성하기 위해 필요한 경우에 한하여” 변호사의 조력을 받을 권리를 제한할 수 있다. 그런데 청구인에게 변호사 접견신청을 허용한다고 하여 국가안전보장, 질서유지, 공공복리에 어떠한 장애가 생긴다고 보기는 어렵고, 설령 그러한 장애가 생긴다고 하더라도, 접견 장소를 송환대기실로 제한한다면 국가안전보장이나 환송구역의 질서유지 혹은 공공복리에 별다른 지장을 주지 않으면서도 청구인의 변호사 접견권을 보장할 수 있다.

따라서 이 사건 변호사 접견신청 거부는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리

를 달성하기 위해 필요한 기본권 제한 조치로 볼 수도 없으므로, 이 사건 변호사 접견신청 거부는 청구인의 재판청구권을 침해한다.

다. 소결론

이 사건 변호사 접견신청 거부는 헌법 제12조 제4항에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하지 아니하나, 청구인의 재판청구권을 침해한다.

재판관 이진성 김이수 김창중 안창호 강일원 서기석 조용호
이선애 유남석