

憲法裁判所

決定

事件	2020헌가1, 2021헌가10 (併合) 出入国管理法 第63条 第1項 違憲提請 ¹
提請裁判所 ²	1. 水原地方裁判所 (2020헌가1) 2. ソウル行政裁判所 (2021헌가10)
提請申請人	1. ■ ³ 代理人 法務法人 (有限) 地平 担当弁護士 パク・ソンチョル 弁護士 マ・ハンオル、イ・サンヒョン、チェ・チョロク、キム・ジョンチョル、 パク・ヨンア、チョン・スヨン、ファン・ピルギユ、キム・セジン、 イ・イル、イ・ハンジェ 2. ■ 代理人 法務法人 (有限) 地平 担当弁護士 パク・ソンチョル 弁護士 マ・ハンオル、イ・サンヒョン、チェ・チョロク
当該事件	1. 水原地方裁判所 2019구단6240 強制退去命令及び保護命令 取消 (2020헌가1) 2. ソウル行政裁判所 2018구단54708 強制退去命令及び保護命令 取消 (2021헌가10)
宣告日	2023. 3. 23.

¹ 「提請」は「提議」という意味で使われているが、専門用語のため、「提請」と直訳する。

² 直訳は「法院」だが、最高裁判所に当たる大法院以外は、すべて「裁判所」と訳す。

³ 黒塗り部分は■で表示する。

主文

出入国管理法（2014. 3. 18. 法律 第12421号に改正されたもの）第63条第1項は、憲法に合致しない。上の法律条項は、2025. 5. 31を時限とし、立法者が改正するまでの間継続して適用される。

理由

1. 事件概要

ア. 2020헌가1

ニ

水原出入国・外国人庁長は2018. 10. 17. 出入国管理法第51条第3項により上記提請申請人を緊急保護し、2018. 10. 18. 同法第46条第1項第3号、第8号、第11条第1項第8号、第17条第1項により上記提請申請人に強制退去命令を出し、同時に同法第63条第1項により保護命令を出した。

これに対し、上記提請申請人は、上記強制退去命令及び保護命令の取消を求める訴えを提起し（水原地方裁判所2019구단6240）、上記裁判係属中、出入国管理法第63条第1項等に対する違憲法律審判提請を申請し（水原地方裁判所2019아4057）、提請裁判所は出入国管理法第63条第1項に対する申請部分を受け入れ、2020. 1. 23. この事件の違憲法律審判を提請した。

イ. 2021헌가10

提請申請人ニはニ国籍の外国人で、ニ難民認定申請をし、追加でその他（G-1-5）在留資格を付与された。

ソウル出入国・外国人庁長は、2017. 11. 22. 上記提請申請人が虚偽の招請行為によって入国したという理由で、出入国管理法第46条第1項第2号、第3号、第7条の2 第2号、第11条第1項第3号、第4号により上記提請申請人に強制退去命令を出すと同時に、同法第63条第1項により保護命令を出した。

これに対し、上記提請申請人は、上記強制退去命令及び保護命令の取消を求める訴えを提起し（ソウル行政裁判所2018구단54708）、上記裁判係属中、出入国管理法第63条第1項等に対する違憲法律審判提請を申請し（ソウル行政裁判所20180하12518）、提請裁判所は出入国管理法第63条第1項に対する申請部分を受け入れ、2021. 2. 9. この事件の違憲法律審判を提請した。

2. 審判対象

この事件の審判対象は、出入国管理法（2014. 3. 18. 法律 第12421号に改正されたもの）第63条第1項（以下、「審判対象条項」とする）が憲法に違反するか否かである。審判対象条項及び関連条項は次の通り。

〔審判対象条項〕

出入国管理法（2014. 3. 18. 法律 第12421号に改正されたもの）

第63条（強制退去命令を受けた者の保護及び保護解除）①地方出入国・外国人管署の長は、強制退去命令を受けた者を旅券未所持または交通使未確保等の事由で即時大韓民国の外へ送還できない場合、送還できる時までその者を保護施設で保護できる。

〔関連条項〕

出入国管理法（2010. 5. 14. 法律 第10282号に改正されたもの）

第2条（定義）この法で使用する用語の意味は次の通り。

11. 「保護」とは、出入国管理公務員が第46条第1項各号によって強制退去の対象に該当すると疑うに足りる相当の理由がある者を出国させるため、外国人保護室、外国人保護所、またはその他法務部長官が指定する場所に引致して収容する執行活動を意味する。

出入国管理法（2014. 3. 18. 法律 第12421号に改正されたもの）

第46条（強制退去の対象者）①地方出入国・外国人管署の長は、この章に規定された手続により、次の各号のいずれか一つに該当する外国人を大韓民国の外へ強制退去させることができる。

2. 第7条の2に違反した外国人または同条に規定された偽造招請等の行為で入国した外国人
3. 第11条第1項各号のいずれか一つに該当する入国禁止事由が入国後に発見させたり発生した者
8. 第17条第1項・第2項、第18条、第20条、第23条、第24条または第25条に違反した者

第63条（強制退去命令を受けた者の保護及び保護解除）②地方出入国・外国人管署の長は、第1項により保護する時、その期間が3カ月を超える場合は3カ月ごとに事前に法務部長官の承認を受けなければならない。

③地方出入国・外国人管署の長は、第2項の承認を受けられない場合、遅滞なく保護を解除しなければならない。

④地方出入国・外国人管署の長は、強制退去命令を受けた者が他の国家から入国が拒否される等の事由で送還できないことが明白になった場合、その者の保護を解除できる。

⑤地方出入国・外国人管署の長は、第3項または第4項により保護を解除した場合、住居の制限やその他必要な条件を付けることができる。

第66条（保護一時解除の取消）①地方出入国・外国人管署の長は、保護が一時解除された者が次の

各号のいずれか一つに該当する場合、保護の一時解除を取り消し、再び保護の措置を取ることができ
る。

1. 逃走したり逃走するおそれがあると認められる場合
2. 正当な事由なく出席命令に応じない場合
3. 第1号及び第2号で規定した事項以外に一時解除に付した条件に違反した場合

②地方出入国・外国人管署の長は、第1項により保護の一時解除を取り消す場合、保護の一時解除
取消書を発給し、保証金の全部または一部を国庫に帰属させることができる。

出入国管理法（2018. 3. 20. 法律 第15492号に改正されたもの）

第65条（保護の一時解除）①地方出入国・外国人管署の長は、職権または被保護者（その保証人ま
たは法廷代理人等を含む）の請求により被保護者の情状、解除要請事由、資産、その他の事項を考慮
し、2千万ウォン以下の保証金を預けさせ、住居の制限やその他の必要な条件を付けて保護を一時解
除することができる。

3. 提請裁判所の違憲提請理由

ア. 審判対象条項は、保護期間の上限を設定せず、被保護者をして自身がいつ解放されるのかまっ
たく予測できなくするという点で、それ自体が深刻な精神的圧迫感をもたらす。単に強制退去命令の
執行を容易にするという行政目的のため、期間の制限のない保護を可能にすることは、行政の便宜性
と画一性だけを強調したもので、過剰禁止の原則に反し、被保護者の身体の自由を侵害する。

イ. 出入国管理法上の保護は、刑事手続上の「逮捕または拘束」に準ずるものであり、身体の自由
を制限する。したがって、厳格な令状主義の適用を受けねばならないにもかかわらず、審判対象条項
は裁判所の令状なく強制退去命令を受けた外国人の人身を拘束できるようにしており、令状主義に反
する。

ウ. 保護の開始または延長の段階で、第三者の独立した中立的機関や司法機関がまったく関与して
いない点、被保護者は法務部長官に保護命令に対する異議申請をすることができ、法務部長官の承認
があれば保護を延長できるが、法務部長官は保護命令を発令・執行する行政庁の管理監督庁に過ぎ
ず、外部の中立的・客観的機関による事後救済手段ないし統制手続が保障されていると見ることはで
きない点、出入国管理法に審判対象条項による保護命令を発令する前に当事者に意見提出の機会を付
与するようにする規定がない点等に鑑みれば、審判対象条項は適法手続の原則に反する。

4. 判断

ア. 出入国管理法上の外国人保護制度

(1) 出入国管理法上の保護とは、「出入国管理公務員が出入国管理法第46条第1項による強制退去の対象に該当すると疑うに足りる相当の理由がある者を出国させるため、外国人保護室、外国人保護所、またはその他法務部長官が指定する場所に引致し収容する執行活動」を意味する(出入国管理法第2条第11号)。出入国管理法上の保護には第51条で定める「強制退去対象審査決定のための保護」と審判対象条項で定める「強制退去命令の執行のための保護」がある。

(2) 審判対象条項によると、地方出入国・外国人管署の長は、強制退去命令を受けた外国人(以下、「強制退去対象者」とする)を旅券未所持または交通便未確保等の事由で即時大韓民国の外に送還できない場合、送還できる時まで外国人保護室、外国人保護所、その他法務部長官が指定する場所(以下、「保護施設」とする)で保護することができる。審判対象条項による保護は、外国人が強制退去対象に該当すると判断し、強制退去命令を出したが、即時執行できない場合に強制退去命令の執行を確保するためのものであり、強制退去対象に該当するか否かを審査するために外国人の身柄を確保する出入国管理法第51条の保護とは区分される。

審判対象条項は、「送還できる時まで」保護できるとし、法文上保護期間の制限を設けておらず、代わりに保護期間が3カ月を超える場合には3カ月ごとに事前に法務部長官の承認を受けなければならない(出入国管理法第63条第2項、第3項)。また、審判対象条項によって保護施設に保護された者は、法務部長官に異議申請をすることができ(出入国管理法第63条第6項、第55条)、地方出入国・外国人管署の長は、職権または被保護者の請求によって被保護者の情状、解除要請事由、資産、その他の事項を考慮して2,000万ウォン以下の保証金を預けさせて住居の制限やその他必要な条件を付して保護を一時解除できる(出入国管理法第65条第1項)。

イ. 争点及び審査基準

(1) 審判対象条項による保護は、強制退去命令を即時執行できない場合、強制退去命令の執行を確保するために強制退去対象者を保護施設に引致・収容する強制措置であり、被保護者の身体の自由を制限する(憲裁2018. 2. 22. 2017헌가29参照)。よって、審判対象条項が基本権制限の限界原理である過剰禁止の原則と憲法第12条の適法手続の原則に反し、身体の自由を侵害するか否かがこの事件の争点である。

(2) 出入国管理行政は、内・外国人の出入国と外国人の在留を適切に統制・調整し、国家の利益と安全を図る国家行政である。出入国管理に関する事項のうち、外国人の入国と国内在留に関する事項は、主権国家としての機能を遂行する上で必要なもので、広範囲の政策裁量の領域にあり(憲裁2005. 3. 31. 2003헌마87; 憲裁2014. 4. 24. 2011헌마474等参照)、強制退去命令の執行を確保するためになされる審判対象条項による保護は、出入国管理行政の一環とみることができる。

しかしながら、憲法第12条第1項の身体の自由は、人間の尊厳と価値を具現するための最も基本的な最小限の自由であり、すべての基本権保障の前提になるもので(憲裁2020. 9. 24. 2017헌바157等参照)、その性質上人間の権利に該当し、国内在留資格の有無によって認められるか否かが変わるものではない。したがって、審判対象条項が身体の自由を侵害するか否かについては、厳格な審査基準

が適用されなければならない。

ウ、裁判官ユ・ナムソク、裁判官イ・ソクテ、裁判官キム・ギヨン、裁判官ムン・ヒョンベ、裁判官イ・ミソンの憲法不合致意見

(1) 過剰禁止の原則に違反するか否か

(ア) 目的の正当性及び手段の適合性

審判対象条項の立法目的は、強制退去対象者を大韓民国の外へ送還できる時まで保護施設に引致・收容し、強制退去命令を容易かつ効率的に執行できるようにすることで、外国人の出入国と在留を適切に統制し、調整し、国家の安全と秩序を図ろうとすることにある。このような立法目的は正当であり、強制退去対象者を大韓民国の外へ送還できる時まで保護施設に引致・收容して身柄を確保することは強制退去命令の執行を確保する効果的な方法であり、手段の適合性も認められる。

(イ) 侵害の最小性及び法益均衡性

しかしながら、審判対象条項は次のような点で侵害の最小性と法益均衡性を満たしていない。

1) 審判対象条項による保護は、強制退去命令を発令後すぐに執行できない場合、その執行を確保するために一時的・暫定的に取る強制措置である（憲裁2018. 2. 22. 2017헌가29参照）。ところが審判対象条項は、強制退去対象者を大韓民国の外へ送還できる時まで保護できると規定しているのみで、保護期間の上限を設定していないため、無期限の保護を可能とする。

強制退去命令の執行を目的として一時的・暫定的に強制退去対象者を特定の場所に收容する保護は、その本質上、強制退去命令を執行するのに必要な合理的期間内に收容する時にのみその正当性を認められると言える。しかしながら、審判対象条項によると、例えば被保護者が難民法により難民認定申請をしたり、難民不認定決定等に異議申請をして関連の手續が終了するまで強制退去命令を執行できない場合（出入国管理法第62条第4項参照）、被保護者が強制退去命令に対する取消訴訟等を提起したり、民・刑事紛争が係留中で事実上強制退去命令の執行が困難な場合等には、該当手續の執行状況によって保護期間が無限に延びる可能性がある。また、審判対象条項は他の国家から入国を拒否され、送還が不可能な場合にも送還が可能になるまで、期間の制限なく継続して保護できるようにしている。このように相当な期間内に強制退去命令を執行できない場合にも、強制退去対象者を長期または期限なしに保護することは、一時的・暫定的強制措置としての限界を逸脱し、被保護者の身体的自由を重大に制限するものである。さらに期間の上限が定められていない保護は、被保護者をして自身がいつ解放されるのかまったく予測できなくするという点で、身体の保護期間の長短とは関係なく、それ自体が深刻な精神的圧迫感を引き起こす（憲裁2018. 2. 22. 2017헌가29における、裁判官イ・ジンソン、裁判官キム・イス、裁判官カン・イルウォン、裁判官イ・ソネ、裁判官ユ・ナムソクの違憲意見参照）。

審判対象条項による保護は、強制退去命令の執行確保以外の他の目的のために発することができないという目的上の限界と、送還が可能になる時まで必要な最小限の期間、暫定的に保護できるもので

あり、他の目的のために保護期間を延長することができないという時間的限界を持っており（大法院 2001. 10. 26. 宣告 99다68829判決参照）、実際に強制退去対象者が送還されるまでの保護期間の平均は10日余りに過ぎず、1年以上の長期保護が問題となる場合は少数に過ぎない。しかしながら、このような限界は一時的・暫定的措置という保護の性格から当然導き出されるものであり、ここで「送還が可能な時まで必要な最小限の期間」が相当な期間内に制限されなければならない規範的概念か否かは考慮されていない。したがって、前述のような解釈上の限界にもかかわらず、保護期間の上限を設定しない審判対象条項によって長期間、または期限なしに保護が可能であり、被保護者に責任を問えない事由で強制退去命令を執行することができない場合にも「即時送還できない場合」実際に送還されるまで長期間保護できる等、保護期間の上限を設定しないことによる問題は依然として残る。

一方、送還を不可能にする客観的事由がないのに被保護者が送還に協力せず、強制退去命令を迅速に執行できない場合もあり得るが、送還に協力しないという事情だけで無期限の保護が正当化されるものではない。被保護者の協力拒否によって強制退去命令の執行が遅延する場合、協力拒否を保護期間の延長事由にすることはできるが、送還業務を担当する出入国管理当局としては送還を遅滞させる障害を除去する等、送還業務を誠実に遂行せねばならず、被保護者が送還に協力しないからといっていつまでも送還が実現するまで継続して保護することはできない。

2) よって、適正な保護期間の上限がどの程度であるかは別に論じるとしても、最小限その上限を法で明示することで保護期間の非合理的な長期化ないし不確実性から起こる被害を防止できなければならない。単に強制退去命令の効率的執行という行政目的のために期間の制限のない保護を可能にすることは、行政の便宜性と画一性のみを強調したものであり、被保護者の身体的自由を過度に制限する。多様な事情で自ら出国することを選択しなかったり、自ら出国することが不可能だったため取り締まられ、保護された外国人に事実上「出国できる自由」があるとみなすのは難しく、強制退去対象者がいつでも出国できる自由があり、これにより保護対象者から外れることができるという理由で保護期間の上限を定めていないことによる基本権侵害が緩和されるとみることができない（憲裁2018. 2. 22. 2017번가29における、裁判官イ・ジンソン、裁判官キム・イス、裁判官カン・イルウォン、裁判官イ・ソネ、裁判官ユ・ナムソクの違憲意見参照）。

国際的基準と外国の立法例を調べてみても、相当数の国家が強制退去命令を受けた者を拘禁する時、その期間の上限を定めている。「第3国不法滞在者の送還についての加盟国内共同基準と手続に関する指針」（いわゆる「ヨーロッパ連合法滞在外者送還指針」）（Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals）は、不必要な長期拘禁を抑制し、強制退去対象の外国人の基本的人権を尊重するために加盟国をして国内法で拘禁期間の絶対的の上限を規定するようにしているが、最初の拘禁期間は6カ月を超えることができないようにし、例外的に拘禁を延長することはできるが、延長期間は最大12カ月にするようにする等、長期拘禁についての統制を強化している。これによってヨーロッパ連合加盟国は上記指針で定めた基準と同じか、またはより厳格な拘禁要件と手続を国内法として立法し、拘禁期間の上限を定めている。すな

わちフランスは送還が合理的に可能な外国人を対象に効果的な身柄確保が難しく、効果的な執行を保障するために他の措置が十分ではない時に限って最大90日まで拘禁を命じることができるよう、法で規定しており、ドイツは強制追放のための拘禁を6カ月まで命じることができるが、延長する場合にも最大12カ月を超えられないよう、法で規定している。台湾や南アフリカ共和国も法律で強制退去対象者の拘禁期間を最大100日または120日に制限している。このように国際的基準や他の立法例で拘禁期間の上限を定めているのは、期間の定めがない拘禁状態が重大な人権侵害を引き起こす可能性があるためである。

実際、強制退去命令を執行する過程で送還に至るまでに要する期間は、強制退去対象者の協力の有無や我が国または送還国の事情によって変わり得る。このような点を挙げて審判対象条項が保護期間の上限を決めていないことの不可避性を主張することもできるが、審判対象条項による保護が、強制退去命令の執行を目的に一時的・暫定的に取られる措置であるという点と、上述のような強制退去対象者に対する拘禁期間の上限を定めている国家が相当数あるという点を考慮すれば、強制退去命令を執行するのに必要な合理的な保護期間の上限を定めることが不可能とは言えない。

3) 保護期間に上限を設定する場合、送還が遅延し、保護期間の上限を超えると、強制退去対象者の保護を解除しなければならないが、この場合、保護解除された強制退去対象者の所在が分からなくなったり、犯罪に関わるかもしれないという主張もあり得る。しかしながら、これはまだ現実化していない、漠然として潜在的な可能性ないし一部の状況を誇張した憂慮に過ぎず、そのような漠然とした推定だけを根拠に「期間の上限のない保護」のように身体的自由を重大に制限する措置を正当化することはできない。大韓民国で犯罪を犯した外国人だからといって、その者が保護解除されたら逃走したり再び犯罪を犯すとは断定できない。さらに強制退去対象者の中には犯罪を犯して刑の宣告を受けた外国人だけでなく、入国や在留に関する行政法規に単純に違反した外国人もいる可能性があるが、これらを皆、潜在的逃走者ないし潜在的犯罪者とみなして期間の制限なく保護することは、過度な措置である（憲裁2018. 2. 22. 2017헌가29における、裁判官イ・ジンソン、裁判官キム・イス、裁判官カン・イルウォン、裁判官イ・ソネ、裁判官ユ・ナムソクの違憲意見参照）。

保護期間の上限を定める場合、被保護者が強制退去命令に対する取消訴訟者や難民認定申請等によって保護期間の上限を超えるという点についての憂慮があり得るが、裁判所で該当事件を優先的・集中的に審理し、難民認定審査及び決定を迅速に進めたり、難民認定申請の濫用を防止する等、制度的改善を通して保護期間の上限を超える場合を最小化することができる。

さらに強制退去命令の執行確保は、審判対象条項による保護の他に多様な手段によっても可能である。例えば、出国要件が整うまで強制退去対象者の住所地を制限したり、住所地を定期的に報告する方法、身元保証人を指定したり、適正な保証金を払うようにする方法、監督官等を通して強制退去対象者を持続的に観察したり監督する方法等、保護を代替する手段を通して強制退去命令の執行を確保することができる。よって、強制退去命令の執行を確保するために期間の上限のない保護のような被保護者の身体的自由を過度に制限する方式を必ず選択しなければならないわけではない。

4) 一方、現行の出入国管理法上の手続や制度の運用だけでは、保護期間を適切に統制して身体の

自由に対する過度な制限を緩和するには不足している。

まず、被保護者は出入国管理法によって地方出入国・外国人管署の長に保護の一時解除を請求することができ、地方出入国・外国人管署の長は職権で保護を一時解除することができる（出入国管理法第65条）。しかしながら、強制退去命令等に対する取消訴訟で勝訴判決を受けた事情がある場合を除き、保護一時解除の可否は地方出入国・外国人管署の長の全的な裁量事項として（出入国管理法第65条、「保護一時解除業務処理規定」第6条参照）、保護の必要性について実質的な検討よりは行政の便宜のためになされる可能性が高い。2020年11月1日事件の法務部長官に対する2021. 7. 1.付事実照会結果及び法務部長官が2020. 9. 5.に提出した参考資料によると、2013年から2017年まで5年間になされた保護一時解除件数が年平均120件、2018年から2020年まで3年間になされた保護一時解除件数が年平均131件であったのに比べ、2021年になされた保護一時解除は461件に急増したが、2021年に保護一時解除請求とこれに対する認容が急増したのは、コロナウイルス感染症の拡散によって保護所内の防疫管理が困難になったことによるもので、行政上の便宜が主な理由だったとみられる。出入国管理法第63条第4項は、地方出入国・外国人管署の長は、強制退去対象者が他の国家から入国が拒否される等の事由で送還できないことが明白になった場合には保護を解除できると定めているが、これもまた地方出入国・外国人管署の長の全的な裁量事項である。このような点に鑑みれば、保護一時解除制度が保護期間の上限を定めない問題を補完することができる装置として機能するとみるのは難しい。

また、出入国管理法は保護命令に対する異議申請、保護期間の延長に対する法務部長官の承認制度を設けているが、後述するようにこれは保護命令を発令・執行する行政庁の管理監督庁である法務部長官によってなされる手続に留まり、保護期間の上限を定めない問題を補完するほどの実効性があるとは言えない。特に法務部長官が2021. 7. 21. 及び2022. 9. 5. に提出した参考資料によると、延長不承認の比率は2017年4.9%、2018年6.7%、2019年6.4%、2020年4.0%、2021年9.4%と、最近5年間の不承認率は平均6.28%に過ぎない点に鑑みれば、延長承認制度の実効性に疑問を呈さざるを得ない。

5) 以上の事情を総合すれば、保護施設での無期限の保護以外にも強制退去命令の執行を確保する手段があるにもかかわらず、審判対象条項が期間の上限なしに被保護者を保護できるようにしたのは立法目的を達成するために必要な最小限の程度を超えて被保護者の身体の自由を過度に制限するものであり、審判対象条項が達成しようとする公益が重要だとしても、期間の上限のない保護によって被保護者の身体の自由が制限される程度が過度に大きく、審判対象条項は侵害の最小性及び法益の均衡性の要件を満たしていない。

(ウ) 小結論

審判対象条項は、過剰禁止の原則に違反し、被保護者の身体の自由を侵害する。

(2) 適法手続の原則に違反するか否か

(ア) 憲法第12条第1項は「法律と適法手続によらなければ処罰・保安処分または強制労役を受け

ない」と規定し、適法手続の原則を明らかにしている。適法手続の原則は、刑事訴訟手続に限らず、すべての国家作用全般に対して適用され（憲裁1992. 12. 24. 92헌가8；憲裁2018. 2. 22. 2017헌가29等参照）、審判対象条項による保護においても、憲法上の適法手続の原則は遵守されなければならない。しかしながら、審判対象条項は憲法上、適法手続の原則の観点から次のような点が問題となる。

（イ）行政手続上、強制処分による身体の自由が制限される場合、強制処分の執行機関から独立した中立的な機関がこれを統制するようにすることは、適法手続の原則の重要な内容に該当するところ、具体的な統制の姿や水準は強制処分の目的とこれによって達成しようとする公益、強制処分によって身体の自由が制限される程度等、すべての要素を考慮して決定されなければならないはずである。審判対象条項による保護は強制退去命令の執行確保を目的としながらも、身体の自由を制限する程度が剝奪に至り、刑事手続上の「逮捕または拘束」に準ずるものといえる点を考慮すれば、適法手続の原則上、保護の開始または延長の段階でその執行機関である出入国管理公務員から独立して中立的な地位にある機関が保護の妥当性を審査し、これを統制できなければならない。

出入国管理法によると、地方出入国・外国人管署の長が強制退去か否かを審査・決定し、強制退去命令書と強制退去命令の執行のための保護命令書を発給し、出入国管理公務員が保護命令と強制退去命令を執行するようになっており（出入国管理法第58条、第59条第2項、第3項、第62条第1項、第6項、第53条）、形式的には保護命令書を発給する者とこれを執行する者が分離されている。しかしながら、保護決定をする地方出入国・外国人管署の長は、独立した第3の機関ではなく、出入国管理公務員が属する同一の執行機関内部の上級者に過ぎず、実質的に保護決定機関とその執行機関が分離されているとは言えない。また、出入国管理法第63条第2項は、保護期間が3カ月を超える場合、地方出入国・外国人管署の長をして3カ月ごとに事前に法務部長官の承認を受けるようにし、保護延長承認機関を分離しているが、法務部長官は保護命令を発令・執行する行政庁の管理監督庁に過ぎず、これをもって外部の中立的・客観的機関による審査がなされるとみることが難しい。

このように現在、出入国管理法上、保護の開始または延長の段階で執行機関から独立した中立的機関がまったく関与しておらず、このような状況下では保護の必要性等について審査がまともになされると保障することはできない。強制退去命令が出れば、ほぼ自動的に保護命令が発令され、地方出入国・外国人管署の長の申請があれば、ほぼ例外なく法務部長官の延長承認がなされる現実は、このような点を証明していると言える。

一方、被保護者は、法務部長官に保護命令に対する異議申請をすることができるが、法務部長官は前述の通り、保護命令を発令・執行する行政庁の管理監督庁に過ぎず、これによって外部の中立的・客観的機関による審査制度が保障されているとは言えない。2013年から2020年まで8年間、保護命令に対する異議申請が認められた事例がたったの1件もなかったという点からも、法務部長官の審査が保護の適法性を担保するための実質的な統制手続として意味を持つとみることが難しい。また、被保護者は強制退去命令や保護命令、保護命令に対する異議申請を棄却した決定等に対して行政訴訟を提起することができ、その過程で保護命令の執行停止を申請することができるが、保護の開始または延長の段階で公正で中立的な機関による事前通知がまったくなされていない以上、このような一般

的・事後的な司法統制手段だけでは被保護者を十分に保護するとは言えない。

(ウ) 当事者に意見及び資料提出の機会を付与することは、適法手続の原則から導かれる重要な手続的要請であり(憲裁2003. 7. 24. 2001헌가25; 憲裁2015. 9. 24. 2012헌바302参照)、審判対象条項によって保護する場合にも被保護者に上述のような機会が保障されなければならない。

しかしながら、出入国管理法は、審判対象条項による保護命令を発令する前に当事者に意見を提出する機会を付与するようにする規定を設けていない。行政手続法は行政庁が当事者に義務を課したり権益を制限する処分を行う時、当事者等に意見提出の機会を与えなければならないと規定しながら(行政手続法第22条第3項)、「外国人の出入国に関する処分」を行政手続法の適用対象から除外している(行政手続法第3条第2項第9号、行政手続法施行令第2条第2号)。したがって、現行法上、被保護者は保護命令手続において自身に有利な陳述をしたり意見を提出できる機会を付与されていない。

保護命令は強制退去命令を前提にし、強制退去命令は強制退去対象者に該当すると疑われる外国人、いわゆる容疑者に対する調査を根拠になされており、容疑者に対する調査はその陳述を調書に記し、その内容に対する追加・変更等の請求があれば、これを調書に記さねばならない等(出入国管理法第47条、第48条第3項、第4項)、容疑者は強制退去命令手続で自身の意見を陳述する機会を与えられるとみられる。しかしながら、被保護者は保護命令手続において保護の必要性や逃走のおそれ等について意見を陳述できなければならず、強制退去命令手続において意見を陳述する機会が保障されたからといって、これとは独立した別途の手続である保護命令手続で意見を陳述する機会を排除することはできない。一方、保護命令に対する違憲申請段階では、法務部長官が必要であれば関係者の陳述を聞くことができるよう裁量で規定しているのみで(出入国管理法第63条第6項、第55条第3項)、保護延長に対する法務部長官の事前承認もまた、地方出入国・外国人管署の長が保護期間延長の必要性を明らかにしなければならないとだけ規定しており(出入国管理法施行令第78条第2項)、被保護者が法務部長官に意見及び資料を提出できる手続的機会が法令上設けられているとは言えない。

(エ) このような点を総合すると、審判対象条項は保護の開始または延長の段階で公正で中立的な機関による統制手続がなく、当事者に意見を提出する機会を保障していないため、憲法上の適法手続の原則に反する。

(3) 憲法不台致決定と暫定適用の必要性

以上のように、審判対象事項は過剰禁止の原則と適法手続の原則に反し、被保護者の身体的自由を侵害するため、審判対象条項に対する単純違憲決定を行うことが原則である。

しかしながら、審判対象条項の違憲性は、保護期間の上限を設定しないで長期間または無期限の保護が可能ないようにした点と、保護の開始または延長の段階で公正で中立的な機関による統制がなされておらず、当事者に意見提出の機会が付与されていない点にある。このような状況で審判対象条項に対して単純違憲決定を行う場合、強制退去命令の執行のための保護の根拠規定がなくなってしまう、

強制退去命令を受けた者の身柄を確保できなくなるため、容認することが難しい法的空白が発生してしまう。さらに立法者は保護期間の上限をどう設定するのか、保護の開始や延長の段階で人身拘束の妥当性を審査する機関をどのように構成するのか、意見提出の機会をどのような形態で保障するのか等、手続形成に関して立法の裁量を有する。

したがって、審判対象条項に対し、憲法不合致決定を宣告するが、立法者の改善立法がなされるまで引き続き適用を命じることとする。立法者は可能な限り早く改善立法を行う義務があり、遅くとも2025. 5. 31. までには改善立法を行わねばならず、それまでに改善立法を行わなければ審判対象条項は2025. 6. 1. から効力を喪失する。

エ. 裁判官イ・ソネの憲法不合致意見

私は審判対象条項が憲法に違反し、憲法不合致決定を行わなければならない点で、裁判官ユ・ナムソク、裁判官イ・ソクテ、裁判官キム・ギヨン、裁判官ムン・ヒョンベ、裁判官イ・ミソンの違憲意見と結論を同じくする。しかしながら、その理由についてはすでに憲裁2018. 2. 22. 2017헌가29の決定の違憲意見に参加して論証したことがあり、これを以下のように引用し、この事件の違憲意見を記す。憲法不合致決定に至る論証は、裁判官ユ・ナムソク、裁判官イ・ソクテ、裁判官キム・ギヨン、裁判官ムン・ヒョンベ、裁判官イ・ミソンの憲法不合致意見と同一である。

(1) 過剰禁止の原則に反するか否か

(ア) 目的の正当性と手段の適正性

審判対象条項は、強制退去命令を受けた者に対する執行を容易にすることで、外国人の出入国と在留を適切に統制して調整し、国家の安全を図るためのもので、その立法目的は正当である。また、強制退去命令を受けた者を出国要件が整うまで保護施設で保護し、身柄を確保することは、強制退去命令の迅速で効率的な執行のための効果的な方法であり、手段の適正性も認められる。

(イ) 侵害の最小性及び法益の均衡性

1) 審判対象条項による保護対象は、出入国管理法上、強制退去命令を受けた者である。すでに国内在留期間に不法滞在、不法就労、犯罪行為等、法を犯した外国人として（法 第46条第1項参照）逃走の可能性や潜在的危険性がないとみなすことはできず、本国に送還される時までその身柄を確保するための保護や管理が必要だという点は認められる。

しかしながら、審判対象条項は保護期間の上限を設定しておらず、強制退去命令を受けた者を大韓民国の外へ送還できる時まで無期限の保護を可能にしている。期間の上限が定められていない保護は、被保護者をして自身がいつ解放されるかまったく予測できなくするという点で、実際の保護期間の長短とは関係なく、それ自体が深刻な精神的圧迫感をもたらす。したがって、適正な保護期間の上限がどの程度かは別に論じるにしても、最小限その上限を法で明示することで、被保護者をして自身が保護される最長期間を予測できるようにする必要がある。単に強制退去命令の執行を容易にするという行政目的のために期間の制限のない保護を可能にすることは、行政の便宜性と画一性だけを強調

したものであり、それ自体が被保護者の身体の自由に対する過度な制限である（憲裁2016. 4. 28. 2013헌바196における、裁判官イ・ジョンミ、裁判官キム・イス、裁判官イ・ジンソン、裁判官カン・イルウォンの反対意見参照）。

国際的基準や外国の立法例を見れば、国際連合（UN）の「恣意的拘禁に関する実務グループ」（Working Group on Arbitrary Detention）は拘禁の上限が必ず法律で規定されねばならず、無期限の拘禁は認められないとしている。ドイツは強制追放のための拘禁は6カ月まで命じることができ、さらに長い期間を要することが予想される場合、最大12カ月延長できるよう定めており、ヨーロッパ連合（EU）不法滞在者送還指針（Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals）もまた、これと同様に規定している。このように国際的基準や他の立法例において最大拘禁期間を定めるようにしている理由も、期間の定めがない拘禁状態が重大な人権侵害を引き起こす可能性があるからである。

大法院は、「出入国管理法第63条第1項の保護命令は、強制退去命令の執行確保以外の他の目的のためにこれを発することができないという目的上の限界及びひとまず適法に保護命令が出された場合にも送還が可能になる時まで必要な最小限の期間、暫定的にのみ保護することができ、他の目的のために保護期間を延長することはできないという時間的限界を持つ一時的強制」とした（大法院2001. 10. 26. 宣告 99다68829判決参照）。しかしながら、上記の判示の通りであるとしても、長期ないし無期限の保護の可能性がなくなるわけではなく、この判決は保護の性質上限界を説示しただけで、保護期間の上限を設定したわけではなく、保護期間を制限できる適切で実質的な統制機能を果たすとみなすことは難しい。仮に被保護者が強制退去命令に対する取消訴訟を提起したり、難民認定申請をする等の場合には、手続の進行状況によって保護期間が無限に延びる可能性があるが、保護期間の長短はひたすら行政庁と司法府が関連の手続をどれだけ迅速に進めるかどうかによって決定される（被保護者が裁判所に強制退去命令及び保護命令に対する執行停止を申請することができるが、これを受け入れるかどうかは裁判所の裁量に任せられている）。この場合、被保護者に責任がない事由で保護が長期化される結果を引き起こす可能性がある。

2) 各国の事情や手続進行状況によって送還に要する期間が変わり、被保護者の送還がいつ可能になるのか事前に分からないため、保護期間を限定せず「送還できる時まで」保護できるようにしたことは、審判対象条項の立法目的達成のために不可避とみる立場もあり得る。しかしながら、強制退去対象者に対する拘禁期間の上限を定めている国家が相当数あるという点を考慮すれば、合理的な保護期間の上限を定めることが不可能とはみられない。

審判対象条項に保護期間の上限を規定すれば送還可能な時点が遅延し、保護期間の上限を超過した時、強制退去対象者を釈放しなければならないが、この場合、釈放された強制退去対象者たちが姿をくらましたり、犯罪を犯す可能性があるという主張もあり得る。しかしながら、これはまだ現実になっていない漠然として潜在的な可能性に過ぎず、これを裏付けるような実証的根拠も十分とは言えないため、このような漠然とした推定だけを根拠に「期間の上限のない保護」のような身体の自由を重大に制限する措置を正当化することはできない。大韓民国で犯罪を犯した外国人だとしても、保護解

除されたら逃走したり再び犯罪を犯すと断定することはできない。さらに強制退去対象者の中には、犯罪を犯して刑の宣告を受けた外国人のみならず、入国や在留に関して行政法規に単純に違反した外国人もいる可能性があるが、この者たちを皆、潜在的逃走者ないし潜在的犯罪者とみなして期間の制限なく保護することは過度な措置である。

被保護者が強制退去命令に対して取消訴訟を提起したり、難民認定申請をする等の場合については、裁判所で該当事件を優先的・集中的に審理し、難民認定審査及び決定を迅速に進める等、制度的改善を通して保護期間の上限を超過する場合を最小化することもできる。保護期間の上限を超過して保護を解除しても、出国要件が整うまで住所地を制限したり住所地について定期的に報告するようにする方法、身元保証人を指定したり適正な保証金を支払うようにする方法、監督官等を通して持続的に観察及び監督する方法等を通し、逃走や追加的違法行為を相当部分防ぐことができるとみられる。したがって、審判対象条項の立法目的達成のために期間の上限のない拘禁のような被保護者の身体を過度に制限する方式を必ずしも選択しなければならないのか疑問である。

3) 多様な事情で自ら出国することを選択しなかったり、自ら出国することが不可能だったために取り締まられ、保護された外国人たちに事実上「出国できる自由」があるとみなすことは難しく、強制退去対象者たちがいつでも出国できる自由があり、これにより保護対象者から外れることができるという理由で保護期間の上限を定めないことによる基本権侵害が緩和されるとみることができない（憲裁2016. 4. 28. 2013헌바196における、裁判官イ・ジョンミ、裁判官キム・イス、裁判官イ・ジョンソン、裁判官カン・イルウォンの反対意見参照）。

被保護者は地方出入国・外国人管署の長（以下、「所長等」とする）に保護一時解除を請求することができるが、強制退去命令等に対する取消訴訟で勝訴判決を受けた事情がない限り、保護一時解除の可否は所長等の全的な裁量事項であり、保護一時解除制度は長期拘禁の問題を補完し得る装置として実質的に機能するとみることが難しい。その他、強制退去命令及び保護命令に対する異議申請等、事後的救済手段もまた、後述するように実効性があるとは言い難い。

4) このように審判対象条項が達成しようとする公益が重大であり、強制退去対象者に対する保護がそのような公益の達成のために必要ではあるが、これに鑑みても、期間の上限がない保護によって被保護者の身体が制限される程度が過度に大きく、審判対象条項は侵害の最小性及び法益の均衡性の要件を満たしていない。

(ウ) 小結論

審判対象条項は過剰禁止の原則に反して被保護者の身体を侵害する。

(2) 適法手続の原則に反するか否か

憲法第12条第1項は、「法律と適法手続によらなければ処罰・保安処分または強制労役を受けない」と規定し、適法手続の原則を規定している。適法手続の原則は、刑事訴訟手続に限らず、すべての国家作用に対して適用されるため（憲裁1992. 12. 24. 92헌가8；憲裁2014. 8. 28. 2012헌바433等参照）、出入国管理行政の一環としてなされる強制退去命令及び保護命令の執行においても適法手

続の原則が遵守されなければならない。

(ア) 出入国管理法上の外国人保護は、刑事手続上の「逮捕または拘束」に準ずるものとして、外国人の身体的自由を剥奪するものであり、検事の中請、判事の発付という厳格な令状主義でなくとも、少なくとも出入国管理公務員ではない客観的・中立的地位にある者がその人身拘束の妥当性を審査できる装置がなければならない(憲裁2016. 4. 28. 2013헌바196における、裁判官イ・ジョンミ、裁判官キム・イス、裁判官イ・ジンソン、裁判官カン・イルウォンの反対意見参照)。ところが、現在、出入国管理法上の保護制度は、保護の開始、延長の段階で第3の独立した中立的機関や司法機関がまったく関与していない点で、捜査段階であれ、刑の執行段階であれ、拘禁の開始、延長を裁判所で決定し、その終期も明確に規定されている刑事手続上の拘禁と対照的である。

(イ) まず保護命令の発令と執行に関し、出入国管理法上、外国人に対する強制退去手続は、①出入国管理公務員が容疑者を取り締まり、調査を進めた後(法 第47条)、②所長等が保護命令書を発給し、出入国管理公務員が執行し(法 第51条第1項、第53条、強制退去審査のための保護)、③所長等が強制退去の可否を審査し、決定し、強制退去命令書及び保護命令書を発給した後(法 第58条、第59条第2項、第3項、審判対象条項、出入国管理法施行令第78条第1項)、④出入国管理公務員が執行する(法 第62条第1項、第63条第6項、第53条、強制退去執行のための保護)構造となっている。したがって、形式的には調査手続と審査手続が分離され、保護命令書の発給主体と執行機関が分離されているが、実情は出入国管理事務所内の下級者と上級者が容疑者の調査、強制退去命令と保護命令の発令及び執行をすべて共にに行っているものである。すなわち保護決定をする所長等は、独立した第3の機関でなく、出入国管理公務員が属する同一の執行機関内部の上級者に過ぎず、実質的に機関が分離されているとみなすことはできず、その他司法府等、外部機関が関与する余地がまったくないため、このように同一執行機関の上級者に決定を受ける程度では、客観的・中立的機関による手続的統制がなされているとみることは難しい(憲裁2016. 4. 28. 2013헌바196における、裁判官イ・ジョンミ、裁判官キム・イス、裁判官イ・ジンソン、裁判官カン・イルウォンの反対意見参照)。

審判対象条項は「保護できる」と任意規定になっているが、実務上、強制退去命令が発令されれば、保護の必要性や逃走のおそれ等、保護命令自体に対する特別な審査なしに強制退去命令と同時に、または続いて保護命令を発令する場合が大半であり、強制退去を受けたがすぐに送還できない者に対して保護命令が発令されない事例はない。しかしながら、強制退去命令を受けた者といっても、常に逃走の可能性があるとはみなすことはできないので、保護の必要性について別途の判断が必要であり、公正性と客観性を担保できる中立的機関が介入しない限り、強制退去命令が出されれば保護命令がほぼ自動的に発令される現在の構造は変更される可能性はほぼない。

参考まで、ドイツの場合、退去審査のための準備拘禁(我が国の強制退去審査のための保護と類似)と退去執行のための確保拘禁(審判対象条項による保護と類似)いずれに対しても法官の令状発付を要件にしており、拘禁の開始段階から法官による統制がなされる。

(ウ) 事後救済手段ないし統制手続と関連し、被保護者は法務部長官に保護または強制退去命令に

に対する異議申請をすることができ（法 第55条第1項、第60条第1項）、所長等は保護期間が3カ月を超過する場合、法務部長官から事前に承認を受けて保護を延長することができる（法 第63条第2項）。

しかしながら、法務部長官は事実上保護命令を発令・執行する行政庁の管理監督庁に過ぎず、外部の中立的・客観的機関による審査制度が保障されているとみることはできない。実際、最近5年間（2013年から2017年まで）保護または強制退去命令に対する異議申請が認められた事例はたった1件もなく、保護期間延長に対する法務部長官の事前承認もまた、強制退去執行が遅延した状態で所長等が承認申請書類を提出すれば、ほぼ例外なく承認されることが現実であることに照らしても、法務部長官の審査及び判断は保護の適法性を担保するための実質的な統制手段としての意味を持っているとみることは難しい（憲裁2016. 4. 28. 2013헌바196における、裁判官イ・ジョンミ、裁判官キム・イス、裁判官イ・ジンソン、裁判官カン・イルウォンの反対意見参照）。

また、被保護者は強制退去命令や保護命令、異議申請に対する棄却決定等に対する行政訴訟を提起することができるが、行政訴訟のような一般的・事後的な司法統制手段だけでは我が国の司法システムに馴染みのない、韓国語に長けていない外国人の身体を十分に保障するには不十分である。

（エ）適法手続の原則から導かれる重要な手続き的要請の一つとして、当事者に意見及び資料の提出の機会を与えることが挙げられ（憲裁2003. 7. 24. 2001헌가25；憲裁2015. 9. 24. 2012헌바302参照）、審判対象条項による保護を行うに当たり、被保護者に上述のような機会が保障されなければならない。

ところが、出入国管理法では審判対象条項による保護命令を発令する前に当事者に意見提出の機会を与えるようにする規定がない。行政手続法第22条第3項は、行政庁が当事者に義務を課したり権益を制限する処分を行う時、当事者等に意見提出の機会を与えなければならないと規定しているが、「外国人の出入国に関する処分」は行政手続法の適用対象から除外されており（行政手続法第3条第2項第9号、同法施行令第2条第2号）、刑事訴訟法上の拘束前の被疑者審問（令状実質審査）のような制度も設けられていない。したがって、保護命令を受けた者は、自身に有利な陳述をしたり、意見を提出する機会がまったくない。保護に対する異議申請段階でも、法務部長官が必要であれば、関係者の陳述を聞くことができるよう裁量で規定しているのみであり（法 第63条第6項、第55条第3項）、保護延長に対する法務部長官の事前承認もまた、被保護者に陳述や意見提出の機会を付与しないまま、所長等が提出した書類の審査を通してのみなされている。

（オ）このような点を総合し、審判対象条項は、保護の開始や延長の段階で公正で中立的な機関による統制手続がなく、行政上人身拘束をするに当たって、意見提出の機会もまったく保障されていないため、憲法上の適法手続の原則に反する。

（3）小結論

審判対象条項は、過剰禁止の原則及び適法手続の原則に違反し、被保護者の身体を自由を侵害するため、憲法に違反する。

5. 結論

審判対象条項は、憲法に合致しないため、憲法不合致決定を出すと同時に、2025. 5. 31. を時限とし、立法者の改善立法がなされる時まで暫定的にこれを適用することにする。あわせて、従前の憲法裁判所がこの決定とは見解が異なり、審判対象条項が憲法に違反しないと判示した憲裁2018. 2. 22. 2017헌가29決定は、この決定と抵触する範囲内で変更することにする。この決定に対しては、後述の6. の通り、裁判官イ・ウネ、裁判官イ・ジョンソク、裁判官イ・ヨンジンの反対意見がある他は関与した裁判官たちの意見は一致し、裁判官ユ・ナムソク、裁判官イ・ソクテ、裁判官キム・ギヨン、裁判官ムン・ヒョンベ、裁判官イ・ミソンの憲法不合致意見については、裁判官イ・ミソンの後述の7. の通りの補充意見がある。

6. 裁判官イ・ウネ、裁判官イ・ジョンソク、裁判官イ・ヨンジンの反対意見

私たちは審判対象条項が憲法に違反しないと判断し、以下のように見解を述べる。

ア. 憲法裁判所の先例

憲法裁判所は2018. 2. 22. 2017헌가29決定で、次のような理由で審判対象条項が過剰禁止の原則及び適法手続の原則に違反せず、身体を自由を侵害しないと判断した。

『(1) 過剰禁止の原則に反するか否か』

審判対象条項が、強制退去対象者の身体を自由を侵害するかを判断するに当たっては、出入国管理法上の保護が国家行政である出入国管理行政の一環であり、主権国家としての機能を遂行するのに必要であるから、一定部分、立法政策的に決定できるという点が考慮されねばならない。

(ア) 立法目的の正当性と手段の適合性

審判対象条項は、外国人の出入国と在留を適正に統制し、調整して国家の安全保障・秩序維持及び公共の福祉を図るためのもので、立法目的は正当で、強制退去対象者を出国要件が備わるまで保護施設で保護することは強制退去命令の迅速で効率的な執行と外国人の出入国・在留管理のための効果的な方法であり、手段の適合性も認められる。

(イ) 侵害の最小性

1) 強制退去対象者は、入国自体が不法だったり、在留期間を過ぎる等、在留条件に違反したり、在留期間の間に法を犯す等、秩序維持を害するおそれがある外国人等だ。彼らについては国家の安全保障、秩序維持及び公共の福祉のために本国に送還するまで送還のための保護及び管理が必要である。したがって、地方出入国・外国人管署の長が送還が可能な時点まで強制退去対象者を保護することは、審判対象条項の立法目的を達成するために必要な措置である。

2) 審判対象条項による強制退去対象者は、旅券の未所持または交通便の未確保等の事由ですぐに大韓民国の外に送還できない時に保護されるもので、各国の事情や手続の進行状況等によって、これに要する期間が違うのは当然であるから、いつ送還が可能になるのか事前に知ることはできない。したがって、審判対象条項が保護期間の上限を定めず、「送還できる時まで」保護できるようにすることは、立法目的達成のために不可避な側面がある。

また、審判対象条項による保護は、強制退去命令の執行確保の目的でのみ、目的達成のために必要な最小限の期間のみ可能である。大法院もまた、審判対象条項による保護は目的上の限界と時間的限界があると判示した（大法院2001. 10. 26. 宣告 99다68829判決参照）。実際、強制退去執行は大半が迅速になされており、保護期間の平均は11日程度である。

3) 強制退去対象者は、大韓民国に在留できないだけで、本国または第3国に任意に自ら出国することで、いつでも保護状態から脱することができるので、強制退去対象者が自身がいつ解放されるのか予測できない深刻な精神的圧迫感を受けると断定するべきではない。万が一、審判対象条項に保護期間の上限が規定される場合、その上限を超えれば保護は解除されなければならないが、強制退去対象者たちが保護解除された後、所在が分からなくなった場合、強制退去命令の執行が不可能になったり、非常に難しくなる可能性がある。また、強制退去対象者たちが犯罪に関わったり、犯罪の対象になる可能性があり、彼らが不法滞在する場合、賃金等労働条件で劣悪な処遇を受ける可能性も高い。

したがって、審判対象条項に保護期間の上限を規定することは、国家安保・秩序維持及び公共の福祉を脅かす可能性があるだけでなく、強制退去対象者の人権にも決して望ましくない結果をもたらし得る。

4) 他の国の立法例を調べても、強制退去の執行のための保護または拘禁期間の上限を設定していない国が少なくない。米国は強制退去命令が確定した外国人を90日の退去期間以内に退去させなければならないが、その期間は該当外国人を拘禁しなければならないと規定しており、その期間内に該当外国人を退去させられず退去期間が延長された場合には、延長された期間拘禁することができるが、法律で退去期間以後の拘禁期間の上限については規定していない。カナダやオーストラリアも外国人に対して強制退去の執行のため拘禁できると定めながら、拘禁期間の上限を規定しておらず、日本は強制退去対象者をすぐに出国させられない時には「送還可能になるまで」その者を収容できると規定しているのみで、収容期間の上限を定めていない。中国もまた強制出国が決定されたが即執行できない場合、該当外国人を拘留所または外国人送還場所に拘禁せねばならないと規定しているのみで、拘禁期間の上限を定めていない。このような点に鑑みた時、我が国が保護期間の上限を定めた場合、これを悪用して我が国に不法に滞在する外国人が急増する可能性も排除できない。

5) 出入国管理法は、保護の一時解除（第65条第1項、第2項）、延長承認（第63条第2項、第3項）、強制退去命令及び保護命令に対する異議申請（第60条第1項、第4項、第63条第6項、第55条第1項、第2項）等、強制退去対象者が保護状態から脱することができる様々な手段が準備されており、さらに強制退去対象者は強制退去命令やそれに伴う保護の取消を求める行政訴訟を提起したり、執行停止を申請できるところ、審判対象条項による保護を解除できる多様な制度が準備されており、保護

期間の上限がない点を補完している。

6) 審判対象条項による保護の代わりに住所地の制限、身元保証人の指定、保証金制度等の立法代案を考慮することができるが、強制退去対象者の身柄を確保しない以上、強制退去命令の迅速な執行と効果的な在留管理を審判対象条項と同等程度達成するのは難しく、その他審判対象条項と同等に立法目的を達成しながら強制退去対象者の基本権を制限しない立法代案を想定することも難しい。

(ウ) 法益の均衡性

審判対象条項が保護しようとする国家の安全保障・秩序維持及び公共の福祉は非常に重大で、その実現のため審判対象条項による保護制度は必ず必要な反面、強制退去対象者は強制退去命令を執行することができるまで一時的・暫定的に身体的自由を制限されるもので、保護が解除され得る多様な制度が準備されているので、審判対象条項は法益の均衡性要件も満たしている。

(エ) 小結論

審判対象条項は、過剰禁止の原則に違反して強制退去対象者の身体的自由を侵害しない。

(2) 適法手続の原則に反するか否か

(ア) 審判対象条項が適法手続の原則に反するか否かを判断するに当たって、強制退去対象者は大韓民国に在留できないだけで、本国または第3国に自主的に出国することでいつでも保護状態から脱することができる点、強制退去対象者は規範的に大韓民国に留まることができない人たちという点、出入国管理法上の保護は国家行政である出入国管理行政の一環であり、主権国家としての機能を遂行するのに必要なもので、一定部分、立法政策的に決定できる点が考慮されねばならない。

(イ) 強制退去対象者に対する保護の特殊性に照らし合わせると、強制退去命令及び保護に関する取り締まり、調査、審査、執行業務を同一の行政機関で行わせるのか、または互いに別の行政機関で行わせるのか、司法機関を介入させるのかは、立法政策の問題であり、保護の開始や延長の段階で司法府の判断を受けるようにする手続が規定されていないからといって、即、適法手続の原則に反しているとみることはできない。むしろ出入国管理のような専門的行政分野は、同一の行政機関をして関連業務を同時に遂行するようにすることが効率的であり、米国や日本等主要国家でも強制退去命令及び拘禁についての決定、その決定の執行に司法府は介入しない。

一方、強制退去対象者は、強制退去命令や保護を争う行政訴訟を提起したり、その執行の停止を求める執行停止申請をすることで司法府から保護が適法か否かの判断を受けることができ、客観的・中立的機関による統制手続がないとみることはできない。

(ウ) 強制退去対象者は、強制退去審査前に調査過程で意見陳述の機会を与えられ（出入国管理法第48条第3項、第4項）、保護に対する異議申請や行政訴訟過程で意見を陳述したり、資料を提出できる（出入国管理法施行令第69条第1項）。また、出入国管理法は保護命令書執行時、提示義務（出入国管理法第63条第6項、第53条、出入国管理法施行令第78条第1項）、3日以内の書名による通知義務（出入国管理法第63条第6項、第54条）を設けており、適法手続の原則から導かれる手続的要請

を遵守している。

(エ) したがって、審判対象条項は、憲法上の適法手続の原則に反するとは言えない。』

イ、先例変更の必要性が認められるか否か

(1) 憲法裁判所法第23条第2項第2号は、裁判官6名以上の賛成があれば従前の憲法裁判所が判示した憲法または法律の解釈適用について意見を変更できるようにしている。しかしながら、先例を変更するためにはこのような加重定足数という形式的要件以外にも、先例の判断に法理上欠陥があったり事情変更がある等、先例の立場を変更するしかない必要性が認められなければならない。また、予測可能性、法的安定性及び信頼保護の理念から見た時、先例の立場を変更しなければならない必要性、すなわち社会制度や文化の変化、国民の法感情または意識の変化、他の法律の内容やそれに関する法理変更等のような規範状態または事実状態の変化があり、これによって先例の立場が変更されなければならない点が論証されなければならない(憲裁2018. 12. 27. 2015헌바77等における、裁判官イ・ウネ、裁判官イ・ジョンソクの反対意見参照)。

(2) 審判対象条項について、裁判官ユ・ナムソク、裁判官イ・ソクテ、裁判官キム・ギヨン、裁判官ムン・ヒョンベ、裁判官イ・ミソンの憲法不合致意見及び裁判官イ・ソネの憲法不合致意見(以下「憲法不合致意見」とする)は、期間の上限がない保護は一時的・暫定的強制措置である保護の限界を逸脱するという点、拘禁期間の上限を定めている外国の相当数の事例に照らし合わせれば、保護期間の上限を設けないことは不可避とはいえない点、保護命令に対する異議申請、保護期間延長に対する法務部長官の承認制度及び保護一時解除制度だけでは保護期間を適切に統制して身体に対する過度な制限を緩和するには不足しているという点、住所地の制限や報告、身元保証人の指定、保証金制度、監督官を通じた観察や監督等、多様な代替手段等を通して強制退去命令の執行確保が可能な点等を根拠に、審判対象条項が過剰禁止の原則に反し、保護の開始または延長段階で第3の独立した中立的機関や司法機関がまったく関与していない点、保護命令を発令する前から異議申請段階に至るまで被保護者が意見を陳述し資料を提出できる手続的機会が保障されていない点、通常の行政訴訟手続だけでは裁判所による迅速で効率的な救済手続が保障されるとみるのは難しい点を理由に、審判対象条項が適法手続の原則に反して身体を侵害するとした。しかしながら、憲法不合致意見が挙げているこのような事由が果たして先例を変更する必要性が認められる規定または事実状態の変化に該当するのか疑問である。

(3) まず審判対象条項による保護は、強制退去命令の執行確保の目的でのみ発せられなければならないが、適法に保護がなされる場合にも、その保護は送還が可能になるまで目的達成のために必要な最小限の期間のみ可能ということは、すでに先例で明らかにした通りである。実際、この事件記録によれば、強制退去命令を受けた者が送還準備を終えて送還されるまでの平均保護期間は、2018年10.1日、2019年9.6日、2020年16.9日程度である。2020年の場合、コロナウイルス感染症の拡散により、出国航空便が中断、減少し、期間が延びた事情に鑑みれば、保護期間は先例決定当時に比べて短くなっている傾向と言え、このような点に照らせば、審判対象条項による保護は実務でも大部分目的上の限界及び時間的限界の範囲内で執行されているとみられる。

出入国管理法が保護期間の上限を設けていないとはいえ、強制退去対象者は保護命令に異議がある場合、法務部長官に異議申請をできるようにしており（出入国管理法第63条第6号、第55条）、保護の期間が3カ月を超える場合には地方出入国・外国人管署の長をして3カ月ごとに法務部長官の承認を受けるようにし（第63条第2項）、地方出入国・外国人管署の長が職権または被保護者等の請求によって保護を一時解除できるようにする等（第65条）、保護が必要な最小限度の期間だけなされるよう制度を補完している。また、地方出入国・外国人管署の長は、強制退去対象者が他の国家から入国が拒否される等の事由で送還できないことが明白になった場合、その保護を解除することができ（第63条第4項）、「保護一時解除業務処理規定」第6条第2項は、保護一時解除請求された者が強制退去命令または難民不認定処分に対する取消訴訟の一審または二審で勝訴した場合には、原則的に該当手続を経て一般解除または特別解除を許可するように定めており、憲法不合致意見で指摘したように他の国家から入国が拒否され送還が不可能な場合や難民不認定決定や強制退去命令を争っている等の事情だけで保護期間が無限に延びる可能性は高くない。

（4）さらに先例はすでに憲法不合致意見が指摘している大部分の事実を前提に規範的判断をした後、審判対象条項を合憲と決定しながら制度を整備する必要があるという点を指摘しており、これにより制度と実務が持続的に改善されてきた。

（ア）出国命令比率の拡大

地方出入国・外国人管署の長は、前科のない外国人と未成年者について最初から保護命令が伴う強制退去命令でなく、「被保護を原則にする出国命令」を出す方式を通して出国措置対象者の保護所入所比率を縮小してきている。2017年には出国措置のうち出国命令の比率が57.5%に過ぎなかったが、2020年には78.3%、2021年には73.2%に達する等、強制退去命令の比率は減り、出国命令の比率が増えている事実が認められるところ、地方出入国・外国人管署の長は、保護の必要性が大きい場合、できる限り被保護を原則とする出国命令の方式で実務を運営していることが確認できる。

（イ）異議申請制度の実質化

保護命令は、強制退去命令を前提にするものであり、法務部長官が強制退去命令に対する異議申請に理由があると決定すれば、容疑者の保護は即解除され（出入国管理法第60条第4項）。元の在留資格が回復して在留資格の種類によって就業等も可能になる反面、保護命令に対する異議申請が認められたとしてもそれ自体は強制退去命令に影響を与えない。したがって、当事者の立場では保護命令を争うよりも強制退去命令に対する異議申請をすることがより根本的な救済手段になり得る。実際、保護命令に対する異議申請件数は2018年9件、2019年5件、2020年7件で、強制退去命令異議申請件数（2018年72件、2019年54件、2020年67件）に比べて非常に少ない。

現在まで保護命令に対する異議申請が認められた事実がなく、保護命令自体に対する異議申請が活性化されたとみるのは難しい点がある。しかしながら、強制退去命令の場合には2016年と2017年に0%だった異議申請に対する認容率が2018年12.5%、2019年2%、2020年6%と増加したという事実が認められるところ、このような保護の原因になる強制退去命令に対する異議申請が実質化している傾向を考慮すれば、保護命令に対する異議申請が認められる事例がないという事実だけで異議申請

が実質的な統制手続としての意味を持っていないと断定することはできない。

(ウ) 保護の延長承認及び保護一時解除制度の実効性拡大

地方出入国・外国人管署の長は、保護の期間が3カ月を超える場合、3カ月ごとに保護期間の延長の必要性を釈明し、事前に法務部長官の承認を受けなければならない（出入国管理法第63条第2項、出入国管理法施行令第78条第2項）。ところがこのような保護期間の延長のための承認制度もまた徐々に実質化され、制度施行から2015. 8. まで計12件に過ぎなかった不承認事例が2015. 9. 1. から2021. 5. 11. まで計181件に大幅に増加している。

また、2020. 8. 14. 法務部訓令第1303号に改正された「保護一時解除業務処理規定」第4条第2項は、保護一時解除審査をするに当たり、①出入国管理法第56条の3第3項各号による患者、妊婦、高齢者、未成年者等に該当するか否か、②被保護者の健康状態等を考慮した時、被保護者を保護することが適切なのか否か、③被保護者が18歳未満の児童を扶養している場合、被保護者の他にその児童を扶養する人がいるのか否か、④即送還できない事由の有無等、大韓民国の外への送還可能性等を優先的に考慮するよう規定している。そして2013年から2017年まで5年間計601件（年平均120件）だった保護一時解除が、2021年1年間だけで主に前科のない外国人を対象に461件となり、申請件数比認容率は2019年44%、2020年54%、2021年56%に達し、特に2018年と2019年は未成年者の保護一時解除申請はすべて認容された事実が認められる。このように関連規定が改善され、実務では地方出入国・外国人管署の長が前科のない外国人や未成年者の保護一時解除申請を積極的に認める等保護一時解除制度の実効性も拡大されてきている。

(エ) 以上で見てきたように、先例の決定がなされて以後、保護期間の上限を定めなかった点を補完する肯定的な制度と実務の改善がなされていることを考慮すれば、先例を変更するほどの規範や事実状態の変更があったとはみられない。

(5) 憲法不合致意見は、拘禁期間の上限を定めている外国の相当数の事例に照らし、合理的な保護期間の上限を定めることが可能だとする。しかしながら、米国の場合、外国人が90日の退去期間内に退去しない場合、退去期間後も外国人の拘禁を継続することができる」と規定しているのみで、法律でその上限を明示しておらず、連邦最高裁判所が *Zadvydas v. Davis* 事件で90日の退去期間経過後、拘禁可能な合理的期間が6カ月と推定されると判断した後、制定された退去期間後拘禁条項についての連邦規則もまた安保やテロ上の理由で拘禁された場合等、一定の場合には強制退去執行が不可能でも持続的に拘禁できると規定しているのみで、別途拘禁期間に特別な制限を設けていないことは、先例ですでに説明した通りである。我が国の周辺国である日本や中国等も依然として強制退去対象者の収容期間の上限を規定しておらず、我が国が保護期間の上限を設定すれば、我が国に不法に滞在する外国人が急増する可能性を排除できない点も、先例の決定当時と同様の事情である。

(6) 強制退去対象者の保護期間に上限を設定することは、強制退去執行を確保する方法があるのか、保護解除された強制退去対象者を管理できる体系や彼らの生計、就業、住居、医療について支援策が準備されているのかの問題と関わるものであり、これについて述べる。

(ア) 出国拒否者に対する強制退去執行の困難

審判対象条項による保護は、強制退去の執行を確保するためのものであり、保護期間の上限を定めるためにはまず定められた期間内に強制退去対象者の本国送還や退去が可能でなければならない。しかしながら、強制退去命令及び保護命令取消訴訟、難民不認定処分取消訴訟等がすべて棄却され、その判決が確定し、これ以上国内での在留資格を争ったり主張したりする方法がなくなった後にも、別段の理由なく出国を拒否している強制退去対象者の場合、面談を通じた出国誘導、家族・知人等を通じた説得、強制退去対象者の自国領事に対する退去支援・協力要請、国費による退去執行努力以外に強制的に退去させることができる方法が確保されてらず、出入国管理公務員が保護外国人と共に出国する国外護送方法によってでも保安上の理由で航空会社から搭乗を拒否される等、その執行は困難であり、強制退去対象者が出国を拒否する場合には一定の期間内に強制退去を執行することが現実的に不可能である。実際にこの事件記録によると、1年以上長期保護中の強制退去対象者のうち相当数は故意に旅券を毀損したり、国費で退去を執行するという提案さえ拒否する等、出国を拒否している者たちという点が認められ、このような状況で保護期間の上限を定めて一定の期間が経過したら保護を解除するようにした場合、強制退去対象者たちの自発的な出国意思を阻害する可能性が高まるおそれがある。

(イ) 保護解除された強制退去対象者に対する在留管理の困難

保護期間の上限を定めるためには、保護解除された強制退去対象者たちを体系的に管理できる制度の確立が前提にならなければならない。保護期間を過ぎたことにより保護を解除しつつ住居を制限したり、報告させるようにして、身元保証人を指定したり保証金を納付するようにさせる方法が実効性を持つためには、これを管理するのに必要な費用と物的・人的資源がすべて確保されなければならない。しかしながら、2018年から2020年まで計394件の保護一時解除がなされ、このうち60件は所在不明及び逃走により一時解除が取り消されたことが確認でき、現在も保護一時解除された外国人に対する管理が徹底されているとは言い難い。このような点を考慮すると、保護期間の上限を設定して保護が解除された強制退去対象者の数が今よりも増加した場合、彼らの国内在留を効率的に管理できるのか疑問である。

さらに保護期間の上限を過ぎた強制退去対象者の保護解除と国内在留を許容するか否かは、雇用・賃金等労働問題、住居・医療・生計支援等の国家政策と密接な関連がある。例えば保護期間の上限を定めているドイツの場合、出国義務はあるが、事実的または法的理由で強制退去が難しい外国人に強制退去執行について臨時的中断である容認（Duldung）を付与するが、容認が付与された外国人は該当の不可事由について本人に帰責事由がある等の例外的な場合を除いて3カ月の待期間の後、就業許可を受けられるようにする等、保護解除された外国人の国内在留要件を緩和できる制度を設けている。その反面、我が国の場合、国内在留資格を持てなかったり、国内在留資格が取り消された者に対する住居・医療・生計の支援方法が具体的に準備されておらず、むしろ保護一時解除の場合、解除期間に就業等の営利活動を禁止する条件が付けられる等（保護一時解除業務処理規定第13条第3項第4号）、保護解除された強制退去対象者の国内在留条件を緩和できる制度が設けられていない。このような状況で保護期間に上限を設け、保護期間が過ぎた強制退去対象者の国内在留を許容するようにす

れば、強制退去対象者の生計、健康等が危うくなったり、犯罪に関わる可能性が高くなるのみならず、治安や秩序維持にも困難が生じる可能性がある。

(ウ) このように強制退去対象者の保護期間に上限を設ける問題は、保護解除された強制退去対象者の管理によって増加する行政費用をどの程度負担できるのか、強制退去対象の外国人にどのような就業機会を与え、どの程度の人道的支援をするのかについての社会的合意をもとに政策的土台の上で議論されなければならない。先例で我が国の実情に合う合理的な保護期間の上限を設定できるかどうかを慎重に検討する必要があることを指摘しながらも、保護期間の上限を設けないことが不可避な側面があるとしたのは、保護期間の上限を定めることが単純に出入国管理行政だけの問題でなく、国家の全般的な政策と密接に関連している点を考慮したもので、このような判断を変更するほどの政策的変化等の事情変更があったとは言い難い。

(7) 保護の開始または延長の段階で第3の独立した中立的機関や司法機関が介入するようにするのは、各国の立法政策の問題である。立法者が行政の専門性拡大、迅速な対処、外交関係及び国際情勢等を考慮した適切で効率的な出入国管理を図るために強制退去対象者の保護の開始または延長段階で裁判所の関与を排除したという理由だけで、審判対象条項が適法手続の原則に反すると判断することはできない。強制退去命令の執行は、遅滞なくなされなければならないのが原則で（出入国管理法第62条第3項）、審判対象条項による保護は強制退去命令を受けた者をすぐに大韓民国の外へ送還できない場合にその者を保護することで強制退去命令の迅速な執行という目的を達成するためになされる一時的・暫定的な措置であり、保護の開始段階で独立した中立的な第3の機関が保護の妥当性を審査して統制するようにすることが「強制退去命令の迅速で効率的執行」という審判対象条項による保護の目的と趣旨に照らして現実的な方法になり得るのか疑問である。また、法務部長官は法務部内で弁護士、教授、宗教人、国際機構関連団体や市民団体の構成員等民間委員が含まれた「外国人長期保護審議委員会」を設置し、1年以上保護されている外国人の保護解除または保護一時解除に関する事項を審議するようにしており〔外国人長期保護審議委員会運営指針（2020. 4. 14. 法務部例規第1250号に改正されたもの）第2条第1項及び第4項、第3条第1項〕、長期保護の解除等において中立的第3者の意見を反映するための手続も整えられてきた。

さらに強制退去命令は保護命令の前提となり、保護は強制退去命令の執行のためになされるもので、強制退去対象者が意見及び資料を提出できる手続的機会を与えられたかどうかを判断するに当たっては強制退去命令から保護に至るまで一連の手続きを有機的・総合的に確かめなければならない。米国も法務部所属の移民判事によってなされる強制退去命令裁判で聴聞と証拠調査、証人尋問の機会等を保障しているが〔移民及び国籍法（Immigration and National Act）第239条及び第240条〕、保護の開始、保護解除検討要請や人身保護令状（Habeas Corpus）を根拠にした保護解除申請段階では必須の意見陳述の機会を付与していない等、強制退去命令書から保護の開始、延長、解除に至るまでどの段階でどのような手続的権利を保障するかは、各国が立法政策の範囲内で定めることができるものである。したがって、審判対象条項が適法手続の原則を遵守しているかどうかは保護の開始、延長、解除の各段階ごとに別途の意見陳述や資料提出の機会を付与しているのかでなく、全体的な手続内で強制退去命令や保護命令、保護解除についての意見及び資料提出の機会が保障されているのかを基準

に判断されねばならない。

まず保護命令の前提となる強制退去命令が出る段階で、強制退去対象に該当すると疑われる外国人、すなわち容疑者についての調査（出入国管理法第47条）、出席要求及び尋問（第48条）等で意見陳述及び資料提出の機会的機会が保障されている以上、保護命令が出る前に別途、意見及び資料提出の機会を付与しなかったという理由だけで、適法手続の原則に反するとみることができない。また、保護命令書により保護された者は、即保護に対する異議申請を通して保護命令について争うことができる機会を保障されている。特に異議申請書の異議の事由を釈明する資料を添付して提出しなければならない（出入国管理法施行令第69条）、法務部長官は異議申請に対する決定に先立って必要であれば当事者の陳述を聞くことができる点（出入国管理法第55条第3項）等に照らし合わせれば、異議申請段階で当事者に意見及び資料提出の機会が完全に排除されたと断定することはできない。また、被保護者は保護中にいつでも請求の事由及び保証金納付能力を証明する資料を添付した保護一時解除請求書を提出することで保護の一時解除を申請することができ（出入国管理法第65条第1項、出入国管理法施行令第79条第2項）、書面による保護一時解除に関する意見及び証明資料を提出することができる。

この他にも、出入国管理法及びその施行令は、保護命令書執行時これを提示するようにして（出入国管理法第53条）、保護した日から3日以内に保護の事由・日時及び場所と異議申請をできるという趣旨を記した保護通知書を法廷代理人に通知するようにして（第54条第1項）、保護された者が望む場合には緊急の事情やその他のやむを得ない事由がなければ国内に駐在するその者の国籍や市民権が属する領事に保護の日時・場所及び理由を通知するようにして（第54条第2項）、異議申請に対する決定は必ず主文、理由、適用法条文等を記した異議申請に対する決定書を作成し、申請人に送らねばならず（出入国管理法施行令第70条第1項）、出入国管理法第63条第2項によって、保護期間延長承認を受けようとする場合には、保護期間の延長の必要性を地方出入国・外国人管署の長が直接釈明するようにする等（出入国管理法施行令第78条第2項）、出入国管理行政の効率性を害さない範囲内で当事者の機会的権利を保障するための手続を十分に設けている。したがって、保護の開始や延長段階で被保護者に意見及び資料を提出できる明示的な機会的機会を付与していないという理由だけで、審判対象条項が適法手続に反しているとみることができない。

（8）一方、審判対象条項による保護は、強制退去命令の執行を確保するためになされる出入国管理行政の一環として、強制退去命令を受けた者を一時的に引致し、收容する行政処分として憲法第12条第3項による厳格な令状主義が適用されない。また、憲法第12条第6項が刑事手続による逮捕・拘束のみならず行政上の逮捕・拘束についても逮捕・拘束自体に対する適法か否かを裁判所で審査請求できる手続を設けることを要求しているが、その手続の具体的な内容を形成するに当たっては立法者の立法形成裁量が認められる（憲裁2004. 3. 25. 2002헌마104参照）。特に審判対象条項による保護は、強制退去命令の執行確保という行政目的を担保し、これを効率的に執行するために行われるものであり、身体の自由に対する制限そのものを目的とする刑事手続上の人身拘束またはその他の行政上の人身拘束とはその目的や性質が違うと言え、その具体的な手続に関する事項は政策裁量の領域にある（憲裁2005. 3. 31. 2003헌마87；憲裁2014. 4. 24. 2011헌마474等参照）。したがって、憲法裁判所が2014. 8. 28. 2012헌마686決定ですでに明らかにしたように、強制退去対象者が保護の原因に

なる強制退去命令に対する取消訴訟を提起することでその原因関係を争うことができるだけでなく、保護命令自体の取消を求める行政訴訟や、その執行の停止を求める執行停止申請をでき、前述の通り、保護命令執行時、保護命令書の提示、保護の日時・場所及び理由の書面通知等、厳格な事前の手續と強制退去命令に対する異議申請だけでなく保護命令に対する異議申請等、事後的保護手段を設け、行政訴訟手續を通じた救済手段の限界を実効的に補完しており、このような立法者の判断が立法形成の裁量範囲を逸脱したものとみることにはできない以上、審判対象条項は憲法第12条第6項に反しない。あわせて、裁判官5人の憲法不合致意見に加えて審判対象条項が憲法第12条第6項に反するという補充意見形式の裁判官イ・ミソンの憲法不合致意見についてこのような理由で反対意見を明らかにする。

(9) 以上のような点を総合すれば、憲法不合致意見が提示している点は先例決定を変更するだけの事情変更該当するとは言えず、他に憲法裁判所の先例を変更するだけの必要性は認められない。

ウ. 小結論

憲法裁判所が2018. 2. 22. 2017헌가29決定で審判対象条項は憲法に反しないと明らかにした後、審判対象条項が違憲か否かについて以前よりも厳しく判断しなければいけないほど審判対象条項をめぐる規範状態または事実状態が急変したとは言えず、他に新たに解釈する必要性も見当たらない。むしろ管轄の主務部署である法務部は上記2017헌가29決定が宣告された後、関連制度及び実務を持続的に改善してきた。出入国管理行政が一部分、立法政策的に決定される領域であることを考慮すれば、わずか5年余りで先例を変更し、憲法裁判所の決定を通して立法府及び行政府の自発的で漸進的な制度改善の余地を除去することが望ましいことなのか疑問が残る。

主権国家として出入国管理行政を遂行するために設けられた審判対象条項が、過剰禁止の原則、適法手續の原則に反するものではないという先例の立場は現時点でもそのまま妥当であり、その判断に欠陥はなく、他に先例を変更するほど必要十分な事情変更があると認められない。

したがって、審判対象条項は憲法に違反しない。

7. 裁判官イ・ミソンの裁判官ユ・ナムソク、裁判官イ・ソクテ、裁判官キム・ギヨン、裁判官ムン・ヒョンベ、裁判官イ・ミソンの憲法不合致意見に対する補充意見

私は審判対象条項が過剰禁止の原則及び適法手續の原則に反するという裁判官5人の憲法不合致意見に加えて、逮捕・拘束適否審査請求権を規定している憲法第12条第6項にも違反するという点を以下のように明らかにする。

憲法第12条第6項は「何人も逮捕または拘束を受けた時には適否の審査を裁判所に請求する権利を有する」と定め、逮捕・拘束適否審査制度を規定している。これは公権力による逮捕・拘束により身体を自由を制限される場合、裁判所に逮捕・拘束が適法か否かについて審査を請求できるようにし、人身拘束が違法に開始された場合だけでなく、人身拘束を継続することが違法である場合に即時釈放することで迅速で効果的な救済を図る事後救済手續である。

憲法第12条が保障する身体の自由は、捜査機関だけでなく一般の行政機関をはじめ、他の国家機関等によっても直接制限されるもので、憲法第12条第6項の「逮捕または拘束」もまた、包括的な概念として解釈されなければならない。したがって、憲法第12条第6項は、すべての形態の公権力行使機関が逮捕または拘束の方法として身体の自由を制限する事案に対して適用される。また、憲法第12条第6項は当事者が逮捕・拘束された原因関係等に対する最終的な司法的判断手続とは別途に逮捕・拘束自体について適法か否かを裁判所に審査請求できる手続を憲法的次元で保障する規定として、このような逮捕・拘束適否審査請求権は憲法的次元で独自に地位を持っているため、立法者は全般的な法体系を通して関連者にその具体的な手続的権利をまともに行使できる機会を最小限1回以上提供しなければならない義務を持つ（憲裁2004. 3. 25. 2002헌바104；憲裁2014. 8. 28. 2012헌마686参照）。さらに憲法第12条第6項は、「何人も」裁判所に逮捕・拘束の適否審査を請求する権利を有するとし、外国人にも逮捕・拘束の適否審査請求権を認めている。

したがって、審判対象条項に基づいて保護された外国人については、保護自体について適法か否かを裁判所に審査請求できる機会が最小限1回以上提供されなければならない（憲裁2014. 8. 28. 2012헌마686参照）。

ところが、審判対象条項をはじめ、出入国管理法は審判対象条項によって保護された場合、保護開始または継続が適法か否かの審査を裁判所に請求することができる手続を設けていない。また、人身保護について裁判所の救済手続を定めている人身保護法は「出入国管理法によって保護された者」を人身保護法の適用対象から除外しており（人身保護法第2条、第3条参照）、審判対象条項によって保護された外国人はその他行政上の人身拘束の場合と違い、人身保護法上の救済請求もできない。

立法者は逮捕・拘束の適否審査請求権を実現するための手続を具体化するに当たり、相対的に広範囲な立法形成権を持っており、その立法過程で法律の具体的内容、名称等に関連して多様な選択をでき（憲裁2004. 3. 25. 2002헌바104参照）、被保護者は保護命令の取消を求める行政訴訟やその執行の停止を求める執行停止申請をすることができる。しかしながら、憲法が第27条第1項で裁判請求権を保障することとは別途に、第12条第6項で逮捕・拘束適否審査請求権を保障している趣旨は、公権力によって人身拘束された場合、裁判所に人身拘束の開始または継続が適法か否かの審査を請求できるようにして、迅速で効率的な救済手続を設けることにある。ところが、現行の出入国管理法上の保護の開始や延長の段階で裁判所の関与がまったくなされていない状況で、このような通常の行政訴訟手続だけでは裁判所による迅速で効率的な救済手続が保障されるとみることは難しい。また、保護の開始は、適法になされても、保護の必要性の消滅等により保護の継続が違法になった場合、保護命令に対する取消訴訟や執行停止申請事件において適切で効率的な救済がなされるとは断言できない。出入国管理法は、法務部長官に保護に対する異議申請をできるようにして、事後救済手続を設けているが、このような異議申請制度が裁判所の審査を核心要素とする憲法第12条第6項の逮捕・拘束適否審査制度の内容になり得ないのは明白である。さらに中立的・客観的機関ではない管理監督庁に過ぎない法務部長官による事後統制やその他出入国管理法が定める手続、例えば保護延長に対する法務部長官の承認、保護命令書の当事者提示、保護通知等の手続が逮捕・拘束適否審査制度を補充する機能を果たしているとは言い難い。

前述の通り、立法者は逮捕・拘束適否審査請求権を実現するための手続きを具体化するに当たって、相対的に広範囲の立法形成権を持つが、憲法第12条第6項が逮捕・拘束適否審査請求権を保障している趣旨を考慮すれば、審判対象条項によって保護されている状態それ自体に対する適法か否かの審査を裁判所に請求できる手続は保障されなければならない、これは審判対象条項による保護が出入国管理行政の一環としてなされるものとしても、保護によって身体の自由に重大な制限をもたらす以上は同様である。

以上を総合すれば、審判対象条項によって保護された場合、裁判所に保護の開始または保護の継続が適法か否かの審査を請求できる手続を設けていない審判対象条項は憲法第12条第6項に違反する。

裁判長	裁判官	ユ・ナムソク
	裁判官	イ・ソネ
	裁判官	イ・ソクテ
	裁判官	イ・ウネ
	裁判官	イ・ジョンソク
	裁判官	イ・ヨンジン
	裁判官	キム・ギヨン
	裁判官	ムン・ヒョンベ
	裁判官	イ・ミソン

謄本です。

2023. 3. 27.

憲法裁判所

法務事務官 チョン・ミヨン

下のバーコードは 裁判文書正本等の偽・変造を防止するためのものです。
文書の偽・変造について確認する場合、電子憲法裁判センター
(<http://ecourt.ccourt.go.kr>, 資料センター>FAQ) を参考にしてください。