

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2017두38874 사증발급거부처분취소

원고, 상고인 원고

소송대리인 법무법인 세종 외 1인

피고, 피상고인 주로스엔젤레스총영사관 총영사

소송대리인 정부법무공단
담당변호사 황순철, 황선익

원 심 판 결 서울고등법원 2017. 2. 23. 선고 2016누68825 판결

판 결 선 고 2019. 7. 11.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서들은 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 사건 개요와 쟁점

가. 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

(1) 원고는 1976. 12. 15. 대한민국에서 출생하였으나 2002. 1. 18. 미국 시민권을 취득함으로써 대한민국 국적을 상실한 재외동포(재외동포는 재외국민과 외국국적동포로 구분되는데, 원고는 외국국적동포에 해당한다)이고, 피고는 법무부장관으로부터 사증(査證)발급권한을 위임받은 재외공관장이다.

(2) 병무청장은 2002. 1. 28. 법무부장관에게 '원고는 공연을 위하여 병무청장의 국외 여행허가를 받고 출국한 후 미국 시민권을 취득함으로써 사실상 병역의무를 면탈하였는데, 원고가 재외동포의 자격으로 입국하여 방송활동, 음반 출판, 공연 등 연예활동을 할 경우 국군 장병들의 사기가 저하되고 청소년들이 병역의무를 경시하게 되며 외국국적 취득을 병역 면탈의 수단으로 악용하는 사례가 빈번히 발생할 것으로 예상되므로 원고가 재외동포 자격으로 재입국하고자 하는 경우 국내에서 취업, 가수활동 등 영리 활동을 할 수 없도록 하고, 불가능할 경우 입국 자체를 금지해 달라.'고 요청하였다.

(3) 법무부장관은 2002. 2. 1. 출입국관리법 제11조 제1항 제3호, 제4호, 제8호에 따라 원고의 입국을 금지하는 결정을 하고, 그 정보를 내부전산망인 '출입국관리정보시스템'에 입력하였으나, 원고에게 통보를 하지는 않았다(이하 '이 사건 입국금지결정'이라 한다).

(4) 원고는 2015. 8. 27. 피고에게 재외동포(F-4) 체류자격의 사증발급을 신청하였다. 피고는 2015. 9. 2. 원고의 아버지 소외인에게 전화로 '원고가 입국규제대상자에 해당하여 사증발급이 불허되었다. 자세한 이유는 법무부에 문의하기 바란다.'고 통보하였고, 그 무렵 여권과 사증발급 신청서를 반환하였을 뿐, 처분이유를 기재한 사증발급 거부 처분서를 작성해 주지는 않았다(이하 '이 사건 사증발급 거부처분'이라 한다).

(5) 이 사건 소송에서 피고가 밝힌 사증발급 거부처분의 사유는 2002년에 원고에 대한 입국금지결정이 있었다는 점이다.

나. 원심 판단

원심 판단을 요약하면 다음과 같다. 이 사건 입국금지결정은 처분에 해당하여 중대·명백한 하자가 없는 이상, 원고로서는 입국금지결정에 대하여 제소기간 내에 취소소송을 제기하는 방식으로 불복했어야 한다. 원고가 불복하지 않아 입국금지결정에 불가쟁력이 발생하였으므로, 피고는 입국금지결정에 구속되고 그에 따라 사증발급 거부처분을 한 것은 적법하다. 이 사건 사증발급 거부처분에 대한 취소소송에서 원고는 입국금지결정의 하자를 사증발급 거부처분의 하자로 주장할 수 없다.

다. 쟁점

이 사건의 주요 쟁점은 이 사건 입국금지결정이 처분에 해당하여 공정력과 불가쟁력이 인정되는지 여부와 피고가 다른 사정을 전혀 고려하지 않은 채 오로지 13년 7개월 전에 입국금지결정이 있었다는 이유만으로 사증발급 거부처분을 한 것을 적법하다고 볼 수 있는지 여부이다.

2. 입국금지결정의 법적 성질과 효과(상고이유 제2, 4, 5점)

가. 입국금지결정이 처분에 해당하는지 여부

(1) 항고소송의 대상이 되는 '처분 등'이란 행정청이 하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 행위의 주체·내용·형식·절차, 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 견

련성, 법치행정의 원리와 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정해야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 참조).

일반적으로 처분이 주체·내용·절차와 형식의 요건을 모두 갖추고 외부에 표시된 경우에는 처분의 존재가 인정된다. 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 처분이 성립하고, 그 성립 여부는 행정청이 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하였는지를 기준으로 판단해야 한다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두35120 판결 등 참조).

(2) 출입국관리법 제11조 제1항은 '대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람'(제3호), '경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람'(제4호) 등 각호에서 규정한 사유의 어느 하나에 해당하는 외국인에 대하여는 법무부장관이 입국을 금지할 수 있다고 정하고 있다. 출입국관리법 시행령 제13조는 법무부장관이 법 제11조에 따라 입국을 금지하기로 결정한 사람에 대해서는 지체 없이 정보화업무처리 절차에 따라 그 자료를 관리해야 한다고 정하고 있다.

출입국관리법 시행령 제14조는 입국금지 요청 등에 관하여 규정하고 있다. 중앙행정기관의 장 및 법무부장관이 정하는 관계 기관의 장은 소관 업무와 관련하여 법 제11조 제1항의 입국금지사유에 해당한다고 인정하는 외국인에 대해서는 법무부장관에게 입국금지 또는 입국거부를 요청할 수 있다(제1항). 외국인에 대한 입국금지 요청 절차에 관해서는 국민에 대한 출국금지 절차에 관한 제2조 제2항, 제2조의2 제2항, 제2조의3 제3항, 제4항이 준용된다(제2항). 따라서 입국금지 요청기관의 장은 요청사유를 적은 요청서에 법무부령으로 정하는 서류를 첨부하여 보내야 하며(제2조 제2항), 법무부장관은 요청의 심사에

필요하다고 인정하면 입국금지 요청기관의 장에게 관련 자료를 제출하도록 요청할 수 있고(제2조의3 제3항), 법무부장관이 심사한 결과 입국금지를 하지 않기로 결정하면 그 이유를 분명히 밝혀 입국금지 요청기관의 장에게 통보하여야 한다(제2조의3 제4항).

이 사건 입국금지결정은 법무부장관이 출입국관리법 제11조 제1항 제3호 또는 제4호, 출입국관리법 시행령 제14조 제1항, 제2항에 따라 원고에 대한 입국금지를 결정한 것으로 볼 수 있다.

그러나 위 (1)에서 보았듯이 행정청이 행정의사를 외부에 표시하여 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받기 전에는 '처분'이 성립하지 않으므로, 법무부장관이 위와 같은 법령에 따라 이 사건 입국금지결정을 했다고 해서 '처분'이 성립한다고 볼 수는 없다. 이 사건 입국금지결정은 법무부장관의 의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시된 것이 아니라 단지 그 정보를 내부전산망인 '출입국관리정보시스템'에 입력하여 관리한 것에 지나지 않으므로, 항고소송의 대상이 될 수 있는 '처분'에 해당하지 않는다.

(3) 그런데도 원심은 이 사건 입국금지결정이 처분에 해당하여 공정력과 불가쟁력이 있다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 처분성에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

원심이 인용한 대법원 2013. 2. 28. 선고 2012두5992 판결은, 이미 대한민국에 입국한 외국인에 대하여 법무부장관이 입국금지결정을 통보한 사안에서, 입국금지결정이 공식적인 방법으로 외부에 표시되었을 뿐만 아니라 실질적인 내용이 강제퇴거명령에 해당하는 것이어서 처분에 해당한다고 본 사례이므로, 이 사건에 원용하기는 적절하지 않다.

나. 입국금지결정이 사증발급 거부처분에 미치는 효과

(1) 출입국관리법 제7조 제1항, 제8조 제3항은 외국인이 입국할 때에는 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증을 가지고 있어야 하고, 사증발급의 기준과 절차는 법무부령으로 정하도록 하고 있다. 그 위임에 따라 출입국관리법 시행규칙 제9조의2는 법무부장관으로부터 사증발급권한을 위임받은 재외공관장이 사증을 발급하는 경우 사증발급을 신청한 외국인이 '유효한 여권을 소지하고 있는지 여부'(제1호), '법 제11조의 규정에 의한 입국금지의 대상이 아닌지 여부'(제2호), '시행령 별표에서 정하는 체류자격에 해당하는지 여부'(제3호) 등 각호의 요건을 갖추었는지를 심사·확인해야 한다고 정하고 있다.

(2) 상급행정기관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석·적용 기준을 정해 주는 '행정규칙'은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 처분이 행정규칙을 위반하였다고 해서 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두7967 판결 참조), 처분이 행정규칙을 따른 것이라고 해서 적법성이 보장되는 것도 아니다. 처분이 적법한지는 행정규칙에 적합한지 여부가 아니라 상위법령의 규정과 입법목적 등에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011두10584 판결 참조).

상급행정기관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 하는 개별·구체적인 지시도 마찬가지이다. 상급행정기관의 지시는 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 대외적으로 처분권한이 있는 처분청이 상급행정기관의 지시를 위반하는 처분을 하였다고 해서 그러한 사정만으로 처분이 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 처분이 상급행정기관의 지시를 따른 것이라고 해서 적

법성이 보장되는 것도 아니다. 처분이 적법한지는 상급행정기관의 지시를 따른 것인지 여부가 아니라, 헌법과 법률, 대외적으로 구속력 있는 법령의 규정과 입법목적, 비례·평등원칙과 같은 법의 일반원칙에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다.

(3) 이 사건 입국금지결정은 위 가.에서 본 바와 같이 항고소송의 대상인 '처분'에 해당하지 않지만, 행정기관 내부에서 사증발급이나 입국허가에 대한 지시로서의 성격이 있다. 즉, 법무부장관이 사증발급권한을 위임받은 재외공관장 또는 출입국향에서 외국인에 대한 입국심사 업무를 수행하는 출입국관리공무원(이하 '재외공관장 등'이라 한다)에 대하여 '원고가 출입국관리법 제11조 제1항 각호에서 정한 입국금지대상자에 해당하므로 대한민국 입국을 위한 사증발급이나 입국허가결정을 하지 말라.'는 지시를 한 것으로 볼 수 있다.

그러나 이 사건 사증발급 거부처분이 재외공관장 등에 대한 법무부장관의 지시에 해당하는 입국금지결정을 그대로 따른 것이라고 해서 적법성이 보장되는 것이 아니다. 그 적법 여부는 헌법과 법률, 대외적으로 구속력 있는 법령의 규정과 입법목적, 비례·평등원칙과 같은 법의 일반원칙에 적합한지 여부에 따라 판단해야 한다.

그런데도 원심은 피고가 이 사건 입국금지결정에 구속되어 그에 따라 사증발급 거부처분을 한 것은 더 나아가 살펴볼 것도 없이 적법하다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 행정기관 내부의 지시에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

3. 사증발급 거부처분의 위법 여부(상고이유 제3, 6, 7점)

가. 원고적격

행정처분에 대한 취소소송에서 원고적격이 있는지는, 처분의 상대방인지 여부에 따

라 결정되는 것이 아니라 그 취소를 구할 법률상 이익이 있는지 여부에 따라 결정된다. 여기에서 법률상 이익이란 처분의 근거 법률에 따라 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고, 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 포함되지 않는다(대법원 2001. 9. 28. 선고 99두8565 판결 등 참조).

원고는 대한민국에서 출생하여 오랜 기간 대한민국 국적을 보유하면서 거주한 사람이므로 이미 대한민국과 실질적 관련성이 있거나 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성하였다고 볼 수 있다. 또한 재외동포의 대한민국 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위를 보장함을 목적으로 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」(이하 '재외동포법'이라 한다)이 특별히 제정되어 시행 중이다. 따라서 원고는 이 사건 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되므로, 원고적격 또는 소의 이익이 없어 이 사건 소가 부적법하다는 피고의 주장은 이유 없다.

나. 행정절차법 위반

행정절차에 관한 일반법인 행정절차법은 제24조 제1항에서 "행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자 등의 동의가 있어야 한다. 다만, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다."라고 정하고 있다. 이 규정은 처분내용의 명확성을 확보하고 처분의 존부에 관한 다툼을 방지하여 처분상대방의 권익을 보호하기 위한 것이므로, 이를 위반한 처분은 하자가 중대·명백하여 무효이다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도11109 판결 등 참조).

행정절차법 제3조 제2항 제9호, 행정절차법 시행령 제2조 제2호 등 관련 규정들의 내용을 행정의 공정성, 투명성, 신뢰성을 확보하고 처분상대방의 권익보호를 목적으로

하는 행정절차법의 입법 목적에 비추어 보면, 행정절차법의 적용이 제외되는 '외국인의 출입국에 관한 사항'이란 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항이나 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 행정절차법 시행령으로 정하는 사항만을 가리킨다고 보아야 한다(대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결 등 참조). '외국인의 출입국에 관한 사항'이라고 하여 행정절차를 거칠 필요가 당연히 부정되는 것은 아니다.

외국인의 사증발급 신청에 대한 거부처분은 당사자에게 의무를 부과하거나 적극적으로 권익을 제한하는 처분이 아니므로, 행정절차법 제21조 제1항에서 정한 '처분의 사전 통지'와 제22조 제3항에서 정한 '의견제출 기회 부여'의 대상은 아니다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두674 판결 참조). 그러나 사증발급 신청에 대한 거부처분이 그 성질상 행정절차법 제24조에서 정한 '처분서 작성·교부'를 할 필요가 없거나 곤란하다고 일률적으로 단정하기 어렵다. 실제로 사증발급 실무를 보면, 일부 재외공관장은 피고와 달리 사증발급 거부처분서를 작성하여 교부하거나 신청인으로 하여금 인터넷 홈페이지에 접속하여 처분결과와 처분이유를 확인할 수 있도록 하고 있다. 또한 출입국관리법령에 사증발급 거부처분서 작성에 관한 규정을 따로 두고 있지 않으므로, 외국인의 사증발급 신청에 대한 거부처분을 하면서 행정절차법 제24조에 정한 절차를 따르지 않고 '행정절차에 준하는 절차'로 대체할 수도 없다.

위 1.가.(4)에서 보았듯이 피고는 2015. 9. 2. 원고의 아버지에게 전화로 처분결과를 통보하고 그 무렵 여권과 사증발급 신청서를 반환하였을 뿐이고 원고에게 처분이유를 기재한 사증발급 거부처분서를 작성해 주지 않았다. 원고의 재외동포(F-4) 체류자격 사증발급 신청에 대하여 피고가 6일만에 한 사증발급 거부처분이 문서에 의한 처분 방식

의 예외로 행정절차법 제24조 제1항 단서에서 정한 '신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우'에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 피고의 사증발급 거부처분에는 행정절차법 제24조 제1항을 위반한 하자가 있다.

그런데도 원심은 외국인의 사증발급 신청에 대한 거부처분이 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분에 해당하여 행정절차법의 적용이 배제된다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 행정절차법의 적용 배제에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

다. 재량행위와 재량권 불행사

(1) 재외동포에 대한 사증발급이 재량행위인지 문제된다. 이에 대한 판단을 하려면 출입국관리법의 사증발급에 관한 조항과 재외동포법의 재외동포체류자격 부여에 관한 조항을 살펴볼 필요가 있다.

출입국관리법은 다음과 같이 사증발급에 관한 상세한 규정을 두고 있다. 사증발급권한은 법무부장관에게 있으나(제7조 제1항), 법무부장관은 사증발급에 관한 권한을 대통령령으로 정하는 바에 따라 재외공관의 장에게 위임할 수 있으며(제8조 제2항), 사증발급에 관한 기준과 절차는 법무부령으로 정하도록 하고 있다(제8조 제3항).

외국인이 대한민국에 입국하려면 체류자격, 즉 일반체류자격이나 영주자격을 가져야 하고(제10조), 일반체류자격은 단기체류자격과 장기체류자격으로 구분되는데, 이러한 체류자격의 종류, 체류자격에 해당하는 사람 또는 그 체류자격에 따른 활동범위는 체류목적, 취업활동 가능 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하도록 하고 있다(제10조의2).

출입국관리법 제11조 제1항은 법무부장관이 입국을 금지할 수 있는 외국인[그중에는 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상

당한 이유가 있는 사람(제3호), 경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람(제4호)이 포함되어 있다]을 열거한 다음, '이에 준하는 사람으로서 법무부장관이 그 입국이 적당하지 아니하다고 인정하는 사람'에 대해서도 입국을 금지할 수 있다고 정하고 있다. 출입국관리법 시행규칙 제9조의2는 법무부장관이 사증 등의 발급을 승인하거나 재외공관의장이 사증을 발급하는 경우 사증발급을 신청한 외국인이 다음 각호의 요건을 갖추었는지의 여부를 심사·확인하여야 한다고 정하고, 그 제2호에서 "법 제11조의 규정에 의한 입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닌지 여부"를 정하고 있다.

재외동포법 제5조는 제1항에서 법무부장관이 대한민국 안에서 활동하고자 하는 외국국적동포에게 신청에 의하여 재외동포체류자격을 부여할 수 있다고 정하되, 제2항에서 그 예외사유를 정하고 있다. 이 제2항은 여러 차례 변경되었다. 1999. 9. 2. 재외동포법 제정 당시에는 "법무부장관은 재외동포체류자격을 신청한 외국국적동포가 대한민국의 안전보장과 질서유지·공공복리·외교관계 기타 대한민국의 이익을 해할 우려가 있는 경우에는 재외동포체류자격을 부여하지 아니한다."라고 되어 있었다. 2005. 12. 29. 재외동포법 개정 시에 재외동포체류자격을 부여하지 않는 사유에 "대한민국 남자가 병역을 기피할 목적으로 외국국적을 취득하고 대한민국 국적을 상실하여 외국인이 된 때" 등을 추가하되(제2항 본문), 이에 해당하는 외국국적동포가 36세가 된 때에는 이를 제외하는 조항을 두었다(제2항 단서). 2011. 4. 5. 재외동포법 개정 시에는 제2항 단서에서 정한 외국국적동포의 나이를 38세로 올려서 병역기피의 목적으로 외국국적을 취득한 사람에 대한 재외동포체류자격 부여 연령을 36세에서 38세로 상향 조정하였다(이 사건 사증발급 거부처분 당시에는 이 조항이 적용되었다). 2018. 9. 18. 재외동포법 개

정 시에는 '법무부장관이 필요하다고 인정하는 경우에 병역을 마치거나 면제받지 않은 상태에서 대한민국 국적을 이탈하거나 상실하여 외국인이 된 남성이 41세가 되는 해 1월 1일부터 체류자격을 부여할 수 있다.'고 정함으로써(제2항 단서), 법무부장관이 재외동포체류자격의 부여 여부를 검토하여 판단하도록 조항의 문언을 수정하였다.

위에서 본 출입국관리법과 그 시행규칙, 재외동포법의 관련 조항과 체계, 입법 연혁과 목적을 종합하면 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 재외동포에 대한 사증발급은 행정청의 재량행위에 속하는 것으로서, 재외동포가 사증발급을 신청한 경우에 출입국관리법 시행령 [별표 1의2]에서 정한 재외동포체류자격의 요건을 갖추었다고 해서 무조건 사증을 발급해야 하는 것은 아니다. 재외동포에게 출입국관리법 제11조 제1항 각호에서 정한 입국금지사유 또는 재외동포법 제5조 제2항에서 정한 재외동포체류자격 부여 제외사유(이 사건에서는 '대한민국 남자가 병역을 기피할 목적으로 외국국적을 취득하고 대한민국 국적을 상실하여 외국인이 된 경우')가 있어 그의 국내 체류를 허용하지 않음으로써 달성하고자 하는 공익이 그로 말미암아 발생하는 불이익보다 큰 경우에는 행정청이 재외동포체류자격의 사증을 발급하지 않을 재량을 가진다고 보아야 한다.

처분의 근거법령이 행정청에 처분의 요건과 효과 판단에 일정한 재량을 부여하였는데도, 행정청이 자신에게 재량권이 없다고 오인한 나머지 처분으로 달성하려는 공익과 그로써 처분상대방이 입게 되는 불이익의 내용과 정도를 전혀 비교형량하지 않은 채 처분을 하였다면, 이는 재량권 불행사로서 그 자체로 재량권 이탈·남용으로 해당 처분을 취소하여야 할 위법사유가 된다(대법원 2016. 8. 29. 선고 2014두45956 판결, 대법원 2017. 8. 29. 선고 2014두10691 판결 등 참조).

비례의 원칙은 법치국가 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리로서, 모든 국

가작용에 적용된다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정 등 참조). 행정목적은 달성하기 위한 수단은 목적달성에 유효·적절하고, 가능한 한 최소침해를 가져오는 것이어야 하며, 아울러 그 수단의 도입에 따른 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 안 된다(대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결 등 참조).

(2) 피고는 자신에게 주어진 재량권을 전혀 행사하지 않고 오로지 13년 7개월 전에 이 사건 입국금지결정이 있었다는 이유만으로 이 사건 사증발급 거부처분을 하였다. 그러나 피고는 다음과 같은 사정을 고려하여 관계법령상 부여된 재량권을 적법하게 행사했어야 한다.

출입국관리법 제11조 제1항 각호에서 정한 입국금지사유는 매우 다양하고, 입국금지사유가 언제 해소될지를 예측하기 곤란한 경우도 있다. 입국금지사유가 소멸한 때에는 요청기관의 장은 지체 없이 법무부장관에게 입국금지의 해제를 요청하여야 하고(출입국관리법 시행령 제14조 제3항), 입국금지의 결정권자인 법무부장관은 이러한 요청이 없더라도 직권으로 입국금지를 해제할 의무가 있다고 보아야 한다.

출입국관리법 제11조 제1항 각호에 정해진 입국금지사유가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람, 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람 등은 강제퇴거명령의 대상자가 된다(출입국관리법 제46조 제1항 제3호, 제13호). 강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년이 지나지 않은 사람은 입국이 금지될 수 있다(출입국관리법 제11조 제1항 제6호). 이처럼 출입국관리법은 외국인의 입국금지사유가 입국 후에 발견되거나 발생하여 강제퇴거명령을 하거나, 외국인이 대한민국에서 범죄를 저지르고 금고 이상의 형을 선고받아 강제퇴거명령을 하는 경우에도 원칙적으로 5년간의 입국금지 제한을 정하고 있을 뿐이다.

구 국적법(2010. 5. 4. 법률 제10275호로 개정되기 전의 것) 제12조 제1항, 제2항,

제15조 제1항 등은 대한민국 국적을 상실하여 대한민국 국민으로서 병역의무를 면할 수 있는 가능성을 열어놓았다. 이 사건 사증발급 거부처분 당시에 시행되던 재외동포법 제5조 제2항에 따르면, '대한민국 남자가 병역을 기피할 목적으로 외국국적을 취득하고 대한민국 국적을 상실하여 외국인이 된 경우'에도 38세가 된 때에는 대한민국의 안전보장, 질서유지, 공공복리, 외교관계 등 대한민국의 이익을 해칠 우려가 있는 경우(제3호)에 해당하는 다른 특별한 사정이 없는 한 재외동포체류자격의 부여를 제한할 수 없었다[위 (1) 참조].

처분상대방의 의무위반을 이유로 한 제재처분의 경우 의무위반 내용과 제재처분의 양정(量定) 사이에 엄밀하게는 아니더라도 어느 정도는 비례 관계가 있어야 한다. 제재처분이 의무위반의 내용에 비하여 과중하여 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 경우에는 재량권 일탈·남용에 해당하여 위법하다고 보아야 한다(대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 판결 등 참조). 이 사건 입국금지결정은 원고가 미국 시민권을 취득함으로써 대한민국 국민으로서의 병역의무를 면하였음을 이유로 병무청장의 요청에 따라 이루어진 제재조치이다. 그로부터 13년 7개월이 지나 이루어진 이 사건 사증발급 거부처분이 비례의 원칙에 반하는 것인지 판단할 필요가 있다.

재외동포법은 재외동포의 대한민국 출입국과 체류에 대한 제한을 완화함으로써 재외동포가 거주국의 국적을 취득·정착한 이후에도 대한민국과 관계가 단절되지 않도록 하기 위하여 제정되었다. 재외동포법에서 재외동포의 대한민국 출입국과 체류에 대한 개방적이고 포용적인 태도를 취하고 있는 점에 비추어 보더라도 재외동포에 대해 기한의 정함이 없는 입국금지조치를 하는 것은 법령에 근거가 없는 한 신중을 기하여야 한다.

(3) 그런데도 원심은 피고가 이 사건 입국금지결정에 구속되어 그에 따라 사증발급

거부처분을 한 것이 더 나아가 살펴볼 것도 없이 적법하다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 재량권 일탈·남용 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

4. 결론

원고의 나머지 상고이유에 대해서는 판단할 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이동원

 대법관 조희대

주 심 대법관 김재형

 대법관 민유숙