

최신 판례

병역의무 면탈로 입국이 금지된 재외동포에 대한
사증발급 거부처분이 위법하다 판결한 이유는?

[대법원 2017두38874]

병역의무 면탈로 입국이 금지된
재외동포에 대한 사증발급 거부처분이
위법하다 판결한 이유는?



■ 사안의 내용과 소송 경과

■ 사안의 내용

- 원고(스티브 승준 유, 한국명: 유승준)는 1976. 12. 대한민국에서 태어났으나, 2002. 1. 미국 시민권을 취득함으로써 대한민국 국적을 상실한 외국국적의 재외동포임
- 병무청장은 2002년 1월 법무부장관에게 ‘원고는 공연을 위하여 병무청장의 국외여

행허가를 받고 출국한 후 미국 시민권을 취득함으로써 사실상 병역의무를 면탈하였는데, 원고가 재외동포의 자격으로 입국하여 방송활동, 음반출반, 공연 등 연예활동을 할 경우 국군 장병들의 사기가 저하되고 청소년들이 병역의무를 경시하게 되며 외국국적 취득을 병역 면탈의 수단으로 악용하는 사례가 빈번히 발생할 것으로 예상되므

로 원고가 재외동포 자격으로 재입국하고자 하는 경우 국내에서 취업, 가수활동 등 영리활동을 할 수 없도록 하고, 불가능할 경우 입국 자체를 금지해 달라.’고 요청하였음

- 법무부장관은 2002년 2월 병무청장의 입국 금지 요청에 대해 출입국관리법 제11조 제1항 제3호, 제4호, 제8호에 따라 원고의 입국을 금지하는 결정을 하고, 그 정보를 내부 전산망인 ‘출입국관리정보시스템’에 입력하였으나 원고에게 통보를 하지는 않았음(이하 ‘이 사건 입국금지결정’)
- 원고는 2015년 8월 피고(주LA총영사)에게 재외동포(F-4) 체류자격의 사증발급을 신청하였는데, 피고는 2015. 9. 원고의 아버지에게 전화로 ‘원고가 입국규제대상자에 해당하여 사증발급이 불허되었다. 자세한 이유는 법무부에 문의하기 바란다.’고 통보하였고, 그 무렵 여권과 사증발급 신청서를 반환하였을 뿐, 처분이유를 기재한 사증발급 거부처분서를 작성해 주지는 않았음(이하 ‘이 사건 사증발급 거부처분’)

■ 소송 경과

- 원심(= 1심)은 다음과 같은 이유로 원고의 청구를 기각하는 판결을 선고하였음
- 2002년에 있었던 원고에 대한 이 사건 입국금지결정은 처분에 해당하므로, 중대·명백한 하자가 없는 이상 원고로서는 입국금지결정에 대하여 제소기간 내에 불복하여야 함. 원고가 불복하지 않아 입국금지결정에 불가쟁력이 발생하였으므로, 피고는 입국금지결정에 구속되고 그에 따른 이 사건 사증발급 거부처분은 적법함. 이 사건 사증발급 거부처분에 대한 취소소송에서 원고

는 입국금지결정의 하자를 사증발급 거부처분의 하자로 주장할 수 없음

■ 대법원의 판단

■ 사건의 쟁점

- 이 사건 입국금지결정이 처분에 해당하여 공정력과 불가쟁력이 인정되는지 여부
- 피고가 다른 사정을 전혀 고려하지 않은 채 오로지 13년 7개월 전에 입국금지결정이 있었다는 이유만으로 사증발급 거부처분을 한 것이 적법하다고 볼 수 있는지 여부
- 행정절차법 위반 여부

■ 이 사건 입국금지결정은 처분에 해당하지 않음

- ① 일반적으로 처분이 주체·내용·절차와 형식의 요건을 모두 갖추고 외부에 표시된 경우에는 처분의 존재가 인정됨. 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소하거나 철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점에 처분이 성립하고, 그 성립 여부는 행정청이 행정의사를 공식적인 방법으로 외부에 표시하였는지를 기준으로 판단해야 함
- ② 이 사건 입국금지결정은 법무부장관의 의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시된 것이 아니라 행정 내부 전산망에 입력하여 관리한 것에 지나지 않으므로 항고소송의 대상이 될 수 있는 ‘처분’에 해당하지 않음

■ 입국금지결정을 따랐다고 해서 사증발급 거부처분의 적법성이 보장되는 것은 아님

- ① 상급행정기관의 지시는 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없음.

대외적으로 처분권한이 있는 처분청이 상급행정기관의 지시를 위반하는 처분을 하였다고 하여 그러한 사정만으로 처분이 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 처분이 상급행정기관의 지시를 따른 것이라고 해서 적법성이 보장되는 것도 아님. 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 함

- ② 이 사건 입국금지결정은 행정기관 내부에서 사증발급이나 입국허가에 대한 지시로서의 성격이 있음. 즉, 법무부장관이 사증발급권한을 위임받은 재외공관장인 피고에 대하여 ‘원고가 출입국관리법 제11조 제1항 각호에서 정한 입국금지대상자에 해당하므로 대한민국 입국을 위한 사증발급이나 입국허가결정을 하지 말라.’라는 지시를 한 것으로 볼 수 있음.
- ③ 이 사건 사증발급 거부처분이 재외공관장에 대한 법무부장관의 지시에 해당하는 입국금지결정을 그대로 따른 것이라고 해서 적법성이 보장되는 것은 아님

■ 이 사건 사증발급 거부처분은 재량행위이며, 피고는 재량권을 전혀 행사하지 않았으므로 사증발급 거부처분은 재량권 불행사로 위법함

- ① 출입국관리법의 사증발급에 관한 조항과 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률(재외동포법)의 재외동포체류자격 부여에 관한 조항을 살펴보면, 재외동포에 대한 사증발급은 행정청의 재량행위에 해당함
- ② 처분의 근거법령이 행정청에 처분의 요건

과 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, 재량권 불행사로서 그 자체로 재량권 일탈·남용으로 해당 처분을 취소하여야 할 위법사유가 됨

- ③ 피고는 자신에게 주어진 재량권을 전혀 행사하지 않고 오로지 13년 7개월 전에 이 사건 입국금지결정이 있었다는 이유만으로 이 사건 사증발급 거부처분을 하였으므로 재량권 불행사로 위법함

■ 피고가 이 사건 거부처분 당시 고려했어야 할 사정은 다음과 같음

- ① 출입국관리법 시행령 제14조 제3항에 따르면, 입국금지사유가 소멸할 경우 입국금지를 요청한 기관장은 지체 없이 법무부장관에게 입국금지의 해제를 요청해야 함. 입국금지의 결정권자인 법무부장관도 이러한 요청이 없더라도 직권으로 입국금지를 해제할 의무가 있다고 보아야 함
- ② 출입국관리법상 외국인이 대한민국에서 범죄를 저지르고 금고 이상의 형을 선고받아 강제퇴거명령을 하는 경우에도 원칙적으로 5년간 입국금지 제한을 받을 뿐임
- ③ 원고가 대한민국 국적을 상실하였을 때 적용되던 국적법은 대한민국 국적을 상실하여 병역 의무를 면할 가능성을 열어놓았음. 이 사건 사증발급 거부처분 당시 적용되던 재외동포법 또한 ‘대한민국 남자가 병역을 기피할 목적으로 외국국적을 취득하고 대한민국 국적을 상실하여 외국인이 된 경우’에도 38세가 된 때에는 대한민국의 안전보

장, 질서유지, 공공복리, 외교관계 등 대한민국의 이익을 해칠 우려가 있는 경우에 해당하는 다른 특별한 사정이 없는 한 재외동포체류자격의 부여를 제한할 수 없다고 규정함

- ④ 이 사건 입국금지결정은 원고가 미국 시민권을 취득하여 대한민국 국민으로서의 병역 의무를 면하였음을 이유로 한 제재조치로, 이때 의무위반 내용과 제재처분의 양정 사이에 비례 관계가 있어야 함. 이 사건 입국금지결정을 유일한 이유로 한 이 사건 사증발급 거부처분에 있어서도 비례의 원칙이 적용되어야 함
- ⑤ 재외동포법이 재외동포의 대한민국 출입국과 체류에 대한 개방적이고 포용적인 태도를 취하고 있는 점에 비추어 재외동포에 대해 기한의 정함이 없는 입국금지조치는 법령에 근거가 없는 한 신중해야 함

■ 이 사건 재외동포체류자격 사증발급 거부처분은 ‘처분서 작성·교부’를 하지 않아 위법함

- ① 행정절차법 관련 규정들의 내용을 행정의 공정성, 투명성, 신뢰성을 확보하고 처분상 대방의 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 사항을 의미함
- ② 사증발급 신청에 대한 거부처분이 그 성질상 행정절차법 제24조가 정한 ‘처분서 작성·교부’를 할 필요가 없거나 곤란하다고

일률적으로 단정하기 어려움. 또한 출입국관리법령에 사증발급 거부처분서 작성에 관한 규정을 따로 두고 있지 않으므로, ‘행정절차에 준하는 절차’를 거친 경우로도 볼 수 없음

- ③ 피고는 2015년 9월 2일 원고의 아버지에게 전화로 처분결과를 통보하고 그 무렵 여권과 사증발급 신청서를 반환하였을 뿐이고 원고에게 처분이유를 기재한 사증발급 거부처분서를 작성해 주지는 않았음. 이 사건 사증발급 거부처분이 행정절차법 제24조 제1항 단서에서 정한 문서에 의한 처분방식의 예외가 인정되는 ‘신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우’에 해당한다고 볼 수도 없음. 이 사건 사증발급 거부처분은 ‘처분서 작성·교부’에 관한 행정절차법 제24조 제1항을 위반하여 위법함

■ 판결의 의의

- 원고가 2002년 대한민국의 국적을 상실할 때까지 수년 간 대한민국에서 활발하게 연예활동을 하면서 많은 대중적 인기를 누리고, 공개적으로 병역 의무를 이행하겠다는 인터뷰를 하기도 했다는 점에서 원고는 충분히 도덕적으로 비난받을 수 있음. 그러나 입국금지결정이나 사증발급 거부처분이 적법한지는 실정법과 법의 일반원칙에 따라 별도로 판단하여야 함. 이 사건 대법원 판결은 입법자가 정한 입국금지결정의 법적 한계, 사증발급 거부처분과 같은 불이익처분에 있어서 적용되어야 할 비례의 원칙 등을 근거로 이 사건 재외동포 사증발급 거부처분이 위법하다고 판단하였음
- 이 사건 사증발급 거부처분이 있기 13년 7개월 전에 있었던 입국금지결정은 대외적

으로 국민이나 법원을 구속하지 않는 행정 내부의 지시에 불과하므로, 피고는 입국금지결정만을 이유로 사증발급 거부처분을 하여서는 안 되고, 사증발급 권한을 가진 행정청으로서 관계법령이 부여한 재량권을 적법하게 행사하였어야 한다는 점을 분명히 함. 즉, 법무부장관의 입국금지결정을 유일한 이유로 한 이 사건 사증발급 거부처분은 피고가 자신의 법적 권한을 제대로 행사한 것으로 볼 수 없다는 취지임

- 이 사건 사증발급 거부처분을 ‘절차상 하자’와 ‘재량권 불행사의 하자’로 위법하여 취소하는 판결이 확정되면, 피고는 취소판결의 취지에 따라 하자를 보완하여 원고의 사증발급 신청에 대하여 다시 처분을 하여야 함(행정소송법 제30조 제1항, 제2항). 이 사건 대법원 판결은 피고가 사증발급 거부처분 당시 고려하였어야 하는 사항들을 구체적으로 제시하였는데, 이들 사항들은 피고가 이 사건 대법원 판결의 취지에 따라 재처분을 할 때에도 그대로 적용됨. 핵심은 출입국관리법과 재외동포법 등 실정법에 규정된 입법자의 결단에 관한 것임. 특히 재외동포법이 ① 재외동포의 대한민국 출입국과 체류에 대한 개방적이고 포용적인 태도를 취하고 있는 점, ② 병역을 기피할 목적으로 외국국적을 취득하고 대한민국 국적을 상실하여 외국인이 된 경우에도 38세 전까지만 재외동포(F-4) 체류자격 부여를 제한하도록 규정하고 있는 점¹⁾ 등을 고려하여 사

증 발급 여부를 결정하여야 한다는 취지임

- 한편, 이 사건 재외동포체류자격의 사증발급 거부처분의 경우에도 원칙적으로 행정절차법이 적용되어 ‘처분서의 작성과 교부’가 필요하다는 점을 밝힘

1) 이 사건 사증발급 거부처분 당시 적용되던 재외동포법에 따른 것임.

이 사건 사증발급 거부처분 이후 재외동포법이 개정되어 병역을 기피와 관련하여 재외동포 체류자격 부여를 제한할 수 있는 연령이 41세로 향상되었음. 개정 법률은 이 사건 사증발급

거부처분에는 적용되지 않으나 이 사건 대법원 판결의 취지에 따른 재처분시 적용됨. 그러나 개정법률에 의하더라도 원고는 이미 41세가 넘었으므로 병역기피와 관련한 재외동포체류자격 부여의 제한사유에 해당하지 않음

2014년 10월 경 국정원장 특별사업비 1억 원의 뇌물을 수수한 당시 경제부총리 겸 기획재정부 장관, 유죄 확정
[대법원 2019도1440]



■ 사안의 개요

● 공소사실의 요지

- 국정원장 이병기는 2014. 7. ~ 8.경 기획재정부 장관인 피고인에게 전화하여 ‘2015년도 예산안이 국정원에서 제출한 안대로 편성될 수 있도록 해달라’고 요청하고, 기획재정부는 전년도에 비해 472억 원이 증액된 국정원 예산안을 최종 편성하여 국회에 제출하였음
- 이병기는 2015년도 국정원 예산안이 전년도에 비해 상당액 증액된 데 대한 감사와 향후 예산안 심의·의결 과정에서 피고인의

영향력을 기대하면서, 2014. 10. 중순경 국정원 기획조정실장 이현수에게 국정원장 특별사업비에서 1억 원을 피고인에게 전달 하라는 지시를 하였음

- 피고인은 2014. 10. 서울 종로구 정부서울청사 경제부총리실에서 이현수로부터 현금 1억 원이 든 서류가방을 교부받았음
- 이로써 피고인은 기획재정부 장관으로서의 국정원 예산 편성 등 피고인의 직무와 관련하여 국정원장 이병기로부터 1억 원의 뇌물을 수수하였음

● **소송경과**

- 제1심 : 징역 5년 및 벌금 1억 5,000만 원, 추징 1억 원
- 원심 : 쌍방 항소기각(검사는 양형부당으로 항소하였음)
- 피고인이 상고함

■ **대법원의 판단**

● **쟁점**

- 직무관련성 및 대가성, 뇌물수수의 미필적 고의가 인정되는지 여부
 - 피고인이 이병기로부터 받은 1억 원(1억 원의 수수 사실 자체는 피고인 역시 인정하고 있음)이 국정원 예산 편성에 대한 대가적 의미가 아니라 피고인의 원활한 기재부 운영을 지원함으로써 결과적으로 박근혜 대통령의 국정운영을 지원할 목적이었는지 여부
- 국정원장 특별사업비의 적법한 사용에 해당하는지 여부
- 피고인의 행위가 법률의 착오에 해당하는지 여부
 - 피고인이 이 사건 1억 원을 ‘정부의 원활한 국정활동 수행을 위하여 국회대책활동비 명목으로 지원된 것’으로 인식함으로써 법률의 착오에 해당하는지 여부
- 피고인이 받은 1억 원이 직무행위에 대한 대가로서의 성질(뇌물성 인정)과 그 밖의 다른 성질(뇌물성 부정)이 불가분적으로 결합된 것인지 여부
 - 오로지 피고인의 원활한 기재부 운영을 지원하려는 명목이었는지, 아니면 예산안 편성에 대한 대가적 의미와 위 명목이 불가분적으로 결합된 것인지 여부

● **판결 결과**

- 상고기각 (유죄 확정)

● **판단 내용**

- ‘이병기가 피고인에게 국정원 예산안 증액 편성을 부탁하는 전화를 하였고, 그 후 피고인에게 1억 원을 전달한 것에 직무관련성과 대가관계가 인정된다’고 판단한 원심판결에 잘못이 없음
- ‘피고인이 1억 원을 받을 때 미필적으로나마 국정원 예산과 관련하여 돈을 받는다는 뇌물수수의 고의가 있었다’고 판단한 원심판결에 잘못이 없음
- ‘피고인이 이병기로부터 받은 1억 원이 국정원장 특별사업비의 적법한 사용 내역에 해당하지 않는다’고 판단한 원심판결에 잘못이 없음
- ‘피고인이 자신의 행위가 법령에 따라 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 잘못 인식하였다거나, 그와 같이 잘못 인식하는 데 정당한 이유가 있다고 인정할 만한 사정이 없다’고 보아 법률의 착오 주장을 배척한 원심판결에 잘못이 없음
- ‘피고인이 받은 1억 원은 직무행위에 대한 대가로서의 성질과 그 밖의 다른 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에 해당하므로 1억 원 전액이 뇌물에 해당한다’고 보아 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)죄를 적용한 원심판결에 잘못이 없음
- 기타 원심의 판단에 증거재판주의, 공판중심주의 등을 위반한 잘못이 없음

■ **판결의 의의**

- 원심의 사실인정을 받아들이고, 법리오해가 없음을 확인한 사례

(출처/법원사람들)