

사증발급거부처분취소

[서울행법 2016. 9. 30. 2015구합77189]



【판시사항】

미국 시민권을 취득함으로써 대한민국 국적을 상실한 인기가수 甲에 대하여 병무청장이 '미국 시민권을 취득함으로써 사실상 병역의무를 면탈하였다'는 이유로 입국 금지를 요청함에 따라 법무부장관이 甲의 입국금지결정을 하였는데, 甲이 재외공관의 장에게 재외동포(F-4) 자격의 사증발급을 신청하였다가 거부된 사안에서, 사증발급 거부가 적법하다고 한 사례

【판결요지】

미국 시민권을 취득함으로써 대한민국 국적을 상실한 인기가수 甲에 대하여 병무청장이 '미국 시민권을 취득함으로써 사실상 병역의무를 면탈하였다'는 이유로 입국 금지를 요청함에 따라 법무부장관이 甲의 입국금지결정을 하였는데, 甲이 재외공관의 장에게 재외동포(F-4) 자격의 사증발급을 신청하였다가 거부된 사안에서, 甲이 가족들과 함께 미국에서 생활하기 위해서가 아니라 대한민국에서 계속 가수로서 활동하기 위하여 미국 시민권을 취득한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 甲은 대한민국 국민으로서의 병역의 의무를 기피하기 위하여 미국 시민권을 취득한 것인데, 甲이 입국하여 방송·연예활동을 계속할 경우 국군 장병들의 사기를 저하시키고 병역의무 이행 의지를 약화시키며, 입대를 앞둔 청소년들에게 병역의무 기피 풍조를 낳게 할 우려가 있어 헌법 제39조 제1항이 정하고 있는 국방의 의무 수행에 지장을 가져오고 나아가 영토의 보전을 위태롭게 하며 대한민국의 준법 질서를 어지럽힘으로써 대한민국의 이익, 공공의 안전, 사회질서 및 선량한 풍속을 해하게 되므로 출입국관리법 제11조 제1항 제3호, 제4호 또는 제8호에 정한 입국금지사유에 해당하고, 입국금지조치가 비례의 원칙이나 평등의 원칙을 위반하였다고 보기 어려워 적법·유효한 이상, 입국금지조치를 이유로 한 사증발급 거부는 출입국관리법 제8조 제3항, 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 제2호에 따른 것으로서 적법하다고 한 사례.

【참조조문】

출입국관리법 제8조 제2항, 제3항, 제11조 제1항 제3호, 제4호, 제8호, 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 제2호, 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제5조 제2항

【전문】

【원 고】

【피 고】 주로스엔젤레스총영사관 총영사 (소송대리인 정부법무공단 담당변호사 황선익 외 2인)

【변론종결】2016. 8. 12.

【주문】

】

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고가 부담한다.

【청구취지】피고가 2015. 9. 2. 원고에 대하여 한 사증발급거부처분을 취소한다.

【이유】

】 1. 기초 사실

가. 원고는 1976. 12. 15. 대한민국에서 출생하여 2002. 1. 18. 미국 시민권을 취득함으로써 같은 날 대한민국 국적을 상실한 재외동포이고, 피고는 법무부장관으로부터 사증발급에 관한 권한을 위임받은 재외공관의 장이다.

나. 병무청장은 2002. 1. 28. 법무부장관에게 '원고는 공연을 위하여 병무청장의 국외여행허가를 받고 출국한 후 미국 시민권을 취득함으로써 사실상 병역의무를 면탈하였는데, 원고가 재외동포의 자격으로 입국하여 방송활동, 음반출판, 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 영리활동을 할 수 없도록 하고, 불가능할 경우 입국 자체를 금지하여 달라'고 요청하였다.

다.

법무부장관은 2002. 2. 1. 출입국관리법 제11조 제1항 제3호, 제4호 및 제8호에 따라 원고의 입국을 금지하는 결정을 하였다(이하 '이 사건 입국금지조치'라 한다).

라. 원고는 2015. 8. 27. 피고에게 재외동포(F-4) 자격의 사증발급을 신청하였다.

마. 피고 직원은 2015. 9. 2. 원고의 부친 소외 1에게 유선으로 '원고가 입국규제대상자에 해당하여 사증발급이 불허되었다.

자세한 이유는 법무부에 문의하기 바란다'고 통보한 후 원고에게 여권과 사증발급 신청서를 반환하였다(이하 '이 사건 거부행위'라 한다).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4호증, 을 제1호증(가지번호가 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본안전항변에 대한 판단

가. 본안전항변의 요지

1) 외국인에게 대한민국에 대하여 사증발급을 요구할 수 있는 법규상·조리상의 신청권이 없고, 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」(이하 '재외동포법'이라 한다) 제5조 제1항은 재외동포체류자격 부여에 관한 규정일 뿐 이로 인하여 재외동포에게 사증발급신청권이 부여되거나 행정청에게 사증발급의무가 부과된다고 볼 수 없으므로 원고에 대한 사증발급을 거부한 이 사건 거부행위는 항고소송의 대상적격이 없고, '입국금지에 의하여 사증발급이 거부된 사실'을 알리는 관념의 통지에 불과하다.

2) 외국인에게 대한민국 입국의 자유를 보장하는 규정이 없고, 사증 관련 규정은 절차에 관한 규정일 뿐 외국인에게 사증을 발급받을 수 있는 권리 또는 법률상 이익을 부여한 것이 아니며, 사증발급으로 인한 이익은 반사적 이익에 불과하므로, 원고에게는 이 사건 거부행위의 취소를 구할 원고적격이 없다.

3) 이 사건 거부행위가 취소되더라도 원고는 이 사건 입국금지조치의 효력으로 인하여 사증을 발급받을 수 없고, 사증을 발급받더라도 대한민국에 입국할 수 없어 이 사건 소로써 달성하고자 하는 목적의 실현이 불가능하므로, 소의 이

익이 없다.

4) 따라서 이 사건 거부행위의 취소를 구하는 이 사건 소는 부적법하다.

나. 이 사건 거부행위에 항고소송의 대상적격이 인정되는지 여부

어떤 사람의 적극적 신청행위에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 사람에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다.

그리고 거부처분의 처분성을 인정하기 위한 전제요건이 되는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 사람에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니라고 할 것이므로, 어떤 사람이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보이면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항이다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두20638 판결 참조).

재외동포법 제1조는 재외동포의 대한민국의 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위를 보장함을 목적으로 한다고 규정하고 있고, 제2조 제2호는 대한민국의 국적을 보유하였던 자 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령이 정하는 자(이하 '외국국적동포'라 한다)를 '재외동포'로 규정하고 있으며, 제4조는 정부는 재외동포가 대한민국 안에서 부당한 규제와 대우를 받지 아니하도록 필요한 지원을 하여야 한다고 규정하고 있고, 제5조는 법무부장관은 대한민국 안에서 활동하고자 하는 외국국적동포에게 신청에 의하여 재외동포 체류자격을 부여할 수 있다고 규정하면서(제1항), 병역기피목적의 외국국적 취득, 대한민국의 이익을 해칠 우려 등 재외동포체류자격 부여가 거부되는 사유를 실시하고 있고(제2항), 법무부장관이 재외동포체류자격을 부여할 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 외교부장관과 협의하여야 한다고 규정하고 있다(제4항).

위와 같은 재외동포법의 입법 취지, 외국국적동포의 지위, 재외동포법 제5조가 외국국적동포의 체류자격 신청에 관하여 규정하면서 다른 체류자격과 달리 그 소극적 요건에 관하여 직접 규정하면서 체류자격 부여를 위하여 외교부장관과의 협의를 거칠 것을 요구하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 재외동포법은 외국국적동포를 단순한 외국인과는 달리 취급하여 외국국적동포에게 재외동포사증을 발급받을 수 있는 신청권을 부여하고 있다고 봄이 상당하고, 그 신청한 행위가 거부되는지 여부에 따라 신청인의 법률관계에 변동이 생기게 되므로, 사증발급에 관한 법규상의 신청권이 있는 원고의 사증발급 신청을 거부한 이 사건 거부행위는 단순한 사실의 통지가 아닌 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하여 대상적격이 인정된다.

피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

원고에게 이 사건 거부행위의 취소를 구할 원고적격이 있는지 여부

앞서 본 바와 같이 원고에게 사증발급에 관한 법규상의 신청권이 인정되고, 원고는 이 사건 거부행위의 직접 상대방이므로, 원고에게 이 사건 거부행위의 취소를 구할 원고적격이 인정된다.

피고는 사증발급에 관한 원고의 이익은 법률상의 이익이 아닌 반사적 이익에 불과하다고 주장하나, 법률상 이익은 처분의 직접 상대방이 아닌 제3자의 원고적격을 판단하는 기준에 불과하므로, 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 소의 이익이 있는지 여부

원고의 주장대로 이 사건 입국금지조치의 하자가 중대·명백하여 당연히무효인 경우에 해당하거나 이 사건 입국금지조치에 취소사유에 불과한 하자가 있더라도 그 하자가 이 사건 거부행위에 승계되는 예외적인 경우에 해당한다면, 이 사건 거부행위의 취소로 인하여 원고는 유효한 사증을 발급받음으로써 대한민국에 입국할 수 있게 되므로, 이 사건 소에 소의 이익이 없어 부적법하다는 피고의 이 부분 주장은 이유 없다.

마. 따라서 피고의 본안전항변은 모두 이유 없다.

3. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 원고의 주장

1) 절차상 하자

행정절차법 제23조 제1항은 행정청은 처분을 할 때에는 원칙적으로 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있고, 제24조 제1항은 행정청이 처분을 할 때에는 원칙적으로 문서로 하여야 한다고 규정하고 있다.

그럼에도 불구하고 피고는 2015. 9. 2. 원고의 부친 소외 1에게 유선으로 '입국규제대상자에 해당하며 사증발급이 불허되었다'라고 통보하였을 뿐, 처분사유의 관련 사실, 근거 법령 등을 충분히 제시하지 않았고, 아무런 문서를 발급하지 아니함으로써 행정절차법 제23조 제1항, 제24조 제1항을 위반하였다.

재외동포법 제5조 제3항, 같은 법 시행령 제4조 제2항은 재외동포체류자격을 부여할 때 외교부장관과 협의하여야 한다고 규정하고 있으나, 피고는 원고가 입국금지대상자에 해당한다는 이유만으로 위 협의를 거치지 아니한 채 원고에 대한 사증발급을 거부함으로써 위 재외동포법 제5조 제3항, 같은 법 시행령 제4조 제2항을 위반하였다.

2) 처분사유의 부존재

재외동포(F-4) 사증발급에 대해서는 특별법인 재외동포법이 우선 적용되고, 이에 저촉되는 출입국관리법 등의 적용은 배제되므로, 사증발급에 있어 사증발급 신청자가 입국금지대상자인지 여부를 심사하도록 한 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 제2호도 적용되지 아니한다.

따라서 재외동포인 원고의 사증발급에 있어서도 위 시행규칙 제9조의2 제2호는 적용되지 아니하는데, 원고는 재외동포법 제5조 제2항 각 호가 정한 재외동포체류자격 거부사유에도 해당하지 아니하고, 법무부의 2008. 8. 입국규제업무처리지침이 정한 사증발급 규제대상자에도 해당하지 아니한다.

설령 재외동포 사증발급에 출입국관리법상의 사증발급 요건규정이 적용된다 하더라도, ① 이 사건 거부행위 당시 원고가 입국금지대상자에 해당하였는지 여부가 불명확하고, ② 법무부장관의 이 사건 입국금지조치는 대상자에 대한 통지를 전제로 하지 아니하는 것으로서 외부적 성립요건을 결한 행정청 내부의 정보제공활동에 불과하여 처분에 해당하지 아니하고 불가쟁력이 발생하지 아니하므로 이 사건 거부행위에 대한 구속력이 없으며, ③ 이 사건 입국금지조치가 처분에 해당한다 하더라도 원고에게 처분사유를 통지하지 아니하고 문서를 교부하지 아니한 절차상의 하자, 원고의 입국 및 연예활동은 출입국관리법 제11조 제1항 제3호, 제4호, 제8호가 정한 입국금지사유에 해당하지 아니하여 처분사유가 존재하지 않는 하자, 비례의 원칙과 평등의 원칙에 위반하여 재량권을 일탈·남용한 하자가 중대·명백하여 당연히무효인 경우에 해당한다 할 것이고, ④ 이 사건 입국금지조치의 하자가 취소사유에 불과하다 하더라도, 이 사건 입국금지조치와 이 사건 거부행위는 서로 결합하여 1개의 법률효과를 완성하는 경우 또는 이 사건 입국금

지조치의 불가쟁력이나 구속력이 원고에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고, 그 결과가 원고에게 예측가능한 것이 아닌 경우로서 이 사건 거부행위에 대한 이 사건 입국금지조치의 구속력이 인정되지 아니한다.

따라서 이 사건 거부행위는 그 처분사유가 존재하지 않는 것으로서 위법하다.

3) 재량권 일탈·남용

설령 이 사건 거부행위의 처분사유가 인정된다 하더라도, 이 사건 거부행위는 방법의 적정성, 피해의 최소화, 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하여 비례의 원칙을 위반하였고, 평등의 원칙을 위반한 것으로서 재량권 일탈·남용의 위법이 있다.

나. 관계 법령

별지 기재와 같다.

다.

판단

1) 절차상 하자의 존부

가) 행정절차법 제23조 제1항, 제24조 제1항 위반 여부에 관하여

행정절차법 제3조 제2항 제9호, 행정절차법 시행령 제2조 제2호는 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 처분에 대하여 행정절차법을 적용하지 아니한다고 규정하고 있고, 사증발급 거부처분은 외국인의 출입국에 관한 처분에 해당하므로, 피고가 이 사건 거부행위를 함에 있어 행정절차법에 따른 절차를 거치지 아니하였다 하더라도 그로 인하여 이 사건 거부행위가 위법하다고 볼 수 없다.

이에 대하여 원고는 이 사건 거부행위가 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분에 해당하지 아니하므로 행정절차법의 적용이 배제되지 아니한다고 주장하나, 외국인의 출입국에 관한 사항에 관하여 행정절차법의 적용을 배제하도록 한 위 규정은 외국인은 국민이 아니고, 외국인의 출입국에 관한 사항의 경우 이를 관장하는 법무부장관, 재외공관의 장, 출입국관리사무소장 등에게 광범위한 재량이 인정되며, 외국에 소재한 재외공관에서 이루어지는 사증발급 관련 사무의 경우 외국인에 대한 송달상의 어려움 등을 이유로 행정절차법상의 규정을 그대로 적용하기 어렵다는 점을 고려한 것으로 보므로, 이 사건 거부행위는 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분에 해당한다 할 것이다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 재외동포법 제5조 제3항, 같은 법 시행령 제4조 제2항 위반 여부에 관하여

재외동포법 제5조 제3항은 법무부장관은 같은 조 제1항과 제2항에 따라 재외동포체류자격을 부여할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 외교부장관과 협의하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제4조 제2항 전단은 법무부장관은 재외동포체류자격을 신청한 외국국적동포가 재외동포법 제5조 제2항 제3호에 해당한다고 의심할 만한 사유가 있는 때에는 외교부장관에게 법 제5조 제3항의 규정에 의한 협의를 요청하여야 한다고 규정하고 있다.

뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 거부행위의 처분사유는 원고가 입국금지대상자로서 출입국관리법 제8조, 같은 법 시행규칙 제9조의2 제2호가 정한 사증발급 요건을 충족하지 못하였음을 이유로 한 것인데, 피고로서는 원고가 위 사증발급 거부사유에 해당하는 이상 재외동포법 제5조 제1호, 제2항이 정한 재외동포체류자격의 부여요건에 해당하는지 여부를 심사하기 위하여 외교부장관과의 협의를 거칠 필요 없이 곧바로 원고에 대한 사증발급을 거부할 수 있다고 보아야 할 것이므로, 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

2) 처분사유의 존부

가) 이 사건 거부행위에 출입국관리법령상의 사증발급 요건규정이 적용되는지 여부에 관하여

출입국관리법 제7조 제1항은 외국인이 입국하고자 할 때에는 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증을 가지고 있어야 한다고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 대한민국과 사증면제협정을 체결한 국가의 국민으로서 협정에 따라 면제대상이 되는 사람(제2호), 국제친선 등을 위하여 입국하는 사람으로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 따로 입국허가를 받은 사람(제3호) 등은 사증 없이 입국할 수 있다고 규정하고 있으며, 제12조 제5항은 출입국관리공무원이 제7조 제2항 제2호, 제3호에 따라 사증 없이 입국한 사람에게 입국을 허가할 때 대통령령으로 정하는 바에 따라 체류자격을 부여하고 체류기간을 정하여야 한다고 규정하고 있으며, 출입국관리법 제10조, 같은 법 시행령 제12조 [별표 1]은 입국하려는 외국인은 체류자격을 가져야 한다고 규정하면서, 개별적인 체류자격의 내용을 정하고 있고, 출입국관리법 시행령 제7조 제2항은 재외공관의 장이 발급하는 사증에는 체류자격과 체류기간 등 필요한 사항을 적어야 한다고 규정하고 있다.

또한 출입국관리법 시행규칙 제9조의2는 재외공관의 장이 사증을 발급하는 경우 유효한 여권을 소지하고 있는지 여부(제1호), 출입국관리법 제11조의 규정에 의한 입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닌지 여부(제2호), 출입국관리법 시행령 [별표 1]에서 정하는 체류자격에 해당하는지 여부(제3호), 위 시행령 [별표 1]에서 정하는 체류자격에 부합한 입국 목적을 소명하는지 여부(제4호), 해당 체류자격별로 허가된 체류기간 내에 본 국으로 귀국할 것이 인정되는지 여부(제5호) 등을 심사하도록 규정하고 있고, 출입국관리법 제12조 제3항은 출입국공무원이 입국심사를 할 때 여권과 사증이 유효할 것(제1호), 입국 목적이 체류자격에 맞을 것(제2호), 체류기간이 법무부령으로 정하는 바에 따라 정하여졌을 것(제3호), 제11조에 따른 입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닐 것(제4호)의 요건을 갖추었는지를 심사하여 입국을 허가한다고 규정하고 있다.

사증이란 사증발급 신청인의 여권이 그 국적국가의 정부기관에서 합법적으로 발급된 유효한 여권임을 확인하고, 사증발급 신청의 사유와 사증발급에 요구되는 기준에 의하여 입국하려는 국가에서 입국·체류하는 것이 상당함을 확인하여 입국항만에서 출입국관리공무원의 입국심사를 받도록 허가한 문서를 말하고, 체류자격이란 외국인이 국내에서 머물면서 일정한 활동을 할 수 있는 법적 지위를 유형화한 것으로, 그에 따라 일정한 권리를 부여받고 의무를 부담하는 출입국관리법에서 정한 자격을 말한다.

따라서 외국인의 입국과 관련하여 발급되는 사증과 외국인이 국내에서 활동할 수 있는 법적 지위를 의미하는 체류자격은 개념상 구분된다 할 것이고, 체류자격 해당 여부를 유효한 여권 소지 여부, 입국금지 대상 여부와 함께 사증발급의 요건의 하나로 규정하고, 체류자격에 관한 사항을 사증의 필수적 기재사항으로 규정하며, 사증을 발급받지 않은 외국인에게도 체류자격을 부여하도록 규정하고 있는 위 출입국관리법령에 의하더라도 사증과 체류자격은 구분된다 할 것이다.

재외동포의 대한민국에의 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위를 보장함을 목적으로 제정된 재외동포법은 재외동포 체류자격의 부여(제5조), 국내거소신고 및 국내거소신고증의 발급 및 반납(제6조, 제7조, 제8조), 재외동포체류자격에 따른 체류기간 및 그 연장, 재입국허가, 재외동포체류자격을 부여받은 외국국적동포의 취업 그 밖의 경제활동(제10조), 부동산거래(제11조) 등의 사항에 관하여 규정하고 있고, 제5조는 제1항에서 법무부장관이 외국국적동포의 신청에 의하여 재외동포체류자격을 부여할 수 있다고 규정하면서 제2항에서 병역기피목적의 외국국적 취득, 대한민국의 이익을 해칠 우려 등 재외동포체류자격 부여가 거부되는 사유를 실시하고 있다(제2항).

위와 같은 출입국관리법과 재외동포법의 규정 취지, 문언, 체제에 의하면 재외동포체류자격, 체류기간 등 재외동포법이 규정하고 있는 사항에 관하여는 재외동포법이 출입국관리법의 특별법으로서 우선하여 적용된다고 할 것이나, 재외동포법은 재외동포체류자격 등에 관하여 규정하고 있을 뿐 재외동포의 사증발급과 관련한 아무런 규정을 두지 않고 있고, 앞서 본 바와 같이 체류자격은 사증발급의 요건 중 하나 또는 사증의 기재사항으로서 사증과 구분되므로, 재외동포의 사증발급에 있어서는 재외동포법이 아닌 출입국관리법이 적용된다 할 것이다.

따라서 피고는 원고가 재외동포법상의 체류자격 요건을 충족하지 못한 경우뿐 아니라 출입국관리법 시행규칙 제9조의 2가 정한 사증발급 요건을 충족하지 못한 경우에도 원고에 대한 사증발급을 거부할 수 있다.

원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 이 사건 입국금지조치가 처분에 해당하는지 여부에 관하여

구 출입국관리법(2002. 12. 5. 법률 제6745호로 일부 개정되기 전의 것) 제11조 제1항은 법무부장관은 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해하는 행동을 할 염려가 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 자(제3호) 등 각 호에서 정한 사유에 해당하는 외국인에 대하여 입국을 금지할 수 있다고 규정하고 있고, 제12조 제3항 제4호, 제4항은 출입국관리공무원이 입국심사를 함에 있어 제11조의 규정에 의한 입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닐 것인지 여부를 심사하여 외국인이 위 요건을 갖추지 못하였다고 인정될 때 입국을 허가하지 아니할 수 있다고 규정하고 있으며, 구 출입국관리법 시행령(2002. 4. 18. 대통령령 제17579호로 일부 개정되기 전의 것) 제13조는 법무부장관이 출입국관리법 제11조에 따라 입국을 금지하기로 결정한 자 및 입국금지를 해제한 자에 대하여 전산업무처리절차에 따라 그 자료를 관리하여야 하고, 재외공관의 장 등은 위 입국금지자명부를 비치하여야 한다고 규정하고 있고, 제14조 및 제2조는 중앙행정기관의 장 기타 관계기관의 장은 소관업무와 관련하여 입국금지사유에 해당하는 자가 있다고 인정하는 경우 법무부장관에게 입국금지요청을 하고, 법무부장관이 이를 심사한 후 입국을 금지한 경우 이를 요청기관의 장에게 통보하도록 하며, 요청기관의 장은 출국금지기간을 연장할 필요가 있는 경우 출국금지기간연장을 요청하여야 하고, 출국금지사유가 소멸한 경우 출국금지해제를 요청하여야 한다고 규정하고 있다.

위 출입국관리법령에 의하면 법무부장관의 입국금지조치는 특정 외국인이 입국금지사유에 해당한다는 이유로 이루어지는 제재적 처분으로서, 위 처분이 있는 경우 해당 외국인의 입국금지 사항이 출입국관리정보시스템에 등록되게 되고, 출입국관리공무원이 입국심사에서 해당 외국인이 입국금지사유에 해당하는지 여부를 심사함에 있어 상급 기관인 법무부장관의 입국금지조치가 있는 경우 그 조치에 구속되어 이를 판단하게 되므로(2008. 7. 3. 개정된 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 제2호는 법무부장관으로부터 사증발급 권한을 위임받은 재외공관의 장이 사증을 발급하는 경우 사증발급을 신청한 외국인이 출입국관리법 제11조가 정한 입국금지대상에 해당하는지 여부를 심사·확인하여야 한다고 규정하고 있는바, 재외공관의 장으로서의 해당 외국인에 대한 법무부장관의 입국금지조치가 없는 경우에는 자체적으로 입국금지대상자 해당 여부를 심사·확인할 수 있을 것이나, 이미 적법·유효한 입국금지조치가 내려진 경우, 위임기관인 법무부장관의 입국금지조치에 반하여 해당 외국인이 입국금지대상자에 해당하지 아니한다고 판단할 수는 없을 것이다), 출입국관리법 제11조에 따른 법무부장관의 입국금지조치는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 봄이 상당하고, 처분대상자인 외국인에게 처분서 등의 방법으로 통지가 이루어지지 아니하는 것은 입국금지조치가 외국인의 입국 신청에 대응하는 조치가 아니고, 해외에 소재한 외국인의 주소를 일일이 확인하여 처분서를 송달하는 것이 곤란함을 이유로 한 것이므로, 위와 같은 사정만으로 입국금지조치의 처분성을 부정할 수 없다.

다) 이 사건 거부행위 당시 이 사건 입국금지조치의 효력이 유지되고 있었는지 여부에 관하여

구 출입국관리법(2005. 3. 24. 법률 제7406호로 개정되기 전의 것) 제11조는 입국금지 기간에 관하여 아무런 규정을 두지 아니하는 한편, 구 출입국관리법 시행령(2002. 4. 18. 대통령령 제17579호로 개정되기 전의 것) 제14조는 입국금지 및 입국금지해제 요청에 관하여 출국금지요청 및 해제에 관한 규정인 같은 시행령 제2조를 준용하도록 하면서도 입국금지에정기간에 관한 사항은 준용하지 아니하도록 규정한 점에 비추어 보면, 입국금지 기간을 특정하지 아니한 입국금지조치는 장래 관계기관의 장의 요청 등에 의한 입국금지해제가 있을 때까지 그 효력이 계속하여 유지된다고 보아야 한다.

그런데 을 제1호증의 2(원고 입국금지 사유 통보) 기재에 의하면 법무부장관이 2002. 2. 1. 원고의 대한민국 입국을 금지하는 내용의 이 사건 입국금지조치를 하면서 그 기한을 특정하지 아니한 사실이 인정되고(위 통보서의 '5. 원고의 입국으로 인한 사회적 문제 검토' 부분에 '일정기간 입국을 불허함이 타당함'이라는 기재가 있기는 하나, 위 기재는 이 사건 입국금지조치의 이유를 실시한 부분에 불과하고, 그 결론에 해당하는 '6. 조치사항'란에는 입국금지결정을 한다는 내용과 함께 적용법조가 기재되어 있을 뿐, 금지기간에 관하여는 아무런 언급이 없다), 이후 이 사건 입국금지조치가 해제되었음을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 이 사건 거부행위 당시에도 이 사건 입국금지조치의 효력은 유지되고 있었다고 봄이 상당하다.

따라서 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

라) 이 사건 입국금지조치의 적법 여부에 관하여

(1) 절차상 하자의 존부

구 행정절차법(2012. 10. 22. 법률 제11498호로 개정되기 전의 것) 제3조 제2항 제9호, 구 행정절차법 시행령(2002. 12. 30. 대통령령 제17854호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호는 외국인의 출입국에 관한 사항에 대하여 행정절차법이 적용되지 않는다고 규정하고 있고, 이 사건 입국금지조치는 외국인의 출입국과 관련된 것으로서 처분대상인 외국인이 대한민국의 주권이 미치지 아니하는 해외에 소재하고 있어 사전통지, 이유제시, 문서에 의한 통지 등의 행정절차를 거치기 곤란한 경우에 해당하므로, 행정절차법이 정하고 있는 절차에 따르지 아니하더라도 위법하다고 볼 수 없다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 처분사유의 존부

(가) 인정 사실

- ① 원고는 1989. 12. 12. 가족과 함께 미국으로 이주하였고, 원고와 가족들은 1994년 내지 1995년경 모두 미국 영주권을 취득하였다.
- ② 원고는 1996. 9. 14. 대한민국에 입국하여 1997. 3. 1집 앨범을 발매하고 1997. 4. 1. 방송 프로그램 출연을 통하여 데뷔한 뒤 대한민국에서 수년간 가수로 활동하였는데, 위 1집 음반은 50만 장, 1998. 5. 발표한 2집 음반은 60만 장, 1999. 4. 발표한 3집 음반은 83만 장, 1999. 11. 발표한 4집 음반은 53만 장, 2000. 11. 발표한 5집 음반은 41만 장, 2001. 9. 발표한 6집 음반은 24만 장의 판매고를 올렸다.
- ③ 원고는 1997. 9.경부터 '아름다운 청년'으로 호칭되며 1998. 5.경부터 각종 기부 및 바자회, 공익 콘서트 출연, 공익사업 홍보대사 역임 등의 공익활동에 참여하여 왔다.

- ④ 일간스포츠는 1999. 6. 17. "원고가 서해안 연평도 해역에서의 남북한 경비정의 교전에 충격을 받아 1999. 6. 16. '미국 영주권을 포기하고 1999. 12. 신체검사를 받은 후 2000년 말 군에 입대하겠다'고 결심하였다."
- "라는 기사를 게재하였으나, 스포츠서울은 다음 날인 같은 달 18일 '위 기사는 사실무근이고, 원고는 미국 영주권을 포기할 의사가 없으며, 계약기간이 2001. 3. 종료되므로 2000년 말 군입대는 불가능하다'는 원고 소속사 백산미디어 대표의 발언을 게재하였다.
- ⑤ 원고는 2000. 2. 7. 고모부 소외 2가 운영하는 연예인 매니지먼트 및 음반 기획사인 웨스트사이드미디어 주식회사(이하 '웨스트사이드미디어'라 한다)와 사이에 정규음반 6집 및 7집의 제작을 포함한 일체의 활동에 관한 전속계약을 체결하였고, 웨스트사이드미디어는 2001. 3. 12. 주식회사 와이비엠서울음반(이하 '와이비엠'이라 한다)과 사이에 원고 6집 원본테이프를 2001. 8.경, 7집 원본테이프를 2002. 5.경 인도하고 이를 음반으로 제작·판매할 수 있는 배타적 권리를 부여하는 대가로 계약 체결 시 20억 원, 2002. 1. 12억 5,000만 원을 각 지급받되, 원고가 병역의무 이행으로 약정상의 의무를 위반할 경우 수령액을 반환하기로 하는 음반 기획 및 제작·판매 계약을 체결하였다.
- ⑥ 구 병역법(2004. 12. 31. 법률 제7272호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항 제2호는 지방병무청장은 국외에서 가족과 같이 영주권을 얻은 사람에 대하여 원에 의하여 징병검사를 하지 아니하고 병역을 면제할 수 있다고 규정하고 있었고, 구 병역법 시행령(2001. 3. 27. 대통령령 제17159호로 일부 개정되기 전의 것) 제134조 제8항 제2호는 1년 이상 국내에서 체재하고 있는 사람에 대하여 병역면제 처분을 취소하고 병역의무를 부과할 수 있다고 규정하고 있었으나, 2001. 3. 27. 병역법 시행령이 개정되어 국내취업 등 병무청장이 고시하는 영리활동을 하는 사람에 대하여 병역면제 처분을 취소하고 병역의무를 부과할 수 있도록 하는 내용의 구 병역법 시행령 제134조 제8항 제4호가 신설됨으로써 미국 영주권자로서 국내에서 가수활동을 하던 원고도 병역의무 이행의 대상이 되었다.
- ⑦ 원고는 2001. 1. 4. 뮤직비디오 촬영 도중 제1천구 추간판탈출증 등의 허리부상을 입고 같은 달 16일 여의도 성모병원에 입원하여 수술을 받으라는 담당의사의 권유로 같은 해 2. 1. 허리디스크 수술을 받았다.
- ⑧ 원고는 2001. 8. 7. 대구지방병무청 징병검사에서 보류판정을 받고 2001. 8. 13. 국군수도통합병원 정밀진단 결과 다시 보류판정을 받았으며, 2001. 10. 1. 대구지방병무청으로부터 수핵탈출증을 이유로 4급 판정(공익근무요원)을 받았고, 그 무렵 소집기일을 2001. 11. 12.로 한 공익근무요원 소집통지를 받았으나 가사 사유로 소집기일을 2002. 2. 14.로 연기받았다.
- 원고는 위 2001. 8. 7. 징병검사 당시 한국일보와의 인터뷰에서 "솔직히 무대에 올라 노래부르고 싶지만 신체검사에서 징병대상자로 분류된다면 국방의 의무를 다 하겠다."
- "라고 말하였다.
- ⑨ 소외 1은 미국 이민국으로부터 원고의 미국 시민권 취득 선서일이 2001. 10. 23.임을 통지받고 이 사실을 원고에게 알렸으나, 원고는 위 선서식에 참석하지 아니하였다.
- ⑩ 원고는 2002. 1. 8. 서울지방병무청장에게 여행목적을 공연, 여행기간을 2002. 1. 12.부터 2002. 2. 5.까지, 여행목적지를 일본, 미국으로 한 해외여행 허가를 신청하여 같은 달 10일 해외여행 허가를 받았고, 같은 달 12일 일본으로 출국하여 같은 달 13일 도쿄 신주쿠 후생복지회관에서 콘서트를 한 후 같은 달 14일 미국으로 입국하였으며, 2002. 1. 18. 미국 시민권을 취득하고 같은 달 23일 피고에게 대한민국 국적상실신고서를 제출하였다(원고의 위 일본 콘서트 날짜와 장소는 2001. 11.경 이미 확정되어 있었다).

⑪ 원고는 2002. 1. 24. 피고에게 여행목적을 공연·음반출판으로 하여 재외동포(F-4) 자격의 사증 발급을 신청하였고, 병무청장은 2002. 1. 25. 법무부장관에게 원고에 대한 입국제한을, 같은 달 28일 법무부장관에게 원고에 대한 입국금지를 요청하였으며, 법무부장관은 2002. 2. 1. 출입국관리법 제11조 제1항 제3호 및 제4호, 제8호를 적용하여 이 사건 입국금지조치를 하였다.

⑫ 원고는 사증을 발급받지 못한 채 2002. 2. 2. KE012항공편으로 인천공항에 도착하여 대한민국에 입국하려 하였으나 이 사건 입국금지조치를 이유로 입국을 거부당한 뒤 미국으로 귀국하였다.

원고는 당시 언론과의 인터뷰에서 '시민권 취득 결정을 내리기까지 엄청난 갈등과 고민이 있었고, 이렇게까지 큰 문제가 된다고 생각했으면 시민권을 포기했을 것이나, 현재로서는 번복할 마음이 없다.

미국 시민권을 취득하면 세계로 뻗어나갈 수 있는 기회가 열리고, 미국에서 살고 있었기에 영주권자로서 자연스럽게 미국 시민권을 신청해 놓은 것이다.

2년 반 동안의 공익근무를 하고 나면 서른 살이 되고, 처음부터 다시 영주권 및 시민권을 준비해야 하고, 가족과도 이별해야 한다.

서른 살이 되고 나서 다시 해외의 문이 열린다 하더라도 댄스 가수의 생명이 짧은 것을 잘 알고 있다'는 취지로 진술하였다.

⑬ 위 사실이 알려지자 원고가 병역 기피를 목적으로 미국 시민권을 취득한 것이므로 국내에서 가수 활동을 하지 못하게 해야 한다는 등 원고에 비판적인 여론이 일어났고, 광고주가 광고 방영을 보류하고, 방송국이 원고의 MC 선정을 취소하는 등의 사태가 발생하였다.

⑭ 원고의 해외공연 프로모션을 담당하는 주식회사 튜브레코드 대표는 2003. 5.경 병무청장에게 '원고가 출입국관리법 제11조 제3호, 제4호, 제8호가 정한 입국금지사유에 해당하지 아니한다'는 취지의 호소문을 제출하는 등 원고의 국내입국을 추진하였으나 장병 사기저하와 병역의무 경시 풍조 조장 및 외국국적 취득을 통한 병역 면탈 악용을 우려한 병무청의 반대로 2003. 6. 1. 법무부로부터 입국금지 해제가 불가능하다는 답변을 들었다.

튜브레코드 측은 2003. 5. 19. 국가인권위원회에 법무부장관을 상대로 같은 취지의 진정을 제기하였으나, 국가인권위원회는 2003. 7. 28. '출입국의 자유 및 국적변경의 자유가 외국인에게 일반적으로 인정되는 기본권이라고 보기 어려우므로 원고에게 대한민국의 입국의 자유가 있음을 전제로 한 위 진정은 국가인권위원회법 제39조 제1항 제2호가 정한 조사대상 인권침해행위에 해당하지 아니한다'는 이유로 위 인정을 기각하였다.

⑮ 원고는 교제 중이던 소외 3의 부친상 조문을 위하여 사증발급을 신청하였고, 법무부장관이 원고에 대한 입국금지를 임시로 해제함으로써 2003. 6. 26.부터 같은 달 27일까지 대한민국을 방문하였다.

병무청은 외국 영주권을 취득한 사람이 영주권을 포기하지 않고도 군 복무를 이행할 수 있도록 하기 위하여 2004. 2.경 외국 영주권을 취득하여 병역면제 또는 연기를 받은 사람이 자진하여 군 입영을 희망할 경우 본인이 원하는 시기에 입영하도록 하고, 군복무 중 영주권 유지를 위한 연 1회 출국을 보장하는 제도를 마련하였다.

소외 1은 2002. 2.경 월간지 주부생활과의 인터뷰에서 "미 영주권자는 한국에 머물러도 병역의무가 없었기 때문에 원고와 가족들이 함께 미국시민권을 신청하였는데, 그 뒤 병역법이 한국에 6개월 이상 체류하면 병역의무가 있는 것으로 개정되었다.

미국 이민국으로부터 2001. 11. 말경 시민권 선서식에 참석하라는 통지서를 받고 원고에게 미국으로 오라고 연락하였으나 원고는 입대를 하겠다며 미국에 오지 않았다.

이후 미국 이민국으로부터 시민권 선서식 통지서를 받고 원고에게 잠시 다녀가라고 했으며, 원고는 일본 공연을 마치고 미국으로 왔다.

원고는 팬들과의 약속을 지키기 위하여 군에 가야 한다고 했으나, 시민권 선서식 전날 밤 목사님과 함께 원고를 설득하여 원고가 마음을 바꾸게 되었다.

"라고 진술하였고, 원고는 위 인터뷰에서 "시민권 신청 후 '병역법이 개정되어 군대에 가야 한다'라는 말을 들었고, 평소 건강한 남자라면 군대에 가야 한다고 생각하여 군에 가겠다고 말하였다.

공익요원보다 가수로서 사회에 봉사하는 게 낫다고 생각하여 미국 시민권을 취득하였고, 원고 본인의 결정이었다.

"라고 진술하였으며, 소외 4 목사는 "첫 번째 미국 시민권 선서식을 연기하고 두 번째 선서식을 하기까지 거의 1년이 걸리는데, 원고의 경우는 한 달 만에 다시 나와서 하늘의 뜻이라고 생각하였다.

"라고 진술하였다.

소외 1은 이 법정에 증인으로 출석하여 "2001. 8.경 원고에게 전화하여 '미국 시민권 선서식을 2001. 10. 23. 한다는 통지를 받았으니 꼭 참석하라'고 권유하였으나 원고는 '약속을 이행하기 위하여 군대에 가야 한다'며 참석하지 아니하였다.

소외 1은 2001. 12.경 원고 앞으로 온 2차 미국 시민권 선서식(선서일: 2002. 1. 18.) 통지를 받았으나 당시 원고와 대화가 단절된 상태라서 소외 2에게 전화하여 이 사실을 알렸다.

소외 2에게 2차 선서식 날짜를 알려주었으므로, 원고는 미국에 들어오기 전 이를 알고 있었을 것으로 보이나, 원고에게 직접 물어보지는 않았다.

원고는 '우선 선택의 여지를 확보해 놓으라'는 소외 1의 권유에 따라 미국 시민권 취득 신청서에 자필로 서명하였고, 시민권 취득을 위한 인터뷰에도 참석하였다.

원고는 미국 시민권 취득 전 영주권 유지를 위하여 1년의 절반 이상을 미국에서 생활하였다.

"라는 취지로 진술하였다.

미국 이민국의 자료에 의하면, 미국 시민권은 귀화신청서 작성·제출, 지문 채취·등록, 인터뷰를 거쳐 귀화신청에 대한 결과를 통보받은 후 시민권 선서식에 참석하는 절차를 통하여 취득하도록 되어 있다.

원고의 형 소외 5는 2002. 1. 18., 소외 1은 2004. 1. 30., 원고의 모친 소외 6은 2010. 6. 23. 각 미국 시민권을 취득하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 3, 7, 8, 9, 10, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 40, 46, 49호증, 을 제1, 6호증의 기재 및 영상, 증인 소외 1의 일부 증언, 이 법원의 주식회사 문화방송, 주식회사 스포츠서울, 주식회사 한국일보사, 법무부장관, 병무청장에 대한 각 사실조회 결과, 변론 전체의 취지

(나) 판단

구 출입국관리법(2005. 3. 24. 법률 제7406호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항은 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해하는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자(제3호), 경제질서 또는 사회질서를 해하거나 선량한 풍속을 해하는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자(제4호), 기타 제1호 내지 제7호의1에 준하는 자로서 법무부장관이 그 입국이 부적당하다고 인정하는 자(제8호)에 해당하는 외국인에 대하여 법무부장관이 그 입국을 금지할 수 있다고 규정하고 있다.

원고는 미국 영주권 취득일로부터 5년이 지난 1999년 내지 2000년경 미국 시민권 신청 자격을 가지게 되었고, 영리활동을 하는 사람에 대하여 병역면제 처분을 취소하도록 병역법이 개정되기 전에 시민권을 신청한 것으로 보이므로, 처음부터 병역을 기피할 목적으로 미국 시민권을 신청한 것이라고 볼 수는 없다.

또한 원고의 주장대로 원고가 가족들과 함께 미국에서 생활하기 위하여 미국 시민권을 취득한 것이라면 원고의 미국 시민권 취득이 병역 기피를 위한 것이 아니라고 볼 여지도 있다.

그러나 앞서 본 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고는 2001. 8.경 6집, 2002. 5.경 7집 음반을 낼 계획을 가지고 있었고, 미국 시민권을 취득한 직후인 2002. 1. 24. 피고에게 여행목적을 공연·음반출판으로 하여 사증발급을 신청한 점에 원고가 2002. 2. 2. 입국거부된 후 언론과 인터뷰한 내용을 보태어 보면 원고는 가족들과 함께 미국에서 생활하기 위해서가 아니라 대한민국에서 계속 가수로서 활동하기 위하여 미국 시민권을 취득한 것으로 보이는 점, ② 원고로서는 미국 시민권을 신청한 후에 병역법이 개정되어 미국 시민권을 취득하여 대한민국 국적 상실신고를 하지 않고서는 국내에서 가수활동을 하면서 병역면제 처분을 받는 것이 불가능하다는 사정을 알았으리라고 보이는 점, ③ 원고가 1차례 공익근무요원 소집통지를 받고 일본 공연과 미국에 있는 가족 방문을 위하여 3개월간 유예를 받아 2002. 2. 14. 공익근무요원 소집이 예정되어 있던 상황에서 여행목적을 공연으로, 여행기간을 2002. 1. 12.부터 2002. 2. 5.까지로 하여 서울지방병무청장의 국외여행허가를 받아 미국으로 입국한 후 미국 시민권을 취득함으로써 대한민국 국적을 상실하고 병역의 의무를 면하게 된 점, ④ 원고 소속사 대표이사이자 고모부인 소외 2가 소외 1로부터 2차 미국 시민권 선서식 날짜를 통보받았던 점을 감안하면, 원고는 2차 미국 시민권 선서식 날짜가 2002. 1. 18.임을 알고 위 국외여행허가를 신청한 것으로 보이는 점, ⑤ 만일 원고가 미국 시민권을 취득하여 대한민국 국적을 상실하지 않은 상태에서 공익근무요원 소집에 불응할 경우 병역법 제88조 제1항에 따라 3년 이하의 징역형에 처해질 수 있었던 점 등에 비추어 보면, 원고는 대한민국 국민으로서의 병역의 의무를 기피하기 위하여 미국 시민권을 취득한 것이라고 봄이 상당하다.

앞서 본 바와 같이 원고는 인기가수로서 대중적 인기를 누리고 있었고, 평소의 선행 및 봉사활동을 이유로 '아름다운 청년'으로 불리는 등 당시 대한민국 국민, 특히 청소년에게 상당한 영향력과 파급력을 가지고 있었고, 비록 스스로의 의지에 의한 것이 아니었다 하더라도 언론을 통하여 국방의 의무를 충실히 이행하겠다고 수차례 공언해 왔음에도 미국 시민권 취득이라는 방법으로 병역의 의무를 면탈하였다.

원고가 입국하여 방송·연예활동을 계속 수행할 경우 자신을 희생해가며 병역의 의무를 수행하고 있는 국군 장병들의 사기를 저하시키고 병역의무 이행 의지를 약화시키며, 장차 입대를 앞둔 청소년들에게 병역의무 기피 풍조를 낳게 할 우려가 있는바, 이는 헌법 제39조 제1항이 직접 규정하고 있는 국방의 의무 수행에 지장을 초래하고 나아가 영토의 보전을 위태롭게 하며 대한민국의 준법 질서를 어지럽힘으로써 대한민국의 이익, 공공의 안전, 사회질서 및 선량한 풍속을 해하는 경우로서 구 출입국관리법 제11조 제1항 제3호, 제4호 또는 제8호에 정한 입국금지사유에 해당한다고 할 것이다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 비례의 원칙 위반 여부

국가가 자국에 바람직하지 못하다고 판단하는 외국인의 입국을 금지할 수 있는 권리는 국제법상 확립된 권리로서 어떠한 외국인을 바람직하지 않다고 판단하여 입국을 금지할 것인지에 대하여는 국가가 자유로이 결정할 수 있다고 봄이 상당하다.

이에 근거하여 구 출입국관리법 제11조 제1항은 각 호에서 입국금지 대상자를 정하면서 이에 준하는 자로서 법무부장관이 그 입국이 부적당하다고 인정하는 자에 대하여 입국금지를 명할 수 있도록 규정함으로써 법무부장관으로 하여금 공익의 관점에서 입국금지를 명할지 여부에 관하여 판단할 수 있는 재량의 여지를 주고 있다.

한편 출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하고자 하는 국가행정작용으로, 특히 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필수적인 것으로서 광범위한 정책재량의 영역에 놓여 있는 분야라는 점 등을 고려할 때(헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2003헌마87 전원재판부 결정 참조), 외국인에 대한 입국금지 여부를 결정함에 있어서는 그로 인하여 입게 될 당사자의 불이익보다는 국가의 이익과 안전을 도모하여야 하는 공익적 측면이 더욱 강조되어야 할 것이다.

앞서 인정한 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 고려하면, 이 사건 입국금지조치가 달성하고자 하는 공익에 비하여 지나치게 무거운 것으로서 원고에게 가혹하여 비례의 원칙을 위반한 것이라 보기 어렵다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(가) 이 사건 입국금지조치는 원고의 자유로운 입국으로 인하여 초래될 수 있는 대한민국 장병의 사기 저하, 병역기피 풍조 등을 방지하기 위한 것으로서 원고의 입국을 금지함으로써 그 목적을 달성할 수 있으므로, 적합성의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

(나) 원고는 방송·연예활동을 제한하는 조건으로 입국을 허가하거나 기간을 정하여 입국을 금지하는 방법으로도 위 목적을 달성할 수 있다고 주장하나, 이 사건 입국금지조치 당시 원고의 행동이 초래한 사회적 영향과 충격을 감안할 때 원고의 자유로운 입국 자체가 국군 장병의 사기 저하 등을 초래할 수 있었고, 이 사건 입국금지조치의 목적에 비추어 볼 때 적어도 구 병역법(2002. 12. 5. 법률 제6749호로 개정되기 전의 것) 제71조 제1항에 따라 원고가 36세가 됨으로써 공익근무요원소집의무가 면제되는 시기까지 10년 이상은 입국을 금지할 필요가 있었으며(이 사건 입국금지조치 이후인 2005. 12. 29. 재외동포법이 개정되어 병역기피 목적을 위하여 외국국적을 취득한 재외동포에 대하여 38세가 되는 때까지 재외동포체류자격 부여를 제한하는 제5조 제2항 제1호, 제2호가 신설되었다), 원고가 다시 대한민국 국적을 취득함으로써 병역의 의무를 이행하는 등의 사정이 발생할 경우 병무청장의 요청 등에 의하여 입국금지조치가 해제될 수 있었고, 이 사건 입국금지조치의 효력이 계속 유지되는 중에도 인도적 이유로 원고에 대한 입국을 임시로 허가할 수 있는 길도 열려 있었으므로(실제로 앞서 본 바와 같이 원고는 2003. 6. 26.부터 같은 달 27일까지 입국허가를 받아 입국한 바 있다), 이 사건 입국금지조치가 필요성의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

(다) 원고는 이 사건 입국금지조치로 인하여 대한민국에 입국하여 진실을 해명하고 사죄를 구함으로써 명예를 회복하여야 할 원고의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권이 침해된다고 주장하나, 굳이 대한민국에 입국하지 않더라도 대한민국 언론 해외지사 또는 타국 언론과의 기자회견 등을 통하여 얼마든지 진실을 해명할 기회를 가질 수 있고, 반드시 대한민국에 입국하여 기자회견을 하는 방법으로만 진실을 해명할 수 있다고 볼 아무런 근거가 없으며, 이 사건 입국금지조치로 인하여 제한되는 기본권은 고국 내지 고향을 방문할 수 있는 자유를 포함하는 입국의 자유임이 분명하고, 이로 인하여 보충적 기본권인 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권까지 제한된다고 볼 수는 없다.

나아가 입국의 자유에 대한 외국인의 기본권주체성이 인정되지 않는 점(헌법재판소 2014. 6. 26. 선고 2011헌마502 전원재판부 결정 참조), 원고는 병역을 기피하기 위하여 미국 시민권을 취득함으로써 대한민국 국적을 상실하게 된 재

외동포에 해당하는 점 등을 고려하면, 이 사건 입국금지조치가 비례의 원칙을 위반하였는지 여부는 보다 완화된 기준에 따라 판단되어야 한다.

(라) 이 사건 입국금지조치를 통하여 달성하고자 하는 공익은 병역의무를 부담하는 국민들의 병역의무 이행의지가 약화되는 것을 방지하여 병역의무 이행을 확보하고, 이를 통하여 영토의 보전 및 대한민국의 국가 안전을 도모하며 탈법적 수단에 의한 병역기피 행위를 방지함으로써 국가의 법질서와 기강을 확립하기 위한 것이고, 위와 같은 공익은 병역기피 목적으로 미국 시민권을 취득한 원고의 입국을 금지함으로써 원고가 고국인 대한민국을 방문할 수 없게 되는 불이익보다 작다고 볼 수 없다.

(마) 원고는 ① 이 사건 입국금지조치의 원인이 되는 사실관계에 관하여 해명할 기회를 부여받지 못하였고, ② 기간을 정하지 않은 입국금지조치는 형벌과 다름없음에도 미국 시민권 취득을 이유로 입국금지조치를 받게 될 것을 전혀 예측하지 못하였으며, ③ 이 사건 입국금지조치로 인하여 부상 또는 외국 영주권을 이유로 병역을 면제받을 수 있는 사람들도 자발적으로 병역의 의무를 이행하는 이른바 '원고 효과'가 발생하였으므로, 원고에 대한 입국금지를 유지할 공익상의 필요가 존재하지 않는다고 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 바와 같이 출입국관리법 제11조에 따른 입국금지조치에는 의견제출기회 부여 등을 규정한 행정절차법이 적용되지 아니하고, 객관적으로 드러난 사실관계만으로도 원고의 행위가 대한민국의 국방의무 이행 및 영토의 보전, 준법질서를 해할 우려가 입증되므로, 피고가 이 사건 입국금지조치에 나아가기 전에 원고에게 해명기회를 부여할 필요가 있었다고 보기 어렵다.

또한 ② 원고는 공익근무요원 소집통지를 받은 상태에서 국외여행허가를 받아 미국으로 입국하여 미국 시민권을 취득하였는데, 소집통지를 받은 후 소집에 응하지 아니한 때에는 병역법에 따라 처벌을 받을 수 있었고, 유명 연예인으로서 사회적 영향력이 상당하였던 원고가 국방의 의무 이행을 공언한 후 미국 시민권 취득이라는 방법으로 병역을 기피한 이상, 이로 인하여 대한민국의 국방 및 준법질서에 악영향을 끼칠 수 있으리라는 점은 충분히 예상할 수 있었을 것으로 보인다.

나아가 ③ 이른바 '원고 효과'는 이 사건 입국금지조치 이후의 사정으로서 이 사건 입국금지조치의 적법 여부에 영향을 미칠 수 없고, 오히려 원고의 주장대로 원고에 대한 입국금지조치가 1년 내지 5년의 단기간에 그쳤을 경우에도 부상을 이유로 병역면제 판정을 받거나 외국 국적자로서 병역 의무가 없는 연예인 등이 자진하여 입대하는 이른바 '원고 효과'가 발생하였을지 의문이다.

따라서 원고의 위 주장들은 모두 이유 없다.

(4) 평등의 원칙 위반 여부

원고는 국적포기로 인하여 병역의무가 소멸한 남성은 매년 3,000명 이상, 그 후 다시 국적을 회복한 남성은 매년 1,000명 이상에 달하고, 2005년경 언론에 발표된 국적포기에 의한 병역기피의혹 대상자 약 4,500명 중 고위공직자 자제가 약 1,200명에 달함에도 원고의 경우만 외국 시민권 취득에 따른 국적 포기를 병역 기피로 단정하여 이 사건 입국금지조치를 한 것은 평등의 원칙에 위반된다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 원고는 단순히 미국시민권 취득을 통하여 대한민국 국적을 상실함으로써 병역의 의무를 면하게 된 것이 아니라, 이미 소집통지서를 수령한 상태에서 정당한 사유 없이 소집기일로부터 3일 내에 입영하지 아니할 경우 병역법(2004. 12. 31. 법률 제7272호로 개정되기 전의 것) 제88조 제1항에 의하여 3년 이하의 징역에 처할 상황에 있었는데, 일본 공연 및 미국 가족 방문을 빌미로 국외여행허가를 받은 후 미국에 입국하여 미국 시민권을 취득하는 방법으로 병역의 의무를 기피하였고, 위와 같이

탈법적인 방법으로 병역의 의무를 기피하였음에도 자숙하지 아니하고 국적상실신고를 한 바로 다음 날 공연·음반출판을 목적으로 한 재외동포(F-4) 자격의 사증발급을 신청함으로써 대한민국 국내에서 영리활동을 하려고 한 점, 원고가 언급하고 있는 국적 포기 사례들은 대부분 이 사건 입국금지조치 이후의 사정에 불과하고, 위 국적 포기 사례들이 대한민국 장병들의 사기 저하 및 청소년들에 대한 영향에 있어 원고와 같은 악영향을 끼쳤다고 볼 수 없으며, 원고의 경우와 같이 입영통지 또는 소집통지를 받은 상태에서 소집일자를 연기하고 국외여행허가를 받아 출국한 후 외국 시민권을 취득하는 등의 탈법적인 방법으로 이루어졌다고 볼 만한 사정이 존재하지 않는 점 등을 고려하면, 이 사건 입국금지조치가 다른 외국국적 취득자에 비하여 원고를 불리하게 취급함으로써 평등의 원칙을 위반한 것이라 볼 수 없다.

따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

(5) 소결론

따라서 이 사건 입국금지조치는 적법한 처분으로서 이 사건 거부행위 당시에도 그 효력이 유지되고 있었으므로, 하자의 승계 여부에 관하여 나아가 살필 필요 없이 이 사건 입국금지조치를 이유로 원고의 재외동포 사증발급 신청을 거부한 이 사건 거부행위는 출입국관리법 제8조 제3항, 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 제2호에 따른 것으로서 그 처분사유가 인정된다.

3) 재량권 일탈·남용 여부

출입국관리법 제8조 제3항, 같은 법 시행규칙 제9조의2는 재외공관의 장이 사증을 발급하는 경우 유효한 여권을 소지하고 있는지 여부(제1호), 출입국관리법 제11조의 규정에 의한 입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닌지 여부(제2호), 출입국관리법 시행령 별표 1에서 정하는 체류자격에 해당하는지 여부(제3호), 위 시행령 별표 1에서 정하는 체류자격에 부합한 입국 목적을 소명하는지 여부(제4호), 해당 체류자격별로 허가된 체류기간 내에 본 국으로 귀국할 것이 인정되는지 여부(제5호) 등을 심사하도록 규정하고 있는바, 사증발급에 관한 재외공관의 장의 재량은 앞서 본 요건이 충족되는 경우에도 재량으로 사증발급을 거부할 수 있는 재량을 의미하는 것으로 보아야 하고, 앞서 본 요건에 미치지 못하는 경우에도 사증을 발급하는 재량을 의미하는 것으로는 볼 수 없다.

앞서 본 바와 같이 이 사건 입국금지조치가 적법·유효한 이상 피고로서는 이 사건 입국금지조치의 효력을 부인함으로써 원고가 입국금지대상자에 해당하지 아니한다고 판단할 수 없으므로, 사증발급의 다른 요건들이 충족되었는지 여부에 관하여 나아가 판단할 필요 없이 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 제2호에 따라 원고의 사증발급 신청을 거부하여야 한다.

또한 출입국관리법 시행규칙 제10조 제3호는 재외공관의 장이 법무부장관이 그 사증발급에 관하여 특별히 승인을 얻어야만 사증발급을 받을 수 있도록 한 사증발급규제자에 대하여 사증을 발급하고자 하는 때에는 사증발급권한 위임규정인 제9조의 규정에 불구하고 법무부장관의 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있으나, 위 규정은 재외공관의 장이 입국금지대상자 등의 사증발급규제자에 대하여 사증을 발급하고자 하는 때 법무부장관의 승인을 얻도록 한 규정일 뿐, 입국금지대상자에 대하여 사증을 발급하지 아니하는 경우에도 법무부장관의 승인을 얻어야 한다는 취지는 볼 수 없으므로, 피고가 법무부장관의 승인을 거치지 아니한 채 원고의 사증발급 신청을 거부하였다 하더라도 이를 이유로 이 사건 거부행위가 재량권을 일탈·남용한 것이라고 볼 수도 없다.

따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[[별 지] 관계 법령: 생략]

판사 김용철(재판장) 황지원 김남균