

한국이민법학회 · 건국대학교 법학연구소  
2019년 추계공동학술대회

---

# 유승준 사건, 무엇이 문제인가

- 일시: 2019년 10월 25일(금) 13:30~17:30
- 장소: 건국대학교 법학전문대학원 4층 모의법정
- 주최: 한국이민법학회 · 건국대학교 법학연구소
- 후원:  재단  
법안 한국이민재단  
KOREA IMMIGRATION SERVICE FOUNDATION

한국이민법학회



건국대학교 법학연구소

# 일 정

13:30~13:50 등 록

13:50~14:00 개회식

▶ 개회사: 박종보 회장(한국이민법학회, 한양대 법전원 교수)

▶ 환영사: 박병도 소장(건국대학교 법학연구소, 건국대 법전원 교수)

주제발표

사회: 김환학 박사(헌법재판연구원)

14:00~14:40 [제1발제] 재외동포의 법적지위와 입국금지결정의 한계

— 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결을 중심으로 —

▶ 발 표: 김형수 변호사(법무법인 세종)

14:40~15:00 [지정토론]

▶ 토 론: 김중권 교수(중앙대)

15:00~15:10 Break Time

15:10~15:50 [제2발제] 재외동포의 국내 활동과 지원 정책에 대한 국민인식

▶ 발 표: 윤인진 교수(고려대)

15:50~16:10 [지정토론]

▶ 토 론: 박정해 변호사(법률사무소 허브)

16:10~16:20 장내 정돈

16:20~17:30 [종합토론]

▶ 토 론: 장세정 논설위원(중앙일보)

▶ 토 론: 이현수 교수(건국대)

17:30~ 폐 회

# 목 차

## 주제발표

### 【제1발제】 재외동포의 법적지위와 입국금지결정의 한계

— 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결을

중심으로 — ..... 김 형 수 1

▷ 토론 ..... 김 중 권 29

### 【제2발제】 재외동포의 국내 활동과 지원 정책에 대한 국민인식

..... 윤 인 진 · 손 지 혜 · 이 중 원 39

▷ 토론 ..... 박 정 해 55

## 종합토론

▷ 토론 ..... 장 세 정

▷ 토론 ..... 이 현 수



【제1발제】

## 재외동포의 법적지위와 입국금지결정의 한계

— 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결을 중심으로 —

김 형 수\*

- I. 들어가며
- II. 대상 판결의 소개
- III. 대상 판결에 대한 검토
- IV. 마치며

### I. 들어가며

대법원은 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결(이하 ‘대상 판결’이라 한다)을 통하여, 외국 영주권을 취득한 상태에서 국내에서 연예활동을 하던 원고가 2002년 미국 국적을 취득하였다는 이유로 법무부장관으로부터 기간의 제한이 없는 입국금지결정을 받은 뒤 2015년 『재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률』(이하 ‘재외동포법’이라 한다)에 따른 재외동포(외국국적동포)의 자격으로 주로스엔젤레스총영사관 총영사(이하 ‘피고’라 한다)를 상대로 재외동포사증(F-4)의 발급을 신청하였다가 거부처분을 받은 사안에 대하여, 사증발급 거부처분이 위법하지 않다는 1, 2심의 판단을 뒤집고 법무부장관의 13년 7개월 전에 이루어진 입국금지결정만을 이유로 피고가 비례의 원칙 여부를 심사하는 등의 아무런 재량권을 행사하지 않은 채 바로 거부처분을 한 것은 위법하다는 취지로 원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원으로 환송하였다.

---

\* 변호사, 법무법인 세종

유명가수였던 원고가 대중의 기대에 반하여 외국 국적을 취득하였고, 그에 대한 조치로 2002년 법무부장관의 무기한 입국금지결정이 있었던 사안인데, 17년이 경과한 시점에서야 비로소 위 법무부장관의 당시 입국금지결정과 원고의 재외동포 지위에 따른 사증발급신청에 대한 거부처분의 위법성에 대하여 유의미한 판결이 선고된 것이다. 대상 판결은 법무부장관의 입국금지결정의 법적 성질이 무엇인지, 외국인 내지 외국 국적의 재외동포가 대한민국으로의 입국에 관하여 다룰 수 있는 절차와 쟁송수단은 무엇인지, 재외동포법상 외국 국적을 취득하여 병역을 면제받은 자에 대하여 어느 범위에서 입국을 제한하는 것이 타당한지에 관한 논의를 촉발하였다는 점에서 유의미한 판결로 사료된다.

이하에서는 대상 판결의 요지를 우선 설명하고, 입국금지결정의 법적성질, 외국인의 출입국과 관련하여 행정절차법의 적용여부, 재외동포법상 외국국적동포의 법적지위와 출입국관리법상 입국금지결정의 상관관계 등을 주된 논점으로 하여 대상 판결에 대한 평석을 진행하고자 한다.

## II. 대상 판결의 소개

### 1. 사실관계

가. 원고는 1976. 12. 15. 대한민국에서 출생하여 2002. 1. 18. 미국 시민권을 취득함으로써 같은 날 대한민국 국적을 상실한 재외동포법상 재외동포(외국국적동포)<sup>1)</sup>이다.

---

1) 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률

제2조(정의)

이 법에서 “재외동포”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

1. 대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자(이하 ‘재외국민’이라 한다)
2. 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부 수립 전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령으로 정하는 자(이하 ‘외국국적동포’라 한다)

나. 병무청장은 2002. 1. 28. 법무부장관에게 ‘원고는 공연을 위하여 병무청장의 국외여행허가를 받고 출국한 후 미국시민권을 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 제8호2)에 따라 원고의 입국을 금지하는 결정을 하였다.

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

마. 피고의 직원은 2015. 9. 2. 원고의 부친에게 유선으로 ‘원고가 입국규제대상자에 해당하여 사증발급이 불허되었다. 자세한 이유는 법무부에 문의하기 바란다’고 통보한 후 원고에게 여권과 사증발급 신청서를 반환하였다(이하 ‘대상 거부처분’이라 한다).

## 2. 판결요지

2) 출입국관리법(2002. 12. 5. 법률 제6745호로 개정되기 전의 것)

제11조(입국의 금지등)

① 법무부장관은 다음 각호의 1에 해당하는 외국인에 대하여는 입국을 금지할 수 있다.

(중략)

3. 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해하는 행동을 할 염려가 있다고 상당한 이유가 있는 자

4. 경제질서 또는 사회질서를 해하거나 선량한 풍속을 해하는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자

(중략)

8. 기타 제1호 내지 제7호의 1에 준하는 자로서 법무부장관이 그 입국이 부적당하다고 인정하는 자

## (1) 서울행정법원 2016. 9. 30. 선고 2015구합77189 판결

피고는 원고의 소제기에 대하여, 본안 전 항변으로 ① 대상 거부처분이 단순한 관념의 통지일 뿐 항고소송의 대상인 처분으로 볼 수 없고, ② 원고는 외국인에 불과하여 사증을 발급받을 수 있는 권리 또는 법률상 이익이 없어 원고적격도 없으며, ③ 대상 거부처분이 취소되더라도 입국금지결정의 효력이 유지되는 한 입국할 수 없어 소송의 목적을 달성할 수 없어 소의 이익도 없다고 주장하였다.

이에 대해 서울행정법원은, ① 재외동포법의 입법취지, 외국국적동포의 지위 등을 종합하면 외국국적동포는 단순한 외국인과 달리 재외동포사증을 발급받을 수 있는 법규상 신청권이 인정되고, 이러한 신청권에 따른 사증발급신청을 거부한 대상 거부처분은 단순한 사실의 통지가 아닌 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하여 대상적격이 인정되고, ② 같은 이유로 원고에게 대상 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되어 원고적격도 인정되며, ③ 입국금지결정의 하자가 인정되는 경우 대상 거부처분도 취소될 가능성이 존재하는 한 소의 이익 역시 인정된다고 판단하였다.

본안에 대한 판단으로 대상 거부처분에 절차상 하자가 존재하는지 여부에 관해서는 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, 대상 거부처분에 행정절차법상 절차를 거치지 않았다 하더라도 이를 절차상 하자로 볼 수 없다고 판단하였다.

대상 거부처분의 처분사유 존부에 관해서는, ① 재외동포법이 규정하고 있는 사항에 관해서는 재외동포법이 출입국관리법의 특별법으로서의 지위를 가질 수 있으나 재외동포법에 규정이 없는 사증발급에 관한 사항에 대해서는 재외동포법이 아닌 출입국관리법령상의 사증발급 요건규정이 적용됨을 전제로, ② 법무부장관의 입국금지결정은 특정 외국인에 대하여 이루어지는 제재적 처분으로 처분성이 인정되며, ③ 여전히 입국금지결정의 효력이 유지되고 있다고 본 뒤, ④ 입국금지결정 자체에 대하여 절차적 하자가 존재하지 않고, 실제적인 면에서도 출입국관리법령상의 입국금지사유가 인정된다고 보았습니다. ⑤ 결국 대상 거부처분의 전제가 되는 입국금지결정이 적법하므로 하자의 승계 여부를 검토할 필요도 없이 대상 거부처분 역시 적법하다고 판단하였다.

대상 거부처분에 재량권 일탈·남용의 하자가 존재하는지에 관해서는 출입국관리법령상 재외공관의 장이 가지는 사증발급에 관한 재량이란 법령상 요건이 충족되는 경우에도 재량으로 사증발급을 거부할 수 있는 재량을 의미하는 것이지 요건에 미치지 못하는 경우에도 사증을 발급하는 재량을 의미하는 것으로는 볼 수 없다고 본 뒤, 원고의 경우에는 기존 법무부장관의 입국금지결정이 적법한 이상 재량권 행사 여부를 판단할 필요도 없이 사증발급을 거부하여야 한다는 점에서 하자가 존재하지 않는다고 판단하였다.

## (2) 서울고등법원 2017. 2. 23. 선고 2016누68825 판결

원고는 서울행정법원의 1심판결에 불복하여 항소를 제기하였으나, 서울고등법원은 일부 판결이유를 추가하는 것 외에는 1심판결과 동일한 이유로 원고의 항소를 기각하였다.

서울고등법원은 항소기각 판결의 이유에서, 외국국적동포의 사증발급에 관하여 재외동포법상 체류자격에 관한 규정이 출입국관리법 규정에 우선하여 적용되는지 여부에 대하여 재외동포법은 일반적인 외국인에 비하여 외국국적동포의 출입국을 상대적으로 용이하게 하는 취지일 뿐, 외국인에 대하여 일반적으로 적용되는 출입국관리법령상의 사증발급 요건에 관한 규정까지 적용을 배제하는 취지라고 볼 수 없다고 하여 여전히 사증발급에 관해서는 출입국관리법의 규정이 우선 적용되며, 출입국관리법 시행규칙 제9조의 2 각호가 사증발급의 최소한의 필수 요건임을 명시한 것이므로 해당 요건에 해당하지 않음에도 불구하고 다른 사정을 고려하여 사증을 발급할 수 있는 재량이 피고에게 부여되어 있다고 해석할 수는 없다는 이유를 추가함으로써, 기존 판단을 그대로 유지하였다.

또한 원고의 추가 주장에 대한 판단으로, ① 이 사건 입국금지결정의 위법 여부에 관하여 현재까지도 무기한으로 입국금지의 효력이 유지되고 있다는 점을 고려할 때 상당성을 잃은 것으로 위법하다는 주장에 대하여, 2002년 당시 원고에 대하여 입국금지기간을 특정하지 않고 입국금지조치를 내려야 할 필요성과 상당성을 충분히 인정할 수 있어 위법하다고 볼 수 없는 이상 현재까지 입국금지결정의 효력이 장기간 유지된다고 해서 그것이 위법하다고 볼 수 없고, ② 설령 입국금지결정에 원고의 주장과 같은 하자가 있다 하더라도 그 하자가 당연무효에 이를 정도로 중대하고도 명

백한 것이라고는 볼 수 없어, 이 사건 입국금지결정의 하자를 이유로 별개의 처분인 대상 거부처분이 위법하다고 다룰 수는 없다고 판단하였다.

### (3) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결(대상 판결)

원고는 서울고등법원의 판결에 불복하여 상고를 제기하였고, 대법원은 다음과 같은 이유로 원고의 상고를 인용하여 위 서울고등법원 판결을 파기하고 같은 법원으로 사건을 환송하였다.

대상 판결은, 우선 법무부장관의 입국금지결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부에 관하여 위 입국금지결정은 법무부장관의 의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시된 것이 아니라 단지 그 정보를 내부전산망인 ‘출입국관리정보 시스템’에 입력하여 관리한 것에 지나지 않으므로, 위 입국금지결정은 항고소송의 대상이 될 수 있는 처분에 해당하지 않는다고 판단하였다.

다음으로 ‘외국인의 출입국에 관한 사항’이 무조건 행정절차법상의 행정절차가 적용되지 아니하는 예외에 해당하는지 대상 거부처분에도 행정절차법상 절차가 적용되지 않는 것인지 여부에 관하여, ‘외국인의 출입국에 관한 사항’이라고 하여 행정절차를 거칠 필요가 당연히 부정되는 것은 아니며, 외국인의 사증발급 신청에 대한 거부처분은 비록 당사자에게 의무를 부과하거나 적극적으로 권익을 제한하는 처분이 아니어서 행정절차법상 ‘처분의 사전통지’(제21조 제1항)나 ‘의견제출 기회 부여’(제22조 제3항)의 대상은 아니지만, ‘처분서 작성·교부’(제24조)를 할 필요가 없거나 곤란하다고 일률적으로 단정하기 어렵고 출입국관리법령에서 사증발급 거부처분서 작성에 관한 별도의 규정을 두고 있지도 않은 점에 비추어 보면, 외국인의 사증발급에 대한 거부처분을 하면서 행정절차법 제24조에 정한 처분서 작성·교부의 절차는 반드시 거쳐야 하고 그에 준하는 절차로 대체하기도 어렵다고 보아, 대상 거부처분에는 이와 같이 처분서를 작성·교부하지 않은 절차상 하자가 존재한다고 판단하였다.

나아가 재외동포에 대한 사증발급은 행정청의 재량행위에 속하는 것으로서 재외동포의 사증발급 신청시 출입국관리법 제11조 제1항 각호에서 정한 입국금지사유 또는 재외동포법 제5조 제2항에서 정한 재외동포체류자격 부여 제외사유가 있어 그의 국내 체류를 허용하지 않음으로써 달성하고자 하는 공익이 그로 말미암아 발생

하는 불이익보다 큰 경우에는 행정청이 재외동포체류자격의 사증을 발급하지 않을 재량을 가진다고 판단한 뒤, 위와 같이 처분의 근거 법령이 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 불행사로써 그 자체로 재량권 일탈·남용으로 해당 처분을 취소하여야 할 위법사유가 된다고 판단하였다.

대상 판결은 위와 같은 법리를 전제로 하여, 이 사건 입국금지결정은 원고가 미국 시민권을 취득함으로써 대한민국 국민으로서의 병역의무를 면하였음을 이유로 병무청장의 요청에 따라 이루어진 제재조치인데, 그로부터 13년 7개월이 지나 이루어진 대상 거부처분이 비례의 원칙에 반하는 것인지 판단할 필요가 있다고 보았고, 그런데도 원심은 피고가 이 사건 입국금지결정에 구속되어 그에 따라 사증발급 거부처분을 한 것이 더 나아가 살펴볼 것도 없이 적법하다고 판단하였는바, 이러한 원심판단에는 재량권 일탈·남용 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 판단하였다.

한편, 대상 판결은 위 결론에 이르는 과정에서 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 한다고 판단하였다.

### Ⅲ. 대상 판결에 대한 검토

#### 1. 법무부장관의 입국금지결정의 처분성

##### (1) 사안의 특수성

법무부장관의 2002. 2. 1.자 원고에 대한 입국금지결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부는 원고가 처음 본건 소송을 준비하는 단계에서부터 가장 중요한 쟁점으로 고려하였던 문제였다.

기본적으로 법무부장관의 입국금지결정만 존재하는 상태에서 원고가 항고소송 등의 방법을 통하여 입국에 관한 권리구제를 받을 수 있을지 자체가 불투명하였다. 원고에게 공식적으로 통지된 바도 없고 구체적인 내용(처분사유, 기한, 불복가능여부 등)에 대해서도 전혀 알 수 없는 상태였고, 이미 제소기간이 상당히 경과한 뒤였고 외국인인 원고에 대하여 원고적격이나 소의 이익이 인정될 수 있는지도 의문이었다.

이에 원고는 부득이 행정청으로 하여금 명백한 항고소송의 대상이 될 수 있는 처분을 이끌어내기 위한 수단으로 사증발급 신청을 시도할 수밖에 없었고, 신청 가능한 사증(체류자격)의 종류 중에서도 재외동포법이라는 특별법에 의하여 다른 외국인에 비하여 보다 강하게 보호를 받는 재외동포 체류자격 신청이 향후 쟁송시 원고적격이나 소의 이익 판단에 유리할 것이라고 보아 재외동포 체류자격 사증발급 신청을 하게 된 것이다.

한편 원고는 피고의 대상 거부처분이 이루어지고 그에 대하여 취소소송을 제기한 이후부터는, 주위적으로 입국금지결정의 처분성을 부정하면서 대상 거부처분의 위법사유를 주장하면서 입국금지결정의 위법사유를 함께 주장할 수 있다거나 예비적으로 입국금지결정의 처분성이 인정된다 하더라도 전통적인 처분의 하자 승계 논리에 따라 입국금지결정이 당연무효 내지 수인불가능 한 위법사유가 존재한다는 주장을 펼치게 되었다.

## (2) 입국금지결정의 법적근거 및 비교

출입국관리법은 모든 국가는 자국에 이익에 비추어 바람직하지 않다고 인정하는 외국인의 입국을 금지하거나 불허할 권리를 갖는다는 것은 확립된 관습법상의 원칙<sup>3)</sup>이라는 전제하에 법무부장관으로 하여금 일정한 요건에 해당하는 자에 대하여 입국을 금지할 수 있다고 규정하고 있다(제11조 제1항). 구체적으로 ‘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), ‘제1호부터 제7호까지의 규정에 준하는 사람으로서 법무부장관이 그 입국이 적당하지 아니하다고

3) 법무부 출입국·외국인정책본부, 출입국관리법 해설, 2011, 194면

인정하는 사람’(제8호) 등에 대하여 입국을 금지할 수 있고, 법무부장관이 출입국관리법 제11조 제1항에 따라 입국을 금지하기로 결정한 사람에 대해서는 지체 없이 정보화업무처리 절차<sup>4)</sup>에 따라 그 자료를 관리하여 한다고 정하고 있다(출입국관리법 시행령 제13조).

한편 이러한 법무부장관의 입국금지결정은 사증발급에 관한 권한이 위임된 재외공관의 장에게도 통보되는데, 재외공관장이 사증발급에 관한 심사를 할 때 ‘법 제11조의 규정에 의한 입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닌지 여부’를 반드시 심사·확인하도록 규정되어 있다(출입국관리법 시행규칙 제9조의2 제2호).

이러한 입국금지결정은 외국인에 대하여 특별한 신청 없이도 법무부장관의 재량 혹은 관계기관의 신청에 의하여 사전적으로 행해지고, 그 기간에도 특정한 제한이 없다는 점에서, 외국인이 입국을 위하여 출입국관리법상 사증을 신청하고 그에 대하여 처분청이 거부처분을 하는 경우와 비교된다. 즉, 사증발급신청에 대한 거부처분은 통상 법무부장관으로부터 위임을 받은 기관이 외국인의 신청이 있는 것을 전제로 하여 그 타당성 여부를 1회적으로 심사하여 가부를 결정하는 처분임에 반하여, 입국금지결정은 법무부장관이 직접 권한을 행사하고 입국을 시도하는 외국인이 아닌 경우에도 사전적으로 장기에 걸쳐 행해질 수 있다는 점에서 특수성이 있다.

통상 외국인의 출입국에 관한 분쟁이 사증발급 신청단계, 입국허가 단계, 입국 후 체류자격 변경 혹은 강제퇴거 내지 추방에 관한 단계 등으로 구분됨에 반하여, 본건의 입국금지결정은 이러한 통상적인 분쟁의 이전 단계에서 문제되는 행정작용이다.

### (3) 행정행위의 처분성 판단에 관한 기준 및 대상 판결의 논리

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). 대법원은 구체적인 경우에 있어 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 되는지 여부는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 행위의 주체·내용·형식·절차, 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 관련성, 법치행정의 원리와 행정청이나 이해관계인

4) 출입국기록관리 및 정보화업무처리지침(법무부훈령 제1215호, 2019. 4. 11.)

의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정해야 한다는 입장이다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 다수).

법무부장관의 입국금지결정이 항고소송의 대상이 되는 ‘처분 등’에 해당하는지 여부에 관하여는, 입국금지결정은 행정 내부의 정보제공활동으로서의 성질을 가지고 있을 뿐 금지대상인 특정 외국인에 대한 관계에서 국가적인 의사의 결정과 표시행위로서의 성격을 지닌다고 볼 수 없어 처분성이 부인되어야 한다는 견해<sup>5)</sup>가 있는 한편, 입국금지를 독자적으로 다룰 필요가 없거나(사증발급에 대한 거부처분을 다투는 것으로 충분하거나) 사증발급 거부처분을 다투면서 입국금지의 위법성을 함께 주장할 수 있도록 허용하는 경우에는 처분성을 별도로 인정할 필요가 없지만 그렇지 않은 경우에는 처분성을 부인할 필요가 없다는 견해<sup>6)</sup>도 존재한다.

대상판결은 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)고 하면서, 이 사건 법무부장관의 입국금지결정의 경우는 법무부장관의 의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시된 것이 아니라 단지 그 정보를 내부전산망인 출입국관리정보시스템에 입력하여 관리한 것에 지나지 않으므로 항고소송의 대상이 될 수 있는 ‘처분’에 해당하지 않는다고 판단하였다.

#### (4) 입국금지결정의 처분성 검토

대상판결은 입국금지결정의 일반적인 법적성질로서의 처분성을 판단한 것이 아니라 구체적·개별적인 경우에 원고에 대한 법무부장관의 입국금지결정이 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 여부만을 판단한 것으로 보이고, 그에 대해 행정청의 의사가 외부로 표시된 경우로 볼 수 없어 처분에 해당하지 않는다고 판단한 것으로 해석된다.

이러한 관점에서 본다면 대상판결은 추상적·일반적 관점에서 입국금지결정은 처분성 자체는 인정할 수 있지만 구체적·개별적인 관점에서는 원고에 대한 입국금지결

5) 이현수, 외국인 입국규제의 공법적 쟁점, 공법연구 제44집 제1호, 사단법인 한국공법학회, 2015, 628, 629면

6) 송시강, 입국금지의 사증발급에 대한 효력과 그 한계, 경제규제와 법 제12권 제1호, 155면

정의 경우 처분으로서 성립하였다고 볼 수 없다고 판단한 것으로 해석할 여지도 있다. 대법원이 특정 행정작용의 추상적·일반적 관점에서의 처분성 유무에 대해서는 더 이상 판단을 하지 않는 것인지, 아니면 대상 판결의 경우에만 그 부분 판단을 누락한 것인지 입장이 불분명하지만, 특정 행정행위의 “처분성”과 “처분의 성립”은 전혀 별개의 쟁점이자 논의의 단계가 다르다는 점에서 입국금지결정의 추상적·일반적 “처분성”에 대한 판단은 불분명히 한 채 “처분의 성립” 여부에 대해서만 판단을 한 대상판결의 판시는 아쉬운 부분이 있다.<sup>7)</sup>

살피건대 특정 행정행위가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 여부는 행정소송법령의 규정 및 해당 행정행위의 효력이 갖는 본질에 따라 판단되어야 함이 타당하다. 개별적·구체적인 경우에 처분으로서의 성립이 부정되어 항고소송의 대상이 존재하지 않게 되는 사례가 발생할 수는 있으나, 추상적·일반적인 관점에서 특정 행정행위가 처분에 해당하는지 여부 역시 이론적으로나 소송법적으로 해명의 실익이 존재한다. 입국금지결정이라는 행정행위 자체만을 놓고 판단하여 보았을 때, 이는 법무부장관이 특정인의 입국에 관한 권리를 정면으로 제한하는 불이익을 제공하는 공권력의 행사라는 점에서 그 처분성 자체는 충분히 인정될 필요가 있다. 그 상대방이 외국인이어서 외국인에게 입국금지결정을 항고소송을 다룰 원고적격이 인정되는지 여부는 별론으로 하되, 입국금지결정 자체에 한해서는 법무부장관이 행하는 구체적인 사실에 관한 법집행이자 처분상대방의 법적 지위에 중대한 불이익을 직접 미치는 행정작용임이 명백하다는 점에서 처분으로 봄이 타당하다. 이는 입국금지결정의 상대방이 내국인인 경우를 전제로 하면 더욱 당연한 결론이라고 볼 수 있다. 내국인이 국내 체류 혹은 해외 체류 중인 상태에서 특정 사유를 이유로 입국이 금지된다는 통보를 받는 경우, 이는 국민에 대한 직접적인 법률상 불이익을 제공하는 처분으로서의 성격을 쉽게 인정할 수 있을 것이다. 이런 관점에서 본다면 입국금지결정의 처분성 자체는 행정소송법령의 규정 및 처분의 개념에 관한 일반 법리에 비추어 인정함이 타당하다.

7) 다만, 대상판결의 위와 같은 입국금지결정의 처분성에 관한 논리구성은 이후 후속하는 대상 거부처분의 위법성 판단 부분에서 판단기준의 하나로 사증발급 거부처분 사유뿐만 아니라 입국금지사유의 존부도 고려할 수 있도록 하는 논리적 기초가 되었다는 점에서, 결론에 있어서는 충분히 찬동하는 바이다.

## 2. 외국인의 출입국 관련 처분에 대한 행정절차법의 적용범위

### (1) 기존 판결의 경향 및 대상 판결의 의의

법원은 과거 외국인(혹은 중국국적 동포)에 대한 사증발급 거부처분에 관하여 입국사증의 발급 여부는 주권국가의 고권적 행위로서 국제법상 외국인에게 입국하고자 하는 국가에 대하여 사증을 발급해 줄 것을 요구할 권리가 있다고 보기 어려워 원고적격을 인정할 수 없을 뿐만 아니라, 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다는 이유로 각하판결<sup>8)</sup>을 하였고, 외국인에 대한 사증발급 사무가 구가의 고권적 행위로서 사법심사의 대상이 되기 어렵다는 취지의 판단은 상당기간 계속되었다. 최근에도 대법원은 중국 국적 여성이 결혼이민(F-6) 사증발급을 신청하였다가 거부당하자 사증발급 거부처분 취소소송을 제기한 사례에서, 출입국관리법의 해석상 여전히 외국인에게는 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다고 보아 각하판결을 하였다.<sup>9)</sup>

그러나 대법원의 이러한 경향에 대해서는 출입국관리행정은 법치주의의 적용에 있어서 다른 행정영역과 특별히 다르지 않으므로, 사법심사를 하는 과정에서도 주권과 같은 모호한 개념으로 과장하지 말고 법치주의 적용의 적절한 균형점을 모색하여야 한다는 비판<sup>10)</sup>이 있었고, 대상 판결 역시 전향적인 판단을 한 것으로 보인다.

우선 서울행정법원은 1심 판결에서 대상 거부처분의 처분성에 관하여 원고의 재외동포로서의 지위에 비추어 보았을 때 사증발급에 관한 법규상의 신청권을 인정하였고, 사증발급에 관한 신청권이 있는 원고의 신청을 거부한 대상 거부처분은 단순한 사실의 통지가 아닌 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하여 대상적격이 인정된다고 판단하였는데, 대상 판결은 위 판단을 그대로 유지함으로써 사증발급 거부처분의 처분성(대상적격)<sup>11)</sup>을 명시적으로 인정하였다.

8) 서울행정법원 2007. 11. 15. 선고 2007구합21983 판결

9) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2014두42506 판결

10) 최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치, 행정법연구 제48호, 2017. 2., 행정법이론실무학회, 50면

11) 1심 및 대상 판결은 원고의 재외동포의 지위에 중점을 두어 사증발급 거부처분의 처분성(대상적격)을 인정하였는바, 재외동포가 아닌 일반 외국인에 대한 사증발급 거부처분의 경우는 그와 다른 결론에 이르는 것인지가 문제될 수 있다. 그러나 대상 판결은 그 이후의 논의에서 ‘재외동포에 대한 사증발급 거부처분’에 행정절차법이 적용되는지 여부가 아니라

대상 판결은 더 나아가, 행정절차법상 관련 규정들의 목적론적 해석에 따르면 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 하는 것이지 ‘외국인의 출입국에 관한 사항’이라고 하여 당연히 절차준수의 필요성이 부정되는 것은 아니라고 판단하였다. 그에 따라 대상 거부처분의 경우에는 성질상 행정절차법상 ‘처분의 사전통지’(제21조 제1항)나 ‘의견제출 기회 부여’(제22조 제3항)과 같은 행정절차는 적용이 제외되는 것으로 볼 수도 있지만, 성질상 ‘처분서의 작성·교부’(제24조)를 할 필요가 없거나 곤란하다고 일률적으로 단정하기 어렵고 실제로 일부 재외공관의 경우에는 사증발급 거부처분서를 작성하여 교부하거나 확인할 수 있도록 하는 절차를 운영하고 있다는 점에서 대상처분에는 행정절차법 제24조 처분서 작성·교부 절차를 거치지 않은 절차상 하자가 존재한다고 판시하였다.

대상판결은 행정절차법 제3조 제2항 제9호에 규정된 적용제외 사유인 ‘외국인의 출입국’과 관련하여 적용 및 적용제외가 인정되는 행정절차의 구체적인 종류를 특정하고 그에 따른 처분서 미작성·미교부의 절차상 하자를 인정하였다는 점, ‘외국인의 출입국’에 관한 처분이라도 일반적인 처분과 사법심사의 기준이나 강도를 특별히 달리 볼 이유가 없음을 간접적으로 확인하였다는 점에서 중대한 의미가 있다. 처분서를 작성·교부하는 것은 행정청으로 하여금 자신의 결정이 어느 정도나 합리적으로 설명되고 있는가는 스스로 검증하게 하고, 출입국관리행정을 사전적·자기통제기제로 보완함으로써 적법·타당한 행정이 구현될 수 있는데 도움이 된다<sup>12)</sup>는 점에서도 반드시 필요한 행정절차로 봄이 타당하다.

## (2) 입국금지결정에 대한 행정절차법의 적용 여부

대상판결은 사증발급 거부처분에 대하여 행정절차법상 절차가 무조건 배제되는

---

‘외국인의 출입국에 관한 처분’에 행정절차법이 적용되는지를 논쟁의 대상으로 삼고 있고, 이러한 대상에는 재외동포의 출입국에 관한 처분뿐만 아니라 일반적인 외국인에 대한 출입국 처분도 모두 포함하고 있는 것으로 보이는바, 대상 판결은 일반 외국인에 대한 사증발급 거부처분의 경우에도 처분성 자체는 인정하고 있는 것으로 추정된다.

12) 이철우 외 9인, 이민법, 박영사, 2016, 113면

것이 아니며 그 중에서도 특히 ‘처분서의 작성·교부’라는 절차는 반드시 거칠 필요가 있다고 판단하였다.

그런데 사증발급 거부처분은 결국 ‘외국인의 출입국’에 관한 처분이라는 점에서 ‘외국인의 출입국’에 관한 다른 처분의 경우에도 위와 같은 대상 판결의 법리가 그대로 적용될 수 있는지 문제된다.

만약 전항에서 논의한 것처럼 법무부장관의 입국금지결정이 처분이라고 전제<sup>13)</sup>한다면, 입국금지결정 역시 ‘외국인의 출입국’에 관한 처분의 일종이라는 점에서 대상 판결의 논리가 그대로 적용될 수 있을 것으로 판단된다. 즉, 입국금지결정의 경우에도 무조건 행정절차법상 절차가 적용되지 않는다고 볼 수는 없고, 여러 절차 중에서도 사전통지나 의견제출 기회와 같은 절차는 성질상 거치기 어렵다 보더라도 처분서의 작성·교부와 같은 절차는 이를 거치기 곤란하다거나 불필요하다고 볼 이유가 없다는 점에서 적용됨이 타당할 것으로 사료된다. 따라서 행정청 내부적으로 통지만 하고 그 상대방에게 직접 통지를 하지 않아 행정청의 의사가 대외적으로 표시되지 않은 입국금지결정이라 하더라도, 위와 같은 논리에 따르면 ‘처분으로 성립하지 않은 것’이 아니라 ‘처분에 처분서를 작성·교부하지 않은 중대한 절차상 하자’가 존재하는 것’으로 보아 각하판결이 아닌 인용판결을 내릴 가능성이 발생한다.

이 부분에서 논의가 다시 전항의 입국금지결정의 처분성으로 회귀하는 문제가 발생하는데, 사견으로는 입국금지결정이 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지 여부(대상적격)의 문제는 입국금지결정 자체의 “처분성”에 관한 문제로 판단하여 우선은 대상적격을 인정한 뒤, 본안에 나아가 그것이 대외적으로 표시되지 않았다면 ‘처분으로 성립하지 않은 것’이 아니라 오히려 ‘처분에 절차상 중대한 하자’가 존재하는 것으로 취급하는 것이 당사자의 권리구제 측면에서 훨씬 도움이 되는 논리라고 사료된다.

예를 들어 원고가 법무부장관으로부터 입국금지결정만을 받은 상태에서 입국금지결정 자체에 대해서 바로 불복을 제기하려고 할 때, 대상판결의 논리대로라면 입국금지결정이 처분으로서 성립하지 않아 소송의 대상 자체가 존재하지 않는 것이 되

13) 실제 하급심 판결 중에는 법무부장관의 입국금지결정의 처분성을 인정하는 전제하에 입국금지결정과 사증발급거부처분 간에 하자가 승계됨을 긍정한 사례도 존재한다(서울행정법원 2014. 11. 20. 선고 2013구합59590 판결).

어 법원으로서는 각하판결을 할 수 밖에 없다. 그러나 입국금지결정이 존재하는 한 대외적으로 표시만 되지 않았을 뿐<sup>14)</sup> 원고에 대하여 실질적인 불이익이 존재하는 것이 아니므로, 위와 같은 경우에는 오히려 처분성을 인정하고 항고소송의 대상으로 삼아 그 위법성을 판단할 수 있는 기회를 부여함이 타당하다. 이 경우 본안으로 나아가 절차상 하자를 이유로 취소판결을 받는다면, 형식적으로는 통지나 처분서 교부 등이 되지 않아 처분의 외관을 갖춘 것인지 불투명하지만 실질적으로는 불이익을 제공하고 있던 처분에 대하여 이를 취소함으로써 실질적인 권리구제를 받을 수 있는 결과를 얻을 수 있다. 소송경제적인 측면에서도 입국금지결정을 받는 즉시 그에 대한 불복수단을 실행하여 바로 그 위법 여부를 판단 받을 수 있는 기회를 마련해 줄 수 있다는 측면에서 유용하다. 대상 판결의 기존 논리대로라면 입국금지결정이 있다고 해서 바로 항고소송을 제기할 수 없고 지금처럼 사증발급 신청과 같은 절차를 불필요하게 거쳐야 불복이 가능하기 때문이다.

### 3. 재외동포의 법적지위와 출입국관리법상 입국금지결정의 관계

#### (1) 재외동포법상 외국국적동포의 법적지위

재외동포법은 1999. 9. 2. IMF 직후 어려웠던 국내 경제사정 및 해외 동포의 자유로운 국내 교류 및 투자의 필요성 등이 증가하는 상황에서 ‘재외동포의 대한민국에의 출입국과 대한민국 안에서의 법적지위를 보장’하기 위한 목적(제1조)으로 제정되었다. 구체적인 제정이유를 살펴보면, 재외동포에게 모국의 국경문턱을 낮춤으로써 재외동포의 생활권을 광역화·국제화함과 동시에 우리 국민의 의식형태와 활동영역의 국제화·세계화를 촉진하고, 재외동포의 모국에의 출입국 및 체류에 대한 제한과 부동산취득·금융·외국환거래 등에 있어서의 각종 제약을 완화함으로써 모국투자를 촉진하고 경제회생 동참 분위기를 확산시키며, 재외동포들이 요구하는 이중국적을 허용할 경우 나타날 수 있는 병역, 납세, 외교관계에서의 문제점과 국민적 일체감 저해 등의 부작용을 제거하면서 이중국적 허용요구에 담긴 애로사항을 선별수용

14) 실제로는 공식적으로 원고에게 통보가 되지 않았을 뿐, 원고의 2002. 2.경 입국시도 당시 전국에 대대적으로 방송되었던 사안으로 국민 누구나 원고에 대하여 입국금지결정이 있었다는 사실을 알고 있는 상황이었다.

함으로써 모국에 대한 불만을 해소하고, 영주할 목적으로 해외에 이주한 동포 중 상당수가 모국과의 관계가 단절된다는 고립감과 모국에서의 경제활동 제약, 연금지급 정지 등을 걱정하여 거주국의 국적취득을 꺼리고 거주국에 제대로 정착하지 못하고 있는 점을 감안하여 재외동포들이 거주국의 국적을 취득·정착하여도 모국과의 관계가 단절되지 아니하도록 하는 등 거주국 정착을 유도하기 위한 취지로 제정된 것이다.

이러한 재외동포법의 제정이유를 살펴보면, 재외동포법은 ① 재외동포의 모국에의 출입국과 투자 등에 관한 제약을 완화하고, ② 이중국적에 허용요구에 따른 불만을 일정 부분 해소하며, ③ 거주국 국적을 취득·정착하여도 모국과의 관계가 단절되지 아니하도록 혜택을 부여함으로써 기본적으로는 재외동포가 거주국의 국적을 취득(모국 국적 상실)하여 안정적으로 정착하는 것을 적극적으로 장려하는 입장에서 재외동포를 보호하기 위해 제정된 것임을 알 수 있다.

외국국적동포에 대하여 재외동포법이 부여한 법적지위 내지 권리의 내용을 구체적으로 살펴보면, 외국국적동포는 출입국관리법상의 재외동포 체류자격으로 입국·체류할 수 있으며(제5조), 2년간 체류가 가능하고 기간의 연장도 가능하며, 재입국 허가 없이 자유롭게 출입이 가능하며(제10조 제1항 내지 제3항), 재외동포체류자격의 활동범위 안에서 자유롭게 취업 기타 경제활동을 할 수도 있으며(제10조 제5항), 군사시설보호구역에 제외된 국내 토지의 취득·보유·이용 및 처분이 가능하고(제11조 제1항), 재외동포법 시행 후 1년 이내에 비실명부동산을 실명으로 전환한 경우 이행 강제금과 과징금을 면제하며(제11조 제2항), 외국환거래법 제16조의 규정에 의한 자본거래 제한조치를 제외하고는 국내 금융기관을 이용함에 있어서 거주자인 국민과 동등한 권리를 갖고(제12조), 90일 이상 국내에 체류하는 때에는 의료보험 관계법령이 정하는 바에 의하여 의료보험을 적용받을 수도 있다(제14조).

재외동포법은 이처럼 거주국의 국적으로 취득하여 대한민국 국적을 상실한 외국 국적동포에 대해서도 위와 같이 상당히 자유로운 출입국 및 체류의 허용과 각종 경제활동의 자유 및 의료보험 등의 혜택을 법률의 명문 규정을 통해 보장하고 있는바, 이는 그만큼 거주국으로의 국적취득을 장려하면서도 모국으로의 출입국 및 체류를 자유롭게 허용하겠다는 것이 목적이 모두 반영된 취지라 할 것이다.

## (2) 재외동포법상 체류자격 부여제한 규정의 연혁 및 해석

제정 재외동포법은 대한민국 안에서 활동하고자 하는 외국국적동포에게 신청에 의하여 법무부장관이 재외동포체류자격을 부여할 수 있도록 규정하였고(제5조 제1항), 다만 법무부장관은 재외동포체류자격을 신청한 외국국적동포가 대한민국의 안전보장과 질서유지·공공복리·외교관계 기타 대한민국의 이익을 해할 우려가 있는 경우에는 재외동포체류자격을 부여하지 아니한다고 규정하였다(제5조 제2항). 외국국적동포가 재외동포체류자격을 신청하는 경우 기본적으로는 법무부장관이 이를 심사하여 재량에 따라 재외동포체류자격을 부여할 수 있지만, 일정한 예외적인 경우에 대해서는 체류자격을 부여하지 않을 재량도 부여하고 있는 것이다.

위 체류자격 부여제한 규정은 원래 제한사유를 ‘외국국적동포가 대한민국의 안전보장과 질서유지·공공복리·외교관계 기타 대한민국의 이익을 해할 우려가 있는 경우’로 한정하고 있었으나, 2005. 12. 29. 개정으로 ‘직계존속이 외국에 영주할 목적 없이 체류한 상태에서 출생하여 외국국적을 취득함으로써 이중국적자가 된 남자가 병역을 기피할 목적으로 만 18세 전에 대한민국 국적을 이탈하여 외국인이 된 때’(제5조 제2항 제1호)와 ‘대한민국 남자가 병역을 기피할 목적으로 외국국적을 취득하고 대한민국 국적을 상실하여 외국인이 된 때’(제5조 제2항 제2호)를 제한사유로 추가하였고, 다만 해당 규정은 외국국적동포가 36세가 된 때에는 적용하지 아니한다고 단서를 두었다(제5조 제2항 단서).

위 규정은 2011. 4. 5. 일부개정을 통하여 제5조 제2항 단서의 연령 규정이 기존 36세에서 38세로 변경되었고, 2017. 10. 31. 일부개정에서는 41세로 다시 상향개정되었는데, 최근에 이루어진 2018. 9. 18. 일부개정에서는 제5조 제2항의 규정이 전체적으로 새롭게 개정되었다. 현행 재외동포법 제5조 제2항은, 부여제한의 사유를 새롭게 규정하면서 ‘병역기피 목적’이라는 요건을 삭제한 채 ‘현역·상근예비역 또는 보충역으로 복무를 마치거나 마친 것으로 보게 되는 경우’(제1호 가목), ‘전시근로역에 편입된 경우’(제1호 나목), ‘병역면제처분을 받은 경우’(제1호 다목)가 아닌 상태에서 국적을 이탈하거나 상실하여 외국인이 된 남성의 경우(제1호)에는 법무부장관이 재외동포체류자격을 부여하지 아니하도록 규정하며, 다만 단서를 통해서는 해당 외국국적동포가 41세가 되는 해 1월 1일부터는 ‘법무부장관이 필요하다고 인정하는 경우’에 체류자격을 부여할 수 있도록 규정하고 있다

2018. 9. 이전의 구 재외동포법의 규정에 따르면 제5조 제2항 단서에 따라 일정 연령이 경과하면 법무부장관은 더 이상 병역기피를 목적으로 한 국적이탈자 등에 대하여 이를 이유로 재외동포 체류자격 부여를 제한하는 조치를 할 수 없는 것으로 해석된다. 비록 ‘병역을 기피할 목적’이라는 모호한 요건이 존재함에 따라 법무부장관이 임의로 재외동포 체류자격을 부당하게 제한할 여지가 있기는 하지만 일정 연령이 경과하면 그러한 자격제한의 가능성을 전면적으로 벗어나게 된다는 점에서는 외국국적동포에 유리한 면도 존재한다. 반대로 현행 재외동포법의 규정은 ‘병역을 기피할 목적’이라는 요건이 사라짐으로써 병역을 이행하거나 면제받지 아니한 상태에서 국적을 이탈한 자 등에 대해서는 법무부장관이 그 목적과 관계없이 무조건 재외동포 체류자격을 제한하게 되어 있다는 점에서 보다 강화된 자격부여 제한규정이 라고 해석된다. 또한 41세가 경과하더라도 현행 재외동포법 제5조 제2항 단서에 따르면 법무부장관이 체류자격 부여제한을 무조건 못하게 되는 것이 아니라, 오히려 법무부장관이 필요에 따라 체류자격을 부여할 수 있는 것으로 규정함으로써 일정 연령이 경과하였다 하더라도 기본적인 상태가 체류자격을 부여하지 않다가 법무부장관이 필요에 따라 자격을 부여하는 방식으로 변경되었다는 점에서 재외동포의 법적지위를 상당히 제한하는 불리한 방향으로 개정된 것으로 사료된다.

그러나 앞서 언급한 재외동포법의 제정취지나 목적, 규정들의 태도 등을 종합하면 재외동포에 대한 출입국은 매우 특별히 공익상 불이익이 예상되는 경우가 아닌 이상 보다 넓고 자유롭게 허용하여야 함이 타당한 것으로 사료되고, 이에 따르면 현행 재외동포법 제5조 제2항 단서의 규정 역시 법률에서 규정된 41세가 경과하면 그 자체로는 재외동포 체류자격 부여를 제한할 사유가 소멸하였다고 보고 체류자격을 부여하되, 매우 예외적인 경우에 한해서만 법무부장관이 재량권을 행사하는 방식과 같이 제한적으로 해석함이 타당합니다.

### (3) 재외동포법과 출입국관리법의 관계

재외동포법 제3조에서 명시적으로 “이 법은 재외국민과 「출입국관리법」 제10조에 따른 체류자격 중 재외동포 체류자격을 가진 외국국적동포의 대한민국의 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위에 관하여 적용한다”고 하여, 외국국적동포의 출입국 그 중에서도 특히 출입국관리법상 외국인에 대한 사증의 하나인 재외동포 체류

자격에 관해서는 본법이 적용된다는 점을 천명하고 있다. 이러한 재외동포법 제3조의 명문 규정 및 재외동포법의 제정취지 등을 고려하면, 외국국적동포의 재외동포 체류자격의 사증신청 및 그 발급에 관해서는 출입국관리법이 아닌 재외동포법이 특별법으로서 우선 적용된다고 봄이 타당하다.

원고는 대상 판결 1심부터 위와 같은 취지로 주장하였으나, 1, 2심 법원은 동일한 사항에 관하여 재외동포법과 출입국관리법이 규정을 두고 있다면 특별법의 취지상 재외동포법의 규정이 우선 적용된다고 할 것이나, 외국인의 입국과 관련하여 발급되는 사증과 외국인이 국내에서 활동할 수 있는 법적 지위를 의미하는 체류자격은 개념상 구분된다는 이유로 재외동포의 사증발급에 있어서는 재외동포법이 아닌 출입국관리법이 적용된다고 판단하였다.

대상 판결은 위 쟁점에 관하여 1) 우선은 법무부장관의 입국금지결정의 처분성을 부정한 뒤, 2) 사증발급 거부처분의 위법성을 심사하는 과정에서 사증발급이 피고의 재량행위임을 전제, 3) 재량권 행사가 적법하였는지를 비례의 원칙을 통하여 심사하는 과정에서 그 기준의 하나로 출입국관리법상의 사증발급 요건에 관한 규정은 물론 재외동포법상의 체류자격 부여제한 규정의 내용과 취지를 종합적으로 고려하여야 한다는 취지의 판시를 함으로써, 하자의 승계 등에 관한 논의를 벗어나 절충적으로 판단을 한 것으로 보인다.

살피건대 출입국관리법상의 고유한 제도인 입국금지결정이 아니라 사증발급에 관한 처분의 경우라면, 재외동포의 체류자격에 관하여 명시적인 규정을 두고 있는 재외동포법의 규정이 출입국관리법의 규정에 우선하여 적용됨이 타당할 것으로 생각한다. 출입국관리법 시행령에 따르면 사증발급을 위해서는 사증발급신청인은 [별표 5]와 같이 체류자격별 첨부서류를 제출하여야 하고(제7조 제1항), 재외공관의 장은 사증을 발급하는 경우 사증에 체류자격과 체류기간 등 필요한 사항을 적어야 하는 바(동조 제2항), 우리 법제상으로는 사증의 규율내용에 체류허가의 규율내용이라 할 체류자격과 체류기간이 포함되어 있고 사증과 별도로 체류허가를 명시적으로 부여하거나 그러한 절차가 별도로 존재하는 것도 아니다.<sup>15)</sup> 재외동포법 제정 당시 작성된 심사보고서 및 검토보고서에서도 “이 법률안은 법무부가 관장하는 출입국관리법 중 사증발급업무, 내외국인 출입국사무, 외국인 체류관리, 외국인의 등록업무 등에

15) 이철우 외 9인, 전거서, 97면

대한 특례를 규정”한다는 취지가 기재되어 있었다.<sup>16)</sup>

즉 사증의 구체적인 내용이 국내 체류할 수 있는 출입국관리법 시행규칙 별표상의 각각의 체류자격을 의미하는 것이고, 사증발급의 심사를 한다는 취지는 곧 국내에 어떠한 자격으로 체류할 수 있는지를 판단하는 것과 동일하다는 점에서 형식적으로 사증과 체류자격을 별개로 볼 이유가 없다는 점에서, 재외동포의 체류자격에 한해서만은 특별법의 지위에 있는 재외동포법의 규정이 적용된다고 봄이 타당하다.

#### (4) 출입국관리법상 입국금지사유 해석의 한계 및 비례의 원칙

현행 재외동포법은 재외동포 체류자격 부여제한의 요건을 규정하면서 과거 존재하던 ‘병역을 기피할 목적’이라는 요건을 삭제하였다. 그러나 출입국관리법상 입국금지 요건에 관해서는 처음부터 ‘병역을 기피할 목적’과 같은 요건은 규정되어 있지 않았고, 현재 규정된 입국금지 사유들 역시 대부분 추상적이고 일반적인 개념들로 다소 모호하게 규정되어 있을 뿐이다.

원고에 대한 입국금지결정 역시 출입국관리법 제11조 제1항 제3호, 제4호 및 제8호에 따라 이루어진 조치이기는 하나, 구체적으로 원고에게 ‘대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유’(제3호)가 있는지, ‘경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유’ (제4호) 혹은 그에 준하는 경우로서 입국이 적당하지 아니하다고 인정할 만한 경우(제8호)에 해당하는지 여부에 대해서는 구체적인 판단의 이유나 근거가 제시된 바도 없다.

1심 판결은 이 사건 입국금지결정이 비례의 원칙을 위반하여 위법한 것인지 여부에 관하여, 입국금지결정이 달성하고자 하는 공익에 비하여 지나치게 무거운 것으로서 원고에게 가혹하여 비례의 원칙을 위반한 것이라 보기 어렵다고 판단하였다. 구체적으로 이 사건 입국금지조치는 원고의 자유로운 입국으로 인하여 초래될 수 있는 대한민국 장병의 사기 저하, 병역 기피 풍조 등을 방지하기 위한 것으로서 원고의 입국을 금지함으로써 그 목적을 달성할 수 있어 적합성의 원칙에 부합하며, 병역을 이행하거나 임시 허가를 받는 등의 방식으로 입국도 가능하다는 점에서 필요성

16) 법무부, 재외동포법 제정안 심사보고서, 검토보고서

의 원칙에도 반하지 아니하고, 이 사건 입국금지결정을 통하여 달성하고자 하는 공익은 병역의무 이행의지 약화를 방지하고 이를 통해 영토 보전 및 대한민국 국가 안전을 도모하여 탈법적 수단에 의한 병역기피 행위를 방지함으로써 국가의 법질서와 기강을 확립하기 위한 것으로서 원고가 받는 불이익보다 작다고 볼 수 없어 균형성의 원칙에도 반하지 아니한다고 보았다.

대상판결은 원고에 대한 입국금지결정이 비례의 원칙을 위반한 것인지에 대해서는 명시적인 판단을 하지 않았으나, 위 1심법원의 입국금지결정에 관한 비례의 원칙 위반 여부 판단은 다음과 같은 점에서 재고의 필요가 있다.

우선 출입국관리법상 입국금지 요건규정 자체에 관한 검토의 필요성이 있다. 출입국관리법 제11조 제1항 각호는 재외동포법과 달리 법문에 명시적으로 “병역을 기피할 목적으로 국적을 이탈 혹은 상실한 자”를 입국금지 대상으로 규정하고 있지 아니하다. 만약 “병역을 기피할 목적으로 국적을 이탈 혹은 상실한 자”에 해당하는 자가 있다 하더라도 입국금지결정의 대상이 되기 위해서는 그러한 국적이탈 행위가 공공의 안전을 해친다거나 사회질서 등 선량한 풍속을 해치는 행동이 우려되는 경우에 해당하여야 할 것인데, 단순히 국적을 이탈하여 병역을 면제받았다는 이유만으로 그러한 공공의 안전에 위해를 초래한다거나 사회질서를 해치는 결과를 초래한다고 논리적으로 단정할 수 있는지 의문이 있다. 애초에 입국금지결정 사유에 관한 출입국관리법 제11조 제1항 각호의 규정들 자체가 추상적이고 모호한 개념으로 규정되어 있는 만큼 이를 해석함에 있어서는 최대한 제한적이고 엄격하게 해석함이 타당하다.

다른 한편으로 출입국관리법 제11조 제1항 각호는 문제가 되는 행동들을 “할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람”이라고 하여 장래에 문제가 될 만한 행동이 우려되는 경우를 입국금지의 대상으로 삼고 있다. 즉 대상자가 과거에 어떠한 행동을 하였는지에 따라 바로 입국금지결정을 하는 것이 아니라, 현재 입국 심사를 받거나 향후 입국하여 국내 체류하는 과정에서 문제를 일으킬 것이라고 염려가 되는 자에 대하여 예방적으로 조치를 취하는 것이 입국금지결정의 본질에 해당하는 것이다. 이미 국적상실로 병역을 면제받은 원고가 국내에 입국을 한다고 해서 원고가 다시 어떠한 문제행동을 할 염려가 있다고 인정하기도 어려운 것으로 사료된다.

본격적으로 비례의 원칙 위반 여부를 따져보고자 할 때, 우선 수단의 적합성이 문제된다. 원고의 미국 시민권 취득이 언론에 알려지고 난 뒤 최초로 병무청장이 법무부장관에게 주위적으로 요청하였던 사항은 입국금지가 아니라 ‘취업 또는 가수활동의 금지’였다.<sup>17)</sup> 이는 관계 행정기관장조차도 원고의 시민권 취득에 대한 제재로는 국내에서의 연예활동의 금지정도면 족한 것이지 국내 입국의 전면금지까지 의도한 것은 아니었다는 점을 나타내는 정황이다. 오히려 국내 입국보다 원고가 대중들에게 노출될 수 있는 연예활동의 기회를 차단하는 것이 실질적인 면에서 병무청장 등이 추구하려는 목적을 달성하기 더 유용할 수단일 수도 있다는 점에 비추어보면 법무부장관이 예비적으로 요청한 입국금지결정의 제재를 선택한 것이 수단의 적합성에 부합하지 않는다고 볼 여지가 있다.

최소 침해의 원칙에 비추어 보면 원고에 대한 이 사건 입국금지결정의 기간도 문제가 존재한다. 법무부 출입국심사과 내부적으로 “입국규제 업무처리 등에 관한 지침”<sup>18)</sup>이라는 것이 존재하는데, 해당 지침에 따르면 다른 중앙행정기관의 장의 요청에 의하여 법무부장관이 입국금지결정을 하는 경우에 그 기간은 “5년 이상” 혹은 “영구”의 두 가지 경우만 존재할 뿐이고, 그 중에서도 “영구”의 입국금지결정이 가능한 경우는 “국제 테러범”, “유엔안보리 제재대상자”, “본국 또는 제3국에서 미성년자 추행, 강간 등 성폭력 전과가 있는 자”의 3가지 경우가 유일하다. 이러한 업무처리지침의 규정에 따르면, 원고에 대해서는 애초에 영구의 입국금지결정을 할 수 있는 사유에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다. 설령 원고가 입국금지결정 대상자에 해당한다 하더라도, 원고가 국제 테러범이나 유엔안보리 제재대상자, 미성년자 추행 등 성폭력 전과자와 동일한 수준의 공공의 이익이나 사회질서에 대한 위해를 끼칠 만한 우려가 있는 자라고 볼 수는 없는 것인바, 원고에 대해서 위 3가지 경우와 동일한 영구적 입국금지결정을 내린 것은 지나치게 과중한 불이익을 제공하는 조치로서 침해의 최소성 원칙에도 반하는 것이다.

특히나 병역기피를 이유로 입국금지결정을 받은 사례는 원고가 유일하다는 점<sup>19)</sup>에서 이 사건 입국금지결정의 비례성 또한 상실된 것으로 봄이 타당하다. 병역기피

17) 피고측에서 증거로 제출한 2002. 1. 28.자 병무청장의 입국금지 요청 공문에 기재된 사항이었다.

18) 법무부 출입국심사과, 입국규제 업무처리 등에 관한 지침, 2014. 7. 개정

19) 원고가 소송을 진행하는 과정에서 공식·비공식적으로 확인한 바에 따른 것이다.

를 위해 국적을 포기한 사례로 2005년까지 밝혀진 것만 4,500건에 이르고, 그 중 사회지도층 자제들만 해도 1,200여명에 이른다는 것이 이미 언론보도 등을 통해 밝혀진 바 있다<sup>20)</sup>. 이러한 의심 사례들 중에서도 병역기피를 이유로 출입국관리법상 입국금지의 제재를 받은 것은 원고가 유일한 바, 특별한 이유 없이 원고에 대해서만 무기한의 입국금지결정을 유지하는 것은 이를 통해 달성되는 공익에 비하여 원고의 이익을 지나치게 침해한다는 점에서 비례성을 상실하였다고 봄이 타당하다.

결국 법무부장관의 입국금지결정은, 규정의 형식이나 본질적으로 엄격하게 해석될 필요가 있고, 달성하고자 하는 목적에 적합한 최소한의 수단을 사용하는 것이어야 함에도 불구하고 목적 달성을 위한 실효성이 떨어지고 그 제재범위도 지나치게 과중하여 비례성을 상실하였다고 볼 여지가 크다는 점에서 위법하다고 볼 필요가 높다.

대상 판결 역시 명시적인 결론을 내린 것은 아니지만, “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”고 판시하였는바, 이는 곧 법무부장관의 입국금지결정의 위법 여부를 판단함에 있어 재외동포법의 취지 및 그에 따른 외국국적동포의 법적지위를 반드시 고려하여야 하는, 즉 재외동포의 법적지위가 입국금지조치의 한계로서 작용함을 간접적으로 표명한 것으로도 볼 수 있을 것이다.

#### 4. 재량권 일탈·남용의 유형기준으로서 ‘재량권 불행사’

대상 판결은 결론에 있어, 피고의 대상 거부처분은 법무부장관의 이 사건 입국금지결정만을 근거로 하였을 뿐 제대로 된 피고 자신의 재량권을 행사한 것이 전혀 아니라고 보아 “재량권 불행사”를 이유로 대상 거부처분이 위법하다고 판단하였다.

대상 판결의 이전에 대법원에서 침익적 제재처분을 하면서 반드시 법령상 검토하여야 할 처분의 요건, 제재기준 규정 등을 처분청이 검토하지 않은 경우에 대하여 ‘재량권 불행사’라는 명칭으로 처분의 위법성을 인정한 사례<sup>21)22)</sup>가 있었는데, 대상

20) 헤럴드 생생 뉴스(최대환 기자), ‘PD수첩’, 병역기피 의혹 국적포기자 4500명 추가방송, 2015. 7. 4.

판결은 피고가 사증발급 신청에 대한 거부처분(수익적 행정행위에 대한 거부처분)을 하는 과정에서 실질적인 사증발급의 요건을 심사한 것이 아니라 기존에 법무부장관의 입국금지결정이 존재하였다는 점만을 고려하여 사증발급 거부처분을 한 사안에도 위 법리를 적용함으로써 재량행위라 하더라도 처분청이 요건을 검토하여 행정처분을 함에 있어서는 반드시 재량권을 행사하여야 실질적인 요건에 대한 심사를 하여야한다는 의무를 처분청에게 부여한 것으로 해석할 수 있다.

이는 출입국관리법 시행규칙 제9조의2에서 사증발급 신청시 이를 심사하는 과정에서 검토하여야 할 요건의 하나로 ‘법 제11조의 규정에 의한 입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닌지 여부’(제2호)라는 항목 때문에 촉발된 논의이기도 하다. 즉 대상 판결의 1, 2심 판결은 위 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 제2호의 규정에 따를 때 원고에 대해서는 이미 무기한의 입국금지결정이 존재하는바 이에 따르면 더 이상 다른 요건을 살펴볼 필요도 없이 사증발급도 거부를 하는 것이 타당하다고 판단하였음에 반하여, 대상 판결은 위 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 제2호의 규정에도 불구하고 외국인의 사증발급 신청을 심사하는 과정에서는 다른 각호의 요건도 모두 고려하여 실질적인 심사(재량권의 실질적 행사)를 하여야 하고 나아가 기존에 존재하는 입국금지결정(제2호 사유) 또한 그것이 현재 시점에서 효력을 유지한다고 볼 수 있는지, 적법한 것인지 등을 따져보아야 한다는 점을 심사의 대상으로 함께 포함시킨 것이다.

견해에 따라서는 1, 2심 판결과 같이 기존 입국금지결정의 존재를 이유로 사증발급 거부처분을 한 것이므로 이는 곧 사증발급의 요건에 맞추어 심사를 한 것이므로 재량권을 불행사한 것도 아니고 결과적으로 재량권 일탈·남용에도 해당하지 않는다고 판단하는 것도 가능한 논리라고 생각한다.

그러나 대상 판결은 비록 사증발급 심사요건의 하나로 입국금지결정의 존부를 규정하고 있지만, 반드시 그러한 요건에만 한정하여 심사가 완결되어야 하는 것은 아니고 피고의 실질적인 재량권 심사의 결과로 다른 판단이 내려질 가능성도 충분히 존재한다는 전제 하<sup>23)</sup>에 그러한 나머지 요건에 관한 심사를 전혀 하지 않고 거부처

21) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2014두45956 판결, 대법원 2017. 8. 29. 선고 2014두 10691 판결

22) 해당 사안중 2014두45956 판결은 행정청이 침익적 제재처분(건설업자에 대한 영업정지)을 하는 과정에서 참작하여야 할 관련 법령상 감경사유를 고려하지 않은 것 자체가 ‘재량권 불행사’라고 보아 제재처분의 위법성을 인정한 사례이다.

분을 한 것을 ‘재량권 불행사’의 하자로 판단하였다는 점, 재량권을 ‘사실상’ 전혀 행사하지 않은 것으로 보고 이를 ‘재량권 불행사’라는 개념에 포섭하여 재량권 일탈·남용의 위법사유로 인정하였다는 점에서 의미가 있다.

#### IV. 마치며

대상 판결이 입국금지결정이 처분임을 부정한 뒤 사증발급 거부처분에 관한 위법사유 심사과정에서 입국금지결정의 위법사유를 함께 판단한 결론에는 찬동하나, 추상적·일반적인 관점에서 입국금지결정 자체의 처분성에 대한 명백한 판단을 하지 않은 것은 아쉬운 부분이다. 입국금지결정의 본질에 비추어 보았을 때 원칙적으로는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당함이 타당하다고 본다.

대상 판결이 외국인에 대한 사증발급 거부처분에 대하여 그 처분성을 명시적으로 인정하고, 나아가 행정절차법상의 행정절차가 무조건 적용제외되는 것이 아니라 절차의 특성에 따라 개별적으로 판단하여 절차상 하자를 인정한 것은, 일반적인 행정처분과 출입국관리법상의 행정처분에 대한 사법심사 기준을 다르게 보지 않았다는 점에서 매우 유의미한 판단이라 생각한다. 나아가 동일한 법리가 외국인의 출입국에 관한 처분의 일종에 해당하는 출입국관리법상 입국금지결정에도 적용될 수 있다면 해당 외국인의 권리구제 실효성 측면에서 도움이 될 것으로 생각한다.

재외동포법은 외국국적동포에 대하여 출입국 및 체류자격에 관하여 매우 개방적으로 포용적인 태도를 취하고 있으며, 출입국관리법과의 관계상 체류자격에 관해서는 재외동포법 규정이 우선하여 적용되는 특별법 관계에 있다고 봄이 타당하다. 한편 출입국관리법상 입국금지결정은 그 요건을 엄격히 해석하여야 하며, 원고에 대한 입국금지결정이 가지는 이례성, 불이익 제공의 정도, 원고의 재외동포로서의 법적지위 등을 감안한다면 이 사건 입국금지결정은 비례의 원칙에 반하는 위법한 처분이

23) 원고에 대한 입국금지결정의 효력에 의문이 있다는 점을 상당부분 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 원고에 대한 입국금지결정의 효력이 위법하다고 보면 대상 거부처분은 존재하지 않거나 위법한 입국금지결정을 이유로 거부처분을 한 것이고, 이는 곧 사증발급의 요건에 대한 아무런 심사를 하지 않은 경우와 마찬가지로 대상을 이러한 경우를 피고의 재량권이 전혀 행사되지 않았다(‘재량권 불행사’)고 판단한 것으로 추정해 볼 수 있다.

라고 볼 여지가 높다.

대상 판결은 사증발급의 심사요건 중 하나인 입국금지결정이 존재하였다는 이유만으로 사증발급 거부처분을 한 것은 사실상 처분청의 재량심사를 전혀 하지 않은 것과 동일하다고 보아 이를 ‘재량권 불행사’로 취급하여 재량권 일탈·남용 유형의 하나로 인정하였다는 점에서 의의가 있다. 특히 침익적 재제처분과 달리 수익적 행정처분에 대한 거부처분의 경우에도 실질적인 재량권 행사가 전혀 이루어지지 않은 경우를 ‘재량권 불행사’로 보아 재량권 일탈·남용의 하자로 취급한 선례를 확립하였다는 점에서 의의가 있다.

## 참고문헌

- 김동희, 행정법I, 박영사, 2016.
- 성낙인, 헌법학논집, 법문사, 2018.
- 이철우 외 9, 이민법, 박영사, 2016.
- 정혁진, 출입국관리법, 씨아이알, 2018.
- 법무부 출입국·외국인정책본부, 출입국관리법 해설, 법무부, 2011.
- 최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치, 행정법연구 제48호 2017년 2월, 행정법이론실무학회
- 송시강, 입국금지의 사증발급에 대한 효력과 그 한계, 경제규제와 법 제12권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터
- 이현수, 외국인 입국규제의 공법적 쟁점, 공법연구 2015, 한국공법학회
- 이현수, 출입국관리법상 입국금지사유와 강제퇴거사유의 조응관계 고찰, 행정법연구 2018, 행정법이론실무학회
- 김민철, 행정청 내부행위의 처분성 판단기준, 대한변협신문 제753호



【토론】

## “재외동포의 법적지위와 입국금지결정의 한계”에 대한 토론문

김 중 권\*

### I. 처음에

이미 대법원 2019.7.1. 선고 2017두38874판결의 문제점을 간략히 피력한<sup>1)</sup> 필자로서는 토론을 맡는 데 망설였습니다. 그 이유는 대상판결의 여러 문제점을 지적하는 평석을 조만간 학회지에 투고할 것이기 때문이다. 하지만 이번 토론의 기회를 통해 제가 미처 생각하지 못한 부분을 알 수 있으리라는 판단이 들어 토론에 응하였습니다. 기대한 대로 토론의 기회를 통해 쟁점에 관해 좀 더 숙고할 수 있어서 너무 좋았습니다. 토론의 기회를 주신 박종보 회장님과 김환학 박사님께 깊이 감사드립니다. 그리고 토론문의 게재에 도움을 주신 노호창 교수님께도 깊이 감사드립니다.

김형수 변호사님의 발제문과 만남을 통해 공부 많이 되었습니다. 깊이 감사드립니다. 특히 하루바삐 재량해태(재량권불행사)의 존재가 분명해지면서 바른 재량행사가 강조될 필요가 있다고 주장한 필자로서는,<sup>2)</sup> 이제까지 논의에서 관심의 대상이 아니었던, 재량권 일탈·남용의 새로운 유형으로서의 ‘재량권불행사’에 관해 언급한 것이 매우 인상적이었습니다. 그런데 판례는 재량하자의 모습을 재량의 일탈과 남용만을 제시하여 재량하자로서의 재량해태가 부각되지 않았지만, 최근 비록 명시적으로 표현은 하지 않았지만, 재량해태의 존재가 시사되곤 합니다.<sup>3)</sup>

---

\* 중앙대학교 법학전문대학원 교수

1) 유승준에 대한 대법원 판결 문제점에 관한 管見, 법률신문 제4716호, 2019.7.15.

2) 김중권, 행정법 제3판, 2019, 110면 이하.

3) 재산을 해외로 도피할 우려가 있는지 여부 등을 확인하지 않은 채 단순히 일정 금액 이상의 조세를 미납하였고 그 미납에 정당한 사유가 없다는 사유만으로 바로 출국금지 처분을 하는 것은 헌법상의 기본권 보장 원리 및 과잉금지의 원칙에 비추어 허용되지 않는다고

발제자와 많은 부분에서 생각을 달리하기에, 변증법적 해결책을 마련하는 데 도움이 되도록, 발제자와 다른 점에 관해 질문하기보다는 제 평석의 일부를 발제에 대한 토론으로 대신하고자 합니다. 널리 양해를 부탁드립니다.

## II. 사증발급제도에 관한 개관

사증(査證), 즉, 비자(VISA)는 국경을 넘는 데 필요한 증서이다. 국경을 넘어가기 전에 대사 등으로부터 여권을 검사받고 그 확인서명을 받는 것을 의미한다. 어원은 본래 라틴어에서 유래하였는데, 그 의미는 “보였다”(Das Gesehene)는 것이다.<sup>4)</sup> 사증 발급제도의 목적은 사증의무가 있는 자가 국경검문소에 도착하기에 앞서 행정입국·체류의 자격이 있는지 여부를 심사하기 위함이다.<sup>5)</sup> 입국요건을 충족하였는지 여부를 국경검문소에서는 실제적 이유에서 시간상 넉넉하게 그리고 심도 있게 심사를 할 수가 없다. 이런 국경심사가 사증발급부서에서의 절차로 이전한 것이다.<sup>6)</sup> 따라서 사증발급은 외국인이 대한민국에 입국하기 위한 예비조건 내지 입국허가의 추천으로서의 성질을 가진다.<sup>7)</sup> 당연히 외국인이 이미 사증을 발급받았다 하더라도 입국허가가 반드시 주어지는 것은 아니며, 그에 따라 출입국관리소에서의 입국심사가 면제되지도 않는다. 영토고권의 차원에서 사증발급거부에 대해 원칙적으로 외국인은 다룰 수 없되, 다만 국내 체류하였다거나 체류자격이 인정되는 경우에는 다룰 수 있다. 판례 역시 차별적 취급을 한다.<sup>8)</sup>

---

보며(대법원 2012두18363판결), 건설업 등록기준에 미달하는 건설업자 등에 대한 영업정지기간의 감경에 관한 참작 사유가 존재함에도 이를 전혀 고려하지 않거나 그 사유에 해당하지 않는다고 오인하여 영업정지기간을 감경하지 않은 경우, 그 영업정지처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라(대법원 2012두18660판결; 동지: 대법원 2014두45956판결) 판시하였다.

- 4) 이 점에서 비자(VISA)를 사전조사확인증(査證)으로 옮긴 것은 타당하다.
- 5) 통상 입국비자를 의미하는데, 과거에는 독일의 경우 1920년대에는 출국비자도 있었다. 특이하게도 국내영토에서도 비자를 요구하는 경우가 있는데, 그리스의 Mönchsrepublik Athos가 그렇다.
- 6) Kluth/Heusch, BeckOK Ausländerrecht, 23. Edition(Stand: 01.08.2019), §6 Rn.1.
- 7) 대법원 2018.5.15. 선고 2014두42506판결.
- 8) 대법원 2018.5.15. 선고 2014두42506판결: 사증발급 거부처분을 다투는 외국인은, 아직 대한민국에 입국하지 않은 상태에서 대한민국에 입국하게 해달라고 주장하는 것으로, 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한

### Ⅲ. 대법원 2019.7.1. 선고 2017두38874판결의 문제점

#### 1. 행정처분으로서의 입국금지결정이 존재하지 않는다는 지적과 관련해서

하급심과는 달리 대상판결은, “행정청이 행정의사를 외부에 표시하여 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받기 전에는 ‘처분’이 성립하지 않으므로, 법무부 장관이 위와 같은 법령에 따라 이 사건 입국금지결정을 했다고 해서 ‘처분’이 성립한다고 볼 수는 없다. 이 사건 입국금지결정은 법무부 장관의 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.”고 하면서 그것을 내부적 지시로 접근하였다. 대상판결의 이런 내부지시적 접근은 사증발급거부의 위법성을 논하기 위해 대상판결이 사증발급 여부에 있어서 재외공관의 장이 독립되게 재량을 행사하여야 한다는 점을 강조한 것에 연결된다. 아울러 법원 역시 그것에 구속되지 않고 사증발급거부의 위법성을 판단할 수 있다는 것이 연결된다. 이런 접근의 치명적인 문제점은 후술한다.

판례에 의하면, 행정처분의 외부적 성립은 행정의사가 외부에 표시되어 행정청이 자유롭게 취소·철회할 수 없는 구속을 받게 되는 시점을 확정하는 의미를 가지므로, 어떠한 처분의 외부적 성립 여부는 행정청에 의해 행정의사가 공식적인 방법으로 외부에 표시되었는지를 기준으로 판단하여야 한다.<sup>9)</sup>

대상판결은 입국금지결정이 공식적으로 통보되지 않은 이상, 그것이 처분으로 성립하지 않는다고 보았다. 행정행위의 통지란 행정행위를 발한 행정청이 규준이 되는 법령에 따라서 의욕적으로 행한 행정행위의 개시를 의미한다. 상대방이 있는 행정행위는 그것이 상대방에게 통지되지 않은 상황에선 당연히 성립하지 않고, 효력을 발생시키지 않는다.<sup>10)</sup> 과연 사안에서 원고에게 입국금지결정이 통지되지 않았는가? 여

---

경우는 아니어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 인정하여야 할 법정정책 필요성도 크지 않다. 반면, 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다루는 외국인은 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람이므로, 이미 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 보아야 한다.

9) 대법원 2017.7.11. 선고 2016두35120판결.

10) 김중권, 행정법, 755면.

기서 과거 2002년 2월 2일에 있었던 입국거부상황을 살펴보아야 한다. 법무부 출입국관리소에서 입국규제대상자임을 이유로 원고의 입국을 명시적으로 불허한 이상, 이를 통해 내부적으로 성립한 입국금지결정이 외부적으로도 성립하게 되어 원고로선 입국금지결정의 존재를 알게 되었다고 할 수 있다. 즉, 2002년 2월 2일에 법무부장관의 입국금지결정이 행정처분으로서 존재하고 성립한다.<sup>11)</sup> 행정처분으로서의 입국금지결정이 존재하지 않았다고 본 대상판결은 타당하지 않다. 더욱이 대법원이 대학총장임용제청의 제외를 행정처분으로 보아 묵시적 행정처분의 존재를 인정한 예에 비추어,<sup>12)</sup> 여기서의 입국금지결정이 공식적인 방법으로 외부에 표시된 것이 아니라 하는 것은 수긍하기 힘들다.

2002년 2월 2일에 행한 법무부 출입국관리소의 입국금지결정이 행정절차법상의 통지방식상의 하자가 있다고 주장될 수 있다. 이런 통지상의 하자과 관련하여 선결물음이 외국인에 대해 행정절차법이 적용되는지 여부이다. 행정절차법 제3조 제9호는 외국인의 출입국 사항에 대해 적용제외를 분명히 하고 있다.<sup>13)</sup> 외국인의 경우 국내에서 나뉘는 체류자격을 인정받아 생활을 영위하지 않는 이상, 내국민과 동일하게 법적 취급할 수는 없다. 그리고 이상의 행정절차법 적용상의 물음을 차치하고 통지상의 하자 문제를 보더라도 통지상의 하자를 인정하기 어렵다. 행정절차법 제24조 제1항에 의하면, 행정청이 처분을 할 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 하며, 전자문서로 하는 경우에는 당사자등의 동의가 있어야 한다. 다만, 신속히 처리할 필요가 있거나 사안이 경미한 경우에는 말 또는 그 밖의 방법으로 할 수 있다. 따라서 행정처분의 존재가 반드시 정식의 처분서에 따른 통지에 의거하여 확인되어야 한다는 입장을 고수하지 않는 이상, 통지의 방식 그 자체는 말과 행동에 의해서도 가능하다. 통지하고자 하는 행정행위의 양태에 비추어 그 내용을 알기에 충분한 기회를 제공하는 방식을 택하지 않았다면, 절차제량의 하자가 있을 수는 있겠지만, 행정처분의 존재를 부인할 수는 없다.

11) 대상판결은 물론, 하급심판결이 2002년 2월 1일에 ‘출입국관리정보시스템’에 입력된 것에 초점을 맞추어 행정행위의 존재 여부를 다투는 것은 타당하지 않다.

12) 대법원 2018.6.15. 선고 2016두57564판결. 묵시적 행정행위에 관해서는 김중권, 행정법, 214면

13) 그런데 대상판결은 외국인의 출입국 사항에 대한 행정절차법의 적용제외에 대해 나뉘는 때 우 소극적인 논증방식을 취하는데, 이 문제는 후술한다.

## 2. 사증발급거부가 행정절차법위반이라는 지적과 관련하여

대상판결은 먼저 행정절차법 제24조에 따른 통지상의 하자를 실시한 다음, 사안이 행정절차법 제3조 제9호에<sup>14)</sup> 따른 적용제외가 아님을 논증하였다. 대상판결은 행정절차법 제24조 제1항 규정 위반을 무효사유로 보면서, 구술로 통지한 행정행위를 무효로 판시한 대법원 2011.11.10. 선고 2011도11109판결을 들었는데, 이는 자칫 오해를 낳을 수 있다. **일반적으로 법령상 서면에 의하도록 되어 있는 행정행위를<sup>15)</sup> 서면에 의하지 않는 경우는 무효라고 본다. 판례 역시 그러하다.** 무효로 본 사례를 보면,<sup>16)</sup> 문제의 납세고지서나 소집통지서, 자동차운전면허 취소·정지 통지서 역시 법률이 그것을 명시적으로 규정하고 있기에 그것을 대신하여 구술로 한 것이 문제되었다. 그런데 소방시설법 제9조 제2항은 시정보완명령의 발동에 대해서만 언급하지 시정보완명령서 등과 같이 처분방식에 대한 시사를 전혀 하지 않았다. 그럼에도 불구하고 대법원 2011.11.10. 선고 2011도11109판결이 서면형식의 요청이 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호하기 위한 것임을 들어 그 위반을 중대 명백한 하자로 본 것은 문제가 있다. 실정법 가운데 명시적으로 서면으로 행정행위를 하게 규정하지 않은 예가 많다는 점에서, 행정절차법 제24조 제2항이 구술의 처분방식도 규정하고 있는 점에서 판례의 태도는 지나치다.<sup>17)</sup>

원심은 외국인의 사증발급 신청에 대한 거부처분이 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분에 해당하여 행정절차법의 적용이 배제된다고

14) 제3조(적용 범위) ② 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.

9. 「병역법」에 따른 징집·소집, 외국인의 출입국·난민인정·귀화, 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계와 그 밖의 처분, 이해 조정을 목적으로 하는 법령에 따른 알선·조정·중재(仲裁)·재정(裁定) 또는 그 밖의 처분 등 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항.

15) 행정심판법 제35조 제1항 등.

16) 대법원 1970.3.24. 선고 69도724판결; 1991.3.27. 선고 90누3409판결; 1996.6.14. 선고 95누17823판결 등.

17) 원고가 피고인을 비롯하여 이 사건 건물의 각 구분소유자들에게 구두 및 내용증명우편 등으로 이 사건 시정보완명령서의 내용을 알렸으나 피고인은 위 내용증명우편의 수령을 거부한 점에서 그 하자가 과연 중대하다고 할 수 있을지 그리고 과연 하자자체가 있다고 할 수 있을지 의문스럽다. 대법원 2011.11.10. 선고 2011도11109판결의 문제점에 관해서는 김종권, 행정판례의 분석과 비판, 2019, 451면 이하.

판단하였는데, 대상판결은 ‘외국인의 출입국에 관한 사항’이라고 하여 행정절차를 거칠 필요가 당연히 부정되는 것은 아니며, 그것이 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항이나 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 행정절차법 시행령으로 정하는 사항만을 의미한다고 지적한다. 원심과 대상판결의 입장의 차이는 사안이 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정될 수 있는지 여부인데, 전자는 긍정적이고, 후자는 부정적이고, 나아가 행정절차에 준하는 절차로 대체할 수도 없다고 본다. 행정절차법의 적용제외 여부를 판단하는 데 있어서 판례는 대법원 2007.9.21. 선고 2006두20631판결 이래로 열거된 사항을 곧바로 제외대상으로 삼기보다는 추가적 요건을 설정하였다.<sup>18)</sup> 이런 논증은 열거된 대상을 시행령으로 확정하도록 규정한 법문에 정면으로 반한다.<sup>19)</sup>

대상판결은 사안이 행정절차법의 적용제외 사안에 해당하지 않음을 전제로 행정절차법 제24조 제1항에 의거하여 사증발급거부가 처분이유를 기재한 처분서의 형식으로 행해지지 않아서 동 규정에 위반된다고 논증하였다. 일선에서 사증발급거부처분서의 교부가 행해지고 있다는 점을 들어서 위법성을 지적한 것은 타당하지 않다. 그와 같은 행태는 대민서비스에 불과하고, 결코 법적 의미를 갖는다고 보기 어렵다. 따라서 처분이유를 기재한 사증발급 거부처분서를 작성, 교부하지 않은 점을 위반사유로 드는 것은 타당하지 않다. 오히려 원고 측이 행정절차법 제24조 제1항 단서에 의하여 비서면적 통지에 대해 서면형식을 요청하지 않은 것에 주목할 필요가 있다. 원고의 아버지에게 전화로 ‘원고가 입국규제대상자에 해당하여 사증발급이 불허되었다. 자세한 이유는 법무부에 문의하기 바란다.’고 통보하였기에, 이유제시에 관한 판례의 맥락적 접근에<sup>20)</sup> 입각해서 보면, 이유제시와 관련해서도 별 문제가 되지 않는다.

18) 행정과정에 대한 국민의 참여와 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하는 행정절차법의 입법목적과 행정절차법 제3조 제2항 제9호의 규정 내용 등에 비추어 보면, 공무원 인사관계 법령에 의한 처분에 관한 사항 전부에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되는 것이 아니라 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 처분이나 행정절차에 준하는 절차를 거치도록 하고 있는 처분의 경우에만 행정절차법의 적용이 배제된다.

19) 김중권, 행정법, 557면.

20) 대법원 2000두8912판결: “일반적으로 당사자가 근거규정 등을 명시하여 신청하는 인·허가 등을 거부하는 처분을 함에 있어 당사자가 그 근거를 알 수 있을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우에는 당해 처분의 근거 및 이유를 구체적 조항 및 내용까지 명시하지 않았더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것이 된다고 할 수 없다.”

### 3. 사증발급거부가 위법한 재량행사라는 지적과 관련해서

대상판결의 특이한 점은 앞서 절차상의 하자를 지적한 다음, 그와 아울러 실제적 하자를 심도 있게 다루었다는 점이다. 거부처분취소소송에서 **절차·형식상의 하자를 이유로 취소판결이 내려진 경우에 그 확정판결의 기속력(기판력)**은 거기에 적시된 절차 및 형식의 위법사유에 한하여 미친다. 행정청이 적법한 절차나 형식을 갖춘 다음에 동일한 내용의 처분을 다시 하더라도 문제되지 않는다. 그런데 대상판결은 실제적 하자까지 판단하여 인용판결을 내렸으므로, 행정청이 기왕의 처분사유에 의거하여 발급거부를 할 수 없게 되었다. 이 점에서 대상판결의 논증방식을 심도 있게 검토할 필요가 있다.

#### (1) 근거규정의 문제점

먼저 사증발급여부가 재량행위인지, 기속행위인지에 관해 검토되어야 한다. 관련 규정은 특별히 언급을 하고 있지 않다. 입국허가 여부가 기본적으로 재량인 이상, 입국허가의 예비결정인 썸인 사증발급여부 역시 재량으로 볼 수밖에 없다. 대상판결은 여러 관련 규정에 의거하여 재량성을 논증하였는데, 석연찮은 점이 몇 부분 있다. 출입국관리법 제8조 제2항이 재외공관의 장에게 위임한 것은 사증발급의 권한이다. 따라서 재외동포법상의 체류자격부여권한은 위임의 대상이 아니므로, 동법 제5조는 사증발급의 성질을 논하는 데 동원될 수 없다.<sup>21)</sup>

#### (2) 재량하자의 논증에서의 문제점

대상판결은 사증발급의 재량성을 바탕으로, 재외동포에게 출입국관리법 제11조 제1항 각호에서 정한 입국금지사유 또는 재외동포법 제5조 제2항에서 정한 재외동포

21) 한편 현행 재외동포법 제5조 제2항 단서가 “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 규정하는데, 유의할 점은 동항은 41세가 되더라도 여전히 동항 제3호의 사유(대한민국의 안전보장, 질서유지, 공공복리, 외교관계 등 대한민국의 이익을 해칠 우려가 있는 경우)에 해당하면 체류자격부여 자체를 금지하고 있다. 법무부장관이 출입국관리법상의 입국금지의 사유로 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람으로 판단하였는데, 자신의 판단을 수정하지 않고서 체류자격을 부여한다는 것은 전혀 사리에 맞지 않는다.

체류자격 부여 제외사유(예컨대 ‘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 한 다음, 재량하자의 일반론을 대입하여 특히 비례원칙을 강조하면서 사증발급거부의 위법성을 논증하였다.

사증발급여부가 재량인 이상, 대상판결이 재량하자의 차원에서 논증한 것은 타당하다. 그런데 출입국관리법 시행규칙 제9조의2(사증 등 발급의 기준)에 의하면, 재외공관의 장은 법 제11조의 규정에 의한 입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닌지 여부 등을 심사·확인하여야 한다. 재외공관의 장이 심사·확인한 결과, 사증발급신청자가 법 제11조의 규정에 의한 입국의 금지 또는 거부의 대상에 해당하면 당연히 사증발급은 거부되어야 한다. 만약 사증발급신청자가 법 제11조의 규정에 의한 입국의 금지 또는 거부의 대상에 해당하는 데도 불구하고 사증발급이 재량인 점을 들어 관련 이익형량을 하는 것은 명백히 법규정에 반한다. 대상판결은 자신의 입장을 강화하기 위해 앞에서 본 대로 행정처분으로서의 입국금지결정이 존재하지 않고, 단순한 내부지시에 불과한 입국금지조치가 있을 뿐이어서 사증발급에서 충분히 재량이 행사되어야 한다는 것을 강조하였는데, -필자의 견해와 마찬가지로 하급심의 판단이 타당한 것은 차치하고서- 출입국관리법 시행규칙 제9조의2 제2호는 법 제11조의 규정에 의한 입국의 금지 또는 거부의 대상이 아닌지 여부를 규정하고 있지, 입국금지결정의 존재까지 요구하는 것은 아니다. 따라서 비록 사증발급신청자가 법무부장관에 의해 입국의 금지 또는 거부의 대상으로 되어 있는 이상, 그것이 행정처분이든 내부지시이든 재외공관의 장은 법무부장관의 판단을 따를 수밖에 없다.<sup>22)</sup> 이 점에서 피고의 대응은 지극히 당연하고 아무런 문제가 없다.

한편 대상판결은, “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.”고 지적하였는데, 근 13년 7개월이 지나

<sup>22)</sup> 사실 2월 2일의 입국에서의 사증발급 역시 그 이전에 비록 내부적이라 하더라도 입국금지결정이 내려졌다면 거부되었을 것이다.

이루어진 이 사건 사증발급 거부처분이 비례의 원칙에 반하는 것을 근거지우기 위한 설시이다. 그런데 -수공하는 것과 별도로- 직권 해제의무의 성립을 통해 법무부 장관의 입국금지의 불해제 즉 방치한 것을 문제 삼을 순 있지만, 그 방치에 의거하여 재외공관의 장의 사증발급거부를 공박하는 것은 타당하지 않다. 사증발급의 권한만을 수입 받은 재외공관의 장이, 공식적으로 법무부장관의 판단에 변함이 없는 데도 불구하고, 법무부장관이 기왕의 판단을 바꾸었어야 한다는 이유로 사증발급을 해야 한다는 지적은 행정권한의 위임의 법리에 정면으로 배치된다.

그리고 재외동포법 제5조 제2항의 단서와 관련해서, 대상판결은 재량하자를 논증하기 위해서, “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.”고 지적하였는데, 이 또한 엄연히 동항 제3호(대한민국의 안전보장, 질서유지, 공공복리, 외교관계 등 대한민국의 이익을 해칠 우려가 있는 경우)에 따른 법무부 장관의 판단에 변함이 없는 이상, 재량하자를 설득력 있게 근거지울 수 없다. 사실 기왕의 판단이 견지되는 이상, 원고에게 체류자격이 부여될 수가 없는데, 체류자격이 부여될 수 없는 자에게 사증발급이 거부되는 것은 당연하므로 그 거부에 재량하자가 있을 수 없다.

#### 4. 내부지시가 비구속이라는 지적과 관련해서

대상판결은 사증발급의 재량성을 전제로 하여 그 거부를 재량하자로 이끌기 위하여 내부지시로서의 입국금지결정에 대한 비구속성을 내세웠고, 이런 논증을 근거지우기 위해 위임재량준칙의 범규성에 관한 판례의 입장을 동원하였다. 나름 타당할 수 있겠지만, 비구속적인 내부지시적 접근의 행정조직법적, 공무원법적 차원에서 결정적인 문제점이 있다. 위임재량준칙은 법률이 영업정지 등과 같은 침익적 행정행위와 관련해서 재량행위로 규정한 상황에서 행정의 통일적 집행을 위해 행정이 나름의 기준을 정하는 것이다. 그런데 사안에서 입국금지의 판단은 법률에서 요구하는 사항을 행정이 집행한 것이다. 그리고 입국허가는 침익적 행정행위가 아니라 수익적 행정행위이므로, 위임재량준칙의 비범규성에 바탕을 둔 상황과는 완전히 다르다.

대상판결의 더 큰 문제점은 범집행하는 공무원이 장관이 내린 지시를 자기 나름의 판단으로 배척할 수 있다는 것을 시사한 데 있다. 공무원의 법령심사권에 관해 아직 논의가 분분한 데도 불구하고, 명백히 위헌 위법이 아닌 경우에도 상관의 지시에 구애받지 않아야 함을 당연히 하는 것은 분명 행정조직법과 공무원법의 시스템은 물론, 공직의 위계질서를 근본적으로 전복시킬 수 있다. 정말 2002년의 법무부장관의 입국금지결정 자체가 문제가 있다면 법원 스스로 그에 관한 사법적 판단을 한 다음, 그에 따라 사안의 사증발급거부의 위법성을 논증했어야 한다.

#### IV. 맺으면서-원고로서는 어떻게 했어야 하는가?

과거가 언제까지 현재나 미래를 지배하는 것은 바람직하지 않다. 변함이 없으리라 굳게 믿었던 것도 시간의 흐름에 따라 변하는 것이 세상사이다. 2002년에 행해진 행정결정이 강산이 거의 두 번 변할 때까지 지속된다는 것은 분명 재고될 필요가 있다. 하지만 행정법적으로 2002년 2월 2일의 입국금지결정에 대해 철회형식의 재심을 구한 다음 후속절차를 진행시켰어야 한다. 이번 대법원 판결이 여러 가지 점을 고려한 것은 분명하지만, 행정법교수로선 많이 아쉽다.

【제2발제】

# 재외동포의 국내 활동과 지원 정책에 대한 국민인식\*

윤인진<sup>†</sup> · 손지혜<sup>†</sup> · 이종원<sup>†</sup>

1. 서론
2. 응답자의 인구사회학적 특성
3. 재외동포에 대한 인식
4. 귀환 재외동포 지원정책에 대한 인식
5. 재외국민 특별전형에 대한 인식
6. 선천적 복수국적자의 병역의무에 대한 인식
7. 요약 및 결론

## 1. 서론

오랫동안 재외동포에 대한 한국인의 인식은 ‘한민족’, ‘독립운동의 후손’, ‘해외 인적 자원’ 등 한 편으로는 정서적 차원에서 우리가 끌어안고 배려해야 하는 동포로서, 또 다른 편으로는 공리적 차원에서 한국의 국가경쟁력 제고를 위해 적극 활용해야 하는 자산이라는 생각이 지배적이었다.

그러나 한인의 이주가 1980년대 후반을 기점으로 더 이상 밖으로 나가는 유출이 아니라 안으로 들어오는 유입으로 바뀌면서 재외동포와 한국인간의 관계와 상호인

---

\* 이 논문은 2019년 10월 25일 한국이민법학회 추계학술대회 발표를 위해 준비하였다. 아직 초고이기 때문에 인용할 때는 저자의 동의를 받기 바란다. (주저자 이메일 주소: yoonin@korea.ac.kr)

<sup>†</sup> 고려대학교 사회학과

식에 중대한 변화가 발생했다. 재외동포는 더 이상 해외에 머무는 존재가 아니라 한국의 정치, 경제, 사회, 문화에 과거보다 더욱 강하게 연관되고 영향력을 미치고 있다. 국내에 거주하는 외국 국적 동포들이 증가하면서 이들은 외국인 노동자, 결혼이민자, 유학생, 전문 인력 등 다양한 양상으로 한국인들과 더욱 긴밀하게 접촉하고 교류하고 있다. 이들과 한국인들과의 관계는 동포애에 기반을 둔 우호적인 경우도 있지만 내국인의 일자리를 뺏는다든가 범죄율을 높인다든가 지역사회를 더럽힌다는 부정적인 인식도 상당하다. 더욱이 저성장 시대에서 경기침체가 장기화되고 일반인들의 경제여건이 악화되면서 사회 소수자들에 대한 관용성이 저하되고 그 결과로 혐오차별이 증가하는 추세이다. 또한 고령화가 가속화되면서 노인층의 사회복지비용에 대한 재정 부담이 증가하고 이를 감당하기 위해 일반국민의 세금 부담이 가중되고 있다. 이런 상황에서 귀환 재외동포들이 증가하고 이들의 한국사회 정착을 위해 정부 지원이 제공되는 것에 대해 일반국민이 수용하기는 더욱 어렵게 되었다.

국내에서 재외동포의 존재는 한 편으로는 동포이며 민족 자산이지만 또 다른 편으로는 기회주의자, 한국말 할 줄 아는 외국인이라는 양가감정의 대상이다. 특히 복수국적과 병역과 관련해서 재외동포는 자기에게 이로울 때는 한국인, 불리할 때는 외국인이라는 이중적인 자세를 취한다고 일반인들은 생각한다. 과거에 한국이 경제적으로 못살 때는 미국과 같은 선진국에 사는 동포들이 부러움의 대상이었지만 이제는 재미동포를 ‘미국 거지’라고도 부르며 폄하하기도 한다. 특히 한국보다 못사는 나라에서 온 동포들에 대해서는 여전히 무시하고 천대하는 풍조가 사라지지 않고 있다.

병역과 교육은 한국인이 민감하게 반응하는 뜨거운 이슈이다. 특히 전 세계적으로 비교할 상대를 찾기 어려울 만큼 높은 교육열로 인해 교육의 형평성 문제는 한국인을 순식간에 공분하게 만든다. 특히 특권층의 자녀교육 특혜는 많은 한국인을 좌절하게 만들고 분노하게 한다. 재외동포와 관련해서 제기되는 교육의 형평성 문제는 재외국민 특별전형제도인데 이 제도가 명문대학으로 입학하는 편법으로 활용되고 있다는 비판이 오래전부터 제기되었다.

1990년대 초는 한국의 이주에 있어서 전환기라고 볼 수 있다. 1991년에 구소련과, 1992년에 중국과 국교를 수립한 이후에 구소련(현재 독립국가연합)과 중국에 있던 재외동포들이 모국을 방문하고 교류할 수 있는 문호가 개방되었다. 그러면서 경제적

으로 발달한 모국으로의 방문과 취업을 위한 귀환이 증가하기 시작했다. 아울러 1970년대 초 북미와 남미로 이민 갔던 이민 1세대들이 고령이 되자 모국으로 귀국해서 한국 국적을 취득하는 현상이 증가하였다. 귀환 재외동포는 연령대에 따라 한국 사회에 서로 다른 양상의 문제를 일으키는 것으로 보인다. 젊은 층은 내국인의 일자리를 위협한다고 여겨지지만 노인층은 사회복지비용을 증가한다고 인식되기도 한다. 노인층의 귀환에 대한 부정적인 인식은 이들이 65세가 되어 복수국적을 취득하게 되면 내국인과 동일하게 의료보험 혜택과 기초생활수급 혜택을 받게 되어 국민의 재정 부담을 제고한다는 우려에 기인하고 있다. 아직까지 이런 지원정책에 대해 알고 있는 일반국민은 많지 않은데 만일 더욱 많은 국민이 알게 된다면 역풍이 불 수도 있고 정부 정책에 대한 비판 여론이 형성될 수 있다. 따라서 지속가능하고 국민적 공감대에 기초한 재외동포정책을 추진하기 위해서는 이런 문제와 우려에 대한 합리적인 대안을 개발할 필요가 있다.

본 연구에서는 재외동포의 국내활동과 정책 지원을 둘러싼 쟁점 사안들을 검토하고 이에 대한 일반국민의 인식을 조사하고 합리적 정책 대안을 모색하는 것을 목표로 한다. 구체적으로 65세 이상의 귀환 재외동포의 복수국적 부여, 기초연금 수급과 국민건강보험 적용, 재외국민 특별전형, 선천적 복수국적자의 병역 의무, 병역 기피자 국내 입국 허용 연령 등의 주제들을 다루었다.

연구방법으로는 문헌연구, 조사연구, 전문가 면접 등의 방법을 사용하였다. 문헌연구를 통해 재외동포에 대한 일반국민 인식의 현황, 귀환 재외동포의 규모 및 국내 활동 상황, 귀환 재외동포 지원 정책을 둘러싼 쟁점과 문제점들을 파악하고 정리하였다. 조사연구는 일반국민 대상 설문조사, 대학생 대상 설문조사, 전문가 대상 설문조사로 구성되었다. 일반국민 대상 설문조사를 위해 지역별, 성별, 연령별, 학력별 기준 비례할당추출방식으로 표집된 19세 이상의 성인 일반국민 1,000명을 대상으로 한국리서치가 2019년 10월 4일 ~ 10일 기간에 웹조사(휴대전화 문자와 이메일을 통해 url 발송)를 실시하였다. 대학생 설문조사는 고려대학교 사회학 학부 전공 수업들을 수강하는 학생들을 대상으로 2019년 10월 4일 ~ 11일 기간에 226명의 응답자들을 대상으로 설문조사를 실시하였다. 전문가 대상 설문조사는 재외동포 관련 업무에 종사하는 공무원, 경찰관, 교장, 기관장들을 대상으로 2019년 10월 7일부터 진행했고 10월 31일까지 50명을 목표로 조사를 마칠 계획이다. 이번 발표문에서는 우선

적으로 완성된 일반국민 대상 조사 결과만을 보고하도록 하겠다. 후속논문에서는 문헌연구 결과와 대학생 및 전문가 대상 설문조사 결과를 보고하고, 국민이 공감하고 수용할 수 있는 귀환 재외동포 지원정책을 개발하고 제안하도록 하겠다.

## 2. 응답자의 인구사회학적 특성

응답자 1,000명의 인구사회학적 특성은 아래의 [표 1]과 같다. 응답자 표본은 일반국민을 대표할 수 있도록 지역별, 성별, 연령별, 학력별 기준 비례할당추출방식으로 표집하였기 때문에 조사 결과를 일반국민으로 일반화할 수 있다. 성별로는 남자가 491명으로 전체 응답자의 49.1%, 여자가 509명으로 50.9%였다. 연령대별로는 19-29세가 16.4%, 30-39세가 17.1%, 40-49세가 20.3%, 50-59세가 20.2%, 60세 이상이 26%를 차지했다.

거주 지역별로는 서울이 19.5%, 인천/경기가 30.3%, 대전/세종/충청이 10.6%, 광주/전라가 9.8%, 대구/경북이 9.9%, 부산/울산/경남이 15.7%, 강원/제주가 4.2%를 차지했다. 학력별로는 고졸 이하가 50%, 대학교 재학 이상이 50%를 구성했다.

응답자의 직업은 농/임/어업이 1%, 자영업이 8.8%, 판매/영업/서비스직이 7%, 생산/기능/노무직이 8.2%, 사무/관리/전문직이 34.9%, 주부가 19.7%, 학생이 6.2%, 무직/퇴직/기타가 14.2%를 차지했다. 주관적 생활수준에 대해서는 응답자 중 3.3%가 상류층, 36.2%가 중류층, 60.5%가 하류층이라고 응답했다. 월평균 가구 소득은 200만원 미만이 14.8%, 200-300만원이 17.5%, 300-400만원이 18.5%, 400-500만원이 15.6%, 500-600만원이 12.2%, 600-700만원이 6.3%, 700만 원 이상이 15.1%이었다.

가구원 구성은 1인 가구가 10.8%, 2인 가구가 20.8%, 3인 가구가 25.5%, 4인 가구 이상이 42.9%로 나타났다. 이념 성향과 관련해서 응답자 중 32.9%는 자신을 진보 성향으로, 40.5%는 중도 성향으로, 26.6%는 보수 성향으로 보고해서 중도 성향이 가장 많지만 진보 성향이 보수 성향보다 약간 높은 비율을 보였다.

[표 1] 응답자의 인구사회학적 특성

구분	N	%	구분	N	%		
성별	남자	(491)	49.1	주관적 생활수준	상	(33)	3.3
	여자	(509)	50.9		중	(362)	36.2
					하	(605)	60.5
연령	19-29세	(164)	16.4	가구원구성	1인가구	(108)	10.8
	30-39세	(171)	17.1		2인가구	(208)	20.8
	40-49세	(203)	20.3		3인가구	(255)	25.5
	50-59세	(202)	20.2		4인가구이상	(429)	42.9
	60세이상	(260)	26.0				
거주지역	서울	(195)	19.5	월평균 가구소득	200만원미만	(148)	14.8
	인천/경기	(303)	30.3		200-300만원	(175)	17.5
	대전/세종/충청	(106)	10.6		300-400만원	(185)	18.5
	광주/전라	(98)	9.8		400-500만원	(156)	15.6
	대구/경북	(99)	9.9		500-600만원	(122)	12.2
	부산/울산/경남	(157)	15.7		600-700만원	(63)	6.3
	강원/제주	(42)	4.2		700만원이상	(151)	15.1
학력	고졸이하	(500)	50.0	이념성향(11점)	진보(0-4)	(329)	32.9
	대재이상	(500)	50.0		중도(5)	(405)	40.5
					보수(6-10)	(266)	26.6
직업	농/임/어업	(10)	1.0				
	자영업	(88)	8.8				
	판매/영업/서비스	(70)	7.0				
	생산/기능/노무	(82)	8.2				
	사무/관리/전문	(349)	34.9				
	주부	(197)	19.7				
	학생	(62)	6.2				
	무직/퇴직/기타	(142)	14.2				

### 3. 재외동포에 대한 인식

일반국민이 재외동포에 대해 갖는 친밀감을 조사하기 위해 재외동포에 대해서 어떻게 느끼는가를 질문한 결과, 외국인이라고 느끼거나 외국인에 가깝다고 느끼는 비율은 42.1%, 한국 국민에 가깝다고 느끼거나 한국 국민이라고 느끼는 비율은 57.9%로, 대체로 일반국민은 재외동포에 대해 조금 우호적인 감정을 갖는 것으로 나타났다. 성별로 비교하면 남녀 간의 차이가 거의 없었고, 연령대별로 비교하면 연령대가 높을수록 보다 친밀한 감정을 갖는 것으로 나타났다. 거주 지역별 차이는 두드러지지 않았고, 학력별로는 고졸 이하 학력 소지자들이 대재 이상 학력 소지자들보다 재외동포에 대해 보다 더 우호적인 감정을 가졌다. 직업별로 비교하면 농/임/어업에 종사하는 사람들이 가장 우호적이었고 학생들이 가장 비우호적이었다. 주관적 생활수준에 따른 차이는 중류층이 가장 우호적이었고 상류층이 가장 비우호적이었다. 월평균 가족 소득에 따른 차이는 200만 원 이하에서 가장 우호적이었고 400~500만원 구간에서 가장 비우호적이었다. 가구원 구성에 따른 차이는 2인 가구가 가장 우호적이었고 3인 가구가 가장 비우호적이었다. 이념 성향에 따른 차이는 진보 성향보다 보수 성향을 가진 사람들이 재외동포에 대해 더욱 우호적이었다.

[표 2] 재외동포에 대한 느낌(%)

	①외국인이라고 느껴진다	②외국인에 가깝다고 느껴진다	①+② 외국인이라고 느껴진다	③한국 국민에 가깝다고 느껴진다	④한국 국민이라고 느껴진다	③+④ 한국 국민이라고 느껴진다	우호적 - 비우호적 감정 차이
<b>전체</b>	6.3	35.8	42.1	40.3	17.6	57.9	15.8
<b>성별</b>							
남자	5.7	36.3	42.0	38.7	19.3	58.0	16
여자	6.9	35.4	42.2	41.8	15.9	57.8	15.6
<b>연령</b>							
19-29세	11.6	48.2	59.8	32.3	7.9	40.2	-19.6
30-39세	9.9	39.8	49.7	38.6	11.7	50.3	0.6
40-49세	3.0	36.5	39.4	42.9	17.7	60.6	21.2
50-59세	5.4	34.2	39.6	41.1	19.3	60.4	20.8
60세이상	3.8	26.2	30.0	43.8	26.2	70.0	40

	①외국인 이라고 느껴진다	②외국인에 가깝다고 느껴진다	①+② 외국인이 라고 느껴진다	③한국 국민에 가깝다고 느껴진다	④한국 국민이라고 느껴진다	③+④ 한국 국민이라고 느껴진다	우호적 - 비우호적 감정 차이
<b>거주지역</b>							
서울	7.7	36.4	44.1	36.4	19.5	55.9	11.8
인천/경기	5.6	37.6	43.2	41.3	15.5	56.8	13.6
대전/세종/충청	4.7	36.8	41.5	38.7	19.8	58.5	17
광주/전라	5.1	32.7	37.8	43.9	18.4	62.2	24.4
대구/경북	8.1	34.3	42.4	37.4	20.2	57.6	15.2
부산/울산/경남	7.0	34.4	41.4	40.8	17.8	58.6	17.2
강원/제주	4.8	33.3	38.1	52.4	9.5	61.9	23.8
<b>학력</b>							
고졸이하	7.0	32.0	39.0	42.4	18.6	61.0	22
대재이상	5.6	39.6	45.2	38.2	16.6	54.8	9.6
<b>직업</b>							
농/임/어업	0.0	10.0	10.0	60.0	30.0	90.0	80
자영업	3.4	35.2	38.6	35.2	26.1	61.4	22.8
판매/영업/서비스	2.9	32.9	35.7	38.6	25.7	64.3	28.6
생산/기능/노무	8.5	41.5	50.0	34.1	15.9	50.0	0
사무/관리/전문	8.3	35.0	43.3	41.5	15.2	56.7	13.4
주부	6.1	37.1	43.1	41.6	15.2	56.9	13.8
학생	6.5	53.2	59.7	30.6	9.7	40.3	-19.4
무직/퇴직/기타	4.2	28.9	33.1	45.8	21.1	66.9	33.8
<b>주관적생활수준</b>							
상	0.0	48.5	48.5	48.5	3.0	51.5	3
중	5.5	34.3	39.8	44.2	16.0	60.2	20.4
하	7.1	36.0	43.1	37.5	19.3	56.9	13.8
<b>월평균 가구소득</b>							
200만원미만	7.4	27.0	34.5	43.9	21.6	65.5	31
200-300만원	6.9	37.1	44.0	37.1	18.9	56.0	12
300-400만원	5.9	36.2	42.2	40.5	17.3	57.8	15.6
400-500만원	4.5	44.2	48.7	35.3	16.0	51.3	2.6
500-600만원	7.4	33.6	41.0	45.9	13.1	59.0	18
600-700만원	11.1	31.7	42.9	39.7	17.5	57.1	14.2
700만원이상	4.0	37.1	41.1	41.1	17.9	58.9	17.8
<b>가구원구성</b>							
1인가구	9.3	31.5	40.7	40.7	18.5	59.3	18.6
2인가구	4.3	30.3	34.6	41.8	23.6	65.4	30.8
3인가구	7.1	39.2	46.3	39.2	14.5	53.7	7.4
4인가구이상	6.1	37.5	43.6	40.1	16.3	56.4	12.8

	①외국인 이라고 느껴진다	②외국인에 가깝다고 느껴진다	①+② 외국인이 라고 느껴진다	③한국 국민에 가깝다고 느껴진다	④한국 국민이라고 느껴진다	③+④ 한국 국민이라고 느껴진다	우호적 - 비우호적 감정 차이
<b>이념성향(11점)</b>							
진보(0-4)	5.8	38.3	44.1	37.7	18.2	55.9	11.8
중도(5)	6.7	35.1	41.7	41.2	17.0	58.3	16.6
보수(6-10)	6.4	33.8	40.2	42.1	17.7	59.8	19.6

일반국민이 재외동포에 대해 갖는 인식은 일반적으로 긍정적이다. 재외동포가 대한민국의 경제발전에 기여한다고 생각하는 응답자 비율은 30.1%로 그렇지 않다고 생각하는 비율 15.4%보다 두 배가량 높았다. 대한민국의 국제외교에 기여한다고 생각하는 비율은 53.6%로 그렇지 않다고 생각하는 비율 10.1%보다 무려 5배가량 높았다. 해외에서 한국 상품을 구매하고 홍보하는데 기여한다는 비율은 54.9%로 그렇지 않다고 생각하는 비율 10.7%보다 5배가량 높았다. K-pop과 같은 한류가 세계적으로 확산하는데 기여한다고 생각하는 비율은 61.1%로 그렇지 않다고 생각하는 비율 9.7%보다 6배가량 높았다. 그럼에도 불구하고 재외동포는 자기에게 유리할 때는 동포, 불리할 때는 외국인 행세를 한다고 생각하는 비율은 44%로 그렇지 않다고 생각하는 비율 15.2%보다 거의 3배 높았다. 이와 같은 양가감정으로 인해 재외동포는 한민족이기 때문에 일반 외국인보다 우대해야 한다고 생각하는 비율은 35.2%로 그렇지 않다고 생각하는 비율 24.7%보다 조금 높았다. 전체적으로 재외동포가 한국의 정치, 경제, 문화 발전에 기여한다는 점은 인정하면서도 자신들의 유불리에 따라 기회주의적으로 처신하는 것에 대한 부정적인 태도가 있어서 재외동포를 한민족으로 인식하고 일반 외국인보다 우대하는 점에 대해서는 전폭적으로 지지하지 않는다.

[표 3] 재외동포에 대한 인식(%)

	매우 찬성	대체로 찬성	찬성도 반대도 아님	대체로 반대	매우 반대	모르 겠음	찬성- 반대 차이
1. 대한민국의 경제발전에 기여한다	1.9	28.2	46.7	11.6	3.8	7.8	14.7
2. 대한민국의 국제외교에 기여한다	3.6	50.0	31.5	7.2	2.9	4.8	43.5
3. 해외에서 한국 상품을 구매하고 홍보하는데 기여한다	5.7	49.2	29.7	7.8	2.9	4.7	44.2

	매우 찬성	대체로 찬성	찬성도 반대도 아님	대체로 반대	매우 반대	모르겠음	찬성-반대 차이
4. K-pop과 같은 한류가 세계적으로 확산하는데 기여한다	11.7	49.4	25.8	7.2	2.5	3.4	51.4
5. 재외동포는 자기에게 유리할 때는 동포, 불리할 때는 외국인 행세를 한다	11.9	32.1	35.8	11.2	4.0	5.0	28.8
6. 재외동포는 한민족이기 때문에 일반 외국인보다 우대해야 한다	3.7	31.5	36.5	16.5	8.2	3.6	10.5

#### 4. 귀환 재외동포 지원정책에 대한 인식

2011년 국적법 개정에 따라 65세 이상 외국 국적 재외동포가 한국 국적을 취득하여 복수국적을 가질 수 있게 되었다. 이런 복수국적 제도에 대해 알고 있는 응답자 비율은 30.8%, 모르고 있는 비율은 69.2%로 나타나서 응답자의 다수가 65세 이상의 귀환 재외동포의 복수국적 제도에 대해 무지한 것으로 밝혀졌다. 복수국적 재외동포가 한국에서 생활하면서 한국인과 동등한 권리와 복지혜택을 받는 것에 대해 ‘매우 찬성’ 2.3%, ‘대체로 찬성’ 20.8%, ‘찬성도 반대도 아님’ 33%, ‘대체로 반대’ 31.3%, ‘매우 반대’ 12.6%로 나타났다. 전반적으로 반대의 비율(43.9%)이 찬성의 비율(23.1%)의 2배 정도였다. 연령대별로는 30대, 거주 지역별로는 대구/경북, 직업별로는 주부, 월평균 가구소득별로는 600-700만원 구간에서 찬성의 비율이 특히 낮았다.

한국은 현재 고령화가 빠르게 진행되면서 노인들의 사회복지비용에 대한 우려가 심해지고 있다. 이런 상황에서 65세 이상의 재외동포가 귀환하는 것에 일반국민의 인식은 우호적이기 어렵다. 실제로 조사 결과, 65세 이상 복수 국적 재외동포들이 국내에서 증가하는 것에 대해 응답자의 17.1%는 찬성하였고, 37.1%는 찬성도 반대도 안했고, 45.8%는 반대하여 반대 비율이 찬성 비율의 3배에 달했다. 반면 경제활동이 가능한 젊은 연령층의 재외동포가 국내로 취업하러 귀환하는 것에 대해서는 보다 우호적인 의견이 많았다. 응답자의 40.8%가 찬성했고, 35.8%는 찬성도 반대도 안했고, 23.4%가 반대했다. 65세 이상 노인층과 대비되게 젊은 연령층의 재외동포

의 귀환에 대해서는 찬성 비율이 반대 비율보다 두 배 가량 높았다.

보건복지부 ‘기초노령연금제도’에 따르면, 만 65세 이상의 한국 국적을 가지고 국내 거주를 하는 자는 기초연금을 수급 받을 수 있다. 하지만 일반국민 중 이런 제도에 대해 알고 있는 사람들은 소수이다. 응답자의 12.4%만이 알고 있고, 87.6%는 모르고 있다고 응답했다. 이런 제도에 대한 일반국민의 인식은 더욱 부정적이다. 65세 이상 복수국적 재외동포가 기초연금을 수급 받는 것에 대해서 응답자의 8.5%만이 찬성했고, 18.1%는 찬성도 반대도 안했고, 73.4%는 반대했다. 반대 비율은 찬성 비율의 8.6배에 달해서 일반국민의 세금 부담으로 이어지는 이런 제도에 대해 강하게 반대했다.

재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률(제 14조)에 따르면, 국내거소신고를 한 외국국적동포는 90일 이상 대한민국 안에 체류하는 경우에는 『국민건강보험법』 등에 따라 건강보험을 적용받을 수 있다. 이런 제도를 알고 있는 응답자는 34.6%, 모르고 있는 응답자는 65.4%로 모르고 있는 비율이 더욱 높았다. 일반국민의 재정 부담이 들어가는 국민건강보험<sup>1)</sup>에 국내 거주 재외동포들이 적용받는 것에 대해 응답자의 22.2%는 찬성했고, 23.9%는 찬성도 반대도 안했고, 53.9%는 반대했다. 물론 찬성 또는 찬성도 반대도 아닌 의견을 보인 응답자 비율이 반대 의견을 보인 응답자 비율보다 낮았지만 앞서 소개한 기초연금 수급과 비교해서 반대하는 정도가 낮았다.

국내 거주 재외동포들이 국민건강보험의 혜택을 받기 위한 조건들로 민간 보험 가입, 해외여행자보험 가입, 수술 또는 입원 치료의 제한, 본인 전액 부담 등에 일반국민의 의견을 조사한 결과 보험 혜택의 범위를 축소하거나 본인이 비용을 부담하는 방안에 대해 찬성하는 비율이 높았다. 구체적으로 실손 보험과 같은 민간 보험에 가입한 사람들에게만 국민건강보험의 적용을 받게 하는 방안에 대해서는 응답자의 37.5%가 찬성했고, 28.6%는 찬성도 반대도 안했고, 30.6%는 반대했다. 해외여행자보험을 들게 하는 방안에 대해서 응답자의 30%가 찬성했고, 32.2%는 찬성도 반대도 안했고, 34.2%는 반대했다. 경미한 질병 치료는 허용하되 수술이나 입원 치료를

1) 2017년 국민의 4대 보험료(국민 건강 보험 포함) 부담이 큰 폭으로 증대 하였고, 정부에서 ‘2022년까지 건강보험료를 30.6조 원 늘려 소요 재정을 충당’ 계획이 발표 되었고, 건강보험료는 평균 3.2% 상승하고 있는 것으로 나타났다.

해야 하는 중증 질환에 대해서는 의료서비스를 제한해야 한다는 방안에 대해서 응답자의 43.9%는 찬성했고, 29%는 찬성도 반대도 안했고, 24.9%는 반대했다. 그리고 본인의 의료비는 본인이 전액 부담하는 방안에 대해 응답자의 과반수에 가까운 48.4%가 찬성했고, 28.9%는 찬성도 반대도 안했고, 21.1%는 반대했다.

[표 4] 재외동포 국민건강보험 적용 조건에 대한 의견(%)

	사례수 (명)	찬성	반대	찬성도 반대도 아님	모르 겠음	계
민간보험 가입자에게만 국민건강보험 적용을 받게 해야 함	(1,000)	37.5	30.6	28.6	3.3	100.0
해외여행자보험 가입자에게만 국민건강보험 적용을 받게 해야 함	(1,000)	29.9	34.2	32.2	3.7	100.0
경미한 질병 치료 허용, 수술이나 입원 치료 반대	(1,000)	43.9	24.9	29	2.2	100.0
본인의 의료비는 본인이 전액 부담	(1,000)	48.4	21.1	28.6	1.9	100.0

### 5. 재외국민 특별전형에 대한 인식

일정 기간(고교 1년 포함 3년 이상) 해외에 거주한 자와 재외국민은 ‘재외국민 특별전형’<sup>2)</sup>을 통해 국내 고등학교 졸업자들과 경쟁하지 않고 그들만의 경쟁 과정을 거쳐 국내 대학에 입학할 수 있다. 이 제도의 수혜를 받기 위한 기본 충족 요건은 해외에서 만 3년 이상을 거주해야 하며 부모 중 한명과 1년 6개월 이상을 함께 거주해야 하는 것이다. 그리고 이 제도의 혜택을 받을 수 있는 대상자는 재외국민, 주재원 자녀 등이다. 이 제도에 대해 알고 있는 응답자는 41.8%였고, 모르고 있는 응답자는 58.2%였다. 재외국민을 포함한 재외동포에 관한 다른 제도들보다는 인지하고 있는 비율이 높았다. 국내에서 공부해서 높은 경쟁률을 뚫고 대학에 진학해야 하는 내국인 학생들과 비교해서 특혜에 가깝다고 볼 수 있는 이 제도에 대한 일반국

2) 『재외국민 특별전형제도』의 지원자격은 1) 고등학교 과정을 최소한 1년 이상 포함할 것, 2) 거주 및 수학 기간이 최소한 만3년이 넘을 것, 3) 부모 중 한 명이 자녀의 고교 과정 6개월 이상을 포함한 총 1년 6개월 이상을 함께 체류 하는 것이다.

민의 인식은 부정적이었다. 응답자의 12.1%가 찬성했고, 28.1%는 찬성도 반대도 안 했고, 60%가 반대했다. 반대자가 찬성자의 5배에 달할 만큼 이 제도에 대해 부정적인 인식이 강했다.

현행 재외국민 특별전형제도를 개선하는 방안들로서 정원 축소, 수학능력 검증을 위한 보다 엄격한 선발제도 도입, 특별전형 지원 자격요건 강화, 현행 제도 폐지에 대한 일반국민의 의견을 조사했다. 결과는 특별전형에 지원할 수 있는 자격 요건을 현행보다 강화하는 것에 대해 찬성하는 비율(73.6%)과 대학에서의 수학 능력을 검증하기 위한 보다 엄격한 선발제도를 개발하는 것에 대해 찬성하는 비율(73.6%)이 특별히 높았다. 현행 특별전형제도를 폐지하는 방안에 대해서는 찬성하는 비율(47.4%)이 반대(15%), 찬성도 반대도 아님(34.7%) 비율보다 높았지만 다른 방안들과 비교해서 지지하는 비율이 낮았다.

[표 5] 재외국민 특별전형제도 개선방안에 대한 의견(%)

	사례수 (명)	찬성	반대	찬성도 반대도 아님	모르 겠음	계
재외국민 특별전형 정원 축소	(1,000)	61.7	9.0	26.5	2.8	100.0
보다 엄격한 선발제도 개발	(1,000)	73.6	6.0	18.5	1.9	100.0
특별전형 지원 자격요건 강화	(1,000)	74.6	5.3	18.6	1.5	100.0
현행 제도 폐지	(1,000)	47.4	15.0	34.7	2.9	100.0

## 6. 선천적 복수국적자의 병역의무에 대한 인식

한국은 국적에 있어서 혈통주의(속인주의)를 택하기 때문에 한국인을 부 또는 모로 하여 출생지주의(속지주의)를 택하는 국가(예를 들어, 미국)에서 출생한 사람은 태어나면서 한국 국적과 미국 국적을 동시에 가지게 되어 복수국적자가 된다. 그런데 한국은 원칙적으로 단일국적주의를 택하기 때문에 선천적 복수국적자는 만 22세에 도달하면 한국 국적과 외국 국적 중 하나를 선택해야 한다(국적법 제12조). 한국인 남성은 병역의 의무를 수행해야 하기 때문에 18세가 되는 해 3월말까지 하나의

국적을 선택해야 하며, 그 기간 내 국적을 이탈하지 않은 사람은 병역의무가 있다. 다만 외국에 거주하는 복수국적자는 해당 요건들을 갖추면 37세까지 병역을 연기 받을 수 있다.<sup>3)</sup>

한국의 남성들은 누구나 청춘을 군복무에 바쳐야하기 때문에 병역의 형평성은 매우 중요한 사안이다. 특히 사회 지도층 인사나 그들의 자녀의 병역 비리는 전 국민의 공분을 사는 문제이다. 2002년 가수 ‘유승준’은 병역의 의무를 이행하지 않고 미국 국적을 취득하여 논란이 되었다. 유승준은 1999년 7월 언론을 통해 ‘제1 연평해전에서 느낀 점이 많아 해병대에 자원입대 할 것’ 이라고 인터뷰 하였고, 2002년 1월 군복무를 앞두고 가족이 거주하고 있는 LA로 인사차 방문하였다. 같은 달 유승준은 미국 시민권을 취득하고 대한민국 국적 포기 신청을 하였다. 그리고서 같은 해 2월 대한민국에서 연예 활동을 하기 위해 입국을 시도하였으나 법무부 산하 출입국관리 사무소에서 입국을 거절당하였다. 이후 지속적으로 대한민국 방문을 시도하였고, 2015년 5월 온라인 방송인 ‘아프리카 TV’ 방송을 통해 과거에 대해 사과하였으나 일반국민의 부정적인 정서를 돌이킬 수 없었다. 같은 해 8월 재외동포 자격의 F-4 비자 신청을 하였으나 LA총영사관에서 비자발급을 거부당하였고, 10월 유승준은 비자발급 거부 취소 소송을 서울지방법원에 제기하였다. 2016년 9월 비자발급 소송 1심 원고 패소하였고, 2017년 2월 2심에서 패소하였다. 그러나 2019년 7월 대법원 상고심에서 ‘비자발급 거부’에 대해 위헌 결정이 내려졌다. 이 사건은 현재까지 유승준의 입국 여부와 활동 여부에 대해 논란의 중심이 되었다.

응답자들이 유승준의 국내 입국과 활동에 대해 어떤 의견을 갖고 있는지를 조사한 결과 응답자의 7.2%는 ‘국내 입국과 국내 활동을 모두 허가해야 한다’, 41.1%는 ‘국내 입국은 허가하되 국내 활동은 금지해야 한다’, 47.1%는 ‘국내 입국과 국내 활동 모두를 금지해야 한다’, 4.6%는 ‘모르겠다’고 응답했다. 이런 결과는 유승준의 국내 입국에 대해서도 부정적인 인식이 많지만 특히 국내 활동은 허용해서는 안된다는 의견이 압도적으로 많았다.

병역의무의 형평성을 보장하기 위해 정부는 병역의무를 이행하지 않는 사람에게

3) 외국의 영주권이나 시민권을 가진 부 또는 모와 같이 국외에서 계속 거주하는 사람, 부모와 같이 24세 이전부터 국외에서 계속 거주하는 사람, 국외에서 10년 이상 계속하여 거주하고 있는 사람

는 상응하는 처벌과 불이익을 가하고 있다. 현행법은 병역을 마치거나 면제받지 않은 상태에서 대한민국 국적을 이탈 또는 상실한 외국국적동포에 대해 병역의무 종료 연령인 40세까지 재외동포체류자격(F-4)을 불허하여 국내 입국과 활동을 제한하고 있다.<sup>4)</sup>

응답자들에게 이 제도에 대해 알고 있는지를 조사한 결과 44.7%는 알고 있고, 55.3%는 모른다고 응답했다. 재외동포가 병역 기피의 목적으로 40세까지 해외에서 거주한 후 국내로 입국하여 사회경제적 활동을 하는 것을 방지하기 위한 방안으로 재외동포체류자격 신청 가능 연령을 조정하는 것이 있다. 이런 방안에 대해 응답자의 37.1%는 영구적으로 입국을 제한해야 한다는 강경한 입장을 취했고, 22.5%는 50세로 연장, 7.2%는 45세로 연장해야 한다는 의견을 보였다. 현행대로 40세로 해

[표 6] 병역 기피자 국내 입국 허용 연령 변경에 대한 의견

	N	%
현행대로 40세로 해야 한다	194	19.4
35세로 축소해야 한다	61	6.1
45세로 연장해야 한다	72	7.2
50세로 연장해야 한다	225	22.5
영구적으로 입국을 제한해야 한다	371	37.1
모르겠다	77	7.7
계	1,000	100.0

4) 『재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률』 제5조 제2항 제1호에 따르면, ‘외국국적동포가 1) 현역·상근 예비역 또는 보충역으로 복무를 마치거나 마친 것으로 보게 되는 경우, 2) 전시근로역에 편입된 경우, 3) 병역면제처분을 받은 경우 중 어느 하나에 해당하지 않는 상태에서 대한민국 국적을 이탈하거나 상실하여 외국인이 된 남성은 재외동포체류자격을 부여하지 않는다’로 명시되어 있다. 다만 『재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률』 제5조 제2항 단서에 따르면, 법무부장관이 필요하다고 인정하는 경우에는 외국국적동포가 41세가 되는 해 1월 1일부터 재외동포체류자격을 부여할 수 있다고 명시되어 있다. 2017년 9월 『재외동포법』 일부 개정안이 통과되었는데, 개정안은 병역을 마치거나 면제받지 않은 상태에서 국적을 이탈·상실한 외국 국적의 동포에 대해 병역의무 종료 연령인 40세까지 재외 동포 체류자격(F-4) 비자 발급을 제한하는 내용이다. 이 법안이 제시된 배경에는 병역의무는 납세의무와 더불어 국가라는 정치적 공동체의 존립·유지를 위하여 국가 구성원인 국민에게 그 부담이 돌아갈 수밖에 없는 것으로, 병역의무의 부과를 통하여 국가방위를 도모하는 것은 국가공동체에 필연적으로 내재하는 헌법적 가치라는 인식이 자리잡고 있다. 또한, 병역을 회피한 외국국적 동포에게 재외동포체류자격(F-4비자)을 허용하는 것은 대한민국에서 다른 국가와 비교할 수 없을 정도로 강력하고도 절대적인 사회적 요구이자 헌법적 요청인 병역부담평등의 원칙을 저버리는 것이라고 생각하기 때문이다.

야 한다는 의견을 보인 응답자 비율은 19.4%, 35세로 축소해야 한다는 의견을 보인 응답자 비율은 6.1%에 불과했다.

## 7. 요약 및 결론

일반국민은 재외동포에 대해 전반적으로 우호적인 감정을 갖고 있다. 재외동포를 외국인과 가깝거나 외국인이라고 느끼는 사람들의 비율은 42.1%, 한국국민에 가깝거나 한국국민이라고 느끼는 비율은 57.9%로 보다 우호적인 감정을 가진 사람들이 좀 더 많았다.

일반국민이 재외동포에 대해 갖는 인식 역시 전반적으로 긍정적이다. 재외동포가 대한민국의 경제발전과 국제외교에 기여한다거나 해외에서 한국 상품을 구매하고 홍보하는데 기여한다거나 K-pop과 같은 한류가 세계적으로 확산하는데 기여한다고 생각하는 비율이 그렇지 않다고 생각하는 비율보다 높았다. 그럼에도 불구하고 재외동포는 자기에게 유리할 때는 동포, 불리할 때는 외국인 행세를 한다고 생각하는 비율이 그렇지 않다고 생각하는 비율보다 훨씬 높았다.

일반국민은 재외동포의 국내 활동을 촉진하기 위한 여러 제도들에 대해 무지한 상태이다. 65세 이상 외국 국적 재외동포가 한국 국적을 취득하여 복수국적을 가질 수 있는 것과 이들이 기초연금을 수급하고 국민건강보험의 혜택을 받을 수 있는 것에 대해 무지한 사람들이 많았다. 무엇보다 65세 이상의 재외동포들이 복수국적을 부여받고 내국인과 동일하게 기초연금을 수급하거나 국민건강보험에 적용되는 것에 대해서 찬성하는 사람들보다 반대하는 사람들이 더욱 많았다. 특히 국민건강보험의 재정 적자로 인해 의료보험료가 계속 상승하는 상황에서 65세 이상 재외동포들이 받을 수 있는 의료서비스를 제한해야 하거나 본인이 의료비를 전액 부담해야 한다는 의견이 상당히 강했다.

재외국민 특별전형제도에 대해서는 다른 제도들과 비교해서 인지도는 높은 편이었는데 이 제도에 대해서도 여전히 부정적인 의견이 강했다. 이 제도가 편법적인 대학 입학의 통로로 쓰일 수 있다는 우려에서 지원 자격 요건을 강화하거나 수학능력을 검증하기 위한 보다 엄격한 선발제도를 개발해야 한다는 의견이 상당히 강했다.

병역을 기피한 목적으로 해외에서 장기 거주했다가 한국으로 입국하여 활동하려는 사람들을 억제하기 위해 영구적으로 입국을 제한해야 한다거나 입국할 수 있는 연령을 현행 40세에서 45세 또는 50세로 연장해야 한다는 의견이 상당히 강했다.

이와 같은 결과들을 종합적으로 정리하면 일반국민은 재외동포에 대해 대체로 우호적인 감정과 긍정적인 인식을 갖고 있으나 이들이 한국에 기여하기보다 편승하여 재정 부담이 되거나 편법을 써서 병역을 기피하거나 대학에 입학하려고 할 경우에는 매우 강한 반감을 표시했다. 희소한 자원을 둘러싼 배분의 문제, 병역과 같은 의무 문제에 있어서는 동포에보다 기여도와 형평성이 실질적으로 중요하게 작용한다. 이런 점을 정부는 재외동포 정책을 수립할 때 고려할 필요가 있다. 특히 귀환 재외동포에게 한국국적을 부여한 이후에는 내국인과 동등하게 대우해야 하기 때문에 처음부터 한국국적을 부여할 때 보다 신중할 필요가 있다. 더욱이 귀환 재외동포가 증가하고 이들이 한국사회경제에 미치는 영향이 커지는 상황에서 현재의 귀환 재외동포 대상 지원 정책을 현재 여건들을 고려해서 재고될 필요가 있다. 외국인이 귀화할 때 자립 능력을 중요하게 고려하는 것처럼 65세 이상 재외동포가 한국 국적을 취득할 때 경제적 자립 능력을 동일하게 중요한 요건으로 삼아야 하고 이후 기초연금 수급과 같은 문제가 악화되지 않도록 해야 한다. 아울러 국민건강보험의 적용도 기여한 만큼 받는다는 원칙에 따라 상당한 기간(예를 들어, 5년 이상) 국민건강보험료를 납부한 후에 의료서비스 혜택을 받을 수 있게 하는 방안도 고려할 필요가 있다.

**【토론】**

# “재외동포의 국내 활동과 지원 정책에 대한 국민인식”에 대한 토론문

박 정 해\*

재외동포에 관하여는 다방면 연구가 진행되고 있으며 특히 정책 방향에 관하여는 정치 일각에서도 관심을 기울이고 있지만 이번 연구가 의미 있는 것은 기존 연구들에 비하여 좀 더 근원적인 문제에 관심을 가지고 있다는 점입니다. 기존에는 대부분 정책 내용과 효용성 등의 결과 분석을 통해 대안을 모색하려고 한 것인 반면 이번 연구는 정책 방향이나 내용의 결정에 영향을 미칠 수 있는 국민의 인식을 다루고 있습니다. 보이지 않는 힘으로 작용하는 여론의 방향을 읽을 수 있다는 점에서, 재외동포 정책 자체의 방향성 모색 뿐 아니라 국민들의 인식을 바람직한 방향으로 유도하기 위하여 어떤 노력이 필요한지를 고민하게 되는 연구라 생각합니다.

## 1. 연구 결과의 요지

이 연구의 결과를 간략하게 도식화하면 다음과 같습니다.

인식대상	긍정적	부정적	시사점
재외동포일반	-경제발전기여 -국제외교 -한류확산에 기여	-기회주의적(유리할 때는 동포, 불리할 때는 외국인행세)	-경제적 이해관계를 우선적으로 고려
귀환재외동포정책	-경제활동인구 찬성 -실손+국민건강보험	-65세 이상에 대해 부정적 -국민건강보험에 대해 부정적	
재외국민특별전형	-엄격한선발제도 -자격요건강화	-특별전형에 대해 부정적	-정의와 평등의 차원
선천적복수국적자 병역의무		-국내입국 및 활동허가 금지 -병역기피자 영구입국규제	

\* 법률사무소 허브

## 2. 재외동포에 대한 인식에 관하여

### 가. 재외동포의 호감도에 미치는 변수

발제자는 일반 국민이 재외동포에 대해 전반적으로 우호적인 감정을 갖고 있다는 분석만 하였으나 그 내부 구성비율을 보면 호감도와 접촉 빈도의 상관관계가 있을 수 있다는 사실이 발견됩니다.

#### 2. 응답자의 인구사회학적 특성

거주 지역별 차이는 두드러지지 않았고, 학력별로는 고졸 이하 학력 소지자들이 대재 이상 학력 소지자들보다 재외동포에 대해 보다 더 우호적인 감정을 가졌다. 직업별로 비교하면 농/임/어업에 종사하는 사람들이 가장 우호적이었고 학생들이 가장 비우호적이었다. 주관적 생활 수준에 따른 차이는 중류층이 가장 우호적이었고 상류층이 가장 비우호적이었다. 월평균 가족 소득에 따른 차이는 200만 원 이하에서 가장 우호적이었고 400~500만원 구간에서 가장 비우호적이었다. 가구원 구성에 따른 차이는 2인 가구가 가장 우호적이었고 3인 가구가 가장 비우호적이었다. 이념 성향에 따른 차이는 진보 성향보다 보수 성향을 가진 사람들이 재외동포에 대해 더욱 우호적이었다.

위 내용을 보면 재외동포에 대한 인식의 형성과정이 보입니다. 재외동포와 접촉을 많이 하는 사람들. 동포와 삶의 현상이 근접해있거나 동포를 고용하여 함께 일을 하는 사람들은 재외동포에 대해 우호적이나 재외동포와의 접촉이 많지 않은 사람들-학생, 상류층-은 비교적 비우호적이라는 점입니다. 이는 자주 접촉을 하면 우리와 동일한 감정과 마음을 가진 사람으로서 인지상정의 정서를 나눌 수 있다고 생각하는 반면 접촉을 하지 않으면 선입견과 편견에 의하여 막연한 두려움의 대상으로 이해하는 것 같습니다.

### 나. 재외동포의 국적에 따른 인식의 편차

나아가 발표자는 일반적으로 재외동포에 대해 국민들이 우호적이라고 하나 재외동포를 국적별로 나누어 보면 상당한 편차가 있을 것으로 보입니다.

서울대산학협력단에서 2018. 12. “한국형 이민통합 개발지수 개발 연구”라는 제목으로 법무부 연구 용역을 추진하였는데, 그 내용 중 아래와 같은 설문 결과가 있습니다.

<표 5-8> 외국인 국적별 사회적 거리감

(단위: 명, %)

		1)	2)	3)	4)	5)	6)	7)	8)
		나의 가족 또는 나와 결혼할 수 있다	친구 또는 유배로 사귄 수 있다	우리 회사에 취업해도 좋다	내가 사는 마을에 살아도 좋다	우리나라에 정착하여 살기도 좋다	우리나라에 단기간 머물러도 좋다	우리나라에 들어오는 것을 제한하고 싶다	잘 몰라 선택할 수 없다
1. 미국	빈도 (%)	279 (14)	441 (22.1)	199 (10)	337 (16.9)	388 (19.4)	243 (12.2)	42 (2.1)	71 (3.6)
2. 영국	빈도 (%)	265 (13.3)	433 (21.7)	208 (10.4)	343 (17.2)	400 (20)	240 (12)	32 (1.6)	79 (4)
3. 프랑스	빈도 (%)	250 (12.5)	421 (21.1)	199 (10)	366 (18.3)	398 (19.9)	248 (12.4)	30 (1.5)	88 (4.4)
4. 독일	빈도 (%)	269 (13.5)	424 (21.2)	208 (10.4)	345 (17.3)	415 (20.8)	224 (11.2)	27 (1.4)	88 (4.4)
5. 일본	빈도 (%)	227 (11.4)	353 (17.7)	182 (8.1)	315 (15.8)	340 (17)	302 (15.1)	227 (11.4)	74 (3.7)
6. 북한	빈도 (%)	138 (6.9)	298 (14.8)	158 (7.9)	285 (13.3)	490 (24.5)	229 (11.5)	261 (13.1)	163 (8.2)
7. 북한이탈주민	빈도 (%)	138 (6.8)	305 (15.3)	166 (8.3)	288 (14.4)	615 (30.8)	181 (9.1)	177 (8.9)	132 (6.6)
8. 네팔	빈도 (%)	95 (4.8)	293 (14.7)	183 (9.2)	305 (15.3)	445 (22.3)	410 (20.5)	113 (5.7)	156 (7.8)
9. 동티모르	빈도 (%)	78 (3.9)	270 (13.5)	155 (7.8)	282 (14.1)	398 (19.9)	442 (22.1)	147 (7.4)	228 (11.4)
10. 라오스	빈도 (%)	88 (4.3)	261 (13.1)	187 (9.4)	296 (14.8)	410 (20.5)	440 (22)	142 (7.1)	198 (9.9)
11. 러시아	빈도 (%)	145 (7.3)	291 (14.6)	181 (9.1)	314 (15.7)	439 (22)	399 (20)	108 (5.4)	123 (6.2)
12. 러시아 동포 (고려인)	빈도 (%)	160 (8)	320 (16)	188 (9.4)	350 (17.5)	549 (27.5)	235 (11.8)	75 (3.8)	123 (6.2)
13. 몽골	빈도 (%)	102 (5.1)	318 (15.9)	170 (8.5)	308 (15.3)	495 (24.8)	398 (19.9)	81 (4.1)	130 (6.5)
14. 미얀마	빈도 (%)	78 (3.9)	269 (13.5)	184 (9.2)	271 (13.6)	444 (22.2)	474 (23.7)	133 (6.7)	167 (8.4)
15. 방글라데시	빈도 (%)	73 (3.7)	268 (13.3)	187 (9.4)	257 (12.9)	433 (21.7)	496 (24.8)	147 (7.4)	161 (8.1)
16. 베트남	빈도 (%)	114 (5.7)	300 (15)	207 (10.4)	285 (14.3)	498 (24.9)	403 (20.2)	95 (4.8)	98 (4.9)
17. 스리랑카	빈도 (%)	75 (3.8)	270 (13.5)	185 (9.3)	271 (13.6)	442 (22.1)	485 (23.3)	151 (7.6)	161 (8.1)
18. 우즈베키스탄	빈도 (%)	122 (6.1)	277 (13.9)	182 (9.1)	282 (14.1)	471 (23.6)	429 (21.5)	105 (5.3)	132 (6.6)
19. 인도네시아	빈도 (%)	86 (4.3)	275 (13.8)	170 (8.5)	291 (14.6)	447 (22.4)	461 (23.1)	133 (6.7)	137 (6.9)
20. 중국	빈도 (%)	117 (5.9)	271 (13.6)	157 (7.9)	222 (11.1)	352 (17.6)	416 (20.8)	369 (18.5)	98 (4.8)
21. 중국 동포 (조선족)	빈도 (%)	108 (5.3)	245 (12.3)	153 (7.7)	236 (11.8)	424 (21.2)	308 (15.4)	435 (21.8)	93 (4.7)
22. 카자흐스탄	빈도 (%)	99 (5)	273 (13.7)	151 (7.6)	289 (13.5)	458 (22.8)	454 (22.7)	124 (6.2)	174 (8.7)
23. 카자흐스탄	빈도 (%)	121 (6)	295 (14.8)	178 (8.9)	318 (15.9)	549 (27.5)	298 (14.9)	95 (4.8)	148 (7.4)

○ 외국인 이민자의 유형별로 사회적 거리감에 대한 설문조사 결과, 한국인들은 영주권자 및 귀화자(3.44점)를 가장 가깝게 생각하며 다음으로 가깝게 생각하는 외국인 이민자 유형은 결혼이민자 자녀(3.56점), 결혼이민자(3.62점), 외국인 전문인력 및 투자자(3.64점), 외국인 유학생(3.85점), 재외동포(3.88점), 외국인 근로자(4.32점), 난민(5.83점) 순임

위 내용을 보면 재외동포 일반이라고 하여도 선진국의 재외동포와 후진국의 재외동포에 대한 인식의 편차가 크며 이는 경제적 이해관계에 따른 것으로 보입니다. 결국 우리 국민의 인식은 우리 정부가 지불해야 할 경제적인 대가가 크다면 절대 긍정적인 반응을 보이지 않는다고 할 수 있습니다.

### 3. 동포정책의 발전적 모색

그렇다면 앞으로 재외동포 정책 방향을 정하고 지원내용을 정함에 있어 경제적인 부분에 대한 국민들의 인식 개선이나 경제적인 지원구조의 변화가 없이는 발전하기 힘들다고 할 것입니다.

이에 발표자 역시 국민들의 인식을 고려하여 재외동포 정책의 방향성과 관련하여 1) 한국 국적 부여에 있어 신중을 기할 것, 2) 귀환 재외동포에 대한 지원 정책 재고 필요, 3) 65세 이상 귀화 조건 강화, 4) 국민건강보험 적용시 유보기간 확대를 제시하고 있습니다. 그러나 이는 그동안 재외동포 정책의 발전적 방향 모색의 결과를 반영한 정책을 다소 후퇴하도록 동기부여를 할 수 있다는 점에서 우려가 됩니다.

토론자의 입장에서 제시하는 과제는 다음과 같습니다.

재외동포는 일반 외국인보다도 체류나 정착에 있어 혜택이 주어져야 하며 이에 재외동포법을 통해 그 취지를 반영하려고 노력하고 있습니다. 국민들은 재외동포에 대해 형식적으로는 우호적인 듯하지만 실질적으로 기회비용을 박탈당하고 있다는 생각을 하는 부분에 있어서는 절대 관용적이지 않습니다. 물론 재외동포가 기여하는 대외적인 영향력을 고려하여 정서적인 양보를 유도할 수도 있겠지만 이는 현실과 동떨어진 이상일 뿐이고, 실질적인 차원에서는 동포 정책을 한 단계 발전시키면서도 국민들의 오해나 편견 및 우려 등을 불식시키는 방법을 모색해야 할 것으로 보인다.

### 1) 인식개선의 측면에서 지속적인 노력이 필요합니다.

국민들은 동포의 기회주의적인 속성을 비난하고 있으나 이는 인간의 본질적인 속성이 사회적으로 드러난 결과일 뿐 동포 그 자체의 속성이라고 보기 어렵습니다. 국민들도 동포가 한류 확산에 기여하여 실질적으로 대한민국에 경제적 부가가치를 제공한다는 점을 인정한다면 이에 대한 대가 지불의 의사가 있어야 할 것이나 그러한 결단은 없습니다. 나아가 국내에서 단순취업에 종사하는 동포의 경우, 국민들로부터 불신과 무시를 당하면서도 한국 산업구조에서 열악한 지위를 감당해 온 점에 대해서는 외면하며 그 과정에서 이들이 한국 사회에 미친 부정적 영향에만 집중하는 경향이 있습니다. 동포들의 역할에 대한 공과를 점검하는 것은 더 나은 구조를 만들려는 노력으로 발전하여야지 이들에 대한 속성을 규정하는 근거로 이용되어서는 화합의 길이 멀어지기만 할 것입니다.

### 2) 국내 체류 동포의 안정적인 정착을 위하여 동포를 포함한 외국인에 대한 비용 지불 구조의 변화가 필요합니다.

이미 외국인의 업무를 전담하는 출입국에서는 외국인이 증가하면서 대두되는 주요 과제를 갈등관리와 총당비용으로 보고 현행과 같이 일반예산책정 방식에 의해서는 외국인의 증가가 국가 예산의 증가로 이어지며 이는 결국 국민의 조세부담의 증가로 귀결되어 외국인이 원활하게 국내 적응을 할 수 있는 실질적인 대안을 마련하고 있습니다.<sup>1)</sup>

2009.부터 2014.까지 기금의 재원이 되는 세입을 추정한 결과 다음과 같습니다.<sup>2)</sup>

- 
- 1) 차용호, “외국인 사회통합기금 설치 및 운영방안”, 외국인사회통합기금신설을 위한 『제한외국인처우기본법』 개정공청회(2014. 8. 13.)
  - 2) 김종화, “외국인 사회통합기금 신설 관련 『제한외국인처우기본법』 개정법안 비용추계”, 외국인사회통합기금신설을 위한 『제한외국인처우기본법』 개정공청회(2014. 8. 13.)

**[표 2] 기금의 재원이 되는 수수료·과태료·범칙금 세입 현황 (2009년 ~ 2011년)**  
(단위: 억원)

구분	2009	2010	2011	평균
「출입국관리법」에 따른 수수료	377	481	386	414.7
「국적법」에 따른 국적업무 관련 수수료	23.5	24.6	25	24.4
「출입국관리법」에 따른 과태료·범칙금	313	345	426	361.3
<b>합계</b>	<b>713.5</b>	<b>850.6</b>	<b>837</b>	<b>800.4</b>

자료: 법무부  
주: 재외공관에 납입하는 수수료는 제외

---

**[표 3] 기금의 재원이 되는 수수료·과태료·범칙금 세입 추정 (2014년 수수료 인상 반영)**  
(단위: 억원)

구분	2009년 ~ 2011년 평균 세입	추정 세입
「출입국관리법」에 따른 수수료	414.7	829.4
「국적법」에 따른 국적업무 관련 수수료	24.4	48.8
「출입국관리법」에 따른 과태료·범칙금	361.3	361.3
<b>합계</b>	<b>800.4</b>	<b>1,239.5</b>

자료: 법무부  
주: 1. 재외공관에 납입하는 수수료는 제외  
2. 2014년 관련 규칙 개정에 따른 수수료 인상률(약 100%)을 반영함.

---

**[표 4] 외국인 사회통합기금 연간 수입 추정**  
(단위: 백만원)

항목	금액	비고
수수료·과태료·범칙금	123,950	「출입국관리법」에 따른 수수료·과태료·범칙금, 「국적법」에 따른 국적업무 관련 수수료
사회통합기여금	115	개정안에 의한 신설 항목
<b>합계</b>	<b>124,065</b>	

자료: 국회예산정책처

현재까지는 수입의 주된 재원이 수수료나 과태료, 범칙금이지만 앞으로 정착을 위한 교육이 필요한 경우 별도의 비용을 지불할 수도 있으므로 기금은 더 증가할 수 있습니다.

이렇듯 외국인이나 동포에게 지원되는 비용은 대부분 외국인들이 지불한 금원의 범위 내에 있습니다. 실질적으로 외국인들은 자신들에게 필요한 비용을 자신들이 지

불하고 있음에도 불구하고 일반 국민들은 국민의 세금이 이들에게 사용되는 것으로 오인하여 상당한 불만을 가지고 있습니다.

그러므로 외국인들에게 필요한 비용은 일반예산책정 방식이 아니라 특별 기금으로 관리 집행될 필요가 절실합니다. 이는 외국인들의 비용을 본인이 지급하도록 하는 수익자부담원칙의 실현이라는 점에서도 의미가 있지만 국민들이 자신들의 세금으로 외국인을 지원하고 있다는 왜곡된 인식을 교정하여 진정한 사회통합의 가치를 실질적으로 구현하는데도 상당한 기여를 하게 될 것으로 보입니다.



# 종합토론

- ▶ 장 세 정 논설위원(중앙일보)
- ▶ 이 현 수 교수(건국대)