



## 서울중앙지방법원

### 제 23 민사부

### 판 결

|         |                      |
|---------|----------------------|
| 사 건     | 2004가합21775 손해배상(기)  |
| 원 고     | 1. A<br>2. B<br>3. C |
| 피 고     | 대한민국                 |
| 변 론 종 결 | 2004. 8. 18.         |
| 판 결 선 고 | 2004. 9. 8.          |

### 주 문

1. 원고들의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고들의 부담으로 한다.

### 청 구 취 지

피고는 원고 A에게 금100,000,000원, 원고 B, C에게 각 금25,000,000원 및 위 각 금원에 대한 소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.



## 이 유

### 1. 기초사실

다음의 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 강제2, 11, 12호중, 을제1 내지 3호 중(가지번호 포함)의 각 기재, 증인 D의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 대한민국 국적의 원고 A는 외항선 선원으로 근무하던 중 1987. 4. 24. 자신이 승선한 선박이 호주국 소재 아들레이드에 기항한 기회를 이용하여 호주국에 밀입국하였고, 그 날부터 호주국 정부에 의하여 강제출국당한 2003. 9. 23.까지 호주국에 불법 체류하였다.

나. 원고 A는 위와 같이 호주국에 불법체류하던 중, 합법적으로 호주국에 체류하기 위하여 호주국을 상대로 1993. 12. 13.경 영주권을 신청하고, 1994. 5. 9.경 피고 대한민국 정부로부터 정치적 박해를 당하였다는 이유를 내세워 난민비자를 신청하고, 1998. 3. 25.경 난민비자 대상여부 판단을 위한 비자를 신청하고, 그밖에도 임시비자(Bridging E Visa)를 신청하는 등 수차례에 걸쳐 영주권 또는 비자를 신청하였으나 위 신청은 모두 기각되었다.

다. 한편, 원고 A는 호주국 법원으로부터 위 영주권 신청과 관련하여 허위진술을 하였다는 범죄사실로 징역 3월의 형을 선고받아 1996. 12. 6. 무렵부터 1997. 3. 무렵까지 복역하였고, 이후 1997. 11. 경 호주국 법원으로부터 폭행치상(assault occasioning actual bodily harm)의 범죄사실로 징역 6월의 형을 선고받아 1997. 12. 10. 부터 1998. 6. 9.까지 복역하였다.



라. 호주국 이민부(Department of Immigration and Multicultural Affairs)는 원고 A가 복역을 마친 1998. 6. 9. 무렵 원고 A에게 강제출국명령을 내렸으나, 원고 A는 당시 자신이 영주권을 신청한 상태라고 주장하면서 위 강제출국조치에 불복하였다.

이에 호주국 이민부는 영주권 신청심사 완료시까지 원고 A를 호주국 뉴사우스웨일즈(New South Wales, 이하 'NSW'라 한다) 주 소재 빌라우드 불법이민자 수용소(Villawood Immigration Detention Centre, 이하 '빌라우드 수용소'라 한다)에 수용하는 조치를 취하였는바, 원고 A는 그 무렵부터 빌라우드 수용소에 수용되었다.

마. 호주국 이민부는 1999. 6. 무렵 원고 A에게 동인이 빌라우드 수용소 관리들을 위협하고 다른 수용자들 및 위 수용소 환경에 해악을 끼쳤음을 이유로 동인을 실버워터 교도소(Silverwater Remand and Reception Centre)로 이송조치함을 통보하였는바, 원고 A는 1999. 6. 16. 실버워터 교도소에 이송·수감되었다.

바. 원고 A는 실버워터 교도소에 수감되어 있던 중 1999. 12. 14.부터 호주국 이민부의 교도소 이감조치에 대한 항의로서 단식투쟁을 시작하였는바, 동인은 1999. 12. 23. 호주국 이민부에 의하여 롱베이 교도소 병원으로 이송된 이후 롱베이 교도소(Long Bay Gaol)에 수감되었다가 2000. 3. 1. 빌라우드 수용소로 재이송되었다.

사. 원고 A는 빌라우드 수용소에 수용된 1998. 6. 무렵 이후에도 수차례에 걸쳐 호주국 이민부에 임시체류비자 등을 신청하였으나 호주국 이민부는 위 신청을 모두 기각하였다.

아. 또한 원고 A는 호주국에 계속 체류하기 위한 방편으로 호주국 법원에 제기된 집단소송(Kagi Class Action)에도 참가하였으나 1999. 7. 8. 호주국 법원으로부터 위 소송에 대한 기각 결정을 받았으며, 이어 1999. 7. 13. 난민자격요청 집단소송(Lie Class



Action)에도 참가하였으나 호주국 연방대법원은 2002. 12. 11. 위 소송에 대한 기각 결정을 내리면서 그 기각 결정에 불복하는 자는 2003. 5. 30.까지 개별 소송을 제기하라는 내용의 결정을 하였고, 원고 A는 2003. 5. 30.까지 개별 소송을 제기하지 아니하였다.

그리하여 원고 A가 호주국에 체류하기 위하여 동원할 수 있는 법적 수단이 더 이상 남아 있지 않게 되었는바, 호주국 정부는 2003. 9. 23. 원고 A를 강제출국시키는 조치를 취하였다.

자. 원고 B은 원고 A의 어머니이고, 원고 C은 원고 A의 형이다.

차. 대한민국 외무공무원인 총영사 E, 총영사 F, 영사 G, 영사 H 등은 1999. 6. 무렵부터 2003. 9. 무렵 사이에 시드니 총영사관에 소속되어 영사업무를 수행한 바 있다.

## 2. 청구원인에 대한 판단

### 가. 원고들의 주장

(1) 1999. 6. 무렵부터 2003. 9. 무렵까지 시드니 총영사관에 소속되어 영사 업무를 수행한 총영사 E, F, 영사 G, H, I은 그 직무를 집행함에 있어 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 재외국민보호의무의 이행을 다하지 아니하였는바, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

(가) 원고 A로부터 불법구금에 대한 구호 요청을 받고도 즉각적인 보호조치를 취하지 아니함

원고 A는 실버워터 교도소에 이감된 1999. 6. 16. 직후부터 수차례에 걸



쳐 시드니 총영사관에 전화를 하거나 편지를 보내는 방법으로 자신이 위 교도소에 이  
감된 것이 불법한 구금임을 알리며 그에 대한 구호를 요청하였다.

따라서, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들은 늦어도 1999. 6. 말경에는 원고  
A가 위 교도소 수감과 관련하여 대한민국이 자신에 대한 구호 조치를 취해줄 것을 요  
청하고 있다는 사실을 인식하고 있었다.

그러나, 위 외무공무원들은 원고 A의 위와 같은 요청을 묵살한 채 상급기관인  
주호주 대사관 및 외교통상부에 위 문제를 보고하지도 않고 또한 호주당국에 대한 엄  
중항의 및 석방·책임자처벌·배상요구 등 원고 A와 관련한 아무런 조치도 취하지 않  
고 있다가, 원고 A가 1999. 7. 28.경 청와대에 제출한 민원서를 이첩받은 외교통상부로  
부터 1999. 8. 24. 동 민원에 관하여 조사할 것을 지시받고 난 후에야 비로소 원고 A의  
민원에 대한 조치를 취하기 시작하였다.

결국, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 원고 A로부터 동인이 교도소에 이  
감된 사실을 통보받고 그에 관한 구호를 요청받았음에도 불구하고 상당한 기간 동안  
이를 주호주국 대사관에 보고하지 않고 또 외교통상부 본부로부터의 지시가 있을 때까  
지 원고 A를 적절히 보호할 수 있는 아무런 조치를 취하지 않은 것은 재외국민보호의  
무를 규정하고 있는 헌법 또는 외교통상부 예규인 각종사고시재외공관영사업무처리지  
침(이하 '영사업무처리지침'이라 한다) 등의 법령에 위배되는 위법한 부작위에 해당한  
다.

(나) 이 사건 각 보호조치를 취하지 아니함

재외국민보호의무를 규정하고 있는 헌법, 외무공무원법, 영사관계에 관한  
비엔나협약(이하 '비엔나협약'이라 한다), 영사업무처리지침 등에 의하면, 원고 A로부터



동인이 호주 당국에 의하여 불법구금을 당하였음을 통보받은 시드니 총영사관 소속 외무공무원들은 자국민인 원고 A를 보호하기 위하여 다음과 같은 조치(이하 '이 사건 각 보호조치'라 한다)를 이행할 의무(이하 '이 사건 각 재외국민보호의무'라 한다)가 있음에도 불구하고 그 어떠한 의무도 이행하지 아니하였는바, 이는 위법한 부작위에 해당한다.

① 호주국 이민부의 원고 A에 대한 교도소 이감조치와 관련하여, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들은 호주 당국에 대하여 엄중항의하고 석방·책임자 처벌·배상요구하는 등의 조치를 취할 의무가 있다.

② 호주국 이민부의 원고 A에 대한 교도소 이감조치와 관련하여, 원고 A는 호주국 정부를 상대로 하여 사법적 구제절차를 진행하고자 하였는바, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들은 그 구제절차에 적극적으로 참여하여 동인을 원조하고 변호사 선임 비용 등을 지원하는 등의 조치를 취할 의무가 있다.

③ 원고 A가 호주국 이민부에 의하여 빌라우드 수용소 등에 장기간 구금당한 사태와 관련하여, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들은 호주국 이민부에 대하여 호주국 영주권자 또는 대한민국 정부의 신원보증을 조건으로 하여 원고 A의 석방을 요구할 의무가 있다.

(2) 피고 대한민국은 시드니 총영사관 소속 외무공무원들을 지휘, 감독할 책임이 있는 자인바, 위 외무공무원들의 위와 같은 위법한 부작위가 원인이 되어 원고 A가 호주국 정부에 의하여 1999. 6. 16.부터 2003. 9. 23.까지 실버워터 교도소, 롱베이 교도소 및 빌라우드 수용소 등에 장기간 구금되었으므로, 피고 대한민국은 원고들에게 원고 A의 장기간 구금으로 인하여 원고들이 입은 정신적 손해를 배상할 책임이 있다.



## 나. 판단

(1) 원고 A로부터 불법구금에 대한 구호 요청을 받고도 즉각적인 보호조치를 취하지 아니하였다는 주장에 대한 판단

시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 원고 A로부터 동인이 교도소에 불법구금되었다는 통보를 받고도 즉시 주호주 대사관 또는 외교통상부 등 상급기관에 이를 보고하지 않은 채 원고 A를 보호하기 위한 아무런 조치를 취하지 아니하였는지에 관하여 살펴본다.

갑제12호증, 을제2호증의 1 내지 3의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고 A가 자신이 호주국 이민부에 의하여 부당하게 실버워터 교도소에 이감되었음을 주장하는 내용의 민원서를 1999. 7. 28.경 청와대 앞으로 제출한 사실, 위 민원서가 1999. 8. 12. 대통령 민정비서실에 접수되고 그 민원서가 같은 달 16. 외교통상부로 이첩된 사실, 외교통상부 본부가 1999. 8. 24. 시드니 총영사관에 대하여 위 민원 내용을 통보하고 그에 관한 처리를 지시한 사실, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들은 위와 같은 통보 및 지시를 받고 난 후 원고 A의 민원에 대한 조사에 착수한 사실 이 인정된다.

그러나, 원고 A가 실버워터 교도소에 이감된 1999. 6. 16. 직후 시드니 총영사관에 전화를 하거나 편지를 보내는 방법으로 동인의 위 교도소 수감사실을 통보하며 동인에 대한 구호를 요청함으로써 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 늦어도 1999. 6. 말경에는 원고 A가 처한 상황을 인식하고 있었는지에 관하여 살펴건대, 이에 부합하는 갑제9, 10호증의 각 기재는 믿지 아니하고(원고들은 원고 A가 실버워터 교도소에 이감된 직후인 1999. 6. 23. 무렵 시드니 총영사관 측에 편지를 보내어 자신이 처한 상황을



알리며 그에 대한 구호를 요청한 사실을 입증하기 위하여 작성일자가 1999. 6. 23.로 기재되어 있는 강제9호증을 제출하였으나, 강제9호증 상에는 원고 A의 주소가 롱베이 교도소 병원 이송 센터로 기재되어 있는바, 1999. 6. 23. 경에는 원고 A가 실버워터 교도소에 수감 중이었다가 1999. 12. 23.에야 비로소 롱베이 교도소 병원에 이송되었다는 앞서 인정한 사실에 비추어 보면, 위 강제9호증이 1999. 6. 23. 작성되었다고 보기 어렵다), 강제31호증의 기재 및 증인 D의 일부 증언만으로는 이를 인정하기에 부족하며, 그 밖에 이를 인정할 증거가 없다.

그렇다면, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 늦어도 1999. 6. 말경에는 원고 A로부터 동인이 처한 상황을 통보받아 그 무렵 이를 인식하게 되었음을 전제로 하여 위 외무공무원들이 그와 관련한 즉각적인 보호조치를 취하지 아니한 부작위를 탓하는 이 부분 원고들의 주장은 이유가 없다.

(2) 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 이 사건 각 보호조치를 취하지 않은 것이 위법한 부작위에 해당한다는 주장에 대한 판단

국가배상법 제2조에 규정된 공무원의 직무집행에 부작위도 해당함은 물론이나 그 부작위에 위법성이 인정되기 위하여는 그 전제로서 당해 공무원에게 개별적이고도 구체적인 작위의무가 인정되어야 한다.

이러한 작위의무는 법령에 명문의 규정이 있거나 법령의 해석상 당연히 인정되는 '법령상의 작위의무'와 행정권의 행사가 자유재량에 위임되어 있으나 그 불행사가 현저히 합리성을 결여하여 사회적 타당성이 없는 경우에 인정되는 '조리상의 작위의무'로 나눌 수 있을 것인바, 원고 A로부터 동인이 호주 당국에 의하여 불법구금을 당하였음을 통보받은 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 법령상의 작위의무 또는 조리상





의 작위의무로서 원고들이 주장하는 바와 같은 이 사건 각 재외국민보호의무를 부담하는지에 관하여 살펴 본다.

(가) 관련 법령 등

원고들은 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 이 사건 각 재외국민보호의무를 부담하는 법적 근거로 다음과 같은 법령 등을 내세운다.

가) 헌법 제2조 제2항

국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다.

나) 외무공무원법 제5조

외무공무원은 대외적으로 국가이익을 보호·신장하고, 외국과의 우호·경제·문화관계를 증진하며, 재외국민을 보호·육성함을 그 임무로 한다.

다) 비엔나협약 제5조

영사기능은 다음과 같다.

(a) 국제법이 인정하는 범위내에서 파견국의 이익과 개인 및 법인을 포함한 그 국민의 이익을 접수국내에서 보호하는 것.

(e) 개인과 법인을 포함한 파견국 국민을 도와주며 협조하는 것.

(i) 접수국내의 관행과 절차에 따를 것을 조건으로 하여, 파견국의 국민이 부재 또는 기타의 사유로 적절한 시기에 그 권리와 이익의 방어를 맡을 수 없는 경우에 접수국의 법령에 따라, 그러한 국민의 권리와 이익의 보전을 위한 가처분을 받을 목적으로 접수국의 재판소 및 기타의 당국에서 파견국의 국민을 위하여 적당한 대리행위를 행하거나 또는 동 대리행위를 주선하는 것.



라) 영사업무처리지침 중 3. 사고유형별 처리지침의 가.

주재국 공권력에 의해 재외국민이 사망, 부상, 체포 등 신체적 피해를 받았을 경우 ① 고위당국을 최단 시일 내에 접촉, 신속, 공정하고 철저한 처리를 요청, 주재국 측의 불법 부당행위로 확인될 경우에는 엄중 항의, 석방, 책임자처벌, 상응한 배상 요구, ② 주재국측 조치가 적법한 경우에도 재외국민보호의 차원에서 법에 따른 공정한 대우 및 처우를 요구하고 이를 확인

(나) 원고들이 주장하는 이 사건 각 재외국민보호의무가 법령상의 작위의무 또는 조리상의 작위의무에 해당하는지 여부

1) 영사처리업무지침을 근거로 하여 이 사건 각 재외국민보호의무를 법령상의 작위의무로 볼 수 있는지의 여부

살피건대, 국가배상법 제2조에 의하면 공무원의 직무집행이 '법령'에 위반할 것을 국가배상책임의 성립요건으로 규정하고 있는데 위 법령에는 단순한 행정적 인 내부규칙은 포함되지 않는다고 할 것인바, 영사업무처리지침은 행정조직 내부에서 상급 행정기관이 하급 행정기관에 대하여 그 조직이나 업무처리의 절차·기준 등에 관하여 발하는 일반·추상적 규정인 행정규칙에 불과하다고 할 것이므로, 영사업무처리지침을 근거로 하여 원고들이 주장하는 이 사건 각 재외국민보호의무가 법령상의 작위의무에 해당한다고 볼 수는 없다(또한 뒤에서 살펴본 바에 의하면, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들의 직무집행이 영사업무처리지침에 위반되었다고 보기도 어렵다).

2) 헌법, 외무공무원법, 비엔나협약을 근거로 하여 이 사건 각 재외국민 보호의무를 법령상의 작위의무로 볼 수 있는지의 여부

또한, 헌법, 외무공무원법, 비엔나협약에 규정된 재외국민보호의무는 일



반적·추상적인 의미의 재외국민보호의무로서 재외국민보호의무의 구체적인 내용 및 범위는 재외국민보호 업무를 담당하는 외무공무원의 재량에 위임되어 있다고 할 것인 바, 원고들이 주장하는 이 사건 각 재외국민보호의무가 법령에 명문으로 규정되어 있거나 법령의 해석상 당연히 인정되는 법령상의 작위의무에 해당한다고 볼 수는 없다.

3) 이 사건 각 재외국민보호의무를 조리상의 작위의무로 볼 수 있는지의 여부

그러나, 공무원의 권한 행사 여부가 재량에 위임되어 있는 경우에도, 국민의 생명, 신체, 재산 등에 대한 급박한 위험이 있고 공무원이 그 권한을 행사함으로써 그 위험을 유효·적절하게 제거할 수 있음에도 불구하고 공무원이 그 권한을 행사하지 아니하였다면 이는 현저히 합리성을 결여하여 사회적 타당성이 없다고 할 것인 바, 이러한 경우에는 당해 공무원에게 그러한 권한을 행사하여야 할 조리상의 작위의무를 인정할 수 있다.

따라서, 원고 A가 실버워터 교도소에 수감됨으로써 동인의 신체에 급박한 위험이 발생한 이상, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 원고 A에게 발생한 위험을 유효·적절하게 제거할 수 있는 적절한 조치를 취할 수 있었음에도 그러한 조치를 취하지 않았다면 이는 조리상의 작위의무를 다하지 아니한 것으로서 위법한 부작위에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 원고들이 주장하는 이 사건 각 보호조치를 취하지 아니한 부작위가 위법한 것인지의 여부는, 이 사건 각 보호조치가 위 외무공무원들이 원고 A에게 발생한 신체의 위험을 제거하기 위하여 취할 수 있었던 유효·적절한 조치였는지의 여부에 달려 있다고 할 것인바, 이에 관하여는 항을 바



꾸어 살펴 본다.

(다) 원고 A가 호주국 이민부에 의하여 실버워터 교도소에 이감된 사태와 관련한 판단

1) 인정사실

갑제5, 6호증(가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 국제사면위원회(Amnesty) 호주지부 난민담당 변호사는 호주국 이민부에 대하여 형사재판절차를 거치지 않은 채 불법체류자를 교도소에 수감시키는 조치의 인권침해 가능성을 염려한다는 의견을 표명하였다.

그러나 한편, 갑제11, 12호증, 을제1, 2, 3호증(가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실이 인정되며, 갑제31호증의 기재 및 증인 D의 일부 증언만으로는 위 인정을 뒤집기에 부족하다.

가) 호주국 이민부의 원고 A에 대한 실버워터 교도소 이감 조치

① 호주국 이민부가 원고 A에 대하여 실버워터 교도소 이송조치를 취할 당시인 1999. 6. 무렵 시행 중이던 호주국 이민부의 이민관련훈령(Migration Series Instruction 157, 이하 '이 사건 이민관련훈령'이라 한다)에 의하면, 호주국법상 불법체류자는 ㉠ 불법이민자 수용소, ㉡ 주 교도소 또는 주 구치소, ㉢ 경찰서 또는 감시소, ㉣ 선박, ㉤ 이민부 장관이 승인한 여타장소에 수용될 수 있고, 불법체류자는 불법이민자 수용소에 수용됨이 원칙이나 수용자가 이민수용소 내 관련규정을 준수하지 않을 경우 또는 수용자의 수용소 내 행동에 비추어 동 수용자를 저보안(low-secutiry) 시설인 이민수용소에 수용하기 부적절한 경우 호주국 이민부의 결정에 의하여 동 수용자를 교도소 또는 구치소 등의 고보안(high-security) 시설에 이송할 수



있다.

② 호주국 이민부는 원고 A가 빌라우드 수용소 관리들을 위협하고 다른 수용자들 및 위 수용소 환경에 해악을 끼쳤음을 이유로 이 사건 이민관련훈령에 의거하여 동인을 실버워터 교도소에 이송하는 결정을 내렸다.

나) 호주국 이민부의 원고 A에 대한 실버워터 교도소로의 이송조치에 대한 호주국 옴부즈만의 감사결과

원고 A는 실버워터 교도소로 이송된 무렵 호주국 정부의 행정행위에 대한 독립적 민원조사기관인 옴부즈만(Commonwealth Ombudsman)에 대하여 자신의 실버워터 교도소 이송 문제에 관한 조사를 의뢰하였는바, 이를 조사한 옴부즈만은 1999. 9. 1. 원고 A에게 호주국 이민부가 원고 A를 실버워터 교도소에 이송한 것은 이민부의 관계 규정에 의거한 적절한 조치였다는 내용의 통지를 하였다.

다) 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 호주국 이민부의 원고 A에 대한 실버워터 교도소 이감조치와 관련하여 조사한 내용

① 시드니 총영사관 소속 영사 G, H는 1999. 9. 9. 실버워터 교도소를 방문하여 교도소장과 면담하였는바, 교도소장으로부터 다음과 같은 내용을 확인하였다.

㉠ 원고 A가 1999. 6. 무렵 빌라우드 수용소로부터 실버워터 교도소로 이송될 당시의 기록에 의하면, 호주국 이민부가 원고 A에 대하여 수용자 선동, 수용생활태도 불량, 수용소 관리 위협 등의 혐의를 이유로 원고 A를 실버워터 교도소로 이감하는 결정을 내렸다는 점

㉡ 실버워터 교도소 내에서의 원고 A의 품행에는 현재



별다른 문제점이 없으며, 이민부 직원이 매월 1회 원고 A를 면담하여 원고 A의 수감 생활실태를 조사하고 있는 점

㉔ 교도소 관계자 및 호주국 이민부 관계자는 가까운 시일 내에 원고 A의 수감생활실태를 심사한 후 실버워터 교도소보다 여건이 양호한 파라마타(Parramatta) 교도소로 이송할 계획이라는 점

㉕ 원고 A는 현재 호주국 이민부으로부터 추방명령을 받았으며, 원고 A는 이에 대하여 이의를 제기 중에 있다는 점

② 영사 H는 1999. 9. 23. 원고 A가 실버워터 교도소에 이송된 근거 및 그 경위에 대하여 문의하고 그에 대한 재검토를 요청하기 위하여 호주국 이민부 NSW주 사무소를 방문하였는바, 위 사무소 담당공무원은 위 H에게 다음과 같이 진술하였다.

㉖ 원고 A가 빌라우드 수용소에서 실버워터 교도소로 이송된 것은 호주국 이민부의 이민훈령에 의거한 적법·적절한 조치였다.

㉗ 원고 A는 빌라우드 수용소 수용자들의 수용상태를 심사하는 공무원에게조차 적대적인 태도를 보였는바, 수용소에서의 수용생활에 아무런 문제가 없었다는 원고 A의 주장은 신빙성이 없다.

㉘ 원고 A는 수용소에 수감되어 있는 동안 호주국 이민부에 대하여 각각 2차례씩 영주권 및 비자신청을 하였으나 위 신청이 모두 거절되었으므로 원고 A는 현재 강제출국 대상임에도 실버워터 교도소에 수감되어 있는 것은 원고 A가 비자발급을 위한 집단소송에 참가 중이기 때문이며, 원고 A는 이전에도 이미 두차례 유사한 집단소송에 참가한 바 있다.



③ 시드니 총영사관측은 1999. 9. 무렵 원고 A의 실버워터 교도소 이송 사건을 조사한 옴부즈만이 그 이송조치에 대하여 적절하다는 판정을 내렸다는 사실을 확인하였다.

④ 그 이후 주호주 대사, 주호주 대사관 소속 공사, 시드니 총영사, 시드니 총영사관 소속 영사 등이 호주국 이민부 장관, 호주국 이민부 북아시아 국장, 호주국 이민부 NSW주 최고 책임자, 호주국 이민부 재심 담당공무원 등을 접촉하여 호주국 이민부의 원고 A에 대한 실버워터 교도소 이송 조치에 대한 호주국 정부의 입장 변화 및 그에 따른 대책에 관하여 논의를 하였으나, 호주국 이민부 측은 그 때마다 그 이송 조치가 관계 법령에 의거한 적절한 조치였다는 입장을 분명히 밝혔다.

## 2) 판단

위 인정사실에 의하여 살펴본 다음과 같은 점, 즉

① 호주국 이민부 이민관련훈령에는 불법체류자의 수용시설로서 교도소를 예정하고 있으며 호주국 이민부가 형사재판절차를 거치지 않더라도 불법체류자를 교도소에 수용할 수 있다고 규정되어 있는 점

② 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 원고 A에 대한 호주국 이민부의 교도소 이감조치에 관한 문제를 조사함에 있어 원고 A의 주장 내용을 뒷받침할 수 있는 직접적인 증거 또는 호주국 이민부의 위 조치가 호주국법상 명백히 부당하거나 위법한 조치임을 밝힐 수 있는 근거자료를 발견할 수 없었고, 오히려 위 문제를 조사한 옴부즈만 역시 호주국 이민부의 동 조치가 호주국 이민관계 법령에 위배되지 않는 적절한 조치라고 판정하였음을 확인한 점



등에 비추어 보면, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 호주국 이민부의 원고 A에 대한 교도소 이감 조치의 위법성을 명백하게 확인할 수 있는 특별한 사정이 없는 한, 원고 A의 주장 또는 국제사면위원회 호주지부 난민담당 변호사의 의견만을 근거로 하여 ① 호주국 정부에 대하여 동 조치의 위법성을 주장하며 엄중항의하고 책임자처벌, 배상 및 석방 등을 요구하거나 ② 원고 A가 호주국 정부를 상대로 진행하고자 하는 사법적 구제절차에 적극 참여하여 원고 A를 원조하고 동 절차에 필요한 변호사 선임 비용 등을 지원하는 등의 조치를 취하는 것이 위 외무공무원들이 원고 A의 보호를 위하여 취할 수 있었던 유효·적절한 수단이었다고 보기 어렵다.

그렇다면, 원고 A의 실버워터 교도소 이감 사태와 관련하여 시드니 총영사관 소속 외무공무원들에게 ① 호주국 정부에 대하여 동 조치의 위법성을 주장하며 엄중항의하고 책임자처벌, 배상 및 석방 등을 요구하거나 ② 원고 A가 호주국 정부를 상대로 진행하고자 하는 사법적 구제절차에 적극 참여하여 원고 A를 원조하고 동 절차에 필요한 변호사 선임 비용 등을 지원하는 등의 조치를 취할 작위의무가 있다고 볼 수는 없는바, 따라서 위 외무공무원들이 그와 같은 조치를 취하지 아니하였다고 하여 이를 위법한 부작위에 해당한다고 할 수 없다.

(라) 원고 A가 호주국 이민부에 의하여 빌라우드 수용소 등에 장기간 구금당한 사태와 관련한 판단

#### 1) 인정사실

원고 A가 호주국 이민부에 의하여 실버워터 교도소에 이감된 1999. 6. 16.부터 호주국 정부에 의하여 강제출국당한 2003. 9. 23.에 이르기까지 약 4년 3개월 동안 실버워터 교도소, 롱베이 교도소 및 빌라우드 수용소에 수감되어 있던 사





실은 앞서 인정한 바와 같다.

그러나 한편, 강제11, 12호증, 을제1, 2, 3호증(가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실이 인정되며, 강제31호증의 기재 및 증인 D의 일부 증언만으로는 위 인정을 뒤집기에 부족하다.

가) 원고 A가 빌라우드 수용소에 장기간 수용된 경위

원고 A는 호주국에 합법적으로 체류하기 위하여 1998. 무렵까지 호주국 이민부에 대하여 영주권 신청 및 각종 비자의 발급을 신청하였으나 호주국 이민부는 동인의 신청을 모두 거절하였고, 결국 호주국 이민부는 원고 A에게 1998. 6. 무렵 강제출국명령을 내렸다.

그러나, 원고 A는 당시 자신이 신청한 영주권 및 비자에 대한 심사가 종료된 것이 아님을 내세우며 위 강제출국명령에 불응하였는바, 호주국 이민부는 호주국 이민관계 법령에 의거하여 동인을 빌라우드 수용소에 수용하였다.

원고 A는 빌라우드 수용소에 수용된 이후에도 호주국 이민부에 대하여 난민비자 및 임시체류비자의 발급을 반복하여 신청하고 그 신청이 거절될 경우 재심을 신청하고 법원에 비자 신청 관련 소송 등을 제기함으로써 그 절차가 진행되는 동안 호주국 정부로부터의 강제출국조치를 피할 수 있었으나, 2003. 5. 무렵에 이르러서는 호주국으로부터 강제출국조치를 피할 수 있는 더 이상의 법적 절차가 남아 있지 않게 되었는바, 동인은 2003. 9. 23. 호주국 이민부에 의하여 호주국으로부터 강제출국당하였다.

나) 원고 A의 석방에 관한 호주국 이민부의 입장 등

호주국 이민부는 원고 A가 난민비자나 임시체류비자의 발급을



위한 요건을 충족시킬 수 없다고 판단하여 동인의 비자발급신청을 거부하고 있는 이상 불법체류자인 원고 A를 빌라우드 수용소에 수용하는 것이 불가피하고, 다만 원고 A가 자진출국할 의사를 표시하는 즉시 동인을 위 수용소에서 석방하겠다는 입장을 견지하였으나, 원고 A는 자진출국을 거부하며 호주국 체류를 위한 시도를 계속하였다.

다) 원고 A에 대한 신원보증에 있을 경우 호주국 이민부가 원고 A를 불법이민자 수용소에서 석방하여야 할 법적 의무를 부담하는지 여부

비자발급 등과 관련한 호주국의 관계법령에 따르면, 호주국 영주권자 또는 대한민국 정부 등이 호주국 이민부에 대하여 원고 A를 위한 신원보증을 하더라도 이는 호주국 이민부가 동인에 대한 비자발급 여부를 결정함에 있어 참작할 수 있는 여러 요소 중의 하나에 불과할 뿐, 그러한 신원보증에 있다고 하여 호주국 이민부가 원고 A의 석방을 위한 임시체류비자발급 등의 조치를 취해야 할 법적 의무가 있다고 할 수는 없다.

라) 원고 A의 석방을 위한 시드니 총영사 등의 조치

① 시드니 총영사관 소속 영사 G 또는 H는 1999. 9. 23. 및 2000. 1. 무렵에 호주국 이민부 NSW주 사무소를 방문하여 담당공무원과 원고 A 문제에 관하여 면담하였는바, 담당공무원으로부터 호주국 이민부의 원고 A에 대한 불법이민자 수용소 수용조치의 근거 등에 관한 설명을 들었다.

② 시드니 총영사관 소속 외무공무원들은 2000. 3. 1. 및 2000. 5. 3. 주재국 이민부 담당자를 접촉하여 원고 A 문제에 관한 논의를 하고 그에 대한 호주국 이민부 측의 협조를 요청하였다.

③ 시드니 총영사는 2000. 10. 24. 호주국 이민부 NSW주 최고



책임자를 면담하여 원고 A의 요구 사항을 전달하고 호주국 이민부 측의 협조를 요청하였다.

④ 주호주대사관 담당공사는 2002. 1. 17. 호주국 이민부 수용소 운영과장을 면담하여 원고 A의 요구 사항을 전달하고 원고 A의 석방을 위한 방안에 관하여 논의를 하였으나, 호주국 이민부의 입장에 변화가 없음을 재확인하였다.

⑤ 주호주대사관 담당공사는 2002. 3. 8. 호주국 이민부 장관에게 원고 A에 대한 임시비자발급에 관한 선처를 요청하는 의사를 통보하였으나, 선처가 곤란하다는 회신을 받았다.

⑥ 주호주대사관 담당공사는 2002. 3. 20. 호주국 이민부 수용소 운영과장을 면담하여 호주국 이민부 측에 원고 A의 임시체류비자 발급 청원에 대한 적극적인 재검토를 요청하였다.

⑦ 주호주대사관 공사참사관은 2002. 4. 3. 호주국 이민부 수용소 운영과장을 면담하여 원고 A에 대하여 호주국 이민부 장관의 호의적 개입을 요청하였다.

⑧ 주호주대사는 2002. 11. 12. 호주국 이민부 장관을 면담하여 원고 A의 임시체류비자 발급에 대한 정책적 배려를 요청하였으나, 위 임시체류비자발급이 불가능하다는 답변을 받았다.

⑨ 주호주대사관 공사는 2003. 9. 5. 호주국 이민부 강제출국담당 부국장을 면담하여 재판 출석을 위하여 출국할 수 없다는 원고 A의 입장을 전달하였으나, 위 부국장으로부터 원고 A의 주장은 강제출국의 장애사유가 될 수 없다는 답변을 받았다.



## 2) 판단

위 인정사실에 의하여 살펴본 다음과 같은 점, 즉

가) 원고 A는 호주국법상 불법체류자인바, 자진하여 호주국을 출국하지 않는 이상 불법이민자 수용소에 수용됨이 불가피하였다는 점

나) 호주국 이민부가 원고 A에 대하여 비자를 발급해야 할 법적 의무가 있었다고 보기 어려운 점

다) 원고 A가 호주국 이민부에 대하여 자진출국의 의사를 표명할 경우 즉시 벨라우드 수용소 등에서 석방될 수 있었다는 점

라) 원고 A에 대한 호주국 영주권자 또는 대한민국 정부의 신원보증에 있다고 하여 호주국 이민부가 원고 A의 석방을 위한 임시체류비자를 발급하여야 할 의무를 부담하는 것은 아니라는 점

등에 비추어 보면, 호주국 이민부에 대하여 호주국 영주권자 또는 대한민국 정부의 신원보증을 조건으로 하여 원고 A의 석방을 요구하는 것이 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 원고 A의 보호를 위하여 취할 수 있었던 유효·적절한 수단이었다고 볼 수는 없다.

그렇다면, 원고 A의 장기간 구금사태와 관련하여 시드니 총영사관 소속 외무공무원들에게, 호주국 이민부에 대하여 호주국 영주권자 또는 대한민국 정부의 신원보증을 조건으로 하여 원고 A의 석방을 요구해야 할 작위의무가 있다고 볼 수는 없는바, 따라서 위 외무공무원들이 그와 같은 조치를 취하지 아니하였다고 하여 이를 위법한 부작위에 해당한다고 할 수 없다.

(마) 소결



그렇다면, 원고들이 주장하는 이 사건 각 재외국민보호의무가 법령상의 작위의무 또는 조리상의 작위의무에 해당함을 전제로 하여 그 작위의무의 불이행이 위법한 부작위에 해당한다는 이 부분 원고들의 주장 역시 이유가 없다.

(3) 시드니 총영사관 소속 외무공무원들의 부작위와 원고들이 주장하는 손해 사이에 상당인과관계가 있는지에 관하여

나아가, 원고 A가 호주국 이민부에 의하여 실버워터 교도소에 이감된 직후 시드니 총영사관 소속 외무공무원들이 즉시 이를 본부에 보고하고 원고들이 주장하는 이 사건 각 재외국민보호의무의 이행을 다하였다면 원고 A가 빌라우드 수용소, 실버워터 교도소, 롱베이 교도소 등에서 조기에 석방되었을지 여부에 관하여 살피건대, 강제1 내지 15, 23 내지 25, 27, 30, 31호중(가지번호 포함)의 각 기재에 증인 D의 일부 증언만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 위 외무공무원들의 그와 같은 부작위와 원고 A의 장기간 구금 사이에 상당인과관계가 있음을 인정할 증거가 없다.

그렇다면, 시드니 총영사관 소속 외무공무원들의 부작위로 인하여 원고 A가 빌라우드 수용소, 실버워터 교도소, 롱베이 교도소 등에 장기간 구금되었음을 전제로 하여 그에 따른 정신적 손해의 배상을 구하는 원고들의 이 사건 청구는 이 점에 비추어 보아도 그 이유가 없다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원고들의 이 사건 청구는 이유가 없으므로 이를 기각한다.

재판장      판사      이혁우 \_\_\_\_\_



본 판결문은 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다.  
영리목적으로 이용하거나 무단 배포를 금합니다.게시일자 : 2015-11-10

판사 김미경 \_\_\_\_\_

판사 조병학 \_\_\_\_\_