

## 외국인 이주노동자의 권리보장에 대한 헌법적 검토\*

- 유럽연합의 기본권 헌장과 유럽인권협약 상의 난민보호를 중심으로 -

박진완\*\*

### 〈국문초록〉

유럽연합의 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union/Charta der Grundrechte der Europäischen Union) 제18조의 망명권(Asylrecht) 그리고 제19조의 강제추방(Abschiebung), 추방(Ausweisung) 그리고 인도(Auslieferung)으로의 부터의 보호는 기본권 헌장 속에 보장된 외국인의 특별한 기본권이다. 유럽연합의 기본권 헌장 제2편 속의 자유권 속에 이 권리들이 규정되었다 할지라도, 이 권리들은 고전적 의미에서의 자유권에 해당하는 기본권이 아니라 현대적 기본권이다. 현재 대량의 난민유입사태를 겪고 있는 유럽에서의 외국이주노동자의 권리보장은 중요한 논의점 중의 하나가 되었다. 2016년의 유럽연합과 터어키 사이의 합의 그리고 2018년의 Seehofer-Deal 속의 합의 내용들이 유럽연합의 기본권 헌장과 유럽인권협약 상의 난민보호와 망명권 보장 및 강제송환, 송환 및 인도로부터의 보호에 위반되지 않도록 법적인 적용을 하는 것은 유럽에서의 난민법의 발전과정에 매우 중요한 의미를 가진다.

외국인이주자의 출국의무를 실현하기 위한 법치국가적 요구 역시 중요한 헌법적 가치이지만, 이러한 헌법적 가치의 구체화와 실행과정에 대한 공적인 논의전개의 가능성과 투명성 보장의 요구는 중요한 헌법적 가치이다. 출국의무의 행정능률적인 효과적 실현을 위해서 은밀하게 실행되는 강제추방조치는 외국인 이주자의 기본권, 사법적 권리 그리고 변호사의 조력을 받을 권리 등 여러 가지의 형태의 법적 구제청구권 보장을 비례원칙에 위반되게 침해할 가능성을 내포하고 있다. 현재의 유럽에서의 대량의 난민유입에 대한 유럽의 대응과 관련하여, 유럽의 인권보장의 핵심적 역할을 담당하고 있는 유럽인권협약의 규정, 유럽연합의 기본권 헌장의 관련 규정 그리고 이에 대한 유럽인권법원 판례와 새로 제정된 제 규정을 검토해 보는 것은 비교헌법적 의미 뿐만 현재 우리의 문제해결에 있어서도 중요한 의미를 가진다.

주제어 : 유럽연합의 기본권 헌장 제18조의 망명권, 유럽연합의 기본권 헌장 제19조의 추방, 강제추방 그리고 인도로 부터의 보호, 유럽인권협약 상의 난민보호, 독일외국인체류법 제97 a조. 직무상 비밀로서 강제송환기간

· 투고일 : 2020.04.07. / 심사일 : 2020.04.19. / 게재확정일 : 2020.04.21.

\* 이 논문은 2018년 화성장학문화재단의 연구비 지원에 의하여 연구되었음.  
\*\* 경북대학교 법학전문대학원 교수

## I. 서

유럽연합의 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union/Charta der Grundrechte der Europäischen Union) 제18조의 망명권(Asylrecht) 그리고 제19조의 강제추방(Abschiebung), 추방(Ausweisung) 그리고 인도(Auslieferung)로 부터의 보호는 기본권 헌장 속에 보장된 외국인의 특별한 기본권이다. 유럽연합의 기본권 헌장 제2편 속의 자유권 속에 이 권리들이 규정되었다 할지라도, 이 권리들은 고전적 의미에서의 자유권에 해당하는 기본권이 아니라 현대적 기본권이다<sup>1)</sup>. 이민국가에서의 외국인 이주자의 인권 보장의 요구는 결코 가볍게 평가될 수 있는 문제가 아니다. 자신의 삶의 터전이었던 모국으로 다시 돌아갈 수 없는 상황에서 새로운 외국에서 삶의 보금자리를 찾아서 무작정 헤매는 처지인 난민의 권리보장의 문제는, 현재 대량의 난민유입사태를 겪고 있는 유럽에서의 외국이주노동자의 권리보장의 중요한 논의점 중의 하나가 되었다. 유럽연합과 터어키 사이의 난민송환협약(EU-Turkey refugee agreement)은 2018년 3월 18일 서명되었다. 이 난민협약은 그리스에 도착하는 난민을 터어키로 송환하고, 그리스에서 터어키의 수용소에 받아들인 난민의 수만큼 터어키에 있는 난민을 선착순으로 EU 회원국에 배분하는 것을 내용으로 하고 있다. 이 난민협약을 통한 유럽연합의 난민정책의 공동실행에 대해서는 법, 정책 그리고 도덕이라는 판단기준에 의하여 공적인 논의가 진행되었다. 이 협약의 구체적 지향목적 그리고 최소한의 권리보장 수준과 관련하여 국제법 위반 여부에 대한 논의도 진행되었다<sup>2)</sup>.

난민의 지속적인 대량유입에 따른 유럽의 공동의 난민법체계에 대한 위기에 대한 대응으로서 2016년 3월의 유럽연합과 터어키 간 합의(Deal)의 법적 성격과 관련하여 국제적 협약으로서의 성격 혹은 법적 구속력이 없는 정치적 합의로서의 성격을 가지는지 여부가 문제된다<sup>3)</sup>. 이러한 합의 법적성격에 대한 논의와 관계없이, 그리스 동쪽 예게해에 도착한 모든 보호를 구하는 자들(Schutzsuchende)은 그때부터 터어키로 돌려보내는 것에 대한 합의를 포함하고

---

1) Norbert Bernsdorff, in: Jürgen Meyer/Sven Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 18 Rn. 1.

2) Angelika Nußberger, Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik. Zur Rechtsprechung des EGMR zu Fragen der Staatenverantwortung in Migrationsfällen, NVWZ 2016, S. 815.

3) Rainer Hofmann/Adela Schmidt, "EU-Türkei-Deal" ohne Beteiligung der EU? - Die Beschlüsse des EuG zur Erklärung EU-Türkei vom 18.3.2016, EuGRZ 2017, S. 326.

있다. 이러한 합의는 망명청구에 대한 거부가 허용될 수 없는 완전한 제3국(ein sicherer Drittstaat)의 개념을 바탕으로 해서 국경에서의 법적인 절차가 실행되는 것을 허용하고 있다<sup>4)</sup>. 이와 관련하여 망명절차지침(Asylverfahrensrichtlinie) 제 38조에 규정된 내용에 의하면, 망명지침에 의하면 터키가 모든 망명신청자에 대하여 안전한 제3국이 될 수 있는지 여부가 우선적으로 확정되어야만 한다. 2013년 7월 19일 효력을 발생한 유럽연합의 Dublin III 명령(Verordnung)<sup>5)</sup> 제3조에 의하면 모든 유럽연합의 구성국가들은 망명신청자를 안전한 제3국에 추방할 권리를 보유하고 있다<sup>6)</sup>. 그리이스 섬에 도착한 시리아 출신의 국제적 구조신청자가 그리스에서 망명신청을 하지않았거나 혹은 그들의 망명신청이 근거가 없거나(unbegründet) 또는 허용되지 않은(unzulässig)아서 거부된 경우에는, 이들은 비규정적 이주자(irreguläre Migranten)로 간주된다. 유럽연합과 터키의 합의는 2016년 3월부터 그리이스의 섬에 도착한 시리아 출신의 비정규적 이주자들을 터키로 돌려보내는 것을 내용으로 하고 있다. 일대일 원칙(Eins zu eins Grundsatz)에 따라서 모든 그리스에서 터키로 돌려보내는 시리아 이주자의 수만큼, 터키에 있는 이주자를 유럽연합의 영역으로 보내게 된다<sup>7)</sup>.

최근 2019년 7월 17일 독일 뮌헨 행정법원(Verwaltungsgericht München)은 유럽연합과 터키 사이의 합의와 관련된 사건에 대한 결정(Beschluss)에서 안전한 제3국의 개념적 근거하에서 그리스에서 제기한 망명신청이 거부되어, 유럽연합의 Dublin III 명령(Verordnung)에 의하여 안전한 제3국인 터키로 추방되게 되는 망명신청자의 청구에 대해서 판단하였다. 그 당시 망명신청자의 그리스

4) 2013년의 6월 26일의 국제적 보호의 인정과 거부에 대한 유럽의회와 유럽연합의 각료위원회 지침 (Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zum gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes)인 망명절차지침(Asylverfahrensrichtlinie) 제38조와 결부된 제33조 참조; Robert Nestler/Catharina, Ziebritz, kiUnionsrecht statt „Deals“ in der europäischen Asylpolitik. Zu zwei Beschlüssen des VG München zum „EU-Türkei-Deal“ und dem sog „Seehofer-Deal“, NVwZ 2020, S. 129,

5) 유럽연합의 구성국가들 속에 제기된 국제적 보호의 청구에 대한 심사관할권을 가지는 유럽연합의 구성국가의 결정을 위한 기준과 절차의 확정을 위한 2013년 6월 26일의 유럽의회와 유럽연합의 각료위원회의 명령 Nr. 604/2013 (Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist)

6) Robert Nestler/Vinzent Vogt, Dublin-III reversed - Ein Instrument zur Familienzusammenführung?, ZAR 2017, S. 22,

7) Bernsdorff, 앞의 책(주 1), Art. 19 Rn. 27.

에서의 법적인 소송절차는 완료되지 않았다. 그럼에도 불구하고 독일 뮌헨 행정법원은 이 사안과 관련하여 연속적 추방(Kettenabschiebung)의 위험이 존재하기 때문에, 잠정적 권리보호를 위한 가처분을 통해서 추방을 중지하였다<sup>8)</sup>.

2018년말 독일과 그리스와의 양자 행정협약(bilaterale Verwaltungsabkommen)에 의하여 성립된 이른바 Seehofer-Deal은 그리스와 합의 속에 독일-오스트리아 국경을 넘어서고, 이미 그리스에서 등록된 사람은 국경으로 되돌려 보내지고, 망명신청자가 연방경찰(Bundespolizei)에 대하여 망명의를 표명한 경우라면, 48시간 이내에 그리이스로 다시 돌려보낸다는 내용을 포함하고 있다<sup>9)</sup>. 2019년 8월 8일의 결정(Beschluss)을 통해서 독일 뮌헨 행정법원은 처음으로 긴급 가처분 절차(Eilverfahren) 속에서 Seehofer-Deal에 대한 비판적 입장을 견지하였다. 이 사건 속에서 뮌헨 행정법원은 독일에 입국하고, 48시간 이내에 그리이스로 송환되어, 그리이스에서 추방을 위한 구금에 들어가는 이 사건 당사자인 아프가니스타인이 자신의 본국인 아프가니스탄으로 다시 추방될 위험에 처해있기 때문에, 공법적 결과제거청구권(der öffentlich-rechtlich Folgenbeseitigungsanspruch)을 근거로 하여 독일에로의 재송환을 명령하였다<sup>10)</sup>. 이러한 2016년의 유럽연합과 터키 사이의 합의 그리고 2018년의 Seehofer-Deal 속의 합의 내용들이 유럽연합의 기본권 헌장과 유럽인권협약 상의 난민보호와 망명권 보장 및 강제송환, 송환 및 인도로부터의 보호에 위반되지 않도록 법적인 적용을 하는 것은 유럽에서의 난민법의 발전과정에 매우 중요한 의미를 가진다.

## II. 유럽연합의 기본권 헌장 속에서의 망명권의 보장

유럽에서의 난민과 외국인 이주자의 강제송환 및 추방과 관련하여 유럽연합의 기본권 헌장 제18조와 제19조는 매우 중요한 의미를 가진다. 유럽연합의 기본권 헌장 제18조(망명권)와 제19조 강제추방(Abschiebung), 추방(Ausweisung)

---

8) Beschluss des VG Münchens vom 17.7.2019 (Aktenzeichen M11S1950722 M 11 S 19.50722 und M 11 S 19.50759); VG München, NVwZ 2019, S 174.

9) Robert Nestler/Catharina Ziebritzki, Unionsrecht statt „Deals“ in der europäischen Asylpolitik. Zu zwei Beschlüssen des VG München zum „EU-Türkei-Deal“ und dem sog. „Seehofer-Deal“. NVwZ 2020, S. 129.

10) Beschluss des VG Münchens vom 8.8.2019 (Aktenzeichen M18E1932238 M 18 E 19.32238 - VG München, NVwZ 2019, Seite 176. Ls (in diesem Heft) = BeckRS 2019, BECKRS Jahr 19024; Nestler/Ziebritzki, 위의 논문. NVwZ 2020, S. 130.

그리고 인도(Auslieferung)로 부터의 보호) 망명, 추방, 인도는 외국인에 대한 특별한 기본권(spezielle Grundrechte)을 보장하고 있다. 이 두 규정들은 제2장(Titel II)의 ‘자유(Freiheiten)’ 속에 규정되어 있지만, 고전적 자유권으로 설명될 수 없다<sup>11)</sup>.

유럽연합의 기본권 헌장 제18조는 「망명권(Right to asylum/Recht auf Asyl)은 1951년 7월 28일의 제네바 협약(Geneva Convention/Genfer Abkommen), 1967년 1월 31일의 난민의 법적 지위에 관한 의정서(Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees/Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge), 유럽연합조약(Treaty on European Union/Vertrag über die Europäische Union) 그리고 유럽연합의 기능에 관한 조약(Treaty on the Functioning of the European Union/Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union)에 의하여 보장된다」고 규정하고 있다. 기본권으로서 망명권은 유럽연합법 외에도 유럽연합의 개별 구성국가들의 헌법에 의하여 보장된다.

유럽연합의 기본권 헌장 제19조는 강제추방, 추방, 인도로 부터의 보호에 대하여 규정하고 있다. 동조 제1항은 「집단적 추방은 허용되지 않는다」고 규정하고 있고, 제2항은 「그 누구도 사형, 고문 혹은 다른 비인간적인 혹은 굴욕적 형벌 혹은 대우의 중대한 위험이 존재하는 어떤 국가로 추방 혹은 강제추방 혹은 인도될 수 없다」고 규정하고 있다.

유럽연합의 기본권 헌장 제18조의 망명권(Recht auf Asyl)의 보장은 1951년 7월 28일의 난민의 법적 지위에 관한 제네바 협약(Genfer Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge/GFK) 그리고 제네바 난민협약의 적용범위를 확대한 1967년 1월 31일의 이 협약에 대한 뉴욕 의정서(New Yorker Protokoll)에 의하여 보장된다. 망명권은 제네바 난민협약의 난민보호에 따라서 인정된다. 이러한 한에 있어서 제네바 난민협약과 그 의정서의 관련규정들은 이 기본권의 단순한 법인식원(bloße Rechtserkenntnisquellen)이 아닌, 직접적 관련성을 가지는 순수한 법원(Rechtsquellen)이 된다. 유럽연합의 기능에 관한 조약 제78조와 함께 기본권 헌장 제18조는 제네바 난민협약의 준수에 대하여 규정하고 있다<sup>12)</sup>. 이전의 유럽헌법제정회의의 의장단 회의(Präsidiums des

11) Christoph Grabenwarter, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl. 2001, S. 5; Bernsdorff, 앞의 책(주 1), Art. 18 Rn. 1.

12) Hans D. Jarass, Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2016, Art. 18 Rn. 1.

Europäischen Konvents)는 이전의 유럽공동체조약 제63조 (유럽헌법조약 제 266조), 즉 현재의 유럽연합의 기능에 관한 조약 제78조를 근거로 인용하고 있다<sup>13)</sup>. 이전의 유럽공동체조약 제63조 제1문 제1호에 의한 망명처분은 유럽인권협약 (유럽인권협약 의정서 제4호 제4조 (외국인에 대한 집단적 추방의 금지) 그리고 의정서 제7호 제1조 (외국인에 대한 강제추방과 관련된 절차법적 보호규정)) 및 유럽회의의 합의 그리고 1980년 10월 16일의 난민에 대한 비자 의무의 폐지에 대한 유럽협약(Europäischen Übereinkommen über die Abschaffung der Visapflicht für Flüchtlinge)에 위반되어서는 안된다<sup>14)</sup>.

유럽연합의 기능에 관한 조약 제78조 제1항은 「유럽연합은 망명, 보충적 보호 그리고 잠정적 보호의 영역에서 국제적 보호를 필요로 하는 제3세계 소속 국가의 국민들에 대하여 적절한 지위를 부여하고, 송환금지의 원칙(Grundsatz der Nicht-Zurückweisung)을 보장해야만 하는 공동정책을 개발한다. 이 정책은 1951년 7월 28일의 제네바 난민협약, 1967년 1월 31일의 난민의 법적 지위에 대한 의정서(Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge) 및 다른 관련 조약들과도 합치되어야만 한다」고 규정하고 있다. 유럽연합의 기능에 관한 조약 제78조 제2항은 망명권은 입법자에 의하여 그 구체적 내용이 형성될 수 있다는 것을 명백하게 나타나고 있다. 유럽연합의 입법자에 의한 망명권에 대한 유럽연합의 입법적 활동이 행해지지 않으면, 구성 국가가 망명권에 대한 구체적 형성권을 가진다.

실사 유럽연합의 개별 구성국가들의 헌법의 중요한 부분으로서 망명권이 인정된다 할 지라도, 망명권의 근거로서 유럽연합의 구성국가들이 공통의 헌법적 전승(gemeinsame Verfassungsüberlieferungen)에 해당하는 유럽연합법의 일반적 원칙(allgemeine Grundsätze)을 인용할 수 없다. 독일 기본법은 제16 a조 제1항 속에서 주관적인 개별적 권리로서 망명청구권을 보장하고 있다. 망명권은 프랑스의 제5공화국 헌법의 구성부분이다. 프랑스의 1946년 헌법 전문 제4항(Absatz) 속에 그리고 1958년 헌법 속에서, 자신의 자유의 옹호 때문에 박해받는 사람은 공화국의 영역 속에서 망명권을 가진다고 규정하고 있다. 그리스 헌법은 어떤 경우이든 자신의 자유의 행사 때문에 박해받는 사람의 인도금지를 규정하고 있다 (제5조 제2항 제3문)<sup>15)</sup>.

13) Erläuterungen des Präsidiums des Europ.Konvents, ABl 2004 C 310-437.

14) Martin Schieffer, Die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten in den Bereichen Asyl und Einwanderung, Baden-Baden 1998, S. 107 ff.; Bernsdorff, 앞의 책(주 1), Art. 18 Rn. 2.

헌법 속에 망명권을 규정하고 있는 유럽연합의 구성국가들로서 이탈리아, 포르투갈 그리고 스페인을 들 수 있다. 이탈리아 헌법 제10조 제3항에 의하면 자신의 고국에서 이탈리아 헌법 속에서 규정된 민주적 권리의 행사가 금지된 외국인에 대하여 이탈리아 공화국의 영역 속에서 법률규정에 의하여 망명권이 인정된다. 이 권리의 주관적 권리성 인정여부에 대해서는 논의의 대립이 있다. 포르투갈 헌법은 헌법 제18조 제1항에 의한 직접적인 적용이 가능한 주관적 권리가 포함된 망명권을 헌법 제33조 제7항 속에서 보장하고 있다. 망명권은 헌법적 차원에서 단지 자신의 객관적으로 행해진 정치적 신념 때문에 위협받거나 혹은 박해를 받는 사람에게만 인정된다. 스페인 헌법 제13조 제4항에 의하면 망명권은 법률 속에 규정된 조건들 하에서 법률에 의하여 인정된다<sup>16)</sup>. 이러한 유럽연합의 구성국가들 속에서는 적어도 개별적 심사 청구권 그리고 첫 번째 관청에서의 심사절차에서의 체류권이 헌법적으로 보장된 것으로 인정된다<sup>17)</sup>. 폴란드, 슬로바키아, 슬로베니아 그리고 헝가리 헌법 역시 망명권에 관한 규정을 두고 있다(폴란드 헌법 제56조, 슬로바키아 헌법 제53조, 슬로베니아 헌법 제48조 그리고 헝가리 헌법 제 XIV 조 제3항)<sup>18)</sup>.

기본권 헌장 제18조는 한편으로는 유럽연합조약과 특히 제78조를 포함한 유럽연합의 기능에 관한 조약, 또 다른 한편으로는 유럽연합의 기능에 관한 조약 제67조 이하에 규정된 자유, 안전 그리고 법의 영역(Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts)과 관련된 영국과 아일랜드의 지위에 관한 의정서(제4호) 및 덴마크의 지위에 관한 의정서(제5호) 그리고 1997년에 부가된 유럽연합의 구성국가의 국민에 대한 망명권의 보장에 관한 의정서(제29호), 가 그 근거로 제시될 수 있기 때문에<sup>19)</sup>, 기본권 헌장 제18조는 이 규정들을 해석 과정에서 고려해야만 한다<sup>20)</sup>.

이 기본권은 단순한 원칙이 아닌 법원에 대한 직접적인 소송의 제기가 가능한 권리를 보장하고 있다. 그러나 제네바난민협약에 대해서는 이 협정이 또한 주관적 권리(subjektive Rechte)를 보장하고 있는지 여부에 대해서는 논의가

15) Bernsdorff, 앞의 책(주 1), Art. 18 Rn. 3.

16) Bernsdorff, 앞의 책(주 1), Art. 18 Rn. 3.

17) Miriam Wolter, Auf dem Weg zu einem gemeinschaftlichen Asylrecht in der Europäischen Union Gemeinschaftliches Asylrecht, Baden-Baden 1999, S. 74 ff.; Bernsdorff, 앞의 책(주 1), Art. 18 Rn. 3.

18) Bernsdorff, 앞의 책(주 1), Art. 18 Rn. 3.

19) Bernsdorff, 앞의 책(주 1), Art. 18 Rn. 2.

20) Vgl. Vgl. Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/24; Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 18 Rn. 1.

대립된다. 이에 대한 판단이 어떻게 내려질 것인가에 관계없이, 몇몇 논점들은 제18조가 난민의 직접적인 소송의 제기가 가능한 권리를 인정한다는 점을 전제하고 있다<sup>21)</sup>. 그러나 이에 대한 법적 상황은 매우 불안정하다.

유럽연합법원(EuGH)은 유럽인권협약 제3조에 근거한 유럽인권협약 제3조에 근거한 난민보장보다 유럽연합의 기본권 헌장 제18조의 보장내용이 더 풍부한지 여부에 대해서는 명백히 결정을 내리지 않았다<sup>22)</sup>. 아메리카 인권협약과 아프리카 인권협약과 달리 유럽인권협약과 그 의정서 속에는 국가들에 대하여 망명권 보장을 요구하는 명시적 규정이 존재하지 않는다. 유럽인권협약 제3조로부터 간접적으로 강제송환금지(non-refoulement)가 도출되는 한에서는, 경우에 따라서는 이를 통해서 특정한 체류허가의 전제조건들을 충족시킬 수 있는 망명청구자에 대한 송환금지로부터의 보호가 인정된다<sup>23)</sup>. 국가에 대하여 구속력을 가지지 않은 UN의 일반적 인권선언(Allgemeine Erklärung der Menschenrechte) 제14조는 모든 사람은 박해 때문에 다른 나라에서 망명을 청구하고, 누릴 권리를 가진다고 규정하고 있다

### III. 제네바 난민협약 상의 난민보호

제네바 난민협약(Geneva Refugee Convention/Genfer Flüchtlingskonvention)에 규정된 난민개념(Flüchtlingsbegriff)은 망명권의 보호범위의 확정에 있어서 결정적 역할을 한다. 1950년 초에 제정된 망명권 인정에 가장 중요한 두 개의 국제협약은 이른바 제네바 난민협약으로 불리는 1951년 7월 제네바에서 채택된 난민의 지위에 관한 협약(Convention Relating to the Status of Refugees)과 유럽인권협약으로 불리는 인권과 근본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms/Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten)이다. 제네바 난민협약은 처음 시행될 당시에는 시행일인 1951년 1월 1일 이전의 사례들, 즉

21) Fabian Wittreck, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Tübingen 2013, Art. 16 a Rn. 33.

22) Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2011.

N. S. (C-411/10) v Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others (C-493/10) v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform; EuGRZ 2012, 24 (32); Wittreck, 위의 책, Art. 16 a Rn. 33.

23) Bernsdorff, 앞의 책(주 1), Art. 18 Rn. 4.

주로 제2차 세계대전과 관련된 사건들에 대해서 소급적용되었다. 그 후 1967년의 부속의정서에 의한 시간적 적용범위의 제한이 폐지되었다<sup>24)</sup>.

2015년의 유럽의 시리아로 부터의 난민의 대량유입에 따른 위기상황에 직면해서, 제네바 난민협약과 유럽인권협약이 수많은 이주사례들에 대해서 적용되게 되었다. 유럽연합의 각 개별국가 속의 법원에서의 난민지위인정과 망명권의 보장에 있어서는 주로 제네바 난민협약상의 난민개념에 바탕을 둔 외국인법의 적용이 주로 문제되는 데 반하여, 유럽인권협약 상의 난민의 권리보장과 관련하여서는 주로 강제송환금지 원칙(Non-Refoulement Grundsatz)의 법적 적용 문제가 주된 논의대상이 되었다. 이러한 난민개념해석의 중요한 근거는 제3세계 소속국가국민 혹은 무국적자의 난민으로서의 인정과 지위부여를 위한 최소한의 규범에 대한 2004/83 유럽공동체 지침(Richtlinie 2004/83/EG)에서 찾을 수 있다<sup>25)</sup>.

난민개념은 우선적으로 제네바 난민협약(GFK) 제1 A조 제2호를 고려하여 ‘근거지워진 박해에 대한 공포’를 전제로 하고 있다. 망명신청자를 위한 박해는 제네바 난민협약(GFK) 제33조 제1항에 의하면 자신의 삶 혹은 자신의 자유를 ... 위협하게 하거나 다른 인권의 대한 중대한 침해의 위험을 발생시켜야만 한다. 관련 사례들은 2004/83 유럽공동체 지침 제9조 제2항에서 찾을 수 있다. 위험은 난민이 국적을 가지고 있는 혹은 일상적인 거주지를 가지고 있는 국가 속에서 존재하여야만 한다. 박해를 출신국가에로의 이주를 통하여 피할 수 있는 경우에는, 더 이상의 많은 박해는 존재하지 않는다. 제네바 난민협약 제1조 C, D, E의 전제조건이 주어진 경우, 예컨대 망명신청자가 새국적을 취득하고, 새국적 취득국의 보호를 받고 있는 경우 (제네바 난민협약 제1조 C 제3호), 박해의 이유가 소멸되고, 당사자에게 소속국가의 보호가 더 이상 거부될 수 없는 경우 (제네바 난민협약 제1조 C 제5호) 혹은 망명신청자가 보호 그리고 유엔조직이나 기관의 지원을 충분히 받고 있는 경우 (제네바 난민협약 제1조 D)에는 박해가 성립되지 아니한다<sup>26)</sup>.

기본권 헌장 제18조가 전제하는 박해는 박해가 국가 혹은 국가영역의 핵심적 지역들을 지배하는 국가기관 혹은 조직에 의하여 행해지는 것을 전제로 한다. 더 나아가서 박해는 또한 국가 혹은 국가와 비견될 수 있는 조직들이 사

24) Fulvio Haefeli, Steuerung der Migrationsströme und Non-refoulement-Prinzip gemäss GFK und EMRK, ZAR 2020, S. 25

25) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 17 Rn. 5.

26) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 17 Rn. 6.

적인 박해를 저지할 수 없거나 혹은 막으려고 하지 않는 경우에는, 사적인 박해까지도 포함한다. 또한 원칙적으로 유럽연합의 구성국가가 출신국가로서 고려된다. 그러나 유럽연합의 구성국가출신의 경우에는 헌법에 의하여 부가된 유럽연합의 구성국가의 국민들을 위한 망명의 보장에 대한 의정서에 의한 필요한 박해가 결여되어 있다<sup>27)</sup>.

제네바 난민협약 제1조 A 제2호, 제33조 제1항에서 도출되는 박해는 그 박해가 인종, 종교, 국적, 특정한 사회집단에 소속됨 혹은 난민의 정치적 세계관적 확신 때문에 가해진 경우에 한해서 성립된다. 특히 난민의 정치적 신념은 제3세계 소속국가국민 혹은 무국적자의 난민으로서의 인정과 지위에 대한 2004/83 유럽공동체 지침 제10조 제1항 문자 e를 근거로 판단할 수 있다. 그것은 박해자의 견해와 다른 정치적 확신을 의미한다. 내전 혹은 권력과 결부된 국가내 혹은 일반적 갈등을 통한 위협만으로 불충분하다<sup>28)</sup>. 이러한 제네바 난민협약 상의 난민개념에 의하면 무력에 의해서 내몰린 실향민, 즉 전쟁실향민(Gewaltvertriebene(Kriegsflüchtlinge)) 및 환경실향민(Umweltvertriebene)과 가난에 의한 이주자(Armutsmigranten)는 그들이 개별적으로 박해를 받지 않는 한에서는 난민의 개념에 포함되지 않는다<sup>29)</sup>.

최종적으로 제네바 난민협약 제1조 A 제2호에 의하면 난민에게는 출신국가에로 재입국이 불가능하거나 혹은 박해의 위협 때문에 출신국가에로의 귀환을 원하지 않는 상황이 발생해야만 한다. 어떠한 이유 때문에 난민이 자신의 국가를 떠났고, 현시점에서 위협이 이미 존재하는지 여부는 중요하지 않다. 망명신청자가 나중에 자발적으로 출신국가에로 귀환하고, 정착하려고 한다면, 제네바 난민협정 제1조 C 제4호의 난민지위는 상실된다<sup>30)</sup>.

제네바 난민협약은 지역적 망명(territoriales Asyl)에 대한 개별적 청구권을 보장하지 않는다. 따라서 제네바 난민협약은 원칙적으로 주관적인 이주의 권리(Recht auf Migration)를 보장하지 않는다<sup>31)</sup>. 망명권은 제네바 난민협약 제33조 제1항의 국외추방금지와 입국거부를 넘어서는 독자적 체류권(Bliebrecht) 혹은 독자적인 입국권(Einreiserecht)은 보장하지 않는다. 그러나 국외추방 혹은 입국거부가 이와 불가피하게 연결된 결과가 단지 국가 속에서의 체류권 보

27) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 17 Rn. 7.

28) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 17 Rn. 8.

29) Vgl. Stephan Breitenmoser Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, VVDStRL 76 (2017), 9 ff.; Haefeli, 앞의 논문(주 21), S. 26.

30) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 17 Rn. 9.

31) Haefeli, 앞의 논문(주 21), S. 26.

장을 통해서만 회피될 수 있는 경우에는, 망명권으로부터 국가 속에서의 체류권이 보장된다. 더 나아가서 망명권으로부터 난민지위의 확인을 위한 충분한 절차의 보장에 대한 권리가 도출된다<sup>32)</sup>.

제네바 난민협약은 협약가입국가들에 대하여 망명권의 국내적 인정을 위한 조건들의 확정과 관련하여 국제법적인 측면에서 개별국가들의 독자적 형성권을 인정하고 있다<sup>33)</sup>. 각 개별국가 속에서 망명권의 보장에 대해서는 입법자의 입법형성의 자유가 보장된다. 따라서 각 가입국가들이 난민인정을 위한 어떠한 절차적 요건을 준수해야만 한다는 법적인 구속력 있는 중요한 기준들이 제네바 난민협약 속에 규정되어 있지 않기 때문에, 각 개별국가들은 제네바 난민협약 제1 C 제3호의 전제조건들을 충족하지 못하는 망명신청자에 대해서 망명권을 인정하는 것 뿐만 아니라, 이 규정 속의 전제조건들을 충족하는 난민에 대해서 망명권 인정을 거부할 수도 있다<sup>34)</sup>. 난민을 받아들여야 한다는 의무도 제네바 난민협약 속에 규정되어 있지 않기 때문에, 각 협약가입국가들은 강제송환금지 원칙의 준수하에서 자신이 옳다고 판단하는 난민인정실행절차를 독자적으로 실행할 수 있다<sup>35)</sup>. 제3세계 소속국가 국민 혹은 무국적자의 난민으로서의 인정과 지위에 대한 2004/83 유럽공동체 지침 제4조 제3항에 의하여 개인적 심사가 명령되어 진다. 심사절차의 진행기간 동안에는 체류권이 보장된다.

제네바 난민협약 제1조 F 그리고 제33조 제2항 G는 망명권의 제한근거들을 규정하고 있다. 이에 의하면 난민이 “자신의 범죄 혹은 특별히 중대한 범죄로 인하여 유죄판결을 받았기 때문에, 그가 정주하고 있는 국가의 안전에 대한 위협으로서 보는 매우 중요한 근거들로 받아들여지고 혹은 이 국가의 공공에 대한 위협”을 의미하는 경우에는 망명권의 인정이 거부되어 진다<sup>36)</sup>. 그 이외에도 유럽연합의 기본권 헌장 제52조에 의한 다른 제한근거들이 인정되는지 여부는 불명확하다. 제3세계 소속국가국민 혹은 무국적자의 난민으로서의 인정과 지위에 대한 2004/83 유럽공동체 지침 제12조 제2항의 규정은 이러한 요건들을 충족하고, 이전의 국제법상의 보장규정들을 반복하고 있다<sup>37)</sup>.

32) Jarass, 앞의 책, Art. 17 Rn. 11.

33) Haefeli, 앞의 논문(주 21), S. 26.

34) Vgl. Walter Kälin, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt am Main 1990, S. 27; Haefeli, 앞의 논문(주 21), S. 26.

35) Haefeli, 앞의 논문(주 21), S. 26.

36) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 17 Rn. 13.

37) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 17 Rn. 14.

#### IV. 강제송환금지 원칙의 유럽인권협약 상의 적용

다양한 난민협약들(Flüchtlingsconventionen)은 명백히 난민을 정치적 동기에 의한 박해의 위협이 존재하는 국가로의 송환을 금지하고 있다. 인권조약들(Menschenrechtsverträge)은 고문이나 비인간적인 대우의 위협이 존재하는 국가로의 송환을 금지하고 있다. 최종적으로 인도조약들(Auslieferungsverträge)은 국가의 정치적 범죄행위 가능성 혹은 정치적 박해의 위협으로 인하여 어떤 개인을 그 인도를 요청한 국가에 인도하는 것을 금지하고 있다. 이렇게 강제송환의 금지의 원칙은 국제법적인 측면에서 난민협약, 인권조약 그리고 인도조약의 세가지 측면에서 그 근거를 도출할 수 있다<sup>38)</sup>.

이러한 국제법 상의 근거들을 바탕으로 하여 강제송환 금지의 원칙은 좁은 의미와 넓은 의미의 강제송환 금지원칙으로 구분될 수 있다<sup>39)</sup>. 좁은 의미의 강제송환금지의 원칙은 난민법상의 박해의 위협이 존재하는 국가로의 재송환이 금지된다는 난민법상의 개념적용과 관련성을 가진다. 이에 반해서 넓은 인권법적인 의미에서의 강제송환금지 원칙은 유럽인권협약 제3조에 의한 어떠한 근거에 의한 것이든 관계없이 고문 혹은 다른 중대한 인권침해의 위협이 존재하는 국가에로의 인도의 위협으로 부터 외국인을 보호한다<sup>40)</sup>. 이렇게 볼 때 유럽인권협약 제3조에 근거한 넓은 의미의 강제송환금지의 원칙은 제네바 난민협약 제33조에 근거하여 단지 정치적 신념과 같은 특정한 사유들에 의한 박해의 위협으로의 부터의 보호를 목적으로 하는 난민법적인 강제송환 금지원칙, 즉 좁은 의미의 강제송환 금지 원칙보다 그 보호범위가 넓어진다. 그 외에도 제네바 난민협약 제33조의 난민보호는 제네바 난민협약 제33조 제2항에 의하여 외국인이 그 체류국가(Gaststaat) 속에서의 공중(Allgemeinheit)의 위협이 된다면, 강제송환금지 원칙에 반하는 결정을 허용하고 있기 때문에, 제네바 난민협약상의 난민보호는 일반적 안전의 유보하에서 인정되는 상대적 보호로 평가될 수 있다<sup>41)</sup>. 이에 반해서 유럽인권협약 속에는 어떠한 직접적인 혹은 간접적인 공중유보규정(ordree public-Vorbehalt)은 없다<sup>42)</sup>.

유럽인권협약은 역시 유럽연합의 기본권 헌장과 마찬가지로 유럽인권법원

38) Haefeli, 앞의 논문(주 21), S. 26.

39) Kälin, 앞의 책(주 31), S. 210 f.

40) Kälin, Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 4. Aufl. Basel 2019, S. 647; Haefeli, 앞의 논문(주 21), S. 27.

41) Haefeli, 앞의 논문(주 21), S. 27.

42) Haefeli, 앞의 논문(주 21), S. 27.

의 판례를 통해서 그 국가의 자국민이 아닌 자의 추방과 강제추방에 대하여 한계를 설정하고 있다. 유럽인권법원의 판례를 통해서 다음의 두 가지 기본적인 입장을 도출해 낼 수 있다: 체류종결처분은 관련당사자의 체류목적국가 속에서의 권리침해의 위험성 때문에 유럽인권협약으로 인정될 수 있다. Soering v. The United Kingdom 사건<sup>43)</sup>이래로 유럽인권법원의 일관된 판례는 이 사건에서의 유럽인권협약에 가입국인 강제송환국가는 자신의 강제송환을 통해서 유럽인권협약침해가 가능해지고, 고문과 비인간적인 대우를 금지하는 유럽인권협약 제3조에 근거한 강제송환국가의 책임을 근거지웠다<sup>44)</sup>. 강제추방으로부터의 보호와 관련된 두 번째 기본입장은 강제추방을 통해서 나타나는 유럽인권협약 침해가능성의 위험 때문에 강제송환 그 자체에서 찾을 수 있다. 체류종결처분으로 인하여 체류국가에서의 가족생활과 사생활이 더 이상 유지될 수 없게 된다면, 유럽인권협약 제8조의 사생활과 가족생활에 대한 권리의 침해가 될 수 있다<sup>45)</sup>.

유럽인권법원은 다양한 판례들을 통해서 유럽인권협약 가입국가의 체류종결처분에 대하여 유럽인권협약 제8조를 근거로 하여 법적 한계를 설정하고 있다<sup>46)</sup>. 각 개별적인 사건에 대해서는 확실히 비판이 제기될 수 있지만, 이러한 유럽인권법원의 기본적 입장은 판례 속에서 확정되었고, 독일의 행정관청과 법원을 통해서 실행되고 있다. 유럽인권협약 제3조와 제8조에 근거한 유럽인권법원의 외국인의 체류권과 관련된 결정의 독일 내에서의 수용은 항상 떠들썩한 공방과정이 수반된 것이 아니라, 점차적으로 진행되는 수렴과정을 통해서 행해지고 있다<sup>47)</sup>.

유럽연합의 기본권 헌장 제19조의 추방, 강제이송 그리고 인도로부터의 보호권의 보장은 기본권 헌장 주석(Charter-Erläuterungen)이 확인한 바와 같이 유럽인권협약 제4부속의정서 제4조의 동일한 의미와 적용범위를 가진다<sup>48)</sup>. 유

43) ECtHR - Soering v. The United Kingdom, Application No. 14038/88, 7 July 1989.

44) Katharina Pabel, Flüchtlingsschutz und europäische Menschenrechtskonvention, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen Guten Willen und geltendem Recht, Paderborn 2016, S. 197.

45) Pabel, 위의 책, S. 198.

46) Andreas Zimmermann/Björn Elberling, in: Oliver Dörr, Rainer Grote, Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl., Tübingen 2013, Kap. 27 Rn. 97 ff.

47) Ingo Kraft, Vom Konflikt zur Konvergenz. Zur Rezeption der ausländerrechtlichen Rechtsprechung des EGMR durch die deutschen Verwaltungsgerichte, NVwZ 2014, S. 969.

48) Charta-Erläuterungen ABI 2007 C 303/24.

유럽인권협약 제4부속의정서 제4조는 「외국인의 집단적 추방은 허용될 수 없다」고 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 기본권 헌장 제19조 제1항은 기본권 헌장 제52조 제3항 제1문에 의하여 유럽인권협약의 보호보다 그 보호수준이 강화될 수 있다. 유럽인권협약의 관련규정은 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)을 형성한다. 기본권 헌장 제19조 제2항의 규정은 유럽인권협약(EMRK) 제3조(고문 혹은 비인간적인 혹은 굴욕적 형벌 또는 대우의 금지)에 대한 유럽인권법원(EGMR)의 판례에서도 그 근거를 찾을 수 있다<sup>49)</sup>.

기본권 헌장 제19조는 제1항과 제2항 사이의 많은 체계적 차이점에도 불구하고, 양 조항의 밀접한 관련성을 고려해 볼 때 하나의 통일적 기본권을 포함하고 있다. 무엇보다도 이 기본권은 제한없는 외국인의 보호를 목적으로 하고 있다. 이 기본권은 기본권 헌장 제4조의 비인간적인 대우의 금지 그리고 이와 동시에 인간의 존엄과 밀접한 관련성을 가지고 있다. 이 기본권은 이와 관련된 유럽인권협약상의 권리들과 마찬가지로 단순한 원칙이 아닌, 법원에 직접 소송의 제기가 가능한 권리이다. 기본권의 기능에 따르면 이 기본권은 방어권으로서의 성격을 가진다<sup>50)</sup>.

기본권의 실질적인 적용범위는 본질적으로 제한행위를 통해서 정해진다. 이 기본권은 우선적으로 국가를 떠나라는 의무를 부과하는 추방(Ausweisung)의 경우에 적용된다. 강제추방(Abschiebung)은 추방의 강제적인 방법에 의한 실현이다. 인도는 다른 나라의 요청에 의한 전근과 관련되어 어떤 국가를 떠나는 것을 말한다. 일반적으로 이것은 당사자의 양해없이 행해질 수 없다. 기본권 헌장 제19조는 국경에서의 단순한 입국거부에는 적용되지 않는다<sup>51)</sup>.

이 기본권의 주체는 개인의 국적과 관계없이 모든 자연인이다. 유럽인권협약 부속의정서 제4조(외국인의 집단적 추방의 금지)와는 달리 외국인에 제한되지 않는다. 그럼에도 불구하고 무엇보다도 이 기본권은 실질적으로 제3세계 소속 국가 국민들에게 중요하게 적용된다. 유럽연합의 외국인에 대해서는 기본권 헌장 제45조의 광범위한 체류권이 인정된다. 법인은 이 기본권의 주체가 될 수 없다<sup>52)</sup>.

집단적 추방이 행해진 경우에는 기본권 헌장 제19조 제1항의 영역 속에서

49) EGMR, Nr. 14038/88 (1999) Rn 35 ff. = NJW 1990, 2183; Nr. 25964/94 (1996); Jarass, 앞의 책, Art. 19 Rn. 1.

50) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 19 Rn. 2.

51) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 19 Rn. 7.

52) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 19 Rn. 5.

의 기본권 제한 내지 기본권의 축소가 행해진다. 집단적 추방은 일반적 기준에 근거하여 개별사안에 대한 심사를 거치지 않고 여러 사람들을 동시에 추방하는 것이다. 특정한 피부색과 같은 특정국가의 국적을 가지는 인적 집단의 추방은 여기에 해당된다. 특히 어떤 특정국가의 국적을 가지고 있는 모든 사람을 유일한 조치로서 추방하는 것은 집단적 추방에 해당된다<sup>53)</sup>. 추방이 개별 사안에 대한 적절하고 객관적인 심사에 근거하여 행해진 경우라면, 집단적 추방은 성립되지 않는다. 그러나 개별 사안에 대한 심사는 진지하게 행해져야만 한다<sup>54)</sup>. 유럽인권협약 제7 부속의정서 제1조 (외국인의 추방과 관련된 절차적 보호규정)의 절차적 보장은 의도적으로 규정하고 않았다. 유럽인권협약 제7부속의정서가 비준되는 순간부터, 여기에 규정된 내용들은 바로 적용되어 진다<sup>55)</sup>.

집단적 추방은 일반적으로 허용되지 않는다. 최종적으로 인간의 존엄과의 관련성이 아닌, 어떠한 정당화도 행해질 수 없다. 그 외에도 또한 유럽인권협약 제4 부속의정서 제4조 (외국인의 집단적 추방의 금지)도 제한되어질 수 없다. 따라서 기본권 헌장 제52조 제1항은 적용되지 않는다. 단지 유럽인권협약 제15조의 긴급상황의 규정이 적용될 수 있다<sup>56)</sup>.

관련 당사자에게 사형, 고문 혹은 다른 비인간적인 혹은 굴욕적 형벌 혹은 대우가 행해지는 국가에로의 추방, 강제추방 혹은 인도가 행해진다면, 기본권 헌장 제19조 제2항의 영역 속에서 기본권 제한 내지 기본권의 축소가 성립된다. 우선적으로 허용될 수 없는 조치의 보다 상세한 한계설정과 관련하여 기본권 헌장 제2조 제2항의 사형의 개념이 확정될 수 있다. 기본권 헌장 제4조와 마찬가지로 고문의 개념도 해석될 수 있다. 비인간적인 혹은 굴욕적 형벌 혹은 대우와 한계설정에 대해서도 동일한 논리가 적용된다. 왜냐하면 이 경우에는 기본권 객체의 행위가 추방, 강제추방 혹은 인도 속에서 나타나고 있기 때문에, 위협이 제3세계국가 혹은 사인에 근거한 것인지 여부는 중요한 역할을 수행하지 않는다<sup>57)</sup>.

이러한 추방, 강제추방 혹은 인도가 최종적 목적이 되는 국가에로 행해졌다면, 그 외에도 진지한 위협이 존재하여야만 한다. 진지하고 명백한 그리고 중

53) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/24.

54) vgl. EGMR, Nr. 51564/99 (2002) Rn. 63.

55) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 19 Rn. 6.

56) Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 19 Rn. 10.

57) EGMR, Nr. 24573/94 (1997) Rn. 39 f; Nr. 30240/96 (1997) Rn. 46 ff = NVwZ 1998, 161; Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 19 Rn. 8.

대한 위협이 존재하여야만 한기 때문에, 단순한 학대의 가능성만으로는 불충분하다<sup>58)</sup>. 위협은 명백히 나타난 것이어만 하고, 바로 당사자와 관련되어 있어야만 한다. 더 나아가서 일반적인 위협상황만으로는 충분하지 않다. 오히려 상황은 국가의 다른 거주자들 보다도 명백히 훨씬 더 악화되어 있어야만 한다<sup>59)</sup>. 관련 당사자가 형벌을 받게되는 경우에는, 제19조 제2항은 또한 적용되지 않는다<sup>60)</sup>.

## VI. 체류권 인정에 있어서의 난민과 이민자의 보호

유럽인권협약에 가입한 국가들 속에서의 난민보호와 관련하여 유럽인권협약은 어떠한 역할을 수행하고 있는가? 유럽인권협약은 난민보호와 관련하여 어느 정도의 권리보호영역을 설정하고, 유럽인권협약가입국의 난민의 권리제한에 대하여 어떠한 법적 한계를 설정하고 있는가? 이러한 논의는 최근의 유럽에서의 난민유입과 관련된 난민정책의 실행과 관련하여 더욱 더 깊은 관심사가 되고 있다.

유럽인권협약의 조문을 근거로 하여 난민지위를 인정하기 위한 기본적 상황 판단의 법적 기준을 도출할 수는 없다. 왜냐하면 유럽인권협약은 난민적 지위의 보장 및 난민의 체류권 인정에 대한 어떠한 규정도 두고 있지 않기 때문이다. 따라서 난민적 지위는 유럽연합의 기본권 헌장 제18조와 마찬가지로 체네바 난민협약과 같은 관련 국제법들과 그 국가의 국내법을 통해서 인정된다. 따라서 유럽인권협약은 난민지위의 법적 판단과 난민의 법적 체류권 보장에 대해서 직접적으로 규정하지 않고, 유럽인권협약 제4 의정서 제3조의 자국민이 강제추방금지 혹은 유럽인권협약 제4 의정서 제2조의 이주의 자유가 간접적인 관련성을 가진다.

---

58) EGMR, Nr. 13163/87 (1991) Rn 107 ff = NVwZ 1992, 870.

59) EGMR, Nr. 24573/94 (1997) Rn. 41 = NVwZ 1998, 163; Jarass, 앞의 책(주 9), Art. 19 Rn. 9.

60) EGMR, Nr. 25964/94 (1997) Rn. 40 f = NVwZ 1997, 1100; Nr. 30240/96 (1997).

## 1. 외국인의 입국의 자유의 불인정

유럽인권협약 속에 개인의 기본권으로서 어떤 국가에 대한 입국의 자유와 체류권이 보장되고 있는지 여부는 관련당사자의 그 국가의 국적보유여부에 달려있다. 유럽인권협약 제4 의정서 제3조 제2항은 단지 그 나라의 국민에 대해서만 입국의 자유(Recht auf Einreise)를 보장하고 있다. 그 국가의 국민이외의 다른 사람에게는 입국의 자유가 명백히 인정되지 않고, 현재 존재하는 권리보장에 대한 해석을 통해서도 도출될 수도 없다. 따라서 그 국가의 국민이 아닌 자의 입국의 자유는 유럽인권협약을 통해서 보장되지 않는다. 따라서 유럽인권협약의 어떠한 가입국가도 유럽인권협약으로부터 난민을 받아들이거나 혹은 망명을 보장해 줄 의무를 부담하지 않는다. 유럽인권협약은 또한 어떠한 체류적 지위의 인정에 대한 권리도 보장해 주지 않는다<sup>61)</sup>.

유럽인권법원(EGMR)은 강제송환(Abschiebung) 혹은 강제추방(Ausweisung)과 같은 체류종결처분의 유럽인권협약 위반여부의 심사와 관련하여 유럽인권협약의 가입국가는 자신의 입국과 체류에 대한 권리를 자유롭게 형성할 수 있다고 강조하였다<sup>62)</sup>. 국가의 영역주권에 근거하여 국제법적으로 인정된 국가의 영역에 대한 외국인의 입국거부권을 유럽인권협약이 부인할 수 없다.

외국인에 대한 집단적 추방의 금지를 규정하고 있는 유럽인권협약 제4의정서 제4조에 대해서는 어떠한 제한의 정당화도 허용되지 아니한다. 따라서 집단적 추방으로 인정될 수 있는 모든 국가적 처분에 대해서는 이 기본권의 침해가 인정된다. 집단적 추방은 각 개인들에 대한 개별적 심사가 허용되지 않고, 국적, 인종 혹은 피부색과 일반적 기준에 의하여 구분된 인적집단에 대하여 행해진 추방을 의미한다<sup>63)</sup>.

유럽인권법원의 판례에 의하면 개별적 심사는 적어도 당사자가 이해할 수 있는 언어로 본인확인과 관련당사자에 대한 정보확인절차의 보장을 요구한다<sup>64)</sup>. 유럽인권법원은 난민과 망명신청자의 대량유입사태에 직면한 어떤 유럽

61) Pabel, 앞의 책(주 41), S. 199.

62) ECtHR - Vilvarajah and others v. The United Kingdom, Application Nos. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, 30 October 1991; ECtHR - Chahal v the United Kingdom, Application no. 22414/93, 15 November 1996.

63) Pabel, 앞의 책(주 41), S. 200.

64) ECtHR - Hirsi Jamaa and Others v Italy [GC], Application No. 27765/09; ECtHR - Sharifi and Others v Italy and Greece (no. 16643/09) [Article 2, 3, 13, Article 4 Protocol 4], 21 October 2014.

인권협약가입국가의 경우에도 체류종결처분을 행하는 경우에는 개별적 심사과정  
이 포기되어서는 안된다고 강조하였다<sup>65)</sup>.

지중해(Mediterranean Sea)에서의 보트난민유입에 대한 대응과정을 집단적  
강제추방(Kollektiveausweisung)으로 인정한 비교적 최근의 두 유럽인권법원의  
판례들은 중요한 의미를 가진다. 유럽인권법원은 리비아(Lybia)를 출발한 소말  
리(Somali)와 에리트레아(Eritrea) 출신 이주자들이 찬 세 개의 선박들을 공해  
상에서 이탈리아 해양세관경찰과 해양경비대에 의하여 납포하여, 이들을 이탈  
리아 군함에 수용하여, 이들에 대한 개별적 심사과정없이 다시 리비아의 트리  
폴리(Tripoli)로 뒤돌려 보낸 Hirsi Jamaa and Others v Italy 사건에서 이들  
난민들이 이탈리아 군함 속에 수용되었던 시점을 매우 중요하게 판단하였다.  
왜냐하면 이 시점, 즉 이탈리아 군함 속에서 있었던 개인소원 청구인들인 난민  
들은 이탈리아의 사법적 관할권에 속해있기 때문에, 이탈리아는 「유럽인권협약  
상의 가입국가들은 자신의 고권적 권력 하에 있는 모든 사람들에 대하여 제1  
장 속에서 규정된 권리와 자유들을 보장한다」는 유럽인권협약 제1조에 의하여  
이들에 대해서도 유럽인권협약상의 권리보장을 행해야만 하였다. 따라서 그  
들에 대한 개별적 심사과정없이 바로 그들을 리비아로 돌려보낸 것은 집단적  
추방에 해당한다고 보았다.

이 결정에서 유럽인권법원은 보트난민들(Bootflüchtlingen)에 대한 보호와 관  
련하여 지중해는 더 이상 ‘무법지역(no-law zone)’, ‘공해상의 관타나모 수용소  
(Guantanamo of the High Seas)’가 아니기 때문에, 국경보호의 과정에서도 유  
럽인권협약의 준수 의무를 존중해야만 한다고 결정하였다<sup>66)</sup>. 이 결정 속에서의  
국경을 벗어난 지중해 상에서의 유럽인권협약 제3조, 제4의정서 제4조 그리고  
유럽인권협약 제13조의 적용은 결과적으로 개별적인 강제송환금지  
(Non-Refoulement-Verbot)와 유럽연합의 국경보호실무적 관행 및 유럽연합의  
기본권 헌장 제19조의 해석에 있어서도 중요한 영향을 미치게 되었다<sup>67)</sup>.

Sharifi and Others v Italy and Greece 사건<sup>68)</sup>은 2007년과 2008년 사이의

65) ECtHR - Hirsi Jamaa and Others v Italy [GC], Application No. 27765/09; ECtHR -  
Sharifi and Others v Italy and Greece (no. 16643/09) [Article 2, 3, 13, Article 4  
Protocol 4], 21 October 2014; Pabel, 앞의 책(주 41), S. 200.

66) [http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Multimedia/Webcasts+of+public+hearings/webcastEN\\_media?&p\\_url=20110622-1/en/\(27.2.2012\)](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Multimedia/Webcasts+of+public+hearings/webcastEN_media?&p_url=20110622-1/en/(27.2.2012)); Matthias Lehnert/Nora Markard,  
Mittelmeerroulette - Das Hirsi-Urteil des EGMR und die europäische Grenzschutzpolitik  
auf See, ZAR 2012, S. 194.

67) Albert Weber, Menschenrechtlicher Schutz von Bootsflüchtlingen. Bedeutung des  
Straßburger Hirsi-Jamaa-Urteils für den Flüchtlingsschutz, ZAR 2012, S. 265.

서로 다른 시간에 그리스(Greece)에 도착해서, 나중에 보트로 이탈리아(Italy)로 이동한 35명의 개인과 관련을 가진다. 그들은 이탈리아의 여러 항구에 도착한 후에, 그들의 보트는 이탈리아 국경경비대에 납포되어서 바로 즉시 그리스로 되돌려 보내졌다. 소원청구인들은 이탈리아와 그리스에서 배에서 경찰과 승무원들의 폭력에 처해졌으며, 망명신청을 위한 어떠한 개별적 심사절차의 기회가 부여되지 않았다.

이 결정 속에서 유럽인권법원은 유럽연합의 구성국가들은 유럽연합법을 실행할 때, 유럽인권협약의 준수 의무를 회피할 수 없다고 강조하였다. 유럽인권법원은 재판관 전원일치로 이탈리아가 아프가니스탄 난민신청자 집단을 바로 그리스에 돌려보낸 것에 대하여 유럽인권협약 제4 의정서 제4조의 외국인에 대한 집단적 추방의 금지 그리고 제3조의 비인간적이고 굴욕적인 대우의 금지 그리고 유럽인권협약 제13조의 효과적인 소원제기권(right to an effective remedy)을 위반하였다고 결정하였다. 그 외에도 유럽인권법원은 그리스가 이들에게 망명신청절차의 기회를 제공하지 않고, 아프가니스탄으로 다시 추방될 위험에 처해지게 만든 것과 관련하여 유럽인권협약 제3조와 관련하여 협약 제2조, 제3조를 위반했다고 결정하였다. 이 결정에서 유럽인권법원은 더블린 체계(Dublin system)에 의하여 유럽연합의 내부에서는 망명신청자가 처음 도착한 국가가 이들의 망명신청에 대한 개별적 심사를 해야만 한다고 보았다.

그럼에도 불구하고 유럽인권법원이 반복적으로 인정한, 외국인에 대한 집단적 추방의 금지가 어떤 국가가 외국인의 이주(Einwanderung)에 대하여 법률로서 규제하는 것을 저지할 수 없다고 한 원칙이 유럽인권법원의 이 결정을 통해서 쓸모없는 것이 되지는 않았다<sup>68)</sup>. 이 결정 속에서 유럽인권법원이 강조한 것은 외국인에 대한 강제추방절차의 실행에 있어서 최소한의 기본권 권리보장을 위한 개별적 심사절차는 보장되어야만 한다는 것이었다. 유럽인권법원은 이 두 사건에서 유럽인권협약 제4 의정서 제4조, 유럽인권협약 제3조와 결부하여 유럽인권협약 제13조의 효과적인 법적 구제의 보장의 위반을 인정하였다.

이 두 유럽인권법원의 결정들은 지중해에서의 보트난민을 다시 돌려보내기 작전(push-back-Operationen)의 실행에 대한 인권법적인 한계를 설정한 것이<sup>70)</sup>. 이 결정들은 또한 Frontex로 알려진 유럽국경과 해안수비대(European

68) ECtHR - Sharifi and Others v Italy and Greece, no. 16643/09.

69) Pabel, 앞의 책(주 41), S. 201.

70) Pabel, 앞의 책(주 41), S. 202.

Border and Coast Guard Agency)의 업무실행에 있어서도 실질적인 법적 효력을 미친다. 따라서 국경수비를 담당하는 각 배들이 유럽인권법원의 결정들로부터 나오는 법적 결과의 적용을 회피하기 위하여, 해난의 위험에 처해있는 난민들에 대한 구조를 더 이상 실행할지 아니지 여부에 대한 판단은 이들의 업무실행의 결과에 달려있다<sup>71)</sup>. 결과적으로 유럽인권협약상의 난민에 대한 법적 보호의 강화가 그들의 공해상의 해난구조를 포기하게 만드는 비극은 발행하지 않아야만 할 것이다.

## 2. 난민과 이주자에 대한 체포와 구금

유럽인권협약 제5조 제1항 문자(lit.) f는 허가되지 않은 입국을 저지하기 위한 체포나 자유박탈 및 강제송환이나 강제추방절차가 진행되고 있는 사람에 대한 체포나 자유박탈의 허용을 규정하고 있다. 이러한 난민에 대한 법적 체포나 구금의 법적합성의 요구는 우선적으로 국내법적인 절차법 규정과 실체법 규정의 준수를 요구한다. 그리고 이를 넘어서서 유럽인권협약 제5조의 자유와 안전에 관한 권리의 전체적 목적인 자의적인 체포와 구금으로 부터의 보호의 보장의 요구가 중요한 판단기준이 된다<sup>72)</sup>.

예를 들면 그 국가에 적법하게 입국하지 않은 자가 적법한 체류허가를 받거나, 혹은 난민신청절차가 완료되기 전까지는, 그들에 대한 구금의 이유와 법적 근거는 존재한다. 물론 어떤 외국인이 국가에 입국 후에 바로 이민관청에 문의했다는 이유만으로 자신의 입국이 적법하게 전환되는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 어떤 국가가 유럽인권협약 제53조 의미 속에서 유럽인권협약의 적용 범위를 넘어서서 법률에 의하여 망명절차를 밟고 있는 이민자에 대하여 입국과 체류를 보장해 주는 것은 가능하다. 따라서 적법하게 입국하지 않은 자에 대한 구금의 근거가 개별적 사례에서 존재하는지 여부에 대한 결정은 그 국가의 국내법에 의하여 결정될 수 있다<sup>73)</sup>.

강제송환과 강제추방절차 속에서의 구금의 남용을 방지하기 위해서는 엄격한 구금의 목적의 확정이 필요하다. 즉 현재 강제추방절차가 진행되고 있다는 것이 구금의 전제조건이 된다. 구금의 자의성에 대한 심사와 관련하여 이러한 목적 외에도 범죄예방 혹은 도주의 위험이 있는지 여부에 대한 심사가 행해져

71) Pabel, 앞의 책(주 41), S. 203.

72) Pabel, 앞의 책(주 41), S. 205.

73) Pabel, 앞의 책(주 41), S. 206.

야만 하는 것은 아니다. 따라서 필요한 행정절차의 보다 편리한 실행을 위한 구금도 허용된다<sup>74)</sup>.

Saadi v. United Kingdom 사건<sup>75)</sup>에서 유럽인권법원은 행정절차상의 어려움과 망명신청자의 급격한 증가로 인하여, 이러한 망명신청절차의 신속한 처리를 위하여 7일 동안 적법한 조건 하에서 구금은 유럽인권협약 제5조 제1항 문자f 위반이 아니라고 결정하였다. 유럽인권법원은 많은 수의 망명신청절차를 신속하게 처리하기 위한 효율적인 체계의 존재는 구금허용여부에 대한 법적인 다툼을 무용하게 만든다고 보았다.

추방절차 동안의 구금은 허용되지만, 설사 추방절차의 진행기간에 대하여 구체적이고 명확한 규정은 없다고 할지라도, 이에 대한 보다 세심한 배려가 결여되었다면, 유럽인권법원은 유럽인권협약 제5조 제1항 문자f의 침해라고 보았다<sup>76)</sup>. 이 결정에서 강제송환절차가 진행되는 동안의 구금이 대략 1년 6개월 동안 지속되었다.

헌법재판소는 2018년 2월 22일 재판관 4(합헌) : 5(위헌)의 의견으로 강제퇴거명령을 받은 사람을 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 보호할 수 있도록 규정한 출입국관리법(2014. 3. 18. 법률 제12421호로 개정된 것) 제63조 제1항이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. 이에 대하여 위 조항이 과잉금지원칙과 적법절차원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해한다는 재판관 이진성, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 이선애, 재판관 유남석의 위헌의견이 있다<sup>77)</sup>. 헌법재판소는 이 결정의 중요한 쟁점 중의 하나인 보호기간의 상한설정과 관련하여 보호기간의 상한이 규정될 경우, 그 상한을 초과하면 보호는 해제되어야 한다. 그런데 강제퇴거대상자들은 대부분 국내에 안정된 거주기반이나 직업이 존재하지 않으므로, 그들이 보호해제 된 후 잠적할 경우 강제퇴거명령의 집행이 현저히 어려워질 수 있고, 그들이 범죄에 연루되거나 범죄의 대상이 될 수도 있기 때문에 인정될 수 없다는 입장을 취하고 있다.

재판관 이진성, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 이선애, 재판관 유남석의 반대의견은 기간의 상한이 정해져 있지 않은 보호는 피보호자로 하여금 자신이 언제 풀려날지 전혀 예측할 수 없게 하여 심각한 정신적 압박감을 가

74) Pabel, 앞의 책(주 41), S. 206.

75) ECtHR - Saadi v. United Kingdom, Application No. 13229/03.

76) ECtHR - Gallardo Sanches v. Italy, Application no. 11620/07.

77) 헌법재판소 208, 2, 22, 2017헌가29.

저온다. 단지 강제퇴거명령의 집행을 용이하게 하기 위하여 기간의 제한 없는 보호를 가능하게 하는 것은 행정의 편의성과 획일성만을 강조한 것으로 그 자체로 피보호자의 신체의 자유에 대한 과도한 제한으로 보고 있다. 더 나아가서 반대의견은 보호기간의 상한을 초과하여 석방된 강제퇴거대상자들이 잠적하거나 범죄를 저지르는 것은 아직 현실화되지 않은 잠재적인 가능성에 불과하고, 이를 뒷받침할만한 실증적 근거도 충분하다고 볼 수 없다고 판단하고 있다.

### 3. 절차적 권리의 보장

이주노동자권리협약 제22조는 이주노동자에 대한 집단적 추방만 금지하고, 그 이외의 제22조 제2문에 의한 절차법적인 보호 즉 적법절차를 거친 개별적 추방은 허용한다는 것을 전제로 하고 있다. 그리고 이러한 해석은 그 국가의 입국허가를 받고 입국한 합법적 이주노동자뿐 아니라 그렇지 않은 불법 내지 미등록이주노동자에게도 그대로 적용된다. 이주노동자권리협약 제56조는 이러한 이주노동자의 추방에 대한 원칙을 전제로 하여 이주노동자에게 적용되는 권리로서 이주노동자와 그 가족구성원은 고용국의 법률속에 규정된 이유들(reasons) 그리고 협약 제3부에 규정된 보호들(safeguards)에 해당되는 경우를 제외하고는 취업국으로부터 추방당하지 않는다고 규정함으로써 이주노동자에 대한 추방을 제한하고 있다. 이러한 이주노동자권리협약 제22조의 근거는 시민적 그리고 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and political Rights) 제13조에 근거를 두고 있다: “적법하게 이 규약의 가입국(State Party)의 영역 내에 있는 외국인은, 오로지 법률에 근거하여 행해진 결정에 의해서만 그 영역으로부터 추방될 수 있으며, 또한 국가의 안전의 불가피한 사유에 의하여 요구되는 경우를 제외하고는 자신의 추방에 반대하는 이유를 제시하고, 또한 권한 있는 당국 또는 동 당국에 의하여 특별히 지명된 자에 의하여 자기의 사안이 심사되는 것이 인정되며, 또한 이를 위하여 담당기관 혹은 특히 담당기관에 의하여 지명된 사람 혹은 사람들에 의하여 자신의 사안이 심사되어지고, 이러한 목적을 위하여 담당기관 혹은 특히 담당기관에 의하여 지명된 사람 혹은 사람들 앞에서 대리인을 통한 입장표명이 인정된다”. 이 규정을 그대로 반영하고 있는 유럽인권협약(European Convention on Human Rights) 제7부속의정서 제1조 제1항은 적법한 체류를 하고 있는 외국인에 대한 추방은 ① 자신의 추방에 반대하는 근거를 제시할 기회가 부여되고, ② 자신의 사례에 대한 심사가 행해지고, ③ 이러

한 목적을 위하여 해당관청과 해당관청에 의하여 지명된 자 혹은 많은 사람들 앞에서 대리인에 의한 입장표명을 인정함으로써 추방에 대한 절차법적인 보호를 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 제1조 제2항은 외국인에 대한 추방이 공적인 질서의 이익(Interesse der öffentlichen Ordnung) 혹은 국가적 안전(nationale Sicherheit)을 근거로 하여 이러한 절차법적인 보호에 근거한 세가지 권리의 행사전에 행해질 수 있다고 규정함으로써 국가의 공적질서의 유지 그리고 안전보호를 위하여 개별적으로 외국인에 대한 추방이 행해질 수 있다는 것을 규정하고 있다. 이러한 외국인의 추방에 대한 최소한의 절차적 보장의 법적 근거는 법치국가원리(Rechtsstaatsprinzip)라고 할 수 있다<sup>78)</sup>.

유럽인권협약 제6조 제1항의 공정한 절차에 관한 권리(Recht auf ein faires Verfahren)에 관한 권리가 추방절차(Ausweisungsverfahren)에 적용되지 않기 때문에, 유럽인권협약 제7 의정서는 이에 대한 특별한 규정을 두고 있다. 이 규정의 침해에 대해서는 많은 소원이 제기되지만, 성공가능성은 크지 않다. 독일 제7 의정서에 1985년 3월 19일에 서명했지만, 그럼에도 불구하고 아직까지 비준하지 않고 있다<sup>79)</sup>.

이 제1조의 규정은 인도(Auslieferung)가 아닌, 단지 추방(Ausweisung)에 대해서만 적용된다. 그 외에도 적법하게 그 국가의 통치권이 미치는 영역(Hoheitsgebiet) 속에 체류하고 있는 외국인에 대해서만 적용된다. 따라서 이 규정은 항구 혹은 공항에 도착하여, 출입국심사를 통과하지 못한 자에게는 적용되지 아니한다<sup>80)</sup>.

강제추방절차의 실행에 있어서 어린이에 대한 특별한 보호가 요구된다(position of extreme vulnerability). 따라서 엄격한 조건이 적용되어야만 한다, 어린이가 부모와 동반된 경우에도, 이러한 엄격한 기준은 유효하게 적용된다<sup>81)</sup>.

78) Zimmermann, 위의 책, Kap. 27 방주 133.

79) Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf/Stefan König, in: Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, Baden-Badne 2017, Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte Art. 1 Rn. 1.

80) Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, 위의 책, Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte Art. 1 Rn. 2.

81) ECtHR - Popov v France, Application Nos. 39472/07 and 39474/07; ECtHR - Kanagaratnam and others v. Belgium, Application No. 15297/09.

#### 4. 사법절차적 권리의 보장

유럽인권협약 제6조의 공정한 절차에 관한 권리는 망명신청절차에는 적용되지 않는다. 왜냐하면 망명신청절차는 민사법적인 사무도 아니고, 형사법적인 사무도 아니기 때문이다. 따라서 이와 관련해서는 유럽연합의 기본권 헌장 제47조의 사법적 구제청구권이 적용된다. 이와 관련하여 유럽인권협약 제13조의 효과적인 법적구제청구권(Recht auf effektiven Rechtsbehelf)의 적용이 고려된다. 유럽인권법원은 망명신청자에 대하여 자신의 망명신청에 대한 진지한 심사 과정이 진행되지 않고, 직접적으로 혹은 간접적으로 완전한 제3국을 경유해서 자신의 출신국가로 강제송환될 위험에 처해있고, 이에 대한 법적 구제수단이 보장되지 않는다면, 유럽인권협약 제13조가 침해되었다고 보았다<sup>82)</sup>.

유럽인권협약 제13조가 유럽인권협약 제6조의 전체적 적용범위를 완전히 포함할 수 없다고 할 지라도, 강제추방으로 인한 유럽인권협약상의 권리침해 가능성에 대한 대한 법적인 통제의 실행과 관련하여 최소한의 법적인 통제기준으로 기능할 수 있다<sup>83)</sup>.

우리 헌법재판소는 강제퇴거명령 및 보호에 관한 단속, 조사, 심사, 집행 업무를 동일한 행정기관에서 하게 할 것인지, 또는 서로 다른 행정기관에서 하게 하거나 사법기관을 개입시킬 것인지는 입법정책의 문제이므로, 보호의 개시나 연장 단계에서 사법부의 판단을 받도록 하는 절차가 규정되어 있지 않다고 하여 곧바로 적법절차원칙에 위반된다고 볼 수는 없다고 판시하고 있다<sup>84)</sup>. 이에 대하여 재판관 이진성, 재판관 김이수, 재판관 강일원, 재판관 이선애, 재판관 유남석의 반대의견은 출입국관리법상의 외국인 보호는 외국인의 신체의 자유를 박탈하므로, 객관적·중립적 지위에 있는 자가 인신구속의 타당성을 심사할 수 있어야 한다. 그런데 보호결정을 하는 지방출입국·외국인관서의 장(이하 ‘소장 등’)은 출입국관리공무원이 속한 동일한 집행기관 내부의 상급자에 불과하여 기관이 분리되어 있다고 볼 수 없고, 그 밖에 사법부 등 외부기관이 관여할 여지가 전혀 없으므로, 객관적·중립적 기관에 의한 절차적 통제가 이루어진다고 보기 어렵다고 판단하고 있다.

82) ECtHR - M.S.S. v Belgium and Greece [GC], Application No. 30696/09.

83) Pabel, 앞의 책(주 41), S. 209.

84) 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29.

## 5. 가족의 추가이주 문제

유럽인권협약이 가족의 추가이주에 대한 권리(Recht auf Familiennachzug)를 보장하고 있는가? 이에 대한 해답은 유럽인권협약 제8조의 사생활과 가족생활의 보호가 강제송환이나 강제추방절차에 대한 한계설정에 있어서 중요한 역할을 수행한다는 점에서 찾을 수 있다. 유럽인권협약과 유럽인권법원은 가족의 추가이주에 대해서는 각 개별국가에게 광범위한 입법형성의 영역을 인정하고 있다<sup>85)</sup>.

유럽인권협약 제8조 그리고 유럽연합의 기본권헌장 제7조 역시 가족생활의 보호를 규정하고 있다. 유럽공동체법원의 판례 속에서 가족생활의 보호는 중요한 역할을 수행하였다. 유럽공동체법원의 판례 속에서 가족생활의 보호는 (일반적 법원칙으로서) 지금까지 노동자의 이전의 자유와 연관성 속에서, 그 외에도 역무(Dienstleistungsfreiheit)의 자유의 영역 속에서 중요성을 가지게 되었다<sup>86)</sup>. 가족생활에 대한 제한은 예를 들면 아버지를 모르는 상태에서 입양되는 것과 마찬가지로, 양육권의 박탈 그리고 이와 동시에 교육권의 박탈의 경우에 성립하게 된다. 일반적으로 아이를 자신의 부모와 격리시키는 것은 기본권 제한이 된다. 따라서 가족구성원의 국외추방을 통한 조건부의 격리 역시 기본권 제한을 구성한다. 그럼에도 불구하고 유럽인권법원은 중대한 범죄행위를 실행한 외국인 가족구성원에 대한 국외추방은 허용된다고 보고 있다<sup>87)</sup>. 마찬가지로 또한 유예기간의 설정(Fristensetzung)이 명령된다<sup>88)</sup>. 유럽공동체법원은 단지 마치 우리나라의 출입국관리법과 같은 입국법(Einreisegesetz)을 위반하였다는 이유로 외국인 결혼상대자를 국외추방하는 것은 허용되지 않는다<sup>89)</sup>.

이주노동자권리협약에서 혼인과 가족의 보호를 위해서 특별히 강조하고 있는 가장 중요한 문제는 서로 떨어져 있는 혼인한 배우자와 가족구성원의 재결합(family reunification)권의 보장의 문제이다. 물론 이러한 이주노동자가족의 재결합권보장의 문제는 헌법상의 기존의 혼인과 가족생활의 보호영역의 외국인에로의 확대라는 측면에서 정당화될 수도 있지만, 그 이면에는 이주노동자가 이주노동국에서 가족생활의 기반을 갖추게 되면 그는 더 이상 이주노동자가

85) Pabel, 앞의 책(주 41), S. 211 f.

86) EuGH, Rs. 60/00, Slg. 2002, I-6279 Rn. 38 ff.

87) EGMR-ZE, Nr. 43359/98 (2001) = NJW 2003, 2595.

88) EGMR, Nr. 52853/99 (2003) Rn. 48 = NJW 2004, 2147.

89) EuGH, Rs. 60/00, Slg. 2002, I-6279 Rn. 42 ff.

아닌 더 나아가서 정주시민으로서 이주노동자의 정주화문제가 제기된다는 점에서 간단한 문제는 아니다. 핵가족을 가족 개념으로 불리고 하는 서구의 입장, 확대가족을 가족의 개념으로 보고자하는 개발도상국의 입장<sup>90)</sup>, 특히 이슬람문화권 국가들의 입장들<sup>91)</sup>을 고려해 볼 때<sup>92)</sup>, 이것은 문화적 충돌의 문제도 발생한다. 이와 관련하여 가족결합에 관한 이주노동자권리협약 제44조를 권고(mere recommendation)나 지침(guidance)으로만 해석하여 국내법질서와의 충돌을 제한하는 입장도 있다<sup>93)</sup>. 뿐이며, 위 조항의 가장 큰 문제는 당사국에 과도한 정도의 재량권을 주고 있다는 점이다. 이 조항은 당사국이 이주노동자 가족들의 입국을 효과적으로 통제하고 제한할 수 있도록 백지위임해놓은 조항이라고 볼 수 있다. 이 조항은 등록이주노동자에게만 적용되는 규정으로 인정하고 있다. 가족이 서로 떨어져 있는 이주노동자의 가족재결합권은 가족보호의 핵심적 내용이 된다. 개인적으로 국내법질서에 있어서 이주노동자의 가족재결합권은 바로 직접적으로 인정되는 권리가 아닌, 국내의 출입국관리법상의 관련 규정과의 형량을 통해서 인정되는 잠정적(prima-facie) 권리라고 해석하는 한에서는 외국인의 입국의 자유를 인정하지 않는 기본권 해석과 충돌되지 않는다. 그러나 이 규정은 조약가입국가에 대해서 이주노동자가족의 재결합을 위한 조치를 취할 것을 적극적으로 요구하는 긍정적 의미를 가지고 있다.

이주노동자권리협약은 이 조항을 미등록 이주노동자에게는 적용하고 있지 않을 뿐만 아니라, 보호되는 가족구성원(members of the family)의 범위에 대해서도 협약 제4조의 가족의 정의<sup>94)</sup>와는 달리 배우자, 해당 법률에 의하여 혼인과 동등한 취급을 받는 관계에 있는 자 및 미혼의 피부양 미성년자녀로 한정하고 있다는 점<sup>95)</sup>에서 합리성을 가지고 있다. 이러한 가족보호는 아동권리협약(Convention on the Rights of the Child, CRC)과도 서로 관련성을 가진다. 이렇게 이주노동자권리협약 제44조가 가족에 대한 개념적 정의에서 피부양

90) Working Group Report (June 1985) n. 42 above. 32. paras. 152-5.

91) Working Group Report (Oct. 1986) n. 76 above. 10. paras. 51 ; Working Group Report (Oct. 1987) n. 86 above, 41-2 paras. 217.

92) 위은진, 이주노동자권리협약의 사회적 쟁점, 이주노동자권리협약 쟁점 토론회, 국가인권위원회 2009, 90쪽 참조.

93) 위은진, 위의 발표문, 90-91쪽 참조.

94) 이주노동자권리협약 제4조 현재의 협약의 목적을 위하여 “가족구성원”이라는 용어는 이주노동자와 혼인한 자 혹은 해당 법률에 따르면 혼인과 동일한 효과를 가지는 관계에 있는 자들 그리고 그와 동시에 피부양 자녀 및 해당법률 또는 국가들 사이의 해당 양자 또는 다자 협정들에 의하여 가족으로 인정되는 다른 피부양자를 말한다.

95) 위은진, 앞의 토론문, 91쪽.

자라는 부분을 삭제하는 대신 미혼의 피부양미성년 자녀로 한정하고 있는 점, 그리고 등록이주노동자에게만 가족재결합권을 인정하는 점등을 고려한다면 특별히 국내법질서와 충돌되는 점은 없다. 현재의 수준에서 미등록이주노동자의 가족재결합권은 인정되지 않는다.

유럽연합은 가족의 재결합을 위한 추가이주를 2003년 9월 22일의 지침(Richtlinie) 2003/86/EG (Familienzusammenführungsrichtlinie)을 통해서 규정하고 있다. 난민인정지침(Richtlinie) 2011/95/EU (Qualifikationsrichtlinie)은 난민에 대한 보충적 보호와 가족의 이주도 보장하고 있다.

## V. 결론

유럽연합의 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union/Charta der Grundrechte der Europäischen Union) 제18조의 망명권(Asylrecht) 그리고 제19조의 강제추방(Abschiebung), 추방(Ausweisung) 그리고 인도(Auslieferung)으로의 부터의 보호는 기본권 헌장 속에 보장된 외국인의 특별한 기본권이다. 유럽연합의 기본권 헌장 제2편 속의 자유권 속에 이 권리들이 규정되었다 할 지라도, 이 권리들은 고전적 의미에서의 자유권에 해당하는 기본권이 아니라 현대적 기본권이다. 현재 대량의 난민유입사태를 겪고 있는 유럽에서의 외국이주노동자의 권리보장의 중요한 논의점 중의 하나가 되었다. 2016년의 유럽연합과 터키 사이의 합의 그리고 2018년의 Seehofer-Deal 속의 합의 내용들이 유럽연합의 기본권 헌장과 유럽인권협약 상의 난민보호와 망명권 보장 및 강제송환, 송환 및 인도로 부터의 보호에 위반되지 않도록 법적인 적용을 하는 것은 유럽에서의 난민법의 발전과정에 매우 중요한 의미를 가진다.

외국인이주자의 출국의무를 실현하기 위한 법치국가적 요구 역시 중요한 헌법적 가치이지만, 이러한 헌법적 가치의 구체화와 실행과정에 대한 공적인 논의전개의 가능성과 투명성 보장의 요구 중요한 헌법적 가치이다. 출국의무의 행정능률적인 효과적 실현을 위해서 은밀하게 실행되는 강제추방조치는 외국인 이주자의 기본권, 사법적 권리 그리고 변호사의 조력을 받을 권리 등 여러 가지의 형태의 법적 구제청구권 보장을 비례원칙에 위반되게 침해할 가능성을 내포하고 있다. 현재의 유럽에서의 대량의 난민유입에 대한 유럽의 대응과 관

런하여, 유럽의 인권보장의 핵심적 역할을 담당하고 있는 유럽인권협약의 규정, 유럽연합의 기본권 헌장의 관련 규정 그리고 이에 대한 유럽인권법원 판례와 새로 제정된 검토해 보는 것은 비교헌법적 의미 뿐만 현재 우리의 문제해결에 있어서도 중요한 의미를 가진다.

[참고문헌]

- Norbert Bernsdorff, in: Jürgen Meyer/Sven Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 18.
- Stephan Hocks. in: Rainer M. Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2016, AufenthG § 59.
- Hans D. Jarass, Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2016, Art. 18.
- Ingo Kraft, Vom Konflikt zur Konvergenz. Zur Rezeption der ausländerrechtlichen Rechtsprechung des EGMR durch die deutschen Verwaltungsgerichte, NVwZ 2014, S. 969 ff.
- Joachim Kretschmer, Der neue § 97 a AufenthG – Überblick und Analyse und Kritik, ZAR 2020, S. 33 ff.
- Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf/Stefan König, in: Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, Baden-Badne 2017, Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte Art. 1.
- Robert Nestler und Catharina Ziebritzki, Unionsrecht statt „Deals“ in der europäischen Asylpolitik. Zu zwei Beschlüssen des VG München zum „EU-Türkei-Deal“ und dem sog „Seehofer-Deal“. NVwZ 2020, S. 129 ff.
- Katharina Pabel, Flüchtlingsschutz und europäische Menschenrechtskonvention, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen Guten Willen und geltendem Recht, Paderborn 2016, S. 197 ff.
- Walter Perron/Bernd Hecker, in: Adolf Schönke/Horst Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage München 2019, § 353 b.
- Carina Stephan, in: Jan Bergmann/Klaus Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht-Kommentar 13. Auflage, München 2020, AufenthG § 97 a.
- Fabian Wittreck, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Tübingen 2013, Art. 16 a.
- Andreas Zimmermann/Björn Elberling, in: Oliver Dörr, Rainer Grote, Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl., Tübingen 2013, Kap. 27.

[Abstract]

### Constitutional review of foreign migrant workers' rights

- Focusing on the discussion on the protection of refugees under Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights -

Park, Zin-Wan\*

Europe's response to the mass influx of refugees in Europe today has many implications for us. In this regard, the provisions of the European Convention on Human Rights, which play a key role in the protection of human rights in Europe, the relevant provisions of the Charter of the European Union's Basic Rights, and the European Human Rights Court precedents and newly enacted reviews, would be very meaningful comparative constitutional studies for us. This research review has an important significance not only in the comparative constitutional meaning but also in our current problem solving.

The national demand for the rule of law to realize the immigration obligation of foreign migrants is also an important constitutional value. Nevertheless, it is an important constitutional value that is necessary to ensure the transparency of the implementation of the enforcement process and the possibility of public discussion about the constitutional suitability and adequacy of the constitutional value and implementation process. In order to effectively realize the administrative efficiency of immigration obligations, forced deportation measures are infringed in proportion to the principle of guarantee for various types of legal remedies, including basic rights of foreign migrants, judicial rights and the right to receive assistance from lawyers. It implies the possibility of doing. In this sense, it is judged that the examination of the constitutional issues and precedent application related to the legal application

---

\* Professor, Kyungpook National University

of Non-refoulment principle according to Geneva Refugee Convention and European Convention on Human Rights

Keywords : Art. 18 in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Art. 19 in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Protection of refugees under the European Convention on Human Rights, § 97 a in German Foreign Residents Act. Forced repatriation period as confidential

