난민신청심사에서 자녀의 출생과 가정생활의 보호[1)]

1. 사실관계

1991년생인 청구인은 파키스탄 국적의 남성으로서 2012년경 오스트리아에 입국하였고 그 뒤로 이곳에서 체류하고 있다. 2012. 4. 17. 첫 난민신청을 하였으나 기각되었고 동일 절차에 대한 재심 청구도 거부되었다. 2014년 2월 오스트리아에서 청구인과 루마니아 국적의 여성 사이에 역시 루마니아 국적의 딸이 태어났다. 그러자 청구인은 2014. 4. 24. 첫 난민신청의 이유에 딸의 출생이라는 이유를 덧붙여 다시금 난민 인정을 신청하였다.

연방 외국인 및 난민청(Bundesamt für Fremden- und Asylsachen)은 청구인의 두 번째 난민 인정신청을 이미 결정된 사안이라는 이유로 기각하였고, 다른 형태의 체류허가를 발급하지도 않았으며, 자발적인 출국을 위한 기한을 정하지 않은 채로 파키스탄으로의 송환 명령을 내렸다. 청구인은 이에 대해 연방행정법원에 이의제기를 신청하였고 딸의 출생으로 인해 변경된 사정을 감안해 달라고 하였다. 생모가 어린 딸을 돌보지 않고 떠난 상태에서 청구인이 딸을 양육하고자 하는 의지가 있지만 체류허가가 없어서 노동시장에의 접근이 불가능하다는 것이다.

연방행정법원은 청구인의 이의제기를 기각하고, 상고를 불허하였다. 연방행정법원은 서류상의 사실관계가 명확하므로 구두 변론은 필요하지 않다고 보았다. 난민 인정신청을 기각한 이유로는 연방 외국인 및 난민청과 동일하게 이미 결정된 사안이라는 점을 들었다. 청구인과 딸 사이에 가정생활이 있다는 것을 연방행정법원도 인지하였으나, 아이의 복리를 위해 청구인이 양육권을 청소년 복지사(Jugendwohlfahrtsträger)에게 넘겼으므로 이를 고려해야

1) 2016년 10월 12일자 사건번호 E 1349/2016-13.

한다고 하였다. 또한 생모가 아이나 청소년 복지사와 연락을 취하지 않아서 청구인의 딸을 위탁부모가 양육하고 있다는 점도 고려되었다. 청구인은 양육비를 주지 않고 있으며, 다른 형태의 경제적 지원도 하지 않고 있으나 매달 딸을 방문하고 있다. 연방행정법원은 이러한 상황 하에서 청구인이 유럽인권협약 제8조[2]나 유럽사법재판소의 판례에서 체류 권한을 도출해 낼 수 없다고 보았다. 특히 딸의 출생이 청구인의 불확실한 체류 기간 중에 이루어졌으며, 청구인이 오스트리아를 떠나더라도 서신이나 전화, 전자 메일을 통해 딸과 연락을 취할 방법이 있고, 상호 간에 방문을 통해 가정생활을 영위할 수 있다고 하였다.

청구인은 연방행정법원의 결정으로 인해 유럽인권협약 제8조에 따른 사생활과 가정생활을 존중받을 권리, 아동의 복리(아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조), 구두 변론을 할 권리(유럽연합기본권헌장 제47조)를 침해당했다고 주장하며 재판소원을 청구하였다.

2. 결정요지

청구인은 계쟁 결정과 연방 외국인 및 난민청의 결정으로 인해 헌법상 보장되는 사생활 및 가정생활을 존중받을 권리를 침해당했다.

해당 결정을 파기한다.

3. 이유

2) [유럽인권협약 제8조]
(1) 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
(2) 법률로 규정되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 안 된다.

(1) 연방 외국인 및 난민청 절차법(BFA-Verfahrensgesetz, 이하 난민절차법) 제9조[3] 제1항에 따르면 유럽인권협약 제8조를 제한하는 송환 결정은 동조 제2항에 열거된 목적을 달성하기 위해 긴절한 필요가 있는 경우에만 허용되며, 이에 대해서는 난민절차법 제9조 제3항에 따른 필수적 합의가 있어야 한다. 이 경우 난민절차법 제9조 제2항에 따라 지금까지의 체류의 방식과 기간 및 적법성 여부, 가정생활이 실제로 존재하는지의 여부, 사생활의 보호 필요성, 통합의 정도, 자국과의 연결 고리, 범죄사실 여부, 특히 난민법·외국인경찰법·이민법 관련 분야의 공공질서 위반 여부, 사생활이나 가정생활이 시작된 시기의 불확실한 체류상태의 인지 여부를 고려해야 한다. 이러한 평가 기준에 따라 사생활과 가정생활의 유지가 필요하다고 판단되면 난민절차법 제55조에 따라 직권으로 또는 신청에 의거하여 유럽인권협약 제8조를 근거로 하는 체류허가를 주어야 한다.

(2) 유럽인권협약 제8조를 통해 보장되는 권리에 대한 제한은, 만약 그러한 제한을 가하는 행정법원의 결정이 법적 근거 없이 내려졌거나, 법적 근거가 유럽인권협약 제8조에 위배되거나, 행정법원이 결정을 내릴 때 헌법상 문제없는 법적 근거라도 이를 잘못 적용하였다면 위헌이다. 헌법상 문제없는

---

3) [난민절차법 제9조]
(1) 외국인경찰법 제52조에 따른 송환 결정, 같은 법 제61조에 따른 (유럽연합 국가 국적이 아닌 제3국 국적자에 대한) 국외추방 명령, 같은 법 제66조에 따른 (유럽연합 국가 국적자 및 스위스 국적자 등에 대한) 국외추방 명령 또는 같은 법 제67조에 따른 체류금지가 외국인의 사생활 또는 가정생활을 존중받을 권리를 제한한다면, 그러한 결정을 내리는 것은 유럽인권협약 제8조 제2항에 열거된 목적을 달성하기 위해 긴절히 필요한 경우에만 허용된다.
(2) 유럽인권협약 제8조상의 사생활과 가정생활을 판단하는 경우에는 다음 각호의 사항을 고려해야 한다.
1. 지금까지의 체류의 방식과 기간 및 해당 외국인의 지금까지의 체류가 위법하였는지의 여부
2. 가정생활이 실제로 존재하는지의 여부
3. 사생활의 보호 필요성
4. 통합의 정도
5. 자국과의 연결 고리
6. 범죄사실 여부
7. 특히 난민법·외국인경찰법·이민법 분야에서의 공공질서 위반 여부
8. 사생활이나 가정생활이 시작된 시기의 불확실한 체류상태의 인지 여부
9. 해당 외국인의 지금까지의 체류 기간이 길어진 이유가 행정청의 과실인지의 여부
(3) 외국인경찰법 제52조에 따른 송환 결정의 허용성 여부, 특히 송환 결정이 제1항에 따라 지속적으로 불허되는지에 대해서는 합의를 해야 한다. 외국인경찰법 제52조에 따른 송환결정이 지속적으로 불허되는 경우는, 사생활과 가정생활의 침해 위협이 근본적으로 한시적이지 않은 경우에만 인정된다. (...).

법적 근거를 잘못 적용한 경우는 행정법원이 무법(無法)과 동일 선상에 놓일 수 있을 만큼 심각한 오류를 범했을 때, 또는 법원이 법조문을 적용하면서 과실로 인해 위헌적인 내용(특히 유럽인권협약 제8조 제1항에 위배되며 동조 제2항을 통해 정당화될 수 없는 내용)을 상정한(VfSlg. 11.638/1988, 15.051/1997, 15.400/1999, 16.657/2002 참조) 때에 나타난다.

(3) 연방행정법원은 이와 같은 오류를 범하였다.

1) 헌법재판소가 VfSlg. 17.340/2004 결정에서 설시하였다시피 당사자의 사생활과 가정생활을 존중받을 권리를 침해하는 체류 종료가 명해져서는 안 된다. 유럽인권협약 제8조에 따른 판단을 하는 경우에는 이익형량이 이루어져야 한다(VfSlg. 18.223/2007과 18.224/2007 결정에 반영된 유럽인권재판소 판례 참조).

2) 유럽인권재판소의 확립된 판례에 따르면 유럽인권협약 제8조 제1항이 보호하는 부모와 자식 간의 가정생활은 출생 시점부터 시작된다(EGMR 21.6.1988 *Berrehab*, Appl. 10.730/84 [Z 21]; 26.5.1994, *Keegan*, Appl. 16.969/90 [Z 44] 참조). 이처럼 특별한 보호를 받는 관계는 매우 예외적인 상황 하에서만 와해된 것으로 간주될 수 있다(EGMR 19.2.1996, *Gül*, Appl. 23.218/94 [Z 32], ÖJZ 1996, 834; VfSlg. 16.777/2003; VfGH 24.11.2014, E 1091/2014 참조). 부모와 자녀가 함께 살고 있는지의 여부는 유럽인권협약 제8조상의 가정생활의 존재 여부를 판단하는 필수적인 요건은 아니다(EGMR 24.4.1996, *Boughanemi*, Appl. 22.070/93 [Z 33, 35], ÖJZ 1996, 834; VfSlg. 16.777/2003; VfGH 24.11.2014, E 1091/2014).

나아가 유럽인권재판소의 견해에 따르면 부모와 자녀가 함께 하며 서로의 존재를 누리는 것은 가정생활의 근본적인 요소이다. 또한 자녀가 국가의 보

호를 받게된다고 해서 가족관계가 종료되는 것은 아니다(EGMR 25.2.1992 *Margareta und Roger Andersso*n, Appl. 61/1990/252/332 [Z 72]를 언급한 VfSlg. 16.777/2003 참조).

이러한 점들을 감안할 때 자녀의 복리를 충분히 고려하지 않는 경우는 이익형량의 흠결로 이어질 수 있으며, 따라서 유럽인권협약 제8조가 침해될 수 있다(VfSlg. 19.362/2011; EGMR 31.1.2006, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer*, Appl. 50.435/99 및 EGMR2862011, *Nunez*, Appl. 55.597/09를 언급한 판례로서 VfGH 28.2.2012, B 1644/10 참조).

3) 연방행정법원은 청구인과 그의 미성년자인 딸 사이에 - 비록 부녀가 함께 살고 있지는 않지만 - 가정생활이 존재한다는 점은 인정하고 있다. 청구인은 위탁부모에게 맡겨진 자신의 딸을 매달 방문하고 있고, 그가 양육을 하고 싶어 하지만 체류허가와 노동허가가 없는 상태에서는 불가능하다는 점을 연방행정법원도 부인하지 않는다.

연방행정법원은 유럽인권협약 제8조에 따른 이익형량을 하면서 짧고 상투적으로 청구인이 서신, 전화, 전자메일 또는 상호 방문을 통해 딸에게 연락을 취할 수 있고 아이가 위탁가정에서 안정된 관계 하에서 양육되고 있으므로 청구인이 양육할 필요가 없다는 결론을 내렸다. 또한 아버지의 체류 종료가 딸과의 관계와 복리에 어떠한 구체적인 영향을 미칠지에 대해 자세한 조사나 숙고를 하지 않았으며, 구두 변론의 기회도 마련하지 않았다.

4) 연방행정법원은 유럽인권재판소의 판례에 반하여 청구인이 자신의 아이를 양육하고 있지 않으며 외국에서도 딸에게 연락을 취할 수 있다는 이유로 구체적 상황에서 유럽인권협약 제8조를 통해 헌법상 보장되는 권리인 가정생활을 존중받을 권리가 강하게 축소되었다고 보았다. 하지만 청구인에게

양육권이 없다고 해서 체류 종료가 청구인과 그의 딸과의 관계 및 복리에 미칠 구체적 영향에 관해 연방행정법원이 조사해야 할 기본권적 의무가 사라지는 것은 아니다. 특히 관할 관청의 문서에 따르면 청구인이 아이와 연락을 취한 이유가 아이의 복리를 위한 것이라는 점도 감안되어야 한다. 연방행정법원이 상투적으로 현대의 통신수단을 통해 상호 연락이 가능하다고 한 점도 – 청구인의 딸이 유아라는 점을 감안한다면 – 아이의 복리에 청구인의 체류 종료가 미치는 구체적 영향을 조사할 의무를 충족하지 않는다 (VfGH 25.2.2013, U 2241/2012, 19.6.2015, E 426/2015 참조).

아이가 위탁부모 밑에서 잘 자라고 있다고 연방행정법원이 억측함으로써 체류 종료가 비례의 원칙에 부합한다고 한 점은 구체적 상황에서 아이의 복리가 어떤 관점에서 고려되어야 하는지를 오인한 것이다. 아이의 관점에서 본다면 (위탁부모 외에도) 아버지와 정기적으로 친밀한 연락을 갖고, 연락이 닿는 유일한 혈육인 아버지와의 관계가 지속되기를 바랄 것이다. 청구인의 체류 종료는 이러한 관점에서 파악되어야 한다.

(4) 구체적 사건에서 이익형량을 하면서 연방행정법원이 이러한 고려를 하지 않은 채 아이의 복리라는 중대한 측면을 무시하고, 구두 심리 없이 추상적인 사안만을 참조하여 공공의 이익이 더 크다고 판단한 후, 청구인의 체류 종료를 결정한 것은 유럽인권협약 제8조에 부합되지 않는 내용을 상정한 것이다.

문제된 결정과 연방 외국인 및 난민청의 결정으로 인해 청구인은 헌법상 보장되는 사생활 및 가정생활을 존중받을 권리를 침해당했다.