임시체류권자의 가족결합권[1)]

1. 사건개요

이 사건은 덴마크에서 '임시적 보호지위'를 인정받아 임시체류권을 받은 시리아인 청구인이 가족결합권을 근거로 아내의 체류권을 신청을 했음에도 불구하고 덴마크 정부가 이를 잠정적으로 거부하며 3년의 대기기간을 적용한 것이 유럽인권협약 제8조[2)]상 가족생활을 존중받을 권리의 침해인지 문제가 된 사건이다. 반면 '임시적 보호지위'가 아닌 다른 보호지위에 있는 외국인의 경우 그러한 대기기간이 적용되지 않고 있다.

청구인은 시리아 국적을 가진 1959년생 남성으로 2015년 1월, 시리아를 탈출하여 같은 해 4월 덴마크에 입국하고 망명을 신청하였다. 망명 신청시 그는 직업은 의사이고, 시리아 정부와 반란군 양쪽 모두로부터 학대를 받을 위험에 처해있으며, 그의 아내는 1966년생으로 1990년에 결혼하였고, 미디어 컨설턴트로 일하였으며, 아내와 두 명의 성년 자녀들은 시리아에 머물고 있다고 설명하였다.

2015년 6월 8일, 덴마크 이민국은 청구인에게 '외국인법' §7(3)에 따라 1년의 임시체류를 허가하였는데, 이 사건과 관련된 외국인법 규정들의 내용은 아래와 같다.

외국인법 §7[3)] (1) 외국인이 '난민지위에 관한 협약(Convention Relating to the Status of Refugees, 1951. 7. 28.)' 규정의 범위에 포함된다면, 신청이 있는 경우, 그 외국인에게는 체류허가증이 발급된다. (2) 외국인이 출신국으로 돌아가는 경우 사형을 받을 위험이나, 고문 또는 비

1) M.A. v. DENMARK, Application no. 6697/18, 9 July 2021.

2) **유럽인권협약 제8조 (사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)**
1. 모든 사람은 그의 사생활, 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
2. 이 권리의 행사에 대하여는 무질서와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여, 민주사회에서 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리에 필요하여 법률에 따른 경우 이외에는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니 된다.

인도적이거나 굴욕적인 처우나 처벌을 받을 위험이 있다면, 신청이 있는 경우, 그 외국인에게는 체류허가증이 발급된다.

(3) §7(2)의 사형을 받을 위험이나, 고문 또는 비인도적이거나 굴욕적인 처우나 처벌을 받을 위험이 민간인에 대한 임의의 폭력적 공격과 학대로 특징지어지는 출신국의 특별히 심각한 상황에 근거한 경우에 해당한다면, 신청이 있는 경우, 임시체류가 허용된다. 여기서 신청은 §7(1) 및 (2)의 체류 신청도 고려된다.

외국인법 §9

(1) 신청이 있는 경우, 다음과 같은 때에 체류허가증이 발급될 수 있다.

(i) (a) 덴마크 국민,

(b) 다른 북유럽 국가의 국민,

(c) §7(1) 또는(2) 또는 §8에 따라 체류허가증을 발급받은 사람,

(d) 적어도 지난 3년간 §7(3)에 따라 체류허가를 받은 사람,

(e) 적어도 지난 3년간 덴마크 영주권을 갖고 있던 사람,…

중 덴마크에 영주하는 24세를 넘는 사람과 혼인이나 장기간의 동거 관계로 공동거주지에서 동거하는 24세를 넘는 외국인

외국인법 §9c

(1) 신청이 있는 경우, 가족 통합에 대한 배려와 만일 외국인이 18세 미만이라면 아동최선의 이익(best interests of the child)에 대한 배려를 포함하여, 예외적인 이유가 적절하다면, 그 외국인에게 체류허가증이 발급될 수 있다. 가족 통합에 대한 배려와 만일 외국인이 18세 미만이라면 아동최선의 이익에 대한 배려를 포함하여, 특정 이유가 부적절하지 않는 한, 덴마크에 살고 있는 사람과 가족관계임을 이유로 한 제1문의 체류허가증 발급은 §9(2) 내지(24), §34, §35에 규정된 조건에 따른다. §9(26) 내지 (33), (36) 내지 (42)는 필요한 경우 수정되어 적용된다.

---

3) 2015년에는 §7 제1항과 제2항의 경우 한번에 5년의 체류기간이 허용되었고, 제3항의 경우 처음에는 1년, 그로부터 1년 후에는 한번에 2년이 허용되었다.
2016년, 외국인법이 개정되어 §7 제1항의 경우 한번에 2년의 체류기간이, 제2항의 경우 처음에는 한번에 1년, 그 후에는 한번에 2년의 체류기간이, 제3항의 경우 처음 3년간은 한번에 1년씩, 그 후에는 한번에 2년의 체류기간이 허용되었다.
2019년, §7 제1항과 제2항은 '체류허가증' 앞에 '임시적 체류 목적의'라는 문구를 삽입하는 것으로 개정되었다.

덴마크 이민국은 청구인이 외국인법 §7(1)의 난민지위에 관한 협약(이하 '난민협약')상의 지위나 §7(2)의 보호지위에 해당하지 않는다고 판단하였고, 청구인은 이에 대하여 항소하였으나 2015년 12월 9일, 이민항소위원회는 이민국의 판단이 옳다고 보았다. 당시 §7(1)과 (2)의 체류허가기간은 보통 5년이었다.

2015년 11월 4일, 청구인은 자신의 아내와 두 성년 자녀들과의 가족결합을 신청하였으나, 2016년 7월 5일, 이 신청은 덴마크 이민국에 의해 거절되었다. (두 성년 자녀들은 유럽인권재판소에 올라온 이 사건에서는 쟁점에 포함되지 않았다.) 청구인은 외국인법 §9(1)(i)(d)에서 요구하는 "적어도 지난 3년간 §7(3)에 따라 체류허가를 받은" 경우에 해당하지 않고, §9c(1)의 가족결합을 정당화하는 예외적인 이유도 없다고 판단되었기 때문이다. 이에 대해 청구인은 항소하였으나 2016년 9월 16일, 이민항소위원회는 청구인의 건강에 문제가 없고, 청구인의 아내도 심각한 질병이나 장애로 고통 받거나 타인의 돌봄이 필요한 상태가 아니기 때문에 이민국의 결정이 옳다고 판단하였다.

청구인은 유럽인권협약 제8조의 위반 등을 주장하며 덴마크 국내법원에 제소하였고, 외국인법 §7(3)과 달리 3년의 체류기간을 요하지 않는 §7(1)과 (2)에 해당하는 사람들과 비교하였을 때 차별받고 있다고 주장하였지만 모두 패소하였다.

2018년 4월 26일, 청구인이 덴마크에 거주한지 2년 10개월 2주가 되었을 때 청구인은 새로 아내와의 가족결합 신청을 하였고, 혼인의 진위를 증명하는 서류의 미비로 한차례 거부된 후, 서류를 보강하여 2019년 6월 24일, 아내의 체류가 허가되어 같은 해 9월 29일 그의 아내가 덴마크에 입국하였다.

청구인은 2018년 1월 30일, 유럽인권재판소에 '가족생활을 존중받을 권리'를 규정한 유럽인권협약 제8조에 단독으로 근거하여, 그리고 제8조와 '평등권'을 규정한 동 협약 제14조[4]에 함께 근거하여 협약 위반을 주장하며 심판

---

4) **유럽인권협약 제14조 (차별의 금지)**
성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 보장된다.

을 청구하였다. 2019년 11월 19일, 유럽인권재판소 소재판부(Chamber)는 이 사건의 관할권을 대재판부(Grand Chamber)로 이양하였다.[5] 유럽인권재판소 대재판부는 유럽인권협약 제8조의 위반이 있었다고 결정하였는데 그 내용은 아래와 같다.

2. 판결요지

법정의견(16인 의견)[6]

(1) 유럽인권협약 제8조 '가족생활을 존중받을 권리'의 위반 여부 - 위반

1) 서언 - 쟁점의 범위

유럽인권재판소는 이 사건의 쟁점을 '임시적 보호의 수혜자에게 적용되는 3년간의 대기기간으로 인해 아내와의 가족결합 신청이 거절된 2016년 9월 16일의 결정이 유럽인권협약 제8조에 위반되는가'에 한정한다. 체약국이 가족결합을 허용함에 있어 다른 물질적 또는 경제적 조건을 부과할 수 있는지에 대한 평가는 이 사건의 쟁점이 아니다. 또한 청구인은 1년의 대기기간이 합리적인가에 대해 문제 삼지 않았다. 청구인이 3년의 기한이 지나기 2개월 전에 가족결합을 신청할 권한이 있었다는 점에 대해서도 모두 인정하였다.

2) 체류자의 친척의 입국을 허용할 국가의 의무의 범위에 관한 일반원칙

---

5) **유럽인권협약 제30조 (대재판부에 대한 관할권의 이양)**
소재판부에 계류된 사건이 협약 또는 의정서의 해석에 영향을 미치는 중대한 문제를 제기하는 경우나 소재판부에 의한 사건해결이 재판소의 선례와 일치하지 않는 결과를 가져올지도 모르는 경우에는, 사건의 당사자 중 일방이 반대하지 않는다면 소재판부는 판결을 내리기 전 언제라도 대재판부로 관할권을 이양할 수 있다.

6) Robert Spano 재판소장과 Jon Fridrik Kjølbro, Ksenija Turković, Paul Lemmens, Síofra O'Leary, Yonko Grozev, Faris Vehabović, Iulia Antoanella Motoc, Carlo Ranzoni, Stéphanie Mourou-Vikström, Georges Ravarani, Pere Pastor Vilanova, Georgios A. Serghides, Jolien Schukking, Péter Paczolay, María Elósegui, Lorraine Schembri Orland 재판관의 의견.

보완적 또는 임시적 보호지위의 수혜를 받는 사람에게 가족결합을 허가함에 있어 법정 대기기간을 부과하는 것이 유럽인권협약 제8조에 부합하는지, 어떤 범위에서 그러한지에 대해서는 아직 유럽인권재판소가 다룬 적이 없다. 그럼에도 불구하고 체류자의 친척의 입국을 허용할 국가의 의무의 범위에 관한 다른 선례들과 가족결합권의 일반원칙을 살펴보는 것은 이 사건을 검토하는데 유익할 것이다. 이에 관해서 가장 최근에는 Jeunesse v. the Netherlands ([GC], no. 12738/10, § 107, 3 October 2014) 판결에 잘 요약되어 있다.

Jeunesse v. the Netherlands 판결에 따르면, 우선 확립된 국제법과 조약상의 의무에 따라 국가는 외국인의 입국관리와 체류관리에 대한 권한이 있다. 유럽인권협약은 외국인이 특정 국가에 입국하여 거주할 권리를 보장하지 않는다. 더구나 이민과 관련한 경우, 유럽인권협약 제8조는 체약국에게 부부의 결혼생활 거주지로서의 국가 선택을 존중하거나 그 영토에서의 가족결합을 허용할 일반적인 의무를 부과하지 않는다. 그럼에도 불구하고 그 국가에 체류하는 사람의 친척이 영토 내에 입국하는 것을 허용할 국가의 의무는 관련인의 특별한 상황과 일반적 이익에 따라 다양하고, 충돌하는 이익 간의 공정한 균형이 이루어져야 한다. 이와 관련한 고려요소로는, 가족생활이 실질적으로 파탄되는 정도, 체약국과의 유대관계의 정도, 관련 외국인의 출신국에서는 가족생활을 영위하는데 극복불가능한 장애물이 있는지 여부, 이민관리의 요소들이 있는지 여부를 들 수 있다. 마지막으로 아동과 관련한 모든 결정에서 아동최선의 이익이 가장 중요하다는 점은 국제법을 비롯하여 넓은 컨센서스가 존재한다. 아동최선의 이익 단독으로는 결정적인 요소가 못되더라도, 그러한 이익에 대해서는 반드시 중대한 가중치를 두어야 한다.

3) 가족결합에 대한 실체적 요건에 관한 판례법

일반적으로 유럽인권재판소는 아래와 같은 상황의 경우, 회원국에게 가족

결합을 허용할 적극적 의무가 있다고 판단하는 것을 꺼려왔다.

i. 당사자 중 한 명의 이민자격이, 체류국 내에서의 가정생활의 지속이 시작부터 불안정한 정도의 자격이라는 것을 당사자가 알고 있던 때에 가정생활이 형성된 경우.[7]

ii. 가족결합 신청인이 체류국에 단기체류 또는 불법체류해오고 그 신청인과 체류국과의 유대관계가 제한적인 경우. 지금까지 유럽인권재판소가 회원국에게 단기체류권 또는 임시체류권을 가진 외국인에게 가족결합권을 부여할 의무를 인정한 예는 없었다.

iii. 가족결합 신청인의 출신국에서 가정생활을 영위하는데 극복불가능한 장애물이 없는 경우.[8]

iv. 가족결합 신청인이 기본적인 가족 생계비용을 부양할 충분하고 독립적이며 지속적인 수입이 있다는 점을 입증하지 못한 경우.[9]

반면, 일반적으로 유럽인권재판소는 아래와 같은 상황 중 몇 가지가 누적적으로 존재하는 경우, 회원국에게 가족결합을 허용할 적극적 의무가 있다고 판단하는 것에 긍정적이었다.

i. 가족결합 신청인이 체류국에서 안정적인 체류지위를 획득하였거나 체류국과 강한 유대관계를 갖고 있는 경우.[10]

---

7) Jeunesse v. the Netherlands, [GC], no. 12738/10, 3 October 2014; Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, judgment of 28 May 1985; Bouchelkia v. France, judgment of 29 January 1997, Reports 1997-I; Baghli v. France, no. 34374/97, ECHR 1999-VIII; Konstatinov v. the Netherlands, no. 16351/03, 26 April 2007; Darren Omoregie and Others v. Norway, no. 265/07, 31 July 2008; Antwi and Others v. Norway, no. 26940/10, 14 February 2012; and Priya v. Denmark (dec.) no. 3594/03, 6 July 2016.

8) Gül v. Switzerland, no. 23218/94, 19 February 1996; Ahmut v. Netherlands, no. 21702/93, 28 November 1996; Chandra and Others v. Netherlands no. 53102/99, 13 May 2003; Berisha v. Switzerland, no. 948/12, 30 July 2013; Nacic and Others v. Sweden, cited above; and I.A.A. v. the United Kingdom (dec.), no. 25960/13, 8 March 2016.

9) Haydarie v. Netherlands (dec.), no. 8876/04, 20 October 2005; Konstatinov v. the Netherlands, cited above, § 50; and Hasanbasic v. Switzerland, no. 52166/09, § 59, 11 June 2013.

10) Tuquabo-Tekle and Others v. Netherlands, no. 60665/00, § 47, 1 December 2005 and Butt v. Norway, no. 47017/09, §§ 76 and 87, 4 December 2012.

ii. 신청인이 체류국에서 안정적인 체류지위를 획득하였을 때에 이미 가정생활이 형성되어 있던 경우.[11]

iii. 가족결합 신청인과 그 가족구성원 양쪽 다 이미 체류국에 머물고 있는 경우.[12]

iv. 아동이 관련되어 있는 경우. 아동의 이익에는 중대한 가중치를 두어야 하기 때문이다.[13]

v. 가족결합 신청인의 출신국에서 가정생활을 영위하는데 극복불가능하거나 심각한 장애물이 있는 경우.[14]

그러나 신청인의 특정한 이민자격 - 특히 보완적 보호(subsidiary protection)의 수혜자로서의 그들의 권리 - 과 정해진 법정 대기기간으로 인한 거절의 임시적 성격이 쟁점이 된 적은 없었다.

4) 가족결합 신청과정의 절차적 요건에 관한 판례법

위에서 언급된 실체적 요건에 더하여, 유럽인권재판소는 가족결합 신청과정에 관한 절차적 요건도 확인해왔다.

Tanda-Muzinga v. France (no. 2260/10, 10 July 2014)과 Mugenzi v. France (no. 52701/09, 10 July 2014) 사건에서 난민협약상의 난민으로 프랑스에 체류허가를 받은 청구인에게 가족결합권이 인정되었지만, 비자발급이 자동적으로 이루어지는 것이 아니었기 때문에 Tanda-Muzinga 사건에서는 3년 5개월이, Mugenzi 사건에서는 6년의 시간이 걸렸다. 유럽인권재판소는 프

11) Berrehab v. the Netherlands, cited above, § 29 and Tuquabo-Tekle and Others v. Netherlands, cited above, § 44.
12) Berrehab v. the Netherlands, cited above, § 29.
13) Jeunesse, cited above, §§ 119-120; Berrehab v. the Netherlands, cited above, § 29; Tuquabo-Tekle and Others v. Netherlands, cited above, § 47; Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands, no. 50435/99, § 44, ECHR 2006-I; and Nunez v. Norway, no. 55597/09, § 84, 28 June 2011.
14) Sen v. the Netherlands, no. 31465/96, § 40, 21 December 2001; Tuquabo-Tekle and Others v. Netherlands, cited above, § 48; Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands, cited above, § 41; and Ghatet v. Switzerland, no. 56971/10, § 49, 8 November 2016.

랑스의 의사결정과정이 가족생활을 존중받을 권리를 보장하기 위해 요구되는 융통성, 신속성, 유효성을 제공하지 않았음을 근거로 유럽인권협약 제8조의 위반이라고 결정하였다. 유럽인권재판소는 “가족의 통합은 난민의 중요한 권리이고 가족의 재회는 박해를 피해 도망친 사람들이 일상생활을 재개할 수 있도록 하는데 중요한 요소”이며 “난민에게는 다른 외국인들보다 가족결합 절차가 더 우호적일 필요가 있다는 데에 국제적, 유럽적 차원의 컨센서스가 존재한다”고 거듭 말하였다.

유사하게, Senigo Longue and Others v. France (no. 19113/09, 10 July 2014) 사건에서 프랑스에 적법하게 거주 중인 청구인이 카메룬에 남아있는 그녀의 두 자녀들과의 가족결합을 신청하였으나 심사과정에 4년 이상이 소요된 것에 대해, 유럽인권재판소는 그러한 기간이 “특히 아동최선의 이익을 고려하건대 너무 길다”고 판단하였고, “의사결정과정은 융통성, 신속성, 유효성을 충분히 보장하지 않았다”고 판단하였다.

5) 판단의 재량의 범위

국가당국에게 주어지는 판단의 재량(margin of appreciation)은 쟁점의 성격과 이해관계의 심각성에 비추어 다양할 것이다.[15] 보완적, 임시적 보호의 수혜자에 대한 가족결합 허용에 법정 대기기간을 부과하는 것이 유럽인권협약 제8조에 부합하는지에 관한 쟁점은 유럽인권재판소가 이전에 다룬 적이 없었기 때문에, 처음부터 국가의 판단의 재량의 범위를 고려하는 것이 적절할 것이다.

① 유럽인권협약과 기존의 판례법

유럽인권협약과 기존의 판례법은 체약국들에게 폭넓은 판단의 재량을 부여하는 것에 우호적이다. 첫째로, 이민과 관련한 경우, 유럽인권협약 제8조는

15) Strand Lobben and Others v. Norway [GC], no. 37283/13, § 211, 10 September 2019.

체약국에게 부부의 결혼생활 거주지로서의 국가 선택을 존중하거나 그 영토에서의 가족결합을 허용할 일반적인 의무를 부과하지 않는다. 유럽인권재판소는 협약 제8조상 가족생활을 존중할 권리의 제한과 관련하여, 이민관리가 체약국의 정당한 목적이라고 인정해왔다. 적극적 의무에 관해서도 마찬가지이다.[16] 둘째로, 유럽인권재판소는 이민관리가 국가의 경제적 안녕의 일반적 이익에 기여한다고 인정해왔으며, 이와 관련해서는 일반적으로 국가에게 폭넓은 재량이 허용된다.[17]

그러나 판단의 재량을 제한하는 협약 및 판례법상의 주장들도 많다. 유럽인권협약은 전체적으로 해석되어야 하며, 다양한 조항들 간의 내적 일관성과 조화를 증진시키는 방식으로 해석되어야 한다.[18] 출신국의 일반적 폭력 상황이 극심하여 단지 그곳에 있다는 사실만으로 귀환자들이 유럽인권협약 제3조[19]의 학대를 받을 실제의 위험에 처할 수 있다. 협약 제3조의 절대적 성격에 비추어, 예외나 정당화 요소는 허용되지 않으며, 따라서 이주자들이 밀어닥치는 상황이 제3조상의 국가의 의무를 면제시킬 수는 없다.[20] 4)에서 언급한 절차적 요건에 대한 고려는 협약 제3조에 속하는 학대의 위험에 처한 사람을 포함하여 보완적 보호의 수혜자에게도 똑같이 적용되어야 한다.

② 의회심사와 사법심사의 수준

판단의 재량에 영향을 주는 또 다른 요소는 유럽인권협약 보호 시스템에 있어 유럽인권재판소의 보충적 역할이다. 보충성의 원칙에 따라 체약국은 유럽인권협약과 그 추가의정서에 정의된 권리와 자유를 보장할 일차적 책임을 지며, 그렇게 함으로써 판단의 재량을 갖는다. 일반적으로 국내당국은, 그들의 민주적 정당성을 통하여, 국제법원보다 지역적 필요와 조건을 평가함에

---

16) Haydarie v. the Netherlands, cited above; Konstatinov v. the Netherlands, cited above, § 50; and Hasanbasic v. Switzerland, cited above, §§ 57-67

17) Biao v. Denmark [GC], no. 38590/10, § 117, 24 May 2016.

18) Stec and Others v. the United Kingdom (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 48, ECHR 2005-X.

19) **유럽인권협약 제3조 (고문의 금지)**
어느 누구도 고문, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 아니한다.

20) Khlaifia and Others v. Italy, no. 16483/12, 15 December 2016, § 114.

있어 더 나은 위치에 있다.[21] 그러나 국내 입법부의 선택은 유럽인권재판소의 심사를 받을 수 있으며, 유럽인권재판소는 국내 특정 조치의 필요성에 대한 의회심사와 사법심사의 수준에 대해 평가해왔다. 유럽인권재판소는 사례별(case-by-case) 심사를 허용하는 규정이 심각한 불확실성과 소송, 비용, 지연, 차별, 자의성의 위험을 야기하는 경우, 일반적 조치가 사례별 심사를 허용하는 규정보다 그 목적을 달성하는 보다 실현가능한 수단이라고 판단해왔다. 그러나 일반적 조치를 사건의 사실관계에 적용하는 것은 실제에서의 그 효과의 예증이 되므로, 그 비례성에 중요하다.[22] 입법과정 동안 고려되었고 입법부에 의해 선택된 주장들을 자세히 검토하고, 상충하는 이익 간에 균형이 잘 이루어졌는지를 결정하는 일은 유럽인권재판소의 업무이다.

이 점에 있어 유럽인권재판소는 재판소에 맡겨진 유럽 차원의 감독을 수행하기 위해서 국내법원들이 사건의 정황을 고려하여 구체적인 이유를 제시해야 한다고 말하였다. 국내법원의 논증이 불충분하고, 실제의 이익형량이 부재한 경우, 유럽인권협약 제8조의 요건에 반하는 것이 될 것이다.[23] 반면, 국내법원이 사실관계를 주의 깊게 검토하고, 관련 인권 기준을 유럽인권협약 및 판례법과 일관되게 적용하고, 사건 속 개인의 이익과 공공의 이익 사이의 균형을 적절히 이루었던 경우에는 유럽인권재판소가 국내법원의 관점을 바꾸려면 강력한 근거를 필요로 할 것이다.[24]

③ 국내, 국제, 유럽 수준의 컨센서스의 정도

판단의 재량의 범위에 관한 또 다른 요소는 체약국들의 국내법률 간의 공통적 입장의 유무이다. 비교법 조사에 따르면, 42개국 중 32개국이 '보완적 보호'의 수혜자에게도 공식적인 가족결합권을 부여하고 있다. 그러나 이 부분에 있어 비교시 주의가 필요하다. 덴마크 입법 하에서 '보완적 보호'는 외

21) Lekić v. Slovenia [GC], no. 36480/07, § 108, 11 December 2018.
22) Animal Defenders International v. the United Kingdom [GC], no. 48876/08, § 108, ECHR 2013.
23) I.M. v. Switzerland, no. 23887/16, § 72, 9 April 2019.
24) Levakovic v. Denmark, no. 7841/14, § 45, 23 October 2018, and its reference to Ndidi v. the United Kingdom, no. 41215/14, § 76, 14 September 2017.

국인법 §7(2)의 '보호지위'와 §7(3)의 '임시적 보호지위'를 모두 포괄하고, 대기기간이 적용되는 것은 후자만 해당되기 때문이다. 또한 2015년에서 2016년 사이에 있었던 대규모 시리아 난민사태를 회원국 44개국 모두가 똑같이 겪은 것은 아니라는 점도 유념해야 한다. 일부 국가들은 대규모 난민유입에 노출되었던 반면, 다른 국가들은 그렇지 않았다. 따라서 비교법적 지침을 도출하는 일은 매우 신중하게 이루어져야 하며, 한 방향으로 컨센서스가 이루어질 것으로 보이지도 않는다.

이러한 점에 비추어 볼 때, 관련 체약국에게 중요한 사회적·경제적 측면이 있고, 이 쟁점이 정치적으로 민감한 성격을 갖는다는 점은 무시할 수 없는 사실이다. 유럽인권재판소는 많은 국가들이 그러한 상황에 대처하는 데 있어 심각한 어려움을 겪어왔다는 사실을 경시하지 않는다.[25]

Tanda-Muzinga 판결에서 유럽인권재판소는 "난민에게는 다른 외국인들보다 가족결합 절차가 더 우호적일 필요가 있다는 데에 국제적, 유럽적 차원의 컨센서스가 존재한다"고 밝혔지만, 난민에게 적용되었던 그러한 입장이 보완적 보호의 수혜자에게도 동일하다고는 할 수는 없다.

2016년, UN인권위원회는 덴마크 외국인법의 대기기간 규정에 대해 우려와 비판을 표명하였고, 2017년, UN난민기구 역시 "난민이 탈출의 결과로 가족과 분리된 경우, 장기적인 분리는 난민과 그 가족의 안녕에 파괴적인 결과를 가져올 수 있다"라고 강조하였다. 2018년, 유럽평의회 의회는 유럽평의회 회원국 내 난민과 이민자의 가족결합에 관한 결의안인 Resolution 2243 (2018)을 채택하여 "이민자 또는 난민과 그 가족들을 억제시키는 가족생활의 보호에 대한 방해는 유럽인권협약 제8조하에서 허용될 수 없다"라고 밝혔다.

그러나 덴마크는 '유럽연합 기능에 관한 조약'에 규정된 망명과 이민에 관한 유럽정책에 구속되지 않는다. 또한 유럽연합 내에서 회원국들은 보완적 보호를 받는 사람에 대한 가족결합권의 부여와 대기기간의 적용에 관해서는

25) Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC], no. 27765/09, § 122, ECHR 2012; Khlaifia and Others v. Italy, cited above, §§ 185 and 241; and Ilias and Ahmed v. Hungary [GC], no. 47287/15, §§ 155 and 213, 21 November 2019.

폭넓은 판단의 재량을 갖는다. 2006년, 유럽연합법원(CJEU)은 C-540/03, European Parliament v. Council [2006] ECR I-5769, the CJEU 판결에서 대기기간에 관해 규정한 'EU 가족결합 지침' 제8조[26]가 폐지되어야 한다는 유럽의회의 주장을 배척한 바 있다(참고로, 덴마크는 옵트아웃을 선택하여 EU 가족결합 지침의 적용을 받지 않는다).

이와 같은 상황을 배경으로, 유럽인권재판소는 대기기간에 관한 국내, 국제, 유럽 수준의 공통적 입장을 찾을 수 없다.

④ 판단의 재량의 범위에 관한 소결

위에서 언급된 요소들을 고려하건대, 난민지위를 획득하지 못하고 보완적 보호나 임시적 보호만 받고 있는 사람이 가족결합을 신청하는 경우, 대기기간을 적용할지 여부를 결정함에 있어 회원국에게 폭넓은 판단의 재량이 부여되어야 한다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 그러한 국가의 재량이 무제한적일 수는 없으며 조치의 비례성을 고려하여 심사되어야 한다.

EU 가족결합 지침 제8조의 2년의 대기기간을 보건대(3년의 대기기간은 지침의 부분적 수정을 통해서만 가능) 그 기간을 넘는 경우에는, 공정한 균형성 평가에 있어, 출신국에서 가정생활을 영위하는데 극복불가능한 장애물이 있다는 점이 점점 더 중요하게 추정된다. 비록 유럽인권협약 제8조가 회원국에게 그 영토 내에서 가족결합을 허용할 적극적 의무를 부과하는 것은 아니지만, 협약의 목적에 비추어, 구체적 사건에 적용함에 있어 협약의 요건이 이론적·허상적이 아닌 실질적·효과적일 것을 요구한다.

또한 언급된 공정한 균형성 평가는 - 유럽인권협약 제8조의 가족생활을 존중받을 권리에 부합되기 위해 요구되는 - 융통성, 신속성, 유효성을 충분히 보장하는 의사결정과정의 일부를 이루어야 한다.

---

26) EU 가족결합 지침(Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, 또는 Family Reunification Directive) 제8조
회원국은 스폰서(※가족결합 신청인을 뜻함)가 그의 가족이 합류하기 전에 그 영토 내에서 2년을 넘지 않는 기간 동안 적법하게 체류하였을 것을 요구할 수 있다.
이 지침의 채택일에 시행중인 회원국의 가족결합에 관한 법률이 그 국가의 수용능력을 고려하는 경우, 지침의 부분적 수정을 통하여, 회원국은 가족결합 신청서의 제출부터 가족의 체류허가증 발급 사이에 3년 이하의 대기기간을 규정할 수 있다.

6) 위 원칙 및 고려사항의 이 사건에의 적용

이 사건은 시리아에 있는 청구인의 아내와의 가족결합에 3년의 대기기간을 둔 것이 문제가 된 사건이다. 가장 중요한 점은 덴마크 정부가 2016년 9월 16일 청구인의 가족결합 신청을 3년의 대기기간을 이유로 거부할 때에 개인과 공동체 전체의 상충하는 이익을 공정하게 형량하여 균형을 맞추었는지 여부이다. 청구인에게는 아내와의 최대한 빠른 결합의 이익이 걸려있고, 덴마크 정부에게는 이민관리의 이익이 걸려있다. 이민관리는 국가의 경제적 안녕의 일반적 이익에 이바지하는 수단이자, 사회적 결속 유지를 위해 보호를 허용한 외국인들의 효과적인 통합을 보장하는 수단이기도 하다. 그러나 후자와 관련해서는, 가족결합 역시 사회적 결속을 유지하고 통합을 촉진시키는데 이바지할 것이라는 점을 유념해야 한다.

① 입법 및 정책의 틀

2015년, 덴마크 입법부는 외국인법을 개정하여 §7(3)의 '임시적 보호지위'를 도입하고, 여기에 해당하는 사람들에게 첫 1년의 대기기간을 요구하는 규정을 §9(1)(i)(d)에 삽입하여 이들의 가족결합권에 제한을 두었다. 그러한 대기기간은 §7(1)이나 (2)에 해당하는 사람에게는 요구되지 않았다. 이와 같은 개정은 덴마크에 도착하는 망명신청자의 급격한 증가 때문이었다. 정부는 출신국의 상황이 개선되는 즉시 임시적 보호를 받는 외국인들을 돌려보낼 수 있기를 원했다.

2016년, 덴마크 외국인법은 다시 개정되어 §9(1)(i)(d)의 대기기간이 3년으로 늘어나게 되었다.

시리아 사태로 인해 유럽에 보호를 요청하는 사람의 수는 2013년 약 431,000명에서 2014년에는 627,000명, 2015년에는 1,300,000명에 이르렀다. 덴마크의 경우 망명신청은 2013년 7,557명에서 2014년에는 14,792명, 2015년에

는 21,316명으로 늘었다. 망명신청자의 급격한 증가로 피청구국의 이민관리가 어려워진 것이 명백한 것에 더하여, 국내법률에 따라 지방정부가 덴마크에서 국제적 보호지위를 부여받은 모든 사람들에게 거주, 언어교육, 고용계획, 사회복지, 사회적 급부금 및 수당을 제공할 의무를 진다는 점을 유념해야 한다.

2015년과 2016년의 외국인법 개정에 대한 준비서를 살펴보면 대기기간의 적용이 가족결합을 단지 임시적으로만 연기시킬 뿐이라는 점이 강조되어 있다. 또한 §9c(1)은 질병이나 장애로 돌봄이 필요한 배우자의 경우와 같이 예외적인 경우, 대기기간이 지나지 않았더라도 가족결합을 가능하게 한다는 점도 지적하였다.

유럽인권재판소가 판단하건대, 외국인법 §7(3)과 §9(1)(i)(d)의 개정은 이민관리의 필요성에 기반하고 있다고 인정된다. 게다가 2016년 2월, 3년의 대기기간이 도입되었던 당시, 덴마크 입법부로서는 대기기간의 부과에 관하여 기존 판례법에서는 뚜렷한 지침을 얻을 수 없었다.

그러나 가족이 민간인에 대한 임의의 폭력적 공격과 학대가 이루어지는 국가에 남겨진 경우, 그리고 그 국가에서의 결합에 극복불가능한 장애물이 있다고 인정되는 경우, 3년의 대기기간은 - 비록 임시적인 것이라 하더라도 - 가족과 분리되어 있기에는 긴 기간이다.

게다가 2015년 외국인법에 삽입되었던 개정규정이 2016년 외국인법에도 유지되어 3년의 대기기간이 2017/2018년 의회 연도에 심사될 수 있도록 하였더라도, 2016년에서 2017년 사이에 있었던 망명신청자의 급감 현상이 3년의 기간에 대한 재고를 촉진시키지는 않았던 것으로 보인다.

② 청구인의 개인적 상황

2015년 1월, 청구인은 민간인에 대한 임의의 폭력적 공격과 학대로 시리아를 탈출하였다. 그의 주장에 따르면, 아내가 여행의 어려움을 겪지 않도록 하기 위해, 그리고 타국에서 안정된 지위를 획득하자마자 재결합할 수 있을

것을 희망하며 그의 아내를 시리아에 남겨두었다. 2015년 6월 8일, 그는 덴마크에서 외국인법 §7(3)에 따른 임시적 보호지위를 부여받았다.

2015년 11월 4일, 청구인이 처음 가족결합을 신청하던 당시, 청구인은 5개월째 덴마크에 거주하고 있었고, 2016년 9월 16일 그의 신청이 거부되었을 당시에는 1년 3개월째 거주 중이었다. 따라서 청구인은 덴마크와 한정적인 유대관계를 가질 뿐이었고, 그의 아내는 덴마크와의 유대관계가 전혀 없는 상태였다. 이 사건이 이민법 위반이나 공공질서가 우려되는 상황과는 무관한 사건인 것도 언급할 필요가 있다.

2016년 9월 당시 시리아의 일반적 상황으로 인해 그곳에서의 가정생활을 영위하는데 극복불가능한 장애물이 있었다는 점에 대해서도 다툼 없이 인정되는 바이다. 반면, 그들은 전화통화나 문자메세지 등을 통하여 연락을 유지할 가능성이 있었던 것으로 보인다.

덴마크 정부가 청구인의 가족결합 신청을 거부한 것은 그가 외국인법 §9(1)(i)(d)에서 요구하는 "적어도 지난 3년간 §7(3)에 따라 체류허가를 받은" 경우에 해당하지 않고, §9c(1)의 가족결합을 정당화하는 예외적인 이유도 없다고 판단되었기 때문이었다.

덴마크 대법원은 다른 회원국도 유사한 대기기간을 규정하고 있으며, 유럽인권재판소가 그러한 법정 대기기간이 어느 범위에서 유럽인권협약 제8조에 부합하는지는 아직 심리된 바가 없다고 언급하였다. 대법원은 청구인 부부의 가족생활에 대한 장애물은 단지 임시적일 뿐이라는 점을 강조하였다. 청구인은 시리아의 일반적 상황이 개선되면 본국으로 돌아갈 수도 있고, 그가 덴마크에서 거주한지 3년이 되도록 그러한 개선이 보이지 않는다면, 그의 아내와 덴마크에서 가족결합도 가능하며, 3년의 기간이 지나기 전에 심각한 질병 등의 예외적인 상황이 나타난다면 §9c(1)에 따라 가족결합이 허용될 수도 있다고 설명하였다. 따라서 3년의 대기기간은 유럽인권협약 제8조상의 가족생활을 존중받을 권리를 이익형량함에 있어 국가의 판단의 재량 내에 속한다고 판결하였다. 또한 대법원은 2016년에서 2017년 사이 망명신청자의 수가 줄어

들었지만(2015년에는 21,316명, 2016년에는 6,266명, 2017년에는 3,500명), 이는 2016년 9월에 내려진 이민항소위원회의 결정의 정당성을 판단함에 영향을 미칠 수 없다고 보았다.

그러나 3년의 대기기간 도입 당시, 판례법상 적절한 지침이 부재하였고, EU 가족결합 지침상 2년의 대기기간을 고려한다 해도, 유럽인권재판소로서는 2016년 외국인법 개정이 1년의 대기기간을 3년으로 늘린 것에 주목하지 않을 수 없다. 2016년 외국인법은 관련인의 구체적인 상황을 고려하여 가족결합의 이익에 대한 개별화된 평가를 허용하지 않고 §9c(1)에 해당하는 매우 제한적인 예외만 인정하였을 뿐이었다. 또한 출신국으로의 송환이나 그곳의 장애물에 대한 실제의 가능성을 결정하기 위해 그 국가의 상황에 대해 심사하는 규정도 두고 있지 않다.

따라서 3년의 대기기간은, 청구인에게는 그의 아내와의 오랜 분리를 구체적인 가족결합에 대한 고려와 상관없이 강요하는 엄격한 요건으로 작동하였다. 이러한 상황에서 청구인이 가족결합을 고려하여 3년보다 짧은 대기기간을 보장받을 수 있을지에 대한 개별화된 평가가 이루어지도록 하는 현실적인 가능성이 제공되었다고 할 수 없다. 청구인과 그의 아내의 결혼생활은 청구인이 덴마크에 체류하기 전에 약 25년간 성립되어 왔고 그들의 출신국에서는 그 결혼생활을 유지하는데 극복불가능한 장애물이 있다고 인정되었다. 위에서 언급하였듯이 2년의 대기기간을 넘는 경우에는, 공정한 균형성 평가에 있어, 출신국에서 가정생활을 영위하는데 극복불가능한 장애물이 있다는 점이 점점 더 중요하게 추정된다. 비록 유럽인권협약 제8조가 회원국에게 그 영토 내에서 가족결합을 허용할 일반적인 의무를 부과하는 것은 아니지만, 제8조가 보장하는 가족생활을 존중받을 권리는, 유럽인권협약이 보장하는 다른 권리 및 자유와 마찬가지로, 이론적·허상적이 아닌 실질적·효과적으로 체약국들에 의해 보장되어야 한다.

② 유럽인권협약 제8조의 위반 여부에 대한 결론

상기의 모든 사항들을 고려하건대, 청구인이 아내와의 가족결합을 신청하기 전에 3년의 대기기간을 적용받도록 하는 경우, 판단의 재량에도 불구하고 피청구국이 청구인의 이익과 전체 공동체의 이익 간에 공정한 균형을 맞추었다고 보기는 어렵다고 판단된다. 따라서 유럽인권협약 제8조의 위반이 있었다고 판결한다.

(2) 유럽인권협약 제14조 '차별의 금지'의 위반 여부 - 심리불필요

청구인은 가족결합 신청을 거절한 덴마크 당국의 2016년 9월 16일 결정이 유럽인권협약 제8조와 함께 제14조의 차별금지 규정도 위반하였다고 주장하였다. 그러나 유럽인권협약 제8조에 관한 판단을 고려하건대, 제14조에 대한 청구인의 주장을 별도로 심리할 필요는 없다고 판단된다.

(3) 주문

위와 같은 이유로, 유럽인권재판소는

1) 전원일치로, 유럽인권협약 제8조에 관한 청구의 심리적격이 인정됨을 선언한다.
2) 16대 1의 표결로, 유럽인권협약 제8조의 위반이라고 판결한다.
3) 전원일치로, 청구인의 주장에 대해 유럽인권협약 제14조를 유럽인권협약 제8조와 함께 해석하여 별도로 심리할 필요가 없다고 판결한다.
4) 16대 1의 표결로, 다음과 같이 판결한다.
   (a) 피청구국은 청구인에게 3개월 내로, 비금전적 손해와 관련하여, 10,000 유로와 청구인에게 부과될 수 있는 모든 세금을 지급일에 적용되는 피청구국 통화 환율로 변환하여 지급한다.
   (b) 위에서 언급된 3개월의 지급기일 만료시부터 실제 지급시까지는 체납기간 동안의 유럽중앙은행 한계대출금리와 동일한 금리에 3 퍼센트

포인트를 더한 금리로 위 금액에 대한 단리이자가 지급되어야 한다.

5) 전원일치로, 정당한 만족에 대한 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

Mourou-Vikstrom 재판관의 반대의견(1인 의견)

나는 유럽인권협약 제8조의 위반에 관한 법정의견에 동의할 수 없다. 이 사건은 판례법을 새로 써야 하는 사건이다. 유럽인권재판소는 이미 가족결합권에 대하여 일반적인 원칙들을 - 특히 국가의 적극적 의무의 각도에서 - 세우기는 하였지만 가족결합에 대한 대기기간이라는 구체적 쟁점을 다룬 적은 없었다. 이 사건은 청구인이 아내와의 가족결합에 3년의 대기기간을 적용받도록 하는 덴마크 법률이 유럽인권협약에 부합하는지 판단하는 사건이다. 또한 이 사건은 유럽인권재판소가 전시상황과 결합된 이민위기의 특유하고 긴박한 맥락에서, 판단의 재량의 범위와 외국인의 입국 및 체류에 관한 규제의 보충성의 범위를 심사하도록 요구하고 있다.

법정의견이 도달한 협약 제8조의 위반 판결은 국가의 이민정책에 대한 매우 지시적이고 사실상 거의 명령적인 개념으로, 개별 국가는 자신의 영토로의 이민을 관리하는 방식에 대하여 전적인 부담을 져야 한다는 폭넓은 원칙에 역행한다.

(1) 청구인의 이민상 법적 지위

1) 임시적 보호 제도하의 청구인

덴마크 정부는 청구인이 난민협약상의 난민지위에 적합하지 않다고 판단하였다는 점을 기억해야 한다. 덴마크 법률은 두 가지 종류의 보호지위를 규정하고 있는데 하나는 '보호지위'이고 다른 하나는 '임시적 보호지위'로, 이들은 유럽연합법에서 정한 '보완적 보호'와 유사하다.

2015년 12월 9일, 이민항소위원회 - 이 위원회는 판사가 주재하는 독립된 기관이므로 법원으로 볼 수 있다 - 는 청구인이 시리아 당국의 개인적·개별적 타겟이 아니라는 점을 명시하였다. 청구인이 그의 고국에서 처하게 되는 위험은 매우 현실적이지만, 전쟁으로 피폐해진 국가의 민간인들이 불행히도 대다수 마주하게 되는 비인간적인 대우의 위험보다 더 극심한 것은 아니었다. 따라서 청구인이 식별된 수배자로서의 박해나 학대의 위험에 놓여있다고 입증된 바도 없다. 이를 바탕으로 청구인은 외국인법 §7(1)이나 (2)의 유형에 속하지 않았다고 판단되었다.

2) 청구인의 지위와 가족결합에 규정된 대기기간

외국인법 §9(1)(i)(d)는 '임시적 보호지위'의 사람에게 가족결합을 위해 3년의 대기기간을 두고 있다. 따라서 청구인이 §7(1)의 '난민지위'를 부여받은 사람이었거나 §7(2)의 '(보완적) 보호지위'에 있는 사람이었다면 그의 아내는 바로 청구인과 합류할 수 있었을 것이다.

위와 같은 대기기간이 유럽인권협약에 부합하는지를 결정하기 위해서는, 가족생활에 대한 더 낮은 보호를 제공하는 지위를 청구인에게 부여하였던 기준에 대하여 검토해야 한다.

신청자가 출신국의 직접 타겟이 되어있는 경우, 체류국은 합리적이고 합법적으로 그의 가까운 가족과의 재결합을 위해 강화된 보호나 신속한 처리를 제공할 수 있다. 일반적 위험의 경우에는, 체류국은 적절한 여건에서 받아들이기 힘들다고 여겨지는 망명신청자의 대규모 유입을 막기 위하여 가족결합에 조건을 둘 수 있다. 출신국의 상황이 개선될 수 있으며, 자신의 뿌리, 사회적 유대관계, 개인적 역사로부터의 영구적인 망명은 최상의 해결이 아닐 가능성이 높다는 생각이다.

(2) 2016년 외국인법 개정의 입법과정

외국인법 §7(3)에 대한 구분과 필수적 대기기간의 연장은 분명히 입국하고 망명을 신청하는 이민자의 수를 제한하는 결과를 낳는다. 그러므로 이는 국가의 주권하에 채택된 규제적 수단이다. 국가는 외국인을 받을 국가의 수용능력을 파악하고 유입되는 외국인에 관한 국내의 지배적 분위기를 이해하는데 있어 최적의 위치에 있다. 또한 외국인을 받아들일 수 있는 국가의 수용능력은 예산상의 지표, 통계, 경제적 흐름만이 아니라 사회적 쟁점의 관점에서도 측정된다. 덴마크 의회는 모든 난민의 적절한 통합을 보장하고 덴마크의 사회적 결속을 보호할 필요성을 강조하였다.

2016년의 외국인법 개정에 대한 준비서에 따르면, 외국인법 §7(3)에 따라 발급되는 체류허가는 본질상 매우 불안정하고 제한적이어서, 최소 3년간 체류할 때까지는 망명신청자의 가족에게 덴마크 체류자격을 줄 수 없다고 하였다. 다만 배우자에게 장애가 있거나 자녀가 심각하게 아픈 경우 등에는 '예외적인' 상황으로 약간의 조정이 가능하도록 규정되어 있다는 점은 주목되어야 한다. 더구나 1년의 기간으로만 갱신가능한 체류허가는 청구인의 불안정한 지위를 반영한다. 준비서는 대기기간을 3년으로 연장하는 것이 유럽인권협약 제8조에 부합하는지에 관하여 한 절(paragraph)에 걸쳐 논의하였다. 법정의견의 입장과 반대로, 3년의 기간은 융통성이 없다거나 부분적 수정이 불가능한 것이 아니다. 2015년 2월부터 2017년 7월 사이의 통계를 살펴보면, 3년의 기간이 채워지기 전에 가족결합을 신청한 전체 신청인의 25%가 §9c(1)의 적용을 받아 가족결합이 허용되었다. 그러므로 개별적 평가가 이루어지고 있다고 보는 것이 바람직하며, 의회가 상충하는 이익 사이의 균형을 맞추지 못하였다고 주장될 수는 없다고 생각한다.

(3) 국내당국의 감독

1) 판단의 재량

판단의 재량을 평가함에 있어 컨센서스의 존재유무는 매우 중요하다. 유럽평의회 국가들이 '보완적 보호지위'를 보유한 사람들의 가족결합권에 대해 우호적인 컨센서스를 형성하고 있다는 것은 분명한 사실이다. 반대로, 출신국에 남아있는 배우자에게 그러한 권리를 인정하기 위해 대기기간을 두는 것과 관련해서는 컨센서스를 찾아보기 힘들다. 우선 덴마크 제도의 특수성을 짚고 넘어가야 한다. '보완적 보호'는 '보호지위'만을 일컫는 것이 아니라 '임시적 보호지위'도 가리킨다는 점을 유념해야 한다.

이민감독은 가족생활에 대한 권리에 개입하는 것을 정당화하는 적법한 목적이다. 커플이 자신의 나라를 떠나 어느 국가에서 그들이 정착하고 보호지위를 획득할지 선택할 수 있는 권리는 존재하지 않는다. 특히 이 사건처럼 그들이 피난처로 선택한 국가와 사전적 연결이 전혀 없는 경우에는 더욱 그러하다.

판단의 재량은 이민자 수용에 관하여는 폭넓게 인정되어야 한다. 그렇게 함으로써 국내당국은 국가의 경제적 안녕과 거주 수용능력, 그리고 무엇보다도 사회적 결속을 보호할 수 있다. 중요한 것은 국가의 공공의 이익과 사회적 균형이다.

덴마크는 망명신청자의 수와 사회적·정치적 분위기에 대한 평가를 고려하여 2016년 법률을 개정하였다. 이러한 이민정책적 선택은 모든 상충하는 이익을 형량한 후에 이루어진 것이다. 법정의견과 반대로, 나는 국민생활의 다양한 영역에서의 균형을 지키기 위한 결정적인 선택은 덴마크에게만 맡겨졌어야 했다고 생각한다.

2) 보충성의 표현

덴마크 대법원의 판결은 보충성의 예시라고 할 수 있다. 덴마크 대법원은 시리아 상황에 비추어 유럽인권협약의 요구사항에 대한 전문적인 분석을 바

탕으로 유럽인권재판소의 판례법에 대한 깊은 지식을 보여주었다. 대법원은 시리아의 상황을 고려하건대 그곳에서 부부가 공동생활을 하는 것에 극복불가능한 장애물이 있었다는 점은 분명하다고 하였다. 그러나 대법원은 청구인의 신청을 받아들이지 않더라도 단지 임시적으로 그의 권리를 제한할 뿐이라고 밝혔다. 대법원은 청구인의 상황에 맞는 개별화된 평가를 수행하였다.

가족결합의 틀에 부부의 재결합에 의무적인 3년간의 대기기간을 설정하는 것이 유럽인권협약에 어긋난다고 말하는 것은 국가가 이민정책을 관리하지 못하게 하는 것과 마찬가지이다.

덴마크는 유럽 공동의 망명 및 이민 정책에 참여할 것을 거부함으로써 그 정치적 입장을 분명히 했었다는 점을 기억해야 한다. 또한 대기기간에 관해서는 국내, 국제, 유럽 수준의 컨센서스가 존재하지 않는다는 점과, 그 때문에 보완적 보호의 수혜자는 유럽지침의 범위에서 배제되어 있다는 점도 잊어서는 안 된다. 더구나 '보완적 보호'에는 적용되지 않는 EU 가족결합 지침 제8조(덴마크는 이 지침에 구속되지 않음)는 2년의 대기기간을 허용하면서 일부 수정을 통해 3년까지 이 기간을 늘릴 수 있도록 하였다. 덴마크를 구속하는 어떠한 국제법이나 컨센서스가 없는 상황에서, 그리고 판단의 재량의 관점에서, 덴마크 법률은 유럽인권협약 제8조를 위반했다고 볼 수 없다.

법정의견이 협약 위반을 주장하는 주된 근거는 청구인의 상황에 대한 개별화된 접근이 채택되지 않았다는 것과, 국내법원들이 더 짧은 대기기간 - 예를 들어 2년 - 의 적용가능성에 대해 고려하지 않았다는 것이다. 그러나 그러한 요구는, 이미 제시된 것보다 더 예리한 주장을 제시하기 힘들 국내당국에게 단지 이론적이고 원칙적인 분석만을 하게 만들 뿐이다. 또한 2년과 3년 사이의 다양한 대기기간 중 어떤 것이 유럽인권협약에 부합하고 어떤 것은 아닌가 하는 문제는 국내 감독기관이 해결하도록 남겨두어야 할 문제이다. 2년의 대기기간은 허용가능하고 3년은 그렇지 않다고 함으로써, 법정의견은 국내제도에 과도하게 명령적인 기준을 세우고 있다고 생각한다.

가족결합에 관한 어떠한 결정도 유럽인권재판소의 심사를 피해갈 수 없다

는 점은 전적으로 이해하는 바이다. 가족생활의 질과 가족간의 유대관계 유지에 있어 시간적 요소는 매우 중요하다. 따라서 대기기간은 분명히 잘 규정되어야 한다. 가족결합의 전면적인 금지나 명백히 과도한 기간은 유럽인권협약의 원칙에 비추어 명백히 용납될 수 없다. 그러나 어린 자녀가 관련되지 않은 이와 같은 사건에서 3년의 기간을 적용하는 것은 허용될 수 있으며, 유럽인권재판소가 이를 협약 위반으로 판결해서는 안 된다고 생각한다.

3. 판결의 의의

유럽인권재판소의 이번 판결은 이민과 난민에 관한 유럽의 인권법 체계와 덴마크 사이의 갈등을 보여주는 것이기도 하다. 한때(1970-80년대) 덴마크는 이민과 난민에 관하여 선두적으로 열려있다고 평가되었으나, 이후 점점 제한적 입장이 되어, 이제는 이 분야에 있어 - 개별 국가의 이민관리에 관한 권한보다 난민의 입장을 옹호하는 것으로 보이는 - 유럽 인권법 및 망명법 체계를 공공연하게 비판하기도 하였다.

덴마크가 '사실상 난민' 개념을 포기했던 것은 난민에 관한 덴마크의 제한적 태도를 보여주는 한 가지 예이다. 2002년, 덴마크는 보다 관대한 개념이었던 '사실상 난민'의 개념을 버림으로써, 일반적인 폭력을 피해 도망친 사람들은 더 이상 덴마크 법에 따라 망명을 신청하지 못하게 되었다. 그러나 2004년, EU법 차원에서 '보완적 보호'의 개념을 도입하여 무력분쟁의 상황에서 무차별적 폭력으로 인한 심각한 위험에 처한 경우도 그 보호대상으로 포괄하였다. 그러나 덴마크는 망명에 관한 이러한 EU법체계에는 참여하지 않았다. 2011년, 유럽인권재판소는 Sufi and Elmi v. the United Kingdom[27] 판결로 유럽인권협약은 유럽 망명법과 비슷한 수준의 보호를 제공한다고 판시하였다. 이에 따라 덴마크는 2015년, 시리아 난민사태가 심각하던 시기에 무차별적 폭력으로부터 도망친 사람들을 위한 '임시적 보호지위'를 도입하였다.

27) Sufi and Elmi v. the United Kingdom, Application Nos. 8319/07 and 11449/07, 28 November, 2011.

그러나 임시적 보호지위는 난민지위나 보호지위와 달리 출신국의 상황이 개선되면 체류허가가 중단될 수 있는 상황에 놓이게 된다.

임시적 보호지위에 대하여 가족결합 신청에 대기기간을 두거나 체류허가 갱신을 1년 단위로만 하는 등의 덴마크의 조치들은 난민에 관한 간접적 억제 정책이라고 할 수 있다. 난민들이 덴마크에서 망명을 신청하는 것을 좌절시켜 다른 나라로 발길을 돌리게 하기 위해 망명신청자들과 난민들의 권리를 제한하는 것이다.

덴마크에서 임시적 보호지위를 받은 시리아 난민들의 경우, 현재는 대부분 덴마크에 도착한지 3년이 넘은 경우가 많아 가족결합을 신청할 수 있으며, 일부는 아예 체류허가의 중단절차에 직면해있다. 따라서 유럽인권재판소의 이번 판결로 이들이 받는 영향은 크지 않을 것으로 보인다. 다만 이번 판결로 덴마크가 법률을 개정하게 된다면, (비록 덴마크는 당사국이 아니라고 해도) EU 가족결합 지침의 기준에 발을 맞추는 유럽인권재판소의 태도를 반영하여 2년을 기준으로 대기기간을 줄이게 될 것으로 예상된다.