

## 국적국에 입국할 권리<sup>1)</sup>

### I. 사건개요

#### 가. 사건의 배경

청구인들은 프랑스인으로 H.F.와 M.F., 그리고 J.D.와 A.D.이며 이들의 딸인 L.과 M.은 2014년과 2015년에 각각 자신의 파트너와 함께 프랑스를 떠나 소위 'ISIL(Islamic State in Iraq and the Levant, 이라크 레반트 이슬람 국가) 또는 'ISIS(Islamic State of Iraq and al-Sham, 이라크 알-삼 이슬람 국가)'로 불리는 '다에시(Daesh)'<sup>2)</sup>에 합류하기 위해 프랑스를 떠나 시리아와 이라크로 갔다. 1991년생인 L.은 2014년 7월 파트너와 함께 시리아의 ISIL 점령지로 떠나 두 아이(2014년생, 2016년생)를 낳았다. 2016년 12월 프랑스에서는 테러음모 혐의로 그녀에 대한 수사가 시작되어 영장이 발부되었고, 2018년 그녀의 파트너는 사망하였다. 한편, 1989년생인 M.은 2015년 7월 파트너와 이라크로 떠났고 그로부터 1년 후에는 시리아로 옮겼다. 2016년 프랑스에서는 그녀에 대한 수사가 시작되었다. 2019년 1월 그녀는 아이를 낳았다.

청구인들의 딸들이 프랑스를 떠날 무렵, 다에시는 이라크와 시리아에서 최대의 영토확장을 이루고 있었다. 2014년, 프랑스를 포함한 76개국이 참여한

---

1) H.F. and Others v. France [GC], Applications nos. 24384/19 and 44234/20 (2022. 9. 14.).  
2) 우리나라에서는 흔히 'IS'로 지칭되는 급진 수니파 무장단체이다. '다에시'는 '이라크 레반트 이슬람 국가(ISIL)'의 아랍어 단어의 머리글자를 딴 약어이다. '레반트'는 시리아, 요르단, 레바논 등 지중해 동부 중동지역을 가리키는 말로 아랍어의 '알-삼'과 같은 의미이다. ISIL은 2003년 알카에다의 이라크 조직으로 출발하여 이후 시리아로 거점을 옮기며 크게 기세를 확장하였고, 2014년 6월 'IS(Islamic State, 이슬람 국가)'로 명칭을 변경하였다. 그러나 정상적인 국가로 인정할 수 없기 때문에 이 용어를 그대로 사용하는 것은 문제로 지적되기도 한다. 프랑스 정부도 그러한 이유로 공식적으로 'IS'라는 용어 대신 '다에시'라는 용어를 사용하고 있다. 다에시는 파리 등 유럽의 주요 도시를 비롯한 여러 곳에서 테러를 자행하고 잔혹한 동영상 올리는 등 전 세계에 공포를 확산시켰다. 그러나 2017년 미국이 주도하는 국제 연합군에 의해 패배를 거듭하며 급격히 쇠락하였고, 2019년 3월 23일 시리아민주군(SDF)이 이들의 마지막 점거지였던 바구즈를 점령하고, 2019년 10월 IS의 지도자인 아부 바르크 알바그다디가 미국 특수부대의 작전으로 사망하면서 현재는 잔당 세력들만 남아있는 상태이다.

국제 연합군이 만들어져 다에시와 전투중인 지역군에 군사적 지원을 하였는데 그 중 하나가 ‘시리아민주군(SDF: Syrian Democratic Forces)’<sup>3)</sup>이었다. 2017년 시리아민주군은 다에시의 수도인 락카(Raqqa)를 점령하였고, 2019년 3월부터 유프라테스강 동쪽의 모든 시리아 영토를 점령하였다. 이 과정에서 수많은 사람들(대다수가 다에시 전사들의 가족들)이 시리아민주군에게 체포되어 그들이 관리하는 al-Hol 캠프로 보내졌다. L.과 그 자녀들도 2019년 2월 체포되어 al-Hol 캠프에 보내진 뒤 다시 다른 캠프 내지 감옥으로 이송된 것으로 보이고, M.과 그 자녀도 2019년 3월에 체포되어 al-Hol 캠프로 보내진 후 다시 Roj 캠프로 이송된 것으로 보인다.

시리아 북동쪽에 위치한 al-Hol 캠프와 Roj 캠프는 매우 열악한 상태로 국제적십자위원회(ICRC: International Committee of the Red Cross) 지역국장이 ‘종말적’이라고 묘사할 정도로 처참하였다. 2019년 9월 기준 al-Hol 캠프에는 70,000명의 사람들이 수용되어 있었고, 2021년 3월 기준으로는 62,000명이 수용되어 있는데 그 중 2/3가 어린이들이고 그 중 다수가 고아이거나 가족과 떨어진 상태로 매우 혹독하고 위험한 상황에 처해 있었다. Roj 캠프는 훨씬 작은 캠프로 2020년 al-Hol 캠프의 과밀도를 줄이기 위해 사람들을 이곳으로 이송하였다. 이곳 역시 아이들이 지내기에는 영양, 위생, 안전 모두 처참한 상황이다. 2019년 1월 31일 국제보건기구(WHO)는 2달 사이 al-Hol 캠프에서 29명의 아동 및 신생아들이 사망하였고 이들 대다수가 저체온증에 시달렸다고 밝혔다. 한 비정부기구는 이곳 캠프들에서 외국 국적의 여성과 어린이가 겪는 여건은 고문으로 정의될 수 있다고 결론짓기도 하였다. 청구인들의 딸들도 매우 마르고 고열에 시달리는 등 건강상의 문제가 있으며, 그 자녀들도 과편에 맞은 상처를 치료받지 못하거나 심각한 심리적 불안과 전쟁으로 인한 트라우마를 겪고 있고 심장 이상증세를 겪기도 하였다. 이들은 프랑스로의 송환을 원하고 있다.

2019년 3월에서 2021년 1월 사이 프랑스는 사안별(case-by-case)로 시리아

---

3) ISIS에 대항하는 쿠르드족 민병대가 이끄는 지역군.

북동쪽 캠프들에서 어린이들을 데려오는 본국송환 조치를 시행하여 프랑스 국적의 35명의 미성년자와 16명의 어머니들을 데려올 수 있었다. 그러나 이 중에 청구인들의 딸들과 그 자녀들은 포함되어 있지 않았다.

한편 시리아 쿠르드족 자치구역 행정부인 ‘시리아동북부자치행정부 (AANES: Autonomous Administration of North and East Syria)’는 2021년 3월 성명을 통해 수많은 ISIS 가족들을 수용하는 것이 큰 부담이 되고 있다 며, 국제사회를 향해 ISIS의 희생자였던 여성들과 그 자녀들을 본국으로 송 환해줄 것을 강력히 촉구하였다.

#### 나. 본국송환 신청 국내절차

우선 L.과 그 자녀들에 관하여, 청구인들은 2018년 10월 31일 이메일로 프 랑스 외교부에 본국송환 조치를 요청하였으나 답을 듣지는 못하였다.

청구인들의 대리인은 시리아 캠프에 수용되어 있는 다른 몇몇 여성과 어린 이들을 대신하여 프랑스 대통령에게 본국송환 조치를 요청하였고, 대통령 수 석보좌관은 이에 대한 대답으로 이들은 프랑스가 참여한 연합군과 교전 중 인 테러단체에 합류하기 위해 의도적으로 떠났으며, 이들의 범죄에 대한 책 임 여부는 지역 당국의 판단에 달려있고, 만일 이들에게 아무런 책임이 없다면 프랑스는 그들 상황에 적절한 조치를 취할 것이라고 설명하였다. 그리고 이들의 본국송환은 그 지역의 전쟁 상황과 따로 생각할 수 없는데 시리아의 경우 전쟁이 끝나지 않았고 상황도 불안정하며, 프랑스는 시리아와 외교관계 를 맺고 있지 않아 프랑스의 개입도 국제적십자위원회 등 국제기구들을 통 해 이루어지고 있다고 밝혔다.

2019년 4월 5일 L.의 부모인 청구인들은 딸과 손주들이 비인도적이고 모멸 적인 대우에 노출되어 있고 생명권에 대한 심각하고 불법적인 침해를 받고 있다고 주장하며, 파리행정법원에 긴급신청<sup>4)</sup>으로 외교부가 이들에 대한 본국

4) 프랑스 행정법원규칙 제L. 521-2조에 따른 절차이다.

송환에 착수하도록 명할 것을 촉구하였다. 청구인들은 국가는 국가의 적극적인 의무로서 국가 관할권하의 개인들을 보호할 책임이 있다고 주장하였다. 그리고 이러한 국가의 책임은 국가영토 내에 있는 개인들과(속지주의) 실질적으로 통제권을 행사할 수 있는 경우 영토 밖의 국민들(속인주의) 모두에게 미친다고 주장하였다. 청구인들은 시리아 캠프로부터 어린이들을 데려온 것은 아이들의 본국송환 계획을 수립하고 수행할 외교부의 의사결정능력 및 작전능력을 보여준 것이라고 생각하였다. 2019년 4월 10일 파리행정법원 긴급신청 담당 판사는 청구인들의 신청을 각하하며, 프랑스 밖에서 외국군의 통제하에 있는 구역에 수용되어 있는 프랑스 국민을 송환해 달라는 요청은 프랑스의 대외적 행위와 불가분의 관계가 있으며, 따라서 행정법원의 관할권 밖에 있는 행위에 해당한다고 밝혔다.

청구인들은 이 결정에 대해 프랑스 최고행정법원인 국사원(Conseil d'État)에 항소하였다. 변론과정에서 외교부는 청구인이 요청한 조치는 외교관계와 불가분의 관계에 있어 법원의 심사를 받을 수 없는 국가행위에 속하고 법원이 명령할 수 없는 문제라고 주장하였다. 또한 프랑스는 시리아에 수용된 국민들에 대한 관할권이 없으며, 이들이나 이 지역에 대한 통제권도 없고, 청구인들이 주장하는 본국송환에 대한 국가의 적극적인 의무도 국제법적 근거가 없으며, 앞선 아동 본국송환 조치는 인도적 차원에서 사안별로 이루어진 것이라고 강조하였다. 2019년 4월 23일 프랑스 국사원은 이 사건을 각하하며 청구인들이 요청한 송환조치는 외국 당국과의 협의 개최나 외국 영토에 대한 침범을 요하고 프랑스의 국제관계 행위와 불가분의 관계이므로 법원은 이 사건을 심리할 관할권이 없다고 판시하였다.

한편 M.과 그 자녀에 대한 소송에서도 같은 취지로 긴급신청 및 항소가 받아들여지지 않았다.

#### 다. 유럽인권재판소 제소

청구인들은 프랑스가 본국송환 조치를 거부한 것은 청구인 가족을 비인도적이고 모멸적인 대우에 노출시켜 유럽인권협약 제3조<sup>5)</sup>를 위반한 것이고, 국적국 영토로의 입국권을 보장한 유럽인권협약 제4추가개정서 제3조 제2항<sup>6)</sup>을 위반한 것이며, 가족생활을 존중받을 권리를 규정한 유럽인권협약 제8조<sup>7)</sup>에도 위배된다고 주장하였다. 또한 실효적 구제를 받을 권리를 규정한 유럽인권협약 제13조<sup>8)</sup>상의 실효적 조치도 받지 못하였다고 주장하였다.

이 사건은 소재판부 제5부에 배당되었으나 소재판부는 이 사건을 대재판부의 관할로 이양하는 결정을 내렸다. 이에 대재판부가 이 사건을 결정하게 되었다.

## II. 쟁점 및 판단

### 1. 법정의견

#### 가. 사건의 병합, 청구인적격, 심리범위

청구인들의 딸들에 관한 각각의 청구의 법적·사실적 배경의 유사성을 고려하여 두 사건을 병합한다.

이 사건에서 청구인들은 그들의 딸들과 손주들이 직접 제소하는 것이 사실상 불가능하기 때문에 그들을 대신하여 소송을 진행하는 것이라고 밝혔다.

#### 5) 유럽인권협약 제3조 (고문의 금지)

어느 누구도 고문, 비인도적이거나 모멸적인 대우나 처벌을 받지 아니한다.

#### 6) 유럽인권협약 제4추가개정서 제3조 (국적국에 입국할 권리)

2. 어느 누구도 자기의 국적국의 영토에 입국할 권리를 박탈당하지 아니한다.

#### 7) 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.

#### 8) 유럽인권협약 제13조 (실효적 구제를 받을 권리)

이 협약에 규정된 권리와 자유를 침해당한 모든 사람은 그 침해가 공무집행중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 국가당국 앞에서 실효적 구제를 받는다.

프랑스 정부는 청구인들에게는 청구인적격이 인정되지 않는다고 주장하였다. 그러나 유럽인권재판소는 직접적인 피해자가 그의 권리에 대한 실효적 보호를 박탈당할 위험이 있고 피해자와 청구인 사이에 아무런 이해관계의 충돌이 없는 예외적인 경우, 제3자가 취약자를 대신하여 소송할 수 있다고 판시한 바 있다.<sup>9)</sup> 또한 딸들과 손주들을 대신하여 소송하는 청구인의 청구인적격과 관련하여 국내법원에서 이의가 제기된 적이 없다. 위와 같은 사항을 고려하건대, 이 사건 청구인의 경우는 청구인적격이 인정되는 예외적인 상황이라고 판단된다.

청구인들은 유럽인권협약 제3조(고문의 금지), 제8조(가족생활을 존중받을 권리), 제13조(실효적 구제를 받을 권리), 제4추가협약 제3조 제2항(국적국에 입국할 권리)을 원용하였으나, 이 사건에서는 제3조와 제4추가협약 제3조 제2항 위반 여부만을 검토하는 것이 적절하다고 생각한다. 이것으로도 청구인이 제기한 모든 문제를 판단할 수 있기 때문이다.

#### 나. 유럽인권협약 제1조상 관할권 문제

프랑스 정부는 청구인들의 가족들이 유럽인권협약 제1조<sup>10)</sup>상 프랑스의 관할권 내에 있지 않다고 주장하였다.

유럽인권재판소는 첫째, 청구인의 가족들과 피청구국 사이에는 국적 연결성이 있고, 둘째, 피청구국이 청구인의 가족들을 송환하지 않을 것이고 따라서 그들에 대해서는 외교적 또는 영사적 관할권을 행사하지 않을 것이라고 결정했기 때문에 그들이 유럽인권협약 제3조 및 제4추가협약 제3조 제2항의 목적에 따라 피청구국의 관할권 내에 포함될 수 있는지 여부를 확인할 필요가 있다.

9) Lambert and Others v. France ([GC], no. 46043/14, §102, ECHR 2015).

10) 유럽인권협약 제1조 (인권존중의 의무)

체약국은 그 관할권 내의 모든 사람들에 대하여 이 협약 제1절에 규정된 권리와 자유를 보장해야 한다.

유럽인권재판소의 선례들은 체약국들이 자신의 영토 밖에서 관할권을 행사할 수 있게 하는 몇 가지 특별한 사정을 인정해왔다. 이러한 사정이 있는지 여부는 사건의 구체적인 사실관계를 참고하여 결정되어야 한다. 이 사건의 경우 유럽인권협약의 해당 조항들이 적용가능한지를 결정하기 위해 우리는 다음의 세 가지 사항들을 살펴보고자 한다.

### **1) 프랑스가 관련 지역에 통제권을 행사하였는지 여부 (소극)**

프랑스는 시리아 북동부 지역에 실효적 통제권을 행사하지도 않았고 그 지역에 위치한 캠프에 수용되어 있는 청구인의 가족들에 대한 어떠한 권한이나 통제권도 갖고 있지 못한 상태이다.

### **2) 국내 소송절차의 개시로 관할권적 연결이 형성되었는지 여부 (소극)**

청구인들의 딸들이 테러조직에 참여한 것에 대해 프랑스 당국이 제기한 형사절차는 이 사건에서 주장되고 있는 유럽인권협약의 위반과는 관련이 없고, 따라서 주장되고 있는 사실이 프랑스의 관할 내에 있는지 여부와는 무관하다. 만일 반대로 해석한다면(즉, 수사의 개시로 유럽인권협약상의 관할권이 인정된다고 하면) 당사국은 선뜻 수사를 개시할 수 없을 것이다. 게다가 청구의 요지를 고려하면 본국송환 절차는 청구인들의 청구가 프랑스의 관할권 내에 있는지 여부의 문제에 직접적인 영향을 주지 않는다. 따라서 역외관할적(extraterritorial jurisdictional) 연결이 촉발되기에 충분하다고 할 수 없다.

### **3) 피청구국과의 관련성 유무 (적극)**

#### **가) 유럽인권협약 제3조(고문의 금지) 관련 (소극)**

쿠르드 통제하의 시리아 캠프 내에서 겪는 혹사와 관련하여, 청구인들 가족들의 프랑스 국적도, 프랑스 당국이 그들을 송환하지 않기로 한 결정도 그

들을 프랑스 관할권의 범위 내로 데려오지 않는다. 유럽인권협약의 범위에 대한 그와 같은 확장은 판례법에서 그 근거를 찾을 수 없다. 첫째, 국내 차원에서 이루어진 결정이 외국에 거주하는 사람의 상황에 영향을 주었다는 사실만으로는 그들에 대하여 당사국이 영토 밖에서 관할권을 형성하였다고 볼 수 없다. 둘째, 국내법이든 국제법이든 당사국이 그 국민을 대신하여 행동하고 그들을 송환하도록 요구하고 있지 않다. 게다가 유럽인권협약은 외교적 또는 영사적 보호에 대한 권리를 보장하고 있지 않다. 셋째, 지역 비국가 당국(local non-State authorities)이 관련 국가들에게 그 국민들을 송환해 갈 것을 촉구하였음에도 불구하고, 프랑스는 불가피하게 시리아에서 일어날 수 밖에 없는 그러한 작전의 원칙과 조건에 관해 그들과 협상해야 할 것이고 그 수행을 준비해야만 할 것이다.

따라서 청구인들의 딸들과 손주들은 유럽인권협약 제3조와 관련하여서는 프랑스의 관할권 내에 있지 않다고 판단된다. 그러므로 제3조 위반에 관한 청구는 심리부적격으로 판단된다.

#### **나) 유럽인권협약 제4추가정서 제3조 제2항(국적국에 입국할 권리) 관련 (적극)**

유럽인권협약 제4추가정서 제3조 제2항이 오직 국민에게만 적용된다는 사실만으로는 프랑스의 관할권이 형성되기에 충분한 상황은 아니다. 국적은 일반적으로 국가의 관할권의 역외 행사의 근거로 여겨짐에도 불구하고 관할권의 독립적인 근거가 될 수는 없다. 이 사건에서 청구인들의 가족들에 대한 프랑스의 보호는 이들을 수용하고 있는 쿠르드 당국과의 협상이나 쿠르드족이 관할하는 영토에 대한 개입까지 필요로 할 수 있는 문제이다.

청구인들의 요청을 승인하지 않는 것이 공식적으로 프랑스에 입국할 권리를 박탈하거나 그들이 입국하려는 것을 막은 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 그들의 상황이 프랑스의 속지주의 및 속인주의 관할권에 영향을 미쳤을 수도 있었는지 문제가 제기된다.



제4추가개정서 제3조 제2항은 본디 국민이 국적국의 영토나 국적국이 실효적으로 통제권을 행사하는 지역 밖에 있을 때에 국가와 국민 사이의 관계에 적용되는 권리라고 할 수 있다. 만일 입국할 권리가 이미 국가의 영토나 그 실효적 지배를 받는 지역 내에 있는 국민에게 한정되는 것이라면 그러한 권리는 실효성이 없을 것이다. 이 조항의 보호를 가장 필요로 하는, 국적국으로 입국하기를 원하는 사람들에게 아무런 실질적인 보호를 제공하지 못할 것이기 때문이다. 제4추가개정서 제3조 제2항상의 권리의 목적과 범위를 고려하건대, 이 조항은 당사국의 관할권 밖에 있는 그 국가의 국민에게 유익해야 한다. 또한 해당 조항의 해석에 있어 현대의 글로벌화와 국제적 이동 현상의 맥락을 고려해야 한다. 이러한 현상은 국가들에게 외교적 및 영사적 보호, 국제인도법, 국제 협력의 영역에서 안보와 국방에 관한 새로운 도전이 되고 있다. 입국할 권리는 테러와의 전쟁과 국가 안보에 관한 최근 이슈의 핵심에 놓여있다. 제4추가개정서 제3조 제2항이 국경에 도착한 국민이나 여행서류(여권, 비자 등)가 없는 국민에게만 적용되는 것이라면, 현대 상황에서 그 효용성이 박탈될 것이다.

따라서 자신의 국적국에 입국하고자 하는 개인의 어떤 상황은 유럽인권협약 제1조의 목적에 따라 국가와의 관할권적 연결을 야기할 수도 있다. 그러한 상황은 추상적으로 정의내리기보다는 사례별로 판단할 필요가 있다.

이 사건의 경우 국가와 그 국민 사이에 법적 연결성이 있으며, 시리아 북동부 캠프의 상황과 관련된 많은 특별한 사정이 있고, 제4추가개정서 제3조 제2항과 관련하여 프랑스의 관할권 형성이 가능하게 할 만한 특징들이 존재한다. 예를 들어, 청구인들은 공식적으로 본국송환 신청을 하였다. 그리고 그러한 청구는 민주사회의 근본적 가치에 기반한 것이었다. 청구인들의 가족들은 인간존엄성에 어긋나는 캠프에서의 생활여건 및 안전상의 우려와 그들의 건강 및 어린 아이들의 극도의 취약성으로 인해 생명과 신체적 안녕에 대한 실제적이고 임박한 위협에 당면해 왔다. 그들이 프랑스 당국의 지원 없이 캠프(또는 연락이 단절된 채 갇혀 있었을지도 모르는 여타 장소)를 떠나 프랑

스나 다른 나라의 국경에 다다르는 것은 물리적으로 불가능하였고, 쿠르드 당국은 수용중인 프랑스 여성과 아동들을 프랑스 당국에 인도할 의지를 표명하였다.

따라서 이 사건에서는 유럽인권협약 제4추가정서 제3조 제2항에 따라 제기된 청구에 관하여, 유럽인권협약 제1조상 프랑스의 관할권이 인정될 수 있는 특별한 사정이 존재한다고 할 수 있다. 그러므로 제4추가정서 제3조 제2항에 관해서 프랑스의 관할권이 인정되며, 따라서 심리적격이 인정된다.

#### 다. 유럽인권협약 제4추가정서 제3조 제2항(국적국에 입국할 권리) 위반 여부 (적극)

##### 1) 유럽인권협약 제4추가정서 제3조 제2항의 해석

유럽인권협약 제4추가정서 제3조 제2항상의 청구는 국민이 국가 영토를 자발적으로 떠난 후 재입국을 거부당한 상황이나 외국에서 태어나 처음으로 입국하기를 원하는 아이들의 경우처럼 해당 국가에 발을 들여놓은 적이 없는 경우에도 가능하다. 이에 대한 제한은 해당 조문의 문구나 그 입법과정 어디에도 근거가 없다.

제4추가정서 제3조 제1항(자국민의 추방 금지)<sup>11)</sup>은 국민의 추방을 금지하는 것이지 범죄인 인도를 금지하는 것이 아니다. 따라서 국적국에 입국할 권리는 영토에 남아있을 권리와 혼동되어서는 안 되며, 영토 내에 남아있을 절대적인 권리를 부여하는 것도 아니다. 예를 들어 범죄인이 그 국적국에 의해 다른 나라에 인도되어 그 나라에 수감되어 있다가 탈출하여도 국적국에 망명을 신청할 무조건적인 권리가 있는 것은 아니다. 국적국 영토에 입국할 권리는 범죄인 인도 명령을 무효화하는 데 이용될 수 없다. 게다가 적절한

11) 유럽인권협약 제4추가정서 제3조 (자국민의 추방 금지)

1. 어느 누구도 자신의 국적국의 영토로부터 개별적 또는 집단적 조치에 의해 추방당하지 아니한다.

경우, 단지 일시적으로만, 예외적인 수단의 형태로서 제한의 여지가 있을 수 있다. 예를 들어 코로나 19 팬데믹에 의한 세계 보건 위기의 맥락에서 이러한 상황을 생각해볼 수 있을 것이다.

문언 그대로 해석하자면, 제4추가개정서 제3조 제2항의 범위는 국가의 소극적 의무에 상응되며 자국으로 입국하려는 국민을 막는 형식적 수단에 한정된다. 그러나 사실상 국민의 권리의 유효한 행사를 박탈하는 비형식적 또는 간접적 수단이 - 상황에 따라 - 이 규정과 양립할 수 없는 상황도 배제될 수는 없을 것이다.

한편, 국가 영토에의 입국을 유효하게 보장하기 위하여 이 조항에 내재된 적극적 의무들이 오랫동안 국가들에 부과되어 왔다. 이는 전통적으로 국민에게 여행서류를 발급할 국가의 의무에서 유래한 수단들에 상응한다. 입국의 권리의 시행과 관련하여, 적극적인 의무의 범위는 당사국의 다양한 상황에 따라, 그리고 자원과 우선순위에 관한 결정에 따라 다양할 수밖에 없다. 이러한 적극적인 의무들은 당국에게 불가능하거나 비례적이지 않은 부담을 부과하는 방식으로 해석되어서는 안 된다. 당사국에게 적극적인 수단을 취하도록 요구될 때 그러한 수단의 선택은 원칙적으로 ‘판단의 재량(margin of appreciation)’ 내에 속하는 문제이다.

## 2) 본국송환에 대한 권리가 있는지 여부 (소극)

유럽인권협약은 체약국의 외교적 보호에 대한 권리를 보장하지 않는다. 국가는 관련 비엔나협약에 따라 영사적 지원의 주역이 된다. 따라서 이 사건 청구인들의 가족들과 같이 비국가 무장단체의 통제 하에 있는 캠프에 억류되어 있고, 시리아에 영사관을 두고 있지 않은 국가의 국적을 가진 개인들은 원칙적으로 영사적 지원에 대한 권리를 주장할 권리가 없다. 시리아민주군이 관련 국가들에게 해당 국민들을 송환할 것을 촉구하였고 많은 송환 사건 - 특히 프랑스에 의한 송환 - 에서 협력하였다는 사실은, 관련성이 있을 수는

있지만, 청구인의 가족들에게 송환에 대한 권리가 부여되었다는 근거를 제공하지는 않는다. 또한 그러한 근거는 현재 외교적 보호에 관한 국제법에서도 찾을 수 없다. 유럽 차원에서 유럽인권협약 제4추가개정서 제3조 제2항상 국가 영토에의 입국을 목적으로 한 일반적인 송환의 권리를 뒷받침하는 합의도 없었다. 요컨대, 국가에게는 그 국민을 송환할 국제법상의 의무는 없다. 결과적으로 시리아 북동부 캠프에 억류된 프랑스 국민은 국적국의 영토에 입국할 권리를 근거로 일반적인 송환의 권리를 주장할 수는 없다.

### 3) 유럽인권협약 제4추가개정서 제3조 제2항에서 유래한 다른 의무들

유럽인권협약 제4추가개정서의 입법과정에서 알 수 있듯이 국적국 영토에 입국할 권리의 목적은 국민의 추방을 막는 것이다. 이러한 관점에서, 이 사건의 특성들을 고려하여, 국가가 아무런 조치를 취하지 않는 것이 사실상 국민의 추방에 맞먹는 상황에 내버려두는 것과 같은 경우 제4추가개정서 제3조 제2항에 의해 국가에게 적극적인 의무가 부과될 수도 있을 것이다. 그러나 그러한 의무는 매우 좁게 해석되어야 하고, 예외적인 상황 - 예를 들어 극도로 취약한 상황에서 역외(extraterritorial) 요소들이 아이의 생명과 신체적 안녕을 직접적으로 위협하는 경우 등 - 에서만 국가를 구속할 수 있을 것이다. 또한 그러한 예외적인 상황이 존재하여 국가에게 주어진 적극적인 의무를 수행하였는지 그러지 못하였는지를 검토함에 있어 그 검토는 실효적 보호가 자의적이지 않도록 보장하는 것에 한정될 것이다. 입국권 행사의 불능은 국가의 귀국정책과 그 결과를 고려하여 평가되어야 한다.

#### 가) 예외적인 상황이 존재하는지 여부

첫째, 비국가 무장단체인 시리아민주군의 통제 하에 있는 문제의 캠프는 그 상황이 외교적 또는 영사적 보호와 형사법상 협력 메커니즘의 전형적인 사례들과는 구별되는 법적 공백 상태에 가깝다. 청구인들의 가족들에게 제공될 수 있는 적용가능한 법은 국제인도법상의 최소한의 보호 정도에 불과하

기 때문이다.

둘째, 캠프의 일반적인 여건은 국제인도법하의 기준에 전혀 부합하지 못한다. 제네바협약<sup>12)</sup> 제1조에 따르면 해당 협약의 모든 당사국 - 프랑스도 포함 - 은 캠프의 생활여건에 직접 책임이 있는 쿠르드 당국이 국제인도법 위반을 종결시키기 위해 그들의 합리적 권한 내의 모든 일을 다해야 하는 의무에 따르도록 해야 한다.

셋째, 지금까지 캠프에 구금된 여성들을 다루는 재판소나 여타 국제수사기구가 설립되지 않았고, 임시국제형사재판소의 설립도 유보된 상태이다. 시리아 북동부에서 이 여성들이 재판을 받을 가능성 역시 없다. 한편, 프랑스에서 청구인들의 딸들에 대해 제기된 형사절차는 해외 테러리즘에 관여한 개인들을 수사하고 기소할 당사국의 국제적 의무와 일부 관련되어 있다.

넷째, 쿠르드 당국은 적절한 생활여건의 보장 불능, 구금 및 재판의 조성 문제, 그리고 안전문제를 거론하며 관련 국가들에게 각 국민들을 송환해갈 것을 반복적으로 촉구하였다. 실제로 그들은 이와 관련하여 협력하였으며 프랑스에도 협조하였다.

다섯째, 많은 국제기구들과 지역기구들이 캠프에 수용되어 있는 자국민들을 송환할 것을 유럽 국가들에게 촉구하였다. 유엔 아동권리위원회(United Nations Committee on the Rights of the Child)는 프랑스가 캠프의 프랑스 어린이들에 대한 보호의 책임을 다해야 하며, 그들의 송환을 거부하는 것은 비인도적이고 모멸적인 대우 금지 및 생명권에 대한 위반이 된다고 언급하였다.

여섯째, 프랑스는 공식적으로 이라크와 시리아에 있는 프랑스 미성년자들에게 프랑스의 보호를 받을 권리가 있으며 이들을 송환할 수 있다고 언급한 바 있다.

---

12) 제네바협약은 전쟁 희생자 보호를 위해 1949년 제네바 회의에서 채택된 조약으로 '전투지역에 있는 군대의 부상자 및 병자의 상대개선에 관한 조약', '해상에 있는 군대의 부상자·병자·난선자의 상대개선에 관한 조약', '포로 대우에 관한 조약', '전시의 민간인 보호에 관한 조약'의 4개 조약으로 이루어져 있다.

위와 같은 사항들을 고려하고, 청구인들의 가족, 특히 아이들의 생명과 신체적 안녕에 대한 위협을 뒷받침하는 역외 요소들을 고려하건대, 이 사건에는 예외적인 상황이 존재한다고 판단된다.

## 나) 자의성 방지책

유럽인권재판소는 국가들이 테러 범죄로부터 시민들을 보호하는데 겪는 실제적인 어려움들과 근년의 테러 공격들로 촉발된 심각한 우려에 대해 절실히 인지하고 있다. 그럼에도 불구하고, 위에서 기술된 것과 같이 예외적인 상황에서 본국송환에 대한 개인의 요청에 대한 심사는 - 테러리즘과 싸우는 과정에서 내려진, 유럽인권재판소의 심사 대상에서 벗어나 있는 정치적 선택들과는 달리 - 원칙적으로 해당 권리에 대한 존중과 직접적인 관련이 있는 범주에 속한다.

청구인들의 가족들은 인도주의적 긴급상황에 놓여있고, 따라서 그들의 요청에 대한 심사가 요구된다. 이들의 요청과 관련하여 의사결정과정에서 자의성을 배제하기 위한 적절한 보장책을 마련할 의무는 프랑스 당국이 진다. 적법성과 법치주의의 개념에 따르면 기본권에 영향을 미치는 조치는 그 결정의 이유와 관련 증거에 대한 심사 권한이 있는 독립된 기구에 의해 일종의 대립적인 심사절차를 받아야 하고, 국가안보가 위태로운 경우, 필요하면 기밀정보의 사용에 적절한 절차적 제한을 둘 수 있다.

그리고 긴절한 공익적 고려에서든 법적, 외교적 또는 물리적 어려움에서든, 행정당국이 적법하게 신뢰할 수 있는 근거로 자의성이 없었다고 확인할 수 있는 메커니즘이 있어야 한다.

이 사건에서 청구인들에게 제공된 자의성 방지책들은 적절하지 못하였다.

청구인들은 그들의 요청에 관하여 행정부가 내린 결정의 바탕이 된 선택에 대해 어떠한 설명도 듣지 못하였다. 또한 청구인들은 의사결정과정의 투명성을 높일 수 있었을 정보를 획득하지도 못하였다. 관할권이 없다고 언급하였던 국내법원의 관점에서 보자면, 청구인들은 그들의 본국송환 요청을 거부하

는 암묵적인 결정에 대한 독립적인 심사에 대한 접근권이 없었다.

권한 있는 당국이 청구인들의 송환요청을 거부한 공식적인 결정이 없는 상황에서, 국내법원에 의해 그들에게 제시된 관할권의 면제는, 제4추가개정서 제3조 제2항상의 권리에 의존하는 청구인들의 주장과 동 조항에 의해 국가에 부과된 적극적인 의무와의 관계에서, 당국이 원용한 근거들에 대해 유의미하게 다뤄볼 가능성과 그러한 근거들이 적법하고 합리적이며 자의적이지 않은 근거였다는 것을 확인해 볼 가능성을 청구인들에게서 빼앗았다. 그러한 심사의 가능성이 반드시 해당 법원이 당시 송환 명령을 내릴 관할권을 갖고 있었음을 뜻하는 것은 아니다.

따라서 청구인들의 가족들을 대신하여 청구인들이 제기한 본국송환 요청에 대한 심사는 적절한 자의성 방지책으로 보호되고 있지 않았다.

결론적으로, 이 사건 청구인들의 가족들의 경우 ① 예외적인 상황이 인정되며(특히 어린 자녀들), ② 의사결정과정에서 자의성을 배제하는 적절한 보호장치가 마련된 상황 속에서 이루어지지 못하였기 때문에 유럽인권협약 제4추가개정서 제3조 제2항의 위반이 인정된다.

## 라. 주문

위와 같은 이유로, 유럽인권재판소는

- 1) 전원일치로, 두 청구의 병합을 결정한다.
- 2) 전원일치로, 유럽인권협약 제3조에 관한 청구의 심리부적격을 선언한다.
- 3) 다수의견으로, 유럽인권협약 제4추가개정서 제3조 제2항에 관하여 청구인들이 그들의 딸들과 손주들을 대신하여 제기한 청구의 심리적격이 인정됨을 선언한다.
- 4) 14대 3의 표결로, 유럽인권협약 제4추가개정서 제3조 제2항의 위반이라고

판결한다.

- 5) 15대 2의 표결로, 협약 위반 판결은 그 자체로 청구인이 입은 모든 비금전적 손해에 대한 정당한 보상(just satisfaction)<sup>13)</sup>이 된다고 판결한다.
- 6) 14대 3의 표결로, 다음과 같이 판결한다.
  - (a) 피청구국은 프랑스 영토에 입국할 수 있도록 해달라는 요청을 재심리해야 하며, 적절한 자의성 방지책이 제공되어야 한다.
  - (b) 피청구국은 3개월 내로 청구인 H.F.와 M.F.에게 총 18,000 유로를 지급하고, A.D.와 J.D.에게 총 13,200 유로를 지급하며, 가격과 비용의 측면에서, 청구인에게 과세될 세금을 더하여 지급한다.
  - (c) 위에서 언급된 3개월의 지급기일 만료시부터 실제 지급시까지의 체납기간 동안의 유럽중앙은행 한계대출금리와 동일한 금리에 3 퍼센트 포인트를 더한 금리로 위 금액에 대한 단리이자 지급되어야 한다.
- 6) 15대 2의 표결로, 정당한 보상에 대한 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

## 2 Pavli and Schembri Orland 재판관의 공동보충의견(2인 의견)

법정의견은 유럽인권협약 제4추가개정서 제3조에 의해 보장되는 자국 영토에서 추방되지 않을 권리와 입국할 권리에 관한 우리의 드문 법리에 중요한 기여를 하였다. 우리는 법정의견에 동의하면서, 그 논증에 있어 절차주의적 접근법을 공유하고, 이 사건 협약 위반의 성격이 절차적일뿐만 아니라 실제적이기도 하다는 의견을 제시하고자 보충의견을 작성한다.

법정의견에 따르면 자국 영토 밖에 있으나 자유롭게 다시 되돌아오지 못하는 국민들을 위한 일반적인 본국송환권이 유럽인권협약 제4추가개정서 제3

13) 유럽인권협약 제41조 (정당한 보상)

협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 체약국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하면 피해 당사자에게 정당한 보상을 제공해야 한다.



조에서 도출되는 것은 아니지만, 자국민의 목숨에 심각한 위협이 있는 경우 등을 포함하여 예외적인 상황에는 국가가 국민의 귀국을 돕는 조치를 거부하는 것이 사실상 국민의 추방에 이를 정도가 될 수도 있다. 이러한 경우, 국민의 입국권 행사를 보장할 국가의 적극적인 의무가 촉발되기도 한다.

귀국할 권리의 시행은 - 얼마나 예외적인 상황이든 - 필연적으로 실체적, 절차적 성격의 적극적인 의무를 의미한다. 만일 본국송환 조치의 거부가 자의적이라고 판단되는 경우, 당사국은 국민의 귀국을 도모하기 위해 합리적인 조치를 취해야 한다. 그렇지 않으면 유럽인권협약상 추방되지 않을 실체적 권리는 심각하게 훼손될 것이다.

또한 자의성으로부터의 보호는 실체적 요소와 절차적 요소를 모두 가지고 있음이 분명하다. 의사결정과정은 공정해야 할 뿐만 아니라 조치를 취하지 않는 결정을 정당화하는 근거도 유럽인권협약에 부합해야 한다.

법정의견의 매우 절차적인 접근방식은 법정의견이 채택한 심사기준에서 보다 명확히 드러난다. 법정의견의 심사는 의사결정과정이 적절한 자의성 방지책들로 보호되고 있는지 여부에 한정되었다. 이러한 판단의 주된 전제는 본국송환의 적극적인 의무가 예외적인 상황 - 국가의 부작위가 사실상 추방에 이르는 경우 - 에만 발생한다는 것이다. 단순히 자의성을 배제할 의무는 현대사회에서 국민의 추방에 대한 거의 절대적인 금지와 어울리지 않는다.

자의적이지 않은 추방은 어떤 모습일까? 예외적인 상황으로 국가의 적극적인 송환의무가 발생하였음에도 송환조치의 실패를 정당화하는, 협약에 부합하는 근거는 무엇일까? 법정의견은 절차적 시각을 통해 다음과 같이 대답하였다. “*긴절한 공익적 고려에서든 법적, 외교적 또는 물리적 어려움에서든, 행정당국이 적법하게 신뢰할 수 있는 근거로 자의성이 없었다고 확인할 수 있는 메커니즘이 있어야 한다.*” 첫 번째로 고려하여야 할 사항(긴절한 공익적 고려)은 해당 국민의 송환이 국가적 이익에 위협이 되어 배제되어야 하는지 여부이다. 두 번째로 고려하여야 할 사항(법적, 외교적 또는 물리적 어려움)은 위협에 처한 국민의 안전한 송환의 보장 가능성을 의미한다.

21세기 유럽 국가들은 테러리즘에 참여한 혐의가 있는 국민을 실효적으로 추방하는 선택을 할 수 있는가? 이 질문은 추후 다른 날 결정되도록 남겨져 있다. 보다 긴급성을 갖는 문제는 특히 취약한 상황에 있는 미성년자들에 관한 것이다. 법정의견은 그 심사를 절차적 자의성을 방지하는 데에만 한정하다보니 국가가 미성년 국민들을 보호할 실제적인 의무를 수립하는 데에는 못 미치고 말았다. 법정의견은 조금 더 나아갔어야 한다.

이 사건의 진행 과정에서 프랑스 정부는 ISIS 전사들의 가족들을 허용하는 것이 위험한 일이라고 일반적으로 주장하였지만 이 특정 개인들(청구인들의 딸들)이 프랑스의 국가 안보에 야기하는 구체적인 위협에 대한 사실이나 주장을 제시하지는 못하였다. 이 사건의 상황을 고려하면 프랑스 당국의 부작위는 청구인 가족에게 사실상의 추방의 형태와 마찬가지로이다.

위에서 제시한 의혹들에도 불구하고 우리의 의도는 법정의견의 전체적인 중요성을 손상시키고자 함이 아니다. 법정의견은 관할권 문제, 국민의 송환과 관련하여 적극적인 의무가 발생하는 상황, 기타 유럽인권협약 제4추가 정서 제3조의 새로운 측면들에 대하여 중요한 설명을 제공하였다.

### **3. Yudkivska, Wojtyczek, Roosma 재판관의 공동일부반대의견(3인 의견)**

우리는 유럽인권협약 제4추가정서 제3조 제2항이 보장하는 권리의 범위에 대해서는 법정의견에 정중히 반대한다. 우리는 청구인들이 그들의 가족의 송환을 요청하는 것이 이 조항의 범위 밖에 있다고 생각하며, 이 조항이 적용될 수 없으므로 그 위반도 있을 수 없다고 생각한다.

우리는 시리아 북동부 캠프의 심각한 상황을 결코 경시하는 것이 아님을 강조하고자 한다. 캠프의 생활여건은 혹독하고 위험하다. 이러한 상황은 정치적 해결과 인도주의적 노력을 요청하고 있다. 그러나 이것이 법정의견처럼 자국에 입국할 권리의 범위를 광범위하게 해석하는 것을 정당화하는지는 의

문이다. 더구나 이 권리의 부당한 확장에도 불구하고 청구인들의 가족들과 같은 상황에 처한 사람들에게 현실적인 도움을 제공할 가능성은 희박하다. 또한 법정의견이 정말로 제4추가정서 제3조 제2항의 의미를 명확히 하였는지는 의문이다.

우선 관할권 문제와 관련하여 그 근거를 매우 납득하기 힘들다. 프랑스 당국에 본국송환 요청을 보낸 가족이 있는 시리아 캠프 수용자의 경우 관할권적 연결이 있고, 그렇지 않은 수용자에게는 관할권적 연결이 없다는 것은 자의적으로 보인다. (관할권 형성을 위한 예외로서) 특별한 취약성과 생명 및 안녕에 대한 심각한 위험을 고려하는 것은 제4추가정서가 아닌 유럽인권협약 제3조(고문의 금지)에 더 적절한 것으로 보인다. 프랑스 당국의 도움 없이 프랑스 국경에 다다를 수 없거나 쿠르드 당국이 협조하기로 한 사실들은 완전히 무관한 사항들이다.

제4추가정서 제3조 제2항은 국가의 소극적 의무로서 작성되어 있다. 그럼에도 불구하고 어떤 적극적인 의무가 내재되어 있다는 점에는 우리도 동의한다. 그러나 이러한 적극적인 의무는 이 권리를 행사하는 동안 개인이 당면하게 될 모든 사실적 어려움을 제거할 의무에 이르지 않는다.

이 사건과 같은 상황에서 다양한 국가들의 작전 능력은 모두 다르고 시간에 따라 변한다. 국가의 인도주의적 노력을 법적 의무로 변화시키는 것은 불확실성과 불평등을 만들어낼 위험이 있고 역효과를 낳는다.

또한 인도주의적 참사가 *오직 자국민에 대한* 국가의 법적 의무의 확장 근거로 언급되는 것은 우려스럽다. 국제인도법 위반을 멈출 수 있는 모든 조치를 다할 의무는 국적에 따라 과도하게 차별적이어서는 안 된다. 프랑스나 다른 나라들이 이러한 인도주의적 참사를 종료시킬 능력이 있다면, 제네바협약 제1항에 따라 피해자의 국적과 상관없이 그 의무를 다하여야 한다. 청구인들의 딸들과 그 자녀들은 생명과 신체적 온전성에 대한 권리를 가지며 이는 그들이 프랑스에서 태어났기 때문이 아니라 인간이기 때문이다.

법정의견의 자의성 방지책에 관해서도, 우리는 그것이 잘 논증되고 명확한 것인지 의구심이 들고, 그 원칙의 적용이 실제로 청구인의 가족들과 같은 상황에 놓인 사람들에게 유익할지도 의문이다.

충분한 사실적 근거가 없거나 아동 최선의 이익(children's best interests)을 고려하지 않고 본국송환을 거부하는 결정은 제4추가협정서 제3조 제2항의 위반이라고 보인다. 그런데 이는 적절한 자의성 방지책으로 의사결정과정을 둘러싸는 것보다 더 부담이 큰 비례성 분석과 마찬가지로 보인다. 또한 본국송환에 대한 실체적 권리로까지 보이기도 한다.

마지막으로, 예외적이지 않은 상황에서 제기되는 본국송환 요청은 이 사건과 같은 수준의 보장을 필요로 하지 않을 것으로 보인다. 법정의견은 의무가 촉발되는 예외적인 상황의 형성에 관해 구체적이고 명확하게 설명하지 못하고 있다.

#### 4. Ktistakis 재판관의 일부반대의견(2인 의견)<sup>14)</sup>

나는 협약 위반 판결이 그 자체로 청구인이 입은 모든 비금전적 손해에 대한 정당한 보상이 된다는 부분에 대해서는 법정의견에 반대한다.

청구인들은 오랜 자의적 대응으로 인해 분명히 고통을 받았으며 협약 위반 판결만으로는 정당한 보상이 될 수 없다고 생각한다.

### III. 판결의 의의

그간 유럽인권재판소에서 유럽인권협약 제4추가협정서 제3조 제2항(국적국에 입국할 권리)에 관한 문제를 다룬 경우는 거의 없었다. 이 사건은 유럽인

---

14) Ktistakis 재판관, Pavli 재판관의 의견.

권재판소가 해당 조항 하에서 국가와 그 국민 사이에 관할권적 연결이 존재하는지를 결정하도록 한 첫 번째 사례였다는 점에서 중요한 의의를 갖는다. 또한 이 사건을 통해 유럽인권재판소는 이 조항의 의미를 분명히 하고 그 범위를 검토할 수 있는 기회를 가졌다.

시리아 북동부에 수용되어 있는 ISIS와 관련된 사람들에 대한 본국송환은 수년간 유럽 및 기타 국가들에서 곤란한 문제로 남아있었다. 이곳에서 일어나는 자의적 구금과 인권침해에 대하여 국제적 차원에서 문제가 제기되고 각국의 조치가 촉구되었으나, 이미 자국에서 ISIS에 의해 자행된 심각한 테러의 피해를 경험한 국민들의 부정적 여론과 국가안보의 문제로 본국송환 조치를 거부하는 사례들이 많았기 때문이다.

그러나 이번 결정을 통해 이들에 대한 본국송환은 새로운 전환점을 맞게 되었다. 제4추가협정서 제3조 제2항과 관련하여 당사국의 관할권이 인정되고, 송환조치를 거부하는 의사결정과정에서 자의성을 배제할 수 있는 보장책이 마련되어야 하므로 그 동안과 같이 시리아에 수용되어 있는 자국민에 대한 송환조치를 거부하기가 한층 어려워졌기 때문이다. 이 결정은 유럽인권협약의 모든 체약국을 구속하기 때문에 더욱 그 영향력이 크다고 할 것이다.