

The Law of Refugee Status

James C. Hathaway
James E. and Sarah A. Degan Professor of Law
Director, Program in Refugee and Asylum Law
The University of Michigan Law School

Course sponsored by the Korean Bar Association and the UNHCR
Seoul, Republic of Korea
September 26-27, 2014

난민 지위에 관한 법

제임스 해서웨이
제임스 & 사라 드간 법학교수
디렉터, 난민법 및 비호법 과정
미시간 로스쿨

난민법 강좌
(대한변협 주최, 유엔난민기구, 서울지방변호사회, 재단법인 동천 후원)
서울, 대한민국
2014년 9월 26~27일

A. 법의 맥락에서의 난민 vs. 현실에서의 난민

사례1: Ms. Kim(김)은 북한의 시민이다. 본국에서의 대학 과정을 이수하던 중 그녀는 자유가 보장되지 않는 국적국의 상황에 대해 우려를 하게 되었고 정치적 상황에 눈을 뜨게 되었다. 그녀는 억압 당할 위험을 감수하지 않고서는 결코 자신의 의견을 표현할 기회를 가지지 못할 것이라 생각하고, 자신의 기업가적 실력을 발휘할 수 있는 자리가 보장되지 않는다고 생각한다.

세계식량계획(World Food Program)이 “슬로우 모션 기근(Famine in Slow Motion)”이라고 설명한 북한의 심각한 식량 위기가 계속해서 문제가 되고 있다. Ms. Kim의 유일한 자녀도 최근 영양실조로 목숨을 잃었다. 절박하게 자유를 찾던 그녀는 아슬아슬하게 국경경비병의 총격을 피해 국경을 넘어 중국으로 갔다. 중국에서 그녀는 컨테이너선을 통해 일본으로 밀입국했으며 현재 일본에서 난민지위를 얻고자 한다.

사례2: Abd Al-Sheik(에이비디 알 셰이크)는 사우디 아라비아의 반정부 운동의 주도자이다. 본국의 전제 군주제(absolute monarchy)에 대한 도전을 한 Al-Sheik는 이후 사우디 정부의 박해 대상이 되었다. 1년 전, 그는 체포되어 수감되었고, 법률 대리인이나 사법기관에 접근이 불가능했으며, 잔인한 고문을 받을 상황에 처했다. 동료 활동가들이 그의 탈옥을 도와주었는데 그는 본국의 외판 지역으로 도피에 현재까지 은신 중이다.

사우디 아라비아는 정부에 대한 비판을 금지하고 있다. 정치적 단체는 허용되지 않는다. 노동조합 및 독립된 변호사 협회 조차도 허용되지 않는다. 공적 정책(official policy)에 대한 도전은 예외 없이 보복행위로 이어진다.

사례3: Mr. Keshish(케쉬슈)는 아르메니아 출신의 동성애자이다. 그는 그가 다니던 대학으로부터 “본 대학에 수치가 되었다”라는 말을 들은 후 본국을 떠났다. 그가 졸업 학년으로 대학을 다니던 중 자신이 동성애자임이 공개되면서 문제가 생기기 시작했다. 대학의 디렉터는 특별히 학생들을 모아놓고 그들 앞에서 그의 “탈선(deviance)”에 대해 비판을 했다. 해당 대학은 그에게 체육 교육 학위를 수여할 수는 있으나 취업추천서는 발급할 수 없다고 통보했다. 취업추천서는 학교들이 일상적으로 취업을 원하는 교사에게 요구하는 서류이다. 아르메니아는 유럽평의회(Council of Europe) 가입 요건을 맞추기 위해, 2003년 유럽국가 중 가장 마지막으로 남성간의 성교(sexual relations)를 불법화하는 법을 폐지한 바 있다. 하지만 국민들의 생각은 변하지 않았으며 아르메니아 법은 자신이 차별로 인한 피해를 입었다고 생각하는 동성애자에게 어떠한 구제도 제공하지 않는다.

B. 난민 정의의 해석 (Interpreting the refugee definition)

C. 협약 상 난민 정의의 주요 요소 (Introduction to the essential elements of the Convention refugee definition)

Convention, Art. 1(A)(2): As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it...

난민협약 제1조 (A)(2): 1951년 1월 1일 이전에 발생한 사건의 결과로서, 또한 인종, 종교, 국적 또는 특정 사회 집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 이유가 있는 공포로 인하여 국적국 밖에 있는 자로서 그 국적국의 보호를 받을 수 없거나 또는 그러한 공포로 인하여 그 국적국의 보호를 받는 것을 원하지 아니하는 자 및 이들 사건의 결과로서 상주국가 밖에 있는 무국적자로서 종전의 상주 국가로 돌아갈 수 없거나 또는 그러한 공포로 인하여 종전의 상주국가로 돌아가는 것을 원하지 아니하는 자. 둘 이상의 국적을 가진 자의 경우에, “국적국”이라 함은 그가 국적을 가지고 있는 국가 각각을 말하며, 충분한 이유가 있는 공포에 기초한 정당한 이유 없이 어느 하나의 국적국의 보호를 받지 않았다면 당해자에게 국적국의 보호가 없는 것으로 인정되지 아니한다.

요소 1: 외국인의 신분 (ALIENAGE)

요소 2: 위협의 진정성 (GENUINE RISK)

요소 3: 심각한 위해 (SERIOUS HARM)

요소 4: 국가의 보호를 받을 수 없는 (FAILURE OF STATE PROTECTION)

요소 5: 시민적 또는 정치적 지위와의 관련성 (NEXUS TO CIVIL OR POLITICAL STATUS)

요소 6: 보호를 필요로 하고 보호를 받을 자격이 있는 (NEEDS AND DESERVES PROTECTION)

요소 1: 외국인의 신분 (ALIENAGE)

“첫째로, 협약상 정의는 본국을 떠난 자 또는 무국적자(stateless persons)인 경우 상주국가를 떠난 자를 포함하고 있다. 특정인이 고통에 처한 경우일 수 있고 인권침해의 대상이 되었다고 하더라도 국적국 국경 안에 체류하는 경우에 해당인은 난민이 아니다.”

A. 국경 또는 출입국항에 있는 자 (Persons at the border or a port of entry)

B. 불법행위 또는 부정행위로 비호국에 입국한 자 (Persons who enter an asylum state by illegal or fraudulent means)

C. 최초 입국 국가 (의 보호를 받아야 한다는) 규칙 (Country of first arrival rules)

D. 체재 중 난민 (Refugees *sur place*)

요소 2: 위험의 진정성 (GENUINE RISK)

“둘째로, 난민으로 추정되는 자는 위험의 진정성(genuine risk)이 있어야 한다. 진실로 자신이 위험에 처했다고 믿는 것만으로는 충분하지 않다. 오히려, 난민지위를 신청하게 된 이유는 구체적인 근거가 바탕이 되어야 하며 이를 위해서는 객관적인 사실들이 필요하다. 만일 이 위험이 입증되지 않으면, 난민으로서 보호받아야 된다는 그 주장은 받아들여지지 않을 것이다.”

A. 본질적 의미 (Essential meaning)

B. “진정한 위험 (genuine risk)” (Judicial formulations of the "genuine risk" threshold)

I.N.S. v. Cardoza-Fonseca, (1987) 467 U.S. 407.

R. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran, [1988] 1 All E.R. 193.

Adjei v. Minister of Employment and Immigration, [1989] 57 DLR 4th 153.

Chan v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, (1989) 63 ALR 561.

C. 객관적 위험 (objective risk)에 대한 입증 (How the objective risk can be established)

각 과거 박해의 증거 (Evidence of particularized past persecution)

사실 조사 책임 공유 (Shared responsibility for fact-finding)

입증 기준 (Evidentiary standard)

인권 자료 (Human rights data)

신청자의 진술 (Testimony of the applicant)

표적 내지 지목될 필요는 없음(No requirement of targeting or "singling out")

유사한 상황에 처한 자가 직면한 위해에 대한 증거 (Evidence of harm facing similarly situated persons)

요소 3: 심각한 위해 (SERIOUS HARM)

“셋째로, 신청자의 도피는 국적국에 책임이 있는 심각한 위해를 당할 가능성에 의해 이루어졌어야 한다. 공포를 갖게 하는 역경이 사소한 정도 이상일 수 있으나 그 정도가 심각한 위해로 보기에는 충분하지 않을 수 있다.”

A. 기본 접근방식 (Basic approach)

B. “심각한 피해(serious harm)”의 기준으로서의 국제인권법 (International human rights law as the barometer of "serious harm")

세계인권선언 (UDHR, Universal Declaration of Human Rights)

경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 (ICESCR, International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights)

시민적·정치적 권리에 관한 국제 규약 (ICCPR, International Covenant on Civil and Political Rights)

권리	UDHR	ICESCR	ICCPR
1급 의무			
생명 (Life)	3		6
고문, 잔인하고 비인도적인 모욕, 형벌 (Torture, c/i/d tr.)	5		7
노예 (Slavery)	4		8
소급처벌 (Ex post facto pros.)	11(2)		15
인간으로 인정 (Recog. As person)	6		16
사상, 종교 (Thought, religion)	18		18
2급 의무			
자의적 체포/구금 (Arb. Arrest/deten)	9		9, 10
공정한 형사절차 (Fair crim. Proced.)	10, 11		14
프라이버시 (Privacy)	12, 25	10	17, 23
자국 영토 내 이동 (Internal movement)	13		12(1)
출입국 (Leave and return)	13		12(2-4)
의사표현 (Opin/expr/ass/assn)	18-20		19-22
집회 및 결사 (Trade union mem.)	20	8	22
정치 참여 (Partake in govt.)	21		25(a)
공직을 맡을 권리 (Public employ't)	21		25(c)
선거 (Vote genuine elec.)	21		25(b)
3급 의무			
노동 (Work)	23	6	
근무 환경 (Just cond. employ't)	23	7	
의식주 (Food/cloth/housing)	25	11(1)	
의료 (Medical care)	25	12	
사회보장제도 (Social security)	22	9	
기초 교육 (Basic education)	26	13-14	
문화적 Cultural express.	27	15	
4급 의무			
사유재산 (Private property)	17		
실업상태에서의 보호 (Unemploy. Protect.)	23		

C. “심각한 위해(serious harm)”로서의 사회경제권 침해 (Risk to socioeconomic rights as "serious harm")

“세 가지 이상의 권리 (3+ Rights)”

사회경제권의 본질적 권리를 침해 받을 위험 (Risk to the essential core of socioeconomic rights)

사회경제권 침해의 누적 (Cumulative violations of socioeconomic rights)

요소 4: 국가의 보호를 받을 수 없는 (FAILURE OF STATE PROTECTION)

“국적국에서 침해 당할 수 있는 인권을 확인하는 것과 더불어, 특정인에게 ‘박해’ 받을 위험이 있는지 결정하기 위해서 해당 위험에 대해 국적국이 적절히 대응할 능력과 의지가 있는지에 대한 철저한 검토가 이루어져야 한다. 신청자에 대한 유의미한 국가적 보호가 가능한 한, 박해에 대한 공포가 존재한다고 할 수 없다.”

A. 보충적/대체(代替)적 보호 원칙 (The surrogate protection principle)

B. ‘보호’란? (What is ‘protection’?)

“충분성 (Sufficiency)”

“효율성 (Effectiveness)”

C. 국가 보호 부재의 종류 (Variants of failure of state protection)

국가의 공적 기관 (Official agents of the state)

국가의 지원에 의한 (State-sponsored)

국가의 용인에 의한 (State-tolerated)

국가의 대응 능력의 부재로 인한 (State unable to counteract)

D. 대안적 국내보호: “대안적 국내 재정착 또는 대안적 국내 피신” (Internal protection alternative ("internal relocation or flight"))

(1) 접근성: 실제로, 안전하게, 그리고 법적으로 접근 가능
(Accessibility: practical, safe, legal)

(2) 기존에 가진 박해의 위험에 대한 해독제 (Antidote to the original risk of being persecuted)

(3) 새로운 위험이나 박해, 또는 위험 지역으로의 강제 송환의 부재 (No new risk of being persecuted, or of *refoulement* to area of risk)

(4) 국가가 제공하는 최소한의 적극적인 보호 (Minimum affirmative protection by state)

ELEMENT 5: 시민적 또는 정치적 지위와의 관련성 (NEXUS TO CIVIL OR POLITICAL STATUS)

“다섯째로, 난민신청자가 직면하는 위험은 해당인의 인종, 종교, 국적, 특정 사회 집단의 구성원 신분, 또는 정치적 의견과의 관련성(nexus)을 가져야 한다. 중요한 사안은 해당인이 시민적 또는 정치적 지위로 인해 심각한, 의도적인 피해를 입을 위험이 있다고 하는 것이 타당한 지의 여부이다. 만약 해당인이 안전을 위해 도피할 수밖에 없게 만든 위험이 시민적 또는 정치적 지위와의 인과성을 갖지 않는다면, 난민협약상 난민요건을 충족하지 않는다.”

A. 요건의 근거 및 본질적 성격 (Rationale for and essential nature of the requirement)

B. 인종 (Race)

C. 국적 (Nationality)

D. 종교 (Religion)

E. 정치적 의견 (Political opinion)

F. 특정 사회 집단의 구성원 신분 (Membership of a particular social group)

"전통적인 근거 중의 일정 요소를 명확하게 하는 (Clarifying certain elements in the more traditional grounds...)"

"캐치 올 (Catch-all)"

유사한 사유: 보호되는 특성들 (*Ejusdem generis*) (protected characteristics)

사회적 (외부의) 인식 (Social (external) perception)

직관적인 접근 (Intuitive approach)

G. 전쟁 또는 일반적 탄압 피해자 (Victims of war or generalized oppression)

요소 6: 보호를 필요로 하고 보호를 받을 자격이 있는 (적용정지 및 적용배제)
(NEEDS AND DESERVES PROTECTION: CESSATION AND EXCLUSION)

“여섯째로, 보호가 정말 필요해야 한다. 만일 귀국 시 안전에 대한 합리적인 보장을 하는 국적국 내의 관계 당국(authorities)을 신뢰할 만한 경우; 만일 다른 국가가 신청자에게 이미 어떤 형태의 안전한 피난처(secure haven)를 제공한 경우; 또는 만일 신청자가 비호국에 위험(threat)이 될만한 심각한 범죄자라면 해당 난민신청은 받아들여지지 않을 것이다.”

A. 국적국의 보호를 다시 받고 있는 자 (Persons who have re-gained their national protection)

임의로 국적국의 보호를 다시 받고 있는 경우 (Voluntary re-availment of protection of country of nationality)

임의로 국적을 회복한 경우 (Voluntary re-acquisition of nationality)

임의로 국적국에서 다시 정주하게 된 경우 (Voluntary re-establishment in country of origin)

상황에 중대한 변화가 있는 경우 (Fundamental change of circumstances)

B. 대체(代替)적인 보호를 이미 받고 있는 자 (Persons who already benefit from surrogate protection)

유엔의 보호를 받고 있는 자 (Persons in receipt of United Nations protection)

새로운 국적 취득 (Acquisition of new nationality)

사실상 국민으로 인정된 자 (Persons recognized as nationals de facto)

C. 국제적 보호를 받을 수 없는 자 (Persons who do not deserve international protection)

평화에 대한 범죄, 전쟁 범죄, 인도에 대한 범죄를 범한 자 (Persons who have committed crimes against peace, war crimes, crimes against humanity)

비호국에 입국하는 것이 허가되기 전 중대한 비정치적 범죄를 범한 자 (Persons who have committed serious non-political crimes prior to admission)

국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 행한 자 (Persons who have committed acts contrary to principles and purposes of United Nations)