

## 난민 판례 해설

### -‘충분한 근거가 있는 공포’의 적용과 관련하여1)

황필규 (변호사, 공익변호사그룹 공감)

#### 제1절 한국 난민의 상황과 그에 관한 논의

유엔인권이사회(Human Rights Council)는 2008년 6월 12일 채택한<sup>2)</sup> 국가별 인권상황 정기검토 보고서에서 한국정부에 “1951년 난민의 지위에 관한 협약과 그 1967년 의정서를 이행하고, 국제 난민법에 부합하도록 난민인정절차를 개선하라”는 권고를 하였다.<sup>3)</sup> 한편 유엔인종차별철폐위원회(Committee on the Elimination of Racial Discrimination)는 2007년 8월 17일 한국의 정부보고서에 대한 최종견해에서 난민과 관련하여 “난민 신청에 대한 의사 결정 과정의 복잡한 절차와 장기화로 인하여 난민의 지위에 관한 협약이 발효된 이후 제한된 수의 난민 신청자들만이 난민으로 인정받고 있다.”고 우려를 표명하고, “난민과 난민신청자에 관한 한국법은 난민의 지위에 관한 협약 및 기타 국제적으로 승인된 기준들에 따라 검토되어야 한다.”고 밝히면서 “특히 난민지위인정절차가 공정하고 신속하게 이루어져야하고, 난민신청자와 인도적 보호를 부여받은 사람들이 취업할 수 있어야하며, 한국사회에서 난민들의 통합을 촉진시키기 위한 포괄적인 조치들이 채택되어야 한다.”고 권고하고 있다.<sup>4)</sup> 비록 다소 추상적인 수준의 지적들이지만 한국 내 난민지위인정과 관련된 문제점을 단적으로 드러내주고 있다.

1992년 12월 한국은 1951년 난민의 지위에 관한 협약(the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees) 및 같은 협약 1967년 의정서(the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees)에 가입하였고, 그 후 1993년 12월 출입국관리법에 난민의 정의 조항과 인정 조항을 신설하였으며, 1994년 7월 개정 출입국관리법이 발효되어 1994년 처음으로 난민신청을 접수하게 되었다. 그러나 협약상 난민이 인정되기 시작한 것은 2000년 한국이 유엔난민기구 집행위원회 위원국으로 선출된 이후이다. 1994년부터 2008년 12월 31일 현재까지 15년간 전체 난민신청자는 2,168명에 불과하지만, 전체 난민신청자의 50.5%인 1,286명이 심사대기 중이고, 심사가 종결된 879명 중 난민으로 인정된 사람은 101명, 본국의 정치상황 등으로 인도적인 견지에서 체류가 허가된 사람이 71명이다. 전체 신청자 대비 난민인정 비율은 4.7%로 매우 저조함을 알 수 있다.<sup>5)</sup>

1) 이 글은 2009. 9. 14. 서울지방변호사회 『난민소송 지원을 위한 세미나』 자료 중 ‘난민판례분석: ’공포’의 적용을 중심으로’를 수정·보완한 것이다.

2) HRC, *Outcome of the universal periodic review: Republic of Korea*, UN Doc. A/HRC/DEC/8/123, 12 June 2008.

3) HRC, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Republic of Korea*, UN Doc. A/HRC/8/40, 29 May 2008, para. 64.30.

4) CERD, *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Republic of Korea*, UN Doc. CERD/C/KOR/CO/14, 17 August 2007, para. 10

5) 법무부 출입국·외국인정책본부, 『출입국·외국인정책 통계월보』 2008년 12월호(2009. 1.), p.35.

이처럼 난민신청자 총수, 난민인정절차 진행 상황, 난민인정 비율 등 난민과 관련된 각종 통계는 그 자체로 현행 난민지위인정의 법제와 관행에 심각한 결함이 있음을 드러내 주고 있다.

## 제2장 난민지위 인정의 법적 성격

협약상 난민의 상황은 필연적으로 그의 난민으로서의 지위가 공식적으로 인정되기 이전에 발생한다. 따라서 난민으로서의 지위의 인정은 그를 난민이 되게 하는 것이 아니라, 난민으로서 선언하는 것이다. 그가 난민으로 인정받기 때문에 난민이 되는 것이 아니라, 난민이기 때문에 난민으로 인정되는 것이다.<sup>6)</sup>

기존의 판결들도 ‘난민협약상의 난민의 요건은 선언적인 규정이지 창설적인 규정은 아니므로 위 요건을 충족하면 당연히 난민협약에서 정한 난민에 해당한다 할 것’이라고 하면서도 난민지위인정의 법적 성격과 관련하여 다음과 같이 판시하여 왔다.<sup>7)</sup>

“난민협약은 체약국으로 하여금 협약에서 정한 난민에 대하여 항상 이를 받아들이며 비호를 부여하도록 의무지우고 있지는 아니하며(난민협약 제12조 제1호 참조), 난민에게 비호를 부여할 것인지, 부여한다면 그 법률상 지위를 어떻게 정할 것인지 여부는 일반적으로 각 체약국의 주권적 결정사항으로 이해되고 있다.

한편, 출입국관리법 제76조의2 제1항은 외국인으로부터 난민의 인정에 관한 신청이 있는 때에 그 외국인이 난민임을 인정할 수 있다고만 규정하고 그에 따라 인정되는 난민에게 어떠한 국내법적 지위가 부여되는지에 관하여 아무런 규정도 두고 있지 않으나, 이는 위 난민인정행위에 의하여 해당 외국인에게 일정한 범위 내에서 적법한 국내체류자격을 부여하는 비호의 취지가 당연히 포함되어 있는 것으로 해석함이 상당하다 할 것이고, 따라서 위 규정에 의한 피고의 난민인정행위를 단순히 신청자가 난민협약 등에서 정한 난민의 요건을 갖추었는지 확인하는 의미에 그치는 것으로 볼 수는 없으며(이 부분에서는 피고의 재량이 인정될 여지가 없다), 오히려 난민의 요건을 갖춘 외국인에게 일정한 권리를 부여하는 설권행위로서 이에 관하여 피고에게 일정한 재량이 부여된 것으로 보아야 할 것이다.

따라서 피고는 외국인에 의한 난민인정신청이 있을 경우 먼저 난민협약 등에서 정한 난민으로서 요건을 갖추었는지 여부를 확인한 후, 그 요건을 갖춘 것으로 인정되는 경우에는 이를 기초로 그를 출입국관리법 제76조의2 제1항의 난민으로 인정하여 적법한 국내체제자격 부여 등 일정한 비호를 부여할 것인지, 아니면 난민으로 인정됨에도 불구하고 제3국으로 강제 퇴거시키거나 보호 상태를 계속할 것인지 여부에 관한 적정한 재량을 행사하여야 한다(난민을 그 생명 또는 자유가 위협받을 우려가 있는 국적국 등의 국경으로 추방하거나 송환하는 것은 난민협약 제33조 제1호에 의

6) 『UNHCR 편람』 제28조; 유럽연합 이사회준칙 2004/83/EC 전문 (14)도 난민 지위의 인정이 선언적인 행위임을 확인하고 있다.

7) 서울고등법원 2007. 6. 27. 선고 2006누21643 판결; 서울행정법원 2001. 8. 16. 선고 99구1990 판결; 서울행정법원 2009. 4. 30. 선고 2008구합44228 판결 등 참조.

하여 금지되고 있다).”

법원은 출입국관리법상의 난민인정행위를 재량행위로 판단하여 난민신청이 있을 경우 우선 난민협약 등에서 정한 난민으로서 요건을 갖추었는지 여부를 판단하여 난민해당성을 검토한 후, 난민에 해당할 경우 비호 부여 여부에 대하여 재량을 행사하여야 한다고 판단하고 있다. 즉, 출입국관리법상의 난민인정행위는 난민해당성여부를 먼저 판단하고 그 후, 비호부여필요성 여부를 판단하는 2단계의 과정을 거쳐야 하는 행위로 풀이하고 있다. 법원은 이러한 2단계의 난민인정행위의 위법여부 판단기준에 관하여 “재량권의 행사에 앞서 난민협약 등에서 정한 난민의 요건을 갖추었는지 여부에 관한 사실인정을 그르쳐 필요한 재량권 행사를 전혀 하지 않은 경우라면 그 처분은 위 사유만으로 위법하여 취소를 면하지 못한다.”고 실시하고 있다. 이는 1단계로 판단해야 하는 난민해당성 여부에 관하여 잘못 판단하여 난민에 해당함에도 불구하고 난민해당성을 부정한 경우 사실인정을 그르쳐 비호여부에 대한 재량을 전혀 행사하지 않아 위법하다고 판단한 것이다. 또한 법원은 체제 중 난민에 관한 판결에서 ‘체제 중 난민의 경우 선의를 가진 경우에 한하여 예외적으로 인정되어야 한다’는 법무부의 주장을 배척하면서도 이것이 “난민요건 그 자체에 관한 문제라기보다는 오히려 비호의 부여에 관한 문제로 보는 것이 상당하다”고 판시하여 마치 체제 중 난민의 선의의 부재가 비호의 부여를 부정하는 사유가 될 수 있는 듯한 입장을 취하고 있다.<sup>8)</sup>

이러한 판례의 태도에도 불구하고 단 한 건도 난민의 요건에 충족됨을 인정하면서 비호를 부여할 것인지를 판단한 판례는 없다. 이는 물론 법무부가 난민인정결정을 함에 있어서 이를 인정하는 경우에도 난민협약상의 난민의 요건에 해당한다는 언급만을 하고 있고, 이를 불허하는 경우에도 단지 난민협약상의 난민의 요건에 해당하지 않는다는 사유만을 들고 있어 비호의 부여 여부가 법원의 판단의 대상이 된 선례가 없기 때문이라고 말할 수 있다. 다만 국내 제도로서의 난민인정절차 자체를 재량행위로 바라봄으로써 외교적인 고려, 통제 중심의 출입국 관리 정책의 내용, 특히 미등록 이주민에 대한 철저하게 부정적인 인식 등이 법무부나 법원의 판단에 있어서 은연 중에 강하게 작용할 수 있는 위험이 존재하게 될 수 있다는 평가가 가능하다.

이러한 판례의 태도는 국제법상의 의무 일반과 난민협약에 대한 그릇된 해석에 기초하고 있다고 판단된다.<sup>9)</sup> 우선, 난민협약은 헌법 제6조 제1항에 의하여 ‘체결, 공포된 조약’으로서 ‘국내법적 효력’을 가진다. 헌법재판소는 이에 대하여 “헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 동일한 효력을 가진다는 것”<sup>10)</sup>이라는 언급을 통하여 그 의미를 재확인하고 있다. 또한 동조 제2항에 의하여 ‘조약’인 난민협약 등에 의하여 ‘외국인’인 난민은 그 ‘지위가 보장’된다.<sup>11)</sup> 따라서 난민협약 등의 내용은 그 가입, 비준 시 유보를 한 조항을 제외하고는

8) 서울고등법원 2006. 5. 10. 선고 2005누19643 판결.

9) 정인섭, ‘난민의 실태와 법적 지위에 관한 세미나 토론문’, 서울지방변호사회, 『난민의 실태와 법적 지위에 관한 세미나』(2008. 7. 15.), pp.80-83; 김종철, ‘2007 난민분야 인권 보고서’, 민주사회를 위한 변호사 모임, 『2007 한국인권보고서』(2008. 1.), p.449; 황필규, ‘난민의 지위’, 대한변호사협회, 『2007 인권 보고서』(2008. 3.), pp.544-545 등 참조.

10) 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌가13 결정.

모두 적어도 대한민국의 법률로서의 효력을 가지며 그 내용에 의하여 난민의 국내에서의 법적 지위는 보장된다고 하겠다.

둘째, 위 판결들은 난민협약 제12조 제1호를 근거로 협약상 난민이라 하더라도 비호의 부여 여부와 비호 부여 시 난민의 법적 지위의 내용은 체약국의 주권적 결정사항으로서 피고에게 일정한 혹은 적정한 재량이 부여된다고 판시하고 있다. 그러나 난민협약을 가입, 비준하였다는 의미는 이를 국내법적 효력을 갖는 법규범으로 승인하고 난민에게 비호를 부여할 국가의 의무를 받아들였다는 것이다. 난민협약 제12조 제1호에 의하여 '주소지 혹은 거소지 국가의 법'에 의하도록 되어있는 난민의 '개인적 지위'는 난민의 일반적인 법적 지위를 규정한 것이 아니라 가족, 친족관계 등 신분상의 지위를 의미하는 것으로서 권리능력, 혼인능력, 가족권, 상속권 등을 포함한다.<sup>12)</sup> 이는 '개인적 지위에 수반하는 권리, 특히 혼인에 수반하는 권리'라는 같은 조 제2호의 규정, 재산권을 규정한 같은 협약 제13조, 제14조, 자유권을 규정 같은 협약 제15조, 제16조, 직업의 자유를 규정한 같은 협약 제3장, 사회권을 규정한 같은 협약 제4장 등의 내용에 비추어 명백하다. 따라서 같은 협약 제12조 제1호를 근거로 난민에 대한 비호 부여에 있어서 법무부장관의 재량권을 인정하는 것은 난민협약의 규정과 내용에 대한 그릇된 해석일 수밖에 없다.

셋째, 위 판결들은 출입국관리법이 난민의 법적 지위에 관하여 규정하고 있지 아니하지만 해석상 적법한 국내체류자격을 부여하는 비호의 취지가 당연히 포함되어 있는 것으로 해석하여야 하기 때문에 출입국관리법상의 난민인정절차는 난민임을 확인하는 것과 구별되는 별도의 설권행위를 포함하므로 그 설권행위에 재량권이 부여되어 있다고 보아야 한다고 판시하고 있다. 그러나 난민협약은 난민의 요건만을 규정하고 있는 것이 아니라 전술한 바와 같이 난민의 권리에 관한 구체적인 규정들을 포함하고 있고 이들 규정은 '국내법적 효력'을 가지므로 출입국관리법상 난민의 법적 지위에 관한 규정이 없다고 하여 '국내법'이 이를 규정하고 있지 아니하다고 판단할 수는 없는 것이다. 다만 국내 법률의 제정 또는 개정 등을 통한 권리 보장을 구체화시키는 문제와 난민협약의 권리규정이 국내 법률의 규정과 배치되는 경우 신법우선의 원칙이나 특별법우선의 원칙 등을 적용하는 문제는 남는다. 또한 난민협약에서 규정된 모든 난민의 권리를 보장할 수 없다고 판단하는 체약국은 가입 시 협약의 대상과 목적에 반하지 아니하는 한 일부 조항을 유보할 수 있는바 실제로 대한민국은 이러한 취지에서 상호주의 배제를 규정한 난민협약 제7조 제2호와 난민의정서 제7조 제1호에 대하여 유보선언을 한 바 있다. 따

11) 이는 헌법 전문에서 '항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지'할 것을 표방하고 있는 국제평화주의의 실현의 한 형태로서 국제법질서를 존중하여 최소한 외국인의 지위에 관한 국제법상의 확립된 기준에 의하여 외국인을 보호하겠다는 국제법 존중의 정신을 담고 있는 것으로 이해되고 있다. 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정, 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌가13 결정 등.

12) Nehemiah Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees: Its History, Contents and Interpretation*(Institute of Jewish Affairs, 1953), p.24; Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law, 3rd Ed.*(Oxford, 2007), p.527; Hathaway, James C., *The Rights of Refugees under International Law*(Cambridge, 2005), p.209; "개인적 신분"은 통일된 정의가 없다. 국가마다 그 범위가 다르지만 어떠한 경우에도 그것은 법률능력(성년 시기, 미성년자의 권리, 혼인능력, 기혼 여성의 능력, 법적 능력의 상실의 문제(후견인제도) 등을 포함한다. 또한 입양, 인지, 혼인, 이혼, 친권, 양육권 등 가족법적 권리도 함께 보존된다. Paul Weis, *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Preparatoires Analysed*(Cambridge University Press, 1995), p.107.

라서 난민인정절차를 확인행위와 설권행위로 구별하고 설권행위에 대하여 별도의 재량권을 부여되어 있다고 전제하는 것은 법적 근거가 없는 자의적인 판단일 수밖에 없다.

넷째, 위 판결들은 난민협약상 난민의 요건을 갖추었다 하더라도 출입국관리법 제76조의2 제1항의 난민으로 인정하여 적법한 국내체제자격 부여 등 일정한 비호를 부여할 것인지는 법무부장관의 재량이며, 협약상 난민이라 하더라도 제3국으로의 강제퇴거나 보호 상태의 유지가 가능하다고 판시하고 있다. 이는 난민협약의 명문의 규정에 반할 뿐만 아니라 난민협약이 난민의 지위를 보장하는 국내법적 효력을 갖도록 하는 헌법 제6조에도 정면으로 위반되는 판단이다. 따라서 난민협약의 체약국인 이상 난민인정신청이 있는 경우에 그 심사를 거부할 수 없고 난민인정절차를 통하여 난민으로 인정되기만 하면 난민협약과 기타 국내법령에 의한 난민의 법적 지위를 보장할 법적 의무가 국가에게 발생한다고 보아야 한다.

다섯째, 출입국관리법 제76조의2 제1항은 “난민임을 인정할 수 있다.”고 규정하여 난민인정처분(특히 비호의 부여)의 성격을 사실상 재량행위로 볼 여지를 남기고 있으나, 이는 난민협약과의 조화로운 해석상 기속행위로 보는 것은 타당하며, 다만 난민협약상 한국이 난민을 보호해야할 법적 의무가 있음을 좀 더 명확하게 한다는 의미에서 규정방식을 “난민임을 인정하여야 한다.”로 하여 기속행위로 바꾸는 것을 적극적으로 고려해야 할 필요가 있다.

이러한 견해에 대하여, 난민협약의 많은 조항들은 난민이 향유할 수 있는 이익을 그 체제형태의 단계적 구분과 결부시키고 있고 난민들에게 절실한 주요 사회보장적 편익들은 거의 적법한 체제자격과 결부되어 있는데, 한국에게 난민인정을 신청하는 외국인의 대부분은 적법한 체제자격을 갖고 있지 못한 사람들로서 이들이 난민인정을 신청한 이유는 바로 상당한 기간의 체류자격의 부여라는 의미의 ‘비호’를 구하는 것으로서, 법원이 비호의 부여로서 난민인정이 재량행위라고 하는 것은 이러한 의미의 비호는 아직까지 국제법적 의무로 확립되지 않았다는 것을 전제로 한다고 주장하면서 법원의 태도를 지지하는 견해가 있다.<sup>13)</sup>

그러나, ‘비호’와 관련하여 난민협약에서 핵심적으로 보아야 할 부분은 난민의 개념과 강제송환 금지의 원칙이다. 이에 근거하여 체약국들은 누가 난민인지를 결정하고, 난민에 대해서는 그가 일정한 박해를 받을 가능성이 있는 곳으로 보내지 않을 의무를 지게 된다. 이러한 의무의 의미는 난민들이 그들이 난민 신청한 국가에 머물 수 있는 권리를 간접적으로나마 보장받게 된다는 것이다. 따라서 난민 인정은 해야 하지만 비호의 부여는 하지 않을 수 있다는 논리는 난민협약상 수용되기 어렵다.

또한, 단순한 체제(simple presence), 적법한 체제(legal presence) 또는 적법한 거주(legal residence)에 따라 다른 권리가 보장되는 체제는 비호의 부여가 국가의 재량행위라는 의미가 아니라 같은 난민이라도 국가에 의하여 공식적으로 난민의 지위가 인정되었는지 여부에 따라 다른 처우 혹은 비호의 내용이 제공될 수 있다는 의미이며, 오히려 국가에 의하여 공식적으로 난민의 지위가 인정되지 않은 난민의 경우에도 난민협약상의 보호를 받아야 한다는 것을 나타내주고 있다고 볼 수 있고,<sup>14)</sup> 비호의 내용도 단지 체류

13) 김성수, ‘난민의 실태와 법적 지위에 관한 세미나 토론문’, 서울지방변호사회, 『난민의 실태와 법적 지위에 관한 세미나』(2008. 7. 15.), pp.92-93.

할 자격이 주어진다는 것 이상의 의미를 포함하는 광범위한 개념임을 드러내주고 있다.<sup>15)</sup>

위 견해는 또한 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights) 제14조 제1항이 다른 나라에서 박해로부터 비호를 구하고 향유할 권리를 선언하였으므로 이 조항이 비호를 부여할 국가의 의무를 규정한 것으로는 볼 수 없지만 적어도 비호를 부여받을 권리와 관련해서는 그 가능성을 열어놓고 있다고 한다.<sup>16)</sup> 이는 법적 구속력이 있는 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)에는 포함되지 못하였고, 1969년 유엔총회의 영토적 비호에 관한 선언(Declaration on Territorial Asylum)에도 불구하고 영토적 비호에 관한 협약(Convention on Territorial Asylum)을 체결하려던 1977년의 시도가 실패한 사실은 난민협약이 아직까지 국제사회에서 난민의 권리현장으로서 받아들여질 수 없는 한계를 확인시켜주고 있다고 주장한다.<sup>17)</sup> 난민에게 국제사회에서 일반적으로 인정되는 비호권이 존재하지 않는다는 것이 일반적인 견해이다.<sup>18)</sup>

그러나, 국제법상 일반적으로 국가에게 비호부여의 의무가 존재하는가의 문제와 난민협약상 국가가 어떠한 법적 의무를 가지는가의 문제는 전혀 별개의 문제임<sup>19)</sup>에도 위 견해는 양자를 혼동하여 사실상 동일시하는 연장선에서 논의를 전개하고 있다. 세계인권선언이 비호를 구할 권리만을 규정하고 비호를 부여할 국가의 의무를 규정하지 않았다는 것은 주지의 사실이며, 난민협약의 당사국들은 난민협약상의 요건이 충족되는 난민에 대하여 일정한 법적 지위를 부여하여야 할 의무를 지니지만, 국가들에게 일반적으로 비호를 부여할 국제법상의 의무가 존재하는 것은 아니다. 특히 비호의 의미가 영주권을 부여한다는 의미라면 국가들이 이를 부여할 의무를 가지고 있다고 볼 수 없다.<sup>20)</sup> 영토의 비호에 관한 협약에 대한 논의도 결국 이러한 의무를 일반화하기 위한 시도가 실패로 돌아간 것을 의미할 뿐이고, 난민협약이 직접적으로 국내법적 효력을 갖는 한국의 경우 한국이 그 협약에 근거한 구속력이 있는 의무를 부담하는 것과는 다른 문제이다.<sup>21)</sup> 또한 자국의 체류하는 난민에 대하여 난민협약에 근거하여 강제송환 금지의 원칙을 적용하는 것 자체가 비호를 부여하는 것으로 해석하는 것이 맞다고 보아야 한다.<sup>22)</sup>

14) James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*(Cambridge, 2005), pp.156-160 참조.

15) Alice Edwards, 'Human Rights, Refugees, and the Right "To Enjoy" Asylum', *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, no. 2 (2005), pp.302-303.

16) Niraj Nathawani, *Rethinking Refugee Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2003), p.131.

17) 김성수, '난민의 실태와 법적 지위에 관한 세미나 토론문', 서울지방변호사회, 『난민의 실태와 법적 지위에 관한 세미나』(2008. 7. 15.), pp.93-94.

18) Sam Blay and Andreas Zimmermann, 'Recent Changes in German Refugee Law: A Critical Assessment', *American Journal of International Law*, vol. 88, no. 2 (April 1994), p362.

19) Sylvie Da Lomba, *The Right to Seek Asylum Status in the European Union*(Intersentia, 2004), pp.8-9.

20) Geoff Gilbert, 'Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees?', *European Journal of International Law*, vol. 15, no. 5 (2004), p.965

21) Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law, 3rd Ed.*(Oxford, 2007), pp.358-365 참조.

22) Gina Clayton, *Textbook on Immigration and Asylum Law, 5th Ed.* (Oxford University Press, 2004), p.346; James A. Sweeney, 'The Lure of 'Facts' in Asylum Appeals: Critiquing the Practice of

박해의 위험이 있는 본국으로 송환되지 않고 어디엔가에서 체류할 자격이 주어진다  
는 것이 바로 비호의 핵심이기 때문이다.

최근 대법원은 기존의 하급심 판례들과는 다소 다른 표현으로 난민지위인정의 성격을 규정하고 있다. 즉 “출입국관리법 제2조 제2의2호, 제76조의2 제1항, 난민의 지위에 관한 협약 제1조, 난민의 지위에 관한 의정서 제1조의 규정을 종합하여 보면, 법무부장관은 … 그 신청이 있는 경우 난민협약이 정하는 난민으로 인정하여야 한다.”고 판시하여 난민지위인정의 법적 성격을 기속행위로 정리하고 있다.<sup>23)</sup> 그러나 이러한 대법원의 판시가 난민해당성 여부의 판단과 비호부여필요성 여부의 판단 등 2단계의 평가를 요구하는 기존의 하급심 판례들의 논의의 연장선에서 이루어진 것이라면 난민해당성 여부의 판단을 기속행위로 평가한 것에 불과하므로 기존의 판례들과 비교하여 전혀 새로운 것이 없다고 평가할 수도 있다. 한편으로는 기존의 판례들의 논의에 의존한 것이 아니라 국제법과 난민협약의 취지와 규정에 충실한 해석 속에서 이루어진 판시라면 기존 판례들의 잘못된 논의를 정리하는 의미를 가질 수도 있겠다. 대법원이 굳이 이러한 내용을 판결문에 담으려 했다는 점에 비추어서는 후자로 해석될 여지도 있으나, 판시의 내용 자체만을 봤을 때에는 전자로 해석될 소지가 더 많고, 후자로 해석되기 위해서는 대법원이 하급심 판례들과 대비될 수 있도록 그 내용을 명확히 하였어야 하며, 실제로 위 대법원 판결 이후에 나온 하급심 판결에서 기존의 판시를 그대로 반복하고 있는 것<sup>24)</sup>으로 보아 기존의 법원의 입장에 변화가 있다고 판단하는 데에는 무리가 있다고 하겠다.

### 제3절 ‘공포’의 의의 및 판단기준

법원은 ‘충분한 근거가 있는 공포와 관련하여 그동안 일관되게 난민신청자의 주관적인 심리상태가 객관적 상황에 의하여 뒷받침되어야 함을 강조하여 왔다.

“… 난민으로 인정되기 위해서는 신청인이 … 박해에 대한 공포를 느끼는 것만으로는 부족하고 그 공포에 대한 충분한 근거를 요구한다. 이는 신청인의 주관적인 심리상태가 객관적 상황에 의하여 뒷받침되어야 함을 의미하는데 …, 합리적인 통상인이 신청인에게 주어진 것과 같은 총체적 경험과 상황 속에 놓이는 경우 박해에 대한 공포를 느낄 것으로 판단된다면 그 공포는 충분한 근거를 갖춘 것으로 봄이 상당하다.

그리고 … 신청인에게 주어진 총체적 경험과 상황을 판단함에는 신청인의 국적국 내에 존재하는 일반적인 인권상황을 고려하여야 함은 물론이지만, 나아가 그와 같은 신청인의 국적국에 관한 일반적인 상황이 어떠한 구체적 사정 속에서 신청인에 대한 박해 가능성으로 연결될 수 있는지에 관하여도 검토되어야 할 것이(다). …”<sup>25)</sup>

---

Judges’, Steven R. Smith, (ed.), *Applying Theory to Policy and Practice: Issues for Critical Reflection*(Ashgate, 2007), p.21.

23) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두19539 판결; 서울행정법원 2009. 7. 15. 선고 2009구합331 판결 등.

24) 서울행정법원 2008. 9. 25. 선고 2007구합31911 판결; 서울행정법원 2009. 4. 30. 선고 2008구합44228 판결 등 참조.

25) 서울고등법원 2007. 6. 27. 선고 2006누21643 판결; 서울행정법원 2001. 8. 16 선고 99구1990 판결.

또한 최근 대법원은 기존의 하급심의 입장을 종합하여 ‘충분한 근거가 있는 공포’와 관련하여 다음과 같이 그 판단의 기준과 원칙을 정리하고 있다.

“난민 인정의 요건이 되는 ‘박해’라 함은 ‘생명, 신체 또는 자유에 대한 위협을 비롯하여 인간의 본질적 존엄성에 대한 중대한 침해나 차별을 야기하는 행위’라고 할 수 있을 것이고, 그러한 박해를 받을 ‘충분한 근거 있는 공포’가 있음은 난민인정의 신청을 하는 외국인이 증명하여야 할 것이나, 난민의 특수한 사정을 고려하여 그 외국인에게 객관적인 증거에 의하여 주장사실 전체를 증명하도록 요구할 수 없고 그 진술의 일관성과 설득력이 있고, 입국 경로, 입국 후 난민신청까지의 기간, 난민 신청 경위, 국적국의 상황, 주관적으로 느끼는 공포의 정도, 신청자가 거주하던 지역의 정치·사회·문화적 환경, 그 지역의 통상인이 같은 상황에서 느끼는 공포의 정도 등에 비추어 전체적인 진술의 신빙성에 의하여 그 주장사실을 인정하는 것이 합리적인 경우에는 그 증거가 있다고 할 것이다.”<sup>26)</sup>

비록 판례가 명시적으로 ‘충분한 근거가 있는 공포’의 개념에 대한 정의를 내리고 있지는 않지만 난민신청자의 주관적인 심리상태가 객관적 상황에 의하여 뒷받침되어야 한다고 판시하고 있고, 그 판단의 근거로서 주관적인 요소인 신청자가 ‘주관적으로 느끼는 공포의 정도’와 신청자가 거주하던 ‘지역의 통상인이 같은 상황에서 느끼는 공포의 정도’를 들고 있고, 객관적인 요소로서 신청자의 ‘입국 경로’, ‘입국 후 난민신청까지의 기간’, ‘난민 신청 경위’, ‘국적국의 상황’, ‘신청자가 거주하던 지역의 정치·사회·문화적 환경’ 등을 들고 있는 것에 비추어 주·객관적인 요소를 모두 포함하는 것으로 이해하고 있다고 평가될 수 있다.

판례가 언급하고 있는 객관적인 요소 중 ‘국적국의 상황’과 ‘신청자가 거주하던 지역의 정치·사회·문화적 환경’을 제외한 다른 요소들은 어떤 기준에 의하여 제시되었는지, 그리고 난민보호의 관점에서 어떤 실질적인 의미를 가지는지가 불분명하다. 오히려 난민이 입국하면서 즉시 난민신청을 하지 않는 한 ‘입국경로’, ‘난민신청경위’ 등에 대하여 일관된 진술을 기대하기 어렵고, ‘입국 경로’, ‘입국 후 난민신청까지의 기간’, ‘난민 신청 경위’ 등은 일반적으로 난민신청자가 직접 본국에서 한국에 도착하여 바로 난민의 지위를 신청하지 않는 한 불리하게 작용할 가능성이 많다.<sup>27)</sup> 그리고 실제에 있어서도 후술하는 바와 같이 이들 요소들은 거의 항상 난민신청자의 충분한 근거가 있는 공포를 부정하는 요소로 작용하고 있다. 따라서 법원은 이러한 요소들의 언급에 있어서 신중하여야 하고, 이를 언급할 경우에는 그것이 가지는 의미에 대하여 명확히 제시할 필요가 있는 것이다.

주관적인 요소와 관해서는 실제 판례에서 이를 진지하게 평가한 사례는 거의 찾아보기 힘들며 오히려 입국의 동기가 경제활동을 위한 것이라거나 난민신청의 동기가 체

26) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두19539 판결; 서울행정법원 2009. 5. 15. 선고 2008구합44259 판결 등.

27) 오승진, “난민지위협약상 공포의 의미”에 대한 토론문, 서울대학교 공익인권법센터, 『난민 - 그 개념과 함의』 (2009. 4. 14.), pp.88-89.



류를 연장하기 위한 것이라는 등 난민인정을 배척하기 위한 결정에 있어서만 신청자의 심적 상태, 즉 주관적인 요소를 판단하고 있다. 법원의 ‘충분한 근거가 있는 공포’의 주관적 요소에 대한 진지한 접근의 기여는 법무부에서의 난민신청과 이의신청, 법원에서의 소송 진행에 이르기까지 대부분의 경우, 난민인정의 결정권자가 난민을 직접 대면하지 않는 현재의 제도와 관행과도 무관해 보이지 않으며, 원칙으로서의 주관적 요소에 대한 평가를 언급하면서도 실제로는 거의 박해의 개연성 혹은 가능성이라는 객관적 요소만을 그 평가의 대상으로 삼고 있는 것이 아닌가하는 강한 의문이 제기될 수밖에 없어 보인다. 다만 일부 판례는 “학교교육을 전혀 받지 못하였고 인지능력도 낮은 원고의 상황을 감안하면 박해의 경위에 관한 원고의 진술에 일부 불분명하거나 모순된 점이 있더라도 이를 가지고 선불리 원고가 받은 박해의 존재를 부인하기는 어렵고, 나아가 박해에 원고가 인식하지 못한 다른 원인이 있을 가능성도 배제할 수 없”<sup>28)</sup>는 판시를 통해 주관적인 요소를 검토하면서 비록 주관적인 요소가 약하다고 하더라도 객관적인 요소가 어느 정도 제시되면 충분한 근거가 있는 공포를 인정할 수 있다는 취지의 언급을 하고 있다. 최근 서울고등법원 판결 중에는 공포의 주관적인 성격을 강조하는 내용을 제시하는 판결이 있어 앞으로의 판례의 경향을 주목할 필요가 있다고 판단된다.

“비록 원고가 ... 활동한 기간이 비교적 짧고 높은 수준의 반정부활동을 하였다고 보기 어려우며 실제로도 (본국) 정부로부터 별다른 탄압이나 감시를 받지 아니하였다고는 하나, 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거가 있는 공포는 원래 주관적인 것으로서(편람 제37항 참조), 이러한 판단이 반드시 신청인 자신의 개인적인 경험에 근거할 필요는 없고, 친구, 가족 또는 동일한 인종 집단 또는 동일한 사회 집단의 다른 구성원들에게 일어난 일은, 조만간 신청인 역시 박해의 피해자가 될 것이라는 그의 공포가 충분한 근거가 있는 것임을 입증하는 것이 되는 것인데(편람 제43항 참조), (본국) 정부가 ○○족들에게 대하여 각종 탄압정책을 시행하고 있고 원고의 부모도 이러한 과정에서 강제송환되거나 심지어 사망까지 하였던 이상, 원고가 자신 또한 (본국)으로 강제송환될 경우 박해를 받을 것이라고 보는 것에 충분한 근거가 있다.”<sup>29)</sup>

#### 제4절 ‘공포’의 입증책임 및 입증의 정도

‘충분한 근거가 있는 공포’에 대한 입증책임과 그 입증의 정도에 관해서는 법원은 일관되게 “박해의 입증책임은 난민임을 주장하는 당사자 측에 있다고 할 것이나, 난민은 그 성격상 박해의 내용이나 가능성, 원인에 관한 충분한 객관적 증거자료를 갖추지 못하는 것이 오히려 일반적이라 할 것이므로, 그 입증의 정도에 있어서는 난민에게 객관적 증거자료에 의하여 주장사실 전체를 입증하도록 요구할 수는 없고 단지 그 진술의 전체적인 신빙성만 수궁할 수 있으면 된다 할 것이지만, 이를 위해서는 적어도 주장사

28) 서울행정법원 2008. 5. 2. 선고 2007구합24746 판결. 그러나 이 판결은 서울고등법원 2008. 11. 25. 선고 2008누13776 판결에 의해 취소되었다.

29) 서울고등법원 209. 1. 8. 선고 2008누13608 판결.

실 자체로서 일관성과 설득력을 갖추어야 하고 일반적으로 알려져 있는 사실과 상반되어서는 안 된다.”<sup>30)</sup>는 입장을 취하여 난민의 특수성을 강조하고 있다. 또한 최근 서울행정법원에서는 입증책임과 관련하여 “신청자의 주장이 신뢰성 있는 것으로 생각되면, 그 주장에 반하는 상당한 이유가 없는 한, 증거가 불충분한 경우라도 신청자에게 유리한 해석에 의한 이익(benefit of the doubt)을 부여하여야 한다.”고 실시하여 기존에 언급하지 않았던 “유리한 해석에 의한 이익부여” 원칙을 판결에 구체적으로 명시하고 있다.<sup>31)</sup>

그러나 법원은 진술의 일관성 자체를 평가하기보다는 신청인이나 같은 이해당사자들의 진술에 대해서는 기본적으로 그 신뢰성에 의문을 가지고 바라보는 듯한 판시를 하기도 한다.<sup>32)</sup> 또한 법무부의 난민인정불허처분의 취소를 명한 판결의 대부분도 난민신청자의 국적국 내의 반정부활동이나 그로 인한 박해 주장에 대하여는 이를 인정하고 있지 않고,<sup>33)</sup> “박해를 당할 개연성이 높은 정도”를 요구하는 등<sup>34)</sup> 실제로는 다소 엄격한 입증책임을 요구하고 있다. 난민신청자에 대한 박해가능성 판단은 ‘더 많은 가능성’(50% 이상의 가능성) 기준보다도 더 낮은 ‘합리적 가능성’(10%이상의 가능성)을 기준으로 하는 것이 소위 선진 난민 비호 국가의 일관된 판례이며, 위와 같이 해석하는 것이 조약에 관한 비엔나 협약상의 해석 원칙에도 부합하므로 단순히 난민의 특수한 사정만을 언급하는 것은 오히려 법원의 자유심증주의의 범위만을 과도하게 확대시켜 법관들의 가치관이 판결의 결정적인 변수로 자리 잡는 바람직하지 못한 결과를 초래할 위험성이 다분하므로, 기존의 일반소송의 입증 정도와 구체적인 어떠한 차이가 있을 수 있는지에 대한 구체적인 언급과 그 특수한 원칙에 대한 확인이 필요하다고 하겠다.<sup>35)</sup>

## 제5절 ‘공포’의 존재를 부정하는 근거들

### 제1항 판례의 일반적인 경향

법원은 여러 가지 사유를 들어 난민신청자에게 난민으로서의 ‘공포’가 없음을 밝히고 있는데 이러한 사유들은 크게 객관적인 측면을 부정하는 경우, 주관적인 측면을 부정하는 경우, 그리고 진술 등 증거의 신빙성 자체를 부정하는 경우로 크게 나누어 볼 수 있다. 다만 ‘공포’의 개념 자체가 주·객관적인 요소를 모두 포함하는 총체적인 개념으로 어떤 하나의 사유에도 기본적으로 주·객관적인 요소가 함께 평가되고 있다고 보아야 하고 따라서 이들 사유를 엄밀하게 분류하는 데에는 어려움이 있다고 하겠다.

판례는 본국의 객관적인 상황이 난민신청자가 주장하는 사유로 인한 박해가 존재할 가능성이 거의 없는 점, 본국에 있을 때 박해를 받지 않은 점, 즉 과거의 박해가 존재하지 않거나,<sup>36)</sup> 과거의 박해를 인정할 믿을만한 증거가 없는 점,<sup>37)</sup> 박해의 주체가 정부라

30) 서울고등법원 2007. 6. 27. 선고 2006누21643 판결; 서울행정법원 2001. 8. 16. 선고 99구1990 판결.

31) 서울행정법원 2008. 2. 20. 선고 2007구합22115 판결.

32) 서울고등법원 2008. 11. 19. 선고 2008누11497 판결.

33) 장서연, 『국내 법원의 난민 관련 판결 동향』(난민변호사네트워크 모임, 2007. 9), p.6.

34) 서울행정법원 2009. 1. 13. 선고 2008구합21591 판결.

35) 황필규, ‘난민의 지위’, 대한변호사협회, 『2007 인권보고서』(2008. 3.), 14, p.550.

36) 서울고등법원 2007. 9. 4. 선고 2007누1912 판결; 서울행정법원 2001. 8. 16. 선고 99구1990 판결 등.

고 불 증거가 없거나<sup>38)</sup> 신청인이나 가족이 박해를 받은 이와 동일인이라고 인정하기 부족한 점,<sup>39)</sup> 박해를 받을 오해를 받았으나 그 오해가 상당 부분 해소되었거나 해소될 수 있는 점,<sup>40)</sup> 적법한 여권의 소지,<sup>41)</sup> 과거의 행적 등에 대한 명확하거나 구체적인 진술의 결여,<sup>42)</sup> 단순한 불법적인 외국 체재 혹은 난민인정의 신청,<sup>43)</sup> 출신국에 박해 받지 않은 가족의 존재 혹은 가족에 대한 더 이상의 박해 부존재,<sup>44)</sup> 한국에 입국, 체류 중인 가족의 존재 혹은 한국에 체류 중인 가족도 난민신청을 한 사실,<sup>45)</sup> 종교활동, 경제적 활동을 위한 입국 등 한국입국동기,<sup>46)</sup> 한국 내에서의 경제적 활동을 위한 난민신청(경제적 이주인에 불과하다고 봄),<sup>47)</sup> 난민신청의 계기(입국이후 상당기간이 경과하고 체류기간 만료 직전 혹은 후에 단속이 강화된 상황에서 난민 신청,<sup>48)</sup> 난민 신청을 위한 관련 단체의 가입이나 개종, 세례 혹은 관련 단체의 가입이나 개종, 세례 직후 또는 직전 난민신청<sup>49)</sup> 혹은 불법체류자로 단속된 이후 난민신청 등<sup>50)</sup>), 입국 전 본국 혹은 입국 후 한국에서의 활동이 없거나 소극적인 활동에 불과한 점,<sup>51)</sup> 고의로 얼굴을 드러내거나 난민신청일에 근접하거나 그 이후에 집중적으로 활동을 하는 등 난민인정의 근거로 삼기 위한 활동인 점,<sup>52)</sup> 소속단체의 주요사항에 대한 이해의 부족<sup>53)</sup> 혹은 기독교 개종으로 인한 종교 등을 이유로 한 난민 신청의 경우 성경 혹은 기독교 등에 대한 이해 부족,<sup>54)</sup> 내전 중 강제징집을 거부하거나 내란 중 반국에 가담한 경우 사회 일반으로부터 차별화된 가중된 위협이 아닌 일반적인 위협의 존재,<sup>55)</sup> 혹은 협약상 박해에 해당하는 중대한 인권

37) 서울행정법원 2007. 12. 26. 선고 2007구합8256 판결 등.

38) 서울고등법원 2008. 7. 3. 선고 2008누725 판결; 서울행정법원 2007. 11. 30. 선고 2007구합26615 판결.

39) 서울고등법원 2008. 11. 11. 선고 2008누732 판결; 서울행정법원 2007. 12. 6. 선고 2007구합27250 판결 등.

40) 서울행정법원 2007. 6. 8. 선고2006구합26233 판결 등.

41) 서울고등법원 2007. 6. 27. 선고 2006누21643 판결; 서울행정법원 2001. 8. 16. 선고 99구1990 판결 등.

42) 서울고등법원 2008. 1. 24. 선고 2007누17092 판결; 서울행정법원 2001. 8. 16. 선고 99구1990 판결 등.

43) 서울행정법원 2001. 8. 16. 선고 99구1990 판결 등.

44) 서울고등법원 2007. 6. 27. 선고 2006누21643 판결; 서울행정법원 2003. 12. 23. 선고 2002구합23632 판결 등.

45) 서울고등법원 2008. 11. 11. 선고 2008누5720, 2008누5737(병합), 2008누5744(병합), 2008누5751(병합), 2008누5768(병합) 판결; 서울행정법원 2008. 6. 13. 선고 2008구합68 판결 등.

46) 서울고등법원 2007. 9. 4. 선고 2007누1912 판결; 서울행정법원 2003. 12. 23. 선고 2002구합23632 판결 등.

47) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두19539 판결; 서울고등법원 2007. 6. 27. 선고 2006누21643 판결; 서울행정법원 2006. 8. 24. 선고 2006구합9320 판결 등.

48) 서울고등법원 2008. 7. 3. 선고 2008누725 판결; 서울행정법원 2003. 12. 23. 선고 2002구합23632 판결 등.

49) 서울고등법원 2008. 11. 11. 선고 2008누3526 판결; 서울행정법원 2007. 11. 27. 선고 2007구합5837 판결 등.

50) 서울고등법원 2007. 9. 4. 선고 2007누1912 판결; 서울행정법원 2003. 12. 23. 선고 2002구합23632 판결 등.

51) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008두1344 판결; 서울고등법원 2007. 5. 25. 선고 2006누20022 판결; 서울행정법원 2006. 2. 3. 선고 2005구합20993 판결 등.

52) 서울고등법원 2007. 9. 4. 선고 2007누1912 판결; 서울행정법원 2006. 11. 28. 선고 2006구합23531 판결 등 참조.

53) 서울고등법원 2008. 8. 21. 선고 2008누503 판결; 서울행정법원 2007. 10. 5. 선고 2006구합25209 판결 등.

54) 서울고등법원 2007. 9. 19. 선고 2007누4355 판결; 서울행정법원 2008. 1. 9. 선고 2007구합8768 판결 등.

침해의 부존재,<sup>56)</sup> 한국으로의 입국을 사전에 계획한 사실<sup>57)</sup> 혹은 인접국 등이 아닌 대한민국을 선택 할 수밖에 없었던 사유의 입증미비,<sup>58)</sup> 출국 시와 난민신청시의 사정변경의 존재,<sup>59)</sup> 국내적 보호대안(Internal Protection Alternative)의 존재로 국내적 피신 가능한 점,<sup>60)</sup> 객관적으로 확인 가능하거나 알려진 사실과 다른 사실의 주장의 존재,<sup>61)</sup> 진술의 신빙성이 없다는 점<sup>62)</sup> 등을 근거로 삼아 ‘충분한 근거가 있는 공포’의 존재를 부정하고 있으며, 특히 현지 체재 중 난민 인정을 배척하는 근거로 국내반정부단체 결성 가입동기 및 난민신청 동기 및 시기, 난민신청 전후의 활동내역을 근거로 들고 있다.<sup>63)</sup> 그러나 이러한 판단은 난민인정과 관련된 사실의 확정은 ‘인간생명에 영향을 주는 결정’과 직결될 수 있기 때문에, 그 판단에 있어서 ‘정의와 이해의 정신’으로 기준을 적용하여야 하고, 신청자가 “보호의 가치가 없는 경우”가 있을 수 있다는 개인적인 판단에 의한 영향을 당연히 받지 않아야 하기 때문에 가능한 그 판단하는 주체의 선형적이고 주관적인 판단요소가 개입되지 아니하여야 한다<sup>64)</sup>는 원칙과 배치될 소지가 다분하다.

## 제2항 ‘체제 중 난민’(refugee sur place)의 ‘선의’(good faith) 요건의 문제

난민이 되기 위하여 국적국 밖에 있어야 하는 요건은, 반드시 난민신청자가 국적국을 불법적으로 떠났어야 하고, 또는 충분한 근거가 있는 공포 때문에 그 국가를 떠났어야 함을 의미하는 것은 아니며,<sup>65)</sup> 이미 인정된 난민과 결합하거나 또는 거주국에서 정치적 의견을 표명하는 것과 같은 자신의 행동의 결과로서 거주국에 체제 중에 난민이 될 수도 있다.<sup>66)</sup> 다만 난민 신청자 스스로의 행위의 의하여 박해를 초래한다는 점에서 그 행위의 동기를 면밀히 살펴볼 필요가 있고 특히 그러한 행동이 국적국 당국의 주목을 받을 수 있는 것인지 또는 그러한 행동이 국적국 당국에 의하여 어떻게 판단될지 유의하여야 한다(『UNHCR 편람』 제96조).

55) 서울행정법원 2007. 12. 26. 선고 2007구합8256 판결 등.

56) 서울고등법원 2008. 11. 25. 선고 2008누13776 판결; 서울행정법원 2007. 10. 17. 선고 2007구합10075 판결 등.

57) 서울행정법원 2008. 6. 13. 선고 2008구합68 판결.

58) 서울고등법원 2007. 9. 19. 선고 2007누4355 판결; 서울행정법원 2007. 6. 8. 선고 2006구합26233 판결 등.

59) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008두1344 판결; 서울고등법원 2007. 6. 27. 선고 2006누21643 판결; 서울행정법원 2006. 11. 28. 선고 2006구합23531 판결 등

60) 서울행정법원 2008. 4. 11. 선고 2007구합31836 판결 등.

61) 서울고등법원 2008. 7. 3. 선고 2008누725 판결; 서울행정법원 2003. 12. 23. 선고 2002구합23632 판결 등.

62) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008두1344 판결; 서울고등법원 2007. 9. 19. 선고 2007누4355 판결; 서울행정법원 2001. 8. 16. 선고 99구1990 판결 등.

63) 장서연, 『국내 법원의 난민 관련 판결 동향』(난민번호사네트워크 모임, 2007. 9), p.6

64) 『UNHCR 편람』 제202조 참조.

65) 『UNHCR 편람』 제94조 참조.

66) Vigdis Vevstad, *Refugee Protection: A European Challenge*(Tano Aschehoug, 1998), pp.53-54; John Vrachnas, Kim Boyd, Mirko Bagaric and Penny Dimopoulos, *Migration and Refugee Law: Principles and Practice in Australia, 2nd Ed.* (Cambridge University Press, 2008), p.257.

서울행정법원은 2001년 이래 “난민의 요건이 되는 박해의 가능성은 반드시 국적국으로부터 출국할 당시에 존재하여야 하는 것은 아니다”라고 하여 ‘체제 중 난민’을 인정하면서도 “이 경우 난민 신청자가 스스로의 행위에 의하여 박해를 초래한다는 점에서 그 행위의 동기를 면밀히 살펴볼 필요가 있고” “단지 난민으로 인정받기 위해 스스로 박해의 원인을 제공하는 경우에까지 보호의 범위가 확대되는 것은 난민협약의 취지에도 맞지 않는다”고 판시하여 난민인정을 받기 위하여 박해의 원인을 제공한 것이 아니라 ‘선의(good faith)’를 가진 경우에 한하여 예외적으로 난민인정이 되어야 한다는 듯한 입장을 취한 바 있다.<sup>67)</sup> 그러나 그 후 서울고등법원은 이와 달리 “난민협약에서 정한 요건을 모두 충족함에도 다른 사정을 들어 난민협약상 난민이 아니라고 하는 것은 난민의 요건을 정한 제1조에 어떠한 유보도 허용하지 않는 난민협약의 취지에 반하므로, 난민으로 보호받기 위해 스스로 박해의 원인을 제공한 사람이라 하더라도 박해의 가능성이 현실적으로 존재하는 한 난민에 해당한다.”고 판시하였다.<sup>68)</sup> 또한 대법원 판결도 “난민은 국적국을 떠난 후 거주국에서 정치적 의견을 표명하는 것과 같은 행동의 결과로서 ‘박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포’가 발생한 경우에도 인정될 수 있는 것이고, 난민으로 보호받기 위해 박해의 원인을 제공하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다.”고 판시하여 이러한 입장을 재확인하고 있다.<sup>69)</sup> 이와 같이 국내 법원의 판결은 법무부의 주장과는 달리 난민신청자의 ‘선의(good faith)’ 여부는 난민 인정의 요건이 아니라는 점을 명백히 하고 있다.

‘체제 중 난민’의 인정 요건으로 난민신청자의 ‘선의(good faith)’를 요구해 온 법무부의 입장은 기존의 일부 학자들의 주장이나 일부 국가의 법제 및 결정례에 근거한 것으로 보인다. 즉, 어떤 사람이 출신국 당국의 주목을 받을 일정한 행위를 통하여 스스로 박해의 위협을 초래한 경우, 우연하게 혹은 비자발적으로 그러한 행위를 행한 경우와 난민신청을 하기 위한 유일한 목적으로 가지고 그러한 행위를 행한 경우를 구별하여, 후자의 경우 ‘선의(good faith)’를 인정할 수 없는 ‘자력 난민’(bootstrap refugee)<sup>70)</sup>으로서 당사국은 이들에 대하여는 난민의 지위를 인정할 의무가 없다는 견해가 그것이다. 유럽연합 이사회준칙 2004/83/EC도 제4조 제3항 제(d)목에서 출신국의 떠난 이후의 신청자의 활동이 본국 송환 시 신청자를 박해 혹은 심각한 위해에 노출시킬 것인가를 평가하기 위하여 그러한 활동이 “국제적 보호를 위한 신청에 필요한 조건을 만들어내기 위한 유일한 혹은 주된 목적”에 근거한 것이지를 고려하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 이 이사회준칙은 제5조에서 체제 중 난민의 경우 박해에 대한 충분한 근거가 있는 공포가 특히 출신국에서 가지고 있었던 신념이나 지향의 표현이나 연속일 경우를 강조하면서, 박해의 위협이 출신국의 떠나 온 후 신청자 자신의 결정에 의하여 이루어진 상황에 기초하는 경우, 비록 “제네바협약을 훼손하지 않으면서”라는 단서를 달기는 했지만, 회원국들이 일반적으로 난민의 지위를 부여하지 않기로 결정할 수 있다고 규정하고 있다.

67) 서울행정법원 2001. 8. 16. 선고 99구1990 판결; 서울행정법원 2003. 12. 23. 선고 2002구합23632 판결.

68) 서울고등법원 2006. 5. 10. 선고 2005누19643 판결; 서울고등법원 2008. 6. 18. 선고 2007누27242 판결.

69) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두19539 판결; 서울행정법원 2009. 7. 15. 선고 2009구합331 판결.

70) David Martin, 'Remarks on Mass Migration of Refugees - Law and Policy', *American Society of International Law Proceedings*, vol. 76 (1982), p.15.

이러한 견해의 배경에는 외국의 반정부활동가들의 활동의 장을 마련해 줌으로써 출신국과의 불편한 관계를 초래하는 것을 피하고자 하는 비호국의 입장이 존재한다고 볼 수 있다. 또한 이는 난민 혹은 비호를 부여받는 자를 줄이는 적절한 방식이라는 생각이 깔려있다고 볼 수 있다. 이미 비호국의 영토에 들어와 있는 이들의 난민신청의 동인을 사전에 억제하는 역할을 할 수 있는 것이다. 즉 외국에서의 정치활동을 통해 난민의 지위를 획득하는 것이 용이하다면, 이러한 방법이 광범위하게 사용될 것이라는 점이 비호국의 가장 우려하는 바일 수 있다.<sup>71)</sup>

우선, 모든 인간의 기본적인 권리인 표현의 자유, 결사의 자유, 그리고 인격권을 도외시하는 극단적인 견해라고 평가할 수 있고 이러한 요건의 강요는 난민 혹은 난민신청자들의 표현의 자유 등의 합법적인 행사를 극단적으로 제약하는 요소로 자리매김할 수 있다.<sup>72)</sup> 또한 무엇보다도 난민의 지위를 인정할 것인지 여부는 난민협약의 난민의 정의에 난민신청자가 해당되는가에 의하여 판단되어야하고 난민신청자의 개인적인 경험이나 그 진술의 신빙성, 그리고 난민신청자가 출신국에 보내질 경우에 예상되는 출신국 당국에 태도 등이 그 판단의 주요 지점들임에도 불구하고 기존의 법무부의 태도는 이러한 기본적인 판단의 기준을 사실상 무시하여 왔다.<sup>73)</sup> 난민협약은 난민이 어디에서 그리고 언제 그의 이견을 표명하였는지에 기초하여 난민신청자를 배제하는 것을 허용하고 있다고 볼 수 없다.<sup>74)</sup>

뿐만 아니라 법무부는 ‘선의(good faith)’요건을 인정하지 않으면 외국인이면 누구나 일방적으로 스스로 난민의 지위를 획득할 수 있다는 지적을 하고 있으나, 이는 법무부의 논의에 의하더라도 ‘선의(good faith)’를 가진 난민신청자나 본국에서부터 정치활동 등을 수행한 난민신청자도 결국 스스로 일방적으로 자신이 난민이 될 수 있는 조건을 만든다는 사실을 외면하는 지적이다.<sup>75)</sup> 또한 심지어는 난민인정을 받기 위한 정치활동임이 명백한 경우에도 만약 이를 난민신청자 본국 당국이 주목하게 된다면 이 신청자는 난민협약상의 난민 개념의 범위에 포섭된다고 보아야 한다.<sup>76)</sup> 그러나 무엇보다도 이러한 법무부의 입장은 난민신청자는 경제적 목적 등 사익의 추구를 위하여 출신국 정부를 쉽게 부정하고 정치적 활동을 하는 척할 수 있는 지극히 열등한 사람들일 수 있다는 편견을 기본적으로 전제하고 있는 것이 아닌가 하는 의구심이 들게 한다.

유엔난민기구도 박해의 공포가 난민 자신의 행위의 결과로 초래된 경우, 신뢰성의 문제는 제기될 수 있으나 입국 전후의 행위의 연속성을 요하거나 ‘선의(good faith)’를 요구하는 일부 국가의 법제나 관행이 난민지위 인정의 결정요인이 될 수 없으며, 박해의 가능성, 심각성 및 협약상의 사유와의 연관성 등이 결정요인이 되어야 함을 강조하

71) Vigdis Vevstad, *Refugee Protection: A European Challenge*(Tano Aschehoug, 1998), p.53.

72) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.37.

73) 난민협약상의 난민의 정의의 일반적인 의미와 협약의 전체 취지상 ‘선의(good faith)’를 요건으로 할 수 있는 근거를 찾을 수 없다. Guy S. Goodwin-Gill, 'Domain v. Secretary of State for the Home Department - Comment: Refugee Status and 'Good Faith'', *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, no. 4 (2001), pp.670-671.

74) Vigdis Vevstad, *Refugee Protection: A European Challenge*(Tano Aschehoug, 1998), p.54.

75) Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law, 3rd Ed.*(Oxford, 2007), pp.66-67; James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.38.

76) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.39.

고 있다.<sup>77)</sup>

호주 연방법원은 *Mohammed v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* 사건<sup>78)</sup>에서 항상 진정한 박해의 공포가 있는지 그리고 그 공포가 충분한 근거가 있는 것인지가 결정되어야 하는 것이고, 출신국으로 돌려보내졌을 때 심각한 위해를 초래하는 박해를 받을 실질적인 위험을 자발적인 행동을 통해 초래하였다고 하여 그 사람의 난민지위의 인정이 부정될 수는 없다고 판시한 바 있다.<sup>79)</sup> 한편 영국의 이민규칙도 ‘선의’의 요건 없이 ‘체제 중 난민’을 규정하고 있고, 다만 난민신청자의 영국에서의 활동이 본국 혹은 귀환국에서 가졌던 신념이나 지향을 표현하고 지속하는 것임이 확인되는 경우에는 ‘특히’(in particular) 그러하다는 정도의 단서를 달고 있을 뿐이므로,<sup>80)</sup> 이 규정과 『UNHCR 편람』 제94조 내지 제100조 등을 참고하여 ‘체제 중 난민’의 난민지위 인정도 일반적인 절차를 따르게 된다.<sup>81)</sup> 영국 항소법원은 *M v. Secretary of State for the Home Department* 사건에서 난민신청자가 조작되고 근거 없는 비호의 신청을 한 경우에도 그 위법행위에 대한 처벌이나 그 진술의 신빙성에 부정적인 영향을 끼칠 수 있다는 점은 별론으로 하고 이와 같은 행위가 곧바로 난민신청자를 난민협약의 보호로부터 배제시킬 수 있는 근거가 될 수 없다고 판시하면서 난민협약의 예외는 협약에 명시적으로 규정되어 있음을 강조하였다.<sup>82)</sup> 또한 *Danian v. Secretary of State for the Home Department* 사건에서는 “협약상 사유로 인하여 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거가 있는 공포를 갖고 있다고 입증할 수 있는 신청자는 그러한 공포를 야기한 행위가 선의에 의한 것인가와 무관하게, 난민인정 조항의 범위 안에 있다.”<sup>83)</sup>고 판시하여 ‘선의’가 난민의 요건이 될 수 없음을 분명히 하였다.

법원의 구체적인 판단을 살펴보면 ① 방글라데시 정부의 박해를 피해 대한민국으로 입국한 것은 아니라 할지라도, 방글라데시 정부의 박해를 피해 밀입국한 다른 줌마인들과 함께 JPNK를 조직하여 방글라데시 국내의 반정부조직의 지부로서 한국연락사무소 역할을 하고 방글라데시 정부의 줌마인들에 대한 정치적 탄압을 국제사회에 알렸으며, 정치적 의견을 개진하였던 다른 줌마인들이 모두 난민지위가 인정된 경우,<sup>84)</sup> ② 산업연수 목적으로 대한민국으로 입국하였을지라도 원고들이 난민신청일로부터 각 처분일까지 NLD-LA 한국지부의 회원으로 미얀마 군사정부의 민주세력에 대한 정치적 탄압을 국제사회에 알리고, 미얀마대사관 앞에서의 반정부시위 활동을 미얀마 대사관원이 비디오로 촬영하고, 원고들과 정치적 활동을 함께 하였던 한국지부 회원 21명 중 8명이 난민 인정되었고, 미얀마 군사정부가 NLD 지도자뿐만 아니라 일반 당원도 정치범으로 감금

77) UNHCR(April 2001), *supra* note 22, para. 34.

78) *Mohammed v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [1999] FCA 868.

79) 그러나, 2001년 이민법의 개정으로 난민신청자의 호주 내의 활동이 난민신청주장을 강화하기 위한 목적을 경우에는 이를 고려하지 않음이 명문으로 규정되어 ‘선의’ 요건이 사실상 도입되었다.

80) Immigration Rules para. 333P.

81) UK Border Agency of the Home Office, *Considering the Asylum Claim*(24 April 2009), pp.12-13.

<http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumprocessguidance/consideringanddecidingtheclaim/guidance/consideringtheasylumclaim.pdf?view=Binary>, 2009. 5.31. 방문

82) *M v. Secretary of State for the Home Department*, [1996] 1 WLR 507.

83) *Danian v. Secretary of State for the Home Department*, [2000] Imm. A.R. 96, EWCA.

84) 서울행정법원 2005. 8. 18. 선고 2004구합40051 판결.

하여 오고 있는 경우,<sup>85)</sup> ③ 중국민련 한국지부의 간부로서 한국지부는 6.4 천안문 사태 항의집회를 개최하는 등 활동을 하여 온 사실, 신문이나 인터넷검색을 통하여 그 활동 내역을 용이하게 인식할 수 있는 경우에 대하여 난민신청을 인정하였다.<sup>86)</sup> 그러나 ③과 유사한 사례이지만 한국지부의 일반 활동원으로 그 활동사실이 신문으로 보도된 적이 없고, 그 활동이 6.4 천안문사태 항의집회, 인터넷을 통한 중국 민주화 운동 외에 별다른 활동을 하지 않은 난민신청의 경우는 중국이 신청인들의 활동에 대한 주목가능성이 없고 신청인들의 행위가 중국 정부에 대한 별다른 압력도 행사하지 않았으므로 난민신청의 거부처분에 대하여 적법하다고 판단하였다.<sup>87)</sup>

법원은 위 ② 사례의 상고심에서 “원고들은 미얀마민족민주동맹자유지역 한국지부의 회원으로서 대한민국에서 적극적으로 반정부활동을 계속해 온 것에 의해 미얀마 정부로부터 그 활동이 과약되었을 가능성이 높고, 원고들은 이미 인정된 난민과 결합하거나 거주국에서 정치적 의견을 표명하는 자신의 행동 결과로서 대한민국 현지에서 체제 중 난민이 되었다.”고 판시하여 ‘출신국 당국의 주목 가능성’을 그 판단의 기준으로 삼고 있으나 일부 판례는 ‘체제 중 난민’신청자의 난민인정여부를 판단함에 있어서는 ‘선의’(good faith)를 사실상 요건으로 적용하는 경향을 보이기도 한다. 즉 ‘체제 중 난민’의 핵심적인 판단기준인 ‘출신국 당국의 주목 가능성’을 검토하기 보다는 오히려 난민인정의 요건이 될 수 없는 ‘선의’(good faith) 유무를 사실상 주된 판단기준으로 삼아 판단하는 판례들이 존재한다. 신청자의 ‘선의’(good faith)는 결코 난민인정의 요건이 될 수 없고 신청자의 의도나 의사가 아닌 박해가능성의 지표들을 객관적으로 평가하여야 함에도 불구하고, 일부 판례는 “원고가 난민인정을 위한 정치적 활동을 위하여 OO에 가입”, “고의로 얼굴을 드러내는 등 난민인정의 근거로 삼기 위한 활동이었음을 추단”, “불법체류자로서 본국에 송환되게 되어 더 이상 경제적 활동이 곤란해 질 것이라는 염려에서 이 사건 난민신청을 한 것으로 추측”, “난민신청 요건을 “충족시키기 위한” 한도에서 소극적으로 참여” 등등의 판단을 통해 신청자의 ‘선의’(good faith) 유무의 문제를 난민여부의 판단의 가장 핵심적인 기준으로 제시하고 있고,<sup>88)</sup> 같은 사건의 상고심에서도 대법원은 “원고의 난민 신청은 국내에서 경제적 활동을 계속하기 위한 것”이라는 원심의 판단이 “정당한 것으로 수긍이” 간다고 판시하였다.<sup>89)</sup> 이처럼 난민신청자의 입국동기, 반정부단체 등에의 가입동기 혹은 난민신청 동기 등에만 주목하는 것은 ‘박해가능성’만을 가지고 난민인정여부를 판단할 것은 요구하는 난민협약에 위배될 수 있다.<sup>90)</sup>

### 제3항 국내적 피난대안(Internal Flight Alternative)<sup>91)</sup>의 존재로 인한

85) 서울행정법원 2006. 2. 3. 선고 2005구합20993 판결.

86) 서울행정법원 2007. 10. 4. 선고 2006구합37370 판결.

87) 서울행정법원 2006. 12. 12. 선고 2006구합13442 판결.

88) 서울고등법원 2007. 9. 4. 선고 2007누1912 판결; 서울행정법원 2006. 11. 28. 선고 2006구합23531 판결 참조.

89) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두19539 판결.

90) 장서연, 『국내 법원의 난민 관련 판결 동향』(난민번호사네트워크 모임, 2007. 9), p.7.

91) *The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative*는 ‘국내적 피난 혹은 이주 대안’(Internal flight or relocation alternative)보다는 ‘국내적 보호 대안’(Internal protection alternative)이 좀 더 정확한 표현임을 강조하고 있다. First Colloquium on Challenges in International Refugee Law,



## ‘충분한 근거가 있는 공포’의 부정 가능성의 문제

한 개인이 그 출신국의 일부 지역에서의 효과적인 보호에 접근할 수 있다면 그는 박해의 위협에 처해있다고 볼 수 없는데<sup>92)</sup> 이는 난민의 지위는 국제적인 보호 외에는 다른 대안이 없는 이들에게 주어지는 것이기 때문이다.<sup>93)</sup> 반면에 난민의 지위에 관한 협약 및 동 의정서는 난민의 출신국의 전체 영토에 걸쳐 박해의 공포가 존재할 것을 요구하거나 이를 전제하고 있지 않다.<sup>94)95)</sup> 따라서 국가 전체에 걸친 박해는 입증을 요하는 특별한 요소라고 볼 수 없고, 오히려 박해에 대한 충분한 근거가 있는 공포를 가졌다는 신청자의 주장에 대한 전체적인 평가의 한 부분으로서 다루어져야 한다.<sup>96)</sup> ‘국내적 피난 혹은 이주 대안’(Internal flight or relocation alternative)의 논의는 난민지위의 신청이 마지막 수단이어야 함을 전제로, 난민신청자가 본국을 떠나 난민신청을 하기 전에 본국 내에서 보호받을 수 있는 장소가 없음이 확인되어야 한다는 것이다.<sup>97)</sup> ‘국내적 피난 혹은 이주 대안’은 한 국가의 특정한 장소를 의미하는데, 이곳은 박해에 대한 충분한 근거가 있는 공포가 없고, 개별 사례의 특정한 상황을 고려하여 그 개인이 정착하여 보통의 삶을 영위할 수 있는 곳임이 합리적으로 기대될 수 곳을 의미한다. 캐나다 연방항소법원의 *Thirunavukkarasu v. Canada* 판례, 호주 연방항소법원의 *SZAZX v Milister for Immigration* 판례 등은 이를 확인하고 있다.

“국내적 이주 대안이라는 개념은 난민 협약의 정의에서 “본래적인” 것이고 별도의 어떤 것이 아니다. 국내적 이주 대안을 제공할 수 있다고 주장되는 지역을 포함하여 국가 전체에 걸쳐 박해의 중대한 가능성이 존재한다는 것을 가능성의 비교형량에 입각하여 입증할 책임은 신청자에게 있다. 국내적 이주 대안은 단지 추론에 의한 것이거나 이론적인 것이어서는 안 된다. 그것은 반드시 현실적이고, 도달할 수 있는 선택이어야 한다. 안전한 대안 장소는 현실적으로 신청자에게 접근 가능하여야 한다. 만약 박해의 공포 없이 이러한 곳에서 사는 것이 객관적으로 합리적이려면 국내적 이주 대안은 존재하는 것이고 신청자는 난민이 아니다.”<sup>98)</sup>

---

*The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative* (April 1999), 서문 참조.

92) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.133.

93) Andrew E. Shacknove, 'Who Is a Refugee?' *Ethics*, vol. 95, no. 2, (1985), p.277.

94) 『UNHCR 편람』 제91조: Reinhard Marx, 'The Criteria for Applying the "Internal Flight Alternative" Test in National Refugee Status Determination Procedures', *International Journal of Refugee Law*, vol. 14, no. 2 (2002), p.179.

95) 1969년에 채택된 아프리카연합의 아프리카에서의 난민문제에 관한 특별한 양상에 관한 아프리카연합기구협약 제1조 제2항은 “그의 출신국 또는 국적국의 일부 또는 전부에서의” 상황을 전제로 함으로써 사실상 ‘국내적 피난 혹은 이주 대안’ 개념을 사실상 부정하고 있다.

96) Deborah E. Anker, *Law of Asylum in the United States, 3rd Ed.* (Refugee Law Center, Inc., 1999), p.56; Reinhard Marx, 'The Criteria for Applying the "Internal Flight Alternative" Test in National Refugee Status Determination Procedures', *International Journal of Refugee Law*, vol. 14, no. 2 (2002), p.180.

97) Michael Walton, 'Background Paper on The Refugee Definition', *Searching for Solutions: Background Papers for the Executive Committee of the UNHCR Programme - Annual Meeting 2002* (UNHCR, 2002), p.100.

98) *Thirunavukkarasu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1994] 1 FC 589 (CA), 10

“문제는 신청자의 공포가 단지 그가 살았던 지역이 아닌 그의 국적국과의 관계에서 충분한 근거가 있는가이다. 이 문제는 협소하게 접근되어서는 안 된다. 신청자가 그 국가의 다른 지역으로 이주할 수 있었는지, 그리고 그것이 합리적으로 기대 가능하였는지를 물을 필요가 있다. … 보호가 가능한 지역이 그 사람에게 합리적으로 접근 가능하지 않다면 그의 그 국가에서의 박해에 대한 공포는 충분한 근거가 있는 것이다.”<sup>99)</sup>

국내적 이주 대안의 합리성을 평가할 때, 의사 결정자는 신청자가 그 곳에 정착할 것을 기대하는 것이 “과도하게 가혹”한 것인가를 질문해보아야 한다.<sup>100)</sup> 즉, ‘국내적 피난 혹은 이주 대안’은 현실적이고, 실행가능하고, 안전하고 접근 가능해야 한다.<sup>101)</sup> ‘진정한 접근가능성’과 ‘의미 있는 보호’가 전제가 되어야 하는 것이다. 재정적, 기술적 혹은 다른 이유로 안전한 국내 다른 지역으로 이동하지 못하는 경우, 국내적 보호의 질이 시민적, 정치적 및 사회경제적 인권의 기본적인 기준에 미치지 못하는 경우, 기타 다른 이유로 국내적 안전이라는 것이 단지 환상에 지나지 않거나 예측불가능한 경우 등에는 난민심사에서 ‘국내적 피난 혹은 이주 대안’은 고려되어서는 안 된다.<sup>102)</sup> 호주의 연방항소법원은 *Al-Amidi v MINA* 사건에서 이주의 합리성과 관련된 요소로 신청자의 연령, 자원, 시민적 및 정치적 권리에 관한 규범, 가족과 건강상의 고려 등을 들고 있다.<sup>103)</sup> ‘국내적 피난 혹은 이주 대안’은 난민지위의 결정에서 점차 많이 고려되는 개념이지만 현재까지 이 개념에 대한 일관된 접근이 이루어지지 않았고 따라서 결과적으로 여러 국가 및 지역에서 다양하고 상이한 관행이 상존하고 있다. ‘국내적 피난 혹은 이주 대안’의 개념은 난민법에서 독자적인 원칙이거나 난민지위의 결정에서 독립된 심사기준은 아니지만 난민지위 결정절차의 한 부분으로 평가될 수 있다.<sup>104)</sup>

법원은 국내적 보호대안(Internal Protection Alternative)의 존재로 국내적 피신이 가능한 점을 근거로 삼아 ‘충분한 근거가 있는 공포’의 존재를 부정하고 있다. 네팔 극서지역의 카일라리(Kailali) 지역에서 네팔의회당(Nepali Congress Party: NCP) 내의 민주당파(Democratic Party Cadre) 소속 당원으로 활동하였던 신청자에 대하여 법원은 ‘설령 원고가 카일라리 지역에서 마오이스트 반군으로부터 박해를 받을 우려가 있었다고 하더라도, 마오이스트들이 점령하지 아니한 카트만두로 이사한 후에는 그러한 우려가 거의 없었던 것으로 보이는 점’ 등을 들어 신청자가 마오이스트 반군으로부터 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포가 있다고 인정하기 어렵다고 판단하였고,<sup>105)</sup> 미안마

---

November 1993 (Canada Federal Court of Appeal).

99) *SZAZX v Milister for Immigration* [2004] FMCA 393 (16 July 2004).

100) *Karanakaran v. Secretary of State for the Home Department* [2000] EWCA Civ. 11, 25 January 2000 (England and Wales Court of Appeal).

101) Niraj Nathawani, *Rethinking Refugee Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2003), p.100.

102) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.134.

103) *Al-Amidi v MINA* (2000) FCA (4 August 2000).

104) UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative” within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/04(23 July 2003), pp.2-3.

친족인 난민신청자에 대하여 ‘같은 국가 내의 다른 지역에서 피난처를 구할 수 있다는 것이 합리적으로 기대될 수 있는 경우에는 난민지위가 인정되지 아니하는바 … 원고의 경우에는 박해가 일어나는 (인도) 미조람 주 등의 지역을 벗어나 여권상의 국적국인 인도의 다른 지역에서 생활할 것으로 보이는 점’ 등을 들어 신청자가 ‘소수 민족이라는 신분, 기독교라는 종교, 정치적 의견 등으로 인하여 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거가 있는 공포’를 갖고 있는 난민에 해당한다고 할 수 없다고 판시하였다.<sup>106)</sup> 미국의 연방규정도 난민신청자가 “그의 국가의 다른 지역으로 이전함으로써 박해를 피할 수 있다면 신청자는 박해에 대한 충분한 근거가 있는 공포를 가지지 않는다.”고 규정하고 있다.<sup>107)</sup>

그러나 특정한 사례에서 제시된 국내적 피난처 혹은 이주대상지역이 적절한 대안인지를 결정함에 있어서는 박해의 공포를 야기하고 원래 근거지로부터 피난을 유발한 상황뿐만 아니라 제시된 지역이 장래에 의미 있는 대안일 수 있는지에 대하여 시간을 갖고 평가하는 것이 필요하다.<sup>108)</sup> 위 전자의 판례는 당시 마오이스트 반군이 국토의 상당부분을 점유하고 있었고 직접적인 점령지가 아니더라도 그 활동을 전개해왔다는 점에서 실질적인 의미에서의 ‘국내적 피난처 혹은 이주 대안’이 존재하였다고 보기 어렵다. 한편 후자의 판례는 비록 신청자가 형식적으로는 인도국민처럼 행세하며 생활하였더라도 미얀마국민이고 따라서 인도는 출신국이라고 보기 어렵다는 점에서 문제가 있다고 판단된다. 캐나다의 연방항소법원도 *Hurt v. Minister of Manpower and Immigration* 사건에서 난민신청은 거주국이 아닌 국적국과의 관계에서 평가되어야 하고 거주국에서의 보호가능성 여부는 일차적으로 국적국과의 관계에서 난민인정 여부가 확정된 이후에 난민지위의 정지가능성을 논할 때 의미를 가지는 것이라고 판시한 바 있다.<sup>109)</sup>

이러한 판례와는 달리 가나에서 기독교와 특정 부족 구성원 신분이 문제된 사안에서 서울행정법원은 “가나가 사법 및 경찰기능이 확립되어 있는 나라이어서 일반적으로 국내피신이 가능”하다 하더라도, “원고에 대한 박해의 위협은 … 종교적인 이유만이 아니라 부족간 분쟁이라는 정치적인 이유도 있고, … 비록 가나에서 … 종교를 이유로 한 박해에 대하여 국내피신이 가능하더라도, 원고가 … 국내피신으로써 박해의 위협으로부터 완전히 벗어날 수 있다고 단정하기는 어렵다고 판시한 바 있다.<sup>110)</sup> 그러나 서울고등법원에 “종교적 이유 내지 부족간 또는 부족 내 충돌로 인한 위협을 피하기 위하여 가나의 다른 지역으로 안전한 피신이 가능한 점”, “원고가 피신한 ○○리에서는 이슬람교도 등으로부터 박해를 받은 적이 없는 점” 등을 들어 원심 판결을 취소하였다.<sup>111)</sup>

105) 서울행정법원 2008. 4. 11. 선고 2007구합31836 판결.

106) 서울행정법원 2008. 5. 14. 선고 2007구합32105 판결.

107) 8 C.F.R. §208.13(b)(2).

108) *Januzi v. Secretary of State for the Home Department; Hamid v. Secretary of State for the Home Department; Gaalür v. Secretary of State for the Home Department; Mohammed v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 5, 15 February 2006 (UK House of Lords); *Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. AH (Sudan) and Others (FC) (Respondents)* [2007] UKHL 49, 14 November 2007.

109) [1978] 2 F.C. 340 (C.A.).

110) 서울행정법원 2008. 5. 2. 선고 2007구합24746 판결.

111) 서울고등법원 2008. 11. 25. 선고 2008누13776 판결.

위 미얀마 친족 사례의 2심 판결에서는 1심의 판단을 뒤집고 『UNHCR 편람』 제 91조를 들어 본 사안에서 ‘국내적 피난 혹은 이주 대안’의 존재를 부정하고 있다. 즉 “박해를 받을 공포는 반드시 난민의 국적국의 전체 영역에까지 확대될 필요는 없고 민족분쟁 또는 내전상황을 포함한 중대한 소요의 경우, 특정의 인종적 또는 민족적 집단에 대한 박해는 그 국가의 일부 영역에서만 있을 수 있으며, 단순히 같은 국가 내의 다른 지역에서 피난처를 구할 수 있다는 사실만으로는 모든 사정상 그가 그렇게 하는 것을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 그의 난민지위는 부정되지 않는 것이므로(편람 제91항 참조), 원고가 인도 내에서 비교적 박해의 위험이 적은 캘커타시 등지에서 체류하여 왔다는 점만으로 난민으로서의 지위를 부정할 수는 없”다는 것이다.<sup>112)</sup>

유럽연합 이사회준칙 2004/83/EC은 제8조에서 “합리적인 기대” 기준을 제시하면서 결정 시의 그 지역의 일반상황과 신청자의 개인적 상황을 고려하여야 하고 출신국의 돌아가는 것의 기술적 어려움 등은 고려대상이 아니라는 규정하고 있다. 한편 *The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative*<sup>113)</sup>는 국내적 보호 대안의 세 가지 요건, 즉 (1) 일차적인 박해의 위험에 대한 ‘해독제’, (2) 박해 혹은 박해에 대응하는 추가적인 위험의 부존재, (3) 최소한의 적극적 보호의 존재 등을 들고 있고, 이러한 세 가지 요건이 충족되면 별도의 ‘합리성’ 심사는 불필요하다고 언급하고 있다.

한편 유엔난민기구는 아래와 같이 ‘국내적 피난 혹은 이주 대안’을 평가하기 위한 구체적인 기준을 제시하고 있는데 법원이 ‘국내적 피난 혹은 이주 대안’이 문제가 되는 모든 사안에서 이러한 구체적인 기준에 입각한 심사를 진행하고 있는지 의문이다.

#### “I. 적절성 분석(Relevance Analysis)

- a) 이주대상지역은 개인에게 실제적으로, 안전하게, 그리고 법적으로 접근가능한가?: 만약 이러한 조건 중 하나라도 충족되지 못한다면 그 국가 내에서의 대안적 장소의 고려는 적절하지 않을 것이다.
- b) 박해의 주체가 국가인가?: 국가기관은 국가 전체에 걸쳐 활동한다고 추정된다. 만약 그들이 공포의 대상인 박해자라면, 국내적 피난 혹은 이주 대안은 원칙적으로 존재하지 않는 것으로 추정된다.
- c) 박해의 주체가 비국가 주체인가?: 만약 비국가 주체가 제시된 지역에서 신청자를 박해할 위험이 존재한다면 그 지역은 국내적 피난 혹은 이주 대안이 될 수 없다. 이러한 결론은 박해자가 그 지역까지 신청자를 추적할 가능성이 있는지, 그리고 공포의 대상인 위해로부터 국가의 보호가 그 곳에서 가능한지에 대한 결정에 기초하게 된다.
- d) 이주에 의하여 신청자가 박해의 위험이나 다른 심각한 위해에 노출될 것인가?: 이것은 이주지역에서의 원래의 혹은 어떠한 새로운 형태의 박해 또는 다른 심각한 위해를 포함한다.

112) 서울고등법원 2009. 1. 8. 선고 2008누13608 판결.

113) First Colloquium on Challenges in International Refugee Law, *The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative* (April 1999); Reinhard Marx, 'The Criteria for Applying the "Internal Flight Alternative" Test in National Refugee Status Determination Procedures', *International Journal of Refugee Law*, vol. 14, no. 2 (2002), pp.184-185.

## II. 합리성 분석(Reasonableness Analysis)

관련 국가의 맥락에서, 신청자가 과도한 고통에 직면하지 않고 상대적으로 정상적인 삶을 영위할 수 있는가?: 만약 그렇지 않다면 그 사람이 그곳으로 이주할 것으로 기대하는 것은 합리적이지 않다.”<sup>114)</sup>

### 제4항 과거의 박해의 부존재

박해를 피해 본국을 떠나왔다는 난민신청자들의 주장에 대해 법원은 본국에서 박해를 받지 않았다는 사실을 충분한 근거가 있는 공포를 부정하는 중요한 근거 중의 하나로 판시하고 있다. 그러나 본국에서의 과거 박해의 존재는 난민의 지위 인정을 용이하게 하는 적극적인 요소는 될 수 있지만 박해의 부존재가 그 난민의 지위를 부정하는 소극적인 요소가 될 수는 없을 것이다.<sup>115)</sup> 과거의 박해는 결코 난민인정을 위한 전제조건이 될 수 없고 난민협약도 장래의 위협으로부터의 보호를 그 취지로 하고 있을 뿐 과거의 피해를 전제로 하지 않는다.<sup>116)</sup> 반면에 과거의 박해의 증거가 존재하게 되면, 그것이 곧바로 난민신청자가 난민임을 의미하는 것은 아니지만, 그것은 난민신청자의 본국 귀환 시 벌어질 수 있는 일에 대한 의심의 여지없는 확실한 지표가 될 수 있다. 장래의 박해의 가능성을 희박하게 만드는 중요한 상황의 변화가 없는 한, 특정 레짐 하에서의 과거의 경험은 장래의 박해에 대한 증거가 될 수 있는 것이다.<sup>117)</sup>

캐나다 이민항소법원은 *Guillermo Lautaro Diaz Fuentes* 사건 등<sup>118)</sup>에서 박해가 이미 존재하였다는 사실에 대한 입증은 요하지 않는다는 입장은 분명히 하였고, 연방항소법원은 과거의 박해의 부재가 난민불인정의 근거로 작용하는 것에 대하여 부정적인 입장을 분명히 하고 있다.

“(이민항소)위원회는 신청자에게 일어난 일이……체포나 구금을 포함하지 않았기 때문에 박해에 이르지 않다고 여기는 것으로 보인다.…… 이로써 위원회는……그 일어난 일 자체가 박해의 한 형태가 될 수 있는지 뿐만 아니라, 그 일이, 1973년과 1974년의 일들과 함께, ‘박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거가 있는 공포’의 근거가

114) UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/04(23 July 2003), p.3.

115) “만약 어떤 사람이 1951년 협약에 열거된 사유로 인하여 이미 박해의 피해자가 되었다면, 그가 박해를 받을 우려가 있는 충분한 근거가 있는 공포를 가지는 것으로 간주할 수 있다. 그러나 “공포”라는 용어는 실제로 박해를 받은 이들뿐만 아니라 박해의 위협을 일으키는 상황을 피하고자 하는 이들과도 관련된 다.” 『UNHCR 편람』 제45조; Dirk Vanheule, 'United States', Carlier, Jean-Yves, Vanheule, Dirk, Hullmann, Klaus and Galiano, Calos Pena (eds.), *Who Is a Refugee? A Comparative Case Law Study* (Kluwer, 1997), p.619.

116) Deborah E. Anker, *Law of Asylum in the United States, 3rd Ed.* (Refugee Law Center, Inc., 1999), p.32.

117) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), pp.87-88; John Vrachnas, Kim Boyd, Mirko Bagaric and Penny Dimopoulos, *Migration and Refugee Law: Principles and Practice in Australia, 2nd Ed.* (Cambridge University Press, 2008), pp.255-257.

118) *Guillermo Lautaro Diaz Fuentes*, (1974), 9 I.A.C. 341, per J. P. Houle;

될 수 있는지를 고려하는 데 실패하였다.”<sup>119)</sup>

또한 캐나다 연방항소법원은 과거의 박해의 적극적인 역할 또한 확인하였는데, *Francisco Humberto Gonzalez Galindo* 사건에서 과거의 고문을 입증할 수 있는 독립된 의료 증거를 고려하지 않았다는 이유로 이민항소위원회의 결정을 배척하면서 이 증거는 난민신청자의 정치활동이 상대적으로 약했다는 위원회의 우려를 불식시키고 난민 인정을 할 수 있는 증거가 될 수 있다고 판시하였다.<sup>120)</sup>

미국의 연방규정은 과거의 박해를 별도의 하나의 난민인정요건으로 적극적으로 규정하고 있다. 정부가 본국 상황의 실질적인 변화로 인하여 박해의 가능성이 거의 없어진 경우임을 입증하지 않는 한 신청자는 비호를 부여받게 된다. 정부가 본국의 실질적인 변화를 입증한 경우에도 신청자가 이에 반하는 사유로서 과거의 박해의 심각성으로 인하여 본국 귀환을 원치 않다는 점을 입증하면 비호가 부여될 수 있다.<sup>121)</sup> 결국 과거의 박해가 인정되면 난민신청자의 장래의 박해에 대한 충분한 근거가 있는 공포는 법적으로 추정되어 입증책임이 전환되고 비호국이 신청자의 출신국의 보호 능력을 입증하여야 하는 부담을 지게 되는 것이다.<sup>122)</sup> 연방법원은 *Skalak v. I.N.S.* 사건에서 이러한 과거의 박해의 중요성을 확인하고 있다.

“과거는 미래예측과의 독립적으로 추가적인 중요성을 가지고 따라서 장래에 외국인이 박해를 받을 위험이 없다는 증명으로부터 반드시 영향을 받는 것은 아니다. 박해의 경험이 개인으로 하여금 그 본국과의 연결을 매우 고통스럽게 한다면 그가 비록 추가적인 박해의 위험이 없다고 하더라도 그를 강제로 그곳으로 돌려보내는 것은 비인간적일 것이다. 나찌 레짐이 붕괴한 후에도 극소수의 독일계 유대인만이 독일로 돌아갔는데, 과거는 과거일 뿐이라는 이유로 이들의 귀환을 강제하는 것은 잔인한 일이었을 것이다.”<sup>123)</sup>

영국의 이민지침도 난민신청자가 이미 박해나 심각한 위해, 혹은 그러한 박해나 위해의 직접적인 위협의 대상이 되었던 경우, 그러한 상황이 반복되지 않을 것이라는 점을 제시하는 ‘만족스러운 이유’(good reasons)<sup>124)</sup>가 없는 한 이는 그 사람의 박해에 대한 충분한 근거가 있는 공포 또는 심각한 위해를 받을 진정한 위협의 진지한 표지로서 간주되어야 한다고 규정하여 본국에서의 과거 박해의 존재는 난민의 지위 인정을 용이하게 하는 적극적인 요소로 규정하고 있다.<sup>125)</sup>

119) *Alfredo Manuel Oyarzo Marchant v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 F.C. 781, per Thurlow C.J.

120) *Francisco Humberto Gonzalez Galindo*, [1981] 2 F.C. 781 (C.A.).

121) 8 C.F.R. 208.13 (b); Dirk Vanheule, ‘United States’, Carlier, Jean-Yves, Vanheule, Dirk, Hullmann, Klaus and Galiano, Calos Pena (eds.), *Who Is a Refugee? A Comparative Case Law Study* (Kluwer, 1997), p.618.

122) Catherine Branson and Paulah Dauns, ‘The Notion of State Protection’, *International Association of Refugee Law Judges 7th World Conference*(Mexico City, Mexico, 6-7 November 2006), p.20.

123) *Skalak v. I.N.S.*, 944 F.2d 364, 365 (7th Cir.1991).

124) ‘만족스러운 이유’(good reasons)에는 본국 상황의 증대하고 지속적인 개선 등이 포함될 수 있을 것이다.

UK Border Agency of the Home Office, *Considering the Asylum Claim*(24 April 2009), p.15.  
<http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumprocessguidance/consideringanddecidingtheclaim/guidance/consideringtheasylumclaim.pdf?view=Binary>, 2009. 5.31. 방문

유럽연합도 관련 공동입장<sup>126)</sup>에서 “한 개인이 이미 박해나 박해의 위협의 직접적인 대상이 되었다는 사실은, 그 후 그 출신국에서 혹은 그의 출신국과의 관계에서 급진적인 상황 변화가 벌어지지 않는 한, 박해의 위협의 진지한 지표이다.”라고 규정하여 과거의 박해 사실이 있다면 이것이 장래의 박해의 위협 예측에 결정적인 역할을 할 수 있음을 강조하고 있다. 또한 유럽연합 이사회 준칙 2004/83/EC도 제4조 제4항에서 이와 유사한 규정을 두고 있다.<sup>127)</sup> 한편 위 공동입장은 또한 “한 개인이 출신국의 출국하기 전에 박해나 박해의 위협의 직접적인 대상이 되지 않았다는 사실이 그 자체로 그가 비호절차에서 박해에 관한 충분한 근거가 있는 공포를 주장할 수 없음을 의미하지는 않는다.”고 규정하여 과거의 박해의 부존재가 장래의 박해의 위협을 평가함에 있어서 바로 부정적으로 작용할 수 없음을 확인하고 있다.

호주의 고등항소법원도 *Minister of Immigration and Ethnic Affairs v. Guo* 사건<sup>128)</sup>에서 과거의 박해에 대한 논의를 구체화하여 제시하고 있다.

과거의 사건은 미래에 대한 확실한 가이드는 아니지만 많은 삶의 영역에서 사건이 발생하였다는 증거는 종종 - 가능성의 많고 적음을 불문하고 - 그 재발의 가능성을 결정하기 위한 신뢰할 수 있는 기초를 제공한다. 과거의 사건이 미래에 대한 가이드가 될 수 있는 범위는 사건의 과거 발생의 가능성 정도, 그 사건이 발생하였거나 발생하였을 수 있을 때 그 정기성이나 조건, 그리고 이러한 정기적인 순환성을 왜곡시킬 수 있는 다른 새로운 사건의 도입가능성 등에 의존한다. ... 대부분이 아니면 많은 경우, 미래에 발생 가능한 사건을 결정함에 있어서는 과거에 발생한 사실을 요한다. 과거에 발생한 사건이 미래에 발생한 사건에 대한 가장 신뢰할 수 있는 가이드가 될 수 있기 때문이다.

결국 개인의 과거 박해의 경험은 일반적으로 장래의 위협을 입증하기 위한 필요적이지는 않지만 충분한 증거가 될 수 있다.<sup>129)</sup> 난민신청자의 주관적·객관적 상황에 대한 충분한 평가를 통한 판단을 내려야 할 상황에서 난민 인정을 용이하게 할 수 있는 상황의 부존재를 난민 불인정의 근거로 제시하는 판례의 태도는 다른 불인정 사유에서도 유사하게 드러나는데, 종종 난민신청자의 본국의 법제와 관행만을 살펴보다도 난민신청자들이 그 정치적 의견 등으로 인하여 장기적인 구금에 처해질 위험이 존재한다는 점을 어렵지 않게 파악할 수 있는 경우도 상당수 존재한다.

---

125) Immigration Rules para. 339K.

126) EU Justice and Home Affairs Council, *Joint Position of 4 March 1996 defined by the European Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union on the harmonized application of the term "refugee" in Article 1 of the Geneva Convention of 28 July 1951 relating to the status of refugees*, Official Journal of the European Communities Series L, No 63/1996, p3. para.3.

127) 유럽연합 이사회준칙 2004/83/EC 제4조 제4항: “신청자가 이미 박해 또는 심각한 위해, 혹은 그러한 박해나 위해의 직접적인 위협의 대상이 되었었다는 사실은, 그러한 박해나 심각한 위해가 반복되지 않을 것으로 판단할 수 있는 상당한 이유가 있지 않는 한, 신청자의 박해에 대한 충분한 근거가 있는 공포 혹은 심각한 위해를 당할 실질적인 위협의 진지한 지표이다.”

128) *Minister of Immigration and Ethnic Affairs v. Guo* (1997) 191 CLR 559.

129) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.88.

## 제5항 적법한 여권의 소지

법원은 난민이 위조된 서류나 불법 조직에 의존할 만큼 출국에 어려움을 겪었다는 사정은 국적국이 해당 난민에게 반정부 혐의를 두고 있다는 유력한 증거가 될 수 있고, 반대로 억압적인 통치기구를 갖고 있다고 알려진 국가에서 탈출한 난민이 출국에 필요한 여권의 발급이나 출국심사 과정에서 아무런 어려움도 겪지 않았다고 한다면 이는 난민이 주장하는 박해가능성의 진정성을 의심할 만한 사유가 된다는 전제아래 “정상적인 여권발급”을 난민신청자의 주장을 배척하는 간접사실로 삼고 있다.

그러나 많은 사람들은, 국가기관과 관계하여 자신이 위험한 상황에 놓여 있다는 것을 알고, 자신의 정치적 의견을 드러내지 않고, 탈출의 유일한 수단으로서 합법적인 출국을 이용한다.<sup>130)</sup> 따라서 여권의 소지는 반드시 소지인의 측면에서 충성의 증거로서, 또는 공포가 존재하지 않는 증거로서 고려될 수 없다.<sup>131)</sup> 출신국 입장에서 이롭지 못한 자의 출국을 보장할 목적으로 여권이 발급될 수도 있고, 또한 여권이 비밀리에 취득되는 경우도 있을 수 있기 때문이다.<sup>132)</sup> 결론적으로 유효한 여권의 단순한 소지는 난민지위의 인정에 장애요소가 되지 않는다. 난민의 발생하는 국가의 경우 비록 억압적인 통치체제를 가졌을 가능성이 많지만 오히려 이러한 사정이 부정부패가 만연할 수 있는 가능성을 높일 수 있고, 반체제인사에 대해서는 여권 발급이 제한된다는 출신국의 공식적 입장을 근거로 어떤 판단을 내리는 것은 적절하지 않을 수 있고, 실제 일본<sup>133)</sup>이나 한국에 정부에 의하여 난민의 지위가 인정된 난민의 경우도 대부분 유효한 여권을 소지하고 있다는 점에서 이를 근거로 박해의 가능성을 부정하는 것은 논리적인 일관성도 결여된 판단일 수 있다.

한편, 위법한 여권의 소지 역시 난민 인정을 방해할 수 없다고 보아야 하는데 이는 1989년 캐나다 연방항소법원의 *Benjamin Attakora v. Minister of Employment and Immigration* 사건<sup>134)</sup>에서 잘 나타나 있다.

“난민이 단속과 체포를 피하기 위해 위조 서류의 사용 목적을 달성한 후 이를 폐기하였다는 주장에는 그 자체로 신뢰성이 없다는 어떠한 점도 발견할 수 없다. 이 사건과 같은 상황에서 그러한 서류의 폐기는 위원회가 결정해야 할 이슈들과 아무런 관련이 없다. 위원회가 그 중요성을 강조하는 것은 일정한 법리오해에 기인한다고 결론내릴 수밖에 없다. 위원회는 제대로 된 여행서류를 가지고 입국하는 이들만 난민일 수 있다고 생각하는 것인가? 아니면 위조 서류를 입국하는 이들에게 이를 보존해

130) 『UNHCR 편람』 제47조 참조.

131) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.43.

132) 『UNHCR 편람』 제48조 참조.

133) “피항소인들은 항소인이 진정한 신분사항이 기재되어 스스로의 얼굴 사진이 부착된 유효한 미얀마 여권을 취득하여 미얀마를 출국한 사실을 지적하지만, ... 미얀마 국적을 가진 자로서 일본에서 난민인정을 받은 54명 중 50명의 입국시 여권 내지는 선원허가증이 진정한 것이었던 점, ... 일본에서 난민인정을 받은 ○○도 브로커에게 돈을 지불하고 본명의 여권을 만들어 미얀마를 출국한 점이 각각 인정되어져서, 항소인이 유효한 여권을 취득하여 출국한 사실은 항소인의 난민타당성을 부정하는 사정으로 중시될 수 없다.” 大阪高等裁判所 2005(平成17)年6月15日 決定 平成16年(行コ)第89号.

134) Federal Court of Appeal Decision A-1091-87, May 19, 1989.



야 할 어떤 의무가 있다고 생각하는 것인가?”<sup>135)</sup>

즉 적법한 여권을 취득하지 못하는 등 출국과정에서 어려움을 겪었다는 것은 난민신청자와 그 본국간에 부정적인 관계가 형성되었음을 드러내주는 것일 수 있고 이는 진정한 위해의 위험을 나타내는 다른 증거들을 보충하게 된다.

그런데 위법한 여권의 소지 혹은 여권의 불소지를 난민의 지위를 인정하는 적극적인 근거로 제시하는 판례가 단 하나도 없다. 이는 적법한 여권의 소지를 난민의 지위를 부정하는 근거로 제시하는 판례의 논리적 모순을 드러내주고 있다고도 볼 수 있다. 즉 난민신청자가 본국에서 출국허가를 받은 경우 그가 박해의 공포를 가지고 있다고 보기 어렵다고 평가하면서 동시에 난민신청자가 아무런 공적 문서 없이 출국한 경우 다른 어떤 이유에서 그의 진정성을 의심하게 되는 것이다.<sup>136)</sup> 이러한 접근은 난민신청자를 딜레마에 빠뜨리게 되고 결국 그 누구도 난민인정을 받을 수 없다는 극단적인 결과를 초래할 위험이 존재한다.

따라서, 적법한 혹은 위법한 여권의 소지 여부는 난민인정에서 결정적인 요소로 고려되어서는 안 된다. 협약상 난민의 지위는 근본적으로 난민신청자가 처해있는 위험의 정도의 판단에 근거해야 하는 것이지 출국의 방법에 근거해야 하는 것은 아니다. 따라서 여권과 관련된 증거는 다른 증거가 불분명할 경우에 한하여 고려되어야 할 것이고, 이것이 본국 귀환 시 심각한 위해에 처할 진정한 위험이 있는가라는 근본적인 평가의 내용을 교란시키는 형태로 작용해서는 안 될 것이다.<sup>137)</sup>

## 제6항 불법적인 외국 체재 혹은 난민인정의 신청

단순한 불법적인 외국 체재 혹은 난민인정의 신청이 박해의 위험성으로 이어질 것인가에 대하여 법원은 단호한 입장을 취하고 있다. 즉, 심지어 난민신청자의 출신국 정부가 한국 정부에 대하여 난민신청자의 송환을 강력하게 요구하는 경우에도, 이는 난민신청자의 ‘불법출입국 행위에 대한 통상적인 심문이나 조사과정, 체재를 위한 것으로 해석할 여지가 충분하고’ ‘출국이나 난민인정 신청 사실에 특별히 주목하여’ ‘이를 넘어서 차별적인 가혹한 처벌을 가하리라고 보기는 어렵다.’고 실시하고 있다.<sup>138)</sup>

일정 국가의 법은 불법출국을 하거나 또는 허가 없이 외국에 체재하고 있는 내국민에 대하여 엄격한 형벌을 부과한다. 불법출국 또는 허가받지 않은 해외에서의 체재 때문에 무거운 형벌을 받을 것이라는 믿을 만한 이유가 있는 경우, 그가 본국을 떠나거나 또는 국외에 체재하고 있는 동기가 난민협약에서 열거하고 있는 이유와 관련된 것임을 증명할 수 있다면, 그러한 자를 난민으로 인정함이 정당화될 수 있다.<sup>139)</sup> 불법적인 해외

135) Federal Court of Appeal Decision A-1091-87, May 19, 1989, 3-4, *per* Hugessen J.

136) Henrik Zahle, 'Competing Patterns for Evidentiary Assessments', Gregor Noll (ed.), *Proof Evidentiary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*(Martinus Nijhoff Publishers, 2005), p.16.

137) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.45.

138) 서울행정법원 2003. 12. 23. 선고 2002구합23632 판결; 서울행정법원 2006. 1. 26. 선고 2005구합21859 판결.

여행에 대한 매우 무거운 제재가 가해져서 자신의 국가를 자유롭게 출입국할 기본적인 인권을 침해하는 정도에 이르게 되면 이는 난민신청의 기초가 될 수 있다고 하여야 한다.<sup>140)</sup> 외국인과 국적에 관한 미국 연방규정도 “비호공무원 또는 이민관사 신청자의 국적국 혹은 최종상주국 정부가 허가 없이 출국하거나 타국에서 비호를 신청한 국민이나 거주자를 박해하는 증거를 적절히 고려하여야 한다.”<sup>141)</sup>고 명시적으로 규정하고 있다. 결국 이러한 경우, 본국이 법률 혹은 행정관행에 의하여 불법출국을 허용하지 않고 이를 어기는 행위를 정부에 반대하는 행위를 여길 때에는 난민신청의 근거를 구성할 수 있는 것이다.<sup>142)</sup>

또한 단지 과거에 박해가 없었다는 사실만으로 출입국에 관한 ‘통상적인’ 심문 등만이 있고, 난민신청 등에 ‘특별히 주목’하거나 ‘차별적인 가혹한’ 처벌이 없을 것이라는 판단을 하는 것으로 지나친 논리의 비약이라고 볼 수 있다. 비록 난민신청으로 인하여 난민신청자가 일정한 처벌을 받을 것이라는 사실 자체만으로 박해를 구성하는 데 충분하다고는 볼 수 없지만 귀국의 결과가 충분한 근거가 있는 박해에 대한 공포에 이를 수 있는 경우가 있음은 분명하다. 예컨대, 본국법에 의하여 타국에서의 난민신청이 8년 이하의 징역형에 처해지는 경우, 난민신청자는 본국 정부가 반하는 정치적 의견을 가지는 것으로 평가될 수 있다.<sup>143)</sup>

## 제7항 가족에 대한 박해의 부존재

일반적으로 본국에서 난민신청자와 유사한 상황에 놓인 이들이 위협에 처해있다는 정황 증거는 난민의 지위 인정에 있어 구체적인 기초를 제공할 수 있다.<sup>144)</sup> 즉 난민신청의 기초가 되는 ‘인종, 종교, 국적, 특정사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견’과 관련하여 난민신청자와 밀접한 관련이 있다고 당국에 의하여 인식되고 있는 이들의 경험이 위협에 대한 최고의 정황적 지표가 되는 것이다.<sup>145)</sup> 캐나다 연방항소법원은 *Anthony Andre Williams v. Minister of Employment and Immigration* 사건<sup>146)</sup>에서 난민신청자의 모친과 형제의 편지에서 가족구성원들이 처한 위협에 대한 설명이 이루어졌으며 이는 난민인정 주장에 대한 충분한 객관적인 기초가 된다고 밝힌 바 있다. *Chaudri v. Minister of Employment and Immigration* 사건<sup>147)</sup>에서는 친지들의 상황과

139) 『UNHCR 편람』 제61조 참조; James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), pp.40-42.

140) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.40; Douglas Gross, 'The Right to Asylum in United States Law', *Columbia Law Review*, vol. 80, no. 5 (1980), pp.1142-1143.

141) 8 C.F.R. 208.13(b)(2)(B)(ii), July 27, 1990.

142) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.41; B. Martin Tsamenyi, 'The 'Boat People': Are They Refugees?', *Human Rights Quarterly*, vol. 5, no. 3 (Aug. 1983), pp.369-370.

143) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.39.

144) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.89.

145) Deborah E. Anker and Michael H. Posner, 'The Forty Year Crisis: A Legislative History of the Refugee Act of 1980', *San Diego Law Review*, vol. 19, no. 1 (1981), p.67.

146) *Anthony Andre Williams v. Minister of Employment and Immigration*, Federal Court of Appeal Decision A-57-81, June 16, 1981.

관련하여 비슷한 입장을 천명하고 있다.

그러나, 난민신청자를 출신국 당국이 주목하고 있다는 사실이 그 가족에 대한 직접적인 피해로 이어져야 할 필연적인 이유는 없다. 친구, 가족, 또는 동일한 인종 집단 또는 동일한 사회집단의 다른 구성원들에게 일어난 일이 조만간 신청자 역시 박해의 피해자가 될 것이라는 그의 공포가 충분한 근거가 것임을 입증하는 것이 될 수는 있어도<sup>148)</sup> 그 역은 해당되지 않는다. 실제로 법무부가 정치적 의견을 이유로 난민의 지위를 인정할 난민의 다수는 그 가족이 박해를 받은 사실이 없다. 법무부와 법원은 출신국내 박해받지 않는 가족의 존재를 상당히 설득력 있는 난민불허사유로 들고 있으나, 이는 정치적 의견에 의한 난민의 경우 그 출신국이 연좌제가 법제와 관행상 전국적으로 철저히 관철되는 극단적인 전체주의 국가이어야 한다는 왜곡된 전제에 입각한 견해일 수 있다. 또한, 법무부와 법원의 이러한 태도는 특히 체제 중 난민의 경우, 한국의 대사관 등에서 난민을 주목하고 있어 출신국으로 입국 시에 문제가 될 수 있는 가능성이 있으면 족합에도 불구하고,<sup>149)</sup> 대사관 등의 정보가 출신국 어디든지 조직적이고 체계적으로 전달될 정도로 정보통신이 완벽하게 구비된 완성된 경찰국가를 전제로 할 때에만 가능한 것이다. 법원은 출신국내 박해받지 않는 가족의 존재를 난민 불인정의 사유 중 하나로 열거하는 것에서 더 나아가 “정부의 원고의 부모·삼촌에 대한 박해가능성 또는 박해사실이 존재한다 하더라도 그 사실만으로 곧바로 원고에 대하여 박해가능성이 있고 위와 같은 가능성이 난민협약상의 박해라고 부를 수 있는 수준의 중대한 인권침해에 해당한다고 보기 어려운 점”<sup>150)</sup>이라고 판시하거나 “원고의 부모들이 (출신국) 정부로부터 탄압을 받아왔다고 하더라도, 그로 인해 원고까지 연좌하여 박해를 받을 것이라고 볼 수 있는 사정은 보이지 아니”한다<sup>151)</sup>고 판시함으로써 가족의 박해 혹은 박해가능성 유무를 난민신청자가 충분한 근거가 있는 공포를 부정하는 근거로만 활용하고 있는 것이 아닌가하는 의문을 자아내고 있다.

## 제8항 소극적 활동의 존재

한편 법원은 난민신청자의 정치활동 등에 대하여 그 정치조직 내의 지위가 ‘준회원 내지 일반회원’, ‘하부조직원’에 불과하다거나, 난민신청자의 정치활동은 ‘소극적 활동에 그쳤다’거나 하는 표현으로 그 의의를 부정하기도 한다.<sup>152)</sup> 그러나 우선 난민신청자의 활동이 ‘소극적’이었고 ‘중요하지 않은’ 역할에 그쳤다고 하더라도, 난민심사에 있어서는

147) *Chaudri v. Minister of Employment and Immigration*, (1986), 69 N.R. 114 (F.C.A.)

148) 『UNHCR 편람』 제43조 참조.

149) 난민의 경우 여권의 유효기간의 만료되어 있는 경우가 많은데, 어떠한 형태로든 본국으로 귀국을 하게 되면 본국대사관으로부터 여권을 갱신 받거나 여권증명서를 받는 절차를 통해 본국 당국에게 그 귀국 가능성을 불가피하게 알려야 하는 위치에 놓이게 된다.

150) 서울행정법원 2008. 5. 29. 선고 2007구합41963 판결.

151) 서울행정법원 2008. 5. 14. 선고 2007구합32105 판결 참조.

152) “원고들이 난민신청을 한 후에 반정부활동을 더 적극적으로 하여왔으나 그와 같은 사정이 있다고 하여 피고가 주장하는 바와 같이 원고들이 난민제도를 남용하고 있다거나 귀국 후 반정부적 태도를 유지하지 않음으로써 박해를 받지 않게 될 것이라고 볼 수 없다.” 서울고등법원 2007. 2. 15. 선고 2006누6798 판결.

‘과거에 중요하지 않은 역할을 한 사람이 위협에 처하는 것이 합리적인가?’라는 일반적 혹은 직관적인 논리에 의존하기보다는 ‘난민신청자와 유사한 상황에 놓인 이들에게 실제로 무슨 일이 일어나고 있는가?’하는 맥락이 있는 위협의 지표를 적용하는 것이 더 중요할 수 있다.<sup>153)</sup> 캐나다 연방항소법원도 *Chaudri v. Minister of Employment and Immigration* 사건 ‘중요하지 않은’ 역할을 했기 때문에 난민인정을 할 수 없다는 이민항소위원회의 결정을 배척하면서 위원회가 난민신청자와 마찬가지로 정치활동에서 중요하지 않은 역할을 한 다른 이들이 실제로 심각한 문제를 경험하고 있다는 사실을 고려하지 않았음을 지적하였다.

신청자의 ‘중요하지 않은’ 역할이나 (본국인) 파키스탄으로부터 떠나있었던 기간은 모두 위원회가 다툼 없는 사실로서 인정한 사실, 즉 동일한 역할을 한 다른 이들이 박해를 받아왔다는 사실과 (이 사건) 항소 중에도 ... 정치적 박해가 계속되고 있다는 사실과 관련하여 중요하지 않다. 이러한 상황에서, 만약 위원회가 본인이 지적한 오류를 범하지 않았다면, 위원회는 신청자가 난민협약상의 개념을 충족시켰다는 결론을 내릴 수밖에 없었을 것이다.<sup>154)</sup>

한편 난민협약이 박해의 근거로서 ‘종교적 활동’이나 ‘정치적 활동’이 아닌 ‘종교’와 ‘정치적 의견’을 들고 있음에 주의할 필요가 있다. 따라서 난민신청자는 난민으로 인정받기 위하여 본국을 떠나기 전에 자신의 신념에 근거한 활동을 하였음을 요구받지 않는다.<sup>155)</sup> 난민신청자는 자신의 의견을 표현하지 않을 수도 있는데, 출신국이 표현의 자유가 매우 제한된 전체주의 국가라면 정치적 의견의 표현 자체가 현실적으로 불가능할 수도 있다.<sup>156)</sup> 이러한 경우에도 그의 확신으로 인하여 조만간 그 의견을 표현하고 결과적으로 신청자가 당국과 충돌하게 될 것임이 합리적으로 예견 가능하다면 신청자는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 공포를 가지는 것으로 인정될 수 있다.<sup>157)</sup> 또한 신청자는 출신국을 떠나기 전에 출신국 당국이 그의 의견을 알고 있었다는 것을 입증할 필요도 없다. 자신의 정치적 의견을 숨겨야 했고 어떠한 차별이나 박해로부터 고통을 당하지 않았을 수도 있고, 출국 전에는 그 신념이 그렇게 강하지 않았을 수도 있다.<sup>158)</sup> 한편 자국 정부의 보호를 받기를 거부하고 또 그곳으로 돌아가는 것을 거부함으로써도 신청자는 자신의 진심을 보이고, 그가 박해의 공포가 있음을 보일 수 있다.<sup>159)</sup>

한국 판례의 태도는 관련 조직의 특수성 등을 충분히 고려하지 않고 그 조직의 정회원을 단지 일반회원 혹은 하부조직원에 ‘불과하다’라고 표현함으로써 객관적인 사실판단을 그르칠 수 있는 가치판단을 개입시키고 있다고 볼 수 있고, 전단지 배포 등도 최

---

153) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.90.

154) *Chaudri v. Minister of Employment and Immigration*, (1986), 69 N.R. 114 (F.C.A.), 117, per Hegerssen J.

155) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.149.

156) David Roth, ‘The Right of Asylum Under United States Immigration Law’, *University of Florida Law Review*, vol. 33, no. 4 (1981), p.551.

157) 『UNHCR 편람』 제82조 참조.

158) Douglas Gross, ‘The Right of Asylum under United States Law’, *Columbia Law Review*, vol. 80, no. 5 (1980), p.1142.

159) 『UNHCR 편람』 제83조 참조.

소한의 조직적인 연계를 전제로 하며, 출신국 대사관 앞에서의 시위 등은 상당한 높은 수준의 결의를 요하고 거리 캠페인 등은 난민이 한국 내에서 합법적으로 그 정치적 의사를 표현할 수 있는 효과적이고 실행 가능한 몇 안 되는 활동임에도 불구하고 이러한 활동을 ‘소극적’이라고 평가함에는 역시 편향된 가치판단이 개입되었다고 볼 여지가 많다. 또한 일반론적으로도, 잘 알려진 인물의 경우 무명의 인물의 경우보다는 박해의 가능성이 더 크다는 할 수 있지만<sup>160)</sup> 이것이 무명의 인물의 박해 가능성을 부정하는 것은 아니다.<sup>161)</sup>

법원은 또한 대사관 앞의 항의집회와 인터넷 상의 민주화 운동은 본국 정부가 자신들에 대한 “중요한 압력”으로 인식하기에는 매우 미약하고 신청자들 “개인의 영향력”이 본국 정부에 대한 압력으로 작용할 만큼 크다고 보지도 않으며 본국 정부가 그 활동에 주목하여 이를 감시하는 등의 활동을 하였음을 인정할 자료가 없다는 이유 등으로 박해의 위험을 부정하고 있는데,<sup>162)</sup> 이는 난민협약이 전혀 예정하고 있지 않은 “중요한 압력” 혹은 “개인의 영향력”이라는 개념의 도입을 통해 난민의 개념을 지나치게 제한하는 것이고, 대부분의 정부가 그 국내외적인 반대세력에 대하여 일상적인 감시활동을 하고 있는 현실을 애써 외면하는 것일 수 있다. 그런데 이러한 판결 이후 비록 주요간부라는 단서가 붙었고 이후 추가적인 별도의 증거로 같은 단체의 간부였던 제3자가 본국으로 돌아가 박해를 한국에서의 활동으로 인하여 형사처벌을 받았고 본국 단체의 회원 역시 그 활동으로 인해 형사처벌을 받은 사실을 추가적으로 인정하는 등 다른 사실 인정이 존재한 면이 없지 않지만, 법원은 동일한 단체 회원들의 동일한 활동에 대하여 이러한 활동은 신문이나 인터넷검색을 통하여 용이하게 인식할 수 있다고 하면서 박해를 받을 객관적인 우려를 인정하였다.<sup>163)</sup>

결국 본국 밖에 소재하는 민주화 혹은 반정부 단체는 현지 본국 당국이 인지하고 있을 가능성이 많고, 그 단체의 활동이 현지 언론에 보도되었거나, 국내외 반정부 단체들과 현지 시민사회단체와 연대하여 활동을 전개하여 왔거나, 그 회원이 자격이 엄격하고 명확하여 정치결사체로서 높은 결의와 결속력을 드러내주고 있는 경우에는 특히 그렇다. 또한 본국 대사관 앞 등에서 정규적이고 지속적인 집회, 캠페인 등의 활동을 하는 경우에는 이러한 활동과 참여자들의 신분을 사진촬영 등을 통하여 본국 당국이 충분히 파악하고 있으리라는 점은 의심이 여지가 없다고 보아야 한다.<sup>164)</sup>

160) 『UNHCR 판람』 제43조 참조; Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Vol I(A. W. Sithoff-Leyden, 1966), p.175.

161) “... 미얀마 국내의 수감되어 있는 정치범리스트에는 반드시 정치조직의 지도적 지위에 있는 자만 있는 것이 아니라, 어떤 조직에 속하여 있지 않은 자나 잘 알려지지 않은 조직 구성원, 학생 등 다수가 수감되어 있다는 점, NLD의 탄압은 무차별적으로 이루어지고 있으며 지위가 낮은 당원이 다수 체포되어 있다는 점이 각각 인정되어, 정치조직의 지도적 구성원이외의 자도 박해대상이 되어있을 가능성을 지적할 수 있다.” 大阪高等裁判所 2005(平成17)年6月15日 決定 平成16年(行コ)第89号.

162) 서울행정법원 2006. 7. 27. 선고 2005구합36318 판결; 서울행정법원 2006. 12. 12. 선고 2006구합13442 판결; 서울행정법원 2007. 11. 27. 선고 2007구합5837 판결; 서울행정법원 2008. 1. 30. 선고 2007구합20683 판결; 서울행정법원 2009. 1. 9. 선고 2007구합20461 판결 참조.

163) 서울행정법원 2007. 10. 4. 선고 2006구합37370 판결; 서울고등법원 2008. 6. 18 선고 2007누27242 판결.

164) “미얀마민주화 단체의 진정한 활동가들의 신분과 역할은 미얀마당국에 알려졌을 가능성이 많다. 미얀마인들이 미얀마대사관 밖에서 시위에 참여하는 경우, 이는 미얀마당국에 의해 기록될 가능성이 많고 미얀마 내의 미얀마당국에 알려졌을 가능성이 많다. 정기적으로 참여하는 미얀마인들의 경우 미얀마당

## 제9항 고의적인 신분 노출

난민인정을 위하여 고의로 신분을 드러냈기 때문에 난민인정을 할 수 없다는 발상에는 단지 체제 중 난민에 대하여 난민협약 상 근거가 전혀 없는 ‘선의’의 요건을 요구한다는 측면 외에도 더 근본적으로는 난민협약과 난민에 대한 몰이해를 드러내준다. 예컨대, 정치적 의견을 이유로 한 박해로부터의 보호는 당연하게도 표현의 자유라는 인권의 향유를 전제로 하는 것이고, 이 표현의 자유의 내용이나 형식에 제한을 가함으로써 난민이 되는 것을 회피해야 한다고 주장하는 것은 난민협약의 근본 취지를 부정하는 것이다.<sup>165)</sup> 정치적 의견으로 인한 박해의 공포는 그러한 의견이 당국의 주목을 받게 되거나 당국이 그러한 비판적 의견이 신청자에게서 기인하는 것으로 알고 있음을 전제로 하는데,<sup>166)</sup> 당국의 주목을 받을 수 있는 행위 자체를 문제 삼는다면 난민지위를 인정받을 수 있는 길은 사실상 없게 된다. 즉 박해의 사유와 관련된 정체성이나 신분, 권리 등은 그 자유로운 표현 혹은 발현을 전제로 한 것이고, 이를 숨기거나 제한해야 한다는 새로운 조건을 부가하는 방식의 주장은 난민협약의 필요성 자체를 부정하는 것이고, 이러한 논지로 일관한다면 난민으로 인정되어야 할 사람은 거의 없게 될 것이다. 예컨대, 특정 국가의 동성애자<sup>167)</sup>나 여성적 성적 정체성을 가진 남성<sup>168)</sup>, 혹은 두 명 이상의 자녀를 가진 여성<sup>169)</sup>이 “특정사회집단의 구성원”으로서 난민의 지위를 인정받고 있는 일부 국

국에 의하여 사진촬영이 되었을 가능성이 많고 신분이 확인되었을 가능성이 많다. 위와 같은 활동을 한 사람이 미얀마에 돌아가게 되고 미얀마당국의 주목을 유발하는 다른 추가적인 요소가 있는 경우(예: 미얀마여권의 부존재; 미얀마출국허가의 부존재; 정권의 반대자로서 당국의 부정적인 주목의 대상이 되었던 사실; 또는 알려진 정치적 반대자와의 관련성), 진정한 박해의 위험이 존재한다. 미얀마 민주화에 진정 헌신하는 미얀마대사관 밖 민주화 시위자도 추가적인 위험요소 없이도 동일한 위험에 놓일 수 있는데, 이 경우 개별적인 사실관계를 통하여 결정되어야 한다.” *TL and Others v. Secretary of State for the Home Department*, CG [2009] UKAIT 00017, 27 April 2009; “NLD 한국지부는 미얀마의 현 군사정권을 타도하고 진정한 민주주의 정치체제를 탄생시키는 것을 목적으로 하는 단체로서 그 구성원은 약 20명인 점 …, 미얀마 대사관 앞 시위에서 대사관원이 비디오촬영을 하고 있었다는 점, 시위 진행 시 외치고 있던 것은 군사정권 타도 등이며 이는 현 정권으로서는 원치 않는 슬로건이라고 생각되어진다는 점, … 미얀마 정부는 국외에서의 반정부활동에 관심을 가지고 있어 … 국외에서 반정부활동을 하고 있는 자에 대해 관용적이었다고 보기에는 어려운 점, 현 정권은 국내에 있는 NLD당원이나 지지자 중 많은 수를 정치범으로 계속 구금하고 있다는 점 등을 종합적으로 고려하면 항소인은 NLD 한국지부의 구성원으로서 한국에서 적극적으로 반정부활동을 계속해 온 것에 의해 미얀마 정부로부터 파악되어 있을 가능성이 높다고 볼 수 있다. …(NLD 한국)지부가 겨우 20명뿐인 점을 생각해보면 그 중 3년 정도에 걸쳐 적극적으로 데모나 전단지 돌리기 등 반정부활동에 참가한 항소인이 직책을 맡은 적이 없다는 이유만으로 미얀마 정부로부터 파악되어 있지 않다고 볼 수는 없다. … 비디오 촬영의 목적(어떤 사건을 기록하여 보존하는 목적)을 생각해 보면, 이는 단순히 시위에 대한 견제를 위해서만 사용되어진다고 인정하기는 어렵고, … 미얀마 정부의 국외에서의 반정부활동에 대한 관심의 정도 등을 생각해 보면 최소한 촬영된 비디오의 일부는 시위참가자를 특정하기 위해 이용될 것이라고 추인하는 것이 가능하(다).” 大阪高等裁判所 2005(平成17)年6月15日 決定 平成16年(行コ)第89号.

165) Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Vol I(A. W. Sithoff-Leyden, 1966), p.227; James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), pp.150-151.

166) 『UNHCR 편람』 제80조 참조.

167) *Refugee Appeal No. 1312/93, Re GJ*, 30 August 1995 (New Zealand Refugee Status Appeals Authority) 참조.

168) *Hernandez-Montiel v. Immigration and Naturalization Service*, 225 F.3d 1084, 24 August 2000 (US Court of Appeal for the 9th Circuit) 참조.

가에서 성적 지향이나 정체성, 혹은 그 자녀를 드러낸 것이 문제라며 그 난민의 지위를 부정하게 되는 기이한 결론이 나오게 될 수 있는 것이다.<sup>170)</sup> 이 문제에 대하여 호주 고등법원은 분명한 입장을 제시하고 있다.

“박해를 받는 이들이 국적국 내에서 이를 회피하는 행동을 취함으로써 위해를 제거할 수 있다고 하여 협약의 목적상 박해가 더 이상 박해가 아닌 것이 되는 것은 아니다. 만약 그 영향을 받은 사람이 -합리적인 혹은 그렇지 않은- 박해자의 바람을 거스르는 행위를 피하기 위하여 반드시 조치를 취해야만 하는 것이 보호의 조건이라면, 협약은 종교적 또는 정치적 의견을 이유로 한 박해로부터의 보호를 제공하지 않게 된다. 만약 “특정사회집단”의 구성원들이 박해를 피하기 위해 그들의 구성원 신분을 숨기거나 그 집단의 일부 속성이나 특성을 변경하여야 하는 것이 보호의 조건이라면, 협약은 이 구성원 신분에 대한 보호도 제공하지 않게 될 것이다. 마찬가지로, 만약 인종이나 국적을 이유로 박해를 받는 사람들이 그들의 인종이나 국적을 숨겨야만 하는 것이 보호의 조건이라면, 협약은 종종 이들에 대한 보호를 제공하지 않게 될 것이다.”<sup>171)</sup>

## 제10항 경제적 동기

법원은 난민신청자들이 한국에 돈을 벌기 위해 입국하였다는 경제적인 동기를 부각시키고 있지만, 난민은 난민신청을 하기 위하여 자국을 떠나오는 것이 아니라 난민이기 때문에, 즉 박해를 피해 자국을 떠나온다는 점을 이해할 필요가 있다고 판단된다. 경제적 이주민과 난민의 차이는 돈을 벌려고 하느냐 여부에 있는 것이 아니라 충분한 근거가 있는 공포가 있는가 여부에 있는 것이고,<sup>172)</sup> 난민도 당연히 생계유지가 가장 중요한 관심사 중에 하나일 수밖에 없음에 비추어, 한국에 돈을 벌기 위해 입국했기 때문에 난민임을 인정할 수 없다는 주장은 설득력이 없다.

169) *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1993] 2 F.C. 314, 1 April 1993 (Canada Federal Court of Appeal); *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1995] 3 S.C.R. 593, 19 October 1995 (Supreme Court of Canada) 참조.

170) 일부 판결은 편지 발송 등을 본인 명의로 하지 않았기 때문에 박해의 위험이 없다는 판시를 하고 있다(서울행정법원 2008. 1. 16. 선고 2006구합15080, 2006구합16625(병합), 2006구합32986(병합), 2005구합41273(병합), 2006구합39529(병합) 판결). 이러한 판결을 종합해보면 본인을 드러내면 드러내지 않을 수도 있었는데 드러냈으므로 난민의 지위를 인정할 수 없고, 본인을 드러내지 않으면 박해의 위험이 없으므로 난민의 지위를 인정할 수 없게 되어 결국 어떠한 선택을 하든지 난민지위의 인정은 불가능해지게 된다.

171) *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [2003] HCA 71, 9 December 2003 (High Court of Australia) 참조.

172) “이주민은 협약상 난민정의에 포함된 것 이외의 이유로 다른 국가에 거주하기 위하여 자발적으로 본국을 떠나는 자이다. 그러한 자는 변화 또는 모험을 구하고, 또는 가정적 혹은 개인적 성격의 기타 이유로 인하여 이주할 수 있다. 전적으로 경제적 이유로 이주한다면, 그는 경제적 이주민이지 난민이 아니다. ... 그러나 경제적 이주민과 난민의 구분은 ... 때로는 분명하지 않다. ... 언뜻 보기에 기본적으로 경제적 동기에 의한 출국으로 보이는 것이 실제로는 정치적 요소를 포함할 수 ... 있다.” 『UNHCR 편람』 제62조-제64조 참조.

일반적인 이주민과 난민이 현실에서는 혼재되어 이주를 하고, 난민은 많은 경우 밀입국집단에게 의존하게 된다는 사실을 명확히 인식할 필요가 있다. 그러나 이러한 혼재된 이주의 흐름과 난민신청자를 구급하고 그 생존권을 부정하는 정책의 경향은 난민신청자를 범죄자로 낙인찍는 효과를 가져올 수 있다. 이는 난민과 미등록 이주민의 개념의 융합과 혼동을 일으키고 ‘경제적’ 이주민, ‘진성’ 난민 등의 용어들이 등장하게 되는 것이다.<sup>173)</sup> 이러한 낙인효과와 혼란은 일반인 뿐만 아니라 난민지위를 심사하고 결정하는 결정권자에게도 많은 영향을 미치게 된다고 볼 수 있다.

진정한 박해의 공포가 있는 난민도 자신들의 경제적 지위를 개선하고자 할 수 있고 부유한 삶을 누릴 수 있는 국가가 살기를 원할 수 있다. 이러한 경제적인 동기는 난민지위의 문제와는 전혀 별개일 수 있는 것이다.<sup>174)</sup> 아래에서 보는 바와 같이 캐나다 이민항소법원은 이러한 입장을 분명히 하였고, 캐나다 연방항소법원도 *Abeda Teklehaimanot v. Immigration Appeal Board* 사건<sup>175)</sup>에서 난민의 지위와 캐나다에서 영주권을 취득하고자 하는 욕구 간에는 아무런 모순이 없음을 지적하였다.

특별조사와 항소심 재판에서의 항소인의 진술을 피상적으로 살펴보면 항소인이 그 무엇보다도 물리적인 안정을 추구하고 있고, 그가 소위 ... “경제적 이주민”일 수 있다는 판단을 할 수도 있다. ... 그러나 우리는 그 진술을 맥락 없이 고려해서는 안 된다; 반대로 우리가 찾아내야 하는 것은 분명한 개인적인 그리고 경제적인 동기 배후에 박해의 공포가 존재하는가이다. ... 경제적 이주민과 난민간의 구별은 언제나 쉬운 것은 아니지만, 만약 어떤 사람이 난민이라면, 그가 경제적 이주민이거나 경제적 이주민일 수 있다는 사실이 그의 난민으로서의 지위를 박탈할 수 없음을 명심하여야 한다.<sup>176)</sup>

한편 체제 중 난민의 경우에 있어서는, 입국동기가 문제되는 것이 아니라 입국 후의 활동이 문제되는 것이며 다만 판단의 신중을 기하기 위하여 본국에 있을 때부터 현재의 박해를 받을 만한 활동을 하게 될 만한 계기 혹은 단초가 있었느냐 정도를 고려할 수 있으므로 그 입국의 동기는 전혀 난민 지위의 부정의 근거가 될 수 없다고 할 것이다. 또한 법원은 협약상 난민의 지위를 부정하는 매우 중요한 판단의 지점으로 한국에서의 경제활동을 계속하기 위한 난민신청이라는 점을 부각시키고 있는데, 난민신청자들에 대하여 경제적인 면에서 국가적인 지원이 거의 이루어지지 않아 온 상황에서 경제활동을 문제 삼는 것은 모순이라고 볼 수 있고, 특히 이러한 판단에는 소위 ‘불법체류자’의 난민인정제도의 악용이라는 인식이 선형적으로 전제되어 있을 위험성이 다분하다.

---

173) UNHCR Ex-Com, *Note on International Protection*, UN Doc. AAC.96/951(13 September 2001), paras. 22, 42.

174) 따라서 경제적 이주민과 난민을 경제적 동기에 따라 구분하는 것은 불합리하다. 예상된 이주와 급작스런 이주, 자발적 이주와 비자발적 이주로 양자를 구별하려는 시도도 있으나 이는 오늘날 난민과 일반 이주민의 다양한 이동의 내용과 형식을 포괄할 수 없는 형식적인 이분법에 그칠 가능성이 많다. Animesh Ghoshal and Thomas M. Crowley, ‘Refugees and Immigrants: A Human Rights Dilemma’, *Human Rights Quarterly*, vol. 5, no. 3 (Aug. 1983), pp.328-332.

175) *Abeda Teklehaimanot v. Immigration Appeal Board*, Federal Court of Appeal Decision A-730-79, September 8, 1980.

176) *Guillermo Lautaro Diaz Fuentes*, (1974), 9 I.A.C. 323.



## 제11항 비호국으로서 한국의 선택

법원은 이러한 논지의 연장선에 다른 국가가 아닌 굳이 한국을 택한 점에 대하여도 문제를 삼고 있다. 예컨대, 기독교로의 개종을 이유로 한 난민신청자에 대하여 “원고가 단순히 기독교로의 개종을 위하여 난민신청을 하고자 하는 것이라면 아무런 연고가 없는 한국이 아니라, 처의 고국인 필리핀 등에서 난민신청을 할 수도 있었을 것으로 보이는 점” 등을 들어,<sup>177)</sup> 정부군의 박해를 피하기 위한 해외탈출을 주장하는 난민신청자에 대해서는 “그 대상국으로는 (본국과 접경하고 있는) 국가를 대한민국보다 먼저 고려하는 것이 경험칙에 부합한다고 할 것인데, 원고가 이들 국가로 탈출할 수 없었거나 그렇게 하는 것이 곤란하였다는 점에 관하여는 아무런 주장·입증이 없는 점” 등을 들어<sup>178)</sup> 난민의 지위를 부정하고 있다. 심지어는 “원고는 태권도 관련 경력을 계기로 대한민국을 도피처로 선택하였다고 주장하나, 도피처의 선택에 있어 그러한 경력이 구체적으로 어떻게 작용하였는지에 관하여는 아무런 주장·입증이 없고, 입국을 전후한 원고의 경제사정이나 종교활동 등에 비추어 보면 원고의 대한민국 입국에는 특정 종교의 선교나 취업과 같은 다른 목적이 있다고 볼 여지가” 크다<sup>179)</sup>고 판시하여 마치 한국에 와야 할 필연적인 이유를 입증하지 않으면 경제적 이주만에 불과하다고 보아야 한다는 듯한 판단까지 보이고 있다.

그러나 난민협약을 가입·비준하여 그 당사국이 되었다는 것은 그 국가에 입국하는 혹은 체류하는 난민에 대하여 국제법적 의무에 입각하여 보호를 하겠다는 법적인 의사 표시이다. 따라서 왜 다른 국가가 아닌 그 국가에서 난민신청을 하였는가를 문제 삼는 것은 적어도 난민협약의 당사국으로 취할 태도는 아니다. 또한 난민인정신청을 할 국가의 선택에는 접근가능성, 밀국입비용, 당해 국가에서의 난민인정가능성 등 그야말로 여러 가지 변수들이 작용하게 되는 바, 다른 국가가 아닌 한국을 선택한 이유를 주장·입증하도록 강요하는 것은 오히려 한국에서 경제활동을 하고자 한 것이 아니냐하는 선택적인 판단이 전제가 되고 있는 것이 아닌가하는 강한 우려를 자아내게 된다.

2008년 실태조사에 의하면 난민신청자들이 비호국으로 한국을 선택한 이유는 ‘한국이 난민에 대해 우호적이라고 생각했다.’가 32.6%로 가장 많이 나타났다. 그 다음은 ‘처음에는 다른 목적으로 입국했으나 돌아갈 수 없었다.’가 17.1%, ‘무비자국이거나 비자받기가 쉬웠다.’가 8.4%, ‘한국에 아는 사람 혹은 단체가 있어서 권유했다.’와 ‘본국에서 알던 한국 사람이 한국으로 가는 것을 도와주었다.’가 각각 5.4%로 나타났다. 이는 ‘내가 선택한 것이 아니라 소개인이 한국입국을 알선하였다.’는 응답이 41.4%에 달했던 2004년 실태조사<sup>180)</sup>와 비교해 보았을 때, 난민신청자들이 보로커의 알선과 같은 소극적 선택에 그치지 않고 적극적으로 한국을 피난처로 선택하는 경향이 증가하고 있음을 의

177) 서울고등법원 2007. 9. 19. 선고 2007누4355 판결.

178) 서울행정법원 2007. 6. 8. 선고 2006구합26233 판결; 서울행정법원 2007. 10. 5. 선고 2006구합25209 판결.

179) 서울행정법원 2008. 4. 11. 선고 2007구합31836 판결.

180) 민주사회를 위한 변호사모임, *좋은 벗들, 피난처*, 『2004 국내 외국인난민 인권실태 조사보고서』 (2004), p.6.

미하는 것이다.<sup>181)</sup>

같은 실태조사에서 난민신청자들이 본국의 주변 국가를 비호국으로 선택하지 않은 이유에 대하여 ‘본국에서 멀리 떨어질수록 안전할 거라고 생각했기 때문’이라고 대답한 사람이 26.0%로 가장 많은 수를 차지하였고, 그 다음이 ‘주변국이 더 위험하기 때문’이라고 응답한 사람이 23.5%로 나타났다. 그리고 ‘주변국들은 난민에 대해서 우호적이지 않다.’고 응답한 사람이 12.5%였고, ‘주변국의 입국이 어렵기 때문’이라는 응답은 10.4%였다. 이러한 실태조사의 결과만 보아도 난민신청자들은 주변국이 더 위험하거나 적어도 본국에서 멀리 떨어진 나라로 갈수록 안전하다는 느낌을 갖고 있다는 사실을 알 수 있고 난민신청자들이 주변국으로 가는 것이 반드시 경험칙에 부합한다고 할 수도 없으므로 주변국으로 가지 않고 한국으로 왔다는 점을 난민인정의 부정적인 자료로 삼는 것은 문제가 있다고 볼 수 있다.<sup>182)</sup>

난민협약에는 난민이 그의 본국과 가장 가까운 국가나 심지어는 그가 도망쳐간 첫 번째 국가에서 난민신청을 하여야 한다는 요건이 존재하지 않는다. 또한 그가 영구적인 보호를 추구하고자 하는 국가로 직접 가야만 하는 것도 아니다. 난민협약의 보편적인 범위는 대부분 난민으로 하여금 그들이 난민신청을 할 국가를 선택할 수 있도록 하고 있다.<sup>183)</sup> 따라서 특단의 사정이 없는 한 비호신청국의 선택을 문제삼는 것은 난민협약의 취지에 반하는 것이라고 할 수 있고,<sup>184)</sup> 박해로부터의 안전을 확보하기 위한 가정효과적인 방법을 스스로 결정할 난민의 권리를 약화시키는 결과를 초래하며, 특히 직접적으로 근접한 국가에의 비호신청을 사실상 요구하는 것은 부담의 배분이라는 원칙을 위배하여 인접국에 과도한 부담을 지우는 것을 정당화시킬 수 있다고 볼 수 있다.<sup>185)</sup>

다만, 경유한 국가에서 난민신청을 하지 않은 것이 신뢰성에 영향을 미칠 수 있다는 의견이 있는데, 캐나다 연방항소법원에서는 난민협약을 준수하는 다른 국가를 거처거나 머무르는 동안 난민신청을 하지 않은 것에 대하여 합리적인 설명이 있는 한 신청인의 신뢰성을 약화되지 않는다는 입장을 취하고 있다.<sup>186)</sup> 그동안 위 법원은 합리적인 이유로서 송환에 대한 긴급한 위협의 부재, 본국 당국의 급습으로부터 거리를 유지하기 위한 욕구, 보호의 진정한 적절성에 대한 우려, 자신의 언어가 사용되는 국가에서의 난민신청의 선호 등을 받아들였다. 그 외에도 가족, 친구, 민족공동체와의 결합 욕구, 개인

181) 김종철, 양혜우, 이병렬, 이호택, 한태희, 황필규, 『2008. 국내 난민 등 인권실태조사』 (국가인권위원회, 2008. 12), p.43.

182) 김종철, 양혜우, 이병렬, 이호택, 한태희, 황필규, 『2008. 국내 난민 등 인권실태조사』 (국가인권위원회, 2008. 12), pp.45-46.

183) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.46.

184) Executive Committee Conclusion No. 15 on Refugee Without an Asylum Country(1979), para. (h) (iii)-(iv) 비호신청을 하고자 하는 국가와 관련하여 비호추구자의 의사는 최대한 고려되어야 한다. 비호가 다른 국가에서 추구될 수 있다는 이유만으로 비호를 거절하여서는 안 된다는 점에 주의를 기울여야 한다. 그러나 비호신청 전에 그 개인이 이미 다른 국가와 연결되어 있거나 밀접한 관련이 있는 경우, 그것이 공정하고 합리적이라는 전제 하에, 그에게 우선 그 국가에 비호신청을 할 것을 요구할 수 있다; Niraj Nathawani, *Rethinking Refugee Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2003), p.144.

185) David Hull, 'Displaced Persons: 'The New Refugees'', *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13, No. 3 (1983), p.772.

186) *Marcel Simon Chang Tak Hue v. Minister of Employment and Immigration*, Federal Court of Appeal Decision A-196-87, March 3 1988; *Charles Kofi Owusu Ansah v. Minister of Employment and Immigration*, Federal Court of Appeal Decision A-1265-87, May 19 1989 참조.

의 필요와 목적에 대한 비호국가의 충족가능성, 충분히 적절한 결정절차를 가진 국가를 찾을 때까지 난민신청을 연기하고자 하는 신청자의 결정 등도 합리적으로 고려되어야 한다. 다만 이러한 합리적인 설명이 없다고 하더라도 난민신청에 근거가 없다고 할 수 없음은 물론이다.<sup>187)</sup>

## 제12항 박해에 해당하는 중대한 인권침해의 부존재

내전 중 강제징집을 거부하거나 내란 중 반군에 가담한 경우 사회 일반으로부터 차별화된 가중된 위협이 아닌 일반적인 위협의 존재할 뿐이라거나 협약상 박해에 해당하는 중대한 인권침해가 존재하지 않는다는 판단은 “공포”의 문제라기보다는 “박해” 혹은 “박해의 사유”의 문제일 수 있다. 그러나 그 자체 박해에 이르지 않은 여러 조치들(예; 여러 형태의 차별)이나 다른 부정적인 요소들(예; 출신국의 안전하지 못한 분위기)도 관련 요소들과 함께 작용하여 신청인의 심적 상태에 영향을 미쳐 “누적적 근거”로 인한 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거가 있는 공포의 주장을 합리적으로 정당화시킬 수 있다<sup>188)</sup>는 점에서 “공포”의 문제일 수도 있다.

결정권자들은 종종 난민신청자의 공포가 일반화되어 있거나 집단화되어 있는 억압과 관련된 경우 난민의 지위를 인정하지 않으려는 경향을 보이는데 이는 박해의 근거가 되는 사실이 완전히 개인적인 사정에 근거해야 한다는 전제에 기초한다.<sup>189)</sup> 그러나 이러한 견해는 일반화되고 무차별적인 위협을 받을 위험에 처해있는 경우에는 난민이 아니라는 잘못된 추론에 근거하고 있다. 난민협약이 자연재해나 광범위한 사회혼란의 피해자를 난민의 개념에 포섭시키지 않는 것은 그 피해자가 다수라서가 아니라 그 위협의 차별적이지 않은 성격 때문이다. 따라서 어떠한 위협이 충분히 심각하고 시민적 및 정치적 지위 등에 근거하여 차별화된 영향을 미친다면 얼마나 많은 유사한 사람들이 영향을 받는지와 무관하게 협약상의 난민 지위는 인정되어야 하는 것이다.<sup>190)</sup>

캐나다 연방항소법원도 *Zahirdeen Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* 사건에서 스리랑카 난민신청자가 직면한 괴롭힘은 단지 일반화된 사회적 혼란의 산물이기 때문에 그 난민신청자가 난민이 아니라는 이민항소위원회의 결정을 배척하고, 일반화된 폭력상황을 인정하면서도 그가 타밀이고 무슬림이기 때문에 차별화된 위협에 노출되어 있으므로 난민에 해당된다는 판시를 한 바 있다.<sup>191)</sup>

첫째, 난민협약의 역사적 배경을 살펴보면 협약의 최초 주요 수혜자는 제2차 세계대전으로 인해 강제 이주되었던 이들과 동유럽의 이데올로기적 반대자들이었다. 사실상 이들 모두는 집단화된 곤경에 처한 이들이었음을 상기할 필요가 있다. 둘째, 광범위한

187) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.50.

188) 『UNHCR 편람』 제53조 참조.

189) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), pp.90-91; Mark Gibney, 'A "Well-Founded Fear" of Persecution', *Human Rights Quarterly*, vol. 10, no. 1 (Feb. 1988), p.114; Leon Wildes, 'The Dilemma of the Refugee: His Standard for Relief', *Cardoza Law Review*, vol. 4, no. 3 (1983), p.372.

190) Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law, Vol I*(A. W. Sithoff-Leyden, 1966), p.213; James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), pp.92-94.

191) *Zahirdeen Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration*, (1985), 55 N.R. 129 (F.C.A.).

박해로 인한 난민들을 부정하는 것은 인도주의적이나 인권적 관점에서 봤을 때 문제가 있다. 또한 제노사이드를 포함한 많은 극단적인 인권침해는 그 본질상 개인보다는 집단을 겨냥하고 있다는 점도 주의하여야 한다.<sup>192)</sup> 셋째, 개인적으로 특수한 상황에 처한 사람만이 난민지위가 인정될 수 있다는 논리는 입증책임과 입증정도의 강화라는 왜곡된 효과를 가져올 수 있다. 즉 난민신청자는 자신의 박해에 대한 공포와 관련하여 합리적 가능성만을 입증하면 되는 것이지, 왜 자신이 특별한가를 별도로 입증해야 하는 것이 아니라고 보아야 하는 것이다.<sup>193)</sup>

2005구합21859 사건에서 서울행정법원은 내전 중 강제징집을 거부<sup>194)</sup>하거나 내란 중 반군에 가담한 것이 문제가 된 사안에서 다음과 판시한 바 있다.

“난민인정의 요건으로 문제되는 ... 박해와의 관련성은 신청인이 염려하는 박해가 신청인의 사회적·정치적 지위에 따른 ‘차별성’을 띠고 있는지가 검토되어야 한다. 이와 관련하여 국제적 또는 국내적 무력충돌의 결과로 출신국을 강제로 떠날 수밖에 없는 자는 난민협약상 원인에서 비롯된 분쟁이라 하더라도 신청인이 처한 위험이 전쟁이라는 상황 자체에서 비롯된 위험에 불과하다면 신청인이 난민협약상 열거된 사회적, 정치적 지위 때문에 박해를 받고 있다고 할 수 없다.”<sup>195)</sup>

그러나 이 판결의 항소심과 상고심에서는 여러 원고 중 1인에 대해서는 “민주화 운동을 주도하는 목사가 이끄는 교회의 청년회장으로서 강제징집거부와 반전운동을 주도한 행위로 인하여 감금되어 있었던 점에서 보면, 강제징집거부와 반전이라는 정치적 표현행위로 인한 박해에 대하여 충분한 근거 있는 공포가 존재하는 것으로 보인다.”로 판시하여 난민임을 인정했다.<sup>196)</sup>

협약상 박해에 해당하는 중대한 인권침해<sup>197)</sup>가 존재하지 않는다고 판결의 대부분은 차별과 관련된다. 서울행정법원은 2007구합10075 사건에서 “원고가 진술한 바와 같이 원고에게 교육, 경제활동, 정부주관 모임 불참 등을 이유로 한 다소간의 차별이 존재한다 하더라도 이는 난민협약상 박해라고 부를 수 있는 수준의 중대한 인권침해에 해당한다고 보기 어려운 점”을 들어 신청인의 청구를 기각했다.<sup>198)</sup> 그러나 신청인의 진술에

---

192) Cox, Theodore N., "'Well-Founded Fear of Being Persecuted': The Source and Application of A Criterion of Refugee Status", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 10, no. 2 (1984), p.350.

193) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), pp.95-96.

194) “탈영이나 징병기피의 유일한 이유가 병역을 혐오하거나 전투의 공포를 가지는 경우, 그는 분명 난민이 아니다. 그러나 탈영이나 징병기피가, 박해의 공포가 있는 국가를 떠나 국외에서 체류해야 하는 다른 관련된 동기에 의한 경우, 또는 그가 협약의 난민정의를 의미 내에 속하는 박해를 받을 공포의 이유를 가지는 경우에는 난민이 될 수 있다.” 『UNHCR 편람』 제168조.

195) 서울행정법원 2006. 1. 26. 선고 2005구합21859 판결.

196) 서울고등법원 2007. 1. 19. 선고 2006누5467 판결; 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두3930 판결.

197) 박해는 “국제사회에 의해 승인된 핵심적인 권리 중 하나에 대한 지속적이고 체계적인 국가보호의 실패”를 포함할 수 있다. *Horvath v. Secretary of State* [2001] 1 AC 489 참조; 결국 세계인권선언이나 유엔인권조약상의 권리의 중대한 침해는 ‘박해’를 구성할 수 있다. 다만 그 중합의 정도에 대해서는 명확한 기준이 없어 국가마다 그 내용이 달라질 수밖에 없는 문제점이 존재한다. David Weissbrodt, *The Human Rights of Non-Citizens*(Oxford, 2008), pp.153-154.

198) 서울행정법원 2007. 10. 17. 선고 2007구합10075 판결.

의하면 신청인은 특정 종족 출신이었기 때문에 정부가 싫어했기 때문에 학교를 계속 다닐 수 없었고, 특정 단체를 지원한다는 이유로 구금되어 운전면허증을 압수당하는 등 일을 하는 데에도 어려움이 있었으며, 정부가 주관하는 모임에 불참하여 3차례에 걸쳐 구금되었다. 과연 이러한 상황을 협약상의 박해가 아닌 “다소간의 차별”이라고 평가할 수 있을지 의문이다.<sup>199)</sup> 특히 교육이나 자격취득 혹은 유지의 제한을 통해 경제활동이 제약받는다든 것은 기본적인 생계와 관련된 문제이다. 생계를 유지할 권리에 대한 지속적이거나 체계적인 부인은 박해의 한 형태를 구성하고,<sup>200)</sup> 구금이나 고문만큼이나 효과적인 억압일 수 있다.<sup>201)</sup> 미국<sup>202)</sup>과 캐나다<sup>203)</sup>의 판례를 이러한 입장을 수용하여 생계를 유지할 능력에 대한 억압은 박해를 구성한다고 판시하고 있다. 특히 캐나다 연방 항소법원은 *Aram Ovakimoglu v. Minister of Employment and Immigration* 사건에서 “일자리를 찾고 유지하는데 있어서의 어려움”과 “군대나 민간영역에서 발전할 수 있는 가능성의 부재”가 “괴롭힘과 박해의 부인할 수 없는 증거”라고 판시했다.<sup>204)</sup> 따라서 한 개인이 취업의 기회를 아예 박탈당하거나 그가 취업을 할 수 있는 유일한 곳이 극단적으로 위험하거나 그의 자격이나 경험과는 심각하게 거리가 있는 경우에는 박해를 구성할 수 있는 것이다. 교육 및 의료에 대한 차별적 배제도 박해를 구성할 수 있다고 보아야 한다.<sup>205)</sup>

법원은 또한 “이란에서 기독교로의 개종이 정부의 탄압대상인 것은 사실이나 대중들에게 적극적으로 전도활동을 하지 않는 한 개종한 사실만으로는 교육, 경제활동 등의 영역에서 다소간의 차별이 존재한다 하더라도 이는 난민협약상의 박해라고 부를 수 있는 수준의 중대한 인권침해에 해당한다고 보기 어려운 점.”<sup>206)</sup> 등을 들어 신청인의 난민의 지위를 부정하였다. 그러나 이 판결 역시 “이란에서 이슬람에서 다른 종교로의 개종은 법적으로 허용되지 않고, 개종시에는 처벌을 받게 되어 있”고, “기독교로 개종한 사람들의 경우 고등교육을 받을 수 있는 기회가 제한되거나 여권 발급이 거절당할 수 있는 등 일정한 수준의 법적·사회적 불이익을 받을 수” 있으며, “1979년 이슬람 혁명

199) “다양한 집단의 처우상 차이는 크든 작든 실제로 많은 사회에서 존재한다. 그러한 차이의 결과로 불리한 처우를 받는 자가 반드시 박해의 피해자인 것은 아니다. 특정한 경우에만 차별은 박해에 이를 수 있다. 차별적 조치가 당해인에게 상당한 편견적 성격의 결과를 가져오는 경우가 그러하다. 생계를 유지할 권리, 종교를 신봉할 권리, 또는 일반적으로 이용가능한 교육시설에 대한 접근권 등이 그 예이다. ... 차별조치가 중대한 성격을 가지지 않는 경우에도, 당해인의 마음에 자신 장래 생존에 관하여 위기감과 불안감을 준다면, 이들 조치는 박해를 받을 우려가 있는 상당한 공포를 야기할 수 있다.” 『UNHCR 판람』 제54조, 제55조 참조.

200) Brian Roberts, 'Can the Boat People Assert a Right to Remain in Asylum?', *University of Puget Sound Law Review*, vol. 4, no. 1 (1980), p.176.

201) Geoffrey S. Gilbert, 'Right of Asylum: A Change of Direction', *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, no. 3 (1983), p.645.

202) *Desir v. Ilchert*, 840 F.2d 723 (9th Cir. 1988).

203) *Luis Rene Amayo Encina v. Minister of Employment and Immigration*, Federal Court of Appeal Decision A-720-80, February 27, 1981.

204) *Aram Ovakimoglu v. Minister of Employment and Immigration*, (1983), 52 N.R. 67 (F.C.A.), 69, per Urie J.

205) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), pp.123-124..

206) 서울행정법원 2008. 1. 9. 선고 2007구합2098 판결; 서울행정법원 2008. 1. 9. 선고 2007구합8768 판결; 서울행정법원 2008. 8. 22. 선고 2008구합5568 판결

직후 개종을 이유로 사형이 집행되었던 기록이 있”다고 인정하고 있다. 그런데, 단지 “1994년 이후로는 개종을 이유로 사형을 당한 사례는 발견되지 않고 있고, 현재는 단순히 개종을 이유로 형사기소 되는 경우는 드문 것으로 알려져 있”고, “개종을 한 후에도 주일예배의 참석과 같은 신앙생활의 영위는 가능하지만, 적극적으로 대중에게 새로운 종교를 선전하고 전도하는 행위는 심각한 탄압을 받을 수도 있다.”는 이유로 “형사처벌의 가능성” 등을 “다소간의 차별”로 규정하는 것은 상당히 주관적인 평가라고 볼 수 있다.

### 제13항 입국 후 상당 기간 도과 후 혹은 체류자격 없는 상태에서의 난민신청

법무부와 법원은 많은 경우 난민신청자의 난민신청이 입국 후 상당 기간이 경과한 후에 이루어졌음을 난민인정불허의 근거로 들고 있다. 이는 2000년 이전에는 단 한 명도 난민인정을 받은 신청자가 없었다는 점, 난민신청절차에 대한 정보가 충분히 알려져 있지 않은 점,<sup>207)</sup> 2000년 이후에도 지극히 제한적으로 난민인정이 이루어져 온 점, 난민신청을 하고 싶어도 그 절차를 쫓아가기 위해서는 일자리의 불안정함 등을 감수하여야 하는 점, 체류자격이 없는 난민신청자의 경우 체류자격 없는 체류로 인한 거액의 범칙금의 납부를 요구받고 있고 실제로 일정 기간 동안은 범칙금 납부를 전제로 난민인정절차를 진행하도록 되어 있었고 이러한 관행이 지속되고 있는 점, 난민이라는 사실로부터 항상 난민신청을 하고자 하는 의사를 도출되는 것은 아니라는 점 등에 대한 고려를 전혀 하지 않은 단선적이고 일면적인 평가일 수 있다.

상당 기간 도과 후의 난민신청의 경우, 때에 따라서는 난민신청자의 신뢰성을 문제삼을 수 있다는 견해가 존재한다. 다만 이 견해는 그 기간 경과에 대한 합리적인 이유가 제시된다면 난민신청의 시의적정성은 난민심사에서 고려해야할 대상이 될 수 없다고 보아야 하고,<sup>208)</sup> 상당 기간 경과의 합리적인 이유로는 난민신청절차에 대한 정보나 믿음의 부족함, 처벌의 두려움, 체제 중 난민의 경우 난민신청원인이 입국 후의 상황에 근거함 등을 들 수 있다고 하고 있다.<sup>209)</sup> 심지어는 박해의 공포가 있었음에도 불구하고 적절한 이유 없이 피난 자체를 늦췄다면 박해에 대한 충분한 근거가 있는 공포와 그 위협에 대하여 진지한 평가가 어렵다는 주장도 제기된다.<sup>210)</sup> 그리고 난민신청의 시점이 신청자의 박해에 대한 주관적 공포의 진정성과 범위를 평가할 수 있는 기준이라는 주장

207) 2008년 실태조사에서도 입국 후 1년이 지난 후에 난민신청을 한 경우가 전체 난민신청자의 51.9%에 달했고, 1년이 지나서 신청한 이유는 ‘어디에서 어떻게 신청해야 하는지 몰라서 신청하지 못했다.’는 이들이 많았다. 김종철, 양혜우, 이병렬, 이호택, 한태희, 황필규, 『2008. 국내 난민 등 인권실태조사』(국가인권위원회, 2008. 12), p.52.

208) Christopher J. Wydrzynski, 'Refugees and Immigration Act', *McGill Law Journal* vol. 25, no. 2 (1979), p.177.

209) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), pp.53, 55; 유럽연합 이사회준칙 2004/83/EC 제4조 제5항도 신청자의 진술만으로 사실 인정을 할 수 있는 조건 중의 하나로 “신청자가 다른 상당한 이유를 제시할 수 있는 경우가 아니면, 신청자는 가능한 가장 이른 시기에 국제적 보호를 신청”했어야 함을 규정하고 있다.

210) Vigdis Vevstad, *Refugee Protection: A European Challenge*(Tano Aschehoug, 1998), p.61.

도 있다.<sup>211)</sup>

그러나 이러한 주장은 다음의 세 가지 선택적인 판단, 즉 1) 본국에서 공포를 가진 이들은 지체 없이 본국을 떠날 것, 2) 이들이 도달한 첫 번째 안전한 국가에 보호를 요청할 것, 3) 이들은 어떤 이유에서건 본국으로 다시 돌아가지 않을 것이라는 전제에 서 있다.<sup>212)</sup> 그러나 이러한 가정에는 그 어떠한 합리적인 근거도 없다고 보아야 한다. 박해의 공포를 가진 난민이 어느 시점에 난민신청을 하느냐를 기준으로 그의 난민의 지위를 부정할 수 있는 정당한 근거는 없다고 평가하는 것이 좀 더 난민협약의 취지에 부합하는 해석일 것이다. 이러한 경우에 결정권자는 난민신청자가 두려워하지 않는다거나 거짓말을 하고 있다는 예단을 가지기 전에 신청자의 위험에 대한 인식에 영향을 주는 요소들, 즉 신청자의 개인적인 위험에 대한 인내 정도, 낙관적인 편견, 유사한 위험에 대한 과거 경험, 감정적 반응, 위기관리방식에 영향을 주는 심리적 및 문화적 요소 등에 대하여 충분히 고려하여야 하는 것이다.<sup>213)</sup>

일부 법원의 경우, 난민신청자가 한국에 입국한 이후 장기간 난민신청을 하지 아니하고 취업활동을 하다가 체류허가기간이 만료되기 직전에야 이 사건 난민신청을 한 것은 “불법체류에 따른 강제출국을 면하고 경제활동을 하기 위하여 한 남용적 신청”이라는 법무부의 주장에 대하여 “설령 원고가 대한민국에 입국한 이후 바로 난민신청을 하지 아니하였다고 하더라도 이는 난민신청절차를 알지 못하였기 때문일 수 있고, 원고가 대한민국에서 경제활동을 하였다고 하더라도 이는 생계를 위하여 불가피한 것이라 할 것”이라고 판시한 바 있다.<sup>214)</sup>

법원이 협약상 난민의 지위를 부정하는 근거로 들고 있는 체류기간 만료 직전 혹은 후에 단속이 강화된 상황에서 난민 신청, 난민 신청을 위한 관련 단체의 가입이나 개종, 세례 혹은 관련 단체의 가입이나 개종, 세례 직후 또는 직전 난민신청 혹은 불법체류자로 단속된 이후 난민신청 등도 위와 같은 맥락에서 이해될 필요가 있다. 난민협약이 합법적인 입국이나 체류를 난민인정의 기준으로 제시하고 있지 않는 점에서 알 수 있듯이 불법입국이나 체류는 난민인정에 있어서 하나의 기준이 될 수 없고,<sup>215)</sup> 박해를 피해 온 난민일수록 합법적인 입국이나 체류를 기대하기 어려울 수 있다.<sup>216)</sup> 즉, 체류자격이 없음으로 인해 단속이 되는 경우 박해의 위험이 있는 본국으로의 강제송환이 불가피해지는 경우, 단체의 가입 등을 통해 본국 당국이 난민신청자를 주목할 가능성이 높아지고 따라서 박해의 위험성이 증가하는 경우, 진정한 난민이라고 하더라도 여러 가지 불이익이나 번거로움에도 불구하고 달리 선택의 여지없이 난민신청을 진지하게 고려할 수밖에

211) Migration Review Tribunal, *Guidance on the Assessment of Credibility*(August 2008), p.4, <http://www.mrt-rrt.gov.au/docs/guidelines/CredibilityGuidanceAug08.pdf>, 2009. 7. 31. 방문.

212) Hilary Evans Cameron, 'Risk Theory and 'Subjective Fear': The Role of Risk Perception, Assessment, and Management in Refugee Status Determinations', *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, no. 4 (2007), p.567.

213) Hilary Evans Cameron, 'Risk Theory and 'Subjective Fear': The Role of Risk Perception, Assessment, and Management in Refugee Status Determinations', *International Journal of Refugee Law*, vol. 20, no. 4 (2007), p.568.

214) 서울행정법원 2006. 8. 22. 선고 2005구합39256 판결.

215) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), pp.50-51.

216) Deborah E. Anker, 'Discretionary Asylum: A Protection Remedy for Refugees Under the Refugee Act of 1980', *Virginia Journal of International Law* vol. 28, no. 1 (1987), p.53.

없게 된다는 점을 충분히 고려할 필요가 있는 것이다.

소위 불법체류자의 난민인정제도의 악용가능성을 선형적으로 전제하고 제반의 사정이 이러한 선형적인 판단을 뒷받침하는가를 판단하기에 앞서 진정한 난민이라면 이러한 상황 하에서 어떠한 선택을 하였을 것인가를 먼저 판단하여야 한다는 것이다. 난민은 박해에 대한 공포로 인하여 이주통제시스템에 순응하는 불가능하고 국가의 이주통제를 통한 억제효과도 기대할 수 없음을 유의하여야 한다.<sup>217)</sup> 캐나다 연방항소법원은 1985년 *Surujpal v. Minister of Employment and Immigration* 사건에서 이를 분명히 하고 있다.

“신청자가 방문객으로 캐나다에 들어와서 불법적으로 캐나다 사회보험카드를 확보하고, 적발되어 체포되기까지 약 1년 동안 불법적으로 일하고, 그리고 나서 난민신청을 하였다는 점은 신청자의 신뢰성에 부합하지 않는다. 그러나 그러한 상황에서도 법은 그가 난민신청을 할 수 있도록 하고 있기 때문에 우리는 난민신청이 이러한 외적인 요소에 기초하여 결정되어야 한다고 법이 의도하지는 않았다고 판단한다.”<sup>218)</sup>

난민신청자들에 대한 법원의 이러한 부정적인 인식은 극단적인 경우, 난민신청자의 청구를 기각하였던 과거의 판례를 그대로 옮겨 적으면서 실제로는 불법체류자로 단속한 적이 없는 난민신청자임에도 불구하고 “불법체류자로 단속된 이후에서야 이 사건 난민신청을 한 점”을 난민의 지위를 부정하는 근거로 제시하는 도저히 받아들이기 어려운 판시의 결과를 낳기도 한다.<sup>219)</sup>

## 제14항 진술의 신빙성의 결여

진술의 신뢰성과 관련하여 법원은 난민신청, 1차면담, 추가면담, 소 제기 또는 당사자 본인신문 등 시점의 진술이 서로 다르거나 당사자의 진술과 증인의 진술이 달라 그 진술의 일관성이 없거나 모순되어 그 주장에 신빙성이 없다는 판시를 하고 있다. 그러나 신청자의 진술은 면접과정에서의 면접관의 성향, 변호사의 조력, 통역 여부에 따라 그 내용에 상당한 차이가 있을 수 있음이 주지에 사실이고, 신청 장소에서의 신청서 작성의 강요, 난민인정절차가 심사기간의 장기화, 제대로 된 통역 제공의 부재, 적절하고 실질적인 조사나 심사시스템의 미비, 조사나 심사 자료의 당사자로부터의 은폐 등 기존 한국에서의 관행이 어느 정도 진술의 일관성 및 신빙성의 약화를 구조적으로 강제할 수 있는 문제점을 가지고 있다고 했을 때, 법원은 이러한 점들에 대해서도 특별한 주의를 기울일 필요가 있다고 하겠다.

실제로 법원도 “통역 상의 난점이나 기억의 한계 등을 감안하면 진술의 세부사항이 일부 다른 것은 자연스러운 현상으로 볼 수 있는 점 등에 비추어 볼 때” 신청자의 진술

217) Niraj Nathawani, *Rethinking Refugee Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2003), p.107.

218) *Surujpal v. Minister of Employment and Immigration*, Federal Court of Appeal (1985), 69 N.R. 73 (F.C.A.).

219) 서울행정법원 2009. 7. 15. 선고 2009구합331 판결.



이 “전체적인 진술취지”가 “일관되어 있으므로 … 세부사항의 불일치만을 문제 삼아 원고 진술 전체가 신빙성이 없다고 판단할 수 없”고, “그 전체적인 내용에 있어 신빙성이 있다.”<sup>220)</sup>고 판시하고 있다. 경우에 따라서는 고의로 거짓 진술을 하는 경우에도 그 거짓 진술에 합리적인 이유가 있으면 이후의 진실된 진술의 신빙성을 긍정하기도 한다.<sup>221)</sup> 박해의 세부내용에 관한 난민신청자의 진술이 일관되지 못한 경우에도 난민면담 시부터 재판에 이르기까지 난민신청자가 그 자신 및 가족에 대한 박해의 내용을 그 핵심에 있어 일관되게 주장하여 온 점을 주로 평가하고 심지어는 신청자의 대리인에 의하여 난민인정불허처분취소소송의 3차 변론기일에 이르러 비로소 주장된 것에 대해서도 “부정확한 통역과정에서 과장되거나 왜곡되었을 가능성”이 있다<sup>222)</sup>는 이유로 이를 받아들이는 취지의 설시를 하는 등 어느 정도 유연하게 진술의 일관성 및 신빙성의 문제를 접근하고 있다고 보인다. 또한 서울행정법원은 “원고가 피고로부터 조사를 받을 당시 진술한 내용에 일부 일관성이 없는 부분이 있었다고 하더라도, 이는 박해를 피해 급히 … 를 탈출한 원고가 불안한 심리상태에서 아무런 소명자료도 없이 조사를 받았을 것으로 보이는 점을 감안하면, 이것만으로 원고의 진술이 신빙성이 없다고 인정할 수 없다.”고 판시한 바 있다.<sup>223)</sup>

## 제15항 관례의 경향에 대한 평가

난민의 지위에 관한 협약 제31조 제1항 본문은 “체약국은 이 협약 제1조와 같은 의미로 그들의 생명과 자유가 위협받는 영역에서 직접 탈출해 온 난민에게, 그들이 불법적으로 자국 영역 내에 입국하고 또는 체류하고 있다는 이유로 형벌을 과하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 체류자격이 없는 난민이 단지 그 체류자격이 없음으

220) 서울행정법원 2008. 2. 20. 선고 2007구합22115 판결; 서울행정법원 2008. 9. 25. 선고 2007구합31911 판결 등.

221) “특히 원고는 면담조사 초기(1, 2회)에는 자신의 탈출을 도와준 사람들을 비호하기 위해 그들에 관한 정보를 숨기는 과정에서 일부러 거짓으로 진술한 것으로 보이고, 그 후의 원고의 진술은 비교적 일관되고 조리가 있는 점.” 서울행정법원 2008. 2. 20. 선고 2007구합22115 판결; 거짓 진술은 그 밖에도 두려움, 절망, 밀입국 혹은 인신매매 가해자의 지시에 근거한 것일 수 있고(Catherine Dauvergne, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*(Cambridge University Press, 2008), p.62 참조), 진정한 난민이라도 그 난민신청을 국가의 난민 관련 법제와 관행에 비추어 난민인정의 가능성을 높이기 위하여 거짓말을 하는 경우가 있을 수 있다.

222) 서울행정법원 2008. 5. 2. 선고 2007구합24746 판결. 그러나 서울고등법원은 본 사안에 대하여 난민신청자의 진술 일관성이 없거나 모순됨을 들어 난민신청자의 주장을 배척하였다. 서울고등법원 2008. 11. 25. 선고 2008누13776 판결.

223) 서울행정법원 2007. 1. 9. 선고 2006구합28345 판결. 그러나 서울고등법원은 위 2007누4355 판결에서 “원고가 피고로부터 조사를 받을 당시 진술한 내용에 폭행을 당하였다는 시기, 기독교로의 개종 시기 등 중요한 부분에 관한 진술에 일관성이 없는 바, 이는 박해를 피해 급히 이집트를 탈출한 원고가 불안한 심리상태였을 수 있다는 점을 감안하더라도 쉽고 납득하기 힘든 점”을 들어 위 판시의 내용을 부정하였다. 한편 다른 판결에서는 “원고는 제1차 조사와 2차 조사 때 진술에 일관성이 없는 것은 통역상의 문제에서 기인한 것이라고 하나, 원고가 피고에게 제출한 신청서 등에 비추어 보면 이를 그대로 믿기 어렵다고 판시하고 있다. 그러나 난민신청서가 영문으로 작성되었고, 조사관이 영어에 의한 의사소통에 별다른 어려움을 느끼지 않았다고 판단한다고 하여 통역 없이 영어로 이루어진 조사가 ‘통역상의 문제’가 없었다고 단정 짓는 것은 다소 무리가 있을 수 있다. 서울행정법원 2007. 11. 30. 선고 2007구합22078 판결 참조.

로 인하여 난민인정과 무관한 일반적인 처벌을 받아서는 안 된다는 것만을 의미하는 것이 아니다. 이 규정은 또한 난민이 그 체류자격이 없음으로 인하여 난민으로 인정되는 절차에서도 불이익을 받아서는 안 된다는 것을 묵시적으로 제시하고 있다고 보아야 한다.<sup>224)</sup> 난민협약 자체가 이주통제시스템의 억제 조치들이 박해의 공포를 피해 이주하는 이들에게는 작동해서는 안 된다는 원칙의 표현이라고 보아야 하는 것이다.<sup>225)</sup>

한편, 위 조항은 단서는 “다만 난민이 지체 없이 국가기관에 출두하고 그들의 불법적인 입국 또는 체재에 대한 상당한 이유를 제시할 것을 조건으로 한다.”고 규정하고 있다. 그러나 이 역시 지체 없는 출두와 상당한 이유의 제시가 난민인정의 요건이 되어야 함을 의미하는 것은 아니다. 즉, 불법적인 입국 또는 체재는 그릇된 인식, 잘못된 정보, 공무원에 대한 불신 또는 보복이나 처벌에 대한 두려움 등 다양한 요소에 의한 것일 수 있다. 이러한 경우에는 비호를 신청한 국가로의 입국이나 그 국가에서의 체류의 상황은 난민신청을 심사하는 데 있어서 고려하여야 할 사항이 될 수 없다.<sup>226)</sup>

한국의 판례들은 예외 없이 난민의 정의와 사실 확정 문제, 그리고 난민이 가지는 특수성에 대하여 협약과 『UNHCR 편람』을 인용하고 있다. 그러나 대부분의 판례는 기본적으로 체류자격 없는 난민신청자가 장기체류를 도모하기 위하여 난민인정제도를 악용하는 것이라는 예단을 전제로 하고 있다. 그리고 이러한 예단을 조금이라도 뒷받침할 수 있다고 판단되는 사실들을 나열하여 그 예단이 옳은 것이었음을 확인하고, 이를 근거로 ‘박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거가 있는 공포’의 존재를 부정하고 있다. 이는 소위 ‘불법체류자’의 난민인정제도의 악용을 요건으로 하고, 그 ‘악의’를 추측하게 할 수 있는 정황사실들의 확인을 그 입증의 방법으로 하여 진정한 난민의 경우에는 사실상 생명형 혹은 자유형에 해당할 수 있는 난민인정불허처분의 정당성을 확인하는 절차로서 자리매김하고 있는 것이다. 즉 소위 ‘가짜’ 난민신청자에 대한 공포가 시스템 전체를 지배하면서 진정한 난민신청자에게 심각한 타격을 주고 있다. 모든 난민은 처음에는 난민신청자의 지위에 있기 때문에 그 지위가 확정되기 전까지는 난민신청자가 난민일 수 있다는 전제 하에 난민신청자에 대한 보호가 이루어져야 함<sup>227)</sup>에도 불구하고 ‘난민신청자는 무죄가 입증되기 전까지 유죄가 추정’<sup>228)</sup>되고 있는 것이다.

그리고 더 큰 문제는 이러한 난민신청자에 대한 기본적인 접근방법에 동원되는 사실관계 역시 대부분 잘못된 전제에 기초하거나, 진정한 난민의 경우에도 다르지 않았을 상황도 포함하고 있고, 그 사실관계에 관한 묘사에서 직접적으로 가치를 개입시키는 등 사실관계 파악을 통한 심증의 확인이 아닌, 예단에 의하여 재단된 사실관계가 그 예단의 근거로 제시되는 경향을 보이고 있다는 점이다. 예컨대, 진정한 난민이라면 누구나 어디서나 즉시 난민신청을 해야 하고 할 것이라는 전제가 상당수의 판례에서 마치 당연한 진리인양 언급되고 있고, 경제활동을 한 것을 강하게 문제 삼고 있으며, ‘소극적이다’, ‘불과하다’ 등의 표현으로 사실관계를 재단하고 있다.

224) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), pp.50-51 참조.

225) Niraj Nathawani, *Rethinking Refugee Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2003), p.107.

226) James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*(LexisNexis, 1991), p.55 참조.

227) UNHCR Ex-Com, *Note on International Protection*, UN Doc. A/AC.96/914(7 July 1999), para. 16.

228) Carole Bohmer and Amy Shuman, *Rejecting Refugees: Political Asylum in the 21st Century*(Routledge, 2008), p.11.

결국 법원은 신청자들의 난민신청의 동기에만 주목하고, 더욱이 난민의 요건과는 사실상 무관한 외부적인 사실들로서 난민신청 동기를 판단할 수 있는 것처럼 보이는 사실들 혹은 그 사실들에 대한 가치평가를 난민의 지위를 부정하는 근거로 삼아 정작 난민신청자들이 본국으로 송환되었을 때 박해가능성이 있는지 여부와 그에 대한 공포가 있는지 여부에 대하여 판단을 소홀히 하는 것은 아닌지 우려된다.<sup>229)</sup> 또한 신청자의 입국동기, 반정부단체의 가입동기 및 난민신청 동기 등에 대한 신청자의 불리한 진술들은 난민심사관과의 ‘면담조서내용’을 근거로 하고 있으나, 현재 난민신청자에 대한 출입국 관리공무원의 최초의 면접, 사실조사, 심사과정이 확립된 절차적인 원칙 없이, 난민신청자에게 필요한 법률적인 조력이나 전문통역인도 없이 이루어지는 경우가 대부분이고,<sup>230)</sup> 이러한 과정으로 수집된 ‘면담 조사내용’이 소송에서 그대로 증거로 사용되고 있는 바, ‘충분한 근거가 있는 공포’를 적극적으로 부정하는 근거가 될 수 없는 사실들을 기초로 난민신청을 배척하는 경향이 존재한다고 평가할 수 있겠다.

---

229) Erika Feller, 'Who is s Refugee?', *International Conference Refugees in the World: The European Community's Response*(Dutch Refugee Council and Netherlands Institute of Human Rights, SIM, 7-8 December 1989), p.66.

230) 『UNHCR 편람』 제192조 (iv) 신청자는 관련당국에 자신의 사례를 제출함에 있어서, 자격 있는 통역인의 서비스를 포함하여 필요한 편의를 제공받아야 한다. 신청자는 또한 UNHCR 대표와 접촉할 기회를 보장받아야 하고, 그러한 기회에 대하여 적절하게 통지되어야 한다.