creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

난민의 ‘보충적 보호’ (complementary protection)에 관한 연구

— 강제송환금지 원칙과 인도적 체류허가를 중심으로 —

2021년 8월

서울대학교 대학원
법학과 행정법 전공
김 후 신

난민의 '보충적 보호' (complementary protection)에 관한 연구

— 강제송환금지 원칙과 인도적 체류허가를 중심으로 —

지도교수 최 계 영

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2021년 5월

서울대학교 대학원

법학과 행정법 전공

김 후 신

김후신의 박사 학위논문을 인준함

2021년 7월

위 원 장 _____

부위원장 _____

위 원 _____

위 원 _____

위 원 _____

국문초록

이 논문은 난민협약에 따른 보호를 받지 못하지만, 국제적 보호가 필요한 사람들을 보호하는 방법으로서 부상하고 있는 보충적 보호에 관해 살펴본다. 보충적 보호에 대한 고찰의 의미는 난민협약의 불완전성에서 기인한다. 난민협약 체제에서 난민의 범위는 통상적인 어의에 비해서 상당히 제한적이다. '인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견'이라는 다섯 가지 원인을 가지는 박해의 위험에 처해야 한다. 하지만 이와 같은 보호 범위만으로는 국가-국민의 관계가 사실상 단절되어 보호를 받지 못하는 사람을 충분히 포괄하지 못한다. 다섯 가지 원인 없이도 박해의 위험에 처하거나, 생존기반이 박탈될 수 있기 때문이다.

외국인에 대한 추방권능은 무한한 것이 아니다. 특히 체류 보장의 관점에서, 난민협약상 난민이 아닌 자 중 인권에 대한 위협을 국가가 이를 방지할 수 없으며, 실질적으로 다른 국가로의 이민을 통해서만 이를 피할 수 있는 상황에 처한 자는 난민협약상 난민과 달리 취급할 근거가 약하다. 난민협약을 넓게 해석해서 박해사유와의 연관성 요건을 느슨하게 해석하면 이 문제를 상당 부분 완화할 수 있지만, 보다 근본적인 해결을 위해서는 입법적 방법이 필요하다.

난민법제상 보충적 보호의 인식론적 출발점은 국제인권조약상 강제송환금지 의무를 난민법의 시각에서 바라보는 것이다. 달리 말하면, 강제송환금지 의무는 난민과 보충적 보호를 매개하는 핵심개념이다. 한국이 당사국인 고문방지협약과 자유권규약, 그리고 아동권리협약은 강제송환금지 원칙의 근거가 된다. 고문방지협약의 경우에는 명시적으로 강제송환금지 의무가 규정되어 있지만, 그 외에는 해석에 따라 그와 같은 의무가 인정된다. 그러한 해석의 단초는 국제인권조약 감독기구들이 제공하고 있다. 이는 난민협약상 난민의 정의를 확대하기 곤란한 현실적인 여건 속에서 찾아낸 일종의 해석적 발견

으로 평가할 수 있다. 비교법적으로 유럽인권재판소는 생명권 침해 및 고문·가혹행위의 위험이 있는 경우 외에도 형사재판의 맥락에서 공정한 재판을 받을 권리가 명백하게 부인되거나 자의적인 구금을 당할 위험이 있는 경우에까지 강제송환금지 원칙이 적용되는 대상을 확장하고 있다. 이는 강제송환금지 원칙의 피보호이익이 한정적으로 인식될 필요가 없음을 보여준다.

비교법적으로 보았을 때, 보충적 보호를 구하는 방법은 수익과 방어의 2단계 구조로 인식될 수 있음을 확인할 수 있다. 수익적 단계에서는 일정한 처우를 보장하는 지위를 구하는 방법으로 보충적 보호가 실현된다. 강제송환금지 원칙으로부터 수익적 지위가 부여될 의무가 도출되는 것은 아니므로, 보충적 보호 지위의 부여 요건이 강제송환금지 의무의 적용범위와 완전히 일치하지는 않는다. 방어적 단계에서는 보다 직접적으로 강제송환이 다투어지며, 강제송환금지 원칙 자체의 적용이 문제된다.

한국 난민법제에서 위와 같은 2단계의 기능을 수행하는 것은 인도적 체류허가와 강제퇴거명령에 대한 쟁송이다. 국내 행정실무에서 인도적 체류허가가 운용되는 실무를 살펴보면, 국제법적·비교법적 성찰이 부족한 상황이다. 「난민법」은 인도적 체류허가의 근거를 고문방지협약에서 찾고 있는 것처럼 규정되어 있는데, 지위 부여의 가능성은 고문방지협약상 강제송환금지 원칙의 적용범위에 비해 넓다. 규정 체계상으로도 재량행위로 규정되어 있어서, 마치 의무가 아닌 온정과 시혜의 영역인 것으로 생각하는 경향이 있다. 법원에서도 마찬가지의 경향성을 보여주고 있다. 하지만 이와 같은 이해는 국제법상 강제송환금지 원칙을 성실히 구현하는 데에 저해가 될 뿐만 아니라, 순수하게 국내법적 시각으로만 보았을 때에도 정당화되기 어렵다. 인도적 체류허가가 거부되는 경우에는 다른 국가들의 보충적 보호 실무와 마찬가지로 효과적인 불복의 기회가 제공되어야 한다.

인도적 체류허가 제도에 관한 입법개선 사항으로는 크게 세 가지를 제안한다. 하나는 보호의 근거 및 효과의 보완이다. 적어도 국제법상 강제송환금지 의무가 적용되는 사람들에 한해서는, 달리 배제사유나 예외사유가 없는 한, 기속적으로 보충적 보호 지위를 부여하는 것을 골자로 한다. 그간 인도

적 체류허가가 규율했던 범위 중 강제송환금지 의무의 범위를 초과하는 범위에서는 재량적으로 보충적 보호 지위를 부여할 수 있게 하는 입법을 제안한다. 두 번째 개선으로 제안하는 사항은 신청절차를 명시하고 그에 대한 응답의무를 신설하는 것이다. 이는 국내실무에서 문제가 되었던 거부처분의 신청권 문제를 명확하게 해소하려는 취지이다. 마지막으로는 처우개선을 제안한다. 처우개선의 차원에서는 인도적 체류가 장기화되면서 난민협약상 난민과의 차별취급의 근거가 약화되는 점과 더불어, 사회권규약 등에 따라 사회권에 대해서도 점진적 개선의무가 존재한다는 점을 적극적으로 고려해야 한다.

강제퇴거명령에 관해, 강제퇴거를 집행만 하지 않으면 강제송환금지 원칙이 준수된 것이라는 관념에 입각한 실무경향이 확인된다. 하지만 본질적으로 강제퇴거명령은 강제퇴거라는 집행행위가 될 것이라는 사전적 의사표시이다. 따라서 행정쟁송에서 강제퇴거명령의 실체적 위법성을 인정하는 것의 실질적 의미는 그와 같은 강제퇴거가 실제로 일어나면 실체법 위반이 발생한다는 점에 대한 인정이다. 이처럼 볼 때 강제퇴거명령에 대한 위법사유로 강제송환금지 원칙을 원용하는 데에 장애가 없다. 이는 그 근거가 되는 국제인권조약과의 관계에서 명시적인 법령 위반이다. 명시적인 법령 위반인 것과는 별개로, 그 제반사정은 재량하자 판단 시의 고려사유도 된다. 강제퇴거와 관련해 입법개선 사항으로는, 강제퇴거명령의 위법성 판단기준시점 갱신, 출입국항 난민심사 회부 심사 시 불회부 금지 사유로서 보충적 보호 사유 추가가 있다.

주요어: 난민, 보충적 보호, 강제송환금지 원칙, 인도적 체류허가, 강제퇴거

학번: 2018-38779

대 목 차

국문초록
약어표

연구의 목적 ····· 1
연구의 범위 ····· 4

제 1 장 난민협약의 한계와 보충적 보호의 대두 ····· 7
제 1 절 외국인 추방과 난민보호 ····· 8
제 2 절 난민협약의 보호와 그 한계 ····· 19
제 3 절 보충적 보호를 통한 보완 ····· 35

제 2 장 강제송환금지 원칙 ····· 42
제 1 절 국제인권법적 토대 ····· 42
제 2 절 강제송환금지 원칙의 요건:
어떠한 위험으로부터 보호를 받는가? ····· 53
제 3 절 강제송환금지 원칙의 효과:
금지되는 행위는 무엇인가? ····· 115
제 4 절 소결 ····· 127

제 3 장 각국의 보충적 보호 ····· 129
제 1 절 비교대상국가의 선정 및 유형화 ····· 129
제 2 절 보충적 보호의 대상 ····· 132
제 3 절 보충적 보호의 절차 ····· 203
제 4 절 보충적 보호의 내용 ····· 248

제 5 절 소결 ····· 274

제 4 장 한국의 보충적 보호 ····· 280

제 1 절 개설 ····· 280

제 2 절 강제송환금지 원칙의 이행 ····· 283

제 3 절 인도적 체류허가 ····· 289

제 4 절 강제퇴거에 대한 방어 ····· 320

제 5 절 소결 ····· 333

제 5 장 요약 및 결어 ····· 336

제 1 절 요약 ····· 336

제 2 절 결어 ····· 344

참고문헌 ····· 346

Abstract ····· 366

목 차

국문초록
약어표

연구의 목적 ····· 1
연구의 범위 ····· 4

제 1 장 난민협약의 한계와 보충적 보호의 대두 ····· 7
제 1 절 외국인 추방과 난민보호 ····· 8
Ⅰ. 영토주권에 따른 추방권능 ····· 8
1. 국경을 기초로 한 결단 ····· 8
2. 추방권능의 규범적 정당성 ····· 9
Ⅱ. 난민보호 의무의 규범적 근거 ····· 15
제 2 절 난민협약의 보호와 그 한계 ····· 19
Ⅰ. 난민협약상 난민개념과 강제송환금지 ····· 19
Ⅱ. 난민개념의 근본적 한계 ····· 21
Ⅲ. 한계의 극복시도 ····· 22
1. 정당한 난민의 범위에 관한 논의 ····· 22
2. 법적 구현방법 ····· 27
1) 난민 정의의 확장해석 ····· 27
2) 지역문서에 의한 난민 정의 확대 ····· 31
3) 유엔난민기구의 위임난민 ····· 33
제 3 절 보충적 보호를 통한 보완 ····· 35
Ⅰ. 개념의 구체화 ····· 36
Ⅱ. 분석의 방향 ····· 40

제 2 장 강제송환금지 원칙 ····· 42
제 1 절 국제인권법적 토대 ····· 42
Ⅰ. 국제인권법과 난민행정법의 교차영역 ····· 42
Ⅱ. 국제인권조약의 진화적 해석 ····· 44
Ⅲ. 사례중심 접근법 ····· 50
Ⅳ. 연구대상 조약 ····· 51
제 2 절 강제송환금지 원칙의 요건:
어떠한 위험으로부터 보호를 받는가? ····· 53
Ⅰ. 개관 ····· 53
Ⅱ. 위험의 종류 ····· 55
1. 고문 ····· 55
1) 준거로서 고문방지협약 ····· 55
2) 공적 속성 ····· 57
3) 목적성 ····· 59
4) 고통의 정도 ····· 60
2. 가혹행위 ····· 63
1) 독자적 의미 ····· 63
2) 해석상 도출 ····· 64
3) 가혹행위의 의미 ····· 67
3. 생명권 침해 ····· 78
1) 사형 ····· 78
2) 그 밖의 생명권 침해 ····· 81
4. 공정한 재판을 받을 권리 침해 및 자의적 구금 ····· 84
5. 아동의 특칙 ····· 88
1) 부모와의 분리금지 ····· 88
2) 아동 개인에 대한 위험 ····· 89
3) 최선의 이익 ····· 93
Ⅲ. 위험의 평가 ····· 95

1. 위험의 의미와 증명의 대상 ····· 95
1) 고문방지협약 ····· 95
2) 유럽인권협약 ····· 96
3) 자유권규약 ····· 98
2. 고려요소 및 증명 ····· 100
1) 고문방지협약 ····· 100
2) 유럽인권협약 ····· 104
3) 자유권규약 ····· 107
3. 판단기준시점 ····· 110
1) 고문방지협약 ····· 110
2) 유럽인권협약 ····· 113
3) 자유권규약 ····· 114
제 3 절 강제송환금지 원칙의 효과:
금지되는 행위는 무엇인가? ····· 115
Ⅰ. 강제송환으로부터의 보호 ····· 115
1. 강제송환의 의미 ····· 115
2. 송환금지국가의 범위 ····· 116
Ⅱ. 절대성 여부 ····· 116
1. 조약감독기구와 유럽인권재판소의 입장 ····· 117
1) 고문방지위원회 ····· 117
2) 유럽인권재판소 ····· 118
3) 자유권규약위원회 ····· 119
2. 예외적 형량가능성 ····· 121
3. 보론: 생명권 침해의 경우 ····· 125
제 4 절 소결 ····· 127

제 3 장 각국의 보충적 보호 ····· 129
제 1 절 비교대상국가의 선정 및 유형화 ····· 129

제 2 절 보충적 보호의 대상 ····· 132
Ⅰ. 수익적・방어적 보호가 모두 보장되는 국가 ····· 132
1. 독일 및 프랑스 ····· 132
1) 유럽통합비호체계의 개관 ····· 133
2) 유럽연합 「자격지침」상 부수적 보호 ····· 137
3) 각국 국내법상 강제퇴거금지 ····· 149
2. 캐나다 ····· 152
1) 국제조약의 국내법상 지위 ····· 153
2) 보호가 필요한 사람 ····· 155
3) 인도적・온정적 고려 ····· 164
Ⅱ. 방어적 보호가 주된 국가: 미국 ····· 171
1. 자유권규약의 미이행 ····· 171
1) 비자기집행성의 의미 ····· 172
2) 자유권규약의 비자기집행성 ····· 174
3) 강제송환금지 의무의 불인정 ····· 177
2. 고문방지협약에 따른 퇴거유예・퇴거연기 ····· 178
1) 고문방지협약의 미국에서의 이행 ····· 178
2) 고문방지협약의 이행법령 ····· 181
3. 임시보호지위 ····· 182
1) 전신(前身) ····· 183
2) 규정체계 ····· 185
3) 한계 ····· 187
Ⅲ. 수익적 보호가 주된 국가: 호주 ····· 187
1. 국제조약의 국내법상 지위 ····· 188
1) 직접효력의 부정 ····· 188
2) 정당한 기대의 법리 ····· 191
2. 보호사증 발급사유인 보충적 보호 ····· 193
1) 규정체계 ····· 193

2) 상당한 위해 ····· 194
3) 위험의 정도 ····· 197
4) 배제사유 ····· 201
제 3 절 보충적 보호의 절차 ····· 203
Ⅰ. 수익적・방어적 보호가 모두 보장되는 국가 ····· 203
1. 독일 및 프랑스 ····· 203
1) 관련 유럽연합 지침 ····· 203
2) 독일 ····· 209
3) 프랑스 ····· 213
2. 캐나다 ····· 218
1) 난민보호 부여 절차 ····· 218
2) 퇴거 전 위험성 평가 ····· 225
3) 집행정지 ····· 229
Ⅱ. 방어적 보호가 주된 국가: 미국 ····· 230
1. 신청 및 심사・결정의 구조 ····· 230
2. 불복절차 ····· 233
3. 출입국항의 특칙 ····· 234
Ⅲ. 수익적 보호가 주된 국가: 호주 ····· 234
1. 신청절차 ····· 234
1) 사증체계 ····· 235
2) 해상난민・이송난민 ····· 236
3) 과거의 보호사증 거부 ····· 237
2. 보호 여부 결정 ····· 238
3. 불복절차 ····· 239
1) 행정심판 ····· 239
2) 사법심사 ····· 242
3) 장관의 재량결정 ····· 246
제 4 절 보충적 보호의 내용 ····· 248

Ⅰ. 강제송환금지 원칙의 보장 ····· 248
1. 강제송환금지 원칙이 그대로 구현된 국가 ····· 248
1) 독일 및 프랑스 ····· 248
2) 미국 ····· 249
2. 강제송환금지 원칙의 의미가 축소된 국가 ····· 250
1) 캐나다 ····· 250
2) 호주 ····· 255
Ⅱ. 그 밖의 권익 ····· 258
1. 협약상 난민과 동일한 처우 ····· 258
1) 캐나다 ····· 258
2) 호주 ····· 260
2. 협약상 난민과 유사하나 차등적인 처우 ····· 261
1) 유럽연합법 ····· 261
2) 독일 ····· 266
3) 프랑스 ····· 271
3. 협약상 난민과 명백히 차등적인 처우: 미국 ····· 272
제 5 절 소결 ····· 274
Ⅰ. 보충적 보호의 대상・절차 ····· 274
1. 수익・방어 구조에 입각한 유형화 ····· 274
2. 국내법상 추가적인 보호 제공 ····· 276
3. 협약상 난민요건과의 유사정도 ····· 277
4. 불복기회의 보장 ····· 278
Ⅱ. 보충적 보호의 내용 ····· 278
1. 강제송환금지 원칙의 보장 ····· 278
2. 그 밖의 권익 ····· 279

제 4 장 한국의 보충적 보호 ····· 280
제 1 절 개설 ····· 280

제 2 절 강제송환금지 원칙의 이행 ····· 283
Ⅰ. 국제법상 강제송환금지 원칙의 효력 ····· 283
Ⅱ. 국내법 규정 ····· 284
Ⅲ. 입법개선 방향 ····· 286
1. 국제인권조약과의 일치 ····· 286
2. 난민협약 제32조의 가시화 ····· 288
제 3 절 인도적 체류허가 ····· 289
Ⅰ. 입법연혁과 의의 ····· 289
Ⅱ. 인도적 체류허가의 대상 ····· 291
1. 국제인권조약의 고려가능성 ····· 291
2. 요건해석 ····· 292
1) 고문 등의 비인도적인 처우나 처벌 또는 그 밖의 상황 ····· 292
2) 생명이나 신체의 자유 등에 대한 현저한 침해 ····· 293
3) 합리적인 근거 ····· 294
3. 효과재량과 그 한계 ····· 294
Ⅲ. 사법심사 가능성 ····· 296
1. 문제상황 ····· 296
2. 신청과 거부의 존재 ····· 297
3. 신청권 ····· 300
Ⅳ. 인도적체류자의 처우 ····· 302
Ⅴ. 입법개선 방향 ····· 304
1. 보호근거 및 효과의 보완 ····· 305
2. 신청절차 명시 및 응답의무 신설 ····· 310
3. 처우개선 ····· 311
1) 두 가지 관점 ····· 311
2) 체류와 여행 ····· 315
3) 사회통합기회 ····· 317
4) 취업활동 ····· 317

5) 가족재결합 ····· 318
6) 사회보장 ····· 319
제 4 절 강제퇴거에 대한 방어 ····· 320
Ⅰ. 현행법 체계 ····· 320
Ⅱ. 강제퇴거명령의 위법사유 ····· 322
1. 명시적 법령위반 ····· 323
2. 재량하자 ····· 327
Ⅲ. 쟁송 중 체류 ····· 329
Ⅳ. 입법개선 방향 ····· 330
1. 판단기준시점의 갱신 ····· 330
2. 입국거부 금지사유로서 보충적 보호 ····· 331
제 5 절 소결 ····· 333
Ⅰ. 보충적 보호의 유형 ····· 333
Ⅱ. 강제송환금지 원칙의 이행 ····· 333
Ⅲ. 인도적 체류허가 ····· 334
Ⅳ. 강제퇴거에 대한 방어 ····· 335

제 5 장 요약 및 결어 ····· 336
제 1 절 요약 ····· 336
Ⅰ. 난민협약의 한계와 보충적 보호의 대두 ····· 336
Ⅱ. 강제송환금지 원칙 ····· 337
Ⅲ. 각국의 보충적 보호 ····· 339
Ⅳ. 한국의 보충적 보호 ····· 340
제 2 절 결어 ····· 344

참고문헌 ····· 346

Abstract ····· 366

약어표

AC	(영)	Appeal Cases (영국 판례집)
AG	(영)	Attorney General (미국 법무부장관)
App no(s)	(영)	Application Number(s) (유럽인권재판소 사건번호)
Aufl.	(독)	Auflage (판)
BeckRS	(독)	Beck-Rechtsprechung (온라인 판례 데이터베이스)
BIA	(영)	Board of Immigration Appeals (미국 이민항소기구)
BSG	(독)	Bundessozialgericht (연방사회최고법원)
BVerfG	(독)	Bundesverfassungsgericht (연방헌법재판소)
BVerwG	(독)	Bundesverwaltungsgericht (연방행정법원)
BVerwGE	(독)	Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht (연방행정법원 판결집)
CAA	(프)	Cour administrative d'appel (행정항소재판소)
CC	(프)	Conseil constitutionnel (헌법위원회)
CE	(프)	Conseil d'Etat (국참사원)
CFR	(영)	Code of Federal Regulations (미국 연방규정집)
Cir	(영)	Circuit Court of Appeals (미국 연방항소법원)
CLR	(영)	Commonwealth Law Reports (호주 연방대법원 판결집)
Cong Rec	(영)	Congressional Record (미국 의회기록)
Cth	(영)	Commonwealth of Australia (호주 연방)
CTS	(영)	Canada Treaty Series (캐나다 조약집)
ECtHR	(영)	European Court of Human Rights (유럽인권재판소)
ECHR	(영)	European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions (유럽인권재판소 판결집)
ETS	(영)	Council of Europe Treaty Series (유럽회의 조약집)
EU	(영)	European Union (유럽연합)
F	(영)	Federal Reporter (미국 연방법원 판결집)

FC	(영)	Federal Court (캐나다 연방법원)
FCA	(영)	Federal Court of Appeal (캐나다 연방항소법원) Federal Court of Australia (호주 연방법원)
FCAFC	(영)	Federal Court of Australia Full Court (호주 연방법원 합의부)
FCCA	(영)	Federal Circuit Court of Australia (호주 연방순회법원)
FCR	(영)	Federal Court Reports (호주 연방법원 판결집)
FMCA	(영)	Federal Magistrates Court of Australia (호주 연방치안법원)
F Supp	(영)	Federal Supplement (미국 연방법원 판결집)
GC	(영)	Grand Chamber (유럽인권재판소 대재판부)
HCA	(영)	High Court of Australia (호주 연방대법원)
HCATrans	(영)	High Court of Australia Transcripts (호주 연방대법원 기록)
I&N Dec	(영)	Administrative Decisions Under Immigration & Nationality Laws (미국 이민결정 선례집)
Leb.	(프)	Recueil des décisions du Conseil d'Etat (국참사원 연간 판결집)
LNTS	(영)	League of Nations Treaty Series (국제연맹 조약집)
NJW	(독)	Neue Juristische Woche (법학잡지)
NVwZ	(독)	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (법학잡지)
NZS	(독)	Neue Zeitschrift für Sozialrehct (법학잡지)
OVG/VGH	(독)	Oberverwaltungsgericht/Verwaltungsgerichtshof (고등행정법원)
PUF	(프)	Presses universitaires de France (프랑스대학출판사)
Res	(영)	Resolution (결의안)
RSC	(영)	Revised Statutes of Canada (캐나다 연방법률집)
SCC	(영)	Supreme Court of Canada (캐나다 연방대법원)
sch	(영)	schedule (부속서)
SC	(영)	Statutes of Canada (캐나다 연방법률집)

SCR	(영)	Canada Supreme Court Reports (캐나다 연방대법원 판결집)
SOR	(영)	Statutory Orders and Regulations (캐나다 법령집)
S Ct	(영)	Supreme Court Reporter (미국 연방대법원 판결집)
TA	(프)	Tribunal administratif (제1심 행정재판소)
US	(영)	United States Reports (미국 연방대법원 판결집)
UN	(영)	United Nations (국제연합)
UNCAT	(영)	United Nations Committee against Torture (고문방지위원회)
UNCESCR	(영)	United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (사회권규약위원회)
UNCHR	(영)	United Nations Commission on Human Rights (국제연합 인권위원회)
UNCRC	(영)	United Nations Committee on the Rights of the Child (아동권리위원회)
UNESC	(영)	United Nations Economic and Social Council (국제연합 경제사회이사회)
UNGA	(영)	United Nations General Assembly (국제연합 총회)
UNHCR	(영)	United Nations High Commissioner for Refugees (유엔난민기구)
UNHCR ExCom	(영)	United Nations High Commissioner for Refugees Executive Committee (유엔난민기구 집행위원회)
UNHRC	(영)	United Nations Human Rights Committee (자유권규약위원회)
UNTS	(영)	United Nations Treaty Series (국제연합 조약집)
USC	(영)	United States Code (미국 연방법전)
VG	(독)	Verwaltungsgericht (행정법원)
WL	(영)	Westlaw (미국 법령정보 데이터베이스)

연구의 목적

2010년대 이후 내전 등으로 발생했던 시리아 난민과 예멘 난민은 한국 사회에서 상당한 주목을 받았다. 흥미롭게도 이들은 대부분 「난민법」상 난민으로 인정받지 못하였다. 다만, 이들에 대해서는 '보충적 보호'(complementary protection)의 일종이라고 설명되는 인도적 체류허가가 다수 발급되었다. 전 세계 국적을 불문한 1994년 이래 누적통계를 살펴보면, 심사가 완료된 난민 신청인 34,836명 중 난민인정은 1,091명에 대해 이루어졌는데, 인도적 체류허가는 2,370명에 대하여 이루어졌다(2020년 기준).[1] 전체 수로 비교해도 인도적 체류허가가 난민인정의 두 배 정도를 차지하고 있는 것이다. 인도적체류자의 구성을 살펴보면, 시리아 국적자와 예멘 국적자가 각각 1,231명 및 757명으로 대다수를 차지하고 있다.[2] 이들은 국적별 난민인정 신청자 및 난민인정자 현황 모두에서 상위 5개국에 속해있지 못하다.[3][4] 통상적인 어의에서 난민이라고 하였을 때 생각하는 전쟁난민은 「난민법」상 난민이 아니라는 것이 한국 정부의 입장임을 추단할 수 있다. 실제 제도 운용이 이와 같다면, 「난민법」상 난민에는 해당하지 않지만 보호가 필요한 사람에 대하여 어떠한

---

1) 법무부 출입국・외국인정책본부, 2020년도 출입국・외국인정책 통계연보(발간등록번호: 11-1270000-000465-10), 2021, 96-97면. 2020년도에 한정해 보아도 심사완료자 6,766명 중 난민인정자가 69명, 인도적체류자가 155명이다.

2) 상게자료, 106면.

3) 상게자료, 100, 103면. 난민인정 신청자 5위 국가는 이집트로, 4,946명을 차지하고 있고, 난민인정자 5위 국가는 이란으로, 55명을 차지하고 있다.

4) 필자는 법무부에 2010년 이후 각 연도별로 시리아・예멘・미얀마 국적별 난민인정 신청자 수, 난민인정자 수, 인도적 체류허가자 수 각각에 대한 정보공개청구를 하였다. 그 결과, 「난민법」 제17조를 근거로 특정 국가의 난민관련 통계는 별도로 제공하지 않는다는 입장을 회신받았다. 다만, 신청・인정・인도적 체류허가가 많은 국가 일부에 관한 정보를 법무부 출입국・외국인정책본부 통계연보 및 통계월보에서 확인할 수 있는 선에서 회신받았다. 관련 문서는, 법무부 난민정책과-2396(2021. 7. 22.)호.

법적 근거로 보호를 제공할 수 있는지 살펴보는 데 실천적 의미가 있음을 부정할 수 없다.

외국인에 대한 입국거부와 추방은 영토주권의 행사 문제로 이해되고 있다. 난민법은 이러한 권능에 대한 몇 안 되는 예외 중 하나이다. 난민은 국가-국민 사이의 유대관계가 파괴되어 국민국가 체제에서 소외된 사람들이다. 난민법은, 모든 사람이 국가에 의한 보호를 받을 필요가 있다는 관념을 그 바탕에 두고 있다. 그런데 실정 난민법제상 보호의 범위에 들어와 있는 사람은 제한적이다. 국가-국민 사이의 유대관계가 단절된 사람 모두에 대해 보호를 제공하지 않고, 그 단절이 '인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유'를 원인으로 발생해야 하며, 문제된 위험이 '박해'에 이를 정도여야 한다. 이러한 실정법의 태도는 1951년 「난민의 지위에 관한 협약」을 입안하던 시기의 역사적 배경에서 나타난 정치적 타협의 산물로 설명된다.

하지만 국가와 국민 사이의 관계 단절이 반드시 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견에 따른 박해를 이유로만 해서 나타나는 것은 아니다. 정부 자체가 제 기능을 수행할 역량을 잃어버려 경찰행정 작용이 사실상 전무에 가까운 상황이 나타날 수도 있다. 군부 독재정권의 집권 과정에서 무차별적인 학살이나 고문·가혹행위가 일어날 수도 있다. 내전 상황에서의 폭격은 박해사유가 있는지를 가리지 않고 죽음의 위협을 가한다. 환경재난으로 인해 삶의 기반이 전적으로 파괴된 상황에서 국가에 의한 보호를 기대할 수 없는 경우도 있을 것이다. 이와 같은 고려에서 각국은 「난민의 지위에 관한 협약」에 규정된 난민에는 해당하지 않지만 보호가 필요하다고 여겨지는 사람에 대한 지위를 마련하는 경우가 있다. 이것이 바로 이 연구를 통해 구명하고자 하는 보충적 보호이다.

이 글이 따르는 논의의 흐름은 다음과 같다. 첫째, 보충적 보호는 난민협약에 따른 보호의 인적범위의 한계에 대한 인식하는 데에서 출발하므로, 그 한계를 어디까지 넘어서야 정당한 인적범위에 다다를 수 있는지 살펴본다. 이를 위해 영토주권의 행사로서 추방권능의 윤리적 한계에 관한 논의를 참

고한다. 둘째, 그와 같은 정당한 인적범위에 보다 가까워질 수 있는 실정법적 도구로서 국제인권조약의 강제송환금지 원칙에 관해 살펴본다. 즉, 난민협약상 난민이 아님에도 불구하고 강제송환금지 원칙을 사실상 똑같이 적용받는 사람들의 범위를 살펴본다. 셋째, 각국에서 보충적 보호를 어떻게 구현하고 있는지 살펴보고, 넷째, 이를 통해 한국의 보충적 보호에 대한 시사점을 도출한다. 비교의 초점은 보충적 보호의 대상·절차·내용이다. 대상과 절차의 측면에서는 어떠한 사람에 대해 보충적 보호를 제공하고 있고, 그에 이르는 행정절차와 사법절차는 어떻게 되는지 살핀다. 그 과정에서 강제송환금지 원칙을 중심으로 하는 방어적 보호와 강제송환금지 원칙의 진정한 실현을 위한 수익적 보호를 나누어 살펴본다. 이를 통해 한국 난민법제가 인도적 체류허가와 강제퇴거에 대한 방어 각각의 단계에서 강제송환금지 원칙을 어떻게 구현하고 있는지 평가한다. 보충적 보호의 내용 측면에서는 각국이 어떠한 처우를 보장하고 있는지 살펴보고, 이를 통해 인도적체류자에 대해 보장되고 있는 처우를 평가한다. 이와 같은 다방면의 평가를 기초로 한국의 보충적 보호 제도의 개선방안을 제언한다.

연구의 범위

제1장에서는 보충적 보호가 영토주권의 내용인 추방권능에 대한 제약으로 작동하는 원리에 탐구한다. 영토주권에 입각해 외국인에 대한 입국거부권능과 추방권능은 어떠한 규범적 정당화 사유가 있는지, 그에 대한 예외로서 난민보호 의무는 어떠한 규범적 근거를 가지고 있는지 살펴보고, 현행 난민협약 체제가 난민보호 의무를 충실하게 구현하고 있는지 평가한다. 이를 위해 관련된 윤리적·철학적 논변을 많이 참고하였다. 실정법에 국한된 시각만으로는 난민협약 체제에 대한 비판적 고찰을 효과적으로 수행하기 어려움이 있기 때문이다.

제2장에서는 보충적 보호의 출발점인 강제송환금지 원칙에 대한 충실한 이해를 도모하고자 하였다. 이를 위해 한국이 당사국인 고문방지협약, 자유권규약, 아동권리협약에 대한 분석을 진행하였다. 비교법적으로는 유럽인권협약의 법리를 살펴보았다. 비록 일반적인 차원에서 강제송환금지 원칙에 관해 소개한 국내 선행연구들이 있지만,[5] 국제인권조약 감독기구 및 유럽인권재판소의 판례를 보다 풍부하게 종합하고자 하였다. 국제인권조약상 의무는 추상적 법리로만 살피면 모호한 면이 많아 사례에 입각한 이해 없이는 명확한 가이드로 작용하기 어렵기 때문이다. 국제인권조약에 대한 분석은 단순히 여러 사례와 입장을 소개하는 데에서 그치지 않고, 해석상 불명확하거나 비판의 여지가 있는 점에 관한 검토까지 나아가고자 하였다. 불명확한 점의 예로는 아동권리협약상 규정들과 보충적 보호 사이의 관계, 비판의 여지가 있는 점으로는 가혹행위의 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지 의무가 절대적인지 여부를 포착하였다.

---

5) 예를 들어, 이규창, 추방과 외국인 인권, 한국학술정보, 2006, 168-171면; 장복희, “국제인권법상 난민의 보완적 보호와 국내법제도 개선”, 안암법학 제27권, 2008, 660-667면; 김민수·김효권, “강제송환금지 원칙에 대한 국제법상 보충적 보호 — 개별사례를 중심으로 —”, 국제법평론 제34호, 2011, 193-206면.

제3장은 보충적 보호 체계를 따르고 있는 국가들에 대한 비교법적 검토를 중심으로 하였다. 그 대상은 독일, 프랑스, 캐나다, 미국, 호주로 삼았다. 독일과 프랑스의 경우에는 유럽연합법의 영향을 강하게 받아, 유럽연합법상 보충적 보호의 규율을 먼저 분석하였다. 각국의 법령, 판례, 학설 등을 종합하여, 보충적 보호의 대상・절차・내용을 중심축으로 유형화를 시도하였다. 대상과 절차의 측면에서는 수익적 보호와 방어적 보호가 모두 보장되는 국가, 방어적 보호가 주된 국가, 수익적 보호가 주된 국가로 유형화를 시도하였다. 보호의 내용 측면에서는 강제송환금지 원칙의 절대성이 인정되는 국가와 그렇지 않은 국가로 유형화를 시도하고, 강제송환금지 원칙 이외의 권익 측면에서 난민협약상 난민과의 유사한 정도를 기준으로 삼분류를 시도하였다. 이와 같은 유형화는 한국의 보충적 보호를 살펴보기 위한 밑작업으로 활용한다.

제4장에서는 한국의 법제를 살펴보았다. 크게 국내법상 강제송환금지 원칙의 구현, 인도적 체류허가, 강제퇴거에 대한 방어로 나뉜다. 강제송환금지 원칙이 충실히 구현되었는지 여부는 주로 제2장의 논의에 입각해 평가한다. 인도적 체류허가에 관해서도 제2장에서 살펴본 국제인권조약과의 연관성을 살피면서 국내법 해석을 시도한다.[6] 강제퇴거에 대한 방어의 관점에서는 강제송환금지 원칙과의 관련성을 중점적으로 살펴본다. 이를 통해 강제송환금지 원칙 위반이 강제퇴거명령의 위법성 근거가 될 수 있다는 기존의 논의를 발전시키고자 한다.[7] 이상과 같은 평가와 해석을 토대로 보충적 보호에 관한

---

6) 인도적 체류허가의 해석에 관한 선행연구로는, 한종현・황승종, “우리 난민법제상 인도적 체류 허가에 관한 연구”, 서울대학교 법학 제60권 제2호, 2019; 김진혜・조정현, “인도적 체류지위의 정의규정에 관한 연구”, 저스티스 통권 제180호, 2020; 최계영, “난민법상 인도적 체류허가 거부의 처분성”, 행정법연구 제63호, 2020; 김후신, “난민협약 외의 난민에 대한 강제송환금지: 자유권규약과 인도적 체류허가”, 저스티스 통권 제183호, 2021.

7) 기존의 간략한 수준의 논의는, 김성수, “난민의 요건과 출입국관리법상 난민인정에 관한 검토”, 정인섭・황필규 편, 난민의 개념과 인정절차, 경인문화사, 2011, 148-149면(특히 각주 33); 하정훈, “강제송환금지의 원칙에 비추어 본 출입국항에서의 난민인정절차”, 공법연구 제46집 제2호, 2017, 402면; 김후신(주 6), 639-640

국내 난민법제의 미비점에 대한 입법개선을 여러 방면에서 제안한다. 그 과정에서 제1장에서 전개한 '난민－보충적 보호'의 이원적 구조의 의의에 대한 고찰, 제2장에서 살펴본 강제송환금지 원칙의 의미, 제3장에서 수행한 비교법적 검토의 결과를 종합적으로 활용한다.

면 참조.

제 1 장 난민협약의 한계와 보충적 보호의 대두

통상 국가공동체는 원치 않는 외국인의 입국을 막고, 이미 입국한 외국인이더라도 추방할 수 있는 일반적인 권한을 가지고 있는 것으로 인식되고 있다. 이는 영토주권을 행사하는 하나의 방식으로 이해된다. 그러나 추방은 국가의 재량에 속하지만 이러한 재량에는 일정한 한계가 있다.[1] 그리고 난민법제에 따른 난민보호가 그러한 예외의 일종이다.

이 장에서는 본격적으로 국제문서에 있는 실정법적 규정의 구체적 내용과 해석을 살피기 이전에, 국가의 영토주권에 대립되는 난민의 규범적 지위에 대해 포착해 보고자 한다. 이러한 작업은 실정법의 해석에 방향성을 제공해 주며, 보다 넓게는 현재의 실정법이 충분한 윤리적·철학적 토대를 가지고 있는지 고찰하게 한다.

난민의 이동에서 가장 직접적인 행위자는 난민 본인과 국가이다. 국가는 넓게는 출입국관리행정, 그 일부만 포착하면 난민행정이라는 작용을 통하여 난민과 상호작용을 한다. 그 결과는 수용 또는 추방으로 나타난다. 국가가 출입국관리권한을 행사하는 규범적 근거를 찾는 것은, 그 한계를 포착할 수 있게 하는 기초가 된다. 국가에 다가가는 자가 난민인 경우, 국가의 출입국관리권한이 어떠한 이유에서 제한되는지 살펴볼 필요가 있다.

이상과 같은 논의를 기초로, 현재 실정법으로서 기능하고 있는 난민협약이 난민보호를 충실하게 구현하고 있는 것인지 평가한다. 그리고 충실한 구현이 이루어지지 않았다고 평가되는 경우 그 해결방안을 모색하고, 그 중 이 글의 핵심주제인 보충적 보호의 개념을 살펴본다.

---

1) 이에 관한 선행연구로, 이규창, 추방과 외국인 인권, 한국학술정보, 2006, 제3장 및 제4장 참고.

제 1 절 외국인 추방과 난민보호

Ⅰ. 영토주권에 따른 추방권능

1. 국경을 기초로 한 결단

국가에 의한 외국인의 추방[2]이 주권적 행위라는 말은 무슨 의미인가? 국가주권의 개념에 관해서는 일의적인 정의가 어렵지만, 외국인의 출입국과 관련해 가장 중요한 의미를 지니는 것은 '베스트팔렌 주권'(Westphalia sovereignty)이다. 이는 국가가 영토 내에서 이루어지는 일에 관하여 외부의 주체를 배제할 수 있는 권한을 말한다.[3] 국가에 어떠한 사람이 입국할 수 있는지 결정할 권한은 일종의 외부적 간섭에 대한 배타성으로서 베스트팔렌 주권의 내용으로 이해할 수 있다. 적어도 국제법의 평면에서 외국인의 입국을 허용해야 하는 일반적인 의무는 없다는 이해는,[4] 바로 이와 같은 관념에

---

2) 국경에서 입국을 거부하는 것과 국가의 영토 내에 진입한 자를 추방하는 것은 개념적으로 구별되나, 제1장에서 사용하는 '추방'이라는 용어는 다른 언급이 없는 한 이러한 유형을 전부 포괄하는 의미로 사용한다. 제2장 이하에서 주로 살펴볼 강제송환금지(non-refoulement) 원칙은 법기술적 용어로, 추방의 목적지가 중요하다. 즉 추방의 목적지에 박해 등의 위험이 없어야 한다. 제1장에서 말하는 추방은 목적지를 불문한 일반적인 의미의 추방을 의미한다. 이 장에서 참고한 영문 문헌들에서는 통상 배제(exclusion)라는 용어를 사용함을 밝혀둔다.

3) 크라스너(Krasner)는 권위(authority)와 통제(control)의 구별에 따라 국가주권이 국내적 주권, 상호의존적 주권, 국제법적 주권, 베스트팔렌 주권이라는 네 가지 발현 형태를 가지고 있다고 설명한다. 이에 관해, Stephen D Kranser, *Sovereignty: Organized Hypocrisy* (Princeton University Press 1999) 9ff 참조.

4) 차용호, 한국 이민법, 법문사, 2015, 246면; 최계영, "출입국관리행정, 주권, 그리고 법치 — 미국의 全權 法理에 대한 소개와 함께 —", 행정법연구 제48호, 2017, 31면 이하. 한편, 국가의 배타적 권능은 다른 국가 또는 국제기관과의 관계에서 발현되는 것인데 외국인 개개인의 차단을 이에 대입하는 것은 잘못이라는 비판이 있을 수도 있다. 이에 관해 외국인 개개인에 대한 차단 권한이 없는 경우에는 집단적 자기결정권의 결정적 부분을 잃을 것이라는 반론이 제시될 수 있다. 그러한 반론의 예로서 웰만(Wellman)의 입장에 관해, Christopher Heath

입각한다고 볼 수 있다. 전통적으로, 국제인권법의 영역에서도 외국인에 대한 의무의 발생은 그가 국가의 관할 내에 들어온 때 발생한다는 관념에 따라, 외국인의 입국을 허용할지는 여전히 주권의 내용으로 설명된다.[5]

주권에 근거한 추방이 국내법 법리로서 자리 잡은 가장 뚜렷한 비교법적인 예로는 미국의 '전권 법리'(plenary power doctrine)를 들 수 있다.[6] 전권법리의 핵심 요소는 두 가지이다. 하나는 대외적 차원에서 연방의회의 이민규제 권한이 헌법상 열거된 권한으로부터 도출되는 것이 아니라, 독립국가로서 미국의 주권에 내재해있다는 것이다. 다른 하나는 대내적 차원에서 그러한 이민규제 권한을 행사하는 주체는 정치적 기관인 의회와 집행부로서, 사법심사에서 제외된다는 것이다.[7] 비교법 방법론의 관점에서 의미가 있는 것은 대외적 차원의 문제로 국한된다. 대내적 차원의 문제는 각국의 헌법질서 내의 권한분배 문제로서,[8] 구체적 헌법해석에 맡겨진 부분이기 때문이다.

2. 추방권능의 규범적 정당성

Wellman and Phillip Cole, *Debating the Ethics of Immigration: Is There a Right to Exclude?* (Oxford University Press 2011) ch 1, 41ff 참조.

5) Richard Plender and Nuala Mole, 'Beyond the Geneva Convention: Constructing a De Facto Right of Asylum from International Human Rights Instruments' in Frances Nicholson and Patrick Twomey (eds), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes* (Cambridge University Press 1999) ch 4, 85-86.

6) 이 법리는 *Chae Chan Ping v United States* 사건을 통해 채택되었다. 130 US 581 (1889). 이에 대한 국내 소개로는, 최계영(주 4), 39-45면 참조. 그 밖에 이민법에 대한 이해를 위해 전권법리에 대한 소개를 출발점으로 삼는 예로, Sarah Song, *Immigration and Democracy* (Oxford University Press 2019) ch 2, 17ff.

7) 이러한 정리는, Matthew J Lindsay, 'Immigration as Invasion: Sovereignty, Security, and the Origins of the Federal Immigration Power' (2010) 45 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 1, 3 참조.

8) 이러한 점에 착안해 근거 없이 국제법적 재량을 국내법적 재량으로 치환해서는 안 된다는 설명에 관해, 최계영(주 4), 45-46면 참조.

영토주권에 따른 외국인의 추방은 윤리적·철학적 차원에서 여러 의문을 낳는다. 단순히 '국가는 주권에 내재한 권능으로서 외국인을 추방할 권능을 가진다'고 하는 것은 인식에 따른 논증이라기보다는 선언적 결단에 가깝기 때문이다.[9] 이러한 결단성은 추방의 규범적 근거에 관한 의문으로 이어진다. 여기서는 이와 관련해 세 가지 문제를 살핀다.

가장 근본적인 문제는 국가가 영토에 대한 배타적 사용권능을 가지는 규범적 근거이다. 이에 관해 성공적인 설명을 제시하는 경우는 찾아보기 어렵다. 현대 국제법에서는 그 점유의 경위와 무관하게 국가가 특정 영토를 충분한 기간에 걸쳐 통제했으면, 불가피하게 해당 국가의 유효한 권리를 인정할 수밖에 없게 된다.[10] 이러한 점에서 "현대 국제법은 권력관계의 현실에 스스로를 조정시킨다"고도 한다.[11] 점유의 기원과 문화공동체의 정당한 권리를 따져가며 국경을 조정하는 것은 현실적으로 엄청난 비용과 혼란을 초래할 것이라는 점에서 어느 정도의 결과론적 정당성을 주장할 수 있는 것이다.[12]

다음 문제는 영토에 대한 국가의 배타적 사용권한을 가정한다고 했을 때 국민과 외국인을 차별 취급하는 근거가 무엇이냐는 것이다. 이는 특히 윤리적 보편주의에 입각할 때 나타나는 문제이다. 윤리적 보편주의 관념에서 차별은 도덕적으로 의미가 있는 차이가 있는 경우에 한해 정당화되는데, 어떠한 국가에서 태어났는지는 운의 영역으로서 도덕적 의미를 지니지 못하므로 외국인에 대한 추방은 일반적으로 자의적이다.[13] 이러한 입장은 윤리적 특수

---

9) Song (n 6) 29.

10) Jeffrey Reiman, 'Can Nations Have Moral Rights to Territory?' in John R Jacobson (ed), *The Territorial Rights of Nations and Peoples: Essays from the Basic Issues Forum* (Edwin Mellen 1989) 168.

11) Matthew J Gibney, *The Ethics and Politics of Asylum: Liberal Democracy and the Response to Refugees* (Cambridge University Press 2004) 39.

12) ibid 40.

13) Joseph H Carens, 'Aliens and Citizens: The Case for Open Borders' (1987) 49 Review of Politics 251, 261-62; 유사한 취지로 콜(Cole)의 논의 참조. Wellman and Cole (n 4) ch 12. 이들은 이와 같이 출입국에 관해 국민과 외국인의 차별 취급이 윤리적으로 정당화되기 어렵다는 입장에 입각해 '열린 국경'(open

주의의 관념과 평행선을 그리며 대치된다. 단순화하자면, 윤리적 특수주의에서 사람은 특정한 개인적 관계성을 지닌 타인과의 관계에서 보다 특수한 도덕적 의무를 지니게 된다.[14] 이는 모든 인간을 보편적으로 평등하게 대할 의무가 있다는 윤리적 보편주의와 결을 달리한다. 이때 나타나는 특수한 의무를 '결사적 의무'(associative obligation)라고도 하는데,[15] 밀러(Miller)는 근대국가의 가치에 의해 이를 정당화할 수 있다고 한다. 즉 근대국가는 사람들로 하여금 정의의 규칙을 공유할 수 있게 하고, 스스로의 미래에 대해 어느 정도의 통제를 행사할 수 있게 하는데, 그러한 근대국가의 가치 자체가 결사적 의무의 근거가 될 수 있다는 것이다.[16] 이러한 철학적 기초에 따르면 어느 국가의 구성원인지는 더 이상 자의적 기준으로 작동하지 않는다. 비록 우연적으로 국가 구성원이 되었을지라도, 하나의 결사를 이룬 이상 그 윤리적 가치가 발생하기 때문이다.

마지막 문제는 두 번째 문제의 연장선상에 있는 것으로서, 외국인 추방의 일반적 정당화 근거가 무엇인지이다. 이를 살펴보는 이유는 추방의 일반적 정당화 논거가 윤리적 관점에서 난민을 추방하는 사유로도 작동할 수 있는지 살펴보기 위함이다. 국가의 이민통제 권한의 정당화 논변에 관해서는 송(Song)이 제시한 유형론을 참고할 만하다.[17] 그는 ① 문화 및 민족정체성 보호, ② 재산권 보호, ③ 결사의 자유, ④ 원치 않는 의무로부터의 자유라는 네 가지의 유형으로 기존의 정당화 논변을 분류한다. 그에 추가하여 송 본인은 ⑤ 집단적 자기결정에 의해 이민통제가 정당화될 수 있다는 입장을 제시

---

borders) 체제를 옹호한다. 캐런스의 최근 연구로는, Joseph H Carens, *The Ethics of Immigration* (Oxford University Press 2013) ch 11 참조.

14) 이러한 철학적 기초에 따르는 예로, David Miller, *On Nationality* (Clarendon Press 1995) 50; David Miller, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration* (Harvard University Press 2016) ch 2; Song (n 6) 8-10 참조.

15) 결사이론의 일반적 설명에 관해, 정일수, "정치적 의무의 정당성 여부에 대한 연구: 정당화 이론들의 유형별 분류를 중심으로", 윤리연구 제87호, 2012, 101면 이하 참조.

16) Miller, *Strangers in Our Midst* (n 14) 26-27.

17) Song (n 6) ch 3.

한다.[18]

① 유형에 속하는 학자로는 왈처(Walzer)가 대표적인데, 그는 사회적 자산으로서 구성원성(membership)[19]의 중요성을 역설한다. 어떠한 공동체의 구성원이 되는지에 따라 누구와 분배적 선택을 하는지, 누구에게 복종을 요구하고 세금을 거두는지, 누구에게 재화와 서비스를 분배하는지가 결정되기 때문이다.[20] 그리고 공동체의 문화적 동질성은 다른 공동체와의 구별을 전제로 하며, 특정한 경계에서는 닫힘(closure)이 허용되어야 한다고 설명한다.[21] 밀러 역시 ① 유형에 속하는데, 그에 따르면 국가의 이민통제 권능은 영토를 통제하는 민족이 지니는 집단적 권리의 일부에 해당한다. 이때 민족은 공통 신념과 상호헌신, 역사성, 적극성, 영토와의 연결성, 독자적 공동문화성을 특징으로 한다.[22] 그리고 영토에서 살면서 생활을 형성해가는 것은 그 영토에 문화적 의미를 부여하는 것이기도 하다.[23] ② 유형은 기본적으로 로크적 사회계약론에 그 사상적 배경을 두고 있는데, 특정 개인이 정치공동체 구성에 동의하는 시점에서 자신이 소유한 토지에 대한 국가의 권한에까지 동의하였다고 관념화한다.[24] 한편, 국가－개인의 이분법을 완화하여 구성원의 노동과 기여로 인한 생산의 일부를 집단의 합유(collective property)에 속하는 것으로 관념화하는, 이른바 '집단적 로크주의'(collectivist Lockean)의 설명도 존재한다.[25] ③ 유형에 속하는 대표적인 학자로는 웰만을 예로 들 수 있다.[26]

---

18) ibid ch 4.

19) 국내에서는 '성원권'으로 번역되기도 한다.

20) Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality* (Basic Books 1983) 31.

21) ibid 39.

22) Miller, *On Nationality* (n 14) 27.

23) David Miller, *National Responsibility and Global Justice* (Oxford University Press 2007) 218.

24) 이러한 로크적 사상에 입각한 예로, A John Simmons, *Boundaries of Authority* (Oxford University Press 2016).

25) 이러한 입장에 관해, Ryan Pevnick, *Immigration and the Constraints of Justice: Between Open Borders and Absolute Sovereignty* (Cambridge University Press 2011) 33ff 참조.

그는 첫째, 정당한 국가는 정치적 자기결정권을 가지고, 둘째, 결사의 자유는 자기결정권의 중요한 요소이며, 셋째, 결사의 자유에는 다른 사람과 함께 연합할 적극적 자유뿐만 아니라 타인과 연합하지 않을 소극적 자유도 포함된다는 논변으로 추방권한을 정당화한다.[27] 국가처럼 큰 집단이더라도, 기존의 구성원들은 외부인의 진입조건에 대해 이해관계가 있을 수밖에 없다고 설명한다.[28] ④ 유형으로는 블레이크(Blake)의 논의가 제시된다. 그에 따르면 타인에 대한 추방은 '동의 없이 타인에 의해 의무를 부과받지 않을 추정적 권리'에 따라 정당화된다.[29] 영토관할로의 진입은 신규 진입자에 대한 인권의 보호 및 충족의무 이행을 위한 제도를 만들고 지지할 의무를 발생시키기 때문이다. 마지막으로 ⑤ 유형에서는, 이민이 정치공동체의 집단적 삶에 현실적인 영향을 미친다는 점을 고려할 때, 집단의 자기결정권에 따라 인정된 이민이 아닌 경우에는 자기결정권 자체와 모순이 발생한다는 점에서 이민통제의 권한을 인정한다. 이 입장은, 밀러와 비교하였을 때에는 민족주의의 근거를 제외한다는 점에서, 웰만이나 블레이크와 비교하였을 때에는 자기결정권의 향유 주체를 개인이 아니라 사람들(a people)로 삼는다는 점에서 차별화된다고 한다.[30]

이상과 같이 다양한 시각이 존재하지만, 각각의 시각은 그 설명력에 일정한 한계를 지니고 있다. ① 유형의 경우에는 문화와 민족정체성의 동질성이라는 것을 전제할 수 있는지, 전제할 수 있다고 해도 그것이 바람직한지에 대한 의문이 제기될 수 있다. ② 유형은 사회계약론에서 상정하는 동의 관념의 공통적 약점으로서, 실제로 동의가 존재하지 않았고, 동의가 추정되는 근

---

26) 웰만은 상당히 폐쇄주의적인 색채를 띠지만, 그의 논변은 의무론으로 한정된다. 그는 결과론적 평면에서 현재에 비해 개방적인 정책이 바람직하다고 생각하지만, 이는 국가가 타인을 추방할 추상적 권리가 있는지 여부와는 별개의 문제임을 밝힌다. Wellman and Cole (n 4) 47ff.

27) ibid ch 1.

28) ibid 37-41.

29) Michael Blake, 'Immigration, Jurisdiction, and Exclusion' (2013) 41 Philosophy and Public Affairs 103, 115.

30) Song (n 6) ch 4.

거가 불분명하다는 문제를 지닌다.[31] 집단적 로크주의의 경우에도 특정한 자원을 통제·사용·수익할 권리로서 엄격한 의미의 재산권과, 재산권을 비롯하여 권리를 규정·해석·집행할 일차적 규율을 형성할 권한으로서 관할권은 구별된다는 점 등에서 한계를 지닌다.[32] ③ 유형의 경우에는 국가라는 결사에 포함되는 메커니즘이 다른 결사에 포함되는 메커니즘과 다른 점이 있음을 간과한다. 인간은 태어날 자의로 때 국적을 선택할 수 없다는 점에서, 결혼이나 골프 클럽[33]처럼 그 형성에서부터 의지적 요소가 강하게 나타나는 결사와는 구성원으로 포함되는 모습이 다르다. 후자와 같은 상황에서 이야기되는 결사의 자유를 국가에 대입하는 것은 최초 소속에 있어서의 부자유를 의도적으로 간과하는 것이다.[34] 한편, ④ 유형의 입장을 단순화하면, 외국인의 입국으로 인해 기존 구성원이 국가의 자원을 나누어야 하므로 기존 구성원이 이를 거부할 수 있다는 것인데, 국가의 자원배분 의무와 기존 구성원의 의무를 동일시하는 근거가 무엇인지 불분명하다. ⑤ 유형의 경우에는 밀러와 비교했을 때 민족주의의 근거를 제외한다는 점이 차별화 지점이라고 하지만, 사실 밀러의 입장에 따르더라도 '결사적 의무론'에서 민족개념은 이를 강화하는 하나의 중요 요소일 뿐이다. 즉 결사적 의무론은 민족개념 없이도 성립할 수 있다. 이 점에서 차별화가 성공적인지는 의문스럽다.

이와 같은 여러 한계는 애당초 영토주권 자체가 결단적 성격이 있다는 점에서 기인한다. 현재의 국민국가 체제를 주어진 것으로 본다면, 누구를 영토 내로 들일 것인지에 대한 결정은 현재의 삶의 조건에 영향을 미치며, 공동체의 장래 운명에 영향을 미친다는 점에서 기존 구성원에게 중요한 문제가 된다. 이는 선거권이 부여되는 지위라는 형태가 아니라, 단순체류라는 형태로 국가에 들이는 경우에도 마찬가지이다. 단순히 거리가 가까워지는 것만으로도 정치적 영향력이 증대될 수 있기 때문이다.

---

31) ibid 36-40.

32) ibid 41-43.

33) 결혼과 골프클럽은 웰만이 스스로 국가와의 비유를 위해 들었던 예시이다.

34) 이 점에서 윤리적 보편주의의 관찰이 어느 정도 의미가 있다.

하지만 이처럼 기존 구성원의 이해관계에만 집중하는 인식에 그치게 되는 경우에는 의사결정 과정에서 직접적 관련자가 배제되는 문제가 나타난다. 즉 추방 결정을 내리는 주체가 기존의 구성원으로 관념화되기 때문에, 그 결정에 가장 직접적인 이해관계를 가지는 자가 추방되는 외국인임에도 그의 의사나 상황이 반영될 경로가 없다는 것이다.[35] 이와 같은 상황은 민주주의의 구현방식에 대한 회의를 야기할 수도 있다. 통상 민주주의의 제도적 구현은 국민 또는 체류자격이라는 법적 지위 및 영토에의 체류를 매개로 하는데, 이는 민주주의의 중요한 원리로서 "국가의 법과 정책에 영향을 받는 사람은 그 형성에 참여할 수 있어야 한다는 원리"와 "국가의 강제력하에 있는 사람은 그러한 강제력이 행사되는 방식을 결정하는 데에 참여할 수 있어야 한다는 원리"에 부합하지 않는다는 것이다.[36] 이러한 비판적 고찰을 받아들이면, 어떠한 추방결정이 보편적 인권을 침해할 것으로 예상되는 경우에는, 추방의 상대방이 민주적 의사결정 과정에서 배제된 사정을 진지하게 고려할 필요가 있다는 점을 입론할 수 있다.

Ⅱ. 난민보호 의무의 규범적 근거

국제인권법 이전 시기의 전통적 국제법 체제하에서 국가는 이민을 제한하거나 완전히 금지할 수 있는 권한이 있는 것으로 이해되었다.[37] 이러한 권한은 원치 않는 국가로부터 탈출할 권리가 지니는 의미를 퇴색시켰다.[38] 특

---

35) 이희정, "행정법의 관점에서 본 이민법의 쟁점", 고려법학 제72호, 2014, 6면의 표현을 빌리자면, 이민법의 법적 규율에 의해 "직접적으로 그 지위가 결정되는 외국인들은 그 의사결정과정에서 배제되고, 간접적으로 영향을 받는 내국인들의 집합적인 자기결정권이 존중"되는 상황이 나타난다.

36) Sarah Song, 'Democracy and noncitizen voting rights' (2009) 13 Citizenship Studies 607, 608-11.

37) Allen Buchanan, 'Why International Legal Human Rights?' in Rowan Cruft and others (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights* (Oxford University Press 2015) ch 13, 256-57.

38) 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights) 제13조 제2항은 출국의

히 국가로부터 박해를 받는 자에 대하여 그의 입국을 수용할 국가가 없는 경우에는 탈출의 의미가 상실된다.[39] 국제인권법의 발전에 따라 이러한 법상황이 개선되는 것은 국민국가를 중심으로 하는 국제질서의 정당성을 제고하는 기능을 수행할 것이다. 하지만 아직까지 정치적 박해의 피해자들에게 극히 제한적인 안식처를 제공한 것 외에는 상황을 개선하지 못했다고 평가되고 있는 실정이다.[40] 현재 국제법에서 이와 같은 극히 제한적인 안식처의 기능을 수행하는 것이 강제송환금지(non-refoulement)이다. 그 기본적인 내용은 국가가 어떠한 방법으로든 박해를 받을 위험이 있는 곳으로 사람을 송환하여서는 안 된다는 것이다. 이러한 국제법상 의무는 앞서 살펴본 추방권능에 대한 제약으로서 작동한다. 이와 같은 강제송환금지 원칙의 적용범위를 평가하기 위해서는 추방권능에 대한 제약의 규범적 근거를 살펴볼 필요가 있다. 그러한 제약의 근거와 실정법이 불일치할수록 실정법에 대한 변경요구가 힘을 얻기 때문이다. 여기서는 윤리적 논변 위주로 살피고, 실정법적 문제는 이후 절을 나누어 살펴본다.

우선 살펴볼 점은, 외국인에 대한 추방권능의 근거를 구체화하려는 시도를 한 학자들도 그것을 무제한적인 권능이라고 보는 경우는 거의 없다는 것이다. 공동체주의적인 요소를 강하게 드러내는 왈처의 논의에서도 공동체 바깥의 사람이 긴급하게 피난하는 상황의 경우 공동체적 동질성의 도덕적 우월성을 주장할 수는 없고, 동질성을 포기하거나 영토를 이양해야 된다는 입장을 취한다.[41] 이례에 속하는 게 웰만인데, 비호신청인들이 필사적으로 정치적 피난처를 구하는 상황에서도 이들을 들일 의무가 없다고 한다. 그 이유는 영토적 공간을 제공하는 것 말고도 이들을 구제할 방법이 있기 때문이라고 한다. 웰만의 이론체계에서는 정당한 국가만 정치적 자기결정권을 지니는데, 비호신청인에 대해 박해를 가하는 국가는 더 이상 정당한 국가가 아니므로

권리를 규정하고 있지만, 입국의 권리에 대해서는 자국으로의 입국만 규정하고 있다.

39) Buchanan (n 37) 257.

40) ibid 259.

41) Walzer (n 20) 46-48.

외부적 개입이 정당화된다는 것이다. 예컨대 이라크 내 쿠르드족을 보호하는 방법으로는 다른 국가로 이주를 보장하는 방법도 있지만, 군사개입으로 북부 이라크에 피난처를 마련하는 방법도 있다는 것이다.[42] 하지만 웰만 스스로도 인정하듯이 이러한 개입방식은 항상 쉽거나 권장할 만한 것은 아니다.[43] 경우에 따라서는 그것이 불가능하거나, 역효과만 발생시킬 수도 있다. 더불어 비호를 구하는 개인의 입장에서 바라볼 때, 영토적 안식처의 제공만큼 즉각적인 효과가 나타날 것이라고 기대하기도 어렵다. 따라서 웰만의 논증은 일반론으로 성립하기는 어렵고, 비호 제공 외에 현실적으로 기대 가능한 대안이 있는 경우에 한해 타당성이 있다.

그렇다면 국가가 난민에 대한 보호를 제공할 의무는 어디서 기원하는가? 난민보호 의무의 연원에 관한 논의를 일부 제시하자면 인과적 책임, 인도주의적 의무, 근대국가 체제의 정당화 조건을 예시로 들 수 있다. 인과적 책임은 난민의 발생에 관한 책임이 있는 경우 이에 대한 배상의무가 있다는 것이다. 이는 인도주의적 고려에만 기대는 것보다는 강력한 의무를 도출시키겠지만, 그 전제로서 난민의 발생에 대한 책임을 필요로 한다.[44] 이에 인과적 책임론은 그 설명범위가 제한적인 측면이 있다.[45] 미국의 베트남 전쟁 참전과 같은 극단적인 사례가 인과적 책임론의 예로 언급되는 점[46]에서 이를 간접적으로 알 수 있다. 다만, 난민에 대한 피해의 직접적 원인이 되지 않더라도, 1980년대에 독일이나 영국이 이라크에 화학무기를 판매하거나, 미국이 중앙아메리카의 독재정부에 지원을 하였던 것처럼 피해에 기여를 하는 경우에 책임을 확장하고자 하는 시도가 있다.[47] 나아가 국제경제 체제에 참여하

---

42) 이상의 논의는, Christopher Heath Wellman, 'Immigration and Freedom of Association' (2008) 119 Ethics 109, 128-30 참조.

43) ibid 129.

44) James Souter, 'Towards a Theory of Asylum as Reparation for past Injustice' (2014) 62 Political Studies 326, 330-31.

45) ibid 329 (인과적 책임론이 난민보호 의무 발생 근거로서 유일한 설명이 아니라 여러 설명 중 하나라는 점을 인정하는 취지).

46) Carens (n 13) 195.

47) Gibney, *The Ethics and Politics of Asylum* (n 11) 52.

고 있다는 점 자체로 이러한 책임을 인정하려는 입론도 제한적으로나마 존재한다.[48]

인도주의적 의무론은 난민과 그 외의 이주민의 차이가 중대한 침해로부터 보호를 받을 필요성으로부터 비롯된다는 점에 착안한다. 이러한 인도주의는 도움이 필요한 심각한 상황에 있는 사람을 도울 의무를 뒷받침하는 다양한 관점에 의해 뒷받침될 수 있는데, 자유민주주의 역시 인도주의적 의무의 연원으로 작용할 수 있다고 설명된다.[49] 왈처 역시, 극심한 상태에 있는 사람에 대해서는, 비록 기존의 유대관계가 존재하지 않더라도, 지나친 비용이 들지 않는 한 도움을 베풀 의무가 있다고 하여 인도주의적 인식의 연장선상에 있는 것으로 보인다.[50]

다른 한편, 난민보호 의무를 근대국가 체제의 정당화 요건에서 찾는 입장이 있다. 이 입장은 국가들이 근대국가 체제로부터 얻는 이익이 있다는 점에서 발생하는 집단적 책임에 착안한다. 이에 따르면 본국으로부터 강제적으로 쫓겨난 사람들을 지원할 집단적 책임의 존재가 근대국가 체제의 정당화 요건 중 하나이다.[51] 국가로 나누어져 있는 세상에서 국가가 스스로 정당한 권한을 주장하기 위해서는 근대국가 체제라는 사회제도의 부작용에 대한 해결책이 있어야 한다는 것이다.[52] 이러한 관점은 앞서 살핀 이민정책에 대한 무제한적 재량을 인정하는 전통적 국제법 체제의 한계를 교정하는 작업으로 평가할 수 있다. 나아가, 국가를 중심으로 움직이는 국제사회의 건강한 유지를 위한 작업으로 평가할 수도 있다. 난민보호가 국제사회에 대한 책임으로 관념화되는 것 역시 같은 맥락에서 이해할 수 있다.[53]

---

48) ibid 53-54. 나아가, 인과적 책임론이 환경난민에 대한 보호의무 논의까지 확장될 수 있다는 주장에 관해, Carens (n 13) 195 참조.

49) Song (n 6) 116.

50) Waltzer (n 20) 78.

51) 이상의 근대국가 체제의 정당화 요건에 관해, Song (n 6) 116-17 참조.

52) Carens (n 13) 196 참조.

53) 「난민법」 제정이유를 살펴보면, “다른 선진국에 비해 난민을 충분히 받아들이고 있지 아니하여 국제사회에서 그 책임을 다하고 있지 못하고” 있다는 표현을 확인할 수 있다. 대한민국 관보 제17697호(2012. 2. 10.) 17면.

제 2 절 난민협약의 보호와 그 한계

Ⅰ. 난민협약상 난민개념과 강제송환금지

현대 국제난민법의 중심축이 되는 문서는 1951년「난민의 지위에 관한 협약」[54]과 1967년「난민의 지위에 관한 의정서」[55]이다. 이들 규정에 따르면 난민은 '인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 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 그러한 공포로 인하여 그 국적국의 보호를 받는 것을 원하지 아니하는 자 및 상주국가 밖에 있는 무국적자로서 종전의 상주국가로 돌아갈 수 없거나 그러한 공포로 인하여 종전의 상주국가로 돌아가는 것을 원하지 아니하는 자'를 말한다.[56] 여기서 가장 특징적인 점은 박해와 그 원인으로 규정된 다섯 가지 사유 사이에 연관성(nexus)이 요구된다는 것이다. 즉 난민협약에 따르면 박해를 당할 위험이 있다고 하더라도 그것이 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 하지 않으면 난민이 아니다.

한편, 위와 같은 난민 정의를 충족하더라도, 난민협약에 규정된 적용 중지 사유 또는 적용 배제사유가 있는 경우에는 보호의 범위에서 벗어난다(난민협약 제1조C 내지 제1조F 참고). 이들 사유 중 중요한 의미를 지니는 것은 제1조F이다. 다른 사유의 경우에는 어떠한 모습으로든 국가 등에 의한 보호가 제공되는 상황을 상정하고 있는 데에 반해, 제1조F의 경우에는 애당초 보호

---

54) Convention relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 150.

55) Protocol relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267. 이하 '난민협약'이라고 칭하는 경우「난민의 지위에 관한 의정서」에 따라 개정된「난민의 지위에 관한 협약」을 의미한다.

56) 이 글의 '난민협약상 난민' 또는 '협약상 난민'이라는 표현은 이를 약칭하는 것이다.

를 받을 자격이 없다는 관념에 따라 정해진 사유이기 때문이다.[57] 여기에는 ① 평화에 대한 범죄, 전쟁범죄 또는 인도에 대한 범죄에 관하여 규정하는 국제문서에 정한 범죄를 범한 자, ② 난민으로서 피난국에 입국하는 것이 허가되기 전에 그 국가 밖에서 중대한 비정치적 범죄를 범한 자, ③ 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 행한 자 중 어느 하나에 해당한다고 볼 상당한 이유가 있는 경우가 포함된다.

난민협약상 난민에 대해서는 여러 가지 보호가 제공되는데, 그 중 가장 중요한 것이 강제송환금지이다.[58] 난민보호의 출발은 체류에 있기 때문이다. 난민협약 제33조 제1항에 따르면 난민협약의 당사국은 난민을 어떠한 방법으로도 인종, 종교, 국적, 특정사회 집단의 구성원신분 또는 정치적 의견을 이유로 그 생명이나 자유가 위협받을 우려가 있는 영역의 국경으로 추방하거나 송환하여서는 안 된다. 강제송환금지 원칙은 위험이 있는 곳으로의 송환을 금지하는 원칙이므로, 안전한 곳으로의 강제송환은 이에 반하지 않는다. 따라서 엄밀한 의미에서의 체류권 보장과는 의미가 다르다.

난민협약의 해석상 강제송환금지 의무는 국내절차에 따라 난민으로 인정된 자뿐만 아니라 비호신청인에게도 적용된다. 협약상 난민인지 여부가 결정

---

57) 이와 같은 제1조F의 제정 배경에 관해, James C Hathaway and Colin J Harvey, 'Framing Refugee Protection in the New World Disorder' (2001) 34 Cornell International Law Journal 257, 259 참조.

58) 강제송환금지 외에도 난민협약은 여러 가지 권리를 규정하고 있다. 공공교육에 관한 권리(제22조), 공공구제와 공적 원조에 관한 권리(제23조), 노동에 관한 권리와 사회보장에 관한 권리(제24조), 행정적 원조에 관한 권리(제25조), 거주·이동의 자유에 관한 권리(제26조) 등이 그 예에 해당한다. 그런데 이 글의 주된 연구 대상인 보충적 보호의 개념발전은 다른 국제인권조약상의 강제송환금지 의무를 매개로 했다는 점에서, 제1장 및 제2장에서는 이를 중심으로 논의를 전개한다. 물론, 사람은 한 국가에서 쫓겨나지 않는 것만으로는 인간다운 삶을 향유할 수 없다. 이 점에서 강제송환금지 이외의 권익보장도 중요한 의미가 있다. 강제송환금지 이외의 난민과 보충적 보호 대상자의 처우에 관해서는 제3장에서 비교법적으로 다른 국가들이 보충적 보호 대상자에 대해서 어떠한 처우를 보장하고 있는지에 관해서 살펴보고, 제4장에서 한국의 보충적 보호 대상자의 처우 개선에 관한 논의를 진행하면서 살펴보도록 한다.

되지 않은 상황에서 강제송환금지 원칙의 적용을 받지 못한다면 협약상 난민에 대한 강제송환금지도 그 의미가 상실되기 때문이다.[59] 난민협약상 강제송환금지 원칙은 절대적인 것이 아니고, 일정한 예외가 존재한다. 난민협약 제33조 제2항에 따르면 '당사국에 있는 난민으로서 그 국가의 안보에 위험하다고 인정되기에 충분한 상당한 이유가 있는 자 또는 특히 중대한 범죄에 관하여 유죄의 판결이 확정되고 그 국가공동체에 대하여 위험한 존재가 된 자'는 강제송환금지의 이익을 요구하지 못한다.

Ⅱ. 난민개념의 근본적 한계

이상과 같이 난민협약은 난민개념을 정의하면서 그러한 사람에 대해 원칙적으로 강제송환이 금지된다는 틀을 세우고 있다. 하지만 난민개념의 협소성으로 인해 그 정당성에 의문이 제기될 수 있다. 헤어 나올 수 없는 극심한 가난, 살해의 위협, 자연재해로 인한 모든 생활기반의 파괴가 실존하더라도, 그것이 다섯 가지 박해사유로부터 비롯된 것이 아니면 난민협약상 난민이 아니기 때문이다. 연관성 요건으로 인해, 여러 종류의 비자발적 이주민 중 시민적·정치적 권리가 부정되는 경우에 한해서만 보호가 제공되는 것이다. 이러한 시민적·정치적 권리와의 연관성 요건이 생기게 된 배경에는 냉전시대 서구권 국가들의 정치적 목표가 있었다고 설명된다. 일례로 소련 측에서는 '법률상 무국적자'(*de jure* stateless persons)의 경우 국제연합에 의해 보호가 되어야 하지만, '사실상 무국적자'(*de facto* stateless persons)인 난민[60]을 보호하는 것은 국가로 돌아가 동료 시민들과 함께 봉사하지 않으려는 배신자들을 보호하는 것이라면서,[61] 사회적·이데올로기적 불일치에 근거한 난민지위는 서구권 국가들의 사악한 정치적 목표에 따른 것이라고 비판

---

59) Walter Kälin and others 'Article 33, para.1' in Andreas Zimmermann and others (eds), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary* (Oxford University Press 2011) 1370.

60) 이 시기에는 사실상 무국적이 난민을 가리키는 말로 쓰였다.

61) UNGA Fifth Session Official Records (325th plenary meeting) 71, paras 77, 81.

하였다.[62] 이러한 배경에서 성립한 박해사유와의 연관성 요건에 의한 보호 범위의 축소는, 앞서 살펴본 난민보호 의무의 윤리적 근거로서 제시된 인과적 책임, 인도주의적 의무, 근대국가 체제의 정당화 조건 어느 것에 의해서도, 쉽사리 정당화되지 않는다.

Ⅲ. 한계의 극복시도

이상과 같이 난민협약상 난민개념에 한계가 존재한다면, 이를 어떻게 교정할지에 관한 검토가 요구된다. 이러한 교정 작업은 실제로 학계·실무에서 여러 가지 방식으로 시도되고 있다. 이하에서는 난민협약상 난민개념을 비판적으로 검토한 학자들의 입장을 살피고, 이 글에서 상정하는 정당한 난민의 범위를 정리한다(1.). 그 후, 실례에 입각해서 난민협약상 난민개념에 대한 교정이 어떻게 구현될 수 있는지에 관해 살펴본다(2.).

1. 정당한 난민의 범위에 관한 논의

규범적 차원에서 난민개념에 관한 논의를 하는 학자들의 입장을 살펴보자. 이는 난민협약상 난민과 달리, 어떤 사람들이 보호가 필요한 난민으로 이해가 되어야 하는지에 관한 문제이다. 샤크노브(Shacknove)는 난민협약상 난민 정의가 다음과 같은 관념적 전제에 입각해 있다고 설명한다. 첫째, 국가－시민 사이의 신뢰, 복종, 보호, 지원 등의 유대관계는 사회의 일반적 기초를 구

---

62) UNESC Eleventh Session Official Records, ‘Refugees and Stateless Persons: Report of the Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems’ UN Doc E/1703/Add.1 (James C Hathaway, ‘A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law’ (1990) 31 Harvard International Law Journal 129, 145 (fn 103)에서 재인용). 현재 국제난민법 체계가 과거 냉전 맥락에서 자유주의 진영의 정치적 고려의 영향을 받은 것이라는 점에 관한 다른 논의로는, Sarah Collinson, *Beyond Borders: West European Migration Policy Towards the 21st Century* (Royal Institute of International Affairs 1993) 64.

성한다. 둘째, 난민의 경우에는 그 유대관계가 단절된다. 셋째, 박해 및 영토로부터의 탈출은 이러한 유대관계 단절을 표상한다. 넷째, 이러한 박해 및 영토로부터의 탈출에 따른 유대관계 단절은 난민성의 필요충분조건이다.[63] 하지만 샤크노브에 따르면 박해는 유대관계 단절의 충분조건에 해당하지만 필요조건에 해당한다고 보기는 어려우며, 영토로부터의 탈출은 난민성과 무관한 요건이다.[64] 즉, 박해나 영토로부터의 탈출이 없더라도 국가-시민 사이의 관계 단절은 발생할 수 있다는 것이다. 이러한 관점에 따라 샤크노브는 "본질적으로, 본국으로부터 기본적인 필요에 대한 보호를 받고 있지 못하며, 이를 보호받기 위해서 국제적 보상 외의 방법은 남아있지 않으면서, 그러한 지원이 가능한 상황에 있는 사람"이라는 대안적 난민 정의를 택한다.[65]

한편, 깁니(Gibney)는 "강제로 송환되거나 현재 체류하는 곳에 잔존하는 경우, 국가의 폭력성 또는 무능함으로 인하여, 박해가 발생하거나 신체적 안전 또는 필수적 생활기반에 중대한 위험이 야기되는 경우로서 임시적 또는 영구적으로 체류할 새로운 국가가 필요한 사람"이라는 정의를 제시한다.[66] 이러한 정의는 일반화된 폭력상태 또는 공공질서에 중대한 혼란을 초래하는 상황을 전반적으로 포함한다는 점에서 협약상 난민보다 포괄하는 사람의 범위가 넓다. 한편, 샤크노브의 정의와는 달리 새로운 체류상태의 필요를 요건으로 삼고 있다는 점이 특기할 만하다.[67] 이와 같은 요건을 갖추지 못한 경우에는 문제된 국가에 대한 원조, 외교적 압력, 경우에 따라서는 군사개입으로 박해상황 또는 필수적 생활기반에 대한 위험상황을 해결할 수 있기 때문

---

63) 이상과 같이 샤크노브가 포착한 협약상 난민개념의 전제에 대한 정리는, Andrew E Shacknove, 'Who is a Refugee?' (1985) 95 Ethics 274, 275 참조.

64) ibid 227.

65) ibid.

66) Gibney, *The Ethics and Politics of Asylum* (n 11) 7.

67) 다만, 다른 연구에서는 '국적국 혹은 상주국으로부터 기본적 인권이 보호받고 있지 못하고, 앞으로도 보호받지 못할 것이기에 다른 국가로부터의 대체적 보호를 필요로 하는 사람'이라는 정의를 제시하면서 체류의 필요에 관해서 별도로 언급하지는 않는다. Matthew J Gibney, 'Refugees and justice between states' (2015) 14 European Journal of Political Theory 448, 452-53.

이라고 한다.[68] 그 외에 영토로부터의 탈출 요건을 유지하되, “식량, 식수, 주거의 결여로 인해 생명의 위험에 처하거나, 신체적 완전성 또는 자유가 침해될 것이라는 충분한 근거 있는 공포가 있는 경우”로 난민 정의를 확장하려는 시도가 있다.[69] 이 입장 역시 박해사유를 한정한 것이 자의적이라는 인식에 기초한다.[70]

이상과 같이 난민협약상 난민 정의에 비판적인 입장에서는 통상 난민협약상 박해사유의 존부가 보호가 필요한 정도를 결정짓지 않는다는 점을 강조한다. 협약상 난민의 정의에 부합하는 난민을 항상 난민협약 외의 난민에 비하여 더 심각한 위험에 처한 집단으로 관념화하기는 어렵고, 난민협약상 난민이 필요로 하는 보호와 난민협약 외의 난민이 필요로 하는 보호가 다르다고 단정하기도 어렵다는 것이다.[71] 정치적 박해로 인한 수감이 극심한 가난과 비교했을 때 도덕적 중요성을 지니는지 의문이라는 포기(Pogge)의 논의도 이와 일맥상통한다고 볼 수 있다.[72]

하지만 현행 난민협약상 난민 정의의 정당성을 방어하는 입장도 있다. 일례로 박해사유와의 연관성 요건에 관해, 국제적으로 비호를 제공할 수 있는 역량의 제한성 및 연관성 요건 자체에 내재한 차별금지 원칙을 근거로 이를 정당화할 수 있다는 설명도 있다. 환언하면, 국제적 역량의 제약하에서 난민협약에서 정한 박해사유가 출신국에서 나타나는 주변화(marginalization)를 포착하는 적절한 수단이라는 것이다.[73] 물론 난민협약 성립 이후 오랜 시간이

---

68) Gibney, *The Ethics and Politics of Asylum* (n 11) 8. 깁니는 영토로부터의 탈출을 난민요건으로 삼는 것은 아니고, 체류의 필요라는 요건을 설명하는 상황으로서 제시하는 것으로 보인다.

69) John Vrachnas and others, *Migration and Refugee Law: Principles and Practice in Australia* (3rd edn, Cambridge University Press 2012) 320.

70) ibid 308ff.

71) Gibney, ‘Refugees and justice between states’ (n 67) 454-55. 같은 취지로, Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press 2007) 234-36.

72) Thomas Pogge, ‘Migration and Poverty’ in Veit Bader (ed), *Citizenship and Exclusion* (Palgrave Macmillan 1997) 15.

지나면서 현대적 상황에 부합하지 않는 경우가 나타날 수 있지만, 이러한 문제는 적극적 확장해석, 특히 '특정 사회집단의 구성원 신분'에 대한 해석을 통해 해결할 수 있다고 한다.[74] 그 밖에 왈처의 구성원성 담론에 착안하여 박해사유가 특별한 의미를 가지고 있다는 방어논리도 있다. 즉 구성원성의 단절을 난민의 핵심징표로 이해할 때, 난민이 특별한 이유는 박해사유에 입각한 박해가 특별한 피해이기 때문이라는 것이다.[75] 이러한 입장을 따른다면 난민협약상 박해사유에 따른 난민과, 다른 사유로 인한 난민협약 외의 난민의 구별은 자의적인 구별이 아니게 될 수 있다. 피해자의 입장에서 보더라도, 예컨대 폭력배에 의한 갈취라는 상황에 처한 경우, 그것이 단순한 금전적 동기로부터 비롯된 경우에 비해 태어난 인종에 대한 차별로부터 비롯된 경우 느껴지는 비참함의 정도가 더 심각하다고 생각할 수도 있을 것이다.

하지만 이상과 같은 근거로 난민협약상 난민개념을 옹호하는 것 역시 완전한 설명력을 지니지는 않는다. 박해의 구성요소인 국가의 보호실패에는 '보호의 의지가 없는 상황'(unwillingness to protect)과 '보호의 능력이 없는 상황'(inability to protect)이 모두 포함된다.[76] 국가가 직접 박해의 주체가 되는 경우에는 국가의 보호의지가 결여된 것으로 이해할 수 있다. 비국가행위자에 의한 박해가 이루어지거나 무차별적 재난이 나타난 상황에서, 국가가 난민협약상 박해사유로 보호를 제공하지 않는 경우에도 같다. 하지만 특정 개인이 비국가행위자에 의해 난민협약상 박해사유가 아닌 이유로 박해를 당

---

73) 이와 같은 설명에 관해, James C Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status* (2nd edn, Cambridge University Press 2014) 362-63 참조.

74) ibid 363. 이는 '특정 사회집단의 구성원 신분'이라는 박해사유가 확장해석의 여지가 가장 크기 때문에 나타난 입장으로 이해된다. 특정 사회집단의 해석에 관한 국내연구로는, 최계영, "성소수자의 난민인정요건 — 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결의 비판적 검토 —", 행정판례연구 제22권 제2호, 2017, 359면 이하 참조.

75) Max Cherem, 'Refugee Rights: Against Expanding the Definition of a "Refugee" and Unilateral Protection Elsewhere' (2016) 24 Journal of Political Philosophy 183, 191-92.

76) 이러한 보호실패의 분류에 관해, Hathaway and Foster (n 73) 297ff 참조.

하거나 무차별적 재난상황에 처했을 때, 국가가 난민협약상 박해사유와 무관하게 보호능력을 결여하여 보호를 받지 못하는 경우라면 난민협약에 따른 난민으로 규율되기 어렵다. 이러한 경우는 구성원성 담론에 따른 방어가 어렵다. 왜냐하면 이 경우에는 국가가 개인을 인권침해로부터 보호할 것을 더 이상 기대할 수 없기 때문이다. 국가의 보호기능은 구성원성이 의미가 있기 위한 최소한의 가치이다. 구성원이 더 이상 가치가 없음에도 정신적 유대관계가 잔존함을 이유로 난민성을 부정해 대체적 보호의 제공을 거부하는 것은 정당화되기 어렵다. 환언하면, 무차별적 보호능력 결여의 경우에는 '무차별적 주변화'가 일어난다.

이와 같은 무차별적 주변화 현상을 염두에 둘 때, 난민협약상 난민에 해당하는 사람과 그렇지 않은 경우를 이분법적으로 구별하여 전자에 대해서는 대체적 보호를 제공하고, 후자에 대해서는 이를 제공하지 않는다는 프레임은 그대로 받아들이기 어렵다. 하지만 동시에 난민협약상 박해사유가 근본적으로 차별이 금지되는 고유한 속성을 지니고 있음을 부정하기도 어렵다. 즉 대체적 보호가 필요하다고 하여 모두 난민협약상 난민과 동위에 두어야 한다고 단언하기는 곤란하다. 이 점에서 중간적 단계의 개념의 필요성이 대두된다. 이때 중간적 단계의 개념요소로 깁니가 강조한 '새로운 체류상태의 필요'를 포함하는 것이 적절하다. 이익형량의 관점에서 보았을 때, 출신국에서 탈출하지 않아도 되는 경우보다 반드시 탈출해야 하는 경우 수용국의 영토주권에 가해지는 제약의 정도가 더욱 강할 것이기 때문이다. 이와 같은 점에 입각해 이 논문에서는 다음과 같은 세 가지 유형을 상정한다. 첫째는 난민협약상 난민이다. 둘째는 난민협약상 난민이 아닌 자 중 인권에 대한 위협을 국가가 이를 방지할 수 없으며, 실질적으로 다른 국가로의 이민을 통해서만 이를 피할 수 있는 상황에 처한 자이다. 셋째는 인권이 위협에 처해 있으나 이민뿐만 아니라 외부개입을 통해서 실질적으로 이를 피할 수 있는 경우이다.[77] 난민보호의 핵심내용을 위험이 없는 곳에서의 체류로 이해할 때, 적어도 두 번째 유형에 관해서는 난민협약상 난민과 차이를 둘 이유가 없다. 이

---

77) 같은 취지의 분류로, Miller, *Strangers in Our Midst* (n 14) 82.

글에서 실정법 맥락이 아닌 맥락에서의 난민개념은 기본적으로 첫 번째 유형과 두 번째 유형을 포괄하는 개념을 전제한다. 다만, 대다수의 국가에서 실정법상 인정되는 난민지위는 기본적으로 난민협약을 기초로 하고 있는데, 이러한 경우에는 실정법상 개념으로서 난민, 협약상 난민, 난민지위, 난민인정자 등과 같은 용어를 사용한다.

2. 법적 구현방법

이상과 같은 기초 위에 선다면, 협약상 난민개념의 협소성 문제는 그대로 유지할 대상이 아니라 극복해야 할 대상으로 이해할 수 있다. 이러한 인적범위의 한계 문제에 대한 극복방법은 크게 세 가지 방법으로 분류될 수 있다. 첫째는 해석적 방법으로, 협약상 난민 정의에 대해 확장해석을 하는 것이다. 여기서 핵심은 연관성 요건을 느슨하게 적용하는 것이다. 둘째는 입법적 방법으로, 난민협약상 난민의 정의 자체를 확대하는 것이다. 셋째는 난민협약과는 별도로 보호되는 대상을 규정하는 것이다. 이는 기본적으로는 입법적 방법이지만, 기존에는 보호의 근거규정으로 해석되지 않던 규정들에 대한 '해석적 발견'을 통해 나타나기도 한다.[78] 셋째 방법이 바로 이 글에서 살펴보는 '보충적 보호'(complementary protection) 방법에 속한다. 이하에서는 논의의 위치를 조망하는 차원에서 협약상 난민 정의의 확장해석과 확대규정 방법에 관해서 살펴보고, 보충적 보호에 관해서는 절을 나누어 살펴본다.

1) 난민 정의의 확장해석

(1) 박해의 광범위성과 연관성 부정론

상술하였듯이 난민협약상 박해사유 요건으로 인해 보호의 필요가 상당한

78) 이와 같은 해석적 발견은 국제인권조약의 해석을 통해 나타났는데, 이에 관해서는 주로 제2장에서 살펴본다.

경우에도 난민협약에 따른 보호대상이 되지 않는다고 판단되는 경우가 많다. 대표적인 것이 무력분쟁으로부터 도피한 전쟁난민이다. 무력분쟁에서의 폭력은 무차별적으로 이루어지기 때문에 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원인 신분 또는 정치적 견해에 따른 차별에 해당하지 않는다는 것이다. 한국에서 시리아 난민과 예멘 난민의 난민지위 인정률이 극악으로 낮았던 것은 아마 정부가 이러한 논리를 따랐기 때문일 것이다.[79] 실무에서도 참고하는 유엔난민기구 편람이 국제적 또는 국내적 무력충돌의 결과로 출신국을 강제로 떠날 수밖에 없었던 사람은 일반적으로 난민협약상 난민으로 간주되지는 않는다고 서술하고 있는 점 역시 이러한 결과에 영향을 미쳤을 것으로 추측된다.[80]

각국의 판례에서도 박해의 광범위성을 근거로 난민협약상 박해사유에 의한 차별을 엄격하게 판단하는 경우가 확인된다. 영국의 *Adan* 사건이 엄격한 접근법의 대표적인 사례이다. 이 사건에서 영국 상원은 소말리아 분쟁 상황에서 피신한 신청인에 대해, 난민협약상 박해사유에 의한 차별적 박해가능성이 내전 자체에 내재한 위험에 비하여 높음을 보여야 한다고 설시하였다.[81] 그 근거로 위 유엔난민기구 편람의 내용을 인용하였다.[82] 미국의 제8순회연방항소법원도 무정부, 내전, 폭동 등의 상황이 일반적으로 박해 요건을 충족하지는 않으며, 박해가능성을 인정하기 위해서는 특정 개인에 대한 박해임이 인정되어야 한다며 엄격한 접근법을 취한 전례가 있다.[83] 한국 하급심

---

79) 통계 정리는, 김세진, "한국의 인도적 체류지위 현황과 보충적 보호지위 신설의 필요성", 최계영 엮음, 난민법의 현황과 과제, 경인문화사, 2019, 333-334, 342-344면 참조.

80) UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* (December 2011) UN Doc HCR/1P/4/ENG/REV. 3, para 164.

81) *Adan v Secretary of State for the Home Department* [1999] 1 AC 293, 302, 311.

82) ibid 310.

83) *Mohamed v Ashcroft* 396 F3d 999 (8th Cir 2005).

판례 중에는 난민인정 요건으로서 박해와의 관련성은 신청인이 염려하는 박해가 신청인의 사회적·정치적 지위에 따른 차별성을 띠고 있는지를 살펴보아야 한다면서, 분쟁 자체가 난민협약상 원인에서 비롯되었다고 하더라도, 신청인 개인이 처한 위험이 전쟁 자체에서 비롯된 위험에 불과하다면 협약상 난민에 해당하지 않는다는 취지로 판단한 것이 확인된다.[84]

(2) 연관성 부정론의 극복

이상과 같이 박해의 광범위성을 근거로 난민협약상 박해사유와의 연관성을 부정하려는 시도가 확인되지만, 개념적으로 살펴볼 때 광범위한 인권침해 상황일지라도 협약상 박해사유가 확인된다면 협약상 난민임을 인정하는 데에 장애는 없다. 유엔난민기구 역시 「국제적 보호에 관한 지침 제12호」를 통해 상기 유엔난민기구 편람의 서술은 무력분쟁이 협약상 박해사유와 관계가 없는 경우에 한해 타당한 설명이라고 하였다.[85] 많은 경우 난민보호의 문제점은 협약 자체의 한계로부터가 아니라 해석의 협소성으로부터 비롯된다. 이러한 협소한 해석관행으로부터 벗어나, 광범위한 인권침해의 상황에서 나타날 수 있는 박해와 협약상 사유와의 연관성을 발견하려는 적극적 시도를 할 때 국제적 보호가 필요한 사람들에 대한 보호 결여라는 문제가 상당부분 완화될 수 있다.

무력분쟁 상황에서 인권침해가 광범위하게 일어난다고 해서 그러한 침해행위에 차별적 요인이 존재한다고 단언할 수는 없다. 그러한 상황을 협약에

---

84) 서울행정법원 2010. 4. 8. 선고 2019구합49619 판결.

85) UNHCR, ‘Guidelines on International Protection No. 12: Claims for refugee status related to situations of armed conflict and violence under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the regional refugee definitions’ (2 December 2016) para 10. 이는 개정편람에도 포함되었다. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* (April 2019) UN Doc HCR/1P/4/ENG/REV. 4, 215, 220.

서 난민인정의 소극적 요건으로 정하고 있지 않을뿐더러, 목적론적 해석에 따르더라도 광범위한 인권침해 상황으로 인해 박해사유에 대한 엄격한 판단이 요구된다고 볼 근거가 없다.[86] 실제로 무력분쟁 등의 상황하에서 박해가능성 판단에 관한 국가관행은 엄격한 접근법뿐만 아니라 완화된 접근법도 존재한다.[87] 호주나 뉴질랜드에서는 협약상 난민에 해당하기 위해 개인이 무력분쟁 상황하에 처해 있는 일반적인 집단에 비해 특히 차별적으로 높은 위험에 직면할 필요는 없다고 보고 있다.[88] 유엔난민기구 역시 무력분쟁의 상황하에 있다고 하여 박해요건의 충족을 위하여 더 강도 높은 침해가 있어야 하는 것은 아니며, 그러한 상황하에서 일반적으로 예상되는 처우에 비하여 악화된 처우가 있는지 여부를 평가할 필요도 없다는 입장을 취한다.[89]

한편, 무력분쟁 등 상황에서 나타나는 무차별적 피해 속에서 피해의 차별성을 드러내려는 시도도 관찰된다. 무력분쟁이나 내전의 배후에 있는 정치, 종교, 민족적 분쟁양상을 면밀히 살펴 연관성 요건 충족 여부를 살펴보아야 한다는 연구를 하나의 예로 들 수 있다.[90] 이는 무차별성에 가려져 숨어 있는 박해의 원인을 찾아내는 작업이라고 평가할 수 있다. 무력분쟁 상황에서의 젠더 박해에 관한 연구도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.[91] 예를 들어,

---

86) Guy S Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (3rd edn, Oxford University Press 2007) 128.

87) Vanessa Holzer, ‘The 1951 Refugee Convention and the Protection of People Fleeing Armed Conflicht and Other Situations of Violence’ in Volker Türk and others (eds), *In Flight from Conflict and Violence: UNHCR's Consultations on Refugee Status and Other Forms of International Protection* (Cambridge University Press 2017) 72-73.

88) 호주 및 뉴질랜즈의 판례에 관해, Holzer (n 87) 74 참조.

89) UNHCR, ‘Guidelines on International Protection No. 12’ (n 85) para 12.

90) 시리아 내전으로부터 도피한 난민들에 대하여 난민인정이 아닌 인도적 체류허가를 한 한국의 선례를 비판적으로 검토하면서 이와 같은 입장을 보인 예로, 이인수, “무력분쟁과 폭력 사태로 인한 실향민에 대한 난민법제의 보호”, 최계영 엮음(주 79), 410-414면 참조.

91) 일례로, Valerie Oosterveld, ‘Women and Girls Fleeing Conflict: Gender and the Interpretation and Application of the 1951 Refugee Convention’ (2012) UNHCR

전쟁 상황에서 나타나는 강간과 같은 폭력유형은 젠더 중립적인 폭력이 아니다.[92] 남성과 여성 모두 무력분쟁 상황에서는 죽음의 위험에 직면하지만, 여성·여아는 종속적인 젠더 규범에 반하는 태도를 보인다는 이유로, 혹은 남성 친인척의 정치적 또는 군사적 활동을 이유로 직접적인 살해의 대상이 될 수 있다는 시각을 관찰할 수 있다.[93] 더불어 무력분쟁 상황에서 여성·여아에 대한 폭력은 일상이 되고, 이는 분쟁 이후에까지 이어진다는 점 역시 지적된다.[94]

2) 지역문서에 의한 난민 정의 확대

협약 외 난민보호의 근거 마련을 위해 난민 정의를 확대하는 방법도 상정할 수 있다. 지역문서들에서 이와 같은 실례를 확인할 수 있는데, 자주 등장하는 예가 「아프리카통일기구 협약」[95]과 「카르타헤나 선언」[96]이다.

Legal and Protection Policy Research Series, PPLA 2012/06.

92) ibid 16.

93) ibid 12.

94) ibid 18-19.

95) OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (adopted 10 September 1969, entered into force 20 June 1974) 1001 UNTS 45. 「아프리카통일기구 협약」 제정의 중요한 동인은 1951년 난민협약의 시간적 제약 및 탈식민지 과정에서 나타났던 전쟁양상이었다고 설명된다. 서부 토고 랜드를 가나에 편입시킴으로써 발생한 난민, 앙골라·모잠비크·남아프리카·남부로디지아·서남아프라카와 같은 지역에서 나타난 폭력적 탈식민지 운동으로 인해 발생한 난민, 독립 이후 브룬디·콩고민주공화국·르완다 등에서 나타난 장기화된 내전으로 인한 난민 등이 그와 같은 전쟁양상의 결과로 설명된다. 이에 관해, Marina Sharpe, 'The 1969 OAU Refugee Convention in the Context of Individual Refugee Status Determination' in Türk and others (eds) (n 87) 120-21 참조.

96) Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, 22 November 1984 (Cartagena Declaration). 이 선언은 법적 구속력이 있는 문서는 아니고, 라틴아메리카의 학자와 실무자들이 채택한 선언이다.

「아프리카통일기구 협약」 제1조 제1항에 정한 난민은 난민협약상 난민 정의와 거의 동일하지만, 제1조 제2항은 그에 더하여 '출신국 또는 국적국의 일부 또는 전부에 대한 외부적 침략, 점령, 외국의 지배나 공공질서를 심각하게 해치는 사건으로 인해 출신국 또는 국적국 바깥에서 비호를 구하기 위하여 일상거소를 떠나야 했던 모든 사람' 역시 난민 정의에 포함시키고 있다. 제1항과 제2항의 상호중첩성을 염두에 둘 때 제2항의 의미를 지나치게 확대해석하는 것은 경계되어야 한다는 설명도 있지만,[97] 적어도 '박해'라는 용어에서 탈피하여, 출신국의 객관적 상황에 따른 난민인정을 보다 용이하게 할 법제 기반을 마련하였다는 점에서 확장성을 인정할 수 있다.[98] 「아프리카통일기구 협약」은 54개 아프리카연합 회원국 중 46개국이 비준하여 아프리카에서 널리 법적 구속력을 인정받고 있다.[99] 같은 협약 제1조에 따라 확대된 난민 정의는 국내법적 편입 또는 조약의 직접효력 인정의 방법으로 각국에서 구현된다.[100]

한편, 「카르타헤나 선언」은 「아프리카통일기구 협약」의 선례를 명시적으로 언급하면서, '일반화된 폭력, 외부침략, 국내분쟁, 대규모의 인권침해 또는 공공질서를 심각하게 해치는 기타 상황으로 인해 생명, 안전 또는 자유의 위협을 받아 자국을 탈출한 사람'을 난민으로 포함할 것을 권고하고 있다.[101] 「카르타헤나 선언」이 채택되었을 당시에는 라틴아메리카 국가들이 난민 문

---

97) Marina Sharpe, 'The 1969 African Refugee Convention: Innovations, Misconceptions, and Omissions' (2012) 58 McGill Law Journal 95, 125.

98) Bonaventure Rutinwa, 'Relationship between the 1951 Refugee Convention and the 1969 OAU Convention on Refugees' in Türk and others (eds) (n 87) 102-109.

99) <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028010432f> accessed 1 June 2020; UNHCR, 'Guidelines on International Protection No. 12' (n 85) para 46.

100) Tamara Wood, 'Who Is a Refugee in Africa? A Principled Framework for Interpreting and Applying Africa's Expanded Refugee Definition' (2019) 31 International Journal of Refugee Law 290, 295.

101) Cartagena Declaration III. 3.

제를 다루기 위한 국내법을 마련하거나 난민인정 절차를 제도화한 상황이 아니었고, 이에 선언상 난민 정의는 각국의 국내법 규정에 포함되는 형태로 영향을 미치게 되었다.[102)]

3) 유엔난민기구의 위임난민

유엔난민기구는 국제연합 총회결의를 통해 설립된 기구로, 「유엔난민기구 규정」[103)]을 그 근거로 하고 있다. 같은 규정 제1조에 따르면 유엔난민기구의 기능적 목표는, 첫째, 유엔난민기구 규정의 범위 내에 있는 난민에 대한 국제적 보호를 제공하고, 둘째, 정부 등에 대한 조력을 통해 난민이 자발적으로 출신국에 귀환하거나 새로운 국가공동체에 동화하는 것을 촉진하여 난민 문제의 영구적 해결책을 모색하는 데에 있다. 같은 규정 제6조B는 유엔난민기구의 권한이 미치는 사람의 범위를 규정하고 있는데, 난민협약상 난민과 그 정의가 대동소이하다. 다만, 제9조에 따르면 유엔난민기구는 국제연합 총회가 결정하는 추가적인 활동을 수행해야 한다. 그리고 유엔난민기구 설립 이후 현재에 이르기까지 국제연합은 제6조B에 해당하지 않는 사람이라도 국제적 보호를 필요로 하는 경우라면 유엔난민기구의 권한범위 내에 포함하는 방향으로 유엔난민기구의 활동 반경을 넓혀왔다.[104)] 이러한 확대된 체제하에서 유엔난민기구가 자기의 권한 내에 있는 난민으로 보는 사람의 집단이 위임난민(mandate refugee)이다. 현재에 이르러서 유엔난민기구의 위임난민 개념에는 난민협약상 난민뿐만 아니라 '박해에 대한 두려움, 분쟁, 보편화된

---

102) Michael Reed-Hurtado, 'The Cartagena Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflicht and Other Situatins of Violence in Latin America' in Türk and others (eds) (n 87) 142; UNHCR, 'Guidelines on International Protection No. 12' (n 85) para 63.

103) Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, UNGA Res 428 (V) (14 December 1950) UN Doc A/RES/428(V).

104) 예를 들어, UNGA Res 1499 (XV) (5 December 1960); UNGA Res 1673 (XVI) (18 December 1961); UNGA Res 2039 (XX) (7 December 1965); UNGA Res 31/35 (30 November 1976).

폭력, 기타 공공질서를 심각하게 저해하는 상황으로 인하여 출신국을 떠나 국제적 보호를 필요로 하는 사람'이 포함된다.[105)]

105) UNHCR, 'Note on the Mandate of the High Commissioner for Refugees and his Office' (October 2013) 3; UNHCR, 'Note on International Protection' (7 September 1994) UN Doc A/AC.96/830, paras 8, 10-11, 31-32.「아프리카통일기구 협약」과「카르타헤나 선언」과 같은 지역문서에서 나타난 난민개념은 유엔난민기구의 위임난민 개념이 확장적으로 형성되는 데에 있어서도 상당한 영향을 미쳤다고 설명된다. 이에 관해, Ruma Mandal, 'Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention ("Complementary Protection")' (2005) UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2005/02, paras 30, 36; UNHCR, 'Note on the Mandate of the High Commissioner for Refugees and his Office' (October 2013) 3 참조. 한편, 위임난민의 개념 확장사에 대한 개괄적 설명으로, Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, 'The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion' in Erika Feller and others (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003) paras 18-19 참조.

제 3 절 보충적 보호를 통한 보완

앞서 언급하였듯이 보충적 보호는 기본적으로 입법적 방법이다. 국제조약이든 국내법이든 난민개념과는 별도로 보호의 대상이 되는 사람을 규정하는 것이다. 난민 정의 확대가 아니라 별도 개념을 규정하는 방법을 채택할 이유에 대해서는 몇 가지 논거가 제시된다. 하나는 난민협약상 개념 자체에 대한 확장은 국제난민법상 의무 자체에 대한 반감을 더욱 증폭시킬 것이라는 고려이다.[106] 다른 하나는 협약상 난민인지 판단하는 것이 보충적 보호 대상자인지 판단하는 것에 비해 용이하므로, 둘을 합쳐서 규정하는 것은 비효율적이라는 것이다.[107] 나아가 보호의 내용 측면에서 차등적으로 규정하는 것이 정당화될 수 있다면,[108] 그 가능성을 열어두기 위해서 별도의 개념규정을 두는 것이 바람직하다는 입론도 가능하다. 협약상 난민보다 부수적 보호의 처우 수준을 낮게 규정한 유럽연합법의 비호체제가 이러한 인식 위에서 성립했다.[109]

---

106) Luara Ferracioli, 'The Appeal and Danger of a New Refugee Convention' (2014) 40 Social Theory and Practice 123.

107) Miller, *Strangers in Our Midst* (n 14) 82. 하지만 이와 같은 입장은 법기술적인 측면에서 이해하기 어려운 측면이 있다. 「아프리카통일기구 협약」처럼 '난민'이라는 용어하에 난민협약상 난민과 그렇지 않은 난민 각각에 대해 조항을 둔다면 전자에 대한 판단은 방해를 받지 않기 때문이다.

108) 통상 난민보호에 비하여 보충적 보호의 필요는 일시적・단기적이라는 주장으로, Matthew Lister, 'Philosophical Foundations for Complementary Protection' in David Miller and Christine Straehle (eds), *The Political Philosophy of Refuge* (Cambridge University Press 2020) 216-21.

109) 부수적 보호 지위자의 처우에 대해서는 제3장 제4절 II. 2. 참고. 하지만 이러한 유럽연합법의 인식론적 토대에 대해서는 점차적으로 회의적인 시각이 강해지고 있다. 이와 같은 시각을 보여주는 예로, European Commission, 'Proposal for a [recast Qualification Directive] − Explanatory Memorandum' COM(2009) 551, 8; European Commission, *Evaluation of the application of the recast Qualification Directive (2011/95/EU)* (Publications Office of the European Union 2019) 16 참고.

Ⅰ. 개념의 구체화

보충적 보호는 국제문서에 정한 기술적인 용어가 아닌 관계로 특별히 합의된 개념이라고 보기 어렵다. 다만, 대략 1990년대부터 난민협약상 난민이 아닌 자에 대하여 강제송환을 금지하거나, 자국에서 머무는 것을 허용하고 일정한 처우를 보장하는 각국의 현상을 칭하면서 발생한 용어이다.[110] 그 실례로는 유럽연합의 부수적 보호 지위,[111] 미국의 퇴거유예・퇴거연기나 임시보호지위,[112] 캐나다의 '보호가 필요한 사람'[113]을 들 수 있다.[114] 이러한 법적 규율은 출신국에서의 인권침해 방지를 위해 강제송환이 금지되는 경우가 난민협약상 난민에만 국한될 수 없다는 이해로부터 발생한 하나의 현상으로 볼 수 있다. 이러한 보충적 보호 사유가 있는 경우에는, 비록 국제문서로 합

---

110) Mandal (n 105) para 4. 초기적 문서의 예로, UNHCR, 'Note on International Protection' (25 August 1992) UN Doc A/AC.96/799, para 5.

111) 제3장 제2절 I. 1. 2) 참고. 유럽연합「자격지침」은 실정법적 개념으로 '부수적 보호'(subsidiary protection)를 규정하고 있는데, 이는 국내에서 통상 '보충적 보호'로 번역되고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 이 글에서는 구별을 위해 '부수적 보호'라고 번역한다. 비록 유럽연합「자격지침」에 따른 부수적 보호의 지위가 법제화된 것은 2004년이지만, 그 이전부터 각국에서는 사실상 난민에 대한 보호를 각기 다른 기준에 따라 제공하고 있었다. 이러한 기준의 통합화에 대한 요구는 1970년대부터 있었다는 점에 관해, *Marx*, AsylG: Kommentar zum Asylgesetz, 10 Aufl., 2019, § 4 Rn. 3 참조.

112) 제3장 제2절 II. 2. 및 3. 참고.

113) 제3장 제2절 I. 2. 2) 참고. '보호가 필요한 사람'의 개념은 2001년 도입되었으나, 그 이전부터 보충적 보호의 메커니즘은 존재했다는 점에 관해, 제3장 제2절 I. 2. 2) (1) 참고.

114) 보충적 보호가 구체적으로 관념화된 것은 1951년 난민협약 시대이기는 하지만, 난민보호에 관한 국제문서에서 제공하는 보호의 부족함으로 인해 그러한 문서에 추가적・보충적으로 보호를 제공하는 모습은 그 이전까지 거슬러 올라갈 수 있다. 대표적인 예로, 프랑스가 1945년에 이르러 1933년「난민의 지위에 관한 협약」(Convention Relating to the International Status of Refugees (28 October 1933) 159 LNTS 199)의 적용범위(러시아, 아르메니아, 아시이라, 칼데아, 시리아, 쿠르드, 일부 투르크인)를 넘어서서 스페인 난민에까지 확대한 것을 예로 들 수 있다. 이러한 역사적 기원에 관한 설명으로는, McAdam (n 71) 26-28.

의된 난민은 아니지만, 강제송환을 할 수 없다는 법적 결단인 것이다. 강제송환으로부터 구제를 제공하는 사유는 각국마다 다양할 수 있다. 좁게는 국제법상 강제송환금지 의무가 있는 경우부터 순수하게 온정적인 고려에 따라 구제를 제공하는 경우까지 존재한다.[115]

환언하면, 보충적 보호라는 개념어는 각국의 서로 다른 법실무를 거칠게 통합하는 용어로 평가할 수 있다. 이러한 개념적 모호성으로 인해 보충적 보호에 대한 통합적·체계적 분석이 이루어지기 어려운 측면이 있다. 혹자의 경우에는 보충적 보호의 개념은 난민협약상 난민에 해당하지 않는 사람에 대한 보호를 총칭하는 포괄적 개념이라고 설명한다.[116] 하지만 이와 같은 개괄적 설명에 따르는 경우, 인권 관념에 따라 일정한 보호를 제공하는 여러 제도가 전부 보충적 보호에 포함되어, 비교법적 논의를 하기 어렵다. 유형화의 실익이 있음에도 이를 포기할 필요는 없다.

이에 이 글에서는 보충적 보호의 일종으로 일컫는 제도의 범위를 한정하고, 그 안에서 협의의 보충적 보호와 광의의 보충적 보호의 구별을 전제로 논의를 진행한다.[117] 우선, 물리적 현존, 대체적 보호, 인권침해 방지의 목적을 보충적 보호의 공통적 특징으로 이해하여 보충적 보호에 관한 논의의 범위를 어느 정도 한정한다. 물리적 현존은 문제된 사람이 국가의 영토·관할 내에 있는 경우를 상정해, 재정착난민과 '국내실향민'(internally displaced person)을 논의의 범위에서 일단 제외한다는 점을 의미한다. 이때 수용국이 공인하는 법률상 입국뿐만 아니라 그와 같은 공인이 없는 사실상 입국이 이루어진 경우에도 물리적 현존이 인정된다. 이와 같은 물리적 현존을 개념징

---

115) Mandal (n 105) para 5; UNHCR ExCom, 'Complementary Forms of Protection: Their Nature and Relationship to to the International Refugee Protection Regime' (9 June 2000) UN Doc EC/50/SC/CRP.18, para 4.

116) Joseph Rikhof, *The Criminal Refugee: The Treatment of Asylum Seekers with a Criminal Background in International and Domestic Law* (Republic of Letters Publishing 2012) 15ff 참고.

117) 이하의 논의는 김후신, "난민협약 외의 난민에 대한 강제송환금지: 자유권규약과 인도적 체류허가", 저스티스 통권 제183호, 614면 이하의 논의를 정리·보완한 것이다.

표로 삼는 것은 일부 학자들에 의해 비판의 대상이 될 수 있겠지만,[118] 영토·관할 내에 있는 경우와 그렇지 않은 경우 국가에게 발생하는 의무가 달라진다는 구별은, 국가의 통제가능성 차이라는 차원에서 정당성이 인정될 수 있다.[119] 근대국가 체제에서 재정착난민과 국내실향민에 대한 보호는 별도의 규율 체계를 따르는 것으로 이해하는 것이 현실적이기도 하다. 대체적 보호성은 보충적 보호가 난민보호와 마찬가지로 출신국에 의한 보호실패로 인한 다른 국가의 보호라는 대체성을 가지고 있음을 보여준다.[120] 인권침해 방지라는 목적성은 난민보호 제도의 본질로서, 영토주권에 의한 외국인 추방권능이 제한되는 사상적 배경을 표상한다.

이 글에서는 이상과 같은 토대에서 협의의 보충적 보호와 광의의 보충적 보호를 구별한다. 이는 재량성이 강하고 의무성이 약한 보충적 보호 제도와 재량성이 약하고 의무성이 강한 보충적 보호 제도를 구별하기 위한 것이다. 이를 위해 무관성과 의무성이라는 개념요소를 협의의 보충적 보호의 개념요소로 제안한다. 무관성은 문제가 된 외국인과 그 외국인이 보호를 구하는 국가 사이에 어떤 인적관계가 있는지는 고려요소에 포함되지 않는다는 의미이다.[121] 무관성을 요건으로 하지 않으면, 한 국가 내에서 형성한 생활관계, 예컨대 직업, 가족, 교우, 기타 생활기반을 고려요소로 삼게 될 가능성을 열어두게 되는데, 무관성을 전제로 하면 이와 같은 생활관계를 유리하거나 불리

---

118) 이러한 비판은 특히 국가 간 공평한 부담과 난민 재정착(resettlement)을 강조하는 입장에서 제기되는 지점이다. 예컨대 깁니는 강제송환금지의 실무적 의미를 인정하면서도, 물리적 거리에 따라서 난민에 대한 의무가 달라지는 것에 비판적이다. Gibney, *The Ethics and Politics of Asylum* (n 11) 240. 재정착난민이란 본국을 떠나 외국에서 난민 신청을 한 후 다시 제3국으로 이주하여 정착하는 난민이다. 이에 관한 개념설명은, UNHCR, 'The Three-Year Strategy (2019-2021) on Resettlement and Complementary Pathways' (June 2019) 7 참조.

119) 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」도 당사국이 자국의 영토·관할 내에 있는 모든 개인에 대해 차별 없이 규약상 권리를 존중하고 확보해야 한다고 규정하고 있어 이와 같은 이해를 바탕에 두고 있다(제2조 제1항 참고).

120) 김후신(주 117), 615면.

121) 상게논문, 614-615면.

하게 고려할 수 없게 된다. 이러한 무관성 요건을 충족하지 못하는 예로 캐나다의 인도적·온정적 고려에 따른 사증 요건 완화·면제,[122] 국내 행정법상 강제퇴거명령의 위법사유로서 비례원칙 위반 인정[123]을 들 수 있다. 난민협약이 보호하지 못하는 출신국에서의 인권침해까지 보호하는 것을 보충적 보호의 의의로 이해한다면, 무관성 요건을 충족하지 못하는 제도는 순수하게 출신국에서의 인권침해만을 고려요소로 하고 있지 않기 때문에 이를 분리해 생각할 필요가 있다. 한편, 의무성 요소를 통해서는 국제법 또는 국내법에 따른 보호 제공이 의무가 되는 경우를 상정한다. 국제법 외에 국내법도 포함하는 이유는 국제법의 직접효력이 인정되지 않는 헌법체계를 갖는 나라도 아우르고, 나아가 국내법에 의해 독자적으로 보호를 제공하는 경우를 포괄하기 위해서이다. 이와 같은 의무성 요건을 충족하지 못하는 예로 미국의 임시보호지위 제도를 들 수 있다. 이 제도에서 임시보호 대상국가의 지정사유가 있더라도 그 지정 여부는 법무부장관의 순수한 재량으로 결정되기 때문이다.[124]

이상을 종합하여 이 글에서는 협의의 보충적 보호를, "협약상 난민에 해당하지 않는 개인이 수용국의 영토 또는 관할 내 물리적으로 현존하고 있다는 사실 외의 관련성과는 무관하게, 인권침해를 방지하기 위하여 출신국을 대신해 국제법 또는 국내법에 따라 수용국이 제공하는 의무적 보호"라고 정의한다.[125] 한편, 광의의 보충적 보호는 협의의 보충적 보호의 요건 중 무관성 또는 의무성이 결여된 경우를 칭하기로 한다. 현존성, 대체적 보호성, 인권침해방지의 목적성은 여전히 개념요소로 작동한다.

---

122) 제3장 제2절 I. 2. 3) 참고.

123) 국내 행정법에서는 오랫동안 생활기반을 형성한 사실을 강제퇴거명령의 적법성 판단 시 비례원칙 위반 여부의 판단요소로 삼고 있다. 이에 관해, 서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무, 개정판, 사법발전재단, 2013, 371-374면 참조.

124) 제3장 제2절 II. 3. 참고.

125) 이러한 정의는, 김후신(주 117), 614면을 통해 이미 제안된 바 있다. 이와 같이 보호의 실체적 특징에 기초해 보충적 보호의 개념정의를 시도한 다른 예는 필자의 연구 수준에서는 확인되지 않는다.

Ⅱ. 분석의 방향

현대 국제난민법 체계하에서 보충적 보호의 출발점은「고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약」[126]으로 이해할 수 있다. 고문방지협약 제3조 제1항은 고문의 위험이 있는 곳으로의 송환을 금지한다. 제3장에서 살펴볼 보충적 보호 제도를 택하는 국가들 중 국제조약의 직접효를 인정하는 방법에 의하든 국내적 입법에 의하든, 고문방지협약에 정한 강제송환금지 사유를 보호사유로 두고 있지 않은 국가는 없다. 고문방지협약에 의한 강제송환금지는 난민협약에 의한 현대 국제난민법 체계 형성 이후에 나타난 명시적 입법이다.

그에 반해 기존에는 강제송환금지 의무의 근거규정으로 이해되고 있지 않던 규정들에 대해 새로운 해석론을 따름으로써 보충적 보호의 근거를 찾는 경우도 있다. 이는 이민행정에 영향을 미칠 만한 새로운 다자조약의 체결이 현실적으로 어려운 상황 속에서 나타난 일종의 돌파구로 평가할 수 있다. 대표적인 것이 지역인권조약으로서 유럽인권협약[127]이다. 유럽인권재판소는 당초 강제송환금지의 실무적 근거규정으로 작동하지 않았던 유럽인권협약 제3조에 따른 고문 또는 가혹행위 금지를 강제송환금지의 근거로 해석하였다. 자유권규약위원회 역시「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」[128]에 관해 이와 같은 경향을 따라갔다. 이들 규정 및 그에 대한 해석 역시 각국의 보충적 보호 체계에 영향력을 미쳤음은 물론이다.

이상과 같은 발전사에 비추어 볼 때, 보충적 보호에 대한 이해는 국제인권

---

126) Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85 (이하 '고문방지협약'으로 약칭한다.).

127) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (4 November 1950) ETS 5.

128) International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (이하 '자유권규약'으로 약칭한다.).

조약상 강제송환금지 원칙에 대한 이해에서 출발한다. 그 이후에 비로소 각국 국내법에서 이를 어떻게 실현하고 있는지, 나아가 국제인권조약에 따른 기준 이상의 독자적인 보호를 제공하고 있는지 살펴볼 수 있다. 이 글도 그러한 순서에 따라서, 강제송환금지의 국제법적 근거를 살펴본 후(제2장), 보충적 보호 메커니즘을 두고 있는 일부 국가들의 공법상 규율을 살펴본다(제3장). 이러한 논의를 바탕으로 한국의 보충적 보호 법제에 대한 분석을 수행한 뒤, 그 한계를 파악하고 개선방안을 제시한다(제4장).

제 2 장 강제송환금지 원칙

제 1 절 국제인권법적 토대

Ⅰ. 국제인권법과 난민행정법의 교차영역

실무적인 차원에서 보충적 보호의 구현은 국제인권법과 난민행정법의 결합으로 이해할 수 있다. 그때 핵심적인 매개가 되는 개념이 강제송환금지이다.[1] 국제법상 강제송환금지를 실천하기 위해서 반드시 난민행정법의 경로를 통해야 되는 것은 아니지만, 경험적으로 보았을 때 국제인권법상 강제송환금지 대상인지 판단하기 위해 가장 효율적이고 매끄러운 체계가 기존에 형성된 난민인정 절차였던 것이다. 이는 보충적 보호 법제를 택하는 나라들에서 국제인권법상 강제송환금지가 난민법제에 흡수된 데에서 경험적으로 입증된다.

난민법 영역에서의 보충적 보호는 국제인권법적 토대 위에서 발전하였지만, 국제인권법에 따른 강제송환금지가 국내법적으로 난민인정 절차에서 다루어져야 할 논리필연적 이유가 있는 것은 아니다. 둘은 법원(法源)을 달리하기 때문이다. 그 서문에서도 드러나듯이, 고문방지협약은 전통적으로 비호신청의 대안적 메커니즘으로 인식되기보다는 세계인권선언 또는 자유권규약의 의미를 강화하는 메커니즘으로 이해되었다. 국내법상 난민인정 절차와는 완전히 별도로 고문방지협약에 따른 강제송환금지를 관철하기 위한 절차를 설계할 수도 있다. 실제로 고문방지위원회는 난민협약상 난민에 해당하는지 여부는 소관이 아님을 명확히 하면서,[2] 고문방지협약에 위반되는 강제송환

---

1) 이와 같은 전제로, Deborah E Anker, ‘Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm’ (2002) 15 Harvard Human Rights Journal 133, 148-49 참조.

2) UNCAT, *X v Spain* (15 November 1995) UN Doc CAT/C/15/D/23/1995, para 7.3.

의 가능성이 인정된다고 하여 난민지위를 부여하여야 할 의무가 생기는 것은 아니고 설시한다.[3] 자유권규약에 따른 강제송환금지에 관해서도 마찬가지이다. 자유권규약은 난민협약상의 난민과는 다른 요건으로 강제송환금지를 인정하기에, 자유권규약 체제에서 난민 여부에 대한 검토가 이루어지지는 않는다. 사실관계에 서로 겹치는 부분이 있더라도 다른 요건에 따라 강제송환금지의 대상이 되는지 여부가 판단되므로 자유권규약에 따라 보충적 보호의 대상이 되는 사람이 난민협약상 난민에 해당하지 않는 경우가 충분히 있을 수 있다.[4] 유럽인권재판소 역시 난민신청자에 관련된 사건에서 난민협약상 난민인지 여부에 대하여 판단하고 있지 않고, 국가들이 난민협약을 준수하고 있는지 여부에 대하여 판단하지 않는다. 다만, 난민신청자에 대한 심사에 관하여 유럽인권협약에 따른 절차적 의무가 준수되는지 여부를 살펴본다.[5]

이와 같이 국제인권법과 난민행정법은 절차를 매개로 한 통합에서 출발한다고 볼 수 있지만, 근래에는 점차적으로 실체법적인 통합의 경향도 나타난다. 일례로 유럽인권재판소에서 난민신청자의 송환 사건을 심사할 때 난민협약에 관하여 발달한 이론이 직접적으로 차용되는 경우를 관찰할 수 있다. *JK and others v Sweden* 사건에서 재판부는 유럽인권재판소 판례뿐만 아니라 유럽연합「자격지침」, 유엔난민기구 문서를 적극적으로 인용하면서, "원고가 과거 경험에 관하여 일반적으로 일관성・신뢰성 있는 설명을 제공하고, 그러한 설명이 문제된 국가의 일반적인 상황에 관하여 신뢰성 있고 객관적

---

3) UNCAT, *Seid Mortesa Aemei v Switzerland* (9 May 1997) UN Doc CAT/C/18/D/34/1995, para 11.

4) 다만, 비호신청자가 생명의 위협이 있음을 주장하는 사안에서 자유권규약 당사국은 위법한 송환을 방지할 수 있는 난민절차 또는 그 밖의 개별적・집단적 지위결정절차에 대한 접근을 보장하여야 한다는 점에 관해, UNHRC, 'General comment No. 36, Article 6: right to life' (3 September 2019) UN Doc CCPR/C/GC/36, para 31.

5) *Sufi and Elmi v UK* App nos 8319/07 and 11449/07 (ECtHR, 28 June 2011) paras 214; *MSS v Belgium and Greece* [GC] ECHR 2011-I 121, paras 286-87; *ME v Denmark* App no 58363/10 (ECtHR, July 2014) para 51; *FG v Sweden* App no 43611/11 (ECtHR, 23 March 2016) para 117.

인 출처에 따른 정보에 부합하는 경우에는, 과거 가혹행위의 경험이 장래에 협약 제3조에 반하는 처우를 당할 실제적 위험에 대한 강력한 시사가 된다"는 법리를 정립하였다.[6] 이때 위험이 없다고 반증할 책임은 정부 측에 있다고 설시하였다.[7]

Ⅱ. 국제인권조약의 진화적 해석

보충적 보호의 실무적 출발점이 국제인권법상 강제송환금지에 있는 만큼, 국제인권조약의 해석이 중요한 출발점이 된다.[8] 이하에서는 국제인권조약의 해석방법에 관한 전반적인 논의를 동태적 해석의 가능성을 중심으로 정리하고, 국제인권조약 감독기구의 입장을 원칙적으로 존중할 필요성을 살핀다.

국제인권조약의 해석을 둘러싸고는 여러 논쟁이 존재한다. 일반 조약법 체

---

6) 유엔난민기구에 따르면, 난민협약상 박해가능성은 장래의 위험에 대한 평가이므로 과거의 박해사실이 그 자체로 협약상 난민요건 충족을 의미하지는 않지만, 신청인의 사건을 강하게 뒷받침하는 요소로 고려된다. 그리고 신청인이 일관성·개연성 있는 주장을 하고, 그러한 주장이 일반적으로 알려진 사실에 부합하는 경우에는 일반적인 신뢰성이 인정될 수 있다. UNHCR, 'Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims' (16 December 1998) paras 11, 19.

7) *JK and others v Sweden* [GC] App no 59166/12 (ECtHR, 23 August 2016) paras 99-102 (이라크에서 알카에다에 의한 위협을 주장한 사안). 난민요건에 대한 증명책임은 신청인에게 있지만, 관련된 사실에 대한 확인·평가는 신청인과 국가가 공유하는 책임이라는 유엔난민기구의 설명으로, UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* (April 2019) UN Doc HCR/1P/4/ENG/REV. 4, 43-44, paras 196-97.

8) 이 글에서 국제관습법의 문제는 따로 살펴보지 않는다. 다만, 고문 또는 비인도적인 처우의 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지는 국제관습법적 지위를 지니지만, '인도적 난민'(humanitarian refugee)에 대한 강제송환금지가 국제관습법에 해당한다고 보기는 어렵다는 입장으로, Kay Hailbronner, 'Non-Refoulement and Humanitarian Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?' (1986) 26 Virginia Journal of International Law 857.

계에서 국제인권조약이 특별한 지위를 지니는지, 「조약법에 관한 비엔나협약」[9]의 해석방법이 그대로 적용되는지, 이른바 '진화적 해석'(evolutionary interpretation)은 어떻게 정당화될 수 있는지의 문제이다. 이들은 서로 관련되어 있는 논점들이다. 한편, 해석의 권위에 관련되어서는 국가가 국제인권조약을 해석할 때 조약별 감독기구의 해석에 어느 정도 무게를 두어야 하는지의 문제가 있다.

전통적으로 조약 해석에 관해서는 크게 의사주의, 문언주의, 목적주의 방법론이 있다고 설명된다.[10] 「조약법에 관한 비엔나협약」은 이들 방법론을 종합적으로 구현하고 있다.[11] 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문언에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 하며(비엔나협약 제31조 제1항), 조약의 문맥과 함께 조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의, 조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약 적용에 있어서의 추후의 관행, 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙이 고려되어야 한다(제31조 제3항). 그리고 당사국의 특별한 의미를 특정용어에 부여하기로 의도하였음이 확정되는 경우에는 그러한 의미가 부여된다(제31조 제4항). 비엔나협약 제32조는 해석의 보충적 수단으로서, 일반적 해석의 원칙에 따른 결과 조약의 의미가 모호해지거나 애매하게 되는 경우, 또는 명백히 불투명하거나 불합리한 결과를 초래하는 경우에는 조약의 교섭 기록 및 그 체결 시의 사정을 포함한 해석의 보충적 수단에 의존할 수 있다고 규정하고 있다. 한편, 「조약법에 관한 비엔나협약」은 소급효를 지니지 않지만, 해당 조약 제31조 내지 제33조의 규정은 일반적으로 국제관습법의 원칙을 확인한 규정으로 이해되어 그

---

9) Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.

10) 이상의 전통적 접근법에 관해, Malgosia Fitzmaurice, 'Interpretation of Human Rights Treaties' in Dinah Shelton (ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford University Press 2013) 744-45 참조.

11) 「조약법에 관한 비엔나협약」상 해석방법론의 개관은, 정인섭, 신국제법강의, 제7판, 박영사, 2017, 324-338면 참조.

이전에 제정된 유럽인권협약의 해석지침으로도 작용한다는 것이 유럽인권재판소의 판례이다.[12)]

국제인권조약의 해석방법이 다른 조약과 비교하여 특수한 성질을 가지고 있다고 주장하는 측에서는 국제인권조약의 헌법적(constitutional) 특성을 강조한다. 특히 한 국가의 조약 준수로 다른 국가가 이익을 받는 구조가 아니라 제3자에 대한 의무 준수를 정하는 비상호적(non-reciprocal) 성격을 강조하면서 통상적인 조약과는 궤를 달리한다고 한다.[13)] 이러한 형식적 특수성에 대해 내용적 특수성도 강조된다. 인권조약을 통해서 보장하고자 하는 권리는 근본적이고, 철학적·도덕적 중요성을 지니고 있기에 친인간적(pro homine) 접근이 정당화된다는 것이다.[14)]

이처럼 국제인권조약의 특수성을 강조하게 되는 경우 발전적인 해석의 가능성이 커진다. 대표적인 것이 '살아있는 문서'(living instrument) 담론인데, 이는 국제인권조약이 살아있는 문서로서 오늘날의 상황에 맞게 해석하여야 한다는 것이다.[15)] 이에 따르면 과거에 인권으로 인식되지 않았던 사항이 오늘날의 인권으로 인식될 수 있다. 이러한 담론은 진화적 해석의 일부로서 파악할 수 있다.[16)]

---

12) *Golder v UK* (1979-80) Series A no 18, para 29.

13) 예를 들어, Matthew Craven, 'Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law' (2000) 11 European Journal of International Law 489, 497, 504-13.

14) 친인간적 접근에 관해, Fitzmaurice (n 10) 765ff 참조.

15) UNHRC, *Judge v Canada* (5 August 2002) UN Doc CCPR/C/78/D/829/1998, para 10.3; *Selmouni v France* [GC] ECHR 1999-V 149, para 101; Bernadette Rainey and others, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights* (7th edn, Oxford University Press 2017) 185; Malcolm N Shaw, *International Law* (7th edn, Cambridge University Press 2014) 679-80; 사법정책연구원, 법원의 국제인권조약 적용 현황과 과제(발간등록번호: 32-9741568-001325-01, 연구책임자: 이혜영), 2020, 57, 60-62, 178-179면.

16) 국내 문헌에서 진화적 해석에 관한 설명으로, 김대순, 국제법론(상), 제18판, 삼영사, 2015, 262; 이세련, "1951년 난민의 지위에 관한 협약의 현대적 재조명: 협약 외 난민 보호를 중심으로", 최계영 엮음, 난민법의 현황과 과제, 경인문화

진화적 해석은 그 근거를 어디서 찾는지에 따라 확장성이 달라진다. 유럽인권재판소의 경우에는 조약의 대상과 목적을 강조하는 진보적인 입장 위에 있다고 평가할 수 있다.[17] 대표적인 전거로는 *Golder* 사건을 예로 들 수 있다.[18] 이 사안에서 재판부는 유럽인권협약에 명시되지 않은 '재판접근권'을 '공정한 재판을 받을 권리'에 내재한 권리로 판단하였는데, 이는 조약의 해석방법에 관한 네 가지 요소로서 문언, 문맥, 대상, 목적의 동등성을 전제로 대상·목적을 문언에 우선한 것이라고 평가된다.[19] 이와 같은 해석방법론은 '효과성의 원칙'(principle of effectiveness), 즉 국제인권조약 각각의 조항이 독립적인 의미를 지닐 수 있도록 해석해야 한다는 원칙에 의해 정당화된다고 설명된다.[20]

하지만 이와 같은 해석방법에 대한 반론도 존재한다. 특히 조약의 종류에 따라서 해석방법을 구별하는 것이 자의적이라고 지적하는 측은 전통적인 의사주의 방법론에 따라 당사국의 의사가 확인된 경우에만 진화적 해석을 인정하려는 경향이 있다.[21] 이에 따르면 조약의 해석은 당사국의 의사에 비추어 판단해야 한다. 그리고 당사국의 의사는 그 정의상 체약 당시의 의사를 말한다. 다만, 체약 당시 당사국 사이에 시간의 경과에 따라 문언의 의미가

사, 2019, 382-387면; 사법정책연구원(주 15), 57면.

17) 유럽인권재판소의 진화적 해석에 관한 일반적인 설명에 관해, Rainey and others (n 15) 76ff 참조.

18) *Golder* (n 12).

19) Fitzmaurice (n 10) 760-62.

20) ibid 763-64.

21) 진화적 해석에 대한 당사국의 의사가 확인되지 않으면 체약 당시의 의미에 따라 해석할 수밖에 없다는 고전적 입장으로는, Gerald Fitzmaurice, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points' (1957) 33 British Yearbook of International Law 203, 223 참조. 조약의 종류마다 다른 해석방법이 있는 것이 아니라, 하나의 해석방법이 있을 뿐이며, 국제인권조약의 목적을 다른 조약의 목적과 다르다는 이유로 다른 해석방법론을 채택하여야 한다는 설명이 잘못되었다는 입장으로는, Eirik Bjorge, *Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press 2014) 35-36 참조.

진화할 수 있다는 의사가 공유된 경우에는 진화적 해석이 가능하다. 특히 수명이 긴 조약에서 포괄적인 용어를 사용한 경우에는 시간이 경과함에 따라서 의미의 진화 가능성을 인식하고 있었다고 볼 수 있다.[22)]

이와 같은 의사주의적 방법에 따르면, 적어도 당사국의 의사에 반하는 경우에는 진화적 해석이 정당화되기 어렵다. 하지만 진화적 해석에 대한 의사주의적 정당화 논변 역시 완전하지는 않다. 현대 국제인권조약 체제는 다자주의를 골자로 하고 있는데, 후속 가입국들이 원당사국의 의사에 구속되는 것은 정당화되기 어렵다는 관점의 비판이 가능하다.[23)]

국제인권조약은 대부분의 개념 정의가 포괄적이고 추상적이다. 해석의 분쟁은 거의 항상 이 포괄성·추상성으로 인해 일어난다. 따라서 진화적 해석 자체를 거부한다는 의사는 통상 문언해석으로 도출하기 어렵다. 한편, 인권보장이라는 목적과 기능에 비추어 볼 때 사회의 변화에 따라 인권규범의 의미가 변화할 것을 의도하였다고 전제할 수 있을 것이고, 적어도 그와 같이 해석하는 것이 일반적으로 당사국들의 의사에 반한다고 보기는 어렵다. 따라서 전통주의적 의사해석에 따르더라도, 동일한 국제인권조약에 대한 과거와 현재의 해석이 달라 후자를 따르는 것은 결코 이상하지 않다.

고문방지위원회, 자유권규약위원회, 아동권리위원회와 같은 국제인권조약 감독기구는 현재의 해석을 확인하는 좋은 출발점이 된다. 이들 기구의 일반

---

22) 이와 같은 입장을 보여주는 전거로, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v Nicaragua)* Judgment, I.C.J. Reports 2009, paras 63-66. 유사한 과거 판시로는, *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v Turkey)* Judgment, I.C.J. Reports 1978, para 77. 이 사건의 쟁점은 니카라과와 코스타리카 사이에 체결된 1858년 국경조약의 '상업적 목적으로'(con objetos de comercio)라는 용어가 관광업을 포함하는지였다. 니카라과는 체약 당시에 상업이라는 용어는 물품 교역을 의미하였고, 서비스는 포함하지 않았다고 주장하였다. 하지만 국제사법재판소는 '상업'이라는 용어가 가지는 포괄성에 비추어 의미의 진화를 인정하였다. 그리하여 국경조약에 규정된 상업에는 관광업이 포함된다고 판단하였다.

23) Fuad Zarbiyev, 'A Genealogy of Textualism in Treaty Interpretation' in Andrea Bianchi and others (eds), *Interpretation in International Law* (Oxford University Press 2015) 266.

논평은 물론이고, 개별적 진정사건에서 내려진 결정도 참고할 만한 선례가 된다. 이들이 중요한 이유는 통상 각 국가의 기관에 비해 이들 기구에서 발전적 해석을 시도하는 경우가 많기 때문이다. 국제인권조약의 감독기구의 해석에 대한 존중은, 전 지구적으로 인권보장의 전략에 관한 대화를 촉진시키며 인간을 동등하게 보고자 하는 열망에 부합한다는 점에서 다른 국가의 해석에 대한 수평적 비교와는 구별되는 추가적인 제도적 가치를 가진다고 설명된다.[24] 더불어 감독기구가 마치 제4심과 같이 운용되는 것에 대한 스스로의 우려와 성찰이 유지된다면,[25] 국가의 의무 위반을 인정하는 경우에 대한 존중의 의미는 더욱 중요해진다. 이 점에서 최근 한국 헌법재판소가 자유권규약위원회의 견해에 대한 존중을 명시적으로 판시한 점은 고무할 만하다.[26]

이 글에서는 이상과 같은 점을 고려하여, 국제인권조약의 진화적 해석이라는 관점에 입각해 강제송환금지 원칙에 대하여 조약별 감독기구의 견해가 어떻게 발전해왔는지에 주안점을 두고 논의를 진행하도록 한다. 상술하였듯이 이와 같은 진화적 해석의 근거는, 비록 그 설명의 방법은 판례나 학설마

---

24) Başak Çalı, 'The Legitimacy of International Interpretive Authorities for Human Rights Treaties: an Indirect-Instrumentalist Defence' in Andreas Føllesdal and others (eds), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes: Legal, Political and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press 2013) 147-51.

25) 예컨대, UNHRC, *Arenz and others v Germany* (24 March 2004) UN Doc CCPR/C/80/D/1138/2002, para 8.6; UNHRC, *MS aka MHHAD v Denmark* (27 July 2017) UN Doc CCPR/C/120/D/2601/2015, Individual Opinion of Committee members Yuval Shany and Christof Heynes (dissenting), paras 3-5.

26) 헌재 2018. 7. 26. 2011헌마306 등, 판례집 30-2, 79. 한편, 그간 한국 사법부의 소극성을 보여주는 예로는, 서울지방법원 1996. 6. 7. 선고 95가단185632 판결, 서울지방법원 1996. 11. 15. 선고 96나27512 판결, 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결, 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22 등, 판례집 23-2상, 174 참조. 이에 대하여 자유권규약위원회의 결정이 구속력이 없다는 결론하에 그 의미를 무시하는 것은 자멸적이라는 비판으로, 이근관, "국제인권규약상의 개인통보제도와 한국의 실행", 국제인권법 제3권, 2000, 60면 참조.

다 차이가 있기는 하지만, 「조약법에 관한 비엔나협약」의 해석방법에 기초를 두고 있다. 비엔나협약은 의사주의, 문언주의, 목적주의가 종합된 해석방법을 규정하고 있다. 보다 적극적인 진화적 해석을 지지하는 측에서는 목적주의를 강조하는 경향이 있는 데에 반해, 의사주의에 의해 정당화되는 경우에 한해 진화적 해석이 가능하다고 설명하는 입장도 있다. 조약 감독기구의 진화적 해석이 친인간적 접근으로서 이해될 수 있다면 목적주의에 의한 정당화 가능성이 높을 것이다. 그리고 그와 같은 해석이 당사국의 의사에 반한다는 점을 구체적으로 확인하기 어렵다면, 이념성, 추상성, 개방성을 특징으로 하는 국제인권조약의 특징상 의사주의에 의해서도 뒷받침될 수 있을 것이다.

Ⅲ. 사례중심 접근법

이 장에서는 기본적으로 사례중심 접근법을 취한다. 이는 한국의 난민행정과 난민행정법의 현실과 맞물려 있는 부분이다. 아직 국내의 난민행정에서 보충적 보호에 관한 이론은 물론, 행정부과 사법부에서 실무의 축적도 이루어지지 않고 있는 상황이다. 행정부에서는 난민심사 시 인도적 체류허가 여부에 관하여 간략하게 검토를 하는 데에 그치고 있고, 사법부에서는 「난민법」상 인도적 체류허가에 관한 재판례들이 초기적인 형태로 나타나고 있을 뿐이다.[27] 아직 보충적 보호에 관한 이해가 풍부할 수가 없는 토대이다. 이러한 상황에서 보충적 보호의 국제법적 법원으로서 국제인권조약의 추상적인 원리만을 제시하는 것은 실천적 의미가 없는 논의에 그칠 가능성이 있다. 감독기구들이 제시하는 법리를 왜곡되게 받아들여 지나친 보호의무 회피로 이어질 수도 있다. 이후 살펴보겠지만 자유권규약위원회는 규약 제7조 위반을 인정하기 위한 증명의 정도가 높다고 명시하고 있고, 유럽인권재판소는 협약 제2조 또는 제3조의 위반을 인정하기 위한 증명은 엄격한 기준을 통과

27) 그마저도 신청권 미비로 인한 각하 판결례가 축적되고 있는 상황이다. 이에 관한 비판적 분석으로, 최계영, "난민법상 인도적 체류허가 거부의 처분성", 행정법연구 제63호, 2020, 90-91면 참조.

하여야 한다고 명시하고 있다. 하지만 구체적 사례들에 대한 고찰 없이 이러한 기준만을 받아들인다면 증명불가에 이르는 기준을 정립하게 될 수도 있다. 구체적 사안에 부딪혀 법리의 탄생과 확립에 많은 고심을 기울였던 국제조약 감독기구나 재판소의 도그마틱을 추상적인 수준에서 받아들이는 것은 곤란하다. 결국 필요한 경우에 압축적인 전달의 길은 네러티브에 길을 내어줄 수밖에 없다.

국제인권조약은 그 언어의 모호함으로 인하여 해석의 방향이 문언으로부터 쉽게 특정되지 않는다. 이는 강제송환금지 원칙의 근거규정들의 경우에도 마찬가지이다. 따라서 구체적인 사안에서 어떻게 보호를 관철시키는지 살펴보면서 앞으로의 방향성을 고민하는 것이 중요하다. 국내에서 처분례나 판례군이 본격적으로 형성되기 전에 발생 가능한 구체적 사실관계를 살펴보는 것이 보다 신중한 행정과 사법에 이르는 데에 일조할 것으로 기대한다.

Ⅳ. 연구대상 조약

이 장에서는 보충적 보호에 관한 국제인권법적 법원으로서 고문방지협약, 자유권규약, 유럽인권협약, 「아동의 권리에 관한 협약」[28]을 살펴볼 것이다. 이 중 유럽인권협약은 한국을 당사국으로 하는 협약이 아니다. 하지만 보충적 보호에 관한 유럽인권재판소 판례의 축적 정도, 난민법 논의에 있어서 유럽 학계 담론의 축적 정도에 비추어 볼 때 유럽인권협약을 둘러싼 법리 전개는 참고할 가치가 높다. 특히 이하에서 살펴볼 자유권규약 제6조 및 제7조와 유럽인권협약 제2조 및 제3조는 그 규정이 대동소이하여 해석에 있어서 비교법적 고찰의 실익이 매우 크다. 국제인권조약의 해석에 있어서 유사한 실체적 규정을 포함하고 있는 다른 조약에 대한 해석례를 참고하는 것은 국제사법재판소의 판단에서도 명시적으로 나타나고 있다.[29]

---

28) Convention on the Rights of the Child (adopted 20 November 1989, entered into force 2 September 1990) 1577 UNTS 3 (이하 '아동권리협약'으로 약칭한다.).

29) 대표적인 예로, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic*

비록 한국이 유럽인권협약의 당사국은 아니지만, 동 협약과 더불어 그에 관련된 판례는 거의 유사한 자유권규약의 규정을 해석함에 있어서 참고할 가치가 높다. 이 장 전반에 걸쳐 살펴보겠지만, 유럽인권재판소는 강제송환금지 원칙에 대해 풍부한 판례법을 발달시켜왔다. 통상 유럽인권재판소 판결의 이유제시는 고문방지위원회나 자유권규약위원회의 일반논평 또는 개인진정결정에 비해 자세하고 일관된 편이다. 이와 같은 점에 착안해, 자유권규약위원회가 유럽인권재판소에 의해 발달한 법리를 제한적으로 적용하고 있을 뿐이라고까지 설명한 논평도 있다.[30] 실제 문서를 살펴보면 고문방지위원회나 자유권규약위원회에서 유럽인권재판소의 판례를 직접적으로 인용하는 경우를 상당수 찾아볼 수 있다는 점에서,[31] 유럽인권재판소의 판례를 살펴보는 접근법은 실무적으로도 뒷받침된다.

Republic of the Congo) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, para 68.

30) Hélène Lambert, 'Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue' (1999) 48 The International and Comparative Law Quarterly 515, 543.

31) UNCAT, *Bachan Singh Sogi v Canada* (16 November 2007) UN Doc CAT/C/39/D/297/2006, para 10.2 (고문방지협약에 따른 강제송환금지는 절대적인 의무라는 것을 설명하는 과정에서 인용); UNHRC, *Pillai et al v Canada* (25 March 2011) UN Doc CCPR/C/101/D/1763/2008, Individual opinion by Committee members Ms. Helen Keller, Ms. Iulia Antoanella Motoc, Mr. Gerald L. Neuman, Mr. Michael O'Flaherty and Sir Nigel Rodley (concurring) (자유권규약위원회가 검토하여야 할 사항은 실제적 위험이 필연적이고 예견가능한 결과에 해당하는지 여부라는 점을 설명하는 과정에서 인용). 물론, 역으로 유럽인권재판소에서 고문방지협약이나 자유권규약의 내용을 살펴보는 경우도 존재한다. *İlhan v Turkey* [GC] ECHR 2000-VII 267, para 85 (유럽인권협약상 고문의 정의를 도출하는 과정에서 고문방지협약의 내용 참고); *Gäfgen v Germany* [GC] ECHR 2010 247, paras 67-68 (고문의 위협이 유럽인권협약 제3조를 위반할 수 있는지 여부에 관하여 살펴봄에 있어서, 그러한 위협이 자유권규약 제7조 위반에 해당할 수 있다는 취지의 해석을 참고).

제 2 절 강제송환금지 원칙의 요건: 어떠한 위험으로부터 보호를 받는가?

Ⅰ. 개관

이 절에서는 강제송환금지 의무가 실제로 뚜렷하게 나타나는 조항들을 주로 살펴볼 것이다.[32] 이와 관련한 연혁을 우선 살펴본다.

고문방지협약 이전에는 난민협약 외에 강제송환금지 의무가 명시적으로 규정된 범지구적 국제인권조약이 없었다. 고문방지협약은 제2차 세계대전 이후 여러 인권문서에 고문금지가 명시되었음에도 불구하고 세계 각지에서 이루어지는 고문행태에 대한 반성적 고려의 산물이었다.[33] 1973. 11. 2. 국제

---

32) 유럽인권협약과 자유권규약의 맥락에서, 보충적 보호의 근거가 반드시 생명권 규정이나 고문 또는 가혹행위 금지 규정에 국한될 이유는 없다는 논의로는, Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press 2007) 145-69 참조. 이는 난민협약에 관하여 피보호권리를 자유권뿐만 아니라 사회·경제적 권리까지 확장할 수 있는지의 논의와도 맥락이 맞닿아있다. 이 절은 강제송환금지가 실무적으로 뚜렷하게 나타나는 조항들을 위주로 살펴볼 것이다. 하지만 이것이 적용규정 또는 피보호이익의 한정성을 말하는 것은 아님을 밝혀둔다. 한편, 유럽인권협약의 맥락에서는 사생활과 가족생활의 자유에 관한 유럽인권협약 제8조도 강제송환의 맥락에서 원용되고는 한다. *Bensaid v UK* ECHR 2001-I 303, para 46; *Nunez v Norway* App no 55597/09 (ECtHR, 28 June 2011) para 70. 다만, 이는 통상 송환국에서 형성된 사생활이나 가족생활의 박탈의 관점에서 접근한다는 점에서 보통 출신국에 의한 박해의 위험을 살펴보는 난민법적 맥락과는 성격이 약간 다르기에, 여기서 상론하지는 않는다. 이민 관련 사안에서 유럽인권협약 제8조에 근거한 비례성 심사 방식에 관한 정리로, Mark Klaassen, 'Between facts and norms: Testing compliance with Article 8 ECHR in immigration cases' (2019) 37 Netherlands Quarterly of Human Rights 157, 160ff 참조.

33) 그 중 대표적인 것이 칠레의 1973. 9. 11. 쿠데타 이후 피노체트 정권하에서 이루어졌던 일련의 학살 사건으로, 이는 고문금지에 관한 국제인권법의 개선필요성을 인식시키는 계기가 되었다. Manfred Nowak and others (eds), *The United Nations Convention Against Torture and its Optional Protocols: A Commentary*

연합 총회는 고문에 관한 문제를 총회 현안으로 삼는 결의를 채택하였다.[34] 1975. 12. 9.에는 '고문 및 그 밖에 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우 또는 처벌의 대상이 되는 모든 사람의 보호에 관한 선언'을 채택하여 고문방지협약의 출발점을 마련하였다.[35] 총회는 해당 선언을 기초로 구속력 있는 협정을 입안할 것을 인권위원회에 요청하였다.[36] 인권위원회는 1984년 실무그룹에서 마련한 초안을 채택해 국제연합 총회에 이를 제출하였고, 총회에서는 몇 가지 타협을 거친 후, 1984. 12. 10. 협약을 만장일치로 채택하였다.[37] 협약은 1987. 6. 26. 발효되었다.[38]

고문방지협약 제3조 제1항은 모든 당사국에 대하여, 사람을 고문의 위험이 있는 다른 국가로 송환하여서는 안 된다고 명시하고 있다. 즉 요건을 갖추면 강제송환금지 의무가 발생한다는 점은 이론의 여지가 없다. 범지구적 차원의 국제인권조약에서 강제송환금지 의무가 정립된 것은 이 시기였다고 평가할 수 있다.

이러한 상황에서, 유럽인권재판소는 1989년 *Soering* 사건을 통해 강제송환금지 의무가 명시되어 있지 않은 유럽인권협약에서 그러한 의무를 해석상 도출해냈다. 그 근거는 '고문 또는 비인도적이거나 굴욕적인 처우·처벌'[39]

(2nd edn, Oxford University Press 2019) 2.

34) Question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, UNGA Res 3059 (XXVIII) (2 November 1973) UN Doc A/RES/3059(XXVIII).

35) Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNGA Res 3452 (XXX) (9 December 1975) UN Doc A/RES/3452(XXX).

36) Draft Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNGA Res 32/62 (8 December 1977) UN Doc A/RES/32/62. 인권위원회는 1978년 실무그룹에 이를 위임했다. UNCHR Res 18 (XXXIV) (7 March 1978) UN Doc E/CN.4/RES/18(XXXIV).

37) Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNGA Res 39/46 (10 December 1984) UN Doc A/RES/39/46.

38) 한국은 1995년 1월 9일 가입하였고 이는 같은 해 2월 8일에 발효하였다. 대한민국 관보 제12934호(1995. 2. 8.).

39) 다른 국제인권문서들에 포함된 '잔혹한 처우·처벌'이 규정되지 않은 까닭이 명

의 금지를 정한 유럽인권협약 제3조에 대한 목적론적 해석이었다.[40] 자유권규약위원회는 1992년 일반논평 20을 통해 같은 취지의 해석을 따랐다. 즉, 자유권규약 제7조에 규정된 '잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우・처벌'[41]의 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지 의무를 해석상 도출해낸 것이다.[42] 이와 같은 접근법은 생명권에 관한 조항들에도 확대되었다. 자유권규약에서는 이외의 조항에 대해 강제송환금지 의무가 확장되는 경향이 뚜렷하지는 않지만, 유럽인권협약의 맥락에서는 형사재판의 맥락에서 공정한 재판을 받을 권리에 대한 침해 위험 및 자의적인 구금의 위험도 강제송환금지의 맥락에서 고려되고 있다. 피보호이익을 중심으로 한 보호의 범위에 관해서는 이하에서 분설한다.

Ⅱ. 위험의 종류

1. 고문

1) 준거로서 고문방지협약

확하지는 않다. 통상 잔혹성(cruelty)의 인정이 고문의 인정에 수반된다는 점에 착안하여, 유럽인권협약이 잔혹한 처우를 고문의 일종으로 이해하는 것으로 볼 여지가 있다는 설명으로는, William A Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford University Press 2015) 180 참조. 한편, 유럽인권협약 제3조와 자유권규약 제7조의 문언상 구별은 실무적 의미가 없다는 설명으로는, *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz, 3 Aufl., 2016, Rn. 177 참조.

40) *Soering v UK* (1989) Series A no 161, paras 87-91.

41) 이하 편의상 가혹행위(ill-treatment)라는 표현을, 자유권규약 제7조의 맥락에서는 '잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우・처벌'과 같은 의미로, 유럽인권협약 제3조의 맥락에서는 '비인도적이거나 굴욕적인 처우・처벌'과 같은 의미로 사용하도록 한다.

42) UNHRC, 'General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment' (10 March 1992) para 9.

고문방지협약 제1조 제1항은 고문의 정의에 관한 비교적 상세한 규정을 두고 있는 데에 반해, 자유권규약 및 유럽인권협약은 고문에 관한 상세한 정의를 포함하고 있지 않다. 다만, 실무적으로는 고문방지협약에 정한 고문의 정의에 크게 의존하고 있는 모습이 관찰된다. *Giri v Nepal* 사건에서 자유권규약위원회는 고문과 그 밖의 가혹행위의 엄격한 구별이 불필요하다는 점을 언급하면서도, 사실관계상 진정인이 고문을 당하였음을 확실하다면 그러한 처우를 고문으로 규명하는 것이 적절하다고 하였다. 그 과정에서 고문방지협약 제1조 제1항에 따른 고문의 정의를 따라갔다.[43] 고문방지협약 자체가 세계인권선언과 자유권규약의 강화된 모습을 고려하고 만들어진 것이라는 점을 염두에 둘 때, 자유권규약에 정한 고문의 의미에 관한 해석론이 고문방지협약을 시작점으로 전개되는 것은 결코 우연이 아니다.[44] 이와 같은 모습은 유럽인권협약에 관한 해석에서도 마찬가지로 나타나고 있다.[45]

고문방지협약 제1조 제1항에 따르면, 고문은 ① 공무원・공무수행자 또는 그러한 공무원・공무수행자의 교사・동의・묵인 아래 행동하는 자가, ②-㉠ 특정 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위하여, 또는 ②-㉡ 특정 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위에 대하여 처벌을 위하여, 또는 ②-㉢ 특정 개인이나 제3자를 협박・강요할 목적으로, 또는 ②-㉣ 모든 종류의 차별에 기초한 이유 등으로, ③ 개인에게 고의로 극심한 신체적・정신적 고통을 가하는 행위를 말한다. 다만, 합법적 제재조치로부터 초래되거나, 이에 내재하거나 이에 부수되는 고통은 고문에 포함되지 않는다. 이와 같은 요건에 따라 고문의 정의에 관해 살펴보도록 한다.

---

43) UNHRC, *Yubraj Giri v Nepal* (24 March 2011) UN Doc CCPR/C/101/D/1761/2008, para 7.5. 1975년 선언은 주 35 참고.

44) 자유권규약 제7조에 관한 주석에서 고문방지협약의 정의를 살펴보는 예로, Sarah Joseph and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary* (3rd edn, Oxford University Press 2013) 217, paras 9.04ff 참조.

45) 유럽인권협약 제3조의 해석과 고문방지협약의 규정을 연관시키는 설명으로는, *Schilling*(Fn. 39), Rn. 179. 유럽인권협약상 고문의 정의를 도출하는 과정에서 고문방지협약의 내용을 참고한 판례로, *İlhan* (n 31) para 85.

2) 공적 속성

고문방지협약상 고문에 해당하기 위해서는 그 행위자가 공무원·공무수행자 또는 그러한 공무원·공무수행자의 교사·동의·묵인 아래 행동하는 자에 해당하여야 한다. 전통적으로 국가의 동의나 묵인에 관한 인정은 소극적이었던 것으로 보인다. 대표적으로 *GRB* 사건에서 진정인은 페루에서 '센데로 루미노소'[46]에 의한 납치, 강간, 구금이 있었음을 주장하였으나, 위원회는 고문방지협약상 강제송환금지 원칙은 정부의 동의 또는 묵인이 없는 비국가행위자의 행위에 대하여 적용되지 않는다고 하면서 제3조 위반을 부정하였다.[47] 비국가행위자의 고문에 관하여 상당 수 문헌에서 언급되었던 사례로는 실패국가(failed State) 상태였던 소말리아와 관련한 *Elmi v Australia* 사건이 있다.[48] 이 사건에서 고문방지위원회는 수년간 소말리아에 중앙 정부가 없었던 점, 국제사회가 전쟁 중에 있는 각 파벌과의 협상을 진행하고 있고, 모가디슈에 존재하는 일부 파벌은 준정부기관을 정립하여 공동정부를 세우는 것에 대한 협상을 진행 중이라는 점 등에 착안하여, 이러한 파벌들이 통상 적법한 정부에 의하여 행사되는 권한을 사실상 행사하고 있다고 평가하여 그에 의한 행위들의 공적 속성을 인정하였다.[49] 하지만 이는 유사정부의 성격

---

46) 페루 내전을 주도했던 페루 최대의 반정부 조직으로, 사상적으로는 마오이즘을 따른다.

47) UNCAT, *GRB v Sweden* (15 May 1998) UN Doc CAT/C/20/D/83/1997, para 6.5. 이 사건에 대해서는 진정인이 자신의 부모가 강간 사건을 경찰에 신고하였으나 경찰이 무관심하였다는 주장을 하였음에도 국가의 묵인 가능성에 관하여 사실상 검토를 하지 않았다는 비판이 있다. Robert McCorquodale and Rebecca La Forgia, 'Taking Off the Blindfolds: Torture by Non-State Actors' (2001) 1 Human Rights Law Review 189, 209-10.

48) UNCAT, *Elmi v Australia* (14 May 1999) UN Doc CAT/C/22/D/120/1998, para 6.5. 이 사례를 언급한 문헌으로는, Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (Oxford University Press 2008) 201; McAdam (n 32) 115; Joseph and Castan (n 44) 224-25, paras 9.15-9.17.

49) *Elmi* (n 48) para 6.5.

이 정부를 대체한다는 평가에 기초한 것이지, 정부의 동의나 묵인을 매개로 비국가행위자의 고문을 인정한 것이라고 보기는 어렵다.

그런데 고문방지위원회 일반논평 2는 중요한 전환점을 제공하였다. 이에 따르면 비국가행위자의 행위라 할지라도 국가가 그러한 행위에 대하여 알았거나 그 행위가 존재한다는 것에 대한 상당한 근거를 가지고 있었고, 이를 예방·조사·기소·처벌하는 데에 상당한 주의를 기울이지 않은 경우라면 국가는 책임을 지고 공무원은 고문을 공모하거나 동의·묵인한 것이 된다.[50] 상당한 주의를 기울이지 않는 것은 비국가행위자의 고문행위를 촉진한다는 점에서 고문행위의 장려 또는 사실상 허락으로 평가되는 것이다.[51] 이 점에서 국제법의 '상당한 주의'(due diligence)에 관한 법리는 비국가행위자에 의한 행위에 관하여 고문방지협약상 강제송환금지를 인정할 상당한 잠재력을 가지고 있다고 평가할 수 있다.

고문방지위원회의 구체적인 개인진정결정례에서 상당한 주의를 매개로 제3조의 위반 가능성을 보다 적극적으로 보여준 예로 *Njamba and Balikosa v Sweden* 사건을 들 수 있다.[52] 진정인들은 콩고민주공화국에서 발생한 싸움으로 인해 사형, 강간, 기타 고문행위를 목격하였고, 가족구성원이 반역을 이유로 살해당했다. 진정인들은 이를 콩고 군인들에 의하여 자행된 것으로 생각하였다.[53] 고문방지위원회는 무력분쟁 지역인 곳과 그렇지 않은 곳을 불문하고 무장된 군인·민간인에 의한 폭력, 특히 강간이 행해지는 국가정황을 지적하면서, 콩고민주공화국 정부가 상당한 주의에 따라 이러한 폭력상황을 중단하여 제재를 가하고, 피해자에게 구제수단을 제공할 수 있는 상황이 아니라고 판단하였다.[54] 다른 사례로는 *MKM v Australia* 사건을 들 수 있

---

50) UNCAT, 'General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties' (24 January 2008) UN Doc CAT/C/GC/2, para 18.

51) ibid.

52) UNCAT, *Njamba and Balikosa v Sweden* (14 May 2010) UN Doc CAT/C/44/D/322/2007.

53) 이상의 사실관계는, ibid paras 2.1-2.2.

54) ibid para 9.5.

다.[55] 이 사건의 진정인은 아프가니스탄 국적자로, 탈레반으로부터 자폭 준비자로 의심을 받게 된 후 납치·감금을 당하고, 고문을 당하면서 아버지의 단두(斷頭)까지 지켜보았다는 취지로 진술하였다.[56] 위원회는 진정인이 아프가니스탄으로 송환되는 경우 비국가행위자로부터 생명의 위협에 대한 효과적 보호를 받을 수 없게 될 것이라고 판단하였다.[57] *Paillalef v Switzerland* 사건 역시 특기할 만한데, 사인들이 마푸체족에 대해 행한 주거방화, 살해협박, 주거침입, 애완견 독살 등의 가해행위에 대해 칠레 정부가 상당한 주의에 따른 보호를 제공하지 않고 있다는 판단이 포함되었다.[58] 이러한 고문방지위원회의 법리가 이미 존재하는 만큼 비국가행위자에 의한 고문의 인정에 관하여 다른 조약에 관한 선례들을 끌어오는 시도[59]가 현시점에서 크게 실익이 있다고 보기는 어렵다.

3) 목적성

협약 제1조는 고문의 요소로 특정한 목적을 정하고 있는데(정보 또는 자백의 유도, 처벌, 협박 또는 강요, 차별), 이는 협약 문언상("for such purposes as") 예시적으로 정한 것으로 볼 수 있다. 입안 과정에서 목적이나 동기에 제한을 두지 않는 미국 측의 제안이 받아들여지지 않았기에, 제1조에 정한 목적과 일정한 동질성이 있는 목적에 한하여 목적성 요건이 인정된다고 보는 것이 일반적이다.[60] 이러한 점에서 '모든 종류의 차별에 기초한 이유'가

---

55) UNCAT, *MKM v Australia* (10 May 2017) UN Doc CAT/C/60/D/681/2015.

56) ibid para 2.7.

57) ibid paras 2.8, 8.9.

58) UNCAT, *Flor Agustina Calfunao Paillalef v Switzerland* (2 January 2020) UN Doc CAT/C/68/D/882/2018, paras 2.1, 8.9.

59) 이와 같은 시도의 예로, Yuval Ginbar, 'Making Human Rights Sense of the Torture Definition' in Metin Başoğlu (ed), *Torture and its Definition in International Law: An Interdisciplinary Approach* (Oxford University Press 2017) 282.

60) J Herman Burgers and Hans Danelius, *The United Nations Convention against*

목적의 예시로 규정되어 있다는 사실은 특기할 만하다. 고문방지위원회는 각국이 고문방지에 관한 법률을 모든 사람에 평등하게 적용되도록 해야 한다고 설명한다.[61] 이는 인종, 피부색, 종족, 나이, 종교, 정치적 견해, 민족적·사회적 출신, 젠더, 성적 지향, 트랜스젠더 정체성, 장애, 건강 상태, 경제적 지위, 토착민적 지위, 구금원인(정치적 범죄 또는 테러행위를 포함한다), 비호신청자 또는 난민과 같은 국제적 보호 지위 등의 구별을 불문한다.[62]

고문방지협약상 고문에서 말하는 고의가 고통의 원인에 대한 고의인지, 행위 자체에 대한 고의인지에 관한 논의가 있는데, 문언 체계상 고문에 해당하기 위해서는 극심한 신체적·정신적 고통을 가할 고의가 있어야 한다는 견해가 일반적이다.[63] 이때 고의는 가해자의 주관적 동기에 관한 요소가 아니라 객관적 요소에 해당하는 것으로,[64] 가해자가 극심한 신체적·정신적 고통이 있을 것이라고 객관적으로 예견가능한 행위에 자발적으로 관여한 경우 인정된다.[65]

4) 고통의 정도

어떠한 행위가 고문에 해당하기 위해서는 고통이 극심한 정도에 이르러야 한다. '극심함'이라는 용어 자체가 지니는 불확정성으로 인하여 그 고통의 기준선에 관한 명확한 정의는 어렵다. 즉 고통의 정도 충족 여부는 제반사정

Torture: A handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Martinus Nijhoff 1988) 118; 김태천, "고문의 정의: 고문방지협약의 국내적 적용과 관련하여", 저스티스 통권 제87호, 2005, 83면; Juan E Mendéz and Andra Nicolescu, 'Evolving Standards for Torture in International Law' in Başoğlu (ed) (n 59) 223.

61) UNCAT, 'General Comment No. 2' (n 50) para 21.

62) ibid.

63) Joseph and Castan (n 44) 217-18, para 9.06.

64) UNCAT, 'General Comment No. 2' (n 50) para 9.

65) Rhonda Copelon, 'Gender Violence as Torture: The Contribution of CAT General Comment No. 2' (2008) 11 New York City Law Review 229, 247.

에 기초한 종합적 판단의 영역이 된다. 고통의 측정에 관하여 여러 가지 방법론이 원리적인 차원에서 논의될 수는 있겠지만, 결국 중요한 것은 개별사례에서 어떠한 경우 고문이 인정되는지 살펴보는 것이다. 고문방지위원회에서 고문의 존재를 인정한 사례를 몇 가지 소개하자면 다음과 같다.

가장 전형적인 것은 보안 당국에 의한 구금 상황에서 이루어지는 행위이다. 경찰에 의해 수갑으로 묶여 철봉 등에 의한 구타를 포함하여 전신에 구타를 당하면서 모친의 집시 혈통에 관한 모욕을 당하는 경우,[66] 위생상태가 열악한 시설에서 2주 넘게 구금을 당하고 특히 야간에는 수갑을 찬 상태로 구금되는 경우,[67] 수사절차에서 심각한 고통을 야기할 정도로 수면을 박탈하는 경우[68] 모두 협약상 고문에 해당할 수 있다.

성폭력, 특히 강간 역시 고문으로 인정될 수 있다. 대표적으로 *Kisoko v Sweden* 사건에서 진정인은 ① 자신이 자이르 야당의 지지자였으며, ② 여당 인사들이 자신이 운영하는 식당에서 모임을 하고자 하였는데 이를 거부하여, ③ 체포된 후 자녀들 앞에서 강간을 당하고, ④ 극히 열악한 조건에서 구금되고 심각한 수준의 폭행을 당하였다고 주장하였다.[69] 고문방지위원회는 이를 위험성 판단의 요소로서 과거의 고문에 해당한다면서 강제송환금지를 인정하였다.[70] 이 사건에 대하여 판단 과정에서 강간을 고문의 한 가지 형태로 명시하지 않은 것 자체를 비판의 대상으로 삼는 경우도 있다.[71] 이러한

---

66) UNCAT, *Dragan DImitrijevic v Serbia and Montenegro* (24 November 2004) UN Doc CAT/C/33/D/207/2002, paras 2.1, 5.3.

67) UNCAT, 'Summary Account of the Results of the Proceedings Concerning the Inquiry on Peru' (12 October 2001) UN Doc A/56/44, paras 178-79.

68) ibid para 179; UNCAT, 'Report of the Committee Against Torture' (10 September 1997) UN Doc A/52/44, para 56 (한국의 사안).

69) UNCAT, *Pauline Muzonzo Paku Kisoki v Sweden* (8 May 1996) UN Doc CAT/C/16/D/41/1996, para 2.2.

70) ibid paras 9.1-9.7.

71) Alice Edwars, The 'Feminizing' of Torture under International Human Rights Law (2006) 19 Leiden Journal of International Law 349, 370. 이러한 비판은 강간 자체를 고문의 한 형태로 인정하려는 적극성을 보이지 않은 것을 비판의 대상으로 삼은 것이다. 그런데 이 사건의 성격상 이 사건에서 강간 외에도 여러

비판의 맥락에서 중요한 사건이라고 평가할 수 있는 사건으로 *VL v Switzerland* 사건이 있다. 이 사건에서 진정인은 정치적 이유로 남편을 따라 벨라루스를 떠나 스위스로 향하기 전에 ① 경찰 세 명에 의하여 강간을 당하였고, ② 이에 관하여 경찰 상급자에게 신고하자 경찰 한 명이 주거로 찾아와 신고를 철회할 것을 요구했고, ③ 수차례 야간에 주거를 방문·수색하였으며, ④ 일전에 강간을 하였던 동일한 경찰 세 명에 의해 재차 납치·강간을 당하고, ⑤ 살해 협박 역시 받았다고 주장하였다. 고문방지위원회는 주장의 신빙성을 인정하면서, "관련 행위, 특히 수차례의 강간은, 젠더에 기초한 차별을 이유로 한 신문·협박·처벌, 보복·모욕과 같은, 허용되지 않는 목적에 따라 극심한 고통을 가하는 행위임은 분명하다"고 판단하였다. 그리하여 이 사건에서 경찰들의 가해행위는 비록 공식적인 구금시설 밖에서 이루어졌지만 고문에 해당한다고 하였다.[72] 근래의 결정에서도 진정인이 총기 위협을 받으며 강간을 당하고 이로 인해 임신하여 낙태까지 강요받은 사례에서, 고문의 존재를 인정하였다.[73]

한편, 다른 국가로 송환되는 경우 의료상 문제로 인해 건강 악화가 될 것이라고 주장하는 사례군이 있다. 고문방지위원회는 추방으로 인해 생길 수 있는 건강 상태 악화는 고문방지협약 제16조에 정한 가혹행위에 해당하지 않는다고 판단한다.[74] 이러한 입장을 받아들인다면, 그와 같은 행위는 보다 심한 수준의 행위임을 요하는 고문에도 해당하지 않는다.

불리한 처우가 존재하였고, 당시 고문방지위원회 개인진정결정의 이유제시 평균적으로 간략하게 이루어졌기에 그 비판의 강력함에는 의문이 있다. 다만, 고문의 요소를 살펴봄에 있어서 젠더의 맥락을 담론의 한 축으로 들이는 시도라는 점에서는 적극적으로 평가할 수 있다.

72) 이상의 사안은, UNCAT, *VL v Switzerland* (20 November 2006) UN Doc CAT/C/37/D/262/2005.

73) UNCAT, *A v Bosnia and Herzegovina* (2 August 2019) UN Doc CAT/C/67/D/854/2017, para 10.

74) UNCAT, *BSS v Canada* (12 May 2004) UN Doc CAT/C/32/D/183/2001, para 10.2.

2. 가혹행위

1) 독자적 의미

고문방지협약은 고문과 가혹행위를 나누어서 규율하고 있다. 제1조에서 제16조까지는 당사국의 실체적 의무에 관한 규정을 정하고 있다. 고문은 기본적으로 모든 규정에 대해 적용되는 데에 반해, 가혹행위는 제10조에서 제13조까지의 규정에만 적용된다(고문방지협약 제16조 제1항 참고).[75] 즉 문언해석상 고문방지협약 제3조에 따른 강제송환금지는 고문에 대해서만 적용되고, 제16조에 규정된 가혹행위에 대해서는 별도로 적용되지 않는다. 고문방지위원회 역시 일찍이 개인진정결정례를 통해 명시적으로 협약 제3조가 제16조에 정한 가혹행위까지 포괄하지 않는다고 판단하였다.[76] 이러한 점에서 '박해'를 사유로 정하는 난민협약에 비하여 고문방지협약의 보호범위가 좁은 측

---

75) 구금이나 심문 등에 관여하는 사람에 대해 고문방지에 관한 교육 및 정보제공을 할 의무(제10조), 고문 사례를 방지하기 위해 자국의 제도 및 관행을 검토할 의무(제11조), 고문 발생의 근거가 있는 경우 신속하고 공평한 조사를 할 의무(제12조), 고문 피해자가 고소하여 공평하게 조사를 받을 수 있는 권리를 보장하고, 그로 인해 피해자가 부당한 취급이나 협박을 받지 않도록 보장할 의무(제13조)가 이에 해당한다.

76) UNCAT, *BS v Canada* (14 November 2001) UN Doc CAT/C/27/D/166/2000, para 7.4. 국내연구 중에는, 고문방지위원회가 입장을 선회하여 고문방지협약 제3조의 강제송환금지 의무에 가혹행위의 위험이 있는 곳으로의 송환을 금지하는 내용이 포함되는 것으로 보고 있다고 주장하는 예가 있다. 이에 관해, 김진혜・조정현, "인도적 체류지위의 정의규정에 관한 연구", 저스티스 통권 제180호, 2020, 372면; 조정현, "월경 북한이탈주민의 법적 지위와 탈북어민 강제송환에 대한 국제인권법적 검토", 외법논집 제44권 제3호, 2020, 223-224면 참조. 하지만 고문방지위원회의 최근 입장을 고려할 때 이는 아직 근거가 충분하지 않은 해석으로 생각된다. 고문방지협약 제3조의 의무범위에 가혹행위가 포함되지 않는다는 주석으로, Gerrit Zach and Moritz Birk, 'Article 16' in Nowak and others (eds) (n 33) 448. 이와 관련된 국내연구로, 김후신, "난민협약 외의 난민에 대한 강제송환금지: 자유권규약과 인도적 체류허가", 저스티스 통권 제183호, 2021, 618-619면.

면이 있다고 평가된다.[77]

그런데 국제인권법 체계에서 강제송환금지 의무는 고문의 위험이 있는 경우에 한하지 않는다. 앞서 언급하였듯이, 자유권규약위원회는 유럽인권재판소의 경향과 마찬가지로 고문·가혹행위 금지 규정의 효과적 실현을 위해 그와 같은 위험이 있는 곳으로의 강제송환이 금지된다는 입장 위에 있다. 즉 자유권규약 제7조에 정한 가혹행위의 위험이 있는 경우에도 강제송환은 금지된다. 적용범위에 있어서 자유권규약 제7조에서 금지하는 행위태양이 고문방지협약에 따른 고문에 비하여 넓게 규정되어 있으므로, "보충적 보호의 범위에 관한 경계획정은 고문방지협약보다는 자유권규약을 준거로 삼는 것이 법상황을 보다 완전하고 충실하게 드러낸다."[78]

2) 해석상 도출

(1) 유럽인권협약

자유권규약위원회 이전에 고문·가혹행위의 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지 의무를 해석상 도출했던 유럽인권재판소의 판례를 살펴보자. 앞서 간략하게 언급하였듯이 중요한 선례로 *Soering* 사건이 있다. 이 사건의 원고는 독일인으로서, 1986년 3월 버지니아 주에서 여자친구의 부모를 살해한 혐의를 가지고 있었다. 그는 1986년 영국에서 체포되었다. 그는 미국에서 살인죄로 기소되었고 미국 정부는 양국 간의 범죄인인도 협약에 따라 범죄인인도를 요청하였다. 영국은 자국이 사형제 폐지 국가이므로, 원고가 인도되는 경우 사형이 선고되거나 집행되지 않을 것에 관한 확약을 요청하였다. 미국은 원고에 대하여 유죄판결이 내려지는 경우, 영국이 원고에 대하여 사형이 선

77) Nowak and McArthur (n 48) 201; McAdam (n 32) 195; Jason M Pobjoy, *The Child in International Refugee Law* (Cambridge University Press 2017) 189-90. 다만, 난민협약 제33조 제2항의 예외와 같은 규정이 없다는 점에서 넓은 측면도 상존한다고 평가된다.

78) 김후신(주 76), 620면.

고되거나 집행되는 것을 원치 않는다는 입장을 제출할 것이라고 하였으나, 여전히 사형을 구형할 의사를 가지고 있다고 답하였다. 영국 내무장관은 범죄인인도를 위한 영장을 발부하고, 원고는 인도 대기 시설로 이송되었다. 원고는 자기가 인도되는 경우 이른바 사형수현상(death row phenomenon)에 처하게 될 것이라면서 유럽인권협약 제3조 위반을 주장하였다.[79]

재판부는 유럽인권협약 제1조가 당사국의 관할 내에 있는 사람에 대하여 권리와 자유를 보장하여야 한다고 규정하고 있다고 하여, 그것이 범죄인인도로 인하여 체약국 밖에서 이루어질 예견가능한 결과로부터 책임이 없다는 것을 의미하지는 않는다고 보았다. 협약 제3조는 예외가 없으며 이탈이 불가능한 조항으로, 유럽회의(Council of Europe)를 구성하는 민주주의 사회의 기본적 가치를 구현하고 있고, 유사한 규정이 자유권규약 및 미주인권협약의 규정에도 존재해 일반적인 국제적 표준으로서 받아들여지고 있다는 점을 지적하였다. 이 규정이 범죄인인도의 맥락에서도 적용된다는 점에 관하여, 재판부는 목적론적 해석에 입각하였다. 즉 용의자가 아무리 심각한 범죄를 저질렀든, 그 고문을 받을 수 있는 위험이 있는 상당한 근거가 있는 곳으로 인도하는 것은 협약의 가치에 부합하지 않는다는 것이다.[80] 이 사건에서 재판부는 사형 집행까지의 대기기간(이의절차를 포함하여 6-8년), 사형수에 대한 처우, 원고의 젊은 연령과 취약한 정신건강, 독일로 인도될 수 있었던 가능성을 종합적으로 고려하여 미국으로 인도를 하는 경우 협약 제3조 위반이 될 것이라고 판단하였다.[81] 이러한 제3조의 적용은 범죄인인도 맥락에 국한되지 않고, 다른 여러 형태의 강제송환에도 미친다. 즉 유럽인권협약 제3조에 따른 심사가 송환의 법적 근거에 영향을 받지는 않는다.[82]

---

79) 사형수현상은 통상 사형선고 및 집행 사이의 간격의 장기화로 인해 나타나는 정신적 고통 등을 의미한다. 유럽인권협약 제3조와 사형수현상의 관계에 대해, William A Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (3rd edn, Cambridge University Press 2002) 274-77 참조.

80) 이상의 법리는, *Soering* (n 40) paras 87-91.

81) ibid paras 106-11.

82) *Babar Ahmad and others v UK* App nos 24027/07, 11949/08, 36742/08,

(2) 자유권규약위원회

자유권규약위원회는 규약 제2조에 따라[83] 체약국은 자기의 영토 내 또는 통제하에 있는 모든 사람들에 대하여 자유권규약 제7조에서 정하는 비가역적 피해를 입을 실제적 위험이 있는 곳으로 인도, 퇴거, 추방 또는 다른 방법으로 이송시키지 않을 의무를 진다는 입장이다.[84]

국제인권규범에 따른 국가의 의무를 소극적 의무와 적극적 의무로 대별하는 경우,[85] 강제송환금지에 반하는 송환은 중간적 형태의 의무위반으로 포착할 수 있다. 적극적 차원에서는, 자신의 영토 또는 관할 내에 있는 개인이 고문 또는 가혹행위를 받지 않도록 적극적으로 보장할 의무의 위반이다. 한편, 금지된 송환에는 위험이 있는 곳으로 내모는 행위가 개입되어 있으므로, 스스로 고문 또는 가혹행위를 하지 않을 소극적 의무의 위반이라는 성격이 포함되어 있다.[86] 이러한 소극적 의무의 위반이라는 요소는 국제인권규범 적

66911/09 and 67354/09 (ECtHR 10 April 2012), paras 168, 176.

83) 자유권규약 제2조 제1항에 관하여는 역외적용의 맥락에서 자주 논의가 되는데, 강제송환금지가 문제되는 통상적인 패턴은 역외적용의 문제와 구별된다. 송환국에서 직접 고문 또는 가혹행위를 하는 경우가 아니라, 송환예정국가에서 고문 또는 가혹행위가 이루어지는 경우를 전형으로 삼고 있기 때문이다. 기술적으로 보았을 때 문제된 개인은 송환국의 영토 내에 있기에 규약의 역외적용 문제가 상대적으로 덜 중요하게 나타난다.

84) UNHRC, ‘General Comment No. 20’ (n 42) para 9.

85) 이러한 구별에 입각하여, 소극적 의무의 경우에는 영토나 관할과 무관하게 전세계적으로 적용되어야 하는 반면, 적극적 의무에 한하여 효과적 통제의 문제가 발생한다는 점에 관하여, Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (Oxford University Press 2011) 209-12. 자유권규약에 따른 의무의 적극적 성격과 소극적 성격에 관한 일반논평상 설명으로는, UNHRC, ‘General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant’ (26 May 2004) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para 6.

86) 소극적 의무에 관하여, 강제송환이라는 행위를 출신국에 의한 가혹행위와 동가치, 적어도 유사가치의 행위로 보아, 송환을 개인을 인권침해의 위험에 처하게 하는 의식적 행위’로 관념화하는 방법을 취할 수 있다는 점에 관해, David

용의 정당성을 더욱 강화한다고 평가할 수 있다.

3) 가혹행위의 의미

(1) 유럽인권협약

유럽인권협약은 금지대상으로서 고문, 비인도적 처우·처벌, 굴욕적인 처우·처벌을 규정하고 있다. 이러한 세 가지 유형의 고문 내지 가혹행위는 모두 제3조에서 동등하게 금지하고 있다. 이러한 점에서 이들 금지행위 사이의 구별이 가지는 실익은 강제송환금지라는 법효과 측면에서 크지는 않다.[87] 다만 유럽인권협약 제41조에 정한 손해의 평가 등에 영향을 미칠 수는 있다는 점에서 실익을 찾을 수는 있다.[88]

강제송환금지의 심사라는 맥락에서는, 장래적 평가가 가지는 불확실성으로 인하여 유형별 구별이라는 경향이 약화된다.[89] 그럼에도 불구하고 어떠한 행위태양이 금지되는지 인식하고, 그 기준선을 정립하지 않으면 송환되었을 경우 그러한 기준선을 넘는 처우를 당할 위험이 있는지에 대한 평가 자체가 불가능하므로, 어느 정도 구체적인 논의가 요구된다.

유럽인권협약 제3조가 금지하는 가혹행위에 해당하기 위해서는 최소한의

Miller, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration* (Harvard University Press 2016) 84 참조. 한편, *Soering* 사건을 언급하면서 강제송환금지 의무의 해석상 도출이 '잠재적 피해자'(potential victim)에 대한 인권규범의 확장이라고 설명하는 예로, Antônio Augusto Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice* (Oxford University Press 2011) 78.

87) 특히 이 장의 제3절 II. 1. 2)에서 살펴보듯이, 유럽인권재판소는 고문과 가혹행위를 구별하지 않고 강제송환금지 의무가 절대적이라는 입장 위에 있다는 점에서 더욱 그렇다.

88) Rainey and others (n 15) 187. 실제로 협약 위반이 인정되는 사안에서 협약 제41조에 따라 손해배상을 청구하는 경우 유럽인권재판소의 판결에는 손해배상 주문이 포함된다.

89) 이에 관한 설명으로, *Babar Ahmad and others* (n 82) paras 169-71.

심각성이 인정되어야 하는데, 그 심각성의 판단은 처우의 기간, 신체적·정신적 영향, 경우에 따라서는 성별이나 건강상태 등 사안에 관련된 모든 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.[90] 어떠한 처벌·처우가 비인도적이거나 굴욕적이기 위해서는, 고통이나 모욕감의 정도가 정당한 처우·처벌에 필연적으로 수반되는 정도를 초과하여야 한다.[91] 어떠한 취급이 굴욕적인지 여부를 판단하기 위해서는 취급의 의도가 모욕감을 주기 위한 것인지 살펴보아야 하나, 그러한 의도가 없었다고 하더라도 곧바로 제3조 위반이 부정되는 것은 아니다.[92]

신체적 피해로 인한 심각성이 인정된 예로는, 경찰의 총격에 의한 다리의

---

90) *Ireland v UK* (1978) Series A no 25, para 162; *Dougoz v Greece* ECHR 2001-II 255, para 44; *Keenan v UK* ECHR 2001-III 93, para 110.

91) *Jalloh v Germany* [GC] ECHR 2006-IX 281, para 68 (마약을 입으로 운반하는 것으로 의심되는 원고가 비닐봉지를 삼키자, 구토제를 강제로 복용시켜 이를 역류시켜 코카인을 발견한 사안이다. 법정의견은 원고가 많은 양의 마약을 운반하고 있지 않음이 명백하였던 점, 구토를 통하여 증거를 득하는 것이 유일한 방법이었다고 보기 어려웠던 점, 구토제가 독일에서 실제로 사망을 유발한 전례도 있었다는 점에 비추어 제3조 위반을 인정하였다. 다만, 이에 대한 반대의견은 마약 운반의 양이 비례성 적용에 있어서 중요하다고 보기 어렵고, 대안적 증거 획득 방법으로서 비닐봉지가 배출되기까지 기다리는 것은 오히려 더 장기간의 자유권 제한을 유발하며 화장실 사용에 있어서 프라이버시 침해 문제가 발생한다는 점 등을 지적하였다.); *Enea v Italy* [GC] ECHR 2009-IV 113, para 56 (원고가 마피아류 범죄단체에의 소속, 마약운반, 불법화기소지 등의 이유로 수형되고, 공공 안전을 이유로 가족면회 인원수 및 시간의 제한, 전화기 사용 금지, 소포 수령 횟수 제한, 운동시간 제한 등 사회적 접촉을 최소화하는 특별수형을 당한 사안이다. 재판부는 공공의 안전상 원고가 자기가 속해 있던 범죄조직과의 연락을 유지하는 것을 막을 필요가 있었던 점, 교도소 병원시설에서 적절한 진료를 받은 점, 건강상 필요한 경우 사설병원을 이용할 수 있도록 한 점, 원고의 쟁송에 따라 특별수형상의 제한이 완화된 점 등에 비추어 제3조 위반을 부정하였다.); *Szafrański v Poland* App No 17249/12 (ECtHR, 15 December 2015) para 21 (2010. 3. 31.부터 2011. 12. 6. 사이에 교도소 방실을 10회 옮겼고, 그 중 7개 방실이 위생시설과 확실히 분리되지 않았으나 적절한 환기와 조명이 제공되어 제3조 위반을 부정한 사안).

92) *Szafrański* (n 91) para 20.

부상이 괴사를 유발하여 결국 절단으로 이어진 경우,[93] 경찰 진압 과정에서 무릎에 총상을 입은 경우,[94] 얼굴을 꿰매야 할 정도의 상처가 생기고, 치아가 떨어져 나갈 정도의 폭행을 당한 경우[95]가 있다. 70세가 넘은 여성에 대한 불법체포 시 팔에 타박상이 들고, 고혈압으로 인해 위기상황이 발생한 것으로 보이는 사안에서도 최소한의 심각성이 인정되었다.[96] 질병으로 인한 신체적 또는 정신적 고통 역시 가해자에 의하여 악화된 경우 최소기준을 충족할 수 있다. 과거 1997년 사례 중에는 후천성면역결핍증 증상이 심각했던 환자의 강제송환을 다룬 것이 있다. 해당 환자는 영국에서 세인트 키츠로 송환될 예정이었다. 이 사건에서 재판부는 원고가 처할 위험이 반드시 송환을 실행하는 국가로부터 비롯될 필요는 없다고 하면서,[97] 원고가 죽음에 이르고 있는 과정이라는 점,[98] 세인트 키츠의 의료상황이 극악하다는 점 등에 비추어 강제송환이 금지된다고 판단하였다.[99] 재판부는 일반적으로 수형자가 형을 마치고 추방 대상이 된 경우에 자신이 수형되었을 때 제공받았던 의료적 또는 사회적 지원 등을 이유로 체류할 권리를 주장할 수는 없지만, 이 사건과 같이 극히 예외적인 경우에는 제3조 위반이 문제될 수 있다고 판단하였다.[100]

---

93) *Sambor v Poland* App no 15579/05 (ECtHR, 1 February 2011) para 36 (고통의 심각성은 인정되지만, 피해자가 무기를 사용하여 위협을 가하였던 등의 여러 정황에 비추어 볼 때 경찰의 대응이 과도하였다고 보기 어렵고 사안에 대한 조사가 적절하게 이루어졌음을 이유로 제3조 위반이 부정된 사안).

94) *Necdet Bulut v Turkey* App no 77092/01 (ECtHR, 20 November 2007) para 24 (국가 측에서 경찰력 사용이 과도하지 않았음을 입증하지 못하였음을 이유로 제3조 위반이 인정된 사안).

95) *Mrozowski v Poland* App no 9258/04 (ECtHR, 12 May 2009) para 28 (국가가 경찰 대응이 과도한 것이 아니었다고 입증하지 못하여 제3조 위반이 인정된 사안).

96) *Gremina v Russia* App no 17054/08 (ECtHR, 26 May 2020) paras 85-92.

97) *D v UK* ECHR 1997-III, para 49.

98) 1996년 6월 13일 기준으로, 영국에서 받고 있는 치료를 계속한다고 하더라도 남은 기대수명이 8-12개월 정도에 불과하고, 세인트 키츠로 송환될 경우 그 기대수명이 절반 이하로 줄어들 것이라는 전문가 의견이 제시되었다.

99) *D* (n 97) paras 51-54.

반면에, 동성애자라는 이유로 차별적인 조사를 받으면서 전역처분을 받은 사안에서, 재판부는 사생활의 자유에 관한 협약 제8조 위반은 인정되나 제3조 위반 문제를 야기하기 위한 최소한의 심각성이 충족되지 않는다고 판단하였다.[101] *Stefan Iliev v Bulgaria* 사건은 불가리아 경찰이 원고를 체포, 구인하는 과정에서 경찰봉을 사용하여 폭행을 가한 사안인데, 재판부는 원고의 부상이 손 부위에 국한되어 있는 점, 멍이 든 정도가 특별히 심각해 보이지 않는 점에 비추어 제3조 위반을 부정했다.[102]

유럽인권재판소의 사례군 중에는 구금시설 또는 수형시설의 상태에 관한 것이 많은데, 여기에서 최소한의 심각성의 기준선에 대한 고찰을 시도할 수 있다. 최소한의 심각성 기준의 충족 여부에서 문제되는 것은 개별적 문제 상황의 누적적인 효과이지만, 통상 재소자들이 칸을 공유하는 상황에서 칸막이 등의 차단시설을 통한 프라이버시 보장 없이 변기를 쓰도록 하는 경우 이는 굴욕적인 처우로 볼 여지가 매우 크다.[103] 화장실 이용의 제한이 강할수록, 음식의 제한이 심할수록, 환풍 시스템이나 침구류의 미비, 높은 인구밀도, 위

---

100) ibid. 그러한 예외성을 부정한 사례로는, *Arcila Henao v the Netherlands* App no 13669/03 (ECtHR, 24 June 2003); *Ndangoya v Sweden* App no 17868/03 (ECtHR, 22 June 2004); *N v UK* [GC] ECHR 2008-III 227, paras 46-51. 한편, *Paposhvili v Belgium* 사건에 이르러 유럽인권재판소는 '극히 예외적인 경우'에 관한 구체화를 하였다. 이에 따르면, 비록 죽음이 임박한 경우가 아니라고 하더라도, 심각한 질환이 있는 사람에 대해 강제송환이 이루어져 그가 적절한 치료를 받지 못하게 되고, 이로 인해 건강상태에 심각하고 급격한 비가역적인 저하가 나타나 극심한 고통 또는 기대수명의 상당한 단축이 발생할 실제적 위험이 있는 경우에는 예외성이 인정된다. *Paposhvili v Belgium* [GC] App no 41738/10 (ECtHR, 13 December 2016) para 183.

101) *Smith and Grady v UK* ECHR 2000-IV 193, para 122.

102) *Stefan Iliev v Bulgaria* App no 53121/99 (ECtHR, 10 May 2007) para 44. 다만, 경찰로부터 가혹행위를 당하였음을 충분한 이유를 들어 주장하였음에도 적절한 조사가 이루어지지 않은 점은 제3조의 해석상 인정되는 절차적 의무인 조사의무를 위반한 것이라고 판단하였다.

103) *Peers v Greece* ECHR 2001-III 275, paras 73-75; *Kalashnikov v Russia* ECHR 2002-VI 93, para 99; *Kehayov v Bulgaria* App no 41035/98 (ECtHR, 18 January 2005) para 71 (변기로 양동이를 쓰게 한 사안).

생시설의 부족 등으로 인해 전반적인 시설이 열악할수록, 운동시간 제한이 심할수록, 제3조 위반이 인정될 가능성이 높다.[104]

그렇다면 고문과 가혹행위의 구별은 어떻게 이루어지는가? 이에 관해 유럽인권위원회 *Greek* 사건의 표현을 참고하자면, "모든 고문은 비인도적이면서 굴욕적인 처우이며, 모든 비인도적인 처우는 굴욕적이다."[105] 동 사건에 따르면, 비인도적인 처우는 의도적으로 심각한 정신적·신체적 고통을 야기하는 처우로서, 그 개별적 상황하에서 정당화할 수 없는 경우를 포함한다. 한편, 고문은 통상 정보의 획득, 자백, 처벌 등의 목적을 가진 비인도적인 처우를 말하며, 일반적으로 악화된 형태의 비인도적인 처우에 해당한다. 그리고 피해자가 다른 사람들 앞에서 심각한 모욕을 당하거나 자신의 의지·양심에 반하는 행위를 하도록 하는 경우 굴욕성을 인정할 수 있다.[106] 이러한

---

104) 유럽인권재판소는 특히 러시아 지역의 구금시설에 대하여 이를 적극적으로 인정하고 있다. *Shchebet v Russia* App no 16074/07 (ECtHR, 12 June 2008) paras 86-96; *Khristoforov v Russia* App no 11336/06 (ECtHR, 29 April 2010) paras 23ff; *Nedayborshch v Russia* App no 42255/04 (ECtHR, 1 July 2010) para 32; *Kuptsov and Kuptsova v Russia* App no 6110/03 (ECtHR, 3 March 2011) paras 69ff; *Fedotov v Russia* App no 5140/02 (ECtHR, 4 December 2014) para 67; *Ergashev v Russia* App no 12106/09 (ECtHR, 20 December 2011) paras 128-34; *Salikhov v Russia* App no 23880/05 (ECtHR, 3 May 2012) paras 89-93; *Navalnyy and Yashin v Russia* App no 76204/11 (ECtHR, 4 December 2014) paras 110-12. 다만, 구금시설의 상태와 관련하여 제3조 위반을 부정한 예로, *Vladimir Belyayev v Russia* App no 9967/06 (ECtHR, 17 October 2013) paras 31-36 (개인 침대가 제공된 점, 하루에 최소 1시간의 야외 운동시간이 제공된 점, 비록 일부 수형기간 동안 개인공간이 3평방미터에 미달하였으나 그 외의 대부분의 기간을 살펴보면 3.35~8.9 평방미터의 개인공간이 확보되었던 점 등을 고려한 사안); *Yaroslav Belousov v Russia* App nos 2653/13 and 60980/14 (ECtHR, 4 October 2016) paras 95-99 (개인공간이 4 평방미터 정도에 이른 점, 개인 침대가 제공된 점, 화장실에 파티션이 있었던 점, 창문을 통한 채광이 제공된 점, 환기시설이 있었던 점 등을 고려한 사안).

105) *Denmark, Norway, Sweden, and the Netherlands v Greece* App nos 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, Report of the Commission of 5 November 1969, XII Yearbook, 186 (*Greek*).

106) ibid 186.

설명에 입각하여 유럽인권위원회가 *Greek* 사건에서 고통의 심각성을 비인도적 처우(고문을 포함)와 그 밖의 처우(굴욕적인 처우를 포함)의 구별기준으로, 행위의 목적을 고문과 비인도적 처우의 구별기준으로 삼았다고 설명된다.[107]

이와 약간 대조적으로, *Ireland v UK* 사건[108]에서 유럽인권재판소는 고문과 가혹행위의 구별이 주로 고통의 정도에 따른다고 판단하였다.[109] 이에 대한 논증 과정에서 앞서 살펴본 국제연합 총회의 1975년 선언 제1조 제2항의 정의규정을 참고하였다.[110] 이 정의규정에 따르면 고문은 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우 또는 처벌의 '악화되고 의도적인'(aggravated and deliberate) 형태를 구성한다.[111] 재판부는 해당 사안에서 문제되었던 조사방법(① 스트레스 포지션: 한두 개의 근육에 체중의 대부분이 실리게 하여 고통을 유발하는 자세, ② 두건 씌우기, ③ 지속적 소음, ④ 수면 박탈, ⑤ 장기간 음식 미제공)에 관하여 이들이 결합되어 사용되는 경우 비인도적이고 굴욕적인 처우에 해당한다는 데에는 의문의 여지가 없다고 하였다. 하지만 이 조사의 목적이 자백을 유발하기 위해서 체계적으로 사용되었다고 하더라도 고문이라는 문언에 내재된 잔혹성이 인정될 정도의 고통을 유발하지 않았다고 판단했다.[112]

---

107) Nowak and McArthur (n 48) 67.

108) *Ireland* (n 90) para 167. 이 사건이 *Greek* 사건에 비하여 선례로서의 권위가 있는 것으로 받아들여지고 있다는 점에 관해, Rainey and others (n 15) 185-86 참조.

109) 참고로, 아일랜드는 영국에서 비밀유지기간 도과로 공개된 여러 문서에 기초해 다섯 가지 조사방법이 고문에 이른다고 판단되어야 한다는 취지로 「유럽인권재판소 규칙」(Rules of Court) 제80조 제1항에 따라 판결의 재심을 요구하였으나, 기각되었다. *Ireland v UK* (request for revision of the judgment of 18 January 1978), App no 5310/71 (ECtHR, 20 March 2018).

110) *Ireland* (n 90) para 167. 국제연합 총회 선언의 배경은 이 장의 제2절 I. 참고.

111) 이러한 1975년 선언의 규정은 고문방지협약의 입안 과정에서 삭제되었는데, 이에 따라 고문방지협약의 입안 의도는 *Ireland* 사건보다는 *Greek* 사건의 해석례에 가깝다고 평가되고 있다. Gerrit Zach, 'Article 1' in Nowak and others (eds) (n 33) 42ff.

그 이후에 고문과 그 밖의 가혹행위의 구별기준에 관한 법리를 보충한 판례가 *İlhan v Turkey* 판결이다. 이 사건에서는 *Ireland* 사건의 법리를 인용하면서, 고문의 특성에는 고통의 심각성 요소뿐만 아니라 목적성 요소가 있음을 명시하였다. 그리고 그 간접적인 근거로 고문방지협약상 고문의 정의를 들었다.[113] 목적성 요소에 관한 판시는 후속 판결들에서 계속 나타나고 있다.[114] 다만, 목적성 요소의 충족만으로 비인도적 처우가 고문이 되지는 않는다. 일례로 *Gäfgen v Germany* 사건을 들 수 있다. 이 사건의 원고는 몸값을 얻을 목적으로 독일인 은행원의 아들을 유괴하였고, 결국 살해했다. 독일 경찰이 원고를 체포하였을 때는 이러한 살해 사실을 모른 상태에서, 피유괴자의 목숨이 중대한 위험에 처해 있다고 생각하여 원고에게 정보를 얻어낼 목적으로 고문의 위협을 가하였다. 경찰은 아이의 위치를 자백하지 않을 시에는 신체에 아무런 흔적을 남기지 않고 경험해보지 못한 고통을 줄 것이라고 위협하였다. 그리고 실제로 고통을 가하거나 자백제를 이용하려는 준비를 하였다. 원고는 조사실에서 수갑이 채워진 상황이었다. 원고는 위협 개시 10분 정도 후 피유괴자의 위치를 말하였다.[115] 재판부는 고문 또는 그 밖의 가혹행위의 위협이 실제적이고 임박하였을 때에는 협약 제3조 위반이 발생할 수 있다는 법리를 판시하면서, 이 사건의 경우에는 고문에 이르지는 않지만 비인도적 처우에 해당한다는 결론에 이르렀다.[116] 결국 최근 유럽인권재판소

---

112) *Ireland* (n 90) para 167.

113) *İlhan* (n 31) para 85 (피해자가 쿠르드노동당의 일원으로 활동하였음을 이유로 헌병대에 체포된 사안이다. 재판부는 피해자가 구타를 당하고, 라이플로 최소 한 번 머리를 가격 당하였으며, 머리에 가시적인 부상이 있었고 피해자가 걷고 말하는 데에 어려움이 있었음이 명확하였음에도 병원으로 이송되기까지 36시간이 초과한 점 등에 비추어 고문요건의 충족을 인정하였다.). 유럽인권협약의 고문 정의 살펴봄에 있어서 고문방지협약을 참고한 다른 예로, *Selmouni* (n 15) para 97.

114) *Gäfgen* (n 31) para 90; *Shuriyya Zeynalov v Azerbaijan* App no 69460/12 (ECtHR, 10 September 2020) para 49.

115) 이상의 사실관계는, *Gäfgen* (n 31) paras 94-100.

116) ibid paras 91, 101-108.

판례는 고문과 그 밖의 가혹행위를 구별함에 있어서 고통의 정도와 목적성 요소의 존재를 종합적으로 살펴보는 것으로 보인다.[117]

(2) 고문방지협약 및 자유권규약

가혹행위는 고문에 미치지 못하는 위법행위이다. 고문 외에 자유권규약 제7조에 규정된 여러 유형의 가혹행위에 관해,[118] 자유권규약위원회는 이들 사이의 엄격한 구별은 불필요하다고 하면서도 그 구별은 성질, 목적, 심각성에 의존한다는 입장이다.[119] 자유권규약이 고문방지협약과 달리 고문과 그 밖의 가혹행위에 관하여 법적 효과의 차이를 특별히 두고 있지 않기에 나타나는 접근법으로 이해된다.

Giri v Nepal 사건에서 자유권규약위원회는 고문과 그 밖의 가혹행위 사이의 핵심적인 구별은 목적 요건에 있다고 판단하였다.[120] 이러한 목적 요건에 따른 접근법 이외에, 고문과 그 밖의 가혹행위 사이의 구별에 관하여는 만프레드 노박(Manfred Nowak)이 국제연합 특별보고자로서 제출하였던 보고서의 기준이 참고할 가치가 높다. 동 보고서는 가혹행위에 내재한 개념으로 비례에 어긋난 경찰력 사용을 제시하였다. 즉 범죄 용의자, 폭동자, 테러리스트 등에 대한 법집행 시에는 경찰에 의한 정당한 무력사용, 심지어는 치명적인 무기의 사용이 있을 수 있는데, 이 경우 무력사용이 목적 달성과의 관계에서 비례에 어긋남과 동시에 심각한 고통을 야기한다면 가혹행위에 해당한다는

---

117) 고문을 인정한 여타 사례로는, *Aksoy v Turkey* ECHR 1996-VI, para 64 (이른바 '팔레스타인 매달기'(Palestinian hanging)); *Aydın v Turkey* ECHR 1997-VI, paras 83-87 (강간). *Buntov v Russia* App no 27026/10 (ECtHR, 5 June 2012) paras 152-61 (손톱 및 발톱 적출); *Nechiporuk and Yonkalo v Ukraine* App no 42310/04 (ECtHR, 21 April 2011) para 157 (전기쇼크).

118) 문리상으로는 잔혹한 처우, 잔혹한 처벌, 비인도적 처우, 비인도적 처벌, 굴욕적 처우, 굴욕적 처벌이 나누어질 수 있다.

119) UNHRC, 'General Comment No. 20' (n 42) para 4.

120) UNHRC, *Yubraj Giri v Nepal* (24 March 2011) UN Doc CCPR/C/101/D/1761/2008, para 7.5.

것이다. 이에 따르면 구금된 상태의 사람에 대하여 자백을 얻어낼 목적으로 경찰봉으로 폭행을 가한 것이 심각한 고통을 야기했다면 고문에 해당하며, 방으로 이동하는 사람을 경찰봉으로 폭행하는 경우에는 가혹행위에 해당할 수 있다. 반면에 불법적 시위를 해산시키거나 교도소 내 폭동을 진압하기 위한 목적으로 경찰봉으로 폭행을 하였다면 경우에 따라서 적법한 무력사용으로 평가될 수 있다.[121] 이러한 착안에 따라 고문과 그 밖의 가혹행위 사이의 핵심적 구별요소는 고통의 심각성이 아니라 행위의 목적, 가해자의 의도, 피해자의 무력함(powerlessness)이라고 설명하였다. 이때 무력함이란 다른 사람의 완전한 지배하에 있음을 의미한다.[122] 무력함은 비례원칙에 선행하여 검토되어야 할 요건으로, 피해자가 가해자의 완전한 지배하에 있어 무력한 상태에 있는 경우 비례원칙은 적용되지 않는다. 그러한 상황에 있는 피해자에게 특정한 목적을 이유로 강제로 심각한 고통을 야기한다면, 이는 고문에 해당한다.[123]

한편, 노박에 따르면 굴욕적인 처우・처벌은 심각한 고통을 요건으로 하지 않는다. 고통이 심각한 단계에까지 이르지는 않지만 구금된 피해자에게 굴욕감을 줄 의도로 조사방법이 진행된다면 굴욕적인 처우・처벌에 해당할 수 있다.[124] 특정 행위가 가혹행위에 해당하는지 여부에 대한 판단은 모든 제반 사정을 고려하여 판단하여야 한다. 그러한 사정에는 처우의 기간이나 방법, 신체적・물리적 영향, 성별, 연령, 건강상태가 포함된다.[125] 한편, 어떠한 처벌을 굴욕적이라고 파단하기 위해서는 모욕의 정도가 특정한 수준 이상에 이르러야 하고, 단순한 자유의 박탈만으로는 굴욕성을 인정하기는 어렵다.[126]

---

121) 이상의 논의는, UNCHR, 'Report of the Special Rapporteur on the question of torture' (23 December 2005) UN Doc E/CN.4/2006/6, para 38 참고.

122) ibid para 39.

123) ibid para 40.

124) ibid.

125) UNHRC, *Vuolanne v Finland* (2 May 1989) CCPR/C/35/D/265/1987, para 9.2.

126) ibid.

이상과 같은 접근법에 관한 반론도 존재한다. 일각에서는 '잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우·처벌'이라는 문언에서 '처벌' 자체가 목적성을 함축하고 있다는 점에서 고문과 가혹행위의 구별을 목적에서 찾는 *Giri* 사건의 접근법은 문제가 있다고 주장한다.[127] 이 입장에서는, 노박의 입장이 심각한 고통을 굴욕적 처우의 요건으로 삼지 않는다는 점에서 어느 정도 확장성이 있지만, 굴욕을 줄 목적과 고문의 요건으로서 목적이 쉽게 구별되지 않는다는 점에서 논리적 결점이 있다고 한다.[128] 고통의 심각성을 기준으로 삼는 접근법 역시, 가혹행위의 요건으로서 목적을 필수적으로 요구하는 것을 전제하는 경우에는 과실로 인한 여러 유형의 인권침해를 금지의 범위로부터 배제한다는 문제점이 있다고 한다.[129] 나아가 가혹행위는 가급적 넓게 해석할 수 있어야 하며, 그 점에서 고문의 주요 요건 중 어느 것이라도 하나 이상 결여된 경우에 가혹행위에 해당할 수 있는 가능성을 열어두어야 한다고 주장한다.[130]

하지만 이와 같은 비판은 몇 가지 점에서 동의하기 어렵다. 첫째, 가혹행위의 유형으로 처벌이 포함되어 있다는 이유로 목적성 요건이 구별기준이 될 수 없다는 것은 '처우'의 문언을 의도적으로 백안시하는 것이다. 무력함에 관한 노박의 설명을 참고하자면, 처벌이 이루어지는 상황은 통상 피해자에 대한 완전한 지배가 이루어진 상황일 것이므로, 애당초 비례원칙이 적용되는 경우가 아니다. 이 경우에는 심각한 고통이 인정되면 고문이 인정될 여지가 충분하다. '처우'의 경우에는 고문방지협약 제1조 제1항에 예시된 목적이 곧바로 도출되지도 않고, 피해자에 대한 지배력도 어의상 쉬이 도출되지도 않는다. 이때 비로소 목적과 비례성에 대한 검토가 들어가는 것이 어색하다고 보기는 어렵다.

보다 거시적으로는 굴욕적인 처우·처벌이 가지고 있는 유연성을 넘어서,

---

127) Ginbar (n 59) 294.
128) ibid 295.
129) ibid 296-97.
130) ibid 292.

잔혹한 또는 비인도적인 처우 또는 처벌의 범위를 유연하게 하는 것이 장기적인 관점에서 국제인권규범 준수에의 참여를 이끌어내는 데에 항상 유리하지는 않다는 점이 문제이다. 통상 국제인권규범은 그 범위가 넓을수록, 밀도가 높을수록, 집행성이 확보될수록 국가들의 참여의지는 낮아진다.[131] 특별한 근거 없이 자유권규약의 당사국들이 고통이 심각하지 않은 경우까지 출입국관리 권능을 포기하였다고 상정하기는 어렵다. 이러한 점에서 노박의 정리를 따르는 것에 큰 어려움은 없다.

구체적으로 어떠한 경우 가혹행위가 인정되는지에 관해서는 두 개의 결정례를 살펴본다.[132] *Besim Osmani v Republic of Serbia* 사건[133]에서 진정인을 비롯한 집시촌 사람들은 시(市)로부터 주거촌이 철거될 것이라는 예고를 받았으나, 이주 장소를 구하기가 여의치 않아 떠나지 못하였다. 그 후 철거 과정에서 사복 차림의 경찰로 추측되는 사람들로부터 폭행과 모욕을 당했다. 특히 진정인의 4세 아들도 폭행을 당했지만 심각한 상해를 입지는 않았다. 이 사건에서 고문방지위원회는 실제 폭행을 가한 사람들이 공무원인지 여부를 불문하고, 적어도 동의 또는 묵인이 인정된다면서 고문방지협약 제16조 제1항에 위반되는 가혹행위의 존재를 인정하였다.

Sonko v Spain 사건[134]의 진정인은 사망한 동생의 사건에 관하여 진정을 제기하였다. 진정인에 따르면, 피해자를 포함한 아프리카 이주민 4명(3남 1녀)이 모로코 북부의 스페인 자치령인 세우타에 딩기보트로 입국하려다가 스페인 경비에 의하여 저지당하였다. 경비들은 모로코 영해까지 이들을 데리고 가서 바다에 뛰어 들어가라고 하였다. 당시 여성의 것을 제외한 딩기보트에

---

131) 통계분석을 통해 이와 같은 경향을 설명하는 예로, Oona A Hathaway, 'Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?' (2007) 51 Journal of Conflict Resolution 588, 602-12.

132) 이 부분에 관하여는 고문방지협약 제16조에 관한 고문방지위원회의 결정례도 참고할 가치가 높다.

133) 이하의 사안에 관해서는, UNCAT, *Besim Osmani v Republic of Serbia* (8 May 2009) UN Doc CAT/C/42/D/261/2005.

134) 이하의 사안에 관해서는, UNCAT, *Sonko v Spain* (25 November 2011) UN Doc CAT/C/47/D/368/2008.

모두 구멍을 냈다. 피해자는 자신이 수영을 할 줄 모른다고 반복적으로 말하면서 계속 선박에 붙어 있으려고 했으나, 경비들은 강제로 피해자를 바다에 빠트렸다. 피해자가 계속 도움을 요청하면서 해안가로 가지 못하자 경비 한 명이 피해자의 익사를 막기 위해 바다에 들어가 도움을 주었고, 해안가에 도착해서는 심장 마사지를 하였다. 하지만 결국 피해자가 사망하였다. 이에 대하여 스페인 측은 딩기보트에 구멍을 낸 적이 없으며, 이주민들과는 언어적 장벽으로 인해 의사소통이 곤란했고, 해안에서 굉장히 가까운 곳에서 일어난 일이라는 점을 강조하였다. 위원회는 딩기보트에 구멍을 냈는지 여부 및 해안으로부터 얼마나 가까운 거리에서 발생한 사고인지를 불문하고, 피해자의 신체적·정신적 고통을 야기한 행위가 고문방지협약 제1조에 정한 고문에 해당하지 않지만, 제16조에 정한 가혹행위에는 해당한다고 판단하였다.

3. 생명권 침해

생명에 대한 침해 역시 강제송환금지 원칙에 의해 보호되는 위험이 된다. 그 적용국면은 두 가지로 나뉘는데, 하나는 사형 및 그 집행의 위험상황이고, 다른 하나는 그 밖에 생명 침해로서 의도적 살해의 위험상황이다. 유럽인권협약은 모든 당사국들이 사형 또는 그 밖에 자의적인 생명박탈의 위험이 있는 곳으로의 강제송환을 금지하고 있는 것으로 해석된다. 자유권규약은 사형과 그 밖에 자의적인 생명박탈의 위험에 대한 보호가 서로 다른 방식으로 규율된다. 사형 외의 자의적인 생명박탈의 경우에는 일반적으로 강제송환금지 의무가 인정되고, 사형의 위험의 경우에는 사형제 폐지 국가에 한해 강제송환금지 의무가 인정된다.

1) 사형

(1) 유럽인권협약

유럽인권협약 제2조 제1항은 “모든 인간의 생명은 법의 보호를 받아야 한다. 범죄에 대한 공소제기에 따라 법원에서 법에 의한 형벌을 선고받아 이를 집행하는 경우를 제외하고, 누구든지 고의적으로 생명을 박탈당해서는 아니된다.”라고 규정하고 있다. 한편, 유럽인권협약 제2조 제1항 제2문은, 제6의정서[135]와 제13의정서[136]에 유럽인권협약 당사국이 대부분 가입함으로써, 그 의미가 변경되었다는 것이 유럽인권재판소 판례이다.[137] 제6의정서는 전시(戰時) 외의 사형집행을 금지하고, 제13의정서는 모든 상황에서의 사형집행을 금지한다. 따라서 이들 의정서에 가입한 체약국의 경우, 범죄인인도로 인한 사형집행의 우려가 있음에도 인도를 시행하는 경우 협약에 위배된다.[138] 유럽인권재판소는 여기에서 나아가 의정서에 가입하지 않은 경우에도 협약 제2조 제1항 제2문의 의미가 변경되었고, 사형집행은 그 자체로 유럽인권협약 제3조에 정한 처벌에 해당한다는 판례하에,[139] 의정서 미가입국인 러시아 역시 사형이 집행될 위험이 있는 곳으로 사람을 송환하는 것이 금지된다고 하였다.[140]

(2) 자유권규약

자유권규약 제6조 제1항은 “모든 인간은 고유한 생명권을 가진다. 이 권리는 법률에 의하여 보호된다. 어느 누구도 자의적으로 자신의 생명을 박탈당하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 한편, 자유권규약 제6조 제2항은, “사형

---

135) Protocol 6 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of Death Penalty (28 April 1983) ETS 114.

136) Protocol 13 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms on the Abolition of the Death Penalty in All Circumstances (3 May 2002) ETS 187.

137) 판례의 연혁에 관해서는, Rainey and others (n 15) 151-52.

138) *Bader and Kanbor v Sweden* ECHR 2005-XI 75, paras 41-42.

139) *Al-Saadoon and Mufdhi v UK* ECHR 2010-II 61, para 62.

140) *AL (XW) v Russia* App no 55597/09 (ECtHR, 29 October 2015) para 64.

을 폐지하지 아니하고 있는 국가에 있어서 사형은 범죄 당시의 현행법에 따라, 또한 이 규약의 규정과 집단살해죄의 방지 및 처벌에 관한 협약에 저촉되지 아니하는 법률에 의하여 가장 중한 범죄에 대해서만 선고될 수 있다. 이 형벌은 권한 있는 법원이 내린 최종판결에 의하여서만 집행될 수 있다." 라고 규정하고 있다. 이 규정에 관한 강제송환금지 의무에 관해서는 개인진정결정례의 연혁을 살펴볼 필요가 있다.

중요한 계기가 된 것은 미국의 사형제도로, 그 시초가 되는 사건은 1993년 *Kindler v Canada* 사건이다. 이 사건에서 진정인은 펜실베이니아 주에서 살인죄로 공소가 제기되었고, 사형을 선고 받을 가능성이 높은 상황이었다. 그는 캐나다로 도주하였으나, 미국으로 인도되었다. 위원회는 캐나다의 범죄인인도로 인하여 진정인이 미국에서 규약 제6조 제2항에 위반된 사형선고를 받을 위험이 생겼다면, 캐나다의 자유권규약 제6조 제1항 위배를 인정할 여지가 있다고 하였다. 하지만 이 사건에서 진정인이 기소된 범죄는 살인으로서 명백하게 중대한 범죄이고, 범죄 당시에 18세를 넘었으며, 달리 공정한 재판에 관한 규약 제14조 위배를 주장한 사실도 없고, 캐나다의 범죄인인도 재판이 충실하게 이루어졌다는 점에 비추어 규약 위반을 인정하지 않았다.[141] 강제송환에 있어서 제6조 제2항과 제6조 제1항의 관계에 관한 법리는 후속 결정례에서도 이어졌다.[142] 요약하자면, 위법한 사형의 위험이 있는 곳으로의 강제송환은 금지되지만, 적법한 사형의 위험이 있는 곳으로의 강제송환은 금지되지 않았던 것이다.

그 이후 2002년 *Judge v Canada* 사건에서 위 법리에 관한 변화가 있었다. 이 사건의 진정인은 살인 및 무기소지로 1987. 6. 12. 전기의자 사형을 선고받았다. 진정인은 1987. 6. 14. 교도소에서 탈출하여 캐나다로 도망하였고, 캐나다는 진정인을 미국으로 인도하였다. 위원회는 '살아있는 문서' 담론을

---

141) 이상의 사안은, UNHRC, *Kindler v Canada* (30 July 1993) UN Doc CCPR/C/48/D/470/1991, paras 14.3-14.4.

142) 예를 들어, UNHRC, *Chitat Ng v Canada* (5 November 1993) UN Doc CCPR/C/49/D/469/1991, para 15.3; UNHRC, *Cox v Canada* (31 October 1994) UN Doc CCPR/C/52/D/539/1993, para 16.2.

차용하면서, 사형제도 폐지 및 미집행에 대한 국제적 합의를 언급하며 결정례 변경의 필요성을 인정했다.[143] 그리하여 규약 제6조 제1항을 넓게, 제2항을 좁게 해석하여 사형제를 폐지한 국가와 폐지하지 않은 국가를 달리 취급하였다. 그에 따라 사형제 폐지국가의 경우에는 사형의 위험이 있는 곳으로의 일반적 강제송환금지 의무가 있다고 설시하였다. 위원회 입장을 요약하자면 다음과 같다. 첫째, 사형제를 폐지한 국가의 경우에는 제6조 제1항에 따라 사형으로부터 인간을 보호할 의무를 가진다. 둘째, 제2항에서 제6항까지의 규정은 제1항이 사형제 폐지로 읽히지 않도록 정해진 규정이면서, 사형선고와 집행의 예외적 조건을 명시한 규정이다. 셋째, 이러한 예외는 제2항의 문언상 사형을 폐지하지 아니하고 있는 국가에만 적용된다. 넷째, 따라서 사형을 폐지한 국가의 경우에는 사형의 위험이 있는 곳으로 인도를 할 수 없다. 이와 같은 이유에서 위원회는 캐나다가 사형이 집행되지 않을 것이라는 보장 없이 미국에 인도한 행위가 자유권규약 제6조에 위반된다고 판단하였다.[144]

2) 그 밖의 생명권 침해

(1) 유럽인권협약

유럽인권재판소는 사형 외의 살해의 위험도 강제송환금지의 피보호이익으로 보고 있다. 다만, 그 위험성 평가 등에서 제3조에 따른 강제송환금지와 거의 동일한 법리를 따르고 있어서 개별적 특수성이 크지는 않다.[145] 이를 잘 보여주는 것이 2015년 *LM and others v Russia* 판결이다. 원고들은 국적국 또는 상주국가가 시리아였던 사람들로, 시리아로 송환되는 경우 유럽인권

143) *Judge* (n 15) para 10.3.

144) 이상의 법리는, ibid paras 10.4ff.

145) 유럽인권협약 제3조 적용에 관한 일반원칙이 제2조에도 적용된다는 점에 관해, *LM and others v Russia* App nos 40081/14, 40088/14 and 40127/14 (ECtHR, 15 October 2015) para 108.

협약 제2조 또는 제3조에 반하여 살해당하거나 비인도적인 처우를 당할 위험이 있다고 주장하였다. 이들이 주장한 죽음의 위험이 법적인 사형집행에 국한되지는 않았다. 원고들은 민간인에 대한 광범위하고 일반적인 폭력이 자행되고 있는 점, 원고 중 한 명은 무국적 팔레스타인인으로서 특별한 보호가 필요한 점, 다른 한 명은 가족이 시리아 내전상황에서 살해당한 점 등을 강조하였다.[146] 재판부는 시리아의 전체적 상황 및 원고들의 개별적인 상황을 고려할 때 원고들에 대한 강제송환이 유럽인권협약 제2조 및 제3조에 반할 것이라고 판단하였다.[147]

(2) 자유권규약

자유권규약 제6조의 강제송환금지가 사형집행의 문제에만 국한하여 발생하는 것은 아니다. 상술하였듯이 자유권규약 제6조 제1항은 고유한 생명권과 더불어 자의적으로 생명을 박탈당하지 않을 일반적인 권리를 규정하고 있다. 이에 관해, 당사국은 제6조에 위반된 생명권 침해가 발생할 위험이 있는 곳으로 개인을 송환하면 안 된다는 것이 자유권규약위원회의 입장이다.[148] 법의 틀에서 이루어지는 사형집행에 관하여도 강제송환금지가 인정되는데, 법의 틀조차 갖추지 못하는 자의적인 생명권 침해에 관하여 강제송환금지를 인정하지 못할 이유는 없다.

Warsame v Canada 사건에서 진정인은 1984년 사우디아라비아에서 태어

---

146) ibid paras 90-91.

147) ibid paras 119-126. 한편, 강제송환금지 의무의 위배를 야기하는 상당한 위해의 위험에는 외부침략, 내전, 초사법적 살인, 강제실종, 사형, 고문, 가혹행위, 강제노동, 인신매매, 박해, 죄형법정주의에 반하는 처벌, 고문・가혹행위로 취득한 증거에 의한 처벌의 위험이 모두 포함된다는 유럽인권재판소 판결의 별개의견으로, *FG* (n 5) Joint Separate Opinion of Judges Ziemele, De Gaetano, Pinto De Albuquerque and Wojtyczek, para 7 (기독교로 개종한 이란인이 사형에 처해질 위험이 다루어진 사안).

148) UNHRC, ‘General Comment No. 31’ (n 85) para 12; UNHRC, ‘General comment No. 36’ (n 4) para 30.

났지만 시민권은 없었다. 부모는 소말리아 출신이었다. 그는 1988년에 캐나다로 이주하여, 1992년 영주권을 취득하였다. 하지만 2004년에는 절도로, 2006년에는 마약 소지로 기소되어 각 9개월, 2년의 징역형을 선고받았으며, 이를 이유로 퇴거명령을 받은 상황이었다. 이에 관하여 여러 구제절차를 진행하였으나 성공하지 못하여, 2010년 캐나다 당국으로부터 소말리아 보사소 지역으로 강제퇴거가 될 것이라는 고지를 받았다.[149]

진정인은 자유권규약 제6조 제1항 및 제7조 위반을 주장하였다. 주장 내용은 요약하자면 다음과 같다. ① 자신은 소말리아에서 태어나지도 않았으며, 거주하거나 방문한 적도 없다. 극히 제한적인 언어적 능력과 가족의 부재로 인하여 부족 정체성을 입증할 방법이 없다. 부모는 모가디슈 출생으로 소말리아 보사소 지역과는 아무런 연고가 없다. 자신은 소말리아에서 가족이나 부족의 지원 없이 살아갈 수 없다. 부족 정체성을 입증할 길이 없기에, 구금에 처해지거나 인권 상황이 더욱 열악한 중남부 소말리아로 추방될 가능성이 높다. ② 자신은 26세의 남성이기에 '알 샤밥', '히즈불 이슬람', '초국경 연방정부'(Transnational Federal Government, TFG)와 같은 단체에 의해 강제동원을 당할 가능성이 있다. ③ 또한 소말리아의 극악한 인권상황의 피해자가 될 것이며, ④ 기독교인으로서 주목가능성도 있다.[150] 진정인은 이러한 사정에 비추어 볼 때 소말리아로의 강제퇴거는 마치 사형선고와 같다고 하였다.[151] 그리고 자신이 저지른 가장 중한 죄는 마약 소지인데, 이를 이유로 실제적이고 임박한 죽음의 위협에 처하게 하는 것은 비례원칙에 어긋난다고 주장하였다.[152] 위원회는 이러한 주장을 받아들여 캐나다가 진정인을 추방하면 규약 제6조 제1항과 제7조를 위반할 것이라고 판단하였다.[153] 이는 자유권규약 제6조에 따른 강제송환금지 의무가 국가의 공권력 집행으로서 사형

---

149) 이상의 주장 내용은, UNHRC, *Jama Warsame v Canada* (21 July 2011) UN Doc CCPR/C/102/D/1959/2010, paras 2.1-2.7.

150) ibid paras 3.1-3.4.

151) ibid para 3.5.

152) ibid.

153) ibid para 8.3.

에 국한되어 발생하는 것은 아님을 보여준다.

4. 공정한 재판을 받을 권리 침해 및 자의적 구금

유럽인권협약 체제에서 강제송환금지 의무에 관한 논의가 협약 제2조와 제3조에 집중되는 경향이 있지만, 이에 국한되지는 않는다. *Soering* 사건에서도 재판부는 범죄인인도 시 명백하게 공정한 재판이 부인되었거나 부인될 위험이 있는 경우 예외적으로 제6조에 규정된 공정한 재판을 받을 권리의 침해 문제가 발생할 수 있음을 인정하였다.[154] '재판청구권의 명백한 부정'(flagrant denial of justice)의 의미가 명확히 설시되고 있지는 않지만, 본안에 대한 재판단 가능성이 없는 궐석재판,[155] 방어권을 완전히 무시한 약식재판,[156] 독립적·중립적인 재판소에 의한 적법성 심사를 받지 않는 구

---

154) *Soering* (n 40) para 113. 다만, 사실관계상 이 사건에서 제6조 위반이 인정되지는 않았다.

155) *Einhorn v France* ECHR 2001-XI 245, para 33. 미국 펜실베이니아에서 궐석재판에 따른 종신형을 받은 사안이다. 원고는 협약 제6조와 관련하여, ① 비록 펜실베이니아 법률상 궐석재판에 대하여 새로이 판단을 받을 가능성이 있으나, 그 법률이 펜실베이니아 헌법상 권력분립원칙에 반한다는 전문가들의 의견에 비추어 볼 때 재판단을 받지 못할 가능성이 있고, ② 자신의 사건이 펜실베이니아에 널리 알려지고 여론이 악화되어 공정한 재판을 받지 못할 것이라고 주장하였다. 재판부는 궐석재판에 대하여 재판단을 받지 못할 위험이 있음에도 인도하는 경우 협약 제6조 위반 문제가 발생할 수 있음을 인정하면서도, 원고가 제출한 전문가 의견이 펜실베이니아 법원의 공식적인 의견이 아닌 점, 재판단을 받을 수 있다는 취지의 미국 측 외교공한이 시행된 점 등에 비추어 원고의 주장을 배척하였다. 또한 배심원단이 여론의 영향으로 인하여 공정한 재판기능을 수행하지 못할 위험이 있는 경우에도 협약 제6조 위반가능성을 배제할 수는 없지만, 이 사건에서 원고가 공정한 재판을 명백히 부인당할 것이라는 증명이 없다는 이유로 원고의 주장을 배척하였다.

156) *Bader and Kanbor v Sweden* ECHR 2005-XI 75, para 47. 시리아에서 궐석재판으로 사형선고를 받은 경우에 관하여 협약 제2조 및 제3조에 따른 강제송환금지를 인정한 사안이다. 당해 궐석재판에서 구술증거가 없었던 점, 오로지 검사가 제출한 증거에 의하여 재판이 이루어진 점, 구술심리 시 피고인과 그 변호인 모두 출석한 상황이 아니었던 점이 지적되었다. 궐석재판 사건에 관하여 재판단

금,[157] 구금된 외국인에 대한 고의적·체계적 변호인접견의 거부,[158] 협약 제3조에 반하여 취득된 진술 채택[159] 등의 경우 인정될 수 있다. 제6조에 따른 송환금지를 인정하기 위해서는 엄격한 기준을 통과하여야 한다. 즉 재판절차상의 단순한 변칙이나 안전장치의 부재에 불과한 경우에는 이를 인정할 수 없고, 협약 제6조의 원칙에 대한 근본적인 위반으로 인하여 공정한 재판의 권리가 무효화되거나 본질적으로 파괴되었다고 볼 수 있는 정도에 이르러야 한다.[160] 유럽인권재판소는 이에 관한 증명기준을 제2조와 제3조에 따른 강제송환금지의 경우와 동일하게 보고 있다. 즉 강제송환의 불이익을 주장하는 측이 송환 시 재판청구권의 명백한 부정의 실제적 위험에 대한 믿음이 상당한 근거가 있음을 증명할 수 있는 증거를 제시하여야 한다. 그러한 증거가 제시된 경우 이에 대한 반증은 정부의 몫이다.[161]

Soering 판결 이후, 2012년 *Othman (Abu Qatada)* 판결에 이르러서야 제6

기회가 보장되어 있지 않았던 점이 지적되었다. 이 사건은 후속 사건에서 제6조 위반을 설명하는 맥락에서 인용된다. *Harkins v UK* [GC] App no 71537/14 (ECtHR, 15 June 2017) para 63.

157) *Al-Moayad v Germany* App no 35865/03 (ECtHR, 20 February 2007) para 101. 미국이 예멘인 국적의 원고에 대하여 알카에다나 하마스 등 국제테러조직에 자금, 무기, 통신장비 등을 제공하였다는 혐의로 독일에 범죄인인도를 청구하였고, 실제 인도가 이루어진 사안이다. 재판소는 적법성 심사를 받지 못하는 구금이 일어나거나 외국인이 구금되어 고의적·체계적으로 변호인접견의 거부가 이루어질 위험이 있는 경우 협약 제6조에 따라 송환금지의무가 발생할 가능성을 배제하지 않으면서도, 독일이 미국으로부터 얻어낸 보장 내용 등에 비추어 원고의 주장이 명백히 이유 없다고 판단하였다.

158) ibid.

159) *Othman (Abu Qatada) v UK* ECHR 2012-I 159 (extracts), para 85; *El Haski v Belgium* App no 649/08 (ECtHR, 25 September 2012) para 85 (테러 관련 범죄에 관하여 벨기에 법원이 모로코에서 협약 제3조에 반하여 취득되었을 실제적 위험이 있는 증거를 인정한 것이 협약 제6조 위반이라고 판단한 사안).

160) *Othman (Abu Qatada)* (n 159) para 260; *Harkins* (n 156) para 64 (미국 플로리다로 인도될 경우 가석방 없는 종신형이 선고될 위험을 주장하였으나, 원고가 공정한 재판 여부 자체를 다투지 않고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없어 각하판결을 한 사안).

161) *Othman (Abu Qatada)* (n 159) para 261; *Harkins* (n 156) para 65.

조에 따른 강제송환금지 의무 위반이 최초로 인정되었다. 이 사건의 원고는 영국에서 난민으로 인정된 자였는데, 요르단에서 폭탄테러와 관련된 혐의로 두 차례 궐석재판을 받아 각각 종신형 및 징역 15년을 선고받았다. 영국은 요르단과 사이에, 각국으로 송환 시 체포·구속·수형 시의 인도적 처우, 체포·구속에 대한 이유고지 및 적부심사, 송환 이후 3년 이내에 체포·구속·수형 시 각국 대표의 면접권 등에 관한 사항을 명시한 양해각서를 체결하였고, 그 후 원고에 대한 추방의사를 표시하였다. 원고는 요르단으로의 송환이 유럽인권협약 제3조 및 제13조, 제5조, 제6조에 위반된다고 주장했다. 재판부는 제6조에 관하여 요르단에서 고문이 광범위하게 이루어지고 있으며, 고문에 의하여 취득된 증거가 법원에서 실무적으로 받아들여지고 있다고 설명하는 국가정황정보에 기초해 원고가 요르단으로 송환될 경우 고문에 의하여 취득된 정보가 법원에서 인정될 위험이 있다고 인정하였다.[162] 한편, 비록 과거 결정 중에 강제송환금지의 맥락에서 자의적 구금 금지에 관한 제5조의 적용을 회의적으로 바라본 것이 있으나,[163] 공정한 재판을 부인당한 상태에서 재판을 받고 수형의 위험에 처한 자가 제6조를 원용할 수 있음에도 불구하고 그러한 재판조차 받지 못하고 구금될 위험에 있는 자가 제5조를 원용할 수 없는 것은 모순적이므로 제5조 역시 강제송환금지 사유로 작용할 수 있다는 입장을 명시하였다. 다만, 이 사건에서 원고는 재판 없이 50일 이상의 구금을 당할 위험을 주장하였지만, 재판부는 그러한 위험이 있다고 보기 어렵고, 50일이라는 기간이 제5조 위반을 구성하지는 않는다고 판단하였다.[164]

---

162) *Othman (Abu Qatada)* (n 159) paras 268-85. 한편, 영국은 고문에 이르지 않은 비인도적 또는 굴욕적 처우에 따라 획득한 증거의 사용이 제6조 위반을 구성하지 않는다고 주장하였으나, 재판부는 명시적인 판단은 내리지 않으면서도, 고문에 이르지 않는 가혹행위의 경우에도 제6조 위반의 가능성을 배제할 수는 없다고 하였다. *Othman (Abu Qatada)* (n 159) paras 241, 267.

163) 그 예로, *Tomic v UK* App no 17837/03 (ECtHR, 14 October 2003).

164) 이상 유럽인권협약 제5조에 관한 설시는, *Othman (Abu Qatada)* (n 159) paras 231-33.

그 이후 *Al Nashiri* 사건과 *Husayn (Abu Zubaydah)* 사건에서는 각각 예멘계 사우디아라비아인과 무국적 팔레스타인인의 미국 이송에 관한 상황을 다루었다.[165] 이 사건에서 ① 원고들은 모두 2002. 12. 5. 미국 중앙정보국에 의하여 폴란드로 이송되었다. ② 알 나시리의 경우에는 그때부터 2003. 6. 6. 까지 구금되고, 구금기간 동안 '고가치 구금자 계획'에 따라 중앙정보국에 의하여 강화된 신문을 받는 한편 승인되지 않은 방법으로 신문을 받았다. 그 후 2003. 6. 6. 다른 중앙정보국 항공편에 의하여 이송되었다. ③ 후사인의 경우에는 2003. 9. 22.까지 폴란드 소재 중앙정보국 구금시설에 구금되어 고가치 구금자에 대하여 통상 시행되던 처우를 받았고, 2003. 9. 22. 중앙정보국에 의하여 폴란드에서 다른 국가의 중앙정보국 비밀 구금시설로 이송되었다.[166] 재판부는 이들에 폴란드에서 당했던 처우가 유럽인권협약 제3조에 정한 고문에 해당한다고 판단하면서, 폴란드가 이를 묵인한 것과 이 사건 이송이 고문 또는 가혹행위의 위험이 있는 신문을 위한 초사법적 형태의 것이라는 점을 알았음에도 중앙정보국이 이들을 이송할 수 있도록 한 것이 제3조

---

165) 이 사건들은 테러와의 전쟁 맥락에서 미국에서 시행된 소위 '고가치 구금자 계획'(High-Value Detainees Programme, HVD Programme)과 '강화된 신문방법'(Enhanced Interrogation Techniques, EITs)의 개요가 일목요연하게 정리되어 있어서 참고가치가 높다. 미국의 입장에 따르면 강화된 신문방법은 고문방지협약상 고문에 이르지 않는 신문방법을 고안한 것이다. 그 예로는 양손으로 옷깃을 강하고 빠르게 잡아 끌어당기기(attention grasp), 상대방을 끌어당긴 후 신축성 있는 가짜 벽에 밀어 붙이기(walling technique), 손가락 끝을 눈의 반대방향으로 하여 손등을 구금인의 얼굴에 고정시켜 머리를 움직일 수 없게 하기(facial hold), 턱과 귀 사이의 얼굴 부분을 때리기(facial or insult slap), 일정 시간 이내로 어두운 박스 안에 감금하기(cramped confinement, 경우에 따라서는 인체에 무해한 곤충을 박스에 함께 넣는다.), 손으로 벽을 지탱하도록 서 있게 하면서 손발을 움직일 수 없게 하기(wall standing), 수면박탈(sleep deprivation), 발을 얼굴 위로 향하도록 고정시키고 입과 코를 천으로 가린 다음 질식감을 느끼게 물을 붓기(waterboard technique), 기저귀 착용시키기(diapering) 등이 있다. *Al Nashiri v Poland* App no 28761/11 (ECtHR, 24 July 2014) paras 47-71; *Husayn (Abu Zubaydah) v Poland* App no 7511/13 (ECtHR, 24 July 2014) paras 45-69.

166) 이상의 사실관계는, *Al Nashiri* (n 165) para 417; *Husayn (Abu Zubaydah)* (n 165) para 419.

를 위반한 것이라고 하였다.[167] 그리고 같은 취지에서 폴란드가 원고들을 이송할 수 있도록 협조한 것이 제5조 및 제6조 제1항 위반이라고 판단하였다.[168]

5. 아동의 특칙

이 부분에서는 아동권리협약을 중심으로 강제송환금지 원칙의 의미를 살펴본다. 통상 아동은 성인보다 취약한 지위에 있다. 이에 아동권리협약의 실질적 의미는 다른 국제인권조약에 규정되어 있지 않은 권리를 아동에 대해 부여하는 경우 나타난다.

이하에서는 부모와의 관계에서 발생하는 보호영역과 아동 개인에 대한 위험방지 의무로부터 발생하는 보호영역을 나누어 살핀다. 전자에 관해서는 가족결합에 관한 아동권리협약 제9조의 적용이 문제된다. 한편, 후자에 관해서는 아동권리위원회 일반논평 6에서 강제송환금지 의무의 근거로 예시한 개별조항들이 문제된다. 이들 문제를 살펴본 후, 마지막으로 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익을 우선적으로 고려해야 한다고 규정한 관한 아동권리협약 제3조가 보충적 보호의 독자적 근거가 될 수 있는지 살펴본다.

1) 부모와의 분리금지

아동권리협약 제9조 제1항에 따르면, 당사국은 사법적 심사의 구속을 받는 관계당국이 적용 가능한 법률 및 절차에 따라서 분리가 아동의 최선의 이익을 위하여 필요하다고 결정하는 경우 외에는, 아동이 그의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 않도록 보장하여야 한다(제9조 제1항 제1문). 이때 분리

---

167) *Al Nashiri* (n 165) paras 511-19; *Husayn (Abu Zubaydah)* (n 165) paras 504-14.
168) *Al Nashiri* (n 165) paras 530-32, 565-69; *Husayn (Abu Zubaydah)* (n 165) paras 524-26, 555-61.

결정은 부모에 의한 아동 학대 또는 유기의 경우나 부모의 별거로 인하여 아동의 거소에 관한 결정이 내려져야 하는 등 특별한 경우에 필요할 수 있다(제9조 제1항 제2문).

이 규정의 적용은 보통 부모와 자녀가 함께 난민심사를 받는 경우에 문제가 나타난다. 아동에게 협약상 난민사유가 인정되어 강제송환금지 원칙을 적용받음에도 부모에게는 난민사유가 인정되지 않는 경우, 아동권리협약 제9조 제1항에 따라 특별한 사정이 없는 한 부모에 대해 강제퇴거 절차를 진행하여서는 안 된다. 이러한 경우 부모를 추방하는 것이 아동의 최선의 이익이 될 가능성은 극히 희박하기 때문이다. 한편, 아동에게 난민사유가 인정되지 않지만 부모에게 난민사유가 인정되는 경우 아동에 대하여 강제퇴거 절차를 진행할지의 문제가 발생한다. 이 경우 역시 같은 논리로 강제퇴거 절차를 진행해서는 안 된다는 결론이 도출된다. 엄밀한 의미에서 부모와의 분리금지 의무는 위험한 곳으로의 추방 등을 금지하는 강제송환금지 의무와 구별된다. 다만, 부모와 자녀 중 강제송환금지 의무가 적용되는 사람이 있다면, 분리금지 의무를 근거로 난민협약상 난민에 해당하지 않는 자에 대해 강제송환이 금지되는 보충적 영역이 발생한다.

2) 아동 개인에 대한 위험

아동권리위원회의 일반논평 6에 따르면 당사국은 보호자가 없는 아동에 대하여 국제인권법, 국제인도법, 국제난민법에 의한 보호를 충실히 제공하여야 하며, 특히 1951년 난민협약 제33조 및 고문방지협약 제3조에 명시된 의무를 존중하여야 한다.[169] 한편, 아동권리협약 자체에 의하더라도 국가는 아동이 비가역적 피해를 입을 실제적 위험이 있는 곳으로 그를 송환하여서는 안 되며, 이때 근거규정의 예로 제6조 및 제37조를 들 수 있다고 한다.[170]

---

169) UNCRC, ‘General Comment No. 6, Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin’ (1 September 2005) UN Doc CRC/GC/2005/6, para 26.

더불어 아동권리협약 제38조 및 「아동의 무력충돌 참여에 관한 아동권리협약 선택의정서」[171] 제3조, 제4조에 반해 아동이 연령미달 징집을 당하거나, 성매매의 대상이 되거나, 직간접적으로 적대행위에 참가하게 될 위험이 있는 곳으로 송환하여서는 안 된다고 한다.[172] 이하에서 아동권리위원회가 예시한 규정들에 관해 나누어 살핀다.

(1) 생명・생존・발달의 침해

아동권리협약 제6조 제1항은 아동의 고유한 권리로서 생명을 규정하고 있다. 이는 생명에 대한 간섭을 금지하는 소극적 측면과 비국가행위자에 의한 간섭으로부터 보호를 제공하여야 한다는 적극적 측면을 모두 포함한다.[173] 이에 아동이 처한 생명권 침해의 위험이 비국가행위자에 의한 것이라고 하더라도 보충적 보호가 의무라는 점에 관한 이론구성이 가능하다. 한편, 아동권리협약 제6조 제1항은 자유권규약 제6조 제1항과 비교하였을 때, 아동이라는 성질이 가지는 취약성을 고려하여 더욱 신중하게 판단하라는 취지를 읽어낼 수는 있지만, 그 자체로 보호의 범위를 확장한 것인지에 관하여는 의문이 제기될 수 있다.

아동권리협약 제6조 제2항은 아동에 대하여 가능한 한 최대한도로 아동의 생존과 발달을 보장하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 제6조 제1항과 달리 자유권규약에서 그 모습을 찾아보기 어려운 규정이다. 입안자들도 자유권규약의 생명권 규정이 소극적 성격을 가진다는 전제하에, 아동권리협약이 경제적・사회적・문화적 조건에 대한 적극적 고려를 포함할 필요성을 염두에 두고 있었다.[174] 입안과정에서 제2항의 삽입으로 인하여 다른 국제인권조약에

---

170) ibid para 27.

171) Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict (adopted 25 May 2000, entered into force 12 February 2002) 2173 UNTS 222.

172) UNCRC (n 169) para 28.

173) Pobjoy (n 77) 192.

포함된 생명권의 의미가 축소될 우려가 있다는 지적이 있었던 점을 고려하면,[175] 적어도 제6조 제2항이 자유권규약에 따른 생명권보다는 넓은 범위의 권리를 보장하려는 목적을 가진다는 점을 추론할 수 있다. 이 점에서 제6조 제2항은 자유권규약에 비해 보충적 보호의 범위를 확장시킬 수 있는 근거가 될 수 있다. 관련 주석도 아동권리협약 제6조가 체약국으로 하여금 아동의 발달에 대하여 '전체적 접근'(holistic approach)을 채택하고 있으며, 아동의 생존과 건강한 발달을 위하여 최대한의 적극적인 조치를 통합적으로 취할 의무를 부과한다고 설명한다.[176] 이러한 점에서, 특히 보호자 없는 아동의 경우에는, 생명 자체에 실제적 위험이 있다고 보기 어려운 곳이라고 하더라도 아동으로서의 발달에 심각한 장애를 야기할 것으로 예상되는 곳으로 송환하는 것은 아동권리협약에 반할 수 있다.

(2) 자유의 박탈

아동권리협약 제37조(a) 제1문은 자유권규약 제7조와 유사한 문언으로, 아동에 대한 고문 또는 가혹행위를 금지하고 있다. 아동권리위원회는 강제송환 금지 원칙의 위반을 평가할 때 때 '연령·성인지적 접근'(age and gender-sensitive approach)을 취해야 한다고 설명하고 있다.[177] 이는 매우 중요한 사항이지만, 자유권규약 제7조 위반 판단 시에도 모든 제반사정을 고려해야 한다는 점에 비추어 볼 때,[178] 아동권리협약 제37조(a) 제1문에 따른 보호는 이미 자유권규약의 보호범위 내에 속한다.

자유권규약에 비해 영역확대가 이루어진 부분은 제37조(a) 제2문이다. 이

---

174) Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child (6 April 1988) UN Doc E/CN.4/1988/28, paras 21-22.

175) ibid para 24 (베네수엘라 측 지적).

176) Manfred Nowak, *Article 6: the Right to Life, Survival and Development* (Martinus Nijhoff 2005) 37.

177) UNCRC (n 169) para 27.

178) 이 절의 III. 2. 3) 참고.

에 따르면 18세 미만의 사람에 대해서는 사형 또는 석방의 가능성이 없는 종신형이 부과되면 안 된다. 이는 국제조약에서 아동에 대하여 종신형을 금지한 최초의 사례이다.[179] 이 규정을 자유권규약 제6조에 관한 해석론과 함께 고려하면, 아동에 대해서는 사형의 위험이 있는 경우에는 물론이고, 종신형의 위험이 있는 경우까지 강제송환금지 원칙의 적용범위가 확장될 수 있을 것이다.

확장성이 더욱 강한 규정은 제37조(b) 내지 (d)까지이다. 제37조(b)는 아동에 대한 위법하거나 자의적인 자유의 박탈을 금지하고 있다(제1문). 또한 아동의 체포·구금·징역은 법률에 따라 행해야 하며, 오직 최후의 수단으로서 또한 적절한 최단기간 동안만 사용되어야 한다고 규정하고 있다(제2문). 이처럼 제37조(b)는 자유권규약 제9조와 유사한 내용을 정하면서, 최후수단성과 최단기간성이라는 요건을 추가하여 아동에 대하여 보다 강화된 보호를 제공하고 있다. 제37조(c)와 (d)는 신체적 자유가 박탈된 예외적인 상황하에서 보장되는 아동의 권리에 관하여 규정하고 있다. 제37조(c)는 아동이 자유를 박탈당한 경우, 인도주의, 인간 고유의 존엄성, 연령상의 필요를 고려한 처우를 해야 한다고 규정하고 있다(제1문). 또한, 원칙적으로 성인으로부터 격리되어야 하며, 서신과 방문을 통하여 가족과의 접촉을 유지할 권리를 가진다고 규정하고 있다(제2문). 제37조(d)는 자유 박탈에 대해 불복할 수 있는 구제수단에 신속하게 접근하여 신속한 결정을 받을 권리를 규정하고 있다.

강제송환금지 의무의 관점에서 해당 규정들의 확장성이 강하다고 평가할 수 있는 이유는 아동권리위원회가 강제송환금지 의무의 근거규정으로 (a)에서 (d)까지의 구별 없이 제37조를 예시하였다는 점에 있다. 자유권규약에서 아동권리협약 제37조에 상응하는 규정은 자의적인 구금 금지에 관한 제9조인데, 자유권규약위원회의 일반논평이나 개인진정결정례에서 자유권규약 제6조 또는 제7조 위반이 아닌 자유권규약 제9조 위반만을 이유로 한 강제송환금지는 심도 있게 논의한 예를 확인하기 어렵다.[180] 만약 신체적 자유 박탈

---

179) Pobjoy (n 77) 194.

180) 다만, 자유권규약 제7조와의 관계에서 같은 규약 제9조의 의미를 논하는 예로,

에 부수되는 의무에 관해, 그 위반의 위험으로 인한 강제송환금지 의무의 발생을 인정하는 경우, 자유 박탈이라는 행위태양은 아동에 국한되는 것이 아니라는 점에서 인간 일반에 대하여 확장성을 지닌다. 이는 강제송환금지의 보호대상이 되는 이익의 범위와 직결되는 문제이다.

(3) 금지되는 징집

아동권리협약 제38조는 15세에 달하지 아니한 아동이 적대행위에 직접 참여하지 않을 것을 보장하기 위해 가능한 모든 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있고, 15세 미만의 아동에 대하여 징집을 금지하고 있다. 제38조는 자발적인 입대에 관하여서 규정하고 있는 것이고, 아동을 강제적으로 징집하는 것은 연령을 불문하고 어떠한 상황에서도 금지된다고 설명된다.[181] 한편, 「아동의 무력충돌 참여에 관한 아동권리협약 선택의정서」의 규정은 군대가 아닌 무장단체에서 적대행위에 직접 참여하지 않도록 하여야 하는 아동의 연령을 18세로 상향하였고(제4조 제1항), 자원입대가 가능한 연령을 15세에서 연단위로 상향하도록 규정하고 있다(제3조 참고). 이 규정과 관련하여, 아동이 연령 미달의 징집의 위험에 처해 있거나 적대행위에 직간접적으로 참여할 위험이 있는 경우에도 강제송환금지 의무가 발생한다고 설명된다.[182]

3) 최선의 이익

아동권리협약 제3조 제1항은 공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 우선적으로 고려되어야 한다고 규정하고 있다. 이는 아동과

Bill Frelick, 'What's Wrong with Temporary Protected Status and How to Fix It: Exploring a Complementary Protection Regime' (2020) 8 Journal of Migration and Human Security 42, 48.

181) Pobjoy (n 77) 195.

182) ibid 195-96.

관련된 모든 결정절차에 있어서 아동의 최선의 이익을 보장하기 위한 포괄적 조항이다.[183] 이러한 최선의 이익 원칙이 그 자체로 보충적 보호의 근거가 될 수 있는지 살펴본다.

이에 관해 아동권리위원회의 입장은 불분명하다. 아동권리위원회 일반논평 6에는 "원칙적으로 출신국으로의 송환은 오직 그것이 아동의 최선의 이익인 경우에 한하여 이루어져야 한다"는 표현이 있다.[184] 이에 입각해 아동권리협약 제3조 제1항이 강제송환금지 원칙의 적용범위를 넘어선 독자적 보호근거가 될 수 있다고 설명하는 견해가 있다.[185] 하지만 이 표현은 강제송환금지 의무의 개별적 근거규정에 따른 심사 시 아동의 최선의 이익을 우선적으로 고려해야 한다는 설명으로 읽힐 수도 있다. 위 표현 직전의 문장은 "출신국으로의 송환이 아동의 기본적 인권의 침해라는 결과로 나타날 실제적 위험으로 이어지는 경우에 송환은 선택지가 되지 않으며, 이는 특히 강제송환금지 원칙이 적용되는 경우에는 그러하다"고 하고 있기 때문이다.

두 가지 이유에서, 최선의 이익이 보호의 근거가 된다는 설명은 절대적 의무로서 강제송환금지가 아니라 비례원칙의 맥락에서 파악할 때 더욱 매끄럽게 이해될 수 있다. 첫째, 우선적 고려의무가 다른 모든 이익에 우선해야 한다는 의미를 지닌다고 보기는 어렵다. 만약 입안자들이 그와 같이 보려고 했다면 그와 같은 의사를 명시했을 수도 있다.[186] 둘째, 고려(consideration)는

---

183) Margrite Kalverboer and others, 'The Best Interests of the Child in Cases of Migration: Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures' (2017) 25 International Journal of Children's Rights 114, 117.

184) UNCRC (n 169) para 84.

185) Pobjoy (n 77) 199-200. 참고로 팝조이는 아동권리협약 자체가 아동에 대하여 '주된 보호'(principal protection)의 근거가 될 수 있으므로, 아동권리협약의 맥락에서 '보충적 보호'라는 용어는 부적절하다고 지적한다. 이에 관해, Pobjoy (n 77) 187 (fn 4). 그에 반해 아동권리협약을 보충적 보호의 근거 중 하나로 보는 문헌으로, McAdam (n 32) ch 5 참조.

186) 영문본에서 우선적 고려사항을 단수로 표현한 점("a primary consideration")도 특기할 만하다.

판단 이전에 신중히 생각한다는 의미를 가진다. 이는 실체적이기보단 절차적인 행위에 가깝다.[187] 아동의 최선의 이익을 우선적으로 고려했음에도 불구하고 강제송환의 필요성이 인정될 수 있는 것이다. 이처럼 볼 때 아동권리협약 제3조 제1항에 따른 보호는 이 글의 분류에서는 협의의 보충적 보호보다 광의의 보충적 보호에 가깝다고 볼 수 있다.[188] 다만, 이때 반대되는 형량이익으로서 일반적인 출입국관리의 이익이 그 자체만으로는 아동의 최선의 이익에 우선할 수 없을 것이다.[189]

Ⅲ. 위험의 평가

강제송환 이후에 일어날 사건은 미래의 일이기 때문에 위험에 관한 평가는 본질적으로 장래 예측의 문제이다. 이하에서는 위험의 평가가 지니는 장래 예측적 성질, 증명의 기준, 고려요소, 판단기준시점에 관한 논의를 개별사례를 중심으로 살펴보도록 한다. 고문방지협약, 유럽인권협약, 자유권규약 모두 장래의 위험이 있을 것이라는 믿음에 대한 '상당한 근거'(substantial grounds)가 있을 것을 요하고 있고, 제반사정에 대한 종합적이고 전체적인 고려가 필요하다는 입장 위에 있음을 알 수 있다. 그리고 판단기준시점은 강제송환이 일어난 때에는 그 때를 기준으로, 강제송환이 아직 되지 않은 경우에는 판결 시를 기준으로 하고 있음을 알 수 있다.

1. 위험의 의미와 증명의 대상

1) 고문방지협약

187) 이와 같은 시각의 국내법적 예로 호주를 들 수 있다. 제3장 제2절 III. 1. 참고.

188) 협의의 보충적 보호와 광의의 보충적 보호의 구별은, 제1장 제3절 I. 참고. 아동권리위원회에서 강제송환과 관련하여 판단한 소수의 사례에서도 제3조는 다른 조항과 함께 판단되는 점을 확인할 수 있다. UNCRC, *DD v Spain* (1 February 2019) UN Doc CRC/C/80/D/4/2016, paras 14.1-14.9.

189) UNCRC (n 169) para 86.

고문방지협약은 고문 받을 위험이 있다는 것에 대한 '상당한 근거'(substantial grounds)가 있는 경우 송환이 금지된다고 명시적으로 정하고 있다. 고문방지위원회는 고문의 위험이 '예견가능하고, 개별적이며, 현존하고, 실제적'인 경우 그러한 상당성이 있다고 인정하고 있다.[190] 1997년 일반논평 1 시기에는 상당한 근거 요건에 관하여 상론하지는 않고 "단순히 이론적인 가능성이나 의심만으로는 부족하지만, 높은 가능성에 이를 필요는 없다"고 표현하였으나,[191] 일반논평 1이 일반논평 4[192]로 대체되면서 이와 같은 표현은 삭제되었다. 하지만 이는 변경 또는 폐기라기보다는 그간 실무에서 이루어진 법리의 구체화에 따른 결과로 보인다.[193]

2) 유럽인권협약

강제송환의 맥락이 아니라, 실제로 체약국에서 제3조에서 금지되는 행위가 있었음을 주장하는 사안에서 유럽인권재판소는 '합리적 의심의 배제'(beyond reasonable doubt) 기준을 채택하고 있다.[194] 이는 과거에 있었던

---

190) UNCAT, 'General Comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22' (4 September 2018) UN Doc CAT/C/GC/4, para 38.

191) UNCAT, 'General Comment No. 1: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications)' (21 November 1997) UN Doc A/53/44, annex IV, para 6.

192) UNCAT, 'General Comment No. 4' (n 190).

193) 일반논평 1의 법리를 따른 예로, UNCAT, *Seid Mortesa Aemei* (n 3) para 9.5; UNCAT, *SPA v Canada* (7 November 2006) UN Doc CAT/C/37/D/282/2005, para 7.7; UNCAT, *Subakaran R Thirugnanasampanthar v Australia* (9 August 2017) UN Doc CAT/C/61/D/614/2014, para 8.4. 한편, 일반논평 4에서는 진정인이 위험의 존재를 뒷받침하여 '주장할 만한 사건'(arguable case)을 제시해야 한다고 설명하는데, 그에 인용된 결정인 UNCAT, *TZ v Switzerland* (22 November 2017) UN Doc CAT/C/62/D/688/2015, para 8.4 역시 일반논평 1의 법리를 설시하고 있다.

194) *Greek* (n 105) 196; *Ireland* (n 90) para 161; *Enea* (n 91) para 55.

고문 또는 가혹행위의 증명에 관한 문제이다. 이에 대한 증명이 되면 체약국의 협약 위반이 인정된다. 하지만 송환의 맥락에서 문제되는 것은 장래의 일이기에 합리적 의심의 배제 기준을 채택하는 것은 사실상 강제송환금지를 무의미하게 만드는 것임은 분명하다. 핵심은 과거와 현재에 입각한, 미래에 입각한 예측적 상태에 대한 증명이다. 강제송환의 맥락에서 증명의 대상은 문제된 협약 규정에 반하는 처우를 받을 실제적 위험에 처하게 될 것이라는 믿음에 대한 '상당한 근거'(substantial grounds)가 있는지 여부이다.[195]

유럽인권재판소 판례는 위험의 개별성이 반드시 위험의 차별성을 의미하지는 않는다는 방향으로 나아가고 있다. 일찍이 *HLR v France* 사건에서는 콜롬비아의 일반적인 폭력상황이 그 자체로 송환 시 유럽인권협약 제3조 위반이 발생함을 의미하지는 않는다고 판단하였다.[196] 하지만 *NA* 사건에서는 송환예정국의 일반적인 폭력상황의 강도가 매우 심각하여 누가 송환되더라도 실제적 위험이 인정되는 극히 예외적인 경우에는, 그러한 일반적인 상황에 처한 다른 사람들에 비하여 차별적으로 더 높은 수준의 위험을 증명할 필요는 없다고 판시하였다.[197] 이러한 원칙은 *Sufi and Elmi* 사건에서도 이어졌다. 즉 소말리아 모가디슈의 인권상황이 지나치게 열악하여 권력자와의 긴밀하게 연결된 예외적인 소수를 제외하고는 모두가 유럽인권협약 제3조에 정한 처우에 노출될 위험이 있다고 인정하였던 것이다.[198] 재판부는 모가디슈 이외의 지역 중에는 그러한 위험에 이르지 않는 지역이 있을 가능성을

---

195) *Saadi v Italy* [GC] ECHR 2008-II 145, paras 124-25; *FG* (n 5) para 111.

196) *HLR v France* App no 24573/94 (ECtHR, 29 April 1997) para 41.

197) *NA v UK* App no 25904/07 (ECtHR, 17 July 2008) paras 115-16. 다만, 이 사건에서는 스리랑카 콜롬보 지역의 인권상황에 비추어 보았을 때 타밀족 전부가 협약 제3조에 반하는 처우를 당할 위험을 가지고 있다고 보기는 어려워, 주목가능성에 입각한 개별적 평가가 이루어질 사안이라고 판단했다. 재판부는 원고가 과거에 '타밀엘람 해방 호랑이'(Liberation Tiger of Tamil Eelam, LTTE) 소속으로서 스리랑카 군에 의해 수차례 구금을 당한 사실에 입각해 주목가능성을 인정하였다. 이 판결은 최근 자유권규약위원회의 일반논평 36에서도 인용되었다. UNHRC, 'General comment No. 36' (n 4) para 30 (fn 136).

198) *Sufi and Elmi* (n 5) paras 241-50.

배제하지 않으면서도, 원고들이 대안적 피신을 할 수 있는 상황이라고 볼 수 없어 강제송환이 금지된다고 판단하였다.[199]

3) 자유권규약

자유권규약위원회는 자유권규약 제6조 또는 제7조에 반하는 인권침해에 대한 '실제적 위험'(real risk)이 있을 것이라는 '상당한 근거'(substantial grounds) 있는 믿음이 있는 경우 강제송환이 금지된다고 한다.[200] 그리고 이때 위험은 개별적이어야 한다고 설명한다.[201] 한편, 과거 자유권규약위원회가 사용하였던 '필연적이고 예견가능한 결과'(necessary and foreseeable consequence)라는 용어가 수식하는 대상이 무엇인지 불분명하다는 문제가 있었다. 강제송환금지 원칙에 관한 심사 초기에 적용되었던 기준은 필연적이고 예견가능한 결과로 송환국에서 생명이 박탈되거나 고문 또는 가혹행위를 당할지 여부였다. 즉 인권침해 자체가 필연적이고 예견가능한 결과로 판단되어야 위반이 인정되는 것이었다. 자유권규약위원회는 *Kindler v Canada* 사건에서 체약국이 고문이 이루어질 것이라고 예견되는 다른 국가로 사람을 이송하는 경우 규약 위반이 인정된다고 표현한 한편,[202] *GT v Australia* 사건에서는 진정인이 말레이시아로 추방되는 것의 필연적이고 예견가능한 결과로서의 사형 선고를 인정하지 않으면서 호주의 규약 위반을 부정하였다.[203] 이러한 접근법에 따르면 '실제적 위험'과 '필연적이고 예견가능한 결과로서 제6조 또는 제7조에 반하는 인권침해'는 사실상 동의어가 된다.

보다 명시적인 사례는 *ARJ v Australia* 사건으로, 위원회는 "이 사건의 쟁

---

199) ibid paras 251-312.

200) UNHRC, *HA v Denmark* (9 July 2018) UN Doc CCPR/C/123/D/2328/2014, para 9.2.

201) ibid.

202) *Kindler* (n 141) para 6.2.

203) UNHRC, *GT v Australia* (4 November 1997) UN Doc CCPR/C/61/D/706/1996, paras 8.4, 8.6.

점은 [진정인]을 이란으로 추방하였을 때, 호주가 그를 규약상 권리 침해의 실제적 위험(즉, 필연적이고 예견가능한 결과)에 노출되게 하는지 여부에 있다"거나 "[제7조에 정한 처우]에 처해질 위험이 실제적, 즉 필연적이고 예견가능한 결과여야 한다"고 표현하였다.[204] 하지만 이러한 평가방법은 상당히 엄격한 평가방법으로, 송환하면 위험에 직면하는지를 평가하는 고문방지위원회 또는 유럽인권재판소의 평가기준과는 차이가 크다.

그에 반하여 비교적 최근의 결정례는 송환의 필연적이고 예견가능한 결과가 위험 발생 자체에 해당한다는 취지로 설시하고 있다. 예컨대 2009년 *Munaf v Romania* 사건에서 위원회는 규약 위반을 인정하기 위해서는 "역외적 위반의 위험이 필연적이고 예견가능한 결과에 해당하여야 한다"고 하였다.[205] 또한 2010년 *HAMIDA v Canada* 사건에서도 비슷한 취지로 판시하였다. 다만, 참조 결정례로 앞서 언급한 *ARJ v Australia* 사건을 인용하면서 이 문제를 정확하게 인식하고 있었는지는 명확하지 않다.[206] 이 문제가 더 직접적으로 다루어진 2011년 *Pillai et al v Canada* 결정의 별개의견은, 강제송환 사건 판단 시의 쟁점은 필연적이고 예견가능한 결과로 실제적 위험에 처하는지에 있다고 역설하였다.[207] 이 논점에 관하여 다수의견에서 정면으로 다룬 사례는 쉽게 확인되지 않지만, 전반적인 경향은 완화된 접근법을 따라가고 있는 것으로 보인다. 예컨대 기독교로 개종한 진정인을 아프가니스탄으로 송환하는 것의 규약위반 여부를 다룬 *MM v Denmark* 사건에서, 위원회는 개종의 진정성보다는 그러한 개종으로 인하여 출신국에서 규약 제6조 또는

---

204) UNHRC, *ARJ v Australia* (28 July 1997) UN Doc CCPR/C/60/D/692/1996, paras 6.8, 6.14.

205) UNHRC, *Munaf v Romania* (30 July 2009) UN Doc CCPR/C/96/D/1539/2006, para 14.2.

206) UNHRC, *HAMIDA v Canad*a (18 March 2010) UN Doc CCPR/C/98/D/1544/2007, para 8.7.

207) UNHRC, *Pillai et al v Canada* (25 March 2011) UN Doc CCPR/C/101/D/1763/2008, Individual opinion by Committee members Ms. Helen Keller, Ms. Iulia Antoanella Motoc, Mr. Gerald L. Neuman, Mr. Michael O'Flaherty and Sir Nigel Rodley (concurring).

제7조에 정한 비가역적 피해를 입해를 입을 수 있는 실제적 위험이 생기는 결과가 있는지 여부가 쟁점이라고 하였다.[208] 이러한 완화된 접근법이 타당하다. 강제송환금지 원칙 위반 여부에 대한 심사의 목적은 국가가 직접 고문 또는 가혹행위를 하는 행위를 비난하기 위함이 아니라,[209] 개인을 사전적으로 보호하기 위함에 있기 때문이다.

2. 고려요소 및 증명

1) 고문방지협약

고문의 위험이 인정되면 고문방지협약 제3조의 강제송환금지 의무는 절대적인 것이 된다. 즉 송환 시 추구할 수 있는 공익과의 사이에서 비교형량의 대상이 되지 않는다. 이 점에서 강제송환금지가 국가에 대한 강력한 의무를 지우는 만큼, 위험의 인정을 엄격하게 하여야 한다는 견해가 입론되는 경우가 있다.[210] 출입국관리 체계의 왜곡 가능성에 대한 우려로 인하여 위험성에 대한 판단기준을 엄격하게 정립하려는 시도로 볼 수 있다. 이는 난민 심사 시 박해의 우려에 관한 심사 기준을 엄격하게 하려는 국가의 동인(動因)과 같은 맥락이다. 하지만 강제송환금지의 절대성은 고문이 절대적으로 일어나서는 안 되는 일이라는 관념하에서 정립된 것으로, 위험을 엄격하게 보는 것은 협약의 목적에 부합하지 않는다. 고문방지협약상 강제송환금지의 목적은 고문이 일어난 이후의 구제를 위한 것이 아니라, 비가역적 피해를 예방하는 데에 있다는 점을 고려할 필요가 있다.[211]

---

208) UNHRC, *MM v Denmark* (14 March 2019) UN Doc CCPR/C/125/D/2345/2014, para 8.6.

209) 만약 이러한 목적을 주된 목적으로 이해하면, 국가가 송환하는 경우 필연적으로 고문이나 가혹행위가 발생할 경우만을 국가가 직접 고문 또는 가혹행위를 하는 것과 동 가치로 평가하여 규약 위반을 인정하는 주장이 강화될 수도 있을 것이다.

210) 예를 들어, *BS* (n 76) para 4.3 (캐나다의 입장 부분 참고).

211) UNCAT, *Ismail Alan v Switzerland* (8 May 1996) UN Doc CAT/C/16/D/21/1995,

여기서 위험인정 기준을 완화시킨다는 의미는 관념적으로는 두 가지 차원으로 구별된다. 하나는 위험 자체에 관한 기준으로서 고문을 받을 가능성이고, 다른 하나는 그러한 가능성에 대한 증명이다. 박해가능성에 대한 위험성 판단이 쟁점인 난민법 영역에서는 두 문제를 어느 정도 구별하여 논의한다. 전자의 문제에 관하여는 "박해 받을 가능성이 10퍼센트밖에 안 된다고 하더라도 충분한 근거 있는 공포가 없다고 볼 수 없다"고 판시한 미국 연방대법원 판결이 상징적이다.[212] 위험의 기준을 구체적으로 세우는 데는 한계가 있어서, 여러 접근 방식이 산발적으로 논의된다.[213] 고문방지협약에 관해서는 앞선 상당성에 관한 원론적인 입장 외에 구체적인 위험의 정도에 관한 아주 자세한 입장을 보여주는 예는 확인하기는 어렵다.

다만, 위험의 정도가 아니라 정도를 충족한 위험의 증명에 관하여는 눈여겨볼 만한 사항들이 있다. 고문방지위원회는 일찍이 *Balabou Mutombo v Switzerland* 사건에서 위험판단 시의 고려요소에 관한 원칙을 정하였고,[214] 이는 최근에까지 이어지고 있다.[215] 즉 강제송환 시 고문을 당할 위험이 있

---

para 11.5.

212) *INS v Cardoza-Fonseca* 480 US 421, 440 (1987). 이른바 10퍼센트 법리는 한국의 연구에서도 소개가 되고 있다. 황필규, "「난민의 지위에 관한 협약」상 '충분한 근거가 있는 공포'", 서울대학교 박사학위논문, 2010, 111면. 다만, 제3장 제2절 II. 2. 2) (2)에서 확인할 수 있듯이 적극적 비호신청 단계가 아니라 소극적 퇴거방어의 단계에서는 50퍼센트 기준이 적용된다.

213) 예를 들어, James C Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status* (2nd edn, Cambridge University Press 2014) 110-18.

214) UNCAT, *Balabou Mutombo v Switzerland* (27 April 1994) UN Doc CAT/C/12/D/013/1993, para 9. 이는 소위 'Mutombo 원칙'이라고 칭해진다. Nowak and McArthur (n 48) 207.

215) *BS* (n 76) para 7.3 (이란 혁명수비대에 의한 수차례의 구금 중 가장 최근에 있었던 두 차례의 구금이 각각 24시간으로 상당히 짧았고, 진정인의 적극적 정치적 활동이 없었던 사정 등을 고려해 고문의 위험을 인정하지 않은 사안); UNCAT, *MS v Denmark* (10 August 2015) UN Doc CAT/C/55/D/571/2013, para 7.3 (탈레반으로부터 납치를 당한 후 성폭력을 포함한 폭력을 당하였다는 진정인의 진술에 비일관성이 있는 점, 그 진술을 받아들인다고 하더라도 상당한 기간이 경과하였음에 비추어 볼 때 현재에도 그 위험이 상존하고 있다고 보기 어

다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는지를 판단할 때에는 ① 고문방지협약 제3조 제2항에 따라, 현저한, 극악한 또는 광범위한 인권침해 사례가 꾸준하게 존재하여 왔는지 여부를 포함한 모든 제반사정을 고려하여야 한다. ② 다만, 이때 고려의 목적은 문제된 사람이 고문을 당할 개별적인 위험이 있는지 판단하는 데에 있다. ③ 따라서 일반적인 인권침해의 패턴 그 자체만으로는 고문의 위험이 인정되지 않으며, 문제된 개인이 개별적인 위험에 처해 있다는 점에 관한 추가적인 근거가 있어야 한다. ④ 역으로 일반적인 인권침해의 패턴이 존재하지 않는다고 하여 자동적으로 고문의 위험성이 부정되는 것은 아니다.

고문방지위원회의 개인진정절차에서 증명책임의 문제는 각 국내기관에서 심사를 할 때의 증명책임 문제와 구별된다고 볼 수도 있지만, 이는 결국 한 국가의 실무가 협약을 위반하는지에 대한 판단으로 이어지기에 유의해서 살펴볼 필요가 있다. 애당초 명확한 증명이 곤란한 강제송환 사건에서 증명책임의 문제는 개인에게나, 국가에게나 민감한 사항이다. 원칙부터 살펴보자면, 일차적으로 진정인이 위험의 예견가능성, 개별성, 현존성, 실제성을 입증하여야 한다.[216] 하지만 만약 서류와 같은 증명수단을 획득하는 것이 불가능함을

려운 점 등에 비추어 고문방지협약 제3조의 적용을 부정한 사안).

216) *TZ* (n 193) para 8.4 (에티오피아의 첩보기관에서 일하면서, 체포된 사람들에 대한 가혹행위에 죄책감을 느끼고 사임한 뒤, 반정부단체에 협력하였다는 등의 이유로 체포・구금・고문을 당하였다고 주장한 사안이다. 고문방지위원회는 진정인이 국내 난민절차 종료 이후에야 진단서를 제출한 점, 그러한 진단서에 기재된 증상에 과거 고문에 의한 것이라고 보기는 어려운 점, 첩보기관 또는 반정부단체에서 일을 하였던 사항에 관한 소명이 부족한 점 등을 이유로 고문방지협약 제3조 위반가능성을 부정하였다.); UNCAT, *TM v Sweden* (6 December 2019) UN Doc CAT/C/68/D/860/2018, para 12.5 (체첸 분쟁에 관한 사안으로, 진정인 및 그의 아버지가 정치적으로 활동을 한 지 십수 년이 지난 이후에야 소환장이 발부된 것에 개연성이 없는 점, 진정인이 러시아에 수차례 문제없이 방문하고, 러시아대사관에서도 여권을 문제없이 발급받은 점 등을 종합하여 위험의 증명에 이르지 못하였다고 판단한 사안). 한편, *VL v Switzerland* 사건은 증명방법에 있어서 완화된 태도를 보이는 예이다. 진정인의 남편이 벨라루시 대통령을 비판하는 편지를 신문에 기고한 후 수차례 경찰로부터 신문을 당하였고,

보여 진정인이 사건을 뒷받침하지 못하는 상황이 인정되는 경우, 증명책임이 전환된다.[217] 그렇다고 하여 본안판단을 받을 정도로 소명했다고 해서 증명책임이 자동적으로 전환되는 것은 아니다.[218]

한편, 고문방지위원회는 일반논평 4에 이르러서 '의심스러울 때는 진정인의 이익에 따른다는 원칙'을 적시하였다. 다만, 해당 원칙을 "적절한 경우에 고려한다"고 하여 그 뉘앙스는 상당히 완화되어 있다.[219] 이때 적절한 경우라 함은 위험의 수준을 판단할 때와 같은 경우를 말한다. 그러나 과거 사실

남편이 벨라루시를 떠나 스위스로 향하자 진정인 역시 수차례 조사를 받았다는 등의 이유로 스위스로 떠나 난민지위를 신청하였다. 스위스 당국은 진술의 신빙성을 인정하지 않아 신청을 거부하였다. 이후 이의신청을 하면서 진정인은 최초로 강간 경험에 관한 진술을 하였는데, 스위스는 당국은 최초의 인터뷰에서 강간에 관한 진술을 하지 못한 이유에 관한 소명이 부족한 점, 갑작스럽게 자세한 이야기를 제시하게 될 수 있다는 사정에 의심스러운 사정이 있다는 점 등을 이유로 이의신청을 기각하였다. 고문방지위원회는 스위스에서 만난 남편에게 강간을 당한 사실에 관하여 언급을 하였더니 심각한 모욕을 하면서 스위스 당국에 말하지 말라고 하여 이를 진술하지 못했고, 이후 남편이 진정인을 떠나자 그 사실을 언급하였다는 진정인의 주장에 설득력이 있다고 판단하였다. *VL* (n 72) paras 2.1-2.7, 8.8.

217) UNCAT, 'General Comment No. 4' (n 190) para 38. 증명책임의 전환이 명시적으로 인정된 예로, UNCAT, *AS v Sweden* (24 November 2000) UN Doc CAT/C/25/D/149/1999.

218) *SPA v Canada* 사건을 예로 들 수 있다. 진정인은 의료교육상 필요한 인골 및 카데바를 반혁명세력의 것을 사용하였다는 점을 이유로 종교 재판관에 항의를 하다가, 반혁명세력으로 고발당해 2개월간 감금당하여 폭행・상해를 당했다고 주장했다. 그러다가 차로 이송되다가 멈춘 와중에 다른 차로 기어가서 운전자에게 자신의 이름과 주소를 말하고 의식을 잃어 성공적으로 도망했다고 주장하였다. 그리고 수개월간 주변 사람들의 도움으로 여권을 전달받아 도망했다고 주장하였다. 고문방지위원회는 증명책임 전환을 야기할 정도의 입증은 없었다고 판단하였다. 그 이유로 진정인의 설명에 자신의 구금이나 탈출에 대한 충분한 증명 또는 구체적 설명이 결여된 점, 진정인을 도와준 사람들의 이름 등의 구체적 상황을 제시하지 못한 점, 캐나다에 당도하기까지 여러 국가에서 했던 경험에 관하여 개연성 있는 설명을 제공하지 못한 점 등을 들었다. 이상 *SPA* (n 193) paras 2.1-2.4, 7.5.

219) UNCAT, 'General Comment No. 4' (n 190) para 51.

에 대한 진술이 모호할 때에는 위 원칙을 적용할 수 없다. 후자의 경우에는 상술한 증명책임의 일반론이 유지되는 이상, 의심스러울 때 진정인의 이익으로 원칙을 일반적인 증명책임의 전환으로 볼 수는 없다. 이 원칙을 언급한 구체적인 결정례에서도 전자의 맥락에서 사용하는 것으로 읽힌다.[220]

2) 유럽인권협약

(1) 고려요소

위험을 판단할 때에는 출신국의 일반적인 상황과 송환대상자의 개별적 상황을 종합적으로 고려해야 한다.[221] 실제적 위험에 대한 평가는 주로 당사국이 알았거나 알았어야 하는 사실을 기초로 판단하여야 하므로, 당사국으로서는 송환대상자가 제출한 증거뿐만 아니라 사안에 관한 다른 사실들 역시 종합적으로 고려해야 한다.[222] 예컨대 *JK and others v Sweden*에서 재판부는 원고가 피신 이후 출신국에서 개별적 위협을 당한 경험은 없지만 강제송환금지 의무가 존재한다고 인정하였다. 원고는 미군 기지에 위치한 사무실에서 장기간 근무했다는 이유로 알카에다로부터 2004년에서 2008년까지 수차례 위협을 당하였다. 원고의 딸이 2008년 10월경 총격을 받고 살해당한 이후, 원고는 일을 그만두고 가족과 함께 바그다드에서 주거지를 수차례 옮기면서 살았다. 그 이후에 원고의 근무지가 수차례 공격당한 적은 있지만 개별적인 위협을 당한 적은 없었다. 스웨덴은 진술의 신빙성을 인정하면서도, 그 위협을 당한 지 상당한 기간이 경과한 점, 이라크 정부기관에 도움을 요청하지 않은 점 등에 비추어 이라크 정부의 보호능력 부재가 증명되지 않았다고 판단하였다.[223] 하지만 재판부는 바그다드의 치안 상황이 그 자체로 유럽인권

---

220) *Flor Agustina Calfunao Paillalef* (n 58) para 8.10.

221) *FG* (n 5) para 114.

222) ibid para 115; *JK and others* (n 7) para 87.

223) 이상의 사실관계는, *JK and others* (n 7) paras 14-20. 원고들은 신청 시에 이라크 정부가 보호능력이 없으며, 보호를 요청하는 경우 주소를 알려야 하기 때문

협약 제3조에 반하는 위험을 야기할 정도는 아니지만, 알카에다가 점령군과 협력한 사람들을 표적으로 삼고 있다는 사실이 국가정황정보에 의하여 뒷받침되는 점, 원고의 경우 미군과의 연관으로 인하여 주목가능성이 높다는 점 등에 비추어 원고 가족 전부에 대한 위험을 인정하였다.[224]

특정 자료에 대하여 어느 정도의 무게를 부여할지 결정할 때에는 그 자료의 출처, 특히 그 독립성, 신뢰성, 객관성을 종합적으로 고려해야 하며, 보고서의 경우에는 작성자의 권위와 명성, 조사의 진지성, 결론의 일관성과 다른 출처와의 정합성을 살펴야 한다. 예컨대 *Sufi and Elmi* 사건에서 재판부는 정보 출처가 '국제 비정부기구', '외교적 출처', '보안자문관'과 같이 익명에 가깝게 표시된 보고서는 출처의 권위를 판단할 수 없으므로, 정보의 근거가 없거나 모순되는 정보가 있는 경우에는 그러한 보고서에 무게를 둘 수 없다고 판시하였다.[225]

(2) 증명책임

유럽인권재판소는 장래 위험의 존재에 대한 믿음에 상당한 근거가 있는지 평가할 때는 엄격한 기준이 적용되어야 하고, 원칙적으로 원고가 그러한 상당한 근거에 관한 증명책임이 있다고 본다.[226] 하지만 동시에 비호신청자의 경우에는 특별한 사정으로 인하여 의심스러운 경우 진술 또는 제출된 문서에 관하여 신청인의 이익으로 판단할 필요가 있을 수 있음을 인정하면서 증명책임 또는 증명의 정도에 관하여 어느 정도 완화된 태도를 보인다.[227] 다만, 이때 신청인이 제출한 사항의 진실성을 의심할 강한 이유가 있으면 해당

에 알카에다에서 자신을 찾을 수 있을 것으로 예상하여 보호를 요청하지 않았다고 진술하였다.

224) ibid paras 108-23.

225) *Sufi and Elmi* (n 5) 230-34 (소말리아 중남부에 소재한 외교관이나 비정부기구가 제한적이라는 상황이 작용한 예).

226) *N v Sweden* App no 23505/09 (ECtHR, 20 July 2010) para 53.

227) ibid.

신청인이 그에 상당한 설명을 해야 한다.[228]

N v Sweden 사건은 증명책임의 완화를 보여주는 사례이다. 원고와 그 남편은 2004년 스웨덴에 입국하여 수차례 난민신청이 거부된 자였다. 원고는 2005년부터 남편과 별거하였으며, 별거 중 이혼을 청구하였다. 원고는 스웨덴의 다른 남성과 교제하였다는 이유로 아프가니스탄으로 돌아가는 경우 사형당할 것이라고 주장하였다. 재판부는 혼외관계에 관하여 구체적인 증명이 이루어지지는 못했지만, 원고와 그 남편이 아프가니스탄으로 돌아가게 되는 경우 원고로서는 원치 않은 부부생활을 강제당할 우려가 있는 점, 아프가니스탄의 혼인 여성들에 대한 가정폭력이 만연하다는 국가정황정보가 있는 점, 남편에 대한 이혼청구가 혼외관계의 암시라고 파악되어 아프가니스탄 형법을 적용 받을 가능성이 있는 점, 설령 원고가 아프가니스탄에서 남편과 따로 정착하는 데에 성공한다고 하더라도 아프가니스탄에서는 남성 지지기반이 없는 여성이 정상적인 사회생활을 영위하기 어려운 점, 아프가니스탄에서 떠난 지 상당한 기간이 경과하고, 가족들과의 연락이 오랜 기간 단절된 상황에서 출신국에서 적절한 보호를 받을 수 있을 것이라 기대하기 어려운 점 등에 비추어 강제송환금지 의무의 발생을 인정하였다.[229]

MA v Switzerland 사건은 진실성이 의심되는 진술에 대하여 비호신청인이 그에 상당한 설명을 한 예이다. 원고는 2011. 6. 26. 스위스에 불법으로 입국하여 다음 날 난민신청을 하였다. 그 사유는 자신이 2009. 6. 12. 이란 대선 부정선거 이후 반정부시위에 참여했다는 것이었다. 이 사안에서 첫 번째 의견청취는 약식으로 진행되었다. 면접조서의 진술기재에 따르면, 원고는 2009. 6. 12. 이란 대선의 부정투표 이후 반정부시위가 발발하였으며, 자신이 2011년 3월경까지 거의 빠짐없이 참석하였다. 이란 정부의 탄압에 따라 자신과 친구들은 관련 사항을 문서화하여 주변에 배포하였다. 이후 테헤란 혁명법원에서 소환장이 발부되자 두려워 누이의 집과 여러 친구의 집에서 숨어 지냈고, 당국에서는 자신을 찾지 못하자 아버지를 체포하였다고 진술하였

228) ibid.

229) ibid paras 51-62.

다. 이에 이란에서 도망하였다고 진술하였다.[230]

자세한 면접은 2013. 4. 5. 이루어졌다. 원고는 소환장이 부모의 집에 발송된 이후, 자신이 그곳에 없자 당국에서 집을 수색하였다고 진술하였다. 스위스 측에서 가택 수색에 관하여 최초 면접 시에 진술하지 않은 이유를 질의하자, 원고는 자신의 실제 진술이 조서에 기록되지 않았을 뿐이라고 설명하였다. 한편, 이란에서 도망하기 전에 누이의 집에서 계속 숨어 지냈다는 진술에 대하여, 다른 친구들의 집에서도 숨어 지냈다는 최초면접 시 진술과의 비일관성을 지적받자, 친구들과도 시간을 함께 보냈다는 취지라고 설명하였다. 한편, 체포된 사람들을 아는지에 관한 질의에 대해서는 그들을 거리에서 알게 되었을 뿐이고, 자기 지역 사람들이 아니라고 답하면서, 테헤란은 큰 도시이기에 여러 지역으로부터 사람들이 온다고 부연하였다. 친구들이 체포되었다고 말한 최초면접과의 차이를 지적하자, 시위에 참여하는 모든 사람이 친구라는 의미에서 그렇게 말하였다고 답하였다.[231]

재판부는 원고의 진술에 비일관성이 있다는 점을 인정하면서도, 이러한 비일관성은 다른 사정과 연관하여 살펴보아야 한다고 판시하였다. 특히 두 차례 면접에서 원고가 한 진술의 비일관성은 최초면접에서 압축적으로 사안을 전달하는 과정에서 발생하였다고 볼 수 있다고 보았다. 더불어 재판부는 최초면접 시와 제2차 면접 사이의 시간적 간격이 긴 점 역시 진술의 비일관성을 설명하는 사유로 보았다.[232]

3) 자유권규약

자유권규약위원회는 명시적으로 “비가역적 피해의 실제적 위험이 있다는 점에 관한 상당한 근거가 있음을 인정하기 위해 요구되는 증명의 정도는 높

---

230) 이상의 사실관계는, *MA v Switzerland* App no 52589/13 (ECtHR, 18 November 2014) paras 7-10.

231) 이상의 사실관계는, ibid paras 11-15.

232) ibid paras 59-61.

다”고 한다.[233] 이를 판단함에 있어서는 신청인의 본국의 일반적 인권상황에 더하여 모든 관련 사실과 상황을 종합적으로 고려하여야 한다.[234] 이러한 관련 사실에는 문제된 처우의 기간, 신체적·정신적 영향, 피해자의 성별, 연령, 그리고 건강상태 등이 포함된다.[235]

자유권규약 위반 여부 판단 시의 고려요소 및 증명에 관하여 구체적인 사례를 몇 개 살펴보도록 한다. *NDJMD* 사건에서 진정인의 주장은 다음과 같았다. ① 진정인은 2011. 5. 30. 스리랑카 자유무역지대의 시위에 참여하였고, 그 과정에서 경찰이 발포한 총에 사촌이 맞아 진정인이 앰뷸런스를 통해 병원에 이송하였으나 결국 사망에 이르렀다. ② 이에 대하여 경찰의 이익에 반하는 증언을 제공하였고, 그 후 2011. 6. 10.부터 협박전화를 받았다. ③ 2011. 6. 28.에 성명불상 4명의 남성으로부터 의식불명이 될 정도로 구타를 당했다. ④ 부친이 고용한 변호사로부터, 경찰서와 연락한 결과 진정인이 스리랑카에 머물면 생명이 위험할 것이라는 이야기를 들었음을 전달 받고 탈출하여 2011. 11. 27. 캐나다에 당도하였다. 자유권규약위원회는 ① 비록 진정인의 증언이 경찰에 대해 법적 쟁송을 하는 데에 핵심적이었다는 무역연합의 편지가 위원회에 제출되었으나, 이는 사촌의 사망을 목격하였다는 점에 관한 자료이며 진정인이 피격을 당했다는 점을 보여주는 자료는 아닌 점, ② 진정인이 제출한 2011. 7. 7.자 진단서상의 부상이 진정인이 주장하는 2011. 6. 28.자 구타에 의한 것임을 보여주지는 않는 점, ③ 캐나다 이민당국에 제출된 2012. 5.자 진술서에는 자유무역지대에 있었다거나 사촌의 사망을 경험하였다는 기재가 없고, 진정인이 사촌을 앰뷸런스를 통해 이송하였다는 진술이 언론보도 내용과도 불일치하여 캐나다 당국이 진술의 신빙성을 부정한 것은 적절한 고려에 의한 판단이었다는 점 등에 비추어 진정인의 송환에 자유권규약 제6조 제1항 또는 제7조에 반하는 위험이 있다고 보기는 어렵다고

---

233) UNHRC, *NDJMD v Canada* (8 November 2017) UN Doc CCPR/C/121/D/2487/2014, para 11.2.

234) ibid.

235) UNHRC, *Voulanne v Finland* (7 April 1989) UN Doc CCPR/C/35/D/265/1987, para 9.2.

판단하였다.[236]

반면, *X v Republic of Korea* 사건은 강제송환금지 의무의 발생이 인정된 예이다. 이 사안에서 진정인은 ① 이란에 거주하면서 기독교 라디오 방송을 통하여 기독교에 관심을 가지게 되었고, ② 2005. 5. 30. 단기상용(C-2) 사증으로 한국에 입국한 후 교회에서 종교생활을 하다가, ③ 2005. 12. 12. 화성외국인보호소에 구금되었다. 진정인이 2005. 12. 28. 한 난민신청에 대하여 법무부장관은 2006. 3. 10. 불인정결정을 했다. ④ 그 쟁송 과정 중인 2006. 7. 10. 세례를 받은 후 자신을 방문한 이란대사관 직원에게 개종사실을 알리고 이란으로 돌아갈 생각이 없다고까지 진술하였다.[237] 자유권규약위원회는 관련된 사실관계 및 국가정황정보에 비추어 볼 때 진정인을 이란으로 송환할 경우 자유권규약 제6조 제1항 및 제7조에 반하여 신청인의 권리를 침해할 것이라고 판단하였다.[238]

중국에서 이루어지는 파룬궁에 대한 박해 관련 선례도 존재한다. 진정인이 파룬궁 수련으로 인하여 과거에 구금당한 경험이 있었고 중국에 송환될 경우 박해의 위험이 있다고 주장한 사례에서, 위원회는 중국에서 파룬궁 소속 사람들에 대한 심각한 인권침해가 이루어지고 있고, 특히 고위직에 있는 경우 그 정도가 더 심하다는 보고서들이 있음을 인정하였다. 하지만 진정인이 파룬궁을 종교적·정치적 신념으로서 실제적으로 수련하였다는 설명이 없는 점, 덴마크에 거주하면서 기독교에 관심을 가지게 되어 세례를 고려하고 있는 점, 마지막 구금 이후 3년간 중국을 떠나기 전까지 공적인 장소에서 파룬궁을 수련하지 않았는데 중국 당국이 새삼 진정인에게 관심을 가지는 이유를 설명하지 못한 점 등을 고려하여 위험을 부정하였다[239]

---

236) *NDJMD* (n 233) paras 11.4-11.11, 12.

237) 이상의 사실관계는, UNHRC, *X v Republic of Korea* (25 March 2014) CCPR/C/110/D/1908/2009, paras 2.1-2.5.

238) ibid paras 11.1-12.

239) UNHRC, *JD v Denmark* (26 October 2016) UN Doc CCPR/C/118/D/2204/2012, para 11.5.

3. 판단기준시점

1) 고문방지협약

고문방지위원회의 협약 제3조 위반 여부 판단의 기준 시점에 관해서는 실무의 변동이 관찰된다. 초기에는 강제송환 이후의 시점까지 고려하는 듯한 모습을 보였다. 하지만 최근에는 강제송환 시를 기준으로 협약 위반 여부를 판단하고, 강제송환이 아직 집행되지 않은 사안에서는 고문방지위원회의 결정시점을 기준으로 이를 판단하고 있다.

1999년 *TPS v Canada* 사건은 초기적 입장을 보여주는 예로, 위원회의 임시조치 요청에도 불구하고 진정인을 퇴거시켰던 사안이다.[240] 진정인은 1981년 9월 인도항공의 비행기를 납치하였다는 이유로 1986년 1월에 파키스탄 법원에 공소가 제기되어, 무기징역을 선고받았다. 그 후 1994년 10월 파키스탄 정부는 진정인이 파키스탄을 떠나는 것을 조건으로 그를 석방하였다. 진정인은 인도로 돌아갈 경우 박해를 받을 것을 우려하여 가명・위조여권으로 캐나다에 입국하고 난민보호를 신청하였으나, 심사과정에서 진정인의 행적이 밝혀져 국가안보상의 이유로 퇴거되었다.[241] 이 사건에서 위원회는 진정인이 인도로 퇴거당한 이후 2년 넘게 거주하였던 점에 착안하였다. 진정인은 거주기간 동안에 자신과 가족이 경찰에 의하여 공격과 위협을 당하였다고 하였지만, 실제로는 고문이 현실화되지 않은 상황에 비추어 고문방지협약 제3조 위반을 부정하였다.[242] 즉 고문방지협약 위반의 판단기준시점을 송환 이후의 시점으로 본 것으로 이해될 여지가 높은 결정을 하였던 것이다. 이에 대해 반대의견은 협약 제3조의 문언상 그 위반 여부는 송환 시를 기준으로 판단하여야 한다는 전제하에, 진정인을 인도로 퇴거시킨 시점에는 고문 받을 위

---

240) UNCAT, *TPS v Canada* (16 May 1999) UN Doc CAT/C/24/D/99/1997, paras 4.8, 4.11.

241) ibid paras 2.1-4.11.

242) ibid para 15.4.

험이 있다는 믿음에 대한 상당한 근거가 있었다고 보았다.[243]

이와 같은 결정례는 변화를 맞이하였는데, 이를 잘 보여주는 것이 2003년 *Attia v Sweden* 결정 및 2005년 *Agiza v Sweden* 결정이다.[244] 이 사건들은 부부가 진정을 제기한 사안으로, 각각 강제송환이 일어나기 이전 및 이후의 고문방지협약 위반 여부를 판단했던 사례이다. 아기자는 이집트인으로서 1998년 이집트에서 테러행위로 궐석재판을 받았는데, 테러리스트 단체 알지하드에 속한다는 이유로 항소가 불가능한 25년의 징역형을 선고받았다. 아기자는 2000년에 가족과 함께 스웨덴으로 가서 난민지위를 신청하였다. 스웨덴은 2001. 12. 18. 아기자의 신청을 거부하고, 같은 날에 카이로로 강제퇴거하였다. 아티아는 강제퇴거명령에도 불구하고 구류를 피해 스웨덴에 자녀들과 머무르고 있었다.[245]

아티아는 2001. 12. 28. 고문방지위원회에 개인진정을 제출하였고, 스웨덴은 고문방지위원회의 임시조치 요청에 따라 강제퇴거명령의 집행을 정지하였다.[246] 개인진정 사유는 테러리스트와의 연관성을 의심 받는 남편으로 인해 본인이 중요한 인사로 인식되고 있다는 것이었다.[247] 개인진정절차에서 스웨덴 정부는 강제송환금지 의무 준수를 위하여 2001. 12. 12. 이집트 당국으로부터 아기자와 그 가족들이 국제법에 따른 대우를 받고, 특히 아기자를 고문에 처하지 않을 것이라는 외교적 확약을 받았음을 강조했다.[248] 매달 스웨덴 대사가 아기자를 방문하였다는 점 역시 강조하였다. 2002. 1. 23. 첫 번째 방문 당시 영양상태에 문제가 없고, 대사에게 교도소의 처우에 대하여

---

243) ibid (Individual opinion of Committee member Guibril Camara) para 16.2. 이와 같은 반대의견에 동의하는 취지의 주석으로, Joseph and Castan (n 44) 273, para 9.121.

244) UNCAT, *Hanan Ahmed Fouad Abd El Khalek Attia v Sweden* (17 November 2003) UN Doc CAT/C/31/D/199/2002; UNCAT, *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza v Sweden* (20 May 2005) UN Doc CAT/C/34/D/233/2003.

245) 이상의 사실관계는, *Attia* (n 244) paras 2.1-2.5.

246) ibid para 1.2.

247) ibid paras 3.1-3.2.

248) ibid paras 4.6-4.15.

불만이 없다는 점을 진술하였다고 한다.[249] 그에 반해 아티아는 자신의 시부모가 아기자를 방문하였는데, 아기자가 걷는 데에 어려움이 있어 경찰관의 도움을 받았으며, 눈・볼・발이 모두 부어있었고, 코가 평소에 비하여 붓고 피가 나 있음을 확인했다고 주장하였다. 교도소로 이송될 때 거꾸로 매달려서 이송되었으며, 계속적으로 눈가리개를 하였고 전기쇼크를 비롯한 심각한 신문을 받았다고도 주장하였다.[250] 고문방지위원회는 *Attia* 사건에 대해 강제송환금지 의무 위반 여부에 대한 판단기준시점이 개인진정 제출시점이 아니라 위원회의 결정시점이라고 밝히고,[251] 현시점에 진정인이 이집트에 돌아간다고 하여 고문을 받을 상당한 개별적 위험이 있다고 볼 수 없다고 하였다.[252]

아기자는 2003. 6. 25. 개인진정을 제출하였다. 이 사건에서 위원회는 스웨덴 대사관 측의 2002. 1. 23.자 방문에 관한 서면보고서를 제출 받았는데, 이에는 *Attita* 사건에서 제공 받았던 정보와는 다른 정보가 포함되었다. 이에 따르면, 진정인은 스웨덴 대사의 질의에 대해, 자신이 수감된 토라 교도소에서 체계적・물리적 고문을 당하지 않았지만, 스웨덴에서 체포되어 토라에 이송되기까지 많은 문제점이 있었다고 진술하였다.[253] 스웨덴 옴부즈만 조사결과 스웨덴에서 카이로까지 퇴거되는 과정에서 요원들로부터 가혹행위를 당하였음도 확인되었다.[254] 고문방지위원회는 이 사안에서 이미 강제퇴거가 집행된 경우, 국가의 고문방지협약 제3조 위반 여부는 강제퇴거 당시에 국가가 알았거나 알 수 있었던 사정에 비추어서 판단하여야 하며, 그 이후의 사정은 국가의 실제적・추정적 앎을 평가하는 데에 관련된 요소라고 설시하였다.[255] 위원회는 스웨덴이 당시 이집트에서 정치・보안상 이유로 구금된 사

---

249) ibid para 4.8.

250) ibid para 7.1.

251) ibid para 12.1.

252) ibid para 12.3.

253) *Agiza* (n 244) para 12.11. 스웨덴 경찰에 의한 과도한 폭력, 이집트로 이송되기까지 불편한 자세 강제, 조사 단계에서 눈가리개 착용, 1.5 평방미터의 좁은 방, 수면 박탈 등의 내용이 포함되어 있었다.

254) ibid para 12.30.

람에 대하여 고문을 할 위험이 높았던 점, 미국과 이집트의 정보당국이 아기자로부터 정보를 얻는 데에 긴요한 이익을 가지고 있었던 점, 외교적 확약의 경우에는 이를 집행할 메커니즘이 없다는 점을 지적하면서, 강제송환금지 의무 위반을 인정하였다.[256]

한편, 역으로 강제퇴거 이후에 고문이 현실화되었다고 하여 반드시 강제송환금지 의무 위반이 인정되는 것은 아니다. 대표적으로 스페인으로 강제퇴거된 진정인이 퇴거 17개월 후에 고문을 당한 경험이 있었음에도 강제퇴거와 고문 사이의 연관성에 대한 입증 부족으로 고문방지협약 제3조 위반을 부정한 예가 있다.[257]

2) 유럽인권협약

유럽인권재판소 판례는 고문방지위원회의 입장과 일맥상통한다. 원고가 아직 추방되지 않은 시점에, 위험 평가의 기준이 되는 시점은 재판소의 판단시점이다. 한편, 원고가 이미 추방된 경우 위험의 평가는 추방 시를 기준으로 체약국이 알았거나 알았어야 하는 사실을 중심으로 평가하여야 한다. 다만 이러한 경우 추방 이후의 사실관계를 고려할 수 있다.[258] 예컨대 *X v Switzerland*, 사건은 타밀족 원고를 스리랑카로 송환한 사안이다. 재판부는 실제로 스리랑카에서 체포당한 후 가혹행위를 당한 사실 등을 고려하면서,

---

255) ibid paras 13.4, 14.

256) ibid para 13.4. 고문방지위원회는 나아가 *Attita* 및 *Agiza* 사건 심리과정에서 스웨덴이 관련 정보를 제출하지 않은 점을 강력하게 비판하였다. ibid paras 13.9-13.10.

257) UNCAT, *ISD v France* (3 May 2005) UN Doc CAT/C/34/D/194/2001, paras 9.4-9.5.

258) *Hirsi Jamaa and others v Italy* [GC] ECHR 2012-II 1, para 121. 리비아에서 선박으로 피난한 소말리아 및 에리트레아 국적의 원고들을 해상에서 차단하여 트리폴리로 송환한 것에 관한 사안이다. 재판부는 리비아에 난민보호체계가 구축되어 있지 않고, 자의적 송환의 가능성이 높으며, 이탈리아도 이를 알았거나 알 수 있었다고 하면서 협약 위반이라고 인정하였다.

스위스가 원고를 송환할 때 그와 가족이 유럽인권협약 제3조에 반하는 처우에 처할 위험이 있음을 알았어야 한다고 판단하면서, 협약 제3조 위반을 인정하였다.[259]

3) 자유권규약

판단기준시점의 일반론에 관한 자유권규약위원회의 설명은 쉽게 발견되지 않는다. 이는 진정인이 아직 송환되지 않은 경우에는 국가의 결정시점 또는 진정 제기시점이 아니라 위원회의 결정시점의 사실관계를 기준으로 판단하여야 된다는 전제가 당연시되기 때문인 것으로 보인다.[260] 한편, *Judge v Canada* 사건에서 실제 사형집행이 현실화되지 않은 시점에도 위반사실을 선언한 점에서 확인할 수 있듯이 이미 송환이 된 경우는 송환 당시의 사정을 기초로 판단하는 것으로 보인다. 하지만 송환 이후에 박해 당한 사실을 제출하지 못한 점이 진정인에게 불리한 사정으로 고려될 수는 있다.[261]

---

259) *X v Switzerland* App no 16744/1 (ECtHR, 26 January 2017) para 62.

260) 예컨대 *X v Republic of Korea* 사건에서 자유권규약위원회는 진정제기 이후 이란대사관 공무원들이 진정인에게 찾아온 점 등을 고려하였다. *X* (n 237) para 11.4.

261) UNHRC, *SF v Denmark* (14 March 2019) UN Doc CCPR/C/125/D/2494/2014, para 8.2 (개종으로 인한 박해가능성을 주장한 사안에서, 이란으로의 추방된 이후 그 추방으로 인한 박해사실을 제출하지 않은 점을 진정인에게 불리하게 고려한 사안).

제 3 절 강제송환금지 원칙의 효과: 금지되는 행위는 무엇인가?

제2절에서는 어떠한 경우 강제송환으로부터 보호를 받을 수 있는지에 관해 살펴보았다. 이 절에서는 우선 금지되는 행위로서 강제송환의 의미를 및 송환금지국가의 범위를 살핀다(I.). 그 후, 제2절에서 살펴본 강제송환금지 원칙의 요건이 충족되는 경우 강제송환이 어느 경우에나 절대적으로 금지되는지의 문제를 살핀다(II.). 조약별 감독기구는 절대성을 인정하는 경향이 뚜렷한데, 그 타당 여부를 논한다.

Ⅰ. 강제송환으로부터의 보호

1. 강제송환의 의미

강제송환금지 의무에 따라 금지되는 행위는 사람을 다른 국가에 강제로 떠나게 하는 것이며, 그 형식이나 형태를 불문한다.[262] 고문방지협약 제3조는 이러한 행위의 법률상 형태로 추방(expel), 송환(return, *refouler*) 또는 인도(extradite)를 정하고 있다. 기술적으로 추방은 공공질서나 국가안보 등의 이유로 소재국의 영토에서 강제로 떠나게 하는 것을, 송환은 입국 전인 외국인을 국경에서 돌려보내는 것을, 인도는 형사사법 목적으로 주로 다른 국가의 요청에 의하여 그 국가로 강제로 떠나게 하는 것을 칭한다.[263] 물리적인 강제송환뿐만 아니라 간접적으로 송환을 강제하는 경우도 금지되는 행위에 해당하는지 문제된다. 고문방지위원회 일반논평 4는 열악한 상황에의 무기한 구금, 비호절차 진행 거부 또는 부당한 장기화, 비호신청자에 대한 지원 예산 삭감 등의 수단으로 고문의 위험이 있는 출신국으로 돌아가도록 강제하

---

262) Nowak and McArthur (n 48) 195.

263) Guy S Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (3rd edn, Oxford University Press 2007) 202.

여서는 안 된다고 설명하고 있다.[264] 이는 형식상 체류를 보장하더라도 극악한 처우를 통해 사실상 강제 출국을 유도하는 것이 허용되지 않는다는 입장으로 이해할 수 있다.

2. 송환금지국가의 범위

송환금지국가는 보호되는 위험이 존재하는 모든 국가를 포함한다.[265] 강제송환금지 원칙의 의무범위는 제3국 추방에 따른 연쇄효과로 고문 등의 위험이 있는 국가로 추방될 우려가 있는 경우까지 미친다. 그리하여 고문방지위원회는 고문을 경험한 이라크를 벗어나 요르단을 거쳐 스웨덴에 당도한 이라크 시민에 대하여 스웨덴 이민당국이 체류자격 신청을 거부하고 요르단으로의 추방을 명령한 사안에서, 요르단에서 이라크로의 연쇄추방 가능성을 배제할 수 없다는 취지로 판단하면서 강제송환금지 원칙 위반을 인정하였다.[266] 이와 같이 연쇄적 효과로 비가역적 피해를 입을 실제적 위험이 있는 곳에 강제송환이 금지된다는 입장은 자유권규약위원회도 따르고 있는 입장이다.[267]

Ⅱ. 절대성 여부

국가안전보장・질서유지 또는 공공복리에 필요한 경우일지라도 강제송환금지 의무의 적용을 절대적으로 적용받는지의 문제가 있다. 이에 관한 논의는 고문・가혹행위의 위험의 경우를 중심으로 이루어지고 있다. 각국 국내법에서는 고문의 위험이 있는 경우에도 국가안보와의 형량가능성을 열어두고 있는 예가 있지만, 국제법적 평면에서는 고문의 위험이 있는 곳으로 강제송환

---

264) UNCAT, ‘General Comment No. 4’ (n 190) para 17.

265) Nowak and McArthur (n 48) 198.

266) UNCAT, *Korban v Sweden* (16 November 1998) UN Doc CAT/C/21/D/21/D/88/1997, para 6.5.

267) UNHRC, ‘General Comment No. 31’ (n 85) para 12.

이 절대적으로 금지된다는 데에는 이설을 찾아보기 어렵다. 가혹행위의 위험상황에 있어서, 유럽인권재판소는 고문의 위험상황과 동일하게 절대적 강제송환금지 의무를 인정하고 있다. 자유권규약위원회 역시 강제송환금지 의무의 절대성을 인정하는 취지의 개인진정결정례가 확인되고, 학설도 유럽인권재판소 판례 법리의 영향을 받아 대체로 그 절대성을 인정하려는 입장이 다수이다. 이하에서는 그와 같은 논의를 종합하고, 과연 고문 외의 가혹행위의 경우에도 강제송환금지 의무의 절대성이 관철되어야 하는지에 관해서 살펴본다.

1. 조약감독기구와 유럽인권재판소의 입장

1) 고문방지위원회

고문방지협약에 따른 강제송환금지는 예외가 없는 절대적이고 이탈불가능한 의무이다.[268] 이는 1951년 난민협약이 전쟁범죄나 중대한 비정치적 범죄를 범한 사람 등에 대하여 협약의 적용배제를 정한 것(제1조F), 그리고 강제송환금지 원칙의 적용에 있어서 국가안보 등의 예외를 규정한 것(제33조 제2항)과 구별된다.[269] 따라서 송환 시 고문을 받을 위험이 있다고 판단이 되는 경우에는 개인의 특성과 무관하게, 특히 그 개인이 국가안보에 위험을 가하는 경우라 하더라도 강제송환이 금지된다.[270] 개인진정결정례에서 이를 직접 언급하면서 고문방지협약 제3조를 적용한 예로, 센데로 루미노소에서 전단 및 폭탄 전달을 맡았다는 것을 이유로 스웨덴 당국이 난민절차에서 난민

---

268) *Seid Mortesa Aemei* (n 3) para 9.8.

269) 난민협약 제33조 제2항의 예외사유가 고문・가혹행위의 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지에 적용되지 않는 설명으로, Andreas Zimmermann and Philipp Wennholz, ‘Article 33, para 2’ in Andreas Zimmermann and others (eds), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary* (Oxford University Press 2011) 1411 참조.

270) UNCAT, ‘General Comment No. 4’ (n 190) para 9.

협약 제1조F를 적용한 사례,[271] 2001. 9. 9. 아프가니스탄 북부동맹의 수장이었던 아흐마드 샤 마수드를 암살한 자와 친분관계에 있었고, 서류·여권 위조를 통해 파키스탄과 아프가니스탄에 범죄단체 자원자를 보내는 일을 하였던 진정인에 대하여 난민협약 제1조F를 적용하여 난민인정을 거부하고 튀니지로 추방한 사례,[272] 테러리스트 단체에 속한다는 이유로 고문의 위험을 인정하면서도 캐나다의 안보 이익을 이유로 진정인을 추방한 사례[273] 등이 있다. 이들 사례에서 고문방지위원회는 각국이 난민협약 제1조F를 적용했음도 불구하고 강제송환이 고문방지협약 제3조에 위반된다고 판시하였던 것이다.

2) 유럽인권재판소

유럽인권재판소는 고문과 가혹행위를 구별하지 않고 유럽인권협약 제3조에 따른 의무를 절대적인 의무로 보고 있다. 이는 강제송환의 맥락에서 범죄인인도의 경우에 있어서 범죄사실이 아무리 극악하더라도 마찬가지라고 한다. 1996년 *Chahal* 사건의 원고[274]는 테러에 연루되었다는 것을 이유로, 영국으로부터 강제퇴거명령을 받았다. 원고는 인도 펀자부에서 시크교도의 독립운동에 연루되었다가 체포되어, 21일간 구금된 상태로 폭행·전기충격·가장사형(mock execution)을 당하였다고 주장하였다. 영국은 원고가 인도에서 고문 또는 가혹행위에 처할 위험이 있다는 점에 대한 상당한 근거가 없으며, 그가 국가안보에 위험이 된다는 이유로 유럽인권협약 제3조 위반을 부정하

---

271) UNCAT, *Gorki Ernesto Tapia Paez v Sweden* (28 April 1997) UN Doc CAT/C/18/D/39/1996, para 14.5

272) UNCAT, *Adel Tebourski v France* (1 May 2007) UN Doc CAT/C/38/D/300/2006, para 8.2.

273) UNCAT, *Bachan Singh Sogi v Canada* (16 November 2007) UN Doc CAT/C/39/D/297/2006, para 10.2.

274) 이 사건의 원고들은 부모 및 자녀 4명이다. 이 사건의 주된 쟁점은 부(父)의 국가안보 저해 문제이기에, 그를 원고로 지칭한다.

였다. 하지만 법정의견에 따르면, 협약 제3조 위반 가능성을 심사함에 있어서 심사 대상이 되는 외국인이 겪을 수 있는 위험과 국가안보에 가할 수 있는 위험 사이의 비교형량은 허용되지 않는다.[275] 유럽인권협약 제3조의 해석상 도출되는 강제송환금지 의무는 고문방지협약에 명시된 강제송환금지 의무와 마찬가지로 예외나 이탈이 인정되지 않는 절대적 의무인 것이다. 다만, 이에 대해서는 체약국 관할 내에서 체약국에 의하여 이루어지는 고문 또는 가혹행위의 금지는 국가안보 이익과 비교형량이 불가한 절대적 의무이지만, 외국인 추방과 같이 제3조가 역외에서 또는 간접적으로 적용 사안에서는 비교형량이 가능하다는 취지의 반대의견이 있었다(재판관 20명 중 7인).[276] 이러한 반대의견이 채택된 예는 아직 없고, 절대성의 법리는 계속 관철되고 있다.[277]

3) 자유권규약위원회

의무의 절대성 논의에 관해 우선 염두에 두어야 할 사항은 이탈불가능성(non-derogablity)에 대한 자유권규약 제4조 제2항이다. 이에 따르면 국민의 생존을 위협하는 공공의 비상사태가 공식적으로 선포되어 있으면 당사국은 당해 사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 한도 내에서 규약상의 의무를 위반하는 조치를 취할 수 있다(제4조 제1항). 하지만 이와 같은 이탈은 제4조 제2항에 따라 특정한 규약상 권리에 대해서는 허용되지 않는다. 제4조 제2항에 열거된 규정으로 생명권에 관한 제6조, 고문 및 가혹행위의 금

275) *Chahal v UK* [GC] ECHR 1996-V, paras 80-82.

276) ibid Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Gölcüklü, Matscher, Sir John Freeland, Baka, Mifsud Bonnici, Gotchev and Levits, para 1.

277) *Saadi* (n 195) paras 138 (테러 관련 혐의로 튀니지 군사법원에서 궐석재판으로 20년 징역형을 받은 원고를 튀지니로 추방하려고 한 사안이다. 영국이 보조참가인으로서 체약국에 의한 직접적 가해와 비체약국에 의한 가해를 구별하여 후자의 경우에는 국가안보와 형량할 수 있어야 한다고 주장하였다. 재판부는 이를 명시적으로 배척하였다.); *Othman (Abu Qatada)* (n 159) paras 183-85.

지에 관한 제7조, 노예금지에 관한 제8조 제1항 및 제2항, 계약상 의무불이행만을 이유로 한 구금의 금지에 관한 제11조, 죄형법정주의에 관한 제15조, 법 앞에 인간으로 인정받을 권리에 관한 제16조, 사상・양심・종교의 자유에 관한 제18조가 있다. 비교법적으로 유럽인권협약 역시 제15조 제2항에 유사한 규정을 두고 있는데, 생명권에 관한 제2조,[278] 고문 및 가혹행위 금지에 관한 제3조, 노예금지에 관한 제4조 제1항, 죄형법정주의에 관한 제7조가 이탈불가능한 조항으로 열거되어 있다. 이들 규정은 비상사태의 경우에도 국가가 이탈할 수 없는 규정들이다. 다만, 규범 자체에서 이탈하는 것과 규범 자체에 내재한 제한은 개념적으로 구별된다. 예를 들어 자유권규약 제18조 제3항은 종교・신념을 표명할 자유를 일정한 경우 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 국가가 이탈할 수 없는 규범이라고 해서 그 규범 자체에 제한이 없는 것은 아니다. 이하에서 논의할 절대성은 이탈불가능성이라는 측면보다는 이탈이 불가능한 규범의 내용 자체와 관련된다.

학자들은 자유권규약 제7조에 따른 강제송환금지 의무는 이와 같은 의미에서 절대적이라고 이해하는 경우가 다수이다.[279] 자유권규약위원회는 이러한 절대성 논의에 대해 신중한 모습을 보이다가 결국 절대성을 인정하는 방향으로 나아갔다. 예컨대 2004년 *Ahani* 사건에서 자유권규약위원회는 고문금지의 절대성만을 지적하고, 가혹행위의 절대성 여부에 관해서는 명시적으로 언급을 하지 않았다.[280] 이는 자유권규약 제7조가 고문과 가혹행위를 병

---

278) 단, 전쟁상황에서의 적법한 행위에 따른 죽음에 관련된 경우는 제외된다.

279) Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, 'The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion' in Erika Feller and others (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003) paras 240, 250, 253 (선례로는 유럽인권재판소의 판례를 인용); Cornelis Wolfram Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement* (Intersentia 2009) 404; Savitri Taylor, 'Refugee Protection in Australia' (2009) 9 ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 189, 191; Dana Baldinger, *Rigorous Scrutiny versus Marginal Review: Standards on judicial scrutiny and evidence in international and European asylum law* (Wolf Legal Publishers 2013) 56.

렬적으로 규정하고 있다는 점에 비추어 보았을 때 이례적인 면이 있었다.[281] 이후 2008년 *Maksudov* 사건에 이르러 자유권규약위원회는 자유권규약 제7조에 따른 강제송환금지 의무가 국가안보 또는 개인의 범죄행위와 형량이 불가능하다고 명시하였다.[282] 개인진정사건에서도 캐나다가 진정인에 대한 심사를 함에 있어서 난민협약상 배제사유에 해당하는지에 초점을 둔 점에 대해, 자유권규약 또는 고문방지협약에 따른 권리에 관한 고려가 부족하다고 판단한 예가 있다.[283]

2. 예외적 형량가능성

이하에서는 자유권규약위원회의 2008년 *Maksudov* 결정이 선례로서 타당한지에 대해 논한다. *Maksudov* 결정은 통상의 개인진정결정례와 마찬가지로 구체적 이유에 대한 설시가 포함되어 있지 않아 논의의 여지가 남아있다. 이 글에서는 고문이 아닌 가혹행위의 위험이 있는 경우 난민협약 제1조F 또는 제33조 제2항의 유추적용이 가능할지를 중점적으로 살핀다.

우선 강제송환금지 원칙에 관한 소수설로서 유럽인권재판소의 판례 자체가 잘못되었다고 주장을 살펴본다. 이 입장에 따르면 체류허가를 받은 외국인 역시 국가공동체의 구성원이 될 수 있지만, 공동체의 이익에 위험을 가하

---

280) UNHRC, *Mansour Ahani v Canada* (29 March 2004) UN Doc CCPR/C/80/D/1051/2002, para 10.10.

281) 위 *Ahani* 사건을 근거로 자유권규약위원회가 자유권규약 제7조에 따른 강제송환금지 의무를 절대적인 것으로 보고 있다고 설명한 문헌들은 이 점에서 한계가 있다. 그 문헌의 예로, Wouters (n 279) 404; Baldinger (n 279) 56.

282) UNHRC, *Maksudov and others v Kyrgyzstan* (16 July 2008) UN Doc CCPR/C/93/D/1461,1462,1476&1477/2006, para 12.4. 이 사례의 존재는 Paul M Taylor, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights: The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights* (Cambridge University Press 2020) 184 (fn 90)을 통해 인식하게 되었음을 밝혀둔다.

283) *HAMIDA* (n 206) para 8.5.

는 경우 언제든지 강제퇴거를 당할 수 있는 지위에 있다. 일반적으로 시민들은 다른 시민의 존재로부터 발생하는 위험을 용인하여야 하지만, 외국인의 존재로부터 발생하는 위험을 용인할 의무는 없다.[284] 소수설은 이와 같은 전제에서 국가가 의도적으로 고문 또는 비인도적인 처우를 하는 것을 금지하는 절대적 의무를, 타자가 그와 같은 처우를 행할 위험으로부터 사람을 보호하는 의무로 전환하는 것은 잘못이라고 한다. 또한, 유럽인권협약 제3조에 관한 판례는 국가안보에 대한 위험 또는 중대한 범죄로 인한 확정 유죄판결이 있는 경우 난민을 추방할 수 있는 난민협약 체계에도 반한다고 한다.[285]

절대성에 관한 모델은 크게 세 가지로 나누어 살펴볼 수 있다. 첫째 모델은 고문의 위협이 있는 경우에도 다른 국가적 이익과 형량을 가능토록 하는 것이다.[286] 하지만 이는 고문방지협약에 직접적으로 반하기에 받아들이기 곤란하다. 둘째 모델은 유럽인권협약 체계와 같이 고문이든 가혹행위든 그러한 위험이 있는 곳으로의 송환을 절대적으로 금지하는 것이다. 마지막으로 셋째 모델은 고문의 위험이 있는 곳으로의 송환은 절대적으로 금지되는 것으로

---

284) 이상의 논의는, Richard Ekins, 'Right to Exclude Asylum-Seekers and Refugees' in David Miller and Christine Straehle (eds), *The Political Philosophy of Refuge* (Cambridge University Press 2020) 40-42.

285) 이상의 논의는, ibid 55-56. 이처럼 국제인권조약에 의한 강제송환금지 원칙의 도출 자체에 관한 비판은 확인되지만, 그보다 완화된 접근법으로서 배제사유와 강제송환금지의 예외사유의 유추적용 가능성에 대해서 언급하는 연구는 찾아보기 어렵다. 일례로 난민협약상 배제사유를 집중적으로 분석한 연구 중에는 파편화된 국제법 체계에서의 통합적 접근법을 강조하면서도, 단순히 난민법제상 배제사유 적용 이후에 유럽인권협약, 고문방지협약, 자유권규약에 따른 보호가 가능하다고 간략히 언급할 뿐 배제사유의 유추적용 가능성에 대해서는 별다른 언급을 하지 않는 것이 있다. Yao Li, *Exclusion from a Protection as a Refugee: An Approach to a Harmonizing Interpretation in International Law* (Brill Nijhoff 2017) 85-91.

286) 캐나다와 호주가 이와 같은 모델을 따르고 있다. 고문방지협약 제3조에 따른 강제송환금지가 절대적 의무라는 점에 관해서 이견을 찾아보기 힘듦에도 이들 국가가 이와 같은 모델을 취할 수 있는 배경에는 국제조약의 직접효력 부정론이 있다. 이에 관해서는, 제3장 제2절 I. 2. 1), 제3장 제2절 III. 1. 1), 제3장 제4절 I. 2. 참고.

보되, 가혹행위가 있는 곳으로의 송환은 다른 이익과의 형량가능성을 열어두는 것이다. 이러한 형량문제가 대두되는 인식론적 근거로는 난민협약을 제시할 수 있다. 앞서 소개한 유럽인권재판소 판례에 대한 비판론에서도 지적하듯이, 난민협약은 이미 국가이익에 대한 형량적 요소를 법 제정단계에서부터 구현하고 있기 때문이다.

즉 셋째 모델의 문제는 고문에 이르지 않는 가혹행위의 위험으로 인한 강제송환금지 원칙의 예외를 인정할 수 있는지 또는 가혹행위의 위험은 형량 시 고려요소에 불과한지이다.[287] 앞서 살펴보았듯이 유럽인권재판소는 이를 모두 부정한다. 예외의 인정가능성 문제에 관해서는 구체적인 부정논거를 찾기 어렵지만, 유럽인권협약상 의무범위의 예외를 도출할 만한 명문의 근거가 없기 때문인 것으로 추측된다. 형량 시 고려요소로 보는 관점에 관해서는 고문·가혹행위의 위험과 공동체에 대한 위험 사이의 형량이라는 관념 자체가 문제라고 보고 있다. 각각의 위험은 상호독립적으로 평가될 수밖에 없고, 공동체에 대한 위험이 없다고 하여 고문 또는 가혹행위의 위험이 증가하거나 감소하지는 않는다는 것이다.[288]

하지만 가혹행위의 위험으로 인한 강제송환금지 의무의 예외를 인정하려는 시도가 불가능한 것은 아니라고 생각된다. 첫째, 가혹행위의 위험으로 인한 강제송환금지 원칙은 처음부터 해석에 의해 인정되었다. 그렇다면 그러한 법규범 자체에 내재하는 예외를 마찬가지로 해석에 의해 도출해내는 것이 불가능하다고 보기는 어렵다. 둘째, 현재의 실무경향이 해석에 의한 입법변경이라는 비판이 가능하다. 연혁적으로 보았을 때 자유권규약 입안 시 강제송환금지 원칙을 포함하는 법규범이 될 것을 의도했다고 보기 어렵다는 점이 이러한 비판을 뒷받침한다. 이는 자유권규약 성립 이후 고문방지협약에서

---

287) 물론 강제송환금지 원칙은 장래의 위험을 평가하는 맥락에서 작동하기 때문에, 원래도 항상 명확하지는 않은 고문과 가혹행위의 구별이 더더욱 불명확해진다. 고문방지위원회가 과거의 가혹행위는 장래의 고문 가능성을 평가하는 데에 중요한 지표로 고려될 필요가 있다고 하는 것 역시 이러한 인식을 반영한다. UNCAT, ‘General Comment No. 4’ (n 190) para 28.

288) *Saadi* (n 195) paras 137-40.

굳이 강제송환금지 의무를 고문에 한정해 명시한 데에서 알 수 있다.[289] 셋째, 현재 자유권규약위원회의 해석은 난민협약 제33조 제2항의 존재의미 자체를 상실시킬 수도 있다. 이 문제는 특히 '잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우·처벌'의 개념과 '박해' 개념의 불확정성으로 인해 어떠한 것이 일반적으로 더 중대한 것인지 단언하기 어렵다는 점[290]에서도 증폭된다.[291] 이처럼 난민협약 조항의 의미를 상실키시는 해석방법은 앞서 언급한 국제인권법과 난민법의 교차라는 관점[292]과도 어울리지 않는다. 마지막으로, 인권의 의미를 근대국가 체계에서의 인권침해를 교정하는 데에서 찾을 때,[293] 공동체에 현저하게 위협이 되는 사람을 같은 관할 내에 둠으로써 오히려 주권국가의 인권보호 기능이 저해될 수 있다. 난민보호의 근거를 근대국가 체제의 정당화 기능에서 찾는다고 해서 근대국가 체제 자체에 대한 공격까지 수용할 필연성이 발생하는 것은 아니다. 난민보호는 외부인의 권리를 공동체 구

---

289) 김후신(주 76), 623면.

290) 가혹행위와 박해의 관계에 관한 논의로, Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, 'The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion' in Erika Feller and others (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003) 253 (박해에 해당하지만 가혹행위에 이르지 않는 경우가 존재할 수 있음을 전제한 입장); McAdam (n 32) 22 (fn 13) (박해가 가혹행위에 이르지 않는 경우를 상정하기가 어렵다는 입장); Jane McAdam and Fiona Chong, 'Complementary Protection in Australia Two Years On: An Emerging Human Rights Jurisprudence' (2014) 42 Federal Law Review 441, 447 (fn 34) (가혹행위가 박해에 이르지 못하는 경우가 존재할 수 있다는 입장).

291) 다만, 존재의미의 상실 자체를 인정하려는 취지로는, Wouters (n 279) 564; Cornelis (Kees) Wouters, 'International refugee and human rights law: partners in ensuring international protection and asylum' in Scott Sheeran and Nigel Rodley (eds) *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (Routledge 2013) 238-39.

292) 이 장의 제1절 I. 참고.

293) Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry* (Amy Gutmann ed, Princeton University Press 2001) 4-5. 그 밖에 난민보호의 의의를 근대국가 체제의 정당화 조건에서 찾는 논의로, 제1장 제1절 II. 참고.

성원의 복지에 우선시키는 예외적인 경우이다. 하지만 이러한 예외에 대한 예외로서 구성원에 대한 박해 또는 중대한 위해의 위험이 발생하는 경우를 상정할 수 있다. 그와 같은 관점에서 난민협약 제1조F와 제33조 제2항은, 구성원의 법익에 대한 중대한 위험이라는 공격성을 내포하는 특수한 예외로 이해할 수 있다. 진화적 해석이 반드시 보호의 범위를 확대하는 국면에서만 작용하는 것은 아니고, 국제사회를 보호하는 방향으로도 확대될 수 있다는 점 역시 유의할 필요가 있다.[294] 이러한 공격성 문제가 보편주의적 범세계주의의 관점에서 이루어지는 베스트팔렌 주권 개념의 해체·약화를 강조한다고 해서 해소된다고 보기도 어렵다.[295]

3. 보론: 생명권 침해의 경우

자유권규약 체계에서 생명권 자체는 절대적인 권리가 아니라고 표현된다.[296] 규약 자체에서 매우 제한적이지만 사형을 집행할 수 있는 상황을 예정하고 있기 때문이다. 그런데 이러한 생명권 자체의 비절대성과 강제송환금지 의무의 절대성 여부는 별개 문제로 인식할 수 있다. 규약에 정한 조건 바깥에서 협약에 위배되는 생명 박탈이 이루어질 우려가 있는 경우, 생명권의 비절대성 문제와는 다른 국면에 들어선다. 즉 자의적인 생명 박탈이 이루어질 위험이 있는 곳으로의 강제송환은 금지된다는 규범과 비교대상이 될 수

---

294) 진화적 해석의 내용적 편향성을 부정하는 입장에 관해, David McKeever, ‘Evolving Interpretation of Multilateral Treaties: ‘Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations’ in the Refugee Convention’ (2015) 64 International and Comparative Law Quarterly 405 참조. 이 연구는 난민협약 제1조F(c)에 정한 ‘국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 행한 자’에는 박해에 이르는 중대하거나 지속적인 인권침해를 행한 자가 포함되는 것으로 해석해야 된다고 주장한다.

295) 보편주의적 범세계주의에 관해, 김범수, “공동체주의 인권담론: 보편주의적 범세계주의와의 논쟁을 중심으로”, 김비환 외, 인권의 정치사상: 현대 인권 담론의 쟁점과 전망, 이학사, 2010, 118-119면 참조.

296) UN Human Rights Committee, ‘General comment No. 36’ (n 4) para 10.

있는 것은 생명권을 침해하여서는 안 된다는 규범이 아니라 생명권을 자의적으로 침해해서는 안 된다는 규범이다. 따라서 자의적인 생명권 박탈 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지 의무가 절대적 의무인지 여부는 생명권 자체의 절대성 여부와는 구별된다. 고문과 비교할 때 자의적인 생명 박탈에 따른 법익 침해의 정도가 결코 낮다고 할 수 없다는 점에서, 절대성을 인정할 수 있을 것이다.

제 4 절 소결

난민법제상 보충적 보호의 인식론적 출발점은 국제인권조약상 강제송환금지 의무를 난민법의 시각에서 바라보는 것이다. 달리 말하면, 강제송환금지 의무는 난민과 보충적 보호를 매개하는 핵심개념이다. 한국이 당사국인 고문방지협약과 자유권규약, 그리고 아동권리협약은 강제송환금지 원칙의 근거가 된다. 고문방지협약 제3조는 명시적으로 고문을 받을 위험이 있는 곳으로의 송환이 금지된다고 규정하고 있다. 자유권규약에는 강제송환금지 의무가 명시적으로 규정되어 있지 않지만, 자유권규약위원회는 제6조에 반하는 생명권 침해 및 제7조에 반하는 고문·가혹행위의 위험이 있는 곳으로의 송환이 금지된다는 해석을 도출해내고 있다. 이는 난민협약상 난민의 정의를 확대하기 곤란한 현실적인 여건 속에서 찾아낸 일종의 '해석적 발견'으로 평가할 수 있다. 국제인권조약 감독기구의 기능을 고려할 때, 이와 같은 위원회의 입장은 기본적으로 존중할 필요가 있다.

연혁적으로 보았을 때 강제송환금지 원칙에 관해 유럽인권재판소의 판례는 중요한 의미를 지닌다. 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제3조에 반해 고문·가혹행위의 위험이 있는 곳으로 송환하는 것은 절대적으로 금지된다는 입장을 오랜 기간 관철하여 왔다. 하지만 이와 같은 해석을 그대로 받아들이기에는 어려운 점이 있다. 특히 고문의 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지 의무가 절대적이라는 점에 대해서는 이견이 존재하기 어렵지만, 가혹행위의 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지 의무가 절대적이라는 것은 난민협약의 체계와 조화되기 어려운 점이 있다. 특히 '박해'와 '비인도적이거나 굴욕적인 처우'의 관계가 불분명하다는 점에서 더욱 그렇다. 자유권규약위원회도 같은 강제송환금지 원칙의 절대성을 인정하는 취지의 설시를 한 적이 있는데, 이에 대한 재고가 필요하다.

유럽인권재판소는 생명권 침해 및 고문·가혹행위의 위험이 있는 경우 외에도 형사재판의 맥락에서 공정한 재판을 받을 권리가 명백하게 부인되거나 자의적인 구금을 당할 위험이 있는 경우에까지 강제송환금지 원칙이 적용되

는 대상을 확장하고 있다. 이는 강제송환금지 원칙의 피보호이익이 한정적으로 인식될 필요가 없음을 시사한다.

아동권리협약이 실제로 강제송환금지의 근거로 어떻게 작동하는지 실무적으로 불분명하나, 아동의 생명, 생존, 발달에 현저한 침해가 발생할 경우, 고문·가혹행위를 당하거나 자유를 박탈당할 위험이 있는 경우, 금지되는 징집에 처할 위험이 있는 경우에는 강제송환금지 의무가 발생한다고 볼 수 있다. 부모와의 분리금지 의무 역시 강제퇴거 절차를 진행하지 못하게 하는 근거가 될 수 있다. 하지만 아동의 최선의 이익에 관한 우선적 고려의무는 그 자체로 강제송환금지 의무의 발생근거로 작동한다고 보기는 어렵다. 다만, 강제송환이 비례원칙에 부합하는지 심사할 때 매우 중요한 고려요소로 볼 수 있다.

제 3 장 각국의 보충적 보호

제 1 절 비교대상국가의 선정 및 유형화

이 장에서는 보충적 보호가 여러 나라의 국내법에서 어떻게 수용 또는 이행되었는지 검토한다. 그 비교의 대상으로는 우선 보충적 보호에 관한 체계가 상대적으로 오랜 기간 발달해온 유럽 국가로서 독일 및 프랑스를 선정하였다. 이들 국가는 유럽연합법의 영향을 강하게 받고 있어, 이를 우선적으로 살펴볼 필요가 있다. 보충적 보호에 관해 유럽연합법은 연합법에서 정하지 않은 구체적 절차에 관한 규율은 회원국에게 맡기고 있어, 개별 국가의 모습도 확인해볼 필요가 있다. 보통법계 국가로는 미국, 캐나다, 호주를 살펴본다. 이들은 모두 보충적 보호 체계가 국내법에 자리잡은 국가들이다.

보충적 보호의 대상, 절차, 내용의 세 측면으로 나누어 각 나라의 법제를 비교하였다. 이들을 비교지점으로 삼은 이유는 이들이 보충적 보호의 실현이라는 기능을 이해하기 위한 핵심적 맥점에 해당하기 때문이다.[1] 대상 측면은 보충적 보호라는 개념 자체가 난민협약의 보호대상의 한계에서 출발했다는 점에서, 절차 측면은 그와 같은 법적 대상을 실제로 의미 있게 한다는 점에서 중요하다. 내용 측면은 난민협약상 난민과 보충적 보호의 이원적 구조가 가지는 실질적 의미를 확인하는 차원에서 살펴볼 필요가 있다.

각각의 비교지점에 관하여 대상국가들을 유형화할 것이다. 난민법 영역에서 나타나는 보호는 수익적 차원과 방어적 차원으로 대별될 수 있다. 후자의 보호가 나타나는 전형적인 예가 강제송환금지 원칙의 적용이다. 그 구체적인 내용에 관해서는 제2장에서 살펴보았다. 한편, 전자의 보호는 국가가 단순히

---

1) 기능적 비교법 방법론에 관해, *Schieber*, Komplementärer Schutz: Die aufenthaltsrechtliche Stellung nicht rückführbarer Personen in der EU, 2013, S. 117-118; 박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성・전개・발전”, 공법연구 제44집 제2호, 2015, 179면 참조.

강제송환을 막는 권리를 부여하고 이를 실현할 절차를 설계하는 데에서 나아가, 그 이전에 특정한 권익이 인정되는 수익적 지위를 부여함으로써 이루어진다. 이는 강제퇴거절차가 개시된 이후에 퇴거대상자가 방어적 권리를 주장하는 방식이 아니라, 그 이전에 보호에 관한 신분법적 지위를 부여받는 방식이다. 수익적 보호의 전형적인 예가 국가에 의한 난민지위 인정이다. 보충적 보호의 맥락에서는 보충적 보호에 관한 지위를 부여하는 모습으로 나타난다.

이와 같은 보호방법의 차이에 입각할 때, 보충적 보호의 대상과 절차의 측면에서 비교대상국가들은 세 가지 유형으로 분류된다. 제1유형은 수익적·방어적 보호가 모두 보장되는 유형으로, 독일·프랑스·캐나다가 이에 속한다. 제2유형은 방어적 보호가 주로 보장되고 유형으로, 미국이 이에 속한다. 제3유형은 수익적 보호가 주로 보장되는 유형으로, 호주가 이에 속한다. 이러한 유형론에 입각한 각국의 분석은 이 장의 제2절 및 제3절에서 진행한다.

보충적 보호의 대상에 관해서는 이상의 유형화와는 별도로 두 가지 사항을 추가적으로 염두에 둘 필요가 있다. 첫째는 국제인권법상 강제송환금지 원칙의 범위를 넘어서는 보호 대상이 존재하는지 여부이다. 국제인권법은 국내법에 의한 추가적인 보충적 보호를 금지하지 않는다. 둘째는 난민협약상 난민과 보충적 보호 대상자의 관계 문제이다. 특히 이들에게 요구되는 위험의 정도를 동일하게 파악하고 있는지, 아니면 다르게 파악하고 있는지를 살펴보도록 한다.

한편, 보충적 보호의 절차 측면에서는 주로 보충적 보호의 대상에 해당한다는 점을 어떻게 주장하고 다투는지에 대해 살펴볼 것이다. 이를 살펴보기 위해서는 보충적 보호가 입국, 비호신청, 비호거부, 강제퇴거라는 일련의 절차에서 어떻게 작동하는지, 그리고 각 단계에서 어떻게 행정재판으로 통제되는지 분석할 필요가 있다.

보충적 보호의 내용은 대상·절차와는 달리 유형화할 것이다. 보충적 보호의 내용은 이는 보호를 구하는 절차에 따라 보호 대상으로 인정된 이후의 권익보장과 관련된다. 이에 관해서는 강제송환금지 원칙의 보장과 그 밖의

권익 보장으로 나누어 살펴본다. 전자에 관해서는 강제송환금지 원칙의 절대성 인정 여부를 기준으로 각국을 유형화한다. 절대성을 인정하는 국가로는 독일・프랑스・미국이 있고, 절대성을 인정하지 않는 국가로 캐나다・호주가 있다. 강제송환금지 원칙의 절대적 보장 여부는 사실 보충적 보호의 대상의 문제와도 직결된다. 예컨대 호주의 경우에는 국제법상 강제송환금지 원칙 자체가 국내법상 의미가 크지 않기에, 국제법상 강제송환금지 원칙이 적용되지 않는 사람은 처음부터 보충적 보호의 대상에서 제외되어 있다고 평가할 수도 있다. 하지만 이 장에서는 강제송환금지 원칙의 보장을 보충적 보호의 내용으로 파악하여 유형화를 진행한다. 캐나다 법체계에서 강제송환금지 원칙의 비절대성이 발현되는 국면이 보충적 보호의 대상으로서 '보호가 필요한 사람'(person in need of protection)에 해당하는지 판단하는 단계가 아니라, 그 이후의 권익보장 단계라는 점은 이와 같은 유형화를 뒷받침한다. 강제송환금지 원칙 외의 권익 보장의 차원에서는 협약상 난민과 동일한 처우를 보장하는 유형(캐나다・호주), 협약상 난민과 유사하나 차등적인 처우를 보장하는 유형(독일・프랑스), 협약상 난민과 명백히 차등적인 처우를 보장하는 유형(미국)으로 분류가 가능하다. 이러한 보충적 보호의 내용에 관해서는 제4절에서 살펴본다.

제 2 절 보충적 보호의 대상

Ⅰ. 수익적·방어적 보호가 모두 보장되는 국가

이하에서는 수익적·방어적 보호가 모두 보장되는 국가(제1유형)에서 보충적 보호의 대상으로 삼는 사람의 범위를 살펴본다. 이에 해당하는 국가로는 독일·프랑스·캐나다가 있다. 이 유형에서는 출신국으로 강제송환 시 특정한 위험이 있는 것으로 판단되면 그러한 강제송환이 금지될 뿐만 아니라, 나아가 특정한 수익적 지위를 부여하기도 한다. 수익적 차원에서 독일·프랑스는 유럽통합비호체계의 이행으로 입법된 '부수적 보호'(subsidiärer Schutz, la protection subsidiaire) 지위를 부여하고, 캐나다에서는 난민보호(refugee protection) 지위를 부여한다. 다만, 이와 같은 이원적 체계에서 방어적 보호와 수익적 보호의 인적범위가 반드시 일치하지는 않음에 유의할 필요가 있다.

1. 독일 및 프랑스

독일 및 프랑스의 보충적 보호 체계는 유럽연합법의 영향을 강하게 받고 있다. 특히 수익적 보호 차원에서 부여되는 부수적 보호 지위는 유럽연합 지침을 그대로 이행한 법률상 지위이다. 한편, 유럽연합법에 규정되지 않은 사항에 대해서는 회원국이 독자적으로 입법을 할 수 있다. 이에 독일 및 프랑스는 모두 국내법상 강제퇴거금지 사유에 관한 규정을 두고 있다. 그 사유로는 유럽인권협약에 반하는 경우 및 특수한 의료적 상황이 있는 경우가 있다. 이는 보충적 보호의 방어적 차원으로 이해할 수 있다. 이하에서는 유럽통합비호체계를 개관하고, 부수적 보호 지위에 관한 규정체계 및 해석론을 살핀 후, 각국 국내법상 강제퇴거금지 사유에 관해 살펴본다. 한편, 유럽인권협약상 강제송환금지 원칙의 적용 역시 방어적 차원의 보충적 보호로 이해할 수 있지만, 이에 관해서는 제2장에 걸쳐 상세히 살펴보았으므로, 이 장에서는

제4절에서 보충적 보호의 내용에 관해 살펴볼 때 유럽인권협약의 국내법적 효력을 간략히 정리하는 것으로 논의를 갈음한다.

1) 유럽통합비호체계의 개관

유럽연합 회원국의 보충적 보호에 관해서는 연합법상 원리로서 유럽통합비호체계(Common European Asylum System; Gemeinsame Europäische Asylsystem)에 관한 기본적인 고찰이 선행되어야 한다.[2] 유럽연합법에 따른 비호체계가 각국 국내법에 대하여 상당한 지배력을 행사하고 있기 때문이다.

유럽통합비호체계의 성립은 유럽지역에서 국경의 의미가 약화되었던 역사와 관련이 깊다. 1985년 쉥겐조약[3]에 따라 국경의 의미가 약화되는 과정에서, 1990년 「쉥겐조약의 이행을 위한 협정」[4]에 따라 공동 사증, 경찰공조 및 사법공조에 관한 규율이 채택되었다. 1990년 더블린협약[5]은 비호신청에 관한 원칙들을 정립하였는데, 그 핵심으로서 '서로 다른 국가에 대한 여러

---

2) 비호와 난민보호는 실무적으로 동의어처럼 사용하지만, 서로 다른 역사적・법적 배경을 가지고 있다. 비호라는 말은 피난처를 의미하던 그리스어 'asylos'에서 유래했고, 난민이라는 말에 비해 오래된 역사를 가지고 있다. 비호의 부여는 기본적으로 국가가 특정 사람에 대해 출신국의 박해로부터 영토적 보호를 제공하는 것을 의미하였다. 이처럼 보호를 제공함으로써 박해국가의 접근 및 범죄인인도를 거부할 수 있었다. 그에 반해 난민이라는 용어는 보호를 구하는 개인에 초점을 맞춘 말이다. 이러한 비호와 난민보호의 개념상 차이에 관하여, *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 1708 참조.

3) Agreement between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders [2000] OJ L 239/13.

4) Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders [2000] OJ L 239/19

5) Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities [1997] OJ C 254/1.

차례의 비호신청을 방지하기 위하여 비호신청에 대한 응답의무는 한 국가에게만 부과된다는 원칙'은 현재까지도 유효하게 작동하고 있다.[6] 1992년 마흐스트리트조약[7] 시기에 이르러 비호정책, 국경통제・이민정책이 '공동의 이익'(common interests)에 관한 사항으로 선언되었고,[8] 이후 1999년 암스테르담조약[9] 발효에 따라 해당 정책에 관해 규정(regulation)이나 지침(directive)과 같은 공동체법적 수단을 채택할 수 있게 되었다.[10] 같은 해 핀란드 탐페르에서 유럽이사회는 난민협약을 기초로 한 유럽통합비호체계의 형성이 필요하다는 결의를 채택하였다.[11]

이에 따라 더블럽협약의 이행을 위한 지문정보 통합의 근거인 유로닥규정(Eurodac Regulation)이 제정되었다.[12] 더블린협약은 더블린II규정으로 대체

---

6) *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*(Fn. 2), Rn. 1713.

7) Treaty of Maastricht on European Union [1992] OJ C 191/1.

8) *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*(Fn. 2), Rn. 1714; Kay Hailbronner and Daniel Thym, 'Constitutioanl Framework for Entry and Border Controls' in Kay Hailbronner and Daniel Thym (eds), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary* (2nd edn, CH Beck 2016) 2, para 2.

9) Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts [1997] OJ C 340/1.

10) Hailbronner and Thym (n 8) 2, para 3.

11) Tampere European Council 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions, paras 13-17. 통상 이를 유럽통합비호체계의 시발점으로 본다.

12) Council Regulation (EC) No 2725/2000 of 11 December 2000 concerning the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of the Dublin Convention [2000] OJ L 316/1. 현재 규정은, Regulation (EU) No 603/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of Regulation (EU) No 604/2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes, and amending

되면서,[13] 난민법 영역의 공동체법적 성격이 강해졌다. 유럽의 비호체계는 2009년 리스본조약[14]의 발효에 따라 통합성을 더욱 지향하게 되었다.

현재 유럽통합비호체계에 관한 유럽연합의 권한과 의무는 리스본조약에 따라 개정된 「유럽연합의 기능에 관한 조약」[15] 제78조에 규정되어 있다. 제78조 제1항 제1문은 국제적 보호를 필요로 하는 제3국 국민에 대하여 적절한 지위를 제공하고 강제송환금지의 준수를 보장한다는 관점에서 난민, 부수적 보호, 임시적 보호에 관한 통합적 정책을 발전시킬 의무가 있음을 정하고 있다. 제2문은 이러한 정책이 1951년 난민협약과 1967년 선택의정서에 부합하여야 한다고 규정한다. 제78조 제2항에서는 이를 위하여 유럽의회와 유럽이사회가 일반입법절차에 따라서 ① 연합 전체에서 유효한 제3국 국민에 관한 통일적인 비호지위, ② 제3국 국민 중 유럽의 비호를 받지 못하지만 국제적 보호가 필요한 자에 관한 통일적인 부수적 보호 지위, ③ 강제이주민의 대규모 유입의 상황에 있어서 공통의 임시적 보호 체계, ④ 통일적 비호 또는 부수적 보호 지위의 부여 및 철회에 관한 공통의 절차, ⑤ 비호 또는 부

Regulation (EU) No 1077/2011 establishing a European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice [2013] OJ L 180/1.

13) Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national [2003] OJ L 50/1 현재는 더블린III규정이 발효된 상태이다. Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person [2013] OJ L 180/31. 이하에서 '더블린규정'은 특별한 언급이 없는 한 더블린III규정을 말하며, '더블린절차'는 해당 규정에 따라 비호신청에 대해 심사의무를 지는 회원국을 판단하는 절차를 의미한다.

14) Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon [2007] OJ C 306/1.

15) Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C 326/47 (이하 '기능조약'으로 약칭한다.).

수적 보호 신청에 대하여 심사할 의무가 있는 국가를 정하는 기준과 메커니즘, ⑥ 비호 또는 부수적 보호 신청을 받아들이기 위한 요건, ⑦ 비호 또는 부수적 보호 신청인의 유입을 조절하기 위한 제3국과의 협력에 관한 조치를 채택할 의무를 정하고 있다. 이에 유럽연합은 여러 규정과 지침을 두어 통합 비호체계를 구축해가고 있다.[16] 대표적인 입법으로는, 비호신청에 대한 심사 국가를 결정하는 절차에 관한 더블린III규정, 국제적 보호를 신청한 사람들에 대한 수용・음식・의료지원・교육・노동시장에의 접근 등의 기본적 처우를 정한「수용지침」,[17] 비호신청, 심사절차, 의견청취 및 비호신청인에 대한 법적 보호 등의 사항을 정한「절차지침」,[18] 강제이주자의 대규모 유입 상황에 적용을 예정하고 있는「임시보호지침」,[19] 그리고 국제적 보호의 자격에 관한「자격지침」[20]이 있다.「자격지침」은 제2조(h)에서 국제적 보호의 유형으로서

---

16) 이 규정의 전신인, 암스테르담조약으로 개정된「유럽공동체의 설립에 관한 조약」제63조 제1항 및 제2항, 제64조 제2항에는 부수적 보호에 관한 명문규정이 없었다. Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002) [2002] OJ C 325/33.

17) Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) [2013] OJ L 180/96.

18) Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection [2013] OJ L 180/60.

19) Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof [2001] OJ L 212/12. 아직 실제로 적용된 예는 없다.

20) Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast) [2011] OJ L 337//9.「자격지침」은 2004년 채택되어 2011년에 개정된 상황이다.「2004년 자격지침」은, Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and

난민지위와 부수적 보호 지위의 부여를 정하고 있다.[21)]

2) 유럽연합 「자격지침」상 부수적 보호

「자격지침」은 회원국 외의 제3국 국민 또는 무국적자에 대한 국제적 보호

---

status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted [2004] OJ L 304/12. 이하에서는 특별한 언급이 없는 한 2011년 「자격지침」을 기준으로 논의를 진행한다. 다른 지침들의 경우에도 특별한 언급이 없는 경우 현행 지침을 칭한다.

21) 이러한 규정이나 지침은 유럽연합의 '이차적 입법'(secondary legislation)에 해당한다. 기능조약 제288조에 정한 규정(regulation)은 원칙적으로 별도의 이행조치가 없더라도 회원국에 직접 적용되는 반면, 지침(directive)은 원칙적으로 국내법에 포함하는 이행조치가 필요하다. 이러한 규정 또는 지침의 일반적인 성격에 관해, Margot Horspool and others, *European Union Law* (10th edn, Oxford University Press 2018) 117-119, paras 5.36-5.44 참조. 한편, 2015년 전후로 유럽에서 나타난 이른바 난민위기에 따라 통합화 제2기 지침들의 개정이 필요하다는 인식이 나타나고 있다. 논의되는 내용 중으로 「절차지침」 및 「자격지침」의 규정(regulation)화를 통한 유럽통합비호체계의 통합성 강화가 있다. 이러한 취지에서 유럽연합 집행위원회는 2016. 7. 13.에 「절차지침」과 「자격지침」의 보완 및 규정화를 제안하였다. 최근 개정 논의에 관해, European Commission, 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on A European Agenda on Migration' Brussels, COM (2015) 240 final; European Commission, 'Towards a reform of the Common European Asylum System and enhancing legal avenues to Europe' COM (2016) 197 final, 5ff; European Commission, 'Towards a sustainable and fair Common European Asylum System' (2016) Press release; European Commission, 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents' COM (2016) 466 final.

의 자격 기준, 협약상 난민과 '부수적 보호'(subsidiary protection)[22] 대상자에 대한 통일적인 지위, 보호의 내용에 관한 표준을 정립하기 위하여 도입되었다(「자격지침」 제1조). 「자격지침」 제정 이전에는 부수적 보호에 관하여 공유되는 개념이 없어서, 이른바 '사실상 난민'(*de facto* refugee)에 관한 각국의 실무가 서로 다른 기준에 의하여 운용되었다.[23]

「자격지침」 제2조(f)는 부수적 보호를 받을 자격이 있는 자를 정의하고 있다. 이 규정에 따르면, 부수적 보호를 받기 위해서는 ① 제3국 국민 또는 무국적자로서 ② 난민협약상 난민에 해당하지는 않지만 ③ 출신국 또는 일상거소가 있는 국가로 송환되는 경우 제15조에 정한 중대한 위해를 받을 실제적 위험이 있을 것이라는 점에 대하여 상당한 근거를 가지고 있고, ④ 제17조 제1항 및 제2항의 배제사유가 없고, ⑤ 해당 국가로부터 보호를 받을 수 없거나 그러한 위험으로 인하여 보호를 받기 원하지 않는 자에 해당하여야 한다.

(1) 제3국 국민 또는 무국적자

「자격지침」상 난민지위 및 부수적 보호 지위 모두 제3국 국민 또는 무국적자를 대상으로 한다. 이와 같은 인적범위의 제한은 기능조약 제78조 제2항(b)와의 관계에서 나타난 문언으로 보인다. 이에 대해, 자격지침의 적용범위를 제3국 국민 또는 무국적자로 제한하는 것은 협약상 난민의 정의를 축소하는 것으로, 난민협약의 취지에 비추어 볼 때 허용되지 않는다는 비판이 있다.[24] 하지만 이 문언은 유럽연합 회원국으로부터 도망한 협약상 난민의

---

22) 통상 보충적 보호로 번역되나, 이 글에서 사용하는 개념으로서 보충적 보호와 구별하기 위해 부수적 보호라는 역례를 택하였다. 이러한 번역에 관하여, 제1장 주 111 참고.

23) *Marx*, AsylG: Kommentar zum Asylgesetz, 10 Aufl., 2019, § 4 Rn. 3.

24) UNHCR 'UNHCR's Observations on the European Commission's proposal for a Council Directive on minimum standards for the qualification and status of third country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise

인정가능성을 완전히 부정하는 것은 아니다. 다만, 유럽연합법에서는「유럽연합 설립에 관한 조약」[25]과 기능조약에 부속된 제24의정서[26]에 따라 극히 제한적인 경우에만 그 신청의 적법성이 인정될 것이다.[27] 부수적 보호의 경우에는 국제공법상 명확한 정의가 없기에 협약상 난민과는 달리 위법 문제가 처음부터 발생하지 않는다.[28]

(2) 보충성

「자격지침」에 따른 부수적 보호는 보충적 보호의 일종이다. 이는 원칙적으로 권한 있는 당국에 의하여 신청인이 난민에 해당하지 않는다는 판단이 이루어진 이후에야 그 검토가 이루어질 수 있다는 의미이다.[29]「자격지침」제안이유 33 역시 부수적 보호가 난민협약에 의한 난민보호와의 관계에서 보

---

need international protection' (2001) para 11. Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press 2007) 60-61. 난민협약 제42조는 제1조에 대한 유보가 허용되지 않는다고 명시하고 있다.

25) Consolidated version of the Treaty on European Union [2012] OJ C 326/13.

26) Protocol (No 24) on asylum for nationals of Member States of the European Union [2008] OJ C 115/305.

27) Harold Döring, 'Asylum Qualification Directive 2011/95/EU' in Hailbronner and Thym (eds) (n 8) art 2, 1122, para 7.

28) McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (n 24) 61.

29) Case C-604/12 *H. N. v Minister for Justice, Equality and Law Reform and Others* ECLI:EU:C:2014:302, para 35. 신청인이 난민요건으로서 박해에 대한 두려움은 없으나, 부수적 보호의 요건으로서 중대한 위해의 위험이 있다고 하며 부수적 보호를 구한 사안이다. 아일랜드는 난민과 부수적 보호에 관하여 별개의 절차를 마련하고, 난민에 해당하지 않는다고 판단된 경우에 한해 부수적 보호에 대한 심사가 가능하다는 취지로 심사를 거부하였다. 신청인은 이러한 판단에 대하여 제소하였고, 아일랜드 대법원은 기능조약 제267조에 따라 유럽사법재판소에 선결적 판단을 구하였다. 재판부는 아일랜드와 같이 절차를 구성하는 것이 위법하지는 않으나, 난민지위와 부수적 보호를 동시에 신청할 수 있어야 하고, 부수적 보호 여부에 대한 판단이 불합리하게 긴 기간이 지나서야 검토되는 상황이 발생하지 않아야 한다고 판단하였다.

충적・추가적임을 밝히고 있으며, 「절차지침」에서도 난민요건 판단의 우선성에 관하여 규정하고 있다(「절차지침」 제10조 제2항). 이는 협약상 난민지위를 인정하는 것에 대한 부담감에 따라 '부수적 보호로의 도피'가 일어날 가능성을 차단하기 위한 것으로 이해할 수 있다.

(3) 중대한 위해

부수적 보호를 받기 위해서는 출신국 또는 일상거소가 있는 국가로 송환되는 경우 중대한 위해를 받을 실제적 위험이 있을 것이라는 점에 대하여 상당한 근거를 가지고 있어야 한다. 우선 중대한 위해를 가하는 가해자의 문제를 살펴본다. 「자격지침」 제6조는 중대한 위해의 가해자에 관하여 규정하고 있다. ① 국가, ② 국가 또는 영토의 상당한 부분을 통제하고 있는 정당 또는 단체, ③ 비국가행위자 모두 가해자가 될 수 있다.[30] 다만, 비국가행위자의 경우에는 다른 두 행위자 또는 국제기구가[31] 중대한 위해로부터 보호를 제공할 능력이나 의사가 없는 경우 가해의 주체가 될 수 있다. 이때 보호가 있다고 보기 위해서는 효과적이고 계속적인 보호가 제공되어야 한다(「자격지침」 제7조 제2항 제1문). 특히 중대한 위해를 야기하는 행위의 인지・수사・기소・처벌이 이루어지는 효과적인 사법 시스템이 구비되어 있고, 신청인이 그러한 사법 시스템에 접근할 수 있는 등 중대한 위해를 방지하기 위한 합리적인 절차를 갖춘 경우에는 일반적으로 보호가 제공된다고 할 수 있다(같은 지침 제7조 제2항 2문).

「자격지침」 제15조는 중대한 위해의 세 가지 유형으로, 사형 또는 그 집행

---

30) 전통적으로 비국가행위자에 의한 박해를 엄격하게 인정하였던 독일의 판례 법리가 유럽연합법에 의하여 완화되었다는 지적으로는, Roland Bank 'Refugee Law Jurisprudence from Germany and Human Rights' in Bruce Burson and David James Cantor (eds), *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory* (Brill Nijhoff 2016) 157ff.

31) 「자격지침」 제7조 제1항(b)에 따라 국제기구 역시 국가 또는 영토의 상당한 부분을 통제하고 있어야 보호의 주체로 여겨질 수 있다.

(제15조(a)), 출신국에서의 신청인에 대한 고문 또는 비인도적이거나 굴욕적인 처우・처벌(제15조(b)), 국제적・국내적 무력분쟁 상황의 무차별적 폭력으로 인한 민간인의 생명・신체에 대한 중대하고도 개별적인 위협(제15조(c))을 정하고 있다. 첫째 유형으로서 사형 또는 그 집행은 유럽인권협약 제6의정서 및 제13의정서에서 그 연원을 찾을 수 있다.[32] 사형은 그 선고만으로도 부수적 보호의 사유가 된다. 따라서 선고 이후 미집행의 사례만으로는 중대한 위해의 요건 충족을 부정할 수 없다.[33] 하지만 사법절차에 의한 사형만을 포함하며, 초사법적 살인은 이에 해당하지 않는다.[34] 다만, 이러한 절차적 보장이 없는 살인행위는「자격지침」제15조(b)에 해당할 수 있다.[35] 뮌헨 행정법원 판례 중에는 원고가 코란을 태웠다는 의심을 받게 된 사실에 기하여 제15조(a)의 사유를 인정한 것이 있다. 원고는 인도 유학 후 아프가니스탄에 귀국하였는데, 주변에서 원고가 힌두교로 개종하였다고 믿는 와중 모스크 내에서 코란이 불에 타는 상황이 발생하였다. 평소 원고와 견해가 다르던 이맘(이슬람 종교지도자)이 원고가 코란을 불태웠다고 주장한 상황에서, 사형의 위험을 인정한 것이다.[36]

둘째 유형으로서 고문 또는 비인도적이거나 굴욕적인 처우·처벌은 그 제정 기원이 유럽인권협약에 있으므로, 유럽인권재판소의 판례에 크게 의존한다. 따라서 보호의 범위가 겹치는 한도 내에서는 개별 국가의 사례를 살펴볼 실익이 크지는 않다.[37] 다만,「자격지침」상 이 유형은 처우・처벌이 출신국에

---

32) McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (n 24) 66-70. 각 의정서 및 관련 유럽인권재판소 판례에 관해서는, 제2장 제2절 II. 3. 1) (1) 참고.

33) *Heusch/Haderlein/Schönenbroicher*, Das Neue Asylrecht, 2016, Rn. 99.

34) ebd.

35) 독일「비호법」(Asylgesetz (AsylG)) 제4조 제1항 제1호 및 제2호에 관한 설명으로, *Marx*(Fn. 23), § 4 Rn. 12.

36) VG München BeckRS 2017, 105727, Rn. 2, 22 ff.

37) 유럽인권재판소 판례 법리에 의존하면서 위험평가를 한 독일 하급심 판례로, VG Würzburg BeckRS 2018, 25589, Rn. 22 ff. 탈레반 소속으로 추측되는 사람들이 폭발용 조끼 제작을 요구하였는데, 이를 거절하자 총기를 동원한 살해 협

서 발생할 것을 요구하는데, 그 한도에서 둘째 사유의 범위는 유럽인권협약 제3조의 범위에 비하여 좁다. 이러한 출신국 요건이 추가된 이유는 유럽인권협약 제3조 위반이 출신국의 심각한 사정으로부터 비롯되는 것이 아닌 경우, 예컨대 이미 심각한 질병이 있는 상황을 보호대상에서 제외하기 위함이다.[38)]

셋째 유형으로서 국제적·국내적 무력분쟁 상황의 무차별적 폭력으로 인한 민간인의 생명·신체에 대한 중대하고도 개별적인 위협은 앞의 두 유형과 달리 유럽 국가들의 선행적인 국제인권규범상 의무에서 기원한 것이 아니라 보호범위를 넓히기 위해서 도입한 것이라고 평가된다.[39)] 그 규정형태에 있어 「아프리카통일기구 협약」이나 「카르타헤나 선언」과의 연관성을 확인하려는 시도도 발견된다.[40)] 다만, 생명이나 신체에 대한 위협이 개별적일 것을 요하므로 제한해석의 근거로 활용될 수 있다는 점에 관한 우려가 있었다.[41)] 이와 관련하여 제안이유 35(「2004년 자격지침」상 제안이유 26)는 국가 전체 또는 부분의 인구에 대한 일반적인 위험은 통상 그 자체로 중대한 위해를

박을 받아 도망한 사안이다. 재판부는 국가정황상 아프가니스탄 정부가 탈레반으로부터 충분한 보호를 제공하지 못하는 점, 만약에 원고가 탈레반으로 추측되는 남성들에게 조끼를 제공한다면 강력한 처벌이 예상되는 점, 아프가니스탄의 국가정황정보와 더불어 원고와 그 부인의 개별적 사정에 비추어 볼 때 대안적 국내보호도 가능하다고 보기 어렵다는 점 등에 비추어 중대한 위해의 위험이 있다고 판단하였다.

38) Case C-542/13 *Mohamed M'Bodj v État belge* ECLI:EU:C:2014:2452, para 41.

39) Madeline Garlick, 'Protection in the European Union for People fleeing Indiscriminate Violence in Armed Conflict: Article 15(c) of the EU Qualification Directive' in Volker Türk and others (eds), *In Flight from Conflict and Violence: UNHCR's Consultations on Refugee Status and Other Forms of International Protection* (Cambridge University Press 2017) 244. 다만, 입안자들이 세 번째 사유로 유럽인권협약 제3조에 비하여 상당히 넓은 범위를 포괄하는 것을 원치 않았다는 점에 관하여, Hugo Storey, 'EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World?' (2008) 20 International Journal of Refugee Law 1, 33-37.

40) Garlick (n 39); McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (n 24) 71.

41) McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (n 24) 61-74.

구성하는 개별적 위협이 되지 않는다고 설명한다.

하지만 그와 같은 우려는 *Elgafaji* 사건에서 상당부분 해소되었다. 이 사건에서 비호신청인 부부는 네덜란드에 임시체류허가를 신청하면서 이라크로 강제퇴거되는 경우 중대한 위해를 당할 위험이 있다고 주장하였다. 남성 신청인은 시아파 무슬림으로서 2004년 8월부터 2006년 9월까지 경호를 업으로 하는 영국회사에서 근무하였는데, 그의 삼촌이 민병대에 의하여 살해당하였고, 신청인 부부가 살해 협박 편지를 받았다는 것이다. 네덜란드 이민통합부 장관은 임시체류허가 신청을 거부하였다. 그 이유 중 하나는,「자격지침」제15조(b)와 제15조(c)의 증명기준은 동일하고, 두 사유 모두 개별적 위험을 충분하게 보여야 한다는 것이었다. 즉 고문 또는 가혹행위를 당할 위험에 관한 증명에 실패한 이상 신청인들로서는「자격지침」제15조(c)에도 의존할 수 없다는 것이었다. 이에 관한 제1심 소송에서 헤이그 지방법원은 제15조(c)가 제15조(b)와는 달리 높은 수준의 개별성을 보일 필요는 없으며, 이 점에서 제15조(b)에 비하여 제15조(c)는 증명이 용이하다는 취지로 장관의 거부가 위법하다고 판단하였다. 한편, 항소심 법원은 유럽사법재판소에 선결적 판단을 구하였다. 질의사항으로는 ①「자격지침」제15조(c)가 유럽인권협약 제3조에 대한 유럽인권재판소의 해석범위에 포함되는 경우에 한하여 보호를 제공하는 것인지, ②「자격지침」제15조(c)와 유럽인권협약 제3조 사이에 어떠한 관계가 있는지, ③ 나아가 제15조(c)가 유럽인권협약 제3조와 구별되는 보호를 제공하는 것이라면, 그 판단기준은 어떻게 되는 것인지를 포함하였다.[42]

유럽사법재판소는「자격지침」제15조(c)의 독자적 의미를 인정하면서, 이 조항이 개별적 상황과 무관한 폭력까지 포괄할 수 있다고 보았다.[43] 즉 제15조(c)는 폭력이 심각한 수준에 이르러 민간인이 해당 지역에 존재하는 것만으로 중대한 위해를 입을 실제적 가능성이 있는 경우에도 적용될 수 있다

---

42) Case C-465/07 *Meki Elgafaji and Noor Elgafaji v Staatssecretaris van Justitie* [2009] ECR 2009 I-921, ECLI:EU:C:2009:94, paras 17-26.

43) ibid para 35.

는 입장이다.[44] 「자격지침」상 제안이유는 통상 일반적인 폭력 상황만으로는 중대한 위해가 되지 않는다는 것일 뿐, 무력분쟁 상황의 심각성에 따른 예외를 부정하였다고 볼 수는 없다는 입장을 취하면서, 개별적 사유에 대한 소명의 정도가 높아질수록 무차별적 폭력상황의 심각성에 대한 요구는 줄어든다는 법리를 설시하였다.[45] 개별적 위험의 증가요인이 없는 경우에는 매우 높은 수준의 폭력이 인정되어야 하며, 이에 대한 판단은 위험의 밀도에 관한 판단 문제로서 사망 또는 상해의 가능성에 관한 양적 평가와 더불어 개별적 관련성에 대한 전반적인 평가가 수반되어야 한다.[46]

(4) 위험의 정도

증명의 대상은 송환되면 중대한 위해를 입을 실제적 위험이 있다는 믿음에 상당한 근거가 있는지 여부이다(「자격지침」 제2조(f) 참고). 이에 대한 증명의 기준에 관하여는 유럽인권협약 제3조에 관한 유럽인권재판소의 판례를 참고할 수 있다.[47] 특히 제15조(a), (b)는 그 기원이 유럽인권협약에 있기에 더욱 그러하다. 제15조(c)의 경우에는 유럽인권협약과의 관계에서 독자성을 가지고 있기는 하지만, 다른 사유와 함께 중대한 위해의 유형으로 묶이기 때

---

44) ibid para 36.

45) ibid para 37. 「자격지침」 제15조(c)를 구현한 독일의 구 「체류법」 적용 시 이러한 판례를 따른 예로, BVerwG NVwZ 2012, 454, Rn. 19. 다만, 이 사안은 그러한 예외적 위험이 부정된 사안이다. 원고는 이라크 국민으로, 2001. 9. 14. 난민지위를 부여받았으나, 연방이민난민행정청은 2006. 3. 16. 이라크 내의 정치적 사정변경을 근거로 난민지위 인정을 철회하였다. 법원은 그 처분의 적법성을 인정하였다.

46) BVerwG BeckRS 2020, 15392, Rn. 21. 뮌헨 행정법원 판례 중에는 소말리아인인 원고에 대하여 남부 샤벨 지역의 극악한 인권현황에 비추어 「자격지침」 제15조(c)에 상응하는 「비호법」 제4조 제1항 제2문 제3호 사유를 인정한 것이 있다. VG München BeckRS 2020, 21829, Rn. 22 ff (소말리아의 다른 지역과는 연고가 없어 모가디슈 등은 평가의 준거가 될 수 없으며, 소말리아의 국가정황에 비추어 볼 때 대안적 국내보호도 기대할 수 없다고 판단한 사안).

47) Döring (n 27) art 4, 1139, para 29.

문에 위험 증명 기준 역시 동일하게 보아도 무방할 것이다.

(5) 배제사유

유럽연합「자격지침」상 부수적 보호의 요건과 유럽인권협약상 부수적 보호 사이에 가장 큰 차이를 드러내는 것이 배제사유이다. 유럽인권협약 제3조에 따른 강제송환금지 의무는 절대적인 것으로, 특정한 사유에 의한 배제를 생각하기 어렵기 때문이다. 이는 수익적 보호와 방어적 보호의 실체법상 요건의 차이로 이해할 수 있다.

배제사유는「자격지침」제17조에 규정되어 있다. ① 국제문서에 정한 평화에 대한 범죄, 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄를 범한 경우(제17조 제1항(a)), ② 중대한 범죄를 범한 경우(제17조 제1항(b)), ③ 국제연합 헌장 서문, 제1조, 제2조에 정한 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 한 경우(제17조 제1항(c)), ④ 회원국의 공동체에 지속적으로 위험을 가하는 경우(제17조 제1항(d)) 중 어느 하나에 해당한다고 볼 상당한 이유가 있다면 제3국 국민 또는 무국적자는 부수적 보호를 받을 자격이 없다. 제17조 제1항 각호의 범죄 또는 행위를 교사하거나 방조한 경우에도 마찬가지이다(제17조 제2항). 나아가, 제3국 국민 또는 무국적자가 회원국 입국 이전에 제17조 제1항 각호에 정한 범죄 이외의 범죄를 저지른 경우에도, 그러한 행위가 회원국에서 징역에 처할 수 있는 경우에 해당하고, 출신국을 떠난 유일한 이유가 그러한 범죄에 따른 제재를 피하기 위한 것이라면, 회원국은 부수적 보호의 자격이 없다고 볼 수 있다(제17조 제3항).

국제문서에 정한 평화에 대한 범죄, 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄를 범했다고 볼 상당한 이유가 있다는 사유(제17조 제1항(a))는 1951년 난민협약 제1조F(a)에 정한 난민 배제사유이기도 하므로, 그 의미에 관하여는 난민협약 관련 논의에 기대면 된다. 이 사유는「자격지침」제12조 제2항에 정한 난민 배제사유와 동일하다. 제17조 제1항(a)의 범위 내에 있는 범죄행위인지에 관하여는 국제문서에 정해진 바에 따르는데, 이는 적어도 이 배제사유에 관하

여 난민법의 국제형사법에 대한 종속성을 보여준다.[48] 국제형사법의 발전상황에 비추어 볼 때, 현시점에서는「국제형사재판소에 관한 로마규정」[49]이 주요한 기준이 된다.[50]

제17조 제1항(b)는 중대한 범죄를 범했다고 볼 상당한 이유가 있는 경우를 배제사유로 정하고 있다. 이에 상응하는 난민 배제사유인「자격지침」제12조 제2항(b)와는 문언이 구별된다. 제12조 제2항(b)는 '난민지위 인정에 따른 체류자격 부여 이전'에 수용국 밖에서 중대한 '비정치적' 범죄를 범하였다고 볼만한 상당한 이유가 있는 경우를 배제사유로 정하고 있다. 이와 달리 부수적 보호의 배제사유는 시공간적 제한이 없고, 범죄의 비정치성 요건도 없다. 범죄의 중대성 판단 시에는 국내법적 처벌이 유일한 이유가 되어서는 안 되며, 범죄의 종류, 범죄로 인한 피해, 기소를 위하여 활용된 절차, 다른 법체계에서도 중대한 범죄로 여겨지는지 등을 종합적으로 고려하여야 한다.[51] 독일 연방행정법원 판례에 따르면 이는 국내적 기준이 아니라 국제적 기준에 의하여 판단하여야 한다. 이는 대부분의 법체계에서 중대한 범죄로 받아들여지고 처벌됨을 요한다.[52] 독일에서는「체류법」[53] 제25조 제3항 제3문에 정

---

48) Ingo Kraft, 'Asylum Qualification Directive 2011/95/EU' in Hailbronner and Thym (eds) (n 8) art 12, 1209, para 34.

49) Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010) (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 90 (이하 '로마규정'으로 약칭한다.).

50) Kraft (n 48) art 12, 1209, para 35. 로마규정의 설립연혁에 관해, 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 개정판, 사법발전재단, 2020, 46-50면 참조.

51) European Asylum Support Office, *Exclusion: Articles 12 and 17 of the Qualification Directive (2011/95/EU)* (2016) para 3.2.2; Case C-369/17 *Shajin Ahmed v Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal* ECLI:EU:C:2018:713, paras 54-55; VG München BeckRS 2019, 20279, Rn. 22.

52) BVerwG NVwZ 2010, 974, Rn. 47. 체첸계 러시아인인 원고가 분쟁상황에서 러시아 병사 2명을 살해하고 공무원 1명을 납치한 것이 중대한 범죄에 해당한다고 인정한 사안이다. 협약상 난민지위 배제사유로서 중대한 비정치적 범죄에 관하여 판단이 이루어진 사안이나, 중대성 요건에 관하여는 부수적 보호에 대해서도 논의가 적용될 수 있다.

53) Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von

한 중대한 범죄에 해당하는 경우는 물론,[54] 「체류법」 제54조 제1항[55]에 따라 추방명령(Ausweisung)[56]의 중대한 이익이 있는 경우에도 범죄의 중대성이 추정될 수 있다고 한다.[57]

제17조 제1항(c)에 대응하는 난민 배제사유는 「자격지침」 제12조 제2항(c)에서 찾을 수 있다. 입법연혁상 제12조 제2항(c)는 세계인권선언 제14조 제2항에 착안하였다고 설명된다.[58] 국제연합 헌장의 목적을 구체화하는 과정에서 서문, 제1조, 제2조가 언급되는데, 이는 국제 평화와 안보의 유지를 목적으로 담고 있다. 이러한 목적은 테러리즘에 대한 국제연합의 결의에도 구현된다. 「자격지침」 제안이유 31에 따르면 테러리즘의 행위, 방법, 실행 및 테러행위에 대한 자금지원, 계획, 교사 역시 국제연합의 목적과 원칙에 반한다. 국제연합 헌장에 반하는 행위로 인한 배제의 경우, 그 사람이 국가 또는 일반 공중의 안보에 위험을 끼칠 필요는 없다. 사유가 인정되면 개별 사례에서 비례원칙에 따른 심사는 요구되지 않는다. 하지만 테러리즘을 통하여 목적을 달성하고자 하는 조직에 속해있다는 사정만으로 곧바로 배제사유가 추정되는 것은 아니고, 개별적 검토가 필요하다.[59]

Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG).

54) 부수적 보호의 배제사유에 해당하는 범죄행위가 규정되어 있다.

55) 2년 이상의 징역형이 확정되는 경우, 생명, 신체, 성적자기결정권을 침해하는 범죄로 인하여 1년 이상의 징역형이 확정되는 경우, 테러리즘 단체에 소속되거나 그러한 단체를 지원하는 경우, 혐오행위를 하는 경우 등이 규정되어 있다.

56) 추방명령은 체류허가 종료(「체류법」 제51조 제1항 제5호), 출국의무 발생(같은 법 제50조 제1항 참고), 입국금지(같은 법 제11조 제1항 제1문)의 효력을 발생시킨다. 이는 강제조치로서 강제퇴거(Abschiebung)와 구별된다.

57) VG München BeckRS 2019, 20279, Rn. 21 (식칼로 2명을 찔러 중상해를 가한 경우로서, 범죄의 중대성이 인정된 사안).

58) Kraft (n 48) art 12, 1216-1217, para 59. 세계인권선언 제14조 제2항은, 박해의 진정한 이유가 비정치적 범죄 또는 국제연합의 목적 또는 원칙에 반하는 행동에 있는 경우에는 같은 조 제1항에 규정된 비호를 구하고 향유할 권리를 원용할 수 없다고 규정하고 있다.

59) 비례원칙에 따른 심사가 요구되지 않는다는 점 및 개별적 검토가 필요하다는 점에 관해, Joined Cases C-57/09 and C-101/09 *Bundesrepublik Deutschland v B(C-57/09) and D(C-101/09)* ECLI:EU:C:2010:661 [2010] ECR I-10979, paras

제17조 제1항(d)는 회원국 공동체에 지속적으로 위험을 가하는 경우를 배제사유로 규정하고 있다. 이 규정은 일반조항에 가까울 정도로 넓은 개념을 사용하고 있다. 난민협약에 대한 강제송환금지 원칙의 예외를 정한 제33조 제2항과는 달리, '특히 중대한 범죄에 관하여 유죄의 판결이 확정되고 그 국가공동체에 대하여 위험할 경우'가 병렬적으로 규정되어 있지 않다. 따라서 이러한 병렬성을 근거로 안보이익을 매우 엄격하게 해석하여야 한다는 주장은 부수적 보호의 맥락에서 이루어지기 어렵다. 더불어 위험성에 대한 '합리적 근거'(reasonable grounds) 요건이 명시되어 있지 않다. 물론 이러한 문언상 요건이 없다고 하여 '비합리적 판단'을 하여도 된다고 주장할 수는 없을 것이다. 하지만 여전히 판단에 있어서 재량의 범위가 보다 넓어진다는 논거가 될 수는 있다.[60]

「자격지침」은 난민과 부수적 보호를 불문하고 배제사유에 해당하는 행위에 참여하는 경우 역시 배제사유에 포함시킨다(제12조 제3항, 제17조 제2항). 이는 배제사유의 확장이 아니라 기존에 난민협약 제1F에 해석상 포함되었던 행위들을 명확히 한 것으로 이해된다.[61] 참여의 정도에 관한 기준은, 자신의 행위가 직접행위자의 목적을 진행시킬 것임을 알면서 상당하거나 중요한 기여・지원하였는지 여부이다.[62]

「자격지침」은 형사사법절차로부터 도피한 자를 배려하지 않는다. 이는 부수적 보호의 경우에 더욱 강화된 형태로 구현된다. 제17조 제3항에 따르면 제3국 국적자 또는 무국적자가 회원국에 입국하기 전에 범죄를 행한 경우, 그 범죄가 같은 조 제1항의 범죄에 해당하지 않는 경우라 할지라도 부수적 보호의 자격이 없는 것으로 볼 수 있다. 다만, 회원국에서 해당 범죄를 범했다면 징역에 처할 수 있는 때에 해당하고, 제3국 국민 또는 무국적자가 범죄에 따른 제재를 피하기 위한 것을 유일한 이유로 출신국을 떠난 때에 해당

99, 111; BVerwG NVwZ 2011, 1450, Rn. 26, 35.

60) 재량의 범위가 보다 넓어진다는 입장으로, Hemme Battjes, *European Asylum Law and International Law* (Martinus Nijhoff Publishers 2006) 266 참조.

61) Kraft (n 48) art 12, 1219, para 65.

62) ibid.

해야 한다.

3) 각국 국내법상 강제퇴거금지

이상과 같은「자격지침」의 부수적 보호는 독일과 프랑스에 모두 국내법으로 이행되어 있다. 독일은「비호법」제4조를 통해,[63] 프랑스는「외국인의 입국·체류·비호에 관한 법전」[64] L.512-1조 이하를 통해 이를 확인할 수 있다.

한편「자격지침」제안이유 15는 국제적 보호의 필요가 아니라, 인도주의적 고려에 따라 회원국 영토에 체류가 허가된 경우는 지침의 적용범위 외에 있다고 하여 다른 형태의 보호를 배제하지는 않는다. 제2조(h)[65] 역시「자격지침」상의 보호 외의 보호를 신청하는 경우를 염두에 두고 설계되었다. 이하에서 살펴볼 국내법상 강제퇴거금지는 이와 같은 국내법적 사례로 평가할 수

---

63) 독일「비호법」에 입법적으로 부수적 보호를 독립된 지위로 도입한 것은 2013년이다. 그 이전까지는「2004년 자격지침」에도 불구하고, 구「체류법」상 강제퇴거금지 및 체류자격의 부여로 강제송환금지 문제를 해결하였다. 이는「자격지침」에 대한 완전한 이행이 아닌 것으로 평가되었다. 하지만 현재는「비호법」제4조가「자격지침」의 이행법률로서,「자격지침」의 내용과 거의 동일하게 부수적 보호의 대상자를 명시하고 있다. 따라서 현시점에서는 독일이 부수적 보호의 개념이라는 측면에서「자격지침」을 성실화를 꾀하였다고 볼 수 있다. 이와 같은 연혁에 관해, *Schieber*(Fn. 1), S. 187; *Heusch/Haderlein/Schönenbroicher*(Fn. 33), Rn. 95; *Marx*(Fn. 23), § 4 Rn. 1 참조.

64) Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. 이하「외국인법전」으로 약칭하며, 프랑스에 관한 서술에서 제명 없이 조항만 언급된 경우 이 법전을 칭하는 것이다. 프랑스법제를 살필 때에는 최근 외국인법전의 전면개정이 2021. 5. 1.부터 시행되었다는 점에 유의할 필요가 있다. Ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

65) 이 조항은 '국제적 보호의 신청'(application for international protection)을 '제3국 국민 또는 무국적자에 의한 난민지위 또는 보충적 보호 지위 신청'으로 정의하면서, '명시적으로 이 지침의 범위 밖에 있는 다른 유형의 보호를 신청한 경우'는 제외된다고 규정하고 있다.

있다.[66]

(1) 독일

강제퇴거는 퇴거에 사실상·법률상 장애가 없는 경우에만 이루어질 수 있다.「체류법」제60조는 그 중 법률상 장애에 관하여 규율하고 있다. 그런데 현시점에서 '지위의 부여'(Statusgewährung)의 측면에서 실질적인 의미가 남아있는 규정은 제5항과 제7항 제1문뿐이다.[67]「체류법」제60조 제5항 또는 제7항 제1문에 따른 강제퇴거금지 사유는 유럽연합 실정법상 부수적 보호의 사유와 일치하지 않는다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.[68] 하지만 이들 역시 협의의 보충적 보호의 범위 내에 속한다고 볼 수 있다.[69]

제5항의 사유는 유럽인권협약에 반하는 강제퇴거금지에 관하여 정하고 있다. 따라서 유럽인권재판소의 판례에서 발달한 법리가 거의 그대로 적용된다고 볼 수 있다. 다만,「체류법」제60조 제5항의 실질적인 규율범위는 규정 문언상 유럽인권협약 제3조 이외의 규범에까지 미치게 된다.[70] 연방행정법원은 이 규정의 적용의 전제조건으로 인권보장의 핵심영역을 침해할 것을 요구하고 있으며, 그 심각성은 유럽인권협약 제3조에 비견될 정도는 되어야 한다고 보고 있다.[71] 이러한 높은 허들로 인하여 제5항의 사유가 활용되는 경

---

66) 독일「체류법」제60조 제5항 또는 제7항 제1문에 따른 강제퇴거금지(Abschiebungsverbot)에 대해 이와 같은 평가를 하는 예로, Döring (n 27) art 4, 1129-30, para 6. 한편, 이러한 국내법에 특수한 규정되는 별개로, 독일 및 프랑스에서 유럽인권협약에 따른 강제송환금지 원칙의 법적 지위에 관해서는 이 장의 제4절 I. 1. 1)에서 살핀다.

67) *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*(Fn. 2), Rn. 1838.

68) 이 절의 I. 1. 2) (3) 참고.

69)「체류법」제60조 제5항 또는 제7항 제1문에 따른 보호를 '보충적 보호'(Komplementärer Schutz)로 명명하는 예로, *Röcker* in Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht: Kommentar, 13 Aufl., 2020, AufenthaltG § 25 Rn. 25 ff.

70) *Schieber*(Fn. 1), S. 187.

71) BVerwG NVwZ 2000, 1302.

우가 실무적으로 많지는 않다.[72]

제7항에 따르면, 원칙적으로 생명・신체・자유에 대한 '현저하게 실재적인 위험'(erhebliche konkrete Gefahr)이 있는 국가로 외국인을 퇴거시켜서는 안 된다(제1문). 이때 건강상 이유로 위험이 인정되기 위해서는, 생명에 위협을 주거나 심각한 질병이 있고, 그러한 질병이 퇴거로 인하여 실제로 악화될 것이 예상되어야 한다(제3문). 퇴거예정국가의 의료수준이 독일과 동등한 수준일 필요는 없다(제4문).[73] 그 국가에 일부 지역에만 충분한 의료에 대한 보장이 있는 경우에도 원칙적으로 충분한 의료가 보장된다고 본다(제5문). 하지만 퇴거예정국가에서 의료에 대한 접근가능성에 대한 판단은 단순히 가정적인 것이어서는 안 되고, 재정상태 등 개별적 상황에 비추어 볼 때 실제로 접근 가능하여야 한다.[74] 실례로는 인슐린 의존도가 심각한 제2형 당뇨병이 있는 경우 아제르바이잔으로의 강제퇴거금지가 인정된 판결이 있다.[75] 그에 반하여 자살경향(Suizidalität)도 지속적・구체적이고 자살의사가 명확하게 드러나는 경우에 제7항 제1문의 위험에 해당할 가능성이 없는 것은 아니지만, 일시적이고 내적인 심리상태에 그치는 경우에는 강제퇴거금지 사유가 인정될 수 없다고 한다.[76]

(2) 프랑스

프랑스 역시 체류자격의 부존재 또는 안보 위험 등 여러 가지 사유를 원인으로 한 퇴거절차가 존재한다. 일반적으로는 출국명령(la décision portant obligation de quitter le territoire français)을 활용하지만(L.610-1조 이하 참

---

72) UNHCR, *Safe At Last?: Law and Practice in Selected EU Member States with Respect to Asylum-seekers Fleeing Indiscriminate Violence* (July 2011) 80.

73) 최선의 의료수준일 필요도 물론 없다. OVG Lüneburg BeckRS 2010, 50644.

74) *Schieber*(Fn. 1), S. 188.

75) VG Ansbach BeckRS 2014, 59327.

76) OVG Münster BeckRS 2015, 42639 (아프가니스탄으로 돌아가면 자살할 것이라고 진술한 사안).

고), 국가안보에 중대한 위험이 있는 경우 등에는 보다 신속한 집행절차를 따르는 추방명령(l'arrêté d'expulsion)을 활용한다(L.631-1조 이하 참고).

보충적 보호와 관련하여 출국명령절차에서 유의할 만한 것은 퇴거예정국에 관한「외국인법전」L.611-1조 제2항이다. 이에 따르면 외국인은 자신의 생명 또는 자유가 위협을 받거나 유럽인권협약 제3조에 반하는 처우에 노출될 국가로 퇴거를 하여서는 안 된다. 국참사원은 유럽인권협약에 반하는 강제퇴거의 위험을 출국명령 자체가 아니라 퇴거예정국가 결정의 취소사유로 보고 있다.[77] 다만, 파리 행정항소재판소 판례 중에는 유럽인권협약 제2조 또는 제3조에 반하는 강제송환의 위험을 출국명령 자체의 위법사유로 이해한 것이 있다.[78]

추가로 살펴볼 만한 것은 출국명령 자체의 대상이 되지 않는 사유로서 건강상 이유를 정하고 있는 L.661-3조 제9호이다. 이에 따르면 프랑스에 상주하고 있는 외국인으로서 치료를 받지 못하면 극히 심각한 결과를 맞이해야 하는 자가 퇴거될 국가의 보건상황상 적절한 치료를 받지 못할 것이 예상되는 경우에는 출국명령의 대상이 되지 않는다. 추방명령 대상이 되는 경우에는 국가안보에 중대한 위험이 되는 사람에 대한 퇴거절차에 해당하여, 출국명령에 비해 국내법상 인정되는 보충적 보호의 범위가 좁다. L.631-3조 제1항 제5호는 L.661-3조 제9호와 같은 의료상 사유가 규정되어 있다. 이와 같은 사유가 있는 경우에는 추방명령을 할 수는 있되, 국가이익의 근본적 침해, 테러행위와의 연관성, 명시적・고의적 차별조장, 혐오범죄를 범한 경우에 한해 가능토록 규정되어 있다.

2. 캐나다

캐나다의 보충적 보호 대상에서 핵심적인 대상은 '보호가 필요한 사람'(person in need of protection)이다. 이는 이 글의 개념정의상 협의의 보충

---

77) CE, 16 janvier 2004, *M. X.*, n° 255554.

78) CAA Paris, 15 décembre 2006, *Préfet de police c/ Jabnoun*, n° 06PA00482, *Leb.*

적 보호에 속한다. 캐나다 난민법제의 중요한 특징 중 하나는 협약상 난민과 보호가 필요한 사람에 대해 난민보호(refugee protection)이라는 동일한 보호가 제공된다는 것이다. 이는 수익적 보호의 일종이다.[79]

보호가 필요한 사람이라는 법개념은 수익적 보호뿐만 아니라 방어적 보호의 사유도 된다. 수익적 보호와 방어적 보호는 실체법보다는 절차법에서 구별된다. 난민보호 신청과는 별도로, 강제퇴거 절차가 개시되면 대상자는 '퇴거 전 위험성 평가'(Pre-Removal Risk Assessment, PRRA)를 신청할 수 있는데, 이 단계에서 자신이 보호가 필요한 사람에 해당한다고 주장할 수 있다.[80]

다른 한편, 캐나다는 인도적·온정적 고려를 통해 외국인에 대한 체류허가를 부여할 때에 적용되는 기준 또는 의무를 면제할 수 있도록 하고 있다. 이는 이 글의 분류상 광의의 보충적 보호에 가깝다.

이하에서는 위와 같은 두 개념에 대하여 살핌으로써 캐나다의 보충적 보호 대상자에 대하여 정리하도록 한다. 다만, 그에 앞서 캐나다의 헌법체계상 국제법과 국내법의 관계를 살펴본다. 캐나다법상 국제조약은 국내법에 곧바로 효력을 미치지 않는데, 이와 같은 국제법과 국내법의 괴리는 국제법이 국내법 해석방법에 미치는 영향 문제[81] 및 국제인권조약상 강제송환금지 원칙의 의미 축소[82]와 연관되기 때문이다.

1) 국제조약의 국내법상 지위

캐나다에서 조약은 국내법의 일부를 이루지 못한다. 즉 이행입법이 없는 한 조약은 캐나다 내에서 구속력 있는 규범으로서 직접 적용되지 않는다.[83]

---

79) 수익적 절차에 관해서는 이 장의 제3절 I. 2. 1) 참고.

80) 퇴거 전 위험성 평가 절차에 관해서는 이 장의 제3절 I. 2. 2) 참고.

81) 아래 1) (2) 참고.

82) 이 장의 제4절 I. 2. 1) 참고.

83) *Francis v The Queen* [1956] SCR 618, 621; *Baker v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1999] 2 SCR 817, para 69; *Suresh v Canada*

이행입법이 있는 경우에도 엄밀한 의미에서 조약은 여전히 국내법의 일부가 되지 않고, 그 이행입법 자체가 국내법이 된다.[84] 국제조약의 가입은 연방 집행부의 권한이나, 이행입법의 권한은 헌법상 절차에 따라 입법부에 유보되어 있다.[85]

이렇듯 캐나다는 형식적으로 이원적 구조를 보이지만, 간접적용의 모습으로 국제조약이 국내법 해석에 영향을 미친다. 이에 따르면 국내법의 가능한 해석 사이에서 법원은 국제조약에 반하는 해석을 피하여야 한다.[86] 다만, 이러한 '국제법 합치성 추정'은 의회주권 원리에 따라 의회의 의사가 명확한 경우 반증이 가능하다.[87] 물론 이러한 반증을 명시적으로 인정한 경우는 매우 적다.[88] 이와 같은 간접적용은 아래 3)에서 살펴볼 인도적·온정적 고려 단계에서 의미를 지닌다. 캐나다 연방대법원은 아동권리협약이 국내법적인 구속력은 없지만, 재량권을 행사할 때 아동의 권리·이익·필요를 중요하게 고려해야 한다고 판시한 바 있다.[89] 이는 이행입법이 없는 조약도 재량권 행사의 방법에 영향을 미칠 수 있음을 보여준다.

(Minister of Citizenship and Immigration) 2002 SCC 1, para 60.

84) 다만, 국제관습법은 캐나다에 직접 효력을 가지는 보통법의 일부로 이해된다. 이상 Gib van Ert, 'Dubious Dualism: The Reception of International Law in Canada' (2010) 44 Valparaiso University Law Review 927, 928-31.

85) Jutta Brunnée and Stephen J Toope, 'A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts' (2002) 40 Canadian Yearbook of International Law 3, 22.

86) 이러한 형태의 적용방식은 구속력 여부에 대한 천착에서 벗어나 설득적 규범을 찾아가는 모습에 해당한다는 평가로, Karen Knop, 'Here and There: International Law in Domestic Courts' (2002) 32 NYU Journal of International Law and Politics 501, 504.

87) Brunnee and Toope (n 85) 24-26; *R v Hape* [2007] 2 SCR 292, 2007 SCC 26, 53.

88) 이례적인 사안으로, *Cooperative Committee on Japanese Canadians v Attorney General for Canada* [1947] AC 87 (PC) (캐나다에서 일본으로 강제퇴거를 하는 행위에 대하여, 전쟁상황의 예외로 인하여 국제법 합치해석에 대한 추정이 반증된다고 본 사안).

89) *Baker* (n 83) para 73.

2) 보호가 필요한 사람

(1) 의의

캐나다법상 보호가 필요한 사람은「이민・난민보호법」[90] 제97조에 규정되어 있다. 이 규정은「이민・난민보호법」의 도입과 함께 신설되었지만, 이것이 보충적 보호 자체를 완전히 새로 도입한 것은 아니라고 설명된다. 과거에는 이민난민위원회(Immigration and Refugee Board, IRB)의 참여가 없었을 뿐, 방어적 보호 차원에서 거부결정을 받은 난민신청자에 대한 보충적 보호 여부를 판단하였던 것이다.[91] 현행법상 그 기능은 퇴거 전 위험성 평가와 유사하다.[92] 제97조의 도입은 방어적 절차 이전에 수익적 단계에서 보충적 보호 여부를 협약상 난민 해당 여부와 함께 심사하도록 개선하는 법제라고 볼 수 있다. 규정 내용을 살펴보면, 보호가 필요한 사람은 캐나다에 있는 사람으로서 국적국(국적이 없는 경우에는 상주국가)에 이송되는 경우 특정한 상황에 처하게 되는 사람을 의미한다(제97조 제1항). 그 특정한 상황으로는 고문의 위험이 발생하는 경우로서 그러한 위험의 존재에 관한 믿음에 상당한 근거가 있는 경우(제97조 제1항(a)) 및 잔혹하거나 이례적인 처우・처벌의 위험이 발생하는 경우(제97조 제1항(b))가 있다. 후자의 경우에는 네 가지 요건을 추가적으로 충족해야 한다. 첫째, 해당 국가로부터 보호를 받을 수 없거나 그러한 위험으로 인하여 보호를 받기 원하지 않아야 한다(제97조 제

---

90) Immigration and Refugee Protection Act, SC 2001 c 27. 이하 캐나다에 관한 서술에서 제명 없이 조항만 언급된 경우「이민・난민보호법」을 칭하는 것이다.

91) 이를 '결정 후 난민신청자'(post-determination refugee claimants in Canada, PDRCC)에 대한 절차로 표현한다. Jessica Reekie, 'Complementary Refugee Protection in Canada: The History and Application of Section 97 of the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)' in International Association of Refugee Law Judges, F*orced Migration and the Advancement of International Protection* (7th World Conference 2006) 266. 이민난민위원회의 기능에 대해서는 이 장의 제3절 I. 2. 1) 참고.

92) 퇴거 전 위험성 평가에 관해서는, 이 장의 제3절 I. 2. 2) 참고.

1항(b)(i)). 둘째, 해당 국가 전역에서 그러한 위험에 처하게 될 것이고, 해당 국가의 사람들이 일반적으로 처한 위험이 아니어야 한다(제97조 제1항(b)(ii)). 셋째, 일반적으로 승인된 국제기준에 부합하는 적법한 제재에 내재한 위험이 아니어야 한다(제97조 제1항(b)(iii)). 넷째, 해당 국가에서 적절한 보건・의료 서비스를 제공하지 못하는 것으로 비롯된 위험이 아니어야 한다(제97조 제1항(b)(iv)). 한편, 캐나다에 있는 사람으로서 하위규정(regulation)에 따라 보호가 필요한 것으로 정해진 집단의 구성원 역시 보호가 필요한 사람에 해당한다(제97조 제2항).[93]

이하에서는 이 규정이 적용된 사례를 살펴본다. 우선 위험의 정도에 관한 법리를 살펴본다. 그 후, 제97조 제1항(b)에 따른 보호요건 중 중요한 것으로 여겨지는 '위험이 일반적이지 않을 것' 및 '보건・의료 서비스 부재로부터 비롯된 것이 아닐 것'이라는 요건에 관해 살핀다(제97조 제1항(b)(ii), (iv)). 마지막으로 배제사유에 관하여 살핀다.

(2) 위험의 정도

제97조를 적용하기 위한 요건으로서 위험의 의미에 관해서는 연방항소법원의 *Li* 판결이 참고할 가치가 있다. 이에 따르면 캐나다는 증명의 기준에 관하여 '개연성 교량'(balance of probabilities)을, 위험의 정도에 관하여도 개연성 교량을 채택하고 있다. 용어는 동일하나, 전자는 특정한 위험의 정도를 증명하기 위한 기준을 말하는 것이고, 후자는 그 실제로 그 위험이 실현될 수 있는 가능성을 말하는 것이다.[94] 개연성 교량은 '그러할 가능성이 그러하지 않을 가능성보다 높은 경우'(more likely than not)를 의미한다. 이와 같은 심사구조는 협약상 난민을 판단할 때 위험의 정도 측면에서 개연성 교량 심

93) 이상의 규정은 국내 선행연구에서도 소개된 바 있다. 최계영, "난민법상 인도적 체류허가 거부의 처분성", 행정법연구 제63호, 2020, 45면; 김후신, "난민협약 외의 난민에 대한 강제송환금지: 자유권규약과 인도적 체류허가", 저스티스 통권 제183호, 2021, 625-626면.

94) *Li v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2005 FCA 1.

사를 충족하지 않는 경우도 요건 충족을 인정하는 것[95]과 대조된다.

Li 사건에서 연방항소법원이 위험의 정도에 관하여 개연성 교량을 채택한 논거를 보다 자세히 살펴보도록 한다. 첫째, 고문의 위험이 존재한다는 점에 대한 충분한 근거가 있을 것을 요건으로 하는「이민・난민보호법」제97조 제1항(a)와 고문방지협약 제3조는 그 문언이 거의 유사하므로, 후자에 관한 판례는 전자의 해석을 할 때 하나의 지침이 될 수 있다. 연방항소법원이 고문방지협약 제3조에 관하여 '단순한 가능성'(mere possibility)과 '높은 가능성'(highly probable) 기준을 제외하면 개연성 교량만 남는다고 판단한 예, 고문방지위원회의 일반논평이 '이론적 가능성 또는 의심'(mere theory or suspicion)과 '높은 가능성'(highly probable) 기준을 모두 배척한 예, 미국 연방항소법원 역시 개연성 교량 기준을 채택한 예 등에 비추어 볼 때 개연성 교량 기준이 정당화될 수 있다.[96] 둘째, 협약상 난민과 비교하여 보호가 필요한 사람에 대하여 다른 위험의 정도를 요구하는 것에 근거가 없다고 주장할 수도 있겠지만, 의회가 입법을 할 때 협약상 난민처럼 '충분한 근거'(well-founded fear)라는 용어를 사용할 수 있었음에도 불구하고 고문방지협약 제3조와 같은 용어를 채택한 것은 두 보호형태 사이에 차이가 있음을 보여준다. 그리고 개연성 교량 기준을 택한다고 해도 고문방지협약의 취지에 반하는 것으로 볼 수도 없다.[97] 셋째, 제97조 제1항(b)의 경우 '위험'이라는 문언을 수식하거나, 협약상 난민에 관한 기준이 적용되어야 함을 보여주는 규정이 없다. 특별히 높거나 낮은 위험의 정도를 요하는 이유가 없다면, 개연성 교량 기준을 택하지 않을 이유가 없다.[98]

---

95) *Adjei v Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1989] 2 FC 680 (CA), para 5.

96) *Li* (n 94) paras 15-28.

97) ibid paras 30-36.

98) ibid paras 37-39. 이러한 개연성 교량 기준은 후속 판결들에서도 채택되고 있다. 최근의 예로, *Olusola v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2020 FC 799, para 8.

(3) 추가적 요건

제97조 제1항(b)(ii)는 '일반성이 없을 것'을 요건으로 정하고 있다. 이는 명문상 신청인이 출신국에서 다른 사람들에 비하여 얼마나 개별적인 위험에 처한 것인지에 관한 문제이다. 이러한 명문의 규정으로 인해 캐나다법은 앞서 살펴본 유럽사법재판소의 *Elgafaji* 판결[99]의 법리를 그대로 따르기 어려운 점이 있다.

제97조에 따른 심사는 크게 두 단계로 설명된다. 첫째는 신청인이 처한 위험의 성질을 정확하게 판단하는 것이다. 이는 위험이 현재 진행 중이거나 장래에 발생할 것인지(즉, 개별화된 위험에 지속적으로 노출되는지), 위험의 내용이 무엇인지, 그러한 위험이 잔혹하거나 이례적인 처우·처벌에 해당하는지, 위험의 원인은 무엇인지에 대한 평가를 포함한다. 이때 다분히 개별적인 이유로 신청인이 고조된 위험에 처하였다면, 그러한 위험을 출신국 내의 다수의 사람들이 처한 일반적인 범죄의 위험과 혼동해서는 안 된다. 둘째는 그렇게 판단된 신청인의 위험을 다른 상당한 집단의 그것과 비교하여, 둘의 위험이 같은 성질·정도의 것인지를 살펴보는 것이다. 만약 두 위험이 같지 않다면, 신청인에게는 제97조에 따른 보호가 제공된다.[100]

De Hernandez 판결은 일반성을 인정한 사안이다. 원고는 엘살바도르인으로서, 버스 요금 정산 업무를 하던 사람이었다. 그런데 버스 운행 중 '마라 살바트로차'(Mara Salvatrucha)의 단원들이 버스를 멈춰 세워서 당일 받은 요금을 갈취하고, 매달 일정 금액을 지불하지 않으면 살해할 것이라고 협박하고, 조직에 가입하라고 강권하였다. 원고와 버스 회사와 상의 끝에 회사가 이를 비용으로 생각하고 지불하기로 하였는데, 이후 갱단에서 매달 2,500 달러를 지불하라고 요구하자 버스회사를 그만 두고 도망하였다. 난민보호부(Refugee Protection Division, RPD)[101]는 마라 살바트로차의 활동이 체계적

---

99) *Elgafaji* (n 42).

100) 이상의 2단계에 관해, *Portillo v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2012 FC 678, paras 40ff 참조.

·고질적이라는 증거만으로는 제97조의 보호를 인정할 만한 근거가 있다고 보기 어렵고, 원고가 송환되는 경우 엘살바도르의 일반적인 다른 사람들과 같은 위험에 처하게 될 것이라고 판단하였다. 연방법원은 그 판단의 합리성을 인정하여 청구를 기각하였다.[102]

Roberts 사건에서는 일반성이 부정되었다. 원고는 세인트 빈센트 그레나딘에서 갱단 단원과 다른 사람 사이의 다툼에 개입하였다가 갱단 단원으로부터 산성물질로 공격을 당하고, 이후 갱단 단원에게 특정되어 위협을 당하였다. 폭력배 3명이 원고와 친구의 차량 창문을 박살냈다. 원고와 친구는 폭력배와 싸움을 하게 되었는데 그 과정에서 친구가 폭력배 1명을 살해하였다. 이에 원고는 보복을 두려워하여 누이가 살고 있는 캐나다로 도망하여 즉시 비호를 신청하였다. 원고는 자신이 캐나다에 있는 동안, 친구를 통해 위협을 당하였다고 주장하였다. 난민보호부는 그가 처한 위험이 세인트 빈센트의 일반적인 범죄 위험으로 인한 것이라는 이유로 신청을 거부하였다. 하지만 연방법원은 원고가 특정된 범죄 위험에 처하였음에도 불구하고 범죄의 위험 자체가 출신국에서 일반적이라는 이유로 개별성을 부정한다면 제97조가 범죄 관련 위험에 적용될 가능성 자체를 없애는 불합리가 발생한다고 판단하였다. 이에 원고의 개별적 상황에 입각하여 재심사를 다시 하여야 한다는 취지로 결정을 취소하였다.[103]

Roberts 사건에서 제기된 문제는 위험이 어느 정도로 일반적이어야 보호요건을 갖추지 못한 것으로 보는지의 문제와도 연관된다. 그에 앞선 *Osorio* 사건에서 연방법원은 '일반적'이라는 문언을 모든 시민에 대한 것으로 해석할 필요는 없다고 판단하면서, 부모라는 집단 역시 일반적인 경우에 해당할 수 있다고 판단하였다.[104] 연방법원은 *Ventura De Parada* 사건에서도 비록 '엘

---

101) 캐나다에서 실질적 난민요건 심사가 이루어지는 기관으로, 그 기능에 대해서는 이 장의 제3절 I. 2. 1) (2) 참고.

102) *De Hernandez v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2015 FC 517. 엘살바도르 관련 사건으로 유사한 판단을 한 예로, *Morales Gonzalez v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2010 FC 991.

103) *Roberts v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2013 FC 298.

살바도르에서 부유한 사람'이라는 하위집단에 속함으로 인해서 다른 사람에 비해 높은 위험에 처하게 된다고 하더라도 개별성 요건을 갖추지 못한 것으로 보아야 한다고 설시하였다.[105] *Paz Guifarro* 사건에서는, 신청인이 특정한 하위집단(해외에서 귀국하는 집단, 부유한 것으로 인식되는 집단 등)에 속함으로 인하여 표적이 되고, 그 하위집단이 충분히 커서 출신국에서의 위험이 전반적으로 퍼져 있다고 볼 수 있는 경우에는 제97조 제1항(b)(ii)의 요건을 갖추지 못한 것으로 보는 것이 확립된 법리라고 선언하기에 이른다. 그리고 그 하위집단이 수천 명이 되는 경우, 비록 국가 전체 인구에서는 낮은 비율이더라도 충분히 큰 것으로 볼 수 있을 것이라고 판단하였다.[106] *Correa* 사건에서 연방법원은 난민보호 신청인이 개별적 표적이 되는 경우 항상 보호가 필요한 사람으로 볼 수는 없지만, 통상 다른 사람들이 일반적으로 처하지 않은 상황으로 인하여 개별적으로 표적이 되는 경우에는 일반적인 위협으로 볼 수 없다고 설명하였다. 그리고 개별적 심사에 입각하지 않고 제97조 제1항(b)의 분석을 하위집단 분석으로 이해하는 것은 오류라고 보았다.[107]

---

104) *Osorio v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2005 FC 1459, paras 20-27.

105) *Ventura De Parada v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2009 FC 845, paras 22-23.

106) *Paz Guifarro v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2011 FC 182, para 33 (온두라스에서 소위 전쟁세(war tax)의 납부를 거부하여 '마라 18'이라는 갱단으로부터 살해 위협을 받았다고 주장한 사안). 이후 판결 중 같은 취지로, *Wilson v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2013 FC 103, para 6.

107) *Correa v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2014 FC 252, paras 82-84 (보호비를 명목으로 갱단에게 갈취를 당하고, 주거침입을 당하였으며, 그 과정에서 가족의 사진을 보여주면서 신상에 대해 소상히 알고 있다고 협박을 당한 사안으로, 개별성 및 비일반성이 인정된 판결). 개별심사의 중요성에 관하여는 후속 판결들에서도 강조되고 있다. *Manan v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2020 FC 150, paras 49-54 (가족 사업으로 페인트 공장을 운영하면서 아프가니스탄 정부 및 외국기관에 페인트를 판매하여, 아프가니스탄 정부와 미국 및 그 동맹을 지지하고 그에 협력하는 것으로 인식되어

한편, 「이민・난민보호법」 제97조 제1항(b)(iv)에 따르면 출신국에서 적절한 보건・의료 서비스를 받지 못함으로 인하여 발생하는 위험은 보호대상이 되지 않는다. 연방항소법원은 *Covarrubias* 사건에서 이러한 단서에 해당하지 않는다는 증명책임은 난민보호 신청인에게 있고, 이례적인 경우에 한하여 증명책임이 이행된 것으로 보아야 한다고 판시하였다.[108]

증명의 대상은 출신국의 무능력(inability)로 인해 신청인에게 위험이 발생한 것이 아니라는 점이다. 이때 무능력에는 제한된 공적 자원을 배분함으로 인하여 발생하는 무능력도 포함된다. 즉 공적 자원 배분의 결과로 의료비를 지불할 능력이 없는 사람에게 의료비를 지원하지 않는 경우는 원칙적으로 보호대상에 속하지 않는다.[109] 하지만 만약 의료 서비스가 정당한 정치적・재정적 사유에 입각해 신의성실에 따라 제공되지 않는 것이 아니라 정당하지 않은 박해적・차별적 사유로 인한 것일 경우에는 보호대상에 해당할 수 있다.[110]

(4) 배제사유

제98조는 난민협약 제1조E 또는 제1조F에 해당하는 경우 협약상 난민에 해당하지 않을 뿐만 아니라, 보호가 필요한 사람에도 해당하지 않는다고 규정하고 있다.[111] 앞서 살펴보았듯이 난민협약 제1조F는 다른 배제사유와 달

탈레반에 납치당해 11개월 동안 인질이 되었다고 주장한 사안).

108) *Covarrubias v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 365, para 31.

109) ibid para 38.

110) ibid paras 39-41.

111) 난민협약 제1조E는 거주국의 권한있는 기관에 의하여 그 국가의 국적을 보유하는 데에 따른 권리 및 의무를 가진 것으로 인정되는 자에 대한 적용 배제를 규정하고 있다. 한편, 난민협약 제1조F는 평화에 대한 범죄, 전쟁범죄 또는 인도에 대한 범죄에 관하여 규정하는 국제문서에 정하여진 그러한 범죄를 범한 자(제1조F(a)), 난민으로서 피난국에 입국하는 것이 허가되기 전에 그 국가 밖에서 중대한 비정치적 범죄를 범한 자(제1조F(b)), 국제연합의 목적과 원칙에 반하

리 보호 자체의 자격이 없는 상황이라는 독자적인 중요성을 지니므로,[112] 여기서는 이에 관해서만 살핀다.

캐나다 판례는 난민협약의 인도주의적 목적에 반할 정도로 배제사유를 넓게 해석하여서는 안 되지만, 출입국관리에 대한 당사국의 필요를 무시할 정도로 좁게 해석하여서도 안 된다고 설명한다.[113] 난민협약 제1조F(a)에 관하여는 연방대법원의 *Ezokola* 판결이 참고할 만하다. 이 사안에서 원고는 1999년 콩고민주공화국 공무원으로 경력을 시작하여, 2004년경에 주뉴욕대표부로, 2007년에는 해당 대표부 대표로 발령되었는데 2008년 1월 캐나다에 난민보호를 신청하였다. 하지만 제1조F(a)에 정한 인도에 반하는 죄의 공범으로서 배제사유가 적용되었다. 이에 대하여 원심은 원고가 고위공무원으로서 자신의 직위를 유지하고, 정부의 범죄행위를 인식하면서도 이에 항거하지 않고 정부의 이익을 대변한 것으로도 공범성을 인정할 수 있다고 보았다.[114] 하지만 연방대법원은 로마규정이나 특설 국제형사재판소들의 판례 등을 고려할 때 공범은 특정한 집단 내의 수동적 구성원이라는 것만으로는 인정될 수 없고, 기여(contribution)에 의해서만 인정될 수 있다고 설명하였다. 특정한 범죄행위 자체와 연관관계 없이 공범성이 인정되기 위해서는 범죄집단의 범죄 목적과 그 개인 사이에 연관관계가 있어야 한다는 것이다. 이때 판단기준은 난민보호 신청인이 자발적으로 의식적이고 상당한 기여를 하였다고 볼 만한 상당한 이유가 있는지 여부이다. 그리하여 난민보호부가 재심사해야 한다고 판단하였다.[115]

난민협약 제1조F(b)에 관해, 연방대법원은 *Febles* 사건에서 강제송환금지

는 행위를 행한 자(제1조F(c)) 중 어느 하나에 해당한다고 볼 상당한 이유가 있는 자에 대한 적용배제를 규정하고 있다.

112) 제1장 제2절 I. 참고.

113) *Ezokola v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2013 SCC 40, paras 35-36; *Febles v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2014 SCC 68, para 30.

114) *Ezokola v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2011 FCA 224, para 72.

115) *Ezokola* (n 113).

원칙의 예외사유와 달리 위험의 현재성이 필요하지 않다고 판단하였다.[116] 제1조F(b)에 정한 범죄로 인하여 출신국에서 처벌을 받은 이후더라도 이는 하나의 고려요소가 될 뿐, 여전히 적용배제 사유가 된다는 것이다.[117] 범죄행위의 중대성을 판단할 때 캐나다법을 기준으로 삼는 것의 합리성을 인정한 판결도 확인된다. 그리하여 캐나다법에 따라 법정최고형이 10년 이상인 경우 실제 선고형이 그보다 낮더라도 중대성이 인정된다.[118]

과거 제1조F(c) 사유의 적용은 마약 운반에 관한 경우가 대부분이었다.[119] 그리하여 *Atef* 사건에서 연방법원은 배제사유가 되는 행위가 출신국이나 신청국 모두에서 이루어질 수 있고, 반드시 높은 지위에 있는 사람의 행위만 의율하는 것도 아니라고 설명하였다. 그리고 국제법 위원회의 「인류의 평화와 안전에 반한 범죄규정 초안」[120]이 비록 초안에 불과할지라도 불법 마약거래를 통제하고자 하는 국제연합의 명확한 의사를 보여준다고 하였다.[121] 하지만 이와 같은 경향은 1998년 연방대법원의 *Pushpanathan* 판결에 바뀌었다. 다수의견은 제1조F(c)가 '인도에 반하는 죄 중 전쟁과 무관한 경우'를 정한 것으로 이해하였다. 그리하여 중대성, 지속성 또는 체계성이 인정되는 근본적 인권 침해로서 평시 상황에서 박해에 이르는 정도를 정한 것으로 보았다.[122] 이러한 경우에 해당할 수 있는 유형으로는, 널리 받아들여진 국제조

---

116) *Febles* (n 113).

117) *Jayasekara v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2008 FCA 404. 이는 과거 캐나다 연방대법원 판결의 방론과 배치된다. 해당 연방대법원 판결은, *Canada (Attorney General) v Ward* [1993] 2 SCR 689. 하지만 방론 법리가 점차적으로 희석되어 현재는 *Jayasekara* 사건의 법리를 따르는 추세라는 점에 관한 설명으로, Joseph Rikhof, *The Criminal Refugee: The Treatment of Asylum Seekers with a Criminal Background in International and Domestic Law* (Republic of Letters Publishing 2012) 319-32.

118) *Quintana Murillo v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2008 FC 966.

119) 이에 관한 소개로, Rikhof (n 117) 353-54 참조.

120) Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind.

121) *Atef v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1995] 3 FC 86.

122) *Pushpanathan v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1998] 1

약 또는 국제연합 결의가 명시적으로 이를 국제연합의 목적에 반하는 것으로 정하는 경우(예컨대 강제실종, 고문, 테러행위, 인질행위, 아파르트헤이트) 및 법원이 사실적·법적 상황을 고려하여 스스로 그렇게 판단하는 경우를 제시하였다.[123] 그리고 마약운반은 이와 같은 경우에 해당하지 않는다고 판단하였다.[124]

3) 인도적·온정적 고려

(1) 규정체계

「이민·난민보호법」 제25조 제1항에 따르면 장관은 입국결격 외국인에 대하여 '인도적·온정적 고려'(humanitarian and compassionate considerations)에 따라 영주권을 부여하거나, 「이민·난민보호법」상 적용되는 기준 또는 의무를 면제할 수 있다. 이때 그 결정으로 인하여 직접 영향을 받는 아동의 최선의 이익을 고려하여야 한다. 다만, 제25조 제1항에서 신청자격 자체를 제한하고 있어서 제34조(안보 사유로 인한 입국결격), 제35조(인권 또는 국제적 권리의 침해로 인한 입국결격), 제37조(조직범죄로 인한 입국결격)에 해당하는 경우에는 이를 신청할 수 없다. 신청은 캐나다 내에서 할 수도 있고, 캐나다 밖에서 할 수도 있다. 장관은 직권으로 인도적·온정적 고려를 할 수도 있다(제25.1조 제1항).

인도적·온정적 고려는 이민의 대체적 수단이 아니며, 극히 예외적인 경우에만 인정된다.[125] 단순히 캐나다를 떠남으로 인해서 곤경이 발생한다는 사실만으로는 인도적·온정적 구제의 대상이 되어야 하는 것은 아니다.[126] 「이

SCR 982, para 64.

123) ibid paras 66-67, 70-71.

124) ibid paras 69, 72, 74.

125) Lynn Fournier-Ruggles, *Canadian Immigration and Refugee Law for Legal Professionals* (4th edn, Emond Montgomery Publications Limited 2018) 301.

126) *Rizvi v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2009 FC 463, para

민·난민보호법」 제25조 제1.3항에 따르면 신청에 대하여 심사를 할 때 협약상 난민 또는 보호가 필요한 사람의 요건에 해당하는지 고려할 수는 없지만, 해당 외국인과 관련된 곤경을 전체적으로 고려하여야 한다. 이 규정의 취지는 난민보호 심사 시에 제출된 사실관계와 증거를 인도적·온정적 고려 신청 시에 제출하지 못한다는 의미는 아니다.[127]

법률 및 하위규정에는 인도적·온정적 고려에 대한 구체적인 규율이 존재하지 않아, 장관으로서는 재량권을 행사할 수 있다. 이때 고려할 수 있는 사항에는 종전에 신청인이 캐나다와 사이에 지니고 있던 관련성(예컨대 상당기간 거주 또는 가족의 캐나다 거주)도 포함이 될 수 있는 한편, 그와 무관한 출신국의 사유들도 고려될 수 있다. 따라서 인도적·온정적 고려는 광의의 보충적 보호의 일종으로 파악할 수 있다.[128]

제25조에 따른 신청을 거부하는 결정도 행정결정으로서 사법심사의 대상이 될 수 있다. 이유제시에 관한 규정은 별도로 존재하지 않아 자동적으로 거부결정의 이유가 제시되지는 않지만, 신청인은 이유제시를 서면으로 요청할 수 있다.[129]

(2) 일반적 고려사항

인도적·온정적 고려 시의 재량권 행사에 관하여는 비교적 최근에 선고된 연방대법원의 *Kanthasamy* 판결이 중요한 준거로 이해되고 있다.[130] 원고는 자신이 타밀족이라는 이유로 군이나 경찰 등으로부터 '타밀엘람 해방 호랑이'를 지지하는 것으로 의심을 받아 박해를 당할 위험이 있다는 이유로 난

13

127) *Kanthasamy v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2015 SCC 61, para 51.

128) 협의의 보충적 보호와 광의의 보충적 보호의 개념에 대해서는, 제1장 제3절 I. 참고.

129) Fournier-Ruggles (n 125) 314.

130) *Kanthasamy* (n 127).

민보호를 신청하였으나 거부되었고, 퇴거 전 위험성 평가 신청도 거부되었다. 원고는 제25조 제1항에 따라 인도적·온정적 고려에 따른 구제도 신청하였다. 실무적으로 인도적·온정적 고려에 관하여는 당시 시민난민부에서 발행한 가이드라인을 따르고 있었다.[131] 가이드라인에 따르면 신청에 대한 심사는 '곤경의 평가'(assessment of hardship)에 의하여 이루어지고, 신청이 받아들여지기 위해서 신청인은 그 곤경의 '이례성 및 부당성'(unusual and undeserved) 또는 '비례에 어긋남'(disproportionate)을 보여야 했다.[132] 이때 판단 시 고려할 사항으로는, 캐나다에의 정착상황, 캐나다와의 관련성, 신청으로 인해 영향을 받는 아동의 최선의 이익, 출신국의 요소(예컨대 의료상황, 차별, 기타 폭력 또는 곤경), 건강상태, 가정폭력, 친족 간 분리로 인해 받는 영향, 캐나다를 떠나지 못하는 사유, 그 밖에 제96조 또는 제97조와 무관한 요소를 예시하고 있었다.[133]

연방대법원은 이러한 가이드라인이 「이민·난민보호법」 제25조 제1항의 합리적인 해석에 있어서 유용하기는 하지만, 그 자체로 법적 구속력이 있는 것은 아니며, 열거주의를 따르지도 않음을 지적하였다. 즉 담당공무원으로서는 지침을 고려할 수는 있지만 그것이 제반사정 전반에 대한 검토를 제한하는 지침으로 이해해서는 안 되며, 형평이라는 목적에 유연하게 대응할 수 있어야 한다는 것이다.[134]

---

131) 당시 가이드라인은 공식적인 경로로 접근이 어려워 판결문에 드러난 가이드라인을 기준으로 살핀다.

132) *Kanthasamy* (n 127) paras 22, 26.

133) ibid para 27.

134) ibid paras 32-33. 다만, 이러한 설명은 그 모호함으로 인해 판단기준으로 삼기 어려울 뿐만 아니라, 인도적·온정적 고려의 기준을 지나치게 낮추어서 예외적으로만 작동하도록 의도한 의회의 의사에도 부합하지 않는다는 반대의견이 있었다. 그리하여 '인도적·온정적 고려에 따른 구제의 예외적 성질을 인식하고 있는 품위 있고 공정한 캐나다인이 보았을 때에 구제의 거부를 받아들일 수 없는 경우'라는 심사기준을 제시한다. ibid (Moldaver and Wagner JJ dissenting) paras 85, 107-108. 최근 가이드라인은 곤경 평가를 요건이 아닌 중요한 고려요소 정도로 완화하여 설명하고 있다. Immigration, Refugees and Citizenship Canada, 'Humanitarian and compassionate assessment: Hardship and the H&C

Mursalim 사건은 담당공무원이 *Kanthasamy* 판결에 따른 심사기준을 적용하지 않았다는 이유로 거부결정이 취소된 사례이다. 원고의 모친은 2013년에 협약상 난민으로 캐나다에서 인정을 받은 후 영주권을 신청하면서 학업을 계속 중이었던 원고를 부양가족 자격으로 이를 함께 신청하였다. 원고에 대한 영주권 신청은 거부되었으나, 담당공무원이 학업 관련 자료를 평가할 때 절차적 공정성을 위배했다는 이유로 법원에서 취소·환송 판결을 하였다. 그런데 판결 이후 원고는 교육과정을 마친 상황이었기에 부양가족의 예를 적용받지 못하고, 추가적으로 제25조 제1항에 의해 신청을 하였다. 하지만 담당공무원은 원고의 사정이 '이례적이고 부당하거나 비례에 어긋나는 곤경'에 해당하지 않는다는 이유로 거부하였는데, 연방법원은 기존에 부양가족으로 영주권을 취득할 기회를 원고의 과실 없이 절차적 공정에 반해 박탈당하였다는 점을 고려하지 않았다는 취지로 그 위법성을 인정하였다.[135)]

이렇듯 종합적 고려를 그 특징으로 하는 만큼, 인도적·온정적 고려 역시 선험적 체계화보다는 개별 사례에 따른 구체적 판단이 이루어진다. 그런데 그 사례들을 자세히 살펴보면 난민보호 신청의 맥락에서 주장과 유사한 주장이 고려되는 경우가 있음을 알 수 있다. 대표적으로 이란에서의 무신론으로 인한 박해가능성을 주장한 사례에서 국가정황정보를 비합리적으로 배척한 것이 문제되어 사법심사 청구가 인용되었다.[136)] 난민협약상 박해사유인 특정사회집단에 해당하기도 하는 양성애 지향을 주장한 예에서 그 지향이 개연성 교량에 의해 입증되지 않았다는 담당공무원의 판단이 합리적이라고 인정한 예를 확인할 수 있다.[137)] 한편, 종교적으로 알레비파, 민족적으로 쿠

Assessment' <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/permanent-residence/humanitarian-compassionate-consideration/processing/assessment-hardship-assessment.html> accessed 26 February 2021.

135) 이상의 사안은, *Mursalim v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2016 FC 264; *Mursalim v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2018 FC 596.

136) *Roshan v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2016 FC 1308.

137) *Ikeji v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1422. 같은

르드족, 정치적으로 좌파에 해당하기에 터키로 송환 시 곤경에 처할 것이고, 여성의 경우에는 성폭력의 위험에 처할 것이라고 주장된 사안에서, 진술의 신빙성 및 박해가능성이 없음을 이유로 인도적·온정적 고려를 부정한 것의 합리성이 인정된 예가 있다. 해당 사안에서 담당공무원은 성폭력의 경우 시골 지역에 사는 여성들의 위험이 더 높은데, 원고들은 캐나다에 오기 이전까지 이스탄불에 살았고 터키에 돌아가더라도 이스탄불에 돌아갈 것으로 예상되기에 그 위험이 상대적으로 낮다고 평가하였다. 연방법원에서는 그 판단의 합리성을 인정하면서, 비록 인도적·온정적 고려에 대한 판단 시 다른 집단에 비해 더 심한 차별을 받을 위험을 보일 필요는 없지만 원고들에 대한 차별이 국가 전체적으로 보았을 때 어느 정도에 위치하는지 판단하기 위한 국가정황정보를 활용하는 데에는 문제가 없다고 보았다.[138]

(3) 아동의 최선의 이익

「이민·난민보호법」 제25조 제1항은 명문으로 신청으로 인해 직접 영향을 받는 아동의 최선의 이익을 고려하여야 한다고 정하고 있다. 명문 규정 도입 이전부터 캐나다 연방대법원이 아동권리협약에 근거하여 그 고려의 필요성을 인정한 점은 앞서 살펴보았다.[139]

직접 영향을 받는 아동과의 관계가 부모에 한정되지는 않는다. 예컨대 주된 양육을 제공하는 조부모 관계 역시 이에 해당할 수 있다.[140] 아동이 모종

사건에서는 친한 친구의 아이와 정기적인 교류가 있어 자신의 퇴거가 아동의 최선의 이익에 반한다는 주장도 제기되었는데, 원고의 퇴거로 인해 아이의 최선의 이익에 부정적 영향을 미친다고 볼 만한 의존관계가 없다고 판단하였다.

138) 이상의 사안은, *Arsu v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 617. 그 밖에 터키에서 직업생활을 하고 학업을 마쳤다는 점 등이 원고들의 곤경을 완화할 것이라는 평가에 대해서도 그 합리성을 인정하였다.

139) 이 절의 I. 2. 1) 참고.

140) 비록 거부결정의 합리성이 인정되었으나, 손자녀의 이익을 고려한 예로, *Hussain v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2020 FC 599; *Li v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2020 FC 754.

의 곤경을 겪는 것의 정당성은 극히 이례적인 경우에 한해 인정된다.[141] 같은 상황에 처한 성인과 비교하여, 성인과 달리 아동에 대해서 구제가 제공되어야 하는 경우가 충분히 있을 수 있다.[142]

최근 이민난민국적부(Immigration, Refugees and Citizenship Canada) 가이드라인은 아동의 정서적, 사회적, 문화적, 신체적 안녕에 관한 요소들을 고려하여야 한다고 설명하고 있다. 그러한 요소의 예시로는, 아동의 연령, 인도적·온정적 고려를 신청한 자에 대한 아동의 의존 정도, 아동이 캐나다에 정착한 정도, 인도적·온정적 고려에 관한 국가와 아동 사이의 연관성, 출신국의 상황과 아동에 대한 잠재적 영향, 의료상 문제 또는 특수한 필요, 아동의 교육에 대한 영향, 아동의 성별에 관련된 문제가 제시된다.[143]

의료 문제를 고려한 예로 *Kanthasamy* 사건을 들 수 있다. 원고는 미성년으로서 외상 후 스트레스 증후군을 호소하였는데, 연방대법원은 원고의 출신국인 스리랑카에서 그 치료가 불가능할 것이라는 증명까지 필요한 것은 아니라고 설명하였다. 원고의 송환이 이례적이고 부당하거나 비례에 반하는 곤경에 속하는지는 전체적 상황에 비추어 판단하여야 하고, '스리랑카에서 그 치료가 접근 가능한지 여부'라는 개별요건을 적용하는 고려방식에 따라서는 안 된다는 것이다. 즉 각각의 고려사유가 곤경에 해당하는지 평가할 것이 아니라 전체적인 상황에 비추어서 판단하여야 한다.[144]

고려사항이 송환 시 겪을 곤경에 한정되는 것도 아니다. 이에 관해서는 *Pryce* 사건을 예로 들 수 있다. 사안에서는 자메이카 출신의 원고가 캐나다

---

141) *Hawthorne v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2002 FCA 475, para 9.

142) *Kim v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2010 FC 419, para 58; *Kanthasamy* (n 127) para 41.

143) Immigration, Refugees and Citizenship Canada, 'Humanitarian and compassionate assessment: Best interests of a Child' <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/permanent-residence/humanitarian-compassionate-consideration/processing/assessment-best-interests-child.html> accessed 26 February 2021.

144) 이상의 사안은, *Kanthasamy* (n 127) paras 46ff.

시민인 남편과 결혼하여 세 명의 자녀를 출산하였는데, 이스라엘로 이주 후 남편이 자신과 자녀를 방임하고 다른 여성과 함께 캐나다로 다시금 이주하여 원고 역시 캐나다로 이주하였다. 담당공무원은 원고가 남편 근처에 거주하는 점, 자녀들이 캐나다에 정착하면서 한 달에 한 번 이상 부친과 만나는 점 등의 사정만으로는 자메이카로 송환될 시의 곤경에 대한 증명이 부족하다고 판단하여 신청을 거부하였다. 연방법원은 그러한 판단에는 비합리성이 없다고 판단하면서도, 송환 시 겪을 곤경과는 별개로 담당공무원이 과거의 이스라엘로 이주 후 방임이라는 부당한 처우로 인한 인도적·온정적 고려가 가능한지에 대하여 검토하지 않았다는 이유로 거부결정의 비합리성을 인정하였다.[145]

유의할 것은 아동의 최선의 이익을 우선하여 고려하여야 한다는 원칙에서 '우선성'의 의미이다. 캐나다 판례는 아동의 최선의 이익이 다른 모든 고려에 비해 항상 우월하지는 않다고 보고 있다. 다만, 고려를 할 때 캐나다의 인도적·온정적 전통과 장관의 가이드라인에 위반해서 아동의 이익이 최소화되면 결정의 비합리성이 인정된다.[146] 최선의 이익에 대한 고려가 이익의 절대적 우월성을 의미하지 않는다는 점을 보여주는 예로 *Mebrahtom* 사건을 제시할 수 있다. 자녀들은 모친과 그의 약혼자와 함께 살면서 캐나다에서 5년가량 학교를 다니고 있는 상황이었다. 담당공무원은 자녀들이 이탈리아로 돌아가면 어려움을 겪을 수 있음을 인정하면서도, 자녀들의 최선의 이익은 캐나다든 이탈리아든 모친과 함께 지내는 것이라고 하여 거부결정을 하였다. 연방법원은 최선의 이익이 캐나다에 잔류하는 것이라고 암묵적으로 전제하더라도 그것만으로 인도적·온정적 고려를 항상 인정할 수는 없다고 판단하여 사법심사 청구를 기각하였다.[147]

---

145) *Pryce v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2020 FC 377.

146) *Mebrahtom v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2020 FC 821, para 8; *Baker* (n 83) para 75.

147) *Mebrahtom* (n 146).

Ⅱ. 방어적 보호가 주된 국가: 미국

미국에서 보충적 보호는 주로 방어적으로 구현된다. 이는 난민협약상 난민에 해당하는 경우와는 구별된다. 난민협약상 난민의 경우에는 수익적으로 비호지위를 구할 수 있는 절차와 방어적으로 강제퇴거를 막을 수 있는 절차가 모두 구현되어 있다.[148] 미국법상 보충적 보호는 이와 달리 강제퇴거를 막는 절차에 집중되어 있다. 이에 해당한다고 평가할 수 있는 제도가 고문방지협약에 의한 퇴거유예(withholding of removal) 또는 퇴거연기(deferral of removal)이다. 이는 고문방지협약의 이행에 따른 강제송환금지 원칙의 구현으로, 협의의 보충적 보호의 전형적인 예에 해당한다고 볼 수 있다.

한편, 보충적 보호의 다른 예로 언급될 수 있는 것이 임시보호지위(temporary protected status, TPS)이다. 이는 국제법상 강제송환금지 원칙을 국내법적으로 구현한 것은 아니고, 인도적 필요성 따라 국내적으로 두고 있는 지위에 해당한다. 후술하겠지만, 이 지위는 협의의 보충적 보호에 해당한다고 보기 어렵고, 광의의 보충적 보호에 가깝다. 임시보호지위가 수익적 지위의 부여의 모습을 보임에도 불구하고 미국을 방어적 보호가 주된 국가로 유형화할 수 있는 이유이다.

1. 자유권규약의 미이행

고문방지협약뿐만 아니라 자유권규약의 실체규범으로부터 강제송환금지 원칙을 이끌어낼 수 있고, 이는 보충적 보호의 영역에 포함될 수 있다는 점은 제2장에서 살펴본 바와 같다. 「미국헌법」[149]상 조약은 대통령이 상원에 이를 송부하고, 상원이 3분의 2 이상 동의하여야 대통령의 비준이 가능하다(제2조 제2항 제2문). 이러한 절차를 거친 조약은 「미국헌법」 제4조 제2문에 따라 연방법의 일부가 되며, 주법에 우선한다.[150] 하지만 미국은 상원의 의견에

148) 구체적인 절차에 관해서는 이 장의 제3절 II.에서 살펴본다.

149) Constitution of the United States.

따라, 고문방지협약과 자유권규약에 비준하면서 실체법적 규정들에 대한 비자기집행성 선언을 첨부하였다.[151] 문제는 현재까지 미국에서 고문방지협약상 강제송환금지 원칙을 이행하기 위한 입법은 이루어졌지만, 자유권규약을 이행하기 위한 입법은 이루어지지 않았다는 점이다. 이 점에서 자유권규약에 관한 담론은 비자기집행의 의미를 살필 필요가 있다.

1) 비자기집행성의 의미

미국은 헌법상 조약이 국내법의 일부가 되지만, 비자기집행성의 법리에 따라 조약의 실제 영향력을 차단하고 있다.[152] 자유권규약의 경우에는 비자기

---

150) 조약의 이와 같은 효력으로 인하여 제4조 제2문은 우월조항(Supremacy Clause)으로 칭해진다.

151) 고문방지협약에 관해, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en#13> accessed 6 December 2020. 자유권규약에 관해, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en> accessed 8 June 2021. 각각에 상응하는 상원의 동의안은, 136 Cong Rec S17491-92 (1990) 및 138 Cong Rec S4783-84 (1992). 상원은 비준에 동의하면서 각종 유보(reservation), 이해(understanding), 선언(declaration)을 첨부하였다.

152) 전통적으로 국제법과 국내법의 관계를 설명함에 있어서 일원론과 이원론을 대별하여 설명하는 경향이 있으나, 이들은 국내법상 국제법의 취급방식의 스펙트럼에서 양 끝점으로 이해될 수 있다. 국내연구에서 미국을 일원론 국가로 분류하고 있지만, 실제로는 자기집행성 법리를 통하여 이원론적 경향을 보인다. 미국을 일원론 국가로 분류하는 국내연구로, 주진열, "조약의 자기집행성 판단기준에 관한 미국연방법원의 법리: 한국 법원에 대한 시사점", 세계헌법연구 제11권 제2호, 2005, 137-38면; 오승진, "국제인권조약의 국내 적용과 문제점", 국제법학회논총 제56권 제2호, 2011, 115면(다만, 미국 판례 법리에 따라 자기집행적 조약만이 직접적으로 국내적 효력을 가지는 것으로 이해되고 있다는 점을 지적한다.). 미국이 이원론적 경향을 보인다는 점을 지적하는 입장으로는, James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law* (Hague Academy of International Law 2014) 218-19, para 269. 자기집행성 문제는 국제법과 국내법의 관계에 관한 일원론・이원론 논점과 구별된다는 점에 관해, 성재

집행성 선언을 통해서 이러한 차단력이 인정되므로, 그러한 선언의 의미와 효력에 관해 살펴볼 필요가 있다.[153]

이에 관해 슬로스(Sloss)의 분석이 출발점으로서 가치가 있다. 그의 초기 연구에 따르면, 비자기집행성의 의미는 크게 두 가지로 분류되며, 각 분류 안에서 다시 재분류가 가능하다. 국내법원에서의 직접적용을 부정하는 의미로는(①) 이행입법이 없는 경우에는 처음부터 국내법적 지위가 없다는 의미(①-㉠)와 국내법적 지위는 인정되지만 법원에서 직접적용이 불가능하다는 의미가 있다(①-㉡).[154] 한편, 국내법원에서 직접적용가능성을 제한적으로만 부정하는 의미로는(②) 조약을 원용할 수 있는 적격을 가진 자의 범위를 한정하는 의미(②-㉠)와 법원에서 독립된 청구원인으로 삼을 수는 없으나, 그 이외의 국면에서의 원용(항변사유로 원용, 행정절차에서의 원용 등)은 가능하다는 의미(②-㉡)가 있다.[155] 보다 최근의 연구에서는 ① 의회－집행부 개념, ② 연방－주정부 개념, ③ 정치－사법 개념의 삼분류를 전개한다. 의회－집행부 개념하에서는 연방정부가 비자기집행적 조약을 집행하려는 경우 의회의 이행입법이 요구된다. 그에 반하여 자기집행적 조약의 경우 대통령은 그러한 이행입법 없이도 집행권한을 가진다. 연방－주정부 개념에 따르면 자기집행적 조약은 이행입법 없이도 자동적으로 주법에 우선하게 되는 한편, 비자기집행적 조약은 이행입법이 있어야만 그러한 우선적 효력을 지니게 된다. 정치－사법 개념에 따르는 경우 자기집행적 조약은 사법적으로 집행 가능한 것으로 파악되며, 비자기집행적 조약은 의회의 이행입법 없이는 법원에서 직접적용이 불가능한 것으로 이해된다. 하지만 연방정부는 자기집행성 여

호, “조약과 일반적으로 승인된 국제법규 — 헌법 제6조 1항 해석에 대한 국제법적 검토 —”, 미국헌법연구 제28권 제1호, 2017, 129-30면(특히 각주 55); Michael D Ramsey, ‘A Textual Approach to Treaty Non-Self-Execution’ (2015) 2015 Brigham Young University Law Review 1639, 1648 참조.

153) 이하의 논의는 김후신(주 93), 617면에서도 소개한 바 있다.

154) David Sloss, ‘The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties’ (1999) 24 Yale Journal of International Law 129, 145-49.

155) ibid 149-52.

부를 불문하고 조약에 대한 집행권한을 가진다.[156] 슬로스가 1999년의 논문에서 전개한 분류는 법원에서의 직접적용가능성을 기준으로 구분하였던 것이므로, 이는 정치-사법 개념 내에서의 재분류로서 평가할 수 있다.

미국 판례법상 비자기집행성의 의미는 최근 *Medellín v Texas* 판결을 통해 확립되고 있다.[157] 이 판결의 법정의견에 따르면 비자기집행적 조약은 그 자체로 국내적 집행이 가능한 연방법이 되지 않는 조약을 의미한다.[158] 이러한 판시에 대해서 재판부가 비자기집행적 조약이 사법적 집행가능성이 없다고 한 것인지, 아니면 국내법상 지위조차 가지지 못한다고 한 것인지 불분명하다는 지적이 있다.[159] 그런데 국내연구에서 일원론의 근거로도 설명되는「미국헌법」제4조 제2문이 조약의 범위를 한정하고 있지 않다는 점에서, 후자의 해석은 미국 헌법체계상 받아들이기 어려운 것으로 이해된다.[160] 그와 같이 본다면 미국 사법체계에서 조약의 비자기집행성이 가지는 의미는 정치－사법 개념 중 '국내법적 지위는 인정되지만 법원에서 직접적용이 불가능하다'는 의미를 지닌다고 파악할 수 있다. 이 글에서도 이를 기본적 개념으로 삼는다.

2) 자유권규약의 비자기집행성

미국 대외관계법 문헌은 미국의 일방적 의사표시가 자기집행성 판단의 고

156) 이상의 삼분류에 관한 논의는, David Sloss, 'Taming Madison's Monster: How to Fix Self-Execution Doctrine' (2015) 2015 Brigham Young University Law Review 1691, 1695-97.

157) 128 S Ct 1346 (2008).

158) *Medellín* (n 157) 1356.

159) Ingrid Wuerth, 'Self-Execution' in Gregory H Fox and others (eds), S*upreme Law of the Land?: Debating the Contemporary Effects of Treaties within the United States Legal System* (Cambridge University Press 2017) 167; James Crawford (n 152) 233, para 291.

160) Carlos Manuel Vázquez, 'Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties (2008) 122 Harvard Law Review 599, 649-50; Ramsey (n 152) 1665-66.

려요소가 될 수 있음을 명시적으로 인정하고 있다. 이에 따르면 특별한 합의가 없는 경우에는 미국 내에서 국제법상 의무를 어떻게 이행할 것인지는 미국이 결정할 사항이며, 국제조약에 자기집행성에 관한 아무 언급이 없고, 미국의 의사가 불확실한 경우에는 협약 체결 시 또는 비준 동의를 위하여 상원에 제출 시 대통령의 입장, 협약에 관한 상원 또는 의회의 입장을 고려하여야 한다.[161] 여러 판례에서도 자유권규약은 일반적으로 비자기집행적인 조약으로 받아들여지고 있다.[162] 이러한 법리는 퇴거절차에 관한 재판례에서도 드러난다. 퇴거를 다투는 외국인은 자유권규약에 의거해 사법적 구제를 받을 수 없다.[163] 가족을 영구적으로 분리시키는 퇴거에 대해서도 역시 자유권규약 위반을 주장할 수 없다.[164] 범죄인인도를 막기 위한 근거 역시 될 수 없다.[165] 이러한 선언의 전환적 효력을 인정하는 실무는 학설적으로도 어느 정

---

161) American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, Foreign Relations Law of the United States* (American Law Institute Publishers 2018) §310 Comment c, e, Reporters' Note 8, 9. 한편, 자기집행성을 야기하는 요소는 여러 가지가 있을 수 있다. ① 조약 체결 당사국 사이에 이행입법이 있어야 조약의 목적이 달성된다는 의사가 있거나, 당사국으로서 미국의 일방적 의사가 있는 경우, ② 조약이 정하는 규범이 헌법적으로 입법자의 소관사항인 경우, ③ 조약이 본질적으로 사법판단에 친하지 않은 내용에 관련될 경우, ④ 조약의 집행을 구하고자 하는 원고에 대하여 독립적인 청구가 가능하도록 하는 입법이 없는 경우가 있다. Carlos Manual Vázquez, 'The Four Doctrines of Self-Executing Treaties' (1995) 89 American Journal of International Law 695, 710-22; Vázquez, 'Treaties as Law of the Land' (n 160) 629-32. 자유권규약의 맥락에서 문제되는 것은 ①이다.

162) *United States v Duarte–Acero* 296 F3d 1277, 1283 (11th Cir 2002) (자유권규약이 법원을 구속하지 않는다고 명시한 사안); *Beazley v Johnson* 242 F3d 248, 267 (5th Cir 2001); *Ralk v Lincoln County*, 81 F Supp 2d 1372, 1381 (SD Ga 2000); *White v Paulsen* 997 F Supp 1380, 1387 (ED Wash 1998); *Domingues v State* 961 P2d 1279, 1280 (Nev 1998).

163) *Martinez-Lopez v Gonzales* 454 F3d 500, 502 (5th Cir 2006) (텍사스 주에서는 중범죄에 해당하는 1그램 미만의 코카인 소지를 이유로 퇴거대상자라는 이민항소기구의 결정에 대하여 불복한 사안).

164) *Segovia-Plata v Gonzales* 205 Fed Appx 304 (5th Cir 2006).

165) *In re Extradition of Hurtado* 622 F Supp 2d 1354 (SD Fla 2009).

도 뒷받침되고 있다. 그 이론적 설명은 「미국헌법」상 우월조항이 조약 체결자로 하여금 조약의 국내적 범위를 정하는 권한의 행사를 막지는 않는다는 것이다.[166] 기능적 차원에서도 이러한 비자기집행성 선언이 정치적인 관점에서 미국이 핵심 인권조약들을 비준하게 하는 데에 필요하였다는 설명도 존재한다.[167] 한편, 자기집행성 이론 일반에 관해서, 「미국헌법」 제1조 제8항에 따라 의회의 권한으로 규정된 사항에 관한 조약의 경우에는 하원을 포함한 의회의 기능 및 민주주의 원리의 보호를 위하여 자기집행성이 추정되어서는 안 된다는 입장도 있다.[168]

미국은 비자기집행적인 조약이라고 하더라도 이른바 '국내법의 국제법 합치적 해석'의 원칙에 따른다. 이는 연방대법원이 *Charming Betsy* 판결에서, 의회의 법률에 해석의 여지가 있다면 결코 국제법을 위반하도록 해석하여서는 안 된다는 해석률을 설시하였다는 이유로 '차밍 벳시 해석률'이라 불린다.[169] 하지만 보충적 보호의 맥락에서는 차밍 벳시 해석률에 관하여 특별히

---

166) American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth* (n 161) §310 Reporters' Note 12. 다만, 선언은 조약의 내용을 구성하지 않으며, 「미국헌법」 제4조 제2문이 정한 연방법에 해당하지도 않고, 미국의 조약체결 실무에 비추어 볼 때 조약법상 이전되는 유보의 한 형태로 보기도 어렵다는 비판이 있다. 이러한 비판에 관해, John Quigley, 'The International Covenant on Civil and Political Rights and the Supremacy Clause' (1993) 42 Depaul Law Review 1287, 1302-304.

167) Curtis A Bradley and Jack L Goldsmith, 'Treaties, Human Rights, and Conditional Consent' (2000) 149 University of Pennsylvania Law Review 399, 446, 458-459.

168) John C Yoo, 'Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution and the Original Understanding' (1999) 99 Columbia Law Review 1955; John C Yoo, 'Treaties and Public Lawmaking: A Textual and Structural Defense of Non-Self-Execution' (1999) 99 Columbia Law Review 2218. 이에 대한 반론을 제기하며 자기집행성 추정이 인정되어야 한다는 입장으로, Martin S Flaherty, 'History Right?: Historical Scholarship, Original Understanding and Treaties as "Supreme Law of the Land"' (1999) 99 Columbia Law Review 2095; Carlos Manuel Vázquez, 'Laughing at Treaties' (1999) 99 Columbia Law Review 2154 참조.

의미 있는 실무례를 확인하기 어렵다. 이는 고문방지협약과 자유권규약의 비준 과정에서 해석방법에 관한 의회의 의사가 명확히 드러났기 때문인 것으로 보인다.

3) 강제송환금지 의무의 불인정

자유권규약이 비자기집행적이고, 그에 대한 이행입법이 없다는 것은 결국 재판과정에서 자유권규약에 의한 강제송환금지 의무가 인정되지 않음을 의미한다. 따라서 고문과 가혹행위의 구별이 중요해진다.[170] 미국 판례는 고문과 가혹행위의 구별에 관하여 위해의 심각성과 가해자의 의도를 함께 고려하여 개별적으로 판단하고 있다.[171] 터키 정부의 가해행위가 있었지만 의료처치를 필요로 하지 않은 정도였다는 이유로 고문을 부정한 예,[172] 경제적 박탈상황에 더해 경찰로부터 다섯 차례 폭행을 당했음에도 고문을 부정한 예[173] 등이 확인된다. 그에 반해 정부의 의사로 인해 의도적으로 의료 처치가 거부되는 경우에는 고문에 해당할 수 있다는 판시,[174] 장기간 뒤틀린 자세를 유지시키는 행위, 담배로 지지는 행위, 수면을 박탈하는 행위나 발바닥을 케이블 등의 도구로 지속적으로 심각하게 폭행하는 행위는 고문에 해당한다는 판시[175] 등을 확인할 수 있다.

---

169) 사건의 요약 및 차밍 벳시 해석률에 대한 일반적인 설명에 관해, 박배근, “국내법의 국제법 합치해석에 관한 일고”, 국제법평론 통권 제46호, 2017, 60-64면 참조.

170) Deborah E Anker, *Law of Asylum in the United States* (2020 edn, Thomson Reuters 2020) 796-97, 802ff; *In re J-E-* 23 I&N Dec 291, 292 (BIA 2002) (아이티에서의 수감 위험에 관하여 고문의 위험이 입증되지 못했다고 판단한 사안).

171) Anker (n 170) 802; *Villegas v Mukasey* 523 F3d 984, 989 (9th Cir 2008).

172) *Ay v Holder* 743 F3d 317, 322.

173) *Vitug v Holder* 723 F3d 1056, 1064-66 (9th Cir 2013).

174) *Cole v Holder* 659 F3d 762, 774 (9th Cir 2011).

175) *Matter of G-A-* 23 I&N Dec 366, 370, 2002 WL 968630 (BIA 2002).

2. 고문방지협약에 따른 퇴거유예·퇴거연기

1) 고문방지협약의 미국에서의 이행

미국은 고문방지협약에 비준하면서 유보(reservation), 이해(understanding), 선언(declaration)을 첨부하였다.[176] '선언' 내용 중 비자기집행성 선언의 의미에 관해서는 앞서 살펴보았다. 이와 같은 비자기집행성으로 인해 고문방지협약의 이행을 살펴볼 때 연방법률 및 연방규정을 살펴보는 것이 매우 중요하다. 그 외에 중요한 것은 '이해'인데, 미국이 고문방지협약을 어떻게 이해하고 있는지를 보여주기 때문이다. 실제 연방법률과 연방규정은 상원의 이해에 크게 영향을 받은 모습을 보여준다. 이하에서는 고문의 정의 및 강제송환금지 의무가 인정되기 위한 위험의 정도에 관한 상원의 이해를 중심으로 고문방지협약에 의한 보호의 범위를 살펴본다.

(1) 고문의 정의

상원은 비준결의안에서 고문의 정의에 관해 이해를 첨부하였다.[177] 이에 따르면, 고문방지협약 제1조에 따른 고문을 구성하기 위해서는 문제된 행위가 심각한 신체적·정신적 고통 또는 괴로움을 야기하려는 특정한 목적에 기한 것이어야 한다. 이때 정신적 고통 또는 괴로움은 장기적인 정신적 피해로서, ① 신체적 고통 또는 괴로움의 의도적 발생 또는 발생의 위협, ② 향정신성 물질 또는 그 밖에 감각이나 인격에 극심한 지장을 주는 방법의 사용 내지 사용의 위협, ③ 임박한 죽음의 위협, 또는 ④ 다른 사람에 대하여 임박한 죽음, 신체적 고통 또는 괴로움의 의도적 발생, 향정신성 물질 또는 그 밖에 감각이나 인격에 극심한 지장을 주는 방법의 사용이 있을 것이라는 위협으로부터 비롯되는 경우를 말한다. 또한, 고문방지협약 제1조에 정한 고

176) 이 장의 주 151 참고.
177) 관련 문서는, 이 장의 주 151 참고.

문의 정의는 피해자가 가해자의 감금 또는 물리적 통제하에 있는 경우에 한하여 적용되고, 같은 조에 규정된 묵인(acquiescence)이 존재하기 위해서는 공무원이 고문을 구성하는 행위가 일어나기 전에 그 행위의 존재를 알았고, 그 행위를 예방할 개입의무를 위반하였음을 요한다.[178]

이상의 이해를 분석하면, 정신적 고통의 발생 원인을 한정적으로 정하고 있는 점, 묵인의 요건으로서 인식을 포함한 점, 감금 또는 물리적 통제 상태를 고문의 사실상 요건으로 포함시킨 점은 고문의 정의를 좁게 이해하기 위한 장치들로 평가할 수 있다. 다만, 이러한 이해에도 불구하고 고문의 정의를 보다 넓게 해석하는 판례가 확인된다. 이에 따르면, 감금 또는 물리적 통제는 반드시 공무원에 의하여 이루어질 필요는 없으며, 사인에 의해서도 이루어질 수 있다.[179] 묵인은 반드시 '실제적 인식'(actual knowledge)이나 '의도적 수용'(willful acceptance)에 한정되지 않으며, '의도적 무시'(willful blindness)로도 충족된다.[180] 하지만 정부의 조사 및 범죄 예방이 일반적으로 효과적이지 않다는 점만으로 묵인이 입증되는 것은 아니다.[181]

(2) 위험의 정도

고문방지협약 제3조의 적용요건으로서 위험의 정도와 관련해, 상원은 '고

---

178) 이상과 같은 고문의 정의에 대한 이해를 구현한 현행 연방규정은, 8 CFR § 208.18(a)(4)-(7).

179) *Reyes-Reyes v Ashcroft* 384 F3d 782, 787 (9th Cir 2004) (고문의 행위자가 정부 또는 정부를 대신하는 자에 의하여 이루어져야 한다는 이민판사의 전제가 잘못되었다는 취지).

180) ibid; *Roye v Attorney General* 693 F3d 333, 343 (3rd Cir 2012) (이민항소기구가 자메이카 공무원들이 정신적 질환을 가지고 있는 수형자들을 무시하고 있다는 사실관계를 인정하면서도, 그것만으로 묵인 요건이 충족되지 않는다고 본 것은 잘못이라는 취지).

181) *Del Carmen Amaya-De Sicaran v Barr* 979 F3d 210, 219 (4th Cir 2020) (가정폭력은 거의 모든 국가에 광범위하게 존재하는데, 정부가 이를 제거하는 데에 어려움이 있다고 하여 정부의 묵인이 있다고는 볼 수 없다는 취지).

문을 당할 가능성이 고문을 당하지 않을 가능성이 비하여 높은 경우'(more likely than not)에 해당해야 한다는 입장이다. 즉 상원에 따르면 고문을 당할 위험이 있다는 충분한 근거 있는 믿음은 고문을 당할 가능성이 50퍼센트를 넘어야 인정되는 것이다. 이러한 증명기준은 현행 규정으로 구현되고 있고, 재판에서도 받아들여지고 있다.[182]

후술하듯이 절차적 규율에 관하여 미국의 국내 비호법 체계는 적극적 신청과 방어적 신청으로 분류되는데,[183] 적극적 신청으로 비호를 구하려는 경우에는 이와 같은 높은 정도의 위험을 요구하지 않는다.[184] 반면에 방어적 신청의 경우에는 협약상 난민요건으로 인한 보호와 고문방지협약으로 인한 보호 모두 50퍼센트가 넘는 위험을 요구하고 있다. 이와 같이 비호의 부여 요건으로서 박해가능성보다 높은 정도의 위험에 관한 증명을 요구하는 것은 일견 이상한 면이 있다. 그와 같이 보게 되는 경우, 적극적 신청 단계에서 위험성 부족으로 협약상 난민요건을 갖추지 못하면 자동적으로 방어적 신청의 경우 역시 요건을 갖추지 못하게 되기 때문이다. 이러한 결과가 나타나는 이유 중 하나는 국내법 문언상 적극적 신청의 경우에는 '충분한 근거 있는 공포'(well-founded fear)가 기준인 반면(「이민국적법」[185] 제101조(a)(42)), 방어적 신청의 경우에는 박해가능성(would be threatened)이 기준인 점이다. 미국 판례는 협약상 난민요건을 갖춘 경우라 할지라도 비호의 부여는 재량사항인 데에 반하여,[186] 방어적 신청이 이유 있다고 인정되는 경우에는 퇴거금지 의무가 발생한다는 점에 의하여도 이를 정당화하고 있다.[187]

---

182) 8 CFR § 208.16(c)(2); *Selvaratnam v Ashcroft* 81 Fed Appx 907 (9th Cir 2003); *Lukwago v Ashcroft* 329 F3d 157, 182-183 (3d Cir 2003).

183) 이 장의 제3절 II. 1. 참고.

184) 제2장 주 212 참고.

185) Immigration and Nationality Act (INA).

186) 실무적으로 협약상 난민요건을 갖추었음에도 비호를 부여하지 않는 것은 극히 이례적인 경우에 해당한다. T Alexander Aleinikoff and others, *Immigration and Citizenship: Process and Policy* (8th edn, West Academic Publishing 2016) 823.

187) *Camara v Ashcroft* 378 F3d 361, 367 (4th Cir 2004). 「이민국적법」 제208조(b)(1)(A)는 '비호를 부여할 수 있다'(may grant asylum)고 규정하고 있다.

2) 고문방지협약의 이행법령

고문방지협약의 이행법률인 「1998년 대외관계개정법」[188]에는 고문방지협약의 절대성과는 상반되는 취지의 규정이 포함되었다. 즉 고문의 위험이 있는 경우에도 배제사유를 정한 것이다.[189] 이에 따르면 해당 법률 발효 이후 120일 이내에, 관계기관의 장은 상원의 비준 결의에 포함된 유보, 이해, 선언을 조건으로 한 고문방지협약 제3조에 따른 미국의 의무 이행을 위하여 행정입법을 제정해야 하며(「1998년 대외관계개정법」 제2242조(b)), 이 행정입법의 보호대상에는 「이민국적법」 제241조(b)(3)(B)에 정한 외국인이 배제되어야 한다(「1998년 대외관계개정법」 제2242조(c)). 다만, 이와 같은 배제는 고문방지협약에 관한 상원의 비준 결의에 포함된 유보, 이해, 선언을 조건으로, 협약에 따른 미국의 의무에 부합하는 한도 내에서 이루어져야 한다(같은 조항). 「이민국적법」 제241조(b)(3)(B)에 포함되는 경우로는, 외국인이 제237조(a)(4)(D)에 따라 퇴거가 가능한 경우[190] 또는 법무부장관이 판단하기에 ① 특정인의 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단에의 소속, 또는 정치적 의견을 이유로 그에 대한 박해를 지시, 교사, 방조하거나 다른 방식으로 참여한 경우, ② 중대한 범죄에 대해 유죄판결이 확정되고, 미국 공동체에 위험이 되는 경우, ③ 미국에 도착하기 전에 미국 밖에서 중대한 비정치적 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우, ④ 외국인이 미국의 안보에 위험하다는 합리적인 근거가 있는 경우가 규정되어 있다(제241조(b)(3)(B) 제1문). ②에 관해서는, 가중중범죄(aggravated felony)로 인하여 5년 이상의 징역형을 선고 받은 경우에는 특히 중대한 범죄를 범한 것으로 본다(같은 조항 제2문). 다만, 그에 해당하지 않는 경우라 해도 법무부장관은 개별사안의 이익형량에 따라 외국인이 중대한 범죄를 범했다고 판단할 권한이 있다(같은 조항 제3문). ④에 관해서는, 「이민국적법」 제237조(a)(4)(B)에 해당하는 외국

188) Foreign Affairs Reform and Restructuring Act of 1998.
189) Pub L 105-227, Div G 112 Stat 2681-2822 (1998).
190) 나치 박해, 집단살해, 고문 또는 초사법적 살인에 참여한 경우가 규정되어 있다.

인[191]은 미국의 안보에 위험하다는 합리적인 근거가 있는 것으로 본다(같은 조항 제4문).

하지만 고문방지협약에 따른 강제송환금지 의무가 절대적인 점은 앞서 살펴본 바와 같고,[192] 이러한 인식은 이민항소기구 역시 공유하고 있다.[193] 상원의 비준결의에도 이와 같은 예외는 포함되어 있지 않다. 이에 법무부는 딜레마에 직면하게 되었는데, 만약에「1998년 대외관계개정법」제2242조(c)에 정한 배제를 강제송환금지의 보호범위에서 제외한다면 이는 고문방지협약에 명백히 위배되고, 나아가 '협약에 따른 의무에 부합하는 한도 내에서'라는 이행법률상 조건에도 역시 위배되기 때문이다.[194] 이러한 딜레마를 완화하기 위하여 만든 수단이 퇴거연기이다.[195] 이에 따라 비록 퇴거유예의 배제사유에 해당하는 범죄행위를 한 적이 있더라도, 퇴거연기 결정이 가능하다.[196] 이는 퇴거유예에 비하여 보다 약화된 형태의 보호로서, 보호의 종료가 더 쉽다는 특징을 가진다.[197]

3. 임시보호지위

---

191) 테러행위 또는 테러조직과 관련되는 경우에 관한 규정이다.

192) 2장 제3절 II. 1. 1) 참고.

193) *Matter of H-M-V*- 22 I&N Dec 256, 258 (BIA en banc 1998). 다만 이 사안에서는 고문방지협약이 자기집행적이지 않고, 당시 이행규정이 없다는 점에 의거하여 고문방지협약에 따른 구제수단이 없다고 판단하였다.

194) Stephen H Legomsky and Cristina M Rodríguez, *Immigration and Refugee Law and Policy* (6th edn, Foundation Press 2015) 1131-32.

195) 8 CFR § 208.17(a).

196) *Matter of YL-, AG-, & RSR*-, 23 I&N Dec. 270, 279 (AG 2002). 다만 이 사건에서는 신청인들이 고문과 출신국 정부의 관계에 관하여 입증하지 못하였다는 이유로 모두 퇴거연기를 받지 못하였다.

197) 퇴거유예를 종료하기 위해서 정부는 사건을 재개하여 이전 결정 시에 접근하지 못했던 증거를 제출하여야 하며, '증거의 우월'(preponderance of evidence) 기준에 따른 증명책임을 이행하여야 한다. 8 CFR § 208.24(f). 그에 반하여 퇴거연기를 종료하기 위해서는 정부가 의견청취 절차를 개시해 이전에 접근하지 못했던 증거를 제출하면 된다. 증명책임은 신청인에게 있고, 이민판사가 재심사를 통해 결정한다. 8 CFR § 208.17(d).

임시보호지위(temporary protected status, TPS)는 비호, 퇴거유예나 퇴거연기와 같이 국제조약에 따른 의무를 이행하기 위한 수단은 아니다.[198] 이 제도는 보충적 보호의 맥락에서 논의되는 경우가 많다.[199] 하지만 임시보호지위는 미국의 독특한 성격이 강한 제도로서, 다른 국가의 보충적 보호 지위에 비해 국가의 직권적・재량적인 면모가 강하게 나타난다. 이는 임시보호지위 대상국가가 지정된 이후에야 개인이 임시보호지위를 신청할 수 있기 때문이다. 이 점에서 임시보호지위는 협의의 보충적 보호의 일종이 아니고, 광의의 보충적 보호의 일종이다.[200] 이것이 미국을 방어적 보호를 주된 국가로 분류한 이유이다. 이하에서는 임시보호지위 제도를 소개한다.

1) 전신(前身)

임시보호지위가 법제화된 것은 1990년이지만, 그 이전부터 그때그때의 필요에 따라 무력분쟁이나 자연재해로부터 피난한 사람들에 대한 보호를 제공하는 메커니즘은 존재했다. 미국 난민법은 일반적으로 무력분쟁에서의 무차

---

198) Anker (n 170) 41.

199) Bill Frelick, 'What's Wrong with Temporary Protected Status and How to Fix It: Exploring a Complementary Protection Regime' (2020) 8 Journal of Migration and Human Security 42 (미국에서는 다른 국가들에 대응하는 보충적 보호에 해당하는 제도가 없고 임시보호지위 제도를 갖추고 있다는 취지); 법무부 출입국・외국인정책본부, 주요 국가의 보충적 난민보호 제도 연구(발행물등록번호: 11-1270000-001076-01, 연구책임자: 장주영), 2020, 153면. 한편, 임시보호지위, 퇴거유예, 퇴거연기를 보충적 보호의 예로 병렬하는 경우로, McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (n 24) 22; Antonio Di Marco, 'The Subsidiary protection: the discriminatory and limited protection of the "new refugees"' (2015) 20 Mediterranean Journal of Human Rights 183, 189. 한국 법무부는 미국의 임시보호제도를 한국법제상의 인도적 체류허가와 유사한 것으로 이해하고 있는 것으로 보인다. 법무부 2018. 12. 14.자 보도자료, [제주출입국외국인청] 제주 예멘 난민신청자 심사 결과 최종 발표.

200) 협의의 보충적 보호와 광의의 보충적 보호의 개념에 대해서는, 제1장 제3절 I. 참고.

별 공격이나 경제적·자연적 재해로부터 도망하는 자에게 비호사유나 퇴거유예를 인정하지 않는다.[201] 임시보호지위의 역사는 이러한 상황에 처해있는 사람들에 대한 인도주의적 고려의 발전사로 볼 수 있다.

연혁적으로 임시보호지위의 전신으로 논의되는 두 가지 예를 살펴본다. 하나는 가승인(parole)이다. 1980년대까지 인도주의적인 차원에서 체류가 필요한 집단에 대하여 국토안보부장관은 가승인 권한을 빈번하게 활용하였다(「이민국적법」 제212조(d)(5) 참고).[202] 가승인은 물리적인 차원에서 미국에 들어오는 것을 허용하는 것으로서, 법률상 입국허가가 아니다(「이민국적법」 제212조(d)(5)(A)). 하지만 1996년 「불법 이민 개혁 및 이민자 책임에 관한 법률」[203]에 따라 「이민국적법」 제212조가 개정된 이후에는 가승인의 집단적 인정이 금지되고 개별적 인정만이 허용된다. 이에 과거와 같은 방식은 현재 법적 근거를 잃었다.[204]

다른 한 가지 방법은 '연장된 자발적 출국'(extended voluntary departure, EVD)으로, 외국인에 대한 퇴거를 집행하지 않는 것을 택하는 방법이다.[205]

---

201) 예를 들어, *Martinez-Romero v INS* 692 F2d 595 (9th Cir 1982) (엘살바도르의 무정부상태만으로 퇴거사유를 부정하는 것은 사실상 미국에 입국한 엘살바도르인 전체에 대하여 무기한 체류허가를 주는 것과 마찬가지라는 취지로, 퇴거사유를 인정한 사안).

202) Legomsky and Rodríguez (n 194) 259, 1138. 1981년 123,000여 명의 쿠바인들에게 이러한 가승인을 제공한 구체적인 예로는, Mark D Kemple, 'Legal Fictions Mask Human Suffering: The Detention of the Mariel Cubans Constitutional, Statutory, International Law, and Human Considerations' (1989) 62 Southern California Law Review 1733, 1735-36. 쿠바 사태로 인하여 미국에 건너왔던 사람들은 125,000여 명이다. 이들에 대해서는 공식적인 입국허가가 거부되었다. 「이민국적법」상 원칙적으로 입국허가가 되지 않은 외국인은 출신국으로 강제퇴거가 되어야 했으나, 쿠바가 이들을 수용하기를 거부하여, 초기에는 플로리다, 알칸사스, 펜실베이니아, 조지아 등에 구금되었다. 가승인은 그 원어에서 드러나듯이 이와 같은 이민구금에 대한 가석방 형태로 나타난다.

203) Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act (IIRIRA).

204) 8 USC § 1182(d)(5).

205) Bill Frelick and Barbara Kohnen, 'Filling the Gap: Temporary Protected Status' (1995) 8 Journal of Refugee Studies 339, 341.

이는 개별적으로 이루어지는 통상적인 자발적 출국 절차와는 달리 집단적으로 이루어졌고, 상황별로 차이는 있었지만 장기간 출국기한이 연장되었다.[206] 이러한 사례는 개별적 상황에 유연하게 대처할 수 있도록 한다는 강점은 있었지만, 그 반대급부로 나타나는 법적 근거의 모호함에 대한 비판도 있었다.[207] 실제로 연장이 부여된 국가들의 리스트를 살펴보면 외교정책적 편향성이 보호 여부를 결정하였다는 비판도 존재한다.[208]

2) 규정체계

현행 「이민국적법」은 제244조[209]에서 임시보호지위를 규정하고 있다. 법무부장관은 ① 임시보호지위 대상국가로 지정된 국가의 국적자(무국적자인 경우에는 상주자)이고, ② 임시보호의 자격이 있는 경우, 임시보호지위를 부여할 수 있고, 이때 해당 지위가 유효한 기간 동안에는 미국에서 퇴거를 시켜서는 안 된다(제244조(a)(1)(A)). 임시보호지위 대상국가의 지정은 법무부장관이 관계 정부기관과의 협의 후에 시행한다. 지정대상이 되기 위해서는 법무부장관이 대상국가가 세 가지 중 하나에 해당한다고 인정하여야 한다(제244조(b)(1)). 첫째는 국가 내에 계속 중인 무력분쟁이 있고, 그로 인하여 해당 국가의 국민으로 하여금 그 국가로 귀국하게 하는 것이 개인의 안전에 심각한 위협을 가할 경우이다(제244조(b)(1)(A)). 둘째는 국가 내의 지진, 홍수, 가뭄, 전염병 기타 환경재난으로 인해 해당 지역의 생활조건에 상당하고 일시적인 혼란이 발생하여 국가가 일시적으로 자국민의 귀국을 적절하게 감당할 수 없고, 해당 국가가 미국에 공식적으로 지정 요청을 한 경우이다(제244조(b)(1)(B)). 셋째는 국가의 극히 예외적이고 일시적인 상황으로 인하여

206) ibid. 예컨대 이란에 대해서 8개월(1979년 4월~11월), 체코슬로바이카에 대해서 9년(1968년 8월~1977년 12월)이 부여되었다.

207) Michael G Heyman, ‘Redefining Refugee: A Proposal for Relief for the Victims of Civil Strife’ (1987) 24 San Diego Law Review 449, 451.

208) Legomsky and Rodríguez (n 194) 1139.

209) 8 USC § 1254a.

해당 국가의 국민이 안전하게 귀국할 수 없고, 해당 외국인들을 미국 내에 임시적으로 체류할 수 있게 하는 것이 미국의 국익에 반하지 않는 경우이다(제244조(b)(1)(C)).

대상국가 지정의 효력은 연방관보 게재 시 또는 법무부장관이 정하는 시점으로부터 개시하며, 최초 지정기간은 6개월 이상 18개월 이하의 기간 내에서 법무부장관이 정한다(제244조(b)(2)). 법무부장관은 지정기간 종료 60일 이전에 관계 정부기관과 협의하여 지정사유가 존속하는지를 결정하여야 한다(제244조(b)(3)(A)). 지정사유가 종료되었다는 결정이 없는 경우에는 지정기간이 6개월 연장되며, 법무부장관의 재량에 따라 12개월 또는 18개월 연장될 수 있다(제244조(b)(3)(C)).[210] 지정, 지정의 종료, 지정의 연장에 관하여는 쟁송이 불가능하다(제244조(b)(5)(A)). 하지만 법무부장관은 제244조에 따른 이익제공의 거부에 관하여 개인이 다툴 수 있는 행정절차를 마련하여야 하며, 이때 그 행정절차는 퇴거절차에서 임시보호에 따른 퇴거금지를 주장하는 것을 방해하지 않는다(제244조(b)(5)(B)).[211] 임시보호지위에 대한 불인정 결정이 재량 사유에 기한 것이라면 사법심사의 대상이 되지 않는다.[212] 한편, 임시보호의 자격이 없다는 이유로 불인정 결정이 이루어진 경우, 퇴거절차에서의 쟁송과는 독립적으로 그러한 불인정 결정에 대하여 소송으로서 불복할 수 있는지는 명확하지 않다.[213]

한편, 임시보호의 자격에 관하여는 제244조(c)가 정하고 있다. 일반적 자격을 충족하기 위해서는 ① 국가에 대한 가장 최근의 지정시점부터 계속하여 미국에 존재(physically present)하고 있을 것, ② 법무부장관이 지정하는 날부터 계속하여 미국에 거주(reside)하였을 것, ③ 이민 적격을 가지고 있고,

---

210) 연장 외에 재지정 역시 가능하다. Claire Bergeron, 'Temporary Protected Status after 25 Years: Addressing the Challenge of Long-Term "Temporary" Residents and Strengthening a Centerpiece of US Humanitarian Protection' (2014) 2 Journal on Migration and Human Security 22, 25.

211) 이에 따라 연방규정은 행정불복절차를 두고 있다. 8 CFR § 244.10(c).

212) Legomsky and Rodríguez (n 194) 1141.

213) ibid.

임시보호 배제사유[214]에 해당하지 않을 것, ④ 180일 이내의 신청기간 내에 법무부장관이 정하는 바에 따라 임시보호지위를 신청할 것이 요구된다(제244조(c)(1)(A)).

3) 한계

임시적 보호 체제는 보호의 필요에 상응하는 제도가 아니라고 비판을 받는다. 특히 무력분쟁이나 환경재난으로 인한 보호는 국가 지정을 매개로만 현실화되기에, 지정이 없는 경우에는 무력분쟁 상황으로부터의 도피는 임시적 보호 체계 내에의 보호대상이 되지 않는다. 더불어 임시적 보호는 국가를 지정하는 시점에 미국에 현존하고 있는 사람들에게만 적용되기에, 지정 이후에 도피한 사람들은 적용대상에서 제외된다는 문제가 있다.[215] 이는 보호의 필요라는 관점에서 정당화하기는 어렵다. 한편, 환경재난의 경우 재난 국가의 요청을 요건으로 삼는 것 역시, 통상적으로 자국의 실패를 인정하지 않으려는 경향을 염두에 둘 때 적절치 않다는 지적이 있다.[216]

처우의 측면에서도 임시적 보호 지위에 따라 보장되는 권익은 많지 않다. 임시적 보호 지위는 영주권으로 전환될 법적인 경로가 없다.[217] 더불어 연방정부나 주정부가 제공하는 사회부조 등의 지원 대상에 해당하지 않는다.[218]

Ⅲ. 수익적 보호가 주된 국가: 호주

214) 미국 내에서의 중범죄 또는 2건 이상의 경범죄로 인해 유죄판결을 받은 경우 및「이민국적법」제208조(b)(2)(A)에 따른 비호 배제사유가 있는 경우가 포함된다(제244조(c)(2)(B)).

215) 이상의 비판에 관해, Frelick (n 199) 46-47 참조.

216) ibid 47.

217)「이민국적법」제244조(h)에 따라 이러한 입법은 원칙적으로 금지되어 있으며, 예외적으로 그러한 입법을 위해서는 상원의원 5분의 3 이상의 적극적 찬성이 필요하다.

218) 법무부 출입국・외국인정책본부(주 199), 165면.

수익적 보호가 주된 국가에 속하는 예로 호주가 있다. 호주에서 보충적 보호 제도가 도입된 것은 비교적 최근의 일이다. 호주의 난민보호는 보호사증의 신청을 통하여 이루어지는데,[219] 보호사증의 발급사유로서 보충적 보호사유는 2011년에 이르러 「이민법」[220] 개정법률로써 도입, 2012. 3. 24. 시행된 것이다.[221] 이는 자유권규약, 자유권규약 제2선택의정서, 아동권리협약, 고문방지협약에 따른 강제송환금지 의무의 이행에 대한 효율성, 투명성, 책임성을 강화하기 위한 입법이었다고 설명된다.[222]

호주는 보충적 보호가 주로 수익적으로 보장되는 국가로 분류된다. 이는 방어적인 측면에서, 국제법상 강제송환금지 원칙이 실질적으로 강제퇴거를 저지할 수 있는 독자적 사유가 되고 있지 못하기 때문이다.[223]

이하에서는 관련 선결문제로서 국제인권조약과 호주 국내법의 관계에 대해 살펴보도록 한다. 그 후, 위 2011년 입법으로 인해 도입된 보충적 보호의 대상을 중심으로 호주의 논의를 정리하도록 한다.

1. 국제조약의 국내법상 지위

1) 직접효력의 부정

호주는 국제조약이 국내법에 직접적인 효력을 미치지 않는다고 보고 있다. 이는 호주 헌법상 조약의 체결·비준에 관한 권한은 집행부에 있는 반면, 입법에 관한 권한은 의회에 있기 때문이라고 설명된다.[224] 즉 권력분립원칙이

---

219) 호주의 사증체계에 관해서는, 이 장의 제3절 III. 1. 1) 참고.

220) Migration Act 1958 (Cth). 이하 호주에 관한 서술에서 제명 없이 조항만 언급된 경우 「이민법」을 칭하는 것이다.

221) Migration Amendment (Complementary Protection) Act 2011 (Cth).

222) Explanatory Memorandum to the Migration Amendment (Complementary Protection) Bill 2011, 1.

223) 강제송환금지 원칙의 절차적 고려요소화에 관해, 이 장의 제4절 I. 2. 2) 참고.

224) *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh* (1995) 183 CLR 273, 287-288, 291 (per Mason CJ and Deane J), 302 (per Toohey J).

국내법상 직접효력의 부정논거가 되는 것이다.

호주 역시 모호한 국내법 규정의 해석 시 가능한 한 국제법에 부합하게 해석한다는 원칙이 존재한다. 다만, 그러한 방식의 참고가 이루어질 수 있는 국내법의 성질, 참고의 대상이 되는 국제법의 범위, 참고를 위해 요구되는 모호함의 정도에 관해서는 여러 입장이 상존한다.[225)]

그런데 호주법은 전반적으로 보충적 보호에 대한 심사 시에 국제인권조약과 그 법리를 고려하지 않으려는 경향을 보인다. 호주「이민법」은 국제조약을 직접 원용하는 방법에 따라 보충적 보호의 정의규정을 도입한 것이 아니라, 국제조약의 개념과 유사하기는 하되 독립적인 국내법적 정의규정을 두는 방법을 따랐다. 이는 국제인권조약과 국내법 사이에 일종의 장벽을 둔 것이라고 평가할 수 있다.[226)]

MZYYL 사건에서 재판부는 보충적 보호의 요건을 해석할 때 고문방지협약이나 다른 국제인권조약의 해석과 적용을 참고하는 것은 필요하지도, 유용하지도 않다고 설시하였다.[227)] 그 논거로는 협약상 난민 정의와는 달리 보충적

---

225) 관련된 자세한 논의는, Hilary Charlesworth and others, 'Deep Anxieties: Australia and the International Legal Order' (2003) 25 Sydney Law Review 423; Alison Duxbury, 'The impact and significance of *Teoh* and *Lam*' in Matthew Groves and H P Lee, *Australian administrative law: Fundamentals, principles and doctrines* (Cambridge University Press 2007) 301ff. 하지만 헌법 해석에 관하여 국제법을 참고하는 입장은 거의 받아들여지고 있지 않다. 예외적으로 커비(Kirby) 전 대법관이 그 가능성을 인정하였다. Kristen Walker, 'International Law as a Tool of Constitutional Interpretation' (2002) 28 Monash University Law Review 85, 92ff 참조.

226) 국제법 평면에서는 조약에 서명을 하지만 국내법 평면에서는 집행을 원하지 않는 모습을 야누스의 얼굴에 빗대기도 한다. Hilary Charlesworth, 'Australia's Split Personality: Implementation of Human Rights Treaty Obligations in Australia' in Philip Alston and Madelaine Chiam (eds), *Treaty-Making and Australia: Globalisation versus Sovereignty* (Foundation Press 1995) 129; Andrew Edgar and Rayner Thwaites, 'Implementing Treaties in Domestic Law: Translation, Enforcement and Administrative Law' (2018) 19 Melbourne Journal of International Law 24, 28.

227) *Minister for Immigration and Citizenship v MZYYL* [2012] FCAFC 147, para

보호는 국제인권조약상 정의를 그대로 규정하지 않은 점,[228] 고문이나 잔혹하거나 비인도적인 처우·처벌 등에 관하여 별도의 정의를 두고 있는 점, 자유권규약위원회가 채택하는 기준인 '비가역적 위해'(irreparable harm)나 박해의 요건인 '중대한 위해'(serious harm)가 아니라 '상당한 위해'(significant harm)[229]라고 규정하고 있는 점, 수용국(receiving country)[230]의 보호가 제공될 수 있는 경우에는 실제적 위험이 없다고 별도로 규정하고 있는 점을 들었다.[231] 이러한 판시는 후속 판결들에서도 이어졌다.[232] *SZTAL* 판결에 따르면 어떠한 조약의 기준을 국내법적으로 이행하는 경우라면 조약의 규정과 관련 법리를 참고할 필요가 있겠지만, 호주법상 보충적 보호는 고문방지협약 제3조 또는 자유권규약 제7조를 그대로 이행하려고 한 입법이 아니다. 따라서 조약의 이행입법이 있는 경우 그 이행입법이 조약에 부합하게 해석하여

20.

228) 판결 당시의 구「이민법」제36조 제2항(a)는 보호사증 발급의 요건으로 '난민의정서에 따라 개정된 난민협약상 난민의 정의에 부합할 것'이라고 규정하고 있었는데, 현행법상으로는 난민협약을 법률에 그대로 들여오는 것이 아니라, 별도의 정의규정을 구비하고 있다. 따라서 협약상 난민에 관하여도 호주는 국내법적 장벽을 둔 것으로 평가할 수 있다. 개정법률은, Maritime Powers Legislation Amendment (Resolving the Asylum Caseload Legacy) Act 2014 (Cth).

229) 김후신(주 93), 626면에서는 '중대한 위해'라고 번역을 하였으나, 이와 같은 호주법의 독자적 성격을 강조하기 위해 이 글에서는 '상당한 위해'로 번역한다.

230) 기능적으로는 출신국 개념과 같은 역할을 수행하는 호주법상 개념이다.

231) *MZYYL* (n 227) paras 18-19. 이러한 논거 중, 정의규정이 국제조약을 직접 원용하지 않고 있다는 점은 호주 헌법체계의 틀에서 이해가 가능하나, 그 외에는 비판이 가능하다고 생각된다. 자유권규약위원회가 비가역성을 언급하는 이유는 위해의 결과가 비가역적이라는 속성을 언급하는 것이라고 볼 수 있다. 위험의 정도에 관한 적용기준은 그러한 비가역적 성질을 가진 행위가 나타날 '실제적 위험'이 있는지 여부이다. '중대한 위해'와 달리 '상당한 위해'라는 용어를 사용한 것은 협약상 난민과 보충적 보호의 입법기술적 구별을 위한 장치로 이해할 수 있다. 그리고 수용국에서 보호가 제공되는 경우에는 실제적 위험이 없다고 보는 것은 해석론으로도 인정될 수 있다. 이에 대하여 별도 입법을 두었다고 해서 호주의 특수성을 보여주지는 못한다.

232) *SZSPE v Minister for Immigration and Border Protection* [2014] FCA 267, paras 41-43.

야 한다는 일반원칙은 보충적 보호의 경우에 제한적인 의미를 지닐 뿐이다.[233]

판례는 나아가 아동권리협약상 아동의 최선의 이익에 대한 고려의무가 보호사증 발급의 요건을 변동시키지 않는다는 입장이다. 예를 들어 *MZZIA* 사건에서 재판부는 보호사증 발급심사 시 최선의 이익에 대한 고려가 호주 국내법에 규정되어 있지 않을뿐더러, 만약에 그와 같이 본다면 조약이 국내법을 넘어서는 경우가 발생한다고 설시하였다. 보호사증 발급 여부에 대한 요건 심사를 하는 데에 있어 일반적인 아동의 최선의 이익에 대한 고려가 실제로 어떻게 이루어질 수 있는지도 불분명하다는 입장이다. 즉 보호사증 발급심사 시에 신청인의 연령은 이미 고려되는데, 최선의 이익에 대한 고려가 미비하다는 주장은 이미 복잡한 심사를 더욱 혼란스럽게 한다는 것이다.[234] 보호사증 심사 시 아동의 최선의 이익의 고려 여부에 관하여 규정이 불명확한 경우에 해당하지 않으므로, 국제법 합치적 해석의 법리가 개입할 사항이 아니라고도 설명된다.[235]

2) 정당한 기대의 법리

호주법에서 이행입법이 없는 국제조약은 행정절차에 영향을 미칠 수 있다. 이에 관하여 연방대법원 중요한 선례로 *Teoh* 사건이 언급된다.[236] 테오는 호주에 입국하여 호주 시민과 혼인하였고, 세 명의 자녀를 가지게 되었다. 테오의 부인은 테오를 만나기 이전의 관계로 세 명의 자녀를 두고 있었다.

---

233) *SZTAL v Minister for Immigration and Border Protection* [2016] FCAFC 96, paras 60-65.

234) *MZZIA v Minister for Immigration and Border Protection* [2014] FCCA 717, paras 39-42.

235) *AZAEH v Minister for Immigration and Border Protection* [2015] FCA 414, paras 31-33.

236) *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh* (1995) 183 CLR 273.

테오는 영주사증을 신청하였는데, 심사 중에 마약사범으로 기소되어 징역 6년의 형을 선고받아 품행요건 미준수로 이유로 거부결정을 받았다. 연방대법원은, 비록 관련 이행입법이 없는 것은 사실이지만, 호주가 아동권리협약에 비준함으로 인하여 당해 협약에 따라 아동의 최선의 이익을 우선적으로 고려할 것이라는 '정당한 기대'(legitimate expectation)가 형성되었다고 설시하였다. 이러한 정당한 기대는 실제로 아동의 최선의 이익을 우선적 고려사항으로 삼아야 할 의무부과를 의미하지는 않고, 절차적 공정의 관점에서 만약 정당한 기대와 달리 심사하려는 경우 통지와 의견제출의 기회가 부여되어야 한다는 것을 의미한다.[237]

Teoh 판결에 대한 반응으로 「이민법」이 개정되어, 장관의 지침(Direction)에 따라 보다 자세한 재량준칙을 마련하게 되었다.[238] 현행지침 중 중요한 것은 「이민법」 제501조 및 제501CA조에 따른 「사증의 거부·취소 및 취소결정의 철회에 관한 이민부장관 지침」이다.[239] 이 지침은 「이민법」 제501조 또는 제501CA조에 따른 재량을 행사할 때에 미성년 아동의 최선의 이익을 우선적 고려사항으로 삼을 것을 요하고 있다.[240]

---

237) *Teoh* (n 236) 291-302 (per Mascon CJ and Deane J). 달리 말하면 관련 당사자에게 아동의 최선의 이익을 우선적으로 고려하지 않을 것이라는 점을 통지하고, 관련 당사자들에게 행정청이 그와 달리 판단할 설득의 기회를 제공하면 정당한 기대에 따른 절차적 의무를 다 한 것이 된다. 이러한 방법에 비판적인 입장은, David Dyzenhaus and others, 'The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation' (2001) 1 Oxford University Commonwealth Law Journal 5, 10-12 참조.

238) Edgar and Thwaites (n 226) 38.

239) Direction no 79 — Visa refusal and cancellation under s501 and revocation of a mandatory cancellation of visa under s501CA (Direction no 79). 이하 '장관지침 제79호'로 약칭한다.

240) 다만, 이러한 지침은 장관이 직접 사증취소 등의 권한을 행사할 때에는 장관을 구속하지 않는다. *Hopkins v Minister for Immigration and Citizenship* [2007] FCA 1101, para 40; *NBMZ v Minister for Immigration and Border Protection* (2014) 220 FCR 1, 4, para 6.

2. 보호사증 발급사유인 보충적 보호

1) 규정체계

보충적 보호 대상자에 해당하기 위한 요건은 다음과 같다(「이민법」 제36조 제1A조 참고). 첫째, 호주안보정보국(Australian Security Intelligence Organisation)이 신청인이 안보에 직간접적으로 위험을 끼친다고 평가하지 않는 경우여야 한다(제36조 제1B항). 둘째, 장관이 합리적인 근거에 따라 호주의 안보에 위험을 끼치는 경우 또는 특히 중대한 범죄에 관하여 최종적으로 유죄판결이 된 자로서 호주 공동체에 위험을 끼치는 경우로 판단하는 자가 아니어야 한다(같은 조 제1C항). 셋째, 「이민법」 제36조 제2항에 정한 보호사유가 존재해야 한다. 보충적 보호 대상자에 관한 가장 직접적인 규정은 호주「이민법」 제36조 제2항(aa)이다. 이에 따르면, 보충적 보호로 인한 보호사증의 발급 요건은 ① 협약상 난민에 해당하지 않는 호주 내의 외국인일 것, ② 수용국으로 퇴거 시 필연적이고 예견가능한 결과로서 상당한 위해를 입을 실제적 위험이 있다고 믿을 상당한 근거가 있어 호주가 보호의무를 질 것이다.[241] 보호의무는 협약상 난민에 해당하는 경우와 보충적 보호 대상에 해당하는 경우로 개념적으로 구별되나, 그 구별은 보호의 효과로서 보호사증의 종류에까지 영향을 미치지는 않는다. 협약상 난민의 국내법적 정의는「이민법」 제5H조에 규정되어 있는데, 난민협약상 난민의 정의와 대동소이하다. 한편, 보호의무 발생에 관하여는 제36조 제3항 내지 제6항에 따른 예외가 적용되는데, 기본적으로 호주가 아닌 곳에서 보호를 받을 수 있는 접근성이 있는지가 검토된다. 더불어 특정한 중범죄를 행하였다고 판단할 만한 상당한

---

241) 이때 필연적이고 예견가능한 결과는 상당한 위해라는 결과 자체를 말하는 것은 아니고 위험의 발생이라는 결과를 말한다. *SZSKC v Minister for Immigration and Border Protection* [2014] FCCA 938, paras 71-73 (불법출국으로 인해 이란에서 징역의 위험에 처하게 된다고 주장한 사안으로, 투옥이라는 결과가 필연적이고 예견가능한 결과가 될 필요는 없고 위험의 발생이 핵심이라는 취지로 설시하면서 행정청이 잘못된 기준을 적용하였다고 판단한 사안).

근거가 있는 경우 등에는 보충적 보호의 요건을 갖추지 못한 것으로 본다는 배제사유도 있다(제36조 제2C항).

2) 상당한 위해

(1) 정의

상당한 위해의 종류로는, ① 생명의 자의적인 박탈, ② 사형의 집행, ③ 고문, ④ 잔혹하거나 비인도적인 처우 또는 처벌, ⑤ 굴욕적인 처우 또는 처벌이 있다(제5조 제1항). 고문은 신체적·정신적으로 심각한 고통 또는 괴로움을 의도적으로 야기하는 작위 또는 부작위로 정의되어 있다(같은 조항). 이때 해당 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적을 가진 경우, 해당 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위에 대한 처벌할 목적을 가진 경우, 해당 개인이나 제3자를 협박하거나 강요할 목적을 가진 경우, 이상의 목적과 관련된 목적을 가진 경우, 자유권규약의 규정에 반하는 차별에 기초한 이유가 있는 경우에 해당해야 한다(같은 조항). 고문방지협약과 달리 공적 속성이라는 요건을 두고 있지 않음을 알 수 있다.[242]

가혹행위에 관하여는, 그 정의가 상대적으로 상세하다는 점에서 자유권규약과 차이가 있다. 자유권규약은 잔혹하거나 비인도적인 또는 굴욕적인 처우·처벌에 관하여 별도의 정의를 하고 있지는 않지만, 호주는「이민법」제5조 제1항에 그 정의를 정하고 있다. 특이한 것은 '잔혹하거나 비인도적인 처우·처벌'과 '굴욕적인 처우·처벌'을 별도로 규정하고 있다는 점이다. 이와 같이 별도로 규정한 이유는 불명확하다.[243]「이민법」규정상 잔혹하거나 비인도적인 처우·처벌은 작위 또는 부작위가 ① 의도적으로 신체적 또는 정신

242) 공적 속성의 부재는 이는 제안이유서에서도 명시적으로 언급되고 있다. Explanatory Memorandum, to the Migration Amendment (Complementary Protection) Bill 2011, para 52.

243) Jane McAdam, 'Australian Complementary Protection: A Step-By-Step Approach' (2011) 33 Sydney Law Review 687, 702.

적으로 심각한 고통을 야기하는 경우 또는 ② 의도적으로 신체적 또는 정신적 고통이 야기된 경우로서 합리적으로 볼 때 잔혹하거나 비인도적인 성질을 가진 경우를 말한다. 다만, 그 작위 또는 부작위가 자유권규약 제7조에 반하지 않거나 자유권규약에 반하지 않는 합법적 제재에 내재되거나 부수된 결과인 경우는 제외된다. 잔혹하거나 비인도적인 처우・처벌의 해당 여부는 추상적인 양태가 아니라 개별적인 상황에 따라 판단하여야 한다. 예컨대 *SZSMQ* 사건에서 장관은 파일리 쿠르드족 무국적자인 원고가 이란으로 송환될 경우 의료비 지출 또는 취업의 사실상 제한에 직면하게 되는 상황은 어떠한 경우에도 상당한 위해에 해당할 수 없다고 주장하였으나, 재판부는 받아들이지 않고 개별적 평가가 필요하다고 설시하였다.[244] 「이민법」 규정상 굴욕적인 처우・처벌은 의도적으로 비합리적인 극심한 모욕감을 야기하는 작위・부작위를 의미하는데, 마찬가지로 자유권규약 제7조에 반하지 않거나 자유권규약에 반하지 않는 합법적 제재에 내재되거나 부수된 결과인 경우는 제외된다. 어떠한 모욕이 비합리적이고 극심한지 역시 개별적 사안마다 판단한다. 강제혼인은 모욕을 줄 의도의 행위에 해당하며, 대부분의 경우 그로 인한 모욕감은 극심하고 완전히 비합리적인 것으로 여겨진다.[245] 그에 반하여 환경오염에의 노출은 극심한 모욕을 야기하지 않는다고 본 사례가 있다.[246] 마찬가지로 자녀와의 분리로 인한 고통 역시 상당한 위해의 요건을 갖추었다고 보기 어렵다고 본다.[247]

---

244) *SZSMQ v Minister for Immigration and Border Protection* [2013] FCCA 1768, para 114.

245) *FMN17 v Minister for Immigration, Citizenship, Migration Services and Multicultural Affairs* (2020) 274 FCR 612, para 44.

246) *SZSFX v Minister for Immigration and Border Protection* [2013] FCCA 1309. 나아가 설령 그러한 입론이 가능하다고 하더라도 「이민법」 제36조 제2B항(c)에 정한 일반화된 위험에 해당한다고 보았다.

247) *SZRSN v Minister for Immigration and Citizenship* [2013] FMCA 78, para 66. 항소심에서 유지되었으나, 항소심에서 관련 쟁점에 대한 명시적인 판단은 없었다. *SZRSN v Minister for Immigration and Citizenship* [2013] FCA 751.

(2) 국제인권조약과의 차이

호주「이민법」상 고문의 정의 중 목적성 요건은 한정적으로 열거되어 있는데, 이는 고문방지협약 제1조에 정한 고문의 정의에 비하여 협소하다고 비판받는다.[248] 하지만 '자유권규약 규정에 반하는 차별적 이유'가 명시되어있는 만큼, 실질적인 차이가 발생할 가능성은 낮다.

「이민법」상 가혹행위의 정의에 관하여는, 의도성 요건이 자유권규약 제7조에 비해 가중된 요건이라는 비판이 있다. 이러한 비판은 유럽인권재판소 판례가 굴욕적인 처우·처벌에 해당하는지 판단할 때 모욕을 줄 의도가 있었는지 살펴볼 필요가 있으나, 그러한 의도가 없다고 하여 굴욕적인 처우·처벌에 해당하지 않는다고 단정할 수는 없다고 보고 있다는 점에 입각한다.[249] 한편, 자유권규약 제7조에 반하지 않는 경우를 가혹행위에서 제외한다는 규정은 잉여적이라는 평가도 있다.[250] 그런데 이와 같은 입장은 호주의 보충적 보호에 관한 국내법 규정 해석을 국제법상 해석과 사실상 동일시하는 평가자의 태도로부터 비롯되는 것으로 보인다. 앞서 살펴보았듯이 보충적 보호에 관하여 법률상 특별한 언급이 없는 한 국내법 체계 내에서의 해석을 따르는 것이 호주 판례의 경향이다.[251] 이러한 점에 미루어 볼 때 자유권규약 제7조에 반하지 않는 경우를 굳이 규정한 것은, 국내법상 보호를 자유권규약보다 넓게 제공하지 않을 것이라는 의사의 표현으로 읽을 수도 있다.

(3) 가해의 주체

호주「이민법」은 가해의 주체에 관하여 명시적인 제한을 두고 있지 않다. 다만, 신청인이 위해를 당하여야 한다는 수동성은 확인할 수 있기에, 타인에

248) McAdam, 'Australian Complementary Protection' (n 243) 697-98.
249) ibid 700. 이와 같은 유럽인권재판소의 판례는 제2장 주 92와 그에 상응하는 본문에서도 살펴보았다.
250) McAdam, 'Australian Complementary Protection' (n 243) 704-705.
251) 이 장의 제2절 III. 1. 1) 참고.

의한 위해의 위험이 있어야 한다. 즉 스스로 야기한 위해는 이에 해당하지 않는다.[252] 따라서 자살의 위험은 생명의 자의적인 박탈에 해당하지 않는다.[253] 호주의 송환행위 자체로 인하여 발생하는 위해 역시 보호의 대상이 되지 않는다. 그 이유로「이민법」제36조 제2항(aa)는 보호국이 아니라 수용국에서 발생하는 위해와 관련되는 것으로 해석되는 점, 제36조 제2B항(b) 및 (c)와의 관계에서 문제되는 국가는 수용국이라는 점, 송환행위 자체가 위해를 야기하는 행위라고 보는 경우 순환논법에 빠지는 점, 그와 같이 보는 것이 의도성 요건에도 부합하는 점이 제시된다.[254] 방글라데시로 송환되는 결과로 치료에 접근할 수 없게 되는 경우에 보호사증의 요건으로서 상당한 위해의 위험이 있다고 보기 어렵다고 한 사례 역시 확인된다.[255]

3) 위험의 정도

판례는 협약상 난민에 해당하기 위한 요건인 박해의 '실제적 가능성'(real chance)과 보충적 보호의 요건인 상당한 위해의 '실제적 위험'(real risk)의 기준이 같은 것으로 보고 있다.[256] 따라서 위험의 정도에 관한 해석은 협약

---

252) *GLD18 v Minister for Home Affairs* [2020] FCAFC 2, paras 88-89 (per Allsop CJ and Mortimer J) (호주에 있는 아들의 묘와 딸에 대한 접근이 정신건강에 중요한 역할을 하고 있어, 영국으로 송환될 경우 정신적 고통이 발생할 것이라고 주장한 사안).

253) *EZC 18 v Minister for Home Affairs* [2019] FCA 2143, para 47.

254) *SZRN v Minister for Immigration and Citizenship* [2013] FCA 751, para 48; *SZRN v Minister for Immigration and Citizenship* [2013] FMCA 78, paras 61-65.

255) *SZDCD v Minister for Immigration and Border Protection* [2019] FCA 329, para 48.

256) *Minister for Immigration and Citizenship v SZQRB* [2013] FCAFC 33, para 246ff (per Lander and Gordon JJ), 297 (per Besanko and Jagot JJ), 342 (per Flick J). 이 사건에 관한 연방대법원 특별상고는 불허가되었다. *Minister for Immigration and Citizenship v SZQRB* [2013] HCATrans 323. 그 밖에 같은 취지로, *MZYXS v Minister for Immigration and Citizenship* [2013] FMCA 13, para

상 난민요건에 대한 판례를 참고할 수 있다. 호주 연방대법원은 난민요건으로서 박해의 실제적 가능성은 '상당한 가능성'(substantial chance)으로, 50퍼센트 미만인 경우라도 이를 인정할 수 있다고 보고 있다.[257] 즉 '위험 발생의 가능성이 그렇지 않을 가능성보다 높은 경우'(more likely than not)임을 보일 필요는 없다.[258] 위험의 실제성에 관한 협약상 난민요건과 보충적 보호요건의 동일시로 인해 협약상 난민요건 심사 시의 위험평가에 관한 법리가 대체로 보충적 보호에도 그대로 적용된다. 위험평가 시 과거의 경험에 대한 고려에 관한 법리,[259] 사실판단 시 오류가능성에 대한 고려의 법리[260] 등을 그 예로 들 수 있다.[261]

한편,「이민법」제36조 제2B항은 상당한 위해의 실제적 위험이 없는 것으로 간주되는 세 가지 경우를 규정하고 있다. 첫째는 국가에서 상당한 위해의

---

19. 이는 항소심에서 유지되었다. *MZYXS v Minister for Immigration and Citizenship* [2013] FCA 614.

257) 협약상 난민요건으로서 박해의 위험에 관한 판례로, *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Guo* (1997) 191 CLR 559, 572 (per Brennan CJ, Dawson, Toohey, Gaudron, McHugh and Gummow JJ), 585 (per Kirby J).

258) *MZAAD v Minister for Immigration and Border Protection* [2015] FCA 1031, para 35 (아프가니스탄에서 탈레반이 동생을 납치한 것은 원고가 시아파라거나 타지크인인 것과는 무관한 금전적 목적의 범죄행위로 보이며, 아프가니스탄으로 돌아간다고 하더라도 원고가 상당한 위해를 당할 실제적 위험이 있다고 보기 어렵다고 판단된 사안).

259) ibid para 41. 이에 따르면 과거의 경험은 미래의 예측에 하나의 지침이 된다. 다만, 개별 사안에서 실제로 그러한 경험이 발생했을 가능성이나 다른 사건의 개입으로 인한 상황변화 등에 따라 그러한 과거 경험에 의존할 수 있는 정도가 달라진다.

260) *SZSKC* (n 241) para 83. 이에 따르면 보충적 보호 여부를 심사할 때, 신청인이 주장하는 과거 사건이 발생하지 않았다고 판단하는 경우라 할지라도 그러한 판단이 확실하지 않다면, 심사자의 오류 가능성을 고려해야 한다(이른바 'what if I was wrong' 기준).

261) 이와 같은 위험의 기준을 동일하게 보는 데에 찬성하는 입장으로, Jane McAdam and Fiona Chong, 'Complementary Protection in Australia Two Years On: An Emerging Human Rights Jurisprudence' (2014) 42 Federal Law Review 441, 446.

실제적 위험이 없는 다른 지역에 정착하는 것이 합리적인 경우이다. 둘째는 상당한 위해를 당할 실제적 위험이 없도록 해당국가로부터 보호를 받을 수 있는 경우이다. 셋째는 실제적 위험이 국가의 사람들 일반에 대하여 존재하고, 해당 외국인이 개별적으로 처한 위험이 아닌 경우이다. 이러한 세 가지 사항 중 하나만 충족하는 경우라도 호주의 보호의무는 존재하지 않는다.[262]

첫 번째 사유는 난민법상 대안적 국내보호의 법리를 반영한다. 협약상 난민의 맥락에서 제기되는 대안적 국내보호의 합리성 문제[263]는 보충적 보호의 맥락에서도 동일하게 나타나며,[264] 전자에 대한 고려를 마친 경우에는 보충적 보호 심사 시에 그러한 결과를 원용할 수도 있다.[265] 두 번째 사유는 비국가행위자로부터 위해를 당할 우려가 있는 경우에 국가가 보호를 제공하는 경우를 상정하는 것으로 이해된다.[266] *MZYYL* 사건에서 재판부는 국가에 의한 보호는 상당한 위해의 위험을 실제적이지 않은 위험으로까지 낮추는 정도여야 한다고 설시하면서, 국가 보호의 정도는 합리적인 보호로 족하다는 장관 측의 주장을 배척하였다.[267] 인지, 기소, 처벌에 관한 효과적인 사법체

---

262) *ANT18 v Minister for Immigration, Citizenship, Migration Services and Multicultural Affairs* [2020] FCA 292, para 24 (아프가니스탄에서 탈레반과 밀접한 관계를 유지하고 있는 쿠치 유목민으로부터 수차례 공격을 받았다고 주장한 사안에서, 원고가 장래에 박해 또는 상당한 위해를 당할 실제적 가능성이 없고, 나아가 그러한 위험은 제36조 제2B항(c)에 정한 일반화된 위험이라고 판단한 사안).

263) 이를 판단할 때에는 첫째, 문제된 위험이 전국적이지 않고 지역적인지, 둘째, 만약 지역적이라면 위험이 없는 다른 지역으로 재정착할 것을 합리적으로 기대할 수 있는지를 살핀다. *SZSRQ v Minister for Immigration and Border Protection* [2014] FCCA 2205, para 45.

264) *AHK16 v Minister for Immigration and Border Protection* [2018] FCAFC 106, para 53 (자신과 가족이 파키스탄 인민당 등에 참여하였다는 이유로 박해를 받을 위험이 있다고 주장했으나, 대안적 국내보호가 가능하다고 판단된 사안).

265) *SZSRD v Minister for Immigration and Border Protection* [2013] FCCA 1714, paras 87-88.

266) McAdam, ‘Australian Complementary Protection’ (n 243) 709.

267) *MZYYL* (n 227) para 40. 협약상 난민에 관한 심사에서 국가의 보호 실패 여부를 심사할 때에는 ‘적절하거나 합리적인 정도의 보호’를 기준으로 삼는 것으로

계 또는 국제적 기준을 갖춘 체계를 갖추었다고 해서 이 요건이 곧바로 만족되지는 않는다.[268]

이상의 두 가지 사유는 실제적 위험의 존부에 관한 해석론으로도 볼 수 있는 반면, 세 번째 사유는 창설적 성격을 지닌다. 이 규정의 해석에 관하여 유럽사법재판소의 *Elgafaji* 판결의 법리[269]를 참고할 필요가 있다는 주장이 있다.[270] 실제적 위험을 인정하기 위해 반드시 신청인 개인이 특정한 이유로 표적이 될 필요가 없다는 판례도 있으나,[271] 개별성의 의미를 달리 보는 취지의 판결례가 다수인 것으로 보인다. *SZSPT* 사건에서 재판부는 국가 일반에 적용되는 법의 위반에 따른 처벌 위험은 한 국가 내의 사람들 전반에 대한 위험이므로 이 예외가 적용된다고 보았다.[272] 이러한 해석은 열악한 의료상황에 관해서도 마찬가지이다.[273] 이때 '국가의 사람들 일반'의 의미는 통상적 의미로 이해하여야 하며, 모든 구성원에 같은 위험이 있을 것을 요하지는 않는다.[274] 그리고 명문상 일반성의 지역적 범위는 '국가'이므로, 국가 내의 특정한 지역에 미치는 위험인 경우에는 이러한 예외가 적용되지 않는다.[275]

족하다. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v Respondents S152/2003* (2004) 222 CLR 1, para 117 (per Kirby J).

268) *MZYYL* (n 227) paras 36-37. 이 점에서 법리상으로는 유럽연합「자격지침」제7조 제2항에 비해 높은 수준의 보호를 요구하는 것을 알 수 있다. 이 장의 제2절 I. 1. 2) (3) 참고.

269) 이 장의 제2절 I. 1. 2) (3) 참고.

270) *Elgafaji* (n 42); McAdam, 'Australian Complementary Protection' (n 243) 713ff.

271) *SZSFF v Minister for Immigration and Border Protection* [2013] FCCA 1884, para 34.

272) *SZSPT v Minister for Immigration and Border Protection* [2014] FCA 1245, paras 11-15 (형법 위반으로 인한 징역의 위험 및 구금시설의 국제기준 미준수를 주장한 사안).

273) *MZAAJ v Minister for Immigration and Border Protection* [2015] FCA 478, para 6 (의료상황으로 인한 위험은 스리랑카인 전체에 대한 위험이라고 판단된 사안).

274) *BBK15 v Minister for Immigration and Border Protection* [2016] FCA 680, para 32.

4) 배제사유

「이민법」 제36조 제2C항은 보충적 보호의 요건을 갖추지 못한 것으로 보는 사유 다섯 가지를 열거하고 있다. 규정체계상 제36조 제2C항(a)는 난민협약상 배제사유에 상응하고, (b)는 난민협약상 강제송환금지 원칙의 예외에 관한 제33조 제2항에 상응한다.[276] 즉 제36조 제2C항(a)는 ① 하위규정으로 정한 국제문서에 따라 평화에 반하는 범죄, 전쟁범죄 또는 인도에 반하는 죄를 범한 경우,[277] ② 호주에 입국하기 전에 중대한 비정치적 범죄를 행한 경우, ③ 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 한 경우 중 어느 하나에 해

---

275) *BCX16 v Minister for Immigration and Border Protection* [2019] FCA 456, paras 37-38.

276) Explanatory Memorandum to the Migration Amendment (Complementary Protection) Bill 2011, paras 87-88.

277) 이러한 하위규정인 「이민규정」에 정한 문서로는 로마규정뿐만 아니라 「유럽 추축국 주요 전범 처벌 및 검찰협정에 관한 협정」, 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」, 「육전(陸戰)에 있어서의 군대의 부상자 및 병자의 상태 개선에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약」, 「해상에 있어서의 군대의 부상자, 병자 및 조난자의 상태개선에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약」, 「포로의 대우에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약」, 「전시에 있어서의 민간인의 보호에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약」 등이 예시적으로 규정되어 있다. Migration Regulations 1994 (Cth) reg 2.03B. 각각의 국제문서는, Agreement for the Prosecution and the Punishment of the Major War Criminals of the European Axis; Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (First Geneva Convention) (entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 31; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (Second Geneva Convention) (entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 85; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention) (entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 135; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention) (entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 287.

당한다고 볼 중대한 이유가 있는 경우를 규정하고 있다. 제36조 제2C항(b)는 합리적인 근거에 따라 ① 호주의 안보에 위험이 되는 경우 또는 ② 특히 중대한 범죄(호주에서의 중대한 범죄 및 외국에서의 중대한 범죄를 모두 포함한다)에 관하여 확정판결을 받고, 호주 공동체에 위험이 되는 경우 중 어느 하나에 해당한다고 판단될 경우를 규정하고 있다.

보충적 보호 입법의 제안이유서에서는, 제36조 제2C항에 따른 배제사유와 고문방지협약 또는 자유권규약에 따른 강제송환금지 의무가 동시에 인정되는 경우에 호주는 여전히 강제송환금지 의무에 구속되고, 이에 위반되는 송환을 하지 않을 것이라고 설명하고 있다.[278] 하지만 후술하듯이 이것이 구체적으로 어떻게 담보되는지는 불명확하고, 특히 이후 입법된 「이민법」 제197C조와의 관계에서 더욱 그렇다.[279]

---

278) Explanatory Memorandum to the Migration Amendment (Complementary Protection) Bill 2011, paras 89-90.

279) 제197C조에 관하여는 이 장의 제4절 I. 2. 2) 참고

제 3 절 보충적 보호의 절차

Ⅰ. 수익적·방어적 보호가 모두 보장되는 국가

실체법적 권리는 절차적으로 실현될 때 비로소 진정한 의미를 지니게 된다. 이는 보충적 보호 영역에서도 마찬가지이다. 이러한 관점에서 보충적 보호의 절차는 보충적 보호의 대상에 상응시키는 방법으로 유형화될 수 있다. 이하에서는 보충적 보호가 수익적·방어적 측면에서 모두 나타나는 제1유형 국가들부터 그 절차를 살펴보도록 한다.

1. 독일 및 프랑스

유럽연합「절차지침」은 국제적 보호를 구하는 절차에 관해서 기본적 사항만 정한다. 그 외의 사항에 관해서는 각 회원국이 자율적으로 절차를 형성한다. 유럽통합비호체계 내에 여러 규정이나 지침이 있지만, 이를 준수하는 한도 내에서 절차의 형성은 각국에 맡겨진다. 즉 유럽연합법이 국가들 사이의 통합을 위하여 정한 부분 이외에 관하여는 국내법이 규율하는 것이다.[280] 이하에서는「절차지침」과 더불어 위험평가와 관련된「자격지침」규정에 관해서 간략히 살펴본 다음, 독일 및 프랑스의 국내법 규정체계를 살펴보도록 한다.

1) 관련 유럽연합 지침

(1) 신청절차

각국 국내법상 권한 있는 기관에 국제적 보호를 신청하는 경우, 해당 기관

---

280) Thibaut Fleury Graff et Alexis Marie, *Droit de l'asile*, Paris, PUF, 2019, 42.

은 이를 신속하게 접수해야 한다(「절차지침」 제6조 제1항).[281] 회원국은 국제적 보호를 신청하는 사람이 관련 사안을 가능한 한 신속하게 제출할 수 있는 효과적 기회를 보장해야 한다(제6조 제2항). 구금시설 또는 국경지역에 있는 제3국 국민이 국제적 보호를 신청하려는 상황에 있는 경우, 회원국은 국제적 보호를 신청할 수 있다는 점을 안내해야 한다(제8조 제1항). 그러한 안내인 또는 안내기관이 국제적 보호를 신청하고자 하는 사람에 효과적으로 접근할 수 있도록 보장해야 하며, 그와 같은 접근에 대한 제한은 국내법에 의해 안보, 공공질서 또는 국경 행정관리에 객관적으로 필요한 경우에 한해 할 수 있다(제8조 제2항).

국제적 보호가 신청된 경우, 회원국은 신청인이 권한 있는 기관에 의해 결정이 이루어지기 전까지 회원국에 머무를 수 있도록 하여야 한다(「절차지침」 제9조 제1항). 다만, 특별한 사정이 없는 재신청의 경우(제41조 참고) 또는 다른 회원국・제3국・국제형사재판소에 인도하는 경우에는 예외를 둘 수 있다(제9조 제2항). 물론 이러한 예외에 따라 인도를 하기 위해서는 국제법 및 유럽연합법에 위반되는 강제송환금지가 일어나지 않아야 한다(제9조 제3항).

(2) 심사 및 결정

「자격지침」 제4조는 협약상 난민과 부수적 보호 모두에 적용되는 평가원칙을 규정하고 있다.[282] 회원국은 국제적 보호의 신청을 뒷받침(substantiate)하기 위하여 가능한 한 신속하게 모든 요소를 제출할 것을 신청인의 의무로 여길 수 있다(제4조 제1항 제1문). 이는 엄격한 의미에서 증명책임을 정한 것은 아니고, 주장책임에 가까운 것으로 이해된다.[283] 이때 신청을 뒷받침하

---

281) 권한 있는 기관은 근무일 3일 이내에 접수해야 하고, 권한 있는 기관은 아니지만 신청을 접수 받을 것으로 보이는 기관에 신청을 한 경우에 회원국은 6일 이내에 이를 접수해야 한다.

282) 이 점에서 협약상 난민과 부수적 보호의 심사구조가 높은 수준의 유사성을 가지고 있음을 확인할 수 있다.

283) Döring (n 27) art 4, 1133, para 5; Gregor Noll, ‘Evidentiary assessment and

는 것이 무엇인지에 관한 명확한 정의는 없지만, 신청의 근거를 지지하는 진술과 문서 등의 증거를 제출하는 것으로 이해된다.[284] 이러한 뒷받침이 필요한 요소는「자격지침」제4조 제2항에 규정되어 있는데, 이에는 ① 연령, ② 배경(관계 친족을 포함한다), ③ 신분, ④ 국적, ⑤ 과거 체류국 및 체류지, ⑥ 과거 비호신청, ⑦ 여행경로, ⑧ 여행 관련 문서, ⑨ 국제적 보호를 신청하는 이유 각각에 관한 진술·문서가 포함된다. 이는 예시규정이 아닌 열거규정으로 이해된다.[285]

「자격지침」제4조 제1항 제2문은 신청에 관련된 요소들을 평가하고, 이 과정에서 신청인과 협력할 의무를 규정하고 있다. 협력의무의 실질적인 의미는, 신청인이 제공한 요소가 완전하지 않거나, 최신의 것이 아니거나, 관련성이 없는 경우, 회원국이 적극적으로 신청인과 협력하여 신청을 뒷받침하기 위한 모든 요소가 갖추어질 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 하지만 이러한 협력의무에는, 국제적 보호에 대한 통합심사절차에서 난민지위 신청이 거부된 후 부수적 보호 지위 신청 역시 거부하려고 할 때, 별도로 그러한 의사를 알리고 이에 대하여 의견제출 기회를 보장할 의무가 포함되지는 않는다. 다만, 유럽인권재판소 판례에 따르면 난민인정 절차와 부수적 보호 지위 인정 절차가 별개 절차로 설계된 경우에는「유럽연합 기본권헌장」[286] 제41조에 따른 좋은 행정에 대한 권리, 특히 불이익한 결정에 대한 방어권으로서 의견제출 기회가 보장되어야 한다.[287]

---

the EU qualification directive' (2005) New Issues in Refugee Research, UNHCR Working Paper No 117, 7.

284) Döring (n 27) art 4, 1134, para 8.

285) Noll (n 283) 6. 한편, 신속성의 의미에 관해서는, Gregor Noll, 'Evidentiary assessment and the EU qualification directive' (2005) New Issues in Refugee Research, UNHCR Working Paper No 117, 6; Dana Baldinger, *Rigorous Scrutiny verses Marginal Review: Standards on judicial scrutiny and evidence in international and European asylum law* (Wolf Legal Publishers 2013) 354 참조.

286) Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C 326/391.

287) 이상의 협력의무의 의미에 관해, Case C-277/11 *MM v Minister for Justice, Equality and Law Reform and Others* ECLI:EU:C:2012:744, paras 57ff. 다만 이

심사기관은 우선 신청인이 난민요건을 충족하는지 여부에 대해 우선적으로 심사해야 하고, 그렇지 않은 경우 부수적 보호 요건을 충족하는지 심사해야 한다(「절차지침」 제10조 제2항). 심사를 할 때에는 개별성·객관성·공정성이 보장되어야 하며, 다양한 출처에 따른 최신의 정보에 입각한 평가가 이루어져야 한다(제10조 제3항 제2문(a), (b)). 심사자는 비호법 및 난민법 영역의 관련 기준을 이해하고 있어야 하며, 필요한 경우 의료·문화·종교·아동·젠더에 관련된 현안에 대해 조언을 구할 수 있어야 한다(제10조 제3항 제2문(c), (d)). 평가 시에는 출신국의 법령과 그 적용실태, 신청인의 진술·문서, 출신배경·젠더·연령 등 신청인의 개별적 상태·상황 등 사안과 관련된 사정을 종합적으로 고려하여야 한다(「자격지침」 제4조 제3항 참조).

회원국은 국제적 보호에 대한 결정을 서면으로 하여야 한다(「절차지침」 제11조 제1항). 난민지위 또는 부수적 보호 지위의 신청이 거부된 경우, 그 결정 이유에 사실관계 및 법적 근거를 포함하여야 하며, 거부결정에 대한 쟁송수단을 서면으로 알려야 한다(「절차지침」 제11조 제2항 제1문). 다만, 결정 이전에 서면 또는 신청인이 접근 가능한 전자적 방법에 의하여 쟁송수단이 안내가 된 경우에는 이를 재차 서면으로 알릴 필요는 없다(제11조 제2항 제2문).

(3) 구제절차

유럽연합법에서는 난민 불인정뿐만 아니라 부수적 보호의 불인정 역시 쟁송으로 다툴 수 있다. 「절차지침」 제46조는 효과적 구제의 보장에 관하여

판례는 「2005년 절차지침」이 적용되던 시기의 판결인데, 이때 지침은 부수적 보호를 적용범위로 삼지 않았다. 「2005년 절차지침」은, Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status, [2005] OJ C 326/13. 현재 「절차지침」은 부수적 보호를 적용범위로 하고 있어, 「유럽연합 기본권헌장」까지 상승하지 않아도 절차적 권리의 보호 문제를 대부분 해소할 수 있다.

규정하고 있다. ① 신청인은 국제적 보호에 관한 결정(난민 또는 부수적 보호에 관한 신청이 이유 없다는 국가의 판단, 제33조 제2항에 따라 신청이 부적법하다는 판단,[288] 「절차지침」 제43조 제1항에 따라 국경이나 환승구역에서 이루어진 결정[289]이 모두 포함된다), ② 제27조 또는 제28조에 따라 중단된 신청에 대하여 심사를 다시 개시하지 않기로 하는 결정, ③ 제45조에 따라 국제적 보호를 철회하기로 하는 결정에 대하여 법원 또는 재판소에 구제를 구할 권리가 있다(제46조 제1항). 부수적 보호 지위를 인정받은 경우라 할지라도 난민에 해당하지 않는다는 결정에 관하여 다툴 수 있다(제46조 제2항 제1문). 다만, 난민지위와 부수적 보호 지위에 부여되는 권리와 이익이 동등하다면, 난민지위 불인정에 대한 쟁송은 법률상 이익이 없다고 볼 수 있다(제46조 제2항 제2문). 「절차지침」에 따른 효과적 구제의 권리에는 신속절차에 따라 국제적 보호 여부를 심사하기로 하는 결정을 다툴 권리가 포함되는 것은 아니다. 다만, 그렇다고 할지라도 국제적 보호에 관한 불인정 결정을 다투면서 신속절차로 이행하게 된 사유에 관하여 실질적 심사가 이루어질 수 있어야 한다.[290]

「절차지침」 제46조 제1항에 따른 쟁송의 경우, 사실관계와 법적 근거에 관한 완전하고 장래적인 심사가 이루어져야 한다. 적어도 제1심에서는 그 적용

---

288) 더블린규정의 사유 이외의 부적법 사유를 열거하고 있다. 그 사유로는 다른 회원국이 국제적 보호를 제공한 경우, 회원국 아닌 국가가 제35조에 따라 '최초 비호국'(first country of asylum)으로 판단되는 경우, 회원국 아닌 국가가 제38조에 따라 '안전한 제3국'(safe third country)으로 판단되는 경우, 새로운 사정이 없음에도 재신청을 한 경우, 제7조 제2항에 따라 병합심사를 받기로 한 부양가족이 별개로 심사를 할 사정이 없음에도 별개 신청을 한 경우가 있다.

289) 회원국은 국경 또는 환승구역에서 제33조에 따른 신청의 적부 판단 또는 제31조 제8항 각호에 관한 실체 판단을 할 수 있다. 제31조 제8항 각호의 사유로는 신청인이 국제적 보호에 관한 사유와 무관한 사유만을 주장한 경우, 신청인이 안전한 제3국으로부터 온 경우, 허위 정보 또는 문서를 제출하거나 자신에게 불리한 영향을 미칠 수 있는 신분·국적에 관한 정보 또는 문서를 제출하지 않아 권한 있는 당국을 오도한 경우 등이 있다.

290) Case C-69/10 *Brahim Samba Diouf v Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration* [2011] ECR I-7151, ECLI:EU:C:2011:524, para 70.

이 가능한 경우 「자격지침」에 정한 국제적 보호의 요건에 대한 심사가 포함되어야 한다(「절차지침」 제46조 제3항). 쟁송에 대하여 합리적인 시간제한을 두거나 필요한 규칙을 둘 수 있으나, 이로 인하여 쟁송이 불가능해지거나 극히 어려워져서는 안 된다(「절차지침」 제46조 제4항 제1문).[291] 제43조에 따른 국경·환승구역에서의 결정[292]에 관하여는 직권심사 절차를 둘 수 있다(제46조 제4항 제2문).

(4) 쟁송 중 체류

회원국은 쟁송기간이 도과하기까지, 쟁송기간 내에 쟁송이 이루어진 경우에는 그 결과가 나올 때까지 신청인이 자국의 영토 내에 머무를 수 있게 하여야 한다(「절차지침」 제46조 제5항). 「절차지침」 제46조 제6항은 이에 대한 예외를 규정하고 있다. ① 신청이 명백히 이유가 없거나 제31조 제8항의 사유[293]로 인해 이유 없는 경우, ② 다른 회원국이 국제적 보호를 제공하거나, 신청인에 대한 최초 비호국이 있거나, 새로운 사정이 없는 재신청에 해당한다는 이유로 신청이 부적법한 경우, ③ 신청의 철회 또는 취소로 인해 심사가 중단된 사안에서 절차를 다시 개시하지 않기로 결정하는 경우, ④ 안전한 제3국으로부터 불법입국하거나 불법입국하려는 경우에 해당하여 신청의 일부 또는 전부에 대해 심사를 하지 않기로 결정하는 경우 등이 이러한 예외에 해당한다. 이러한 예외에 해당하고, 회원국 국내법상 쟁송기간 동안 회원국의 영토에 머무를 수 있는 권리를 별도로 부여하지 않는 경우, 체류 가부

---

291) 유럽사법재판소는 신속절차가 적용되는 국제적 보호의 신청 거부 결정에 대한 쟁송기간을 15일로 정한 아일랜드 규정에 대하여, 일반적으로는 그 기간이 충분하지 않다고 보기는 어려우나, 개별적인 상황하에서는 달리 판단될 여지가 있다고 판시하였다. ibid paras 67-68.

292) 이 장의 주 289 참고.

293) 이 장의 주 289 참고. 단, 제31조 제8항(h)의 사유로서, 불법체류자가 가능한 한 신속하게 신청을 하지 않았다는 사유로 인해 신청이 이유 없다고 판단되는 경우는 제외된다.

에 대한 판단권한은 법원 또는 재판소에 있어야 한다. 그 절차의 개시가 신청인의 제소에 의하는지 직권에 의하는지를 불문한다.

다만,「절차지침」제46조 제7항은 위의 예외를 적용하기 위한 요건을 규정하고 있다. 이에 따르면 신청인에게 통역과 법적 조력이 제공되어야 하며, 최소 1주의 준비기간[294]이 보장되어야 한다(제46조 제7항 제1문(a)). 더불어 법원 또는 재판소는 국제적 보호를 거부하는 결정에 관하여 사실관계 및 법적 근거에 대해 심사를 하여야 한다(제46조 제7항 제1문(b)). 이러한 요건들이 충족되지 않는 경우에는「절차지침」제46조 제5항을 적용하여 회원국의 영토에 머무를 권리를 보장하여야 한다(제46조 제7항 제2문). 한편, 제46조 제6항 또는 제7항에 따른 판단이 이루어지기 전까지는 체류를 보장하여야 한다(같은 지침 제46조 제8항).

2) 독일

(1) 신청절차

모든 비호신청은 특별한 사정이 없는 한 독일「비호법」제13조 제2항 제1문에 따라「기본법」[295]상 비호[296]와 국제적 보호(난민지위와 부수적 보호를 포함한다)에 대한 신청을 모두 포함하는 것으로 본다. 다만, 신청인은 명시적으로 국제적 보호만을 신청할 수도 있다(「비호법」제13조 제2항 제2문). 국제적 보호의 유형으로 난민과 부수적 보호를 분리하여 후자에 대하여만

294) 이는「절차지침」제46조 제6항에 규정된 결정이 이루어진 이후, 쟁송기간 중에 회원국의 영토에 머무를 수 있는 권리를 구하는 취지의 주장이 법원 또는 재판소에 제출되기까지의 기간을 말한다.

295) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG).

296) 독일은 난민협약 체제와는 별도로 헌법상 비호권을 인정하고 있다. 독일 헌법상 비호권에 관한 종합연구로는, 헌법재판소 헌법연구원, 독일 기본법상 난민의 비호권 — 기본권을 통한 난민보호에 대한 비판적 고찰 — (발간등록번호 33-9750040-000268-01, 연구책임자: 김환확), 2020 참조.

신청을 할 수는 없고, 신청인이 난민요건에 해당하지 않는다고 판단한 이후에야 부수적 보호에 대한 판단이 이루어진다.[297] 적법한 비호신청이 있는 경우,[298] 연방이민난민청(Bundesamt für Migration und Flüctlinge, BAMF)은 「기본법」상 비호(Asylgrundrecht), 난민지위(Flüchtlingseigenschaft), 부수적 보호(subsidiärer Schutz)를 부여할지 판단한 후, 모두 부정되면 「체류법」 제60조 제5항 또는 제7항에 따른 강제퇴거금지(Abschiebungsverbot) 인정 여부에 대하여 판단한다.[299]

(2) 행정결정

결정방식에 관하여는 「비호법」 제31조에 정하고 있다. 제1항에 따르면 연방이민난민청의 결정은 서면으로 하여야 하며, 이유가 제시되어야 한다. 또한 「기본법」상 비호, 국제적 보호 또는 「체류법」에 따른 강제퇴거금지 결정이 발급되는 경우, 그에 따른 권리와 의무를 안내하여야 한다. 신청이 모두 거부되고 달리 체류자격이 없는 경우에는 거부결정과 함께 강제퇴거경고(Abschiebungsandrohung)를 하여야 한다(「비호법」 제34조, 제36조 참고). 「기본법」상 안전한 제3국으로부터 온 경우, 더블린규정, 다른 유럽연합법 또는 국제조약에 따라 다른 국가가 비호신청에 대한 심사의무가 있다는 이유로 신청이 거부되는 경우에는 강제퇴거명령(Abschiebungsanordnung)를 하여야

---

297) *Heusch/Haderlein/Schönenbroicher*(Fn. 33), Rn. 96.

298) 부적법 사유는 「비호법」 제29조 제1항에 규정되어 있다. 그 사유로는 더블린규정, 다른 유럽연합법 또는 국제조약에 따라, 다른 국가가 비호신청에 대한 심사의무가 있는 경우(제1호), 다른 유럽연합 회원국이 국제적 보호를 제공한 경우(제2호), 제26a조에 정한 안전한 제3국이 신청인을 다시 받아들일 의사가 있는 경우(제3호), 제27조에 정한 박해 위험이 없는 제3국이 신청인을 다시 받아들일 의사가 있는 경우(제4호), 제71조에 따른 재신청(Folgenantrag) 또는 제71a조에 따른 '이차적 신청'(Zweitantrag) 중 심사의무가 없는 경우(제5호)가 규정되어 있다.

299) 연방이민난민청의 권한에 관하여는 「비호법」 제5조 제1항, 내무부장관에 의한 연방이민난민청장의 지정에 관하여는 제5조 제2항 참고.

한다(「비호법」 제26조, 제29조 제1항 제1호, 제34a조 참고).

적법한 비호신청에 대해 결정을 하는 경우에는, 신청인에게 「기본법」상 비호, 난민지위, 또는 부수적 보호 지위가 부여되는지에 대하여 명시적으로 판단하여야 한다(「비호법」 제31조 제2항 제1문). 「기본법」상 비호신청을 배제하고 신청하였다면, 국제적 보호 여부에 대해서만 결정한다(같은 법 제31조 제2항 제2문). 비호신청에 대한 각하 또는 전부기각 결정을 하는 경우에는 「체류법」 제60조 제5항 또는 제7항에 따른 강제퇴거금지 여부에 대한 판단을 하여야 한다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다(「비호법」 제31조 제3항).[300]

(3) 구제절차

독일은 행정심판전치주의를 택하고 있으나, 「비호법」에 따른 조치 및 결정에 대하여는 행정심판이 허용되지 않는다(「비호법」 제11조). 비호신청에 대한 결정 및 「체류법」상 강제퇴거금지 여부에 관한 결정에 대해서는 원칙적으로 의무이행소송이 허용된다.[301] 이때 청구는 행정청의 심사순서와 동일하게 주위적·예비적 형태로 병합할 수 있고, 그러한 경우 법원도 그 순서에 따라 판단한다. 즉 「기본법」상 비호 또는 난민지위 인정 여부에 대하여 먼저 판단하고, 사유가 인정된다면 그에 따른 보호의무가 있다는 취지의 판결과 함께 기존의 결정을 취소하는 판결을 한다.[302] 주된 청구가 기각되는 경우에

---

300) 다만, 법 문언상 국제적 보호를 제공하는 경우라 할지라도 「체류법」상 강제퇴거금지 사유 존부에 대한 판단을 하는 것이 금지되는 것은 아니다.

301) *Heusch/Haderlein/Schönenbroicher*(Fn. 33), Rn. 1831. 이와 관련하여, 독일 「행정소송법」(Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)) 제113조 제5항 제1문은 행정행위의 거부 또는 부작위가 위법하고 그로 인하여 원고의 권리가 침해된 경우, 사건이 성숙하였다면 행정청이 신청에 따른 작용을 할 의무가 있다고 판단하여야 한다고 규정하고 있다(이른바 특정행위명령판결). 의무이행소송에서의 판결성숙성의 개념에 관해서는, 고소영, "독일의 의무이행소송에 있어 '판결성숙성'(Spruchreife)에 관한 연구 — 법원의 판결성숙성 성취의무에 관한 논의를 중심으로 —", 서울대학교 석사학위논문, 2015, 12-13면 참조.

302) 의무이행소송의 인용판결에서 취소판결이 가지는 의미에 관해, 김병기, "독일

는 부수적 보호 여부에 대하여 판단하고, 이 역시 기각되면「체류법」상 강제퇴거금지 여부를 판단한다.[303] 일부청구만 할 수도 있다.[304] 이때 비호신청 거부결정과 함께 발부된 강제퇴거경고에 대해「행정소송법」제80조 제5항에 따른 집행정지도 함께 신청한다.[305] 더블린절차에 따른 결정은 취소소송으로 불복한다.[306] 강제퇴거경고와 마찬가지로 강제퇴거명령에 대해서도 집행정지를 신청할 수 있다.[307]

제소기간은 행정결정의 종류에 따라 달라진다. 단순히 비호신청이 이유 없다는 판단이 내려진 경우, 결정 송달일로부터 2주 내에 제소하여야 한다(「비호법」제74조 제1항 전단). 한편,「행정소송법」제80조 제5항에 따라 법원에 집행정지를 신청할 때 1주의 신청기간이 적용되는 사안에 관하여는,[308] 본안

행정소송상 의무이행소송의 이론과 실제 — 의무이행소송의 소송물과 법원의 판결성숙성 성취를 중심으로 —", 행정법학 제16호, 2019, 12-16면 참조.

303) *Heusch/Haderlein/Schönenbroicher*(Fn. 33), Rn. 295;「비호법」이전「비호절차법」(Asylverfahrensgesetz (AsylVfG)) 시기 이와 같은 판단순서에 관한 판례로, BVerwG NvWZ 1997, 1132, 1133 ff.「체류법」상 강제퇴거금지 여부를 판단하기 이전에 부수적 보호에 관하여 판단하여야 한다는 판례로, BVerwG NVwZ 2012, 240, Rn. 16.

304) *Heusch/Haderlein/Schönenbroicher*(Fn. 33), Rn. 297. 예를 들어, 국제적 보호 여부에 관한 결정을 다투지 않고,「체류법」제60조 제7항 제1문에 따른 강제퇴거금지 사유의 인정만을 구할 수도 있다.

305) 그 기재례는, *Marx* in Marx (Hrsg.), Ausländer- und Asylrecht, 3 Aufl., 2017, § 10 Rn. 64. 이와 같이 행정소송법 제80조 제5항에 따른 집행정지 신청 시 집행정지효가 발생한다(「비호법」제36조 제3항 제8문). 강제퇴거경고는 그 자체로 행정행위로서, 취소소송의 대상이 된다. *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 4 Aufl., 2017, Rn. 1141; BVerwGE 114, 122. 강제퇴거경고에 불가쟁력이 발생한 경우에는「행정소송법」제80조 제5항에 따른 집행정지 신청이 불가하고, 같은 법 제123조에 따른 가명령 신청만이 가능하다. 독일 행정법상 가구제에 관한 종합적 논의로, 이진형, "독일 행정소송의 가구제에 관한 연구", 서울대학교 법학박사 학위논문, 2021 참조.

306) BVerwG NvWZ 2016, 154, Rn. 13 ff.

307) 1주일의 신청기간이 준수된 경우 법원의 결정 이전에 강제퇴거명령을 집행해서는 안 된다(「비호법」제34a조 제2항 제2문 참조).

308) 이에는「비호법」제34a조 제2항 제1문 및 제3문에 따른 결정(강제퇴거명령 및

에 관한 제소 역시 1주 내에 해야 한다(「비호법」 제74조 제1항 후단). 집행정지 사건의 경우 서면심리로 이루어지기에 제소 시에 이유를 제출하여야 한다.[309] 그 외의 소송에서 청구이유와 증거는 결정 송달일로부터 1개월 이내에 제출하여야 한다(「비호법」 제74조 제2항 제1문). 행정법원의 판결이유가 비호신청이 명백하게 부적법하거나, 명백하게 이유 없다는 것이라면, 그 판결은 최종적인 것이 된다(「비호법」 제78조 제1항 제1문).

(4) 공항절차의 특칙

독일 「비호법」 제18a조는 공항절차를 통상절차에 대한 특별절차로 규정하고 있다. 그 적용은 안전한 출신국에서 왔거나, 유효한 여권 또는 여권에 갈음하는 증명서를 제시하지 못하는 경우에 한하며, 공항구역에서의 숙식이 가능해야 공항절차를 실시할 수 있다(「비호법」 제18a조 제1항 제1문 및 제2문). 비호신청이 명백히 이유 없는 경우에 한해 입국이 거부되며(같은 조 제3항 제1문), 그렇지 않고 단순히 이유 없는 경우에는 입국이 허용되어야 한다.[310]

3) 프랑스

(1) 신청절차

독일의 비호가 「비호법」상 비호와 국제적 보호로 나뉘고, 후자는 다시 난민지위와 부수적 보호 대상자로 나뉘는 데 비해, 프랑스의 비호는 크게 난민지위와 부수적 보호로 구별된다. 다만, 프랑스에서는 난민협약상 난민뿐만

입국・체류금지 결정), 같은 법 제36조 제3항 제1문 및 제10문에 따른 결정(강제퇴거경고 및 입국・체류금지 결정)이 포함된다.

309) *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*(Fn. 2), Rn. 1833.

310) 이상의 독일 공항절차에 관해, 최계영, "출입국항 난민신청절차와 적법절차", 행정법연구 제55호, 2018, 163면 이하 참조.

아니라, 자유를 옹호하는 행위로 인하여 박해받는 사람 또는 유엔난민기구의 위임난민에 대해서도 난민지위가 인정된다(L.511-1조).[311]

행정결정 단계에서 난민지위 또는 부수적 보호의 지위 인정은 '프랑스 난민·무국적자 보호 사무국'(Office français de protection des réfugiés et apatrides)[312]의 권한에 속한다(「외국인법전」 L.531-1조).[313] 다만, 사무국에 비호신청을 하기 이전의 절차로 경시청(la préfecture)의 신원확인 절차가 있다. 더불어, 경시청 창구에 관련 신청을 하기 위해서는 이전 단계로서 최초 수용시설(la structure de premier accueil des demandeurs d'asile)으로부터 관련 안내를 받아야 한다(R.521-1조 참고).[314]

경시청 창구에서는 신청인의 신원을 확인하고 더블린규정에 따라 프랑스가 심사의무를 지는지 검토한다(L.521-1조). 신청인에게는 더블린규정의 적용조건 및 이송결정에 대한 불복방법에 관하여 서면으로 안내가 되어야 한다(L.521-2조).[315] 경시청 창구에서 비호심사가 프랑스의 권한 내에 있다고 판단하면 원칙적으로 비호신청증명서를 발급하는데(L.521-7조, R.521-8조), 이

---

311) '자유를 옹호하는 행위로 인하여 박해받는 사람'에 대한 보호는 프랑스 헌법상 비호권을 근거로 한다. 1946년 프랑스 헌법 전문(Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946) 제4조는 "자유를 옹호하는 행위로 인하여 박해받는 모든 사람은 프랑스 공화국의 영토에 비호권을 가진다"고 규정하였고, 1946년 헌법 전문이 1958년 헌법체제에서도 헌법적 가치를 지닌다는 헌법위원회 판례에 따라 계속 헌법적 의미를 유지했던 것이다. Graff et Marie (n 280) 43. 다만, 헌법위원회에서 1946년 헌법 전문 제4조의 규범적 범위에 관하여 처음으로 고려한 결정은 1991년에서야 이루어졌다. CC, 25 juillet 1991, n° 91-294 DC. 1993년 8월 13일 결정에서는 헌법상 비호권에, 비호신청에 대한 결정이 내려질 때까지 프랑스 영토에서의 체류를 구할 권리가 포함된다고 보았다. CC, 13 août 1993, n° 93-325 DC. 한편, 유엔난민기구의 위임난민 개념에 관하여는, 제1장 제2절 III. 2. 3) 참고.

312) 이하 '사무국'이라고 한다.

313) 이는 전속적·배타적인 권한이다. TA Nantes, 16 septembre 2014, n° 1407765.

314) Graff et Marie (n 280) 71-74; Ministère de l'intérieur, *Le guide du Demandeur d'Asile en France*, Septembre 2020, 5.

315) 이를 준수하지 않는 경우 비호권에 대한 중대하고 명백한 침해가 인정된다. CE, 30 juillet 2008 *M. et Mme Chermykhanov*, n° 313767, *Leb*.

증명서는 추후 사무국에 비호신청을 하는 경우 프랑스 체류자격 증서로서의 기능을 수행한다(L.541-2조).[316] 비호신청증명서를 발급할 때에는 사무국에 제출할 비호신청 서식을 함께 제공한다(R.521-14조). 비호신청은 비호신청증명서를 발급받은 날로부터 21일 이내에 하여야 한다(R.531-2조).

(2) 행정결정

사무국의 결정 종류로는 종료결정,[317] 부적법결정,[318] 거부결정, 난민지위 인정결정, 부수적 보호 지위 인정결정이 있다. 결정의 종류를 불문하고 비밀성과 신청인의 수령이 보장되는 방법에 따라 서면으로 통지를 하여야 하고, 불리한 결정을 하는 경우에는 관련된 사실관계과 법적 근거에 관한 이유제시가 포함되어야 한다(L.531-22조, L.531-32조, L.531-39조). 부수적 보호 지위 인정은 난민지위 거부를 포함하므로, 거부의 이유를 제시해야 한다. 다만, 아래에서 살펴볼 완전심판소송 절차에서 국가난민법원의 권한범위로 인해 그러한 이유제시 의무 위반에 대한 실질적인 통제가 이루어지지 않는다고 설명된다.[319] 프랑스 판례는 난민지위 인정뿐만 아니라 부수적 보호 지위 인정 역시 확인적 성격을 가진다는 입장을 취하고 있다.[320]

---

316) 국경에서 비호신청을 하거나 구금 중에 비호신청을 하는 경우에는 해당 증명서가 발급되지 않는다(L.521-7조 제3항).

317) 종료사유로는 신청을 철회한 경우, 정당한 사유 없이 국참사원(Conseil d'Etat) 데크레에 정한 기간을 도과하여 비호신청을 한 경우, 면접에 출석하지 않은 경우,「외국인법전」L.531-5조에 따라 심사를 하는 데에 핵심적인 정보를 고의적으로 제출하지 않은 경우, 상당한 기간 내에 거주지 또는 주소를 알리지 않아 연락이 불가능한 경우 등이 있다(L.531-38조). 종료결정이 있었던 경우에는 9개월 이내에 재개 신청을 할 수 있고, 이 경우 중단된 시점으로부터 절차가 재개하며, 기간 경과 이후의 재개 신청은 재신청으로 간주된다(L.531-40조).

318) 부적법 사유로는 유럽연합 회원국으로부터 효과적인 보호를 받고 있는 경우(L.531-32조 제1호), 제3국으로부터 난민지위 및 효과적인 보호를 받고, 효과적으로 재입국이 가능한 경우(같은 조 제2호), 적법요건을 갖추지 못한 재신청을 한 경우(같은 조 제3호)가 있다.

319) Graff et Marie (n 280) 147.

(3) 구제절차

사무국의 결정 대부분에 대해서는 국가난민법원(Cour nationale du droit d'asile)에 제소할 수 있다.[321] 제소기간은 결정을 통지받은 날로부터 1개월이다(L.532-1조 제2항). 제소기간 내에 국가난민법원에 제소를 한 경우 원칙적으로 판결 통지일까지 체류할 권리가 계속 유지된다(L.542-1조 제2항). 다만, 난민협약 제33조 및 유럽인권협약 제3조를 준수하는 한도 내에서 정지효가 인정되지 않는 예외도 있다.[322]

국가난민법원의 심리는 완전심판소송의 방식으로 이루어진다. 따라서 판결시의 사실관계를 기준으로 비호를 신청한 원고의 권리를 판단하는 심사방법을 취한다(L.532-2조). 심사결과 비호신청이 전부 거부된 결정에 대해, 원고에게 난민사유는 없지만 부수적 보호 사유가 있다고 보는 경우 그 결정을 변경하거나 대체하는 판결을 할 수 있다.[323] 결국 원결정의 적법성 자체는

---

320) 난민지위에 관해, CE, 9 novembre 1966 *Toumbouros*, n° 58903, *Leb*. 부수적 보호 지위에 관해, CE, 30 décembre 2014, n° 363161, *Leb*.

321) 불복이 가능한 결정 유형은「외국인법전」L.532-1조 제1항에 규정되어 있는데, 종료결정과 더불어 무국적 관련 결정에 관한 쟁송은 제외되어 있다. 이들에 대한 불복은 믈렁 행정법원(Tribunal administratif de Melun)의 관할이다. Graff et Marie (n 280) 150-51. 국가난민법원에 대한 개관은, 강지은, "난민지위 인정절차의 제문제 — 프랑스의 2015년 개정 외국인법제를 중심으로 —", 행정법연구 제45호, 2016, 142면 참조.

322) 이에 해당하는 것으로 유럽연합 회원국 또는 제3국의 보호를 이유로 한 부적법 결정이 있는 경우, 비호신청을 철회한 경우, L.531-37조 또는 L.531-38조에 따른 종료결정(단, 재개된 경우에는 제외한다)이 있는 경우, 오로지 퇴거조치를 방해하기 위한 목적으로 부적법한 재신청을 하는 경우, 재신청에 대한 거부결정이 있었음에도 재차 재신청을 한 경우, 출신국 이외의 국가에 최종적인 범죄인인도 결정이 있는 경우, 안전한 제3국으로부터의 입국한 자의 신청이거나 부적법하지 않은 재신청으로서 신속절차에 따라 거부결정이 있었던 경우, 공공질서・공공안전・국가안보에의 위험이 있는 자로서 신속절차에 따라 거부결정이 있었던 경우 등이 있다(L.542-2조).

323) 완전심판소송의 전통적 개념정의에 관해, 한견우, "프랑스 행정소송법상 완전심리소송", 법조 제40권 제3호, 1991, 44면 참조.

핵심적 쟁점이 아니다. 다만, 법령상 허용된 경우가 아님에도 면접에 기초한 개별적 심사를 거치지 않은 사안에서 곧바로 보호를 부여하는 결정을 하기에 사실관계가 부족한 경우에는 원결정을 취소하고 다시 심사할 것을 결정한다(L.532-3조). 국가난민법원의 판결에 불복이 있는 경우에는 판결 선고 이후 2개월 이내에 국참사원에 항소할 수 있다(「외국인법전」 R.532-67조, 「행정소송법전」[324] R.821-1조).[325]

한편, 출국명령에 관한 쟁송은 행정법원에 그 취소를 구하는 방식으로 이루어지며, 필요한 경우 출국명령과 관련된 체류사항에 관한 결정, 퇴거예정국가에 관한 결정, 입국금지에 관한 결정의 취소를 구할 수도 있다(L.614-1조 참고). 이들은 하나의 행정행위에 모여 있으나, 별개로 취소를 구할 수도 있는 것이다.[326] 이러한 제소는 집행정지효를 지닌다(L.722-7조). 본안소송의 계속을 요건으로 하지 않는 자유보호가처분(le référé-liberté) 역시 신청할 수 있다.[327] 추방명령의 역시 월권소송의 대상이 되며,[328] 이에 대해서는 집행정지가처분(le référé-suspension)과 자유보호가처분을 신청할 수 있다.[329]

(4) 국경지역의 특칙

국경에서 비호신청을 하는 경우에는 대기구역(la zone d'attente)에서 입국심사를 받게 된다. 이와 관련된 규율은 「외국인법전」 L.351-1조 이하 및

---

324) Code de justice administratif.

325) 국참사원 항소에 관한 절차의 개관은, 강지은(주 321), 144-145면 참조.

326) CE, 19 octobre 2007, avis *M. Hammou, M. Benabdelhak*, n°s 306821 et 308822.

327) Xavier Vandendriessche, *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : Annoté & commenté*, 11e éd, Paris, Dalloz, 2021, 414. 자유보호가처분의 일반론에 관해, 박현정, "프랑스 행정소송법상 가처분결정의 잠정적 효력", 행정법연구 제55호, 2018, 6면 참조.

328) CE, 17 mai 1993, *M. Khenfar*, n° 121969.

329) Vandendriessche (n 327) 473-74. 집행정지가처분의 일반론에 관해, 박현정(주 327), 4-5면 참조

L.352-1조 이하에 규정되어 있는데, 더블린규정에 따라 다른 국가에 심사의무가 있는 경우, 「외국인법전」 L.531-32조에 정한 부적법 사유가 있는 경우,[330] 비호신청이 명백하게 이유 없는 경우 입국을 거부할 수 있다. L.352-1조에 따르면 명백하게 이유 없는 경우라 함은 신청내용이 비호요건과 명백하게 관련이 없는 경우 또는 박해나 중대한 위해의 위험에 관하여 명백하게 아무런 신빙성이 없는 경우를 의미한다. 이때 비호신청에는 부수적 보호에 대한 신청도 포함되므로, 부수적 보호에 대한 신청이 명백하게 이유가 없는지도 심사범위에 포함된다. 「외국인법전」 L.352-2조에 따르면, 다른 국가의 심사의무 존재로 인한 거부 외의 거부결정은 사무국과의 협의하에 이민사무를 소관하는 장관이 한다. 해당 외국인의 입국이 프랑스의 공공질서에 중대한 위협을 가하는 경우가 아닌 한, 사무국의 입국의견은 장관을 구속한다.

2. 캐나다

캐나다의 보호가 필요한 사람이라는 실체법적 요건은 절차적으로 수익적 방식으로 실현될 수도 있고, 방어적 방식으로 실현될 수도 있다. 난민보호 부여 절차가 전자에, 퇴거 전 위험성 평가가 후자에 해당한다. 다만, 퇴거 전 위험성 평가의 결과 보호가 필요한 사람에 해당하는 것으로 판단되면 상황에 따라 난민보호가 부여될 수도 있고, 퇴거명령에 대한 집행정지만 이루어질 수도 있어 법률효과 측면에서 수익적 보호가 이루어질 수도 있다. 이하에서는 신청에 따른 난민보호 부여절차와 퇴거 전 위험성 평가 절차에 관해 살펴본다. 그 후, 퇴거명령에 대한 집행정지 사유에 관해 별도로 나누어 정리한다.

1) 난민보호 부여 절차

330) 이 장의 주 318 참고.

(1) 난민보호 신청 및 회부

캐나다 내에서 이루어지는 난민인정 절차에 대하여 살펴본다. 신청은 집행력 있는 퇴거명령이 없는 경우에 한하여 가능하다(「이민・난민보호법」 제99조 제3항 참고). 최초 신청은 출입국항 또는 내륙 사무소에서 가능하다.

출입국항에서 신청이 이루어지는 경우 국경관리청(Canada Border Services Agency, CBSA)의 소관하에 심사가 이루어진다. 출입국항에서 신청을 하는 경우에는 통상 사증 없이 캐나다에 입국하려는 경우에 해당하므로 입국결격(inadmissible)으로 판단된다. 이에 입국결격 보고서가 준비되며(제44조 제1항), 조건부 퇴거명령이 발급된다(제44조 제2항).[331] 한편, 내륙 사무소에서 신청이 이루어지는 경우 이민난민국적부의 소관 하에 심사가 이루어진다. 그 심사의 내용은 신청인이 이민난민위원회[332]의 난민보호부에서 심사를 받을 적격이 있는지 여부로, 회부심사의 일종이다. 이는 난민신청의 이유 유무에 대한 실체적 심사와는 구별된다.[333]

---

331) 조건부 퇴거명령의 조건 충족일은, ① 하위규정에 의해 정한 출신국으로부터 직간접적으로 입국했다는 사유 사유로만 부적격결정이 된 날, ② 부적격결정이 있은 날로부터 7일이 지난 날 ③ 난민보호부에 의하여 신청이 거부된 경우, 난민불복부에의 불복기간이 경과한 날(다만, 난민불복부에 이의신청을 하는 경우에는 불복부로부터 신청이 거부되었다는 통지를 받은 날로부터 15일이 지난 날), ④ 신청이 철회 또는 포기되었다고 통지된 날로부터 15일이 지난 날 ⑤ 핵심적 사실관계의 오도가 없었으면 회부되지 않았을 사건이거나, 동일한 신청인의 추가적 신청 사건임을 이유로 절차가 종료되었다고 통지된 날로부터 15일이 지난 날 중 늦은 날이다(제49조 제2항).

332) 이민난민위원회는 일종의 독립행정위원회로서, 일차적 결정을 담당하는 난민보호부와 이에 대한 불복을 담당하는 난민불복부(Refugee Appeal Division, RAD)로 이루어진다. 이에 관한 선행 국내 소개로, 최계영(주 93), 53면 참조. 이와 같은 위원회 또는 심판소는 집행부의 일부이지만 법원과 유사한 기능을 수행한다고 하여 준사법적 기구라고 설명된다. Liz Nastasi and others, *Administrative Law: Principles and Advocacy* (4th edn, Emond Montgomery Publications Limited 2020) 33ff.

333) 이상의 회부심사에 관해, Fournier-Ruggles (n 125) 440ff 참조. 회부 부적격 사유에 관하여는 제101조 제1항에서 정하고 있다. 그 사유로는 ①「이민・난민보

신청인이 부적격자로 판단되는 경우 출입국공무원은 이를 통지한다. 이에 대해 다른 구제수단이 없는 경우 퇴거명령에는 집행력이 발생한다. 이 단계에서 일부 신청인들은 퇴거 전 위험성 평가 신청의 기회가 있다.[334] 실제로 활용되는 경우가 많지는 않으나, 부적격결정에 대하여 연방법원에 사법심사를 청구하는 것도 가능하다.[335]

(2) 난민보호부의 심사 및 결정

신청인이 회부적격자로 판단되는 경우에는 난민보호부로 사건이 회부된다.[336] 난민보호부에서는 신청인이 협약상 난민 또는 보호가 필요한 사람에 해당하는지를 심리한다. 협약상 난민과 보충적 보호에 대한 심사절차와 법률효과가 일원화되어 있다는 점이 캐나다 난민법제의 중요한 특징 중 하나이다. 「이민・난민보호법」 제95조 제1항(b)는 난민보호가 부여되는 경우로 이

호법」에 따라 난민보호가 제공된 경우, ② 이민난민위원회에서 난민보호 신청이 거부된 경우, ③ 과거 신청에 대하여 부적격결정을 받거나, 신청을 철회 또는 포기한 경우, ④ 캐나다에 난민보호를 신청하기 이전에 제3국에 신청을 하였고, 그러한 신청을 하였다는 사실이 캐나다와 당해 제3국 사이에 이민법 및 시민법의 원활한 집행을 목적으로 체결된 정보공유 협정 또는 협의에 의하여 확인된 경우, ⑤ 신청인이 제3국에서 협약상 난민으로 인정되었고, 해당 제3국으로 이송・송환할 수 있는 경우, ⑥ 하위규정으로 지정한 국가로부터 직간접적으로 캐나다에 도착한 경우(단, 국적국이나 상주국가가 지정국가에 해당하는 경우는 제외한다), ⑦ 신청인이 안보, 인권 또는 국제적 권리의 침해, 중대한 범죄 또는 조직범죄를 이유로 입국결격으로 판단된 경우(단, 제35조 제1항(c)의 사유만으로 입국결격으로 판단된 경우는 제외한다)가 있다. 적격에 대한 증명책임은 신청인에게 있다(「이민・난민보호법」 제100조 제1.1항). 「이민・난민보호법」 제35조 제1항(c)는 캐나다를 회원국으로 하는 국제기구 또는 연합의 결정・결의・조치에 따라 캐나다가 특정 국가에 대하여 제재를 가함으로 인해 캐나다에 입국 또는 거주가 제한된 경우(단, 영주권자인 경우는 제외한다)를 규정하고 있다.

334) Fournier-Ruggles (n 125) 445.

335) ibid.

336) 회부 이후에 부적격 사유가 발견되는 경우에는 난민보호부에서 부적격 통지를 할 수 있다(「이민・난민보호법」 제104조 참고).

민난민위원회가 협약상 난민 또는 보호가 필요한 사람으로 결정한 사람을 병렬적으로 규정하고 있다. 즉 캐나다 법제에서 보충적 보호의 대상으로 판단되는 경우에 그 법률효과가 '난민보호'가 되는 것이다.[337]

난민보호부의 결정은 크게 다섯 종류로 유형화할 수 있다. ① 협약상 난민에 해당한다는 결정, ② 보호가 필요한 사람에 해당한다는 결정, ③ 협약상 난민 또는 보호가 필요한 사람에 해당하지 않는다는 이유로 신청을 거부하는 결정, ④ 신뢰할 만한 근거가 없다는 이유로 신청을 거부하는 결정, ⑤ 명백히 이유가 없다는 이유로 신청을 거부하는 결정이 이에 해당한다. 마지막 두 가지 유형과 관련하여, 난민보호부는 결정이유에 신뢰할 만한 근거가 없거나 명백히 이유가 없다는 내용을 포함하여야 한다(제107조 제2항 및 제107.1조).

(3) 행정불복

신청이 거부되는 경우에는 난민불복부에 이의신청을 할 수 있다. 이의신청에 관하여는「이민・난민보호법」제110조 및 제111조에 규정되어 있다. 적법한 이의신청이 있는 경우 난민불복부는 사실관계와 법적 근거 전반에 대하여 새로이 심사할 수 있다(제110조 제1항). 난민보호부의 심사범위에 신청인이 보호가 필요한 사람에 해당하는지가 포함되었으므로, 난민불복부 역시 이에 대해 심사할 수 있다. 이의신청을 받아들이는 경우 난민보호부의 취소・변경하거나, 취소・환송할 수 있다(제111조 제1항).「이민・난민보호법」제

337) 심사 및 법률효과 측면에서 협약상 난민보호와 보충적 보호가 일원적이라는 점에 관해, Ruma Mandal, 'Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention ("Complementary Protection")' (2005) UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2005/02, para 106; Nicole Dicker and Joanna Mansfield, 'Filling the protection gap: current trends in complementary protection in Canada, Mexico and Australia' (2012) New Issues in Refugee Research, UNHCR Policy Development and Evaluation Service, Research Paper No 238, 5 참조.

110조 제2항은 이의신청권이 인정되지 않는 대상을 열거하고 있는데, ① 지정외국인의 경우,[338] ② 난민보호 신청을 철회·포기한 경우, ③ 신청이 신뢰할 만한 근거가 없거나 명백히 이유 없는 경우, ④ 안전한 제3국 협정에 따른 예외가 인정되는 경우,[339] ⑤ 보호 지위의 종료·취소에 대한 결정이 이에 해당한다. 난민불복심사는 개별위원의 서면심사를 원칙적인 형태로 한다(제110조 제3항 참고). 그러한 형식 자체가 절차적 권리로서 의견청취권을 침해하지는 않는다고 설명된다.[340]

(4) 사법심사

「이민·난민보호법」에 따른 행정결정에 대해서는 연방법원에 사법심사를 구할 수 있다(「이민·난민보호법」 제72조 제1항).[341] 다만, 사전적 구제절차

338) 공공안전비상대비부장관(Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)은 공익과 관련하여, 신원확인 또는 입국결격에 대한 판단이 적시에 불가능할 것으로 판단되거나, 인신매매와 관련이 있는 것으로 볼 상당한 이유가 있는 경우 특정 집단이 캐나다에 도착하는 것을 '비정상적 도착'(irregular arrival)로 지정할 수 있다. 이때 해당 집단 구성원이 캐나다에 도착하는 경우 제2항에 따라 특별한 사정이 없는 한 지정외국인(designated foreign national)으로 본다(제20.1조 참고). 그런데 *YZ* 사건에서 연방법원은 이러한 출신국가에 의한 차별이 캐나다 「권리·자유헌장」(Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part 1 of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK) c 11.)에 위배된다고 판단하였다. *YZ and the Canadian Association of Refugee Lawyers v Canada (Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* 2015 FC 892. 이 사건은 정부의 항소포기로 확정되었다. 정부 입장문으로, Immigration, Refugees and Citizenship Canada, 'The government discontinues its appeal in the Y.Z Litigation' (7 January 2016).

339) 캐나다의 안전한 제3국 협정은 미국과의 사이에 체결된 것이 유일하다. Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries (Canada-USA) (entered into force 29 December 2004) CTS 2004/2.

340) Fournier-Ruggles (n 125) 571.

를 완료하여야 한다(「이민・난민보호법」 제72조 제2항(a)). 사법심사 단계에서는 새로운 증거를 제출할 수 없고, 재판부는 이민난민위원회의 기존 기록을 토대로 심사를 하여야 한다. 이민난민위원회의 결정이나 절차에 하자가 있다고 판단하는 경우, 이민난민위원회의 판단을 대체하는 판단을 할 수는 없고, 파기・환송만 할 수 있다.[342] 연방법원의 판결에 대해서는 원칙적으로 연방법원 판사가 '일반적 중요성을 가지는 중요한 문제'가 존재하는 것을 확인하고 이를 명시한 경우에만 항소가 허용된다(「이민・난민보호법」 제74조(d)).[343] 연방항소법원의 판결에 불복하는 경우에는 「연방대법원법」[344] 제40조 제1항에 따라 상고를 제기할 수 있는데, 연방대법원으로서는 통상 선례가 없고 중요한 쟁점이 있는 경우에 한하여 상고를 허가한다.[345]

보호가 필요한 사람에 해당하는지에 대한 이민난민위원회의 결정에 실체적 위법이 있다고 인정하기 위해서는 그 결정의 합리성이 부정되어야 한다.

---

341) 연방법원의 심사권한은 「연방법원법」(Federal Courts Act, RSC 1985 c F-7)에 규정되어 있다. 같은 법 제18.1조 제3항에 따르면 연방의 위원회 또는 심판소가 한 위법한 작위 또는 부작위에 대하여 특정 작위를 명할 수 있고, 연방의 위원회 또는 심판소의 결정・명령・행위・절차에 대해 무효확인・취소・환송・금지・제한을 할 수 있다. 사법구제의 사유로는 ① 무권한・권한유월이 있는 경우 또는 권한을 불행사한 경우, ② 자연적 정의 원칙, 절차적 공정성 또는 법에 의하여 요구되는 절차를 준수하지 않은 경우, ③ 기록에 명백히 드러나는지 여부를 불문하고 결정・명령에 법리오해가 있는 경우, ④ 왜곡되거나 변덕스러운 방식으로, 혹은 주어진 자료에 대한 고려 없이 사실을 오인하여 결정・명령을 한 경우, ⑤ 사기・위증으로 인한 작위 또는 부작위를 한 경우, ⑥ 법에 반하는 작위를 한 경우가 규정되어 있다(「연방법원법」 제18.1조 제4항). 이민결정에 대한 연방법원 사법심사의 구체적인 절차는 「시민권・이민・난민보호에 관한 연방법원규칙」(Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22)에 따른다.

342) Fournier-Ruggles (n 125) 575-76.

343) 다만, 제87.1조에 따르면, 장관은 사법심사 과정에서 정보・증거의 제출에 관한 판사의 결정이 국가안보 또는 다른 사람의 안전을 위험하게 할 것이라고 판단하면, 소송절차 진행의 정도와 무관하게 항소를 제기할 수 있다(「이민・난민보호법」 제87.1조).

344) Supreme Court Act, RSC 1985 c S-26.

345) Fournier-Ruggles (n 125) 576.

2008년 *Dunsmuir* 판결 이래로, 행정결정의 실체적 위법성에 대한 심사기준은 '대체적 심사'(correctness)와 '합리성 심사'(reasonableness) 두 가지가 있다고 설명된다.[346] 이 둘은 그 강도를 서로 달리한다. 대체적 심사에서는 법원이 행정청의 판단을 완전히 대체한다. 그에 반해 합리성 심사하에서는 행정결정이 ① 사실관계와 법리에 따라 정당화할 수 있는, 가능하고 수용 가능한 결과의 범위 내에 없고, ② 제시된 이유의 정당성・투명성・이해가능성이 인정되지 않는 경우에 법원의 개입이 인정된다.[347] 합리성 심사에서 나타나는 행정청의 판단에 대한 존중은 단순히 사실인정에 관한 부분에 국한되지 않고 법률해석에 관해서도 인정된다.[348] 둘 중 어떤 심사기준을 따를 것인지에 관한 판단기준은 2019년 *Vavilov* 판결을 통해 구체화되었다. 이에 따르면 행정결정의 실체적 위법에 대한 심사기준은 합리성 심사로 추정되며, 예외적으로만 대체적 심사를 하여야 한다.[349] 합리성 심사하에서 위법성이 인정되는 예로는, 행정결정에 내재적인 논리모순이 있거나, 사실관계 및 법리에 따른 제약에 비추어 볼 때 행정결정이 특정한 면에서 방어가 불가능한 경우를

---

346) 이는 이민행정법에 국한된 사항이 아니라 행정법 일반에 관한 사항이다. 종전에는 합리성 결여가 명백한 경우에 한하여 위법성을 인정하는 '완화된 합리성 심사'(patent unreasonableness)와 명백성 요건이 없는 '단순 합리성 심사'(reasonableness *simpliciter*)가 있었는데, 단순 합리성 심사와 완화된 합리성 심사의 구별이 곤란할 뿐만 아니라, 설령 구별이 가능하더라도 합리성의 결여가 명백하지 않다는 이유만으로 비합리성을 용인하는 것이 부적절하다는 이유로 *Dunsmuir* 판결에서 합리성 심사로 일원화되었다. *Dunsmuir v New Brunswick* 2008 SCC 9, paras 34-50.

347) ibid para 47.

348) *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Khosa* 2009 SCC 12, para 25.

349) *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Vavilov* 2019 SCC 65, paras 16ff. 예외에 해당하는 경우로는 ① 입법자가 대체적 심사를 의도한 경우(법률에서 대체적 심사를 명시하거나 법원에 사법심사(review)가 아니라 이의신청(appeal)을 하도록 규정한 경우) 및 ② '법의 지배'(rule of law)가 이를 요구하는 경우(헌법적 문제가 쟁점이 되거나, 법체계 전반적으로 중요한 문제를 포함하거나, 두 개 이상의 심판소 관할사항에 관련된 경우)가 있다. 대법원은 향후 추가적인 예외 유형이 인정될 가능성을 배제하지 않았다.

제시하였다.[350] 합리성 심사는 법률해석에 관해서도 가능하다는 입장 역시 재확인하였다.[351]

판례는 *Dunsmuir* 시기부터 이미 「이민・난민보호법」 제97조의 적용에 관한 사항을 포섭의 문제로 이해하여 합리성 심사에 따랐다.[352] 이는 난민보호부가 수행한 제97조의 해석에 관하여도 마찬가지라는 과거의 연방법원 판결도 확인된다.[353] 이러한 합리성 심사의 적용은 *Vavilov* 판결 이후에도 여전히 유지되고 있다.[354]

2) 퇴거 전 위험성 평가

퇴거 전 위험성 평가 절차는 그 취지가 강제송환금지 원칙의 구현이라는 점에서 난민심사 절차와 유사한 점이 있지만, 엄밀히 보자면 별개의 절차이다. 난민보호 신청이 거부된 자는 물론, 처음부터 난민보호 신청을 하지 않았던 자도 심사를 신청할 수 있다. 캐나다 내에 있는 사람에 대하여 집행력이 있는 퇴거명령이 있는 경우 혹은 안보증서(security certificate)가 발부된 경우에 이를 신청할 수 있다. 광의의 보충적 보호로서 「이민・난민보호법」

---

350) ibid paras 101ff.

351) ibid paras 115-24.

352) *Acosta v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2009 FC 213, para 11; *Kanga v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2012 FC 482, paras 5-6.

353) *Servellon Melendez v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2014 FC 700, paras 19-23; *Paz Guifarro* (n 106) paras 18-19. 다만, 제97조의 적용에 관하여는 합리성 심사를 하는 것이 타당하나 그 해석에 관하여는 대체적 심사를 하여야 한다는 과거 판결로, *Chalita Gonzalez v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2011 FC 1059, para 29. 유사한 취지에서 해석의 문제에는 대체적 심사를, 사실관계의 문제에서는 합리성 심사를 채택하여야 한다는 과거 판결로, *Innocent v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2009 FC 1019, paras 34-37.

354) *Manan v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2020 FC 150, paras 20-26.

제25조에 따른 인도적·온정적 고려를 제외하면, 퇴거 전 위험성 평가는 퇴거에 대하여 협약상 난민 또는 보충적 보호의 사유로 다툴 수 있는 사실상 마지막 단계이다. 물론 퇴거 전 위험성 평가 단계에 관한 결정도 사법심사의 대상이 된다. 이때 사법심사에 적용되는 심사기준이 합리성 기준임은 수익적 단계의 결정에 대한 사법심사와 마찬가지이다.[355]

(1) 신청자격

캐나다 내에 있는 사람에 대하여 집행력이 있는 퇴거명령이 있는 경우 혹은 안보증서가 발부된 경우 퇴거 전 위험성 평가를 신청할 수 있다.[356] 안보증서는 영주권자 또는 외국인에 대하여 안보, 인권 또는 국제적 권리의 침해, 중대한 범죄 또는 조직범죄를 이유로 발급된다(「이민·난민보호법」 제77조 제1항).[357] 한편, 제112조 제2항에 따르면 ① 「범죄인인도법」[358] 제15조에 따라 인도 대상인 경우, ② 하위규정에 지정한 국가로부터 직간접적으로 캐나다에 도착한 경우(단, 국적국이나 상주국가가 지정국가에 해당하는 경우는 제외한다),[359] ③ 이민난민위원회에 의하여 난민보호 신청이 거부, 철회,

---

355) *Woldemichael v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2020 FC 655, paras 25-27.

356) 강제퇴거가 이미 이루어진 등의 이유로 캐나다에 더이상 존재하지 않는다면 퇴거 전 위험성 평가의 요건을 갖추지 못한 것이며, 퇴거 전 위험성 평가 신청에 대하여 거부결정을 한 후 강제퇴거 등의 이유로 캐나다에 존재하지 않는다면 사법심사 역시 그 대상이 없어서 기각된다. *Perez v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2009 FCA 171.

357) 절차적으로는 공공안전비상대비부장관 및 이민난민국적부장관이 모두 서명한 후, 연방법원으로 송부한다(「이민·난민보호법」 제77조 제1항). 연방법원에서 증서 발급이 합리적이라고 인정하는 경우, 그 증서는 자동적으로 퇴거명령이 된다(제80조).

358) Extradition Act, SC 1999 c 18.

359) 그런데 *Feher* 사건에서 지정출신국인 헝가리로부터 입국하여 난민보호 신청을 한 경우 보다 장기의 시간적 요건을 두는 것이 캐나다 「권리·자유헌장」 제15조 제1항에 위반되는 것이 아닌지 다투어졌다. 연방법원은 지정출신국제가 국적

포기된 지 12개월이 경과하지 않은 경우(단, 안전한 지정출신국의 경우에는 36개월이 경과하지 않은 경우), ④ 난민보호 배제사유에 해당하여 신청이 거부된 경우에는 신청자격이 없다.

(2) 고려사항

원칙적으로 심사대상은 협약상 난민 혹은 보호가 필요한 사람에 해당하는지 여부이다(「이민・난민보호법」 제113조(c)). 그러나 ① 안보, 인권 또는 국제적 권리의 침해, 조직범죄를 이유로 입국결격으로 판단된 경우, ② 중대한 범죄로 인하여 유죄판결을 받아 입국결격으로 판단된 경우,[360] ③ 난민보호 신청이 난민협약 제1조F를 이유로 거부된 경우, ④ 제77조 제1항에 정한 안보증서에 기재된 경우 중 어느 하나에 해당하면 난민보호가 제공되지 않는다(제112조 제3항). 그리고 제112조 제3항에 정한 난민보호 미제공 사유를 지닌 자가 퇴거 전 위험성 평가를 신청하는 경우에는 원칙적으로 보호가 필요한 사람에 해당하는지만 심사대상이 된다(제113조(d)). 즉 협약상 난민에 해당하는지는 심사범위에서 제외되고, 보충적 보호 대상자에 해당하는지만 심사된다. 이때 신청인이 중대한 범죄로 인하여 입국결격인 경우에는, 그가 캐나다 공중에 위험이 되는지 함께 심사하여야 한다(제113조(d)(i)). 그 외의

에 따른 차별에 해당하며, 그 제도로 인하여 난민절차를 남용하거나 허위신청을 하지 않는 경우에도 편견을 강화하는 불이익이 발생한다는 취지로 위헌성을 인정하였다. *Feher v Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* 2019 FC 355, paras 240-54. 이러한 판결의 영향을 받아 캐나다 정부는 지정출신국 리스트를 전부 삭제하였으며, 향후 입법변화에 의하여 변경이 있을 때까지 이러한 상태를 유지할 것이라고 하였다. 정부 측 보도자료로, Immigration, Refugees and Citizenship Canada, 'Canada ends the Designated Country of Origin practice' (17 May 2019).

360) 캐나다 내에서 유죄판결이 된 경우에는 의회가 정한 법률상 최대 형량이 10년 이상 징역인 경우, 캐나다 밖에서 유죄판결이 된 경우에는 만약 그 범죄가 캐나다 내에서 이루어진 경우 캐나다 의회가 정한 법률상 최대 형량이 10년 이상 징역인 경우가 포함된다.

신청인의 경우에는 행위의 성질과 중대성과 더불어 신청인이 캐나다 안보에 미치는 위험으로 인하여 신청을 거부하여야 하는지를 함께 심사하여야 한다(제113조(d)(ii)). 다만, 제112조 제3항에 정한 난민보호 미제공 사유가 있더라도 협약상 난민에 해당하는지도 심사되는 예외가 있다. ① 신청인이 최대 형량이 10년 이상 징역인 범죄로 처벌받았는데 실제로는 징역 2년 미만으로 처벌받거나 징역으로 처벌받지 않은 경우, 또는 ② 만약에 캐나다 내에서 범했을 경우 최대 형량이 10년 이상의 징역인 범죄로 인하여 캐나다 밖에서 처벌받았고, 이것이 난민협약 제1조F에 해당한다는 점이 확인되지 않는 경우에는 협약상 난민에 해당하는지도 함께 심사한다(제113조(e)).

(3) 난민보호 신청절차와의 관계

난민보호 신청이 거부된 경우 퇴거 전 위험성 평가 단계에서 새로운 증거를 제출하기 위해서는 그 증거가 거부결정 이후에 발생하였거나, 그 증거를 종전 심사과정에서 제출하지 못한 데에 합리적인 이유가 있는 경우여야 한다(제113조(a)). 이러한 법리는 최초의 퇴거 전 위험성 평가에서 신원에 관한 서류를 제출하지 못한 경우에도 마찬가지로 적용된다.[361] 하지만 제출된 증거로만 보았을 때 이민난민위원회의 결론과 다르지 않은 결과가 도출될 것으로 보일지라도, 퇴거 전 위험성 평가의 담당공무원으로서는 그 이후의 국가정황정보도 살펴보아야 하므로 이에 관한 심사를 진행하여야 한다.[362]

제113조(a)는 난민보호 신청이 거부된 경우, 특별한 사정이 없는 한 퇴거 전 위험성 평가를 담당하는 공무원이 이를 존중하여야 한다는 것을 전제하고 있는 것으로 볼 수 있다. 즉 퇴거 전 위험성 평가는 새로운 난민보호 심

---

361) *Aboud v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2014 FC 1019 (후속 퇴거 전 위험성 평가에서 신원 관련 서류의 제출이 부적법하다고 판단한 공무원의 결정의 합리성을 인정한 사안).

362) *Chen v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 379 (파룬궁 수련자에 대한 고문에 관한 국가정황정보가 있었음에도 이를 참고하지 않은 채로 그에 직접적으로 반하는 결론을 도출한 것은 비합리적이라고 판단한 사안).

사가 아니다.[363] 추가적인 증거를 고려할지에 관한 판단에 있어서는 증거의 신빙성(출처나 제출상황에 비추어 볼 때 믿을 만한 증거인지), 관련성(퇴거 전 위험성 평가에서의 증명사항과 관련된 증거인지), 참신성(난민심사 절차 이후 발생한 국가정황정보, 심사 당시 신청인이 알지 못했던 정보, 난민심사 절차에서 판단된 사실관계와 모순되는 정보에 해당하는지), 중요성(그 증거가 있었더라면 난민심사에서의 결과가 달라졌을지)을 고려하여야 한다.[364] 캐나다「권리・자유헌장」제7조에 따라 신청인에게는 실제 퇴거시점과 시간적으로 근접한 위험성 평가를 받을 권리가 있다.[365]

(4) 효과

퇴거 전 위험성 평가 단계에서 담당공무원이 신청을 받아들이는 경우의 효과는「이민・난민보호법」제114조에 규정되어 있다. 이에 따르면 신청인이 제112조 제3항의 적용을 받는지 여부에 따라 제공되는 보호의 형태가 달라진다.[366]

신청인이 만약 제112조 제3항의 적용을 받지 않는 경우에는 난민보호가 제공된다.[367] 그에 반해 제112조 제3항의 적용을 받는 경우에 해당한다면 보호를 받을 필요가 있다고 인정된 국가 또는 장소와의 관계에서 퇴거명령이 정지될 뿐이다.

3) 집행정지

---

363) Martin Jones and Sasha Baglay, *Refugee Law* (Irwin Law 2007) 332.

364) *Raza v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2007 FCA 385.

365) *Ragupathy v Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* 2006 FC 1370 (신청인이 캐나다 공중에 위험이 되는 사람이라는 판단에는 하자가 없으나, 그 판단과 퇴거 전 위험성 평가의 시간적 간격 사이의 상황변화에 비추어 볼 때 절차 연기 요청을 거부한 것이 위법한다고 판단한 사안).

366) 제112조 제3항의 내용에 관해서는, 이 절의 I. 2. 2) (2) 참고.

367) 난민보호 부여 시 처우에 관해서는, 이 장의 제4절 II. 1. 1) 참고.

집행력이 발생한 퇴거명령에 대해서 집행정지효를 누릴 수 있는 여러 경로가 있다. 우선, 「이민・난민보호규정」[368] 제230조 제1항에 따라 장관의 재량으로 집행정지를 할 수 있다. 그 사유로 무력분쟁, 환경재난, 그 밖에 일시적・일반적 상황으로 인해 국가나 지역 내의 민간 전체에 일반적인 위험이 존재하는 경우가 규정되어 있다. 다만, 이러한 재량은 안보상 사유 등 규정에 정한 사유가 있는 경우에는 행사할 수 없다(「이민・난민보호규정」 제230조 제3항). 사법심사 청구가 이루어진 경우에는 예외적인 사정이 없는 한 사건에 관한 확정적 판단이 이루어질 때까지 집행이 정지된다(「이민・난민보호규정」 제231조). 이는 퇴거 전 위험성 평가를 신청한 경우에도 마찬가지이다(같은 규정 제232조). 나아가 장관은 인도적・온정적 고려 또는 정책적 고려에 따라 영주권 부여 여부에 관한 결정이 이루어질 때까지 집행정지를 할 수 있다(같은 규정 제233조).[369] 퇴거명령 자체에 대한 불복은 이민불복부(Immigration Appeal Division)에 하는데, 이때 아동의 최선의 이익을 고려하여 인도적・온정적 고려에 따른 구제의 필요가 인정될 때 집행정지를 할 수 있다(「이민・난민보호법」 제62조 이하 참고).[370]

Ⅱ. 방어적 보호가 주된 국가: 미국

1. 신청 및 심사・결정의 구조

미국 영토 내에 있는 외국인이 적극적으로 「이민국적법」 제208조에 따라 미국에 일시적 또는 영구적으로 체류할 수 있도록 허가하는 것을 신청하는

368) Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR 2002-227.

369) 이러한 퇴거연기에 관한 재량은 매우 제한적이라는 점에 관하여, *Adviento v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2003 FC 1430.

370) 구제 사유로는 사실인정 및 법리 오해, 자연적 정의 원칙의 위배, 인도적・온정적 고려에 따른 구제필요성이 있다. 다만, 장관이 직접 불복을 제기한 경우에는 인도적・온정적 고려에 따른 구제필요성의 사유는 그 적용이 없다(「이민・난민보호법」 제67조 제1항).

경우, 이를 '적극적 신청'(affirmative application)이라 하고,[371] 그에 따른 구제의 내용을 비호(asylum)라 한다.[372] 그 요건은 협약상 난민에 해당하는 경우이다.[373] 고문방지협약상 강제송환금지 원칙이 적용되는 경우 등은 비호부여 사유가 아니다. 한편, 퇴거절차가 이미 개시된 경우에는 방어적으로 비호신청을 하거나, 비호보다는 보호의 정도가 낮은 퇴거유예를 신청한다. 이를 '방어적 신청'(defensive application)이라 한다.[374] 퇴거유예는 국제법상 강제송환금지 원칙에 대응한다고 설명된다.[375] 퇴거유예 사유는 협약상 난민에 해당하는 경우[376] 및 고문방지협약에 정한 고문의 위험이 있는 경우로 구별된다. 전자의 경우, 관련된 핵심 규정은「이민국적법」제241조(b)(3)[377]이다. 이에 따르면 법무부장관은 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단에의 소속, 정치적 의견으로 인하여 외국인의 생명・자유가 퇴거예정국가에서 위협 받을 것이라고 판단하는 경우에는 그 외국인을 당해 국가로 퇴거시킬 수 없다(제241조(b)(3)(A)). 다만,「이민국적법」제241조(b)(3)(B)에 해당하는 외국인의 경우에는 그렇지 않다.[378] 후자, 즉 고문방지협약상 고문의 위험이 있는 경우에 관해서는 앞서 이 장의 제2절 II.에서 살펴보았다. 요지는 고문방지협약상 강제송환금지 원칙이 적용되는 자에 대해서는 원칙적으로 퇴거유예가 인정되나, 특정한 배제사유 또는 예외사유가 있는 경우에는 퇴거연기가 인정된

---

371) Aleinikoff and others (n 186) 796-797.

372) Legomsky and Rodríguez (n 194) 900. 구체적인 용어례는 문헌마다 다르다. 비호의 개념에 강제송환금지뿐만 아니라 근로권, 가족결합권 등 비호국에서 정상적인 삶을 재건할 수 있는 여러 권리를 포함하여 파악하는 설명으로, Aleinikoff and others (n 186) 791 참조.

373) 미국 국내법으로 이행된 협약상 난민의 정의는, 난민의 정의는,「이민국적법」제101조(a)(42)(A) 참고.

374) Aleinikoff and others (n 186) 797.

375) Legomsky and Rodríguez (n 194) 900, 919.

376) 다만, 적극적 비호신청의 경우와 비교했을 때 요구되는 위험의 정도가 다르다. 이에 관해서는, 이 장의 제2절 II. 2. 1) (2) 참고.

377) 8 USC § 1231.

378)「이민국적법」제241조(b)(3)(B)의 내용에 관해서는, 이 장의 제2절 II. 2. 2) 참고.

다는 것이다.[379]

적극적 신청은 이민국(US Citizenship and Immigration Services, USCIS)에 하고,[380] 이에 대한 심사는 이민국 소속 비호심사관이 한다.[381] 비호요건을 충족하지 못하면 비호심사관은 원칙적으로 이민법원의 이민판사에 사건을 이송한다.[382] 비호심사관에 의한 심사 단계에서 퇴거유예 또는 퇴거연기를 제공할 수는 없다. 이는 이민판사 또는 이민항소기구(Board of Immigration Appeals, BIA)에 의해서만 가능하다.[383] 이민판사로 사건이 이송되면 비호신청을 갱신할 수 있다.[384] 비호요건을 갖추지 못한다고 판단하는 경우, 퇴거유예 사유 존부를 판단한다. 퇴거유예에 대한 판단 단계에서는 고문방지협약에 따른 강제송환금지 여부도 판단된다. 즉 이민판사는 비호 및「이민국적법」제241조(b)(3)에 따른 퇴거유예 사유로서 난민협약상 난민요건이 충족되지 않는 경우에 고문방지협약에 따른 강제송환금지 원칙의 적용대상이 되는지 판단하는 것이다.[385] 퇴거유예 배제사유가 존재하는 경우에는 퇴거연기 여부에 대해서도 판단한다.[386] 한편, 국토안보부(US Department of Homeland Security, DHS)에 의하여 퇴거절차가 개시되어 방어적 신청을 하는 경우, 비호신청은 곧바로 이민판사에 한다. 비호신청이 거부되는 경우, 이는 자동적으로「이민국적법」제241조(b)(3)에 따른 퇴거유예 신청으로 간주된다.[387]

---

379) 이 장의 제2절 II. 2. 2) 참고.

380) 8 CFR § 208.2(b).

381) 비호심사관은 대립당사자로서 심사하지 않고, 객관적인 입장에서 심사한다. 8 CFR § 208.9(b).

382) 8 CFR § 208.14(b), (c). 이민법원은 직제상 법무부 산하기관으로 사법심사 기관에 해당하지 않고, 행정심판에 준하는 것으로 볼 수 있다는 점에 관해, 최유경, “미국 난민법 체계와 시사점 — 전문 비호심사관 제도의 확충을 위한 제언”, 공법학연구 제18권 제4호, 2017, 402면 참조. 이민판사는 법무부장관이 임명한다. 8 CFR § 1003.10(a).

383) 8 CFR § 208.16(a).

384) Legomsky and Rodríguez (n 194) 921.

385) 8 CFR § 208.16.

386) 8 CFR § 208.17.

2. 불복절차

이민판사의 결정에 불복하는 경우 이민항소기구에 항소할 수 있다. 비호여부에 관한 결정은 물론,[388] 퇴거에 관한 결정에 대해서도 항소할 수 있다.[389] 따라서 퇴거유예·퇴거연기를 인정하지 않는다는 판단에 대해서도 불복할 수 있다. 이민항소기구의 결정에 불복하는 외국인은 연방항소법원에 항소할 수 있다.[390] 이민판사의 결정에 대해 이민항소기구는 사실관계 확정에 '명백한 오류'(clearly erroneous)가 있는지 살펴보고, 다른 사항에 관해서는 '대체적 심사'(de novo review)를 한다.[391] 연방항소법원에 항소한 경우 법원은 이민항소기구의 사실관계 확정에 관해서는 '상당한 증거'(substantial evidence)가 있는지 여부를 살펴보고, 법리 및 그 적용에 관해서는 대체적 심사를 한다.[392] 연방항소법원에 제소한다고 하여 자동적으로 퇴거가 집행정지되는 것은 아니다(「이민국적법」 제242조(b)(3)(B)). 법원에서 집행정지를 인정할지 여부를 판단할 때 고려할 요소로는 ① 본안에서의 승소가능성이 높은지, ② 회복 불가능한 손해가 발생하는지, ③ 집행정지가 정부에 상당한 손해를 야기하는지, ④ 집행정지가 공익에 부합하는지가 제시된다.[393]

---

387) 8 CFR § 208.3(b).

388) 8 CFR § 1003.1(b)(9).

389) 8 CFR § 1003.1(b)(3).

390) 8 USC § 1252(a)(1).

391) 8 CFR § 1003.1(d)(3)(i).

392) *Vitug v Holder* 723 F3d 1056, 1062 (9th Cir 2013); *Acharya v Holder* 761 F3d 289, 295 (2d Cir 2014). 다만, 법적 결과에 대해 대체적 심사를 하면서 쉐브론 존중에 따른다는 판례도 확인된다. *Huang v Attorney General of US* 620 F3d 372, 379 (3d Cir 2010). 쉐브론 존중주의 일반에 관한 국내연구로, 김은주, "미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의", 공법연구 제37집 제3호, 2009; 황의관, "미국사법부의 행정청 법률해석에 대한 사법적 존중에 관한 연구 — Chevron 독트린과 그 적용범위를 중심으로 —", 미국헌법연구 제24권 제1호, 2013 참조.

393) *Nken v Holder* 556 US 418, 434-46 (2009).

3. 출입국항의 특칙

출입국항에서 입국자격 없이 입국하려는 외국인에 대해서는 '신속 강제퇴거 절차'(expedited removal procedure)가 진행되는데, 이에 관해서는「이민국적법」제235조에 규정되어 있다. 원칙적으로 이들에 대해서는 이민법원 심사 없이 국토안전부의 결정만으로 즉시 강제퇴거가 가능하다. 하지만 협약상 난민 또는 보충적 보호 대상자에 해당할 가능성이 있는 경우에는 즉시 강제퇴거가 불가능하다. 즉 '박해의 합리적인 가능성'(reasonable possibility of persecution)이 소명된 경우뿐만 아니라 '고문의 합리적인 가능성'(reasonable possibility of torture)이 소명된 경우에도 강제퇴거를 할 수 없고, 이민법원의 정식 난민인정 절차에 회부하게 된다.[394]

Ⅲ. 수익적 보호가 주된 국가: 호주

호주의 보충적 보호는 수익적 보호가 주를 이룬다는 점은 앞서 이 장의 제2절 III.에서 살펴본 바와 같다. 그 실현 방법은 보호사증을 부여하는 것이다. 이하에서는 보호사증 신청절차, 결정절차, 보호사증 거부 등에 대한 불복절차에 관해 살펴보도록 한다. 호주법의 개성은 신청절차과 불복절차에서 특히 두드러진다. 신청절차 측면에서는 여러 가지 신청자격상의 요건을 두어 상당한 폐쇄성을 보여주고 있다. 불복절차 측면에서는 사법심사를 제한하려는 여러 입법적 시도가 존재하나, 연방대법원에 의해서 그와 같은 입법의 실질적 의미가 크게 약화되었다는 특징이 있다.

1. 신청절차

394) 이상의 미국 출입국항 난민심사 회부절차에 관해, 하정훈, "강제송환금지의 원칙에 비추어 본 출입국항에서의 난민인정절차", 공법연구 제46권 제2호, 2017, 418면 이하 참조. 다만, 이 연구는 박해의 위험에 관해서만 언급하고 고문의 위험에 대해서는 별도 언급을 하지 않고 있다. 고문의 위험에 관한 연방규정은, 8 CFR § 208.30.

1) 사증체계

호주는 입국자격과 체류자격을 관념적으로는 구별하지만, 용어를 별도로 구별하지 않고 모두 사증(visa)이라는 말을 사용하고 있다.[395] 사증은 입국 시 및 체류 시에 모두 필요하다(「이민법」 제4조 제2항 및 제29조 참고). 사증의 종류는 영주사증(permanent visa)과 임시사증(temporary visa)으로 분류된다(같은 법 제30조).

보호사증의 종류로는 영주보호사증(permanent protection visa), 임시보호사증(temporary protection visa), 안전피난사증(safe haven enterprise visa)[396] 세 가지가 있다.[397] 이들에 관한 구체적인 사항은 「이민법」의 하위규정인 「이민규정」에 규정되어 있다.[398] 호주 난민법의 특징 중 하나는 신청자격의 폐쇄성이다. 이는 보호사증을 유효하게 신청하기 위한 몇 가지 법령상 제한을 두고 있는 데에서 비롯된다. 「이민법」상 장관은 유효한 신청인 경우에 한하여 이를 고려할 의무가 있으며, 신청이 유효하지 않다는 통지는 사증발급 거부에 해당하지 않는다(제47조 제3항 내지 제4항 참고). 신청이 유효하지 않다는 결정은 사법심사의 대상이 될 수도 있지만, 사증요건 구비 여부에 대한 실체 판단이 아니기에 행정심판소에 의한 실체 판단 대상이 되지 않는다.[399]

---

395) 한국의 경우 사증발급은 외국인에게 대한민국에 입국할 권리를 부여하거나 입국을 보장하는 완전한 의미에서의 입국허가결정이 아니라, 외국인이 대한민국에 입국하기 위한 예비조건 내지 입국허가의 추천으로서의 성질을 가진다고 설명되어, 사증과 체류자격을 용어상으로 구별하고 있다. 대법원 2018. 5. 15. 선고 2014두42506 판결 참고.

396) 이 사증은 보호를 제공함과 동시에 근로·학업을 통한 산업의 촉진 및 지역 활성화를 위하여 도입되었다(「이민법」 제35A조 제3B항 참고).

397) 이러한 보호사증의 기본적인 종류에 관하여는 「이민법」 제35A조에 규정되어 있다.

398) Migration Regulations 1994 (Cth) sch 1, pt 4, items 1401, 1403, 1404.

399) Alan Freckelton, *Administrative Decision-Making in Australian Migration Law* (ANU eText 2015) 44. 유효하지 않은 신청을 했는데 거부결정을 한 경우에 그 거부결정이 무효라는 판례로, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v A* (1999) FCA 1679.

이하에서는 사증발급 신청의 여러 유효요건 중 해상난민·이송난민이 아니어야 한다는 요건과 과거에 보호사증 발급이 거부된 적이 없어야 한다는 요건을 살핀다.

2) 해상난민·이송난민

2012. 8. 13. 이후, 2014. 1. 1. 전에 '승인 없이 해상으로 호주에 도착한 자'(unauthorised maritime arrivals)의 사증신청은 신속절차로 회부될 수 있고, 2014. 1. 1. 이후 승인 없이 해상으로 호주에 들어온 자는 원칙적으로 호주에서 유효한 사증신청을 할 수 없다(제5조 제1항 및 제46A조 제1항 참고). 한편, '과거에 이송되었던 사람'(transitory person) 중 사증이 없거나 연결사증(bridging visa) 또는 임시보호사증만을 가진 경우 역시 유효한 사증신청을 하지 못한다(제46B조 제1항 참고). 과거에 이송되었던 사람들의 유형은「이민법」제5조 제1항에 열거되어 있다.[400]

---

400) 여기에는 이른바 '탐파 호 사건'으로 인해 이송되었던 사람들이 포함된다. 이 사건은 2001년경 노르웨이 국적기인 탐파 호와 관련이 있다. 탐파 호는 싱가포르로 향하던 중, 침몰 위기의 어선에 탑승하고 있던 아프가니스탄 국민 수백 명을 구조했는데, 호주의 거부로 호주에 입국하지 못하였다. 호주, 뉴질랜드, 나우루의 합의에 따라 승선인 중 150명은 뉴질랜드에, 나머지 사람들은 나우루에 이송했고, 나우루에서 발생하는 비용에 관하여는 호주에서 부담했다. 이 사건은 권한 없이 해상으로 입국하려는 비호신청인을 보호사증 심사에서 배제하려는 입법정책적 판단이 강해진 계기가 되었다. Violeta Moreno-Lax, 'The Interdiction of Asylum Seekers at Sea: Law and (mal)practice in Europe and Australia' (2017) Kaldor Centre for International Refugee Law, Policy Brief 4, 3. 사안에 관한 설명으로는, William Kirtley, 'The Tampa Incident: The Legality of *Ruddock v. Vadarlis* under International Law and the Implications of Australia's New Asylum Policy' (2002) 41 Columbia Journal of Transnational Law 251, 253ff. 그 이전에는 베트남전 등으로 인한 피난민이 계기가 되어, 1980년대 후반에서 1990년대 초반 이민법령이 개정되어 해상난민에 대한 구금정책이 강화되었다. 이에 대한 개관으로는, Janet Phillips and Harriet Spinks, 'Immigration detention in Australia' (2013) Parliament Library, Background Note. 탐파 호 사건을 계기로 호주는 이른바 '태평양 솔루션'(Pacific Solution)이라고 칭해지는

이와 같은 제한은 사증의 종류를 불문하고 적용되는 제한이므로, 보충적 보호 사유를 이유로 보호사증을 신청하려는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 다만, 장관은 공익에 부합한다고 판단하는 경우 개인 또는 집단에 대하여 위와 같은 자격제한을 적용하지 않기로 결정할 수 있다(제46A조 제2항 내지 제7항, 제46B조 제2항 내지 제7항). 이는 장관만이 행사할 수 있는 권한이다(제46A조 제3항, 제46B조 제3항). 또한, 안전피난사증을 지닌 자가「이민규정」에 정한 바에 따라 취업・교육・사회보장 요건을 갖추어 사증을 신청하는 경우에는「이민법」제46A조 제1항의 적용이 없다(제46A조 제1A항).

3) 과거의 보호사증 거부

「이민법」제48A조는 과거 유효한 보호사증 신청을 하였으나 거부되고, 이민구역(migration zone)[401] 내에 계속하여 있는 경우 역시 유효한 사증신청을 할 수 없다고 규정하고 있다. 이민구역 내의 계속적 체류를 전제로 삼고 있으므로, 호주를 떠난 이후 다시 호주에 재입국하는 경우에는 그 적용이 없다.[402] 다만, 이 경우에도 장관은 공익적 판단하에 이러한 재신청 제한의 미적용을 결정할 수 있다(「이민법」제48B조).

정책을 취하게 되는데, 이는 입국자격 없이 해상으로 진입한 사람들에 대하여 호주의 난민인정 절차로 회부하지 않고, 나우루나 파푸아뉴기니와 같이 호주가 구금시설을 지원하는 태평양 도서 국가들에서 그 심사를 진행하는 것을 요지로 한다. John Vrachnas and others, *Migration and Refugee Law: Principles and Practice in Australia* (3rd edn, Cambridge University Press 2012) 185. 태평양 솔루션은 2008년에 중단되었다가, 2010년에 사실상 부활, 그 이후로 강화되었다. Janet Phillips, 'A comparison of Coalition and Labor government asylum policies in Australia since 2001' (2017) Parliamentary Library, Research Paper Series 2016-17.

401) 호주의 영토 등을 포함하며, 제5조 제1항에 정의되어 있는 개념이다.

402) 다만, 강제퇴거의 집행에 착수하였으나 완료하지 못한 경우에는 계속하여 이민구역 내에 있는 것으로 본다. 이에 관하여는, *SZVEB v Minister for Immigration* [2016] FCCA 1300 (파키스탄으로 강제퇴거를 집행하려고 하였으나 파키스탄에서 입국을 거부당하여 다시 호주로 돌아온 사안).

과거 보호사증 거부 이후 유효성이 인정되지 않는 추가적인 신청의 범위에 관하여, 종전 규정상 동일한 기준이 적용되는 신청에 한정된다는 것이 판례였다.[403] 그리하여 협약상 난민에 해당한다는 것을 이유로 한 보호사증이 거부된 이후에 보충적 보호 대상에 해당하거나 가족결합 사유에 해당한다는 이유로 보호사증을 신청하는 것이 금지되지 않는다고 보았다.[404] 하지만 이러한 판례에 대한 반작용으로 개정된 법률에 따르면 2014. 3. 28. 이후에는 사유에 대한 구별 없이 보호사증의 재신청이 금지된다.[405]

2. 보호 여부 결정

보충적 보호의 요건을 충족하는 경우 보호사증을 발급하는 것은 기속행위이다(「이민법」 제65조 참고). 즉, 요건을 갖추고 품행요건으로 인한 거부사유 등이 없는 경우 보호사증을 발급해야 된다. 결정의 통지에 관하여는 「이민법」 제66조에 따른다. 이에 따르면, 특정한 기준을 갖추지 못하여 거부결정을 한 경우에는 그 기준을, 특정한 법령상 규정으로 인하여 거부결정을 한 경우에는 그 법령 규정을 제시하여야 한다. 또한, 원칙적으로 그 기준 불충족 또는 법령적용의 이유를 서면으로 제시하여야 한다. 행정심판이 가능한 경우에는 이를 알려야 하며, 신속절차 결정의 경우에는 이민평가기구 회부 여부를 알려야 한다. 송달에 관하여는 제494A조 내지 제494조D조까지의 규정에 따른다. 통지의 실패는 결정의 유효성 자체에 영향을 미치지는 않지만(제66조 제4항), 행정심판 청구기간의 기산점을 정하는 데에 의미를 가진다.[406]

---

403) *SZGIZ v Minister for Immigration and Citizenship* [2013] FCAFC 71, para 38.
404) ibid paras 43-47.
405) Migration Amendment Act 2014 (Cth).
406) Freckelton (n 399) 74. 부정확한 통지의 청구기간에 대한 영향이 문제된 예로, *ALN 19 v Minister for Immigration, Citizenship, Migrant Services and Multicultural Affairs* [2020] FCA 1592.

3. 불복절차

보호사증 발급 거부결정 또는 발급된 보호사증에 대한 취소결정 등에 대해서는 행정심판 및 사법심사의 방식으로 다툴 수 있다. 다만, 결정의 종류에 따라 관할 심판소·법원이 달라질 수 있다. 이와는 별도로 행정심판 단계를 거친 이후 장관의 재량결정을 요청할 수도 있다. 장관의 재량결정은 장관의 순수한 재량으로 운영되고 있기에 진정한 의미에서 불복이라고 보기 어려운 측면이 있다. 하지만 보충적 보호 사유로 인한 보호사증 발급이 법제화되기 이전에 보충적 보호를 수행하던 사실상 유일한 경로로 평가되었던 만큼 이에 관한 소개를 함께 한다.

1) 행정심판

(1) 행정심판소

종래 보호사증 발급의 거부·취소에 관한 심판 사건은 대부분 난민심판소(Refugee Review Tribunal)의 관할이었으나,[407] 2015년부터 그 기능이 행정심판소(Administrative Appeals Tribunal)로 일원화되었다.[408] 이에 보호사증 발급 거부·취소에 대한 심판 사건은 대부분 행정심판소의 이민난민부(Migration and Refugee Division)에서 다루어지며, 일부는 일반부(General Division) 또는 이민평가기구(Immigration Assessment Authority)에서 다루어진다.[409]

---

407) Vrachnas and others (n 400) 325.

408) Tribunals Amalgamation Act 2015 (Cth).

409) 이러한 심판소 기능은 법원의 전통적인 모습을 보이고 있지만 사법권한 행사라기보다는 행정권 행사라고 보는 것이 적절하다는 설명으로, Enid Campbell and Matthew Groves, 'Privative Clauses and the Australian Constitution' (2004) 4 Oxford University Commonwealth Law Journal 51, 56 (fn 27); Freckelton (n 399) 130.

보충적 보호와 협약상 난민을 구별하여 전자에 대해 불복기회가 더 적게 제공되는 예는 확인되지 않는다. 이들을 발급사유로 하는 상위개념으로서 보호사증이 불복절차의 준거 개념이 된다. 보호사증 발급 거부결정, 발급된 보호사증의 취소결정, 보호사증 취소결정의 철회 거부결정에 대해서는 원칙적으로 행정심판소에 심사청구를 할 수 있다. 다만, 발급 거부결정 중 ① '제7부 심판청구결정'(Part 7-reviewable decision)[410]에 해당하지만 상대방이 호주 이민구역 바깥에 있었던 때 내려진 결정, ② 신속절차에 따른 결정, ③ 장관이 직접 「이민법」 제501조에 따라 품행미단정을 이유로 한 결정, ④ 호주안보정보국의 평가에 따라 국가안보에 위험이 있다고 판단하여 한 결정, ⑤ 장관이 확정증서를 발급한 사안에 관한 결정[411]은 제외된다. 보호사증 취소결정 중에서는 ① '제7부 심판청구결정'에 해당하지만 상대방이 결정 당시에 호주 이민구역 바깥에 있었던 경우, ② 장관이 직접 한 결정, ③ 호주안보정보국의 평가에 따라 국가안보에 위험이 있다고 판단하여 한 결정, ④ 장관이 확정증서를 발급한 사안에 관한 결정, ⑤ 「이민법」 제501조 제3A항에 따라 한 기속적 취소결정[412]은 제외된다.[413]

---

410) 이는 이민난민부의 관할에 속하는 결정유형으로, 「이민법」 제411조에 정의되어 있다. 여기에는 ① 1994. 9. 1. 전에 이루어진 협약상 난민에 해당하지 않는다는 결정, ② 1994. 9. 1. 전에 이루어진 협약상 난민에 해당하는지를 기준으로 한, 사증발급 또는 입국허가의 거부・취소결정, ③ 보호사증 발급 거부결정, ④ 보호사증 취소결정이 포함된다(제411조 제1항). 다만, ① 장관이 직접 한 보호사증 취소결정, ② 당사자가 호주 이민구역 내에 없었던 시점에 이루어진 결정, ③ 장관이 확정증서를 발급한 사안에 관한 결정, 신속절차에 따른 결정은 제외된다(같은 조 제2항). 행정심판소의 관할 사건 중 이민난민부의 관할 외의 사건은 일반부의 관할이 된다. 행정심판소의 심판권한이 있는 결정유형에서 이민난민부의 관할사항을 제외하면, 주로 안보 또는 품행을 이유로 한 결정들이 남는다. 예컨대 「이민법」 제501조(품행요건), 제5H조 제2항(난민 배제사유), 제36조 제1C항(안보상 사유), 제36조 제2C항(보호 배제사유)에 따라 보호사증 발급을 거부・취소하거나 제501CA조 제4항에 따라 보호사증 취소결정의 철회거부를 하는 경우가 이에 해당한다. 이들 결정은 행정심판소 일반부 관할이다.

411) 이에는 결정을 변경하거나 심판이 이루어지는 것이 국가이익에 반한다는 증서가 포함된다(「이민법」 제411조 제3항).

412) 이러한 경우에는 「이민법」 제501CA조에 따라 취소결정의 철회를 신청할 수 있

행정심판소는 법형식이나 증거법에 구애되지 않는다(제420조 참고). 이 점에서 사법심사와 차이를 보여준다. 다만, 심판 단계에서는 의견청취 기회가 보장되어야 한다(제425조 참고). 원결정 시 제출하지 않았던 주장·증거가 제출되는 경우 제출 지연에 합리적인 설명이 없다면 그러한 사정을 불리하게 고려하여야 한다(제423A조 제2항). 사법심사와는 달리, 행정심판소는 원결정에 대하여 사후적 심사를 하는 것이 아니라 대체적 심사를 한다.[414] 즉 보충적 보호 사유를 불인정한 원결정의 판단을 대체할 수 있는 것이다. 심판의 결과 ① 청구를 기각하는 결정, ② 원결정을 변경하는 결정, ③ 원결정을 다시 고려하도록 환송하는 결정, ④ 원결정을 파기하고 이를 대체하는 결정을 할 수 있고, ⑤ 청구인이 불출석하는 경우에는 제426A조에 따라 각하 또는 절차재개에 관한 권한을 행사할 수 있다(제415조 제2항).

(2) 이민평가기구

이민평가기구는 행정심판소 이민난민부 내에 설치된 기구로(「이민법」 제473JA조), 신속절차에 따른 결정에 대한 심판 사건을 관할한다. 대상이 되는 '신속절차에 따른 결정'(fast track reviewable decision)은 기본적으로 '신속절차 심판 신청인'(fast track review applicant)의 신청을 거부하는 결정을 말한다(제473BB조). 이는 원칙적으로 2012. 8. 13. 이후, 2014. 1. 1. 이전에 승인 없이 해상으로 호주에 도착한 자로서 다른 지역 국가의 심사를 받지 않았고, 장관이 제46A조의 제한을 적용하지 않기로 하였으며,[415] 유효한 보호사증 신청을 한 경우에 이루어진 거부결정을 말한다(「이민법」 제5조 제1항). 다만, 안전한 제3국에서 보호를 받을 수 있거나 이중국적인 자, 과거에 호주

다.

413) 이상 행정심판소의 관할에 관한 관한 정리는, Administrative Appeals Tribunal, *A Guide to Refugee Law in Australia* (2021) <https://www.aat.gov.au/guide-to-refugee-law-in-australia> accessed 8 June 2021, Chap 12, 2-3.

414) Freckelton (n 339) 130ff.

415) 이 절의 III. 1. 2) 참고.

내에 있던 중에 보호사증을 신청하였으나 거부되거나 철회한 자, 다른 국가에서 보호를 신청하였으나 그 국가 또는 유엔난민기구에 의해 거부된 자, 자신의 신청을 뒷받침하기 위해 합리적인 설명 없이 장관 또는 담당공무원에게 허위서류[416]를 제출하거나 제출되도록 한 자 등은 제외된다(제5조 제1AA항(a)). 신청이 명백히 이유 없는 경우도 신속절차 심판 신청인에서 제외된다(제5조 제1AA항(aa)).[417]

신청인은 별도로 이민평가기구에 심판청구를 할 필요는 없으며, 결정 이후에 행정청이 사건을 회부한다(제473CA조). 특별한 사정이 없는 한 이민평가기구는 원결정자가 접근할 수 있었던 자료에 한정하여 실체 판단을 하여야 한다(제473DC조 내지 제473DF조, 제473DB조 참고). 심사 결과 원결정을 확인하는 결정 또는 원결정을 다시 고려하도록 환송하는 결정을 할 수 있다(제473CC조).

2) 사법심사

이민결정과 관련하여 사법심사를 청구할 관련 법원은 법률에 의해 설립된 연방순회법원(Federal Circuit Court),[418] 연방법원(Federal Court),[419] 그리고 「호주헌법」[420]에 따라 설립된 연방대법원(High Court)이다. 연방순회법원 및 연방법원 설립법률의 헌법적 근거는 「호주헌법」 제77조이다. 이에 따르면 연

416) 허위서류(bogus document)의 개념은 제5조 제1항에 정의되어 있는데, ① 해당 사람에 대하여 발급된 것이 아닌 경우, ② 위조 또는 변조된 경우, ③ 허위・오도의 진술에 의하여 입수된 경우 중 어느 하나에 해당한다는 합리적 의심이 있는 때를 말한다.

417) ① 신청에 개연성・신빙성 있는 근거가 없는 경우, ③ 특정한 국가의 조건・사건・상황을 근거로 하나, 그것이 어떠한 객관적인 증거에 의해서도 뒷받침되지 않는 경우, ③ 오직 신속절차 신청인의 퇴거를 연기 또는 방해하기 위한 목적으로 신청한 경우 등에 해당하면 명백히 이유가 없는 경우로 판단할 수 있다.

418) Federal Circuit Court of Australia Act 1999 (Cth).

419) Federal Court of Australia Act 1976 (Cth).

420) Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth).

방대법원을 제외한 연방법원의 권한은 법률로 정할 수 있다. 한편, 연방대법원은 호주 공무원에 대한 의무이행명령이나 금지명령을 구하는 사건에 관하여 '본래적 권한'(original jurisdiction)[421]을 지닌다(「호주헌법」 제75조 제5항).[422]

연방순회법원은 원칙적으로 이민결정에 대하여 「호주헌법」 제75조 제5항에 따른 연방대법원의 권한과 동일한 본래적 권한을 지닌다(「이민법」 제476조 제1항). 다만, 행정심판소에 심판청구를 할 수 있는 원결정 또는 이민평가기구에 회부되거나 회부된 적이 있는 원결정에 대하여는 사법심사 권한이 없다(제476조 제2항(a) 및 제4항).[423] 더불어 여러 '사법심사가 제한되는 결정'(privative clause decision) 또는 '사법심사가 제한되는 것으로 추정되는 결정'(purported privative clause decision)에 대해서도 사법심사 권한이 없다고 규정되어 있다(제476조 제2항(b) 내지 (d)).[424]

연방법원의 경우에는 연방순회법원에서 이송한 결정, 사법심사가 제한되는 결정 또는 사법심사가 제한되는 것으로 추정되는 결정에 대하여 심사를 할 수 있는 본래적 권한을 가진다(제476제B조 제1항(a) 내지 (c)). 이 경우 그 내용은 「호주헌법」 제75조 제5항에 따른 연방대법원의 권한과 같다(「이민법」 제476B조 제2항). 또한, 연방법원은 행정심판소가 한 '사법심사가 제한되지 않는 결정'(non-privative clause decision) 중 「행정심판소법」 규정에 따라 연방법원에 제소한 사건[425] 및 행정심판소에 계류 중인 사건에 관하여 법리적 쟁점에 관한 판단을 구하는 제청사건[426]에 관하여도 심사 권한을 가진다(「이민법」 제476B조 제1항(d)). 본래적 권한과는 별도로, 연방법원과 연

---

421) 이는 '상소 사건에 대한 권한'(appellate jurisdiction)과 대조되는 개념으로, 다른 법원을 거치지 않고 직접 연방대법원에 제소된 경우 재판을 할 수 있는 권한을 말한다.

422) 「호주헌법」 제75조에 따른 본래적 권한은 의회의 입법으로 변경할 수 없다. Vrachnas and others (n 400) 327-28.

423) 한국 행정법의 용어로는 행정심판전치주의 및 재결주의로 이해할 수 있다.

424) 사법심사가 제한되는 결정의 개념에 관하여는 아래 (2) 심사범위 논의 참고.

425) Administrative Appeals Tribunal Act 1975 (Cth) s 44(3).

426) Administrative Appeals Tribunal Act 1975 (Cth) s 45(2).

방대법원은 상소사건에 관하여 판단할 권한이 있다.[427]

(2) 심사범위

사법심사의 범위에 관하여 법제상 중요한 점은「이민법」이 제8부(Part 8, 제474조 이하) 및 제8A부(제486A조 이하)의 규정들을 통해 연방순회법원과 연방법원의 사법심사 권한을 여러 방면으로 제한하려고 하고 있다는 점이다.[428]

이에 관해서는 2001년의「이민법」개정이 중요하다.[429] 사법심사 권한과 관한 핵심적인 개정은 '사법심사가 제한되는 결정' 유형의 도입이었다.[430] 법률문언상 사법심사가 제한되는 결정은 최종적·확정적이며, 법원에서 다툴 수 없다(제474조 제1항). 그리고 사증을 부여하거나 그 발급을 거부하는 결정은 이러한 유형의 결정에 해당한다(같은 조 제2항 및 제3항). 이러한 입법은 일견「호주헌법」제75조에 반하는 것으로 생각될 수도 있으나, 제안이유서에 따르면 사법심사 제한 규정이 있다고 하더라도 종전 판례에 따라 사법심사 자체는 가능하나 그 사유가 헌법상 한계 일탈, 협의의 권한오류 또는 신의칙 위반에 한정시키기 위함이었다고 설명된다.[431] 이 규정에 관하여 연방대법원은 2002년 *S157/202* 사건에서 합헌성을 인정하면서도, 그러한 규정

427) Federal Court of Australia Act 1976 (Cth) ss 24, 33.

428) 이러한 경향은 1992년부터 나타나기 시작하였는데, 그 이전까지는「행정결정(사법심사)에 관한 법률」(Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (Cth))에 따라 사법심사가 이루어졌기에,「이민법」상 결정은 다른 일반적인 행정 결정들과 사법심사의 원리가 다를 바가 없었다. 이러한 사법심사 제한 경향에 관해, Vrachnas and others (n 400) 328ff 참조.

429) Migration Amendment (Judicial Review) Act 2001 (Cth).

430) 이러한 규정 자체에 비판적인 입장으로, Duncan Kerr, 'Privative Clauses and the Courts: Why and How Australian Courts have Resisted Attempts to Remove the Citizen's Right to Judicial Review of Unlawful Executive Action' (2005) 5 Queensland University of Technology Law and Justice Journal 195.

431) Explanatory Memorandum to the Migration Legislation Amendment (Judicial Review) Bill 1998, para 15.

이「호주헌법」제75조에 따라 연방대법원에 부여된 권한을 배제할 수 없고, 사법기관이 아닌 행정청 또는 심판소가 호주의 사법권을 행사할 수는 없다고 설시하였다.[432] 그리하여 해당 규정의 적용 범위를 좁게 해석하여 권한오류(jurisdictional error)가 있는 결정에 대해서는 그 규정의 영향력이 미치지 않는다고 판단하였다.[433] 특히 권한오류가 있는 결정은 법적으로 무효이기에 추정적인 결정에 불과하고, 그러한 의미에서 처음부터「이민법」제474조에 정한 사법심사가 제한되는 결정에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.[434] 이에 대한 대응으로 의회는 '사법심사가 제한되는 것으로 추정되는 결정'이라는 개념을 추가하였지만(「이민법」제5E조 참고),[435] 이 역시 실질적인 의미를 잃었다.[436] 결국 사법심사가 제한되는 결정의 실익은 권한오류가 아닌 경우에 한하여 발생한다.[437]

Yusuf 판결에서는, 심판소가 법리오해로 인해, 잘못된 쟁점을 도출하거나, 잘못된 질문을 스스로에게 하거나, 관련된 자료를 무시하거나, 무관한 자료에 의존하거나, (적어도 일부의 경우에는) 잘못된 사실 확인을 하거나 잘못된 결론에 이르고, 이로 인하여 심판소의 권한행사가 영향을 받는다면 권한을 유월하는 것이라고 하면서, 이러한 종류의 법리오해가 권한오류에 해당한

---

432) *Plaintiff S157/2002 v Commonwealth* [2003] HCA 2, para 73 (per Gaudron, McHugh, Gummow, Kirby and Hayne JJ).

433) ibid para 87.

434) ibid para 104. 이처럼 헌법위반으로 인해 법률규정이 무효라고 하지 않고, 창조적인 해석을 동원한 이유로는 사법심사 배제조항이 입법된 정책적 이유에 대한 '사법적 공감'(judicial sympathy) 및 연방법이 아닌 주법상 사법심사 배제조항에도 그와 같은 해석방법이 활용될 가능성에 대한 고려가 언급된다. 이에 관해서는, Peter Cane and others, *Principles of Administrative Law* (3rd edn, Oxford University Press 2018) 233 참조.

435) Migration Litigation Reform Act 2005 (Cth).

436) Freckelton (n 399) 213. *Bordruddaza v Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [2007] FCA 14, paras 55, 57 (per Gleeson CJ, Gummow, Kirby, Hayne, Heydon and Crennan JJ).

437) Matthew Groves, 'Treaties and Legitimate Expectations — The Rise and Fall of *Teoh* in Australia' (2010) 15 Judicial Review 323, 331, para 22.

다고 보았다.[438] 결국 사법심사가 제한되는 결정에 해당한다고 하더라도, 보충적 보호 사유를 불인정해 이루어진 보호사증 발급거부 결정에 이와 같은 권한오류가 있다면 법원은 원고의 청구를 인용하게 된다.

3) 장관의 재량결정

행정심판소를 거친 이후에는 장관의 재량결정을 신청할 수 있다. 장관은 공익에 부합한다고 생각하는 경우, 제415조에 의한 심판소의 결정을 신청인에게 보다 유리한 결정으로 대체할 수 있으며, 이는 심판소가 당초 그와 같은 결정을 할 권한이 있었는지를 불문한다(「이민법」 제417조 제1항).

보충적 보호의 법제화 이전에 보충적 보호의 기능을 사실상 수행하던 것은 이와 같은 장관의 재량결정이었다. 장관이 권한을 위임한 자로부터 난민 불인정으로 인해 보호사증 발급을 거부당하고 심판소에서도 이를 구제받지 못한 경우에 한하여, 「이민법」 제417조 제1항에 따라 장관의 재량으로 보호를 받을 수 있었던 것이다.[439] 따라서 고문방지협약에 따른 강제송환금지를 누리고 싶은 자라 할지라도 우선 난민에 해당한다는 이유로 보호사증을 신청하여야 했다.[440] 그런데 이 결정은 위임 또는 불복이 불가능한 재량권 행사에 해당하며, 장관은 재량결정의 신청을 받은 경우라 하더라도 이에 대한 고려의무가 없다(417조 제7항). 물론 현행법상 보충적 보호의 제도화 이후에도 여전히 제417조에 따라 인도주의적인 관점에서 장관의 재량결정이 가능

---

438) 이는 열거적인 설명이 아니라고도 하였다. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v Yusuf* (2001) 206 CLR 323, para 82. *S157/202* 판결에서는 자연적 정의의 위배가 「호주헌법」 제75조 제5항에서 상정한 권한오류에 해당한다고 설시하였다. *Plaintiff S157/2002* (n 432) para 87 (per Gaudron, McHugh, Gummow, Kirby and Hayne JJ). 법리오해 중 권한오류인 것과 권한오류가 아닌 것을 명확히 구별하는 데에 회의적인 입장에 관해서는, Freckelton (399) 225ff 참조.

439) McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (n 24) 131-32.

440) ibid 132.

하다.[441] 이러한 재량결정에 관한 정보는 의회에 제공되어야 한다(제417조 제4항 내지 제6항).

441) McAdam, ‘Australian Complementary Protection’ (n 243) 694.

제 4 절 보충적 보호의 내용

Ⅰ. 강제송환금지 원칙의 보장

보충적 보호 제도의 발달이 국제인권법상 강제송환금지 원칙의 영향을 받은 만큼, 보충적 보호 대상자가 강제송환금지 원칙의 이익을 누리는 것은 일견 당연해 보인다. 그런데 국제법상 강제송환금지 원칙이 국내법에 구현되는 과정에서 그 의미가 변형되는 국가와 그렇지 않은 국가가 있다. 독일과 프랑스에서는 특히 유럽인권협약이 국내법상 직접적 효력을 지니고 있어서 국제법상 강제송환금지 원칙이 그대로 국내법에 구현되어 있다고 볼 수 있다. 미국은 국내법적으로 자유권규약에 따른 강제송환금지 의무가 없어, 가혹행위의 위험이 있는 자가 보충적 보호의 대상에서부터 제외되어 있다. 그러나 고문방지협약의 범위 내에서는 강제송환금지 의무가 이행입법으로 성실히 구현되어 있다고 평가할 수 있다.

하지만 캐나다, 미국, 호주에서는 국제법상 강제송환금지 원칙의 의미가 축소되어 있다. 캐나다의 보호가 필요한 사람은 그 요건에 있어서 자유권규약 제7조와 유사하지만, 자유권규약위원회의 입장과는 달리 강제송환금지 원칙의 절대성을 인정하고 있지 않다. 호주에서는 강제송환금지 원칙이 애매하게 구현되어 있다. 호주법제상 강제송환금지 원칙은 강제퇴거 시 고려할 여러 요소 중 하나에 불과하다.

1. 강제송환금지 원칙이 그대로 구현된 국가

1) 독일 및 프랑스

유럽연합「자격지침」에 따른 부수적 보호 대상자는 유럽인권협약상 강제송환금지의 범위와 완전히 일치하지는 않지만,[442] 독일과 프랑스는 유럽인권협약의 당사국으로서 협약 자체에 의해 강제송환금지 의무에 구속된다.「자

격지침」은 제7장(국제적 보호의 내용)에서 회원국이 국제적 의무에 따른 강제송환금지 원칙을 존중해야 한다고 명시하고 있다(제21조 제1항). 이러한 국제적 의무에는 유럽인권협약에 따른 강제송환금지 의무가 포함된다.[443]

독일의 경우 유럽인권협약은 연방입법자의 수용에 따라 연방법의 일부로 편입이 되어 그 서열은 연방법률과 같다.[444] 그리고 독일을 당사자로 한 사건에서 유럽인권재판소의 판결은 독일의 국가기관들에 기속력이 미친다.[445] 한편, 프랑스의 경우 「프랑스헌법」[446] 제55조에 따라 조약이 체결・비준되면 법률 우위의 효력을 지닌다. 조약에 따라 권한이 부여된 유럽인권재판소의 판결은 그 구속력이 인정된다. 법원에서는 조약을 직접 적용할 수 있고, 개인 역시 국제법규가 개인에 대하여 권리를 부여하면서 국가에 의무를 지우는 경우, 이를 직접 원용할 수도 있다. 유럽인권협약의 경우 국내적 효력과 직접적용이 당연히 인정되고 있다.[447]

2) 미국

비록 자유권규약상의 강제송환금지 원칙은 국내법상 구현되어 있지 않지만,[448] 미국은 고문방지협약상 강제송환금지 원칙의 절대성을 구현하기 위해

---

442) 이 장의 제2절 I. 1. 2) (3) 참고.

443) 유럽인권협약의 해석상 인정되는 강제송환금지 의무에 관해서는 제2장 참고.

444) BVerfG NJW 2004, 3407, 3408. 따라서 헌법적 통제를 구하는 자로서는 협약 위반을 위헌의 직접적 사유로 주장할 수는 없다. 다만, 협약의 보호내용은 「기본법」상 기본권과 법치국가 원칙에 대한 해석에 있어서 보조적 수단이 될 수 있다. 이때 그러한 해석보조가 기본권 보호의 축소로 이어져서는 안 된다.

445) ebd. 이 사안에 관한 영문 소개로, Daniel Lovric, 'A Constitution Friendly to International Law: Germany and its *Volkerrechtsfreundlichkeit*' (2006) 25 Australian Year Book of International Law 75, 100ff.

446) Constitution du 4 octobre 1958.

447) 이상의 프랑스법상 국제조약의 효력에 관해, Céline Lageot, 'France' in Janneke Gerards and Joseph Fleuren (eds), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law: A comparative analysis* (Intersentia 2014) 155ff 참조.

퇴거유예와는 별도로 퇴거연기 제도를 두고 있다.[449] 적어도 보충적 보호 대상자로 인정된 경우에 한해서는 강제송환금지 원칙의 절대성을 인정하는 것이다. 이 점에서 미국은 이하에서 살펴볼 다른 보통법계 국가인 캐나다 및 호주와 구별된다. 고문방지협약에 대한 비준과정에서 일종의 해석선언인 이해(understanding)가 첨부됨으로 인해 고문의 정의는 좁게, 필요한 위험의 정도는 높게 이행입법이 되었다는 점에서,[450] 고문방지협약상 강제송환금지 원칙이 그대로 구현되지 않았다는 비판이 제기될 수도 있을 것이다. 하지만 미국의 그와 같은 이행입법은 불확정개념에 대한 구체화로서, 고문방지협약의 가능한 해석의 범위 내에 있다고 볼 수도 있다. 이 점에서 미국을 강제송환금지 원칙이 그대로 구현된 국가로 분류할 수 있다.

2. 강제송환금지 원칙의 의미가 축소된 국가

1) 캐나다

(1) 단계별 고려

난민보호 여부 결정 이전 단계에 관해서 살펴본다. 캐나다에서 보호가 필요한 사람의 범위에 난민협약 제1조E 또는 제1조F에 정한 배제사유에 해당하는 자가 제외되는 점은 앞서 살펴보았다.[451] 배제사유의 적용으로 인해 보호 결정을 받지 못하는 경우라도 퇴거 전 위험성 평가를 신청할 수 있지만,[452] 그 단계에서도「이민・난민보호법」제112조 제3항에 해당하는 경우에는 공중에 대한 위험 또는 국가안보에 대한 위험을 고려하여야 한다고 규정하고 있다는 점 역시 확인하였다.[453] 이는 아무리 위험성을 지닌 사람이더라

448) 이 장의 제2절 II. 1. 참고.
449) 이 장의 제2절 II. 2. 2) 참고.
450) 이 장의 제2절 II. 2. 1) 참고.
451) 이 장의 제2절 I. 2. 2) (4) 참고.
452) *Febles* (n 113) para 10.

도 고문의 위험이 있는 경우에는 강제송환을 하여서는 안 된다는 고문방지 협약의 의무내용과 불일치한다.

난민보호 여부 결정 이후 단계에 관해서 살펴본다.「이민・난민보호법」제115조는 강제송환금지에 관하여 규정하고 있다. 제1항에 따르면 '보호를 받는 사람'(protected person)[454] 또는 협약상 난민으로 인정되는 사람을 박해 또는 고문・가혹행위의 위험이 있는 곳으로 송환하여서는 안 된다. 즉 보호가 필요한 사람과 협약상 난민 모두 제115조 제1항에 정한 강제송환금지의 범위에 포함된다. 한편, 이에 대한 예외로 제2항은 ① 중대한 범죄로 인하여 입국결격이고, 장관이 판단하기에 그가 캐나다 공중에 위험이 되는 경우, 또는 ② 안보, 인권 또는 국제적 권리의 침해, 조직범죄로 인하여 입국결격이고, 장관이 판단하기에 문제된 행위의 성질・중대성 또는 캐나다 안보에 대한 위험으로 인하여 캐나다에 머무는 것을 허용하여서는 안 된다고 판단하는 경우를 각각 규정하고 있다. 즉 캐나다「이민・난민보호법」규정체계에 따르면 보호가 필요한 사람으로 판단되어도 절대적 강제송환금지를 누리지는 않는다. 이는 심지어 고문의 위험이 있어도 마찬가지이다.

(2) 헌법상 형량가능성

캐나다는 강제송환금지 원칙의 예외가 인정되는 법률상황에 대하여 국제법적 통제보다는 헌법적 통제에 입각하는 모습을 보여준다. 이와 관련하여 가장 중요한 선례로 언급할 수 있는 것이 *Suresh* 사건이다.[455] 원고는 스리랑카에서 캐나다로 입국하여, 협약상 난민으로 인정을 받았던 자이다. 그런데 정부는 원고가 테러리스트 조직인 '타밀엘람 해방 호랑이'의 구성원으로서 자금조달을 하고 있다는 이유로 강제퇴거 절차를 진행하였다. 현재는 폐

453) 이 장의 제3절 I. 2. 2) (2) 참고.

454) '보호를 받는 사람'은 협약상 난민 또는 보호가 필요한 사람에 해당한다는 이유로 난민보호가 부여된 자이다(「이민・난민보호법」제95조 제2항 참고).

455) *Suresh* (n 83).

지된 구「이민법」[456] 제53조 제1항(b)는 테러리즘에 참여하거나 테러리스트 조직에 속한 자가 캐나다의 안보에 위험을 끼치는 것으로 판단되는 경우 생명이나 자유가 위협당하는 곳으로도 송환할 수 있다고 규정하고 있었다. 이 규정이 캐나다「권리・자유헌장」제7조를 위반하였는지가 쟁점이 되었다.[457] 연방대법원은 규정 자체의 위헌성을 부정하였지만,[458] 절차적 권리가 침해되었음을 인정하였다.[459]

연방대법원은 우선 고문의 위험이 있는 곳으로 송환하는 행위가 헌장 제7조 위반에 해당하는지를 판단하였다. 연방대법원은 헌장 제7조 위반 문제를 판단할 때 캐나다의 관점과 국제법적 관점을 동시에 고려하였다. 캐나다의 관점에서 헌장 제7조에 규정된 근본적 정의에 반하는 경우란 "캐나다의 양심에 충격을 가하는 경우"이다.[460] 고문 그 자체는 캐나다에서 부정의한 것으로 받아들여지고 있다. 하지만 강제퇴거 시 국외에서 직면하게 될 처우가, 만약 캐나다 내에서 캐나다에 의하여 이루어진 경우를 가정했을 때 위헌적인 경우라고 할지라도, 강제퇴거가 무조건 금지되는 것은 아니다. 즉 형량의 관점에서 제반사정을 종합적으로 고려하여야 한다.[461]

---

456) Immigration Act, 1976-77 c 52 s 1.

457) 일찍이 *Singh* 사건 이래로, 캐나다에 체류할 권리가 있는지 여부와 무관하게 캐나다에 현존한다는 사실만으로 헌장 제7조에 따른 보호를 받는다는 법리가 확립되었다. *Singh v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 SCR 117. 다만, 제7조는 최소한의 절차적 보호를 넘어서서 외국인의 퇴거를 일반적으로 방어하는 규정은 아니다. *Canada (Minister of Employment and Immigration) v Chiarelli* [1992] 1 SCR 711.

458) *Suresh* (n 83) para 79.

459) ibid paras 121ff.

460) ibid para 49.

461) ibid paras 50-58. 참고로, 캐나다「권리・자유헌장」제12조는 잔혹하거나 이례적인 처우・처벌을 금지하고 있다. *Burns* 사건에서 연방대법원은 범죄인인도 행위와 사형의 집행가능성 사이의 관계가 지나치게 약하다는 취지로 제12조의 권리에 대한 제한이 없다고 판단하였으나, 제7조는 범죄인인도 행위 자체뿐만 아니라 그로 인한 잠재적(potential) 결과까지 보호범위로 삼고 있다고 판단하였다. *United States v Burns* 2001 SCC 7, para 60.

국제법적 관점에서는 국제조약과 캐나다 헌법 사이의 관계에 입각한 판시를 하였다. 캐나다 헌법을 해석함에 있어서 국제조약이 영향을 미칠 수 있다는 것이다.[462] 우선, 연방대법원은 고문금지가 강행규범에 해당하는지 명확하게 판단하지는 않고, "쉽게 이탈될 수 없는 규범"이라고 보았다.[463] 그리고 헌장의 해석에 관하여 중요하게 고려되어야 하는 국제법 법리로서 "고문으로의 강제퇴거는 국가안보이익이 문제되는 경우에도 금지된다"는 법리를 확인하였다.[464]

이에 따라 연방대법원은 국내법과 국제법 모두 고문을 그 심각성으로 인해 반대되는 이익에도 불구하고 거의 항상 비례에 어긋나는 것으로 보고 있다고 하였다. 즉 극히 예외적인 경우를 제외하면 고문으로의 강제퇴거는 일반적으로 헌장 제7조에 정한 근본적 정의의 원칙에 위배된다는 것이다.[465] 하지만 제7조에 따른 형량원칙 또는 제1조에 따른 유보에 따라 강제퇴거가 정당화되는 경우가 있을 가능성을 배제하지 않는다고 명시하였다. 이때 강제퇴거가 금지되는 이유는 고문방지협약 제3조가 캐나다에 직접 적용되기 때문이 아니라, 헌장 제7조에 일반적으로 고문으로의 강제퇴거를 금지하기 때문이라고 설명하였다.[466]

---

462) *Suresh* (n 83) para 60.

463) ibid para 65.

464) ibid para 75.

465) ibid para 76.

466) ibid para 78. 다만, 절차적 권리 위반으로 인해 재심사가 인정되었기에 이 부분은 방론에 해당한다. 한편, 구「이민법」의 안보증서에 관한 판례군이 현행법 해석 시에도 관련이 있다는 주석으로, Henry M Goslett and Barbara Jo Caruso, *The 2020 Annotated Immigration and Refugee Protection Act of Canada* (Thomson Reuters Canada Limited 2019) 333ff. 이후 고문의 위험에도 불구하고 송환의 적법성이 인정되는 예외적인 사안이 구체적으로 인정된 예는 확인하기 어렵지만, 적어도 그 법리 자체는「이민・난민보호법」시기에도 유지되고 있다. *Sogi v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2004 FC 853, para 11 (당시 사법심사 기준이었던 완화된 합리성 심사기준에 따르면서도, 강제퇴거 이외의 대안적 수단을 고려하지 않았고, 실제로 국가안보에 미치는 영향에 대한 분석에 잘못이 있다는 이유로 위법성을 인정한 사안); *Canada (Minister of*

Suresh 판결에 대해서는 두 가지 측면에서 비판이 제기된다. 첫째, 비교형량 과정에서 고문의 위험이 덜 중요한 경우가 실재하기 어렵다. *Mahjoub* 판결의 방론은 그러한 예외상황이 실재할 가능성에 대하여 회의적인 취지의 설시를 하였다.[467] *Jahballah* 사건에서 정부는 원고가 알카에다와의 연관성으로 인하여 국가안보에 위험이 된다는 판단을 하였는데, 법원은 이를 인정하면서도 고문의 위험이 있는 곳으로 송환하는 것이 위법하다고 보았다.[468] 이러한 후속 판결들은 *Suresh* 판결의 예외상황이 합헌적으로 인정될 수 있는지에 관한 회의적 시각을 보여준다고 설명된다.[469]

둘째, *Suresh* 판결은 고문방지협약상 강제송환금지 의무가 절대적이라는 점과 배치된다. 고문방지위원회도 이에 관해 논평한 적이 있다. 즉 고문방지협약 제3조에 정한 강제송환금지 의무는 절대적이며, 캐나다 연방대법원이 이를 국내법적으로 인정하지 않은 점은 우려할 만하다는 것이다.[470] 또한, 강제송환금지 원칙의 예외에 관한 제115조 제2항의 문제를 지적하고, 절대적 강제송환금지 의무를 국내법적으로 입법할 것을 권고하였다.[471] 자유권규약위원회 역시 캐나다에 대한 개인진정결정례에서 고문의 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지 의무는 절대적이라고 지적하였다.[472]

Citizenship and Immigration) v Charaoui 2005 FC 1670, para 30 (구「이민법」 제53조 제1항에 따라 행사되던 비교형량은 현재「이민・난민보호법」 제113조 (d)(ii), 제115조 제2항,「이민・난민보호규정」제172조에 따라 행사되고 있다고 설명한 사안).

467) *Mahjoub v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2005 FC 156, para 64.

468) *Re Jaballah* 2006 FC 1230, paras 79-86.

469) David Jenkins, 'Rethinking *Suresh*: Refoulement to Torture Under Canada's *Charter of Rights and Freedoms*' (2009) 47 Alberta Law Review 126, 134, 146 (연방대법원은 고문의 위험이 있는 곳으로의 송환은 항상 헌장 제7조에 위배되고, 그 어떠한 경우에도 제1조에 의하여 정당화될 수 없다고 판단하였어야 한다고 주장).

470) UNCAT, 'Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: Canada' (7 July 2005) UN Doc CAT/C/CR/34/CAN, para 4(a).

471) ibid paras 4(d), 5(a).

472) UNHRC, *Ahani v Canada* (15 June 2004) UN Doc CCPR/C/80/D/1051/2002,

2) 호주

「이민법」 제198조는 불법체류 외국인의 퇴거에 관한 사항을 규율하고 있다. 여러 퇴거사유가 규정되어 있는데, 기본적인 관념은 유효한 사증을 받을 가망이 없는 자에 대해서는 최대한 신속하게 퇴거하여야 한다는 것이다. 그런데 이와 관련하여「이민법」제197C조는 강제송환금지 의무에 관하여 상당한 특이한 규정을 포함하고 있다.[473] 이에 따르면 제198조에 정한 외국인의 퇴거는 호주가 불법체류 외국인에 대하여 강제송환금지 의무를 지니는지와 관련이 없다(제197C조 제1항). 그리고 제198조에 따라 합리적으로 실행 가능한 경우 곧바로 불법체류 외국인을 퇴거시킬 공무원의 의무는, 호주의 해당 외국인에 대한 강제송환금지 의무에 대한 법상 평가와 무관하게 발생한다(제197C조 제2항).

강제송환금지 의무는「이민법」제5조 제1항에 정의되어 있다. 해당 규정은 의무의 내용을 예시적으로 정하고 있는데, 난민협약, 자유권규약, 고문방지협약에 따른 강제송환금지 의무 및 이와 유사한 국제관습법상 의무가 포함된다. 그런데 *Ibrahim* 사건에서 재판부는「이민법」제36조 제2항(a)에 따른 보호의무와 국제법에 따른 강제송환금지 의무가 대체어로 사용되는 용례가 판례에서 드러나기는 하나, 엄밀히 말해서 두 개념에는 차이가 있음을 지적하였다.[474] 이에 보호사증 발급여부에 대한 심사 시에 국제법상 강제송환금지 원칙의 영향력은 제한적인 것으로 볼 수 있다.

물론 그렇다고 하여 강제퇴거에 이르는 여러 행정절차에서 강제송환금지 의무에 대한 고려가 이루어지지 않는 것은 아니다. 다만, 이러한 고려는 희석된 형태로 이루어지고 있다. 그 고려의 경로 중 대표적인 것으로 제499조에 따른 장관지침 제79호 및 절차권고매뉴얼(Procedures Advice Manual)이

---

para 10.10.

473) 이 규정은 2014년 법률 개정으로 입법되었다. *Migration and Maritime Powers Legislation Amendment (Resolving the Asylum Legacy Caseload) Act 2014* (Cth).

474) *Ibrahim v Minister for Home Affairs* [2019] FCAFC 89, para 100ff.

있다.[475] 장관지침 제79호는「이민법」제501조에 따른 사증취소 또는 사증 발급 거부 권한을 행사할 때에 고려하여야 할 사항 및 제501CA조에 따라 한 기속적 사증취소 결정에 대한 철회 권한을 행사할 때에 고려해야 할 사항을 정하고 있다. 각 권한 행사 시에는 우선적 고려사항과 더불어 해당 사안과 관련이 있는 그 밖의 고려사항을 염두에 두어야 한다.[476] 세 종류의 권한을 행사할 때에 공통적으로 적용되는 우선적 고려사항으로는 ① 범죄 또는 심각한 행위로부터 호주 공동체의 보호, ② 호주 내의 미성년 아동의 최선의 이익, ③ 호주 공동체의 기대가 있다.[477] 그 밖의 고려사항으로, 취소 및 취소결정 철회의 경우에는 ① 국제적 강제송환금지 의무, ② 관련성의 강도, 성질, 기간,[478] ③ 호주의 사업상 이익에의 영향, ④ 피해자에의 영향, ⑤ 퇴거 시 발생하는 장애의 정도가 규정되어 있다.[479] 거부 권한의 경우에는 ① 국제적 강제송환금지 의무, ② 가족에의 영향 ③ 피해자에의 영향, ④ 호주의 사업상 이익에의 영향이 규정되어 있다.[480] 이러한 강제송환금지 의무의 내용을 파악하는 데에 있어서 관련 국제인권조약 감독기구들의 일반논평이나 개인진정결정례들을 적극 참고할 수 있다.[481] 하지만 강제송환금지 의무는 고려요소에 해당할 뿐, 절대적 고려사유로 이해되고 있지 않다. 장관지침 제79호는 명시적으로 강제송환금지 의무가 취소, 거부, 취소결정의 미철회 권한의 행사를 배제하는 사유가 되지 않는다고 규정하고 있다.[482]

절차권고매뉴얼은 한국 행정법적 개념으로 볼 때 행정규칙에 준하는 것으로 볼 수 있는데, 이 역시 강제송환금지에 대한 고려를 포함하고 있다. 예컨대「이민법」제109조를 이유로 한 사증취소의 경우 ① 같은 법 제140조에

---

475) 절차권고매뉴얼에 관한 일반적 설명으로, Freckelton (n 399) 96ff.

476) Direction no 79, para 8(1).

477) Direction no 79, paras 9(1), 11(1), 13(2).

478) 기본적으로 사증 소지인과 호주 사이의 관련성을 의미한다.

479) Direction no 79, paras 10(1), 14.

480) Direction no 79, para 12(1).

481) 구 장관지침에 관한 판례로, *Minister for Immigration and Citizenship v Anochie* [2012] FCA 1440, paras 39ff.

482) Direction no 79, paras 10.1(2), 12.1(2), 14.1(2).

따른 종된 사증의 취소가 발생할 수 있는지, ② 사증취소로 인하여 강제송환금지 의무에 위반되는 퇴거와 같은 관련 국제조약에 따른 의무 위반이 발생하거나 발생할 가능성이 있는지, ③ 사증취소로 인해 기속적인 법적 결과가 발생할 수 있는지,[483] ④ 그 밖에 관련된 사항[484]을 고려하도록 하고 있다. 하지만 이 역시 여러 종합적 고려사항 중 일부에 해당하기에, 국내법적으로 절대적 퇴거금지사유로 작동하지 않는다.[485]

품행을 이유로 사증 발급을 거부하거나 취소할 수 있는 경우에 '국가이익에 부합하는지'가 요건으로 규정된 경우가 있다. 이 경우에도 강제송환금지 원칙이 고려될 수 있다. *CWY20* 사건에서 재판부는 강제송환금지 의무가 개개인에 대한 의무가 아니라 국제사회에 대한 의무로 관념화된다고 할지라도,[486] 국제법의 존중의 취지 및 국제사회에서 호주의 평판에 미치는 영향 등을 고려하면 강제송환금지 의무의 준수 자체도「이민법」제501A조 제2항에 정한 국가이익의 내용을 이룬다고 보았다.[487]

결국 호주법상 강제퇴거 절차에서 고문방지협약 또는 자유권규약에 따른 강제송환금지 의무는 행정청이 재량권을 행사할 때 이를 고려하도록 하는 절차적 요건을 부여한 정도로 이행된 상황이다.[488] 즉 강제송환금지 의무가 충실히 이행되지 않았다고 평가할 수 있다. 특히「이민법」제197C조에 관하여 자유권규약위원회와 고문방지위원회도 같은 입장이다.[489]

---

483) 예를 들어 취소결정으로 인해 무기한 구금이 발생하거나 제189조에 따른 구금 및 제198조에 따른 퇴거가 발생할 개연성이 있는지가 문제된다.

484) 예를 들어 사증취소로 인하여 사증 소지인 또는 가족에게 발생할 수 있는 곤경의 정도가 문제된다.

485) 관련 판례로, *CLA20 v Minister for Immigration, Citizenship, Migrant Services and Multicultural Affairs* [2020] FCA 1682.

486) *CWY20 v Minister for Immigration, Citizenship, Migrant Services and Multicultural Affairs* [2020] FCA 1855, para 92.

487) ibid paras 132ff.

488) 국제조약 이행의 유형으로서 행정재량을 제한하는 방식의 이행을 설명한 예로, Crawford (n 152) 638-39.

489) UNHRC, 'Concluding observations on the sixth periodic report of Australia' (1 December 2017) UN Doc CCPR/C/AUS/CO/6, para 33; UNCAT, 'Concluding

Ⅱ. 그 밖의 권익

1. 협약상 난민과 동일한 처우

1) 캐나다

캐나다에서는 협약상 난민과 보호가 필요한 사람에 대한 보호가 일원화되어 있어서 처우도 동등하게 보장된다. 보호가 필요한 사람에 해당하여 난민보호 지위가 인정될 때의 처우는 기본적으로 영주권을 매개로 한다.[490] 난민보호 지위가 부여된 경우에는 영주권 신청을 할 수 있으며, 이때 안보, 인권 또는 국제적 권리의 침해, 조직범죄, 공중보건상 사유 등으로 인한 입국결격 사유가 있다는 등의 특별한 사정이 없으면 영주권이 부여된다(「이민・난민보호법」 제21조 제2항 참고). 영주권자가 되면 「시민권법」[491] 제5조에 따라 귀화신청을 할 수 있다. 거주기간, 납세실적, 언어능력 등의 귀화요건은 별도로 충족해야 한다. 난민보호를 부여받은 자는 난민여행증명서 발급을 신청할 수 있다.[492]

가족재결합 역시 원칙적으로 인정된다. 영주권 신청 시에 가족을 추가해 신청할 수 있다(「이민・난민보호규정」 제176조 제1항). 신청 시에 캐나다 밖에 있었던 가족을 추가한 경우, 신청인이 영주권을 부여받은 날로부터 1년 내에 신청하고, 무자격 사유가 없는 경우에는 영주사증이 발급되어야 한다(같은 조 제2항). 한편, 영주권 신청 이후 혼인 등으로 가족구성이 변경된 경

---

observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Australia' (23 December 2014) UN Doc CAT/C/AUS/CO/4-5, para 15.

490) 수익적 보호 단계에서 '보호가 필요한 사람'에 해당하는 경우 그 법률효과가 난민보호 지위의 부여가 된다는 점에 관해, 이 장의 제3절 I. 2. 1) (2) 참고.

491) Canadian Citizenship Act, SC 1946 c 15.

492) Immigration, Refugees and Citizenship Canada, 'Travel documents for non-Canadian adults and children' <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/canadian-passports/travel-documents-non-canadians.html> accessed 14 May 2021.

우에는 이들을 추가할 수 있다.[493]

영주권자는 캐나다 내에 어느 지역에서든 취업활동을 할 수 있으며, 캐나다 시민이 받는 사회적 보장을 대부분 받을 수 있다.[494] 캐나다의 고용보험은 취업의 대상이 되는 모든 이민자에게 허용되어 있다.[495] 영주권자의 미성년 자녀는 유치원과 초・중등 교육을 받을 수 있다(「이민・난민보호법」 제30조 제2항). 영주권자는 시민권자와 같은 캐나다 의료보험의 가입 대상자가 되는데, 지역에 따라 가입 대기 기간이 있다.[496] 난민신청자인 경우 또는 난민보호를 부여받은 날로부터 90일이 지나지 않았거나 지역 건강보험 가입자격을 획득하기 이전인 경우에는 임시연방건강프로그램(Interim Federal Health Program)의 혜택을 받을 수 있다.[497] 프로그램에서는 예방접종, 진찰, 검사비, 치료비 등을 지원한다.[498]

---

493) Immigration, Refugees and Citizenship Canada, 'Protected persons: Processing applications for permanent residence – Stage 1: Eligibility' <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/permanent-residence/protected-persons/stage-1-eligibility.html#eligibility> accessed 14 May 2021.

494) Immigration, Refugees and Citizenship Canada, 'Understand permanent resident status' <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/new-immigrants/pr-card/understand-pr-status.html> accessed 14 May 2021.

495) 고용보험제도에 대한 종합적 정리로, Employment and Social Development Canada, 'Employment Insurance benefits and leave' <https://www.canada.ca/en/services/benefits/ei.html> accessed 14 May 2021.

496) 법무부 출입국・외국인정책본부(주 199), 119-120면.

497) Immigration, Refugees and Citizenship Canada, 'Interim Federal Health Program: Who is eligible' <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/refugees/help-within-canada/health-care/interim-federal-health-program/eligibility.html> accessed 14 May 2021.

498) 구체적인 보장내용은, Immigration, Refugees and Citizenship Canada, 'Interim Federal Health Program: What is covered' <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/refugees/help-within-canada/health-care/interim-federal-health-program/coverage-summary.html> accessed 14 May 2021.

2) 호주

보충적 보호 지위자에 대한 처우는 사증을 매개로 한다. 이는 보호를 받는 사람에 대한 처우를 영주권을 매개로 달성하는 캐나다의 법제와 유사하다. 협약상 난민사유 또는 보충적 보호 사유가 인정되면 그 효과로서 사증이 부여되는데, 사증은 그 자체로 체류허가의 역할도 하므로 지위 부여 이후 체류허가 신청이 따로 있지는 않다. 처우의 차등은 기본적으로 호주에의 입국이 불법적이었는지 여부에 따른 사증의 종류 차이에서 발생하고, 난민인지 보충적 보호 대상자인지에 따라 발생하는 것은 아니다.

영주보호사증, 임시보호사증, 안전산업사증이 있는 경우 취업활동 및 학업을 자유롭게 할 수 있다. 영주보호사증의 경우에는 영구, 임시보호사증의 경우에는 3년, 안전산업사증의 경우에는 5년의 유효기간을 가진다. 영주보호사증이 있는 경우에는 5년 동안 별도 허가 없이 출입국을 할 수 있고, 5년 이후에는 거주자귀환사증(Resident Return visa)이 있어야 호주에 재입국할 수 있다. 임시보호사증과 안전산업사증 소지자의 경우에는 별도 서면허가가 필요하다. 임시보호사증과 안전산업사증 소지자의 경우에는 박해 또는 중대한 위해의 위험으로 인해 호주의 의무를 발생시킨 국가에 입국할 수 없고, 입국한 경우에는 사증조건 위반으로 사증이 취소될 수 있다. 영주보호사증 소지자의 경우에는 그와 같은 국가에 입국하려면 사전 서면허가를 받아야 하고, 그렇지 않은 경우에는 단기간 입국한 경우라 할지라도 사증조건 위반으로 사증취소가 될 수 있다. 여행이 필요한 경우 여행증명서 발급을 신청할 수 있다. 영주보호사증 소지자의 경우에는 귀화신청 자격요건이 되나, 그 이외의 사증은 자격요건을 충족시키지 않는다. 영주보호사증 소지자는 특별인도주의프로그램(Special Humanitarian Program)을 통해서 호주 바깥의 가족과 재결합을 할 수 있다. 다만, 우선순위의 적용에 따라서 재결합이 인정되지 않을 수도 있다. 그에 반해 임시보호사증 또는 안전산업사증 소지자의 경우에는 그와 같은 경로가 없다. 보호사증의 소지자는 그 종류를 불문하고 보건부에서 운영하는 공공 의료보험 체계인 메디케어(Medicare) 프로그램을 이용

할 수 있다.[499]

2. 협약상 난민과 유사하나 차등적인 처우

1) 유럽연합법

(1) 원칙

부수적 보호 지위자의 처우에 대해서는「자격지침」제20조 이하에서 규정하고 있다. 제20조는 처우의 기본원칙을 정하고 있다.「자격지침」상 처우 규정은 다른 언급이 없는 한 난민과 부수적 보호 지위자에 대해 공히 적용된다(제20조 제2항). 이는 원칙적으로 난민과 부수적 보호 지위자에 대해 같은 처우를 추구하는 경향을 보여준다. 이러한 경향은 제안이유 39에서도 드러난다. 이에 따르면 달리 처우하는 것이 필요하고 객관적으로 정당한 경우를 제외하면 부수적 보호 지위자는 난민과 같은 조건에서 같은 권익을 누려야 한다. 이하 처우에 관한 논의에서는 난민과 부수적 보호를 구별할 필요가 있는 경우에 한해 이를 언급한다.

처우에 관한 규정을 적용할 때 회원국은 미성년자, 부모 미동반 미성년자, 장애인, 노약자, 임신부, 한부모 가족, 정신질환자, 고문이나 강간 등 중대한 정신적・신체적・성적 폭력에 노출된 경험이 있는 사람과 같은 취약한 사람의 특별한 상황을 고려해야 한다(제20조 제3항). 다만, 이와 같이 특별한 상

---

499) 이상의 사증에 따른 권익에 관한 호주 정부의 설명으로, <https://immi.homeaffairs.gov.au/visas/getting-a-visa/visa-listing/protection-866#About> accessed 14 May 2021(영주보호사증); <https://immi.homeaffairs.gov.au/visas/getting-a-visa/visa-listing/temporary-protection-785#About> accessed 14 May 2021(임시보호사증); <https://immi.homeaffairs.gov.au/visas/getting-a-visa/visa-listing/safe-haven-enterprise-790#About> accessed 14 May 2021(안전산업사증); <https://immi.homeaffairs.gov.au/visa-conditions-subsite/Pages/seeking-permission-to-travel.aspx> accessed 14 May 2021(해외여행허가).

황에 대한 고려의무는 개별적 상황평가에 따라 특별한 필요가 확인된 경우에 한한다(제20조 제4항). 처우 관련 규정 적용 시에는 아동의 최선의 이익이 우선적으로 고려되어야 한다(제20조 제5항). 국가는 이러한 특별한 필요와 사회통합을 적극적으로 고려해야 한다. 하지만, 국가 스스로 국제적 보호를 받는 사람에게 국민보다 우호적인 기준을 도입하는 것은 별론으로, 그와 같은 고려로 인해 일반적으로 국제적 보호를 받는 사람이 국민보다 우호적인 처우를 받는 것으로 보아서는 안 된다(「자격지침」 제안이유 41).

(2) 체류 및 거주・이동

국제적 보호가 부여되는 경우 당사국은 가능한 한 신속하게 체류허가를 부여해야 한다(「자격지침」 제24조). 체류허가 기간에 대해서는 난민과 부수적 보호 지위자가 차등적으로 규정되어 있다. 국가안보・공공질서상 이유가 있거나 강제송환금지 원칙의 예외가 인정되는 특별한 사정이 없는 한, 난민에 대해서는 3년 이상의 갱신 가능한 체류허가가 부여되어야 한다(제24조 제1항 제1문). 다만, 난민의 가족에 대해서는 3년 미만의 갱신 가능한 체류허가가 부여될 수 있다(제24조 제1항 제2문). 그에 반해 부수적 보호 지위자 및 그 가족에 대해서는 국가안보・공공질서상 이유가 있다는 특별한 사정이 없는 한 1년 이상의 체류허가가 부여되어야 하며, 갱신 시에는 2년 이상의 체류허가가 부여되어야 한다.[500] 유럽연합 회원국은 원칙적으로 체류허가를 취업활동, 사회보장 또는 보건의료 서비스 수급, 사회통합시설 이용의 조건으로 삼을 수 있다(「자격지침」 제안이유 40 참고).

이동의 자유에 관해서는 「자격지침」 제33조에 규정되어 있다. 이 규정에 따르면, 회원국은 국제적 보호를 받는 자에 대해, 적법하게 체류 중인 제3국

500) 이와 같이 체류허가 기간에 관해 난민과 부수적 보호를 차별적으로 취급하는 「자격지침」 체제에 비판적인 논평으로, European Council of Refugees and Exiles, 'ECRE Comments on the Commission Proposal for a Qualification Regulation' (2016) 16-17.

국민과 동등한 조건과 제한하에서 회원국의 영토 내에서 이동할 수 있는 자유를 허용해야 한다. 비록「자격지침」제33조가 거주지 선택의 자유를 포함하는지는 문언해석상 불명확하지만, 유럽사법재판소는 이를 긍정한다.[501] 이동의 자유와 거주지 선택의 자유를 모두 포함하고 있는 난민협약 제26조의 문언, 전자만을 난민의 처우로「자격지침」에 포함시키겠다는 입법자의 의사 부재, 특별한 사정이 없는 한 부수적 보호 지위자와의 동등한 처우를 보장하려는「자격지침」의 취지를 그 논거로 하였다.[502]

회원국은 난민에 대해 특별한 사정이 없는 한 1951년 난민협약 부속서의 형식에 따른 여행증명서를 발급해야 한다(「자격지침」 제25조 제1항). 한편, 부수적 보호 지위자가 자국의 여권을 발급받지 못하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 해외여행을 가능케 하는 서류를 발급해야 한다(제25조 제2항). 이와 같이 별도로 규정한 이유는 난민협약 부속서에 난민에 대한 여행증명서 형식이 규정되어 있다는 기술적인 이유로부터 비롯된 것으로 보인다.

(3) 가족결합

「자격지침」에서 말하는 가족구성원은 제2조(j)에 규정되어 있다. 과거에 출신국에서부터 가족구성원이었던 사람으로서 현재 동일한 유럽연합 회원국에 체류 중인 경우를 전제한다. 가족구성원은 국제적 보호를 받는 자의 배우자[503] 및 미혼인 미성년 자녀를 포함하고, 국제적 보호를 받는 자가 미혼인 미성년자인 경우에는 그 부모도 포함한다. 회원국은 가족결합이 유지될 수 있도록 보장해야 한다(「자격지침」 제23조 제1항). 또한, 개별적인 법적 지위에 부합하는 한, 가족구성원이 국내 절차에 따라 국제적 보호를 받는 자에게 인정되는 이익을 청구할 수 있도록 보장해야 한다(제23조 제2항). 다만, 이는

---

501) Joined Cases C-443/14 and C-444/14 *Kreis Warendorf v Ibrahim Alo and Amira, Osso v and Region Hannover* ECLI:EU:C:2016:127, paras 22ff.

502) ibid.

503) 법률상・실무상 미혼 커플을 혼인 관계에 준해 유사한 취급을 하는 회원국의 경우에는 안정적 관계에 있는 미혼 파트너를 포함한다.

국제적 보호에 대한 배제사유가 있는 경우에는 그렇지 않고(제23조 제3항), 회원국은 국가안보 또는 공공질서를 이유로 가족구성원에 대한 이익 부여를 거부·축소·철회할 수 있다(제23조 제4항). 회원국은 국제적 보호를 받는 자에 전체적 또는 부분적으로 의존했던, 출신국에서 함께 살았던 가까운 친족에까지 「자격지침」 제23조를 확대하여 적용할 수 있다(제23조 제5항). 유럽연합의 가족재결합에 관한 기본적인 규율은 「가족재결합지침」[504]에 따르는데, 부수적 보호는 적용범위에서 제외되어 있다(「가족재결합지침」 제3조 제2항(c)).[505]

(4) 취업활동

과거 「2004년 자격지침」 시기에는 부수적 보호 지위를 부여받으면 취업활동 접근에 관해 자국 노동시장 상황을 일정 부분 고려할 수 있도록 하는 등 난민지위를 부여받는 경우에 비해 약화된 보호를 규정하였다(「2004년 자격지침」 제26조 제3항 이하 참고). 하지만 현행 「자격지침」은 이들 사이의 차별취급을 제거하였다. 이에 회원국은 국제적 보호가 부여된 경우 즉시 취업활동을 허가해야 하며, 이때 취업활동은 관련 직종과 공무에 일반적으로 적용되는 규칙의 적용을 받는다(「자격지침」 제26조 제1항). 회원국은 국민과 동등한 조건하에서 직업교육의 기회가 제공되도록 보장해야 하며(제26조 제2항), 이와 같은 교육에 완전하게 접근할 수 있도록 촉진할 노력의무를 진다(제26조 제3항). 보수, 사회안전망 접근, 그 밖에 근로조건에 관해서는 국내법이 적용된다(제26조 제4항).

(5) 교육기회

---

504) Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification [2003] OJ L 251/12.

505) 「가족재결합지침」의 범위에서 제외된다는 점에 관해서는, Case C-380/17 *K and B v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* ECLI:EU:C:2018:877, paras 26-33.

국제적 보호를 받는 미성년자에게는 국민과 동등한 조건의 완전한 교육기회를 제공해야 한다(「자격지침」 제27조 제1항). 성인의 경우에는 적법하게 체류 중인 외국인과 동등한 일반적 교육기회가 보장되어야 한다(제27조 제2항). 제안이유 43은 「자격지침」이 교육 증진을 위해 제공되는 금전적 지원에 미치지는 않는다고 설명하고 있다.

(6) 사회보장

국제적 보호를 제공한 국가는 해당 사람에 대해 국민에게 제공되는 사회보장과 동등한 사회보장을 인정해야 한다(「자격지침」 제29조 제1항). 다만, 부수적 보호 지위자에 대해서는 이러한 원칙에서 이탈하여 핵심이익(core benefits)에 한정해 사회보장을 인정할 수 있고, 그 핵심이익의 한도 내에서는 국민과 동일한 수준 및 조건을 적용 받는다(제29조 제2항). 핵심이익에 해당하는 사항이 무엇인지는 국내법에서 정할 사항이지만 적어도 국민에게 제공되는 최저생계비, 질병치료, 자녀부양 지원을 포함하는 것으로 이해된다(제안이유 45).

(7) 보건의료 서비스

보건의료 서비스에 관해 종전 「2004년 자격지침」은 난민과 부수적 보호를 구별하여 규율하고 있었다. 부수적 보호 지위자에 대해서는 핵심이익에 한정해 보장을 제공할 수 있도록 하였다(「2004년 자격지침」 제29조 제2항). 현행 「자격지침」에서는 이러한 구별이 사라졌다. 회원국들은 국제적 보호를 받는 자에 대해, 그 보호를 부여한 회원국의 국민과 같은 자격조건에 따른 보건의료 서비스가 제공될 수 있도록 보장해야 한다(제30조 제1항). 특히 임신부, 장애인, 고문이나 강간 등 중대한 정신적·신체적·성적 폭력에 노출된 경험이 있는 사람, 학대·방치·노동착취·고문·가혹행위·무력분쟁을 경험한 아동처럼 특별한 필요가 있는 사람들의 경우 보호를 부여한 회원국의 국민

과 같은 자격조건에 따른 적절한 의료 서비스가 제공되도록 보장해야 한다(제30조 제2항).

2) 독일

비호, 국제적 보호, 강제퇴거금지에 따른 지위와 체류자격의 부여는 별도로 규율된다. 체류허가는「체류법」제25조에 따른다. 외국인에 대해 부수적 보호가 인정된 자의 체류허가에 관한 규율은「기본법」상 비호권자로 인정된 자에 대한 체류허가 규정을 준용한다(제25조 제2항 제2문). 이를 살펴보면, 부수적 보호가 인정된 경우 체류허가가 발급되나(제25조 제1항 제1문),「체류법」제54조 제1항에 정한 중대한 이익이 있어 추방명령이 발부된 경우에는 예외로 한다(제25조 제1항 제2문).[506] 전자의 경우 실제로 체류허가가 발급될 때까지 체류는 허용된 것으로 본다(제25조 제1항 제3문).「체류법」제60조 제5항 또는 제7항에 따른 강제퇴거금지 사유가 존재하는 경우에도 외국인에게 체류허가가 발급된다(제25조 제3항 제1문).[507] 다만, 다른 국가로의 출국이 가능·기대가능하거나 외국인이 협력의무에 반복적으로 또는 중대한 위반이 있는 경우에는 체류허가가 발급되지 않는다(제25조 제3항 제2문). 한편, 제25조 제3항 제3문은 외국인이 비인도적인 범죄 또는 중대한 범죄를 행하는 등의 사유로 체류자격이 발급되지 않는 경우를 규정하고 있는데, 그 사유는 부수적 보호의 배제사유와 같다. 배제사유가 있는 경우에는 재량 없이 체류자격 신청을 거부해야 한다.[508]

체류자격이 부여되는 경우를 제외하면 보충적 보호의 범위에서 주로 남는 것은「체류법」제60조 제5항 또는 제7항에 정한 강제퇴거금지 사유가 존재함에도 불구하고 체류자격을 부여받지 못하는 경우이다. 이러한 경우에는 강

506) 이 장의 주 55 내지 57 및 그에 상응하는 본문 참고.

507) 제3항에 따른 체류자격 부여는 자동적인 것이 아니고, 예외적인 사안에서 재량권 행사가 가능하다는 점에 관하여, *Röcker*(Fn. 69), AufenthaltG § 25 Rn. 29-30.

508) VGH München BeckRS 2011, 55430.

제퇴거를 집행하지 않는 방식으로 인권규범을 구현한다. 독일법에서는 이를 용인(Duldung)이라고 한다. 배제사유가 있거나 체류자격 미부여 사유가 있는 부수적 보호와 관련하여서는 제60a조 제2항 제1문의 사유인 '임시체류자격이 부여되지 않은 상태에서 사실적·법적 사유로 강제퇴거를 하지 못하는 경우' 중 법적 사유에 관한 부분이 적용된다.[509)]

용인이 있다고 하더라도 외국인의 출국의무 자체에 영향을 끼치지는 않는다(「체류법」 제60a조 제3항). 용인 상황이 인정되는 경우 그에 관한 증명서가 발급되는데(같은 조 제4항), 이 증명서는 그 소지자에 대하여 강제퇴거의 장애가 해소될 때까지 강제집행을 하지 않는다는 확인적인 의미를 가진다. 용인이 인정되는 경우에는 체류자격 없이 거주하는 자에 대한 벌칙이 적용되지 않지만(「체류법」 제95조 제1항 제2호 참고), 여전히 적법한 체류를 표상하지는 않는다. 강제퇴거 대상이 되는 외국인이 사실적·법적 사유로 출국하지 못하는 상황이 근시일 내에 해소되지 않을 것으로 판단되는 경우에는 임시체류자격을 부여할 수 있다(「체류법」 제25조 제5항 제1문). 원칙적으로 퇴거가 18개월 이상 용인된 경우 임시체류자격이 부여된다(같은 조항 제2문). 다만, 외국인이 출국하지 못한 데에 귀책이 없어야 한다(같은 조항 제3문).

부수적 보호 지위자에 대한 체류허가 기간은 「자격지침」에 정한 최소기간을 따르고 있다. 즉 1년의 체류허가가 발급되고 연장 시에는 2년의 체류허가가 발급된다(「체류법」 제26조 제1항 제3문). 비호권자와 난민인정자와 달리 가족재결합 특권은 원칙적으로 인정되지 않고, 요건을 갖추어 영주허가를 받는 경우에 한해 인정된다(「체류법」 제36조 제1항 참고). 일반적인 의미에

---

509) *Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira*(Fn. 2), Rn. 1204. 참고로, 용인에는 다른 사유도 존재한다. 주 최고관청은 국제법적 이유, 인도주의, 독일연방의 이익을 이유로 특정 집단에 대한 용인을 부여할 수도 있다(「체류법」 제60a조 제1항). 개별적 용인 사유로는, 검찰청 또는 형사법원이 판단할 때 해당 사람이 독일에 체류하지 않음으로 인해 형사사건의 조사가 곤란해질 것으로 판단하는 경우(「체류법」 제60a조 제2항 제2문), 긴급한 인도적 사정 또는 상당한 공익상 이유가 있는 경우(같은 조항 제3문) 등이 있다.

서 부수적 보호 지위자의 가족재결합에 관한 규율은「체류법」제36a조에 따른다. 이에 따르면 체류허가를 받은 부수적 보호 지위자의 배우자 또는 미혼인 미성년 자녀에게 인도적인 이유로 체류허가가 발급될 수 있다(제36a조 제1항 제1문). 이는 부수적 보호 지위에 따라 체류허가를 받은 미성년 외국인의 보호자인 부모가 독일 내에 체류하지 않는 경우에도 마찬가지이다(제36a조 제1항 제2문). 이는 재량행위이며, 재량 발동요건으로서 인도적인 이유가 규정되어 있는 것이다.[510] 가족재결합 인원에 대해 1개월마다 1,000명의 제한을 두고 있다(제36a조 제2항 제2문).

현행「체류법」제12a조는 사회통합을 목적으로 하는 거주지 제한 규정을 두고 있는데, 비호권자, 난민인정자, 부수적 보호 지위자, 강제퇴거금지를 인정받은 사람에 모두 적용된다.「체류법 시행령」[511] 제5조 제1항은 여권 또는 여권에 갈음하는 증명서를 소지하고 있지 않으며 기대 가능한 방법으로 이를 취득할 수 없는 외국인에게 여행증명서를 발급할 수 있다고 규정되어 있다. 국가에 의한 위해의 위험으로 부수적 보호 지위를 부여받은 경우와 같이 출신국으로부터 여권을 발급받는 것을 기대하기 어려운 경우에는 여행증명서를 발급해야 하고, 이에 대한 거부는 사법심사 대상이 된다.[512]

부수적 보호 지위자 및 강제퇴거금지 사유로 체류허가를 받은 자는 제한 없이 독일에서 취업활동을 할 수 있고,[513] 취업허가서 발급에는 연방노동청(Bundesagentur für Arbeit)의 동의가 불필요하다.[514] 요건을 갖춘 경우 직업훈련보조금 및 실업급여를 받을 수 있으며,[515] 직업훈련학교를 다니게 되는 경우 독일 시민과 동등한 조건하에서「연방교육진흥법」[516]에 의한 장학금의

---

510) *Eichhorn* in Huber/Mantel (Hrsg.), AufenthG/AsylG: Kommentar, 3 Aufl., 2021, AufenthG § 36a Rn. 6.

511) Aufenthaltsverordnung (AufenthV).

512) VG Köln BeckRS 2019, 33705.

513) 체류자격이 있는 경우 법률에 의한 제한이 없는 한 소득활동을 할 수 있다(「체류법」제4a조 제1항 제1문 및 제2문).

514) 「외국인취업에 관한 법규명령」(Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern) 제31조 참고.

515)「사회법전」(Sozialgesetzbuch) 제2권 제7조 제5항, 제3권 제56조 및 제60조.

지원을 받을 수 있다(「연방교육진흥법」 제2조, 제8조 제2항 참고). 용인 상태에 있는 사람은, 취업금지사유가 없는 한,[517] 독일에 3개월 미만 체류하고 있는 경우에 허가가 불필요한 일부 실무수습이나 직업훈련 등의 취업활동만을 할 수 있다(「외국인취업에 관한 법규명령」 제32조 제2항). 3개월 이상 체류한 경우에는 용인 문서에 외국인청의 허가가 있는 경우에 한해 취업활동이 가능하다는 취지의 기재를 추가해야 한다(「비호법」 제61조 제2항, 「체류법」 제39조 제2항 참고). 취업활동 허가는 개별적 취업활동에 대해 이루어지며, 연방노동청의 동의를 요한다(외국인취업에 관한 법규명령 제32조 제1항).

부수적 보호 지위자는 독일의 사회통합교육(Integrationskurs)을 수강할 수 있다(「체류법」 제44조 제1항 제1호(c)). 강제퇴거금지 사유로 체류허가를 받거나 용인상태에 있는 경우에는 수강인원이 남는 경우에 사회통합교육을 수강할 수 있다(같은 법 제44조 제4항 제2문 제2호). 부수적 보호 지위자, 강제퇴거금지 사유로 체류허가를 받은 사람, 용인상태인 사람 모두 직업관련 독일어 강의를 수강할 수 있다(같은 법 제45a조).[518] 아이가 있는 경우 모두 유치원이나 보육시설의 지원을 받을 수 있다(「사회법전」 제8권 제24조 참고).

미성년자에 대한 교육서비스 제공은 국민과 같은 수준으로 보장되고, 고등교육에 관해서는 적법하게 체류 중인 제3국 국민과 같은 수준으로 보장되고 있다고 평가된다.[519] 독일에서 학교교육에 관한 사항은 주로 주법의 규율사항인데, 니더작센의 예를 들자면 거주를 교육 받을 의무의 발생 요건으로 삼고 있어, 거주 요건을 충족하면 용인상태에 있는 경우라도 의무교육 대상자

---

516) Bundesgesetz über individuelle Förderung der Ausbildung (BAföG).

517) 안전한 제3국으로부터 온 경우 등이 이에 포함된다. 관련된 정리로, *Harbou*, Der Zugang Asylsuchender und Geduldeter zu Erwerbstätigkeit und Bildung, NVwZ 2016, 421, 422 참조.

518) 관련된 구체적인 규율은 「직업관련 독일어능력 증진에 관한 법규명령」 (Verordnung über die berufsbezogene Deutschsprachförderung, DeuFöV) 참고.

519) European Commission, *Evaluation of the application of the recast Qualification Directive (2011/95/EU)* (Publications Office of the European Union 2019) 208ff.

가 된다.[520]

비호권자, 난민인정자, 부수적 보호 지위자, 강제퇴거금지 사유로 체류허가를 받은 자가 실업상태에 있는 경우에는「사회법전」제2권, 제3권, 및 제12권 등에 따른 사회보장을 받을 수 있다. 기본적으로 오랜 기간 근로를 했으면「사회법전」제3권에 따른 '실업급여 1'(Arbeitslosengeld I)을 받을 수 있고,[521] 실업급여 1의 요건을 충족하지 못하지만 15세 이상, 은퇴연령 이하인 경우에는「사회법전」제2권에 따른 '실업급여 2'(Arbeitslosengeld II)로서 구직자를 위한 기초생계보장을 받을 수 있다. 고령자 또는 근로능력이 감소한 경우에는「사회법전」제12권 제4장에 따른 기초생계보장을 받을 수 있다. 기본적으로 근로능력이 있지만 장기간 질병상태에 있는 경우에는 시회법전 제12권 제3장에 따른 부조를 받을 수 있다.[522] 용인상태에 있는 사람의 경우에는「비호신청인보장법」[523]의 적용대상이다(「비호신청인보장법」제1조 제1항 제4호). 요건을 갖춘 경우에는 실업급여 1을 받을 수 있지만, 실업급여 2는 받을 수 없고「비호신청인보장법」에 따른 부조만을 받을 수 있다.[524] 그 부조내용은 의식주, 난방, 보건의료, 생필품을 기본으로 한다(「비호신청인보장법」제3조 제1항).「비호신청인보장법」의 적용대상자가 18개월 이상 계속적으로 체류하면「사회법전」제12권에 준하는 처우를 받을 수 있다(「비호신청인보장법」제2조 제1항). 이는 직접적용이 아니라 간접적용으로서,「사회

---

520) *Weiser*, Recht auf Bildung für Flüchtlinge: Rahmenbedingungen des Zugangs zu Bildungsangeboten für Asylsuchende, Schutzberechtigte und Personen mit Duldung (schulische oder berufliche Aus- und Weiterbildung), 2 Aufl., 2016, S. 26.

521) 과거 2년 동안 적어도 12개월 이상 고용보험 피보험자 신분을 유지했을 것, 구직노력을 할 것, 자신에게 기대되는 일자리를 받아들일 것을 기본적 요건으로 한다(「사회법전」제3권 제137조 이하, 제142조 이하 참고).

522) 독일 사회부조법의 일반원리에 대해서는, 박귀천, "독일 사회부조법의 원리와 최근의 법 개정에 관한 소고", 사회보장법연구 제2호, 2012, 127면 이하 참조.

523) Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG).

524)「비호신청인보장법」의 적용대상에 대해서는 실업급여 2 수급권이 없다는 점에 관해, BSG NZS 2010, 513.

법전」 제12권에 따라 사회부조수급권이 있는 경우와 구별된다고 한다.[525]

「사회법전」 제2권의 적용대상자인 경우에는 건강보험 의무가입 대상자가 되어,[526] 독일 국민과 같은 혜택을 받을 수 있다.[527] 한편, 「비호신청인보장법」의 적용대상인 자가 급성질환 상태에 있는 경우에는 필요한 치료가 제공되어야 한다(「비호신청인보장법」 제4조 제1항 제1문).[528] 질병의 예방과 조기발견의 차원에서 「사회법전」 제12권에 따른 예방접종 또는 검사가 제공된다(같은 조항 제2문). 의치 또는 보철 등은 개별적 사안에서 의학적으로 보았을 때 지연해서 안 되는 경우에 한해 제공된다(같은 조항 제3문). 임산부에 대해서는 의료적 조력이 제공된다(같은 조 제2항).

3) 프랑스

프랑스는 난민인정자에 대해서 10년의 체류허가를 부여하는 반면(「외국인법전」 L.424-1조), 부수적 보호 지위자에 대해서는 4년의 체류허가를 부여한다(L.424-9조).[529] 부수적 보호를 받은 경우에도 프랑스 내에 체류하고 있는 가족에 대해서 같은 체류허가가 부여된다(L.424-11조). 프랑스 바깥에 있는 가족은 원칙적으로 가족재결합이 가능하다(L.561-2조). 이때 대상가족은 프랑스 입국을 위해서 재외공관에 사증발급을 신청할 수 있다(L.561-5조). 대상자

---

525) *Leopold* in Grube/Wahrendorf/Flint (Hrsg.), SGB XII: Kommentar, 7 Aufl., 2020, AsylbLG § 2 Rn. 38.

526) *Keßler* in Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, 2 Aufl., 2016, AufenthG, Kapitel 10, Anhang 1, Rn. 80.

527) *UNHCR*, Rechte nach der Anerkennung <https://www.unhcr.org/dach/de/was-wir-tun/asyl-in-deutschland/rechte-nach-der-anerkennung> abgerufen am 13.05.2021.

528) 한편, 「비호신청인보장법」 제6조 제1항에 따르면 생계, 건강, 아동의 특별한 필요, 행정의무에의 협조를 이유로 한 재량적 지원이 가능한데, 만성질환의 치료가 필요한 경우에도 재량이 영으로 수축되어 의료적 지원이 제공되어야 한다는 설명으로, *Keßler* (Fn 526) Rn. 60.

529) 부수적 보호 지위자에 대한 체류허가 기간은 2019. 3. 1.부터 늘어난 것이다. 그 이전에는 1년의 체류허가가 부여되고, 연장 시에는 2년의 체류허가가 부여되는 구조를 취하고 있었다. European Commission (n 519) 182 참고.

는 비호신청 이전에 배우자 또는 파트너 관계를 형성한 자, 비호신청 이전에 긴밀한 동거관계를 형성한 자, 19세 이상의 미혼 자녀, 18세 미만의 자녀이다. 보호를 받는 사람이 미혼이고 성년에 이르지 않은 경우에는 부모가 포함된다. 재결합하고자 하는 가족이 프랑스의 공공질서에 위험이 되거나 박해 또는 중대한 위해를 범하거나 교사·방조한 것으로 확인되는 경우에는 재결합이 거부될 수 있다(L.561-3조 제1항). 보호를 받는 사람이 프랑스법상 가족생활에 관한 기본원칙을 준수하지 않는 경우에도 마찬가지이다(L.561-3조 제2항). 난민과 부수적 보호 지위자 모두 여행증명서를 받을 수 있지만, 이들 여행증명서로는 박해 또는 중대한 위해의 위험이 있는 곳으로 확인된 국가에 갈 수 없다(L.561-9조, L561-10조). 난민인정자는 곧바로 귀화신청을 할 수 있고, 부수적 보호 지위자는 5년 동안 적법하게 체류해야 귀화신청을 할 수 있다.[530] 이때 프랑스어 능력 등 소정의 요건을 갖추어야 한다.[531] 난민 지위 또는 부수적 보호 지위를 부여받으면 그때부터 자유롭게 취업활동을 할 수 있다.[532] 난민 및 부수적 보호 지위자에 대한 사회보장과 보건의료 서비스는 국민과 같은 수준으로 보장되고 있다고 평가된다.[533] 미성년자에 대한 교육서비스 제공은 국민과 같은 수준으로 보장되고, 고등교육에 관해서는 적법하게 체류 중인 제3국 국민과 같은 수준으로 보장되고 있다고 평가된다.[534]

3. 협약상 난민과 명백히 차등적인 처우: 미국

미국의 퇴거유예·퇴거연기 대상자에 해당하는 경우의 처우는 비호를 부여받는 경우에 비해 열악하다. 비호를 받는 경우에는 취업활동 허가, 여행증

530) Ministère de l'intérieur (n 314) 41.
531) ibid.
532) ibid 38.
533) 유럽연합 회원국 전체에 대한 평가로, European Commission (n 519) 222ff, 230ff.
534) ibid 208ff.

명서 발급, 사회보장카드(social security card) 발급, 재정착사무소(Office of Refugee Resettlement)로부터의 재정・의료・직업훈련・언어교육 지원 등 여러 가지 권익이 부여되는 데 반해,[535] 퇴거유예・연기자에게는 부여되지 않는다. 다만, 취업허가 신청시 수수료가 면제되는 정도이다.[536] 심지어 퇴거유예 또는 연기가 인정된 경우라고 하더라도 구금해제의 권리가 인정되는 것은 아니라고 한다.[537]

비호를 부여받은 경우에는 미국 내에 체류하고 있는 배우자나 미성년 자녀에 대해서도 파생적으로 비호 지위가 부여되나,[538] 하지만 퇴거유예 또는 퇴거연기의 경우에는 그와 같은 파생적 지위가 인정되지 않는다.[539] 비호 신청 시 함께 신청하지 않아서 파생적인 비호 지위가 부여되지 않는 경우에는 추후 신청할 수도 있고, 가족이 외국에 있는 경우에 가족재결합도 가능하다.[540] 하지만 퇴거유예・연기자에게는 이와 같은 이익이 제공되지 않는다.[541] 비호를 부여받은 경우에는 1년 후에 영주권을 신청할 수 있는 것과 달리[542](「이민국적법」 제209조(a) 참고), 퇴거유예 또는 퇴거연기는 영주권 취득의 경로가 되지도 않는다.[543] 미국에서 출국 후 재입국하기 위한 여행증명서 발급을 신청할 자격도 없다.[544]

---

535) Anker (n 170) 1018ff.
536) ibid 1020.
537) 8 CFR §§ 208.17(c), 1208.17(c).
538) 8 USC § 1158(b)(3)(A); 8 CFR §§ 208.21, 1208.21.
539) Anker (n 170) 1019-20.
540) 8 CFR §§ 208.21(c), (d), 1208.21(c), (d).
541) Anker (n 170) 1020.
542) 8 USC § 1159(a); 8 CFR §§ 209.2, 1209.2.
543) Anker (n 170) 1019-20.
544) ibid 1020.

제 5 절 소결

Ⅰ. 보충적 보호의 대상·절차

1. 수익·방어 구조에 입각한 유형화

대상 및 절차의 측면에서는 협의의 보충적 보호가 ① 수익적·방어적으로 모두 보장되는 국가(제1유형), ② 방어적으로 보장되는 국가(제2유형), ③ 수익적으로 보장되는 국가(제3유형)로 유형화할 수 있다. 제1유형에 속하는 국가로는 독일·프랑스·캐나다가 있다. 독일 및 프랑스는 수익적 측면에서 유럽연합「자격지침」의 부수적 보호를 각국 국내법으로 이행하였다. 협약상 난민이 아닌 자에 대해 부수적 보호 사유가 인정된다면 그러한 지위를 수익적 행정행위로서 발급해야 한다. 한편, 절차적으로는 부수적 보호 지위 신청 후 발급이 거부되면, 독일에서는 의무이행소송으로, 프랑스에서는 완전심판소송으로 이를 다툴 수 있다. 방어적으로는 유럽인권협약상 강제송환금지 원칙 및 각국 국내법상 규정된 강제퇴거금지 사유가 존재한다. 독일에서는「체류법」제60조 제5항, 제7항이 이를 규정하고 있는데, 강제퇴거금지 사유가 있다는 결정을 신청할 수 있고 발급이 거부되면 의무이행소송으로 이를 다툴 수 있다.[545] 의무이행소송을 제기하면서 강제퇴거경고에 대해 가구제를 신청할 수 있다. 취소소송을 제기할 수도 있다. 프랑스에서는 방어적 보충적 보호 사유에 반하는 출국명령 등에 대해서 월권소송으로 다툴 수 있다. 필요시 가처분을 신청할 수도 있다. 캐나다의 경우에는 보호가 필요한 사람이라는 개념을 통해 수익적 보호와 방어적 보호를 모두 구현하고 있다. 전자에 관해서는 보호가 필요한 사람이 난민보호 사유로 정해져 있다. 난민보호 거부에 대해서는 행정불복과 사법심사 청구가 모두 가능하다. 후자에 관해서는 강제퇴거 절차에서 퇴거 전 위험성 평가를 통해 보호가 필요한 사람임을 주장할

545) 이러한 점에 착안하면, 독일이 방어적 사유를 수익적 행정행위로 법제화한 것으로 평가할 수도 있다.

수 있고, 불리한 결정이 나온 경우 사법심사 청구를 할 수 있다.

<제1유형> 수익적·방어적 보충적 보호가 모두 보장되는 유형

<table>
<tr><th colspan="2"></th><th>독일</th><th>프랑스</th><th>캐나다</th></tr>
<tr><td rowspan="2">대상</td><td>수익</td><td colspan="2">유럽연합「자격지침」상 부수적 보호 지위
(subsidiärer Schutz, la protection subsidiaire)</td><td rowspan="2">보호가 필요한 사람
(person in need of protection)
→ 난민보호 또는
강제퇴거 집행정지</td></tr>
<tr><td>방어</td><td colspan="2">유럽인권협약상 강제송환금지
국내법상 강제퇴거금지</td></tr>
<tr><td rowspan="2">절차</td><td>수익</td><td>· 신청절차 마련
· 부수적 지위를 구하는 의무이행소송</td><td>· 신청절차 마련
· 부수적 지위를 구하는 완전심판소송</td><td>· 신청절차 마련
· 이민난민위원회에 행정불복(난민보호부의 심사를 대체)
· 연방법원에 제소(합리성 심사기준)</td></tr>
<tr><td>방어</td><td>·「체류법」 제60조 제5항, 제7항 대상 확인을 구하는 의무이행소송
· 강제퇴거경고·명령에 대한 취소소송, 가구제</td><td>· 출국명령·추방명령에 대한 월권소송
· 집행정지가처분·자유보호가처분 신청</td><td>· 퇴거 전 위험성 평가 및 그에 대한 사법심사
· 집행정지 신청</td></tr>
</table>

한편, 제2유형에 속하는 국가로는 미국, 제3유형에 속하는 국가로는 호주를 들 수 있다. 미국의 경우에는 협약상 난민이 비호지위를 신청할 수 있다. 하지만 보충적 보호 사유로는 비호지위를 부여받을 수 없다. 통상 보충적 보호의 유형으로 언급되는 임시보호지위는 광의의 보충적 보호의 일종으로, 법무부장관의 순수한 재량영역에 해당한다. 방어적으로는 고문방지협약의 이행에 따른 퇴거유예 또는 퇴거연기 제도가 있다. 이는 행정부 공무원인 이민판사의 결정에 의하며, 불리한 결정에 대해 이민항소기구 또는 연방항소법원에 불복할 수 있다. 호주는 보충적 보호 사유가 보호사증 발급 사유가 된다. 보호사증 발급 거부결정에 대해서는 행정심판소 및 연방법원에 불복을 제기할 수 있다. 하지만 방어적인 관점에서, 호주는 강제송환금지 원칙이 담당공무

원의 강제퇴거의무 이행에 영향을 미치지 않도록 규정되어 있어 국제법상 강제송환금지 원칙이 국내법적으로 충실하게 구현되어 있지 않다. 이에 강제송환금지 원칙에 반하는 강제퇴거를 저지할 수 있는 수단이 불분명하다.

<제2, 3유형> 방어적 또는 수익적 보호 중 어느 하나가 주된 유형

		미국	호주
대상	수익	협의의 보충적 보호 없음 (임시보호지위는 광의의 보충적 보호)	보호사증(protection visa) 사유로서 보충적 보호
	방어	퇴거유예 또는 퇴거연기 (withholding or deferral of removal)	강제송환금지 원칙이 국내법적으로 충실히 이행되지 않음(사증취소 등 권한행사 시 강제송환금지 원칙은 절차적 고려요소에 불과)
절차	수익	협의의 보충적 보호 없음 (임시보호지위 대상국가 지정은 법무부장관의 순수한 재량)	· 신청절차 마련 · 행정심판소에 행정불복(기존 결정에 대해 대체적 판단. 다만, 이민평가기구에 불복하는 일부 사건의 경우 기각 또는 환송결정만 가능) · 연방법원에 제소(권한오류의 존부 판단)
	방어	· 신청절차 마련(이른바 방어적 신청) · 이민항소기구에 행정불복 가능(사실관계 확정에 명백한 오류가 있는지 심사, 법리는 대체적 판단) · 연방항소법원에 제소(사실관계 확정에 상당한 근거가 있는지, 법리는 대체적 판단)	강제송환금지 원칙에 반하는 강제퇴거를 저지하는 수단이 불분명함

2. 국내법상 추가적인 보호 제공

이상의 유형론과는 별개로, 국제인권조약상 강제송환금지 의무를 넘어서는 넓은 범위의 보호를 제공하는 경우가 있다. 유럽연합 회원국은 유럽연합법에 따라 '국제적·국내적 무력분쟁 상황의 무차별적 폭력으로 인한 민간인의 생명·신체에 대한 중대하고도 개별적인 위협'의 실체적 위험이 있는 경우 부

수적 보호 지위를 인정하도록 하고 있는데, 이는 유럽인권협약과의 관계에서 독자성을 지니는 것으로 평가되고 있다. 독일이나 프랑스에서는 건강상·보건상 이유로 강제퇴거가 금지되는 경우가 국내법 규정으로 있다.

국내법상 추가적인 보호 제공은 광의의 보충적 보호 영역에서도 확인된다. 미국에서는 환경재난 등으로 인한 임시보호지위를 운영하고 있으며, 캐나다에서는 인도적·온정적 고려에 따른 체류자격을 신청할 수 있고, 이에 대한 거부는 불복할 수도 있다. 무력분쟁이나 환경재난을 이유로 강제퇴거의 집행을 정지시킬 수도 있다. 호주는 비호신청이 실패하더라도 장관이 재량으로 그 결과를 뒤집어 보호를 제공할 수 있는 법적 근거를 두고 있다.

3. 협약상 난민요건과의 유사정도

보충적 보호 대상자가 되기 위한 요건으로서 필요한 위험의 정도에 관해서는 각국마다 법리가 다르다. 기본적으로 난민인정을 위한 위험의 정도와 동일한 수준을 요하는지 여부에서 차이가 발생한다. 유럽연합법에서는 '실제적 위험'이라는 기준으로 통일된 모습을 보여주고 있다. 호주 역시 보호사증 발급사유로서 협약상 난민에 해당하기 위한 위험의 정도와 보충적 보호 대상자에 해당하기 위한 위험의 정도를 동일하게 이해하고 있다. 미국에서는 적극적 신청에 따라 비호를 부여하는 경우에는 50퍼센트보다 낮은 가능성으로도 요건이 충족되는 것으로 보는데, 퇴거절차에서 난민협약 또는 고문방지협약에 근거한 방어를 주장하는 경우에는 공히 50퍼센트보다 높은 가능성을 요하고 있다. 이는 보충적 보호를 인정하는 데 더 높은 가능성을 요구하는 캐나다 체제와는 차이가 있다.[546)]

546) 이는 각 국가의 국내법 해석 문제이지만, 사견으로는 문언해석상 분명하지 않는 경우에는 가급적 동일한 정도의 위험을 요구하는 것이 보충적 보호의 기능에 부합하는 것으로 사료된다. 이에 관해서는 제4장 제3절 II. 2. 3)에서 추가적으로 논한다.

4. 불복기회의 보장

직접신청에 의하든 신청간주를 통해서든, 국가를 불문하고 보충적 보호에 대한 신청절차가 구비되어 있다. 즉 한국의 인도적 체류허가와 달리, 이 글에서 비교대상으로 삼은 국가 중 신청권 문제[547]가 발생하는 경우는 없다. 더욱 중요하게, 앞선 1.의 정리를 통해 확인할 수 있는 것은 보충적 보호가 제공되는 범위에 대해서는 국가마다 차이가 있지만, 그 범위에 한해서는 행정적 불복기회 또는 사법적 불복기회가 제공되고 있다는 점이다. 난민협약 바깥의 보충적 보호라는 이유만으로 불복기회가 차단되는 모습은 확인할 수 없다. 독일과 프랑스에서는 각각 의무이행소송과 완전심판소송을 통해 보충적 보호의 제공을 법원에서 사실상 직접 결정하는 모습까지 관찰된다. 보통법계 국가들은 각국의 행정법적 전통에 따라 사법심사 단계에서 사실관계와 법의 적용에 관한 완전한 재심사까지 나아가지는 않지만, 그러한 경우에도 예외적인 경우가 아닌 한 행정불복 절차에서 완전한 재심사가 제공되고 있다.

Ⅱ. 보충적 보호의 내용

1. 강제송환금지 원칙의 보장

각 국가별로 강제송환금지 원칙을 절대적인 것으로 이해하고 있는지에 차이가 있다. 이는 특히 국제인권조약이 곧바로 국내 법원에서 원용될 수 있는지와도 관련된다. 독일과 프랑스에서는 유럽인권협약에 따른 강제송환금지를 국내법적으로 직접 원용할 수 있다. 이에 대한 위반되는 강제퇴거는 국내법상으로도 위법하다. 미국은 자유권규약에 따른 강제송환금지 원칙은 이행 자체를 하고 있지 않지만, 고문방지협약에 따른 강제송환금지를 절대적 의무로 이행하고 있다.

---

547) 제4장 제3절 III. 참고.

그에 반해 캐나다와 호주는 각국의 국내법에 따라 고문방지협약 또는 자유권규약에 따른 강제송환금지를 이행하고 있는데, 국제법 평면과는 달리 고문방지협약상 강제송환금지 의무를 절대적 의무로 구현하고 있지 않다. 캐나다는 고문의 위험이 있는 곳으로 송환하지 않을 필요와 국가안보이익 사이에 형량가능성을 인정하고 있다. 다만, 실제로 후자의 우월성이 인정된 예는 확인하기 어렵다. 호주의 경우에는 국내법 자체에서 강제송환금지가 강제퇴거의 집행에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있으며, 강제송환금지 의무를 절대적 의무가 아니라 행정청의 재량판단 시 고려할 여러 가지 사항 중 하나로 흡수하였다.

2. 그 밖의 권익

난민협약상 난민과 보충적 보호 대상자가 같은 수준의 권익을 누리는지는 나라마다 다르다. 캐나다와 호주는 같은 수준의 권익을 제공하고 있다. 독일이나 프랑스는 일부 부문에서 보충적 보호 지위자에 대한 처우를 난민에 비해 약화된 형태로 제공하고 있다. 다만, 원칙적으로는 같은 수준의 보호를 제공해야 된다는 유럽연합 「자격지침」의 취지에 따라 많은 분야에서 보충적 보호 지위자는 난민과 동등한 수준의 처우를 보장받고 있다. 미국의 경우에는 비호를 부여받은 경우에 비해 크게 낮은 수준의 처우만이 보장되고 있을 뿐이다.

제 4 장 한국의 보충적 보호

제 1 절 개설

이 장에서는 앞선 논의를 종합하여 한국의 보충적 보호에 대한 체계적인 자기인식과 그에 기초한 개선점을 도모하는 것을 목표로 한다. 앞선 장에서는 난민협약상 난민개념이 지니는 한계와 확장된 보호의 필요라는 윤리적 배경에서 보충적 보호의 개념을 제시하고(제1장), 그러한 확장된 보호의 출발점이 되는 강제송환금지 원칙을 살펴본 후(제2장), 비교법적 유형화를 통해 보충적 보호의 대상, 절차, 내용을 체계화하였다(제3장).

이 장의 제2절에서는 국제법상 강제송환금지 원칙과 한국 난민법제의 관계에 관해 살펴본다. 강제송환금지 원칙은 보충적 보호의 출발점이므로, 국내법 체계가 이를 정확하게 구현하고 있는지 살펴볼 필요가 있다. 우선, 국제법과 국내법의 관계를 간략하게 살펴본 뒤(I.), 국내법이 강제송환금지 원칙을 충실히 이행하고 있는지에 관해 살펴보도록 한다(II.). 그리고 이와 같은 평가를 기초로 입법개선 사항을 제안한다(III.).

한편, 제3장의 논의에서는 보충적 보호의 대상과 절차의 측면에서 수익적 보호와 방어적 보호가 모두 보장되는 유형(제1유형), 방어적 보호가 주인 유형(제2유형), 수익적 보호가 주인 유형(제3유형)으로 분류가 가능함을 확인할 수 있었다.[1] 각국의 실무를 살펴보았을 때 보충적 보호가 거부되는 경우 그에 대한 실질적인 불복의 기회가 열려 있음을 확인하였다. 한편, 보충적 보호의 내용 측면에서는 난민협약상 난민과의 유사성 정도에 따른 분류가 가능함을 확인하였다.

제3장의 유형론에 따라 살펴보면, 보충적 보호의 대상 측면에서 한국은 기본적으로 수익적 보호와 방어적 보호가 모두 보장되는 제1유형에 해당함을

---

1) 그 요약은, 제3장 제5절 I. 1. 참고.

알 수 있다. 각각의 기능을 수행하는 것이 인도적 체류허가[2]와 강제퇴거에 대한 방어이다. 이에 대해 한국의 인도적 체류허가는 미국의 임시보호지위와 같은 시혜적·재량적 행위라고 주장하여 한국을 제2유형으로 이해하려는 입장이 있을 수 있다.[3] 이러한 입장은 인도적 체류허가에 대한 거부를 행정불복이나 사법심사에서 벗어나게 하려는 경향과 일치한다. 하지만 인도적 체류허가는 그 요건을 살펴볼 때 국제법상 강제송환금지 원칙의 실현을 위한 제도이다. 더불어 강제송환금지 원칙이 강제퇴거명령에 대한 쟁송에서 작동하는 방식이 불분명한 현재 상황에서, 인도적 체류허가는 협의의 보충적 보호에 가까운 것으로 파악해야 한다. 만약에 해석론상 그와 같이 파악할 수 없다면, 이는 입법개선 사항이다. 제2유형에서 제1유형으로의 개선은, 난민협약상 난민뿐만 아니라 정당한 난민까지 보호범위가 확장되어야 한다는 제1장의 철학적·윤리적 관점과도 일치한다.[4]

이 장의 제3절에서는 우선 인도적 체류허가의 입법연혁과 법체계를 살핀다(I.). 그 이후 제3장의 구조와 유사하게, 대상·절차·내용을 나누어 살핀다. 대상의 측면에서는 인도적 체류허가의 요건에 관해 살핀다(II.). 인도적 체류허가의 요건에는 국제법상 강제송환금지 원칙과 관련된 내용이 많아, 제2장의 논의와도 접점이 있다. 절차의 측면에서는 사법심사 가능성의 문제에 관해 살핀다(III.). 비교법적으로 보았을 때 보충적 보호에 대한 실질적 불복이 보장되지 않는 예를 찾아보기 어려움에도 불구하고, 거부처분의 신청권 법리에 따라 사법심사가 실질적으로 이루어지고 있지 않은 것이 한국의 현실이라는 점에서 이 논의는 중요성을 지닌다. 내용의 측면에서는 인도적 체류허가 시의 처우에 관해 살핀다(IV.). 마지막으로 이들 논의를 종합하여 입

---

2) 인도적 체류허가를 보충적 보호의 개념하에서 설명하는 예로, 차용호, 한국 이민법, 법문사, 2015, 1075면; 이철우 외, 이민법, 제2판, 박영사, 2019, 342-343면(차규근·강성식 집필부분). 보충적 보호 체계에서 말하는 강제송환금지와 인도적 체류허가 사이의 관련성을 분석한 예로, 최계영, "난민법상 인도적 체류허가 거부의 처분성", 행정법연구 제63호, 2020, 56-57면.

3) 제3장 주 199에 소개된 한국 법무부의 입장 참고.

4) 정당한 난민의 범위에 관한 논의는, 제1장 제2절 III. 1. 참고.

법개선 방향을 제시한다(V.).

이 장의 제4절에서는 보충적 보호의 방어적 측면으로서 강제퇴거에 대한 방어를 살핀다. 한국은 국제인권조약이 곧바로 국내법의 효력을 지니므로, 호주와 같은 제3유형의 국가에 속할 수 없다. 제4절에서는 강제퇴거에 대한 현행법 체계를 살펴본 뒤(I.), 그 대상·절차의 문제에 관해서 살핀다.[5] 주로 강제퇴거명령의 본질에 입각해 강제송환금지 원칙이 위법사유가 되는지 살펴볼 것이다(II.). 그 이후에는 절차적으로 쟁송 중 체류의 확보를 위해 강제퇴거명령의 집행정지 신청이 불가피하다는 점을 살핀 후(III.), 보충적 보호의 관점에서 강제퇴거 제도에 관한 입법개선 사항을 살핀다(IV.).

---

5) 내용 측면의 경우에는 강제퇴거를 막는다는 의미밖에 없어 별도로 살펴볼 실익은 크지 않다. 이 점에서 미국의 퇴거유예 또는 퇴거연기와 유사하다고 볼 수 있다. 미국법상 보충적 보호 대상자의 처우에 관해서는, 제3장 제4절 II. 3. 참고.

제 2 절 강제송환금지 원칙의 이행

Ⅰ. 국제법상 강제송환금지 원칙의 효력

「대한민국헌법」에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다(헌법 제6조 제1항). 이는 국제법이 국내법체계에 변형 없이 수용된다는 규정이다.[6] 고문방지협약과 자유권규약은 이러한 헌법규정에 따라서 변형 없이 국내법의 일부가 되었다. 헌법상 처음부터 국제조약이 국내법의 일부가 되지 않는 캐나다 또는 호주와는 상황이 다른 것이다.[7] 이와 같은 국제인권조약의 규정을 직접적 재판규범으로 삼지 않을 근거도 없다. 미국의 경우에는 국제조약이 국내법의 일부가 되지만, 입법과정에서 나타난 입법자의 의사에 따라 재판규범으로 활용될 수 없다는 자기집행성에 관한 법리가 발달하였다.[8] 하지만 이 법리는 국내법학에서 그 근거를 찾기가 어렵고, 설령 그와 같은 이론을 받아들인다고 해도 고문방지협약이나 자유권규약에 대해 자기집행성 부정론을 적용할 만한 조약가입 연혁상의 이유가 없다.[9] 중요한 것은 이들 규정이 곧바로 재판규범이 될 수 있다는 점이다.[10]

---

6) 장태영, "자유권규약의 효력, 적용, 해석 — 대법원 2016도10912 전원합의체 판결에 대한 평석을 중심으로 —", 국제법학회논총 제65권 제2호(통권 제157호), 2020, 270면.

7) 캐나다 및 호주에서 국제조약이 국내법상 직접효력이 없다는 점에 대해서는, 제3장 제2절 I. 2. 1) 및 제3장 제2절 III. 1. 1) 참고.

8) 미국법상 국제조약의 비자기집행성에 대해서는, 제3장 제2절 II. 1. 참고.

9) 이혜영, "법원의 국제인권조약 적용 — 판결문 전수조사를 통한 현황진단 및 적용단계별 논증 분석 —", 국제법학회논총 제65권 제1호(통권 제156호), 2020, 222면 이하; 사법정책연구원, 법원의 국제인권조약 적용 현황과 과제(발간등록번호: 32-9741568-001325-01, 연구책임자: 이혜영), 2020, 143-149면; 장태영(주 6), 281-290면; 김후신, "난민협약 외의 난민에 대한 강제송환금지: 자유권규약과 인도적 체류허가", 저스티스 통권 제183호, 2021, 616-617면. 다만, 한수웅, 헌법학, 제11판, 2021, 349, 356면은 여전히 조약의 자기집행력이라는 개념을 사용하고 있다.

Ⅱ. 국내법 규정

이상의 국제인권조약의 국내적 효력과는 별개로, 국내법상 강제송환금지 원칙과 관련된 규정들을 살펴보도록 한다. 우선,「난민법」제3조는 난민인정자와 인도적체류자 및 난민신청자는 1951년 난민협약 제33조 및 고문방지협약 제3조에 따라 본인의 의사에 반하여 강제로 송환되지 아니한다고 규정하고 있다. 이 조항은 그 자체로 이상한 면이 있다. 고문방지협약 제3조에 따른 강제송환금지는 난민협약 제33조 제2항과 같은 단서가 붙어 있지 않기 때문에 병렬적으로 규정할 만한 규정이 아니기 때문이다.[11)]「난민법」상 대상자와 난민협약 및 고문방지협약상 대상자의 불일치라는 모순도 존재한다.[12)]

「난민법」은 난민인정자, 인도적체류자, 난민신청자를 강제송환금지의 대상으로 규정하고 있지만, 이는 강제송환금지의 대상을 제한하려는 취지의 규정이라고 보기 어렵다. 국제조약과의 관계에서 강제송환금지의 대상이 되는 자는 1951년 난민협약과의 관계에서는 난민, 고문방지협약 및 자유권규약과의 관계에서는 고문 또는 가혹행위를 당할 우려가 있는 모든 사람이다. 난민협약상 난민으로 강제송환금지의 대상이 되는지는 난민신청을 하였거나 행정청으로부터 난민인정을 받았는지 여부와 직접 관련이 없다. 국제법상 강제송환금지의 맥락에서, 국가의 난민인정결정은 설권적이 아니라 확인적이기 때문이다.[13)]

---

10) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 판결 중 대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 조재연, 대법관 민유숙의 보충의견 참고.

11) 난민협약 제33조 제2항은 안보상 위협 등이 있는 사람에 대한 강제송환금지 원칙의 예외를 인정하고 있다. 난민협약상 강제송환금지 원칙의 내용에 관해, 제1장 제2절 I. 참고. 한편, 고문방지협약상 강제송환금지 원칙은 난민협약상 강제송환금지 원칙과 달리 예외가 없는 절대적 의무라는 점에 관해, 제2장 제3절 II. 1. 1) 참고.

12) 대상자 불일치의 문제를 지적하면서, 체계적인 모순을 해소하기 위해서 고문방지협약 제3조는 보호대상자의 범위를 정하기 위해서가 아니라 금지되는 행위의 태양을 정하기 위해 포함된 것으로 보아야 한다는 점에 관해, 최계영(주 2), 54-55면 참조.

한편, 「출입국관리법」 제62조 제4항 본문에 따르면, 강제퇴거명령을 받은 사람이 「난민법」에 따라 난민인정 신청을 하였으나 난민인정 여부가 결정되지 아니한 자 또는 난민불인정결정에 대해 이의신청을 하였으나 이에 대한 심사가 끝나지 않은 자인 경우에는 그를 송환하여서는 안 된다고 규정하고 있다. 다만, 같은 조항 단서에 따르면, 「난민법」에 따른 난민신청자가 대한민국의 공공의 안전을 해쳤거나 해칠 우려가 있다고 인정되는 경우에는 그와 같은 송환금지의 적용이 없다. 이 규정은 난민인정을 신청하여 심사 중에 있는 사람과 난민인정에 대한 이의신청 중인 사람에 대해서 강제퇴거의 집행을 유보하도록 하는 근거를 둔 것이다.[14] 「난민법」 제3조가 난민신청자에 대한 강제송환금지를 규정하고 있음에도 굳이 이와 같은 규정을 두고 있는 의미에 대해 의문이 제기될 수 있다. 입법연혁상 「난민법」 제정 이전에 둔 규정이라는 점에 입각해 입법적 정비가 덜 된 것으로 평가할 수도 있을 것이고,[15] 송환국에 대한 심사가 이루어지는 난민협약 또는 고문방지협약상 강제송환금지를 원용한 것이 아니라 단순히 '송환하여서는 아니 된다'고 표현한 점에 입각해 난민심사에 대한 절차권 보장 차원에서 송환국을 불문하고

---

13) 협약상 난민으로 공식 인정을 받았는지 여부와는 무관하게 강제송환금지 원칙이 준수되어야 한다는 설명으로, UNHCR ExCom, 'Conclusion No. 6 (XXVIII) Non-Refoulement' (1977). 다만, 난민협약은 당사국으로 하여금 협약에서 정한 난민에 대해 이를 항상 받아들여 비호를 부여할 의무를 지우고 있지는 않다. 이 점에서 국내법상 난민인정 시 이에 부속되어 부여되는 처우의 측면에서는 설권적 성질을 지닌다. 경우에 따라서 '확인행위-기속행위' 및 '설권행위-재량행위'의 관계설정을 하려는 시도가 있는데, 설권행위성과 재량행위성이 논리필연적 관계에 있는 것은 아니다. 다만, 난민인정을 설권행위로 파악하는 것에 대한 비판에 관해, 임재홍, "출입국관리법상 난민인정행위의 법적 성격과 난민인정요건", 행정판례연구 제15권 제1호, 2010, 47면 이하 참조.

14) 법제처 제공 제안이유로, 대한민국 관보 제17257호(2010. 5. 14.) 57면 이하 참고.

15) 김종철・김재원, "난민법 입법과정과 제정법의 의의 및 향후 과제", 공익과 인권 통권 제12호, 2012, 148면은 해당 출입국관리법 규정을 두고 "난민협약 제33조 제2항의 정신보다 훨씬 후퇴한 것"으로 보고, 「난민법」 제정으로서 이러한 상항이 해소되었다고 평가하였다.

강제송환이 금지된다는 취지로 이해할 수도 있을 것이다. 그와 같이 해석하게 되면 유럽연합법상 국제적 보호에 대한 심사결정이 내려질 때까지 심사국가의 영토 내에서 머무를 수 있도록 해야 한다는 의무와 유사한 모습이 된다.[16] 「난민법」 제정 이후에 「출입국관리법」 제62조 제4항이 별도 정비되지 않았다고 하여 법률상 추가적으로 제공되는 절차적 보장을 포기할 필요는 없다는 점에서 후자의 해석이 타당하다. 그렇게 본다면 「난민법」 제3조와 「출입국관리법」 제62조 제4항의 관계는 마치 난민협약 제33조와 제32조의 관계와 유사해진다. 난민협약 제32조는 당사국으로 하여금 국가안보 또는 공공질서를 이유로 하는 경우를 제외하고 합법적으로 그 영역에 있는 난민을 추방해서는 안 된다고 규정하고 있다(제1항). 또한, 이에 대한 불복기회를 제공하고(제2항), 다른 국가에의 합법적인 입국허가를 구하기 위해 타당하다고 인정되는 기간을 부여해야 한다고 규정하고 있다(제3항). 이 규정은 난민협약 제33조에 비해 주목도가 낮기는 하지만, 위험이 없는 다른 송환국으로의 송환을 제한한다는 점에서 중요성이 있다. 난민협약도 난민에 대해서 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지뿐만 아니라, 위험이 없는 곳으로의 추방을 원칙적으로 금지하고 있는 것이다.

Ⅲ. 입법개선 방향

1. 국제인권조약과의 일치

이상과 같은 국내법 체계에서 몇 가지 개선점을 제안한다. 우선, 국제법상 강제송환금지의 내용을 정확히 반영할 필요가 있다. 그 내용으로는 강제송환금지 의무의 조약상 근거를 분리·확대하고, 대상자를 한정적으로 이해할 가능성을 차단하는 것을 제안한다. 조약상 근거의 분리 측면에서는, 난민협약상 강제송환금지 의무와 고문방지협약상 강제송환금지 의무는 그 대상과 내용이 다르다는 점을 염두에 둘 필요가 있다. 현재 입법상태로는 고문방지협

16) 제3장 제3절 I. 1. 1) (1) 참고.

약에 따른 강제송환금지가 과소적용되거나 과잉적용될 우려가 모두 존재한다. 전자에 관해서는 고문의 위험이 있는 경우라도 난민협약 제33조 제2항의 예외를 적용하려는 오해가 발생할 수 있고, 후자에 관해서는 고문의 위험이 인정되지 않는 경우임에도 절대적 강제송환금지를 인정하려는 해석이 나타날 수 있다. 이러한 점에서 양자를 분리해서 별도의 항으로 규정하는 것이 바람직하다.

다음으로 조약상 근거를 확대하여야 한다. 국제법상 강제송환금지 의무는 난민협약과 고문방지협약에 한정되지 않는다. 한국이 당사국인 자유권규약도 강제송환금지 사유로 작동한다는 점은 앞서 살펴보았다.[17] 아동권리협약도 그 근거가 될 수 있다.[18] 이들 조약에 위반되는 강제송환이 금지된다고 명시하는 것이 강제송환금지에 대한 근거 없는 협소한 이해로부터 탈피하는 출발점이 될 수 있다. 유럽인권협약에 강제송환금지에 관한 명문 규정이 없음에도, 유럽인권협약에 반하는 경우를 강제퇴거금지 사유로 국내법에서 규정하고 있는 독일이나 프랑스의 입법을 살펴볼 때,[19] 이는 비교법적으로도 뒷받침된다.

마지막으로 대상자를 넓혀야 한다. 강제송환금지 원칙은 난민신청을 했는지 또는 그와 관련된 행정처분을 했는지와 무관하게 적용될 수 있기 때문이다. 현재「난민법」제3조는 마치 난민신청자 또는 난민인정자가 아닌 난민 등에 대해서는 강제송환금지 원칙이 적용되지 않는다는 반대해석을 낳을 우려가 있다. 이를 해소하기 위해서 강제송환금지 의무의 대상자를 난민신청자, 난민인정자, 인도적체류자로 규정하는 방식의 입법이 아니라, 난민 사유 또는 보충적 보호 사유가 있는 경우로 규정하는 방식을 택하는 방식이 바람직하다.[20]

---

17) 제2장 제2절 II. 2. 2) 참고.

18) 제2장 제2절 II. 5. 참고.

19) 제3장 제2절 I. 1. 3) 참고.

20) 이 논의의 실익은 강제퇴거명령에 대한 쟁송에서, 난민신청 등이 없어서 행정청이 처분 상대방의 사정을 알기 어려운 경우에도, 난민 또는 보충적 보호 사유가 존재한다는 이유로 그 명령의 위법성을 주장할 수 있는지에서 나타난다. 난민협

2. 난민협약 제32조의 가시화

「출입국관리법」 제62조 제4항의 대상 및 보호내용의 확장 역시 적극적으로 검토할 필요가 있다. 우연적 결과일 것으로 추측되지만, 이와 같이 송환국을 특정하지 않은 송환금지는 난민협약 제32조와 빼닮은 규정이다. 이 규정은 난민협약 제33조에 비해 주목도가 낮기는 하지만, 위험이 없는 다른 송환국으로의 송환을 제한한다는 점에서 중요성이 있다. 이 규정을 가시성을 높이는 차원에서, 「출입국관리법」 제62조 제4항의 대상에 난민신청자뿐만 아니라 난민인정자도 포함하는 것이 바람직하다. 나아가 인도적체류자 중 적어도 국제법상 강제송환금지 원칙의 적용을 받는 경우도 이에 포함시키는 것도 적극적으로 고려할 수 있다. 더불어 난민협약 제32조 제3항의 취지에 따라 강제퇴거명령의 집행력이 일정 기간 이후에 발생하도록 규정하는 것도 고려해 봄 직하다.

약 제33조를 직접 적용해서 난민신청 없는 협약상 난민에 대한 강제퇴거명령을 취소할 수 있다는 취지의 논의로, 이 장의 제4절 참고.

제 3 절 인도적 체류허가

Ⅰ. 입법연혁과 의의

한국 출입국관리법제에서 거주허가에 대한 특례 측면에서 인도주의라는 표현을 처음 사용한 것은 1984년 구「출입국관리법 시행령」으로, 강제퇴거명령에 대한 이의신청 시 그 이의신청에 대한 이유가 없다고 판단된 경우에 인도주의에 기초해 발급되는 체류허가를 규정하고 있었다.[21] 2008년에는 난민불인정결정을 받은 자에 대해 인도적 고려에 기초하여 체류허가를 할 수 있는 규정이 마련되었다.[22] 이후「난민법」제정으로 위 규정이 삭제되고,「난민법」에 인도적 체류허가가 신설되었다.[23] 현행법상 인도적 체류허가에 관한 규정은 보충적 보호의 수익적 단계와 관련해 가장 중요한 조항이다.「난민법」제2조 제3호에 따르면, 인도적 체류 허가를 받은 사람이란 난민에는 해당하지 않지만 고문 등의 비인도적인 처우나 처벌 또는 그 밖의 상황으로 인하여 생명이나 신체의 자유 등을 현저히 침해당할 수 있다고 인정할 만한 합리적인 근거가 있는 사람으로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 법무부장관으로부터 체류허가를 받은 외국인을 말한다.「난민법 시행령」제2조는 위 조항의 위임에 따라, 난민신청자가 난민에 해당하지 않는다고 결정하는 경우 또는 난민신청자가 제기한 이의신청에 대해 기각결정을 하는 경우에 법무부장관이 인도적 체류허가를 할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 실체적 요건과 절차적인 요건을 모두 포함한 규정으로 볼 수 있다. 실체적으로 인도적 체류허가는 상대방이「난민법」상 난민이 아닌 경우에 한해 부여할

---

21) 강제퇴거명령 이의신청자에 대해 인도주의에 기초한 체류허가 특례는「출입국관리법」제61조 및 같은 법 시행령 제76조에 규정되어 현재까지 유지되고 있다.

22) 구「출입국관리법」(2008. 12. 19. 법률 제9142호로 개정되고, 2012. 2. 10. 법률 제11298호로 개정되기 전의 것) 제76조의8 제2항 참고.

23) 선행연구의 연혁정리로는, 김세진, “한국의 인도적 체류지위 현황과 보충적 보호지위 신설의 필요성”, 최계영 엮음, 난민법의 현황과 과제, 경인문화사, 2019, 334면 이하.

수 있다. 절차적으로는 그와 같은 행정청에 의한 난민불인정결정이 있는 이후에서야 인도적 체류허가를 할 수 있다. 난민신청에 대해 이를 거부하거나 이의신청에 대해 기각결정을 할 때 인도적 체류허가 부여 여부에 대한 심사의무가 있는지에 관해서는 명문규정이 없다.

인도적 체류허가는 국제법의 직접적 결과물이 아니다. 강제송환금지 의무가 국가에 어떠한 지위를 부여할 의무를 발생시키지 않기 때문이다.[24] 방어적 기능을 완전성 있게 보장한다는 전제하에, 구체적 지위의 부여라는 수익적 기능을 구현할 국제법상 의무가 현시점에서 존재한다고 볼 근거는 없다. 다만, 이러한 수익적 단계는 방어적 단계의 선제적 실현의 의미를 지닌다. 강제퇴거 절차를 개시하기 전에 강제송환금지 원칙 적용사유가 있다는 등의 주장을 먼저 판단하여 보호여부를 결정할 수 있다는 점에서 행정적·사법적 낭비를 감소시킬 수 있다.[25] 나아가 보충적 보호의 출발은 체류 문제에 있지만, 인간은 체류만으로 살아갈 수 없다는 점에서도 수익적 차원의 보호가 중요하다. 특정한 체류 지위의 법적의 보장은 그 자체로 수익적 의미를 가지는 행정행위이면서, 국내법에서 제도적으로 인정하고 있는 다른 권리나 이익이 부여되는 매개로서의 행정행위이기도 하다.

법적 지위의 부여가 국제법적 의무 범위 내에 있지 않다고 해서 법치주의로부터의 이탈이 허용되는 것은 아님을 유의하여야 한다.[26] 인도적 체류허가도 법률적 근거에 의해 외국인에 대해 부여되는 수익적 행정행위이다. 따라서 그 요건과 효과에 대한 분석이 요구된다. 한편, 최근의 실무 경향은 인도적 체류허가 거부에 대해서는 신청권을 부정하거나 신청과 처분의 존재 자체를 부정하는데, 이에 대한 비판적 검토가 요구된다. 이러한 해석론을 기초로 인도적 체류허가 제도의 한계점을 보완하기 위한 입법개선이 검토된다.

---

24) 이 점에서 "국제법상 인정되는 보충적 보호지위"와 같은 표현은 오해를 야기할 우려가 있다. 이러한 표현을 사용하는 예로, 김세진(주 23) 334면 참고.

25) 김후신(주 9), 636면.

26) 최계영, "출입국관리행정, 주권 그리고 법치 — 미국의 전권 법리의 소개와 함께 —", 행정법연구 제48호, 2017, 48면 이하 참고.

Ⅱ. 인도적 체류허가의 대상

1. 국제인권조약의 고려가능성

해석론과 관련하여 먼저 고려해야 할 점은 인도적 체류허가 요건에 관해 국제인권조약을 고려해야 하는지이다. 이는 인도적 체류허가가 요건에 관해 조약을 직접 원용하는 방법을 취하고 있지 않다는 것으로부터 비롯되는 문제이기도 하다. 유럽연합법 체계에서는, 엄밀한 의미에서 유럽연합법 체계와 유럽인권협약 체계가 구별됨에도 불구하고, 「자격지침」에 따른 부수적 보호 여부를 판단할 때 유럽인권협약에 관한 법리에 많이 의존하고 있음을 알 수 있었다.[27] 그에 반해 보통법계 국가들에서는 상대적으로 국내적 해석의 독자성을 관철시키는 모습을 볼 수 있었다. 예를 들어 미국의 경우에는 고문방지협약에 가입하면서 처음부터 고문의 정의 자체에 대한 독자적인 이해를 첨부했고,[28] 호주의 경우에는 국내법의 독자성을 강조하면서 자유권규약위원회의 견해를 참고할 가치가 없다고 보는 경향을 보이고 있다.[29]

한국법은 유럽연합법 방법론에 가까운 모습을 보이는 측면이 있다. 법원(法源)이 분명히 다른 헌법해석에서도 국제인권조약의 해석을 참고하는 모습을 보이는데,[30] 법률해석에서도 달리 볼 이유가 없다. 법률해석에서도 법개념의 입법적 기원이 국제인권조약에 있다면,[31] 그 법개념을 해석할 때에 조약의 해석을 참고할 당위는 더욱 강해진다. 관보에 제시된 제정이유에 따르더라도 제2조는 난민, 인도적체류자, 난민신청자 등의 개념 정의를 명확히

---

27) 예를 들어, 제3장 제2절 I. 1. 2) (4) 참고.

28) 제3장 제2절 II. 2. 1) 참고.

29) 제3장 제2절 III. 1. 1) 참고.

30) 예를 들어, 헌재 2018. 7. 26. 2011헌마306 등, 판례집 30-2, 79.

31) 「난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안」(황우여 의원 대표발의, 의안번호 4927, 발의연월일 2009. 5. 25.)의 체계, 「난민법」 제3조의 문언, 고문방지협약 서문 등에 비추어 볼 때 인도적 체류허가의 국제법적 근거를 고문방지협약과 자유권규약에서 찾을 수 있다는 설명에 관해, 김진혜・조정현, "인도적 체류지위의 정의규정에 관한 연구", 저스티스 통권 제180호, 2020, 359-360면 참조.

함으로써 “국제법에 입각한” 난민제도 운영이 가능토록 하기 위한 조항이다.[32] 이 점에서 인도적 체류허가 규정을 해석할 때 국제인권조약을 적극적으로 고려하는 것이 정당화될 수 있다.

2. 요건해석

1) 고문 등의 비인도적인 처우나 처벌 또는 그 밖의 상황

위험의 원인은 ‘고문 등의 비인도적인 처우나 처벌 또는 그 밖의 상황’이다. 상술한 국내법 규정 해석 시 국제인권조약의 고려가능성을 감안할 때, 고문 및 비인도적 처우나 처벌의 개념에 관해서는 고문방지협약 및 자유권규약에 관한 해석론을 받아들일 수 있을 것이다.[33] 굴욕적인 처우는 제외되어 있다는 점이 특기할 만하다. 세계인권선언 제5조, 고문방지협약 제16조 제1항, 자유권규약 제7조, 유럽인권협약 제3조, 미주인권협약[34] 제5조 제2항 모두 고문, 비인도적 처우・처벌, 굴욕적 처우・처벌을 병렬적으로 규정하고 있는데, 유독 「난민법」 제2조 제3호에서 제외되어 있는 이유를 확인하기는 어렵다. 이는 「난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안」[35]에서부터 제외되어 있던 개념이다. ‘그 밖의 상황’이라는 용어로 제한성이 트여 있기는 하지만, 자유권규약 제7조에 비해 무언가 더 심각한 상황을 염두에 둔 것이 아닌가라는 추측은 가능하다.

이 요건이 충족되려면 고문 등의 비인도적인 처우나 처벌을 가하는 자 또는 그 밖의 상황을 야기하는 자가 국가행위자일 필요는 없을 것이다. 고문방지협약의 정의에 따르더라도 공무원 또는 공무수행자의 동의 또는 묵인으로

---

32) 대한민국 관보 제17697호(2012. 2. 10.) 18면.

33) 국제인권조약상 고문 또는 비인도적인 처우・처벌 개념에 관해, 제2장 2절 II. 1. 및 2. 참고.

34) American Convention on Human Rights “Pact of San José, Costa Rica” (adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978) 1144 UNTS 123.

35) 이 장의 주 31 참고.

부터 공적 속성이 인정될 수 있다. 고문방지위원회 역시 비국가행위자가 행위자가 되는 경우라 할지라도 국가가 그러한 행위에 대하여 알았거나 그 행위가 존재한다는 것에 대한 상당한 근거를 가지고 있었고, 이를 예방·조사·기소·처벌하는 데에 상당한 주의를 기울이지 않은 경우라면 국가는 책임을 지고 공무원은 고문을 공모하거나 동의·묵인한 것이 된다고 설명하고 있다.[36] 그리고 이에 입각해 실제 개인진정결정에서 비국가행위자에 의한 고문을 인정하고 있다.[37] 이는 고문 등의 비인도적인 처우나 처벌이 아닌 '그 밖의 상황'의 측면에서도 달리 볼 이유가 없다. 따라서 무력충돌 상황으로 인해 실제로 생명이나 신체의 자유 등에 대해 현저한 침해가 발생할 우려에 대한 합리적인 근거가 있다면 가해의 주체와는 무관하게 인도적 체류허가의 요건을 충족한 것으로 볼 수 있다.[38]

2) 생명이나 신체의 자유 등에 대한 현저한 침해

위험 상황은 '생명이나 신체의 자유 등에 대한 현저한 침해'이다. 이 역시 '등'으로 개념상 트여 있기는 하지만, 다른 자유권, 나아가 다른 사회권까지 고려하여 그렇게 규정한 것인지는 불분명하다. 그런데 협약상 난민개념에서 박해를 "생명, 신체, 또는 자유에 대한 위협을 비롯하여 인간의 본질적 존엄성에 대한 중대한 침해나 차별을 야기하는 행위"라고 설명하는 판례 경향에

---

36) UNCAT, 'General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties' (24 January 2008) UN Doc CAT/C/GC/2, para 18.

37) 이에 관한 구체적 논의는, 제2장 제2절 II. 1. 2) 참고.

38) 한종현·황승종, "우리 난민법제상 인도적 체류 허가에 관한 연구", 서울대학교 법학 제60권 제2호, 2019, 58-61면, 61-64면은 고문의 주체가 국가행위자에 한정되며, 이를 판단할 때에는 국가책임법상의 귀속법리를 따라야 한다고 설명한 경우가 있다. 이 입장은 이러한 전제 위에서 무력충돌 상황만으로는 '그 밖의 상황' 요건의 충족을 인정할 수 없고, 가해의 주체가 국가행위자에 해당해야 한다고 설명한다. 하지만 고문방지협약상 고문의 정의 및 고문방지위원회의 입장을 고려할 때, 이러한 설명은 받아들이기 어려운 점이 있다. 이와 같은 입장은 김후신(주 9), 638면에서 밝힌 바 있다.

비추어 볼 때,[39] 향후 인도적 체류허가에서 피보호이익의 범위를 적극적으로 확대하여 이해할 가능성은 낮을 것으로 보인다. 하지만 그렇다 하더라도 사회·경제적 권리에 대한 침해로 인한 고통의 정도가 비인도적 처우의 요건을 충족할 정도라면 이를 부정할 이유는 없다.

3) 합리적인 근거

마지막으로 이상의 위험에 대한 '합리적인 근거'가 있어야 한다. 이는 난민요건에 대한 심사의 경우와 마찬가지로 장래적 평가 문제이다. 증명의 대상이 되는 위험의 정도에 관해 비교법적으로는 캐나다가 이례적으로 다른 국가들과 다르게 협약상 난민과 차등적으로 보고 있는 데 반해, 유럽연합법이나 호주법에서는 위험의 정도나 그 증명에 관해서 협약상 난민과 보충적 보호 지위를 같게 운용하고 있음을 확인하였다.[40] 국내법제에서는 후자와 같이 난민과 인도적 체류허가의 위험의 정도를 동일하게 이해하는 것이 바람직하다. 절차적 측면에서는 단일절차를 채택하고 있는 이상 둘 사이에 차등을 두는 것은 불필요한 혼란을 초래한다는 기능적 이유를 제시할 수 있다.[41] 실체적 측면에서는 협약상 난민과 보충적 보호가 출신국에서의 인권침해를 방지하기 위해 제공하는 대체적 보호라는 공통점을 지니고,[42] 그 주된 차이는 다섯 가지 박해사유의 존부 문제이지 보호되는 인권의 중요성의 차이부터 비롯되는 것은 아니라는 점이 그 근거가 될 수 있다.

3. 효과재량과 그 한계

---

39) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결.

40) 제3장 제5절 I. 3. 참고.

41) Ruma Mandal, 'Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention ("Complementary Protection")' (2005) UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2005/02, para 147.

42) 제1장 제3절 I. 참고.

이상과 같은 요건을 충족한다면, 법무부장관은 인도적 체류허가를 부여해야 할 의무가 있는지에 관해 살펴본다. 비교법적으로 보았을 때 보충적 보호지위를 둔 국가들이 그 부여를 대체로 기속행위로 이해하고 있음을 확인할 수 있었다.[43] 한국 「난민법」상 난민인정은 기속행위로 이해되고 있지만,[44] 인도적 체류허가의 경우에는 기속행위로 이해하기 어렵다. 우선, '할 수 있다'는 규정을 사용하고 있으므로(「난민법 시행령」 제2조 제1항), 문언상 기속행위라고 보기 어렵다. 다른 이유로는 요건 부분에서 배제사유 또는 예외사유가 전혀 규정되어 있지 않다는 점을 들 수 있다. 「난민법」 제19조는 난민요건에 해당하는 자라 하더라도 대한민국에 입국하기 전에 대한민국 밖에서 중대한 비정치적 범죄를 저지르거나 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 한 경우 등의 사유로 난민불인정결정을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 인도적 체류허가에 관해서는 이와 같은 단서가 없다. 그러한 예외적인 사정이 있는 경우에도 인도적 체류허가를 부여해야 한다는 입법자의 의사를 인정할 근거가 희박하다. 다만, 이미 외국인의 생명·신체 등에 대한 현저한 위험이 입증된 경우에 해당하므로, 특히 중대한 공익상 이유가 있는 경우가 아닌 한 거부를 하는 것은 재량권 일탈·남용에 해당할 것이다.[45] 재량권 수축이론의 적용 가능성도 존재한다. 효과재량이 인정되는 경우에도 행정청이 개별사안에 따라서는 다른 행위를 선택하는 것이 위법이 되고, 오직 하나의 행위를 선택하는 것만이 적법하게 되는 경우가 있다.[46] 이는 생명이나

---

43) 유럽연합 「자격지침」에는 부수적 보호의 요건을 갖춘 경우 지위를 부여할 것이 국가의 의무로 규정되어 있다(제18조). 독일 행정법제에서 그 거부에 대한 쟁송은 의무이행소송을 통해 다투는 점은 이미 언급하였는데, 이는 기속행위성을 전제로 한다. 일반론 차원에서 의무이행소송의 대상이 재량행위인 경우에는 재량권이 영으로 수축된 경우에 해당해야 사건의 성숙성이 인정될 수 있다. 관련된 일반론에 관해, *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 11 Aufl., 2019, § 26 Rn. 19-20 참조.

44) 예를 들어, 난민요건을 갖추면 "난민협약이 정하는 난민으로 인정하여야 한다." 라고 판시한 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결.

45) 김후신(주 9), 639면.

46) 김철용, 행정법, 전면개정 제9판, 고시계사, 2020, 211-212면.

신체와 같은 중요한 법익에 대한 절박하고도 중대한 위험이 존재할 때 인정될 수 있다.[47] 강제퇴거명령에 대한 쟁송으로 강제송환금지 원칙을 관철하는 방법도 있겠지만,[48] 만약에 강제퇴거명령에 대한 쟁송이 그 기능을 실질적으로 수행할 수 없는 방향으로 실무가 나아가고, 달리 고문의 위험이 있는 곳으로의 강제퇴거를 막을 방법이 운용되지 않는다면 인도적 체류허가를 부여하는 것이 유일하게 적법한 결정으로 이해될 수도 있을 것이다.

Ⅲ. 사법심사 가능성

1. 문제상황

최근 법원 실무의 경향은 인도적 체류허가 거부에 관해서 그 신청권을 부정해서 각하판결을 하거나, 신청의 존재 자체를 부정해서 각하판결을 하는 것이다. 전자에 관해서 그 논거로는 고문방지협약 제3조는 외국인에게 인도적 사유를 이유로 체류허가를 신청할 권리를 일반적으로 인정하는 규정이 아닌 점, 입법연혁에 비추어 볼 때「난민법」제정 당시 외국인에게 인도적 체류허가 신청권을 부여할 것인지 논의한 끝에 신청권을 인정하지 않기로 결단한 것으로 보이는 점, 조리상 신청권을 인정하는 데에는 신중을 기해야 하는 점을 든다.[49] 후자에 관해서 최근 서울고등법원 2020. 12. 10. 선고

---

47) 독일 행정법상 재량축소의 인정근거에 관해, 김중권, 행정법, 제2판, 법문사, 2016, 102-103면 참조. 독일 연방행정법원은 비호절차 재개결정상 재량의 축소를 인정한 선례가 있다. BVerwG NVwZ 2005, 462.

48) 이 장의 제4절 참고.

49) 근래 하급심 판결에 대한 분석에 관해, 한종현・황승종(주 38), 69-74면(신청권을 부정하는 입장); 최계영(주 2), 46면 이하(신청권을 긍정하는 입장) 참조. 이례적으로 신청권을 인정한 판결이 서울행정법원 2018. 12. 7. 선고 2018구단15406 판결인데, 항소심에서 서울고등법원 2021. 1. 20. 선고 2019누31350 판결으로 제1심 판결이 변경, 원고패소 판결이 선고되었다(대법원에서 심리불속행기각으로 확정). 해당 서울행정법원 판결은 난민 임시상륙허가에 관한「출입국관리법」제16조의2와 고문금지협약 제3조에 입각해 신청권을 인정하였다.

2019누61740 판결은 “외국인에게 인도적 체류 허가 신청권이 인정된다고 가정하더라도, 행정절차법 제17조와 난민법 제5조 제3항의 규정 등을 종합적으로 살펴볼 때, 인도적 체류 허가 신청은 원칙적으로 ‘서면’으로 하여야 하고, 그 문서의 내용 등에 인도적 체류 허가를 신청하는 명시적·확정적 의사표시가 포함되어야 한다”고 하였다. 그리고 난민인정과 인도적 체류허가가 단일절차에서 이루어지는 점을 고려한다고 해도, 난민인정 신청을 하였다는 사정만으로는 인도적 체류허가 신청을 함께 한 것으로 간주할 수는 없다고 보았다. 더불어 인도적 체류허가 거부라는 처분의 존재 자체도 부정했다. 행정청이 문서에 의해 처분을 한 경우 그 처분서의 문언이 불분명하다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 문언에 따라 어떤 처분을 했는지 확정해야 하고, 처분서의 문언만으로도 행정청이 어떤 처분을 했는지 분명함에도 처분 경위나 처분 이후 상대방의 태도 등 다른 사정을 고려해 문언과 다른 처분이 포함된 것으로 확대해석해서는 안 되는데,[50] 난민불인정이라는 결정 취지 외에 인도적 체류를 불허한다는 기재가 없는 경우에는 인도적 체류허가 거부라는 처분 자체의 존재를 인정할 수 없다는 것이다. 이러한 입장은 인도적 체류허가의 신청권을 인정했던 서울행정법원 2018. 12. 7. 선고 2018구단15406 판결을 변경한 서울고등법원 2021. 1. 20. 선고 2019누31350 판결에서도 채택되었다.[51]

2. 신청과 거부의 존재

서울고등법원 2020. 12. 10. 선고 2019누61740 판결과 서울고등법원 2021. 1. 20. 선고 2019누31350 판결의 당부를 논의해보고자 한다. 과연 ‘인도적 체류허가를 신청한다’와 같은 명시적인 기재가 포함되지 않은 난민신청에 일

---

50) 대법원 2016. 10. 13. 선고 2016두43349 판결.

51) 서울고등법원 2020. 12. 10. 선고 2019누61740 판결은 서울고등법원 2021. 1. 20. 선고 2019누31350 판결의 확정에 앞서 상고심에서 심리불속행기각으로 확정되었다.

반적으로 인도적 체류허가에 대한 신청이 포함된 것으로 볼 수는 없는 것인가? 이 판결들이 지적하듯이, 난민인정 신청에 대해 인도적 체류허가 신청을 간주하는 규정은 없다. 이는 비교법적으로 비호신청을 원칙적으로 헌법상 비호, 난민협약상 난민보호, 부수적 보호 모두에 대한 신청으로 보는 독일과 다른 점이다.[52] 이 판결들은 각 해당 사안의 난민인정 신청을, 원고가 정치적 견해 등을 이유로 박해를 받게 될 것이라는 충분히 근거 있는 공포가 있으니 인도적 차원에서 원고를 난민으로 인정하여 줄 것을 구하는 내용으로 이해하는 것이 자연스럽다는 입장을 취하고 있다. 그런데 위와 같은 신청에 원고가 생명이나 신체의 자유 등을 현저히 침해당할 수 있다고 인정할 만한 합리적인 근거가 있으므로 인도적 체류허가를 할 것이라는 신청이 포함된 것으로 해석할 여지가 없는지는 의문이다. 물론 난민과 인도적 체류허가의 요건은 다르지만, 이 글에서는 다음과 같은 논거에 입각해 적극적 해석의 가능성을 제시한다.

첫째, 다섯 가지 박해사유 중 어느 하나가 충족되지 않은 경우에는 보호를 받지 않겠다는 의사를 도출하는 것은 신청인의 이익에 반하는 부자연스러운 의사해석이다. 둘째, 박해란 "생명, 신체, 또는 자유에 대한 위협을 비롯하여 인간의 본질적 존엄성에 대한 중대한 침해나 차별을 야기하는 행위"[53]를 말한다. 용어에 약간의 차이가 있기는 하지만, 인도적 체류허가 요건과 대체로 유사하다. 실제로 박해와 가혹행위의 개념상 구별이 용이하지 않은 점도 이를 뒷받침한다.[54] 셋째, '충분한 근거 있는 공포'와 '합리적인 근거'에도 차등을 둘 필요가 없음은 앞서 언급하였다. 넷째, 난민인정 신청이 난민이라는 구체적인 지위에 한정되는지, 아니면 그보다 약한 권리와 이익이 주어지는 인도적 체류허가에도 미친다고 볼 수 있는지의 문제가 남아 있는데, 국제적 보호라는 내용적 공통성과 더불어 단일절차라는 절차적 공통성의 취지에 따라 이를 인정할 수 있다. 난민인정과 인도적 체류허가의 관계는 단일절차성

52) 독일의 절차에 관해, 제3장 제3절 I. 1. 2) (1) 참고.
53) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결.
54) 제2장 주 290 및 그에 상응하는 본문 참고.

이라는 관점에서 하급심 판결들에서 비교의 대상으로 제시하고 있는 국가유공자 등록과 보훈보상대상자 등록과는 약간의 차이가 있다. 후자의 경우에 보훈보상대상자 등록신청 간주규정이 없는 상황을 가정한다면, 국가유공자 등록거부 후 보훈보상대상자 등록결정을 할 수 있는 근거가 없다. 인도적 체류허가의 경우에는 간주규정이 없지만 난민인정 신청에 대한 거부 후 발급할 수 있는 근거가 있다.

나아가 세부사항을 살펴보면,「난민법 시행규칙」별지 제1호서식의 난민인정신청서에는 난민신청사유로 인종, 종교, 국적, 정치적 의견, 특정사회집단의 구성원 신분, 가족결합뿐만 아니라, '기타' 사유도 기재할 수 있도록 되어 있다. 난민법령상 서면에 의한 난민신청을 엄격한 의미의 난민협약상 난민으로 축소하여 이해하면, '기타'란은 불필요하다. 다른 박해사유가 아니라 기타 사유를 기재했다는 이유로 불리하게 고려할 빌미를 만들 뿐이라는 이해는 인도적 체류허가 제도의 존재 자체를 무시하는 것이다.

다른 한편, 인도적 체류허가가 거부되었다는 취지의 기재가 포함되지 않은 경우 인도적 체류허가 거부의 존재를 인정하기 어렵다는 논지는 어떻게 바라볼 것인가? 난민인정 요건불비 시 인도적 체류허가 요건 구비여부에 대한 심사를 개시할 것인지에 관해 행정부 내부적으로 확립된 실무례조차 확인하기 어렵다는 점은 문제 해결의 난맥을 더한다. 상황은 인도적 체류허가 거부의 기재가 없는 처분서에 대해, '이유가 제시되지 않은 거부처분'을 읽어낼 것인지 '미심사·미처분'을 읽어낼 것인지로 정리될 수 있다. 근래의 법원의 실무는 후자를 염두에 두고 있는 것으로 보인다.

기술적으로만 보았을 때에는 이와 같은 입론이 불가능한 것은 아니다. 엄격하게 보자면 현행 난민법령상 인도적 체류허가는 난민불인정결정 또는 이의신청에 대한 기각결정에 부가해서 할 수도 있지만 반드시 그래야 하는 것은 아니므로(「난민법 시행령」 제2조 제2항 참고), 인도적 체류허가를 나중에라도 할 수 있으므로 명시적 거부가 없었다면 단순 부작위 상태인 것으로 볼 수도 있는 것이다. 하지만 인도적 체류허가 신청의 존재를 인정할 수 있는 사안들에서 그간 해왔던 난민불인정결정이 인도적 체류허가 여부에 대해

응답을 하지 않은 것으로 본다면, 수많은 부작위위법 상태를 인정하는 결과에 이르게 된다. 하지만 제반사정에 입각해서 거부의 의사가 있었음을 추단할 수 있다면 굳이 이를 부작위로 볼 필요가 없다. 그와 같은 제반사정은 행정부의 실무적 인식 자체에서 찾을 수 있다. 예컨대, 근래 주목도가 높았던 예멘 난민신청자들에 대해서, 제주출입국·외국인청은 난민인정, 인도적 체류허가, 단순 불인정, 직권종료를 병렬적으로 설명하였다. 그리고 "제3국에서 안정적인 정착이 가능한 것으로 판단되는 사람 등 국내체류가 부적절한 사람 22명에 대해서는 인도적 체류허가도 하지 않고 단순 불인정하기로 하였습니다."라는 설명을 부가하였다.[55] 이와 같은 상황에 비추어 볼 때, 불인정 결정에 인도적 체류허가 거부의 의사가 없다는 설명은 실무적으로 뒷받침되기 어렵다. 예멘 난민들의 사안 이외의 개별적 사안에서 인도적 체류허가 여부에 대한 심사가 이루어지지 않았다고 하더라도, 그와 같은 경우에는 구체적인 심사조차 하지 않고 인도적 체류허가를 부여하지 않기로 하는 의사가 포함되었다고 볼 수도 있다.

3. 신청권

최근의 하급심 판결에서 신청권 부정이 아니라 신청 및 처분의 부존재로 각하판결을 하는 방향으로 나아가는 것은 인도적 체류허가의 신청권을 부정한 논거에 대한 최근 학계의 비판[56]으로부터 영향을 받은 것으로 추측된다.[57] 비판의 주된 초점은 인도적 체류허가에 대한 신청 및 심사절차를 별

---

55) 법무부 2018. 12. 14.자 보도자료, [제주출입국외국인청] 제주 예멘 난민신청자 심사 결과 최종 발표.

56) 최계영(주 2), 45면 이하 참조.

57) 신청권 법리는「행정소송법」문언에 정면으로 위배되며, 주관주의 및 사법소극주의로부터 비롯되었다는 설명에 관해, 박정훈, "거부처분과 행정소송 — 도그마틱의 분별력·체계성과 다원적 비교법의 돌파력 —", 행정법연구 제63호, 2020 참조. 신청권 법리 자체의 남용적 성격을 지적하면서 그 폐기를 주장하는 입장에 관해, 이상덕, "거부처분의 처분성 인정요건으로서의 '신청권' 이론에 관한 비판적 고찰", 사법 통권 제55호, 2021 참조.

도로 두지 않고 난민인정 절차와 함께 심사토록 한 취지는, 난민에 해당하는 사람이 인도적 체류허가만 신청하게 되는 불합리 방지[58] 또는 절차적 효율화[59] 등에서 찾을 수 있고, 사법심사 배제에서 찾을 수는 없다는 것이다.[60] 더불어 강제퇴거명령에 대한 쟁송과정에서 강제송환금지를 위법사유로 주장할 수 있는지 불분명하다는 점에서 인도적 체류허가 거부를 다투게 하는 것이 강제송환금지 원칙을 관철시킬 수 있는 실질적으로 유일한 방법이라는 것이다.[61] 대법원 판례에 의하더라도 법규상 규정된 별도의 신청절차가 신청권 인정의 필수적 전제가 아닌 점, 재량행위성이 신청권 부정의 근거가 될 수 없다는 점도 지적할 수 있다.[62] 신청권이 인정되지 않는다는 취지의 서술을 살펴보면, "실무상 법무부장관은 난민불인정결정을 하면서 재량에 의하여 인도적 체류를 허가한다. 따라서 난민법상 난민에 해당하지 않더라도 보충적 보호가 필요하다는 이유로 인도적 체류허가를 구할 수 있는 법규상·조리상 신청권이 인정되지 않고, 인도적 체류허가를 받기 위한 구제 방법도 생각하기 어렵다."[63]라고 설명된다. 하지만 이미 수많은 재량행위에 대해서 사법심사가 이루어지고 있다는 점에서, 재량행위를 신청권 부정의 이유로 삼는 것은 설득력이 떨어진다. 이 재량을 심사 개시여부 자체에 대한 재량으로 관념화하는 것도 어렵다. 다른 '할 수 있다' 규정들과 달리 볼 특별한 이유가 없고, 그렇다 하더라도 그것이 신청권 부정의 근거가 될 수 있는지 불분명하기 때문이다. "신청권 이론을 완전히 폐기하지 않는다고 하더라도, 관계 법령에 행정권한발동의 요건이나 기준에 관한 구체적인 기준이 전혀 없는

---

58) 2011. 12. 국회 법제사법위원장 '난민 등의 지위와 처우에 관한 법률안 심사보고서' 중 III. 전문위원 검토보고의 요지, 23면(특히 각주 31).

59) 위 심사보고서 22면(특히 각주 30); UNHCR, 'UNHCR's Comments on the Republic of Korea 2009 Draft Bill on Refugee Status Determination and Treatment of Refugees and Others' (15 June 2009) 21.

60) 최계영(주 2), 47면 이하.

61) 상게논문, 56-57면.

62) 김후신(주 9), 637면.

63) 사법정책연구원, 난민인정과 재판 절차의 개선 방안(발간등록번호: 32-9741568-001086-01, 연구책임자: 이혜영·표현덕), 2017, 72면.

예외적인 사안에서 제한적으로 적용하는 것이 바람직하다"는 입장을 고려할 때,[64] 관련 절차와 요건이 규정되어 있는 인도적 체류허가 거부의 처분성을 부정할 수는 없다.

Ⅳ. 인도적체류자의 처우

한국의 인도적체류자는 협약상 난민에 비해 매우 적은 권익만이 보장된다. 물론 체류자격조차 부여되지 않는 미국의 퇴거유예자 또는 퇴거연기자에 비해서는 나은 면이 있다.[65] 결국 비교법적으로 살펴볼 때 '캐나다·호주 → 독일·프랑스 → 한국 → 미국'의 순서로 협약상 난민과의 차별성이 심하게 나타난다고 평가할 수 있다. 이하에서는 구체적으로 법령상 인도적체류자에 대한 처우를 난민인정자에 대한 처우와 비교하여 살펴본다.

인도적 체류허가를 받는 경우에는 기타(G-1) 체류자격이 발급된다.[66] 그 상한기간은 1년이다.[67] 이와 달리 난민인정자에게는 거주(F-2) 체류자격이 부여된다.[68] 상한기간은 5년이다.[69] 인도적체류자에 대해서는 여행증명서를 발급할 법적 근거가 없다. 그에 반해, 법무부장관은 난민인정자가 신청하는 경우 특별한 사정이 없는 한 난민여행증명서를 발급하여야 한다(「출입국관리법」 제75조의6 제1항).

인도적체류자는 일반적으로 영주자격 신청자격이 없다. 그로 인해 영주자격 전치주의를 두고 있는 「국적법」상 일반귀화의 요건을 충족하지도 못한다.[70] 영주자격 전치주의는 이는 「국적법 일부개정법률」(2017. 12. 19. 법률 제15249호)에 의해 도입되었다. 이로 인해 종전에 체류요건을 갖추어 귀화신

---

64) 이상덕(주 57), 1087-1088면.
65) 미국의 보충적 보호자에 대한 처우에 관해, 제3장 제4절 II. 3. 참고.
66) 「출입국관리법」 제10조의2 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제12조 [별표 1의2].
67) 「출입국관리법 시행규칙」 제18조의3 [별표 1].
68) 「출입국관리법」 제10조의2 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제12조 [별표 1의2].
69) 「출입국관리법 시행규칙」 제18조의3 [별표 1].
70) 「국적법」 제5조 제1의2호 참고.

청을 할 수 있었던 인도적체류자도 일반귀화의 기회가 봉쇄된 것이다. 반면, 난민인정자는 체류요건을 갖추어 영주자격을 신청할 수 있으며,[71] 일반귀화의 요건을 갖추어 귀화신청을 할 수도 있다(「국적법」 제5조).

인도적체류자의 경우 「난민법」 제39조는 "법무부장관은 인도적체류자에 대하여 취업활동 허가를 할 수 있다"고 규정하고 있다. 이는 인도적체류자의 처우에 관해 「난민법」이 두고 있는 유일한 규정이다. 규정 문언상 법무부장관은 인도적체류자에 대해 재량으로 취업활동 허가를 할 수 있다. 그에 반해, 난민인정자에게 부여되는 거주(F-2) 체류자격은 취업활동에 제한이 없는 체류자격이다.[72]

가족재결합 관점에서도 차이가 나타난다. 인도적체류자는 가족재결합을 구할 권리가 없다. 그에 반해, 난민인정자의 배우자 또는 미성년자인 자녀가 입국을 신청하는 경우 「출입국관리법」 제11조에 해당하는 경우가 아니면, 법무부장관은 입국을 허가해야 한다(「난민법」 제37조 제1항).[73]

한국에서 이주아동은 국적 및 체류자격과 무관하게 공교육을 받을 수 있고, 인도적 체류 아동 역시 이에 포함된다. 하지만 의무교육 대상이 아니어서 취학 안내의 대상이 되고 있지 않다.[74] 그에 반해, 초·중등교육 제도에서 난민인정자의 미성년자 자녀는 국민과 동일하게 취급된다(「난민법」 제33조 제1항). 인도적체류자는 난민인정자와 마찬가지로 별도의 체류자격 변경 없이 고등교육기관을 이용할 수도 있다.[75]

국내에 체류하는 외국인은 대한민국 국민과 같은 수준의 사회보장을 받는

---

71) 난민인정자에게 부여되는 거주(F-2) 체류자격으로 2년 이상 한국에 체류하는 경우 영주자격을 신청할 수 있다(「출입국관리법」 제10조의3 제2항 각 호 외의 부분, 같은 법 시행령 제12조의2 제1항 [별표 1의3] 18.).

72) 「출입국관리법」 제18조 제1항, 같은 법 시행령 제23조 제1항, 제2항 제1호.

73) 이 규정이 사증발급 의무까지 포함한 것인지는 문언상 불분명하다.

74) 인도적체류자인 아동의 교육과 관련해서는, 김진, "아동의 '인도적' 체류", 국가인권위원회, 한국에서 인도적체류자로 살아가기, 국가인권위원회 2019 「이주 인권가이드라인」 모니터링 결과 보고회, 2019, 50면 이하.

75) 법무부 체류관리과 「외국인유학생 사증발급 및 체류관리 지침」 참고(상게발제문, 51면에서 재인용).

다(「난민법」 제31조).[76] 그러한 맥락에서 난민인정자는 「국민기초생활 보장법」에 따른 보호를 받고 있다(「난민법」 제32조). 하지만 인도적체류자는 그러한 사회보장에서 다수 제외되어 있다. 인도적체류자와 난민인정자는 모두 국민건강보험의 직장가입 및 지역가입의 대상이 되지만,[77] 인도적체류자에 대해서는 차별적 보험료 부과, 세대원 등록대상 제한, 가족관계증명의 어려움의 실무상 문제가 나타나고 있다.[78] 난민인정자는 「의료급여법」의 보호를 받는 데 반해, 인도적체류자는 적용대상에 포함되어 있지 않다. 다만, 인도적체류자는 난민인정자와 마찬가지로 건강보험 등 각종 의료보장제도에 의해서 의료혜택을 받을 수 없는 경우 보건복지부의 '외국인근로자 등 의료지원 사업'에 의해 의료지원을 받을 수 있다.[79] 또한, 인도적체류자와 난민인정자는 모두 「긴급복지지원법」상 위기상황이 있는 경우에는 긴급복지지원을 신청할 수 있다(「긴급복지지원법」 제5조, 제5조의2, 같은 법 시행령 제1조의2 제3호, 제5호).[80]

Ⅴ. 입법개선 방향

76) 이 규정과 관련해 관계 법령에서 난민인정자에 대해서 별도 권리를 규정하지 않더라도 국민과 같은 수준의 사회보장을 요구할 권리가 인정되는지 문제된다. 이와 관련하여 난민인정자에게 장애인 등록을 거부한 처분에 대해 취소판결을 한 예가 있다(부산고등법원 2017. 10. 27. 선고 2017누22336 판결). 현행법상으로는 장애인 등록 대상자에 난민인정자가 포함되어 있다(「장애인복지법」 제32조의2 제1항 제5호). 인도적체류자는 포함되어 있지 않다.

77) 「국민건강보험법」 제109조 제2항 및 제3항, 같은 법 시행규칙 제61조의2 제1항 및 제2항 참고. 원칙적으로 직장가입자가 아닌 지역가입자는 6개월 이상 국내에 체류하면 건강보험에 가입해야 한다. 「장기체류 재외국민 및 외국인에 대한 건강보험 적용기준」(보건복지부고시 제2021-63호) 참고.

78) 박정형・조주연, "건강보험제도 및 사회보장제도의 문제점과 제언", 국가인권위원회(주 74), 59면 이하.

79) 보건복지부, "2020 외국인근로자 등 의료지원 사업안내" <http://www.mohw.go.kr/react/jb/sjb030301vw.jsp?PAR_MENU_ID=03&MENU_ID=032901&CONT_SEQ=354437> 최종접속일: 2021. 5. 30.

80) 보건복지부, 2021 긴급복지지원사업 안내(발간등록번호: 11-1352000-000158-10), 40면.

1. 보호근거 및 효과의 보완

현행 「난민법」의 인도적 체류허가 관련 조항을 개선할 방향을 조문의 형태로 제안하고자 한다. 중점은 강제송환금지 의무가 인정되는 경우에는 보충적 보호 지위의 기속적 부여를 원칙으로 하되, 그 외에 강제송환금지 의무의 범위에 들어오지 않는 종전의 인도적 체류허가 사유에 관해서는 재량적으로 이를 부여할 수 있도록 하는 것이다. 나아가 순수하게 시혜적인 사유로 인도적 체류허가를 부여할 수 있도록 하는 법적 근거도 필요하다. 이와 같은 수익적 지위의 부여는 단순히 강제퇴거를 하지 않는 것과 달리 국가가 체류의 합법성을 인정하는 것이므로 국가공동체의 이익에 명백히 반하는 경우에는 이를 부여할 수 없도록 하였다.

현 행	개 정 안
제2조(정의) (생 략) 1. ~ 2. (생 략) 3. "인도적 체류허가를 받은 사람"(이하 "인도적체류자"라 한다)이란 제1호에는 해당하지 아니하지만 고문 등의 비인도적인 처우나 처벌 또는 그 밖의 상황으로 인하여 생명이나 신체의 자유 등을 현저히 침해당할 수 있다고 인정할 만한 합리적인 근거가 있는 사람으로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 법무부장관으로부터 체류허가를 받은 외국인을 말한다. 4. ~ 6. (생 략)	제2조(정의) (현행과 같음) 1. ~ 2. (현행과 같음) <삭 제> 4. ~ 6. (현행과 같음)

<신 설>	제19조의2(보충적 보호 지위 등) ① 법무부장관은 난민신청자가 난민에 해당하지 않는다는 이유로 난민불인정결정을 하거나 이의신청에 대해 기각결정을 하는 경우, 그 난민신청자가 송환되었을 때 다음 각 호의 어느 하나에 처해질 것이라는 합리적인 이유가 있는 경우에는 보충적 보호 지위를 부여하여야 한다. 그 밖의 이유로 생명이나 신체의 자유 등을 현저히 침해당할 수 있다고 인정할 만한 합리적인 근거가 있을 때에도 보충적 보호 지위를 부여할 수 있다. 1. 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제6조에 반하는 자의적인 생명박탈 2. 「고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약」 제3조 또는 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제7조에 반하는 고문이나 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우·처벌 3. 「아동의 권리에 관한 협약」 제6조, 제37조, 제38조 또는

	「아동의 무력충돌 참여에 관한 아동권리협약 선택의정서」 제3조, 제4조에 반하는 조치 ② 법무부장관은 제1항에 따른 보충적 보호 지위를 부여하지 아니하는 경우 난민신청자의 인도적 상황, 출신국의 인권실태, 대한민국에서의 생활관계 등을 고려하여 인도적 체류허가를 할 수 있다. ③ 제1항 또는 제2항에 따른 결정을 하는 경우 당해 결정으로 인하여 영향을 받을 아동의 최선의 이익을 우선적으로 고려하여야 한다. ④ 법무부장관은 난민신청자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 보충적 보호 지위를 부여하거나 인도적 체류허가를 할 수 없다. 1. 국제조약 또는 일반적으로 승인된 국제법규에서 정하는 세계평화에 반하는 범죄, 전쟁범죄 또는 인도주의에 반하는 범죄를 저지른 경우 2. 중대한 비정치적 범죄를 저지른 경우

	3. 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 한 경우 4. 당해 난민신청자의 체류가 국가의 안보 또는 국가공동체에 위험을 야기하는 경우

「난민법」상 '인도적 체류'라는 용어 자체가 문언상 시혜적 성격이 강하고, 마치 보호해야 할 의무는 없지만 재량으로 보호 여부를 결정할 수 있다는 뉘앙스를 가진다는 지적하에 "보충적 보호지위"라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다는 주장이 있다.[81] 이 글에서도 이와 같은 입장을 따른다.

위험이 있는 송환국으로의 강제퇴거가 위법할 것이 확실한 경우에 그러한 위법성의 발생을 막기 위한 방법은 강제퇴거를 하지 않는 것이다. 하지만 행정청의 입장에서는 강제퇴거 개시 이전에는 그러한 사정을 알기 어렵다. 보다 효과적인 방법은 외국인 스스로 법적 지위를 신청하게 하여, 강제송환금지 의무의 존재가 인정되는 경우 특별한 사정이 없는 한 지위를 부여하는 것이다. 이는 외국인이 자신의 권리·이익을 스스로 먼저 주장하게 한다. 더불어 이와 같은 신분법적 지위 설정은 체류 이외의 여러 가지 처우를 보장하기 위한 매개로도 기능한다. 행정적으로 인식되지 않는 미등록 외국인에 대해서는 국가에 의한 인권 보장이 이루어지는 데에 한계가 있다.

개정안 제19조의2 제1항 제1문 제1호는 자유권규약 제6조의 의무를, 제2호는 고문방지협약 제3조와 자유권규약 제7조의 의무를 반영한 것이다. 제3호는 아직 비교법적으로 널리 받아들여지고 있는 사유는 아니고, 아동권리위원회의 일반논평을 반영한 실험적인 제안이다. 이들은 국제법상 강제송환금지 의무를 반영해 기속행위로 두었다. 조약을 직접 원용하지 않고 조약의 문언을 풀어서 규정하는 방법도 생각해 볼 수 있을 것이지만, 조약을 그대로 들이는 것이 국제인권법상 의무를 회피해서 독자적인 해석으로 나아가는 것을 방지하는 데에 보다 적합하다.[82]

---

81) 김세진(주 23), 344-345면.

개정안 제19조의2 제1항 제2문은 국제인권법상 확립된 강제송환금지 의무의 범위를 넘어서는 사안에서 재량적으로 보충적 보호 지위를 부여할 수 있음을 의도했다. 이는 현행법상 인도적 체류허가의 요건을 거의 그대로 반영하였다. 비교법적으로 국제법상 강제송환금지 의무 범위에 비해 추가적인 보호를 제공하고 있는 각국의 실무에 비추어 볼 때,[83] 국내법상 보호와 국제법상 보호의 일치에 천착해 이미 존재하고 있는 국내법상 보호의 근거를 후퇴시킬 필요가 없다.

여기서 지위 부여의 가능성을 닫는 방법도 생각할 수 있다. 하지만 그간 법적 근거 없이 오로지 인도주의적 고려에 입각한 경우에도 인도적 체류허가가 발급되는 운용례를 고려하면,[84] 그와 같은 실무의 법적 근거를 마련하는 것이 행정의 선택권을 확보하는 데에 일조할 것이다. 바로 그와 같은 점에서 개정안 제19조 제2항을 두었다. 이는 구조적으로 캐나다의 인도적·온정적 고려와 유사하다.[85] 개정안 제19조의2 제1항 제2문 및 제2항에 따른 재량적 보호는 이 글에서 관념화하였던 광의의 보충적 보호의 일종으로 이해할 수 있을 것이다.[86]

개정안 제19조의2 제3항은 아동권리협약 제3조에 대한 확인적 규정이다. 재량권 행사 시 아동의 최선의 이익에 중요한 무게를 둘 필요가 있다는 점을 상기시키고자 하는 의도를 지닌다. 아동권리협약 제3조가 보충적 보호의 독자적인 근거가 될 수 있는지에 대해서는 논란이 있다. 이에 관해서는 독자적인 강제송환금지 의무로 관념화하기보다는 비례원칙의 적용이라는 맥락에서 이해하는 것이 매끄럽다는 견해를 앞서 제시했다.[87] 이러한 인식을 반영

---

82) 더불어 문언을 풀어서 규정하는 경우에 비해 조약을 직접 원용하는 것이 조약감독기구의 해석을 적극적으로 참고할 근거가 강화된다. 조약감독기구의 해석에 대한 적극적 고려의 필요에 관해서는 제2장 제1절 II. 참고.

83) 제3장 제5절 I. 2. 참고.

84) 최계영, “인도적 체류허가의 문제점과 보충적지위 신설의 필요성을 중심으로”, 국가인권위원회(주 74), 180면.

85) 제3장 제2절 I. 2. 3) 참고.

86) 제1장 제3절 I. 참고.

87) 제2장 제2절 II. 5. 3) 참고.

해 개정안 제19조의2 제1항 각호의 사유로 아동권리협약 제3조를 명시하지는 않았다.

마지막으로 예외규정으로서 개정안 제19조의2 제4항을 제안한다. 재차 언급하자면 국제법상 강제송환금지의 절대성을 받아들이더라도 이는 국가가 체류권을 포함하는 법적 지위를 국내법적으로 부여할 의무를 발생시키지 않는다. 내용적으로는 난민협약 제1조F와 제33조 제2항을 감안하여 입안했다. 제2호의 경우에는 유럽연합 「자격지침」처럼 '중대한 범죄'라는 예외요건을 둘 것인지,[88] 난민협약 제1조F(b)와 같은 구조를 취할 것인지는 논의의 여지가 있겠지만, 난민법제의 통일성 차원에서 협약상 난민과 동일한 구조를 따랐다. 한편, 중대한 범죄에 해당하는 종류를 대통령령 등으로 위임해서 미리 정하도록 하는 방법도 고려할 수 있을 것이지만,[89] 의심의 대상이 되는 범죄에 이르게 된 경위 등의 제반사정에 대한 개별적 고려가능성을 열어 두는 차원에서, 해석에 맡기는 것이 적절하다.

2. 신청절차 명시 및 응답의무 신설

제3장에서 살펴본 국가들 중에 보충적 보호 지위를 불인정하는 것에 대한 사법심사가 완전히 차단된 경우는 없었다.[90] 전권법리에 따라 이민행정 영역에서 사법심사 범위가 헌법의 영역보다는 의회의 영역에서 결정되는 미국의 경우에서조차[91] 퇴거유예・연기 여부에 대해 행정쟁송과 사법심사가 가능하다.[92] 재량적 성격이 훨씬 강한 임시보호지위에 관해서도 마찬가지이다. 임

---

88) 제3장 제2절 I. 1. 2) 참고.

89) 중대한 범죄로 보는 범죄유형을 선제적으로 규정하고, 그 이외의 범죄에 관해서도 중대한 범죄로 판단할 수 있게 하는 예로는, 제3장 제2절 II. 2. 2) 참고(미국의 입법례). 난민보호라는 수익적 지위 미제공 사유로서 중대한 범죄로 유죄판결을 받은 경우를 규정하면서 법정형 등을 일응의 기준으로 삼는 예로, 제3장 제3절 I. 2. 2) (2) 참고(캐나다의 입법례).

90) 제3장 제5절 I. 4. 참고.

91) 제1장 제1절 I. 1. 참고.

92) 제3장 제3절 II. 2. 참고.

시보호지위를 설정하지 않는 부작위에 대해서 개인이 다툴 방법은 없는 것으로 보이지만, 임시보호지위 대상자를 설정한 이후에 본인이 그에 해당하는지에 대한 결정에 대해서는 일정한 경우를 제외하고 쟁송과 사법심사가 가능하다.[93] 따라서 보충적 보호 지위를 두면서 행정쟁송을 봉쇄한다면, 이는 비교법적으로 극히 이례적인 경우가 될 것이다.

신청권 및 신청과 거부의 존재에 관해 앞서 제시한 확장해석에도 불구하고, 입법적 불명확성은 부정하기 어렵다. 이 점에서 난민인정 신청 시 인도적 체류허가 신청간주 규정을 두는 것이 바람직하다.[94] 다른 대안으로는, 난민불인정결정 또는 이의신청에 대한 기각결정 시 인도적 체류허가 여부에 대한 행정청의 심사·결정의무를 신설하는 방법도 있을 것이다. 그와 같은 경우 난민인정신청에 인도적 체류허가 신청이 포함되지 않은 것이라고 보기가 어렵다. 신청권 문제의 해결만을 위해서 별개의 신청절차를 추가하는 방법도 고려할 수 있겠지만, 이는 단일절차가 가지는 효율성을 고려할 때 바람직하지 않다.

3. 처우개선

1) 두 가지 관점

개별적 개선점을 제안하기 전에 처우의 문제를 보는 시각에 관하여 검토한다. 인도적체류자의 처우에 관한 법제평가는 크게 두 가지 관점에서 이루어질 수 있다. 하나는 협약상 난민과 어느 정도로 동등한 수준의 처우를 받는지의 문제이다. 비교법적으로 동일한 수준의 보호를 해 주는 국가도 있고, 그렇지 않은 경우도 존재한다.[95] 다른 하나는, 기본권과 인권의 최대한의 보장을 추구하고, 최소한의 보장을 이행하고 있느냐는 것이다.[96] 이 두 가지

93) 제3장 제2절 II. 3. 2) 참고.
94) 독일의 예로, 제3장 제3절 I. 1. 2) (1) 참고.
95) 제3장 제4절 II. 참고.
96) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543의 표현을 빌리자면, “인간다운 생

관점에서 평가의 기준이 되는 규범에는 헌법과 국제인권조약, 특히 자유권규약뿐만 아니라 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」[97]이 포함될 것이다.

(1) 협약상 난민과의 유사 정도

보충적 보호 지위자에 대해서는 난민협약상 난민과 동등한 처우가 보장되어야 하는지의 문제가 있다. 이를 긍정하는 측에서는, 보충적 보호의 대상이 되는 자에 대해서 난민협약을 적용해야 한다고 설명한다. 그 주요 논거는 다음과 같다. 첫째, 난민협약에 부속된 최종의정서 권고 E는 당사국의 영토 내에 있는 사람들이 1951년 협약의 보호 범위에 해당하지 않는다고 하더라도, 당사국들이 협약의 범위를 넘어서서 그들에 대해 난민에게 제공하는 대우를 부여하는 데 기대를 표명하였는데,[98] 이는 협약의 입안자들이 보충적 보호 체제를 예견하고 있었음을 어느 정도 보여준다.[99] 둘째, 난민협약의 우선성의 취지를 고려할 때, 보충적 보호로의 회피를 가능케 해서는 안 된다.[100] 셋째, 일반적으로 외국인 사이의 차별취급은 차별이 정당한 목적을 가지고, 객관적으로 정당화가 되며, 비례원칙에 부합하는 경우에 허용되는데, 난민협

활권에 관한 헌법규정은 모든 국가기관을 기속하지만, 그 기속의 의미는 달리서 입법부나 행정부에 대하여는 최대한의 문화적 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판소에 있어서는 인간다운 상활의 영위를 위해 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용한다."

97) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3 (이하 '사회권규약'으로 약칭한다.).

98) Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons (25 July 1951) 189 UNTS 137.

99) Jane McAdam, 'The Refugee Convention as a Rights Blueprint for Persons in Need of International Protection' in Jane McAdam (ed), *Forced Migration, Human Rights and Security* (Hart Publishing 2008) 275-78.

100) ibid 279-82

약상 난민과 보충적 보호 대상자를 달리 취급할 근거가 없다.[101]

이러한 논증은 평등원칙을 매개로 한 난민협약의 적용범위 확장시도로 요약할 수 있다. 유엔난민기구도 기본적으로 난민과 보충적 보호 지위에 대해 처우의 동일성을 추구하는 입장이다. 특히 협약상 난민과 부수적 보호 지위자의 처우에 차등을 둔 「2004년 자격지침」에 관한 논평에서 이러한 입장이 명확하게 드러난다.[102]

개개사건을 기준으로 볼 때 이상의 입장이 타당할 수도 있다. 하지만 제도설계라는 관점에서 보았을 때, 난민협약상 난민과 보충적 보호 대상자의 처우를 동일하게 인정해야 한다는 입장은 결국 난민협약상 난민과 보충적 보호라는 이원적 구조 자체를 사실상 폐기하자는 주장으로 이어진다. 난민협약상 난민과 보충적 보호를 개념적으로 구별했을 때, 국가－시민 사이의 관계가 차별취급으로 인해 단절된 경우가 그렇지 않은 경우보다 악질적이고, 체계적・장기적이라는 추정을 존중할 수 없는지는 의문이다.[103] 이와 같은 점에서 인도적체류자에 대한 처우를 곧바로 난민과 동일하게 보장해야 한다는 주장을 그대로 받아들이기는 어려운 점이 있다. 다만, 군부 독재정권의 유지, 내전 등의 장기화, 전후(戰後) 복구 실패로 인한 혼란, 비가역적 환경재난과 같은 상황으로 인해 장기적・안정적 보호의 필요가 강화되는 경우에는 처우에 있어서 난민인정자에 접근할 필요가 있을 것이다.[104]

---

101) ibid 273; Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press 2007) 220-23.

102) UNHCR, 'UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004)' (2005) 35ff. 현행 「자격지침」도 협약상 난민과 부수적 보호 지위자의 처우에 일부 차등을 둘 수 있도록 하고 있다. 이에 관해, 제3장 제4절 II. 2. 1) 참고.

103) 이와 같은 이원적 구조의 의의에 관해서는, 제1장 제3절 참고.

104) 전상현, "외국인의 기본권보장 방안 — 헌법상 근거, 기본권주체성, 기본권제한에 관하여 —", 법조 제68권 제6호(통권 제738호), 2019, 84면의 표현을 빌리자면, "일정한 사실상의 상태가 지속되면 그 상태에 대한 법적 보호의 필요성이

(2) 보장의 정도

처우의 측면에서는 자유권도 문제가 되겠지만, 보다 강력한 논쟁이 예상되는 것은 사회권의 영역이다. 사회권규약의 보장범위에는 외국인도 포함된다.[105] 당사국은 사회권규약상 권리가 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장해야 한다(제2조 제2항).[106] 다만, 개발도상국은 인권과 국가경제를 충분히 고려해 규약에 정한 경제적 권리를 외국인에게 어느 정도까지 보장할 것인지 결정할 수 있다(제2조 제3항). 현재 한국이 이러한 개발도상국의 예외에 해당하지 않는 것은 비교적 명확해 보인다.

당사국은 규약상 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위해, 가용자원이 허용되는 최대한도까지 조치를 취해야 한다(제2조 제1항). 사회권규약위원회는 국가가 자원이 부족한 상황일지라도 규약상 권리를 최대한으로 구현하도록 노력할 의무가 있음을 강조한다.[107] 또한, 각 권리에 대해 최소

생겨나거나 강화되는 것은 법의 일반적 속성이다."

105) 일반적 설명으로, Claire Lougarre, 'The Protection of Non-nationals' Economic, Social and Cultural Rights in UN Human Rights Treaties' (2020) 9 International Human Rights Law Review 252, 258ff 참조. 한편, 외국인의 헌법상 기본권 보장에 관해서 헌법재판소는 국민의 권리와 인간의 권리를 구별하고 있다. 그리고 사회권적 기본권의 경우에는 국민에 대해서만 인정되지만, 만약에 문제된 기본권이 자유권적 기본권의 성격도 같이 가지는 경우에는 인간의 권리에 가까운 것으로 보는 경향이 있다. 이와 같은 예로, 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297 참고. 하지만 이와 같은 국민의 권리와 인간의 권리의 이분론은 여러 한계를 가지고 있다. 이에 관해, 전상현(주 104), 72면 이하의 논의 참조. 이 글에서는 외국인이 헌법상 기본권주체성이 인정되는 영역이 불명확하다는 점으로 인해 사회권규약의 관점만을 일단 살펴본다.

106) 외국인인지 여부는 제2조 제2항 중 '기타의 신분'에 포함된다는 설명으로, Savitri Taylor, 'Do On-Share Asylum Seekers Have Economic and Social Rights? Dealing with the Moral Contradiction of Liberal Democracy' (2000) 1 Melbourne Journal of International Law 70, 86 (fn 104).

107) UNCESCR, 'General comment No. 3: The nature of States parties' obligations

한의 기본적 수준의 보장을 제공할 '최소한의 핵심적 의무'(minimum core obligation)는 모든 국가에 존재한다고 설명한다.[108] 그리하여 상당한 수의 사람들이 기본적인 음식·의료·주거와 가장 기본적인 형태의 교육을 제공받지 못하고 있다면, 국가의 의무불이행이 추정된다.[109]

사회권규약 제4조에 따르면, 국가의 규약상 권리에 대한 제한은 권리의 성질과 양립할 수 있는 한도 내에서 민주사회에서의 공공복리 증진의 목적으로 법률에 의해서만 가능하다. 상기한 '최소한의 핵심적 의무'를 제한하는 것은 그 권리의 성질과 양립이 불가하므로, 제4조에 따라 제한할 수 없다.[110] 그 이외의 영역에서는 제한하는 경우라 하더라도 공공복리의 증진을 위해서만 가능하다.[111] 이때 공공복리의 증진은 사람들과 공동체의 경제적·사회적 복리의 증진을 의미한다.[112]

2) 체류와 여행

난민인정자와의 관계에서 인도적체류자의 경우 체류허가 기간에 차등을 두는 것에 대해 비판적인 입장이 존재한다.[113] 이는 주로 협약상 난민과의 평등이라는 관점에서 제기되는 문제인데, 보충적 보호의 경우 보호의 필요기

(art. 2, para. 1, of the Covenant)' (1990) UN Doc E/1991/23, para 11.

108) ibid para 10.

109) ibid.

110) Amrei Müller, 'Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights' (2009) 9 Human Rights Law Review 557, 579ff.

111) 관련하여 공공질서나 공중도덕의 목적이 포함되지 않았음에 유의해야 한다는 설명으로, Philip Alston and Gerard Quinn, 'The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' (1987) 9 Human Rights Quarterly 156, 202. 이 점에서 사회권규약 제4조가 헌법 제37조 제2항과 궤를 같이 한다고 표현한 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정은 제한적으로만 타당하다.

112) Müller (n 110) 573.

113) 예를 들어, 유럽연합 「자격지침」상 차등에 대한 유엔난민기구의 입장으로, UNHCR (n 102) 40.

간이 항상 상대적으로 짧은 것은 아니지만, 그와 같은 추정에 입각한 제도운용 자체가 잘못되었다고 할 근거가 충분한지도 의문이다. 단기체류자격을 부여함으로써 발생할 수 있는 어려움은 크게 장래의 불확실성과 연장신청 등의 행정절차를 진행해야 되는 불편함으로 이해할 수 있다. 본질적인 것은 전자로, 이는 ① 체류기간 연장을 심사할 때 인도적 체류허가 사유가 해소되지 않은 경우 연장을 거부하지 않고, ② 국내에서 형성한 생활기반을 개별적으로 고려하여 체류자격을 유지하는 것을 적극적으로 고려하는 방법으로 완화할 수 있다. 다만, 영주자격으로의 전환과 귀화의 기회가 사실상 차단되어 있는 것은, 시간의 경과에 따라 협약상 난민과의 차별취급을 완화할 통로가 막혀있다는 점에서 개선이 필요하다.

인도적체류자에 대해서는 여행증명서를 발급할 근거가 없다. 이는 개선이 필요한 점으로 생각된다. 비교법적으로 보았을 때 여행증명 발급에 관해서는 '캐나다・독일・프랑스 → 호주 → 미국・한국'의 순서로 보장이 악회된다. 캐나다나 유럽연합 회원국의 경우에는 여행증명서를 발급한다.[114] 호주의 경우에는, 단기사증의 경우에는 개별적 여행허가가 필요하고, 영주사증의 경우에는 여행허가가 필요한 예외적 경우가 있지만, 허가된 여행에 대해서는 여행증명서 발급을 신청할 수 있다.[115] 이 점에서 강제송환이 되지 않는 것 이외에 특별한 권리가 인정되지 않는 미국이 이례적이다.[116] 인도적체류자 역시 국내에 있는 자국 공관에서 신분증명이나 여행증명을 받지 못하는 경우가 많을 것이며, 중국이나 일본의 재외공관에서 한국을 겸임국으로 하는 등으로 한국 내에 재외공관이 없는 경우에 문제는 더욱 심각해진다. 한국에 보호를 구하는 사람이라고 하더라도 한국을 일시적으로 떠나야 하는 급박한 사정이 있을 가능성을 배제할 수 없다. 이와 같은 점에서, 적어도 국외여행이 특별히 필요한 사정이 소명된 경우에는 여행증명서를 발급할 근거를 마련할 필요가 있다.

---

114) 제3장 제4절 II. 1. 1) 및 제3장 제4절 II. 2. 참고.
115) 제3장 제4절 II. 1. 2) 참고.
116) 제3장 제4절 II. 3. 참고.

3) 사회통합기회

협약상 난민과 보충적 보호 사이의 차별적 처우는, 보충적 보호 사유가 장기화될수록 그 정당성이 약화된다는 점을 지적하였다.[117] 이러한 약한 정당성을 제고할 수 있는 돌파구 중 하나가 영주권 또는 시민권을 취득할 기회를 부여하는 것이다. 하지만 앞서 살펴보았듯이 현행법상 인도적체류자는 영주자격 신청이 가능한 자에 포함되어 있지 않고, 이로 인해 귀화신청의 기회도 차단된 상황이다. 이 점에서 인도적체류자 역시 영주자격 신청 대상자로 규정화할 필요가 있다. 이때 영주자격 신청 대상자로 규정함으로 인해, 신청요건으로서 체류기간을 충족하기 전에 자의적으로 체류기간 연장을 거부하는 것을 방지할 제도적 장치도 필요할 것이다.

4) 취업활동

국가는 모든 사람이 자유로이 선택・수락하는 노동에 의해 생계를 영위할 권리를 포함하는 근로의 권리를 인정하고, 이를 보호하기 위해 적절한 조치를 취해야 한다(사회권규약 제6조 제1항). 근로의 권리는 다른 인권을 실현하는 데에 핵심적인 권리이며, 인간의 존엄성에 내재한 권리이다.[118]

취업허가 실무는 전반적으로 인도적체류자에 우호적이라고 보기 어렵다. 실무적으로는 업종별 취업제한을 운용하는 사례가 관찰된다.[119] 또한, 개별 취업행위마다 별도로 허가를 득하여야 하는데,[120] 이는 독일에서 보충적 보호 지위자가 아닌 용인 지위자에 대한 취업허가 실무와 구조적으로 유사하

117) 이 장의 제3절 V. 3. 1) (1) 참고.

118) UNCESCR, ‘General comment No. 18: Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights’ (6 February 2006) UN Doc E/C.12/GC/18, para 1.

119) 김영아・김연주, “인도적체류자의 취업과 노동”, 국가인권위원회(주 74) 93면 이하.

120) 상게발제문.

다.[121] 이와 같은 실무는 생계유지 자체는 가능케 한다는 점에서 최소한의 기준을 충족했다고 볼 수도 있을 것이지만, 취업목적으로 입국한 것이 아니라 대체적 보호를 구하려는 목적으로 입국하였고, 실제로 보호가 제공되기로 결정된 사람들에 대해 그와 같은 규제를 두는 것이 적절한지는 의문이다. 한국의 인도적체류자는 독일의 용인과 달리 체류의 합법성에 대한 공식적 인정을 포함한다는 점에서도, 취업활동에 관한 여러 규제를 해소할 필요가 있다.

5) 가족재결합

앞서 살펴보았듯이 한국 난민법제상 인도적체류자에 대해서 가족재결합을 적극적으로 인정하는 법률상 근거가 없고, 난민인정자조차도 가족재결합에 대한 근거가 불분명한 상황이다. 보충적 보호 지위자에 대해서 가족재결합을 원칙적으로 인정하는 캐나다 및 프랑스,[122] 매 달마다 인원제한을 두고 인도적 이유가 있는 경우 재량적으로 가족재결합을 인정하는 독일,[123] 영주사증을 받은 보충적 보호자에 대해서 제한적으로나마 가족재결합이 인정될 가능성을 열어둔 호주[124]의 경우와 대조된다.

그런데 협약상 난민과 인도적체류자와 같은 강제이주민의 가족재결합은, 국제적 보호의 대상이 아닌 사람들의 가족재결합과는 다른 시각에서 바라볼 필요가 있다. 이들의 가족생활은 다른 국가, 특히 보호 대상자의 출신국에서 자유롭게 형성할 수 있는 상황이 아니기 때문이다. 따라서 반드시 한국이 아니더라도 다른 국가에서 가족생활을 형성할 수 있다는, 선택권에 입각한 주장은 약화된다. 이 점에서 인도적체류자와 분리된 일정한 범위의 가족에 대해, 재량적인 형태더라도, 가족결합을 이유로 한 사증·체류자격 발급의 근

121) 이와 같은 독일 실무에 관해서는, 제3장 제4절 II. 2. 2) 참고.
122) 제3장 제4절 II. 1. 1) 및 제3장 제4절 II. 2. 3) 참고.
123) 제3장 제4절 II. 2. 2) 참고.
124) 제3장 제4절 II. 1. 2) 참고.

거를 별도로 마련할 필요가 있다고 사료된다.

6) 사회보장

사회보장권은 인간이 인간으로서 자신의 권리를 실현할 역량이 박탈된 상황에서 인간의 존엄성을 보장하는 데에 핵심적인 권리이다.[125] 난민인정자와 비교하여 인도적체류자에 대한 사회보장은 약화되어 제공되고 있다. 보장이 되는 분야도 대체로 사회보험법 체계 내에서 일부 보장만이 이루어지고 있고, 공공부조법 및 사회복지서비스법 체계에서는 거의 제외되어 있다.[126] 이는 기본적으로 외국인이 기여 없는 혜택을 누려서는 안 된다는 인식을 인도적체류자에게도 적용한 결과로 추측된다. 하지만 사회권규약위원회는 모든 사람이 사회보험법 체계에 의해 보호를 받는 상황은 개연성이 없다는 점에서 공공부조법 및 사회복지서비스법 체계의 필요성의 필요성을 언급하면서, 사회보장권이 평등원칙에 따라 구현되어야 한다고 설명한다.[127] 특히 당사국은 전통적으로 사회보장권을 행사하기에 어려움을 겪는 사람들에 특별한 주의를 기울여야 한다면서, 이러한 사람들의 예로 난민, 비호신청인, 외국인을 포함하고 있다.[128] 이와 같은 점을 고려할 때, 인도적체류자에 대해 최소한의 사회보장을 제공하는 것에서 나아가서, 공공부조법과 사회복지서비스법 체계에 인도적체류자를 포함시키는 것을 적극적으로 고려할 필요가 있다.

---

125) UNCESCR, ‘General comment No. 19: The right to social security (art. 9)’ (4 February 2008) UN Doc E/C.12/GC/19, paras 4, 29.

126) 사회보험, 공공부조, 사회서비스의 분류는 사회보장기본법 제3조 참고. 한편, 외국인의 사회보장수급권 전반에 관해, 김복기, “외국인의 사회보장법상 지위”, 법제연구 제56호, 2019, 33면 이하 참고.

127) UNCESCR, ‘General comment No. 19’ (n 125) para 1.

128) ibid para 31.

제 4 절 강제퇴거에 대한 방어

Ⅰ. 현행법 체계

강제퇴거는 특정한 사람을 국가의 영토 밖으로 강제적으로 출국시키는 것을 의미한다.[129] 이는 행정상 강제집행의 일종으로 직집강제에 해당한다. 강제퇴거는 본인의 의사와 무관한 출국 강제라는 점에서 '출국의 자유'를 보호법익의 한 내용으로 포함하는 거주·이전의 자유를 제약하는 것이라고 설명된다.[130]

「출입국관리법」 제46조 제1항은 강제퇴거의 사유를 정하고 있다. 강제퇴거는 지방출입국·외국인관서의 장이 행한다. 강제퇴거가 가능한 자는 외국인 중 입국 시 유효한 여권과 사증을 지니고 있지 않은 자, 허위초청으로 입국한 자, 입국금지 사유가 있는 자,[131] 입국심사에 관한 법령절차를 위반한 자, 금고 이상의 형을 선고 받고 석방된 자 등 여러 사유가 열거되어 있다.[132]

---

129) 이준일, "강제퇴거 대상자에 대한 보호제도의 위헌성 — 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정에 대한 평석 —", 세계헌법연구 제25권 제2호, 2019, 42면.

130) 상게논문, 44면.

131) 이는「출입국관리법」제11조에 규정되어 있다. 공중위생상 위해를 끼칠 염려가 있는 자, 총포·도검·화약류 등을 위법하게 가지고 입국하려는 자, 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자 경제질서 또는 사회질서를 해치거나 선량한 풍속을 해치는 행동을 할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 자, 구호(救護)가 필요한 자, 강제퇴거명령을 받고 출국한 후 5년이 지나지 아니한 자, 식민지기에 일본정부 등과 연계하여 인종, 민족, 종교, 국적, 정치적 견해 등을 이유로 사람을 학살·학대하는 일에 관여한 자 등이 포함하고 있어 상당히 광범위한 사유가 존재함을 알 수 있다. 다만, 이 사유에 따른 강제퇴거 여부를 결정할 때에는「출입국관리법」제11조 제1항 제13호에 정한 '금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람'과의 균형을 고려해야 한다는 점에 관해, 이철우 외(주 2), 223면(최계영 집필부분) 참조.

132) 강제퇴거 사유에 관한 하급심 판례에 대한 종합분석으로, 박영아, "출입국관리법상 강제퇴거사유에 관한 소고", 법무법인(유한) 태평양·재단법인 동천 공동편집, 이주민법연구, 경인문화사, 2017, 210면 이하 참조.

출입국관리공무원은 외국인이 강제퇴거 사유가 있는 것으로 의심되면 그를 용의자로서 조사할 수 있다(「출입국관리법」 제47조). 용의자가 도주하거나 도주할 염려가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다(같은 법 제51조 제1항).[133]

조사결과 용의자가 강제퇴거 대상자에 해당한다고 인정되면 강제퇴거명령을 할 수 있다(「출입국관리법」 제59조 제2항). 이는 재량행위이다.[134] 강제퇴거명령을 하는 경우에는 강제퇴거명령서를 용의자에게 발급해야 한다(같은 조 제3항). 구체적으로는 강제퇴거명령의 취지 및 이유와 이의신청을 할 수 있다는 뜻을 적은 강제퇴거명령서를 발급해 그 부본을 용의자에게 교부해야 한다(같은 법 시행령 제74조). 강제퇴거명령서에는 적용법조, 퇴거이유, 송환국 등을 명시해야 한다(같은 법 시행규칙 제63조).

용의자는 강제퇴거명령에 대해 이의신청을 하거나 행정쟁송 절차를 따를 수 있다. 이의신청은 지방출입국·외국인관서의 장을 경유해 법무부장관에 한다(「출입국관리법」 제60조 제1항 및 제2항). 이는 「행정심판법」 제4조 제1항에 정한 특별행정심판이라고 보기 어려우므로, 일반행정심판을 배제하지 않는다.[135] 강제퇴거명령은 행정쟁송법상 처분에 해당하므로 행정쟁송의 대상이 될 수 있다.

강제퇴거명령서는 원칙적으로 출입국관리공무원이 집행한다(「출입국관리

---

133) 보호는 그 사전적 의미와 달리 구금의 성질을 지닌다(「출입국관리법」 제2조 제11호 참고).

134) 하명호, "외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰", 고려법학 제52호, 2009, 177면. 이 선행연구 당시에는 강제퇴거명령과 강제퇴거명령서 발급이 별도로 규정되어 있지 않았고, '사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장은 심사의 결과 용의자가 제46조제1항 각호의 1에 해당 한다고 인정될 때에는 강제퇴거명령서를 발부할 수 있다'고 규정되어 있었다(구 「출입국관리법」 (2010. 5. 14. 법률 제10282호로 개정되기 전의 것) 제59조 제2항). 종전에는 강제퇴거명령서의 발부는 재량행위라고 설명되었으나, 현재는 입법이 명료화되어, 재량행위인 것은 강제퇴거명령이며 강제퇴거명령 시 강제퇴거명령서 발급은 기속적이다.

135) 이철우 외(주 2), 252면(이현수·이희정·최계영·최윤철 집필부분).

법」 제62조 제1항). 강제퇴거명령서를 집행할 때에는 특별한 사정이 없는 한 그 명령을 받은 사람에게 강제퇴거명령서를 내보이고 지체 없이 그를 송환국으로 송환해야 한다(같은 조 제3항). 송환국은 국적이나 시민권을 가진 국가가 됨이 원칙이며, 해당 국가에 송환할 수 없는 경우에는 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가, 출생지가 있는 국가, 대한민국에 입국하기 위하여 선박등에 탔던 항(港)이 속하는 국가, 그 밖에 본인이 송환되기를 희망하는 국가 중 어느 하나가 송환국이 된다(같은 법 제64조). 강제퇴거는 권력적 사실행위로서 처분에 해당한다.[136] 하지만 권력적 사실관계의 특성상 실효적 구제를 기대하기는 어렵고, 결국 자신의 체류를 지켜내고자 하는 외국인으로서는 강제퇴거명령에 대한 쟁송으로 시선이 가게 된다.

한편, 아직 입국심사를 통과하지 못한 경우에는 강제퇴거 방법에 차이가 있다. 출입국항에서의 강제퇴거는 통상적인 강제퇴거 절차와 달리 강제퇴거명령을 매개로 이루어지는 것이 아니라, 입국거부를 통해 이루어진다. 외국인이 입국거부를 당한 경우에는 그 외국인이 탔던 선박등의 장이나 운수업자가 그의 비용과 책임으로 그 외국인을 지체 없이 대한민국 밖으로 송환해야 한다(「출입국관리법」 제76조).

Ⅱ. 강제퇴거명령의 위법사유

강제퇴거 절차에서 보충적 보호가 작동할 수 있는지, 작동한다면 어떠한 법논리로 작동하는지에 관해서 살핀다. 강제송환금지 원칙의 준수가 강제퇴거명령의 적법요건이 되는 원리를 강제퇴거명령의 본질에 입각해 분석하는 것을 주된 목표로 한다.

---

136) 이철우 외(주 2), 252면(이현수・이희정・최계영・최윤철 집필부분). 하지만 강제퇴거 집행 후에는 행정소송에 의한 효과적 구제의 기대가 없다는 이유로 헌법재판소에서 위헌여부를 심사한 예가 있다. 헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430, 판례집 24-2상, 567.

1. 명시적 법령위반

국제법 또는 국내법상 강제송환금지 원칙에 위배되는 강제퇴거는 위법하다. 그 이외의 결론을 상정하기 어렵다. 다만, 아직 완전히 명확하지 않은 점은 강제퇴거명령에 대해서도 강제송환금지 원칙의 위배를 주장할 수 있는지 여부이다. 이는 강제송환금지 원칙을 실제적 집행금지의 의미로만 한정하여 이해할 것인지의 문제와 연관된다. 앞서 살펴본「출입국관리법」제62조 제4항 본문의 취지와 더불어, 강제퇴거명령의 집행이 제한된다는 것이 강제퇴거명령 자체의 효력을 소멸시키는 것으로 볼 수 없고 난민신청자라는 사정은 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 경우에 해당하기 때문에 보호명령을 발할 수 있다는 하급심 실무를 살펴볼 때,[137] 강제송환금지 원칙 위배가 강제퇴거명령의 위법사유를 구성할 수 있는지 의문이 제기될 수 있기 때문이다.[138] 즉 실제로 강제퇴거를 집행만 하지 않으면 강제송환금지 원칙의 위배는 발생하지 않는 것인가?「난민법」제3조가 난민인정자, 인도적체류자, 난민신청자를 병렬적으로 규정하고 있어 이러한 의문이 난민신청자뿐만 아니라 난민인정자나 인도적체류자에 대해서도 제기될 수 있다는 점은 논의의 필요성을 높인다.

문제 해결의 출발점은 강제퇴거명령의 본질을 이해하는 데에 있다. 강제퇴거명령은 강제퇴거라는 집행행위의 대상이 될 것이라는 사전적 의사표시의 의미를 지닌다. 강제퇴거명령은 '명령'이라는 용어를 사용하고 있지만, 출국명령[139]과는 달리 외국인과의 관계에서 작위하명의 성질을 지니지 않는다.[140] 강제퇴거명령은 장래에 이루어질 강제퇴거의 실체적 내용을 담은 행

---

137) 서울행정법원 2013. 6. 27. 선고 2013구합3269 판결(서울고등법원 2014. 4. 18. 선고 2013누45807 판결에서 항소기각, 상고심에서 심리불속행기각으로 확정); 서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무, 개정판, 사법발전재단, 2013, 378면.

138) 이와 같은 실무상 불명확성을 언급하는 연구로, 최계영(주 2), 56-57면 참조.

139) 출국명령은 강제퇴거 사유에 해당하거나「출입국관리법」을 위반한 외국인에 대해 자진하여 출국할 것을 명령하는 행위이다(「출입국관리법」제68조 제1항 참고).

140) 이러한 본질을 그 반영하자면 강제퇴거명령보다는 '강제퇴거예고' 또는 '강제퇴

정행위이며, 그 발급은 강제퇴거를 실제로 적법하게 집행하기 위한 절차적 요건이다. 따라서 강제퇴거명령에 대한 쟁송에서 그 처분의 실체적 위법성을 인정하는 것의 실질적 의미는 그와 같은 강제퇴거가 실제로 일어나면 실체법 위반이 발생한다는 것을 인정하는 것이다. 다만, 한국 행정쟁송법 체계에서 처분의 위법성 판단기준시점은 처분 시이므로,[141] 장래에 있을 강제퇴거의 실체법적 위법 여부를 강제퇴거명령 시를 기준으로 판단할 수밖에 없는 상황이다.

난민인정자도 강제퇴거의 대상이 될 수 있다.「출입국관리법」자체가 이를 예정하고 있다.[142] 이는 보충적 보호의 대상이 되는 자의 경우에도 당연히 마찬가지이다. 문제는 강제퇴거의 종착지가 박해, 고문, 가혹행위의 위험이 있는 곳이어서는 안 된다는 것이다. 앞서 살펴보았듯이 강제퇴거명령서에는 송환국을 기재하도록 되어 있으므로, 강제퇴거명령에 대한 쟁송 시에 송환국에 대한 심사가 가능하다.[143] 송환국을 기재하지 않는 경우에는 그 자체로 절차규정 위반으로 인한 위법성을 야기한다고 볼 수 있다.

이 글에서는 강제송환금지 원칙 위배를 강제퇴거명령의 위법사유로 삼을 수 있다는 입장을 취한다.[144] 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 강제퇴거명령과

거계고'라는 용어가 어울린다. 다만, 강제퇴거명령의 즉시집행력으로 인해 예고의 성질이 시간적으로 가시화되지 않을 뿐이다.

141) 처분의 위법성 판단기준시점의 일반론에 관해, 정하중, "취소소송에서 처분의 위법성판단기준시점", 서강법학연구 제7권, 2005; 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 중판, 박영사 2011, 제12장 행정소송과 행정절차 (1), 575면 이하 참조.

142)「출입국관리법」제76조의6에 따르면 난민인정자가 강제퇴거명령서를 받은 경우에는 그가 지니고 있는 난민인정증명서나 난민여행증명서를 지체 없이 지방출입국・외국인관서의 장에게 반납해야 한다.

143) 하정훈, "강제송환금지의 원칙에 비추어 본 출입국항에서의 난민인정절차", 공법연구 제46집 제2호, 2017, 402면.

144) 강제퇴거명령에 대한 취소소송에서 강제송환금지를 주장할 수 있다는 간략한 수준의 언급은 이전에도 존재했다. 김성수, "난민의 요건과 출입국관리법상 난민인정에 관한 검토", 정인섭・황필규 편, 난민의 개념과 인정절차, 경인문화사, 2011, 148-149면(특히 각주 33); 하정훈(주 143), 402면; 김후신(주 9), 639-640면. 여기서는 그 논거에 대한 벌충을 시도한다.

강제퇴거 집행의 이원적 구조에 천착하면, 강제퇴거명령에 대한 다른 실체적 위법사유 역시 강제퇴거 집행의 위법사유로 한정해서 보지 않을 이유가 없다. 앞서 살펴보았듯이 강제퇴거명령이 실체법적으로 위법하다는 것은 강제퇴거명령시점을 기준으로 보았을 때 실제로 강제퇴거가 일어나면 그것에 실체적 위법이 있다는 것이다. 이 원리는 국제법에서 유래하는 강제송환금지 원칙이 적용되는 사안과 그렇지 않은 사안에 공히 적용된다. 환언하면 강제송환금지 원칙을 위배만을 다른 실체적 위법사유와 달리 볼 근거가 없다. 하지만 그와 같은 접근법은 실효성 있는 외국인의 구제를 크게 후퇴시키는 것일 뿐만 아니라, 그간 형성되어 온 강제퇴거명령에 대한 쟁송실무와도 어긋난다.[145] 이에 대해 국제법이 금지하는 것은 강제송환의 실제적 집행이라는 반론이 있을 수 있다. 하지만 설령 그렇다 하더라도, 이는 국제법 평면에 국한된 논의이다. 문제는 한국의 국내 행정쟁송 구조에서 이러한 국제법적 의무를 어떻게 바라볼지에 있다. 국제법이 국내법으로 유입되면서 그 의미가 변용되는 것은 결코 이상한 양상이 아니다. 강제퇴거명령은 집행행위를 예정한 국내법적 수단이고, 이러한 집행행위를 막는 방법이 강제퇴거명령에 대한 쟁송이다. 집행행위가 위법할 것이라고 예상되는 경우에도 강제퇴거명령이 위법하지 않다고 보는 것은, 명령의 수단성을 간과한 것이다.

둘째, 그와 같은 실무관행은 난민보호 체계에 대한 인식이 '난민신청 → 난민불인정 → 이의신청 또는 행정쟁송'의 틀에 매몰되어 있다는 점과도 관련이 있다. 국제적 보호의 수익적 기능과 방어적 기능 중에서 전자에만 집중하는 것이다. 하지만 비교법적으로 살펴보았을 때 강제송환금지 의무 위반을 강제퇴거 절차에서 직접적 위법사유로 원용하지 못하는 게 오히려 이례에 속한다. 프랑스는 국제적 보호 지위의 거부에 대해 완전심판소송이 가능할 뿐만 아니라 출국명령에 대한 쟁송 단계에서도 국제법·국내법상 강제송환금지 사유를 다툴 수 있다.[146] 미국은 적극적 비호신청 단계에서는 고문방지

145) 한국에서의 생활기반 등을 고려해 강제퇴거명령의 위법성을 인정한 예로, 대전지방법원 2008. 5. 28. 선고 2008구합985 판결; 청주지방법원 2018. 5. 17. 선고 2017구합2276 판결.

협약에 따른 강제송환금지 의무가 고려되지 않지만, 방어적 단계에서는 이를 절대적 금지의무로 이해한다.[147] 캐나다는 난민보호 신청이 거부된 후 퇴거 전 위험성 평가 단계에서 고문 또는 이례적인 처우·처벌의 위험을 다툴 수 있다.[148] 독일은 더블린절차와 관련된 문제가 없는 경우 강제퇴거에 대한 집행정지 신청과 함께 의무이행소송을 통해 강제송환금지 사유에 관해 주장할 수 있으므로, 강제송환금지 원칙을 근거로 한 방어는 수익적 행정행위에 대한 쟁송 단계로 사실상의 기능적 일원화를 이루었다고 평가할 수 있다.[149] 제3장에서 살펴본 법체계 중 호주의 법체계만 강제송환금지 의무가 절차적 고려요소로 축소될 뿐이다.[150]

셋째, 그와 같이 보지 않는다면 현행 법체계에서 강제송환금지 원칙을 실효적으로 구현하기가 어렵다. 고문방지협약에 따라 강제송환금지의 대상이 되는 자에 대해 강제퇴거명령이 발부되었을 때, 이 명령을 다투지 못하고 강제퇴거라는 집행행위를 다투라고 하는 것은 장래의 위험방지라는 강제송환금지 원칙의 취지에 반한다. 인도적 체류허가 거부에 대하여 대상적격의 요건으로서 신청권을 부정하고 있는 최근의 법원 실무가 유지된다면,「난민법」상 박해사유로부터 비롯되지 않은 고문의 위험이 사법부 심사로부터 사실상 벗어난다.[151] 다만, 강제퇴거명령에 대한 재량권 일탈·남용 심사에서 하나의 고려요소로 축소될 뿐이다.[152] 나아가 신청권 이론 자체를 폐기하거나,

---

146) 제3장 제2절 I. 1. 3) 및 제3장 제3절 I. 1. 3) (3) 참고.

147) 제3장 제2절 II. 1. 2) 참고.

148) 제3장 제3절 III. 3. 3) 참고.

149) 환언하면, 강제송환금지 원칙의 방어적 기능을 수익적 기능의 구현단계에서 충실하게 구현하였다고 평가할 수 있다.

150) 제3장 제3절 I. 1. 2) (3) 참고. 각국의 절차에 대한 전체적인 요약은, 제3장 제5절 I. 참고.

151) '사실상' 벗어난다고 표현한 이유는, 이미 강제퇴거라는 사실행위에 대한 쟁송을 통해서는 실효적 구제를 받을 수 없기 때문이다.

152) 서울행정법원 2015. 6. 18. 선고 2015구단50576 판결은 난민으로 인정될 가능성이 있다는 점을 강제퇴거명령의 재량하자 사유로 삼았다. 다만, 서울고등법원 2015. 10. 20. 선고 2015누51448 판결은 해당 서울행정법원 판결을 취소, 원고의 강제퇴거명령 및 보호명령 취소청구를 기각했다(상고심에서 심리불속행 기각).

신청권을 인정하게 된다고 하더라도 그 문제가 완화될지언정 해소되지는 않는다. 인도적 체류허가의 요건과 국제인권조약상 강제송환금지의 대상자가 되기 위한 요건에 차이가 있기 때문이다. 인도적 체류허가 요건으로 명시되어 있지 않은 '굴욕적인 처우·처벌'의 위험을 하나의 예로 들 수 있다.

이상과 같은 이유로 강제퇴거명령에 정한 송환국으로의 강제퇴거가 고문방지협약 제3조 또는 자유권규약 제6조 또는 제7조에 위배될 것이라면, 그 강제퇴거명령은 위법하다고 보아야 한다.[153] 이와 같은 이해는 난민협약상 강제송환금지의 국내법적 실현에도 기여한다. 이는 법원이 아직 난민인정을 받지 못한 사람에 대해서, 혹은 난민신청조차 하지 않은 사람에 대해서, 그가 난민이라는 이유로 1951년 난민협약 제33조 제1항을 적용해 강제퇴거명령을 취소할 수 있는지의 문제와 관련된다. 그와 같은 국내의 실무례는 확인되지 않는다. 법원은 난민인정 처분을 할 수 있는 권한이 없다. 하지만 난민신청자 등에 대해 그가 아직 행정절차에 따라 난민 해당 여부가 확실하지 않은 상황이라는 이유로 강제송환금지 원칙의 의미를 축소하여 이해할 이유가 없다. 국내법상 처우를 위해서 난민인정이라는 처분이 매개되어야 하는 경우도 있겠지만, 처분이 없더라도 실제로 난민이라면 난민협약상 강제송환금지 원칙이 적용되기 때문이다. 환언하면, 강제퇴거명령에 대한 쟁송에서 법원이 강제송환금지 원칙 적용의 선결조건으로서 난민협약 제1조A 제2항에 따른 난민임을 확인하는 데에는 특별한 장해가 없다. 따라서 강제퇴거명령에 대한 쟁송 시 강제송환금지 원칙이 원용되는 경우에는 곧바로 재량권 일탈·남용 여부에 대한 심사로 향할 것이 아니라 금지규범의 위배가 있는지에 대해 검토가 이루어져야 한다.

2. 재량하자

153) 서울행정법원 2013. 6. 27. 선고 2013구합3269 판결에서 재판부는 원고의 주장을 받아들이지는 않았지만, 문제된 강제퇴거명령이 원고가 원용한 고문방지협약 또는 자유권규약에 따른 강제송환금지 원칙의 위배되는지를 구체적으로 심사하였다. 서울고등법원 2014. 4. 18. 선고 2013누45807 판결에서 항소기각, 상고심에서 심리불속행기각으로 확정되었다.

어떠한 이유에서든 자유권규약위원회의 해석론을 배척하여 자유권규약상 강제송환금지 의무의 해석상 도출을 부정한다고 해도 규약 제6조 또는 제7조를 일종의 법원리규범으로 이해하여 형량에 반영할 수 있다. 이는 구조적으로 '협약상 난민보호 또는 보충적 보호 사유 → 인도적·온정적 고려'의 순서로 관념화되는 캐나다 법제와 유사하다고 볼 수 있다. 캐나다법상 인도적·온정적 고려의 단계에서 협약상 난민 또는 보호가 필요한 사람의 요건에 해당하는지는 심사되지 않지만, 그와 관련된 사실관계가 고려될 수 있다는 점은 앞서 살펴보았다.[154]

국제법상 강제송환금지 원칙의 적용요건을 충족한 경우는 물론이고, 충족하지 못한 경우라 하더라도, 그와 관련된 사실관계는 재량하자 여부를 판단 시 고려대상이 될 수 있다. 예를 들어, 특정한 위험의 실현가능성이 강제송환금지 원칙의 적용요건이 되는 위험의 정도에 미치지 못한다고 할지라도 이는 강제퇴거명령의 대상자에 유리한 사정으로 감안할 수 있다. 재량하자 여부에 대한 판단 시 고려할 사정에 특별한 제한이 없기 때문이다.

재량하자 심사는 국제법상 강제송환금지 원칙의 근거로 언급되는 규범과 그렇지 않은 규범의 구별을 상대화하는 영역이기도 하다. 이는 강제송환금지의 피보호이익이 한정적일 근거가 마땅치 않다는 논의와 관련된다.[155] 자유권규약 제6조 및 제7조의 규정에 의해 보호되는 인권과 다른 조항에 의해 보호되는 인권 사이의 관계 문제이다. 다른 조항에 의해 보호되는 인권침해의 위험을 강제송환금지 의무의 근거 또는 재량하자의 근거로 삼지 못할 이유가 없다. 실제로 유럽인권재판소가 공정한 심판을 받을 권리, 특히 형사재판청구권을 피보호이익으로 삼아 강제송환금지 원칙의 법리를 전개하는 상황 역시 살펴보았다.[156]

또한, 재량하자 심사는 광의의 보충적 보호가 작동하는 영역이기도 하다. 특히 가족결합권이나 한국에 체류하면서 형성한 사회적·경제적 생활기반이

154) 제3장 제2절 I. 2. 3) 참고.
155) 제2장 제2절 I.의 주 32 참고.
156) 제2장 제2절 II. 4. 참고.

고려될 수 있다. 이러한 광의의 보충적 보호 사유는 독자적으로 강제퇴거명령의 재량하자 사유가 될 수도 있지만, 협의의 보충적 보호 사유에 이르지 않는 출신국에서의 위험과 결합하여 재량하자 사유가 될 수도 있다. 예컨대 청주지방법원 2018. 5. 17. 선고 2017구합2276 판결 사안에서 원고는 대한민국에서 출생하여 대한민국의 교과과정을 이수하며 성장하였고 주된 언어로 한국어를 사용하는 자였다. 원고는 출생 시 부모가 대한민국에 적법하게 체류 중이었다. 그런데 그의 아버지가 체류자격을 상실하자 원고를 포함한 가족들도 동반 체류자격을 상실하였고, 피고는 원고에 대해 체류자격 없이 취업했다는 사실 등을 근거로 강제퇴거명령을 하였다. 원고는 국적국인 나이지리아의 고유언어조차 사용하지 못할 뿐만 아니라 국적국을 포함하여 다른 나라에 방문한 적이 없으며, 국적국에 거주하는 친족들도 만난 적이 없었다. 재판부는 강제퇴거명령이 재량권을 일탈·남용한 것이라고 인정하면서, "원고와 같이 대한민국에서 출생하여 현재까지 사실상 오직 대한민국만을 그 지역적·사회적 터전으로 삼아 살아 온 사람을 무작정 다른 나라로 나가라고 내쫓는 것은, 인간의 존엄성을 수호하고 생존권을 보장하여야 할 문명국가의 헌법정신에 어긋난다"고 판시하였다. 그리고 "대한민국은 국내에 사회적 기반을 형성한 원고로 하여금 인간다운 삶을 누리며 국내에 체류할 수 있도록 그의 기본적 인권을 보장할 의무가 있다고 보아야 한다"고 판시하였다. 이러한 판결은 보호를 구하는 사람과 수용국 사이에 특정한 관련성이 있다면 이를 재량하자 판단 시 적극적으로 고려해야 한다는 인식을 기초로 하고 있다. 동시에 원고가 강제로 국적국으로 송환되는 경우 그곳에서 인간의 존엄성과 생존권을 보장받지 못할 위험이 있다면 이 역시 고려해야 한다는 인식을 기초로 하고 있다.

Ⅲ. 쟁송 중 체류

강제퇴거명령에 대한 행정심판청구 또는 취소소송은 집행정지효를 지니지 않으므로, 그 집행을 정지하기 위해서는 별도의 집행정지 신청을 해야 한다.

난민신청자의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 강제퇴거명령을 집행하지 못한다(「출입국관리법」 제62조 제4항 본문). 하지만 「출입국관리법」 제62조 제4항 단서는 난민신청자가 대한민국의 공공의 안전을 해쳤거나 해칠 우려가 있다고 인정되는 경우의 예외를 두고 있다. 모든 경우에 강제퇴거명령이 법률상 집행 유보가 되는 것은 아니고, 예외 인정 여부도 일차적으로 행정청이 판단한다. 법원의 판단은 이와 다를 수 있으므로, 「출입국관리법」 제62조 제4항 본문을 국제법상 강제송환금지의 의미와 달리 송환국을 불문한 강제퇴거금지로 이해한다고 해도, 여전히 집행정지를 신청할 이익이 있다. 이는 물론 「난민법」 제3조에 따른 강제송환금지 의무와 관련해서도 마찬가지이다. 난민인정자나 인도적체류자에 대한 강제퇴거명령이 된 경우에 당장의 체류 박탈을 피하기 위해서는 집행정지 신청 외에는 실효성 있는 방법이 없다. 이는 난민신청자, 난민인정자, 인도적체류자 중 어느 하나에 해당하지 않는 일반적인 경우에도 물론 마찬가지이다.

Ⅳ. 입법개선 방향

1. 판단기준시점의 갱신

국제법상 강제송환금지 위배 여부는 실제 강제송환시점을 기준으로 판단하고, 강제송환이 아직 이루어지지 않았다면 위배 여부 결정시점을 기준으로 판단한다.[157] 하지만 강제퇴거명령이 발급된 이후에 실제 강제퇴거 집행에 이르기까지 장기간이 소요되는 경우가 발생한다. 강제퇴거가 집행되기 전에 이루어지는 위법성 심사, 현행법상으로는 강제퇴거명령에 대한 위법성 심사가 실제 강제퇴거와 시간적 간격이 있는 것은 어쩔 수 없는 현상이다. 제도 설계에 있어서 핵심은 시간적 간격을 최소화하는 것이다.

---

157) 제2장 제2절 III. 3. 참고. 한편, 캐나다 헌법상 퇴거 전 위험성 평가의 신청인에게는 실제 퇴거 시에 시간적으로 근접한 위험성 평가를 받을 권리가 있다는 점에 관한 제3장 주 365의 판례도 함께 참고.

한국 판례는 취소소송에서 위법성 판단기준시점을 처분 시로 이해하고 있다. 하지만 이로 인해서 강제퇴거명령 이후 사정변경에 따라 그 명령이 위법해졌어도 취소되지 못하여 강제퇴거의 집행을 막을 수 없는 상황이 발생할 수 있다. 이는 사전적 의사표시 내지 예고의 성질을 지니는 처분에 대한 효과적인 구제방법이라고 보기 어렵다. 이는 강제퇴거 집행을 위한 보호의 장기화 문제와도 맞닿아있다. 본래 원인이 되는 강제퇴거명령에 문제가 생겨도 이를 다투는 데에 장애가 존재하기 때문이다. 판단기준시점에 대한 해석의 변경으로 이 문제를 해소하는 것이 하나의 방법이겠으나, 장기간 정착된 판례에 대한 변경을 기대할 만한 특별한 사정이 없는 상황에서 이 문제는 입법적으로 해결을 하는 것이 바람직하다. 가장 극단적인 개선방안은 강제퇴거명령의 위법성을 판단하는 기준시점 자체를 판결시점으로 삼는 입법을 하는 것이다. 이와 같은 방법에 어려움이 있다면, 강제퇴거명령의 유효기간에 상한을 두고, 그 기간을 연장하고자 하는 경우 연장처분을 하도록 규정할 수도 있다. 그러한 경우 강제퇴거명령이 그 집행에 이르기까지 장기의 시간이 지나더라도 위법성 판단기준시점이 일정 시간마다 갱신될 수 있다.

2. 입국거부 금지사유로서 보충적 보호

앞서 입국심사를 통과하는 데에 실패하고, 난민심사 불회부가 되는 경우의 강제퇴거는 강제퇴거명령을 매개로 하고 있지 않다는 점을 살펴보았다. 난민심사 불회부가 되면 별도의 명령 없이 곧바로 강제송환될 우려가 있다. 이 점에서 출입국항에서의 난민신청은 수익적 보호를 구하는 성질을 가지지만, 방어적 보호를 구하는 성질도 함께 지닌다.

출입국항에서 보충적 보호를 구하는 사람으로서는 강제퇴거명령에 대한 쟁송을 강제송환금지 원칙을 주장할 수단으로 삼을 수 없다. 현재 법제도상 상정할 수 있는 수단은 출입국항에서 난민심사 회부를 주장하는 것이다. 그런데 현행법상 난민심사 불회부 사유에 보충적 보호를 받아야 하는 사람이 포함될 우려가 있다.

불회부 사유로서 실무상 가장 논란이 되고 있는「난민법」제6조 제4항, 같은 법 시행령 제5조 제1항 제7호에 '그 밖에 오로지 경제적인 이유로 난민인정을 받으려는 등 난민인정 신청이 명백히 이유 없는 경우'에 따라 박해사유 없이 보충적 보호 사유만 주장하는 신청인이 포함될 수 있는지의 문제가 존재한다. 난민인정 신청에 일반적으로 인도적 체류허가 신청이 포함된다는 해석론에 입각하면 이러한 문제는 완화될 것이지만, 현재 실무상으로는 받아들여지고 있지 않은 입론이므로 입법적 해결을 모색할 필요가 있다. 불회부결정에 관해 하급심 판결은, 불회부 사유에 해당함이 명백한 경우에 한해 불회부가 가능하고, 각 호의 사유에 해당하는지에 관해 다소라도 의심의 여지가 있어 구체적인 판단이 필요한 경우에는 난민인정심사에 회부해야 한다고 설명한다.[158] 이러한 실무에 입각하면 고문 또는 가혹행위 등을 주장하는 경우 원칙적으로 회부결정을 해야겠으나, 여전히 '명백하게 박해사유와 무관한 경우'를 관념적으로 상정할 수도 있다. 이로 인한 담당공무원의 자의적 판단 가능성 문제가 발생할 수 있다. 따라서 불회부 사유로서 난민인정 신청이 명백히 이유 없는 경우의 규정을 유지하고자 한다면, 보충적 보호 사유에 해당하지 않음이 명백해야 한다는 추가적 요건을 두어야 할 필요가 있다. 제3장의 검토에서 출입국항에서의 회부심사를 두고 있는 국가들이 협약상 난민사유뿐만 아니라 보충적 보호 사유에 대한 일종의 간이심사까지 하고 있음을 확인하였다는 점에서,[159] 이와 같은 제안은 비교법적으로도 뒷받침된다.

158) 예를 들어, 서울고등법원 2015. 1. 28. 선고 2014누52093 판결

159) 제3장 제3절 I. 1. 2) (4), 제3장 제3절 I. 1. 3) (4), 제3장 제3절 II. 3. 참고.

제 5 절 소결

Ⅰ. 보충적 보호의 유형

한국의 보충적 보호 법제가 제3장에서 살펴본 유형 중 어느 경우에 속하는지에서부터 관점의 차이가 발생한다. 인도적 체류허가의 권리로서의 성격을 약하게 보고 시혜로서의 성격을 강하게 보려는 입장에서는, 미국처럼 방어적 보호가 주된 국가로서 제2유형 국가에 속한다고 볼 것이다. 한국 법무부의 입장이 이와 유사한 것으로 이해된다. 하지만 미국의 임시보호지위는 임시보호 대상국가 지정을 전제로 한다는 점에서 한국의 인도적 체류허가와는 운영방식이 다르다. 신청권 법리에 대한 여러 비판과 더불어 인도적 체류허가 거부에 대한 사법심사의 필요성을 고려할 때, 한국은 수익적 보호와 방어적 보호가 모두 보장되는 제1유형 국가에 속한다고 보는 것이 타당하다. 한편, 한국 헌법에서는 국제조약이 변형 없이 국내법의 일부가 되므로 국제법상 강제송환금지 원칙이 국내법의 일부가 되었다. 이 점에서 보충적 보호의 방어적 국면이 취약한 제3유형 국가에 속한다고 보기 어렵다.

Ⅱ. 강제송환금지 원칙의 이행

그간의 법제실무상 이행입법의 모습으로 국내법에도 강제송환금지 원칙이 규정되었다. 그 모습이「난민법」제3조에 드러나 있는데, 규정형식상 강제송환금지 원칙에 대해 오해를 야기할 가능성을 지니고 있는 규정이다. 이에 본 논문에서는 국제인권조약과 일치하는 방향으로 강제송환금지 원칙 규정을 가다듬을 것을 제안한다. 한편,「출입국관리법」은「난민법」제정 이전에 강제송환에 관한 규정을 두고 있었는데(제62조 제4항), 그 형태는 송환국을 불문한다는 점에서 난민협약 제32조와 상당히 유사하다. 이는 아마 우연의 일치였을 것으로 추측되나, 현재 국내법상 난민협약 제32조의 이행법률이 없는 만큼 이를 적극적으로 보완할 것을 제안한다.

Ⅲ. 인도적 체류허가

한국 난민법에서는 인도적 체류허가가 보충적 보호의 예로 설명되고 있다. 실제 그 도입에 국제인권조약의 바탕이 있었다는 점에서 개별요건을 해석할 때 국제인권법상 강제송환금지 원칙에 대한 해석례를 적극 참고하는 것이 정당화될 수 있다. 이 논문에서는 그와 같은 이해에 입각해 국내 일부 선행 연구에서 제시되었던 해석을 비판적으로 검토하여 재해석을 시도한다.

한편, 국내 행정실무에서 인도적 체류허가가 운용되는 실무를 살펴보면, 국제법적·비교법적 성찰이 부족한 상황이다. 「난민법」은 인도적 체류허가의 근거를 고문방지협약에서 찾고 있는 것처럼 규정되어 있는데, 지위 부여의 가능성은 고문방지협약상 강제송환금지 원칙의 적용범위에 비해 넓다. 규정 체계상으로도 재량행위로 규정되어 있어서, 마치 의무가 아닌 온정과 시혜의 영역인 것으로 생각하는 경향이 있다. 법원에서도 마찬가지의 경향성을 보여 주고 있다. 하지만 이와 같은 이해는 국제법상 강제송환금지 원칙을 성실히 구현하는 데에 저해가 될 뿐만 아니라, 순수하게 국내법적 시각으로만 보았을 때에도 정당화되기 어렵다. 인도적 체류허가가 거부되는 경우에는 다른 국가들의 보충적 보호 실무와 마찬가지로 효과적인 불복의 기회가 제공되어야 한다.

인도적 체류허가 제도에 관한 입법개선 사항으로는 크게 세 가지를 제안한다. 하나는 보호의 근거 및 효과의 보완이다. 적어도 국제법상 강제송환금지 의무가 적용되는 사람들에 한해서는, 달리 배제사유나 예외사유가 없는 한, 기속적으로 보충적 보호 지위를 부여하는 것을 골자로 한다. 그간 인도적 체류허가가 규율했던 범위 중 강제송환금지 의무의 범위를 초과하는 범위에서는 재량적으로 보충적 보호 지위를 부여할 수 있도록 규율하도록 제안한다. 한편, 인도적 체류허가의 요건이 충족되지 않는 경우에도 이를 사실상 활용할 수 있었던 그간의 실무를 고려해, 보다 순수하게 재량적인 의미에서 인도적 체류허가를 부여할 수 있는 법적인 근거를 분리하는 것을 제안한다. 두 번째 개선으로 제안하는 사항은 신청절차를 명시하고 그에 대한 응답

의무를 신설하는 것이다. 이는 국내실무에서 문제가 되었던 거부처분의 신청권 문제를 명확하게 해소하려는 취지이다. 마지막으로는 처우개선을 제안한다. 처우개선의 차원에서는 인도적 체류가 장기화되면서 난민협약상 난민과의 차별취급의 근거가 약화되는 점과 더불어, 사회권규약 등에 따라 사회권에 대해서도 점진적 개선의무가 존재한다는 점을 적극적으로 고려해야 한다.

Ⅳ. 강제퇴거에 대한 방어

보충적 보호를 구하는 방어적 단계는 국내법적으로 강제퇴거에 대한 쟁송으로 나타난다. 주로 다툼이 되는 대상이 강제퇴거명령이다. 국내 실무에서 강제퇴거를 집행만 하지 않으면 강제송환금지 원칙이 준수된 것이라는 관념에 입각한 경우도 보인다. 실제로 강제퇴거명령의 위법사유로 국제법상 강제송환금지 원칙 위반이 인정되는 예를 확인하기 어렵다. 하지만 강제퇴거명령의 본질은 강제퇴거라는 집행행위가 될 것이라는 사전적 의사표시의 의미를 지닌다. 따라서 행정소송에서 강제퇴거명령의 실체적 위법성을 인정하는 것의 실질적 의미는 그와 같은 강제퇴거가 실제로 일어나면 실체법 위반이 있다는 것에 대한 인정이다. 이러한 이해를 전제로 할 때 강제퇴거명령에 대한 위법사유로 강제송환금지 원칙을 원용하는 데에 장애가 없다. 이는 그 근거가 되는 국제인권조약과의 관계에서 명시적인 법령 위반이다. 명시적인 법령 위반인 것과는 별개로, 그 제반사정은 재량하자 시의 고려사유도 된다.

강제퇴거와 관련해 입법개선 제안사항은 세 가지이다. 첫째는 강제퇴거명령이 발급된 이후 그것이 집행되기까지 장기화되는 경우가 많다는 점에서, 판단기준시점을 갱신하는 법제 개선이다. 둘째는 강제퇴거명령이라는 통상적인 절차를 거치지 않는 출입국항 난민심사 회부 심사 시 보충적 보호 사유가 있는 경우에도 불회부할 수 없도록 규정하는 것이다.

제 5 장 요약 및 결어

제 1 절 요약

Ⅰ. 난민협약의 한계와 보충적 보호의 대두

외국인에 대한 추방권능은 무한한 것이 아니다. 그것이 영토주권의 행사라는 것은 결단의 성격이 강하다. 이러한 결단의 규범적 근거에 대해서는 여러 가지 설명이 제시되지만, 그 중 완전한 설명력을 지닌 것은 없다. 그리고 그러한 완전치 못한 규범에 입각한 결단은, 난민보호 의무를 발생시키는 여러 규범적 원리에 의해 후퇴하게 된다. 무엇보다 국가-국민의 보호관계가 단절되어 국민이 박해를 받는 상황에 이르게 되는 사람에 대해 대체적 보호를 제공할 의무의 존재는 근대 국민국가 체제의 정당성을 주장하기 위한 하나의 조건으로 작동한다.

난민협약 체제에서 난민의 범위는 통상적인 어의에 비해서 상당히 제한적이다. '인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유'라는 다섯 가지 원인을 가지는 박해의 위험에 처해야 한다. 하지만 이와 같은 보호 범위만으로는 국가-국민의 관계가 사실상 단절되어 보호를 받지 못하는 사람을 충분히 포괄하지 못한다. 다섯 가지 원인 없이도 박해의 위험에 처하거나, 생존기반이 박탈될 수 있기 때문이다. 물론 난민협약상 박해사유는 독자적인 의미를 지니고 있기는 하다. 이러한 차별성이 드러나는 박해는 그렇지 않은 박해에 비해 더욱 악질적인 것으로 평가할 수 있고, 그러한 차별이 체계적으로 자리 잡혀 있는 국가의 경우 그러한 상황이 단기간에 해소될 가능성이 다른 보호실패의 경우에 비해 낮을 것이라고 예상할 수도 있기 때문이다. 하지만 그와 같은 고려가 당장에 다른 국가에서의 체류를 필요로 하는 상황을 보호의 범위에서 배제하는 것을 정당화하지는 못한다.

이와 같은 고려에 입각해, ① 난민협약상 난민, ② 난민협약상 난민이 아닌 자 중 인권에 대한 위협을 국가가 이를 방지할 수 없으며, 실질적으로 다른 국가로의 이민을 통해서만 이를 피할 수 있는 상황에 처한 자, ③ 인권이 위협에 처해있으나 이민뿐만 아니라 외부개입을 통해서 실질적으로 이를 피할 수 있는 자라는 분류를 택했을 때, 체류보장의 관점에서는 ①과 ②를 차별적으로 취급할 근거가 약하다. 따라서 난민협약에 따른 강제송환금지 원칙의 인적범위는 극복의 대상으로 이해할 수 있다.

난민협약에 대한 확장해석으로서 박해사유와의 연관성 요건을 느슨하게 해석하는 것이 이와 같은 문제를 상당 부분 완화할 수 있을 것이지만, 문제를 보다 근본적으로 해결하기 위해서는 입법적 방법이 필요하다. 그러한 방법으로는 난민의 정의 자체를 확대하는 방법이 있을 수 있다. 이와 달리, 난민과는 별도로 보충적 보호에 관한 개념규정을 두는 방법으로 인적범위를 확대하는 방법도 있다. 후자와 같이 이원적 구조를 취하는 방법의 의의로는, 난민 정의의 확대에 대한 반감 완화 및 처우 차등을 구현하려는 경우의 기술적 용이함을 들 수 있다.

보충적 보호라는 말은 국제문서에서 정한 기술적인 용어가 아닌 관계로 그 내포와 외연에 대해 명확한 합의가 없다. 이 글에서는 “협약상 난민에 해당하지 않는 개인이 수용국의 영토 또는 관할 내 물리적으로 현존하고 있다는 사실 외의 관련성과는 무관하게, 인권침해를 방지하기 위해여 출신국을 대신해 국제법 또는 국내법에 따라 수용국이 제공하는 의무적 보호”라는 협의의 보충적 보호와 그 개념요소 중 무관성 또는 의무성이 결여된 경우를 말하는 광의의 보충적 보호 개념을 따른다. 주된 탐구의 대상은 전자이다.

Ⅱ. 강제송환금지 원칙

난민법제상 보충적 보호의 인식론적 출발점은 국제인권조약상 강제송환금지 의무를 난민법의 시각에서 바라보는 것이다. 달리 말하면, 강제송환금지 의무는 난민과 보충적 보호를 매개하는 핵심개념이다. 한국이 당사국인 고문

방지협약과 자유권규약, 그리고 아동권리협약은 강제송환금지 원칙의 근거가 된다. 고문방지협약 제3조는 명시적으로 고문을 받을 위험이 있는 곳으로의 송환이 금지된다는 점을 규정하고 있다. 자유권규약의 경우에는 강제송환금지 의무가 명시적으로 규정되어 있지 않지만, 자유권규약위원회는 제6조에 반하는 생명권 침해 및 제7조에 반하는 고문·가혹행위의 위험이 있는 곳으로의 송환이 금지된다는 해석을 도출해내고 있다. 이는 난민협약상 난민의 정의를 확대하기 곤란한 현실적인 여건 속에서 찾아낸 일종의 해석적 발으로 평가할 수 있다. 국제인권조약 감독기구의 기능을 고려할 때, 이와 같은 위원회의 입장은 기본적으로 존중할 필요가 있다.

연혁적으로 보았을 때 강제송환금지 원칙에 관해 유럽인권재판소의 판례는 중요한 의미를 지닌다. 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제3조에 반해 고문·가혹행위의 위험이 있는 곳으로 송환하는 것은 절대적으로 금지된다는 입장을 오랜 기간 관철하여 왔다. 하지만 이와 같은 해석을 그대로 받아들이기에는 어려운 점이 있다. 특히 고문의 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지 의무가 절대적이라는 점에 대해서는 이견이 존재하기 어렵지만, 가혹행위의 위험이 있는 곳으로의 강제송환금지 의무가 절대적이라는 것은 난민협약의 체계와 조화되기 어려운 점이 있다. 특히 '박해'와 '비인도적이거나 굴욕적인 처우'의 관계가 불분명하다는 점에서 더욱 그렇다. 자유권규약위원회도 같은 강제송환금지 원칙의 절대성을 인정하는 취지의 설시를 한 적이 있는데, 이에 대한 재고가 필요하다.

유럽인권재판소는 생명권 침해 및 고문·가혹행위의 위험이 있는 경우 외에도 형사재판의 맥락에서 공정한 재판을 받을 권리가 명백하게 부인되거나 자의적인 구금을 당할 위험이 있는 경우에까지 강제송환금지 원칙이 적용되는 대상을 확장하고 있다. 이는 강제송환금지 원칙의 피보호이익이 한정적으로 인식될 필요가 없음을 시사한다.

아동권리협약의 경우에는 강제송환금지의 맥락에서 어떻게 작동하는지 실무적으로 불분명하나, 아동권리위원회의 입장을 존중하는 차원에서 아동의 생명, 생존, 발달에 현저한 침해가 발생할 경우, 고문·가혹행위를 당하거나

자유를 박탈당할 위험이 있는 경우, 금지되는 징집에 처할 위험이 있는 경우에는 강제송환금지 의무가 발생한다고 볼 수 있다. 하지만 아동의 최선의 이익에 관한 우선적 고려의무는 그 자체로 강제송환금지 의무의 발생근거로 작동한다고 보기는 어렵다. 다만, 강제송환의 맥락에서는 그것이 비례원칙에 부합하는지에 대해 심사할 때 매우 중요한 고려요소로 검토할 사항으로 이해될 수 있다.

Ⅲ. 각국의 보충적 보호

비교법적 통찰은 보충적 보호를 구하는 방법은 수익과 방어의 2단계 구조로 관념화될 수 있음을 보여준다. 수익적 단계에서는 일정한 처우를 보장하는 지위를 구하는 방법으로 보충적 보호가 실현된다. 대체로 강제송환금지의 적용을 받는 사람 중에서 예외적 사정이 없는 경우가 요건으로 정해진다. 강제송환금지 원칙으로부터 수익적 지위가 부여될 의무가 도출되는 것은 아니므로, 보충적 보호 지위의 부여 요건이 강제송환금지 의무의 적용범위와 완전히 일치하지는 않는다. 그와 달리 방어적 단계에서는 보다 직접적으로 강제송환이 다투어지며, 강제송환금지 원칙 자체의 적용이 문제된다. 이 글에서 비교대상으로 삼은 국가들을 살펴본 결과, 보충적 보호의 대상과 절차의 측면에서 수익적 보호 및 방어적 보호가 모두 보장되는 유형, 방어적 보호가 주된 유형, 수익적 보호가 주된 유형으로 각국을 분류할 수 있음을 알 수 있다. 한편, 각 국가별로 국제법상 강제송환금지 원칙의 범위를 초과하는 영역에서 보호를 제공하는 제도를 운용하고 있음을 확인할 수 있다.

난민협약상 난민과 보충적 보호 지위 사이의 관계가 국가별로 어떻게 설정되어 있는지에 관해서도 살펴보았다. 요건의 측면에서 주로 논쟁이 되는 것은 보호를 부여하기 위해 입증되어야 하는 위험의 정도인데, 각 국가별로 동등한 정도를 위험을 요구하는 경우도 있고, 그렇지 않은 경우도 있다. 이는 기본적으로 국내법 해석의 결과이지만, 특별히 문언해석상 분명하지 않은 한 동등한 정도의 위험을 요구하는 것이 타당하다.

절차적인 측면에서는, 각 국가마다 제공되는 보충적 보호가 그 대상과 내용에서 차이를 보임에도 불구하고, 특별한 사정이 없는 한 행정적·사법적 불복기회가 제공됨을 확인할 수 있다. 이민행정에 관련된 영역이라는 이유로 불복기회가 봉쇄되는 경우는 확인하기 어렵다.

각 국가별로 국제법상 강제송환금지 의무가 완전히 이행되고 있는지에 관해서 차이가 있음을 확인할 수 있다. 독일과 프랑스에서는 유럽인권협약에 반하는 강제퇴거가 금지된다는 점이 국내법적으로 명확하다. 미국의 경우에는 고문방지협약상 강제송환금지 의무는 절대적 의무로서 이행하고 있지만, 자유권규약에 따른 강제송환금지 의무는 재판규범으로 원용될 수 없다. 캐나다와 호주는 고문방지협약 또는 자유권규약에 따른 강제송환금지 의무의 존재 자체는 구현되어 있다. 하지만 캐나다는 고문의 위험이 있는 곳으로 송환하지 않을 필요성과 국가안보이익 사이에 형량가능성을 인정하고 있다. 그리고 호주는 강제송환금지 원칙이 절차적 고려요소로 흡수되고, 강제송환금지 의무의 대상이 되는지 여부가 강제퇴거에 영향을 미치지 않는다는 특이한 국내법 규정을 두고 있다. 강제송환금지 원칙 이외의 처우라는 측면에서는 난민협약상 난민과 동등한 처우를 보장하는 경우, 유사하나 차등적인 처우를 보장하는 경우, 명백히 차등적인 처우를 보장하는 경우로 각국의 유형화가 가능하다.

Ⅳ. 한국의 보충적 보호

한국의 인도적 체류허가의 대상에는 협의의 보충적 보호와 광의의 보충적 보호가 혼합되어 있다. 이에 한국의 보충적 보호를 수익적·방어적 보호가 모두 보장되는 유형이 아니라, 미국처럼 방어적 보호가 주된 유형에 속하는 것으로 이해하려는 입장이 있을 수 있다. 하지만 비교법적 유사성, 법령에 따라 요건과 효과가 규정된 행정행위에 대한 적법성 심사 필요성, 강제송환금지 원칙의 진정한 실현이라는 기능성 측면에서 살펴보았을 때, 한국의 보충적 보호는 수익적·방어적 보호가 모두 보장되는 유형에 속한다고 봄이

타당하다. 그와 같이 볼 때, 한국의 보충적 보호는 인도적 체류허가와 강제퇴거에 대한 방어라는 2단계 구조에 입각한 분석이 가능하다.

구체적 고찰 이전의 출발점은 강제송환금지 원칙이다. 국제조약은 곧바로 한국 국내법과 같은 효력을 지니므로, 국제법상 강제송환금지 원칙은 곧바로 재판규범으로 원용할 수 있다. 다만, 국내법 규정상으로 강제송환금지 원칙은「난민법」제3조에 드러나 있는데, 규정형식상 강제송환금지 원칙의 내용에 대해 오해를 야기할 가능성을 지니고 있다. 이에 이 글에서는 국제인권조약과의 일치를 추구하는 방향으로 강제송환금지 원칙 규정을 가다듬을 것을 제안한다. 한편,「출입국관리법」은「난민법」제정 이전에 강제송환금지에 관한 규정을 두고 있었는데(제62조 제4항), 그 형태는 송환국을 불문한다는 점에서 난민협약 제32조와 상당히 유사하다. 이는 아마 우연의 일치였을 것으로 추측되나, 현재 국내법상 난민협약 제32조의 이행법률이 없는 만큼 이를 적극적으로 보완할 것을 제안한다.

한국 난민법에서는 인도적 체류허가가 보충적 보호의 예로 설명되고 있다. 실제 그 도입에 국제인권조약의 바탕이 있었다는 점에서 개별요건을 해석할 때 국제인권법상 강제송환금지 원칙에 대한 해석례를 적극 참고하는 것이 정당화될 수 있다. 이 논문에서는 그와 같은 이해에 입각해 국내 일부 선행연구에서 제시되었던 해석을 비판적으로 검토하여 재해석을 시도한다.

한편, 국내 행정실무에서 인도적 체류허가가 운용되는 실무를 살펴보면, 국제법적・비교법적 성찰이 부족한 상황이다.「난민법」은 인도적 체류허가의 근거를 고문방지협약에서 찾고 있는 것처럼 규정되어 있는데, 지위 부여의 가능성은 고문방지협약상 강제송환금지 원칙의 적용범위에 비해 넓다. 규정체계상으로도 재량행위로 규정되어 있어서, 마치 의무가 아닌 온정과 시혜의 영역인 것으로 생각하는 경향이 있다. 법원에서도 마찬가지의 경향성을 보여주고 있다. 하지만 이와 같은 이해는 국제법상 강제송환금지 원칙을 성실히 구현하는 데에 저해가 될 뿐만 아니라, 순수하게 국내법적 시각으로만 보았을 때에도 정당화되기 어렵다. 인도적 체류허가가 거부되는 경우에는 다른 국가들의 보충적 보호 실무와 마찬가지로 효과적인 불복의 기회가 제공되어

야 한다.

인도적 체류허가 제도에 관한 입법개선 사항으로는 크게 세 가지를 제안한다. 하나는 보호의 근거 및 효과의 보완이다. 적어도 국제법상 강제송환금지 의무가 적용되는 사람들에 한해서는, 달리 배제사유나 예외사유가 없는 한, 기속적으로 보충적 보호 지위를 부여하는 것을 골자로 한다. 그간 인도적 체류허가가 규율했던 범위 중 강제송환금지 의무의 범위를 초과하는 범위에서는 재량적으로 보충적 보호 지위를 부여할 수 있도록 규율하도록 제안한다. 한편, 인도적 체류허가의 요건이 충족되지 않는 경우에도 이를 사실상 활용할 수 있었던 그간의 실무를 고려해, 보다 순수하게 재량적인 의미에서 인도적 체류허가를 부여할 수 있는 법적인 근거를 분리하는 것을 제안한다. 두 번째 개선으로 제안하는 사항은 신청절차를 명시하고 그에 대한 응답의무를 신설하는 것이다. 이는 국내실무에서 문제가 되었던 거부처분의 신청권 문제를 명확하게 해소하려는 취지이다. 마지막으로는 처우개선을 제안한다. 처우개선의 차원에서는 인도적 체류가 장기화되면서 난민협약상 난민과의 차별취급의 근거가 약화되는 점과 더불어, 사회권규약 등에 따라 사회권에 대해서도 점진적 개선의무가 존재한다는 점을 적극적으로 고려해야 한다.

보충적 보호를 구하는 방어적 단계는 국내법적으로 강제퇴거에 대한 쟁송으로 나타난다. 주로 다툼이 되는 대상이 강제퇴거명령이다. 국내 실무에서 강제퇴거를 집행만 하지 않으면 강제송환금지 원칙이 준수된 것이라는 관념에 입각한 경우도 보인다. 실제로 강제퇴거명령의 위법사유로 국제법상 강제송환금지 원칙 위반이 인정되는 예를 확인하기 어렵다. 하지만 강제퇴거명령의 본질은 강제퇴거라는 집행행위가 될 것이라는 사전적 의사표시의 의미를 지닌다. 따라서 행정소송에서 강제퇴거명령의 실체적 위법성을 인정하는 것의 실질적 의미는 그와 같은 강제퇴거가 실제로 일어나면 실체법 위반이 있다는 것에 대한 인정이다. 이러한 이해를 전제로 할 때 강제퇴거명령에 대한 위법사유로 강제송환금지 원칙을 원용하는 데에 장애가 없다. 이는 그 근거가 되는 국제인권조약과의 관계에서 명시적인 법령 위반이다. 명시적인 법령 위반인 것과는 별개로, 그 제반사정은 재량하자 시의 고려사유도 된다.

강제퇴거와 관련해 입법개선 제안사항은 세 가지이다. 첫째는 강제퇴거명령이 발급된 이후 그것이 집행되기까지 장기화되는 경우가 많다는 점에서, 판단기준시점을 갱신하는 법제 개선이다. 둘째는 강제퇴거명령이라는 통상적인 절차를 거치지 않는 출입국항 난민심사 회부 심사 시 보충적 보호 사유가 있는 경우에도 불회부할 수 없도록 규정하는 것이다. 마지막으로는 위법한 강제퇴거에 대한 실질적인 구제가 가능하도록 의견청취 절차를 거치고, 적어도 효과적인 불복수단을 이용할 수 있도록 일정한 기간 동안에는 집행되지 않도록 규율하는 것이다.

제 2 절 결어

한국 난민행정 실무에서 인도적 체류허가는 타협의 수단으로 활용되어왔다. 난민협약에 따른 난민지위를 부여하기는 정치적으로 부담스러운 순간에 훨씬 약한 보장만을 제공하는 인도적 체류허가로 눈을 돌렸던 것이다. 국제법적·비교법적 시각에서 바라보았을 때 인도적 체류허가가 여러 가지 법적 의무와 연동되어 있는 것으로 볼 수밖에 없음에도 불구하고, 사법적 통제에서 벗어난 편안한 도구로 이해되었다.

단순히 원치 않는 외국인이라고 해서 그를 추방할 수 있는 영토주권적 권능에는 한계가 있다. 한국의 영토는 원칙적으로 한국인이 누려야 할 한국의 것이라는 관념은 일종의 주권적 결단이다. 이 논문에서는 그와 같은 결단 자체에 대한 반대까지 나아가지는 않는다. 하지만 그러한 인식에 기초한 배타주의는 여러 가지 윤리적·규범적 도전에 직면한다는 점은 받아들인다. 가장 대표적인 도전이 난민이다. 난민에 대해서는 그를 출신국으로 추방하지 못하고, 국민에 준하는 여러 처우를 보장해야 한다는 의무는 이미 난민협약을 통해서 합의된 의무이다. 보충적 보호는 여기에 추가적인 도전이다. 이들은 난민이 당하는 차별을 당하지는 않을지라도, 역시 사실상 국적을 보유하고 있다고 보기 어려운 경우이다. 국적을 보유하고 그에 기대되는 국가의 기본적인 보호를 향유하지 못하는 것이다. 근대 국민국가 체제가 이들에게 서 있을 최소한의 토양을 제공하지 않는다면 이는 근대국가 체제의 모순을 일면 보여주는 것이다.

국제인권법상 강제송환금지 원칙은 난민협약상 난민일 것을 그 적용요건으로 하고 있지 않지만, 그 보장내용은 난민협약 제33조 제1항에 따른 강제송환금지 원칙과 같다. 이 점에서 국제인권법은 보충적 보호에 관한 법적 근거를 제공한다. 강제송환금지 원칙을 최소한으로 실현하고자 하면 외국인을 특정한 위험이 있는 곳으로 송환하지 않으면 된다. 한국 공법은 이를 위한 토대를 이미 갖추고 있다. 「대한민국헌법」은 제6조를 통해 국제법상 강제송환금지 원칙을 포용하고 있으며, 행정쟁송법은 강제퇴거명령에 대한 불복절

차를 두고 있다.

이와 같은 최소한의 실현에서 나아가, 강제송환금지 원칙을 진정으로 실현하고자 하면 한국의 영토에서 정상적인 삶을 영위할 수 있는 기반을 제공할 필요가 있다. 인간은 어딘가로 퇴출되지 않는 것만으로는 살아갈 수 없기 때문이다. 「난민법」은, 비록 한계가 있지만, 인도적 체류허가라는 강제송환금지 원칙의 실현수단을 이미 가지고 있다. 하지만 실무적으로 볼 때 인도적 체류허가가 상당히 자의적으로 운용되고 있다는 비판을 면하기 어렵다.

한 국가의 법체계를 다른 국가들과 비교하면서 인식하는 비교법 방법론은 자기인식을 다면적으로 할 수 있게 해준다. 이 논문을 통해서 달성한 자기인식 중 하나는, 보충적 보호 체계를 따르고 있는 여러 선진국에 비해 한국의 보충적 보호 제도가 상당히 자의적으로 운용되고 있다는 것이다. 비교법적 고찰을 통해서 이러한 자의성을 극복하자는 것이 이 글의 주된 목적 중 하나였다. 이 글을 통해서 논의한 보충적 보호의 해석론과 입법론이 그 목적을 어느 정도 충족한 분석이었기를 소망한다.

참고문헌

[국문]

1. 단행본

김대순, 국제법론(상), 제18판, 삼영사, 2015.

김비환 외, 인권의 정치사상: 현대 인권 담론의 쟁점과 전망, 이학사, 2010.

김중권, 행정법, 제2판, 법문사, 2016.

김철용, 행정법, 전면개정 제9판, 고시계사, 2020.

박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 중판, 박영사, 2011.

법무법인(유한) 태평양・재단법인 동천 공동편집, 이주민법연구, 경인문화사, 2017.

서울행정법원 실무연구회, 행정소송의 이론과 실무, 개정판, 사법발전재단, 2013.

이규창, 추방과 외국인 인권, 한국학술정보, 2006.

이철우 외, 이민법, 제2판, 박영사, 2019.

정인섭, 신국제법강의, 제7판, 박영사, 2017.

정인섭・황필규 편, 난민의 개념과 인정절차, 경인문화사, 2011.

차용호, 한국 이민법, 법문사, 2015.

최계영 엮음, 난민법의 현황과 과제, 경인문화사, 2019.

한수웅, 헌법학, 제11판, 법문사, 2021.

2. 논문

강지은, “난민지위 인정절차의 제문제 — 프랑스의 2015년 개정 외국인법제를 중심으로 —”, 행정법연구 제45호, 2016.

고소영, “독일의 의무이행소송에 있어 ‘판결성숙성’(Spruchreife)에 관한 연구 — 법원의 판결성숙성 성취의무에 관한 논의를 중심으로 —”, 서울대학교 석사학위논문, 2015.

김민수・김효권, “강제송환금지 원칙에 대한 국제법상 보충적 보호 — 개별사례를 중심으로 —”, 국제법평론 제34호, 2011.

김병기, “독일 행정소송상 의무이행소송의 이론과 실제 — 의무이행소송의 소송물과 법원의 판결성숙성 성취를 중심으로 —”, 행정법학 제16호, 2019.

김복기, “외국인의 사회보장법상 지위”, 법제연구 제56호, 2019.

김은주, “미국 행정법에 있어서 Chevron 판결의 현대적 의의”, 공법연구 제37집 제3호, 2009.

김종철・김재원, “난민법 입법과정과 제정법의 의의 및 향후 과제”, 공익과 인권 통권 제12호, 2012.

김진혜・조정현, “인도적 체류지위의 정의규정에 관한 연구”, 저스티스 통권 제180호, 2020.

김태천, “고문의 정의: 고문방지협약의 국내적 적용과 관련하여”, 저스티스 통권 제87호, 2005.

김후신, “난민협약 외의 난민에 대한 강제송환금지: 자유권규약과 인도적 체류허가”, 저스티스 통권 제183호, 2021.

박귀천, “독일 사회부조법의 원리와 최근의 법 개정에 관한 소고”, 사회보장법연구 제2호, 2012.

박배근, “국내법의 국제법 합치해석에 관한 일고”, 국제법평론 통권 제46호, 2017.

박정훈, “한국 행정법학 방법론의 형성・전개・발전”, 공법연구 제44집 제2호, 2015.

_____, “거부처분과 행정소송 — 도그마틱의 분별력・체계성과 다원적 비교법의 돌파력 —”, 행정법연구 제63호, 2020.

박현정, “프랑스 행정소송법상 가처분결정의 잠정적 효력”, 행정법연구

제55호, 2018.
성재호, “조약과 일반적으로 승인된 국제법규 — 헌법 제6조 1항 해석에 대한 국제법적 검토 —”, 미국헌법연구 제28권 제1호, 2017.
오승진, “국제인권조약의 국내 적용과 문제점”, 국제법학회논총 제56권 제2호, 2011.
이근관, “국제인권규약상의 개인통보제도와 한국의 실행”, 국제인권법 제3권, 2000.
이상덕, “거부처분의 처분성 인정요건으로서의 ‘신청권’ 이론에 관한 비판적 고찰”, 사법 통권 제55호, 2021.
이준일, “강제퇴거 대상자에 대한 보호제도의 위헌성 — 헌법재판소 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정에 대한 평석 —”, 세계헌법연구 제25권 제2호, 2019.
이진형, “독일 행정소송의 가구제에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2021.
이혜영, “법원의 국제인권조약 적용 — 판결문 전수조사를 통한 현황진단 및 적용단계별 논증 분석 —”, 국제법학회논총 제65권 제1호(통권 제156호), 2020.
이희정, “행정법의 관점에서 본 이민법의 쟁점”, 고려법학 제72호, 2014.
임재홍, “출입국관리법상 난민인정행위의 법적 성격과 난민인정요건”, 행정판례연구 제15권 제1호, 2010.
장복희, “국제인권법상 난민의 보완적 보호와 국내법제도 개선”, 안암법학 제27권, 2008.
장태영, “자유권규약의 효력, 적용, 해석 — 대법원 2016도10912 전원합의체 판결에 대한 평석을 중심으로 —”, 국제법학회논총 제65권 제2호(통권 제157호).
전상현, “외국인의 기본권보장 방안 — 헌법상 근거, 기본권주체성, 기본권제한에 관하여 —”, 법조 제68권 제6호(통권 제738호), 2019.
정일수, “정치적 의무의 정당성 여부에 대한 연구: 정당화 이론들의 유형

별 분류를 중심으로", 윤리연구 제87호, 2012.
정하중, "취소소송에서 처분의 위법성판단기준시점", 서강법학연구 제7권, 2005.
조정현, "월경 북한이탈주민의 법적 지위와 탈북어민 강제송환에 대한 국제인권법적 검토", 외법논집 제44권 제3호, 2020.
주진열, "조약의 자기집행성 판단기준에 관한 미국연방법원의 법리: 한국법원에 대한 시사점", 세계헌법연구 제11권 제2호, 2005.
최계영, "출입국관리행정, 주권, 그리고 법치 — 미국의 全權 法理에 대한 소개와 함께 —", 행정법연구 제48호, 2017.
_____, "성소수자의 난민인정요건 — 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결의 비판적 검토 —", 행정판례연구, 제22권 제2호, 2017.
_____, "출입국항 난민신청절차와 적법절차", 행정법연구 제55호, 2018.
_____, "난민법상 인도적 체류허가 거부의 처분성", 행정법연구 제63호, 2020.
최유경, "미국 난민법 체계와 시사점 — 전문 비호심사관 제도의 확충을 위한 제언", 공법학연구 제18권 제4호, 2017.
하명호, "외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰", 고려법학 제52호, 2009.
하정훈, "강제송환금지의 원칙에 비추어 본 출입국항에서의 난민인정절차", 공법연구 제46권 제2호, 2017.
한견우, "프랑스 행정소송법상 완전심리소송", 법조 제40권 제3호, 1991.
한종현・황승종, "우리 난민법제상 인도적 체류 허가에 관한 연구", 서울대학교 법학 제60권 제2호, 2019.
황의관, "미국사법부의 행정청 법률해석에 대한 사법적 존중에 관한 연구 — Chevron 독트린과 그 적용범위를 중심으로 —", 미국헌법연구 제24권 제1호, 2013.
황필규, "「난민의 지위에 관한 협약」상 '충분한 근거가 있는 공포'", 서

울대학교 박사학위논문, 2010.

3. 기타

김영아・김연주, “인도적체류자의 취업과 노동”, 국가인권위원회 2019 「이주 인권가이드라인」 모니터링 결과 보고회, 2019.

김 진, “아동의 ‘인도적’ 체류, 국가인권위원회, 한국에서 인도적체류자로 살아가기”, 국가인권위원회 2019 「이주 인권가이드라인」 모니터링 결과 보고회, 2019.

박정형・조주연, “건강보험제도 및 사회보장제도의 문제점과 제언”, 국가인권위원회, 한국에서 인도적체류자로 살아가기, 국가인권위원회 2019 「이주 인권가이드라인」 모니터링 결과 보고회, 2019.

법무부 출입국・외국인정책본부, 주요 국가의 보충적 난민보호 제도 연구(발행물등록번호: 11-1270000-001076-01, 연구책임자: 장주영), 2020.

사법정책연구원, 난민인정과 재판 절차의 개선 방안(발간등록번호: 32-9741568-001086-01, 연구책임자: 이혜영・표현덕), 2017.

_____, 법원의 국제인권조약 적용 현황과 과제(발간등록번호: 32-9741568-001325-01, 연구책임자: 이혜영), 2020.

최계영, 인도적 체류허가의 문제점과 보충적지위 신설의 필요성을 중심으로, 국가인권위원회, 한국에서 인도적체류자로 살아가기, 국가인권위원회 2019 「이주 인권가이드라인」 모니터링 결과 보고회, 2019.

헌법재판소 헌법연구원, 독일 기본법상 난민의 비호권 — 기본권을 통한 난민보호에 대한 비판적 고찰 — (발간등록번호: 33-9750040-000268-01, 연구책임자: 김환확), 2020.

[영문]

1. 단행본

Aleinikoff TA and others, *Immigration and Citizenship: Process and Policy* (8th edn, West Academic Publishing 2016)

American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, Foreign Relations Law of the United States* (American Law Institute Publishers 2018)

Anker DE, *Law of Asylum in the United States* (2020 edn, Thomson Reuters 2020)

Bader V (ed), *Citizenship and Exclusion* (Palgrave Macmillan 1997)

Baldinger D, *Rigorous Scrutiny versus Marginal Review: Standards on judicial scrutiny and evidence in international and European asylum law* (Wolf Legal Publishers 2013).

Başoğlu M (ed), *Torture and its Definition in International Law: An Interdisciplinary Approach* (Oxford University Press 2017).

Battjes H, *European Asylum Law and International Law* (Martinus Nijhoff Publishers 2006)

Bianchi A and others (eds), *Interpretation in International Law* (Oxford University Press 2015)

Bjorge E, *Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press 2014)

Burgers JH and Danelius H, *The United Nations Convention against Torture: A handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Martinus Nijhoff 1988)

Cançado Trindade AA, *The Access of Individuals to International Justice* (Oxford University Press 2011)

Cane P and others, *Principles of Administrative Law* (3rd edn, Oxford

University Press 2018)

Cantor DJ (eds), *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory* (Brill Nijhoff 2016)

Carens JH, *The Ethics of Immigration* (Oxford University Press 2013)

Collinson S, *Beyond Borders: West European Migration Policy Towards the 21st Century* (Royal Institute of International Affairs, 1993)

Crawford J, *Chance, Order, Change: The Course of International Law* (Hague Academy of International Law 2014)

Cruft R and others (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights* (Oxford University Press 2015)

European Commission, *Evaluation of the application of the recast Qualification Directive (2011/95/EU)* (Publications Office of the European Union 2019)

Feller E and others (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003)

Freckelton A, *Administrative Decision-Making in Australian Migration* Law (ANU eText 2015)

Fournier-Ruggles L, *Canadian Immigration and Refugee Law for Legal Professionals* (4th edn, Emond Montgomery Publications Limited 2018)

Fox GH and others (eds), *Supreme Law of the Land?: Debating the Contemporary Effects of Treaties within the United States Legal System* (Cambridge University Press 2017)

Føllesdal A and others (eds), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes: Legal, Political and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press 2013)

Gerards J and Fleuren J (eds), *Implementation of the European Convention*

on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law: A comparative analysis (Intersentia 2014)

Gibney MJ, *The Ethics and Politics of Asylum: Liberal Democracy and the Response to Refugees* (Cambridge University Press 2004)

Goodwin-Gill GS and McAdam J, *The Refugee in International Law* (3rd edn, Oxford University Press 2007)

Goslett HM and Caruso BJ, *The 2020 Annotated Immigration and Refugee Protection Act of Canada* (Thomson Reuters Canada Limited 2019)

Groves M and Lee HP, *Australian administrative law: Fundamentals, principles and doctrines* (Cambridge University Press 2007)

Hailbronner K and Thym D (eds) *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary* (2nd edn, CH Beck 2016)

Hathaway JC and Foster M, *The Law of Refugee Status* (2nd edn, Cambridge University Press 2014)

Horspool M and others, *European Union Law* (10th edn, Oxford University Press 2018)

Ignatieff M, *Human Rights as Politics and Idolatry* (Amy Gutmann ed, Princeton University Press 2001)

Jacobson JR (ed), *The Territorial Rights of Nations and Peoples: Essays from the Basic Issues Forum* (Edwin Mellen 1989)

Jones M and Baglay S, *Refugee Law* (Irwin Law 2007)

Joseph S and Castan M, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary* (3rd edn, Oxford University Press 2013)

Kranser, SD, *Sovereignty: Organized Hypocrisy* (Princeton University Press 1999)

Legomsky SH and Rodríguez CM, *Immigration and Refugee Law and Policy* (6th edn, Foundation Press 2015)

Li Y, *Exclusion from a Protection as a Refugee: An Approach to a Harmonizing Interpretation in International Law* (Brill Nijhoff 2017)

McAdam J, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press 2007)

—— (ed), *Forced Migration, Human Rights and Security* (Hart Publishing 2008)

Milanovic M, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (Oxford University Press 2011)

Miller D, *On Nationality* (Clarendon Press 1995)

—— *National Responsibility and Global Justice* (Oxford University Press 2007)

—— *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration* (Harvard University Press 2016)

—— and Straehle C (eds), *The Political Philosophy of Refuge* (Cambridge University Press 2020).

Nastasi L and others, *Administrative Law: Principles and Advocacy* (4th edn, Emond Montgomery Publications Limited 2020)

Nicholson F and Twomey P (eds), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes* (Cambridge University Press 1999)

Nowak M, *Article 6: the Right to Life, Survival and Development* (Martinus Nijhoff 2005)

—— and McArthur E, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (Oxford University Press 2008)

—— and others (eds), *The United Nations Convention Against Torture and its Optional Protocols: A Commentary* (2nd edn, Oxford University Press 2019)

Rainey B and others, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights* (7th edn, Oxford University Press 2017)

Rikhof J, *The Criminal Refugee: The Treatment of Asylum Seekers with a Criminal Background in International and Domestic Law* (Republic of Letters Publishing 2012)

Pevnick R, *Immigration and the Constraints of Justice: Between Open Borders and Absolute Sovereignty* (Cambridge University Press 2011)

Pobjoy JM, *The Child in International Refugee Law* (Cambridge University Press 2017)

Schabas WA, *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (3rd edn, Cambridge University Press 2002)

Schabas WA, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford University Press 2015)

Shaw MN, *International Law* (7th edn, Cambridge University Press 2014)

Sheeran S and Rodley N (eds), *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (Routledge 2013)

Shelton D (ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford University Press 2013)

Simmons AJ, *Boundaries of Authority* (Oxford University Press 2016)

Song S, *Immigration and Democracy* (Oxford University Press 2019)

Taylor PM, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights: The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights* (Cambridge University Press 2020)

Türk V and others (eds), *In Flight from Conflict and Violence: UNHCR's Consultations on Refugee Status and Other Forms of International Protection* (Cambridge University Press 2017)

UNHCR, *Safe At Last?: Law and Practice in Selected EU Member States*

with Respect to Asylum-seekers Fleeing Indiscriminate Violence (July 2011)

—— *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* (December 2011) UN Doc HCR/1P/4/ENG/REV. 3.

—— *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* (April 2019) UN Doc HCR/1P/4/ENG/REV. 4.

Vrachnas J and others, *Migration and Refugee Law: Principles and Practice in Australia* (3rd edn, Cambridge University Press 2012)

Walzer M, *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality* (Basic Books 1983)

Wellman CH and Cole P, *Debating the Ethics of Immigration: Is There a Right to Exclude?* (Oxford University Press 2011)

Wouters CW, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement* (Intersentia 2009)

Zimmermann A and others (eds), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary* (Oxford University Press 2011)

2. 논문

Alston P and Quinn G, 'The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' (1987) 9 Human Rights Quarterly 156

Anker DE, 'Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm' (2002) 15 Harvard Human Rights Journal 133

Bergeron C, 'Temporary Protected Status after 25 Years: Addressing the Challenge of Long-Term "Temporary" Residents and Strengthening a Centerpiece of US Humanitarian Protection' (2014) 2 Journal on Migration and Human Security 22

Blake M, 'Immigration, Jurisdiction, and Exclusion' (2013) 41 Philosophy and Public Affairs 103

Bradley CA and Goldsmith JL, 'Treaties, Human Rights, and Conditional Consent' (2000) 149 University of Pennsylvania Law Review 399

Brunnée J and Toope SJ, 'A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts' (2002) 40 Canadian Yearbook of International Law 3

Campbell E and Groves M, 'Privative Clauses and the Australian Constitution' (2004) 4 Oxford University Commonwealth Law Journal 51

Carens JH, 'Aliens and Citizens: The Case for Open Borders' (1987) 49 Review of Politics 251

Charlesworth H and others, 'Deep Anxieties: Australia and the International Legal Order' (2003) 25 Sydney Law Review 423

Cherem M, 'Refugee Rights: Against Expanding the Definition of a "Refugee" and Unilateral Protection Elsewhere' (2016) 24 Journal of Political Philosophy 183

Copelon R, 'Gender Violence as Torture: The Contribution of CAT General Comment No. 2' (2008) 11 New York City Law Review 229

Craven M, 'Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law' (2000) 11 European Journal of International Law 489

Di Marco A, 'The Subsidiary protection: the discriminatory and limited protection of the "new refugees"' (2015) 20 Mediterranean Journal

of Human Rights 183

Dyzenhaus D and others. 'The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation' (2001) 1 Oxford University Commonwealth Law Journal 5

Edgar A and Thwaites R, 'Implementing Treaties in Domestic Law: Translation, Enforcement and Administrative Law' (2018) 19 Melbourne Journal of International Law 24

Edwars A, The 'Feminizing' of Torture under International Human Rights Law (2006) 19 Leiden Journal of International Law 349

van Ert G, 'Dubious Dualism: The Reception of International Law in Canada' (2010) 44 Valparaiso University Law Review 927

Ferracioli L, 'The Appeal and Danger of a New Refugee Convention' (2014) 40 Social Theory and Practice 123

Fitzmaurice G, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points' (1957) 33 British Yearbook of International Law 203

Flaherty MS, 'History Right?: Historical Scholarship, Original Understanding and Treaties as "Supreme Law of the Land"' (1999) 99 Columbia Law Review 2095

Frelick B, 'What's Wrong with Temporary Protected Status and How to Fix It: Exploring a Complementary Protection Regime' (2020) 8 Journal of Migration and Human Security 42

—— and Kohnen B, 'Filling the Gap: Temporary Protected Status' (1995) 8 Journal of Refugee Studies 339

Gibney MJ, 'Refugees and justice between states' (2015) 14 European Journal of Political Theory 448

Groves M, 'Treaties and Legitimate Expectations — The Rise and Fall of *Teoh* in Australia' (2010) 15 Judicial Review 323

Hailbronner K, 'Non-Refoulement and Humanitarian Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?' (1986) 26 Virginia Journal of International Law 857

Hathaway JC, 'A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law' (1990) 31 Harvard International Law Journal 129

—— and Harvey CJ, 'Framing Refugee Protection in the New World Disorder' (2001) 34 Cornell International Law Journal 257

Hathaway OA, 'Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?' (2007) 51 Journal of Conflict Resolution 588

Heyman MG, 'Redefining Refugee: A Proposal for Relief for the Victims of Civil Strife' (1987) 24 San Diego Law Review 449

Jenkins D, 'Rethinking *Suresh*: Refoulement to Torture Under Canada's *Charter of Rights and Freedoms*' (2009) 47 Alberta Law Review 126

Kalverboer M and others, 'The Best Interests of the Child in Cases of Migration: Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures' (2017) 25 International Journal of Children's Rights 114

Kemple MD, 'Legal Fictions Mask Human Suffering: The Detention of the Mariel Cubans Constitutional, Statutory, International Law, and Human Considerations' (1989) 62 Southern California Law Review 1733

Kerr D, 'Privative Clauses and the Courts: Why and How Australian Courts have Resisted Attempts to Remove the Citizen's Right to Judicial Review of Unlawful Executive Action' (2005) 5 Queensland University of Technology Law and Justice Journal 195

Kirtley W, 'The Tampa Incident: The Legality of *Ruddock v. Vadarlis* under International Law and the Implications of Australia's New Asylum

Policy' (2002) 41 Columbia Journal of Transnational Law 251

Klaassen M, 'Between facts and norms: Testing compliance with Article 8 ECHR in immigration cases' (2019) 37 Netherlands Quarterly of Human Rights 157

Knop K, 'Here and There: International Law in Domestic Courts' (2002) 32 NYU Journal of International Law and Politics 501

Lambert H, 'Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue' (1999) 48 The International and Comparative Law Quarterly 515

Lindsay MJ, 'Immigration as Invasion: Sovereignty, Security, and the Origins of the Federal Immigration Power' (2010) 45 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 1

Lougarre C, 'The Protection of Non-nationals' Economic, Social and Cultural Rights in UN Human Rights Treaties' (2020) 9 International Human Rights Law Review 252

Lovric D, 'A Constitution Friendly to International Law: Germany and its *Volkerrechtsfreundlichkeit*' (2006) 25 Australian Year Book of International Law 75

McAdam J, 'Australian Complementary Protection: A Step-By-Step Approach' (2011) 33 Sydney Law Review 687

—— and Chong F, 'Complementary Protection in Australia Two Years On: An Emerging Human Rights Jurisprudence' (2014) 42 Federal Law Review 441

McCorquodale R and Forgia RL, 'Taking Off the Blindfolds: Torture by Non-State Actors' (2001) 1 Human Rights Law Review 189

McKeever D, 'Evolving Interpretation of Multilateral Treaties: 'Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations' in the Refugee Convention' (2015) 64 International and Comparative Law

Quarterly 405

Müller A, 'Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights' (2009) 9 Human Rights Law Review 557

Quigley J, 'The International Covenant on Civil and Political Rights and the Supremacy Clause' (1993) 42 Depaul Law Review 1287

Ramsey MD, 'A Textual Approach to Treaty Non-Self-Execution' (2015) 2015 Brigham Young University Law Review 1639

Shacknove AE, 'Who is a Refugee?' (1985) 95 Ethics 274

Sharpe M, 'The 1969 African Refugee Convention: Innovations, Misconceptions, and Omissions' (2012) 58 McGill Law Journal 95

Sloss D, 'The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties' (1999) 24 Yale Journal of International Law 129

—— 'Taming Madison's Monster: How to Fix Self-Execution Doctrine' (2015) 2015 Brigham Young University Law Review 1691

Souter J, 'Towards a Theory of Asylum as Reparation for past Injustice' (2014) 62 Political Studies 326

Song S, 'Democracy and noncitizen voting rights' (2009) 13 Citizenship Studies 607

Storey H, 'EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World?' (2008) 20 International Journal of Refugee Law 1

Taylor S, 'Do On-Share Asylum Seekers Have Economic and Social Rights? Dealing with the Moral Contradiction of Liberal Democracy' (2000) 1 Melbourne Journal of International Law 70

—— 'Refugee Protection in Australia' (2009) 9 ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 189

Vázquez CM, 'The Four Doctrines of Self-Executing Treaties' (1995) 89 American Journal of International Law 695

—— 'Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties' (2008) 122 Harvard Law Review 599

—— 'Laughing at Treaties' (1999) 99 Columbia Law Review 2154

Walker K, 'International Law as a Tool of Constitutional Interpretation' (2002) 28 Monash University Law Review 85

Wellman CH, 'Immigration and Freedom of Association' (2008) 119 Ethics 109

Wood T, 'Who Is a Refugee in Africa? A Principled Framework for Interpreting and Applying Africa's Expanded Refugee Definition' (2019) 31 International Journal of Refugee Law 290

Yoo JC, 'Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution and the Original Understanding' (1999) 99 Columbia Law Review 1955

—— 'Treaties and Public Lawmaking: A Textual and Structural Defense of Non-Self-Execution' (1999) 99 Columbia Law Review 2218

3. 기타

Administrative Appeals Tribunal, *A Guide to Refugee Law in Australia* (2021) <https://www.aat.gov.au/guide-to-refugee-law-in-australia> accessed 8 June 2021

Dicke N and Mansfield J, 'Filling the protection gap: current trends in complementary protection in Canada, Mexico and Australia' (2012) New Issues in Refugee Research, UNHCR Policy Development and Evaluation Service, Research Paper No 238

European Council of Refugees and Exiles, 'ECRE Comments on the Commission Proposal for a Qualification Regulation' (2016)

International Association of Refugee Law Judges, Forced Migration and the Advancement of International Protection (7th World Conference 2006)

Mandal R ‘Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (“Complementary Protection”)’ (2005) UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2005/02

Moreno-Lax V, ‘The Interdiction of Asylum Seekers at Sea: Law and (mal)practice in Europe and Australia’ (2017) Kaldor Centre for International Refugee Law, Policy Brief 4

Noll G, ‘Evidentiary assessment and the EU qualification directive’ (2005) New Issues in Refugee Research, UNHCR Working Paper No 117.

Oosterveld V, ‘Women and Girls Fleeing Conflict: Gender and the Interpretation and Application of the 1951 Refugee Convention’ (2012) UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA 2012/06

Phillips J, ‘A comparison of Coalition and Labor government asylum policies in Australia since 2001’ (2017) Parliamentary Library, Research Paper Series 2016－17

－－ and Spinks H, ‘Immigration detention in Australia’ (2013) Parliament Library, Background Note

UNHCR, ‘UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004)’ (2005)

[독문]

1. 단행본

Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht: Kommentar, 13 Aufl., 2020

Grube/Wahrendorf/Flint (Hrsg.), SGB XII: Kommentar, 7 Aufl., 2020

Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 4 Aufl., 2017

Heusch/Haderlein/Schönenbroicher, Das Neue Asylrecht, 2016

Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, 2 Aufl., 2016

Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017

Huber/Mantel (Hrsg.), AufenthG/AsylG: Kommentar, 3 Aufl., 2021

Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11 Aufl., 2019

Marx, AsylG: Kommentar zum Asylgesetz, 10 Aufl., 2019

Marx (Hrsg.), Ausländer- und Asylrecht, 3 Aufl., 2017

Schieber, Komplementärer Schutz: Die aufenthaltsrechtliche Stellung nicht rückführbarer Personen in der EU, 2013

Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, 3 Aufl., 2016

2. 논문

Harbou, Der Zugang Asylsuchender und Geduldeter zu Erwerbstätigkeit und Bildung, NVwZ 2016, 421

3. 기타

Weiser, Recht auf Bildung für Flüchtlinge: Rahmenbedingungen des Zugangs zu Bildungsangeboten für Asylsuchende, Schutzberechtigte und Personen mit Duldung (schulische oder berufliche Aus- und Weiterbildung), 2 Aufl., 2016

[불문]

1. 단행본

Graff, Thibaut Fleury et Alexis Marie, *Droit de l'asile,* Paris, PUF, 2019

Vandendriessche, Xavier, *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : Annoté & commenté*, 11e éd, Paris, Dalloz, 2021

2. 기타

Ministère de l'intérieur, *Le guide du Demandeur d'Asile en France*, Septembre 2020

Abstract

Complementary Protection in Refugee Law:

Non-Refoulement and the Humanitarian Stay Permit Regime

Hooshin Kim

Seoul National University

This is a study on complementary protection as a means to protect people who do not meet the legal definition of a "refugee" and fall outside the scope of the Convention Relating to the Status of Refugees (Refugee Convention). The significance of this study is that it raises awareness of the incompleteness of the Refugee Convention. The incompleteness of the Convention can first be found in the scope of the refugees. The nexus requirement of the Convention requires the expected persecution be based on "race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion." Due to such limited scope of refugees, not all of those whose bond with his or her state is severed are protected by the Convention. However, a person's basis for survival may be deprived for other reasons than those specified in the Convention.

In terms of ensuring residence or *non-refoulement*, there is no clear basis to distinguish the possible beneficiaries of the Convention from those who should be excluded from the Convention. However, the incomplete scope of refugees places the excluded category of refugees in a situation where the

only means to escape from human right violations is immigration. Though an expansive interpretation of the nexus requirement may alleviate such concerns, a legislative method is required to fill the protection gap fundamentally.

Conceptualizing complementary protection in refugee law begins with perceiving *non-refoulement* obligation in international human rights law in the eyes of refugee law. In other words, *non-refoulement* is the node connecting complementary protection and protection based on the Refugee Convention. The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment (CAT), Punishment and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the Convention on the Rights of the Child (CRC), all of which South Korea is a party of, form the legal basis for *non-refoulement*. While CAT explicitly states such obligation, the two other treaties do not, but monitoring authorities, namely the Human Rights Committee and the Committee on the Rights of the Child recognize *non-refoulement* obligation based on interpretive methods, especially where there exists risk of arbitrary deprivation of life, torture or ill-treatment. In a comparative point of view, the European Court of Human Rights adopts similar interpretation, but with a broader sense of rights protected. In terms of the European Convention on Human Rights, risk of flagrant denial of justice or arbitrary detention also constitutes a ground of *non-refoulement*. Such methodology may be assessed as an interpretive discovery in the midst of a hostile environment against reforming the refugee definition of the Refugee Convention.

Comparative administrative law reveals that pursuit of complementary protection consists of two steps: affirmative and defensive. Affirmatively, complementary protection is realized by conferring a status that ensures specific rights and benefits. International *non-refoulement* obligation itself

dose not oblige states to confer any status recognized by domestic law, ergo the scope of persons conferring complementary protection status does not perfectly correspond to the scope of persons protected from refoulement. On the other hand, in the defensive stage, application of *non-refoulement* obligation itself becomes the main concern.

In South Korean refugee law, the legal status that functions in the affirmative stage of complementary protection is the "humanitarian stay permit." In practice, the government is implementing the humanitarian stay permit regime without taking international and comparative law into account seriously. Gravely concerned is that the government seems to regard issuance of a humanitarian stay permit as a discretionary action with very weak, if any, legal limitations. Not only the administrative branch but the court also is in line with such understandings. Judicial review against refusal of issuance of humanitarian stay permit has not been allowed. However, such understandings, not to mention the hindering effect against crystallizing *non-refoulement* obligations, are difficult to be substantiated even by domestic administrative law. Legal protection against refusal of such administrative action shall be conferred.

This study suggests three points of reforming the humanitarian stay permit regime. Firstly, at least those who fall in the scope of *non-refoulement*, in principle, shall be conferred complementary protection status. Meanwhile, the possibility of conferring a humanitarian stay permit to those who do not fall in such scope by administrative discretion, should remain. Secondly, the explicit right to apply a complementary protection status and the corresponding obligation to examine the application shall be legislated. This reform would solve the concerns regarding non-existence of legal protection against refusal of issuing the status. Thirdly, rights and benefits attached to the status shall be improved. The principle of non-discrimination and the

obligation to gradually improve economic and social right conditions should be considered.

In the defensive stage, litigations against deportation orders play the function of complementary protection. In South Korean legal practice, the idea that a deportation order itself may not be annulled due to violation of *non-refoulement* exists: i.e., only the implementation of such order may be in violation of law, but not the order itself. However, a deportation order, if thoroughly examined, may be conceptualized as a former notice that a real deportation would take place, and in such sense, recognizing the illegality of a deportation order has the meaning of recognizing the illegality of implementing the order in the future. Therefore violation of *non-refoulement* obligation should be construed as a basis for annulling the order. With regard to the deportation regime, this study suggests, firstly, renewal of the point of time determining the illegality of the order, and secondly, adding complementary protection as a reason to forbid a non-referral decision in the port of entry.

Keywords: refugee, complementary protection, non-refoulement, humanitarian stay permit, deportation

Student Number: 2018-38779