

국제적 보호에 관한 지침 제 14 호:

난민의 지위에 관한 1951 년 협약 제 31 조에 따른 난민의 비정규적인 입국 또는 체재와 이동의 제한에 대한 비제재 (Non-penalization)

유엔난민기구는 난민 지위에 관한 1951 년 협약 제 35 조 및 난민의 지위에 관한 1967 년 의정서 제 2 조와 더불어 유엔난민고등판무관실 규정 제 8 조 제 A 항에 명시된 임무에 근거하여 이 지침을 발행한다.

이 지침은 포괄적인 연구와 여러 차례에 걸친 광범위한 전문가 및 대중 자문을 바탕으로 한다. 이 지침은 정부, 정책 및 의사결정자, 국경 통제 당국, 검찰 당국, 난민 당국은 물론 법조인, 사법부 및 유엔난민기구 직원을 포함한 정부 및 기타 이해관계자에게 법 해석을 위한 지침을 제공하는 것을 목적으로 한다.

향후 지침에 관한 공개 협의 요청은 다음 웹페이지에 게재할 예정이다.
<http://www.unhcr.org/544f59896.html>.

목차

I. 도입	3
A. 근거.....	3
B. 제 31 조의 목적.....	4
II. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항 분석.....	8
A. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항의 인적 범위.....	8
B. 생명과 자유가 위협받는 영역에서 직접 탈출.....	12
C. 허가 없이 자국 영역 내에 입국 또는 체재.....	16
D. 지체 없이 정부기관에 출두.....	18
E. 비정규적인 입국이나 체재에 대한 상당한 이유를 제시.....	22
F. 비정규적인 입국이나 체류에 따른 벌	23
III. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 2 항 분석.....	29
A. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 2 항의 인적범위	29
B. 자유에 대한 필요한 제한	30
C. 지위의 정규화.....	33
D. 다른 국가에의 입국허가를 얻는 것	34
IV. 1951 년 난민협약 제 31 조의 효과적인 이행.....	37
A. 절차 및 증거의 문제.....	37
B. 효과적인 이행을 위한 책임.....	37

I. 도입

A. 근거

1. 국가는 자국의 영토에 대한 출입과 체재를 관리하고 통제할 정당한 이익, 권한 및 책임을 가지고 있다. 이는 국제 난민법과 인권법을 포함하는 국제법에 따라 이루어진다. 국가는 일반적으로 비자 요건 및 국경 통제를 포함한 조치를 통해 이를 수행한다. 국경 및 입국 관리 조치와 절차는 사람들이 정규적인 방법으로 난민신청 하는 것을 허용하지 않을 수 있다. 그 결과, 국제적인 보호가 필요한 일부 사람들은 허가 없이 국경을 넘어 특정 국가에 입국한다. 적절한 서류 없이 또는 입국이나 체류¹ 규정을 위반한 상태로 육상, 항공, 또는 해상 국경에서 체포되는 사람들은 다양한 제한적, 강제적 및 처벌적 조치의 대상이 될 수 있다.² 국제적 보호가 필요한 사람들을 비정규적으로 또는 허가없이 입국하거나 체류하였다는 이유로 벌을 부과하거나 그들의 이동의 자유를 제한하는 법률, 정책 및 관행은 난민의 지위에 관한 1951 년 협약 (이하 “1951 년 난민협약”) 제 31 조를 위반할 수 있다.³
2. 이 지침의 목적은 1951 년 난민협약 제 31 조를 해석하고 적용하기 위한 실질적인 지침을 제공하고, 난민의 지위에 관한 1951 년 협약 및 1967 년 의정서의 체약국 간에 이러한 해석 및 적용의 일관성을 도모하는 것이다.⁴ 이 지침은 제 31 조 전체의 목적을 개략적으로 설명한 후,

¹ 유엔난민기구 집행위원회 결정 제 58(XL)호 1989 년, para. (a). 집행위원회 결정 제 85 (XLIX)호 1998 년, para. (ee). Cathryn Costello (with Yulia Ioffe and Teresa Büchsel), Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (난민의 지위에 관한 1951 년 협약 제 31 조), 2017 년 7 월, PPLA/2017/01, 7-8 면, www.refworld.org/docid/59ad55c24.html (Costello 외). G S Goodwin-Gill, Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection (난민의 지위에 관한 1951 년 협약 제 31 조: 비처벌, 구금, 그리고 보호), 2003 년 6 월, 187 면, www.refworld.org/docid/470a33b10.html.

² 집행위원회 결정 제 58 (XL)호 1989 년, para. (a).

³ 난민의 지위에 관한 협약 (1951 년 7 월 28 일) 189 UNTS 137, www.refworld.org/docid/3be01b964.html (이하 “1951 년 난민협약”).

⁴ 난민의 지위에 관한 의정서(1967 년 1 월 31 일) 606 UNTS 267, www.refworld.org/docid/3ae6b3ae4.html (이하 “1967 년 난민의정서”). 1967 년 난민의정서 제 I 조 제 1 항에 따라 당사국들은 1951 년 난민협약 제 31 조를 적용할 의무를 가진다.

서로 다른 두개의 항의 구성 요소를 구체적으로 다룬다. 마지막 장에서는 제 31 조의 효과적인 이행을 보장하기 위한 절차 및 증거의 문제, 그리고 기타 책임 사항을 설명한다.

B. 제 31 조의 목적

3. 난민들이 이민법 및 기타 법을 위반했다는 이유로 벌을 받지 않도록 하고, 효과적으로 국제 보호를 받을 수 있도록 보장하고(제 31 조 제 1 항) 그들이 체재국에서 불법적으로 체류할 때 불필요하게 이동의 자유가 제한되지 않도록 보장하기 때문에 (제 31 조 제 2 항), 제 31 조는 1951 년 난민협약과 1967 년 난민의정서의 목적과 목표의 중심에 있다.⁵ 1951 년 난민협약 제 42 조 제 1 항에 따라, 국가는 협약 서명, 비준 또는 가입 시 제 31 조에 대한 유보를 할 수 있다.⁶ 이 지침이 발표 시점, 네 개의 체약국이 이 조항에 대한 유보를 유지하고 있었다.⁷

⁵ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, [1999] EWHC Admin 765; [2001] Q.B. 667, 영국 고등법원 (잉글랜드 및 웨일즈), 1999 년 7 월 29 일, paras. 1, 3, 10 and 15, www.refworld.org/cases,GBR_HC_QB,3ae6b6b41c.html. R v. Asfaw, [2008] UKHL 31, 영국 상원 (사법위원회), 2008 년 5 월 21 일, para. 9, www.refworld.org/cases,GBR_HL,4835401f2.html. 미주 인권재판소 (IACrTHR), The institution of asylum, and its recognition as a human right in the Inter-American System of Protection (interpretation and scope of Articles 5, 22(7) and 22(8) in relation to Article 1(1) of the American Convention on Human Rights) (비호제도의 존재와 그것의 인권으로서의 인정: 미주 인권 협약 제 1 조 제 1 항과 관련하여 제 5 조, 제 22 조 제 7 항 및 제 22 조 제 8 항의 해석과 범위), OC-25/18, 2018. 5. 30., 에라도르 공화국이 요청한 권고적 의견, Series A No. 25, para. 99, www.refworld.org/cases,IACRTHR,5c87ec454.html, 비호를 구하고 받을 권리는 국가에 특정한 의무를 부과하며 이는 비정규 입국 및 체재에 관해 벌이나 제재를 주지 않는 것을 포함한다. 조약법에 관한 비엔나 협약에 따라 국가는 조약의 목적과 취지를 해치지 않을 의무가 있으며 조약을 성실하게 이행해야 한다, Vienna Convention on the Law of Treaties (조약법에 관한 비엔나 협약) (1969. 5. 23.) 1155 UNTS 331, 제 18 조와 제 26 조.

⁶ 1967 년 난민의정서 제 VII 조 참고, 앞의 글 (각주 4) 참고.

⁷ 보츠와나, 멕시코, 파푸아뉴기니, 몰도바 공화국. 보츠와나는 가입 당시 “협약 제 7 조, 제 17 조, 제 26 조, 제 31 조, 제 32 조 및 제 34 조와 제 12 조 제 1 항의 유보에 따라”라고만 언급했으며, 추가적인 설명은 하지 않았다. 멕시코는 제 31 조 제 2 항에 대한 유보를 유지하며, 자국의 법률에 따라 난민의 거주지 또는 거주지들을 지정할 권리와 국내에서 이동할 조건을 설정할 권리를 유보한다. 파푸아뉴기니는 제 31 조에 규정된 의무를 수용하지 않는다. 그러나 2013 년 8 월 20 일에 유보를 일부 철회하여, 호주 정부에 의해 파푸아뉴기니로 이송된 난민에 대해 제 31 조의 의무를 수용했다. 몰도바 공화국은 난민 지위에 관한 법률이 발효된 날짜부터 제 31 조의 적용을 유보했다. 또한 온두라스는 1951 년 난민협약에 가입할 때 특정 난민이나 난민 그룹의 거주지를 지정, 변경 또는 제한할 권리와 국가적 또는 국제적 사유가 있을 경우 그들의 이동 자유를 제한할 권리를 유보한다고 선언했다. 온두라스는 2013 년 5 월 29 일 제 31 조(및 제 26 조)에 대한 이 유보를 철회했다. 또한, 교황청은 협약의 적용이 바티칸 시국의 특수성과 실제적으로 부합해야 하며, 그곳에 대한 출입 및 체류를 규율하는 규범에 영향을 미치지 않아야 한다는 일반적인 유보를 유지하고 있다. 추가 정보는 유엔 조약집 treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-

제 31 조 제 1 항:

“체약국은 이 협약 제 1 조와 같이 그들의 생명과 자유가 위협받는 영역에서 직접 탈출해 온 난민에게, 그들이 허가 없이 자국 영역 내에 입국 또는 체재하고 있다는 이유로 벌을 과하여서는 안된다. 다만 이는 그 난민이 지체 없이 정부기관에 출두하고 그들의 불법적인 입국 또는 체재에 대한 상당한 이유를 제시할 것을 조건으로 한다.”

4. 1951 년 난민협약 제 2 조에 따라 난민은 체재국의 법률과 규정 준수 의무가 있음에도 불구하고, 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항은 난민들이 박해로부터 비호를 구할 때⁸ 종종 허가나 서류 없이, 불충분하거나 허위인 서류나 기망에 의해 취득한 서류로, 혹은 은밀한 방식으로 국경을 넘어 도착하거나 입국하거나 체류할 수밖에 없다는 점을 인정한다. 비자를 발급받고 건강 증명서를 제출하며 한 국가에서 합법적으로 출국하고 다른 국가에 입국하기 위한 등록 절차 또는 기타 절차를 따르는 등의 여행 및 이민 관련 규정을 지키지 않고 이동하는 것은 난민들이 비호를 구하고 1951 년 난민협약에 따라 부여된 권리를 보장받기 위해 종종 불가피하다.⁹

[2&chapter=5&Temp=mtmsg2&clang=_en#EndDec](#) 또는 유엔난민기구의 난민조약 및 법률 대시보드 참고, <https://rimap.unhcr.org/refugee-treaty-legislation-dashboard>.

⁸ 비호를 신청하고 이를 누릴 권리는 세계인권선언 제 14 조 및 여러 지역 법적 문서에서 확인되며, 이는 1951 년 난민협약 및 1967 년 난민의정서, 그리고 지역 난민법에 따라 국가가 난민에게 국제 보호를 제공할 의무를 통해 일부 이행된다. 세계인권선언 제 14 조에서는 “모든 사람은 박해를 피하여 다른 나라에서 비호를 구하거나 비호를 받을 권리를 가진다”고 규정한다. Universal Declaration of Human Rights, 1948 년 12 월 10 일, 217 A (III), www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html (UDHR). 미주 인권위원회, American Declaration on the Rights and Duties of Man (인간의 권리와 의무에 관한 미국 선언), 1948 년 5 월 2 일, 제 28 조, www.refworld.org/docid/3ae6b3710.html; 비호를 구하고 받을 권리 규정. 미주 기구 (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose" (미주인권협약, 산호세 협정), 코스타리카, 1969 년 11 월 22 일, 1144 UNTS 123, 제 22 조 제 7 항, www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html (ACHR); 비호를 구하고 받을 권리 규정. 아프리카통일기구 (OAU), African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter") [아프리카 인권헌장 (개인 및 인민의 권리에 관한 반줄헌장)], 1981 년 6 월 27 일, 1520 UNTS 217, 제 12 조 제 3 항, www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html (ACHPR); 비호를 구하고 얻을 권리 규정. 유럽연합, Charter of Fundamental Rights of the European Union (유럽연합 기본권 헌장), 2012 년 10 월 26 일, 2012/C 326/02, 제 18 조, www.refworld.org/docid/3ae6b3b70.html (유럽연합 기본권 헌장); 1951 년 난민협약과 유럽연합의 법에 따른 비호권 보장 규정.

⁹ 이것은 1951 년 난민협약의 초안 작성 과정에서 인정되었다. Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems (무국적자 및 관련 문제에 관한 특별위원회), Status of Refugees and Stateless Persons - Memorandum by the Secretary-General (난민 및 무국적자의 지위 - 사무총장의 메모, 1950 년 1 월 3 일, E/AC.32/2, 당시 초안 제 24 조 제 2 항에 대한 의견, www.refworld.org/docid/3ae68c280.html).

5. 제 31 조 제 1 항은 배제적(exclusion) 조항이 아니라 보호적(protective) 조항이다. 이 조항을 원용하여 개인에게 1951 년 난민협약 상 보호와 권리 부여를 거부하는 것은 1951 년 난민협약의 목적과 목표, 구조 및 명시적인 문언과 배치된다. 이 조항은 비정규적으로 입국하거나 체류하는 모든 난민을 벌(penalty)로부터 보호하는 것이 아니며, 오히려 생명이나 자유가 위협받는 지역에서 직접 온 난민, 지체 없이 정부 기관에 출두하고 비정규 입국이나 체류에 대한 정당한 사유를 제시하는 난민을 보호한다. 비제재(non-penalization)의 요건인 “직접성”, “신속성”, “상당한 이유”는 누적적이다.¹⁰ 이 요건 중 하나 이상을 충족하지 못하는 난민은 제 31 조 제 1 항에 따라 벌을 면제 받을 수 없다. 제 31 조 제 1 항 요건에 대한 분석은 아래 II 에서 더 자세히 다룬다.

6. 제 31 조 제 1 항에서는 “불법(illegal)”이라는 용어를 사용하고 있지만, 유엔난민기구는 “비정규(irregular)”라는 용어를 선호한다. “불법”이라는 용어는 범죄적인 어감을 가지고 있으며, 국내 형사법의 심각한 위반을 의미할 수 있다. 난민의 입국이나 체류와 관련하여 이 용어의 사용은 피해야 한다. 비정규적인 방식을 포함한 여하한 방식의 난민 신청은 범죄 행위가 아니다.¹¹ 이 지침에서는 “비정규”와 “무허가(without authorization)”라는 용어를 혼용한다.

“자국을 떠나는 난민은 일반적으로 도주하는 경우가 많으며 비호국에 합법적으로 입국하기 위한 요건(여권 및 비자 소지)을 충족할 수 있는 경우가 드물다. 박해를 피해 도망치는 난민이 국경을 비밀리에 넘은 후 가능한 한 빨리 비호국 정부 기관에 출두하는 경우 벌 부과로부터 난민을 보호하는 것은 비호의 개념에 부합한다”. R v. Asfaw, 앞의 글 (각주 5), para. 9. Mahamad Arwah Abdi and Another v Minister of Home Affairs and others, Case No: 734/2010, 남아프리카 공화국 항소 대법원, 2011 년 2 월 15 일, para. 22, www.refworld.org/cases,SASCA,50239bb62.html 참고. 유엔난민기구, Beyond Proof, Credibility Assessment in EU Asylum Systems: Full Report (증거를 넘어서, 유럽연합 난민 신청 시스템에서의 신뢰성 평가: 전체 보고서), 2013 년 5 월, 213 면, www.refworld.org/docid/519b1fb54.html 참고.

¹⁰ Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 16 면.

¹¹ 예를 들어, 유럽 평의회: 인권 위원, Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications (유럽에서의 이주 범죄화: 인권에 대한 함의), 2010 년 2 월, 8-9 면, www.refworld.org/docid/4b6a9fef2.html 참고. 이 지침의 제 32 절 또한 참고.

제 31 조 제 2 항:

“체약국은 위의 난민의 이동에 대하여 필요하지 않은 제약을 가하지 아니하며, 그러한 제약은 그 난민이 그 국가에서의 지위가 합법적으로 정하여지거나 다른 국가에의 입국허가를 얻을 때까지만 적용된다. 체약국은 그러한 난민에게 다른 국가에의 입국허가를 얻기 위하여 필요한 합리적인 기간과 이를 위하여 필요한 모든 편의를 부여한다.”

7. 제 31 조 제 2 항은 제 31 조 제 1 항에 의거해 비정규 입국 또는 체류로 인한 벌 부과 여부에 상관 없이 무허가로 국가(이하 “체재국”)에 들어오거나 체류하는 난민의 이동의 자유에 대한 허용되는 제재나 제한적인 제재를 다룬다.¹² 제 31 조 제 2 항에 따르면, 비정규적으로 입국하거나 체류하는 난민은 이동의 자유에 대한 제한으로부터 보호받으며, 이러한 제한이 필요할 경우에만 적용되며, 그들의 체재국 내 지위가 정규화되거나 다른 국가에 입국할 때까지만 적용된다. 제 31 조 제 2 항은 수용국이 처음에는 입국 또는 체류를 허가하지 않은 난민의 신원 및 기타 상황에 대한 절차 및 조사를 완료할 시간을 가질 수 있도록 보장한다. 이 조항은 국가가 국가 안보, 공중 보건 또는 공공 질서의 사유로 필요한 검사를 수행할 수 있게 하며, 대규모 유입과 같은 상황에서 입국 관리를 위해 필요할 수 있는 조치를 취할 수 있도록 허용한다.¹³ 제 31 조 제 1 항에 따라 벌(penalty)을 받지 않는 난민은 제 31 조 제 2 항에 따라 자유로운 이동이 제한될 수 있다. 즉, 이러한 제한이 필요할 경우에는 법적으로 허가된 목적이

¹² A Grahl-Madsen, Commentary on the Refugee Convention 1951: articles 2-11, 13-23, 24-30 & schedule, 31-37 (1951 년 난민협약 주석: 제 2 조-11 조, 13 조-23 조, 24 조-30 조 및 부칙, 31 조-37 조) (유엔난민기구 제네바, 1997 년), 179 면. 체재국에서 지위가 정규화되고 합법적으로 체류하는 난민의 이동의 자유는 1951 년 난민협약 제 26 조에 의해 규제된다. 앞의 글 (각주 3) .

¹³ 난민 및 무국적자의 지위에 관한 유엔 전권대사 회의, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Thirty-fifth Meeting (난민 및 무국적자의 지위에 관한 전권대사 회의: 제 35 차 회의록 요약본), 1951 년 12 월 3 일, A/CONF.2/SR.35, Mr. van Heuven Goedhart (유엔난민기구), Mr. Rochefort (프랑스), Mr. Hoare (영국) 및 Mr. Larsen (덴마크)의 의견, www.refworld.org/docid/3ae68ceb4.html, Grahl-Madsen 주석, 앞의 글 (각주 12), 181 면. 자유권위원회 (HRC), 일반논평 제 35 호: 제 9 조 (신체의 자유와 안전), 2014 년 12 월 16 일, CCPR/C/GC/35, para. 18, www.refworld.org/docid/553e0f984.html, J C Hathaway, The rights of refugees in international law (국제법에서의 난민의 권리) (Cambridge University Press, 2021), 529-530 면.

있을 경우에 비례적으로 적용되며, 사법적 통제의 대상이 될 수 있다. 제 31 조 제 2 항의 요건에 대한 분석은 III 에서 추가적으로 다룬다.

II. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항 분석

A. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항의 인적 범위

8. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항은 동 협약 제 1 조에서 정의된 난민에게 적용된다. 또한, 해당국가가 1951 년 난민협약 또는 1967 년 난민의정서의 당사국인 경우, 1969 년 아프리카 난민 문제의 특수한 양상을 규율하는 아프리카통일기구(OAU) 협약 (이하 “1969 년 아프리카통일기구 난민협약”)¹⁴ 및 1984 년 난민에 대한 카타헤나 선언 (이하 “1984 년 카타헤나 선언”)¹⁵에서 정의된 난민에게도 적용된다.¹⁶

¹⁴ 아프리카통일 기구 (OAU), Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa [아프리카 난민 문제의 특수한 양상을 규율하는 아프리카통일기구(OAU) 협약], 1969 년 9 월 10 일, 1001 UNTS 45, 제 I 조 제 2 항, www.refworld.org/docid/3ae6b36018.html (1969 년 아프리카통일기구 난민협약).

¹⁵ Cartagena Declaration on Refugees Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama (카타헤나 선언: 중앙 아메리카, 멕시코 및 파나마에서의 난민 국제 보호에 관한 콜로키움), 1984 년 11 월 22 일, 결론 제 III 조 제 3 항, www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html (이하 “1984 년 카타헤나 선언”). 1984 년 카타헤나 선언은 1969 년 조약법에 관한 비엔나 협약 제 1 조 제 a 항의 의미 내에서 조약이 아니다, 앞의 글 (각주 5), 그러나 결론 제 III 조 제 3 항에서 말하는 더 광범위한 난민 기준은 미주 지역 15 개 국가의 국내 법적 틀에 통합되어 있다.

¹⁶ 1951 년 난민협약 및 1967 년 난민의정서에 가입한 국가에서는 1969 년 아프리카통일기구 난민협약에 따라 인정된 난민(제 1 조 제 1 항 또는 제 2 항, 또는 1984 년 카타헤나 선언의 결론 제 III 조 제 3 항 포함)은 1951 년 난민협약의 권리 체계의 영향을 받는다. 차별적인 대우는 합리적이지도 않고 객관적으로 정당화될 수도 없으며, 1969 년 아프리카통일기구 난민협약(제 8 조 제 2 항)과 1984 년 카타헤나 선언의 보완적 성격을 무시하는 것이다. 더욱이, 1969 년 아프리카통일기구 난민협약의 서문 제 9 절과 1984 년 카타헤나 선언의 결론 제 III 조 제 8 항은 1951 년 난민협약을 바탕으로 난민의 대우에 대한 공동의 기준 또는 최소한의 기준을 설정할 필요성과 의지를 인정하고 있다. 유엔난민기구, Persons in need of international protection (국제적 보호가 필요한 사람들), 2017 년 6 월, 3 면, www.refworld.org/docid/596787734.html: “국제법상 난민 기준을 충족하는 모든 사람은 국제법상 난민으로 간주된다”는 점을 고려하고 있다. 유엔난민기구, Key legal considerations on the standards of treatment of refugees recognized under the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (1969 년 아프리카의 난민 문제에 관한 특정 측면을 규율하는 아프리카통일기구 협약에 따라 인정된 난민의 대우 기준에 대한 주요 법적 고려사항), 2017 년 12 월 19 일, www.refworld.org/docid/5a391d4f4.html.

9. 1969 년 아프리카통일기구 난민협약에 가입했지만 1951 년 난민협약 및 1967 년 난민의정서에는 가입하지 않은 아프리카연합 회원국은 1951 년 난민협약, 특히 제 31 조 제 1 항에서 설정한 권리 체계에 구속되지 않는다.¹⁷ 또한, 1951 년 난민협약의 지리적 제한을 유지하고 있는 아프리카연합 회원국은 유럽 난민에 대해서만 해당 조항에 구속된다.¹⁸ 그럼에도 불구하고 1969 년 아프리카통일기구 난민협약의 서문은 아프리카연합 회원국들이 1951 년 난민협약 및 1967 년 난민의정서에 가입하고, 동시에 1951 년 난민협약의 조항을 아프리카 난민에게 적용할 것을 촉구한다.¹⁹

10. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항은 난민과 비호 신청인 모두에게 적용된다.²⁰ 제 31 조 제 1 항이 효과적이기 위해서는 난민이라고 주장하는 모든 사람에게 적용되어야 하며,

¹⁷ 현재 아프리카 연합의 55 개 회원국 중 코모로, 에리트레아, 리비아, 모리셔스는 1951 년 난민협약이나 1967 년 난민의정서에 서명하거나 비준하지 않았다. 또한, 이 두 문서 모두 서사하라에는 적용되지 않는다. 마다가스카르는 1951 년 난민협약의 당사국이지만 1967 년 난민의정서의 당사국은 아니다. 마다가스카르와 콩고 공화국은 1951 년 난민협약의 지리적 제한을 인정하고 있다. 따라서 유럽에서 발생한 사건으로 인해 비호를 신청하는 유럽 난민에게 1951 년 난민협약 상의 권리를 적용할 의무가 있다. 마다가스카르는 또한 1951 년 난민협약의 시간적 제한을 인정하여 1951 년 이전에 발생한 사건과 관련하여서만 난민 정의를 적용하고 있다.

¹⁸ 콩고 공화국과 마다가스카르는 1951 년 난민협약 제 1 조 제 B 항 1(a)절에 따른 지리적 제한을 유지하고 있다.

¹⁹ 1969 아프리카통일기구 난민협약, 앞의 글 (각주 14), 전문 para. 10: 아프리카통일기구 정상 회의 결의안 26 호를 언급한다. 이 결의안은 아프리카통일기구 회원국들이 1951 년 난민협약을 비준하고, 비준 전에도 해당 협약의 조항을 적용할 것을 명시적으로 요청하고 있다. OAU AHG/Res.26(II), para. 7 참고. 이와 관련하여, 유엔난민기구 집행위원회와 유엔 총회는 1951 년 난민협약 및 1967 년 난민의정서의 체약국이 아닌 국가들에게 이 협약들에 가입할 것을 지속적으로 요청하고 있다. New York Declaration for Refugees and Migrants: resolution / adopted by the General Assembly (난민 및 이주민을 위한 뉴욕 선언: 유엔총회 채택 결의안), 2016 년 10 월 3 일, A/RES/71/1, para. 65, <https://www.refworld.org/legal/resolution/unga/2016/en/112142> (2016 년 9 월 19 일 채택). 유엔난민기구 집행위원회 결정 제 108 (LIX)호 2008 년과 71/172 (2017) para. 7.을 포함한 유엔 총회 결의안 등 참고.

²⁰ 난민 지위 결정의 선언적 성격으로 인해, 개인은 1951 년 난민협약, 1967 년 난민의정서, 1969 년 아프리카통일기구 난민협약 또는 1984 년 카타헤나 선언의 정의 중 하나의 기준을 충족하는 즉시 난민으로 간주된다. 이는 해당 개인의 난민 지위가 공식적으로 결정되기 전에도 발생할 수 있다. 유엔난민기구 난민 지위의 인정기준 및 절차 편람, 28 절, 다음의 책: 유엔난민기구, 난민의 지위에 관한 1951 년 협약 및 1967 년 의정서에 의한 난민 지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침(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), 2019 년 4 월, HCR/1P/4/ENG/REV. 4, www.refworld.org/docid/5cb474b27.html 및 유엔난민기구 집행위원회 결정 제 6 (XXVIII)호, 1977 년, para. (c). 참고.

여기에는 아직 공식적으로 난민 신청을 하지 않았지만 그렇게 할 의사를 표현한 사람이나 자국으로 돌아가는 것에 대한 두려움을 표현한 사람도 포함된다.²¹ 제 31 조 제 1 항은 개인이 난민 신청을 할 수 있는 기회가 있었음에도 불구하고 공식적으로 신청하지 않거나, 신청을 철회했거나,²² 공정한 절차에 따라 최종적으로 난민이 아니라고 판단된 경우에는 적용되지 않는다.²³ 따라서 제 31 조 제 1 항은 난민신청 부적격 결정을 받은 사람을 포함하여 난민 신청에 대한 어떠한 결정도 내려지지 않은 사람에게 적용된다.²⁴ 심사 결과 난민으로 인정되지 않은

²¹ Summary Conclusions: Article 31 of the 1951 Convention (요약 결정문: 1951 년 난민협약 제 31 조), 2003 년 6 월, para. 10(g), www.refworld.org/docid/470a33b20.html, (요약 결정문 2003). Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 08. Dezember 2014 - 2 BvR 450/11 - Rn. (1-65), Germany: Bundesverfassungsgericht (BVerfG), 2014 년 12 월 8 일, para. 27, www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5b3353ca4 [독일어], (영어 요약문은 www.refworld.org/cases,DEU_BUNDESVERFASS,5b33531d4.html 참고). 독일 연방헌법재판소는 제 31 조는 비기술적 의미에서의 비호 신청인에게도 적용되며, 아직 공식적으로 난민 신청을 하지 않았지만 독일에 입국하여 가능한 한 빨리 난민 신청할 의사를 표현한 사람들도 포함된다고 판단하였다. R v. Uxbridge Magistrates, 앞의 글 (각주 5), para. 16, www.refworld.org/cases,GBR_HC_QB,3ae6b6b41c.html. Goodwin-Gill 2003, 앞의 글 (각주 1), 193 면. 유엔난민기구, Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of Alizada v. Armenia (application no. 2439/18) before the European Court of Human Rights (유럽 인권재판소 Alizada v. Armenia 사건 유엔난민기구 의견서), 2018 년 10 월 26 일, para. 1.3.1., www.refworld.org/docid/5bd313884.html.

²² 난민 신청은 신청자가 명시적으로 철회하거나, 국가가 암묵적인 철회로 간주할 수 있다. 유엔난민기구에 따르면, 암묵적 철회는 국가 법률이 합리적인 기준에 따라 그렇게 규정하는 경우에 고려될 수 있으며, 여기에는 여러 차례 합리적인 설명 또는 정상참작이 될 상황 없이 정해져 통지된 일정에 불참하는 경우가 포함된다. 이러한 경우 당국은 신청 사건을 일시 중지하거나 종료할 수 있다. 국가는 모든 난민 신청 기록을 유지하는 것이 바람직하다. 여기에는 일시 중지되거나 종료한 사례도 포함되어야 하며, 이는 암묵적으로 철회된 신청을 재개할 수 있도록 하기 위함이다. 유엔난민기구, Guidance on Responding to Irregular Onward Movement of Refugees and Asylum-Seekers (난민 및 비호 신청인의 비정규적 이동에 대응하기 위한 지침), 2019 월 9 월, www.refworld.org/docid/5d8a255d4.html 참고. 유엔난민기구, UNHCR RSD Procedural Standards Unit 9: Procedures for RSD Case Closure and Re-opening (유엔난민기구 난민인정심사 절차표준 제 9 장: 난민인정심사 종결과 재심사 절차), 2020 년 8 월 26 일, www.refworld.org/docid/5e87076115.html 또한 참고.

²³ 요약 결정문 2003, 앞의 글 (각주 21), para. 10(g). South Africa: Act No. 130 of 1998, Refugee Act (남아프리카: 1998 년 제 130 호 법, 난민법), 1998 [남아프리카], 2008 년 11 월 26 일, section 21(4), www.refworld.org/docid/4a54bbd4d.html. Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 16 면, “공정한 절차를 따른 후에야” 비로소 거부된 비호 신청인이 비정규 입국이나 체류에 대해 벌을 받을 수 있다고 주장하고 있다.

²⁴ 이 맥락에서 난민신청 부적격 결정은 신청인이 난민인지 또는 국제적 보호가 필요한지를 판단하는 절차에 회부하지 않겠다는 국가의 공식적인 결정을 의미한다. 공식적인 적격심사 절차는 대체로 신청인의 국제적 보호 신청을 판단할 책임이 있는 국가를 결정하기 위한 비호신청절차 중 이루어진다. 유엔난민기구, Aide-Memoire & Glossary of case processing modalities, terms and concepts applicable to RSD under

신청자는 제 31 조 제 1 항에 명시된 요건을 충족하는 경우에는 별도로 보호받는다. 또한, 비호신청인은 국제 및 지역 난민법과 인권법에 따라 강제송환 및 차별에 대한 보호를 포함하는 다른 보호를 받는다.

11. 제 31 조 제 1 항은 1951 년 난민협약 제 32 조가 적용되거나 제 33 조 제 2 항의 강제송환금지 원칙에 대한 예외가 적용되어 더 이상 해당 국가의 영역에 합법적으로 체류하는 것으로 인정되지 않는 난민 즉, 일반적으로 체류증의 발급으로 전달되거나 확인되는 체류 허가나 합법적 지위가 종료되거나 적법절차에 따른 추방 명령의 결과로 체재국이 체류허가나 지위를 갱신하지 않은 난민에게 적용된다. 제 32 조나 제 33 조 제 2 항은 협약의 의미 내에서의 난민 지위의 상실로 이어지지 않는다. 이러한 사람은 여전히 협약 제 1 조의 의미에서 난민으로 간주되며, 따라서 제 31 조 제 1 항은 계속 적용된다. 비호신청인의 체류 허가가 공정한 절차에 따른 최종심사결과 이전에 만료되는 경우, 해당 개인의 체류가 국내법상 허가 받지 않은 체류가 될지라도 제 31 조 제 1 항의 적용에 영향을 미치지 않는다.²⁵ 마찬가지로, 제 31 조 제 1 항은 난민 지위 결정 대신 임시적 보호가 부여되었거나, 난민지위 결정을 기다리며 임시적 보호가 부여된 사람에게는 적용된다.²⁶ 대규모 난민 유입에도 제 31 조 제 1 항의 인적 범위가 변경되지는 않는다.²⁷

12. 유엔난민기구는 국가가 국내법의 범위 내에서 제 31 조 제 1 항의 적용을 난민뿐만 아니라 국제적 보호가 필요한 다른 사람들,²⁸ 즉 보충적인 형태의 국제적 보호를 받을 자격이 있는

UNHCR's Mandate (The Glossary) [유엔난민기구 위임 난민인정심사에 적용되는 사례 처리 방식, 용어 및 개념의 용어집 및 비망록 (“용어집”)], 2017 년, 15 면, www.refworld.org/docid/5a2657e44.html 참고.

²⁵ Arse v Minister of Home Affairs, (25/2010) [2010] ZASCA 9 (2010 년 3 월 12 일), 남아프리카 항소 대법원, 2010 년 3 월 12 일, para. 19, www.refworld.org/cases,SASCA,4c933be42.html.

²⁶ 유엔난민기구, Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements (임시보호 또는 체류 조치에 관한 지침), 2014 년 2 월, para. 8 (ninth point), www.refworld.org/docid/52fba2404.html.

²⁷ 집행위원회 결정 제 22 (XXII)호, 1981 년, paras. II.B.(1) and (2)(a). 유엔난민기구, The Scope of International Protection in Mass Influx (대규모 유입 시 국제적 보호의 범위), 1995 년 6 월 2 일, EC/1995/SCP/CRP.3, paras. 21-22, www.refworld.org/docid/3ae68cc018.html.

²⁸ 유엔난민기구, Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection (보충적 보호 형태를 통한 국제적 보호 제공), 2005 년 6 월 2., EC/55/SC/CRP.16, www.refworld.org/docid/47fdfb49d.html. 집행위원회 결정 제 103 (LVI)호, 2005 년. 유엔난민기구, 국제적 보호가 필요한 사람들, 앞의 글 (각주 16).

사람에게도 확대할 것을 권장한다. 그들은 난민과 유사한 상황에 처해 있으며, 비호를 구하고 안전한 국가에 합법적으로 입국하는 데 유사한 어려움에 직면하고, 많은 경우 난민과 같은 국제적 보호의 필요성이 중대하다. 따라서 이들에게도 비정규 입국이나 체류에 대한 별도로부터 난민과 동일한 보호를 제공할 필요가 있다. 다른 방식의 처우는 객관적이고 합리적인 이유가 있어야 하며, 그렇지 않으면 차별이 될 수 있다.²⁹

B. 생명과 자유가 위협받는 영역에서 직접 탈출

13. 제 31 조 제 1 항은 제 1 조의 의미 하에 “그들의 생명이나 자유가 위협받는 영역에서 직접” 탈출한 난민에게 적용된다. 이러한 영역은 난민의 출신국일 수 있으며,³⁰ 협약 제 1 조의 의미에서 생명이나 자유가 위협받았던 다른 영역일 수도 있다.³¹ 그러한 영역에서 곧바로 온 난민은 “직접 탈출”한 난민이지만, 중간 국가를 단순히 경유한 경우나 중간 국가에서 체류한 경우도 이에 포함될 수 있다.³² 아래 제 14 및 15 절에서 추가로 설명된 바와 같이, 개인이 “직접 탈출”한 것으로 간주될 수 있는지를 판단할 때 고려해야 할 요소로는 중간 국가에서의 체류 기간, 그 국가에서의 이동 지연 사유, 그리고 난민이 그곳에서 국제적 보호를 요청하거나 보호 받았는지 여부가 포함된다.³³

²⁹ Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 13 면. Hode and Abdi v. The United Kingdom, (Application no. 22341/09), 유럽 평의회: 유럽 인권재판소, 2012 년 11 월 6 일, para. 50, www.refworld.org/cases,ECHR,509b93792.html, “‘유사한 상황’을 입증해야 한다는 요구가 비교 집단이 동일할 것을 요구하는 것은 아니다. 오히려 [...] 이들은 다르게 대우받은 다른 이들과 유사한 상황에 있었음”을 고려한다. 유엔난민기구, Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of M.A. v. Denmark (Application no. 6697/18) before the European Court of Human Rights (유럽인권재판소 M.A. V. Denmark 사건에 대한 유엔난민기구의 의견서), 2019 년 1 월 21 일, section 3.3, www.refworld.org/docid/5c4591164.html.

³⁰ “출신국”이라는 용어는 1951 년 난민협약 제 1 조 제 A 항 제 2 호의 의미 내에서 개인의 국적 국가를 지칭하거나, 무국적자의 경우에는 이전의 체류지를 의미한다. 앞의 글 (각주 3).

³¹ Goodwin-Gill 제 31 조, 앞의 글 (각주 1), 189 면.

³² 요약 결정문 2003, 앞의 글 (각주 21), para. 10(b). Goodwin-Gill 2003, 앞의 글 (각주 1), 192 면 및 217-218 면, 중간 국가에서의 경유 또는 체류가 필요할 수 있음이 고려된 1951 년 난민협약의 제정 과정을 참고하였다. 유엔난민기구 최고대표 발언 참고, van Heuven Goedhart, 난민 및 무국적자의 지위에 관한 유엔 전권대사 회의, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Fourteenth Meeting (난민 및 무국적자의 지위에 관한 전권대사 회의: 제 14차 회의 요약), 1951년 11월 22일, A/CONF.2/SR.14, www.refworld.org/docid/3ae68cdb0.html.

³³ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, 앞의 글 (각주 5), para. 18. R v. Asfaw, 앞의 글 (각주 5), para. 15. R. and Koshi Pitshou Mateta and others, [2013] EWCA Crim

14. “직접”이라는 용어는 넓게 해석되어야 하며, 문자적인(지리적 또는 시간적) 의미로 제한되지 않아야 한다. 제 31 조 제 1 항이 적용되기 위해서 난민은 생명이나 자유가 위협받는 영역을 떠난 후, 현재의 체재국에 도착할 때까지 다른 중간 국가를 경유하거나 체류하지 않고 왔어야 할 필요는 없다.³⁴ 중간 국가에서의 단순한 경유로 인해 “직접” 오지 않았다고 간주할 수 없다.³⁵ 중간 국가에서의 체류기간은 난민이 실제로 “직접 탈출했는지”를 해석하는 데 중요한 요소이지만, 중간 국가에서의 경유 또는 체류에 대해 엄격한 시간 제한을 적용해서는 안 된다.³⁶ 또한, 각 사례는 개별적인 사실과 상황을 고려하여 평가해야 하며, 피난의 현실을 고려해야 한다. 따라서 이동의 “직접성”은 이 이동이 이루어지는 맥락 안에서 살펴봐야 한다. 종종 우회적인 경로를 통해 육로나 바다로 이동하며, 이러한 이동은 빈번히 중단될 수

1372, 영국 항소법원 (잉글랜드 및 웨일즈), 2013 년 7 월 30 일, LJ Leveson, para. 21(iv), www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV,5215e0214.html.

³⁴ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, 앞의 글 (각주 5), para. 18. R v. Asfaw, 앞의 글 (각주 5), para. 15. R. and Koshi Pitshou Mateta and others, 앞의 글 (각주 33), LJ Leveson, para. 21(iv). 결정문 KKO:2013:21, 핀란드 대법원, 2013 년 4 월 5 일, www.refworld.org/cases,FIN_SC,557ac4ce4.html. ECLI:NL:HR:2011:BO1587, 09/02303, 네덜란드 대법원 (Hoge Raad), 2011 년 5 월 24 일, para. 2.5, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ntlhg/2011/nl/148636>. 법원은 일반적으로 중간 국가에서 보낸 시간을 고려하는 것의 중요성을 강조했다.

³⁵ FMS and Others v Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság and Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, joined cases C-924/19 & C-925/19, ECLI:EU:C:2020:367, 유럽연합 사법재판소, 2020 년 5 월 14 일, paras. 158-160, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ecj/2020/en/148635>. 재판소는 안전한 제 3 국을 근거로 난민 신청 접수를 거부하기 위한 목적으로 경유를 “연결(connection)”으로 볼 수 없다고 판단했다. R v. Jaddi [2012] EWCA Crim 2565, [2012] EWCA Crim 2565, 영국 항소법원 (잉글랜드 및 웨일즈), 2012 년 11 월 22 일, para. 16, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/gbrcaciv/2012/en/148625>.

³⁶ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, 앞의 글 (각주 5), para. 18, LJ Brown: “난민에게는 적절히 비호를 신청할 장소에 대한 선택의 여지가 실제로 존재한다. 의도한 피난처로 가는 경로에서 단기적으로 중단한 경우에도 해당 조항의 보호를 박탈할 수 없다. 보호를 받을 수 있는지를 판단하는 주요 기준은 중간 국가에서의 체류 기간, 그곳에서 지체한 이유(심지어 불안정한 제 3 국에서의 상당한 지체도 이동 수단을 확보하기 위한 노력으로 정당화될 수 있다), 그리고 난민이 그곳에서 자신이 피하는 박해로부터 법적으로 또는 사실상 보호를 추구하거나 찾았는지 여부이다.” Hassan v. Department of Labour, CRI 2006-485-101, 뉴질랜드 고등법원, 2007 년 4 월 4 일, para. 39, www.refworld.org/cases,NZL_HC,47ald3e32.html. 법원은 일반적으로 “몇 주 또는 몇 달을 중간 국가에서 보낸 난민이라도 ‘직접 도착’ 요건을 충족하지 못하는 것은 아니다”라고 판단하였으나, 해당 사건에서는 그 요건을 충족하지 못한다고 판시했다.

있다. 중간 국가에서의 지연, 경유 및 체류에는 합당한 이유가 있을 수 있다.³⁷ 이러한 이유에는 예를 들어, 밀입국 알선업자나 중개인으로부터의 조언이나 강압, 이동 수단 확보의 어려움, 또는 이동을 제한하는 제약 등이 포함될 수 있다.³⁸ 난민의 여정의 복잡한 성격을 고려하여, 지속되는 여정의 일부로서의 합리적인 지연, 경유 및 체류는 여정의 “직접성”을 부정하는 것으로 간주되어서는 안된다.

15. 다음의 난민의 범주는 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항의 의미에서 “직접 탈출”해온 것으로 간주될 수 없다.³⁹

- 중간 국가 또는 다른 국가에서 공식적으로 국제적 보호 및 합법적 체류를 부여받았거나, 그곳에 임시 또는 영구적으로 합법적으로 정착하여 1951 년 난민협약, 1967 년 난민의정서 및 국제 인권 기준에 상응하는 대우를 받을 수 있는 난민.⁴⁰

³⁷ 국제법상 개인이 유효한 최초의 기회에 국제적 보호를 요청할 의무는 없지만, 동시에 난민은 자신의 비호 신청을 결정할 국가를 자유롭게 선택할 권리가 제한되어 있다. 유엔난민기구 비정규적 이동에 대한 지침, 앞의 글 (각주 22), paras. 1-9 and 14 참고.

³⁸ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, 앞의 글 (각주 5), para. 18, 계속 이동하기 위한 수단을 확보하는 것을 다음 여행 지연의 정당한 사유로 고려했다. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 08. Dezember 2014, 앞의 글 (각주 21), para. 32, 중간 국가에서 보낸 시간을 다음 이동을 준비하는 데 사용했다고 고려했다.

³⁹ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, 앞의 글 (각주 5), para. 18 는 난민이 중간 국가에서 난민이 보호를 받을 수 있었는지 여부가 아니라, 난민이 실제로 보호를 구했거나 보호를 받았는지 여부 등이 “직접 탈출” 여부를 판단하는 데 중요하다고 보았다. R v. Asfaw, 앞의 글 (각주 5), para. 15 참고. 추가적인 분석 및 문헌은 R. and Koshi Pitshou Mateta and others, 앞의 글 (각주 33), para. 21(iv); 및 Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 18-19 면 참고.

⁴⁰ 이 맥락에서 국제적 보호와 합법적 체류 또는 정착은 난민으로서 또는 다른 지위로 수용국에서 체류할 정식 권리를 부여받고, 1951 년 난민협약, 1967 년 난민의정서 및 국제 인권 기준에 상응하는 대우 기준을 받는 것을 의미한다. 유엔난민기구, Legal considerations regarding access to protection and a connection between the refugee and the third country in the context of return or transfer to safe third countries (보호에 대한 접근 및 귀환 또는 안전한 제 3 국들로의 이송의 맥락에서 난민과 제 3 국 간의 연결관계에 대한 법적 고려사항), 2018 년 4 월, para. 3, www.refworld.org/docid/5acb33ad4.html 참고. 중간 국가가 비호신청인이나 난민의 존재를 단순히 묵인하는 경우가 있을 수 있으며, 이로 인해 그들의 난민 인정 심사가 지연되거나 정식 체류 허가를 받지 못할 수 있다는 점에 유의해야 한다.

- 국제적 보호에 대한 신청이 중간 국가 또는 다른 국가에서 공정하고 효율적인 난민신청절차에 따라 실질적인 평가를 거쳐 최종적으로 거부되었는데, 그럼에도 불구하고 이후 이동하여 현재의 체재국에 무단으로 입국하거나 체류하는 비호신청인.⁴¹

16. 최초의 비호국 및 안전한 제 3 국 개념은 난민이나 비호신청인이 중간 국가에서 경유하거나 체류한 경우, 그곳에서 국제적 보호를 받았거나 요청할 수 있었던 경우에 종종 적용된다. 관련 보호 조치 및 국제법에 부합한 조건에 따라 시행될 경우,⁴² 난민이나 비호신청인을 안전한 제 3 국 개념에 따라 중간 국가로 이송하는 것은 제 31 조 제 1 항에 의해 금지되지 않는다.⁴³ 안전한 제 3 국 개념의 적용은 국제 협력의 정신에 따라 이루어져야 하며,⁴⁴ 난민 지위 결정 및 난민의 보호와 해결을 위한 관련 보호 조치 및 조건을 충분히 고려해야 한다. 국가는 또한 보호를 최우선 고려 사항으로 두고, 난민과 비호신청인을 다른 국가로의 이송 및 재입국에 대한 협상 중에 장기간 구금되거나 다른 방식으로 처벌받지 않도록 보장해야 한다.

⁴¹ 협약 입안자들은 제 31 조 제 1 항이 비정규적인 입국이나 체류에 대한 처벌로부터 폭넓은 보호를 제공하도록 의도했으며, 이전 국가에서 이미 비호를 받은 난민은 예외로 두었다. Goodwin-Gill 2003, 앞의 글 (각주 1), 189 면 및 191 면, 프랑스 대표(M. Colemar)의 발언 언급: 난민 및 무국적자 지위에 관한 유엔 전권대사 회의, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Thirteenth Meeting (난민 및 무국적자 지위에 관한 전권대사 회의: 제 13 차 회의 요약 기록), 1951 년 11 월 22 일, A/CONF.2/SR.13, www.refworld.org/docid/3ae68cdc8.html.

⁴² 기타 관련 고려사항으로는 양자 또는 다자 간 이전 협정의 존재, 국가 간 연대, 국제 협력 및 부담 분담이 포함된다. “안전한 제 3 국” 개념의 의미와 적용, 그 적용을 위한 관련 안전장치에 대한 유엔난민기구의 입장 참고, Legal considerations regarding access to protection and a connection between the refugee and the third country in the context of return or transfer to safe third countries (보호에 대한 접근 및 귀환 또는 안전한 제 3 국들로의 이송의 맥락에서 난민과 제 3 국 간의 연결관계에 대한 법적 고려사항), 앞의 글 (각주 40). “안전한 제 3 국” 개념을 적용할 때, 국가들은 국제적 보호 의무를 외부화하는 것을 피해야 한다. 유엔난민기구, UNHCR Note on the “Externalization” of International Protection (국제적 보호의 “외부화”에 대한 유엔난민기구 입장), 2021 년 5 월 28 일, www.refworld.org/docid/60b115604.html 참고.

⁴³ Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 519 면. G S Goodwin-Gill 와 J McAdam, The Refugee in International Law (국제법에서의 난민) (Oxford University Press 2021), 278 면. AAA and Others v. Secretary of State for the Home Department [2023] EWCA Civ 745, 2023 년 6 월 29 일, para. 316, www.refworld.org/cases,UK_SC,64b16aaa4.html.

⁴⁴ 1951 년 난민협약, 앞의 글 (각주 3), 전문 para. 4.

17. 체재 중 (sur place) 비호신청은 “직접 탈출” 여부의 문제는 일반적으로 발생하지 않는다.

왜냐하면 난민이 박해를 받을 것이라는 충분한 근거 있는 두려움을 가지기 전에 이미 해당 국가로 여행하여 입국했기 때문이다.

C. 허가 없이 자국 영역 내에 입국 또는 체재

18. 제 31 조 제 1 항은 “허가 없이” 자국 영역 내에 입국하거나 체재하는 난민에게 적용된다.

“자국 영역”이라는 용어는 국가의 영토 경계 내의 육지와 영해뿐만 아니라 육상 국경, 해양 항구 및 공항의 통과 지역 또는 이른바 “국제 구역”⁴⁵을 포함한다.⁴⁶ 국경 또는 그 인근에서 차단된 난민도 제 31 조 제 1 항의 범위에 포함된다. 이는 난민이 해당 국가의 관할권, 즉 권한이나 통제 하에 있을 때 적용되며, 특히 국경 경비대나 기타 국가 요원에 의해 영토에 들어가려 할 때 체포되는 경우가 이에 해당된다.⁴⁷

⁴⁵ 유엔 총회, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders: Conference room paper (국경에서의 인권에 대한 권장 원칙 및 지침, 회의용 문서), 2014 년 7 월 23 일, A/69/CRP. 1, para. 1, www.refworld.org/docid/54b8f58b4.html. Goodwin-Gill 와 McAdam 2021, 앞의 글 (각주 43), 318 면. 유엔 아동권리위원회 (CRC), General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin [일반논평 제 6 호(2005): 출신국 밖에서의 보호자 미동반 및 분리된 아동의 대우], 2005 년 9 월 1 일, CRC/GC/2005/6, para. 12, www.refworld.org/docid/42dd174b4.html; 권고 의견 OC-21/14, "Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection (이주 및 국제 보호가 필요한 아동의 권리와 보장)", OC-21/14, 미주 인권재판소 (IACrHR), 2014 년 8 월 19 일, para. 220, www.refworld.org/cases,IACRTHR,54129c854.html. Amuur v. France, 17/1995/523/609, 유럽 평의회: 유럽 인권 재판소, 1996 년 6 월 25 일, www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b76710.html, para. 52 에서 법원은 “신청인들이 1945 년 11 월 2 일 법령의 의미에서는 프랑스 내에 있지 않지만, 파리 오를리 공항의 국제 구역에 수용함에 따라 그들은 프랑스 법의 적용을 받게 되었다”고 판단하며, “명칭과는 달리, 국제 구역은 국가 관할 밖에 있지 않다”고 판시했다. D. v. United Kingdom 참조, 146/1996/767/964, 유럽평의회: 유럽 인권재판소, 1997 년 5 월 2 일, para. 48 in conjunction with para. 25, www.refworld.org/docid/46deb3452.html. 유엔난민기구, Legal considerations on state responsibilities for persons seeking international protection in transit areas or “international” zones at airports (공항의 환승구역이나 “국제” 구역에서 국제적 보호를 요청하는 개인에 대한 국가의 책임에 관한 법적 고려사항), 2019 년 1 월 17 일, www.refworld.org/docid/5c4730a44.html. N.D. and N.T. v. Spain (Application no. 8675/15 and 8697/15) (Grand Chamber), 유럽 평의회: 유럽 인권재판소, 2020 년 2 월 13 일, paras. 106-111 및 190, www.refworld.org/cases,ECHR,5e4691d54.html.

⁴⁶ J Crawford, Brownlie’s Principles of Public International Law (Oxford University Press 2019), 191-192 면.

⁴⁷ Noll in A Zimmermann 와 T Einarsen (eds), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary (난민 지위에 관한 1951 년 협약 및 1967 년 의정서:

19. 제 31 조 제 1 항에서 “허가”라는 용어는 난민의 자국 영역 내 입국 또는 체류에 대한 국가의 동의를 의미한다.⁴⁸ 입국 및 체류 허가는 비국민의 입국과 체류를 규제하는 국가의 법적 체계에 의해 결정된다. 여기에는 국가의 국내법과 정책, 그리고 지역 자유 이동 협정과 같은 국제 및 지역 법적 의무가 포함된다. 공식적인 재입국 또는 책임 분담 협정에 따라 국가에 입국하는 난민은 해당 협정의 조건에 따라 자국 영역 내 입국 및 체류가 허가될 수 있다. 입국 허가의 증거는 관련 여행 문서 또는 입국 비자의 형태로 제시될 수 있다. 국가의 국내법을 위반하여 입국(재입국 포함)하는 것은 제 31 조 제 1 항의 의미에서 “허가 없이” 입국하는 것으로 간주된다. 여기에는 허위 또는 부정하게 얻은 문서를 사용하여 여행하고 입국하는 경우,⁴⁹ 비자를 받거나 정규 이민 경로를 이용하는 등 국경 통제 및 이민 절차를 준수하지 않는 경우, 밀입국이나 공식

주석) (Oxford University Press, 2024), 1415 면. 요약 결정문 2003, 앞의 글 (각주 21), para. 11. Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 23 면. 이 논리는 국가가 강제송환으로부터 개인을 보호할 책임이 있다는 점에 따라 더욱 보강된다. 이 책임은 개인이 합법적으로 국가에 입국했는지, 국경심사를 통과했는지, 입국이 허가되었는지, 또는 국경이나 공항 및 항만 통과 구역이나 “국제 구역”에 위치해 있는지에 관계없이 인정된다. Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 489 면. 또한 유엔난민기구의 공항에서의 환승구역 또는 “국제 구역”의 국가 책임에 대한 법적 고려사항 참고. 앞의 글 (각주 45).

⁴⁸ 집행위원회 결정 제 58 (XL)호 1989 년, para. (a).

⁴⁹ Ghuman v. Registrar of the Auckland District Court, CIV2003-404-4373, 뉴질랜드 고등법원, 2003 년 12 월 16 일, para. 59, www.refworld.org/cases,NZL_HC,40cec1694.html, Baragwanath J 법관에 따르면, 제 31 조 제 1 항은 “입국을 목적으로 한 불법 입국 또는 허위 문서의 사용”에 적용되며, 또한 “난민 지위를 확보하기 위한 불법 체류 및 허위 문서의 사용”과 “이런 체류를 유지하기 위한 불법 체류 및 허위 문서의 사용”에도 적용된다. 이러한 체류에는 식사와 숙소를 위한 비용이 필요하며, 이러한 비용은 자선, 사회복지, 부정한 방법 또는 중노동을 통해서만 구할 수 있다.

입국 통로 이외의 장소에서의 입국(폐쇄된 또는 무단 입국 지점 포함)과 같은 기만적인 방법을 사용하는 경우,⁵⁰ 또는 밀입국 알선업자의 도움을⁵¹ 받는 경우를 포함한다.⁵²

20. 제 31 조 제 1 항에서 “불법적인 [...] 체재”는 체재국의 법적 체계에 따라 어떤 근거로도 그 체류가 허가되지 않은 난민을 의미한다. 즉 이전에 입국이 금지되었지만 여전히 체류하는 경우,⁵³ 그리고 체류 허가가 종료된 난민을 포함하여 체류 허가가 중단되거나 철회된 경우를 말한다(위 제 11 절 참조). 출국 규칙을 위반하여 출국을 시도하는 난민과 무허가로 체류하는 난민은 제 31 조 제 1 항에 따라 별도로 보호받을 수 있다. 여기에는 다른 곳에서 비호를 구하기 위해 이동하는 도중에 경유하면서 입국 시 해당국에 신고하지 않고, 오히려 해당국을 떠나려고 할 때 체포되는 경우를 포함한다.⁵⁴

D. 지체 없이 정부기관에 출두

21. 제 31 조 제 1 항에 따라 벌을 받지 않기 위해 난민은 지체 없이 정부기관에 출두해야 한다. 그 국가에 접근 가능하고 제대로 작동하는 비호 제도 혹은 난민 보호 제도가 있을 때, 난민이

⁵⁰ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, 앞의 글 (각주 5), para. 16. R v Payam Moradi Mirahessari and Farein Vahdani [2016] EWCA Crim 1733, 영국 항소 법원 (잉글랜드 및 웨일즈), 2016 년 11 월 4 일, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/gbrcaciv/2016/en/148640>, 채널 터널(Channel Tunnel)을 걸어서 통과하고 철도에서 엔진이나 차량을 방해한 이 사건은 법적 항변의 범위에 포함되는 문서 남용 관련 범죄의 정도를 넘어서 철도 서비스의 중단으로 이어졌음을 고려했다. 다만 법원은 해당 처벌이 비정규적인 입국으로 “인해” 발생한 것으로 간주될 수 있었는지 여부를 고려하지 않았다. Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 43 면 참고.

⁵¹ Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (초국가적 조직범죄 방지협약을 보충하는 육상, 해상 및 항공을 통한 이주자의 불법이민 방지를 위한 의정서), (2000 년 11 월 15 일) 2241 UNTS 507, www.refworld.org/docid/479dee062.html (이하 “밀입국 의정서”) 제 5 조는 밀입국의 대상이 된 이주자는 해당 범죄형사 책임에서 면제하고 있다.

⁵² 집행위원회 결정 제 97 (LIV)호 2003 년, para. (a)(vi).

⁵³ Police Chief of Famagusta v. Seyed Ramtin Salehi, Case No. 2073/2016, 키프로스 파마구스타 지방법원(District Court of Famagusta), 2016 년 11 월 14 일, www.asylumlawdatabase.eu/en/caselaw/cyprus-%E2%80%93-district-court-famagusta-14-november-2016-case-no-20732016.

⁵⁴ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, 앞의 글 (각주 5), para. 64. R v. Asfaw, 앞의 글 (각주 5), paras. 26 and 57-59. ECLI:NL:HR:2013:BY4238, 10/05426, 네덜란드 대법원 (Hoge Raad), 2013 년 5 월 28 일, paras. 2.5.1-2.5.3, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ntlhg/2013/nl/148639>.

결의안 KKO:2013:21, 앞의 글 (각주 34). Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 490 면.

합리적으로 가능한 한 빨리 출두하는 것은 국가와 난민 모두의 이익에 부합한다.⁵⁵ “지체 없이”의 요건은 해당국에 도착한 후 합리적인 기간 내를 의미하고, 무허가 체류의 경우에는⁵⁶ 박해를 받을 것이라는 충분한 근거있는 두려움이 생긴 후 합리적인 기간 내를 의미한다 (즉, 체재 중 난민 지위를 주장하는 경우).⁵⁷

22. “지체 없이”는 엄격한 시간적 요건으로 해석되어서는 안 된다. 이는 “즉시” 또는 “가능한 한 빨리”라는 의미보다 더 넓은 개념이다. 난민이 “지체 없이” 출두했는지는 사실관계의 문제로, 사건의 상황에 따라 달라진다.⁵⁸ 고려되어야 할 상황에는 도착 시간과 방법, 정부 기관에 출두할 기회, 이해할 수 있는 언어로 된 정보의 제공 여부, 법적 지원에 대한 접근이 포함된다.⁵⁹ 난민이 도착하자마자 정부기관에 출두할 것이라고 기대하는 것은 여러 이유로 비합리적일 수 있다. 여기에는 즉시적 송환에 대한 두려움, 국경 횡단이나 입국 지점이 난민 신청을 하기에는 안전하지 않거나 부적절한 장소라는 인식, 박해 경험에 기반한 정부에 대한 불신, 또는 여행의 스트레스 등이 포함된다.⁶⁰ 따라서 도착 시 난민이 국가 공무원을 접하거나 체포되기 전에 정부기관에 출두할 수 있다고 합리적으로 기대할 수 없는 상황이 존재할 수 있다.⁶¹ 상황에 따라, 그들은 여전히 1951년 난민협약 제 31 조 제 1 항에 근거해 별도로 보호받을 수 있다.

23. 각 사례는 난민의 국제 보호 및 비호 절차에 대한 인식과 정보 부족, 밀입국 알선업자나 다른 출처에서 제공된 잘못된 조언, 트라우마, 언어 장벽, 불안감, 불신 또는 두려움(특히 피난

⁵⁵ R. and Koshi Pitshou Mateta and others, 앞의 글 (각주 33), LJ Leveson, para. 21(iii).

⁵⁶ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, 앞의 글 (각주 5), para. 25.

⁵⁷ 비호신청인이 출신국을 떠난 후 출신국에서 발생한 상황 또는 그들이 출신국을 떠난 이후에 한 행동으로 인해 박해에 대한 충분한 두려움이 생길 수 있으며, 이 경우 신청자는 체재 중 난민이 될 수 있다. 유엔난민기구 난민 지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침 참고, 앞의 글 (각주 20), 제 94-96 절.

⁵⁸ HR-2014-01323-A, Case no. 2014/220, 2014년 6월 24일 (노르웨이 대법원), www.refworld.org/cases/NOR_SC.5653395f4.html, 요약 결정문 2003년, 앞의 글 (각주 21), para. 10(f).

⁵⁹ 요약 결정문 2003년, 앞의 글 (각주 21), para. 10(f).

⁶⁰ HR-2014-01323-A, 앞의 글 (각주 58), para. 22.

⁶¹ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, 앞의 글 (각주 5), paras. 21-25. ECLI:NL:HR:2011:BP7855, 09/02240, 네덜란드 대법원 (Hoge Raad), 2011년 7월 5일, para. 2.6.2, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ntlhg/2011/nl/148637>. Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 493 면.

과정이나 난민 경험에서 비롯된 불신이나 두려움), 과거의 정부와의 경험, 그리고 나이, 성별, 인종, 건강 상태와 같은 기타 개인적 특성과 상황을 고려하여 각 사실관계와 상황에 따라 평가되어야 한다. 그럼에도 난민은 협약 제 2 조에 따라 그가 있는 국가의 법률 및 규정을 준수할 법적 의무가 있다. 정부기관에 지체 없이 출두하고 합리적으로 가능한 시간 내에 국제적 보호가 필요함을 의사표시하는 것은 난민이 이 의무를 이행하고 있음을 나타내는 증거이다.

24. 국가는 난민과 접촉할 가능성이 있는 이민 및 국경 관리 직원을 포함한 모든 관련 국가 공무원에게 난민을 대하는 명확한 지침을 제공해야 한다.⁶² 이는 그들이 국제적 보호를 요청하는 모든 사람을 관련된 정부 기관에 이송해야 함을 의미한다.⁶³ 이는 특히 위험에 처한 여성, 인신매매 및 성적 착취나 기타 형태의 고문 또는 학대의 피해자, 그리고 특히 보호자를 동반하지 않거나 분리된 아동 등 특정한 필요가 있는 사람들이 국제적 보호를 요청하는 경우에 중요하다.⁶⁴ 또한, 국가는 국제적 보호를 요청하는 사람들이 이해할 수 있는 언어로 관련

⁶² 유럽 비호 지원 사무소(European Asylum Support Office), Frontex, Practical Guide: Access to the Asylum Procedure (실무 지침: 비호 신청 절차에 대한 접근), 2020 년, <https://data.europa.eu/doi/10.2847/308000>.

⁶³ 집행위원회 결정 제 8 (XXVIII)호, 1977 년, para. (e)(i), 집행위원회 결정 제 81 (XLVIII)호, 1997 년, para. h; 집행위원회 결정 제 82 (XLVIII)호, 1997 년, paras. (d)(ii) and (iii); 집행위원회 결정 제 85 (XLIX)호, 1998 년, para. (q). 유엔 총회, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders: Conference room paper (국경에서의 인권에 대한 권장 원칙 및 지침, 회의용 문서), 2014 년 7 월 23 일, A/69/CRP. 1, 지침 제 7 호, para. 5, www.refworld.org/docid/54b8f58b4.html 또한 참고. Caso Familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia 사건 또한 참고, 미주 인권재판소 (IACrTHR), 2013 년 11 월 25 일, www.refworld.org/cases,IACRTHR,52c53b154.html; 유럽 연합: 유럽 평의회, 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 (recast) [국제적 보호 부여 및 철회의 공동절차에 대한 유럽 의회 및 이사회의 2013 년 6 월 26 일 지침 (수정본)], 2013 년 6 월 26 일, OJ L. 180/60 -180/95; 29.6.2013, 2013/32/EU, 제 6 조 제 1 항 (세번째 단락), www.refworld.org/docid/51d29b224.html [유럽연합 비호절차지침 (수정본)].

⁶⁴ 권고 의견 OC-21/14, 앞의 글 (각주 45), para. 83. 유엔 여성차별철폐위원회 (CEDAW), General recommendation No. 32 on the gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women (여성의 난민 지위, 비호, 국적 및 무국적의 젠더 관점에 대한 일반논평 제 32 호), 2014 년 11 월 5 일, CEDAW/C/GC/32, para. 44, www.refworld.org/docid/54620fb54.html. 모든 이주 노동자와 그 가족의 권리 보호에 대한 유엔 위원회 (CMW), Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their

정보에 접근할 수 있도록 하고, 관련 정부기관에 공식적인 난민 신청을 할 수 있도록 도와주며, 유엔난민기구에 연락할 기회를 부여해야 한다.⁶⁵

25. “정부기관”이라는 용어는 넓은 의미를 가지며 특정한 국가 기관이나 대리인을 지칭하지 않는다. 난민이 대리인, 부서, 기관 또는 정부의 특정 부처에 접근하며, 그럼으로서 자신이 관련 기관에 출두하는 것이라는 합리적인 기대가 있는 경우, 그 기관이 비호 문제에 대한 권한이 있는지 여부와는 관계없이 난민은 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항의 의미 내에서 정부기관에 출두한 것으로 간주되어야 한다.⁶⁶ 난민이 비호 문제에 대한 권한이 없는 국가 기관이나 대리 기관에 출두하는 경우, 해당 기관이 난민과 접촉할 합리적인 가능성이 있는 기관이라면 출두한 난민을 적절한 기관에게 이송하기 위한 명확한 지침을 가져야 한다 (위 제 24 절 참조).⁶⁷

Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration (모든 이주 노동자와 그 가족의 권리 보호 위원회의 일반 논평 제 3 호(2017)와 아동 권리 위원회의 일반 논평 제 22 호(2017): 국제 이주 맥락에서 아동의 인권에 관한 일반 원칙), 2017 년 11 월 16 일, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, para. 32(h), www.refworld.org/docid/5a1293a24.html. 또한 유럽 연합: 유럽연합 이사회, Directive 2013/33/EU of the European Parliament and Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) [국제 보호 신청자 접수 기준 설립에 대한 유럽 의회 및 이사회 2013 년 6 월 26 일 지침 (수정본)], 2013 년 6 월 29 일, OJ L. 180/96 - 105/32; 2013 년 6 월 29 일, 2013/33/EU, 제 21 조, www.refworld.org/docid/51d29db54.html [유럽연합 난민수용조건 지침(수정본)], 유엔난민기구, The 10-Point Plan in Action, 2016 Update, Chapter 5: Mechanisms for Screening and Referral (10 단계 행동 계획, 2016 년 개정판, 제 5 장: 심사 및 연계 체제), 2016 년 12 월, www.refworld.org/docid/5804e0f44.html 또한 참고.

⁶⁵ 1951 년 난민협약 제 35 조 제 1 항은 당사국들이 유엔난민기구가 그 기능을 수행하는 데에 협력할 것을 요구한다. 동시에, 유엔난민기구는 1951 년 난민협약 제 35 조 1 항과 그 임무에 의거해 국제적 보호를 요청하는 사람들과 연락하고 방문할 수 있는 기회를 부여받아 그들의 상황을 확인하고 감독하며 필요 시 지원해야 한다. 집행위원회 결정 제 22 (XXXII)호, 1981 년, para. III. 집행위원회 결정 제 33 (XXXV)호, 1984 년, para. h. 집행위원회 결정 제 72 (XLIV)호, 1993 년, para. b. 집행위원회 결정 제 73 (XLIV)호, 1993 년, para. (b)(iii). 집행위원회 정문 제 No. 79 (XLVII)호, 1996 년, para. (p) 참고.

⁶⁶ 벨기에의 Mr. Herment 의 의견, 난민 및 무국적자에 대한 임시위원회, 유엔 문서 E/AC.32/SR.40, 27 1950 년 9 월, 6 면, 난민이 지역 정부기관에 출두하는 경우를 언급. Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 492 면.

⁶⁷ 집행위원회 결정 제 8 (XXVIII)호, 1977 년, para. (e)(i). 집행위원회 결정 제 81 (XLVIII)호, 1997 년, para. (h). 집행위원회 결정 제 82 (XLVIII)호, 1997 년, paras. (d)(ii) and (iii). 집행위원회 결정 제 85 (XLIX)호, 1998 년, para. (q). 유엔 총회, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders: Conference room paper (국경에서의 인권에 대한 권장 원칙 및 지침, 비공식

26. 국가가 난민이 정부기관에 자신을 알리고 난민 신청을 해야 하는 기한을 설정하는 경우, 그 기한을 지키지 못한다고 해서 난민이 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항의 의미 내에서 정부기관에 출두하는 것을 지체했다고 볼 수 없다. 난민이 지체 없이 출두했는지는 사실관계의 문제이다. 제 21 절과 제 22 절에서 설명한 바와 같이, 난민은 일정 시간이 지난 후에 정부기관에 출두하는 데 합당한 이유가 있을 수 있으며, 따라서 협약 제 31 조 제 1 항의 의미 내에서 “지체 없이 정부기관에 출두”한 것으로 간주될 수 있다. 여하한 경우에도 기한을 지키지 못했다고 해서 그 자체로 인해 난민 신청을 하거나 국제적 보호를 요청하는 것이 금지해서는 안 된다.⁶⁸

E. 비정규적인 입국이나 체제에 대한 상당한 이유를 제시

27. 별도로 보호받기 위해 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항에 따라 난민은 비정규 입국 또는 체류에 대한 상당한 이유 또는 타당한 사유를 제시해야 한다.⁶⁹ 난민이 정규적인 수단이 아닌 비정규적인 수단을 통해 입국하거나 체류하는 것이 국제적 보호를 요청하기 위해 필요한 것이라고 합리적으로 믿거나 필요성을 느끼는 경우, 일반적으로 이는 제 31 조 제 1 항의 의미 내에서 “상당한 이유”로 간주될 수 있다.⁷⁰ 난민이 상당한 이유를 제시했는지는 사실의 문제이다.⁷¹ 제 31 조 제 1 항은 국제 보호를 요청하기 위해 비정규적 입국이나 체제가 필요하다고 제시하는 것은 아니다. 실제로, 난민들은 많은 경우 수용국에서의 정규적인 입국이나 체류에 대한 중대한 사실적 및 법적 장벽에 직면하게 되어 비정규적인 수단을 선택할

문서), 2014 년 7 월 13 일, A/69/CRP. 1, 지침 제 7 호, 제 5 절, www.refworld.org/docid/54b8f58b4.html. Caso Familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia, 앞의 글 (각주 63).

⁶⁸ 집행위원회 결정 제 15 (XXX)호, 1979 년, para. (i). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en México: Presentación de Amicus Curiae a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 762/2019, 2019 년 12 월 3 일, paras. 26-46, <https://www.refworld.org/es/jur/amicus/acnur/2019/es/134489>.

⁶⁹ 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항의 원문 프랑스어는 “des raisons reconnues valables”라고 언급한다.

⁷⁰ Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 496 면, 강압적인 상황의 결과로서의 불법 입국을 언급한다. 유엔난민기구, Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of Alizada v. Armenia (application no. 2439/18) before the European Court of Human Rights (유엔 인권재판소 Alizada v. Armenia 에 대한 유엔난민기구 의견서), 2018 년 10 월 26 일, para. 3.1.7., www.refworld.org/docid/5bd313884.html.

⁷¹ Goodwin-Gill 2003, 앞의 글 (각주 1), 217 면.

수밖에 없는 상당한 이유를 가지고 있는 경우가 많다.⁷² 합법적인 입국 수단에 대한 진정하고 효과적인 접근이 가능하더라도, 난민은 여전히 제 31 조 제 1 항의 의미 내에서 비정규 입국에 대한 상당한 이유를 제시할 수 있다.⁷³ “상당한 이유”는 여러 요인에 의해 충족될 수 있으며, 여기에는 국경에서 거부당하거나 강제송환되는 것에 대한 두려움,⁷⁴ 정해진 입국 지점에 물리적으로 들어갈 수 없는 상황, 입국 시 난민 신청을 하기 위한 관련 절차에 대한 정보나 지식 부족, 밀입국 알선업자와 같은 제 3 자의 지시에 따른 행동, 또는 트라우마로 인해 합법적인 입국 수단을 식별하거나 사용할 능력이 부족한 경우 등이 포함된다.⁷⁵ 타당한 사유가 없는 경우, 난민은 입국이 확보된 후에도 허위 또는 위조서류를 다시 사용해서는 안 되며, 국제적 보호를 요청할 때 해당 서류를 정부 기관에 제출해야 한다.⁷⁶

F. 비정규적인 입국이나 체류에 따른 벌

28. 제 31 조 제 1 항은 비정규적인 입국 또는 체류를 “이유로” 벌을 부과하는 것을 금지한다.

제 31 조 제 1 항의 목적에 따라, 그리고 “벌”이라는 용어의 무제한적인 사용을 고려할 때, 이 용어는 난민에게 불리한 비정규적인 입국 또는 체류에 대해 국가가 부과하는 모든 형사적 또는

⁷² R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, 앞의 글 (각주 5), para. 26. R. and Koshi Pitshou Mateta and others, 앞의 글 (각주 33), para. 20. 두 사건 모두에서 법원은 “진정한 난민이 합리적인 이유로 위조 서류로 여행하였다”면 상당한 이유 요건을 충족한다고 보았다.

⁷³ Case of N.D. and N.T. v. Spain (Application no. 8675/15 and 8697/15) (Grand Chamber), 앞의 글 (각주 45), para. 210. 법원은 이 사건을 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항의 비정규적 입국 또는 체재에 대한 벌 부과 금지와 관련하여가 아니라, 유럽 인권 협약 제 4 조 제 4 호의 집단 추방 금지의 맥락에서 고려했다. 법원은 국가가 합법적인 입국 수단에 대해 진정하고 효과적인 접근을 제공한 경우, 객관적인 사실에 근거한 설득력 있는 이유 없이 (해당 국가가 증명책임을 부담) 잠재적인 비호신청인을 포함한 외국인이 이러한 절차를 준수하지 않고 국경을 넘으려 한다면 그들의 입국을 거부할 수 있다고 판시했다. 이는 특히 해당 사건에서처럼 사람들이 대규모로 모여 물리력을 사용한 경우에 해당한다. Para. 201 에서, 법원은 그 논리가 현재 사건의 맥락과 관련이 있으며, 유럽 인권협약 제 2 조 및 제 3 조의 적용, 즉 강제송환금지 원칙의 적용에 영향을 미치지 않는다고 밝혔다.

⁷⁴ H. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau (6S.737/1998) (비공식 영어 번역), 스위스 연방법원, 1999 년 3 월 17 일, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/che/c/1999/en/148641>, BP7855, 앞의 글 (각주 61), para. 2.6.2.

⁷⁵ Goodwin-Gill 2003, 앞의 글 (각주 1), p. 217. Goodwin-Gill and McAdam 2021, 앞의 글 (각주 43), 276 면.

⁷⁶ BP7855, 앞의 글 (각주 61), para. 2.3.

행정적 조치를 포괄하는 넓은 의미로⁷⁷ 해석되어야 한다.⁷⁸ 제 31 조 제 1 항에 따라 금지되는 벌은 처벌적, 차별적, 보복적 또는 억제적인 성격을 가진 조치이다.⁷⁹ 벌에는 다음이 포함될 수 있다:

- 금전적 제재
- 이동의 자유에 대한 제한
- 자유의 박탈
- 교육, 고용 및 복지 또는 이민 지원 서비스와 같은 경제적 또는 사회적 권리에 대한 제한⁸⁰
- 출국 제한
- 난민에 대한 여하한 차별적 대우 또는 절차적 불이익, 즉 자국 영역 또는 비호 신청 절차에 대한 접근을 거부, 방해, 지연하거나 제한을 적용하거나, 적법한 절차 보장을 제한하고 지위가 유지되는 기간을 제한하거나, 신청자의 비정규적인 입국 또는 체제만을 이유로 국제적 보호 요청을 부적합하다고 결정하는 경우 등⁸¹

⁷⁷ Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 514 면.

⁷⁸ 집행위원회 결정 제(XXXII)호 1981 년, para. II.B.2.(a). 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항의 프랑스어 문언은 “sanctions pénales”라고 언급하는데 이는 더 좁은 개념일 수도 있다. 그러나 이 맥락에서, 조약법에 관한 비엔나 협약 제 33 조 제 4 항에 따라, 기본적인 권리와 자유를 보호하고자 하는 1951 년 난민협약의 목적 및 목표를 반영할 때, 영어 문언의 “penalties”라는 광의의 개념이 선호된다. Goodwin-Gill and McAdam 2021, 앞의 글 (각주 43), 277 면. Goodwin-Gill 2003, 앞의 글 (각주 1), 204 면은 행정적 근거에 따라 객관적으로 정당화할 수 있는 사유가 아니라면 불법으로 입국한 다른 이들보다 불리한 대우를 받은 여하한 경우는 모두 제 31 조의 의미 내에서 별이라고 할 수 있다고 한 Social Security Commissioner 의 결정을 언급하였다. Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 515 면은 “비호국에서의 무허가 입국 또는 체제로 인한 모든 벌”을 언급하였다. AAA and Others v. Secretary of State for the Home Department, 앞의 글 (각주 43), para. 328, Underhill 판사는 위의 Goodwin-Gill 을 인용하며 “벌”이라는 용어는 형사적 성격의 제재에 국한되지 않는다고 판단하였다.

⁷⁹ Goodwin-Gill and McAdam 2021, 앞의 글 (각주 43), 278 면, Costello 외 언급, 앞의 글 (각주 1), 38 면 및 유엔난민기구, Note on International Protection (submitted by the High Commissioner) [국제적 보호에 대한 입장 (최고대표 제출)], 1984 년 8 월 9 일, A/AC.96/643, para. 29, www.refworld.org/docid/3ae68c040.html.

⁸⁰ Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 37 면.

⁸¹ 집행위원회 결정 제 15 (XXX)호 1979, para. (i). 집행위원회 결정 제 22 (XXXII)호 1981, para. B.2(a). B010 v. Canada (Citizenship and Immigration), 2015 SCC 58, 캐나다 대법원, 2015. 11. 27., paras. 57 and 63, www.refworld.org/cases/CAN_SC.56603be94.html. 유럽연합: 유럽연합이사회, 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

29. 제 31 조 제 1 항은 난민의 비정규적인 입국이나 체류, 또는 비정규적인 입국 또는 체류를 위하여 사용한 수단 및 관련 행위로 인해 벌을 부과하는 것을 금지한다 (위 제 19 절 참조).⁸² 위에서 언급한 바와 같이, 이는 입국하거나 체류하기 위해 허위 또는 위조 문서 또는 부당하거나 기망적 수단을 사용한 경우, 비자 취득이나 정규 이민 경로를 이용하는 등 국경 통제 또는 이민 절차를 준수하지 않은 경우, 밀입국자로서 합법적이지 않거나 은밀한 입국 방법을 사용한 경우, 공식적인 입국 지점이 아닌 곳으로 입국한 경우(폐쇄되었거나 허가되지 않은 입국 지점 포함), 또는 밀입국 알선업자나 다른 사람의 도움을 받아 입국하거나 체류한 경우에 받게되는 벌을 포함한다. 위 제 21 절과 제 22 절에서 설명한 바와 같이, 난민은 도착하자마자 즉시 난민 신청을 하지 않은 데 대한 상당한 이유가 있을 수 있으며, 허위문서 또는 부정하게 취득한 문서를 사용하거나 문서 없이 비정규적으로 입국하거나 체류한 데 대한 상당한 이유가 있을 수 있다.⁸³

30. 난민이 자신이나 다른 사람의 비정규 입국이나 체재를 위해 밀입국을 조직, 촉진하거나 지원한 것으로 의심되거나 확인된 경우, 그 자신이 밀입국의 대상이거나 인도적 이유로 자신이나 가족 또는 다른 사람의 입국을 확보하기 위해 밀입국을 조직하거나 촉진한 것이라면 제 31 조 제 1 항은 이들에게 벌을 부과하는 것을 금지한다.⁸⁴ 이러한 경우, 난민이 1951 년 난민협약

application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) [회원국에서의 제 3 국 국적자 또는 무국적자의 국제적 보호 신청에 책임이 있는 회원국을 결정하는 기준과 체제를 설정하는 2013 년 6 월 26 일 유럽 의회 및 이사회 규정 (EU) No 604/2013 (수정본)], 2013. 6. 29., OJ L. 180/31-180/59; 2013. 6. 29., (EU)No 604/2013, 전문 20, www.refworld.org/docid/51d298f04.html, 유럽연합 난민수용조건 지침 (수정본), 앞의 글 (각주 64), 전문 15. Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 37 면 및 38 면. Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 513-519 면.

⁸² Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 38 면. Hathaway 는 제 31 조 제 1 항이 특정 유형의 벌을 금지하는 것이 아니라, 불법 입국 또는 체류의 결과로서 특정 맥락에서 부과되는 일반적인 벌을 금지한다고 분명히 한다. Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 514 면.

⁸³ Ghuman v. Registrar of the Auckland District Court, CIV2003-404-4373, 앞의 글 (각주 49), paras. 62 and 64. Baragwanath J 법관은 외상 스트레스 장애로 인해 비호신청인이 비정규적 체류를 유지했다고 판단했다.

⁸⁴ 초국가적 조직범죄 방지 유엔 협약 및 그 의정서 협상 준비문서, 469 면, www.unodc.org/pdf/ctocccop_2006/04-60074_ebook-e.pdf.

제 31 조 제 1 항의 요건을 충족하지 못한다 하더라도 이주민 밀입국에 대한 형사 처벌 형태의 벌 부과는 밀입국 의정서 제 5 조⁸⁵ 위반이다.⁸⁶

31. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항을 효과적이고 신의성실하게 적용하기 위해서는 난민 지위를 효율적으로 결정하여 난민을 가능한 한 신속하게 인정하고, 해당 조항의 혜택을 받는 자와 받지 않는 자를 식별해야 한다.⁸⁷ 난민 지위 결정이 이루어지는 동안, 비호 신청인에게 비정규적인 입국이나 체류로 인한 벌을 주어서는 안 된다.⁸⁸ 그러나 공정한 비호 절차를 거쳐 국제 기준에 따라 비호 신청인이 최종 결정으로 난민이 아니거나 국제적 보호가 필요하지 않다고 판단되거나(제 10 절 참조), 난민으로 인정되지만 제 31 조 제 1 항의 다른 요건 중 하나 이상을 충족하지 않는 경우, 해당 조항은 비정규적인 입국이나 체류에 대한 벌로부터 신청자를 보호하지 않는다.⁸⁹ 비정규적인 입국이나 체재로 인해 난민에게 벌을 주는 것은 국가가 1951 년 난민협약 제 32 조 및 33 조에 따라 취할 수 있는 추방 조치에 영향을 미치지 않는다.⁹⁰

32. 제 31 조 제 1 항은 비정규적으로 입국하거나 체재하는 난민에게 다음의 경우에 벌을 부과하는 것을 금지하지 않는다. (i) 직접 탈출하지 않은 경우, (ii) 정부기관에 지체 없이 출두하지 않은

⁸⁵ 밀입국의정서 제 5 조는 의정서 제 6 조에 언급된 대로 밀입국 또는 관련 행위의 대상이 되었다는 이유로 형사 기소 당하는 것으로부터 이주민을 보호한다.

⁸⁶ 위의 글, 제 3(a), 5, 6(a)조 및 제 19 조. R. v. Appulonappa, 2015 SCC 59, 캐나다 대법원, 2015 년 11 월 27 일, para. 43, www.refworld.org/cases/CAN_SC/56603caa4.html, 법원은 “난민협약 제 31 조 제 1 항은 진정한 난민이 피난처를 찾기 위해 불법으로 입국하는 경우 그를 면책하는 것을 목표로 한다. 이러한 보호가 효과적이기 위해서는 사람들이 종종 집단으로 피난처를 찾고 불법 입국을 위해 협력한다는 것을 법이 인지해야 한다. 제 31 조 제 1 항을 준수하기 위해, 국가는 난민들이 안전을 위해 집단적으로 탈출하는 과정에서 다른 사람의 불법 입국을 도운 것만으로 형사 제재를 부과할 수 없다”고 판시했다. 밀입국 의정서, 앞의 글 (각주 51), 제 5 조, 밀입국의 대상이 되었던 사람에 대한 형사처벌 금지. B010 v. Canada (Citizenship and Immigration), 앞의 글 (각주 81). 집행위원회 결정 제 97 (LIV)호 2003, para. (a)(vi).

⁸⁷ 제 26 조, 조약법에 관한 비엔나 협약. 요약 결정문 2003, 앞의 글 (각주 21), para. 6. Goodwin-Gill 2003, 앞의 글 (각주 1), 187 면.

⁸⁸ 요약 결정문 2003, 앞의 글 (각주 21), para. 6. ECLI:NL:HR:2013:BY4310, 11/01046, 네덜란드 대법원 (Hoge Raad), 2013 년 5 월 28 일, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ntlhg/2013/nl/148609>, para. 2.5.2.

⁸⁹ ECLI:NL:HR:2012:BW9266, 10/04365, 네덜란드 대법원 (Hoge Raad), 2012 년 11 월 6 일, para. 2.8, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ntlhg/2012/nl/148638>.

⁹⁰ 난민 및 무국적자의 지위에 관한 전권대사 회의: 제 13 차 회의록 요약본, 앞의 글 (각주 41), 12 면에 Mr. Fritzler (오스트리아)의 진술 및 14 면에 Mr. Herment (벨기에)의 진술 참고. Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 519 면.

경우, (iii) 비정규적인 입국이나 체재에 대한 상당한 이유를 제시하지 않은 경우. 제 31 조 제 1 항은 해당 조항의 요건을 충족하지 않는 난민에게 국가가 벌을 줄 수 있는 여지를 묵시적으로 부여한다. 제 31 조 제 1 항은 그 자체로 조항의 요건이 충족되지 않을 때 이민법 및 규정을 위반한 자에게 벌을 주는 것을 요구하거나 이를 규정하지 않는다. 그러나 제 31 조 제 1 항에 따라 금지되지 않는 비정규적인 입국이나 체류로 인해 주어진 벌은 국제 및 지역 난민법과 인권법 기준에 부합해야 한다. 이러한 벌은 차별적이어서는 안 되며, 난민이 난민 지위를 신청하고 이를 누릴 권리를 저해해서는 안 된다. 여기에는 국가의 영역에 대한 접근을 제한하거나, 공정한 비호 신청 절차에 대한 접근을 제한, 1951 년 난민협약 및 기타 인권 문서에 따라 난민이 누릴 권리, 예를 들어 어떤 국가를 떠날 권리에 대한 접근을 제한하는 것이 포함된다.⁹¹ 따라서 제 31 조 제 1 항에 의거해 별도로 보호받지 않는 경우에 국가가 비정규 입국이나 체재에 대한 줄 수 있는 벌은 행정적 제재를 포함할 수 있으며, 여기에는 금전적 제재, 이동의 자유에 대한 제한, 경제적 또는 사회적 권리 행사에 대한 제한이 포함되지만, 이는 국제 및 지역 법적 기준에 부합해야 한다.⁹² 벌에는 이동의 자유에 대한 제한이 포함될 수 있지만, 이러한 제한은 법에 따라 승인되어야 하며 필요하고 합리적이어야 하며(특히 난민의 특정 개인적 필요와 상황을 고려할 때), 각 개별 사례에 따라 비례적이어야 한다. 비정규적인 입국이나 체류로 인한 벌로 난민을 구금하였을 경우 이는 정당한 목적으로서의 비례적인 벌이라고 볼 수 없다. 추방 명령이나 입국 금지 조치를 포함하여 국가가 부과하거나 시행하는

⁹¹ 비호권은 전권대사 회의에서 프랑스 대표 Mr. Colemar 가 언급한대로 1951 년 난민협약에 암묵적으로 포함되어 있다. 난민 및 무국적자의 지위에 관한 전권대사 회의: 제 13 차 회의록 요약본 참고, 앞의 글 (각주 41). 어떠한 나라를 떠날 권리는 세계인권선언 제 13 조 제 2 항에 명시되어 있다. 앞의 글 (각주 8). 및 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제 12 조 제 2 항 (1966 년 12 월 16 일) 999 UNTS 171. www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html (이하 “자유권규약”).

⁹² 난민은 국제 및 지역 인권법에 따라 신체의 자유와 안전 및 이동의 자유에 대한 자의적인 간섭으로부터 보호받는다. 자유권규약, 앞의 글 (각주 91), 제 9 조 및 제 12 조. 유럽 평의회, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14 (인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽 협약 추가 의정서 제 11 호 및 제 14 호) (1950 년 11 월 4 일) ETS 5, 제 5 조, www.refworld.org/docid/3ae6b3b04.html. ACHR, 앞의 글 (각주 8), 제 7 조. ACHPR, 앞의 글 (각주 8), 제 6 조 및 제 12 조. 자유권위원회 일반논평 제 35 호, 앞의 글 (각주 13), paras. 3, 10, 18 and 58. 자유권위원회, CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant (일반논평 제 15 호: 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 하에 외국인의 지위), 1986 년 4 월 11 일, paras. 7-8, www.refworld.org/docid/45139acfc.html. 자유권위원회, CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination (일반논평 제 18 호: 비차별), 1989 년 11 월 10 일, www.refworld.org/docid/453883fa8.html.

별은 1951 년 난민협약 제 33 조 또는 다른 근거에 따른 국가의 강제송환금지의 의무를 위반하지 않고, 개인이 비호를 구하고 이를 누릴 권리, 또는 국제 및 지역 난민법 또는 인권법에 따른 다른 권리를 침해하지 않도록 하는 것이 특히 중요하다.

33. 제 31 조 제 1 항이 적용되지 않아 국가가 난민의 비정규적인 입국이나 체류에 대해 벌을 부과하기로 결정할 경우, 국가는 형사 처벌을 부과하는 것을 피해야 한다. 난민의 비정규적인 입국이나 체류는 형사 범죄로 취급되어서는 안 된다. 제 12 절에서 명시한 바와 같이 이는 보충적인 형태의 국제 보호가 필요한 사람들에게도 적용되어야 한다. 형사 제재를 부과하는 것은 불필요하고 비례하지 않으며, 비정규적 이민 통제라는 국가의 적법한 이익을 초과하는 것이다.⁹³ 비호를 구하는 것은 보편적인 인권이며, 그 행사는 범죄화되어서는 안 된다.⁹⁴

⁹³ 유엔 인권이사회, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development: report of the Working Group on Arbitrary Detention (개발권을 포함한 모든 인권 즉 시민적, 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 증진 및 보호: 자의적 구금에 관한 실무그룹 보고서), 2008 년 1 월 10 일, A/HRC/7/4, para. 53, www.refworld.org/docid/47b306d22.html. 유엔 인권이사회, Report of the Working Group on Arbitrary Detention (자의적 구금에 관한 실무그룹 보고서), 2010 년 1 월 15 일, A/HRC/13/30, para. 58, www.refworld.org/docid/5a9049754.html. 자의적 구금에 관한 유엔 실무그룹 보고서, Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants (이주민의 자유 박탈에 대한 수정된 심의 제 5 호), 2018 년 2 월 7 일, para. 10, www.refworld.org/docid/5a903b514.html. Caso Vélez Loor vs. Panamá, 미주 인권재판소 (IACrTHR), 2010 년 11 월 23 일, para. 169, www.refworld.org/cases,IACRTHR,4d2713532.html.

⁹⁴ 자의적 구금에 관한 유엔 실무그룹, Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants (이주민의 신체의 자유 박탈에 대한 수정된 심의 제 5 호), 2018 년 2 월 7 일, para. 9, www.refworld.org/docid/5a903b514.html. Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 526 면 (각주 1162). 비호권 관련, 세계인권선언, 앞의 글 (각주 8), 제 14 조. 유엔난민기구, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention (비호 신청인의 구금 및 구금 대안에 관한 적용 기준 및 표준 지침), 2012, para. 32, www.refworld.org/docid/503489533b8.html.

III. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 2 항 분석

A. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 2 항의 인적 범위

34. 제 31 조 제 2 항은 “위의 난민”을 보호하며, 이는 수용국에 비정규적으로 또는 허가 없이 입국하거나 체제한 모든 난민을 의미한다.⁹⁵ 이 조항은 난민의 지위가 수용국에서 정규화되거나 다른 국가로의 입국 허가를 받을 때까지의 경우까지 필요한 경우를 제외하고는 난민의 자유로운 이동에 대한 제한을 허용하지 않는다. 따라서 “위의 난민”에 대한 이동의 자유를 제한할 수 있는 권한은 엄격히 잠정적이며 시간적 제약이 있다. 이 조항의 “난민”은 1951 년 난민협약 제 1 조에 따르며, 그 효과적이고 신의성실한 이행에는 비호신청인도 포함된다(위 제 10 절 참조). “난민”이라는 용어는 1969 년 아프리카통일기구 난민협약과 1984 년 카타헤나 선언에 포함된 더 넓은 범위의 난민 기준에 따라 정의된 난민도 포함한다(위 제 8 절 및 제 9 절 참조).

35. “위의 난민”이라는 구문은 제 31 조 제 1 항이 적용되는 난민을 포함한다. 따라서 제 31 조 제 1 항에 따라 비정규적인 입국 또는 체제에 대한 벌이 금지되어 있음에도 불구하고, 그들의 이동의 자유는 제 31 조 제 2 항에 따라 잠정적이고 일시적으로 제한될 수 있다. 난민의 지위가 정규화되면(제 39 절 내지 제 41 절 참조), 난민은 최소한 1951 년 난민협약의 의미에서는 체제국에 합법적으로 체류하게 되며, 이때 그들의 이동의 자유는 1951 년 난민협약 제 26 조와 개인의 이동의 자유에 관한 국제 및 지역 인권법에 따라 규율된다.⁹⁶

⁹⁵ A Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (국제법에서의 난민 지위), Volume II (Sijthoff Leiden, 1972), 419-420 면, 원문과 문맥을 모두 고려함과 동시에 협약 제정의 역사를 고려하여 다음과 같이 결론 내린다. “제 31 조 제 2 항의 첫번째 문장에서의 “위의 난민”이라는 용어는 처음부터 의미했던 [체약국의] 영역 내에 허가 없이 입국하거나 체류하는 난민을 뜻한다고 보는 것이 정당해 보인다.” A Grahl-Madsen 주석, 앞의 글 (각주 12), 179-180 면; Noll in A Zimmermann, 앞의 글 (각주 47), 1425 면; 및 Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 44 면 또한 참고.

⁹⁶ 제 31 조 제 2 항은 1951 년 난민협약 제 26 조와 밀접한 연관이 있으며, 두 조항 모두 난민의 이동의 자유 권리를 다루고 있지만, 각각 불법 난민과 합법 난민에 대해 적용된다. 국가의 영토 내에 합법적으로 있는 모든 사람의 이동의 자유에 대해 자유권규약, 앞의 글 (각주 91), 제 12 조 또한 참고.

B. 자유에 대한 필요한 제한

36. 제 31 조 제 2 항에 따라, 비정규적으로 입국했거나 체재 중인 난민의 이동의 자유는 “필요한 경우” 제한될 수 있다. 보편적인 인권인 신체의 자유와⁹⁷ 거주지 자유를 포함한 이동의 자유에 대한 예외로서⁹⁸ 제 31 조 제 2 항은 좁게 해석되고 신중하게 적용되어야 한다. 난민의 이동의 자유를 제한하는 조치의 목적에 대한 평가와 함께, 난민의 개인적 필요와 상황을 고려한 타당성,⁹⁹ 그리고 비례성, 즉 개별 사례에서 제한의 목적을 달성하기 위해 덜 제한적인 조치를 사용할 수 있는지를 평가해야 한다.¹⁰⁰ 불법으로 체류 중인 난민의 이동의 자유를 제한하기 위한 자동적, 일상적, 또는 집단적인 조치는 제 31 조 제 2 항을 위반하는 것이다.¹⁰¹ 난민의 이동의 자유에 대한 제한에는 거주지의 지정, 보고 의무, 서류 제출, 이동에 대한 감독이 포함될 수 있으며, 인권적 기준에 따라 최후의 수단으로서만 구금이 이에 포함될 수 있다.¹⁰² 난민의 이동의 자유에 대한 모든 제한은 국내법에 의해 규제되어야 하며,¹⁰³ 개별 사례 별로 체재국의 공공 질서, 공중 보건 또는 국가 안보를 보호하기 위한 정당한 목적을 가져야 한다.¹⁰⁴

⁹⁷ 자유권규약, 앞의 글 (각주 91), 제 9 조 제 1 항.

⁹⁸ 위의 글, 제 12 조 제 1 항.

⁹⁹ 이러한 특정 개인의 필요와 상황은 아동, 장애인, 임신부, 미성년 자녀를 둔 한부모, 인신매매 피해자, 중병 또는 정신적 장애가 있는 사람, 그리고 고문, 성폭행 또는 기타 심각한 심리적, 신체적 또는 성적 폭력의 피해자를 포함할 수 있다. 예를 들어, 유럽연합 난민수용조건 지침 (수정본) 제 21 조 참고, 앞의 글 (각주 64).

¹⁰⁰ 자유권위원회 일반논평 제 35 호, 앞의 글 (각주 13), para. 18. 유엔난민기구, Summary Conclusions on Non-Penalization for Illegal Entry or Presence: Interpreting and Applying Article 31 of the 1951 Refugee Convention (불법입국 또는 체재에 대한 비처벌 요약결정문: 1951 년 난민협약 제 31 조의 해석과 적용), 2017 년 3 월 15 일, 라운드테이블, para. 24, (이하 “2017 년 요약결정문”), www.refworld.org/docid/5b18f6740.html.

¹⁰¹ Attorney-General v. Refugee Council of New Zealand, Inc., [2003] 2 NZLR 577, 뉴질랜드 항소법원, 2003 년 4 월 16 일, para. 97, www.refworld.org/cases,NZL_CA,40cec4c84.html.

¹⁰² 유엔난민기구에 따르면 폐쇄적인 난민촌은 신체의 자유의 박탈, 즉 구금에 해당한다. 유엔난민기구, 비호 신청인의 구금 및 구금 대안에 관한 적용 기준 및 표준 지침(Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention), 2012, para. 7, (이하 “유엔난민기구 구금에 관한 지침”), www.refworld.org/docid/503489533b8.html. 유엔난민기구, UNHCR intervention before the High Court of Kenya in the case of Kituo Cha Sheria and others v. The Attorney General, 2013 년 3 월 12 일 Petition No. 115 of 2013, www.refworld.org/docid/5151b5962.html, para. 5.3: “모든 비호신청인과 난민을 대규모로 도시 중심지에서 쉽게 또는 전혀 떠날 수 없는 난민촌으로 강제 이주시키는 지침은 처벌적 성격으로 간주될 수 있으며, 국제법, 특히 1951 년 난민협약 제 31 조에 따른 국가 의무의 위반이다.”

¹⁰³ 자유권규약, 앞의 글 (각주 91), 제 12 조 제 3 항.

¹⁰⁴ 유엔난민기구 구금에 관한 지침, 앞의 글 (각주 102), 지침 제 4.1 호.

37. 구금은 난민의 이동의 자유에 대한 가장 광범위한 제한이다.¹⁰⁵ 신체의 자유의 박탈에 관한 인권법 기준에 따라 규율되며, 대안이 없는 경우, 최후의 수단으로 개별적으로 사용되어야 한다.¹⁰⁶ 다른 사람들이 비호를 구하는 것을 저지하기 위해 개인을 구금하거나¹⁰⁷ 차별적인 근거로 구금하는 것은 불법이다. 또한, 제 31 조 제 2 항에 따라 난민의 구금은 지정된 구금 시설에서 이루어져야 합법이다. 이러한 구금시설은 인도적이고 존엄한 조건을 보장하며 인권 기준에 부합하도록 적절한 시설을 갖춰야 한다.¹⁰⁸ 제 31 조 제 2 항에 따르면 형사 구금 대상과 행정 구금 대상이 분리되어 있다 하더라도 이민 관련 행정 구금은 범죄 또는 형사 구금 시설에서 시행되어서는 안 된다.¹⁰⁹ 또한, 제 31 조 제 2 항에 따른 구금 기간은 가능한 한 짧아야 한다.¹¹⁰ 예를 들어, 신원이 불확실하거나 이에 대한 논란이 있는 경우, 또는 공중 보건이나 안보에 위협이 되는 경우 최소한의 구금 기간이 합법적일 수 있지만, 그러한 구금은

¹⁰⁵ *Guzzardi v. Italy*, Application no. 7367/76, 유럽 평의회: 유럽 인권 재판소, 1980. 11. 6., paras. 92-93, www.refworld.org/cases/ECHR,502d42952.html. *Medvedyev and Others v. France*, Application no. 3394/03, 유럽 평의회: 유럽 인권재판소, 2010 년 3 월 29 일, para. 73, www.refworld.org/cases/ECHR,502d45dc2.html. *Case of de Tommaso v. Italy* (Application no. 43395/09), ECLI:CE:ECHR:2017:0223JUD004339509, 유럽 평의회: 유럽 인권재판소, 2017 년 2 월 23 일, para. 80, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/echr/2017/en/148633>, “자유와 박탈과 제한의 차이는 정도나 강도의 문제이지, 본질이나 내용의 문제는 아니다”라는 점을 고려하였다.

¹⁰⁶ 자유권위원회 일반논평 제 35 호, 앞의 글 (각주 13), para. 18. *Commission v Hungary (Accueil des demandeurs de protection internationale)* C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029, 유럽연합: 유럽연합 사법재판소, 2020 년 12 월 17 일, paras. 174-175, www.refworld.org/cases/EJ,5fdb914e4.html. *FMS, FNZ (C-924/19 PPU) SA, SA junior (C-925/19 PPU) v Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, 앞의 글 (각주 35), para. 221. 유엔난민기구 구금에 관한 지침, 앞의 글 (각주 102), 지침 4.3, 35 절. 특히, 구금보다 구금대안이 우선 고려되어야 하지만, 구금대안도 합법적으로 적용되기 전에 개별 사례 별로 그 명백한 필요성이 먼저 인정되어야 한다는 것이다.

¹⁰⁷ 비호를 구하는 것은 보편적인 권리이기 때문에 이를 저지하는 것은 구금의 정당한 목적이 아니다 (유엔난민기구 구금에 관한 지침 32 절 또한 참고). *Attorney-General v. Refugee Council of New Zealand, Inc.*, [2003] 2 NZLR 577, 뉴질랜드 항소법원, 2003 년 4 월 16 일, para. 101, www.refworld.org/cases/NZL_CA,40cec4c84.html. 참고. *Hathaway Rights* 2021, 앞의 글 (각주 13), 526-527 면.

¹⁰⁸ 자유권규약 제 10 조에 따르면, “자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적인 또한 인간의 고유한 존엄성이 존중되는 대우를 받는다.” 앞의 글 (각주 91).

¹⁰⁹ 자유권위원회 일반논평 제 35 호, 앞의 글 (각주 13), para. 18. 집행위원회 결정 제 44 (XXXVII)호 1986 년, para. (f). 집행위원회 결정 제 85 (XLIX)호 1986 년, para. (ee). 요약 결정문 2003, 앞의 글 (각주 21), para. 11(k).

¹¹⁰ *A. v. Australia*, CCPR/C/59/D/560/1993, 자유권위원회, 1997 년 4 월 3 일, para. 9.4, www.refworld.org/cases/HRC,3ae6b71a0.html. 요약 결정문 2003, 앞의 글 (각주 21), para. 11(d).

신원을 확인하고 검사를 수행하거나 위험을 완화하기 위해 필요한 합리적인 기간만큼만 지속되어야 한다.¹¹¹ 비효율적인 처리 방식이나 자원 제약으로 인해 이민 관련 행정 구금에 연장하는 것은 허용되지 않는다.¹¹² 구금 결정, 특히 구금 기간 연장 결정은 개별적으로 이루어져야 하며, 최소한의 절차적 안전장치가 필요하다. 여기에는 해당 개인이 구금 사유에 대해 통보받을 권리,¹¹³ 법률 상담에 접근할 권리, 구금 또는 구금 연장 결정의 합법성에 대한 신속하고 정기적이고 독립적인 사법 감독을 받을 권리가 포함된다.¹¹⁴

38. 비정규적으로 체류 중인 아동, 부모나 법적 보호자와 함께 비정규적으로 입국하거나 체류하고 있는 아동을 포함한 난민 아동은 이민 관련 목적으로 구금되어서는 안 된다.¹¹⁵ 아동 및 그 부모나 법적 보호자의 비정규적인 입국 또는 체류만을 근거로 하거나 난민 신청 절차에 참석하도록 보장하기 위한 구금은 필요성의 기준을 초과하며 아동의 최선의 이익에 부합하지

¹¹¹ 유엔난민기구 구금에 관한 지침, 앞의 글 (각주 102), para. 24.

¹¹² VL, C-36/20 PPU, 유럽연합: 유럽연합 사법재판소, 2020 년 6 월 25 일, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ecj/2020/en/147489>, paras. 105-107.

¹¹³ 자유권규약, 앞의 글 (각주 91), 제 9 조 제 2 항. 자유권위원회 일반논평 제 35 호, 앞의 글 (각주 13), paras. 24-30.

¹¹⁴ 자유권규약, 앞의 글 (각주 91), 제 9 조 제 4 항. A. v. Australia, CCPR/C/59/D/560/1993, 자유권위원회, 1997 년 4 월 3 일, para. 9.4, www.refworld.org/cases,HRC,3ae6b71a0.html. 요약 결정문 2003, 앞의 글 (각주 21), para. 11(i). 유엔난민기구 구금에 관한 지침, 앞의 글 (각주 102), 지침 6 및 7.

¹¹⁵ 아동의 권리에 관한 협약 (1989 년 11 월 20 일) 1577 UNTS 3, 제 9 조 제 4 항 및 제 37 조, www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html. 자의적 구금에 관한 실무그룹, Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants (이주민의 자유 박탈에 대한 수정된 심의 제 5 호), 2018 년 2 월 7 일, para. 11, www.refworld.org/docid/5a903b514.html. 모든 이주 노동자와 그 가족의 권리 보호에 대한 위원회, Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return [모든 이주 노동자와 그 가족의 권리 보호 위원회의 일반 논평 제 4 호(2017)와 아동 권리 위원회의 일반 논평 제 23 호(2017): 출신국, 경유국, 목적국, 및 귀환국에서의 국제 이주 맥락에서 아동의 인권에 관한 일반 원칙], 2017 년 11 월 16 일, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, paras. 5, 7 및 10, www.refworld.org/docid/5a12942a2b.html. 권고 의견 OC-21/14, 앞의 글 (각주 45), para. 154, www.refworld.org/cases,IACRTHR,54129c854.html. R.K. et autres c. France, Requête no 68264/14, 유럽 평의회: 유럽 인권재판소, 2016 년 7 월 12 일, para. 88, www.refworld.org/cases,ECHR,5784e8574.html. 유엔난민기구, UNHCR's position regarding the detention of refugee and migrant children in the migration context (이주의 맥락에서 난민 및 이주 아동의 구금에 대한 유엔난민기구의 입장), 2017 년 1 월, www.refworld.org/docid/5885c2434.html.

않는다.¹¹⁶ 임신부와 수유 중인 사람의 구금도 피해야 한다.¹¹⁷ 이러한 경우, 이동의 자유에 대한 제한이 필요할 때는 구금 대신 적절한 돌봄 조치와 사회기반 프로그램을 포함한 다른 제한을 적용해야 하며, 이를 통해 비정규적으로 체류하는 아동 및 임신부, 수유 중인 난민과 그 가족의 적절한 수용과 치료를 보장해야 한다.¹¹⁸ 공공 질서, 공중 보건 또는 국가 안보를 보호하기 위한 다른 목적(이민과 관련되지 않은 이유)으로 아동을 구금하는 것은, 제 37 절에 명시된 안전장치가 있을 경우, 최후의 수단으로만 사용되어야 하며, 개별적으로 적용되고 가능한 한 짧은 기간 동안만 이루어져야 한다.¹¹⁹

C. 지위의 정규화

39. “그 국가에서의 지위가 합법적으로 정하여”질 때까지라는 표현은 난민의 체류가 국가의 법과 정책에 따라 어떤 근거로든 허가될 때까지의 기간을 의미한다(위 제 19 절 참조). 여기에는 개인이 국제적 보호를 요청하고 난민 신청 절차가 시작된 경우가 포함되며, 이는 그들이 난민신청 심사결과를 기다리도록 지시받거나 난민 신청의 적격여부가 심사 중인 경우를 포함한다.¹²⁰ 다른 국가가 해당 난민의 난민신청심사에 대한 책임이 있다고 판명되고 난민이 안전한 제 3 국 개념 적용 등의 맥락에서¹²¹ 국제법에 따라 타국으로 이송될 수 있는 경우 해당 국가에서의 난민의 지위는 정규화된 상태라고 볼 수 없다.

¹¹⁶ 미주 인권재판소 권고 의견 OC-21/14, 앞의 글 (각주 45), para. 154.

¹¹⁷ 여성차별철폐협약 일반권고 제 32 호, 앞의 글 (각주 64), para. 49. 아동의 권리에 관한 협약, 앞의 글 (각주 115), 제 3 조.

¹¹⁸ 모든 이주 노동자와 그 가족의 권리 보호에 대한 유엔 위원회 Joint general comment No. 4 (2017) (공동 일반논평 제 4 호), 앞의 글 (각주 115), para. 11.

¹¹⁹ 아동의 권리에 관한 협약, 앞의 글 (각주 115), 제 37 조 제 b 항.

¹²⁰ 예를 들어, 유럽연합에서는 난민 신청을 하면 개인이 해당 국가에 체류할 권리가 있으며, 신청의 접수 여부에 대한 결정이 아직 내려지지 않은 때에도 이 권리는 유지된다. 유럽연합 비호절차지침 (수정본) 참고. 앞의 글 (각주 63), 제 6 조 및 제 9 조. Mehmet Arslan v Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie (Police Force of the Czech Republic, Regional Police Directorate of the Ústí nad Labem Region, Foreigners Police Section), C-534/11, 유럽연합: 유럽 사법재판소, 2013 년 5 월 30 일, para. 48, www.refworld.org/cases/ECJ/51a88fc04.html 또한 참고. 비호 신청인이 관련 [유럽연합] 회원국의 영토에 남아 있을 권리가 있으며, 최소한 최초 심사에서 신청이 거부될 때까지는 이들을 2008/115 [송환 지침(Return Directive)]에서의 “불법 체류”로 간주할 수 없다는 점을 고려했다.

¹²¹ 유엔난민기구, Legal considerations regarding access to protection and a connection between the refugee and the third country in the context of return or transfer to safe third countries (보호에 대한 접근 및 귀환 또는 안전한 제 3 국들로의 이송의 맥락에서 난민과 제 3 국 간의 연결관계에 대한

40. 체재국이 난민의 체재를 자국의 법적 체계에 따라 어떤 이유로든 정규화한 후(위 제 19 절과 제 20 절 참조), 해당 개인은 1951 년 난민협약의 의미에 따라, 또한 협약의 목적 및 효과적인 적용을 위해 “체재국에 합법적으로 있는 난민”이다. 따라서, 그들의 이동의 자유는 더 이상 제 31 조 제 2 항에 의해 규율되지 않고, 1951 년 난민협약의 제 26 조에 의해 규율된다. 이 조항은 “합법적으로” 해당국 영역에 있는 난민이 동일한 상황에 있는 외국인에게 적용되는 규정에 따라, 그리고 이동의 자유와 신체의 자유를 규제하는 국제 및 지역 인권법에 따라 해당 영역 내에서 자유롭게 이동할 수 있도록 허용한다.

41. 국제적 보호를 요청하는 신청이 기각되거나 실질에 대한 심사 후 불인정된 경우 (체류할 권리가 보장되지 않는 최초 신청 불인정 결정의 경우 포함)¹²² 비호신청인은 1951 년 난민협약 제 31 조 제 2 항이 규정하는 정규적인 체류자격이 없는 상태일 수 있다. 따라서, 그들의 이동의 자유는 법으로 규정되고 제 36 절 내지 제 38 절에 설명된 기준에 따라 필요하고 합리적이며 비례적인 경우에 제한될 수 있으며, 이는 다른 국가에 입국 허가를 얻을 때까지 지속될 수 있다. 국제적 보호 요청이 공정한 절차를 통해 최종적으로 거부되고 출국 명령을 받은 비호신청인의 이동의 자유도 추방을 용이하게 하기 위해 국제 및 지역 법적 기준에 따라 제한될 수 있다.

D. 다른 국가에의 입국허가를 얻는 것

42. 제 31 조 제 2 항의 맥락에서 “다른 국가에의 입국 허가를 얻”는다는 표현은 성공적으로 다른 국가에 입국한 시점을 의미하며, 일반적으로 난민이 실제로 다른 국가로 출국하여 체재국의 관할에서 벗어난 때를 말한다.¹²³ 난민의 이동의 자유는 다른 국가로 실제로 출국하고

법적 고려사항), 2018 년 4 월, www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2018/en/120729, 특히 para. 4 참고.

¹²² Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie v C and J and S v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, C-269/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:544, 유럽연합: 유럽연합 사법재판소, 2018 년 7 월 5 일, para. 47, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ecj/2018/en/148634>.

¹²³ A Grahl-Madsen, 국제법에서의 난민 지위, 앞의 글 (각주 95), 420-421 면 및 A Grahl-Madsen 주석, 앞의 글 (각주 12), 1951 년 난민협약의 travaux préparatoires 언급: “이 문구 [저자 주: 다른 국가에 입국하는 결정이 관련이 있음을 암시하는 원본의 문구]는 덴마크 대표에 의해 비판받았으며, 그는 난민이

성공적으로 입국할 때까지 제한될 수 있지만, 이러한 제한은 지속적으로 필요하고 합리적이며 비례적일 때에만 합법적이다(위 제 36 절 내지 제 37 절 참조). 따라서, 이러한 제한은 단순히 억제 수단으로 사용되거나, 다른 국가로의 입국 허용을 확보하거나 난민에게 해당 국가로의 입국을 강요하기 위한 목적만으로 부과될 수 없다.

43. 다른 국가로 입국하기 위해서는 그 국가의 허가가 필요하다.¹²⁴ 다른 국가로의 입국은 일방적으로 또는 양자 간 또는 다자 간 이송 협정을 통해,¹²⁵ 또는 유엔난민기구나¹²⁶ 기타 기관 및 조직의 지원을 받아 이루어질 수 있으며,¹²⁷ 여기에는 재정착이나 기타 경로를 통한 방법이 포함된다.¹²⁸ 다른 국가로의 입국이 필요할 경우, 예를 들어 현재 체재국이 이송 협정 및 “첫번째 비호국” 또는 “안전한 제3국”의 적용에 따라 타국 입국을 요청할 경우, 현재 체재국은 이러한 타국 입국이 국제법에 따른 관련 안전장치와 조건에 부합하도록 보장해야 한다 (위 제 16 절 참조).¹²⁹

체류하는 국가가 “난민이 다른 국가에 입국 비자를 취득하는 즉시 난민을 보내야 하는지”에 대해 의문을 제기했다. 또한 “일부 난민은 이러한 기회를 이용해 불법으로 해당 국가에 남아 있을 수 있다”고 했다. 캐나다의 Leslie Chance 위원장의 요청에 따라 앞서 인용한 문구에서 현재의 문구로 대체되었다. 이는 다른 국가에 입국이 허가된 난민의 경우, 해당 난민이 실제로 그 국가로 출국할 때까지 그의 이동에 대한 필요한 제한이 적용될 수 있음을 분명히 하고 있다. Hathaway Rights 2021, 앞의 글 (각주 13), 541 면. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 2 항의 프랑스어 문언은 “ou qu'ils aient réussi à se faire admettre”라고 언급하며, 이는 난민이 다른 국가에 성공적으로 입국했음을 암시한다.

¹²⁴ Noll in Zimmermann and Einarsen 2024, 앞의 글 (각주 47), 1430 면.

¹²⁵ 유엔난민기구, Guidance Note on bilateral and/or multilateral transfer arrangements of asylum-seekers (비호신청인의 양자 및 다자간 이송 협의에 대한 지침서), 2013 년 5 월, www.refworld.org/docid/51af82794.html.

¹²⁶ 유엔 총회, 유엔난민기구 규정, 1950 년 12 월 4 일, A/RES/428(V), www.refworld.org/docid/3ae6b3628.html, 제 8 조 제(d)항에 따르면 유엔난민기구는 난민의 해당국 입국을 지원할 의무가 있다.

¹²⁷ 예를 들어, 1969 년 아프리카통일기구 난민협약의 제 II 조 제 4 항에 근거. 앞의 글 (각주 14).

¹²⁸ 난민과 이주민을 위한 뉴욕 선언, 앞의 글 (각주 19), paras 77-79 및 부록 I, paras. 10 및 14-16. 유엔난민기구, Global Compact on Refugees (난민글로벌컴팩트), 2018, paras. 94-96, www.refworld.org/docid/63b43eaa4.html. 유엔난민기구, Complementary Pathways for Admission of Refugees to Third Countries: Key Considerations (난민의 제 3 국 입국을 위한 보충적 경로: 주요 고려 사항), 2019 년 4 월, www.refworld.org/docid/5cebf3fc4.html 참고.

¹²⁹ 관련된 유엔난민기구 지침으로는 유엔난민기구, Guidance Note on bilateral and/or multilateral transfer arrangements of asylum-seekers (비호신청인의 양자 및 다자간 이송 협의에 대한 지침서), 2013 년 5 월, www.refworld.org/docid/51af82794.html 참고. 유엔난민기구, 보호에 대한 접근 및 귀환

44. 다른 국가로의 입국이 필요할 경우, 현재 체재국은 난민이 다른 국가에 입국할 수 있도록 합리적인 기간을 허용해야 하며, 이를 위해 필요한 시설도 제공해야 한다. 국가는 난민이 다른 국가에 입국할 수 있도록 적극적으로 지원해야 하며, 이를 방해해서는 안 된다.¹³⁰ 이 의무는 난민에 대한 국제 협력, 연대, 그리고 국가 간 책임 공유의 중요성을 반영하며, 이에는 입국이나 체류가 최초에 허가되지 않은 난민도 포함한다.¹³¹

45. 난민이 다른 국가에 입국할 수 있도록 필요한 모든 시설을 제공하기 위해서는 현재 체재국이 난민에게 조언과 지원을 제공하고, 난민이 정보를 얻고, 소통하며 이동할 수 있는 자유를 보장해야 한다. 예를 들어, 외딴 장소에 수용되거나 구금된 난민은 다른 국가에 입국하기 위해 필요한 시설에 접근하기 어려울 수 있다.¹³² 또한, 체재국은 난민이 다른 국가에 입국하는 데 도움을 줄 가능성이 있는 관련 기관 및 조직, 특히 유엔난민기구와 소통하고 그곳으로 이동할 수 있도록 허용해야 한다.¹³³

46. 난민이 다른 국가에 입국할 수 있도록 허용하는 시간은 “합리적”이어야 한다. 그 기간은 개인의 상황과 입국 허가를 받기 위해 선택한 방법의 적절성에 따라 달라지며, 성공적으로 입국할 가능성이 완전히 소진되지 않는 한 계속될 수 있다.¹³⁴ 난민이 다른 국가에 입국할 수

또는 안전한 제 3 국들로의 이송의 맥락에서 난민과 제 3 국 간의 연결관 rP 에 대한 법적 고려사항, 앞의 글 (각주 42). 유엔난민기구, Guidance on Responding to Irregular Onward Movement of Refugees and Asylum-Seekers (난민 및 비호 신청인의 비정규적 이동에 대응하기 위한 지침), 2019 년 9 월, www.refworld.org/docid/5d8a255d4.html., 앞의 글 (각주 22).

¹³⁰ Noll in Zimmermann and Einarsen 2024, 앞의 글 (각주 47), 1432 면.

¹³¹ 1951 년 난민협약, 앞의 글 (각주 3), 서문 paragraph 4. 난민과 이주민을 위한 뉴욕 선언, 앞의 글 (각주 19).

¹³² Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 51 면.

¹³³ N Robinson, Convention relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation. A Commentary (난민의 지위에 관한 협약. 그 역사, 내용 및 해석과 주석), (유엔난민기구 재인쇄, 1997 년), 131 면.

¹³⁴ Noll in Zimmermann and Einarsen, 앞의 글 (각주 47), 1432-1433 면, Robinson, 앞의 글 (각주 133), 131 면 인용.

있도록 허용하는 시간은 제 37 절에서 설명된 국제 기준에 따른 한정적 구금 기한에 영향을 미치지 않는다.

IV. 1951 년 난민협약 제 31 조의 효과적인 이행

A. 절차 및 증거의 문제

47. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 1 항은 그 명확한 의미와 목적에 따라, 난민이 비정규적으로 입국하거나 체류한 이유로 벌을 받는 것을 면제한다. 비정규적인 입국이나 체류로 인해 국가가 난민에게 벌을 주는 경우, 해당 국가는 제 31 조 제 1 항의 요건 중 하나(즉, 직접성, 신속성, 상당한 이유)가 충족되지 않거나, 해당 개인이 제 10 절에 명시된 난민이 아님을 증명할 책임이 있다.¹³⁵ 제 31 조 제 1 항의 적용은 난민 지위 결정이나 난민 신청 절차와는 별개의 과정에서 이민 또는 난민 당국에 의해 결정되는 것이 가장 적합하다.

48. 1951 년 난민협약 제 31 조 제 2 항의 명확한 의미와 목적에 따라, 조항이 묵시적으로 규정하는 “위의 난민”의 이동의 자유에 대한 제한은 국가에 의해 정당화되어야 한다. 해당 제한이 개별 사례에서 필요하고, 합리적이며 비례적임을 증명할 책임은 국가에 있다.¹³⁶

B. 효과적인 이행을 위한 책임

49. 1951 년 난민협약 제 31 조의 효과적인 이행은 입법부, 행정부, 사법부를 포함한 모든 정부 기관의 책임이다. 일반적으로, 제 31 조에 국내 법적 효력을 부여하는 규제체계와 국가 기관 및 관련자 간의 협력, 조정 및 소통, 특히 국경 관리, 이민 및 난민 당국 간의 협력이 필수적이다. 난민의 비정규적인 입국이나 체류가 형사 범죄로 간주되어서는 안 되는 것과(위 제 33 절 참조) 별개로, 수사 및 기소기관은 제 31 조의 요건을 인식하고 있어야 한다. 국경 관리 공무원, 수사기관, 형사 변호사들 사이에서 제 31 조가 난민에게 제공하는 보호에 대한 인식이 부족할

¹³⁵ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, 앞의 글(각주 5), para. 41. Canada: Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) (캐나다 이민 및 난민 보호법) [Canada], SC 2001, c. 27, 2001 년 11 월 1 일, section 133, www.refworld.org/docid/4f0dc8f12.html.

¹³⁶ Arse v Minister of Home Affairs, 앞의 글 (각주 25), para. 5. 자유권위원회 일반논평 제 35 호, 앞의 글 (각주 13), paras. 15 and 18.

수 있으며, 이로 인해 해당 조항과 상충하는 이민 관련 규정 위반에 대한 형사 수사, 기소 및 유죄 판결의 결과가 발생할 수 있다. 인식 부족 외에도, 국경기관, 수사기관과 난민기관 간의 효과적인 소통 부족, 국내 또는 지역 법원에서 제 31 조의 적용가능성에 대한 장벽,¹³⁷ 또는 해당 조항을 적용하지 않아 제 31 조 이행에 문제가 발생할 수 있다.

50. 제 31 조를 실효성 있게 이행하기 위해, 이 조항이 난민 및 이민법뿐만 아니라 행정 규정에도 반영되는 것이 중요하다. 예를 들어, 이 조항에 기반한 항변의 개념을 포함하거나,¹³⁸ 난민의 비정규적인 입국이나 체류로 인한 벌로부터의 보호를 언급하는 “구제조항”을 통해서이다.¹³⁹ 난민의 비정규적인 입국이나 체류를 범죄화해서는 안 되지만(위 제 33 절 참조), 만약 형사법이 이를 범죄로 규정한다면, 유사한 항변 또는 구제 조항이 포함되어야 한다. 또한, 이러한 법이 제공하는 보호는 지나치게 좁지 않아야 하며, 제 31 조가 제공하는 전범위의 보호를 포함해야 한다. 여기에는 제 31 조 제 2 항에 포함된 안전장치도 포함되어, 이동의 자유에 대한 제한이 일시적으로 필요할 경우에만 개별 사례에서 비례적으로 적용되도록 해야 한다.¹⁴⁰ 또한, 이러한 법은 국경 관리 기관 및 수사기관 대상 행정 지침과 함께 적용되어야 하며, 여기에는 특정 사례에서 제 31 조의 요건이 충족되는지 조사할 의무, 난민신청 심사 결과를 기다리는 동안 벌의 부과를 일시 중지할 의무, 그리고 불법적으로 입국했거나 체류 중인 난민을 기소하지 않을 재량이 포함되어야 한다.¹⁴¹

51. 1951 년 난민협약 및 1967 년 난민의정서에 가입한 국가는 비정규적인 입국이나 체재로 인해 벌에 처해진 난민, 이동의 자유가 제한된 난민, 또는 자유를 박탈당한 난민의 사례를 기록하고,

¹³⁷ Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 57 면, referencing: Mohammad Ferroz Qurbani, C-481/13, 유럽연합: 유럽연합 사법재판소, 2014 년 7 월 17 일, www.refworld.org/cases/ECJ/53c7a38a4.html.

¹³⁸ 예를 들어, R v. Asfaw, 앞의 글 (각주 5), paras. 23-24 참고.

¹³⁹ Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 35-36 면, 각주 190 (캐나다); 191 (남아프리카); 192 (아르헨티나)

¹⁴⁰ 요약 결정문 2003, 앞의 글 (각주 21), para. 8. Costello 외, 앞의 글 (각주 1), 54 면. 예를 들어, 유엔난민기구, Comments by the UNHCR Regional Representation for the Baltic and Nordic Countries on the Finnish Ministry of Justice's proposal for amendments to the Criminal Code's provision on Arrangement of Illegal Immigration (핀란드 법무부의 불법 이민 알선에 관한 형법 조항 개정 제안에 대한 발트 및 북유럽 국가를 위한 유엔난민기구 지역 대표부의 의견), 2013 년 3 월 28 일, para. 15, www.refworld.org/docid/5187675b4.html.

¹⁴¹ 요약 결정문 2003, 앞의 글 (각주 21), para. 12.

협약 제 35 조 제 2 항에 따라 정기적으로 유엔난민기구에 이를 통보해야 한다.¹⁴² 이를 통해 유엔난민기구는 국가가 불법적인 입국 및 체류와 관련된 문제를 해결하면서 동시에 난민 및 국제적 보호가 필요한 사람에 대한 국제적 법적 의무를 이행할 수 있을지 각국과 소통할 수 있을 것이다.

¹⁴² 위의 글, para. 13.