



## 유엔난민기구 의견서 2020 헌가 1 및 2020 헌바 119

### 머리말

- 1 본 의견서는 유엔난민기구<sup>1</sup>에서 2020 헌가 1 및 2020 헌바 119 사건과 관련해 대한민국 헌법재판소에 제출하는 의견서입니다. 해당 사건들은 출입국관리법 제 46 조 제 1 항과 제 63 조 제 1 항<sup>2</sup>의 위헌 여부에 대한 심판을 제청하고 있습니다.
- 2 유엔난민기구는 유엔총회가 난민에게 국제적 보호를 제공하고, 각국 정부와 협력하여 난민문제의 영구적 해결책을 모색할 임무를 부여한 기구로서 본 사안에 직접적인 이해관계가 있습니다.<sup>3</sup> 유엔난민기구 규정에 따라, 본 기관은 임무수행을 위하여 특히 “난민 보호에 관한 국제협약의 체결과 비준을 장려하고, 그 적용을 감독하며 개정을 제의”합니다.<sup>4</sup> 이러한 감독 임무는 1951년 난민의 지위에 관한 협약(“1951년 협약”) 제 35 조 제 1 항<sup>5</sup>과 1967년 난민의 지위에 관한 의정서(“1967년 의정서”)<sup>7</sup> 제 II 조에서도 반복하여 강조됩니다.
- 3 유엔난민기구의 감독 책무 이행은 부분적으로는 국제 난민법 문서, 특히 1951년 협약과 1967년 의정서에 포함된 조항과 용어의 의미에 관한 해석 지침의 발행으로

<sup>1</sup> 본 의견서는 유엔난민기구 및 그 직원들에게 국제법문서와 인정된 국제법 원칙상 적용되는 여하한 특권 혹은 면책권의 명시적 또는 암묵적인 포기로 간주되지 않습니다. 유엔총회, *유엔의 특권과 면책에 관한 협약*, 1946년 2월 13일, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3902.html> 참조.

<sup>2</sup> 출입국관리법, 법률 제 17089 호, 2020년 9월 25일 시행, <http://www.law.go.kr/법령/출입국관리법>

<sup>3</sup> 유엔총회, *유엔난민기구 규정*, 1950년 12월 14일, A/RES/428(V), <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3628.html>.

<sup>4</sup> 같은 문서, 제 8 조 제(a)항.

<sup>5</sup> 1951년 협약 제 35 조 1 항에 따르면, 체결국은 유엔난민기구에 협력할 것을 약속하고, 특히 “이들 기관[UNHCR]이 이 협약의 규정 적용을 감독하는 임무를 원활히 수행할 수 있도록 편의를 제공한다”.

<sup>6</sup> 유엔총회, *난민의 지위에 관한 협약*, 1951년 7월 28일, 유엔 조약 모음집 제 189 권, 2545 호, 137 쪽, <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.pdf>

<sup>7</sup> 같은 문서.

이루어집니다. 이러한 지침에는 유엔난민기구의 *난민의 지위에 관한 1951년 협약* 및 *1967년 의정서에 의한 난민 지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침*(“유엔난민기구 편람”)<sup>8</sup> 이 있으며, 이 편람은 여러 *국제적 보호에 관한 지침들*<sup>9</sup>로 보완됩니다.

- 4 유엔난민기구 편람은 캐나다, 영국, 미국의 대법원에서 “매우 관련 깊으며 권위있는,”<sup>10</sup> 그리고 “매우 설득력 있고 권위있는”<sup>11</sup> 자료로서 “중요한 지침을”<sup>12</sup> 제공하며, “1951년 협약 제 35조에 따라, 당 기관이 협약의 규정 적용을 감독하는 임무를 수행함에 있어 편의를 제공할 계약국의 의무에 비추어 ‘상당한 비중을 부여해야’”<sup>13</sup> 한다고 인정받은 바 있습니다. 또한 유엔난민기구 편람과 지침은 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약 제 31조 제 3항 제 b호에 따라 “그 조약 적용에 있어서의 추후의 관행”을 반영함에 있어 유효한 해석의 출처로 인정받고 있습니다.<sup>14</sup>
- 5 유엔난민기구는 정기적으로 의사결정권자 및 법원을 대상으로 1951년 협약 규정의 적절한 해석 및 적용에 관한 정보를 제공하며, 많은 국가 및 지역의 사법부에 제 3자 의견서를 제출한 바 있습니다. 법원 또는 다른 이해당사자가 직접 본 기관에 접촉해 특정한 법적 사안에 대해 유엔난민기구의 “*고유하면서 독보적인 전문지식*”<sup>15</sup> 을 구하는 경우도 많습니다. 유엔난민기구는 전세계의 많은 사법권에서

<sup>8</sup> 유엔난민기구, *유엔난민기구 편람*, 2019년 4월, HCR/1P/4/ENG/REV.4, <https://www.refworld.org/docid/5cb474b27.html>. 유엔난민기구 편람과 국제적 보호에 관한 지침들은 유엔난민기구 직원들뿐만 아니라 정부, 법조인, 의사결정자, 사법부에 지침을 제공함을 목적으로 합니다.

<sup>9</sup> 특히 ‘국제보호에 관한 지침 제 8호: 난민 지위에 관한 1951년 협약 제 1조 제 A 항 제 2호와 제 1조 제 F 항 및 1967년 의정서 하에서의 아동의 난민 신청’을 참조하십시오.

<sup>10</sup> *첸(Chan) v. 캐나다 (고용이민부 장관)*, [1995] 3 S.C.R. 593, 캐나다: 대법원, 1995년 10월 19일, [http://www.refworld.org/cases,CAN\\_SC.3ae6b68b4.html](http://www.refworld.org/cases,CAN_SC.3ae6b68b4.html) 제 46항과 119항; *캐나다(법무부장관) v. 워드(Ward)*, [1993] 2 S.C.R. 689, 캐나다: 대법원, 1993년 6월 30일, 713-714쪽, [http://www.refworld.org/cases,CAN\\_SC.3ae6b673c.html](http://www.refworld.org/cases,CAN_SC.3ae6b673c.html).

<sup>11</sup> *R v. 내무부장관, Ex parte Adan*, 영국: 상원 (법률위원회), 2000년 12월 19일, [http://www.refworld.org/cases,GBR\\_HL.3ae6b73b0.html](http://www.refworld.org/cases,GBR_HL.3ae6b73b0.html).

<sup>12</sup> *이민귀화국 v. 카르도자-폰세카(Cardoza-Fonseca)*, 480 U.S. 421; 107 S. Ct. 1207; 94 L. Ed. 2d 434; 55 U.S.L.W. 4313, 미국 대법원, 1987년 3월 9일, <http://www.refworld.org/cases,USSCT.3ae6b68d10.html>

<sup>13</sup> *알 시리(AI-Sirri) (FC)(상고인) v. 내무부장관 (피상고인)* [2012] UKSC 54, 영국: 대법원, 2012년 11월 21일, 제 36항, [http://www.refworld.org/cases,UK\\_SC.50b89fd62.html](http://www.refworld.org/cases,UK_SC.50b89fd62.html). 마찬가지로, 편람은 “협약상 의무에 대한 국제적 이해가 실제로 어떻게 적용되는지 알려주는 지침으로 특히 유용”하다는 평을 받아왔습니다. *R v. 내무부장관, Ex parte Robinson*, 사건번호: FC3 96/7394/D, 영국: 항소법원(잉글랜드 및 웨일즈), 1997년 7월 11일, 제 11항, [http://www.refworld.org/cases,GBR\\_CA\\_CIV.3ae6b72c0.html](http://www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV.3ae6b72c0.html).

<sup>14</sup> *푸쉬파나탄(Pushpanathan) v 캐나다 (시민·이민부 장관)* [1998] 1 SCR 982 제 54항; *R v. 내무부장관, Ex parte Adan and Others*, 영국: 항소법원(잉글랜드 및 웨일즈), 1999년 7월 23일, 제 71항, [http://www.refworld.org/cases,GBR\\_CA\\_CIV.3ae6b6ad14.html](http://www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV.3ae6b6ad14.html).

<sup>15</sup> *R (EM (에리트레아)의 신청) v. 내무부장관*, [2014] UKSC 12, 영국: 대법원, 2014년 2월 19일, 제 72항, [http://www.refworld.org/cases,UK\\_SC.5304d1354.html](http://www.refworld.org/cases,UK_SC.5304d1354.html).

참고인(intervener) 지위를 인정받았으며, 그 가운데에는 유럽인권재판소, 유럽사법재판소, 미국 대법원, 노르웨이 대법원, 영국 대법원(과거의 영국 상원 포함), 독일연방헌법재판소, 캐나다 대법원 등이 있습니다.

- 6 본 의견서는 대한민국 난민법 제 29 조에서 “법무부장관은 유엔난민기구가 다음 각 호의 사항에 대하여 [...] 요청하는 경우 협력해야 한다. [...] 2. 난민협약 및 난민의정서의 이행 상황 [...]”라고 규정한 바에 따라 준비되었습니다. 또한, 동 조항에서 “법무부장관은 유엔난민기구[...]의 요청이 있는 경우, 유엔난민기구가 다음 각 호의 행위를 할 수 있도록 협력하여야 한다. [...] 3. 난민인정 신청 또는 이의신청에 대한 심사에 관한 의견 제시”<sup>16</sup> 라고 규정한 바에 근거하여 작성되었습니다.
- 7 또한, 본 의견서는 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다” 및 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”<sup>17</sup> 라고 규정한 대한민국헌법 제 6 조에 따라 작성되었습니다.
- 8 청구인은 이집트 국적의 비호신청자입니다. 청구인은 2018년 7월 21일 만 17세의 나이에 보호자 미동반 아동으로서 대한민국에 30일 동안 체류가 가능한 무사증입국(B-2)을 하였습니다. 청구인은 체류기간을 도과한 뒤, 2018년 10월 17일 수원출입국·외국인청에 의해 단속, 구금되었습니다. 다음날인 2018년 10월 18일 청구인에 대한 강제퇴거명령 및 보호명령이 내려져 청구인은 화성외국인보호소로 이송되었습니다. 시민단체의 도움으로 청구인은 화성외국인보호소에서 난민인정신청서를 접수할 수 있었고, 현재 그 심사가 계류 중에 있습니다. 해당 시민단체는 또한 청구인이 아동임을 토대로 보호일시해제를 받을 수 있도록 노력했습니다. 청구인은 그 이후 성년이 되었으며, 추가적인 보호일시해제 가능성이 제한된 채 장기구금될 위기에 처해 있습니다.

<sup>16</sup> 대한민국 난민법, 법령 제 11298 호, <http://www.refworld.org/docid/4fd5cd5a2.html>.

<sup>17</sup> 대한민국헌법, 헌법 제 10 호, 1987년 10월 29일 전부개정,

[https://elaw.klri.re.kr/eng\\_service/lawView.do?hseq=1&lang=ENG](https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=1&lang=ENG)(영문 링크).

- 9 보호명령의 연장 결정은 (보호명령 및 강제퇴거명령을 발부한 기관인) 법무부에 의해 3 개월마다 심사를 받게 되어있으나, 이는 대체로 행정적 형식입니다. 외국인보호소에 외국인을 보호할 수 있는 기간의 상한은 법률로 정해져 있지 않으며, 법원에 의해 보호명령이 취소되거나 난민인정자 또는 인도적체류자 지위를 받아 체류자격을 얻을 때까지 보호명령은 유효합니다. 더 나아가, 인신보호법 제 2 조 제 1 항에 따라 출입국관리법에 근거하여 보호된 자는 예외가 인정되어 인신구제청구를 할 수 없습니다.
- 10 이러한 배경 하에서, 유엔난민기구는 대한민국 헌법재판소의 심리에 도움을 드리고자 본 의견서를 제출합니다. 본 의견서에서 유엔난민기구는 가장 근본적인 원칙인 강제송환금지 원칙과 비호를 신청할 권리를 다루고 있습니다. 나아가 비호신청자의 자의적인 구금에 관한 국제난민법 및 국제인권법 원칙에 대한 해석을 제공하고, 이와 관련하여 실질적인 보호장치(safeguard)를 소개합니다. 특히, 비호신청자의 구금에 관한 원칙은 아동에게 더욱 철저하게 적용되어야 함을 강조합니다. 유엔난민기구는 관련한 법리적 쟁점 사항만을 다루고 있으며, 양 당사자의 주장 또는 입장에 있어서의 특정한 사실 관계를 다루거나 논평을 제공하지 않고자 합니다.

### 비호신청자의 보호(Protection)에 관한 일반 원칙

- 11 세계 인권 선언 제 14 조 제 1 항은 “모든 사람은 박해를 피해 다른 나라에서 비호를 구하고 향유할 권리를 가진다”<sup>18</sup>고 명시합니다. 1951 년 협약 및 1967 년 의정서, 그리고 기타 국제 및 지역 인권조약 및 문서들은 국제적 보호의 대상을 정의하고, 난민의 권리와 보호에 관해 자세히 설명하여, 해당 권리의 의미를 구체화합니다.
- 12 이러한 권리와 보호에는 비호를 신청할 권리, 조건이 충족될 경우 불법입국에 의한 처벌로부터의 보호, 그리고 강제송환금지 원칙이 있습니다. 이는 박해를 피해 떠나는 사람들을 보호하고 1951 년 협약 및 1967 년 의정서에 명시된 권리를 온전하게 누릴

<sup>18</sup> 유엔총회, 세계인권선언, 1948 년 12 월 10 일, 217 A (III), <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html>.

수 있도록 하기 위해 필요합니다. 이러한 보호는 “비호신청자가 … 일반적인 이주민과는 근본적으로 다[른 입장에 있는]”는 현실에 대처하기 위한 것입니다.<sup>19</sup>

## 강제송환금지

13 강제송환금지 원칙, 즉 생명 또는 자유가 위협받을 우려가 있는 영역으로 추방하거나 송환해서는 안 된다는 국가의 의무는 1951년 협약 제 33 조에서 가장 명시적으로 표현한 국제난민법의 초석<sup>20</sup>입니다. 1951년 협약 제 33 조는 다음과 같이 규정합니다.<sup>21</sup>

*“체약국은 난민을 어떠한 방법으로도 인종, 종교, 국적, 특정사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 그 생명 또는 자유가 위협받을 우려가 있는 영역의 국경으로 추방하거나 송환하여서는 안된다.”<sup>22</sup>*

<sup>19</sup> 유엔난민기구, *비호신청인의 구급 및 구급 대안에 관한 적용 기준 및 표준 지침*(이하 “구급에 관한 지침”), 2012년, 지침 1 제 11 항, <https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>.

<sup>20</sup> Elihu Lauterpacht & Daniel Bethlehem, *강제송환금지 원칙의 범위와 내용:의견*; E.Feller, V.Türk & F.Nicholson (편자), *국제법 하에서의 난민 보호: 국제적 보호에 관한 유엔난민기구의 국제 협의*, Cambridge University Press, Cambridge(2003), 87-177 쪽을 참조하십시오. 추가적으로 유엔난민기구, *난민지위에 관한 1951년 협약과 1967년 의정서에 따른 강제송환금지 의무의 영외 적용에 관한 자문의견*, 2007년 1월 26일, <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=45f17a1a4> 및 유엔난민기구, *강제송환금지 원칙에 관한 참조*, 1997년 11월, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/438c6d972.html> 을 참조하십시오.

<sup>21</sup> 1951년 협약의 일부 조항과 달리, 제 33 조는 체약국가의 영토에 있는 난민들의 합법적인 거주에 의존하지 않습니다.

<sup>22</sup> 1951년 협약 제 33 조 제 2 항은 강제송환금지 원칙에 대한 예외 규정을 시사하는 반면, 국제인권법과 대부분의 지역적 난민 관련 문서들은 그 어떠한 예외도 없는 강제송환의 절대적 금지를 규정합니다.

14 강제송환금지 원칙은 국제 난민 보호에 있어 필수적이고 구속력있으며 훼손될 수 없는<sup>23</sup> 요소로서, 여러 국제 난민 협약<sup>24</sup> 및 지역의 난민 협약과<sup>25</sup> 인권 협약<sup>26</sup>에 재차 규정되어 있습니다. 위 문서들과 더불어 여러 국가의 헌법 및 국내법 역시 강제송환금지 원칙을 명시하고 있습니다.<sup>27</sup> 강제송환금지 원칙은 국제관습법 규범으로,<sup>28</sup> 1951년 협약과 1967년 의정서의 체약국 여부와 무관하게 모든 국가에서 구속력을 갖습니다.<sup>29</sup> 근본적이고 훼손될 수 없는 강제송환금지 원칙의 성격은 유엔난민기구 집행위원회<sup>30</sup>의 여러 결정문에서도 재확인된 바 있습니다.<sup>31</sup>

<sup>23</sup> 1951년 협약 제 42조 제 1항과 1967년 의정서 제 VII조 제 1항은 제 33조를 1951년 협약의 규정 중 적용면제가 허용되지 아니하는 조항으로 나열하고 있습니다. 유엔난민기구, *난민의 지위에 관한 1951년 협약 또는 1967년 의정서에 대한 체약국들의 선언*, 2002년 1월 16일, HCR/MMSP/2001/09, 제 4항, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d60f5557.html>.

<sup>24</sup> 명시적인 강제송환금지 규정은 1984년 *고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약* 제 3조에 포함되어 있습니다. 해당 조항은 어떠한 당사국도 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 개인을 추방·송환 또는 인도하여서는 아니된다고 규정하고 있습니다. 유엔 자유권 위원회의 해석에 따르면 *시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약* 역시 회복불가능한 침해의 실제 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 경우 개인을 해당 국가의 영토에서 인도, 강제퇴거, 추방, 기타 퇴거시켜서는 안되는 의무를 포함하고 있습니다. 유엔 자유권 위원회, 일반논평 20호: 제 7항(고문 또는 그 밖의 잔혹한, 비인도적이거나 굴욕적 대우 또는 처벌의 금지), 1992년 3월 10일, HRI/GEN/1/Rev.7. 제 9항 및 규약 당사국의 일반적 법적 의무의 성격에 관한 일반논평 31호, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004년 5월 26일, 제 12항을 참조하십시오.

<sup>25</sup> 아시아-아프리카 법적 자문 위원회가 1966년 방콕에서 열린 8차 회의 당시 채택한 *난민의 처우에 관한 방콕 원칙* 제 III조 제 3항을 참조하십시오. 해당 조항은 “최우선시되는 국가안보 또는 주민보호의 사유를 제외하고, 본 원칙에 따라 비호를 구하는 그 어떠한 사람도 생명, 신체적 완전성 또는 자유를 위협하는 박해에 대한 충분한 근거가 있는 공포가 있는 경우 해당 영토로의 귀환 또는 영토에서의 체류로 귀결되는 국경에서의 거부, 송환 또는 강제퇴거와 같은 조치의 대상이 되어서는 안된다”고 규정합니다. 이와 유사하게 아프리카 통일 기구(OAU), *아프리카 난민 문제의 특수한 양상에 관한 협약(“OAU 협약”)* 제 II조 제 3항, 그리고 *난민에 관한 카타헤나 선언, 중앙 아메리카, 멕시코와 파나마 내 난민의 국제적 보호에 관한 콜로키엄*, 1984년 11월 22일, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html> 에도 강제송환금지 원칙이 규정되고 있습니다.

<sup>26</sup> 미주 대륙의 경우, 강제송환금지의 원칙은 *인권에 관한 미주 협약* 제 22조 제 8항에 명시되어 있습니다. 위 조항에 따르면 “출신국인지 여부와 무관하게, 어떠한 경우에도 외국인을 인종, 국적, 종교, 사회적 지위 또는 정치적 견해를 이유로 생명 또는 자유에 대한 권리가 침해될 위험이 있는 국가로 강제퇴거하거나 송환해서는 안[됩니다].” 한편 유럽인권재판소는 강제송환금지가 *유럽인권협약* 제 3조에 내재된 의무라고 판시한 바 있습니다.

<sup>27</sup> 유엔난민기구, *강제송환금지에 관한 지침*, 1977년 8월 23일, EC/SCP/2, 제 11항, <https://www.refworld.org/docid/3ae68ccd10.html>.

<sup>28</sup> 결의안 III(5): *난민에 관한 카타헤나 선언, 중앙 아메리카, 멕시코와 파나마 내 난민의 국제적 보호에 관한 콜로키엄*, 1984년 11월 22일, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html>. 이 원칙은 또한 미주 인권재판소의 *자문의견 OC-21/14, 이주 환경 및 국제 보호가 필요한 아동에 대한 권리 및 보장*, 2014년 8월 19일, 제 211항, [https://www.refworld.org/cases\\_IACRTHR\\_54129c854.html](https://www.refworld.org/cases_IACRTHR_54129c854.html) 과 *자문의견 OC-25/18*, 2018년 5월 30일, 제 181항, [https://www.refworld.org/cases\\_IACRTHR\\_5c87ec454.html](https://www.refworld.org/cases_IACRTHR_5c87ec454.html) 에서도 확인되었습니다.

<sup>29</sup> 같은 문서, *자문의견 OC-21/14*, 제 211항.

<sup>30</sup> 집행위원회의 결정문은 집행위원회 회원국들의 합의를 통해 채택되기에, 회원국들의 국제보호를 요하는 이들의 보호에 관한 법적 기준의 이해를 반영하고 있다고 할 수 있습니다. 현재 106 개국이 집행위원회의 회원국이며 대한민국은 2000년에 가입하였습니다. [www.unhcr.org/excom/announce/40112e984/excom-membership-date-admission-members.html](http://www.unhcr.org/excom/announce/40112e984/excom-membership-date-admission-members.html).

<sup>31</sup> 집행위원회 결정문 제 25호 제(b)항; 제 29호 제(c)항; 제 50호 제(g)항; 제 52호 제(5)항; 제 55호 제(d)항; 제 62호 제(a)항 (iii); 제 65호 제(c)항; 제 68호 제(f)항; 제 71호 제(g)항; 제 74호 제(g)항; 제 77호 제(a)항; 제 81호 제(h)항; 제 82호 제(d)(i)항; 제 85호 제(q)항; 제 91호 제(a)항; 제 94호 제(c)(i)항; 제 99호 제(1)항; 제 103호 제(m)항; 제 108호 제(a)항 참조.

15 강제송환금지 의무에 따라, 각국은 자국 영토 또는 관할에서 퇴거시키려는 이에 대해, 출신국 또는 제 3 국으로의 퇴거조치 집행 이전에, 박해, 심각한 인권침해 또는 다른 심각한 위해의 위험에 처해있지 않다는 점을 확인할 의무가 있습니다.<sup>32</sup> 국가는 퇴거명령의 집행 이전에, 관련있는 경우, 해당인이 보호를 구하는 이유를 조사할 의무를 지닙니다.<sup>33</sup> 퇴거명령을 받은 후 난민신청을 하는 경우에도, 해당국은 퇴거 이전에 강제송환의 위험을 판단할 의무를 지닙니다. “일반적으로, 1951 년 협약 및 1967 년 의정서에 따른 의무를 이행하기 위해, 각국은 국제적 보호를 요청하는 이에게 영토로의 접근을 허용하고, 공정하고 효율적인 비호 절차에 접근할 수 있도록 해야 합니다.”<sup>34</sup>

16 마지막으로, 1951 년 협약이 정의하는 난민 기준을 충족하는 사람은 그 즉시 해당 협약의 의미에 따른 난민이므로, 난민지위결정은 선언적입니다. 즉, 어떤 사람이 난민으로 인정받았기 때문에 난민인 것이 아니라, 난민이기 때문에 난민으로 인정받는 것입니다. 따라서 강제송환금지 원칙은 난민으로 인정된 이들 뿐만 아니라 지위에 대한 결정이 아직 이루어지지 않은 이들에게도 적용됩니다.<sup>35</sup>

## 1951 년 협약에 따른 이동의 자유

<sup>32</sup> 유엔난민기구, 유럽인권재판소 *A.S.N. 과 T.K.M v 네덜란드 유엔난민기구 의견서*, 2018 년 3 월 20 일, 68377/17, <https://www.refworld.org/docid/5b92f83cc4.html>. 아울러 유엔난민기구, *D.A. and others v. 폴란드 (application no. 51246/17) 유엔난민기구 의견서*, 2018 년 2 월 5 일, 51246/17, <https://www.refworld.org/docid/5a9d6e414.html> 를 참조하십시오.

<sup>33</sup> 유럽인권재판소, *M.S.S. v. 벨기에 및 그리스*, 청구인번호 30696/09, 2011 년 1 월 21 일, 제 359 항, <http://www.refworld.org/docid/4d39bc7f2html>. *C, KMF, BF (신청인) v. 이민국장, 보안장관(피고)와 유엔난민기구 (참고인) 사이의 최종 상소*, 2011 년 제 18, 19 및 20 호 (민사), 홍콩 중심법원, 2013 년 3 월 25 일, 제 56 항 및 제 64 항, <http://www.refworld.org/docid/515010a52.html>; 유엔난민기구, *홍콩 특별행정구역 중심법원, C, KMF, BF (신청인) v. 이민국장, 보안장관 (피고) 사건 참고인 의견*, 2013 년 1 월 31 일, 민사 상소 2011 년 제 18, 19 및 20 호, 제 74 항 및 제 75 항, <http://www.refworld.org/docid/510a74ce2.html>.

<sup>34</sup> 1951 년 협약 및 1967 년 의정서는 난민 지위의 심사절차에 대해서는 규정하고 있지 않으나 일반적으로 대량 유입상황 외에, 공정하고 효율적인 절차는 1951 년 협약의 온전하고 충분한 적용을 위한 필수적인 요소로 간주됩니다. 유엔난민기구, *비호 절차(공정하고 효율적인 비호 절차)*, EC/GC/01/12, 2001 년 5 월 31 일, 제 4-5 호 및 *집행위원회, 결정문 제 81 호 (XLVIII) 제(h)항; 제 82 호 (XLVIII), 제(d)(iii)항; 제 85 호 (XLIX) 제(q)항; 제 99 호 (LV) 제(l)항*을 참조하십시오. 또한 P. Weis, *1951 협약: Paul Weis 박사의 규약 성안 당시의 문건 논평*, 1995, 342 쪽을 참조하십시오.

<sup>35</sup> 유엔난민기구 편람, 제 28 항. 아울러, 유엔난민기구, *집행위원회 결정문 제 6 호 (XXVIII) - 1977, 제(c)항; 제 79 호 (XLVII) - 1996, 제(i)(j)항; 1975-2017 집행위원회 채택 국제적 보호에 관한 결정문 모음 (결정문 제 1-114 호)*, 2017 년 10 월, <https://www.refworld.org/docid/5a2ead6b4.html> 을 참조하십시오.

17 1951년 협약 제 31 조 제 2 항<sup>36</sup>은 난민의 이동의 자유를 보장하며 오직 필요한 경우에 한해 그 자유의 제한을 인정하고 있습니다. 이를 위해서는 제한의 목적에 대한 개별적인 평가와 해당 목적을 달성하기 위한 덜 침해적인 조치의 가능 여부를 평가하는 비례성 심사(proportionality assessment)가 요구됩니다.<sup>37</sup>

## 비호신청자의 구금

18 법치에 기반한 법체제는 그 핵심 요소로서 인간의 자유와 안전에 대한 권리 및 이동의 자유를 기본권으로 인정<sup>38</sup>하며, 이는 체류자격과는 무관하게 모든 사람에게 적용됩니다.<sup>39</sup> 인간의 자유권이 절대적인 것은 아니지만,<sup>40</sup> 국제법은 불법적 그리고 자의적인 구금에 대한 대응으로, 일반적으로 허용되는 제한조치들과 실질적인 보호조치를 규정하고 있습니다.<sup>41</sup> 비호신청자의 구금과 관련해 적용할 수 있는 국제적 기준은 유엔난민기구의 *비호신청인의 구금 및 구금 대안에 관한 적용 기준 및 표준 지침* (구금에 관한 지침)에 자세히 명시되어 있습니다.<sup>42</sup> 헌법재판소의

<sup>36</sup> 제 31 조 제 2 항의 내용은 다음과 같습니다. “체약국은 상기한 난민의 이주에 대하여 필요 이상의 제한을 가하지 아니하며, 또한 그러한 제한은 그 난민이 그 국가에서의 지위가 합법적으로 정하여지고 또는 그 난민이 다른 국가에의 입국허가를 얻을 때까지만 적용된다. 체약국은 그러한 난민에게 타국으로의 입국허가를 획득하기 위하여 필요한 합리적인 기간과 이를 위하여 필요한 모든 편의를 부여한다.”

<sup>37</sup> 유엔난민기구, *불법 입국 또는 체제의 비처벌에 대한 요약 결론: 1951년 협약 제 31 조의 해석 및 적용* (“유엔난민기구 2017년 요약 결론”), 2017년 3월 15일, 제 24 항.

<sup>38</sup> 또한 유엔난민기구 집행위원회, *난민과 비호신청자의 구금에 관한 결정문*, 제 44 호 (XXXVII) -1986, 제(b) 항 <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c43c0.html> 을 참조하십시오. 특히 유엔난민기구 집행위원회 결정문 제 55 호(XL) - 1989, 제 (g)항; 85 (XLIX) -1998, 제(cc), (dd), (ee)항; 89 (LI) -2000, 제 3 문단, <http://www.unhcr.org/3d4ab3ff2.html> 을 참조하십시오. 사람의 자유와 안전에 대한 기본적인 권리와 이동의 자유는 주요 국제 및 지역 인권 문서들에 명시되어 있습니다. 예컨대, 세계인권선언 제 3 조 및 제 9 조, 자유권규약 제 9 조; 미주인권선언 제 1 조 및 제 25 조; 아프리카인권헌장 제 6 조; 미주인권협약 제 7 조; 유럽인권협약 제 5 조; 유럽연합인권헌장 제 6 조를 참조하십시오. 또한, 예컨대, 자유권규약 제 12 조에서는 합법적으로 그 지역에 체류하는 사람들의 이동의 자유와 거주지의 선택에 대한 권리뿐만 아니라, 본국을 포함한 어떤 나라를 떠날 권리도 포괄함을 확인할 수 있습니다. 또한 1981년 아프리카 인권 헌장 제 12 조; 1969년 미주인권협약 제 22 조; 1950년 유럽인권협약 (개정) 제 2 조; 1963년 유럽인권협약 및 첫번째 의정서에 이미 포함되어 있는 것 이외의 특정 권리와 자유의 보장, 협약 제 4 호 제 2 조; 유럽연합인권헌장 제 45 조 등을 참조하십시오.

<sup>39</sup> 유엔자유권위원회, *일반 의견 제 18 호: 비처벌*, 1989년 11월 10일, 제 1 항,

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/453883fa8.html>; *일반 의견 제 15 호: 협약 하 외국인의 지위, 주석 1.*

<sup>40</sup> 자유권규약 제 9 조는 "상황의 긴급성에 의해 엄격히 요구되는 조치" 및 "그런 조치를 제공한 경우 국제법에 따른 그들의 다른 의무와 일관되지 않으며 차별을 수반하지 않는다"라고 규정하며 공공 비상사태에서의 예외사항을 말하고 있습니다. (자유권규약 제 4 조). 또한 유엔자유권위원회 *A v. 호주 Australia, 560/1993*, 1997년 4월 3일, 제 9.3 항, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b71a0.html> 사건에서 비호신청자의 구금이 국제관습법상 금지되었음을 시사하는 근거는 찾지 못했습니다.

<sup>41</sup> *구금에 관한 지침*, 제 18 항.

<sup>42</sup> 같은 책; 유엔난민기구 집행위원회 결정문: *난민 및 비호신청인의 구금* 제 44 호 (XXXVII) - 1986, 1986년 10월 13일, <https://www.refworld.org/docid/3ae68c43c0.html> 및 *국제보호에 관한 일반 결정문*, 1989년 10월 13일 제 55 호 (XL); 1998년 10월 9일 제 85 호(XLIX); 2000년 10월 10일 제 89 호 (LI) <https://www.unhcr.org/41b041534.html> 를 참조하십시오.

심리에 도움을 드리기를 위하여, 특히 ‘불법적’ 그리고 ‘자의적’인 구금으로부터 보호하기 위한 기준에 관하여 다음과 같이 말씀드립니다.

19 구금은 법에 근거하여야 하며 법에 의해 승인되어야 합니다.<sup>43</sup> 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(자유권규약) 제 9 조 제 1 항은 “어느 누구도 법률로 정한 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다”고 명시합니다.<sup>44</sup> 동시에 국내법은 구금의 합법성을 판단하는 데에 있어 일차적 고려사항이 되기는 하지만, “자유 박탈의 정당성을 평가하는 데 항상 결정적인 요소는 아닙니다”.<sup>45</sup> 비호신청자의 구금이 국내법에 근거한 것일지라도, 국제법상으로 타당한 목적성을 가질 때에만 최후의 수단으로서 시행되어야 합니다.<sup>46</sup>

20 비호신청자의 구금에 있어 개별적 사례의 구금이 정당화되는 목적에는 공공 질서, 공중 보건, 혹은 국가 안보의 세 가지가 있으며, 이는 일반적으로 국제법과 맥을 같이 합니다.<sup>47</sup> 1951년 협약 제 9 조는 ‘전시 또는 기타 중대하고 예외적인 상황에서’, ‘사실상 난민인가의 여부 또는 그에 관하여 그러한 조치를 계속 적용하는 것이 국가안보의 이익을 위하여 필요한 것인지의 여부를 체약국이 결정할 때까지에 한하여’ 특정인에 대하여 국가가 ‘잠정조치’를 취할 권한을 인정하고 있습니다.<sup>48</sup>

21 따라서, 예비 면접 과정에서 국제적 보호의 주장에 관한 요소들을 기록하기 위한 목적으로, 구금 없이는 해당 정보를 획득할 수 없을 경우에만, 초기에 제한된 기간 동안 비호신청자를 구금하는 것이 예외적으로 허용됩니다.<sup>49</sup> 비호신청자의 구금이 최후의 수단으로 사용되어야 한다는 일반원칙에 대한 예외적 조치는 전체

<sup>43</sup> 구금에 관한 지침, 14 쪽

<sup>44</sup> 같은 문서, 제 15 항. 자유권규약의 해석을 담당하는 유엔자유권위원회의 2014년 제 35 차 일반논평에서 자유권규약 제 9 조가 난민 및 비호신청인에게도 적용됨을 명시한 사항을 참고하십시오.

<sup>45</sup> 같은 문서, 제 15 항. *Lokpo et Touré v. 헝가리*, 청구번호 10816/10, 유럽인권재판소 유럽이사회, 2011년 9월 20일, [https://www.refworld.org/cases\\_ECHR\\_4e8ac6652.html](https://www.refworld.org/cases_ECHR_4e8ac6652.html) 또한 참고하십시오.

<sup>46</sup> *Flores v. Lynch (법무장관) 미국 제 9 연방순회법원 유엔난민기구 참고인 의견*, 2016년 2월 23일: <https://www.refworld.org/docid/57447b784.html>.

<sup>47</sup> 구금에 관한 지침, 지침 4.1, 16 쪽, 제 21 항. 또한 세 가지 정당한 목적에 관한 제 22-30 항을 참고해 주시기 바랍니다. 더불어 *Flores v. Lynch (법무장관) 미국 제 9 연방순회법원 유엔난민기구 참고인 의견*을 참조해 주십시오.

<sup>48</sup> G.S. Goodwin-Gill, *1951년 난민 지위에 관한 협약 제 31 조: 형벌금지, 구금 그리고 보호*, 2001, <https://www.unhcr.org/3bcfdf164.pdf>.

<sup>49</sup> 구금에 관한 지침, 지침 4.1, 18 쪽, 제 28 항. 유엔난민기구 집행위원회, *난민과 비호신청자의 구금에 관한 결정문*, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c43c0.html>.

난민심사절차 기간 동안의 구금 혹은 무기한적 구금을 정당화하는 데에 사용될 수 없습니다.<sup>50</sup> 1951년 협약 제 31 조는 불법입국의 경우에도 적용되며, 초기 구금 허용기간이 지난 후에도, 국가는 개인의 지위가 합법화되거나 다른 국가의 입국허가를 받기 전까지만 필요한 경우에 한해 이동을 제한하는 조치를 취할 수 있습니다.

22 이에 반해, 불법입국 처벌 및 비호신청 제지를 위한 구금, 그리고 추방을 목적으로 하는 구금은, 구금의 타당한 목적으로 간주되지 않습니다.<sup>51</sup> 불법입국과 체재는 그 자체로 개인, 재산, 그리고 국가안보에 대한 범죄가 되지 않습니다.<sup>52</sup> 불법입국과 체재를 범죄로 규정하는 것은 이주를 통제하고 규율하고자 하는 국가의 정당한 이해를 넘어서는 것이며, 자의적인 구금으로 이어집니다. 일반적으로 비호신청자의 주장에 대한 최종 결정이 나올 때까지 해당인을 추방할 수 없기 때문에, 비호신청 절차의 진행 중에 추방을 목적으로 한 비호신청자의 구금은 불법적입니다.<sup>53</sup> 추방 목적의 구금은 비호신청이 최종 확정, 기각된 이후에만 가능합니다.<sup>54</sup>

23 비호신청자에 대한 구금 결정은 **개인의 특정한 상황 평가를 바탕으로 이루어져야 합니다.**<sup>55</sup> 자의성을 배제하기 위하여, 구금은 각 개별 사례에 기반해 필요하고, 합리적이며, 합법적 목적에 비례한다고 판단되어야만 합니다.<sup>56</sup> 구금의 필요성은 “구금의 목적에 비추어” 평가되어야 하며, “개별 사례에서 추구하는 목적을 성취하기 위해 엄격히 필요한 정도” 내에서만 결정됩니다.<sup>57</sup> 합리성은 “개별 사례에서 발생하는 모든 특별한 필요사항이나 고려사항”을 통해 평가되어야

<sup>50</sup> 같은 문서, 18 쪽, 제 28 항.

<sup>51</sup> 같은 문서, 지침 4.1.4, 19-20 쪽, 제 31-33 항.

<sup>52</sup> 비정규적 상황에서의 이주 노동자 및 그 가족의 권리에 대해서는 다음을 참조하십시오. 유엔 모든 이주 노동자와 그 가족의 권리 보호위원회, 일반논평 제 2 호, 제 24 항.

<sup>53</sup> *구금에 관한 지침*, 지침 4.1, 20 쪽, 제 33 항.

<sup>54</sup> 같은 문서. *Lokpo & Touré v. 헝가리*, 참조 29; *R.U. v. 그리스* (2011), 유럽인권재판소 2237/08, 제 94 항: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f2aafc42.html>. 또한, *S.D. v. 그리스* (2009), 유럽인권재판소, 53541/07, 제 62 항: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a37735f2.html> 을 참조해 주십시오. 유럽인권재판소는 추방목적의 구금은 비호신청에 대해 최종적으로 결정이 내려졌을 때에만 가능하다고 판시합니다. 또한, *Alaa Al-Tayyar Abdelhakim v. 헝가리* 유엔난민기구 의견서, 2012년 3월 30일, 청구인번호 13058/11: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f75d5212.html> 및 *Said v. 헝가리* 유엔난민기구 의견서, 2012년 3월 30일, 청구인번호 13457/11, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f75d5e72.html> 를 참조해 주십시오.

<sup>55</sup> 같은 문서, 지침 4, 15 쪽.

<sup>56</sup> 같은 문서, 지침 4, 21 쪽.

<sup>57</sup> 같은 문서, 지침 4.2, 21 쪽, 제 34 항.

합니다.<sup>58</sup> 일반적 비례성의 원칙은 “[각 사례에 대해] 인간의 자유와 안전에 대한 권리 및 이동의 자유를 존중하는 것과 각 권리를 제한 또는 부정하는 공공 정책의 목적 사이에 균형을 맞추도록 요구”합니다.<sup>59</sup>

24 필요성과 비례성의 심사는 “최소 침해성”의 충족 여부도 평가할 것을 요구합니다. 예컨대, 아동에 대한 비구금적(non-custodial) 구금대안<sup>60</sup>과 같이 강압성 혹은 침해성의 강도가 낮은 수단이 해당 개별 사례에 효과적으로 적용될 수 있는지 여부의 고려가 없다면, 이 또한 자의적 구금이 될 수 있습니다.<sup>61</sup>

25 구금에 관한 법률은 법적 확실성의 원칙을 따라야 합니다.<sup>62</sup> 이는 무엇보다도, 해당 법률과 법적 결과가 예측가능하고, 예견될 수 있어야 함을 뜻합니다. 국내법에 구금에 관한 확실한 근거를 명시함으로써 법적 확실성 요건을 충족할 수도 있습니다.<sup>63</sup> 그러나 구금의 상한 기간이 부재하거나, 이의제기를 위한 효과적인 구제절차에 접근할 수 없는 등 자의적인 구금을 견제할 수 있는 법적 보장이 불충분한 경우, 구금의 법적 타당성에 의문이 제기될 수 있습니다.<sup>64</sup>

26 무기한 구금은 자의적이며 구금의 상한은 법으로 명시되어야 합니다.<sup>65</sup> 일시적인 구금의 해제가 이 요건을 무력화하는 것은 아닙니다. 비례성 심사는 최초의 구금 명령과 이후의 모든 구금 연장 결정에 적용됩니다. 그 외 모든 면에서 합법적인 구금 결정이라도 구금 기간에 따라 비례성을 벗어나면, 이는 자의적인 구금이 될 수 있습니다.<sup>66</sup>

---

<sup>58</sup> 같은 문서.

<sup>59</sup> 같은 문서.

<sup>60</sup> 같은 문서, 부록 A, 구금대안.

<sup>61</sup> 같은 문서, 지침 4, 15 쪽, 제 18 항 및 지침 4.3, 22-24 쪽.

<sup>62</sup> 같은 문서, 지침 3.2, 14 쪽, 제 16 항.

<sup>63</sup> 같은 문서. 또한, 유엔 자의적 구금에 관한 실무그룹, 인권위원회 제 56 차 보고, E/CN.4/2000/4, 1999 년 12 월 28 일, 부록 II, 심의 제 5 호, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3b00f25a6.pdf> 를 참고해 주십시오.

<sup>64</sup> 구금에 관한 지침, 제 17 항.

<sup>65</sup> 같은 문서, 지침 6, 26 쪽.

<sup>66</sup> 같은 문서, 지침 6, 26 쪽, 제 44 항.

27 구금 또는 구금의 연장 결정은 최소한의 절차적 보호조치를 따라야 합니다.<sup>67</sup>  
비호신청자는 다음과 같은 최소한의 절차적 보장을 받을 권리가 있습니다.

27.1 비호신청자는 체포 또는 구금시점에 구금의 이유<sup>68</sup>와 심사 절차를 포함하여 구금 명령과 관련된 자신의 권리에 대한 정보를 신청자가 이해할 수 있는 언어와 용어로 안내받아야 합니다.<sup>69</sup> 또한, 변호인 접견권에 대한 안내를 받아야 합니다.<sup>70</sup>

27.2 비호신청자는 사법기관 혹은 기타 독립된 기관에 의해 구금 결정을 즉각 심사받을 수 있어야 합니다. 심사 기관은 최초의 구금 기관과는 독립된 기관이어야 하며, 구금해제 명령이나 구금해제 조건의 변경 권한을 가지고 있어야 합니다.<sup>71</sup> 최초의 구금 심사 이후에는, 법정 혹은 독립된 기관에서 구금의 지속 여부에 대한 정기적인 필요성 심사가 이루어져야 하며, 비호신청자와 그 대리인은 이 심사 과정에 참석할 권리가 있습니다.<sup>72</sup>

27.3 앞서 명시한 심사와는 무관하게, 개별적으로든 대리인을 통해서든 언제든지 법정에서 구금의 합법성에 대해 이의를 제기할 권리가 존중되어야 합니다.<sup>73</sup> 구금의 합법성을 밝힐 입증책임은 대상 당국에게 있는데, 당국은 해당 구금이 필요성, 합리성, 비례성의 원칙에 의해 정당화되며, 같은 목표를 달성하기 위해 덜 침해적인 다른 수단을 개별 사건에 있어 고려했다는 점을 입증해야 합니다.<sup>74</sup>

---

<sup>67</sup> 같은 문서, 지침 7, 27 쪽.

<sup>68</sup> 자유권규약 제 9조 제 2조, 미주인권협약 제 7조 제 4항; 유럽인권협약 제 5조 제 2항; 아프리카인권헌장 제 6조.

<sup>69</sup> 추가적으로 각주 63 을 참조하십시오.

<sup>70</sup> *구금에 관한 지침*, 지침 7, 27 쪽, 제 47(iii)항. 추가적으로 *A. v. 호주*, 각주 40 및 *C. v. 호주*, CCPR/C/76/D/900/1999, 유엔자유권위원회, 2002년 11월 13일,

<https://www.refworld.org/cases,HRC,3f588ef00.html> 참고.

<sup>71</sup> 같은 문서.

<sup>72</sup> 같은 문서, 지침 7, 27 쪽, 제 47(iv)항.

<sup>73</sup> 같은 문서, 지침 7, 28 쪽, 제 47(v)항.

<sup>74</sup> 같은 문서.

27.4 구금된 이는 비호 절차에 접근할 수 있어야 하며 비호신청 과정과 이에 따른 권리에 대해 정확한 법적 정보를 제공받아야 합니다. 또한 법률 및 언어 지원을 제공받아야 합니다.<sup>75</sup>

### 보호를 구하는 아동의 구금에 대한 특별 고려사항

28 비호신청자의 구금에 대한 국제법 원칙들은 특히 아동에 관해 더욱 철저히 적용됩니다. 더 나아가, 국제법에 따라 아동 비호신청자는 특히 아동으로서 일련의 구체적인 권리를 가지며, 국가는 더욱 구체적이고 강화된 보호 의무를 지닙니다.

29 1989 년 11 월 20 일 채택, 1991 년 11 월 20 일 대한민국에서 비준한 유엔아동권리협약(“아동권리협약”)<sup>76</sup>은 아동 비호신청자 및 난민을 포함한 아동에 관한 모든 활동에 있어서, **아동 최선의 이익**이 최우선적으로 고려되어야 함을 밝히고 있습니다(제 3 조 및 제 22 조).<sup>77</sup>

30 아동권리협약이 확립한 아동 보호에 관한 원칙은 실상의 모든 단계에서 적용됩니다. 유엔아동권리위원회는 “협약상의 국가의 의무는 국경 내에서 적용되며, 이는 국경을 건너 영토로 들어오는 과정에서 국가의 관할권 내로 진입한 아동을 포함합니다. 따라서, 협약에 규정된 권리는 시민권을 지닌 아동만이 향유할 수 있는 것이 아니며, 협약에 반대의 내용이 명시되어 있지 않는 한, 비호신청자, 난민, 그리고 이주 아동을 포함한 모든 아동이 국적, 체류자격 혹은 무국적상태와 관계없이 향유할 수 있는 것”이라고 명시한 바 있습니다.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> 같은 문서, 지침 7, 28 쪽, 제 47(vi)항.

<sup>76</sup> 유엔총회, *아동의 권리에 관한 협약*, 1989 년 11 월 20 일, 유엔 조약 전집 제 1577 권, 3 쪽, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html>.

<sup>77</sup> 유엔인권위원회, *고문 및 기타 잔혹하거나 비인간적 또는 굴욕적인 처우 및 처벌에 관한 특별조사관 보고서*, 2015 년 3 월 5 일, A/HRC/28/68, <https://www.refworld.org/docid/550824454.html>에서는 다음과 같이 명시합니다. “각국은 입법, 정책, 관행에 있어서 아동 최선의이익의 원칙이 이주 정책이나 다른 행정적 고려보다 우선함을 분명히 해야한다.”

<sup>78</sup> 유엔아동인권위원회, *일반논평 제 6 호(2005): 출신국 밖에서 보호자 미동반 및 분리 아동에 대한 처우*, 2005 년 9 월 1 일, CRC/GC/2005/6, 제 12 항, <https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>.

31 유엔난민기구의 입장은 아동은 구금되어서는 안 되며, 구금은 결코 아동 최선의 이익이 될 수 없다는 것입니다.<sup>79</sup> 신체적, 정서적 영향을 포함하여 구금이 아동에게 미치는 악영향은 충분히 입증되었으며, 설령 최후의 수단이라 할지라도 아동의 구금이 실제로 정당화될 수 있는 것인가에 대한 의문이 오랫동안 제기되어 왔습니다.<sup>80</sup> 보호자 미동반 난민 혹은 비호신청 아동 ‘스스로의 보호를 위한’ ‘보호 감호(protective custody)’와 같이 선의에서 비롯한 상황조차도 아동에게 해로운 영향을 끼치는 것으로 알려진 바 있습니다.<sup>81</sup>

32 2015 년 유엔 고문 및 기타 잔혹하거나 비인간적 또는 굴욕적인 처우 및 처벌에 관한 특별조사관의 보고서에 따르면 “재판 전후의 수감, 격리 및 행정적 이주 구금을 포함한 아동의 구금은, 법률이 정한 바가 아닐지라도 실제로는 아동에 대한 부당한 처우와 불가분의 관계에 있는데, 이는 아동을 여러 위험에 노출시키는, 특히 취약한 상황 때문”입니다. 또한 “아동의 취약성은 각국에 아동의 생명, 건강, 존엄성, 신체 및 정신에 대한 인권을 보장하기 위한 추가적인 조치를 성실히 취해야 할 의무를 부과합니다.”<sup>82</sup>

<sup>79</sup> 유엔난민기구, *이주의 맥락에서 난민 및 이주아동에 관한 유엔난민기구의 입장*(‘유엔난민기구 2017 년 1 월 입장문’)을 참고하십시오. <https://www.refworld.org/docid/5885c2434.html>; 또한 유엔 인권최고대표 사무소, ‘아동과 그 가족은 절대 이주 구금에 처해져서는 안된다. 명확하게 이야기하자면, 이주 구금은 결코 아동 최선의 이익이 될 수 없다’고 밝힌 내용을 참조해주시기 바랍니다. <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21026&LangID=E#sthash.fwKB9IJR.dpuf>.

<sup>80</sup> 구금에 관한 지침, 지침 9.2, 35 쪽, 제 53 항. 또한 유엔난민기구의 2017 년 1 월 입장문 2 쪽의 다음 내용을 참조하십시오. “최근의 연구는 아동의 구금이 아동의 정신 및 신체에 해로운 영향을 끼칠 수 있으며, 아동의 인지적 발달을 해한다는 결과를 내놓았다. 또한, 구금된 아동은 우울증과 불안의 위험에 처해있고, 불면증, 악몽, 그리고 야뇨증과 같은 외상후스트레스 장애와 일치하는 증상을 종종 보이곤 한다. 구금되어 있는 조건에 관계없이, 짧은 기간동안 혹은 가족과 함께 구금되어 있더라도 구금이 아동의 건강과 발달에 매우 중대하고 부정적인 영향을 미친다는 강력한 증거가 실재한다. 성 및 젠더에 기반한 폭력을 포함, 다른 종류의 피해에 노출될 위험이 여러 구금 상황에서 상당히 존재한다.” 또한 김종철, *이주아동 구금 보고서- 이주아동 구금 근절과 구금 대안을 향하여*, 2016, [http://w4refugee.org/board/bbs/download.php?bo\\_table=2\\_manual&wr\\_id=44&no=1&page=7](http://w4refugee.org/board/bbs/download.php?bo_table=2_manual&wr_id=44&no=1&page=7) 을 참고하십시오.

<sup>81</sup> 유엔난민기구, *국제인권법률가협회(ICJ) 및 유럽난민비호위원회(ECRE) 대 그리스 (청구인번호 173/2018) 유럽사회권위원회 제출 유엔난민기구 의견서*, 2019 년 8 월 9 일, <https://www.refworld.org/docid/5d9745494.html>. 아동 구금의 부정적인 영향에 관하여서는 다음을 추가적으로 참조해 주십시오. 엘리스 파머, *아동에 미치는 이주구금의 영향(The impact of immigration detention on children)*, <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/detention/farmer.pdf> 및 PICUM, *유럽연합에서의 아동 이주 구금(Child Immigration Detention in the EU)*, 2019 년 3 월, <https://picum.org/wp-content/uploads/2019/06/Child-Immigration-Detention-in-the-EU-ENG.pdf>.

<sup>82</sup> 유엔인권위원회, 각주 77, 제 70 항.

33 일부 관할권에서는 15 세에서 18 세에 해당하는 아동에게는 “훨씬 더 낮은 수준의 보호를 제공하는 경향이 있”으며 “때로는 이들을 성인으로 간주하거나, 18 세가 될 때까지 모호한 이주 상태로 내버려두기”도 합니다.<sup>83</sup> 그러나 아동권리협약에 따른 아동의 정의에 따르면, 18 세까지는 아동으로서의 권리와 보호가 부여됩니다. 유엔아동권리위원회와 유엔 모든 이주노동자 및 가족 구성원의 권리 보호 위원회는 공동논평에서 각국에 “15 세 이상을 포함한 모든 아동에게, 이주 상태와 관계없이 동등한 보호 기준이 제공될 수 있도록” 할 것을 촉구했습니다.<sup>84</sup>

## 결론

34 유엔난민기구의 의견은 다음과 같이 요약될 수 있습니다.

- 유엔난민기구는 각국이 “국가가 운영하는 비호체계에서 야기되는 현대의 여러 문제”에 직면해 있음을 인지하며, 각국이 “자국 영토에 비국민의 입국과 체류를 통제”할 권리를 가짐을 인정합니다. 그러나, 이러한 통제는 “난민과 인권 기준에 따라야” 합니다.<sup>85</sup>
- 강제송환금지 원칙은 국제난민법 및 국제인권법의 본질적이며 구속력있고, 훼손될 수 없는 요소입니다. 유엔난민기구는 자국의 행위로 인해 개인이 타국에서 박해나 부당한 처우의 위협에 놓일 가능성이 있다면, 해당인을 보호할 책임이 국가에 있음을 강조합니다.
- 이같은 맥락에서, 강제송환으로부터의 보호는 난민 지위가 결정되지 않은 비호신청자에게도 적용됩니다. 따라서, 각국은 퇴거 명령을 집행하기 전에 해당인이 보호를 구하는 이유를 조사할 의무를 지닙니다.
- 국제난민법 및 인권법상의 비호신청권과 자유권 및 안전권, 그리고 이동의 자유는, 비호신청자의 구급이 최후의 수단으로만 사용되어야 하며, 자유로운 상태가 가장 기본적인 상태여야 함을 의미합니다.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> 유엔 모든 이주 노동자와 그 가족의 권리 보호위원회 공동논평 제 4 호, 2017 년, 및 유엔아동권리위원회 공동논평 제 23 호, 2017 년, 제 3 항, <https://www.refworld.org/docid/5a12942a2b.html>.

<sup>84</sup> 같은 문서.

<sup>85</sup> 구급에 관한 지침, 6 쪽.

<sup>86</sup> 같은 문서, 13 쪽.

- 비호신청자의 예외적인 구금은 각 개별 사례에서 필요하다고 판단되었을 때에만 적용가능하며, 그러한 경우에도 관련 국제 기준에 부합해야 합니다. 국제법에서는 불법적이고 자의적인 구금을 방지하기 위한 실질적 보호장치들을 규정합니다. 예컨대, 구금의 필요성이 존재해야 하고, 모든 상황에서 합리적이어야 하며, 합법적인 목적에 비례해야 합니다.
- 국내법에는 구금의 상한 기간이 명시되어야 하며, 구금 결정 혹은 구금의 연장 결정은 각 개별 사례에 필요한 최소한의 절차적 보호장치에 근거하여야 합니다. 덜 강압적이거나 덜 침해적인 수단을 고려하지 않는 것 또한 자의적인 구금이 될 수 있습니다.
- 비호신청자의 구금과 관련한 국제법 원칙은 아동에게 더욱 철저하게 적용되어야 합니다. 구금은 결코 아동 최선의 이익이 될 수 없습니다. 아동에게 영향을 미칠 수 있는 모든 결정에서 아동 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 합니다.<sup>87</sup>
- (아동의 구금에 있어서) 아동의 자유와 이동의 자유가 언제나 우선되어야 하므로, 적절한 돌봄 장치를 포함한 구금 대안이 최선의 조치입니다.<sup>88</sup> 각국은 퇴거 결정의 집행 이전에 강제송환금지 원칙 및 아동 최선의 이익의 원칙에 따라 개별 사안을 평가할 의무를 지닙니다.

2020년 11월

유엔난민기구

<sup>87</sup> 유엔아동인권위원회, 각주 78, 제 63 항.

<sup>88</sup> 유엔난민기구, *구금에 대한 대안*, 2015년 6월 3일, 제 16-19 항, <https://www.refworld.org/docid/58638ecf4.html>.