

北韓離脫住民의 法的 地位

文 俊 朝*

차 례

- I. 序 說
- II. 國內法上的 北韓離脫住民의 地位
- III. 第3國에서의 北韓離脫住民의 地位
 - 1. 의 의
 - 2. 난민으로서의 자격을 갖는 北韓離脫住民
- IV. 北韓住民의 第3國으로의 大規模流入과 관련된 法的 問題
 - 1. 역사적으로 본 대량난민문제의 처리
 - 2. 대규모 난민발생에 대한 난민본국의 國際法上 책임
- V. 結 論

* 韓國法制研究院 研究委員, 法學博士

I. 序 說

북한이탈주민의 법적 지위와 관련하여서는 대한민국의 국내법상의 지위뿐만 아니라, 국제법상의 지위에 대하여 살펴보아야 한다. 북한이탈주민의 국내법상의 법적 지위라 함은 우리 나라의 헌법 및 기타 실정법상의 지위를 의미하며, 이것은 외국과의 관할권 충돌이 발생하지 아니하는 한, 국내법이 규율하는 바에 따르게 된다. 북한이탈주민이라 할지라도 제3국으로 탈출한 자와 직접 대한민국으로 탈출한 자의 지위는 그 논의의 출발점 자체가 달라지게 된다. 이 논문에서는 북한이탈주민의 제3국에서의 지위를 중심으로 논의하게 될 것이다. 특히 그들이 제3국에서 어떠한 보호를 받을 수 있을 것인가를 난민의 지위와 관련하여 검토하여 보고자 한다.

II. 國內法上의 北韓離脫住民의 地位

1962년 4월 16일 제정된 국가유공자등월남귀순자특별원호법은 월남귀순자를 북한괴뢰집단의 군인 또는 그 집단의 간부로서 그 집단에 항거하여 대한민국에 귀순한 자, 북한괴뢰집단의 민간인으로서 중대한 비밀을 가지고 귀순한 자로 정의하고 있었다. 이 법률에 의한다면 동법의 적용대상은 모든 북한이탈주민이 아니라 특정한 자에 국한되었다. 이 법은 1979년 1월 1일의 월남귀순용사특별보상법으로 전면개정되었다. 그 후 중국, 러시아와의 외교관계수립, 남북교류활성화 전망 등의 시대적 상황변화가 반영되어 1993년 6월 1일의 월남귀순용사특별보상법개정법률이 등장하게 되었으나 여전히 귀순이라는 용어를 사용하였다. 다만, 귀순자의 범위가 넓어지는 대신 지원내용을 축소하였다.

귀순 또는 귀순자(deserter)는 송환되기를 원하지 아니하는 포로와 더불어 국제법상, 특히 제2차세계대전이후 그 처우가 중요한 문제로 등장하였다. 포로의 대우에 관한 Geneva협약 제4조는 “적의 권력내로 들어간(who have fallen into the power of enemy)” 자라고 규정하고 있다. 이러한 표현이 1929년의 협약상의 “적에 의하여 체포된(captured by enemy)”이라는 규정과 同意異句인가에 대하여 학설상의 대립이 있지만, G. Draper는 “적의 권력 내로 들어간”을 자발적으로 들어간 경우와 비자발적, 강제적 방법에 의

하여 들어간 경우를 구분하여 전자에 속하는 자를 귀순자, 후자에 속하는 자를 포로라 하여 이 양자 모두가 Geneva협약 제4조의 “적의 권력 내로 들어간 자”에 해당하는 자로 보고 있다.

그러나 Garcia-Mora는 1949년 Geneva협약 제4조의 카테고리에 귀순자는 속하지 아니한다고 보고 있다.¹⁾

따라서, 과연 북한의 이탈주민을 귀순자라고 표현하는 것이 우리 나라 실정법상 또한 국제법상 타당한가는 그들의 지위와 관련하여 대단히 중요하다. 국가유공자등월남귀순자특별원호법상의 월남귀순자는 한국전쟁이 휴전된 지 10년이 채 안된 당시의 상황이 고려되어있는 용어임에 틀림없다. 따라서, 정치적 의미가 있는 북한이탈을 한 자에 대해서만 귀순자로 보았던 것이다. 최근 까지도 언론에서는 우리 나라 여론의 집중도가 크고 그 탈출 자체가 정치적인 의미가 있는 북한주민의 대한민국으로의 자발적 복귀에 대해서는 망명으로 또한 정치적 중요성이 떨어지는 북한주민에 대해서는 귀순이라는 용어를 사용하여 왔다.

최근 북한의 일반주민이 넘어오는 경우가 크게 증가하고 있는 바, 이제는 그들이 가지고 오는 정보의 중요성에 따라 원조대상이 되는지를 판단하기보다는 인도주의적 차원에서 또한 우리 실정법상의 대한민국 주민이라는 점에서 접근하여야 하므로 귀순이나 망명이라는 부적절한 표현을 사용하지 않아야 할 것이다.

한편, 1993년의 월남귀순용사특별보상법개정법률은 1996년의 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률로 대체되었는 바 북한이탈주민중에서 제3국에 체류하고 있는 자들은 주로 러시아의 시베리아벌목공과 중국불법체류자들이다. 중국과 러시아는 북한과도 수교하고 있는 국가이고 특히 중국은 아직도 북한과는 대한민국에 비해 정치적 유대가 더 강하다고 할 수 있으므로 우리의 공관에 보호를 요청한다고 할지라도 우리 정부가 단독의사에 의해 처리하기는 어렵다. 더욱이 그들의 대부분은 중국이나 소련의 입장에서 볼 때 북한국적을 가진 불법체류자이며, 특히 난민의 요건을 구비하지 아니한 경우 비호 또는 제3국으로의 출국을 허용하도록 요구할 수는 없다.

우리의 입장에서는 그들이 대한민국의 국민이라고 주장하겠지만, 받아들여

1) Garcia-Mora, *International Law and Asylum as a Human Rights*, p.108.

질 것으로 판단되지는 않는다. 이들 국가들이 북한이 국제연합의 가입국이고 북한을 대한민국보다도 먼저 승인하였다는 점에서도 북한의 국가성을 인정하고 있기 때문이다. 동법률에서는 망명이나 귀순이라는 용어를 쓰지 않고 북한이탈이라는 용어를 사용하고 있다. 앞으로 그러한 방향으로 통일되어야 할 것이다. 더구나 망명이라는 것은 북한이 외국임을 전제로 한 것이라는 점에서 우리의 실정법과도 부합되지 아니한다.

북한이탈주민은 무엇보다도 우리 나라 헌법 제3조에 의해서 대한민국의 국민이 된다. 북한지역은 대한민국의 영토의 일부이기 때문에 북한지역에서 태어난 자는 부계혈통주의원칙에 따라 그 직계인 경우 출생과 더불어 대한민국의 국적을 취득하는 것이다. 사실 지금까지 그들에 대해서는 귀화의 절차에 의해서 국적을 부여한 적은 없다. 1996년 11월 12일 대법원의 이영순씨 강제퇴거명령처분 무효확인소송 상고심에서도 “북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 원고가 대한민국 국적을 취득하고 이를 유지함에 있어서 아무런 영향을 미칠 수 없다”라고 판시한 바 있다.

북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률 제2조제1호는 북한이탈주민을 “북한에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 자로서 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하지 아니한 자”라고 정의하고 있다. 여기에서 “북한을 벗어난” 이라 함은 난민협정·의정서상의 난민의 자격요건중의 하나인 박해 또는 박해우려의 여부 및 북한에서의 지위여부와 관계없이 북한을 이탈하여 온 경우를 말한다. 여기에서 보듯이 종전 법률의 귀순자 개념보다는 광범위하다. 여기에서 “체류국에서 상당한 기간동안 생활근거지를 두고 있는 자”는 북한이탈주민으로부터 배제하고 있는 바, 이것은 다소의 해석상의 문제는 있지만 동법의 적용대상에서 배제한 것은 타당하다고 본다.

따라서 북한의 공민권을 가지고 중국에 장기체류하는 北韓籍僑胞의 경우에는 북한이탈주민으로 보기 어렵다고 할 것이다. 또한, 북한이탈주민이 지원법에 의한 보호를 받고자 하는 자는 재외공관 기타 행정기관의 장이나 각급 군부대의 장에게 보호신청을 하여야 한다. 재외공관이라 함은 대사관, 공사관, 영사관 등이 될 것이다. 이 경우 신청을 받은 기관장은 소속 중앙행정기관의 장을 거쳐 통일원 장관과 국가안전기획부장에게 통보를 하고 이 때 국가안전

기획부장은 임시보호 기타 필요한 조치를 취한 후 그 결과를 통일원 장관에게 통보하고 통일원 장관은 북한이탈주민대책협의회의 심의를 거쳐 보호여부를 결정한다. 통일원 장관이 보호여부를 결정하는 기준과 관련하여 지원법 제9조는 보호대상에서 제외할 수 있는 자를 정하고 있는 바, 1) 항공기납치, 마약거래, 테러, 집단살해 등의 국제형사범죄자, 2) 살인 등 중대한 비정치적 범죄자, 3) 위장탈출혐의자 4) 체류국에서 상당한 기간동안 생활근거지를 두고 있는 자, 5) 기타 보호대상자로 정하는 것이 부적당하다고 대통령령이 정하는 자이다.

이러한 요건은 난민협정·의정서 등의 난민에 관한 국제조약과 기타 국제문서 또는 독일 등 일부 국가의 난민법상의 난민의 요건 중 일부가 반영되어 있지만, 난민의 요건과는 다르다. 무엇보다도 북한에서 박해를 받거나 받을 우려가 있어야 할 필요는 없다. 그리고 난민에게 부여하는 비호와는 다른 형태의 보호조치를 부여한다는 점도 다르다. 지원법은 정착지원을 중심으로 정착금지급, 종전법률상의 報勞金 지급, 취업알선, 공무원특별임용, 취적특례, 주거지원, 교육지원, 의료보호 및 생활보호 이외에도 학력인정, 자격인정, 사회적응교육 및 직업훈련 등의 지원제도를 마련하였다. 이러한 점은 난민에게 부여하는 보호에 비해 훨씬 광범위하고 적극적이다.

Ⅲ. 第3國에서의 北韓離脫住民의 地位

1. 의 의

북한 이탈주민들 중에는 곧바로 대한민국으로 넘어오는 자들이 있으며, 이들은 대부분이 대한민국이 받아들이고 있다. 그러나, 중국이나 러시아 등 제3국에 머무르면서 대한민국에 정착하기를 희망하는 이탈주민들도 많다. 이들은 먼저 당해 국가가 그들을 어떻게 처리하느냐가 대한민국으로의 복귀와 정착가능성을 좌우하게 된다. 물론, 그들 중 일부 특정한 자들에 대해서는 대한민국과 당해 국가간의 외교교섭에 의해 처리된 경우도 있다. 어찌되었건 제3국에 불법체류하고 있는 북한이탈주민에 대해 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률이 직접 적용될 수 있으려면 당해 국가가 그들이 대한민국 국민이라고 인정하거나 최소한 그들의 대한민국 정착을 허용하여야 한다.

우리가 그들을 대한민국의 국민이라고 주장한다 할지라도 대한민국의 대인

고권이 제3국의 영토고권에 우선한다고 볼 수는 없다. 뿐만 아니라 모든 제3국이 그러한 북한이탈주민의 국적이 법적으로 대한민국이라고 판단할 것으로 보이지는 않는다. 북한이 국제연합에 가입하고 있고 중국이나 러시아 등 주요 제3국이 북한을 승인하였고 여전히 외교관계를 맺고 있는 한, 북한이탈주민은 북한의 국적을 갖는 것으로 볼 것이기 때문이다. 따라서, 상기의 법률은 대한민국으로 넘어오지 아니하는 한 북한이탈주민에 대해서까지 즉 영토외적으로 적용된다고 볼 수는 없다. 다만, 북한이탈주민 중에는 국제법상의 난민의 자격요건을 구비한 자들도 있을 것이며 이 경우에는 그 처우가 다른 자들과는 크게 달라질 수 있음은 두말할 여지가 없다.

이하에서는 난민으로서의 자격을 갖는 북한이탈주민을 중심으로 검토하고자 한다.

2. 난민으로서의 자격을 갖는 北韓離脫住民

(1) 난민의 개념

난민을 의미하는 refugee에 대한 사회학적(sociological) 개념은 ‘상거주지에서 도피하여 다른 장소에 도피처를 구하여야 하는 자’이며 여기에서 도피의 원인은 홍수나 지진 등의 자연적 재난이나 외국의 지배, 점령이나 내란, 정변 등의 인위적인 재난이 될 것이다. 반면에 Refugee의 법학적인(legal) 개념은 ‘인위적인 재난이 정치적인 이유로 본국에서 도피한 자’로 한정된다.²⁾ 북한이탈주민 중에서는 앞서 언급한 인위적인 재난보다는 자연적인 재난 즉, 북한의 식량난으로 인해 식생활의 해결을 위해 떠난 자들이 최근 부쩍 늘고 있다.

망명자와 난민의 용어는 영어의 refugee 독일어의 Flüchtlinge의 번역어인 바, 일반적인 정의를 내리거나 명확한 구분은 어렵고, 굳이 구분하자면 난민의 개념은 체류국에서의 보호, 대우라는 측면에서 착안한 것이고 망명자의 개념은 어떠한 자가 박해받고 있음을 이유로 비호를 요청 받은 국가가 입국과 체류를 인정하고 비호를 부여할 것인 지의 여부가 문제가 되는 경우에 사용된다.³⁾ 또한, 망명자는 『정치적인 이유로 본국을 탈출하여 타국에 몸을 의

2) J. Patronogic, "Promotion, Dissemination and Teaching of International Refugee Law," *Philippine Law J.* Vol.50(1980), p.142.

탁하고 있는 자』, 난민은 『戰禍, 政變을 피하여 유랑하는 망명자』, 피난민은 『天災地變, 전쟁으로부터 피하여온 자』라고 보는 견해도 있다.⁴⁾ 이러한 용어의 혼란은 우리나라나 미국에 국한된 문제는 아니다. 예컨대, 미국에서도 political refugee, political offender, political fugitive 등의 용어들이 그 異同이 불분명한 상태에서 혼용되고 있다.⁵⁾

또한 Grahl-Madsen은 국적국 또는 상거주지국간의 정치적 대립관계의 존재를 refugee의 요건으로 하고 refugee를 political refugee와 동일한 개념으로 본다.⁶⁾ 그는 일반외국인, 일반이민, 사법으로부터의 도피자, 무국적자와는 달리 본국정부와의 대립적 요소가 있는 자로서 본국을 이탈한 자라고 정의하고 있다.⁷⁾

한편 난민협정·의정서 제1조(A)는 refugee를 『인종, 종교, 국적, 특정사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받거나 그러한 우려가 있다는 충분한 이유가 있는 공포를 갖고 있기 때문에 국적국의 보호를 받을 수 없는 자 또는 그러한 공포 때문에 국적국의 보호를 받기를 원하지 아니하는 자 및 그러한 사건의 결과로서 상거주지국 밖에 존재하는 무국적자로서 상거주지국에 돌아갈 수 없는 자 또는 그러한 공포로 인해 돌아가기를 원하지 아니하는 자』라고 규정하고 있다. 또한 국제연합 난민고등판무관(the United Nations High Commissioner for Refugees : UNHCR) 사무소 규정⁸⁾ 제6조 (b)도 국가의 보호를 받을 수 없고 박해의 공포를 가진 자로 보고 있다.⁹⁾

3) 田中利彦, “難民のついて”, 『法律のひろば』(1981.9.), p.18.

4) 川島慶雄, “國際法における政治難民の特質”, 『阪大法學』, 第72, 73號 p.46.

5) A. E. Evans, “Observation on the Practice of Territorial Asylum in the United States”, *A.J.I.L.* vol.56.(1962), p.149.

6) Grahl-Madsen. *The Status of Refugees in International Law*, Vol.1 (1966), p.78.

7) *Ibid.*

8) U.N. G.A. Res., 428(V) 1950.

9) 이상의 제학설 및 규정에 근거하여 정치적 난민을 『본국정부가 인도의 요구 또는 추방의 요청과 관련하여 제시한 표면적인 이유의 여하 또는 그러한 요청, 요구의 존부와는 관계없이 실질적으로는 본국 정부의 지배총과 대립되는 신조를 가졌다는 이유로 박해를 받거나 받을 우려가 있어 타국에 도망하여 비호를 구하거나 또는 본국정부가 인정한 체재허가기간이 종료하였음에도 타국을 비호지로 하여 체류하고 있는 자』로 설명할 수 있을 것이다. 이와 같이 정치적 망명자는 사실상(*de facto*) 또는

이상에서 보듯이 북한이탈주민중에서 이와 같은 난민의 요건을 구비한 상태에서 제3국으로 탈출한 자의 경우는 최근의 사례로 보아 극히 드물다고 할 수 있다. 우리 언론에서 통상적으로 망명이라고 사용하는 경우에도 그 당사자가 반드시 북한에서의 정치적 이유로 인한 박해로 대한민국으로 넘어온 경우는 흔치 않다. 따라서, 국제법상의 난민의 요건을 구비한 북한이탈주민의 수는 극히 제한되어 있다고 할 것이다.

이와는 국제법상의 통상적인 의미의 난민과는 다소 성격이 다르지만, 박해의 여부와 관계없이 대량으로 본국을 떠난 난민-일반적으로 그들 개개인에 대한 박해의 여부를 판단하기는 어렵지만 정치적인 이유로 본국을 떠난 경우가 많다-과 관련하여 새로운 개념이 등장하였다. 즉, 통상적으로 난민의 상황에 따라 난민의 원조를 위하여 각국으로부터 기금의 모집을 알선하도록 UNHCR에 요청하며, 이와 같은 원조활동에 따라 보호를 받는 난민을 알선 난민(good office refugee)이라고 부른다.¹⁰⁾ 또한 유민(displaced persons)은 본국을 떠난 후 제3국에서 체류를 인정받아 그 국가의 여권으로 타국에 입국한 자이며 국제연합에서도 월남난민과 같은 경우를 ‘refugees and displaced persons’ 또는 단순히 ‘displaced persons’로 불러 혼동을 피한다.¹¹⁾ 북한으로부터의 대규모 주민이탈이 발생한 경우에는 이러한 차원에서 접근할 수는 있을 것이다. 즉, 과거 월남난민을 주변국가들이 어떻게 처리하였는가는 좋은 참고사례가 될 것이다. 그러나 이러한 난민은 난민협정·의정서상의 난민과 다르다는 점을 다시 한번 지적하고자 한다.

(2) 정치적 난민과 비호

비호권(the right of asylum)은 법적 용어이면서도 그 명확한 정의가 내려져 있다고 보기 어렵다.¹²⁾ 1950년 국제법학회의 결의 제1조는 비호를 『어

법률상(de jure) 무국적자인 것이다(齋藤惠彦, *op.cit.*, p.18).

이와 같은 ‘사실상의 무국적자’ 라는 개념은 정치적 망명자가 본국정부의 보호를 받을 수 없는 상태임을 상징한 것이다. 난민협정·의정서 제1조 C도 이러한 점을 고려하여 난민의 종료사유를 열거하고 있다. 따라서 망명자 또는 난민의 지위는 국적의 유무는 별개이며 다국적자라 할지라도 영향을 받지 아니한다.

10) 齋藤惠彦, “今日における難民の保護と援助の法理”, 『法律時報』 第53卷 7號(1981), p.17.

11) 宮崎繁樹, “難民條約の國內法”, 『法律時報』 第53卷 7號(1981), p.1.

12) J. Rochette, “The Right of Asylum in France”, *I. C. J. Rev.* Vol.5

떠난 국가가 자국영토내에서 또는 자국의 기관이 있는 장소에서 개인에게 그 요청에 따라 부여하는 보호』라고 규정하였다.¹³⁾ 따라서 비호란 일국의 관할 권으로부터의 면제를 위해 어떠한 개인이 대사관, 외국군함 또는 직접 외국영토로의 피난을 지적할 때 사용되는 말이며 영토적 비호와 영토외적 비호로 구분된다. 후자는 다시 외교적 비호와 군함에 의한 비호로 나눌 수 있다.

전통국제법이론에 의하면 국가는 자국영역내에서 배타적인 영토고권을 보유하고 있기 때문에 국제법상의 제한이 없는 한, 외국인의 출입국을 자유재량적으로 규제할 권한을 가진다. 따라서 조약상의 인도 의무가 없는 한 정치적 망명자의 입국을 허용하고 비호라는 형식으로 보호하여 그 인도를 거부할 수 있다.¹⁴⁾ 그런데 비호권의 성질에 대해서는 다소의 의견차이가 있는 바, 국가가 단독판사의 입장에서 비호의 여부를 결정한다는 사실에 착안하여 국가의 독립된 권리가 아니라 자유재량을 의미한다는 견해¹⁵⁾, 국가가 비호를 부여할 의무가 없다는 점에 착안하여 비호는 특정한 국가와 개인과의 관계, 국가의 국제법과의 관계에서 자유라고 하여 관할권(jurisdiction)이라고 하는 견해¹⁶⁾가 있다.

어떠한 견해를 취하든간에 원칙적으로 모든 국가가 영토적 비호권을 갖는다는 것은 전통국제법상 인정되고 있고 다만, 문제가 되는 것은 인도조약내의 정치적 유보조항에 따른 그리고 형사사건에서의 그 해석에 대한 것이라고 본다. 정치적 망명자에 비호를 부여한다는 사실은 형법상의 긴급피난에 해당하는 요건을 충족시킨 것으로 비호국이 판단하기 때문이다.¹⁷⁾ 따라서 비호를 구성하는 행위로 간주되기 위해서는 정치적 망명자가 당해국 생활에 흡수된 사실만으로는 충분하지 않으며 그 국가 당국이 특별한 보호를 통해 보통 외국인과는 달리 취급되어야 한다. 이것은 인도의 거절이나 비호부여의 공식선언에 의할 것이다.

또한 통상적으로 퇴거시킬 상황에서 퇴거시키지 아니할 경우와 입국시키지

(1956), p.132.

13) Strupp-Schlochauer, *Das Wörterbuch des Völkerrechts*, p.8.

14) F. Morgensern, "The Right of Asylum", *B. Y. I. L.* Vol.26(1940), p.327.

15) J.Rochette, *op. cit.*, p.132.

16) J. Stone, *The Province and Function of Law*,(1949), p.131.

17) 渡部惇, "不法入國等のについての刑の免除", 『法律のひろば』,(1981,9), p.136.

아니할 상황에서 입국시키는 경우 그 성질을 달리한다. 두 가지 경우 모두 국제법상 영토주권의 행사임에는 틀림없으나 전자는 비호의 부여에 내재된 보호의 요소를 충분히 강조한 것이 아니기 때문에 정확한 의미에서 비호의 부여라고는 말할 수 없으며 통상적으로는 법과 절차를 위반한 것으로부터 개인을 보호하는 것이다. 그런데 정확한 의미에서의 비호라 함은 어떠한 국가로부터 개인을 보호하는 조치를 베푸는 것을 말한다.

또한 정치범불인도의 원칙이 국제법상 확립되어 있다 할지라도 정치범 자신이 비호해줄 것을 타국에 요구할 수 있는 권능을 갖는 것은 아니며 따라서 설령 인도가 행하여진다 할지라도 인도받은 국가의 법정에서 재판받지 아니할 권리를 유효하게 주장할 수는 없다. 1948년 Chandler사건에서 미국의 순회항소법원은 『그 권리(비호권)는 자발적으로 부여하는 국가의 권리이지 개인의 권리가 아니다. 비호를 부여하지 않고 정책적인 이유에서 도망범죄인을 인도할 수도 있다. 이 경우 피소추자는 인도요청국의 법원에서 재판을 면제받는다 고 생각되지는 않는다』라고 판시한 바 있고¹⁸⁾ Eichmann사건에서 이스라엘 법원도 『부정규인도로 인한 관찰권면제의 주장에 대하여 비호권이나 면제권은 비호국에 속하는 것이지 개인에 속하는 것은 아니다』라고 판시한 바 있다.¹⁹⁾ 한편 서독연방법원은 1979년 11월의 한 판례에서 『1951년 난민협정의 타당사국이 어떠한 자를 정치적 난민으로 인정하였다 할지라도 그 자가 독일연방공화국의 영역 내에 있을 때에는 독일이 난민으로서의 자격요건인 정치적 박해여부를 결정할 수 있다』라고 판시하고²⁰⁾ 프랑스에서 정치적 난민으로 인정받아 비호를 향유하던 유고인을 보통범죄인으로 판정하여 인도하였다.

이와 같이 정치범죄나 정치적 박해여부에 대한 해석기준이 상이하여 비호를 부여받지 못하는 경우도 있다. 따라서 비호를 부여받았다 할지라도 개인과 국제법간의 원칙적 교량역할을 하는 국적을 통한 외교적 보호를 기대할 수 없기 때문에 개인의 비호권이라는 개념은 권리로서의 실효성을 확보하기 어렵다.

그런데 비호를 인도주의적 기반위에 선 보호라는 점을 특히 강조하는 Garcia Mora는 혼란스러운 정치상황이 존재할 때에는 일국의 제제도를 현

18) F. Morgenstern, *op.cit.*, pp.332~333.

19) C. Oliver, "Jurisdiction of Israel to Try Eichmann," *A.J.I.L.* Vol.56 (1962), pp.844~845.

20) *Juristenzeitung*(1980.1), p.24. 이에 대한 해설은 O. Kimmlich, "Asylrecht und Auslieferungspflicht", *ibid.*, p.174.

재의 담당자에게 일임하여서는 아니되며, 만약 그렇게 할 경우 개인의 권리와 기본적 자유는 말살되고 말 것이며 고대로부터 폭제에 대한 저항권이 불가양의 권리로 인정되어 왔기 때문에 비호권은 개인의 인권이라고 한다.²¹⁾ 그러므로 비호를 부여하는 것은 본국의 사법절차로부터 부당한 소추를 받았기 때문에 보호하는 수단으로서 국가가 이미 존재하는 인권을 실행하는데 지나지 않는다고 주장한다.²²⁾ 이러한 관점에 입각하여 그는 전통국제법과 배치되는 인권으로서의 개인의 비호권이 국제인권분야에서 ‘있어야 할 법’(de lege ferenda)이며 그 논거로서 첫째 개인의 비호권을 부인하기에는 아직 인권의 국제적 시행을 위한 법적 구속력을 가진 원칙이 결여되어 있고 둘째, 국제법이 인권보호의 제제도를 자신의 이익과 정책을 위해 행동하는 국가에 위임하고 있으며 셋째, 비호권의 효율성이 구체적인 경우에 국가의 무제약적인 의지에 좌우된다면 비호권에 대하여 논하는 것은 큰 모순이고 넷째, 개인의 비호권을 인정한다고 해서 아직은 확립된 국제법원칙이라고 단언할 만한 하등의 근거가 없음을 들고 있다.²³⁾

Grahl-Madson 역시 비호권은 난민 특히 정치적 난민의 권리로 인정되어야 한다고 주장한다. 그런데 이와 같이 개인의 비호권에 대한 인정은 국가주권의 본질적 수정에 대한 제국의 동의를 얻는 것 만큼이나 어려운 일이라고 생각된다. 영토적 비호에 관한 외교회의에서 서독 대표는 『정치적 이유로 인해 박해를 받는 자는 개인으로서 비호권을 가진다』는 취지로 영토적 비호에 관한 초안 제1조에 대한 수정안을 제출하였으나 결국 서독 등 4개국만 찬성하였을 뿐 53개국이 반대하고 21개국이 기권을 한 사실로도 충분히 이해가 된다.²⁴⁾

결론적으로 개인의 비호권이 국제법상의 진정한 권리로 인정받기 위해서는 망명자 개인이 자신의 이름으로 국제적인 소권을 인정받고 국제적인 차원에서 그 권리의 실현을 보장받아야 하며 국제법상 개인의 권리로 규정되었다는 사실만으로는 미흡하다고 할 수 있다. 따라서 현국제법상 발달단계로서는 개인의 비호권을 인정하기에는 난점이 있으며 주권이 강조되는 전통국제법의 질

21) Garcia-Mora, *op. cit.*, p.120.

22) *Ibid.*, p.121.

23) *Ibid.*, p.122.

24) 齋藤惠彦, “領土的庇護全權會議の日本,” 『ジュリスト』, 第636號(1977.4.), p.127.

적인 변화가 없는 한 시기상조이다. 다만, 국가의 비호권 행사가 자유재량적 성격을 갖기는 하지만 절대 무제한한 것은 아니며 국제법 원칙과 기준에 의하여 제한을 받는 바, 논란이 있기는 하지만 그 범위가 아직 확립되어 있지는 않다 할지라도 국제범죄의 경우, 비호의 부여대상에서 제외된다는 점에서 상당한 국제적인 의견일치가 존재하고 있으며 또한 그러한 방향으로 규범의식이 형성되어 있으므로 그러한 자에 대하여 비호를 부여하는 국가는 도의적인 책임을 져야 할 것이다.²⁵⁾

영토적 비호 또는 난민에 대한 국제조약이나 국제기구의 선언은 비호의 부여가 비우호적인 행위가 아니며 인도주의적 입장임을 강조한다. 그러나 정치적 망명자는 자신의 정치적 신조를 옹호해줄 가능성이 있는 국가를 선택하기 마련이고 비호가 부여될 경우 본국과 비호국간의 정치적 불화, 대립관계가 발생하기 쉽다. 오늘날의 국제사회는 다수의 국가가 대국을 중심으로 분극화되어 있어 국내사회도 이러한 국제구조가 투영되어 외견상으로는 일국의 국내권력투쟁이 실질적으로 국제적인 관련성을 갖는 경우가 허다하다. 이러한 상황에서는 정치적 망명자의 본국과 비호를 요청받은 국가와의 기본적인 정치관계가 어떠한가에 따라 비호의 부여 여부(특히 정치범인 경우에는 정치범 불인도 원칙의 적용여부)가 결정되기 쉽다. 그러한 정치적 망명자가 비호를 요청받은 국가에 이미 입국해 있을 경우 본국의 대인고권에 대해 요청을 받은 국가의 영토고권이 우위에 있다.

그럼에도 불구하고 비호를 부여함으로써 발생하는 특정한 사태에 대해 비호국은 책임을 져야할 것인가라는 문제가 남는다. 1948년 이스라엘 건국 이후 팔레스타인의 아랍계 주민들 중 인근 아랍제국에서 비호를 부여받은 자들의 수는 수차례의 중동전쟁 결과 크게 증가하여 대정치세력화하여 이스라엘에 대한 테러활동, 무력공격을 하는 사례가 빈번하였고 서방진영의 이스라엘 원조를 저지하기 위하여 항공기 납치를 하고 아프리카제국으로 하여금 이스라엘적 대정책을 쓰도록 하기 위해 무력충돌을 하는 경우도 있었다.

이와 같이 정치적 망명자 집단이 비호국정부와 결탁하고 있을 경우에는 특히 논란의 대상이 되지만 비호국이 망명자의 본국 정치질서 위협행위를 묵인, 조장하는 등 비호권을 남용할 때에는 비호국의 금지된 간섭이라는 불법행위로

25) G. S. Goodwin-Gill, "The Limitation of the Power of Expulsion in Public International Law", *B.Y.I.L.* Vol.57(1974~1975), p.97.

국가책임이 성립하지만,²⁶⁾ 다만, 국가는 자국영역내의 망명자나 무국적자를 일반외국인에 기울이는 이상의 주의로써 감시할 의무는 없다고 본다. 1950년 국제법협회(the Institute of International Law)는 『국가는 그 영토내에 거주하는 기타 인물의 행동에 책임을 질 상황과 동일한 경우에만 망명자의 행동에 대하여 책임을 진다』라고 결의하였다.

(3) 박해받는 곳으로 추방금지(non-refoulement)원칙

일단 비호를 부여받은 망명자가 추방으로부터의 보호를 향유함은 논리적으로 당연하며 비호를 부여받지 못한 망명자도 인도주의적 견지에서 그 처우가 고려되어야 할 것이다. 그러나 일정한 요건하에 망명자가 추방을 당하게 될 경우 그 추방처가 형사소추나 처벌이 행하여질 국가라면 인도와 동일한 효과를 초래하게 되는 것이다. 그러므로 당해 망명자로서는 그 추방처가 어느 국가이냐가 중요한 문제라고 하겠다. 각국의 입법 및 사법상의 관행에 의하면 망명자를 정치적 이유로 처벌하는 국가로는 인도하지 않는다.

그런데, 이러한 원칙에 대한 법적 성질에 대하여는 견해가 엇갈린다. Grahl-Madson은 박해받는 곳으로의 추방금지원칙이 일찍이 1933년의 난민협정에 채택되었지만 1954년 무국적자의 지위에 관한 국제연합회의(the United Nations Conference on the Status of Stateless Persons)결의가 동원칙을 ‘일반적으로 수락된 원칙의 표현(the expression of the generally accepted principle)’이라고 선언한데 대해 부정적 견해를 피력하고 박해받는 곳으로의 추방금지원칙이 국제법상 확립된 것임을 밝히려고 한 것이라면 비준된 조약, 국내적 조치, 사법적 결정의 기반위에서 분석해 보아야 하며 이러한 분석에 의하면 그 결의는 설득력이 없다고 주장하였다.²⁷⁾ 그러나 “박해의 개념을 중심으로 국가의 자의적인 권리행사를 제한하려는 것이며 아직 국제관습법화되어 있다고 보기는 어렵고 다만 그러한 방향으로의 규범의식이 형성되고 있는 과정에 있다고 보아야 할 것이다”는 20여년전의 주장²⁸⁾이 아직도 타당하다고 본다. 1967년의 영토적 비호에 관한 선언의 채택과정에서 각국이 보여준 태도도 동원칙이 고도의 일반적 승인(high degree of general

26) Strupp-Schlochauer, *op.cit.*, p.89.

27) A. Grahl-Madson, *Territorial Asylum*, 1980, pp.40~41.

28) 廣部和也, “政治犯罪人不引渡の原則は確立した國際慣習法か”, 『ジュリスト』, 第609號(1972), p.251.

acceptance)을 얻었음을 시사해주는 것이지만 영토적 비호에 관한 선언은 법적 구속력이 없으며 따라서 “법률적 주장을 할 수 있는 근거로서보다는 어떠한 정부를 설득시키기 위한 도덕적 수단으로서 더욱 중요하다”고 할 수 있다.²⁹⁾

그러나, 그 원칙이 국제관습법의 일부 또는 “문명국에 의하여 일반적으로 승인된 법의 일반원칙”으로 보는 견해도 많다. P. Weis는 박해를 받을 곳으로의 불송환과 비호의 부여를 명확히 구분하여 박해받는 곳으로의 추방금지원칙은 입국을 완료한 망명자에게만 적용된다는 협의의 해석을 내리고 오늘날의 국제난민법과 비호법에서 박해받는 곳으로의 추방금지원칙이 거의 예외없이 규정되고 있다는 사실 자체만으로도 망명자 보호를 위한 최소한의 조치로서 법의 일반원칙성이 인정되어야 한다고 주장한다.

Refugee(German)사건에서 독일연방 재판소는 『비진실의 진술로 체류연장을 얻은 난민이라 할지라도 독일연방내에 불법적으로 존재하고 있는 것은 아니다』라고 판시한 바 있다.³⁰⁾ 따라서 동판례는 입국의 합법성과는 무관하게 비호의 부여여부를 결정할 수 있음을 밝힌 것이다. 한편 1951년의 난민협정도 출입국에 관한 규정인 제31조제1항에서 『난민이 지체없이 당국에 보고하고 불법입국에 대한 합리적인 이유를 제시한 경우에는 불법입국에 대한 형벌을 부과하여서는 아니된다』는 의무를 체약국에 부담시키고 있으며 제32조는 합법적으로 체약국에 체류하는 난민을 오직 국가안전과 공공치안을 이유로 한 경우에만 추방될 수 있으며 국가안전이라는 불가피한 이유가 달리 요구되지 아니하는 한, 그에게 청문과 추방명령에 대한 항변의 기회를 주도록 하고 있다.

정치적 망명자에 관한 기본원칙과 박해받는 곳으로의 추방 또는 송환을 금지하는 박해받는 곳으로의 추방금지원칙은 다수국가의 국내법과 일련의 국제문서에서 허다하게 발견되지만 보편적인 법적 구속력을 갖는다는 국제적 합의는 아직 존재하지 아니한다. 1951년 난민협정도 정치적인 피박해자의 보호를 위한 최소한의 법원칙으로 인식되는 박해받는 곳으로의 추방금지를 제33조에 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 체약국은 인종, 종교, 국적, 특정한 사회집단의 구성원자격, 또는 정치적

29) A. Grahl-Madson, *op. cit.*, pp.41~42.

30) H. Lauchterpacht, *International Law Report*, Vol.28(1963), p.298 ; Chin Ming v. Marks사건에서도 同旨

의견을 이유로 생명과 자유가 위협을 받는 영역의 국경으로 어떠한 방식으로도 난민을 추방하거나 송환하여서는 아니된다.

2. 동 규정의 혜택을 체류국에 위협한 요소로 간주될 만한 합리적인 이유가 있는 난민 또는 특별히 중요한 범죄에 대해 유죄판결을 받아 체류국의 사회에 위협이 되는 난민은 주장할 수 없다.

이상의 제33조제1항과 제2항의 규정은 박해받는 곳으로의 추방금지원칙의 적용 적격자와 비적격자를 각각 명시하고 있는 바 제1조(2)의 난민에 해당하는 자는 박해받을 곳으로 추방해서는 아니된다는 취지이다. 그런데 제33조의 박해받는 곳으로의 추방금지조항의 효과에 대해서는 제1조 A(2)의 난민의 정의와 마찬가지로 심각한 애매성(serious ambiguity)이 남아 있어 'in any manner whatsoever'를 박해받고 있는 난민을 국경에서 입국시켜야 할 의무를 포함하는 것으로 해석하는 견해, 합법적이든 불법적이든 이미 입국한 자에게만 적용된다고 해석하는 견해가 있다. 후자의 해석은 불법으로 입국한 난민이 때로는 합법적인 입국을 요청하며 국경에서 대기중인 자보다 더 유리한 대우를 받을 수 있다는 불합리한 결과를 초래할 수 있다는 점에서 국경에서의 불배척(non-rejection at the frontier)을 포함한다는 전자의 해석이 타당하다. 그러나 허다한 국제문서나 국제회의상의 결의 등에서 박해받는 곳으로의 추방금지원칙에 대한 폭넓은 지지를 받고 있으면서도 국경에서의 입국대기 중인 난민에게까지 적용된다는 명확한 내용을 담고 있지 못하다.

난민의 추방이라는 문제는 오늘날 난민을 후하게 보호하여야 한다는 점에서 볼 때 다음과 같은 문제점이 지적되지 않을 수 없다. 첫째, 난민의 특수한 지위와 관련된 문제로서, 난민은 일반외국인과 달리 본국의 외교적 보호를 받을 수도 기대할 수도 없으므로 사실상의 무국적자인 것이다. 다수의 국제협정에서 난민과 무국적자 모두 추방으로부터의 보호를 규정한 것도 바로 그러한 이유 때문이다.

둘째, 추방의 정당화사유로서의 국가안전과 공공의 치안이라는 개념도 일반외국인에 대한 추방사유보다 더욱 엄격한 요건을 갖춘 것이어야 한다. 그러한 추방사유는 실제로 전혀 기술적인 것만도 아니다. 결국 그러한 요건의 판정은 국가 및 사회의 이익과 난민의 인권보호라는 두 가지 요청의 비교형량에 의할 것이다. 한편 추방되는 경우에도 결코 난민이 박해를 받을 지역으로 향하게 해서는 안될 것이며 난민의 퇴거 그 자체만으로도 일단 국가의 안전이나 공공

의 치안이라는 법익은 충분히 회복되기 때문이다. 그런데 국가의 안전이나 공공의 치안이라는 개념이 국내관할사항적인 것이어서 국제적인 합의가 충분히 이루어져 있지 못하며 그러한 요건의 판단에 대하여 다른 국가가 논쟁을 삼가하는 경우가 허다하다. 이러한 맥락에서 볼 때, 난민의 계속적인 체류가 체류국의 법익을 현저하게 침해하는 경우에 한하여 추방되어야 할 것이다.

셋째, 난민의 추방지에 관한 문제로서 망명자로 하여금 추방지를 선택할 권리를 인정하여야 마땅하다. 제1차적으로 선택한 국가가 입국을 거부할 경우에는 제2, 제3의 국가를 선택하여 그 국가로의 입국이 허용될 수 있도록 하여야 한다. 그러나 난민이 일국에서 체재를 인정받은 후에 추방될 경우에는 체류지 행정당국의 지시에 따라야 하므로 추방지를 선택할 수 있는 자유가 침해당할 우려가 있다.

한편 국제사회 전체에서 받아들여기를 거부하는 난민은 어떻게 처우할 것인가. 이러한 예에서 추방이라는 조치가 당해 국가가 일방적이고 편의적으로 결정할 수 있다는 고식적인 [국가안보관]이 난민의 인권보호라는 중요한 국제사회의 법익을 침해할 가능성이 있음이 명백해진다.

IV. 北韓住民의 第3國으로의 大規模流入과 관련된 法的 問題

1. 역사적으로 본 대량난민문제의 처리

양차대전간에는 러시아 혁명, 나치즘의 등장 등에 의하여 수차에 걸쳐 대규모 난민이 출현하게 되고 이들의 처우문제는 국제사회의 공동관심사가 되었는데, 난민의 보호를 위한 국제협력의 방향은 첫째, 보호를 위한 입법화 사업, 둘째, 국제기구를 통한 보호였다. 전자는 난민구제조치를 결국 각국의 개별조치에만 기대할 수 없어 초국가적으로 국제기관을 통한 보장을 하고 망명자 개인에 국제적 소권을 부여하고자 하는 것이며, 후자는 국제기관을 설립하여 일정한 보호활동을 행하기 위한 것으로 전자의 방향과도 밀접한 관계가 있으며 그러한 국제기관에 초국가적인 권한을 부여하여 각국간의 구제활동을 조정하고 그러한 범위내에서 기능적 독자성을 유지하도록 하기 위한 것이다.³¹⁾

31) 本間浩, 『政治亡命の法理』, 早稻田大刊(1974), p.142. 제1차세계대전 이후 대규모 난민의 출현은 유럽지역에만 국한된 것은 아니며, 라틴아메리카, 아프리카, 아시아 등 세계 전역에 걸쳐 등장하고 있다. 小西芳三, “難民條約及議定書成立經緯”, 『法

이러한 난민의 구제활동의 구심점은 물론 국제연맹이었는데, 1921년에 제네바에 설치한 [난민구제고등판무관사무소]는 물질적 원조를 중심으로 한 각국의 개별적 구제활동을 통일적으로 협력, 조정하려는 것으로 인도주의적 입장을 갖는다는 일면도 있었으나 직접적으로는 국제연맹의 가맹국의 부담경감에의 욕구와 더불어 러시아 혁명에 대한 두려움과 대항심에서 비롯된 것이다. 따라서 초국가적 기능을 국제연맹에 부여하려는 의도를 각 가맹국은 전혀 갖고 있지 않았다. 그러한 한계는 『러시아난민에 대한 신원증명서의 발급에 관한 협정』(이러한 증명서를 통칭 난센협정이라고 부른다)의 내용에서 여실히 드러난다. 그 신원증명서는 난민에 대한 일정한 행동의 자유와 체류국에서의 재입국을 보장하려는 목적을 갖는 것이었다.

그런데 국제연맹이 보증을 한다는 점에서 국제적 성격을 갖는 여권이지만 망명자가 체재하는 국가의 권한 있는 기관에 의해 1년의 유효기간으로 발행교부를 받아야 했으며 더욱이 동협정의 당사국에 의무를 부담시키는 것은 아니었다. 한편, 국제연맹난민구제기관은 러시아난민의 본국 복귀를 위해 소련과 협정을 체결하고 다른 국가와 소련간의 조약체결을 지원하였으며 터키난민 문제로 국내경제의 꺾박을 받던 그리이스를 지원하기 위하여 1923년 난민구제위원회(Refugee Settlement Commission)의 설치를 결의하기도 하였다.³²⁾

그런데 이러한 난민구제사업을 토대로 난민의 국제적 지위 확립, 안정화를 모색하기 위하여 국제연맹의 주도하에 다수의 난민관련조약이³³⁾ 체결되었고 난민보호를 위한 국제기관이 설립되었지만 현실적인 한계로는 첫째, 난민의 개념에 대한 정의가 확립되어 있지 않았고, 둘째, 난민에 대해 물질적 원조 이외에 보장된 것은 査證에 관한 사항에 지나지 않았으며 그것도 각국의 주권적 권리로 인정되어온 출입국 관리에 대한 배타적 권한을 손상시키지 않는 범위내에서 허용된 점을 지적할 수 있을 것이다. 1928년 『러시아난민 및 아르

律時報』 第53卷 7號(1981.9). pp.9~12의 별표에는 1917년부터 1980년까지의 난민출현과 관련된 사건들을 수록하고 있다.

32) 동 위원회를 재정적으로 지원하기 위해 영국, 프랑스, 이태리에 의해 국제재정위원회(International Financial Commission)가 설치되었다.

33) 특히 1933년의 『난민의 국제적 지위에 관한 협정』의 출국 및 재입국의 보장(제2조), 추방, 강제송환의 원칙적 금지, 입국거부의 금지(제3조), 출소권의 절대적 보장(제6조) 등이 주목을 요한다.

메니아난민의 법적 지위에 관한 협정(Arrangement relating to the Legal Status of Russia and Armenian Refugees)에서 신분상의 지위, 이동 등 극히 협소한 범위 내에서이지만 난민의 법적 지위를 인정한 것은 난민보호의 법제에 있어서 확실히 진일보하였다. 그러나 그러한 협정의 실시도 결국 협정당사국의 태도여하에 따라 그 효력의 정도가 결정된다는 한계점도 여전히 남아 있었다.

그리하여 국제기관에 의해 각국의 협정실시상황을 감시하고 적절한 보고를 하도록 하여야 한다는 필요성이 인식되어 고안된 제도가 난민구제고등판무관(High Commissioner for Refugees)제도이다. 그 기능은 난민과 그 가족의 신원과 지위의 증명, 출국증명서의 정당성, 유효성 및 적법성의 심사였으며 동 판무관이 독자적인 권한을 행사할 수 있는 분야는 당해국 당국의 목적에서 난민의 자격, 행위 및 종전의 기록에 대해 심사하여 권한있는 당국에 난민의 체류를 허가해줄도록 권고하는 것이었다. 따라서 당해국의 외국인 처우에 관한 주권적 권리에 관계되는 분야에 대해서는 그 권한이 미치지 못했다.

더욱이 그 기능에 대해서도 결국 관계국 정부의 합의에 의해 결정된다는 점에서 난민구제에 관한 국제사회의 기본적 한계를 잘 표현해 주고 있다. 그러한 난민문제의 한계를 타파하려는 하나의 시도로서 1937년 국제연맹 제6위위원회가 난민의 법적, 정치적 보호를 국제연맹의 의무라고 명시한 결의를 채택하고자 하였으나 소련의 반대로 실패로 끝난 바 있다.³⁴⁾ 이러한 한계에도 불구하고 난민구제고등판무관 제도는 많은 성과를 올린 바 있으나 주축국의 대두와 더불어 국제연맹의 위신이 凋落하자 그 활동의 부진을 면하지 못하였다. 이상과 같은 국제연맹의 활동과는 별도로 지역적 차원에서 다수국간에 정치적 망명자의 비호 또는 보호에 관한 조약이 상당수 체결되었다. 예컨대 라틴아메리카제국은 헌법에 정치적 망명자의 비호를 규정하게 되었고, 1928년 the Havana Convention on Asylum, 1932년 the Montevideo Convention on Political Asylum, 1939년 the Montevideo Treaty on Political Asylum and Refugee 등 일련의 협정에서 정치적 비호와 정치적 망명자의 보호를 규정하였다.

한편, 국제연맹의 목적과 기능을 실질적으로 계승한 국제연합의 근거법인

34) G. Ginsburgs, "the Soviet Union and the Problem of Refugees and Displaced Persons 1917-1956", *A. J. I. L.* Vol.51(1957), p.341.

현장에서도 정치적 망명에 관한 규정은 없지만 국제연합은 담당 기관의 설치와 국제입법이라는 두 가지 방향으로 적극적 조치를 강구하여 왔다. 먼저, 국제기관으로서 국제난민기구(International Refugee Organization : IRO)가 1946년 발족되어 1952년까지 난민보호를 위한 활발한 활동을 한 바 있다. 그러나 국제연맹시대의 국제기관에 의한 활동이 그러하였듯이 국가는 자신의 외국인 출입국에 대한 규제권에 어떠한 외부의 상위권력에 의한 제한도 용인하고자 하지 않았다. 따라서 국제기구에 의한 난민의 보호는 국가의 출입국 규제권능을 손상시키지 아니하는 한 도내에서 이루어지고 있는 것이다. 그러나 이러한 한계에도 불구하고 장차에 있어서는 국제기구를 통해 국가의 난민처우를 일정한 범위 내에서 감시하도록 할 수 있는 제도도 생각해 볼 수 있다. 한편 국제적인 입법화사업도 활발히 전개되고 있는 바, 제2차세계대전후 유럽에서 대량으로 배출된 난민문제를 해결하기 위한 1951년 난민협정(the Convention Relating to the Status of Refugees), 동 협상상의 시간적·지역적 제한을 삭제한 1967년의 난민의정서가 대표적이다.

이 협정과 의정서는 체약국의 영역 내에 있는 난민의 체제와 보호에 중점을 두고 있을 뿐이며 비호를 부여할 체약국의 법적 의무를 부담시킨 것은 아니다. 이와는 달리 비호제도를 직접 규정한 국제문서도 있다. 1949년 국제연합 총회에서 채택된 세계인권선언(the Declaration of Human Rights)의 제14조제1항은 『누구를 막론하고 박해로부터의 비호(Asylum from persecution)를 타국에서 구하고 향유할 권리를 가진다』라고 규정하고 동조 제2항은 『이러한 권리는 비정치적 범죄 또는 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 진정한 원인으로 하여 기소된 경우에는 원용하지 못한다』라고 규정하고 있다. 이 선언은 국제연합의 회원국에 법적 구속력을 갖는 것은 아니지만 국제인권보장의 차원에서 비호제도를 인정한 점에서 그 역사적 의의가 있다. 그런데 『박해로부터의 비호의 권리는 어떠한 국가에 대하여 입국을 주장할 수 있는 개인의 권리가 아니며, 피난처를 제공하여 난민의 인도를 거부할 수 있는 국가의 권리』라는 것은 동 선언의 문안작성과정에서 나타난 각국의 태도로부터 알 수 있다.

2. 대규모 난민발생에 대한 난민본국의 國際法上 책임

국가가 난민에 대해 비호를 부여하였다는 사실 자체만으로는 난민의 본국에

대한 책임을 추궁할 근거는 되지 않는다. 그러나 일국의 사회체제가 근본적으로 변화를 겪거나 대규모전재 또는 인종차별 등의 국내정책에 의해 대량의 난민(여기에는 비정치적 이유에 의한 난민도 포함)이 인접국으로 유입되고 있을 때 국제법상 난민의 본국에 책임을 물을 수 있는지가 문제이다. 현재의 국제사회에서는 개인이 비호권의 주체로 인정되고 있지 아니하기 때문에 난민의 도망지국이 비호의 거부와 동시에 난민 본국에 대해 손해배상을 청구할 수 있는 국제책임이 성립하느냐의 문제와 관련되어 있다. 전통국제법에 의하면 국가책임의 성립요건은 다음과 같다. 첫째, 국가가 작위 또는 부작위로써 일반국제법 또는 특별국제법상의 확립된 의무를 위반하였을 것, 둘째, 그 불법행위가 법인격으로서의 국가에 귀속될 수 있을 것, 셋째, 불법행위로부터 피해가 발생하였을 것 등이다.

이러한 기준에 따르면 대량난민의 본국이 국제법상 책임을 진다고 보기는 어렵다. 난민이 출국을 원하지 아니하도록 하여야 할 의무도 없고 난민이 특정국가로의 입국을 결정하는 자체는 본국의 의사와는 무관하다. 그런데 특수한 예로서 난민이 본국정부와 공모하였을 경우를 생각해보면, 그 공모의 방법이 어떠한 것이든 - 예컨대, 작위로서 특정한 국가를 지정하여 출국을 사주하는 경우 또는 부작위로서 고의로 방관하는 경우 - 그 자체에 대해 국제법이 규정한 바도 없고 손해의 산정도 어렵다. 본국의 정책으로 인해 난민이 대량 유입되어 손해를 입은 국가라 할지라도 본국의 책임을 추궁할 하등의 법적 근거는 없다.³⁵⁾

그러나 예컨대, 본국의 국적 박탈 그 자체는 불법행위는 아닐지라도 국제법상 어떠한 의무를 피하기 위하여 행하여졌다면 불법행위로 책임을 져야 할 것이다.³⁶⁾ 다만, 일국이 타국에 손해를 야기한 자국 영역내의 모든 상황에 대하

35) 일국의 정책이 난민의 대탈출(exodus)을 초래한 경우 국제법상 책임을 져야하는 지에 대해 책임의 근거를 조사한 바 있는 R.Y. Jennings는 “국제관습법이 난민에 대해 언급하고 있는 바는 거의 없다.(Customary international law has little, if any, to say nothing concerning the refugees)”라고 결론을 내렸다. R. Y. Jennings, “Some International Law: Aspects of the Refugee Questions”, *B. Y. I. L.*, Vol.20(1949).

난민의 대량유입으로 손해를 입은 국가는 보복(retortion)조치를 취할 수 있겠지만 이것은 비우호적 행위에 대한 또 하나의 대응책일 뿐이지 해결책은 아니다.

36) G. S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, (1978), pp.7~8.

여 책임을 진다는 것은 받아들이기 어려울 정도로 넓은 개념이다. 일반국제법이나 조약상의 의무는 별도로 하더라도 관세인상이나 통화의 평가절하에 대하여도 책임을 져야한다는 결론에 도달하기 때문이다. 결론적으로 난민의 대규모 출국을 방지하여야 할 의무는 없으며³⁷⁾ 그 출국목적이 타국에 대한 적대행위를 수행하기 위한 것이라면 그 출국을 방지하여야 할 의무가 있다고 할 수 있다. ³⁸⁾

V. 結 論

북한이탈주민중에서 제3국에 체류하고 있는 자들은 주로 러시아의 시베리아 별목공과 중국불법체류자들이다. 중국과 러시아는 북한과도 수교하고 있는 국가이고 특히 중국은 아직도 북한과는 대한민국에 비해 정치적 유대가 더 강하다고 할 수 있으므로 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률에 의거하여 우리 공관에 보호를 요청한다고 할지라도 우리 정부가 단독으로 처리할 수는 없다. 더욱이 그들의 대부분은 중국이나 소련의 입장에서 볼 때 북한국적을 가진 불법체류자이며, 특히 난민의 요건을 구비하지 아니한 경우가 대부분일 것이기 때문이다. 뿐만 아니라 그러한 요건을 구비하였다 할지라도 대부분의 경우 그것을 입증하기도 어렵다. 우리 정부가 그들은 대한민국의 국민이라고 주장한다 할지라도, 받아들여질 것으로 판단되지는 않는다. 북한이 국제연합의 가입국이고 중국이나 러시아가 이미 북한을 승인함으로써 그 국가성을 인정하고 있기 때문이다.

한편, 박해받는 곳으로의 추방금지원칙이 가장 문제되는 경우는 大量難民의 유입과 同原則의 현실적 적용에 관한 것이다. 박해받는 곳으로의 추방금지원칙은 난민의 보호를 위한 최소한의 법원칙이 되어야 하겠지만 국제법상 확립되어 있다고 말할 수 없다. 과거, 월남 난민의 대량유입으로 그들에 대한 지

37) 개인의 출국을 규정한 국제문서의 예로서 법적 구속력은 없지만 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)은 제13조제2항에서 『출국과 귀국의 권리』, 제14조 『박해로부터 타국에 비호를 구할 권리』를 인정하고 있으며, 시민적, 정치적 제권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제12조제1항도 출국의 권리를 규정하고 있다. I. Brownlie, *Basic Documents in International Law*, (1972), p.162.

38) the Alabama Case

원에 타일랜드, 홍콩을 비롯한 주변국가들이 고심한 적이 있었는 바, 이들 국가에게 박해받는 곳으로의 추방금지원칙을 일방적으로 요구만을 한다면 무책임한 행동이다. temporary refugee(일시적 비호)라는 제도에 대한 필요성을 UNHCR계획집행위원회에 오스트리아가 정식으로 제기하였지만 결국 의결되지 못하였는 바, 동 제도는 이미 박해받는 곳으로의 추방금지원칙의 준수와 표리일체로 실행되지 않으면 안된다.³⁹⁾ 따라서, 대량난민의 유입으로 고심하는 국가를 다른 국가가 원조함으로써 공평한 부담을 하여야 할 필요가 있다. 이러한 일시적 피난이라는 제도의 확립에 강력히 반대를 하는 일부 국제난민법 권위자들이 제시하는 논거는 일시적 피난을 제공함으로써 안주나 재정착의 가능성을 봉쇄하고 비호의 가능성을 약화시킨다는 것이다.⁴⁰⁾ 이와 같이 현행 국제법은 대량난민의 보호와 정착을 위한 제도를 정착시키고 있지 않다.

그런데, 난민협정, 의정서상의 난민의 자격요건 중 가장 핵심이 되는 것이 앞서 언급한 박해의 정치적 동기외에 박해를 받거나 받을 우려가 있다는 충분한 근거 있는 공포이다. 과거 월남난민은 소형보트로 대양을 건너는 위험을 감행할 정도로 박해에 대한 공포가 존재하였다 할지라도 그 공포가 경제적 이유에서 비롯된 것이거나 과거의 자본주의적 사치풍조에 대한 막연한 향수로 출발한 것이라면 근거 없는 공포이다.⁴¹⁾ 이러한 점에서 대부분의 월남난민은 난민협정·의정서상의 난민은 아니며 북한으로부터의 대규모 주민이탈현상이 발생하는 경우에도 북한 당국의 박해로 인한 것이기 보다는 대부분 경제적 궁핍 또는 그로 인한 정치적 신념의 변화에 기인한 것일 것이다. 따라서 이 경우에도 난민협정이나 의정서상의 난민의 자격요건을 구비한 자가 일부 있겠지만 대부분 그에 해당이 되지 아니할 것이며 이 점에서 과거 월남난민과 유사한 성격을 가진다고 할 수 있다. 적어도 북한이탈주민을 북한으로 되돌려보내는 일은 없도록 하여야 할 것이다.

39) 齋藤惠彦, “今日における難民の保護と援助の法理”, 『法律時報』, 第53卷 7號(1981), p.20.

40) *Ibid.*, p.15.

41) D. H. N. Johnson, “Refugees, Departees and Illegal Migrants”, *Sydney Law Rev.* Vol.9(1980), p.54.