

김지림. 2019. “성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청의 이해” 『인권연구』 2(1): 35-69.

Kim, Jirim. 2019. “Understanding Asylum Seeking Based on Sexual Orientation or Gender Identity” *Journal of Human Rights Studies* 2(1): 35-69.

[일반논문]

성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청의 이해* **

김 지 림***

한글초록

대법원과 서울행정법원은 성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청자의 난민불인정결정 취소소송에서 난민협약의 보호목적과 부합한다고 보기 어려운 기준에 따라 원고의 청구를 기각하고 있다.

먼저 성적지향의 은폐의 가부나 지속여부는 개인의 의지에 의해 통제되는 것이 아니며 또한 은폐할 것이 강요되어서도 안 되므로, 과거 은폐경험과 미래 은폐가부를 기준으로 박해가능성을 판단하고 있는 대법원의 판단은 난민협약의 보호목적에 부합하지 않는 것으로 보인다.

또한 서울행정법원은 과거 이성애적 경험이나 증거의 부족 등을 이유로 원고의 성적 지향 자체를 부정하는 판단을 하고 있으며, 해당 국적국의 동성애자에 대한 사법구제 실태나 동성애자에 대한 편견의 분포 및 정도 등을 세밀하게 고려하지 않은 채 출신국의 사법구제 가능성, 대안적 국내피신 혹은 반동성애적 법률의 폐지 등을 기준으로

* 이 글은 2018. 11. 2. 서울대 공익인권법센터·유엔난민기구·서울대 법학전문대학원·서울대 아시아태평양법연구소 공동주최 국제학술심포지엄 ‘대한민국 난민법의 현재와 미래: 난민보호의 강화’에서 발표한 논문을 수정·보완한 것이다.

** 이 글에서는 성적지향 및 성정체성에 기반한 난민신청에 대해 판단한 2건의 대법원 판결 및 총 116건의 서울행정법원 1심 판결을 분석하였다. 서울행정법원 판결의 경우 ‘동성애’로 검색한 결과 난민불인정결정 취소소송 중 2016.4.1.-2019. 4.1. 선고분 전부를 분석하였다.

*** 변호사, 공익인권법재단 공감.

하여 원고의 박해가능성을 부정하고 있는 바, 이는 해외 법원의 판례, 유엔난민기구의 난민협약 해석 지침 등 국제적 해석기준에 어긋나는 것으로서 난민협약의 보호 목적을 달성하기 위한 방향으로 수정되어야 할 것이다.

주제어: 성적지향과 성정체성에 기반한 난민신청, 서울행정법원, 대법원, 성소수자난민, 성적지향의 은폐

— 목 차 —

- I. 들어가며
- II. 대법원 판결에 대한 비판적 분석
- III. 서울행정법원 1심판결 비판적 분석
- IV. 결론

I. 들어가며

매년 법무부가 공개하는 난민법 제2조 1호 상의 난민의 정의¹⁾에 따른 난민신청사유별 난민신청자 현황을 살펴보면, 2015년 총 721명, 2016년 총 1,224명이 그리고 2017년 총 1,101명이 특정사회집단의 구성원으로서 난민신청을 하였음을 알 수 있다(난민인권센터, 2018: 8). 통계상 2015년부터 2017년까지 3년간 종교, 정치적 의견에 이어

1) 난민법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “난민”이란 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원인 신분 또는 정치적 견해를 이유로 박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호받기를 원하지 아니하는 외국인 또는 그러한 공포로 인하여 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가(이하 “상주국”이라 한다)로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 아니하는 무국적자인 외국인을 말한다.

세 번째로 많은 난민신청자들이 특정사회집단 구성원으로서 박해가능성을 주장하였다.

전국 법원 중 난민불인정 결정 취소 소송이 가장 많이 제기되는 서울행정법원의 경우(난민인권센터, 2018: 6-7) 성적 지향 및 성정체성을 이유로 난민신청을 한 뒤 그 불인정결정에 대한 취소소송을 제기한 사건의 수가 2015년 8건, 2016년 39건, 2017년 73건, 2018년 30건이며²⁾, 대법원의 경우 2019년 4월 까지 심리불속행 사건을 제외하고 두 건의 성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청에서 그 판단기준을 제시한 바 있다. 그런데 두 건의 대법원 판결을 포함하여 서울행정법원의 위 150건의 난민불인정결정 취소소송에서 법원은 단 한 건의 예외도 없이 원고의 청구를 모두 기각하였는바, 이는 2017년 기준 사법부에 의한 난민인정률인 0.08 퍼센트에도 미치지 못하는 실정이다(난민인권센터, 2018: 12).

대법원과 서울행정법원은 다수의 판결에서 난민협약의 보호목적과 부합한다고 보기에는 어려운 기준에 따라 원고의 청구를 기각하고 있는바, 이하에서는 유럽사법재판소·영국대법원 등 해외 법원의 판례, 유엔난민기구의 난민협약 해석 지침 등에 근거하여 성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청에 대한 대법원 및 서울행정법원의 1심 판결이 난민협약의 보호목적에 부합하는지 살펴보고자 한다.

II. 대법원 판결에 대한 비판적 분석

1. 판례 동향

2018년 10월 현재까지, 대법원은 (심리불속행 사건 제외) 두 건의

2) 서울행정법원 판결서 인터넷열람, 2015. 1. 1.부터 2018. 12. 31. 까지 '동성애'로 검색한 결과 중 난민불인정결정 취소소송의 수를 합산하였다.

성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청에서 그 판단기준을 제시한 바 있다³⁾.

먼저 우리 대법원은 “특정사회집단이란 한 집단의 구성원들이 선천적인 특성, 바꿀 수 없는 공통적인 역사, 개인의 정체성 및 양심의 핵심을 구성하는 특성 또는 신앙으로서 이를 포기하도록 요구하여서는 아니 될 부분을 공유하고 있고, 이들이 사회 환경 속에서 다른 집단과 다르다고 인식되는 것”이라고 정의하면서, 성적 지향에 근거한 난민신청에 대하여 “동성애라는 성적 지향이 난민신청자의 출신국 사회의 도덕규범이나 법규범에 어긋나 그것이 외부로 드러날 경우 그로 인해 박해에 노출되기 쉬우며, 이에 대해 출신국 정부에서 보호를 거부하거나 보호가 불가능한 경우에는 특정 사회집단에 해당한다고 볼 수 있다”고 판단하고 있다.

그런데 대법원은 구체적인 인정 기준을 다음과 같이 제시하고 있다.

동성애자들이 난민으로 인정받기 위해서는, 출신국에서 이미 자신의 성적지향이 공개되고 그로 인하여 출신국에서 구체적인 박해를 받아 대한민국에 입국한 사람으로서 출신국으로 돌아갈 경우 그 사회의 특정 세력이나 정부 등으로부터 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거 있는 공포를 가진 사람에 해당하여야 하고, 박해를 받을 ‘충분한 근거 있는 공포’가 있음은 난민 인정 신청을 하는 외국인이 증명하여야 한다.

대법원은 원고의 박해가능성을 판단하면서 ‘① 출신국에서 이미 성적지향이 공개되고 ② 공개된 성적지향으로 인해 출신국에서 구체적인 박해를 받은 경험이 있어야 출신국 귀환 시 박해가능성이 인정될

3) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결, 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017두51020 판결 - 2017두51020 판결은 2016두56080 판결이 제시한 판단기준을 그대로 인용하고 있으므로 본 논문의 ‘Ⅱ. 대법원 판결에 대한 비판적 분석’ 부분에서는 그 중 2016두56080 판결만을 다루고 있다.

수 있다’는 취지로 두 건의 난민신청사건 모두를 파기 환송하였다. 하지만 법원의 이러한 판단 기준은 성적지향 및 성정체성에 대한 몰이해에 근거한 것으로서 국제적 해석 및 판단기준과 부합하지 않는바, 아래에서 자세히 살펴본다.

2. 성적지향 및 성정체성의 은폐

대법원은 2016두56080판결의 사안에서, 출신국에서 이미 원고의 성적지향이 공개되어야 한다는 전제 하에 “원심이 인정한 xx국의 객관적 정황에 의하면 동성애자라는 것이 외부에 알려지면 처벌받을 가능성이 있는데, 원고의 진술 자체에 의하더라도 원고가 자신의 성적지향을 외부에 공개하지 않았고 동성애 활동을 적극적으로 하지 않았다는 것이고, xx국에서 2011. 10. 경 동성 간 교제관계를 끝냈고 그 후 2014. 대한민국에 입국할 때까지 약 2년 6개월의 기간 동안 동성애 교제를 하거나 동성애 관련 활동을 하지 않았으며 동성애로 인한 구체적인 박해를 받은 사실이 없다는 것이므로, 원고가 단순히 동성애라는 성적지향을 가지고 있다는 이유만으로 xx국 정부나 xx당 등의 주목을 받아 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포를 가지고 있다고 판단하기 어렵다”라고 판단하였다.

이처럼 법원은 ‘원고 출신국의 객관적 정황상 동성애자임이 밝혀질 경우 박해의 위험이 있다고 하더라도’, 당사자가 성적지향을 숨김으로써 박해를 피할 수 있는 경우에는 난민에 해당하지 않는다는 취지로 판단하였다. 하지만 유엔난민기구와 해외 다수 법원은 ‘동성애자가 성적지향을 숨겨왔고, 장래에도 숨김으로써 박해를 피할 수 있다는 이유로 난민인정을 거부하는 것은 난민협약에 위배된다’고 판단하고 있는 바, 이러한 우리 대법원의 법리는 성적 지향 및 성정체성에 근거한 난민신청의 사안과 관련된 국제 사법 동향과 반대되는 것으로 보인다.

국제법률가위원회(International Commission of Jurists, ICJ)⁴⁾는 ‘성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청 : 실무자 가이드’에서 성적지향 및 성정체성의 은폐와 관련하여 다음과 같이 해석한 바 있다 (International Commission of Jurists, 2016: 86).

어떤 용어를 차용하든지간에 핵심은, 은폐는 성적지향 지향이나 성정체성, 그리고 그 표현과 같은 개인의 정체성의 근본적인 부분에 대한 억압을 요구한다는 점이다. 이러한 상황 속에서 개인이 스스로 성적지향이나 성정체성을 은폐한다는 것은 자발적으로 완전하고 자유롭게 동의를 얻어 이루어지는 행위라고 할 수 없다. 오히려 전형적으로 은폐는 박해에 상응하는 국가 혹은 비국가 행위자에 의한 신체적 정신적으로 적대적인 상황에 대한 공포에 의한 것이다. 그러므로, 은폐는 강요된 것이다. 사실 은폐는 박해에 대한 충분한 근거 있는 공포에 상응하는 전형적인 반응이며, 실상 그 자체로서 신청자의 공포가 충분이 근거있다는 증거라고 할 수 있다.

유엔난민기구는 2018년 2016두56080 사안과 관련하여 제출한 의견서에서 다음과 같은 의견을 제시한 바 있다(UNHCR, 2018: 10-11, 13-14).

25. 성적지향과 성정체성은 인간 정체성의 근본적인 측면으로 바뀔 수 없거나 바꾸도록 개인이 강요받아서 안 됩니다. 그러므로 성소수자 비호신청자는 특정사회집단의 구성원으로 간주됩니다. 성적지향 또는 성정체성과 같은 보호되는 특성을 숨길 수 있다는 이유로 난민지위를 불인정하는 것은 1951년 협약과 대리 보호의 원칙 (surrogacy principle)의 보호 목적에 부합하지 않습니다.

4) 1952년 설립된 이래 현재 전 세계 70여 개국에 지부를 두고 약 60여 명의 판사와 변호사 위원으로 구성되어 각종 인권문제에 대한 법적 해석 및 접근 기준을 제시함으로써 유엔 인권이사회 등 국제기구에 결정적인 영향을 미치고 있는 대표적인 국제 법률가 단체

34. 더구나, 성소수자가 스스로의 성적지향 또는 정체체성을 숨긴다 하더라도, 여전히 결혼과 출산과 같은 이성애적 사회 관념에 순응하지 않는 점으로 인하여 노출되어, 관련된 피해를 받을 위험에 처할 수 있습니다. 특정한 기대 행동과 활동의 부재는 그들과 타인 간의 차이를 확인하게 하고 위해의 위험에 빠뜨릴 수 있습니다. 따라서 해당인이 미래에도 성공적으로 은폐할 수 있으리라는 관측은 매우 신중하게 접근해야 합니다. 은폐는 인간 정체성의 근본적 측면을 억압하는 일이고, 당사자가 수용, 지속하기 불가능할 수 있습니다. 어떤 경우에도 완벽한 은폐는 거의 불가능하며, 발각될 위험은 위에 언급했듯이 신청인이 통제할 수 있는 영역 밖에 있는 경우가 많습니다.

즉 성적지향은 인간의 정체성의 본질이자 존엄성의 근본으로서 난민협약 상 특정사회집단을 이루는 특성이라 할 수 있는바, 이를 숨기고 살 것을 전제하는 것은 한 사람에게 정체성의 본질적인 부분을 포기할 것을 요구하는 것과 마찬가지로 난민협약의 의도에 부합하지 않는다는 것이다. 이미 많은 국가들이 성소수자의 난민신청 사건에서 같은 맥락의 판단을 하고 있다(최계영, 2017: 369-376)⁵⁾.

5)

영국대법원은 난민협약은 동성애자도 박해의 두려움 없이 동성애자로서 자유롭게 살 수 있어야 한다고 전제하고 있으므로 ‘국적국에 돌아가서 성적지향을 숨기고 사는 것이 합리적인 관점에서 볼 때 수인가능하다면 박해가능성이 없다’고 판시하였던 항소법원의 판결을 만장일치로 파기 환송한 바 있다.

HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department, [2010] UKSC 31, United Kingdom: Supreme Court, 7 July 2010

오스트레일리아 대법원은, 박해를 받는 자가 국적국 내에서 위해를 피하

더욱이 설사 과거에 자신의 성적지향을 잘 숨겨왔다 하더라도 언제 든지 사고, 소문, 의혹의 증대 등 본인의 의지와 무관하게 외부로 드러날 수 있으므로, 선불리 ‘과거에 동성애 활동을 적극적으로 하지 않았으므로 미래에도 성공적으로 은폐할 수 있을 것’이라는 관측을 전제로 하여 박해가능성을 추론하여서는 안 된다.

정리하자면 특정사회집단의 특성을 이루는 성적지향은 인간 존엄성의 본질적인 부분으로서 은폐하고 살아갈 것을 요구받아서 안 되며, 더불어 그러한 은폐의 가부나 지속여부는 개인의 의지에 의해 통제되는 것이 아니기 때문에 과거 은폐경험과 미래 은폐가부를 기준으로 박해가능성을 판단하는 것은 특정사회집단에 대한 보호를 부정하는 것으로써 난민협약의 보호목적에 부합하지 않는다는 것이다.

그런데 우리 대법원은 난민협약 상의 ‘특정사회집단’이라 함은 ‘한 집단의 구성원들이 선천적 특성, 바꿀 수 없는 공통적인 역사, 개인의 정체성 및 양심의 핵심을 구성하는 특성 또는 신앙으로서 이를 포기 하도록 요구해서는 아니 될 부분을 공유하고 있다’라고 정의하고 성적지향에 근거한 난민신청자를 ‘특정사회집단’의 구성원으로 구분하면

기 위한 행동을 함으로써 위해를 없앨 수 있다는 이유로 박해가 더 이상 난민협약상의 박해가 아닌 것으로 바뀌는 것은 아니라는 이유로 ‘신청자들이 과거에 조심스럽게 행동하여 성적지향으로 인하여 심각한 위해를 겪은 적이 없으므로 돌아가더라도 장래에 박해를 받을 가능성이 없다’고 판단한 난민심판소의 결정을 파기하고 성소수자의 난민신청을 인용하였다.

Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, [2003] HCA 71, Australia: High Court, 9 December 2003

유럽연합사법재판소 역시, 성적지향은 한 사람의 정체성의 근본적인 부분으로서 포기할 것을 요구할 수 없고 난민신청자에게 박해를 피하기 위해 성적지향의 표현을 자제할 것을 기대할 수 없다고 판단한 바 있다.

X, Y, Z v Minister voor Immigratie en Asiel, [2013] C 199/12 - C 201/12, European Union: Court of Justice of the European Union, 7 November 2013

서도, 본 사안에서는 은폐에 대한 본인의 통제가 가능함을 전제로 하여 ‘동성애적 성적지향을 성공적으로 은폐하면 박해의 위험이 없을 것’이라는 취지의 판단을 하였다. 이는 사실상 성적지향이 개인의 정체성의 핵심을 구성하는 특성이라는 점을 인정하면서도 난민신청자에게 박해를 피하기 위해 그 특성을 은폐하고 살아갈 것, 즉 그 특성을 포기할 것을 종용하는 것으로써 대법원 판결 그 자체로도 모순된다.

3. 과거 박해 경험

대법원은 2016두56080판결에서, “동성애자들이 난민으로 인정받기 위해서는, 출신국에서 이미 자신의 성적지향이 공개되고 그로 인하여 출신국에서 구체적인 박해를 받아 대한민국에 입국한 사람으로서 출신국으로 돌아갈 경우 그 사회의 특정 세력이나 정부 등으로부터 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거 있는 공포를 가진 사람” 이어야 한다고 판시하면서 원고의 과거 구체적인 박해경험을 박해가능성 판단기준으로 제시하고 있으므로 이를 살펴본다.

유엔난민기구는 ‘국제적 보호에 관한 지침 제9호’에서, 성적지향 또는 성정체성에 기반한 난민지위신청 시 박해에 대한 충분한 근거 있는 두려움과 관련하여 다음과 같이 해석하고 있다(유엔난민기구, 2012).

18. 모든 성소수자 신청인들이 과거에 박해를 경험한 것은 아닐 수 있다. 박해를 당한 과거의 경험이 난민지위의 전제조건은 아니며 사실상 박해에 대한 두려움이 충분한 근거 있는 것인가는 신청인이 출신국으로 돌아갔을 때 겪게 될 곤란에 대한 평가에 근거한다. 신청인은 본인이 출신국을 떠나기 전에 출신국 정부가 본인의 성적지향 또는 성 정체성에 대해 알고 있었는지 증명할 필요가 없다.

또한 유엔난민기구는 2018. 3. 5. 2016두56080 사안과 관련하여 대법원에 제출한 의견서에서 성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청에서의 박해가능성을 다음과 같이 해석한 바 있다(UNHCR, 2018).

21. 난민의 정의는 1951년 협약의 의미상, 미래지향적입니다. “충분한 근거가 있는 두려움/공포”이라는 말은 과거에 반드시 박해가 발생했어야 함을 요구하지 않습니다. 물론, 과거에 발생한 박해는 계속되는 두려움/공포의 근거가 충분하다는 점을 보여주는 지표로 간주될 수 있습니다. 국제난민보호는 그 본질상 예방적인 성격을 띠며, 따라서 신청인은 발각되어 박해받을 때까지 기다리지 않고, 그 이전에 난민 지위를 주장할 수 있습니다.

22. 모든 성소수자 신청인이 과거에 박해를 받은 경험이 있는 것이 아니라는 점은 주목할 필요가 있습니다. 과거 박해의 유무는 1951년 협약에 따라 난민지위를 인정받기 위한 선결요건이 아니며, ...중략... 신청인은 출신국을 떠나기 전에 당국이 자신의 성적지향 또는 성정체성에 대해 알고 있었음을 입증할 필요가 없습니다...중략... 그보다는 돌아갔을 때 보호를 받을 수 없거나 그러한 보호가 효과적이지 않음을, 혹은 그럴 가능성이 낮음을 증명해야 (합니)다.

국제법률가위원회 역시 ‘2016. 성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청: 실무자 지침’에서 ‘과거에 박해경험이 있는 사람은 미래에 박해를 받을 위험을 야기할 수 있는 상황에 대해 공포를 가질 수 있다...중략... 하지만 그와 똑같이, 과거에 박해경험이 없는 난민신청자들 역시 미래에 박해를 받을 위험을 야기할 수 있는 상황에 대해 두려워할 수 있다’ 고 명시하고 있다(International Commission of Jurists, 2016: 57).

정리하면, 난민협약 해석 상 개인의 박해가능성은 당사자가 출신국으로 송환되는 경우에 직면하게 될 위험을 기준으로 판단해야 한다. 특히 성적지향 및 성정체성으로 인해 출신국에서 박해를 받을 가능성

이 있는 신청자의 경우 그 위험을 피하고자 과거 자신의 성적지향 및 성정체성을 철저히 은폐하고 살아 왔기 때문에 박해의 경험이 없는 경우가 존재하지만, 이상 ‘2. 성적 지향 및 성정체성의 은폐’에서 살펴 본 바와 같이 성적 지향의 은폐 자체가 강요된 것이며 개인의 정체성의 본질적인 부분에 대한 포기로서 장래 그 은폐의 가부 혹은 성공여부가 개인의 의사에 달려 있지 않다는 점을 유념하여야 한다. 따라서 과거의 박해경험이 (미래 박해가능성을 가늠하기 위한 요소는 될 수 있으나) 난민신청의 박해가능성을 판단하기 위한 선결조건이라 할 수 없는 것이다.

그런데 우리 대법원은 과거의 구체적인 박해경험 유무를 원고의 박해가능성을 판단하기 위한 선결조건으로 제시하고 있으므로, 이는 과거 박해 여부와 무관하게 결정 당시에 출신국에서 박해를 받을 수 있는 위험이 있는 이들을 보호하는 난민협약의 취지에 위배된다.

4. 소결

특정사회집단의 특성을 이루는 성적지향은 인간 존엄성의 본질적인 부분으로서 은폐하고 살아갈 것을 요구받아서 안 되며 더불어 그러한 은폐의 가부나 지속여부는 개인의 의지에 의해 통제되는 것이 아니기 때문에 과거 은폐경험과 미래 은폐가부를 기준으로 박해가능성을 판단하는 것은 특정사회집단에 대한 보호를 부정하는 것으로써 난민협약의 보호목적에 부합하지 않음에도 불구하고, 우리 대법원은 은폐에 대한 본인의 통제가 가능함을 전제로 하여 ‘동성애적 성적지향을 성공적으로 은폐하면 박해의 위험이 없을 것’이라는 취지의 판단을 하고 있다.

또한 난민협약 해석 상 개인의 박해가능성은 당사자가 출신국으로 송환되는 경우에 직면하게 될 (미래의) 위험을 기준으로 하며 성소수

자의 경우 박해가 심각한 지역일수록 자신의 성적지향 및 성정체성을 철저히 은폐하여 과거 박해경험이 존재하지 않을 수 있음에도 불구하고, 우리 대법원은 과거의 구체적인 박해경험을 원고의 박해가능성을 판단하기 위한 선결조건으로 제시하고 있어 문제가 된다.

Ⅲ. 서울행정법원 1심판결 비판적 분석

1. 판례 동향

이 글에서는 서울행정법원(이하 ‘법원’이라 함)의 2016년 4월 1일부터 2019년 4월 1일까지 총 3년간의 성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청에 대한 1심 판결 116개를 분석하였다. 2017년의 경우, 전국 9,942개의 난민신청 사건 중 6,448개가 서울 사무소에 접수되었으며 이는 두 번째로 많은 신청이 접수된 광주사무소의 409개에 비해 약 15배가량 많은 것으로서, 난민신청 접수가 서울지역에 집중되는 경향은 본 논문의 분석대상 판결들이 선고된 2015년, 2016년에도 다르지 않다(난민인권센터, 2018: 6-7).

분석대상인 성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청의 불인정 취소소송 사안들은 크게 1) ‘동성애자로서’ 박해가능성을 주장하는 경우와 2) ‘동성애자로 오인’되어 박해가능성을 주장하는 경우로 나뉜다. 그리고 분석결과 그에 대한 법원의 판단은 위 주장유형별로 정형화되어 있으며 상당부분 성소수자에 대한 잘못된 이해에 기반을 두고 있는 바, 이를 이하에서 상세히 살펴보고자 한다.

2. ‘동성애자’로서 박해가능성을 주장

원고가 동성애자로서 출신국 귀환 시의 박해가능성을 주장하는 경

우, 법원은 1) 동성애자로 보기 어렵다는 이유로 기각하거나 2) 설사 동성애자라는 점이 인정된다 할지라도 박해의 위험이 없다는 이유로 신청을 기각하였다.

1) ‘동성애자로 보기 어렵다’는 이유로 기각

① 이성애적 경험

법원은 원고의 진술을 통해 원고가 과거 이성교제, 혼인 또는 출산을 하였다는 사실이 파악되는 경우, 이성애적 활동을 하였으므로 동성애자라고 보기 어렵다는 결론을 내리고 있다⁶⁾.

하지만 원고의 과거 이성애적 경험이 곧바로 원고의 이성애적 성적지향 지표 혹은 원고의 동성애적 성적지향에 대한 결정적인 부정적 지표라고 단정한 뒤, ‘원고가 그러한 경험을 가지고 있으므로 동성애자라고 할 수 없다’는 자동적인 결론을 내리는 것은 부당하다.

어떤 나라에서는 동성애자가 실제 선택권을 박탈당한 채 그들의 성적지향을 숨기기 위해 이성애적 관계를 갖는 것이 매우 흔하기 때문에, 이성애적 경험은 당사자의 성적지향 및 성정체성의 판단에 결정적인 영향을 미치지 않는다(International Commission of Jurists, 2016: 26). 또한, 일부 레즈비언, 게이, 양성애자들은 마음속 깊이 수치심 또

6) (모두 서울행정법원 판결이므로 법원 명 생략) 2017. 9. 28. 선고 2017구단23707 판결, 2017. 10. 27. 선고 2017구단18880 판결, 2017. 4. 19. 선고 2016구단33431 판결, 2017. 5. 24. 선고 2017구단209 판결, 2017. 6. 29. 선고 2017구단55964 판결, 2018. 10. 26. 선고 2018구단11572 판결 등

- 원고가 2013~2014년 경 ‘B’라는 여자와 교제한 바 있는 점, 현재 원고는 아내와 그 사이에 딸을 두고 있는 점
 - 원고는 난민면접 당시 고등학교 때부터 동성애자로 활동했다고 하면서도 그 무렵 여성과 동거하여 그녀와 사이에 딸 1명을 두었고, 반면 지금까지의 동성애 상대방은 1명으로 고등학교 졸업 이후 만났다는 증 다소 납득하기 어려운 진술을 하여 전반적으로 원고의 진술에 신빙성이 없어 보인다.

는 내면화된 동성애 혐오증이 자리하여 본인의 성적지향을 부정하거나 이성애적 규범과 역할에 맞추어 말하거나 행동할 수 있다(유엔난민기구, 2012).

유엔난민기구는 이와 관련하여, “신청인은 결혼을 했거나 이혼을 했을 수도 있고 자녀가 있을 수도 있다. 이러한 요인들만으로는 신청인이 성소수자가 아니라고 단정하기 힘들다. 결혼한 신청인의 신빙성에 대한 의문이 제기된다면 신청인에게 결혼의 이유에 관한 몇 가지 질문을 하는 것이 바람직하다. 만약 신청인이 결혼 또는 자녀를 둔 이유에 대해 일관적이고 합당하게 설명할 수 있으면 증언의 상당 부분을 신빙성이 있는 것으로 보아야 한다” 고 판단하고 있다(유엔난민기구, 2012).

즉 대법원 판결 중 ‘성소수자성의 은폐’ 부분에서 살펴본 것과 같이, 성소수자에 대한 박해가 극심한 나라일수록 이성애적 관계를 갖지 않는 것만으로도 자신의 성적지향 및 성정체성이 의심받을 상황에 놓일 위험이 존재하므로 당사자들은 이를 은폐하기 위해 자의(내면화된 자기 부정 및 동성애 혐오 등) 혹은 타의(가족 및 주변사람들의 강요 등)로 이성애적 관계를 맺는 경우가 존재한다. 따라서 원고가 성적지향 및 성정체성에 근거를 둔 난민신청을 하면서 이성애적 관계에 대한 진술을 하는 경우, 이를 근거로 바로 원고의 성적지향을 이성애로 단정할 것이 아니라 결혼에 이르게 된 경위, 결혼 생활에서의 어려웠던 부분 혹은 (이혼하였다면) 이혼에 이르게 된 경위 등 개인의 상황 그리고 주변의 시선, 사회적 압박 등 출신국의 상황 등에 대하여 추가 질문 등을 통해 소명할 기회를 주어야 할 것이다.

② 성적지향 인지 계기 및 시점 관련

법원은 원고가 성정체성에 대해 별다른 갈등이 없이 지내다가 성인이 되어 동성애 경험을 통해 비로소 동성애자임을 깨닫거나, 20대

중반이 되기 전에는 동성에 대해 특별한 감정을 느끼지 못하였던 경우에, ‘성적지향이 성적인 경험 없이 청소년 초기에 나타난다는 동성에 관한 이론이나 사회통념과 일치하지 않는다’는 취지로 원고가 동성애자라고 보기 어렵다고 판단하고 있다⁷⁾.

그러나 성인의 성적지향을 형성하는 성적 끌림은 유년기와 청소년 초기 사이에 나타날 수 있지만, 일부는 그 이후까지도 동성에게 끌리는 경험을 하지 못할 수 있다. 마찬가지로 많은 사회에서의 젠더규범이 초기 성인보다는 유년기에 덜 권위적이거나 덜 엄격할 수 있으므로 청소년기, 성인초기 혹은 그 이후 까지 본인의 성 정체성을 완전히 알지 못할 수 있다(유엔난민기구, 2012). 그리고 동성애자가 억압되는 사회일수록 스스로도 자신의 성적 지향을 부정하며 생활하다가 동성과의 성적 혹은 정신적 교류관계를 계기로 비로소 이를 명확하게 인지하는 경우도 존재할 수 있으므로, 오히려 법원이 제시하는 ‘성적지향이 성적인 경험 없이 청소년 초기에 나타난다는 동성에 관한 이론이나 사회통념’이 무엇을 근거로 한 것인지 의문스럽다.

또한 성적 지향의 인지 시기 및 계기와 관련된 진술을 분석할 때, 법원은 성적 지향이나 성정체성에 기반한 난민신청을 하는 원고들이 갖는 언어적 불평등 상황을 고려해야 한다(Murray, David. A.B., 2018: 56-73).

7) (모두 서울행정법원 판결이므로 법원 명 생략) 2017. 11. 23. 선고 2017구단73054 판결, 2018. 6. 7. 선고 2018구단3830 판결, 2017. 4. 19. 선고 2016구단33431 판결 등

원고는 성정체성에 대하여 별다른 갈등 없이 지내다가 200X. 경 대학교 때 1년 선배 동성과 교제하면서 비로소 동성애자가 되었다고 한다. 그러나 동성애자의 경우 그 성적지향이 성적인 경험 없이 청소년 초기에 나타난다고 알려져 있어 동성에 관한 이론이나 사회통념과 원고의 주장이 맞지 않는다.

나는 당사자 신문에서의 질문이나, 아니면 그러한 질문에 대한 신청인의 대답에서 사용되는 성적체성 용어들에 집중하고자 한다. 이러한 용어들에 대한 사전 지식 (혹은 사전 지식의 부재) 그리고 그에 대한 친숙함 (혹은 친숙하지 않음)이 동일국가주의적인 맥락 속에서 언어의 불평등을 만들어 내고 결국 난민신청에 심각한 결과를 초래할 수 있다는 점을 이해하기 위해서이다. 어떤 (당사자)신문들에서 신청자는 “당신은 언제 처음 동성애자라는 것을 깨달았나요?” 라는 질문에 이어 “어디서 이를 깨달았나요?” 와 같은 질문을 받게 될지도 모른다...중략...

하지만 이와 같은 질문은 성적 지향, 성 정체성과 그들 사이의 관계에 대한 특정 사회 문화적 추정을 담고 있다. ‘동성애’나 ‘게이’와 같은 용어들은 백인 중산층 남성의 경험에 의해 대변되는 유럽, 미국의 식민적 세계에서 형성된 사회 문화적 용어로서 역사적 문화 인류학적 연구를 통해 정체화된 것으로서, 초국가적인 유동성이나 다양한 해석을 담고 있지 못하다. 민족에 기반한 연구들은 성적 행위, 성적 욕망, 관계, 정체성과 그에 대한 용어들이 역사적 문화적으로 어떻게 다양화 될 수 있는지 보여준다. 특히 동성애나 게이와 같은 용어가 다른 사회문화적 맥락 속에서는 친숙하지 못하거나 다른 의미를 가질 수도 있는 것이다.

즉, 법무부의 난민심사과정 및 법원의 소송과정에서 주어지는 질문에 사용되는 ‘성적 지향’, ‘성정체성’ 등의 용어자체가 원고에게 익숙하지 않거나, 혹은 그 용어가 가리키는 상황이나 상태에 대해 한국과 다른 인식을 가지고 있을 수 있다는 점 역시 고려하여야 하는 것이다.

③ 증거의 부재 혹은 부족

법원은 원고가 동성애적 관계의 경험에 대해 진술하면서도 그를 입

증할 수 있는 사진이나 이메일 등의 자료를 제출하지 못하는 경우, “원고가 동성애자라는 것을 확인할 만한 객관적인 자료가 없다”는 이유로 원고가 동성애자라는 주장을 믿을 수 없다는 취지로 판단하고 있다⁸⁾.

하지만 일반적으로 면접만으로도 신청인의 이야기를 뒷받침하기에 충분해야 하며, 신청인에게 지극히 사적인 행위에 대한 기록이나 사진 증거물을 제출하도록 기대하거나 요청해서는 안 된다(유엔난민기구, 2012). 이와 관련하여, 유럽사법재판소는 세 명의 난민신청자가 네덜란드에서 난민신청자로서의 임시거주를 거절당한 뒤 제기한 소송에서 다음과 같이 판단하고 있다⁹⁾.

65. 관련하여, 국가기관이 주요 절차 중에 특정 신청자에 대해 동성애적 행위를 하는 것 혹은 그들의 동성애적 성적 지향을 증명하기 위해 가능한 ‘테스트들’을 제출하는 것 혹은 그들의 내밀한 행위에 대해 동영상과 같은 증거를 제작하는 것을 허용한다는 것은, 그러한 증거들이 반드시 증거적 가치를 가지지도 않을 뿐만 아니라, 그 본질로서 유럽연합 기본권 헌장의 제1항에 의해 보장되는 인간의 존엄을 침해하는 것이라 할 수 있다.

66. 그에 더하여, 이러한 종류의 증거를 허용하거나 받아들이는

8) (모두 서울행정법원 판결이므로 법원 명 생략) 2018. 4. 13. 선고 2017구단37362 판결, 2018. 4. 17. 선고 2017구단28238 판결, 2017. 10. 17. 선고 2017구단23387 판결, 2017. 10. 27. 선고 2017구단18880 판결, 2017. 7. 11. 선고 2016구단32018 판결, 2017. 4. 19. 선고 2016구단33431 판결, 2017. 5. 24. 선고 2017구단209 판결, 2017. 4. 21. 선고 2017구단2380 판결, 2017. 4. 26. 선고 2017구단4683 판결, 2017. 5. 24. 선고 2017구단7385 판결, 2017. 7. 12. 선고 2017구단60041판결 등

9) A, B, C v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie [2014] C148/13 to C-150/13, European Union: Court of Justice of the European Union, 2 December 2014

것은, 다른 신청인들이 같은 종류의 것들을 제출도록 자극하거나 사실상 이러한 종류의 증거를 제공하도록 요구하는 것과 같아질 것이다.

이에 더하며 많은 실무가들은, 신청자 혹은 원고에게 이러한 증거들을 제출해야만 할 것 같은 중압감을 주는 것 역시 그들의 사생활에 대한 매우 명백한 침해에 해당한다고 판단하고 있다(International Commission of Jurists, 2016: 41).

우리 법원은 대부분의 사안에서 원고의 성적 지향이나 성정체성을 입증할 수 있는 객관적인 자료의 부재를 이유로 원고 주장의 신빙성을 배척하고 있으나, 다음과 같이 성정체성(혹은 성적지향)의 증명에 대한 판단의 근거를 제시하고 있는 판결이 존재하여 주목할 만하다(서울행정법원 2017. 7. 12. 선고 2017구단8173판결).

난민인정 신청인의 성정체성에 관한 주장¹⁰⁾은 성질상 이를 객관적인 증거에 의하여 증명하도록 요구하기는 어려우므로 그 진술에 일관성, 설득력이 있고, 그러한 진술에 여러 상황을 종합하여 신빙성을 인정할 수 있다면, 그 증명이 있다고 볼 수 있을 것... 중략.

위 사안에서 법원은 위와 같은 기준 하에, 원고의 동성연인과의 교제 시기 및 교제 방식에 관한 진술·교제기간에 관한 진술·이성애적 경험이 존재하는 이유·동성애 관련 활동에 대한 구체적인 진술을 종합적으로 검토한 뒤 양성애자라는 원고의 진술에 일관성, 설득력이 있다고 보기 어렵다고 판단하고 있다.

또한 ‘원고가 동성애자라는 점에 관한 증거는 원고의 진술 뿐’ 이

10) 법원은 ‘성정체성에 관한 주장’이라고 하고 있으나, 판결문에 비추어 보건대 이 사건에서 원고는 자신의 양성애적 지향으로 인한 박해를 주장하고 있는 바 이는 ‘성적 지향’에 관한 주장으로서 본 기준은 성적 지향에 관한 주장에 적용되는 것으로 보아도 무리가 없어 보인다.

므로 “어떤 일을 계기로 원고가 동성애자라고 느끼게 되었는지, 동성 연인과 성관계를 가지게 된 계기는 무엇인지, 첫 동성과 성관계를 한 사람의 이름은 무엇이고, 언제 어디서 만났는지, 자국에서 사귀었던 동성 연인의 이름은 무엇이고, 직업은 무엇인지”에 대한 진술을 고려하여 원고의 성적 지향을 판단하고자 하였던 판결도 존재하는바 이는 참고 되어야 할 것이다(서울행정법원 2017. 6. 14. 선고 2017구단 10817판결).

성적 지향이나 성정체성은 개인의 사적이고 내밀한 부분에 관한 것으로서 그에 대한 객관적인 증거의 유무만을 가지고 그를 인정하거나 부정하기 보다는, 위 2017구단8173판결이 제시한 기준에 따라 위 2017구단 10817판결과 같이 본인의 성적 지향이나 성정체성을 깨달은 계기나 시기·파트너와의 관계 등에 대한 원고의 구체적인 진술을 종합적으로 검토한 뒤 그에 대한 판단을 하는 것이 바람직할 것이다.

④ 동성애 관련 단체 혹은 인권 단체 활동의 부재 및 기타

법원은 원고가 동성애자로서 박해가능성을 주장하는 사안에서 ‘한국에 온 뒤 동성애자 인권 관련 단체에 가입하거나 그와 연관된 적극적인 활동을 한 적이 없다’ 혹은 ‘한국에 온 뒤 동성애 단체에 가입한 바 없다’는 등의 이유로 원고를 동성애자로 보기 어렵다는 판단을 하고 있다¹¹⁾.

하지만 이는 ‘모든 동성애자는 동성애자 인권에 관심을 갖고 관련

11) (모두 서울행정법원이므로 법원 명 생략) 2017. 4. 19. 선고 2016구단 33431 판결, 2017. 4. 26. 선고 2017구단4683 판결, 2017. 5. 24. 선고 2017구단7385 판결, 2017. 8. 29. 선고 2017구단62016 판결 등

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 대한민국에서 동성을 사귀거나 동성애 단체에 가입한 바 없어, 원고가 동성애자인지 의문이고, 이를 뒷받침하는 자료 역시 없다. - 원고는 본국이나 한국에서 동성애 인권단체에 가입한 사실도 없고, 한국의 동성애 인권단체를 알지조차 못한다. |
|--|

활동을 할 것이며, 설사 인권 관련이 아니더라도 동성애자들은 혼자가 아니라 특정 단체에 가입하여 동성애 활동을 할 것'이라는 고정관념에 근거한 것으로서 부당하다.

먼저 '동성애자 인권단체 활동'과 관련하여, 모든 여성이 여성 인권에 관심을 가지고 여성단체에 가입하여 활동을 하는 것이 아니며 모든 장애인이 장애인 인권과 관련된 적극적인 활동을 하지 않듯이, 동성애자의 인권과 관련된 대외적인 활동의 여부 역시 개개인의 관심사와 성격 혹은 각각이 처한 환경에 따라 달라질 수 있다. 또한 동성애자가 한국에 온 이후에는 반드시 '특정 단체에 가입하여 동성애 활동을 이어갈 것'이라는 생각 역시, 동성애자를 박해하는 사회에서 최대한 자신의 성적 지향을 숨기고 살아야 했던 사람들의 습관이나 개인 성향을 고려하지 않은 논리로 보인다.

특히 법원은 원고가 '한국에 온 뒤'에도 관련 활동을 하지 않고 있다는 점에 주목하는데, 이는 한국에서의 난민신청자는 난민신청일로부터 6개월 동안 취업활동이 제한되고 그 후에도 단순노무직만이 허용되므로 난민인정을 받을 때까지 생계를 이어가는 것조차도 어렵기 때문에 동성애 인권 관련 활동이 사실상 불가능에 가깝다는 현실을 고려하지 않은 판단이다.

이 외에도 법원은 원고가 동성애자로서 박해가능성을 주장하는 사안에서, '동성애자로서 인지한 후에 장시간 동성애적 성경험이 없다'거나 '일회적인 동성애적 관계만 존재할 뿐 지속적이고 잦은 동성애적 관계가 없다'는 이유를 들어 원고의 청구를 기각하였다. 이 역시 '동성애자는 청소년기에 일찍 성적지향을 깨닫게 되고, 보통 자신의 성적지향을 깨달은 후에는 곧바로 자신과 같은 성적지향을 가진 동성과 적극적으로 관계를 맺을 것이며, 동성애자들은 잦고 지속적인 동성애적 관계를 맺을 것'이라는 성소수자에 대한 편견 혹은 몰이해에 근거한 것으로서, 각 신청자의 출신국 상황이나 각 신청자의 특성과

개별 경험을 고려하지 않은 것으로서 부당하다.

2) ‘동성애자라고 할지라도 박해의 위험이 없다’는 이유로 기각

법원은 원고가 동성애자로서 박해가능성을 주장하는 사안에서, 설사 원고가 동성애자라 하더라도 ‘원고가 출신국에서 자신의 성적지향을 외부에 공개하지 않았고 동성애 관련 사회적 활동이나 동성애적 관계에 적극적이지 않아 동성애로 인해 구체적인 박해를 받은 사실이 없었으므로, 동성애라는 성적지향을 가지고 있다는 이유만으로 출신국에서 박해를 받을 충분한 근거 있는 공포가 있다고 보기 어렵다’는 취지로 판단하고 있다.¹²⁾

이는 이상에서 살펴본 대법원 판결의 기준을 그대로 반영한 것으로서(위 II. 대법원 판결에 대한 비판적 분석 참고), 은폐에 대한 본인의 통제가 가능함을 전제로 하여 인간 존엄성의 본질적인 성적지향을 은폐하고서 살아갈 것을 요청하는 것일 뿐만 아니라 미래의 박해가능성을 기준으로 하는 난민협약의 보호취지에 맞지 않는 과거의 구체적인 박해경험을 요청하는 것으로서 부당하다.

3. ‘동성애자로 오인’되어 박해가능성을 주장

1) ‘동성애자로 오인’된다는 것은 난민협약 상 박해가 아니라는 이유로 기각

12) (모두 서울행정법원이므로 법원 명 생략) 서울행정법원 2017. 9. 27. 선고 2017구단23547 판결, 서울행정법원 2018. 7. 10. 선고 2018구단9951 판결, 2017. 5. 25. 선고 2017구단9619 판결, 2017. 7. 20. 선고 2017구단9756 판결, 2017. 7. 11. 선고 2016구단32018 판결, 2017. 7. 20. 선고 2017구단9756 판결, 2017. 6. 14. 선고 2017구단10817 판결 등

법원은 원고가 동성애자가 아님에도 동성애자로 오인되어 박해를 받을 위험이 있다는 주장을 하는 경우, ‘난민신청 사유가 되는 집단의 구성원으로 오인되어 받는 위협 혹은 박해는 난민협약 상의 박해라고 할 수 없다’고 하여 신청을 기각하고 있다¹³⁾.

하지만 이와 관련하여 유엔난민기구는 다음과 같이 해석하고 있다.

신청인이 실제로 성소수자가 아니더라도 국가 혹은 비국가 행위자가 신청인이 어떤 의견이나 신념을 갖고 있다거나 어떤 집단의 일원이라고 인식하여 박해를 가할 수 있다. 예를 들어 전형적인 젠더에 따른 외모와 역할에 들어맞지 않은 남성과 여성을 성소수자로 여길 수 있다. 이들이 실제로 성 소수자인지 여부는 상관이 없다.

신청인이 성소수자가 아니라 하더라도, 그 신청에 이르게 된 정황이 그들을 특정집단의 구성원으로 여기는 박해 가해자들에 의해 야기되는 충분한 근거 있는 공포를 증명할 수 있다고 보아야 한다는 것이다(International Commission of Jurists, 2016: 191). 그럼에도 불구하고 법원은 ‘동성애자로 오인되는 자’에 대해서는 자동적으로 ‘특정집단 구성원 신분’을 부정함으로써 원고가 출신국에서 박해를 받을 충분히 근거 있는 공포가 있는지에 대한 판단을 받을 기회를 박탈하고 있으므로 문제된다.

2) ‘오인에 불과하니 적극 해명하면 된다’는 이유로 기각

13) (모두 서울행정법원이므로 법원 명 생략) 2018. 3. 23. 선고 2017구단 34134 판결, 2017. 10. 25. 선고 2017구단15973 판결, 2017. 10. 20. 선고 2017구단70154 판결, 2018. 7. 13. 선고 2018구단8217 판결, 2017. 9. 13. 선고 2017구단16785 판결, 2017. 4. 19. 선고 2017구단7347 판결, 2017. 5. 11. 선고 2017구단8494 판결, 2017. 6. 22. 선고 2017구단8722 판결, 2017. 6. 29. 선고 2017구단11711 판결 등

법원은 ‘동성애자로 오인되어 박해가능성이 있다’는 주장에 대하여 ‘설사 동성애자로 오인된다는 주장이 사실이라고 하더라도, 이는 단순 오인에 불과하니 오히려 자국에 귀국하여 적절하게 오해를 풀 것’을 제안하며 그로써 박해의 위험이 사라질 것이라고 판단하고 있다¹⁴⁾.

이는 박해의 위험을 피해 자국을 떠나 한국법원에 비호를 요청할 수밖에 없는 상황에 놓인 난민신청자에게 스스로 귀국하여 그 박해가 해자들과 ‘적절하게 오해를 푸는 방식’의 자력구제를 종용하는 것으로서, 난민관련 재판에서 전례를 찾아보기 힘든 판결로 보인다.

4. 모든 주장에 공통적으로 등장하는 기각 이유

1) 국적국의 사법기관에의 구제요청 제안

법원은 동성애자로서 박해가능성을 주장하는 사안과 동성애자로 오인되어 박해가능성을 주장하는 사안을 구별하지 않고, ‘출신국의 사법기관이 그러한 박해를 고의로 묵인하고, 피해자들에 대한 효과적인 보호의 제공을 거부하거나 효과적인 보호를 제공할 수 없다고는 보이지 아니’하다는 이유로 자국사법기관에의 구제가능성을 한국에서의 난민신청을 기각하는 사유로 제시하고 있다.¹⁵⁾ 특히 동성애자로 오인되어

14) (모두 서울행정법원이므로 법원 명 생략) 2017. 10. 27. 선고 2017구단 68649 판결, 2017. 9. 13. 선고 2017구단16785 판결, 2017. 4. 19. 선고 2017구단7347 판결, 2017. 5. 11. 선고 2017구단8494 판결, 2017. 6. 22. 선고 2017구단8722 판결, 2017. 6. 29. 선고 2017구단11711 판결 등

원고의 주장 자체에 의하더라도 원고는 동성애자가 아니고 단지 그 가족과 이웃들로부터 동성애자로 오해를 받고 있는 것이므로, 오히려 자국으로 귀국하여 적절한 방법으로 오해를 풀다면 박해의 위험이 없어질 것으로 보인다.

15) (모두 서울행정법원이므로 법원 명 생략) 2017. 10. 27. 선고 2017구단 68649 판결, 2018. 3. 23. 선고 2017구단34134 판결, 2017. 11. 9. 선고 2017구단29392 판결, 2017. 11. 22. 선고 2017구단29637 판결, 2017. 10.

박해받을 가능성을 주장한 10건 중 8건에 대하여 ‘이는 오히려 적극적으로 국적국의 사법기관을 통해 구제받아야 할 사안’이라는 판단을 하였다.

하지만 이처럼 ‘난민신청 결정권자들이, 신청자들의 과거 구제요청이 효력을 발휘하지 못하였던 사안들에서 (국적국의 사법기관이) 충분한 보호를 제공할 것이라고 판단한다면, 적어도 그렇게 판단한 데 대한 해명이 요구’된다(International Commission of Jurists, 2016 :222). 그런데 우리 법원은 각 사안에서 해당 국적국의 경찰이나 법원과 같은 사법기관의 동성애자에 대한 태도나 실제 보호제공 실태 등에 대한 구체적인 언급이나 과거 사법기관에 대한 구제요청의 실패경험이 있는 사안에 대한 구분 없이 막연히 국적국의 사법기관에 요청할 것을 제안하고 있는 것이다.

2) 지역의 유지나 가족에 의한 위협

많은 사안에서 원고는 가족이나 공동체의 구성원에 의한 박해 경험 혹은 박해가능성을 진술하고 있는데, 법원은 이러한 경우 일관되게 ‘지역의 유지 혹은 가족에 의한 위협은 난민협약 상 박해가 아니’라고 판단하고 있다¹⁶⁾. 이는 ‘박해는 통상적으로 국가기관에 의한 행위와

25. 선고 2017구단15973 판결, 2017. 9. 13. 선고 2017구단16785 판결, 2017. 9. 7. 선고 2017구단208221 판결, 2017. 10. 20. 선고 2017구단70154 판결, 2017. 5. 11. 선고 2017구단2625 판결, 2017. 5. 24. 선고 2017구단7385 판결, 2017. 5. 11. 선고 2017구단8494 판결 등

동성애자 단체가 단체가입을 강요하면서 위협하는 등의 행위에 관하여 XX 정부가 이를 고의로 묵인하고, 피해자들에 대한 효과적인 보호의 제공을 거부하거나 효과적인 보호를 제공할 수 없다고는 보이지 아니하므로, 원고는 국적국의 사법제도를 통하여 원고가 주장하는 위협으로부터 충분히 보호받을 수 있을 것으로 보인다.

16) (모두 서울행정법원이므로 법원 명 생략) 2017. 10. 19. 선고 2017구단

관련된다’는 박해의 주체와 관련된 유엔난민기구의 난민 지위의 인정 기준 및 절차 편람(이하 ‘유엔난민기구 편람’이라 함) 제65항에 따른 해석으로 보인다.

하지만 “난민협약은 고문방지협약과 달리 박해의 주체에 대한 언급이 없고, 단지 ‘국적국의 보호를 받을 수 있는지’여부만 물을 뿐이다. 비국가행위자 또는 사인(私人)이 주체가 된 행위(예를 들어, 테러집단, 기업, 친족 등)에 의한 박해도 국가의 책임으로 귀속될 수 있다면, 국적국이 직접 박해를 하는 것과 마찬가지로 ‘국적국의 보호를 받을 수 없’는 것이기에 보호의 대상이 된다(이일, 2019: 31-76).”

따라서 특정 국가에서 사인에 의한 동성애자 박해가 만연하다면, 그러한 박해가 곧 해당 국가기관의 동성애자에 대한 박해경향을 투영하고 있는 것은 아닌지에 대한 추가적인 판단이 필요하다. 동성애자를 처벌하는 법이 존재하는 국가에서 동성애는 범죄화 되어 다수의 혐오 및 차별의 대상이 되고, 그러한 법이 존재하지 않더라도 그 사회의 다수가 믿는 종교의 교리가 동성애를 절대적으로 죄악시 하고 있어 사실상 박해가 만연하지만 국가기관이 개입할 수 없는 경우에, 당사자의 가족과 지역주민에 의한 박해는 단순히 사적인 분쟁의 결과라고 보기 어렵기 때문이다.

유엔난민기구 편람 역시, 박해의 주체를 서술하고 있는 제65항에서 “지역주민들에 의해 심히 차별적이거나 공격적인 행위가 이루어지는 경우, 이들 행위가 당국에 의해 고의로 용인되거나, 당국이 효과적인 보호의 제공을 거부하거나 또는 그 제공을 할 수 없음이 증명되면, 이들 행위는 박해로 인정될 수 있다”는 설명을 덧붙이고 있다.

덧붙이자면, ‘가족이나 공동체로부터의 ‘단순한’ 반감은 박해에 해당

27341 판결, 2017. 11. 16. 선고 2017구단72228 판결, 2017. 9. 28. 선고 2017구단23707 판결, 2017. 10. 20. 선고 2017구단70154 판결, 2017. 4. 26. 선고 2016구단34786 판결, 2017. 5. 11. 선고 2017구단2625 판결, 2017. 6. 29. 선고 2017구단11711 판결, 2018. 11. 15. 선고 2018구단19316 판결 등

되지 않지만 난민신청의 전체 맥락에서 중요한 요소가 될 수 있다. 예를 들어 가족이나 공동체의 반감이 ‘명예’라는 미명 하에 가족 구성원 또는 공동체에 의한 심각한 신체적 폭력이나 심지어 살인에 대한 협박으로 나타날 경우 이는 명백하게 박해로 분류된다(유엔난민기구, 2012).

그렇다면 법원은 원고가 주장하는 박해의 주체가 국가기관이 아닐지라도 그를 이유로 곧바로 ‘난민법 상의 박해에 해당하지 않는다’는 판단을 할 것이 아니라, 해당 국가는 동성애자에 대해 어떠한 법과 정책을 가지고 있는지, 해당 국가의 사람들이 동성애자에 대하여 통상 어떠한 태도를 가지고 있다고 알려져 있는지, 해당 사회에서 사인에 의한 동성애자 박해가 발생하는 경우 해당 국가기관이 보호를 제공하는지 등을 면밀히 살펴 원고가 주장하는 피해가 난민법상의 박해에 해당할 여지가 있는지 검토하여야 할 것이다.

3) 원고의 국적국에 반동성애적 법률이 존재하는 경우

분석대상 판례 중 많은 경우 원고의 국적국에 반동성애적 법률이 존재하는데 이러한 경우 법원은 해당 국적국이 반동성애적 법률을 폐지하는 시도를 하고 있거나, 그러한 법률이 존재한다고 해도 실제 처벌되는 사례가 없다는 이유로 박해가 아니라는 판단을 하고 있다¹⁷⁾. 여기서 주목할 것은 예를 들어 우간다 출신의 난민신청자의 사안에서, 관련된 국가정황정보들(Country of Origin Information)이 ‘우간다의 반동성애법이 폐지되었다’는 사실 이외에도 ‘현재도 존재하는 형법 상

17) (모두 서울행정법원이므로 법원 명 생략) 2017. 11. 22. 선고 2017구단 29637 판결, 2017. 11. 9. 선고 2017구단29392 판결, 2017. 10. 25. 선고 2017구단15973 판결, 2017. 4. 26. 선고 2016구단34786 판결, 2017. 5. 24. 선고 2017구단209 판결, 2017. 4. 21. 선고 2017구단2380 판결, 2017. 5. 24. 선고 2017구단52996 판결 등

동성애 처벌규정을 통해 동성애를 범죄화하기 충분하다'는 사실을 설시하고 있음에도 불구하고, 법원은 반동성애법의 폐지 사실만을 선별적으로 제시하며 박해가능성이 낮다는 판단을 하고 있다는 점이다 (United Kingdom: Home Office, 2017: 12-15).

해당 국적국에서 반동성애적 법률에 의해 동성애자가 처벌되는 사례가 없는 경우와 관련하여, 유엔난민기구는 다음과 같이 해석하고 있다(유엔난민기구, 2012).

동성애 관계를 금지하는 형사법이 일관성 없이 시행되거나, 드물게 혹은 실제로는 전혀 시행되지 않는다고 해도 그러한 형사법의 존재는 레즈비언, 게이, 양성애자인 사람들에게 박해에 준하는 견딜 수 없는 난관이 될 수 있다. 해당 국가의 상황에 따라 동성애 관계를 금지하는 것은 불관용적이고 억압적인 분위기를 낳고, 동성애 관계로 인해 기소당할 수 있다는 위협을 발생시킬 수 있다. 그러한 법의 존재는 정부기관이나 비국가행위자에 의해 협박과 갈취의 목적으로 이용될 수 있다. 또한 당사자들이 국가의 보호를 요청하거나 보호를 받는 것을 저해할 수 있다.

또한 해당 국적국이 반동성애적 법률을 폐지하는 시도 혹은 폐지한 경우와 관련하여서는 다음과 같이 해석하고 있다(유엔난민기구, 2012).

출신국에서 성소수자들의 법사회경제적 상황이 나아지고 있는 경우 출신국에 관한 신뢰할 수 있는 최신 정보를 바탕으로 국가보호의 유효성과 접근성을 신중하게 평가해야 한다. 이때 개혁은 단순

- 우간다의 반동성애법은 우간다헌법재판소의 위헌 결정을 받았고 우간다에서 동성애 행위로 형법으로 실제 처벌받은 사례는 찾기 어렵다.
- 게다가 우간다의 현 정부는 반동성애법을 폐지할 것을 추진하고 있는 것으로 보인다. 우간다로 돌아가면 또다시 박해를 받을 우려가 있다는 원고의 주장은 그 근거가 부족하다.

한 과도기적인 것 이상이어야 한다. 동성애 행위를 금지하는 법이 폐지되거나 다른 긍정적 조치들이 취해진다 하더라도 성적지향이나 성 정체성이 일반인과는 다른 사람들을 바라보는 사회적 시각이 즉시 혹은 가까운 미래에 바뀌지 않을 수도 있다. 각 특정 사례마다 그 정황에 대한 분석이 필수적이다.

정리하자면 첫째, 원고의 국적국에 반동성애적 법률이 존재하지만 그로써 처벌되는 사례가 드물다 하더라도 법원은 그러한 법률의 존재 자체가 성소수자에 대한 불관용적인 사회 분위기 조성의 원인 및 비정부행위자들에 의한 협박의 빌미 제공의 요인 혹은 국가에 대한 구제 요청의 장애로써 작용할 수 있다는 점을 간과해서는 안 되며, 둘째, 원고의 국적국에 반동성애적 법률이 폐지되거나 혹은 폐지 움직임이 포착된다고 할지라도 그로 인해 전 사회의 분위기가 일시에 변화되는 것이 아니므로 각 국적국에 대한 최신 국가정황정보를 통해 각 사례에 대한 정황 분석을 해야 한다는 것이다.

그럼에도 우리 법원은 각 국적국 및 각 당사자의 사례에 대한 구체적인 정황 분석 없이 반동성애적 법률의 적용빈도 및 폐지사실만을 원고 귀국 시 박해가능성을 부정하는 요소로써 제시하고 있어 문제된다.

4) 대안적 국내피신 제안

법원은 동성애자로서 박해가능성을 주장하는 경우에는 ‘원고의 성적 지향이 알려지지 않은 다른 마을’로, 그리고 동성애자로 오인되어 박해받을 가능성을 주장하는 경우에는 ‘원고가 동성애자로 오인되지 않을 수 있는 다른 마을’로 이주하면 된다는 전제하에 원고의 청구를 기각하고 있다¹⁸⁾.

18) (모두 서울행정법원이므로 법원 명 생략) 2017. 11. 22. 선고 2017구단 29637 판결, 2018. 6. 7. 선고 2018구단3830 판결, 2017. 10. 27. 선고 2017

이러한 법원의 판단은 원고에게 대안적 국내피신을 제안하는 것으로 보이는데, ‘대안적 국내피신’이라는 개념은 박해에 대한 충분한 근거가 있는 두려움의 우려가 없으며 사안의 특정한 상황을 고려할 때 당사자가 정착해 정상적인 삶을 영위할 수 있을 것이 합리적으로 예상되는 국내의 특정 지역을 의미하는 것이다. 따라서 난민인정 시 국내피신이 고려되어야 할 경우, 특정 지역을 명시하고 신청인이 대응할 수 있는 적절한 기회를 제공하여야 한다(유엔난민기구, 2012).

법원은 과거 스스로 “이러한 국내적 이주 대안의 가능성을 들어 난민보호를 거부할 수 있으려면 먼저 신청자가 대안지역에 안전하게 접근하는 것이 가능하여야 하고, 그 지역에서 새로운 박해가능성이 염려되어서는 안 되며, 대안지역에서 제공하는 보호가 난민협약이 제공하는 수준 이상으로 어느 정도 지속적이고 안정적이어야 한다(서울행정법원 2012. 11. 29. 선고 2012구합4920)”는 기준을 제시한 바 있음에도 불구하고, 성적 지향 및 성정체성을 이유로 난민신청을 한 원고에

구단68649 판결, 2017. 11. 9. 선고 2017구단29392 판결, 2017. 9. 13. 선고 2017구단16785 판결, 2017. 4. 19. 선고 2016구단33431 판결, 2017. 5. 24. 선고 2017구단209 판결, 2017. 4. 21. 선고 2017구단2380 판결, 2017. 5. 24. 선고 2017구단7385 판결, 2017. 6. 29. 선고 2017구단58901 판결 등

- 설령 원고가 위와 같은 위협을 느끼고 있다 하더라도 원고를 위협하는 주체는 마을사람들이므로 XX 내의 안전한 다른 지역으로 이주함으로써 원고가 주장하는 위협으로부터 벗어날 수 있을 것으로 보인다.
- 원고는 난민면접조사에서 ‘B은 이웃들에 의해 불태워진 뒤 사지가 잘렸으나, 원고는 그 자리에서 도망을 가 친구의 고향 마을인 XX에서 대한민국 사증을 발급받을 때까지 숨어 지냈다’, ‘그 마을에서는 원고가 동성애자임을 몰랐기 때문에 위협이 없었다’는 취지로 진술한 바 있다. 이처럼 원고로서는 원고의 동성애 사실을 인지한 원고의 이모와 이웃들을 피해 XX 내의 다른 지역으로 이주함으로써 안정적인 생활을 계속할 수도 있었을 것으로 보인다.
- 원고로서는 원고가 동성애임을 아는 자를 피해 자국 내 다른 지역으로 이주함으로써 위협에서 벗어날 수 있을 것이다.

대하여는 이러한 기준이 충족되는지에 대한 별도의 검토 없이 국내피신가능성을 이유로 원고의 청구를 기각하고 있어 문제된다.

특히 성소수자의 경우, ‘오로지 안전을 위해 자신의 성적지향을 숨기고 다른 마을에서 살아야 하는 상황’ 그 자체가 난민협약 상 인정되는 박해 상황이며, 특히 반동성애적 법률이 존재하는 국가에서는 어느 지역에서든 원고가 자신의 성적지향을 은폐하고 살아야 하는 상황에 직면할 수밖에 없다. 이와 관련하여 유엔난민기구는 다음과 같이 해석하고 있다(유엔난민기구, 2012).

적합성 분석의 관점에서 해당 국가가 동성애를 법으로 금지하고 관련된 법률을 시행한다면 일반적으로 이러한 법률이 영역 전체에 적용된다고 추정할 수 있다. 박해에 대한 두려움이 이러한 법률과 관련되어 있다면 대안적 국내피신을 고려하는 것은 적합하지 않다.

더욱이 성소수자들을 인정하지 않는 정서는 전 국가적으로 나타나는 경우가 많으며 따라서 대안적 국내 피신이 적합하지 않은 경우가 많다. 이주 후에 신청인이 안전을 위해 본인의 성적지향 또는 성 정체성을 (다시) 숨겨야 한다면 대안적 국내 피신이 고려대상이 될 수 없다.

그런데 우리 법원은 ‘원고가 다른 지역으로 이주하여 원고의 성적지향 및 성정체성을 숨기면 안전할 수 있다’는 것을 전제로 하여 국내 불특정 지역으로의 이주가 가능하다는 이유로 원고의 박해가능성을 부정하고 있는 바, 이는 난민협약상 대안적 국내피신의 법리를 오인한 것으로 보인다.

5. 소결

서울행정법원은 원고가 동성애자로서 박해가능성을 주장하는 사안

들에서 원고의 과거 이성애적 경험 및 성적지향 인지시점, 증거의 부족 등을 이유로 원고를 동성애자라고 보기 어렵다고 판단하거나, 혹여 원고가 동성애자라고 할지라도 그러한 성적지향을 출신국에서 공개하지 않았고 그로 인해 과거에 박해받은 사실이 없다면 동성애자라는 이유만으로 박해를 받을 가능성이 있다고 보기 어렵다고 판단하였다. 하지만 이는 성소수자성에 대한 편견에 따른 정형화에 기반한 판단으로서 난민협약의 보호취지에 부합하지 않다.

그리고 서울행정법원은 원고가 동성애자로 오인되어 박해받을 가능성을 주장하는 사안들에서 그러한 사안은 난민협약 상의 박해가 아니라거나, 오인에 불과하므로 적극적으로 해명할 것을 제안하였다. 하지만 오인으로 인하여 그러한 집단의 구성원에 대해 행해지는 박해를 받을 가능성이 있다면 당사자가 실제 성소수자인지와 무관하다.

서울행정법원은 또한 성적지향에 근거한 난민신청에 대하여 출신국의 사법구제 가능성, 대안적 국내피신 혹은 반동성애적 법률의 폐지 등을 기준으로 하여 원고의 박해가능성을 판단하고 있으나, 이는 모두 해당 국적국의 동성애자에 대한 사법구제 실태나 동성애자에 대한 편견의 분포 및 정도 등을 세밀하게 고려하지 않은 채 제시된 막연한 제안으로서 각 사안에 대한 정황 분석이 결여되어 있다.

IV. 결론

2017년 6월 대법원이 처음으로 성적지향 및 성정체성에 기반한 난민신청에 대하여 판단한 이래, ‘출신국에서 이미 성적지향이 공개되고 공개된 성적지향으로 인해 출신국에서 구체적인 박해를 받은 경험이 있어야 출신국 귀환 시 박해가능성이 인정될 수 있다’는 취지의 대법원의 해석은 서울행정법원의 1심 판결에서도 거듭 인용되며 정립되고 있다. 하지만 그러한 대법원의 판단은 사실상 성적지향이 개인의 정체

성의 핵심을 구성하는 특성이라는 점을 인정하면서도 난민신청자에게 박해를 피하기 위해 그 특성을 은폐하고 살아갈 것을 종용하는 것이므로 그 자체로 모순될 뿐만 아니라, 과거 박해 여부와 무관하게 결정 당시에 출신국에서 박해를 받을 수 있는 위험이 있는 이들을 보호하고자 하는 난민협약의 취지에도 위배된다.

그리고 최근 서울행정법원은 성적지향 및 성정체성에 기반한 난민신청을 판단하면서 위 대법원이 제시한 기준 이외에도, 성소수자성에 대한 몰이해에 기반을 두고 특정사회집단 구성원·대안적 국내피신·박해의 주체 등 난민협약 상의 요소들에 대한 국제적인 해석기준에 어긋나는 판단을 지속적으로 내리고 있는 것으로 보인다. 특히 출신국의 사법구제 가능성이나 대안적 국내피신 등은 난민협약의 보호 목적에 비추어 보아 각 사안에서 출신국에 대한 정밀한 정황분석 및 개인에 대한 적용가능성에 대한 진지한 고려 하에 비로소 가능한 대안으로서 제시되어야 함에도 불구하고 큰 고민 없이 원고의 박해가능성을 부정하는 근거로서 제시되고 있다.

특히 이 글에서 분석한 결과 서울행정법원이 원고의 주장유형에 따라 전형적으로 제시하는 박해가능성 부정의 근거들은, 성적지향에 근거한 난민신청에 대한 유엔난민기구의 판단기준인 “국제적 보호에 관한 지침 제9호: 난민의 지위에 관한 1951년 협약 제1조 제A항 제2호 및 1967년 의정서의 맥락에서 성적지향 또는 성정체성에 기반한 난민 지위신청”에서 지적하는 난민신청심사주체(법원 포함)의 전형적인 잘못된 판단의 예시들과 일치한다.

그렇다면 이상 살펴본 바와 같이 성적지향 및 성정체성에 근거한 난민신청에 대한 대법원 및 서울행정법원의 위와 같은 판단들은 난민과 성소수자에 대한 각 국제적 해석기준에 어긋나는 것으로서, 난민협약의 보호 목적을 달성하기 위한 방향으로 수정되어야 할 것이다.

(논문접수일: 2019.05.07, 논문심사일: 2019.05.22, 게재확정일: 2019.05.22)

참고문헌

- 난민인권센터. 2018. 『2018 난민인권센터 통계자료집』.
- 유엔난민기구. 2012. 『국제적 보호에 관한 지침 제9호: 난민의 지위에 관한 1951년 협약 제1조 제A항 제2호 및 1967년 의정서의 맥락에서 성적지향 또는 성정체성에 기반한 난민지위신청』.
- _____. 2003. 『국제적 보호에 관한 지침 제4호: 난민의 지위에 관한 1951년 협약 제1조 제A항 제2호 및 1967년 의정서의 맥락에서 ‘국내 피신 또는 대안적 재배치’』.
- 이일. 2019. “한국난민판례의 난민요건별 비판적 분석 개관.” 『사법』 제47호.
- 최계영. 2017. “성소수자의 난민인정요건: 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결의 비판적 검토.” 『행정판례연구』 22(2): 351-388.
- International Commission of Jurists. 2016. “Refugee Status Claims Based on Sexual Orientation and Gender Identity: A Practitioner’s Guide.”
- UNHCR. 2018. “Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of 2018Du34558 regarding claims for refugee status based on sexual orientation and gender identity.”
- United Kingdom: Home Office. 2017. “Country Policy and Information Note on Uganda: Sexual orientation and gender identity,”
- Murray, David A.B. 2018. “Learning to be LGBT: Sexual Orientation Refugees and Linguistic Inequality” In: Critical Multilingualism Studies

<Abstract>

Understanding Asylum Seeking Based on Sexual Orientation or Gender Identity

Jirim Kim*

The consistent denial by the Korean Supreme Court and the Seoul Administrative Court to the claims of asylum seekers based on sexual orientation or gender identity does not accord with the protective purpose of the Refugee Convention.

Since the possibility or sustainability of concealment of one's sexual orientation is not purely controllable by one's will and such concealment should not be forced, past experience of concealment or future possibility of concealment shall not serve a standard determining risk of persecution.

The Seoul Administrative Court, relying on plaintiff's past experience of heterosexual experience, has decided to deny the sexual orientation of the plaintiff. Moreover, without a careful consideration about judicial realities regarding sexual minorities, or the distribution and level of prejudice against sexual minorities, it simply denies the risk of persecution of a plaintiff relying on the possibility to receive judicial relief in the country of origin, Internal Flight or Relocation Alternative or abolition of anti-homosexual Acts.

These judgements by the Supreme Court and Seoul Administrative

* Attorney at law, GongGam Human Rights Law Foundation.

Court deviate from international standards regarding asylum claims based on sexual orientation or gender identity, and shall be modified to pursue the protective purpose of the Refugee Convention.

Key words: Refugee status claims based on sexual orientation or gender identity, Seoul administrative court, Supreme court of Korea, LGBTIQ refugees, Concealment of sexual orientation