

전쟁범죄 범행 회피를 이유로 탈영한 병사의 난민 자격성 : 유럽사법재판소 셰퍼드 판결의 국제인권법적·국제형법적 의미 및 우리 법에로의 시사점

박 경 규*

국 | 문 | 요 | 약

2015년 2월 유럽사법재판소는 셰퍼드 판결에서 최초로 '어떠한 요건하에 전쟁범죄 범행을 회피하기 위해 군복무 수행을 거부한 탈영병이 난민으로 인정될 수 있는가'라는 문제를 다루었다. 셰퍼드 판결은 국제 난민법과 국제형법의 교차영역에 속하는 사항을 판단대상으로 하였기 때문에 국제 인권법뿐만 아니라 국제형법적으로도 중요성을 가지는데, 셰퍼드 판결이 제시한 기준들이 타당한지는 비판적 관점에서 바라보아야 한다. 한편 셰퍼드 판결은 '국제범죄 범행을 회피하기 위해 군복무 수행을 거부한 자가 왜 난민으로 보호되어야 하는가'에 대해서 근본적으로 탐구하도록 한다는 점에서 큰 의미를 가진다. 그리고 우리 법과 관련하여서는 '우리 난민법에 EU Council Directive 2004/83/EC 제9조 제2항 제(e)목과 같은 규정을 도입할 필요성이 있는지', '국제범죄 범행을 회피하기 위해 탈북한 북한이탈주민에게 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률상의 보호가 의무적으로 부여되어야 하는지', '그러한 북한이탈주민이 이미 범한 국제범죄 등의 가벌성이 탈락되는지, 탈락되지 않는다면 관찰권 및 가벌성 판단이 어떻게 이루어져야 하는지'에 대한 논의의 필요성을 일깨워 준다.

❖ 주제어: 국제범죄, 전쟁범죄, 난민, 탈영병, 북한이탈주민

* 경북대학교 법학연구원 연구원, 법학박사.

I. 들어가며

‘난민의 지위에 관한 1951년 UN 협약’¹⁾(이하에서는 난민협약이라 칭함) 제1조 제A항 제2목에 따르면 난민이란 “인종, 종교, 국적, 특정사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 수 있다는 근거 있는 우려로 인해(owing to well-founded fear of being persecuted), 자신의 국적국 밖에 있는 자로서, 국적국의 보호를 받을 수 없거나, 또는 그러한 우려로 인하여 국적국의 보호를 받는 것을 원하지 아니하는 자...”를 뜻한다. 난민으로 인정된 자는 국가안보 또는 공공질서를 이유로 하는 경우를 제외하고는 피난국에서 추방되지 않고, 난민협약상 또는 개별 체약국 국내법에서 보장하고 있는 보호 및 인도적 지원을 받는다.²⁾ 그러나 난민협약 제1조 제F항에 의하면 “(a) 평화에 반하는 범죄, 전쟁범죄, 또는 인도에 반하는 범죄를 범한 자, (b) 난민으로서 피난국에 입국하는 것이 허가되기 이전에 그 국가 밖에서 중대한 비정치적 범죄를 저지른 자, 또는 (c) 국제연합의 목적과 원칙에 반하는 행위를 한 자”라는 “상당한 이유가 있는 경우라면(serious reasons for considering that …)” 난민협약이 적용되지 않는다. ‘난민지위의 인정기준 및 절차에 관한 1979년 UNHCR 편람’에 의하면 국제범죄 범행자 등에 대해 난민협약의 적용을 배제하게 된 것은 “난민협약 입안 당시에는 주요 전범에 대한 재판의 기억이 생생할 때였고, 국가 간에 ‘전범은 보호받아서는 안된다’는 합의가 있었으며, 각국이 안보와 공공질서에 위협한 범죄인을 자국 영역으로 받아들이는 것에 반대하였기” 때문이다.³⁾

한편 EU는 2004년 4월 29일 ‘난민 또는 기타 국제적 보호를 필요로 하는 자의 지위, 인정기준 및 보호내용 관련 최소규율에 관한 Council Directive 2004/83/EC’를⁴⁾ (이하에서는 ‘Directive 2004’로 칭함) 제정하였다. 동 Directive는 난민협약을

1) UN Convention relating to the Status of Refugees, in: UN, Treaty Series, Vol. 189, 137쪽 이하에 동 협약 전문이 실려 있음. 1951년 7월 28일 제정되었고, 1954년 4월 22일 발효됨.

2) 난민이 어떠한 보호 및 지원을 받는지에 대해 상세히는 난민협약 제12조 이하 참조.

3) UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status (Reedited 1992), para. 147.

4) Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise

기초로 난민 인정 및 난민 보호와 관련하여 EU 회원국에서 공통적으로 적용되어야 할 최소한의 기준들을 규정함으로써 EU에서 통일된 난민 제도를 확립하는 것을 목적으로 한다.⁵⁾ 이러한 목적하에 동 Directive는 난민협약에서 정의되지 않고 있는 박해의 개념을 제6조와⁶⁾ 제9조에서⁷⁾ 명시적으로 정의하고 있다. 특히 제9조 제2항 제(e)목은 “군복무를 수행한다면 제12조 제2항상의 범죄를 범할 것으로 예상되어

need international protection and the content of the protection granted, <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=en>에서 다운로드 가능. 동 Directive는 2011년 12월 13일 ‘Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted’로 대체되었는데, 이 글과 관련성을 가지는 규정들의 경우 내용변경이 없다.

5) Directive 2004 전문 단락 (1), (2), (8) 참조.

6) Directive 2004 제6조는 “(a) 국가, (b) 그 국가를 또는 그 국가의 상당 부분을 지배하고 있는 정당 또는 조직, (c) 국제기구를 포함하여 제(a)목 및 제(b)목에서 언급되고 있는 행위주체들이 제7조에서 정의되고 있는 보호기능을 행할 능력이 없거나 의사가 없는 경우 비국가조직(non-State actors)”을 “박해 또는 심각한 해악행위의 주체”로 규정하고 있다.

7) Directive 2004 제9조는 이 논문에서 가장 중요한 규정이므로 번역상의 오해를 피하기 위해 영어 원문을 그대로 인용한다. 아래 영어 원문에서 Geneva Convention은 난민협약을 지칭한다.

Article 9 (Acts of persecution)

1. Acts of persecution within the meaning of article 1 A of the Geneva Convention must:
 - (a) be sufficiently serious by their nature or repetition as to constitute a severe violation of basic human rights, in particular the rights which derogation cannot be made under Article 15 (2) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; or
 - (b) be an accumulation of various measures, including violations of human rights which is sufficiently severe as to affect an individual in a similar manner as mentioned in (a).
2. Acts of Persecution as qualified in paragraph 1, can *inter alia*, take the form of:
 - (a) acts of physical or mental violence, including acts of sexual violence;
 - (b) legal, administrative, police, and/or judicial measures which are in themselves discriminatory or which are implemented in a discriminatory manner;
 - (c) prosecution or punishment, which is disproportionate or discriminatory;
 - (d) denial of judicial redress resulting in a disproportionate or discriminatory punishment;
 - (e) prosecution or punishment for refusal to perform military service in a conflict, where performing military service would include crimes or acts falling under the exclusion clauses as set out in Article 12 (2);
 - (f) acts of a gender-specific or child-specific nature.
3. In accordance with Article 2(c), there must be a connection between the reasons mentioned in Article 10 and the acts of persecution as qualified in paragraph 1.

무력분쟁 지역에서의 군복무 수행을 거부한 자가 형사 소추 또는 처벌을 받는 경우”를⁸⁾ 전형적인(*inter alia*) 박해행위의 한 형태로 규정하고 있다. 즉, Directive 2004 제9조 제2항 제(e)목은 군복무를 수행한다면 국제범죄 등을 범하게 되는 경우라서 군복무 수행을 거부한 자가 고국에서 군복무 수행 거부로 인해 형사 소추되거나 처벌될 수 있는 경우라면 그러한 자에게도 난민자격을 부여하고 있다. 대부분의 EU 회원국들은 제9조 제2항 제(e)목을 거의 그대로 국내법으로 이행하였다.⁹⁾

2015년 2월 25일 유럽사법재판소(The Court of Justice of the European Union: 이하에서는 CJEU로 약칭함)는 Directive 2004 제9조 제2항 제(e)목과 관련하여 중요한 판결을 내렸다.¹⁰⁾ 이 판결은 전쟁범죄 범행 회피를 이유로 이라크 파견명령을 거부하고 탈영하여 독일에서 난민신청을 한 미군 탈영병 Andre Lawrence Shepherd에 대한 것이다. 셰퍼드의 탈영 및 난민신청은 이라크 전쟁의 정당성에 대한 의문이 제기되고 있는 상황에서 이루어졌기 때문에 ‘셰퍼드가 난민으로 인정될 수 있는지?’는 독일과 미국뿐만 아니라 전 유럽의 관심대상이다. 셰퍼드 사건은 정치적으로 민감한 사안이기도 하지만, 이 사건으로 인해 유럽사법재판소가 최초로 ‘어떠한 요건하에 전쟁범죄 범행 회피를 이유로 탈영한 병사에게 난민자격이 부여될 수 있는가’라는 문제를 다루게 되었다는 점에서¹¹⁾ 국제인권법 및 국제형법 영역에서 아주 중요한 의미를 가지는 사건이기도 하다. 따라서 이 글은 먼저, 셰퍼드 사건의 사실관계 및 사건경과 그리고 유럽사법재판소의 셰퍼드 판결을 소개한다(II). 다음으로 셰퍼드 판결을 EU법, 국제인권법 및 국제형법의 시각에서 비판적으로 분석하여 국제인권법 및 국제형법의 영역에서 셰퍼드 판결이 어떠한 의미를 가지는지를 살펴본다(III). 마지막으로 셰퍼드 판결이 우리 법에 주는 시사점을 검토한다(IV).

8) Directive 2004 제12조 제2항은 난민협약 제1조 제F항과 동일하다.

9) 이에 대해 상세히는 European Commission, Report from the commission to the european parliament and the council on the application of Directive 2004/83/EC, COM(2010) 314 final, p. 7.

10) CJEU, Andre Lawrence Shepherd v. Bundesrepublik Deutschland, Judgment of the Court of 26 Feb. 2015, Case C-472/13(http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6에서 사건번호로 판결문 검색 가능).

11) CJEU, Opinion of Advocate General Sharpston, 11. November 2014, para. 1(“유례가 없는 난민 신청(a singular and unusual case)”이라고 하고 있음).

II. 유럽사법재판소 셰퍼드 판결

1. 사실관계 및 사건의 경과

가. 사실관계¹²⁾

미국인 셰퍼드는 2003년 12월에 15개월을 계약기간으로 하는 군복무에 지원하였다. 그는 헬리콥터 정비공 훈련을 이수하고 2004년 9월에 독일 카터바흐(Katterbach)에 주둔하고 있는 미군 항공지원단에 배치되었다. 곧이어 그의 부대는 이라크에 파병되어 이라크 티크리트(Tikrit)에서 멀리 떨어지지 않은 미군 베이스캠프에 주둔하였다. 셰퍼드는 그곳에서 2004년 9월부터 2005년 2월까지 헬리콥터 유지·보수 업무를 담당하였으며, 군사적 업무나 전투에는 직접적으로 참여하지 않았다. 그의 부대는 2005년 2월 독일로 다시 돌아왔고, 그는 군복무 계약을 연장하였다. 그는 독일로 돌아온 뒤에는 이라크 전쟁의 정당성에 대해서 의심하기 시작했다. 2007년 4월 1일 셰퍼드는 이라크 파견명령을 받았다. 그러나 이때쯤 셰퍼드는 ‘이라크 전쟁은 국제법에 반하고 유엔헌장 제2조 제4항을 위반한다. 이라크에서 미군은 민간인을 고려하지 않은 무분별하고 불비례적인 무력을 체계적으로 사용하고 있다. 특히 더욱 더 많이 아파치 헬기가 투입됨으로써 민간인들이 피해를 입고 있는데, 이것은 인도적 국제법에 반한다. 자신 또는 다른 헬리콥터 유자정비병들이 아파치 헬기를 전투에 적합하도록 유지·관리하지 않았었다면 아파치 헬기들이 전투에 투입될 수 없었다’고 확고히 생각하게 되었다. 셰퍼드는 ‘자신은 모든 전쟁을 반대하는 것이 아니라 특정 형태의 전쟁 수행을 반대하는 것이기 때문에 자신의 양심에 반한다는 것을 이유로 이라크 파병을 취소해 줄 것을 요청하더라도 이 요청이 받아들여지지 않을 것’으로 생각하였다. 셰퍼드는 이라크에서 범해지고 있다고 생각하는 전쟁범죄에 참여할 의사가 전혀 없었기에 예정된 출국일인 2007년 4월 11일 이라크로 떠나지 않고 군대를 이탈하였다. 그는 독일 바이에른 주에 살고 있는 지인의 집에서 숨어 지내다가 2008년 8월 독일 ‘연방 이민·난민청(Bundesamt für Migration und Flüchtlinge)’에 난민신청을 하였다. 그는 난민 신청 시에 ‘자신은 군대업

12) CJEU, *supra* note 10, paras. 14-17; CJEU, *supra* note 11, paras. 2-4 참조.

무 수행을 거부하였기 때문에 고국에서 형사소추 당할 위험에 처해 있고, 미국에서 탈영은 중범죄이기 때문에 탈영으로 인해 형사 처벌받으면 고국에서 사회적으로 배척될(social ostracism) 위험에 처한다'고 주장하였다.

나. 독일에서의 사건 경과

2011년 3월 31일 독일 연방 이민·난민청은 다음과 같은 이유로 셰퍼드에게 난민 자격을 부여하지 않았다: “당해 사안에서 양심적 병역거부가 인정되지 않는다. 셰퍼드는 적법한 절차를 통해 이라크에 파병되지 않을 수도 있었다. Directive 2004 제9조 제2항 제(e)목은 국제법에 반하는 행위가 이미 무력분쟁 지역에서 발생하였을 것을 요건으로 하므로 셰퍼드의 경우는 동 규정에 해당하지 않는다. 미군은 그러한 행위를 처벌하지 않고 방치하지 않을 뿐만 아니라, 그러한 행위를 조장하지도 않는다. 셰퍼드는 단지 헬리콥터 유지·정비병이었기 때문에 자신이 직접(personally) 전투행위에 참여하지는 않았다. 그가 간접적으로 전쟁범죄에 참여하였거나 ‘그의’ 헬리콥터가 그러한 전쟁범죄에 투입되었다는 근거가 없다. 그가 간접적으로 전쟁범죄에 관여하였다고 보더라도 그러한 관여는 (상설) 국제 형사재판소(ICC) 로마규정 제25조에 따른 형사책임을 근거지우기에는 불충분하다. 게다가 평화에 반하는 범죄의 경우 셰퍼드는 낮은 지위의 군인이기 때문에 평화에 반하는 범죄의 ‘정범(perpetrator)’이 될 수 없다. 뿐만 아니라 연합군의 이라크 개입은 셰퍼드가 이전에 이라크에 파병되었을 당시에 이미 국제법에 의해 정당화되었다. 셰퍼드가 고국에서 형사 소추될 수 있더라도 이러한 형사소추는 미국의 정당한 권한이다.”¹³⁾

셰퍼드는 이 결정에 불복하여 “연방 이민·난민청은 박해행위에 초점을 맞추고, 박해 원인을 경시하는 오류를 범하였다. 게다가 연방 이민·난민청은 국제형법상의 기준을 난민 심사에 적용하여, 자신이 군복무 수행하였다면 전쟁범죄를 범하였을 것이라는 점이 ‘합리적 의심을 넘어서는 확신’에 이를 정도로 소명된 경우에만 난민자격이 부여된다고 보는 오류를 범하고 있다.”고 주장하면서 바이에른 주 뮌헨 행정법원에 소송을 제기하였다.¹⁴⁾

13) CJEU, *supra* note 11, paras. 21-22.

14) *Ibid.*, para. 23(원문에서의 강조).

독일 ‘외국인 체류 등에 관한 법률’¹⁵⁾ 제60조 제1항은 “Directive 2004 제4조 제4항, 제7조 내지 제10조를 함께 적용하여 ‘난민 신청자의 고국에서 박해행위가 이루어질 수 있는지’를 심사하여야 한다”고 규정하고 있다. 즉, Directive 2004 제9조 제2항 제(e)목도 함께 적용하여 ‘고국에서 난민신청자에 대한 박해행위가 있을 수 있는지’를 심사하여야 하므로, 제9조 제2항 제(e)목이 충족되는 경우 박해행위가 인정된다. 뮌헨 행정법원에 의하면 ‘세퍼드가 고국인 미국에서 박해를 받을 우려가 있는지’를 판단하기 위해서는 ‘그가 탈영으로 인해 미국에서 받을 수 있는 형사 소추 또는 처벌이 Directive 2004 제9조 제2항 제(e)목상의 형사 소추 또는 처벌에 해당하는지’를 심사하여야 하는데, 이를 심사하기 위해서는 필연적으로 ‘세퍼드가 담당할 업무가 어느 정도로 군사적 행위와 관련성을 가져야만 Directive 2004 제12조 제2항에 의해 난민자격이 배제되는 범죄행위를 범하게 되는 것인지?’가 먼저 해명되어야 한다. “하지만 Directive 제9조 제2항 제(e)목은 ‘군복무 수행을 거부한 자가 담당하는 업무가 어느 정도로 군사적 행위에 관련되어야만, 군복무 수행 거부자에 대한 형벌부과가 박해행위에 해당하는지’에 대해서는 명시적으로 규율하고 있지 않기 때문에, 동 규정의 해석이 당해 사건에서 선결문제로 해결되어야 한다.”¹⁶⁾ 이러한 이유로 뮌헨 행정법원은 소송절차를 중지하고, 유럽사법재판소에 “Directive 2004 제9조 제2항 제(e)목과 관련하여 다음과 같은 해석상의 의문점이 생긴다”고 하면서 이에 대한 해명을 구하였다.¹⁷⁾

① 제9조 제2항 제(e)목의 적용범위는 ‘군복무 수행을 거부한 자의 담당업무가 무기를 사용하여 직접적으로 전투행위를 하는 것인 경우 또는 그러한 전투행위를 명할 수 있는 지위에 있는 자인 경우에 한하는가?’ 아니면 ‘단지 간접적으로만 전투행위에 영향을 미치는 수송업무 또는 기술적 지원업무를 담당하는 자가 군복무 수행을 거부한 경우에도 동 규정에 의한 보호를 받을 수 있는가?’

② 위 문제에서 만약 전자의 경우라면, ‘그러한 전투행위가 주로(predominantly)

15) 외국인 체류 등에 관한 법률(Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet), 2008년 2월 25일 공포된 버전(BGBl. I S. 162 참조). <http://www.gesetze-im-internet.de/index.html>에서 다운로드 가능.

16) CJEU, *supra* note 10, para. 20.

17) CJEU, *supra* note 10, para. 21.

또는 체계적으로 제12조 제2항상의 범죄를 범하는 것으로 인정되어야만 하는가?’ 아니면 ‘자신의 부대가 투입지에서 그러한 범죄를 개별적으로 범하였거나 개별 부대원이 독단적으로 그러한 범죄를 범하였다는 것을 군복무 수행 거부자가 소명하는 것으로 충분한가?’

③ 위 문제에서 만약 후자의 경우라면, ‘앞으로도 자신의 부대 또는 부대원에 의해 인도적 국제법에 반하는 행위가 이루어질 것이라는 점이 합리적 의심을 넘어서는 현저한 개연성(significantly likely, beyond reasonable doubt)의 정도로 예상되어야 하는가?’ 아니면 ‘그러한 범죄가 (필연적으로 또는 개연적으로)¹⁸⁾ 범해질 수 있는 구체적 전투정황을 군복무 수행 거부자가 소명함으로써, 자신이 그러한 범죄의 범행에 가담할 수 있다는 가능성이 배제되지 않는다는 것을 입증함으로써 충분한가?’

④ 인도적 국제법에 반하는 그러한 행위가 해당국의 군사법원에 의해 용인되고 있지 않거나 처벌되고 있다면, 이러한 사정은 제9조 제2항 제(e)목에 의한 난민자격 인정을 배제하는가?, 아니면 이러한 사정은 동 규정의 해석시에 아무런 중요성을 가지지 않는가? 그리고 ‘국제 형사재판소에 의한 유죄판결이 이미 있는 경우에만 해당 무력분쟁 지역에서 국제범죄가 범해지고 있는 것으로 볼 수 있는가?’

⑤ 국제 공동체로부터 부당한 군대투입 또는 점령이라는 판단을 받아 국제공동체로부터 제재를 받고 있는 경우 또는 유엔 안보리의 결정으로 군대가 투입된 경우라면 이러한 사정은 제9조 제2항 제(e)목에 의한 난민자격 인정을 배제하는가?

⑥ ‘군복무 수행을 거부하고 난민지위를 신청한 자가 만약 군대업무를 수행하였더라면 국제 형사재판소에 의해 유죄판결을 받을 수 있다’라는 사정이 인정되는 경우에만 제9조 제2항 제(e)목에 의해 난민자격이 인정될 수 있는가?, 아니면 ‘국제 형사재판소에 의한 유죄판결을 받을 위협에 처해지지 않는지만, 자신이 행하여야 할군대 업무가 여전히 자신의 양심과 부합하지 않는다’면 이러한 경우에도 동 규정에 의한 난민자격이 인정될 수 있는가?

⑦ 통상적으로 전쟁업무거부절차가 인정되고 있고, 군복무 수행 거부자가 그러한

18) 판결문 영어본은 “necessarily or probably”라고 하고 있는데 반해, 독일어본은 “zwangsläufig oder wahrscheinlich”라고 하고 있다.

절차를 통해 자신이 담당하게 될 군대업무 수행을 거부할 수 있는 기회를 가짐에도 불구하고 그러한 절차를 이용하지 않았다면 제9조 제2항 제(e)목에 의해서는 난민 자격이 부여될 수 없는가?, 아니면 그러한 경우에도 군복무 수행 거부자가 자신의 양심을 이유로 군복무 수행을 거부한 경우라면 동 규정이 적용될 수 있는가?

⑧ 불명예스러운 탈영행위, 그로 인한 자유형 처벌, 사회적 멸시 및 사회적 배척이 제9조 제2항 제(b)목 또는 제(c)목상의 박해행위에 해당하는가?

2. 유럽사법재판소의 판단¹⁹⁾

가. 사전에 명확히 해야 할 점들²⁰⁾

Directive 2004는 난민협약을 구체화 하고 있는 것이므로 동 협약 및 EU 인권협약에 합치하게끔 해석되어야 한다. Directive 제9조 제1항 제(a)목은 ‘박해행위가 그 성질상 충분히 심각하고 기본적 인권에 대한 중대한 침해일 것’을 요구하고 있는 바, 기본적 인권을 침해하는 행위가 충분히 심각한 경우에만 박해행위로 인정된다. Directive 제4조에 따르면 난민자격은 심사시점에서 난민신청자의 고국과 관련된 모든 사실들, 난민신청자의 진술, 난민신청자가 제출한 자료, 난민신청자가 처한 상황 및 난민신청자의 개인적 사정을 모두 고려하여 판단되어야 한다. 한편 당해 사건에서는 Directive 제12조 제2항에서 나열되고 있는 모든 범죄들이 관련성을 가지는 것이 아니라, Advocate General(법률자문관)이²¹⁾ 자신의 의견서(Opinion)에서 타당하게 지적하고 있듯이 제12조 제2항 제(a)목에서 언급되고 있는 전쟁범죄만이 관련성을 가진다.

나. 질문 1-7에 대한 판단

이 질문들을 통해 독일 뮌헨 행정법원은 ‘군복무 수행 거부자가 어떠한 업무를

19) 아래 부분은 유럽사법재판소의 판단 내용인데, 직접인용 부호를 생략한다.

20) CJEU, *supra* note 10, paras. 22-29.

21) Advocate General(법률자문관)은 유럽사법재판소를 보좌하고, 재판소에 계속된 사건에 대해 의견서를 제출하지만, 이 의견서는 재판소를 구속하지 않는다.

담당하는지, 군복무 수행 거부자가 어떠한 이유로 군복무 수행을 거부하였는지, 군복무 수행 지역에서의 무력분쟁이 어떠한 성격을 가지는지, 군복무 수행 거부자가 해당 무력분쟁 지역에서 자신의 군복무를 수행할 경우 어떠한 범죄와 관련성을 가지는지와 같은 문제들이 Directive 2004 제9조 제2항 제(e)목의 충족여부 판단에 결정적 영향을 미치는가?’에 대한 해명을 구하고 있다.²²⁾ 이에 대해 판단하기에 앞서 다음의 사실을 명확히 하여야 한다.²³⁾ 독일에서 난민자격을 구하고 있는 셰퍼드가 탈영으로 인해 미국에서 형사소추 및 처벌을 받을 위험에 처해 있다는 것은 명백하다. 뮌헨 행정법원이 해명을 구하고 있는 문제들은 박해사유에 관한 것이 아니라, ‘셰퍼드가 미국에서 받을 수 있는 형사 소추 또는 처벌이 제9조 제2항 제(e)목상의 “박해행위에 해당하는 형사소추 또는 처벌”인가?’에 관한 것이다. 둘째로 Directive 2004의 입법목적은 특별한 사정으로 인해 진정으로 유럽에서 난민으로 인정되어 국제적 보호를 받을 필요성이 있는 사람들의 범주를 정하는데 있다. 따라서 동 Directive는 인권적 성격을 가진다.

이를 고려하면서 문제되고 있는 규정을 살펴보면, 제9조 제2항 제(e)목은 ‘군복무 수행 거부자가 분쟁지역에서 담당하게 될 군대업무가 전쟁범죄와 관련성을 가지는 경우’일 것만을 요구하고 있을 뿐, 인적 범위의 관점에서 아무런 제한을 두고 있지 않다. 따라서 ‘EU 입법자는 동 규정을 제정하면서 군대 위계질서상의 직위, 군복무 수행 거부자가 군복무하게 된 정황, 군복무 수행 거부자가 담당할 업무와 같은 척도를 기준으로 동 규정의 적용범위를 군대의 특정 인적 군으로 제한하고자 하지 않았다’는 것을 알 수 있다. Advocate General이 ‘의견서’상의 번호 32에서 지적하고 있듯이, 제9조 제2항 제(e)목은 모든 군대 구성원에게 적용되므로 수송업무 또는 단순 지원업무를 담당하는 군대 구성원에게도 적용된다.²⁴⁾

그러나 동 Directive가 난민으로서 국제적 보호를 받을 필요가 있는 사람들의 범위를 특정하는 것에 목적이 있다는 점을 고려하면, 군대 구성원이라는 사실은 제9조 제2항 제(e)목에 따라 난민으로 보호될 가치 있는(eligible) 사람으로 인정되기 위한 필요조건이지 충분조건은 아니다.²⁵⁾

22) CJEU, *supra* note 10, para. 30.

23) *Ibid.*, paras. 31-32.

24) *Ibid.*, para. 33.

첫째로, 무력분쟁 상황이어야 한다. 무력분쟁과 관련 없는 상황에서 군복무 수행을 거부하는 자는 제9조 제2항 제(e)목에 의해 난민으로 인정될 수 없다. 따라서 군복무 수행 거부자는 어느 무력분쟁과 직접적 관련성을 가지고 있어야 한다.²⁵⁾

둘째로, 동 규정의 문언으로부터 직접 도출되듯이, 군복무 수행 거부자가 자신의 직무를 수행한다면 국제범죄를 범하게 되는 경우이어야 한다. 그러나 군복무 수행 거부자 스스로가(personally) 국제범죄를 범하는 경우이어야만 그러한 관계가 인정되는 것은 아니다. 따라서 ‘EU 입법자는 객관적 관점에서 직무수행과 국제범죄 범행 간의 관련성을 판단 할 것을 요구하고 있다’고 볼 수 있다. 이러한 입법자의 의사에 따르면 예컨대, 군복무 수행 거부자가 전투원이 아니고 수송부대원 또는 지원 업무 부대원이어서 자신이 직무 수행하더라도 단지 간접적으로만 국제범죄 범행에 가담하게 되는 경우일지라도 그러한 군대 구성원에 제9조 제2항 제(e)목이 원칙적으로 적용배제 되지는 않는다. 따라서 그러한 군대 구성원의 경우 국제범죄 범행과 단지 간접적 관련성만 가지기 때문에 형법에 의해서, 특히 국제 형사재판소에 의해서 처벌되지 않는다는 것은 그러한 군대 구성원에게 제9조 제2항 제(e)목의 적용을 배제할 근거가 되지 않는다.²⁶⁾ 그러나 비록 동 규정의 원칙적 적용범위가 스스로 국제범죄를 범하는 자들 즉, 전투원에 한정되지 않을지라도, 전투원 아닌 군대 구성원들의 경우 자신의 직무수행을 통해 충분히 직접적으로(sufficiently directly) 국제범죄 범행에 가담하게 될 경우에만 제9조 제2항 제(e)목에 의해 난민으로 인정될 수 있다.²⁸⁾

셋째로, 제9조 제2항 제(e)목은 직무를 수행한다면 제12조 제2항에 나열된 국제범죄를 범하게 되는 경우에 있는 자들을 보호하기 위한 것이다. 즉, 군복무 수행 거부자는 ‘직무를 수행한다면 국제범죄를 범하게 될 가능성이 있다’는 사실로 인해 동 규정에 의해 난민의 자격을 부여받는다. 따라서 동 규정은 직무수행 거부자가 기존의 직무수행을 통해 이미 전쟁범죄를 범한 경우에만 적용되는 것이 아니다. 뿐만 아니라 동 규정은 직무수행 거부자의 부대가 이미 국제 형사재판소에서 국제범죄 범

25) *Ibid.*, para. 34.

26) *Ibid.*, para. 35.

27) *Ibid.*, para. 37.

28) *Ibid.*, para. 38.

행을 이유로 처벌받았을 것을 요건으로 하지도 않는다.²⁹⁾

넷째로, ‘군복무 수행 거부자가 속한 부대가 전쟁범죄를 범할 개연성이 있는가’를 심사함에 있어서 특정 요소들은 그러한 가능성을 징표하는 정황증거(indicia)로 기능할 수 있다(물론 어떠한 요소들을 그러한 정황증거로 볼 것인지는 해당 국가 관할 관청 및 관할 법원의 권한이다). 예컨대 군복무 수행 거부자의 부대 또는 부대원이 이전에 전쟁범죄를 범하였거나 전쟁범죄 범행을 이유로 처벌받았다는 사실은 그러한 정황증거로 기능할 수 있다. 그러나 그러한 사실이 존재한다고 하여 그것만으로 ‘군복무 수행 거부자가 직무를 수행한다면 전쟁범죄를 범하게 된다’는 점이 입증되었다고 볼 수 없다. 해당 국가의 관할 법원은 구체적 사안에서 ‘직무 수행한다면 전쟁범죄를 범하게 된다’는 점을 신빙성 있게 하는(credible: plausibel erscheinen lassen) 모든 정황증거들을 기초로 판단하여야 한다.³⁰⁾ 다음으로, ‘군복무 수행 거부자의 국가에서 전쟁범죄를 처벌하고 있는지’ 그리고 ‘군복무 수행 거부자 부대의 군사적 개입이 유엔 안보리의 결정 또는 국제공동체의 동의하에 이루어졌는지’는 국제범죄 범행 가능성을 심사함에 있어서 중요하게 고려되어야 한다.³¹⁾ 유엔 안보리 결정에 의해 군사적 개입이 이루어졌다는 사실은 원칙적으로 해당 부대의 군사적 활동시에 어떠한 전쟁범죄도 범해지지 않을 것이라는 점을 보장한다. 군사적 개입이 국제 공동체의 동의하에 이루어진 경우에도 마찬가지이다. 물론 그러한 군사적 개입일지라도 군사 활동시에 유엔현장에 반하는 행위들이 범해질 가능성이 전혀 없지는 않다. 그러나 무장개입이 유엔 안보리의 결정 또는 국제 공동체의 동의하에 이루어졌다는 사실은 국제범죄 범행 가능성 심사시에 중요하게 고려되어야 한다. 그리고 군사적 개입을 하고 있는 국가(들)의 법질서가 전쟁범죄를 형벌로 위하고 있고, 그 국가(들) 법원에 의해 전쟁범죄의 처벌이 효과적으로 담보되고 있다면 이러한 사실 또한 중요하게 고려되어야 한다. 이러한 국가(들)의 군대 구성원이 직무수행을 통해 국제범죄를 범하도록 강제된다는 것은 믿기 어렵기(implausible) 때문이다. 따라서 그러한 사실은 결코 간과되어서는 아니 된다. 한편 ‘직무수행 거부자의

29) *Ibid.*, para. 39.

30) *Ibid.*, para. 40.

31) *Ibid.*, paras. 41-42.

부대가 과거에 전쟁범죄를 범하였거나 장래에 전쟁범죄를 범할 가능성이 매우 높다 (highly likely: mit hoher Wahrscheinlichkeit)’라는 사실을 직무수행 거부자가 충분히 신빙성 있도록(with sufficient plausibility) 소명하여야 한다.³²⁾

마지막으로, 난민 자격을 신청한 군복무 수행 거부자의 군복무 거부가 국제범죄 범행 가담을 회피할 수 있는 유일한 수단이어야 한다.³³⁾ 당해 사안의 경우 관할 독일 법원은 유일한 수단이었는지를 심사함에 있어서 ‘셰퍼드는 미군이 이미 이라크 전쟁을 개시한 이후에 군대에 자원하였다’는 점과 ‘이라크에 파병되었다가 독일로 다시 돌아왔을 때 군복무 계약을 연장하였다’는 점을 고려하여야 한다. 따라서 뮌헨 행정법원이 7번째 질문을 통해 해명을 구하고 있는 문제의 경우, 난민자격을 신청한 군복무 수행 거부자가 양심적 병역거부 절차가 인정됨에도 불구하고 그러한 통상의 절차를 통해 자신에게 부과된 직무의 수행을 거부할 수 있는 기회를 활용하지 않았다면, 제9조 제2항 제(e)목에 의해서는 난민자격이 부여될 수 없다. 다만 군복무 수행 거부자가 자신의 경우 그러한 통상의 양심적 병역거부 절차가 인정되지 않는다는 점을 소명하는 경우에는 그러하지 않다.³⁴⁾

다. 질문 8에 대한 판단

이 8번째 질문을 통하여 뮌헨 행정법원은 ‘불명예스러운 탈영으로 인한 형사 처벌, 그리고 그로 인한 사회적 배척(ostracism) 및 불이익이 Directive 제9조 제2항 제(b)목과 제(c)목에 따른 박해행위에 해당하는지?’에 대한 해명을 구하고 있다. 앞의 상술에서 알 수 있듯이, 이 질문은 군복무 수행을 거부한 자가 담당할 직무가 전쟁범죄 범행과 관련성이 없는 것으로 드러나는 경우에만 의미를 가진다.³⁵⁾ 제9조 제2항 제(b)목과 제(c)목은 국가기관의 행위가 1951년 난민협약 제1조 제A항상의 박해에 해당하는 기본적 권리의 침해로 인정되기 위해서는 국가기관의 행위 자체가 차별적 성격을 가지거나 비례적이지 않아야 하고, 제9조 제1항에서 요구되는 정도로 중한 불법성을 가질 것을 요구하고 있다.

32) *Ibid.*, para. 43.

33) *Ibid.*, para. 44.

34) *Ibid.*, para. 45.

35) *Ibid.*, para. 48.

Advocate General이 ‘의견서’상의 번호 80에서 지적하고 있듯이, ‘군복무 수행 거부자가 고국에서 받을 수 있는 형사 처벌이 비례적인지 아닌지’를 판단하기 위해서는 ‘그러한 형사 처벌이 군대 유지라는 정당한 목적을 실현하기 위해 필요한 범위를 넘어서는 형사 처벌인지?’를 심사하여야 한다.³⁶⁾ ‘필요한 범위내의 형사 처벌인지?’를 심사함에 있어서는 해당 국가가 군대의 유지·관리라는 정당한 목적을 실현하기 위해 취하는 수단의 정치적·전략적 성격, 그러한 조치수단의 요건 등 다양한 요소들이 고려될 수 있는데, 뮌헨 행정법원에 의해 본 재판부에 제출된 자료에 의할 때 미국에서의 탈영병 형사 처벌이 군대 유지라는 정당한 목적 실현을 위해 필요한 정도를 넘어서는 형사 처벌로 볼 여지가 없다. 뮌헨 행정법원의 자료에 의하면 미국에서 탈영은 5년 이하의 자유형으로 위하되고 있고, 세퍼드의 경우 100일부터 15개월에 이르는 자유형이 선고될 수 있다. 그러한 자유형 선고가 군대 유지라는 정당한 목적을 실현하기 위해 필요한 범위를 넘어서는 과도한 국가기관의 조치라고 보기는 어렵다.³⁷⁾ 어쨌든 구체적 사건에서 모든 사정을 종합하여 ‘난민 신청을 한 군복무 수행 거부자가 고국에서 받을 수 있는 형사 처벌이 과도한지’를 판단할 권한은 개별 EU 회원국의 관할 법원에 있고, 당해 사건에서는 독일 뮌헨 행정법원에 있다.³⁸⁾

‘군복무 수행 거부자에 대한 형사 처벌이 명백히 차별적 성격을 가지는지’를 판단하기 위해서는 먼저, 군복무 수행 거부자의 상황과 비교될 수 있는 다른 사람들의 상황이 있어야 한다. 그러나 뮌헨 행정법원이 제출한 자료에서는 군복무 거부자의 상황과 비교될 수 있는 다른 상황을 발견할 수 없다. 어쨌든 구체적 사건에서 난민 신청자가 고국에서 받을 수 있는 형사 처벌이 차별적인지 아닌지를 판단하는 것은 개별 EU 회원국 관할 법원의 권한이다.³⁹⁾

마지막으로, ‘형사 처벌로 인한 사회적 배척과 불이익’은 형사 소추·처벌로 인한 부수적 효과일 뿐이지 형사 소추 또는 형사 처벌로 볼 수 없다.⁴⁰⁾

이 모든 것을 고려하면, 뮌헨 행정법원이 심판 대상으로 하는 사건과 같은 정황

36) *Ibid.*, para. 50.

37) *Ibid.*, para. 52.

38) *Ibid.*, para. 53.

39) *Ibid.*, para. 54.

40) *Ibid.*, para. 55.

에서는 군복무 수행 거부자에게 부과될 수 있는 형벌이 제9조 제2항 제(b)목 또는 제(c)목상의 박해행위에 해당할 수 있을 정도로 군대 유지라는 정당한 목적을 실현하기 위해 필요한 정도를 넘어서는 과도한 처벌이라거나 차별적인 처벌로 보이지 않는다. 물론 ‘구체적 사건에서 즉, 셰퍼드 사건에서 셰퍼드에게 부과될 수 있는 형벌이 과도하거나 차별적인지’를 판단하는 것은 뮌헨 행정법원의 몫이다.⁴¹⁾

Ⅲ. 셰퍼드 판결의 비판적 분석

1. EU법 또는 유럽법 관점에서⁴²⁾

개별 EU 회원국 법원이 구체적 사건에서 자국법을 적용함에 있어서 관련 EU법 해석에 의문점을 가지고 있고, 이러한 EU법 해석이 해당 사건에서 선결문제로 해결되어야 하는 경우, 해당 법원은 유럽사법재판소에 관련 EU법의 해석에 대해서 문의하여 유럽사법재판소의 해석에 따라야 하는데, 이를 ‘선결문제 판단절차(preliminary ruling procedure)’라고 한다.⁴³⁾ 독일 뮌헨 행정법원이 선결문제 판단절차를 통해 Directive 2004 제9조 제2항 제(e)목의 해석 관련 의문점에 대한 해명을 구함으로써 유럽사법재판소의 셰퍼드 판결이 내려지게 되었다.⁴⁴⁾ 선결문제 판단시에 유럽사법재판소는 관련 EU법을 해석할 권한만 가지지, 구체적 사건에 해당 규범을 적용하여 판단할 권한 즉, 포섭권한을 가지지는 않는다.⁴⁵⁾ 셰퍼드 판결에서 유럽사

41) *Ibid.*, para. 56.

42) ‘EU법’ 또는 ‘유럽법’은 용어 사용자에 따라 동일한 의미로 사용될 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다. 양자를 엄격히 구분하는 경우 ‘유럽법’이라는 개념이 ‘EU법’이라는 개념보다 폭넓은데, 전자는 Council of Europe(유럽회의 또는 유럽평의회로 번역되고 있음, EU와는 다른 기구임)에 의해 제정된 법규범을 포함하기 때문이다.

43) Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated Version 2012) 제267조 참조, 동 조약은 <http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties.html>에서 다운로드 가능. 제267조에 의하면 최종 심급인 경우 선결문제 회부는 의무적인 반면에, 1심 또는 2심이라면 그렇지 않다. 선결문제 판단절차에 대해 상세히는 Mächtle, Das Vorabentscheidungsverfahren, JuS 2015, 314 ff.

44) 독일은 EU 회원국들 중에서도 가장 빈번하게 선결문제 판단절차를 이용하고 있다(이에 대해 상세히는 Mächtle, a.a.O., S. 314 참조).

법재판소는 ‘전쟁범죄 범행 회피를 이유로 군복무 수행을 거부한 자가 Directive 제 9조 제2항 제(e)목에 따라 난민으로 인정될 수 있는 요건’을 상세히 제시하면서도 ‘구체적 사건에서 그러한 요건이 충족되었는지를 판단할 권한(즉, 포섭할 권한)’은 개별 EU 회원국 법원에 있음을 명확히 하고 있다.

선결문제 판단절차에서 유럽사법재판소가 행한 법해석은 모든 EU 회원국에 대해서 선례효(Präjudizwirkung)를 가지므로⁴⁵⁾ 셰퍼드 판결은 앞으로 EU에서 ‘국제범죄 범행 회피를 이유로 군복무 수행을 거부한 자가 난민으로 인정되기 위한 요건’과 관련하여 리딩 케이스로 기능할 것이다.

2. 국제 인권법 및 국제형법의 관점에서

‘어떠한 요건하에 국제범죄 범행 회피를 이유로 군복무 수행을 거부한 자가 난민으로 인정될 수 있는가’라는 문제는 국제범죄에 대한 이해를 전제로 하기 때문에 단순히 국제 난민법상의 문제가 아니라, 국제형법과도 관련성을 가진다. 이하에서는 ‘셰퍼드 판결이 국제형법상의 원칙들을 제대로 반영하고 있는지’, 그리고 ‘셰퍼드 판결이 국제 인권법과⁴⁷⁾ 국제형법 관점에서 어떠한 의미를 가질 수 있는지’를 분석한다.

45) Bank, The Potential and Limitations of the Court of Justice of the European Union in Shaping International Refugee Law, IJRL 27 (2015), at 236-237.

46) Mächtle, o. Fn. 45, S. 317.

47) 국제 인권법(international human rights law)의 개념에 대해서는 박찬운, 인권법(2011), 19쪽 이하 참조. 국제 인권법과 구별하여야 할 것은 ‘인도적 국제법’ 또는 ‘국제 인도법(international humanitarian law)’인데, 후자는 금지되는 전쟁수행의 방법에 관해 규율하고 있는 국제법을 의미한다(인도적 국제법에 대해 상세히는 이용호, 우리나라에 있어서의 국제인도법의 발전과 한계, 국민대 법학논총 제26권 제3호(2013), 287쪽 이하). 국제형사재판소 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. No. A/CONF.183/9, 2002년 7월 1일 발효됨) 제8조에 의하면 인도적 국제법에 반하는 행위가 “정책적으로 또는 광범위하게 이루어지는 경우(as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes)”에만 전쟁범죄에 해당한다. 로마규정은 ICC 홈페이지(<https://www.icc-cpi.int/Pages/default.aspx>)에서 다운로드 가능. 국제 인권법과 국제 인도법을 일반법과 특수법의 관계로 파악하는 Fripp, International Humanitarian Law and the Interpretation of Persecution in Article 1A(2) CSR 51, IJRL 26 (2014), 401 et seq.

가. Directive 2004 제9조 제2항 제(e)목의 인적, 사항적 적용범위

유럽사법재판소는 셰퍼드 판결에서 ‘군복무 수행 거부자의 담당 직무가 어느 정도로 국제범죄 범행과 관련성을 가져야 하는지?’ 그리고 ‘직무수행으로 인한 국제범죄 범행의 가능성이 어느 정도여야 하고, 이를 심사함에 있어서 어떠한 요소들이 중요하게 고려되어야 하는지?’를 중점적으로 다루고 있다.

첫 번째 사항과 관련하여 유럽사법재판소가 ‘Directive 제9조 제2항 제(e)목이 군인의 계급 또는 담당 업무의 유형과 같은 기준을 이용하여 동 규정의 적용범위를 제한하고 있지는 않기 때문에 원칙적으로 모든 군인에게 동 규정이 적용되지만, 수송부대원 또는 지원업무 부대원과 같은 비전투원은 직무수행을 한다면 충분히 직접적으로 국제범죄 범행에 가담하게 될 경우에만 제9조 제2항 제(e)목에 의해 난민으로 인정될 수 있다’고 판단한 것은 전적으로 환영받을 일이다. 그러나 구체적으로 이를 논증함에 있어서는 국제형법상의 원칙들을 제대로 반영하지 못하고 있다. 유럽사법재판소는 “그러한 군대 구성원의 경우 국제범죄 범행과 단지 간접적 관련성만 가지기 때문에 형법에 의해서, 특히 국제 형사재판소에 의해서 처벌되지 않는다는 것은 그러한 군대 구성원에게 제9조 제2항 제(e)목의 적용을 배제할 근거가 되지 않는다”고⁴⁸⁾ 실시함으로써, ‘수송부대원 또는 지원업무 부대원과 같은 비전투원은 국제 형사재판소에서 국제범죄의 범행자로 처벌되지 않는다’고 오해할 수 있도록 표현하고 있다.

수송부대원 또는 지원업무 부대원과 같은 비전투원들이 군사적 행위에 직접적으로 참여하지 않는다는 것은 국제형법에서도 주지의 사실이다. 그러나 그렇다고 하여 그들이 언제나 전쟁범죄의 범행자(perpetrator)가 될 수 없는 것은 아니다.⁴⁹⁾ 강

48) CJEU, *supra* note 10, para. 37.

49) 국제형법에서 ‘perpetrator’라는 용어는 이중적 의미로 사용된다. 광의로는 ‘정범과 공범을 포괄하는 범죄자/범행자’라는 의미로 사용되고, 협의로는 ‘정범’이라는 의미로 사용된다. 국제형사재판소 판례는 “로마규정 제25조 제3항이 ‘commit’라는 단어의 사용을 통해 정범(perpetration)과 공범(accessorial liability)을 구별하고 있다”고 보고 있다(이에 대해 자세히는 ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision concerning Pre-Trial Chamber I’s Decision of 10 Feb. 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case, 24 Feb. 2006, paras 77-78). ICC 판례는 ICC 홈페이지 ‘Legal Tools’/‘ICC Documents’/‘ICC Situations and Cases’에서 다운로드 가능.

간, 약탈행위, 재산파괴, 강제이주 등과 같이 전투행위를 전제로 하지 않는 전쟁범죄가 많은데, 수송부대원 또는 지원업무 부대원일지라도 이러한 전쟁범죄를 직접범(direct perpetrator)으로 범할 수 있다. 그리고 직접적으로(personally) 전쟁범죄를 범하는 경우가 아닐지라도 공범책임(accessorial liability)은 언제나 문제될 수 있는데, 군사적 행위와 멀리 떨어져 있는 수송부대원 또는 지원업무 부대원이라고 하여 공범책임으로부터 자유로운 것은 아니며, 결정적 기준은 ‘구체적 사건에서 그들이 행한 업무가 당해 사건에서 문제되고 있는 범죄의 범행을 도와주었거나(assisting) 기타 여하한 방식으로 그러한 범죄의 범행에 기여하였는가(contributing in any other way)?’이다.⁵⁰⁾ 이른바 ‘중립적인 직업상의 행위’로 인한 방조범 성립 여부가 국제형법에서도 논란거리이긴 하지만, 우세한 견해에 따르면 개별 사건에서의 구체적 사정에 따라 판단할 문제이지, 중립적인 직업상의 행위라고 하여 방조범(aiding or abetting) 성립이 일반적으로 배제되는 것은 아니다.⁵¹⁾

지금까지 국제 형사재판소가 이른바 ‘실행계층 범행자들’로⁵²⁾ 불리우는 낮은 지위의 일반 군인들을 소추하지 않은 것은 국제 형사재판소 기소청(Office of the Prosecutor: OTP로 약칭함)이 비용·편익의 관점에서 국제범죄 범행에 대해 주된 책임을 져야 할 이른바 ‘지휘층 범행자들’의 소추에 주력하였기 때문이지,⁵³⁾ 낮은 지위의

50) ICC 로마규정 제25조 제3항 제(c)목 및 제(d)목 참조; 또한 Ambos/Njikam, Charles Taylor's Criminal Responsibility, JICJ 11(2013), 799 *et seq.* 참조. 뿐만 아니라 셰퍼드 판결은 군복무 수행 거부자가 행한 직무가 국제범죄 범행과 단지 간접적 관련성을 가지는 경우일지라도 그러한 직무수행이 전쟁범죄 범행에 “필수적인 지원업무(indispensable support)”라면 제9조 제2항 제(e)목이 적용된다고 하고 있는데(CJEU, *supra* note 10, para. 46), ICC 판례가 정범과 공범의 구별기준으로 수용하고 있는 범행지배이론에 의하면 ‘필수적 기여’라는 기준은 정범을 근거지우는 요소이다(ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para. 999; Vest, Problems of Participation—Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?, JICJ 12 (2014), at 297; 이 기준에 대한 비판은 Ohlin, Searching for the Hinterman. In Praise of Subjective Theories of Imputation, JICJ 12(2014), 328 *et seq.*).

51) Farrell, Attributing Criminal Liability to Corporate Actors, JICJ 8(2010), 877 *et seq.*; Vest, Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law, JICJ 8(2010), 863 *et seq.*; Burchard, Ancillary and Netural Business Contributions to ‘Corporate-Political Core Crime’, JICJ 8 (2010), 934 *et seq.* 참조.

52) ‘실행계층 범행자’, ‘중간계층 범행자’ 및 ‘상위 지휘층 범행자’로 구분하여 책임성립 여부를 고찰하는 방식에 대해서는 Ambos, The Fujimori Judgment, JICJ 9 (2011), 143 *et seq.*; Vest, Völkerrechtsverbrecher verfolgen(2011), 393 ff.; Weigend, Problems of Attribution in International Criminal Law, JICJ 12(2014), 262 *et seq.*

군인들에 대한 가별성이 부정되었기 때문이 아니다.⁵⁴⁾ 비록 결과론적 관점에서 보면 “수송부대원 또는 지원업무 부대원과 같은 비전투원은 국제 형사재판소에서 국제범죄의 범행자로 처벌되지 않는다”는 표현이 완전히 틀린 것은 아니지만, 국제형법상의 원칙을 부적절하게 표현하고 있음에는 틀림없다.

두 번째 사항과 관련하여 셰퍼드 판결은 ‘군복무 수행 거부자의 부대가 과거에 전쟁범죄를 범하였거나 장래에 전쟁범죄를 범할 가능성이 매우 높다(highly likely)’라는 사실을 군복무 수행 거부자가 충분히 신빙성 있도록(with sufficient plausibility) 소명할 것을 요구하고 있다. 이 기준은 박해우려와 관련하여 난민협약상 요구되는 입증의 정도인 ‘합리적 근거(well-founded)’라는 기준보다는 높고, 형사소송에서 유죄판결을 위해 요구되는 ‘합리적 의심을 넘어서는 확신’보다는 낮아 보인다.⁵⁵⁾ 난민협약에 따르면 난민 신청자가 ‘박해를 받을 우려’를 ‘합리적 근거를 가지고’ 소명하면 충분하다.⁵⁶⁾ 그러나 Directive 제9조 제2항 제(e)목은 모든 난민 신청자에게 적용되는 것이 아니라, ‘분쟁지역에서의 군복무를 수행함으로써 국제범죄 등을 범할 가능성 있는 자가 군복무 수행을 거부한 경우’에만 적용된다. 범죄를 범할 가능성은 장래의 사건 진행에 대한 사전적 판단인데, 직무 수행함으로써 국제범죄 등을 범할 가능성이 높지 않음에도 불구하고 군복무 수행을 거부한 자에게 난민자격을 부여한다면, 이는 군대를 유지·관리할 국가의 이익을 경시하는 것이다.⁵⁷⁾ 이에 반

53) ICC-OTP, Prosecutorial Strategy 2009-2012, 1 Feb, 2010, para. 18 *et seq.* (“focused investigation”). ICC 홈페이지 ‘Office of the Prosecutor’ 메뉴에서 다운로드 가능.

54) ICC OTP는 2012년부터 기존의 소추전략을 약간 변경하여 ‘주된 책임을 져야 할 자들의 소추에 집중하면서도 이들을 성공적으로 형사 소추하는데 도움이 된다면 낮은 지위의 범행자들도 형사 소추하는 전략(building upwards strategy)’을 취하고 있다(ICC-OTP, Strategic plan/June 2012-2015, 11 Oct. 2013, para. 4 and 43; ICC-OTP, Strategic Plan / 2016-2018, 16 Nov. 2015, paras. 35-36 참조).

55) Vicini, Conscientious Objection to Military Service and the Notion of Persecution in European Union Asylum Law. The Shepherd Judgment of the Court of Justice of the European Union, JICJ 13(2015), at 859; CJEU, Opinion of Advocate General Sharpston, 11. November 2014, para. 66 참조.

56) UNHCR, Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status (Reissued 2011), para. 42; 김종철, 난민정의에 대한 한국 판례의 비판적 고찰, 서울국제법연구 제21권 제2호(2014), 55쪽 이하; Park, Refugee’s Legal Status From Korean Constitutional Adjudication—Constitutional Review of 2008Hunba161, 세계헌법연구 제19권 1호(2013), 105쪽 이하; 임현, 난민법에 대한 평가와 과제, 법제, 2014. 4, 37-38쪽.

해 국제범죄 등의 범행이 확실시 되는 경우에만 난민 자격을 부여한다면, 이는 범죄의 처벌·방지를 추구하고 있는 개별국 형법 및 국제형법과⁵⁸⁾ 합치하지 않을 뿐만 아니라, 국제 난민법의 취지와도 부합하지 않는다. 따라서 셰퍼드 판결이 요구하는 전쟁범죄 범행 가능성의 정도 그리고 그에 대한 신빙성의 정도는 타당해 보인다.⁵⁹⁾

셰퍼드 판결은 ‘국제범죄의 범행 가능성’ 심사시에 고려될 수 있는 요소들과 그러한 요소들이 가지는 의미에 대해서도 언급하고 있다. ‘군사적 개입이 UN 안보리 결정 또는 국제 공동체의 동의하에 이루어졌는지’ 그리고 ‘군복무 수행 거부자의 고국에서 국제범죄가 처벌되고 있는지’를 고려하여야 한다는 점에 대해서는 이론이 있을 수 없지만, 그러한 요소가 어떤 의미를 가지는지에 대한 유럽사법재판소의 견해에는 찬성할 수 없다. 유럽사법재판소는 ‘유엔 안보리 결정 또는 국제 공동체의 동의하에 군사적 개입이 이루어졌다면, 이는 분쟁지역에서 전쟁범죄가 범해지지 않는다는 것을 담보한다’고 하고 있다.⁶⁰⁾ 물론 유럽사법재판소도 ‘정당한 군사적 개입 일지라도 분쟁 지역에서 인도적 국제법 위반행위가 발생할 수 있다’는 것을 인정하고 있지만, 셰퍼드 판결에서 유럽사법재판소는 ‘유엔 안보리 결정에 의한 군사적 개입인지’를 거의 절대적 기준으로 제시하고 있다. 그러나 유엔 안보리 결정에 의한 군사적 개입임에도 불구하고 이라크 전쟁의 정당성에 대해서는 여전히 의구심이 제기되고 있고, 이라크에서 국제범죄가 범해졌다는 주장 또한 제기되고 있는 현실에서 잘 알 수 있듯이, 유엔 안보리 결정에 의한 군사적 개입이라는 사실은 국제범죄 범행 가능성 심사시에 고려될 수는 있지만 결정적 기준이 될 수는 없다.⁶¹⁾ 즉, 군사

57) UNHCR은 ‘적무수행을 한다면 국제범죄 등을 범할 것이다’라는 점이 합리적 가능성(reasonable likelihood)의 정도로 소명되면 충분하다는 입장을 취하고 있는데(UNHCR, Guidelines on international protection no. 10: Claims to Refugee Status related to Military Service within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/13/10/Corr.1, 12 Nov. 2014, paras. 26-29), 이 기준은 단순 가능성보다는 높아 보이지만, 유럽사법재판소가 제시하는 기준보다는 낮아 보인다.

58) ICC 로마규정 전문은 “국제범죄 범행자를 처벌하고 이를 통하여 국제범죄의 발생을 방지하는 것을 목적으로 한다”고 명시하고 있다.

59) 결론에서 같은 견해 Vicini, *supra* note 55, at 856-859.

60) CJEU, *supra* note 10, para. 41.

61) 같은 견해 CJEU, *supra* note 11, para. 70; Vicini, *supra* note 55, at 854-856; 다른 견해 Dörig, Hohe Anforderungen an Asyl für US-Militärdienstverweigerer(Anmerkung), jM 2015, S. 172.

적 개입의 정당성 여부와 분쟁지역에서의 인도적 국제법 위반행위 발생은 원칙적으로 상관관계가 없다고 보아야 한다. 이는 ‘군사적 개입을 행하는 국가가 국제범죄를 처벌하고 있는지’라는 요소에 대해서도 마찬가지이다.⁶²⁾ 마지막으로 셰퍼드 판결은 양심적 병역거부 절차를 통해 군복무 수행을 거부할 수 있는 가능성이 있다면 그러한 절차를 통해 군복무 수행 거부를 시도하였음에도 불구하고 성공하지 못한 경우에 한해 Directive 제9조 제2항 (e)목이 적용된다고 하고 있다. 통상의 권리구제 절차를 먼저 거칠 것을 요구하는 것은 군대의 유지·관리라는 국가적 이익과 개인의 권리보장 간의 조화라는 측면에서 타당하다. 하지만 ‘그러한 법적 구제절차를 이용하였을지라도 군복무 수행 거부자가 원하는 결과를 이루지 못하였을 것으로 인정되는 경우라면, 예외적으로 그러한 절차를 거치지 않았을지라도 제9조 제2항 제(e)목이 적용될 수 있다’고 보아야 할 것이다.⁶³⁾

전체적으로 볼 때, 셰퍼드 판결은 군대의 유지·관리라는 국가적 이익과 군복무 수행 거부자의 개인적 권리를 조화시키면서 Directive 제9조 제2항 제(e)목을 해석하고자 노력하였다.⁶⁴⁾ 그러나 ‘국제 공동체의 동의 또는 유엔 안보리 결정에 의한 군사적 개입인지, 그리고 군복무 수행 거부자의 고국에서 국제범죄가 처벌되고 있는지’를 ‘전쟁범죄 가능성’을 판단하는 결정적 기준으로 봄으로써 결과적으로 제9조 제2항 제(e)목에 따른 난민 인정의 가능성을 매우 어렵게 하고 있다.⁶⁵⁾

62) 같은 견해 CJEU, *supra* note 11, para. 68; Vicini, *supra* note 55, p. 854; Ruffert, Asylrecht für Kriegsdienstverweigerer (Anmerkung), JuS 2015, S. 665.

63) 아마도 같은 견해 CJEU, *supra* note 11, para. 75.

64) 긍정적으로 평가하고 있는 Dörig, *supra* note 60, S. 172.

65) 같은 견해 Vicini, *supra* note 55, p. 852; Ruffert, o. Fn. 62, S. 665.

나) Directive 2004 제9조 제2항 제(e)목의 법적 성격

셰퍼드 판결은 Directive 제9조 제2항 제(e)목의 법적 성격 즉, ‘국제범죄 등의 범행을 회피하기 위해 군복무 수행을 거부한 자가 형사 소추 또는 처벌을 받을 우려가 있는 경우 왜 난민으로 인정되어야 하는가?’에 대해서는 근본적으로 탐구하지 않고 있다. 이 질문은 국제형법과 국제 난민법의 교차영역에 속하는 것이고, Directive 제9조 제2항 제(e)목에 따른 난민자격과 양심적 병역거부에 따른 난민자격 간의 관계에 대한 것이다.

Vicini는 “국제범죄 범행 회피를 이유로 군복무 수행을 거부하는 것은 양심적 병역거부의 한 태양일뿐이다. UNHCR의 난민인정 기준에 따르면 인도적 국제법(jus in bello)에⁶⁶⁾ 반하는 전쟁이 아닐지라도 양심, 종교 또는 정치적 견해를 이유로 병역 거부하는 자는 박해우려가 있다면 난민으로 인정될 수 있다. 그러나 제9조 제2항 제(e)목은 인도적 국제법에 반하는 전쟁을 거부한 자에 대한 형사 소추 또는 처벌만을 박해행위로 인정함으로써 양심적 병역거부자의 난민인정 범위를 협소하게 규정하고 있으며, 셰퍼드 판결은 동 규정이 가지는 이러한 불합리점이 현실화될 수 있음을 잘 보여주는 예시사례이다.”라고 비판하고 있다.⁶⁷⁾

그러나 Directive 제9조 제2항은 Vicini가 주장하는 바와 같이 “EU 난민법과 양심적 병역거부에 관한 국제 난민법 간의 모순”으로⁶⁸⁾ 이해되어서는 아니 되고, 최근의 국제형법 발전을 반영하여 ‘국가에 의해 국제범죄 등을 범하도록 강요될 위기에 처한 자들을 특별히 보호하고 있는 규정’으로 이해되어야 한다.⁶⁹⁾ 2002년 ‘가장 발전되고 상세한 국제형법 규범’인 로마규정이 발효되고, 상설 국제 형사재판소가 활동을 시작함에 따라 특정국의 국제범죄에 대해서만 관할권을 가지는 UN 특별 형사재판소에 의해 국제범죄가 처벌되던 기존의 상황과 달리 국제범죄의 가별성이 일

66) 국제 인도법과 구별하여야 할 것은 ‘정당하게 전쟁을 개시할 수 있는 경우에 관한 국제법(*ius ad bellum*)’이다. 후자와 전쟁범죄에 대해서는 이진국, 국제형법상 침략범죄 구성요건의 신설과 전망, 형사정책연구 제24권 제1호(2013), 332쪽 이하 참조.

67) Vicini, *supra* note 55, at 850-851.

68) Vicini, *supra* note 55, p. 849.

69) Directive 제9조 제2항 제(e)목의 적용범위는 국제범죄로 한정되지 않고 중대한 비정치적 범죄 및 UN 헌장의 목적과 원칙에 반하는 행위를 포함하지만, 이 글에서는 국제범죄로 한정하여 논한다.

반적으로 인정되었다.⁷⁰⁾ 국제범죄의 가별성이 일반적으로 인정되는데 그러한 국제범죄의 범행을 회피하기 위한 최후 수단으로 군복무 수행을 거부한 자를 탈영죄로 형사 처벌하는 것이 허용된다면 이는 법적 모순이다. 왜냐하면 그러한 자를 탈영죄로 형사 처벌하는 것이 허용된다면 그것은 국가가 국제범죄 범행을 강제하는 것과 다름없고, 결국 국제범죄 범행을 금지하고 있는 로마규정의 취지와 모순되기 때문이다.⁷¹⁾ 따라서 국가에 의해 국제범죄를 범하도록 강요될 상황에 처한 군인들 특히, 하위 지위의 군인들은 최후 수단으로 군복무 수행을 거부할 수 있고, 이러한 경우의 군복무 수행 거부하는 법적으로 허용되는 것이므로 형사적 수단으로 제재될 수 없다. 그럼에도 불구하고 그러한 자들에게 형사제재가 가해진다면, 그러한 형사 소추 또는 처벌은 그 자체로 Directive 제9조 제1항에서 요구되는 박해행위의 심각성 요건을 충족하여 박해행위에 해당하는 것으로 보아 그러한 자들을 난민으로 인정함으로써 국제 인권법 차원에서 보호하고자 하는 것이 Directive 제9조 제2항 제(e)목의 취지라고 보아야 한다.⁷²⁾ 이렇게 이해할 경우, 제9조 제2항 제(e)목에 해당하지 않더라도 양심적 병역거부자이고 난민협약상의 박해사유가 존재하는 경우라면 난민으로 인정될 수 있다. 제9조 제2항이 “전형적인(inter alia)” 박해행위를 예시적으로 나열하고 있다는 점, 유럽사법재판소가 세퍼드 판결에서 “형사 소추처벌의 차별성 또는 불비례성에 상관없이 제9조 제2항 제(e)목상의 형사 소추처벌은 그 자체로 박해행위에 해당하고, 제(e)목이 충족되지 않는 경우일지라도 즉, 전쟁범죄 범행 가능성이 인정되지 않는 경우일지라도, 제(b)목 또는 제(c)목에 따른 박해행위가 긍정될 수 있다”고⁷³⁾ 하고 있는 점, 그리고 ‘UNHCR도 인도적 국제법 또는 국제형법에 반하는 행위에 참여하는 것을 거부하는 자와 기타 양심적 병역거부자를 구분하여 설

70) 국제형법의 발전사 및 유엔 특별 형사재판소, 상설 국제형사재판소(ICC)와 혼합재판소 간의 차이점에 대해 상세히는 Ambos, *Internationales Strafrecht*(2014), § 6 Rn. 1 ff.; 조상제·천진호·류전철·이진국, *국제형법*(2011), 73쪽 이하.

71) ‘군복무 수행 거부자의 난민지위 인정에 관한 UNHCR 지침’도 이와 유사하게 “군복무 수행을 통해 국제 인도법에 반하는 행위를 할 수 있기 때문에 군복무 수행을 거부한 자에게 난민지위를 인정하는 것은 국제범죄 등을 범한 자에게 난민지위를 인정하지 않는 것과 같은 취지이다”라고 설명하고 있다(UNHCR, *supra* note 57, paras. 21-22 참조).

72) UNHCR, *supra* note 57, para. 21 참조(“인도적 국제법 또는 국제형법에 반하는 전쟁에 참여하는 것을 거부하는 것은 그 자체로(as such) 양심적 거부행위로 볼 수 있다”).

73) CJEU, *supra* note 10, para. 48; CJEU, *supra* note 11, para. 77.

명하고 있다’는 점⁷⁴⁾ 이러한 해석을 뒷받침한다.

제9조 제2항 제(e)목의 명시적 문언에 따르면 동 규정은 ‘분쟁지역에서 군복무를 수행함으로써 국제범죄를 범할 위기에 처한 자’를 원칙적 적용범위로 하는데, 셰퍼드 판결에 따르면 ‘이미 국제범죄를 범한 경우일지라도 계속되는 국제범죄의 범행을 회피하기 위해 군복무 수행을 거부하는 자’에게도 동 규정이 적용되는 것으로 보인다.⁷⁵⁾ 이 경우 ‘해당 군복무 수행자가 이미 범한 국제범죄의 가벌성이 탈락하는지’는 그의 난민자격성과 상관없이 국제형법의 원칙에 따라 판단되어야 한다. 즉, 강요위기상황에 해당하거나 기타 다른 위법성 조각사유 또는 책임조각사유가 긍정된다면 이미 범한 국제범죄의 가벌성이 탈락하겠지만,⁷⁶⁾ 그렇지 않다면 그가 난민으로 인정되더라도 이미 범한 국제범죄의 가벌성은 탈락하지 않는 것으로 보아야 한다. 이러한 해석이 국제형법과 국제 인권법이 서로 모순되지 않도록 조화롭게 해석하는 것이다. 즉, ‘국제범죄의 범행을 회피하기 위해 군복무 수행을 거부하였다면, 이미 국제범죄를 범하였던지, 아니면 단지 장래에 직무수행을 통해 국제범죄를 범할 가능성이 있는지에 상관없이, 그러한 거부행위는 국제 난민법에 따른 보호를 받을만한 가치 있는 것이기 때문에 그러한 군복무 수행 거부자는 난민으로 인정되어야 한다’는 것은 국제 난민법상의 요청이다. ‘그럼에도 불구하고 이미 범한 국제범죄에 대한 책임이 일반적으로 배제될 수는 없고, 국제형법상의 책임이 배제되는지는 구체적 사건에서 국제형법의 원칙에 따라 판단되어야 한다’는 것은 국제형법상의 요청이다. 그리고 이러한 요청들을 난민법 영역에서 구체화하고 있는 규정이 Directive 제9조 제2항 제(e)목이라고 보아야 한다. Vicini는 Directive 제9조 제2항 제(e)목의 성격을 오해하여 국제범죄의 범행을 회피하기 위해 군복무 수행을 거부

74) UNHCR, *supra* note 57, paras. 13 *et seq.*; Türk/Edwards, Introductory Note to the Guidelines on International Protection No. 10 on Claims to Refugee Status related to Military Service, IJRL 27 (2015), p. 167 and 170.

75) Advocate General ‘의견서’상의 사실관계 판단 참조(CJEU, *supra* note 11, paras. 2-4).

76) ‘강요위기상황(duress: Nötigungsnotstand)’에 대해 자세히는 Ambos, o. Fn. 70, § 7 Rn. 92 ff.; 상관의 위법한 명령에 따른 전쟁범죄가 면책되기 위한 요건에 대해서는 이진국, 상관의 위법한 명령에 따른 행위, 형사법연구 제26권 제2호(2014), 389쪽 이하; 국제형법상 범률의 착오에 대해 자세히는 조인현, 국제형사법에 있어서 범률의 착오에 관한 이행법률 적용 방안, 서울대학교 법학 제56권 제2호(2015), 249쪽 이하.

하는 자를 기타 다른 양심적 병역거부자와 동일하게 다루는 오류를 범하고 있다.⁷⁷⁾

세퍼드 판결을 계기로 논의되어야 할 또 다른 문제점은 ‘Directive 제9조 제2항 제(e)목이 정부군 군인에만 적용되는가’이다. 세퍼드 사건에서는 이 문제가 쟁점이 아니었으므로 다루어지지 않았는데, 일부 학자는 정부군 군인에게만 적용된다고 보고 있다.⁷⁸⁾ 그러나 국제형법에서는 이미 오래 전부터 ‘국제범죄의 행위주체는 국가조직에 한정되지 않는다’는 것이 확립되었고,⁷⁹⁾ Directive 2004 제6조도 박해행위의 주체를 국가조직에 한정하지 않고 있으며, UNHCR도 ‘양심적 병역거부는 정부군에 한정되지 않는다’고⁸⁰⁾ 하고 있다. 게다가 국제범죄는 대부분 내전이 이루어지고 있는 국가에서 발생하고 있는 현실을 고려하면 Directive 제9조 제2항 제(e)목의 적용범위가 정부군에 한정되어서는 아니 되고, 텔레반이나 IS와 같은 비정부군에도 적용되어야 한다.

한편 제9조 제2항 제(e)목을 위와 같이 해석할 경우 동 규정에 의한 난민인정과 양심적 병역거부로 인한 난민인정 간의 관계는 실체법적 구분뿐만 아니라 절차법적 규율에 의해서도 영향을 받을 수 있다. 즉, 행정소송인 난민소송에서 관할 법원이 ‘난민신청자가 주장하는 난민 인정사유에 어느 정도로 구속되는가’에 따라 난민소송의 결과가 달라질 수도 있다.⁸¹⁾

77) 한편 Reijven/van Wijk는 ‘국제범죄 범행을 이유로 난민자격이 거부되었지만 고문 등 이송금지사유가 존재하기 때문에 고국이나 제3국으로 이송할 수 없는 자들을 어떻게 해야 하는지’에 대한 명문 규정이 없다는 것을 국제법의 체계적 흠결(system error)로 보고 있다(Reijven/van Wijk, Caught in Limbo, IJRL 26(2014), 249 *et seq.*). 이러한 지적은 타당하지만 이들이 ‘이미 국제범죄를 범하였지만 계속되는 국제범죄의 범행을 회피하기 위해 군복무 수행을 거부한 자’도 난민협약 제1조 제F항에 해당되어 난민자격이 인정되지 않는다고 보지는 명확하지 않다.

78) 예컨대 Dörig, o. Fn. 61, S. 172.

79) Ambos, o. Fn. 70, § 6 Rn. 7; Simeon, The Application and Interpretation of International Humanitarian Law and International Criminal Law in the Execution of those Refugee Claimants who have Committed War Crimes, IJRL 27 (2015), p. 104 참조.

80) UNHCR, *supra* note 57, para.3 and 35.

81) 국내법을 대상으로 이 문제를 다루고 있는 논문으로는 박준영, 난민소송의 행정소송으로서의 특수성, 법제, 2014. 4, 198쪽 이하.

IV. 우리 법에로의 시사점

1. 외국인의 경우

2013년부터 시행되고 있는 난민법은 제19조에서 국제범죄 등의 범행자에 대한 난민자격 배제를 규정하고 있지만, 국제범죄 등의 범행을 회피하기 위해 군복무 수행을 거부한 자에 대해서는 명문 규정을 두고 있지 않다. 2013년 11월 20일 수단 국적 외국인이 인천국제공항에서 입국수속을 하면서 북수단 정부의 강제징집에 불응하여 생명에 위협을 받고 있다는 이유로 난민신청을 하였는데, 인천공항출입국관리사무소장이 ‘난민인정 신청사유 등에 관하여 거짓된 진술로 일관하고 있으므로 난민법 시행령상의 난민인정심사 불회부결정 사유에 해당한다’는 이유로 난민인정심사 불회부결정을 하였다. 이 결정에 불복하여 해당 수단 국적 외국인이 인천지방법원에 소송을 제기하였는데, 인천지방법원은 “원고의 난민신청 경위가 그 신청 무렵 수단의 강제징집 및 내전현황과 일부 부합하고, 원고의 난민면담 시의 진술이 사실에 반하는 명백한 허위의 진술이라고 볼 객관적 자료가 없으며, ... 단순히 강제징집을 거부한 사정만으로는 박해의 원인이 있었다고 할 수 없으나 징집거부가 정치적 동기에 의하여 이루어지는 등 정치적 의견을 표명한 것으로 평가될 수 있을 때에는 박해의 원인이 있었다고 할 수 있으므로, 원고가 강제징집 거부를 난민신청사유로 삼았다는 이유만으로는 그 난민신청이 명백히 이유가 없다고 할 수 없다”고 판단하였다.⁸²⁾

한편 콩고 민주공화국 국적 외국인이 한 난민신청에 대해 1심 서울행정법원 2006. 1. 26. 선고 2005구합215859는 박해의 가능성을 부정하여 원고의 청구를 기각하였으나, 2심 서울고등법원 2007. 1. 1. 선고 2006누5467이 원고에게 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포가 있다고 보아 1심판결을 취소하고 원고의 청구를 인용하자, 법무부장관이 대법원에 상고한 사건이 있었다. 이 사건에서 대법원은 “원고가 단순히 징집을 거부한 것이 아니라 콩고에서 민주화 운동을 주도하는 목사가 이끄는 교회의 청년회장으로서 종족 간의 학살로 이어지는 정부군과 반정부군 간의

82) 인천지법 2014. 5. 16. 선고 2014구합39385 판결.

내전에 반대하여 강제징집거부와 반전운동을 주도하였고, 강제징집거부와 반전운동이라는 정치적 의견을 표명한 행위로 인하여 정부군에 체포되어 감금되었다가 국외로 탈출하게 된 사정 등에 비추어 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 충분한 근거 있는 공포가 있다”고 하면서 상고를 기각하였다.⁸³⁾

위 판결들에서 알 수 있듯이 우리 난민법은 Directive 제9조 제2항 제(e)목과 같은 규정을 가지고 있지 않기 때문에, 우리 법원은 군복무 수행을 거부한 외국인의 난민신청 사건에서 양심적 병역 거부자에 해당하고 난민법상의 박해사유가 존재하는 경우에 한해 난민으로 인정하고 있다. 대한민국이 ICC 로마규정에 가입하였기 때문에 우리나라 또한 국제범죄의 처벌 및 국제범죄의 방지를 위해 ICC와 협력할 의무를 부담하고 있다는 점을 고려하면 Directive 제9조 제2항 제(e)목과 같은 규정을 우리 난민법에 명문화하는 것을 입법론적 방안으로 생각해 볼 필요가 있다. 해석론적으로는 법원이 양심적 병역거부자에 대한 난민자격 심사시에 Directive 제9조 제2항 제(e)목 및 관련 유럽사법재판소 판결을 우리 난민법의 관련규정 해석시에 해석의 보조수단으로 고려하여야 할 것이다. 우리 난민법은 난민협약을 이행하고 있는 법률이므로 난민협약에 합치하게끔 해석되어야 한다.⁸⁴⁾ 난민협약은 많은 문제들에 관해 명시적으로 규율하고 있지 않기 때문에 그러한 문제들의 경우 관련 국제 관습법이 법원(法源)으로 기능한다. ‘관련 국제 관습법이 무엇인지’는 난민협약을 구체화하고 있는 개별 협약국의 관련 법률 또는 판례를 통해 도출되어야 하는데, 관련 EU법과 유럽사법재판소 판결이 난민 관련 국제 관습법의 형성에 지대한 영향을 미칠 것이라는 점에는 의문이 있을 수 없다.⁸⁵⁾ 따라서 성문의 국내 난민법과 우리나라에 대해 효력을 발휘하는 성문의 국제 난민법에서 명시적 규율이 없는 경우 관련 EU 난민법과 유럽사법재판소 판결을 우리 난민법 해석시에 해석의 보조수단으로 고려하는 것은 타당할 뿐만 아니라, 오히려 요구되는 것이다.

83) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2007두3930 판결.

84) 일반적으로 국제조약 가입국은 해당 국제조약의 규율내용에 상응하도록 국내법을 개정 또는 제정할 의무를 부담한다. 따라서 조약 가입국이 해당 국제조약상의 규율내용보다 엄격한 기준을 적용하는 것은 선택사항이지만, 해당 국제조약의 규율내용에 미치지 못하는 이행입법을 하는 것은 조약위반이다.

85) 현재 난민법과 관련하여 고권적 판결을 내리고 있는 국제 사법기구는 유럽사법재판소뿐이다(이에 대해 자세히는 Bank, *supra* note 45, 213 *et seq.*).

2. 북한이탈주민의 경우

세퍼드 판결은 북한이탈주민 특히, 탈영병을 포함하여 국제범죄 범행에 가담한 것으로 여겨지는 북한이탈주민의 지위와 관련하여 많은 시사점을 주고 있다. 우리 헌법 규정에 의하면 북한 주민도 대한민국 국민이지만, 북한이 국제사회에서 국가로 다루어지고 있는 현실을 고려하여 우리는 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’이라는 특별법을 제정하여 북한이탈주민의 법적 지위 문제를 해결하고 있다.⁸⁶⁾ 동 법률 제9조 제1항 제1번, 제2번 및 제3번에 의하면 “통일부장관은 항공기 납치, 마약거래, 테러, 집단살해 등 국제형사범죄자, 살인 등 중대한 비정치적 범죄자 또는 위장탈출혐의자에 해당하는 북한이탈주민을 보호대상자로 결정하지 아니할 수 있고”, 제3항에 의하면 “제1항 각 호의 어느 하나에 해당하여 보호대상자로 결정되지 아니한 사람일지라도 필요한 경우 제11조(정착지원시설에서의 보호 등), 제13조(학력인정), 제14조(자격인정), 제16조(직업훈련), 제19조의 2(가족관계 등록 창설의 특례), 제22조(거주지 보호) 및 제26조의 2(국민연금에 대한 특례)에 따른 보호 및 특례 그리고 그 밖에 사회정착에 필요하다고 대통령령으로 정하는 보호 및 지원을 할 수 있다.”

현재 북한에서 이루어지고 있는 인권유린은 국제범죄에 해당한다는 주장이 제기되고 있다.⁸⁷⁾ 그런데 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’은 특정 범죄의 범행자인 북한이탈주민에 대해서는 동 법률상의 보호를 행하지 않을 수 있다고 규정하고 있지만, 그러한 범죄의 (특히, 국제범죄의) 범행을 회피하기 위해 탈북한 북한이탈주민의 보호에 대해서는 명문 규정을 두고 있지 않다. 따라서 예컨대 국제범죄가 이루어지고 있는 북한의 강제수용소에서 군 복무하던 병사가 국제범죄의 범

86) 대한민국에 정착하였다가 미국, 영국 또는 캐나다로 가서 난민신청을 하는 북한이탈주민의 경우 이중국적으로 인해 난민자격을 부여받지 못한다는 점에 대해서는 Wolman/Li, *Saeteomin Asylum Seekers*, IJRL 27(2015), 328 *et seq.* 참조.

87) 유엔 북한 인권 조사위원회는 2014년 2월 7일 ‘북한에서 이루어지고 있는 인권유린은 인도에 반하는 범죄에 해당하므로 국제 형사재판소에 북한 사태를 회부할 것’을 주 내용으로 하는 보고서를 제출하였다. 이 보고서에 대해 자세히는 송재현·임예준, 반인도 범죄로부터 북한주민보호를 위한 국제사회의 보호책임(R2P)에 관한 연구(2014), 31쪽 이하; 백범석·김유리, 북한인권 문제의 새로운 접근, 서울국제법연구 제21권 제1호(2014), 60쪽 이하.

행을 회피하기 위해 남한으로 넘어온 경우 이 탈영병의 법적 지위에 대하여 현행법은 명확히 규정하고 있지 않다. ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’ 제9조가 보호대상자 결정 및 보호대상자로 결정되지 않는 경우의 보호범위 결정을 통일부 장관의 재량사항으로 규정하고 있기 때문에 현행법하에서도 경우에 따라서는 국제범죄 범행 회피를 이유로 탈북한 북한이탈주민에 대해 Directive 2004 제9조 제2항 제(e)목이 ‘국제범죄 범행 회피를 이유로 군복무 수행 거부한 자에게 부여하고 있는 수준의 보호’가 이루어질 수 있다. 그러나 앞에서 설명한 Directive 제9조 제2항 제(e)목의 인정근거, 우리나라가 ICC 로마조약에 가입하였고 ‘국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률’을 통해 로마조약을 이행하고 있다는 점을 고려한다면 ‘국제범죄 범행 회피를 위해 탈북한 북한이탈주민’의 경우 그러한 보호는 의무적이라고 보아야 할 것이고, 법개정을 통해 이를 명문화할 필요가 있다.

한편 Directive 제9조 제2항 제(e)목과 관련하여 앞에서 설명된 바와 같이, 국제범죄 범행을 회피하기 위해 탈영한 북한 병사들 또는 북한이탈주민을 ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’에 따른 ‘보호대상자’로 보호될 가치가 있는 자로 보아야 한다고 할지라도, 그렇다고 하여 그들이 이미 범한 국제범죄의 가벌성이 탈락하지 않는다. 위법성 조각사유나 책임조각사유가 긍정되지 않는 한, 그러한 자들이 이미 범한 국제범죄는 처벌된다고 보아야 한다. 북한이탈주민이 대한민국에 있는 경우이기 때문에 이 경우 형사 관할권 문제는 발생하지 않는다.⁸⁸⁾ 그러나 국제범죄 성립 여부를 심사함에 있어서 ‘적용법의 문제 즉, 남한 법을 적용하여야 하는지, 아니면 북한 법을 적용하여야 하는지’, ‘남한 법을 적용하는 경우에도 구체적인

88) ‘국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률’ 제3조 제5항에 의하면 “대한민국 영역 밖에서 집단살해죄 등을 범하고 대한민국 영역 안에 있는 외국인”에게도 동 법률이 적용되기 때문에 사안과 같이 탈영병 또는 북한 이탈주민이 남한에 있는 경우라면 ‘탈영병 또는 북한 이탈주민이 대한민국 국민인지’에 상관없이 동 법률이 적용된다. 그러나 관할권과 관련하여서는 국내법적 규율과 국제사회에서의 인식이 서로 불일치한다는 점이 가장 큰 문제이다. 우리 헌법에 따르면 북한도 대한민국 영토이고 북한 주민도 대한민국 국민이다. 그러나 ICC는 ‘연평도 및 천안함 관련 대한민국 사태에 관한 사전조사 보고서’에서 남한과 북한을 각각 독립된 국가로 보았다(ICC, Situation in the Republic of Korea. Article 5 Report, June 2014, paras. 8 *et seq.*). 이러한 불일치는 ‘북한 사태가 유엔 안보리에 의해 국제 형사재판소에 회부되는 경우 또는 국제범죄를 범한 북한 주민이 어떤 식으로든 남한에 있게 된 경우를 제외하고, 북한에서 범해지고 있는 국제범죄에 대해 우리나라 또는 ICC가 관할권을 가지는지’라는 근본적 문제를 제기한다.

으로 범죄성립 요소를 심사함에 있어서 북한 법을 고려할 수 있는지’ 등 많은 문제들이 발생한다.⁸⁹⁾

이를 통해 알 수 있듯이 ‘북한에서 행해지고 있는 인권유린이 국제범죄에 해당하는지’, ‘국제범죄라면 이러한 범죄의 범행자들에 대한 관할권, 적용법규 및 형사처벌 가능성이 어떻게 해석되어야 하는지’라는 문제는 단지 통일 후에야 발생할 수 있는 문제가 아니라, 현재 우리가 당면한 문제이다.⁹⁰⁾ 이에 대한 논의는 지면상의 이유로 다른 기회로 미루고, 셰퍼드 판결은 우리에게 이러한 문제들에 대한 논의의 필요성을 일깨워 준다는 것을 강조하면서 글을 마친다.

89) 이에 관한 선행연구로는 신의기·박학모·이경렬, 통일대비 북한범죄자 처리방안에 관한 연구 (2009), 205쪽 이하; 박강우, 북한형법의 변화와 통일 후 불법청산방안, 형사정책연구 제26권 제1호(2015), 14쪽 이하.

90) ‘북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률’ 제9조 제1항이 “항공기 납치, 마약거래, 테러, 집단살해 등 국제형사범죄자 그리고 살인 등 중대한 비정치적 범죄자”인 북한이탈주민을 보호대상자로 지정하지 않을 수 있다고 규정하고 있기 때문에 이 문제는 비단 국제범죄의 경우에만 발생하는 것이 아니라, 제9조 제1항에서 나열되고 있는 범죄에 가담하였다고 여겨지는 모든 북한이탈주민에 대해서 발생한다. 참고로 마약거래범죄자라는 이유로 보호대상자로 결정되지 못한 북한이탈주민이 행정법원에 소송을 제기하고, 항소심 도중에 헌법재판소에 헌법소원을 제기한 사건이 있었다(헌재 2014. 3. 27. 2012헌바192 참조).

참고문헌

[단행본]

- 박찬운, 인권법, 제2개정판, 한울 아카데미, 2011.
- 승재현·임예준, 반인도 범죄로부터 북한주민보호를 위한 국제사회의 보호책임(R2P)에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2014.
- 신의기·박학모·이경렬, 통일대비 북한범죄자 처리방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2009.
- 조상제·천진호·류전철·이진국, 국제형법, 준커뮤니케이션즈, 2011.
- Ambos, Kai: Internationales Strafrecht, München 2014.
- Vest, Hans: Völkerrechtsverbrecher verfolgen. Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft, Bern 2011.

[논문]

- 곽준영, 난민소송의 행정소송으로서의 특수성, 법제, 2014.4, 186-207.
- 김종철, 난민정의를 대한 한국 판례의 비판적 고찰. 합리적 근거 있는 우려를 중심으로, 서울국제법연구 제21권 제2호(2014), 53-84.
- 박강우, 북한형법의 변화와 통일 후 불법청산방안, 형사정책연구 제26권 제1호(2015), 1-27.
- 백범석·김유리, 북한인권 문제의 새로운 접근—유엔 북한인권 조사위원회 활동 및 보고서의 인권법적 분석을 중심으로, 서울국제법연구 제21권 제1호(2014), 43-97.
- 이용호, 우리나라에 있어서의 국제인도법의 발전과 한계, 국민대 법학논총 제26권 제3호(2013), 284-321.
- 이진국, 국제형법상 침략범죄 구성요건의 신설과 전망, 형사정책연구 제24권 제1호(2013), 331-359.
- 이진국, 상관의 위법한 명령에 따른 행위, 형사법연구 제26권 제2호(2014), 377-404.

임 현, 난민법에 대한 평가와 과제, 법제, 2014. 4, 30-47.

조인현, 국제형사법에 있어서 법률의 착오에 관한 이행법률 적용 방안, 서울대학교 법학 제56권 제2호(2015), 245-283.

Ambos, Kai: The *Fujimori* Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 137-158

Ambos, Kai/Njikam, Ousman: Charles Taylor's Criminal Responsibility, *Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), 789-812

Bank, Roland: The Potential and Limitations of the Court of Justice of the European Union in Shaping International Refugee Law, *International Journal of Refugee Law* 27 (2015), 213-244

Burchard, Christoph: Ancillary and Netural Business Contributions to 'Corporate-Political Core Crime'. Initial Enquiries Concerning the Rome Statute, *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), 919-946

Dörig, Harald: Hohe Anforderungen an Asyl für US-Militärdienstverweigerer. Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 26. 2. 2015 C-472/13, *JM* 2015, 169-172

Farrell, Norman: Attributing Criminal Liability to Corporate Actors. Some Lessons from the International Tribunals, *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), 873-894

Fripp, Eric: International Humanitarian Law and the Interpretation of Persecution in Article 1A(2) CSR 51, *International Journal of Refugee Law* 26 (2014), 382-403

Ohlin, Jens David: Searching for the Hinterman. In Praise of Subjective Theories of Imputation, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 325-343

Park, Sun-Young: Refugee's Legal Status From Korean Constitutional Adjudication—Constitutional Review of 2008Hunba161, *세계헌법연구 제19권 제1호*(2013), 95-115

- Reijven, Joke/van Wijk, Joris: Caught in Limbo. How Alleged perpetrators of International Crimes who Applied for Asylum in the Netherlands are Affected by a Fundamental System Error in International Law, *International Journal of Refugee Law* 26 (2014), 248-271
- Ruffert, Matthias: Asylrecht für Kriegsdienstverweigerer. Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 26. 2. 2015 C-472/13, *Juristische Schulung* 2015, 663-665
- Simeon, C. James: The Application and Interpretation of International Humanitarian Law and International Criminal Law in the Execution of those Refugee Claimants who have Committed War Crimes, *International Journal of Refugee Law* 27 (2015), 75-106
- Türk, Volker/Edwards, Alice: Introductory Note to the Guidelines on International Protection No. 10 on Claims to Refugee Status related to Military Service, *International Journal of Refugee Law* 27 (2015), 166-171
- Vest, Hans: Problems of Participation—Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 295-309
- Vest, Hans: Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law, *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), 851-872
- Vicini, Giulia: Conscientious Objection to Military Service and the Notion of Persecution in European Union Asylum Law. The Shepherd Judgment of the Court of Justice of the European Union, *Journal of International Criminal Justice* 13 (2015), 845-860.
- Weigend, Thomas: Problems of Attribution in International Criminal Law. A German Perspective, *Journal of International Criminal Justice* 12 (2014), 253-266
- Wolman, Andrew/Li, Guobin: Saeteomin Asylum Seekers. The Law and Policy Response, *International Journal of Refugee Law* 27 (2015), 327-347

Refugee status for deserter who refused to perform
military service for the purpose of not participating
in war crimes : Shepherd Judgment of the CJEU and
its bearing on international human rights law,
international criminal law and Korean law

Park, Kyung-Gyu*

In February 2015, the Court of Justice of the European Union for the first time addressed in its Shepherd Judgment requirements under which a deserter who refused to perform his military service for the purpose of not perpetrating war crimes can be qualified as refugee. Since the Shepherd Judgment is issued in accordance with the common section of international refugee law and international criminal law, it has significance for both international human rights law and international criminal law. Another crucial effect of the Shepherd Judgment is to lead to scrutinizing why such deserter needs to be protected as refugee. As to the Korean law concerned, it is necessary to discuss the following issues in relation to this judgment: 1. whether it is necessary to adopt such provision as Art. 9(2)(e) EU Council Directive 2004/83/EC in the Korean Refugee Act, 2. whether the north Korean escapees who fled from north Korea not to participate in an international crime must be capable of benefiting the protection under the Korean Act on Protection of north Korean escapees and assisting their settlement in south Korea, 3. whether those north Korean escapees can be punished for international crimes in which they already participated, and if so, whether south Korea has jurisdiction over international crimes which took place in north Korea,

* Research scholar at the Law Research Institute of Kyungpook National University Law School and Ph. D. in Law.

and 4. in concreto, how the culpability of such north Korean escapees should be examined.

❖ Keyword: international crimes, war crimes, refugee, deserter, north Korean escapees

