판사의 난민소송 불공정 우려로 인한 기피 헌법소원[1)]

1. 사건개요

아프간 국적을 가진 헌법소원 심판청구인이 2016년 9월 연방이민난민청(Bundesamt für Migration und Flüchtlinge: BAMF 이하 '연방청'이라 함)에 난민신청을 하였다. 2017년 3월에 난민신청이 거부되자, 그가 이 거부처분에 대하여 소송을 제기하였다. 관할 재판부가 단독심리결정을 하자, 그는 2020년 2월 19일 이 사건을 배정받은 단독판사의 불공정이 우려된다 하여 기피신청을 하였다.

기피신청의 사유는, 그 판사가 2019년 8월 9일 "침입 중지: 이민은 살인! 이제 봉기하라"고 쓰인 독일 국가민주당(NPD)의 선거현수막을 제거하라는 행정청의 명령에 대한 항고소송에서 인용판결을 하였다는 사실이다. 심판청구인은 판결이유가 극우의 이슬람 적대적인 독일의 국내 경향을 인정하고, 이로써 일부 난민적대적인 사회분위기를 강화하기에 적합하다고 주장하였다. 특히 판결에서 2015년 가을의 상황을 "외부에서 독일 영토로 쇄도", 그리고 "침입이라 할(invasiv) 입국"이라 묘사함으로써, 2016년 초에 입국한 심판청구인으로서는 이 판사 앞에서는 자기가 어떠한 진술을 하더라도 배척될 것이라는 우려를 갖게 된다고 하였다.

행정법원은 심판청구인이 문제시한 위의 재판을 통해서 제거명령이 의견청취의 결여로 위법함을 확인하고, 이어서 "앞의 설시에 따라 '이민은 살인'이라는 원고의 선거현수막 문언을 인종혐오(Volksverhetzung)라고 평가할 것이 아니라 부분적으로 현실을 반영하고 있다고 할 것이다. 실제로

1) 2021년 7월 1일자 결정 사건번호 2 BvR 890/20

2014/2015년부터 이루어진 독일로의 이주경향이 사회 내부의 변화를 일으켜, 사람의 사망으로 이어졌을 뿐만 아니라 자유민주적 기본질서의 사망으로 귀결되기에 적합하다. 당해 법원에만도 난민신청자가 살인자가 된 사례들이 알려져 있다. 여기서 적시하자면..."이라고 설시하였다.

행정법원은 2020년 4월 29일 기피신청의 대상이 된 판사의 참여 없이 합의부결정으로 심판청구인의 기피신청을 기각하였다. 이에 이어 기피신청의 대상이 된 단독판사의 판결로써 행정법원이 심판청구인에 대한 연방청의 결정을 일부 취소하고, 심판청구인에게 보충적 보호(subdiriärer Schutz)[2]를 받을 수 있는 지위를 인정할 의무를 연방청에 부과하였으며 그 외의 청구는 기각하였다. 기각된 청구의 범위에서 관할행정법원에 항소허가절차가 계속 중이다.

이에 심판청구인은 헌법소원을 제기하여 기본법 제101조 제1항 제2문을 위반하였다고 주장한다. 행정법원이 자신의 기피신청을 부당하게 기각하여 법률에 의한 법관의 재판을 받을 권리를 침해하였다는 것이다.

2. 결정주문

2020년 4월 29일자 기센 행정법원의 결정 - 4 K 2860/17GI.A - 은 기본법 제101조 제1항 제2문에서 도출되는 심판청구인의 기본권에 준하는 권리(grundrechtsgleiches Recht)[3]를 침해한다. 이 결정을 파기한다.

---

2) 한국 난민법상으로는 인도적 체류허가(제2조 제3호)가 이에 해당한다. 독일의 보충적 보호도 한국의 인도적 체류허가와 마찬가지로 독립하여 신청할 수 없으며, 난민신청이 거부되는 경우에 고려의 대상이 된다.

3) 독일 기본법 제93조 제1항 제4a호에서 기본권 외에 제20조 제4항(저항권)과 제33조(공직취임과 공무원의 지위), 제38조(선거), 제101조(예외법원), 제103조9사법적 권리: 법정진술권, 죄형법정주의, 이중처벌금지), 제104조(자유박탈시의 권리보호)에 규정된 권리가 침해되었다고 주장하여 헌법소원을 제기할 수 있다고 한다. 이 일정한 조항에 규정된 권리를 기본권에 준하는 권리, 기본권과 동일한 권리라 한다. 그 중에 기본법 제101조(예외법원)도 포함되어 법률에 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리는 독일에서는 기본권에 준하는 권리로 인정된다.

3. 결정이유

2020년 4월 29일자 기센 행정법원의 결정은 기본법 제101조 제1항 제2문에서 도출되는 심판청구인의. 법률이 정한 법관의 재판을 받을 권리를 침해한다. 심판청구인의 기피신청에 대한 동법원의 기각결정은 자의적이다

1. 기본법은 소송참여자에게 독립적이고 공정한 법관의 재판을 받도록 보장한다. 법관의 물적·인적 독립성 외에 “관련 없는 제3자”의 재판이 기본법이 규정한 사법의 본질적 징표이다. 기본법 제101조 제1항 제2문에서 도출되는, 법률이 정한 법관의 재판을 받을 권리는, 소송참여자와의 인적·물적 관계로 중립성을 잃은 법관의 재판을 받지 않을 권리를 보장한다.

하지만 법원이 정해진 한계를 잘못 넘어선다 하여 항상 기본법 제101조 제1항 제2문의 위반을 인정하기에 충분한 것은 아니다. 법의 해석과 적용이 자의적인 경우, 즉 기본법을 지배하는 관념에 비추어 이해할 수 없거나 유지될 수 없음이 명백한 방식으로 이루어진 경우, 또는 법원이 기본법 제101조 제1항 제2문의 의미와 적용범위를 간과한 경우 합헌성의 한계를 넘어서는 것이다.

2. 2020년 4월 29일자 기센 행정법원이 심판청구인의 기피신청에 대하여 내린 기각결정은 유지될 수 없음이 명백하고, 자의적이다.

a) 심판청구인이 문제시한 2019년 8월 9일자 행정법원의 판결에서 기피신청의 대상이 된 판사가 보인 법적 견해나 국가민주당(NPD)이 사용한 슬로건이 인종혐오의 구성요건을 충족하는지 여부의 법적 문제에 대한 응답을 기

피신청으로써 비판하는 것이 아니고, 이 행정법원의 이민에 관한 설시를 그 판사에 대하여 기피신청을 하는 계기로 삼은 것이다. 하지만 이 행정법원은 기피신청에 관한 법률규정을 해석하면서 수긍할 수 없는 방식으로 이를 간과한 것이다.

b) 2019년 8월 9일자 행정법원의 설시는, 그 기피신청의 대상이 된 판사가 편견이 없을 것인가에 관한 의심을 갖는 계기가 되었을 것이다. 이러한 점은, 문제의 판결에서 이주가 "본질적으로 이주가 이루어지는 곳의 문화적 가치에 위험"이 된다는 주장을 상궤에서 벗어나 역사적으로 논증하려 한 것, 그리고 "독일의 문화와 법질서 및 사람의 생명에 대한 위험"이 존재함을 "부인하지 못한다"는 언급에서 이미 나타난다. 이는 "이민은 살인"이라는 표현은 경험적으로 증명될 수 있는 사실이라든가, 단독판사가 알고 있다는, 난민신청자가 추후에 살인이나 또 다른 중대한 범죄로 유죄판결을 받았다는 사례들을 인용한 판결 이유의 문구들에서 강조되어 드러난다. 원심 행정법원이 이민이 죽음이나 인명경시와 관계가 있을 수 있으며, 이주자가 전반적으로 살인죄와 재산에 관한 범죄를 범할 수 있는 상태에 있다는 증좌로 이러한 사례들을 택한 것이다. 이 행정법원이 역사적 사건들과 현재의 정치적 상황을 이렇게 해석함으로써 광범위한 이민 개념을 난민신청자 집단으로 좁히고, 나중에 중범죄의 우범자가 된 사람들을 이 난민신청자의 집단만이 아니라 이민영역 전체의 특징으로 규정한다. 이로써 문제가 된 판결의 표지에, 이 판결을 작성한 판사는 이민을 근본적으로 우리 공동체의 미래를 위협하는 해악으로 본다고 쓴 것이나 마찬가지가 되었다.

c) 앞에 언급한 문구들도 그렇지만 그 외의 무수한 문구들은, 기피신청의 대상이 된 판사의 중립성에 대한 불신의 사유가 되기에 적합함은 명백하다. 2016년 초에 독일에 입국한 난민신청자로서, 원심 행정법원이 2019년 8월 9일자 판결에서 사람의 사망은 물론 장기적으로 보면 자유민주적 기본질서의

“사망”으로 귀결될 사회 내부의 변화를 야기할 것으로 지적된 “2014/2015년 이후 독일로 향하는 이주행렬”에 속한 심판청구인이 이 판사에게서 난민재판을 받아야 할 것이라는 점에서 특히 그러하다.

d) 원심 행정법원이 기피신청의 대상이 된 판사를 통하여 그 사이 심판청구인의 청구를 일부 인용하였다는 정황이 있다 하여 이 불신을 불식시키지 못한다. 기피신청 재판에서는 재판시 즉 본안판단 전의 상태가 기준이 되는 것이다. 그런데 판결에서 보충적 보호를 인정한 부분은 불복신청되지 않아 기판력이 발생하기는 하였다. 하지만 불공정을 우려할 합리적인 계기가 되는 행태를 보인 판사의 재판에 근거하여 청구가 기각되었다. 이 범위에서 원심 행정법원에 소송이 계속하고, 기본법 제101조 제1항 제2문에서 도출되는 권리를 보장하는 재판이 있어야 한다. 본안이 이 행정법원에 계속하므로 환송은 고려대상이 아니다.

4. 결정의 의의

이 사례의 배경이 되는 2014/2015년 이후 몇 년간 독일로의 이주규모는 백만 명을 훨씬 상회한다. 이를 계기로 독일 사회가 이전에 비해 현격히 살인이나 성범죄 등 강력사건에 노출된 것도 사실이다. 하지만 연방헌법재판소는 이 현상에 대한 역사적 평가가 아니라, 헌법소원 심판청구인이 난민사건에서 판사의 공정성을 우려할 것인가의 관점에서 판단하였다. 난민사건은 물적 증거가 거의 없이 난민신청자가 출신국에서 처했던 정황에 관하여 그의 진술에 의존하여 판단하여야 한다는 특징이 있으므로, 관할법원의 중립적 태도가 반드시 필요하다는 고려가 전제된 것으로 보인다.