독일국가민주당 위헌정당 해산 심판[1)]

1. 사실관계 및 배경

심판의 대상은 기본법 제21조 제2항[2)], 제93조 제1항 제5호[3)], 연방헌법재판소법 제13조 제2호[4)], 제43조[5)] 이하에 따라 연방참사원이 청구한 독일국가민주당(Nationaldemokratische Partei Deutschlands, NPD)의 위헌 확인 및 해산이다. 피청구인인 독일국가민주당은 1964년 창당 이후 독일의 여러 주의 주의회에 진출하였으나, 1969년 연방의회 선거에서 5% 저지조항[6)] (Fünf-Prozent-Klausel)에 가로막혀 연방의회 진출에 실패하였다. 이후 35년 동안 연방 및 주의회 선거에서 의원을 배출하지 못하다가 2004년 이후 몇몇 주의 주의회에 진출하였고, 유럽의회에 1명의 의원이 당선되었다. 현재로서는 독일 내 연방의회와 주의회에 독일국가민주당 의원은 없다. 몇몇 지방자치단체(주로 구 동독 지역)의 의회에는 2014년 기준 367명의 독일국가민주당 의원이 존재한다. 독일국가민주당의 당원 숫자는 1969년에 2만 8천명을 기록하였으나, 이후 지속적으로 그 수가 줄어서 1996년에는 약 3천명에 불과하였고, 2013년 12월 기준 5천 48명의 당원이 존재한다.

---

1) 2017년 1월 17일자 사건번호 2 BvB 1/13.

2) [기본법 제21조 제2항]
정당의 목적이나 추종자의 행태를 기준으로 자유민주적 기본질서를 침해 또는 부인하거나 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하려고 하는 정당은 위헌이다. 위헌 여부에 대해서는 연방헌법재판소가 판단한다.

3) [기본법 제93조 제1항 제5호]
(1) 연방헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.
5. 기본법이 규정하는 기타의 경우

4) [연방헌법재판소법 제13조 제2호]
연방헌법재판소는 다음의 사건을 관장한다.
2. 정당의 위헌여부(기본법 제21조 제2항)

5) [연방헌법재판소법 제43조]
(1) 연방의회·연방참사원 또는 연방정부는 정당의 위헌여부에 대한 심판을 청구(기본법 제21조 제2항)할 수 있다.
(2) 주정부는 정당의 조직이 해당 주에 한정되어 있는 정당만을 상대로 청구할 수 있다.

6) 독일의 연방의회(Bundestag) 선거는 지역구 의원을 선출하는 제1투표와 정당 명부 투표를 통한 비례대표 선출의 제2투표로 나뉜다. 이 때 각 정당이 제2투표에서 5% 이상을 득표하지 못하거나 3개 이상의 지역구에서 당선되지 않으면, 정당명부를 통한 비례대표 배분에서 제외된다. 5퍼센트 장벽조항이라고도 불리는 이 제도는 바이마르공화국 시절 지방 분권적 전통으로 인한 소수정당의 난립과 이로 인한 정치 불안과 함께 나치스 독재의 출현을 경험한 반성으로 도입되었다.

피청구인에 대한 위헌 확인 청구는 이미 2001년에 연방정부, 연방의회, 연방참사원에 의해 이루어졌으나, 연방헌법재판소는 제출된 증거자료 중 국가기관이 투입한 비밀요원에 의해 수집된 자료가 포함되어 있다는 이유로 청구를 정지시켰다(eingestellt).[7]

2013년 12월에 연방참사원(청구인)은 피청구인의 위헌 확인과 정당 및 산하 단체의 해산, 대체조직을 창설하거나 지속하는 것의 금지, 피청구인 및 산하 단체의 재산 몰수를 청구하였다. 청구인은, 피청구인에게 귀속되는 추종자의 행위 및 피청구인의 목적에 비추어 볼 때 피청구인이 자유민주적 기본질서를 침해하고 부인하려하기 때문에 청구가 이유있다고 주장하였다.

2. 결정요지

청구를 기각한다.

3. 이유

(1) 청구인은 기본법 제21조 제2항 및 연방헌법재판소법 제43조 이하에 따라 독일국가민주당의 위헌 확인 청구를 제기하였다. 그 이유로 피청구인의 목적과 그 추종자의 행위가 자유민주적 기본질서를 침해하려하기 때문이라는 점을 들었다. 이에 대해서는 다음의 심사기준에 따라 판단한다.

1) 기본법 제21조 제2항 상의 자유민주적 기본질서라는 개념은 자유 헌법국가에 절대적으로 필요한 기본원리를 내포하고 있다. 그 출발점은 인간의 존엄이다(기본법 제1조 제1항[8]). 인간존엄의 보장은 개인의 인격과 정체성,

7) BVerfGE 107, 339.
8) [기본법 제1조 제1항]

불가침성 및 근본적인 권리의 동등함을 수호하는 것을 포함한다. 인종주의적 차별을 목적으로 하는 구상은 여기에 합치되지 않는다. 이 밖에도 민주주의의 원리라는 틀 안에서 모든 국민에게 정치적 의사형성 과정에 동등하게 참여할 수 있는 기회가 주어지고 모든 국가권력이 국민에게 귀속되는(기본법 제20조[9] 제1항, 제2항) 점이 자유민주적 기본질서를 구성한다. 이는 법치국가의 원리에서는 공권력이 법에 구속되고 이 구속을 독립적인 법원이 감시하는 방식으로 적용된다. 자유민주적 기본질서에는 국가의 무력사용 독점도 포함된다.

2) 기본법 제21조 제2항 상에서 자유민주적 기본질서를 부인(Beseitigen)한다는 개념은 자유민주적 기본질서의 본질적 요소를 한 가지 이상 제거하거나 이를 다른 헌법질서 또는 다른 정부체제로 대체하는 것을 의미한다. 자유민주적 기본질서의 침해(Beeinträchtigen)는 정당의 정치적 구상이 자유민주적 기본질서의 본질적 요소를 매우 현저하게 위협하는 결과를 가져올 때 인정된다.

3) 정당이 자유민주적 기본질서를 침해하거나 부인하려 하는 것은 정당의 목적이나 그의 추종자의 행위를 통해 도출되어야 한다. 정당의 목적은 정당이 (공개적으로 혹은 비밀리에) 정치적으로 추구하는 것들의 총체이다. 추종자는 당적 보유와는 상관없이 정당을 위해 행동하고 지지하는 모든 이를 뜻한다. 원칙적으로 정당지도자와 지도적 위치의 당원(산하 단체의 일원도 포함)의 행위와 정당의 출판기관을 통한 발언은 정당에 귀속된다. 일반 당원이나 당적이 없는 추종자의 발언 또는 행동은 그들의 행위 안에서 정당의 정치적 의지가 확연하게 드러나는지가 관건이 된다. 일반적으로 행위가 정당의

인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.

9) [기본법 제20조]
(1) 독일연방공화국은 민주적이고 사회적인 연방국가이다.
(2) 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민에 의하여 선거와 투표를 통해 행사되고, 입법·집행 및 사법기관을 통해 행사된다. (...)

기본적인 경향을 반영하거나 행위가 정당에 의한 것임을 정당이 명시적으로 밝히는 경우에 해당 행위는 정당에 귀속된다.

4) 위헌정당해산은 자유민주적 기본질서를 침해 또는 부인을 '하려 할 것(Darauf Ausgehen)'을 요구한다. 이는 신념이나 세계관을 금지하는 것이 아니다. 이에 따라 정당이 헌법에 적대적인 목적을 추구하는 것을 넘어서 자유민주적 기본질서에 대한 전투적인 행동을 하는 경우에야 위헌정당으로 확인될 수 있다. 이는 정당이 활발하고 계획적인 활동을 통해 자유민주적 기본질서의 침해 또는 부인을 도모하는 경우에 해당된다. 정당의 활동이 기본법 제21조 제2항 제1문의 보호법익에 대한 구체적 위협을 초래하는 것은 필수적 요건이 아니다. 하지만 정당의 활동이 성공할 수 있을 것(잠재력, Potentialität)이라는 어느 정도 구체적인 근거는 필요하다. 만약 정당의 활동이 헌법에 적대적인 목적을 달성할 기회에 조차 도달할 수 없다면 위헌정당 금지를 통한 헌법의 예방적 보호는 필요하지 않다. 1956년의 독일공산당 판결[10]에서는 정당이 위헌적인 의도를 가까운 장래에 실현할 가능성이 없다고 해도 정당금지가 이루어질 수 있다고 하였는데 본 재판부는 판단을 달리한다.

5) 그 밖의 (성문화되지 않은) 구성요건은 기본법 제21조 제2항에 포함되지 않는다. 비례성 원칙은 정당해산심판에서 적용되지 않으며, 국가사회주의[11](나치즘, Nationalsozialismus)와의 관련성도 기본법 제21조 제2항의 구성요건을 대체하는 기능을 하지 않는다. 다만 국가사회주의와 본질적으로 유사하다는 점은 정당이 헌법에 적대적인 목적을 추구한다는 관점을 방증하는 효력을 가질 수 있다.

---

10) BVerfGE 5, 85 <143>.

11) 국가사회주의(나치즘)는 파시즘과 인종주의를 조합한 사상이며, 그를 뒷받침하는 우생학을 필두로 한 전체주의 사상의 일부이다. 국가사회주의의 이념은 독일의 국가사회주의독일노동자당(나치스)이 실행했다. 독일에서 최초로 발생한 원류 나치즘은 파시즘 이론을 포함하고, 당수 히틀러의 인종주의적 논리에 그 뿌리를 두고 있다.

(2) 위와 같은 기준에 따르면 이 사건 위헌정당해산 청구는 이유 없다.

1) 독일국가민주당의 정치적 구상은 자유민주적 기본질서를 부인하고 있다.

피청구인이 주장하는 국민의 개념은 인간의 존엄을 침해한다. 피청구인의 국민에 대한 개념은 인간의 존엄에서 도출되는 인간존중의 의무를 부인하고, 결과적으로 피청구인이 인종적으로 정의한 '국민공동체(Volksgemeinschaft)'에 속하지 않는 이들이 근본적으로 동등한 법적 권리를 갖는 것을 거부한다. 독일국가민주당의 정치적 구상은 외국인과 이민자, 종교적 소수파 및 다른 소수자들을 배제하고 경멸하며, 이들의 법적 권리를 제거하려는 목적을 갖고 있다.

나아가 독일국가민주당은 민주주의의 원리라는 관점에서도 자유민주적 기본질서를 부인하고 있다. '국민과 국가의 일치(Einheit von Volk und Staat)'라는 표현으로 뚜렷이 드러나는 독일국가민주당의 단일민족국가라는 구상은 인종적으로 독일인이 아닌 자들의 정치적 의사형성 참여를 원칙적으로 허용하고 있지 않다. 이는 국가에 속한 모든 이들이 정치적 의사형성에 동등하게 참여할 수 있는 민주주의 원리의 핵심인 인권에 위배된다. 이 밖에도 독일국가민주당은 현재의 의회를 통한 대의민주주의체제를 없애고 이를 '국민공동체' 원리를 지향하는 단일민족국가로 대체할 것을 주장하고 있다.

독일국가민주당은 국가사회주의와 본질적으로 유사하다. '국민공동체'라는 구상은 유대인을 배척하는 근본적 태도와 현존하는 민주주의 질서를 경시한다는 점에서 국가사회주의와 매우 유사한 행태를 보이고 있다. 이에 더하여 국가사회주의독일노동자당(Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei,

NSDAP, 나치당) 지도층을 신봉하고, 국가사회주의에서 사용하는 어휘, 텍스트, 노래와 상징 및 역사수정주의적 표현을 재수용하는 태도는 적어도 독일국가민주당의 상당 부분이 국가사회주의를 의제하는 공상(표상)세계(Vorstellungswelt)와 연관되어 있다는 점을 나타낸다. 독일국가민주당은 국가사회주의와 본질적으로 유사하므로 피청구인이 자유민주적 기본질서를 경시하고 있음이 확인되었다.

그러나 독일국가민주당을 위헌정당으로 금지하는 것은 기본법 제21조 제2항 제1문상의 '하려 할 것'이라는 구성요건이 충족되지 않았으므로 불가능하다. 독일국가민주당은 자유민주적 기본질서에 반하는 목적을 신봉하며 이를 달성하기 위해 계획적으로 행동하고 있어서 그 행위가 자유민주적 기본질서의 부인을 예비하는 것으로 보여진다. 하지만 피청구인이 추구하는 헌법에 적대적인 목적을 이행하기 위한 구체적이고 비중있는 근거가 없다. 이러한 목적을 성사시키기 위해 청구인이 정치적 의사형성 과정을 통해 참여할 가능성은 희박하며, 정치적 의사형성의 자유를 충분한 정도로 침해하려는 시도 역시 확인되지 않는다.

독일국가민주당이 의회 내외에서 민주적 수단을 통해 헌법에 적대적인 목적을 달성하는 것은 불가능해 보인다. 독일국가민주당이 의회 내에서 선거를 통해 여당이 되거나 연정(Koalition)에 참여함으로써 정책을 실현할 기회를 얻는 것은 불가능해 보인다. 초지역적 차원에서 독일국가민주당은 유럽의회에 1명의 의원을 두고 있을 뿐이다. 연방의회선거에서는 침체된 수준에 머물러 있으며 지난 50여년 가량 존속해 오면서 독일국가민주당은 주의회 의원을 연속적으로 배출해 내지 못했다. 이러한 경향이 앞으로 바뀌리라는 근거는 없다. 더욱이 이미 연방 및 주의회에 진출한 정당들이 독일국가민주당과 연정을 펼치거나 개별 사안에서의 협력을 하려 하지 않을 것이다. 지방자치의회에 몇몇 독일국가민주당 의원이 있다고 해도 정치적 의사결정에 결정적

인 영향을 미치지 못하고 있으며 앞으로도 그러할 것이다.

독일국가민주당이 의회 외부에서 민주적 수단을 통해 정치적 의사결정 과정에 참여함으로써 가까운 시일 내에 헌법에 적대적인 목적을 달성할 가능성 역시 없다. 점차 후퇴하고 있는 낮은 수준의 조직력과 제한된 유세활동력, 미미한 사회적 영향력을 감안할 때 독일국가민주당이 의회 외부의 정치적 의사결정에 지속적인 영향을 주는 것은 불가능하다. 독일국가민주당의 총 당원 수가 6천명이 채 되지 않으므로 행동가능성 역시 매우 제한되어 있다. 이러한 구조적 결함과 미약한 영향력을 대민홍보활동 등을 통해 상쇄하는 것은 불가능하다. 독일국가민주당이 헌법에 적대적인 의도를 실현하기 위해 난민·외국인 정책과 관련된 활동을 함으로써 상당한 수준의 추가적 조력을 얻을 수 있을 것이라는 주장에 대한 근거 역시 없다. 독일국가민주당은 극우 네트워크를 조직하여 지휘함으로써 사회 내 영향력을 증대시키는 것에도 실패하였다.

독일국가민주당이 구성요건인 '하려 할 것'을 충족하는 방식으로 정치적 의견충돌이 허용하는 범위를 위반하였다는 구체적인 근거 역시 존재하지 않는다. 독일국가민주당이 헌법에 적대적인 의도를 폭력이나 범죄를 통해 이행하려 한다는 것은 (아직까지는) 개별 사건을 통해 도출될 수 없다. 두려움을 조성해서 정치적 의사결정 과정의 자유를 현저히 침해하려 한다는 충분한 근거도 존재하지 않는다. 독일국가민주당이 당원이나 그 추종자들의 위협적인 행동과 범죄 행위가 정치적 의사형성의 자유를 위협하고 폭력적인 공격을 받을 수도 있다는 두려움을 불러일으킨다는 점은 부인할 수 없지만 기본법 제21조 제2항이 규정하는 임계점에는 도달하지 못했다. 독일국가민주당의 위협이나 협박, 잠재적 폭력의 구축으로부터 정치적 과정의 자유 및 개개인을 효과적으로 보호하기 위해서는 경찰법(예방)과 형법(진압)의 수단을 통해 시의적절하고 총체적으로 반응해야 할 것이다.