연방 총리의 발언과 정부 구성원의 정치적 중립의무[1)]

I. 사실관계

이 기관쟁의심판[2)] 사건은 2020년 2월 6일 피청구인 Ⅰ(당시 연방총리)의 발언 및 해당 내용을 연방 총리 및 연방 정부(피청구인 Ⅱ)의 인터넷 홈페이지에 공개한 사안에 대한 것이다.

1. 피청구인 Ⅰ인 메르켈(Angela Merkel) 연방 총리가 해외순방 중이던 2020년 2월 5일에 튀링엔(Thüringen) 주 주의회에서 주정부 수상선거가 있었다. 처음 두 차례에 걸친 투표에서는 사회민주당(SPD), 좌파당(DIE LINKE) 및 녹색당 연합(Bündnis 90/DIE GRÜNEN)의 공동 후보인 라멜로우(Bodo Ramelow)와 청구인(독일 대안당/AfD)의 원내 교섭단체 소속인 킨더파터(Christoph Kindervater)가 후보로 나왔으나 어떤 후보도 튀링엔 주 헌법 제70조 제3항[3)]에 따라 요구되는 절대다수를 점하지 못하였다. 이후 치러진 3차 투표에서는 자유민주당(FDP)의 원내 교섭단체 소속인 케머리히(Thomas Kemmerich)가 추가로 출마하였다. 케머리히 후보가 90표 중 45표를 얻어서 당선되었고, 라멜로우 후보는 44표를 얻었으며, 무효표 1표가 나왔다. 킨더파터 후보는 한 표도 얻지 못하였다.

2. 튀링엔 주 수상선거는 청구인인 독일 대안당이 부적절하게 개입하였다

---

1) 연방헌법재판소 2022. 6. 15. 결정, 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20.

2) 기관쟁의심판(Organstreitverfahren)은 기본법 제93조 제1항 제1호에 근거를 두고 있으며, 연방헌법재판소법 제63조 이하에서 세부 사항을 규정하고 있다. 연방의 최고헌법기관 간에 또는 이러한 기관들과 동등한 취급을 받는 관계자(주로 정당) 간에 헌법적 권한과 의무에 관해 분쟁이 있는 경우 연방헌법재판소는 피청구인의 조치 또는 부작위가 기본법 규정에 위배되는지 여부를 판단한다.

3) **[튀링엔 주 헌법 제70조 제3항]**
수상은 주의회에서 토의 없이 비밀투표로 주의회 의원의 다수로 선출한다. 첫 번째 투표에서 누구도 다수표를 얻지 못하였다면 새로운 투표를 시행한다. 두 번째 투표에서도 선출이 이뤄지지 않는다면 다음 투표에서 가장 많은 표를 얻은 사람이 선출된다.

고 추측한 많은 이들의 공개적인 비판을 받았다. 특히 선거 당일 연방 기독교민주연합(CDU) 대표인 크람프-카렌바우어(Annegret Kramp-Karrenbauer)는 케머리히 후보를 지지한 기독교민주연합 원내 교섭단체 의원들이 독일 대안당과의 협력을 배제하고 있는 독일 기독교민주연합의 결의 상황에 위배되는 행위를 했다고 비판하면서 튀링엔 주 수상이 사임하여야 한다고 했다.[4)]

3. 피청구인 Ⅰ은 당시 직무상 독일 기독교민주연합의 의장단의 일원이었으며, 공무상 출장으로 남아프리카공화국과 앙골라를 예방 중이었다. 2020년 2월 6일 피청구인 Ⅰ은 남아프리카공화국 대통령과 함께 프레토리아(Pretoria)에서 열린 기자회견에 참석하였으며, 독일과 남아프리카공화국의 국기를 배경으로 하고 남아프리카공화국 국가 문장이 부착된 단상 앞에서 다음과 같은 발언을 하였다.

"신사 숙녀 여러분, 저는 국내의 정치와 관련된 이유로 사전 발언(Vorbemerkung)을 하고 싶다고 대통령께 미리 말씀드렸습니다. 그리고 이는 어제 튀링엔 주에서 수상이 선출된 것과 관련이 있습니다. 이 수상선거는 독일 대안당과의 협력을 통한 다수 선점이 행해져서는 안 된다는 기독교민주연합과 저의 근본 신념을 꺾어버린 특이한 과정이었습니다. 세 번째 투표에서 행해진 이러한 상황이 예견 가능한 것이었다는 점에서 이러한 과정은 용서될 수 없으며, 따라서 결과 또한 무효로 되돌려져야 한다고 봅니다. 적어도 기독교민주연합은 선출된 수상의 체제하에서 구성된 정부에 참여해서는 안 될 것입니다. 어제는 민주주의에 어울리지 않는 날이었습니다."

이와 같은 발언은 '메르켈 연방 총리와 시릴 라마포사(Cyril Ramaphosa) 남아프리카공화국 대통령과의 기자회견'이라는 제목으로 연방 총리의 인터넷 홈페이지(www.bundeskanzlerin.de) 및 연방 정부(피청구인 Ⅱ)의 인터넷 홈

4) 수상으로 선출된 케머리히 후보는 선출된 다음날 사임 의사를 밝혔고, 이후 전임 수상이었던 라멜로우 후보가 다시 수상으로 선출되었다.

페이지(www.bundesregierung.de)에 게재되었다.

4. 청구인의 주장에 따르면 피청구인들은 정치적 의견대립에서 중립을 지켜야 하는 의무를 위반하여 기본법 제21조 제1항[5]에서 도출되는 청구인의 권리인 정당의 기회균등에 관한 권리를 위반하였다. 피청구인들은 해당 발언과 이를 인터넷에 게재한 사실이 헌법상 문제가 없다고 보고 있다. 연방 총리의 발언은 직무 수행과 무관하게 이루어진 것이며 정당의 정치인으로서 행한 발언이라는 것이다. 또한 해당 발언은 연방 총리의 소속당인 기독교민주연합만을 수신인으로 하는 것이었기에 청구인에게는 간접적인 영향을 미칠 뿐이라는 취지이다.

Ⅱ. 주문[6]

1. 피청구인 Ⅰ은 문제된 발언을 통해 청구인의 권리(정당의 기회균등에 관한 권리, 기본법 제21조 제1항 제1문)를 침해하였다.

2. 피청구인 Ⅰ과 피청구인 Ⅱ는 해당 발언을 인터넷 홈페이지에 게재하여 청구인의 권리(정당의 기회균등에 관한 권리, 기본법 제21조 제1항 제1문)를 침해하였다.

Ⅲ. 쟁점

피청구인 Ⅰ의 발언 및 해당 발언을 피청구인들의 인터넷 홈페이지에 게재한 것이 청구인 정당의 기회균등에 관한 권리를 침해하는지 여부가 쟁점이

5) [독일 기본법 제21조 제1항]
정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여한다. 정당의 설립은 자유이다. 정당의 내부질서는 민주주의의 기본원칙을 존중해야 한다. 정당은 자금의 출처와 용도 그리고 재산 상황을 공개해야 한다.

6) 주문 중 병합결정 및 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

다.

Ⅳ. 판단

1. 법정의견

법정의견은 청구인의 청구가 이유 있다고 판단하였다. 정치적 의사 형성 과정에서 헌법상 요구되는 개방성을 보장하기 위해서는 정당들이 가능한 한 동등한 입장에서 정치적 경쟁에 참여하는 것이 필수적이다. 이를 위해서는 정당 간의 정치적 경쟁에서 국가기관들이 중립성을 지켜야 한다. 국가기관이 정당이나 선거후보자에게 유리하거나 불리하게 선거운동에 영향을 행사한다면 일반적으로 의견형성과정 및 의사결정과정에 동등하게 참여할 수 있는 권리가 침해된다.

가. 의견을 표명할 권한과 관련하여 연방 정부 전체에 적용되는 사항은 연방 정부의 개별 구성원에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 정부 구성원이 장관직을 수행하는 경우에 해당 구성원은 연방 정부와 마찬가지 방식으로 헌법상 보장되는 정당 간의 기회균등의 원칙을 준수해야 한다. 직무수행 외의 경우에는 정부 구성원이 정치적 의견대립에 참여할 수 있다. 그렇지만 정치적 경쟁자가 접근할 수 없는 정부 직책과 관련된 수단과 기회를 사용해서는 안 된다. 따라서 정치적 의견 논쟁에서 장관직과 연관된 자원을 사용하거나 정부 내 직책과의 관련성을 상기시키는 언급을 통해 직위의 권위로부터 나오는 특수한 신뢰 또는 무게감을 준다면, 연방 장관의 당파적 발언은 정당에 대한 평등한 기회의 원칙에 위배되며, 국민으로부터 국가기관에 이르는 의사결정의 자유롭고 개방된 과정의 무결성(Integrität)에 위배된다.

나. 이러한 기준은 연방 총리직에 원칙적으로 동일한 방식으로 적용된다.

총리는 국가를 운영하는 정부의 임무에서 결정적인 역할을 하며, 그로부터 발생하는 권위와 자원은 연방 총리를 동등한 기회의 원칙과 그에 따른 중립 의무에 기속한다. 총리의 의견 표명 권한의 범위가 해당 부서에 국한되는 각 연방 장관의 의견 표명 권한의 범위를 능가하고, 총체적인 정부의 행위를 아우르는 한, 연방 총리는 정치적 경쟁에서 정당의 기회균등의 권리 및 중립성 의무를 지켜야 하는 의무로부터 해방될 수 없다.

다. 정당의 기회균등의 원칙은 절대적인 차별 금지의 대상이 아니다. 불평등한 대우를 정당화하고 연방 정부에 정당의 기회균등을 제한할 수 있는 권한을 부여하는 근거는 헌법에 의해 정당화되어야 하며, 정당의 기회균등의 원칙과 균형을 이룰 수 있는 중요성이 있어야 한다. 어떠한 경우에도 헌법상 정당한 목적을 달성하기 위한 적합성과 필요성의 원칙이 고려되어야 한다.

1) 연방 정부의 행위 능력과 안정성의 보호는 정당의 기회균등의 원칙과 동등한 정도의 헌법적 가치를 가진다고 볼 수 있다. 기본법은 의회 내 다수의사의 지지를 기반으로 업무를 수행하는 정부의 구성을 추구하고 있다. 연방 정부의 업무수행능력을 확보하기 위해 노력하는 것은 무엇보다도 연방 총리의 과제이며, 여기에 필요한 조치를 결정하기 위해 광범위한 평가 재량이 주어진다.

2) 국제사회에서 독일 연방공화국의 국격과 신뢰를 유지하는 일 또한 정당간의 기회균등과 동등한 가치를 갖는 헌법적 가치이다. 기본법은 독일 연방공화국을 국제 사회에 편입시키고, 독일의 공권력을 국제 협력에 부합하도록 하는 방향을 설정하고 있다. 이러한 헌법명령을 준수하고 이행하는 것은 무엇보다도 연방 정부와 특히 연방 총리의 의무이며, 이 과제를 자기책임 하에서 수행할 수 있도록 기본법은 광범위한 여지를 열어주고 있다.

3) 국가 운영을 위해 연방 정부와 그 구성원에 주어지는 여론 형성 활동(Öffentlichkeitsarbeit) 권한은 그 자체로 중립 명령을 준수해야 하는 의무로부터 이들을 해방시켜 주지는 않는다. 기본법 제21조 제1항 제1문으로부터 유래하는 정당 간의 기회균등 원칙은 연방 정부 또는 그 구성원이 집권당을 지지하거나 야당을 진압하는 때에 여론 형성 활동 권한을 사용할 수 없도록 한다. 그렇지만 연방 정부가 헌법의 원칙과 가치를 수호하고, 자유민주적 기본질서를 보호해야 하는 의무라는 범위 안에서 방해받지 않고 헌법에 적대적인 정당에 맞서야 할 의무가 있다는 사실 역시 변함없다.

라. 이러한 기준에 따르면 청구인의 청구는 이유 있다. 소송의 대상이 된 발언은 청구인의 권리인 기본법 제21조 제1항 제1문에서 도출되는 정당의 기회균등에 관한 권리를 침해한다.

1) 소송의 대상이 된 발언은 공직 수행 중에 행해졌다. 해당 발언은 오롯이 공직과 연관된 정부 기자회견이라는 범위 내에서 이루어졌으며, 기자 회견의 계기 및 의도된 주제는 피청구인 Ⅰ이 남아프리카공화국을 국빈으로서 방문하는 동안 연방 총리 자격으로 수행한 담화였다. 피청구인 Ⅰ이 '사전 발언'을 하겠다고 고지한 사실은 아무런 영향을 주지 않는다. 해당 사실로부터는 문제된 발언을 남아프리카 공화국 대표와의 담화 내용에 앞서서 행하리라는 것만 알 수 있으며, 공무 수행 외의 발언이라는 점을 유추할 수는 없다. 사전 발언을 '국내의 정치와 관련된 이유에서' 행한다는 언급 또한 발언의 공무적 연관성을 변화시키지 않는다. 연방 총리는 국내 정치뿐만 아니라 외교 정책을 통솔해야 하는 사명이 있기 때문이다. 피청구인 Ⅰ의 발언은 내용상 공무와 충분한 거리를 두고 있음을 보여주지 않는다. 그가 기독교민주연합의 근본 신념에 관해 발언하였을 때는 특히 수상선거 당시 소속 정당의 주의회 의원의 행동에 관한 비판이라는 점을 인식할 수 있지만, 이 사실 하나만으로 그가 정당 정치인으로서만 발언했다는 결론을 내릴 수는 없다. 이

는 해당 발언이 연방 정부나 연방 총리의 규율 권한 밖의 사실관계와 관련되었다는 정황에도 마찬가지로 적용된다. 권한 문제는 공무와 관련된 행위인지 여부를 파악하는 데 중요하지 않다. 피청구인 Ⅰ이 튀링엔에서의 수상선거에 관해 연방 총리의 자격이 아니라 정당 정치인으로서 또는 사인(私人)으로서 발언하고자 한다는 점을 충분히 명백하게 설명하는 것은 그의 재량 하에 있었다. 그러나 그는 이러한 기회를 사용하지 않았다.

2) 소송의 대상이 된 발언은 청구인에 관한 부정적 평가를 담고 있다. 이를 통해 피청구인 Ⅰ은 일방적으로 정당 간의 경쟁에 영향을 미쳤다.

가) 피청구인 Ⅰ은 소송의 대상인 된 발언에서 튀링엔 주 수상선거에 관한 평가뿐만 아니라 이와 관련된 기독교민주연합의 주의회 의원들의 행동도 평가하고 있다. 나아가 해당 발언은 청구인과의 교류 및 민주주의의 스펙트럼 내에서 청구인의 위치에 관한 기본적인 입장을 담고 있다. 수상선거가 '독일대안당'과 함께 다수를 형성하지 않는다는 '근본 신념'을 꺾어버렸다는 표현은 청구인을 총체적으로 (의회에서의) 모든 협업을 원천적으로 배제해야 하는 정당으로 평가한다. 이러한 평가는 피청구인 Ⅰ이 그러한 과정을 '용서될 수 없'다고 표현하고, 결과를 되돌려야 한다고 요청함으로써 강화된다. 최종적으로 그는 튀링엔 주 수상선거는 '민주주의에 어울리지 않는 날'이었다고 발언함으로써 청구인이 의회의 다수 형성에 참여한 사실을 민주주의에 해가 되는 것으로 본다는 점을 명확히 했다. 그리고 이를 통해 함축적으로 민주주의 공동체 내에서 청구인의 연합 능력과 협업 능력에 대해 총체적으로 부정적인 평가를 내렸다.

나) 부정적 평가는 기본법 제21조 제1항 제1문으로부터 유래하는 청구인의 권리인 정치적 의견형성 과정에의 동등한 참여에 대한 제한이다. 피청구인 Ⅰ은 정치적 경쟁 속에 있는 정당인 청구인에 관해 부정적 가치판단을 함으

로써 중립성을 요구하는 발언 권한의 내용적인 한계를 넘었다. 그는 민주적 스펙트럼 내에서 연합을 구성하고 협력할 수 있는 정당 그룹에서 청구인을 배제함으로써 편파적인 태도를 취했다.

3) 기회균등에 관한 청구인의 권리에 대한 제한은 정당화될 수 없다.

가) 해당 발언이 연방 정부의 업무 능력과 안정성을 보장하기 위해 필요했다는 증거는 없다. 연방 총리가 연방 정부의 안정성과 업무 능력을 유지하기 위해 어떤 조치가 필요한지에 대한 문제를 판단할 때 광범위한 여지를 갖는다는 점이 개별 사안에서 연방 정부의 안정성이 실제로 문제되어 기본법 제21조 제1항 제1문에서 도출되는 정당의 기회균등에 관한 권리에 대한 제한이 필요했다는 점에 관해 납득할 만한 이유를 제시하거나 다른 방식으로 증명해야 하는 의무로부터 해방시켜 주지는 않는다. 이 사안에서는 이러한 점이 누락되어 있다. 이미 피청구인 Ⅰ이 공개 성명을 내기 전에 기독교민주연합의 연방 대표가 튀링엔에서의 수상선거에 관해 동일한 내용으로 성명을 발표한 바 있다. 피청구인은 연정 대표들과 전화 통화로 문제를 논의했고, 연정위원회를 소집하기로 합의했다. 따라서 해당 발언 당시 정부 업무와 관련한 중대한 상황에 대처하기 위한 연립 협정상의 매커니즘이 이미 활성화되어 있었다. 그 결과와 상관없이 연방 정부의 안정성과 업무 능력이 위태로워졌는지는 추론할 수 없다.

나) 또한 튀링엔 수상 선거의 결과가 청구인에게 불리한 편파적인 공개 발언을 정당화할 수 있을 정도로 독일 연방공화국에 대한 국제사회의 평판과 신뢰에 영향을 미쳤는지도 분명하지 않다. 튀링엔 수상의 선출이 독일 연방공화국에 대한 평판이나 신뢰를 상당 부분 흔들고 외교정책 활동을 제한할 가능성이 있었는지는 분명하지 않다. 이러한 효과에 대한 외국 기관의 반응은 제시되지 않았다. 특히 피청구인들이 제출한 보도자료에서 이를 유추할 수 없다.

피청구인 Ⅰ의 주관적 평가만으로는 충분하지 않다. 이를 인정한다면 연방 총리에게 그의 공직 권한을 이용하여 일방적으로 정당 간의 경쟁에 개입할 수 있는 총체적이고 거의 제한할 수 없는 기회가 주어지기 때문이다.

다) 기본법 제21조 제1항 제1문으로부터 도출되는 정당 간의 기회균등에 관한 권리에 대한 제한은 정보 및 여론 형성 활동 권한으로도 정당화될 수 없다. 튀링엔 수상 선거에 대한 평가가 과연 연방 정부와 그 구성원들의 여론 형성 활동에 적합한 주제인지는 불확실하다. 어쨌든 피청구인은 자신의 발언을 통해 원칙적으로 준수해야 하는 중립의 원칙을 위반하였다. 해당 발언으로부터 해당 발언이 반헌법적 행위로부터 자유롭고 민주적인 기본질서를 지키기 위함이었다는 점을 추론할 수 없다.

마. 피청구인들은 소송의 대상인 발언을 자신들의 인터넷 홈페이지에 게재함으로써 청구인의 권리(정당의 기회균등에 관한 권리)를 침해하였다.

1) 소송의 대상이 된 발언을 피청구인들의 공식 홈페이지에 게재한 행위는 공무 행위에 해당한다. 왜냐하면 특수한 방식으로 정부기관의 권위를 사용하여 피청구인들만 사용 가능한 공무와 관련된 자원을 이용하였기 때문이다. 홈페이지에 게재한 행위는 또한 소송의 대상이 된 발언 및 그 안에 담긴 청구인에 대한 부정적 가치판단을 널리 퍼뜨리는 데 일조하였다. 게재 행위는 청구인의 기본법 제21조 제1항 제1문에서 유래하는 정치적 경쟁에의 동등한 참여 권리에 대한 독자적인 제한에 해당한다.

2) 이러한 제한은 정당화되지 않는다. 정부 행위를 확실하게 기록할 의무가 이 제한을 정당화할 수는 없다. 기록 의무는 적어도 정당화되지 않는 방식으로 기본법 제21조 제1항 제1문에서 유래하는 정당의 기회균등에 관한 권리를 제한하는 발언에는 적용되지 않는다. 게재 행위를 단순히 정보자유법

(Informationsfreiheitsgesetz) 또는 언론법(Pressegesetzen)에 따른 정보 제공 의무를 통상적인 방식으로 미리 이행한 것으로 볼 수도 없다. 그러한 정보 제공 의무가 있는지 여부는 불확실하다. 어떤 경우든 정보 제공 의무는 그에 상응하는 신청이 있는 경우에만 발생하며 개별 사례에서 청구된 범위까지만 발생한다.

연방헌법재판소 제2 재판부는 5 : 3의 의견으로 청구를 인용하였다.

2. 재판관 발라벤슈타인(Wallrabenstein)의 반대의견

연방 총리는 헌법을 위반하지 않았다. 정치적 문제에 관해 총리가 의견을 표명한 경우 해당 발언의 내용은 연방헌법재판소의 중립성 검토 대상이 되지 않는다.

가. 이러한 중립성 통제를 시행함으로써 법정의견은 헌법재판소의 선례에서 인정되는 논증의 체계를 무시하고 있다. 법정의견은 성숙하고 분별력 있는 시민이라는 객관적인 수신인의 관점을 기준으로 삼는다면서 연방 총리의 발언을 공직 수행으로 분류하고 있다. 그러나 이 기준은 공무 집행과 정당 정치인의 입장표명을 구분 짓기에는 부적합하다. 재판부는 민주적 공동체의 핵심인 의견 표명의 자유와 관련하여 자유롭게 의견을 개진할 수 있도록 하고 토론을 장려하는 해석(BVerfGE 43, 130; 93, 266 <295 f.> 참조)을 고려하지 않았고, 그 이유를 설시하지 않았다. 나아가 재판부는 적어도 기본법 제21조가 헌법에 적대적인 정당에 대한 보호까지 정당화하는 것인지 여부에 대해서 판단하고 그 판단에 대한 근거를 제시했어야 한다.

정부의 공직을 수행하는 사람은 일반적으로 이중적인 역할을 하는 것으로 인식된다. 시민의 입장에서 볼 때 공직과 정당 정치적 소속이 얽혀 있기 때문

에 정부 구성원의 중립에 대한 기대는 제한적이다. 재판부는 이러한 두 사실을 모두 인지했으나 그로부터 결론을 내리지는 못했다. 연방 총리의 발언을 공직 수행으로 분류하는 것은 그가 수행하는 이중적인 역할로 인해 어렵지 않다. 이에 반해 그가 공직으로부터 충분한 거리를 둠으로써 이러한 추측을 무력화할 수 있다는 가설은 모호하며 입증되지 않았다. 오히려 정부 구성원이 예외적으로 자신의 공직 수행만을 위해 발언하는지, 즉 현저하게 자신의 정당 구성원의 역할로부터 거리를 두는지에 초점을 맞추는 편이 나을 것이다.

또한 기자회견에 참석한 기자들이 해당 발언을 편집하여 분류한 자료가 중요하지 않다고 보는 시각은 개인의 정치적 의사결정을 언론보도에 의존하고 있는 시민들의 현실과 괴리감이 있을 뿐만 아니라 부적절하다. 이를 통해 재판부의 다수는 연방 총리의 발언을 제한함으로써 보호하고자 했던 민주 사회의 다층적 의사소통과정과 정치적 의사결정과정의 기초를 도리어 개념적으로 약화시키고 있다.

나. 1) '국민으로부터 국가기관으로의 정치적 의사결정과정이 역행하지 않도록 보호'하기 위해 재판부는 일단 선거운동 기간에만 정부의 여론 형성 활동을 제한하였다(BVerfGE 44, 125). 재판부는 이때 설립된 기준을 점차 전반적인 정부 구성원의 발언에 대한 중립의무로 발전시켰다(BVerfGE 138, 102 <110 f. Rn. 30 ff.>; 148, 11 <25 ff. Rn. 46 ff.>; 154, 320 <336 Rn. 48> 참조).

2) 정부의 여론 형성 활동에 대한 내용적 중립기준에 관하여는 이미 논쟁이 있어 왔으며(BVerfGE 44, 125의 별개의견[7] 참조), 이 논쟁은 현재까지도 유효하다. 나는 이 기준이 틀렸다고 생각한다.

---

7) 1977. 3. 2. 2 BvE 1/76 = BVerfGE 44, 125 결정에서 재판관 로트만(Rottmann)은 별개의견을 통해 기본법의 민주주의는 정당민주주의(Parteiendemokratie)이고, 그렇기 때문에 기본법 제21조에서 정당에 우월적 지위를 부여하고 있다는 점을 역설하며 정부의 여론 형성 활동은 정치적일 수밖에 없다고 주장하였다.

정부의 표현 활동(Selbstdarstellung der Regierung)은 개별 사안과 관련된 여론 형성 활동(sachbezogene Öffentlichkeitsarbeit)과는 차이가 있다. 후자는 장관에 의해 수행되는 경우에도 행정 활동의 특수한 형태이며 이에 따라 정확성, 객관성 및 자제와 같은 기준에 따라 적절하게 통제된다.

나는 정부의 표현 활동에 대해 중립의무를 부과하는 것이 국민으로부터 국가기관으로의 의사결정과정의 방향이 역전되는 것을 방지하는 역할을 할 수 있다고 보지 않는다. 여기서의 문제는 정부의 구성원들이 정부 여당을 공개적으로 지지하는 것이 아니다. 시민들은 정부 구성원들에게 제한된 정도, 즉 그들이 전문적인 행정 기능을 수행하는 범위 내에서 중립성을 기대한다.

따라서 재판부가 구분 개념을 통해 추구하는 바는 정부 공직과 정당 활동 사이의 구분이 아니라 행정 활동과 통치 활동 간의 구분이 되어야 할 것이다. 그런데 재판부는 오히려 정부 구성원에 대해 원칙적으로 행정 활동에 적용되는 기준을 적용함으로써 기본법의 의원내각제 체제에서 의회로부터 총리와 그의 내각에 위임된 실제 정부의 통치 기능을 인정하지 않고 있다.

정부의 업무는 정치적이며 정당 민주주의 하에서는 정당정치적이다. 의제의 선정, 이해의 중요도 책정, 전문가 감정의 채택, 논거의 평가, 즉 모든 정치적 관리 결정은 의사결정을 나타낸다. 그것들은 결코 중립적이지 않으며 사회 내에서 매우 다른 인상, 신념 및 현실 인식에 기초한다. 선거는 이러한 결정에 차이를 만드는 역할을 한다.

그러므로 정부의 표현 활동에 대하여서는 중립의무가 인정되지 않는다 (BVerfGE 44, 125 <181 ff.> 재판관 Rottmann의 별개의견 참조).

3) 특정한 정치적 문제에 관해 정부의 개별 구성원이 하는 발언은 확실히 중립의무의 적용 대상에 해당하지 않는다. 재판부의 판단처럼 중립의무가 정부의 표현 활동에도 적용된다고 가정한다면 정부 구성원들의 모든 발언에 관한 일반적인 기준이 형식과 상황마다 정확하게 규정되어야 한다. 또는 발언의 맥락적 조건이 고려될 수 있는 방향으로 기준이 설립되어야 한다. 재판부는 분리개념을 채택함으로써 다른 길을 택했다. 재판부는 정부 공직자의 발언에 엄격한 중립성을 요구하며 정당과의 분쟁을 '공직 기능 밖의' 영역으로 회부한다.

선거운동과 관련하여 통치업무로 분류되는 표현 활동과 정당정치적 선거홍보를 구분하는 것은 의미가 있다. 정부 구성원은 정부의 자원을 선거운동에 사용해서는 안 되며 다른 정당 정치인과 마찬가지로 개인적인 노력을 통해 선거운동을 해야 한다. 또한 '공무적' 의견과 사적 의견 표명 간의 구분은 여러 맥락에서 정당화된다. 이러한 구분은 개인이 자유를 행사하는 것을 허용하며, 동시에 특정 인물이 '공무적으로' 속한 기관을 해당 인물의 견해나 행동과 동일시되는 것으로부터 보호한다. 하지만 정부 구성원이 정치적 문제에 대해 당파적 발언을 하는 경우는 어느 쪽에도 해당되지 않는다. 정부의 구성원은 또한 - 특히 정부의 구성원이기 때문에 - 개인적으로 정치에 대한 책임이 있다.

다. 재판부가 위의 구분을 통해 추구하는 정당한 요구는 정부 구성원의 공직 수행의 측면이 아니라 그의 정당정치적 활동의 측면에서 찾을 수 있다. 후자의 경우 총리직의 구체적인 가능성과 수단에 의존해서는 안 된다. 따라서 정당의 기회균등에 관한 권리의 보장은 총리의 발언 내용을 제한하는 것이 아니라 총리의 정부 자원 남용을 금지하는 방식으로 이루어져야 할 것이다.

이를 통해 선거운동 기간 중 정부의 과도한 여론 형성 활동, 즉 정당에 특정

한 목적을 위한 정부 자원의 사용을 방지하고 정치적 경쟁을 확보할 수 있다.

그러나 그러한 금지는 경제적 자원 사용에 대해서만 납득 가능하다. 여당이 정부의 경제적 자원에 의존한다면 이를 통해 자기 정당의 비용을 절약하게 된다. 자신을 직접 보여주는 여론 형성 활동의 내용이 아니라 정부의 경제적 자원 이용이 정당 경쟁을 왜곡할 수 있다. 집권 정당이 자신의 선거 프로그램을 실행하여 다음 선거에서도 설득력을 갖기를 원한다는 사실은 바로 이전 선거에서 표명된 유권자의 선호도의 결과이다. 따라서 자원의 사용을 공직 권한의 사용과 동일시하는 것은 잘못되었다.

Ⅴ. 결정의 의의

연방헌법재판소는 2014년에 기관쟁의심판을 통해 특정 정당에 대한 대통령의 부정적인 발언이 정당의 기회균등과 선거에서의 기회균등에 관한 권리를 침해하였는지를 판단한 바 있다.[8] 당시 연방헌법재판소는 연방대통령이 통합(Integrität)의 기능을 명백히 위반하여 자의적으로 정당을 공격하였는지 여부를 심사기준으로 삼아서 일종의 명백성 통제(Evidenzkontrolle)를 하였다. 그러나 연방 정부의 구성원에게는 이러한 심사기준이 그대로 적용되지 않으며 더 엄격한 척도가 적용된다는 점을 같은 해의 결정에서 설시하였다.[9] 정부 구성원의 정치적 중립을 엄격히 심사하는 경향은 시간이 흐름에 따라 더욱 강화되는 모습을 보인다.[10]

이번 결정에서도 연방헌법재판소는 정부 구성원의 발언에 엄격한 심사척도를 적용하고 있다. 주목할 만 한 점은 정당정치인으로서의 역할과 정부 구성원으로서의 역할 간의 구분을 명확히 하는 것이 현실적으로 어렵다는 비판을

8) 2014. 6. 10. 2 BvE 4/13, 요약 번역은 세계헌법재판동향 2015년 제1호, 6-9면 참조.
9) 2014. 12. 16. 2 BvE 2/14.
10) 2 BvE 1/16, 2 BvE 1/19 참조.

적극적으로 수용한 재판관 발라벤슈타인의 반대의견이다. 중립성은 전문적인 행정 기능을 수행할 시에만 요청되며, 정부의 활동은 전혀 중립적이지 않고 항상 정당정치적이라는 것이다. 공직의 권위 자체만으로는 정부의 자원이라고 볼 수 없으며 경제적 자원 남용이 동반되는 경우에 중립성이 훼손되는 것으로 보아야 한다는 견해이다.

연방헌법재판소는 5 : 3의 의견으로 청구를 인용하였다. 가부동수였을 경우에는 청구가 기각되었을 것이다.[11] 앞으로 유사한 사례가 접수될 경우에 연방헌법재판소가 어떻게 판단할 것인지 귀추가 주목된다.

11) [독일 연방헌법재판소법 제15조 제4항 제3문]
가부동수인 경우에는 기본법 또는 그 밖의 연방법에 위반하는 것으로 확인할 수 없다.