

國會審議의 公開와 免責特權*

Several Issues on Openly Deliberation of Meeting in National Assembly
and Legislative Immunity

박 찬 주

조선대학교 법과대학 교수

< 목 차 >

- I. 머리말
- II. 會議의 公開
- III. 議事의 公開
- IV. 發言·表決에 대한 免責
- V. 맺음말

I. 머리말

국회는 국회의원으로 구성된 회의체이다. 이러한 회의체의 특성으로 국회심의회는 의사결정이나 회의운영 등 중요한 문제에 있어 준수하여야 할 원칙을 필요로 하는데, 주요한 원칙으로는 정족수의 원칙, 다수결의 원칙, 1일1회의의 원칙, 一事不再議의 원칙, 회의계속의 원칙, 議事記錄의 원칙 등과 함께, 이 글에서 논할 의사공개 의 원칙과 발언·표결자유의 자유가 있다. 헌법에서는 의사공개 의 원칙에 대하여 제50조 제1항에서 『국회의 회의는 공개한다』고 규정하고, 발언·표결자유의 원칙에 대하여 제45조에서는 『국회의원은 국회에서 행한 발언과 표결에 관하여 국회 안에서 책임을 지지 아니한다』고 규정하고 있다. 다만 제50조 규정은 그 실질규정

* 심사위원 : 김현준, 서보진, 이부하

투고일자 : 2009. 8. 13 심사일자 : 2009. 9. 5 게재확정일자 : 2009. 9. 25

내용이 국회의원의 국회에서의 발언·표결에 대한 면책에 대한 것이므로 통상적으로 국회의원의 면책특권에 관한 규정이라고 부르고 있다.

이 글에서는 의사공개의 원칙과 발언·표결자유 원칙 및 양 원칙의 보장을 위한 국회의원의 면책특권과 관련한 제 문제를 살펴보고자 한다. 특히 중점적으로 살펴보고자 하는 점은 의사공개 자유와 관련하여서는 정보위원회의 회의에 대해 원칙적 비공개를 규정하는 국회법 제54조의2 제1항의 위헌성 논의이고, 발언·표결자유 원칙의 자유 및 면책특권과 관련하여서는 국회내의 발언에 대해 기소가 이루어지는 경우에 가능한 재판의 형식, 원고의 사전배포와 자율권과의 관계, 국회의 고발이 형사소추를 위한 요건인가의 점 등이다.

II. 會議의 公開

1. 意義

회의공개 원칙이란 국회의 모든 회의과정은 일반국민에게 공개되어야 한다는 원칙을 말한다. 議事公開의 원칙이라고도 부른다. 이 원칙은 헌법 제50조 제1항 본문에서 『국회의 회의는 공개한다』고 규정함으로써 헌법상의 원칙으로 고양되고 있는데, 이와 같이 국민으로 하여금 국회의 회의의 내용을 알 수 있도록 하는 것은 단순히 회의의 내용과 정보를 취득할 수 있도록 하는 것에 그치지 아니하고 국민으로 하여금 국민대표기관과 국회의원을 평가할 수 있도록 하고, 논의의 대상이 된 의제에 대하여 의견을 발표할 수 있는 정보를 제공하며, 국가의사결정과정에 참여할 수 있도록 하는 기회를 제공하려는데 있다.¹⁾

1) 정호영, 국회법론[제2판], 법문사, 2004, 305쪽에서는 헌법 제50조 제1항에서 말하는 「국회」는 「국회 본회의」만을 의미한다고 주장한다. 헌법 자체에서 「위원회」를 국회와 구분하고 있으며(헌법 제62조), 만일 헌법 제50조 제1항을 해석함에 있어서 「위원회」까지 포함한다면 정보위원회 회의의 비공개를 규정한 국회법 제54조의2에 대한 위헌성이 제기된다는 데 있다. 그러나 후자의 논거는 국회법규정의 위헌성을 피하기 위해 헌법해석을 왜곡하는 것으로 「憲法の法律合致的解釋」을 강요하는 것이 된다. 한편 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서Ⅲ, 법제처, 2008, 184쪽(박선영 집필부분),에서는 국회법 제41조 제2항에서는 「국회의 회의」를 「본회의」라고 용어정의하고 있고, 국회법 제54조의2에서 정보위원회 회의에 대한 비공개원칙을 규정하고 있음을 고려할 때, 헌법 제50조 제1항에서 규정하고 있는 「국회의 회의」는 「본회의」를 의미하며, 「위원회 회의」는 반드시 공개하는 것을 원칙으로 하는 것은 아니라고 볼 수 있다고

2. 適用範圍

회의공개의 원칙은 본회의(국회법 제75조 제1항 본문), 위원회(동법 제71조에 의한 제75조 제1항의 준용), 소위원회(동법 57조 제5항 본문) 모두에 적용된다. 국회법은 청문회에 대해서도 공개를 원칙으로 한다(동법 제65조 제4항). 이 원칙이 본회의 뿐 아니고 위원회 등까지 확대된 것은 오늘날 국회기능의 중점이 본회의에서 위원회로 옮겨져 위원회중심주의로 운영되고 있다는 것을 반영한 것이다.²⁾

3. 公開의 制限

1) 제한의 근거

회의공개의 원칙에도 불구하고 그 공개가 제한되는 경우가 있다. 그러나 자의적인 공개제한을 방지하기 위해서 헌법에서는 출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에 한하여 공개하지 않을 수 있도록 규정하고 있다(헌법 제50조 제1항 단서). 헌법에 의하는 한 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정한 경우가 아니라면 회의를 공개하지 아니하기로 하는 출석의원 과반수의 찬성³⁾에 의하여만 가능하다. 그런데 국회법에서는 제한을 위한 의사결정절차를 보다 구체화한다는 취지에서 『의장의 제의 또는 의원 10인 이상의 連署에 의한 동의로 본회의의 의결이 있거나 의장이 각 교섭단체대표의장과 협의하여 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 않을 수 있다』고 규정하고 있다(동법 제75조 제1항 단서). 그리고 소위원회회의의 공개에 대해서는 소위원회 의결로 비공개를 결의할 수 있다(국회법 제57조 제5항 단서).⁴⁾ 위원회회의의 비공개와 관련하여서는 명시규정을 두고 있지 않으나, 일반적으로는

설명하는데, 이러한 설명은 보다 ‘헌법의 법률합치적 해석 (gesetzesforme Auslegung der Verfassung)’을 강요하는 것이 된다. 『헌법의 법률합치적 해석』의 문제점에 대해서는 박찬주, 법형성학, 조선대학교출판부, 2009, 118-124쪽

2) 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 98헌마443 결정

3) 이 경우에 토론은 하지 않는다. 왜냐하면 이에 대한 토론은 공개가 허용될 수밖에 없는데, 그 토론과정에서 심의하고자 하는 내용이 공개되지 않을 수 없기 때문이다. 정호영, 앞의 국회법론, 309쪽

4) 소위원회회의의 공개에 관한 규정은 2000년 2월 개정국회법에 의해 도입되었다.

위원회에 본회의 규정을 준용하도록 하는 국회법 제71조에 의해 제한이 가능한 것으로 보고 있는 것 같다.⁵⁾ 국회법 제75조 제1항 단서에서 설사 회의가 국가안전보장과 관계가 있는 경우에도 의장이 단독으로 비공개를 결정하지 아니하고 각 교섭단체대표와 협의하여 하도록 한 것은 의장의 자의적인 판단에 의한 결정을 억제한다는 취지에서 타당하다고 할 수 있다. 그런데 국회법 제54조의2 제1항에서는 情報委員會에 대한 특칙을 두고 『정보위원회의 회의는 공개하지 아니한다. 다만, 공청회 또는 제65조의2의 규정에 의한 인사청문회를 실시하는 경우에는 위원회의 결의로 이를 공개할 수 있다.』고 규정함으로써, 원칙적 비공개, 예외적 공개의 원칙을 수립하고 있다.⁶⁾

2) 국회법상의 일률적 공개제한의 문제점

그러나 이러한 소위원회회의에 관한 국회법 제57조 제5항 단서나 정보위원회회의에 관한 국회법 규정 제54조의2 제1항, 그리고 본회의 규정을 위원회회의에 준용하여야 한다는 해석론은 헌법규정의 취지에 정면으로 배치된다. 헌법 제50조 제1항 단서에서는 회의내용이 국가안전보장에 관한 것이 아니라면 그 공개의 제한을⁷⁾ 출석원의 과반수결의로 의하도록 한 것은 법률에 의한 제한을 금지하도록 하려는데 있다고 보아야 한다. 법률에 의해 일반적 기준을 세우는 것은 과도한 제한으로 흐를 수 있고, 회의내용에 따른 탄력적 대응이 불가능하기 때문이다.⁸⁾

국회법의 일률적 제한 가운데 가장 문제가 되는 것은 정보위원회회의에 관한 규정이다. 물론 정보위원회회의 내용이 국가안전보장에 관련된 것이 많을 수밖에 없는 것은 당연하다. 그러나 그러한 사정만으로 국회법 규정 제54조의2 제1항이 합헌적 규정으로 보아서는 아니 된다. 그 이유는 다음과 같다.

5) 임종훈·박수철, 입법과정론(제3판), 박영사, 2006, 212쪽 주 69)

6) 이 규정은 1997년 1월 개정국회법에 의해 도입되었다.

7) 『공개 여부』에 대한 결의가 아니다. 왜냐하면 단순히 공개여부에 대한 제한이라고 해석하는 한, 공개안도, 비공개안도 모두 과반수관성을 얻지 못해 부결될 가능성이 있기 때문이다.

8) 위원회회의에 대해 법률의 규정에 의해 제한이 가능하다는 입장을 취하는 경우에도 누가 비공개를 결정할 것인가의 점이 다시 문제될 수 있다. 이를 위원장이 간사와 협의하여 결정하도록 하는 것은 공개 여부에 대한 결정이 의사일정이나 개의일시와는 무관한 것이기 때문에 국회법 제49조 제2항의 한계를 넘는 것이 된다. 그러나 한편으로는 위원회는 본회의를 위한 예비적 심사기관이므로 헌법정신의 원칙으로 돌아가 본회의의 결의에 의할 수밖에 없을 것이다(헌법 제50조 제1항 단서).

첫째는, 국회법 제75조 제1항 단서에서는 『의장의 제의 또는 의원 10인 이상의連署에 의한 동의로 본회의의 의결이 있거나 의장이 각 교섭단체대표위원과 협의하여 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 않을 수 있다』고 규정하고 있다. 그런데 『국회의 의결』에 의한 허용은 『의장이 각 교섭단체대표위원과의 협의에 의해 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정하는 경우』라는 허용과 대등한 사정이므로 본회의의 경우는 본회의의 의결이 있는 경우에는 『국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정되는 경우』라고 하더라도 비공개회의가 허용되지 아니하는 것을 원칙으로 하는 것을 알 수 있고, 이는 헌법 제50조 제1항 단서에도 부합한다고 할 수 있다. 그런데 국회법 제54조의2 제1항 단서에서는 『공청회 또는 제65조의2의 규정에 의한 인사청문회를 실시하는 경우에는 위원회의 결의로 이를 공개할 수 있다』고 규정하고 있다. 국회상임위원회회의의 경우에도 본회의에 관한 규정을 준용한다는 것은 전제하는 것이지만, 본회의의 규정을 준용함으로써 위원장이 교섭단체 상임위원회간사와 협의하는 경우에 한해 공개를 제한할 수 있는 여지까지 봉쇄하고 있는 것이다.

둘째는, 정보위원회가 정보위원회회의에서 정보위원회에 보고하는 내용 가운데는 『기밀』에 속하지 아니하는 내용이 포함될 수밖에 없다. 이 점과 관련하여 먼저 도대체 『기밀』이 무엇인가가 문제될 수 있을 것이다. 다만 국가정보원법과 보안업무규정을 중심으로 설명하면 국가정보원법에서는 제3조 제1항에서 국가정보원의 직무의 일부로서 국외정보 및 국내보안정보(대공·대정부전복·방첩·대테러 및 국제범죄조직)의 수집·작성 및 배포(제1호), 국가기밀에 속하는 문서·자재·시설 및 지역에 대한 보안업무(다만, 각급기관에 대한 보안감사는 제외한다)(제2호), 정보 및 보안업무의 기획·조정(제5호)을 규정하면서 동조 제2항에서는 제1항 제1호 및 제2호의 직무수행을 위하여 필요한 사항과 제5호에 정하는 기획·조정의 범위와 대상기관 및 절차 등에 관한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있으며, 동 국가정보원법 제3조 제1항의 위임에 의해 제정된 대통령령이 보안업무규정이다. 보안업무규정에서는 제2조제2조 제1조에서는 『비밀』을 『그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 국가 기밀로서 이 영에 의하여 비밀로 분류된 것을 말한다』고 규정하는 한편, 제4조에서는 비밀을 그 중요성과 가치의 정도에 따라 Ⅰ급비밀·Ⅱ급비밀 및 Ⅲ급비밀로 구분하면서 1급비밀은 누설되는 경우 대한민국과 외교관계가 단절되고 전쟁을 유발하며, 국가의 방위계획·정보활동 및 국가방위상 필요불가결한 과학과 기술의 개발을 위태롭게 하는 등의 우려가 있

는 비밀을, Ⅱ급비밀은 누설되는 경우 국가안전보장에 막대한 지장을 초래할 우려가 있는 비밀을, Ⅲ급비밀은 누설되는 경우 국가안전보장에 손해를 끼칠 우려가 있는 비밀을 말하는 것으로 규정하고 있다. 여기서 헌법 제50조 제1항 단서 및 국회법 제75조 제1항 단서에서 규정하는 『국가의 안전보장을 위하여 필요한 경우』를 Ⅲ급비밀까지 포함하여야 하는가 라는 문제를 제기한다. 만일 이를 긍정한다면 헌법상의 국가안전보장이라는 개념은 보안업무규정에 의해 분류되는 『비밀』의 개념에 의해 농단되는 문제가 발생한다.⁹⁾ 그렇게 된다면 보안업무규정 자체가 위헌적인 행정입법이라고 할 수 있다. 이 점은 다음에서 언급할 헌법재판소결정과 관련하여 설명할 필요가 있는데, 이 결정의 대상법률은 군사기밀보호법(1972. 12. 26. 법률 제2387호)으로 동법 제2조 제1항에서는 『군사상의 기밀』은 『그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려가 있는 것』으로 제4조(군사상의 기밀이라 하더라도 필요한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 해제 또는 공개할 수 있다)의 규정에 따라 군사상의 기밀이 해제되지 아니한 것을 말한다고 규정하면서, 구체적으로 그 누설이 국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려가 있는 경우로서 8개항을 규정하고 있었다.

이러한 군사상의 기밀은 국가정보원법 제3조제2항의 규정에 의하여 정보 및 보안업무의 기획·조정·에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 제정된 정보및보안업무기획·조정규정에 따라 국가정보원과 국방부가 협의하여 정하여지겠지만, 헌법재판소¹⁰⁾는 『군사기밀보호법상의 “군사상의 기밀”은 그 범위의 광범성이나 내용의 애매성이 문제될 소지가 있지만 그 대상에 대하여 군사기밀인 표지를 갖추게 하고 있으니 실제에 있어 그 애매성이 문제될 소지는 크지 않은 것이며, 다만 그 범위의 광범성에 있어서는 “그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려가 있을” 것이라는 요건이 헌법합치적으로 해석된다면 헌법 제37조 제2항에 저촉되지 않으면서 동 법률조항의 존립목적이 달성될 수 있다』고 보면서도 한편으로는 『군사기밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 “알 권리”의 대상영역을 가능한 최대한 넓혀 줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 할 것이며 따라서 관계당국에서 어떠한 사항을 군사기밀로 규정하기만 하면 그 내용이 비밀로서 보호되어야 할 실질가치의 유무 및 정도와 관계없이 모두 군사기밀이 되는 것이라고 하기

9) 이는 『헌법의 법률합치적해석』을 넘어 『헌법의 행정입법합치적 해석』을 강요하는 것이 된다.

10) 헌법재판소 1992. 2. 25. 선고 89헌가104 결정

는 어려운 것이다』라고 하면서, 『군사기밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 “알 권리”의 대상영역을 최대한 넓혀줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 할 것이며 따라서 군사기밀보호법제6조, 제7조, 제10조는 동법 제2조 제1항의 “군사상의 기밀”이 비공지의 사실로서 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표지를 갖추고 그 누설이 국가의 안전보장에 명백한 위협을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 것으로 인정되는 경우에 한하여 적용된다 할 것이므로 그러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다』고 설시함으로써 특히 국가안전보장에 대한 위협의 『명백성』을 요구하고 있다.

군사기밀보호법 제2조 제1항에서는 『군사상의 기밀』은 『그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려가 있는 것』이라고 정의하여 보안업무규정에서 말하는 I 급비밀·II 급비밀 뿐 아니고 III 급비밀까지 포섭하는 개념으로 사용되고 있다는 점은 쉽게 간취된다. 이러한 점에서 본다면 헌법재판소는 적어도 III 급비밀에 속하는 군사기밀은 국민의 알권리를 제한함으로써 위헌성의 문제가 있는 것으로 본다고 이해할 수 있다.

그렇다면 국가정보원장의 정보위원회에서의 보고가 국민의 『알 권리』를 제한하면서까지 비공개회의에서만 공개가 허용된다고 한다면 그 공개제한을 정당화할 만한 국가안전보장에 대한 위협의 『명백성』이 있어야 한다. 이와 같은 국가안전보장에 대한 위협의 『명백성』의 판단은 법에 의해 일률적으로 이루어질 수 없으며, 국가정보원장이 보고를 하는 과정에서 국가안전보장에 대한 위협을 이유로 비공개를 요청할 때 정보위원회위원들은 보고하고자 하는 내용이 국가안전보장에 대한 위협의 『명백성』이 있는가를 판단하여야 하며, 이는 대통령의 통치행위에 상응하는 국회의 의회행위(정치행위)이며, 그와 관련한 내용은 국회의원의 직무상 발언으로써 면책특권의 대상이 되는 것이다.¹¹⁾

이런 점에서 의장이 각 교섭단체대표와 협의하여 공개를 제한하는 것과는 별도로 정보위원회회의에 대한 공개제한을 규정하는 국회법 제54조의2는 위헌이라고 할 수 있다. 이런 점에서 국정감사 또는 국정조사는 공개를 원칙으로 하면서 다만 위원회의 의결로 달리 정할 수 있도록 규정한 국정감사및조사에관한법률 제12조는 비록 위원회의 의결이 본회의의 의결을 대신하는 것이지만, 가장 헌법정신에 부합한다고 할 수 있다.¹²⁾

11) 동지 : 박봉국, 국회법(제3판), 박영사, 2004, 349쪽

12) 그 이외에 비공개와 관련된 규정으로는 국회에서의증언·감정등에관한법률 제92조 제2항, 인

3) 제한의 수준

설사 이를 양보하여 법률에 의한 제한이 가능하다고 보더라도, 다시 어떠한 수준에서 제한이 가능할 것인가의 점이 문제될 수 있다. 소위원회의 결의 또는 국가안전보장에 관한 회의에 대해서는 의장이 각 교섭단체대표와 협의하기만 하면 제한은 무제한인가. 헌법재판소는 소위원회회의의 공개제한과 관련하여 『소위원회의 회의도 가능한 한 국민에게 공개하는 것이 바람직하나, 전문성과 효율성을 위한 제도인 소위원회의 회의를 공개할 경우 우려되는 부정적 측면도 외면할 수 없고, 헌법은 국회회의의 공개여부에 관하여 회의 구성원의 자율적 판단을 허용하고 있으므로, 소위원회 회의의 공개여부 또한 소위원회 또는 소위원회가 속한 위원회에서 여러 가지 사정을 종합하여 합리적으로 결정할 수 있다』고 하면서, 예산결산특별위원회의 계수조정소위원회회의의 공개제한과 관련하여 『예산결산특별위원회의 계수조정소위원회는 예산의 각 장·관·항의 조정과 예산액 등의 수치를 종합적으로 조정·정리하는 소위원회로서, 예산심의에 관하여 이해관계를 가질 수 밖에 없는 많은 국가기관과 당사자들에게 계수조정 과정을 공개하기는 곤란하다는 점과, 계수조정소위원회를 비공개로 진행하는 것이 국회의 확립된 관행이라는 점을 들어 방청을 불허한 것이고, 한편 절차적으로도 계수조정소위원회를 비공개로 함에 관하여는 예산결산특별위원회 위원들의 실질적인 합의 내지 찬성이 있었다고 볼 수 있으므로, 이 사건 소위원회 방청불허행위를 헌법이 설정한 국회 의사자율권의 범위를 벗어난 위헌적인 공권력의 행사라고 할 수 없다』고 판시함으로써, 공개 여부는 소위원회의 재량으로 보고 있다.¹³⁾ 이에 대해 소수의견(김영일 재판관)은 『소위원회는 위원회의 내부기관이며, 소위원회에 관하여는 위원회에 관한 규정이 적용되므로, 위원회의 회의와 마찬가지로 소위원회의 회의도 원칙적으로 공개되어야 하고, 소위원회의 회의를 비공개로 하기 위하여는 위원회(또는 산하 소위원회)의 의결이 있거나, 위원장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정하여야 하는바, 당시의 계수조정소위원회는 위와 같은 비공개회의의 요건을 갖추지 못하였고, 위원회 소속 의원들의 '양해'가 있었다거나, 오래된 관행이라는 이유만으로는 알 권리로서 헌법상 보장되

사정문화법 제14조 단서 등이 있다. 이 규정들의 합헌성은 앞서 논의한 바에 의해 해결하여야 한다.

13) 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 98헌마443 결정

는 국민의 기본권인 국회방청권을 제약하는 정당한 사유가 되지 못하며, 소위원회를 이해관계 당사자들에게 공개함으로써 발생할 수 있는 부작용에 비하여 소위원회를 공개하지 않음으로써 야기되는 폐해가 훨씬 더 심각하다고 할 뿐만 아니라, 회의를 공개한다고 하여 허심탄회하고 충분한 토론·심의를 하는데 특별한 지장이 생긴다고 보기도 어렵다.』는 이유로 소위원회 방청불허행위는 청구인들의 헌법상 보장된 알 권리인 국회방청권을 침해하고 있다고 설시하고 있다. 위 헌법재판소의 결정과 관련하여서는, 설사 소위원회의 결정으로 제한을 결의할 수 있다고 하더라도 비공개로 정당화할 수 있는 사유가 없다면 헌법의 회의공개 원칙에 반하며, 이를 피하기 위해서는 정당한 사유를 국회법에 명시하여야 한다는 비판이 있다.¹⁴⁾

4. 公開의 方法

1) 헌법과 국회법의 규정

회의공개는 완전한 『언론의 자유』의 보장이 없이는 무의미하기 때문에 『언론·출판의 자유』를 보장하는 것은 회의공개 원칙을 살리기 위한 전제조건에 속한다. 그리고 공개로 인한 의원의 『면책특권』이 요구되는 것이다.¹⁵⁾

헌법 제50조 제2항에서는 『공개하지 아니한 회의내용의 공표에 관하여는 법률이 정하는 바에 의한다』고 규정하고 있다. 따라서 헌법정신은 공개된 회의의 내용에 대해서는 법률로서 규제할 수 없다는데 있다. 한편 국회의 회의를 공개하는 방법으로는 회의 내용의 방청(국회법 제152조 내지 제154조), 보도·중계방송 등의 허용(국회법 제149조의2), 회의록의 공개(국회법 제118조) 등이 있다. 그 중 『傍聽』에 관한 부분은 회의장의 규모·질서유지를 위한 규제에 불과하고 회의내용 자체의 공개를 제한하는 것은 아니고, 『보도·중계방송』과 관련한 규정도 본회의 또는 위원회의 의결로 공개하지 아니하기로 한 것 이외에는 공개를 원칙으로 하면서, 다만 국회규칙에 따르도록 한 것이기 때문에 헌법정신을 훼손하는 규제라고는 할 수 없다.

14) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006, 902쪽

* 이 점에 대하여는 심사위원께서 「이 사건은 소위원회의 공개규정이 만들어지기 전에 청구한 사건으로 성격이 약간 다르다」는 의견을 주셨다. 공감할 수 있는 부분이다. 다만 필자가 여기서 강조하고자 하는 점은 위 헌법재판소 결정이 「본회의이든 위원회의 회의이든 국회의 회의는 원칙적으로 공개되어야 한다」고 설시하고 있는 부분이다. 따라서 소위원회의 공개규정이 마련되었다고 하더라도 위 헌법재판소 결정의 정신은 그대로 유지된다고 할 수 있다.

15) 허영, 헌법이론과 헌법(제2판), 박영사, 2008, 890쪽

2) 傍聽

방청은 의장이 허가하여야 가능하다. 방청을 위하여는 방청권이 발행된다(국회법 제152조 제1항). 국민의 방청권은 방청좌석수와 회의장의 질서유지를 위하여 제한이 되며, 의장은 회의장 안의 질서유지를 위하여 방청인의 퇴장을 명하거나 경찰관서에 인도할 수 있다(국회법 제152조 내지 제154조). 국회법상의 이러한 제한에 대해 헌법재판소는 『본회의든 위원회의 회의든 국회의 회의는 원칙적으로 공개되어야 하고, 원하는 모든 국민은 원칙적으로 그 회의를 방청할 수 있다』고 선언하면서, 『국회법 제55조 제1항은 위원회의 공개원칙을 전제로 한 것이지, 비공개를 원칙으로 하여 위원장의 자의에 따라 공개여부를 결정케 한 것이 아닌바, 위원장이라고 하여 아무런 제한없이 임의로 방청불허 결정을 할 수 있는 것이 아니라, 회의장의 장소적 제약으로 불가피한 경우, 회의의 원활한 진행을 위하여 필요한 경우 등 결국 회의의 질서유지를 위하여 필요한 경우에 한하여 방청을 불허할 수 있는 것으로 제한적으로 풀이되며, 이와 같이 이해하는 한, 위 조항은 헌법에 규정된 의사공개 원칙에 저촉되지 않으면서도 국민의 방청의 자유와 위원회의 원활한 운영간에 적절한 조화를 꾀하고 있다고 할 것이므로 국민의 기본권을 침해하는 위헌조항이라 할 수 없다. … 피청구인들은 의원들의 국정감사활동에 대한 시민연대의 평가기준의 공정성에 대한 검증절차가 없었고, 모니터 요원들의 전문성이 부족하며, 평가의 언론공표로 의원들의 정치적 평판 내지 명예에 대한 심각한 훼손의 우려가 있어 청구인들의 방청을 허용할 경우 원활한 국정감사의 실현이 불가능하다고 보아 전면적으로 또는 조건부로 방청을 불허하였는바, 원만한 회의진행 등 회의의 질서유지를 위하여 방청을 금지할 필요성이 있었는지에 관하여는 국회의 자율적 판단을 존중하여야 하는 것인즉, 피청구인들이 위와 같은 사유를 들어 방청을 불허한 것이 헌법재판소가 관여하여야 할 정도로 명백히 이유없는 자의적인 것이라 보기 어렵다.』고 실시하고 있다.¹⁶⁾

16) 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 98헌마443 결정

* 이에 대해 소수의견은 『이 사건 국정감사 방청불허행위는 단순히 장소적 제약 혹은 질서유지의 필요성이라는 방청불허사유의 한계를 넘어서서, 청구인들이 속한 시민단체가 국정감사에 임한 의원들을 평가하여 바로 언론을 통해 공표함으로써 의원들에게 가해지는 과도한 심리적 압박 때문에 방청을 불허한 것으로 이해되는데, 이는 정당한 방청불허사유에 해당하지 아니하므로, 방청허가권의 재량범위를 일탈한 이 같은 방청불허행위로 청구인들의 방청의 자유 내지 알 권리를 침해한 것으로 보아야 한다』거나(이영모, 하결철 재판관), 『의원들의 국

3) 報道・中繼放送

본회의 또는 위원회는 의결로 공개하지 아니하기로 한 경우를 제외하고는 의장 또는 위원장은 국회규칙이 정하는 바에 의하여 회의장 안에서의 녹음·녹화·촬영 및 중계방송을 허용하여야 한다(국회법 제149조 제1항). 공개회의에서의 의사내용을 보도하는 것은 그 중에 불법의 발언이 포함되어 있다고 하더라도 민사상 또는 형사상의 책임을 지지 아니한다.¹⁷⁾

4) 會議錄의 公開

회의록은 의원에게 배부하고 일반에게 반포한다. 그러나 의장이 비밀을 요하거나 국가안전보장을 위하여 필요하다고 인정한 부분에 대해서는 발언자 또는 그 소속교섭단체대표의원과 협의하여 이를 회의록에 게재하지 않을 수 있다(국회법 제118조 제1항). 이 경우에도 의원은 발언자이건 발언하지 않은 자이건 게재하지 아니한 회의록부분에 관해 열람·등사신청을 할 수 있고 의장은 정당한 사유가 없는 한 이를 거절해서는 아니 되며(동조 제2항), 열람·등사를 한 의원은 타인에게 이를 열람하게 하거나 전제·복사하도록 하는 것이 금지된다(동조 제3항). 그리고 공개하지 아니한 회의의 내용은 공표되어서는 아니 된다. 다만, 본회의의 의결이 있거나 의장의 결정으로 비밀유지 등의 사유가 소멸되었다고 판단되는 경우에는 공표할 수 있다(동조 제4항). 이러한 방법들은 위원회의 경우에 준용이 된다(국회법 제71조). 이들 규정을 종합하면 공개하지 아니한 회의의 내용은 공표되어서는 아니 되지만, 공개한 회의 내용에 대한 공표제한은 의장이 소속교섭단체대표의원과 협의하여 회의록

정감사활동에 대하여 시민연대가 평가하여 그 결과를 언론에 발표하게 되면 의원들의 명예를 훼손할 우려가 있거나, 국정감사활동에 지장을 초래한다는 등 피청구인들이 내세우는 사유는 방청을 불허할 수 있는 정당한 사유가 되지 못하며, 평가결과로 인한 정치적 평판·명예의 훼손을 이유로 시민연대의 방청 자체를 선별적으로 거부한 것은 곧 시민단체에 의한 국정감사의 비판활동을 거부한 것이라 할 것인데, 이는 의사공개원칙이라는 헌법원칙이 국민에 의한 의정활동의 감시와 비판을 가능케 한다는데 있음을 망각한 것으로서, 이 사건 국정감사 방청불허행위는 국회법 제55조 제1항의 요건을 갖추지도 아니한 채 방청을 불허한 명백히 자의적인 처분으로서, 이로 인하여 청구인들의 국회방청권이 침해되었다 할 것이다」라고 설시하고 있다(김영일 재판관). 소수의견은 절차규정이 공개제한을 위한 편법으로 악용되는 것을 방지하기 위한 해석론이라고 할 수 있고, 이는 당연한 법리라고 할 수 있다. 다수의견은 단순히 방청불허가 「자의적」 판단에 의한 것은 아니라고 보고 있을 뿐이다.

17) 김철수, 헌법학원론(제18전정신판), 박영사, 2006, 1107쪽; 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2001, 832쪽; 박봉국, 앞의 국회법, 351쪽

에 게재하지 아니하는 방법에 의해 이루어진다고 할 수 있다.

Ⅲ. 議事의 公開

1. 意義

국회의 議事は 본회의이건(국회법 제115조 제1항) 위원회이건(동법 제69조 제1항, 제4항) 기록하는 것을 원칙으로 한다. 기록하는 방법은 速記이다(국회법 제115조 제1항, 제69조 제1항). 속기하지 못한 부분은 기록하여서는 아니 되며, 기재하더라도 속기불능인 사실을 명시하고 위원장 등에게 문의하여 들은 답변을 『참고』 형식으로 기재하여, 속기부분과 명백히 구분하여야 한다.¹⁸⁾ 소위원회의 의사도 속기로 기록하는 것을 원칙으로 한다(동법 제69조 제4항). 따라서 소위원회라고 하여 그 요지만을 기록하는 것은 허용되지 아니한다.

회의록은 회의의 종류에 따라 본회의회의록·전원위원회회의록·위원회회의록·소위원회회의록으로 나눌 수 있으나, 작성형식에 따라서는 책자회의록·전자회의록으로, 작성목적에 따라서는 보존회의록·배부회의록·임시회의록·비공개회의록 등으로 나눌 수 있다.

기록된 의사록은 공개되어야 한다. 다만 국회가 비공개를 결의하거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정하여 비공개하지 아니하기로 한 경우(헌법 제50조 제1항)에는 공개가 제한된다. 이와 관련한 문제점은 앞서 살핀 바 있다.

2. 會議錄의 訂正과 記載에 대한 異議

본회의 또는 위원회에서 국회의원이나 국무위원 기타 발언자가 발언한 회의록 기재사항 중 자구정정이 필요하거나 속기의 잘못이나 오기 등으로 회의록에 기재된 발언의 자구를 바로잡고자 하는 경우에는 회의록이 배부된 날의 다음날 오후 5시까지 그 자구의 정정을 의장에게 요구할 수 있다. 그러나 발언의 취지를 변경할 수 없다(국회법 제117조 제1항, 제2항). 속기의 방법으로 작성된 회의록의 내용은 삭제

18) 제14대국회 제165회정기회 제18차예산결산특별위원회(1993. 12. 2.)에서의 선례가 있다.

하는 것이 허용되지 않는다(동조 제3항 본문). 그리고 발언을 통해 자구정정을 하거나 취소하는 발언을 하는 경우에는 그 발언을 회의록에 기재하도록 하고 있다(동항 단서).

이러한 규정들 사이에는 해석상 모호한 점이 있다. 지금에 와서는 회의록 작성은 그 회의가 본회의건 위원회나 소위원회건 모두 속기에 의하기 때문이다. 의원의 발언이 회의록에 기재되지 아니하는 경우란 의장이 비밀을 요하거나 국가안전보장을 위하여 필요하다고 인정한 부분으로 발언자 또는 그 소속교섭단체대표의원과 협의에 의한 경우이다(국회법 제118조 제1항 단서. 위원회에 준용된다. 동법 제71조). 따라서 국회법 제117조 제3항 본문 규정은 삭제되어야 할 것이다.¹⁹⁾

회의록의 자구정정과 취소발언은 발언자가 할 수 있다. 그러나 발언내용이 속기록의 기재되면 이는 역사적 사실이 되므로 발언자가 아닌 의원이라고 하더라도 문제를 삼을 수 있어야 한다. 그리하여 국회법에서는 발언자가 아닌 의원이라고 하더라도 회의록에 기재한 사항과 회의록의 정정에 관하여 이의를 신청할 수 있고, 이러한 신청이 있으면 토론을 하지 아니하고 본회의의 기재사항을 정정하거나 일단 정정된 회의록을 다시 정정할 것인지 여부를 의결로 결정하도록 규정하고 있다(국회법 제117조 제4항). 이 경우에도 기록된 내용은 삭제되지 않는다. 다만 의결과정이 회의록에 기재되기 때문에 회의록 내용이 정정되었음이 공시될 뿐이다.

3. 會議錄의 證據力

국회의 회의록은 회의에 관한 공적 증명이며 회의에 관한 쟁점이 있을 때는 유력한 증거가 된다. 소송에서 변론조서(민사소송법 제158조)나 공판조서(형사소송법 제56조)에는 특유한 증거력이 인정되어 절차에 관해서는 절대적 증거력이 인정되지만, 그와 같은 규정이 없는 국회의 회의록에 대해서는 절대적 증거력이 인정되는 것은 아니다. 그러나 회의절차의 진행에 관한 기재는 사실상으로 절대적 증거력을 가진다고 볼 수 있다. 기록 자체가 속기를 전문으로 하는 공무원에 의해 작성되기 때문이다.²⁰⁾

19) 종전에는 국회법 제117조 제3항 본문은 소위원회 회의록과는 그런대로 의미를 가지고 있었다. 2000년 2월 개정국회법 제69조 제4항 단서에서는 『소위원회의 의결이 있는 때에는 속기 방법에 의하지 아니하고 그 요지를 구체적으로 기록할 수 있다』고 규정하였던 것이다. 이 규정은 2005년 7월 국회법에서 삭제되었다. 그런데 속기의 방법으로 작성된 회의록의 내용에 대해서 삭제를 허용하지 아니하는 국회법 제117조 제3항은 2003년 2월 개정국회법에서 도입된 것으로, 2005년 7월 국회법을 개정하면서 정리가 되었어야 한다.

20) 헌법재판소 2000. 2. 24. 선고 99헌라1 결정에서는 제119회 국회(임시회) 제9차 본회의에서의

4. 會議錄의 公開

회의공개에 원칙에 의해 회의록은 의원에게 배부하고 일반인에게 반포한다(국회법 제118조 제1항).

IV. 發言・表決에 대한 免責

1. 意義

국회의원은 국민의 대표로서 국민의 의사를 대변하기 위해서는 의정활동을 자유롭게 할 수 있는 발언의 자유와 표결의 자유를 가져야 한다. 다만 발언의 자유는 회의체의 효율적 운영을 위하여 일정한 절차와 범위 안에서 보장되거나 제한되는 것은 피할 수 없다.

국회의원은 대부분 특정 정당이나 교섭단체에 소속되어 있기 때문에 소속정당이나 교섭단체의 입장에 따라 찬반의사를 표시하거나 표결하여야 하는 일이 많은 것이다. 이러한 현상 때문에 오늘날의 민주주의를 정당민주주의라고 부르기도 하지만, 국회의원은 국민의 대표자로 국가이익을 우선으로 하여 국회의원의 직무를 양심에 따라 성실히 수행할 것을 선서한 자이므로(국회법 제24조 참조) 과도하게 소속정당이나 교섭단체의 이익을 옹호하고 국가이익을 희생하는 것을 막기 위하여 헌법에서는 『국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다』고 규정하고(헌법 제46조 제2항), 국회법에서는 『의원은 국민의 대표자로서 소속정당의 의사에 기속되지 아니하고 양심에 따라 투표한다』고 규정함으로써(국회법 제114조의2), 투표의 자유에²¹⁾ 일정한 의무로서의 성격을 부여하고 있다.

국회의원이 발언의 자유와 표결의 자유를 가진다고 하더라도 그 성격은 헌법상의

법률안 가결·처리행위는 의원의 심의표결권을 침해하였다는 권한쟁의심판청구에 대하여 흠의 유무는 회의록의 기재내용에 의존할 수밖에 없다는 취지로 기각결정한 바 있다.

21) 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 92헌마153 결정에서는 헌법 제45조, 제46조 제2항 등을 종합하여 헌법은 국회의원을 자유위임의 원칙하에 두었다고 설시한다.

기본권이 아니라 국회의원으로로서의 권한에 해당한다. 따라서 이에 대한 침해가 있다고 하더라도 헌법소원을 통하여 구제받을 수는 없고²²⁾ 권한쟁의심판을 청구해야 한다.²³⁾

2. 議員의 發言·表決에 대한 免責

국회의원은 국회에서 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다(헌법 제45조). 이를 국회의원의 免責特權(Immunität)이라고 부른다.²⁴⁾ 국회의원이 국무위원을 겸하는 경우에 국회의원의 자격으로서 한 발언에 대해서는 면책특권이 인정된다. 그러나 국무위원으로서 답변하는 과정에서의 발언은 면책특권의 대상에서 제외된다.²⁵⁾

면책특권제도는 미국의 *United States v. Gillock* 사건판결²⁶⁾에서 『1696년의 권리장전²⁷⁾의 제정은 議會優位를 위한 오랜 투쟁의 정점이다. 이 간단한 명제의 뒤에

22) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 90헌마125 결정

23) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 96헌라2 결정 : 『국회의원과 국회의장 사이에 (국회의원의) 권한의 존부 및 범위와 행사를 둘러싸고 언제나 다툼이 생길 수 있고, 이와 같은 분쟁은 단순히 국회의 구성원인 국회의원과 국회의장간의 국가기관 내부의 분쟁이 아니라 각각 별개의 헌법상의 국가기관으로서의 권한을 둘러싸고 발생하는 분쟁이라고 할 것인데, 이와 같은 분쟁을 행정소송법상의 기관소송으로 해결할 수 없고 권한쟁의심판 이외에 달리 해결할 적당한 기관이나 방법이 없으므로 국회의원과 국회의장은 헌법 제11조 제1항 제4호 소정의 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다고 보아야 할 것이다.』

24) 면책특권제도는 영국 Henry 4세 때의 *Haxey's Case*(1397)까지 소급하지만, 뿌리를 내린 것은 1689년의 권리장전(Bills of Rights of 1689)이다. 허영, 한국헌법론(전정신판), 박영사, 2005, 931쪽. 권리장전 제9조에서는 『국회 안에서의 의원의 발언이나 토론의 자유 또는 절차의 진행은 법원에서나 국회 밖에서 기소되거나 문제삼을 수 없다』()고 규정하고 있다. 이 정신이 미국에 있어서 헌법 제1조제6항에서 「…各院에 있어서의 발언이나 토론에 대하여 원외에서 기소되지 아니한다」(for any speech or debate in either house they shall not be questioned in any other place)고 확인되었다. 그리고 *United States v. Gillock*, 445 U.S. 360 (1980)에서는 『1696년의 권리장전의 제정은 議會優位를 위한 오랜 투쟁의 정점이다. 이 간단한 명제의 뒤에는 하원과 비판적인 입법자들을 억누르고 겹주기 위하여 형사법 및 민사법을 활용한 Tutor 및 Stuart조의 계속되는 군주 사이의 충돌이 배경을 이루고 있다. Britain에서의 명예혁명(Glorious Revolution)과 미국의 전 역사를 통해, 이 면책특권은 입법자의 독립과 통합을 위한 중요한 보호장치로 인정되어왔다. … 미국의 정부구조 하에서 면책특권은 건국의 아버지(The Founders)들이 형성하여 이룩한 권력의 분립을 강화하는 추가적 기능을 수행하여왔다.』고 설명하고 있다. 면책특권은 프랑스헌법 제26조 제1항, 독일연방기본법 제46조 제1항에서도 규정되고 있다.

25) 권영성, 앞의 헌법학원론, 887쪽; 정종섭, 앞의 헌법학원론, 922쪽; 문광삼, 한국헌법학(국가조각론), 삼영사, 2008, 125쪽; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2005, 885쪽

* 김철수, 앞의 헌법학개론, 1128쪽에서는 어느 경우나 면책특권이 인정되어야 한다고 본다.

26) 445 U.S. 360 (1980)

27) 권리장전(Bills of Rights of 1689) 제9조에서는 『국회 안에서의 의원의 발언이나 토론의 자유 또는 절차의 진행은 법원에서나 국회 밖에서 기소되거나 문제삼을 수 없다』(That the freedom of speech, and debates or proceedings in Parliament, ought not to be impeached

는 하원과 비판적인 입법자들을 억누르고 겹주기 위하여 형사법 및 민사법을 활용한 Tutor 및 Stuart조의 계속되는 군주 사이의 충돌이 배경을 이루고 있다. Britain에서의 명예혁명(Glorious Revolution)과 미국의 전 역사를 통해, 이 면책특권은 입법자의 독립과 통합을 위한 중요한 보호장치로 인정되어왔다. ... 미국의 정부구조 하에서 면책특권은 건국의 아버지(The Founders)들이 정성들여 이룩한 권력의 분립을 강화하는 추가적 기능을 수행하여왔다.』고 설시하듯 국회의원이 국민의 대표자로서 국회 내에서 자유롭게 발언하고 표결할 수 있도록 보장함으로써 국회가 입법 및 국정통제 등 헌법에 의해 부여된 권한을 적정하게 행사하고 그 기능을 원활하게 행사할 수 있도록 보장하려는데 있다.²⁸⁾

면책특권의 성질은 어떠한가. 헌법 제45조는 『... 책임을 지지 아니한다』고 규정하고 있는데 국회의원이 국회에서 행한 발언과 표결에 대해 지지 아니하는 책임은 법적 책임에 국한하며 정치적인 책임까지 지지 아니하는 것은 아니라고 보고 있다.²⁹⁾ 정치적 책임까지 지지 아니하는 것은 아니라는 결론은 당연한 것처럼 보이지만, 정치적 책임이란 모호한 개념이다. 국회의원의 모든 발언은 국회의원이 대의정치를 수행할만한 자질을 갖추고 있는지의 평가와 직결되므로 정치적 책임을 면책시킬 방법이 존재하지 않는다고 보아야 한다. 그리고 국회의원이 국회에서 행한 발언과 표결을 문제삼아 소환할 수 있는 입법을 한다면, 이는 단순한 정치적 책임을 추

or questioned in any court or place out of Parliament.)고 규정하고 있다. 이 정신이 미국에 있어서 헌법 제1조제6항에서 「...各院에 있어서의 발언이나 토론에 대하여 원외에서 기소되지 아니한다」(for any speech or debate in either house they shall not be questioned in any other place)고 확인되었다. 허 영, 한국헌법론(전정신판), 박영사, 2005, 931쪽에서는 면책특권제도는 영국 Henry 4세 때의 *Haxey's Case*(1397)까지 소급한다고 설명하지만, Colin R. Monroe, *studies in Constitutional Law* (2nd ed.), Oxford, 2005, p. 220에서의 면책특권에 대한 설명에서는 다음과 같이 설명하고 있을 뿐이다. : 「하원의원인 Strode가 Devon주의 朱錫산업을 규제하기 위한 법안을 제출한데 대해 Devon주의 Stannary Court가 징역형을 선고하자 1512년 국회는 법원의 재판을 무효로 하고 장래에 이와 유사한 간섭으로부터 의원을 보호하기 위해 국회특권법(the Privilege of Parliament Act 1512)을 제정하였다. 17세기에서 이러한 특권은 국왕으로부터 하원의 지위를 확립하는데 있어서 무척 중요한 의미를 가지고 있다. 1629년 세 명의 하원의원이 하원에서 선동적 발언을 했다는 이유로 King's Bench에서 유죄판결을 선고받았으며, 법원은 1512년 특권법의 적용을 거부하였다. *R v Elliot, Hollis and Valentine* (1629) 3 State Tr 294. 그러나 국회는 1641년 및 1667년 동 판결을 무효로 하는 결의를 하였으며, 1668년 House of Lords는 동 판결을 파기하였는데, House of Lords는 국회에서의 발언은 국회밖에서 다루어질 수 없다고 보았다. (1668) 3 State Tr 332

28) 대법원 1996. 11. 8. 선고 96도1742 판결

* 면책특권은 프랑스헌법 제26조 제1항, 독일연방기본법 제46조 제1항에서도 규정되고 있다.

29) 정종섭, 앞의 헌법학원론, 925쪽; 성낙인, 헌법학 (제6판), 법문사, 2006, 810쪽; 장영수, 헌법학, 홍문사, 2006, 1118쪽; 권영성, 앞의 헌법학원론, 889쪽

공하는 것에 불과할 뿐 아니라, 법적 책임을 묻는 것이 되어 허용되지 아니한다고 보아야 한다.³⁰⁾

그러면 면제되는 법적책임이란 어떠한 의미인가. 대법원은 법적책임이 면제됨으로 인해 의원의 발언을 문제삼아 기소를 하더라도 법원은 실체판단을 하여서는 아니되며 공소기각(형사소송법 제327조 제2호)하여야 한다는 입장이며,³¹⁾ 이에 찬성하는 학자들이 많다.³²⁾ 그러나 이와 달리 『공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니 하는 때(형사소송법 제328조 제4호)』에 해당한다는 이유로 공소기각결정을 하여야 한다는 입장,³³⁾ 人的處罰阻却事由의 부존재를 이유로 무죄판결하여야 한다는 입장도 있다.³⁴⁾

사건으로는 위법성을 조각하는 『정당화 사유』에 해당하므로 무죄판결을 하여야

30) 주민소환에관한법률에서는 각급 자치단체장 및 의원에 대해 주민소환투표를 청구할 수 있고(제7조) 투표결과 동법에서 규정하는 정족수의 찬성을 얻은 경우에는 그 직을 상실하는 것으로 규정하고 있는데(제23조), 헌법재판소 2009. 3. 26. 선고 2007헌마843 결정에서는 「주민소환법이 주민소환의 청구사유에 제한을 두지 않은 것은 주민소환제를 기본적으로 정치적인 절차로 설계함으로써 위법행위를 한 공직자뿐만 아니라 정책적으로 실패하거나 무능하고 부패한 공직자까지도 그 대상으로 삼아 공직에서의 해임이 가능하도록 하여 책임정치 혹은 책임행정의 실현을 기하려는데 그 입법목적이 있고, 위 입법목적은 정당하며, 위 조항은 이러한 입법목적의 증진에 기여할 수 있는 유용한 수단이다.」라고 설시하고 있다. 이에 대해서는 4인의 일부위원의견이 있는데, 위헌의견이라고 하더라도 「주민소환투표가 발의되어 공고되었다는 이유만으로 주민소환투표대상자의 권한행사가 곧바로 정지되도록 규정한 주민투표법 제21조 제1항은 헌법에 위반된다」는 정도의 것이다. 이는 국회의원과 지방자치단체의 장 또는 의원의 지위에 차이가 있다는 것을 의미한다. 지방자치단체의 조직·운영 등은 법률로서 정하도록 되어 있다는데 근거(헌법 제118조)하는 것이다.

31) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91도3317 판결 : 「국회위원의 면책특권에 속하는 행위에 대하여는 공소를 제기할 수 없으며 이에 반하여 공소가 제기된 것은 결국 공소권이 없음에도 공소가 제기된 것이 되어 형사소송법 제327조 제2호의 “공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때”에 해당되므로 공소를 기각하여야 한다」는 이유로 합헌적 법률이라고 보고 있다.

32) 성낙인, 앞의 헌법학, 811쪽; 문광삼, 앞의 한국헌법학(국가조직론), 127쪽; 양용식, 「국회위원의 면책특권」, 법제월보 제7권 제6호, 법제처, 1965, 8쪽; 유남석, 「국회위원의 면책특권」, 國民과 司法; 윤관大法院長 退任紀念, 박영사, 1999, 510쪽

33) 구병삭, 「국회위원의 발언·표결의 면책특권」, 고시연구 14권 8호, 1987, 102쪽

34) 이준일, 앞의 헌법학강의, 884쪽; 전광석, 한국헌법론 [제3판], 법문사, 2006, 525쪽. 이에 대한 논의는, 신동운, 「국회위원의 면책특권과 그 형사법적 효과」, 법학 제34권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 204-220쪽; 최윤철, 「국회위원의 면책특권의 보호범위에 관한 연구 -특히 명예훼손죄와의 관계를 중심으로-」, 법학연구 11호, 한국법학회, 2003, 345-364쪽; 최윤철, 「국회위원의 면책특권」, 고시계 제50권 제4호, 국가고시학회, 2006, 11쪽

한다고 본다. 공소기각사유와 무죄사유가 경합하더라도 소송판결인 공소기각판결을 하여야 한다는 것은 일반론으로는 타당하다. 그러나 공소기각설은 면책특권의 연혁과 관련하여 권리장전 제9조에서 「... 국회 밖에서 기소되거나 문제삼을 수 없다」(… ought not to be impeached or questioned …)라고 규정하고 있는데서 영향받은 해석이라고 할 수 있다. 그러나 우리 헌법 제45조는 단순히 「... 책임을 지지 아니한다」고 규정하고 있을 뿐, 기소가 금지된다고 규정하지는 않고 있다.³⁵⁾ 면책특권제도가 본래 충실한 대의정치의 구현을 위한 최소한의 보장장치로 탄생하였다면 국회의원의 국회 안에서의 발언과 표결에 대해 위법성으로부터 해방을 시켜주는 것이 올바른 해석이라고 할 수 있다. 이와 같이 국회의원의 국회 내에서의 발언과 표결을 「정당화 사유」와 연결시키는 경우에는 법원은 이 점을 확인한다는 의미에서 무죄판결을 하여야 할 것이다. 물론 이와 같이 「정당화 사유」로 보는 경우에도 「공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니 하는 때(형사소송법 제328조 제4호)」에 해당한다는 이유로 공소기각결정을 하여야 한다는 논리가 성립할 여지가 있다.³⁶⁾ 그러나 이 문제는 국회의원이 아닌 공무원이 일반인으로부터 돈을 받은 경우에 일본에서의 一厘 사건³⁷⁾과 같이 그 額이 극히 소액이어서 사회상규에 위반되지 아니한다는 정당화 사유가 존재하지 않는 한 뇌물죄가 성립할 가능성이 큰 반면, 정치자금법에 의하여 합법적으로 정치자금을 수령할 수 있는 지위에 있는 국회의원은 정당화사유가 별도로 존재하는 것과 마찬가지로이다.³⁸⁾ 정치자금법에서 정한 절차에 위반함이 없고 뇌물성을 띄지 아니하는 정치자금임이 명백한 경우라고 하더라도 이를 이유로 형사소송법 제328조 제4호를

35) 이런 점에서 한국법제연구원이 영역한 헌법 제45조가 「No member of the National Assembly shall be held responsible outside the National Assembly.」되어 있는 것은 타당하다.

36) 대법원 1977. 9. 28. 선고 77도2603 판결: 「형사소송법 제328조 1항 4호에 “공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될만한 사실이 포함되지 아니한 때”라고 함은 공소장 기재사실 자체가 일견하여 법률상 범죄를 구성하지 아니함이 명백하여 공소장의 변경등 절차에 의하더라도 그 공소가 유지될 여지가 없는 형식적 소송요건의 흠결이라고 볼 수 있는 경우를 뜻한다고 할 것이다. 그런데 이 사건에 있어서 공소가 제기된 향토예비군 설치법제15조 제5항, 제6조 제1항 소정의 훈련을 위한 소집불응죄가 되려면 반드시 그 소집일 7일전까지 소집통지서가 본인 또는 본인에 갈음하여 받을수 있는 자에게 전달되어야 하는 것인지의 여부는 법률해석상의 문제로서 이 공소사실자체가 바로 일견하여 법률상 범죄를 구성하지 아니함이 명백한 경우에 해당된다고는 할 수 없다 할 것이다.」

37) 日本大審院 明治 43・10・11 刑集 16・1620

38) 이에 대하여는 박찬주, 「정치인을 위한 변명」, 월간법제 544호, 법제처, 2003, 4-29쪽 참조

적용하여 공소기각결정이 이루어진 예가 없다.

국회의원의 면책특권을 이용하여 국회의원으로 하여금 일반인에게는 범죄행위 내지 위법행위가 되는 발언을 하게 한 자에 대해서는 간접정범(형법 제34조 제1항)으로 처벌할 수 있다.³⁹⁾

국회의원의 면책특권은 국회의원의 임기가 종료된 후에도 소추되지 아니하는 것은 물론이지만, 당선무효의 경우에도 국회의원의 지위에서 한 발언에 대해서도 그 특권이 인정된다고 보아야 한다.⁴⁰⁾

면책의 대상은 국회의원이 국회에서 한 「직무상 발언」이다. 이에겐 직무상 행하는 모든 의사표시이며,⁴¹⁾ 토론·연설·질문·사실의 진술 등을 포함한다. 발언할

39) 양용식, 앞의 「국회의원의 면책특권」, 8쪽; 최윤철, 앞의 「국회의원의 면책특권」, 11쪽

40) 최윤철, 앞의 「국회의원의 면책특권」, 6-7쪽

41) 대법원 1996. 11. 8. 선고 96도1742 판결에서는 「면책특권의 대상이 되는 행위는 국회의 직무수행에 필수적인 국회의원의 국회 내에서의 직무상 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에만 국한되지 않고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함된다고 할 것이다. 국회의원이 국회의 위원회나 국정감사장에서 국무위원·정부위원 등에 대하여 하는 질문이나 질의는 국회의 입법활동에 필요한 정보를 수집하고 국정통제기능을 수행하기 위한 것이므로 면책특권의 대상이 되는 발언에 해당함은 당연하고, 또한 국회의원이 국회 내에서 하는 정부·행정기관에 대한 자료제출의 요구는 국회의원이 입법 및 국정통제 활동을 수행하기 위하여 필요로 하는 것이므로 그것이 직무상 질문이나 질의를 준비하기 위한 것인 경우에는 직무상 발언에 부수하여 행하여진 것으로서 면책특권이 인정되어야 한다.」고 판시하고 있다. 사안은 국회의원이 국회의 재무위원회, 재정경제위원회 또는 국정감사장 등에서 국무위원 등에게 소관 국정사항과 관련하여 해당 기업체의 비리 의혹 등에 대하여 질의하거나 그 질의를 준비하기 위하여 정부기관 등에 대하여 자료제출을 요구한 것으로, 자료제출이 공갈행위의 수단으로 이용된 것이다. 그러나 자료제출의 요구는 비록 국회에서의 발언을 위한 준비행위이기는 하지만 그것 자체가 면책특권의 대상이 되는 것은 아니다. 국회에서 발언한 것을 외부에서 다시 설명하거나 진술하거나 할 내용을 담은 자료를 배부하는 것과는 다르다. 이는 전통적인 설명에 의하면 「묵시적」 의사표현행위가 있었다고 보아야 하기 때문에 면책특권의 대상이 논외되는 것은 당연하다. 그러나 「묵시적」 의사표현행위가 포함되지 아니하는 자료제출요구는 면책특권과는 무관하며 국회의원의 직무수행을 가능하게 하는 권한이라고 보아야 한다. 그리고 그 자체가 공갈의 수단이라고 볼 것도 아니다. 단순히 동기를 이루는 것에 지나지 아니하기 때문에 처벌대상도 아니다. 위 대법원판결에서는 「이와 같이 면책특권이 인정되는 국회의원의 직무행위에 대하여 수사기관이 그 직무행위가 범죄행위에 해당하는지 여부를 조사하여 소추하거나 법원이 이를 심리한다면, 국회의원이 국회에서 자유롭게 발언하거나 표결하는 데 지장을 주게 됨은 물론 면책특권을 인정한 헌법규정의 취지와 정신에도 어긋나는 일이 되기 때문에, 소추기관은 면책특권이 인정되는 직무행위가 어떤 범죄나 그 일부를 구성하는 행위가 된다는 이유로 공소를 제기할 수 없고, 또 법원으로서도 그 직무행위가 범죄나 그 일부를 구성하는 행위가 되는지 여부를 심리하거나 이를 어떤 범죄의 일부를 구성하는 행위로 인정할 수 없다고 할 것이다. 피고인이 국회 외에서 해당 기업체의 경영주나 임직원 등에게 위 질의 또는 자료제출요구의 내용과 관련하여 겁을 주고 금원을 교부받은 사실을 일부 적시하고 있음을 알 수 있으나, 이는 원심이 국회의원인 피고인의 직무상 발언에 해당하는 질의나 이에 부수하여 행하여진 자료제출요구가 위 각 공갈의 실행행위 내지 수단에 해당하는지 여부를 심리하여 이를 인정한 것으로 보이지는 아니하고, 표현방법에 있어서 다소 적절치 못한 면이 없지는 아니하지만 원심은 피고인의 질의나 자료제출요구를 단지 피고인이 국회 외에서 이

내용을 담은 원고의 사전배포행위가 국회에서 한 직무상 발언으로 볼 수 있는가. 국회의원이 대정부질문을 하기 직전에 국회출입기자에게 원고를 배포하는 것이 국회에서의 오랜 관행이라는 이유로, 그러한 관행을 존중해 줄만한 충분한 가치가 있을 경우에는 법적용에 있어서도 이를 참조하여야 한다는 입장이 있으나,⁴²⁾ 국회의원의 면책대상인 행위를 직무상의 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에 국한하지 않고 이에 통상적으로 부수하여 행해지는 행위까지 포함한다는 것이 대법원판례의 태도이고,⁴³⁾ 학자들은 일반적으로 이 판례와 마찬가지로 원고사전배포행위를 국회의원의 발언에 통상적으로 부수되는 행위로 보고 있다.⁴⁴⁾ 대법원의 설시는 원심판결의 설시를 인용하면서 원심판결의 설시는 면책특권에 대한 법리를 오해한 위법이 없다고 결론짓고 있는데, 원심판결은 공소사실에 대해 『피고인이 배포한 원고의 내용이 공개회의에서 행한 발언내용이고(회의의 공개성), 원고의 배포시기가 당

사건 각 공갈행위를 개시하거나 실행하게 되기까지의 경위로 참고로 적시한 것에 불과한 것으로 보이며, 피고인의 위 질의 및 자료제출요구를 제외한 나머지 행위만으로도 위 판시 각 항의 공갈죄를 인정하기에 충분하다.』고 설시한 것은 결론에 있어서는 정당하지만, 면책특권의 대상이라는 이유로 결론을 도출하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

42) 성낙인, 앞의 헌법학, 810쪽

43) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91도3317 판결

* 이 판결에서 문제된 발언은 제5공화국 당시의 1986. 7.경 제131회 정기국회 본회의에서 신한민주당 소속 제12대 국회의원 유성환이 『이 나라의 國是는 반공이 아니라 통일이여야 한다』, 『통일이나 민족이라는 용어는 공산주의나 자본주의보다 그 위에 있어야 한다』는 것이었고, 제5공화국 당시의 1심재판부는 『국회의원의 면책특권행위는 의원이 국회에서 직무상 행한 발언과 표결 그 자체 및 이와 관련하여 필수적으로 수반되는 행위까지 포함된다 할 것이지만, 사전원고배포행위는 이에 해당하지 아니한다』 판시하였다(서울형사지방법원 1987. 4. 13. 선고 86고합1513 판결). 1심재판부의 논리는 다음과 같은 논리에 기초하고 있다. 헌법에 규정된 국회의원의 면책특권의 내용이 되는 행위에는 앞서 본 바와 같이 국회의원이 국회에서 직무상 행한 발언과 표결 그 자체 뿐만 아니라 이와 관련하여 필수적으로 수반되는 행위까지 포함되는 것은 옳다. 하지만책특권이란 특수하게 주어지는 일종의 排他的인 權利이므로 법에 명시된 이상으로 확대해석할 수 없는 것이라 할 것이다. 예컨대 國會議法 제99조는 의원이 발언하려고 할 때에는 미리 의장에게 통지하여 許可를 받도록(1항)하고, 발언통지를 하지 아니한 의원은 통지를 한 의원의 발언이 끝난 다음 의장의 허가를 받아(2항) 발언할 수 있으므로, 사실상 발언이라고 할 수 있는 유인물의 事前配布는 면책특권의 범주내에 들어올 수 없다. 면책특권이 다른 국가기관으로부터 의사의 제약을 받지 않고 원활하게 의정을 수행토록 하기 위해 주어진 권리이므로 그 범위는 필요한 최소한에 그쳐야 하기 때문이라는 것이다. 항소심판결은 제6공화국 정부가 들어선 때로부터 상당한 기간이 흐른 후에 선고되었기 때문에(서울고등법원 1991. 11. 14. 선고 87노1386 판결) 그 순수성은 의심받아 마땅하다. 어쨌든 항소심에서는 『국회의원의 면책대상이 되는 행위는 국회의원이 국회에서 직무상 행한 발언과 표결 그 자체뿐만 아니라 이에 부수하여 一切不可分の으로 행하여지는 행위(부수행위)까지 포함되고, 위 부수행위인지 여부는 구체적인 행위의 목적·장소·태양 등을 종합 고려하여 개별적, 구체적으로 판단할 수 없다』고 전제하고, 공소사실에 대해 본문에서 인용하는 4가지 기준을 전개하였던 것이다.

44) 정종섭, 앞의 헌법학원론, 923쪽; 장영수, 앞의 헌법학, 1117쪽; 허영, 앞의 한국헌법론, 932쪽; 박봉국, 앞의 국회법, 232쪽

초 발언하기로 예정된 회의시각 30분 전으로 근접되어 있으며(시간적 근접성), 원고의 배포장소 및 대상이 국회의사당 내에 위치한 기자실에서 국회출입기자들 만을 상대로 한정적으로 이루어졌고(장소 및 대상의 한정성), 원고배포의 목적이 보도의 편의를 위한 것이라는(목적의 정당성) 등의 사실』을 인정하고 유성환 의원이 국회 본회의에서 질문한 원고를 위와 같이 사전에 배포한 행위는 국회의원의 면책특권의 대상이 되는 직무수행행위에 해당한다고 판시하였던 것이다.

이에 대하여는 『국회의원의 면책특권을 가능한 한 두텁게 보호하려고 한 대법원의 고려는 이해가 되지만 위 판결에서 대법원이 면책특권의 보호대상으로 제시한 '직무부수행위'의 의미와 헌법 제45조가 규정하는 '직무상'의 의미의 구별이 모호할 뿐만 아니라 면책대상의 보호대상으로서 '직무상'의 행위이외에 이와는 구별되는 '직무부수행위'를 다시 설정하고 국회의원의 일정한 행위가 최소한 이러한 직무부수행위에 속하는 지를 판단하여야 한다면 직무부수행위의 의미를 둘러싸고 국회의원의 행위가 면책특권으로서 보호받지 못하는 경우도 생겨날 수 있다. 더구나 대법원은 국회의원의 행위가 직무부수행위로서 면책특권으로 보호받기 위해서는 국회의원의 행위에 대해서 그러한 행위의 목적, 장소, 태양 등을 종합하여 "개별적"으로 판단하여야 한다고 하여, 본래 대법원의 취지와는 무관하게 국회의원의 면책특권의 상대화를 초래하였다.』고 비판을 하면서, 국회의원의 면책특권을 두텁게 보호하여 국회의원들로 하여금 자유로운 의정활동을 할 수 있도록 할 목적이라면 직무부수행위라는 또 다른 기준을 만들어 내는 것보다는 오히려 국회의원의 『직무』를 폭넓게 해석하는 것이 타당하다는 주장⁴⁵⁾ 『다만 (대법원의) 이러한 설명은 국회의원의 특정한 행위가 면책특권의 적용대상이 되는 이유를 제시한 것이다. 따라서 이러한 요건 중 일부를 결여하는 경우 면책특권이 적용되지 않는다고 볼 수는 없으며, 일반적인 면책특권의 적용요건에 대해서 좀더 구체적인 논의가 필요하다.』고 함으로써, 경우에 따라서는 대법원판결의 설시요건의 일부가 결여되더라도 면책특권이 허용되는 경우가 있을 수 있다』는 주장⁴⁶⁾이 있다.

위 대법판결은 국회의원이 자신이 자신의 발언내용이 국회 회의록에서 게재되지 못할 것이라는 점을 알고 있었다거나, 원고의 내용을 본회의에서 그대로 발언하게 될 가능성이 없어 결국 외부에 공표될 수 없음을 예견하였던 경우에는 면책특권이 인정되지 아니할 수 있는 여지를 남겨두고 있다.⁴⁷⁾ 다만 판결의 사안과 관련하여서

45) 최윤철, 앞의 「국회의원의 면책특권」, 9쪽

46) 전광석, 앞의 한국헌법론, 524쪽

는 동 법리를 편의적으로 적용하였다고 할 수 있다. 판결의 사안에서 문제된 발언은 제5공화국 당시의 1986. 7.경 제131회 정기국회 본회의에서 신한민주당 소속 제12대 국회의원 유성환이 『이 나라의 國是는 반공이 아니라 통일이여야 한다』, 『통일이나 민족이라는 용어는 공산주의나 자본주의보다 그 위에 있어야 한다』는 것이었고, 당시는 헌법제정권력까지 억압당한 상태에서 헌법개정(실제로는 헌법제정)이 이루어진 상태이었기 때문에 발언내용은 의장에 의해 제재가 이루어지지 아니할 가능성이 지극히 높았고,⁴⁸⁾ 발언자도 그러한 사정을 당연히 예상할 수 있었다고 보는 것이 순리이기 때문이다. 따라서 대법원으로서 이러한 발언을 처벌하는 근거법률의 위헌성을 문제삼았어야 할 것이다.⁴⁹⁾ 그런데다 원고의 사전배포행위가 면책특권의 대상이 되느냐의 문제를 논의함에 있어서 국회의 자율권의 한계라는 측면과 전혀 별개의 것으로 이해하는 것도 문제가 있다. 만일 국회가 원고의 사전배포행위를 면책특권의 대상에 포함되는 것으로 이해하는 한, 수사기관이 이를 면책특권의 대상에서 제외하는 것으로 이해하는 것이 부당할 수 있다. 이러한 측면을 고려하는 한, 대법원판결이 수용하는 4가지 기준은 그다지 문제될 것은 없다고 본다. 다만 이를 『직무부수행위』라는 카테고리로 묶을 필요는 없을 것이다.

국회에서 발언한 내용을 다시 국회 밖에서 발언 또는 출판하는 경우에도 면책특권이 인정되는가. 국회 내에서의 발언이 아니라는 이유로 부정설이 있으나,⁵⁰⁾ 면책특권의 한계와 관련하여서는 『중상적 모욕』(Verleumderische Beleidigung)의 경우는 면책특권을 배제하도록 하고 있는 독일기본법 제46조 제1항의 경우처럼 헌법 스스로가 일정한 한계를 설정하는 것이 필요한지를 검토하여야 한다는 입장도 있다.⁵¹⁾ 그러나 후설의 경우에 구체적으로 검토할 기준을 제시하지 아니하고 있기 때문에 그다지 학설로서의 의미를 가지지 못하고 있다. 이와 달리 국회에서 발언한 내용을 다시 국회 밖에서 발언 또는 출판하는 것이 아니라 국회법 제118조에 의해

47) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91도3317 판결 : 『그리고 피고인이 자신이 자신의 발언내용이 국회의록에서 게재되지 못할 것이라는 점을 알고 있었다거나, 원고의 내용을 본회의에서 그대로 발언하게 될 가능성이 없어 결국 외부에 공표될 수 없음을 예견하였다고 인정되지 아니하는 바에야 이를 전제로 하는 위 주장들은 어느 것이나 받아들일 수 없다』

48) 제5공화국 1981년 1월 전면개정된 국회법에서는 의장이 취소하게 한 발언은 이를 게재하지 아니하고 있었다(동법 제111조 제1항 단서).

49) 이 경우에 대법원은 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하게 될 것이다.

50) 정종섭, 앞의 헌법학원론, 926쪽; 성낙인, 앞의 헌법학, 811쪽; 권영성, 앞의 헌법학강의, 889쪽; 허영, 앞의 한국헌법론, 932쪽; 이준일, 앞의 헌법학강의, 885쪽; 김학성, 헌법학강의, 성문사, 2001, 718쪽; 김기영, 헌법강의, 박영사, 2002, 1007쪽

51) 장영수, 앞의 헌법학, 1118쪽

공표할 수 있는 회의록을 그대로 반포하는데 그치는 것은 자신의 국회발언내용을 알리는 의원의 당연한 대외활동에 포함된다고 보아야 할 것이다. 다만 이는 면책특권의 효과로서가 아니라 국민의 알권리 내지 의원의 의정활동보고책임이나 언론의 자유의 효과에 해당할 것이다.⁵²⁾

그러면 국회의원이 직무상 행한 발언이 중상적 모욕이나 허위사실을 직무상발언을 핑계로 무책임하게 양산하는 경우에도 면책특권이 인정되는가. 앞서 보듯 독일 통일기본법에서는 중상적 모욕에 관하여 면책특권을 제한한다. 이에 대해 국회법 제146조에서는 『의원은 본회의 또는 위원회에서 다른 사람을 모욕하거나 다른 사람의 사생활에 대한 발언을 할 수 없다』라는 규정을 하고 이를 위반하여 발언을 한 국회의원을 징계위원회에 회부하여 징계대상으로 삼고 있으나(국회법 제155조), 그에 따른 형사법적 책임을 규정하고 있지 않고 있지는 않다. 그리고 우리 헌법에는 이에 대응하는 규정이 없다. 그리하여 이에 대해서는 면책특권긍정설,⁵³⁾ 부정설⁵⁴⁾ 및 면책대상인 발언과 표결의 의미를 야당탄압수단으로 악용되는 것을 막기 위해 완화해서 해석하여야 한다는 설⁵⁵⁾이 대립한다. 문제는 우리나라에서 중상적 모욕이나 무책임한 허위사실의 양산은 도가 지나치고 있다는 데 있다. 이러한 발언은 국회에서 이루어지는 것이기는 하지만 직무집행의 외관을 빌었을 뿐 『직무상』 발언이라고 보아서는 아니 된다. 그리고 설사 면책특권에 관한 헌법상의 규정이 이들까지 포함하는 취지로 규정되었다고 하더라도, 헌법제정에 있어서 이러한 면책특권에 관한 규정은 다른 헌법의 『핵』을 헌법제정권력의 의사로 인용하면서 선택적 표결이 허용되지 아니한 상황에서 일종의 끼워팔기식으로 채택되었다고도 할 수 있

52) 허영, 앞의 한국헌법론, 933쪽; 최윤철, 앞의 「국회의원의 면책특권」, 7쪽

53) 장영수, 앞의 헌법학, 1118쪽; 전광석, 앞의 한국헌법론, 525쪽; 최윤철, 앞의 「국회의원의 면책특권」, 14-15쪽(국회의원의 면책특권에 대한 헌법제정권력자의 의지는 국회의원직을 가지고 있는 자연인에 대한 법률적용의 예외를 규정하고 있는 것이 아니라 대외기관이 헌법생활에 차지하는 중요성을 이유로 그 구성원인 의원들에게 형법상의 죄책을 형법의 상위법인 헌법을 근거로 면제하겠다는 것이다. 따라서 이를 반대로 해석하면, 국회의원을 그의 발언을 근거로 형법상의 명예훼손으로 처벌하기 위해서는 다시 헌법에 그 근거를 두지 않으면 아니 된다는 것이다.주41) 즉 헌법에서 보장하고 있는 국회의원의 면책특권을 하위법인 형법에 의해서 구체화하는 태도는 헌법이 그에 대한 법률유보규정을 두지 않고 있는 한 적절하지 못하다 할 것이다.주42) 따라서 국회의원들이 직무상 행한 발언을 근거로 형법상의 명예훼손죄를 묻는 것은 현행 헌법에서는 불가능하다고 본다. 만일그러함에도 불구하고 계속 국회의원들의 발언을 문제 삼아 명예훼손죄의 죄책을 묻고자 한다면 이는 헌법기관인 국회의원을 아무런 헌법상 근거 없이 처벌하고자 하는 결과가 되고 이는 국회의원의 면책특권을 심각하게 침해하는 결과가 된다고 본다.)

54) 정종섭, 앞의 헌법학원론, 924쪽; 김기영, 앞의 헌법강의, 1006쪽

55) 성낙인, 앞의 헌법학, 809쪽

다. 그리하여 최근 대법원은 『면책특권의 목적 및 취지 등에 비추어 볼 때, 발언 내용 자체에 의하더라도 직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 등까지 면책특권의 대상이 될 수는 없다』고 판시함으로써 무조건적인 면책특권에 대한 제동을 걸고 있다. 발언 내용이 허위라는 점을 인식하지 못하였다면 비록 발언 내용에 다소 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다고 하더라도, 그것이 직무 수행의 일환으로 이루어진 것인 이상 이는 면책특권의 대상이 된다고 보아야 한다.⁵⁶⁾ 앞으로도 국회의원의 면책특권에 대해서만 one point식으로 개헌이 이루어질 가능성이 전무한 상태에 있어서는 헌법해석에 관한 헌법제정권력의 의사의 변화, 즉 헌법변천이라는 힘을 이용하여 중상적 모욕이나 양산된 허위사실에 대해서는 면책특권을 배제하는 해석론을 전개할 수밖에 없다는 점에서 타당한 판시라고 할 수 있다. 다만 면책특권의 제한에 있어서는 국회의원의 면책특권이 가지는 善機能을 고려하여 엄격하여야 할 것이다.

국회의원의 면책특권의 범위에 대해서 헌법은 「국회 외」에서 책임을 지지 않는 것으로 규정할 뿐 「국회 내」에서의 면책을 규정하고 있지는 않기 때문에, 「국회 내」에서의 면책까지 허용되는지의 점에 대해서는 학설이 대립한다. 정치적 책임은 별론으로 하고 법적 책임을 지는 것은 아니라는 입장이 있으나,⁵⁷⁾ 국회 내에서의 면책을 인정하지 아니하는 것이 일반적이다.⁵⁸⁾ 문제는 법적 책임을 증명하는 경우에 과연 「법적」 책임이 무엇을 의미하는가 라는 점이다. 국회가 발언·표결의원에 대해 민사상·형사상 책임을 물을 수는 없다. 만일 이를 허용한다면 無羈束關係에 있는 의원들에게 국민들이 압력을 넣는 방법으로 책임 추궁을 강요함으로써 헌법이 보장하는 면책특권을 형해화하여 버릴 위험성이 있을 것이다. 따라서 내부적으로 국회가 발언·표결의원에 대해 취할 수 있는 조치란 국회의원의윤리실천규범을 위반하였다는 것을 이유로 하는 징계(국회법 제155조) 정도이다. 이 징계에는 제명(국회법 제163조 제1항 제4호)이 포함되며, 이는 헌법이 규정하는 의원제명(헌법 제64조 제3항)에 해당한다. 이 제명을 법적 책임이라고 할 것인지 정치적 책임이라고 하여야 할 것인지의 점에는 이견이 있을 수 있겠으나, 이에 대한 본회의의 의결이 있더라도 그 결의는 국회의 자율권에 속하므로 국회의 議事節次에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 하자가 있지 않는 한 사법심사가 제한될 수밖에 없다.⁵⁹⁾

56) 대법원 2007. 1. 12. 선고 2005다57752 판결

57) 정종섭, 앞의 헌법학원론, 925쪽

58) 김철수, 앞의 헌법학개론, 1129쪽; 권영성, 앞의 헌법학원론, 889쪽; 허 영, 앞의 한국헌법론, 932-933쪽; 장영수, 앞의 헌법학, 1118쪽

면책특권에 해당하지 아니하는 발언에 대한 형사소추를 함에 있어서 국회의 고발이 있어야 하는가. 이에 대해서는 국회의 고발을 친고죄나 반의사불벌죄의 형식으로 규정하지 않고 있다는 이유로 고발이 필요한 것은 아니라는 부정설⁶⁰⁾과, 국회의원이 의사당내에서 『직무와 관련하여』 범한 범죄행위에 대해서는 국회의 권위를 존중하고 그 자율성을 존중할 필요가 있다는 의미에서 국회의 고발이 있어야 한다는 긍정설⁶¹⁾이 대립하고 있다.

생각건대, 고발이 없이 수사기관의 개입이 가능하다고 보는 경우에는 수사기관은 국회의원의 발언이 면책특권에 해당하지 않는다는 이유로 언제든지 국회의원의 발언을 문제삼을 위험성이 있는 반면, 고소가 필요하다고 보는 경우에는 다수당은 정파적 이해에 따라서 언제든지 범죄를 은폐할 수 있는 부작용이 있다. 그러나 헌법에서 국회의 고발을 요건으로 하지 아니하는 마당에 면책특권에 해당하지 아니하는 발언에 대한 형사소추를 함에 있어서 국회의 고발을 요구하는 것은 지나치다. 다만 국회가 자율권을 가지고 있기 때문에 국회가 국회의원의 발언이나 행위가 직무와 관련되고 있고 허용되는 범위내의 것이라고 보는 경우에는 수사기관의 개입이 허용되지 아니한다고 보아야 한다. 그러면 그 근거를 어디에서 찾아야 하는가. 이는 대통령의 권한행사 가운데 일정한 범위 내에서 통치행위라는 영역이 존재하고 그 통치행위의 영역에서는 사법자체가 요청되고 있고⁶²⁾ 통치행위와 같은 고도의 정치색

59) 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고 96헌라2 결정 참조

60) 이준일, 앞의 헌법학강의, 885쪽; 김학성, 앞의 헌법학강의, 708쪽

61) 강경근, 「국회의원의 면책특권」, 월간고시 제21권 제6호, 법시사 1994, 127-128쪽

* 권영성, 앞의 헌법학원론, 881쪽; 김기영, 앞의 헌법강의, 1082쪽에서는 이를 折衷說이라고 부르는데, 여기서 논하는 주제가 면책특권과 관련하고 있는 이상 고발필요설과 차이가 없다.

62) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결 : 「입헌적 법치주의 국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하며, 이러한 합헌성과 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속하는 것이고, 다만 국가행위 중에는 고도의 정치성을 띤 것이 있고, 그러한 고도의 정치행위에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 법원이 정치의 합목적성이나 정당성을 도외시한 채 합법성의 심사를 감행함으로써 정책결정이 좌우되는 일은 결코 바람직한 일이 아니며, 법원이 정치문제에 개입되어 그 중립성과 독립성을 침해당할 위험성도 부인할 수 없으므로, 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있으나, 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자체가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다.」

을 가지지 아니하는 단순한 정당 내부나 종교단체 내부의 다툼에 대해서까지 사법 자제가 요청되고 있는 마당에,⁶³⁾ 의회의 자율적 의사결정이 요청되는 범위 내에서는 의사행위 내지 정치행위라는 영역이 설정되어야 하기 때문이다.

이 점은 특히 회의록의 공개와 관련하여 의미가 있다. 의장은 비밀을 요하거나 국가안전보장을 위하여 필요하다고 인정한 부분에 대해서는 발언자 또는 그 소속교섭단체대표의원과 협의하여 이를 회의록에 게재하지 않을 수 있다(국회법 제118조 제1항). 그런데도 의장이 이와 같은 절차를 밟지 아니하였다면, 이는 국회의원의 발언이 비밀을 요하거나 국가안전보장을 위하여 필요하다고 인정되지 않는다고 추정된다. 따라서 국회의 고발이 없이 수사기관이 비밀누설 등을 이유로 수사하는 것이 허용되지 아니한다고 본다. 입법론적으로는 국회의원의 직무와 관련한 발언 등에 대해서는 그것이 면책특권에 해당하지 아니하는 것이라도 그에 대한 처벌 여부는 국회의 자율에 맡긴다는 취지에서 반의사불벌죄의 형식으로 입법화하여야 할 것이다.

V. 맺음말

필자가 이 글을 통해 내린 결론 중 중요한 점은 다음과 같다.

첫째는, 헌법 제50조 제1항에서는 회의공개의 원칙을 선언하고 공개를 제한하기 위해서는 출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에 한하여 공개하지 않을 수 있다고 규정하고 있고, 헌법재판소도, 비록 정보위원회와 관련한 논의는 아니지만, 동 제50조의 회의에는 본회의뿐 아니고 상임위원회도 포함한다고 설시하고 있다. 그렇다면 정보위원회의 회의에 대해 원칙적 비공개를 규정한 국회법 제54조의2 제1항은 위헌으로 보아야 한다.

둘째는, 국회의원의 면책특권에 속하는 국회내에서의 발언에 대해 기소가 이루어지는 경우에 법원은 공소기각판결 내지 공소기각결정을 할 것이 아니라 무죄판결을 하여야 한다. 이는 헌법 제45조가 「국회의원은 국회에서 행한 발언과 표결에 관하

63) 대법원 1983. 10. 11. 선고 83다233 판결 : 「피고(기독교 대한성결교회)의 장로면직 및 출교처분이 종교단체의 교리를 확립하고 단체 및 신앙상의 질서를 유지하기 위하여 교인으로서 비위가 있는 자에게 종교적인 방법으로 징계제재한 종교단체내의 규제에 불과하고 그것이 교인 개인의 특정한 권리·의무에 관계되는 법률관계를 규율하는 것이라고 볼 수 없다면 확인소송의 대상이 될 수 없고 이 같은 판단은 평등권 등의 헌법상 규정에 위배되지 아니한다.」

여 국회 안에서 책임을 지지 아니한다』고 규정하고 있을 뿐, 권리장전이 규정하듯 「... 소추당하지 아니한다』고 규정하지는 아니한다는 점, 국회의원의 직무수행의 일환으로 이루어지는 발언에 대해서는 무죄판결을 함으로써 그 적법성을 보장할 필요성이 있다는 점 등을 고려한 것이다.

셋째는, 이 글에서는 원고의 사전배포행위에 대해 면책특권을 인정함에 있어서 단순히 국회의 발언이라는 직무수행에 부수하는 직무부수행위라는 관점에서 고찰하는 것으로 부족하고, 국회의 자율권이라는 측면도 아울러 고려하여야 한다는 점, 그리고 국회의 자율권의 행사로서 문제를 삼지 아니하기로 하는 한, 원고사전배포행위는 형사소추가 허용되지 아니한다는 점을 논하고 있다.

이러한 필자의 결론에 대해 많은 논의가 있기를 바란다.

주제어 : 회의 공개의 원칙, 발언·표결자유 원칙, 면책특권, 국회의 본회의, 정보위원회회의의 원칙적 비공개, 면책특권에 반하여 이루어진 형사소추의 효력, 국회의 자율권

참 고 문 헌

- 강경근, 「국회의원의 면책특권」, 월간고시 제21권 제6호, 법시사 1994
- 구병삭, 「국회의원의 발언·표결의 면책특권」, 고시연구 14권 8호, 1987
- 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2001
- 김기영, 헌법강의, 박영사, 2002
- 김철수, 헌법학원론(제18전정신판), 박영사, 2006
- 문광삼, 한국헌법학(국가조직론), 삼영사, 2008
- 박봉국, 국회법(제3판), 박영사, 2004
- 박찬주, 법형성학, 조선대학교출판부, 2009
- 박찬주, 「정치인을 위한 변명」, 월간법제 544호, 법제처, 2003
- 성낙인, 헌법학 (제6판), 법문사, 2006
- 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서 III, 법제처, 2008
- 신동운, 「국회의원의 면책특권과 그 형사법적 효과」, 법학 제34권 제2호, 서울대학교 법학연구소
- 양용식, 「국회의원의 면책특권」, 법제월보 제7권 제6호, 법제처, 1965
- 유남석, 「국회의원의 면책특권」, 國民과 司法; 윤관大法院長 退任紀念, 박영사, 1999
- 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2005
- 임종훈·박수철, 입법과정론(제3판), 박영사, 2006
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2006
- 전광석, 한국헌법론 [제3판], 법문사, 2006
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006
- 정호영, 국회법론[제2판], 법문사, 2004
- 최윤철, 「국회의원의 면책특권의 보호범위에 관한 연구 -특히 명예훼손죄와의 관계를 중심으로-」, 법학연구 11호, 한국법학회, 2003
- 최윤철, 「국회의원의 면책특권」, 고시제 제50권 제4호, 국가고시학회, 2006
- 허영, 한국헌법론(전정신판), 박영사, 2005
- 허영, 헌법이론과 헌법(제2판), 박영사, 2008

[Abstract]

Several Issues on Openly Deliberation of Meeting in National Assembly and Legislative Immunity

Park, Chan-Ju

Lawyer, Professor, Chosun University

The writer's main conclusions in this article are as follows:

First, section 54-2 of the National Assembly Act is unconstitutional. This is because section 50 (1) of the Constitution of Republic of Korea (hereafter, 'the Constitution') provides "Sessions of the National Assembly shall be open to the public: Provided, That when it is decided so by a majority of the members present, or when the Speaker deems it necessary to do so for the sake of national security, they may be closed to the public." and the Constitutional Court construes the term 'session' of section 50 (1) of the Constitution includes the meeting of the committee of the National Assembly.

Secondly, prosecution for opinions officially expressed in the Assembly must be pronounced as non-guilty instead of dismissing it. Two grounds can be forwarded: ① section 45 (1) of the Constitution provides as "No member of the National Assembly shall be *held responsible* outside the National Assembly for opinions officially expressed or votes cast in the Assembly." In contrast, Bills of Rights Act of 1869 provides, "That the freedom of speech, and debates or proceedings in Parliament, ought not to be *impeached* or questioned in any court or place out of Parliament." The word 'impeachment' connotes 'prosecution'. ② in order to protect the Assemblyman's opinions officially expressed in the Assembly, it's legality must be pronounced, as the mere judgment or ruling of dismissing public prosecution does not clarify it's legality.

Thirdly, whether the pre-distribution of the opinion to be expressed in the Assembly can be protected in the name of the Assemblyman's immunity should not be decided based solely on the criteria established by the Supreme Court, the aspect of power of the National Assembly for self-regulation/autonomy should be put into consideration. and if the Assembly resolves it's legality, the Assemblyman's pre-distribution of the opinion officially expressed in the Assembly should not impeached.

Key Words : principle of openly deliberation, non-constraint principle of opinion and vote, National Assemblyman's privilege of immunity, plenary session of the Assembly, non-open deliberation principle of the Intelligence Committee, effect of prosecution for opinion and vote in the National Assembly, power of the National Assembly for self-regulation /autonomy