

국회의원의 면책특권과 불체포특권

- 헌법 및 법률개정 논의 중심으로 -

김형성*·정순원**

I 문제제기	2 국회법 개정론
II 국회의원 특권의 범위 및 한계	3 소결
1 불체포특권	IV 국회의원 면책특권에 대한 개정논의
2 면책특권	1 찬성론
3. 외국의 입법과 판례의 태도	2 반대론
III 국회의원 불체포특권에 관한 개정 논의	3 소결
1 헌법개정론	V 결론

I. 문제제기

국회의원은 국회의 구성원으로서 국민의 대표자로서의 지위를 지닌다. 이를 위해 국회의원은 헌법과 법률에 의하여 여러 가지 특권과 권한 내지 책임을 부여하고 국회법의 여러 규정을 토대로 입법활동 및 국정감사 활동을 수행함으로써 결정적으로 국가의사형성에 관여하고 있다¹⁾. 따라서 국회의원은 행정부와 사법부의 부당한 간섭으로부터 방해받지 않고, 자유롭고 독립적인 의원활동이 보장되어야 한다. 특히, 국회의원은 의원이라는 지위에서 보장되는 특별한 권리인 특권이 인정되는바, 일반 국민에 비하여 강한 법적 보장을 부여하는 것이므로 이를 의원의 “특전”이라고 표현하는 학자²⁾도 있다.

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사

** 성균관대학교 비교법연구소 연구원

1) 헌법재판소 2003. 10. 30 선고, 2002 헌라 1판결

2) 정만희, “국회의원의 면책특권”, 동아법학 제10호(동아대학교법학연구소, 1990) 1쪽

그러나 이와 같은 근본목적이나 취지에도 불구하고 역대 국회에서 의원의 특권이 남용되거나 악용되는 경우가 적지 않았다 2001년 이용호게이트와 관련하여 비리 의혹에 연루된 상대정당의 국회의원 실명을 거론하면서 여야 대치가 극에 달하였고, 이에 “국회의원의 면책특권에도 한계가 있다”고 언급³⁾하고 나서 정치권에서는 국회의원의 면책특권 범위와 한계를 둘러싼 논의가 무성하였다⁴⁾ 또한 국회의 대정부 질문에서 특정그룹의 정부지원에 대한 허위사실 유포로 인한 특별검사의 수사와 판결이 있었다⁵⁾

한편, 방탄국회, 의원체포동의안에 대한 무작위 부결 등에 이어 비리혐의로 구속 수감된 의원에 대한 석방요구결의안이 가결되는 등⁶⁾ 국회의원 불체포특권이 남용되고 있어⁷⁾, 국회의원 불체포특권에 대한 국회의 절차와 요건을 엄격히 제한해야 한다는

3) 중앙일보(2001. 9. 25) 참조 2001년 국정감사에서 한나라당 이주영의원은 이용호게이트 정치자금 연루설과 관련하여 “모 복권회사의 김모씨가 이용호와 아태재단을 연결시켜주었고, 복권대금 지급을 1-2개월 연기하면서 주가조작에 의한 차익이 청와대와 아태재단으로 유입되었다”는 의혹을 제기하였고, 또한 이에 대한 “이용호비망록”을 입수하고 있다고 대통령측근비리에 대한 의혹을 제기하였다. 이에 당시 검찰총장인 신승남씨는 한나라당의 이와 같은 주장은 막연한 설(說)에 의한 것으로 “이용호비망록”을 가지고 있지도 않으며, “국회의원의 면책특권에도 한계가 있다”고 하여 일축하는 등 논쟁이 있었다

4) 대한변협신문 제42호(2002. 1. 17)

5) 조선일보(2004. 4. 22) 참조 2002년 대선운동당시 한나라당 이규택의원이 당시 노무현후보에 대한 비리에 대해 노무현후보가 해양수산부장관 시절 동아건설의 보물선 인양과 삼애인더스의 주가조작에 개입했다는 비리 의혹을 제기하였고, 또한 김경재의원이 동원산업이 비자금으로 50억원을 노무현 후보측에 전달했다는 의혹을 제기하여, 정치자금비리에 대한 의혹을 제기하였다 이에 대해 정부는 특별검사를 통해 동 사건을 조사하였으나, 이에 대한 근거를 찾을 수 없다는 등의 결과를 발표하였다. 2004년 사법부는 이규택의원에 대해 허위사실유포로 인해 250만원의 벌금형을 선고하였으며, 김경재의원에 대해서는 허위사실유포와 명예훼손으로 30억원의 손해배상을 선고하였다

6) 문화일보(2004. 2. 10). 2월9일 국회 본회의에서 국회는 한철레와의 자유무역협정과 이라크파병 동의안 처리를 위한 회의에서 동 사안을 처리하지 않은 제, 2002년 한화그룹으로부터 비자금을 받은 혐의로 구속수감된 서청원의원에 대해 석방결의안을 통과시켰다

7) 제헌국회 이래 현재까지 의원에 대한 총 40건의 체포동의요청이 있었는데 그 처리결과를 보면 가결 8건, 부결 11건, 철회 1건, 폐기 20건(사직 2건 포함, 50%)이다. 총인원은 38명인데 1명은 같은 사안으로 2회 체포동의요청에 대해 2회 폐기되었으며, 다른 1명은 같은 사안으로 체포동의 요청되어 철회된 후 다시 체포동의 요청되어 폐기되었다. 특히 15개 국회와 16개 국회에서 국회의원 불체포 특권 처리 현황을 살펴보면 다음과 같다.

제15대 국회에서는 폐기된 11건 중 2명은 회기만료 후 구속되었으나, 9명은 2000. 5. 29. 임기만료 시까지 8개월에서 1년 8개월까지 처리하지 아니하고 방탄국회를 열어 비리위원을 보호하다가 임기만료로 폐기되었다 제16대 국회에서는 각 5개월, 6개월, 1년 여 동안 처리하지 아니한 3명 등 5명이 폐기되었는데 폐기 후 구속된 바가 없다 특히 2003년 6월 이후 방탄국회를 열어 4개

논의가 진행되고 있다⁸⁾.

본고에서는 이와 같이 국회의원의 자유롭고 독립된 의정활동을 위해 부여된 특권의 범위와 한계를 살펴보고, 국회의원 특권의 남용을 막기 위해 현재 학계와 실무에서 제기되고 있는 헌법과 국회법 개정에 관한 논의를 중심으로 살펴보고자 한다.

II. 국회의원 특권의 범위 및 한계

1. 불체포특권

(1) 불체포특권의 연혁과 의의

의회제도의 발달이 그렇듯이 의원의 불체포특권은 영국에서 기원한다. 의원의 불체포특권은 처음에는 국왕의 보호아래, 그리고 상원에 의존하여 인정되었지만, 영국 하원은 점차적으로 그들의 독자적인 권위에 의해 불체포특권을 인정하게 되었다.

우리나라의 경우 현행 헌법 제44조 제1항은 “국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기 중 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니한다.”고 규정하고, 제2항에서 “국회의원은 회기 전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기 중 석방된다.”고 규정하여 일정한 조건하에 국회의원의 불체포특권(privilege of freedom of arrest)을 인정하고 있다.

불체포특권은 면책특권과 함께 의회를 구성하는 의원들이 그 직무를 충분히 수행하여 의회의 기능을 다할 수 있도록 보장하기 위해 인정되는 특권이다. 그러나 범죄의 수사 및 소추권과 구속영장 청구권은 행정부의 권한에 속하며, 범죄혐의자를 구속하느냐의 여부는 법원에서 판단하도록 되어 있으며, 범죄의 혐의가 있는 국회의원의 경우에도 형사사법집행에서 예외일 수는 없는 일이다. 따라서 헌법에서 국회의원의 불체포특권을 인정하고 국회에 동의권을 준 이유는 모든 형사사건에 대한 책임과 체포를 면하는 것이 아니기 때문에 체포여부를 국회가 판단하도록 하는 절차적 제한하에서 불체포특권이 인정된다고 보아야 한다.

월, 5개월, 6개월 동안 처리하지 아니한 4명 등 7명을 12 30 모두 부결하자 비난여론이 빚발쳤고, 결국 임시국회가 끝난 후 검찰이 영장을 재청구하여 모두 구속되었다 이와 관련하여 상세한 내용은 김갑배, “불체포특권 제한 입법의 방향”, 「국회의원 불체포특권에 관한 공청회」

자료집(2004 2. 9), 대한변호사협회, 15-24쪽

8) 최신법률뉴스(2004 2 12) “국회의원 특권남용 심하다”

(2) 불체포특권의 법적 성격

불체포특권의 법적 성격에 대해 의원개인의 특권인가 아니면 의회의 특권인가에 관한 논의가 있다. 이에 대해 의원 개인의 특권설, 의회의 특권설, 절충설, 입법정책설이 대립되고 있다⁹⁾¹⁰⁾.

의원 개인의 특권설이란 불체포특권은 행정부에 의한 부당한 억압으로부터 의원의 직무수행이 방해되지 않도록 의원의 신체의 자유를 보장하는 것으로 의회 구성원으로서 그 의원의 특권이라는 견해이다¹¹⁾. 이 견해에 의하면 의원에 대한 체포요구가 정당한 것인 경우에는 비록 당해 의원에 대한 체포에 의해 의회의 활동에 지장이 발생하는 경우에도, 이는 의회의 특권이 아니므로 의회는 체포동의의 하여야 한다고 주장한다 또한 의회가 체포동의의 하였다 해도 의원은 이를 거부할 수 있다고 한다.

의회의 특권설에 의하면 이 특권은 개인의 신체의 자유를 보장하기 위한 것이 아니라 의회의 정상적인 활동을 보장하기 위한 것이라는 견해이다¹²⁾. 이 견해에 의하면 체포요구에 대한 동의 여부는 당해 의원이 체포될 경우에 의회활동에 지장이 있는지 여부에 의해 결정된다. 즉, 의회의 체포동의에 대해 의원은 이를 거부하거나 포기할 수 없다.

절충설 또는 의원 및 의회의 특권설은 이 특권은 국회의 자주적인 활동을 보장하면서 의원의 자유로운 직무활동을 보장하기 위한 것이므로 의회의 특권임과 동시에 의원 개인의 특권을 의미한다는 견해이다¹³⁾.

입법정책설은 의원에게 불체포특권을 부여하는지 여부 및 그 내용에 대하여는 나라마다 입법정책과 관련한 문제이기 때문에 법적 성질은 큰 의미를 갖는 것은 아니라는 입장이다. 국회의원은 회기 중 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니한다는 헌법규정에 의하면 절차적으로 국회에서 행정권에 의한 간섭여부를 판단하도록 동의 권한을 부여한 것으로 해석된다. 불체포특권은 기본권과는 그 법적 성격은 달리하며, 그것을 인정하느냐 여부도 입법정책의 문제이다. 의회의 특권이라는 견해에 의하면 의원은 불체포특권을 포기할 수 없다고 한다. 그러나 의원 개인의 특권이든 국회의 특권이든 비리 의원 개인이 자유의사에 의하여 스스로 처벌을 감수하겠다는 특권적 권한을 포기하는 것을 막을 근거가 없다는 주장이다.

9) 김갑배, 전제서(대한변호사협회, 2004), 10-11쪽

10) 김철수교수는 이를 의원개인의 신체의 자유보장설, 의회의 정상활동보장설, 결합설로 구분하고 있다.(김철수, 헌법학개론(박영사, 2002), 1011쪽)

11) 권영성, 헌법학원론(법문사, 2004), 934쪽

12) 김철수, 전제서, 1011쪽 성낙인, 헌법학(법문사, 2003), 713쪽

13) 허영, 한국헌법론(박영사, 2003), 898쪽

연혁적으로 볼 때, 불체포특권을 인정하는 것은 권력의 균형과 견제를 달성하고, 행정부의 국회에 대한 부당한 간섭을 배제하여 의원의 자유로운 의회활동을 보장하기 위해 인정된 제도이다. 특히 우리나라와 같이 대통령에게 막대한 권력이 집중된 국가에서 단순히 입법정책적으로 의원 특권의 존폐가 결정될 수 있다는 견해는 매우 위험한 발상이라고 생각한다.

한편, 이것이 의원의 특권인가 여부에 대해서도 의문이다. 국회의원의 불체포특권은 전술한 바와 같이 행정부와 사법부의 부당한 간섭으로부터 방해받지 않고, 의회의 원활한 기능을 위해 인정된 권리이다. 국회의원이 범죄행위로 체포될 것인가, 석방될 것인가 여부는 결국 국회의 요구나 동의 여하에 달려 있고, 단순히 범죄행위에 대해 국회의원이 특권을 이유로 의원자신의 석방이나 불체포를 요구할 수 있는 권리가 아니다. 또한 절충설은 의원과 의회의 특권을 모두 인정하게 되어 양자가 충돌할 경우 이를 어떻게 해결할 수 있는가하는 또 다른 문제를 해결하기 어렵다는 문제점을 가진다.

따라서 불체포특권은 국회의원의 특권이라기보다는 오히려 의회의 특권이며, 의원 자신이 특권포기의사를 밝혔더라도 의회활동에 지장이 있는 경우, 의원의 의사에 반하여 국회는 석방요구 등을 할 수 있다고 해야 할 것이다. 이로 인해 체포되지 않거나, 체포된 경우 석방요구에 의해 석방되는 것은 반사적 이익의 성격에 가깝다고 보는 것이 타당하다.

(3) 불체포특권의 한계

국회의원의 불체포특권은 회기중에 한하여 인정되며, 현행범이 아니어야 한다. 또한 회기전에 체포나 구금된 경우에는 국회의 원활한 의정활동 수행을 위해 회기중에 한하여 석방요구할 수 있다. 따라서 체포나 구금에 해당되지 아니할 경우에는 불체포특권은 인정되지 아니한다. 체포나 구금이 명백하고 국회의 원활한 의정활동을 위해 필요한 경우라 할지라도 국회가 석방요구를 할 것인지 혹은 국회가 동의할 것인지 여부는 국회의 재량사항이라 할 것이다.¹⁴⁾

다만 국회의원의 불체포특권도 절대적인 권리가 아니므로 특권의 부여한 목적과 취지에 적합해야 한다. 즉, 국회의 석방요구나 체포동의권이 일탈·남용해서는 안 된다는 한계를 지닌다. 이는 국회의 권위를 실추시켜 의회의 기능을 약화시키는 원인이 될 수도 있기 때문에 의회가 의원의 체포·구금에 대한 동의를 거부하거나, 체포·구금된 의원

14) 성낙인, 전계서(법문사, 2003), 714쪽

에 대한 석방요구를 하는 것은 의회의 원활한 기능을 위해 꼭 필요한 경우로 한정하는 것이 바람직하다¹⁵⁾

2. 국회의원의 면책특권

(1) 면책특권의 연혁과 의의

의원의 면책특권의 기원도 불체포특권과 마찬가지로 일찍이 영국에서 비롯된 것으로, 국회와 의회와의 장기간의 투쟁결과 결국 1688년 명예혁명의 소산인 권리장전(Bill of Rights)에 의해 비로소 의원의 발언·표결의 자유가 확립되었다.

현행헌법은 제45조에 “국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회의외에서 책임을 지지 아니하다”라고 규정하여 이른바 의원의 발언과 표결의 면책특권(privilege of freedom of speech)을 인정하고 있다 이에 대해 국회법 제146조는 “의원은 본회의 또는 위원회에서 다른 사람을 모욕하거나 다른 사람의 사생활에 대한 발언을 할 수 없다”고 규정하고 있다. 즉, 면책특권은 국회내의 직무행위로서 행한 표현의 자유를 보장하는 제도이나 면책특권은 헌법상 국회내 모든 발언이나 표결에 대해 보호받는 절대적인 권리가 아니라, 국회내의 행위라고 하더라도 폭력행위, 악의에 의한 근거 없는 폭로와 명예훼손, 사적인 헐담이나 모욕 등을 국회법에서 금지하고 있다.

면책특권은 의원의 불체포특권과 함께 의회의 독립과 자율을 보장하기 위한 불가결한 제도적 장치로서 근대의회제도의 발달과 함께 형성되어 왔으며, 오늘날 대부분의 국가에서 이를 채택되고 있다 그런데 오늘날의 의회는 행정부와 사법부의 간섭에 의한 면책특권의 제한 뿐 아니라 의회내의 다수당에 대한 견제에 의해서, 그리고 정당국가적 민주주의에서는 정당원으로서 의원이 의원총회나 당지도부의 명령·지시에 구속당함으로써 의원의 면책특권의 보장에 대한 실효성에 대한 의문이 제기되고 있다.

(2) 면책특권의 법적 성격

면책특권의 법적 성격에 관하여 몇 가지 점에서 견해가 대립되고 있는데, 첫째 의원의 면책특권은 국회 자체의 특권인가 아니면 의원 개인의 특권인가 둘째, 위법성조각사유이나 아니면 인적처벌조각사유이나, 셋째, 면책특권은 실체법상의 특권이나 소송법상의 특권이나의 문제이다.

15) 허영, 전계서(박영사, 2004), 898쪽

1) 국회자체의 특권과 의원 개인의 특권

국회의원의 면책특권의 법적 성격에 대해서도 전술한 불체포특권과 마찬가지로 의원의 특권이냐 아니면 의회의 특권이냐는 다툼이 있다. 각 주장의 논지에 대해 살펴보면 다음과 같다.

면책특권이 의원 개인의 특권이라고 보는 견해에서는 면책특권은 의원 개인의 의정활동을 보장하기 위한 것이면서, 의회 자체의 권위와 그 정상적 기능수행을 보장하기 위한 것이다. 그러므로 면책특권은 의원구성원으로서의 의원의 특권이라는 주장이다¹⁶⁾.

의회의 특권이라고 보는 견해에서는 국회의원은 국회의 국민대표로서 지위를 갖게 하는 실질적 요소로서 국회의원 면책특권은 의원 자신의 권리를 의미하지만, 의원의 이러한 권리는 의원 개인의 이익을 위하여 인정되고 있는 권리가 아니라, 전체로서의 국회의 자유와 그 독립성을 보장하기 위한 권리라는 의미에서, 면책특권은 국회 자체의 특권이라는 견해이다¹⁷⁾.

절충설의 입장에서는 면책특권이 의원 개인의 의정활동을 보장하기 위한 자유만이 아니라, 국회 자체의 권위와 정상적인 기능수행을 보장하기 위한 자유도 있고, 또한 면책특권은 집행부에 협조하는 여당의원에 대해서는 특별한 의미가 없는 것이고 집행부를 비판하거나 반대하는 의원들에게 보다 현실적 의미가 있기 때문에 국회의원 개인의 특권인 동시에 국회 자체의 특권이라고 한다¹⁸⁾. 또한 학자에 따라서는 국회의원의 면책특권을 1차적으로 의원 개개인의 특권임과 동시에 2차적으로 의회 자체의 특권으로, 의회제도의 역사적 발전 과정에서 볼 때 의원 개인의 특권이라는 성격뿐만 아니라 본질적으로는 행정부와 사법부의 간섭을 배제하고 의회 자체의 자주성과 독립성을 확보하기 위한 성격을 갖고 있기 때문이라는 주장도 있다.¹⁹⁾

생각건대, 우리나라 헌법 제45조는 “국회의원은 … 책임을 지지 아니한다”라고 하여, 면책특권이 의원의 특권임을 규정하고 있다. 또한, 면책특권은 연혁적 측면이나 제도보장의 측면에서 국정운영에 대한 비판과 감시기능을 수행하고, 국회에 대한 행정부의 부당한 간섭을 배제할 수 있는 의회 자체의 자유와 독립을 보장하기 위한 특권을 의미한다. 따라서 면책특권은 의원의 특권이면서 동시에 의회의 특권이라고 보는 것이

16) 권영성, 전게서(법문사, 2004), 886쪽

17) 김철수, 전게서(박영사, 2002), 1034쪽

18) 김영천, “정치발전과 국회의원의 특권”, 『사회와 교육』 제10권 제1호, (한국사회과학교육학회, 1986), 139쪽

19) May Thomas Erskine, *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, Charles Gordon, Butterworths, 1983, 43쪽

절충설이 타당하다고 생각한다.

2) 위법성조각사유와 인적처벌조각사유

면책특권은 국회의원이 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니하는 특권으로 “책임을 지지 아니한다”고 하였을 때 그것이 위법성이 조각된다는 견해와 인적처벌이 조각된다는 견해가 대립되고 있다

위법성조각사유에 해당된다는 견해²⁰⁾는 첫째, 국회의원의 면책특권에 의해 면책 받은 행위는 형법 제20조 소정의 법령에 의한 행위, 즉 공무원의 직무행위로서 ‘정당행위’이기 때문에 위법성이 조각된다고 한다. 둘째, 인적처벌조각사유에 의하면 범죄는 성립하나 형벌권만이 조각되기 때문에 의원의 직무행위에 대하여 정당방위가 가능하게 되어, 정당방위라는 이유로 제3자가 개입하여 의원의 자율적이고 원활한 직무수행에 장애가 될 수 있다는 것이다. 이에 반해 위법성 조각사유에 해당된다는 견해는 위법성이 조각되어 적법한 행위로 되기 때문에 정당방위가 불가능하게 되어 자율적이고 원활한 직무수행을 기할 수 있다고 한다.

인적처벌조각사유를 주장하는 견해²¹⁾는 공무원의 직무행위로서의 정당행위는 위법성을 판단함에 있어서 전체 법질서와의 관계에서 결정되어야 하므로 개별규정의 해석을 통한 국회의원의 발언·표결행위 모두를 정당행위로 규정지을 수 없기 때문에 국회의원의 직무행위에 대한 면책으로 위법성이 조각된다는 견해는 타당하지 않다고 비난하고 있다 따라서 인적처벌조각사유가 타당하다는 견해에서는 국회의원의 면책특권은 범죄성립의 요건은 충족하나 그에 관한 형벌권의 발생이 저지되는 경우이기 때문에, 엄격한 의미에서는 위법성 조각사유가 아니라 처벌 조각사유를 의미한다고 한다.

여기서 처벌조각사유라 함은 범죄가 성립함에도 불구하고 형벌권의 발생이 저지되는 일정한 사유로, 그 사유가 특히 범인의 일신상의 사정에 기인하는 경우를 인적처벌조각사유라고 하는데, 의원의 의회에서의 발언·표결 이외에 형법상의 가족상의 범행 등이 포함된다.

결국 국회의원의 직무행위에 대한 면책특권의 효과는 위법성 자체가 조각되는 것이 아니라 국회의원이라는 신분적 지위에 대한 정책적 고려에 의하여 처벌을 받지 않는다는 인적처벌조각사유가 타당하다고 생각된다.

20) 김영천, 의회의 자율권에 관한 비교법적 연구, 고려대학교대학원박사학위논문, 1991, 303쪽 (성봉경), 우리 헌법상의 국회의원의 특권에 관한 연구, 서울대학교대학원석사학위논문, 1984 93-95쪽

21) 권영성, 전계서(법문사, 2004), 996쪽 성낙인, 전계서(법문사, 2003), 711쪽

3) 실체법상의 특권과 소송법상의 특권

국회의원의 면책특권을 소송법상의 특권이라고 보는 견해와 실체법상의 특권이라고 보는 견해가 대립이 되고 있는데, 위에서 살펴본 바와 같이 위법성조각사유로 보는 견해에 의하면 실체법상의 특권을 의미하지만, 인적처벌조각사유로 보는 견해에 의하면 소송법상의 특권이라는 견해와 실체법상의 특권이라는 견해가 대립되고 있다.

전술한 바와 같이 본고에서는 국회의원의 면책특권을 인적처벌조각사유라는 입장을 취하고 있으므로 후자의 입장에서 논의하고자 한다.

첫째 국회의원의 면책특권이 소송법상의 특권이라는 견해²²⁾에서는 국회의원의 면책특권은 책임면제 특권으로서, 여기서 책임이 면제된다는 것은 그 행위가 형사상의 범죄나 민사상의 책임을 구성하여도 전혀 소추를 받지 아니한다는 것을 의미하기 때문에 소송법상의 특권이라고 주장한다.

둘째, 국회의원의 면책특권이 실체법상의 특권이라는 견해²³⁾에는 면책특권이 위법성조각사유이든 인적처벌조각사유이든 가벌성은 모두 실체법적 범주에 속하는 형벌권 발생의 요소이고, 형사소송에 있어서도 면책되는 행위에 대하여 책임의 면제, 즉 형의 면제는 실체적 재판을 통하여 하므로 실체법상의 특권이라고 한다.

생각건대, 국회의원의 면책특권은 앞에서 살펴본 바와 같이 국회의원의 직무수행에 대해 위법성이 조각되는 것이 아니라 국민의 대표자로서의 직무를 자유롭게 수행할 수 있도록 국회의원의 신분을 보장한 정책적인 고려에 의해 형사민사상의 책임이 면제되는 인적처벌조각사유이지만 그 국회의원의 직무행위에 대해 소를 제기할 경우에는 그 직무행위가 면책특권의 대상이 되는가를 판단하여 면책특권의 대상이 될 때에는 공소를 기각해야 하므로 국회의원의 면책특권은 실체법상의 특권으로 보는 것이 타당할 것이다.

(3) 면책특권의 범위 및 한계

국회의원의 면책특권은 직무상 국회내에서 행한 발언과 표결에 해당되는 행위에 한정된다. 전술한 바와 같이 국회의원의 면책특권과 관련하여 문제가 되고 있는 것은 직무에 부수적인 행위를 특히 원고사전유포행위를 직무행위의 범위에 포함할 것인가 여부와 의원의 발언이 타인의 사생활을 침해하거나 명예를 훼손하는 행위를 면책특권의 범위에 포함시킬 것인가 여부에 관한 것이다

22) 정만희, 전게서, 6쪽

23) 권영성, 전게서, 887쪽 성봉경, 전게서, 96쪽

다른 하나는 면책특권의 주체에 관한 것으로 아직 우리나라에서는 국회의원에 한정하여 특권을 인정하고 있으나, 미국의 경우 국회의원뿐만 아니라 국회의원보좌관의 행위에 대하여도 면책특권이 인정되며, 영국의 경우는 의사절차에 참가한 증인·청원인 등에게도 면책특권이 인정되는 등 면책특권을 인정하는 주체를 우리나라보다 상대적으로 넓게 인정하고 있다는 점도 고려해 볼 수 있다.

이하에서는 국회의원 면책특권의 제한과 관련하여 특히 문제가 되고 있는 직무행위의 범위와 명예훼손에 관한 사항을 중심으로 살펴보고자 한다

1) 직무행위의 범위

국회의원의 면책특권과 관련하여 미국이나 일본의 경우 직무행위가 무엇이냐에 관해 다양한 판례를 통해 직무행위의 범위가 어느 정도 확정되었고, 면책특권의 주체에 대해서도 논의가 있었다 우리나라의 경우 면책특권의 범위에 대해 직무행위로 행한 국회에서의 발언과 표결이외의 행위도 모두 면책대상이 된다는 견해가 지배적이다. 다만 직무행위에 직무부수행위를 포함할 것인가에 대해서도 이를 포함하는 것²⁴⁾으로 보고 있다. 판례의 입장도 이와 마찬가지로인데 이에 대해 살펴보면 다음과 같다.

1986년 10월, 국회 대정부 질문 원고 사전 유출 사건²⁵⁾에서 대법원은 국회의원의 면책특권의 대상이 되는 행위는 직무상의 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에 국한되지 아니하고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함하고, 그와 같은 부수행위인지 여부는 결국 구체적인 행위의 목적, 장소, 태양 등을 종합하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다고 함으로써 직무행위의 의미는 직무부수행위를 포함하는 것이며, 직무부수행위여부는 구체적인 행위를 개별적으로 판단해야 한다고 한다

또한 구체적·개별적 판단기준으로서 회의의 공개성, 시간적 근접성, 장소 및 대상의 한정성, 목적의 정당성 등을 들고 있다²⁶⁾ 결국 대법원은 공개회의에 행할 발언내용을 사전에 배포한 것은 직무부수행위이며 면책특권의 대상에 포함된다고 판결하였다.

1996년 국회의원의 자료 제출 요구 등이 면책특권 해당여부에 대한 판결²⁷⁾에서 대법원은 국회의원이 국회 내에서 하는 질문, 질의 및 자료 제출 요구가 면책특권의 대상이 되는 행위이며, 또한 면책특권의 대상행위가 국회의원의 국회 내 발언과 표결만이 아니라 이에 부수하는 질문이나 질의, 필요한 정보수집과 자료제출 요구 또는 국정

24) 권영성, 전거서, 888쪽 김철수, 전거서, 1041쪽 허영, 전거서, 901쪽

25) 대법원, 1992. 9. 22 선고, 91도3317 판결

26) 성낙인, 전거서, 712-713쪽

27) 대법원, 1996. 11. 6 선고, 96도1742 판결

통제활동 수행에 필요한 것은 면책특권이 인정되어야 한다고 판결하여 국회의원의 면책특권 허용범위를 넓게 인정하고 있다.

2) 면책특권과 명예훼손

국회의원의 국회내 발언 중 명예훼손죄가 면책특권에 포함되는가 여부에 대해 학계에서는 명예훼손죄는 면책특권에 포함되지 않는다고 해석하는 견해가 다수견해이다²⁸⁾. 그 근거로 첫째, 모든 권리와 권한은 법본질적으로 그 행사에 있어서 무제한적이지 않고, 내재적 한계를 가지고 있으며, 명예훼손의 경우 그 명예를 훼손당하는 사람의 피해는 본질적이고 치유하기 어려우므로 면책특권을 인정하는 법의 취지를 벗어난다고 한다. 둘째, 국회법 제146조 모욕 등의 발언 금지와 제101조 의제 외의 발언금지의 취지와 국회의원의 양심적인 직무수행과 지위남용을 금지하고 있는 헌법 제46조의 취지 등을 종합적으로 고려하면 면책특권이라고 할지라도 그 남용과 일탈의 경우에는 이를 허용하지 않는 것이 우리 헌법의 합리적 해석이고, 셋째, 외국의 입법례 특히 독일기본법 제46조 제1항 단서규정으로 “비방적 명예훼손행위에 대하여는 적용되지 아니한다.”고 규정하고 있고, 미국도 의원의 행위를 입법적 행위와 정치적 행위로 구분하여 정치적 행위에 대한 면책특권을 인정할 필요가 없다고 한다 결국 국회의원의 직무상 행한 발언이 명예훼손적인 경우에는 면책특권을 인정할 필요가 없다고 한다²⁹⁾.

또 다른 견해는 국회의원이 국회에서 행한 명예훼손적인 발언은 면책특권이 인정되지 않는 견해에 반대로 면책특권이 인정된다고 하는 견해이다³⁰⁾. 이 견해에 의하면 첫째, 독일에서는 기본법 제46조 제1항 단서규정에서 비방적 명예훼손행위에 대해 국회의원의 면책특권이 인정되지 않는다는 명문의 규정을 두고 있지만, 이와 같은 규정이 없는 우리나라 헌법상에서는 국회에서 행한 명예훼손적인 발언에 대해 면책특권을 인정하지 않는다고 해석할 필연적 근거가 없고, 둘째, 국회법 제146조 모욕 등의 발언을 금지한 규정을 국회의원 면책특권의 한계에 대한 근거규정으로 들고 있지만 이는 국회의원의 직무상 행한 발언이 국회 외에서는 아무런 책임을 지지 않는다는 것을 간

28) 김형성, “면책특권의 입법적 제한은 문제 있다”, 대한변협신문 제42호(2002 1. 17): 권영성, 전게서, 960쪽 김철수, 전게서, 1017쪽 . 허영, 전게서, 901쪽

29) 이석형, “면책특권 남용은 결코 허용될 수 없다”, 대한변협신문 제42호(2002 1. 17)

30) 유남석, “국회의원의 면책특권의 범위와 그 법적 효과”, 형사실무위원회 편, 「형사재판의 재문제」 제1권(박영사, 1997), 12-13쪽 손혁재, “국회의원의 면책특권”, 「국회의원 면책특권, 무제한인가?」(혹색선전공작정치근절대책위원회, 2000), 19-27쪽 최윤철, “국회의원의 면책특권의 보호범위에 관한 연구 특히 명예훼손죄와의 관계를 중심으로, 『법학연구』, 11집(2003), 357-359쪽

접적으로 확인한 것에 불과하다고 한다. 따라서 헌법에 국회의원의 면책특권을 규정한 취지는 국회의원의 자유로운 직무활동을 보장함으로써 국회가 그 기능을 제대로 수행할 수 있도록 하기 위한 것이므로 국회의원의 발언이 명예훼손행위에 해당하더라도 면책특권을 인정해야 한다고 한다. 이는 검찰도 같은 견해³¹⁾로 1997년 11월 추미애 민주당 의원의 국회예결위질의와 관련된 문제의 발언내용에 대해 명예훼손 논란이 발생하였을 때 검찰은 면책특권을 인정해 공소권 없음 결정을 내린 사건에서 알 수 있다.

명예훼손도 면책특권이 인정된다는 또 다른 주장은 면책특권의 예외로서 규정하고 있는 독일기본법 제46조 제1항 단서와 독일형법 제36조 단서의 “비방적 명예훼손”의 의미가 우리나라 국회에서 국회의원의 명예훼손적인 발언은 면책특권의 대상이 되지 않는다는 견해에서의 “명예훼손”과 같은 의미인지 살펴보아야 한다는 견해³²⁾가 있다. 이 견해에 따르면 독일기본법상 단서조항은 헌법에서 보장하고 있는 국회의원의 면책특권을 하위법인 형법에 의해 구체화했으며, 헌법이 그에 대한 법률유보규정을 두고 있지 않는 한 적절하지 않으므로 국회의원의 발언을 근거로 형법상의 명예훼손으로 처벌하기 위해서는 다시 헌법에 그 근거를 두어야 하므로 입법된 것으로 보고 있다. 그러므로 독일기본법상의 단서조항을 근거로 국회의원의 명예훼손적인 발언이 면책대상이 되지 않는다는 견해는 헌법기관인 국회의원을 아무런 헌법상 근거 없이 처벌하고 하는 결과가 되어 국회의원의 면책특권을 심각하게 침해할 수 있으므로 독일기본법과 같이 헌법상의 규정이 없는 우리나라에서는 면책특권을 제한할 수 없다고 한다.

생각건대, 헌법상 국회의원의 면책특권을 규정하고 있다하더라도 무제한적으로 인정되는 것은 아니라는 점에서, 명예훼손여부에 대한 단서조항 유무가 면책특권의 범위를 확정하는데 중요하지만, 결정적인 요인이라고 말할 수 없다. 적어도 우리 헌법 해석상 국회의원의 발언이 국회의사당내에서 행해진 것이라 하더라도 의원으로서의 직무수행과 상관없이 특정 개인의 명예를 훼손하거나 사생활에 대한 무분별한 비판에 이를 경우 당연히 헌법적 보호의 대상이 되지 않는다. 이는 모두에 언급한 바와 같이 최근의 판결에서도 잘 알 수 있다³³⁾. 또한 현실적으로 그 판단에 많은 어려움이 따르겠지만 단순히 특정인을 모욕하는 발언을 하거나 허위사실을 유포하여 명예를 훼손하

31) 김용균, “면책특권의 제한 논의에 대하여”, 「국회보」 제421호(2001, 11), 35쪽

32) 최윤철, 전거서, 357-359쪽

33) 본 판결에 대해 2004. 4. 15. 국회의원 총선 이후에 이루어졌다는 점에서 정치적인 영향이 있었다는 비판이 제기될 우려도 있다고 본다

는 것은 그것 자체로서 이미 직무상의 행위와 관계없는 것이며, 면책특권의 헌법적 보호대상이 될 수 없다는 견해³⁴⁾가 타당하다고 생각한다.

3. 외국의 입법과 판례의 태도

(1) 미국

1) 면책특권

미국 연방헌법 제1조 제6항은 “... 양원의 의원은 원내에서 행한 발언 또는 토의에 관하여 원외의 어떠한 장소에서도 신문을 받지 아니한다.(... and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place.)”고 규정하여 의원의 발언·토의의 면책특권을 명문화하고 있다. 이와 같은 발언·토의조항(Speech or Debate Clause)은 의원의 면책특권을 규정한 영국의 권리장전으로부터 크게 영향을 받은 것으로, 1787년 연방헌법에 규정되기 전에도 1870년대부터 주헌법에서 명문으로 인정하고 있었다.

의원의 발언·토의 조항의 적용에 관한 연방대법원의 초기의 판결로는 1881년의 Kilbourn vs. Tompson 판결³⁵⁾을 들 수 있다. 이 판결에서는 국회의원의 발언·표결의 면책특권은 양원의원이 양원에서 직무수행과 관련하여 일반적으로 행한 일체의 행위에 미친다고 선언함으로써 광범한 의원의 면책특권을 인정하는 선례를 남겼으며, 이후 Tenny vs. Brandhove 판결³⁶⁾에서 이를 재차 확인하고 있다. 또한 의원의 면책특권의 적용대상에서 의원뿐아니라 그 보조자의 구분 취급을 재확인하여 의원만이 면책특권의 혜택을 누릴 수 있음을 밝히고 있다.

1972년 US vs. Brewster 판결³⁷⁾에 있어서는 입법적행위(Legislative activities)와 비

34) 김형성, 전제서, 대한변협신문 제42호(2002. 1. 17)

35) Kilbourn vs. Tompson, 103 U.S. (13 Otto) 168(1881) 콜롬비아 특별구에 설립된 어느 부동산회사는 연방정부에 대한 가액의 부채를 진 채 도산했다. 동회사의 파산원인에 관한 의회의 사후 감사가 실시되어 파산기업의 전의원인 Hallet Kilbourn은 의회의 소환명령을 받았다. 위원회에 출두한 Kilbourn은 최초의 몇 개 질문사항에 대해서는 답변을 했으나 결정적인 대목에서 진술을 거부했으며 또한 관련문서를 제출하라는 명령에도 불응했다. 그 결과 Kilbourn은 상하양원합동회의의 결의에 의하여 의회모독의 징계처분을 받자, 이에 불복하여 이와 같은 조사행위는 의회의 권한 밖이라고 다투면서 의회와 표결에 찬성한 개별 의원을 상대로 불법감찰의 민사소송을 제기한 사건이다.

36) Tenny vs. Brandhove, 341 U.S. 367(1951)

37) US vs. Brewster, 408 U.S. 501(1972) Daniel Brewster 상원의원은 특정인에게 유리한 표결을 약속한 대가로 뇌물을 수수한 혐의로 기소되자, 면책특권을 이유로 공소기가신청을 제출했다.

입법적행위 또는 정치적 행위(non-Legislative or Political activities)의 구분을 전제로 하여 의원의 행위를 '정당한 입법과정의 일부로 행해지는 합법적행위와 불법 또는 적법일지라도 본질적으로 정치적 성격을 띠는 행위를 구분하여 전자만이 헌법상 면책특권의 보호를 받을 뿐이고 입법행위와 간접적으로 또는 부수적으로 관련이 되어 있더라도 입법과정 그 자체의 일부가 아닌 행위에 대해서는 문책이 가능하다고 하였다.

Gravel vs. U.S 판결³⁸⁾에서는 종래 의원과 보조자의 차별취급이라는 원칙을 깨고 일정한 범위내에서 보조자의 행위도 의원 자신의 행위와 마찬가지로 면책특권의 혜택을 받을 수 있다고 인정하고 있다 또한 Brewster 판결에서의 입법적 행위와 비입법적 행위의 구분을 더욱 세분화하였는데, 입법적 행위란 "제안된 법안의 심의과정과 관련하여 또는 헌법이 의회의 권한으로 부여한 사안에 관하여 위원회나 의회의 절차에 참가하는 의원의 의사소통 내지 의사형성과정에 필수불가결한 행위"라고 규정하고 있다.

Hutchison vs. Proxmire 판결³⁹⁾에서 의원자신의 민사책임을 인정한 최초의 판결이다. 이 판결에서 연방대법원은 발언·표결의 면책조항은 위원회의 청문회장, 의원석 등 회의장내에서 행해진 일체의 발언은 비록 타인의 명예를 훼손하는 행위일지라도 절대적으로 면책되나 다만 개인적인 자료의 대외적 배포행위는 민사책임을 면하는 것은 아니라고 판시하였다. 즉 국회에서 공식적인 보고나 자료의 배포행위는 입법절차에 관련된 의사의 소통과 형성과정에 필수불가결한 행위이나 "사적인 통신문의 발간이나 언론기관에의 배포행위"는 헌법이 예상하고 있는 면책특권의 범위를 벗어나는 것이라고

위싱턴소재 연방지방법원은 헌법은 Brewster 상원의원이 직무상의 행위의 대가로 뇌물을 수수했느냐 여부를 묻는 것을 금한다고 하면서 공소를 기각하였다 정부의 비상상고에 의해 사건을 접수한 연방대법원은 Brewster가 뇌물을 수수한 대로 실제로 약속한대로 표결했느냐 여부는 뇌물수수죄의 성립에 관계없는 사실이라면서 원심을 번복했다 법원은 Kilbourn 판결에서 천명된 면책특권의 기준을 고수하면서도 해당사건에서는 정부측 주장의 진위(즉 뇌물수수죄의 성립여부)를 파악하기 위해서는 의원의 입법행위나 또는 그 동기에 관한 조사나 심문이 불필요하다고 판단한 것이다

38) Gravel vs. U.S, 408 U.S. 506(1972) Mike Gravel 상원의원은 자신이 소속된 분과위원회의 심야 회식에 참석하는 동안 자신이 직무상 지득하여 정리할 책임이 있는 월남전에 관련된 국방상의 비밀문서(소위 "국방성문서")를 자신의 조수인 Leonard Rodberg와 함께 국회의 공식의사록(Congressional Records)에 삽입한 후 특정 출판사로 하여금 의사록을 복제 출판하도록 주선했다. 곧 이어서 Rodberg는 문서의 불법복제 및 비밀누설로 인한 형사처벌의 가능성을 조사하는 기소배심(Grand Jury)의 소환을 받았는데, 이에 Gravel의원은 자발적인 소송참가를 통해 자신 및 조수 Rodberg의 면책특권을 주장했다

39) Hutchison vs. Proxmire, 443 U.S. 111(1979) Hutchison 의원이 1975년 상원연설에서 "미국의 납세자로 원숭이를 만들었다"고 발언했는데, 연방의 자금 지원으로 원숭이의 생태에 관해 연구하던 과학자를 전형적인 국고낭비의 주범이라고 평한 국회내외에서의 발언 및 이러한 내용의 인쇄물을 사적으로 배포한 행위에 대한 민사적 명예훼손소송사건이다

하였다.

1989년 *Lunderstadt vs. Colafella* 판결⁴⁰⁾에서도 “위원회의 조사관이 원내에서 증인으로 진술하면서 그 진술내용이 담긴 서면을 방청석에 있는 보도관계자에게 미리 나누어 준 행위는 공표행위가 아니라 기술적 보조행위에 지나지 않으므로 면책특권이 미친다.”고 하여 *Hutchison* 판결의 내용을 재확인하였다.

결국 미국에서의 의원 면책특권에 대한 연방대법원의 입장은 초기에는 국민의 대표인 집행부나 사법부의 간섭에 의하여 위축되지 않도록 보장하려는 데 중점을 두고 면책특권의 인정 범위를 가능한 한 광범위하게 인정하였으나, 1970년대 이후로는 면책특권의 범위를 입법행위로 한정시켰으며, 의원에 의한 명예훼손이나 사생활의 비밀 등이 훼손된 개인에게 구제의 여지를 주는 한편, 면책특권의 범위 내에 속하는 입법적 행위에 대해 절대적 면책을 인정해 위축되지 않는 의원의 활동을 보장하려는데 그 의의가 있다. 따라서 미국에서의 의원 면책특권은 헌법에 명시된 발언 또는 토의뿐만 아니라 대의민주주의 목적달성에 필요한 원내활동은 입법적 행위에 포함된다고 할 수 있으며, 의회내에서 이루어지는 공식적인 정보수집행위도 면책특권에 의해 보호받는다.

2) 불체포특권

미국연방헌법 제1조 제6항에서 “양원의 의원은 내란죄, 중죄 및 치안위반죄를 제외한 어떠한 경우에 있어서도 회기 중에 회의에 참석하는 중이거나 또는 그 회의 참석을 위하여 가거나 오는 도중에 체포되지 않는다.(They shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same)”는 특권을 규정하고 있다 여기서 치안위반죄란 판례를 통하여 교통법규위반죄를 포함하게 되어 결국 모든 범죄에 대하여 언제든지 의원을 체포할 수 있고 불체포특권은 적용되지 않는 것이다.

연방대법원은 1908년 *Williamson vs. U.S* 사건에서 미합중국 헌법의 제1조 제6항을 해석하는데 있어 ‘반역죄, 중범죄와 치안위반죄를 제외한’이란 문구는 형사적 체포와 민사적 체포를 구분하기 위한 것이고, 불체포특권은 민사적 체포에 한정하기 위한 것이라고 판결하였다. 대법원은 이 문구는 영국의 보통법으로부터 채택되었다.

위 연방대법원 판결 이후 연방헌법과 유사한 주헌법 조항을 가진 주의 법원들은 상

40) *Lunderstadt vs. colafella*, 885 F 2d 66(3rd Cir) (1989)

기의 판례를 채택하였다. Howard vs. Webb 사건⁴¹⁾에서 법원은 오클라호마주의 헌법상 불체포특권은 오직 민사상의 체포만을 포함하고 가장 경미한 형사범죄들에 대한 체포로부터의 면제도 없다고 판결하였다. 마찬가지로 People of the State of Illinois vs. Flinn 사건⁴²⁾에서도 일리노이주의 항소법원은 교통위반죄가 ‘반역죄, 중범죄와 치안위반죄’를 제외한 체포로부터의 의원들을 제외시킨 헌법의 규정내에 있는 치안위반죄에 해당되며 면제되지 않는다고 판결하였다.

(2) 독일

1) 면책특권(Indemnität)

독일 기본법 제46조 제1항에 “연방의회의원은 연방의회 또는 위원회에서 행한 발언 또는 표결에 의해 어떠한 시기에 있어서도 재판상 또는 직무상의 소추를 받지 아니하며 원외에서 책임지지 아니한다.”고 규정하고 있다. 독일에서 의회의 발언의 자유(parlamentarische Redefreiheit, Indemnität)에 관한 최초의 입법례는 프로이센헌법에서 찾아볼 수 있으며, 그 후의 바이마르헌법도 제36조에서 이와 같은 규정을 두고 있다.

독일기본법상 의원의 면책특권은 의원에게만 특권이 부여된다고 하며, 의원의 지위에서 행한 직무행위는 임기만료 후에도 면책된다고 한다.

의원의 지위는 의회기의 시작과 더불어 취득하는 것이 아니고, 당선에 의해 취득되므로 당선시부터 면책특권의 보호를 받는다. 그리고 의원의 당선이 무효가 되더라도 그 때까지 행한 표결 및 발언에는 면책특권의 효력이 인정된다 또한 의원의 면책특권의 범위는 의회 내에서의 표결 및 발언의 자유를 보장한다. 이는 의회에서의 자유로운 투표 및 발언이야말로 의회 민주주의의 불가결한 요소이기 때문이다

하지만 의원이 그의 직무수행으로서 한 발언이라고 하여 모두 면책특권의 대상이 되는 것은 아니다 의원의 원내에서의 표결 및 발언만이 면책되고, 발언에는 사실의 통지, 의사·의견·견해나 가치판단의 표명, 경고등이 포함되고 의회의 활동과 관련하여 한 것이라야 한다. 또한 발언은 구두발언이든 서면발언이든 불문하고 행동으로서 묵시적으로 표명하여도 발언에 해당된다.

다만 비방적 모독(verleumderische Beleidigung)에 대해서는 이 규정은 적용되지 않는

41) Howard vs. Webb, 570 P. 2d 42(1977) 주의 공공안전성의 경관들이 일반운전자들에게 대해서 취했듯이 주의원들에 대해서도 경미한 교통 위반을 포함하여 모든 교통법규에 관한 영장집행을 요구하는 청원사건임

42) People of the state Illinois vs. Flinn, 362 NE 2d 3(1977) 주의원이 의회 회기 중 귀가하는 도중에 과속으로 인해 체포된 사건

다는 단서규정을 두고 있다. 즉 독일기본법상 의원의 면책특권은 비방적 모독이나 명예훼손이 면책을 받지 못한다는 예외규정을 두고 있다는 점이 현저한 특징을 이루고 있다.

2) 불체포특권(Immunitat)

독일기본법 제46조 제2항에서 “의원은 범죄행위 때문에 현장에서 또는 익일 중에 체포되지 아니한 때에는, 연방의회의 동의가 있는 경우에 한하여 책임을 지거나 체포될 수 있다.”고 규정하고 있으며, 동조 제3항에서 “연방의회의 동의는 더욱 더 의원의 개인적 자유의 어떠한 다른 제한에 대해서” 또는 동법 제18조에 의한 “의원에 대한 소송절차개시”에도 필요로 한다. 동조 제4항에서는 의원에 대한 모든 형사소송절차와 제18조에 의한 모든 소송절차, 모든 구금과 개인적 자유에 대한 모든 기타 제한은 연방의회의 요구에 의해 정지된다.”고 규정하여 헌법상 의원의 불체포 특권을 인정하고 있다.

의원에 대한 특별규정인 의원의 불체포특권은 평등권, 삼권분립 및 실질적 법치국가라는 헌법규정과 관련하여 제한적으로 해석되어야 한다고 한다. 또한 불체포특권의 주체가 의원이나 아니면 의회인가에 관하여 대립하나 의회의 특권으로 보는 견해가 우월하고 의원은 이것을 포기할 수 없다고 한다.

독일기본법 제46조에 의한 불체포특권은 오직 의원, 즉 연방의회 의원만이 누릴 수 있고, 주의원에 대해서는 주헌법이 개별규정하고 있다 또한 공동정범, 공범, 범죄후의원조자, 은닉자, 기타 범죄참가인은 불체포특권이 미치지 않는다고 한다. 또한 범죄행위에 대해서만 특권이 인정되는 것이 아니라 민사체포, 기본권상실절차의 개시에도 의원의 동의를 요한다.

불체포특권의 정지를 요구할 권한을 가지는 자로부터 이러한 정지청구가 제출되면, 의장은 이 청구를 본회의에 상정시키지 않고, 곧 선거심사, 불체포특권 및 의사규칙위원회에 회부한다. 동위원회는 불체포특권의 정지청구대한 기준을 설정하고 이 기준을 출발점으로 하여 개개의 사실에 관해 본회의에 제출할 권리와 의무를 가진다. 따라서 본회의에 의사일정에는 동위원회의 보고에 기해, 원칙적으로 토론을 거치지 않고 동위원회의 제안을 표결에 부친다. 의회가 이 특권을 정지시키는가의 여부는 정치적 판단으로서 의회의 요구와 타권력의 요구와의 비교형량에 따라 정해진다.

(3) 일본

1) 면책특권

일본의 경우에도 일본국헌법 제51조에 “양원의 의원은 의원에서 행한 연설·토론 또는 표결에 대하여 원외에서 책임을 지지 아니한다.”고 규정하고 있다. 일본에서 의원의 면책특권은 의원의 원내에서 언론의 자유를 최대한 보장하고, 원외에서의 책임을 면제해 의원의 자유로운 활동을 보장하기 위한 것으로서 다른 권력의 간섭을 배제하고, 그 직무의 수행에 있어서의 제약이 없도록 하기 위해 인정된 제도이다.

일본의 면책특권의 주체는 의원뿐이라고 하며, 국무대신인 동시에 의원인 경우에 의원으로서 한 발언에 대해서는 면책특권이 인정되지만 국무대신으로서 한 발언에 관해서는 면책되지 않는다는 것이 통설이다.

또 일본의 의원 면책특권을 인정하는 행위의 범위에 대해 일본의 1962년 제1차국회난투사건과 1966년 제2차국회난투사건 판결에서 자세히 나타나고 있다. 먼저 제1차국회난투사건의 판결에서 법원은 면책특권의 대상에 관하여 “헌법 제51조의 양원 의원의 면책특권의 대상으로 된 행위는 동조에 열거된 연설·토론 또는 표결 등 본래의 행위 그 자체에 한정되어 다루어지는 것이 아니라, 의원이 국회에서 의견 표명으로 보여지는 행위나 이것들에 당연히 부수되는 것으로 적시한 행위도 포함된다.”고 판시하였다. 또 의원의 직무행위에 부수하는 행위를 다음과 같이 분류해 인정하고 있다. 즉 (1) 특권의 대상이 되는 행위를 하기 위하여 당연히 그 수단·전제·결과로 된 행위, (2) 대상행위에 통상적으로 수반하는 것으로서 정식이라고는 할 수 없으나 방임된 행위, (3) 대상행위에 통상적으로 수반하는 행위라고는 할 수 없으나 행위자의 의사에 따라 부수적으로 된 행위로 나누고, (3)은 다시 (가) 직무행위를 효과 있게 하기 위하여 그 내용을 충실·확대·강조하는 행위, (나) 직무행위를 하는데 즈음하여 이와 무관하게 되는 별개의 행위로 분류한다. 이상의 분류에서 (1)의 행위는 의사절차중의 행위로서 문제되지 않고, (2)와 (3)의 (가)행위는 직무행위라고는 할 수 없으나 범죄행위가 아니므로 문제가 없으나 (3)의 (나) 행위는 범죄행위로 문제가 된다고 하였다. 그래서 직무행위에 부수하여 행해진 행위가 범죄행위를 구성할 경우에 그 행위에 대한 면책특권의 인정여부는 법원의 권한이며, 국회는 이에 관해 판단할 인정권이 없다고 보고 있다.

다음으로 제2차국회난투사건의 판결에서 의원 면책특권의 대상에 관하여 “의원의 원내에서의 활동과 일체불가분적으로 행해진 부수행위로서 의원 본래의 직무를 수행하기 위해 필요한 행위이고, 또한 형벌법으로 보호되는 법익의 침해될 수만하더라도 그 침해의 정도가 경미하여 사회통념상 특별히 문제로 삼지 않더라도 시인되는 정도

의 것인 한 면책특권의 대상이 된다."고 하였고, 이에 대한 항소심판결에서는 면책특권의 범위를 "헌법 제51조 소정의 국회의원의 면책특권의 대상인 행위란 이 법의 입법취지를 볼 때, 반드시 동 규정의 명문에 있는 연설·토론 또는 표결에 한정할 것은 아니고, 의원의 그 직무상 행한 언론활동에 부수하여 일체불가분적으로 행해진 행위의 범위내 라면 된다."고 하였다.

그리고 의원 면책특권의 효과는 헌법 제51조에서 "원외에서 책임을 지지 아니한다."라고 규정하고 있으므로 형사책임과 민사책임⁴³⁾ 등의 법적 책임을 지지 않는 것이 통설이며 판례의 태도이다.

2) 불체포특권

일본국헌법 제50조에서 "양의원의 의원은 법률이 정한 경우를 제외하고는 회기중 체포되지 아니하며 회기전에 체포된 의원은 그 의원의 요구가 있으면, 회기중에 이를 석방해야 한다."고 규정하고 있다. 여기에서의 법률은 일본국회법을 말한다.

의원이 금고이상의 형을 받으면 당연히 피선거권을 상실하므로 형의 집행을 위해 체포하는 것은 문제되지 않는다고 한다.

일본국회법은 제33조에서 "각의원의 의장은 원외에 있어서 현행범인 경우를 제외하고는 회기중 그 원의 허락이 없으면 체포되지 않는다."고 규정하고 있다. 따라서 원외에 있어서 현행범의 경우에는 회기중에도 그 원의 허락 없이 체포할 수 있으며, 회기중에도 원의 허락이 있으면 위반한 범죄에 대해서 체포할 수 있다. 또한 일본국회법은 회기전에 체포된 의원에게 회기중 석방을 요구할 수 있는 규정을 두고 있다.

그러나 회기전의 체포는 회기중의 체포와는 달리 이미 형사소송이 계류중이므로 원칙적으로 그 절차가 중단되는 것은 아니다. 따라서 국회개회와 동시에 당연히 석방되는 것은 아니며 계속 억류하기 위해서 회기의 처음에 의원의 승낙을 요할 것도 아니라고 한다. 다만 국회의 자율권과 의원의 신체의 자유보장을 위해 그 양의원의 요구가 있을 때 회기 중에 석방된다.

43) 札幌地裁 평성 5년 7월 손해배상청구사건에서 중의원 의원이 중의원의 위원회에서 의료법의 일부를 개정하는 법률 안건을 심의하는 가운데, 정신병원 원장의 이상한 행동을 적시하면서 여성 입원환자에 대한 파렴치한 행위가 있었다고 발언한 직후, 원장이 자살하자 그의 처가 그 의원 및 국가를 상대로 명예훼손으로 인한 손해배상을 청구한 사건에서 의원의 면책특권으로서 민사책임도 면책특권에 포함된다고 하여 기각한 사건이다 (판례시보 1484호 115)

III. 국회의원 불체포특권에 관한 개정 논의

불체포특권에 대한 논점은 국회의 불체포특권의 남용 즉, 체포동의나 석방요구의 남용을 어떻게 절차적으로 제한할 것인가에 대한 것이다 이에 대해 헌법개정에 대한 논의가 있으나 매우 미비한 편이고, 오히려 국회법 개정론을 둘러싸고 학계와 시민단체들의 논의가 활발히 진행되고 있다.

1. 헌법개정론

국회법 개정론에 대해 개헌론을 주장하는 견해⁴⁴⁾ 따르면, 국회의원의 불체포특권을 제한한다고 해도 이를 실무적으로 적용하는데 많은 논란이 제기될 수 있으므로 장기적으로 헌법 개정시에 헌법 제44조 등을 일본식으로 개정하여 국회법 등에서 특권을 제한할 수 있는 방안을 고려하자는 것이다. 일본헌법 제50조는 “양원의 의원은, 법률이 정하는 경우를 제외하고는 국회의 회기 중에 체포되지 않고 회기 전에 체포된 의원은 그 의원의 요구가 있으면 회기 중 이를 석방하지 않으면 안된다.”고 규정하고 있는데, 법률유보에 의한 방식으로 국회의원 면책특권의 제한 규정을 국회법 제33조와 제34조에서 두고 있다 즉, 헌법개정론은 헌법에 법률유보 규정을 두고, 이에 따라 국회법에 명문으로 불체포특권을 제한할 수 있는 규정을 두자는 주장이다.

2. 국회법 개정론

2004. 1. 19. 심재권 의원 외 11인 의원 발의로 국회법중개정법률안⁴⁵⁾이 제출되고, 2004. 2. 13. 대한변호사협회에서 국회법중개정법률안⁴⁶⁾이 제출되었는데, 개정의 주요

44) 박찬운, “국회의원 불체포특권의 제한방법을 생각한다”, 「국회의원 불체포특권에 관한 공청회」 자료집 (대한변호사협회, 2004. 2. 9.), 9-10쪽

45) ‘국회의원 체포동의안의 신속한 처리를 위해 정부로부터 체포동의안이 접수된 경우 의장은 본 회의에 보고된 때로부터 24시간 이후 72시간 이내에 무기명투표로 표결토록 하고 이 기간 내에 표결하지 아니한 때에는 가결된 것으로 간주한다는 것을 내용으로 함.

46) 동 법률안의 주요 내용은 다음과 같다.

- 1 의원들의 체포 또는 구금이 의정활동의 방해목적이 아닌 때에는 체포동의안을 부결하거나 석방 요구안을 가결할 수 없도록 함.
- 2 의장은 체포동의요구서 또는 석방요구안이 제출시 지체없이 심사를 위해 윤리특별위원회에 회부토록 함
- 3 체포동의안 표결은 공개하고, 전자투표방식으로 하며, 체포 또는 구금된 의원의 석방요구안 발의

내용은 1) 체포동의안 처리문제, 2) 석방요구안 발의 정족수, 3) 국회윤리특별위원회의 지위와 권한에 관한 사항 등이다⁴⁷⁾.

첫째, 체포동의안 처리문제란 현행 국회법 제26조에는 “의원을 체포 또는 구금하기 위하여 국회의 동의를 얻으려고 할 때에는 관할법원의 판사는 영장을 발부하기 전에 체포동의요구서를 정부에 제출하여야 하며, 정부는 이를 수리한 후 지체 없이 그 사본을 첨부하여 국회에 체포동의를 요청하여야 한다.”는 규정만을 두고 있고, 체포동의절차에 있어 아무런 절차적 규정을 두지 않고 있다. 이로 인해 여야가 합의하지 않는 경우 무작정 본회의에 상정되지 못하고 표류할 수밖에 없는 실정이다. 체포동의안 처리절차에 관한 규정이 미비하여 방탄국회를 열거나 회기 중 처리하지 아니하여 폐기시키는 등 체포동의안을 처리하지 아니하고 지연시키는 방법으로 불체포특권을 악용하는 것을 방지하기 위하여 체포동의안이 제출될 경우에 신속하게 처리하도록 절차에 관한 규정을 명시할 필요가 있다는 것이다. 또한 국회가 상당한 기간 내에 본회의에서 표결하여 가결 또는 부결할 수 있음에도 불구하고 비리의원을 보호하기 위하여 표결하지 아니한 경우에 이는 국회의 불체포특권 남용이 명백하다. 이 경우 일정한 기간을 정하여 이 기간 내에 표결하지 아니한 경우에 체포에 동의하는 것으로 인정하자는 논의이다.

둘째 현행 국회법 28조에 의하면 “의원이 체포 또는 구금된 의원의 석방요구를 발의할 때에는 20인 이상의 연서로 그 이유를 첨부한 요구서를 의장에게 제출하여야 한다.”고 규정하고 있다. 국회석방요구발의의 정족수가 현행 20인 이상으로 되어 있기 때문에, 석방요구발의가 매우 쉽기 때문에, 이에 대한 요건을 강화해야 한다는 것이다. 대한변호사협회가 제출한 법률안에 따르면 석방요구제출의 정족수로 “국회의원 재직위원 1/4이상”을 제안하고 있다.

셋째, 국회윤리특별위원회의 지위와 권한에 관하여 국회법 제46조에 규정하고 있는데 동법 제46조 제1항에서 “의원은 자격심사윤리심사 및 징계에 관한 사항을 심사하기 위하여 윤리특별위원회를 둔다.”고 규정하고 있다. 따라서 국회의원 체포동의안 및 석방요구안에 대해 아무런 사전심사도 없이 본회의에서 표결에 붙이고 있어 국회윤리특별위원회의 권한을 확대하자는 주장이다 즉, 지금까지의 국회의원에 대한 체포동의안과 석방요구안에 대해서는 아무런 사전심사도 없이 본회의에서 표결에 붙이고 있어

정족수는 현행 20인 이상을 재적의원 1/4이상으로 함.

4) 의원이 국회에서 허위사실 적시로 명예를 훼손하는 행위 등은 헌법 제45조의 직무범위에 속하지 아니하는 것으로 함

47) 김갑배, 전제서, 27-29쪽

국회의원들의 자의적인 판단에 의해 표결이 행해지고 있는 실정이다. 그리하여 객관적인 기준에 의해 체포동의안 및 석방요구안이 처리되지 못하고 있어 국회의원의 특권이 남용되어 왔다고 볼 수 있다. 따라서 이에 대한 남용을 막기 위해서는 국회윤리특별위원회로 하여금 국회의원의 체포동의안과 석방요구안에 대한 심사를 하도록 국회법을 개정하자는 주장이다. 또한 더 나아가 본회의에서 무기명투표를 하여 표결에 책임을 지지 않는 관행을 개선하고자 본회의를 공개하거나 기명투표로 할 것을 주장하고 있다.

3. 소결

불체포특권은 의회와 의원의 자유롭고 독립된 의정활동을 보장하기 위해 인정된 제도이다. 불체포특권의 경우 헌법개정과 관련하여 문제되는 것은 국회의 남용의 막기 위해 그 구체적인 절차를 입법을 통해 제한하려는 것으로, 헌법상 보장된 불체포특권을 제한하기 위해 헌법상 명문으로 법률유보 규정을 두어야 하는지, 아니면 법률유보 규정을 두지 않고도 법률로서 헌법상 규정된 권리와 권한을 제한할 수 있는가의 문제이다.

우리의 헌법규정에는 많은 조항에서 권리와 권한의 구체적인 내용·행사절차·범위·설정·한계 등에 대해서 법률로 정하도록 하고 있다. 그러나 헌법 제44조는 법률유보 규정을 두지 않고 있기 때문에, 헌법 명문의 법률유보 규정 없이 헌법상 규정된 권리나 권한의 남용을 방지하기 위한 절차나 방법을 법률로서 정할 수 있는가를 판단하는 것이 가장 중요한 문제이다.

우리나라 헌법에는 추상적인 용어들이 많고, 이를 구체화하기 위해 명시적으로 법률유보규정을 두지 않고 권리와 권한의 구체적인 내용·행사절차·범위·설정·한계 등에 대해 법률로 정한 경우도 상당히 있다. 즉, 추상적으로 보장된 어떤 내용을 구체적으로 형성하는 입법이나 보장내용의 구체적 실현을 위한 절차를 정하는 것이라면 가능하다고 생각된다.⁴⁸⁾ 예를 들어 헌법 제72조에 규정된 대통령의 국민투표부의를 구체적으로 실현하기 위해서 국민투표법을 제정하는 것은 헌법의 내용을 구체화하고 실행하기 위한 것으로서 오히려 요구되는 입법이기도 하다. 이러한 점에서 불체포특권의 경우에는 불체포특권의 내용, 범위 및 한계에 관한 사항이 아니라, 국회의원 체포동의나 석방요구에 필요한 절차나 요건 등과 관련된 사항으로 국회법에 정하는 것은 오히려

48) 김형성, 전거서, 대한변협신문 제42호(2002. 1. 17)

필요한 입법이라 할 것이다. 헌법상 명시적인 법률유보 규정이 없더라도 가능하다고 판단된다.

법률개정과 관련하여 현재 불체포특권에서 가장 문제가 되는 것은 국회법상 체포동의절차에 대해 규정하고 있으나, 국회내의 처리절차에 대한 규정이 미비하여 이것이 남용되고 있다는 점이다. 따라서 정부로부터 체포동의 요청을 받았을 경우, 절차적으로 신속히 처리할 수 있는 절차를 만드는 법률개정은 충분히 가능하다고 생각한다. 그 외 석방요구정족수 등의 문제는 지나치게 절차나 요건을 강화함으로써 헌법상 불체포특권을 인정하는 제도보장의 목적과 취지를 벗어날 수 있다는 점에서 더 심도 있는 검토가 필요하다고 생각한다

IV. 국회의원 면책특권에 대한 개정논의

국회의원의 허위사실유포와 명예훼손 등 작금의 사태에 대해 면책특권을 제한해야 한다는 논의가 제기된 바 있다는 것은 전술하였다 이에 대해 면책특권을 제한하는 것에 찬성하는 견해와 반대하는 견해가 있으며, 제한에 찬성하는 입장은 다시 헌법개정을 통해 제한해야 한다는 견해와 국회법 개정을 통해 제한해야 한다는 견해가 대립되고 있다.

1. 찬성론

면책특권을 제한해야 한다는 견해에서 헌법에 대한 현실타당적 해석과 확정성을 위해 헌법이나 혹은 국회법상 제한규정을 마련해야 한다는 입장이다. 다만 방법론상으로 헌법개정을 통해 제한하자는 주장과 법률개정을 통해 제한하자는 주장으로 나누어 살펴볼 수 있다.

헌법개정론을 주장하는 견해는 주로 독일기본법 제46조 제1항의 단서조항과 같이 우리나라 헌법 제45조에도 단서조항을 규정하는 입법을 추진하여 해야 한다는 견해이다. 즉 우리 헌법상 허위사실유포나 명예훼손의 경우 면책특권 인정여부가 불분명하기 때문에 이 경우 면책되지 않는다는 것을 헌법에 명시해야 한다는 주장이다.

국회법에서 면책특권의 범위를 명확하게 규정해야 한다는 견해⁴⁹⁾이다 지금의 국회

49) 대한변호사협회는 허위사실 적시에 의한 명예훼손은 “직무 범위”에서 제외할 것을 요구하며 개정법률안을 국회에 제출한 바 있다.(2004 2 13 국회법중개정법률안)

제도와 국회의원의 면면에서 그러한 저질 현상이 장차 극복될 수 있을 것이라는 아무런 기대도 보장도 없기 때문이다. 여기에서 국회의원의 면책특권의 남용에 관련한 법규정의 현실타당한 해석과 그 확정성을 위한 보완입법이 필요하다는 견해이다⁵⁰⁾.

2. 반대론

면책특권의 입법적 제한을 반대하는 견해는 헌법을 통한 제한규정은 면책특권을 인정한 국회의 권한을 침해할 수 있다고 한다. 국회에서 국회의원은 국민적 의혹이 있는 사안에 대해서 제한 없이 발언할 수 있어야 하는데, 발언의 제한으로 국회의 국정통제 기능 등이 위축되게 되고, 나아가 국회의원의 활동을 원천적으로 봉쇄할 수 있기 때문에 헌법에 의한 입법을 반대한다. 또한 국회법에 의한 제한은 헌법이 법률에 위임하지 않은 면책특권의 범위와 한계를 국회가 입법으로 정할 수 있는가 하는 문제로 헌법 제45조가 정하고 있는 면책특권은 단순한 면책규정으로서 특별한 입법을 요하지 않는 규정으로서 면책특권을 제한하기 위한 입법은 그것 자체가 위헌의 소지가 있으므로 국회의원의 면책특권에 대한 입법적 제한은 바람직하지 않다고 한다.⁵¹⁾

3. 소결

권력분립과 법치주의에 따라 헌법 제45조상의 면책특권은 무제한적으로 인정되는 것은 아니다 따라서 국회의원의 허위사실유포 및 명예훼손의 경우에는 면책특권이 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다. 이를 법률로서 제한할 필요가 있다는 주장은 일견 긍정적인 면이 없지 않으나, 국회의원에 대한 자질로 인해 허위사실유포나 명예훼손 등이 횡행한 경우에도 신문, 방송, 인터넷을 통한 여론에 의한 비판과 차기 국회의원

50) 특히 우리나라는 세계 어느 국가보다도 국회의원 개개인에게 많은 권한과 특권을 부여하고 있는 반면에 의원 개개인의 자질면에서는 상대적으로 낮은 수준을 면치 못하는 것으로 평가되고 있다 자질은 떨어지지만 지역주의에 편승해서 또는 보스의 선택 등에 의해서 비정상적으로 의원이 된 숫자가 많음을 부인할 수 없다. 그렇다 보니 국회는 국익과 국민의 이익을 도외시킨 채 당리당략과 의원 개인의 욕망을 챙기려는 소모적 정쟁의 장이 되어 국민 불신의 대상이 되고 있다 또한 아무런 객관적 자료나 근거도 없는 허위사실이나 루머, 또는 무책임한 흑색선전으로 국민을 현혹시키고 상대 정치인이나 다른 사람의 명예를 훼손하는 일이 비밀비제하다 ‘아니면 말고’의 무책임한 발언이 국회내에서의 직무상 발언이라는 면책특권의 가면을 쓰고 횡행하는 것은 더 이상 참기 어려운 구시대적 추태가 아닐 수 없다. (이석형, 전계서, 대한변협신문 제42호(2002 1 17.))

51) 김형성, 전계서, 대한변협신문 제42호(2002 1 17)

선거를 통해, 혹은 사법부의 재판을 통해 이를 통제할 수 있다고 생각된다. 또한 본 제도는 의원의 자유로운 의정활동을 전개하고, 의회에 대한 행정부와 사법부의 부당한 간섭을 막기 위한 것이므로, 입법을 통해 이를 특별히 제한할 필요가 있는가에 대해서 매우 부정적일 수밖에 없다. 또한 현행 헌법상 이를 제한할 법적 근거가 없다는 점에서 입법을 통해 제한하는 것은 위헌의 소지가 크다고 판단된다.

그럼에도 불구하고, 만약 헌법개정권력의 결단에 의해 헌법개정을 통해서라도 국회의원 면책특권을 제한하기보다는 면책의 범위를 명확하게 하기 위해 헌법에 단서규정을 두어 명시하는 것은 가능하다고 할 것이다.

V. 결론

지금까지 우리나라 헌법 제44조와 제45조에 규정된 국회의원의 특권의 문제점과 이를 개선하는 방법으로서 학계 및 시민단체에서 논의되고 있는 헌법과 법률의 개정 논의를 중심으로 살펴보았다. 국회의원 특권 남용에 관한 제한 논의를 검토하는 데 가장 중요한 원칙은 헌법상 국회의원에게 특권을 보장하는 목적인 권력분립의 원칙과 자유롭고 독립적인 의정활동을 보호하는 것이다. 따라서 본고에서는 의회의 독립을 최대한 보장한다는 원칙하에서 특권의 범위 및 한계를 밝혀 보고자 하였다. 향후 국회법 개정 시 특권의 범위와 한계를 명확히 함으로써 궁극적으로 국민의 대표기관인 국회가 국민의 신뢰를 회복하는 중요한 방안이 될 것이다.

국회의원의 면책특권은 허위사실유포나 명예훼손이 직무행위에 포함되느냐 등 면책특권의 범위와 한계의 문제로 현행 헌법으로도 면책이 무한정 인정되는 것이 아니며 헌법이 표방하고 있는 민주주의와 법치주의의 원칙 내에서 인정된다 할 것이다. 따라서 헌법 제45조의 면책대상으로 국회의원의 허위사실 유포나 명예훼손은 이미 직무행위로 볼 수 없다는 점에서 면책되지 않는다고 할 것이다. 또한 최근 판례의 입장도 의원에 대한 명예훼손에 대한 면책을 인정하지 않고 있다 따라서 면책특권의 인정범위 중 허위사실 유포나 명예훼손 등에 관한 헌법개정과 국회법 개정 주장은 설득력이 약하다.

그러나 불체포특권의 경우에는 면책특권과는 달리 국회의 정상적인 의정활동을 보장하기 위해 석방요구나 체포동의권을 인정한 것으로, 국회의원의 체포동의나 석방요구 절차나 요건 등에 관한 사항은 법률유보 없이 국회법을 통해 규정할 수 있다고 생각된다. 왜냐하면 우리나라의 헌법은 독일기본법의 체계와 달리 기본권 제한규정을 일

일이 두고 있지 않으며, 헌법에 개별적 사항들을 모두 일일이 열거하기 어렵다는 점이다 또한 실질적으로 불체포특권에 관한 법률 개정의 내용은 국회의원의 특권을 제한하거나 규제할 목적이 아니라 절차적으로 국회내부의 석방요구나 체포동의에 대한 신속한 처리를 통해 국회의 신뢰를 회복하는데 목적을 두고 있다는 점에서 법률유보규정을 명문으로 두기 위한 헌법개정은 불필요하다고 본다. 따라서 국회법 개정을 통해 국회의 체포동의나 석방요구권을 신속히 처리하고, 국회의 재량권을 일탈·남용하여 체포동의나 석방요구권의 남용을 방지하기 위한 국회법 개정은 가능하리라 생각된다. 다만 불체포특권에 관한 국회법 개정시에도 지나치게 절차나 요건을 강화하여, 오히려 헌법이 불체포특권을 인정하는 목적을 훼손해서는 안된다



김형성 · 정순원

특권의 남용(abuse their privilege)

불체포특권(privilege freedom of arrest)

면책특권(privilege freedom of speech and debate)

헌법개정(constitutional reform) 명예훼손(defamation)

[Abstract]

The Study on the Privilege of Nation Assembly

Kim, Hyung-Sung · Jung, Soon-Won

The privileges of Members of National Assembly are both privilege freedom of arrest and privilege freedom of speech and debate. These privileges are guaranteed in Constitution. And these privileges secure independent activity of the legislature in the sense of checks and balances with 2 remaining branches of government, the Judicial and the Executive. However, recently surrounding the abuse of privileges of Members of National Assembly triggered the movement of the amendment of Constitution and National Assembly Act so that this paper discussed and examined the dispute and the probable solution.

The abuse of the rights of Members of National Assembly was concentrated on the right to request detention release and the delimitation to the agreement of arrest, and whether these problems are authorized by law like the provision of Japanese Constitution or just a restriction of law without a provision.

There are pros and cons of the issue but the researcher believes that specification of due process of rights, which are guaranteed by Constitution, can be delimited by the provision without authorization by law.

The question on hand is that whether the privilege freedom of speech and debate of Members of National Assembly is applicable in case of personal privacy and defamation cases. There exists both sides of a coin, in other words, some argue that members of National Assembly should be immune from liability since there is no article in Constitution that tackles this issue and others believe that they should be punished for in case the

offenses are not related to their duty as members of National Assembly. The researcher believe in the latter, however.

As mentioned above, the limitation of the privileges of members of National Assembly should coincides with the purpose in which National Constitution declared of it. Furthermore, members of National Assembly need to remind themselves as the representatives of the people of Korea and be very careful not to abuse their privileges of assemblymen since these privileges are superior to the right of the people of Korea. And they should prove themselves as a trustworthy and responsible to the people of Korea.