

표 지

人事 인사말씀

국회의원 진 영

안녕하십니까. 진영의원입니다. 먼저 바쁘신 일정에도 불구하고 토론회에 참석해주신 내외 귀빈여러분께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 이 자리를 위해 좌장으로 참석하신 주광일 변호사님, 기초발제를 해주시는 문광삼 교수님 그리고 토론자로 참석하시는 김민호, 김상겸, 박경신, 한상희 교수님께도 다시 한 번 감사드립니다.

지난 4월 19일 조전혁 의원이 홈페이지에 전교조, 교총 등 5개 교원단체 소속 교원 22만 2,479명의 실명과 소속학교를 공개한 이후로 이에 대한 논란이 지속되고 있습니다.

공개행위에 대해 법원은 “공개대상과 범위에 대한 합리적인 기준이 마련되지 않은 채 명단이 공개되면 조합원의 권리가 부당하게 침해될 수 있다”라고 하며 공개금지 가처분 결정을 하였습니다. 이후 명단공개를 한 조전혁의원에게 간접강제 조치를 하였고, 이를 어길 경우 하루에 3천만 원이라는 천문학적인 액수를 전교조 측에 지급해야 한다고 판결하였습니다.

하지만 이에 대해 조전혁의원은 국회의원으로서 직무상 얻은 정보를 공익적인 목적으로, 국민의 알권리를 충족시키기 위해 공개한 것이며, 이는 너무도 당연한 국회의원의 권한이자 의무라고 주장하면서 오히려 법원의 판결은 국회의원의 직무를 침해한 것이라며 침례하게 대립하고 있는 상황입니다.

이러한 상황에 대해 국회 내에서도 의견이 분분하게 나누어지고 있습니다. 이 시점에서 우리는 과연 국회의원의 직무범위를 어디까지로 봐야 할 것인지 다시 한 번 생각해볼 필요성이 있다는 판단 하에 전문가들을 모시고 의견을 들어보는 시간을 마련해 보았습니다.

이번 토론회가 이 자리에 참석해주신 분들께서 국회의원의 직무범위를 어디까지로 봐야할지 다시 한 번 진지하게 고민해 보고, 올바른 방향으로 나아갈 수 있도록 노력하게 되는 기회가 되길 바랍니다. 저 또한 진지한 성찰을 통해 ‘국민의 알권리를 어떻게 지켜낼 것인가’에 대한 국회의원으로서의 좌표를 모색해보고자 합니다. 감사합니다.

목 차

| | |
|---|----|
| 인 사 말 | i |
| 1st Session | |
| 기조발제 국회의원의 직무행위와 사법심사 | 3 |
| 문광삼 (부산대학교 법대 교수) | |
| 2nd Session | |
| 토 론 1 전교조명단공개금지처분 및 간접강제결정의 법리적 쟁점 | 19 |
| 김민호 (성균관대학교 법학전문대학원 교수) | |
| 3rd Session | |
| 토 론 2 면책특권에 의한 정당화가능성 | 25 |
| 박경신 (고려대학교 법학전문대학원 교수) | |
| 4th Session | |
| 토 론 3 국회의원의 직무행위에 관한 토론문 | 35 |
| 김상겸 (동국대학교 법대 교수) | |
| 5th Session | |
| 토 론 4 〈토론문〉 | 41 |
| 한 상 희 (건국대학교 법대 교수) | |

국회의원 직무행위와 사법심사

|기조발제| 문광삼 (부산대학교 법대 교수)

01st Session

국회의원의 직무행위와 사법심사

문 광 삼 (부산대학교 법대 교수)

국회의원의 직무상 행위는 어느 정도 보호받아야 될까. 국회의원의 행위에 대하여 법원은 어떻게 대처하여야 할까. 국회의원의 직무행위가 원내에서 이루어진 경우 면책특권의 대상이 된다. 원내에서의 행위라면 면책대상이 될 행위를 국회의원이 원내에서 행한 경우 법원이 전면적으로 개입할 경우 권력분립상의 문제는 없을까. 이로 인해 국민의 기본권이 침해된 경우 법원은 어느 정도 개입할 수 있을 것인가. 법원의 판결이란 작위행위로 국회의원의 권한이 침해되었다고 할 수 있는가. 그렇다면 권한쟁송이 가능한 것인가에 대하여 살펴보기로 하겠다.

I. 국회의원의 직무행위

1. 국회의원의 직무행위

(1) 전체국민의 대표자

국회는 입법권을 행사하는 국민의 대표기관으로, 권력분립에 있어 가장 중요한 의미를 가지는 ‘국가의 제1의 기관(the first branch)’이다.¹⁾ 국회는 국회의원으로 구성되는데, 국회의원은 전체국민의 대표자이다. 대표자라는 것은 유권자의 현실적·구체적 의사를 대표한다는 의미는 아니고 국가 또는 국민전체의 이익을 추상적·이념적으로 대표한다는 의미이다. 그런데 국회의원이 전체국민의 대표자라고 하는 국민대표의 법적 구조는 대표위임의 원리, 자유위임의 원리와 강제위임금지의 원리를 근간으로 한다.²⁾

(2) 국회의 권한과 국회의원의 임무

헌법이 국회에 부여한 주요 권한으로는 입법권(제40조), 조약체결·비준에 대한 동의권(제60조), 예산

1) Alpheus T. Mason/ D. Grier Stephenson, Jr., American Constitutional Law, 12th ed., Prentice-Hall, 2002, p. 82.
2) 대의제 민주주의 하에서 국민의 국회의원 선거권이란 국회의원을 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 국민의 대표자로 선출하는 권리에 그치며, 국민과 국회의원은 명령적 위임관계에 있는 것이 아니라 자유위임관계에 있다(헌법재판소 1998.10.29. 96헌마186).

안심의·확정권(제54조), 국정통제권(제61조, 제62조, 제63조), 탄핵소추권(제65조) 등이 있다. 이들 국회의 권한을 행사함에 있어서 국회의원은 국회의 구성원으로서 또는 독자의 국가기관으로서 역할을 하게 된다. 이에 따라 국회의원은 그 직무로서 입법행위와 국정통제행위를 담당하게 된다.

2. 직무행위의 범위

(1) ‘입법적 행위’와 ‘비입법적 행위(정치적 행위)’

국회의원의 직무상의 행위는 입법적 행위와 비입법적 행위로 구분할 수 있다.³⁾ 국회의원의 직무행위로서 ‘입법적 행위(legislative activities)’란 정당한 입법과정의 일부로 행하여지는 합법적 행위를 말한다. 의원의 행위가 다음의 행위에 해당한 경우에는 입법행위의 범위(legislative sphere)에 속한다고 본다. 즉 그것이 “위원회나 본회의에서 제안된 법안의 심의, 통과 또는 부결과 관련된 의원의 행위로서 전반적으로 그것이 심사 및 토론절차의 일부를 이루는 경우 또는 헌법이 의회에 부여한 사안의 심의와 관련된 의원의 행위로서 전반적으로 그것이 심사 및 토론절차의 일부를 이루는 경우”⁴⁾이다. 미국 연방대법원은 투표행위, 위원회 청문절차에서의 행위, 위원회보고서의 발행과 배포행위, 의회의 국정조사권과정에서 요구된 정부의 수집행위, 정부기록에 관한 소위원회에서 분실로 분류된 자료의 낭독 등이 이에 해당한다고 보았다.⁵⁾ 입법적 행위는 국회의 권한 및 국회의원의 권한과 임무에 관련된 직무행위를 포함한다. 국회의원은 법률안의 제안, 상임위원회 및 본회의에서의 토론 및 표결, 국정조사 및 국정감사 관련 행위와 이와 관련된 행위, 대정부질문 등 국정통제 행위와 이를 위한 자료의 수집행위 기타 전체국민의 대표자로서 포괄적인 업무를 수행한다. 이들 행위는 그것이 원내에서 행하여진 경우 민사상·형사상 책임을 지지 아니한다. ‘비입법적 행위(non-legislative activities)’ 또는 ‘정치적 행위(political activities)’란 국회의원이 행하는 입법과 관련 없는 행위로서 본질적으로 정치적 성격을 띠는 행위를 말한다.⁶⁾ 이러한 비입법적 행위 속하는 행위에는 의원이 행하는 연방정부 기관과의 교섭, 신문이나 뉴스레터의 발행, 선거구에서의 연설 등이 포함된다.⁷⁾ 입법적 행위는 직무상 행위로서 적법성이 인정되지만, 비입법적 행위로서 특히 정치적 행위는 그 적법성 여부를 묻지 않는다는 점에 특색이 있다. 트라이브(Laurence H. Tribe)교수도 국회의원의 행위를 입법적 행위와 정치적 행위로 구분한다.⁸⁾ ‘입법적 행위(legislative action)’는 발언·토의뿐만 아니라 투표·위원회 보고서의 작성·위원회 청문의 실시 등과 같이 대의민주주의의 목적 달성에 필요한 원내활동을 포함한다. 한편 선거구민에 대한 봉사활동, 정부계약을 구하는 개인의 지원, 정부관리의 면회, 선거구민 회보·보도자료·원의연설·출판 등을 통한 일반인과의 직접적인 의사소통 등은 ‘정치적 행위(political action)’에 해당한다고 한다.⁹⁾

3) 원래 국회의원의 행위를 입법행위와 비입법행위(정치행위)로 구분한 것은 면책특권의 범위를 한정하기 위한 것이었다(James Buckley, “Speech and Debate Clause”, in Heritage Foundation, *The Heritage Guide to the Constitution*, 2006, p. 80-81).

4) *Gravel v. United States*, 408 U.S. 606(1972).

5) *Doe v. McMillan*, 412 U.S. 306(1973).

6) 이 판결에서 입법적 행위(legislative activities)만이 면책의 대상이 되고 비입법적 행위(non-legislative activities) 또는 정치적 행위(political activities)에 대하여는 문책할 수 있다고 하고 있다(*United States v. Brewster*, 408 U.S. 501, 1972).

7) *Gravel v. United States* 408 U.S. 606(1972); *Hutchinson v. Proxmire*, 443 U.S. 111(1979).

8) Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, pp. 294-96.

3. 직무행위 논의의 헌법적 의의

(1) 입법절차테스트

국회의원은 가급적 어떤 형태의 기소로부터도 보호되어야 할 뿐 아니라 그 입증책임으로부터도 보호받지 않으면 안 된다.¹⁰⁾ 왜냐하면 어떠한 형태의 기소가 되었던 소송에 연루된다는 것은 “국회의원을 혼란스럽게 하고 그로 하여금 시간, 에너지, 직무에 대한 전념을 방해하기 때문이다.”¹¹⁾ 의원의 행위가 “입법절차”테스트(“legislative process” test) 요건을 충족하면 원칙적으로 그의 행위는 검사의 기소나 법원의 재판으로부터 보호되어야 한다.¹²⁾

(2) 국회의원의 직무행위 논의의 헌법적 의의

국회의원의 직무행위의 의미와 범위를 논하는 헌법적 의의는 다음과 같이 정리할 수 있다. 1) 면책특권으로 보호받는 직무행위범위를 획정할 수 있다. 2) 헌법기관인 국회의원의 직무행위에 대하여 사법부에 사법심사의 범위의 기준을 제시할 수 있다. 이는 권력분립의 관점에서 특히 중요한 의미를 가진다. 3) 국회의원의 직무행위와 일반국민의 기본권이 상충하는 이른바 ‘권리충돌’의 경우 해결의 지표를 제시할 수 있다. 또한 4) 국회 및 국회의원의 권한과 법관 및 법원의 권한의 존부 및 범위에 관하여 다툼이 있는 권한쟁의의 경우 그 심판의 판단근거를 제시할 수 있다. 여기서는 면책특권에 관하여는 논하지 않고¹³⁾ 나머지 부분에 대하여서만 논하기로 하겠다.

9) United States v. Brewster, 408 U.S. 510(1972)

10) James Buckley, op. cit., p. 81.

11) Eastland v. United States Servicemen's Fund, 421 U.S. 491(1975).

12) 미국의 경우, 만일 의원의 행위가 입법절차테스트의 요건을 충족하기만 하면 면책특권은 절대적으로 보호된다. 심지어는 그의 행위가 위법인 경우라도 그러하다(Eastland v. United States Servicemen's Fund, 421 U.S. 491(1975); James Buckley, op. cit., p. 81). 따라서 뇌물수수 등의 경우, 정부가 의원을 형사범으로 기소할 수는 있지만 그 사건에서 범죄가 “입법적 행위 또는 입법행위를 수행하려는 의도”로 밝혀지면 기소할 수 없다(United States v. Brewster, 408 U.S. 501(1972)). 따라서 정부는 국회의원이 뇌물수수의 대가로 특정한 방식으로 투표했다는 것을 입증할 필요는 없고 그러나 정부는 다른 방법으로 뇌물수수의 대가로 특정한 방식으로 투표를 약속했음을 입증해야 한다. 전자는 의회에서 일어난 일을 입증해야 하지만 후자는 그렇지 않다. 결국 국회의원은 면책특권조항에 기하여 항소법원에 그 사건을 취하하라는 소를 제기할 수 있고 당해 소송이 유효할 경우 입증의 책임을 면할 수 있다(Helstoki v. Meanor, 442 U.S. 500(1979)).

13) 문제된 사건에서 조전혁 국회의원은 보도자료를 통하여 “국회의원의 행위도 민·형사상 책임을 져야 합니다. 면책특권의 범위를 벗어난 특정행위에 대해서는 사후적으로 그 책임을 물을 수도 있고 또 물어야 합니다. 이번 명단공표와 관련해서 저는 민·형사상의 책임이 면제되는 면책특권의 뒤에 숨을 수도 있었습니다. 지금이 군사독재·군사정권 시대도 아니고 야당의원도 아닌 여당의원이 ‘떴하다’면 면책특권 뒤에 숨을 이유가 없습니다. 제가 국회 본회의나 상임위의 대정부질의를 통해 명단을 공개했다면 면책특권이 적용됩니다. 그럴 경우 국회속기록에 명단이 기재되고 모든 국민은 국회 홈페이지 속기록 사이트에서 명단을 확인할 수 있기 때문입니다. ... 이것은 국회의원의 면책특권의 범위 밖에 있습니다. 저의 이런 행위는 제가 잘못했다면 민·형사상 처벌을 받겠다는 자발적 의지의 표현이었습니다.”라고 밝히고 있다(국회의원 조전혁 보도자료, 2010. 5. 2. www.educho.com 참조).

II. 국회의원의 직무행위와 사법심사

1. 국회의원의 직무행위

(1) 직무행위의 포괄성

오늘날과 같이 국회의원의 지위를 처음으로 규정한 것은 근대 프랑스공법의 기초인 1791년헌법(Constitution du septembre 1791)이다. 이 헌법 제6조가 “국회의원은 프랑스인민의 이름으로 전체국민의 의사를 표명한다(Les rep sentants prononceront tous ensemble, au nom du peuple Fran ais)”고 한 규정이 그것이다. 이러한 전체국민의 대표자로서의 국회의원의 지위에 관한 규정은 “국회의원은 전체국민의 대표자이다(Die Abgeordneten sind Vertreter des ganzen Volkes)”라고 하는 1919년의 바이마르헌법으로 이어지게 된다. 우리 헌법 아래서도 국회의원은 전체국민의 대표자로서 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행하지 않으면 안된다(제46조 제2항).

(2) 자료공개의 입법행위성

국회의원이 정부로부터 제공받은 자료를 법률제정의 자료로 활용할 것인지, 대정부질문의 자료로 사용할 것인지, 의안표결에 참고할 것인지, 전체국민의 대표자로서 국가이익을 위하는 길이라 판단하여 공개할 것인지, 국민 특히 학부모의 알권리를 위하여 그 공개가 부득이하다고 판단하여 공개할 것인지, 이 모든 것을 고려하여 공개토론을 통한 여론수렴과정을 거쳐 국정에 반영할 것인지는 국회의원으로서 그의 양심에 따라 결정할 사안이라 할 것이다. 국회 본회의나 위원회에서 동일행위가 면책특권의 대상이 된다는 것은 그것이 입법행위로서 국회의원의 직무범위에 속하기 때문이다.

2. 사법의 본질과 권력분립

(1) 사법의 본질과 성격변화

몽테스키외는 그의 저서 법의 정신(L'esprit de loi)에서 사법은 ‘말하자면 보이지 않고 무에 가깝다(pour ainsi dire invisible et presque null)’¹⁴⁾고 하여 사법의 비정치성을 강조하고 있다. 법관은 헌법상 규정된 입법자가 자기들에게 규정·지시한 법률 또는 자기들이 공동체의 확신 속에서 찾아볼 수 있는 법에만 순종한다. 따라서 “법률만이 단지 법률만이 법관의 주인(Das Gesetz, und nur das Gesetz, ist sein Meister)”¹⁵⁾일수밖에 없다. 그런데 오늘날 사법권은 위헌심사기능을 포함하도록 그 외연의 확대하고 있다. 이제 위헌심사권은 미국뿐만 아니라 우리나라에서도 통치제도의 가장 현저한 특징이 되었다.¹⁶⁾

14) Montesquieu, *L'esprit de loi, livre II chapitre 6*.

15) Karl Loewenstein, bersetzt von R diger Boerner, *Verfassungslehre*, Mohr Siebeck, 2006, S. 232.

16) 미국의 통치제도를 ‘사법통치(Judiziokratie)’라든가 ‘법관통치(Regierung der Richter)’라 불리고 연방대법원을 ‘입법부의

(2) 사법권의 권력분립적 한계

그런데 권력분립 원칙상 사법기능은 정치적 결정의 집행(Ausführung der politischen Entscheidungen)에 한정되어야 하고 정책결정(politische Entscheidungsfindung) 자체나 정치적 통제(politische Kontrolle)에 확대되어서는 안된다.¹⁷⁾ 사법심사권이 정치적 결정을 대상으로 할 때에는 사법심사권은 이론적으로는 사법기능으로 볼 수 없는 정책통제의 성격(Charakter einer politischen Kontrolle)을 가지게 된다¹⁸⁾는 점에 유의하지 않으면 안된다. 이러한 유(類)의 사법심사는 실제로는 정치적 권력담당자의 정책결정이나 정책에 대한 통제를 대신하게 되기 때문이다. 미국 연방대법원도 그것이 헌법을 명백하게 위반하지 않는 한 연방의회의 의사는 존중되어야 한다는 원칙을 확립하고 있다.¹⁹⁾ 과거 50여 년간 연방대법원은 헌법이 의회에 부여한 입법의 책임을 다할 수 있도록 그리고 의회의 독립성을 수호할 수 있도록 노력하였다.²⁰⁾ 미국 연방대법원이 국회의원의 직무행위에 대한 사법부의 개입을 자제하는 것은 그것이 자칫 입법행위에 대한 개입의 우려가 크고 그렇게 될 경우 사법부의 “의회에 대한 평형추(Gegenewicht gegen den Kongress)”²¹⁾로서 기능은 훼손될 수 있기 때문이다.

(3) 이원적 사법제도와 일반법원의 사법권

우리나라의 사법제도는 대법원과 헌법재판소로 이원화되어 있다. 헌법재판소가 위헌법률심사, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판 등을 관장하고(헌법 제111조 제1항) 있기 때문에 일반법원은 정치성을 띤 사건에서 비교적 자유로울 수 있다. 위헌법률심판제청권이라든가 선거소송을 법원이 담당하도록 하고 있지만, 일반적으로 법원은 “정치적으로 무”이기를 바라는 것이 헌법제정자의 의사라고도 할 수 있을 것이다. 사법권과 관련하여 국회의원의 직무행위에 대하여는 두 가지 경우를 나누어 생각할 수 있을 것이다. 첫째는 순수한 직무행위이고 일반국민의 기본권과 직접 관련이 없는 경우와, 둘째로 국회의원의 직무행위로 국민의 기본권이 침해된 경우를 들 수 있다. 전자의 경우에는 사법권이 자제를 하여야 한다. 후자의 경우에는 사법부가 관여할 수 있을 것이다. 그러나 이 경우에도 침해되었다고 주장하는 기본권의 중요성과 침해의 강도, 이해관계인의 권리의 보호의 필요성 여부, 국회의원의 직무행위보호의 필요성 등을 고려하여 합리적으로 결정하여야 할 것이다.

3. 국회의원의 직무행위와 사법심사

(1) 국회의원의 직무행위의

국회의원의 직무행위가 국회 본회의나 위원회 등 원내에서 행하여진 경우에는 면책특권의 대상이 된

제3원(Dritte Kammer der Gesetzgebung)’이라 불릴 정도가 되었다(Loewenstein, *a.a.O.*, S. 249).

17) 레벤슈타인은 “이것은 본래 몽테스키외의 발상”이라고 한다(Loewenstein, *a.a.O.*, S. 243).

18) Loewenstein, *a.a.O.*, S. 251.

19) Loewenstein, *a.a.O.*, S. 252.

20) 특히 면책특권규정에 관한 판결에서 이를 확일할 수 있다(Eastland v. United States Servicemen's Fund, 421 U.S. 491(1975)).

21) Loewenstein, *a.a.O.*, S. 254.

다는 것은 명확하다. 그것은 그의 행위가 입법행위로서 국회의원의 직무범위에 속하기 때문이다. 동일한 행위가 원외에서 이루어진 경우 면책특권의 대상이 될 수 없음은 물론이다. 국회의원이 교원단체 가입교원을 인터넷에 공개한 행위는 면책특권의 대상은 아니지만 “입법절차(legislative process)의 한 부분”인 국회의원의 직무범위에 속하는 것이다. 따라서 이 경우 면책특권의 대상이 아니기 때문에 얼마든지 법적책임을 지을 수 있다고 해서는 안 될 것이다.

(2) 국회의원의 직무상행위의 보호 필요성

국회의원의 행위가 정당한 입법행위라면 면책특권의 대상이 아니라도 국회의원의 직무상 행위로서 보호되지 않으면 안된다. 특히 사법부로부터의 보호필요성을 보면 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 삼권분립의 원칙에 어긋나거나 적어도 그 취지에 반한다고 보기 때문이다. 권력분립(separation of powers)의 원리라 함은 국가기능을 입법, 행정 및 사법이라는 기능으로 구별하여 이들 기능을 특별한 권력에 분배하여 다른 권력에 분배된 기능을 수행하지 못하도록 하고(‘권력의 분리’ Gewaltentrennung), 권력을 상호 통제하고 억제하게 함으로써(‘권력의 균형’ Gewaltenbalancierung) 국민의 자유와 권리를 보장하게 하는 통치구조의 구성원리를 의미한다.²²⁾ 권력분립이론에 의하더라도 권력통제를 통한 권력의 균형을 유지하고자 하는 경우이고 한계는 있는데, 그것은 국가의 한 권력이 다른 권력의 “고유영역에” “권력통제의 이름으로” 함부로 개입하여서는 안된다는 것이다. 사법권이 국회의원의 직무행위에 해당하는 입법권의 고유영역에 함부로 개입할 경우 자유정부의 진수인 권력의 바이브레이션(vibration of power)은 깨지고 윌슨(Woodrow Wilson)이 그렇게 희구한 권력분립에 의한 “체제의 균형축(balance-wheel)”²³⁾은 무너질 수 있기 때문이다. 우리 입법체계상 법원이 입법부 등 다른 국가기관에 작위 또는 부작위를 명할 권한이 있다는 법률은 존재하지 않는다. 사법부는 법률적 쟁송에 대하여 무엇이 법인지를 선언하여 분쟁을 해결하는 기관일 뿐, 타 부(部) 또는 타 부(部)에 속한 국가기관에 작위 또는 부작위를 명할 수 없다.²⁴⁾

둘째, 면책특권의 의의를 반감시킬 수 있기 때문이다. 미국헌법의 기초자 가운데 중요한 한 사람인 윌슨(James Willson)은 면책조항의 목적에 관하여 “의원이 그의 공적 임무를 확고하게 그리고 성공적으로 수행하기 위해서, 그는 완벽한 언론의 자유를 향유하여야 한다. 그리고 매우 강력한 영향력이 있는 사람을 포함한 모든 사람의 비난으로부터 보호되지 않으면 안된다.”²⁵⁾고 기술하고 있다. 면책특권의 범위에 관하여 헌법제정회의의 대표인 핑크니(Charles Pinckney)는 “자유주의 국가에서 방해받지 않고 입법권을 행사함에 있어서 면책특권이 필요한 경우는 별로 없다. 그래서 그들은 헌법에 규정된 좁은 의미로 보지도 않았고 그렇게 한정시키지도 않았다.”²⁶⁾고 하고 있다. 국회나 위원회에서의 행위이면 명백하게 면책특권에 해당하는 행위가 국회의원의 직무상의 행위임에도 불구하고 원외에서 이루어졌다는 이유만으로 사법권이 쉽게 이를 재단한다면 면책특권을 인정할 헌법적 의의는 반감될 수밖에 없다.

22) K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18, Aufl., 1991, Rdnr. 476.

23) 문광삼, *한국헌법학*, 삼영사, 2010, 831면.

24) 대법원 2006. 5. 25. 2003두11988.

25) James L. Buckley, “Speech and Debate Clause”, in *Guide to American Constitutional Law*, 2006, Heritage Foundation, 2006, pp. 80-81.

26) James L. Buckley, *op. cit.*, p. 81.

셋째, 국회의원의 의정활동을 위축시킬 수 있기 때문이다. 국회의원은 국정에 관하여 포괄적으로 관여하게 된다. 국회의원은 상임위원회에 소속되지만 그의 국회의원으로서의 직무는 소관 상임위원회의 업무에 한정되는 것은 아니다. 특히 면책특권에 관하여 과거 50여년 동안 미국 연방대법원은 면책특권 규정이 헌법이 의회에 부여한 입법의 책임을 다하고 의회의 독립성을 수호하기 위한 것이라는 점을 재확인하였다.²⁷⁾ 그리고 이 규정의 효력은 확장되고 있는데,²⁸⁾ 그 이유는 국회의원이 원활한 의정활동을 통해 국가의 이익을 도모할 수 있게 하려는 것이다. 국회의원의 직무상 행위라면 원내뿐만 아니라 원외에서도 면책특권의 의의가 실현될 수 있도록 배려하지 않으면 안 될 것이다.

넷째, 사법권의 독립을 위해서도 바람직하지 않다고 본다. 입법과 집행은 그 속성이 정치적 권력인데 비하여 사법은 입법·집행에 이은 ‘제3의 권력’ 내지 ‘제3의 기본기능(dritte Grundfunktion)’²⁹⁾으로서 비정치적 권력임을 특징으로 한다. 사법을 담당하는 법원은 정치적 부서인 국회나 정부와 기능적으로 분리된다. 사법이란 ‘어떤 의미의 無(en quelque fa on nulle)’,³⁰⁾ ‘전혀 보이지 않는’ 권력으로서 ‘중립적 권력(neutrale Gewalt)’을 의미한다. 이는 사법이 ‘정치적 의미에서 무(無)’이고 ‘정치적으로 보이지 않는 권력’이며 그러한 의미에서 ‘정치적으로 중립적인 권력’이라는 의미로서 이는 입법이나 행정과 같은 정치기관(political branch)과의 차별성을 부각시키는 말이다.³¹⁾ 재판의 근거가 되는 법률의 제정하는 권한을 가진다거나 사법부의 구성에 입법부가 관여한다는 점을 상기하지 않는다하더라도 각 부(府)는 헌법이 부여한 각 부(府)의 권한을 존중하지 않으면 안 된다.

Ⅲ. 국회의원의 직무행위에서 비롯된 기본권충돌

국회의원이 직무상 수집된 자료를 인터넷에 공개하는 행위가 개인의 인격권을 부당하게 침해하는 것으로 허용될 수 없는 것인가. 이러한 자료를 공개하는 경우³²⁾ 공개당하는 자의 인격권을 포함한 사생활의 자유와 일반국민의 알 권리 사이에 충돌이 있게 된다.

1. 기본권의 충돌

기본권의 실현과정에서 복수의 주체가 각자의 기본권을 동시에 주장하여 마찰을 드러내는 경우가 있는데, 이러한 상황을 기본권이 상충관계(相衝關係)에 있다고 말한다. 그 전형적인 경우가 기본권의 충돌이다. ‘기본권의 충돌(Grundrechtskollision)’이란 상이한 복수의 기본권 주체가 하나의 동일 사건에서 서로 충돌하는 권익을 실현하기 위하여 국가에 대하여 각각 대립하는 기본권을 주장하는 경우를 말한

27) Eastland v. United States Servicemen's Fund, 421 U. S. 491(1975).

28) United States v. Johnson, 383, U. S. 169(1966).

29) Hesse, a.a.O., Rdnr. 547.

30) Montesquieu, Esprit des lois, XI 6.

31) 입법부와 행정부에 대하여 미국연방대법원은 자주 “정치적 부서(political branches)”라 지칭한다(Supreme Court from A to Z, p. 298).

32) 조전혁 의원은 자신의 홈페이지를 통하여 전교조 61,273명, 교총 160,280명 등 5개 교원단체 소속 교원 222,479명의 실명과 소속학교를 공개하였다(www.educho.com).

다.³³⁾ 기본권충돌은 주장되는 기본권의 대립을 특징으로 한다.³⁴⁾ 여기에서는 복수의 기본권주체가 국가를 향하여 서로 맞서 있는 삼각구조가 성립된다. 기본권충돌은 따라서 한사람의 기본권이 다른 사람의 기본권의 희생 하에 적용되는 식으로 두개의 기본권이 충돌하는 것을 말한다.³⁵⁾ 예컨대, 금연권과 협연권이 충돌하는 경우,³⁶⁾ 학생의 학습권이 교원의 수업권이 충돌하는 경우,³⁷⁾ 반론권과 보도의 자유가 충돌하는 경우³⁸⁾라든가, 거리에서 집회·시위를 하려는 사람과 집회·시위를 하는 거리 근처에서 영업을 하는 자와 마찰이 일어나는 경우에 있어서 집회의 자유에 관한 권리와 재산권을 침해 받지 않을 권리를 서로가 주장하는 경우 등이 그것이다.

2. 기본권충돌의 해결

국내 학설은 대체로 기본권의 충돌에 관하여는 독일의 학설과 판례를 소개하면서 이를 중심으로 해결책을 제시하고 있다. 헌법재판소나 대법원도 독일과 국내의 학설을 바탕으로 그 해결 법리를 전개하고 있다.

(1) 학설

권영성 교수는 독일 학설을 중심으로 그 해결책을 제시한다. 즉 기본권충돌의 제1차적 준거는 기본권 해석의 문제라 하여 유사충돌³⁹⁾을 해결한다. 제2차적 준거로서 법익형량의 원칙(생명권·인격권 우선의 원칙, 생존권 우선의 원칙, 자유권 우선의 원칙), 형평성의 원칙(공평한 제한의 원칙, 대안발견의 원칙) 등의 헌법원칙을 제시한다. 마지막 제3차적 준거로서 입법에 의한 해결방법을 제시한다.⁴⁰⁾

허영 교수는 기본권이 충돌할 때 그 해결책으로 이익형량(상하기본권의 상충시 상위 기본권 우선, 동위기본권의 상충시 인격적 가치와 자유 우선)과 규범조화적 해석론(과잉금지의 방법, 대안식 해결방법, 최후수단억제 방법)을 제시한다.⁴¹⁾

성낙인 교수는 기본권충돌의 경우 기본권 상호간에 우열을 정할 수 있는 경우에는 이익형량의 원칙(생명권·인격권, 자유권 우선의 원칙)을, 기본권 상호간에 우열을 확정할 수 없는 경우에는 형평성의 원칙(공평한 제한의 원칙, 대안발견의 원칙)이나 규범조화적 해석의 원칙(과잉금지의 원칙·대안적 해결방법·최후수단억제방법)을 동원할 수밖에 없다고 하고 있다.⁴²⁾

33) 기본권의 충돌은 '기본권을 당사자가 국가에 대하여 주장한다는 점'에서 기본권이 사인 간에 효력이 확장되는 기본권의 제3자적 효력과 구분된다(성낙인, 헌법학, 법문사, 2009, 335면).

34) 기본권의 충돌이란 상이한 복수의 기본권주체가 서로의 권익을 실현하기 위해 하나의 동일한 사건에서 국가에 대하여 서로 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말한다(헌법재판소 2005.11.24. 2002헌바95,96,2003헌바9(병합)).

35) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 629.

36) 헌법재판소 2004. 8.26. 2003헌마457.

37) 대법원 2007.9.20. 2005다25298.

38) 헌법재판소 1996.4.25. 95헌바25.

39) 유사충돌은 기본권의 충돌과는 구별된다. 예컨대 출판업자의 종이절취행위에 대하여 재산권침해를 주장하는 상대방에 대하여 출판의 자유를 주장하는 경우, 연극배우가 무대에서의 살인행위에 대해 예술의 자유를 주장하는 경우(권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007, 336면)를 들 수 있다. 성낙인 교수는 이를 '부진정충돌'이라고도 한다(성낙인, 앞의 책, 335면).

40) 권영성, 앞의 책, 337 면 이하.

41) 허영, 앞의 책, 264면.

42) 성낙인, 앞의 책, 340면.

(2) 판례의 경향

헌법재판소와 대법원의 판례를 살펴보면, 상위기본권이나 특별한 기본권에 우위를 둔다. 그리고 기본권주체들의 “이익과 교량”, “조화로운 해석방법”, “과잉금지의 원칙”, “최소침해의 원칙”, “법익교량”, “가치의 형량”, “규범조화적 해석”, “법익형량의 원리”, “입법에 의한 선택적 재량”, “보다 더 중요한 자유영역과 덜 중요한 자유영역”, “상위의 기본권” 등의 용어를 동원하여 법익형량에 의한 규범조화적 해석으로 기본권충돌의 문제를 해결하고 있다. 그리고 입법에 의한 선택적 재량론을 들기도 한다. 기본권충돌의 경우 충돌하는 기본권 사이에 명백한 우열을 가리기 어려운 때, 한 기본권에 우선을 두더라도 다른 기본권을 완전 배제하여 그 기본권에 대한 본질적 침해를 경계한다.

1) 상위기본권을 우위에 둔 예

기본권 상호간에 상하관계나 우열관계를 상정하는 것은 쉬운 일이 아니다.⁴³⁾ 그러나 생명권과 관련된 “상위의 기본권이나 하위의 기본권”⁴⁴⁾이나, 인간의 존엄성과 관련하여 “보다 더 중요한 자유영역이나 덜 중요한 자유영역”이나 다시 말해 “인간존엄성 실현에 불가결하고 근본적인 자유나 부차적이고 잉여적인 자유”⁴⁵⁾이나에 대해 명백하게 우열을 가릴 수 있는 경우에는 상위기본권을 우선하여 적용할 수가 있을 것이다. 이러한 경우 헌법재판소는 상위의 기본권을 우선시키고 있다(상위기본권 우선의 원칙). 대법원도 전교조의 수업거부사건에서 “학교교육에 있어서 학생의 학습권이 교원의 수업권에 대하여 우월한 지위에 있다.”⁴⁶⁾고 밝히고 있다.

2) 특별한 권리를 우선시킨 예

헌법재판소는 단결권이 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’으로서

43) 개인의 기본권인 언론의 자유와 타인의 인격권인 명예는 모두 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권에 그 뿌리를 두고 있으므로 두 권리의 우열은 쉽사리 단정할 성질의 것이 아니다. 그러나 자기의 사상과 의견 표현에 아무런 제한도 받지 않고 타인의 인격권인 명예를 함부로 침해할 수 있다고 한다면 언론의 자유는 자기모순에서 헤어날 수 없으므로, 헌법은 언론출판의 자유는 보장하되 명예 보호와의 관계에서 일정한 제한을 받는 것을 분명히 한 것이다(헌법재판소 1999.6.24. 97헌마265).

44) 흡연권은 흡연권과 마찬가지로 헌법 제17조, 헌법 제10조에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다. 나아가 흡연이 흡연자는 물론 간접흡연에 노출되는 비흡연자들의 건강과 생명도 위협한다는 면에서 흡연권은 헌법이 보장하는 건강권과 생명권에 기하여서도 인정된다. 흡연자가 비흡연자에게 아무런 영향을 미치지 않는 방법으로 흡연을 하는 경우에는 기본권의 충돌이 일어나지 않는다. 그러나 흡연자와 비흡연자가 함께 생활하는 공간에서의 흡연행위는 필연적으로 흡연자의 기본권과 비흡연자의 기본권이 충돌하는 상황이 초래된다. 그런데 흡연권은 위와 같이 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 흡연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 흡연권보다 상위의 기본권이라 할 수 있다. 이처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로, 결국 흡연권은 흡연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다(헌법재판소 2004. 8.26. 2003헌마457).

45) 기본권을 보장하는 목적은 인간의 존엄성을 실현하기 위한 것이다. 그러므로 우리 헌법구조에서 보다 더 중요한 자유영역과 덜 중요한 자유영역을 나눌 수 있다면, 이를 판단하는 유일한 기준은 “인간의 존엄성”이다. 따라서 인간의 존엄성을 실현하는 데 있어서 불가결하고 근본적인 자유는 더욱 강하게 보호되어야 하고 이에 대한 제한은 더욱 엄격히 심사되어야 하는 반면에, 인간의 존엄성의 실현에 있어서 부차적이고 잉여적인 자유는 공익상의 이유로 보다 더 광범위한 제한이 가능하다고 할 것이다(헌법재판소 1999.4.29. 94헌바37 외 66건(병합)).

46) 학교교육에 있어서 교원의 가르치는 권리를 수업권이라고 한다면, 이것은 교원의 지위에서 생기는 학생에 대한 일차적인 교육상의 직무권한이지만 어디까지나 학생의 학습권 실현을 위하여 인정되는 것이므로, 학생의 학습권은 교원의 수업권에 대하여 우월한 지위에 있다. 따라서 학생의 학습권이 왜곡되지 않고 올바르게 행사될 수 있도록 하기 위해서라면 교원의 수업권은 일정한 범위 내에서 제약을 받을 수밖에 없고, 학생의 학습권은 개개 교원들의 정상을 벗어난 행동으로부터 보호되어야 한다. 특히, 교원의 수업거부행위는 학생의 학습권과 정면으로 상충하는 것인바, 교육의 계속성 유지의 중요성과 교육의 공공성에 비추어 보거나 학생·학부모 등 다른 교육당사자들의 이익과 교량해 볼 때 교원이 고의로 수업을 거부할 자유는 어떠한 경우에도 인정되지 아니하며, 교원은 계획된 수업을 지속적으로 성실히 이행할 의무가 있다(대법원 2007.9.20. 2005다25298).

의 성격을 가지고 있고, 일반적인 시민적 자유권과는 질적으로 다른 ‘특별한 권리’로서 결사의 자유에 대한 ‘특별법적인 지위’를 가진다고 하고 있다.⁴⁷⁾ 따라서 단결하지 아니할 소극적 자유와 적극적 단결권이 충돌하는 경우, 적극적 단결권이 소극적 단결권보다 특별한 의미를 가지기 때문에 적극적 단결권이 소극적 단결권에 우선한다고 밝히고 있다,

3) 법익형량의 원칙과 규범조화적 해석을 적용한 예

헌법재판소는 기본권 간에 충돌문제를 해결하기 위한 여러 가지 방법론을 제시한다. 그러나 충돌하는 기본권 상호간에 상하관계, 우열관계, 또는 특별한 관계를 발견할 수 없을 때는 최종적인 것 방법으로 법익형량에 의한 규범조화적 해석을 강조한다, 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 한다는 것이다.⁴⁸⁾ 이때에는 기본권충돌을 해결하기 위한 제도가 과잉금지의 원칙에 따라 그 목적이 정당한 것인가 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단이 다른 자유를 제한하는 정도에 있어 적정한 비례를 유지하는 것인가의 관점⁴⁹⁾에서 심사를 한다.

4) 입법에 의한 선택적 재량을 고려한 예

입법에 의한 선택적 재량은 규범조화적 해석과 법익형량의 원리와 함께 종합적으로 참작할 것을 요구 하고 있다. 기본권충돌의 경우 입법재량만을 독자적으로 그 해결방법으로 제시한 예는 찾을 수 없다. 다만 다른 원리들과 병렬적·종합적으로 참작하여 기본권충돌 문제의 해법으로 들고 있다.⁵⁰⁾

47) 살피건대, 근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에게 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건의 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 갖게 된다는 의미에서 단결권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’으로서의 성격을 가지고 있고(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13) 일반적인 시민적 자유권과는 질적으로 다른 권리로서 설정되어 헌법상 그 자체로서 이미 결사의 자유에 대한 특별법적인 지위를 승인받고 있다. 이에 비하여 일반적 행동의 자유는 헌법 제10조의 행복추구권 속에 함축된 그 구체적인 표현으로서, 이른바 보충적 자유권에 해당한다. 따라서 단결하지 아니할 자유와 적극적 단결권이 충돌하게 되더라도, 근로자에게 보장되는 적극적 단결권이 단결하지 아니할 자유보다 특별한 의미를 갖고 있다고 볼 수 있고, 노동조합의 조직강제권도 이른바 자유권을 수정하는 의미의 생존권(사회권)적 성격을 함께 가지는 만큼 근로자 개인의 자유권에 비하여 보다 특별한 가치로 보장되는 점 등을 고려하면, 노동조합의 적극적 단결권은 근로자 개인의 단결하지 않을 자유보다 중시된다고 할 것이어서 노동조합에 적극적 단결권(조직강제권)을 부여한다고 하여 이를 두고 곧바로 근로자의 단결하지 아니할 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 단정할 수는 없다(헌법재판소 2005.11.24. 2002헌바95,96,2003헌바9(병합)).

48) 헌법재판소 2007.11.29. 2004헌마290; 2005.11.24. 2002헌바95. 그 외도 언론의 자유와 인격권의 충돌에 관하여 헌법재판소는 “헌법은 언론·출판의 자유를 보장하는 동시에 그것이 인간의 존엄성에서 유래하는 개인의 일반적 인격권이나 명예권 등의 희생을 강요할 수는 없음을 분명히 밝히고 있으므로, 언론의 자유와 인격권(명예권)의 충돌 문제에 있어서는 헌법을 규범조화적으로 해석하여 이들을 합리적으로 해석하여 조화시키기 위한 노력이 있어야 한다.”(헌법재판소 2007.11.29. 2004헌마290)고 한다. 또 채권자와 채무자 및 수익자의 재산권 충돌에 관하여 “사적자치의 원칙은 헌법 제10조의 행복추구권 속에 함축된 일반적 행동자유권에서 파생된 것으로서 헌법 제119조 제1항의 자유시장 경제질서의 기초이자 우리 헌법상의 원리이고, 계약자유 원칙은 사적자치권의 기본원칙으로서 이러한 사적자치의 원칙이 법률행위의 영역에서 나타난 것이므로, 채권자의 재산권과 채무자 및 수익자의 일반적 행동의 자유권 중 어느 하나를 상위기본권이라고 할 수는 없을 것이고, 채권자의 재산권과 수익자의 재산권 사이에서도 어느 쪽이 우월하다고 할 수는 없을 것이기 때문이다. 따라서 이러한 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하되(규범조화적 해석), 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 재량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 할 것이다.”(헌법재판소 2007.10.25. 2005헌바96; 1991.9.16. 89헌마165; 2005.11.24. 2002헌바95 등)라고 하여 법익형량과 규범조화적 해결을 강조한다.

49) 헌법재판소 2005.11.24. 2002헌바95, 96, 2003헌바9(병합); 1991.9.16. 89헌마165.

50) 이러한 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하되(규범조화적 해석), 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 재량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 할 것이다(헌법재판소 2007.10.25. 2005헌바96; 1991.9.16. 89헌마165; 2005.11.24. 2002헌바95 등).

5) 본질침해금지원칙을 적용한 예

기본권충돌의 경우 부득이 하나의 기본권을 배척하게 되는데, 이때 그 배제된 기본권의 본질적 내용까지 침해되어서는 안된다는 것이 헌법재판소의 견해이다.⁵¹⁾ 기본권이 충돌할 경우 양자를 형량하되 비례성 위반 내지 본질적 내용을 침해하는지의 여부를 검토하여야 한다는 것이다.⁵²⁾

(3) 기본권의 충돌과 그 해결책

학설과 판례를 바탕으로 기본권이 충돌할 경우 그 해결책을 모색하기로 하겠다. 그 방법은 크게 ‘규범조화적 해결방법’과 ‘대안적 해결방법’으로 생각할 수 있다. 규범조화적 해결의 원칙적 방법으로 입법에 의한 선택적 재량, 기본권의 서열, 법익형량에 의한 해결의 방법을 들 수 있다.⁵³⁾ 이 경우에 주의할 것은 어느 해결방법에 따른다하더라도 다른 해결방법을 전적으로 무시해서는 안 된다는 것이다. 기본권의 충돌이 한 당사자의 기본권을 배제하여 그 희생을 전제로 다른 당사자의 기본권을 보호하는 것인데, 자칫 하나의 해결책만으로는 당사자에 대한 종합적인 배려를 할 수 없을 뿐 아니라 희생되는 기본권의 본질적 내용까지도 훼손될 우려가 있기 때문이다. 이러한 방법으로 해결이 어려울 경우에는 마지막으로 상호 충돌하는 기본권에 대한 공평한 제한이나 제3의 대안을 제시하는 ‘대안적 해결방법’⁵⁴⁾을 강구할 수 있을 것이다. 대안적 해결방법은 ‘상충하는 기본권을 공평하게 제한하는 방법’과 제3의 대안에 의하여 해결하는 방법(代案摸索의 方法)을 생각할 수 있다. 규범조화적 해결방법은 충돌하는 기본권 가운데 ‘배제되는 기본권’과 ‘보호되는 기본권’으로 이분하여 한 기본권주체의 권익을 희생시키는 것을 전제로 한 해결방법이다. 그러나 대안적 해결방법으로서 ‘공평한 제한의 방법’은 충돌하는 기본권주체에게 공평한 제한을 가함으로써 부담의 형평을 이룬다는 점에서, 그리고 ‘대안을 모색하는 방법’은 기본권의 제한이 아닌 제3의 방법을 제시하는 것이라는 점에서 충돌하는 기본권주체 가운데 한 주체의 희생을 요구하지 않는다. 이 점에서 기본권충돌의 해결방법으로 앞의 방법보다 우수한 면이 있다.

51) 국선법 제33조, 동 제34조의 규정으로 인하여 헌법상 보장된 국민의 참정권과 공무담임권을 제한하는 결과가 되면 그 법률의 제정을 함에 있어서는 그 제정의 필요성이 인정된다고 하더라도 헌법상 보장하고 있는 다른 기본권과 충돌할 때에는 그 제한의 비례성 위반 내지 동 권익의 본질적 내용을 침해하는 것이 아닌가를 검토하여야 한다(헌법재판소 1989.9.8. 88헌가6).

52) 단결하지 아니할 자유와 적극적 단결권이 충돌하게 되더라도, 근로자에게 보장되는 적극적 단결권이 단결하지 아니할 자유보다 특별한 의미를 갖고 있다고 볼 수 있고, 노동조합의 조직강제권도 이른바 자유권을 수정하는 의미의 생존권(사회권)적 성격을 함께 가지는 만큼 근로자 개인의 자유권에 비하여 보다 특별한 가치로 보장되는 점 등을 고려하면, 노동조합의 적극적 단결권은 근로자 개인의 단결하지 않을 자유보다 중시된다고 할 것이어서 노동조합에 적극적 단결권(조직강제권)을 부여한다고 하여 이를 두고 곧바로 근로자의 단결하지 아니할 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 단정할 수는 없다(헌법재판소 2005.11.24. 2002헌바95, 96, 2003헌바9(병합)).

53) 이와 같이 두 기본권이 충돌하는 경우 그 해법으로는 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리(= 규범조화적 해석) 등을 들 수 있다. 헌법재판소는 기본권 충돌의 문제에 관하여 충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 그때그때마다 적절한 해결방법을 선택, 종합하여 이를 해결하여 왔다(헌법재판소 2005.11.24. 2002헌바95, 96, 2003헌바9(병합); 1991.9.16. 89헌마165).

54) 사인간(私人間)의 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 기본권 상호간의 상하관계나 인격적 가치 및 자유우선의 원칙 등을 적용한 구체적인 이익형량의 방법이나 비례의 원칙 위배 여부 또는 대안적 해결방법의 존재 여부 등을 고려한 이른바 규범조화적 해석을 통하여 사인의 다른 사인에 대한 기본권 침해행위가 합리적인 이유 없이 사회적인 허용한도를 벗어났는지 여부를 검토하여, 이를 벗어난 경우에는 사법상(私法上)으로도 공서양속(민법 제103조) 위반 등의 위법한 행위가 된다(서울중앙지법 2007.10.5. 2005가단305176).

3. 국회의원의 직무행위에서 비롯된 권리의 충돌의 해결

(1) 이중기준의 원칙과 자유우선의 원칙

기본권충돌의 경우 기본권을 형량함에 있어서는 우선되는 이익(法益)이 무엇인지를 먼저 고려하여야 한다. 우선되는 기본권의 기준에 대해서는 이중기준의 원칙과 자유우선의 원칙이 있다. ‘이중기준의 원칙(二重基準의 原則)’은 미국의 판례로 정착된 이론으로서, 인격적·문화적 또는 비경제적 권리의 영역은 다른 경제적 영역에 비해서 우선되어야 한다는 것, 다시 말해 인격적 권리는 경제적 자유에 우선한다는 원칙을 말한다.⁵⁵⁾ ‘자유우선의 원칙(自由優先의 原則)’은 자유를 실현시키기 위한 기본권과 평등을 실현시키기 위한 기본권에 있어서는 자유를 실현시키는 기본권에 더 우위를 두어야 한다는 원칙을 말한다. 이와 같이 기본권이 충돌하는 경우에는 먼저 우선되는 이익을 가지는 기본권을 먼저 고려하여야 한다.

(2) 국회의원의 직무상의 행위·알권리·인격권

국회의원이 인터넷을 통하여 교원단체에 가입한 교사의 명단을 공개한 것은 직무와 관련된 행위라 할 수 있다. 그런데 이러한 행위에 의하여 특정 교원단체에 가입된 교사가 그 공개를 원하지 않는데 국회의원이 이를 공개한 것은 가입교사의 자기정보통제권을 침해하고 그에 따라 인격권, 프라이버시의 권리를 침해하여 나아가 그 사람의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권이 침해되었다고 주장할 수 있을 것이다. 그러나 국회의원의 직무는 본질적으로 입법과 국정통제, 그리고 이를 통한 국민의 이익에 봉사하는데 있다. 그리고 국회의원은 국민의 정치적 의사를 국정 특히 입법에 반영하여야 할 의무가 있다. 이러한 점을 고려한다면 직무상 지득한 자료를 국민의 알권리를 위하여 공개하는 것은 그러한 권리침해의 가능성에도 불구하고 허용될 수 있다고 하여야 할 것이다. 권리충돌의 경우 앞서 살펴본 헌법재판소나 학설을 고려하여 해결하여야 할 것이지만, 이 경우에 유의하여야 할 것은 이것이 전체국민의 알권에 봉사한다는 점⁵⁶⁾과 국회의원의 직무행위와 관련되어 있다는 점을 고려하지 않으면 안 된다. 특히 이 경우에 있어서 그 공표행위의 방법에 따라서는 국회의원의 면책특권에도 포함될 수도 있는 행위라는 점을 고려하여야 할 것이다. 결국 침해되는 기본권의 성격과 침해의 정도, 침해되는 권리주체의 범위, 국회의원의 직무행위를 바탕으로 판단하지 않으면 안 된다.

55) United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938)

56) 사법부의 역할은 다수에 의한 독재로부터 소수자를 보호하는 것이다. 문제는 다수라 해서 언제나 소수자를 부당하게 억압하는 것만은 아니다. 2005년 Syracuse University의 여론조사에 의하면 응답자의 47%는 사법부가 미국민으로부터 유리되고 있다고 답했다. 일부 이익단체들은 사법부에 대하여 “국민의 의사를 외면하는 통제불능의 행위자(out-of-control activists)로 전락했다.”고 비판하고 있다(Jeffrey Rosen, The Most Democratic Branch, How the Court Serve America, Oxford University Press, 2006, Preface p. vii) 역설적으로 법원은, 가끔은 3부(府) 가운데 가장 덜 민주적인 부(the least democratic branch)라고 비난받았다. 법원은 그들의 헌법적 견해에 있어 민주적일 때 그들의 정당성을 유지할 수 있었다. 미국 역사상 미국민의 다수의 의사에 반하는 판결을 헌법원칙이라는 이름으로(in the name of constitutional principles) 위헌법률이라고 만장일치로 선언한 가장 쓸모없는 판결을 내기도 하였다. 법관들은 그들만이 인식할 수 있는 민주주의의 과잉으로부터 조국을 구할 수 있다는 망상에 사로잡혀, 그들은 가끔 국정의 진행에 있어 정당성이나 효율성에 상처를 입히기도 하였다(Jeffrey Rosen, op. cit., xiii).

IV. 국회의원과 법관 사이의 권한쟁의

1. 권한쟁의

(1) 권한쟁의의 의의

헌법은 헌법재판소에 권한쟁의심판권을 부여하고 있다. 즉 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판”을 헌법재판소의 관장사항의 하나로 규정하고 있다(제111조 제1항). 권한쟁의는 ‘권한쟁송(權限爭訟)’, ‘기관쟁의(機關爭議)’ 또는 ‘기관쟁송(機關爭訟)’이라고도 한다. ‘권한쟁의심판(權限爭議審判)’은 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 또는 지방자치단체 상호간에 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 있거나 다툼이 생길 현저한 위험이 있을 때 이를 유권적으로 심판하여 분쟁을 해결함으로써 국가기능의 수행을 원활히 하고 기관상호간의 견제와 균형을 도모하여 헌법질서를 수호·유지하고자 하는 제도⁵⁷⁾이다.

(2) 권한쟁의의 사유와 심판청구의 주체

1) 권한쟁의의 심판청구사유

국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 또는 지방자치단체 상호간에 권한의 존부나 범위에 관한 다툼이 있거나 다툼이 생길 현저한 위험이 있을 때 이를 유권적으로 심판하여 분쟁을 해결할 필요가 있게 된다. 인터넷에 교원단체 가입교원의 명단을 게재한 행위가 국회의원의 직무행위에 해당하는가(직무행위의 존부의 판단)와 직무행위에 속한다면 그 범위에 대한 재판권의 행사에 의해 국회 및 국회의원의 권한이 침해되거나 침해될 우려가 있는가(직무행위의 범위)를 판단하여야 할 것이다.

2) 권한쟁의심판청구의 당사자

국가기관 상호간의 권한쟁의심판에는 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판을 포함하는데(법 제62조 제1항 제1호), 이는 한정적 열거조항이 아니고 예시조항으로 보아야 한다.⁵⁸⁾ 권한쟁의심판청구의 주체로서의 국가기관은 ‘국가기관성’을 가져야 하고, ‘권한쟁의수행능력’이 있어야 한다. 국가기관성을 가지고 있는가 여부는 i) 헌법에 의하여 설치되었는가(설치근거), ii) 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 가지고 있는가(권한의 독립성)를 따져 판단하여야 하고, 권한쟁의를 수행할 능력이 있는가의 여부는 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는가를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 헌법재판소는 국회의원의 국가기관성을 인정하고 있

57) 문광삼, 앞의 책, 1212면.

58) 헌법 제111조 제1항 제4호에서 말하는 국가기관의 의미와 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위는 결국 헌법해석을 통하여 확정하여야 할 문제이다. 그렇다면 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호가 비록 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 “국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판”이라고 규정하고 있다고 할지라도 이 법률조항의 문언에 얽매어 곧바로 이들 기관 외에는 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없다고 단정할 수는 없다(헌법재판소 1997. 7.16. 96헌라2).

다.⁵⁹⁾ 사법부와 입법부 사이에 권한의 존부 및 범위에 관한 다툼이 있어 국회의원이 권한쟁의심판청구를 하는 경우 피청구인을 누구로 할 것인가는 생각해볼 문제이다.

2. 본안판단의 문제

(1) 본안판단의 회피수단으로서의 당사자 적격

헌법재판소는 권한쟁의심판이 개인의 주관적 권리구제를 목적으로 삼는 것이 아니라 헌법적 가치질서를 보호하는 객관적 기능을 수행하는 것이라고 하면서도 “법률안에 대한 심의표결권의 행사 여부가 국회의원 스스로의 판단에 맡겨져 있는 사항일 뿐만 아니라, 그러한 심의표결권이 침해당한 경우에 권한쟁의심판을 청구할 것인지 여부도 국회의원의 판단에 맡겨져 있어서 심판청구의 자유가 인정되고 있는 만큼, 권한쟁의심판의 공익적 성격만을 이유로 이미 제기한 심판청구를 스스로의 의사에 기하여 자유롭게 철회할 수 있는 심판청구의 취하를 배제하는 것은 타당하지 않다.”⁶⁰⁾고 한 바 있고, 또 ‘국무총리서리임명 등 권한쟁의심판사건’⁶¹⁾에서 한나라당 국회의원 150명이 대통령을 상대로 “김대중대통령이 국회의 동의를 거치지 아니하고 국무총리를 임명한 것은 국회 및 국회의원의 동의권한 등을 침해한 것”이라는 청구에 대하여 각하결정을 내렸다. 헌법재판소는 당사자적격을 문제삼아 본안판단을 유보하였다. 당사자적격이라는 형식논리적인 도피구(escape valve)를 통하여 실질적으로 중대한 헌법문제의 판단을 비껴간 것이다. 따라서 국무총리서리제의 위헌여부에 대한 논쟁은 미결인 상태이다. 이러한 사정은 외국의 경우도 마찬가지이다. 피청구인의 국가기관성을 문제삼아 본안판단을 미룰 가능성은 있다고 본다. 그러나 중요한 헌법적 쟁점사항에 관하여는 적극적으로 본안판단을 하여야 한다. 헌법재판소가 스스로 밝힌 바와 같이 “권한쟁의심판이 개인의 주관적 권리구제를 목적으로 삼는 것이 아니라 헌법적 가치질서를 보호하는 객관적 기능을 수행하는 것이고, 특히 국회의원의 법률안에 대한 심의표결권의 침해 여부가 다투어진 이 사건 권한쟁의심판의 경우에는 국회의원의 객관적 권한을 보호함으로써 헌법적 가치질서를 수호·유지하기 위한 쟁송으로서 공익적 성격이 강하다.”⁶²⁾고 한 것처럼 법원과 국회의원 사이의 다툼은 국회의원의 객관적 권한을 보호함으로써 헌법적 가치질서를 수호·유지하기 위한 쟁송으로서 공익적 성격이 강한 사안이다.

(2) 재판에 대한 헌법소원의 우회적 방법인가

국회의원이 특정교원단체 가입교사를 인터넷으로 공개한 사실에 대한 사법부의 판단은 물론 헌법소원의 대상이 아니다. 헌법재판소는 기관쟁송의 방법을 통하여 우회적으로 금지된 재판에 대한 헌법소원을 하는 것으로 보아서는 안 된다. 사법기관과 입법기관 사이의 다툼은 분명히 권한쟁의의 대상이 되는 행위

59) 헌법재판소는 1997.7.16. 선고한 96헌라2 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 사건에서 국회의원과 국회의장을 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관’에 해당하는 것으로 해석하고 이들의 당사자능력을 인정한 바 있으며, 이러한 입장은 2000.2.24. 선고한 99헌라1 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 사건에서도 이어지고 있다. 따라서 국회의원인 청구인은 권한쟁의심판을 청구할 당사자능력이 있다(헌법재판소 2003.10.30. 2002헌라1).

60) 헌법재판소 2001.6.28. 00헌라1.

61) 헌법재판소 1998.7.14. 98헌라1.

62) 헌법재판소 2001.6.28. 00헌라1.

이다. 헌법재판소는 국회의원의 객관적 권한을 보호함으로써 헌법적 가치질서를 수호·유지하기 위한 쟁송으로서 공익적 성격이 강한 권한쟁의의 의미에 따라 본안판단을 하여야 할 것이다.

V. 맺는 말

국회의원의 직무범위에 속하는 입법행위는 권력분립원리 상 가급적 사법부 특히 일반법원은 그 개입을 자제하는 것이 옳다고 본다. 부득이 국민의 기본권과 관련하여 법원이 개입하는 경우(기본권충돌의 경우)에도 신중하게 형량하지 않으면 안된다. 몽테스키외조차도 법관에 대해서 “세상에서 그렇게도 무서운 권한을 가진 법관(*la puissance de juger si terrible parmi les hommes*)”⁶³⁾이라고 말하고 있다. 레벤슈타인은 “입헌국가의 기반이 되는 사법권의 독립은 그 자체로 권력남용의 위험성을 간직하고 있다. 법관은 독립해서 오로지 법에만 복종하기 때문에 정부, 의회 및 선거민을 포함한 모든 권력담당자의 통제와 감시 밖에 서게 되고 심지어는 법관은 여론의 영향으로부터도 초연한 지위에 있다. 그러나 법관도 인간에 불과하여 모든 다른 사람들과 마찬가지로 무제한적인 권력의 유혹을 이겨낼 수 없다.”⁶⁴⁾고 하면서 사법부의 “현명한 자제(*weise Zurhaltung*)”⁶⁵⁾를 주문한다. 홈즈(Oliver Wendel Holmes), 프랑크푸르터(Felix Frankfurter), 핸드(Learned Hand) 등도 민주주의에 있어 법원은 극히 온건한 역할(*an extremely modest role*)을 하지 않으면 안된다고 주장한다.⁶⁶⁾

일반법원과는 달리 헌법재판소는 적극적으로 권한쟁의심판을 통해 국회의원과 법원사이의 권한의 존부나 범위를 가려 무엇이 헌법적 가치질서를 확인하여야 할 것이다.

국회는 직무행위를 수행함에 있어 잘못을 범한 국회의원을 징계에 회부할 수 있고, 정당 내부적으로 책임을 물을 수도 있다. 물론 그 “무질서 행위”에 대하여는 다음 선거에서 유권자의 심판을 받게 하된다.

63) Montesquieu, *L'esprit de loi*, libre 11 chapitre 6.

64) Loewenstein, *a. a. O.*, S. 186.

65) Loewenstein, *a. a. O.*, S. 264.

66) 연방대법원은 무모하게 정치덤불(*political thicket*)에 뛰어들려는 유혹을 물리치지 않으면 안된다. 미국 민주주의에 있어 법과 정치 사이의 관계에 관한 다툼은 역사적으로 볼 때 사법부보다는 정치싸움판(*political arena*)에서 해결해 왔다. 만일 법원이 팽팽한 정치논쟁에 충동적으로 개입한다면, 문제가 된 정치논쟁의 최종 결정에 드라마틱한 영향력을 행사하기는 커녕 법원 스스로 드들의 정당성에 위협을 자초하게 된다. 길게 보면 국민의 다수는 항상 그들의 길을 가기 때문이다. 이제 정치문제에 대한 사법부의 개입은 피투성이의 스포츠(*blood sport*)가 되었다(Jeffrey Rosen, *op. cit.*, xiii, xiv).

전교조명단공개금지가처분 및 간접강제결정의 법리적 쟁점

| 토 론 | 김민호 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)

02nd Session

전교조명단공개금지가처분 및 간접강제결정의 법리적 쟁점

김민호 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)

I. 논의를 시작하며

조전혁의원이 전교조가입교사명단을 자신의 홈페이지에 게시한 것에 대하여 법원은 공개금지가처분 및 간접강제결정을 하였다. 법원의 이 같은 결정을 두고서 요즘 세간에는 정치적 논쟁뿐만 아니라 법리적 쟁점에도 높은 관심을 보이고 있다. 이 결정을 둘러싼 법리적 쟁점은 크게 3가지라고 생각된다. 첫째는 조전혁의원이 인터넷에 전교조의 명단을 공개한 것에 대하여 해당 교사가 명예훼손 등을 이유로 공개금지가처분신청이라는 민사절차를 제기하였고 법원은 이를 받아들여 가처분 결정을 하였는 바, 국회의원의 행위가 민사 가처분의 대상이 되는 것인가? 라는 것과, 둘째, 조전혁의원이 자신의 홈페이지에 명단을 공개한 것이 국회의원의 직무행위에 포함되는 것인가? 라는 것과, 끝으로 전교조가입교사의 명단공개가 법률상 보호되는 개인정보에 해당하는 것인가? 라는 것이 바로 그것이다.

II. 민사 가처분의 대상적격 문제

국회의원이 직무상 행한 행위에 대하여 법률상의 이익을 침해당할 우려가 있는 자는 행정소송에 의하여야 하고 만약 명단공개행위가 행정소송의 대상이 아닌 사실행위 또는 정치행위라면 헌법재판을 통하여 구제를 받아야 한다. 물론 국회의원의 행위라 할지라도 직무상의 행위가 아니라 사적인 행위라면 민사가처분의 대상이 될 수 있다. 따라서 이 쟁점은 결국 조전혁의원이 전교조가입교사명단을 자신의 홈페이지에 올린 것이 직무행위에 해당하는지의 문제로 귀결된다.

III. 직무행위성 여부

전교조가입교사명단을 자신의 홈페이지에 올린 것은 국민의 알권리를 충족시키기 위한 것으로서 국회의원의 직무활동에 포함된다는 주장과 국회의원이 국회 내에서 발언 등을 하지 아니하고 인터넷 홈페이지

지나 블로그 등에서 글을 올리거나 기타 정보를 게시하는 활동은 직무활동으로 볼 수 없다는 견해가 팽팽히 대립하고 있다.

그런데 재미있는 사실은 이러한 논쟁이 불과 1년 전 노회찬의원의 안기부X파일공개를 둘러싼 논쟁에서는 완전히 상반된 주장을 하고 있다는 사실이다. 지금 직무활동성을 주장하는 한나라당이나 우파 인사들은 당시에는 노회찬의원의 공개행위에 대해 직무행위성을 인정하지 않았으며, 반대로 지금 직무행위성을 부인하고 있는 전교조나 좌파 인사들이 당시에는 국회의원의 정당한 직무행위에 해당한다고 목소리를 높였었다. 법원도 판단을 상이하게 하고 있는 바, 1심법원에서는 인터넷 홈페이지는 국회의원의 면책특권의 범위 밖에 있음이 명백하고, 국회 내에서의 보도자료 배포행위도 피고인에게 이 사건 보도자료의 내용이 허위라는 인식이 없었다고 보기 어려운 상태에서 그 내용을 적시해 타인의 명예를 훼손하였던 것이므로 이러한 피고인의 행위가 면책특권의 대상이 될 수는 없다고 판시하였음에 반하여, 항소법원은 국회의원 신분인 피고인이 X파일 내용을 공개한 것은 수사 촉구 등의 정당한 목적에 따른 것으로 국회의원인 피고인이 수사를 촉구하는 최선이자 유일한 방법은 신속하게 여론을 환기시키는 것이었다고 판시하였다. 물론 노회찬의원의 인터넷 공개행위가 직무행위에 해당하는 것인지에 대해 1심법원이나 항소심이 명확한 판단을 한 것은 아니다. 1심법원은 단지 면책특권에 해당하지 않는다고 판시한 것이고 항소심은 면책특권에는 해당하지 않으나 정당행위에 해당한다는 논리이다.

직무행위성의 판단은 결코 쉬운 문제는 아니다. 당해 행위가 입법활동과 어느 정도의 관련성을 가지고 있는지에 대한 판단이 전제되어야 한다. 전교조명단공개가 조전혁의원의 입법활동에 어느 정도 필수 불가결한 행위이었던지를 일의적으로 판단하기는 어렵다. 마찬가지로 이유에서 이를 직무행위가 아니라고 단정할 수도 없다. 특히 직무행위성 인정여부를 떠나서 국회의원이 국민의 알권리를 충족시키기 위해 자신이 수집한 정보를 공개하는 것을 완전히 직무 외적인 사적 행위로 평가하여 민사가처분의 대상으로 인정한 것은 납득하기 어렵다.

IV. 개인정보 해당성 여부

전교조 가입교사의 명단이 정보보호법상 개인정보에 해당하는 것인지에 관하여 서울중앙지법은 전국 교직원노동조합은 근로자단체라는 점에서 다른 노동조합과 다르지 않을 뿐만 아니라 특히 정치활동이 금지된 단체이므로 이 단체에 소속되었다는 사실이 '사상·신조 등 개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보'에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이 판결에 앞서 교과부의 질의에 대한 법제처의 법령해석에서도 전교조 가입 실명자료는 수집이 금지된 개인정보에 해당하지 않는다고 하였다. 그러나 남부지법의 담당재판부는 “전교조 가입교사 명단은 교원들의 사생활의 비밀과 자유 및 그들이 노조에 가입하여 활동할 자유(개별적 단결권), 그리고 단체가 존속, 유지, 발전, 확장할 수 있는 권리(집단적 단결권) 등과 밀접한 관련이 있는 정보”라고 판단하였다.

전교조는 “교원의 노동조합 등 가입단체정보는 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있어서 그 처리 및 공개가 금지되는 ‘민감정보’에 해당한다.”라고 주장하고 있다. 또한 인종, 정치관, 종교적 신념,

건강, 성생활에 대한 정보 등과 더불어 노동조합의 가입여부에 대한 정보를 민감한 정보로 보아 원칙적으로 수집·제출·공개할 수 없도록 하는 것이 영국·독일·프랑스 등 주요 선진국의 입법례이며, 2008년 11월 행정안전부가 제출하여 현재 국회에 계류 중인 개인정보보호법안(의안번호 2369) 및 2008년 8월 이해훈 의원이 대표발의한 한나라당 측 개인정보보호법안(의안번호 570), 2008년 11월 민주당 변재일 의원이 대표발의한 민주당 측 개인정보보호법안(의안번호 1598)에 모두 공통적으로 들어 있다고 주장하고 있다.

그런데 전교조의 주장에는 2가지의 오류가 있다. 하나는 법원이 재판을 할 때에는 현행 법률에 따라 재판을 하는 것이지 국회에 계류 중인 법률안을 근거로 재판할 수 없다는 것이다. 지금 현재로는 개인정보보호법이 없다 다만 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」 제4조 제1항은 “공공기관의 장은 사상·신조 등 개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니 된다. 다만, 정보주체의 동의가 있거나 다른 법률에 수집대상 개인정보가 명시되어 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고만 규정하고 있는 바, 노동조합의 가입여부에 대한 정보가 반드시 민감정보에 해당하는지에 관한 명문의 규정이 없다.

노조가입여부가 사상·신조 등 개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보에 해당하는지에 대해 서울중앙지법과 법제처는 개인정보에 해당하지 않는다고 해석하였고 서울남부지법은 개인정보에 해당한다고 판단하였다. 따라서 행안부 및 기타 의원들이 발의하여 국회 계류 중인 법률에 따라 노조의 가입여부가 민감정보에 해당한다는 전교조의 논리는 타당하지 않다.

둘째, 설사 행안부 및 의원대표발의 개인정보보호법안에 따른다고 하여도 조전혁의원이 명단을 홈페이지에 게시한 것이 개인정보보호법안을 위반하였다고는 단정할 수 없다. 행안부의 개인정보보호법안 제22조는 “개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 ‘민감정보’라 한다)를 처리해서는 아니 된다”고 규정하고 있는 바, 이 규정의 수범자는 이른바 ‘개인정보처리자’이다. 법안 제2조 제5호는 “개인정보처리자란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운영하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체, 사업자 및 개인 등을 말한다.”라고 규정하고 있다. 법안 제22조의 수범자는 모든 사람(누구나)이 아니라 ‘개인정보처리자’에 국한되는 것이며, 개인정보처리자는 “업무를 목적으로 개인정보파일을 운영하기 위하여”라는 목적성을 가지고 있어야 한다. 법안이 민감정보의 처리제한의 수범자를 개인정보를 보유하고 있는 모든 사람으로 하지 아니하고 개인정보처리자로 제한한 까닭은 단순히 개인정보를 보유하고 있는 모든 자에게 까지 개인정보보호법을 적용시킬 경우 별칙조항의 광범위한 적용으로 오히려 국민생활을 불편하게 하고 개인정보보호법의 실효성을 확보하기 곤란하다는 취지에서 였다.

따라서 조전혁의원이 전교조가입교서의 명단을 보유한 것이 개인정보파일을 운영하고자 하는 목적은 아니었던 것은 보이는바, 법률안에 따르더라도 법률안 제22조에 규정된 민감정보의 처리가 금지되는 개인정보처리자라고 하기는 어렵다.

면책특권에 의한 정당화가능성

| 토 론2 | 박경신 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

03rd Session

면책특권에 의한 정당화가능성

박 경 신 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

1. 면책특권에 의한 정당화가능성

“여기서는 면책특권에 관하여는 논하지 않고 나머지 부분에 대하여서만 논하기로 하겠다. (발제문 2쪽 중간)”

- ▶ 결국 논의의 목적은 면책특권의 범위를 확정하는 것 아닐지. 즉 입법적 행위의 범위에 들면 면책특권이 적용된다는 논리에 노정된 단계로 보임.

헌법 제45조 : 국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다.

헌법 제45조에서 규정하는 국회의원의 면책특권은 국회의원이 국민의 대표자로서 국회 내에서 자유롭게 발언하고 표결할 수 있도록 보장함으로써 국회가 입법 및 국정통제 등 헌법에 의하여 부여된 권한을 적정하게 행사하고 그 기능을 원활하게 수행할 수 있도록 보장하는 데 그 취지가 있음. 이러한 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 없지만, 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 되는 것임(대법원 2007.1.12. 선고 2005다57752 판결 : 국회의원이 국회 예산결산위원회 회의장에서 법무부장관을 상대로 대정부질의를 하던 중 대통령 측근에 대한 대선자금 제공 의혹과 관련하여 이에 대한 수사를 촉구하는 과정에서 한 발언이 국회의원의 면책특권의 대상이 된다고 본 사례).

면책특권의 대상이 되는 행위는 국회의 직무수행에 필수적인 국회의원의 국회 내에서의 직무상 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에만 국한되지 않고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함됨. 따라서 국회의원이 국회의 위원회나 국정감사장에서 국무위원·정부위원 등에 대하여 하는 질문이나 질의는 국회의 입법활동에 필요한 정보를 수집하고 국정통제기능을 수행하기 위한 것이므로 면책특권의 대상이 되는 발언에 해당함. 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 경우에도 직무상 발언에 부수하여 행하여진 것으로서 면책특권이 인정됨(대법원 1996. 11. 8. 선고 96도1742 판결) 부수행위인지의 여부는 결국 구체적인 행위의 목적,

장소, 태양 등을 종합하여 개별적으로 판단할 수 밖에 없다(대법원 1992. 9.22. 선고 91도3317 판결).

〈면책특권이 인정되는 사례 1: 이종걸 의원의 장자연리스트 수록자 실명공개〉

2009년4월8일 이달곤 행정안전부 장관에 대한 대정부 질의: “장자연 문건에 따르면 당시 조선일보 방사장을 술자리에 만들어 모시고 있고 며칠뒤에 스포츠조선 방사장이 방문했습니다’라고 되어 있습니다. 보고받으셨습니까?”

앞서 본 대법원 2007.1.12. 선고 2005다57752 판결의 기준에 의하면, 이 당시 수사가 완결되지 않았고 연예인성상납의 강요죄 성립 여부가 국민적 관심사인 상황이었으므로, “발언 내용 자체에 의하더라도 직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우”에 해당되지 아니함이 명백하므로 헌법 제45조의 면책특권에 포함되는 것임.

〈면책특권이 적용되는 사례2: 노회찬의 X파일 검사 실명공개〉

2005년8월18일 오전 9시30분부터 10시 사이에 안강민의 실명이 담긴 보도자료를 기자들에게 배포하였고 그 직후인 10시03분에 제255회 국회 제2차 법제사법위원회에서 이 내용을 발언을 통하여 공개하였음.

〈삼성 명절 때마다 검사들에게 떡값 돌려, X파일에 등장하는 떡값검사 실명공개〉라는 제목 하에 ‘홍석현: 들어있으면 놔주세요. 지검장(안강민)은 들어 있을테니까 연말에 또하고’라는 대화내용을 적시한 자료를 기자들에게 배포하고 피고인의 인터넷 홈페이지 (<http://nanjoong.net>)에 게재함.

기록에 의하여 인정되는 위와 같은 사정들, 즉 이 사건 보도자료의 배포 시기가 법제사법위원회 회의 시작 직전이었으며, 국회 부지 내의 국회의원회관에서 기자들에게 한정적으로 배포된 점, 실제로 피고인이 이 사건 보도자료에 기재된 이학수 홍석현 사이의 공개되지 않은 대화를 법제사법위원회에서 공개한 점을 종합하여 보면, 피고인이 이 사건 보도자료를 기자들에게 배포한 것은 보도의 편의를 위한 정당한 목적이었다고 추인할 수 있다. 그렇다면 위와 같은 사정들 및 피고인의 배포 목적에 비추어 볼 때 피고인이 이 사건 보도자료 배포행위는 국회의원이 국회에서 직무상 행한 발언과 표결 그 자체는 아니더라도, 당시 국회의원이었던 피고인인 국회 회의에서 진술할 내용을 보도편의를 위해 회의 직전에 기자들에게 배포한 것으로서 국회의원의 직무상의 발언에 부수하여 행해진 행위에 해당한다(서울중앙지방법원 제8형사부 2009년12월4일 판결 2009노520 통신비밀보호법위반 명예훼손).

〈조전혁 의원의 공개에 대한 판단〉

조전혁 의원은 2010년 4월19일에 아무런 의사일정과 관계없이 법원의 가치분결정에 불복하여 공개를 하였음. 조전혁 의원이 이 내용을 위원회나 본회의 상에서 읽었다면 모르되 면책특권이 적용될 수 없음. 위원회나 본회의 상에서의 낭독과 회의 외의 행위를 엄격히 구분하는 것이 기계적이라는 비판이 있을 수 있으나 결국 수만명의 명단의 낭독이 가능한 시간을 확보하는 것은 그에 비례하는 정치적 타당성과 설득력이 있을 때 가능한 것임.

〈면책특권규정의 효력이 확장되어야 한다는 주장에 대하여〉

발제자는 면책특권규정의 효력이 ‘확장’되고 있다는 주장을 위해 *United States v. Johnson*, 383, U. S. 169(1966)을 인용하고 있는데 이 판결은 전적으로 *Speech and Debate Clause*에 관한 것이며 당시 면책판결이 나온 것도 그러한 이유가 아닌지. 폭이 넓어졌다는 것은 대가성 연설도 면책시켰다는 의미이지 연설과 관련없는 행위도 면책된다는 뜻은 아님.

*Speech and Debate Clause*는 국왕이 입헌의회의 권한을 무력으로 제압하는 것을 막기위해서 만들어진 조항임. 즉 행정부의 개입을 예를 들어 *judicial immunity* 역시 판결에 대해서 민사적 책임을 지지 않는다는 것이지 판결외의 활동에 대해 책임을 지지 않는다는 것과는 큰 차이가 있는 것 아닌지(예를 들어, 신영철의 직권남용성 재판 개입).

2. 국민의 ‘알 권리’에 의한 정당화 가능성

“국회의원이 직무상 수집된 자료를 인터넷에 공개하는 행위가 개인의 인격권을 부당하게 침해하는 것으로 허용될 수 없는 것인가. 이러한 자료를 공개하는 경우¹⁾ 공개당하는 자의 인격권을 포함한 사생활의 자유와 일반국민의 알 권리 사이에 충돌이 있게 된다(발제문 2쪽 하단).”

“국회의원의 직무는 본질적으로 입법과 국정통제, 그리고 이를 통한 국민의 이익에 봉사하는데 있다. 그리고 국회의원은 국민의 정치적 의사를 국정 특히 입법에 반영하여야 할 의무가 있다. 이러한 점을 고려한다면 직무상 지득한 자료를 국민의 알권리를 위하여 공개하는 것은 그러한 권리침해의 가능성에도 불구하고 허용될 수 있다고 하여야 할 것이다. 권리충돌의 경우 앞서 살펴본 헌법재판소나 학설을 고려하여 해결하여야 할 것이지만, 이 경우에 유의하여야 할 것은 이것이 전체국민의 알권리에 봉사한다는 점(권리주체의 양적비교)과 국회의원의 직무행위와 관련되어 있다는 점(입법행위성)을 고려하지 않으면 안 된다. 특히 이 경우에 있어서 그 공표행위의 방법에 따라서는 국회의원의 특권에 포함될 수도 있는 행위라는 점을 고려하여야 할 것이다(발제문 7쪽 하단-8쪽 상단).”

- ▶ 면책특권이 적용되지 않는다고 할지라도 조전혁의원이 국민을 대신하여 국민의 ‘알 권리’를 행사하는 것으로 보았을 때 정당화될 수도 있다. 하지만 이에 관하여 발제자는 국민의 알 권리와 면책특권을 혼방하여 논리를 구성하고 있는데 두 원리는 그 근본가치가 다르기 때문에 알 권리에 대해서는 별도의 논의를 할 필요가 있다.

1) 조전혁 의원은 자신의 홈페이지를 통하여 전교조 61,273명, 교총 160,280명 등 5개 교원단체 소속 교원 222,479명의 실명과 소속학교를 공개하였다(www.educho.com).

국민의 ‘알 권리’는 다른 국민들의 사생활에 대해서 알 권리를 말하는 것이 아니다. 현재는 1989년 임야조사서 열람신청사건에서 국민이 정부를 비판하고 감시하기 위해 정부가 보유한 정보에 대해 ‘알 권리’가 있다고 처음 천명하였다.

“알 권리”는 민주국가에 있어서 국정의 공개와도 밀접한 관련이 있는데 우리 헌법에 보면 입법의 공개(제50조 제1항), 재판의 공개(제109조)에는 명문규정을 두고 행정의 공개에 관하여서는 명문규정을 두고 있지 않으나, “알 권리”의 생성기반을 살펴볼 때 이 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 알권리 즉, 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)라고 할 것이며, 또한 자유민주적 기본질서를 천명하고 있는 헌법 전문과 제1조 및 제4조의 해석상 당연한 것이라고 봐야 할 것이다.(88헌마22 공권력에 의한 재산권침해에 대한 헌법소원 [1989.09.04])

그래서 위의 결정에 의해 촉발되어 1996년 제정된 정보공개법은 타인의 사생활을 침해하는 정보는 공개대상에서 배제하고 있다.

공공기관의정보공개에관한법률 제9조(비공개대상정보) ①공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 정보에 대하여는 이를 공개하지 아니할 수 있다...

6. 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.

가. 법령이 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보

나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 개인의 사생활의 비밀과 자유를 부당하게 침해하지 않는 정보

다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보

라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위

마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로써 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업

뿐만 아니라 “공공기관의 개인정보보호 법률” 제4조(개인정보의 수집) 제1항에서는 “공공기관의 장은 사상·신조 등 개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니 된다. 다만, 정보주체의 동의가 있거나 다른 법률에 수집대상 개인정보가 명시되어 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 제2항에서는 공공기관의 장은 개인정보를 수집하는 경우 개인정보 수집의 법적 근거, 목적 및 이용 범위, 정보주체의 권리 등에 관하여 문서 또는 인터넷 홈페이지 등을 통하여 정보주체가 그 내용을 쉽게 확인할 수 있도록 안내하여야 한다.”고 규정하고 있다.

즉 ‘알 권리’는 개인정보에 대해 적용되는 것이 아닌 것이다. 그리고 현재 3가지 발의안이 있는 개인 정보보호법 법안은 ‘노조가입사실’을 ‘민감 정보’로 인정하여 정보의 수집 자체를 금지하고 있다(2008년 8월8일 이해훈안, 2008년 11월28일 정부제출안, 변재일의원 안도 동일취지).

〈이번 사건에의 적용〉

전교조 가입사실은 각 교사들이 조합비 액수의 계산 및 성실납부 등의 이유로 자발적으로 학교에 위탁한 정보이고 학교는 이 정보를 비밀로 유지할 수탁의무가 있었다. 학교가 이를 교과부에 전달할 때 불법유출이 된 것이고 이 정보의 추가공개는 차단되어야 했다.

일부 학부모들은 전교조가입사실이 소속교사들의 업무에 영향을 미쳐 (예를 들어 ‘좌파’교육을 할 가능성이 높아져) 전교조 가입여부는 업무에 관한 정보로 취급되어야 하고 이에 따라 ‘알 권리’의 범위에 포함된다고 주장할지 모른다. 즉 학부모로서 자신의 자녀를 가르치는 교사가 전교조 소속일 경우 교육내용이 다를 수 있기 때문에 알 필요가 있다는 주장과 연계이다. 이는 형식적으로 타당한 주장이며 정보공개법 제9조제1항제6호제다목 “공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보”는 공개배제에서 예외로 인정된다.

필자는 교사들 중에서 성폭행전력이 있다거나 뇌물 및 촌지수수경력이 있다는 것에 대해서 학부모가 알 권리가 있다는 것에는 동의한다. 또는 일반국민들이 ‘스폰서검사’의 실명을 알 권리가 있다는 것에 대해서도 동의한다. 왜냐하면 그와 같은 범죄사실이나 준범죄사실은 그들의 업무에 영향을 끼칠 수가 있기 때문이다. 또는 경작여부를 속여서 쌀직불금을 탄 공무원들의 실명을 공개하는 것도 공무원의 청렴성에 직접적인 영향을 미치므로 역시 국민이 ‘알 권리’가 있다고 보여진다.

그러나 범죄사실에 대한 알 권리와 법으로 인정하는 단체의 가입여부에 대한 알 권리는 무게를 달리한다. 사실적으로 당위적으로 범죄사실의 업무관련성은 용이하게 인정될 수 있지만 단체가입자체의 업무관련성은 인정되기 어려운 것이다.

뿐만 아니라 특정단체에 속하였는지 여부의 업무관련성을 인정하여 법적 행위에 대한 평가를 달리하는 것은 그 단체에 대한 편견을 법제화하는 것이 되며 곧바로 그 단체나 그 단체추종자에 대해 불이익을 주는 것이 되는 이는 곧바로 결사의 자유를 침해하는 것이 되기 때문에 도리어 노조가입여부에 대해 ‘알 권리’는 ‘없다’라고 보는 것이 타당하다.

3. ‘삼권분립론’에 의한 정당화가능성

〈자료공개의 입법행위성〉

국회의원이 정부로부터 제공받은 자료를 법률제정의 자료로 활용할 것인지, 대정부질문의 자료로 사용할 것인지, 의안표결에 참고할 것인지, 전체국민의 대표자로서 국가의 이익을 위하는 길이라 판단하여 공개할 것인지, 국민 특히 학부모의 알권리를 위하여 그 공개가 부득이하다고 판단하여 공개할 것인지, 이 모든 것을 고려하여 공개토론을 통한 여론수렴과정을 거쳐 국정에 반영할 것인지는 국회의 원으로서 그의 양심에 따라 결정할 사안이라 할 것이다. 국회 본회의나 위원회에서 동일행위가 면책특권의 대상이 된다는 것은 그것이 입법행위로서 국회의원의 직무범위에 속하기 때문이다(8쪽 중간).

국회의원의 행위가 정당한 입법행위라면 면책특권의 대상이 아니라도 국회의원의 직무상 행위로서 보호되지 않으면 안된다(8쪽 끝).

- ▶ 위에서는 “입법행위의 일부라서 면책특권의 대상이 된다”고 하였는데 여기서는 “면책특권의 대상이 아니더라도 국회의원의 직무상 행위로 보호되어야 한다”는 주장을 하고 있다. 두

가지 중의 어느 주장을 하고 있는 것인지.

그리고 모두 매우 독특한 주장인데 발제문을 살펴보면 그 근거는 ‘삼권분립’인 듯함. 그런데 삼권분립에서 도출한다는 것은 직무행위의 결과물인 법률자체에 대해서도 위헌법률심판을 할 수 있는 상황에서 무리한 주장이 아닐지, 직무상 행위라고 할지라도 사법부에 의한 심사를 받게 된다는 것이 바로 삼권분립을 존중하는 태도가 아닐지, 법원이 입법부나 행정부의 직무행위의 위법성에 대해서 판단할 수 있다는 것 자체가 삼권분립의 내용이 아닐지.

결국 유일한 정당화 가능성은 ‘국민의 알권리’이 입론되기 때문에 명단의 공개가 보호대상이 되는 것 아닐지. 즉 국회의원의 직무행위라서가 아니고 정당행위이기 때문에 보호되는 것 아닐지. 그렇다면 국민의 알 권리를 거치지 않고 정당화될 수 있을지.

특히 아래의 내용은 삼권분립 논의선상에서 나온 것 같다.

“국회의원이 특정교원단체 가입교사를 인터넷으로 공개한 사실에 대한 사법부의 판단은 물론 헌법소원의 대상이 아니다. 헌법재판소는 기관쟁송의 방법을 통하여 우회적으로 금지된 재판에 대한 헌법소원을 하는 것으로 보아서는 안 된다. 사법기관과 입법기관 사이의 기관쟁송은 분명히 권한쟁의의 대상이 되는 행위이다.”

이번 사안은 사법기관과 입법기관의 쟁송이 아니라 입법기관에 대한 사법기관의 판단이 아닐지. 권한쟁의가 제기된다면 재판소원에 대한 우회로 볼 수 밖에 없을 것.

4. 토론: 국민의 결사의 자유에 대하여

“지난 4월30일 민노당 명부에 대한 압수수색영장이 발부되었다. 이 영장이 실제로 집행된다면 우리나라는 권력자가 국민 중에서 반대세력의 추종자들을 식별해내어 탄압하던 권위주의시대로 회귀하게 된다. 세계사적으로 보면 반세기 이상을 후퇴하게 된다. 1950년대말 미국 인종차별정책을 고수하려는 앨라배마주정부가 소수민족권익보호단체의 회원명부를 제공하라는 법원명령을 세차레나 얻어냈다. 그러나 연방대법원은 결사의 자유를 침해한다며 법원명령임에도 불구하고 모두 위헌 판정을 내렸다.

결사의 자유는 국민의 단체가입을 금지하는 것만으로 침해되는 것이 아니다. 국민들의 단체가입여부를 공개하는 것도 국민들의 단체가입을 위축시켜 결사의 자유를 침해한다. 마치 인터넷실명제가 글쓰는 사람들을 위축시켜 표현의 자유를 침해하는 것과 마찬가지로이다. 올해 2월 헌법재판소는 선거법실명제에 대해 온라인에 글을 쓰는 사람에게 신원공개를 강제하는 것은 그 사람의 표현의 자유를 침해할 수 있다고 판시하였다. 신원공개를 통한 사생활의 침해는 바로 그 생활의 자유 자체를 위축시키고 곧 침해한다.

물론 그 단체가 단체의 이름으로 별도의 불법행위(예를 들어 조직폭력이나 마약밀수)를 저질렀고 단체의 실체가 누구인지를 밝히기 위해서 명단을 파악하려하는 것은 인정된다. 민노당 사건에서도 검찰은 공무원의 정당가입금지라는 실정법(국가공무원법제65조) 위반을 조사하기 위해서라고 한다. 하지만 정당가입 자체를 금지하는 법의 위헌성은 별론으로 하더라도 200여명의 가입의심자에 대한 조사를 위해 수만명에 달하는 민노당 가입자 신원을 모두 확인하겠다는 것은 설득력이 없다. 앨라배마 주정부도 당시 NAACP의 외부활동의 위법성을 핑계삼으려했지만 대법원은 설득력이 없다고 하였다.

최근에 있었던 전교조 명부의 공개도 마찬가지이다. 물론 국가가 강제한 것이 아니므로 위헌의 문제는 발생하지는 않지만 민사적으로 사생활을 침해한다. <중략>

물론 일부 학부모들은 전교조가입사실이 소속교사들의 업무에 영향을 미쳐 (예를 들어 ‘좌파’ 교육을 할 가능성이 높아져) 전교조 가입여부는 업무에 관한 정보로 취급되어야 하고 이에 따라 ‘알 권리’의 범위에 포함된다고 주장할지 모른다<그리고 조전혁 의원의 행위는 학부모들의 권리를 대리행사한 것으로서 위법성이 조각된다는 주장이다>. 그 학부모들의 알 권리를 그것이 통계적으로 사실인지 모른다. 모든 편견은 일정한 확률적 진실에 근거하고 있다. 그러나 자유민주주의는 그런 통계를 무시하지는 것이다. 통계상 여성이 ‘영업’을 남성보다 못하고 강북출신이 강남출신 보다 점수가 더 낮다고 하여 채용이나 입사에서 이 통계에 별도의 효력을 부여하는 것은 그러한 통계의 원인이 된 억압과 불평등을 용인하는 것이며 결국 그것들에 반대하는 자유민주주의를 철저하게 부정하는 것이다. 결사의 자유를 보호한다는 것은 어떤 단체에 가입하였다고 하여 공식업무도 다르게 할 것이라는 편견을 거부하는 것이다.

(박경신, “민노당명부와 전교조명부”, 2010년5월6일 경향

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201005051829415&code=990303)

어떤 기본권을 보호한다는 것은 그 기본권을 행사하였다고 하여 처하게 되는 편견으로부터 보호한다는 것을 말함. 일각에서는 노조가입 여부는 국제사회가 수집 및 활용을 엄격히 제한하고 있는 ‘민감정보 (sensitive information)’임을 주장하고 있는데²⁾³⁾ 노조가입 여부가 ‘민감정보’로 분리되는 이유는 바로 이와 같은 부당한 편견의 피해자가 되기 쉽기 때문일 것임. 예를 들어서 거주지가 어디인지 여부도 사생활이기도 하며 거주지의 자유에 의해 보호되는 것도 마찬가지이지만 노조가입여부를 인종적, 윤리적 배경, 정치적 의견, 종교적 또는 철학적 신념, 건강 또는 성생활에 대한 개인정보를 ‘민감정보’라고 하여 분리해내는 이유는 예를 들어 ‘흑인이라는 것’, ‘노조에 가입하였다는 것’, ‘민주노동당 당원이라는 것’ 모두 헌법상 기본권으로 보호되는 상태이면 행위임에도 불구하고 이에 대한 편견에 쉽게 노출되기 때문일 것임. 결국 결사의 자유를 보호한다는 것은 결사의 사실에 대한 편견에 법적 의미를 부여하기를 거부하는 것임.

2) 독일의 “개인정보의 보호에 관한 법률” 제3조 제9항에서는 민감정보를 “인종·착·윤리적 배경, 정치적 의견, 종교적 또는 철학적 신념, 노동조합원 유무, 건강 또는 성생활에 대한 개인정보”라고 규정하고 있다. 제3조 제9항: Besondere Arten personenbezogener Daten sind Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben. 제4a: Soweit besondere Arten personenbezogener Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, muss sich die Einwilligung darüber hinaus ausdrücklich auf diese Daten beziehen.

3) 유럽연합준칙 95/46/EG 제8조 제1항은 “특별 범주”의 정보생산이라 하여 그 범위에 ‘인종 및 윤리적 출처, 정치적 의견, 종교 및 철학적 신념, 노동조합소속 유무, 건강 및 성생활에 관한 정보’를 넣고 있다: Die Mitgliedstaaten untersagen die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie von Daten über Gesundheit oder Sexualleben.

국회의원의 직무행위에 관한 토론문

|토 론3| 김상겸 (동국대학교 법대 교수)

04th Session

국회의원의 직무행위에 관한 토론문

김 상 겸 (동국대학교 법대 교수)

I.

민주주의는 자유와 평등을 기본이념으로 하여 국민이 자기를 지배하는 정치적 원리이다. 소위 국민이 치자인 동시에 피치차가 되는 자동성원리는 민주주의의 핵심이나, 현실에서 이런 직접민주주의는 실현되기가 거의 불가능하다. 그래서 국민이 대표를 선출하고 그들로 하여금 국정을 운영하게 하는 대표제 원리에 기반한 대의제민주주의가 현실에서 운영되고 있다. 오랜 역사와 경험을 통하여 구축된 대의제민주주의는 국민주권원리와 의회주의를 바탕으로 하여 의회제도를 운영하고 있다. 우리나라 역시 1948년 건국헌법 이래 국민의 대표기관으로 국회를 두고 국회의원을 선출하여 대의제민주주의를 운영하고 있다. 국민의 직접선거로 선출되는 국회의원은 다수가 지역구를 통하여 선출되지만, 선출된 이후에는 전체국민의 대표로서 국정에 임하게 된다. 국회의원은 지역구를 통하여 선출되거나 정당명부식 비례대표제를 통하여 선출되거나 이에 상관없이 전체국민의 대표로서 특정 국민의 의사에 기속되지 않고 자신의 의사를 갖고 국정을 담당함으로써 소위 자유위임원칙 내지 무기속위임원칙에 따라 직무를 수행하게 된다.

민주적으로 정당화된 국민의 대표기관으로서 국회는 권력분립원칙에 따라 입법기능을 담당하고 있다. 또한 국정운영의 한 축으로 다른 국가권력과 국민을 위하여 상호 협력하고 다른 한편에서는 견제를 통하여 권력의 균형을 이룬다. 그래서 현행 헌법은 국회에 대하여 입법권을 위임하고 있으며, 다른 국가권력을 감시·견제하기 위한 권한을 부여하고 있다. 또한 국회의 구성원인 국회의원에 대하여 면책특권과 불체포특권 등 특권과 권한을 부여하여 입법부의 구성원으로서, 국가기관으로서 역할을 수행하도록 그 지위와 신분을 보장하고 있다. 물론 이러한 권한에는 국민에 대한 막중한 의무와 책임이 뒤따른다. 국회의원은 전체국민의 봉사자로서 그 직무를 행함에 있어서 국익우선의무를 준수해야 하고 청렴의무와 직위남용금지의무 등을 지켜야 한다.

최근 전교조의 명단공개와 관련하여 국회의원의 권한이나 직무범위에 대하여 논란이 일고 있다. 법원은 전교조의 명단공개는 교원의 업무와 관련이 없는 개인정보에 해당하는 것이기 때문에 이를 공개해서는 안된다는 것이고, 또한 국회의원의 개인 홈페이지에 명단을 공개하는 것은 국회의원의 직무와 관련이 없는 것이라는 입장이다. 그런데 여기서 문제는 교원의 전교조 가입여부의 공개가 개인의 신상정보에 해당하는 비공개사항인지 여부와 국익우선의 의무를 준수하면서 직무를 수행하는 국회의원의 직무가 무엇인지 여부이다. 나아가 국회의원의 직무수행과 관련하여 실정법 위반여부에 대한 사법심사가 가능한

지도 판단되어야 할 것이다.

II.

국회의원은 국민의 대표기관인 국회의 구성원이다. 국회의원은 국민의 직접선거로 선출된다는 점에서 개개의 국회의원이 국가기관성 내지 헌법기관으로서의 성격을 갖는다. 국회의원이 헌법으로부터 부여받는 지위에 대해서는 통상 국회의 구성원으로서의 지위와 함께 국민의 대표자로서의 지위를 갖는다고 본다. 헌법은 국회의원에 대하여 입법부인 국회를 규정하고 있는 장에서 그 권한과 신분 및 의무에 대하여 규정하고 있다. 그렇지만 소위 이번 사건에서 논란이 된 국회의원의 직무와 관련하여 구체적인 내용에 대해서는 언급하고 있지 않다. 헌법은 제45조 면책특권조항에서 ‘직무상’, 제46조 제2항 국익우선의무에서 ‘직무를’ 등을 언급하고 있지만 직무가 무엇인지 명확하고 구체적으로 범위를 정하여 규정하고 있지는 않다.

사전적으로 직무란 직책이나 직업상에서 책임을 지고 담당하여 맡은 사무를 말하는 것으로, 그 직책이나 지위로부터 나오는 사무를 일컫는 것이다. 국회의원의 직무란 국회의원의 헌법상 지위로부터 나오는 사무, 즉 정치적 공무원인 국회의원의 공무를 말한다고 보아야 할 것이다. 이 직무와 관련하여 국회법은 제24조 국회의원의 취임선서에서 “나는 헌법을 준수하고 국민의 자유와 복리의 증진 및 조국의 평화적 통일을 위하여 노력하며, 국가이익을 우선으로 하여 국회의원의 직무를 양심에 따라 성실히 수행할 것을 국민앞에 엄숙히 선서합니다.”라고 하여 국회의원의 직무범위를 개괄적으로 언급하고 있다. 즉 국회의원은 국민의 대표이며 국민의 대표기관인 국회의 구성원으로서 헌법과 법률에 의하여 주어진 권한을 성실하게 수행해야 하는 직무를 갖는다.

헌법은 국회에 입법권을 주고 다른 국가권력에 대한 감시와 견제권한을 부여하고 있다. 또한 이런 권한의 행사에는 헌법준수, 국익우선, 국민의 자유와 복리증진과 조국의 평화적 통일을 위하여 노력해야 하는 의무가 병과된다. 국회의원의 직무와 관련해서 발제문에서 언급하고 있는 것처럼 헌법이 규정하고 있는 국회의원의 권한은 포괄적 의미에 있어서 입법적 권한이라고 할 수 있다. 그리고 그 외의 국회의원의 행위는 정치적 행위라 할 수 있다. 물론 이런 정치적 행위에 해당하는 행위 역시 오늘날 법치국가원리의 틀 속에서 직·간접적으로 헌법과 법률적 근거를 갖는다고 보아야 한다. 소위 정치적 행위는 법에 의하여 근거지워진다고 하여도 그 책임여부를 규정하고 있지 않기 때문에 단지 법적 책임을 지지 않는다는 의미밖에 없다.

이상과 같은 논의를 통하여 볼 때 국회의원이 개인의 홈페이지에 전교조의 명단을 공개한 것이 직무행위에 해당하는지 여부는 명확하지 않다. 국민의 대표자로서 국민과의 소통을 공적 활동의 영역에서 하는 것만으로 국한한다면 명단공개를 직무행위로 보기는 어렵다. 그렇지만 다른 한편에서 국민의 자유와 복리증진이란 측면에서 이를 알릴 의무가 있다고 본다면 직무행위가 아니라고 하기도 어렵다. 왜냐하면 국회의원은 헌법으로부터 자신의 직무에 있어서 포괄성을 인정받고 있기 때문이다. 국민의 알 권리를 충족시켜야 한다면 그 책임과 의무를 이행해야 한다. 그렇다고 한다면 이는 헌법이 요구하는 기본

적 원칙의 범위 내에서 이루어져야 한다. 즉 이번 사건의 경우 전교조의 명단공개가 교원의 개인정보를 법이 정한 범위를 일탈하여 공개한 것인지, 아니면 허용의 범위 내에서 한 것인지 여부, 또한 나아가 국민의 알 권리 보장의 측면에서 한 것인지 등을 종합적으로 검토하여 판단해야 한다.

오늘날 어떤 경우도 국민의 자유와 권리를 침해하는 통치행위 내지 고도의 정치행위는 있을 수 없다. 법치국가원리는 정치를 법의 영역에 끌어들여서 그 활동의 자유는 보장하지만, 일탈행위에 대해서는 법적 책임을 묻는다. 이미 헌법재판소도 자신의 결정에서 언급하였지만, 국민의 자유와 권리를 침해하는 어떤 국가기능도 인정할 수 없는 것이다. 왜냐하면 현대국가는 국민주권국가이기 때문이다. 즉 국가의 주체는 국민이고 모든 국가권력은 국민으로부터 나오기 때문이다. 그런 점에서 볼 때 이번 전교조 교원의 명단공개문제는 교원의 개인정보의 침해인지 여부와 침해라 하여도 국민의 알 권리보장과 관련하여 헌법이 요구하는 실체적 조화원칙에 따라 이익형량을 통하여 허용될 수 있는지 여부에 좌우된다고 볼 수 있다.

전교조는 교원들로 구성된 노동조합이다. 노조는 그 성격상 노동자에 의하여 구성된 사적 단체이나, 역사적으로 사업자나 고용주에 대항하기 위한 단체로 발전해왔기 때문에 법적으로 특별한 보호를 받는 결사체이다. 헌법 역시 노동자들의 단결권을 기본권으로 보호하고 있다. 그런데 일반 근로자와 달리 교원은 교육자로서 법적 지위를 갖는다. 교원 중에는 국·공립학교에 근무하는 교육공무원과 사립학교에 근무하는 교육공무원에 준하는 대우를 받는 교원이 포함되어 있다. 이런 신분을 가진 자들에 의하여 구성된 노조는 일반 근로자가 결성한 노조와 달리 특별법으로부터 규율을 받는다. 즉 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’은 교원의 노조결성과 활동을 위하여 제정되었다. 동 법은 구성원의 신분과 지위에 상응하게 제3조에서 일체의 정치적 활동을 못하도록 규정하고 있다.

교원노조법이 일반 근로자와 다른 교원의 신분을 고려한 취지를 볼 때 교원노조는 일반노조와 달리 더욱 강한 공공성을 갖는다고 볼 수 있다. 교원의 전교조가입여부가 개인정보에 해당하는지 여부는 우선 개인을 식별할 수 있을 정도의 정보를 개인정보라고 할 때 전교조가입여부와 소속학교명 정도로 개인을 식별할 수 있다고 본다. 그러면 개인정보에 해당한다고 볼 수 있다. 그렇지만 교원은 그 신분과 지위에서 볼 때 일종의 공인이며 교원노조 역시 공공성을 갖는 공·사적 단체라는 점에서 그 정도의 공개로 개인정보를 침해하였다고 보기는 어려울 것이다.

나아가 전교조의 명단이 개인정보의 침해라고 하여도 침해의 정도가 국민의 알 권리를 제한할 정도가 되는지 여부도 검토되어야 한다. 다시 말하자면 이 문제와 관련하여 전교조의 활동으로 인하여 당해 국민의 교육권에 침해가 발생하였는지 여부와 학부모의 권리가 침해되었는지 여부도 판단해야 할 것이다. 그렇기 때문에 교원의 수업권문제는 거론의 여지가 없다. 왜냐하면 초·중등교원의 수업권은 대학교원의 강의의 자유와 달리 공교육제도에 의하여 주어진 교과과정에 따라 교육내용을 전달해야 하는 책무가 수반되는 법률상의 권리이기 때문이다. 물론 국민의 알 권리 역시 헌법이 요구하는 범위 내에서 제한을 받기 때문에 결국 양자에 대한 이익형량을 통하여 결과를 도출할 수밖에 없다고 본다.

Ⅲ.

오늘날 법과 제도는 국가와 사회를 지키고 국민의 자유와 권리를 보호하는 가장 중요한 장치이다. 흔히 법은 도덕의 최소한이기 때문에 법 자체가 갖는 문제점도 있어서 이를 탄력적으로 운용해야 한다고 한다. 그렇지만 법적 안정성을 훼손하면서 법의 탄력성만 갖고 논할 수는 없다. 과거 법실증주의가 팽배 하였던 시절에는 법의 내용에 상관 없이 형식성만 갖고 법적 분쟁을 해결하였기 때문에 실정법 자체가 오히려 법적 분쟁을 야기하기도 하였다. 그렇지만 오늘날 모든 법은 법치국가원리의 틀 속에서 그 정당성을 평가받고 있다. 그렇기 때문에 어떤 분쟁이든 법이 요구하는 바에 따라 해결할 수밖에 없다.

앞에서 언급한 것처럼 전교조 명단공개는 우리 사회가 안고 있는 교육문제, 이념문제 등을 적나라하게 보여준 사건이다. 이 문제는 교원의 개인정보, 국민의 알 권리, 공인의 범위, 권력분립원칙과 국회의원의 직무범위 등과 관련하여 상당히 심화된 법적 문제를 안고 있다. 또한 더 나아가 국민의 교육권과 국가의 교육제공의 의무 등도 관련되어 있다고 할 수 있다. 특히 이 사건은 헌법재판소로 넘어가면서 그 결과를 기다려야 하는 문제가 되었다. 그렇지만 전교조의 명단공개를 원하는 다수의 국민이 있고, 이를 충족시켜야 할 의무가 국민의 대표기관에게 발생한다면 국민의 자유와 권리를 침해하지 않는 범위 내에서 할 수 있다고 보아야 한다.

전교조 명단공개사건은 그 결과를 떠나서 우리 사회에 숙제를 안겨주었다. 헌법이 요구하는 바대로 국민의 교육권이 보장되고 있는지, 우리 사회에 자리잡고 있는 이념적 갈등을 어떻게 해결하고 자유민주주의의 가치를 발전시켜 나갈 것인지 등이 우리가 풀어야 할 과제이다.

<토 론 문>

|토 론4| 한상희 (건국대학교 법대 교수)

05th Session

〈토 론 문〉

한 상 희 (건국대학교 법대 교수)

1. 국회의원의 직무행위론의 의미

- 우리 헌법학계에서는 국회의원의 직무행위에 대하여는 별다른 개념정립의 시도가 없었음
 - ➡ 발제문은 이런 개념을 추구한다는 점에서 나름의 의미가 있음

- 하지만, 그 직무행위가 무엇을 의미하며 그 내포(구성요건)와 효과는 어떠한가에 대한 분석은 누락되어 있음
 - 발제문의 경우 “입법행위란 정당한 입법과정의 일부로 행하여지는 합법적 행위를 말한다”고 하면서도 “정당한” “입법과정” “일부” “행하여지는”, “합법적” “행위” 등의 중요한 법개념에 대한 설명이나 분석 나아가 그 외연을 확정하는 방법 등에 대하여는 침묵하고 있음
 - 단지 부연개념으로 “입법적 행위는 국회의 권한 및 국회의원의 권한과 임무에 관련된 직무행위를 포함한다”고 하고 있으나 이 또한 지나치게 광범위하고 일반적인 언술로 일관하고 있음

- 그 결과 발제문은 “입법적 행위는 직무상 행위로서 적법성이 인정되지만, 비입법적 행위로서 특히 정치적 행위는 그 적법성 여부를 묻지 않는다는 점에 특색이 있다”라는 검정되지 아니한 언술로 논리비약을 감행하고 있음
 - 발제문의 개념규정상 “입법적 행위”는 당연히 “합법적 행위”여야 하며 따라서 합법성을 확보하지 못한 행위는 “입법적 행위”의 범주에 들어가지 못함
 - 이 부분과 관련하여 “입법적 행위”를 “합법적 행위”로 규정할 경우 어떤 행위가 입법적 행위인가 아닌가의 여부를 판단하는 것은 법판단으로서 사법부의 종국적인 법발견(즉 구체적 법규의 발견) 권한에 포함되어야 함
 - 요컨대, “입법적 행위”인지 아닌지의 여부는 의당 사법부의 법판단대상이 되며(다만 이에 대한 사법자체가 발동되는 경우는 차치하더라도), ‘위법한’ 입법적 행위와 ‘모든 비입법적 행위’는 법앞에서의 평등이라는 헌법원칙에 따라 당연히 일반적인 사법관할에 포함되는 것임
 - 따라서 “비입법적 행위로서 특히 정치적 행위는 그 적법성 여부를 묻지 않는다”라는 언술은 그

근거가 전혀 없음

- 헌법학계에서는 거의 부정되고 있는 통치행위론이나 혹은 사법자제에 바탕을 두는 state action이론에 근거를 두는 경우 등을 제외하고는 “정치적 행위는 그 적법성 여부를 묻지 않는다”라는 판단은 있을 수 없음(특히 ‘합법성 여부’가 아니라 ‘적법성 여부’라고 한다면 더욱 그러함)
- 발제문에서 인용하고 있는 U.S v. Brewster 사건(각주 3)에서도 “비입법적 행위 또는 정치적 행위에 대하여는 문책할 수 있다”고 판시하였음은 이 점에서 참조하여야 할 것임

○ 더 나아가 발제문이 분석하고자 하는 교원의 노조가입명부공개행위가 “입법적 행위”인지 아니면 “비입법적 행위”인지를 판단하는 것 또한 모호함

- 이 포섭은 발제문의 전과정을 지배하는 가장 핵심적인 판단대상임

- 발제문의 경우

- ① “국회의원이 (……) 명단을 공개한 것은 직무와 관련된 행위라 할 수 있다. (……) 이것이 (……) 국회의원의 직무행위와 관련이 있다는 점(입법행위성)을 고려하지 않으면 안 된다”
- ② “국회의원이 정부로부터 제공받은 자료를 [어떻게 활용할 것인지]는 국회의원으로서 그의 양심에 따라 결정할 사안이라 할 것이다. 국회 본회의나 위원회에서 동일행위가 면책특권의 대상이 된다는 것은 그것이 입법행위로서 국회의원의 직무범위에 속하기 때문이다”라고 규정하고 있음

- 그러나 ①의 명제는 명단공개행위가 직무관련행위라는 사실을 판단하고 있을 뿐 그것이 왜 “입법행위성”을 띠게 되는지는 설명하지 않고 있음

(직무행위에는 입법행위와 비입법행위가 있다는 것이 발제문의 입장임)

②의 언급은 두 문장이 상호 논리적 연관이 없음. 자료활용방법은 국회의원의 재량적 판단사항이라는 것과 그것이 입법행위라는 것은 전혀 무관한 언술임. 특히 “그것이 입법행위로서 국회의원의 직무범위에 속하기 때문”이라는 문장은 동어반복에 불과한 것으로 앞의 서술은 뒤의 서술에 당연히 포함되는 것임

- 요컨대, 발제문의 어느 곳에서도 명단공개행위가 입법행위라는 논증은 물론 그를 추정할 수 있는 어떠한 서술도 발견할 수 없음

2. 입법행위와 면책특권

○ 발제문은 명단공개행위가 입법행위이기 때문에 단지 공개의 방법과 형식만 다를 뿐(인터넷 공개 v. 회의장 공개)이라고 해서 그 취급을 달리하는 것은 바람직하지 않다는 취지의 서술을 하고 있음

○ 하지만, 전술한 바와 같이 명단공개행위가 왜 입법행위라고 보아야 하는지를 규명하지 못 함으로써 그 논술의 전과정이 근거 없는 것이 되고 말았음

- 뿐만 아니라 국회에서의 회의에서 한 발언에 대하여 면책특권을 인정하는 것과 회의장 밖에서의 발언에 대하여 그 특권을 인정하지 않는 것은 단순히 공개방법과 형식의 차이로만 구분할 수 있는 것은 아님
 - 의회주의체제에서 국회의 회의과정에서 한 발언에 대하여 면책특권을 인정하는 것은 자유로운 입법활동을 보장하기 위함뿐 아니라, 국회의 회의과정은 여야의 상호견제구도 속에서 그 발언의 진위·가치에 대한 반대의견의 제출기회가 보장되는 등 오류나 편견, 혹은 위법·부당한 진술들을 탄핵할 수 있는 장치가 있기 때문임
 - C. Schmitt가 의회주의의 본질을 공개와 토론에 두고 있음은 바로 이 점 때문이기도 함
 - 따라서 동일한 발언이 원내 회의에서 면책특권이 보장되고 있음을 이유로 원내에서도 사실상 보장되어야 한다고 요구하는 것은 의회주의의 작동원리에 대한 오해에서 비롯하는 것임
 - 이 점은 국회의원이 회의에서 발언한 것은 면책특권이 보장되나 그것을 언론기관이 외부적으로 보도하는 것에 대하여는 당연히 위법성이 조각되는 것이 아니며 경우에 따라서는 그 외부보도 행위 자체가 처벌대상이 되기도 한다는 점에서도 잘 나타남(문광삼, 헌법학)

- 발제문은 조전혁 의원이 제공한 보도자료를 인용하면서 면책특권과의 관련성을 설명하고 있으나 (각주 6) 그 내용 또한 헌법적인 오류를 가지고 있음
 - 각주 6에서는 “제가 국회 본회의나 상임위의 대정부질의를 통해 명단을 공개했다면 면책특권이 적용됩니다. 그럴 경우 (……) 모든 국민은 국회 홈페이지 속기록 사이트에서 명단을 확인할 수 있기 때문입니다”라고 하고 있으나
 - 본회의 또는 상임위의 대정부질의를 통해 이루어지는 경우 이에 대한 반대당의 견제가 존재하거나 혹은 정부측 답변과정에서 그 타당성여부에 대한 논의가 이루어질 수 있으며, 더 나아가 속기록에 이 명단을 기재할 것인가의 여부가 국회 내부의 의결과정을 거쳐 결정되게 됨
 - 즉, 의회내에서 일종의 변론과정을 통해 명단공개여부의 여부가 집합적으로 결정되는 것이며 이는 일단은 그 절차적 정당성이 인정되는 입법행위로 판단될 수 있음
 - 하지만, 그런 절차적 통제하에서 이루어지는 것이 아니라 단순히 개별 “국회의원”의 개인적 판단에 따라 명단이 공개되는 것은 적어도 입헌주의 및 의회주의의 구속을 받는 헌법체계에서는 그 의미가 전혀 다른 것임
 - 발제문은 이 점에서 이런 헌법적 의미를 지적하여야 함에도 불구하고 단순히 그 보도자료를 직접 인용함에 그치고 있어 묵시적으로 이런 비헌법적 판단을 지지하고 있는 듯한 인상을 주고 있음

3. 직무행위와 ‘권리’ 충돌

- 발제문의 오류가 가장 심각한 부분임
- 직무행위와 교원의 권리 문제는 권리충돌이 아니라 권리침해 또는 권리제한의 문제임
 - 국회의원이 직무수행상 가지는 힘(法力: 법으로 보장된 힘)은 권리가 아니라 권한임
 - 따라서 국회의원이 자료나 명단을 공개할 수 있는 능력은 권리가 아니라 “국가”로서의 권력주체가 대외적으로 그 권력을 행사하는 능력을 의미하는 권한임
 - 발제문은 일관하여 명단공개행위를 국회의원의 직무행위로 규정하고 있는 바, 만일 그렇게 본다면 그 행위는 의연히 국가행위이며 일종의 공권력 작용이 됨
 - 국민주권주의의 틀에 입각할 경우 공권력은 그 본질상 담지자의 권리가 아니라 권한일 뿐임: 그리고 그 권한의 행사로 인하여 국민의 “권리나 법적 이익”이 침해된다면 이는 행정소송, 국가당사자소송 혹은 헌법소원 등의 사법적 판단의 대상이 되어야 함 - 행정소송의 개괄주의 원칙상 이를 금하는 별도의 입법이 존재하지 않는 한 그것이 국회의원이라는 “국가기관”의 행위라 할지라도 예외가 되지 못 함.
 - 국민(교원)의 개인정보자기통제권과 국회의원의 명단공개가 충돌한다면 그것은 권리충돌의 법리가 아니라 국가권력에 의한 기본권의 제한(헌법 제37조제2항) 또는 침해의 법리로 처리하여야 함
 - 헌법 제37조제2항의 경우 아무리 중요한 국가적·국민적 이익을 달성하기 위함이라 하더라도 국민의 기본권제한은 반드시 법률에 그 근거를 두어야 함을 정하고 있음 ▶ 그러나 이 사건의 경우에는 그런 법률근거조항이 없을 뿐 아니라 오히려 그러한 정보공개를 금지하는 법률조항만 있음
- 만약 발제문이 분석하고자 하는 것이 교원의 개인정보자기통제권과 학부모들의 알 권리의 충돌의 문제라고 한다면 이는 적절하지 못한 논점을 거론하고 있는 것임
 - 권리충돌의 법리는 두 당사자가 국가에 대하여 (특히 법원에서) 서로 대립하는 자신의 권리를 주장하며 다툰 때 그를 해결하기 위한 것임
 - 이 부분에 대한 국가개입은 권한 있는 국가기관이 되어야 함: 이 사건의 경우 주무관서인 교원 소속 학교 혹은 그 감독기관으로서의 교육감(최종적으로는 교육부) 혹은 그에 관한 소송의 제기를 받은 법원이 권한있는 국가기관임
 - 국회의원은 비록 “포괄적” 직무권한을 가지기는 하나 이런 권리충돌에 개입할 수 있는 직접적 권한은 가지고 있지 못 함: 왜냐하면 이 개입행위는 처분적·집행적 행위이며 그는 행정의 고유 영역에 속하는 것임
 - 이는 대통령이나 국무총리가 행정의 수반 또는 국정을 통할하는 지위에서 포괄적 직무권한을 가지지만, 그럼에도 불구하고 법적인 근거 없이는 하급기관이 가지는 그 어떠한 구체적인 처분도 할 수 없음과 마찬가지로(특히 상급감독기관은 하급기관의 행위에 대하여 취소권을

행사할 수 있을 뿐이지 하급기관을 대신하여 새로운 처분을 할 수 없음은 이 점과 관련 의
미가 있다)

- 이런 의미에서 국회의원의 명단공개행위를 기본권의 충돌의 문제로 처리하자고 할 때, 그것은 국민의 알 권리를 충족시키기 위한 것이라는 명분과 목적에도 불구하고 행정부의 권한을 침해하여 권력분립의 원칙에 어긋나는 것이 되어 버림

※ 발제문은 권리충돌을 설명하는 과정에서 학생의 학습권이 교원의 수업권에 우선한다는 현재결정을 소개하면서도(각주 21) 그것이 이 사건에 어떻게 적용될 수 있는지에 대하여는 침묵하고 있음

- 현재결정은 학습권은 학생이 가지는 당연한 기본권이지만, 수업권은 교원이 직무상 가지는 권리(소위 직무권한)에 불과한 것이라는 점을 들어 전자가 후자보다 우월하다고 판단하고 있음
- 마찬가지로 국회의원의 명단공개권 역시 국회의원의 지위에서 생기는 국민에 대한 일차적인 의정 활동상의 직무권한에 불과하며 이 역시 국민의 기본권실현을 위하여 인정되는 것이므로 국민의 기본권은 국회의원의 명단공개권에 대하여 우월한 지위에 있다고 해야 할 것임

○ 발제문은 권리충돌론을 교과서 수준으로 길게 설명하면서도 정작 이 사건과 관련하여서는 그것이 어떻게 적용되어야 하는지를 밝히지 못 하고 있음

- 이중기준의 원칙과 자유우선의 원칙을 그 해결방안으로 제시하고 있음
- 하지만, “기본권이 충돌하는 경우에는 먼저 우선되는 이익을 가지는 기본권을 먼저 고려하여야 한다”라고 하면서도 무엇이 우선되는 이익인지를 규명하지 않음. 요컨대 법포섭이 전혀 없음
- 발제문이 제시하는 원리에 의하더라도
 - 국민의 알권리는 적극적·능동적 권리(freedom)인 반면
 - 국민의 개인정보자기통제권은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니할 소극적 권리(liberty)라는 점에서
 - 전자가 후자보다 자유의 기본개념에 훨씬 더 근접해 있으며
 - 이 때문에 자유우선의 원칙이 적용되어야 함

○ 국회의원의 직무상의 행위·알권리·인격권

- 발제문은 “국회의원의 직무는 본질적으로 입법과 국정통제, 그리고 이를 통한 국민의 이익에 봉사하는데 있다”고 전제하면서 “국회의원은 국민의 정치적 의사를 국정 특히 입법에 반영하여야 할 의무가 있다”고 함. 하지만 이런 언술로부터 아무런 근거도 없이 직접 “이러한 점을 고려한다면 직무상 지극한 자료를 국민의 알권리를 위하여 공개하는 것은 그러한 권리침해의 가능성에도 불구하고 허용될 수 있다고 하여야 할 것이다”라는 결론을 도출하고 있음
- 국민의 이익을 위해 봉사하여야 할 의무는 모든 공무원이 가지는 공통된 의무이며 이를 위하여 국민의 정치적 의사를 반영하여야 할 의무 또한 마찬가지임
 - 그럼에도 불구하고 공무원이 어떤 국민의 기본권을 제한하는 행위를 하려면 반드시 법률의

- 근거가 있어야 하며 그 법률의 위임을 받아야 함
- 이것이 우리나라의 자유민주적 기본질서의 핵을 이루는 법치국가의 기본원리(법률의 법규 창조력, 법률유보)임
- 뿐만 아니라 현재 교육법은 교원에 관한 특정한 개인정보는 공개하지 말 것을 규정하고 있으며 그럼에도 불구하고 그러한 행동으로 나아가는 것은 법률의 우위를 바탕으로 위법행정을 금지하는 법치국가의 틀에 위반되는 것임
- 발제문의 논리에 의하면 법치국가 혹은 법의 지배의 원칙이라는 국가이념은 존재할 근거가 없어짐

4. 국회의원의 직무행위와 사법심사

- 명단공개행위가 왜 직무행위이며 그것은 입법행위/비입법행위 중 어느 것에 속하는가에 대한 설명이 없음(전술하였음)
- 발제문은 “국회의원의 행위가 정당한 입법행위라면 면책특권의 대상이 아니어도 국회의원의 직무상 행위로서 보호되지 않으면 안된다”고 단언하고 있음
 - 하지만 그 근거는 제시되지 않고 있음
 - 더 나아가 이 명단공개사건의 경우 그것이 이런 법판단에 어떻게 포섭되는지를 설명하지 않고 있음
 - 발제문에 의하면 “국회의원의 직무상 행위로서 보호되”기 위해서는 “정당한 입법행위”이어야 함이 그 요건을 되어 있음
 - 여기서 “정당한”의 판단기준은 무엇인지
 - 그리고 명단공개를 금지하는 법률의 존재에도 불구하고 어떻게 명단공개행위가 “정당성”을 획득할 수 있는지
 - 아울러 이 행위가 어떻게 하여 “입법행위”인지 등에 관한 설명이 누락되어 있음
- 발제문은 “정당한 입법행위”는 특히 사법부로부터 보호되어야 한다고 주장하고 있음
 - 발제문은 “우리 입법체계상 법원이 입법부 등 다른 국가기관에 작위 또는 부작위를 명할 권한이 있다는 법률은 존재하지 않는다”고 함
 - 하지만, 우리 학계에서는 법원이 다른 국가기관에 대하여 의무이행판결은 할 수 없어도 최소한 부작위위법확인판결 내지는 의무화판결을 할 수 있는 권한을 가지는 것으로 이해되고 있음
 - 더구나 법원이 다른 국가기관에 대하여 임시의 조치를 명하는 이른바 가처분결정이나 가집행결정은 할 수 있다고 보는 것이 일반적인 학계의 입장임
- 발제문은 사법부는 ‘정치적 의미에서 무(無)’라고 하면서 ‘정치적으로 중립적인 기관’이라고 규정하고 있음

- 하지만, 이런 규정으로부터도 이 사건과 관련한 법원의 책무는 면제될 수 없음
- 이 명단공개사건은 정치적 성격의 '사건'이 아니라 개인의 기본권이 침해되었다고 주장되는 사건으로 엄연한 법적 판단을 요하는 법사건임
- 따라서 법원은 이런 권리구제를 주장하며 소를 제기하는 당사자에 대하여 그 판단의 책무를 회피하여서도 아니되며 또 회피할 수도 없음
- 소위 정치문제(political question, state action) 또는 통치행위개념은 고도의 정치적 판단에 의하여 이루어지는 국가최고기관의 행위라고 규정되고 있는 만큼 이 사건과는 의미가 다름
- 실제 발제문은 이 사건의 의미를 정치성에 비중으로 두며 사법자제를 요청하는 듯 하나 이는 그 본질을 잘 못 이해한 것임
 - 우리 법학의 기본을 이루는 방법이원론은 법판단과 정치·정책판단을 구분할 것을 요구하고 있음
 - 이 사건에 관한 한 정치판단은 법판단에 입각하여 내려진 법원의 판결을 부정하거나 혹은 그것을 무효로 돌리는 것이 아니라 오히려 그 법원의 판결을 인정하면서 그 불이익을 감내하고서라도 나의 이념·정책을 추진한다는 것이어야 함

5. 권한쟁의심판과 직무행위

- 발제문은 ①명단공개행위가 국회의원의 직무행위인가 ②만약 그렇다면 이에 대한 재판권의 행사는 국회 및 국회의원의 권한을 침해하거나 그럴 우려가 있는 것은 아닌가라는 의문을 떠올리고 있음
- 헌법재판소는 국회의원에 대하여 국가기관성을 인정하고 있음
 - 하지만, 그 국가기관으로서의 성격에는 어떠한 처분이나 집행의 권한은 포함되어 있지 않음
 - 대체로 우리 헌법재판소가 인정한 국회의원의 국가기관으로서의 권한에는 법률안제출권, 법률안에 대한 심의·표결권 등이 중심을 이루고 있음
 - 하지만, 이러한 권한은 대부분 국회내에서의 절차를 중심으로 형성되는 것일 뿐 국회의원이 대외적으로 특히 국민에 대하여 어떠한 처분을 하는 권한이 부여된 것은 아님
 - 명단공개와 같은 행위는 그것이 사실행위로서의 성격을 가지지만, 그 효과가 지속·반복적이고 직접적이라는 점에서 처분성을 가지며 따라서 이러한 행위는 일반·추상적 규범의 정립과정에 참여할 권한을 가진 국회의원의 권한범위내에 포섭된다고 보기 어려움
 - 이런 사실행위는 그 자체 비입법행위 혹은 정치행위의 영역에 포함되며 국회의원의 법적 권한이라고 할 입법행위 밖에 있는 것이라 할 것임
 - 이에 대하여 당사자인 조전혁의원 자신도 “국민의 알권리”를 충족하기 위한 것임을 분명히 하고 있는 바, 이런 구체적·개별적 대국민서비스는 국가기관으로서의 국회의원의 직무범위

에 포함되는 것이라 보기는 어려움(오히려 교육부 등 행정기관의 직무사항임)

- 설령 국회의원의 직무행위내에 포함된다 하더라도 그것이 법원의 통제밖에 있는 것이라고 주장하는 것은 견제와 균형에 입각한 권력분립의 원칙에 어긋나는 동시에 개팔주의를 취하고 있는 우리나라 행정소송법제에도 어긋남
 - 직무행위로서 이루어진 모든 행위는 사법부의 사법판단의 대상이 되어야 한다는 것이 법치국가 및 권력분립의 원칙을 취하고 있는 우리 헌법체계의 기본틀임
 - 요컨대 직무행위라는 이유로 그에 대한 사법판단을 권한쟁의심판의 대상으로 규정한다면 이는 개팔주의를 취하고 있는 행정소송법체계의 기반을 허무는 결과를 야기하게 될 것임
- 발제문은 또, 국회의원이 제기한 권한쟁의심판에 대하여 헌법재판소가 본안전판단으로 각하결정을 내리고 있음에 대하여 “중요한 헌법적 쟁점사항에 관하여는 적극적으로 본안판단을 하여야 한다”고 촉구하고 있으나 이 역시 소송구조에 대한 오해에서 연유함
 - 국회의원이 사법부를 상대로 권한쟁의심판을 제기하기 위하여는 먼저 당해 청구인인 국회의원이 그러한 자격을 갖추고 있는가부터 판단하여야 하며 이 과정에서 국회의원의 국가기관성여부가 판단될 수 있음
 - 우리 사법부는 이러한 당사자자격 혹은 청구인적격의 문제는 본안전 판단사항으로 하고 있는 것이 일반적임

6. 결론

- 금번 발생한 국회의원의 교원관련 민감한 개인정보(sensitive information) 공개사건은 국가와 개인의 관계, 나아가 개인과 개인의 관계속에서 권리장전 혹은 수권규범으로서의 헌법이 어떠한 기능을 수행하여야 하는가를 재검토하게 하는 중대한 의미를 가지고 있음
- 현대 사회에서 가장 중요한 개인정보이자 사상과 신념의 자유, 결사의 자유 등 기본적인 인권과 밀접한 연관을 가지고 있는 것으로 알려진 노조가입여부에 대한 정보의 자기통제권을 보호하는 것이 전세계적인 추세임에도 불구하고 우리나라에서는 그와 다른 취급이 헌법적으로 가능한지, 만약 가능하다면 그 다른 취급이 이루어지는 절차과 과정은 어떠하여야 하는지의 문제가 달려 있음
- 하지만, 발제문은 이런 헌법문제들을 기존의 헌법이념이나 원칙 혹은 각종의 절차·규범통제장치들을 활용하여 설명하고 논증하기보다는 직관주의적으로 단정하는 방식에 의거하여 다루고 있는 바람에 그 언술의 타당성을 검증할 수 없는 상태에 있음
- 향후 이런 부분에 대한 보완이 이루어지게 되면 다시 이런 토론의 기회가 있으면 보다 알찬 학술적 성과를 거둘 수 있을 것으로 생각됨