

2025년도 시행 제14회 변호사시험

헌법 사례형 시험 총평

(선동주 헌법연구소)

I. 들어가며

응시자 여러분, 고된 시험 일정을 소화해 내시느라 수고 많으셨습니다.

당락의 고민을 잠시 내려놓고 충분한 휴식과 재충전의 기회를 누리셨으면 합니다.

사례형 시험 점수를 예측할 기준을 제시하고 내년 시험에 도전하는 분들의 준비를 돕고자 올해 사례형 시험의 의미를 분석해 보았습니다.

이번 시험도 예년과 마찬가지로 수험과정에서 중요시되는 쟁점을 중심으로 출제되었습니다. 다만 복수의 사실관계에 기초하여 다양한 쟁점이 얽혀있는 문제구조로 인해 차분하게 논리를 펴나가기 어려운 시험이었다고 평가됩니다.

최근 몇 해 동안 복합적인 사고과정을 요구하는 문제가 출제되고 있는데, 시험 운영체계로부터 감지되는 기류 변화를 종합할 때, 이러한 경향은 당분간 유지될 것이라 예상합니다.

아래에서 살펴볼 기출문제 분석은 제 강의와 교재에서 다루는 내용을 중심으로 작성하였음을 알려드립니다.

II. 2025년 헌법 사례형 시험 분석

여러 판례의 사실관계를 융합하고 변형을 가한 문제로서 포괄적 해결능력을 검증하려는 의도가 엿보입니다. 수험에서 당연히 요구되는 덕목이지만 **개념, 원리에 대한 정확한 이해와 풍부한 문제 연습량**을 모두 갖추어야 합리적인 결론에 이를 수 있고, **키워드 없는 장황한 지식**으로는 일정한 리듬으로 써나가는 것 자체가 어려운 문제입니다.

아래에서는 설문의 해결에 필요한 논점의 포인트를 짚어보겠습니다.

〈제1문〉은 기소유예처분취소 사건(헌재 2022.9.29. 2018헌마755 : 기각), 인형뽑기방 허가취소처분 등 취소 사건(서울행정법원 2017.12.21. 2017구합58274), 부천시담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인 사건(헌재 1995.4.20. 92헌마264등 : 기각) 등을 배경으로 출제되었습니다.

제1문의 1.

甲과 乙이 청구한 헌법소원의 심판대상범위, 법적 관련성 및 청구기간 (20점)

법령헌법소원의 적법요건은 선택형·사례형 시험에서 공히 중요시되는 쟁점이지만, 일부 논점을 누락할 위험과 분량조절에 실패할 위험이 있습니다.

① **대상적격의 개념 포인트**를 알고 있다면 대상범위를 특정하는 것은 어렵지 않습니다. 전형적인 법규명령이 문제되고 있으므로 제재처분의 기준 등 법규명령 형식의 행정규칙 논점은 사례와 무관합니다.

① 영업 중이거나 개업을 구체적으로 준비하는 자들에게 법령 자체로 직접 법률관계가 확정되는 사안이므로 자기관련성 및 직접성 요건은 별문제 없이 충족됩니다. 그러나 **유예규정**이 있는 시행규칙, 아직 **시행되지 않은** 조례가 문제되므로 현재성 및 청구기간 요건에 대해서는 적극적인 검토가 요구됩니다(**법령헌법소원과 청구기간의 적용, 시행유예규정과 청구기간 기산점, 현재성완화와 청구기간의 적용** 논점).

제1문의 2. (1)

위 심판대상의 헌법 제13조 제2항 위반 여부 (15점)

소급입법금지원칙도 선택형·사례형 시험에서 공히 중요시되는 쟁점입니다. 다만 **소급입법의 유형**에 따라 헌법 제13조 제2항의 적용 여부, 전개 방향이 달라지므로 그 유형을 확정하는 것이 중요합니다.

① 심판대상 법령조항들이 헌법 제13조 제2항의 소급입법금지원칙에 위반되는지 여부를 검토하려면, **소급입법금지 일반론**(진정소급입법과 부진정소급입법의 유형 및 효과), 헌법 제13조 제2항의 성격(소급입법금지 일반론 즉 **진정소급입법의 원칙적 금지** 선언 규정)을 서술한 다음, 심판대상조항들은 모두 장래에 향하여 기구의 존치·사용을 규제할 뿐 그 시행 이전의 행위까지 규율하는 것이 아니라는 점에서 **진정소급입법에 해당하지 않으므로** 헌법 제13조 제2항에 위반되지 않는다는 점을 논증해야 합니다.

② 진정소급입법이 아니라면 신뢰보호원칙이 적용될 수 있지만, 설문에서는 헌법 제13조 제2항의 위반 여부만 묻고 있으므로 여기에선 별도로 검토할 필요가 없다고 서술하면서 마무리하면 가장 안전한 방법이 될 것입니다.

제1문의 2. (2)

甲과 乙의 제한되는 기본권 특정 및 그 침해 여부 (35점)

특정 업종의 영업 규제라는 점에서 제한되는 기본권의 중심은 **직업의 자유**입니다. 직업결정의 자유, 직업행사의 자유 중 무엇이 제한되는지가 고민되나, 단계이론 적용을 자제하는 최근 경향과 사실관계가 변형된 점을 고려하면 가점 요소로 예상되오니 소신

것 선택하면 됩니다. 한편 사안의 경우 과잉금지원칙과 함께 **법률유보원칙 등 위임입법의 한계**가 중요한 침해 판단기준이 됩니다.

① 직업의 개념에 관한 헌법재판소 판례에 따르면 인형뽑기업도 그 사행성과 별개로 직업 개념을 충족하므로, 직업의 자유의 제한이 문제됩니다. **직업결정의 자유의 제한인지, 직업수행의 자유의 제한인지 여부는 판단 여지**가 있으므로 중요하게 작용하지 않을 것 같습니다. 재산권, 행복추구권, 평등권도 문제될 수 있지만 직업의 자유 침해 여부 판단에 포섭될 수 있어 따로 판단하지 않는다는 점을 밝히고 마무리하면 보다 안전한 답안구성이 될 수 있습니다.

② ‘**법률의 하위규범**’에 의한 ‘**기본권 침해**’가 문제되므로, **법률유보·법률우위**의 원칙, **과잉금지**의 원칙 등의 위배 여부가 판단의 핵심을 이룹니다. **복수의 주체가 서로 다른 법령을 문제 삼고 있으므로** 판단기준의 근거 규범과 판단의 결과가 달라질 수 있습니다. 심판대상이 법률이면 수권법률에 적용되는 위임입법한계로 의회유보원칙, 포괄위임금지원칙이 문제 될 것이나 사안의 경우 그 하위규범이 대상이므로 이들은 논점이 아니며, 조례에 대해서는 헌법과 지방자치법에 별도의 한계 규범이 명시되고 있다는 점이 중요합니다. 실제 판례들과 달리 시행규칙의 유효기간을 훨씬 짧게 설정하고, 조례의 내용을 예외를 인정하지 않는 전면 금지로 각색한 결과, 서로 결론이 달라질 수 있으므로 **심판대상별로 나누어 접근**하는 것이 수월합니다.

<제2문>의 4는 유성환의원 사건(대법원 1992.9.22. 91도3317), 노회찬의원 사건(대법원 2011.5.13. 2009도14442), 명예훼손 손해배상 사건(대법원 2007.1.12. 2005다57752; 2002.5.10. 2000다68306) 등을 배경으로 출제되었습니다.

제2문의 4.

국회의원 丙의 면책특권 인정 여부 (30점)

해당 쟁점은 사법시험 기출문제보다는 덜 까다롭게 출제된 결과 **선택형 시험을 위해 준비한 정보**만으로 합리적인 답안을 작성할 수 있습니다. 다만 높은 배점이 주어졌으므로 요건과 한계를 **항목별로 꼼꼼하게** 따져야 합니다. 헌법 제45조 **면책특권의 요건**인 “국회의원이, 국회에서, 직무상 행한, 발언과 표결”과 관련하여 ‘특권의 주체’는 국회의원에 한정되고, ‘국회에서’의 의미는 기능적인 의미로 접근하며, ‘직무상 행위’에는 통상적 직무부수행위도 포함된다는 점, **면책특권의 한계**와 관련하여 허위발언도 면책될 수 있다는 점을 논리적 순서에 따라 검토해야 합니다.

① **원내 기자실 발표**의 경우, 대법원 판례상 국회 본회의에서 질문할 내용을 사전에 원내 기자실에서 발표한 행위도 면책의 대상이 되는 통상적 직무부수행위에 해당할 수 있다는 점이 검토대상입니다.

② **국회 본회의 발언**의 경우, 대법원 판례상 국회 회의장에서 장관을 상대로 대정부질

의를 하던 중 의혹사건의 수사를 촉구하는 과정에서 한 발언 자체는 직무 수행의 일환으로서 원칙적으로 면책 대상이라는 점이 검토되면 충분합니다. 아래에서 볼 면책특권 한계 논점과 중첩되므로 별도로 검토하지 않아도 문제없을 것 같습니다.

③ **홈페이지 질문자료 게시**의 경우, 논란이 있으나 대법원은 노회찬 의원 사건에서 면책특권을 적용하지 않고 위법성조각 여부를 검토한 결과 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 않는다고 하였다는 점이 검토대상입니다.

④ **허위발언과 면책가능성**의 경우, 대법원 판례상 공공의 이익에 관한 사항으로서 발언 내용이 허위라는 점을 인식하지 못했다면 그 진위 확인을 제대로 하지 않았더라도 면책의 대상이 된다는 점을 검토하면 됩니다.

다음 페이지에서는 위에서 확인한 쟁점들을 더욱 구체화하여 핵심 논점의 논리적 전개 과정을 예시답안의 형태로 정리하였으니 꼭 참고하시기 바랍니다.

II. 마치며

응시자 여러분, 대한민국 최고 등급 시험을 치르시느라 수고 많으셨습니다.

내년 시험을 준비하는 여러분, 헌법은 타 과목 공부 부담으로 공부의 총량을 채우지 못해 늘 어려운 과목이니 투자를 게을리하지 마실 것을 당부합니다.

예비 법조인 여러분의 건승을 진심으로 기원합니다.

2025년도 시행 제14회 변호사시험

헌법 사례형 시험 핵심 쟁점 정리

제1문의 1.

甲과 乙이 청구한 헌법소원의 심판대상범위, 법적 관련성 및 청구기간 (20점)

I. 헌법소원심판의 심판대상범위 확정

1. 헌법소원의 대상적격

헌법소원의 대상인 공권력작용은 '입법권을 포함'한 모든 공권력주체의 고권적 작용으로서 국민의 법적 지위에 '직접 영향'을 미치는 행위를 말한다.

2. 심판대상범위의 확정

① 甲 사건의 심판대상은 2024. 9. 26. 개정된 「관광진흥법 시행규칙」 제40조 제1항 [별표 11] 제2호 나목 1) 라)(이하 '이 사건 제외조항'이라 한다) 및 부칙 제3조 제3항(이하 '이 사건 부칙조항'이라 하고, 위 두 조항을 합하여 '이 사건 시행규칙조항'이라 한다)이다.

② 乙 사건의 심판대상은 2024. 12. 24. 제정된 「B시 인형뽑기 기구 설치 금지 조례」 제3조(이하 '이 사건 조례 금지조항'이라 한다) 및 부칙 제2조(이하 '이 사건 조례 부칙조항'이라 하고, 위 두 조항을 합하여 '이 사건 조례조항'이라 한다)이다.

II. 법적 관련성

1. 법령헌법소원의 청구인적격

법령헌법소원의 경우 법령 자체로 자신의 기본권이 현재, 직접 침해되는 자가 청구기간을 준수하여 청구해야 한다.

2. 자기관련성 및 직접성

헌법소원심판청구는 청구인 자신의 기본권이 직접 침해당한 경우라야 한다.

① 甲의 경우, 이 사건 시행규칙조항은 인형뽑기업자인 甲의 헌법상 보장된 직업의 자유 등 기본권에 관하여 집행행위의 매개 없이 직접 게임제공업 허가를 받거나 기구를 폐쇄해야 하는 의무를 부과하고 있으므로 자기관련성 및 직접성이 인정된다.

② 乙의 경우, 이 사건 조례조항은 개업을 구체적으로 준비하고 있는 乙의 직업의 자유 등 기본권에 관하여 바로 인형뽑기 기구 설치금지 및 기구폐쇄 의무를 부과하고 있으므로 자기관련성 및 직접성이 인정된다.

3. 현재성

헌법소원심판청구는 청구인의 기본권이 현재 침해당한 경우라야 하는데, 장래 발생할 침해라도 현재 확실하게 예측되는 경우 현재성의 예외가 인정된다.

- ① 甲의 경우, 2024. 12. 31.까지 허가를 받지 않으면 기구를 폐쇄해야 하는 기본권 침해가 현재 확실하게 예측되므로 현재성의 예외가 인정된다.
- ② 乙의 경우, 2025. 1. 중 시행예정인 조례에 의한 기본권 침해가 현재 확실하게 예측되므로 현재성의 예외가 인정된다.

4. 청구기간

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 하며(헌법재판소법 제69조 제1항 본문), 두 기준을 모두 준수해야 한다. 헌법재판소 판례에 의하면, 법령헌법소원에도 일회적 법률행위의 속성상 청구기간이 적용되나, 시행유예기간을 둔 법령의 경우 법령 시행일이 아닌 유예기간의 도과일부터 기본권 침해가 발생하고, 청구기간은 기본권이 명백히 현실 침해된 때부터 기산하므로 현재성이 완화되는 경우 적용이 없다.

- ① 甲의 경우, 이 사건 시행규칙에 의한 규제는 2024. 12. 31.까지 유예된 결과 그 경과일인 2025. 1. 1.부터 기본권 침해가 발생하므로, 유예기간 경과일 이전인 2024. 12. 26.에 제기된 甲의 헌법소원은 청구기간 도과가 문제되지 않는다.
- ② 乙의 경우, 이 사건 조례조항은 2025. 1. 중 시행될 예정이므로, 시행일 이전인 2024. 12. 26.에 제기된 乙의 헌법소원은 청구기간 도과가 문제되지 않는다.

제1문의 2. (1)

위 심판대상의 헌법 제13조 제2항 위반 여부 (15점)

I. 쟁점의 정리

심판대상 법령조항들은 과거에 개시된 행위까지 규율하는 입법으로서 인형뽑기 기구의 사용·수익·처분권을 제한하고 있으므로 헌법 제13조 제2항의 소급입법금지원칙의 위반 여부가 문제된다.

II. 헌법 제13조 제2항 위반 여부

1. 소급입법금지 일반론

소급입법은 과거에 이미 완성된 사안에 적용되는 사후입법인 진정소급입법과 과거에 개시

되었으나 아직 완성되지 않은 사안에 적용되는 사후입법인 부진정소급입법으로 구분되는데, 전자는 원칙적으로 금지되거나 신뢰보호에 우선하는 특단의 사정이 있는 경우 예외가 허용되며, 후자는 원칙적으로 허용되거나 신뢰보호의 관점에서 제한될 수 있다.

2. 헌법 제13조 제2항의 성격

헌법 제13조 제2항은 소급입법에 의한 참정권 제한 및 재산권 박탈을 금지하고 있다. 헌법 제13조 제2항의 법적 성격에 관하여, 헌법재판소는 소급입법금지 일반론을 선언한 것으로 진정소급입법에 대한 원칙적 금지를 규정한 것으로 본다.

3. 검토 및 사안의 해결

- ① 이 사건 시행규칙조항의 경우, 그 개정일 이전에 이루어진 인형뽑기업의 허가·기기의 폐쇄에 대해서는 전혀 규율하고 있지 않으며, 장래에 향해서만 의무를 부과할 뿐 이어서 그 규정의 법적 효과가 시행일 이전의 시점에까지 미치지 않는 결과 진정소급입법에 해당하지 않으므로 헌법 제13조 제2항의 소급입법금지원칙의 위반은 문제되지 않는다.
- ② 이 사건 조례조항의 경우, 장래에 향하여 기구의 존치·사용을 규제할 뿐 그 규정의 법적 효과가 시행일 이전의 시점에까지 미치지 않는 결과 진정소급입법에 해당하지 않으므로 헌법 제13조 제2항의 소급입법금지원칙의 위반은 문제되지 않는다.
- ③ 진정소급입법이 아니라면 신뢰보호원칙이 적용될 수 있지만, 설문에서는 헌법 제13조 제2항의 위반 여부만 묻고 있으므로 별도로 검토하지 않는다.

제1문의 2. (2)

甲과 乙의 제한되는 기본권 특정 및 그 침해 여부 (35점)

I. 제한되는 기본권의 특정

1. 직업의 자유

헌법 제15조는 자유롭게 자신의 직업을 결정하고 행사할 수 있는 직업의 자유를 보장하고 있다. 직업의 개념과 관련하여 헌법재판소는 “생활의 수단이 되는 계속적인 소득활동이면 종류나 성질을 불문한다”고 하여 공공무해성을 요구하고 있지 않은바, 인형뽑기업은 그 사회적 유해성과는 별개로 사업자의 입장에서 직업의 개념요소를 충족하므로, 이 사건 조항들로 인해 甲과 乙의 직업의 자유의 제한이 문제된다. 특히 허가를 받지 않으면 인형뽑기업을 선택할 수 없고, B시의 경우 전역에서 인형뽑기 기구 설치가 금지되므로, 인형뽑기 사업자의 직업결정의 자유를 제한하는 것이 될 소지가 있다.¹⁾

1) 참고로 현재 2022.9.29. 2018헌마755 사건, 현재 1995.4.20. 92헌마264등 사건에서는 직업수행의 자유를 제한한다고 보았다.

2. 재산권, 행복추구권 및 평등권

심판대상조항들에 관해서는 사적유용성 및 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치를 향유할 헌법 제23조의 재산권, 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 갖는 헌법 제10조의 행복추구권, 모든 국민의 법 앞의 평등을 보장하는 헌법 제11조의 평등권 등의 침해도 문제될 수 있으나, 이들 기본권의 제한 문제는 심판대상조항들이 인형뽑기업을 규제하는 것이 과도하여 직업의 자유를 침해하는지의 문제와 다르지 않으므로 직업의 자유 침해 여부 판단에서 함께 살펴보고 별도로 판단하지 아니한다.

II. 기본권 침해의 판단기준

법률의 하위규범에 의한 기본권 침해가 문제되고 있으므로, 위임입법의 한계로서 법률유보·법률우위원칙, 국가작용의 내용적 한계로서 과잉금지원칙의 위배 여부가 판단의 핵심을 이룬다. 특히 직업결정의 자유의 제한은 인격발현의 제한 효과가 직업수행의 자유의 제한보다 일반적으로 크기 때문에 더 엄격한 제약을 받는다.²⁾

III. 이 사건 시행규칙조항의 기본권 침해 여부

1. 위임입법한계 준수 여부

(1) 의 의

법률유보·법률우위원칙이란 행정작용은 법률에 근거하여 법률에 적합하게 행해져야 한다는 것을 말한다. 헌법 제37조 제2항은 기본권제한의 한계로서 법률유보원칙을 선언하고 있는데, 이는 ‘법률에 근거한 제한’을 요청하는 것이므로 그 형식이 반드시 법률일 필요는 없으며 법률에 근거한 하위규범을 통해서도 기본권을 제한할 수 있다.

(2) 검토 및 사안의 해결

이 사건 시행규칙조항은 안전성검사 대상 유기시설·기구의 범위 규율을 위임하는 관광진흥법 제33조 제1항의 위임에 따라 제정된 것으로 법률상 근거가 있다. 게임산업법상 게임물도 사전적 의미로서의 유기시설·기구의 범주에 속하나 사행성 조장 등 그 고유한 특성으로 인해 게임산업법의 엄격한 규율을 받는다. 위 규칙으로 정해질 관광진흥법의 규율대상인 유기시설·기구는 사행성 조장의 문제가 없는 것으로 정해질 것임을 예측할 수 있다. 사행성 조장 등의 문제를 유발할 우려가 있는 ‘놀이형 인형뽑기’를 안전성검사 배제대상에서 삭제하고, 그에 관한 경과조치를 규정한 이 사건 시행규칙조항은 모법의 위임범위 내에서 규정된 것으로 달리 특별한 사정이 없는 이상 위임입법한계를 준수하였으므로, 甲의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

2. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 의 의

2) 현재 2022.9.29. 2019헌마813 참고

헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙이란 국민의 기본권을 제한하는 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성·수단의 적합성·피해의 최소성·법익의 균형성을 의미하며 그 어느 하나에라도 저촉이 되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다.

(2) 검토 및 사안의 해결³⁾

① 이 사건 시행규칙조항은 ‘놀이형 인형뽑기’ 업종 관리의 혼선을 해소하고 그 영업 규제를 강화하여 청소년을 보호하려는 것으로 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. ② 이 사건 제외조항이 선택한 방법과 동일한 정도로 청소년 보호라는 중요한 공익을 달성하면서도 기본권을 덜 제한하는 입법대안을 상정하기 어려우므로 침해의 최소성 및 법익의 균형성도 갖추었다. 다만 이 사건 부칙조항이 부여한 3개월 정도의 유예기간은 게임제공업 허가 등을 갖추는 데 지나치게 짧은 기간으로서 사익이 제한되는 정도가 과중하므로 침해의 최소성 및 법익의 균형성에 어긋난다. ③ 따라서 이 사건 제외조항과 달리 부칙조항은 과잉금지원칙에 반하여 甲의 직업의 자유를 침해한다.

IV. 이 사건 조례조항의 기본권 침해 여부

1. 위임입법한계 준수 여부⁴⁾

헌법 제117조 제1항에 의거한 지방자치법 제28조는 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있도록 하면서 침익적 내용의 조례제정에는 법률의 위임을 요구하고 있다. 이 사건 조례조항은 청소년 보호를 위한 게임물 설치 장소의 제한을 위임하는 게임산업법 제26조 제2항에 근거하여 제정된 것이다. 다만 이 사건 조례 금지조항은 모법의 위임범위를 넘어 B시 전역에서 인형뽑기 기구 설치를 전면 금지하고 있으므로 위임의 한계를 벗어난 규정으로서 乙의 직업의 자유를 침해한다.

2. 과잉금지원칙 위반 여부⁵⁾

① 이 사건 조례 금지조항은 사행성 조장 등으로 인한 청소년의 피해를 예방하려는 것으로 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. ② 그러나 이러한 공익은 영업시간 및 청소년 출입시간의 제한, 경품금액의 한도 제한, 초·중·고등학교 밀집지역 등에서의 제한으로도 충분히 달성할 수 있고, 성인출입업소 등에서는 허용하더라도 목적달성에 지장이 된다고 보기 어려움에도 불구하고 B시 전역에서 인형뽑기 기구 설치를 전면 금지하여 사익제한의 정도가 과중하므로 침해의 최소성 및 법익의 균형성에 반한다. ③ 따라서 위 조항은 과잉금지원칙에 반하여 乙의 직업의 자유를 침해한다.

3) 현재 2022.9.29. 2018헌마755 사건에서 헌법재판소는 1년 가까운 유예기간을 정한 시행규칙 부칙조항에 대하여 침해의 최소성 및 법익의 균형성에 부합한다고 판시하였으나, 유예기간을 3개월로 대폭 축소한 출제자의 의도를 고려하여 반대로 검토하였다.

4) 현재 1995.4.20. 92헌마264등 사건에서는 법률의 위임규정에 근거하여 제정된 것이고, 담배자판기의 전면적인 설치금지를 내용으로 하는 등의 특별한 사정이 없는 이상 위임의 한계를 벗어난 규정이라고 볼 수 없다고 판시하였다.

5) 현재 1995.4.20. 92헌마264등 사건에서는 담배의 심각한 유해성과 청소년 보호의 필요성, 성인출입업소를 제외한 점 등을 감안하여 과도하지 않다고 판시하였다.

제2문의 4.

국회의원 丙의 면책특권 인정 여부 (30점)

I. 면책특권의 의의

헌법 제45조의 면책특권이란 국회의원이 국회에서 직무상 행한 발언·표결에 관하여 국회 외에서 책임을 면제받는 특권을 말하는데, 이는 집행부의 부당한 탄압으로부터 의회와 의원의 자주적 활동을 보장하기 위한 것이다.

II. 면책특권의 요건

1. 특권의 주체

헌법상 '특권의 주체'는 국회의원에 한정된다. 丙은 국회의원이므로 면책특권이 인정되는 주체에 해당한다.

2. '국회에서'의 의미

'국회에서'의 의미는 특권의 취지상 장소적 의미(물리적 공간)가 아닌 '국회의 직무범위'라는 기능적 의미(실질적 기능)로 이해해야 하는바, 국회의 본회의, 위원회 등을 포함하여 국회의 직무범위와 관련된 의원의 활동을 의미한다고 본다.

3. 직무상 행한 발언·표결

(1) 원내 기자실 발표

대법원은 '직무상 행위'에는 직무집행 그 자체뿐만 아니라 통상적 직무부수행위도 포함된다고 하면서, 직무부수행위인지 여부는 회의의 공개성, 시간적 근접성, 장소 및 대상의 한정성, 목적의 정당성 등을 기준으로 판단한다고 판시하였다. 丙이 국회 본회의에서 질문할 내용을 회의 시작 30분 전에 원내 기자실에서 기자들에게 발표한 행위는, 행위의 목적, 장소, 태양 등을 종합할 때 면책의 대상이 되는 통상적 직무부수행위에 해당한다.

(2) 국회 본회의 발언

대법원 판례에 의하면, 국회 회의장에서 법무부장관을 상대로 대정부질의를 하던 중 의혹 사건에 대한 수사를 촉구하는 과정에서 한 발언 자체는 직무 수행의 일환으로 이루어진 것이므로 원칙적으로 면책의 대상이 된다.

(3) 홈페이지 질문자료 게시

자신의 인터넷 홈페이지 게재행위에 관해서는 국회의원의 지위에서 한 활동인지, 개인적 지위의 활동인지가 문제되는데, 대법원은 노회찬 의원의 안기부 불법녹취자료 공개 사건에서 면책특권의 적용을 배제하고 위법성조각 여부를 심사하면서 "국회의원이라는 지위에 기하여 수사기관에 대한 수사의 촉구 등을 통하여 그 취지를 전달할 수 있었음에도 굳이 전

파성이 강한 인터넷 매체를 이용하여 불법 녹음된 대화의 상세한 내용과 관련 당사자의 실명을 그대로 공개하여 방법의 상당성을 결여하였으므로, 형법 제20조의 정당행위에 해당한다고 볼 수 없다”고 하여 통신비밀보호법 위반을 인정하였는바, 이러한 논리에 따르면 丙의 행위는 정당성이 부정될 수 있다.

Ⅲ. 면책특권의 한계

허위발언이 면책특권의 범위를 벗어나는 것인지와 관련하여, 대법원은 “면책특권의 취지에 비추어 볼 때, 발언 내용 자체에 의하더라도 직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 등까지 면책될 수는 없지만, 발언 내용이 허위라는 점을 인식하지 못했다면 비록 발언 내용에 다소 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다고 하더라도, 그것이 직무 수행의 일환으로 이루어진 것인 이상 면책의 대상이 된다”고 판시하였는바, 이 사건 발언이 이루어진 전후 경위 및 그 내용 등에 비추어 보면, 丙이 이 사건 발언 내용이 허위임을 알면서도 발언을 하였다고 단정할 수 없으므로 면책특권의 범위를 벗어난 것이라고 보기는 어렵다.