



---

# 결정요지

---

2020. 12.

서울행정법원

---

## 1. 개요

- 2020아13354 집행정지
- 행정 제4부
- 2020. 12. 1.자 결정

## 2. 주문

- 신청인 일부 승
  - 피신청인이 2020. 11. 24. 신청인에 대하여 한 직무집행정지처분은 이 법원 2020구합○○○○○ 사건의 판결 선고 후 30일까지 그 효력을 정지한다.
  - 신청인의 나머지 신청을 기각한다.

## 3. 신청취지

- 피신청인이 2020. 11. 24. 신청인에 대하여 한 직무집행정지처분은 이 법원 2020구합○○○○○ 사건의 판결 확정 시까지 그 효력을 정지한다.

## 4. 처분의 경위

- 신청인은 검찰총장의 직위에 있는 자이다.
- 피신청인은 2020. 11. 24. 신청인에 대하여 다음과 같은 혐의(이하 ‘이 사건 징계사유’라 한다)를 이유로 검사 징계위원회에 징계청구를 한 뒤, 검사징계법 제8조 제2항에 따라 신청인의 직무 집행의 정지를 명하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다).



- ① 서울중앙지검장 재직 시 사건관계자인 중앙일보 사주와 부적절한 만남을 가진 혐의
- ② 대검찰청 수사정보정책관실로 하여금 주요사건 재판부 판사들의 개인정보 및 성향 자료를 불법수집·활용하게 한 혐의
- ③ A에 대한 대검찰청 검찰부의 검찰착수보고를 받고 정당한 이유 없이 감찰을 중단하게 한 혐의
- ④ A에 대한 수사방해 목적으로 전문수사자문단 소집을 강행하여 수사지휘권을 부당하게 행사한 혐의
- ⑤ B 전 총리 사건 수사검사들에 대한 감찰을 방해하면서 대검찰청 인권부로 하여금 민원 사본을 마치 민원 원본인 것처럼 허위로 기재한 서류를 서울중앙지검에 송부하도록 한 혐의
- ⑥ A에 대한 검찰착수 사실을 외부에 알려 언론에 보도되게 함으로써 감찰을 방해한 혐의
- ⑦ 대검찰청에 대한 국정감사시 퇴임 후 정치시사 발언을 하여 검사로서 정치적 중립에 관한 위신 손상
- ⑧ 감찰대상자로서 협조 의무를 위반하고 감찰을 방해한 혐의

## 5. 신청인의 주장

- 이 사건 처분의 토대가 된 이 사건 징계사유는 현 단계에서 객관적으로 소명되지 않는다. 이 사건 처분으로 인하여 신청인이 참고 견딜 수 없거나 견디기가 현저히 곤란한 유·무형의 손해가 발생할 우려가 있고, 이를 예방할 긴급한 필요성이 인정되며, 이 사건 처분의 효력정지로 인하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없다.

## 6. 판단

### 1) 쟁점의 정리

- 신청인은 이 사건 처분의 효력정지를 구함에 있어 이 사건 징계사유의 위법성을 구체적으로 주장·소명하려 하고, 피신청인 또한 이를 구체적으로 반박한 바 있다.
- 그러나 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서는 행정 처분 자체의 적법 여부를 판단할 것이 아니고 그 행정처분의 효력이나



집행 등을 정지시킬 필요가 있는지의 여부, 즉 행정소송법 제23조 제2항 소정 요건의 존부만이 판단대상이 된다(대법원 2011. 4. 21. 자 2010무 111 전원합의체 결정). 즉 본안은 본안 청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 정도의 소극적 요건으로만 심리될 뿐이고, 집행정지 사건의 심리 및 판단에 있어 본안에서 다루어져야 할 처분의 위법성까지 구체적·개별적으로 판단함은 적절하지 않다.

- 게다가 이 사건의 본안은 신청인에 대한 징계처분이 아니라 징계 시까지 신청인의 직무 집행을 정지하는 내용의 처분이 적법한지 여부이므로, 이 사건 징계사유가 이 사건 처분사유가 된다고 볼 수도 없다.
- 기록 및 심문 전체의 취지를 종합하여 볼 때, 이 사건 처분의 취소를 구하는 본안 청구가 이유 없음이 명백하다고는 보이지는 아니하므로, 이하에서는 이 사건 신청이 행정소송법상 집행정지의 요건을 갖추었는지를 중점적으로 판단한다.

## 2) 행정소송법상 집행정지의 요건

- 행정소송법 제23조 제2항은 ‘취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 처분 등의 효력 등을 정지할 수 있다.’고 정하고 있다. 여기에서 ‘회복하기 어려운 손해’는 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 금전보상이 불가능한 경우 또는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다. 그리고 ‘처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요’가 있는지는 처분의 성질, 양태와 내용, 처분상대방이 입는 손해의 성질·내용과 정도, 원상회복·금전배상의 방법과 난이도 등은 물론 본안청구의 승소가능성 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판



단하여야 한다(대법원 2018. 7. 12.자 2018무600 결정).

- 행정소송법 제23조 제3항은 ‘공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때’에는 집행정지가 허용되지 아니한다는 소극적 요건을 정하고 있다. 여기서 말하는 ‘공공복리’는 그 처분의 집행과 관련된 구체적이고도 개별적인 공익을 말하는 것으로서 이러한 집행정지의 소극적 요건에 대한 주장·소명책임은 행정청에게 있다(대법원 1999. 12. 20.자 99무42 결정 등 참조).
- 행정소송법이 이러한 제한사유를 정한 취지는 집행정지 여부를 결정하는 경우 신청인의 손해뿐만 아니라 공공복리에 미칠 영향을 아울러 고려하여야 한다는 데 있고, 따라서 공공복리에 미칠 영향이 중대한지의 여부는 절대적 기준에 의하여 판단할 것이 아니라, 신청인의 ‘회복하기 어려운 손해’와 ‘공공복리’ 양자를 비교·교량하여 전자를 희생하더라도 후자를 옹호하여야 할 필요가 있는지 여부에 따라 상대적·개별적으로 판단하여야 한다.

### 3) 회복하기 어려운 손해의 존부

- 이 사건 처분으로 인하여 신청인은 직무 집행 정지 기간 동안 검찰총장 및 검사로서의 직무를 더 이상 수행할 수 없게 된다. 이는 금전보상이 불가능한 손해일뿐더러 금전보상으로는 참고 견딜 수 없는 유형·무형의 손해에 해당하고, 사후에 이 사건 처분의 취소소송에서 신청인이 승소한다고 하더라도 그러한 손해가 회복될 수 없다.

### 4) 긴급한 필요

- 이 사건 처분의 효력은 처분 시로부터 바로 발생한다. 이 사건 처분이 비위행위에 대한 징벌적 제재라기보다는 신청인에 대한 징계의결 시까지의 예방적·잠정적 조치라 하더라도, 이 사건 처분의 효과는 신청인의 검찰총장 및 검사로서의 직무 수행 권한을 완전히 배제하는 것으로서



사실상 해임·정직 등의 중징계처분과 동일한 효과를 가져온다. 따라서 이 사건 처분의 효력 정지를 구할 긴급한 필요성이 인정된다.

- 이에 관하여 피신청인은, 신청인에 대하여 2020. 12. 2. 징계위원회가 개최될 예정이고, 징계처분 역시 조만간 이루어질 것인데, 이와 같이 징계처분이 이루어질 경우 이 사건 처분의 취소 및 그 집행정지를 구할 소의 이익이 소멸하므로 이 사건 처분의 효력을 정지할 긴급한 필요성이 존재하지 않는다고 주장한다.
- 그러나 신청인에 대하여 징계처분이 예정되어 있다고 하더라도 징계절차가 최종적으로 언제 종결될지 예측하기 어려운 상황에서 그와 같은 사유만으로 이 사건 처분의 집행정지 필요성을 부정한다면 이는 신청인의 법적 지위를 불확정적인 상태에 두는 것이어서 받아들일 수 없다.

## 5) 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는지 여부

### ▣ 피신청인은 이 부분에 관하여 다음과 같이 주장한다.

- ① 수사대상자이면서 징계혐의자인 검찰총장이 직무집행을 계속하며 검찰사무를 총괄할 경우, 공정한 검찰권 및 감찰권의 행사가 위협받을 중대한 위험이 있다.
- ② 이 사건 처분은 징계위원회의 징계의결이 있기 전까지 신청인의 검찰총장으로서의 ‘직무의 연결성’을 보장하기 위하여 그 직무를 배제하는 것으로, 피신청인의 재량행위이다. 이 사건 처분의 집행정지로 인하여 신청인이 본안 사건에서 전부 승소한 것과 같은 효과가 발생한다면 검사징계법 제8조 제2항이 정한 피신청인의 인사권이 보장되지 아니할 우려가 있다.
- ③ 이 사건 처분의 집행정지 단계에서 사법적 심사가 이루어질 경우 행정청의 징계행정의 자율성과 독립성에 심대한 타격이 가하여지고, 삼권분립의 원칙에도 반한다.



## ▣ 관련 법리

- 형사소송법 제195조는 “검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 같은 법 제196조는 제1항에서 “수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.”라고 규정하고, 제3항 전문에서 “사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다.”라고 규정하고 있다. 그리고 같은 법 제246조는 “공소는 검사가 제기하여 수행한다.”라고 규정하고 있다.
- 검찰청법은 검찰청의 직제와 검사의 수사절차에 관한 권한과 의무에 관하여 자세하게 규정하면서, 제4조에서 “검사는 공익의 대표자로서 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항, 범죄수사에 관한 사법경찰관리 지휘·감독, 법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구 등의 직무와 권한이 있다.”고 규정하고, 제8조에서 “법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다.”라고 규정하고 있다. 그리고 같은 법 제12조 제3항은 “검찰총장의 임기는 2년으로 하며, 중임할 수 없다.”라고 규정하고, 국회법 제65조의2 제2항 제1호는 검찰총장 후보자에 대하여 국회의 인사청문회를 거치도록 규정하고 있다. 즉 헌법과 형사소송법 등 대한민국의 법체계는 검사에게 수사와 공소의 제기 및 수행 업무에 관하여 강력한 권한을 부여하고, 검사에게 부여된 막중한 권한이 공정하게 행사되도록 하기 위하여 검사의 수사와 공소의 제기 및 유지 권한은 대통령을 수반으로 하는 행정부, 특히 검찰청이 소속된 법무부의 장관으로부터도 최대한 간섭받지 않고 행사될 수 있도록 제도적으로 보장하고 있는 것이다 (대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결 참조).
- 검사는 법무부에 소속된 행정기관의 하나이므로 행정조직원리상 최고감독자인 법무부장관의 지휘·감독에 복종함이 당연하나, 형사사법기능의 일부를 담당하는 기관이므로 독립성과 정치적 중립성이 요구된다. 따라



서 입법자는 법무부장관이 검사에 대하여 갖는 지휘·감독권은 일반적인 행정기관에 대한 지휘·감독권과 다르게 일정한 제한을 두어, 검찰사무에 대하여는 일반적으로 모든 검사들을 지휘·감독할 수 있지만, 구체적 사건에 대하여는 오직 검찰총장만을 지휘·감독할 수 있도록 하였다. 그런데 검찰총장이 법무부장관의 지휘·감독권에 맹종할 경우 검사들의 독립성과 정치적 중립성은 유지될 수 없다. 검찰총장은 검사들의 최고상급자로서 모든 검사들을 지휘·감독할 수 있으므로 결과적으로 법무부장관은 검찰총장을 통하여 모든 검사들을 지휘·감독할 수 있기 때문이다. 그래서 입법자는 검찰총장으로 하여금 부당한 정치권력에 휘둘리지 않도록 임명 전에 국회의 인사청문회를 통하여 철저히 검증하고, 일단 임명되고 나면 소신껏 일할 수 있도록 임기를 보장하였다.

- 다만 검찰이 그 독립성을 지나치게 강조하다 보면 검찰 스스로 정치적 중립성과 공정성을 잃게 될 위험성도 배제할 수 없다. 대통령은 국민들에 의해 직접선거로 선출된 국정운영의 대표자라는 점에서, 법무부장관은 그러한 대통령의 위임을 받은 자라는 점에서 검찰에 대한 그들의 지시와 명령은 민주적 정당성을 갖는다. 따라서 법무부장관이 검찰에 대한 통제권의 일환으로 검찰총장 인사제청권과 더불어 지휘·감독권을 갖는 것은 검찰에 대한 민주적 통제장치로서의 의미를 가진다.
- 따라서 법무부장관의 검찰, 특히 검찰총장에 대한 구체적인 지휘·감독권의 행사는 법질서 수호와 인권보호, 민주적 통제라는 목적을 달성하기 위하여 필요최소한에 그칠 필요가 있다.

#### ■ 구체적 판단

- 다음과 같은 이유에서 이 사건 처분의 집행정지가 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있다거나 그러한 공공복리가 신청인이 입을 손해보다 중대하다고 보이지 않는다.
- ① 검사징계법 제8조 제2항은 법무부장관은 ‘필요하다고 인정할 때’



징계혐의자인 검사에게 그 직무 집행의 정지를 명할 수 있다고 규정하고 있다. 피신청인은 위 규정을 들어 피신청인의 직무 집행 정지의 권한이 ‘재량행위’에 해당한다거나, 이 사건 처분의 집행정지로 피신청인의 인사권이 제약을 받는다고 주장한다. 그러나 행정청에게 재량이 부여되어 있다고 하더라도 이는 일정한 한계를 가지고, 그 재량권의 일탈·남용은 사법심사의 대상이 된다. 나아가 앞서 살핀 검찰총장의 지위, 법무부장관과 검찰총장과의 관계 및 그 지휘·감독권의 성격에 비추어 볼 때, 그 직무 집행 정지 권한 행사의 대상이 ‘검찰총장’인 경우 그 재량권 행사는 더욱 예외적으로, 또한 보다 엄격한 요건 하에서 이루어져야 한다. 더불어 검찰총장이 대통령에 의해 임명되고 그 임명 과정에서 국회의 인사청문회를 통하여 검증이 이루어지는 것을 고려하면, 위 규정이 피신청인의 검찰총장에 대한 인사권으로까지 전횡되지 않도록 그 필요성이 더욱 엄격하게 숙고되어야 한다.

- ② 신청인의 직무집행정지가 지속될 경우 임기 만료시인 2021. 7. 24.까지 신청인이 직무에서 배제되어 사실상 신청인을 해임하는 것과 같은 결과에 이르는바, 그러한 결과는 검찰의 독립성과 정치적 중립성을 보장하기 위하여 검찰총장의 임기를 2년 단임으로 정한 검찰청법 등 관련 법령의 취지를 몰각하는 것이다.
- ③ 피신청인은 이 사건 징계사유가 인정됨에도 신청인이 직무집행을 계속하여 검찰사무를 총괄할 경우 공정한 검찰권 및 감찰권의 행사가 위협받을 수 있다고 주장한다. 신청인이 검찰사무를 총괄하고 모든 검사를 지휘·감독하는 지위에 있다는 점에서, 신청인에 대한 징계사유가 인정됨에도 그 직무집행이 계속될 경우 공정한 검찰권의 행사에 지장이 초래될 우려가 존재하고, 이는 중요한 공공복리이다. 그러나 신청인의 위와 같은 지위로 말미암아 신청인에 대한 직무 집행 정지가 이루어질 경우 검찰사무 전체의 운영과 검찰공무원의 업무 수행에 지장과 혼란이 발생할 우려 역시 존재하고, 이 또한 중요한 공공복리이다. 신청인과 피신청인은 이 사건 징계사유의 존부에 관하여 매우 치열하게 대립하고 있다. 현재 신청인에 대한 검찰 징계위원회의 개최가 예정되





어 있고, 그 징계절차에서 신청인에게 출석권, 진술권, 특별변호인 선임권, 증인신문 등 증거조사 요구권 등의 방어권이 보장되어 있다(검사징계법 제11조 내지 제13조, 제16조). 사정이 그러하다면, 적어도 신청인에 대한 직무배제는 징계절차에서 이 사건 징계사유에 관하여 신청인에게 방어권이 부여되는 등의 절차를 거쳐 충분히 심리된 뒤에 이루어지는 것이 합당하다고 보이고, 그것이 헌법 제12조가 정한 적법절차 원칙에 부합한다. 또한 피신청인의 주장과 같이 그 징계절차가 임박하여 조만간 징계처분이 이루어질 예정이라면, 설령 신청인에 대한 징계사유가 인정되어 중징계가 이루어진다고 하더라도 징계처분이 이루어지기 이전의 짧은 시간 동안 신청인의 직무가 유지될 뿐이므로 그 직무의 연결성이 중대히 저해되리라고 단정할 수도 없다.

- ④ 이 사건의 본안은 신청인에 대한 징계처분이 아니라 징계 시까지 신청인의 직무 집행을 배제하는 내용의 처분이므로, 이 사건에서 징계사유의 존부를 심리 및 판단함이 적절하지 아니함은 앞서 살핀 바와 같다. 따라서 이 사건 처분의 집행이 정지된다고 하여 신청인에 대한 징계처분에 대한 사법적 심사가 선행되어 삼권분립에 반하는 결과가 초래된다거나 징계행정의 자율성과 독립성에 영향이 가하여질 우려가 있다고 보이지도 않는다.

## 7. 결론

- 이 사건 처분의 집행으로 인하여 신청인에게 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정되고 달리 집행정지로 인하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있다고 인정하기 어렵다. 다만 그 집행 정지의 기간을 본안 사건의 판결 선고 후 30일까지로 정한다.
- 따라서 이 사건 신청은 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 신청은 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 끝.