

## 의무이행소송

김 창 조\*

### 〈국문초록〉

의무이행소송은 행정처분 신청이 행정청에 의하여 거부되었거나 혹은 부작위 상태로 방치되었을 경우에 당해 행정처분의 발급을 구하는 소송이다. 현행법상 행정청의 거부처분이나 부작위에 대해서 의무이행소송이 아닌, 거부처분 취소소송이나 부작위 위법확인소송으로 해결하고 있다. 이는 권리구제의 직접성과 분쟁해결의 효율성 관점에서 적절성을 결하고 있다.

행정소송법이 개괄주의를 전제하여 제도설계가 되어 있다는 점을 고려할 때, 원고의 청구내용에 따라서는 해석을 통한 의무이행소송제도의 인정도 가능하지만, 행정청의 제1차적 판단권 존중, 사법작용의 특수성과 함께, 구체적 법률관계의 부존재 등을 이론적 근거로 그 인정에 소극적이었다. 그러나 앞에서 살펴 본 바와 같이 이러한 주장은 논리적 타당성을 결하고 있다. 입법을 통하여 혹은 법해석 변경을 통하여 의무이행소송을 도입하는 것은 취소소송 중심주의를 완화 내지 수정하는 제도적 의미를 갖게 될 것이다. 의무이행소송의 요건을 별도로 규정하는 것을 단서로 의무이행소송을 확인소송 내지 형성소송으로 파악하려는 견해도 있으나 이는 급부소송인 의무이행소송을 항고소송으로 구성할 때 그 특수성을 반영한 규정이라고 보는 것이 타당한 것 같다.

몇 차례 걸친 의무이행소송의 법정화 과정에서 의무이행소송은 법률관계소송이 아닌 항고소송의 일종으로 규정되어 행위소송형태를 취하고 있다. 2012년 행정소송법 개정안의 경우, 신청형의무이행소송을 전제하여 제도설계를 하고, 비신청형 의무이행소송의 경우에는 해석론에 맡기고 있는데, 비신청형의무이행소송의 적극적인 활용을 위해서는 이에 대한 사항을 별도로 행정소송법에 규정하여 입법적으로 대응하는 것이 타당한 것 같다.

의무이행소송제도가 도입되면 기능적 중복이 발생하기 때문에 부작위위법확인소송제도의 존치는 그 실익이 없다고 보여 진다. 일본의 제도 운용상황을 고려할 때, 의무이행소송과 거부처분 취소소송 간의 병합제기에 대해서는 상대방의 선택에 맡기는 것이 타당하다고 보여 지며, 개별 사안에서 성질상 반드시 병합제기가 필요한 경우에는 해석론을 통하여 인정하는 것이 바람직한 것 같다.

의무이행소송이 행위소송의 일종으로서 항고소송으로 규정될 경우, 본안에서는 행정청의 처분의무 존재와 거부처분과 부작위의 위법성이 인정되는가의 여부가 승소요건의 핵심이 될 것이다. 법원은 승소요건을 갖추었을 때, 이에 대해서 기속행위에 대해서는 특정처분발급이행판결을 행하고, 재량여지가 인정될 때에는 재결

\* 경북대학교 법학전문대학원 교수/법학연구원 연구위원

정의무이행판결을 행하는데 구체적으로는 추상적 의무이행판결의 형태를 취할 가능성이 높다.

행정청의 선제적 위험관리기능의 강화와 급부행정영역의 확대에 수반하여 점증하는 행정청과 사인 간의 법적 분쟁에 적절하게 대응하기 위하여 의무이행소송의 도입은 시급한 입법과제라고 생각된다.

주제어 : 의무이행소송, 거부처분 취소소송, 부작위위법확인소송, 행위소송, 취소소송 중심  
주요의 완화 내지 수정

• 투고일 : 2023.09.30. / 심사일 : 2023.10.22. / 게재확정일 : 2023.10.24.

## I. 머리글

의무이행소송은 행정처분 신청이 행정청에 의하여 거부되었거나 혹은 부작위 상태로 방치되었을 경우에 당해 행정처분의 발급을 구하는 소송이다. 현행 행정소송시스템 하에서 행정청의 위법한 거부처분이나 부작위에 대해서는 거부처분 취소소송이나 부작위위법확인소송으로 해결하고 있다. 이러한 문제해결은 우회적이고 간접적 분쟁해결 방법이라고 할 수 있다. 이를 개선하기 위해서 권리구제의 직접성이나 분쟁해결의 효율성 측면에서 의무이행소송의 도입 필요성이 반복적으로 제기되어 오고 있다.<sup>1)</sup>

현행 우리 법제 하에서 행정소송의 소송사항에 대해서는 열기주의가 아닌 개괄주의를 택하고 있다. 열기주의는 소송사항의 대상이 되는 사항을 법령에 한정적으로 열거하는 형식을 취하면서 행정소송의 형태에 관하여는 행정처분 관념을 기초로 위법한 행정처분에 관한 불복의 소송이라는 구조를 취하는 행정소송제도를 말한다. 이에 비하여 행정소송사항에 관한 개괄주의는 법률상 정송에 해당하면 소송사항에 제한을 두지 않고 폭넓게 사법구제를 인정하는 제도를 지칭한다. 이러한 개괄주의에 기초하여 행정소송시스템을 구성한 현행 행정소송의 제도설계 배경이나 목적을 감안하면, 국민의 권리 혹은 법률상 이익이 침해될 경우 소송유형이 범정화되지 않은 경우라고 하더라도, 시스템의 탄력적 운영이라는 측면에서 법적 분쟁에 대응하여 새롭게 당해 제도를 해석을 통하여 인정할 여지가 있지만, 종래의 대법원 판례는 의무이행소송 제도를 인

1) 김용섭, “의무이행소송의 바람직한 도입방향 —거부처분취소소송 및 부작위위법확인소송과의 관계정립을 중심으로—”, 행정법학 제7호(2014), 77면 이하. 하명호, “의무이행소송의 도입 필요성과 바람직한 도입방안”, 국가법연구 제15집 제2호(2019), 1면 이하.

정하지 않고 현재에 이르고 있다.<sup>2)</sup>

그동안 몇 차례 논의가 진행된 의무이행소송 제도의 법정화 논의는 이것을 항고소송 유형의 하나로서 규정하려는데 특징이 있다. 항고소송은 행정처분에 대한 불복을 주장하는 소송이다. 이것은 재판절차를 통하여 특정 당사자 간의 법률관계(권리의무관계)를 확정하는 방법이 아닌 당해 행정행위의 위법성을 취소·확인하는 방법으로 법적 분쟁을 해결하면서 사회적 제이익을 조정하는 기능을 하고 있다. 이러한 점에서 항고소송은 특정 당사자 상호 간에 있어서 권리의무가 아닌 행정행위에 위법이 있는가 여부에 초점을 맞추어 법적 분쟁을 해결하는 시스템이라고 평가할 수 있다. 행정소송은 행위소송과 법률관계소송으로 분류할 수 있는데 이러한 분류에 따르면, 항고소송은 행위소송이라고 할 수 있다.<sup>3)</sup> 우리 행정소송법은 취소소송 중심주의의 기본구조를 취하고 있는데,<sup>4)</sup> 취소소송을 비롯한 무효등확인소송, 부작위위법확인소송 등의 항고소송은 전형적인 행위소송유형에 해당한다. 이러한 소송에서는 통상적으로 피고 행정청에 대해서 행정행위에 대한 위법확인, 취소, 시정 또는 의무이행소송이 입법화될 경우, 행정청에 대해서 처분을 행할 것을 요구하는 의무이행 등이 청구된다. 이에 비하여 법률관계소송은 행정에 관한 법률관계 즉 권리의무관계의 존부 등을 다투는 소송이다. 공법상 당사자 소송이나 민사소송이 이에 해당하는 전형적 예이다.<sup>5)</sup> 의무이행소송에 대해서 독일은 법률관계소송에 가까운 제도 구성을 하고, 일본은 항고소송의 한 가지 유형으로 규정하여 행위소송으로 제도 구성을 하고 있다.

이하에서는 이미 의무이행소송 제도를 도입하여 운영하고 있는 독일, 일본 법제에 있어서 이 제도의 운영 상황과 이 제도를 법정화할 경우, 우리 제도 설계과정에서 유의할 점과 향후 우리 법제에 도입 시 예상되는 해석상 문제점을 분석하려 한다.

2) 대법원 1986. 8. 19., 선고, 86누223, 판결. 대법원 1995. 3. 10., 선고, 94누14018, 판결.

3) 취소소송 중심주의의 상세내용은 후술한다. 행위소송은 권리침해에 초점을 맞추지 않고 본안에서 행정행위의 위법성에 초점을 맞추어 다투는 소송이다. 이러한 소송에서는 권리침해여부는 원고적격의 존부여부를 심사하는 과정에서 판단된다.

4) 취소소송은 행정행위의 취소를 구하는 행위소송으로서 특질을 갖는다. 취소소송에는 제소기간의 제한과 취소판결의 제3자효 등이 인정된다. 이러한 것은 행위소송인 취소소송에 법률이 의해 부여된 속성이라고 할 수 있다.

5) 芝池義一, “抗告訴訟と法律關係訴訟” 行政法の新構想Ⅲ 行政救済法(2008), 29-46頁.

## II. 사법권의 한계와 의무이행소송

사법권은 구체적인 법률상 쟁송이 있는 경우에 당사자로부터 쟁송제기를 전제로 하여 무엇이 법인가를 선언함으로써 권리구제와 분쟁해결을 함과 동시에 적법한 법질서의 유지함을 목적으로 한다. 현행 헌법과 행정소송법은 모든 공권력행사에 대한 포괄적 사법심사를 보장하고 있다. 그리고 법원이 모든 공법상의 분쟁에 관하여 관할권을 갖는다는 개괄주의를 전제하여 행정소송제도가 설계되어 있다. 이러한 행정소송사항에 대한 개괄주의 하에서, 청구내용에 따라서는 해석상 의무이행소송의 인정과 활용이 요구되었지만, 실제로 그 인정에는 소극적이었다. 그 이론적 근거와 한계는 다음과 같다.

### 1. 행정청의 제1차적 판단권 존중

행정청의 제1차적 판단권을 존중하여야 한다는 것은 헌법 혹은 법률 해석상 도출되는 하나의 논리이다. 법집행과정에서 행정청의 제1차적 판단권을 존중하기 위해서 의무이행소송의 허용을 제한하여야 한다고 한다.<sup>6)</sup> 법원은 사법권을 행사하는 기관으로서 법의 구체적 적용을 보장하는 한정적, 소극적 기능을 갖는 데 반하여, 구체적 처분을 행할 것인가 혹은 그 처분을 행하지 않을 것인가 여부는 권한 있는 행정청이 그 처분을 행할 때의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 결정할 문제로서 헌법상 3권 분립의 취지를 감안할 때, 이것은 행정권의 판단에 속한다고 보는 것이 타당하다고 한다. 일반적으로 사법권의 한계 내지 권력분립원리에서 행정청의 제1차적 판단권 존중의 요청이 도출된다. 이것을 기초로 항고소송의 소송물은 행정청의 제1차적 판단권을 매개하여 발생한 위법상태의 배제라고 하면서, 행정청의 제1차적 판단권 자체를 요구하는 급부소송은 항고소송의 범주에 속하지 않는다고 한다.

그러나 행정청의 제1차적 판단권을 존중하더라도 개별구체적 상황에서 이것을 침해하지 않는 경우에는 의무이행소송을 인정한다고 보는 것이 타당한 것

6) 종래에는 행정청의 제1차적 판단권 존중원칙과 사후구제원칙은 엄격히 구별하지 않았지만, 양자가 내용상 당연히 일치하는 것은 아니다. 행정소송제도는 사후구제 원칙으로 한다는 견해가 있는데, 이에 따르면, 처분이 행해지기 이전에는 법적 구제가 인정되지 않고, 처분에 불복하는 자는 원칙적으로 처분이 행하여지는 후에 구제를 구하여야 한다고 한다. 漆二郎, “義務付け訴訟・禁止訴訟の法定と發展可能性”行政法理論の探求(芝池義一先生古稀記念)(2016), 544頁.

같다. 사안의 본질을 고려할 때, 행정청의 제1차적 판단권의 존재를 인정한다고 하더라도, 이것은 소송본안판단에 관련된 문제로 의무이행소송의 허용성을 제한하는 논리로 구성하는 것은 적절하지 못하다고 할 수 있다.<sup>7)</sup>

## 2. 사법작용의 본질과 의무이행소송의 허용

사법권의 본질을 판단작용으로 파악하여 법원이 의무이행판결을 하는 것은 사법권의 한계를 넘는다는 견해가 있다. 행정은 공익실현의 결과를 목적으로 하고 그것을 의욕하는 작용이다. 이에 비하여, 사법은 구체적 사건에 대해서 법규를 적용하는 작용이라는 견해에 기초하여 3권 분립의 원칙상 사법작용을 행사하는 법원에게 행정권에 대한 일반적 감독권을 인정할 수 없고, 스스로 행정청을 대신하여 행정권을 행사하는 것도 허용되지 않는다고 한다. 이러한 측면에서 법원은 행정청에 대해서 일정한 처분을 행하여야 한다고 하는 급부판결을 하는 것이 인정되지 않는다고 한다. 그러나 의무이행판결은 처분을 행하여야 하는가 여부에 관하여 당사자 간에 다툼이 이미 발생하여 실체법상 처분을 행하여야 하는 것이 판명된 경우에 내려지는 것으로 이것을 사법작용의 한계에 해당하는 것으로 분류하여 그것을 부정하는 것은 타당하지 못하다. 사법작용을 과도하게 평면적으로 판단작용에 한정하여 파악하는 이러한 견해는 국민의 재판받을 권리와 이에 대응한 법원의 국민 권리구제기능이나 분쟁해결기능을 충분히 고려하지 않은 견해라고 평가할 수 있다. 의무이행소송의 허용 여부를 검토함에 있어서 사법과 행정의 균형이라는 점을 고려할 필요가 없다고 할 수는 없지만, 처분이 행하여지지 않는 것에 의해서 침해된 권리의익을 구제하는 것이 사법의 본질적 사항으로 필수불가결의 고려사항이라는 점을 지적할 수 있다.<sup>8)</sup>

7) 漆二郎, 前掲論文, 544-546頁.

8) 일본의 경우, 과거 행정사건소송법 개정 이전에 법원이 행정청에 대해서 급부판결을 하는 것은 사법권의 한계를 벗어나는 것이지만, 행정청이 처분을 행하여야 할 의무를 지고 있는 경우에 이것의 위법확인을 구하는 판결은 허용될 수 있다는 견해가 있었다. 이 주장은 사법작용을 판단작용으로 파악하는 견해를 정면에서 부정하지 않고, 확인소송을 인정하는 것을 통하여 이해관계자를 구제하려는 시도의 일종으로 보인다. 그러나 급부판결은 권력분립에 반하지만, 확인판결은 이것에 반하지 않는다는 것은 논리적 설득력을 결하고 있다고 할 수 있다. 그리고 이러한 견해는 사법을 과도하게 판단작용에 한정하여 파악하는 입장에 경도된 것으로, 현행 사법시스템을 설명하는 견해로 적절하지 못하다고 할 수 있다. 漆二郎, 前掲論文, 546頁.

### 3. 구체적 법률관계의 부존재

행정청이 처분을 행해야 할 의무를 부담하고 있는 것의 확인소송을 부정하는 문맥에서, 행정처분을 행하기 이전에는 소송의 대상이 되는 구체적 법률관계가 원칙적으로 존재하지 않는다는 주장이 있다. 이 견해에 따르면 처분이 행하여지기 이전의 시점에는 구체적 법률관계에 관한 분쟁이 존재하지 않는 것이 된다. 그리고 이러한 논리를 철저히 관철하면 의무이행소송은 법률상 쟁송이 될 수 없다는 결론이 도출될 수 있다. 그러나 원고가 행정청은 처분을 행할 의무가 있다고 주장하는 것에 대하여, 행정청이 이러한 의무를 부정하는 경우에는 구체적 법률관계에 관한 분쟁이 이미 발생하고 있다고 보는 것이 타당하다고 생각된다. 이러한 경우에, 구체적 법적 분쟁이 존재함을 전제로 그 해결책으로 현행법상 의무이행소송은 아니지만 행정청의 거부처분 부작위에 대해서 거부처분 취소소송과 부작위위법확인소송이 인정되고 있다. 따라서 현행법 해석론으로 이러한 주장은 성립하기 어렵다고 보인다.<sup>9)</sup>

### 4. 소결

사법작용의 본질을 고려할 때, 전술한 의무이행소송제도를 인정하지 않는 논리적 근거는 더 이상 설득력을 갖지 않는다고 생각된다. 행정소송법 개정을 통한 의무이행소송의 도입에 대해서 절대 다수의 견해가 이를 찬동하고 있고, 그 논의가 계속되고 있다. 종래 해석상 의무이행소송이 인정될 수 있는가 여부에 대해서 긍정설과 부정설, 절충설이 나뉘어져 있었다. 이 중에서 부정설의 논거는 앞에서 지적한 바와 같이 그 타당성을 결하고 있다고 할 수 있다. 향후 의무이행소송이 법정화될 때까지 어떤 요건 하에서 이를 인정할 것인가가 관련 문제의 핵심이 된다고 볼 수 있다. 다수설인 절충설에 따르면 다음의 요건 하에서 이 제도가 제한적으로 인정될 수 있다고 한다. 첫째 행정청에게 제1차적 판단권을 존중할 필요가 없을 정도로 처분요건이 일의적으로 명백하게 규정되어 있을 것, 둘째, 사전에 구제하지 않으면 회복하기 힘든 손해가 발생할 우려가 있을 것, 셋째, 다른 구제 수단이 없을 것 등이다.<sup>10)</sup> 판례는 의무이행소송의 허용여부에 대해서 일관되게 현행법상 허용되지 않는다고 한다.<sup>11)</sup>

9) 溱二郎, 前掲論文, 547-548頁.

10) 박균성, 행정법강의 제19판(서울:박영사, 2022), 721-722면.

11) 전계 대법원 1986. 8. 19., 선고, 86누223, 판결. 대법원 1995. 3. 10., 선고, 94누14018, 판결.

향후 의무이행소송제도의 인정 여부에 관한 논의는 더 이상 생산적인 것이 아니며, 어떠한 요건하에 당해 제도를 법정화하고, 다른 제도와 관계를 어떻게 규율할 것인가 여부가 핵심 쟁점이 된다고 할 수 있다.

### III. 의무이행소송에 대한 주요 입법례와 우리나라에서 의무이행소송제도의 법정화 움직임

#### 1. 의무이행소송에 대한 주요 입법례

(1) 독일 「기본법」 제19조 제4항<sup>12)</sup>에 기초하여 제정된 「행정법원법」 제42조 제1항은 「원고는 자신의 신청에 대해 행정청이 행정행위를 거부하거나 부작위하는 경우 그 행정행위의 발급을 구하는 소송을 제기할 수 있다」라고 하여 의무이행소송을 규정하고 있다. 의무이행소송은 행정청이 개인이 신청한 행정행위에 대하여 이를 거부하거나 부작위로 방치하고 있는 경우에, 법원에 대하여 신청에 따른 행정행위를 할 것을 행정청에 명하는 판결을 구하는 것이다. 의무이행소송의 심리과정에서 행정행위의 거부 또는 부작위가 위법하고 권리가 침해된 것으로 판단될 때, 법원은 행정청에 대하여 행정행위를 발급할 것을 명하거나(행정처분발급이행판결), 또는 법원의 법해석을 고려하여 원고에 대한 재결정을 해야 하는 의무를 부과하는 판결(재결정이행판결)을 내린다. 의무이행판결은 「사안의 판결성숙성」 여부에 따라 행정처분발급 이행판결과 재결정이행판결로 구분되는데, 여기에서 판결성숙성이란 행정행위를 발급해야 할 사실상·법률상 요건이 모두 충족되어 행정청에 대하여 특정한 행정행위의 발급을 명하는 것이 가능하게 됨을 지칭한다.<sup>13)</sup>

행정행위에 대한 의무이행소송 이외의 경우에, 급부소송으로서 공행정작용의 이행을 요구하는 일반이행소송(allgemeine Leistungsklage)이 있다. 통상적으로 일반이행소송의 대부분은 행정의 고권적 사실행위를 요구하는 것이며, 그 대표적인 사례는 행정정보제공, 생존배려적 급부, 금전지급 등을 들 수 있다.<sup>14)</sup>

12) 독일 기본법 제19조 제4항은 「공권력에 의해 권리가 침해된 자에게는 권리구제의 길이 열려 있다」고 규정하고 있다.

13) Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 12.Auflage, C.H. Beck, 2021, S.448.

14) 정하중·김광수, 행정법개론, (서울:법문사, 2022), 675면.

(2) 일본 행정사건소송법은 제3조 제6항 제1호와 제2호에서 의무이행소송에 관하여 규율하고 있다. 제1호는 비신청형 의무이행소송에 관한 규정이고, 제2호는 신청형 의무이행소송에 관한 규정이다. 이 규정에 따르면, 비신청형 의무이행소송은 행정청이 일정한 처분을 하여야 함에도 불구하고 이를 하지 아니한 경우에, 처분하여야 하는 취지를 명할 것을 요구하는 소송을 지칭하고, 신청형 의무이행소송은 법령에 의거한 신청 또는 심사청구가 행하여지고 이에 대해서 행정청이 당해 처분 또는 재결을 하여야 함에도 불구하고 이것을 하지 아니한 경우에, 그 처분 또는 재결을 하는 취지를 명할 것을 구하는 소송을 말한다.<sup>15)</sup>

## 2. 우리나라에서 의무이행소송제도의 법정화 움직임

우리나라 행정소송법은 1951년 8월 24일 전체 14개 조문으로 행정소송에 관하여 불완전한 구조의 형태를 취하면서 처음으로 제정되었다. 1984년 행정소송법 전면 개정 시 주관소송으로 항고소송과 당사자소송을, 객관소송으로 민중소송과 기관소송을 각각 규정하면서 현재의 시스템을 갖추게 되었다. 이때, 항고소송에 대해서 취소소송, 부작위위법확인소송, 무효등확인소송 등으로 분류하여 규정하는데 그치고, 의무이행소송에 대한 별다른 규정을 두지 않았다. 그 후 행정소송법은 몇 차례 부분개정이 있었다. 그러나 의무이행소송의 법정화에 이르지 못하는 못하였다.

2000년 이후, 의무이행소송 법정화를 포함한 행정소송법 개정움직임이 몇 차례 있었으나 결실을 거두지 못하고 현재에 이르고 있다. 대법원은 2002년 4월 행정소송법 개정위원회를 구성하고 행정소송법 전면개정의견을 마련하여 2006년 9월 8일 국회에 제출하였다. 법무부도 2006년 4월 26일 행정소송법 개정을 위한 특별분과위원회를 구성하고 별도로 행정소송법 개정안을 마련한 다음 2007년 11월 국회에 제출하였다. 그러나 이러한 행정소송법 개정 시도들은 17대 국회가 임기만료로 해산하면서 자동으로 폐기되었다.<sup>16)</sup>

15) 일본 행정사건소송법 「제3조 ⑥ 이 법률에서 의무이행소송이란 다음에 열거하는 경우, 행정청이 그 처분 또는 재결을 하여야 하는 취지를 명할 것을 요구하는 소송을 말한다.

1. 행정청이 일정한 처분을 해야 함에도 불구하고 이것을 행하지 않을 때(다음 호에 열거하는 경우를 제외한다.)

2. 행정청에 대하여 일정한 처분 또는 재결을 요구하는 취지의 법령에 기초한 신청 또는 심사청구를 행한 경우, 당해 행정청이 그 처분 또는 재결을 하여야 함에도 불구하고 이것이 행하지 않을 때」



이후 법무부는 국민의 높아진 권리의식을 반영하여 적정하고 실효성 있는 권리구제절차를 마련하기 위한 입법적 노력의 일환으로, 2011년 11월 15일 행정소송법 개정위원회를 구성하고 이 개정위원회는 2012년 5월 24일 행정소송법 개정 공청회를 거쳐 행정소송법 전부개정법률안 시안을 마련하였다. 법무부는 이 개정 시안의 내용 중 그 내용을 상당히 후퇴시켜 행정소송법 전부개정법률안을 만들어 2013년 3월 20일부터 같은 해 4월 30일까지 입법예고를 거쳐 법제처의 심사까지 마쳤으나 그마저도 국회에 제출해보지도 못하고 19대 국회의 임기만료로 폐기되었다. 이러한 의무이행소송 입법화 논의 이후에도 꾸준하게 학계에서는 동 제도의 법정화의 필요성이 제기되고 있다.<sup>17)</sup>

#### IV. 의무이행소송의 성질 및 종류

##### 1. 취소소송 중심주의와 의무이행소송

취소소송 중심주의 내지 항고소송 중심주의는 우리나라 행정소송법의 기본 구조 그리고 그 배후에 있는 전통적 행정법이론<sup>18)</sup>을 일정한 형태로 표현한 것이다. 이러한 취소소송 중심주의의 의미는 기술적 측면과 실천적 측면이 있다. 기술적 측면은 입법기술에 관련된 것이다. 우리나라 행정소송법 조문 구조는 취소소송에 관한 조문을 상세히 규정하고 그 밖의 항고소송 유형에 대해서는 취소소송에 관한 규정을 준용하고 있다. 그리고 당사자소송에 대해서도 항고소송에 관한 규정을 준용하는 법기술을 사용하고 있다. 이러한 법기술적 측면에 착안하여 현행 행정소송법 구조는 취소소송 중심주의에 기초하고 있다고 할 수 있다. 한편 실천적 측면에서 취소소송 중심주의는 행정소송상 구제방식에 있어서 취소소송이라는 소송유형을 통한 구제를 원칙으로 하고, 취소소송 이외의 나머지 항고소송을 통한 구제를 예외적·보충적 구제수단으로 파악하는 것을 의미한다. 이러한 행정소송에 관한 제도 이해는, 권리구제과정에서 주된 구

16) 이밖에도 2011년 박선영 의원 대표발의의 행정소송법 개정법률안이 2006년 대법원 행정소송법개정의견과 유사한 내용을 담아 국회에 제출되기도 하였다. 그러나 이 개정안도 제대로 된 심의나 검토보고서의 채택조차 이루어지지 않은 상태에서 회기말이 도래하여 자동 폐기되었다.

17) 하명호, 전개논문, 5면 이하.

18) 이러한 배경에는 행정법학 자체의 기본적 틀 내지 분석구조가 행정행위 중심적이라는 점도 이에 영향을 미쳤다고 할 수 있다.

제수단인 취소소송 이외의 무효확인소송이나 부작위위법확인소송 등의 소송유형을 통한 구제를 보충적, 예외적인 것으로 인식하여, 취소소송 이외의 항고소송은 한정적으로만 인정하여도 충분하다는 가치판단을 전제한 것으로 보여진다. 현행 행정소송법이 취소소송 중심주의를 취하고 있다는 명제는 1차적으로는 인식으로서 제시된 것이지만, 법령의 해석적용에서도 취소소송을 중심으로 문제를 해결하고, 나머지 소송유형은 예외적 보충적으로 활용한다는 법령의 해석적용 즉 실천과 연결되고 있다. 행정소송법상 취소소송이 주된 구제수단이고 나머지는 종된 구제수단이라는 과도한 취소소송 중심적 제도운용은 결과적으로 의무이행소송의 인정과 도입에도 부정적으로 작용하고 있다고 보여진다. 이러한 의미에서 취소소송 중심주의는 극단적으로 표현하면 새로운 소송유형의 도입을 거부하는 숨겨진 열기주의의 기능을 행한다고 할 수 있다.<sup>19)</sup>

예컨대 사인이 행정청에 대해서 행정행위 발급의 신청을 하였으나 이에 대해서 행정청이 응답하지 않은 경우에, 상대방인 사인은 부작위위법확인소송을 이용할 수 있고, 거부처분이 있는 경우에는 취소소송을 통한 구제가 가능하다. 그러나 부작위위법확인소송은 행정청의 부작위의 위법확인을 하는 것만으로는 구제가 충분하지 않을 경우가 다수 발생한다. 거부처분을 취소소송을 통하여 다룰 때에는 취소판결이 행해지면 그 기속력에 따라서 행정청은 다시 신청을 심사하여 인허가를 행하는 형태로 구제가 행하여진다. 이러한 문제해결은 경우에 따라서는 다시 거부처분이 행하여지는 것을 배제할 수 없기 때문에, 구제의 불완전성을 부정하기 어렵다. 의무이행소송의 법정화는 이러한 점을 보완하기 위한 것이다. 현행 행정소송시스템은 구제방법에 관하여 취소소송을 중심으로 하고 그 밖의 항고소송은 보충적인 것으로 규정하고 있지만, 향후 의무이행소송제도가 도입된다면, 취소소송과 의무이행소송은 동격으로 양자에는 우열의 차이가 없기 때문에, 취소소송의 우선적 지위는 의무이행소송의 법정화로 상당부분 수정·완화되게 될 것이다.

## 2. 의무이행소송의 소의 성질

의무이행소송은 행정청에게 행정처분을 명하는 소송이기 때문에 이것을 급부소송으로 해석하는 것은 당연하다고 할 수 있으나 이에 대해 급부소송이 아닌 다른 소송으로 파악하는 견해도 있다.

19) 高木 光, “義務付け訴訟・差止訴訟”, 行政法の新構想Ⅲ 行政救済法(2008), 47頁.

### (1) 급부소송설

우리나라 대다수의 학설은 의무이행소송을 급부소송의 성질을 가진다고 한다. 그 근거로서 의무이행소송의 경우, 원고가 법원에 대하여 행정청이 일정한 처분을 하여야 할 취지를 명하는 것을 요구하고 법원은 원고의 청구를 인정할 때에는 행정청이 일정한 처분을 하여야 할 취지를 명하는 판결을 하여야 하므로 급부소송으로서 성질을 가진다고 한다.

독일의 경우, 행정법원법은 형성소송, 이행소송, 확인소송의 분류를 전제하여 행정소송시스템을 구성하고 의무이행소송을 급부소송으로 규정하고 있다. 일본의 경우, 2004년 행정사건소송법 개정 이전에 급부소송으로 파악되어온 의무이행소송에 대한 이해를 행정사건소송법 개정과정에 반영하여 입법화가 추진되었다고 한다. 현행 일본 행정사건소송법이 의무이행소송의 요건을 법률로 규정한 입법 배경은 종래 극히 한정적으로 취급되어 온 의무이행소송의 인정 범위를 명확히 규정하여 합리적으로 운용하기 위한 것이라고 한다. 즉, 일본의 의무이행소송의 범정화는 당해 소송을 보다 넓게 인정하려는 방향성을 규정함과 함께 의무이행소송을 통한 구제의 범위를 입법정책적으로 명확하게 하려는 의미를 동시에 갖는다고 한다<sup>20)</sup>

민사소송의 경우 급부소송에 관한 특별한 제한은 없다. 그러나 이것이 특별한 소송요건을 법정한 급부소송의 존재가능성을 부정하는 것이라고 해석하기는 어렵다.<sup>21)</sup> 민사소송의 발상에 따른다면 급부소송으로서 의무이행소송은 처분할 것을 요구하는 청구권이 원고에게 인정되는가의 여부가 핵심 쟁점이 된다. 일반적으로 행정법 영역에 있어서 이러한 청구권을 법령에 명시적으로 규정하는 경우는 종래에도 그다지 많지 않았고, 앞으로도 크게 기대되지 않는다. 민사법에서도 급부소송에서 다투어지는 청구권 모두가 법률에 명기되어 있는 것은 아니다. 가령 민사소송에서는 급부소송으로서 제기되는 유지청구소송은 다수가 존재하지만, 민법 자체에서는 유지청구 요건에 대해서는 특별한 규정을 두지 않고 있다. 상대방에 대해서 이러한 침해가 있을 때, 침해당하고 있는 권리를 지키기 위해서는 이 정도의 것을 법원에 구하는 것은 가능하다는 것을 고려하여 청구권이론이 발전되어 왔다. 실제적인 권리를 보호하기 위하여 상대방에게 어떤 경우에 어떠한 청구가 가능한가, 즉 어떠한 구제방법이 사법(법원)에 의해서 제공될 수 있는가라는 관점에서 구제법 이론이 발전되어 왔다.

20) 高木 光, 59-64頁.

21) 독일의 의무이행소송은 실체법상의 청구권의 존부가 다투어지는 의무이행소송이지만, 소송요건(원고적격, 행정심판전치, 제소기간)이 법정되어 있다.

민사소송법 학설에서는 청구권은 실질적 권리인 법적 이익을 실현하기 위한 수단적 권리에 지나지 않고, 실질적 권리인 법적 이익의 침해에 대해서 어떠한 구제를 부여할 것인가는 구제법의 문제로서 사법부의 창조적 작용으로서 폭넓게 인정되어야 한다고 한다. 그리고 이를 위해서 청구권의 종류·내용에 대해서는 유연하게 그 정립을 인정하거나 새롭게 창조하는 것을 용인하여야 한다고 한다.<sup>22)</sup> 이러한 견해에 따르면 공법영역에서 처분이 행하여지지 않는 것에 의하여 권리 혹은 법률상 이익이 침해된 자에게 행정청에게 처분의 발급을 요구하는 의무이행소송은 해석상 당연히 인정될 수 있고, 이를 통한 법적 분쟁 해결을 인정하는 것도 당연히 승인될 수 있다고 보여 진다.

## (2) 형성소송설

형성소송설은 급부소송설을 부정하는 것을 전제로 성립된 이론이다. 그 근거로서 첫째, 행정청이 처분을 할 것을 요구하는 실체법상 청구권을 사인에게 인정하는 충분한 이론적 근거가 없다. 둘째, 급부소송의 경우에는 그 요건을 법정할 필요가 없는데, 행정소송법에 의무이행소송의 요건을 법률상 규정하는 것은 의무이행소송이 형성소송이라는 것을 의미한다는 점 등을 들고 있다. 이 견해에 따르면, 행정청이 일정한 처분을 해야 하는 것이 근거 법령의 해석상 명확한 경우라도, 그 의무이행이 행하여지기까지는 행정청이 처분을 해야 할 의무를 부담하지 않는 것이 될 수 있다. 그러나 이러한 결론은 현행법 해석상 타당성을 결한 것으로 받아들이기 어렵다. <sup>23)</sup> 이러한 형성소송설을 따를 경우, 의무이행판결에 의하여 처음으로 새롭게 행정청이 일정한 처분을 할 의무가 발생한다고 한다.

## (3) 확인소송설

이것은 일본 행정사건소송법 개정과정에서 검토된 견해이다. 2004년 행정사건소송법을 개정할 때, 국회심의과정에 정부 측 관계인이 의무이행판결에 행정청이 따르지 않을 경우에 이에 대한 강제집행의 방법이 규정되어 있지 않다는 점을 지적하였다. 이와 관련하여 일본의 행정사건소송법은 우리 행정소송법과 같이 행정사건소송법에 규정되지 않은 사항에 대해서는 민사소송의 예에 따른다는 규정이 있기 때문에, 강제집행에 관한 사항은 민사소송에 따른 강제집행이 가능하다는 견해가 검토되었다. 이 점에만 초점을 맞추면 의무이행판결이

22) 漆二郎, 前掲論文, 548-550頁.

23) 曾和俊夫, “行政事件訴訟法改正の意義と今後の課題” 法律時報77卷3号(2005), 30頁.

있다고 하더라도 당해 판결은 처분의무가 있다는 것을 확인하는 확인판결에 지나지 않는다고 이해할 수 있다. 외형적 형식적 구조에만 착안할 경우, 의무이행소송을 확인소송으로서 이해할 여지도 있다. 이 견해에 따르면, 처분할 것을 요구하는 청구권의 관념이 고려될 필요가 없다. 따라서 처분할 것을 요구하는 청구권 관념 자체가 문제 되지 않는다. 그러나 처분을 하지 않는 것이 위법하게 되어 그것에 의하여 권리 혹은 법률상 이익을 침해당한 자에게까지 청구권 자체를 전혀 인정하지 않는 것은 현행법 해석론으로 수용하기 어렵다고 생각된다. 의무이행소송을 실질적으로 확인소송으로 해석하는 것은 형성소송으로 해석하는 견해보다는 이론적 난점이 적다고 할 수 있다. 국민의 실효적 권리구제를 실현하려는 관점에서 확인소송설은 급부소송설에 도달하는 과정에 있어서 중간적 이론구성이라고 평가할 수 있다.<sup>24)</sup>

### 3. 의무이행소송의 종류

#### (1) 거부소송과 부작위소송

독일 행정법원법상 의무이행소송은 그 내용상 거부소송(Versagungsgegenklage)과 부작위소송(Untätigkeitsklage)으로 구분한다. 거부소송은 거부된 행정행위를 행정청이 하게 하는 소송으로 행정청에 대하여 거부행위의 취소와 더불어 당사자가 발급받으려는 행정행위에 대한 구체적인 처분을 행할 것을 요구할 수 있다. 거부소송은 행정청의 거부에 대하여 불복하는 것이 아니라 행정행위의 발급을 구하는 이행소송이다. 이 경우 원고는 신청거부에 대한 행정심판청구절차를 먼저 거친 다음에(행정법원법 제68조 제2항)<sup>25)</sup>, 제소기간 내에 행정행위의 발급의 의무이행을 구하는 소송을 제기해야 한다(동법 제74조 제1항). 의무이행소송으로서의 거부소송에 있어서 심판의 대상은 거부처분의 내용에 한정되는 것은 아니며 처음에 신청한 행정행위가 그 기준이 된다.

부작위소송이란 행정청이 행정행위의 발급신청을 받고도 아무런 응답을 하

24) 漆二郎, 前掲論文, 551頁.

25) 독일 행정법원법 「제68조 ①취소소송을 제기하기 전에 행정행위의 적법성 및 합목적성은 전치절차에서 재심사되어야 한다. 법률이 달리 규정하고 있거나 또는 다음 각호에 해당하는 경우에는 이러한 재심사가 필요하지 아니하다.

1. 연방최고관청 또는 주 최고관청이 행정행위를 행한 경우, 단 법률이 재심사할 것을 규정하고 있는 경우를 제외한다.

2. 구제결정 또는 행정심판결정이 처음으로 제3자에게 부담을 주는 경우

② 제1항은 행정심판이 거부된 경우의 의무이행소송에 준용된다.」

지 아니하고 방치하는 경우 신청된 행정행위의 발급을 요구하는 소송이다. 거부소송과의 차이점은 신청에 대한 거부 자체가 없기 때문에 취소청구권이 존재하지 않는다는 점이다. 행정법원법 제75조에 따르면 행정청이 충분한 이유 없이 상당한 기간 내에 행정행위의 발급신청에 대해 판단을 하지 않을 경우 부작위소송을 제기할 수 있다.<sup>26)</sup> 만일 부작위소송의 제기 이후 행정청이 개인이 신청한 행정행위에 대해 거부처분을 한 경우에는 부작위소송이 아닌 거부소송으로 계속 진행된다.<sup>27)</sup>

## (2) 신청형 의무이행소송과 비신청형 의무이행소송

비신청형 의무이행소송은 행정청이 일정 처분을 해야함에도 불구하고 이것이 행해지지 않을 때 인정되는 의무이행소송이다. 이러한 유형의 의무이행소송은 국민의 신청에 의하지 않고 행정청의 직권으로 행하는 처분을 대상으로 하기 때문에 비신청형 또는 직접형 의무이행소송으로 칭한다.<sup>28)</sup> 비신청형의무이행소송은 행정청이 제3자에 대하여 규제권한을 행사하지 않을 때, 그 행사를 구하는 의무이행소송으로 기능한다. 2004년 행정사건소송법 개정 이전에는, 행정청이 규제권한을 행하지 않을 때, 이에 대한 소송수단이 존재하지 않았다. 그러한 의미에서 비신청형 의무이행소송을 행정사건소송법에 새롭게 규정한 것은 백지의 소송수단을 창설한 것이라고 할 수 있다.<sup>29)</sup>

신청형 의무이행소송은 법령에 의거한 신청 또는 심사청구에 대한 행정청의

26) 독일 행정법원법 「제75조(행정의 부작위에 대한 소송) 행정심판청구 또는 행정행위의 신청에 관하여 충분한 이유 없이 상당한 기간 내에 본안의 결정을 하지 아니한 경우에는, 제68조와 달리 소송을 제기할 수 있다. 이 소송은 행정심판의 제기 또는 행정행위의 신청 후 3개월이 지나기 전에는 제기할 수 없다. 다만 특별한 사정으로 이 기간의 단축이 요구되는 경우에는 예외로 한다. 행정심판청구에 관하여 아직 결정하지 아니하였거나 또는 신청한 행정행위를 아직 발령하지 않은 것에 대하여 충분한 이유가 있는 때에는 법원은 그에 의하여 정해진 기간이 종료될 때까지 당해 절차를 중지한다. 이 기간은 연장될 수 있다. 법원에 의해 정해진 기간 내에 행정심판이 인용되거나 행정행위가 발급된 경우에는 본안이 해결된 것으로 선언한다.」

27) Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 19. Auflage, C.H. Beck 2021, S.598ff.

28) 이러한 규제권한 발동을 요구하는 의무이행소송(비신청형 의무이행소송)을 인정하는 근거가 되는 행정개입청구권 개념은 기본권보호의무를 인정하는 독일 헌법이론에 그 바탕을 두고 있다. 우리 법제의 해석상 이러한 논의에 대해서 그 수용가능성이 다양하게 검토되고 있다. 이러한 기본권 보호의무를 전제한 논리적 필연성에 근거한 행정개입청구권을 인정하는 것 이외에 개별 행정법규의 해석상 행정의 공권력 발동을 요구하는 권리를 인정하는 것도 긍정할 수 있을 수 있다. 그러나 법률의 근거 없이 공권력 발동을 요구하는 권리를 승인하는 것은 현행법 해석상 문제가 있다고 생각한다.

29) 芝池義一, 行政救済法(東京:有斐閣,2022), 181頁.

거부처분이나 부작위에 대해서 인정되는 의무이행소송이다. 행정청이 그 처분 또는 재결을 행하여야 함에도 불구하고 이를 행하지 않을 때 또는 사인이 인허가신청 또는 불복신청을 하였지만, 행정청이 응답을 하지 않을 때, 인허가 등의 거부처분을 행할 경우에 인정된다. 이 유형의 의무이행소송은 사인의 신청을 전제하기 때문에 신청형 의무이행소송으로 칭하여 진다. 신청형 의무이행소송에는 불응답형 의무이행소송과 거부처분대응형 의무이행소송이 있다.

종래 신청불응답인 발생한 경우에는 부작위위법확인소송을 사용할 수 있고, 거부처분이 있는 경우에는 취소소송을 통한 구제가 가능하였다. 그러나 부작위 위법확인소송은 행정청의 부작위의 위법확인을 하는 것만으로는 구제가 충분하지 않을 수 있고, 거부처분을 취소소송을 통하여 다룰 때에도 취소판결이 행해지면 그 기속력에 따라서 행정청은 다시 신청을 심사하여 인허가를 행하는 형태로 구제가 행하여지는 데, 이것은 경우에 따라서는 다시 거부처분이 행하여지는 것을 배제할 수 없기 때문에 구제의 불완전성이 존재한다. 신청형 의무이행소송은 이것을 보완하기 위하여 법정화한 것이다.<sup>30)</sup>

일본 법제에서 인정되는 신청형 의무이행소송은 우리 법제에 의무이행소송이 도입될 경우, 당연히 인정되는 것으로 보인다. 그러나 비신청형 의무이행소송 경우에는 그동안 의무이행소송을 입법화하는 과정에서 명문으로 규정하여 도입하는 데에는 소극적인 것 같다. 이에 대한 규정이 존재하지 않을 경우, 비신청형 의무이행소송 인정 여부는 오로지 해석론에 맡겨질 수 밖에 없는데, 판례가 이를 적극적으로 인정하여 제도를 활성화할 수 있을 것인가에 대해서는 의문이 든다.

#### 4. 소결

의무이행소송의 법정화는 과도하다고 할 정도로 평가되는 취소소송 중심주의를 완화 내지 수정하는 의미를 갖게 될 것이다. 이를 통하여 실제로 법적 분쟁해결방법의 효율성을 제고하고 권리구제를 확대하는 것이 가능할 것이다. 급부소송에 관한 특별한 제한이 없는 민사소송의 경우와 비교하여, 의무이행소송의 요건을 행정소송법에 별도로 규정하는 것을 단서로 일부 견해에서는 의무이행소송을 확인소송 내지 형성소송으로 파악하려 한다. 그러나 이는 의무이행소송을 항고소송으로 구성할 때 그 특수성을 반영한 규정이라고 보인다. 당

30) 芝池義一, 行政救濟法, 182-184頁.

해 소송에서 원고가 행정청이 일정한 처분을 하여야 할 취지를 명하는 판결을 구하는 것에 대해서, 법원이 이에 상응하는 판결을 행하는 것이 핵심이라는 점을 고려하면 급부소송으로 파악하는 것이 타당할 것이다. 2012년 행정소송법 개정안을 전제할 때, 신청형 의무이행소송은 당연히 인정되나 비신청형의무이행소송의 인정여부는 해석에 맡겨져 있는 것 같다. 행정의 적극적인 위험관리 책임을 강조하고 이를 제도적으로 실현하는 행정개입청구권을 실질적으로 보장하는 비신청형의무이행소송이 활성화될 수 있도록, 향후 의무이행소송의 법정화를 추진할 때, 이를 배려한 제도설계를 할 필요가 있을 것이다.

## V. 의무이행소송의 소송요건

### 1. 의무이행소송의 대상

(1) 독일의 경우, 원고가 행정청에 대하여 행정행위를 신청하였으나 이러한 신청에 대해서 거부행위 또는 부작위가 행하여졌을 때 의무이행소송을 제기할 수 있다. 따라서 의무이행소송의 대상은 행정행위이다.<sup>31)</sup> 전술한 바와 같이 원고가 신청한 행정작용이 행정행위가 아닌 금전 지급이나 사실행위이면 의무이행소송이 아니라 일반이행소송을 제기하여야 한다. 개인이 행정청에 요구한 조치가 행정행위에 해당하는지 여부에 대한 판단은 연방행정절차법 제35조의 행정행위의 개념규정에 충족되는지에 따라 결정된다. 이에 따르면 행정행위란, 행정청이 공법적 영역에서 개별사안을 규율하기 위하여 발급하며, 외부에 대하여 직접적인 법적 효과를 발생시키는 모든 처분, 결정 또는 그 밖의 고권적 조치를 의미한다. 즉, 행정행위의 개념징표인 개별 사안의 규율과 직접적인 법적 효과를 발생시키는 행정청의 모든 작용이 행정행위에 해당된다. 이렇듯 의무이행소송의 대상이 행정행위이고 그 판단이 연방행정절차법의 행정행위의 개념징표에 따라 결정된다는 점에서 의무이행소송과 취소소송은 동일하다.<sup>32)</sup>

(2) 일본의 경우, 의무이행소송은 항고소송의 일종으로 규정하고 그 대상은

31) 의무이행소송의 허용이 되는 대전제는 행정청이 당사자의 신청에 의해 특정 행정행위를 발급하여야 할 의무가 있는 경우에만 가능하다.

32) 송동수, “의무이행소송의 도입과 권리구제의 확대- 독일 의무이행소송의 쟁점과 시사점을 중심으로-”, 토지법연구 제68집(2015), 239면.



행정처분으로 한다. 의무이행소송은 항고소송을 통하여 행정처분을 행할 것을 법원에 구하는 소송이다. 취소소송과 관련한 처분개념의 확장론과 제한론에 대한 학설대립은 우리의 그것과 비슷하였다고 할 수 있다. 2004년 행정사건소송법 개정 시 가장 큰 제도개혁 중의 하나가 위법확인소송제도의 도입이라고 할 수 있다. 동법은 위법확인소송을 당사자소송의 하나의 유형으로 새롭게 규정하고 있다. 행정사건소송법이 규정하는 위법확인소송의 문언의 해석상, 문제된 행정작용이 공권력 행사에 해당하는 행정처분에 해당하면 취소소송을 통한 법적 구제를 인정하고, 행정소송에서 심판대상이 행정지도와 같은 비권력작용일 경우에는 당사자소송인 위법확인소송을 통한 법적 분쟁해결을 예정하고 있다고 보여 진다.<sup>33)</sup> 이러한 제도개혁은 과도한 처분개념 확장에 따른 취소소송의 부담가중을 개선하고, 비권력작용에 대한 사인의 권리구제확대를 도모하고 있다고 할 수 있다.<sup>34)</sup>

(3) 의무이행소송제도의 도입의 중요한 제도적 배경 중의 하나가 취소소송의 부담감경이라고 할 수 있다. 처분개념의 과도한 확장이 가져오는 역기능을 고려하여 행정소송시스템 상호 간의 바람직한 기능분담이라는 관점에서 적절한 범위에서 처분의 범위를 확정하고 나머지 부분에 대해서는 당사자소송의 적극적 활용도 검토할 필요가 있을 것이다.

## 2. 의무이행소송의 원고적격

(1) 독일 행정법원법 제42조 제2항은 「법률상 다른 규정이 없으면 원고가 행정행위의 거부나 부작위로 인하여 자기의 권리가 침해되었음을 주장하는 경우에 한하여 소를 제기할 수 있다」고 규정하고 있다. 취소소송의 경우 원고는 행정청의 행정행위에 의하여 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 것에 반해, 의무이행소송에서는 행정청의 거부 또는 부작위 그 자체에 의해 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 것이다. 의무이행소송을 제기하기 위한 권리침해는 명백하게 확정되어 있어야 하는 것은 아니며 그 가능성만 있으면 된다. 독일

33) 공법상 당사자 당사자소송의 유형의 하나로 규정된 확인소송의 대상은 공법상 법률관계인데, 공권력작용에 해당하지 않는 행정계획(다수의 행정계획이 법적 근거 없이 수립되고 구속력을 갖지 않는 경우가 많다)과 행정지도 등의 위법성이 이 소송을 통하여 다룰 수 있는가 여부가 적극적으로 검토되고 있다. 취소소송의 대상적격성을 과도하게 확장시키지 않으면서 사인의 권리구제확대를 도모하기 위한 입법적 노력이라고 평가할 수 있다.

34) 芝池義一, 行政救濟法, 46頁.

행정소송에서 원고적격 판단 기본구조는 보호규범론이다. 권리침해가 성립되기 위해서는 원고의 이익을 보호하는 보호규범이 존재해야 하는데, 여기서 권리의 의미는 원고가 신청을 통하여 얻고자 하는 실체적 청구권을 뜻한다. 이러한 실체적 청구권은 주로 근거 규범에 따른 신청권을 의미한다. 즉 근거법률의 해석을 통해 원고가 행정행위의 발급에 대하여 신청권이 인정되면 청구권이 곧바로 인정된다. 만약 구체적인 근거법률이 존재하지 않은 경우에는, 예외적으로 헌법상의 기본권으로부터 청구권이 인정될 수 있다.<sup>35)</sup>

(2) 일본 행정사건소송법 제9조 제1항은 항고소송의 공통의 원고적격 요건으로서 「법률상 이익을 가지는 자」를 규정하고 있다. 종래 원고적격의 인정 범위에 관하여는 학설·판례상 대립이 있었다. 이러한 점을 반영하여 2004년 개정 행정사건소송법은 제9조 제2항에 원고적격 판단 시 고려사항을 규정하여 원고적격 승인범위에 관하여 유연하고 폭 넓은 인정가능성을 제시하였다. 동 규정은 첫째 근거법규의 규정의 문언에 구속되지 말 것(기본지침), 둘째 당해 법령의 취지·목적에 고려하고, 그 때 그것과 목적을 공통으로 하는 관계 법령의 취지·목적에 참작할 것, 셋째 당해 처분에 있어서 고려되어야 할 이익의 내용 및 성질을 고려하고, 그 때 위법처분에 의해서 침해되는 이익의 내용·성질 및 침해태양·정도를 감안할 것(피침해이익의 성질과 침해실태를 증시한 이익판단) 등을 원고적격 인정여부의 판단 시에 고려사항으로 규정하고 있다. 이것은 종래 일본 최고재판소판결과 원고적격에 대해서 주장되어온 법률상 이익설과 보호가치이익설의 내용을 절충한 것이라고 평가할 수 있다. 첫째와 둘째의 고려사항의 내용은 법률상 이익설이 주장한 내용을 반영한 것이며, 셋째의 고려사항은 보호가치이익설의 내용을 반영한 것이라고 할 수 있다.<sup>36)</sup>

원고적격에 관한 일본법의 제도설계와 그 운용방향은 전체로서 유연한 법령 해석을 통한 원고적격의 확대를 추구하고 있다고 할 수 있다. 이를 위하여 일면에 있어서는 법령의 취지·목적해석에 있어서 그 시야를 확대할 것을 촉구하고 타면에 있어서는 침해이익의 성질과 실태를 고려하여 원고적격의 판단을 요구하고 있다.

행정개입청구권의 실현수단으로서 설계된 비신청형 의무이행소송은 원고적격의 인정 여부가 이 제도의 활성화에 핵심이라고 생각된다. 향후 이에 대한 일본 최고재판소의 판례의 추이가 주목된다.

35) 송동수, 전제논문, 242면.

36) 稻葉 馨, “行政訴訟の当事者・参加人”, 行政法の新構想Ⅲ 行政救済法(2008), 76頁.

(3) 우리나라 행정소송법 제12조는 취소소송의 원고적격을 「처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자」로 규정하고 있다. 판례는 이 규정의 해석과 관련하여 당해 처분으로 인하여 근거법규와 관련법규가 보호하는 이익이 침해되거나 수인한도를 넘는 피해가 발생하였을 때 원고적격을 인정하고 있다.<sup>37)</sup> 2012년 행정소송법 개정안의 경우 원고적격에 관하여 「처분 등의 취소를 구할 법적 이익이 있는 자」로 규정하고 있다. 의무이행소송은 거부처분 취소소송과 부작위위법확인소송에 대한 기능적 대체성을 넘어 권리구제범위의 확대도 제도의 특성상 가능할 것이라고 생각된다. 우리나라에서 의무이행소송제도가 도입될 경우, 이 제도는 항고소송의 일종으로 규정되어 법률관계소송이 아닌 행위소송의 형태로 규정될 것으로 예상된다. 신청형 의무이행소송의 경우에는 원고적격의 판단기준이 법령상, 조리상의 신청의 존부가 되기 때문에 그 판단과정에 큰 어려움이 없을 것으로 예상된다.<sup>38)</sup> 다만 비신청형 의무이행소송의 경우에는, 권리침해 요건(행정개입청구권의 인정 여부)이 원고적격에서 판별되기 때문에 원고적격의 인정범위가 비신청형 의무이행소송의 인정범위를 결정하는데 핵심이 될 것이다. 따라서 이 요건의 유연한 적용을 통하여 의무이행소송의 활용을 적극화할 필요가 있을 것이다.<sup>39)</sup>

### 3. 의무이행소송의 제소기간

(1) 독일 행정법원법은 의무이행소송의 제소기간에 관하여 거부처분과 부작위의 경우를 나누어 규율하고 있다. 거부처분의 경우, 동법에 따르면 의무이행소송을 제기할 경우, 소 제기 전에 행정심판절차를 먼저 거쳐야 한다(행정법원법 제68조 제1항). 행정심판의 재결에 불복하여 의무이행소송을 제기하는 경우, 원고는 거부된 행정행위의 취소를 구하는 것이 아니라 신청된 행정행위의 발급에 대한 판결을 구하는 것이다. 이 경우 의무이행소송은 행정심판의 재결을 받은 후 1개월 이내에 제기하여야 한다(동법 제74조 제1항). 거부처분에 대

37) 대법원 2006. 3. 16., 선고, 2006두330, 전원합의체 판결.

38) 우리 판례의 경우, 거부처분의 전제가 되는 신청권의 인정 범위가 법령을 넘어 조리상의 신청권도 인정된다. 「국민의 적극적 신청행위에 대하여 행정청이 그 신청에 따른 행위를 하지 않겠다고 거부한 행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것이라고 하려면, 그 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용이어야 하고, 그 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이어야 하며, 그 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있어야 한다.」 대법원 2009. 9. 10., 선고, 2007두20638, 판결.

39) 김용섭, 전제논문, 89면.

한 의무이행소송을 제기하려면 먼저 행정심판절차를 거쳐야 하는 것이 원칙이지만, 행정심판절차의 목적이 이미 달성되었거나 반대로 전혀 달성될 가능성이 없는 경우(예컨대 처분청과 재결청이 동일한 경우)에는 예외적으로 행정심판절차가 면제될 수도 있다.

개인이 신청한 행정행위의 발급에 대하여 행정청이 이를 방치하고 아무런 행동을 취하지 않은 경우, 즉 행정청의 부작위에 관하여는 행정법원법 제68조 제1항이 규정하고 있는 행정심판절차의 요건을 결여하고 있는 것으로 행정심판 전치주의 대상이 되지 않는다. 행정법원법 제75조에 따르면 행정행위를 신청한 후 3개월 이내에는 부작위에 대한 의무이행소송을 제기할 수 없다. 즉, 행정행위를 신청한 후 최소한 3개월이 지나야만 부작위에 대한 의무이행소송을 제기할 수 있다. 물론 생활에 필수적인 사회복지사업, 시험합격결정에 있어서의 긴급성과 같은 특별한 사정에 의하여 3개월이 기다려질 수 없는 경우에는 예외적으로 그 이전이라도 의무이행소송을 제기할 수 있다.<sup>40)</sup> 이 외에도 특별법에 의해 3개월 기간에 대한 예외규정이 인정되는 경우도 있는데, 연방임시시온방지법 (BImSchG)<sup>41)</sup> 제14a조가 이에 해당한다.

(2) 일본 행정사건소송법은 의무이행소송의 제소기간에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 신청형 의무이행소송 중 거부처분을 다투는 것에 대해서는 필요적 병합제기제를 취하기 때문에 취소소송 또는 무효확인소송을 병합하여 제기하는 것이 필요하다. 이 중에서 취소소송은 제소기간의 제한이 있다. 따라서 거부처분의 위법을 주장하여 의무이행소송과 취소소송을 제기하기 위해서는 취소소송의 제소기간을 준수하여야 한다. 만약 취소소송의 제소기간이 도과한 경우에는 의무이행소송의 제기가 가능하지만, 이 경우에는 무효확인소송을 병합제기하여 당해 거부처분이 당연무효라는 것을 주장할 필요가 있다. 비신청형 의무이행소송과 신청형 의무이행소송 중 신청에 대한 불응답을 다투는 경우에는 행정처분이 존재하지 않기 때문에 제소기간의 제한이 없다. 부작위위법확인소송에서는 구조상 취소소송과 같은 제소기간 규정이 없다. 이것은 행정청의 부작위 상태가 계속되는 중에 제기하여야 하는 부작위위법확인소송의 성질상 당연한 것라고 할 수 있다.<sup>41)</sup>

40) Hufen, Verwaltungsprozessrecht, S. 293.

41) 이와 비교하여 우리나라 행정소송법 제38조 제2항은 부작위위법확인소송에 제소기간을 준용하고 있다. 그 입법적 타당성에 의문이 존재한다. 행정소송법 「제38조(준용규정) ② 제9조, 제10조, 제13조 내지 제19조, 제20조, 제25조 내지 제27조, 제29조 내지 제31조, 제33조

(3) 비신청형의무이행소송은 그 성질상 제소기간의 제한을 두는 것은 적절하지 못한 것 같다. 신청형 의무이행소송 중 거부처분에 대한 의무이행소송과 부작위에 의한 의무이행소송의 경우에는 제소기간을 둘 수 있다. 이 경우에 거부처분 취소소송과 관계를 고려하여 제소기간을 설정할 필요가 있고, 부작위에 의한 의무이행소송의 경우에는 향후 부작위위법확인소송을 존속시킬 경우와 이를 폐지할 경우를 나누어 제소기간 규정을 검토할 필요가 있을 것이다.

2012년 행정소송법 개정안의 경우 제42조 제1항에서 행정청의 거부처분에 대한 의무이행소송에 대하여는 취소소송의 제소기간인 처분이 있음을 안 날부터 90일, 처분이 있는 날부터 1년의 제소기간에 관한 제21조의 규정을 준용하고, 제42조 제2항에서는 「행정청의 부작위에 대한 의무이행소송은 법령상 처분기간이 정해져 있는 경우에는 그 기간이 지나기 전에는 제기할 수 없고, 법령상 처분기간이 정해져 있지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 처분을 신청한 날부터 90일이 지나기 전에는 제기할 수 없다」고 규정한다. 그러나 이 규정에 대해서 행정청이 신청을 방치한지 상당한 기간이 경과하였음에도 90일 전에는 의무이행소송을 제기하지 못하도록 규정하고 있는 것은 국민의 권익구제를 위축시킬 수 있다는 지적도 있다.<sup>42)</sup>

#### 4. 의무이행소송제도 도입과 부작위위법확인소송제도의 존치 여부

부작위위법확인소송은 행정청이 법령에 의거한 신청에 대해서 상당 기간 내에 일정한 처분을 하여야 함에도 불구하고 이것을 하지 않는 것에 대해서 위법의 확인을 구하는 소송이다. 현행 행정소송법상 항고소송은 공권력의 불행사에 대한 소송을 포함하고 있는데 이러한 부작위에 대응한 소송이 부작위위법확인소송이다. 이러한 소송유형을 인정한 배경은 1984년 행정소송법 개정 시 사법심사의 사후성을 강조하는 입장과, 당시 이미 독일에서 인정되어 온 의무이행소송을 제도로써 도입하려는 입장간의 타협의 산물로서 법제화한 것이라고 평가할 수 있다. 그러나 부작위위법확인소송은 다음과 같은 제약이 있다. 첫째, 소송에 의한 구제가 필요한 행정청의 부작위에는 인허가 등의 신청에 대한 불응답과 직권으로 행할 행정행위의 부작위가 있을 수 있다. 부작위위법확인소송은 전자에 대해서 기능하지만 후자에 대해서는 기능하지 못한다. 둘째,

및 제34조의 규정은 부작위위법확인소송의 경우에 준용한다.」

42) 김용섭, 전제논문, 89면.

이 소송제도는 법원이 행정청의 부작위에 대해서 위법을 확인하는 데 그치고, 행정청에 대해서 인허가 등을 행할 것을 명하는 것이 아니다. 법원이 행정청의 부작위를 위법하다고 확인하여 원고가 승소하더라도 원고에게 인허가를 부여하는 것은 아니다. 위법확인판결이 내려지더라도 행정청은 재차 거부처분을 행할 여지가 남아 있다. 행정청이 거부처분을 하면 다시 동 처분에 대한 취소소송을 제기할 필요가 있다. 이 점을 고려하면 부작위위법확인소송은 불완전하고 결함이 내재된 제도로서 의무이행소송이 법정화되면 더 이상 존치할 제도적 이유가 없어진다고 생각된다.<sup>43)</sup> 일본의 경우, 부작위위법확인소송을 2004년 행정사건소송법 개정 시 그대로 존속시키면서 신청형 의무이행소송에 대해서는 그 청구에 따라서 부작위위법확인소송을 병합하여 제기하도록 하고 있다.(행정사건소송법 제37조 3 제3항)

종래 우리나라 행정소송법 개정안에서는 부작위위법확인소송제도의 존속을 전제로 제도개선이 검토되었다. 그러나 의무이행소송이 인정되면 기능적 중복이 발생하기 때문에 부작위위법확인소송제도의 존속실익은 거의 없다고 할 수 있다.

## 5. 의무이행소송과 거부처분 취소소송의 병합제기

의무이행소송 제기 시, 문제가 된 거부처분의 취소소송과 관계를 어떻게 규율할 것인가가 문제된다. 의무이행소송과 거부처분 취소소송의 필요적 병합제기를 규정한 일본 행정사건소송법의 경우에는 의무이행소송과 거부처분 취소소송을 병합하여 제기할 것을 소송법상 제도적으로 의무지운다. 이에 반하여 독일 법제에서는 이에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않고 당사자의 선택에 맡긴다.

(1) 의무이행소송과 거부처분 취소소송의 소의 병합제기문제에 대해서 독일 행정법원법은 별도의 법규정을 두지 않고 해석론에 맡기고 있다. 의무이행소송과 취소소송은 원고의 기준으로 볼 때 소송의 목적이 서로 다르다. 양자는 상호 보완적 관계에 있는 것이 아니라 택일적 관계에 있다고 할 수 있다. 따라서 의무이행소송이 제기된 경우 별도의 거부처분 취소소송을 제기할 필요가 없다고 한다. 그러나 의무이행소송과 거부처분 취소소송의 병합이 문제 될 경

43) 芝池義一, 行政救済法, 20-21頁.

우도 있다. 수익적 행정행위를 신청한 다수인이 서로 경쟁관계에 있어서 일방에 대한 허가 등의 처분이 타방에 대한 불허가처분 등으로 귀속될 수밖에 없는 때에 허가 등의 처분을 받지 못한 자가 경원자에 대하여 행해진 허가 등의 취소를 구하는 소송을 말하는 경원자소송이 그 대표적 예이다. 이러한 소송에서는 단수 또는 특정인의 이익만 성립될 수 있고 그 이상의 추가 진입이 불가능한 이익대체관계에서 제기되는 소송을 말한다. 이처럼 행정청이 다른 경쟁자에게 수익적 처분을 한 경우, 수익을 얻지 못한 원고는 취소소송에 의하여 이를 취소하는 것만으로 자신의 목적을 달성할 수 없기에 의무이행소송을 제기할 것이다. 이 경우 자신에 대한 의무이행과 다른 경쟁자에 대한 수익적 처분의 취소를 병합하여 청구하여야 하는 것이 문제가 된다. 독일에서 이에 대하여 견해가 일치되지는 않지만 의무이행소송의 제기만으로는 충분한 권리구제가 보장되지 않을 때에 한하여 예외적으로 양자를 병합하여 제기하여야 한다는 의견이 타당한 것 같다.<sup>44)</sup> 거부처분에 대하여 의무이행소송을 제기하지 않고 거부처분의 취소만을 구하는 취소소송을 독립취소소송(isolierte Anfechtungsklage)이라 하며 그 인정 여부에 대해서는 견해가 일치하지 않고 있다. 다수설의 입장은 원칙적으로 독립취소소송은 인정될 수 없다고 보고 있는데, 그 이유는 원칙적으로 권리보호의 필요성이 없고 행정법원법이 의무이행소송을 규정하고 있는 입법 취지로 보아 거부처분에 대해 취소소송이 아닌 의무이행소송으로 다투어야 한다는 것이다. 그러나 행정행위 발급신청에 대한 이익이 원고에게 더 이상 없지만 거부행위 자체가 지속적으로 원고의 법적 지위에 영향을 미치고 있어 이를 취소하여야 할 정당한 법적 이익을 가지고 있는 경우에는 예외적으로 독립취소소송이 허용될 수 있다고 한다.<sup>45)</sup>

(2) 일본 행정사건소송법상 비신청형 의무이행소송은 병합제기규정이 없다. 그러나 행정사건소송법 제37조 3 제3항에 따르면, 신청형 의무이행소송에 관해서는 그 청구에 따라서 부작위위법확인소송, 취소소송 또는 무효등확인소송을 병합하여 제기하여야 한다고 규정하여 필요적 병합제도를 취하고 있다.

신청형 의무이행소송에 대한 병합제기 의무제도를 채용한 것은 법원의 탄력적 대응, 즉 법원이 의무이행판결을 내리기 용이하지 않은 경우에, 법원이 부작위위법판결 혹은 취소판결을 내리고, 그 이후 나머지 사후처리를 행정청에 위임함으로써 분쟁의 합리적 해결을 도모하기 위한 것이라고 한다. 이 제도는

44) 송동수, 전제논문, 241면.

45) Hufen, Verwaltungsprozessrecht, S.214.

법원의 부담경감을 도모하고 이와 더불어 원고의 권리구제에 기여하기 위한 것을 목적으로 한다. 반드시 의무이행판결을 할 필요가 없는 경우에 대해서는 현행 일본법이 병합제기의무 제도를 규정하고 있다고 하더라도, 병합제기 여부에 대해서 원고의 선택에 맡기는 것이 적절하다고 할 수 있다. 병합제기의무 제도를 인정한 근거는 다음과 같다. 첫째, 개별 사안에서 의무이행소송에 관련한 분쟁을 보다 유연하고 적절하게 해결할 수 있다. 둘째, 행정처분을 신청하였지만 거부처분을 받았거나 어떠한 처분도 받지 않을 것이 명백한 경우에 있어서, 이에 대한 효율적 권리구제를 도모하는 측면에서 이를 인정하는 것이 필요하다. 셋째, 거부처분을 취소하는 것에 의해서 법률관계를 명확히 할 필요가 있을 수 있다.<sup>46)</sup>

해석론으로서 병합제기의무를 완화하는 방향에서 유연한 제도 운용이 필요할 것이다. 의무이행소송을 단독으로 제기하는 경우에도, 그 이후에 신속하게 부작위위법확인소송, 취소소송 또는 무효등확인소송을 제기한다면 하자는 치유되고, 역으로 취소소송을 제기한 후에 의무이행소송을 병합하는 것도 허용된다. 또한 행정처분의 신청에 대해서 불응답 한 경우에 의무이행소송과 부작위위법확인소송을 병합하여 제기하고, 그 이후에 행정청이 거부처분을 한 경우에는 부작위위법확인소송을 취소소송으로 변경할 수 있다. 부작위 위법확인소송을 취소소송으로 변경한 경우에, 취소소송에 관하여 행정심판전치주의가 취하여진 경우라고 하더라도, 이 경우에는 전치의무가 적용되지 않는다고 한다.<sup>47)</sup> 이외에도 소의 변경에 관한 것은 아니지만, 의무이행소송과 병합제기된 무효등확인소송에는 행정사건소송법 제36조<sup>48)</sup>가 미치지 않는다고 한다.

(3) 의무이행소송과 부작위위법확인소송의 관계를 필요적 병합제기로 규정할 것인가 혹은 당사자의 선택에 맡길 것인가는 입법정책에 따라 달라질 수 있다. 전술한 바와 같이 의무이행소송을 법정화할 경우, 부작위위법확인소송을

46) 이상의 이유를 포함한 병합제기제를 채택한 핵심적 이유는 의무이행소송제도 운용과 관련된 분쟁에 대한 탄력적 대응과 합리적 해결에 있다고 한다. 그러나 이미 의무이행소송에서 실무상으로 추상적 의무이행판결이 인정되고 있어서, 이러한 목적을 달성하였기 때문에 그 제도적 의의가 대폭 감소하였다고 할 수 있다. 芝池義一, 行政救濟法, 190頁.

47) 芝池義一, 行政救濟法, 189-191頁.

48) 행정사건소송법 「제36조 무효 등 확인의 소는 당해 처분 또는 재결에 계속된 처분으로 손해를 입을 우려가 있는 자 및 그 밖에 당해 처분 또는 재결의 무효 등의 확인을 요구함에 대해서 법률상 이익이 있는 자로서, 해당 처분 또는 재결의 존재 여부 또는 그 효력 유무를 전제로 하는 현재 법률관계에 관한 소에 의하여 목적을 달성할 수 없는 자에 한하여 제기할 수 있다.」



존치시키는 것은 기능적 중복만 발생할 뿐 실익이 거의 없다는 점을 고려할 때, 병합제기의 논의는 생산적이지 않은 것 같다.

2012년 행정소송법 개정안은 의무이행소송을 허용하면서도 거부처분에 대한 취소소송을 따로 제기하는 것이 불가능한 것은 아니며, 의무이행소송과 거부처분 취소소송 간의 병합제기를 반드시 하여야 하는 것은 아니라고 규정하였다. 즉 의무이행소송과 거부처분 취소소송의 병합제기 문제에 대해서 당사자의 임의적 선택에 맡기고 있다. 그러나 이 개정안 제44조는 의무이행판결에 관하여 「법원은 행정청의 거부처분이나 부작위가 위법한 때에는 다음 각호의 구분에 따라 판결한다. 거부처분의 경우에는 이를 함께 취소한다」라고 규정하고 있다. 이 규정에 따를 경우, 당사자의 청구가 없음에도 불구하고 법원이 의무이행판결과 동시에 거부처분 취소판결을 내리도록 하고 있다. 이것은 소송물의 관점에서 이해하기 어려운 측면이 있다. 이 규정이 없더라도 의무이행판결이 내려지면, 이에 따라 행정청에서 일정한 처분을 하게 되고 그에 따라 거부처분은 효력이 상실된다고 볼 수 있다.<sup>49)</sup>

개별적 사안에 있어서 의무이행소송과 거부처분 취소소송의 병합이 필요한 경우가 예외적으로 있을 수 있다. 이에 대해서는 개별구체적으로 사안에 따라서 해석론을 통하여 해결할 수 있을 것이다.

## VI. 본안 승소요건과 판결

### 1. 본안 승소요건

의무이행소송의 본안승소요건에 대해서 독일과 일본은 차이를 보이고 있다. 이러한 차이가 발생하는 이유는 독일의 경우, 의무이행소송을 법률관계소송으로 구성하고 있는 데 반하여, 일본은 의무이행소송을 행위소송으로 구성하여 항고소송의 일종으로 규정하기 때문이다.

(1) 독일 행정법원법 제113조 제5항 제1문에 의하면 의무이행소송의 본안승소요건은 행정행위의 거부 또는 부작위가 위법하고 이를 통하여 당사자의 권리를 침해한 경우에 승소하게 된다. 행정법원법 제113조 제1항 제1문에서 규율

49) 김용섭, 전제논문, 107면.

하고 있는 요건하에 원고는 특정한 행정행위의 발령청구권이 있어야 한다. 거부처분이 위법한 경우는 기본권, 법률의 규정, 확약 또는 공법상 계약에 위반되면 위법하게 된다. 행정법원법 제113조 제5항에 따라 의무이행소송의 심리과정에서 행정행위의 거부 또는 부작위가 위법하고 권리가 침해된 것으로 판단될 경우, 법원은 행정청에 대하여 행정행위를 발급할 것을 명하거나(행정처분 발급이행판결), 원고에 대한 재결정을 해야 하는 의무를 부과하는 판결(재결정이행판결)을 한다. 50)

(2) 일본의 경우, 2가지 의무이행소송 유형에 따라 본안 승소요건에 약간의 차이가 있을 수 있다. 비신청형 의무이행소송에서 의무이행판결이 행하여질 요건은 「행정청이 처분을 행할 것이 근거법령의 규정으로부터 명확하다고 인정되는 경우 또는 행정청이 그 처분을 행하지 않는 것이 그 재량권의 범위를 넘거나 그 남용이 된다고 인정되는 것」이다.(행정사건소송법 제37조의 2 제5항)

신청형 의무이행소송에서 의무이행판결이 내려질 요건은, 병합제기된 「소에 관련된 청구가 이유 있다고 인정되고」, 「행정청이 그 처분 또는 재결을 행하여야 하는 것이 처분 또는 재결의 근거가 되는 법령의 규정으로부터 명백하다고 인정되는 경우 또는 처분청이 그 처분 또는 재결을 행하지 않는 것이 재량권의 범위를 넘거나 그 남용이 된다고 인정되는」 경우이다. (행정사건소송법 제37조의 2 제5항)

신청형 의무이행소송과 비신청형 의무이행소송에서 공통되는 것은 행정청이 처분을 행할 것이 근거법령의 규정에서 명확하다고 인정되는 경우 또는 행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 범위를 일탈 또는 남용이 된다고 인정되는 경우이다. 이 중에서 전단의 요건은 재량이 없는 기속처분을 상정한 것이지만, 행정청에게 처분을 행할 의무가 있다는 것이 근거법령의 규정으로부터 판정이 가능하면 충분하다. 그 존재에 대해서 일의적 명백성을 요구하는 것이 아니다. 후단은 재량행위에 관한 것이고 재량처분의 취소에 관한 행정사건소송법 제30조에 대응하고 있다.

비신청형 의무이행소송은 소제기 요건으로서 「일정한 처분이 행하여지지 않는 것에 의해서 중대한 손해가 발생할 위험이 있을 것」을 요구하고 있다 이 중에서 「중대한 손해」의 요건은 통상적으로 소송요건으로 취급되지만, 본안심리의 단계에서 그 유무가 판단되는 것이 타당한 것 같다.

50) 김병기, “독일 행정소송상 의무이행소송의 이론과 실제 -의무이행소송의 소송물과 법원의 판결성숙성 성취를 중심으로-”, 행정법학 16권(2019), 21면.

신청형 의무이행소송에는 부작위위법확인소송, 취소소송, 무효등확인소송 등을 병합하여 제기하여야 한다. 그러나 행정사건소송법 제37조의 3 제5항에 따르면 신청형 의무이행소송에서 의무이행판결을 행하기 위해서는 행정처분 또는 부작위에 위법이 있다는 것에 더하여 「소에 관련된 청구에 이유가 있다」는 것이 필요하다. 이 요건은 소송요건으로 해석되지만, 동 규정에 의하여 본안승소요건으로 되어 있다고 해석된다.<sup>51)</sup>

(3) 그동안 우리나라에서 제안된 몇 차례의 행정소송법 개정안에서 의무이행소송은 행위소송의 일종으로 항고소송의 한 종류로서 규정하였다. 이러한 안에 따를 경우, 본안승소요건의 판정은 독일보다 일본의 그것과 유사하게 전개될 가능성이 높다. 권리침해요건은 원고적격에서 심사되고 본안에서는 행정청의 처분의무 존재 및 거부처분과 부작위의 위법성이 인정되는가 여부가 승소요건의 핵심이 될 것이다.

2012년 행정소송법 개정안에는, 제44조에 의무이행소송의 승소요건으로서 ① 「행정청의 거부처분이나 부작위가 위법」할 것, ② 「당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이 법령상 명백하고 그 의무를 이행하게 하는 것이 상당하다고 인정」될 것, ③ 「행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정」될 것 등을 규정하고 있다.<sup>52)</sup> 기속행위의 경우에는 요건①②의 충족여부가 문제 되며, 재량행위의 경우에는 요건①③의 충족여부가 문제 될 것이다.

51) 소송요건설의 근거로서, 신청의 각하·기각하는 처분이 취소되어야 할 것에 해당하는 것에 한하여 신청형 의무이행소송을 제기할 수 있다는 행정사건소송법 제37조의 3 제1항 제1호 및 제2호를 들고 있다. 그러나 이 규정은 신청형 의무이행소송의 소송요건을 규정한 것이 아니고, 신청형 의무이행소송의 2가지 유형(불응답 대응형 의무이행소송과 거부처분대응형 의무이행소송)을 규정한 것이다. 그리고 동조 제3항은 이 2가지 유형 각각에 대하여 병합제기하여야 할 소송을 규정하고 있다. 소송요건설에 따르면 행정사건소송법 제37조의 3 제1항과 제5항의 관계를 적절히 설명하기 힘든 부분이 있다. 芝池義一, 行政救濟法, 192頁.

52) 2012년 행정소송법 개정안 「제44조 (의무이행판결)법원은 행정청의 거부처분이나 부작위가 위법한 때에는 다음 각호의 구분에 따라 판결한다. 거부처분의 경우에는 이를 함께 취소한다.

1. 당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이 법령상 명백하고 그 의무를 이행하게 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청에게 그 의무를 이행하도록 선고한다.
2. 행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우에는 행정청에게 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고한다.」

## 2, 의무이행소송에 있어서 판결의 종류

(1) 의무이행소송의 종국판결에는 각하판결과 청구인용판결 및 청구기각판결이 있다. 각하판결은 소송요건을 결하여 소가 부적법할 때, 당해 소를 배척하는 판결이다. 각하판결을 행할 때에는 원고의 청구에 대한 심리 즉, 본안판결을 할 필요가 없다. 청구인용판결은 법원이 원고의 청구가 소송요건을 갖추고, 청구가 이유 있다고 인정할 때(행정청의 처분의무가 존재하고, 행정청의 거부처분이나 부작위가 위법하다고 인정될 때), 당해 청구를 인용하여 행정처분을 행할 것을 명하는 처분이다. 청구기각판결은 소송요건을 충족하여 법원이 본안심리를 행하였지만, 원고의 청구가 이유 없다고 인정하는 때(행정청의 처분의무가 존재하지 않고, 행정청의 거부처분이나 부작위가 위법하지 않은 때), 원고의 청구를 인정하지 않는 판결이다.

(2) 독일 행정법원법 제113조 제5항은 행정행위의 거부 또는 부작위가 위법하고 원고가 이를 통해서 그의 권리가 침해되는 한, 법원은 행정청에 대하여 신청한 직무행위를 사안이 성숙된 경우(wenn die Sache spuruchreif ist)에 일정한 행위를 하도록 의무를 명한다. 이와 다른 경우에는 법원의 판결의 취지에 따라 원고에게 결정할 의무를 명하게 된다고 규정하고 있다. 법원은 의무이행소송의 이유가 있는 경우에, 판결에 의하여 스스로 행정처분을 발하는 것이 아니라 행정청에 대한 행정처분발급이행판결(Vornahmeurteil)과 재결정이행판결(Bescheidungsurteil)을 한다.<sup>53)</sup>

사인이 신청한 행정행위가 재량의 여지가 없는 기속행위의 경우와 재량행위라도 재량이 영으로 수축되어 기속화된 경우, 법원은 행정청에게 특정 행정행위를 발급하도록 명하는 행정처분발급이행판결을 선고한다. 사안이 판결을 내리기에 성숙하지 않았는데도 원고가 특정한 행정행위의 발급을 요구하는 의무이행소송을 제기한 경우에는 법원은 행정청에 대하여 법원의 견해를 고려하여 원고에 대한 결정을 해야 할 의무를 명하는 판결을 할 수 있다. 이를 재결정이행판결(Bescheidungsurteil)이라 한다. 예컨대 심리된 범위 내에서의 요건이 모두 충족된 것으로 인정되나 행정청에 의한 재량행사의 여지가 남아 있는 경우와 같이 일부 판단이 불가피하게 행정청에게 미루어질 수밖에 없는 경우에는 판결성숙성이 부정되며, 이 경우 법원은 재결정이행판결을 선고한다.

53) 김용섭, 전제논문, 97면.

(3) 일본의 경우, 의무이행소송의 승소요건이 갖추어지면 법원은 원고의 청구를 인용하는 판결을 한다. 청구인용판결은 행정청에게 원고가 구하는 행정처분을 행할 것을 의무지우는 것이다. 이러한 행정처분은 비신청형의무이행소송에서는 「일정한 처분」이고, 신청형의무이행소송에서는 신청에 불응답한 행정처분 또는 거부된 행정처분이 될 것이다. 이 두 가지 모두 원고는 소에 있어서 의무이행을 구하는 행정처분을 세부까지 특정할 것을 요할 필요가 없다고 한다. 그에 따라서 법원도 개선명령이나 사회보장급부명령을 세부까지 특정할 필요는 없다.

비신청형의무이행소송에서도 구체적으로 특정되지 않은 어떠한 처분을 구하는 것이 허용되기 때문에, 이에 대응하여 구체적으로 특정되지 않은 어떠한 권한행사를 요구하는 판결을 하는 것도 가능할 것이다.(추상적 의무이행판결) 또한 신청불응답에 대한 신청형 의무이행소송에 있어서 신청에 대한 응답결정의 의무이행을 요구하는 것이 가능하다고 한다면, 법원은 행정청에 대하여 이러한 신청에 대한 응답결정의 의무이행판결을 할 수 있다. 이것도 일종의 추상적 의무이행판결이라고 할 수 있다.<sup>54)</sup>

신청형 의무이행소송은 부작위위법확인소송, 취소소송 또는 무효등확인소송을 병합하여 제기하여야 한다. 그러나 법원은 심리상황 그 밖의 사정을 고려하여, 행정사건소송법 제37조의 3 제3항 각호에 규정된 소송(부작위위법확인소송, 취소소송 또는 무효등확인소송 등)에 대해서 분리하여 중국판결을 하는 것에 의해서 보다 신속한 분쟁해결에 기여한다고 인정하는 때에는 당해 소송에 대해서만 중국판결을 하는 것도 가능하다.<sup>55)</sup> 이것은 취소소송 등의 판결을 하는 것이 가능하지만, 의무이행판결을 행하는 데에는 시간이 걸리는 경우를 위한 규정이라고 한다(이러한 경우의 취소판결을 분리 취소판결이라고 한다). 이 규정은 신속한 구제를 가능하게 한다는 점에서 적극적으로 평가할 수 있다는 점도 있지만, 그 반면 의무이행판결의 회피를 허용하고, 더 나아가서는 의무이행소송의 존재를 희석할 수 있다는 위험도 있다. 그 적용에는 신중할 필요가 있다고 한다. 이 규정의 적용이 예상되는 상황의 하나로써, 사회보장의 급부신

54) 芝池義一, 行政救済法, 195頁.

55) 일본 행정사건소송법 「제37조의3 ⑥ 제4항의 규정에도 불구하고 법원은 심리상황 및 그 밖의 사정을 고려하여 제3항 각호에서 「정하는 소에 대해서만 중국판결을 함이 보다 신속한 쟁송의 해결에 이바지한다고 인정하는 때에는 당해 소에 대해서만 중국판결을 할 수 있다. 이 경우, 법원은 당해 소에 대해서만 중국판결을 한 때에는 당사자의 의견을 들어, 당해 소와 관련된 소송절차가 완결될 때까지 의무이행의 소와 관련한 소송절차를 중지할 수 있다.」

청이 거부되어, 급부결정의 의무이행을 요구하는 소송이 제기된 경우에, 급부액의 산정에 시간을 요하는 사태가 발생할 수 있다. 이 경우에 급부결정의 의무이행청구와 그것에 인용하는 판결에 있어서 금액의 특정이 필요하지 않다고 한다면, 이 규정을 적용할 수 있을 것이다.<sup>56)</sup>

(4) 법원이 의무이행소송의 본안심리에서 원고의 청구가 이유 있다고 인정될 때( 행정청의 처분의무가 존재하고, 거부처분이나 부작위가 위법하다고 인정할 때), 법원은 구체적으로 특정된 행정처분을 할 것을 명하는 처분을 하거나, 사안에 따라서 일정한 처분을 특정하는 것이 어려울 경우에는 구체적으로 특정되지 않은 어떠한 권한 행사를 요구하는 판결을 하는 것도 가능할 것이다. 2012년 행정소송법 개정안 제47조 제1호는 「당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이 명백하고 그 의무를 이행하도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청이 그 처분을 하도록 선고한다」라고 규정하고, 「그 밖의 경우에는 행정청이 당사자의 신청에 대하여 판결의 취지에 따라 처분을 하도록 선고한다」라고 규정하였다.(동조 제2호) 이 개정안은 의무이행판결의 유형을 특정처분발급이행판결과 재결정의무이행판결로 나누어 규정하고 있다. 실무상으로 법원은 의무이행소송에서 원고의 청구가 본안승소요건을 충족하고, 당해 청구가 행정청의 재량여지가 없는 기속행위로서 일정한 행정처분으로 특정되거나, 재량권이 0으로 수축하여 행정청의 처분의무가 확인되고 이에 따라 일정한 처분이 특정될 경우에는, 청구된 일정한 행정처분의 이행을 명하는 판결을 한다. 그리고 원고의 청구 자체가 구체적 처분으로 특정하기 어렵거나, 문제가 된 행정처분이 행정청의 재량에 속하는 경우에는, 재결정이행판결 혹은 행정재량을 존중하면서 구체적으로 특정되지 않은 어떠한 권한행사를 할 것을 요구하는 판결, 즉 추상적 의무이행판결을 하는 것이 가능할 것이다.

### 3. 위법판단의 기준시

(1) 독일 행정법원법 제113조 제5항은 본안심리의 요건에 대하여 규정하고 있을 뿐, 의무이행소송의 판단의 기준시점에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 의무이행소송의 판단의 기준시점을 사실심 변론종결시(판결시)로 보

56) 의무이행판결에는 기판력과 함께 행정청에 대한 기속력이 인정된다(일본 행정사건소송법 제33조, 제38조 제1항). 이에 따라 행정청은 의무이행판결에 의해 명하여진 처분을 행하여야 한다.

는 것이 일반적 견해이다.<sup>57)</sup> 독일의 경우, 의무이행소송에 있어서의 소송물의 중심은 과거에 이루어진 행정청에 의한 거부처분 또는 부작위의 위법성이 아니라 원고가 현재 행정청에 대하여 당해 행정행위를 신청할 청구권을 갖고 있느냐와 행정청의 거부처분 또는 부작위로 인하여 그와 같은 원고의 청구권이 침해되었느냐 여부이기 때문에 일반적으로 사실심 변론종결 시점이 판단의 기준시점으로서 의미를 갖게 된다.<sup>58)</sup> 물론 개별법의 해석에 의하여 그와 달리 보아야 할 사정이 있는 경우에는 예외를 허용하고 있다. 원고의 신청이 거부처분 시점에서는 부적법하였다 하더라도 변론종결 시점까지 사실관계나 법령의 변경 등의 사정으로 적법하게 되었다면 원고의 청구를 인용하여야 한다. 이와 반대로 심리 결과 원고의 신청이 거부처분 시점에서는 적법하였다 하더라도 변론종결 시점까지 사실관계나 법령의 변경 등의 사정으로 부적법하게 되었다면 원고의 신청을 기각하여야 한다.<sup>59)</sup>

(2) 일본에 있어서 법원에 의한 의무이행소송에 있어서 위법판단 기준시는 장래를 향하여 행정청에게 의무를 이행하게 한다는 소송의 성질상 판결시(구 두변론종결시)라고 한다. 신청형 의무이행소송에서 취소소송 등 병합제기의무가 존재한다. 따라서 취소청구의 대상인 처분(거부처분)이 위법하다는 것, 즉 취소청구에 대한 위법판단이 동시에 필요하다. 그런데 위법판단의 기준시는 의무이행소송에서는 판결시이지만, 취소소송에서는 통상적으로 처분시이다. 즉 신청형 의무이행소송에서 원고가 승소하기 위해서는 의무이행소송의 판결시 기준으로 행정청의 처분의무가 존재하고 당해 거부처분이 위법하여야 한다. 이와 더불어 거부처분 취소소송에서도 처분시를 기준으로 그 처분이 위법하여야 한다. 그렇다면, 거부처분을 행한 이후에 판결시까지의 사이에 법령의 변경 등 사정변경이 있을 때에는 문제가 된다. 신청형 의무이행소송에서 판결시를 기준으로 판단할 경우, 거부처분이 위법하고 행정청의 처분의무가 존재하여, 행정청이 인허가 등의 처분을 행하여야 한다는 결론에 도달하였지만, 거부처분 시점(처분시)을 기준으로 판단하면 당해 거부처분이 위법하지 않을 경우에는 의무이행의 청구가 인정되지 않을 수도 있게 된다. 이것은 불합리하다고 생각된다. 해석론으로서는 병합제기된 취소소송의 위법판단의 기준시도 판결시로 해

57) BVerwGE 74,115(118).

58) 김병기, 전제논문, 5면.

59) Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 20.Auflage, C.H. Beck, 2014, S. 1439.

석하는 것도 문제해결의 하나의 방법이 될 수 있을 것이다. 그러나 의무이행판결에 소급적 효과를 갖게 하기 위해서는 처분시설이 유효하게 기능할 수도 있다. 또한 당초의 거부처분은 위법하였지만, 판결이 나오기까지의 사이에 법령이 변경되었기 때문에 거부처분이 위법하지 않게 된 경우에도, 당초 처분으로서 허인가 등이 행하여진다면 법령개정에도 불구하고 허가 등이 유효하게 유지될 수 있는 사안에서는 여전히 처분시설을 취하는 것이 타당한 것으로 받아들여질 수도 있다. 이 반면에 처분시설을 기준으로 하면 거부처분이 적법하지만, 그 후의 사정변경이 있고, 판결시를 기준으로 하면, 허·인가등이 허용되는 사안에서는 판결시설이 타당하다고 생각된다.<sup>60)</sup> 사안에 따라 이익상황의 차이가 있기 때문에 개별적 사안의 특수성을 감안하여 향후 구체적 해석론을 전개할 필요가 있는 것 같다.

(3) 독일과 일본은 일반적으로 의무이행소송의 위법판단의 기준시에 관하여 구두변론종결시설(판결시)을 취하고 있다. 일본의 경우, 의무이행소송제기를 거부처분 취소소송과 필요적 병합을 의무 지우기 때문에 위법판단 기준시에 관하여 쟁점이 발생하는 경우가 종종 있다. 왜냐하면 취소소송에서는 위법판단의 기준시가 일반적으로 처분시가 되는 데 반하여, 의무이행소송은 위법판단의 기준시가 구두변론종결시(판결시)가 되기 때문이다. 2012년 행정소송법 개정안은 의무이행소송을 도입하면서 거부처분취소소송을 강제로 병합하도록 규정하고 있는 일본의 입법례와는 달리, 당사자의 선택에 맡기고 있다. 이 경우에도 동 개정안에 따르면 의무이행소송판결과 거부처분 취소판결을 동시에 하도록 규정하여 일본에서와 유사한 문제가 제기될 수 있다.<sup>61)</sup> 원칙적으로 판결시설을 취하여 판단하는 것이 타당하지만, 개별적 사안의 특수성이 존재하는 경우, 분쟁해결과 권리구제의 효율성을 고려하여, 탄력적 운영이 필요할 것이다.

## VII. 의무이행소송과 가구제와 판결의 실효성 확보수단

우리나라 현행법상 의무이행소송은 법정 외 항고소송으로서 가구제 수단을

60) 芝池義一, 行政救済法, 192頁.

61) 전술한 2012년 행정소송법 개정안 제44조 (의무이행판결) 「법원은 행정청의 거부처분이나 부작위가 위법한 때에는 다음 각호의 구분에 따라 판결한다. 거부처분의 경우에는 이를 함께 취소한다.」



결하고 있다. 해석론으로 민사가처분절차의 준용을 주장하는 견해도 있으나 별도의 제도 정비 없이 성질이 다른 제도를 준용하는 것은 해석론으로서 불완전한 점이 많다고 할 수 있다. 현행법상 가구제수단으로 법정화된 항고소송에 대해서는 집행정지제도를 인정하고 있다.

(1) 독일 행정법원법 제80조 제1항에 「행정심판과 취소소송은 정지효를 가진다. 이것은 또한 형성적 행정행위와 확인적 행정행위 그리고 복효적 행정행위에도 적용된다」라고 규정하여 집행정지원칙을 규정하고 있다. 그러나 집행정지는 오로지 취소소송에만 적용되고 그 외 나머지 소송에는 적용되지 않기 때문에, 의무이행소송을 비롯한 나머지 소송을 통하여 구제될 수밖에 없는 경우에는 당사자의 임시지위를 정하는 보호조치가 필요하다, 이를 위한 제도가 가처분(Einsteilige Anordnung)제도이다. 독일 행정법원법 제123조에 의하면 「당사자의 신청에 의하여 법원은, 소송이 제기되기 전이라도 현상의 변경으로 인하여 신청인의 권리실현이 좌절되거나 본질적으로 곤란해질 수 있는 위험이 존재하면 분쟁대상과 관련하여 가처분을 할 수 있다. 가처분은 특히 계속적인 법률관계에 있어서 중대한 불이익을 피하거나 급박한 공권력의 행사를 방지하기 위하여 또는 그 밖의 이유로 필요하다고 인정되는 때에 분쟁이 되고 있는 법률관계에 관한 임시적인 상태를 규율하기 위해서도 허용된다」고 규정되어 있다.

의무이행소송의 인용판결이 선고되어 확정되었음에도 행정청이 판결에 따른 행정처분을 하지 아니할 경우 그에 대한 강제집행의 방법으로 직접강제는 인정되지 아니한다. 오직 행정청에게 독일 행정법원법 제172조가 규정하는 간접강제수단인 강제금(Zwangsgeld)을 부과하는 방법이 인정되고 있다.

(2) 일본은 2004년 행정사건소송법 개정에서 의무이행소송을 법정하는 것과 함께, 가구제제도로서 가의무이행 제도를 새롭게 규정하였다.<sup>62)</sup> 동법은 가의무

62) 일본 행정사건소송법 「제37조의 5 (가의무이행 및 가금지) ① 의무이행의 소가 제기된 경우, 그 의무이행의 소와 관련된 처분 또는 재결이 행하여지지 아니하여 발생할 보상할 수 없는 손해를 피하기 위하여 긴급한 필요가 있고, 본안에 대하여 이유가 있다고 보이는 때에는 법원은 신청에 의하여 결정으로써 가처분으로서 행정청이 그 처분 또는 재결을 하여야 하는 취지를 명할 수 있다(이하 이 조에서 "가의무이행"이라 한다). ② 금지의 소가 제기된 경우, 그 금지의 소와 관련된 처분 또는 재결이 행하여짐으로써 발생할 보상할 수 없는 손해를 피하기 위하여 긴급한 필요가 있고, 본안에 대하여 이유가 있다고 보여질 때에는 법원은 신청에 의하여 결정으로써 가처분으로서 행정청이 그 처분 또는 재결을 하여서는 아니 된다는 취지를 명할 수 있다(이하 이 조에서 "가금지"라 한다).

이행제도의 적극요건으로서 ① 의무이행소송의 제기가 있을 것, ② 의무이행소송에 관한 처분 또는 재결이 행하여지지 않는 것에 의해서 발생하는 보상하기 어려운 손해의 발생을 피하기 위하여 긴급한 필요가 있을 것, ③ 본안에 대하여 이유가 있다고 보여질 것 등을 규정하고 있다. 이와 함께 소극요건으로 ④ 공공복리에 중대한 영향을 미칠 위험이 있을 때에는 가의무이행을 할 수 없다고 규정하고 있다.

이러한 요건은 취소소송의 집행정지요건<sup>63)</sup>과 비교하면, 전기 요건 ②에서 집행정지에 비교하여 「보상하기 어려운 손해」의 개념이 사용되고 있고,<sup>64)</sup> 취소소송의 집행정지요건에 있어서는 소극요건인 본안이유요건(「본안에 관하여 이유가 없다고 보여질 경우」) 이지만 전기 요건 ③에서는 적극요건으로 되어 있는 점이 차이가 있다. 가허가 혹은 가면허를 쉽게 인정할 경우, 사회적으로 적절하지 않은 사태가 발생할 위험이 존재하고, 이러한 가의무이행은 처음으로 일본에서 인정된 제도이기 때문에 이러한 신중한 표현의 용어를 사용하여 법

③ 가의무이행 또는 가금지 는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 할 수 없다.

④ 제25조 제5항부터 제8항까지, 제26조부터 제28조까지 및 제33조 제1항의 규정은 가의무이행 또는 가금지에 관한 사항에 대하여 준용한다.

⑤ 전항에서 준용하는 제25조제 7항의 즉시항고에 대한 재판 또는 전항에서 준용하는 제26조제1항의 결정에 의하여 가의무이행 결정이 취소된 때에는 해당 행정청은 당해 가의무이행 결정에 기초하여 한 처분 또는 재결을 취소하여야 한다.」

63) 일본 행정사건소송법 「제25조(집행정지) ① 처분 취소소송의 제기는 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행을 방해하지 아니한다.

② 처분취소소송이 제기된 경우, 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 발생하는 중대한 손해를 피하기 위하여 긴급한 필요가 있을 때에는 법원은 신청에 의하여 결정으로써 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 할 수 있다. 다만, 처분의 효력정지는 처분의 집행 또는 절차의 속행정지에 의하여 목적을 달성할 수 있는 경우에는 할 수 없다.

③ 법원은 전항에서 규정하는 중대한 손해가 발생하는지 여부를 판단할 때에는 손해 회복의 어려움의 정도를 고려하고 손해의 성질 및 정도와 처분의 내용 및 성질도 감안하여야 한다.

④ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때 또는 본안에 대하여 이유가 없다고 보이는 때에는 할 수 없다.

⑤ 제2항의 결정은 소명에 근거하여 한다.

⑥ 제2항의 결정은 구두변론을 거치지 않고 할 수 있습니다. 단 미리 당사자의 의견을 들어야 한다.

⑦ 제2항의 신청에 대한 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다.

⑧ 제2항의 결정에 대한 즉시항고는 그 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.」

64) 大阪地判 2014・9・16, 「보상하기 어려운 손해」라 함은 원상회복 내지 금전보상에 의한 손해배상에 의한 전보가 불가능한 손해뿐만 아니라, 금전배상만으로 손해를 감수하게 하는 것이 사회통념상 현저히 불합리한 손해를 포함한다고 한다.

문을 구성하게 되었다고 한다.<sup>65)</sup>

일본의 경우, 의무이행판결의 실효성을 확보를 위한 제도가 미비한데 이것은 제도적 흠결이라고 평가할 수 있다.

(3) 전술한 바와 같이 현행 행정소송법은 취소소송에 대하여 집행정지제도를 규정하고 있으나 가처분에 관한 규정을 두고 있지 않다. 이와 관련하여 민사집행법 제300조의 가처분에 관한 규정을 행정소송에도 준용하여 집행정지제도가 가지는 한계를 보충할 수 있는지 여부가 논의되어 왔으나 판례는 「항고소송에 있어서는 행정소송법 제14조(현행 행정소송법 제8조 제2항)에도 불구하고 민사소송법 중 가처분에 관한 규정은 준용되지 않는 것이다」라고 판시하여<sup>66)</sup> 소극적인 견해를 취하고 있다.

2012년 행정소송법 개정안 제26조는 「처분 등이나 부작위가 위법하다는 현저한 의심이 있는 경우」로서, 「다툼의 대상에 관하여 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 그 권리를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있어 다툼의 대상에 관한 현상을 유지할 긴급한 필요가 있는 경우」 또는 「다툼이 있는 법률관계에 관하여 당사자의 중대한 손해를 피하거나 급박한 위험을 피하기 위하여 임시의 지위를 정하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우」에 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로써 가처분을 할 수 있다고 규정하고 있다. 의무이행소송을 법정화하더라도 요건을 엄격히 적용하여 가구제절차를 충분하게 보장하지 못하면, 실효적 권리구제가 어려울 수 있다. 가구제절차의 제도설계와 운용과정에서 유연하고 탄력적 법해석을 통하여, 의무이행소송을 통한 확장된 실질적 권리구제가 가능하게 할 필요가 있다.

의무이행판결의 실효성 확보를 위하여 2012년 행정소송법 개정안 제46조는 「행정청이 제44조의 확정판결에 따른 처분을 하지 아니하는 경우에는 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 처분을 하지 아니하는 경우에는 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다」고 규정하여 거부처분취소판결의 간접강제조항과 거의 같게 규율하고 있다.

65) 芝池義一, 行政救濟法, 195-197頁.

66) 대법원 1980. 12. 22., 자, 80두5, 결정.

## VIII. 맺음말

현행법상 행정청의 거부처분이나 부작위에 대해서 의무이행소송이 아닌, 거부처분 취소소송이나 부작위 위법확인소송으로 해결하고 있다. 이는 권리구제의 직접성과 분쟁해결의 효율성 관점에서 적절성을 결하고 있다.

행정소송법이 개관주의를 전제하여 제도설계가 되어 있다는 점을 고려할 때, 원고의 청구내용에 따라서는 해석을 통한 의무이행소송제도의 인정도 가능하지만, 행정청의 제1차적 판단권 존중, 사법작용의 특수성과 한계, 구체적 법률관계의 부존재 등을 이론적 근거로 그 인정에 소극적이었다. 그러나 앞에서 살펴 본 바와 같이 이러한 주장은 논리적 타당성을 결하고 있다. 입법을 통하여 혹은 법해석 변경을 통하여 의무이행소송을 도입하는 것은 취소소송 중심주의를 완화 내지 수정하는 제도적 의미를 갖게 될 것이다. 의무이행소송의 요건을 별도로 규정하는 것을 단서로 의무이행소송을 확인소송 내지 형성소송으로 파악하려는 견해도 있으나 이는 급부소송인 의무이행소송을 항고소송으로 구성할 때 그 특수성을 반영한 규정이라고 보는 것이 타당한 것 같다.

몇 차례 걸친 의무이행소송의 법정화 과정에서 의무이행소송은 법률관계소송이 아닌 항고소송의 일종으로 규정되어 행위소송형태를 취하고 있다. 2012년 행정소송법 개정안의 경우, 신청형의무이행소송을 전제하여 제도설계를 하고, 비신청형의무이행소송의 경우에는 해석론에 맡기고 있는데, 비신청형의무이행소송의 적극적 활용을 위해서는 이에 대한 사항을 별도로 행정소송법에 규정하여 입법적으로 대응하는 것이 타당한 것 같다.

의무이행소송제도가 도입되면 기능적 중복이 발생하기 때문에 부작위위법확인소송제도의 존치는 그 실익이 없다고 보여 진다. 일본의 제도 운용상황을 고려할 때, 의무이행소송과 거부처분 취소소송 간의 병합제기에 대해서는 상대방의 선택에 맡기는 것이 타당하다고 보여 지며, 개별 사안에서 성질상 반드시 병합제기가 필요한 경우에는 해석론을 통하여 인정하는 것이 바람직한 것 같다.

의무이행소송이 행위소송의 일종으로서 항고소송으로 규정될 경우, 본안에서는 행정청의 처분의무 존재와 거부처분과 부작위의 위법성이 인정되는가의 여부가 승소요건의 핵심이 될 것이다. 법원은 승소요건을 갖추었을 때, 이에 대해서 기속행위에 대해서는 특정처분발급이행판결을 행하고, 재량여지가 인정될 때에는 재결정의무이행판결을 행하는데 구체적으로는 추상적 의무이행판결의 형태를 취할 가능성이 높다.

행정청의 선제적 위험관리기능의 강화와 급부행정영역의 확대에 수반하여 점증하는 행정청과 사인 간의 법적 분쟁에 적절하게 대응하기 위하여 의무이행소송의 도입은 시급한 입법과제라고 생각된다.

[참고문헌]

- 김병기, “독일 행정소송상 의무이행소송의 이론과 실제 -의무이행소송의 소송물과 법원의 판결성숙성 성취를 중심으로-”, 행정법학 16권(2019), 1-54면.
- 하명호, “의무이행소송의 도입 필요성과 바람직한 도입방안”, 국가법연구 제15집 제2호(2019), 1-31면
- 송동수, “의무이행소송의 도입과 권리구제의 확대- 독일 의무이행소송의 쟁점과 시사점을 중심으로-”, 토지법연구 제68집(2015), 233-253면.
- 김용섭, “의무이행소송의 바람직한 도입방향 —거부처분취소소송 및 부작위위법확인소송과의 관계정립을 중심으로—”, 행정법학 제7호(2014), 77-120면..
- 정호경, “2012년 행정소송법 개정안에 대한 평가와 전망”,- 개정방향과 주요 쟁점을 중심으로-, 법학논총 제29집 제4호(2012), 223-240면.
- 박정훈, “행정소송법 개정의 주요쟁점”, 공법연구 제31집 제3호(2006), 41-103면.
- 박재현, “프랑스의 월권소송(recours pour excès de pouvoir)과 한국의 의무이행심판에 관한 연구”, 성균관법학 제17권제2호(2005), 125-155면.
- 김철용, 행정법 전면개정12판 (서울:고시계사, 2022).
- 정하중·김광수, 행정법개론(서울:법문사, 2022).
- 박균성, 행정법강의 제19판(서울:박영사, 2022).
- 溱二郎, 義務付け訴訟・禁止訴訟の法定と發展可能性, 行政法理論の探求(芝池義一先生 古稀記念)(2016), 539-561頁.
- 芝池義一, “抗告訴訟と法律關係訴訟”, 行政法の新構想Ⅲ 行政救済法(2008), 29-46頁.
- 高木 光, “義務付け訴訟・差止訴訟”, 行政法の新構想Ⅲ 行政救済法(2008), 47-66頁.
- 稻葉 馨, “行政訴訟の当事者・參加人”, 行政法の新構想Ⅲ 行政救済法(2008), 67-84頁.
- 曾和俊夫, “行政事件訴訟法改正の意義と今後の課題”法律時報77卷3号(2005), 26-33頁.
- 磯部力・小早川光郎・芝池義一, 行政法の新構想Ⅲ 行政救済法(東京:有斐閣, 2008)
- 芝池義一, 行政救済法(東京:有斐閣, 2022)
- Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 12.Auflage, C.H. Beck, 2021.
- Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 19.Auflage, C.H. Beck, 2021.
- Kopp/schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 20.Auflage, C.H. Beck, 2014.

Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung 5.Auflage,  
C.F. Müller,2010.

[Abstract]

## A Study of the Appeals suit for Performance of Obligation

Kim, Chang-Jo\*

This thesis analyzes the systematic structure of the appeals suit for performance of obligation. The research methods employed in this thesis examines the development of the legal system and case laws related to this problem in Korea, Germany and Japan from a comparative point of view.

Appeals suit for performance of obligation is an administrative suit for seeking the issuance of a disposition against an illegal or unjust disposition of refusal or omission rendered by an administrative agency.

According to case laws of the current Administrative Litigation Act, legal disputes related to the administrative agency's illegal refusal and omission have been resolved not through the Appeals suit for performance of obligation, but through the lawsuit for the revocation of the disposition of illegal refusal or the suit seeking confirmation of illegality of an omission.

From the viewpoint of the directness of the remedy of rights and the efficiency of dispute resolution, such a method of dispute resolution is not appropriate. Continuously through the changing of the interpretation of Administrative Litigation Act, it has been attempted to introduce the appeals suit for the performance of obligations. But these attempts are not successful.

For these reasons, the introduction of the appeals suit for performance of obligation has been promoted through legislation. Administrative suit for performance of obligation is expected to be defined and regulated as a type of appeals suit. Appeals suit has functional advantages and disadvantages in terms of rights relief. It is desirable that the system (appeals suit for performance of obligation) be designed and operated in the direction of strengthening its positive function as an appeal suit.

---

\* Prof. Kyungpook National University Law School



Keywords : Appeals suit for performance of obligation, the systematic structure of the appeals suit for performance of obligation, Revocation suit, Suit seeking confirmation of illegality of an omission, functional advantages and disadvantages of appeals suit

