

의무이행소송의 도입에 관한 재검토

- 독일 행정법원법상 의무이행소송을 參照하여 -

김 학 수*

《차 례》

- | | |
|--------------------|------------------|
| I. 들어가며 | IV. 의무이행소송의 도입방안 |
| II. 우리나라 행정소송법의 현황 | V. 맺으며 |
| III. 독일의 모범입법례 | |

I. 들어가며

현행 행정소송법이 1984년 전면 개정, 1994년 부분 개정을 거쳐 2013년 법무부개정안 입법예고에 이르기까지 오랫동안 논의만 무성하였고 그 후 2019년까지 6년 가까이 유보된 상태로 입법적 결실을 보지 못하고 있는 의무이행소송의 도입 관련 문제를 재검토하고자 한다. 현대국가는 복지사회를 지향하면서 행정의 역할이 점점 더 증대되고 국민생활의 행정의존도 제고는 필연적으로 행정청의 위법한 거부처분과 부작위로 인한 권익침해의 소지를 넓히고 있다. 이러한 행정청의 위법한 거부처분 혹은 부작위에 대한 개인의 권익구제를 도모하기 위하여 현행법상의 거부처분 중심의 취소소송만으로는 국민의

* 동아대학교 강사, 법학연구소 특별연구원, 법학박사.

권리구제의 실효성을 거둘 수 없고, 행정청의 위법한 부작위에 대한 행정소송이 제도적으로 보장될 때 비로소 그 실효성을 담보할 수 있게 된다. 그러한 의미에서 위법한 행정처분의 신청에 대한 거부 또는 부작위에 대하여 가장 실효적인 소송수단은 이행소송이라고 할 수 있을 것이다. 현행 행정쟁송법은 거부나 부작위에 대한 불복수단으로 의무이행심판등을 이유로 의무이행소송을 인정하고 있지 않다. 이러한 입법태도는 독일이 국민의 권리구제의 실효성을 확보하기 위한 행정쟁송수단으로 의무이행소송을 인정하고 있음에 비추어 볼 때 전체적 맥락으로 독일 행정법체계를 따르고 있는 우리행정소송법상 시대적 흐름을 역행한 것으로 볼 수 있고, 또한 의무이행심판을 명문화하고 있는 우리 행정심판법에 비추어 보면, 행정구제적 기능을 반감시키는 입법이라는 것이 학계와 법조계의 대체적인 의견이라는 점은 주지하는 바이다. 다시 말하면, 행정청의 부작위에 대한 소송가운데 거부처분에 대한 취소소송이나 부작위위법확인소송 등은 국민의 행정처분의 실행청구에 의한 궁극적인 목적을 달성하는데 미흡하고 우회적인 구제방법이므로 이러한 목적을 직접 충족할 수 있는 의무이행소송이 국민의 권리구제를 위하여 필요하다. 이러한 필요성에 즈음하여 학계에서 진작에 현행 행정소송법 개정과 더불어 의무이행소송제도의 도입을 주장하고 있었으며 대법원과 법무부 등 소송실무가들을 중심으로 현행 행정소송법 개정을 본격적으로 추진한 바 있다.¹⁾ 이는 종래의 거부처분취소소송과 부작위위법확인소송을 대처하는 새로운 소송유형의 창설이라는 의미에서 더 나아가 가치분제도의 도입여부, 소송의 대상과 원고적격의 확대 등 다른 부분의 개정에까지 커다란 실질적인 영향력을 미치는 것이다. 지금까지의 도입논의 경과와 쟁점을 정리하면 우리행정소송법상의 의

1) 대법원은 2002년 4월 1일에 법관·교수·변호사 및 검사 등 14인으로 하는 행정소송법개정위원회를 설치하고 현행 행정소송법의 낙후성을 개선하고 국민의 권리구제의 확대를 목적으로 개정안을 마련하고, 2004년 10월 28일에 공청회를 통하여 그 시안을 공표하였고, 2006년 9월 8일 이를 입법의견의 형식으로 국회에 제출한 상태이다. 개정의견서에서 제 4조 항고소송의 종류중 제3호에서 의무이행소송을 규정하고, 제48조(원고적격)·제49조(제소기간)·제50조(소의 변경)·제51조(의무이행판결)·제52조(의무이행판결의 기속력)·제53조(의무이행판결의 간접강제)·제54조(준용규정)등을 신설하고 있다. 이에 법무부도 2006년 4월 26일 각계의 전문가들로 구성된 행정소송법개정특별분과위원회를 구성하고 심도 있는 논의를 거쳐 행정소송법 개정시안을 마련하였고, 2007년 5월 23일 공청회를 개최하였던바 법무부안은 제4조 항고소송을 구분하면서 제3호에서 의무이행소송을 명시하고 제43조 내지 54조에서 관련규정을 신설하는 것을 내용으로 하고 있다.

무이행소송 도입에 따른 그 기본적인 성질·대상·판단기준시점 등에 대한 논의에 관한 관점에 관하여 재조명하여 볼 필요성이 있다. 실무상으로 행정행위의 발급을 구하는 소송형태는 현대국가에 있어서 수익적 행정기능의 확대, 국민의 국가에 대한 행정의존도가 높아져 감에 따라 행정청에 대하여 개인이 적극적으로 수익처분 - 기초생활수급 신청, 산업재해 급여, 신축건물 인·허가, 공공기관 정보공개 청구 등 다양한 분야의 민원을 구하는 행정소송으로서 국민의 권리구제의 실효성을 확보하기 위한 것으로 큰 의미를 지닌다고 할 것이다.

현행 행정소송법과 최근까지 논의되어져 온 대법원 및 법무부개정안은 기본적으로 독일 행정법원법상의 의무이행소송을 그 표본으로 하여 도입논의를 상정하고 있다. 따라서 본고에서는 특히 독일 행정법원법상의 의무이행소송 제도에 대하여 비교법적 참조도 겸하고자 한다. 물론, 항고소송 대상 확대·원고자격의 확대 등 본안 전 문제인 소송요건에 있어서 중요한 변화가 있을 수 있다.

이하에서는 우리나라 행정소송법의 현황(Ⅱ), 현행법의 모태 및 모범입법례로서의 독일 의무이행소송의 규정, 내용을 살피고(Ⅲ), 이를 통하여 현행 항고소송에서 의무이행소송제도의 도입에 따른 주요쟁점 및 문제점을 재검토하면서 그 방안을 제시하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 우리나라 행정소송법의 현황

1. 현행 행정소송법상 의무이행소송의 불비

1984년 전면개정 행정소송법이 시행 된지 10년이 지난 1994년 대법원은 사법제도발전위원회의 사법제도개선에 관한 건의에 따라 행정소송법 중 개정법률안을 다시 마련하게 되었다. 위 일부개정 법률안은 1994년 7월 7일 법률을 제4770호로 국회를 통과하여 1998년 3월1일부터 시행되게 되었다. 위 법률은

국민의 권익구제의 보완이라는 취지에서 행정심판을 임의적 전심절차로 하고 행정소송의 3심제를 채택하였고, 재판관할·제소기간 등을 변경하였으나 이 역시 의무이행소송이 도입되지는 못하였다. 위 법률은 그 개정내용에 있어서 형식적이고 절차적인 문제에 그치고 실질적인 개선이 결여 되었다는 점에서 학계로부터 비판을 받아왔고, 특히 사인의 행정의존도가 현저히 높아진 시점에서 의무이행소송을 인정하지 아니한 것은 문제점으로 지적되었다. 이러한 지적이 말해주듯 현실적으로 의무이행소송의 절실한 필요성이 요청됨에도 불구하고 현행 행정소송법은 의무이행소송의 불비상태로 현재에 이르고 있다.²⁾

2. 의무이행소송의 도입에 관한 종래의 논의

가. 서설

우리나라 행정소송법이 제정되고 운영되어 오면서 의무이행소송의 인정여부에 관하여 행정소송상 행정과 사법의 권력분립의 한계 문제로 인식하여 논의되어 왔다. 즉, 의무이행소송이 권력분립의 원칙상 행정소송법에 허용될 수 있는지에 대해 견해의 대립이 있어 왔고, 이러한 논의는 해석론뿐만 아니라 입법론까지 영향을 미치는 것이었다. 그러나 의무이행소송을 허용하는 것이 권력분립의 원칙에 반한다는 견해는 더 이상 설득력을 갖기가 어렵다할 것이다. 왜냐하면 권력분립원칙 자체의 의미가 형식적이고 고정적인 것이 아니라 국민의 기본권 보장이라는 목적을 위한 기능적 또는 역할론적인 원칙이라는 것이 널리 인정되었고, 그러한 권력분립의 현대적 의의에 비추어 볼 때 행정부가 행하는 행정작용에 대한 법적인 견제를 사법부에 맡기는 것은 오히려 권력분립의 원칙에 부합하는 것이기 때문이다. 또한 의무이행소송은 행정청이 위법한 거부처분을 하거나 적시에 행하여야 할 결정권을 행사하지 아니함

2) 2007년 11월 법무부는 의무이행소송 도입 등을 골자로 하는 행정소송법 전부개정안을 국회에 제출했지만 대통령선거와 예산안 처리 등 정치적 현안에 밀려 단 한 차례도 심의되지 못한 채 17대 국회 임기만료와 함께 폐기됐다. 18대 국회에서는 박선영 자유선진당 의원이, 19대 국회에서는 김민기 더불어민주당 의원이 비슷한 취지의 행정소송법 개정안을 발의했지만 역시 제대로 논의되지 못하고 폐기됐다. 2011년 법무부는 각계 전문가 14명으로 행정소송법개정특위를 구성해 의무이행소송 도입 등을 포함한 정부안을 만들어 2013년 입법예고를 거쳐 2014년 법제처 심사까지 마친 바 있다.

으로써 권리행사를 방기한 경우에 인정되는 것이므로, 이 소송을 인정하여도 행정권의 일차적 판단권을 침해하거나 사법권과의 균형을 깨뜨리는 것은 아니라는 논거가 타당하다. 따라서 현재 우리나라에서 권력분립의 원칙에 따른 한계로 인하여 행정소송으로서의 의무이행소송을 원칙적으로 해석론뿐만 아니라 입법론에서도 허용할 수 없다는 견해는 없다.³⁾ 다만, 의무이행소송에 관한 명문의 규정이 없는 현행 행정소송법 하에서 법정 외 항고소송으로 의무이행소송을 인정할 수 있는 것인지에 대하여 견해가 대립되고 있으므로 이하에서 살펴보고자 한다.

나. 현행 행정소송법상 해석론의 대립

위법한 행정청의 부작위에 대한 가장 실효적인 소송수단이 의무이행소송이라는 데에는 아무런 이견이 없지만, 현행 행정소송법 제4조가 취소소송·무효등확인소송과 부작위위법확인소송을 항고소송의 유형으로 명시하고 있다는 것은 최근의 다양화, 복잡화, 입체화되고 있는 행정현실에 비추어 소극적인 공권력의 불행사에 대한 국민의 권리구제의 효율성을 기대할 수 없다. 따라서 의무이행소송 또는 예방적금지소송이 소위 법정 외 항고소송으로서 현행 행정소송법을 정합적 이해와 해석을 통하여 과연 인정될 것인가에 대하여 행정소송의 권력분립적 한계로서 논의되어 왔다. 따라서 이에 대하여 대립되고 있는 학설의 논거를 중심으로 그 인정여부에 관하여 살펴기로 한다.

(1) 행정소송법 제4조 제1호의 해석

행정소송법 제4조 제1호의 취소소송의 개념에서 “행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송”이라고 규정하고 있다는 점에서 여기서 ‘변경’의 의미가 무엇인지가 쟁점이다. 이에 대하여 적극설은 행정소송법 제1조가 ‘공권력의 행사 또는 불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고’라고 규정하고 있음으로 행정소송법 제4조 1호의 변경이 함의하는 바를

3) 다만, 실무적으로 2013년 법무부안이 입법예고 된 직후 여러 행정부처에서 사법부가 행정청에게 작위의무를 명할 수 있게 하는 것은 삼권분립 원칙에 위배된다고 주장하면서 이를 도입하면 행정권 위축 등을 초래한다는 점을 부각시켜 적극 반대하면서 정부 내에서 그 논의자체가 중단되었다.

적극적으로 해석하여 이행판결로 부터 적극적 형성판결에까지 인정하는 것이 타당하다고 주장한다.⁴⁾ 이에 대하여 소극설은 헌법상 기본권 보장의 원칙, 법치국가의 원리, 행정소송법 제1조의 취지와 더불어 헌법 제27조 1항의 재판청구권에 기한 공백 없는 권리구제의 요청에 비추어 보아 행정소송법 제4조는 행정소송의 주된 유형을 예시로 열거한 조항으로 이해하고 있다. 따라서 이 변경의 의미는 당해 처분의 일부취소라고 하면서 소극적 변경으로 해석하여야 한다고 한다.⁵⁾

(2) 행정청의 일차적 판단권

또한 소극설은 행정에 관한 일차적 판단권은 행정청에 주어진 고유한 것이므로 의무이행소송이 인정될 수 없다고 본다. 즉, 행정상 법률관계에 대하여 행정청이 규제, 규율권한을 갖는 것이 곧 행정청의 일차적 판단권이라 할 것이며, 대다수의 행정상 법률관계는 당해행정청의 독자적 지위에서 결정권의 발동에 의하여 형성되는 것이므로 행정에 관한 사법심사는 사후심사에 한하는 것이라고 한다.⁶⁾ 이에 대해 적극설은 우선 의무이행소송의 경우에도 거부처분이나 부작위에 대하여 행정청이 소송의 이전단계에서도 판단할 수 있는 기회가 주어진다는 점, 또한 소송의 과정에서도 행정청은 처분의 발급의무에 대한 그 존부에 관한 주장과 입증할 기회가 주어진다는 점, 그리고 행정청이 처분을 발동할 당시에 판단하지 않는 사항에 대하여도 소송과정에서는 심리가 이루어지는 것은 취소소송에도 마찬가지로 발생한다는 점을 강조한다.⁷⁾ 이에 적극설은 의무이행소송의 대상으로서 행정청의 부작위는 원칙적으로 적법하게 행사하여야 할 의무에 기한 결정권을 행사하지 않은 것이므로 이를 인정하여도 행정청의 일차적 판단권을 침해하거나 사법과의 균형을 손상시키지 않는다는 입장이다.

4) 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1997. 900면.

5) 류지태, 박종수, 행정법신론, 박영사, 2016. 776면; 홍준형, 행정구제법, 한울아카데미, 2001. 328면.

6) 김향기, “무명항고소송”, 월간고시, 1990.10, 89면.

7) 김남진, “의무화소송의 필요성과 가능성”, 월간고시, 1979.11, 81면.

(3) 권력분립의 원칙

소극설의 입장은 법원은 행정청에 대하여 일반감독기관의 지위와 권한이 없으므로 법원이 행정청을 대신하여 일정한 행정행위를 결정하고 이를 행정청이 이행하도록 명령하는 것 자체가 사법권으로 하여금 행정권의 고유한 영역을 침범하는 것으로서 이는 헌법상 권력분립의 원칙에 정면으로 반하는 것이므로 현행법상 의무이행소송이 인정될 수 없다고 한다.⁸⁾ 이에 대해 적극설은 비교법적 관점에서 프랑스에서는 의무이행소송이 인정되지 않지만, 오히려 철저한 권력분립의 원칙을 고수하는 독일의 연방행정법원법 제42조에서는 의무화소송을 명확히 규정하고 있으므로 형식논리와 사고관점에 입각하고 있는 소극설의 주장은 실질적 법치주의에 기한 합리성이 부족하며 이른바 형식적 권력분립설은 수동적이고 나태한 사법부를 합리화하는 논리에 불과하다고 지적하고 있다.⁹⁾

(4) 입법재량론

소극설이 주장하는 입법재량론은 기본권으로서 헌법상의 재판받을 권리와 관련하여, 국민의 재판받을 권리를 박탈하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것이나, 입법자에게는 국민의 권리에 대한 구체적이고 실질적인 구제방법에 있어서는 일정한도에서의 입법재량이 인정된다고 하는 논리이다. 따라서 현행법 하에서는 의무이행소송은 인정되지 않는다는 것이다.¹⁰⁾ 이러한 입장에서는 행정소송법은 원칙적으로 취소소송중심주의를 취하면서, 행정의 부작위에 대하여는 행정권의 일차적 판단권을 존중하게 되므로 부작위위법확인소송에 의한 구제방법만을 채택하였다고 보게 되는 것이다. 이러한 관점에서 입법자의 입법재량을 인정하여 기존의 입장을 견지하고 있는 것으로 보인다.¹¹⁾

8) 정하중, 행정법개론, 법문사, 2019, 681-682면; 박윤훈, 정형근, 최신행정법강의(상), 박영사, 2016, 895면
 9) 김성수, 일반행정법, 박영사, 2014, 839-840면; 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2019, 881면; 석종현, 송동수, 일반행정법(상), 삼영사, 2013, 860면
 10) 서울행정법원 2017.2.17., 2017아460 효력정지 결정; 대판 1992. 11. 10, 92누1629.
 11) 대판 1997. 9. 30, 97누3200

다. 소 결

생각건대, 행정에 관한 일차적 판단권은 행정청에 있다는 주장에 대하여 일견 타당하다 할 것이나 이것이 의무이행소송의 전면적 부정을 전인하기에는 논거가 부족하고 정합적이지 못하다.¹²⁾ 권력분립이 함의하는 본질은 단순한 권력의 분립에 있는 것이 아니라 권력의 견제와 균형을 통한 국민의 권리 보장과 그 구제에 있는 것이라고 할 것이다. 또한 현대국가에서 가장 비중 있게 다루어지는 복리행정의 확대는 국민의 행정청의 의존도를 제고시키고, 이는 행정청의 위법한 부작위에 기한 권익침해의 가능성이 높아지게 될 것이므로 이에 대응하여 국민의 권익구제의 실효성을 더욱 고조시키기 위해서는 거부처분 취소소송이나 부작위위법확인소송 등의 우회적인 방법보다는 의무이행소송을 인정하는 것이 타당하다. 현행 행정소송법 해석상으로는 의무이행소송을 전면적으로 받아들이기보다는 권리침해의 위험이 절박하거나 달리 구제수단이 없는 경우와 같은 특별한 사정으로 인정되는 때에는 권리구제의 실효성 측면에서 일정한 제한범위 내에서 예외적·보충적으로 인정하는 것이 합리적이다. 즉, 첫째 행정청이 일차적 판단권을 행사하도록 기다릴 필요가 없을 정도로 관계법상 처분요건에서 일의적이고 구체적으로 규정되어 있고, 둘째 그를 사전에 구제하지 않을 경우 회복이 불가능에 이르는 손해가 발생할 우려가 있으며, 셋째 실질적으로 다른 구제방법이 불비한 경우에만 인정되는 것으로 보고 있다.¹³⁾ 그럼에도 불구하고 거부처분 또는 부작위에 의한 국민의 권익구제를 실효적으로 해결하기 위해서는 원칙적으로 행정소송법에 의무이행소송을 도입하는 입법정책적 결단이 필요하다.

12) 의무이행소송의 대상으로서 행정청의 부작위는 행정청이 본래 적시에 행하여야 할 결정권을 행사하지 않은 것, 즉 권한행사의 방치에 해당하므로, 이 소송을 인정하여도 행정청의 일차적 판단권을 침해하거나 사법과의 균형을 깨뜨리는 것으로는 되지 않는다는 견해가 있다. 김동희, 행정법 I, 박영사, 2015, 666면 참조.

13) 박윤훈, 정형근, 앞의책, 896면; 류지태, 박종수, 앞의책, 1863면; 김남진, 김연태, 행정법 I, 법문사, 2015, 776면; 김동희, 행정법 I, 박영사, 2015, 709면; 미국법에서 직무집행영장 발부요건 3가지는 첫째 원고에게 이의구제를 위한 명확한 권리가 존재하여야 하고, 둘째 피고가 당해 행정행위를 발동할 명시적, 결정적인 의무를 부담하며, 셋째 다른 이용 가능한 적절한 구제수단이 없어야 하는 것 등이다. *Lovallo v. Froehke*, 468 F2d 340 (2nd Cir 1972), Cert denied 411US 918(1973).

3. 현행 행정소송법상 행정행위의 이행을 구하는 방법

가. 취소소송

행정소송법 제4조 제1호에서 항고소송의 하나의 유형으로 취소소송을 규정하면서, “행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송”이라고 명시하고 있다. 본래 취소소송은 형성소송으로서 행정처분의 위법성을 이유로 법원의 판결에 의하여 그 효력을 상실시키는 것이다. 취소판결의 효력의 범위에 관한 행정소송법 제29조 제1항이나 그 반복금지효에 관한 동법 제30조 제1항이 이러한 취지의 규정인 것이다. 그러나 거부처분의 취소소송에 있어서는 행정소송법이 그 판결에 따른 행정청의 재처분의무를 규정함에 따라, 거부처분에 대하여는 의무이행소송이 인정된 것과 같은 결과가 실현될 수 있으므로 그 내용을 살펴보기로 한다.

(1) 판결의 기속력 및 적극적 재처분의무

행정소송법 제30조 제1항은 “처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.”라고 규정함으로써 취소판결의 실효성을 확보하기 위하여 행정청이 판결에 따른 행위를 할 의무를 부여하고 있다. 또 제2항은 거부처분의 취소판결이 확정된 경우에, 기속력의 실효성을 확보하기 위하여 재처분의무를 규정하고 있다. 이에 따르면, 거부처분의 취소판결이 확정된 경우에는 행정청은 ‘판결의 취지에 따라’ 당초의 신청에 대하여 처분을 하여야 하겠지만 반드시 원고가 신청한 내용을 재처분하는 것은 아니다. 이와 같이 거부처분의 취소판결이 확정된 경우 행정청이 어떠한 행위를 할 것인지에 대하여 의문이 있을 수 있고, 또한 행정청이 확정판결을 무시하고 그에 따르는 행위를 하지 않을 우려도 있으므로 이에 재처분의무를 규정한 것이라고 할 것이다. 인용처분이 제3자의 제소에 의하여 절차에 위법이 있음을 이유로 취소되는 경우, 그 처분을 이행한 행정청은 판결의 취지에 따라 적법절차에 의하여 이전의 신청에 대한 처분을 다시 하여야 한다(법 제30조 제3항). 행정청은 판결의 취지에 따라 적법절차에 의하여 다시 신청을 허용하는 처분도 할 수 있다. 여기서 절차라 함은 좁은 의미의 절

차(예컨대, 상급기관의 승인·다른 기관의 동의·의결의 대외적 표시) 뿐만 아니라 처분을 하기 위한 주관적 요건(예컨대, 합의제기관의 구성·정당한 권한의 보유 등) 형식을 포함하고 재량권행사절차도 포함될 수 있다.¹⁴⁾ 그러나 실질적 내용에 위법이 있음을 이유로 하여 취소되는 경우에는 원신청자에게 재차 인용처분을 할 수 없다.¹⁵⁾ 국민이 행정청에게 허가 등 수익처분을 신청하였으나 그것이 거부된 경우에는 그 신청인은 법원에 의무이행소송을 제기하여 목적을 달성하는 것이 순리이다.

그러나 우리나라는 거부처분의 취소소송이 정착되어 있음으로써, 그의 실효성 확보를 위해 적극적 처분의무로 간접강제 방법을 동원함으로써 이를 담보하고 있다.¹⁶⁾

(2) 간접강제 방식

현행 행정소송법은 거부처분의 취소판결이 확정된 경우의 재처분의무를 규정하고, 행정청이 이러한 재처분의무를 이행하지 아니한 경우, 판결의 실효성을 확보하기 위한 수단으로 민사소송(민사소송법 제693조)의 경우와 마찬가지로 이른바 간접강제제도를 채택하고 있다.¹⁷⁾ 동법 제34조의 제1항에 의하여 집행력이 인정되는 것으로 이러한 간접강제의 요건은, ① 행정청의 거부처분에 대한 취소판결이 확정되어야 하고, 그 판결의 취지에 따라 행정청의 재처분의무가 있어야 한다. ② 피고인 행정청이 재처분의무를 이행하지 않아야 한다. ③ 당사자(원고)의 재처분이행의 신청 또는 손해배상의 청구가 있어야 한다. ④ 제1심 수소법원은 변론 없이 간접강제의 절차를 진행할 수 있으나, 결정전에 피고인 행정청을 심문하여야 한다(행정소송법 제34조 제2항, 민사소송법 제693조). ⑤ 제1심 수소법원이 결정으로써 즉시 배상 또는 법원이 결정한 상당한 기간 내에 행정청이 재처분의무를 이행하지 아니한 때에 그 지연기간에 따라 명하는 일정한 배상인 지연배상을 명하게 된다. ⑥ 배상명령

14) 박윤훈, 정형근, 앞의책, 1863면

15) 김남진, 김연태, 행정법 I, 법문사, 2017, 891면

16) 김남진, 김연태, 앞의책, 893면

17) 김남진, 김연태, 앞의책, 892-893면

의 효력은 피고인 행정청의 소속에 따라 국가 또는 공공단체에도 미친다(행정소송법 제34조 제2항, 제33조). 피신청인이 간접강제결정에 불복하는 경우에는 민사소송법 규정에 따라 재항고 할 수 있다.

(3) 거부처분에 대한 취소심판의 문제

(가) 청구가 기각된 경우

거부처분에 대한 취소심판청구가 기각된 경우에는 당사자는 기각재결에 고유한 위법이 없는 한, 원래의 거부처분을 대상으로 하여 취소소송을 제기할 수 있다¹⁸⁾. 이러한 취소소송에 있어 그 인용판결이 확정되면, 처분청은 그 구속력으로 재처분의무에 따라 혹은 신청대로의 처분(기속행위) 혹은 신청에 대한 어떠한 처분(재량행위)을 하여야 하는 것이다.¹⁹⁾

(나) 청구가 인용된 경우

행정심판법은 행정소송과는 달리 취소심판청구의 인용재결에는 재처분의무를 규정하고 있지 아니한 결과, 당사자의 취소심판청구가 인용된 경우에도 행정심판법의 문리적 해석에 의하면, 처분청은 당사자의 신청에 대하여 재처분 할 의무가 없는 것이며, 그에 따라 이 경우에는 다만 거부처분의 취소된 결과로 그치게 되는 것이다. 이에 당사자는 다시 행정청에 당해 처분의 발급신청을 하여야 하는 것인데 그에 대하여 행정청이 재차 거부처분을 할 수 있는 가능성도 배제되지 아니한다고 볼 것이고, 이러한 경우는 행정청의 거부처분과 행정심판에 의한 그 취소의 악순환이라는 비현실적 결과도 상정될 수 있을 것이다. 이것은 개인의 권익구제의 측면에 볼 때 바람직하지 아니한 것임은 물론이다. 이와 같이 취소심판에 대하여 재처분의무를 규정하고 있지 않는 것은 행정심판법이 의무이행심판의 대상으로서 부작위뿐만 아니라 거부처분도 규정하고 있기 때문에 행정청의 거부처분에 대해서도 당사자는 의무이행심판에 의하여 당해 행위의 발급을 구할 수 있는 것이다. 그러한 점에서 취

18) 행정소송법 제19조

19) 김동희, “행정처분의 발급을 구하는 쟁송제도”, 법학, 제33권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1992, 145면.

소심판에도 재처분의무를 규정하는 것은 불필요한 소송수단의 중복이라는 점에서, 취소심판에서는 재처분의무에 관하여 규정하지 아니한 것으로 볼 수 있다. 그러나 거부처분에 대하여 의무이행심판을 제기하였으나 청구가 인용되지 아니한 경우, 당해 처분의 발급을 구하기위해서는 의무이행소송을 제기하여야 하겠지만 현행 행정소송법에서는 이런 소송을 도입하고 있지 않기 때문에 취소소송에 의할 수밖에 없다. 물론 취소소송을 제기하기 전에 청구인의 선택에 따라 취소심판을 거치거나, 또는 예외적 행정심판전치주의로서 다른 개별법에서 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 반드시 거쳐야 할 것이다.²⁰⁾

나. 부작위위법확인소송과 필요적 전치주의

현행 행정소송법은 행정청의 부작위를 다투는 재송수단으로 의무이행심판과 부작위위법확인소송을 인정하여 전자는 후자의 전심절차로 하고 있다(동법 제38조 제2항; 동법 제18조 단서). 부작위위법확인소송에 대응하는 행정심판은 의무이행심판이다. 행정심판이 원칙적으로 임의적 전치주의로 바뀌었지만 청구인의 선택에 의하여 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기하거나 또는 다른 법률에 의하여 반드시 행정심판의 재결을 먼저 거칠 것을 규정하고 있는 경우에는 전심절차로서 의무이행심판을 거쳐서 부작위위법확인소송을 제기하여야 한다. 행정심판법에서는 행정청의 위법·부당한 거부처분이나 부작위에 대한 의무이행 심판을 명문화 하고 있어 이는 이행심판인데 비하여, 행정소송법은 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대한 소극적 위법확인소송만을 인정하는데 그치는 확인소송이므로 양자 간에는 청구의 취지·심리 범위 재결과 판결의 효력 등에 있어 상당한 차이가 있는 것²¹⁾인바, 이는 행정쟁송법의 체계상 이론적 불균형을 초래한다는 점뿐만 아니라 행정소송이 가지는 국민에 대한 당연한 구제절차적 기능과 편의를 반감시키는 입법으로 볼 수밖에 없다. 전심절차로서 의무이행심판을 먼저 살펴보기로 한다.

20) 행정소송법 제 18조 제1항

21) 석종현, 송동수, 앞의 책, 923면.

(1) 의무이행심판

행정심판법 제4조 제3호는 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분, 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 의무이행 심판을 규정하여 행정청의 위법 또는 부당한 부작위를 의무이행심판의 대상으로 하고 있다.

(가) 행정심판의 대상

부당한 부작위가 행정심판의 대상이 되는가의 문제이다. 이 문제에 대해서는 긍정설²²⁾과 부정설²³⁾로 대립하고 있는데, 부정하는 입장에서는 부작위에 대한 정의규정과 행정심판의 청구인적격에 관한 규정, 그리고 일본의 행정불복심사법과 독일의 행정법원법의 소송에서의 관련규정을 들고 있다. 행정심판법 제2조 제1항 2호는 “부작위라 함은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다.”라고 규정하고 있는데, 이러한 의미의 부작위는 위법이므로 부당한 부작위는 심판의 대상에서 제외된다고 한다. 또한 행정심판법 제9조 제3항은 의무이행심판의 청구인적격에 관하여 “의무이행심판청구는 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 일정한 처분을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”라고 규정하고 있으므로 “일정한 처분을 구할 법률상의 이익”이란 결국 일정한 처분을 할 것을 요구할 수 있는 권리를 의미한다고 볼 수 있기 때문에 그와 같은 권리를 가지고 있지 않는 자는 의무이행심판의 청구인 적격을 부인된다고 할 수 있다. 즉, 행정청의 부작위로 인하여 반사적 이익 또는 사실상의 이익을 침해당하는 것에 불과한 ‘부당한 부작위’에서는 행정심판법이 ‘부당한’ 부작위에 대하여 심판을 제기하도록 규정하고 있으면서도 실제로는 부정설의 입장에서 설명하는 바와 같이 행정심판법상의 “부작위”의 정의규정의 의미는 결국 위법이므로, 부당한 부작위는 심판대상에서 제외되지 않을 수 없다²⁴⁾고 보면서 “처분을 하여야 할 법률

22) 김남진, “법률상 이익개념의 혼란과 대책”, 고시연구(1990. 11); “행정쟁송법상의 법률상이익”, 월간고시(1991. 5), 54면.

23) 김동희, “행정심판상의 청구인적격의 문제”, 고시연구(1991. 7), 참조.

24) 김남진, 김연태, 앞의 책, 493면.

상 의무가 있는” 행위는 기속행위라고 할 것이며, 처분을 할 기속을 받고 있는 데도 그것을 하지 않았다면 위법으로 볼 수밖에 없는 것이라고 한다. 따라서 ‘부당한 부작위’란 어떤 처분을 할 수도 안할 수도 있는 경우이지만 적극적으로 행한 것이 타당한 경우의 부작위를 의미한다고 볼 수 있다.

(나) 청구인적격

행정심판법 제9조 제3항은 취소심판에서와 같이 ‘법률상 이익’이 있는 자에 그 청구인 적격을 인정하고 있다. 그러나 이 경우 법률상 이익이 무엇을 의미하는가에 대하여 학설·판례의 관점이 갈리고 있는 바, 그 대표적인 것으로는 법률상보호이익설(실체법적 보호이익설)·보호가치이익설(절차법적 보호이익설) 등이 있는데, 그럼에도 불구하고 판례·학설은 기본적으로는 법률상보호이익설의 입장에 서되, 오늘날 국민의 행정의존도가 점차 커지고 있음을 감안하여 심판절차에 의하여 보호할 가치가 있는 이익을 점차 법률상의 이익에 포용하려는 경향이 있다.²⁵⁾ 내용상으로는 행정청에 ‘일정한 처분’을 구할 수 있는 권리, 즉 일정한 처분을 구할 수 있는 신청권이 있는 자에 한정된다고 할 것이다.²⁶⁾

(다) 인용재결

행정심판법 제32조 제5항에 의하면, 의무이행심판의 인용재결로서 처분재결(형성재결)과 처분명령재결(이행재결)의 두 가지를 규정하고 있으나, 처분재결의 성질을 가지는 것이라는 점에서는 의무이행심판의 본질에 맞지 아니하는 측면이 있다. ‘신청에 따른 처분’에 관해서는 해석상 반드시 당사자의 신청대로의 처분을 의미하는 것인지 즉, 특정행위의 이행명령 혹은 어떤 내용의 처분이든 신청을 방치하지 말고 지체 없이 재량에 따른 처분을 하도록 명하는 재결, 다시 말해서 재량행사명령을 의미하는지에 대해서 견해가 나누어져

25) 이상규, 행정쟁송법(제5판), 법문사, 2000, 98-103면; 박윤훈, 정형근, 앞의 책, 714면.

26) 김동희, 앞의 책, 829-830면; 청구인적격이 인정되기 위해서는 일정한 처분의 신청을 한 것으로 만족하지 않고, 법령에 의해 처분의 신청권을 가져야 한다고 한다. 이에 대하여 일반적으로 이행을 구하는 처분을 신청한 자가 청구인이 되는 것이 보통이라고 하고 있다. 이상규, 앞의 책, 131면.

있다. 이처럼 학설이 이견을 보이는 이유는 그것이 기속행위와 재량행위에 따라 행정청의 작위의무의 내용이 달라지기 때문이다. 의무이행심판청구의 대상으로서의 당사자의 신청의 대상인 행정청의 행위가 기속행위이고 의무이행심판에 있어 그 실제법상의 이유로 청구가 인용되는 경우, 이행재결에 대하여는 행정청은 지체 없이 신청대로의 처분을 하여야 하는 것이다. 그러나 행정청에 재량처분의 의무가 부과되어 있고, 그러한 의무를 부과하는 취지가 개인의 이익도 보호하고자 하는 때에는 무하자재량행사청구권이지만, 행정청에는 중극처분의 내용에 대하여는 재량권 즉, 고유한 판단권이 부여되어 있으므로 행정청은 반드시 당사자의 신청대로의 처분을 할 의무는 없다. 그에 따라 이행재결에 대하여는 행정청은 단지 신청에 대하여 어떠한 처분(인용·거부)을 할 의무만 있고, 특정처분을 하여야 할 법적의무는 없다. 그러나 부당사유에 기한 심판에 있어서는 재결청은 상대방의 신청대로의 처분을 하는 것이 가장 합당하다고 판단하는 경우에는 스스로 상대방의 신청대로의 처분을 하거나, 행정청에 이를 할 것을 명할 수 있다.²⁷⁾

(2) 부작위위법확인소송

(가) 의 의

부작위위법확인소송은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우에 법원이 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이다.²⁸⁾ 이 소송에서 행정청이 판결에 불복종하면 강제금을 부과하여 간접강제하고 있다.

27) 다시 말해서 전술한 바와 같이 재량행위에 있어서는 상대방의 신청에 대한 인용 또는 거부에 대하여 행정청에 재량권이 부여되어 있는 결과, 그 신청을 인용하지 아니하여도 위법이 되는 것은 아니다. 그러나 재결청은 처분청의 거부처분이 위법한 것은 아니나, 구체적 상황을 고려하여 상대방의 신청을 인용하는 것이 보다 적의 또는 합목적적이라고 판단할 수도 있는 경우가 있으므로 이것은 상대방의 신청을 인용하지 아니한 것이 부당한 처분으로 보아, 그 인용재결을 할 수도 있다.

28) 행정소송법 제2조 제1항 제2호·제4조 제3호

(나) 부작위위법확인소송의 대상

부작위위법확인소송의 대상은 행정청의 부작위에 대한 위법성이라고 규정하고 있다. 따라서 이하에서는 부작위에 관하여 살펴보기로 한다.

① 부작위의 의의

행정소송법 제2조 제1항 제2호는 “부작위라 함은 행정청이 당사자의 신청에 의하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다.”고 그 용어를 정의하고 있다.

부작위에 대한 위법확인소송은 권력분립원칙에 입각한 행정권의 일차적 판단권의 존중의미와 보다 효율적이고 실질적인 국민의 권익구제의 관점에서 잠정적인 타협의 결과로 인정된 것으로 보는 견해가 있다.²⁹⁾ 그리고 부작위위법확인소송에서 인용판결이 확정된 경우 그 판결의 기속력에 의하여 행정청의 재처분의무와 간접강제제도의 방법으로 당초 부작위로 인한 사인의 권익침해를 구제하여 주는 것이다(행정소송법 제30조 제2항, 제34조).

② 부작위의 성립요건

항고소송의 대상으로서 ‘부작위’의 성립을 위해서는 우선 당사자의 신청이 있어야 한다. 그리고 그 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 실행하지 않은데 대하여 부작위의 위법확인을 구할 법률상 이익이 있는 자가 신청하도록 하고 있다.

둘째, 행정청의 부작위의 성립에는 행정청이 일정한 처분을 하여야 할 ‘상당한 기간’이 지나도 어떠한 처분도 하지 아니한 상태가 존재해야 한다.

셋째, 행정청이 당사자의 신청에 대하여 일정한 ‘처분을 하여야 할 법률상 의무’가 존재하여야 한다. 여기서 법률상의 의무란 법령이 일정한 요건을 갖춘 때에는 일정한 처분을 할 것을 명한다는 의미의 명문의 규정이 있는 경우와 관련법령의 취지 또는 당해 처분의 성질상 지속적 행위에 속하는 경우에도 포함되는 것으로 본다. 또한 재량행위에 있어서도 재량권의 일탈, 남용으로 인한 그 부작위가 위법인 경우에는, 이러한 하자있는 재량행사에 대하여 당사자는 이를 원인으로 하여 자신의 사익이 침해되었다면 무하자재량행사청

29) 김동희, “부작위위법확인소송과 의무이행심판”, 고시연구, 1986. 3, 34면.

구권을 행사하여 권리회복을 위하여 소구할 수 있을 것이다.

넷째, 처분을 하지 아니하였을 것(처분의 부존재)을 요한다. 부작위가 성립 되려면 행정청의 적극적 처분이나 소극적 처분으로 불만한 외관 자체가 존재 하지 아니하는 상태를 일컫는다.³⁰⁾

(다) 원고적격

부작위위법확인소송은 일정한 행정처분을 신청한 자로서 부작위에 대하여 위법여부의 확인을 구할 수 있는 법률상 이익이 존재하는 자만이 제기할 수 있다(행정소송법 제36조). 여기에서 ‘처분의 신청을 한 자’가 무엇을 의미하는가에 대해서는 견해가 대립되고 있다. 즉, 신청인은 현실적으로 일정한 처분을 신청한 것으로 충분한 것이므로 그 자가 법령에 의한 신청권이 존재하는지 여부는 가릴 것이 없다³¹⁾는 견해와 부작위가 행정청에게 주어진 법률상 의무가 있어야 성립하는 것을 전제로 하여 신청인으로서의 법규 또는 조리상의 응답신청권이 인정된 자의 경우에 한하여 원고적격의 지위에 서게 된다는 견해³²⁾, 그리고 행정청의 부작위로 자기의 법률상의 이익이 침해되었다고 주장하는 자에게 인정된다는 견해로 나뉘고 있다.³³⁾

판례는 부작위위법확인소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법 확인을 소구할 법률상의 이익이 있는 자만이 제기할 수 있는 것이며, 이를 통하여 구하는 행정청의 응답행위는 행정소송법 제2조 제1항 소정의 처분에 관한 것이어야 하므로, 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정행위를 발동하여 줄 것을 신청하지 아니하거나 그러한 신청을 하였더라도 당사자가 행정청에 대하여 그러한 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리를 갖고 있지 아니하든지 혹은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 거부처

30) 대법원은 일찍이 부작위상태의 소멸(일정한 처분이 존재하는 상태)의 요건을 제시하였다. “행정청의 내부에 있어서 그 처분을 위한 의사결정이 사실이 있었다거나 그 의사결정의 내용을 담은 서면이 작성·준비되었다는 것만으로는 부족하고, 어떠한 형식으로든 행정청의 권한 있는 자에 의하여 외부로 표시되고, 그 신청이 거부 내지 각하되었다는 취지가 신청자에게 오해 없이 정확하게 전달되어 이를 알 수 있는 상태에 놓여진 경우에 한한다.” 대판 1990. 9. 25, 89누4758.
 31) 정하중, 행정법개론, 법문사, 2019, 835면; 홍준형, 행정법, 법문사, 2017, 1042면.
 32) 김동희, 앞의 책, 829면; 홍정선, 앞의 책, 932면.
 33) 김남진, 행정법 I, 법문사, 2002, 733면.

분을 한 경우에는 원고적격이 없거나 항고소송의 대상으로서 위법한 부작위가 존재한다고 볼 수 없는 경우에는 그 부작위위법확인소송의 소제기는 부작위법한 것으로 판단하였다.³⁴⁾

(라) 행정심판전치주의의 문제

현행 행정소송법 제18조 제1항은 취소소송에 있어서는 원칙적으로 임의적 행정심판전치주의를 규정하면서 본 조항을 부작위위법확인소송의 경우에도 준용하도록 하고 있으므로 부작위위법확인소송에서도 마찬가지로 행정심판을 거쳐도 되고 거치지 않아도 된다는 점에서는 유용하다. 그러나 청구인의 선택에 의하여 행정심판을 제기하거나 행정소송법 제18조 제1항 단서 규정에 의해서 예외적으로 법률의 명문규정에 따라서 먼저 행정심판을 반드시 거치도록 명시하고 있는 경우³⁵⁾에는 부작위위법확인소송에서도 행정소송법 제18조 제2항, 제3항의 예외규정사항에 해당하지 않는 한 행정심판의 재결을 거쳐야 할 경우에는 반드시 의무이행심판을 거쳐야 한다.

(마) 판결의 효력 - 재처분의무와 간접강제

부작위위법확인소송의 판결 효력에 대하여는 견해가 대립되고 있다. 예컨대, 개인의 건축허가 신청에 대하여 허가행정청의 부작위가 있는 경우에는 개인은 부작위위법확인소송을 제기하여 인용판결을 받으면 허가행정청은 그 방치된 허가를 내주어야 할지 그렇지 않으면, 개인에 대하여 어떠한 내용의 처분이라도 즉, 거부처분을 하여도 이를 행하기만 하면 되는 것인지의 문제이다. 이러한 경우에 다수의 견해는 부작위위법확인소송은 행정청의 부작위가 위법한 것을 확인하는 것으로 족하며, 따라서 행정청은 판결의 취지에 따라 단순히 어떠한 처분을 하기만 하면 되는 것으로 이해한다. 우리 판례도 같은 입장이다. 즉, 대법원은 “부작위위법확인 소는 국민의 신청에 대하여 상

34) 대판 1995. 9. 15, 95누7345; 대판 2000. 2. 25, 99두11455.

35) 다른 법률에서 필요적 전치를 채택하고 있는 예로는 국가공무원법 제 16조 제2항, 지방공무원법 제 20조의 2, 교육공무원법 제53조 제1항, 국세기본법 제56조 제2항, 관세법 제120조 제2항, 도로교통법 제101조의 3, 선박안전법 제11조 제3항 등을 들 수 있다. 김철용, 행정법, 고시계사, 2019, 648-649면

당한 기간 내에 일정한 처분, 즉 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 판결시를 기준으로 하여 그 부작위의 위법성을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 당해 판결의 구속력에 의하여 행정청에 처분 등을 하게하고, 다시 당해 처분 등에 대하여 불복이 있는 때에는 그 처분을 다투게 함으로써, 최종적으로는 국민의 권리이익을 보호하려는 제도”라고 판시하였다.³⁶⁾

이에 대하여 소수의 견해에 의하면 법원은 행정청이 당초 개인의 신청한 처분을 하지 아니한 것에 대한 위법판단 여부도 할 수 있는 것으로 이해하여 신청의 내용이 기속행위에 해당되는 것일 때에는 행정청은 판결의 취지에 따라 당초의 신청에 대하여 인용처분을 하여야 하며, 재량행위에 있어서는 법원은 당초의 신청한 처분을 하지 아니하고 방치한 상태를 위법으로 판단할 수는 없을 것이다.

생각건대, 부작위위법확인소송은 분쟁해결에서 실효성의 문제점을 노정한다.³⁷⁾ 왜냐하면, 부작위위법확인소송에서 인용판결이 확정되면 행정청은 판결의 취지에 따라 상대방의 신청에 대한 일정한 처분을 하여야 한다. 그러나 부작위위법확인소송은 행정청의 부작위의 상태가 위법한 것임을 확인하는데 그치는 것이므로 행정청은 반드시 원고의 신청과 동일한 내용의 처분을 할

36) 대판 1990. 9. 25, 89누4758.

37) 이는 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000두4750 판결에서 잘 나타난다. 지방자치단체가 조례를 통하여 노동운동이 허용되는 사실상의 노무에 종사하는 공무원의 구체적 범위를 규정하지 않고 있는 것에 대하여 버스전용차로 통행위반 단속업무에 종사하는 자가 부작위위법확인인 소를 제기하였다. 이에 대법원은 “부작위위법확인소송은 행정청이 당사자의 법규상 또는 조리상의 권리에 기한 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분을 하거나 각하 또는 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우, 그 부작위의 위법을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 내지 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 것이고, 나아가 그 인용판결의 구속력에 의하여 행정청으로 하여금 적극적이든 소극적이든 어떤 처분을 하도록 강제한 다음, 그에 대하여 불복이 있을 경우 그 처분을 다투게 함으로써 최종적으로는 당사자의 권리와 이익을 보호하려는 제도”라고 하였다. 이는 결국 부작위위법확인소송을 통하여 원고가 최종적으로 목적하였던 행정행위의 발급을 받기 위해서는 행정청의 부작위→이에 대한 부작위위법확인판결→행정청의 거부처분→거부처분에 대한 취소판결→행정청의 재처분이라는 우회적이고 불편한 절차를 거치는 것으로 실질적인 국민의 권익을 보호하는데 큰 흠결이 아닐 수 없다.

필요는 없는 것이다. 다시 말해서 행정청이 거부처분을 하여도 재처분의무를 이행하는 것이 되므로 행정청은 처분의 내용이 어떠한 것이든 처분을 하기만 하면 되는 것이다.

Ⅲ. 독일의 모범입법례

1. 의무이행소송의 의의

가. 개념

독일 행정법원법상의 의무이행소송³⁸⁾을 개괄 정의하면, 원고가 행정청에 대하여 당초 행정청에 의하여 거부되거나 방치된 행정행위의 발급을 구하는 소송이라고 할 수 있다. 의무이행소송을 통해 패소판결을 받은 행정청에 대하여 행정행위를 이행할 것을 명할 수 있다. 이처럼 의무이행소송은 행정행위의 발급이 그 목적이므로 이행소송의 한 유형으로 분류될 수 있다.³⁹⁾ 그러나 한편으로 의무이행소송의 이행소송으로서의 성격으로 말미암아 형성소송인 취소소송과는 달리 법원 스스로 판결 자체에 의하여 새로운 법적상황을 형성할 수는 없다. 오히려 피고 행정청이 패소판결을 받은 후 그 판결에 근거를 두고 새로운 행정행위를 다시 하여야만 한다. 이와 같이 독일 행정법원이 의무이행소송을 형성소송이 아닌 이행소송으로 규정하고 있는 것은 그 나름의 의미가

38) 독일 행정법원법상의 의무이행소송에 관한 규정은 다음과 같다. 제42조(취소소송 및 의무이행소송) 제1항 소(訴)를 통하여 행정행위의 취소(취소소송) 및 거부된 행정행위 또는 방치된 행정행위의 발급을 행하여야할 취지의 판결(의무이행소송을 청구할 수 있다. 제2항 소(訴)는 법률이 달리 규정하고 있지 않는 한, 원고가 행정행위의 거부 또는 부작위(방치)에 의하여 자기의 권리가 침해됨을 주장하는 경우에만 허용된다.

제113조(판결의 주문) 제5항 행정행위의 거부 또는 부작위가 위법하며, 또한 이에 의하여 원고의 권리가 침해되는 한 법원은 사건이 선고할 단계에 이르렀을 때에는 행정청이 신청된 직무행위를 행할 의무가 있음을 선고한다. 기타의 경우에는 원고에 대하여 법원의 법적 견해를 고려하여 결정을 행하여야 할 의무가 있음을 선고한다.

39) Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 11. Aufl., München, 2002, S. 42 Rn. 24 (S. 260); sodan z i e k o w, Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung(Bd. I), 1. Aufl., 1996, S. 42 Rn. 29.

있다. 물론 법원이 요청된 행정행위를 직접 발급하는 것이 권력분립의 원칙과 반드시 모순된다고는 할 수 없다.

그러나 법원 스스로 행정행위를 발급하는 것과 판결에서 행정청에게 의무이행을 선고함으로써 행정청이 행정행위를 발급하도록 하는 것은 권력분립의 관점에서 일정한 중요성을 지닐 수밖에 없다. 실무적인 측면에서 만약 법원이 행정행위를 발급할 권한을 가지게 된다면, 이에 따라 행정행위의 변경, 행정행위의 직권취소 등도 가능하여야 할 것인데, 법원이 행정청의 결정과 같이 세부적인 부분까지 모두 담당하기에는 곤란한 점이 있다는 것도 고려되어야 할 것이다.

또한 지시판결은 권력분립의 관점에서 더욱 정교한 수단이 된다고 할 수 있다. 행정청이 행정행위를 위법하게 거부하여 법원이 지시판결을 선고한 경우, 행정청이 그와 동일한 거부처분을 하는 것은 처음부터 허용되지 않겠지만, 한편으로는 위 판결을 통하여 행정청이 여전히 재량 또는 판단여지를 보유하고 있음이 인정되는 것이다.⁴⁰⁾

나. 취소소송과의 구별

취소소송이 이미 발급되어 현재 유효한 행정행위에 대하여 이를 번복하고자 하는 것인데 비하여, 의무이행소송은 행정행위의 발급 - 가령 건축허가, 보조금 지급결정, 또는 공무원 임면 등을 구하는 소송이다. 그러나 취소소송과 의무이행소송은 그 근본적인 구조에 있어서는 일치하므로 행정법원법 제 42조의 동일한 조문에 그 근거를 두고 있다. 물론 양자 간에 여러 가지 상이한 지향점과 차이점은 분명하다.

의무이행소송을 거부소송과 부작위소송으로 분류한다면, 거부소송의 경우에는 취소소송과 좀 더 근접하게 된다. 거부소송과 취소소송은 모두 선행의 거부행위에 대항하여 그 취소를 지향하는 것이기 때문이다. 그러나 의무이행소송으로서의 거부소송은 더 나아가 행정청의 의무이행이 이루어지도록 하는 것을 목적으로 하게 된다. 거부소송의 경우 취소소송의 기본적인 틀 위에서

40) 박정훈, “행정소송법 개정의 주요쟁점”, 공법연구, 제31집 제3호, 2003. 3, 47-57면.

행정법원법 제68조(전치절차) 제2항을 통해 행정행위의 적법성과 합목적성의 제고를 위한 전치절차가 준용된다. 이와 같은 전치절차는 그 자체가 행정절차의 하나이고, 이를 통과하는 것은 취소소송과 거부소송이 허용되는 전제가 된다. 또한 행정법원법 제74조(제소기간)의 규정도 취소소송과 거부소송에 모두 해당된다.⁴¹⁾

2. 의무이행소송의 분류⁴²⁾

가. 거부소송과 부작위 소송

(1) 정의

거부소송은 거부된 행정행위에 대하여 행정청으로 하여금 그 (거부된) 행정행위를 발급하도록 하는 소송을 말한다. 부작위소송은 원고가 어떠한 행정행위를 신청하였음에도 불구하고 행정청이 이를 방치한 경우 신청한 행정행위의 발급을 구하는 소송을 말한다.⁴³⁾ 이 구분은 원고가 행정청에 행정행위의 발급을 신청하였을 때 행정청이 취하는 “거부 또는 방치”라는 두 가지 유형의 대응에 상응하는 것이다. 행정법원법 제42조 제1항 역시 거부 또는 방치된 행정행위의 발급에 대한 판결을 예정하고 있으므로 거부소송과 부작위소송이 개념적으로 구별될 수 있다.

(2) 구별의 의의

행정행위의 거부와 방치 모두에 대하여 의무이행소송이 허용되고 있으므로 거부소송과 부작위소송의 분류에 실질적인 의미가 있는 것은 아니다. 다만, 두 소송유형의 차이는 거부소송의 경우 전치절차가 필수적이고 제소기간이 정하여져 있다는 것 정도에 불과하다. 즉, 독일 행정법원법 제68조는 취소소송을 제기하기 전에 전치절차에서 재심사를 거쳐야 한다고 규정하고, 이를

41) 박정훈, 앞의 논문, 77면-80면; 박정훈, “행정소송법 개혁의 과제”, 법학, 제54권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2004. 9, 379-401면.

42) 김동복, 앞의 책, 299-300면.

43) Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozeßrecht, München, 1998, Rn. 321 (S. 146); Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., Heidelberg, 2004, Rn.263 (S. 5-86).

거부소송에 대하여만 준용하고 있으므로, 부작위소송의 경우에는 전심절차를 통한 재심사가 불필요한 것이다. 또한 제74조는 행정심판결정이 송달된 후 또는 행정행위가 통지된 후 1개월 이내에 거부소송을 제기하여야 한다고 규정함으로써 거부소송일 때에만 그 제소기간을 제한하고 있다.

부작위 소송의 경우에는 앞서 행해진 어떠한 행정행위가 없으므로 이를 선행의 거부처분이 있었던 경우와 구별하여, 행정행위의 적법성 및 합목적성을 행정청에서 재심사하기 위한 전치절차나 행정행위의 통지로부터 기산되는 제소기간의 적용에서 제외하고 있는 것이다. 다만, 부작위소송은 행정법원법 제75조에 따라 행정행위의 신청 후 3개월이 지나기 전에는 소를 제기할 수 없다는 제소금지기간의 적용을 받게 된다.⁴⁴⁾

나. 집행소송과 지시소송

행정법원법 제113조 제5항은 의무이행소송에 있어서 판결주문의 형태를 두 가지로 분류하고 있다. 즉, 이미 신청한 특정의 행정행위를 이행할 의무를 선고하는 집행판결과 법원의 견해를 존중하여 단순히 새로운 어떠한 행정행위를 이행할 의무를 선고하는 지시판결이 그것이다. 위 판결주문의 형태에 대응하여 의무이행소송을 집행소송과 지시소송으로 구분할 수 있다.

3. 의무이행소송의 대상

가. 행정행위

의무이행소송에서는 단순히 어떠한 ‘행정행위’가 요청될 수 있을 뿐이다. 즉, 의무이행소송의 대상은 행정행위로 국한되어 있다. 여기서 행정행위의 의미는 취소소송으로부터 그 개념이 도출되고 경계 문제로도 언급되는 그것과 동일한 것으로서, 행정청의 작용 중 개별·구체적인 권력적 단독행위, 규율행위로서 대외적으로 상대방에 대해 의무를 부과하거나 권리를 부여하는 직접적인 법적 효과를 갖는 행위만을 의미한다. 또한 이때의 행정행위는 단순히

44) 최은정, “의무이행소송에 관한 연구”, 서울대학교대학원, 2005, 22면.

원고의 주관적 평가에 의한 것이 아니라 객관적으로 행정절차법의 해당 규정에 의한 행정행위인 경우만을 의미하는 것으로 파악한다.⁴⁵⁾

나. 선행의 신청거부행위

부작위소송에 해당되는 경우를 제외하고는, 의무이행소송은 원고가 먼저 행정청에 어떤 신청을 하고 그 신청이 거부된 경우에 허용된다. 관례와 통설에 의하면, 이 경우 선행된 신청거부는 의무이행소송을 통하여 실효되는 또 하나의 행정행위이기는 하지만, 원고가 의무이행소송을 제기하면서 선행의 거부행위의 취소도 함께 구하여야 할 필요는 없는 것이다. 또한 이론적으로 의무이행판결에서 거부의 명확한 취소가 이루어져야만 하는 것도 아니다. 왜냐하면 새로운 행정행위를 할 의무를 부담하는 것은 필연적으로 종래의 거부행위의 취소를 전제로 하는 것이기 때문이다. 즉, 거부의 취소는 독자적인 의미는 없고 단지 의무이행청구에 있어서 법적으로 당연한 결과물이 되는 것이며, 의무이행청구는 자동적으로 그리고 부득이하게 거부의 잔존하는 효력을 저지하게 되는 것이다.⁴⁶⁾

4. 원고적격⁴⁷⁾

가. 주관적 공권

행정절차에서 행정청은 여전히 일방적인 결정을 할 수 있는 우세한 위치를 확보하고 있지만, 소송절차에서 행정청과 국민은 근본적으로 동등한 위치의 절차관련자로서 마주 서 있다. 행정청과 국민에 대한 관념은 주관적 공권의 의미를 잘 나타내 준다. 독일 기본법에서 천명된 포괄적 권리구제는 행정법원법을 통해 구체화되고 현실화 되었다.⁴⁸⁾

45) 박정훈, “행정소송법 개정의 주요쟁점”, 48-50면.

46) 최은정, 앞의 논문, 30-31면.

47) 행정법원법 제42조 제2항에서 행정행위의 거부내지는 방치를 원인으로 하여 권리에 침해를 받는 자는 의무이행소송의 원고적격이 인정되고 있다. 다시 말해서 권리침해의 가능성이 존재하는 경우, 원고적격을 인정하여 주는 것이다.

48) 박정훈, “행정소송법 개정의 주요쟁점”, 89-79면.

나. 자기의 권리 침해를 주장하는 자

위법한 행정행위에 대한 소송은 행정법원법 제42조 제2항에 따라서 자신의 권리가 침해되었음을 주장하는 경우, 적어도 권리의 침해가 나타날 가능성이 있을 때에 한하여 허용된다. 자기의 권리가 침해된 때라는 개념은 행정법원법 제113조에도 그 근거가 있는데, 행정법원법 제42조와 제113조는 직접적으로는 단지 취소소송과 의무이행소송에 적용되는 것이기는 하지만, 일반적인 이행소송에도 역시 이에 상응하여 적용할 수 있다.⁴⁹⁾ 위 규정에 의해 소위 민중소송은 허용되지 아니하게 되고, 동시에 소송은 경제적·정치적, 미학적 또는 그 밖의 이익침해에 관심을 두고 있는 것이 아니라 단순히 법적인 보호·주관적 공권으로 집중되게 되는 것이다. 이와 같은 권리침해의 주장은 소송의 허용성과 관련된 것으로서 원고는 단순히 행정행위의 거부 내지는 방치를 원인으로 하여 자신의 권리가 침해되었다는 주장을 함으로써 원고적격을 충족하게 되고, 권리침해가 실제로 존재하는지 여부는 본안의 이유 유무에서 판단될 것이다.

5. 위법성판단의 기준시⁵⁰⁾

독일의 의무이행소송에 있어서, 원고의 승소 혹은 패소 여부, 집행(행정행위발급명령)판결을 선고할 것인지 혹은 지시(재결정명령)판결을 선고할 것인지 등 본안판결의 판단을 위한 기준시점은 사실심 변론종결시로 보는 것이 일반적이다. 그러므로 당초 행정청의 거부행위가 있었던 시점에서는 그 거부행위가 적법하였고 따라서 원고의 행정행위 발급신청이 받아들여질 수 없었던 것이라 하더라도 그 후 사실 관계나 법령의 변경 등으로 사정이 변경되어 변론종결 시점에는 거부행위가 위법하게 되었다면, 원고의 청구를 인용하여야 할 것이다. 또한 이와 반대로 심리 결과 거부행위시점에서는 원고의 신청이 정당하고 그 거부행위가 위법한 것이었다 하더라도 변론종결 시점까지 사실관계나 법령의 변경 등으로 인하여 거부행위가 그대로 유지되어야 할 사정

49) 박정훈, “행정소송법 개정의 주요쟁점”, 77-79면.

50) 김창식, “의무이행소송 도입의 행정소송에 대한 영향”, 저스티스(통권 제75호, 2003), 86면.

변경이 발생하였고 원고의 신청이 부적법하게 되었다면, 원고의 청구는 기각될 것이다.

이와 같은 결론은 의무이행소송에 있어서 소송물의 초점이 과거에 이루어진 행정청에 의한 거부행위내지는 부작위의 위법성 여부에 관한 것이 아니라 원고가 현재 행정청에 대하여 당해 행정행위를 신청할 청구권을 갖고 있는지와 행정청의 거부행위 내지는 부작위로 인하여 그와 같은 원고의 청구권이 침해되었는지 여부로부터 도출되는 것이다. 한편, 원칙적으로 사실심 최종판결이 위법성판단의 기준시점으로 볼 것이나 예외적으로 개별법의 해석에 맞게 각각 그와 달리 보아야 할 사정이 있는 경우에는 이를 허용하고 있다.⁵¹⁾

6. 가명령제도⁵²⁾

가. 의의

독일 연방행정법원법 제80조 제1항에서는 취소소송의 경우에만 집행정지 효력을 적용하도록 하고 있어 의무이행소송에는 그 효력이 없다. 가명령제도는 행정법원법 제123조 제1항⁵³⁾에서 현상의 변경으로 인하여 신청인의 권리 구현이 불가능하거나 이의 실현이 현저히 곤란한 염려가 있는 때에는 우려가 있을 때에 계쟁물에 관한 것과 중대한 불이익을 피하거나 혹은 급박한 폭력을 방지하기 위하여 또는 기타의 이유에 의하여 필요하다고 인정되는 때에 쟁의 있는 법률관계에 있어서 임시의 지위를 정하기 위하여 허용되도록 하고 있다. 다만, 가명령은 신청행위를 충족요건으로 하고 있어서 법원의 직권으로는 이를 발령하지 못하도록 하고 있다.⁵⁴⁾

51) Schenke, Wolf Rudiger, Verwaltungsrecht, 9. Aufl., C.F.Muller, Heidelberg 2005, S.263; BVerwGE, Njw 1989, S.3233.

52) Bernd Bender, Die einstweilige Anordnung (§123 VwGO), in : FS Menger, S657-678(660) : 김창석, 앞의 논문, 99-90면.

53) 제123조(가명령) 제1항 : 현상의 변경으로 인하여 신청인이 권리를 실현하지 못하거나 이를 실현함이 현저히 곤란할 우려가 있는 때에, 법원은 신청에 의하여 소송이 제기 전이라도 계쟁물에 관한 가명령을 발할 수 있다. 가명령은 그에 대한 규율이 특히 계속적 법률관계에 있어서 중대한 불이익을 피하거나 급박한 폭력을 방지하기 위하여 또는 기타의 이유로 필요하다고 인정된 때에는 쟁의 있는 법률관계에 관한 임시의 지위를 정함에 있어서도 허용된다.

나. 가명령의 종류

연방행정법원법 제123조는 가명령을 보전적 가명령과 규율적 가명령으로 나누고 있다. 이러한 구별은 그 가명령의 필요성에 따른 것일 뿐이고 별개의 절차가 아니므로 신청인은 두 가지의 가처분 중 어느 하나를 특정하여 신청할 필요는 없고 법원이 신청인의 신청 목적을 달성하기 위하여 어떤 종류의 가처분이 필요한지를 결정한다.⁵⁵⁾

다. 가명령의 요건

가명령은 신청을 그 요건으로 하고 있다. 따라서 법원이 직권으로 가명령을 발동할 수는 없다. 가명령 신청은 법원에 계속 중인 재판절차에서의 원고, 또는 소제가 이전이지만 장래에 그 소송을 이행하게 될 원고 등 누구나 할 수 있다. 가명령의 관할 법원은 본안의 법원이다.

라. 가명령의 재판

법원의 결정형식으로 재판한다. 가명령의 결정은 그 결정 시점에서의 법적, 사실적 관계를 기준으로 행하여지며, 구두변론이 있었는지 유무와는 상관없다. 법원은 일반적으로 신청의 상대방에 대하여 필요적 작위나 부작위 의무 부과하는 방식으로 가명령을 발하고, 그와 같은 조처를 법원 스스로가 행하지는 아니한다. 신청이 적법하고 이유 있는 경우 법원은 반드시 가명령을 하여야 한다는 견해가 우세하며 같은 취지의 하급심 판례도 있다. 법원은 권리의 보전이나 규율을 위하여 필요한 명령을 당사자의 신청취지에 구애받지 아니하고 법원의 재량에 따라 결정한다. 법원은 실체법에 규정되어 있지 아니한 명령을 행할 수 있으나, 실체법에 배치되는 명령을 하여서는 아니 된다.

가처분의 본질과 목적에 상응하게 법원은 원칙적으로 임시적인 규율만을 행할 수 있고, 비록 시간적으로 제한되고 본안에서의 재판결과에 따른 유보하에 행하여질지라도 신청인이 본안사건의 소송에서만 도달할 수 있다는 것

54) 성백현, “향고소송에서의 임시구제”, 행정소송법 개정자료집 I (법원행정처, 2007), 493면.

55) 김창석, 앞의 논문, 89면.

을 신청인에게 완전한 범위 내에서 보장할 수는 없다. 이를 이른바 ‘본안사건의 선취금지’라고 한다. 이 원칙은 잠정적인 규율절차로서 가처분절차의 본질과 목적으로부터 비롯되는 것으로 해석되고 있다. 가처분의 목적은 오직 다투어지고 있는 청구권이 법적 분쟁이 계속되는 동안 시간의 경과로 말미암아 불가치 하게 되는 것을 방지하고 이로써 법적분쟁에서 판결의 실익이 유효한 상태로 유지시키는데 있다. 따라서 가처분에 의한 임시적인 허가처분은 허용되지 아니한다. 그러나 관례와 일반적 견해는 기본법 제19조 제4항의 실효적인 법적보호와 관련하여 본안사건의 선취가 실효적인 법적보호를 위하여 불가피할 경우라면, 다시 말하여 본안 사건의 선취가 없으면 예상되는 불이익이 신청인에 대하여 요구되어질 수 없고 본안사건에 있어서도 승소에 대한 높은 정도의 개연성이 존재한다면 예외적으로 가능하다고 이해한다.

행정청의 재량행위에 속하는 행정작용에 대한 가처분은 일반적으로 법정 명령의 방식으로 행하여진다. 즉 법원이 행정청의 재량을 대신 행사하는 형식의 규율적인 가처분은 일반적으로 허용될 수는 없다. 그러나 위에서 본 바와 같은 본안사건의 선취를 위한 전제조건들이 예외적으로 충족될 경우에는 법원은 행정청의 재량사항에 속함을 이유로 신청을 거부할 수 없고 결과적으로 행정청을 대신하여 이익형량을 하여 재량을 행사하는 규율적인 가처분을 할 수 밖에 없게 된다.⁵⁶⁾

7. 강제금제도⁵⁷⁾

연방행정법원법 제172조⁵⁸⁾에서는 의무이행판결에 따라서 행정청이 처분의무를 이행하지 않는 때에는 강제집행의 방법 중에서 직접강제는 인정되지 아니하고 간접강제의 수단으로 강제금부과제도를 활용하여 그 판결의 실효성을

56) 김창석, 앞의 논문, 98-99면 참조.

57) 조만형, 앞의 논문, 191-192면.

58) 제172조(행정청에 대한 강제금): 행정청이 제113조 제1항 제2문 및 제항과 제123조의 경우에 판결이나 가명령으로부터 부과된 의무를 불이행하는 경우에는 제1심 법원은 신청에 의하여 결정으로 기간을 정하여 그 행정청에 대하여 1만유로 이하의 강제금 부과를 계고하고, 그 기간 내에 의무를 이행하지 아니하는 때에는 그 기간과 경과 후에 이를 확정하여 직권으로 집행할 수 있다. 강제금은 반복해서 계고, 확정, 집행될 수 있다.

확보하고 있다.

가. 강제금 부과 요건

(1) 행정청의 의무불이행

강제금을 부과하기 위해서는 행정청이 의무이행판결에 따른 의무, 즉 요청된 행정행위를 발급하거나 또는 판결의 취지에 따른 새로운 행정행위를 발급할 의무를 이행하지 아니하여야 한다. 법원이 집행판결을 선고한 경우 행정청은 주문에서 명시된 특정한 행정행위를 발급하여야할 의무가 있으므로 아무런 조치를 취하지 아니한 경우는 물론이고 그와 다른 행정행위를 발급한 경우에도 의무를 이행하지 아니한 것이 된다. 한편, 법원이 지시판결을 선고한 경우에는 그러한 판결의 취지에 따라 재량에 하자 없는 또는 철저한 사안규명을 바탕으로 한 새로운 행정행위를 발급하는 것으로 족하고 반드시 원고가 요청한 행정행위를 발급하지 아니하여도 의무를 이행하는 것이 된다.

(2) 당사자의 신청

당사자는 행정청이 의무를 이행하지 아니하고 있는 경우에만, 이를 이유로 행정청에 강제금을 부과해 줄 것을 법원에 신청할 수 있다.

나. 강제금 부과 절차

(1) 법원의 결정

법원은 당사자의 신청이 이유 있다고 인정하면 일정한 기간을 정하여 행정청이 그 기간 내에 의무를 이행하지 아니할 경우 일정한 액수의 강제금을 부과할 것을 결정한다.

(2) 강제금의 집행

행정청이 강제금 부과결정에도 불구하고 정해진 기간 내에 의무를 이행하지 아니하는 경우, 이러한 강제금 부과는 확정되고 그에 대한 집행이 가능하다. 강제금의 집행은 행정원법 제170조에 따라 이루어지게 된다. 한편, 행정청

은 법원의 강제금 부과에 불복하여 행정법원법 제146조에 따라 항고를 제기할 수 있다.

IV. 의무이행소송 도입방안

1. 의무이행소송의 대상 확대

가. 현행법의 문제점

현행 행정소송법 제2조 제1항 제1호는 “처분등이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “처분”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.”라고 규정하고 있다. 1984년 전면개정 준비과정 당시 처분을 ‘행정청이 행하는 공권력의 행사 또는 그 거부’로 폭 넓게 정의하자는 견해가 우세하였으나, 독일연방행정법원 해석에 의한 최협의 행정행위를 견지하는 일부 반대 견해와 충돌로 인하여 결과적으로 그 타협안으로 ‘구체적 사실에 관한 법집행’이라는 제한적 징표가 삽입되면서 ‘그 밖에 이에 준하는 행정작용’이라는 포괄적 문구도 함께 추가시켰다.⁵⁹⁾

이것은 우리 행정소송실무가 처분 개념을 위주로 하는 항고소송에 편중되어 있으면서도 항고소송의 대상을 좁게 인정하는 것은 결과적으로 권익구제를 어렵게 만든다는 문제의식에서 이를 보완하고자 한 것이었다. 그런데 이러한 입법의도와는 다르게, 판례가 ‘그 밖의 이에 준하는 행정작용’에 포섭되는 행정작용을 거의 인정하지 않고 ‘처분’을 “권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 발생케 하는 등 국민의 구체적인 권리의무에 직접적인 변동을 일으키는 행위”로 매우 좁게 해석하면서⁶⁰⁾, 국민의 법률상 지위에 현실적으로 직접적인 영향을 미치는 국가의 공권력행사(예컨대, 법규

59) 박정훈, 앞의 논문, 382면.

60) 대법원 1993. 10. 26, 선고 93누6331 판결.

명령)에 대하여는 항고소송을 제기할 수 없는 상황이 연출되면서 많은 부분에서 국민의 권익구제에 실질적 장애가 초래되고 있다.

나. 의무이행소송의 대상으로서의 행정입법

최근으로 2006년 9월 8일 입법의견의 형식으로 국회에 제출한 대법원의 개정안은 의무이행소송의 대상으로서 ‘명령 등’이라 규정하여 행정입법 및 지방자치단체의 자치법규도 포함하였다. 항고소송, 특히 의무이행소송의 대상으로 행정입법을 포함하여야 하는지 제외하여야 하는지에 관하여 헌법에 위반되는지 여부에 법정책적으로 타당한 것인지 여부가 쟁점이 된다.

(1) 위헌 여부에 관한 논의

① 합헌 견해

헌법 제107조 제2항이 최종적으로 대법원의 심사권한을 간접적인 규범통제에 한정하고 있다고 하더라도, 대법원이 행정입법을 직접 통제하는 것을 금지하는 것은 아니며, 또한 헌법상 행정입법에 대한 직접적 규범통제를 헌법재판소의 권한으로 부여하는 규정도 없다. 즉, 헌법은 행정입법에 대한 직접적 통제에 관하여 침묵하고 있는 상태이므로 이는 입법재량의 문제로 해결하여야 한다. 또한 이 조항에서 표현된 처분에 대한 심사에 관해서는 행정소송이 아니라 민사 또는 형사소송 등에서 처분의 위법성이 선결문제가 되는 경우만을 의미하는 것으로 이해되며, 이 헌법조항은 제헌헌법 이래 행정소송의 근거규정으로 인식되어 있으므로 재판의 전제는 선결문제가 아니라 항고소송에서 처분을 취소 또는 무효 확인하기 위한 본안 요건에 불과한 것으로 해석하여야 한다.⁶¹⁾

② 위헌 견해

헌법 제101조 제1항이 법원에 포괄적인 사법권을 부여하고 있으면서도 헌법 제107조 제1항, 제2항을 따로 둔 것은 우리 헌법이 규범심사권을 사법권에

61) 박정훈, “행정입법에 대한 사법심사 - 독일법제의 개관과 우리법의 해석론 및 입법론을 중심으로 -”, 행정법연구(11호, 행정법이론실무연구회, 2004. 5), 166-169면.

부여하지 아니하고 예외적으로 제107조 제2항에 따라 재판의 전제가 되는 경우의 규범심사권 만을 특별히 사법권에 귀속시킨 것이다. 또한 합헌론과 같이 “재판의 전제가 되는 경우”의 의미를 “법규명령의 위헌·위법 문제가 구체적 쟁송의 대상이 된 때”까지도 포함시켜 해석하는 것은 타당하지 못하다. 왜냐하면

이 헌법 규정의 문언 자체의 의미를 새겨도 일견 명확하고 더욱이 통일적 해석 관점에서도 헌법 제108조 제1항의 “재판의 전제” 역시 동일한 해석이 이루어져야 하나 이는 실제로 가능하지 않다고 한다.⁶²⁾

(2) 법정책적 타당성 검토

명령 등에 대한 항고소송에 있어서는 그것의 집행행위를 기다릴 것 없이 바로 명령 등을 대상으로 의무이행소송을 제기할 수 있도록 한 것은 법규명령 등 행정입법에 대한 통제수단으로는 상당히 유력한 방법임에 틀림없다. 그러나 헌법상 권력분립의 원칙과 법정책적 관점에서도 견해의 대립이 지속될 수밖에 없을 사항이므로 신중한 접근이 요구된다.

국민 개인에게 자신의 권익침해를 주장하며 일반추상적 범규범으로서 이미 상당한 기성질서나 법률관계를 형성해온 법규명령을 취소하거나 무효확인 또는 의무이행판결을 할 수 있도록 하는 경우, 가령 원고적격을 갖추기만 하면 항고소송을 제기할 수 있으며, 본안에서는 원고의 권리 및 이른바 법률상의 이익, 그 밖의 보호이익의 침해여부는 불문하고 단지 당해 법규명령의 위법여부만을 심사대상으로 하여 이를 취소하거나 무효확인 또는 의무이행판결을 할 수 있도록 하다면 이는 결과적으로 사실상 명령 등의 항고소송이 객관소송화 될 수밖에 없다. 그러나 이와는 달리 법규명령의 위법성뿐만 아니라 법규명령에 의하여 원고의 권리 및 이른바 법률상 이익 또는 그 밖의 보호이익이 침해된 사실이 판명된 경우로 한정하여 당해 법규명령을 취소할 수 있도록 하는 경우에는 처분적 법규명령이 그로부터 권익침해를 받았다고 주장하는 개인의 행정쟁송제기로 취소, 무효확인 또는 그 거부나 부작위에 대하여

62) 김하열, “행정소송법 개정안에 관한 의견”, 위 공청회, 169-177면.

법원으로부터 의무이행판결을 받게 됨으로써 개인의 권익보호에 이익이 되는 경우가 있을 것이다. 반면에 그로 인해 일반추상적 법규범으로서 이미 상당한 기성질서 또는 법률관계를 형성시켜 온 법규명령이 취소 등으로 인하여 발생하는 법적 불안전성의 문제나 이미 제정개정과정에서 신중한 절차적 통제를 거친 법규명령이 언제든지 쟁송의 대상으로 위협에 노출됨으로써 초래되는 행정의 불안과 비효율성의 지속적인 문제가 발생한다는 점이다. 또한 명령 등에 대한 항고소송이 도입될 경우 현실적인 문제점은 바로 남소의 위험을 노정한다.

한편, 명령 등에 대한 법적 통제는 구체적 규범통제라는 사법적 통제수단과 더불어 절차적 통제는 국민의 기본권 보장이라는 원칙에 철저하다는 점에서 선제적으로 주효하다는 인식이 보편화되는 추세에 있다. 그렇다면 명령 등에 대한 항고소송이라는 사법적 해결방법에 우선하여 관련 규범절차적 통제수단을 보강하여 민원해결을 유도하는 것이 오히려 여러모로 합리적 일 수 있을 것이다. 요컨대, 법규명령은 일반추상적인 법규범이라는 특색으로 인하여 쉽사리 돌이킬 수 없는 기성질서의 형성이나 법률관계의 누적에 일반적으로 수반되므로 행정청의 개별구체적인 사례에 관한 처분과는 법적으로 그 취급을 달리해야 할 필요성이 요구된다.⁶³⁾ 독일 환경법과 기술안전법 등의 영역에서 ‘판단여지’에 근거하여 규범구체화성질의 행정규칙의 법적 구속력을 용인하고 그 한도 내에서 사법심사의 대상에서 제외하고 있는 규범구체화 행정규칙에 대한 법리가 인정된 것도 바로 그러한 사실에서 비롯된 것임을 참고할 필요가 있다.

2. 원고적격(법률상 이익)의 확대

가. 현행법의 문제점

현행 행정소송법 제12조는 취소소송의 원고적격으로서 당해 처분의 취소를 구할 ‘법률상 이익’이 있는 자가 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 주지하

63) 홍준형, 앞의 토론문, 65-68면 참조.

는 바와 같이 ‘법률상의 이익’은 “당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되고 있는 직접적이고 구체적인 이익”이라고 해석⁶⁴⁾ 하여 왔는데, 이에 대하여 권익구제를 받을 수 있는 폭이 너무 좁다는 비판이 제기되어 왔다.

나. 원고적격 확대의 필요성

행정소송에서 원고적격의 유무가 문제되는 상황은 당해 처분의 직접 상대방에 대해서보다는 상대방 이외의 이른바 제3자와의 관계에서 주로 발생하는 경향에 있다. 이는 현대행정의 특색이 행정과 개인 간의 양극적 행정법관계에서 뿐만 아니라, 이른바 이해관계에 있는 다수의 제3자를 포함하는 다면 복합적 행정법관계의 성격을 지니는 경우가 적지 아니하기 때문이다. 이러한 현대 행정법현상의 특성을 외면하고, 행정작용의 상대방 이외의 이해관계인인 제3자는 당해 처분의 근거 및 관련법령에 의하여 개인의 이익으로서 보호될 수 없다는 이유를 들어 원고적격을 불인정할 경우, 사회공동체의 제이해의 조정하고 규율을 도모하는 현행법의 취지와 이념에 위배하는 것임은 물론, 현행법이 보호하고자 하는 공익의 범위가 확대되면 될수록 국가의 사법제도에 의한 국민의 권리구제의 범위는 더욱 협소해 질 수 밖에 없다는 모순에 직면하게 된다. 따라서 현대행정의 대상, 범위에 비추어 행정처분과 관련하여 ‘법률상 이익’있는 제3자에게도 당해 처분에 대하여 다툴 수 있는 원고적격을 폭넓게 인정하여 사법적 구제를 통하여 완전한 권리실현을 이룰 수 있도록 허용하는 것이 더욱 필요할 것이다.

다. 소결

현실상황에서 다양한 행정작용으로 인하여 처분의 직접 상대방이 아닌 제3자의 권익이 침해되는 경우와 근거법규에 의해 보호되는 이익, 그리고 헌법 및 관련법령에 의하여 보호되는 이익이 침해되는 경우가 가파르게 증가하고

64) 대법원은 단순히 공익보호의 결과에서 비롯되는 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적 이익과 같이 간접적, 사실적, 경제적 이해관계만을 가지는 경우는 법률상이익에서 제외시키고 있다. 대판 2001. 9. 28, 99두8565; 대판 2004. 5. 14, 2002두12465; 대판 2005. 5. 12, 2004두14229 등.

있는 추세에 따라 이에 대응하기 위하여 원고적격을 폭 넓게 확대하여 국민의 권익구제에 만전을 기하는 것이 타당하다. 이에 논의에 따른 최근의 (대법원)개정안에서도 이를 적극적으로 반영하여 현행 ‘법률상 이익’을 ‘법적으로 정당한 이익’으로 개정하여 이 경우에 항고소송의 원고적격을 인정하는 합리적 기준을 설정, 제시함으로써 원고적격의 범위를 넓히려는 의지를 담고 있다.

생각건대, 해석상 논란의 여지가 많은 ‘법률상 이익’ 또는 ‘법적으로 정당한 이익’의 개념을 독일 행정법원법 제42조와 같이 작위나 부작위를 통하여 행정청의 작위, 부작위의 위법성과 더불어 그것에 의한 원고의 권익침해의 여부를 실질적 심사가 이루어지도록 명확히 규정하는 것이 실효적이고 타당하다.

3. 직권탐지주의의 채택

가. 현행법의 문제점

현행 행정소송법 제8조 제2항은 “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 행정소송의 심리절차에 있어서도 처분권주의, 변론주의, 공개심리주의, 구술심리주의 등이 모두 적용된다. 그러나 한편으로 동법 제26조에서 “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다”라고 규정하고 있는데, 이 규정의 해석과 관련하여 직권탐지주의를 채택하고 있다는 직권탐지설과 변론주의를 보충하는데 그친다는 변론주의 보충설로 그 학설이 대립되어 있다.

나. 학설의 대립

(1) 직권탐지주의설

행정소송에서 직권주의의 채택 범위에 관해서는 전적으로 입법정책적 관점에 따라 달라질 것인데 행정소송법 제26조의 문언에 비추어 보면, 우리 행

정소송법은 직권탐지주의를 규정하고 있는 것으로 본다. 그 주된 논거는 “당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.”는 문장을 두고 있으므로 직권탐지주의를 천명한 것이라고 해석하는 것이 타당하다는 견해이다.⁶⁵⁾

(2) 변론주의 보충설

행정소송법 행정목적의 제26조 후단의 규정과 행정소송의 특수성(공공복리의 유지와 행정목적의 달성, 행정판결의 제3자효)등 만을 내세워 행정소송이 직권탐지주의 원칙으로 한 소송절차라고 단정할 수는 없는 것이고, 행정소송 절차의 경우에도 변론주의를 원칙적으로 채택한 것이며, 다만 행정소송의 특수성을 고려하여 직권주의적 요소를 가미한 것이거나 보충된 것에 불과하다는 견해이다.⁶⁶⁾

다. 판례의 입장

대법원은 행정소송법 제26조는 법원이 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다고 규정하고 있으나 이는 행정소송의 특수성에 연유하는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외규정일 뿐 법원이 아무런 제한 없이 당사자가 주장하지도 않은 사실에 대해서는 판단할 수는 없으며, 일견 기록상 현출되어 있는 사항에 대해서만 직권으로 증거를 조사하며 이를 기초로 하여 판단할 수 있다고 하면서 그것도 법원이 필요하다고 인정할 경우에 한정하여 청구의 범위 내에서 증거조사와 판단이 가능한 것으로 일관된 입장을 내놓고 있다.⁶⁷⁾ 이러한 대법원의 견해는 변론주의 보충설에 입각한 것으로서, 동법 제26조의 규정을 제한적으로 해석하고 있다.

65) 강영호, “항고소송절차(3)”, 행정소송법 개정자료집 I (법원행정처, 2007), 536-537면; 김철용, 앞의 책, 767면; 석중현, 앞의 책, 728-729면.

66) 강영호, 앞의 논문, 537-538면; 류지태, 앞의 책, 538면; 이혁우, “행정소송에서의 직권심리범위-행정소송법 제26조의 해석과 관련하여-”, 특별법연구(제5권, 특별소송실무연구회, 1997), 40면.

67) 대법원 1987. 2. 10, 선고 85누42 판결; 대법원 1987. 11. 10, 선고 86누491 판결; 대법원 1999. 5. 25, 선고 99두 1052 판결; 대법원 1998. 10. 23, 선고 97누171 판결 등 참조.

라. 소결

생각건대, 취소소송은 이미 선행된 처분의 위법성 여부를 후행적으로 심사하는 것이므로 법원의 심리방식을 변론주의에서 직권탐지주의로 전환한다 하더라도 그 성질상 큰 변화가 있지는 않을 것이다. 그러나 의무이행소송에 있어서는 직권탐지주의의 요청이 필요하다. 왜냐하면 법원이 원고의 청구를 인용하기 위해서는 청구권에 근거하는 모든 요건을 심사하여야 하고, 만약 그 심사에 필요한 자료가 제출되어 있지 아니한 경우에는 그 자료를 제출하도록 하는 등 결론을 도출할 수 있는 상태로 사건을 성숙시킬 의무가 있기 때문이다. 법원이 '사건성숙'을 위한 노력을 하였음에도 불구하고 불가피하게 행정청에게 판단을 미룰 수밖에 없는 사정이 생기거나 행정청이 재량권을 행사할 여지가 있는 경우에만 예외적으로 지시판결을 선고할 수 있다. 이처럼 직권탐지주의를 통한 '사건성숙'의 의무를 법원에게 부과하지 않는다면 의무이행소송의 가장 큰 장점이 사건의 신속하고도 실질적인 해결이라는 기능은 중대한 손상을 받을 것이다. 왜냐하면 변론주의가 여전히 원칙적으로 지배하는 것으로 본다면 밝혀진 자료에 의하여 판단 가능한 범위 내에서 지시판결을 하는 경우가 증대될 것이고 이렇게 되면 의무이행소송을 채택한 의미가 퇴색되기 때문이다.

V. 맺으며

본고에서 살펴본바와 같이 행정청이 일정한 법률상 이행의무가 있는 행정행위의 실행을 거부하거나 이를 방치함으로써 야기되는 국민의 다양한 권익침해에 대한 구제 형식에 대하여 현행 행정소송법상의 항고소송으로는 그 실효성을 기대하기란 어렵다는 검토 결론에 이르게 된다. 즉, 현행법상의 항고소송인 거부처분 취소소송을 제기하여 승소한다고 하더라도 국민 개개인이 신청한 궁극적인 행정행위를 직접 발령(구제)받을 수 없는 것이다. 이에 국민이

의도하는 당초의 행정행위를 직접 이행하도록 하여줄 것을 소구하는 소송이 필요한 것이다.

또한 행정행위의 이행신청에 대하여 어떠한 거부처분도 없이 그대로 방치하는 경우에 있어서는 부작위위법확인소송을 구제방식을 두고 있어 이는 지극히 간접적이고 우회적인 방법으로 현대 행정에 걸맞는 권익구제는 이루어 지기가 어려울 것이다. 물론 이와 같은 명문의 규정으로 인하여 행정청으로 하여금 위법한 부작위상태를 제거하고, 이행의무 있는 행정행위의 실행을 촉진시키는 효과를 어느 정도는 기대할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 소송형식에 의하여 승소하였다 하여도 부작위 그 자체의 위법상태만을 확인하는데 그치게 되므로 당해 행정청은 이 판결을 받아들여 거부처분이든 인용처분이든 재량에 의거한 어떠한 처분만 하면 되는 것이고 그 중 거부처분이 있으면 이를 대상으로 재차 항고소송을 제기하여야만 하는 등 국민의 직접적인 권익구제의 실효성을 도모할 수 없다. 이러한 소송절차는 국민의 권익을 구제하는데 있어서 현실적으로 매우 불편하고 번거로울 뿐만 아니라 소송경제상으로도, 소송을 담당하는 법원의 입장에서도 과중한 업무 등을 고려한다면 직접적이고 실효성 있는 제도로서의 역할이 아닌 것이 분명하다. 따라서 행정청의 위법한 부작위에 대한 구제 수단은 거부처분을 취소하고 신청인이 당초 요구한 행정행위를 발령하여 줄 것을 소구하거나 방치행위 그 자체를 다투어 신청된 행정행위를 발령하여 줄 것을 직접 소구하는 소송형식인 의무이행소송이 도입되는 것이 바람직하다.

현대법치국가에서 법의 양면구속력이 인정되고 있는 이상 법규위반의 처분만이 국민에 대한 권리구제가 되는 것은 아니며 의무에 위반하여 처분을 하지 아니하는 것도 똑같은 권리침해가 된다는 것을 인식하고 있는 여러 국가들은 행정행위의 이행을 구하는 소송형태에 있어서 자국의 행정환경에 따라 다소 다른 형태를 취하고 있다고 할 수 있겠으나, 복지가 강조되는 작금의 국내적 상황을 고려할 때, 국민의 생존권을 비롯하여 생활경제전반에 걸쳐 행정청의 의존도가 어느 때보다 높아감에 따라 행정청에 대하여 국민이 적극적으로 수익처분을 구하는 행정소송으로서, 행정청의 위법한 거부처분, 부작위에 대한 국민의 권익구제의 실효성을 확보하기 위하여 행정소송의 하나의 유

형으로 인정하여 발전시켜왔던 점에 비추어 보아 이제 우리나라에서도 의무 이행소송의 도입 필요성이 명확히 요구되고 지지받고 있는 시점에서 지금까지의 논의와 개정안의 성과를 무위로 돌릴 것이 아니라, 직접적인 국민의 권익실현차원에서 행정청의 적극반대로 지지부진한 현실적 상황을 극복하여 최근의 누적된 개정성과를 기초로 정부의 인식전환과 국회의 관심과 더불어 조속한 입법개선이 이루어지기를 기대한다.

투고일 : 2019. 4. 15.

심사일 : 2019. 5. 26.

계재확정일 : 2019. 5. 27.

참고문헌

- 김남진, 김연태, 행정법 I, 법문사, 2015
김남진, 행정법의 기본문제, 법문사, 1997.
김동희, 행정법 I, 박영사, 2015
김성수, 일반행정법, 박영사, 2014.
김철용, 행정법, 고시계사, 2019.
류지태, 박종수, 행정법신론, 박영사, 2016.
박군성, 행정법(상), 박영사, 2019.
박윤훈, 정형근, 최신행정법강의(상), 박영사, 2016
석종현, 송동수, 일반행정법(상), 삼영사, 2013
이상규, 행정쟁송법, 법문사, 2000.
정하중, 행정법개론, 법문사, 2019.
한건우 현대 행정법강의, 신영사, 2007
홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2019.
홍준형, 행정구제법, 한울아카데미, 2001.
행정실무소송편람, 서울고등법원 재판실무개선위원회 편, 2003
행정소송법 개정자료집, 법원행정처, 2007.
강영호, “항고소송절차(3)”, 행정소송법 개정자료집, 법원행정처, 2007.
김남진, “의무이행소송의 허용성과 요건 등-행정소송법의개정안과 관련하여-”, 고시연구, 2005.12.
김동복, “의무이행소송에 관한 소고”, 토지공법연구 제10집, 2000.
김동희, “행정처분의 발급을 구하는 쟁송제도”, 법학 제33권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1992.
_____, “행정심판상의 청구인 적격의 문제”, 고시연구, 1991. 7.
김연태, “행정청의 위법한 부작위 및 거부처분에 대한 구제수단”, 행정소송법 개정자료집 I, 법원행정처, 2007. 3.
김창식, “의무이행소송 도입의 행정소송에 대한 영향”, 저스티스 통권 제75호,

- 2003.
- 박정훈, “행정소송법 개혁의 과제”, 법학 제45권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2004.
- _____, “항고소송의 대상 및 유형”, 행정소송법 개정안 공청회, 대법원, 2004.
- _____, “행정소송법 개정의 주요쟁점”. 공법 연구 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003. 3.
- 이석재, “행정소송법상 의무이행소송”, 소송자료집 제9집, 서울고등검찰청, 2005.
- 이혁우, “행정소송에서의 직권심리범위-행정소송법 제26조의 해석과 관련하여-”, 특별소송실무연구회, 특별법연구 제5권, 1997.
- 유남석, “행정소송법 개정안에 대한 토론문”. 행정소송법 개정안 공청회, 대법원, 2004.
- 박군성, “행정소송법 개정안에 대한 토론문”, 행정소송법 개정안 공청회, 대법원 2004.
- 조만형, “의무이행소송 도입을 위한 행정소송법 개정의 과제”, 토지 공법연구 제24집, 한국토지공법학회, 2004.
- 홍준형, “행정소송법 개정안에 대한 지정토론”, 행정소송법 대법원, 2004.; “항고소송의 대상 확대-행정소송법 -”, 공법연구, 제33집 제5호, 2005. 6.
- 최은정, “의무이행소송에 관한 연구”, 서울대학교대학원 논문, 2005.
- Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozeßrecht, München, 1998, Rn. 321 (S. 146)
- Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., Heidelberg, 2004, Rn.263 (S. 5-86).
- Schenke, Wolf Rudiger, Verwaltungsrecht, 9. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg 2005, S.263; BVerwGE, Njw 1989, S.3233.
- Bernd Bender, Die einstweilige Andornung(s123 VwGO), in : FS Menger, S657-678(660)
- Lovallo v. Froehlke, 468 F 2d 340 (2nd Car 1972), Cert dented 411US 918(1973).

<국문초록>

의무이행소송의 도입에 관한 재검토

김 학 수

행정소송에 있어서 항고소송의 중심 역할을 해오던 취소소송은 국민의 기본권으로서 자유권만이 중시되고 행정기능도 질서유지행정이 위주였던 시대에 있어서는 어느 정도 행정권에 항거하는 국민의 권익구제제도로서의 구실을 할 수 있었다. 그러나 현대 복지국가 또는 급부국가로 전환됨에 따라 행정의 광역화·다양화·전문화로 인하여 행정활동이 더욱 증대되고 국민의 국가에 대한 행정의존도가 높아지는 한편, 행정권의 국민에 대한 권리침해의 위법성도 한층 증대되었다. 따라서 국민은 행정권의 작위뿐만 아니라 부작위에 의해서도 권리를 침해받게 되면서, 이에 선진국에서는 자기나라의 실정에 맞는 행정청의 부작위, 거부처분에 대한 행정구제 제도를 확립하게 되었다. 행정청에 대하여 개인이 적극적으로 수익처분을 구하는 행정소송으로서 국민의 권익구제의 실효성을 확보차원의 독일 행정법원상의 의무이행소송 규정은 그 대표적인 입법례라고 할 것이다.

그러나 우리나라 현행 행정소송법상 항고소송에서는 거부처분 취소소송과 부작위위법확인소송만을 인정하고 있어 행정청의 위법한 거부처분이나 부작위에 대한 개인의 완전한 권익구제를 도모하는데 그 실효성을 담보하지 못하고 있다. 행정청의 위법한 부작위에 대한 소송 가운데 거부처분에 대한 취소소송이나 부작위위법확인소송 등은 국민의 행정처분의 실행청구에 의한 궁극적인 목적을 달성하는데 미흡하고 우회적인 구제방법이므로 이러한 목적을 직접 충족할 수 있는 의무이행소송을 마련하는 것이 국민의 권익구제를 위하여 필요하다.

의무이행소송 제도의 도입은 국민의 권익구제를 위한 절차법으로서 현행 행정소송법의 불완전성을 극복하면서 동시에 실효적인 권익구제를 실현하는 수단이 될 것이다. 의무이행소송은 오랫동안 도입반대의 명분이었던 권력분립의 원칙과 배치된다고 할 수 없을 것이라고 생각한다. 사건의 성숙성을 통하여 당사자가 당초에 신청하였던 그 행정행위를 하도록 의무이행판결을 할 수 있으며, 판결의 취지에 따라 어떠한 행정행위를 하도록 선고하는 지시판결을 할 수 있는 경우가 구분됨으로써 법원이 행정청의 재량권 행사를 감응하는 것을 차단할 수 있는 것이라 보는 것이 합리적이다. 뿐만 아니라 의무이행판결은 취소소송과 같은 적극적 형성력을 갖지 않으며, 강제집행의 수단으로 직접강제가 인정되지 않는다. 이는 종래의 염려와는 달리 삼권분립의 원칙에 반하거나 행정권의 일차적 판단권을 침해할 가능성을 불식시키는 것이라고 여겨지며, 한편으로는 행정권에 대한 적절한 배려의 차원으로 이해할 수 있다.

의무이행소송의 도입에 따른 실익은 신속하고 실질적인 권익구제, 판단기준시점의 변화와 심판범위에 확대에 따른 판결의 적정성과 실효성의 확보, 심판범위의 명료화에 따른 처분사무 내용의 명확성 그리고 가처분제도의 도입이 가능하여 국민에 대한 가구제의 강화를 들 수 있다.

주제어: 의무이행소송, 부작위위법확인소송, 항고소송, 집행판결, 지시판결, 행정소송법개정안

<Abstract>

Reconsideration on the Litigation for Execution of Ministerial Duty

Kim, Hak-Soo *

Today, under the Circumstances that must be noverted to the Welfare state, actions of the past negative administration are expanded into a benefit administration or a positive administration, Therefore, the administrative measures on an unfair or illegal act of public power violate individual rights and interests. Comparing with this, an infringement of rights and interests caused by delict about omission has held an important role. And its remedy has been acknowledged as a reasonable claim of new legal-governing Principle in meaning. Faced with historical requirement, omission lawsuit institution became an important topic for discussion.

If someone asks for administrative action to an agency and the agency refuses the request without reasonable response, there is no direct method to let the agency excuse their duty for him by lawsuit in current Administrative their rights because agency did not execute their duty.

Recently Supreme Court has introduced amendments to reform Administrative Litigation Act to the National Assembly. The amendments have incuded an article which is a litigation form that people can request

* Instructor, Dong-A University, Doctor of Laws.

to the agency to execute their duty by lawsuit. In this amendment there are some disputes about the expansion of the object of a lawsuit, the expansion of the standing of administrative litigation, interpretation the principle of official authority detection.

The extent of an object of a lawsuit needs to be expanded. The precedents of administrative litigation have shown that the object of a administrative lawsuit has been interpreted narrowly. In my opinion, it is not proper interpretation to save people's rights and interests easily.

The standing of administrative litigation has to be expanded like the object of administrative litigation. These days administration operations have been diversified, expanded. So, there are some third party who are damaged their rights indirectly by agency but they are not authorized as a party in a suit. Those people have increased nowadays. To protect people's rights and interests the standing of administrative also needs to be expanded.

The principle of official authority detection should be selected. In administrative litigation lawsuit, agency have a lot of information for suit, and power, so the other party is weaker than agency relatively. Then, the principle of pleading is not adoptable especially in the litigation for execution ministerial duty. Therefore, the court needs to search evidence for the suit by his own official authority.

Key Word: Lawsuit for performance of obligation, Litigation for affirmation of illegality of omission, Appeal litigation, Judgment execution, Decision instructions, Administrative procedure law reform

