



제427회국회(정기회)
제6차 법제사법위원회

행정소송법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈의무이행소송 도입〉

■ 허영의원 대표발의(의안번호 제8213호)

2025. 9.

법 제 사 법 위 원 회

전 문 위 원 박 병 섭

목 차

I. 제안경위	1
II. 제안이유 및 주요내용	1
III. 검토의견	2
1. 개정안의 내용	2
2. 검토의견	7
가. 의무이행소송 도입 필요성	7
나. 거부처분취소소송 및 부작위위법확인소송과의 관계	10
다. 의무이행판결의 유형	13
라. 가처분 도입 여부	16
3. 관계기관 의견	19

I. 제안경위

1. 제 안 자 : 허영의원 등 13인
2. 제 안 일 : 2025. 2. 17.
3. 회 부 일 : 2025. 2. 18.

II. 제안이유 및 주요내용

현행법상 국민의 처분신청 등에 대해 행정청이 위법한 부작위 또는 위법한 거부처분을 하는 경우에 그 분쟁을 해소하기 위한 권리구제절차로 부작위 위법확인소송과 거부처분 취소소송이 있으나, 이들 소송에서 법원이 행정청의 부작위나 거부처분이 위법하다는 판결을 하여도 이러한 판결만으로는 행정청의 궁극적인 의무이행을 담보하지 못하여 국민들이 추가적인 소송을 해야 하는 불편이 있다는 지적이 있음.

이에 행정청의 부작위 또는 거부처분의 위법성이 확인된 경우 법원이 소송 당사자의 신청에 따른 처분의무를 행정청에 부과할 수 있도록 하는 의무이행소송을 도입하여 국민 권리구제의 실효성을 높이려는 것임(안 제4조제4호, 제37조, 제44조의2부터 제44조의8까지).

III. 검토의견

1. 개정안의 내용

- 개정안은 행정청의 위법한 거부처분이나 부작위에 대하여 처분을 하도록 하는 소송인 의무이행소송을 도입하려는 내용으로,

주요내용을 살펴보면, 현행법 제4조에 따른 항고소송의 유형의 하나로 의무이행소송을 추가하고(안 제4조제4호 신설), 의무이행소송의 원고적격(안 제44조의2), 제소기간(안 제44조의3), 의무이행소송의 당사자소송 또는 의무이행소송 외의 항고소송으로의 변경(안 제44조의4), 의무이행판결의 유형(안 제44조의5), 의무이행판결의 기속력(안 제44조의6), 의무이행판결의 간접강제(안 제44조의7), 준용규정(안 제44조의8)에 관하여 규정하고 있음.

현행	개정안
第4條(抗告訴訟) 抗告訴訟은 다음과 같이 구분한다. 1. ~ 3. (생략) <u><신설></u>	第4條(抗告訴訟) ----- -----. 1. ~ 3. (현행과 같음) 4. <u>의무이행소송: 행정청의 위법한 거부처분이나 부작위에 대하여 처분을 하도록 하는 소송</u>
第37條(訴의變更) 第21條의 規定	第37條(訴의變更) -----

현행	개정안
은 無效등 確認訴訟이나 不作爲違法確認訴訟을 取消訴訟 또는 當事者訴訟으로 變更하는 경우에 準用한다. <u><신 설></u> <u><신 설></u> <u><신 설></u> <u><신 설></u>	----- -----<u>취소소송, 의무이행소송</u>----- -----. <u>제4장의2 의무이행소송</u> <u>제44조의2(원고적격) 의무이행소송은 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분이나 부작위에 대해서 처분을 할 것을 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다.</u> <u>제44조의3(제소기간) ① 행정청의 거부처분에 대한 의무이행소송에 대해서는 제20조를 준용한다.</u> <u>② 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.</u> <u>제44조의4(소의 변경) 제21조는</u>

현행	개정안
<신설>	<u>선고하거나 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고한 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계 행정청을 기속한다.</u> <u>② 제44조의5에 따라 거부처분을 함께 취소하는 경우에는 제30조제1항을 적용한다.</u> <u>제44조의7(의무이행판결의 간접강제) ① 행정청이 제44조의5의 확정판결에 따른 처분을 하지 아니하는 경우에는 제1심 수소법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간 내에 처분을 하지 아니하는 경우에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 배상을 할 것을 명할 수 있다.</u> <u>② 제1항에 따른 결정을 한 제1심 수소법원은 사정의 변경이 있는 때에는 당사자의 신청에 의하여 제1항에 따른 결정의 내용을 변경할 수 있다.</u>

현행	개정안
<신설>	③ 제1항 또는 제2항에 따른 결정은 변론 없이 할 수 있다. 다만, 결정하기 전에 신청의 상대방을 심문하여야 한다. ④ 제1항이나 제2항에 따른 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 이 경우 간접강제의 결정이나 그 변경결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다. ⑤ 제1항이나 제2항에 따른 결정이 확정된 때에는 피고였던 행정청이 소속하는 국가나 공공단체에 그 효력이 미친다. 제44조의8(준용규정) 제9조, 제10조, 제13조부터 제18조까지, 제22조, 제25조부터 제29조까지 및 제31조부터 제33조까지는 의무이행소송의 경우에 준용한다.

2. 검토의견

가. 의무이행소송 도입 필요성

○ ‘의무이행소송’은 행정청의 거부처분 또는 부작위에 대하여 법상의 작위의무의 이행을 청구하는 소송을 말함¹⁾. 현행 「행정소송법」은 거부처분의 취소소송과 부작위위법확인소송만 규정하고 있고, 의무이행소송에 대하여는 명시적인 규정을 두지 않아 현행법 해석상 의무이행소송을 인정할 수 있는지 여부에 대하여 학설의 대립은 있으나, 이를 인정하지 않는 것이 판례²⁾의 태도임.

○ 의무이행소송 도입과 관련하여, 거부처분에 대한 취소판결이 확정된 경우라도 행정청이 종전의 거부사유와 다른 사유로 재차 거부하게 되면 국민은 새로운 거부처분에 대한 취소소송을 다시 제기해야 하므로 분쟁을 일회적으로 해소하지 못하고 소송이 반복되므로 의무이행소송의 도입이 필요하다는 견해와,

법원이 행정청에 대하여 어떠한 처분을 명하는 것은 행정청의 제1차적 판단권을 침해하는 것으로 권력분립의 원칙에 반할 수 있고,

1) 박균성, 「행정법강의(제15판)」, 박영사, p. 680

2) 이론상 의무이행소송 등을 금할 이유가 없다 하더라도 어떤 종류의 소송을 어느 범위까지 허용할 것인지는 결국 입법정책에 따라 결정될 문제로서, 행정심판법 제5조가 의무이행심판을 명시적으로 규정하고 있는 데 반하여 행정소송법 제4조는 의무이행소송을 규정하는 대신 거부처분 취소소송, 부작위위법확인소송을 인정하고 있는 점 등에 비추어, 현행 행정소송법 제4조는 그 조문에 규정된 이외의 소송형태인 의무이행소송 등은 허용되지 않음을 간접적으로 나타내고 있다고 보아야 한다는 것이 판례의 입장임(대법원 1989. 9. 12. 선고 87누868 판결, 대법원 2004. 2. 13. 선고 2001다15828, 5835, 15842 판결 등).

- 법원행정처, 「법원실무제요: 행정(Ⅰ)」, 2023. 12., p. 14

법원이 행정청화로 법원의 역할이 왜곡될 수 있으므로 의무이행소송의 도입을 반대하는 견해가 대립하고 있음.

- 따라서 의무이행소송의 입법적 도입 필요성은 행정청의 거부처분이나 부작위에 대한 실효적인 권리구제에 대한 요청과 행정청의 제1차적 판단권 침해로 인한 권력분립원칙 훼손 우려의 측면을 종합적으로 검토하여 결정할 필요가 있음.

또한, 행정행위의 위법 여부만을 심리하는 취소소송과 달리 의무이행소송은 법원이 행정행위의 발급에 깊숙이 관여하게 되어 법원의 심리부담이 커질 것으로 예상되므로³⁾, 법원의 인적, 제도적 기반 확보 필요성에 대해서도 고려할 필요가 있다고 보임.

- 참고로, 의무이행소송은 2007년 정부가 제출한 행정소송법 전부개정법률안(이하 “2007년 정부안”이라 함)⁴⁾, 2013년 법무부가 입법예고한 행정소송법 전부개정법률안(이하 “2013년 법무부 입법예고안”이라 함)⁵⁾에 모두 포함되어 있었으나, 실제 법률 개정을 통한 도입이 이루어지지지는 못하였음.

독일과 일본의 사례를 살펴보면, 독일의 경우 1960. 4. 1. 시행된 행정법원법에서 행정행위를 대상으로 하는 소송유형으로 취소소송

3) 법원행정처, 「외국사법제도연구(23) - 각국의 의무이행소송 -」, 2018. 12., p. 174

4) 행정소송법 전부개정법률안(정부 제출), 의안번호 제177827호, 제안일자: 2007. 11. 19.

5) 행정소송법 전부개정법률안 입법예고, 대한민국정부 관보 제17975호 공고, 공고일자: 2013. 3. 20.
- 법무부 홈페이지(www.moj.go.kr): 법령/자료>>법령정보>>입법예고

과 의무이행소송을 규정하였으며, 일본의 경우 2004년 행정사건소송법을 개정하여 의무이행소송을 명문화하였음⁶⁾.

6) 법원행정처, 「외국사법제도연구(23) - 각국의 의무이행소송 -」, 2018. 12.

나. 거부처분취소소송 및 부작위위법확인소송과의 관계

- 개정안은 의무이행소송을 도입하면서도 거부처분취소소송 및 부작위위법확인소송은 존치하는 것을 전제로 하여, 안 제44조의5에서 의무이행판결을 할 때 거부처분의 경우에는 이를 함께 취소한다고 규정하고 있고, 현행법 제34조7)의 거부처분취소판결의 간접강제 규정을 유지하고 있으며, 부작위위법확인소송을 항고소송의 한 유형으로 유지하고 있음.
- 의무이행소송을 도입하는 경우 거부처분이나 부작위에 대한 간접적이고 우회적인 권리구제수단인 거부처분취소소송이나 부작위위법확인소송은 폐지할 필요가 있다는 의견⁸⁾이 있는 반면, 거부처분취소소송이나 부작위위법확인소송이 의무이행소송보다 승소가능성이 높고 소송기간이 짧아 당사자에게 유리한 경우도 있을 수 있으므로, 소송수단을 선택할 수 있도록 이를 모두 존치할 필요도 있다는 의견도 있음⁹⁾.
- 2007년 정부안의 경우, 거부처분취소소송을 유지하면서도, 부작위

7) 「행정소송법」 제34조(거부처분취소판결의 간접강제) ① 행정청이 제30조제2항의 규정에 의한 처분을 하지 아니하는 때에는 제1심소송법원은 당사자의 신청에 의하여 결정으로써 상당한 기간을 정하고 행정청이 그 기간내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 따라 일정한 배상을 할 것을 명하거나 즉시 손해배상을 할 것을 명할 수 있다.

② 제33조와 민사집행법 제262조의 규정은 제1항의 경우에 준용한다.

8) 정하중, ‘법무부의 행정소송법개정안에 대한 입법론적 고찰’, 지방자치법연구 제7권제3호(통권 제15호, 2007년 9월), p.407 등

9) 최계영, ‘의무이행소송의 도입 필요성과 법제화 방향’ 행정법학, 2024, 27권, pp. 155~181

위법확인소송을 폐지하였었는데, 2013년 법무부 입법예고안과 동 개정안은 거부처분취소소송과 부작위위법확인소송을 모두 유지하고 있으며, 의무이행소송 인용판결 시 거부처분의 경우에는 거부처분을 함께 취소하도록 규정하고 있음.

<과거 개정안과의 비교>

2007년 정부안	2013년 법무부 입법예고안	개정안
거부처분취소소송 존치	거부처분취소소송 존치	거부처분취소소송 존치
부작위위법확인소송 폐지	부작위위법확인소송 존치	부작위위법확인소송 존치
거부처분취소판결 간접강제 규정 존치	거부처분취소판결 간접강제 규정 존치	거부처분취소판결 간접강제 규정 존치
거부처분취소소송 또는 무효등확인소송 병합 제기 필요	-	-
-	의무이행판결 시 거부처분 함께 취소	의무이행판결 시 거부처분 함께 취소

○ 일본은 의무이행소송을 도입하면서 거부처분취소소송 및 부작위위법확인소송을 존치하되 의무이행소송을 제기하려면 거부처분취소소송을 병합해서 제기하도록 규정하였고,

독일은 의무이행소송, 거부처분취소소송 및 부작위위법확인소송을 모두 두고 있고, 병합제기 등 각 소송의 관계에 관한 규정은 없으나, 의무이행소송을 제기함에 있어 거부처분취소소송을 병합하여

청구할 필요는 없다고 보는 것이 독일의 통설과 판례의 입장임.¹⁰⁾

10) 김연태, 「의무이행소송의 쟁점에 대한 고찰」, 고려법학 제72호 2014. 3. p. 493

다. 의무이행판결의 유형

- 안 제44조의5는 의무이행판결의 유형을 ① 당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이 법령상 명백하고 그 의무를 이행하게 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우 행정청에게 그 의무를 이행하도록 선고하는 판결(제1호 판결)과 ② 행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우 행정청에 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고하는 판결(제2호 판결)로 구분하고 있음.

<과거 개정안과의 비교>

2007년 정부안	2013년 법무부 입법예고안	개정안
제46조(의무이행판결) 법원은 제43조제2항에 따라 병합 제기된 거부처분의 취소청구 또는 무효등확인청구가 이유가 있다고 인정되거나, 행정청의 부작위가 위법한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 판결한다. 1. 당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있다는 것이 명백하고 그 의무를 이행하도록 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청이 그 처분을 하도록 선고한다. 2. <u>그 밖의 경우에는</u> 행정청이 당사자의 신청에 대하여 판결의 취지에 따라 처분을 하도록 선고한다.	제44조(의무이행판결) 법원은 행정청의 거부처분이나 부작위가 위법한 때에는 다음 각 호의 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. <u>행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우에는</u> 행정청에게 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고한다.	제44조의5(의무이행판결) 법원은 행정청의 거부처분이나 부작위가 위법한 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 판결하며, 거부처분의 경우에는 이를 함께 취소한다. 1. 당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이 법령상 명백하고 그 의무를 이행하게 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청에 그 의무를 이행하도록 선고한다. 2. <u>행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우에는</u> 행정청에 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고한다.

- 2007년 정부안에서는 행정청이 판결의 취지에 따라 처분을 하도록 선고하는 판결(제2호 판결)의 요건을 ‘그 밖의 경우’로 규정하고 있었으나, 2013년 법무부 입법예고안과 동 개정안은 제2호 판결의 요건을 ‘재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우’로 규정하여

재량행위가 아닌 기속행위의 경우에는 특정한 처분을 이행하도록 하는 제1호 판결만 할 수 있고, 판결의 취지에 따라 일정한 처분을 이행하도록 하는 제2호 판결은 할 수 없도록 하려는 것인지에 대한 해석상 논란이 있을 수 있음.

이와 관련하여 기속행위인 경우에도 제1호 판결이 아니라 제2호 판결을 할 수 있도록 허용하는 경우 법원이 기속행위의 발급요건을 충분히 심리하지 않고, 제1호 판결이 아니라 제2호 판결로 쉽게 도피할 수 있다는 우려가 있다는 의견¹¹⁾이 있는 반면,

기속행위라고 하더라도 법원의 자원이나 전문성의 한계로 인해 행정청에게 다시 처분을 하도록 제2호 판결을 하는 것이 더 효과적인 권리구제가 될 수도 있으므로 기속행위의 경우에도 제2호 판결을 허용할 필요가 있다는 지적이 있음¹²⁾.

11) 김창조, 「의무이행소송」, 법학논고, 203,

12) 최계영, 「의무이행소송의 도입 필요성과 법제화 방향」, 『행정법학 제27호』, 2024. 9.

- 참고로, 독일에서는 사건의 성숙성(spruchreif)이 인정되는지를 기준으로 특정의무이행판결(vornahmeerurteil) 또는 재결정명령판결(beschwerdeurteil)을 한다고 규정하고 있는데,¹³⁾

행정청의 재량이 없는 경우, 즉 처음부터 재량이 인정되지 않는 기속행위이거나 재량이 0으로 수축하는 경우에는 특정의무이행판결을 해야 하고, 행정청의 재량이 인정되는 경우에는 법원이 행정청의 재량을 대신할 수 없다는 점에서 성숙성 요건이 충족되었다고 보기 어려워 재결정명령판결을 해야 한다고 함¹⁴⁾.

13) 제20대국회 법제사법위원회 검토보고서, 「행정소송법 일부개정법률안(의안번호 제12391호, 채이배의원 대표발의)」, 재인용.

14) 법원행정처, 「외국사법제도연구(23) - 각국의 의무이행소송 -」, 2018. 12., p. 125

라. 가처분 도입 여부

- 개정안은 의무이행소송을 도입하면서도 사전구제절차로서 가처분에 대한 규정은 두고 있지 않음. 당사자가 본안판결을 기다려서는 회복할 수 없는 손해가 생길 우려가 있는 경우에는 법원이 일정한 요건 아래에서 행정청에 대하여 임시로 처분을 할 것을 명할 수 있도록 하는 것이 실효적인 권리구제의 요청에 부합하는 측면이 있으므로 가처분 도입 여부에 대한 검토가 필요할 것으로 보임.
- 참고로, 2007년 정부안, 2013년 법무부 입법예고안에는 가처분에 대한 규정이 포함되어 있었음. 한편, 독일은 행정소송 분야의 가구제제도로서 집행정지효제도와 가명령제도를 두고 있고¹⁵⁾, 일본은 의무이행소송과 금지소송을 도입하면서 임시의무이행제도와 가금지제도를 함께 도입하였음¹⁶⁾.

<과거 개정안의 가처분 규정>

2007년 정부안	2013년 법무부 입법예고안
제26조(가처분) ① 처분등이나 부작위가 위법하다는 <u>상당한 의심</u>이 있는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 본안의 관할법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로써 가처분을 할 수 있다. 1. 다툼의 대상에 관하여 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 그 권리를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려	제26조(가처분) ① 처분등이나 부작위가 위법하다는 <u>현저한 의심</u>이 있는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로써 가처분을 할 수 있다. 1. 다툼의 대상에 관하여 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 그 권리를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려

15) 법원행정처, 「외국사법제도연구(23) - 각국의 의무이행소송 -」, 2018. 12., pp. 155~158

16) 법원행정처, 「외국사법제도연구(23) - 각국의 의무이행소송 -」, 2018. 12., pp. 307~310

2007년 정부안	2013년 법무부 입법예고안
가 있어 다툼의 대상에 관한 현상을 유지할 긴급한 필요가 있는 경우 2. 다툼이 있는 법률관계에 관하여 당사자의 중대한 손해를 피하거나 급박한 위험을 피하기 위하여 임시의 지위를 정하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우 ② 제1항에 따른 가처분에 대하여는 제24조제3항부터 제5항까지, 제25조, 제33조, 제34조제1항 및 제38조를 준용한다. ③ 제1항에 따른 가처분은 제24조제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.	가 있어 다툼의 대상에 대한 현상을 유지할 긴급한 필요가 있는 경우 2. 다툼이 있는 법률관계에 관하여 당사자의 중대한 손해를 피하거나 급박한 위험을 피하기 위하여 임시의 지위를 정하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우 ② 법원은 제1항에 따른 가처분결정을 하는 경우 소송의 대상이 된 처분등이나 부작위의 당사자인 행정청 및 이해관계자에게 재산상 손해가 생길 우려가 있는 때에는 권리자를 지정하여 그 손해에 대한 담보를 제공하게 할 수 있다. 이 경우 권리자로 지정된 자는 그 담보물에 대해서 질권자와 동일한 권리를 가진다. ③ 제2항에 따른 담보에 대해서는 민사소송법 제122조, 제124조부터 제126조까지를 준용한다. ④ 제1항제2호에 따른 가처분의 재판에는 변론기일이나 당사자가 참석할 수 있는 심문기일을 열어야 한다. 다만, 그 기일을 열어 심리하면 가처분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있는 때에는 그러하지 아니하다. ⑤ 제1항에 따른 가처분은 제24조제2항에 따른 집행정지로 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다. ⑥ 제1항에 따른 가처분에 대해서는 제24조제3항, 제6항, 제7항, 제25조, 제31조, 제32조제1항을 준용한다.

3. 관계기관 의견

- 법원행정처는 행정청의 위법한 부작위나 거부처분에 대한 분쟁을 일회적으로 해소하기 위한 의무이행소송 도입에는 찬성함.

다만, 처분이 행해지기 전에 그 처분을 정지시키거나 잠정적으로 수익적 처분을 행정청에 명하여 당사자의 권리보호에 기여할 수 있도록 하는 가처분 제도 도입 여부, 법원이 의무이행판결을 하기 위해서는 행정처분 발급 요건 모두에 대하여 심리하여야 하므로 직권으로 당사자인 행정청이나 관계 행정청에 보관 중인 자료의 제출을 요구할 수 있도록 하는 자료제출요구 제도 도입 여부 등을 함께 검토할 필요가 있고, 의무이행소송은 항고소송에 속하므로 제3장 취소소송 외의 항고소송과 제4장 당사자소송 사이로 위치를 조정할 필요가 있다는 의견임

문 의 처

02-6788-5071
