

## [2023년도 시행 제12회 변호사시험 행정법 기출문제 분석]

### [제1문]

#### <설문5> - 행정심판전치주의

행정심판임의주의에 대한 예외로서의 행정심판전치주의는 개별법의 규정에 의해 인정되고 있는바(행정소송법 제18조 제1항), 도로교통법상 처분에 대한 행정심판청구는 행정소송의 의무적 전치절차이다(도로교통법 제142조). 하지만 동종사건에 관하여 이미 행정심판의 기각재결이 있는 때에는 행정심판을 제기함이 없이 취소소송을 제기할 수 있다(동법 제18조 제3항 제1호). 설문에서 甲의 사건이 乙의 사건과 동종사건인지 문제되는바, 동종사건의 의미에 관한 판례의 태(대판 1992.11.24., 92누8972/ 대판 1993.9.28., 93누9132)를 적시하고 사안을 포섭하면 된다.

#### <설문6> - 처분사유의 추가 · 변경

처분사유의 추가 · 변경의 허용한계로서 객관적 범위와 관련하여 기본적 사실관계의 동일성 여부가 문제가 된 사례이다. 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실관계에 착안하여 그 기초가 되는 사회적 사실관계의 동일성을 기준으로 하며(대판 2007.7.27., 2006두9641), 판단은 시간적 · 장소적 근접성, 행위 태양 · 결과 등의 제반사정을 종합적으로 고려하고 있음을 적시하고 사안포섭하는 것이 핵심이다.

### [제2문]

#### <설문1> - 재량권의 불행사, 직권취소

##### (1) 재량권의 불행사

재량의 한계위반여부와 관련하여 재량권의 불행사가 문제된 사례이다. 제재처분의 감경사유를 전혀 고려하지 않았거나 그에 사유에 해당하지 않는다고 오인한 나머지 감경하지 아니하였다면 해당 제재처분은 재량권을 일탈 · 남용(혹은 재량권의 불행사)한 위법한 처분이지만, 감경사유를 고려하고도 법령상 기준에 따라 제재처분을 한 것만으로는 재량권의 일탈 · 남용이 되지 않는다는 판례(대판 2020.6.25., 2019두52980)를 적시하고 사안 포섭하면 된다.

##### (2) 직권취소

직권취소의 사유는 위법 또는 부당이다(행정기본법 제18조 제1항). 그리고 행정기본법은 당사자에게 권리나 이익을 부여하는 수익적 행위의 직권취소의 경우 공익과 사익의 비교형량이라는 제한을 가하고 있지만, 침익적 행위의 직권취소의 경우 이를 제한하는 바가 없다. 따라서 A시장은 자신의 처분이 부당함을 이유로 이 사건 처분을 일응 직권취소할 수 있다고 보인다. 다만, 기각판결이 확정된 이후에도 기판력 및 기속력과 관련하여 직권취소가 가능하지 문제된다. 그런데 처분의 취소를 구하는 소송에서 기각판결이 확정되면, 그 처분의 적법성은 확정되고 더 이상 다룰 수 없지만, 기판력은 전소의 판결이 후소의 관할법원에 대한 구속의 문제이기 때문에 행정행위의 직권취소와는 직접 관련성이 없다. 따라서 원고의 청구가 기각되는 경

우에도 처분청은 직권취소를 할 수도 있다. 또한, 기속력은 인용판결이 확정된 경우에 한하여 인정되고 기각판결에는 인정되지 않는다. 따라서 취소소송의 기각판결이 있는 후에도 처분청은 당해 처분을 직권으로 취소할 수 있다. 결국, A시장은 이 사건 처분을 직권취소할 수 있다고 보인다.

### <설문2> - 협의의 소의 이익

집행정지결정(효력정지결정)의 효력은 결정의 주문에 정한 기간까지 존속하다가 그 기간이 만료되면 장래에 향하여 당연히 소멸한다(대판 2020.9.3., 2020두34070). 집행정지결정이 있으면 제재기간의 진행이 정지되어 집행정지된 기간만큼 영업정지의 제재가 연기되므로 처분시 표시된 처분의 기간이 경과하였더라도 처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정된다(대판 1982.6.22., 81누375). 설문의 경우 제1심 본안판결 선고 시까지 처분의 효력을 정지하는 결정(2021.1.15.)을 하였고, 2022.1.18. 승소판결이 선고되었으므로 항소심 계속 중인 2022.2.24.에는 영업정지 1월의 제재처분은 이미 그 효력이 소멸되었다. 따라서 원칙적으로 협의의 소의 이익이 없어 甲은 취소송을 계속할 수 없다. 하지만 처분의 효력이 소멸되었더라도 제재적 처분의 전력이 장래처분의 가중요건(법규명령형식의 행정규칙에 규정된 경우)이 되는 경우에는 소의 이익이 인정될 수 있는 것은 아닌지 검토하여야 한다. 법규명령형식의 행정규칙의 법적 성질을 간단히 검토한 후에 견해 대립을 간단히 소개하고 가중요건이 부령형식의 행정규칙으로 정해진 경우이든 행정규칙으로 정해진 경우이든 소의 이익을 인정하고 있는 판례를 중심으로 사안을 포섭하면 된다.

### <설문3> - 기판력

취소소송의 기판력이 국가배상청구소송에 미치는지, 국가배상청구소송의 기판력이 취소소송에 미치는지 검토하는 문제이다. 취소소송의 기판력이 국가배상청구소송에 미치는지는 취소소송의 소송물인 처분의 위법성 일반, 즉 협의의 행위위법과 국가배상청구소송의 요건사실인 '법령위반'이 동일한 개념인가가 문제되는데, 견해대립을 제시하고 검토한 후 사안포섭하면 된다. 즉, 기판력 긍정설을 취하면 국가배상청구소송의 수소법원은 다른 판단을 내릴 수 없을 것이고, 그 반대라면 가능할 것이다.

국가배상청구소송의 기판력은 취소송에 미치지 않는다. 기판력이 미치려면 전소의 소송물과 후소의 소송물이 일치하거나 전소의 소송물과 후소의 요건사실이 일치하여야 하기 때문이다. 그런데 국가배상청구소송은 국가배상청구권의 존부를 소송물로 한 것이지 처분의 위법여부를 소송물로 한 것이 아니다. 국가배상소송에서 있어서의 처분의 위법성의 판단은 판결이유 중의 판단이고, 판결이유 중의 판단에는 기판력이 미치지 않는다. 따라서 취소소송의 수소법원은 국가배상청구소송의 수소법원과 다른 판단을 내릴 수 있다.