

## 2026 신기훈 행정 GS2 모의고사(5) 채점평

## 1. 문제 개관

이번 6회 모의고사는 행정소송법 제26조의 직권심리주의의 의의와 그 범위·한계, 그리고 취소소송 계속 중 처분 사유의 추가·변경 허용 여부를 중심으로 출제되었습니다. 문제 1은 대법원 94누4820 판결을 기반으로 한 창작 사례로서, 직권심리주의의 본질과 그 의무성 여부를 정확히 이해하고 있는지를 측정하는 문제입니다. 문제 2는 대법원 2010두28106 판결을 기반으로 한 창작 사례로서, 처분사유 추가·변경의 허용 요건인 기본적 사실관계의 동일성 법리를 정확히 이해하고 사안에 포섭하는 능력을 측정하는 문제입니다. 단순한 개념 암기를 넘어 판례 법리를 정확히 이해하고 사안에 포섭하는 능력이 요구됩니다.

## 2. 문제 1 채점평 - 甲의 상고이유 주장의 타당성 (25점)

## 가. 문제의 핵심 구조

이 문제의 핵심은 다음과 같은 논증 구조를 정확히 구성하는 데 있습니다. ① 직권심리주의의 의의 및 변론주의와의 관계(학설·판례) → ② 소송자료의 현출 개념 및 그 의미 → ③ 직권심리의 의무성 여부 → ④ 사안 포섭 및 결론, 각 단계의 논리적 연결이 끊기거나 사안 포섭이 부실한 경우 감점 요인이 됩니다.

## 나. 각 논점별 세부 채점 기준

## (1) 직권심리주의의 의의 및 변론주의와의 관계 (4점)

행정소송법 제26조에 따라 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 관하여도 판단할 수 있음을 서술하여야 합니다. 나아가 직권심리주의와 변론주의의 관계에 관한 학설 대립(직권탐지주의 원칙설 vs. 변론주의 원칙·직권탐지주의 보충설)과 판례의 입장을 서술하여야 합니다. 판례는 "소송자료는 당사자가 변론에 현출시켜야 하며, 행정소송법 제26조는 변론주의의 원칙을 부분적으로 보완하기 위한 예외 조문에 불과하다"고 판시하여 변론주의 원칙설의 입장을 취하고 있음을 명확히 서술하여야 합니다. 이 부분을 누락하거나 지나치게 간략히 서술한 답안은 이후 논증의 논리적 근거가 부실해지므로 감점됩니다.

## (2) 소송자료의 현출 개념 및 그 의미 (8점)

이 부분이 이번 문제 1의 핵심 배점 구간이자, 가장 많은 수험생이 정확히 파악하지 못한 논점입니다. 특히 주의하여 숙지하여야 합니다.

## (가) 소송자료의 현출의 의미

소송자료란 당사자가 변론을 통하여 제출한 사실의 주장으로서, 소장·답변서·준비서면·구두변론 등의 방식으로 제출된 모든 자료를 의미합니다. 이를 통하여 재판부가 심판하여야 할 대상이 확정됩니다. 즉, 소송자료의 현출이란 단순히 어떤 사실이 기록에 존재하는 것을 넘어, 당사자가 변론의 형식을 통하여 그 사실을 재판부에 제출하는 행위 자체를 의미합니다.

(나) 현출 여부에 따른 직권심리의 허용 범위 - 핵심 구별  
이 지점에서 다음의 두 가지 경우를 명확히 구별하여야 합니다.

구분	내용	직권심리주의 위반 여부
현출되지 않은 사항을 직권으로 판단한 경우	당사자가 변론을 통해 전혀 제출하지 않은 사실을 법원이 스스로 탐지하여 판결의 기초로 삼는 것	위반 변론주의 원칙에 반하며, 행정소송법 제26조의 한계를 벗어남
현출된 사항을 판단하지 않은 경우	당사자가 변론을 통해 적법하게 제출한 사실에 대하여 법원이 판단을 하지 않은 것	위반 아님 자유심증주의에 비추어 법원은 현출된 자료 중 어느 것을 판결의 기초로 삼을지에 관하여 재량을 가지며, 행정소송법 제26조는 직권심리의 의무를 부과하는 것이 아니라 재량을 부여하는 것에 불과함

이 구별을 정확히 인식하지 못한 채, "현출된 사항을 판단하지 않은 것도 직권심리주의 위반"이라고 논증한 답안은 행정소송법 제26조의 법적 성격을 오해한 것으로서 감점됩니다.

(모 수험생의 정리 내용 변형 원용)
1. 주장도 안한 경우 or 증거도 제출 안된 경우 - 변론에서 주장 안한걸 판단하면 직심 위반 / 변론에 현출되지 않은 증거로 판단하면 직심 위반
2. 주장한 경우 (= 제시문에 주장만 했다고 나와도 근거제시까지 한 것) - 직심은 "재량" (직권으로 증거조사하고 그걸 기초로 판단할지 말지가 재량)
3. 증거로 꺼내놓았으나(현출) -> 주장하지 않아서 뭔가 좀 애매(실체진실 발견의 필요성이 있는 경우) - 이때는 "현출된" 사실에 관하여 -> 적극적 설명권 행사후 -> 구체적 타당성 있는 심리판단해야 할 "의무" (재량 아님)

다) 자유심증주의와의 관계

법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사실을 인정합니다. 이는 현출된 소송자료 중 어느 것을 판결의 기초로 삼을지에 관한 법원의 재량을 의미합니다. 따라서 당사자가 변론을 통해 어떤 사실을 제출하였다고 하더라도, 법원이 그 사실을 판결의 기초로 삼지 않았다는 사정만으로 곧바로 위법하다고 평가할 수는 없습니다. 이 점에서 현출된 사항에 대한 판단 여부는 법원의 재량 영역에 속하며, 직권심리주의 위반의 문제가 아니라 자유심증주의의 문제로 귀결됩니다.

(3) 직권심리의 의무성 여부 (6점)

판례는 "변론에 자료가 현출된 경우 당사자가 단지 주장을 하지 아니하였다는 이유만으로 당사자에게 설명을 하거나 직권으로 심리·판단하지 아니하는 것은 행정소송법 제26조의 규정과 행정소송의 특수성에 반하여 허용될 수 없다"고 판시합니다. 이 판례 법리는 당사자가 주장하지 않았으나 기록에 현출된 자료에 관하여 법원이 설명권이라는 소송지휘권의 발동을 통하여 직권으로 심리·판단할 의무가 있음을 선언한 것입니다. 이를 사안과 혼동

하여서는 안 됩니다. 사안에서 甲은 항소심에서 해당 주장을 명시적으로 제출하였으므로, 이는 당사자가 주장하지 않은 경우가 아닙니다. 따라서 위 판례 법리가 직접 적용되는 상황이 아님을 정확히 포착하여야 합니다. 행정소송법 제26조는 "필요하다고 인정할 때" 직권으로 심리할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 당사자가 명시적으로 주장한 사항에 대하여 반드시 판단하여야 할 의무를 부과하는 규정이 아닙니다. 당사자가 명시적으로 주장한 사항에 대한 판단 여부는 앞서 본 바와 같이 자유심증주의의 문제로 귀결됩니다.

cf. 다만 석명권의 행사를 통하여 실제적 진실을 발견하여야 한다는 맥락이 들어간 경우 부분 점수를 드렸습니다.  
cf. 사안에서 갑의 주장에 대한 판단의 부분인데, 이를 행정청의 주장사유의 경우에 대한 처추변의 논리인 기사동의 법리를 mislocation하여, 기사동이 인정되지 않는바, 명시적 동의가 없는한 판단할 수 없다는 논탈의 답안도 있었습니다. πππ

#### (4) 사안 포섭 및 결론 (7점)

사안에서 甲은 항소심에서 "이 사건 아파트의 취득시기를 소유권이전등기일(2021. 2. 1.)로 보더라도 이 사건 주택의 양도일(2021. 3. 15.)과의 기간이 1년 이내이므로 1세대 1주택 비과세 요건을 충족한다"는 주장을 명시적으로 제출하였습니다. 이는 소장·준비서면 등 변론을 통하여 재판부에 제출된 소송자료로서 기록에 현출된 사항에 해당합니다. 그러나 행정소송법 제26조는 법원에게 직권심리의 재량을 부여하는 것이지 의무를 부과하는 것이 아니므로, 항소심 법원이 이를 판단하지 않았다고 하더라도 이는 자유심증주의의 범위 내에 있는 것으로서 직권심리주의 위반이라고 볼 수 없습니다. 따라서 甲의 상고이유 주장은 타당하지 않습니다.

#### 다. 문제 1 총평

이번 시험에서 다수의 답안이 직권심리주의의 의의와 변론주의와의 관계는 비교적 잘 서술하였으나, 소송자료의 현출 개념과 그 의미를 정확히 파악하지 못한 한계를 보였습니다. 특히 "현출된 사항을 판단하지 않은 것"과 "현출되지 않은 사항을 직권으로 판단한 것"을 명확히 구별하지 못한 채, 전자도 직권심리주의 위반이 될 수 있다고 논증한 답안이 다수였습니다. 이는 행정소송법 제26조의 법적 성격(재량 규정)과 자유심증주의의 관계를 오해한 데서 비롯된 것입니다.

문제 1의 논증 구조는 "직권심리주의의 의의 및 변론주의와의 관계(판례: 변론주의 원칙·직권탐지주의 보충) → 소송자료의 현출 개념 확정 → 현출 여부에 따른 직권심리의 허용 범위 구별(현출되지 않은 사항의 직권 판단 = 위반 / 현출된 사항의 미판단 = 자유심증주의 문제로서 위반 아님) → 사안 포섭(甲의 주장은 현출된 사항 → 미판단은 직권심리주의 위반 아님) → 결론(상고이유 주장 타당하지 않음)"으로 이어지는 플로우가 있어야 합니다. 이 플로우가 끊기지 않고 유기적으로 연결된 답안이 고득점을 받을 수 있습니다.

### 3. 문제 2 채점평 - 처분의 근거 법령 추가·변경의 허용 여부 (25점)

#### 가. 문제의 핵심 구조

이 문제의 핵심은 다음과 같은 논증 구조를 정확히 구성하는 데 있습니다.

① 처분사유 추가·변경의 의의 및 허용 여부(학설·판례) → ② 허용 요건으로서 기본적 사실관계의 동일성 법리 → ③ 근거 법령만의 추가·변경에 관한 특칙 → ④ 사안 포섭 및 결론, 각 단계의 논리적 연결이 끊기거나 사안 포섭이 부실한 경우 감점 요인이 됩니다.

## 나. 각 논점별 세부 채점 기준

## (1) 처분사유 추가·변경의 의의 및 허용 여부 (8점)

행정소송법상 소송 계속 중 처분사유의 추가·변경에 관한 명문 규정이 없는 상황에서 이를 허용할 수 있는지가 문제됨을 서술하여야 합니다. 학설 대립(부정설·긍정설·제한적 긍정설)과 판례의 입장을 서술하되, 판례는 "실질적 법치주의와 국민에 대한 신뢰보호의 견지에서 기본적 사실관계에 있어서 동일성이 인정되는 한도 내에서만 새로운 처분사유를 추가하거나 변경할 수 있다"고 판시하여 제한적 긍정설의 입장을 취하고 있음을 명확히 서술하여야 합니다. 아울러 행정소송규칙 제9조가 이를 입법적으로 정비하였음도 언급하여야 합니다.

## (2) 기본적 사실관계의 동일성 법리 및 근거 법령만의 추가·변경에 관한 특칙 (6점)

기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정됨을 서술하여야 합니다. 나아가 판례가 "처분청이 처분 당시 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 처분의 근거 법령만을 추가·변경하는 것은 무방하지만, 처분의 근거 법령을 변경하는 것이 종전 처분과 동일성을 인정할 수 없는 별개의 처분을 하는 것과 다름없는 경우에는 허용될 수 없다"고 판시하고 있음을 명확히 서술하여야 합니다. 이 특칙을 누락한 답안은 이후 단순히 기사동이 없다는 논리로 급하게 마무리 하여, 사안 포섭의 논리적 근거가 부실해지므로 감점됩니다.

## (3) 사안 포섭 및 결론 (8점)

사안에서 A는 도로법 제94조를 근거로 한 변상금 부과처분을 하였다가, 소송 계속 중 구 국유재산법 제51조 및 구 공유재산 및 물품관리법 제81조로 근거 법령을 변경하여 주장하였습니다. 도로법에 의한 변상금 부과처분과 구 국유재산법령·구 공유재산 및 물품관리법령에 의한 변상금 부과처분은 그 법적 근거, 징수목적, 산정기준, 재량 유무, 절차 등이 본질적으로 상이하므로, 이는 단순히 근거 법령만을 추가·변경하는 것이 아니라 종전 처분과 동일성을 인정할 수 없는 별개의 처분을 하는 것과 다름없습니다. 따라서 A의 근거 법령 추가·변경은 허용될 수 없고, 이를 허용하여 변경된 법령을 적용한 제1심 판결은 처분사유 추가·변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있습니다.

## 4) 결론 (1점)

A의 근거 법령 추가·변경이 허용될 수 없음을 명확히 서술하여야 합니다.

cf. 한편, 1심 재판부에서는 추가되어서는 아니되는 근거법령에 대하여도 이를 직권으로 판단하였는바, 이는 갑의 명시적 동의가 없는 경우임에도 재판부가 임의적으로 판단한 것으로서, 직권심리주의 위반이 된다는 논증 답안에 대하여는 높은 가점을 부여하였습니다.

## 다. 문제 2 총평

이번 시험에서 다수의 답안이 처분사유 추가·변경의 허용 여부에 관한 학설·판례 법리는 비교적 잘 서술하였으나, 근거 법령만의 추가·변경에 관한 판례의 특칙을 정확히 서술하지 못하거나, 사안에서 근거 법령의 변경이 단순한 법령 추가·변경을 넘어 별개의 처분에 해당하는 이유를 구체적으로 논증하지 못한 한계를 보였습니다.

문제 2의 논증 구조는 "처분사유 추가·변경의 의의 및 허용 여부(판례: 기본적 사실관계 동일성 한도 내 제한적 허용) → 기본적 사실관계의 동일성 법리 → 근거 법령만의 추가·변경에 관한 특칙(단순 법령 변경은 허용, 별개 처분에 해당하는 경우는 불허) → 사안 포섭(도로법 vs. 구 국유재산법·구 공유재산법: 법적 근거·목적·기준·절차 등 본질적 상이 → 별개 처분에 해당 → 불허) → 결론"으로 이어지는 플로우가 있어야 합니다. 이 플로우가 끊기지 않고 유기적으로 연결된 답안이 고득점을 받을 수 있습니다.

#### 4. 종합 총평

이번 6회 모의고사는 행정소송법 제26조의 직권심리주의의 본질과 한계, 그리고 처분사유 추가·변경의 허용 요건이라는 행정소송법 핵심 논점을 실제 사안에 적용하는 능력을 측정하는 문제였습니다. 전반적으로 기본 개념 서술은 비교적 양호하였으나, 판례 법리의 정확한 이해와 사안 포섭의 정밀도에서 차이가 났습니다.

특히 문제 1과 관련하여, 소송자료의 현출 개념을 정확히 파악하고 현출 여부에 따른 직권심리의 허용 범위를 명확히 구별하는 것이 이번 시험의 핵심이었습니다. "현출되지 않은 사항을 직권으로 판단하는 것은 직권심리주의 위반이나, 현출된 사항을 판단하지 않은 것은 자유심증주의의 문제로서 직권심리주의 위반이 아니다"라는 명제를 정확히 이해하고 논증에 반영한 답안이 고득점을 받을 수 있었습니다.

이번 기회를 통해 "법리 → 판례 → 개념 구별 → 사안 포섭 → 결론"으로 이어지는 논증 구조를 체화하고, 판례 법리를 정확히 이해하여 사안에 적용하는 능력을 키우기 바랍니다.

**“정확한 개념, 분명한 쟁점, 간결한 결론이 좋은 답안을 만든다.”**

