

공인중개사시험불합격처분취소

[서울행정법원 2005. 5. 13. 2004구합4017]



【전문】

【원 고】

【피 고】 한국산업인력공단(소송대리인 법무법인 해마루 담당변호사 지기룡외 2인)

【변론종결】2005. 4. 1.

【주문】

】

1. 원고들의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고들의 부담으로 한다.

【청구취지】피고가 2003. 11. 6. 원고들에 대하여 한 제14회 공인중개사자격시험 불합격처분을 취소한다.

【이유】

】1. 처분의 경위

가. 피고는 부동산중개업법시행령(이하 '시행령'이라 한다) 제41조 제3항에 의거 건설교통부장관으로부터 제14회 공인중개사시험 시행에 대한 권한을 위임받아 2003. 9. 21. 제14회 공인중개사자격시험(이하 '이 사건 시험'이라 한다)을 실시하였다.

나. 공인중개사시험의 방식은 객관식 선택형으로 시행령 제10장에 따라 제1차 시험{시험과목은 부동산학개론(제1과목), 민법 및 민사특별법(제2과목)의 2과목}과 제2차 시험{시험과목은 부동산중개업 법령 및 중개실무(제3과목), 부동산공시에 관한 법령 및 부동산 관련세법(제4과목), 부동산공법(제5과목)의 3과목}으로 구분 또는 동시에 실시할 수 있는데, 그 합격기준은 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상의 득점으로 정하여져 있다.

다.

원고들은 1·2차 시험이 동시에 실시된 이 사건 시험에 응시하여 별지 2. 원고별 득점 및 다투는 문제 목록의 해당점수란 각 기재와 같이 득점하였고, 이에 피고는 2003. 11. 6. 원고들에 대하여, 원고들의 각 평균점수가 합격점수인 평균 60점에 미달한다는 이유로 불합격처분(이하 '이 사건 불합격처분'이라 한다)을 하였다.

라. 아래 표에서 보는 바와 같이, '과목' 난 기재 각 과목의 '문제' 난 기재 각 문제에 관하여 '해당 원고' 난 기재 각 원고들은 답안지에 '원고들 선택 답항' 난 기재 각 답항을 답으로 표기하였으나, 피고는 '피고 선정 정답' 난 기재 각 답항을 정답으로 하여 원고들이 위 각 문제를 틀린 것으로 채점하였다.

순번과목문제해당 원고피고 선정 정답원고들 선택 답항1부동산학개론 A형 2번(B형 1번)별지 제3목록 제1의 가.항 기재와 같다③ 정답 없음 2 " A형 6번(B형 4번) 같은 목록 제1의 나.항 기재와 같다⑤ ① 3 " A형 32번(B형 36번)같은 목록 제1의 다.

항 기재와 같다③,⑤ ④ 4 민법 및 민사특별법A형 41번(B형 41번)같은 목록 제2의 가.항 기재와 같다④ ① 5 " A형 60번(B형 63번)같은 목록 제2의 나.항 기재와 같다③ ⑤ 6 부동산중개업법령 및 중개실무A형 13번(B형 9번) 같은 목록 제3의 가.항 기재와 같다③ ② 7 " A형 36번(B형 39번)같은 목록 제3의 나.항 기재와 같다③ ② 8 부동산공시법령 A형 59번(B형 65번) 같은 목록 제4항 기재와 같다④③9 부동산공법 A형 82번(B형 87번)같은 목록 제5의 가.항 기재와 같다④ 정답 없음 10 " A형 91번(B형 91번)같은 목록 제5의 나.항 기재와 같다① ②,④ 11 " A형 92번(B형 89번)같은 목록 제5의 다.

항 기재와 같다① ④ 12 " A형 100번(B형 100번) 같은 목록 제5의 라.항 기재와 같다④ ⑤ 13 " A형 104번(B형 103번) 같은 목록 제5의 마.항 기재와 같다⑤ ③

[인정근거] 다툼 없는 사실, 을 2-1~71, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 불합격처분의 적법 여부

가. 원고들 주장의 요지

원고들이 다투는 위 표 기재 각 문제에 관하여는 원고들이 선택한 답항을 정답 또는 복수정답으로 인정하거나 정답이 없는 것으로 하여 원고들에게 해당 문제에 관한 득점을 인정하여야 하고, 그에 따라 원고들의 득점을 정정하면 그 점수가 합격점수에 이르게 되므로, 원고들을 불합격시킨 이 사건 불합격처분은 위법하다(다툼은 문제별 관련 원고는 '별지 3. 계쟁문제별 관련 원고 목록'(이하 '별지 3. 목록'이라 한다) 기재와 같다).

나. 시험 출제에 대한 적법성 판단의 기준

일반적으로 행정행위로서 시험을 출제하는 경우, 출제 담당위원은 법령규정의 허용범위 안에서 어떠한 문제를 출제할 것인가, 그 문제의 문항과 답항을 어떤 용어나 문장형식을 써서 구성할 것인가를 자유롭게 정할 수 있는 재량권을 가지고, 다만 그 재량권에는 그 시험의 목적에 맞추어 수험생들의 능력을 평가할 수 있도록 출제의 내용과 구성에서 적정하게 행사되어야 할 한계가 있어 재량권의 행사가 그 한계를 넘을 때에는 그 출제행위는 위법하게 된다. 그런데, 전문분야에 관한 시험 출제의 경우 그 시험의 목적이나 성격상 문제를 푸는 데에 어려운 정도가 어느 정도 유지되어야 하고, 나아가 공인중개사시험과 같은 객관식 시험의 경우 부분적으로는 표현을 다소 불분명하게 하거나 복잡한 학문적 체계를 유형화·도식화하여 핵심적 내용만을 축약·표현하는 것도 출제기술의 하나로 인정될 수 있다.

이와 같은 전문분야의 객관식 시험에서는 문항과 답항을 구성하는 과정에서 다의적(多義的)인 용어를 사용하는 것은 어느 정도 불가피한 면이 있으므로 전문용어가 아닌 일반용어를 사용하는 과정에서 엄밀하게 정확한 용어를 사용하지 아니함으로써 생긴 모든 출제상의 잘못을 예외 없이 재량권이 남용, 일탈된 것으로 볼 수는 없다.

또한, 객관식 시험의 특성상, 문제를 전체적으로 관찰하여 그 출제의도를 충분히 파악할 수 있고 어느 모로 보나 정답일 수밖에 없는 답항이 있다면, 수험생은 개개의 표현의 비엄밀성, 비문법성을 따지기보다는 전체적으로 그 문제의 출제의도를 파악하고 각 문제의 정답이 1개뿐인 점을 감안하여 여러 개의 답항 중 어느 모로 보나 정답인 문항만을 정답으로 골라야 하고, 명백히 정답으로 판단되는 답항 이외에 표현이 다소 애매하거나 불분명하여 해석하기에 따라서는 정답으로 볼 수도 있고 정답이 아닌 것으로 볼 수도 있는 답항이 있는 경우에는, 그 애매하거나 불분명한 답항은 정답이 아닌 것으로 출제된 것으로 해석하여 그 답항을 정답이 아닌 것으로 처리하여야 하며, 골라야 할 정답이 1개뿐인 것으로 제시되어 있고 어느 모로 보나 정답인 것이 있어 그 답항을 정답으로 요구한 출제의도를 파악하는데 어려움이 없는 이상, 일부 다른 답항의 표현이 다소 애매하거나 불분명하다는 사유만으로 그 출제나 채점에 어떤 위법·부당한 사유가 있다고 볼 수는 없다.

다만, 위와 같은 기준에서도 출제자가 자신의 주관적인 해석이나 관점, 학설, 특정교재 등에 의하여 답항이 달라질 수 있는 문제 또는 당해 시험에 응시한 일반적 수험생의 지력과 능력으로 해석하여 보아도 그 출제의도가 도저히 파악되지 않는 문제를 출제한 경우에는 문제 자체로 타당성을 상실한다.

그리고 일반적인 수험생의 지력과 능력으로 해석할 때 명백히 출제자의 의도와 다른 답이 정답으로 선택될 수밖에 없다거나 출제자가 선정한 것 외에도 다른 답이 정답으로 인정될 수밖에 없다면 출제자의 위와 같은 출제나 정답선택의 잘못은 객관식 시험의 출제 과정에서 허용되는 재량권의 범위와 한계를 일탈·남용한 것이어서 위법하게 된다.

또한, 이와 같은 출제행위 과정에서 재량권이 일탈·남용되었는지 여부를 판단하기 위해서는 출제와 답안작성 관련 규정의 규제내용, 출제과목의 성격, 출제의 동기, 다툼이 된 문항과 답항의 내용과 표현 및 구성, 응시자의 이해능력의 수준 등 전체 법질서의 관점에서 관련되는 모든 사정에 관한 구체적이고도 종합적인 검토가 선행되어야 한다(대법원 2001. 4. 10. 선고 99다33960 판결 등 참조).

다.

문제별 검토

(1) 부동산학개론 A형 2번 (B형 1번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

부동산 개념을 설명한 것이다.

옳은 것은? ① 부동산은 물적 재산으로서 토지와 건물 등을 일컫는 말이기 때문에 광의의 부동산 또는 준부동산 등으로 개념을 확대할 수 없다.

② 준부동산의 개념은 실생활의 필요에 따라 구분하는 것으로 이것을 학문의 대상으로 삼을 수 없다.

③ 물리적 개념의 공간은 공중·지표·지하 등의 3차원 공간을 말하는 것이며, 이들을 통틀어 입체공간이라 한다.

④ 법률적 개념의 동산은 자산·생산요소·상품·위치·환경·소유권 및 그 이외의 권리 등을 지칭한다.

⑤ 부동산을 토지와 정착물이라고 할 때, 정착물이란 주택·상가·울타리·경제수확물(예컨대 벼 등) 토지에 부가가치를 더한 개량물을 말한다.

피고 선정 정답 : ③

(나) 별지 3. 목록 제1의 가.항 기재 원고들의 주장

우리나라 부동산학 학자들의 일반적인 견해에 의하면 공중공간과 지중공간을 합하여 입체공간이라 하고 이를 수평공간과 대비되는 개념으로 사용하고 있는데, 피고가 공중·지표·지하를 입체공간이라고 하는 것이 타당하다는 취지로 ③번 답항을 옳은 것으로 보아 정답으로 처리한 것은, 지표가 입체공간에 포함되지 아니한다는 다수견해에 반하는 것이다.

따라서, ③번 답항도 틀린 내용으로 이 문제는 정답이 없다고 하여야 하므로, 위 원고들에게 위 문제를 맞춘 것으로 채점하여야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ①, ②, ④, ⑤ 답항이 틀린내용이라는 정답이 될 수 없다는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 갑 1-1 ~ 5, 을 2-1 ~ 6, 3, 4의 각 기재를 기초로 ③번 답항도 틀린 내용이라서 정답이 될 수 없는 것인지 여부에 관하여 본다.

1) 지표(수평공간)가 입체공간(Cubic Space)에 포함되는지 여부에 관하여, ①부동산은 3차원 공간인바, 그 공간은 지표라는 단순한 2차원적 공간만을 의미하지 않고, 공중공간과 지중공간을 포함한 3차원 공간을 의미한다.

특히 공중공간과 지중공간을 합하여 입체공간이라 한다, ②주택, 빌딩, 상점 등의 건물이 공중이나 지중을 향하여 점하고 있는 장소를 공중공간, 지중공간이라 하고 이들을 통틀어 입체공간이라 일컫는데, 이는 수평공간에 대한 상대적 개념의 공간이다, ③공간에는 지표와 같은 수평적 공간과 빌딩과 같은 입체적 공간의 두가지 뜻이 있다.

또 입체공간은 지중공간과 공중공간으로 나타난다는 이유로 지표(수평공간)와 입체공간을 구분하는 견해가 있다.

반면 ①공간으로서의 토지는 단순한 2차원적인 공간만을 의미하지 않는다.

이는 지중과 공중을 포함하는 3차원적인 공간을 의미한다, ②입체공간과 관련하여 토지의 소유권은 일정한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미치는데 그 상하에 미치는 범위는 수평공간, 공중공간, 지중공간을 다 활용하는 공간을 말한다는 이유로 지표(수평공간)를 입체공간에 포함시키는 견해가 있다.

2) 무릇, 입체공간이라 함은 3차원의 공간으로서 0차원의 점, 1차원의 선, 2차원의 면을 포괄하는 개념으로 보아야 할 것인데, 이를 평면공간과 대비하여 상대적인 의미로 해석하는 것은 부동산과 관련하여서는 그 권리가 지표에만 국한하는 것이 아님을 설명하기 위한 것일 뿐 입체공간의 물리적 개념은 지표의 구체적인 평면공간을 전제하지 않고서는 성립할 수 없는 개념이다.

즉, 지중공간은 지표에서 지중을 향하는 공간이고, 공중공간은 지표에서 공중을 향하는 공간으로서, 지표를 제외한 공중과 지중만을 입체공간이라고 할 수 없다는 점에서 그 이론적 근거가 있어 입체공간에 지표(수평공간)를 포함시키는 견해가 반드시 틀린 내용이라고 할 수는 없다.

이와 같이 입체공간에 지표(수평공간)가 포함되는지 여부에 대한 견해가 갈리기는 하나 결국 하나의 답항만을 정답으로 선택하여야 하는 객관식 시험의 본질상 앞서 본 바와 같은 이론적 근거에서 ③번 답항의 견해를 취하는 학자가 있는 이상 옳은 내용이라 할 것이어서 이 문제의 취지에 가장 적합한 답항은 ③번 답항 이라고 보아야 할 것이다.

(라) 소결론

그렇다면, 이 문제의 정답은 ③번 답항이 되므로, 정답이 없다는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(2) 부동산학개론 A형 6번 (B형 4번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

쓰레기 소각장, 매립지 또는 공원의 설치 등과 같은 토지이용행위는 부동산시장에 외부효과를 발생시킨다.

이러한 외부효과가 발생하는 원인을 설명해 줄 수 있는 부동산의 특성은? ① 용도의 다양성 ② 개별성 ③ 합병·분할 가능성 ④ 영속성 ⑤ 부동성

피고 선정 정답 : ⑤

(나) 별지 3. 목록 제1의 나.항 기재 원고들의 주장

토지를 어떤 용도로 이용하느냐에 따라 인접 부동산 내지는 부동산시장에서 정 또는 부의 외부효과가 발생할 수 있는데, 이는 토지와 같은 용도의 다양성 또는 위치의 고정성, 즉 부동산성이 모두 그 원인이 된다고 할 것이다.

일반적으로 부동산인 토지의 특징은 부동산성, 개별성, 인접성 등 자연적 특성과 용도의 다양성, 인문적 위치의 가변성, 사회성과 공공성 등 사회적 특성이 있는데, 토지의 자연적 특성은 토지 자체가 지니는 특성임에 반하여, 토지의 인문적 특성은 토지와 인간과의 관계가 성립됨에 따라 나타나는 특성이다.

인문적 특성중의 하나인 용도의 다양성이란 토지가 존재하는 지역의 사회적, 경제적, 행정적 환경에 따라 토지가 여러 가지 용도로 사용될 수 있는 특성을 말한다.

이 문제는 토지 자체가 지니는 자연적 특성만을 묻고 있다고 볼 수 없고 인간의 이용행위와 관련된 토지의 특성인 인문적 특성까지 묻는 것으로 보아야 하고, 토지는 그 용도의 다양성 때문에 쓰레기 소각장, 매립지 또는 공원의 설치 등 어느 용도로 이용하느냐에 따라 인접 부동산 내지 부동산시장에 정 또는 부의 외부효과를 발생할 수 있다 할 것이므로 ①번 답항도 정답이 되어야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ⑤번 답항이 정답이 된다는 점에 대하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 을 5-1 ~ 6, 6, 7을 기초로 ①번 답항도 정답이 될 수 있는지의 여부에 관하여 본다.

외부효과(externality)는 원인자의 부담(또는 비용청구)없이 일정한 토지이용 활동이 주변지역에 미치는 영향(피해 또는 편익)으로 정의되고 외부경제(external economy) 또는 외부불경제(external diseconomy)로 분류되는데, 토지 시장에서는 부동산의 위치가 고정됨으로써 부동산의 주변에서 일어나는 환경조건들이 부동산의 가격에 항상 영향을 주는 것을 외부효과라 한다.

즉, 어떤 주택의 주변에 쓰레기처리장이나 악취가 발생하는 공장이 들어서게 되면, 당해 주택의 가격은 하락하게 되는데, 이는 주변의 좋지 않은 시설의 좋지 않은 외부효과가 당해 주택에 음의 자본화되었기 때문이다.

토지이용에 있어서 이러한 좋지 않은 외부효과를 방지하고 용도지역별로 상충되는 용도를 규제하고 용도간 보완 기능을 제고하고자 하여 도입된 것이 용도지역제(zoning)이다.

그러나, 토지는 일반재화와 달리 용도가 다양함으로 당해 토지의 최적한 용도로서 최유효사용의 용도를 모색함으로써 그 토지의 재산상의 가치를 증대시키는 요인이 된다.

또한 용도의 다양성은 선택이 전제되어, 어떤 토지이던지 토지이용 주체의 의사와는 상관없이 토지의 용도지역, 지구제의 영향을 받기 때문에 시설설치는 용도지역에 따라 제한될 수밖에 없다.

그러나 토지가 용도가 다양하다 하여 모든 토지가 다 외부효과를 받는다고 볼 수 없고, 어떤 형태든 양의 효과나 음의효과를 주는 특정한 토지이용행위 즉, 시설설치가 있어야 한다고 할 것이다.

그렇다면, 이 문제의 근본적인 취지는 어떤 토지가 다양한 용도로 이용될 수 있다는 인문적 특징을 묻는 것이 아니라 그 토지의 이용행위로 인하여 외부효과가 발생하는 이유를 묻는 것으로서 부동산의 지리적 특징에 관련된 문제라고 보아야 할 것이다.

(라) 소결론

따라서, 이 문제의 정답은 ⑤번 답항뿐이라고 할 것이므로 ①번 답항도 정답이라고 하는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(3) 부동산학개론 A형 32번 (B형 36번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

부동산광고를 설명한 것이다.

틀린 것은? ① 부동산광고는 다른 상품광고와 달리 팔 사람·살 사람을 모두 대상으로 하는 특징이 있다.

② 부동산광고의 매체는 신문·DM·업계출판물·교통시설·라디오·TV 등이 있다.

③ 부동산광고를 규제하는 근거는 독점규제및공정거래에관한법률이다.

④ 주택건설사업자는 일정한 기준에 따라 분양광고 등을 하는데 주택규모, 가격 등을 표기해야 한다.

⑤ 신문매체의 안내광고는 이용공간이 크기 때문에 캐치프레이즈, 사진, 상세한 설명문 등을 자유로이 이용할 수 있다.

피고 선정 정답 : ③, ⑤

(나) 별지 3. 목록 제1의 다.

항 기재 원고들의 주장

부동산광고를 규제하는 법률은 표시·광고의공정화에관한법률이고 이에 의하여 주택의 표시·광고에 관한 구체적인 처리기준을 제시하고 있는 것이 주택의표시·광고에관한심사지침인데, 이 지침에 의하면 주택의 면적, 교통, 거리, 용자금, 전세금, 주택의 특징, 주택환경, 생활여건 등에 대한 표시·광고에 대하여 엄격한 제한을 가하고 있을 뿐 주택의 가격에 대하여 아무런 규정이 없다.

또한 입주자모집공고상의 가격조항을 입주자 모집공고의 전 단계에서 행해지는 신문 및 매체에 의한 광고절차에 적용하는 것도 타당하지 아니하므로, 분양광고를 하는 경우에 가격 등을 표기해야 하는 것은 아니라고 할 것이고, 따라서 ④번 답항도 틀린 내용이라 할 것이므로 이 문제의 정답이 되어야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ③과 ⑤번 답항이 틀린 내용이어서 정답이 되는 점은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 갑 2, 3-1·2, 을 8-1·2, 9, 10을 기초로 ④번 답항도 틀린 내용이어서 정답이 되는지 여부에 관하여만 본다.

1) 관련 법령

[표시·광고의공정화에관한법률]

제3조 (부당한 표시·광고행위의 금지)

① 사업자등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 다음 각호의 행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 이를 행하게 하여서는 아니된다.

1. 허위·과장의 표시·광고
2. 기만적인 표시·광고
3. 부당하게 비교하는 표시·광고
4. 비방적인 표시·광고

② 제1항 각호의 행위에 대한 구체적인 내용은 대통령령으로 정한다.

[주택의 표시·광고에 관한 심사지침]

I. 목적

이 심사지침은 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 "법"이라 함) 제3조 및 동법시행령 제3조의 규정에 의한 부당한 표시·광고를 심사함에 있어 주택의 표시·광고에 관한 구체적인 처리기준을 제시하는 데 목적이 있다.

Ⅲ. 주택의 표시·광고에 관한 심사지침

1. 면적에 관한 표시·광고 (내용 생략)
2. 교통·거리에 관한 표시·광고 (내용 생략)
3. 용자금·전세금에 관한 표시·광고 (내용 생략)
4. 주택의 특징(재료·제품 등)에 관한 표시·광고 (내용 생략)
5. 주택환경·생활여건 등에 대한 표시·광고 (내용 생략)

[주택공급에 관한 규칙]

제8조 (입주자모집절차)

④ 제3항의 규정에 의한 입주자모집공고는 최초 신청접수일부터 5일 이전에 다음 각 호의 사항을 포함하여 공고하여야 한다.

5. 분양가격 및 임대보증금, 임대료와 청약금·계약금·중도금 등의 납부시기 및 납부가격
 - 2) 부동산광고란 '명시된 광고주가 고객의 부동산 의사결정을 도와주는 설득과정의 하나로서 부동산시장에 상품을 소개하고 그 판매방법을 강구하는 것'이라 정의할 수 있고, 이와 같은 부동산광고는 다양하게 분류할 수 있는데, 주택건설사업자(연간 대통령령이 정하는 호수 이상의 주택건설사업을 시행하고자 하는 자는 건설교통부장관에 등록하고, 사업계획승인신청서를 시·도지사에게 제출하고 사업계획승인을 받아야 한다)가 하는 입주자모집공고도 비록 공고 형식을 취하나 주택건설사업자가 광고주가 되어 소비자의 의사결정을 도와주는 설득과정으로 부동산상품의 내용을 상세히 소개하고 있다는 점에서 광고로 분류할 수 있다고 할 것이다.
- 또한, 주택의 규모와 가격 등이 표시되지 않은 건설회사의 광고는 분양광고라기 보다는 오히려 회사의 이미지와 사업의 내용을 알려서 마케팅의 첫 단계인 주의를 이끄는 이미지 광고로 해석할 수 있고, 이 문제의 ④번 답항에서 주택에 관하여 만으로 한정된 경우라면 이는 당연히 주택공급에 관한 규칙에 따른 분양공고를 포함한 개념으로 해석함이 당연하다 할 것이다.

따라서, 이 문제에서 부동산광고는 표시·광고의 공정화에 관한 법률에 의한 광고만을 의미하는 것이 아니라 주택공급에 관한 규칙 제8조에 의거한 분양공고를 포함하고 있으며, 위 규칙에 의거하여 해당규제가 이루어진다고 보아야 할 것

이다.

(라) 소결론

그렇다면, 이 문제의 ④번 답항은 맞는 내용이라고 할 것이므로, ④번 답항은 정답이 될 수 없어 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(4) 민법 및 민사특별법 A형 41번 (B형 41번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

다음은 주택임차권의 대항력에 관한 판례의 태도이다.

틀린 것은? ① 임차인이 임대인의 승낙을 얻어 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 임차인이 대항력을 취득한다.

② 일단 대항력을 취득한 후 임차인은 어떤 이유에서든지 가족과 함께 일시적이거나 다른 곳으로 주민등록을 이전하였다면 대항력은 상실된다.

③ 주택양수인에 대항력있는 임차권자라도 스스로 임대차관계의 승계를 원하지 아니할 경우, 임차주택이 임대차기간 만료전에 경매되면 임대차계약을 해지하고 우선변제를 청구할 수 있다.

④ 입주 및 전입신고를 한 주택의 소유자가 그 주택을 타인에게 매도함과 동시에 종전의 상태를 유지한 채 그 주택을 다시 임차한 경우, 주택임차권의 대항력은 주택양도인의 최초전입신고일 익일부터 발생한다.

⑤ 주민등록 직권말소 후 주민등록법 소정의 이의절차에 의하여 재등록이 이루어진 경우, 그 재등록이 이루어지기 전에 임차주택에 새로운 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대해서도 기존의 주택임차권의 대항력은 유지된다.

피고 선정 정답 : ④

(나) 별지 3. 목록 제2의 가.항 기재 원고의 주장

대법원 판례(대법원 1994. 6. 24. 선고 94다3155 판결)에 의하면 주택임차인이 임차주택을 직접 점유하여 거주하지 않고 간접 점유하여 자신의 주민등록을 이전하지 아니한 경우라 하더라도 임대인의 승낙을 받아 임차주택을 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는 '그 때부터' 임차인은 제3자에 대하여 대항력을 취득한다고 판시하고 있는데, 이 점에 비추어 이 문제의 ④번 답항에서 '그 익일부터' 대항력을 취득한다는 내용은 위 대법원 판례의 취지에 어긋나는 것이어서 틀린 내용이므로, 이 문제의 ①번 답항도 정답이 되어야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ④번 답항이 틀린 내용으로 정답이라는 점은 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 을 11-1 ~ 3의 각 기재를 기초로 이 문제의 ①번 답항이 틀린 내용이어서 정답이 되는지 여부에 관하여만 본다.

1) 관련 법령

[민법]

제629조 (임차권의 양도, 전대의 제한)

① 임차인은 임대인의 동의없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다.

② 임차인이 전항의 규정에 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.

[주택임대차보호법]

제3조 (대항력등)

① 임대차는 그 등기가 없는 경우에는 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다.

이 경우 전입신고를 한 때에는 주민등록이 된 것으로 본다.

2) 임차물의 전대는 임차인이 임차물을 제3자(전차인)에게 사용·수익하게 하는 계약으로서, 임차권의 양도와는 달리 임차인이 그 법적지위를 상실하지 아니하므로 임대인과 임차인 사이의 임대차관계와 전대인(임차인)과 전차인 사이의 전대차관계가 동시에 존재하게 된다.

따라서 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항력을 갖춘 주택임차인이 임대인의 동의를 얻어 적법하게 임차권을 양도하거나 전대한 경우 양수인이나 전차인이 임차인의 주민등록 퇴거일로부터 주민등록법상의 전입신고기간 내에 전입신고를 마치고 주택을 인도받아 점유를 계속하고 있다면, 비록 임차권의 양도나 전대에 의하여 임차권의 공시방법인 점유와 주민등록이 변경되었다고 하더라도 원래의 임차권이 갖는 임차권의 대항력은 소멸되지 아니하고 동일성을 유지한 채 존속한다고 할 것이다(대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카2509 판결).

그런데, 주택임대차보호법 제3조의 대항요건 중 '주택의 인도'는 임차인이 주택에 거주하면서 이를 직접 점유하는 경우 뿐 아니라 타인의 점유를 매개로 간접 점유하는 경우에도 인정될 수 있으나, '전입신고'의 경우 주택에 실제로 거주하지 아니하는 간접점유자인 임차인은 주민등록의 대상이 되는 당해 주택에 주소 또는 거소를 가진 자가 아니므로 간접점유자에 불과한 임차인 자신의 주민등록으로는 대항력의 요건을 적법하게 갖추었다고 할 수 없다.

결국 임차인과 점유매개관계에 기하여 주택에 실제로 거주하는 직접 점유자가 자신의 주민등록을 마친 경우에 한하여 그 임차인의 임대차가 제3자에 대하여 적법하게 대항력을 취득할 수 있다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다55645 판결). 이때 대항력의 발생 시기는 주택임대차보호법 제3조 제1항 소정의 '주택의 인도와 주민등록을 마친 때에 그 다음날부터' 제3자에 대하여 효력이 생긴다.

이와 같이 주택임대차에서 임차인이 임차권을 제3자에게 대항할 수 있는 시기는 주택임대차보호법 제3조 소정의 '주택의 인도와 주민등록을 마친 때에 그 다음날부터' 발생하는 이유는 주택에 대하여 주택임대차보호법에 의한 임차권의 대항력과 제3자의 등기가 같은 날 이루어진 경우 그 선후관계를 정하는 것이 곤란하기 때문이다(대법원 1997. 12. 12. 선고 97다22393 판결). 따라서 위 원고들이 지적하는 대법원 판례에서 '전차인은 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는 그 때로부터 임차인은 제3자에 대하여 대항력을 취득 한다'라고 한 것은 임차인이 주민등록을 이전하지 않고 간접점유만을 하던 임차주택을 임대인의 동의를 받아 전차한 경우 임차인의 대항력 취득에 관하여 전차인이 주민등록을 한 때로부터 제3자에 대하여 대항력을 취득할 수 있다는 것을 밝힌 것에 불과하고, 실제 그 대항력의 발생 시기는 주민등록을 마친 그 다음날이라고 보아야 한다.

그렇다면, 이 문제의 ①번 답항은 전대차 계약을 체결한 임차인의 대항력 취득여부 및 그 효력 발생 시기까지 묻는 문제라고 볼 수 있으므로 틀린 내용이 아니어서 정답이 될 수 없다고 할 것이다.

(라) 소결론

따라서, 이 문제의 정답은 ④번 답항 뿐이므로, ①번 답항도 정답이라고 하는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(5) 민법 및 민사특별법 A형 60번 (B형 63번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

소유자 갑(甲)으로부터 가옥을 임차하여 점유한 을(乙)을 병(丙)이 불법으로 몰아내고 그 가옥을 현재 점유하고 있다

다음 설명 중 틀린 것은? ① 을(乙)은 병(丙)에 대하여 점유물반환청구권을 갖는다.

② 갑(甲)은 병(丙)에 대하여 소유물반환청구권을 갖는다.

③ 갑(甲)은 병(丙)에 대하여 점유물반환청구권을 갖지 않는다.

④ 병(丙)의 점유침탈 후 1년이 경과하면 을(乙)은 병(丙)에게 점유물반환청구권을 행사할 수 없다.

⑤ 을(乙)은 임차권을登記하지 아니한 이상 병(丙)에 대하여 임차권에 기한 방해배제청구권을 갖지 않는다.

피고 선정 정답 : ③

(나) 별지 3. 목록 제2의 나.항 기재 원고들의 주장

제3자에 의한 채권침해의 성립여부에 대하여 우리나라 학설은 대체로 일치하여 이를 인정하고 있는데, 임차권의 법적성질에 관하여 임차권은 물권은 아니지만 점차 물권화되는 과정에 있는 권리라는 견해가 통설이며, 특히 주택임차권은 주택임대차보호법에 의하여 물권에 근접한 권리라고 하고 있다.

그리고 임차권에 기한 방해배제청구권의 성립여부에 대해서는 이를 인정하는 견해와 부정하는 견해가 대립하고 있지만 어느 견해에 의하더라도 공시방법을 갖춘 임차권 자체에 기한 방해배제청구권을 인정하고 있고, 대법원도 임차권이 제3자에 의하여 침해될 수 있는 것으로 인정하면서 등기된 임차권이 제3자에 의하여 침해된 경우 그 임차권에 기한 방해배제청구를 허용하는 한편, 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 주택임차권의 대항력은 등기된 임차권에 버금가는 강력한 것이라고 판시함으로써 대항력 있는 주택임차권이 제3자에 의해 침해되었을 경우에 임차인이 자신의 임차권에 기해 방해배제청구를 할 수 있다고 판시하고 있다.

그런데 이 문제에서 임차인이 임대인으로부터 임차주택을 인도받아 거주하였다면 특별한 사정이 없는 한, 임차인은 임차주택의 주소지에 임차인 본인 또는 동거 가족 명의로 주민등록 전입신고를 하는 것이 일반적이라 할 것이므로 위 문제의 정답을 고를 때에는 임차인인 을이 임차주택의 주소지로 주민등록을 한 것을 전제로 하여야 할 것이다.

따라서, 이 문제에 있어서 을은 자신의 임차권에 대하여 등기를 하지는 않았다고 하더라도 주민등록 등의 대항요건을 갖추었을 수는 있다고 할 것이므로 병에 대하여 임차권에 기한 방해배제청구권을 갖는다고 해석하는 것이 타당

하여 ⑤번 답항도 틀린 내용으로 정답이 된다고 하여야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ③번 답항이 틀린 내용으로 정답이 되는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 을 28-1~2, 29-1~3, 30-1~4를 기초로 ⑤번 답항도 틀린 내용이어서 정답이 되는지 여부에 관하여만 본다.

1) 관련 법령

[민법]

제204조 (점유의 회수)

① 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있다.

② 전항의 청구권은 침탈자의 특별승계인에 대하여는 행사하지 못한다.
그러나 승계인이 악의인 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 청구권은 침탈을 당한 날로부터 1년 내에 행사하여야 한다.

제207조 (간접점유자의 보호)

① 전3조의 청구권은 제194조의 규정에 의한 간접점유자도 이를 행사할 수 있다.

② 점유자가 점유의 침탈을 당한 경우에 간접점유자는 그 물건을 점유자에게 반환할 것을 청구할 수 있고 점유자가 그 물건을 반환받을 수 없거나 이를 원하지 아니하는 때에는 자기에게 반환할 것을 청구할 수 있다.

제621조 (임대차의 등기)

① 부동산임차인은 당사자간에 반대 약정이 없으면 임대인에 대하여 그 임대차등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있다.

② 부동산임대차를 등기한 때에는 그때부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다.

제622조 (건물등기있는 차지권의 대항력)

① 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차는 이를 등기하지 아니한 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제3자에 대하여 임대차의 효력이 생긴다.

② 건물이 임대차기간 만료전에 멸실 또는 후폐한 때에는 전항의 효력을 잃는다.

[주택임대차보호법]

제3조 (대항력등)

① 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다.

이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.

[상가건물임대차보호법]

제3조 (대항력 등)

- ① 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 건물의 인도와 부가가치세법 제5조, 소득세법 제168조 또는 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자등록을 신청한 때에는 그 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다.
- 2) 제3자가 채권자의 권리행사를 방해하는 경우 채권자는 물권에서 물권적 청구권이 인정되듯이 채권에 기해 그 방해의 제거를 청구할 수 있는지에 대하여 학설은 제3자에 대하여 대항력이 인정되는 채권(민법 제621조 제2항, 제622조 제1항, 주택임대차보호법 제3조, 상가건물임대차보호법 제3조)에 대해서는 방해배제청구권을 인정할 수 있다는 견해가 지배적이다.

그러나 제3자에 대하여 대항력이 인정되는 채권에 대해서는 방해배제청구권을 인정할 수 있다고 하더라도, 이 문제에서 임차인 을이 본인 명의나 동거가족 명의로 대항력을 갖추었음을 예시되어 있지 아니한 이상, 을이 동거가족과 함께 거주하는 것을 전제로 주택의 주소지에 임차인 본인 명의나 최소한 동거가족 명의의 주민등록 전입신고를 해 두는 것이 일반적인 현상임을 이유로 이와 같은 경우를 가정하여 을이 병에 대하여 임차권이 기한 방해배제청구권을 행사할 수 없다고 할 것이다.

(라) 소결론

그렇다면, 이 문제의 정답은 명백히 틀린 ③번 답항 뿐이라 할 것이므로, ⑤번 답항도 정답이 된다는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(6) 부동산중개업법령 및 중개실무 A형 13번 (B형 9번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

부동산중개업자가 설립한 부동산중개업협회에 관한 설명중 가장 옳은 것은? ① 모든 중개업자는 부동산중개업협회에 가입하여야 한다.

- ② 협회가 지부 및 지회를 설치할 때는 지부는 시·도지사에게, 지회는 등록관청에 신고하여야 한다.
- ③ 협회회원으로 가입하지 않아도 협회가 운영하는 공제에 가입할 수 있다.
- ④ 중개업자에 대한 사전교육업무는 부동산중개업협회에만 위탁되어 있다.
- ⑤ 부동산거래정보망 사업은 부동산중개업협회만 지정받을 수 있다.

피고 선정 정답 : ③

(나) 별지 3. 목록 제3의 가.항 기재 원고들의 주장

대한공인중개사협회 회원관리규정에 의하면 '입회 및 공제에 가입한자'를 정회원이라 하여 입회와 공제 모두 가입한 자만이 정회원이 된다고 하여야 하고, 부동산중개업법 및 부동산중개업법시행령에 의하면 공제사업은 협회 '회원 간의 상호부조'를 목적으로 하므로 협회 회원만이 공제사업에 가입할 수 있다고 하여야 하는데, 현재의 부동산중

개업협회에서는 비회원의 공제가입을 허용하면서 협회회원에게는 비회원에 비하여 일정부분 할인해주는 실정이나 이는 명백히 법위반이므로 이 문제의 ③번 답항은 틀린 내용이라고 하여야 한다.

그리고 피고는 이 문제의 ②번 답항의 '설치할 때'라는 것이 사전(事前) 개념이라는 전제 하에 틀린 내용으로 보아 정답이 아니라고 처리하였으나, '설치할 때'는 '설치하는 때'라는 의미가 더 강하여 반드시 사전(事前)을 의미하고 있는 것만은 아닐 뿐 아니라 협회를 설치하면서 동시에 신고하는 것이 허용되지 않는 것은 아니므로, 이 문제에서는 ②번 답항 만을 정답으로 인정하거나 ②번 답항과 ③번 답항을 함께 정답으로 인정하여야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ①, ④, ⑤번 답항이 모두 틀린 내용이어서 이 문제의 정답이 될 수 없다는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 갑 4-1~2, 을 16-1~4, 17, 18, 감정결과(대진대학교 법과대학장)를 종합하여 ②, ③번 답항 중 어느 답항이 옳은 내용이어서 정답이 되는지에 관하여 본다.

1) 관련 법령

[부동산중개업법] (1999. 3. 31. 법률 제5957호로 개정되기 전의 것)

제31조 (회원)

① 중개업자는 제4조의 규정에 의하여 허가를 받은 날로부터 협회의 회원이 된다.

② 제1항의 규정에 의하여 회원이 된 자는 15일 이내에 협회에 등록을 하여야 한다.

[부동산중개업법] (1999. 3. 31. 법률 제5957호로 개정된 것)

제19조 (손해배상책임)

- ① 중개업자가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.
- ② 중개업자는 자기의 중개사무소를 다른 사람의 중개행위의 장소로 제공함으로써 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.
- ③ 중개업자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 손해배상책임을 보장하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 보증보험 또는 제35조의2의 규정에 의한 공제에 가입하거나 공탁을 하여야 한다.

제30조 (협회의 설립등)

- ① 중개업자는 그 자질향상 및 품위유지와 중개업에 관한 제도의 개선 및 운용에 관한 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 부동산중개업협회(이하 "협회"라 한다)를 설립할 수 있다.
- ④ 협회는, 서울특별시에 주된 사무소를 두고, 정관이 정하는 바에 따라 특별시·광역시·도에 지부를, 시·군·구에 지회를 둘 수 있다.

제31조 (회원) (1999. 3. 31. 삭제)

제35조의2 (공제사업)

- ① 협회는 제19조 제1항의 규정에 의한 중개업자의 손해배상책임을 보장하기 위하여 건설교통부장관이 정하는 바에 의하여 공제사업을 할 수 있다.
- ② 협회는 제1항의 규정에 의한 공제사업을 하고자 하는 때에는 공제규정을 제정하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다.
공제규정을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.
- ③ 제2항의 공제규정에는 공제사업의 범위, 공제계약의 내용, 공제금, 공제료, 공제금에 충당하기 위한 책임준비금등 공제사업의 운영에 관하여 필요한 사항을 정하여야 한다.

[부동산중개업법 시행령]

제39조 (협회의 업무) 협회는 법 제30조 제1항의 규정에 의한 목적을 달성하기 위하여 다음 각호의 업무를 수행하여야 한다.

6. 법 제35조의2의 규정에 의한 공제사업, 이 경우 공제사업은 비영리사업으로서 회원간의 상호부조를 목적으로 한다.

제40조 (협회의 보고의무)

- ③ 협회가 그 지부 또는 지회를 설치한 때에는 그 지부는 시·도지사에게, 지회는 등록관청에 신고하여야 한다.

[대한공인중개사협회 회원관리규정]

제2조 (용어의 정의)

1. 정회원이라 함은 정관 제5조 제2항 및 제8조의 규정에 의한 공인중개사 및 공인중개사가 대표이사로 등재된 중개법인의 대표자로서 이 회에 입회 및 공제에 가입한 자를 말한다.

[전국부동산중개업협회 공제규정] (2003. 1. 7. 개정)

제3조 (공제사업)

- ② 공제사업은 공제계약자간 상호부조하는 것이며 비영리사업으로 한다.

제6조 (공제계약 대상자의 범위)

- ① 공제계약 대상자의 범위는 법 제4조의 규정에 의하여 부동산중개사무소 개설등록을 한 자로 한다.

단 령 제5조의 규정에 의한 특별법인의 경우에는 사무소별로 공제에 가입할 수 있다.

- 2) 먼저 이 문제의 ②번 답항에 관하여 보건대, 부동산중개업법시행령 제40조 제3항에서 협회가 그 지부 또는 지회를 '설치한 때에는' 그 지부는 시·도지사에게, 지회는 등록관청에 신고하여야 한다고 규정하고 있어 이는 사후신고 의무를 규정한 것으로 보아야 할 것인 반면, ②번 답항의 '설치할 때는'이라 함은 일반적으로 어미 '...ㄹ'이 동작이나 상태가 진행되는 불확실한 시간을 의미한다는 점에 비추어 볼 때 사전신고 의무를 규정한 것이라고 보아야 할 것이어서,

협회의 지부·지회 설치시 사전신고 의무가 있다고 기술되어 그릇된 설명이라 할 것이다.

또한 '설치한 때'라는 의미가 위 원고들 주장과 같이 '설치하는 경우 그와 동시에'라는 의미로 읽혀지지 아니함은 문언상 명백하다 할 것이므로, 이 문제의 ②번 답항은 표현상 다소 불명확하게 해석될 여지가 있다고 하더라도 맞는 내용이라고 볼 수는 없다.

- 3) 다음으로 이 문제의 ③번 답항에 관하여 보건대, 부동산중개업법이 1999. 3. 31. 법률 제5957호로 개정되면서 제31조의 규정이 삭제되어 전국부동산중개협회 가입이 임의가입제도로 변경되었기 때문에 전국부동산중개협회 가입은 재량적 사항이고, 다만 공제의 경우 부동산중개업법 제19조에서 손해배상책임 보장을 위한 보증보험 또는 공제가입은 의무화하고 있으므로 공제는 필수적으로 가입하여야 한다.

전국부동산중개업협회는 부동산중개업법 제35조의2에 의하여 공제사업을 할 수 있고 공제사업을 하고자 하는 때에는 공제규정을 제정하여야 하는데, 전국부동산중개업협회 공제규정 제6조에 의하면 공제계약 대상자의 범위는 부동산중개업법 제4조의 규정에 의하여 부동산중개사무소 개설등록을 한 자로 하고 있어 이는 협회회원만이 공제가입이 가능한 것이 아니라 부동산중개업법 제4조의 규정에 의하여 부동산중개사무소 개설등록을 한 자는 누구나 협회의 공제에 가입이 가능한 것이라고 할 것이고, 따라서 부동산중개업법시행령 제39조 제6호에서 공제사업은 비영리 사업으로서 회원 간의 상호부조를 목적으로 한다고 규정한 것은 공제에 가입한 공제계약자간 상호부조를 의미한다고 할 것이다.

또한 대한공인중개사협회 회원관리규정 제2조에 의하면 입회 및 공제에 가입하면서 정회원이 되는 것으로 규정되어 있으나, 위 원고들의 주장처럼 회원만 공제에 가입한다면 회원이 아닌 신규등록개설자는 협회의 공제가입을 할 수 없다는 결론이 되어 협회가입의 임의화, 업무보증설정의무화 규정의 취지에 반하게 될 뿐 아니라 부동산중개업법 제31조의 규정이 삭제된 이후 협회가 임의단체로 법적 지위가 변경되면서 대한공인중개사협회와 전국부동산중개업협회의 양 협회가 회원의 저변확대를 위해 비회원에 대해서도 공제사업에 가입되면 정회원이 되는 것으로 간주하고 있어 실무상 비회원에 대하여도 공제가입이 가능한 상황이다.

(라) 소결론

그렇다면, 가장 옳은 것을 고르라는 이 문제에 있어 ②번 답항 보다는 ③번 답항이 명백히 옳은 내용이라 할 것이므로 수험생으로서는 출제자의 출제의도에 따라 ③번 답항을 정답으로 선택하여야 할 것이고, 따라서 ②번 답항 만이 정답이라거나 ②번 답항도 함께 정답이 된다는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(7) 부동산중개업법령 및 중개실무 A형 36번 (B형 39번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

다음 중 중개대상물이 아닌 것은 모두 몇개인가? ㉠ 어업재단 ㉡ 광업재단과 분리된 광업권 ㉢ 명인방법을 갖춘 수목집단 ㉣ 항공기에 대한 임차권 ㉤ 도로부지에 대한 임차권 ㉥ 1필의 토지 중 일부에 대한 지상권 ① 2개 ② 3개 ③ 4개 ④ 5개 ⑤ 6개

피고 선정 정답 : ③

(나) 별지 3. 목록 제3의 가.항 기재 원고들의 주장

부동산중개업법 제3조에 의한 법정중개대상물은 '토지, 건물 기타 토지의 정착물, 입목에관한법률에 의한 입목, 광업재단저당법에 의한 광업재단, 공장저당법에 의한 공장재단'이 있다 할 것인데, 이러한 법정중개대상물에 해당하는 물건이라 하더라도 사적 소유의 대상이 될 수 있어야 하고, 중개행위의 개입이 가능해야 한다.

이 문제 지문 중 ㉠, ㉡, ㉢은 중개대상물이 아니고, ㉣, ㉤은 중개대상물에 해당함은 명백하고, ㉥이 중개대상물에 포함되는지 여부가 문제되는데, 국유재산인 도로부지에 대한 임대차계약이 가능하므로 그에 대한 임차권도 중개대상이 된다고 보아야 하고, 또한 '도로'가 아닌 도로'부지'에 대한 임차권이 중개대상물인지를 묻고 그 도로에는 도로법상 도로라는 제한이 없는 이상 여기서의 도로는 사도까지 포함되는 것을 전제하고 있는 것이므로 이 문제에서 ③번 답항 보다는 ②번 답항이 정답이 되어야 한다.

(다) 판단

이 문제 지문 중 ㉠, ㉡, ㉢은 중개대상물이 아니고, ㉣, ㉤은 중개대상물에 해당한다는 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 을 19-1~4를 기초로(이에 반하는 갑 6-1~9는 배척) 위 지문 중 ㉥이 중개대상물에 포함되어 이 문제의 ②번 답항이 정답이 되는지 여부만을 본다.

1) 관련 법령

[부동산중개업법]

제3조 (중개대상물의 범위) 이 법에 의한 중개대상물은 다음 각호와 같다.

1. 토지
2. 건물 기타 토지의 정착물
3. 기타 대통령령이 정하는 재산권 및 물건

[부동산중개업법 시행령]

제2조 (중개대상물의 범위) 법 제3조제3호의 규정에 의한 중개대상물은 다음 각호와 같다.

1. 입목에관한법률에 의한 입목
2. 광업재단저당법에 의한 광업재단
3. 공장저당법에 의한 공장재단

[도로법]

제2조 (도로의 정의)

① 이 법에서 도로라 함은 일반의 교통에 공용되는 도로로서 제11조에 열거한 것을 말한다.

제5조 (사권의 제한)

① 도로를 구성하는 부지, 옹벽, 기타의 물건에 대하여서는 사권을 행사할 수 없다.

다만, 소유권을 이전하거나 저당권을 설정함은 그러하지 아니하다.

제11조 (도로의 종류) 도로의 종류는 다음 각호와 같다.

1. 고속도로 2. 일반국도 3. 특별시도, 광역시도 4. 지방도 5. 시도 6. 군도 7. 구도

[사도법]

제2조 (정의) 본법에서 사도라 함은 도로법 제2조 제1항의 규정에 의한 도로나 도로법의 준용을 받는 도로가 아닌 것으로서 그 도로에 연결되는 길을 말한다.

- 2) 도로법 제5조는 도로를 구성하는 부지에 대하여는 소유권이전이나 저당권 설정을 제외하고는 사권을 행사할 수 없다고 규정되어 있는데, 이는 도로를 구성하는 부지 등이 사소유권의 대상이라는 전제를 승인한 다음 그 부지 등을 공공의 목적에 제공하기 위하여 필요한 한도 내에서 공용제한의 일환으로 소유권이전과 저당권 설정 이외의 사권의 행사를 금지하는 취지이다.

따라서, 도로부지에 대하여는 임차권의 설정이 불가능하므로 중개대상물에 포함되지 않는다고 할 것이다.

다만, 사도의 경우 사도법 제2조에 의하여 도로법 제2조나 도로법의 준용을 받는 도로가 아닌 것으로 그 도로에 연결되는 길로서 도로법 제5조 사권의 제한을 명시한 내용과는 무관할 뿐 아니라 도로와 사도의 정의에 비추어 볼 때 이 문제의 ②번 답항에서 도로부지라 함은 도로법에서 규정하고 있는 도로에 한정된다고 할 것이다.

(라) 소결론

따라서, 이 문제의 정답은 ③번 답항 뿐이라 할 것이므로, ②번 답항이 정답이라는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(8) 부동산공시법령 A형 59번 (B형 65번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

등기관의 직권경정등기에 관한 설명중 틀린 것은? ① 등기의 착오 또는 유류가 등기관의 과오로 인한 것임을 요한다.

② 기존의 등기와 경정 후의 등기와의 사이에 동일성이 있어야 한다.

③ 등기상 이해관계가 있는 제3자가 있는 경우에는 그의 승낙서 등을 첨부하여야 한다.

④ 지방법원장의 사전허가를 얻어야 한다.

⑤ 경정등기를 한 때에는 그 취지를 등기신청인에게 통지하여야 한다.

피고 선정 정답 : ④

(나) 별지 3. 목록 제4항 기재 원고의 주장

부동산등기법 제72조 제1항에 의하면, 등기공무원이 등기를 완료한 후 그 등기에 착오 또는 유류가 있는 경우에 그 등기의 착오 또는 유류가 등기관의 과오로 인하여 발생한 때에는 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우를 제외하고 등기관은 경정등기를 하도록 되어 있는바, 신청에 의한 경정등기와는 달리 직권에 의한 경정등기를 하기 위해서는

등기상 이해관계 있는 제3자가 없어야 한다고 해석하여야 한다.

그렇다면, 이 문제의 ④번 답항 이외에 ③번 답항도 위 문제의 정답이라고 할 것이다.

(다) 판단

이 문제의 ④번 답항이 정답이 되는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 을 20-1 ~ 3(일부), 21, 22를 기초로 ③번 답항도 정답이 되는지에 관하여만 본다.

1) 관련 법령

[부동산등기법]

제27조 (신청주의)

① 등기는 법률에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고 당사자의 신청 또는 관공서의 촉탁이 없으면 이를 하지 못한다.

제28조 (등기신청인) 등기는 등기관리자와 등기의무자 또는 대리인이 등기소에 출석하여 이를 신청하여야 한다.

다만, 대리인이 변호사 또는 법무사(법무법인 또는 법무사합동법인을 포함한다)인 경우에는 대법원규칙이 정하는 사무원을 등기소에 출석하게 하여 이를 신청할 수 있다.

제63조 (권리변경등기의 신청) 권리변경의 등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 신청서에 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부한 때에 한하여 부기에 의하여 그 등기를 한다.

제64조 (권리변경등기의 기재) 권리의 변경의 등기를 한 때에는 변경전의 등기사항을 붉은선으로 지워야 한다.

제71조 (착오 또는 유류의 통지) 등기관이 등기를 완료한 후 그 등기에 착오 또는 유류있음을 발견한 때에는 지체없이 그 뜻을 등기관리자와 등기의무자에게 통지하여야 한다.

그러나 등기관리자 또는 등기의무자가 2인 이상인 때에는 그 1인에게 통지하면 된다.

제72조 (직권에 의한 등기의 경정)

① 등기관은 등기의 착오 또는 유류가 등기관의 과오로 인한 것임을 발견한 때에는 지체없이 이를 경정하여야 한다. 다만, 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 등기관은 제1항 본문의 규정에 의한 경정등기를 한 때에는 그 취지를 지방법원장에게 보고하고, 등기관리자와 등기의무자에게 통지하여야 한다.

이 경우 등기관리자 또는 등기의무자가 2인이상인 때에는 그중 1인에게 통지할 수 있다.

③ 제1항 본문의 경우에는 제71조의 규정에 의한 통지는 필요로 하지 아니한다.

제73조 (동전) 제71조 및 제72조의 통지는 제52조의 경우에는 채권자에게도 이를 하여야 한다.

제74조 (동전) 제63조와 제64조의 규정은 등기사항의 일부에 대하여 등기의 경정을 하는 경우에 이를 준용한다.

- 2) 경정등기라 함은 등기된 부동산의 표시 또는 그 권리에 관한 사항에 당초부터 등기절차상의 착오 또는 유류가 있어 등기가 원시적으로 실체관계와 일치하지 아니하는 경우 이를 바로잡아 등기와 실체관계를 일치시키기 위하여 기존의 등기의 내용의 일부를 정정·보완하는 등기를 말하는 것으로서, 기존의 등기와 경정 후의 등기와의 사이에 동일성이 있을 것을 요한다.

경정등기는 그 대상에 따라 부동산표시의 경정등기, 등기명의인 표시의 경정등기, 부동산의 권리에 관한 경정등기로 나뉘고, 경정원인에 따라 신청착오 등 당사자의 과오에 기인한 경우는 당사자의 신청에 의하여 경정등기를 하게 되고, 등기관이 착오나 과오에서 일어난 경우 일정한 요건 하에서 등기관이 직권에 의하여 경정등기를 하게 된다.

부동산등기법 제72조 제1항에 의하면, 등기관은 등기의 착오 또는 유류가 등기관의 과오로 인한 것임을 발견한 때에는 지체 없이 이를 경정하여야 하고, 다만 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있는바, 위 단서의 취지는 등기관의 과오로 인한 등기의 착오 또는 유류가 있다고 하더라도 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 등기관으로서는 지체 없이 직권경정등기를 할 수 없다는 것으로, 등기공무원이 직권에 의하여 제3자의 승낙유무를 조사하기 곤란한데도 그 이유가 있다.

한편, 부동산등기법 제74조에서 권리변경의 등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 신청서에 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부한 때에 한하여 부기에 의하여 그 등기를 한다고 규정하고 있는 부동산등기법 제63조를 준용하고 있으므로 등기관리자는 등기관의 과오로 인한 등기의 착오 또는 유류가 있는 경우 등기관에게 직권발동을 촉구하는 의미의 경정등기신청을 할 수 있다고 할 것이고 다만 등기상 이해관계 있는 제3자가 있다면, 등기관리자로서는 그 제3자의 동의서를 첨부하여야 한다고 할 것이다.

(라) 소결론

그렇다면, 이 문제의 ④번 답항이 명백히 틀렸고 ③번 답항을 위와 같이 등기관리자가 직권발동을 촉구하는 의미의 경정등기신청을 하는 경우에 관한 것으로 이해할 수 있는 상황에서 문제를 전체적으로 관찰하여 명백히 정답으로 판단되는 답항 이외에 표현이 다소 애매하거나 불분명하여 해석하기에 따라서는 정답으로 볼 수도 있고 정답이 아닌 것으로 볼 수도 있는 답항이 있는 경우에는, 그 애매하거나 불분명한 답항은 정답이 아닌 것으로 출제된 것으로 해석하여 그 답항을 정답이 아닌 것으로 처리하여야 한다는 점을 감안할 때, ③번 답항이 틀린 내용으로 ④번 답항과 함께 이 문제의 정답이 된다는 위 원고의 주장은 이유 없다.

(9) 부동산공법 82번 (87번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

토지거래허가 등에 관한 설명 중 옳은 것은? ① 특별시장, 광역시장, 도지사가 허가구역을 지정할 수 있다.

② 허가를 받아야 하는 경우 허가받지 않은 거래계약도 법률상 유효하다.

③ 허가받지 않고 거래계약 등을 체결한 경우에는 이행강제금이 부과될 수 있다.

④ 토지거래허가구역에서는 지상권의 설정을 위한 경우도 허가를 받아야 한다.

⑤ 허가권자는 특별시장, 광역시장, 시장, 군수, 자치구의 구청장이다.

피고 선정 정답 : ④

(나) 별지 3. 목록 제5의 가.항 기재 원고들의 주장

지상권설정계약에는 무상계약도 있을 수 있으므로 ④번 답항과 같이 유상계약 또는 무상계약인지 분명히 밝히지 않은 경우에는 무상으로 지상권을 설정한 경우도 포함된다고 할 것인데도, 지상권이 유상계약인지 무상계약인지를 구분하지 아니한 채 단지 토지거래허가구역에서는 지상권의 설정을 위한 경우도 허가를 받아야 한다고 기재한 ④번 답항은 틀린 내용이므로, 결국 이 문제는 정답이 없다.

(다) 판단

이 문제의 ①, ②, ③, ⑤ 답항이 틀린 내용이라서 정답이 될 수 없다는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 갑 5, 을 31, 을 32-1 ~ 3 및 감정결과(인천대학교 법과대학장)를 기초로 이 문제의 ④번 답항이 옳은 내용으로 정답이 되는지 여부에 관하여 살펴본다.

1) 관련 법령

[민법]

제279조 (지상권의 내용) 지상권자는 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리가 있다.

제618조 (임대차의 의의)

임대차는 당사자일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

[국토의계획및이용에관한법률]

제118조 (토지거래계약에 관한 허가)

① 허가구역안에 있는 토지에 관한 소유권, 지상권(소유권, 지상권의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)을 이전 또는 설정(대가를 받고 이전 또는 설정하는 경우에 한한다)하는 계약(예약을 포함한다).

이하 '토지거래계약'이라 한다)을 체결하고자 하는 당사자는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다.

허가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

2) 민법 제618조가 '임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고, 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다'고 규정함으로써 차임의 지급이 임대차계약의 요소가 되고, 따라서 임대차계약은 유상계약으로 보아야 하지만, 민법 제279조는 '지상권자는 타인의 토지에 건물 기타 공작

물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리가 있다'라고 규정하고 있을 뿐 지상권의 경우에는 지료의 지급을 지상권설정계약의 요소로 하고 있지 아니하므로 지상권설정계약은 무상계약일 수도 있고, 유상계약일 수도 있다 할 것이다.

국토의계획및이용에관한법률 제118조 제1항이 괄호 안에 '대가를 받고 이전 또는 설정하는 경우에 한한다'라고 명시하고 있는 것도 지상권설정계약은 무상계약일 수도 있을 수 있음을 전제로 지상권설정계약이 유상계약일 경우에 한하여 토지거래허가를 받아야 한다는 취지를 분명히 한 것으로 볼 것이다.

그런데 이 문제 ④번 답항은 유상계약인지, 아니면 무상계약인지 한정하지 않고 단순히 지상권설정계약이라고만 기술하여 무상으로 지상권을 설정하는 경우에는 틀린 내용으로 될 여지가 있기는 하지만, 다른 답항이 모두 정답이 될 수 없는 상황에서 이 문제의 ②번 답항에서 허가 받지 않은 계약'도' 라는 표현은 '허가 받은' 계약과 마찬가지로 라는 의미를 염두에 둔 것이고 ④번 답항에서 지상권의 설정을 위한 경우'도' 라는 표현은 지상권의 '이전'을 위한 경우 또는 '소유권'의 설정을 위한 경우와 마찬가지로 라는 의미를 염두에 둔 것이라고 볼 수 있으므로, 수험생은 개개의 표현의 비엄밀성, 비문법성을 따지기보다는 전체적으로 그 문제의 출제의도를 파악하고 각 문제의 정답이 1개뿐인 점을 감안하여 여러 개의 답항 중 옳은 것을 고르라고 한 경우 이들을 비교하여 가장 옳다고 보이는 문항을 정답으로 골라야 한다는 점에 비추어 볼 때 이 문제의 ④번 답항 마저 틀린 내용으로 보아 이 문제의 정답은 없다고 할 수는 없다.

(라) 소결론

따라서 이 문제는 정답은 ④번 답항이 된다고 할 것이므로 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(10) 부동산공법 A형 91번 (B형 91번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

도시관리계획에 관한 내용 중 틀린 것은? ① 도시관리계획의 입안을 위한 기초조사의 내용에 환경영향평가, 토지적성평가를 포함하여야 한다.

② 주민은 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있으며, 60일 이내에 그 제안내용의 반영여부를 제안자에게 통보하여야 한다.

③ 도시관리계획에 있어 계획의 상세성 및 기반시설의 종류 등은 지역여건을 고려하여 차등화되게 입안하여야 한다.

④ 도시관리계획은 광역도시계획 및 도시기본계획 등에서 제시한 내용을 수용하고 개발사업과의 관계 및 도시의 성장추세를 고려하여 수립하여야 한다.

⑤ 1km² 이상의 제2종 지구단위계획구역의 지정 및 변경은 건설교통부장관이 결정한다.

피고 선정 정답 : ①

(나) 별지 3. 목록 제5의 나.항 기재 원고들의 주장

국토의계획및이용에관한법률 제27조의 도시관리계획의 입안을 위한 기초조사에 포함하여야 하는 '환경성검토'는 환경정책기본법 제28조에 비추어 볼 때 '환경영향평가'와 동의어로 볼 수 있으므로, 위 ①번 답항은 틀렸다고 볼 수 없어 정답이 될 수 없다.

가사 ①번 답항이 틀린 내용이어서 정답이 된다고 하더라도, 도시관리계획 수립기준에 관하여 국토의계획및이용에관한법률시행령 제19조 제1항은 '개별사업계획'과의 관계 등을 고려하도록 규정되어 있음에도 ④번 답항은 위 규정과 다른 '개발사업'이라고 기술하고 있어 틀린 내용이므로 ④번 답항도 정답이 되어야 한다.

또한 국토의계획및이용에관한법률 제26조에 의하면, 주민이 입안을 제안할 수 있는 계획은 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획과 지구단위계획구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 지구단위계획에 한정된다고 할 것인데, ②번 답항은 도시관리계획 전체에 대하여 주민이 입안을 제안할 수 있다고 해석되는 점에서 틀린 내용이므로 ②번 답항도 정답이라 할 것이다.

(다) 판단

이 문제의 ③, ⑤번 답항이 옳은 내용이라는 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 갑 5, 을 23-1~6, 24-6, 감정결과 (인천대학교 법과대학장)를 기초로 ①번, ②번, ④번 답항 중 어느 답항이 틀린 내용으로서 정답이 되는지 여부에 관하여 본다.

1) 관련 법령

[국토의계획및이용에관한법률]

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

4. "도시관리계획"이라 함은 특별시·광역시·시 또는 군의 개발·정비 및 보전을 위하여 수립하는 토지이용·교통·환경·경관·안전·산업·정보통신·보건·후생·안보·문화 등에 관한 다음의 계획을 말한다.

가. 용도지역·용도지구의 지정 또는 변경에 관한 계획

나. 개발제한구역·시가화조정구역·수산자원보호구역의 지정 또는 변경에 관한 계획

다.

기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획

라. 도시개발사업 또는 재개발사업에 관한 계획

마. 지구단위계획구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 지구단위계획

제26조 (도시관리계획 입안의 제안)

① 주민(이해관계자를 포함한다.

이하 같다)은 다음 각호의 사항에 대하여 제24조의 규정에 의하여 도시관리계획을 입안할 수 있는 자에게 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있다.

이 경우 제안서에는 도시관리계획도서와 계획설명서를 첨부하여야 한다.

1. 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항
2. 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항

제27조 (도시관리계획의 입안을 위한 기초조사 등)

- ② 건설교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 제1항의 규정에 의한 기초조사의 내용에 도시관리계획이 환경에 미치는 영향 등에 대한 환경성검토를 포함하여야 한다.
- ③ 건설교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 제1항의 규정에 의한 기초조사의 내용에 건설교통부장관이 정하는 바에 따라 실시하는 토지의 토양, 입지, 활용가능성 등 토지의 적성에 대한 평가를 포함하여야 한다.

[국토의계획및이용에관한법률 시행령]

제19조 (도시관리계획의 수립기준) 건설교통부장관은 법 제25조 제4항의 규정에 의하여 도시관리계획의 수립기준을 정할 때에는 다음 각호의 사항을 종합적으로 고려하여야 한다.

1. 광역도시계획 및 도시기본계획 등에서 제시한 내용을 수용하고 개별 사업계획과의 관계 및 도시의 성장추세를 고려하여 수립하도록 할 것

[환경정책기본법]

제28조 (환경영향평가) 국가는 환경에 미치는 영향이 큰 사업에 대한 계획을 수립·시행함에 있어서 당해 사업이 환경에 미칠 영향을 미리 평가·검토하여 사업시행으로 인하여 환경에 미치는 영향을 최소화하기 위한 환경영향평가를 실시하여야 한다.

[환경·교통·재해등에관한영향평가법]

제4조 (영향평가대상사업등)

- ① 영향평가를 실시하여야 하는 사업(이하 "대상사업"이라 한다)은 다음 각호와 같다.

다만, 인구영향평가의 경우에는 수도권정비계획법 제2조 제1호의 규정에 의한 수도권에서 시행되는 사업에 한한다.

1. 도시의 개발
2. 산업입지 및 산업단지의 조성
3. 에너지개발
4. 항만의 건설
5. 도로의 건설
6. 수자원의 개발
7. 철도(도시철도를 포함한다)의 건설
8. 공항의 건설

9. 하천의 이용 및 개발

10. 개간 및 공유수면의 매립

11. 관광단지의 개발

12. 산지의 개발

13. 특정지역의 개발

14. 체육시설·폐기물처리시설 기타 대통령령이 정하는 시설의 설치

15. 기타 환경·교통·재해 또는 인구에 영향을 미치는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업

② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 사업에 대하여는 영향평가를 실시하지 아니한다.

1. 자연재해대책법 제36조의 규정에 의한 재해응급대책을 위한 사업

2. 국방부장관이 군사상의 기밀보호가 필요하거나 군사작전의 긴급한 수행을 위하여 필요하다고 인정하여 관계중앙행정기관의 장과 협의한 사업

③ 평가분야별 대상사업의 범위는 대통령령으로 정한다.

④ 특별시·광역시 또는 도(이하 "시·도"라 한다)는 제3항의 규정에 의한 대상사업의 범위에 해당하지 아니하는 사업에 대하여도 지역의 특수성을 고려하여 영향평가를 실시하여야 할 필요가 있는 때에는 대통령령이 정하는 범위안에서 당해 시·도의 조례가 정하는 바에 따라 영향평가를 실시할 수 있다.

⑤ 제4항의 규정에 의하여 시·도가 영향평가를 실시하는 경우에 있어서의 평가절차 기타 필요한 사항은 당해 시·도의 조례로 정한다.

2) 이 문제의 ①번 답항이 정답이 되는지 여부

환경정책기본법 제28조가 국가는 환경에 미치는 영향이 큰 사업에 대한 계획을 수립·시행함에 있어서 당해 사업이 환경에 미칠 영향을 미리 평가·검토하여 사업시행으로 인하여 환경에 미치는 영향을 최소화하기 위한 '환경영향평가'를 실시하여야 한다고 규정하고 있고, 그 대상사업에 대하여는 환경·교통·재해등에관한영향평가법 제5조에서 구체적으로 규정하고 있는 점에서 위 '환경영향평가'는 특정의 제도를 지칭한다고 할 것이다.

그런데 국토의계획및이용에관한법률 제27조 제2항은 도시관리계획의 입안을 위한 기초조사의 내용에 도시관리계획이 환경에 미치는 영향 등에 대한 '환경성검토'를 포함하여야 한다고 규정하고 있을 뿐 특정의 제도로서의 '환경영향평가'를 실시하도록 규정하고 있지 아니하고 있다.

따라서 위 '환경성검토'를 하여야 한다는 것은 환경에 미치는 영향이 큰 사업에 대한 계획을 수립·시행할 때 실시하는 '환경영향평가'를 모든 도시관리계획 입안 시에도 해야 할 의무를 지우는 것이 아니라 어떤 방법으로도 '환경에 미치는 영향'을 검토하라는 의무를 지우는 것이라고 할 것이므로 이 문제 ①번 답항이 특정제도로서의 '환경영향평가'라고 기술되어 있어 틀린 내용으로 정답이 된다고 할 것이다.

3) 이 문제 ②번 답항이 정답이 되는지 여부

국토의계획및이용에관한법률 제26조에 의하면, 주민은 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항과 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항에 대하여 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있다고 규정하고 있는데, ②번 답항은 단순히 주민이 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있다는 일반적인 내용을 설명하는 것일 뿐 특별히 '모든'이라는 수식어구가 없는 이상 주민이 도시관리계획 전체에 대하여 입안을 제안할 수 있다고 기술하는 것으로 읽혀진다고 할 수 없으므로 그 내용이 틀렸다고 할 수 없어 정답이 될 수 없다고 할 것이다.

4) 이 문제의 ④번 답항이 정답이 되는지 여부

국토의계획및이용에관한법률시행령 제19조 제1호가 도시관리계획을 수립함에 있어 '개별 사업계획'과의 관계를 고려하여 수립하도록 규정하고 있는데, ④번 답항은 도시관리계획은 '개발사업'과의 관계를 고려하여 수립하도록 규정하고 있다고 기술하고 있다.

그런데, 도시기본계획이 종합계획으로서 도시관리계획수립의 지침이 되는 계획이고, 도시관리계획이 도시기본계획을 현실화시키는 법정계획으로서 계획구역에 포함되거나 관련이 있는 각종의 개발사업과의 연관성을 구체화시키는 역할을 하고 있는 점, 국토의계획및이용에관한법률 제5조 제4호에 의하면 도시관리계획이란 특별시·광역시·시 또는 군의 개발·정비 및 보전을 위하여 수립하는 계획이라고 규정하고 있는 점, 따라서 국토의계획및이용에관한법률시행령 제19조 제1호에서 말하는 개별 사업계획은 개별 개발사업계획을 의미한다고 할 수 있는 점 등에 비추어 보면, ④번 답항의 경우 '개발사업'은 국토의계획및이용에관한법률시행령 제19조 제1호의 '개별 사업계획'을 의미하는 것으로 볼 수 있다고 할 것이다.

따라서 ④번 답항은 틀렸다고 단정할 수 없다고 할 것이다.

(라) 소결론

그렇다면, 이 문제의 ④번 답항 보다는 ①번 답항이 보다 명백하게 틀린 내용이라고 할 것이므로 수험생으로서의 출제자의 출제의도에 따라 ①번 답항을 정답으로 선택하여야만 할 것이고, 그 답항을 정답으로 요구한 출제의도를 파악하는데 어려움이 없는 이상, 일부 다른 답항의 표현이 다소 애매하거나 불분명하다는 사유만으로 그 출제나 채점에 어떤 위법·부당한 사유가 있다고 볼 수는 없다.

(11) 부동산공법 A형 92번 (B형 89번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

국토의계획및이용에관한법령에 규정되어 있는 사항이 아닌 것은?① 재해관리구역 지정② 공동구 관리 ③ 시범도시 지정 ④ 지가동향조사⑤ 개발제한구역 안에서의 행위 제한

피고 선정 정답 : ①

(나) 별지 3. 목록 제1의 가.항 기재 원고들의 주장

'규정'이란 사전적으로 '어떤 일을 하나의 고정된 규칙으로서 정함 또는 그 정해진 규칙' 또는 '어떤 사항을 법령의 조항으로서 정함 또는 그 정해진 규칙'을 말하고, 위 문제에서 말하는 지문은 이 중에서 '어떤 사항을 법령의 조항으

로서 정함 또는 그 정해진 규칙'을 뜻한다고 할 것인데, 비록 국토의계획및이용에관한법률에 '개발제한구역 안에서의 행위제한'이라는 조문이 들어있다 하더라도 그 내용은 이 법에서 규정을 하지 아니하고 따로 법률로 정하도록 되어 있으므로 국토의계획및이용에관한법률에 '개발제한구역 안에서의 행위제한'이 규정되어 있다고 할 수 없다.

'개발제한구역 안에서의 행위제한'에 관한 것은 국토의계획및이용에관한법률에 전혀 규정이 없고, 개발제한구역의 지정및관리에관한특별조치법에 그 내용이 규정되어 있다 할 것이므로, 위 문제의 ①번 답항 이외에도 ⑤번 답항도 정답이 되어야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ①번 답항이 정답이 된다는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 갑 5, 을 24-1~5를 기초로 ⑤번 답항이 함께 정답이 되는지 여부만을 본다.

1) 관련 법령

[국토의계획및이용에관한법률]

제80조 (개발제한구역안에서의 행위제한) 개발제한구역안에서의 행위제한 그 밖에 개발제한구역의 관리에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

[개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법]

제11조

【이유】

】1. 처분의 경위

가. 피고는 부동산중개업법시행령(이하 '시행령'이라 한다) 제41조 제3항에 의거 건설교통부장관으로부터 제14회 공인중개사시험 시행에 대한 권한을 위임받아 2003. 9. 21. 제14회 공인중개사자격시험(이하 '이 사건 시험'이라 한다)을 실시하였다.

나. 공인중개사시험의 방식은 객관식 선택형으로 시행령 제10장에 따라 제1차 시험{시험과목은 부동산학개론(제1과목), 민법 및 민사특별법(제2과목)의 2과목}과 제2차 시험{시험과목은 부동산중개업 법령 및 중개실무(제3과목), 부동산 공시에 관한 법령 및 부동산 관련세법(제4과목), 부동산공법(제5과목)의 3과목}으로 구분 또는 동시에 실시할 수 있는데, 그 합격기준은 매과목 100점을 만점으로 하여 매과목 40점 이상, 전과목 평균 60점 이상의 득점으로 정하여져 있다.

다.

원고들은 1·2차 시험이 동시에 실시된 이 사건 시험에 응시하여 별지 2. 원고별 득점 및 다투는 문제 목록의 해당점수 난 각 기재와 같이 득점하였고, 이에 피고는 2003. 11. 6. 원고들에 대하여, 원고들의 각 평균점수가 합격점수인 평균 60점에 미달한다는 이유로 불합격처분(이하 '이 사건 불합격처분'이라 한다)을 하였다.

라. 아래 표에서 보는 바와 같이, '과목' 난 기재 각 과목의 '문제' 난 기재 각 문제에 관하여 '해당 원고' 난 기재 각 원고들은 답안지에 '원고들 선택 답항' 난 기재 각 답항을 답으로 표기하였으나, 피고는 '피고 선정 정답' 난 기재 각 답항을 정답으로 하여 원고들이 위 각 문제를 틀린 것으로 채점하였다.

순번과목문제해당 원고피고 선정 정답원고들 선택 답항1부동산학개론 A형 2번(B형 1번)별지 제3목록 제1의 가.항 기재와 같다③ 정답 없음 2 " A형 6번(B형 4번) 같은 목록 제1의 나.항 기재와 같다⑤ ① 3 " A형 32번(B형 36번)같은 목록 제1의 다.

항 기재와 같다③,⑤ ④ 4 민법 및 민사특별법A형 41번(B형 41번)같은 목록 제2의 가.항 기재와 같다④ ① 5 " A형 60번(B형 63번)같은 목록 제2의 나.항 기재와 같다③ ⑤ 6 부동산중개업법령 및 중개실무A형 13번(B형 9번) 같은 목록 제3의 가.항 기재와 같다③ ② 7 " A형 36번(B형 39번)같은 목록 제3의 나.항 기재와 같다③ ② 8 부동산공시법령 A형 59번(B형 65번) 같은 목록 제4항 기재와 같다④③9 부동산공법 A형 82번(B형 87번)같은 목록 제5의 가.항 기재와 같다④ 정답 없음 10 " A형 91번(B형 91번)같은 목록 제5의 나.항 기재와 같다① ②,④ 11 " A형 92번(B형 89번)같은 목록 제5의 다.

항 기재와 같다① ④ 12 " A형 100번(B형 100번) 같은 목록 제5의 라.항 기재와 같다④ ⑤ 13 " A형 104번(B형 103번) 같은 목록 제5의 마.항 기재와 같다⑤ ③

[인정근거] 다툼 없는 사실, 을 2-1 ~ 71, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 불합격처분의 적법 여부

가. 원고들 주장의 요지

원고들이 다투는 위 표 기재 각 문제에 관하여는 원고들이 선택한 답항을 정답 또는 복수정답으로 인정하거나 정답이 없는 것으로 하여 원고들에게 해당 문제에 관한 득점을 인정하여야 하고, 그에 따라 원고들의 득점을 정정하면 그 점수가 합격점수에 이르게 되므로, 원고들을 불합격시킨 이 사건 불합격처분은 위법하다(다투는 문제별 관련 원고는 '별지 3. 계쟁문제별 관련 원고 목록'(이하 '별지 3. 목록'이라 한다) 기재와 같다).

나. 시험 출제에 대한 적법성 판단의 기준

일반적으로 행정행위로서 시험을 출제하는 경우, 출제 담당위원은 법령규정의 허용범위 안에서 어떠한 문제를 출제할 것인가, 그 문제의 문항과 답항을 어떤 용어나 문장형식을 써서 구성할 것인가를 자유롭게 정할 수 있는 재량권을 가지고, 다만 그 재량권에는 그 시험의 목적에 맞추어 수험생들의 능력을 평가할 수 있도록 출제의 내용과 구성에서 적정하게 행사되어야 할 한계가 있어 재량권의 행사가 그 한계를 넘을 때에는 그 출제행위는 위법하게 된다. 그런데, 전문분야에 관한 시험 출제의 경우 그 시험의 목적이나 성격상 문제를 푸는 데에 어려운 정도가 어느 정도 유지되어야 하고, 나아가 공인중개사시험과 같은 객관식 시험의 경우 부분적으로는 표현을 다소 불분명하게 하거나 복잡한 학문적 체계를 유형화·도식화하여 핵심적 내용만을 축약·표현하는 것도 출제기술의 하나로 인정될 수 있다.

이와 같은 전문분야의 객관식 시험에서는 문항과 답항을 구성하는 과정에서 다의적(多義的)인 용어를 사용하는 것은 어느 정도 불가피한 면이 있으므로 전문용어가 아닌 일반용어를 사용하는 과정에서 엄밀하게 정확한 용어를 사용하지 아니함으로써 생긴 모든 출제상의 잘못을 예외 없이 재량권이 남용, 일탈된 것으로 볼 수는 없다.

또한, 객관식 시험의 특성상, 문제를 전체적으로 관찰하여 그 출제의도를 충분히 파악할 수 있고 어느 모로 보나 정답일 수밖에 없는 답항이 있다면, 수험생은 개개의 표현의 비엄밀성, 비문법성을 따지기보다는 전체적으로 그 문제의 출

제의도를 파악하고 각 문제의 정답이 1개뿐인 점을 감안하여 여러 개의 답항 중 어느 모로 보나 정답인 문항만을 정답으로 골라야 하고, 명백히 정답으로 판단되는 답항 이외에 표현이 다소 애매하거나 불분명하여 해석하기에 따라서는 정답으로 볼 수도 있고 정답이 아닌 것으로 볼 수도 있는 답항이 있는 경우에는, 그 애매하거나 불분명한 답항은 정답이 아닌 것으로 출제된 것으로 해석하여 그 답항을 정답이 아닌 것으로 처리하여야 하며, 골라야 할 정답이 1개뿐인 것으로 제시되어 있고 어느 모로 보나 정답인 것이 있어 그 답항을 정답으로 요구한 출제의도를 파악하는데 어려움이 없는 이상, 일부 다른 답항의 표현이 다소 애매하거나 불분명하다는 사유만으로 그 출제나 채점에 어떤 위법·부당한 사유가 있다고 볼 수는 없다.

다만, 위와 같은 기준에서도 출제자가 자신의 주관적인 해석이나 관점, 학설, 특정교재 등에 의하여 답항이 달라질 수 있는 문제 또는 당해 시험에 응시한 일반적인 수험생의 지력과 능력으로 해석하여 보아도 그 출제의도가 도저히 파악되지 않는 문제를 출제한 경우에는 문제 자체로 타당성을 상실한다.

그리고 일반적인 수험생의 지력과 능력으로 해석할 때 명백히 출제자의 의도와 다른 답이 정답으로 선택될 수밖에 없다거나 출제자가 선정한 것 외에도 다른 답이 정답으로 인정될 수밖에 없다면 출제자의 위와 같은 출제나 정답선정의 잘못은 객관식 시험의 출제 과정에서 허용되는 재량권의 범위와 한계를 일탈·남용한 것이어서 위법하게 된다.

또한, 이와 같은 출제행위 과정에서 재량권이 일탈·남용되었는지 여부를 판단하기 위해서는 출제와 답안작성 관련 규정의 규제내용, 출제과목의 성격, 출제의 동기, 다툼이 된 문항과 답항의 내용과 표현 및 구성, 응시자의 이해능력의 수준 등 전체 법질서의 관점에서 관련되는 모든 사정에 관한 구체적이고도 종합적인 검토가 선행되어야 한다(대법원 2001. 4. 10. 선고 99다33960 판결 등 참조).

다.

문제별 검토

(1) 부동산학개론 A형 2번 (B형 1번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

부동산 개념을 설명한 것이다.

옳은 것은? ① 부동산은 물적 재산으로서 토지와 건물 등을 일컫는 말이기 때문에 광의의 부동산 또는 준부동산 등으로 개념을 확대할 수 없다.

② 준부동산의 개념은 실생활의 필요에 따라 구분하는 것으로 이것을 학문의 대상으로 삼을 수 없다.

③ 물리적 개념의 공간은 공중·지표·지하 등의 3차원 공간을 말하는 것이며, 이들을 통틀어 입체공간이라 한다.

④ 법률적 개념의 동산은 자산·생산요소·상품·위치·환경·소유권 및 그 이외의 권리 등을 지칭한다.

⑤ 부동산을 토지와 정착물이라고 할 때, 정착물이란 주택·상가·울타리·경제수확물(예컨대 벼 등) 토지에 부가가치를 더한 개량물을 말한다.

피고 선정 정답 : ③

(나) 별지 3. 목록 제1의 가.항 기재 원고들의 주장

우리나라 부동산학 학자들의 일반적인 견해에 의하면 공중공간과 지중공간을 합하여 입체공간이라 하고 이를 수평공간과 대비되는 개념으로 사용하고 있는데, 피고가 공중·지표·지하를 입체공간이라고 하는 것이 타당하다는 취지

로 ③번 답항을 옳은 것으로 보아 정답으로 처리한 것은, 지표가 입체공간에 포함되지 아니한다는 다수견해에 반하는 것이다.

따라서, ③번 답항도 틀린 내용으로 이 문제는 정답이 없다고 하여야 하므로, 위 원고들에게 위 문제를 맞춘 것으로 채점하여야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ①, ②, ④, ⑤ 답항이 틀린내용이라는 정답이 될 수 없다는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 갑 1-1 ~ 5, 을 2-1 ~ 6, 3, 4의 각 기재를 기초로 ③번 답항도 틀린 내용이라서 정답이 될 수 없는 것인지 여부에 관하여 본다.

1) 지표(수평공간)가 입체공간(Cubic Space)에 포함되는지 여부에 관하여, ①부동산은 3차원 공간인바, 그 공간은 지표라는 단순한 2차원적 공간만을 의미하지 않고, 공중공간과 지중공간을 포함한 3차원 공간을 의미한다.

특히 공중공간과 지중공간을 합하여 입체공간이라 한다, ②주택, 빌딩, 상점 등의 건물이 공중이나 지중을 향하여 점하고 있는 장소를 공중공간, 지중공간이라 하고 이들을 통틀어 입체공간이라 일컫는데, 이는 수평공간에 대한 상대적 개념의 공간이다, ③공간에는 지표와 같은 수평적 공간과 빌딩과 같은 입체적 공간의 두가지 뜻이 있다.

또 입체공간은 지중공간과 공중공간으로 나타난다는 이유로 지표(수평공간)와 입체공간을 구분하는 견해가 있다.

반면 ①공간으로서의 토지는 단순한 2차원적인 공간만을 의미하지 않는다.

이는 지중과 공중을 포함하는 3차원적인 공간을 의미한다, ②입체공간과 관련하여 토지의 소유권은 일정한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미치는데 그 상하에 미치는 범위는 수평공간, 공중공간, 지중공간을 다 활용하는 공간을 말한다는 이유로 지표(수평공간)를 입체공간에 포함시키는 견해가 있다.

2) 무릇, 입체공간이라 함은 3차원의 공간으로서 0차원의 점, 1차원의 선, 2차원의 면을 포괄하는 개념으로 보아야 할 것인데, 이를 평면공간과 대비하여 상대적인 의미로 해석하는 것은 부동산과 관련하여서는 그 권리가 지표에만 국한하는 것이 아님을 설명하기 위한 것일 뿐 입체공간의 물리적 개념은 지표의 구체적인 평면공간을 전제하지 않고서는 성립할 수 없는 개념이다.

즉, 지중공간은 지표에서 지중을 향하는 공간이고, 공중공간은 지표에서 공중을 향하는 공간으로서, 지표를 제외한 공중과 지중만을 입체공간이라고 할 수 없다는 점에서 그 이론적 근거가 있어 입체공간에 지표(수평공간)를 포함시키는 견해가 반드시 틀린 내용이라고 할 수는 없다.

이와 같이 입체공간에 지표(수평공간)가 포함되는지 여부에 대한 견해가 갈리기는 하나 결국 하나의 답항만을 정답으로 선택하여야 하는 객관식 시험의 본질상 앞서 본 바와 같은 이론적 근거에서 ③번 답항의 견해를 취하는 학자가 있는 이상 옳은 내용이라 할 것이어서 이 문제의 취지에 가장 적합한 답항은 ③번 답항 이라고 보아야 할 것이다.

(라) 소결론

그렇다면, 이 문제의 정답은 ③번 답항이 되므로, 정답이 없다는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(2) 부동산학개론 A형 6번 (B형 4번)

(가) 문제 및 피고 선정 정당

쓰레기 소각장, 매립지 또는 공원의 설치 등과 같은 토지이용행위는 부동산시장에 외부효과를 발생시킨다.

이러한 외부효과가 발생하는 원인을 설명해 줄 수 있는 부동산의 특성은? ① 용도의 다양성 ② 개별성 ③ 합병·분할 가능성 ④ 영속성 ⑤ 부동성

피고 선정 정당 : ⑤

(나) 별지 3. 목록 제1의 나.항 기재 원고들의 주장

토지를 어떤 용도로 이용하느냐에 따라 인접 부동산 내지는 부동산시장에서 정 또는 부의 외부효과가 발생할 수 있는데, 이는 토지와 같은 용도의 다양성 또는 위치의 고정성, 즉 부동성이 모두 그 원인이 된다고 할 것이다.

일반적으로 부동산인 토지의 특징은 부동성, 개별성, 인접성 등 자연적 특성과 용도의 다양성, 인문적 위치의 가변성, 사회성과 공공성 등 사회적 특성이 있는데, 토지의 자연적 특성은 토지 자체가 지니는 특성임에 반하여, 토지의 인문적 특성은 토지와 인간과의 관계가 성립됨에 따라 나타나는 특성이다.

인문적 특성중의 하나인 용도의 다양성이란 토지가 존재하는 지역의 사회적, 경제적, 행정적 환경에 따라 토지가 여러 가지 용도로 사용될 수 있는 특성을 말한다.

이 문제는 토지 자체가 지니는 자연적 특성만을 묻고 있다고 볼 수 없고 인간의 이용행위와 관련된 토지의 특성인 인문적 특성까지 묻는 것으로 보아야 하고, 토지는 그 용도의 다양성 때문에 쓰레기 소각장, 매립지 또는 공원의 설치 등 어느 용도로 이용하느냐에 따라 인접 부동산 내지 부동산시장에 정 또는 부의 외부효과를 발생할 수 있다 할 것이므로 ①번 답항도 정답이 되어야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ⑤번 답항이 정답이 된다는 점에 대하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 을 5-1 ~ 6, 6, 7을 기초로 ①번 답항도 정답이 될 수 있는지의 여부에 관하여 본다.

외부효과(externality)는 원인자의 부담(또는 비용청구)없이 일정한 토지이용 활동이 주변지역에 미치는 영향(피해 또는 편익)으로 정의되고 외부경제(external economy) 또는 외부불경제(external diseconomy)로 분류되는데, 토지 시장에서는 부동산의 위치가 고정됨으로써 부동산의 주변에서 일어나는 환경조건들이 부동산의 가격에 항상 영향을 주는 것을 외부효과라 한다.

즉, 어떤 주택의 주변에 쓰레기처리장이나 악취가 발생하는 공장이 들어서게 되면, 당해 주택의 가격은 하락하게 되는데, 이는 주변의 좋지 않은 시설의 좋지 않은 외부효과가 당해 주택에 음의 자본화되었기 때문이다.

토지이용에 있어서 이러한 좋지 않은 외부효과를 방지하고 용도지역별로 상충되는 용도를 규제하고 용도간 보완 기능을 제고하고자 하여 도입된 것이 용도지역제(zoning)이다.

그러나, 토지는 일반재화와 달리 용도가 다양함으로 당해 토지의 최적한 용도로서 최유효사용의 용도를 모색함으로써 그 토지의 재산상의 가치를 증대시키는 요인이 된다.

또한 용도의 다양성은 선택이 전제되어, 어떤 토지이던지 토지이용 주체의 의사와는 상관없이 토지의 용도지역, 지구제의 영향을 받기 때문에 시설설치는 용도지역에 따라 제한될 수밖에 없다.

그러나 토지가 용도가 다양하다 하여 모든 토지가 다 외부효과를 받는다고 볼 수 없고, 어떤 형태든 양의 효과나 음의효과를 주는 특정한 토지이용행위 즉, 시설설치가 있어야 한다고 할 것이다.

그렇다면, 이 문제의 근본적인 취지는 어떤 토지가 다양한 용도로 이용될 수 있다는 인문적 특징을 묻는 것이 아니라 그 토지의 이용행위로 인하여 외부효과가 발생하는 이유를 묻는 것으로서 부동산의 지리적 특징에 관련된 문제라고 보아야 할 것이다.

(라) 소결론

따라서, 이 문제의 정답은 ⑤번 답항뿐이라고 할 것이므로 ①번 답항도 정답이라고 하는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(3) 부동산학개론 A형 32번 (B형 36번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

부동산광고를 설명한 것이다.

틀린 것은? ① 부동산광고는 다른 상품광고와 달리 팔 사람·살 사람을 모두 대상으로 하는 특징이 있다.

② 부동산광고의 매체는 신문·DM·업계출판물·교통시설·라디오·TV 등이 있다.

③ 부동산광고를 규제하는 근거는 독점규제및공정거래에관한법률이다.

④ 주택건설사업자는 일정한 기준에 따라 분양광고 등을 하는데 주택규모, 가격 등을 표기해야 한다.

⑤ 신문매체의 안내광고는 이용공간이 크기 때문에 캐치프레이즈, 사진, 상세한 설명문 등을 자유로이 이용할 수 있다.

피고 선정 정답 : ③, ⑤

(나) 별지 3. 목록 제1의 다.

항 기재 원고들의 주장

부동산광고를 규제하는 법률은 표시·광고의공정화에관한법률이고 이에 의하여 주택의 표시·광고에 관한 구체적인 처리기준을 제시하고 있는 것이 주택의표시·광고에관한심사지침인데, 이 지침에 의하면 주택의 면적, 교통, 거리, 용자금, 전세금, 주택의 특징, 주택환경, 생활여건 등에 대한 표시·광고에 대하여 엄격한 제한을 가하고 있을 뿐 주택의 가격에 대하여 아무런 규정이 없다.

또한 입주자모집공고상의 가격조항을 입주자 모집공고의 전 단계에서 행해지는 신문 및 매체에 의한 광고절차에 적용하는 것도 타당하지 아니하므로, 분양광고를 하는 경우에 가격 등을 표기해야 하는 것은 아니라고 할 것이고, 따라서 ④번 답항도 틀린 내용이라 할 것이므로 이 문제의 정답이 되어야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ③과 ⑤번 답항이 틀린 내용이어서 정답이 되는 점은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 갑 2, 3-1·2, 을 8-1·2, 9, 10을 기초로 ④번 답항도 틀린 내용이어서 정답이 되는지 여부에 관하여만 본다.

1) 관련 법령

[표시·광고의 공정화에 관한 법률]

제3조 (부당한 표시·광고행위의 금지)

① 사업자등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 다음 각호의 행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 이를 행하게 하여서는 아니된다.

1. 허위·과장의 표시·광고
2. 기만적인 표시·광고
3. 부당하게 비교하는 표시·광고
4. 비방적인 표시·광고

② 제1항 각호의 행위에 대한 구체적인 내용은 대통령령으로 정한다.

[주택의 표시·광고에 관한 심사지침]

I. 목적

이 심사지침은 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 "법"이라 함) 제3조 및 동법시행령 제3조의 규정에 의한 부당한 표시·광고를 심사함에 있어 주택의 표시·광고에 관한 구체적인 처리기준을 제시하는 데 목적이 있다.

Ⅲ. 주택의 표시·광고에 관한 심사지침

1. 면적에 관한 표시·광고 (내용 생략)
2. 교통·거리에 관한 표시·광고 (내용 생략)
3. 용자금·전세금에 관한 표시·광고 (내용 생략)
4. 주택의 특징(재료·제품 등)에 관한 표시·광고 (내용 생략)
5. 주택환경·생활여건 등에 대한 표시·광고 (내용 생략)

[주택공급에 관한 규칙]

제8조 (입주자모집절차)

④ 제3항의 규정에 의한 입주자모집공고는 최초 신청접수일부터 5일 이전에 다음 각 호의 사항을 포함하여 공고하여야 한다.

5. 분양가격 및 임대보증금, 임대료와 청약금·계약금·중도금 등의 납부시기 및 납부가격
- 2) 부동산광고란 '명시된 광고주가 고객의 부동산 의사결정을 도와주는 설득과정의 하나로서 부동산시장에 상품을 소개하고 그 판매방법을 강구하는 것'이라 정의할 수 있고, 이와 같은 부동산광고는 다양하게 분류할 수 있는데, 주택건설사업자(연간 대통령령이 정하는 호수 이상의 주택건설사업을 시행하고자 하는 자는 건설교통부장관에 등록하고, 사업계획승인신청서를 시·도지사에게 제출하고 사업계획승인을 받아야 한다)가 하는 입주자모집공고도 비록 공고형식을 취하나 주택건설사업자가 광고주가 되어 소비자의 의사결정을 도와주는 설득과정으로 부동산상품의 내용을 상세히 소개하고 있다는 점에서 광고로 분류할 수 있다고 할 것이다.

또한, 주택의 규모와 가격 등이 표시되지 않은 건설회사의 광고는 분양광고라기 보다는 오히려 회사의 이미지와 사업의 내용을 알려서 마케팅의 첫 단계인 주의를 이끄는 이미지 광고로 해석할 수 있고, 이 문제의 ④번 답항에서 주택에 관하여 만으로 한정된 경우라면 이는 당연히 주택공급에관한규칙에 따른 분양공고를 포함한 개념으로 해석함이 당연하다 할 것이다.

따라서, 이 문제에서 부동산광고는 표시·광고의공정화에관한법률에 의한 광고만을 의미하는 것이 아니라 주택공급에 관한규칙 제8조에 의거한 분양공고를 포함하고 있으며, 위 규칙에 의거하여 해당규제가 이루어진다고 보아야 할 것이다.

(라) 소결론

그렇다면, 이 문제의 ④번 답항은 맞는 내용이라고 할 것이므로, ④번 답항은 정답이 될 수 없어 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(4) 민법 및 민사특별법 A형 41번 (B형 41번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

다음은 주택임차권의 대항력에 관한 판례의 태도이다.

틀린 것은? ① 임차인이 임대인의 승낙을 얻어 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 임차인이 대항력을 취득한다.

② 일단 대항력을 취득한 후 임차인은 어떤 이유에서든지 가족과 함께 일시적이거나 다른 곳으로 주민등록을 이전하였다면 대항력은 상실된다.

③ 주택양수인에 대항력있는 임차권자라도 스스로 임대차관계의 승계를 원하지 아니할 경우, 임차주택이 임대차기간 만료전에 경매되면 임대차계약을 해지하고 우선변제를 청구할 수 있다.

④ 입주 및 전입신고를 한 주택의 소유자가 그 주택을 타인에게 매도함과 동시에 종전의 상태를 유지한 채 그 주택을 다시 임차한 경우, 주택임차권의 대항력은 주택양도인의 최초전입신고일 익일부터 발생한다.

⑤ 주민등록 직권말소 후 주민등록법 소정의 이의절차에 의하여 재등록이 이루어진 경우, 그 재등록이 이루어지기 전에 임차주택에 새로운 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대해서도 기존의 주택임차권의 대항력은 유지된다.

피고 선정 정답 : ④

(나) 별지 3. 목록 제2의 가.항 기재 원고의 주장

대법원 판례(대법원 1994. 6. 24. 선고 94다3155 판결)에 의하면 주택임차인이 임차주택을 직접 점유하여 거주하지 않고 간접 점유하여 자신의 주민등록을 이전하지 아니한 경우라 하더라도 임대인의 승낙을 받아 임차주택을 전대하고 그 전차인이 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는 '그 때부터' 임차인은 제3자에 대하여 대항력을 취득한다고 판시하고 있는데, 이 점에 비추어 이 문제의 ①번 답항에서 '그 익일부터' 대항력을 취득한다는 내용은 위 대법원 판례의 취지에 어긋나는 것이어서 틀린 내용이므로, 이 문제의 ①번 답항도 정답이 되어야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ④번 답항이 틀린 내용으로 정답이라는 점은 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 을 11-1~3의 각 기재를 기초로 이 문제의 ①번 답항이 틀린 내용이어서 정답이 되는지 여부에 관하여만 본다.

1) 관련 법령

[민법]

제629조 (임차권의 양도, 전대의 제한)

- ① 임차인은 임대인의 동의없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다.
- ② 임차인이 전항의 규정에 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.

[주택임대차보호법]

제3조 (대항력등)

- ① 임대차는 그 등기가 없는 경우에는 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다.

이 경우 전입신고를 한 때에는 주민등록이 된 것으로 본다.

- 2) 임차물의 전대는 임차인이 임차물을 제3자(전차인)에게 사용·수익하게 하는 계약으로서, 임차권의 양도와는 달리 임차인이 그 법적지위를 상실하지 아니하므로 임대인과 임차인 사이의 임대차관계와 전대인(임차인)과 전차인 사이의 전대차관계가 동시에 존재하게 된다.

따라서 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항력을 갖춘 주택임차인이 임대인의 동의를 얻어 적법하게 임차권을 양도하거나 전대한 경우 양수인이나 전차인이 임차인의 주민등록 퇴거일로부터 주민등록법상의 전입신고기간 내에 전입신고를 마치고 주택을 인도받아 점유를 계속하고 있다면, 비록 임차권의 양도나 전대에 의하여 임차권의 공시방법인 점유와 주민등록이 변경되었다고 하더라도 원래의 임차권이 갖는 임차권의 대항력은 소멸되지 아니하고 동일성을 유지한 채 존속한다고 할 것이다(대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카2509 판결).

그런데, 주택임대차보호법 제3조의 대항요건 중 '주택의 인도'는 임차인이 주택에 거주하면서 이를 직접 점유하는 경우 뿐 아니라 타인의 점유를 매개로 간접 점유하는 경우에도 인정될 수 있으나, '전입신고'의 경우 주택에 실제로 거주하지 아니하는 간접점유자인 임차인은 주민등록의 대상이 되는 당해 주택에 주소 또는 거소를 가진 자가 아니므로 간접점유자에 불과한 임차인 자신의 주민등록으로는 대항력의 요건을 적법하게 갖추었다고 할 수 없다.

결국 임차인과 점유매개관계에 기하여 주택에 실제로 거주하는 직접 점유자가 자신의 주민등록을 마친 경우에 한하여 그 임차인의 임대차가 제3자에 대하여 적법하게 대항력을 취득할 수 있다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다55645 판결). 이때 대항력의 발생 시기는 주택임대차보호법 제3조 제1항 소정의 '주택의 인도와 주민등록을 마친 때에 그 다음날부터' 제3자에 대하여 효력이 생긴다.

이와 같이 주택임대차에서 임차인이 임차권을 제3자에게 대항할 수 있는 시기는 주택임대차보호법 제3조 소정의 '주택의 인도와 주민등록을 마친 때에 그 다음날부터' 발생하는 이유는 주택에 대하여 주택임대차보호법에 의한 임차권

의 대항력과 제3자의 등기가 같은 날 이루어진 경우 그 선후관계를 정하는 것이 곤란하기 때문이다(대법원 1997. 12. 12. 선고 97다22393 판결). 따라서 위 원고들이 지적하는 대법원 판례에서 '전차인은 주택을 인도받아 자신의 주민등록을 마친 때에는 그 때로부터 임차인은 제3자에 대하여 대항력을 취득 한다'라고 한 것은 임차인이 주민등록을 이전하지 않고 간접점유만을 하던 임차주택을 임대인의 동의를 받아 전차한 경우 임차인의 대항력 취득에 관하여 전차인이 주민등록을 한 때로부터 제3자에 대하여 대항력을 취득할 수 있다는 것을 밝힌 것에 불과하고, 실제 그 대항력의 발생 시기는 주민등록을 마친 그 다음날이라고 보아야 한다.

그렇다면, 이 문제의 ④번 답항은 전대차 계약을 체결한 임차인의 대항력 취득여부 및 그 효력 발생 시기까지 묻는 문제라고 볼 수 있으므로 틀린 내용이 아니어서 정답이 될 수 없다고 할 것이다.

(라) 소결론

따라서, 이 문제의 정답은 ④번 답항 뿐이므로, ①번 답항도 정답이라고 하는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(5) 민법 및 민사특별법 A형 60번 (B형 63번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

소유자 갑(甲)으로부터 가옥을 임차하여 점유한 을(乙)을 병(丙)이 불법으로 몰아내고 그 가옥을 현재 점유하고 있다

다음 설명 중 틀린 것은?① 을(乙)은 병(丙)에 대하여 점유물반환청구권을 갖는다.

② 갑(甲)은 병(丙)에 대하여 소유물반환청구권을 갖는다.

③ 갑(甲)은 병(丙)에 대하여 점유물반환청구권을 갖지 않는다.

④ 병(丙)의 점유침탈 후 1년이 경과하면 을(乙)은 병(丙)에게 점유물반환청구권을 행사할 수 없다.

⑤ 을(乙)은 임차권을登記하지 아니한 이상 병(丙)에 대하여 임차권에 기한 방해배제청구권을 갖지 않는다.

피고 선정 정답 : ③

(나) 별지 3. 목록 제2의 나.항 기재 원고들의 주장

제3자에 의한 채권침해의 성립여부에 대하여 우리나라 학설은 대체로 일치하여 이를 인정하고 있는데, 임차권의 법적성질에 관하여 임차권은 물권은 아니지만 점차 물권화되는 과정에 있는 권리라는 견해가 통설이며, 특히 주택임차권은 주택임대차보호법에 의하여 물권에 근접한 권리라고 하고 있다.

그리고 임차권에 기한 방해배제청구권의 성립여부에 대해서는 이를 인정하는 견해와 부정하는 견해가 대립하고 있지만 어느 견해에 의하더라도 공시방법을 갖춘 임차권 자체에 기한 방해배제청구권을 인정하고 있고, 대법원도 임차권이 제3자에 의하여 침해될 수 있는 것으로 인정하면서 등기된 임차권이 제3자에 의하여 침해된 경우 그 임차권에 기한 방해배제청구를 허용하는 한편, 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 주택임차권의 대항력은 등기된 임차권에 버금가는 강력한 것이라고 판시함으로써 대항력 있는 주택임차권이 제3자에 의해 침해되었을 경우에 임차인이 자신의 임차권에 기해 방해배제청구를 할 수 있다고 판시하고 있다.

그런데 이 문제에서 임차인이 임대인으로부터 임차주택을 인도받아 거주하였다면 특별한 사정이 없는 한, 임차인은 임차주택의 주소지에 임차인 본인 또는 동거 가족 명의로 주민등록 전입신고를 하는 것이 일반적이라 할 것이므로 위 문제의 정답을 고를 때에는 임차인인 을이 임차주택의 주소지로 주민등록을 한 것을 전제로 하여야 할 것이다.

따라서, 이 문제에 있어서 을은 자신의 임차권에 대하여 등기를 하지는 않았다고 하더라도 주민등록 등의 대항요건을 갖추었을 수는 있다고 할 것이므로 병에 대하여 임차권에 기한 방해배제청구권을 갖는다고 해석하는 것이 타당하여 ⑤번 답항도 틀린 내용으로 정답이 된다고 하여야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ③번 답항이 틀린 내용으로 정답이 되는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 을 28-1~2, 29-1~3, 30-1~4를 기초로 ⑤번 답항도 틀린 내용이어서 정답이 되는지 여부에 관하여만 본다.

1) 관련 법령

[민법]

제204조 (점유의 회수)

① 점유자가 점유의 침탈을 당한 때에는 그 물건의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있다.

② 전항의 청구권은 침탈자의 특별승계인에 대하여는 행사하지 못한다.
그러나 승계인이 악의인 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 청구권은 침탈을 당한 날로부터 1년 내에 행사하여야 한다.

제207조 (간접점유자의 보호)

① 전3조의 청구권은 제194조의 규정에 의한 간접점유자도 이를 행사할 수 있다.

② 점유자가 점유의 침탈을 당한 경우에 간접점유자는 그 물건을 점유자에게 반환할 것을 청구할 수 있고 점유자가 그 물건을 반환받을 수 없거나 이를 원하지 아니하는 때에는 자기에게 반환할 것을 청구할 수 있다.

제621조 (임대차의 등기)

① 부동산임차인은 당사자간에 반대 약정이 없으면 임대인에 대하여 그 임대차등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있다.

② 부동산임대차를 등기한 때에는 그때부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다.

제622조 (건물등기있는 차지권의 대항력)

① 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차는 이를 등기하지 아니한 경우에도 임차인이 그 지상건물을 등기한 때에는 제3자에 대하여 임대차의 효력이 생긴다.

② 건물이 임대차기간 만료전에 멸실 또는 후폐한 때에는 전항의 효력을 잃는다.

[주택임대차보호법]

제3조 (대항력등)

① 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다.

이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.

[상가건물임대차보호법]

제3조 (대항력 등)

① 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 건물의 인도와 부가가치세법 제5조, 소득세법 제168조 또는 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자등록을 신청한 때에는 그 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다.

2) 제3자가 채권자의 권리행사를 방해하는 경우 채권자는 물권에서 물권적 청구권이 인정되듯이 채권에 기해 그 방해의 제거를 청구할 수 있는지에 대하여 학설은 제3자에 대하여 대항력이 인정되는 채권(민법 제621조 제2항, 제622조 제1항, 주택임대차보호법 제3조, 상가건물임대차보호법 제3조)에 대해서는 방해배제청구권을 인정할 수 있다는 견해가 지배적이다.

그러나 제3자에 대하여 대항력이 인정되는 채권에 대해서는 방해배제청구권을 인정할 수 있다고 하더라도, 이 문제에서 임차인 을이 본인 명의로 동거가족 명의로 대항력을 갖추었음을 예시되어 있지 아니한 이상, 을이 동거가족과 함께 거주하는 것을 전제로 주택의 주소지에 임차인 본인 명의로 최소한 동거가족 명의의 주민등록 전입신고를 해 두는 것이 일반적인 현상임을 이유로 이와 같은 경우를 가정하여 을이 병에 대하여 임차권이 기한 방해배제청구권을 행사할 수 없다고 할 것이다.

(라) 소결론

그렇다면, 이 문제의 정답은 명백히 틀린 ③번 답항 뿐이라 할 것이므로, ⑤번 답항도 정답이 된다는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(6) 부동산중개업법령 및 중개실무 A형 13번 (B형 9번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

부동산중개업자가 설립한 부동산중개업협회에 관한 설명중 가장 옳은 것은? ① 모든 중개업자는 부동산중개업협회에 가입하여야 한다.

② 협회가 지부 및 지회를 설치할 때는 지부는 시·도지사에게, 지회는 등록관청에 신고하여야 한다.

③ 협회회원으로 가입하지 않아도 협회가 운영하는 공제에 가입할 수 있다.

④ 중개업자에 대한 사전교육업무는 부동산중개업협회에만 위탁되어 있다.

⑤ 부동산거래정보망 사업은 부동산중개업협회만 지정받을 수 있다.

피고 선정 정답 : ③

(나) 별지 3. 목록 제3의 가.항 기재 원고들의 주장

대한공인중개사협회 회원관리규정에 의하면 '입회 및 공제에 가입한자'를 정회원이라 하여 입회와 공제 모두 가입한 자만이 정회원이 된다고 하여야 하고, 부동산중개업법 및 부동산중개업법시행령에 의하면 공제사업은 협회 '회원 간의 상호부조'를 목적으로 하므로 협회 회원만이 공제사업에 가입할 수 있다고 하여야 하는데, 현재의 부동산중개업협회에서는 비회원의 공제가입을 허용하면서 협회회원에게는 비회원에 비하여 일정부분 할인해주는 실정이나 이는 명백히 법위반이므로 이 문제의 ③번 답항은 틀린 내용이라고 하여야 한다.

그리고 피고는 이 문제의 ②번 답항의 '설치할 때'라는 것이 사전(事前) 개념이라는 전제 하에 틀린 내용으로 보아 정답이 아니라고 처리하였으나, '설치할 때'는 '설치하는 때'라는 의미가 더 강하여 반드시 사전(事前)을 의미하고 있는 것만은 아닐 뿐 아니라 협회를 설치하면서 동시에 신고하는 것이 허용되지 않는 것은 아니므로, 이 문제에서는 ②번 답항 만을 정답으로 인정하거나 ②번 답항과 ③번 답항을 함께 정답으로 인정하여야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ①, ④, ⑤번 답항이 모두 틀린 내용이어서 이 문제의 정답이 될 수 없다는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 갑 4-1 ~ 2, 을 16-1 ~ 4, 17, 18, 감정결과(대진대학교 법과대학장)를 종합하여 ②, ③번 답항 중 어느 답항이 옳은 내용이어서 정답이 되는지에 관하여 본다.

1) 관련 법령

[부동산중개업법] (1999. 3. 31. 법률 제5957호로 개정되기 전의 것)

제31조 (회원)

① 중개업자는 제4조의 규정에 의하여 허가를 받은 날로부터 협회의 회원이 된다.

② 제1항의 규정에 의하여 회원이 된 자는 15일 이내에 협회에 등록을 하여야 한다.

[부동산중개업법] (1999. 3. 31. 법률 제5957호로 개정된 것)

제19조 (손해배상책임)

① 중개업자가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

② 중개업자는 자기의 중개사무소를 다른 사람의 중개행위의 장소로 제공함으로써 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

③ 중개업자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 손해배상책임을 보장하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 보증보험 또는 제35조의2의 규정에 의한 공제에 가입하거나 공탁을 하여야 한다.

제30조 (협회의 설립등)

- ① 중개업자는 그 자질향상 및 품위유지와 중개업에 관한 제도의 개선 및 운용에 관한 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 부동산중개업협회(이하 "협회"라 한다)를 설립할 수 있다.
- ④ 협회는, 서울특별시에 주된 사무소를 두고, 정관이 정하는 바에 따라 특별시·광역시·도에 지부를, 시·군·구에 지회를 둘 수 있다.

제31조 (회원) (1999. 3. 31. 삭제)

제35조의2 (공제사업)

- ① 협회는 제19조 제1항의 규정에 의한 중개업자의 손해배상책임을 보장하기 위하여 건설교통부장관이 정하는 바에 의하여 공제사업을 할 수 있다.
- ② 협회는 제1항의 규정에 의한 공제사업을 하고자 하는 때에는 공제규정을 제정하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다.
공제규정을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.
- ③ 제2항의 공제규정에는 공제사업의 범위, 공제계약의 내용, 공제금, 공제료, 공제금에 충당하기 위한 책임준비금등 공제사업의 운영에 관하여 필요한 사항을 정하여야 한다.

[부동산중개업법 시행령]

제39조 (협회의 업무) 협회는 법 제30조 제1항의 규정에 의한 목적을 달성하기 위하여 다음 각호의 업무를 수행하여야 한다.

- 6. 법 제35조의2의 규정에 의한 공제사업, 이 경우 공제사업은 비영리사업으로서 회원간의 상호부조를 목적으로 한다.

제40조 (협회의 보고의무)

- ③ 협회가 그 지부 또는 지회를 설치한 때에는 그 지부는 시·도지사에게, 지회는 등록관청에 신고하여야 한다.
- [대한공인중개사협회 회원관리규정]

제2조 (용어의 정의)

- 1. 정회원이라 함은 정관 제5조 제2항 및 제8조의 규정에 의한 공인중개사 및 공인중개사가 대표이사로 등재된 중개법인의 대표자로서 이 회에 입회 및 공제에 가입한 자를 말한다.

[전국부동산중개업협회 공제규정] (2003. 1. 7. 개정)

제3조 (공제사업)

- ② 공제사업은 공제계약자간 상호부조하는 것이며 비영리사업으로 한다.

제6조 (공제계약 대상자의 범위)

① 공제계약 대상자의 범위는 법 제4조의 규정에 의하여 부동산중개사무소 개설등록을 한 자로 한다.

단 령 제5조의 규정에 의한 특별법인의 경우에는 사무소별로 공제에 가입할 수 있다.

2) 먼저 이 문제의 ②번 답항에 관하여 보건대, 부동산중개업법시행령 제40조 제3항에서 협회가 그 지부 또는 지회를 '설치한 때에는' 그 지부는 시·도지사에게, 지회는 등록관청에 신고하여야 한다고 규정하고 있어 이는 사후신고 의무를 규정한 것으로 보아야 할 것인 반면, ②번 답항의 '설치할 때는'이라 함은 일반적으로 어미 '...ㄴ'이 동작이나 상태가 진행되는 불확실한 시간을 의미한다는 점에 비추어 볼 때 사전신고 의무를 규정한 것이라고 보아야 할 것이어서, 협회의 지부·지회 설치시 사전신고 의무가 있다고 기술되어 그릇된 설명이라 할 것이다.

또한 '설치한 때'라는 의미가 위 원고들 주장과 같이 '설치하는 경우 그와 동시에'라는 의미로 읽혀지지 아니함은 문언상 명백하다 할 것이므로, 이 문제의 ②번 답항은 표현상 다소 불명확하게 해석될 여지가 있다고 하더라도 맞는 내용이라고 볼 수는 없다.

3) 다음으로 이 문제의 ③번 답항에 관하여 보건대, 부동산중개업법이 1999. 3. 31. 법률 제5957호로 개정되면서 제31조의 규정이 삭제되어 전국부동산중개협회 가입이 임의가입제도로 변경되었기 때문에 전국부동산중개협회 가입은 재량적 사항이고, 다만 공제의 경우 부동산중개업법 제19조에서 손해배상책임 보장을 위한 보증보험 또는 공제가입은 의무화하고 있으므로 공제는 필수적으로 가입하여야 한다.

전국부동산중개업협회는 부동산중개업법 제35조의2에 의하여 공제사업을 할 수 있고 공제사업을 하고자 하는 때에는 공제규정을 제정하여야 하는데, 전국부동산중개업협회 공제규정 제6조에 의하면 공제계약 대상자의 범위는 부동산중개업법 제4조의 규정에 의하여 부동산중개사무소 개설등록을 한 자로 하고 있어 이는 협회회원만이 공제가입이 가능한 것이 아니라 부동산중개업법 제4조의 규정에 의하여 부동산중개사무소 개설등록을 한 자는 누구나 협회의 공제에 가입이 가능한 것이라고 할 것이고, 따라서 부동산중개업법시행령 제39조 제6호에서 공제사업은 비영리 사업으로서 회원 간의 상호부조를 목적으로 한다고 규정한 것은 공제에 가입한 공제계약자간 상호부조를 의미한다고 할 것이다.

또한 대한공인중개사협회 회원관리규정 제2조에 의하면 입회 및 공제에 가입하면서 정회원이 되는 것으로 규정되어 있으나, 위 원고들의 주장처럼 회원만 공제에 가입한다면 회원이 아닌 신규등록개설자는 협회의 공제가입을 할 수 없다는 결론이 되어 협회가입의 임의화, 업무보증설정 의무화 규정의 취지에 반하게 될 뿐 아니라 부동산중개업법 제31조의 규정이 삭제된 이후 협회가 임의단체로 법적 지위가 변경되면서 대한공인중개사협회와 전국부동산중개업협회의 양 협회가 회원의 저변확대를 위해 비회원에 대해서도 공제사업에 가입되면 정회원이 되는 것으로 간주하고 있어 실무상 비회원에 대하여도 공제가입이 가능한 상황이다.

(라) 소결론

그렇다면, 가장 옳은 것을 고르라는 이 문제에 있어 ②번 답항 보다는 ③번 답항이 명백히 옳은 내용이라 할 것이므로 수험생으로서는 출제자의 출제의도에 따라 ③번 답항을 정답으로 선택하여야 할 것이고, 따라서 ②번 답항 만이 정답이라거나 ②번 답항도 함께 정답이 된다는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(7) 부동산중개업법령 및 중개실무 A형 36번 (B형 39번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

다음 중 중개대상물이 아닌 것은 모두 몇개인가? ㉠ 어업재단 ㉡ 광업재단과 분리된 광업권 ㉢ 명인방법을 갖춘 수목집단 ㉣ 항공기에 대한 임차권 ㉤ 도로부지에 대한 임차권 ㉥ 1필의 토지 중 일부에 대한 지상권 ① 2개 ② 3개 ③ 4개 ④ 5개 ⑤ 6개

피고 선정 정답 : ③

(나) 별지 3. 목록 제3의 가.항 기재 원고들의 주장

부동산중개업법 제3조에 의한 법정중개대상물은 '토지, 건물 기타 토지의 정착물, 임목에관한법률에 의한 임목, 광업재단저당법에 의한 광업재단, 공장저당법에 의한 공장재단'이 있다 할 것인데, 이러한 법정중개대상물에 해당하는 물건이라 하더라도 사적 소유의 대상이 될 수 있어야 하고, 중개행위의 개입이 가능해야 한다.

이 문제 지문 중 ㉠, ㉡, ㉢은 중개대상물이 아니고, ㉣, ㉤은 중개대상물에 해당함은 명백하고, ㉤이 중개대상물에 포함되는지 여부가 문제되는데, 국유재산인 도로부지에 대한 임대차계약이 가능하므로 그에 대한 임차권도 중개대상이 된다고 보아야 하고, 또한 '도로'가 아닌 도로'부지'에 대한 임차권이 중개대상물인지를 묻고 그 도로에는 도로법상 도로라는 제한이 없는 이상 여기서의 도로는 사도까지 포함되는 것을 전제하고 있는 것이므로 이 문제에서 ③번 답항 보다는 ②번 답항이 정답이 되어야 한다.

(다) 판단

이 문제 지문 중 ㉠, ㉡, ㉢은 중개대상물이 아니고, ㉣, ㉤은 중개대상물에 해당한다는 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 을 19-1~4를 기초로(이에 반하는 갑 6-1~9는 배척) 위 지문 중 ㉤이 중개대상물에 포함되어 이 문제의 ②번 답항이 정답이 되는지 여부만을 본다.

1) 관련 법령

[부동산중개업법]

제3조 (중개대상물의 범위) 이 법에 의한 중개대상물은 다음 각호와 같다.

1. 토지
2. 건물 기타 토지의 정착물
3. 기타 대통령령이 정하는 재산권 및 물건

[부동산중개업법 시행령]

제2조 (중개대상물의 범위) 법 제3조제3호의 규정에 의한 중개대상물은 다음 각호와 같다.

1. 입목에관한법률에 의한 입목
2. 광업재단저당법에 의한 광업재단
3. 공장저당법에 의한 공장재단

[도로법]

제2조 (도로의 정의)

① 이 법에서 도로라 함은 일반의 교통에 공용되는 도로로서 제11조에 열거한 것을 말한다.

제5조 (사권의 제한)

① 도로를 구성하는 부지, 옹벽, 기타의 물건에 대하여서는 사권을 행사할 수 없다.

다만, 소유권을 이전하거나 저당권을 설정함은 그러하지 아니하다.

제11조 (도로의 종류) 도로의 종류는 다음 각호와 같다.

1. 고속도로 2. 일반국도 3. 특별시도, 광역시도 4. 지방도 5. 시도 6. 군도 7. 구도

[사도법]

제2조 (정의) 본법에서 사도라 함은 도로법 제2조 제1항의 규정에 의한 도로나 도로법의 준용을 받는 도로가 아닌 것으로서 그 도로에 연결되는 길을 말한다.

- 2) 도로법 제5조는 도로를 구성하는 부지에 대하여는 소유권이전이나 저당권 설정을 제외하고는 사권을 행사할 수 없다고 규정되어 있는데, 이는 도로를 구성하는 부지 등이 사소유권의 대상이라는 전제를 승인한 다음 그 부지 등을 공공의 목적에 제공하기 위하여 필요한 한도 내에서 공용제한의 일환으로 소유권이전과 저당권 설정 이외의 사권의 행사를 금지하는 취지이다.

따라서, 도로부지에 대하여는 임차권의 설정이 불가능하므로 중개대상물에 포함되지 않는다고 할 것이다.

다만, 사도의 경우 사도법 제2조에 의하여 도로법 제2조나 도로법의 준용을 받는 도로가 아닌 것으로 그 도로에 연결되는 길로서 도로법 제5조 사권의 제한을 명시한 내용과는 무관할 뿐 아니라 도로와 사도의 정의에 비추어 볼 때 이 문제의 ②번 답항에서 도로부지라 함은 도로법에서 규정하고 있는 도로에 한정된다고 할 것이다.

(라) 소결론

따라서, 이 문제의 정답은 ③번 답항 뿐이라 할 것이므로, ②번 답항이 정답이라는 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(8) 부동산공시법령 A형 59번 (B형 65번)

(가) 문제 및 피고 선정 정당

등기관의 직권경정등기에 관한 설명중 틀린 것은? ① 등기의 착오 또는 유류가 등기관의 과오로 인한 것임을 요한다.

- ② 기존의 등기와 경정 후의 등기와의 사이에 동일성이 있어야 한다.
- ③ 등기상 이해관계가 있는 제3자가 있는 경우에는 그의 승낙서 등을 첨부하여야 한다.
- ④ 지방법원장의 사전허가를 얻어야 한다.
- ⑤ 경정등기를 한 때에는 그 취지를 등기신청인에게 통지하여야 한다.

피고 선정 정답 : ④

(나) 별지 3. 목록 제4항 기재 원고의 주장

부동산등기법 제72조 제1항에 의하면, 등기공무원이 등기를 완료한 후 그 등기에 착오 또는 유류가 있는 경우에 그 등기의 착오 또는 유류가 등기관을 과오로 인하여 발생한 때에는 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우를 제외하고 등기관은 경정등기를 하도록 되어 있는바, 신청에 의한 경정등기와는 달리 직권에 의한 경정등기를 하기 위해서는 등기상 이해관계 있는 제3자가 없어야 한다고 해석하여야 한다.

그렇다면, 이 문제의 ④번 답항 이외에 ③번 답항도 위 문제의 정답이라고 할 것이다.

(다) 판단

이 문제의 ④번 답항이 정답이 되는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 을 20-1 ~ 3(일부), 21, 22를 기초로 ③번 답항도 정답이 되는지에 관하여만 본다.

1) 관련 법령

[부동산등기법]

제27조 (신청주의)

① 등기는 법률에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고 당사자의 신청 또는 관공서의 촉탁이 없으면 이를 하지 못한다.

제28조 (등기신청인) 등기는 등기관리자와 등기의무자 또는 대리인이 등기소에 출석하여 이를 신청하여야 한다.

다만, 대리인이 변호사 또는 법무사(법무법인 또는 법무사합동법인을 포함한다)인 경우에는 대법원규칙이 정하는 사무원을 등기소에 출석하게 하여 이를 신청할 수 있다.

제63조 (권리변경등기의 신청) 권리변경의 등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 신청서에 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부한 때에 한하여 부기에 의하여 그 등기를 한다.

제64조 (권리변경등기의 기재) 권리의 변경의 등기를 한 때에는 변경전의 등기사항을 붉은선으로 지워야 한다.

제71조 (착오 또는 유류의 통지) 등기관이 등기를 완료한 후 그 등기에 착오 또는 유류있음을 발견한 때에는 지체없이 그 뜻을 등기관리자와 등기의무자에게 통지하여야 한다.

그러나 등기관리자 또는 등기의무자가 2인 이상인 때에는 그 1인에게 통지하면 된다.

제72조 (직권에 의한 등기의 경정)

- ① 등기관은 등기의 착오 또는 유루가 등기관의 과오로 인한 것임을 발견한 때에는 지체없이 이를 경정하여야 한다. 다만, 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 등기관은 제1항 본문의 규정에 의한 경정등기를 한 때에는 그 취지를 지방법원장에게 보고하고, 등기관리자와 등기의무자에게 통지하여야 한다.
- 이 경우 등기관리자 또는 등기의무자가 2인이상인 때에는 그중 1인에게 통지할 수 있다.
- ③ 제1항 본문의 경우에는 제71조의 규정에 의한 통지는 필요로 하지 아니한다.

제73조 (동전) 제71조 및 제72조의 통지는 제52조의 경우에는 채권자에게도 이를 하여야 한다.

제74조 (동전) 제63조와 제64조의 규정은 등기사항의 일부에 대하여 등기의 경정을 하는 경우에 이를 준용한다.

- 2) 경정등기라 함은 등기된 부동산의 표시 또는 그 권리에 관한 사항에 당초부터 등기절차상의 착오 또는 유루가 있어 등기가 원시적으로 실체관계와 일치하지 아니하는 경우 이를 바로잡아 등기와 실체관계를 일치시키기 위하여 기존의 등기의 내용의 일부를 정정·보완하는 등기를 말하는 것으로서, 기존의 등기와 경정 후의 등기와의 사이에 동일성이 있을 것을 요한다.

경정등기는 그 대상에 따라 부동산표시의 경정등기, 등기명의인 표시의 경정등기, 부동산의 권리에 관한 경정등기로 나뉘고, 경정원인에 따라 신청착오 등 당사자의 과오에 기인한 경우는 당사자의 신청에 의하여 경정등기를 하게 되고, 등기관의 착오나 과오에서 일어난 경우 일정한 요건 하에서 등기관이 직권에 의하여 경정등기를 하게 된다.

부동산등기법 제72조 제1항에 의하면, 등기관은 등기의 착오 또는 유루가 등기관의 과오로 인한 것임을 발견한 때에는 지체 없이 이를 경정하여야 하고, 다만 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있는바, 위 단서의 취지는 등기관의 과오로 인한 등기의 착오 또는 유루가 있다고 하더라도 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 등기관으로서는 지체 없이 직권경정등기를 할 수 없다는 것으로, 등기공무원이 직권에 의하여 제3자의 승낙유무를 조사하기 곤란한데도 그 이유가 있다.

한편, 부동산등기법 제74조에서 권리변경의 등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 신청서에 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부한 때에 한하여 부기에 의하여 그 등기를 한다고 규정하고 있는 부동산등기법 제63조를 준용하고 있으므로 등기관리자는 등기관의 과오로 인한 등기의 착오 또는 유루가 있는 경우 등기관에게 직권발동을 촉구하는 의미의 경정등기신청을 할 수 있다고 할 것이고 다만 등기상 이해관계 있는 제3자가 있다면, 등기관리자로서는 그 제3자의 동의서를 첨부하여야 한다고 할 것이다.

(라) 소결론

그렇다면, 이 문제의 ④번 답항이 명백히 틀렸고 ③번 답항을 위와 같이 등기권리자가 직권발동을 촉구하는 의미의 경정등기신청을 하는 경우에 관한 것으로 이해할 수 있는 상황에서 문제를 전체적으로 관찰하여 명백히 정답으로 판단되는 답항 이외에 표현이 다소 애매하거나 불분명하여 해석하기에 따라서는 정답으로 볼 수도 있고 정답이 아닌 것으로 볼 수도 있는 답항이 있는 경우에는, 그 애매하거나 불분명한 답항은 정답이 아닌 것으로 출제된 것으로 해석하여 그 답항을 정답이 아닌 것으로 처리하여야 한다는 점을 감안할 때, ③번 답항이 틀린 내용으로 ④번 답항과 함께 이 문제의 정답이 된다는 위 원고의 주장은 이유 없다.

(9) 부동산공법 82번 (87번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

토지거래허가 등에 관한 설명 중 옳은 것은? ① 특별시장, 광역시장, 도지사가 허가구역을 지정할 수 있다.

- ② 허가를 받아야 하는 경우 허가받지 않은 거래계약도 법률상 유효하다.
- ③ 허가받지 않고 거래계약 등을 체결한 경우에는 이행강제금이 부과될 수 있다.
- ④ 토지거래허가구역에서는 지상권의 설정을 위한 경우도 허가를 받아야 한다.
- ⑤ 허가권자는 특별시장, 광역시장, 시장, 군수, 자치구의 구청장이다.

피고 선정 정답 : ④

(나) 별지 3. 목록 제5의 가.항 기재 원고들의 주장

지상권설정계약에는 무상계약도 있을 수 있으므로 ④번 답항과 같이 유상계약 또는 무상계약인지 분명히 밝히지 않은 경우에는 무상으로 지상권을 설정한 경우도 포함된다고 할 것인데도, 지상권이 유상계약인지 무상계약인지를 구분하지 아니한 채 단지 토지거래허가구역에서는 지상권의 설정을 위한 경우도 허가를 받아야 한다고 기재한 ④번 답항은 틀린 내용이므로, 결국 이 문제는 정답이 없다.

(다) 판단

이 문제의 ①, ②, ③, ⑤ 답항이 틀린 내용이라서 정답이 될 수 없다는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 갑 5, 을 31, 을 32-1 ~ 3 및 감정결과(인천대학교 법과대학장)를 기초로 이 문제의 ④번 답항이 옳은 내용으로 정답이 되는지 여부에 관하여 살펴본다.

1) 관련 법령

[민법]

제279조 (지상권의 내용) 지상권자는 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리가 있다.

제618조 (임대차의 의의)

임대차는 당사자일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

[국토의계획및이용에관한법률]

제118조 (토지거래계약에 관한 허가)

① 허가구역안에 있는 토지에 관한 소유권, 지상권(소유권, 지상권의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)을 이전 또는 설정(대가를 받고 이전 또는 설정하는 경우에 한한다)하는 계약(예약을 포함한다).

이하 '토지거래계약'이라 한다)을 체결하고자 하는 당사자는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다.

허가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

- 2) 민법 제618조가 '임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고, 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다'고 규정함으로써 차임의 지급이 임대차계약의 요소가 되고, 따라서 임대차계약은 유상계약으로 보아야 하지만, 민법 제279조는 '지상권자는 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리가 있다'라고 규정하고 있을 뿐 지상권의 경우에는 지료의 지급을 지상권설정계약의 요소로 하고 있지 아니하므로 지상권설정계약은 무상계약일 수도 있고, 유상계약일 수도 있다 할 것이다.

국토의계획및이용에관한법률 제118조 제1항이 괄호 안에 '대가를 받고 이전 또는 설정하는 경우에 한한다'라고 명시하고 있는 것도 지상권설정계약은 무상계약일 수도 있을 수 있음을 전제로 지상권설정계약이 유상계약일 경우에 한하여 토지거래허가를 받아야 한다는 취지를 분명히 한 것으로 볼 것이다.

그런데 이 문제 ④번 답항은 유상계약인지, 아니면 무상계약인지 한정하지 않고 단순히 지상권설정계약이라고만 기술하여 무상으로 지상권을 설정하는 경우에는 틀린 내용으로 될 여지가 있기는 하지만, 다른 답항이 모두 정답이 될 수 없는 상황에서 이 문제의 ②번 답항에서 허가 받지 않은 계약'도' 라는 표현은 '허가 받은' 계약과 마찬가지로 라는 의미를 염두에 둔 것이고 ④번 답항에서 지상권의 설정을 위한 경우'도' 라는 표현은 지상권의 '이전'을 위한 경우 또는 '소유권'의 설정을 위한 경우와 마찬가지로 라는 의미를 염두에 둔 것이라고 볼 수 있으므로, 수험생은 개개의 표현의 비엄밀성, 비문법성을 따지기보다는 전체적으로 그 문제의 출제의도를 파악하고 각 문제의 정답이 1개뿐인 점을 감안하여 여러 개의 답항 중 옳은 것을 고르라고 한 경우 이들을 비교하여 가장 옳다고 보이는 문항을 정답으로 골라야 한다는 점에 비추어 볼 때 이 문제의 ④번 답항 마저 틀린 내용으로 보아 이 문제의 정답은 없다고 할 수는 없다.

(라) 소결론

따라서 이 문제는 정답은 ④번 답항이 된다고 할 것이므로 위 원고들의 주장은 이유 없다.

(10) 부동산공법 A형 91번 (B형 91번)

(가) 문제 및 피고 선정 정답

도시관리계획에 관한 내용 중 틀린 것은?① 도시관리계획의 입안을 위한 기초조사의 내용에 환경영향평가, 토지적성평가를 포함하여야 한다.

- ② 주민은 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있으며, 60일 이내에 그 제안내용의 반영여부를 제안자에게 통보하여야 한다.
- ③ 도시관리계획에 있어 계획의 상세성 및 기반시설의 종류 등은 지역여건을 고려하여 차등화되게 입안하여야 한다.
- ④ 도시관리계획은 광역도시계획 및 도시기본계획 등에서 제시한 내용을 수용하고 개발사업과의 관계 및 도시의 성장추세를 고려하여 수립하여야 한다.
- ⑤ 1km² 이상의 제2종 지구단위계획구역의 지정 및 변경은 건설교통부장관이 결정한다.

피고 선정 정답 : ①

(나) 별지 3. 목록 제5의 나.항 기재 원고들의 주장

국토의계획및이용에관한법률 제27조의 도시관리계획의 입안을 위한 기초조사에 포함하여야 하는 '환경성검토'는 환경정책기본법 제28조에 비추어 볼 때 '환경영향평가'와 동의어로 볼 수 있으므로, 위 ①번 답항은 틀렸다고 볼 수 없어 정답이 될 수 없다.

가사 ①번 답항이 틀린 내용이어서 정답이 된다고 하더라도, 도시관리계획 수립기준에 관하여 국토의계획및이용에관한법률시행령 제19조 제1항은 '개별사업계획'과의 관계 등을 고려하도록 규정되어 있음에도 ④번 답항은 위 규정과 다른 '개발사업'이라고 기술하고 있어 틀린 내용이므로 ④번 답항도 정답이 되어야 한다.

또한 국토의계획및이용에관한법률 제26조에 의하면, 주민이 입안을 제안할 수 있는 계획은 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획과 지구단위계획구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 지구단위계획에 한정된다고 할 것인데, ②번 답항은 도시관리계획 전체에 대하여 주민이 입안을 제안할 수 있다고 해석되는 점에서 틀린 내용이므로 ②번 답항도 정답이라 할 것이다.

(다) 판단

이 문제의 ③, ⑤번 답항이 옳은 내용이라는 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 갑 5, 을 23-1 ~ 6, 24-6, 감정결과 (인천대학교 법과대학장)를 기초로 ①번, ②번, ④번 답항 중 어느 답항이 틀린 내용으로서 정답이 되는지 여부에 관하여 본다.

1) 관련 법령

[국토의계획및이용에관한법률]

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

4. "도시관리계획"이라 함은 특별시·광역시·시 또는 군의 개발·정비 및 보전을 위하여 수립하는 토지이용·교통·환경·경관·안전·산업·정보통신·보건·후생·안보·문화 등에 관한 다음의 계획을 말한다.

가. 용도지역·용도지구의 지정 또는 변경에 관한 계획

나. 개발제한구역·시가화조정구역·수산자원보호구역의 지정 또는 변경에 관한 계획
다.

기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획

라. 도시개발사업 또는 재개발사업에 관한 계획

마. 지구단위계획구역의 지정 또는 변경에 관한 계획과 지구단위계획

제26조 (도시관리계획 입안의 제안)

① 주민(이해관계자를 포함한다.

이하 같다)은 다음 각호의 사항에 대하여 제24조의 규정에 의하여 도시관리계획을 입안할 수 있는 자에게 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있다.

이 경우 제안서에는 도시관리계획도서와 계획설명서를 첨부하여야 한다.

1. 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항

2. 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항

제27조 (도시관리계획의 입안을 위한 기초조사 등)

② 건설교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 제1항의 규정에 의한 기초조사의 내용에 도시관리계획이 환경에 미치는 영향 등에 대한 환경성검토를 포함하여야 한다.

③ 건설교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수는 제1항의 규정에 의한 기초조사의 내용에 건설교통부장관이 정하는 바에 따라 실시하는 토지의 토양, 입지, 활용가능성 등 토지의 적성에 대한 평가를 포함하여야 한다.

[국토의계획및이용에관한법률 시행령]

제19조 (도시관리계획의 수립기준) 건설교통부장관은 법 제25조 제4항의 규정에 의하여 도시관리계획의 수립기준을 정할 때에는 다음 각호의 사항을 종합적으로 고려하여야 한다.

1. 광역도시계획 및 도시기본계획 등에서 제시한 내용을 수용하고 개별 사업계획과의 관계 및 도시의 성장추세를 고려하여 수립하도록 할 것

[환경정책기본법]

제28조 (환경영향평가) 국가는 환경에 미치는 영향이 큰 사업에 대한 계획을 수립·시행함에 있어서 당해 사업이 환경에 미칠 영향을 미리 평가·검토하여 사업시행으로 인하여 환경에 미치는 영향을 최소화하기 위한 환경영향평가를 실시하여야 한다.

[환경·교통·재해등에관한영향평가법]

제4조 (영향평가대상사업등)

① 영향평가를 실시하여야 하는 사업(이하 "대상사업"이라 한다)은 다음 각호와 같다.

다만, 인구영향평가의 경우에는 수도권정비계획법 제2조 제1호의 규정에 의한 수도권에서 시행되는 사업에 한한다.

1. 도시의 개발
2. 산업입지 및 산업단지의 조성
3. 에너지개발
4. 항만의 건설
5. 도로의 건설
6. 수자원의 개발
7. 철도(도시철도를 포함한다)의 건설
8. 공항의 건설
9. 하천의 이용 및 개발
10. 개간 및 공유수면의 매립
11. 관광단지의 개발
12. 산지의 개발
13. 특정지역의 개발
14. 체육시설·폐기물처리시설 기타 대통령령이 정하는 시설의 설치
15. 기타 환경·교통·재해 또는 인구에 영향을 미치는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업

② 제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 사업에 대하여는 영향평가를 실시하지 아니한다.

1. 자연재해대책법 제36조의 규정에 의한 재해응급대책을 위한 사업
 2. 국방부장관이 군사상의 기밀보호가 필요하거나 군사작전의 긴급한 수행을 위하여 필요하다고 인정하여 관계중앙행정기관의 장과 협의한 사업
- ③ 평가분야별 대상사업의 범위는 대통령령으로 정한다.
- ④ 특별시·광역시 또는 도(이하 "시·도"라 한다)는 제3항의 규정에 의한 대상사업의 범위에 해당하지 아니하는 사업에 대하여도 지역의 특수성을 고려하여 영향평가를 실시하여야 할 필요가 있는 때에는 대통령령이 정하는 범위안에서 당해 시·도의 조례가 정하는 바에 따라 영향평가를 실시할 수 있다.

⑤ 제4항의 규정에 의하여 시·도가 영향평가를 실시하는 경우에 있어서의 평가절차 기타 필요한 사항은 당해 시·도의 조례로 정한다.

2) 이 문제의 ①번 답항이 정답이 되는지 여부

환경정책기본법 제28조가 국가는 환경에 미치는 영향이 큰 사업에 대한 계획을 수립·시행함에 있어서 당해 사업이 환경에 미칠 영향을 미리 평가·검토하여 사업시행으로 인하여 환경에 미치는 영향을 최소화하기 위한 '환경영향평가'를 실시하여야 한다고 규정하고 있고, 그 대상사업에 대하여는 환경·교통·재해등에관한영향평가법 제5조에서 구체적으로 규정하고 있는 점에서 위 '환경영향평가'는 특정의 제도를 지칭한다고 할 것이다.

그런데 국토의계획및이용에관한법률 제27조 제2항은 도시관리계획의 입안을 위한 기초조사의 내용에 도시관리계획이 환경에 미치는 영향 등에 대한 '환경성검토'를 포함하여야 한다고 규정하고 있을 뿐 특정의 제도로서의 '환경영향평가'를 실시하도록 규정하고 있지 아니하고 있다.

따라서 위 '환경성검토'를 하여야 한다는 것은 환경에 미치는 영향이 큰 사업에 대한 계획을 수립·시행할 때 실시하는 '환경영향평가'를 모든 도시관리계획 입안 시에도 해야 할 의무를 지우는 것이 아니라 어떤 방법으로든 '환경에 미치는 영향'을 검토하라는 의무를 지우는 것이라고 할 것이므로 이 문제 ①번 답항이 특정제도로서의 '환경영향평가'라고 기술되어 있어 틀린 내용으로 정답이 된다고 할 것이다.

3) 이 문제 ②번 답항이 정답이 되는지 여부

국토의계획및이용에관한법률 제26조에 의하면, 주민은 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항과 지구단위계획구역의 지정 및 변경과 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 사항에 대하여 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있다고 규정하고 있는데, ②번 답항은 단순히 주민이 도시관리계획의 입안을 제안할 수 있다는 일반적인 내용을 설명하는 것일 뿐 특별히 '모든'이라는 수식어구가 없는 이상 주민이 도시관리계획 전체에 대하여 입안을 제안할 수 있다고 기술하는 것으로 읽혀진다고 할 수 없으므로 그 내용이 틀렸다고 할 수 없어 정답이 될 수 없다고 할 것이다.

4) 이 문제의 ④번 답항이 정답이 되는지 여부

국토의계획및이용에관한법률시행령 제19조 제1호가 도시관리계획을 수립함에 있어 '개별 사업계획'과의 관계를 고려하여 수립하도록 규정하고 있는데, ④번 답항은 도시관리계획은 '개발사업'과의 관계를 고려하여 수립하도록 규정하고 있다고 기술하고 있다.

그런데, 도시기본계획이 종합계획으로서 도시관리계획수립의 지침이 되는 계획이고, 도시관리계획이 도시기본계획을 현실화시키는 법정계획으로서 계획구역에 포함되거나 관련이 있는 각종의 개발사업과의 연관성을 구체화시키는 역할을 하고 있는 점, 국토의계획및이용에관한법률 제5조 제4호에 의하면 도시관리계획이란 특별시·광역시·시 또는 군의 개발·정비 및 보전을 위하여 수립하는 계획이라고 규정하고 있는 점, 따라서 국토의계획및이용에관한법률시행령 제19조 제1호에서 말하는 개별 사업계획은 개별 개발사업계획을 의미한다고 할 수 있는 점 등에 비추어 보면, ④번 답항의 경우 '개발사업'은 국토의계획및이용에관한법률시행령 제19조 제1호의 '개별 사업계획'을 의미하는 것으로 볼 수 있다고 할 것이다.

따라서 ④번 답항은 틀렸다고 단정할 수 없다고 할 것이다.

(라) 소결론

그렇다면, 이 문제의 ④번 답항 보다는 ①번 답항이 보다 명백하게 틀린 내용이라고 할 것이므로 수험생으로서는 출제자의 출제의도에 따라 ①번 답항을 정답으로 선택하여야만 할 것이고, 그 답항을 정답으로 요구한 출제의도를 파악하는데 어려움이 없는 이상, 일부 다른 답항의 표현이 다소 애매하거나 불분명하다는 사유만으로 그 출제나 채점에 어떤 위법·부당한 사유가 있다고 볼 수는 없다.

(11) 부동산공법 A형 92번 (B형 89번)

(가) 문제 및 피고 선정 정당

국토의계획및이용에관한법령에 규정되어 있는 사항이 아닌 것은? ① 재해관리구역 지정 ② 공동구 관리 ③ 시범도시 지정 ④ 지가동향조사 ⑤ 개발제한구역 안에서의 행위 제한

피고 선정 정당 : ①

(나) 별지 3. 목록 제1의 가.항 기재 원고들의 주장

‘규정’이란 사전적으로 ‘어떤 일을 하나의 고정된 규칙으로서 정함 또는 그 정해진 규칙’ 또는 ‘어떤 사항을 법령의 조항으로서 정함 또는 그 정해진 규칙’을 말하고, 위 문제에서 말하는 지문은 이 중에서 ‘어떤 사항을 법령의 조항으로서 정함 또는 그 정해진 규칙’을 뜻한다고 할 것인데, 비록 국토의계획및이용에관한법률에 ‘개발제한구역 안에서의 행위제한’이라는 조문이 들어있다 하더라도 그 내용은 이 법에서 규정을 하지 아니하고 따로 법률로 정하도록 되어 있으므로 국토의계획및이용에관한법률에 ‘개발제한구역 안에서의 행위제한’이 규정되어 있다고 할 수 없다.

‘개발제한구역 안에서의 행위제한’에 관한 것은 국토의계획및이용에관한법률에 전혀 규정이 없고, 개발제한구역의 지정및관리에관한특별조치법에 그 내용이 규정되어 있다 할 것이므로, 위 문제의 ①번 답항 이외에도 ⑤번 답항도 정답이 되어야 한다.

(다) 판단

이 문제의 ①번 답항이 정답이 된다는 점에 관하여는 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 갑 5, 을 24-1~5를 기초로 ⑤번 답항이 함께 정답이 되는지 여부만을 본다.

1) 관련 법령

[국토의계획및이용에관한법률]

제80조 (개발제한구역안에서의 행위제한) 개발제한구역안에서의 행위제한 그 밖에 개발제한구역의 관리에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

[개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법]

제11조