



박효근의  
최강 법무사 주관식 민법  
(2025년 시험 대비)

2024년 법무사시험  
주관식 민법 기출문제 해설자료

**Case** 법률행위의 성립 과정에서 불법적 방법이 사용됨에 불과한 경우의 효력, 보증채권을 주채권과 분리하여 양도한 경우의 효력, 주채권의 양도시 보증채권의 양도에 관한 대항요건 구비 여부, 법률행위 일부취소의 요건과 효력, 불가분채무자들 사이에서 구상할 수 있는 부담부분을 결정하는 기준<sup>1)</sup>

### [기본적 사실관계]

2020. 2. 1. 甲은 X에게 1억 원을 대여해 주었다. 甲이 X에게 보증인을 요구하자, X는 乙에게 주채무가 5,000만 원이라고 기망하였고 甲도 이러한 사실을 알 수 있었던 상태에서, 2020. 2. 3. 乙은 甲과 X의 채무를 보증하는 내용의 보증계약(이하 '이 사건 보증계약'이라고 한다)을 체결하였다.

### (위 기본적 사실관계에 추가하여)

2020. 3. 4. 甲은 乙에 대한 이 사건 보증계약에 기한 채권만을 丙에게 양도한 후 乙에게 채권양도 통지를 하였다(양도통지 시 주채무에 대한 채권의 양도에 대해서는 언급이 없고, 보증채무에 대한 채권을 양도한다는 취지의 기재만 되어 있었다).

2020. 4. 3. 甲은 丁에게 X에 대한 채권을 양도하고, X에게만 양도통지를 할 뿐, 보증인인 乙에게는 별도로 양도통지를 하지 않았다(보증채무에 대한 채권과 분리하여 주채무에 대한 채권만을 양도한다는 등의 특별한 사정은 없다).

1. 이 사건 보증계약이 X의 기망에 의해 무효는 아닌지, 취소가 가능한지 근거를 들어 설명하십시오. (10점)
2. 丙이 乙에 대하여 보증채무의 이행을 청구할 수 있는지 근거를 들어 설명하십시오. (5점)
3. 丁이 乙에 대하여 보증채무의 이행을 청구하자, 乙은 이미 보증채권이 丙에 양도되었고, 보증채권에 대한 별도의 채권양도계약이 없었으며, 乙에게 양도통지도 없었으므로 자신에게 대항할 수 없다고 주장한다. 丁의 청구가 인정될 수 있는지 근거를 들어 설명하십시오. (10점)

1) 2024년 법무사시험 기출(50점).

4. 乙이 X의 기망을 이유로 보증계약의 취소를 청구하는 경우, 법원은 어떻게 판단해야 할지 결론과 근거를 설명하시오. (10점)

(위 기본적 사실관계와 달리)

甲과 乙은 X 부동산을 각 1/2 지분씩 공유하고 있는 공유자인데, 2023. 2. 1. 甲과 乙은 丙에게 X 부동산을 매매하는 계약(이하 '이 사건 매매계약'이라고 한다)을 체결하고, 丙은 甲과 乙에게 계약금 2억 원을 지급하였다.

계약금 2억 원 중 甲은 1억 5,000만 원을 취득하였고, 乙은 5,000만 원을 취득하였다.

2023. 3. 5. 丙은 甲과 乙을 상대로 이 사건 매매계약이 甲과 乙의 이행거절로 해제되었다고 주장하며 계약금의 반환을 구하는 소를 제기하였고, 위 판결에서 丙의 청구를 인용하는 판결이 확정되어 甲은 丙에게 계약금 전액을 지급하였다.

2024. 4. 3. 甲은 乙을 상대로 乙이 1/2 지분을 가지고 있다고 주장하며 丙에게 지급한 금액의 1/2인 1억 원(지연손해금을 청구하지 않았다)을 구상금으로 청구하고 있다.

5. 甲의 청구가 인정될 수 있는지 결론과 근거를 설명하시오(다툼이 있는 경우 판례에 의한다). (15점)

## I. 설문 1.에 대하여

### 1. 결 론

X의 기망에 의하여 체결된 이 사건 보증계약은 무효는 아니지만, 취소는 가능하다.

### 2. 근 거

(1) 법률행위의 성립 과정에서 불법적 방법이 사용됨에 불과한 경우, 그 법률행위가 민법 제103조 소정의 반사회질서의 법률행위로서 무효인지 여부

- ① 민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서 행위는 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐 아니라, 그 내용 자체는 사회질서에 반하는 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 그 법률행위에 사회질서에 반하는 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성격을 띠는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함하지만, 이상의 각 요건에 해당하지 아니하고 단지 법률행위의 성립 과정에서 불법적 방법이 사용된 데 불과한 때에는, 그 불법이 의사표시의 형성에 영향을 미친 경우에는 의사표시의 하자를 이유로 그 효력을 논의할 수는 있을지언정, 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 할 수는 없다.<sup>1)</sup>
- ② 상대방 있는 의사표시에 관하여 제3자가 사기나 강박을 한 경우에는 상대방이 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 그 의사표시를 취소할 수 있으나(제110조 제2항), 상대방의 대리인 등 상대방과 동일시할 수 있는 자의 사기나 강박은 제3자의 사기·강박에 해당하지 아니한다.<sup>2)</sup>

(2) 사안의 해결

- ① 사안의 경우, 보증인 乙과 채권자 甲 사이의 이 사건 보증계약이 주채무자 X의 기망, 즉 주채무가 1억 원이 아니라 5,000만 원이라는 기망에 의하여 체결된 것은 사실이나, 이는 단지 보증계약의 성립 과정에서 기망이라는 불법적 방법이 사용된 데 불과한 경우이므로 이것만으로 이 사건 보증계약을 민법 제103조 소정의 반사회질서 법률행위의 한 유형에 해당하여 무효라고 보기는 어렵다.
- ② 그러나 기망의 주체인 X는 이 사건 보증계약의 상대방인 甲의 대리인 등이 아니므로 민법 제110조 제2항의 제3자에 해당하고, 甲도 이러한 사실을 알 수 있었던 상태였으므로, 乙이 X의 기망을 이유로 민법 제110조 제2항에 의하여 이 사건 보증계약을 취소하는 것은 가능하다(다만, 구체적인 취소의 범위에 대하여는 이하 설문 4.에서 논한다).

1) 대판 2002. 9. 10. 2002다21509.

2) 대판 1999. 2. 23. 98다60828.

## II. 설문 2.에 대하여

### 1. 결 론

丙은 乙에 대하여 보증채무의 이행을 청구할 수 없다.

### 2. 근 거

#### (1) 보증채권을 주채권과 분리하여 양도할 수 있는지 여부<sup>1)</sup>

주채권과 보증인에 대한 채권의 귀속주체를 달리하는 것은, 주채무자의 항변권으로 채권자에게 대항할 수 있는 보증인의 권리가 침해되는 등 보증채무의 부종성에 반하고, 주채권을 가지지 않는 자에게 보증채권만을 인정할 실익도 없기 때문에 주채권과 분리하여 보증채권만을 양도하기로 하는 약정은 그 효력이 없다.

#### (2) 사안의 해결

- ① 사안의 경우, 甲은 乙에 대한 이 사건 보증계약에 기한 채권만을 주채권과 분리하여 丙에게 양도하였으므로, 이는 채권양도로서 효력이 없다.
- ② 따라서 비록 甲이 丙에게 이 사건 보증채권을 양도한 후 乙에게 채권양도 통지를 하여 채권양도의 대항요건을 갖추었다라고, 丙은 乙에 대하여 보증채무의 이행을 청구할 수 없다.

## III. 설문 3.에 대하여

### 1. 결 론

丁의 청구는 인정될 수 있다.

### 2. 근 거

#### (1) 주채권의 양도시 보증채권의 양도에 관한 대항요건을 별도로 구비하여야 하는지 여부<sup>2)</sup>

보증채무는 주채무에 대한 부종성 또는 수반성이 있어서 주채무자에 대한 채권이 이전되면 당사자 사이에 별도의 특약이 없는 한 보증인에 대한 채권도 함께 이전하고, 이 경우 채권양도의 대항요건도 주채권의 이전에 관하여 구비하면 족하고, 별도로 보증채권에 관하여 대항요건을 갖추 필요는 없다.

1) 대판 2002. 9. 10. 2002다21509.

2) 대판 2002. 9. 10. 2002다21509.

## (2) 사안의 해결

- ① 사안의 경우, 甲은 丁에게 주채무자 X에 대한 채권을 양도하고(주채권만 양도한다는 특약은 없었음), 주채무자 X에게 양도통지를 하였으므로, 보증채무의 부종성 및 수반성에 의하여 乙에 대한 채권도 함께 이전된다. 따라서 보증채권에 대한 별도의 채권양도계약이 없었으므로 丁의 청구는 부당하다는 乙의 주장은 타당하지 않다. 그리고 甲의 丙에 대한 보증채권만의 양도는, 설문 1.에서 검토하였듯이, 효력이 없으므로, 이미 보증채권이 丙에 양도되었다는 乙의 주장도 타당하지 않다.
- ② 한편, 주채권이 양도되는 경우 별도로 보증채권에 관하여 대항요건을 갖출 필요는 없으므로, 보증인인 乙에게 양도통지가 없었으므로 자신에게 대항할 수 없다는 乙의 주장도 타당하지 않다.
- ③ 따라서 丁의 청구는 인정될 수 있다.

## IV. 설문 4.에 대하여

## 1. 결 론

乙이 X의 기망을 이유로 보증계약의 취소를 청구하는 경우, 법원은 5,000만 원을 초과하는 범위 내에서만 일부를 취소하는 판단을 하여야 한다.

## 2. 근 거

(1) 법률행위 일부취소의 요건과 효력<sup>1)</sup>

- ① 하나의 법률행위의 일부분에만 취소사유가 있다고 하더라도 그 법률행위가 가분적이거나 그 목적물의 일부가 특정될 수 있다면, 그 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 경우 그 일부만의 취소도 가능하다고 할 것이고, 그 일부의 취소는 법률행위의 일부에 관하여 효력이 생긴다.
- ② 채권자와 연대보증인 사이의 연대보증계약이 주채무자의 기망에 의하여 체결되어 적법하게 취소되었으나, 그 보증책임이 금전채무로서 채무의 성격상 가분적이고 연대보증인에게 보증한도를 일정 금액으로 하는 보증의사가 있었으므로, 연대보증인의 연대보증계약의 취소는 그 일정 금액을 초과하는 범위 내에서만 효력이 생긴다.

## (2) 사안의 해결

- ① 사안의 경우, 설문 1.에서 검토하였듯이, 乙과 甲 사이에 체결된 이 사건 보증계약은 X의 기망에 의하여 체결되어 적법하게 취소할 수 있으나, 이 사건 보증계약에 따른 보증책임이 금전채무로서 채무의 성격상 가분적이고, 乙에게 보증한도를 5,000원으로 하는 보증의사가 있었던 것으로

1) 대판 2002. 9. 10. 2002다21509.

보이므로, Z의 이 사건 보증계약의 취소는 5,000원을 초과하는 범위 내에서만 그 효력이 생긴다고 보아야 한다.

- ② 따라서 법원은 이 사건 보증채무 1억 원 중 5,000만 원을 초과하는 범위 내에서만 일부를 취소하는 판단을 하여야 한다.

## V. 설문 5.에 대하여<sup>1)</sup>

### 1. 결 론

甲의 청구는 5,000만 원 한도에서만 인정될 수 있다.

### 2. 근 거

- (1) 변제 기타 자기의 출제로 공동면책을 얻은 불가분채무자가 다른 불가분채무자에게 구상할 수 있는 부담부분을 결정하는 기준<sup>2)</sup>

- ① 연대채무자가 변제 기타 자기의 출제로 공동면책을 얻은 때에는 다른 연대채무자의 부담 부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있고 이때 부담부분은 균등한 것으로 추정된다(민법 제425조 제1항, 제424조). 그러나 연대채무자 사이에 부담부분에 관한 특약이 있거나 특약이 없더라도 채무의 부담과 관련하여 각 채무자의 수익비율이 다르다면 그 특약 또는 비율에 따라 부담부분이 결정된다. 이러한 법리는 민법 제411조에 따라 연대채무자의 부담부분과 구상권에 관한 규정이 준용되는 불가분채무자가 변제 기타 자기의 출제로 공동면책을 얻은 때 다른 불가분채무자를 상대로 구상권을 행사하는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 불가분채무자 사이에 부담부분에 관한 특약이 있거나 특약이 없더라도 채무자의 수익비율이 다르다면 그 특약 또는 비율에 따라 부담부분이 결정된다. 따라서 불가분채무자가 변제 등으로 공동면책을 얻은 때에는 다른 채무자의 부담부분에 대하여 구상할 수 있다.

1) 설문 5는 대판 2020. 7. 9, 2020다208195에 근거하여 출제된 것인데, 출제위원이 사실관계를 너무 축약한 탓에 이 사건 매매계약에 따라 공동매수인이 부담하는 채무가 불가분채무임이 분명하게 드러나지 않는 문제점이 존재한다. 원래 제1심에서 정리한 사실관계는 다음과 같다. “이 사건 매매계약은 단순히 이 사건 부동산을 매매하는 것이 아니라 ○○○○ 호텔의 사업권, 유체동산 등을 포함한 사업 일체를 매매 목적으로 삼고 있다고 할 것이므로 그에 따른 이 사건 부동산의 공유지분에 관한 소유권이전지급, 대금지급 의무 또한 불가분이라고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 계약금을 지급받은 공동매수인인 원고 및 피고가, 이 사건 매매계약의 해제로 인하여 부담하는 원상회복 의무인 이 사건 계약금 반환 채무 또한 불가분채무에 해당한다.” 이에 따르면 사안의 채무는 불가분채무가 아닌 것으로 판단할 수도 있다. 그러나 이 사건 관련 소송에서, “원고와 피고가 공동으로 이 사건 계약금을 받았음을 전제로 이 사건 계약금 반환의무를 불가분채무라고 판단”하였다는 점에서, 출제위원은 후자의 판단을 근거로 설문 5의 문제를 출제한 것으로 보인다. 따라서 이하의 해설은 이런 점을 고려하여 불가분채무를 전제로 기술하였음을 밝혀둔다. 물론, 실제 시험에서 이 문제를 분할채무로 판단하여 답안을 작성하였다고 하여 크게 문제되지는 않을 터이나, 과연 분할채무 논점만으로 답안에 적시할 판례 및 내용이 있었는지 여부가 문제인데, 사안의 불가분채무 관련 판례까지 함께 언급하였다면 전혀 문제되지 않을 것으로 보인다.

2) 대판 2020. 7. 9, 2020다208195.

- ② [비고 判例] : 채권자나 채무자가 여러 사람인 경우에 특별한 의사표시가 없으면 각 채권자 또는 각 채무자는 균등한 비율로 권리가 있고 의무를 부담한다고 할 것이므로, 피고를 포함한 4인의 매도인이 원고를 포함한 4인의 매수인에게 임야를 매도하기로 하는 계약을 체결한 경우 매매계약의 무효를 원인으로 부당이득으로서 계약금의 반환을 구하는 채권은 특별한 사정이 없으면 불가분채권채무관계가 될 수 없으므로 매도인 중의 1인에 불과한 피고가 매수인 중의 1인에 불과한 원고에게 위 계약금 전액을 반환할 의무가 있다고 할 수 없다.<sup>1)</sup>

## (2) 사안의 해결

- ① 사안의 경우, X 부동산을 각 1/2 지분씩 공유하고 있는 공유자들인 甲과 乙은 丙에게 이 사건 매매계약을 체결하고, 甲과 乙이 공동으로 丙으로부터 계약금 2억 원을 받았다는 점에서 이 사건 계약금 반환의무는 불가분채무라고 해석하는 것이 합리적이다.
- ② 한편, 계약금 2억 원 중 甲은 1억 5,000만 원을 취득하였고, 乙은 5,000만 원을 취득하였다는 점에서 甲과 乙 사이의 수익비율이 다르므로, 이 비율에 따라 甲과 乙의 부담부분도 결정된다. 그리고 이 사건 매매계약이 적법하게 해제되고, 그에 따라 甲이 丙에게 계약금 2억 원 전액을 지급하였으므로, 甲은 乙을 상대로 위 수익비율에 따라 5,000만 원을 구상금으로 청구할 수 있다.
- ③ 따라서 甲이 乙을 상대로 乙이 1/2 지분을 가지고 있다고 주장하며 丙에게 지급한 금액의 1/2인 1억 원을 구상금으로 청구하고 있으나, 甲의 청구는 5,000만 원 한도에서만 인정될 수 있다.

1) 대판 1993. 8. 14, 91다41316.



**Case** 상가건물 임대차에서 임대차계약의 해지 요건과 임차인의 공제 주장 가부, 임대차 존속 중 차임채권의 소멸시효가 완성된 경우 제 495조 유추적용 여부, 임대차계약관계 소멸 후 임차인의 목적물의 점유와 부당이득반환의무 및 불법행위 책임 성부<sup>1)</sup>

### [기본적 사실관계]

甲은 2019. 5. 1. 乙에게 甲 소유의 상가 건물(이하 ‘이 사건 건물’이라 한다)에 대하여 보증금 10억 원, 월 차임 1,000만 원(매월 초 지급), 기간 5년(2024. 5. 1.까지)으로 정하여 임대하기로 약정하였다. 乙은 2020. 8. 1.자 월 차임(이하 ‘제1 차임’이라 한다)을 연체하였는데, 甲은 乙이 이전에는 한 번도 차임을 연체한 적이 없었기에 그 달에는 지급을 깜빡 잊어버렸다고 생각하고 다음에 연락할 때 제1 차임을 지급하라고 청구해야겠다고 생각하였으나, 본인의 생업에 바빠 그 사실을 잊고 지내다가 乙이 2024. 2. 1.자 월 차임(이하 ‘제2 차임’이라 한다) 및 2024. 3. 1.자 월 차임(이하 ‘제3 차임’이라 한다)의 지급을 차례로 연체하게 되자 2024. 3. 15. 乙에게 연락하여 제1 차임까지 포함하여 연체된 3개의 차임 총 3,000만 원을 지급하라고 독촉하게 되었다.

이에 乙은 甲에게 “임대차계약이 아직 종료되기 전이고 연체차임이 임대차보증금 10억 원보다 적은 금액이므로 차임을 지급하지 않겠다.”고 대답하였다.

甲은 그 말을 듣고 더 이상 乙을 신뢰할 수 없다는 생각이 들어 2024. 3. 25. 乙의 차임연체를 이유로 계약을 해지하는 의사가 적힌 내용증명을 보냈고, 위 내용증명이 2024. 4. 1. 乙에게 도달하였다.

1. 乙은 甲으로부터 받아야 할 임대차보증금이 존재하는 이상 본인은 차임을 연체한 것이 아니므로 甲의 위 임대차계약 해지는 부적법하다고 주장한다. 甲과 乙 사이의 위 임대차계약은 적법하게 해지되었는지 결론과 이유를 밝히시오. (15점)

### (추가된 사실관계)

乙은 2024. 5. 1.이 되자 이 사건 건물에서 집기와 비품의 철거 및 반출을 완료하고 그 이후에는 이 사건 건물을 전혀 사용하지 않았지만 건물의 출입구에 설치된 도어락의 비밀번호를 초기화하거나 그 열쇠를 반환하지 않고 있는 상태이다.

乙은 2024. 6. 1. 甲과 통화 중 임대차가 2024. 5. 1. 기간 만료로 종료되었으니 임대차

1) 2024년 법무사시험 기출(50점).

보증금을 반환해줄 것을 청구하였다. 이에 甲은 乙에 대하여 임대차 관계에서 갖게 된 각 채권을 공제하고 보증금을 반환하겠다는 주장을 하였다. 다음의 각 상황에서 주어진 질문에 답하시오.

2. 甲이 연체차임 총 3,000만 원을 공제하겠다고 하자 乙은 제1 차임의 경우 소멸시효가 완성되었으므로 그 부분 1,000만 원에 대해서 甲이 공제하는 것은 부당하다고 주장한다. 제1 차임에 대한 乙의 주장은 타당한지 결론과 논거를 밝히시오. (15점)
3. 甲은 또한 乙에게 통화 당일까지 乙이 이 사건 점포의 열쇠를 반환하지 않고 있으므로 연체 차임과는 별도로 차임 상당의 부당이득 총 2,000만 원을 공제하겠다고 주장하는 바, 위 주장은 타당한지 만일 부당하다면 구체적으로 공제되어야 하는 액수와 그 논거를 밝히시오. (10점)
4. 甲은 차임 상당의 부당이득이 아니더라도 임대차 계약이 해지된 이후에 乙이 이 사건 건물을 계속 점유한 것은 불법점유이기 때문에 乙의 불법점유로 인한 甲의 손해배상청구권을 공제하고 보증금을 돌려줄 수도 있다고 주장하였다. 위 주장은 타당한지 그 결론과 논거를 밝히시오. (10점)

## I. 설문 1.에 대하여

### 1. 결 론

甲과 乙 사이의 위 임대차계약은 적법하게 해지되었다.

### 2. 이 유

#### (1) 상가건물 임대차에서 임대차계약의 해지 요건

- ① 이 법은 상가건물(제3조제1항에 따른 사업자등록의 대상이 되는 건물을 말한다)의 임대차(임대차 목적물의 주된 부분을 영업용으로 사용하는 경우를 포함한다)에 대하여 적용한다. 다만, 제14조의2에 따른 상가건물임대차위원회 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여는 그러하지 아니하다(상가건물 임대차보호법 제2조 제1항). 제1항 단서에도 불구하고 제3조, 제10조 제1항, 제2항, 제3항 본문, 제10조의2부터 제10조의9까지의 규정, 제11조의2 및 제19조는 제1항 단서에 따른 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여도 적용한다(상가건물 임대차보호법 제2조 제3항). 상가건물 임대차보호법 제2조 제1항 단서에서 “대통령령으로 정하는 보증금액”이란 다음 각 호의 구분에 의한 금액을 말한다. 1. 서울특별시 : 9억원(상가건물 임대차보호법 시행령 제2조 제1항).
- ② 임차인의 차임연체액이 '3기'의 차임액에 달하는 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다(상가건물 임대차보호법 제10조의8). 여기서 '3기'의 차임액이란 차임의 지급시기를 기준으로 통산하여 세 번에 걸쳐 연체한 경우를 말한다. 예컨대, 매월 차임을 지급하기로 한 경우에 연속해서 세 달의 차임을 연체한 경우는 물론, 1월분 차임을 연체하였다가 5월분과 6월분 차임을 연체한 경우도 포함된다.
- ③ 그리고 임차인의 차임연체액이 3기의 차임액에 달하는 것을 이유로 임대인이 그 임대차계약을 해지하는 경우에는 임대인의 최고가 필요 없으므로,<sup>1)</sup> 상대방에게 해지의 의사표시가 도달한 때에 계약해지의 효력이 생긴다.

#### (2) 임차인이 임대차보증금의 존재를 이유로 차임 지급을 거절할 수 있는지 여부

- ① 임대인에게 임대차보증금이 교부되어 있더라도 임대인은 임대차관계가 계속되고 있는 동안에는 임대차보증금에서 연체차임을 충당할 것인지를 자유로이 선택할 수 있다. 따라서 임대차계약 종료 전에는 공제 등 별도의 의사표시 없이 연체차임이 임대차보증금에서 당연히 공제되는 것은 아니고, 임차인도 임대차보증금의 존재를 이유로 차임의 지급을 거절할 수 없다.<sup>2)</sup> 만약 임차인의 연체차임 등이 임대차보증금으로 당연히 충당된다면 임대인의 의사에 반해 담보가 계속 감소하게 되며, 차임연체를 이유로 한 임대인의 해지권 또한 무의미하게 되기 때문이다.

1) 대판 1962. 10. 11, 62다496.

2) 대판 2016. 11. 25, 2016다211309.

- ② 또한, 임대차보증금은 임대차계약이 종료된 후 임차인이 목적물을 명도할 때까지 발생하는 차임 및 기타 임차인의 채무를 담보하기 위하여 교부되는 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 임대차계약이 종료되었다 하더라도 목적물이 명도되지 않았다면 임차인은 보증금이 있음을 이유로 연체차임의 지급을 거절할 수 없다.<sup>1)</sup>

### (3) 사안의 해결

- ① 사안의 경우, 甲과 乙 사이의 이 사건 상가건물에 관한 임대차계약은 그 보증금이 10억 원이므로 상가건물 임대차보호법의 일반적 적용대상은 아니나, 동법 제2조 제3항에 의하여 동법 제10조의8, 즉 차임연체와 해지 규정은 적용된다. 따라서 乙은 2020. 8. 1.자 월 차임을 연체하였고, 2024. 2. 1.자 월 차임 및 2024. 3. 1.자 월 차임의 지급을 차례로 연체하여 총 차임연체액이 3기의 차임액에 해당하고, 甲이 乙의 차임연체를 이유로 계약을 해지하는 의사가 적힌 내용 증명을 보내 2024. 4. 1. 乙에게 도달하였으므로, 甲은 임대차계약 해지의 요건을 충족하였다.
- ② 한편, 임차인은 임대차계약 존속 중 또는 임대차계약이 종료되었더라도 목적물을 인도하지 않았다면 그 보증금의 존재를 이유로 차임의 지급을 거절할 수 없으므로, 甲으로부터 받아야 할 임대차보증금이 존재하는 이상 본인은 차임을 연체한 것이 아니므로 甲의 위 임대차계약 해지는 부적법하다는 乙의 주장은 타당하지 않다.
- ③ 따라서 甲과 乙 사이의 위 임대차계약은 적법하게 해지되었다.

## II. 실문 2.에 대하여

### 1. 결 론

제1 차임에 대한 공제는 부당하다는 乙의 주장은 타당하지 않다.

### 2. 논 거

- (1) 임대차 존속 중 차임을 연체한 경우, 차임채권의 소멸시효가 임대차계약에서 정한 지급 기일부터 진행하는지 여부
- ① 소멸시효는 법률행위에 의하여 이를 배제, 연장 또는 가중할 수 없다(민법 제184조 제2항). 그러므로 임대차 존속 중 차임을 연체하더라도 이는 임대차 종료 후 목적물 인도 시에 임대차보증금에서 일괄 공제하는 방식에 의하여 정산하기로 약정한 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 차임채권의 소멸시효는 임대차계약에서 정한 지급기일부터 진행한다.<sup>2)</sup>
- ② 민법 제163조 제1호는 이자, 부양료, 급료, 사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전

1) 대판 2007. 8. 23. 2007다21856, 21863.

2) 대판 2016. 11. 25. 2016다211309.

또는 물건의 지급을 목적으로 한 채권은 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다고 규정하고 있다. 여기서 ‘1년 이내의 기간으로 정한 채권’이란 1년 이내의 정기로 지급되는 채권을 말한다.<sup>1)</sup>

(2) 임대차 존속 중 차임채권의 소멸시효가 완성된 후 임대인이 소멸시효가 완성된 연체차임을 임대차보증금에서 공제할 수 있는지 여부<sup>2)</sup>

민법 제495조는 “소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이는 당사자 쌍방의 채권이 상계적상에 있었던 경우에 당사자들은 채권·채무관계가 이미 정산되어 소멸하였다고 생각하는 것이 일반적이라는 점을 고려하여 당사자들의 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 다만 이는 ‘자동채권의 소멸시효 완성 전에 양 채권이 상계적상에 이르렀을 것’을 요건으로 하는데, 임대인의 임대차보증금 반환채무는 임대차계약이 종료된 때에 비로소 이행기에 도달하므로, 임대차 존속 중 차임채권의 소멸시효가 완성된 경우에는 소멸시효 완성 전에 임대인이 임대차보증금 반환채무에 관한 기한의 이익을 실제로 포기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 양 채권이 상계할 수 있는 상태에 있었다고 할 수 없다. 그러므로 그 이후에 임대인이 이미 소멸시효가 완성된 차임채권을 자동채권으로 삼아 임대차보증금 반환채무와 상계하는 것은 민법 제495조에 의하더라도 인정될 수 없지만, 임대차 존속 중 차임이 연체되고 있음에도 임대차보증금에서 연체차임을 충당하지 않고 있었던 임대인의 신뢰와 차임연체 상태에서 임대차관계를 지속해 온 임차인의 묵시적 의사를 감안하면 연체차임은 민법 제495조의 유추적용에 의하여 임대차보증금에서 공제할 수는 있다.

(3) 사안의 해결

- ① 사안의 경우, 甲의 차임채권은 민법 제163조 제1호에 의하여 3년의 단기소멸시효가 적용되고, 甲과 乙 사이의 임대차계약은 甲이 乙의 차임연체를 이유로 계약을 해지하는 의사가 적힌 내용 증명을 보내 2024. 4. 1. 乙에게 도달함으로써 적법하게 해지되어 종료되었는데, 지급기일이 2021. 4. 1. 이전인 차임채권, 즉 2020. 8. 1.자 월 차임(제1 차임)채권은 임대차계약 종료 전에 이미 소멸시효가 완성되었으므로, 민법 제495조에 의하여 상계할 수는 없다.
- ② 그러나 차임 지급채무가 상당기간 연체되고 있음에도, 임대인이 임대차계약을 해지하지 아니하고 임차인도 연체차임에 대한 담보가 충분하다는 것에 의지하여 임대차관계를 지속하는 경우에는, 임대인과 임차인 모두 차임채권이 소멸시효와 상관없이 임대차보증금에 의하여 담보되는 것으로 신뢰하고, 나아가 장차 임대차보증금에서 충당 공제되는 것을 용인하겠다는 묵시적 의사를 가지고 있는 것이 일반적이라고 할 수 있으므로, 이러한 연체차임도 민법 제495조의 유추적용에 의하여 임대차보증금에서 공제할 수는 있다.
- ③ 따라서 제1 차임의 경우 소멸시효가 완성되었으므로 그 부분 1,000만 원에 대해서 甲이 공제하는 것은 부당하다는 乙의 주장은 타당하지 않다.

1) 대판 2018. 2. 28. 2016다45779.

2) 대판 2016. 11. 25. 2016다211309.

### Ⅲ. 설문 3.에 대하여

#### 1. 결 론

2,000만 원 공제 주장은 부당하고, 1,000만 원만 공제되어야 한다.

#### 2. 논 거

- (1) 임차인이 임대차계약관계가 소멸한 이후에도 임대차목적물을 계속 점유하였으나 이를 본래 계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 않아 이익을 얻지 않은 경우, 임차인의 부당이득반환의무가 성립하는지 여부

① 민법 제741조는 “법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.”라고 정하고 있다. 임차인이 임대차계약관계가 소멸한 다음에도 임대차목적물을 계속 점유하기는 하였지만 이를 본래의 임대차계약상 목적에 따라 사용·수익하지 않아 이익을 얻은 적이 없는 경우에는 그로 말미암아 임대인에게 손해가 발생하였더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립하지 않는다.<sup>1)</sup>

② [비고 判例] : 상가건물 임대차에서 기간만료나 당사자의 합의 등으로 임대차가 종료된 경우에도 상가건물 임대차보호법(이하 ‘상가임대차법’이라고 한다) 제9조 제2항에 의하여 임차인은 보증금을 반환받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제된다. 이는 임대차기간이 끝난 후에도 상가건물의 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임차인의 목적물에 대한 점유를 임대차기간이 끝나기 전과 마찬가지로 정도로 강하게 보호함으로써 임차인의 보증금반환채권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다. 따라서 상가임대차법이 적용되는 상가건물의 임차인이 임대차 종료 이후에 보증금을 반환받기 전에 임차 목적물을 점유하고 있다고 하더라도 임차인에게 차임 상당의 부당이득이 성립한다고 할 수 없다. 위와 같은 상가임대차법 제9조 제2항의 입법 취지, 상가건물 임대차 종료 후 의제되는 임대차관계의 법적 성격 등을 종합하면, 상가임대차법이 적용되는 임대차가 기간만료나 당사자의 합의, 해지 등으로 종료된 경우 보증금을 반환받을 때까지 임차 목적물을 계속 점유하면서 사용·수익한 임차인은 종전 임대차계약에서 정한 차임을 지급할 의무를 부담할 뿐이고, 시가에 따른 차임에 상응하는 부당이득금을 지급할 의무를 부담하는 것은 아니다.<sup>2)</sup>

- (2) 사안의 해결

1) 대판 2018. 11. 29. 2018다240424; 대판 2020. 6. 25. 2020다63.

2) 대판 2023. 11. 9. 2023다257600. <주의> : 위 判例는 상가임대차법이 적용되는 사안에서만 적용되는데, 사안의 경우에는 보증금만으로도 10억 원이므로 동법 제9조 제2항은 적용되지 않는다. 따라서 위 判例를 서술하는 것은 적절하지 않으나, 위 두 判例의 근본적인 취지는 동일하므로 위 判例로 사안을 해결하였어도 결론만 정확하게 도출하였다면 크게 문제되지는 않을 것으로 보인다.

- ① 사안의 경우, 이 사건 임대차계약은 甲의 해지 의사표시로써 2024. 4. 1. 종료되었는데, 乙은 2024. 5. 1.에 이 사건 건물에서 집기와 비품의 철거 및 반출을 완료하고 그 이후에는 임대차보증금의 반환을 요구하며 이 사건 건물을 점유만 하고 있었으므로, 2024. 6. 1. 현재 乙이 부담하는 차임 상당 부당이득은 1개월치에 해당하는 1,000만 원이다.
- ② 따라서 2024. 5. 1. 이후에도 乙이 이 사건 점포의 열쇠를 반환하지 않고 있으므로 차임 상당의 부당이득 총 2,000만 원을 공제하겠다는 甲의 주장은 부당하고, 1,000만 원만 공제되어야 한다.

#### IV. 설문 4.에 대하여

##### 1. 결 론

乙의 불법점유로 인한 甲의 손해배상청구권을 공제하고 보증금을 돌려줄 수 있다는 甲의 주장은 부당하다.

##### 2. 논 거

- (1) 임대차계약 종료 후 임대인이 임대차보증금의 반환의무를 이행하거나 적법하게 이행제 공하지 않는 경우, 목적물을 계속 점유하는 임차인이 불법점유로 인한 손해배상의무를 지는지 여부<sup>1)</sup>

임대차계약의 종료에 의하여 발생된 임차인의 목적물반환의무와 임대인의 연체차임을 공제 한 나머지 보증금의 반환의무는 동시이행의 관계에 있으므로, 임대차계약 종료 후에도 임차인이 동시이행의 항변권을 행사하여 임차건물을 계속 점유하여 온 것이라면, 임대인이 임차인에게 보증금 반환의무를 이행하였다거나 현실적인 이행의 제공을 하여 임차인의 건물명도의무가 지체에 빠지는 등의 사유로 동시이행의 항변권을 상실하지 않는 이상, 임차인의 건물에 대한 점유는 불법점유 라고 할 수 없으며, 따라서 임차인으로서는 이에 대한 손해배상의무도 없다.

- (2) 사안의 해결

- ① 사안의 경우, 이 사건 임대차계약은 해지로 적법하게 종료되었으나, 甲이 연체차임 등을 공제한 나머지 보증금반환의무를 이행 또는 이행의 제공을 한 바 없으므로, 임대차계약 종료 이후에 보증금 반환을 요구하며 동시이행의 항변권에 터잡아 이 사건 건물을 점유해 온 乙의 점유를 불법점유라 고 할 수 없다.
- ② 따라서 임대차 계약이 해지된 이후에 乙이 이 사건 건물을 계속 점유한 것은 불법점유이기 때문에 乙의 불법점유로 인한 甲의 손해배상청구권을 공제하고 보증금을 돌려줄 수도 있다는 甲의 주장은 부당하다.

1) 대판 1998. 5. 29, 98다6497; 대판 2015. 10. 29, 2015다32585.

