

## Chapter 12 Nullity and Voidance

### 제5관 법률행위의 효력

#### 제1항 서설

#### I. 무효제도와 취소제도

##### 1. 의의

###### 가. 유효한 법률행위

일정한 법률행위가 있을 경우 당사자가 의욕한 대로 법률효과가 생기고 그 효과가 재판을 통하여 법적으로 보호될 경우 그러한 법률행위는 ‘유효하다’ 또는 ‘효력이 있다’고 한다.

###### 나. 완전하지 않은 법률행위

1) 어떤 행위가 법률행위로서 성립(존재)하여도 공익적·사익적인 이유로 그러한 법률행위의 효력발생이 완전히 부인되는 경우와 일단 발생한 효력이 그 후에 부정될 수 있는 경우가 있다. 이를 법률행위의 무효 또는 법률행위의 취소라고 한다.

2) 민법은 법률행위의 성립요건이나 유효요건을 규정함에 있어서 요건을 갖추지 못하는 법률행위를 무효(void)라고 하거나 또는 취소할 수 있는(voidable) 것으로 정하고 있다.

가) 민법상 법률행위가 무효인 경우는 의사무능력자의 법률행위, 실현불가능한 법률행위(제137조), 강행법규를 위반하는 법률행위(제105조), 반사회질서의 법률행위(제103조), 불공정한 법률행위(폭리행위)(제104조), 상대방이 안 비진의표시(제107조 제1항), 허위표시(제108) 등이 있다.

나) 민법상 법률행위를 취소하는 경우는 제한능력자의 법률행위(제5조 이하), 착오에 의한 의사표시(제109조), 사기·강박에 의한 의사표시(제110조 제1항, 제2항) 등이 있다.

다) 법률행위의 효력발생이 불완전한 경우로는 무효 또는 취소에 한하지 않고, 조건(정지조건·해제조건; 제147조 이하), 기한(종기; 제155조 제2항), 해제(법정해제·약정해제; 제543조 이하) 등의 경우이다.

#### II. 무효와 취소

##### 1. 공통점

1) 무효와 취소는 당사자가 의도하는 것을 공익적 이유 또는 약자보호, 의사형성의 불비 등으로 인하여 법적효과를 부여하지 않으려는 제도이다.

2) 무효와 취소는 아직 이행되지 않은 경우에는 그 이행의 청구가 부정되며, 이미 이행된 경우에는 그 반환청구가 인정된다. 그러나 공서양속에 반하는 경우에는 반환청구가 거절될 수도 있다(제746조).

##### 2. 차이점

1) 무효는 특정인의 주장을 필요로 하지 않고 당연히 당초부터 그 효력이 생기지 않는 데 비하여, 취소는 취소권자가 취소권을 행사하기까지는 그 효력에 아무런 영향을 받지 않는다.

2) 무효는 시간의 경과에 의하여 그 효력에 변동이 생기지 않으나, 취소는 취소권의 존

속기간 내에 행사하지 않으면 더 이상 취소를 할 수 없고 그 결과 유효한 것으로 확정된다.

3) 그러나 법률행위를 취소하는 경우에 소급해서 무효가 되므로(제141조) 취소 후 그 결과는 무효와 취소는 같다.

) 근본적인 차이는 있지만, 어떠한 법률행위 내지 의사표시를 무효 또는 취소할 수 있는 것으로 하느냐는 입법정책의 문제이다. 따라서 시대의 변천이나 사회환경의 변화에 따라 다를 수 있다.

가. 법질서의 전체의 이상으로 보아 개개인의 의사를 묻지 않고 당연히 효력을 인정할 수 없다고 할 만한 객관적 이유가 있는 때는 대체로 무효이다.

나. 법률행위의 효력의 부인을 특정인의 의사에 좌우되어도 무방한 경우에는 취소로 한다.

[무효와 취소의 구분]

무효	취소
처음부터 당연히 효력이 없다	일단 처음에는 유효하다
누구나 또 누구에게도 주장이 가능하다.	취소권자만이 취소가 가능하다(제140조)
행사기간의 제한이 없다.	추인할 수 있는 날로부터 3년내에, 법률행위를 한 날로부터 10년내에 행사하여야 한다(제146조)
원칙적으로 추인이 불가능하다	추인이 가능하다. 추인하면 확정적으로 유효해진다.
법률행위를 취소하는 경우에는 소급해서 무효가 되므로(제141조) 취소를 한 후에 그 결과는 무효와 취소의 효력이 같아진다.	

III. 이중효

1. 의사능력과 행위능력의 경합

어떤 법률행위가 유효하게 성립하는 데는 당사자의 의사능력과 행위능력이 있어야 한다. 즉 의사능력 없이 한 법률행위는 무효이며 행위능력 없이 한 법률행위는 취소할 수 있는 행위가 된다.

2. 이중효

어떤 법률행위가 무효의 요건과 취소의 요건을 동시에 갖추고 있을 경우 즉 미성년자가 의사능력이 없는 상태에서 법률행위를 하는 경우에는 당사자는 무효나 취소의 어느 것도 주장할 수 있다. 그 이유는 두 요건이 일정한 법적효과를 뒷받침하는 법률상의 근거일 뿐이기 때문이다. 이 경우에 무효와 취소의 경합이라는 해석상의 문제가 생기는 데 이를 일반적으로 '이중효'라 한다. 당사자는 무효에 따른 효과(제535조)를 제거하기 위하여 무효인 법률행위를 취소할 수 있다.

제2항 법률행위의 무효

I. 서설

1. 무효의 의의

가. 개념

법률행위의 무효란 법률행위가 성립한 당초부터 법률상 당연히 그 효력이 발생하지 않는 것으로 확정된 것을 말한다. 즉 무효는 무효원인(의사무능력)이 존재하면 법률상 당연히 인정되며 누구나 또는 누구에게나 무효를 언제나 주장할 수 있는 것이 원칙이다.

#### 나. 불성립과의 구별

법률행위의 무효와 법률행위의 불성립은 구별된다. ‘법률행위의 불성립’은 법률행위의 성립요건이 갖추어지지 않아 그 법률행위가 당초부터 존재하지 않는 것을 말한다. 따라서 법률행위의 성립을 전제로 유효와 무효를 다루게 되며, 법률행위가 불성립하는 경우에는 법률행위의 무효를 생각할 수 없다.

### 2. 무효사유

민법이 정하고 있는 무효사유로는 의사무능력, 강행규정 위반, 사회질서 위반(제103조), 불공정한 법률행위(제104조), 진의 아닌 의사표시(제107조 제1항 단서), 허위표시(제108조 제1항), 무권대리인(제130조) 등이 있다. 기타 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 등 특별법에 의하여 무효로 되기도 한다.

### 3. 무효의 일반적 효과

가) 민법은 무효의 효과를 명문으로 규정하고 있지 않다. 법률행위가 무효이면 그 법률효과는 법률상 당연히 당초부터 확정적으로 발생하지 않는다. 따라서 무효인 법률행위에 따른 법률효과를 침해한 것처럼 일응 보이는 위법행위나 채무불이행이 있더라도 손해배상을 청구하지 못한다(대판 2003.3.28. 2002다72125).

나) 무효인 법률행위에 따른 이행이 있기 전에는 이행할 필요가 없다. 이미 이행된 경우에 그 반대급부는 원상회복의 문제로 원칙적으로 부당이득에 관한 규정(제741조 이하)에 의하여 반환되어야 한다.

다) 무효인 법률행위는 원칙적으로 양수자는 물론 전득한 제3자에 대해서도 무효를 주장할 수 있다(절대적 무효). 그러나 예외적으로 진의 아닌 의사표시의 무효로 선의의 제3자에게 대항하지 못하며(제107조 제2항), 통정한 허위표시의 무효로 선의의 제3자에게 대항하지 못하는 경우(제108조 제1항)가 있다.

라) 주된 행위의 무효는 종된 행위를 무효로 한다.

마) 법원은 당사자의 주장이 없더라도 무효를 직권으로 이를 조사하여 법률효과를 부인해야 한다.

## II. 무효의 종류

### 1. 절대적 무효와 상대적 무효

#### 가. 절대적 무효

절대적 무효는 법률행위를 한 당사자간 뿐만 아니라 제3자 즉 모든 사람에 대한 관계에서도 무효인 것을 말한다. 의사무능력자의 법률행위, 강행법규에 위반하는 법률행위, 반사회질서의 법률행위 등이다.

#### 나. 상대적 무효

상대적 무효는 법률행위의 당사자간에는 무효이지만 선의의 제3자에 대하여는 그 무효를 주장할 수 없는 것을 말한다. 진의 아닌 의사표시가 무효인 경우(제107조 제2항), 통정

한 허위표시가 무효인 경우(제108조 제2항)는 선의의 제3자에게 대항하지는 못한다.

## 2. 당연무효와 재판상 무효

### 가. 당연무효

당연무효는 법률행위를 무효로 하기 위하여 어떠한 특별한 행위나 절차를 필요로 하지 않고 당연히 발생하는 무효를 말한다. 민법상의 무효는 당연무효이다.

### 나. 재판상 무효

재판상 무효는 소송에 의해서만 주장할 수 있는 무효를 말한다. 재판상 무효는 재판상의 주장을 필요로 할 뿐 아니라 원고적격과 제소기간이 제한되어 있으므로 결국 취소와 같다. 회사설립의 무효(상제184), 회사합병의 무효(제236)가 이에 속한다.

## 3. 전부무효와 일부무효

### 가. 의의

전부무효는 법률행위의 내용의 전부에 관하여 무효원인이 있는 경우를 말하고, 일부무효는 법률행위의 내용의 일부에만 무효의 원인이 있는 경우를 말한다.

### 나. 일부무효의 법리

#### 1) 개념

가) 법률행위의 일부무효는 그 전부를 무효로 하는 것이 원칙이지만(제137조 본문), 그 일부가 무효임을 당사자 쌍방이 법률행위 당시에 알았다면 나머지 부분만으로 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 그 나머지 부분은 유효하다(제137조 단서).

나) 일부무효에 관한 제137조는 임의규정이다. 효력규정에 위반되지 않는 당사자간의 약정이 있으면 그에 따르고 제137조는 적용되지 않는다(대판 2010.3.25. 2009다41465).

다) 법률이 일부무효의 효과를 개별적으로 규정하고 있는 경우는 해당규정에 따른 효과가 생기며(제385조, 제415조, 제591조 제1항, 제651조 제1항), 제137조는 적용되지 않는다.

#### 2) 제137조의 단서의 적용요건

가) 하나의 법률행위가 있어야 한다.

나) 일체로서의 법률행위가 가분성이 있어야 한다. 이러한 가분성은 법률행위의 목적과 당사자 그리고 기간과 관련하여 종합적으로 판단하여야 한다.

다) 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 수 있어야 한다. 이 요건은 먼저 당사자의 의사의 해석으로 정하는데, 이러한 의사는 현실적(진실의) 의사가 아니라 가정적 의사에 의하여 결정된다(대판 1996.2.27. 95다38875).

#### 라) 증명책임

이러한 요건은 나머지 부분의 유효를 주장하는 자가 그 존재를 증명하여야 한다.

## 4. 확정적 무효와 유동적 무효

### 가. 의의

1) 법률행위의 무효는 확정적으로 효력이 발생하지 않는 것이 원칙이다. 따라서 법률행위의 무효는 확정적 무효이다. 즉 그러한 법률행위를 추인하여도 새로운 법률행위를 한 것으로 간주할 뿐(대판 1992.5.12. 91다26546), 그 법률행위의 효력은 생기지 않는다(제139조 본문).

2) 유동적 무효(불확정적 무효)는 법률행위가 무효이기는 하지만 추인에 의하여 행위시에 소급하여 유효로 될 수 있는 경우를 말한다.

#### 나. 유동적 무효의 법리

1) 유동적 무효의 법리는 취소할 수 있는 행위에서의 유동적 유효와 대비를 이룬다.

2) 현재로서는 법률행위의 효력이 발생되지 않지만 추후에 허가 내지 인가를 받거나, 추인을 얻거나, 정지조건이 성취되거나 시기가 도래함으로써 법률행위시에 도래함으로써 소급하여 유효로 확정될 수 있는 법적 상태를 말한다.

3) 유동적 무효의 법리는 구 국토이용관리법상의 규제구역에 속하는 토지거래에 관한 판례에 의하여 발달된 이론이다.

4) 무권대리행위의 효력도 유동적 무효이며, 판례는 일정한 행위를 하기 위하여 허가를 받아야 하는 강행규정을 위반한 양도계약의 경우에도(대판 2001.2.9. 99다26979) 유동적 무효의 법리를 적용하고 있다.

### III. 무효행위의 전환

#### 1. 무효행위 전환제도

##### 가. 의의

무효행위의 전환이란 무효인 법률행위가 다른 법률행위로서의 요건을 구비하고 당사자가 그 무효를 알았더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 다른 법률행위로서의 효력이 인정되는 것을 말한다(제138조).

##### 나. 일부무효

1) 일부무효에 관한 제138조는 ‘질적인 일부무효’를 규정한 것이고 제137조는 ‘양적인 일부무효’를 규정하는데 지나지 않는다. 따라서 양자 사이에 본질적인 차이는 없다.

2) ‘무효인 법률행위가 다른 법률행위로서의 효력이 있다’는 의미는 법률행위가 무효임에도 불구하고 유효한 행위로 이전된다는 뜻이 아니고, 일부무효인 법률행위가 다른 법률행위로서 현재화하여 변환되는 것이라고 이해하여야 한다.

3) 무효행위의 전환에 대한 당사자의 의사는 일부무효의 경우와 같이 가정적·의제적인 의사로 파악할 수 있기 때문에 결국 이러한 가정적 의사를 전제로 하는 법률행위의 해석의 문제로 귀착된다. 따라서 무효행위전환을 인정할 것인가는 당사자의 의도와는 관계없이 법원이 관여하게 된다.

#### 2. 요건

##### 가. 무효인 법률행위의 존재

무효행위의 전환이 인정되기 위하여는 먼저 무효인 법률행위가 있어야 한다. 단독행위가 무효인 경우에도 전환이 인정되는가에 대하여 단독행위의 성질상 이를 부정하여야 한다는 부정설이 있으나 인정하더라도 무방할 것이다.

##### 나. 전환의사의 존재

당사자가 그 무효를 알았더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정되어야 한다(제138조). 이러한 전환의사는 현실의 의사일 필요는 없고 가정적·의제적인 의사로도

가능하다.

다. 다른 법률행위의 요건을 구비할 것

1) 다른 법률행위

다른 법률행위 즉 제2의 법률행위는 상상적·가정적인 것이며 현실적으로 표시되어 존재하는 것은 아니다. 그러나 그러한 대체행위는 그 법률효과에서 본래의 법률행위에 모두 포함되어야 한다.

2) 전환의 모습

가) 불요식행위로의 전환

불요식행위로의 전환은 무효인 행위가 불요식행위이든 요식행위이든 자유롭게 인정될 수 있다. 민법상 규정으로는 연착한 승낙(제530조)과 조건을 붙인 청약 또는 변경한 승낙(제534조)을 새로운 청약으로 본다.

나) 요식행위로의 전환

1) 일정한 형식 그 자체가 요구되는 요식행위(어음행위)로의 전환은 인정할 수 없다(어음법 제1조, 제2조).

2) 확정적인 의사를 서면으로 나타내는 것이 요구되는 것으로서의 전환은 인정된다. 민법은 비밀증서에 의한 유언이 그 방식에 흠결이 있는 경우 그 증서가 자필증서의 방식에 적합한 때에는 이를 자필증서에 의한 유언으로서 효력을 인정하고 있다(제1071조). 판례도 지상권설정계약으로서는 무효인 계약을 토지임대차계약으로 인정하는 경우, 방식의 흠결로 약속어음발행이 무효라도 준소비대차로는 유효한 경우, 혼인외의 출생자를 혼인중의 출생자로 출생신고한 한 경우에 그 신고는 친생자 출생신고로서는 무효이지만 인지신고로서는 유효한 경우(대판 1971.11.15. 71다1983), 타인의子を 자기의子로 출생신고한 한 경우에 그 신고는 출생신고로서 무효이지만 입양신고로는 유효한 경우(대판(전) 1977.7.27. 77다492)에 전환을 인정하고 있다.

#### IV. 무효행위의 추인

##### 1. 의의

추인이란 무효인 행위(의사표시)를 유효하게 하려는 당사자의 의사표시를 내용으로 하는 법률행위를 말한다. 그러나 무효행위는 처음부터 당연히 법률효과가 생기지 않는 것으로 확정되어 있기 때문에 민법은 무효행위를 한 자가 그 행위를 유효하게 하려는 뜻을 표시하여도 유효로 되지 않는다고 규정하고 있다(제139조 본문).

##### 2. 요건

가. 무효인 법률행위의 존재

무효원인이 무엇인지에 대하여는 불문한다.

나. 추인

당사자가 무효임을 알고 추인을 할 때에는 그 때부터 새로운 동일내용의 법률행위가 있었던 것으로 의제하고 있다(제139조 단서). 무효행위의 추인은 그 무효의 원인이 소멸한 후에 하여야 한다(대판 1997.12.12. 95다38240). 그러나 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효인 경우에는 추인에 의하여 유효로 될 수 없다(대판 2002.3.15. 2001다77352·77369).

다. 추인할 수 있는 자

제139조 단서는 추인할 수 있는 자에 대하여 당사자라고만 규정하였을 뿐 그 범위에 대하여는 명시되어 있지 않다. 무효행위가 대리인에 의하여 행하여진 경우에 본인 자신이 제139조 단서의 추인을 할 수 있으며, 임의대리인도 수권이 있으면 추인할 수 있다.

### 3. 적용범위

#### 가. 불확정 무효와 추인

제139조의 '무효인 법률행위'란 확정무효를 의미한다. 따라서 무권대리행위나 무권한자가 타인의 권리를 처분하는 행위와 같은 불확정 무효를 경우를 포함하는 것은 아니다. 즉 불확정무효는 제133조의 유추적용 또는 추완의 법리를 적용하여야 한다.

#### 나. 확정무효와 추인

1) 개별적인 확정무효원인을 제외하고 공익적 견지에서 일반적인 확정무효원인을 보면 ① 원시적 불능의 법률행위 ② 강행법규 위반의 법률행위 ③ 반사회적 법률행위(제103조) 및 불공정법률행위(제104조) ④ 의사무능력자의 법률행위 등의 경우는 추인할 당시에도 무효원인이 소멸하지 않는 한 그 추인을 하더라도 무효이다.

2) 상대방 보호의 견지에서 상대방이 안 진의 아닌 의사표시(제107조 제1항 단서) 내지는 통정 허위표시(제108조) 등은 제3자의 이익을 해치지 않는 한 무효행위의 추인이 가능하다.

### 3. 효과

#### 가. 비소급적 추인

무효인 법률행위에 대하여 당사자가 무효임을 알고 추인하면 새로운 법률행위를 한 것으로 간주될 뿐이고, 추인에 소급효가 인정되지 않는다(대판 1992.5.12. 91다26546).

#### 나. 가족행위

제139조 단서는 적용하지 않고 있으나 판례는 혼인신고가 무효이나 그 후 당사자가 부부생활을 계속하는 경우에는 그 혼인을 무효로 할 것이 아니다(대판 1965.12.28. 65므61)라고 하면서, 당사자 쌍방이 이의없이 신분관계를 계속하여 왔다면 소급적 추인을 인정한다(대판 2000.6.9. 99므1633)는 태도이다.

## 제3항 법률행위의 취소

### I. 서설

#### 1. 의의

1) 취소란 일단 유효하게 성립한 법률행위의 효력을 특정인(취소권자)의 의사표시에 의하여 행위시에 소급하여 무효로 하는 제도를 말한다(제141조). 취소할 수 있는 법률행위는 처음부터 유효이지만 취소에 의하여 무효로 된다. 즉 유동적 유효의 상태에 있게 된다.

2) '취소할 수 있는 법률행위'는 취소의 의사표시가 있을 때에 비로소 그의 법률적 효과가 소급하여 소멸하는 것이므로 취소하기까지는 그 법률행위는 그대로 유효한 것이다.

3) 취소권자가 취소권을 포기 또는 추인하거나 행사기간의 경과로 취소권이 소멸(제146조)

하게 되면 그 법률행위는 유효한 것으로 확정된다(확정적 유효).

4) 취소할 수 있는 법률행위로서는 제한능력자가 한 법률행위, 사기·강박에 의한 의사표시, 착오로 인한 의사표시에 한한다. 따라서 그 밖의 취소는 제140조 이하에 규정하는 취소가 아니므로 동조항이 당연히 적용되지는 않는다.

## 2. 개념 정리

가. 다른 의미로 쓰이는 취소

1) 재판 또는 행정처분의 취소는 제140조 이하에 규정하고 있는 취소가 아니다.

피성년후견인의 행위와 취소(제10조)와 피한정후견인의 행위와 동의(13조), 실종선고의 취소(제29조), 부채자재산관리에 관한 명령의 취소(제22조), 법인설립허가의 취소(제38조) 등의 경우는 공법상의 취소로 민법상의 법률행위의 취소는 아니다.

2) 유효한 법률행위의 취소는 제140조 이하에 규정하고 있는 취소가 아니다.

영업허락의 취소(제8조 제2항), 사해행위의 취소(제406조), 부부 사이의 계약의 취소(제828조), 부담부 증여의 취소(제1111조) 등의 경우는 착오나 사기·강박이 없는 완전한 법률행위의 취소이다.

3) 가족법상의 취소는 제140조 이하에 규정하고 있는 취소가 아니다.

혼인의 취소(제816조), 이혼의 취소(제838조), 친생자 승인의 취소(제854조), 입양의 취소(제884조), 인지취소(제861조) 등이다.

나. 취소와 구별되는 개념

1) 철회

철회는 아직 효력을 발생하고 있지 않은 의사표시를 종국적으로 효력을 발생시키지 않게 하거나(청약의 철회) 또는 일단 발생한 의사표시의 효력을 장래에 향하여 소멸시키는 표의자의 일방적 의사표시이다. 즉 취소는 이미 유효한 법률행위의 효력을 소급적으로 소멸케 하는 것이고, 철회는 법률행위의 효력이 발생하기 전에 의사표시의 효력을 소멸케 하는 점에서 다르다.

2) 해제

해제는 일단 유효하게 성립한 계약의 효력을 당사자 일방의 의사표시에 의하여 그 계약이 당초부터 없었던 것과 같은 상태로 돌아가게 하는 것이다. 즉 해제는 일단 유효하게 성립된 계약의 효력을 소급적으로 소멸하게 하는 것이고, 취소는 의사표시에 흠이 있어서 법률행위의 효력을 소급적으로 소멸케하는 점에서 다르다.

## II. 취소의 당사자

1. 의의

취소의 의사표시가 있으면 법률행위는 소급하여 무효로 된다. 여기서 취소할 수 있는 지위를 하나의 권리로 보아 취소권이라고 한다. 그런데 취소는 일방적 의사표시로 법률관계의 변동을 일으키므로 일종의 형성권이다.

2. 취소권자

취소할 수 있는 법률행위는 제한능력자, 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자, 그의 대리인 또는 승계인에 한하여 취소할 수 있다(제140조).

가) 제한능력자는 단독으로 법률행위를 취소할 수 있다.

나) 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자도 자기의 의사표시를 취소할 수 있다.

다) 대리인은 제한능력자나 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자의 대리인을 말하며, 취소권의 행사를 수여받은 임의대리인이나 법정대리인이 이에 해당한다.

라) 승계인은 제한능력자나 착오로 인하거나 사기·강박에 의하여 의사표시를 한 자로부터 취소권을 승계한 자로서, 포괄승계인과 특정승계인을 가리키는 않으나 취소권만의 승계는 인정되지 않는다.

### 3. 취소의 상대방

1) 취소할 수 있는 법률행위의 상대방이 있는 경우 그 취소는 상대방에 대한 의사표시로 하여야 한다(제142조). 즉 계약이나 상대방 있는 단독행위의 경우에 계약상대방 또는 의사표시를 수령한 자가 상대방으로 된다.

2) 상대방 없는 단독행위에서는 상대방이 특정되지 않으므로 취소의 의사를 외부에 적당히 알리면 된다.

## III. 취소의 방법

### 1. 취소의 의사표시

가. 취소는 취소권자의 일방적인 단독의 의사표시로써 한다(제142조). 의사표시의 취소는 재판상 행사하여야만 하는 것은 아니며, 취소의 효과의사가 객관적으로 추단될 수 있는 것이면 특별한 방식을 요하지 않는다.

### 나. 취소의 대상

제한행위능력을 이유로 하는 취소의 대상은 법률행위 자체이다.

### 다. 일부취소

1) 일부취소에 관하여 민법의 규정은 없다. 통설은 법률행위의 일부 취소도 가능하다(대판 1993.3.26. 98다56607)고 한다.

2) 법률행위의 일부를 취소하기 위하여는 일체로서의 법률행위가 가분적이고 법률행위의 일부에 취소사유가 있어야 한다. 특히 나머지 부분이라도 이를 유지하려는 당사자의 가정적 의사가 인정되는 때에는 그 일부만의 취소도 가능하다고 할 것이고 그 일부의 취소는 법률행위의 일부에 관하여 효력이 생긴다(대판 2002.9.10. 2002다21509).

## IV. 취소의 효과

### 1. 소급적 무효

법률행위가 취소되면 그 당해 행위는 ‘처음부터’ 즉 소급하여 무효인 것으로 본다(제141조 본문). 취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 간주되므로 그 후에는 추인에 의하여 다시 확정적으로 유효하게 할 수는 없다. 다만 무효행위의 추인의 요건에 따라 추인할 수는 있다(대판 1997.12.12. 95다38240).

2) 당사자의 무능력을 이유로 취소하는 경우에는 모든 제3자에게 그 효과를 주장할 수 있다.

3) 원칙적 취소인 착오, 사기, 강박을 이유로 취소하는 경우에는 선의의 제3자에게 대항하

지 못한다(제109조제2항, 제110조제3항).

## 2. 당사자간의 효과

### 1. 채무의 소멸

법률행위가 취소되면 이미 발생한 채무는 소급적으로 소멸한다. 통설은 채무를 이행할 필요가 없으며, 이미 급부가 행해진 경우는 부당이득반환의무를 지게 된다(제741조)고 한다.

### 2. 제한능력자의 반환범위

민법은 제한능력자의 보호를 위하여 법률행위를 취소한 경우에 제한능력자는 그 행위로 인하여 '받은 이익이 현존하는 한도'에서 상환할 책임을 진다는 특칙을 정하고 있다(제141조 단서).

가) '받은 이익이 현존하는 한도'라 함은 취소하는 행위에 의하여 사실상 얻은 이익이 그대로 있거나 그것이 변형되어 잔존하고 있는 것을 말한다. 이는 제748조의 선의의 부당이득자반환의무인 '이익이 현존하는 한도'와 동일하다. 따라서 소비한 경우에는 이익은 현존하지 않으나, 필요한 비용(생활비)에 충당한 때에는 다른 재산의 소비를 면한 것이 되므로 그 한도에서 이익은 현존하는 것이다(지출의 절약).

나) 이익이 현존하는 범위를 정하는 기준시점은 취소한 시점을 기준으로 하여야 한다.

다) 이익이 현존하느냐에 대한 입증책임에 대하여 다수설은 제한능력자측에서 현존 이익이 없음을 입증하여야 한다고 한다.

## 3. 취소와 제3자

원칙적으로 취소의 효과는 제3자에 대하여 주장할 수 있다. 다만, 착오, 사기·강박에 의한 의사표시의 취소의 효과는 선의의 제3자에게 대해서는 주장할 수 없다(제109조 제2항, 제110조 제3항).

## V. 취소권의 소멸

### 1. 취소할 수 있는 법률행위의 주인

#### 가. 의미

취소할 수 있는 법률행위의 주인이란 취소할 수 있는 법률행위를 취소하지 않을 것으로 확정시키는 의사표시(단독행위)이다. 즉 주인은 취소권의 포기이며, 주인이 있으면 취소할 수 있는 행위는 더 이상 취소할 수 없고 확정적으로 유효하다(제143조제1항 후문).

#### 나. 주인의 요건

1) 주인은 주인권자가 하여야 한다. 즉 법률행위의 취소권자가 주인할 수 있다(제143조 제1항 전문).

2) 주인은 '취소의 원인이 종료한 후'에 하여야 하고, 그 종료 전의 주인은 그 효력이 없다(제144조 제1항). 예를 들어 제한능력자는 능력자가 된 후에, 착오 또는 사기·강박에 의한 의사표시는 그 상태를 벗어난 후가 아니면 주인할 수 없다. 그러나 법정대리인이 주인하는 경우에는 이러한 제한이 없다(제2항).

3) 통설은 추인이 취소권의 포기이므로 그 행위가 취소할 수 있는 것임을 알고서 추인하여야 한다(대판 1997.5.30. 97다2986)고 한다.

#### 다. 추인의 방법

추인은 추인권자가 취소할 수 있는 법률행위의 상대방에 대한 의사표시로 한다(제143조 제2항). 물론 묵시적 추인도 가능하다.

#### 라. 추인의 효과

취소할 수 있는 법률행위는 추인이 있으면 취소할 수 없고, 법률행위는 유효한 것으로 확정된다(제143조 제1항). 따라서 추인이 있게 되면 행위 당시로부터 소급적으로 유효하게 되므로 추인의 결과로 제3자의 이익을 해치는 경우는 없다.

## 2. 법정추인

### 가. 의의

1) 법정추인이란 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 사회일반으로부터 추인이라고 불만한 일정한 사유가 있을 때에는 취소권자의 의사와는 관계없이 법률상 당연히 추인이 있었던 것으로 간주하는 것을 말한다.

2) 취소할 수 있는 법률행위의 추인은 명시적 또는 묵시적으로도 가능하다. 그러나 묵시적 추인의 경우에는 당사자간에 다툼이 있을 수 있기 때문에 추인의 요건(제144조)을 갖추어야 한다.

### 나. 법정추인의 요건

1) 법정추인으로 인정되기 위하여는 취소의 원인이 종료한 후에 법정추인의 사유가 있어야 한다(제145조 본문). 또한 취소권자가 이의를 보류하지 않았어야 한다(제145조 단서).

#### 2) 법정추인의 사유

법정추인의 사유는 ① 전부나 일부의 이행 ② 이행의 청구 ③ 경계 ④ 담보의 제공 및 받는 경우 ⑤ 취소할 수 있는 행위로 취득한 권리의 전부나 일부의 양도 ⑥ 취소권자가 채권자로서 강제집행을 하거나 채무자로서 강제집행을 당한 경우 등이다.

다) 법정추인에 대한 여러 사유가 '추인할 수 있는 후' 즉 취소의 원인이 종료한 후에 행하여져야 한다(145조 본문). 다만, 통설은 미성년자나 피한정후견인이 법정대리인의 동의를 얻어서 위와 같은 사유에 해당하는 행위를 하는 경우와 법정대리인이 스스로 이에 해당하는 행위를 하는 경우에는 법정추인이 된다고 한다.

### 다. 효과

법정추인의 요건이 갖추어질 때에는 취소할 수 있는 법률행위는 추인한 것으로 보므로 취소할 수 없는 유효한 법률행위로 확정된다(제143조 제1항).

## 3. 취소권의 단기소멸

#### 가. 의의

취소할 수 있는 법률행위는 추인 또는 취소가 있을 때까지 유효하지만 취소로 인하여 소급적으로 무효가 되므로 유동적 유효상태에 있다. 이러한 상태를 지속하게 되면 상대방이나 이해관계가 있는 제3자의 지위를 불안정하게 하므로 제146조는 취소권의 단기존속기간을 규정하여 이를 조정하고 있다.

#### 나. 소멸의 요건

1) 취소권은 '추인할 수 있는 날'로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다(제146조). 추인할 수 있는 날이란 취소의 원인이 종료되어 취소권자가 취소의 대상인 법률행위를 추인할 수도 있고, 취소할 수도 있는 상태를 가리킨다(대판 1998.11.27. 98다7421). 예를 들어 미성년자가 법률행위를 한 때에는, 성년자가 된 때로부터 3년, 법정대리인이 미성년자가 법률행위를 한 것을 안 날로부터 3년, 그 법률행위를 한 날로부터 10년 중에서 어느 것이라도 만료되면 취소권은 소멸되고 취소할 수 있는 법률행위는 유효로 확정된다.

#### 다. 기간의 성질

통설은 제146조가 규정하는 기간이 소멸시효기간이 아니라 제척기간(대판 1993.7.27. 92다52795)이라고 한다. 따라서 제척기간이 경과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 조사하여 고려하여야만 한다.

#### 라. 부당이득반환청구권의 존속기간

제146조가 규정하는 기간내에 취소권을 행사하면 부당이득반환청구권 내지 원상회복 청구권이나 현존이익의 반환청구권이 생긴다. 통설은 그러한 반환청구권의 존속기간도 제146조의 기간내에 행사하여야 한다고 한다.