

# 無 效\*

헌 병 철\*\*

---

<차 례>

---

- |                        |                             |
|------------------------|-----------------------------|
| I. 서 언                 | Ⅲ. 우리 민법에 있어서 무효에 관한 규정의 검토 |
| Ⅱ. 무효의 연혁적 고찰          | 1. 무효와 불성립                  |
| 1. 프랑스민법에서의 절대무효와 상대무효 | 2. 일부무효                     |
| 2. 일본민법에 있어서의 무효와 취소   | 3. 무효와 선의의 제3자              |
| 3. 우리민법에 있어서 무효와 취소    | Ⅳ. 결 론                      |
- 

## I. 序 言

우리 민법은 사람마다 그들의 생활관계를 자기책임하에 형성하도록 규정하고 있다. 이를 私的自治(Privatautonomie)라 한다. 이 私的自治는 所有의自由와 遺言의自由, 그리고 契約의自由를 핵심적인 내용으로 하고 있으며, 헌법과 사법규정의 중요한 기본적 가치에 속해 있다. 그러나 이 私的自治에는 그 자체내에 위험이 내재되어 있다. 예컨대 계약자유를 보게 되면 만일 계약이 양당사자 가운데 어느 일방의 이익을 위한 경제적인 권력행사의 도구가 된다든지 혹은 남용되는 일이 있을 수 있기 때문이다. 물론 이러한 일은 묵과될 수 없는 일이다. 그렇기 때문에 私的自治는 헌법적 질서의 범위내에 존재하게 되며<sup>1)</sup>, 법률에도 이는 반드시 명시하여야 한다<sup>2)</sup>. 따

---

\* 이 논문은 1997년도 교내연구비 지원에 의하여 연구된 것임.

\*\* 한양대학교 법대교수, 법학박사

1) BVerfG, Beschl 16.5.1961, BVerfGE 12.341(347).

라서 사적자치의 실현으로 사용되는 法律行爲도 역시 법규정의 범위내에서만 행하여져야 한다.

그러므로 완전한 法律行爲를 하기 위해서는 법률행위 구성요건의 특성들을 이해하여야 할 뿐만 아니라, 구성요건에 어떤 欠缺도 존재해서는 안된다. 또한 행위의 전제가 된 법규정에 위반되지 않아야 한다. 따라서 瑕疵가 전제되어 있다든가 법규정에 위반되었을 때는 법률행위의 효력이 발생하지 않게 된다. 이것이 取消와 無效의 制度이다. 取消는 일정한 자(취소권자)의 주장이 있을 때 처음부터 효과가 생기지 않았던 것으로 되는 경우를 말한다. 이에 대해 無效는 누구의 주장을 기다릴 필요없이 법률행위가 처음부터 효과가 발생하지 않는다. 일반적으로 무효인 법률행위는 교정되어지는 것이 아니라<sup>3)</sup>, 무효의 근거를 제거하고 새롭게 행해져야 효력이 발생하게 되는 것이다<sup>4)</sup>.

우리 민법에서 무효의 근거를 찾아보면 ① 意思能力이 없는 자의 意思表示, ② 不能한 것을 목적으로 하는 法律行爲, ③ 信義則에 반하는 權利行爲와 義務의 履行(민법 제2조), ④ 公序良俗에 반하거나 社會的 妥當性을 결한 法律行爲(민법 제103조, 제104조) 등이 있다. 그 밖에도 ⑤ 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우의 非眞意意思表示(민법 제107조), ⑥ 通情虛偽表示의 당사자간의 효력(민법 제108조) 등이 있는데, 이들 규정의 내용 중에는 무효의 주장을 받는 자의 범위가 제한되는 경우(민법 제107조 ②, 제108조 ②)가 있다. 이러한 것을 소위 相對的 無效라고 한다. 그런데 공서양속, 강행법규 위반의 무효와 같은 絶對的 無效와는 다른 相對的 無效의 범주를 인정하는 것이 과연 타당한 것인가.

이러한 의문에서부터 無效라는 말이 시사하는 내용을 탐구해서 무효의 「無」로서의 의미를 명확히 하는 것이 본고의 제일의 과제이다. 이 문제를 처리하기 위해서 먼저 取消의 「有」로서의 성격을 명확히 할 필요가 있다. 이 때 생각해 보아야 할 일은 취소하여야 할 행위에 기해서 행하여

2) 우리 민법 제2조 단서에도 이를 규정하고 있다.

3) 독일민법에서는 예외조항이 있다. § § 313 S.2, 518 II, 766 S.2, 1600f II, BGB.

4) D.Schwab, Allg. Schuldrecht, 8. Aufl 1980, S.364ff.

진 새로운 행위에 의해 제3자는 보호되는가 어떤가에 대해 중요한 시사를 받을 수 있다. 우리 민법 제141조는 취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다고 규정하고 있다. 이는 절대적으로 溯及되는 것으로 해석된다. 그런데 우리 민법은 표의자가 제3자에 대해 취소의 효과를 주장하지 못하도록 제한하고 있다(제108조 ②, 제109조 ②). 이처럼 모순된 결과는 어떻게 해서 발생한 것인가. 그 원인은 取消가 「有」로서 유효하다는 전제를 명확히 인정함으로써 모순된 결과를 해결할 수 있다고 생각된다. 이를 해결하면 소위 相對的 無效의 개념을 명확히 할 수 있고, 그 필요성의 유무 또한 명확해진다고 생각되기 때문이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 여러 가지 세세한 논점을 해결해 나가야 한다. 그러나 본고에서는 연구의 서설로서의 기본적인 문제만 고찰을 하고자 한다. 그리고 이러한 문제는 주로 學說을 중심으로 그 이론이 전개되고 있기 때문에 學說史를 중심으로 논해 보고자 한다. 이를 위해서는 우선 우리 민법의 성립과정을 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 민법의 문제를 논할 때는 그 성립과정에 따라 그 후의 학설의 변천을 살펴보면 충분하다고 보기 때문이다. 그러나 우리 민법의 성립과정을 살펴볼 때는 일본민법의 成立過程과 프랑스민법전의 成立過程을 살펴보아야 한다<sup>5)</sup>.

따라서 본고에서는 프랑스민법의 내용과 일본민법전 및 우리 민법전의 성립과정을 살펴보고, 현행 우리 민법규정의 내용을 분석해 보고자 한다. 현행규정의 분석을 하면서 독일의 민법규정과 학설을 함께 살펴보고자 한다. 현행 민법의 해석은 독일의 학설이 많은 영향을 미쳤다고 보기 때문이다<sup>6)</sup>.

5) 현행 우리 민법은 구민법을 토대로 해서 재정의었고, 구민법은 현행 일본민법전과 동일하다. 또한 일본민법전은 프랑스민법학자인 Boissonade가 19C 프랑스 민법학의 성과를 반영해서 제정된 법전이다.

6) 민법전심의회록에 보면 외국입법예로서 일본민법·프랑스민법과 함께 독일민법규정이 많이 나온다.

## Ⅱ. 無效의 沿革的 考察

### 1. 프랑스民法에서의 絶對無效와 相對無效<sup>7)</sup>

프랑스민법에서는 取消에 관한 규정이 별도로 규정되어 있지 않고, 다만 無效에 법률상 當然한 無效(絶對無效)와 取消訴權<sup>8)</sup>의 행사에 의해서 무효가 되는 것(相對無效)이 있다. 양자를 포함하는 광의의 무효에 대한 특색은 첫째로, 무효원인이 契約의 締結時點에 있어서 이미 존재하는 점에 있고, 둘째로 처음부터 존재하고 있지 않았던 것으로 취급하는 점(溯及效)에 있다. 전자는 解除(résolution)와 구별되고, 후자는 對抗不能(inopposabilité)과 구별된다고 한다.<sup>9)</sup>

프랑스민법 제1108조는 同意, 能力, 目的, 原因 등 네가지 요소를 合意(法律行爲)가 유효하기 위한 요건으로 규정하고 있다. 따라서 이들 요건이 흠결되었을 때 그 合意는 無效가 된다고 볼 수 있으나, 제1117조에서는 이 중 특히 錯誤, 強迫 또는 詐欺에 의한 合意에 대해서는 법률상 當然無효가 되는 것이 아니고 이것을 무효로 하기 위한 取消訴權을 발생시키는 데에 지나지 않는다고 규정하고 있다. 이 취소소권은 제1304조에서 단기의 소멸시효에 걸리는 것으로 되어 있으므로<sup>10)</sup>, 프랑스민법상 무효에는 법률상 當然無효와 일정기간 내에 취소소권을 행사했을 때에 비로소 무효가 되는 것이 존

7) 尹容德, 相對的 無效, 金基洙教授停年記念論文集, 1997, 647면 이하 참조.

8) 프랑스민법 제1117조에서 「取消訴權」으로 번역한 말은 caution en nullité ou en rescision이며, 이는 일본구민법에 있어서 표현된 鎖除訴權의 원어이기도 하다. 이를 직역하면 「무효 또는 취소를 요하는 소권」으로 표현할 수 있다. 그러나 이 표현에 의할 때에는 무효소권과 취소소권의 두가지 소권이 있다던지, 무효의 경우와 취소의 경우에 공통의 소권이라고 하는 오해를 불러일으킬 우려가 있기 때문에, 본고에서는 그 실체에 비추어 굳이 이것을 「취소소권」으로 표현하였다.

9) J. Flour et J.-L. Aubert, Les obligations, tome 1, 6e éd. 1994, n° 330. 프랑스민법에서의 絶對無效와 相對無效의 구별에 관한 자세한 소개는 野澤正充, 對抗不能と相對的 無效, 法律時報 제67卷8號(1995), 88面 이하 참조.

10) 한편 제2262조에서는 對物訴權·對人訴權의 모든 소권은 30년으로 시효에 걸린다고 규정한다.

재하게 된다. 그래서 두 종류에 대한 무효의 관계를 밝히는 것이 해석론의 중요한 과제로 되었다.

현재 프랑스의 학설은 일반적인 보호를 목적으로 하는 법원칙에 위배함은 絶對無效이고, 개인적인 이익의 보호를 목적으로 하는 법원칙에 위배함은 相對無效라고 한다. 다만 모든 法令은 어떠한 의미에서 일반적인 이익의 보호를 목적으로 하고 있기 때문에, 개인적인 이익과 일반적인 이익의 구별은 반드시 일의적으로 명확한 것은 아니라고 할 수 있다. 그러나 예컨대 錯誤에 의한 의사표시에 대해서 보면, 表意者가 그 의사표시를 무효로 하는 권능까지 가진다면 표의자가 실제로 그 권능을 행사하지 않고도 일반적인 이익은 지킬 수 있다고 할 수 있다. 이에 대하여 公序良俗에 반하는 契約은 실제로 이 효력이 부정되지 않으면 일반적인 이익은 보호되지 않는다. 따라서 전자(相對無效)에 대해서는 표의자만이 무효 주장을 할 수 있는 권능을 가지고 있는 것으로 충분하고,<sup>11)</sup> 후자(絶對無效)의 경우에는 그 효력을 부정할 기회를 늘리기 위하여 이해관계를 가진 모든 자가 무효를 주장할 수 있게 두는 것이 필요하다고 한다.<sup>12)</sup> 이것과의 관계에서 특히 주의해야 할 것은 공서에 관한 규정(強行規定)과 일반이익의 보호를 목적으로 하는(絶對無效에 따라 제재됨) 규정을 혼동해서는 안된다고 한다. 예를 들면 無能力者의 보호에 관한 규정은 이것과 다른 약정의 효력을 인정하지 않는다는 의미에서는 강행규정이지만, 그 제도 목적은 행위무능력자의 개인적인 이익의 보호에 있고 相對無效에 따라 제재된다.

19세기 시행초기의 고전이론에서 절대무효는 법률상 당연무효이고 행위는 최초부터 존재하지 않기 때문에 법관이 다시 무효를 선언할 필요는 없고, 따라서 무효주장에 따라 소멸시효를 관념할 수 없다고 이해하고 있었다. 그러나 실제로는 절대무효의 경우에도 예컨대 이유의 부존재와 위법한 이유와 같

11) 다만 무능력자의 보호를 위해 무능력자 이외의 자에게 무효의 주장을 하는 권능이 주어졌듯이 그 범위가 확장된 것도 있다.

12) 오늘날 절대무효에 있어서는 이해관계를 가지는 모든 자가 무효를 주장할 수 있게 된 이유에 대하여 고전이론과 같이 「合意의 不成立이라는 기존의 사실을 원용하기 때문에」라는 방법으로 설명하지 않는다. J. Ghestin, *Traité de droit civil*, tome 2, *Les obligations, Le contrat: formation*, 2e éd. 1988, n° 750.

이 법관의 평가를 가지고 비로소 무효가 되는 경우가 적지 않다. 판례는 절대무효에 기초한 급부물반환 등의 소권도 당해 행위가 행해지는 날로부터 30년의 기간의 경과에 의하여 시효소멸하는 것이라고 이해하고 있다.<sup>13)</sup>

무효원인별로 보면 절대무효와 상대무효의 구별은 고전이론에 있어서는 비교적 명확했지만, 오늘날의 학설·판례에 있어서는 조금 애매한 요소가 있어 판례·학설의 현황을 정확하게 이해하기 위해서는 각각 무효원인마다 재판상 청구의 要否, 무효를 주장할 수 있는 자의 범위, 추인 및 시효소멸의 가능성 등을 검증해 갈 필요가 있다. 여기에서는 중요한 사항에 대한 개요를 소개하는데 그치도록 하겠다.<sup>14)</sup>

① 同意의 瑕疵(錯誤·強迫·詐欺), 行爲無能力者 및 濫用(과대손해)은 일반 당사자의 개인적 이익을 보호하려고 하는 것이기 때문에 相對無效라고 해석하는 것에 대해 다툼은 없다.

② 그 목적 또는 이유가 政治的 公序 또는 狹義의 經濟的 公序에 반한 行爲(공서양속위반의 행위)는 일반이익을 해하는 것이라 하여 絕對無效로 된다.

③ 契約內容의 錯誤(error in negotio) 및 계약의 목적물에 관한 錯誤(error in corpore)의 경우에는 당사자 간에 합의의 외형만이 존재하고 실질적인 합의는 존재하지 않는다고 평한다. 이러한 경우의 錯誤(erreur obstacle)는 意思無能力의 경우와 함께 同意의 欠缺(défaut de consentement)을 초래한 것이라고 하여 고전이론에 있어서는 절대무효에 따른 제재를 받는 것이라고 이해하고 있다. 그러나 이런 경우에는 표의자 또는 의사무능력자의 보호만이 문제인 것은 명확하고 근세의 학설에서는 이것을 相對無效라고 해석하는 것이 유력하다.<sup>15)</sup> 의사무능력자에 대해서는 1986년 1월 3일의 법률에 따라 개정된 민법 제489조가 명문의 규정으로 상대무효라고 정하고 있다.

④ 이유의 부존재의 경우에 관해 판례는 絕對無效라고 하지만, 오늘날의

13) Ghestin, op. cit., n° 739.

14) Flour et Aubert, op. cit., n°342; Ghestin, op. cit., n° 750. 이에 대한 최근의 문헌은 C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, thèse Paris I, 1992 참조.

15) 프랑스 판례에서는 중대한 착오는 절대무효, 의사무능력은 상대무효로 구별하고 있다고 한다. Flour et Aubert, op. cit., n°202.

학설에서는 개인적인 이익의 보호를 목적으로 한다고 하여 相對無效라고 하는 것이 다수를 차지한다.

⑤ 公定證書의 作成과 家族會議 同意 등의 방식을 요구하고 있는 행위에 관해 그 방식을 준수하지 않는 경우에 대해서는 각각의 방식이 요구되고 있는 취지에 따라 절대무효인지 상대무효인지가 구별되어야 한다고 이해되고 있지만, 개별 구체적인 평가에 관해서는 판례 학설의 사이에 많은 다름이 있다.

⑥ 勞動法, 消費者法 등 약자보호규정에 대해서 직접적으로는 개인적 이익의 보호를 목적으로 하는 것이라고 할 수 있지만, 동시에 社會的인 公序를 형성하는 것이라고 평가된다. 판례도 확정된 원칙은 없다고 한다.

⑦ 당사자 쌍방의 보호를 목적으로 하는 경우와 계약 당사자 이외의 제3자 보호를 목적으로 하는 경우의 무효는 기본적으로 相對無效로 이해하여야 한다.

이상에서 개관해 본 것과 같이 프랑스민법에 있어서 絶對無效와 相對無效의 구별은 그 효과면에서 보면 우리민법에 있어서 無效와 取消에 대응하는 것이다.

이로써 바로 우리민법에 있어서 무효이분론을 정당화하려고 하면 근본적인 개념정리에서 오류를 범하고 있다는 비판을 받을 수도 있을 것이다. 한편으로 프랑스의 절대무효와 상대무효의 구별에 관한 논의의 추이를 보면 그 내용은 우리법에 있어서 무효취소론의 전개과정과 대개 같은 모양이다. 여기에서 프랑스민법에 있어서 논의의 전개를 직접적으로 우리법에 반영시키고자 하면 차라리 무효와 취소를 일체화한 뒤에 公益的 無效·取消와 私益的 無效·取消로 구별하는 것도 생각해 볼 수 있다.

## 2. 日本民法에 있어서의 無效와 取消

상술한 프랑스민법의 절대적 무효와 상대적 무효의 구별은 Boissonade에 의하여 일본민법에 도입되었다. 프랑스민법의 絶對的 無效는 일본민법의 無效로 프랑스민법의 相對的 無效는 취소로 규정되었으며, 舊日本民法典 제정

당시의 Boissonade의 이러한 생각은 현행일본민법제정과정에서 梅謙次郎 博士에 의하여 계승되었다.<sup>16)</sup> 無效에 관한 구일본민법 규정은 재산편 제304조와 제305조이다. 제304조는 合意의 成立要件을 제305조는 合意의 有效要件을 규정하고 있다. 이 두 조문의 취지를 기초자인 Boissonade는 다음과 같이 말하고 있다.

“두 조문을 비교해 보면 합의의 성립요건과 유효요건으로 이해하게 된다. 그러나 다시 검토해 보면 완전히 無效인(null) 合意와 瑕疵있는 合意, 즉 「무효로 되는(annulable) 합의」로 구별하는 것이 가능하다. 무효인 합의와 「무효로 될 수 있는 합의」 사이에는 많은 부분에서 대단히 큰 상위점이 있다.<sup>17)</sup>”

이처럼 Boissonade는 완전한 무효와 무효로 될 수 있는 의미로 구별하고 있다. 이러한 annulable(무효로 할 수 있는)을 司法省에서는 取消로 되어야 할 것으로 해석하고 있으며, 일본법에 있어서 취소개념의 효시라고 한다<sup>18)</sup>.

그렇다면 舊日本民法에 있어서의 무효와 무효로 될 수 있는 것의 차이는 무엇인가. 무효의 개념을 검토해 보면 이것은 합의의 성립요건을 규정한 재산편 제304조와 관련된다. 일본민법 제304조는 합의의 성립을 위해서는 다음과 같은 3개의 요건을 구비해야 한다. ① 當事者나 代理人의 承諾, ② 處分權을 가진 자의 目的의 確定, ③ 事實 또는 原因의 合法 등을 구비할 필요가 있다. 이상의 3개의 요건을 구비할 때 행위당사자에 의무를 부담하는 약정이 성립된다. 이 3개의 요건을 구비하지 않을 때에는 완전한 無效가 된다. 즉 이때 무효의 성질은 절대적이다. 그러므로 이상 3개의 기본적 요건중 하나만이라도 흠결한다면 외형적으로는 유효하게 성립된 행위로 보이더라도 그것은 不成立이 된다. 결국 절대적 무효는 불성립의 범위도 포함된다고 할 수 있다. 즉 無效 = 不成立 = 「無」라는 것이 명백하게 된다. 이와 관련해서 검토해 보아야 할 규정은 狹義의 無權代理(현행민법 제113조)이다. 이 규정은 전술한 재산편 제304조에 저촉된다. 즉 본인의 승낙이 없으므로 不成

16) 法典調査會議 速記録 171面の梅發言.

17) Gustave Boissonade. *Projet de code civil pour l' Empire du japon, accompagné d'un commentaire*, t. II. *Des droits personnels ou obligations*. 2eme de. 1883. pp. 53, 54; 熊谷芝青, 日本民法における 無效と取消, 早稻田法學會誌, 第42卷(1992), 197面.

18) 熊谷芝青, 上掲書, 198面.



立이 된다. 따라서 본인이 추완을 한다 해도 그것은 새로운 합의가 되고 소급효는 당연히 발생하는 것이 아니다<sup>19)</sup>.

그 다음에 무효로 될 수 있는 의미를 검토해 보고자 한다. 구일본민법 제 305조는 합의의 유효요건이 갖추어져 있다고 해도 그 합의가 유효하기 위해서는 다음과 같은 두 요건이 갖추어 져야 한다. ① 承諾에 錯誤 또는 強迫이 없어야 하고, ② 當事者が 能力이 있거나 또는 有權代理人의 行爲가 있어야 한다. 먼저 첫째 규정은 錯誤·強暴(強迫)이 있으면 瑕疵있는 合意가 된다는 것이다. 현행 일본민법과는 달리 착오를 하자있는 합의로 보았으며, 사기에 의한 합의는 포함하지 않았다. 이 점에 있어서 Boissonade는 사기에 의한 착오의 정도를 참작한다고 생각함으로써 詐欺와 錯誤를 혼동하고 있다<sup>20)</sup>. 그러나 실제적으로는 사기에 의한 합의도 하자있는 합의에 포함된다. 이와 같이 구일본민법은 착오·사기·강폭(강박)을 각각 그 경중의 정도를 가려서 그 정도가 중한 것을 제304조의 성립요건을 欠缺한 것(不成立)으로 하고, 그 정도가 경미한 것은 합의의 유효성에 아무런 영향도 없는 것으로 하고, 그 중간영역을 제305조의 효력요건을 欠缺한 합의(=瑕疵있는 合意)가 되는 것으로 분류하고 있다<sup>21)</sup>. 둘째로 규정하고 있는 것은 행위무능력자에 대한 것이다. 단지 意思가 없는 喪心을 이유로 하는 무능력 혹은 행위의 불성립에 관한 규정은 없다. 그러나 당사자가 금치산의 선고를 받은 경우는 말할 것도 없고 선고전에도 행위시에 喪心의 상태에 있었다는 것을 명확히 하는 鎖除訴權을 행사함으로써 제304조가 말하는 당사자의 승낙을 결한 것으로 절대적 무효가 된다고 한다. Boissonade는 知能이 충분치 못한 자에게 중요한 법률상의 행위능력을 부여하지 않고 있으나<sup>22)</sup>, 知能이 無가 되는 것은 상정하지 못하고 있는 것으로 보고 있다<sup>23)</sup>. 이상에서 살핀 바와 같이 제305조의 유효요건을 충족하지 않은 경우는, 당사자간에 합의가 이루어져도 그것은 하자있는 합의이며, 무효로 될 수 있는 합의이다. 이 합의를 확정적인

19) 慇谷芝青, 上掲書, 198面.

20) 慇谷芝青, 上掲書, 198面.

21) 小林一後, 錯誤法の研究, 1986, 191面 以下.

22) 須永醇, 權利能力·行爲能力·意思能力, 星野英一 代表 民法講座 第1卷, 97面.

23) 慇谷芝青, 前掲書, 199面.

무효로 하기 위해서는 무효화의 과정을 요하게 된다. 즉 무효를 주장할 수 있는 자격을 가진 자가 무효를 주장해야 무효가 확정된다. 그 주장의 자격자는 無能力者와 그의 代理人이다(구일본민법 제319조, 제544조). 이런 의미에서 무효로 될 수 있는 합의는 相對的이라고 할 수 있다. 따라서 이 무효화의 효과로서의 無效(無)도 결과적으로 무효가 되는 것이므로 相對的 無效라는 말을 사용하게 된다.

현행 일본민법은 제119조부터 제126조까지 무효와 취소에 관해서 규정하고 있다. 이와 같은 규정들은 구민법을 수정하고 외국의 제민법들을 참조해서 작성되었다<sup>24)</sup>. 民法調査會 議事速記録에 의하면 입법의 취지를 설명하고 있으며, 무효와 취소의 2개의 범주로서 민법의 효력을 부인하는 규정을 두고 있다. 無效에 대해서 보면 제119조에서 무효의 효과에 대하여 규정하고 있다. 이 규정의 입법취지를 설명한 梅謙次郎 起草委員은 이 규정(제119조)은 絶對的 無效를 규정한 것이며, 구민법 제558조와 같은 의미를 갖는다고 말하고 있다<sup>25)</sup>. 따라서 현행 일본민법에 있어서의 무효는 구민법의 무효의 개념을 승계했다고 볼 수 있다.

다음으로 取消에 관한 입법자의 의도를 구체적으로 검토해 볼 필요가 있다. 취소에 관한 일본민법 규정은 제121조이다. 그 내용은 취소된 행위는 처음부터 무효라고 되어 있다. 이는 구민법 제552조와 같다고 설명하고 있다. 앞에서 기술한 鎖除는 「有」의 의미를 전제로 한 것이고, 결과적으로 「無」로 되는 것도 「有」를 전제로 한 성격을 갖는다는 것을 의미한다. 현행민법에서도 그 성격은 유지되고 있다. 결국 구민법은 「無」로서의 절대적 無效와 「有」를 전제로 한 상대적 무효의 구별이 애매했던 것에 대해서, 현행민법에 있어서는 「無」로서의 無效와 전혀 혼동되지 않는 용어로서 선택된 용어가 取消이다. 이런 결과로 무효의 개념은 보다 명확해졌다고 할 수 있다. 효과에 있어서도 취소권자는 무능력자 또는 하자있는 의사표시를 한 자와 그의 승계인과 대리인이다(일본민법 제120조). 이 점에 있어서도 구일본민법과 동일하다. 그러나 현행 일본민법은 구일본민법과 달리 喪心을 상정해서 그

24) 向井健, 民法典の編纂, 福島正夫編 日本近代法體制の形成(下), 1982, 380面 以下.

25) 法典調査會, 民法議事速記録, 171面.

것을 「無」로서 고찰하는 것은 구일본민법에는 없는 규정이다. 그 밖의 규정은 대체로 신·구민법의 효력이 차이가 없다고 할 수 있다. 단지 「無」로서의 무효와 「有」로서의 무를 취소로 그 개념을 구별하는 것은 진진된 것이라 할 수 있다. 결국 무효와 취소의 정책판단은 주로 「意思」의 정도를 기준으로 해서 정하고 있고, 이는 곧 表意者保護의 측면을 배경으로 하고 있다.

### 3. 우리 民法에 있어서 無效와 取消

우리 민법은 무효와 취소에 대해서 제137조부터 제146조까지 규정하고 있다. 國會에서 이 규정들을 제정하면서 무효와 취소에 관한 규정을 명문으로 구분하여 두었기 때문에, 프랑스나 일본과 달리 相對的 無效에 관한 논란은 피할 수 있었던 것 같다.

無效에 관해서는 민법 제137조부터 제139조까지 규정되어 있다. 이들 조문들에 관한 입법이유나 제안이유는 찾아볼 수 없다<sup>26)</sup>. 그러나 이들 규정 가운데 민법 제139조가 중심이 되는 규정이라는 것을 알 수 있다. 國會速記錄을 살펴보면 이 규정(제139조 無效行爲의 追認)의 通過에 앞서서 法制司法委員長 代理는 다음과 같이 설명하고 있다.

“제132조(현행 제139조) 앞에 2개 條文을 新設하자는 것입니다. …… 한 條文은 一部無效의 條文을 신설하자는 것이고, 또 한 條文은 無效行爲의 轉換이라는 것을 規定하자는 것입니다. 이것은 학자의 학설상 다 이러한 條文이 없는 현행민법하에서도 이렇게 해석되어 있고, 獨逸에서도 通說로 되어 있습니다마는 이렇게 되는 학설의 歸結을 明文化하는 것이 좋겠다해서 이 두 개의 條文을 新設하자는 것입니다<sup>27)</sup>.”

즉 민법 제132조의 해석에 위해서 一部無效의 問題나, 無效行爲의 轉換의 문제를 해결할 수 있다는 것을 밝히고 있다. 실제로 우리 舊民法이나 현행 일본민법전을 보면 무효에 관해서는 無效行爲의 追認(舊民法 제119조) 한

26) 民法案審議錄(上卷)을 살펴보아도 제안이유는 기술되어 있지 않다. 民議院, 法制司法委員會 法案審議小委員會, 民法案審議錄(上卷), 91면.

27) 國會速記錄, 제26회 - 제45호, 1957, 國會事務處.

조문만 규정되어 있다. 그럼에도 불구하고 우리 현행민법이 2개의 조문을 더하여 3개(제137조~제139조) 조문을 규정한 것은 무엇 때문인가. 이미 앞에서 살펴본 대로 첫째는 민법 제139조 한 조문의 해석만으로도 가능하지만 그것을 明文化해서 규정하는 것이 좋겠다는 학계의 의견을 받아들인 것이다. 실제로 民事法研究會에서 그 당시 발표한 내용을 보면 修正案이 법률행위의 일부무효와 무효행위의 전환에 관한 규정을 성문화한 것에 찬성한다고 했다. 그 이유로는 현행민법 하에서도 가능한 한 당사자가 의도한 목적의 실현에 협력하는 것이 法律行爲制度의 理想이므로 판례나 학설이 이것을 용인하고 있는 것이다. 고로 새로운 민법제정에 있어서는 판례나 학설이 일반적으로 용인하고 그와 같이 일반적으로 시행되고 있는 제도를 성문화하여 成文法으로서의 체제하에 명백히 규정하여 두는 것이 더 좋은 立法이라 할 것이다<sup>28)</sup>. 결국 학계가 무효에 관한 현행민법의 규정을 지지한 것은 表意者 保護에 그 일차적 목적이 있음을 알 수 있다.

그 밖에 取消에 관한 7개 조문(민법 제140조~제146조)은 구민법과 크게 다르지 않다. 다만 민법 제141조 취소의 효과에서 취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 한다고 되어 있는 法制司法委員會의 案<sup>29)</sup>을 國會本會議에서 「……으로 본다」로 修正하였고, 민법 제146조에서 취소권의 소멸시효를 追認할 수 있는 날로부터 3년, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다고 수정한 점이 구민법과 달리 평가될 수 있는 점이다. 결국 취소에 대한 입법을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 取消의 效果를 처음부터 무효인 것으로 한다는 당연한 규정을 「~취소한 것으로 본다」고 擬制規定으로 하는 것은 消滅時效의 效力을 확정적인 무효로 한다는 것을 의미하게 된다. 즉 「~하는 것으로 한다」는 의미는 성질상 그것이 나오는 때에는 「~한다」로 하고, 성질상 그것이 나오지 않을 때는 「~하는 것으로 본다」고 하는 것이 더욱 정확하기 때문이다<sup>30)</sup>. 둘째, 短期消滅時效의 確定 또한 去來의 迅速과 安定이라는 점에서 學界의 支持를 받았다<sup>31)</sup>. 그 밖에 취소의 효과에 관한 내용은 논점없이 구

28) 民事法研究會, 民法案意見書, 一潮閣, 檀紀 4290年, 55면.

29) 前掲 民法案審錄(上卷), 91면.

30) 國會速記錄, 前掲書, 第26回-第45號.

31) 民事法研究會, 前掲書, 56면.

민법의 규정을 그대로 받아들인 것으로 보인다.

### Ⅲ. 우리 民法에 있어서의 無效에 관한 規定의 檢討

지금까지 무효에 관한 沿革的 考察을 하였다. 이를 통해서 법률행위의 효력을 否認하는 制度로서의 無效와 取消의 成立過程과 그들의 구분기준을 대략 살펴보았다. 본항에서는 우리 민법에 규정되어 있는 무효에 관한 규정들을 분석해서 無效의 意味를 살펴보고자 한다.

#### 1. 無效와 不成立

우리 민법에서 無效는 법률행위가 성립당초부터 법률상 당연히 그 효력이 발생하지 않는 것이라고 정의하고 있다<sup>32)</sup>. 無效인 法律行爲는 법률행위로서 성립하기 위한 法律事實을 구비하고 있지만, 그것에 어떤 결점이 있기 때문에 법률행위상의 효과가 발생하지 않는 것을 말한다<sup>33)</sup>. 따라서 無效라는 것은 당사자가 의도한 法律效果가 발생하지 않게 된다. 그래서 법률행위의 무효는 確定的인 것이 된다. 즉 無效인 法律行爲는 그 후에 있어서 當事者의 行爲 또는 時間의 經過에 의하여 유효한 것으로 될 수는 없다. 또한 무효는 당연히 생긴다. 당연히 생긴다는 것은 당사자가 그것을 주장하든지 하지 않든지 불문하고 무효가 된다. 마지막으로 무효는 絶對的이다. 절대적이라는 것은 누구에 대해서도 또 누구로부터도 무효를 주장할 수 있다는 것이다.

이와 같은 無效는 法律行爲의 不成立과 구별해야 한다. 즉 法律行爲의 不成立은 법률행위를 구성하는 의사표시 그 밖의 성립요건이 전혀 존재하지 않는 경우라고 한다<sup>34)</sup>. 예를 들면 契約을 체결함에 있어서 請約에 대해서 承諾이 없는 경우에 契約은 不存在한다고 한다. 그런데 이때 請約과 承諾이 있고

32) 高翔龍, 民法總則, 法文社, 1996, 646면; 李銀榮, 民法總則, 博英社, 1996, 669면; 李英俊, 民法總則, 博英社, 1996, 655면; 郭潤直, 民法總則, 博英社, 1990, 506면.

33) 崔式, 無效인 法律行爲, 考試界, 1964.11, 58면.

34) 高翔龍, 前掲書, 646면; 李銀榮, 前掲書, 671면.

그것이 합치했지만 그 내용이 反社會性을 가질 때에는 그 계약은 무효라고 한다. 이처럼 無效와 不成立을 구별하는 실익은 無效行爲의 轉換(제138조), 無效行爲의 追認(제139조) 또는 재판상의 무효를 다투는 경우에 나타난다고 한다<sup>35)</sup>. 그러나 무효행위의 본질은 처음부터 당연히 효력이 없는 것이며, 그 성립을 인정할 여지가 없다. 따라서 無效行爲의 法律效果는 不成立과 마찬가지로 처음부터 무효이므로 이 양자를 구별할 필요는 없다는 견해<sup>36)</sup>도 있다. 결국 법률효과가 없는 법률행위는 법률행위로서는 존재의 의미가 없다고 할 수 있다. 따라서 不存在와 無效는 구별할 필요가 없다고 생각된다. 실제로 不存在의 概念을 絶對的 無效의 概念에 흡수되어 버린다는 견해도 있다<sup>37)</sup>.

## 2. 一部無效

法律行爲 內容의 一部에 관하여 무효의 원인이 있을 때에 그 부분이 무효로 되는 것은 당연하지만 나머지 부분에 관하여서도 무효로 되는가는 문제가 있다<sup>38)</sup>. 이 점에 대하여 우리 민법 제137조는 法律行爲의 一部分이 無效인 때에는 그 全部를 무효로 한다고 규정하고, 무효부분이 없더라도 法律行爲를 하였을 것이라고 인정하였을 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 않는다고 하였다. 여기서 생각해 볼 것은 表意者가 의사표시를 할 때 전체의 행위를 유효로 하기 위해서 표시했는데 일부분은 無效이고 나머지 부분은 有效라고 하는 것은 표의자의 意思를 존중하지 않는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다<sup>39)</sup>. 이 문제는 결국 去來의 安全을 위해서 表意者가 표시한 意思의 客觀的 意味를 중시하여 규정된 것으로 해석하게 된다. 이런 점에서 이 규정은 거래안전을 위한 立法政策上의 規定이라 하겠다.

35) 金容漢, 民法上の 無效, 考試界, 1969.12, 14면.

36) 李太載, 法律要件의 無效와 取消, 法曹協會, 法曹, 1979.6, 15면.

37) 愍谷芝靑, 前掲書, 72面.

38) 高翔龍, 前掲書, 649면.

39) 前掲 國會速記錄, 제26회-제45호.

### 3. 無效와 善意的 第三者

앞에서 무효의 성질을 세 가지로 요약하였다. 즉 무효는 確定的이고 絶對的이며 當然히 발생한다는 것이다. 그런데 우리 민법에는 特定人이 또는 特定人에 대해서만 무효를 주장할 수 있다는 조항이 있다(제107조 ②, 제108조 ②). 이를 소위 相對的 無效라고 한다. 이 相對的 無效는 當事者 사이 및 惡意的 第三者에 대해서만 무효로 된다<sup>40)</sup>. 즉 제3자에 대해서는 무효를 주장할 수 있지만 善意的 第三者에 대해서는 무효를 주장할 수 없다.

앞에서 살펴본 무효의 성질과는 달리 특정한 사람만이 특정한 사람에 대해서만 무효를 주장할 수 있는 근거는 무엇인가. 序言에서 이미 살펴본 바와 같이 私的自治는 사람들이 각자 어떤 사람과 계약을 체결하고(契約의 自由), 어떤 내용이어야 하는지(形成의 自由)에 대한 결정을 각자에게 맡기고 있다. 法律行爲는 계약당사자가 각자 一定한 判斷力을 전제로 이러한 契約을 자신의 責任下에 스스로 체결될 수 있다는 能力을 법률의 규정에 의해 認定된 手段이다<sup>41)</sup>. 그러나 法律行爲論을 종국적으로 正當化시켜주는 것은 私的自治 그 중에서도 自己決定思想이다. 따라서 信賴保護라는 측면에서도 신뢰는 커뮤니케이션 상대방이 法律行爲的 形成을 하였다는 점과 관련을 맺고 있어야 한다<sup>42)</sup>. 그러므로 상대방의 正當한 信賴 및 그에 기한 自己決定이 있는 경우에 表意者에게 歸責可能性(表示過失)이 있다면 法律行爲的 拘束이 발생할 수도 있다<sup>43)</sup>.

결국 第三者保護를 포함한 去來安全의 保護는 법률의 규정(제107조 ②, 제108조 ②)에 의해 실현된다. 그렇다면 무효의 성질에 相對的 無效와 絶對的 無效의 차이가 있는 것이 아니라는 것을 알 수 있다. 法律行爲가 無效라든가 取消라고 하는 것도 일정한 법률효과를 뒷받침하는 법률상의 근거에 지나지 않기 때문이다<sup>44)</sup>.

40) 李銀榮, 前掲書, 677면.

41) Dieter Giesen, Grundsätze der Konfliktlösung Dei fehlerhaften Rechtsgeschäften, Jura 1981.10, S.506.

42) 池元林, 法律行爲의 效力根據에 관한 研究, 서울大學校博士學位論文, 1993, 89면.

43) 池元林, 上掲論文, 91면.

## IV. 結 論

앞에서 살펴본 바와 같이 무효는 法律行爲에 瑕疵가 있을 때 발생하는 효과 중의 하나이다. 그리고 법률행위는 私的自治의 實現의 手段으로 사용되고 있으며, 이는 법규의 범위 내에서 존재한다는 것도 이미 살펴보았다. 우리 민법에서도 善良한 風俗 기타 社會秩序에 위반한 法律行爲(민법 제103조)나 不公正한 法律行爲(민법 제104조) 등은 無效이다. 그 밖에도 強行法規에 위반하는 法律行爲도 無效이다.

이와는 달리 意思表示에 瑕疵가 있어서 그 효력이 부인되는 규정으로 非眞意意思表示(민법 제107조 단서), 通情虛僞表示(민법 제108조 ①), 그 밖에 意思能力 없는 無能力者<sup>45)</sup>의 法律行爲도 무효로 하고 있다. 이처럼 의사가 欠缺되어 있는 경우에 그 효력을 부인하는 것은 당연한 일이다. 私的自治를 원인으로 하는 우리 민법에 있어서 意思가 없는데 법적 효력을 부여할 수는 없는 일이다. 따라서 意思가 欠缺된 경우에는 그 법률행위는 당연히 무효가 된다. 그런데 가령 4세~5세 정도의 어린이에게 의사가 전혀 없다고 할 수 있을가 하는 점에서 의문이 간다. 그러나 이들이 하는 법률행위를 취소할 수 있는 행위로 하지는 않고 있다. 이러한 경우의 행위를 無效로 하는 것은 意思가 전혀 없어서 무효로 하는 것이 아니고, 결국 그러한 자를 보호한다는 實質的인 理由를 들고 있다<sup>46)</sup>.

결국 無效제도도 表意者保護의 목적하에서 그 效力根據를 찾아볼 수 있다고 하겠다. 이러한 表意者의 意思에 하자가 있어서 법률행위가 무효로 될 때도 그 하자의 정도가 重한 경우인가 輕한 경우인가에 따라서 무효와 취소로 구분되어 있다는 것을 살펴보았다. 어떤 경우에 또 어느 정도의 瑕疵를 基準으로 無效와 取消를 결정할 것인가는 立法政策의 問題이다. 그러므로 무효의 효력규정에 있어서 絶對的 無效와 相對的 無效를 구분하는 것은 큰 의미가 없다고 할 수 있다.

44) 高翔龍, 前掲書, 91면.

45) BGV § 104.1에 의하면 만7세에 달하지 않는 자의 법률행위는 무효로 한다고 한다.

46) 高翔龍, 前掲書, 96면.