

無效와 取消의 二重效

玄 炳 哲*

第一 序 論

二重效의 問題는 「無效行爲의 取消可能性」(無效와 取消, 取消와 取消의 競合問題)과 「所有權의 二重取得의 可能性」(讓渡에 의한 取得과 時效에 의한 取得의 兩立의 可能性)을 둘러싸고 論하게 되는 問題이다. 이 問題는 또한 權利, 義務·法律關係라고 하는 法上의 概念(그의 本質) 一般에 關한 問題性を 포함하고 있는 法規와 生活事實, 法律要件과 法律效果와의 關係, 訴訟法과 實體法의 關聯性, 이라고 하는 民事法 全般에 關한 問題를 包含하고 있기 때문에 대단히 重要的 意味를 가지고 있다.

無效行爲의 取消는 法論理的으로 不可能이라고 되어온 傳統的見解에 대해, 實際上的 必要性이 促進됨에 따라 「無效行爲의 取消可能性」을 肯定하고 이것을 論理的으로 根據를 提示한 最初의 論文은 獨逸의 民法學者 Theodor Kipp의 「法에 있어서의 二重效에 對해서 특히 無效와 取消可能性의 競合에 對해서」¹⁾였었다. Kipp의 論文은 學界에 큰 反應을 불러일으켰으며 贊反 兩論으로 나누어졌다. 그러나 反對說도 一定한 경우 無效行爲의 取消를 인정하고, 또는 認定된 것과 같은 結果를 承認하고, 結論에 있어 Kipp에 가까워진 것이지만 一般論으로서의 「二重效理論」에 대해서는 學界全體에 反對說이 強하고 1940年代까지는 否定說이 大勢를 占하고 있었다. 이에 反해 2次大戰後의 獨逸民法學에 있어서는 肯定說이 많아지고 現在에는 오히려 否定說이 少數說이²⁾ 되었다. 그러나 注意할 것은 肯定說이라 할지라도 「二重效理論」을 一般的으로 널리 인정하고 있는 것은 아니고, 無效行爲의 取消의 경우에 限해서 인정되고 있는 것에 지나지 않는다고 생각된다. 그러나 바로이 「無效行爲의 取消」 또는 「無效와 取消의 競合의 可能性」의 문제는 法律要件과 法律效果와의 關係, 더불어 法律效果의 本質이라

* 漢陽大學校 法商大 法學科 助教授

1) Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere Über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, 1911).

2) 近來의 學說에서 否定說을 展開하고 있는 學者는 Ollers이다. Ollers, Doppelwirkungen im Recht? AcP 169 (1969) S 67ff.

고 할 基本問題와 關聯하는 點에 있어 法律學 [一般의 問題를 解決하는데 貢獻하고 있다고³⁾ 볼 수 있다. 二重效의 問題는 그 自體로서는 同一한 法律效吳가 多數의 原因에서 (二重原因 Doppelgründe), 또는 多數의 同樣한 法律效果가 다른 原因에서 (二重效果 Doppelfolgen) 發生할 수 있는가, 換言한다면, 積極的 法律效吳로서 同一 또는 同樣한 內容의 權利가 多數의 다른 原因에서 同時 또는 順次的으로 取得할 수 있는가, 또는 消極的으로 效果의 無效에 대해서 無效, 取消, 解除가 더러 組合할때, 競合하고, 無效行爲의 取消 또는 取消된 行爲의 取消가 可能한가 하는 點에 있다. 만약 이것을 否定한다면 所有權取得에 있어서 最初의 取得原因에 對해서 立證만이 許容되고 無效行爲에 對해서는 無效의 主張以外에는 認定되지 않는 結果가 되고 이는 오늘날 實際의 法律去來 및 訴訟에 適應하지 못하는 結果가 된다. 또 無效와 取消 또는 取消相互間에 있어서 그 附隨的效果를 달리할 때는 不合理的 [것이 되고, 특히 第三者에 對한 關係에 있어서는 例를들면 未成年者가 詐欺에 依해서 法定代理人의 同意 없이 物件을 讓渡하고 無能力에 基하여 行爲를 取消한 경우 相對方이 詐欺에 對해서는 惡意가 있지만 無能力에 對해서는 善意인 경우 第三者에게 그 物件을 讓渡하였을때, 無能力에 基한 取消를 한다면 第三者의 善意取得을 破棄하지 못하는 結果가 된다는 不合理的 點을 認定할 수 밖에 없다. 따라서 現行法의 解釋理論으로 二重效는 承認할 수 밖에 없고, 또 이 點에 있어서 이 理論의 實益은 存在한다고 말할 수 있다.

元來 二重效論은 法律要件과 法律效果와의 關係 및 法律效果의 本質이라고 하는 一般의 基本問題의 考察의 資料로 하기 위하여 提起한 것이었다.

이는 民法上의 細細한 問題를 通해서 法律學上의 因果關係, 判斷, 思惟方法은 自然科學의 그것과는 다른 것이라는 것을 論證하고자 함에 그 意圖가 있었다. 즉 法律學上에 있어서 因果, 判斷, 思惟는 規範的·價值的이고, 時間的 要素는 排除될 수 있는 것이다.⁴⁾

이에 對해서 反對說은 法律의 概念·觀念形象은 自然的 實在은 아니지만 觀念形象은 한번 이 것이 주어진다면 物體化의 傾向을 取하고 法律關係의 發生, 變更, 消滅, 權利의 讓渡 중에 의해서 알려진 바와같이 精神的 實在이라고 생각되는 點에 다르기 때문에 한번 取得한 것을 두번 取得하고, 또는 한번 消滅한 것을 두번 없게 하는 것은 不可能하다고하는 [點에 있어서는 自然的 實在에 있어서와 하등 다름이 없다고 反駁하고 있다.⁵⁾

여기에 있어서 二重效에 關한 論爭을 檢討할때는 法律要件, 法律效果의 本質 또는 兩者의 關係에 있어서의 研究에 무엇인가 關聯 또는 問題의 所在을 안위에 착수되어야 할 것이라 생각된다.

3) 於保不二雄著, 財產管理權論序說 p. 383 有信堂 昭和 39.

4) 奧田昌道「二重效의 意義」民法學(1) (總論重要問題) (有斐閣, 1976), p. 66.

5) 二於保不二雄著, 前掲書, p. 386.

第二 二重效理論⁶⁾

(1) 法律學에 있어서 觀察의 方向, 論證의 方法은 形而下學, 自然科學에 있어서의 그것과는 달라야만 한다는 것에 대해서는 특히 思考上의 構象의 物體化, 客觀化의 傾向에 따라서 이미 오래전부터 격심한 論爭이 있어 왔다.

Kipp는 이 問題에 對해서 Sherppe의 法律學에 있어서 形而上學的·超自然科學的 方向의 線上에서 權利 또는 『法律關係의 發生·變更·消滅·權利의 讓渡 등이라 말하지만 그것은 하나의 比喻에 지나지 않는다는 것은 明白함에도 不拘하고 法律學上의 論爭에 있어서 가끔 形而下學的의 見解는, 이것을 構象以上の 것, 참다운 것이라고 생각하고 더욱 그것에서 結論을 끄집어 낼려고하는 것을 排斥하고 法律學的觀察, 思惟에 있어서는 形而下學的, 自然科學的 方法을 排擊해야만 된다고 強調하려고 한 것이었다. 그래서 때때로 無效行爲의 取消는 不可能 또는 無意味한 것이라고 말하고 있는 것에 대해서 法律學上으로는 形而下學的의 思惟, 觀察方法을 拋棄한다면 無效·取消의 競合의 可能性은 元來부터 二重效의 承認은 容易하다고 論證하고자 하고, 나아가 二重效의 問題를 採擇하는데 있다.

Kipp는 이러한 意圖 目的을 達成하기 위해 두가지의 前提에 立脚하고 있다. 司法法(Justizrecht)과 法命令說(Imperativtheorie)이 그것이다. 司法法이란 것은 私法이 아니고 訴訟法도 아니고 私法의 隨伴現象으로서, 判決의 內容을 決定하는 法官을 向해진 法이다.⁷⁾ 그래서 司法法과 私法과는 完全히 調和하여야만 한다.

다음으로 法은 모두 命令의 性質을 가지고 있다. 소위 法律事實이란 것은 미리 假說的으로 定立된 法規의 命令을 위해서 條件으로서 作用하는 事實이고 소위 法律效果란 것은 假設的 命令, 命令으로부터의 假設的解放, 法律的命令의 假設的內容의 變更이 無條件이 되는 것, 또는 個個의 條件이 發生하는 것이다.

法律要件이 命令 또는 命令으로부터의 解放을 위한 條件에 不過한 것에 不過한 것이라고 한다면 法律效果는 形而下學的의 意味에 있어서는 構象的으로 理解하는 것에 의하여 事實의 眞實한 性質을 잘못 理解한다는 말은 할 수 없고, 法律效果로 形而下學的效果와는 다른 것이라고 한다면은, 한번 發生한 權利가 또다시 發生하고, 한번 消滅한 權利가 또다시 消滅하게 한다고 말할지라도, 同一한 法律命令에 2個의 原因이 서로 競合하고 있기 때문에 이것을 理解하는 것은 하등의 어려움도 따르지 않는다.⁸⁾

6) 二重效理論은 於保教授의 前掲書 및 奧田教授의 前掲에 전적으로 의존하였음을 밝혀둔다.

7) Kipp, Über Doppelwirkung im Recht, Festschrift für F.V. Martiz (1911).

8) Kipp 이전의 學說은 無效行爲의 取消는 論理的으로 不可能하다는 否定說이었다.

同一한 給與에 對해서 多數의 債務가 順次로 成立될 수 있는 것은 이미 「로-다」法이래 認定되는 것으로 되어 있지만 所有權者는 또다시 所有權者로 할 수 없다고 말한 「로마」의 옛原則은 오늘에 있어서도 아직 維持하고 있다. 그러나 위와같은 命令說의 見解에 의하면 兩者를 區別하는 理由는 存在하지 않는다. 일단 所有權者가 되었다면 벌써 他人으로부터 傳來的으로 所有權들을 取得할 수 없지만 最初의 所有權 取得이 傳來的이 아닌 時效 또는 加工 등의 第二의 取得을 附加하는 것은 可能하다. 요컨대 이런 경우에는 所有權에 대해서 法律的으로 同價値의 두개의 原因이 併存하기 때문이다. 同一한 法律關係를 두개의 原因으로부터 否定할 수 있다는 것은 위에서 와같이 하등 다른 것이 없다. 例를들면 質貸借關係의 兩當事者로부터 同時에 또는 順次的인 解除에 따라서, 辨濟와 消滅時效에 依해서 消滅하는 것이다.

그러므로 同一法律行爲가 두개의 原因 例를들면 形式의 欠缺과 意思能力으로부터 無效가 될 수 있는 것은 一般的으로 承認되고 있는데도 不拘하고, 無效行爲는 取消될 수 없다고 主張되고 있다.⁹⁾ 그럼 法律行爲의 無效란 것은 法律行爲의 意思表示가 그의 內容에 相應하여 가져와야할 效果를 一定한 原因으로부터 가져올 수 없다고 말한 것이고, 取消란 法律行爲가 最初부터 無效이었다고 看做되는 效果를 發生케 한다. 다시 말하면 取消할 수 있다는 것은 法律의 形式에 따르면 條件的無效이고, 取消에 依해서 無條件이 된다고 말하는 것밖에 안된다.¹⁰⁾

그래서 처음부터 無效인 無效가 競合하는 경우와 같이 無效와 取消는 競合이 可能하다. 이런 경우도 法律的拘束의 不存在에 對해서 原因의 多數에 關係되는 것에 지나지 않는다. 더욱이 取消의 解除, 社員脫退後의 除名은 不可能하다.¹¹⁾

요컨대 解除는 契約의 有效한 存在를 前提로하고 除名은 社員이라는 것을 前提로 하기 때문이다. 요컨대 私法과 司法法과의 調和라고하는 것은, 또한 法律要件이라는 것은 法律命令의 條件이고 法律效果란 것은 그것이 無條件이 되는 것이라고 解釋하는 法命令說의 立場이 되면 法律的 拘束의 存在, 不存在에 대해서 同價値의 原因의 競合이라고 하는 것은 認定하지 않을 수 없고 또 하등 다르다 할 수 없다. 특히 實定法에 있어서는 婚姻의 解消 또는 取消와 競合할 수 있는 경우를 認定하고 있는데 있어서는 이미 이것을 否認하지 못한다. 그리고 二重效 理論을 承認한다면 앞에 말한 것같은 無效와 取消 또는 取消相互間의 그 效果를 달리하는 경우나 第三者에 대한 關係에 있어서 實定法의 解釋에 있어서도 實益이 있다.

9) 取消는 有效한 法律行爲를 前提로 한다고 생각하기 때문이다.

10) 法律行爲가 取消할 수 있다는 것은 取消權者가 그의 意思表示에 따라서 法律行爲가 當初부터 無效라고 보는 效果를 發生케 하는 것이라고 理解되어야 한다는 意味다.

11) 二重效의 見地에서 取消와 解除·脫退와 除名과의 競合이 무엇때문에 許容할 수 없다고 하는지 理解하기 어렵다. 無效와 取消와의 競合도 전혀 選擇할 것도 없을 것이다. 이점에 있어서 오히려 二重效說이 排擊하려고 하는 形而下學의 考察에 빠졌다고 할 수 밖에 없을 것이다.

(2) Kipp의 二重效論에 있어서는 우선 私法과 司法法과의 分別 또는 兩者의 完全한 調和라는 것이 前提가 되고 있다.

그러나 司法法 또는 實體的 司法法(Materielles Justizrecht)의 觀念自體가 J. Goldschmidt¹²⁾의 提唱以來 또 學界에 있어서도 疑問이 되고 있는 것이다. 그때문인지 二重效論을 論述한 Petter Hubernagel에 있어서는 이 前提를 強調하지 않고 단지 解釋的 結果論으로서 取扱되고 있는것에 不過하다. 反對說은 물론 司法法の 觀念을 否認하는 立場에 있지만은 이 問題에 깊이 介入하지 않고 다만 無效行爲의 取消라고 한 二重效를 否認하는¹³⁾ 것과, 實際의 訴訟에 있어서 無效와 取消과를 主張하고 法官이 取消을 判決하는 基礎로 삼고 있는 것은, 兩立할 수 없는 것은 아니라고 論하고 있다.¹⁴⁾ 즉 權利 또는 法律關係의 存否에 대해서 多數의 原因이 存在한다고 하는 것은 實在의 原因이 아니고 認識의 原因이 多數存在하기 때문이고 裁判의 基礎가 되는 것도 併存的이 아니고, 이것 없는 경우 저것이라고 하는 것 같은 條件的判斷을 하는데 不過하다¹⁵⁾고 反駁하고 있다. 요컨대 二重效理論에 있어서는 司法法の 觀念이 決定的前提라고 생각할 수 없다. 오히려 問題의 核心은 다음의 多數의 原因은 實際의 原因이나 認識의 原因에 지나지 않는가? 法律要件과 法律效果와의 關係 및 法律效果의 本質은 어디냐고 하는 곳에 있는 것 같이 생각된다.

(3) Kipp의 理論에 따르면 가장 基本的인 前提는 法命令說의 前提부터 法律要件, 法律效果의 觀念 및 性質을 定立하고 法律學에 있어서의 觀察의 立場, 論證의 方法을 形而下學的 自然科學的인 그것과는 다른 것이라고 解釋하는 점에 있다.¹⁶⁾

以上の 前提 또는 論證의 當否에 對해서 論議하기 前에 먼저, 無效와 取消의 競合이라고한 二重效의 問題는 原因의 競合인가, 效果의 競合인가 또는 그 雙方에 對해서의 競合可能性까지 認定하려고 하는 것인지를 確定해 둘 必要가 있다. Kipp의 論述에서 이점을 明確히 區別하여 論하고 있지 않다. 그럼 二重效에 對한 最初의 反對論者인 Henle¹⁷⁾는 Kipp의 理論에 있어서의 競合은 단지 法律效果의 原因단에 그치지 않고 法律效果自體에도 關한 것이라는 것을 날카롭게 指摘하고 있다. 그리고 二重效論을 論述한 Peter, Hubernagel에 있어서도 이것을 明白히 承認하고 있다. 따라서 二重效論의 結論은 多數의 原因으로부터 同一하고, 오직하

12) im der Festgabe. f. Hüber 85ff 1905.

13) Planck, a.a.O. §119 Anm. 1 5b.

14) Oertmann, Komm. Vor §139 Anm. 5ff.

15) Henle a.a.O. S. 29f Fischer a.a.O., S. 184; v. Tuhr II S.5 Zepos, a.a.O., S. 482.

16) 法的 諸關係는 私人에 對한 法의 命令, 命令으로부터의 解放, 命令內容의 變更이라고 풀이 한다면 同一한 또는 같은 內容의 命令이 여러번 있어도 조금도 不可能한 것이 아니다. 高翔龍教授「民法上 이른바 二重效의 意味」考試研究 1983. 11. p. 109.

17) Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I (1926).

나의 效果가 發生할 수 있음과 同時에, 多數의 原因으로부터 同一한 效果가 多數 發生하게 하는것도 可能하다는 것이 된다.¹⁸⁾

이와같은 意味에 있어서 二重效는 Kipp의 앞의 前提부터 과연 認定되느냐 또는 그 前提自體가 正當한 것으로서 承認할 수 있는가 어떤가의 論爭에 對해서 以下 原因의 競合과 效果의 競合과 나누어서 檢討하기로 한다.

(4) Kipp는 法律命令說의 立場에서 法律要件, 法律效果의 概念決定을 하고 形而下學的, 自然科學의 思惟方法을 拋棄하는 것에 의해서 하나의 法律效果가 多數의 原因으로부터 發生할 수 있는 것은(二重原因) 전혀 이상하지 않다고 論하고 있다.

이에 對해서 Henle는 「法律要件이 命令 또는 命令으로부터의 解放의 條件이고 이것은 또 法官이거나 私人이거나 그 容態를 위한 一般意思(法)에 相應하는 動機(Motive)이고, 法律效果는 그 條件이 無條件하게 된다는 것이라며는 Kipp의 法律要件과 法律效果와의 關係는(因果的) 原因과 效果(Ursache Wirkung)와의 關係가 아니고 私人 또는 法官의 容態에 對해서의 動機를 부여하는(Motivation) 關係밖에 되지 않는 것이다. 더욱이 前說은 本來目的으로부터 다른길로 빠지고, 그 原因에 對한 關係를 明白히 하는 法律效果와 달리 突然人間의 容態를 介人하고 있다. 따라서 前說의 法律效果는 그 原因인 法律要件과 그것이 命할 容態와의 사이에 자리잡을 要件과 效果와의 사이에 動機와 行爲와의 關係가 支配하는 것으로 되어 있다. 그럼 法律效果의 法律的抱捉의 範域에 있어서도 原因·效果의 時間的 關係가 標準이 된다고 해석해야 된다」¹⁹⁾고 하면서 反對하고 있다.

Fischer는 「Kipp의 深遠한 理論은 앞에 論述한 出發點의 限에 있어서는, 그것에 反駁을 加할 수 있는가는 疑問이지만 多數의 命令이 同一한 目的을 向하고 있다고 말한 것에 따라서 곧 同一한 命令이 되는 것이 아니다」²⁰⁾고 反駁하고 있다. 즉 「法命令說의 見地에서 본다면, 權利는 단지 法의 反射效(Reflexwirkung)에 지나지 않는다는 것이 되지만, 權利는 現在 獨立의 客體로서 생각하고 있다. 그리고 同一한 客體는 多數發生하고 消滅한다고 말한 것은 許容될 수 없다. 問題는 무엇이 同一한 客體인가를 말하는데 있다. 多數의 命令은 同一한 目的을 向해서 있다고 말하는 것 뿐이라면, 同一한 것이 될리가 없다」고 말한다.

Oertmann는 「實際, 權利 및 法律效果는 有體的인 感情的知覺性 또는 因果關係의 觀點下에서 把握할 수 있다는 것은 아니지만 그러나 Bekker의 소위 精神的實在(geistige Realität)이다. 그 實體는 現實에 動機를 附與하는 것이라고 말한 것이 아니고, 動機를 必須的으로 附與

18) Henle a.a.O., S. 31ff; petet, a.a.O., S. 3ff; Hubernagel, a.a.O., S. 1ff.; Zepos, a.a.O., S.491.

19) Henle, a.a.O., S. 31ff.

20) Fischer, Fiktion und Bilder in der Rechtswissenschaft, in A f.c. Prax 117(1918)

되어야(Motiviertwerdensollen) 한다고 말하는 데서 찾아야 한다.

그것은 心理的인 것이 아니고 規範的인 것이다. 一般規範도 그 實現性은 遵守되어야 한다고 말하는 곳에는 없고 다만 遵守를 強制하는 命令要請하는 중에 보게 되는 것과 같이 具體的 法律效果로 一般的·抽象的 規範의 具體化로서, 多數라도 自由意思에 의한 그의 實現 앞에 이미 存在하고 있어야만 한다」²¹⁾고 말한 見解下에 다음과 같이 계속말하고 있다. 즉 「kipp는 法律效果를 純粹하게 心理的으로 解釋하고 있는가 아닌가는 의심스럽지만, 앞에 記述한 理論은 心理的觀點으로만이 十分說明할 수 있다. 이 限界內에 있어서 Henle가 이야기 하는 것은 옳다.

그러나 앞의 Kipp의 理論에서 義務의 發生이란 것은 假說的인 “Du sollst”가 無條件으로 되었다는 것이고 法律要件이란 것은 命令 또는 命令으로부터 解放을 위한 條件이라고 말하고 있는 點에서 본다면 이것은 말할것도 없이 法律效果를 規範的實在이라고 承認하고 있다는 것을 意味하고 있다. 그래서 Henle와 같이 法律要件, 法律效果를 物理的因果法則下에 物體化라고 생각하는 見解에서는 말할 것도 없지만 우리들과 같은 見解에 있어서는 假設的 命令이 한번 法律要件을 通해서 具體化 된다고 하면 同一한 方向에 있어서 더욱 具體化되는 餘地는 이미 存在하지 않는다. 더욱 Mehrfache Motivierung라고 말하는 것은 물론 생각해 볼 수 있다」²²⁾고 말했다.

V. Tuhr도 역시 法律關係는 有體的인 事物이 아니지만 그 위에 더욱 法律에 基礎된 精神的 關係로서 事實上 存在하고 그 存在와 더불어 論理的 因果關係에 承服할 것이다라고 反對하고 있다.²³⁾

이러한 反對論에 對해서 Kipp의 理論을 傳承한 Peter는 法律要件, 法律效果의 觀念 및 兩者의 關係를 明白히 하고 堂堂한 反駁論陣을 펼친다. 그는 먼저 二重效의 問題는 無效의 行爲가 取消될 수 있느냐 또는 自己의 物件을 時效取得한다(angefechten od ersessen werden kann)고 말하는 것에 있지 않고, 取消可能 또는 時效取得할 수 있는 것이냐(aufechtbar od ersitzbar ist) 또 現行法上 取消될 수 있는 것이냐 또는 時效取得할 수 있느냐(anzufechten od zu ersitzen vermag)라고 말하는 點에 있다고 그 論點을 明白히 하고 있다. 그래서 다음에 法律要件, 法律效果의 用語가 多義的이기 때문에 發生하는 無用한 議論의 번잡을 피하기 위하여 兩概念을 明確히 하고 또한 反對論의 論點이 結局 二重原因에 있어서의 效果의 同一性 및 要件과 效果와의 關係를 向하고 있는 點에 對해서 「法律的 思惟는 規範的·價值的이라는 것 및 思惟 또는 概念의 客觀化 또는 物化的傾向에 있어서 本質과 關係·內容과 形式과의 混同

21) Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach bürgerlichen Recht(1914).

22) Oertmann, a.a.O., S. 31ff.

23) v. Tuhr Allgenreiner Teil des deutschen bürgerlichen pechts 1. II 1 II 2(1910~18).

은 피하여야 된다는 것을 強調하고 있다. 그에 의하면 「法律要件이란 法規에 있어서 論理的前件(logisches Prius)로서 認定된 事項이고 이것은 時間的, 場所的으로 具體的으로 發生하는 事實로부터 이루어지고 이것이 基礎가 되는 Sachverhalt와는 다르고 經驗的發生을 思惟的定型化에 의해서 抽象化하는것을 概念的으로 表現한 것에 지나지 않는다. 法律效果에 對해서도 以上과 같이 具體的 效果와 抽象的效果와는 區別해야만 된다. 前者는 Sachverhalt에 對한 것이고 現實的인 經濟的 또는 社會的 結果이고 法은 이를 위하여 봉사하는 것이다. 後者는 法律要件에 對해서 論理的으로 項을 달리하는 것이고 法規와 第一의 項인 法律要件에 의해서 個別化된다(individualisieren). 抽象的法律要件은 法令이 無條件이 되는 것이고 하나의 結論(Folgerung)에 지나지 않는다. 즉 그 核心은 論理的歸結(logischer Schluss)이라고 생각되는 것이다(etwas Gedachtes).²⁴⁾ 이와같이 法律要件은 法規의 論理的 前件인 項이고, 法律效果란 것은 後件인 項에 지나지 않기 때문에 兩者의 關係는 發生論的인 原因, 結果의 因果關係가 아니고, 또 目的手段인 關係도 아니고 오로지 論理的關係에 지나지 않는다. 더우기 具體的 事實의 觀念은 時間의 觀念없이 생각하지 못한다. 또 時間的觀念에서라면 이 具體的 事實은 絕對的으로 同一한 것이 될 수 없다. 그럼 두개의 事實은 同價値란 것은 부당하지 않다. 그리고 事實의 同價値性을 위해서는 時間的 要素는 전혀 問題가 되지 않는다.²⁵⁾ 이런 意味에서 同價値의 두개의 法律原因은 同一한 法律效果에 關係하는 경우에 二重原因의 경우에 該當한다. 그리고 法律效果는 結論으로서 오로지 思考의 領域에 지나지 않기 때문에 思惟的 時間的 場所的經過라고 말하는 것과 精神의 內容의 것은 언제든지 思惟될 수 있는 것이라고 말하는 것과 混同하지 않으면 일단 思惟된 法律效果와 同一한 法律效果를 또다시 思惟하는 것은 하등 이상하지 않다.»²⁶⁾

Zepos는 Peter의 以上の 論議에 대해서 또다시 「法律要件과 效力要件과의 關係는 純全히 論理的關係라고 하면 論理的으로 同様の 것과 同様の 것과의 사이에서만이 推論은 許容될 수 있다는 까닭으로(da logisch nur Gleiches unter Gleiches subsumit werden kann) 實在的인 法律要件과 精神的 또는 思考하는 가운데 있는 法律效果가 同一線上에 關係를 가진다는 것은 不可能이라고 말하지 않을 수 없다. 法律要件과 法律效果의 關係는 法律의 世界에 있어서는 오히려 目的手段의 關係로서 파악되어야 한다. 그리고 目的과 手段과는 時間的連續을 이루고 있다. 그래서 二重效는 承認하지 못한다.»²⁷⁾고 反駁하고 있다.

24) 즉 法律要件과 法律效果의 關係는 自然的 現象이 發生함에 있어서의 原因과 結果와의 關係가 아니고, 論理的 認識의 世界의 問題이고, 「理由와 歸結」이라고 하는 純粹論理的 關係라는 것을 強調한다.

25) 法律事實이 法律效果의 發生에 關하여 同價値的이라면 그 發生의 時間的關係는 전혀 문제가 되지 않는다고 하여 「時」要素는 무시한다. 法律要件으로서의 同價値的인 生活現象이 時間的으로 前後하여 다수 발생하는 경우에는 그 數 만큼의 法律效果가 論理必然的으로 發生하여 먼저 發生한 效果가 뒤에 發生한 效果를 妨害하는 일이 전혀 없다.

26) Peter, Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge und mehrerer gleicher Rechtsfolgen, in A. f. c. Prax 132(1930).

(6) 二重效에 對해서 二重原因과 二重效果를 區別하여 反對論을 말하고 있는 것은 Henle와 Zepos 뿐인것 같은데 그 以外의 反對論, 贊成論도 前述한 二重原因論가운데 兩者를 하나로하는, 論理를 展開하고 있다. 더욱이 二重效에 있어서의 論議는 대체로 二重原因에 對해서의 理由以外에 있어서는 거의가 所有權의 二重取得無效行爲의 取消 등의 解釋論的인 結論的 論議에 始終하고 있는것 같다.²⁸⁾

따라서 여기에서는 解釋論的 結論的 論議를 어떻게 하고 있는가를 살펴보기로 한다.

Kipp는 二重效理論을 承認한다면 債權의 競合이 許容된것 같이 所有權의 競合도 可能하고 無效의 競合을 認定하는 것 같이 條件附無效인 取消의 無效와의 競合을 認定해야만 된다. 그리고 이 結論을 認定한다면 無效와 取消가 效果를 달리한 경우 또한 第三者에 對한 關係에 있어서 實益이 있는 것과 더불어²⁹⁾ 司法法과 私法이 完全히 調和하게 된다고 主張하고 있다. 그리고 Peter Huhernagel은 二重效理論을 論述하는 가운데 그의 理論을 더욱 強化 發展시키려 했다.

이에 對해 反對說은 다음과같이 反駁하고 있다. 法律規範에서 發生하는 多數의 命令은 同一한 것이 되는 것이 아니고 다만 同一한 目的을 向혀 있는 것에 不週하다. 오히려 獨立의 命令에서는 獨立의 請求權이 發生한다. 이와같은 請求權의 競合의 경우에는 第三의 請求權은 第一의 請求權에 의해서 滿足될 수 없는 경우에 그 限度에 있어서 現實도 適當한 경우에 不週하다.³⁰⁾ 그런데 所有權에 對해서 그 性質上 그것이 競合한다고 하는 것은 許容될 수 없다. 二重效論者는 司法法과 私法과의 調和, 및 現行法上 所有權者의 競落을 認定하고 있는 것을 그 論據로 하고 있지만 法官은 讓渡에 의해서 所有權을 取得하고 있는지 아닌지 만약 하고 있지 않다면 時效에 의해서 取得한 것이라고 條件的判斷을 하는 것이고 이 경우 二重效를 認定하지 않는다 해도 하등 司法法과 私法과의 不調和를 가져오지 않는다.³¹⁾ 또 所有權의 競落을 外見上 어떠한 例外감이 보이지만 이 경우도 舊來의 所有權이 消滅되고 새로운 所有權이 取得된다. 즉 이 경우의 競賣의 目的은 오히려 物體가 아니고 負擔에서 解放하는 것이다(Lastenfreiheit). 그래서 어느쪽이라도 二重效를 認定하지 않으면 안된다는 論據로 하는데 지나지 않는다. 無效와 取消와의 競合에 대해서도 取消란 法律效果를 없게 하는 것이기에 效果가 存在하지 않는限 取消의 餘地는 없다. 더욱이나 法律行爲의 內容에 相應한 效果以上の 效果의 取消란 것은 별로 다른게 없다.

27) Zepos, Die Unaöglichkeit von Doppelwirkungen im Recht in A.f. R.-U, W.-philosophie 27(1934).

28) 舟橋淳一 取消と無效の二重效 ジュリスト 總則, 52, 別冊 1934년판.

29) 無效와 取消의 效果에 있어서의 一般的인 差異를 생각해보라. 또한 그 立證의 難易度에 따라 「選擇이 自由로운 것」도 생각할 必要가 있다.

30) 取消도 無效와 같이 法律行爲의 效果를 否認하는 手段에 지나지 않고 無效는 無效이고 取消할 餘地가 없다는 二重的 否定論을 생각해 보면 이허가 바를 것이다.

31) 自然的 現象에 있어서 原因과 結果를 생각해 보라.

이것은 오로지 現行 實定法上의 問題이다. 無效라하고 取消하라고 하지만 그것은 法律行爲의 效果를 없게 하기 위한 法律上의 手段이고 法律에 의해서 多數의 手段이 주어지는 것은 있을 수 없다. 그래서 效果가 存在하지 않는限 取消의 餘地는 없지만 무엇인가의 效果가 있는限 그 效果를 消滅하기 위해서 取消을 할 수 있는 것은 當然하다. 따라서 法律效果가 다른 경우에는 無效와 取消의 競合이라고 하는 것은 있을 수 있다.³²⁾

하나의 效果에 限해서 無效이고 다른 效果에 對해서는 取消할 수 있는 것이다. 二重效論者는 특히 第三者에 對해서 關係를 重要視하고 있지만 이것도 絕對的理由라고 단언할 수 없다. 더욱이 그 理由에 對해서 見解가 다른 或은 이 경우로 詐欺에 對해서는 惡意의 第三者라고 해도 좋다(Oertmann). 或은 하나의 行爲는 無效, 두번째 行爲는 取消할 수 있는 것이고 無效와 取消의 競合이 아니고 取消로 最初의 取得者의 所有權에 向해 있는 것이 아니고 善意의 第三者를 爲해서 存在하는 取消할 수 있는 所有權의 反射(Reflex)을 向해지고 있다. 더욱이 이런 경우에 第一의 要件과 第二의 要件과는 複合要件을 이루고 있다고 解釋해야만 되고 이런 關係에서 發生하는 效果를 없게 하기 위해 두개의 手段을 使用하는 것은 無效라고 [말한것 처럼] 해석된다.

第三 二重效說의 檢討

(1) Kipp의 二重效論은 當時의 通說이 無效와 取消와의 效果가 다른 경우에는 不當한 結果가 생기는데도 不拘하고 無效行爲의 取消라는 것은 不必要하다, 無意味하다,³³⁾ 不可能이라고 말한 것처럼 概念法學的 形式論을 強力히 主張하는 立場에서는 이것은 말할 것도 없이 法律學에 있어 思惟를 오로지 自然科學的 方法에 따라서 하고 概念을 物體化한다는 傾向에서 由來하는 것밖에 안된다고 보고, 自然科學的 思惟方法, 概念物體化의 경향 및 그 위에선 形式의 概念法學에 對해서 銳利한 反駁을 加하기 위해서였다.

이 때문에 二重效理論의 實益 또는 이것을 認定하지 않기 때문에 생긴다고 말하는 不當한 結果는 이 理論을 承服하지 못하는 反對論者에게서도 理論의 成立·論證의 方法을 갈리한다 해도 承認하게끔³⁴⁾ 되고 無效의 取消는 不可能하다고 말한 概念的 形式論이 是正되게 된 것은 먼저 이 理論의 功績이었다고 말하지 않을 수 없다. 또 法律學은 高度化되고 純化하면 할수록

32) 二重效를 否定하는 立場에서는 二重原因이 對해서 그것은 心理的인 것에 지나지 않는다는가 혹은 認識의 原因에 지나지 않는다고 말하고 있다.

33) 無效와 取消라고 한 法律概念의 本質의 定立은 Kipp 以後에 가능하게 되었다.

34) 取消로 實質의으로 無效와 다름 없다는 생각은 Kipp 以後 비로소 가능했다.

法律的 觀念, 法律的概念이 客觀化되고 物體화된 경향을 취하는 것은 Jhering³⁵⁾, Zitelmann³⁶⁾이 이미指摘한 바와같이 法律學에 있어서도 다른 精神科學과 同様, 說明科學으로 할 수 없는 경향이지만 概念物體化의 結果, 關係와 本質, 形式과 內容을 잘못되는 곳까지 가는 것은 지나치게 가계된다고 말할 것이고 物體化경향・自然科學的 思惟方法만에 기대는 傾向에 對해서는 重大한 警告를 준점도 또 높이 評價하여야만 한다.³⁷⁾

二重效論은 특히 法律要件과 密接한 關係에 있기 때문에 이 方向의 研究에 一步 더 進展시킨 큰 貢이라 하여 한다. 이와같이 二重效論은 法의 本質과 形式・抽象的의 法과 具體的의 法, 法解釋, 實體法과 訴訟法이라고 말하는 것처럼 法에 있어서 縱的인 基本關係에 關聯하고 있는 곳에서 法律的의 思惟方法에 關하여 本質과 形式 抽象과 具像, 實質과 形式 등에 關한 關係에 對해서도 많은 指示를 주는 것과 同時에 이것이 法律要件論을 通해서 端的으로 나타나게 되는 것같이 보인다.

(2) 法의 形式的 論理構造의 觀點에 서는限 法律效果는 論理的 結論으로서 具體的 法規와 法律要件과의 關係에 의해서 個別化되고 內容・目的이 同一하다해도 法律要件을 달리하는 限 各各 獨立의 效果로서 二重效를 認定할 수 밖에 없다.³⁸⁾ 法의 目的論的 考察도 역시 오늘날에 있어서는 否定못한다. 또 現行法을 理解하고 說明하는 경우에 있어서도 概念의 物體化의 傾向도 廢棄하지는 못한다. 이와같이 二重效論도 反對說과 같이 正當한 論議를 하고 또한 不當한 結論을 피하고 結果에 있어서 實質的으로 一致를 가지고 오는데 不拘하고 兩說이 아직도 完全한 一致를 보지 못하는 理由는 무엇인가?

兩說은 서로 非難하여야 할 것이 아니고 調和하여야 한다. 二重效說은 法의 形式的 論理構造라고 한 法의 立場에서서, 反對說은 法에 服從하는 者側 法律效果의 存在의 線上에 서서 目的論的 考察을 이루고 있는 것이고 兩者는 단지 同一對象에 對해서 立場, 觀點의 差 및 그것에서 생기는 觀察方法의 차이에 지나지 않는다.

이상의 理論에서 二重效論에 對해서는 論爭의 大要, 問題의 所在를 明白히 하고 二重原因을 否定해야만 하지만 二重效果를 承認할 수 있다고 말한 結論을 얻었다.

35) Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in Jhering's J. 1(1857) 1, (1958) II.

36) Zitelmann, Das Rechts des BGB, Allgemeiner Teil(1900)

37) 먼저 본마와 같이 否定說로 二重效의 實益이 있는 곳, 또는 이것을 인정하지 않은 것에서 생기는 부당한 결과에 對해서는 결국에가서 이것을 承認하고 있다.

38) 否定說은 二重效論을 否認하면서 그 結果만을 承認하려고 하기 때문에 오로지 結果論・便宜論이 되고 있다.

第四 우리나라의 學說과 判例

이상에서 論議된 二重效問題는 우리나라 民法學界에서 비로소 關心을 갖기 始作했다. 問題가 되는 것은 한개의 法律行爲(意思表示)가 無效의 要件과 取消할 수 있는 要件을 함께 갖추는 경우이다.

예를들면 行爲無能力者가 意思無能力의 상태에서 法律行爲를 한 경우(第406條), 또한 詐欺 또는 強迫에 의하여 社會秩序違反의 行爲를 한 경우(제110條), 또 本來의 取消은 아니나, 通情虛僞表示에 의하여 無效의 要件을 갖추는 同時에 詐害行爲로서 取消할 수 있는 要件을 갖추는 경우(108條, 406條)³⁹⁾ 등이 이에 속한다. 이런 경우 無能力을 理由로 하면 取消, 意思無能力을 理由로 하면 無效로 되고, 詐欺·強迫를 理由로 하면 取消, 反社會秩序를 理由로 하면 無效로 되고, 通情虛僞表示를 理由로 하면 無效, 詐害行爲를 理由로 하면 取消로 된다. 이런 경우에 行爲者는 無效를 主張하거나 取消를 主張하거나 自由로이 選擇할 수 있다고 할 수 있는가? 前述한 바와같이 選擇의 主張을 許容하여야 한다는 것이 多數說이고, 우리나라에서도 대체로 이를 받아들이고 있다.⁴⁰⁾

그러나 取消할 수 있는 行爲는 일단 有效하게 成立되어 있다고 前提로 하기 때문에 가능한 것이며, 無效로 되어 있는 行爲를 取消한다는 것은 認定할 수 없다. 따라서 當事者가 詐害行爲取消와 通情虛僞表示의 無效와를 또 意思無能力者의 無效와 行爲無能力 取消와를 選擇적으로 主張하는 것도 許容할 수 없다는 것이 된다. 그러나 無效와 取消는 兩立할 수 없다는 上記한 形式論理를 어떤 論法으로 極服하느냐 하는 그 反證의 理論을 前項까지 記述했다. 우리나라도 最近에와서 몇분의 教授께서 이 問題를 다루고 있다. 다음에 그 見解를 살펴보고 判例를 찾아보려고 한다.

(1) 高翔龍教授의 見解⁴¹⁾: 「……二重效論이라는 一般的 命題로부터 演繹적으로 解決하려는 것이 아니고 無效·取消라는 法律制度 내지 法律概念의 내용을 밝힘으로써 肯定說의 基礎를 다진다든가 否定說의 形式論理에서 탈피하려는 것으로 받아들여진다」고 無效·取消의 競合問題를 整理하고 나아가서 意思無能力에 의한 無效와 行爲無能力에 對한 取消와의 競合問

39) 張庚鶴 民法總則, 法文社, 1985, p. 659. 民法 406는 本來의 取消은 아니지만, 無效와 取消의 競合의 問題로 다룰수 있다고 생각된다.

40) 張庚鶴: 前掲書, 金容漢 民法總則論 博英社, 1984, p. 410.

金曉洙: 民法總則 三英社, 1983, p. 103.

高翔龍: 考試界 1983, p. 105. “民法上 이론과 二重效의 意味”

41) 高翔龍: 前掲書

題로 限定시켜 다음과 같이 說明하고 있다.

일반적으로 意思無能力에 의한 「無效」란 「絶對無效」라고 하는데 어떤 根據 어떤 理由에 의하여 絶對無效라고 하는가? 問題는 여기서부터 시작되어야 할 것이라고 記述하고 있다. 그리고 無效인 法律行爲라든가 取消할 수 있는 法律行爲라는 것은 法律行爲의 自然科學的인 屬性(빨강다든가 크다든가)과 같은 것이 아니며 一定한 法律效果(履行請求의 否定, 返還請求의 認容)를 뒷받침하는 法律上的 根據에 지나지 않는다. 이와 같이 意思無能力에 對한 無效를 實際上的 根據와 自然科學的 屬性이 없는(또는 物體化되지 않는) 法律概念의 側面에서 본다면 行爲能力에 의한 取消의 경우와 거의 같은 機能을 할 수 있다고 할 것이다.⁴²⁾ 意思無能力의 法理를 이와같이 理解함이 妥當하다 할 것이다. 그리고 結論으로 特定の 法律行爲를 無效로 할 것인가 取消해야 할 것인가는 立法政策의 문제이라고 論하고 있다.

(2) 金疇洙教授의 見解⁴³⁾: 위와 같은 問題에 대해서 意思無能力이고 行爲無能力인 者가 우연히 有利한 去來를 하여 取消를 하지 않고 있는데 相對方이 意思無能力에 의한 無效를 主張할 수 있다고 한다면, 無能力者制度를 둔 취지에 反하지 않는가하는 疑問이 생긴다. 그러나 意思無能力에 의한 無效는 相對方으로부터는 주장할 수 없다고 해석한다면 위의 疑問은 解消된다. 더욱이 禁治產宣告를 받지 않는 精神病者나 泥醉者의 行爲의 拘束은 意思無能力을 理由로 하는 無效를 주장하는 것 이외에는 없다는 것을 생각하면, 같은 意思無能力이면서 行爲無能力者로 되었기 때문에(즉 禁治產宣告를 받았기 때문에) 無效의 主張을 할 수 없다는 것은 均衡을 잃는다. 따라서 결국 意思能力을 缺如하는 行爲無能力者의 行爲에 對해서는 二重效를 인정할 수밖에 없다.

(3) 張庚鶴教授, 金容漢教授의 見解⁴⁴⁾: 「無效와 取消라는 法律上的 概念의 機能的 意味, 즉 取消와 無效는 法律行爲의 效力을 否認한다는 法的 評價를 위한 論理構成上의) 概念에 不適當하다고 理解한다면, 救濟手段으로서 그 選擇의 自由를 승인하여도 可방하다고 하는 것이 오늘날의 通說이라한다.」고 無效와 取消의 二重效를 認定하고 있다. 우리나라의 學者들의 見解는 以上 소개한것 외에는 二重效를 肯定하는 견해는 없는 것⁴⁵⁾ 같다.

(4) [判例의 立場]

「……기록을 살펴보면 원심이 위 최○○은 원고를 해할 목적으로 피고와 통정하여 동인

42) 高教授님은 意思無能力에 의한 無效를 具體的 現實에 適用할 때는 去來의 相對方이 意思無能力에 대한 無效를 主張할 수 없고, 同意者만 無效를 主張할 수 있다는 것을 意味한다고 한다.

43) 金疇洙, 前掲書.

44) 金容漢教授, 前掲書 p. 411.

45) 金基善教授, 韓國民法總則 法文社 1984.2.10, p. 320. 先生님께서 “法律行爲가 無效인 경우에는 이미 取消하려 하여도 할 수 없으므로 無效만을 主張할 수 있다는 見解가 옳은 것으로 믿는다” 反對의 立場을 취하고 계신다.

의 유일한 재산인 이부동산에 대하여 매매계약을 가장하여 피고명목의 이사건 가동기를 경료한 사실을 인정한 조치는 정당하고 거기에 소론이 지적한 바와 같은 채증법칙을 어긴 위법 있음을 발견할 수 없고 통모에 의한 가장매매가 민법상 당사자 사이에 무효임은 소론과 같으나 이것이 사해행위취소의 대상이 된다는 것은 당원의 판례로 하는 바이며(당원 1961.11.9 선고 4293 민상 263 판결, 1964.4.14 선고, 63 다 827 판결 각 참조)이것이 전등자가 있는 경우에만 취소대상이 된다고는 볼 수 없으며 소유권 이전등기 청구권을 보전키위한 가동기는 그 자체만으로는 물권취득의 효력을 발생하는 것이 아니지마는 후일 본등기를 하는 경우엔 가동기시에 소급하여 소유권 변동의 효력이 발생하기 때문에 채권자로 하여금 완전한 변제를 받을 수 없게 하는 결과를 초래하게 되므로 가동기는 채권자를 해한다고 할 것인즉 이와 같은 견해에서 한 한다고 할 것인즉 이와 같은 견해에서 한 원심의 판단은 또한 정당하다 할 것이니 반대의 견해로 나온 소론의 논지도 이유없다. 그러므로 상고를 기각하고 소송비용은 패소자의 부담으로 하고 관여법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.」(대법원 1975.2.10 선고 74 다 334 판결).

또 하나의 判決要旨는 다음과 같다.

「原告는 原審에서 兩被告間의 本件動産에 對한 賣買는 虛偽假裝의 無效이므로 同賣買에 對한 取消權行使與否를 莫論하고 擔保債權者인 原告에게 同動産을 引渡한다는 것은 被告 ○○ 産業株式會社에 對하여 請求한다는 主張을 하였음에도 不拘하고 原審은 이 點에 關한 審理判斷을 하지 아니한 違法이 있다는 것이 上告論旨이나 原判決 摘示事實 및 當事者辯論의 全趣旨를 綜合하면 原審에서의 이 點에 關한 原告主張이 多少 明確性を 缺한 듯한 感이 없지 아니 하나 原告가 被告 趙○○에 對한 債權을 保全하기 爲하여 本件動産을 假押留까지한 事實이 있음을 原告가 主張하고 있는 本件에 있어서는 假裝賣買行爲도 債權者取消權의 對象이 될 수 있으므로 同取消權行使를 前提로 本件動産引渡를 請求한 것이지 同取消權行使와는 關聯없이 同假裝賣買의 無效를 原因으로 同引渡를 請求한 것이 아니라는 趣旨로 原告의 主張을 解釋 못할 바 아니므로 原審이 本件債權者取消權行使의 效力與否와는 別途로 前記 假裝賣買의 無效를 原因으로한 原告의 同動産引渡請求權 有無에 關한 審理判斷을 하지 아니하였다 하여 當事者가 主張한 事實을 審理判斷하지 아니한 違法이 있는 것으로는 볼 수 없다는 論旨는 理由 없다」 大法院判例는 이밖에도 한 件이 더 있다. 그러나 以上에서 본바와 같이 그 判旨는 同一하다. 따라서 法院에서도 二重效에 對한 그 理論의 受用은 初涉的인 段階에 있다는 것을 알 수 있다. 그러나 學界보다 오래전에 벌써 이것을 받아 들여 이상과 같은 判決이 나왔다는 것은 注目할만한 일이다.

第五 結 論

無效와 取消에 對한 自由選擇의 承認 즉 二重效는 극히 조심스럽게 肯定되어 오고 있다는 것을 記述했다. 그러나 前述한바와 같이 無效와 取消는 法律上의 概念을 어떻게 理解하느냐하는 것은 대단히 重要하고도 어려운 問題다. 더케로 어떤 法律行爲에 대해서 어떤 경우를 無效로 하고 어떤 경우를 取消할 수 있다고 하는 것은 立法政策의 문제다. 일반적으로 客觀的·社會的 理由에서 特定한 관계자의 意思를 고려하지 않고 그 法律行爲의 內容의 實現이 法院에 의해 強制로 否定되어야 할 경우이고, 特定한 關係者를 保護하기 위해 行爲의 效力을 否認할 必要가 있다고 생각하는데 그치는 경우는(그 行爲의 效力의 運命은 當關係者의 意思에 걸터도 좋으니까) 取消할 수 있다고 한다. 그러나 實定法規가 定하는 無效와 取消는 반드시 이와같이 區分되어 있는 것은 아니다. 앞으로 研究할 課題다.

參 考 文 獻

金基善, 韓國民法總則, 1984.2. 法文社
 張夷鶴, 民法總則, 1985.3. 法文社
 金容漢, 民法總則, 1985.3. 博英社
 金疇洙, 民法總則, 1982.3. 三英社
 郭潤直, 民法總則, 1979. 經文社

於保不二雄, 民法總則, 昭和 26, 有信堂
 川島武宜, 民法總則, 昭和 40, 有斐閣
 四宮和夫, 民法總則(3版), 昭和 57, 弘文堂
 奧田昌道, 「二重效의 意義」有斐雙書, 民法學 I, 昭和 56年 3月
 舟橋諄一, 「取消と無效の二重效」, 民法の爭點, JURIST
 於保不二雄, 「二重效について」, 財産管理論序說 昭和 29 有信堂.
 星野英一, 民法概論 1(序論 總則)

Kipp, Über Doppelwirkung im Recht, in Festschrift f. F.V Martiz 1911, S. 211f.