무효와 취소의 개념 및 관계

【질 문】

민법에 규정된 무효와 취소는 어떠한 큰 차이가 있는지 궁금하며, 무효->취소로 취소->무효로 의 사용 여부는 안되는지 궁금하다.

【응 답】

명 순 구

법률행위의 무효제도와 취소제도는 각 국가의 사법체계 및 입법정책에 따라 상당한 차이가 있는데, 다음에서는 우리 나라의 경우에 한정하여 설명하기로 한다.

무효란 법률행위가 존재하기는 하나 법률행위의 내용(예: 제103조, 제104조) 또는 법률행위를 위하여 의사표시를 한 자의 의사형성과정(예: 의사무능력, 제107조 제1항 단서, 제108조 제1항) 등에 문제가 있음을 정상적인 법률효과가 발생하지 않는 것이 처음부터 확정된 경우를 말한다.

이에 반해 취소는 일단 유효하게 성립한 법률행위를 대상으로 한다. 법률행위를 한 자의 의사형성과정(예: 제109조, 제110조)에 문제가 있거나 또는 특별한 범주에 있는 자를 법정책적으로 특별히 보호(예: 행위무능력자)해 주기 위하여 일정한 자에게 취소권을 부여하면서, 일정한 기간 내에(제146조) 취소권을 행사하게 되면 법률행위가 처음부터 무효인 것으로 되지만(제141조 본문) 취소권을 행사하지 않으면 법률행위가 유효한 상태로 남게 된다. 결국 취소의 경우에는 법률행위의 효력을 지속시킬 것인가의 여부에 대한 결정이 취소권자에게 있게 된다.

이와 같이 볼 때, 어떤 사유가 취소사유인가 아니면 무효사유인가 하는 것이 중요한 문제인데, 이에 대한 판단은 입법정책의 문제인 것이지 해석상의 문제는 아니다(예컨대, 착오로 인한 의사표시의 경우에 일본 민법에서는 이를 무효사유로 규정하고 있으나 우리 민법은 취소사유로 규정하고 있다).

여기에서 한 가지 유의할 점은 일정한 사유가 무효사유에도 해당하고 취소사유에도 해당하는 경우가 있을 수 있다는 것이다. 하나의 예를 들어 보자. 의사무능력자가 동시에 행위무능력자에 해당하는 경우에 의사무능력을 이유로 한 무효 또는 행위무능력을 이유로 한 취소만이 인정되는가 아니면 당해 법률행위에 관하여 무효와 취소 어느 쪽도 주장할 수 있는가? 이에 관하여는 다음과 같은 몇 가지의 입론이 가능하다.

첫째, 무효인 법률행위를 취소할 수 있다는 것은 논리모순이므로 의사무능력을 이유로 한 무효 주장만이 가능하다는 견해이다(소위 ‘무효설’). 둘째, 행위무능력

을 이유로 하는 취소만이 가능하다는 입장이다(소위 ‘취소설’). 이 견해의 주된 논거는, 행위능력제도는 의사무능력을 객관화, 획일화한 제도로서 의사능력을 수정한 것이므로 행위능력제도가 우선적으로 적용되어야 한다는 것이다. 셋째, 무효, 취소 어느 쪽도 주장할 수 있다는 견해로서 무효, 취소의 ‘이중효’ (Doppelwirkung) 이론이라 한다. 이 견해의 주된 논거는 다음과 같다: (i) 무효인 법률행위라는 것은 효력을 발생하지 않는다는 것이지 법률행위가 존재하지 않는 ‘무’의 상태는 아니므로 무효인 법률행위를 취소한다고 하더라도 논리적 모순은 아니다; (ii) 무효와 취소는 행사기간 등에 차이가 있으므로 양자의 경합을 인정할 실익이 있다.

법률행위의 무효와 취소는 모두 법률행위 내지 의사표시에 일정한 흠이 있다면 당해 법률행위에 구속력을 인정할 필요가 없다는 것을 공통적 취지로 하고 있다. 그리고 어떠한 사유를 무효사유로 할 것인가 취소사유로 할 것인가 하는 양자간의 어떤 본질적인 차이로 인한 것이라기보다 입법정책의 문제이다. 그러므로 어떤 법률행위가 무효사유와 취소사유를 동시에 가지고 있다면 무엇이든 자유롭게 주장할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다. 우리 나라의 통설도 무효와 취소의 이중효를 인정하고 있다.