

제소 전 당사자 사망과 소송대리권
- 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결 -
**A Party's Death before Filing a Lawsuit and
Power of Attorney**

신 용 인*
Shin, Yong-In

목 차

- I. 판결의 개요
- II. 대상판결에 대한 평석

국문초록

원고가 소송대리인을 선임하고 소 제기 전에 사망하였으나 제1심법원이 이를 간과하고 판결을 선고한 사안에서 최근 대법원(대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결)은 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우에 소송대리인의 소송대리권이 소멸하지 않아 해당 소는 적법하고, 소송대리인에게 상소의 특별수권이 있는 경우 상소 제기 시에 소송절차가 중단되며, 상속인이 그 이후 수계절차를 밟으면 된다고 판시했다.

대법원의 이러한 판시에 대해서는 첫째, 원고 사망 이후 제기된 소를 부적법하게 취급하던 기존 대법원 입장과 모순되는지 여부, 둘째, 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우 소송대리인의 소송대리권이 소멸되

논문접수일 : 2018.10.21.

심사완료일 : 2018.11.20.

게재확정일 : 2018.11.20.

* 제주대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사

는지 여부, 셋째, 당사자의 사망을 간과하고 판결이 선고된 경우 어떠한 조치를 취해야 하는지가 쟁점이 된다.

첫째 쟁점을 보면, 대립당사자 구조의 흠결을 이유로 기존 대법원 입장과 모순된다는 견해가 있다. 하지만 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우 소송대리인의 소송대리권이 소멸하지 않는다고 본다면 당사자의 사망 여부와 관계없이 대립당사자 구조는 흠결되지 않고 그대로 유지되고 있다고 보아야 한다. 따라서 소송대리권의 불소멸을 전제로 하는 대법원의 판시는 기존 대법원 입장과 모순되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

둘째 쟁점을 보면, 대법원은 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우 소송대리인의 소송대리권이 소멸되지 않는다고 판시했다. 이에 대해서는 소송대리인의 소송대리권이 소멸된다고 보는 것이 타당하다는 견해가 있다. 하지만 소송위임은 소송대리권의 발생이라는 소송법적 효과를 발생시키는 소송행위로서 민법상의 위임계약과는 별개의 행위라는 점 등에 비춰볼 때 소송대리인의 소송대리권은 소멸되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

셋째 쟁점을 보면, 대법원은 소송계속 중의 소송중단 및 수계규정을 적용하여 사안을 해결하였다. 하지만 소송위임 후 소 제기 전 사망의 경우는 소송대리인이 소송계속 시점부터 상속인을 대리하는 것이므로 당사자의 변경이 없어 소송수계의 문제가 발생하지 않는다는 점 등에 비춰볼 때 당사자표시정정으로 사안을 해결하는 것이 타당하다.

주제어 : 당사자 사망, 소송대리권, 소송계속, 소송중단, 소송수계, 당사자표시정정

Ⅰ. 판결의 개요

1. 사건 개요

이 사건은 진주지역 국민보도연맹사건의 희생자 유족들 186명이 원고가 되어

대한민국을 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구를 한 사건이다.

이 사건의 원고인 甲은 위 국민보도연맹사건으로 희생된 丁의 처로서 2012. 6. 11. 사망하였고, 그 상속인으로는 아들인 乙, 丙이 있었는데 이들 역시 이 사건의 원고들이다.

범무법인 A는 2012. 6. 21. 甲을 원고 중 한 명으로 기재한 소장을 제1심법원에 제출하였고, 그 소장 부분은 그 무렵 피고에게 송달되었다.

위 소 제기 당시에 제출된 소송위임장의 위임인 목록에는 甲의 성명이, 수임인 란에는 ‘범무법인 A’이 각 기재되어 있고, 甲의 성명 뒤에는 목도장에 의한 인영이 날인되어 있으며, 소송위임장의 작성일자는 ‘2012. 6.’로 되어 있다. 원고 乙은 2012. 6. 7. 자신과 원고 甲의 주민등록표 초본을 발급받아 그 무렵 범무법인 A에게 전달하였고, 위 각 주민등록표 초본은 제1심에서 증거로 제출되었다.

제1심법원이 2013. 5. 30. 일부승소판결을 선고하자, 범무법인 B는 원고 丙으로부터 원고 甲, 乙, 丙의 패소 부분에 대한 항소심 소송위임을 받아 2013. 6. 17. 원고 甲, 乙, 丙 명의로 제1심판결 중 패소 부분에 불복하여 항소하였으며, 피고 또한 원고 甲에 대한 피고 패소 부분에 불복하여 항소하였다.

범무법인 B는 항소심 계속 중이던 2013. 9. 30. 원고 甲이 2012. 6. 11. 사망하였으므로 그 상속인인 원고 乙, 丙에 의한 소송절차의 수계를 신청한다는 취지의 소송수계신청서를 제출하였다.

2. 항소심법원의 판결¹⁾

항소심법원은 다음과 같이 판단하였다.

소장이 제1심 법원에 접수되기 전에 원고가 사망한 경우에는 그 원고 명의의 제소는 부적법한 것으로서 각하될 수밖에 없다(대법원 1990. 10. 26. 선고 90다카21695 판결, 대법원 1983. 2. 8. 선고 81누420 판결 등 참조).

증거에 의하면, 원고 甲이 2012. 6. 11. 사망한 사실을 인정할 수 있고, 이

1) 서울고등법원 2014. 4. 17. 선고 2013나2012264 판결.

사건 소는 원고 甲이 사망한 후인 2012. 6. 22. 제기된 것이 기록상 명백하므로, 제1심 소 제기 당시 사망하여 당사자능력이 없는 원고 甲을 당사자로 한 소는 부적법하고 그 흠결이 보정될 수 없는 경우에 해당하므로 각하를 면할 수 없다.

실재하지 않은 사망자 명의로 제기된 소는 처음부터 부적법한 것이어서 그 재산상속인들의 소송수계신청은 허용될 수 없으므로(대법원 1979. 7. 24.자 79마173 결정 참조) 원고 甲의 재산상속인인 원고 乙, 丙이 당심에서 한 소송수계신청도 허용될 수 없다.

3. 대법원 판결

위와 같은 항소심 판결에 대하여 원고 乙, 丙은 주위적으로는 당사자로서, 예비적으로는 소송수계신청인으로서 상고하여, 자신들이 원고 甲을 적법하게 소송수계하였다고 주장했다. 이에 대해 대법원은 다음과 같이 판단하였다.

당사자가 사망하더라도 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 아니하므로(민사소송법 제95조 제1호), 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 한 다음 소 제기 전에 사망하였는데 소송대리인이 당사자가 사망한 것을 모르고 그 당사자를 원고로 표시하여 소를 제기하였다면 이러한 소의 제기는 적법하고, 시효중단 등 소 제기의 효력은 상속인들에게 귀속된다. 이 경우 민사소송법 제233조 제1항이 유추적용되어 사망한 사람의 상속인들은 그 소송절차를 수계하여야 한다.

한편 당사자가 사망하였으나 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차가 중단되지 아니하고(민사소송법 제238조, 제233조 제1항), 그 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되며, 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다(대법원 1995. 9. 26. 선고 94다54160판결 등 참조). 이 경우 심급대리의 원칙상 판결정본이 소송대리인에게 송달되면 소송절차가 중단되므로 항소는 소송수계절차를 밟은 다음에 제기하는 것이 원칙이다. 다만 제1심 소송대리인이 상소제기에 관한 특별수권이 있어 상소를 제기하였다면 그 상소제기 시부터 소송절차가 중단되므로 항소심에서 소송수계절차를 거치면 된다.

그리고 소송절차 중단 중에 제기된 상소는 부적법하지만 상소심법원에 수계

신청을 하여 그 하자를 치유시킬 수 있으므로(대법원 1980. 10. 14. 선고 80다 623판결), 상속인들로부터 항소심 소송을 위임받은 소송대리인이 소송수계절차를 취하지 아니한 채 사망한 당사자 명의로 항소장 및 항소이유서를 제출하였더라도, 상속인들이 항소심에서 수계신청을 하고 소송대리인의 소송행위를 적법한 것으로 추인하면 그 하자는 치유된다 할 것이고, 추인은 묵시적으로도 가능하다.

이 사건에서, 원고 甲의 사망 시기와 소송위임장에 적힌 소송위임 시기가 모두 2012. 6.로서 원고 甲은 원고 乙, 丙과 함께 법무법인 A에게 소송위임을 한 다음 사망하였고, 법무법인 A는 그러한 사실을 모른 상태에서 원고 甲을 원고 중 한 사람으로 표시하여 이 사건 소를 제기하였다고 볼 여지가 충분히 있다. 그 경우 법무법인 A가 원고 甲을 대리하여 소를 제기한 것은 원고 甲의 소송위임에 의한 것으로서 적법하고, 제1심 소송절차가 중단되지 아니한 채 원고 甲의 소송대리인 법무법인 A가 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하여 선고된 제1심판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다고 할 것이다. 또한 제1심판결 선고 후 원고 甲의 상속인인 원고 乙, 丙이 법무법인 B를 소송대리인으로 선임하여 법무법인 B가 원고 甲의 패소 부분에 대하여 원고 甲의 명의로 항소를 제기하였더라도 그 후 소송수계신청을 함으로써 원고 乙, 丙이 원고 甲에 대한 소송절차를 적법하게 수계한다 할 것이고, 수계신청 전 법무법인 B가 원고 甲 명의로 한 소송행위를 추인함으로써 법무법인 B의 종전 소송행위의 하자도 치유된다 할 것이다.

II. 대상판결에 대한 평석

1. 시작하며

이 사건은 원고가 소송대리인을 선임하고 소 제기 전에 사망하였으나 제1심 법원이 이를 간과하고 판결을 선고한 사안이다. 이에 대해 항소심법원은 원고 명의의 제소는 당사자능력의 흠결로 부적법하고 그 흠결은 보정될 수 없으므로

상속인들의 소송수계신청도 허용될 수 없다고 판시했다. 반면 대상판결은 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우에는 소송대리권이 소멸하지 않아 해당 소는 적법하고, 소송대리인에게 상소의 특별수권이 있는 경우 상소 제기 시에 소송절차가 중단되며, 상속인이 그 이후 수계절차를 밟으면 된다고 판시했다.

대상판결의 이러한 판시에 대해서는 다음과 같은 세 가지 점에서 문제가 제기된다.

첫째, 원고 사망 이후 제기된 소를 부적법하게 취급하던 기존 대법원 입장과 어긋나는지 여부.

둘째, 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우 소송대리인의 소송대리권이 소멸되는지 여부.

셋째, 당사자의 사망을 간과하고 판결이 선고된 경우 취해야 하는 조치.

위 세 가지 문제점에 대해 차례대로 살펴보기로 한다.

2. 기존 대법원의 입장과 비교

대상판결이 당사자 사망 관련 기존 대법원 입장과 어긋나는지 여부를 살펴본다. 먼저 당사자의 사망과 소송관계에 관한 기존 대법원의 입장을 제소 전 피고 사망의 경우, 제소 전 원고 사망의 경우, 소송계속 후 변론종결 전 당사자 사망의 경우, 제소 후 소송계속 전 당사자 사망의 경우 등 각각의 경우로 나눠 살펴보고, 그다음 대상판결이 과연 기존 대법원 입장과 어긋나는지 여부를 검토한다.

(1) 제소 전 피고 사망의 경우

대법원은 사망자를 피고로 하는 제소는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법의 기본원칙에 반하는 것으로서 실질적 소송관계가 성립할 수 없어 부적법하므로, 그러한 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 판결은 당연 무효라고 판시했다.²⁾ 다만, 원고가 사망 사실을 모르고 사망자를 피

고로 표시하여 소를 제기한 경우에, 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소제기 목적 내지는 사망 사실을 안 이후의 원고의 피고 표시 정정신청 등 여러 사정을 종합하여 볼 때 사망자의 상속인이 처음부터 실질적인 피고이고 다만 그 표시를 잘못된 것으로 인정된다면, 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다고 판시했다.³⁾ 그러나 제1심판결이 선고될 때까지 당사자표시정정이 이뤄지지 않아 망인 명의로 판결이 선고된 경우에는 그 판결은 당연 무효이므로 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다고 판시했다.⁴⁾ 이에 대해서는 무효인 판결은 그 내용상의 효력인 기판력·집행력·형성력이 발생하지는 아니하나 판결의 부존재의 경우와 달라서 당해 심급을 완결시키며 당해 법원을 구속하는 기속력은 있으므로 적어도 형식적 확정력이 있다고 할 것이어서 유효한 판결처럼 보이는 외관의 제거를 위한 상소는 허용되어야 한다는 비판이 있다.⁵⁾

또한 대법원은 망인 명의로 판결의 선고된 경우 상소심에서는 당사자표시정정의 방법으로도 그 흠결을 보정할 수도 없다고 판시했다.⁶⁾ 이에 대해서는 대법원이 1심에서 사망자를 상대로 한 제소라 하여 각하한 판결에 대하여 항소심이 당사자표시정정을 한 경우에는 1심판결을 취소하고 환송을 해야 한다고 판시한 점⁷⁾을 들어 항소심에서 당사자표시정정 자체는 허용하되 피고의 심급이익을 보호하기 위해 사건을 1심으로 환송조치해야 한다는 견해가 있다.⁸⁾ 하지만 각하판결은 당사자의 사망을 간과한 판결이 아니어서 당연 무효가 아니라 적법·유효한 판결이므로 대법원이 항소심에서 당사자표시정정을 인정하되 피고의 심급이익을 보호하기 위해 사건을 1심으로 환송한 것이다. 따라서 이 판결을 근거로 대법원이 망인 명의로 판결이 선고되어 당연 무효인 판결의 경우에까지 항소심에서 당사자표시정정을 허용한 것으로 볼 수는 없다.

2) 대법원 2017. 5. 17. 선고 2016다274188 판결.

3) 대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1230 판결, 대법원 2006. 7. 4. 자 2005마425 결정 등

4) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결, 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017다24281 판결 등

5) 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2018, 677면.

6) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다105310 판결.

7) 대법원 1974. 10. 8. 74다834 판결.

8) 송영곤, 『논점민사소송법』, 헤르메스, 2018, 60면.

(2) 제소 전 원고 사망의 경우

대법원은 제소 전 원고 사망의 경우도 그 원고 명의의 제소는 부적법하여 각 하해야 하고,⁹⁾ 상속인들의 소송수계신청도 허용될 수 없다고 판시했다.¹⁰⁾ 다만 상속인들이 망인 명의로 소를 제기한 경우에 실제로 소를 제기한 자는 망인의 상속인들이고 다만 그 표시를 그릇한 것에 불과한 것으로 보고 원고표시정정을 허용한 바 있다.¹¹⁾ 하지만 이 경우에도 제1심판결이 선고될 때까지 당사자표시정정이 이뤄지지 않아 망인 명의로 판결이 선고된 경우에는 그 판결은 당연 무효이고 그 흠은 치유할 수 없다는 입장을 견지하고 있는 것으로 보인다.¹²⁾

(3) 소송계속 후 변론종결 전 당사자 사망의 경우

소송계속 후 변론종결 전 당사자 사망의 경우에는 이미 대립당사자구조가 성립한 이후의 사정변경에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 상속인에게 소송이 당연승계된다. 이 경우 소송절차가 중단되는지 여부는 소송대리인이 있는지 여부에 따라 결정된다. 즉 소송대리인이 없는 경우에는 소송절차가 중단되고 상속인이 수계절차를 밟아야 하지만, 소송대리인이 있는 경우에는 상소제기의 특별수권이 없는 경우에는 판결 정보 송달시까지, 상소제기의 특별수권이 있는 경우에는 상소제기시까지 소송절차가 중단되지 않는다.

(4) 제소 후 소송계속 전 당사자 사망의 경우

제소 후 소송계속 전 당사자 사망의 경우 학설은 ① 제소 전 당사자 사망의 경우와 동일하게 보는 입장¹³⁾, ② 소송계속 후 변론종결 전 당사자 사망의 경

9) 대법원 1990. 10. 26. 선고 90다카21695 판결.

10) 대법원 1979. 7. 24. 자 79마173 결정.

11) 대법원 1994. 12. 2. 선고 93누12206 판결.

12) 임소연, “소 제기 전 당사자 사망의 경우 소송대리권의 존속 여부와 소송의 적법 여부”, 『법학연구』 28, 충남대학교 법학연구소, 2017, 80면.

13) 전병서, 『민사소송법강의』, 법문사, 2003, 128면.

우와 동일하게 보는 입장¹⁴⁾, ③ 피고 사망의 경우 제소 전 사망의 경우와 동일하게 보고, 원고 사망의 경우 소송계속 후 사망의 경우와 동일하게 보는 입장¹⁵⁾이 대립하고 있다.

대법원은 “사망자를 피고로 하는 소 제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 판결은 당연무효이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다. 이러한 법리는 소 제기 후 소장부분이 송달되기 전에 피고가 사망한 경우에도 마찬가지로 적용된다.”고 하여 제소 전 당사자 사망의 경우와 동일한 법리가 적용된다고 판시했다.¹⁶⁾

(5) 대상판결의 모순 여부

대상판결은 앞서 본 바와 같은 기존 대법원 입장에 어긋난다는 견해가 있다. 즉 대법원은 일관되게 당사자의 사망 시점이 대립당사자구조가 구비된 이후인지의 여부에 따라, 당사자의 일방이 소송계속 이전에 사망한 경우에는 대립당사자 구조의 흠결 또는 당사자능력의 흠결 등으로 당해 소가 부적법 각하되어야 한다는 것이고, 반면 소송계속 이후에 사망한 경우에는 대립당사자 구조가 갖춰진 이후이고 당사자의 사망으로 이미 갖추진 소송요건에 흠결이 생기는 것이 아니므로 소송 자체가 부적법해지는 것이 아니라 소송절차의 중단과 상속인 수계의 문제로 해결해야 한다는 입장이었으나, 대상판결은 이 사안이 원고가 소장 자체가 제출되기 이전에 사망한 경우인데도 불구하고, 사망 전에 소송대리인에게 소송대리권이 수여된 경우에는 소송대리인이 망인 명의로 소를 제기한 것이 유효하고 더 나아가 소송계속 중의 소송절차의 중단 및 수계문제로 사안을 해결하면 된다는 입장을 표명하여 기존 대법원의 입장과 모순된다는 견해,¹⁷⁾ 대

14) 박재완, “제소전 사망한 자를 피고로 한 소송에 관한 대법원 판례에 대한 고찰”, 『법학논총』 34(4), 2017, 447~448면; 오상현, “소장송달 전에 사망한 사람을 당사자로 한 판결의 효력과 상소, 수계”, 『법조』 65(2), 법조협회, 2016, 329면.

15) 김홍엽, 『민사소송법』, 박영사, 2016, 127면.

16) 대법원 2015. 1. 29. 2014다34041 판결.

법원이 원고가 사망한 후 당사자로 표시되어 제기된 소에 대해서는 부적법한 것으로 취급하던 종전 입장과 달리 소송대리인을 선임한 경우에는 이를 적법하게 평가하고 있다는 견해¹⁸⁾ 등이 그것이다.

그러나 대법원이 제소 전 당사자가 사망한 경우에 해당 소를 부적법 각하한 이유는 대립당사자 구조가 처음부터 흠결되어 실질적 소송관계가 성립할 수 없었기 때문이다. 따라서 제소 전 당사자가 사망한 경우라도 예외적으로 대립당사자 구조가 갖춰진 경우라면 달리 판단할 수 있는 것이다. 대상판결이 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우에 해당 소를 적법하다고 본 이유는 당사자가 사망하더라도 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 아니하므로 당사자의 사망 여부와 관계없이 대립당사자 구조는 흠결되지 않고 그대로 유지되고 있다고 보았기 때문이다. 따라서 대상판결은 기존 대법원 입장과 배치되거나 모순되는 것이 아니다.

이에 대해서는 소 제기 전 당사자가 사망한 경우에는 애초부터 당사자대립구조가 형성되지 않았고 소송대리인의 유무가 대립당사자 구조의 성부에 영향을 주는 것이 아니라는 반론이 있다. 즉 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다28444 판결에서 대법원은 소송계속 이전에 당사자가 사망한 경우에는 대립당사자구조가 형성되지 않아 부적법하나, 다만 소송계속 이후 당사자가 사망한 경우에는 소송계속으로 성립된 대립당사자구조가 없어져 버리는 것이 아니라 상속인과의 사이에서 대립당사자구조를 유지하게 되는 것임을 분명하게 밝히고 있다고 하며 소송대리인은 말 그대로 본인을 대신하여 소송을 수행하는 대리의 관계에 있을 뿐이므로 어디까지나 본인의 존재를 전제로 하는 대리인에 불과하므로 소 제기 전 당사자 사망시 소송대리인의 존재가 그 당사자의 부존재라는 흠결을 대체할 요소라고 볼 수는 없다는 것이다.¹⁹⁾

대립당사자 구조를 갖추고 적법하게 소가 제기되었다가 소송 도중 어느 일방의 당사자가 사망함으로써 인해서 그 당사자로서의 자격을 상실하게 된 경우에

17) 임소연, 앞의 논문, 81~82면.

18) 한충수, “소 제기 전 당사자의 사망과 소송대리인의 소송대리권”, 『최신판례 분석』 719, 법조협회, 2016, 569면.

19) 임소연, 앞의 논문, 87~88면.

그 대립당사자 구조가 없어져 버리는 것은 아니고 그때부터 소송은 그의 지위를 당연히 이어받게 되는 상속인들과의 관계에서 대립당사자 구조를 형성하여 존재한다는 대법원의 판시는 타당하다. 하지만 그러한 점을 이유로 소 제기 전 당사자가 사망한 경우에는 애초부터 당사자대립구조가 형성되지 않았고 소송대리인의 유무가 대립당사자 구조의 성부에 영향을 주는 것이 아니라고 주장하는 것은 설득력이 떨어진다. 당사자가 사망한 경우 소송절차는 중단되나 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차는 중단되지 않는다(법 제238조). 이 경우 소송대리인의 소송대리권도 소멸하지 아니한다(법 제95조). 이와 같은 조항을 근거로 소송대리인의 소송대리권이 소멸하지 않는다고 본다면 당사자 사망한 후 소송대리인은 과연 누구를 대리하는지를 따져볼 필요가 있다. 소송대리인은 말 그대로 본인을 대신하여 소송을 수행하는 대리의 관계에 있을 뿐이므로 어디까지나 본인의 존재를 전제로 하는 대리인에 불과하기 때문이다. 이와 관련하여 대법원은 소송대리인은 당사자의 지위를 당연승계한 상속인으로부터 새로이 수권을 받을 필요도 없이 법률상 당연히 상속인의 소송대리인으로 취급된다고 판시하고 있다.²⁰⁾ 즉 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소송계속 중 사망한 경우에 소송대리인은 법률상 당연히 상속인의 대리인이 되는 것이다. 이러한 법리는 대 상판결처럼 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우에 소송대리인의 소송대리권이 소멸하지 않는다고 본다면 마찬가지로 적용된다. 즉 그 소송대리인은 당사자의 사망 시부터 새로운 수권을 받을 필요도 없이 법률상 당연히 소송위임권한을 상속받은 상속인들을 대리하는 것이다. 따라서 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전 사망하였으나 소송대리인이 이를 모르고 소를 제기한 경우에는 그 소송은 애초부터 당사자대립구조가 형성되지 않은 것이 아니라 사망한 자의 상속인들과의 관계에서 이미 대립당사자 구조를 형성하고 있는 것이다. 물론 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우에 소송대리인의 소송대리권도 소멸한다고 보면 전혀 다른 결론이 나오게 된다. 즉, 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우에 소송대리인의 소송대리권이 소멸하지 않는다고 본다면 기존의 대법원 판결

20) 대법원 2010. 12. 23. 2007다22859 판결.

과 모순되지 않으나, 소송대리인의 소송대리권이 소멸한다고 보면 기존의 대법원 판결과 모순·배치된다는 주장도 가능해지는 것이다. 따라서 소 제기 전 당사자가 사망한 경우에도 소송대리인의 유무가 대립당사자 구조의 성부에 영향을 주는 것이므로, 소 제기 전 당사자가 사망한 경우에는 애초부터 당사자대립구조가 흠결되었고 소송대리인의 유무가 대립당사자 구조의 성부에 영향을 주는 것이 아니라는 반론은 부당하다.

3. 제소 전 당사자 사망 시 소송대리권의 소멸 여부

(1) 논의의 전제

당사자의 실재는 소송요건이고 법원의 직권조사사항이다. 따라서 당사자가 사망한 경우 상속인이 있다고 하더라도 상속인이 아닌 사망자를 당사자로 하여 소송을 제기한 때에는 부적법 각하를 면할 수 없다. 법원이 당사자가 이미 사망한 자임을 간과하고 본안판결을 하였을 때는 그 판결은 당연무효이므로 판결이 확정되더라도 판결의 효력이 생기지 않는다. 문제는 대상판결의 경우처럼 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우에도 위와 같은 당사자 사망의 법리를 적용할 수 있는지 여부다. 이 문제는 당사자의 사망으로 소송대리인의 소송대리권이 소멸되는지 여부에 따라 결론이 달라진다. 즉, 당사자의 사망으로 소송대리인의 소송대리권이 소멸된다고 보면 당사자 사망의 법리는 그대로 적용된다. 반면 당사자의 사망에도 소송대리인이 소송대리권이 소멸되지 않는다고 보면 당사자 사망의 법리를 적용할 수 없다. 이는 결국 소송대리권이 소멸되지 아니하는 경우를 규정한 민사소송법 제95조가 적용되는지 여부의 문제다.

좀 더 구체적으로 살펴보면, 민법 제127조는 ‘본인의 사망’을 대리권의 소멸사유로, 민법 제690조는 ‘당사자 한쪽의 사망’을 위임의 종료 사유로 각각 삼고 있다. 민법상 대리권이나 위임관계는 상호간의 개인적 신뢰관계를 토대로 하는데 본인이나 당사자의 한쪽이 사망하면 신뢰관계의 전제가 사라지기 때문에 그렇게 규정한 것이다. 따라서 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에

사망한 경우에 민법상의 일반원칙을 적용한다면 소송대리인의 소송대리권도 소멸하므로 당사자 사망의 법리가 그대로 적용된다. 반면, 민사소송법(이하 ‘법’이라고 한다) 제95조는 ‘당사자의 사망’으로 소송대리권은 소멸하지 않는다고 규정하고 있다. 이때 소송대리인의 대리권이 소멸하지 아니한다는 것은 그 대리인이 새로운 소송수행권자로부터 종전과 같은 내용으로 위임을 받은 대리권을 가진다는 것이다.²¹⁾ 민사소송에서는 소송절차를 신속·원활하게 진행시킬 필요, 위임 범위의 명확화, 소송대리인이 변호사임에 비추어 신뢰관계를 저버릴 가능성의 희박 등의 사정을 감안하여 당사자의 사망을 소송대리권의 불소멸사유로 규정한 것이다.²²⁾ 따라서 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우에도 법 제95조가 적용되어 소송대리인의 소송대리권이 소멸되지 않는다면 당사자 사망의 법리를 적용할 수는 없다.

(2) 견해의 대립

이에 대해서는 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

1) 불소멸설

당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우 그 소송대리인의 소송대리권은 소멸되지 않는다는 입장이다.

그 근거로는 법 제95조 제1호는 소송대리권이 소멸되지 아니하는 경우로 ‘당사자의 사망 또는 소송능력의 상실’을 규정하고 있고, 소송대리권은 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 함으로써 발생하는 것이므로(당사자의 소송위임에 따라 소송대리인이 소장을 제출하여야만 소송대리권이 발생한다고 볼 수는 없다), 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 하여 소송대리권이 발생한 이상 그 이후 당사자가 소 제기 전에 사망한 경우에도 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 않는다고 보아야 한다는 점이 제시된다.²³⁾

21) 김상원 외, 『신민사소송법(I)』, 한국사법행정학회, 2004, 610면.

22) 이시윤, 앞의 책, 193면.

23) 채영호, “변호사에게 소송을 위임한 사람이 소 제기 전에 사망하였으나 변호사가 사망 사실

2) 소멸설

당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우 그 소송대리인의 소송대리권이 소멸된다고 보는 입장이다. 이에 대해서는 다음과 같은 세 가지 논거가 제시되고 있다.

첫째, 소송계속 이전 상태에서의 소송위임계약은 본질적으로 사법상의 위임계약에 해당하여 민법의 적용을 받으므로, 위임인인 소송을 위임하였으나 소송이 계속되기 전에 사망한 경우에는 원칙적으로 위임관계는 종료하는 것으로 보는 것이 타당하다. 또한 소송위임에 따른 소송대리권 역시 소 제기 전에는 민법상의 대리권과 유사한 성격을 가지므로, 위임인 본인이 소 제기 전에 사망한 경우에는 본인의 사망으로 본인과 대리인 양자 간의 신뢰관계가 단절되어 대리인의 대리권도 소멸한다고 보는 것이 타당하다.²⁴⁾

둘째, 당사자 본인의 소송위임 시점부터 소 제기 시점까지는 소송 계속은 물론 소송절차의 개시도 없는 상황이므로 법 제95조를 유추적용할 수 있는 것인 지에는 의문이 든다. 당사자 본인의 사망에도 불구하고 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 않는다고 보는 법 제95조는 원칙적으로 소송계속을 전제로 하고 있으며 적어도 소 제기를 통한 소송절차의 진행을 전제로 하고 있다고 보아야 하기 때문이다.²⁵⁾ 따라서 소송절차가 개시되지 않은 상태에서는 당사자 본인이 사망하게 되면 소송대리권도 소멸한다고 보는 것이 타당하다. 소송대리인은 소송위임을 받은 것이지만 적어도 소송행위 착수 전에는 민법상의 대리인과 다를 없으므로 본인의 사망으로 신뢰관계가 단절되는 것으로 보는 것이 타당하다.²⁶⁾

셋째, 본안소송의 소송대리권의 시적범위는 특별한 사정이 없는 한 당해 심급에 한정되어 위임할 당시를 기준으로 소송이 계속되고 있거나 장차 계속될 심급에서만 소송대리권이 있고 심급대리에서 소송사무가 종료하는 시기는 당해 심급의 판결을 송달받은 때까지인 반면, 소송대리권은 본인이 소송대리인에 대한 대리권 수여에 의해 추상적으로 발생하고 이러한 소송대리권은 위임사무의

을 모르고 사망자 명의로 소송을 제기한 것이 적법한가”, 『법률신문』(2016. 5. 27.자).

24) 임소연, 앞의 논문, 83면.

25) 한충수, 앞의 논문, 573~574면.

26) 한충수, 앞의 논문, 576~577면.

종료에 의해 소멸하므로 본안에 대한 소송대리권이 실제로 소송행위로서 대리되는 것은 당사자와의 대리권수여 시기와는 다르고, 본안에 대한 소송대리권의 성립 시기는 그 본안 자체의 개시에 의하여 구체적인 대리에 의한 소송행위가 있을 때라고 하여야 할 것이다. 즉 본안에 대한 소송대리권은 소의 제기에 의하여 비로소 개시되는 것이고 이러한 소송대리권은 판결송달 시에 소멸하는 것이 된다. 이렇게 보는 경우 당사자가 소제기 전에 이미 사망하였다면 그전에 사망한 당사자가 소송위임에 의하여 소송대리권을 수여하였다고 하더라도 아직 본안에 관한 소송대리권은 발생하지 않고 있으며 본인의 사망에 의하여 본안에 대한 관계에서의 소송 대리권은 소멸한다.²⁷⁾

3) 신의칙설

당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망한 경우 그 소송대리인의 소송대리권 인정 여부는 민사소송법상의 신의칙에 따라 구체적 타당성의 입장에서 판단해야 한다는 입장이다. 즉 법 제95조의 소송대리권 불소멸의 원칙은 피고가 소장을 송달받아 소송계속이 생긴 이후에 적용된다. 소송계속 이전의 소송위임계약은 일종의 사법상계약에 불과하기 때문이다. 따라서 원고의 소송대리인이 원고 명의의 소장을 피고에게 송달하여 형식상 소송법률관계가 성립되었지만 실은 피고에게 소장이 송달되기 이전에 원고가 사망한 경우에는 원칙적으로 사망한 원고의 소장은 각하되어야 하고 원고 소송대리인의 소송대리권은 존재할 수 없을 것이다. 그러나 원고가 피고에게 소장이 송달되기 이전에 사망하여 원천적으로 소송계속이 발생될 수 없게 되었는데도 소송대리인이 당사자가 사망한 것을 모르고 사망자를 원고로 표시하여 소를 제기한 경우에는 민사소송법 제1조 2항 소정의 신의칙에 따라 구체적 타당성의 입장에서 소송대리권을 인정하는 것이 타당하다. 물론 원고의 소송대리인이 원고의 사망사실을 숨기고 소장을 송달하여 소송계속을 도모하는 것은 신의칙상 부당형성의 배제 내지 선행행위와 모순되는 거동의 금지 원칙에 위반되어 허용되어서는 안 될 것이다.²⁸⁾

27) 최두진, “당사자의 사망과 소송대리권” 『인문사회 21』8(6), (사)아시아문화학술원, 2017, 1084면.

28) 강현중, “소송계속 전 원고가 사망한 경우 그 소송대리인의 소송대리권”, 『법률신문』(2016.

(3) 비판적 검토

1) 소멸설에 대한 비판적 검토

소멸설의 논거는 첫째, 소송계속 이전 상태에서의 소송위임계약은 본질적으로 사법상의 위임계약이고, 소송위임에 따른 소송대리권 역시 소 제기 전에는 민법상의 대리권과 유사한 성격을 가진다는 점, 둘째, 법 제95조는 원칙적으로 소송계속을 전제로 하고 있으므로 소송절차가 개시되지 않은 상태에서는 당사자 본인이 사망하게 되면 소송대리권도 소멸한다는 점, 셋째, 본안에 대한 소송대리권은 소의 제기에 의하여 비로소 개시되는 것이고 이러한 소송대리권은 판결송달 시에 소멸하는 점 등으로 요약할 수 있다. 그 논거의 타당성에 대해 차례로 살펴보기로 한다.

첫 번째 논거에 대해서는, 소송대리권의 수여행위의 법적성질을 짚어볼 필요가 있다. 소송대리권의 수여행위를 소송위임이라고 부른다. 소송위임은 통상 민법상의 위임계약의 체결과 함께 행해진다. 하지만 소송위임은 소송대리권의 발생이라는 소송법상의 효과를 발생시키는 소송행위로서 민법상의 위임계약과는 법적성격, 요건, 효과 등이 다른 별개의 행위이다. 예컨대, 위임계약은 계약의 일종이나 소송위임은 승낙을 필요로 하지 않는 본인의 단독행위이다. 위임계약에 있어서는 행위능력을 필요로 하나, 소송위임을 행하는 데에는 소송능력을 필요로 한다. 위임계약에 의하여 성실의무나 비용·보수청구권이 발생하고, 소송위임에 의하여 소송대리권이 발생한다.²⁹⁾ 판례도 “통상 소송위임장이라는 것은 민사소송법 제81조 제1항에 따른 소송대리인의 권한을 증명하는 전형적인 서면이라고 할 것인데, 여기에서의 소송위임(수권행위)은 소송대리권의 발생이라는 소송법상의 효과를 목적으로 하는 단독 소송행위로서 그 기초관계인 의뢰인과 변호사 사이의 사법상의 위임계약과는 성격을 달리하는 것이고, 의뢰인과 변호사 사이의 권리의무는 수권행위가 아닌 위임계약에 의하여 발생한다.”고 하여 소송위임과 위임계약은 별개의 행위임을 분명히 밝히고 있다.³⁰⁾ 따라서 위임계

11. 10.자).

29) 전병서, 앞의 책, 193~194면.

30) 대법원 1997. 12. 12. 선고 95다20775 판결.

약이 체결될 때 소송위임도 이뤄지면서 위임계약과 소송위임이라는 두 가지 행위를 동시에 한 것이고 그로 인해 위임계약에 의한 의뢰인과 변호사 사이의 권리의무관계의 발생이라는 실체법상 효과를 발생시키는 것과 동시에 소송위임에 의한 소송대리권의 발생이라는 소송법상 효과를 발생시키게 된다. 이처럼 소송위임에 의한 소송대리권의 발생은 논리적으로 소송대리인에 의한 소 제기 이전에 생기는 것이 보통이다. 소송위임에 의해 소송대리인의 소송대리권이 발생하고 그 다음 소송대리인은 소송대리권에 기해 소를 제기하는 것이다. 따라서 소송계속 이전 상태에서 이루어진 소송위임은 본질적으로 소송행위이고, 소송위임에 따른 소송대리권 역시 소 제기 전에도 민법상의 대리권이 아닌 소송법상의 대리권이다. 그렇다면 소송계속 이전 상태에서의 소송위임계약은 본질적으로 사법상의 위임계약이고, 소송위임에 따른 소송대리권 역시 소 제기 전에는 민법상의 대리권과 유사한 성격을 가진다는 첫 번째 논거는 이유 없다.

두 번째 논거에 대해서는, 법 제95조의 입법취지를 면밀하게 검토해 볼 필요가 있다. 법 제95조는 소송절차를 신속·원활하게 진행시킬 필요, 위임 범위의 명확화, 소송대리인이 변호사임에 비추어 신뢰관계를 저버릴 가능성의 희박 등의 사정을 감안하여 당사자의 사망을 소송대리권의 불소멸사유로 규정한 것이다. 그 중 소송절차를 신속·원활하게 진행시킬 필요가 가장 중요한 입법취지라고 볼 수 있다. 당사자가 사망한 경우 대리권이 소멸하게 하여 절차를 완전히 중단시키는 것보다 한편 이를 진행하게 함으로써 절차의 신속·원활이라는 목표를 이루면서도 그 진행하는 사이에 상속인들과 연락하여 상속인들이 소송에 대한 결정권을 가지게 한다면 이것이 더욱 상속인에게 유리하기 때문이다.³¹⁾ 그런 점에 비춰보면 법 제95조는 소송계속을 전제로 하고 있는 규정이라고 볼 수 있다. 하지만 그런 이유 때문에 소송절차가 개시되지 않은 상태에서 당사자 본인이 사망하게 되면 소송대리권도 소멸한다는 것으로 결론을 내리는 것은 논리의 비약으로 보인다. 당사자가 소송대리인을 선임하고 소가 제기되어 소송계속 중 당사자가 사망하였으나 소송대리인과 법원 모두 이를 간과한 상태에서 소송절차가 어느 정도 진행되다가 당사자의 사망을 안 경우와 당사자가 소송대리인

31) 최두진, 앞의 논문, 1087면.

을 선임하고 소 제기 전 사망했으나 소송대리인이 이를 모르고 소를 제기하였고 법원도 이를 간과하여 소송절차가 어느 정도 진행되다가 당사자의 사망을 안 경우를 비교할 때 후자가 전자에 비해 소송절차를 신속·원활하게 진행시킬 필요가 없거나 적다고 할 수는 없기 때문이다. 그럼에도 전자는 소송절차를 신속·원활하게 진행시킬 필요가 있다는 이유를 들어 소송대리인의 소송대리권이 소멸하지 않는다고 하고 후자는 소송절차를 신속·원활하게 진행시킬 필요가 없다는 이유를 들어 소송대리인의 소송대리권이 소멸한다고 주장하는 것은 설득력이 떨어진다. 그렇다면 법 제95조는 원칙적으로 소송계속을 전제로 하고 있으므로 소송절차가 개시되지 않은 상태에서는 당사자 본인이 사망하게 되면 소송대리권도 소멸한다는 두 번째 논거도 이유 없다.

세 번째 논거와 관련하여, 소송대리권의 개시 시점을 검토해 볼 필요가 있다. 본안에 대한 소송대리권은 소의 제기에 의하여 비로소 개시된다는 주장은 본인의 대리권 수여에 의해 발생하는 소송대리권과 본안소송의 소송대리권이 구분된다는 점을 전제로 한 다음, 본안소송의 소송대리권의 시적범위는 심급대리의 원칙에 의해 위임 당시를 기준으로 소송이 계속되고 있거나 장차 계속될 심급에 국한되므로 본안에 대한 소송대리권이 실제로 소송행위로서 대리되는 것은 그 본안 자체의 개시에 의하여 구체적인 소송대리행위가 있을 때라는 점을 근거로 삼고 있다.

하지만 본인의 대리권 수여에 의해 발생하는 소송대리권과 본안소송의 소송대리권을 구분하는 것이 타당한지는 의문이다. 본안소송의 소송대리권 역시 본인의 소송대리권 수여라는 소송행위인 소송위임에 의해 발생한다. 그럼에도 본안소송의 소송대리권은 본안 자체의 개시에 의해 발생한다고 주장하고자 한다면 이를 정당화하는 특별한 사정이 있어야 한다. 그러나 위 주장은 그런 특별한 사정에 대해서는 침묵하고 있다. 그렇다면 특별한 사정이 없는 한 소송위임의 시점에서 본안소송의 소송대리권도 발생한다고 보는 것이 타당하다. 이는 심급대리의 원칙을 관철하더라도 마찬가지다. 심급대리의 원칙에 의하더라도 소송대리권의 시적범위는 소송위임 당시를 기준으로 소송이 계속되고 있는 경우뿐만 아니라 장차 계속될 심급에도 미친다. 이처럼 소송위임 당시를 기준으로 장차 계속될 심급에도 미치므로 본안소송의 소송대리권은 소송위임할 때 개시된

다고 보더라도 심급대리의 원칙과 모순되지 않는다. 장차 계속될 심급을 위해 소송위임을 하면 그때부터 소송대리권이 발생하는 것이고 소송대리인은 이미 발생한 소송대리권에 기하여 소 제기 등 소송행위를 할 수 있는 것이다. 따라서 본안에 대한 소송대리권은 소의 제기에 의해 개시되는 것이 아니라 위임계약 체결할 때 함께 이뤄지는 소송위임에 의해 개시된다고 보아야 한다. 그렇다면 본안에 대한 소송대리권은 소의 제기에 의하여 비로소 개시되는 것이라는 세 번째 논거도 이유 없다.

2) 신의칙설에 대한 비판

신의칙설은 소송계속 이전의 소송위임계약은 일종의 사법상 계약에 불과하므로 법 제95조의 소송대리권 불소멸의 원칙은 피고가 소장을 송달받아 소송계속 이 생긴 이후에 적용된다는 점을 전제로 하고 있다. 이 전제에 대해서는 소극설에 대한 비판이 그대로 적용되므로 신의칙설은 나머지 점에 대해 더 나아가 살필 필요도 없이 이유 없다.

(4) 소결

소송위임은 소송대리권의 발생이라는 소송법적 효과를 발생시키는 소송행위로써 민법상의 위임계약과는 별개의 행위라는 점, 소송절차의 신속·원활한 진행의 필요성은 당사자가 소송대리인을 선임하고 소 제기 전 사망했으나 소송대리인과 법원이 이를 간과하여 소송절차가 어느 정도 진행되다가 당사자의 사망을 안 경우에도 요구된다는 점, 소송대리권은 당사자의 소송위임에 따라 소송대리인이 소장을 제출하여야만 발생하는 것이 아니라 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 함으로써 발생하는 것이라는 점 등에 비춰볼 때 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 하여 소송대리권이 발생한 후 소 제기 전에 사망한 경우에도 소송대리인의 소송대리권은 소멸되지 않는다고 보는 불소멸설이 타당하다. 그렇다면 원고 甲이 범무법인 A에게 소송위임을 한 다음 사망한 이 사안의 경우에 범무법인 A의 소송대리권은 소멸하지 않으므로 범무법인 A가 원고 甲을 대리하여 소를 제기한 것은 적법하다.

4. 사망 간과 판결 시 취해야 할 조치

(1) 소송절차의 중단 여부

법 제233조 제1항은 당사자의 사망을 소송절차의 중단사유로 규정하고 있다. 소송계속 후 변론종결 전에 당사자가 사망한 경우에는 그 상속인은 망인인 당사자의 지위를 당연승계하게 되어 새로운 당사자로 된다. 그러나 상속인을 소송의 당사자로 본다고 하여 실제로 그 소송이 그대로 진행될 수 있는 것은 아니고 그 상속인이 누구인지 특정되고 그 상속인에게 기일통지를 하여 당사자로서 소송에 관여할 수 있도록 했을 때에 비로소 소송이 진행될 수 있다. 따라서 당사자의 소송절차권 보장의 차원에서 당사자가 사망한 때에는 소송수계가 이뤄질 때까지 소송절차를 중단하는 것이다.³²⁾ 이때 당사자의 사망은 소송계속 후 변론종결 전에 발생해야 하는 것이 원칙이다. 소 제기 당시 이미 당사자가 사망한 경우는 중단사유가 아니라 당사자표시정정의 문제로 취급된다.

하지만 법 제238조에서 소송대리인이 있는 경우 소송절차가 중단되지 않는 예외를 규정하고 있다. 소송대리인이 있는 경우 당사자의 사망에도 불구하고 소송대리권이 존속하므로 소송행위를 계속할 수 있어 소송절차권 침해의 우려가 없다는 점을 감안한 것이다. 대법원도 당사자가 사망하였으나 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 아니한 경우 원칙적으로 소송수계라는 문제가 발생하지 아니하고 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되는 것이며 그 사건의 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다 할 것이고, 이때 상속인이 밝혀진 경우에는 상속인을 소송승계인으로 하여 신당사자로 표시할 것이지만 상속인이 누구인지 모를 때에는 망인을 그대로 당사자로 표시하여도 무방하며, 가령 신당사자를 잘못 표시하였다 하더라도 그 표시가 망인의 상속인, 상속승계인, 소송수계인 등 망인의 상속인임을 나타내는 문구로 되어 있으면 잘못 표시된 당사자에 대하여는 판결의 효력이 미치지 아니하고 여전히 정당한 상속인에 대하여 판결의 효력이 미친다고 판시하고 있다.³³⁾

32) 김상원 외, 『신민사소송법(Ⅲ)』, 한국사법행정학회, 2004, 417면.

33) 대법원 1992. 11. 5. 자 91마342 결정.

여기서 당사자가 소송대리인을 선임한 후 소 제기 전에 사망하였으나 소송대리인이 이를 모르고 소를 제기하고 소송계속이 된 경우에도 제238조가 적용될 수 있는지가 문제된다. 대상판결은 당사자가 소송대리인을 선임하고 소 제기 전 사망한 경우에 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 않으므로 소송절차는 중단되지 아니하고, 소송대리인은 상속인들의 소송대리인이 되므로 상속인들 전원을 위해 소송을 수행하게 되며, 판결은 상속인들 전원에 대해 효력이 있고, 소송대리인에게 상소의 특별수권이 있는 경우 상소 제기 시부터 소송절차가 중단된다고 판시하고 있다. 반면, 소송대리인의 소송대리권이 소멸한다고 보는 입장에서는 소송절차의 중단 사안으로 다를 것이 아니라 당사자표시정정의 문제로 다루는 것이 타당하다고 본다.

앞서 본 바와 같이 이 경우에는 소송대리인이 소송대리권이 소멸하지 않으므로 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하는 것이고 판결의 효력도 상속인들 전원에게 미치므로 소송절차가 중단할 이유가 없다. 다만 심급대리의 원칙상 소송대리권은 해당 심급에만 한정되어 인정되므로 해당 심급을 벗어나면 소송대리권은 소멸하게 되고 소송절차가 중단된다. 그렇다면 구체적으로 언제 소송대리권이 소멸되어 소송절차가 중단되는 것일까? 이는 망인의 소송대리인에게 상소제기의 특별수권이 있는지 여부에 따라 달라진다. 상소제기의 특별수권이 없는 경우 심급대리의 원칙상 그 판결정본이 소송대리인에게 송달되면 소송대리인의 소송대리권이 소멸하고 그때부터 소송절차가 중단된다.³⁴⁾ 반면 망인의 소송대리인에게 상소제기에 관한 특별수권이 부여되어 있는 경우에는 판결정본의 송달시가 아니라 상소를 제기한 때에 소송절차가 중단된다. 따라서 망인의 소송대리인에게 판결이 송달되더라도 소송절차가 중단되지 아니하고 상소기간은 진행되는 것이므로 상소제기 없이 상소기간이 지나가면 그 판결은 확정된다.³⁵⁾

이 사건의 경우 인정사실에서 범무법인 A가 甲으로부터 상소제기에 관한 특별수권을 받았는지 여부가 명확하게 나타나지 않는 바, 범무법인 A가 상소제기에 관한 특별수권을 받지 않았다면 제1심법원의 판결정본이 범무법인 A에게 송달한 때에 범무법인 A의 소송대리권이 소멸하므로 그때부터 소송절차는 중단

34) 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다61649 판결.

35) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2007다22859 판결.

된 것으로 보아야 한다. 반면 상소제기에 관한 특별수권을 받았다면 항소심 소송을 위임받은 법무법인 B가 사망한 갑 명의로 항소장을 제출한 때 법무법인 A의 소송대리권이 소멸한다. 다만 이때는 법무법인 B에게 망인의 상속인들에 대한 소송대리권이 존재하고 있으므로 소송절차는 중단되지 않는다고 보아야 할 것이다.

(2) 항소심에서의 법원의 조치

1) 소송절차 중단 및 수계로 처리해야 한다는 견해

대상판결이 취하고 있는 입장이다. 대상판결은 소송절차 중단 중에 제기된 상소는 부적법한 것이지만 상소심법원에 수계신청을 하여 그 하자를 치유시킬 수 있으므로, 상속인들로부터 항소심 소송을 위임받은 소송대리인이 소송수계절차를 취하지 아니한 채 사망한 당사자 명의로 항소장 및 항소이유서를 제출하였더라도, 상속인들이 항소심에서 수계신청을 하고 소송대리인의 소송행위를 적법한 것으로 추인하면 그 하자는 치유된다 할 것이고 추인은 묵시적으로도 가능하다고 하며, 이 사건의 경우 제1심 판결 선고 후 원고 甲의 상속인인 원고 乙, 丙이 법무법인 B를 소송대리인으로 선임하여 법무법인 B가 원고 甲의 패소 부분에 대하여 원고 甲의 명의로 항소를 제기하였더라도 그 후 소송수계신청을 함으로써 원고 乙, 丙이 원고 甲에 대한 소송절차를 적법하게 수계한다 할 것이고, 수계신청 전 법무법인 B가 원고 甲 명의로 한 소송행위를 추인함으로써 법무법인 B의 종전 소송행위의 하자도 치유된다고 판시하고 있다.

2) 당사자표시정정으로 처리해야 한다는 견해

대법원이 상속인들이 망인 명의로 소를 제기한 경우에 실제로 소를 제기한 자는 망인의 상속인들이고 다만 그 표시를 그릇한 것에 불과한 것으로 보고 원고표시정정을 허용하는 점³⁶⁾ 등을 근거로 소 제기 전 당사자 사망한 경우에는 대상판결과 같이 소송계속 중의 소송중단 및 수계규정을 적용하기 보다는, 당사

36) 대법원 1994. 12. 2. 선고 93누12206 판결.

자표시정정으로 사안을 해결하는 것이 기존의 법리에 비추어 더 자연스럽고, 신속히 당사자의 부존재라는 흠결을 보완하고 대립당사자구조를 회복시켜 실질에 맞게 효율적으로 소송절차를 진행할 수 있다는 측면에서도 타당하다고 보는 견해,³⁷⁾ 설사 법 제95조의 유추적용이 가능하여 소송대리인의 소송대리권이 소멸하지 않는다고 가정하더라도 원고의 표시정정에 가능하다는 선에 그쳐야 할 것이라는 견해 등이 있다.³⁸⁾

(3) 소결

소송절차 중단 및 수계로 처리해야 한다는 견해에 대해서는 첫째, 소송계속 중 당사자 사망의 경우에는 소송계속이 개시될 시점에서는 소송대리인이 당사자를 소송대리하였지만 당사자의 사망으로 그때부터 상속인을 소송대리하게 됨으로써 소송계속 중에 당사자의 변경이 일어났으나, 소송위임 후 소 제기 전 사망의 경우는 소송계속 시점부터 소송대리인이 망인인 당사자가 아닌 그 상속인을 법률상 당연히 대리하는 것이어서 처음부터 상속인이 당사자인 것으로 취급되므로 당사자의 변경이 없어 소송수계의 문제가 발생하지 않는다는 점. 또한 이 사건에서 법무법인 B가 망인인 甲 명의로 항소심 위임을 받아 원고 甲 패소 부분에 대해 甲 명의로 항소를 제기하였다고 하더라도 법무법인 B는 망인인 甲이 아니라 망인의 상속인들인 乙, 丙의 소송대리인이고, 실제로 소를 제기한 자는 乙, 丙이고 다만 그 표시를 그릇한 것에 불과하다는 점 등의 비판이 제기될 수 있다. 따라서 당사자표시정정으로 사안을 해결하는 것이 타당하다.

이에 대해서는 이 사건의 경우처럼 제1심판결이 선고될 때까지 당사자표시정정이 이뤄지지 않아 망인 명의로 판결이 선고된 경우에는 그 판결은 당연 무효이고 그 흠은 치유할 수 없어 상소 제기조차 부적법하게 됨으로써 당해 소송절차 내에서는 상속인들에 대한 구제방법이 없다는 비판이 제기될 수 있다. 이러한 비판에 대해서는 소송계속 전 당사자의 사망으로 무효인 판결이라 하더라도 유효한 판결이라는 외관을 제거할 법적 이익을 가진 당사자(상속인)의 상소 등

37) 임소연, 앞의 논문, 88~89면.

38) 한충수, 앞의 논문, 574면.

을 허용하는 것이 필요하고 타당하다는 반론이 있다.³⁹⁾

망인 명의로 제소를 하였으나 제1심판결이 선고될 때까지 당사자표시정정이 이뤄지지 않아 망인 명의로 판결이 선고되었을 때 그 판결을 당연 무효로 보는 경우는 망인에게 소송대리인이 없거나 그 소송대리권이 소멸한 경우에 한정된다. 망인 명의로 판결이 선고되었으나 망인에게 소송대리인이 있는 경우 그 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되는 것이며 그 사건의 판결은 당연 무효가 아니라 상속인들 전원에 대하여 효력이 있는 유효한 판결이다.⁴⁰⁾ 이때는 당사자표시정정의 일반원칙으로 돌아가 상소심에서도 당사자표시정정을 할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 당사자표시정정은 당사자의 부정확한 표시를 바로 잡는 것으로서 이론상 원고·피고 또는 심급에 제한 없이 가능하고 판결이 확정된 뒤라도 판결의 경정을 통해 할 수 있기 때문이다.⁴¹⁾ 앞서 본 대법원 1974. 10. 8. 74다834 판결에서 1심에서 사망자를 상대로 한 제소라 하여 각하한 판결에 대하여 항소심이 당사자표시정정을 한 경우에는 1심판결을 취소하고 환송을 해야 한다고 판시한 것에서 알 수 있듯이 대법원도 비록 당사자가 소 제기 전 사망한 경우라도 소각하판결 등으로 제1심판결이 당연 무효가 아닌 경우에는 항소심에서 당사자표시정정을 인정하고 있다.

그렇다면 이 사건의 경우 소송계속 중의 소송중단 및 수계규정을 적용하여 사안을 해결하는 것보다는, 당사자표시정정으로 사안을 해결하는 것이 타당하다.

5. 마치며

대상판결이 선고되기 이전에는 당사자가 소송대리인을 선임하고 소 제기 전에 사망하였으나 소송대리인이 이를 모르고 소를 제기한 경우 어떠한 법적 쟁점이 발생하는지에 대해 별다른 논의가 없었다. 그러다 대상판결이 나온 이후 대상판결의 타당성 여부를 둘러싸고 여러 논의가 활발하게 전개되고 있다. 이

39) 한충수, 앞의 논문, 578면.

40) 대법원 1992. 11. 5. 자 91마342 결정.

41) 유병현, “당사자의 사망이 소송절차에 미치는 영향”, 민사소송 12 (1), 한국민사소송법학회, 2008, 53면.

글의 목적 역시 대상판결의 판시내용의 타당성 여부를 검토하는 것이다.

대상판결이 사법상의 위임계약과 소송위임이 분명히 구분된다는 전제 하에 당사자가 소송대리인을 선임하고 소 제기 전에 사망한 경우에도 민법상의 일반 원칙이 아닌 법 제95조를 적용하여 소송대리인의 소송대리권이 소멸하지 않는다고 판시한 점은 소송대리권의 법적성질에 대한 이해를 보다 깊게 할 수 있는 계기를 제공했다는 점에서 의의가 있다.

하지만 제소 전 당사자가 사망한 경우에도 이를 간과하고 판결이 선고된 경우에 소송대리인이 있다는 이유로 소송절차의 중단 및 수계의 관점에서 해결하려고 한 점은 과연 법리적 타당성이 있는지 의문이 든다. 제소 전에 이미 당사자가 사망한 경우에는 소송대리인은 소 제기를 할 때부터 망인인 당사자가 아닌 망인의 상속인을 소송대리하는 것이므로 소송계속 중 당사자의 변경이 없다. 따라서 소송계속 중 당사자의 변경을 전제로 하는 소송절차의 중단 및 수계의 관점이 아니라 당사자표시를 그릇한 것으로 보아 당사자표시정정의 관점에서 해결하는 것이 타당하다고 본다. 이 점에 대해 보다 깊은 연구가 이뤄지기를 바란다.

참고문헌

〈논문〉

- 강현중, “소송계속 전 원고가 사망한 경우 그 소송대리인의 소송대리권”, 『법률신문』(2016. 11. 10.).
- 박재완, “제소전 사망한 자를 피고로 한 소송에 관한 대법원 판례에 대한 고찰”, 『법학논총』 34(4), 2017.
- 오상현, “소장송달 전에 사망한 사람을 당사자로 한 판결의 효력과 상소, 수계”, 『법조』 65(2), 법조협회, 2016.
- 유병현, “당사자의 사망이 소송절차에 미치는 영향”, 민사소송 12 (1), 한국민사소송법학회, 2008.
- 임소연, “소 제기 전 당사자 사망의 경우 소송대리권의 존속 여부와 소송의 적법 여부”, 『법학연구』 28, 충남대학교 법학연구소, 2017.

채영호, “변호사에게 소송을 위임한 사람이 소 제기 전에 사망하였으나 변호사가 사망 사실을 모르고 사망자 명의로 소송을 제기한 것이 적법한가”, 『법률신문』(2016. 5. 27.).

최두진, “당사자의 사망과 소송대리권” 『인문사회 21』8(6), (사)아시아문화학술원, 2017.

한충수, “소 제기 전 당사자의 사망과 소송대리인의 소송대리권”, 『최신판례 분석』 719, 법조협회, 2016.

〈단행본〉

김상원 외, 『신민사소송법(Ⅰ)』, 한국사법행정학회, 2004.

김상원 외, 『신민사소송법(Ⅲ)』, 한국사법행정학회, 2004.

김홍엽, 『민사소송법』, 박영사, 2016.

송영근, 『논점민사소송법』, 헤르메스, 2018.

이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2018.

전병서, 『민사소송법강의』, 법문사, 2003.

[Abstract]

A Party's Death before Filing a Lawsuit and Power of Attorney

Shin, Yong-In

Professor, Jeju National University Law school/Lawyer

Recently, the Supreme Court(Supreme Court Decision 2014Da210449 decided on April 29, 2016) says if the power of attorney is committed in the case of the party's death before filing a lawsuit, filing a lawsuit is lawful and

could be solved by the interruption and succession of proceedings.

There are three problems with the Supreme Court's judgment.

First, whether this decision is contrary to the previous decisions of the Supreme Court that said filing a lawsuit after the party's death was unlawful.

Second, whether the power of attorney is extinguished, if a party dies before filing a lawsuit.

Third, what action should be taken if a party's death is overlooked and a judgment is sentenced.

For the first problem, there is an opinion that it is contrary to the previous decisions of the Supreme Court on the ground of the deficit of adversary procedure. However, if the power of attorney is committed in the case of the party's death before filing a lawsuit, the power of attorney does not cease to exist, so the adversary procedure is maintained regardless of the party's death. Therefore, the Supreme Court's decision is not contrary to the previous decisions of the Supreme Court.

For the second problem, the Supreme Court decided that if the power of attorney is committed in the case of the party's death before filing a lawsuit, the power of attorney is not extinguished. But there is an opinion that it is reasonable to conclude that the power of attorney for the case is extinguished. But the the Supreme Court's conclusion is right.

For the third problem, The Supreme Court solved the matter by the interruption and succession of proceedings. However, it is reasonable to solve the matter by the correction for an Indication of Parties.

Key words : Party's Death, Power of Attorney, Pending of a Lawsuit, Succession, Interruption, Correction for an Indication of Parties