

소송대리인의 대리권의 범위

00대학교 법학전문대학원 교수 · 변호사

000

〈설문〉

- (1) X가 Y에 대하여 5,000만원의 대금반환청구소송을 제기하였다. 이때 Y는 자신의 소송대리인으로 Z를 선임하였다. 소송진행 중에 Z는 Y의 허락 없이 Y의 X에 대한 3,000만원의 대금채권으로 상계의 항변을 하였다. 이러한 상계의 항변은 적법한가?
- (2) 甲에 의하여 5,000만원을 청구당한 乙의 소송대리인 丙이 채무는 3,000만원이라는 화해를 하고, 乙 소유의 토지를 담보로 제공하였다. 이 경우에 乙이 丙에게는 화해의 수권은 하였지만, 저당권설정에 대한 수권은 하지 않았음을 이유로 화해무효를 주장할 수 있는가?

I. 논점의 정리

- (1) 설문 (1)은 소송위임에 의한 소송대리인에 의한 형성권행사가 대리권의 범위에 속하는가에 관한 문제이다. 따라서 소송에 있어서 형성권행사의 법적 성질에 대한 학설을 검토하고, 각 학설의 입장에서 소송대리인이 당사자 본인의 형성권(여기에서는 특히 상계권)을 행사할 수 있는지를 검토하는 것이 필요하다.
- (2) 설문 (2)는 소송대리인이 당사자를 대리인으로 하여 상대방과 화해를 하는 과정에서, 화해의 대상으로 혹은 상호 양보의 방법으로 그 소송물 이외의 권리관계를 포함시켜 화해를 할 수 있는지의 문제이다. 본래 화해는 승소판결을 얻으려는 소송위임의 취지에 반하므로, 소송대리인이 화해를 하기 위하여는 당사자 본인의 특별수권이 있어야 한다(법 제90조 제2항). 그러나 본 설문에 관하여는 명문의 규정이 없으므로 학설이 나누어져 있다. 따라서 이에 관한 학설 · 판례를 살펴보는 것이 필요하다.

Ⅱ. 소송위임에 의한 소송대리인의 대리권의 범위

1. 민사소송법의 규정

소송상의 대리인은 여러 기준으로 분류되지만, 일반적으로는 법정대리인과 임의대리인으로 나누어진다. 그리고 소송수행에 대한 포괄적인 대리권을 갖는 임의대리인을 소송대리인이라 하며, 소송대리인은 다시 소송위임에 의한 소송대리인과 법령에 의한 대리인으로 나누어진다. 그런데 제90조는 소송대리인의 대리권의 범위를 법정하고 있다. 그런데 제92조에서는 위 제90조의 규정은 법률에 의하여 재판상의 행위를 할 수 있는 대리인의 권한에는 적용하지 아니한다고 규정하고 있다. 따라서 제90조의 규정은 소송위임에 의한 소송대리인의 대리권의 범위를 정한 것이라 할 것이다. 이하에서는 이를 소송행위와 법률행위로 나누어 살펴본다. 그리고 대리권의 범위와 관련되는 대리권의 제한 및 개별대리의 원칙에 관하여도 살펴본다.

2. 소송행위

(1) 법정범위

소송대리인은 위임받은 사건에 관하여 반소, 참가, 강제집행, 가압류·가처분에 관한 소송행위를 할 수 있다(제90조 제1항). 이는 소송절차의 원활·신속한 진행과 당사자의 편의를 위하여, 소송대리인이 소를 제기하고 소송을 수행함에 있어서 발생하는 절차에도 대리권을 수여하는 취지이다. 따라서 위에서 열거한 소송행위는 주된 소송행위를 예시한 것에 불과하고, 그 외의 부수절차, 예컨대 증거보전, 독촉, 소송비용확정 등을 수행할 권한을 포함한 모든 소송행위를 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

(2) 특별수권을 요하는 경우

1) 반소의 제기, 소의 취하·소송상 화해·청구의 포기·인락, 소송탈퇴, 상소의 제기 또는 취하, 복대리인의 선임 등에 있어서는 특별수권이 필요하다(제90조 제2항). 이는 본인에게 중대한 결과를 미치는 사항에 관하여는 당사자 본인의 의사를 존중하는 입장에서 그 때마다 특별한 수권을 요구한 것이다.

2) 반소의 제기는 피고의 입장에서 새로운 독립의 소를 제기하는 것이므로, 피고가 제기된 본소에 대한 방어를 목적으로 한 소송위임의 취지에 반하기 때문이다. 또한 소취하에 있어서 특별수권을 요구하는 이유는 소제기를 위임한 본인의 소송위임의 취지에 반하고, 소송상 화해와 청구의 포기·인락은 승소판결을 얻으려는 소송위임의 취지에 반하기 때문이다. 그 외에도 탈퇴한 당사자에게도 그 판결의 효력이 미치므로(제80조), 소송탈퇴는 참가인과 상대방간의 승패를 조건으로 청구를 포기하고 인락한 것으로, 당사자의 소송위임의 취지에 반하기 때문이다. 그리고 심급대리의 원칙상 상소를 제기·취하에는 특별수권이 필요하다. 그러나 상대방의 상소에 응소하는 것에도 특별수권이

필요한지에 관하여는 확설이 대립된다. 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있다. 또한 본인과 소송대리인간에는 신임관계에 있기 때문에, 소송대리인의 대리인, 즉 본인의 복대리인을 선임하는 데는 특별수권이 요구된다.

- 3) 소송대리인은 제90조 제2항에서 규정한 특별수권사항 이외의 모든 소송행위를 할 수 있다.

3. 법률행위

소송대리인의 대리권의 범위에 포함되는 법률행위로는 변제의 수령만이 규정되어 있다. 그러나 법이 소송목적인 채무의 변제수령권만을 규정한 것은 예시적인 것이며, 그 외의 실제법상의 행위를 하는 권한을 부인하는 취지로는 볼 수 없다는 것이 일반적 견해이다. 따라서 소송대리인은 당해 사건에 대한 공격방어방법의 전제로서 본인이 갖는 모든 실제법상의 권리(예컨대 계약의 해제·해지권, 상계권, 취소권, 건물매수청구권 등)도 본인의 허락 없이(즉 특별수권 없이) 행사할 수 있다.

4. 대리권의 제한금지

(1) 제한금지의 원칙

소송대리권의 범위를 제한하는 것은 원칙적으로 금지되어 있다(제91조). 왜냐하면 대리권의 제한은 대리권의 범위를 불명확하게 하여 소송의 원활·신속한 진행을 방해하기 때문이다. 이것에 위반한 경우에는 소송법상으로는 무효이다. 그러나 대리권의 제한에 대한 약정은 사법상의 계약으로는 유효하므로, 이에 위반한 대리행위에 의하여 본인에게 손해가 발생하면 대리인은 그 손해를 배상하여야 한다.

(2) 예외

다만 단독판사사건에서 변호사가 아닌 소송대리인의 경우에는 당사자의 의사를 존중하여 대리권의 범위를 제한할 수 있도록 하고 있다(제91조 단서). 그러나 여기에서도 소송수행에 지장을 줄 수 있는 제한은 내재적 한계에 의해 무효로 된다. 예컨대 본인에게 불이익한 소송행위는 할 수 없다는 등의 제한은 무효이다.

5. 개별대리의 원칙

당사자에게 수인의 소송대리인이 있는 때에는 각자가 당사자를 대리하고, 당사자가 다른 약정을 하더라도 법원과 상대방에게는 무효이다(제93조). 그리하여 1인의 대리인에게만 변론기일소환장을 송달하여도, 변론기회를 주지 아니하기 위한 부당한 조치는 아니다(제180조). 다만 송달받을 대리인이 지정된 경우에는 그 자에게만 송달하여야 하는 것은 당연하다. 수인의 소송대리인이 서로 저촉되는 행위를 동시에 한 경우에 모두 효력을 갖지 못한다. 그

러나 때를 달리한 경우에는 앞의 행위가 철회된 것이 되고, 철회할 수 없는 경우에는 후의 행위가 효력을 갖지 못한다.

Ⅲ. 설문 (1)의 경우—소송대리인이 소송상 상계권을 행사할 수 있는지 여부

1. 문제점

실체법상의 형성권(상계권·취소권·해제권·건물매수청구권 등)을 행사하는 방법은 다음의 2가지이다. 즉 첫째, 소송절차 외에서 행사하여 변동을 발생시키고, 그의 효과를 소송상 주장하는 경우와 둘째, 소송에서 비로소 항변으로써 행사하는 경우가 있다. 그런데 첫째의 경우에서 형성권을 소송절차 외에서 행사한 것은 법률행위이고, 소송상 주장하는 것은 소송행위이다. 따라서 전자의 요건·효과는 사법의 규제를 받으며, 후자의 요건·효과는 소송법에 의하여 규율된다. 이러한 경우에는 특별히 문제될 것이 없다. 그러나 소송상 항변으로써 형성권이 행사된 두 번째의 경우에는 단순히 소송법상의 효과만이 발생하는지 아니면 사법상의 효과까지 발생하는지와 관련하여, 그의 법적 성질에 관해 학설의 대립이 있다.

2. 소송상 상계권 행사의 법적 성질에 관한 견해의 대립

(1) 사법행위설(병존설) 및 신병존설

소송에 있어서 형성권의 행사는 소송 외에서 행사할 수 있는 형성권이 우연히 공격방어방법으로 소송상 주장된 것에 지나지 않는다고 한다. 따라서 외관상으로는 1개의 행위로 보이지만, 상대방에 대한 의사표시(사법행위)와 그의 행사의 사법상의 효과를 법원에 대하여 진술하는 행위(소송행위)가 병존하는 것이라 한다.

(2) 소송행위설

당사자가 소송에 있어서 형성권을 행사한 것은 자신에게 유리한 판결을 받기 위하여 공격방어방법으로 주장한 것이므로, 사법행위를 포함하지 않은 순수한 소송행위만이 존재한다고 한다. 따라서 소송상 형성권의 행사는 소송상의 효과만이 발생하고, 사법상의 효력은 법원이 판결에 의하여 형성권을 인정한 경우에 비로소 발생한다고 한다.

(3) 양성설(절충설)

소송상 형성권을 행사하는 것은 하나의 행위이지만, 소송행위의 성질과 사법행위의 성질을 공유하는 것이라고 한다. 그리하여 요건에는 소송법을 적용하지만, 효과에서는 소송법과 사법상의 효과를 인정한다.

3. 검토 및 설문의 경우

(1) 소송대리인은 위임받은 사건에 관한 모든 소송행위를 할 수 있고, 다만 일정한 경우에만 그 권한은 제한된다. 그런데 소송상 상계권행사는 이러한 특별수권사항에 해당하지

않는다. 따라서 소송행위설에 의하여 소송상 상계권행사를 소송행위라고 하는 경우에, 소송대리인은 본인의 허락 없이도 이를 행사할 수 있다.

- (2) 현재의 통설·판례는 소송대리인은 소송행위시에 공격방어의 전제로서 필요한 실체법상의 권리를 행사하고, 또한 상대방의 권리행사의 의사표시를 수령하는 것이 가능하다. 왜냐하면 소송절차의 원활한 진행을 위해서는 공격방어의 전제로서 필요한 실체법상의 권리행사도 소송대리인이 자유롭게 하는 것이 필요하기 때문이다. 즉 법이 변제수령권을 규정한 것은 소송수행과 직접적인 관련이 없고, 그 이외의 실체법상의 권리를 행위할 권한을 부인하는 취지로는 볼 수는 없다. 따라서 병존설 내지는 신병존설에 의하여 소송상 상계권행사를 실체법상의 행위로 보더라도 소송대리인은 이를 본인의 허락없이 행사할 권한을 갖는다고 할 것이다.
- (3) 결국 소송상 상계권행사의 법적 성질에 대하여는 사법행위설(병존설), 신병존설과 소송행위설이 있지만, 어느 학설에 따르더라도 대리권의 범위에 관해서는 차이가 없다. 따라서 어느 학설에 의하더라도 소송대리인 Z는 본인 Y의 허락 없이 Y의 X에 대한 3,000만원의 대금채권으로 상계하는 취지의 항변을 제출한 것은 적법하게 된다.

IV. 설문 (2)의 경우—화해의 위임을 받은 소송대리인은 본인의 부동산에 관하여 저장권설정을 할 권한을 갖는지 여부

1. 문제점

소송대리인이 화해를 하는 것은 승소판결을 목적으로 하는 소송위임의 취지에 반하므로 특별수권사항이다. 그런데 소송대리인이 화해에 관한 특별수권을 받은 경우에도 그 권한으로 화해를 할 수 있는 것은 수임사건의 소송물인 권리관계에 한하며, 그 소송물 이외의 법률관계를 화해에 포함시키는 것은 이례적인 경우이다.

그리하여 소송대리인이 소송상 화해의 대상으로 혹은 상호양보의 방법으로 소송물 이외의 권리관계를 포함시킨 경우에, 그 화해의 효력을 인정할 것인지에 대하여는 논의가 있다. 즉 화해의 특별수권을 받은 소송대리인이 소송물 이외의 권리관계를 포함시킬 권한을 갖는지에 관하여 학설이 대립된다.

2. 견해의 대립

(1) 긍정설

화해의 특별수권을 받은 소송대리인은 소송물 이외의 권리관계를 포함시킬 권한까지 갖는다고 한다. 왜냐하면 이러한 화해는 사회적으로 필요한 것이며, 여기에서는 절차의 안정이 요청되기 때문이다. 즉 설문의 경우, 乙이 채무를 이행하면 담보권이 실행되지 않을 것이고, 반대로 설정이 없더라도 乙이 채무를 불이행할 경우에는 당해 재산에 대한 집행의 가능

성이 있으므로, 乙에게는 아무런 불이익이 없다고 한다. 다만 본인은 소송대리인에게 특별수권한 권한을 남용하여 위임사무를 제대로 처리하지 못하였음을 이유로 손해배상을 요구할 수 있다고 한다.

(2) 부정설

화해의 특별수권을 받은 소송대리인이 소송물 이외의 권리관계를 포함시키기 위하여는 그에 대한 별도의 특별수권이 필요하다고 한다. 왜냐하면 예컨대 위의 설문에서 저당권의 설정은 당사자에게 단순한 집행가능성을 제공하는 데 그치지 않는 것이 아니라 임의매각의 자유를 제한하는 등의 실질적인 불이익을 가져오기 때문이라고 한다. 따라서 본인이 저당권설정을 승낙하지 않았음에도 불구하고, 이러한 화해를 대리권의 범위에 포함시킨다는 것은 절차안정을 위하여 본인의 이익을 해하는 것이며, 이는 당사자의 능력을 보완□확장하려는 대리제도의 본래의 취지에도 반하는 것이라고 한다.

3. 판례의 태도

대법원은 소송상 화해나 청구의 포기에 관한 특별수권이 되어 있다면 당해 소송물인 권리의 처분, 포기에 대한 권한도 수여되어 있다고 봄이 상당하다고 판시한 바 있다(대판 2000.1.31. 99마6205).

4. 검토 및 설문의 경우

부정설에 의하면, 설문의 경우 乙은 자신의 토지에 대한 저당권설정의 위임이 없었음을 이유로 준재심의 방법으로 무효를 주장할 수 있게 된다. 그러나 화해의 위임을 받은 소송대리인에게 이러한 권한을 인정하더라도 본인에게는 특별히 불이익하지 않으므로 긍정설이 타당하다고 판단되고, 따라서 이 견해에 의하면 설문의 경우 丙의 화해는 유효하고 乙은 이러한 화해에 대하여 위임이 없었음을 이유로 무효를 주장할 수 없게 된다.

V. 설문의 해결

- (1) 설문 (1)의 경우 소송대리인 Z가 본인 Y의 허락 없이 Y의 X에 대한 3,000만원의 대금채권으로 상계하는 취지의 항변을 제출한 것은 적법하다.
- (2) 설문 (2)의 경우 소송대리인 丙의 화해는 유효하고 乙은 자신의 위임이 없었음을 이유로 화해의 무효를 주장할 수는 없다.