

유언능력에 관한 고찰

윤 부 찬

한남대학교 법과대학 교수

1. 서

유언이란 유언자의 사망으로 일정한 법적 효과를 발생시킬 것을 목적으로 하는 법률 행위를 말한다. 우리 민법은 유언과 관련하여 유언법정주의라고 하여 유언을 할 수 있는 사항을 법으로 정하고 있다. 현행법이 인정하고 있는 유언 사항은 크게 4가지로 나눌 수 있다. 첫째 친족관계에 관한 것으로 친생부인, 인지, 미성년자후견인 지정, 친족회원의 지정이 이에 속한다. 둘째 상속관계에 관한 것으로 상속재산의 분할방법의 지정이나 그 지정의 위탁, 상속재산분할금지 등이 이에 속한다. 셋째는 재산처분에 관한 것으로 재단법인 설립, 유증, 신탁 등이 있다. 마지막으로 유언에 관한 것으로 유언집행자의 지정이나 그 지정의 위탁으로 나누어 볼 수 있다.¹⁾

그런데 이런 유언을 하기 위해서는 유언자에게 유언을 할 수 있는 정신능력이 필요한데 이를 유언능력이라고 한다. 유언능력에 관하여 민법은 제1061조 내지 제1063조에서 규정하고 있다. 즉 제1061조에서는 만 17세에 달한 자에게 유언능력을 인정하고 있으며, 민법의 무능력자에 관한 규정은 유언에는 적용되지 않도록 하고 있다(제

1) 이경희, 가족법, 법원사, 2006, 470면.

1062조). 또 금치산자도 의사능력이 회복된 때에는 유언을 할 수 있도록 하고 있다(제 1063조).

한편, 우리 나라 사람들의 유언에 관한 통계가 전면적으로 이루어진 것이 없어서 그 실태를 정확히 파악하기는 힘들지만, 그 동안의 관행이 유언을 많이 하지 않는 것은 주지의 사실인 것으로 보인다. 다만 2000년 이후에 발표된 법원의 사법통계연감에 따르면 유언과 관련된 사건의 수가 종래보다는 증가하고 있는 추세임은 틀림없는 것 같다.

아래의 표는 2000년 이후 10년간 법원에서 발표한 가사비송사건에 관한 통계 중 상속사건 및 유언사건에 관한 통계이다.

구분	2009년	2008년	2007년	2006년	2005년
상속사건	28,825	26,829	27,526	25,280	23,759
유언사건	198	206	201	164	142
출처 사법연감	2010년 542면	2009년 524면	2008년 560면	2007년 625면	2006년 553면
구분	2004년	2003년	2002년	2001년	2000년
상속사건	21,709	18,651	16,034	11,346	8,409
유언사건	118	140	109	99	84
출처 사법연감	2005년 463면	2004년 493면	2003년 463면	2002년 453면	2001년 422면

이 표에서 말하는 유언사건이란 가사비송사건에 관한 것이다. 즉 가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목이 정하고 있는 가사비송사건인 라류사건에 관한 것으로, 민법 제1070조 제2항에 따른 유언의 검인(檢認), 민법 제1091조에 따른 유언의 증서 또는 녹음(錄音)의 검인, 민법 제1092조에 따른 유언증서의 개봉, 민법 제1096조에 따른 유언집행자의 선임 및 그 임무에 관한 처분, 민법 제1097조제2항에 따른 유언집행자의 승낙 또는 사퇴를 위한 통지의 수리, 민법 제1104조제1항에 따른 유언집행자에 대한 보수의 결정, 민법 제1105조에 따른 유언집행자의 사퇴에 대한 허가, 민법 제1106조에 따른 유언집행자의 해임, 민법 제1111조에 따른 부담(負擔) 있는 유언의 취소와 관련된 사건에 관한 통계이므로 이 통계가 우리나라에서 행하여지는 모든 유언의 건수를 표시하고 있다고는 볼 수 없다.

다만 가사소송법상 라류사건에 관한 것에 국한된 것이지만 2000년부터 지난 10년간

의 유언에 관한 통계를 보면 2000년에 84건, 2001년에 99건으로 연간 100건 수준이었던 사건의 수가 꾸준히 증가하여 2007년부터는 200건을 넘고 있다. 이는 10년이 안 되는 짧은 기간 내에 유언 사건의 수가 2배를 상회하는 수준으로 증가하였다는 사실을 말하는 것으로 우리 사회에서 유언을 하는 풍토가 정착되어 가는 과정의 한 방증인 것으로 보인다.

그리고 민법은 만 17세가 넘으면 누구나 독자적으로 유언을 할 수 있는 것으로 규정하고 있지만, 실제 유언이란 대개가 상당한 고령이 되어 특히 자신의 재산을 후대에 승계시키고자 할 때 이루어지는 것이 보통일 것이다. 그렇다면 유언은 대개 60~70대 이상의 고령자가 행한다.

한편 앞서 본 바와 같이 우리 민법상 유언이란 친족에 관한 것, 상속에 관한 것, 재산처분에 관한 것 및 유언에 관한 것이 있는데, 그 중에서 유언이란 상속 및 재산처분에 관한 것이 주류를 이룰 것이다. 특히 상속 및 재산처분에 관한 유언은 대개 유언이 없었으면 유증의 목적물을 상속받을 수 있었을 상속인의 이해관계와 직접 충돌을 빚게 된다. 이렇게 되는 경우 상속인은 가능한 한 유언의 효력을 부인하기 위한 방법을 강구하게 될 것인데, 이는 유언의 무효를 주장함으로써 가능해진다. 우리 민법이 규정하고 있는 유언의 무효사유는 크게 두 가지인데, 하나는 유언이 법정의 방식을 갖추지 못하였음을 주장하는 것이고, 다른 하나는 유언자에게 유언 당시에 유언능력이 없었음을 이 유로 유언의 효력을 부인하는 것이 될 것이다.

전자의 유언 방식흡결의 문제는 법이 정하고 있는 유언의 요건을 갖추었는지를 형식적으로 판단하는 것이므로 그 유효성 여부를 쉽게 판단할 수 있을 것이다.

그러나 유언자에게 유언 당시에 유언능력이 있었는지 여부는 사실 인정의 문제이기 는 하나 이를 쉽사리 판단할 수 있는 것이 아니라 유언자의 유언 당시의 정신 상태를 외 부적인 사정에 따라 추정함으로써 판단해야 하는 것으로 매우 복잡한 양상을 보이게 될 것이다. 더구나 위에서 언급한 바와 같이 유언은 대개 고령자가 행하게 되고, 고령자의 상당수는 정신능력이 쇠퇴하여 치매에 걸린 경우도 많을 것이고, 이런 와중에 유언을 하거나 혹은 종전에 한 유언과 다른 유언을 하게 되면 나중에 이루어진 유언의 유효성을 다투는 분쟁이 발생할 소지가 증가하게 된다.

유언을 둘러싼 분쟁을 해결함에 있어서 가장 어려운 문제가 유언자의 유언능력에 관한 것일 것이다. 유언능력에 관한 문제가 유언에 있어서 가장 핵심적 문제이고, 유언의

효력을 정함에 있어서 출발점이 됨에도 불구하고 우리나라 민법학계에서는 이 문제를 집중적으로 다룬 문헌은 찾아보기 어렵다.

이런 문제 인식하에 아래에서는 민법이 규정하고 있는 미성년자 및 금치산자의 유언능력을 검토하고, 유언자의 개별적인 상황, 즉 신체적 장애와 정신적 장애가 유언자의 유언능력에 미치는 영향에 대하여 살펴본 다음 결론 부분에서 유언능력의 인정 여부의 기준에 대하여 살펴보려고 한다.

II. 미성년자의 유언능력

민법은 유언능력에 관하여는 행위무능력자에 관한 규정을 적용하지 않고(제1062조) “만 17세에 달하지 못한 자는 유언을 하지 못한다.”고 하여 특별규정(제1061조)을 두고 있다.

즉 유언의 경우에는 만 17세가 넘으면 민법총칙상 무능력자 제도와 상관없이 유언을 할 수 있으며, 이때 법정대리인의 동의를 얻거나 대리인에 의하지 않는다.

민법이 왜 만 17세가 되면 유언능력을 갖추는 것으로 보는 것인지는 분명하지 않다.²⁾ 이에 대하여 유언은 사자의 최종 의사를 존중하는데 그 목적이 있으며 현실로 유언자 자신의 이익을 해하는 것이 아니라고 보아 유언을 함에 필요한 판단능력, 즉 의사능력이 있으면 되는 것이며, 이는 우리나라 사람의 정신능력의 발달이 17세이면 우선 의사능력을 갖추는 정도가 되는 것으로 보았기 때문이라고 하고 있다.³⁾

왜 이것이 17세이어야 하는지에 대하여 유언을 할 의사능력을 갖추는 시기라고 보는 것 이외에 특별한 설명은 없다.⁴⁾ 참고로 일본의 경우에는 일본 민법 제961조에서 15세를 유언적령으로 규정하고 있다. 왜 15세이어야 하느냐의 문제에 관하여 일반적인 행위능력은 행위무능력자의 재산을 보호하기 위한 제도이므로, 무능력자에게 불리한 경

2) 우리 민법 제정 당시의 민사법연구회가 작성한 민법안 의견서나 정광현 교수님이 저술하신 한국가족법 연구의 부록편 친족상속법입법자료편에도 유언에 관하여는 특별한 언급이 없다.

3) 주석민법, 한국사법행정학회, 177면; 김용한, 친족상속법, 박영사, 2004, 386면; 김주수·김상용, 친족상속법, 법문사, 2007, 689면.

4) 물론 이 규정이 일반적으로 의사능력을 갖추는 시기를 17세로 본 것은 아니고 유언에 한하여 의사능력을 갖추는 시기를 이렇게 본 것이다.

우 이를 무효로 하거나 취소하여 무능력자의 재산을 보호할 필요가 있으나, 유언은 유언자가 사망한 이후에 그 효력이 발생하는 것이므로 유언으로 재산을 처분한 경우 유언자의 사후에는 더 이상 유언자 자신을 위하여 재산을 보호할 필요가 없다는 것이고⁵⁾, 유언을 취소하여 유언자 이외의 제3자의 이익을 꾀할 것도 아니라는 것이다.⁶⁾ 따라서 유언이 유언자의 진의에 의해 이루어진 것이냐만 중요하다는 것이다. 그래서 만약 미성년자는 독자적으로 유언을 할 수 없다고 하면 19세인 자가 임종에 직면하여 유언을 하고 싶다고 할 때, 아직 1년을 기다려야 한다는 것은 불가능할 수도 있고, 불합리하기도 하다는 것이다.⁷⁾ 그래서 만약 19세이어도 유언을 함에 있어서 지장이 없다고 하면, 18세이어도 좋고, 17세이어도 좋고, 결국 의사능력이 있다면 족하다고 하는 것과 다름이 아니다. 그리하여 의사능력을 구비하는 것을 몇 세로 볼 것인가만 문제로 되는데, 일본 민법은 이를 만 15세로 정하였다는 것이다.⁸⁾

일본에서 이렇게 15세를 유언적령으로 규정한 것에 대하여는 약간의 비판이 있다. 즉 유언 사항 중에는 포괄유증이나, 상속분의 지정 및 유산분할방법의 지정과 같은 경우에는 15세로는 너무 이른 것 같은 감이 있다는 것이다.⁹⁾¹⁰⁾

또 유언능력을 행위능력과 분리하여 독자적으로 규정한 배경에는 행위무능력자 제도란 무능력자의 재산을 보호하기 위한 목적이므로, 유언의 효력발생시에는 이를 기능시킬 필요가 없다는 사고가 근저에 깔려있다. 무능력자 제도의 주목적은 무능력자를 보호하기 위한 것이지만 간접적으로는 재산의 사회적·합리적 배치라는 역할도 하는 것이므로, 이를 유언의 경우에 전면적으로 배제하는 것이 반드시 합리적인지 여부에 대하여 의문이 제기되고 있다.¹¹⁾

5) 中川善之助・加藤永一, 注釋民法(28), 有斐閣, 1988, 52頁.

6) 즉 유언의 경우에는 취소를 봉쇄할 필요가 있다는 것이다; 右近健男, 遺言能力に關する諸問題, [遺言と遺留分], 日本評論社, 2011, 51面.

7) 中川善之助・加藤永一, 앞의 책, 52頁.

8) 이를 15세로 정함에 있어서는 입양 및 과양에 있어서 양자로 될 자가 15세 이상인 경우 직접 입양합의(일본 민법 제797조) 및 과양(일본 민법 제811조, 제815조)을 할 수 있다는 규정이 참고가 된 듯하지만 그것이 곧 만 15세를 유언능력을 갖추는 시기로 본 직접적 원인이라고 보기는 어렵다.

9) 右近健男, 앞의 논문, 54頁 참조.

10) 특히 우리나라의 경우 재단법인설립이나 신탁까지도 유언으로 가능한데, 이런 사항은 완전한 행위능력을 가진 사람 또한 이를 행하기가 어려울 것이다.

11) 右近健男, 앞의 논문, 54面.

한편 유언능력이 존재하여야 하는 시기에 관하여는 민법이 규정하고 있지 않으나¹²⁾ 유언을 할 당시에 유언능력을 가지고 있어야 한다.¹³⁾ 유언은 유언자의 사망시에 그 효력이 발생하는 것이기는 하나, 유언당시에 유언능력이 없었다면 나중에 능력자가 되거나 유언무능력자가 나중에 그 유언을 추인하더라도 당해 유언의 효력을 부인하는 것이 타당하며 반대로 유언 당시에 유언능력이 있었다면 후에 유언자가 무능력자가 되더라도 유언은 그 효력이 유지된다.¹⁴⁾

한편 학설 중에는 유언자에게 금치산선고의 사유가 있는 중에 유언을 하고, 후에 금치산선고가 이루어진 경우에는 이를 입증하여 유언을 취소할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다는 견해가 있다.¹⁵⁾ 그러나 생각건대 유언의 경우에 취소라는 제도가 그 제도의 취지에 부합하는 것인지는 의문이 아닐 수 없다. 만약 이 경우에 취소를 인정한다면 당해 취소권을 행사할 권한을 가진 자는 누구인가가 문제로 된다. 위 견해에서 주장하는 취소권자가 누구인지는 불분명하지만, 만약 법정대리인도 취소권을 가진다면 이는 유언자의 진의 보호라는 유언제도의 취지에 부합하지 않게 된다. 또 금치산자만 취소권을 가진다면 민법이 이미 유언철회의 자유를 인정하고 있기 때문에 실익이 없는 학설이 된다. 생각건대 유언취소를 인정하지 않더라도 이와 같은 경우 유언자에게 유언능력이 있는지 여부에 따른 심사가 가능한 것이기 때문에 위 견해와 같이 볼 것은 아니라고 생각된다.

Ⅲ. 금치산자의 유언능력

우리 민법 제1063조 제1항은 금치산자는 그 의사능력이 회복된 때에 한하여 유언을 할 수 있다고 규정하는 한편, 제2항에서는 전항의 경우에는 의사(醫師)가 심신회복의 상태를 유언서에 부기하고 서명날인하여야 한다고 하여 금치산자도 원칙적으로 의사

12) 참고로 일본 민법 제963조는 유언자는 유언을 할 때 그 능력을 가지지 않으면 안 된다고 하여 유언능력의 존재시기를 분명히 하고 있다.

13) 김주수·김상용, 앞의 책, 690면.

14) 김용한, 앞의 책, 387면.

15) 김용한, 앞의 책, 387면.

능력이 회복된 때에 유언을 할 수 있으며, 이때 법정대리인의 동의를 요하지 않는다.

이 규정을 해석함에 있어서는 몇 가지 문제점이 보인다. 우선 첫째 금치산자가 유언을 함에 있어서 의사가 심신회복의 상태를 유언서에 부기하도록 하고 있는데, 이때 입회하여야 하는 의사의 수가 문제로 된다. 우리 민법의 해석으로는 1인이어도 상관없는 것으로 보인다. 그런데 일본 민법 제973조 제1항에 따르면 의사 2인 이상이 입회하도록 하고 있다. 물론 이는 만약에 있을지도 모를 부정 내지 부정확한 판단을 미연에 방지하기 위한 조치임에 틀림없다. 이런 사실에 비추어 보면 우리 민법이 입회 의사의 수를 1인에 그치도록 한 것은 과연 그것만으로 금치산자가 유언 당시 심신을 회복하였는지를 입증하는데 충분할 것인지 의문이 아닐 수 없고 그 신뢰성에 대하여도 확신을 가지기 어렵게 될 수도 있다고 보인다.

둘째로 의사는 언제 금치산자가 유언능력을 회복하고 있었는지를 판단하여야 하는지도 문제이다. 물론 유언자가 유언서를 작성하기 직전부터 그 작성을 완료할 때까지 유언자에게 의사능력이 있어야 할 것이므로 유언서 작성 전과정에 의사가 입회하여야 하는 것이 원칙일 것이다. 그러나 민법상 통상의 유언의 방식에는 자필증서에 의한 유언, 비밀증서에 의한 유언, 공정증서에 의한 유언 및 녹음에 의한 유언이 있다.

이런 유언서 작성방식 중 비밀증서에 의한 유언의 경우에는 유언의 내용을 비밀에 부치는 것을 그 목적으로 하므로, 비밀증서에 의한 유언의 경우 유언자가 유언서를 작성하는 과정 그 자체에 의사로 하여금 입회하게 하면 유언의 내용을 타인에게 알리지 않는다고 하는 비밀증서에 의한 유언의 취지에 반하게 된다. 따라서 비밀증서에 의한 유언의 경우에는 유언서 작성과정 그 자체에 의사가 입회할 필요는 없다고 할 것이다.

비밀증서에 의한 유언은 유언자가 유언의 내용을 기입한 증서를 작성 엄봉날인하고, 이를 2인 이상의 증인의 면전에 제출하여 자기의 유언서임을 표시한 후, 그 봉서표면에 제출 연월일을 기재하고 유언자와 증인이 각자 서명 또는 기명날인하는 단계와 이를 5일 내에 공증인 또는 법원서기에게 제출하여 그 봉인상에 확정일자인을 받는 단계로 나누어지는데, 의사의 입회는 유언자가 유언서를 작성하여 공증인 또는 법원서기에게 제출하는 단계에서 유언자가 유언서의 의미내용을 인식하고 있는지를 증명하는데 그쳐야 하고, 유언서를 작성하는 단계에서 유언자가 의사능력을 회복하고 있었는지를 증명하는 것을 목적으로 하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.¹⁶⁾ 이렇게 하는 경우 유언

자가 유언 당시에 의사능력이 명백히 존재하였는지는 다시 다툼의 대상이 될 수 있을 것이지만, 이는 유언의 효력을 다룰 때 비로소 문제가 되는 것이며, 민법이 규정하고 있는 유언의 성립 자체는 유언서의 검인시 의사가 유언자의 의사능력의 회복만을 입증하면 족하다고 보아야 할 것이다.

셋째, 의사가 유언자의 심신회복의 상태를 부기하는 것은 어디에 하여야 하는지도 문제이다. 자필증서 및 공정증서의 의한 유언의 경우에는 유언서 자체에 부기하여도 상관없을 것으로 보이며, 녹음에 의한 유언은 녹음 그 자체에 첨언하여도 상관없을 것으로 보이나, 비밀증서에 의한 유언의 경우에는 유언서 자체가 아니라 유언서의 봉서의 표면에 하여야 할 것이다.¹⁷⁾

넷째, 이때의 의사는 어떤 종류의 의사이어야 하는지도 문제이다. 형식적으로는 민법이 아무런 제한을 두고 있지 않으므로 국가가 공인하는 의사면허시험, 즉 한국보건 의료인국가시험원에서 시행하는 자격시험을 합격하고 의사면허를 소지하고 있는 자이면 족할 것으로 보인다. 다만 여기서 말하는 의사에 한의사, 치과의사 등이 포함될 것인지가 문제이다. 치과의사의 경우에는 이를 소극적으로 새기는 것이 타당할 것으로 보이지만, 한의사의 경우에는 최근 한의학 전문의 과정¹⁸⁾도 도입되었고, 이들 전문의 학 분야에는 한방 신경정신과도 개설되어 운영되고 있는 실태이어서 이를 반드시 제외할 것인지는 의문의 여지가 있다.

다섯째, 이때의 의사는 신경정신과 등 특정 분야의 전공의이어야 하는지도 문제이다. 민법의 규정에 따르면 의사이기만 하면 족하고 신경정신과 등 정신의학분야의 전공의 내지 전문의일 것을 요하지 않는다. 다만, 이 분야의 전공의 내지 전문의가 아닌 다른 전공분야의 의사가 유언자의 심신회복사실을 확인한 경우에는 그 신뢰도에 있어서 의심을 받을 수 있을 것이다.

마지막으로 의사는 어떠한 기준으로 유언자의 심신회복을 확인하여야 하는지도 문

16) 同旨, 久貴忠彦, 注釋民法, 注釋民法(28), 有斐閣, 1988, 118-119頁.

17) 김주수, 주석 친족상속법, 법문사, 1993, 701면.

18) 이는 1999년 한방의료서비스 수준을 향상시키기 위하여, 「한 의사전문 의의수련 및 자격 인정 등에 관한 규정」 {대통령령 제16616호(1999. 12. 15)} 및 동 시행규칙 {부령 제138호(1999. 12. 29)}이 제정됨으로써 한 의사전문 의제도가 시행되었다. 주요 내용으로는 수련기간(4년), 전문과목(한방내과, 한방신경정신과, 한방안이비인후과, 침구과, 한방재활의학과, 한방부인과, 한방소아과, 사상체질과) 등 8개 과목을 운영중이다.

제이다. 물론 이는 정신의학분야의 정신능력감정의 방법에 따라 의사가 독자적으로 판단하고 최종적으로는 법관의 심증형성에 의하여 판단하여야 할 것이지만, 개략적인 실무 가이드 라인이 형성될 필요가 있다고 보인다. 이 점에 관하여는 아래에서 다시 검토한다.

IV. 신체적 장애와 유언능력

1. 서

유언능력은 명백히 유언자의 정신능력에 관한 판단기준이다. 즉 유언능력이란 유언자가 유언이라는 법률행위의 의미와 그 결과를 인식할 수 있는 정신능력을 갖추고 있는냐를 의미한다.

그러나 유언자가 구체적으로 유언을 함에 있어서는 유언자의 신체적 능력 및 정신적 능력 모두가 유언을 하는데 장애 요인이 될 수 있다.

우리 법상 유언의 방식은 5가지가 인정되고 있지만, 작성방법과 관련하여 이를 크게 나누어 보면 유언자의 구두, 즉 구술에 의하여 작성되는 것(예를 들면 녹음에 의한 유언, 공정증서에 의한 유언, 구수증서에 의한 유언)과 필기, 즉 문자에 의해 이루어지는 것(자필증서에 의한 유언, 비밀증서에 의한 유언)으로 크게 나누어 볼 수 있다. 전자는 유언자가 말을 할 수 있는 능력이 없으면 이용하기가 곤란하여 후자는 유언자에게 필기능력이 없으면 이용하는 것이 곤란하다.

유언자에게 신체적 장애가 있어서 언어능력이나 필기능력이 제한되는 경우에는 비록 유언자에게 완전한 정신능력이 있어도 특정한 방식에 따른 유언은 제한이 될 수 있다.

2. 시각장애인의 유언

시각장애인은 필기능력이 제한되는 경우가 많을 것이다. 경우에 따라서는 시각장애인이 필기능력을 가질 수도 있으나, 자신이 자서한 내용을 후에 스스로 확인하는 것이 불가능하기 때문에 자필증서에 의한 유언은 비록 그에게 의사능력이 있어도 작성하는

것이 불가능하다고 보아야 할 것이다.

문제는 시각장애인이 점자기로 스스로 작성한 유언서를 자필증서 유언으로 유효한 것으로 볼 수 있을 것인지 여부이다. 그러나 점자기에 의해 작성된 유언증서는 워드프로세서나 타이프라이터로 작성된 유언서와 마찬가지로 그 위조·변조가 쉬울뿐만 아니라 본인이 유언전문 등을 자서한 것으로 볼 수 없기 때문에 무효라고 보아야 할 것이다.¹⁹⁾

한편 비밀증서에 의한 유언의 경우에는 유언자가 유언증서 그 자체를 자서할 필요는 없지만, 유언자가 필자의 성명을 기입한 증서를 엄봉날인하고 이를 2인 이상의 증인의 면전에 제출하여 자기의 유언서임을 표시한 후 그 봉서표면에 제출 연월일을 기재하고 유언자와 증인이 각자 서명 또는 기명날인 하여야 한다(민법 제1069조 제1항).

결국 비밀증서에 의한 유언서의 경우 시각장애인이 점자기로 작성하거나 타인에게 대서케 하거나, 워드프로세서 등으로 작성하여도 무방하나 서명은 유언자 본인이 반드시 하여야 한다. 시각장애인이 비밀증서에 의한 유언을 할 수 있다고 할 것인지가 문제인데, 비록 유언자가 서명을 자서할 수 능력이 있다고 하더라도 자신이 자서하는 유언서의 내용이 정확한 지를 확인할 방법이 완전하지 않은 시각장애인은 비밀증서에 의한 유언은 이용할 수 없다고 보는 것이 타당할 것이다.

또 문제는 공정증서에 의한 유언의 경우이다. 공정증서에 의한 유언을 작성함에 있어서는 유언자가 유언의 내용을 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하는 방식으로 이루어지기 때문에 시각장애인이 유언의 취지를 구수함에는 아무런 지장이 없다. 다만 문제는 유언자의 구수에 기하여 공증인이 공정증서용지에 필기한 내용을 필기 낭독한 후 유언자가 그 필기의 정확함을 승인하는 것이다. 물론 공증인이 필기 낭독한 것을 들은 후 이의 정확성을 승인할 수는 있으나 그 필기된 것을 시각장애인이 눈으로 확인할 수 없다는 문제점이 발생한다.

이에 대하여 일본의 판례 중²⁰⁾에는 시각장애인의 공정증서 유언적격을 인정한 것이 있다. 즉 공증인은 유언자의 구술을 필기하고 이를 유언자와 증인에게 읽어 들려주었으므로, 유언자는 이를 귀로 듣고 필기가 자기의 구수와 일치하는지 여부를 확인할 수

19) 김주수·김기영, 주식 상속법(하), 한국사법행정학회, 1996, 252면

20) 日本最高判 昭和 55.12.4. 民集 34卷 7号 834頁.

있기 때문에 이에 더하여 다시 공증인이 필기한 것을 눈으로 보아 확인시킬 필요는 없다고 판시하고 있다.

그런데 문제는 시각장애인의 서명이다. 일본 민법 제969조 제4호는 유언자 및 증인이 필기의 정확함을 승인한 후, 각자 이에 서명하고 날일 할 것, 단 유언자가 서명할 수 없는 경우에는 공증인이 그 사유를 부기하고 서명을 대신할 수 있다고 규정하고 있어서 이에 따라 공증인이 대리 서명하면 족하므로 일본의 경우에는 위의 판결과 일본 민법 제969조 제4호의 규정에 따라 시각장애인이어도 공정증서에 의한 유언은 할 수 있다.

우리 민법은 일본 민법 제969조 제4호 단서와 같은 규정이 없어서 일본에서와 같이 해석할 수 있을 것인지가 문제인데, 우리 공증인법 제38조 제4항은 참석자로서 서명할 수 없는 사람이 있으면 그 사유를 증서에 적고 공증인과 참여인이 날인하여야 한다고 규정하고 있고, 공증인법 제29조 제1항은 촉탁인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우에 공증인이 증서를 작성할 때에는 참여인을 참여하게 하여야 한다고 규정하고 있다.

비록 공증인법 제38조는 공정증서의 작성절차에 관한 규정이고, 민법 제1068조는 공정증서 유언의 (성립)요건을 규정한 것이어서, 그 입법목적이 다른 것이기는 하나 공증인법 제38조 제4항에 따라 민법 제1068조의 유언자의 서명을 공증인 및 참여인이 날인함으로써 대신할 수 있다고 보아도 무방할 것으로 보인다.

이상에서 시각장애인은 정신능력이 완전하다고 하더라도 자필증서에 의한 유언 및 비밀증서에 의한 유언은 작성하는 것이 곤란하며, 공정증서에 의한 유언은 공증인의 필기의 정확함의 승인은 귀로 듣고 일치여부를 확인함으로써 가능하고, 서명 등은 공증인 및 참여인의 날인으로 대신할 수 있다고 보아야 할 것이다.

3. 청각장애인의 유언

청각장애인의 경우에는 그에게 필기능력이 있다면 자필증서 등에 의한 유언을 하는데 아무런 문제가 없을 것이다.

문제는 공정증서에 의한 유언의 경우 우리 민법 제1068조는 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기낭독하여 유언자

와 증인이 그 정확함을 승인하도록 하고 있기 때문에 청각장애인은 공증인이 유언의 내용을 필기 낭독하는 경우 이를 들을 수 없다는 점이다. 이 필기 낭독은 유언서가 정확하게 작성된 것임을 확인하기 위한 것이다.

다만 우리 공증인법 제38조 제1항은 공증인은 그가 작성한 증서를 모든 참석자에게 읽어 주거나 열람하게 하여 축탁인 또는 그 대리인의 이의가 없음을 확인하고 그 취지를 증서에 적어야 한다고 규정하고 있어서 반드시 필기낭독에 의하여야만 하는 것은 아니고 열람을 시켜도 족한 것으로 규정하고 있어서 청각장애인이어도 시각장애인이 아니고 구술능력이 있는 한 공정증서에 의한 유언서를 작성할 수 있다고 보아야 할 것이다.²¹⁾

따라서 청각장애인이어도 필기능력이 있으면 민법이 정하고 있는 자필증서, 비밀증서 및 공정증서에 의한 유언을 할 능력이 있다고 보아야 할 것이다.

4. 언어장애인의 유언

병어리와 같은 언어장애인이어도 문자를 해독할 수 있는 한 자필증서에 의한 유언이 가능한 것임은 말할 것도 없다.

언어장애인의 경우 비밀증서에 의한 유언을 할 수 있는지 문제이다. 왜냐하면 비록 언어장애인이 유언서의 작성을 스스로 하였다고 하더라도 이를 2인 이상의 증인의 면전에 제출하여 자기의 유언서임을 표시하여야 하는데 언어 능력이 없는 언어장애인이 이를 구두로 하는데 한계가 있기 때문이다. 이를 위하여 일본 민법 제972조는 유언자가 언어능력이 없는 경우에 유언자는 공증인 및 증인에게 그 증서가 자기의 유언서임을 나타내는 취지 및 그 필자의 성명 및 주소를 봉서의 표지에 자서함으로써 구술에 대신할 수 있도록 하는 특별 규정을 두고 있다. 그런데 일본 민법 제970조 제1항 제3호는 비밀증서에 의한 유언의 경우 유언자는 공증인 1인 또는 증인 2인 이상 앞에 봉서를 제출하여 자기의 유언서인 취지 및 그 필자의 성명 및 주소를 진술할 것을 요건으로 하고 있

21) 다만 공증인법 제38조는 공정증서를 작성하기 위한 절차 규정이고, 민법 제1068조는 공정증서에 의한 유언에 관한 규정이므로 양 법 사이의 관계는 민법이 일반법이고 공증인법이 특별법의 관계에 서는 것이겠지만, 두 조문 사이의 관계는 역으로 공증인법 제38조가 공정증서 작성의 일반규정이고 민법 제1068조는 공정증서에 의한 유언에 관한 특별규정이어서 이와 같이 해석하더라도 조문의 체계상 문제는 여전히 남는다.

기 때문에 구수능력이 없는 경우 진술의 예외를 인정하는 규정을 둘 필요가 있으나, 우리 민법 제1069조는 유언자는 유언서를 증인의 면전에 제출하여 자기의 유언서를 표시하기만 하면 되기 때문에 이때의 표시는 반드시 진술에 의할 필요는 없고 필담 혹은 수화로도 충분하다고 해석된다.

한편 언어장애인에게는 구수능력이 없기 때문에 구수에 따른 공정증서유언은 불가능하다고 보아야 할 것이다. 문제는 필담 혹은 수화로써 구수를 대신할 수 있는지 여부이다.

이에 대하여 공증인법 제28조는 촉탁인이 국어를 해득(解得)하지 못하는 경우 또는 듣지 못하거나 말하지 못하는 등 말로 의사소통이 불가능한 사람으로서 문자도 해득하지 못하는 경우에 공증인이 증서를 작성하려면 통역인을 사용하여야 한다고 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 “통역인”을 사용하는 경우란 말로 의사소통이 불가능한 사람으로서 문자를 해득하지 못하는 경우를 말하므로 필담으로 구수를 대신할 수 있는 것으로 해석되고, 언어장애인으로써 문자를 알지 못하는 경우에는 수화를 통역하여 공정증서 유언을 작성할 수 있다고 해석하는 것이 타당할 것이다. 이렇게 하지 않으면 언어장애인으로써 문자를 알지 못하고 수화만 가능한 경우에 유언을 할 수 있는 방법이 전혀 존재하지 않게 되기 때문이다.

V. 정신장애의 경우

1. 서

위에서는 정신장애와는 상관없이 신체적 장애가 유언능력에 미치는 영향에 대하여 살펴보았다.

여기서는 정신적 장애가 유언능력에 미치는 영향에 대하여 살펴보려고 한다.

사람의 정신적 능력은 태어나서 일정한 성장을 계속하면서 그것이 성숙되기도 하지만, 한번 성숙한 정신능력은 그대로 머무는 것이 아니라, 질환이나 노화 등에 따라 감소되기도 한다.

민법 제1061조에서 만 17세의 미성년자에게 유언능력을 부여한 것은 정신능력의 성

장을 전제로 한 개념이다. 정신능력의 성장에 따른 유연능력은 민법이 만 17세로 갖추어지는 것으로 규정을 두고 있기 때문에 정신능력의 성장이라는 관점에서 유연능력이 있는가 하는 점은 형식적으로 판단을 할 수 있게 된다.

그러나 이미 성장한 정신능력의 감퇴가 있는 경우, 혹은 연령은 17세가 넘었는데도 정신능력이 불완전한 경우 그에게 유효한 유언을 할 수 있는 정신능력이 있는가 혹은 있었는가 여부에 대한 판단기준은 무엇이 되어야 하는지에 관하여 판례는 물론 학설도 상세히 언급하고 있는 것은 찾아보기 어렵고, 단지 유언의 의미 내용을 인식할 수 있는 의사능력이 그것이라고 하고 있을 뿐이다.

2. 정신능력의 미성숙과 의사능력

(1) 정신능력의 미성숙

선천적인 뇌질환 및 신경장애로 인하여 연령이 들어감에도 정신능력이 성숙되지 않는 사람들도 있다. 이러한 질환을 최근에는 발달장애라고도 한다.

이들은 대개 정신지체와 학습장애 현상을 보이게 되는데, 이들이 개별적 영역에서 보이는 능력의 정도는 매우 다른 양상으로 나타나기도 한다. 경우에 따라서는 운동능력은 현저히 낮게 나타나지만, 전반적인 인지능력은 유지되고 있는 경우도 있고, 특정 분야에서의 능력²²⁾은 평균인을 훨씬 상회하는 것으로 나타나는 등 다양한 양상을 보이기도 한다.

이들 모두에게 유연능력을 부인할 것인지도 문제이다. 물론 이 경우 금치산선고를 받은 경우라면 이에 준하여 형식적 유연능력을 부여할 수 있으나, 이로써 유연능력 자체가 인정되어 언제나 이들이 한 유언이 유효로 되는 것은 아니다.

결국 정신적 장애가 있는 자들이 어느 정도의 정신능력을 갖추는 경우 유연능력이 있다고 할 것인지는 모든 경우에 유연능력을 판정하는 기준이 될 수 있을 것이다. 이하에서는 의사능력의 의미, 영미에서 유연능력을 판정을 위한 고려요소를 검토한 다음, 우리 법에서 유연능력 판정의 기준에 대하여 검토한다.

22) 예를 들면 음악, 미술, 체육, 계산, 기억능력 등에서 두각을 나타내는 경우도 있다.

(2) 의사능력과 유언능력

통설·판례에 따르면 유언능력이란 의사능력을 말한다고 하고 있다. 그렇다면 의사능력이라는 것은 어떠한 능력을 의미하는가? 통상은 자기행위의 결과를 인식할 수 있는 능력이라고 한다. 즉 통상인이 가지는 정상적인 판단능력²³⁾, 자기의 행위의 결과를 인식 판단하여 정상적인 의사결정을 할 수 있는 정신능력²⁴⁾으로 언급하고 있으며, 우리 대법원도 의사능력이란 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 것으로서, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 특히 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위하여는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해할 수 있을 것을 요한다고 판시하고 있다.²⁵⁾

한편 영미의 유언능력 내지 의사능력과 관련된 법 규정들을 살펴본다. 우선 영국의 경우를 보면, 정신능력법(Mental Capacity Act, 2005)²⁶⁾ §는 정신 혹은 뇌 기능의 손상 혹은 장애로 자신과 관련된 문제의 결정을 행위 당시 할 수 없는 사람을 정신능력의 결함이 있는 사람으로 규정하고 있으며 여기서 결정을 할 수 없는 사람이란 결정과 관련된 정보를 이해하지 못하거나, 그 정보를 기억하지 못하거나, 결정을 하는 과정에서 그러한 정보를 이용하거나 중요성을 알지 못하거나, 그러한 결정을 다른 사람과 소통하지 못하는 것을 의미하는 것으로 규정하고 있다.²⁷⁾ 또 미국에서는 통일후견 및 보호절차법²⁸⁾ §02(5)에서는 무능력자를 미성년 이외의 사유로 기술적 도움을 받아서도 육체적 건강, 안전, 자기 보호 등을 이유로 필요한 요구사항을 충족시키지 못할 정도로 정보를 평가하거나 결정을 내리거나 내린 결정을 타인과 소통할 능력이 부족한 사람을 말

23) 박윤직, 민법총칙, 2002, 83면; 고상용, 민법총칙, 1999, 119면 이하 등.

24) 이영준, 민법총칙, 857면.

25) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다58367.

26) Mental Capacity Act 2005, 2005 CHAPTER 9(United Kingdom). 이 법은 2007년부터 시행 중이다.

27) §, Mental Capacity Act 2005.

28) Uniform Guardianship and Protective Proceedings Act (1997)

한다고 규정하고 있다.²⁹⁾ 한편 미국의 제정법은 유언능력의 요건으로 41개 주에서는 온전한 정신능력(sound mind)으로 규정하고 있고³⁰⁾ 두 개의 주에서는 온전한 정신과 기억력(sound mind and memory)³¹⁾, Mississippi는 온전하게 처리할 정신능력(being of sound and disposing mind)³²⁾, 온전한 정신(sane)³³⁾, 법적 능력(legally competent)³⁴⁾을 갖추어야 한다고 규정하고 있다.

정신능력의 결함, 즉 우리 식으로 말하면 의사능력의 개념 자체는 영미와 우리의 그것이 영미에서는 입법으로 규정하고 있고, 우리는 학설이 인정하고 있는 차이 이외에 커다란 차이를 보이고 있지는 않는 것으로 보인다.

(3) 영미에서 유언서 작성시 고려사항

영미에서 변호사 등이 관여하여 구체적으로 유언서를 작성할 때 이들이 확인하도록 하는 유언 체크리스트는 유언자의 유언능력을 판정함에 있어서 많은 도움이 될 것으로 생각된다.

29) "Incapacitated person" means an individual who, for reasons other than being a minor, is unable to receive and evaluate information or make or communicate decisions to such an extent that the individual lacks the ability to meet essential requirements for physical health, safety, or self-care, even with appropriate technological assistance.

30) Ala Code §43-8-130 (1991); Alaska Stat §13.11.150 (1962); Ariz Rev Stat Ann §14-2501 (1993); Ark Code Ann §28-25-101 (1987); Cal Prob Code §6100.5; Colo Rev Stat 15-11-501 (1989); Con Gen Stat Ann §45a-250 (1993); Fla Stat Ann §732.501 (1995); Haw Rev Stat Ann §560.2-501 (1993); Idaho Code §15-2-501 (1979); Ind Code Ann §29-1-5-1 (1989); Iowa Code Ann §633.264 (1992); Kan Stat Ann §59-601; Ky Rev Stat §394.020 (1994); La Civ Code Ann §1475 (1987); Me Rev Stat ch 18-A §2-501 (1981); Mass Gen Laws Ann, ch 191 §1 (1994); Mich Comp Laws Ann §700.121 (1995); Minn Stat Ann §524.2-501 (1975); Mo Ann Stat §474.310 (1992); Mont Code Ann §72-2-521 (1995); Neb Rev Stat §30-2326 (1995); Nev Rev Stat §133.020 (1993); NJ Rev Stat §3B:3-1 (1983); NM Stat Ann §45-2-501 (1995); NC Gen Stat §31-1 (1984); ND Cent Code §30.1-08.01 (1976); Okla Stat Ann ch 84, §41 (1990); Or Rev Stat §112.225 (1995); Pa Stat Ann ch 20 §2501 (1975); SC Code Ann §62-2-501 (1987); SD Codified Laws Ann §29-2-3 (1987); Tenn Code Ann §32-1-102 (1984); Tex Prob Code Ann §57 (1980); Utah Code Ann §75-2-501 (1993); Vt Stat Ann ch 15 §1 (1989); Va Code §64.1-47 (1993); Wash Rev Code Ann §11.12.010 (1987); W Va Code Ann §41-1-2 (1982); Wis Stat Ann §853.01 (1991); Wyo Stat §2-6-101 (1977).

31) Ill Com Stat ch 755 §5/4-1 (1994); Ohio Rev Code Ann §2107.02 (1984).

32) Miss Code Ann §91-5-1 (1974).

33) NH Rev Stat §551:1 (1974); RI Gen Laws §33-5-2 (1992).

34) Md Code Ann Est & Trusts §4-101 (1991).

1) 영 국

우선 영국에서 의사와 법률가가 공동으로 작성한 능력판정 매뉴얼중에 유언능력의 체크리스트 항목을 보면 다음과 같다.³⁵⁾

① 유언이라는 행위의 성질

유언자는 유언행위의 성질에 대하여 다음의 것을 이해해야 한다.

즉 자신은 언젠가는 죽는다는 사실, 유언서는 자신이 사망시에 효력이 있고, 사망전에는 효력이 없다는 사실, 자신이 사망하기 까지는 언제나 그 능력이 있다면 유언서를 변경 또는 철회할 수 있다는 사실이다.

② 유언의 효과

유언자는 유언의 효과와 관련하여 다음의 것을 이해하여야만 한다.

유언집행자를 누구로 할 것인가, 유언서에 따르면 누가 무엇을 얻는가, 수익자가 취득할 재산·재산권은 무조건인가 조건부인가, 만약 유언자가 생존 중에 자기의 금전을 소비 혹은 자기의 재산을 증여 혹은 매각한 경우에는 수익자는 큰 손해라는 사실, 수익자가 유언자보다 먼저 사망하는 경우도 있을 수 있다는 사실, 유언자가 이전에 유언서를 작성한 것이 있는지 여부, 만약 있다면 신유언서는 어떠한 점에서 또는 왜 구 유언서와 다른가 하는 점을 이해하여야 한다.

③ 재산의 규모

유언자는 자신의 재산에 대하여만 사후처분을 할 수 있으므로, 다음의 것을 이해하여야만 한다. 유언자가 독자적으로 소유하고 있는 모든 재산의 규모, 특정 형태의 공유 재산은 유언서에 기재와 관계없이 자동적으로 다른 공유자의 소유로 귀속할 가능성이 있을 수 있다는 사실, 자기의 사망에 의해 지불되는 급부금³⁶⁾으로 유언서의 조건에 영향을 미치는 것이 있는지 여부 및 재산의 규모는 자신의 생존 중에 변화할 가능성이 있다는 사실을 이해하여야 한다.

35) 자세한 것은 新井誠, 高齢者の遺言と遺言能力, 法律時報 別冊 私法判例 リマ-クス No.36, 2008, 80-81頁 참조.

36) 예컨대 보험금, 연금수급권 등.

④ 다른 사람의 기대

유언자는 또 추정상속인이 포괄적으로 가지는 상속재산에 대한 기대를 정확히 파악·평가해야만 한다.

2) 미 국

한편 미국에서 유언을 하는 경우 유언능력과 관련하여 체크하는 체크리스트는 다음과 같다.³⁷⁾

① 유언자에 대한 사항

연령, 혼인여부, 자녀 보유 여부, 자녀의 나이, 부모의 존부, 형제자매의 존부 등

② 수유자에 관한 사항

수유자가 누구인지, 수유자와 유언자와의 관계는 어떠한 지, 수유자의 직업 주소는 무엇인지

③ 유언자의 재산상황

주택 및 부동산을 보유 중인지, 그 가격은 어느 정도인지, 은행계좌 등 금융자산은 어떠한 것이 있는지 등

④ 유언자의 가족에 관한 사항

배우자, 자녀 및 직계존비속과 유언자와의 관계는 어떠한지

⑤ 유언행위의 성질에 관한 사항

종래 유언에 관한 논의를 해 본적이 있는지, 유언을 하지 않았다면 그 이유가 무엇인지, 종래 유언을 한 적이 있었는지, 유언의 효력에 대하여 알고 있는지

37) Karl A. Menninger II, "Proof of Testamentary Incapacity of Mentally Retarded Person", American Jurisprudence Proof of Facts 3d(Database updated June 2011, from Westlaw Database), 38 Am. Jur. Proof of Facts 3d 227, §13-28.

⑥ 의사에 관한 사항

이는 다시 몇 가지로 나누어 볼 수 있는데, 첫째는 의사의 자격을 확인하는 부분으로, 의사의 성명, 주소, 당해 의사의 교육배경, 의사자격 취득후 전문의 등 수련과정, 주요 진료분야, 진료분야의 경력, 유언자와 당해 의사와의 관계, 유언자를 진료하였다면 그 상황 및 진료기간 등을 확인하고, 둘째 유언자가 유언절차를 이해하고 있는 것 같은가, 즉 유언이라는 절차 내지 행위의 의미를 이해하고 있는 지를 확인한 다음, 마지막으로 유언자가 상속인을 인식하고 있는 것 같은가, 유언자가 유언을 통해 발생할 법적 효과를 제대로 인식하고 유언을 하는 것 같은가에 대한 판단을 구한다.

(4) 유언서 작성시 고려사항의 평가와 유언능력

위에서 살펴본 영미에서 유언서 작성시 유언자의 유언능력의 존부를 파악하기 위한 체크리스트는 유언자가 유언이라는 행위의 성질, 유언의 효과, 유언자가 처분가능한 재산의 범위, 다른 사람의 기대, 수유자와의 관계 등을 인식하고 유언을 할 것을 요한다.

만약 유언자가 유언 당시에 이러한 점에 대하여 완전히 파악을 하고 유언을 하였다면 유언자는 완전한 유언능력, 즉 의사능력을 보유하였다고 하는 점을 부인할 수는 없을 것이다. 문제는 이들 중 몇 가지 사항에 대하여 유언자가 인식하지 못하고 유언을 하였다고 하여 곧 당해 유언은 무효라고 하여야 할 것인지 여부이다.

생각건대 만약 영미에서 거론되고 있는 이러한 체크리스트를 유언자가 완전히 갖추어야만 유언능력이 인정된다면 이는 우리 법이 말하는 의사능력을 능가하는 것이 될 것으로 생각된다. 왜냐하면 우리 법이 전제로 하고 있는 의사능력이란 행위능력보다 하위의 정신능력으로 파악하고 있는 것으로 보이기 때문이다. 따라서 이러한 체크리스트의 의미는 유언자의 정신능력을 파악하는 기준으로 기능을 하기는 하지만 이 모두를 갖춘 경우에만 유언능력이 인정되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

한편 우리 학설·판례는 의사능력을 정의함에 있어서 의사능력이란 정상적인 판단능력³⁸⁾, 자기의 행위의 결과를 인식 판단하여 정상적인 의사결정을 할 수 있는 정신능

38) 박윤직, 민법총칙, 2002, 83면; 고상용, 민법총칙, 1999, 119면 이하 등.

력 내지 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단³⁹⁾할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 의미한다고 정의하고 있는데, 유언자가 행한 유언에 따른 결과가 객관적으로 합리성을 결여하였거나 정상적인 판단능력이 없었다고 할 때 그것으로 곧 유언자에게 유언능력이 없다고 할 것인지가 문제이다.

유언제도의 최종 목적은 언제나 유언자의 최종 의사를 존중하는 것이다. 최종 의사를 존중한다는 것은 그것이 합리적이기 때문에 존중되어야 하는 것이 아니라 합리성 여부를 불문하고 최종 의사이기 때문에 존중되는 것이 선행되어야 하는 것이 아닐까? 이러한 결과는 유언자가 처분하는 재산은 다른 누구의 재산도 아닌 유언자 본인의 재산이기 때문에 더욱 그러한 것이 아닐까? 그렇다면 다소간 유언자의 유언의 내용이 객관적으로 보아 합리성을 결여하였다고 하여 이로써 곧 유언자에게 유언능력이 없었다고 해석할 것은 아니라고 보여진다.

따라서 유언능력의 여부는 순전히 유언자의 객관적 정신능력의 발달정도 혹은 정신능력의 보유정도에 따라 판단할 것이 아니라 무엇이 유언 당시 유언자가 진정으로 원하는 의사였는지, 그러한 의사를 유언자가 표출할 능력이 있었는지에 따라 파악해야 할 것이다. 그러므로 유언당시 유언자가 유언을 하게 된 경위, 유언서의 작성 배경 내지 유언 전후의 상황, 유언자의 발언의 정도⁴⁰⁾, 유언의 내용의 복잡성⁴¹⁾ 등 제반 사정을 참작하여 유언의 내용의 합리성과는 별개로 판단하여야 하며, 유언이 유언 당시 유언자의 진의로 합리적으로 인정되는 한 유언자의 정신능력의 정도를 지능검사, 인지검사 등에 따라 형식적으로 판단하여 부인할 것은 아니라고 생각된다.

39) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다58367.

40) 유언자가 전혀 발언을 할 수 없었던 경우는 유언은 무효로 보며(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다21802 판결; 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다34514 판결; 동지 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다8750 판결; 대법원 1980. 12. 23. 선고 80므18 판결) 유언자가 유언서 작성과정에서 유언자가 항목마다 구별하여 낭독하도록 시키고 때로는 소리가 잘 나오지 않는 경우 공증인과 거리를 좁혀 말하거나(昭和 43年 12月 20日(東京高判 昭和 42.12.19 判時 511号 46頁) 하는 등 유언자가 쇠약하고 얼굴색은 창백하여 일견 죽음에 가깝다고 생각되는 상태이었지만, 의식은 확인하였던 경우 등에는 유언능력을 인정하고 있다.

41) 예를 들면 유언의 내용이 유언자가 가진 재산 모두를 특정인에게 유증한다고 하는 경우 그 유언의 내용은 매우 간단한 것으로 인정할 수가 있고, 이러한 경우 비교적 낮은 정신능력을 갖춘 경우에도 유언능력을 인정할 수 있을 것이다. 그러나 다수의 부동산 및 기타 재산에 대하여 복수의 자에게 상속시킴과 동시에 그 일부는 공동으로 상속시키고, 유언집행자의 지정에 대해서도 항목마다 2명으로 나누어 지정하고, 1인에 대한 보수는 상세히 요율을 나누어 유언하였다면 이는 매우 복잡한 것이 되어 좀더 높은 정신능력의 존재의 확인을 요한다(横浜地裁 平成 18. 9. 15. 判決(平17(ワ)678호, 判タ1237号 301頁).

3. 정신질환으로 인한 정신능력의 장애

유언자에게 정신분열증(Schizophrenic), 피해망상증 내지 편집증(Paranoid), 조증(Manic) 혹은 울증(Depressed) 등의 정신질환이 있는 경우 이들의 유언능력을 전적으로 부인할 것인지도 문제이다.

원래 의사능력이란 올바른 정보를 토대로 제3자가 수긍할만한 합리적이고 이성적인 판단을 내릴 때 인정되는 것이다.

그런데 정신분열증이나 피해망상증 등의 정신질환자의 경우에는 판단 자체는 할 수 있으나, 판단을 함에 있어서 주어진 정보를 왜곡하거나 잘못 기억함으로써 그릇된 판단을 하는 경우가 많다는 것이다. 즉 이성적인 사람이라면 그렇게 판단하지 않음에도 잘못된 신념(false and fixed belief)에 기초하여 판단하는 경향⁴²⁾이 있는 사람들이 대개 이들이며, 이들이 주어진 모든 사항에 대하여 그릇된 신념을 가지고 판단하지 않는다는데 문제가 있는 것이다.

따라서 전통적인 관념에 따라 의사능력의 존부를 판단한다면 이들 정신질환자는 잘못된 신념에 따라 판단을 내리는 경향을 보이므로 자기행위의 결과를 제대로 인식할 능력이 없다고 하여 곧 유언능력 내지 의사능력이 부인되기 쉬울 것이다.⁴³⁾

이런 피해 망상 내지 편집증과 관련된 미국의 판례를 보면 유언자에게 부인과 그 조카가 위해를 가하려고 한다는 피해망상에 빠져 부인과 조카에게 유산을 주기를 거부한 유언의 효력을 부인한 사례⁴⁴⁾처럼 유언능력을 부인한 사례도 많이 있지만, 유언능력이란 유언자의 신념이 불합리하거나 엉뚱하다는 이유만으로 부인되어서는 안 되며 유언자가 비록 환각증(hallucination)등이 있었다고 하더라도 유언 그 자체가 환각 그 자체에 기하여 이루어진 것이 아닌 한 유언은 유효하다는 사례⁴⁵⁾ 등과 같이 정신질환이 있는

42) Eunice L. Ross and Thomas J. Reed, Will Contests, Second Edition, Database updated June 2011(from Westlaw Database), WILLCONTESTS §6:11.

43) 한편 유언에 관한 우리 법의 구조에 따라 생각해 보면 이들이 만약 금치산선고를 받은 자이라면 민법 제1063조에 따라 의사로부터 심신회복의 사실을 부기받아서 유언을 할 수 있고, 이러한 선고를 받지 않았다면 민법 제1063조의 요건과 상관없이 유언을 할 수 있을 것인데, 문제는 제1063조에 따라 의사의 심신회복사실이 유언서에 기재가 되었는지와 상관없이 당해 유언의 유효성에 대하여는 다툼이 생길 수 있을 것이다.

44) American Seamen's Friend Soc. v. Hopper, 33 N.Y. 619, 1865 WL 4050 (1865).

유언자의 유언이라 하더라도 그 유효성을 인정한 사례도 굉장히 많다.⁴⁶⁾

결국 정신질환자의 경우에도 유언능력을 무조건 배척할 것이 아니라 당해 유언이 유언자의 진의에 의한 것인지 여부에 따라 판단하여야 하며 유언내용이 합리성을 결하였다는 것만으로 유언능력을 부인하여서는 안 될 것이다.⁴⁷⁾

4. 약물, 알콜중독 등으로 인한 정신장애

유언능력과 관련하여 다음으로 살펴볼 것은 유언자가 헤로인, 모르핀 등 약물중독자이거나 혹은 심한 알콜 중독자인 경우이다.

이러한 사례를 특히 검토하여야 하는 이유는 이러한 약물이나 알콜중독자의 경우 중독상태가 아닌 경우에는 보통 정신능력을 회복하게 될 것이고 이 경우에는 유언능력에 있어서 문제가 없는 경우가 보통일 것이기 때문이다. 또 만약 유언자가 이러한 약물이나 알콜 등에 취한 상태에서는 정상적인 판단능력을 갖추지 못한 경우가 많을 것인데, 외형상 구술능력이나 자필능력 등에 있어서 의심을 받지 않는 경우가 많기 때문이다.

이런 사례에 대하여 우리 법원의 판례는 찾아 볼 수 없어서 미국의 예를 살펴 보면 미국에서는 알콜중독이나 약물중독에 대하여 대개 같은 논리를 적용하고 있다. 즉 일반적인 기대는 이러한 중독자는 정상적인 판단력을 갖출 수 없는 경우가 많기 때문에 유언능력이 부인될 것으로 기대하지만, 법원의 입장은 유언자가 알콜 혹은 약물중독이었다는 사실 그 자체만으로는 정상적인 유언능력을 갖추고 있었다는 추정에 대한 번복을 바로 인정하지 않는다.⁴⁸⁾

45) In re Lingenfelter's Estate, 38 Cal.2d 571, 241 P.2d 990.

46) WILLCONTESTS §6:11 Fn. 84(이에 따르면 경험적으로 1885년이래 100년간 거의 75%의 사건이 유효성을 인정받았다고 한다. 대표적 사례로 Mosser v. Mosser's Ex'r, 32 Ala. 551 (1858); In re Lingenfelter's Estate, 38 Cal. 2d 571, 241 P.2d 990 (1952); In re Ruffino's Estate, 116 Cal. 304, 48 P. 127 (1897); Appeal of Kimberly, 68 Conn. 428, 36 A. 847 (1896); Shorb v. Brubaker, 94 Ind. 165 (1884); Maynard v. Tyler, 168 Mass. 107, 46 N.E. 413 (1897); Salter v. Ely, 56 N.J. Eq. 357, 39 A. 365 (Prerog. Ct. 1898), aff'd, 58 N.J. Eq. 581, 43 A. 1098 (Ct. Err. & App. 1899); In re White's Will, 121 N.Y. 406, 24 N.E. 935 (1890); Coit v. Patchen, 77 N.Y. 533, 1879 WL 10741 (1879); Martin v. Thayer, 37 W. Va. 38, 16 S.E. 489 (1892).

47) 이러한 결론은 일본에서도 같은 입장이다. 자세한 것은 須永醇, 精神分裂病者の遺言能力: 公正證書遺言のケース, 法律時報 別冊 私法判例リマックス 4號 (92.02), 89-92頁.

48) Will Contests §6:9.

즉 알콜 중독의 경우 원고(유언의 무효를 주장하는 자)가 실제로 유언자가 유언서를 작성할 당시에 알콜을 진전섬망(delirium tremens)⁴⁹⁾에 있었거나 실제로 심한 폭음(acutely intoxicated)을 하였다는 사실을 입증한 경우에 한하여 유언자의 유언능력을 부인한다.⁵⁰⁾

또 약물 중독의 경우에도 알콜 중독과 마찬가지로 유언자가 유언을 실제로 할 당시에 약물중독으로 뇌 기능에 손상을 줄 정도로 심하게 중독되었거나 정신적 장애가 있었다는 것을 원고가 입증하지 않는 한, 유언자의 유언능력이 곧 부인되지는 않는다.⁵¹⁾

이런 미국의 판례에서 엿볼 수 있는 것은 유언능력을 판정함에 있어서 중요한 것은 유언자의 유언에 대한 합리성 내지 합리적인 의심이 문제로 되는 것이 아니라 그것이 유언자의 진의였는지 여부임을 알 수 있다.

5. 노령, 질환 그리고 치매로 인한 정신장애

사람의 노령화가 진행됨에 따라 점차 신체적 능력이 저하됨과 동시에 정신적 능력 또한 하락한다. 이런 정신능력은 대개 암이나, 당뇨 등의 신체적 질환에 걸리는 경우 더 급격히 나빠지기도 하지만 치매와 같은 뇌질환에 이환되는 경우 더 극적으로 나빠진다.

이런 질환의 초기에는 어느 정도 판단 능력이 유지되고 언어나 필기와 같이 유언을 함에 있어서 필요한 능력 또한 보유하는 것이 보통이지만 병세가 악화되어 임종 즈음에 이르면 더 이상 글을 쓰거나 언어로 의사표현을 할 수 없는 지경에 처하게 된다.

49) 급성 알콜중독정신병의 일종으로 알콜을금단섬망이라고도 한다. 만성 알콜중독자의 5% 정도에서 나타나는데, 대개 5~15년의 음주경력을 갖고 있는 30~40대에서 발병한다. 불안과 초조, 식욕부진, 진전, 공포에 의한 수면장애가 선행하며 주증상은 섬망이다. 그 외에도 진전과 자율신경기능 항진, 망상, 환각, 안절부절못하는 행동, 지남력장애를 보인다. 환각은 주로 환시로서 상징적인 동물과 벌레 같은 작은 생물체, 괴물 따위가 보이며 때로 환촉과 환청·환취도 나타난다. 경련발작과 발열·단백뇨 등 거칠고 불규칙적인 전신진전을 동반한다

50) In re Morrison's Estate, 55 Ariz. 504, 103 P.2d 669 (1940); Brown v. Emerson, 205 Ark. 735, 170 S.W.2d 1019 (1943); 이러한 입증의 미비로 유언자의 유언능력을 인정한 사례로는 Breeden v. Stone, 992 P.2d 1167, 2000 CJ C.A.R. 284 등 많은 판례가 있다. 자세한 것은 앞의 Will Contests §6:9. Fn.42 참조.

51) 그러한 예로는 In re Walz's Estate, 215 Mich. 118, 183 N.W. 754 (1921). 이 사례에서 유언자는 25년간을 남용하였고, 사망하기 전에 약물치료를 받았으나 유언직전에 유언자가 약물을 하였다는 충분한 입증이 없었다는 것을 이유로 유언자의 유언능력을 인정하였었다.

바로 이때 유언자가 유언을 하기를 원하거나 그 주변의 사람들이 환자가 유언을 하도록 부추기는 현상이 발생하기도 한다.

물론 유언자가 유언을 하고자 하는 경우 위에서 언급한 바와 같이 미국이나 영국의 유언실무상 사용되는 체크리스트를 하나하나 검증함으로써 유언자에게 유언능력이 있는지를 판단할 수 있다면 그것보다 더 좋은 방법은 없다고 보여진다.

문제는 이와 같은 것을 할 수 없는 경우 일응 유언자의 정신능력의 정도가 어느 정도 인지 의사 등으로 하여금 감정하게 하는 방법 또한 매우 유용한 방법이 될 것이고, 그것이 유언자의 유언능력을 판단하는데 하나의 중요한 방증이 될 수 있을 것으로 생각된다.

따라서 아래에서는 의료계에게 사용하는 노인성 치매 혹은 뇌경색성 치매환자의 인지능력을 판단하는 몇 가지 간단한 검사에 대하여 살펴보고자 한다.

첫째 한국판 간이 정신상태 검사라고 하는 K-MMSE(Korean Mini- Mental State Examination) 검사가 있다.⁵²⁾ 이는 1997년 강연욱 등에 의해 연구된 간편 인지기능 측정 검사이며, 현재 가장 많이 사용되고 있는 방법이다. 이는 지남력 10점, 즉 시간 및 장소에 관한 인지력 각 5점, 기억등록력 3점, 주위집중 및 계산력 5점, 기억 회상력 3점, 언어능력 8점, 그리기 1점으로 구성되어 총 30점 만점이며, 24점 이상은 정상, 18~23점은 경도의 인지장애, 17점 이하는 중중의 인지장애로 분류한다.

구체적인 질문 항목을 보면 다음 표와 같다.

52) 강연욱, K-MMSE(Korean-Mini Mental State Examination)의 노인 기준 연구, 한국심리학회지 일반, Vol.25 No.2, 4면 이하 참조.

1. 오늘은 몇일입니까(5점)	년, 월, 일, 요일, 계절 각 1점
2. 당신의 주소는(4점)	시(도), 구(군) 동(면) 번지
3. 여기는 무엇을 하는 곳입니까(1점)	거실, 병원, 아파트, 노인정 등
4. 물건 이름 세 가지 듣고 따라하기(3점)	기억력에 관한 검사라 말하고 3개의 단어를 1초 간격으로 정확히 불러주고 따라하게 함. 첫째 시행에서 반복하는 것에 점수를 가산함.
5. 100에서 7을 5회 연속해서 뺀 수를 계산 하라고 함 (5점)	각 1점, 합 5점
6. 4번에서 말한 물건 3가지 기억하기	각 1점, 합 3점
7. 이름 대기(볼펜, 시계), 이것이 무엇입니까	각 1점, 합 2점
8. 명령시행 - 종이를 뒤집고, 반으로 접은 다음 나에게 주세요	각 1점, 합 3점
9. 따라말하기 “백문이 불여일견” 따라하세요	1점
10. 똑같이 그려보세요	1점
11. 읽기 - 눈을 감으세요	1점
12. 쓰기 - 오늘의 날씨에 대해 써보세요	1점

둘째는 CDR(Clinical Dementia Rating)이라는 검사방법이 있다. 이는 Huges 등이 개발한 검사방법으로 국내학자가 번역하여 한국판 CDR을 개발한 것이다.⁵³⁾ 이 방법은 현재 국내에서 K-MMSE 다음으로 많이 사용된다고 한다.⁵⁴⁾ 이 검사는 치매환자를 평가하고 치매환자의 인지기능에 대하여 6가지 영역으로 나누어 환자와 보호자를 대상으로 평가하는데, 기억력, 지남력, 판단력, 문제해결능력, 사회활동, 집안생활과 취미, 위생 및 몸치장으로 구성하여 CDR 등급은 0~5등급을 부여한다. CDR 1은 경도, CDR 2는 중등도(moderate), CDR 3은 중증도(severe), CDR 4는 매우 심함(propound), CDR 5말기(terminal) 치매를 의미한다.

세 번째 많이 사용하는 치매 인지검사 도구로는 K-3MS(Korean Modified Mini-Mental State Examination) 방법이 있는데, 이는 지남력(시간 15점, 장소 5점), 기억등록 3점, 주위집중 및 계산 7점, 기억회상 9점, 언어능력 21점, 그리기 10점, 과거기억 5점, 유창성

53) 신희연 · 소희영 · 이해영, 치매 환자 인지기능 검사(CDT, K-MMSE, K-3MS, CDR)의 임상적 유용성 비교, 재활간호학회지, Vol.11 No. 2, 2008, 92면에서 재인용(Hughes, C. P., Berg, L., Danziger, W. L., Coben, L. A., & Martin, R. L. (1982). A new clinical scale for the staging of dementia. Br J Psychiatry, 140, 566-572).

54) 박수희 · 유진영 · 박수정 · 양영애, 치매 환자의 인지를 측정하기 위해 사용된 평가도구에 대한 체계적 고찰, ‘고령자, 치매작업치료학회지’, Vol.3 No.2, 2009, 77면.

10점, 추상적 사고 6점, 지연 기억검사 9점으로 구성되어 총 100점 만점이며, 72점을 기준으로 하여 점수가 낮을수록 심한 인지장애가 된다.⁵⁵⁾

그 외에도 시계 그리기(Colck Drawing Test)⁵⁶⁾등 다양한 인지검사 도구가 있다.⁵⁷⁾

그런데 현재 가장 많이 사용되는 한국판 간이 정신상태 검사인 K-MMSE 방법 등의 인지검사도구는 의사가 아닌 평범한 일반인의 입장에서 판단하건대 아마도 6~7세의 정신능력이면 거의 만점을 받을 수 있을 정도로 간단한 내용으로 구성되어 있음을 알 수 있다.

일반적으로 법률행위라는 관점에서 자기행위의 결과를 인식할 수 있는 능력을 말하는 의사능력을 아무리 행위의 태양에 따라 그 필요한 정신능력의 정도를 달리 파악한다고 하더라도 통상 7세 정도의 정신능력은 되어야 의사능력이 존재한다고 볼 때,⁵⁸⁾ 의 료계에서 사용하는 이들 검사기준은 의사능력을 판단하는 최저한의 기준으로 자리매 김할 수도 있을 것으로 보이지만, 이러한 검사에서 종종 인지장애인으로 판정된 경우 유연능력을 전면적으로 부인하여야 할 것인지는 문제가 아닐 수 없다.

생각건대 앞서 언급한 바와 같이 사건은 유연능력이란 유연자의 진의를 파악하기 위 한 제도이지 결코 합리적이고 이성적인 판단능력을 전제로 한 개념은 아니라고 보기 때문에 뇌질환, 치매 혹은 노령 등으로 정신능력에 흠결이 있어도 그것만으로 유연능 력을 부인할 것이 아니라 유연 당시 유연자가 유연을 하게 된 경위, 유연서의 작성 배경 내지 유연 전후의 상황, 유연자의 발언의 정도, 유연의 내용의 복잡성 등 제반 사정을 고려하여 유연자의 진의 여부를 확인하고 그것이 진의인 한 유연의 효력을 인정하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

55) 신흥연 · 소희영 · 이에영, 앞의 논문, 92면 참조.

56) 허정일 · 손정락 · 국승희, 치매선별 검사로서 시계 그리기 검사의 효율성, 한국심리학회지 Vol.20, No.3, 2001, 522면 참조. 이 검사는 시계를 그리도록 함으로써 인지도를 검사하는 방법이다. CDT의 채점 체계는 원을 정확히 4등분하는가, 각 4등분 내에 시간 표시로 세 개를 그리고 있는 경우 정상으로 간주 한다. 그래서 1~3번째 사분원에 틀린 것이 있는 경우 각 1점을 부여하고 4번째 분원에 틀린 것이 있으면 4점을 부여하는 7점 만점의 테스트를 하여 이 중 0~3점은 정상, 4~7점이면 비정상으로 평가하는 방법과 15점 채점 체계를 채택하여 윤곽(0~2점), 숫자(0~6점), 시계 바늘(0~6점) 및 중심점(0~1점)을 각각 부여 하여 최저 0점, 최고 15점으로 점수가 높을수록 인지기능이 잘 보존되어 있다고 보는 방법이다.

57) 기타 검사방법에 대하여는 박수희 · 유진영 · 박수정 · 양영애, 앞의 논문 77면 참조.

58) 독일에서는 7세 미만을 절대적 의사무능력자로 본다.

6. 정신능력의 장애로 인한 자필능력의 장애

한편 신체적·정신적 질환이나 노령 등으로 인한 능력의 감퇴와 관련하여 유언시 문제로 되는 것은 결국 유언자의 자필능력 및 구수능력의 감퇴이다.

종래 자필능력이 있었으나 유언을 할 당시에 정신능력 혹은 신체적 능력의 감퇴로 인하여 구수능력이 없고 자필능력도 불완전하여 타인의 조력에 의하여 유언서를 작성한 경우 어느 정도의 조력을 받은 경우에 유효한 유언으로 볼 것인지도 문제이다.

이에 대하여 일본의 판례 중⁵⁹⁾에는 본래 읽고 쓰기를 할 수 있던 사람이 질병, 사고, 기타 원인에 의해 시력을 잃어 또는 손이 떨리기 때문에 필기를 함에 있어 타인의 보조를 필요로 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 위의 의미에 있어서의 자서 능력은 없어지지 않는 것으로 해석하는 것이 상당하지만, 그 운필에 있어서 타인의 조력을 받아 자필증서에 의한 유언서를 작성하는 경우 이는 다른 방식의 유언과 달리 증인이나 입회인의 입회를 필요로 하지 않는 등 가장 간단하고 쉬운 방식의 유언이지만 그런 만큼 위조, 변조의 위험이 가장 크고, 유언자의 진심에 나온 것인지 아닌지를 둘러싼 분쟁이 생기기 쉬운 유언 방식이라고 할 수 있기 때문에 자필증서 유언의 본질적 요건이라고도 해야 할 ‘자서’의 요건에 대해서는 엄격한 해석을 필요로 하는 것이라고 하고 있다.

따라서 타인의 보조에 의한 자필증서에 의한 유언은 ① 유언자가 증서 작성시에 자서 능력을 가지고 있고, ② 타인의 도움이 비교적 간단한, 예컨대 쓰기 시작하는 위치 혹은 개행에 해당하거나 혹은 글자의 사이 배분이나 행간을 정돈하기 위해 유언자의 손을 용지의 올바른 위치로 이끄는 데 머문다든지, 또는 유언자의 손의 움직임을 유언자가 원하는 대로 맡겨두고 유언자는 보조자인 타인으로부터 단지 필기를 용이하게 하기 위한 버팀목을 빌린 것뿐이고, 또 ③ 보조인이 위와 같은 태도에 머무를 것, 즉 보조인인 타인의 의사가 개입한 사실이 없다는 것을 필적으로부터 판정할 수 있는 경우에는 ‘자서’의 요건을 충족시키는 것으로서 유효라고 해석하는 것이 상당하지만, 만약 유언서에 고쳐 쓴 글자, 비뚤어진 글자 등이 있어도 일부에서는 초서풍의 달필인 글자도 보이고, 전체적으로 정연하게 쓰여져 유언자의 필기능력을 고려하면 유언자의 손의

59) 昭和58(オ)733 遺言不存在確認, 昭和 62. 10. 08. 最高裁判所第一小法廷 判決 棄却 大阪高等裁判所 판결 원문은 http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/js_20100319122549736448.pdf 참조.

흔들림을 막기 위해 버팀목의 역할만 한 것으로 보기 어려울 때에는 자서의 요건을 충족하지 못하여 당해 유언은 무효라고 판시하고 있다.⁶⁰⁾

결국 타인의 도움을 받은 자서의 경우 유언자의 자서로 인정되기 위해서 가장 중요한 요소는 당해 타인이 유언자의 의사에 개입한 흔적이 있는가 여부이다. 즉 진의를 최고의 보호목적으로 하는 유언에 있어서 타인이 하나의 도구로 이용된 것에 불과한 경우에는 당해 유언은 유언자의 진의에 의해 작성된 것으로 인정하여야 할 것이며, 그 인정의 토대는 유언자가 작성한 필적 그 자체로 파악하여야 함을 위 판결에서 명시한 것으로 보인다.

7. 정신능력의 장애로 인한 구수능력의 장애

질환이나 정신장애 등으로 유언자가 구술을 제대로 할 수 없는 중에 작성된 유언의 유효성 여부도 다투어질 수 있다.

구수능력의 제한에 따른 유언의 효력이 문제로 되는 것은 민법 제1068조의 공정증서에 의한 것은 물론 민법 제1070조의 구수증서에 의한 유언의 경우에도 발생한다.

물론 제1070조의 구수증서에 의한 유언은 자필증서, 녹음, 공정증서 및 비밀증서에 의한 유언이 객관적으로 가능할 때에는 이를 허용하지 않는다.⁶¹⁾

문제는 유언자의 구수능력이 어느 정도 없을 때, 구술에 의한 유언이 무효로 되는가 하는 점이다.

유언자의 구수능력의 장애와 관련하여 우리 판례는 대체로 다음 두 가지로 분류해

60) 이 판례에 대한 평석은 加藤永一, 自筆遺言證書と遺言者の自署能力, ジュリスト 臨時増刊 910號 (88.06), 93頁 이하 참조.

61) 우리 대법원 판례도 이 점을 분명히 하고 있다. 즉 민법 제1065조 내지 제1070조가 유언의 방식을 엄격하게 규정한 것은 유언자의 진의를 명확히 하고 그로 인한 법적 분쟁과 혼란을 예방하기 위한 것이므로, 법정된 요건과 방식에 어긋난 유언은 그것이 유언자의 진정한 의사에 합치하더라도 무효라고 하지 않을 수 없는바, 민법 제1070조 제1항이 구수증서에 의한 유언은 질병 기타 급박한 사유로 인하여 민법 제1066조 내지 제1069조 소정의 자필증서, 녹음, 공정증서 및 비밀증서의 방식에 의하여 할 수 없는 경우에 허용되는 것으로 규정하고 있는 이상, 유언자가 질병 기타 급박한 사유에 있는지 여부를 판단함에 있어서는 유언자의 진의를 존중하기 위하여 유언자의 주관적 입장을 고려할 필요가 있을지 모르지만, 자필증서, 녹음, 공정증서 및 비밀증서의 방식에 의한 유언이 객관적으로 가능한 경우까지 구수증서에 의한 유언을 허용하여야 하는 것은 아니다라고 하고 있다(대법원 1999. 9. 3. 선고 98다17800 판결).

볼 수 있을 것이다.⁶²⁾

첫째는 유언자가 구술이 가능하지만 유언서 작성 당시에 유언자가 직접 구술하지는 않고 사전에 유언자의 구술에 따라 유언서가 미리 작성되고 이에 따라 공증인 등이 유언자의 진의를 하나하나 확인하며 작성된 유언의 경우에는 그 유언은 유효하다고 한다. 즉 대법원 판례는 제3자에 의하여 미리 작성된 유언의 취지가 적혀 있는 서면에 따라 유언자에게 질문을 하고 유언자가 동작이나 한두 마디의 간략한 답변으로 긍정하는 경우에는 원칙적으로 유언 취지의 구수라고 보기 어렵다고 할 것이지만, 공증인이 사전에 전달받은 유언자의 의사에 따라 유언의 취지를 작성한 다음, 그 서면에 따라 유증 대상과 수증자에 관하여 유언자에게 질문을 하고 이에 대하여 유언자가 한 답변을 통하여 유언자의 의사를 구체적으로 확인할 수 있어 그 답변이 실질적으로 유언의 취지를 진술한 것이나 마찬가지로 볼 수 있으며, 유언자의 의사능력이나 유언의 내용, 유언의 전체 경위 등으로 보아 그 답변을 통하여 인정되는 유언 취지가 유언자의 진정한 의사에 기한 것으로 인정할 수 있는 경우에는, 유언취지의 구수 요건을 갖추었다고 볼 수 있을 것이라 하고 있다.⁶³⁾

둘째는 유언자가 전혀 구술하지 않고 제3자가 유언서를 미리 작성한 다음, 그 작성된 유언서에 대하여 유언자는 간단한 동작으로 그 의사표시를 한 경우에 그 유언은 유언자의 구수의 요건을 전혀 갖추지 못한 것으로 보아 이를 무효로 보고 있다.

즉 이러한 예를 보면 구수증서에 의한 유언을 하기로 하고 위 입회 변호사들 가운데 한 사람이 병실에 있던 가족 등으로부터 전해들은 망인의 유언취지를 확인하여 물어보면 “음”, “어” 하는 소리와 함께 고개를 끄덕여 동의를 표시하거나 아주 간단한 말로 맞다는 대답을 한 사실이 있는 경우⁶⁴⁾, 유언 당시 병원 중환자실에 입원중이던 유언자는 의사전달능력은 있었으나 수술에 의하여 기관지가 절개된 상태였기 때문에 말을 하기 위해서는 절개 부분에 삽입된 의료기구를 제거하고 절개된 부분을 막아야만 쉼 목소리로 발음을 할 수 있었을 따름이고 공정증서 유언 작성을 위해 유언의 필기낭독 및 승인

62) 유언자가 구술이 가능하고 알아듣기는 힘들지만 유언의 취지, 내용 등을 명확히 구술할 능력이 있다면 그러한 유언의 효력이 문제로 되지는 않을 것이다.

63) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다75019, 75026 판결; 동지 판례 대법원 2008. 8. 11. 선고 2008다1712 판결; 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다51550, 51567 판결 등.

64) 대법원 2006. 3. 9. 2005다57899 판결.

절차를 생략한 경우⁶⁵⁾, 유언공정증서를 작성할 당시에 유언자가 반혼수상태였으며, 유언공정증서의 취지가 낭독된 후에도 그에 대하여 전혀 응답하는 말을 하지 아니한 채 고개만 끄덕인 경우⁶⁶⁾ 등이 있다.

위 두 개의 사례에 있어서 근본적인 차이는 전자는 어느 정도 유언자가 그의 사전적 구술로 유언의 진의를 표시하였다는 것이고 후자는 이러한 것이 없이 제3자의 주도로 유언서를 작성하여 이를 유언자의 구술이 아닌 단순한 동작에 의해 확인한 것이다. 따라서 두 번째 사례의 경우에는 유언자의 진의에 의하여 유언이 이루어졌다고 볼 수가 없는 것이다.

결국 정신장애로 인한 구수능력의 장애가 있는 경우에도 유언자의 구수에 제3자의 의사가 개입되었는가, 아니면 오로지 유언자에 의사 즉 진의에 의하여 유언서가 작성되었는지가 문제라는 것을 위의 두 가지 형태의 우리 대법원 판례는 명시하고 있다고 볼 수 있을 것이다.

VI. 결 론

이상으로 우리 민법상 유언능력에 관한 여러 문제를 검토하여 보았다. 유언능력이란 본질적으로 유언자의 정신능력에 관한 사실인정의 문제이다. 그 필요한 정신능력의 발달정도가 어느 정도이어야 하는지 어려운 문제를 내포하고 있고, 정신능력의 발달이라는 측면에서는 우리 민법은 만 17세를 유언능력을 취득하는 기준점으로 보고 있지만, 이 정도의 정신능력이 모든 경우에 유언능력의 척도가 되는 것은 아니다.

정신능력은 사람이 태어난 후 성년이 되기까지 성장하는 것이 보통이지만, 정신질환이나 약물중독, 신체적 질환, 노령화 등에 의해 후퇴하기도 한다. 한편 신체적 장애 또한 유언능력에 영향을 미친다. 예를 들면 시각장애, 청각장애, 언어 장애 등이 있는 경우 유언서를 작성하는 방식과 관련 구수능력 내지 필기능력에 장애가 있는 경우 유언서를 작성하는데 곤란을 겪을 수 있다.

65) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다21802 판결.

66) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다34514 판결; 동지 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다8750 판결; 대법원 1980. 12. 23. 선고 80므18 판결.

이상의 논의를 바탕으로 유언능력을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 시각장애인은 정신능력이 완전하다고 하더라도 자필증서에 의한 유언 및 비밀증서에 의한 유언은 작성하는 것이 곤란하며, 다만 공정증서에 의한 유언은 공증인의 필기의 정확함의 승인은 귀로 듣고 일치여부를 확인함으로써 가능하고 서명 등은 공증인 및 참여인의 날인으로 대신할 수 있다고 보아야 할 것이다.

둘째, 청각장애인의 경우에는 필기능력이 있으면 민법이 정하고 있는 자필증서, 비밀증서 및 공정증서에 의한 유언을 할 능력이 있다고 보아야 할 것이다.

셋째, 언어장애인의 경우 필기능력이 있으면 자필증서에 의한 유언, 비밀증서에 의한 유언 및 자필에 의한 공정증서에 의한 유언을 할 수 있다. 다만 필기능력이 없는 경우 수화 등을 통해 구수에 의한 공정증서유언을 할 수 있는지가 문제이나, 이 경우 수화를 통역하여 공정증서 유언을 작성할 수 있다고 보아야 할 것이다.

넷째, 본래 유언능력이란 정신능력의 발달정도에 따라 달라지는 것이고 통설 판례는 이를 의사능력으로 보고 있다. 즉 의사능력이란 자기행위의 결과를 인식할 수 있는 능력을 말하는데, 대개 정상적인 의사결정능력, 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단을 할 수 있는 능력을 말한다고 하고 있다. 따라서 통설 판례는 유언이라는 행위의 성질, 유언의 효과, 유언자가 보유한 재산의 규모, 다른 사람이 유언에 대하여 가지는 기대 등에 대하여 합리적인 판단을 할 정신능력을 갖추어야 완전한 유언능력이 있다고 할 것이다. 그러나 이러한 모든 점에 대한 인식능력이 반드시 존재하여야만 유언능력이 인정되는 것이 아니라, 유언능력은 합리적이고 이성적인 판단을 할 능력을 전제로 한 개념이 아니라 유언자가 그의 진의를 결정하고 이를 표시할 수 있는 정신적 능력 내지 신체적 능력이 있는지의 의미로 파악하는 것이 타당하다고 본다. 그렇지 않으면 임종 즈음에 신체적 정신적 능력이 극도로 쇠퇴한 상태에서 하는 많은 유언들의 효력을 인정할 수 없기 때문이다.

다섯째, 위의 네 번째 입장에 서는 한 선천적인 뇌질환 내지 신경장애로 정신능력이 성숙하지 못한 경우라든가, 정신능력이 완전히 성숙한 이후에 정신분열증, 피해망상증 등 정신질환이 있는 경우, 알코올이나 마약중독자, 치매 혹은 노령 등의 경우에도 그러한 사유만으로 곧 유언능력을 부인할 것이 아니라, 유언자가 그의 진의를 표시할 능력이 있었는지 여부에 따라 유언능력의 존부를 판단하여야 할 것으로 생각된다.

여섯째, 정신능력의 장애로 인하여 자필능력이 감퇴되어 제3자의 도움을 받아 작성

된 자필증서유언은 그 제3자가 단지 유언자가 운필함에 있어서 보조적 역할만 수행한 경우에는 그 유언의 효력을 긍정하여도 좋을 것이다. 이의 판정은 유언서 자체의 필적을 감정하여 판단하고, 만약 유언서의 필적에 제3자가 개입하여 작성된 흔적이 있는 경우에는 자서의 요건을 갖추지 못한 것으로 보아야 할 것이다.

마지막으로 유언자가 신체적, 정신적 질환으로 구수능력에 제한이 있는 경우에는 유언자의 진의를 단순한 거동으로 확인하여서는 안 되며, 유언자 본인의 진의를 확인할 수 있을 정도의 구수의 존재를 인정할 수 있어야만 비로소 유언능력이 있다고 할 것이다. 어느 정도의 구술이 있는 경우 구수가 있었다고 할 것인지를 확일적으로 정할 수는 없으나, 유언서의 작성배경, 동기, 경위, 유언자의 발언의 전후 상황, 유언자의 발언의 정도 등의 제반 사정을 참작하여 유언자의 진의가 유언서에 정확히 표시되어 있음이 인정되어야 할 것이다. 이때에도 유언자의 진의란 유언의 효과의 합리성이 아니라 유언자의 진의가 합리적인 견지에서 보아 구수로 표시되었는지 여부에 따라 유언능력을 인정하여야 할 것으로 생각된다.

결론적으로 완전한 유언능력이 있는지 여부를 판단하기 위해서는 앞서 언급한 영미에서의 유언서 작성시 능력판정 매뉴얼에 적힌 개별적인 사항을 하나 하나 확인할 수 있다면 유언자의 사망후 유언자의 유언능력과 관련된 다툼은 불식시킬 수 있을 것이다. 이러한 상황이 되지 못한다면 유언자가 구수를 할 능력이 있어야 하고, 당해 구수가 유언자가 또렷한 의식을 가진 상태에서 행하였음을 입증하는 것이 무엇보다도 중요할 것이다. 