

제한능력자의 의사능력 등에 관한 고찰

(대법원 판례를 중심으로)

김은효

임명공증인·변호사

I. 서론

우리 사회는 산업사회의 고도화와 과학·의학의 발달로 고령화 사회가 시작되었고, 2022년 통계청의 자료에 의하면 전체 인구에서 65세 이상 고령자가 차지하는 비율은 17.5%(901만 8,000명)라고 하며, 2025년에는 20.6%로 초고령화 사회에 진입할 예정이라 한다.¹⁾

최근 서울가정법원의 후견개시심판사건의 정신적 제약의 유형 중 가장 높은 비율을 차지하고 있는 것은 치매로 전체의 73%에 해당하고, 뇌병변(뇌경색, 뇌졸중, 뇌출혈 등 포함), 정신장애(조현병, 분열형 정동장애, 양극성장애, 반복성우울장애 포함), 발달장애(지적장애, 자폐성장애) 순으로 많다고 하며, 사고는 교통사고와 산재, 기타 사유로는 지병악화, 알코올 중독, 심장질환 등이라 한다.²⁾

우리 사회의 고령화, 산업화 및 도시화 등의 현상으로 인한 핵가족화·독거노인의 증가와 교통사고 및 산업재해에 따른 정신적·지적능력이 부족한 자에 대한 보호는 우리 사회가 시급하게 해결해야 할 심각한 사회문제로 대두되고 있는 실정이다.

1) 유엔은 1982년에 노인 인구가 7% 이상이면 고령화사회, 14% 이상이면 고령사회, 20% 이상이면 초고령사회로 분류하였다.

2) 장애인복지법 제2조, 동법 시행령 제2조 [별지 1] 장애인 종류 및 기준에 따른 장애인이다.

이러한 사회적 문제를 해결하기 위해서 법·제도적으로 논의되고 있는 제도가 성년후견 제도와 공적개호보험(노인요양)제도³⁾이다.

과거 고령자나 의사결정능력이 부족한 자에 대한 제도로서 금치산·한정치산제도가 있었으나, 그 제도하에서는 행위능력 등을 지나치게 제한을 받는 등 자신의 삶에 대한 결정권을 갖기 어려웠다.

또한 본인의 의사와 장애의 정도에 대한 고려 없이 행위능력을 획일적으로 제한하고, 보호의 대상을 재산적 법률행위로 제한하는 등 복리에 관한 다양하고 실질적인 도움을 제공할 수 없었다.

2011. 3. 7. 민법이 개정(법률 제10429호)되어 2013. 7. 1.부터 시행되고 있는 성년후견 제도는 제한능력자(무능력자)⁴⁾의 의사의 존중과 그의 잔존능력을 보호하는 등 보호가 필요한 성년자의 인간의 존엄에 대한 후견을 효율적으로 제공하고자 하는 데 있다.

따라서 이 글에서는 새로이 시행되고 있는 성년후견제도하에서의 행위능력이 제한되는 제한능력자인 피성년후견인 및 피한정후견인의 의사(행위)능력, 유언의 효력 등 공증인 법과의 관계 및 제한능력자의 소송행위와 관련된 문제 등에 대해 대법원 판례를 중심으로 살펴보기로 한다.

II. 우리나라 후견제도의 변천과정

1. 금치산·한정치산제도

2011년 3월 개정 이전 민법하에서의 금치산·한정치산제도에 대해 개괄적으로 살펴보면, 금치산의 선고는 “심신상실의 상태에 있는 자”에 대하여 배우자, 4촌 이내의 친족 등의 청구에 의하여 이루어지고(제12조), 한정치산의 선고는 “심신이 박약하거나 재산의 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 자”에게 이루어진다(제9조).

3) 2000. 4월경 일본에서 도입된 공적개호보험제도는 거동이 불편하거나 간병이 필요한 노인층(일부 장년층 포함)에 대해 각종 형태의 서비스를 제공하여 노인들의 자립적이고 건강한 생활을 보장하는 사회보장 제도이다.

4) 민법 제1062조에서 제한능력자는 미성년자(제5조), 피성년후견인(제10조), 피한정후견인(제13조)으로 규정하고 있다. 미성년자와 피성년후견인은 원칙적으로 행위능력이 없는 제한능력자이고, 피한정후견인은 원칙적 행위능력자이나 한정후견인의 동의를 받아야 하는 제한능력자이다.

그리고 후견인은 배우자, 직계혈족, 3촌 이내의 방계혈족, 호주의 순위로 민법에서 정하는 바에 따라 후견인이 된다(제933조).

금치산자의 요양, 감호와 관련하여서는 후견인은 일상의 주의를 해태하여서는 안 되며, 후견인이 금치산자를 사택에 감금하거나 정신병원 기타 다른 장소에 감금치료함에는 법원의 허가를 얻어야 한다(제947조).

금치산자와 한정치산자 등을 위하여 친족회를 두어야 하고, 결원이 발생하는 경우 법원에서는 직권 또는 청구에 의해 보충하여야 한다(제965조).

위 제도하에서는 본인의 의사와 장애의 정도에 대한 고려 없이 행위능력을 획일적으로 제한하여 사회적 편견을 일으키고, 보호대상을 재산적 법률행위에 제한하고 있어 본인의 신상보호 및 복리에 실질적인 도움을 제공할 수 없다는 문제점이 있었다.

따라서 위와 같은 문제점을 해소하기 위하여 성년후견제도를 도입하게 되었다.⁵⁾

2. 성년후견제도와 제한능력자

우리의 성년후견제도는 단일한 보호유형을 택하고 있는 독일식 성년후견제도가 아닌 여러 유형을 인정하고, 유형에 따라 탄력적 운영을 가능하게 하는 프랑스식 내지 일본식 성년후견제를 채택하고 있다.

즉 성년후견제도에는 법정후견과 임의(계약)후견이 있으며, 법정후견으로는 성년후견, 한정후견, 특정후견이 있다.

성년후견(민법 제9조)은 “질병, 장애, 노령, 기타 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람”에 대하여, 한정후견(제12조)은 “사무를 처리할 능력이 부족한 사람”에 대하여, 특정후견(제14조의2)은 “일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람”에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 개시심판을 한다.

임의후견(제959조의14)은 “질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 다른 자에게 위탁하고 그 위탁사무에 관한 대리권을

5) 2011년 3월 민법 일부 개정으로 2013년 7월부터 금치산·한정치산제도가 폐지되고 성년후견제도가 시행되었으며, 민법 부칙에 따라 2018년 7월부터는 금치산·한정치산 선고의 효력이 상실되어 종전에 금치산·한정치산 선고를 받은 자는 새로이 성년후견·한정후견 심판을 다시 받아야 한다.

수여하는 것”을 말한다.

성년후견의 경우에 피성년후견인은 원칙적으로 행위능력이 없는 제한능력자이므로 성년후견인은 포괄적 법정대리권을 가지며, 한정후견의 경우 피한정후견인은 원칙적으로 행위능력자이나 한정후견인의 동의를 받아야 하는 제한능력자이고, 한정후견인은 법원이 정한 범위의 대리권을 가진다.

과거 금치산·한정치산 제도하에서는 행위능력이 부족한 자들에 대하여 그 행위능력을 지나치게 제한을 두어 자신의 삶에 대한 결정권을 가지기 어려웠고, 본인의 의사와 장애의 정도에 대한 고려 없이 행위능력을 획일적으로 제한하여 사회적 편견을 일으키고, 보호의 대상도 재산적 법률행위로 제한하는 등 하여, 본인의 복리에 관한 다양하고 실질적인 도움을 제공할 수 없어 위 제도의 활용은 극히 미미한 실정이었다.

이와 같은 문제를 해결하고자 성년후견제도를 도입하게 되었고, 도입의 목적은 보호가 필요한 성년자의 인간의 존엄에 비추어 그의 의사와 능력을 가능한 적극적으로 고려하여 재산행위뿐만 아니라 치료·요양 등 신상보호 및 복리에 관한 효율적인 보호를 하기 위함이다.

Ⅲ. 제한능력자의 의사능력 등

1. 의사능력·행위능력 및 소송능력의 의미

가. 의사능력·행위능력

“의사능력”이라 함은 “자기 행위의 의미나 결과를 정상적인 인지력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적인 능력이나 지능”⁶⁾을 말하며, 법률적으로 특정한 권리 의무를 발생케 하는 능력을 “행위능력”이라 한다.

따라서 행위능력은 ‘자기의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지 지능’을 가지고 있을 것을 전제로 하며, 이와 같은 정신적 능력을 ‘의사능력 또는 판단능력’이라 한다.

6) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결, 2006. 9. 22. 선고 2006다29358 판결, 2022. 5. 26. 선고 2019다213344 판결 참조.

나. 소송능력

민법상 행위능력을 갖는 자는 소송능력을 갖는다(민사소송법 제51조).

“소송능력”은 당사자로서 유효하게 소송행위를 하거나 소송행위를 받기 위하여 갖추어야 할 능력을 말하고, 소송능력은 유효하게 법률행위를 할 능력인 민법상의 행위능력에 대응하는 것으로 소송상의 행위능력이라고도 한다.

소송능력과 관련하여 제한능력자인 미성년자는 법정대리인에 의해서만 소송행위를 할 수 있으므로 미성년자가 단독으로 한 소송행위는 무효이고, 미성년자에 대한 소송행위 역시 무효이다.⁷⁾

의사능력의 유무와 관련하여서는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단하여야 하고, 특히 법률적 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위해서는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대해서도 알고 있어야 한다.

2. 제한능력자와 의사능력의 판단 유무

대법원 판례(2022. 5. 26. 선고 2019다213344 판결)에 따르면, 피고는 지적장애 3급의 장애인으로 등록된 자인데 성년후견개시가 청구되어, 정신상태 감정결과 ‘지능지수 52, 사회지수 50(사회연령 9세)’라는 진단을 받았고, ‘학습이나 문제해결을 위한 기본적 지적능력뿐만 아니라 일상생활에서의 사회 적응 수준이 해당 연령에 비하여 매우 부족하고, 사회적 규범에 대한 이해가 부족하며, 비합리적 방식의 의사결정 가능성이 높아 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 매우 부족하다.’는 평가를 받은 자이다.

그런데 위 장애인이 굴삭기 구입자금 대출약정의 대출금 8,800만 원의 계약을 체결한 사건에서 법원은 위 대출약정에 따르면 굴삭기는 실질적으로 대출금채무의 담보가 되고 대출금은 굴삭기 매도인에게 직접 지급되는데, 이와 같은 대출 구조와 내용은 당시 지적능력으로는 이해하기 어려운 정도라는 것이고, 위 대출약정 당시 증빙자료로 제출한 굴삭기운전 면허증은 위조된 것으로 판명되었다.

이러한 사정을 고려하여 지적장애를 가진 사람에게 의사능력이 있는지를 판단할 때 단순히 그 외관이나 피상적인 언행만을 근거로 의사능력을 쉽게 인정해서는 안 되고, 의학적 진단이나 감정 등을 통해 확인되는 지적장애의 정도를 고려하여 법률행위의 구체적인 내용과 난이도, 그에 따라 부과되는 책임의 중대성 등에 비추어 볼 때 지적장애를 가진 사람이 과연

7) 대법원 2020. 6. 11. 선고 2020다8586 판결, 대법원 1978. 5. 9. 선고 75다634 전원합의체 판결 등.

법률행위의 일상적 의미뿐만 아니라 법률적 의미나 효과를 이해할 수 있는지, 법률행위가 이루어지게 된 동기나 경위 등에 비추어 합리적인 의사결정이라고 보기 어려운 사정이 존재하는지 등을 세심하게 살펴보아야 한다.

3. 공증인법과의 관계

공증의 촉탁은 법률행위로서, 촉탁인은 행위능력자이어야 하고 의사능력이 있어야 한다.

공증인은 법률행위에 관한 증서를 작성하거나 인증을 함에 있어 당사자의 능력 기타 법률행위의 효력에 영향을 미칠 사항에 대하여 의심이 있는 경우에는 관계인에게 그 뜻을 말하고 필요한 설명을 요구하여야 한다(공증인법 시행령 제12조 제1항).

촉탁받은 사항이 무효이거나 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 때에는 촉탁을 거절하여야 하며(공증인법 제4조 제2항), 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위는 증서를 작성할 수 없다(법 제25조).

위 조항에서의 “무능력자”는 “민법상의 제한능력자”에 해당되는 자로서 미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인을 의미한다(민법 제112조, 제1062조).

개정 전 민법 제965조(무능력자를 위한 상설친족회)에서는 무능력자를 미성년자, 금치산자, 한정치산자로 규정하고 있었다.

따라서 공증인은 제한능력자의 공증촉탁에 대하여는 증서를 작성하거나 인증을 하여서는 안 되며, 의사능력에 대하여 의심이 가는 경우에는 이를 적극적으로 확인하고 소명을 요구하여야 한다.

IV. 제한능력자의 유언

1. 유언

유언은 그 의사가 본인으로부터 비롯된 것이어야 하고, 임의대리이든 법정대리이든 허용되지 않으며 다른 사람의 동의나 허락을 받을 필요가 없다(민법 제1062조).

유언은 유언자의 상대방 없는 단독행위이고, 사후행위이자 사인행위이다.

또한 유언은 유언을 한 방식으로 또는 생전행위로 언제든지 철회할 수 있으며, 유언으로

정할 수 있는 사항은 민법 등 그 밖의 법령으로 정하고 있다.

유언은 제한능력자의 경우 의사(행위)능력이 제한되므로 공증인법 제25조(증서를 작성할 수 없는 경우)에 해당될 수 있어 증서를 작성할 수 없는 경우가 있으므로 이에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 유언의 효력과 제한능력자와의 관계

유언은 17세에 달하지 못한 자는 유언을 할 수 없다(민법 제1061조).

피성년후견인의 경우에는 의사능력이 회복된 때에만 유언을 할 수 있고, 이 경우 의사가 심신회복의 상태를 부기하고 서명날인하여야 한다(법 제1063조).

또한 제한능력자(미성년자, 피성년후견인, 피한정후견인)의 유언에 관하여는 민법 제5조, 제10조, 제13조를 적용하지 아니한다(법 제1062조).

가. 유언효력확인 소(대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다261237 판결)⁸⁾

이 판결은 후견심판 사건에서 사전처분(가사소송법 제62조 제1항)으로 후견심판이 확정될 때까지 임시후견인이 선임된 경우인바, 1) 임시후견인의 동의 없이 사건 본인이 유언을 할 수 있는지 및 아직 성년후견이 개시되기 전인 경우, 의사가 유언서에 심신 회복 상태를 부기하고 서명날인하도록 요구한 민법 제1063조 제2항이 적용되는지, 2) 의사능력의 의미 및 의사무능력을 이유로 법률행위의 무효를 주장하는 경우, 그에 대한 증명책임의 소재에 대한 판시 내용이다.

(1) 임시후견인의 동의 없이 유언을 할 수 있는지 및 의사가 유언서에 서명날인을 해야 하는지 여부

가정법원은 후견심판이 확정될 때까지 사건본인의 보호 및 재산관리의 보호, 재산의 관리·보전을 위하여 임시후견인의 선임 등 사전처분(가사소송법 제62조 제1항)을 할 수 있으며, 가사사건의 재판·조정절차에 관한 사항은 대법원규칙으로 정하고 있으므로, 위 규정에 따라 사전처분으로 임시후견인을 선임한 경우, 성년후견 및 한정후견에 관한 사건의 임시

8) 참조 판례 : 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결, 2014. 3. 13. 선고 2009다53093, 53109 판결 등.

후견인에 대하여는 특별한 규정이 없으면 한정후견인에 관한 규정을 적용한다.

가정법원은 피한정후견인에 대하여 특별한 규정이 없으면 한정후견인에 관한 규정을 준용하고, 가정법원은 피한정후견인에 대하여 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위를 정할 수 있으며(민법 제13조 제1항), 피한정후견인이 한정후견인의 동의가 필요한 법률 행위를 동의 없이 하였을 때는 이를 취소할 수 있다(제4항).

한편 민법 제1060조는 ‘유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 발생하지 아니한다.’고 정하여 엄격한 요식성을 요구하고 있다.

그런데 민법 제1062조에 따르면 피성년후견인과 피한정후견인의 유언에 관하여는 민법 제10조 및 제13조가 적용되지 아니한다.

따라서 피성년후견인 또는 피한정후견인은 의사능력이 있는 한 성년후견인 또는 한정후견인의 동의 없이도 유언을 할 수 있다.

따라서 가사소송법 등의 규정에 따라 사전처분으로 후견심판이 확정될 때까지 임시후견인이 선임된 경우, 사건본인의 의사능력이 있는 한 임시후견인의 동의 없이 유언을 할 수 있고, 성년후견이 개시되기 전이라면 의사가 유언서에 심신회복 상태를 부기하고 서명날인할 필요가 없다.

그러나 성년후견이 개시된 때에는 피성년후견인의 유언은 의사의 심신회복상태에 대한 부기와 서명날인을 받아야 한다.

(2) 증명책임의 소재

의사능력은 자기의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력이나 지능을 말하므로, 의사무능력을 이유로 법률행위의 무효를 주장하는 측에서 그에 대한 입증책임을 부담한다.⁹⁾

나. 임의후견계약과 유언

(1) 후견계약(민법 제959조의14)은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 상황에 있거나 부족하게 될 상황에 대비하여 자신의 재산관리 및 신상보호에 관한 사무의 전부 또는 일부를 다른 자에게 위탁하는 것을 내용으로 하며, 후견계약은 공정증서로 체결하여야 하며, 후견감독인을 선임한 때부터 효력이 발생한다.

9) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다53093, 2009다53109 판결 등 참조.

(2) 후견계약을 체결하고 공증을 한 다음 후견등기를 마친 후에 가정법원에서 후견감독인을 선임하여 후견이 개시된 경우, 의사능력이 있는 한 피임의후견인은 유언을 하는 데 법률상으로는 아무런 제한이 없다.

3. 공증인법과의 관계

공정증서에 의한 유언은 유언자가 증인 2명이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 한다(민법 제1068조).

공증인이 유언공정증서를 작성함에 있어 법무부장관 또는 소속 지방검찰청검사장의 허가를 받은 경우 직무집행구역(공증인법 제16조)을 적용하지 아니한다(법 제56조).

유언자의 진정한 의사에 합치하더라도 민법상의 요건과 방식이 어긋나는 유언의 효력은 무효이다.¹⁰⁾

위 대법원 판례(대법원 2008. 8. 11. 선고 2008다1712 판결)는 ‘공정증서에 의한 유언’의 경우 ‘유언취지의 구수’, ‘유언 작성장소’ 등과 관련된 유언의 효력에 관한 판례이다.

위 판례 내용 중 공증인의 유언자의 ‘유언취지의 구수’ 방식, 유언자가 유언을 한 장소와 공정증서상의 기재장소의 불일치가 있음에도 유언자가 유언의 취지를 정확히 이해할 의사 식별능력이 있고 유언의 내용이나 유언의 경위로 보아 유언자의 진정한 의사에 기한 것으로 보아 ‘유언취지의 구수’ 요건을 갖춘 것으로 본 판례이다[위 판례는 공증인법 제56조(유언서·거절증서 작성의 특칙)[전문 개정 2017. 12. 12.], 제16조(직무집행구역)[전문 개정 2009. 2. 6.]이 개정되기 전의 판례라는 점을 참조하기 바란다.

위 민법의 규정 및 공증인법, 대법원 판례 등을 정리하면 다음과 같다.

- 가. 유언은 미성년자의 능력(민법 제5조), 피성년후견인의 행위와 취소(제10조), 피한정 후견인의 행위와 동의(제13조)를 적용하지 아니한다.
- 나. 유언은 만 17세에 이르지 않은 사람은 할 수 없다.
- 다. 유언은 피성년후견인, 피한정후견인이라도 의사능력이 있다면 할 수 있다.
- 라. 유언자는 유언의 취지를 정확하게 이해할 의사식별능력이 있어야 하고 진정한 의사에 기한 것이어야 한다.

10) 대법원 2008. 8. 11. 선고 2008다1712 판결, 2007. 10. 25. 선고 2007다51550,51567 판결 참조.

마. 성년후견개시심판의 결정이 이루어지기 전 피후견인의 재산관리와 신상보호를 위하여 사전처분으로 임시후견인이 선임된 경우, 피후견인은 의사능력이 있는 한 임시후견인의 동의 없이 유언을 할 수 있으며, 의사가 유언서에 심신회복상태를 부기하고 서명날인할 필요가 없다.

바. 성년후견개시 심판이 이루어진 경우에는, 의사능력이 회복된 피성년후견인은 유언을 할 수 있으나, 의사의 심신회복 상태에 대한 부기와 서명날인을 받아야 한다.

[법무부장관 또는 소속 지방검찰청검사장의 허가를 받아야 하는 공증인의 직무집행구역이 아닌 장소에서의 유언공증은 위 대법원 판례의 취지에 불구하고 주의를 요한다.]

V. 제한능력자의 소송행위 등

1. 서론

성년후견이 개시되면 피성년후견인은 법정대리인에 의해서만 소송행위를 할 수 있고(민사소송법 제55조 제1항), 소송무능력자의 법정대리와 소송행위에 필요한 권한의 수여는 민사소송법, 민법, 그 밖의 법률에 따른다(민사소송법 제51조)고 규정하고 있으므로, 민법상 행위능력을 갖는 자는 소송능력을 갖는다.¹¹⁾

소송능력은 당사자로서 유효하게 소송행위를 하거나 소송행위를 받기 위해 갖추어야 할 능력을 말하고, 소송능력은 유효하게 법률행위를 할 능력인 민법상의 행위능력에 대응하는 것으로서, 소송상의 행위능력이라고도 한다.

미성년후견인, 대리권 있는 한정후견인이 상대방의 소 또는 상소 제기에 관하여 소송행위를 하는 경우에는 그 후견감독인으로부터 특별한 권한을 받을 필요가 없다(법 제56조 제1항).

그러나 성년후견인에 대하여는 후견감독인이 있어서 후견인이 피후견인을 대리하여 소송행위를 할 때 후견감독인의 동의를 받거나(민법 제950조 제1항 제5호), 아래에서 설명하는 바와 같이 후견감독인으로부터 특별한 권한을 받을 필요가 있는 경우가 있다(민사소송법 제56조 제2항).

11) 이시윤, 신민사소송법, 제9판(중판), 박영사, 2015., 158쪽.

2. 후견감독인이나 가정법원의 특별한 권한을 받아야 하는 행위¹²⁾

무능력자를 보호하기 위하여 소송을 종료시키는 중대한 소송행위에 대하여는 후견감독인이나 가정법원으로부터 특별한 권한을 수여받아야 한다.

즉 성년후견인이 소송행위에 대하여 후견감독인의 동의를 받았다 하더라도 소의 취하, 화해, 청구의 포기, 인락 또는 제80조(독립당사자참가소송에서의 탈퇴)에 따른 탈퇴를 하기 위해서는 후견감독인이나, 후견감독인이 없는 경우 가정법원으로부터 특별한 권한을 부여 받아야 한다(민사소송법 제56조 제2항).

위 조항은 무능력자를 보호하기 위하여 소송을 종료시키는 중대한 소송행위에 대하여는 후견감독인으로부터 특별한 권한을 받도록 한 것으로 소송절차에서도 절차적 안정성을 도모할 필요성이 있어서이다.

따라서 후견인이 소송행위에 대하여 후견감독인의 동의를 받은 경우 성년후견인은 특별한 사정이 없는 한 민사소송법 제56조 제2항이 정하는 소송행위를 제외하고는 일체의 소송행위를 할 수 있다.

이러한 취지는 민법 제938조 제2항에 따라 법정대리권의 범위 중 소송행위에 관하여 법원의 허가를 받도록 정한 경우에도 마찬가지이다.

3. 제한능력자(피성년후견인)와 반의사불벌죄¹³⁾

이 사건은 피고인이 자전거를 운행하던 중 전방주시의무를 게을리한 과실로 전방에서 보행중이던 피해자를 들이받아 피해자에게 뇌손상 등의 중상해를 입게 한 사안이다.

가. 위 사례에서 대법원은 성년후견개시심판과 형사소송절차는 완전히 별개의 것으로, 가정법원에 의한 성년후견인 선임은 형사소송절차에 대한 별도의 고려 없이 가사재판을 추구하는 가치를 구현하는 데 있다고 판시하였다.

나. 피해자 본인의 의사가 무엇보다 중요한 형사소송절차에서 반의사불벌죄의 처벌불원의사에 있어서까지 성년후견인의 대리를 허용하는 것은 형사사법의 보호적 기능과 무관하다.

12) 대법원 2023. 3. 30. 선고 2022재다300253(본소) 손해배상(의), 2022재다782(반소) 병실퇴거 등 청구 [재심대상판결 2022. 4. 14. 자 2021다311197(본소), 2021다311203(반소) 판결].

13) 대법원 2023. 7. 17. 선고 2021도11126 전원합의체 판결.

- 다. 피해자가 의사무능력이어서 그 진실한 의사를 확인할 수 없음에도 성년후견인에 의한 대리를 허용하는 것은 피해자의 보호나 복리에 부합하다고 단정할 수 없다.
- 라. 따라서 본 판결은 피해자가 의사무능력인 경우 성년후견인이 피해자(피성년후견인)를 (을) 대리하여 처벌 불원의 의사표시를 할 수 없다는 취지의 판례이다.

Ⅵ. 맺음말

공증인법 제2조는 “공증인은 당사자나 그 밖의 관계인의 촉탁에 따라 공정증서의 작성, 사서증서 또는 전자문서 등에 대한 인증을 그 직무로 한다.”라고 규정하여 공증을 촉탁하는 사람이 당사자나 그 밖의 관계인임을 규정하고 있다.

공증인은 구체적인 사건에서 누가 촉탁인이 되느냐, 공증을 받고자 하는 법률관계 또는 사실관계의 내용과 공증의 방법에 따라 관련 법령이 정한 절차를 준수하여 적법하게 검토·작성하여야 한다.

공증인은 공증인법에 따라 법령에 위반한 사항, 무효인 법률행위 및 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 대하여는 증서를 작성할 수 없다.

따라서 촉탁인의 의사능력 등은 공증인이 증서를 작성하는 데 있어서 매우 중요한 고려 요소이기도 하다.

이외에도 제3자의 허락이나 동의가 필요한 법률행위에 관하여 공증인이 증서를 작성할 때에는 그 허락이나 동의가 있었음을 증명하는 증서를 제출하게 하여야 한다.

위에서 살펴본 바와 같이 제한능력자의 경우 무능력으로 취소할 수 있는 법률행위에 해당되어 증서를 작성할 수 없는 때에 해당되나, 성년후견인 또는 한정후견인이 그 대리인으로 선임되어 있고, 그 법률행위가 가정법원에 의하여 대리권 또는 동의권(한정후견의 경우)이 수여되어 있다면, 공증인은 증서를 작성할 수 있다고 볼 수 있다(공증인은 이를 증명할 증서를 제출하게 하여야 한다).

또한 피성년후견인, 피한정후견인 및 피임의후견인의 경우에는 의사능력이 있다면 유언을 할 수 있으며(피성년후견인은 심신회복에 대한 의사의 부기와 서명날인 필요), 피특정후견인은 행위능력이 제한되는 제한능력자가 아니므로 언제든지 유언을 할 수 있다.

다만 공증실무를 담당하고 있는 공증인으로서 유언자의 지적·정신적 장애로 인한 판단 능력이 불충분한 사람들에게서 이루어진 유언 및 유언공증으로 인하여 발생하고 있는 가족 간의 분쟁상황 등을 고려하여 신중하고 철저하게 업무를 처리하는 것이 바람직하다. 