

서울중앙지방법원 2023. 5. 31 선고 2019가합554125 판결 [소유권이전등기말소 등]

---

## 전 문

**원고**망 A의 소송수계인

1. B
2. C
3. D

원고들 소송대리인 법무법인 산지

담당변호사 이영애, 최혜리, 김선하, 신성우

**원고 보조참가인**1. E

소송대리인 법무법인(유) 율촌

담당변호사 김근재, 조봉제

2. F

소송대리인 법무법인 태일

담당변호사 이경득

**피고**재단법인 G

소송대리인 법무법인 린 담당변호사 강인철, 김창혁, 김형완

소송대리인 변호사 오지은

**변론 종결**2023. 4. 19.

**판결 선고**2023. 5. 31.

## 주 문

1. 원고들의 청구를 모두 기각한다.

2. 소송비용 중 원고들과 피고 사이에 생긴 부분은 원고들이 부담하고, 보조참가로 인한 부분은 원고 보조참가인들이 부담한다.

N

## 청 구 취 지

1. 피고는 원고들에게 별지1 목록 기재 각 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 등기국 2019. 6. 21. 접수 제89653호로 마친 각 소유권이전등기의, 별지2 목록 기재 각 부동산에 관하여 서울북부지방법원 등기국 2019. 6. 21. 접수 제26728호로 마친 각 소유권이전등기의, 별지3 목록 기재 각 부동산에 관하여 수원지방법원 안양지원 안양등기소 2019. 6. 21. 접수 제66581호로 마친 각 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하라.
2. 망 H이 2008. 4. 28. 공증인가 법무법인 I 작성 증서 2008년 제397호 유언공정증서에 의하여 한 유언은 무효임을 확인한다.

## 이 유

### 1. 기초사실

#### 가. 당사자들의 관계

- 1) 망 H(이하 '망인'이라 한다)은 J 출생하여 2019. 5. 3. 사망하였다.
- 2) 망인은 자녀로 K(장녀), 망 A(차녀), 원고 보조참가인 E(삼녀), F(장남)를 두었다.
- 3) 망 A이 이 사건 소송 계속 중인 2022. 5. 16. 사망함에 따라 그 자녀들인 원고들이 상속인으로서 이 사건 소송절차를 수계하였다.
- 4) 피고는 망인이 2005. 9.경 설립한 재단법인으로 장학사업과 학술진흥사업 등을 영위하고 있다.

#### 나. 망인의 유언공정증서 작성

1) 망인은 2007. 10. 24. L·M를 증인으로, N을 유언집행자로 하여, 공증인가 법무법인 I 작성 2007년 증서 제2532호로 피고에게 별지1에서 3 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)을 포함한 총 53개 부동산을, K에게 성남시 분당구 ○ 토지 및 지상 건물을 각 유증한다는 내용의 유언공정증서를 작성하였다(이하 '제1유언공정증서'라 하고, 이에 따른 유언을 '제1유언'이라 한다).

2) 망인은 2008. 4. 28. L·M를 증인으로, N을 유언집행자로 하여, 공증인가 법무법인 I 작성 2008년 제397호로 피고에게 총액 약 260억 원 상당의 금융자산(P은행 17개 계좌, Q증권 3개 계좌, R증권 2개 계좌에 관한 채권)을 유증한다는 내용의 유언공정증서를 작성하였다(이하 '제2유언공정증서'라 하고, 이에 따른 유언을 '제2유언'이라 하며, 제1·2유언공정증서를 통틀어 '이 사건 각 유언공정증서', 제1·2 유언을 통틀어 '이 사건 각 유언'이라 한다).

#### **다. 유증에 따른 피고의 재산 취득**

망인이 사망한 후, 피고는 제1유언에 기초하여 2019. 6. 21. 이 사건 부동산에 관하여 '2019. 5. 3. 유증'을 원인으로 한 소유권이전등기를 모두 마쳤고, 제2유언에 기초하여 예금채권 등을 유언집행자로부터 양도받아 약 260억 원 상당의 금융자산을 취득하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1에서 7호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## **2. 원고들의 주장**

이 사건 각 유언은 아래와 같은 이유로 모두 무효이므로, 이 사건 부동산에 관한 피고 명의의 각 소유권이전등기의 말소와, 금융자산의 유증내용이 포함되어 있는 제2 유언의 무효 확인을 구한다.

### **가. 유언능력 등 결여 주장**

망인은 이 사건 각 유언 당시 중증 치매상태에 이르러 인지능력이 현저히 저하된 상태여서 유언의 내용이나 법률적인 의미, 효과를 이해할 수 있는 의사능력이 결여된 상태였고, 민법 제1068조에 따른 공정증서에 의한 유언에 필요한 구수 및 승인능력이 결여된 상태였으므로, 이러한 상태에서 이루어진 이 사건 각 유언은 무효이다.

### **나. 증인자격 결격 주장**

이 사건 각 유언은 증인이 될 수 없는 결격자를 증인으로 하여 이루어진 것으로 무효이다.

### 3. 유언능력 등 결여 주장에 관한 판단

#### 가. 망인의 유언능력(의사능력) 유무에 관한 판단

1) 관련 법리 가) 일반적으로 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 한다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결 등 참조).

나) 유언에 요구되는 의사능력, 즉 유언능력은 유언의 취지를 이해할 수 있는 의사식별능력으로서 그 성격 등에 비추어 재산적 행위에 요구되는 정도의 능력을 의미하는 것은 아니고, 유언능력의 유무도 사실인정의 문제로서 유언자의 유언 당시의 판단능력, 질병의 상태, 유언의 내용, 유언 작성 당시의 상황, 유언에 대한 종래의 의향, 수증자와의 관계 등을 고려하여 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없다. 유언능력이 없음을 이유로 유언이 무효라고 주장하는 측은 그에 대하여 증명책임을 부담한다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다53093, 53109 판결 등 참조).

다) 2013. 7. 1. 성년후견제도가 시행되기 이전에 민법은 금치산자에 관하여 제12조에서 '심신상실의 상태에 있는 자'라고 규정한 다음, 제1063조에서 금치산자는 그의사능력이 회복된 때에 한하여 유언을 할 수 있고, 그 경우에는 의사가 심신 회복의 상태를 유언서에 부기하고 서명·날인하여야 한다고 규정하였다. 그리고 그 이후에는 피성년후견인에 관하여 제9조에서 '질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람'이라고 규정한 다음, 제1063조에서 피성년후견인은 의사능력이 회복된 때에만 유언을 할 수 있고, 그 경우에는 의사가 심신 회복의 상태를 유언서에 부기하고 서명·날인하여야 한다고 규정하고 있다.

즉, 민법 제1060조는 '유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 발생하지 아니한다'고 정하여 유언에 관하여 엄격한 요식성을 요구하고 있으나, 피성년후견인과 피한정후견인의 유언에 관하여는 행위능력에 관한 민법 제10조 및 제13조가 적용되지 않으므로(민법 제1062조),

피성년후견인 또는 피한정후견인은 의사능력이 있는 한 성년후견인 또는 한정후견인의 동의 없이도

유언을 할 수 있다(대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다261237 판결 참조).

라) 위와 같은 법리와 민법 규정을 종합하여 보면, 의사능력이 없는 상태에서 이루어진 유언은 당연히 무효이지만, 피성년후견인이나 피한정후견인이라도 그 의사능력을 회복하고 있는 동안은 완전한 유언능력을 갖고, 후견개시의 심판이 있기 전에 유언을 한 경우에도 위와 같이 해석해야 할 것이므로, 유언자의 의사능력이 없음을 이유로 유언의 무효를 주장하는 측은 유언자가 그 유언의 시점을 전후하여 '지속적인 심신상실의 상태' 또는 '정신적 제약으로 말미암아 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 상태'에 있었다는 점을 증명하여야 하고, 이러한 증명이 있는 경우 유언의 유효를 주장하는 측은 그 유언의 시점에 예외적으로 의사능력이 회복되었다는 점을 증명하여야 한다.

2) 구체적 판단 갑 제10, 11호증, 을 제2, 3, 4, 7, 8, 9, 13, 15, 16, 17, 19호증의 각 기재 또는 영상, 이 법원의 경찰병원장에 대한 진료기록감정결과 및 사실조회결과, 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 원고들이 제출한 증거들만으로는 망인이 이 사건 각 유언공정증서에 의한 유언을 할 당시 유언의 취지를 이해할 수 있는 유언능력이 없었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

가) 앞서 본 법리와 같이 유언능력은 유언의 취지를 이해할 정도의 의사식별능력만을 요구할 뿐이다. 그런데 망인이 이 사건 유언공정증서를 작성할 당시 망인의 의사능력에 대한 의학적 상태를 알 수 있는 자료가 존재하지 아니하므로 이 사건 유언공정증서 작성 전후의 의학적 상태 등을 통하여 이 사건 유언공정증서 작성 당시 망인에게 유언능력이 있는지를 판단하여야 할 것이고, 유언능력의 결여에 대한 증명책임은 원고들에게 있다.

나) 이 사건 각 유언공정증서 작성 무렵 망인의 의학적 상태에 관한 아래의 사정에 비추어 보면, 망인은 이 사건 각 유언 당시 언어능력이나 계산력, 판단력 등이 저하되는 중등도의 치매 상태에 있었을 뿐 심한 기억장애라거나 판단 또는 문제해결이 불가능할 정도의 고도의 치매상태에 있었다고 보이지 않는다.

(1) 알츠하이머 치매는 퇴행성 질환으로 일반적으로 유병기간이 9~12년 정도인데, 초기에는 기억장애를 보이다가, 중기가 되면 언어장애가 분명하게 나타나 대화를 유지하기 힘들고, 읽기, 쓰기를 포함한 종합적 언어 기능이 떨어져 다른 사람과의 소통능력이 저하되며, 계산력이나 계획성이

필요한 일을 처리하는 기능도 떨어지고, 문제해결, 추상 사고가 힘들어지며 판단력 장애가 나타나게 된다.

(2) 1923년생인 망인은 2001년경부터 자신의 물건을 어디에 두었는지 몰라서 다른 사람이 가져갔다고 의심하는 경향을 보이기 시작하였다. 2006년부터 위와 같은 증상이 심해져 가정부나 자녀들을 의심하기 시작하였으며, 혼자 있는 것을 불안해하면서 큰 딸에게 많이 의지하고 떨어지지 않으려 하고, 도둑이 집 안을 들여다본다고 생각하여 커튼의 틈새를 모두 막아놓았으며, 문단속을 심하게 하는 모습을 보이고, 기억장애가 점차 심해지고 과거의 일은 비교적 잘 기억하나 최근 일에 대하여 잘 기억하지 못하는 모습을 보였다. 2007년부터 말수가 줄고 약해지는 모습과 쉽게 화를 내는 등 공격적인 모습을 보였다. 2008년경부터는 걸음걸이가 불편해져 혼자서 잘 걷지 못하여 부축이나 보조 기구가 필요하게 되었고, 전반적인 말이나 행동이 느려졌다. 2009년에는 기억장애가 더 악화되어 2009. 8.경에는 가족을 못 알아보거나, 남의 말을 잘 알아듣지 못해 쉽게 설명해주어야 하며, 텔레비전을 보면서도 내용을 이해하지 못하는 모습을 보였다.

(3) 한편, 망인은 2007. 8. 중순경 동작이 느려지고 보행이 불안정하며 화를 잘 내고 무서움을 느끼는 증상으로 분당서울대학교병원 신경과에서 진료를 받았고, 당시 담당 의사는 망인의 보행장애와 감정조절장애 등이 갑자기 악화된 점과 관련하여 혈관성 치매 등을 의심하였다.

(4) 망인은 제2유언으로부터 약 1년 7개월 후인 2009. 12. 4. S병원에서 진행한 신경심리학 평가에서 치매 중기에 해당하는 K-MMSE 14점, CDR2(중등도 장애), CDR S/B(Sum of boxes) 12점(중등도 치매, moderate dementia), GDS 6점(중증도 중증 치매, moderately severe dementia)으로 평가받았고, S병원 의료진은 2009. 12. 18. 검사 결과 및 임상 양상 등을 종합하여 망인의 최종 임상진단명을 알츠하이머치매와 혈관치매가 복합된 혼합치매(mixed dementia)로 판단하였다.

(5) 감정의는 '2006년~2007년경부터 치매 중기가 시작된 것으로 추정할 수 있다, 일반적인 알츠하이머 치매의 총 유병기간이 9~12년 정도이고 초기부터 기억장애가 진행되는 만큼, 치매 중기에서 대략 5년 전부터 기억력 감퇴가 시작되었고 치매가 진행되어 판단력이 흐려지고 명철한 생각을 하지 못했을 가능성이 있다, 이 사건 각 유언공정증서 작성 당시, 망인은 치매 중기로 증서

작성에 어려움이 있었을 가능성을 완전히 배제할 수 없다'는 의견을 제시하였다.

(6) 또한 감정의는, '망인이 2007년 또는 2008년에 정상적인 인지능력을 가지고 있다가 1~2년 내의 단기간 동안에 2009년과 같은 정도로 급격히 치매가 진행되었을 가능성'에 관하여, '망인의 최종 임상진단명은 혼합치매인데, 기존의 알츠하이머치매가 진행되면서 혈관치매가 악화되면 급격하게 인지저하가 진행될 수도 있고, 혈관치매의 경우 전략뇌경색치매(strategic infarction dementia)와 같이 한 번의 국소적인 작은 뇌경색으로 심각한 인지장애를 유발하는 경우가 있으나, 피질하혈관 및 미세출혈병변 등을 고려할 때 2007년경 이미 혈관치매의 위험성이 있었고 피질하혈관 치매가 점진적 인지저하를 보일 수 있다는 점과 인지기능평가 결과와 문진 등을 종합해 보면, 망인은 치매가 진단된 2009년경에서 대략 4~5년 전부터 인지저하가 시작되어 점차 진행되었을 가능성이 높다고 생각한다'는 의견을 제시하였다.

다) 망인은 2005년경 피고를 설립한 이후 피고의 이사장으로 취임하여, 2010년 퇴임할 때까지 피고의 이사회 및 각종 행사에 참여하였다. 특히 제1유언 이후인 2007. 11. 17. T대학교 총장 일행이 피고를 방문하였을 당시 환영사를 하였고, 제2유언 이후인 2008. 11. 29. 국내외 교수 등이 참석한 피고 재단 내 T대학교 서울사무소 개소식 기념행사에서 축사를 하고 저녁 만찬에 참석하였으며, 2009. 8. 29.자 이사회에도 참석하였다. 이와 같은 망인의 대외활동 사실을 고려하면, 이 사건 각 유언 당시 망인의 판단력과 의사소통 능력 등이 결여된 상태에 있었을 것이라고 보이지 않는다.

라) 망인은 2006년 말까지 망인의 증권계좌를 관리하던 투자상담사 U와 직접 소통하면서 증권거래, 계좌관리 등을 하였고(2007년부터 U가 관리하는 망인의 증권계좌에 대해서는 K에게 그 관리를 맡겼다), 2007년경에도 K와 함께 증권회사를 직접 방문하여 상담을 받고 국내 장기채권에 투자하겠다는 결정을 하기도 하였다. 앞서 나)의 (6)항에서 본 바와 같이 망인의 인지저하는 1~2년 사이에 급격하게 진행되었다기보다는 점진적으로 진행되었을 가능성이 높다는 점을 고려하면, 망인이 2007년경부터 구체적인 재산 관리나 경제활동을 K에게 일임하였다고 하더라도, 이 사건 각 유언 당시 자신의 재산을 피고에게 유증한다는 의미를 이해할 수 없었다고 보기는 어렵다.

마) 망인은 이 사건 각 유언공정증서의 '유언자 서명'란에 자신의 이름을 정확히 기재하였으며, 그 필체에 유언능력이 부족하다고 의심할 만한 특별한 사정도 찾아볼 수 없다.

#### **나. 공정증서에 의한 유언 요건 결여 여부에 관한 판단**

1) 관련 법리 민법 제1068조 소정의 '공정증서에 의한 유언'은 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 하는 것인데, 여기서 '유언취지의 구수'라고 함은 말로써 유언의 내용을 상대방에게 전달하는 것을 뜻하는 것이므로 이를 엄격하게 제한하여 해석하여야 하는 것이 원칙이다. 다만, 공증인이 유언자의 의사에 따라 유언의 취지를 작성하고 그 서면에 따라 유언자에게 질문을 하여 유언자의 진의를 확인한 다음 유언자에게 필기된 서면을 낭독하여 주었고, 유언자가 유언의 취지를 정확히 이해할 의사식별능력이 있고 유언의 내용이나 유언경위로 보아 유언 자체가 유언자의 진정한 의사에 기한 것으로 인정할 수 있는 경우에는, 위와 같은 '유언취지의 구수' 요건을 갖추었다고 보아야 할 것이다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다51550, 51567 판결 등 참조).

2) 구체적 판단 앞서 인정한 사실 및 앞서 든 증거에 을 제10호증의 기재와 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 망인이 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 내용을 전달하고, 공증인이 작성한 유언공정증서의 내용을 승인한 사실 또는 적어도 망인에게 유언의 정확한 취지를 이해할 의사식별능력이 있었으며, 이 사건 각 유언이 유언자의 진정한 의사에 의한 것인 점을 인정할 수 있으므로, 민법 제1068조의 '유언취지의 구수' 요건을 충족하였다고 봄이 타당하다.

가) 망인은 2007. 10. 24.과 2008. 4. 28. 법무법인 I의 사무실에 직접 방문하여, 공증담당변호사 앞에서 유언의 취지를 설명하고, 이 사건 각 유언공정증서에 직접 자필로 서명하였으며, 당시 공증담당변호사는 망인의 말을 직접 듣고 그 의사에 따라 이 사건 각 유언의 내용이 기재된 유언공정증서를 작성하였다.

나) 앞서 위 가.항에서 살펴본 내용과 같이 망인이 이 사건 각 유언공정증서를 작성할 당시에 중증도의 치매 상태에 있었을 뿐 심한 기억장애라거나 판단 또는 문제해결이 불가능할 정도의 고도의 치매상태에 있었다고 보이지 아니하고, 이 사건 각 유언공정증서 작성 이후 망인의 대외활동 등에 비추어 보면, 망인에게 유언의 취지를 정확히 이해할 의사식별능력이 있었다고 봄이 타당하다.

다) 원고는, 이 사건 각 유언공정증서 본문에는 '망인은 아래의 수증자 등에게 별지 기재 부동산을 별지 기재와 같이 유증한다'라는 취지의 형식적인 문구만이 기재되어 있고, 개별적인 유증의 대상인

재산목록 등 유언의 구체적인 내용은 모두 별지에 기재되어 있다는 점을 들어, 이 사건 각 유언공정증서가 망인의 구수를 필기하는 방식으로 작성된 것이라고 볼 수 없다고 주장한다. 그러나 이 사건 각 유언공정증서의 형식 및 내용에 의하더라도 성남시 분당구 ○ 토지 및 지상 건물을 K에게 유증하고, 나머지 재산 전부를 피고에게 유증한다는 취지를 이해하는 데 방해가 되지 않는 점, 공정증서를 작성한 공증담당변호사는 망인이 유증하려는 재산 내역이 많아 본문에 그 내역을 전부 기재하기에는 적당하지 않다고 판단하여 이를 별지에 기재한 것으로 보이고, 유증 대상인 재산 내역 외에 유언의 핵심적인 취지에는 특별한 내용이 없어서 평소 사용하는 양식을 사용하다보니, 제2유언공정증서에는 수증자가 피고밖에 없는데도 본문에 '유언자는 다음의 수증자 등에게 별지 기재와 같이 유증하였다'라는 문구가 그대로 기재된 것으로 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 원고의 주장은 받아들이기 어렵다.

라) 아래와 같은 사정들을 종합하여 보면, 망인의 진정한 의사는 자신의 재산 대부분을 피고에게 주겠다는 의사로 보이므로 이 사건 유언공정증서의 내용이 망인의 진정한 의사에 반하여 작성되었다고도 보이지 않는다.

(1) 망인은 과거 본인이 보유·관리하는 금융자산을 차후 장학 사업에 사용하겠다고 생각하면서, 평소 투자상담사 등에게도 위와 같은 취지를 이야기했으며, 피고를 설립한 뒤 이사장으로 취임하여 각종 행사 및 이사회에 참여하며 활발한 활동을 하였다.

(2) 원고들은 '이 사건 각 유언이 망인의 진정한 의사에 기한 것이 아니고, K이 망인의 의사를 조종하거나 영향력을 행사하여 사실상 망인의 재산을 독식하려는 계획 하에 이루어진 것'이라고 주장한다(2023. 4. 18.자 준비서면 24쪽).

① 원고들의 주장에 들어맞는 듯한 갑 제13호증(망 A의 남편 B이 작성한 진술서)의 일부 기재는 그 작성자인 B과 망 A이나 원고들과의 관계에 비추어 선뜻 믿기 어렵고, 이 진술서에 '장모님은 평생 교수로 재직한 남편을 기리면서 재산을 사회에 환원하고 사회에 공헌할 방법을 모색하였고, 구체적인 방법으로 언제부턴가 학교를 설립하겠다는 꿈을 키우셨다', '장모님은 학교를 설립하는 대신 장학재단을 설립하겠다고 마음을 바꾸신 것 같다, A을 비롯한 자녀들은 당시 장모님의 뜻을 존중하여 이에 동의하였으나, 이는 처형인 K의 뜻을 모르지 않았다'라는 취지로 기재되어 있어, 망인이

당초부터 사회에 재산을 환원하고자 하였고, 학교 설립을 계획하다가 장학재단을 설립하는 것으로 뜻을 바꾼 사실을 알 수 있을 뿐이다.

② 나아가 갑 제8, 9호증의 각 기재에 의하면, K이 망인 사망 이후인 2019. 5. 21. 망 A에게 '이사회에서 어떤 일이 있어도 공정증서 상속분 포기하도록 할 수 있다. 이젠 걱정하지 말고 각자의 자리로 가기 바란다'라는 내용의 문자메시지를 보냈고, 이후 피고가 이 사건 각 유언에 따라 유증받을 재산 중 일부를 포기하는 내용의 합의서 초안을 작성하여 망 A 등 망인의 상속인들에게 제시한 사실, 망인 사망 이후 상속을 포기한 점을 인정할 수는 있다. 그러나 '위 합의서 초안은 망 A이 상속재산과 관련한 법적 소송을 하겠다고 하자, 소송이 아닌 합의로 분쟁을 해결하기 위한 과정에서 작성된 것이고, K은 망인의 생전에 망인으로부터 충분한 재산을 증여받았고, 망인의 뜻에 따른다는 취지에서 상속을 포기하였다'라는 피고의 주장 내용에 수긍이 가고, 오히려 원고들 주장과 같이 K이 망인의 재산을 독차지하려는 생각으로 이 사건 각 유언공정증서를 작성하게 한 것이라면, 위와 같은 합의 제안을 하거나 상속 포기를 하지 않았을 것으로 보인다.

③ 앞서 든 증거에 의하여, K이 1990년대 말경부터 망인과 동거하면서 망인의 일상생활이나 재산관리 등을 도왔고, 망인의 자녀들 중에는 유일하게 피고의 이사로서 피고의 운영에 관여하고 있으며(망인이 2010. 7. 7. 이사장에서 사임한 다음에는 K이 이사장으로 취임하였다), 망인의 자녀들 중에는 유일하게 피고의 재단 이름에 포함된 '유럽'으로 유학을 다녀왔고, 망인이 사망하기 전까지 이 사건 각 유언의 존재를 K 외에 다른 상속인들은 알지 못하였던 점을 인정할 수는 있다. 그러나 K이 피고의 재산을 개인적으로 유용하였다거나 망인이 피고를 설립한 취지에 반하여 피고를 운영하고 있다는 사정을 인정할 근거가 전혀 없으므로, 위와 같은 사실과 사정만으로는 원고들의 주장 사실을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

3) 소결론 따라서 망인의 유언능력(의사능력) 및 공정증서에 의한 유언 요건 결여에 관한 원고들의 주장은 받아들이지 않는다.

#### **4. 증인자격 결격 주장에 관한 판단**

가. 원고들은, 유언자가 공정증서에 의한 유언을 하는 경우 공증인법상 증인결격자에 해당하는

'촉탁사항에 관하여 이해관계가 있는 사람'은 증인이 될 수 없는데, 이 사건 각 유언공정증서 작성

당시 증인으로 참여한 L, M는 모두 수증자인 피고의 이사들로 촉탁사항에 관하여 이해관계가 있는 사람들이어서, 이 사건 각 유언공정증서 작성에는 증인결격자인 증인들이 참여한 것이므로, 이러한 유언공정증서 작성에 의한 이 사건 각 유언은 무효라고 주장한다.

나. 민법 제1072조 제2항은 '공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 따른 결격자는 증인이 되지 못한다'고 규정하고 있고, 구 공증인법(2009. 2. 6. 법률 제9416호로 개정되기 전의 것) 제33조 제3항 제4호는 '촉탁 사항에 관하여 이해관계가 있는 자는 참여인이 될 수 없다'고 정하고 있다. 다만, 같은 조 제3항 단서는 공증촉탁인이 참여인을 공증에 참여시킬 것을 청구한 경우에는 예외적으로 참여인 결격자를 규정한 위 제33조 제3항 본문의 적용을 배제하고 있다.

다. 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실, 즉 ① 이 사건 각 유언 당시 망인은 피고의 이사장이었고, 이 사건 각 유언공정증서에 증인으로 서명·날인한 L, M는 피고의 이사였으며, 특히 L는 망인의 남편 망 V와 W대학교에서 교수로 함께 재직하였던 사이로 망인과 오랜 기간 알고 지낸 사이인 점, ② L, M는 '망인의 부탁에 따라 이 사건 각 유언공정증서 작성 당시 증인으로 참여하였다'는 취지의 사실확인서를 작성·제출한 사실, ③ 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 유언공정증서 작성 당시 망인에게 유언의 취지를 정확히 이해할 의사식별능력이 있었음에도, 망인이 L, M가 이 사건 각 유언에 참여하는 것에 대하여 이의를 제기하지 아니한 사실 등을 종합하여 보면, 공증촉탁인인 망인이 L, M로 하여금 공증에 참여할 것을 청구하였다고 봄이 타당하다.

그렇다면 L, M가 피고의 이사라 할지라도, 구 공증인법 제33조 제3항 단서 예외규정에 의해 같은 법에 의한 공증참여인 결격자에 해당하지 않는다. 따라서 원고들의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

## 5. 결론

그렇다면 원고들의 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

**재판장판사** 김경수

**판사장** 동규

**판사** 신진경

**별지**