

공정증서유언상의 증인적격

장 재 형

인하대학교 법대 교수
법무법인서울제일 변호사

I. 머리말

근래에 공증제도를 이용하여 공정증서에 의한 유언을 하는 경우가 많아졌다. 특히 자녀들 모르게 공증사무실을 찾아 '유언공증'을 남기려는 사람들이 부쩍 늘어나는 추세이고 앞으로 계속 늘어날 전망이다. 심지어 자식들이 마음에 들지 않는다면 자식 몰래 해두었던 유언공증의 내용을 1년에도 서너 차례 바꾸는 경우도 있다.

이는 증인과 유언집행자 등이 참여하는 공증절차가 상속인들의 불필요한 분쟁을 막는데 대단히 적합하고 또 자필증서 유언보다 그 집행절차가 비교적 간단하기 때문이다.

민법은 유언에 관하여 요식주의를 취하여 법률에서 정한 5가지 방식을 갖추지 않으면 유언으로 성립하지 않아 효력이 없게 된다¹⁾. 또한 유언의 진정성과 내용의 진실성을 확보하기 위하여 자필증서유언 이외에는 모두 증인의 참여를 요구한다.

그런데 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다35533 판결은 유언자의 처남이 공증유언에 증인으로 참여한 경우, 그 처남은 민법 제1072조 제2항 소정의 증인결격자(친족)에 해당하므로, 그 공정증서유언은 무효라고 하여, 종전에 유언자가 조카를 증인으로 참여시켜 자신의 며느리에게 재산을 유증한 사안의 대법원판례(1992. 3. 10. 91다45509, 1999. 11. 26. 97다57733)와 배치되어 과연 친족은 어떤 경우에 유언의 증인이 될 수 있는지 문제되는 것은 물론, 근본적으로 유언에서의 증인의 역할이 무엇인가, 이는 구수증서유언에서 '구수'와 '필기낭독', '그 정확함을 승인한다'는 요건의 의미와 관련하여 어떻게 해석하여야 하는지 즉, 증인은 유언성립의 진정성과 유언방식준수의 확실성만으로 족한 것인지 아니면 더 나아가 유언의 내용에 관여하여 알고 유언

1) 120억원이 넘는 유산에 관한 유족과 연세대학교와 사이의 '날인 없는 유언장' 소송은 2006. 3. 7. 항소심에서도 연세대가 패소했다.

이 진실함까지 증명할 수 있어야 하는지가 문제된다.

이 점에 관하여는 맹인이 공증증서유언에서 증인이 될 수 있는지에 관한 일본 最高裁判결(昭和 55. 12. 4.)이 적절한 검토대상이 될 수 있다.

본고에서는 유언의 방식과 공증인의 관여, 유언의 증인참여와 그 역할, 공증증서유언 일반론을 먼저 살펴보고, 다음으로 증인적격에 관한 민사소송법상의 이론, 유언에 참여하는 증인의 결격사유에 관한 민법 및 공증인법상의 내용을 확인한 후, 맹인의 증인적격에 관한 외국의 입법례, 판례 및 학설을 분석하면서 공증증서유언에서의 증인적격과 이에 대한 입법론을 검토하고자 한다.

II. 유언의 방식과 공증인

1. 유언과 엄격한 요식주의

유언이란 만 17세 이상의 사람 즉 유언자가 자기를 둘러싼 재산관계나 가족관계의 법정사항에 대하여 그 사망 후에 효력이 생길 것을 목적으로 일정한 방식에 의해 행해지는 상대방 없는 단독 행위이다²⁾.

이러한 유언이 유효하게 성립하려면 반드시 일정한 방식에 따라서 하여야 한다는 것은 로마법과 게르만법 이래 근대의 대부분 국가의 법제에서 유지되고 있어 유언을 요식행위로 하는 것은 보편적인 것이다.

우리 민법도 제1060조에서 “유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 생기지 아니한다”라고 규정하여 유언의 성립 즉, 유효하게 유언을 하려면 반드시 일정한 방식에 따르게 하는 요식주의를 취하고 있고, 유언이 이 방식에 따르지 아니하면 무효로 한다.

이러한 요식성의 요청은 유언자의 유언여부, 그 진정성과 내용을 분명히 하여 유언서의 위·변조를 방지하고, 유언내용을 명백히 하여 분쟁의 소지를 없애기 위한 것이다. 또 상속인 기타 이해관계인에게 중대한 영향을 미치므로 유언자의 신중한 결정을 위한 면도 있다. 이와 같은 엄격형식주의는 유언을 하려는 자에게는 다소 불편을 줄 수 있지만 표의자의 진의를 명확히 하고 분쟁과 혼란을 피하기 위해서는 부득이하다 하겠다.

민법은 제1066조 내지 1070조에서 이러한 유언의 방식으로서 자필증서유언·녹음유언·공정증서유언·비밀증서유언·구수증서유언의 5가지 방식을 두고 있는데, 앞의 4가지는 보통방식의 유언이고, 마지막의 구수증서유언은 특별방식의 유언으로서 보통방식의 유언이 불가능한 경우에만 보충적으로 인정된다.

2) 박운직, 「상속법」, 박영사, 1997, 360면; 김주수, 「친족·상속법」, 법문사, 1995, 608면; 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003, 581면; 한삼인, 「새롭게 쓴 관례민법」, 법률행정연구원, 2003, 1460면.

2. 공증인의 유언 관여

위와 같은 유언방식 중 공정증서나 비밀증서의 경우에는 공증인이 관여하게 되어 있으며 이에 관하여는 민법 제1068조와 제1069조에 규정하고 있다.

공정증서유언에 관하여는 제Ⅳ에서 상세히 살피게 되므로 뒤로 미루기로 하고, 민법은 제1069조【비밀증서에 의한 유언】①항에서 유언자가 필자의 성명을 기입한 증서를 엄봉(嚴封)날인하고, 이를 2인의 증인의 면전에 제출하여 자기의 유언서임을 표시한 후, 그 봉서표면에 제출연월일을 기재하고 유언자와 증인의 각자 서명 또는 기명날인하는 비밀증서에 의한 유언을 규정하고, ②항에서 그 봉서표면에 기재된 날로부터 5일 내에 공증인 또는 법원서기에게 제출하여 그 봉인상에 확정일자인을 받도록 의무화하고 있다.

따라서 비밀증서유언에서의 공증인 관여는 특별한 법률적 의미를 부여할 만한 점이 없다.

한편 비밀증서유언은 반드시 가정법원의 검인절차를 거쳐야 하고, 유언의 성립·효력에 다툼이 생기기 쉬우며, 단순한 확정일자부여문서는 공증인 사무소에서 이를 보관하지 아니하여 증서가 멸실·분실·훼손의 우려가 있는 단점이 있어 실무상 별로 이용되지 않고 있다. 그러나 유언의 내용이 중대한 것이고, 또 미리 밝히고 싶지 아니한 경우에는 이 비밀증서유언의 효용성이 크므로 좀더 활성화할 필요가 있는데, 이러한 유언서를 공적으로 보관하는 제도를 만들자는 요청이 있다³⁾.

Ⅲ. 유언의 증인참여와 그 역할

1. 유언에서의 증인

(1) 현행 민법상 5가지 방식 유언중 날인이 필요 없는 것은 공정증서유언 1가지뿐이고, 나머지 4가지에는 모두 검인 절차가 필요하며⁴⁾, 자필증서유언에는 증인이 필요 없으나 나머지 방식의 유언에는 항상 증인이 참여하여 기명날인 하여야 한다(녹음유언은 증인의 숫자에 규정이 없으나 그 이외에는 2명의 증인이 필요하다).

즉 녹음에 의한 유언은 유언자가 유언의 취지, 그 성명과 연월일을 구술하고 이에 참여한 증인이 유언의 정확함과 그 성명을 구술하여야 하며(민법 제1067조), 공정증서에 의한 유언은 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구술하고 공증인이 이를 필기 낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인 하도록 하고 있고(민법 제

3) 배경숙·최금숙, 「친족상속법강의」, 560면; 박동섭, 「친족상속법」, 716면.

4) 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2006.

1068조), 비밀증서에 의한 유언은 유언자가 필자의 성명을 기입한 증서를 엄봉날인하고 이를 2인 이상의 증인의 면전에 제출하여 …… 각자 서명 또는 기명날인 하도록 하고 있으며(민법 제1069조), 구수증서에 의한 유언은 유언자가 2인 이상의 증인의 참여로 그 1인에게 유언의 취지를 구수하고 그 구수를 받은 자가 이를 필기 낭독하여 …… 각자 서명 또는 기명날인하도록 하고 있다(민법 제1070조). 그리고 유언자가 금치산자일 경우 그 의사능력이 회복된 때에 한하여 유언을 할 수 있는데, 이 경우 의사가 심신회복의 상태를 유언서에 부기하고 서명날인 하도록 하고 있다(민법 제1063조).

(2) 유언에 증인의 참여를 요구하는 이유는 유언이 유효하게 이루어지도록 하고, 유언내용의 진실성의 증명·확보를 위한 것이다. 즉 유언에서 증인은 유언이 유언자의 진의에서 나온 사실을 증명하는 자이다.

그러나 유언증인의 역할에 대하여 우리 민법은 상당히 간단하게 규정하고 있을 뿐이다. 외국 의 입법례에서는 유언증인의 역할에 대하여 비교적 상세히 규정하고 있을 뿐 아니라 다음에 살펴보는 바와 같이 특히 일본의 경우에는 유언입회인이라는 개념과 역할에 대해서도 규정하고 있는 바, 우리나라에서는 이러한 개념을 인정해야 할 것인가가 문제된다

2. 유언증인의 역할

(1) 일본민법의 규정과 학설⁵⁾

① 일본의 경우 위와 같은 증인 이외에 경찰관이나 선장, 사무원, 의사 등의 입회인이 참여하도록 규정하고 있다. 즉 일본민법은 증인과 입회인이라는 두 가지 개념을 사용하고 있고, 증인은 많은 경우 일정한 사실을 승인하는 역할을 부여하고 있는데, 예외적으로 사망위급시 유언 및 선박조난자의 유언에 있어서 구수를 필기하는 역할도 부여되고 있다. 그러나 한편으로 입회인으로서 금치산자유언의 경우에 있어서의 의사, 격절지 유언에 있어서의 경찰관 또는 선장이나 사무원인 자, 의사가 “유언자가 유언을 하는 때에 있어서의 심신상실의 상황에 있었던 취지”를 확인한 후 증서에 부기하는 역할을 부여하고 있다. 말하자면, 공정증서유언, 사망위급시유언 및 선박조난자유언에 있어서의 증인의 역할 및 금치산자의 유언에 있어서의 입회인인 의사의 역할을 비교적 명확하게 규정하고 있으며, 비밀증서유언에 있어서의 증인과 부염병격리자유언 및 재선자의 유언에 있어서의 입회인의 역할에 대해서도 규정하고 있다.

더욱이 최근 일본의 한 지방법원 판례⁶⁾는 공정증서유언을 하려고 하는 피상속인을 공정증서를 작성하는 곳에 같이 가서 공정증서의 작성이 끝나는 것을 입구근처에서 기다리고 있던 추정상

5) 이하는 김상찬, “유언증인의 역할에 관한 비교법적 연구”, 법과 정책 제11호(2005. 8.)의 일부를 재인용한 것임.

속인을 “사실상의 입회인”이라고 인정하고 있다. 공정증서유언의 작성에는 2인 이상의 증인의 입회가 요구되고 있지만 그 이외에 “입회인”은 요구되지 않는다. 그러므로 법적인 입회인과는 다른 의미에 있어서의 “사실상의 입회인”이라는 개념이 나오게 되는 것이다.

② 유언에서의 증인과 입회인의 역할에 대하여 증인은 유언자의 진의에 기초한 유언서 작성에 관하여 담보하는 역할을, 입회인은 유언을 하는 자리에 합석하여 유언서 작성 자체를 담보하는 역할을 담당하는 자라는 것이 일본의 통설⁷⁾이다.

이에 대하여 증인과 입회인은 승인내용의 차이가 아니라 증인이란 유언자로부터의 요청에 의하여 입회하는 자이고, 입회인이란 자신의 직무(경찰관, 선장, 사무원, 의사)에 기초하여 입회하는 자라고 하는 소수설도 있다⁸⁾.

(2) 우리 민법의 규정과 해석

우리 민법은 앞에서 보는 바와 같이 일관하여 증인이라는 용어만을 사용하고 있고, 민법 제1072조에서는 “증인의 결격사유”만을 규정하고 있어 유언입회인이나 유언참여인이라는 용어는 필요하지 않는 것처럼 생각할 수 있다.

따라서 우리 민법에서의 유언증인의 역할은 유언을 하는 자리에 합석하여 유언서 작성 자체를 담보하는 것뿐만 아니라 그 유언서의 내용이 유언자의 진의에 기초한 것까지 담보하는 역할을 담당하는 자라고 할 것이다.

다만 민법 제1063조의 금치산자의 유언의 경우에 유언서에 심신회복의 상태를 부기하고 서명 날인하는 의사는 증인이 아니라 자신의 직무에 기초하여 유언과정에 참여하는 참여인(일본의 입회인)으로 해석함이 타당하다.

IV. 공정증서유언 일반론⁹⁾

1. 개념과 장단점

공정증서유언은 유언자가 공증인 앞에서 하는 유언이다(민법 제1068조). 이 방식은 가장 엄격한 방식의 유언으로서 가장 안전하고 확실한 유언이다. 이러한 공증유언은 유언자 스스로 유언서

6) 日高地地判 1995.8.21, 日判時 1589호 120면

7) 中川善之助, 「註解相續法」, 法文社, 1951, 310면; 柚木馨, 「判例相續法」, 有斐閣, 1953, 343면; 中川善之助, 「註釋相續法(下)」, 有斐閣, 1957, 55면; 中川善之助·泉久雄, 「相續法」, 有斐閣, 1988, 471면; 상계 「註釋相續法(下)」, 73면; 高木多喜男, 「口述相續法」, 成文堂, 1988, 462면.

8) 久貴忠彦, “遺言における證人と立會人”, 「現代の遺言問題」, 有斐閣, 1979, 183면.

9) 이하 내용은 주로 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2006의 해당 부분을 골간으로 한 것임.

를 작성할 필요가 없으므로 문자를 모르는 사람(문맹자 : 文盲者)도 이용할 수 있다. 유언증서를 공증사무소에서 20년간 보관하고 있으므로 유언서의 위조·변조·멸실·분실 등의 우려가 없어 유언의 존재·내용의 명확성이 가장 확실히 보장된다. 따라서 사후(死後) 다툼이 생길 여지는 없으며, 검인 없이 곧 집행할 수 있다는 등 장점이 있다. 반면에 절차가 번잡하고 비용이 들며 유언 내용이 타인에게 누설될 우려가 있어 비밀유지에 어려움이 있다. 그러나 근래에는 공증유언을 이용하는 사례가 상당히 증가하고 있다.

2. 요건(민법 제1068조)¹⁰⁾

(1) 2명 이상의 증인 참여

2명 이상의 증인이 유언에 참여하여야 한다. 만일 1사람의 증인 또는 증인 결격자가 참여하였거나, 증인의 참여가 없이 유언서를 만들었다면, 그러한 유서는 공정증서유언으로서 효력을 발생할 수 없고 무효가 된다¹¹⁾.

(2) 유언자가 공증인의 면전(面前)에서 유언의 취지를 구수(口授)할 것

유언자가 공증인 앞에서 말을 하여야 하고, 거동으로 표시하여서는 안 된다. 유언자가 식물인간이라든지, 기타 사유로 손짓 발짓, 고개만 끄덕 끄덕하는 것만 가지고는 구수로 볼 수 없다¹²⁾.

문서를 미리 작성하여 가지고 와서 유언자가 구수하는 것(또는 공증인에게 보여 낭독시키는 것)은 상관없다. 공증인이 그 서면으로 공정증서 원본을 작성한 후 유언자에게 읽어준 다음 유언자로부터 확답을 듣고 나서 공정증서를 작성하는 것은 유효하다¹³⁾. 유언의 구수 시(최초)부터 유언을 마칠 때(필기·낭독)까지 증인 2명이 참여하여야 하고 그 때에 참여하지 아니하였다면 그 유언은 무효가 된다¹⁴⁾.

10) 공정증서유언의 요건에 관한 판례는 안종혁, '유언공증', 변호사, 2003, 서울지방변호사회편, 112면 이하 참조

11) 대판 1994. 12. 22, 94다13695, 공보 1995. 2. 1(985), 623면; 일 大阪控民 1917. 5. 24, 신문 1285호, 23(증인 중 1인이 유언의 일부가 필기된 후 참여한 경우 : 무효); 일 최판 1977. 6. 14, 家月 30-1, 69(증인 중 1인이 유언의 필기가 끝난 후 참여하였고, 공증인이 필기내용을 낭독하자 유언자는 고개만 끄덕였을 뿐인 경우 : 무효); 동지 : 동경고판 1976. 12. 20(判時, 59).

12) 대판 1980. 12. 23, 80므18[‘뇌혈전증으로 병원에 입원하여 치료받고 있는’ 유언자가 불완전한 의식상태와 언어장애 때문에 말을 하지 못하고 고개만 끄덕거리면서 반응할 수 있을 뿐인 상태(의학상 가면성 정신상태) 하에서 공증인이 유언내용의 취지를 유언자에게 말하여 주고 “그렇소?” 하고 물으면 유언자는 말을 하지 않고 고개만 끄덕끄덕 거리면서 공증인의 사무원이 그 내용을 필기하고 이를 공증인이 낭독하는 방법으로 유언서가 작성되었다면 이는 유언자가 구수한 것이라고 할 수 없으므로 무효이다]; 동지 : 1993. 6. 8, 92다8750; 1996. 4. 23, 95다34514 참조.

13) 대법원 2007.11. 선고 2007다51550 판결; 김주수, 전게서, 666면; 배경숙 외 1, 전게서, 563면.

14) 日 横浜地判 1981. 5. 25, 判時 제1018호, 109.

(3) 공증인이 유언자의 구술(유언의 취지)을 필기하고, 이를 유언자와 증인 앞에서 낭독(朗讀)할 것

필기나 낭독은 공증인이 하거나 그 보조자가 하여도 무방하다. 필기는 유언자가 말하는 그대로 기재할 필요는 없으며 유언의 취지를 요약·기재할 수도 있고, 반드시 공증인의 면전에서 할 필요는 없으며 필기의 방법은 PC, WORD, 속기(速記) 등을 사용할 수도 있다. 또한 구술과 필기의 순서는 어느 것이 먼저이든 무관하다. 즉 유언자가 미리 유언서 문안을 작성하여 가지고 와서 이를 구술하여도 유효하다¹⁵⁾.

공증인은 유언자와 증인에게 필기한 내용의 전부를 낭독 즉, 소리 내어 읽어 주어야 한다.

공정증서는 한국어로 작성하여야 하므로(공증인법 제26조), 유언자가 한국어를 말할 수 없는 경우는 통역인을 참가시켜 한국어로 통역하게 하여 필기하여야 한다(동법 제28조).

(4) 유언자와 증인이 공증인의 필기가 정확함을 승인¹⁶⁾ 한 후 각자 서명 또는 기명날인할 것
(민법 제1068조)

공증인이 낭독한 후 유언자의 발언이 없었고, 유언자 구수 시 증인 중 1인이 참여하지 않았다면 그 유언은 무효이다¹⁷⁾.

① 공정증서 유언에 참여할 증인은 아무런 이해관계 없는 사람이라야 하고 특히 공증사무실의 직원은 증인 자격이 없다¹⁸⁾. 기명날인은 이름을 기재 하고 도장을 찍는 것을 의미하는데 반드시 인감도장이나 실인(實印)일 필요는 없다¹⁹⁾. 서명은 본인이 하는 것이지만 기명날인은 반드시 본인이 할 필요는 없다. 유언자 자신이 서명이나 기명 할 수 없는 경우도 있기 때문이다²⁰⁾.

② 공증인은 위와 같은 방식에 따라 증서가 작성되었음을 유언서에 부기하고 서명날인하여야 한다(공증인법 제38조).

(5) 증서작성 도중 유언자가 사망한 경우

유언자가 기명날인을 마친 후 사망하였고, 그 후의 절차가 그 장소에서 완결되었다면 유언은 유효하다고 해석하여야 할 것이다. 유언자의 유언은 그것으로 완결되었다고 보아야 하기 때문이다²¹⁾.

15) 일 최판 1968. 12. 20, 집 22-13, 3017 (구수→필기→낭독의 순서가 바뀌어도 그 공정증서유언은 유효하다. 다시 말하면 사전에 유언서를 먼저 작성하고 공증인이 낭독하자 유언자는 그 내용의 정확함을 승인하고 서명날인한 경우).

16) 미국의 경우 증인은 유언서의 의미를 이해하여야 하나, 단지 유언자의 서명만을 증명하면 된다(Hughes & Klein, P25).

17) 일 동경지판 1980. 3. 24, 判時 제980호, 92.

18) 일 최판 1980. 12. 4(맹인도 증인 적격자이다).

19) 일 동경고판 1988. 1. 28, 금융법무사정 제1207호, 31.

20) 일 최판 1962. 6. 8. 집 16-7, 1293(위암이 악화된 유언자가 서명할 수 없는 경우 공증인이 그 사유를 부기하고 대신 서명할 수 있다)(일민 제969조 4호 단서 참고).

(6) 공증장소

유언자는 공증인사무실에서 유언하는 것이 보통(공증인법 제17조)이지만, 병원이나 유언자의 자택 등에 출장공증을 하여 달라고 요구할 수도 있다(동법 제56조).

(7) 검인 절차의 불필요

공정증서 유언에는 공정력(公正力)[적법성추정력, 무하자(無瑕疵)추정력]이 있으므로, 나중에 집행시 별도의 검인절차를 밟을 필요는 없다(제1091조 제2항).

(8) 보존기간, 수수료 등

위와 같이 작성된 공정증서 유언서의 원본(原本)은 공증인사무소에 20년간 보존되고²²⁾, 그 정본(正本)이나 등본(謄本)은 유언자 기타 촉탁인·승계인·이해관계인의 청구에 따라 교부된다(공증인법 제46조 제1항·제50조 제1항).

공증수수료는 공증인수수료규칙 제2조에 의하여 법률행위 즉, 유언의 목적(물)에 따라 정해지는데, 예시를 하자면 다음 표와 같다.

가 액(원)	1천만	5천만	1억	3억	5억	7억	10억	15억	20억 이상
수수료(원)	33,000	96,500	171,500	471,500	771,500	1,071,500	1,521,500	2,271,500	3,000,000

공증인이 출장하여 집무를 행할 때에는 별도의 일당과 여비를 지급하여야 한다.

(9) 공정증서유언방식의 개선문제

고령화 사회에 대응하여 시각·청각·언어 장애자 등이 유언하거나 유언의 증인이 되려면 통역인의 수화(手話)·필담(筆談) 등으로 공정증서유언을 할 수 있도록 하고, 해외에 거주하고 있는 한국인이 유언할 수 있도록 유언방식을 개발하여야 할 것이다²³⁾.

V. 증인적격

21) 박윤직, 전계서, 234면; 김주수, 전계서, 667면.

22) 공증인서류보존규칙(1969. 7. 21. 법무부령 제140호, 2004. 5. 10. 제4차 개정 제551호) 제5조 1항 2호 '다' 목; 미국에서는 구(區) 검인법원의 유언보관소(will depository)나 은행의 비밀(대여)금고(safety deposit box)에서 유언서를 보관하고 있다고 한다(Hughes & Klein, P25~26).

23) 일본민법 제969조의2(1999, 신설)·제984조(재외일본인이 공정증서 유언을 하려고 하면 해당 외국주재 일본영사가 공증인의 직무를 수행한다) 참조.

1. 민사소송법상 증인적격

민사소송법상 증인(Zeuge)이란 과거에 경험한 사실을 법원에 보고할 것을 명령받은 사람으로서 당사자 및 법정대리인(대표자) 이외의 제3자이다.

증인은 경험사실을 보고하는 자이고 결코 자기 의견이나 상상한 바를 진술하는 자일 수 없다.

증인은 법관이 그 보관의 작용에 의하여 조사할 수 있는 유형물인 증거방법(Beweismittel)의 하나로 인증의 일종이다.

당사자, 법정대리인 및 법인 등의 대표자 이외의 자는 모두 증인능력을 갖는다(민사소송법 제367조, 제372조, 제64조). 소송무능력자나 당사자의 친족이라도 무방하다.

우리나라의 재판권에 복종하는 사람이면 누구든지 증인으로서 신문에 응할 공법상의 의무를 진다(동법 제303조 이하).

2. 유언참여 증인의 결격사유

(1) 민법 제1072조 제1항의 증인 결격자

첫째, 미성년자(제1072조 제1항 제1호)는 절대적 증인결격자이다. 법정대리인의 동의를 얻더라도 유언의 증인이 될 수 없다. 미성년자는 혼인하여 성년자로 간주되거나, 또는 성년이 되기 전에 이혼한 경우에는 증인이 될 수 있다.

둘째, 금치산자·한정치산자(동 조항 제2호)도 절대적 결격자로서 의사능력을 회복하고 있는 경우 유언능력은 있으나 증인이 될 수 없고, 후견인의 동의를 얻어도 불가능하다²⁴⁾.

셋째, 유언으로 이익을 받을 사람, 그의 배우자와 직계혈족(동 조항 제3호)은 미성년자나 금치산자, 한정치산자처럼 절대적 증인결격자는 아니나 상대적 증인결격자이다. 즉 유언자의 상속인, 유증을 받게 될 수유자²⁵⁾ 등과 그 배우자, 직계혈족은 증인이 될 수 없다. 그러므로 후순위상속인·유언으로 이익을 잃게 될 사람·유언집행자 등은 증인결격자가 아니고 유언의 증인이 될 수 있다²⁶⁾.

(2) 민법 제1072조 제2항의 증인 결격자 - 공증증서유언의 경우 공증인법에 의한 증인 결격자

① 공증인법 제33조 제3항에 의한 공증참여인 결격자(제1072조 제2항)

24) 久貴忠彦, 新版注釋民法(28)(1988), 122면.

25) 일 仙台高秋田支決 1991. 8. 30(유언자의 추정상속인이며 수유자인 자녀가 사실상 참여하여 주도적으로 유언서 작성...무효); 미국의 경우도 거의 같다[수유자, 그 친족, 나아가 유언자를 치료하던 의사나 의사의 피용자도 생사 유언(living will)의 증인 결격자](Hughes & Klein, P73).

26) 대판 1999. 11. 26, 97다57733, 공보, 2000. 1. 1(97), 16.

미성년자(동조 제3항 제1호), 서명할 수 없는 사람(동조 제3항 제2호), 촉탁사항에 관하여 이해관계가 있는 사람(동조 제3항 제3호), 촉탁사항에 관하여 대리인·보조인이거나 이었던 사람(동조 제3항 제4호), 공증인이나 촉탁인(유언자) 또는 그 대리인의 배우자·친족²⁷⁾·동거의 호주(2007. 12. 31.까지는 결격이었으나 2008년부터 폐지)나 가족·법정대리인·피용자(예컨대 공증번호사사무실의 사무장 등)·동거인(동조 제3항 제5호)·공증인의 보조자(동조 제3항 제6호)는 공증참여인 결격자로서 유언증인결격자들이다.

위의 열거는 한정적·제한적 열거이므로²⁸⁾ 여기에 열거되지 아니한 사람, 유언집행자나 파산자는 증인으로 참여할 수 있다. 공증인 결격자(공증인법 제13조)는 공정증서유언서를 작성할 수 없다.

② 예외

그러나 공증촉탁인이 어떤 사람을 공증에 참여시킬 것을 청구한 경우는 예외적으로 참여인자격(증인자격)이 생긴다(공증인법 제33조 제3항 단서·제29조 제2항). 유언자가, 유언공증시 자신의 친족을 공증에 참여할 것을 청구하였다면, 그러한 친족은 유언자와 친족관계에 있다 하더라도, 그는 공증참여인 결격자가 아니므로, 증인자격도 생긴다²⁹⁾. 다만, 앞에서 본 민법 제1072조에 규정된 사람들은 유언자의 참여청구를 받았더라도 증인자격이 없다고 할 것이다.

(3) 실무상 공증인이 증인의 결격여부를 확인하는 방법은 증인이 “한정치산자, 금치산자”인지 여부는 관할 관청에 전화로 조회하여 확인하여야 하고 전화조회 사실을 신원조회 대장에 기재하고 이를 비치해야 한다(법무부 61004-58, 1994. 1. 28. 유언공증 관련 업무처리 지시 및 내무부(현 행정자치부)지도 13010-55, 1994. 1. 21. 신원조회 업무처리기준)³⁰⁾.

3. 증인결격자의 참여와 유언의 효력

유언에 증인결격자가 증인으로 참여하여 유언한 경우 그 유언은 전체가 무효가 된다.

4. 공증증서유언에서 맹인의 증인적격

27) 대판 2004. 11. 11, 2004다35533, 신문 2004. 11. 18자, 5(유언자의 처남이 공증유언에 증인으로 참여한 경우, 그 처남은 민법 제1073조 2항 소정의 증인결격자에 해당하므로, 그 공정증서유언은 무효이다).

28) 증인결격자 열거 조항은 제한적 열거로 해석된다(일 동경지판 1984. 4. 27, 判夕 제531호, 166 : 유언자에 대한 한정치산선고 사건을 수임하여 수행하고 있는 변호사는 그 유언자의 공증유언에 증인으로 참여할 수 있다). 따라서 파산선고를 받은자, ‘유언자를 상대로 소송을 하였거나 하고 있는 사람’(후견인결격에 관한 제937조 대비)도 증인적격자들이다[이준현, 로고스 친족상속법(박문각, 2005), P255].

29) 대판 1992. 3. 10, 91다45509, 공보 1992. 5. 1(919), 1295.

30) 대한공증협회, 「공증실무」, 2004, 96면.

(1) 문제의 소재

맹인은 시각의 장애로 서류상의 문자나 그 사상을 해독할 수 없는데, 엄격한 요식성을 요구하는 유언에서 과연 증인으로서 자격이 있는지 특히 공증증서유언에서 증인적격이 문제될 수 있는데 우리 민법 제1072조 제1, 2항·공증인법 제33조 제3항에 아무런 명문의 규정이 없다.

또 아직 이에 관한 구체적 사안이 사건화된 적은 없는 것으로 알고 있다.

(2) 비교법적 고찰

① 입법례

가. 명문의 규정으로 맹인의 증인적격을 부정하는 예

루이지애나 민법전은 옛날부터 이를 규정하고 있고(제1591조 제4호), 독일은 처음에는 특별한 규정이 없다가 1938년 나치시대에 유언·상속 계약작성법을 제정하여 명문으로 이를 규정하였다(동법 제10조 제4호) 1953년에 신법전에 흡수·규정되었고(제2237조 제4호), 1969년 다시 증서작성법이 제정되면서 따로 명문의 규정을 두고 있다(동법 제26조 제2항 제4호).

나. 명문의 규정을 두지 아니하는 예

프랑스민법(제980조)과 일본민법(제974조)에는 우리나라와 마찬가지로 아무런 명문의 규정을 두고 있지 아니하다.

② 판례·학설³¹⁾

가. 독일, 프랑스

독일법과 프랑스법은 위와 같이 대조적으로 규정하고 있으나 맹인이 증인으로 입회한 경우의 유언의 효력에 관해서 판례·학설은 반대의 결론이다.

독일법은 맹인의 증인적격을 부정하는 명문의 규정을 두고 있으나, 맹인이 증인으로 유언작성에 입회한 경우에도 유언은 무효가 아니라는 것이 학설·판례의 입장이다.

이에 반하여 프랑스법은 맹인의 증인적격을 부정하는 규정을 두고 있지 않으나, 맹인은 당연히 증인부적격자로 해석하여, 맹인이 증인으로 입회하여 유언작성한 경우에는 유언은 무효가 된다는 것이 학설·판례의 입장이다.

나. 일본

판례는 다음 (3)의 昭和 55. 12. 4.의 最高裁 판결이 유일하고, 학설은 위 판결 이전에는 교과서 등에 간단히 논의되는 정도로서 대다수 학설은 이를 부정하였는데(이에 대한 반대 견해는 久貴 교수 1인이었다), 이는 옛날부터 프랑스의 판례·학설의 영향을 받았고, 소화 10년 이후에는 독일의 입법의 영향을 받은 것으로 생각된다.

그런데 위 最高裁 판결이 나온 후에는 이에 대한 해석·평석에서 다수의견에 명확히 반대하는

31) 久貴忠彦·米倉明·水野紀子 編「家族法判例百選」有斐閣 2002. 5. 165면.

주장이 없다. 판결은 3대2로 채택된 결론이나 학설은 위 판결을 계기로 긍정하는 쪽으로 완전히 바뀌고 있다.

(3) 일본 最高裁 昭和 55. 12. 4. 제1 소법정판결

① 사실관계

A는 증인으로 남남인 맹인 B 및 B의 처인 갑(원고)의 입회하에 공증증서 유언을 하였는데 유언의 내용은 자기의 전재산을 소외 C에게 유증하고, B를 유언집행자로 지정한 것이었다.

A가 사망하자 A의 자식들인 을(피고)은 본건 부동산에 대하여 법정상속에 기한 이전등기를 경료하였다. 그래서 B는 유언집행자로서 그 등기의 말소를 청구하는 이권 소송을 제기하였다. 그뒤 B가 사망하였기 때문에 B의 처 갑이 유언집행자로 선임되어 본건 소송을 승계한 사안이다.

제1심과 원심의 결론은 정반대이나, 맹인 B의 증인적격을 긍정하였다. 이에 을은 B가 맹인이므로 증인부적격자이고, 유언은 무효라고 상고한 것이다.

② 판결요지

상고기각으로 결론이 났으나 5인의 재판관의 견해가 3:2로 나누어졌다. 다수의견은 맹인B의 증인적격을 긍정하였다.

다수의견의 주요 논지는 「맹인은, …… 제974조에 규정하고 있는 증인결격자에 해당하지 아니한다. 뿐만 아니라, 맹인이 시각에 장애가 있다하더라도, 통상 이것만으로는 바로 증인의 직책을 부여하는 것이 불가능한 자라고 보아야만 할 근거가 있다고 보기 어렵고 …… 사실상의 결격자라고 할 수 없다. 공증인에 의한 필기의 정확성을 승인하는 것은, 유언자가 구수한 것과 공증인이 읽어 주는 것을 귀로 듣고 양자를 비교하는 것으로 충분하다. 공증인이 필기한 것을 눈으로 보고 대비하지 않으면 공증인의 필기의 정확성을 독자적으로 승인하는 것이 불가능한 경우를 생각할 수 없는 것은 아니나 본건의 사안은 그러한 특단의 사정이 존재하는 것으로는 보이지 않는다」이다.

이에 대한 반대의견은 맹인B의 증인적격을 부정하였는데, 그 논지는 「정확성(바꾸어 말하면 유언자의 구술내용과의 일치)이 요구되는 것은 필기내용이고, 공증인의 낭독내용이 아니다. 그런데 공증인의 낭독내용자체의 정확성(즉 필기내용과의 일치)에 의문이 있으면, 직접 필기한 것을 확실히 하여야 하는데, 이 또한 증인에게 요구되는 책무이다. 공증인이 유언자의 구술내용과 다른 내용을 서면에 기재하면서, 이를 읽어줄 때는 구술한대로의 내용을 읽어주는 경우는 극히 드물다고 할 수 있다. 그러나 법은 증인에 대하여 공증인의 행동에 대한 감시의 책무도 부과하는 것이다」이다.

(4) 공정증서유언과 맹인의 증인자격

① 명문의 규정이 없는 경우 공증증서유언에 있어서 맹인이 증인이 될 수 있는지 여부에 관하

여는 긍정론과 부정론이 있다.

긍정론은, 법률에 증인결격자로 명시적으로 규정되어 있지 않은 자는 원칙적으로 증인적격자로 취급할 수 있고, 따라서 증인이 맹인이라 하더라도, 유언자가 구수한 내용과 공증인이 읽어주는 내용이 일치하는 여부를 귀로 듣고 확인할 수 있다.

부정론이 주장하는바와 같이 공증인이 유언자의 구수 내용과 다르게 필기하고서 낭독시에는 필기내용과 다른 원래의 구수내용을 읽어 준다는 것은 극히 드문 일이다. 또 이러한 희귀한 특단의 사정이 있을 때에는 증인이(공증인에 의한) 필기의 정확성을 승인하는 것이 가능한지의 여부에 따라 증인적격을 구체적으로 판단하면 된다고 주장한다.

이에 대하여 부정론은, 증인이 유언자가 구수한 내용과 공증인이 읽어주는 내용이 일치하는 여부(제1단계 확인)를 귀로 듣고 확인하는 것뿐만 아니라 나아가 공증인의 필기내용이 공증인이 읽어주는 내용과 일치하는지 여부(제2단계 확인)가 문제인데, 증인이 맹인인 경우, 이러한 제2단계 확인을 하는 것은 불가능하다.

증인이 유언작성에 입회하는 것은 이러한 제2단계 확인을 통하여 희귀한 사태라 하더라도 공증인이 위와 같은 비위행위를 하지 않도록 감시·억제하기 위한 것인데 맹인은 그러한 역할을 맡을 수가 없으므로 증인자격이 없다는 근거를 내세운다.

생각건대, 긍정론이 공증인의 전문성 및 공공성을 과신하고 맹인의 증인적격을 인정하면서 특단의 사정이 있으면 구체적·개별적으로 판단하면 된다고 주장하나, 이는 유언의 중요성과 이해관계인에의 영향, 유언자가 사망할 경우 돌이킬 수 없는 점, 증인적격은 유언의 요식성에 비추어 유·무효에 직결되는 문제인데 이를 구체적 상황에 따라 판단하는 것은 법적안정성을 해치는 점, 단순히 유언의 녹음이 아니라 공증증서라는 유언서를 작성하는 점 등에 비추어 찬성할 수 없다. 물론 유언자나 증인 등이 모두 맹인으로서 공정증서가 특별히 점자로 작성된다면 별 문제이지만 현실적으로 생각하기 어렵다.

또한 증인이 공증인의 필기내용을 눈으로 보고 확인하여야 하는 경우 예컨대, 유언의 내용이 방대하고 복잡한 경우, 또는 유언자가 서면을 보고 유언하는 경우 등을 상정하면 긍정론의 논거는 타당성을 잃게 된다할 것이다.

② 결국 우리 민법상 유언에 있어서 맹인은 증인적격이 없는 것으로 보는 부정론이 타당하다고 생각된다. 즉 증인은 단순히 유언자의 구수 내용을 듣고 공증인의 낭독 내용의 일치여부를 확인하는데 그치는 것이 아니라 공증증서등 유언서상의 필기내용이 위 구수 및 낭독내용과 일치하는지까지를 확인하여야 할 것이므로 이러한 책무를 수행하기 위해서는 맹인의 증인자격을 부정함이 타당하다.

궁극적으로 이 문제는 독일과 같이 입법으로 명확히 부정하는 규정을 두어 해결함이 바람직하다 하겠다.

(5) 기타³²⁾

① 증인 B가 유언집행자인 점

유언집행자의 증인적격에 대하여 우리나라와 일본의 판례·다수설은 긍정하고 있으나 외국에서는 쟁점으로 논의되고 있다. 예컨대 루이지아나 판례는 유언집행자를 증인결격자로 하는 명시적 규정이 없는 이상 유언집행자도 증인이 될 수 있다고 해석한다.

② 증인 B 및 증인 갑이 부부인 점

프랑스 민법전 제980조는 부부가 쌍방이 증인이 되는 것을 금지하고 있다. 퀘백의 민법전도 남편이 증인이 된 때는 처는 증인이 될 수 없다고 규정하고 있다. 우리나라와 일본에서는 이점에 관하여 해석상 아무런 문제가 없다.

VI. 맺는 말

몇 년전 우리나라 유명 대중가수의 배우자가 미국에서 사망한 후 변호사 입회 하에 유언장이 공개되었는데, 1백 억을 상회하는 총 재산의 25%는 종교단체 등에 기부하고 나머지 재산은 배우자, 어머니, 조카, 자녀 등에게 상속하도록 유언한 것으로 기억된다. 이렇게 유언은 자신의 삶을 마감하는 마지막 언어이다.

근래 우리나라에서 공증제도를 이용하여 유언공정증서에 의한 유언을 하는 경우가 많아졌고, 일본에서는 유언자 사망후에 공정증서에 의한 유언여부를 확인할 수 있는 유언집중확인서비스제도도 운영되고 있다.

유언의 중요성과 이에 따른 사후 분쟁을 방지하기 위하여 유언의 엄격한 요식성을 요구하고 이에 위반한 유언은 효력이 없게 되는바, 유언에 참여하는 증인의 역할은 무엇인지, 유언에 증인으로 참석할 수 없는 증인결격자, 특히 공정증서유언의 증인결격자와 관련하여 화두로서 맹인의 증인자격과 이에 관한 일본 최고심판결을 중심으로 고찰함으로써, 우리 민법에서의 유언증인의 역할은 유언을 하는 자리에 합석하여 유언서 작성 자체를 담보하는 것뿐만 아니라 그 유언서의 내용이 유언자의 진의에 기초한 것까지 담보하는 역할을 담당하는 자이므로 공정증서유언에서의 증인은 단순히 유언자의 구수 내용을 듣고 공증인의 낭독 내용의 일치여부를 확인하는데 그치는 것이 아니라 공정증서 등 유언서상의 필기내용이 위 구수 및 낭독내용과 일치하는지까지를 확인하여야 할 것이다.

최근 대법원은 소유권이전등기 청구소송 상고심(2007다51550)에서 유언자가 유언을 말로 하지 않고 미리 작성된 유언장 내용을 공증인에게 확인하는 데 그쳤더라도 당시 유언자의 의식이 명확한 상태였다면 공정증서에 의한 유언으로서 효력이 있다고 판결하였는 바, 이는 직접적으로

32) 久貴忠彦・米倉明・水野紀子編「家族法判例百選」有斐閣 2002. 5. 165면.

는 유언취지의 구수에 관한 것이기는 하나 본고에서 다룬 유언의 방식이나 증인의 역할과 관련하여 상당한 논란을 예상케 한다. 