

참여인(參與人)에 관한 고찰

남 상 우

안산제일공증인합동사무소 공증인 · 변호사

I. 서론

공증절차에는 반드시 공증을 하는 자, 즉 공증인¹⁾과 공증을 받는 자 또는 공증을 청구하는 자의 존재가 전제된다. 공증을 받는 자 또는 공증을 청구하는 자를 우리 공증인법상으로는 촉탁인(囑託人)이라고 한다. 공정증서의 작성은 공증인의 면전에 ‘촉탁인 또는 그 대리인’(이하 ‘촉탁인 등’이라고 한다)이 출석하여 이루어진다. 공증인이 공정증서를 작성하는 과정에는 ‘촉탁인 등’이 진술한 대로 공증이 틀림없이 이루어진 것인지에 관하여 ‘촉탁인 등’에게 확인시켜 그로부터 승인을 얻고 ‘촉탁인 등’의 서명날인을 받는 절차가 포함된다.

이 점에서 공정증서는 법원이 작성하는 재판조서와 다르다. 공증인은 법에 의하여 강력한 효력이 인정되는 공정증서를 작성하는 권한을 갖는다. 그러나 비록 국가사무를 담당한다는 점에서 실질적인 의미에서는 공무원일 지라도 공증인은 독립적인 사무소를 가지고 스스로의 책임 하에 공증업무를 집행하는 전문직업인이다. 그러므로 공정증서는 당사자의 확인이나 서명날인 없이 법원이 일방적으로 작성하는 재판조서처럼 공증인 단독으로

1) 현행법상 공증업무집행자는 공증인법상으로 임명공증인 및 공증사무대행자(공증인법 제8조)가 있고, 변호사법상으로 법무법인(변호사법 제49조, 제58조), 법무법인(유한)(변호사법 제58조의16, 제58조의17), 법무조합(변호사법 제58조의30, 제58조의31)이 있으며, 이미 폐지되었으나 변호사법 부칙 경과규정에 의하여 아직 존재하는 공증인가합동법률사무소(변호사법 부칙 제6조)가 있고, 그밖에 대한민국 영토밖에서의 공증업무를 집행하는 자로 대한민국제외공관 영사관(법률 제1479호 제외공관공증법)이 있다. 여기서는 편의상 이들 공증업무집행자를 통칭하여 ‘공증인’이라고 칭하기로 한다.

작성하는 것으로 할 수는 없다.

그리하여 공증인이 공정증서를 작성할 때 증서 기재사항이 틀림없다는 점에 관하여 ‘촉탁인 등’으로부터 승인을 얻도록 하고 서명절차를 두는 등 ‘촉탁인 등’이 관여하도록 하는 것은 “틀림없는” 공정증서의 작성을 확보하려는 제도적인 장치이다. 공증인으로 하여금 증서를 직접 작성하도록 하고 있는 라틴계 입법례에서는 예외 없이 공증인이 작성한 증서에 ‘촉탁인 등’으로 하여금 그 내용을 확인하게 하고, 그의 승인을 얻으며, 그에게 서명하도록 하는 절차를 둬으로써 ‘촉탁인 등’이 증서작성에 관여하도록 하고 있다.

여기서 ‘촉탁인 등’이 앞을 볼 수 없거나 문맹이라 글을 읽을 수 없다면 문제이다. 우리 공증인법은 이러한 경우에 공증인이 증서를 작성할 때 ‘촉탁인 등’을 위하여 일정한 자를 공증에 참여시켜 공증을 하도록 하는 이른바 참여인제도를 두고 있고, 사서증서를 인증할 때에도 이를 준용하는 것으로 하고 있다.

그런데 우리 공증인법상 참여인에 관한 규정을 문자 그대로 문리해석(文理解釋)하면 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자가 공증을 받으려고 할 때 정작 그와 가까운 사람은 그를 위한 참여인이 될 수 없는 것으로 해석된다. 이는 법률생활에서 타인의 도움을 절대적으로 필요로 하는 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자에게 불편을 끼치는 것을 넘어 그들의 ‘공증 받을 권리’²⁾를 침해하는 결과로 된다. 이에 본고에서 우리 공증인법이 규정하고 있는 참여인의 법적 성격이 과연 무엇인지를 규명함으로써 법해석을 통하여 이러한 문제점을 해결해 보고자 한다.

이를 위하여 본고는 다음 순서에 따라 서술한다. 먼저 공증을 할 때 ‘촉탁인 등’이 아닌 제3자가 어떤 경우에 입회하는지에 관한 입법례를 살펴봄으로써 우리 공증인법 규정과 비교하여 본다. 이어서 우리 공증인법상 참여인이란 무엇이고, 어느 경우에 참여인을 참여시켜야 하며, 참여인의 역할은 무엇이고, 참여인이 있는 경우에는 공정증서 작성이 어떻게 이루어지는지를 살펴보기로 한다.

다음으로 이러한 고찰결과를 바탕으로 참여인의 법적 성격(法的 性格)이 무엇인지 규명하고, 이어서 참여인의 선정과 자격에 관하여 살펴보고 특히 참여인의 법적 성격에 근거하여 참여인결격자규정에 관하여 새로운 해석을 시도해 보고자 한다.

2) 대한민국 헌법상 모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다(헌법 제10조). 또한 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다(헌법 제11조제1항). 또한 공증인은 정당한 이유 없이 촉탁을 거절하지 못한다(공증인법 제4조). 따라서 대한민국 국민은 누구든지 재산 및 신분 등 사적 영역(私的 領域)을 둘러싼 법률사실에 관하여 공증을 받을 권리가 있다.

이어서 인증을 할 때 참여인에 관한 규정이 어떻게 적용되는지에 대하여 살펴보고, 반드시 참여인을 참여시켜서 공증을 하여야 하는데도 참여인 없이 하거나 결격자를 참여시켜 공증을 한 경우 등 참여인과 관련한 공증의 효력문제를 살펴보고, 그 때까지 살펴본 바를 요약하여 결론으로 삼는다. 마지막으로 여론(餘論)으로서 현재 국회에 상정되어 있는 공증인법 개정안 중 참여인에 관한 사항에 대하여 필자의 의견을 피력하고자 한다.

II. 제3자의 공증참여에 관한 입법유형

공정증서를 작성할 때 출석한 ‘촉탁인 등’의 확인 및 승인과 서명날인 외에 더 나아가 제3자를 입회하게 할 것인지, 입회한다면 제3자가 어떠한 역할을 할 것인지 또한 그 자격을 제한할 것인지, 제한한다면 어느 범위로 제한할 것인지는 입법정책의 문제이다. 따라서 극단적으로 보면 언제나 ‘촉탁인 등’의 참여만으로 즉, 제3자의 입회 없이 공정증서를 작성할 수 있도록 하는 것에서부터 언제나 ‘촉탁인 등’의 참여는 물론 제3자(또는 증인)의 입회가 있어야만 공정증서를 작성할 수 있도록 하는 것까지 있을 수 있다. 그러나 라틴계 입법례는 대체로 일정한 법률행위에 관한 것³⁾이거나 또는 ‘촉탁인 등’에게 일정한 사유가 있을 때 제3자의 입회를 요구하고 있다.

1. 스페인⁴⁾

스페인은 공증인법에서 “공증인은 최소 2인 이상의 증인의 열석 없이는 생존자 간 아무런 공정증서도 작성하지 못한다”라고 규정하여 계약 등 공정증서를 작성할 때 증인 2인 이상의 입회를 요구한다(스페인 공증법 제20조). 또한 공증인이 작성한 증서에 대하여 당사자와 증인에게 열람시켜야 하고 당사자와 증인의 서명을 요구한다(동법 제17조, 제26조).

증인의 자격에 관하여는 당해 공증인의 친족, 서기 및 보조자는 증인이 될 수 없고, 이해관계자, 공증인의 친족, 4촌 이내의 혈족, 또는 2촌 이내의 인척도 증인이 될 수 없다(동법 제21조제1항 및 제2항).

2. 프랑스⁵⁾

3) 대부분 국가에서 공정증서에 의한 유언을 할 경우 증인의 입회를 요구하고 있다.

4) 법무부 법무실, 법무자료 140집 『각국의 공증제도』, 1990, 235면~247면.

프랑스는 공증인의 조사에 관한 기본법으로서 오늘날까지 효력을 가지고 있는 「공화력 11년 풍월 25일 법률」에서 세 가지 예외를 제외하고는 1인의 공증인에 의하여 공증이 이루어진다고 규정하고 있다. 그 세 가지 예외는 ① ‘민법전의 특별규정의 적용을 받는 유언’, ② ‘유언의 취소행위와 유언의 취소를 위해 수여된 대리행위’, ③ ‘당사자 또는 일방 당사자를 알 수 없거나⁵⁾ 당사자가 서명할 수 없는 경우’ 등이다(위 법률 제9조).

이 중 ① 공정증서에 의한 유언은, 민법전 유언에 관한 규정에서 공증인 2인 또는 2인의 증인의 입회 하에 1인의 공증인이 작성한다고 규정하고 있다(프랑스 민법 제971조).⁷⁾ 따라서 「공화력 11년 풍월 25일 법률」에서 민법전의 특별규정의 적용을 받는 유언이 공증인 단독으로 공정증서를 작성할 수 없는 경우로 규정하고 있는 것은 민법전의 유언에 관한 규정을 재차 확인하고 있는 것이다. 결국 위 ②, ③만이 위 법률에 의하여 비로소 공증인 1인이 단독으로 공증을 할 수 없는 것으로 규정하고 있는 셈인데 위 법률에 의하면 이 경우 두 사람의 공증인에 의하여 공증이 행하여지거나 두 사람의 증인이 있는 경우에 한 사람의 공증인에 의하여 행하여 질 수 있다고 규정하고 있다(위 법률 제9조제2호 및 제3호).

한편 공증에 입회하여야 하는 증인의 자격에 관하여는 공증인의 행위에 관한 법률에 해당하는 「1971년 11월 26일 법률적 명령 제71-941호」⁸⁾에서 정하고 있다. 그에 의하면 공증인이나 공증회사의 소속원은 물론 사무장, 사무원, 계약당사자의 부모 또는 친척은 증인이 될 수 없고(위 명령 제3조), 증인은 성인으로서 행위능력을 가진 자이어야 하며, 부부는 동일 행위에 있어서 함께 증인이 될 수 없다(위 명령 제4조). 또한 입회한 증인은 서명하여야 한다(위 명령 제11조).

3. 독일

독일은 「공증법」⁹⁾에서 스페인처럼 생존자 간에 증서를 작성하는 경우에 증인의 입회를 요구하고 있지도 않고, 프랑스처럼 공정증서에 의한 유언에 관한 민법규정에서 공정증서를 작성할 때 증인의 입회를 요구하고 있지도 않는다.¹⁰⁾ 다만 「공증법」에 의하면 당사

5) 법무부 법무실, 앞의 책, 107면~120면.

6) 앞의 책, 108면 중 해당 조항의 내용을 그대로 옮긴 것이다. 그러나 이는 정확하지 않은 번역이라 생각된다. 필자가 간접적으로 확인한 바에 의하면 ‘당사자 또는 일반당사자를 알 수 없거나’는 ‘당사자들 혹은 일반 당사자가 문자를 알지 못하거나’ 또는 ‘당사자들 혹은 일반 당사자가 (이해능력 등의 부족으로) 증서내용을 알지 못하거나’ 정도로 번역되어야 하는 것이라고 한다.

7) 명순구, 『프랑스 민법전』, 법문사, 471면.

8) 법무부 법무실, 앞의 책, 111면~112면.

자의 진술 또는 공증인의 판단에 의하여 당사자에게 신체장애사유가 있어 충분히 듣거나 말하거나 볼 수 없는 경우, 증인 2인이나 제2의 공증인을 입회시키도록 규정하고 있다. 또한 이 경우 당사자가 입회를 거부하는 때에는 그러하지 아니하다고 한다.

또한 당사자가 들을 수 없는 자 또는 말할 수 없는 자로서 동시에 문맹자인 경우에는 그 당사자와 의사소통이 가능하고 신뢰할 수 있는 사람을 입회시켜야 한다고 한다. 그리고 당사자가 서명할 줄 모르는 경우에도 낭독·동의의 과정에 증인 또는 제2의 공증인을 입회시켜야 한다고 한다(독일 공증법 제22조). 입회한 증인이나 제2의 공증인도 서명하여야 함은 물론이다. 입회한 증인의 자격에 관하여 독일 공증법은 공증법률행위나 공증당사자와 일정한 관계가 있는 자는 증인이나 제2의 공증인으로 입회인이 될 수 없다고 규정하고 있다.¹¹⁾ 또한 독일은 통역인에 대하여도 제척사유가 적용되는 것으로 정하고 있다.¹²⁾

4. 일본¹³⁾

일본은 공증인법에서 스페인처럼 생존자 간의 법률행위에 관한 공정증서를 작성할 때나 프랑스처럼 특정 법률행위에 관하여 제3자의 입회를 요구하는 것으로 규정하고 있지 않다. 다만, 프랑스 민법에서 공정증서에 의한 유언에 관하여 증인의 입회를 요구하고 있는 것처럼 일본 민법에서 공정증서에 의한 유언에는 증인 2인이 입회하여야 하는 것으로 규정하고 있고(일본 민법 제969조), 그 증인의 결격자에 관하여도 함께 규정하고 있다(일본 민법 제974조).

한편 일본 공증인법에는 당사자에게 일정한 사유가 있으면 그 사유에 따라 통사(通事) 또는 입회인(立會人)을 입회시켜야 하는 것으로 규정하고 있다. 즉, 당사자가 맹자인 경우나 문자를 해독할 수 없는 자인 경우에는 입회인의 입회가 있어야 공정증서를 작성할 수 있다고 규정하고 있고(일본 공증인법 제30조제1항), 그런 사유는 없어도 당사자가 청구한 경우에는 입회인의 입회가 있어야 한다고 규정하고 있다(동법 제30조제2항).

9) 독일은 1969년 8월 28일 「연방공증인법」 중 공증업무집행과 관련한 사항을 삭제하고 그 대신 'Beurkundungsgesetz'를 제정하였는데, 이 법을 김황식 님은 「공증법」이라고 번역하여 사용하고 있고(김황식, “독일의 공증제도에 관한 고찰”, 한독법학 제3호(1981), 122면), 김상찬 님은 「증서작성법」이라고 번역하여 사용하고 있다(김상찬, “유언증인의 역할에 관한 비교법적 연구”, 법과 정책 제11호(2005. 8.), 43면).

10) 김상찬, 앞의 논문, 43면~44면.

11) 김상찬, 앞의 논문, 43면~44면.

12) 김황식, 앞의 논문, 120면~122면.

13) 법무부 법무실, 앞의 책, 145면~180면.

또한 촉탁인이 일본어를 해독할 수 없는 경우 또는 농자(聾者) 또는 아자(啞者) 기타 언어를 발하지 못하는 자이면서 문자를 해독할 수 없는 자인 경우에는 통사를 입회시켜야 한다고 규정하고 있다(동법 제29조). 입회인이나 통사도 증서에 서명하도록 되어 있다(동법 제39조제3항).

통사에 관하여는 결격사유를 정하고 있지는 않지만 입회인에 관하여는 결격사유를 정하고 있다. 공증인법에 의하면 ① 미성년자, ② 제14조(공증인결격자를 규정하고 있음, 필자주)에 해당하는 자, ③ 스스로 서명을 할 수 없는 자, ④ 촉탁사항에 대해 이해관계가 있는 자, ⑤ 촉탁사항에 대해 대리인 또는 보좌인이거나 대리인 또는 보좌인이었던 자, ⑥ 공증인이나 촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 4촌 이내의 친족, 법정대리인, 보좌인, 피용자 또는 동거인, ⑦ 공증인의 서기 등이 결격자로 규정되어 있다(동법 제34조제3항). 그러나 당사자의 청구에 의하여 입회시킨 경우에는 결격자에 관한 규정이 적용되지 않는다(위 제3항 단서).

5. 대만

대만은 일본과 대체로 유사하다. 공증인법에 스페인처럼 생존자 간의 법률행위에 관한 공정증서를 작성할 때나 프랑스처럼 특정 법률행위에 관하여 제3자의 입회를 요구하는 규정이 없는 것은 일본의 경우와 같다. 민법에서 ‘공정증서에 의한 유언’에 관하여 2인 이상의 견증인(見證人) 입회 하에 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구술하고, 공증인이 이를 필기·낭독·강해하고 유언자의 승인을 얻어 공증인, 유언자, 증인이 서명하여야 하는 것으로 규정하고 있고(대만 민법 제1191조),¹⁴⁾ 일본처럼 그 증인의 결격자에 관하여도 민법에서 독립적으로 규정하고 있다(대만 민법 제1198조).¹⁵⁾

대만 공증법¹⁶⁾상 공증에 참여하는 제3자에 관한 규정은 공증법 제정 당시에는 일본 공증인법과 아주 유사하였으나 몇 번의 개정을 거쳐 지금은 상당히 달라졌다. 현행 대만 공증법에 의하면 촉탁인이나 그 대리인이 맹자이거나 문자를 알지 못하는 경우 공증인은 공

14) 대만 민법에 의하면 유언을 유촉(遺囑), 증인을 견(見)증인, 낭독을 선독(宣讀)이라는 용어를 사용하고 있고, 공증인이 유언자의 취지를 필기·낭독하고 강해(講解), 즉 설명하도록 하고 있다(출처: 대만입법원 홈페이지 제공, 민법 제5편 상속, 7면, 홈페이지 주소 <http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw>). 다만 대만 민법에 따르면 유언증인은 증서의 정확함에 관하여 승인하지는 않는다.

15) 대만 민법에서 정하고 있는 견증인 결격자는 ① 미성년자, ② 금치산자, ③ 상속인 및 그 배우자 또는 직계혈족, ④ 수증자 및 그 배우자 또는 직계혈족, ⑤ 공증인의 동거인, 사무장 또는 보조원 등이다(앞의 대만입법원 홈페이지 제공, 공증법).

증서를 작성할 때 견증인을 입회시켜야 한다고 규정하고 있다(대만 공증법 제75조 본문). 견증인은 청구인 또는 그 대리인이 선정하도록 되어 있고(동법 제78조), 견증인의 결격사유로 ① 미성년자, ② 금치산자, ③ 청구사안에 이해관계가 있는 자, ④ 청구사안의 대리인 또는 대리인이었던 자, ⑤ 공증인의 배우자, 직계혈족 혹은 직계인척인 자, ⑥ 공증인의 보좌관 혹은 보조원으로 정하고 있다(동법 제79조 제1항). 다만, 촉탁인 등이 맹자 또는 문자를 알지 못하는 자일 경우라도 청구인이 견증인의 입회를 포기하고 이를 증서에 명기한 경우에는 견증인의 입회가 없어도 공증서를 작성할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제75조 단서).

견증인의 결격사유와 관련하여서도 위 ④호 내지 ⑥호에 해당하는 자에 관하여는 청구인 전체의 동의를 얻으면 결격사유가 해소되는 것으로 규정하고 있다(동법 제79조 제2항). 또한 ‘촉탁인 등’이 맹자이거나 문자를 알지 못하는 자인 경우는 아니더라도 청구인이 견증인의 입회를 청구하는 경우에는 견증인을 입회시켜 공증서를 작성하여야 하고 그 경우에는 결격자에 관한 규정은 적용이 없는 것으로 하고 있다(동법 제79조제1항 단서).

6. 우리나라

우리나라는 일본이나 대만의 경우와 대체로 유사하다. 공증인법에서 법률행위의 종류에 따라 제3자의 입회를 요구하는 경우를 규정하고 있지는 않고, 단지 민법에서 ‘공정증서에 의한 유언’에 관하여 증인 2인의 참여를 요구하고 있다. 다만 그 증인결격자에 관하여는 직접 규정하지 않고, 공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못한다고 하여 공증인법으로 미루고 있다.

일본의 경우 입회인의 결격사유에 관하여 공증인결격사유가 있는 경우나 청구인의 친족 등도 결격사유로 규정하고 있다는 점에서 매우 폭넓게 인정하고 있다. 다시 말하여 일본의 경우 입회인이 될 수 있는 자격이 매우 까다롭다고 할 수 있다. 이에 비하여 대만은 ‘촉탁인 등’이 맹자인 경우에도 견증인의 입회를 포기할 수 있음은 물론이고 ‘촉탁인 등’의 친족도 견증인 자격이 있고, 견증인 자격이 없는 자라도 전체 ‘촉탁인 등’이 동의하는 경우에는 결격사유에도 불구하고 견증인으로 입회할 수 있다고 규정하고 있다.

16) 대만 공증법은 1943년 3월 31일 전문 52조의 법률로써 제정·공포되고, 1944년 1월 1일 시행되었다. 그 뒤 1974년 1월 29일 1차 개정과 1980년 7월 4일 2차 개정을 거쳐, 1999년 4월 21일 전면개정(3차개정)이 이루어져 현재 시행 중에 있다. 우리의 참여인에 해당하는 견증인과 관련하여서는 1차 개정과 3차 개정이 중요한 의미를 갖는다(앞의 대만입법원 홈페이지 제공, 공증법).

우리나라는 일본의 경우와 대체로 유사하나 공증인 결격자도 참여인결격자의 하나로 규정하고 있던 것을 1985년 9월 14일 개정 때 삭제함으로써 참여인결격자에 큰 변화가 있었다. 한편 우리나라는 대만과 같이 촉탁인 전부가 동의하는 경우에 결격사유가 있어도 참여인이 될 수 있다고 규정하고 있지는 않다. 이러한 의미에서 우리 공증인법은 전체적으로 대만보다는 일본에 가까운 입법례라 할 수 있다.

III. 참여인의 개념

1. 우리 공증인법에는 ‘촉탁인 등’이 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자인 경우 공증인이 증서를 작성할 때에는 ‘촉탁인 등’이 선정한 일정한 자를 참여시켜 증서를 작성하여야 한다고 규정되어 있다(공증인법 제29조제1항, 이하 그냥 조문만 표시한 경우에는 우리나라 공증인법을 의미함). 또한 ‘촉탁인 등’이 어떤 사람을 선정하여 그를 참여시켜 증서를 작성하여 줄 것을 청구한 경우에는 그를 참여시켜 증서를 작성하여야 한다고 규정되어 있다(제29조제2항). 이는 공증인이 인증을 할 때에도 마찬가지이다(제58조, 제59조, 제29조, 제33조). 이와 같이 ‘촉탁인 등’이 아니면서 촉탁인 등이 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자이어서 ‘촉탁인 등’ 외에 공증에 참여시켜야 하는 자 또는 ‘촉탁인 등’이 참여시킬 것을 청구하여 공증에 참여시켜야 하는 자를 참여인(參與人)이라고 한다.

2. ‘촉탁인 등’이 아니면서 공증에 관여하는 자로서 참여인 외에도 통역인이 있다. 통역인(通譯人)은 ‘촉탁인 등’이 국어를 해독하지 못하는 경우 또는 농자(聾者), 아자(啞者) 기타 언어를 발언하지 못하는 자로서 문자도 해독하지 못하는 경우 공증을 함에 있어서 의사소통을 위하여 공증인이 사용(使用)하는 자이다(제28조).¹⁷⁾ 다만, 통역인도 참여인과 마찬가지로 ‘촉탁인 등’이 선정하도록 되어 있다(제33조제1항). 통역인은 결격사유를 따로 정하고 있지 않으므로 누구나 공증인과 ‘촉탁인 등’과 사이에 통역만 할 수 있으면 통역인이 될 수 있다(제33조제3항 참조).¹⁸⁾ 통역인을 사용하여야 하는 사유로서 ‘농자(聾者), 아자(啞者) 기타 언어를 발언하지 못하는 자로서 문자도 해독하지 못하는 경우’에 해당하면 참

17) 통역인은 공증인이 사용하는 자라는 측면에서 공증인이 외국어에 능통한 경우에는 통역인을 사용하지 않아도 되는 것으로 규정할 수도 있을 것이다. 이와 관련하여 대만 공증법에 의하면 통역인이 있어야 하는 경우에 청구인이 공증인에게 통역해 주도록 요구하면 공증인이 직접 통역해 줄 수 있는 것으로 규정하고 있다(대만 공증법 제75조).

18) 독일 공증법에 의하면 통역인에 대하여도 증인과 같이 제척사유가 적용된다고 한다. 김황식, 앞의 논문, 122면.

여인을 참여시켜야 하는 사유 중의 하나인 ‘문자를 해독하지 못하는 자’에도 해당하므로 통역인은 물론 참여인도 참여시켜야 한다. 이 경우 참여인은 통역인을 겸할 수 있다(제33조제2항).

3. 또한 참여인과 구별되는 개념으로 민법에서 규정한 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 ‘증인(證人)’이 있다. ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인은 유언이라는 요식행위(要式行爲)인 법률행위에 방식의 일환으로 참여하는 존재이다. 즉, 증인의 참여가 유언이라는 법률행위를 구성하는 요소인 것이다. 따라서 ‘공정증서에 의한 유언’을 할 때 증인의 참여는 촉탁인 즉 유언자가 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자인지 여부와 관계없이 요구되는 요건이다.

4. 한편 제3자의 동의 또는 승낙을 요하는 법률행위에 관하여 공증인이 공정증서를 작성할 때에는 그 허락이나 동의가 있었음을 입증할 증서를 제출하게 하여야 한다(제32조). 그러나 허락이나 동의가 있었다는 입증은 반드시 증서를 제출하는 방법만 허용되고 제3자가 직접 공증인 면전에 출석하여 허락이나 동의의 의사표시를 하고 그 진술을 증서에 기재하는 방법은 허용되지 않는다.¹⁹⁾ 이를 인정하지 않을 아무런 이유가 없다. 이 때 허락이나 동의의 주체로서 공증에 참여하는 자는 참여인이 아니라는 점에 유의하여야 한다. 그 경우 작성하고자 하는 공정증서의 내용으로 된 법률행위의 관점에서 보면 허락하거나 동의하는 자는 법률행위 당사자가 아니라는 점에서 제3자이지만 스스로 의사표시의 주체라는 점에서 촉탁인에 해당한다고 할 것이다.

IV. 참여사유(參與事由)와 참여인의 기능(機能)

1. 참여사유

‘촉탁인 등’이 맹자인 경우 또는 문자를 해독하지 못하는 경우(제29조제1항)와 ‘촉탁인 등’이 참여인의 참여를 청구한 경우(제29조제2항)에는 공증을 할 때 참여인의 참여가 있어

19) 물론 공증인법 제32조제1항에 충실히 따라서 공증사무소에 함께 온 제3자로 하여금 허락이나 동의에 관하여 공정증서작성을 촉탁하게 하거나 미리 허락이나 동의의 의사표시가 기재된 사서증서를 작성하게 한 후 이를 인증하게 한 다음 공정증서나 인증한 사서증서를 입증할 증서로 제출하게 하는 방법도 가능할 것이다.

야 한다. 전자는 ‘촉탁인 등’의 청구가 있건 없건 반드시 참여인을 참여시켜야 한다는 점에서 필요적 참여사유(必要的 參與事由)라고 할 수 있다. 필요적 참여사유로 인하여 공증에 참여하는 참여인은 일용 필요적 참여인(必要的 參與人)이라고 부를 수 있을 것이다.

이에 반하여 후자는 ‘촉탁인 등’의 청구와 같이 임의적인 상황에 따라 참여시킨다는 점에서 任意的 참여사유(任意的 參與事由)라고 할 수 있다. 임의적 참여사유로 인하여 공증에 참여하는 참여인은 위 필요적 참여인에 대응하여 임의적 참여인(任意的 參與人)이라고 부를 수 있을 것이다. 그러나 임의적 참여사유가 있을 때, 즉 ‘촉탁인 등’의 청구가 있는 경우에도 공증인으로서 반드시 참여인을 참여시켜 공증을 하여야 한다.

이와 같은 필요적 참여인과 임의적 참여인으로 구분하는 실익(實益)은 필요적 참여인은 결격사유가 없어야 하지만, 임의적 참여인은 결격자 규정이 적용되지 않는다는 데 있다.

(1) 촉탁인 또는 그 대리인이 맹자(盲者) 또는 문자(文字)를 해독(解得)하지 못하는 자일 것

맹자 또는 문자를 해독하지 못하는 자에 해당하는지는 공증인 면전에 출석한 자를 기준으로 한다. 따라서 촉탁인이 직접 공증인 면전에 출석하여 촉탁한 경우는 그 촉탁인을 기준으로 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자인지 여부를 판단하고, 촉탁인의 대리인에 의하여 촉탁이 이루어졌을 경우에는 그 대리인을 기준으로 그 여부를 판단한다. 따라서 촉탁인은 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자이더라도 그러한 사유가 없는 대리인에 의하여 촉탁을 하면 참여인이 필요 없다. 수인이 공동으로 촉탁하는 경우 그 중 1인이더라도 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자가 있으면 참여인을 참여시켜야 한다.

맹자란 사회통념상 시력이 나빠 공증인이 작성한 증서를 읽을 수 없을 정도에 해당하면 맹자라고 보아야 한다. 상시적(常時的)으로 맹자인 경우뿐만 아니라, 어떠한 사정으로 인하여 촉탁 당시에 일시적으로 시력을 상실하여 글을 읽을 수 없거나 사람을 알아 볼 수 없는 경우라면 맹자에 해당한다고 보아야 한다.

문자란 국어 뿐만 아니라 외국어를 포함하는 의미이다. 이는 국어를 해독하지 못하는 경우에 통역인을 사용하여야 한다고 하는 점에 비추어 명백하다. 문자를 해독한다는 것은 문자를 한 자 한 자 읽을 수 있는 것으로는 부족하고, 공증인이 작성한 증서내용이나 기재 사항을 읽어주거나 열람시킬 때 그 의미를 알 수 있는 정도이어야 한다.

(2) ‘촉탁인 등’이 참여인의 참여를 청구(請求)할 것

‘촉탁인 등’이 참여인을 선정하여 그를 참여시킬 것을 청구한 경우, 공증인은 소위 임의적 참여인으로서 그를 참여시켜 공증하여야 한다. 이와 같은 소위 임의적 참여인은 보통 농자(聾者)나 아자(啞者) 또는 기타 언어를 발하지 못하는 자이지만 문자를 해독할 수 있는 자인 경우 또는 한정자산선고를 받지는 않았지만 한정자산선고를 받을 정도로 의사능력이 부족한 자인 경우 등에 이를 활용할 수 있을 것이다.

‘촉탁인 등’이 서명할 수 없는 경우 증서원본에 그의 서명이 없으므로 후일 공증인의 면전에 출석하였는지에 관하여 다툼 여지가 있게 되다. 이 경우 누군가 제3자를 참여시킨다면 분쟁이 예방될 것이다.²⁰⁾ 임의적 참여인은 ‘촉탁인 등’이 활용하기에 따라서는 매우 폭넓게 활용될 수 있고, 공증인의 입장에서 후일 분쟁을 예방하는 의미에서 ‘촉탁인 등’이 농자(聾者)나 아자(啞者) 또는 서명할 수 없는 자인 경우에는 그와 동반하여 공증사무소에 온 자를 임의적 참여인으로 참여시킬 것을 권유하여 공증을 할 수 있을 것이다.

2. 참여인의 기능

공증인이 증서를 작성함에는 그 청취한 진술, 그 목도한 사실 기타 실험한 사실을 기록하고 또한 그 실험의 방법을 기재하여야 한다(제34조). 증서의 내용 이외에도 증서에 기재할 사항은 촉탁인 또는 대리인에 관한 사항 기타 작성연월일과 장소 등 여러 가지가 있다(제35조). 공증인은 이와 같은 사항을 기재한 증서를 열석자(列席者)에게 읽어주거나 열람(閱覽)시키고 촉탁인 또는 그 대리인의 승인(承認)을 얻어야 한다(제38조제1항). 그런데 만일 촉탁인 또는 그 대리인이 맹자인 경우나 문자를 해독하지 못하는 자라면 증서가 틀림 없는 것인지 알 수가 없을 것이다. 그리하여 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자할 수 없는 자를 위하여 공증인이 작성한 증서내용을 확인(確認)하여 주는 역할을 하는 자가 바로 참여인이다(필요적 참여인).

또한 공정증서가 법률행위에 관한 것인 경우 그것은 당사자에게 매우 중요한 의미를 갖는 것이 보통이고 일반인으로서서는 어려움을 느끼기 십상이다. ‘촉탁인 등’이 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자는 아니라고 하여도 누군가 함께 공증에 참여하여 살펴봐 주면 한결 안심이 되고 그로부터 도움을 받을 수 있는바, 이렇게 ‘촉탁인 등’의 청구로 공증에 참여하여 ‘촉탁인 등’에게 공증에 있어서 조언자(助言者) 역할을 하는 자가 바로 참여인이다(임의적 참여인).²¹⁾

20) 프랑스에서는 촉탁인 등이 서명할 수 없는 경우, 제3자의 참여를 요구하고 있다.

이와 같이 참여인은 ‘촉탁인 등’을 대신하여 공증인이 작성한 증서가 틀림없는지 여부를 확인하여 주거나 공증과 관련하여 ‘촉탁인 등’에게 조언을 해주는 기능을 수행한다. 이러한 참여인의 기능은 참여사유를 정하고 있는 데서 당연히 도출된다고 할 것이다.

V. 참여인이 있을 때의 공증방법(公證方法)

1. 참여사항의 기재와 참여인의 증서열람 등

공증인이 공정증서를 작성함에 있어서 공증에 참여인을 참여시켰을 경우에는 그 사유와 참여인의 주소, 직업, 성명과 연령을 증서에 기재하여야 한다(제35조제9호). 참여인을 참여시킨 사유를 증서에 기재하도록 되어 있으므로 가령 “촉탁인 ‘갑’이 맹자이므로 참여인 ‘을’을 참여시키다”라고 기재하거나, “촉탁인 ‘갑’의 대리인 ‘을’이 문자를 해독하지 못하므로 참여인 ‘병’을 참여시키다”라고 기재하거나, “촉탁인 ‘갑’이 ‘을’을 참여인으로 참여시킬 것을 청구하므로 참여인 ‘을’을 참여시키다”라고 기재하여야 한다.

공증인은 그가 작성한 공정증서를 열석자(列席者)에게 읽어주거나 열람(閱覽)시켜야 하는바(제38조제1항 전단), 여기서 열석자(列席者)란 공증을 할 때 출석한 ‘촉탁인 등’(수인이 촉탁한 사건의 경우는 수인 모두)은 물론 참여인이나 통역인이 있는 경우, 그들을 모두 포함하는 개념이다. 공증인은 이와 같이 작성한 증서를 열석자(列席者)에게 읽어주거나 열람시킨 후에는 출석한 ‘촉탁인 등’의 전원으로부터 증서내용이 틀림없다는 취지의 승인(承認)을 얻어야 하고 그 취지를 증서에 기재하여야 한다(제38조제1항 후단). 여기서 주의할 점은 증서를 읽어주거나 열람시키는 대상은 열석자(列席者) 모두이나, 공증인이 승인을 얻어야 하는 대상은 출석한 ‘촉탁인 등’만 해당된다는 점이다. 즉 증서의 정확함에 관한 승인주체는 참여인이 아니라 ‘촉탁인 등’인 것이다.²¹⁾

2. 서명날인 등

21) 임의적 참여인은 공증에서 조언 뿐만 아니라 공증받는 법률행위 등과 관련하여 법률관계를 둘러싸고 사후에 분쟁이 있을 때 증인으로서 역할을 기대하거나 중재를 기대하고 촉탁인 등이 참여시킬 것을 청구할 수도 있을 것이다. 그렇다면 하여도 그러한 기대도 크게 보아서는 촉탁인 등에 대한 조언자적 기능의 한 측면이라고 볼 수 있을 것이다.

22) ‘증서의 정확함’에 관하여 승인의 주체가 아니라는 점은 통역인도 같다.

출석한 ‘촉탁인 등’이 공증인이 작성한 증서에 관하여 승인이 있으면 공증인은 그와 같은 승인이 있었다는 취지를 기재하고 공증인과 열석자(列席者)가 각자 증서에 서명날인하도록 되어 있다(제38조제3항). 참여인을 참여시켜 공증을 하였을 때에는 참여인도 열석자(列席者)에 해당하므로 증서에 서명날인하여야 한다.

또한 증서에 서명하여야 하는 자 중에서 서명할 수 없는 자가 있는 경우에는 공증인이 그 사유를 증서에 기재하고 공증인과 참여인이 이에 날인하여야 한다(제38조제4항). 여기서 ‘촉탁인 등’이 여러사람인 경우 공증인과 함께 날인하는 참여인은 서명할 수 없는 자의 참여인만 해당하는가 아니면 서명할 수 없는 자의 참여인이 아니라도 일단 참여인으로서 참여하였으면 공증인과 함께 날인하여야 하는가 문제이다.

즉, 서명할 수 없는 자와 참여인이 피참여인(被參與人)²³⁾과 참여인(參與人)의 관계에 있을 때만 날인하는지 아니면 그러한 관계가 없어도 날인하여야 하는지의 문제이다. 문리해석(文理解釋)으로는 피참여인(被參與人)인지 여부를 따지지 않고 그 중 누군가 서명할 수 없는 자인 경우 참여인이 날인하여야 하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 후술하는 바와 같이 참여인이 피참여인(被參與人)의 보조자(補助者)에 해당한다고 보는 필자의 견해에 따르면 피참여인(被參與人)이 서명할 수 없는 자일 때 그를 위하여 참여한 참여인²⁴⁾만이 공증인과 함께 날인하고 그러한 관계가 없는 참여인은 날인할 필요가 없다고 본다.

증서에 문자를 삽입하거나 삭제할 때에는 공증인과 ‘촉탁인 등’ 뿐만 아니라 참여인도 날인하도록 되어 있다(제37조제3항). 그러나 증서가 수장에 이를 때 참여인의 간인이 필요하지 않은 것으로 규정하고 있다. 우리 공증인법이 참여인을 증서의 정확함을 승인하는 주체로 규정하고 있지 않다는 점에서 참여인의 날인이 있어야 하는 것으로 규정할 필요가 있는지는 의문이다.

최소한 삽입·삭제에 참여인의 날인이 필요하다면 간인에도 참여인의 간인이 필요한 것으로 하고 어느 하나가 필요하지 않다고 하면 다른 것도 필요하지 않은 것으로 하여 서로 균형을 맞추는 것이 타당하다고 본다. 일본은 이러한 경우 처음에는 입회인의 날인이 필요한 것으로 하였으나 나중에 이를 개정하여 공증인과 ‘촉탁인 등’의 날인만 있으면 되는 것으로 하였다(일본 공증인법 제38조제2항).

한편 증서상의 문자를 삽입하거나 삭제한 경우 또는 열석자(列席者) 중 서명할 수 없는

23) ‘촉탁인 등’이 맹자이거나 문자를 해독하지 못하여 참여인을 필요로 하는 ‘촉탁인 등’과 참여인의 참여를 청구하여 참여인이 참여하게 된 ‘촉탁인 등’ 모두 포함하여 참여를 받는 자란 의미로 피참여인(被參與人)이라는 용어를 사용한 것이고, 이하에서도 이와 같은 개념으로 사용한다.

24) 필요적 참여인이든 임의적 참여인이든 모두 다 해당된다.

자가 있을 경우에 참여인만이 공증인과 함께 날인하는 것으로 되어 있을 뿐이므로 통역인은 날인할 필요가 없다.

3. 참여인의 신원확인(身元確認) 및 결격사유부존재확인(缺格事由不存在 確認)에 관한 문제

공증인이 공정증서를 작성하기 위하여는 촉탁인의 성명을 알고 또한 이와 면식이 있어야 하고 만일 촉탁인의 성명을 모르거나 또는 그와 면식이 없을 때에는 주민등록증 기타 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 첨부된 증명서를 제출하게 하거나 공증인이 성명을 알고 면식도 있는 증인 2인으로 하여금 그 촉탁인이 상위 없음을 증명하게 하거나 기타 이에 준하는 확실한 방법에 의하여 상위 없음을 증명시켜야 한다. 다만 촉탁인이 외국국적자인 경우에는 여권 또는 대한민국에 주재하는 당해 외국국적자의 본국의 영사가 발행한 증명서로써 상위 없음을 증명시킬 수 있다(제27조제1항). 이는 대리인에 대하여도 똑같이 적용된다(제30조, 제27조).

우리 공증인법에는 참여인이 참여한 경우에는 참여인의 주소, 직업, 성명과 연령을 기재하도록 되어 있으나(제35조제9호) 신원확인에 관하여 따로 요구하고 있지 않다. 그렇다면 참여인의 경우에 참여인의 신원확인은 어떻게 하여야 하는가?

생각건대 참여인은 후술하는 바와 같이 ‘촉탁인 등’의 보조자(補助者)에 해당하므로 그 신원확인에 관하여 촉탁인이나 그 대리인만큼 엄격하게 하여야 하는 것은 아니라고 본다. 따라서 공증인은 상당한 주의를 기울여 참여인의 신원확인을 하면 된다.²⁵⁾ 경우에 따라서는 촉탁인이나 대리인 및 참여인에게 물어서 이를 확인하는 것도 가능하다고 본다.

한편 촉탁인이나 그 대리인이 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 경우에는 반드시 참여인을 참여시켜야 하고, 그 참여인은 후술하는 바와 같이 결격사유가 없어야 하지만 결격사유 유무에 관하여는 신원확인과 마찬가지로 공증인이 상당한 주의를 기울여 확인하면 된다. 참여인결격자가 참여한 경우에 공정증서가 무효로 되는 것은 별론으로 하고 공증인이 상당한 주의를 기울였다면 공증인에게서는 아무런 책임이 없다.²⁶⁾

VI. 참여인의 법적성격(法的性格)

25) 일본법무성 민사국편, 공증인법관계해설·선례집, 489면.

26) 일본법무성 민사국편, 앞의 책, 489면.

1. 앞서 본 바와 같이 공증인이 공정증서를 작성함에 있어서 어떤 사유가 있을 때 촉탁인 또는 그 대리인이 아닌 자를 입회시키는지 그리고 입회하는 자의 결격사유는 무엇인지 등에 관하여는 나라마다 차이가 있다. 당사자가 아니면서 증서작성에 참여하는 자가 어떠한 법적 성격을 갖는지는 입법적으로 어떻게 이를 규정하고 있는냐에 따라 다르다.

가령 스페인과 같이 생존자간의 공정증서를 작성할 때에 입회하는 제3자는 공증의 성립이나 공증인의 공증행위에 관한 증인이라고 봄이 타당하다. 법률행위의 종류에 따라 입회하도록 되어 있는 제3자는 공증인의 당해 법률행위에 관한 공증행위에 대한 증인이라고 봄이 타당하다. 또한 법률행위가 요식행위로 규정되어 있고 그 방식의 일환으로 제3자의 입회가 요구되는 경우에는 일반적으로 법률행위의 성립에 관한 증인이라고 볼 수 있을 것이다.²⁷⁾

2. 한편 출석한 ‘촉탁인 등’이 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자인 경우로서 작성된 공정증서의 기재사항을 포함한 증서내용이 틀림없이 작성된 것인지 확인할 수 없는 경우에 ‘촉탁인 등’을 위하여 그 증서내용을 확인하여 ‘촉탁인 등’에게 이를 알려주는 역할을 하는 제3자는 전술한 증인과는 분명히 다른 존재이다. 그가 공증인을 위한 존재가 아닌 것은 참여사유나 역할에 비추어 확실하다.²⁸⁾

또한 수인의 ‘촉탁인 등’이 있을 때 그 중 “맹자 또는 문자를 해독하지 못하는 자”에 해당하지 아니한 ‘촉탁인 등’을 위한 존재도 아니다. ‘촉탁인 등’이 맹자 또는 문자를 해독하지 못하는 경우에 소위 필요적 참여인을 참여시키도록 하고 있는 것에 비추어 이는 ‘맹자 또는 문자를 해독하지 못하는’ ‘촉탁인 등’을 위한 존재임이 분명하다.

그렇다면 필요적 참여인은 분명히 맹자 또는 문자를 해독하지 못하는 자를 대신하여 증서내용을 확인하여 알려줌으로써 ‘촉탁인 등’이 증서의 정확함을 승인하는 것에 관하여 그를 보조하여 주는 존재라고 볼 수 있다.

‘촉탁인 등’이 농자(聾者) 또는 아자(啞者)이거나 사회경험이 일천(日淺)하여 참여인을

27) ‘촉탁인 등’의 신체적 장애 중 증서내용의 확인과 무관한 장애로 인하여 서명할 수 없을 때 제3자의 입회를 요구하고 그의 서명을 받도록 하고 있다면 그 때의 제3자는 열석자(列席者)의 서명이 후일 공증의 성립에 관하여 다툼을 예방하는 의미가 있다는 점에서 미약하지만 공증인의 공증행위 또는 공증의 성립에 관한 증인으로서의 성격을 지니고 있다고 볼 수 있겠지만 그 때의 제3자도 기본적으로는 서명할 수 없는 자를 위하여 입회하기 때문에 서명할 수 없는 자의 서명을 대신 보조하는 보조자적 성격이 더 강하다고 볼 수 있다.

28) 참여인과 달리 통역인은 공증인을 위한 존재로서의 성격을 일정부분 지니고 있다고 할 수 있다. 제28조에서 “촉탁인이 국어를 해독하지 못하는 경우 …공증인이 증서를 작성하기 위하여는 통역인을 사용하여야 한다”라고 규정하고 있다.

참여시킬 것을 청구하여 참여한 소위 임의적 참여인도 참여를 청구한 ‘촉탁인 등’에게 도움을 하여 주는 자로서 보조적 존재임이 분명하다. ‘촉탁인 등’이 참여인으로부터 어떤 보조나 도움을 받기보다는 공정한 법률사실에 관하여 분쟁이 있을 때 중재를 기대하거나 타인에 대하여 법률사실의 증명을 기대한 경우라고 하여도 참여를 청구한 ‘촉탁인 등’을 위한 존재임을 부인할 수는 없을 것이다.

그렇다면 필요적 참여인의 경우에는 참여사유가 존재하는 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하기 위한 존재이고, 임의적 참여인의 경우에도 참여를 청구한 피참여인(被參與人)의 이익(利益)을 보호(保護)하기 위한 존재이다. 즉 참여인은 필요적 참여인이든 임의적 참여인이든 피참여인(被參與人)의 보조자(補助者)인 것이다.

3. 이와 같이 참여인이 촉탁행위에 관한 피참여인(被參與人)의 보조자(補助者)라는 점을 뒷받침하는 근거로는 무엇보다도 ‘촉탁인 등’이 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자인 경우 또는 ‘촉탁인 등’이 참여를 청구한 경우에는 반드시 참여인을 참여시켜서 공증을 하여야 한다는 점, 즉 참여사유에서 찾을 수 있다. 또한 참여인을 ‘촉탁인 등’이 선정한다는 점, 참여인은 증서내용을 확인하기만 할 뿐 증서내용의 틀림없음, 즉 증서의 정확함을 승인하는 자는 ‘촉탁인 등’이라는 점 등을 들 수 있다.²⁹⁾

또한 참여인이 피참여인(被參與人)의 보조자(補助者)라는 점은 대만 공증법의 개정과정을 보면 잘 드러나고 있다. 즉, 1943년 제정된 대만 공증법에 의하면 견증인의 결격자로 ① 미성년자, ② 금치산자, ③ 청구사건에 이해관계가 있는 자, ④ 청구사건에 대리인이거나 대리인이었던 자, ⑤ 공증인, 청구인 또는 그 대리인의 배우자, 미혼배우자,³⁰⁾ 가장, 가족 혹은 법정대리인 혹은 5촌 이내의 혈족 또는 3촌 이내의 인척, ⑥ 공증사무소의 사무장 또는 직원 등을 규정하고 있었다. 그 뒤 1974년 개정 공증법에서는 위 제4호 내지 제6호에서 규정하고 있는 자에 대하여는 쌍방 당사자가 동의하면 견증인으로 할 수 있다고 하였다.

1999년 개정되어 현재 시행 중인 대만 공증법에서는 위 제5호를 “공증인의 배우자, 직계혈족 혹은 직계인척”으로 개정하여(대만 공증법 제79조) ‘촉탁인 등’의 배우자, 가족 등을 결격자에서 제외함은 물론 또한 견증인을 두어야 하는 사유가 있어도 청구인³¹⁾이 포기

29) 참여인과 달리 증인은 공증인이나 촉탁인 등으로부터 독립하여 증서의 정확함을 승인하는 주체이다.

30) 사실혼 관계에 있는 배우자를 의미하는 것으로 보인다.

31) 우리나라의 촉탁인에 해당한다.

하고 또한 기록으로 명기한 경우에는 견증인을 두지 않아도 되는 것으로 하였다(동법 제 75조).³²⁾ 즉, 처음에는 촉탁인과 관련한 결격사유를 폭넓게 인정하다가 이를 삭제하는 것에서 나아가 현재는 견증인의 참여를 청구인이 포기할 수 있는 것으로까지 규정하고 있다. 그것은 견증인이 ‘촉탁인 등’을 위한 존재인 것이 반영된 결과임에 틀림없다.

우리 공증인법의 개정과정에서도 참여인의 보조자(補助者)로서의 법적 성격이 반영된 흔적을 찾아 볼 수 있다. 공증인법 제정 당시에는 공증인법 제33조제3항제2호로 공증인 결격자를 참여인결격자의 하나로 규정하였는데 1985년 9월 14일 개정에서 이를 삭제하였다. 이는 맹자나 문자를 해독하지 못하는 ‘촉탁인 등’이 공증을 받고자 하는 경우에 참여인의 자격이 너무 까다롭게 되어 있다는 점이 반영된 것으로 이는 분명 참여인의 지위가 ‘촉탁인 등’을 위한 존재임이 드러나 보인 것으로 생각된다.

VII. 참여인의 선정(選定)과 보조능력(補助能力) 및 참여인결격자(參與人缺格者)

1. 참여인의 선정

참여인은 ‘촉탁인 등’의 촉탁행위에 관한 보조자(補助者)로서 출석한 ‘촉탁인 등’을 위한 존재이므로 그 선정은 당연히 출석한 촉탁인이나 또는 그 대리인이 하여야 한다(제33조제1항). 이는 임의적 참여의 경우 뿐만 아니라 필요적 참여의 경우도 마찬가지이다. 공증인법 제33조 제3항은 참여인이 될 수 없는 자를 정하고 있으므로 이러한 결격사유가 없는 자 중에서 선정하여야 한다. 다만, 이는 필요적 참여의 경우에만 적용되고 임의적 참여의 경우 즉 촉탁인이 참여사유가 존재하지 않지만 참여시켜서 공증을 하여 줄 것을 청구하여 참여한 경우에는 적용되지 않는다(제33조제3항 단서).

‘촉탁인 등’이 수인인 경우에는 당연히 맹자 또는 문자를 해독하지 못하는 자에 해당하는 자 즉 참여사유가 있는 ‘촉탁인 등’이 선정한다.

참여인을 참여시켜야 하는 사유와 통역인을 사용하여야 하는 사유가 중첩적으로 존재하는 경우에는 참여인도 있어야 하고, 통역인도 있어야 하는데 이 때 참여인은 통역인을 겸할 수 있다(제33조제2항).

32) 대만입법원 홈페이지 <http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw> 제공 자료참조.; 법무부 법무실, 대만공증법 번역자료 제공.

2. 보조능력

참여인은 전술한 바와 같이 공증을 촉탁하기 위하여 출석한 ‘촉탁인 등’이 맹자 또는 문자를 해독하지 못하는 자인 경우에 그를 위하여 공증인이 작성한 증서를 확인하여 ‘촉탁인 등’에게 알려주는 자이다. 따라서 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자를 참여인으로 참여시켜서는 아무런 의미가 없다. 즉 참여인은 당연히 직접 눈으로 볼 수 있는 자이어야 하고, 동시에 문자를 해독할 줄 알아야 한다. 이와 같이 볼 수 있고 동시에 문자를 해독할 줄 아는 능력을 보조능력(補助能力) 또는 참여능력(參與能力)이라고 부를 수 있을 것이다. 이와 같이 참여인은 적극적으로 보조능력을 가지고 있어야 하므로 맹자이거나 문자를 해독할 줄 모르는 자는 참여인이 될 수 없는 것이다.

한편 참여인이 적극적으로 보조능력을 가지고 있어야 한다는 것은 반대로 뒤집어 보면 참여인이 소극적으로 보조능력을 가지고 있지 않으면 참여인이 될 수 없다는 것과 같다. 따라서 이와 같이 보조능력을 가지고 있지 아니한 자, 즉 보조무능력자를 사실상 결격자라고 분류할 여지도 있다.³³⁾

그러나 이는 적절하지 않은 용어이다. 왜냐하면 참여인 결격사유 또는 참여인결격자에 관한 사항은 그 사유가 부존재하여야 한다는 소극적 개념으로, 법률에 열거된 경우에 한하여 비로소 참여인결격자에 해당한다고 보아야 하므로 법률에 명시적으로 열거하고 있지 아니한 자를 함부로 확대해석하여 결격자로 볼 수 없기 때문이다. 또한 이와 같이 보조능력이라는 적극적 개념을 사용하면 후술하는 바와 같이 민법 제1072조제2항에서 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인이 될 수 없는 자로서 ‘공증인법에 의한 결격자’의 의미를 명확하게 해석할 수 있는 실익이 있다.

즉, 보조능력이라는 적극적 개념을 사용하면 보조능력이 없는 자는 참여인이 될 수 없는 자에 해당하지만 참여인결격자는 아니다. 참여인의 경우에 보조능력이 필요하듯이 유언에 참여하는 증인의 경우에도 유언증서의 정확함을 승인할 능력, 즉 ‘승인능력’ 또는 ‘증명능력’이 필요한 것으로 설명될 수 있고, 그 능력이 무엇인지는 민법 유언에 관한 규정 자체로부터 규명되는 것이며, 민법 제1072조제2항에서 비록 ‘공증인법에 의한 결격자’라고 규정하고 있어도 보조능력이 없는 자까지 ‘공증인법에 의한 결격자’로 볼 것은 아니라고 설명될 수 있는 것이다.³⁴⁾

33) 국내에 참여인에 관한 연구가 거의 없어 참여인에 관하여 이러한 분류를 사용하고 있는 예를 찾아 볼 수는 없으나 유언에 참여하는 증인에 관하여는 대체로 이러한 분류를 사용하고 있으므로 참여인의 경우에도 이러한 분류가 가능할 것이다.

3. 참여인결격자(參與人缺格者)

(1) 서론

공증인법 제33조제3항은 필요적 참여의 경우 일정한 자는 참여인이 될 수 없음을 규정하고 있다. 참여인 결격사유를 논할 때 일반적으로 무엇을 결격사유로 규정할 것인지는 대체로 크게 세 분류로 나누어 볼 수 있다. 첫째로 참여인으로 될 자가 갖는 속성에 따라 결격자로 규정하는 경우, 둘째로 참여인으로 될 자와 촉탁사항 또는 ‘촉탁인 등’과의 관계를 따져 결격자로 규정하는 경우, 셋째로 참여인으로 될 자와 공증인과의 관계를 따져 결격자로 규정하는 경우가 그것이다.

첫째는 촉탁사항 또는 ‘촉탁인 등’과의 관계의 유무와 무관하게 참여인으로 될 자가 갖는 속성에 따라 결격자로 되므로 절대적 결격자라고 부를 수 있다. 둘째는 대상자와 촉탁사항 또는 ‘촉탁인 등’과의 관계를 따져 결격자 여부가 결정되므로 상대적 결격자라고 부를 수 있다. 셋째는 공증인과의 관계에 따라 결격자로 되므로 당해 공증인과의 관계에서는 대상자의 속성이라고 볼 수도 있어 절대적 결격자의 범주로 생각할 수 있을 것이다. 그러나 당해 공증인이 아닌 다른 공증인과의 관계에서는 결격사유에 해당하지 않는다는 점에서 상대적 결격자라고 할 수도 있다.

우리 공증인법 제33조제3항에서 규정하고 있는 결격자 중에서 미성년자(제1호), 서명할 수 없는 자(제3호)는 첫 번째 범주에 속하고, 촉탁사항에 이해관계가 있는 자(제4호), 촉탁사항에 관하여 대리인 또는 보조인이나 대리인 또는 대리인이었던 자(제5호), 촉탁인이나 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자, 동거인(제6호 중 일부)은 두 번째 범주에 속하며, 공증인의 배우자, 친족, 피용자, 동거인(제6호 중 일부) 및 공증인의 보조자(補助者)(제7호)는 세 번째 범주에 속한다. 이와 같은 분류방법은 후술하는 바와 같이 결격자의 해석과 관련하여 매우 의미가 있다.

(2) 절대적 결격자

1) 미성년자(제1호)

34) 이렇게 본다면 맹자도 구체적인 경우에 따라 민법 제1068조에서 정한 증서의 정확함을 승인할 능력이 있으면 증인이 될 수 있다는 주장이 가능하다.

참여인은 피참여인의 촉탁행위에 관한 보조자(補助者)로서 피참여인의 이익을 보호하는 자로서 최소한 행위능력자임을 요하는 것으로 규정함은 당연하다. 이에 우리 공증인법도 행위무능력자인 미성년자를 참여인결격자로 규정한 것이다. 20세에 이르지 않았으나 혼인하여 성년으로 의제되는 경우에는 성년으로 간주되므로 결격자가 아니다(민법 제826조의2). 성년으로 의제된 자가 이혼한 경우 아직 20세에 이르지 않았다고 하여도 미성년자로 되지는 않는다.³⁵⁾

우리 공증인법은 행위무능력자 중에서 미성년자에 대하여만 명문으로 참여인결격자로 규정하고 있을 뿐, 한정치산선고나 금치산선고를 받은 자에 대하여는 결격자로 정하고 있지 않다. 이는 입법상의 오류이다.

원래 공증인법 제정 당시에는 제2호 “제13조의 공증인결격자”에 금치산자와 한정치산자가 포함되어 있었다. 그런데 1985년 9월 14일 공증인법 개정으로 제2호를 전부 삭제하는 것으로 개정하면서 이러한 오류가 발생하였다. 공증인법 제13조의 공증인결격자의 하나로 금치산자 또는 한정치산자를 공증인결격자로 규정하고 있었으므로 이에 대하여는 살려두어야 할 것을 간과하고 입법상 부주의로 위 제2호를 전부 삭제해버린 탓이다.

금치산자나 한정치산자를 참여인결격자에서 삭제할 아무런 이유가 없고 피참여인의 이익을 보호하기 위하여 존재하는 참여인제도의 취지에 비추어 금치산자나 한정치산자는 입법적으로 참여인결격자로 다시 규정되어야 한다.

2) 서명(署名)할 수 없는 자(제3호)

서명할 수 없는 자를 참여인의 결격자로 하고 있는 이유는 참여인이 맹자 또는 문자를 해독하지 못하는 피참여인을 위하여 촉탁행위에 관한 보조자(補助者)로서 공증에 참여하는 것이므로 그의 참여사실을 열석자로서 서명날인하도록 함으로써 증서에 확실히 남겨놓을 필요가 있으므로 서명할 수 없는 자를 참여인결격자로 규정한 것이다.

서명할 수 없는 자란 서명, 즉 성명을 자서한 것에 관하여 후에 서명자의 필적임을 육안이나 경우에 따라서는 필적 감정을 통하여 인정할 수 있는 정도에 이르지 않는 자를 의미한다. 따라서 일시적으로 손이나 팔을 다쳐 성명을 자서할 수 없거나 자서하여도 그의 서명임을 인정할 수 없는 정도라면 참여인결격자라고 하여야 한다. 서명할 수 없는 자도 절대적 결격자에 해당한다.

35) 박윤직, 『민법총칙』, 박영사, 2007, 90면.; 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 2005, 765면.

(3) 상대적 결격자

상대적 결격자인 경우에는 촉탁인이나 촉탁사항과의 상대적인 관계에 따라 결격자 여부가 결정된다. 촉탁인이나 촉탁사항과의 관계로 보아 피참여인(被參與人)의 보호에 적당하지 아니한 자를 결격자로 정하고 있는 것이다. 상대적인 관계에는 피참여인(被參與人)과의 관계와 피참여인(被參與人)의 상대방과의 관계로 나누어진다.

우리 공증인법은 누구와 상대적 관계에 따라 결격자로 되는지에 관하여 분명하게 규정하고 있지는 않다. 문리해석(文理解釋)으로는 피참여인(被參與人)이든 아니든 촉탁인이나 그 대리인이기만 하면 또는 촉탁사항에 관하여 이해관계가 일치하거나 상반되거나 관계없이 이해관계가 있거나 하면 결격자로 보아야 한다. 그러나 이는 참여인제도를 둔 취지로 볼 때 도저히 수긍할 수 없는 해석이다.

참여인은 전술한 바와 같이 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하기 위하여 존재하는 자로서 피참여인(被參與人)의 補助者인데 피참여인(被參與人)을 위하여 대리인 또는 보조인으로 있는 자나 그러한 지위에 있었던 자는 물론 피참여인(被參與人)이 최종적으로 믿고 의지할 수 있는 피참여인(被參與人)의 배우자, 친족조차도 참여인이 될 수 없다고 하는 이상하고도 해괴한 결과가 된다. 피참여인(被參與人)이 자신과 가깝고 믿을 수 있는 자를 참여인으로 참여시키지 못하고 그 보다 먼 그리고 덜 미더운 자를 참여시켜야 한다는 결과가 된다. 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자가 공증을 받고자 하는 경우 가족이나 가까운 사람을 참여인으로 참여시키지 못하면 참여인으로 참여시킬 자를 구하는 것도 쉬운 일이 아닐 것이다. 결과적으로 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자는 공증을 받기가 매우 까다롭게 된다. 누구보다도 법률행위 기타 법률관계에서 공증을 통하여 보호받아야 할 필요가 있는 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자에 대하여 더 차별하는 이상한 결과가 된다.

이와 같은 사정을 종합하여 볼 때 공증인법 제33조제3항에서 상대적 결격자로 정하고 있는 자는 어디까지나 피참여인(被參與人)이나 피참여인(被參與人)의 상대방과의 관계에서 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하는데 적당하지 아니한 자로 한정적으로 해석하는 것이 타당하다.

1) 촉탁사항에 관하여 이해관계있는 자(제4호)

촉탁사항에 이해관계있는 자란 무엇을 의미하는가? 촉탁사항이 참여인이 되고자 하는 자에게는 이익이 되고 피참여인(被參與人)에게는 불이익이 되는 관계에 있을 때 참여인이 되고자 하는 자가 바로 촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자에 해당한다고 본다. 촉탁사항

에 관하여 피참여인(被參與人)과 이해관계 있는 자를 참여인결격자로 한 취지는 이해관계가 대립되면 촉탁인 등의 촉탁행위에 관한 補助者로서의 역할에 충실하기 보다는 자신의 이익에 치우치기 쉬우므로 참여인결격자로 하고 있는 것이다.

반대로 촉탁사항이 참여인이 되고자 하는 자에게는 불이익이 되고 피참여인(被參與人)에게는 이익이 되는 관계에 있을 때 참여인이 되고자 하는 자는 촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자에 해당하지 않는다고 본다. 왜냐하면 이해관계가 있다고 하여도 참여인이 되고자 하는 자에게는 불이익이 되고 피참여인(被參與人)에게 이익이 되는 경우에 굳이 참여인이 되고자 하는 자를 참여인결격자로 할 필요가 없기 때문이다.

쌍무계약에 있어서 상대방이 가장 대표적인 이해상반관계에 있는 자에 해당한다. 쌍무계약 자체에 관하여 공정증서를 작성하는 것을 촉탁하는 경우 당사자 일방은 다른 일방을 위하여 참여인이 될 수는 없음은 당연하다. 다만, 그 근거는 이해상반관계에 있는 자로 설명할 수도 있으나 후술하는 바와 같이 필요적 공동촉탁관계상 제3자가 될 수 없으므로 명문으로 참여인결격자로 규정하고 있지 않아도 당연히 참여인이 될 수 없다고 해석할 수도 있을 것이다. 쌍무계약이든 편무계약이든 계약체결 후 상대방에 대하여 계약을 해제하거나 취소하는 단독행위에 관하여는 그 상대방은 이해상반관계에 있는 자에 해당한다. 촉탁사항이 제3자를 위한 계약에 관한 것인 경우의 제3자나 부담부 증여에 관한 것인 경우 부담의 이익을 받는 자도 이해관계 있는 자에 해당한다.

여기서 참여인이 되고자 하는 자에게 이익이 된다는 것은 반드시 직접적인 이익만을 의미하지는 않고 참여인제도의 취지에 비추어 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하는데 지장이 있으면 이해관계 있는 자에 해당한다고 보아야 한다.

또한 연대보증인이 주채무자를 피참여인(被參與人)으로 하여 참여인이 되는 것은 피참여인(被參與人)에게는 이익이 되므로 인정되지만 주채무자가 연대보증인을 피참여인(被參與人)으로 하여 참여인이 되는 것은 안된다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

요컨대 참여인결격자로서 촉탁사항에 이해관계 있는 자에 해당하는지에 관하여는 구체적으로 참여인으로 될 자가 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하는데 적합하냐 적합하지 않느냐를 기준으로 하여서 그 때 그 때 경우에 따라서 결정되어야 할 것이다.

2) 촉탁사항에 관하여 대리인 또는 보조인이나 대리인 또는 보조인이었던 자(제5호)

촉탁사항에 관하여 대리인이나 보조인을 참여인결격자로 한 취지는 대리인이나 보조인은 보통 피대리인이나 피보조인과 신뢰관계에 기초하여 대리인이나 보조인이 되는 것으로서 피대리인이나 피보조인을 위한 존재이므로 그 상대방을 위하여 보조자(補助者)의

일종인 참여인이 될 수 없도록 하기 위하여 규정한 것이다. 따라서 전술한 바와 같이 피참여인(被參與人)과의 관계상 피참여인(被參與人)의 이익의 보호에 저해되는 “피참여인(被參與人)의 상대방”의 대리인이나 보조인에 한하여 참여인결격자로 보아야 하고, 촉탁사항에 관하여 피참여인(被參與人)의 대리인이나 보조인은 참여인이 될 수 있다.

주의할 점은 현재 그러한 지위에 있는 자에 한하지 않고 과거 그러한 지위에 있었던 대리인이나 보조인이었던 자도 결격자로 정하고 있다는 사실이다. 이처럼 현재 뿐만 아니라 과거에 그러한 지위에 있었던 자도 참여인결격자로 한 것은 보통은 대리인이나 보조인은 피대리인이나 피보조인과의 신분관계에 기초하여 정하여지거나 신뢰관계에 기초하여 선임되고, 또한 만일 과거에 그러한 지위에 있었던 자를 참여인결격자에서 제외한다면 즉석에서 대리인관계나 보조인 관계를 해소하여 결격사유를 없게 할 수도 있기 때문이다.

여기서 대리인이라 함은 반드시 민법상의 임의대리인이나 법정대리인은 물론 소송대리인이나 민법상의 특별대리인 또는 재산관리인도 여기에 포함되고 상사에 관한 것이라면 지배인도 여기에 포함된다. 형사사건과 관련하여 합의를 하고 이에 관하여 공증을 하는 경우라면 형사상 대리인도 포함된다. 친권자 또는 후견인과 같은 피참여인(被參與人)의 상대방의 법정대리인은 일반적으로 법정대리인으로 되는 것이므로 촉탁사항과 관계를 따질 것 없이 피참여인(被參與人)의 상대방과의 관계만 인정되면 촉탁사항에 관하여 법정대리인인 자로 인정된다. 그러나 임의대리인의 경우에는 촉탁사항에 관하여 구체적으로 대리인관계가 인정되어야 한다. 또한 공증인법상의 촉탁대리인도 기히 이루어진 공증에 관하여 다시 공증을 하는 경우라면 이에 해당한다.

보조인(補助人)이라 함은 원래 형사소송법상의 개념으로 일정한 신분관계에 기한 정의(情誼)에 의하여 피고인 또는 피의자의 이익을 보호하는 보조자(補助者)를 말한다. 신분관계에 기한 정의(情誼)의 발현으로 자진하여 피고인 또는 피의자의 보조인으로 된 자라는 점에서 법률전문가가 법률적 측면에서 피고인·피의자를 보조하는 변호인과 구별된다. 형사소송법에서는 법정대리인, 배우자, 직계혈족, 형제자매는 피고인 또는 피의자의 보조인³⁶⁾이 될 수 있다고 규정하고 있다(형사소송법 제29조제1항). 보조인은 변호인과 같이 선임되는 것이 아니라 보조인이 되고자 하는 자가 서면으로 신고하면 족하다.

보조인의 신고는 보조인이 되고자 하는 자가 피고인 또는 피의자와 법정대리인, 배우자, 직계혈족, 형제자매와 같은 신분관계에 있다는 점을 소명하는 서면을 첨부하여 심급마

36) 형사소송법에는 보조인(補助人)이라 규정되어 있다. 그러나 현행법상으로는 보조인(補助人)이든 보조인(補助人)이든 같은 의미로 사용되고 있는 것 같다.

다 이를 하여야 한다. 보조인은 변호인과 같은 광범위한 권한이 인정되지 않지만 독립하여 피고인 또는 피의자의 명시한 의사에 반하지 아니하는 소송행위를 할 수 있다. 다만 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다(제29조제3항).³⁷⁾

보조인제도는 이와 같이 원래 형사소송법상의 개념으로 피고인이나 피의자의 이익을 보호하는 보조자(補助者)이다. 그러나 현재는 꼭 형사소송법 뿐만아니라 다른 법령에서도 더러 보조인제도를 인정되고 있고 보조인(補助人)으로 인정하는 범위나 그 의미도 꼭 일치하는 것은 아니다. 그러나 대체로 보조인은 피보조인 즉 보조를 받는 자를 위한 존재로서 보조를 받는 자의 이익을 보호하는 역할을 수행함에 있어서는 서로 유사한 지위에 있다. 따라서 형사소송법상의 보조인은 물론 다른 법령에서 인정하고 있는 보조인도 피보조인의 상대방에 대하여 참여인결격자에 해당한다고 보아야 한다.

현행법상 보조인제도를 두고 있는 것으로는 형사소송법 외에도 군사법원법상의 보조인(제66조), 가사소송법상의 보조인(제7조), 소년법상의 보조인(17조), 가정폭력범죄의 처벌에 관한 특례법상의 보조인(제28조), 노인복지법상의 보조인(제39조의 8), 아동복지법상의 보조인(제28조) 등이 있다.³⁸⁾ 따라서 이들 보조인들은 보조와 관련된 사항에 관하여 공증촉탁을 할 경우 피보조인의 상대방을 위하여는 참여인결격자에 해당한다.

공증인법상의 참여인은 여기서 말하는 보조인에 해당하는가. 참여인도 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하는 지위에 있기 때문에 긍정하여야 한다. 따라서 당사자 쌍방이 맹자인 경우 같은 참여인이 쌍방을 위하여 참여하는 것은 허용되지 않는다.

3) '촉탁인 등'의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자, 동거인(제6호 중 일부)

원래 제6호는 '촉탁인 등'과 일정한 신분관계를 맺고 있는 자 뿐만 아니라 공증인과 일정한 신분관계를 맺고 있는 자도 함께 규정하고 있다. 그러나 이는 전혀 성격이 다른 결격사유이므로 공증인과 일정한 관계가 있는 자는 후술하기로 한다. 공증인법 제정 당시에는 '촉탁인 등'의 배우자, 친족, 동거의 호주 또는 가족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인이라고 되어 있었으나 민법개정으로 인하여 호주제와 가(家)의 개념이 폐지됨으로써 호주나 가족개념이 없어지면서 이를 반영하여 공증인법도 개정되었다.

'촉탁인 등'과 일정한 관계가 있는 자를 결격자로 규정한 취지는 전술한 바와 같이 피참

37) 이재상, 『형사소송법(전정판)』, 박영사, 151면~152면.

38) 피보조자(被補助者)의 법적 이익을 보호하는 것을 임무로 하지 않고 장에 그 자체를 보조하는 의미의 활동 보조인은 여기서의 보조인에 해당하지는 않는다(가령 장애인복지법 제53조의 활동보조인이나 장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률 시행령 제16조의 보조인).

여인(被參與人)의 이익을 보호하는데 적합하지 아니하기 때문에 결격자로 규정한 것이다. 따라서 그냥 ‘촉탁인 등’의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인이라고 되어 있지만 이는 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하기 위한 보조자(補助者)로 적합하지 아니한 이해관계가 대립되는 “상대방 ‘촉탁인 등’”의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인을 의미한다.

또한 배우자, 친족이라고 따로 규정하고 있지만 우리 민법상 친족 속에는 혈족, 인척, 배우자가 포함되므로 배우자를 따로 규정할 필요는 없다. 또한 우리 민법에 의하면 친족에 속하는 혈족은 8촌 이내이어야 하고 인척은 4촌 이내이어야 한다(민법 제777조).

피용자는 ‘촉탁인 등’이 사용하는 자를 의미한다. 그러나 반드시 지배종속관계나 고용관계가 성립하는 경우만을 의미하는 것은 아니고 계약관계가 없어도 어떤 연유에서든 ‘촉탁인 등’이 그를 사용하고 있고, 그 사용관계가 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하는데 적합하지 아니한 정도이면 피용자에 해당한다고 본다. 이러한 의미에서 수인의 촉탁인 중 법인이 있는 경우, 촉탁인 법인의 이사는 법인의 피용자에 해당한다고 본다. 따라서 법인의 상대방이 참여사유가 있을 때 즉 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자일 때 법인의 이사는 상대방을 위한 참여인이 될 수 없는 것이다.

동거인은 함께 사는 자를 의미한다. 반드시 주민등록을 함께 하고 있어야 하는 것은 아니고 함께 거주하고 있으면 된다.

(4) 공증인과의 관계에 따른 결격자

공증인과 일정한 관계가 있는 자를 참여인결격자로 한 취지는 참여인이 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하는 역할을 제대로 수행하도록 하기 위하여는 공증인의 지배력의 범위 내에 있는 자가 참여인이 되지 않도록 할 필요가 있기 때문이다.

1) 공증인의 배우자, 친족, 피용자 또는 동거인(제6호 중 일부)

문리해석(文理解釋)대로라면 공증인의 법정대리인도 포함되어 있는 것으로 볼 수 있으나 공증인의 법정대리인이란 존재할 수 없으므로 법정대리인은 ‘촉탁인 등’의 법정대리인만을 의미한다. 배우자, 친족의 관계 및 개정경위는 전술한 바와 같다.

공증인의 피용자는 공증인의 보조자(補助者)와는 다른 개념으로 공증인법 제6조에 의하면 공증인은 다른 공무를 겸하거나 상업을 경영하거나 또는 상사회사나 영리를 목적으로 하는 사단법인의 대표자나 사용인이 될 수 없으므로 공증인의 피용자란 존재할 수 없는

것이 원칙이나, 그 단서규정에 의하면 법무부장관의 허가를 얻은 때에는 예외로 한다고 하였으므로 공증인이 법무부장관의 허가를 얻어 상업을 경영하는 등하여 사용자가 된 경우 그 피용자를 말한다. 또한 법무법인 등이 공증을 하는 경우에는 소송보조자 등 공증보조자가 아닌 자로서 법무법인 등에 고용되어 있는 자도 모두가 이에 해당한다. 법무법인의 소속 변호사도 이에 해당한다.

피용자의 개념은 전술한 바와 같이 반드시 지배종속관계나 고용관계가 성립하고 있어야 하는 것은 아니고 어떤 원인으로든 어떤 자를 사용하고 있고 그 사용관계가 촉탁인의 참여인으로서 촉탁인의 이익을 보호하는데 적합하지 아니할 정도이면 피용자로 보아야 한다. 이러한 점에서 법무법인의 구성원 변호사나 임명 공증인이 합동사무소를 설치한 경우 공증을 담당하지 않은 공증인도 피용자에 속하거나 본 호를 유추하여 참여인결격자에 해당한다고 본다.

또한 피용자와 관련하여 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합이 직접 사용인이 아니고 법무법인 등에 속해 있는 공증담당 변호사가 사용인인 경우, 그 피용자는 본 호의 공증인의 피용자에 해당하는가?

원래 변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 상업 기타 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 될 수 없다(변호사법 제38조제2항). 따라서 반대해석상 소속 지방변호사회의 허가가 있으면 상업 기타 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 될 수 있다. 법무법인 등이 공증인이고 공증담당변호사는 공증 업무를 집행하는 자이지만 공증담당변호사가 업무집행사원이나 이사로 있는 법인의 피용자는 본 호를 직접 바로 적용할 수는 없겠지만, 본 호를 유추하여 참여인결격자라고 보는 것이 타당하다고 본다.

2) 공증보조자(제7호)

공증보조자는 공증인에게 고용되어 공증업무를 보조하는 자를 말한다. 공증인보조자는 소속 지방검찰청 검사장에게 신고하여야 한다. 그러나 신고를 마친 보조자만을 의미하지는 않는다고 해석하여야 한다.

(5) 수인이 함께 촉탁인이 된 경우의 문제

수인이 함께 촉탁인이 된 경우에 그 중 일부가 다른 일부에 대하여 참여인이 될 수 있는가 문제이다. 우리 공증인법은 수인이 함께 촉탁하는 경우, 다른 촉탁인을 위하여 참여인

이 될 수 있는지에 관하여 아무런 규정이 없다. 촉탁인도 촉탁사항에 이해관계 있는 자에 해당하거나 촉탁사항에 관하여 대리인 등에 해당하는 등의 참여인 결격사유가 없다면 다른 촉탁인을 위하여 참여인이 될 수 있다는 견해가 있을 수 있다. 이와 반대로 촉탁인은 촉탁사건에 있어서 참여인이나 통역인 또는 그 밖의 어떤 존재도 아닌 촉탁인 바로 그 자체이므로 참여인이 될 수 없다는 견해가 있을 수 있다.

수인이 함께 공증을 촉탁하는 소위 공동촉탁은 반드시 공동촉탁을 하여야 하는 경우도 있고, 반드시 공동으로 하여야 하는 것은 아니지만 공동촉탁도 가능한 경우로 나누어 볼 수 있다. 전자를 일용 필요적 공동촉탁, 후자를 임의적 공동촉탁이라고 부를 수 있을 것이다. 가령 금전소비대차계약에 관하여 공정증서작성을 촉탁하는 것은 반드시 쌍방이 공동으로 촉탁하여야 한다는 점에서 필요적 공동촉탁이라고 할 수 있다. 이 경우 연대보증인이 있는 경우 연대보증계약은 채권자와 연대보증인간의 계약이므로 연대보증에 관한 공정증서작성도 필요적 공동촉탁이다. 그런데 금전소비대차계약과 연대보증계약에 관한 공정증서작성은 함께 촉탁할 수도 있고 따로 촉탁할 수도 있다. 이 경우 주채무자와 연대보증인의 관계는 임의적 공동촉탁관계로 설명될 수 있다.

필요적 공동촉탁은 촉탁인 쌍방이 반드시 함께 공동으로 공증을 촉탁하여야 하는 하나의 촉탁으로 촉탁인 상호간에는 반드시 이해관계가 대립되는 관계일 수밖에 없다. 따라서 필요적 공동촉탁관계에 있는 촉탁인 상호간에는 그 중 한 쪽 당사자가 다른 당사자를 위하여 참여인이 될 수는 없다.

이에 반하여 임의적 공동촉탁은 하나의 촉탁이 아닌데 우연히 공동으로 촉탁한 것에 불과하므로 그 중 필요적 공동촉탁관계에 있지 아니한 촉탁인이 다른 촉탁인을 위하여 참여하는 것은 법리상 아무런 문제가 없다고 본다. 이 경우 참여인이 되고자 하는 촉탁인은 다른 참여인 격사유가 없어야 함은 물론이다.

(6) 민법 제1072조 '공증인법에 의한 결격자'의 의미

1) 전술한 바와 같이 참여인에게에는 보조능력이 있어야 한다면, 유언에 참여하는 증인은 증인의 역할 즉 증서의 정확함을 승인할 능력, 즉 소위 '승인능력' 또는 '증명능력'이 있어야 한다. '공정증서에 의한 유언'에 참여하는 증인의 '승인능력' 또는 '증명능력'은 민법 제1068조로부터 도출할 수 있을 것이다. 참여인에게 요구되는 보조능력과 증인에게 요구되는 승인능력은 전혀 성격이 다르므로 보조능력이 없다고 반드시 승인능력도 없다고 볼 수는 없다.

따라서 맹자의 경우에는 맹자인 사실 그 자체로 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인이 될 수 없는 것은 아니고, 참여인의 보조능력에 대응하는 증인의 증명능력 또는 승인능력만 있으면 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인이 될 수 있는 것이다.³⁹⁾

2) 증인결격자에 관하여 우리 민법은 제1072조제1항에서는 유언에 참여하는 모든 증인의 경우에 해당하는 공통적인 결격자를 정하고 있고, 제2항에서는 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 경우에만 해당하는 결격자를 정하고 있다. 제2항에 의하면 ‘공증인법에 의한 결격자’는 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인이 되지 못하는 것으로 규정하고 있다. 입법례마다 증인결격자의 범위가 다르게 규정되어 있지만 유언에 참여하는 증인에 대하여는 거의 대부분 민법에서 직접적으로 명확하게 규정하고 있다.

아무튼 우리 민법은 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 결격자에 관하여 이와 같이 ‘공증인법에 의한 결격자’라고 하여 애매하게 규정함으로써 민법과 공증인법의 양쪽에 걸쳐 있어 그에 대한 연구가 한 동안 방치되다시피 하였다. 그러던 중 최근 유언에 대한 사회적인 관심이 고조됨을 계기로 이에 대한 연구도 활발하여지고 있는 것은 다행이다.

통설에 따르면 ‘공증인법에 의한 결격자’란 공증인법 제33조제3항 각 호가 규정하고 있는 자를 의미한다고 하면서 공증인법 제33조제3항 각 호에서 정한 자를 그대로 나열하거나⁴⁰⁾ 일부만 나열하고⁴¹⁾ 있는 정도에 그치고 있다. 판례는 통설에 따라 공증인법 제33조제3항 각 호가 규정하고 있는 자를 의미한다고 하면서도 구체적인 적용에 있어서는 서로 상반된 입장의 판결이 있어 실무상 혼란을 부추기고 있는 실정이다.⁴²⁾

3) 소위 ‘공증인법에 의한 결격자’란 공증인법 제33조제3항 각 호가 규정하고 있는 자를 의미한다고 보는 견해에 필자 역시 기본적으로는 찬동한다. 그러나 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 결격자와 관련하여서 공증인법 제33조제3항 각 호의 해석에 관하여 기존 학설이나 판례에 전혀 찬성할 수 없다.

첫째, 일부 판례⁴³⁾나 그 판례에 동조하는 일부 학설⁴⁴⁾은 공증인법 제33조제3항 단서를

39) 맹자와 달리 문자를 해독하지 못하는 자는 보통 유언의 취지를 이해할 수 없으므로 소위 ‘승인능력’ 또는 ‘증인능력’이 없다고 본다.

40) 김주수, 『친족상속법(제6전정정보판)』, 박영사, 662면.; 박동섭, 『친족상속법』, 박영사, 2003, 595면~596면.

41) 박윤직, 『친족상속법(민법강의Ⅵ)』, 박영사, 2004, 227면.

42) 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다35533 판결.; 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다45509 판결.

43) 위 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다45509 판결이 대표적이다.

‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 결격자에도 적용되는 것으로 하여 유언자가 증인으로 참여시킬 것을 청구하는 경우에는 증인결격사유가 해소되는 것으로 해석하고 있다. 그러나 이는 전술한 바와 같이 참여인의 법적 성격 특히 필요적 참여인과 임의적 참여인의 차이 및 공증인법 제33조제3항 본문 및 단서에 관한 규정을 전혀 이해하지 못한 결과이다.

둘째, 제33조제3항 각 호는 각종 계약에 관한 법률행위에 관하여 작성되는 공정증서를 작성할 경우를 상정하여 정하여진 것이다. 이에 반하여 유언은 대리가 허용되지 않고, 상대방 없는 단독행위이므로 위 조항 각 호에서 정한 자에 해당하는 자가 아예 존재할 수 없는 경우가 있다.

우선 유언에는 대리가 허용되지 않으므로 위 각 호에서 대리인, 법정대리인과 관계된 자라는 개념이 유언에는 존재할 수 없어 증인의 결격자를 논함에 있어서도 이에 해당하는 부분은 적용될 여지가 없다. 또한 유언은 상대방 없는 단독행위인데 제33조제3항제5호 및 제6호 중 촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인은 전술한 바와 같이 모두 피참여인(被參與人)의 상대방 ‘촉탁인 등’을 의미하므로 유언에는 이러한 개념이 존재할 수 없어 증인의 결격자를 논함에 있어서 이에 해당하는 부분 역시 적용될 여지가 없다. 그렇다면 결국 민법 제1072조제2항의 ‘공증인법에 의한 결격자’란 ① 미성년자, ② 서명할 수 없는 자, ③ 촉탁사항에 관하여 이해관계있는 자, ④ 공증인의 배우자,⁴⁵⁾ 친족, 피용자 또는 동거인, ⑤ 공증인의 보조자(補助者) 만을 의미한다.⁴⁶⁾

여기서 ③ 촉탁사항에 관하여 이해관계있는 자란 무엇을 의미하는가 문제이다. 특히 참여인결격자를 정할 때의 기준이 그대로 유언에 참여하는 증인의 결격자를 정함에 있어서도 똑 같이 적용되는가 문제이다.

앞서 참여인결격자로서의 ‘촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자’에 대하여 필자는 참여인이 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하기 위한 존재로서 보조자(補助者)에 해당하

44) 박동섭, 『친족상속법』, 박영사, 2004, 596면.; 장재형, “공정증서유언상의 증인적격”, 대한공증협회지 창간호(2008. 1.), 대한공증협회, 90면.

45) 배우자는 민법상 친족에 속하므로 친족과 별도로 정할 필요는 없다.

46) 박윤직 교수님은 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인결격자의 의미를 공증인법 제33조제3항 각 호에서 정한 자로 보면서도 그 예시로 (i) 서명을 할 수 없는 자, (ii) 공증인의 배우자·친족·피용자·동거인, (iii) 공증인의 보조자(補助者) 등만을 들고 있다(박윤직, 『상속법(민법강의Ⅵ)』, 박영사, 2004, 227면). 그 이유는 따로 설명이 없어 알 수 없으나 참여인결격자를 규정하고 있는 공증인법 제33조제3항 각 호 중 위 예시로 든 조항만이 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 공증인법에 의한 증인결격자로 인정되고 나머지 조항은 유언에는 적용이 없기 때문에 결과적으로 증인결격자로 볼 수 없다는 생각이 반영된 것이 아닐까 생각된다.

고 촉탁사항에 이해관계 있는 자로서 참여인결격자에 해당하는지 여부는 구체적으로 참여인으로 될 자가 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하는데 적합하나 적합하지 않느냐를 기준으로 그 때 그 때 경우에 따라서 결정되어야 한다고 주장하였다. 유언에 참여하는 증인의 결격자로서의 ‘촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자’에 대하여는 참여인결격자로서의 그것과 달리 ‘유언에 참여하는 증인’에 적합하나 적합하지 않느냐를 기준으로 결정되어야 한다고 본다.

유언에 참여하는 증인으로 적합하나 적합하지 않느냐는 어떤 기준으로 판단할 수 있는가. 이는 유언에 참여하는 증인에 대하여 유언에서 어떤 의미를 갖는 존재로 보느냐에 따라 달라질 것이다. 생각하건대 유언에 참여하는 증인은 유언자의 보조자(補助者)가 아니라 유언자로부터 독립한 유언의 성립을 증명하는 자이다. ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인은 유언자 뿐만 아니라 공증인으로부터도 독립한 유언의 성립을 증명하는 자이다. 그렇다면 이는 유언자가 사망할 때 즉 유언이 효력을 발생할 때 유언의 존재 또는 부존재가 그에게 손해이든 이익이든 법적 효과가 발생하는 자도 촉탁사항에 이해관계 있는 자에 포함된다고 보아야 한다. 왜냐하면 그러한 자도 유언에 영향을 미칠 수 있는 자에 해당하여 증서의 정확함을 승인하기에 적합하지 않다고 보기 때문이다. 그러한 점에서 유언에 의하여 이익을 받을 자뿐만 아니라 소위 유언자가 사망할 때 1순위 상속인(소위 추정상속인)의 지위에 있는 자도 ‘촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자’에 해당한다고 본다.⁴⁷⁾

셋째, 전술한 바와 같이 현재 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 결격자에 관하여 민법이 직접 규정하지 않고 ‘공증인법에 의한 결격자’라고 규정한 것은 다른 입법례에서는 찾아볼 수 없다. ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인은 공증이라는 방식에 참여하는 증인이란 보다는 요식행위에서의 방식의 일환으로서 유언에 참여하는 증인에 해당하기 때문에 민법에서 직접적으로 정하는 것이 명확할 뿐만 아니라 법체계상으로도 타당하다고 본다.

VIII. 사서증서(私署證書)의 인증(認證)과 참여인

1. 지금까지 서술한 내용은 주로 공정증서를 작성할 때의 참여인을 기준으로 하여 살펴

47) 기존 학설에 의하면 상속인으로 될 자(혹은 추정상속인)를 유언에 의하여 이익을 받을 자의 하나로 증인결격자라고 설명하고 있으나, 상속인으로 될 자는 일반적으로 유언에 의하여 이익을 받을 자가 아니라 오히려 유언에 의하여 손해를 보는 자에 해당하므로 전혀 타당하지 않은 설명이다(곽윤직, 앞의 책, 227면.; 박동섭, 앞의 책, 595면).

보았다. 참여사유라든지 보조능력 등 주된 내용은 인증의 경우에도 똑 같이 적용되는 것은 말할 것도 없다.

우리 공증인법상 인증에는 사서증서의 인증, 사서증서의 등본에 대한 인증, 정관의 인증 및 법인의사록의 인증이 있고, 공증서식사용등에관한규칙에 근거하여 이루어지고 있는 번역문의 인증이 있다. 이 중 참여인의 참여가 가능한 인증은 사서증서의 인증과 정관의 인증 및 법인의사록의 인증에 한한다. 그 이유는 다음과 같다.

먼저 사서증서의 등본에 대한 인증에 관하여 본다. 공증인법 제57조제2항에서 “사서증서의 등본에 대한 인증은 사서증서와 대조하여 그와 부합함을 인정한 후 그 사실을 기재함으로써 이를 행한다” 규정하고 있어 사서증서 작성자가 아니어도 인증을 구할 수 있도록 규정하고 있다. 즉 사서증서의 등본에 대한 인증에는 대리인의 존재를 상정하지 않고 있다. 또한 공증인법 제58조에서 “제25조 내지 제33조, 48) 제36조, 제37조와 38조 제5항의 규정은 사서증서에 인증을 부여하는 경우49)에 이를 준용한다”라고 규정하여 사서증서의 등본에 대한 인증을 부여할 경우에는 공증인법 제29조를 명문으로 준용하고 있지도 않다. 이러한 점을 종합하여 볼 때 우리 공증인법상으로는 사서증서의 등본에 대한 인증에는 참여인이란 개념은 존재하지 않는 것으로 생각된다.

다음으로 번역문의 인증에 관하여 본다. 번역문의 인증은 공증인법에서 직접적으로 인정하고 있는 인증이 아니다. 그것은 공증인법 제2조에서 정하는 “... 이 법 및 기타의 법령이 정하는 공증인의 사무...”에 근거하여 공증인의 직무에 속하게 된 인증으로서50) 그 직접적인 근거법령은 공증서식사용등에관한규칙 제33조이다. 그에 의하면 번역문의 인증에 관하여도 반드시 번역자가 인증을 촉탁하도록 하지 않고 원문과 번역문을 가지고 공증사무소에 내방한 자가 촉탁하되 그로 하여금 “위 번역문은 원문과 상위없음을 서약합니다. 서약인 ○○○○인”라는 서약서를 받고 번역문의 인증을 부여하도록 하고 있다. 또한 위 제33조에서 공증인법 제29조를 준용한다는 내용도 없다. 따라서 번역문의 인증의 경우에도 사서증서의 등본에 대한 인증의 경우와 마찬가지로 참여인이란 개념은 존재하지 않는

48) 그중 제29조가 참여인에 관한 규정이다.

49) 우리 공증인법상으로는 ‘사서증서’에 인증을 부여하는 것과 ‘사서증서의 등본’에 인증을 부여하는 것을 명확히 구별하여 사용하고 있다. 그런데 여기서는 “사서증서에 인증을 부여하는 경우”라고 규정하여 “사서증서 및 그 등본에 인증을 부여하는 경우”라고 규정하고 있지 않은 점에 유의하여야 한다.

50) 공증업무의 상당 부분을 차지하는 번역문의 인증에 관하여는 공증서식사용등에관한규칙 제33조【영문번역문의 인증】규정이 있을 뿐이다. 위 규정은 엄밀히 말한다면 영문번역문의 인증을 어떻게 하여야 한다는 업무집행방법에 관하여 규정하고 있고 그것도 한글번역문의 인증에 관하여는 누락되어 있다. 번역문의 인증에 관하여 공증인법상 인증의 한 종류로 근거규정을 두는 것이 바람직하다 하겠다. 당장 그것이 어렵다면 최소한 대통령령이라도 공증인의 직무로 하는 근거규정을 두어야 마땅하다.

것이라 여겨진다.⁵¹⁾

이렇게 볼 때 인증의 종류 중 참여인의 존재를 상정할 수 있는 인증은 사서증서의 인증, 정관의 인증, 법인의사록의 인증에 한한다. 물론 이 들 인증의 경우에는 모두 공증인법상 참여인에 관한 규정, 즉 제29조 및 제33조를 준용하는 규정을 두고 있다. 즉, 사서증서의 인증에 관하여는 제59조에서 제29조, 제33조를, 정관의 인증에 관하여는 제63조제4항에서 제59조를, 법인의사록의 인증에 관하여는 제66조의2제4항에서 제59조를 준용하는 것으로 하고 있다.

2. 참여인을 참여시켜서 인증을 한 경우 참여인도 증서에 공증인과 함께 서명날인하도록 되어 있다(제58조). 참여인이 있을 경우 제35조 제9호에서 정한 사항을 기재하도록 하는 명문 규정은 없지만 인증할 때도 참여인을 참여시키도록 되어 있으므로 적당한 방법으로 참여사유를 기재하고 그 아래에 참여인이 서명날인하여야 한다고 본다. 입법적으로 보완되어야 할 사항이다.

인증의 경우에도 공정증서의 경우와 마찬가지로 반드시 참여인을 참여시켜서 공증하여야 하는 필요적 참여의 경우와 ‘촉탁인 등’의 청구가 있을 때 참여시켜서 공증하는 임의적 참여로 나누어진다(제59조, 제29조, 제33조). 따라서 ‘촉탁인 등’이 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 경우일 때에는 인증을 할 때 반드시 결격사유가 없는 참여인을 참여시켜서 인증을 하여야 한다. 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자에 해당하지는 않아도 ‘촉탁인 등’이 참여시킬 것을 청구한 경우에는 그가 선정한 참여인을 참여시켜 인증을 하여야 한다.

3. 사서증서의 인증을 할 때 참여인을 참여시킨 경우 인증방법은 공정증서를 작성하는 절차와 인증절차가 차이가 있기 때문에 당연히 그에 따른 차이가 있다. 필요적 참여사유가 있는 경우, 즉 ‘촉탁인 등’이 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자인 경우를 예로 들어 사서증서의 인증시에 참여인이 하는 역할을 설명기로 한다.

사서증서의 인증방법으로는 소위 면전인증과 자인인증이 있다. 면전인증이란 “공증인의 면전에서 당사자가 사서증서의 서명 또는 날인”하게 하여 공증인이 이를 직접 목도하여 이 사실을 증서에 기재하는 방법으로 사서증서의 진정성립을 인정하여 인증하는 것을

51) 사서증서의 등본에 대한 인증이나 번역문의 인증의 경우에는 아무나 촉탁인이 될 수 있는 것으로 되어 있기 때문에 참여인제도를 인정할 실익도 없다.

말하고, 자인인증이란 “공증인의 면전에서 이미 이루어진 사서증서의 서명 또는 날인에 관하여 본인이나 그 대리인이 틀림 없음을 확인”할 때 공증인이 이를 목도하거나 청취하여 이 사실을 증서에 기재하는 방법으로 사서증서의 진정성립을 인정하여 인증하는 것을 말한다.

필요적 참여인은 피참여인(被參與人)이 맹자이거나 문자를 해독하지 못하므로 피참여인(被參與人)이 공증인의 면전에서 작성하거나 이미 작성한 사서증서에 관하여 그 진정성립을 확인할 수 있도록 보조하는 역할을 하는 것이다. 또한 사서증서의 인증시, 공증인이 사서증서의 진정성립을 확인한다는 의미는 서명 또는 날인의 진정성립을 확인하는 것만을 의미하지 않는다. 즉, 공증인은 사서증서를 인증할 때 사서증서에 문자의 삽입, 삭제, 변경, 난외기재 기타의 정정이 있거나 파손 기타 외전상 현저히 의심할 만한 사유가 있을 때에는 그 상황을 인증문에 기재하여야 하기(제57조제3항) 때문에 이러한 증서의 상황의 확인도 포함하는 의미를 갖는다.⁵²⁾

필요적 참여인도 마찬가지로 인증할 사서증서의 서명 또는 날인 뿐만 아니라 증서의 상황에 대하여도 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하기 위하여 확인하여야 함은 물론이다. 사서증서의 인증에도 촉탁인이나 그 대리인이 필요적 참여사유가 존재하지 않아도 참여인을 참여시킬 것을 청구할 때에는 그 촉탁인이나 그 대리인이 선정한 참여인을 참여시켜 인증을 하여야 하는 것은 공정증서를 작성할 때와 같다.

4. 정관을 인증할 때 참여인에 관한 사항은 사서증서의 인증의 경우와 다를 바가 전혀 없다. 왜냐하면 정관의 인증은 원본 2통을 제출하여 공증사무소에서 인증한 정관원본을 공증사무소에 보관한다는 점을 제외하고는 사서증서의 인증과 차이가 없기 때문이다.

5. 전술한 바와 같이 법인의사록의 인증의 경우에도 참여인에 관한 규정이 준용된다. 법인의사록의 인증은 우리나라에서 창안한 독창적인 제도이다. 사서증서의 인증이 사서증서작성의 진정성에 관한 것이라면 법인의사록의 인증은 의사록작성의 진정성에 관한 것이 아니라 의사록의 절차를 포함한 의사록 기재 내용의 진정성에 관한 인증이다.⁵³⁾

52) 이러한 의미에서 인증받은 주택임대차계약서에 관하여 인증이 이루어진 후에 당사자 사이에 합의로 보증금을 높게 정정하고, 이를 근거로 증액한 보증금에 관하여 배당요구한 경우, 이는 공문서변조 및 동행사 또는 공문서부정사용에 해당할 여지가 있다.

53) 의사록도 당연히 서명 또는 기명날인한 자가 작성한 사서증서의 일종이지만 우리 공증인법상 법인의사록의 인증은 사서증서의 인증과는 다른 것으로 규정하고 있다.

즉, 우리 공증인법 제66조의 2에 의하면 법인의사록의 인증은 공증인이 법인의 총회 등의 결의절차와 내용이 진실에 부합하는가 여부를 확인하여야 하고 그 확인은 당해 의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수 이상의 자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아 그로부터 의사록의 내용이 진실에 부합하는가 여부에 관하여 진술을 듣고, 촉탁인⁵⁴⁾으로 하여금 공증인 앞에서 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한 후 이를 기재하는 방법으로 인증을 하도록 규정하고 있다. 따라서 법인의사록을 인증을 할 때 ‘촉탁인 등’이 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 경우에 참여인은 그를 위하여 이를 확인할 수 있도록 보조하는 역할을 하는 것이다.

IX. 필요적 참여사유가 있는 경우의 공증효력

1. 공증인이 작성하는 문서는 이 법 기타의 법률이 정하는 요건을 구비하지 아니하면 공정의 효력을 가지지 아니한다(제3조). 여기서 ‘공증인이 작성하는 문서’에는 공정증서 뿐만 아니라 인증서도 포함한다. ‘촉탁인 등’이 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자이면 반드시 참여인을 참여시켜야 하는 것은 전술한 바와 같다. 참여인을 참여시키지 않거나 결격자인 참여인을 참여시켜서 공정증서가 작성되었거나 인증이 이루어졌다면 공증인법이 정하는 요건을 구비하지 아니한 것이다. 따라서 그러한 경우에 해당하면 그렇게 작성한 공정증서는 무효이고, 사서증서를 인증한 경우에 그 인증도 무효이다.

2. 그런데 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자에게 이익만 있는 법률행위에 관하여 공정증서가 작성되었거나 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자에게 이익만 있는 사서증서에 관하여 인증이 이루어졌다면 이 경우에도 공증은 전부 무효라고 보아야 하는가. 가

54) 법인의사록을 인증할 때, 의사록내용이 진실에 부합하다는 점에 관하여는 ‘당해의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수이상의 자 또는 그 대리인의 촉탁을 받아 그 촉탁인으로부터 의사록의 내용이 진실에 부합하는가 여부에 관하여 진술을 듣고’ 그 사실을 기재하여 인증하고, 의사록의 서명 또는 기명날인에 관하여는 ‘촉탁인으로 하여금 공증인 앞에서 의사록의 서명 또는 기명날인을 확인하게 한 후’ 그 사실을 기재하여 인증하도록 하고 있다. 여기서 ‘의사록의 서명 또는 기명날인’ 부분에 관한 인증과 관련하여 당해 의결에 참여한 자와 의사록에 서명하거나 기명날인한 자가 일치하지 않은 주주총회의사록의 경우에 누구를 촉탁인으로 볼 것인가 논란이 있다. 현재 공증실무상으로는 의사록의 서명 또는 기명날인에 관한 확인도 ‘당해 의결에 필요한 정족수 이상의 자 등’ 으로부터 하는 것으로 하고 있다. 그러나 이와 같이 의사록의 작성자와 당해 의결에 참여한 자가 서로 다른 법인의사록을 인증할 때에는 의사록내용이 진실에 부합하다는 점에 관하여는 ‘당해 의결을 한 자 중 그 의결에 필요한 정족수이상의 자 등’ 이 촉탁인 등이 되고, 의사록의 서명 또는 기명날인에 관하여는 ‘상법상 의사록을 작성할 의무가 있는 자로서 의사록에 서명 또는 날인한 자 등’ 이 촉탁인 등이 되는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 본다.

령 맹자에게 증여하는 증여계약이나 한 쪽 당사자만이 의무를 부담하고 상대방은 권리만 있는 법률관계에 해당하는 법률행위⁵⁵⁾로서 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자의 상대방이 의무이행자인 경우에 관하여 공정증서를 작성하는 경우에도 이를 무효로 보아야 하는가.

생각건대 참여인의 법적 성격을 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자의 이익을 보호하기 위해 존재하는 보조자(補助者)라고 보는 한, 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자에게 이익만 있는 법률행위에 관한 공정증서를 무효로 볼 것은 아니라고 본다. 또한 이는 어디까지나 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자가 유효를 주장할 수 있다는 의미일 뿐, 스스로 그 이익을 포기하고 무효를 주장하는 것까지 할 수 없다는 것은 아니라고 본다. 공정증서나 인증한 사서증서상의 법률행위 내용이 형식적으로는 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자에게만 이익이 되는 것으로 보이지만 실질적으로는 불이익하게 작용하는 경우도 있을 수 있기 때문이다.

3. 한편 전술한 바와 같이 증서에 문자를 삽입할 경우, 공증인은 그 자수와 위치를 난외나 말미의 여백에 기재하고 공증인, ‘촉탁인 등’과 함께 참여인도 이에 날인하여야 하고(제37조제2항), 문자를 삭제하는 경우, 그 문자는 명백히 읽을 수 있도록 자체를 남겨 두고 삭제한 자수와 위치를 난외나 말미의 여백에 기재하고 공증인, ‘촉탁인 등’과 함께 참여인도 이에 날인하여야 한다(제37조제3항). 이러한 규정에 위반한 정정은 효력이 없다(제37조제4항). 따라서 삽입이나 삭제를 하면서 참여인의 날인이 없으면 효력이 없다(제37조제4항).

4. 정관의 인증의 경우 정관에 서명하거나 날인한 발기인 모두가 공증을 촉탁하여야 하는바 발기인이 수인일 때 촉탁인이나 그 대리인 중 일부가 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자에 속할 때 참여인을 참여시키지 않았거나 결격자인 참여인을 참여시켜서 공증을 하였다면 그 정관의 인증은 무효이다. 정관인증이 무효로 되는 경우 그것은 회사설립절차가 무효로 될 수 있을 것이다. 다만 정관인증이 무효라고 하여도 일단 회사가 설립된 경우에는 주식회사의 경우에는 설립무효의 소로서만 주장할 수 있고(상법 제328조), 유한회사의 경우는 설립취소의 소나 설립무효의 소로서 주장될 수 있을 뿐이다(상법 제552조, 제269조, 제184조).

55) 가령 금전소비대차계약에 관한 공정증서를 작성하는 경우에 이미 금전대여 행위가 이루어진 상태이고 이의 반환의무에 관하여 공정증서를 작성하는 경우가 그런 경우에 해당할 것이다.

5. 참여인에 관한 공증의 효력과 관련하여 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자가 ‘공정증서에 의한 유언’을 하는 경우에는 민법상 증인 2인의 참여와 별도로 공증인법상 참여인의 참여가 필요한가가 문제이다. 만일 필요하다면 증인과 참여인은 겸할 수 있는가.

생각건대 참여인과 증인은 법적 성격이 서로 다르다. 역할과 법적 성격이 다르기 때문에 통역인과 참여인은 서로 겸할 수 있는 것과 마찬가지로 증인과 참여인도 서로 겸할 수 있다고 본다. 다만 형식상 참여인을 참여시키지 않았다고 하여도 증인 2인 중 1인이 참여인결격자가 아니라면 그 증인이 참여인과 증인을 겸하고 있는 것으로 보아 ‘공정증서에 의한 유언’을 무효로 볼 것은 아니다. 이렇게 볼 때 결과적으로 맹자이거나 문자를 해독하지 못하는 자가 ‘공정증서에 의한 유언’을 하는 경우에는 맹자도 소위 ‘승인능력’이 있으면 증인이 될 수 있지만 보조능력을 온전히 가진 자, 즉 볼 수 있고 문자를 해독할 줄 아는 증인 1인을 포함하여 증인 2인의 참여만 있으면 유효하다고 본다.⁵⁶⁾

X. 결론

이상 본고에서 참여인에 관하여 고찰한 바를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 참여인은 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자의 이익을 보호하기 위한 존재로서 피참여인(被參與人)의 보조자(補助者)에 해당한다.

둘째, 참여인에는 소위 필요적 참여인과 임의적 참여인이 있다. 필요적 참여인의 경우에는 공증인법에서 정한 결격사유가 없어야 한다.

셋째, 필요적 참여인은 보조능력 즉 볼 수 있고 동시에 문자를 해독할 줄 아는 능력이 있어야 하므로 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자는 참여인이 될 수 없다.

넷째, 참여인결격자로 금치산자 및 한정치산자가 빠진 것은 입법적 오류이다.

다섯째, 상대적 결격자에 해당하는 자는 피참여인(被參與人)과의 관계에서 피참여인(被參與人)의 이익을 보호하는데 장애요소가 있는 자만을 의미한다. 따라서 참여인결격자로 정하고 있는 촉탁인의 배우자 등에서 촉탁인은 이해관계가 대립되는 상대방 촉탁인만을 의미한다.

여섯째, 민법 제1072조제2항에서 말하는 공증인법에 의한 결격자는 공증인법 제33조제3항 각 호에서 정한 자를 말하고, 제3항 단서가 적용되지 않는다. 또한 공증인법 제33조제3

56) 다시 말하여 맹자나 문자를 해독하지 못하는 자가 ‘공정증서에 의한 유언’을 하는 경우에는 맹자 2인이 증인으로 참여하여서는 아니된다.

항 각 호에서 정한 자 중 대리나 상대방 ‘촉탁인 등’을 전제로 한 자는 유언에 참여하는 증인결격자에 해당할 여지가 없다.

일곱째, 인증에서 사서증서의 등본에 대한 인증이나 번역문의 인증에는 참여인 개념이 존재하지 않는다.

여덟째, 필요적 참여사유가 있을 때 참여인을 참여시키지 않거나 결격자를 참여시킨 경우 무효이나 이는 피참여인(被參與人)의 이익을 위하여만 주장될 수 있다. 따라서 피참여인(被參與人)은 공증이 이익이 되는 경우에는 유효를 주장할 수도 있고 불이익한 경우에는 무효를 주장할 수도 있다.

XI. 여론(공증인법 개정안에 관한 사건)

2008년 11월 28자 현재 정부발의로 공증인법 개정안이 국회에 계류 중에 있는바 그 개정안에는 참여인에 관한 사항도 포함되어 있다. 개정안에서 현재 시행 중인 규정을 변경하고자 하는 내용은, 첫째, 한글화에 따른 수정이고, 둘째, 참여인결격자로 정하고 있는 사항을 일부 신설하고 일부 삭제하고 있다.

신설되는 것과 삭제되는 것을 구체적으로 보면 1984년 9월 14일 삭제한 제33조제3항제2호에 새로이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 자를 신설하였고, 제6호 중 공증인의 친족, 법정대리인, 피고용인 또는 동거인만을 남겨놓고, ‘촉탁인 등’의 배우자, 친족, 법정대리인, 피고용인 또는 동거인을 삭제하였다.

지금까지 주장한 바에 따라 개정안에 관하여 필자의 견해를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 자는 보조능력을 갖지 못하여 명문으로 이를 정하고 있지 아니하여도 참여인이 될 수 없으므로 굳이 명문으로 규정할 필요는 없다. 다만 이를 명문으로 규정한다면 이를 더욱 확실히 하는 의미는 있을 수 있다. 또한 이를 명문으로 규정할 때 결정적인 차이는 참여인에 관하여보다 민법 제1072조제2항에서 정하고 있는 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 결격자에 관하여서 오히려 커다란 변화가 있게 된다. 즉 시각장애인이 명문으로 공증인법에 의한 결격자로서 증인이 될 수 없게 된 것이다.

둘째, 1984년 9월 14일 제2호를 삭제할 때 전부 삭제하지 말고 금치산자 및 한정치산자는 남겨놓았어야 한다. 그렇지 않으면 최소한 제1호를 수정하여 미성년자와 함께 나란히 규정하는 것으로 하여야 한다.

셋째, 제6호를 수정한다면 제5호 촉탁사항에 관하여 대리인 또는 보조인이나 대리인 또

는 보조인이었던 자에 대하여도 보다 분명하게 이해관계가 대립되는 자의 대리인 또는 보조인 등으로 명확하게 하여야 한다.

넷째, 제6호 중 공증인과 관계된 자만을 남겨 두고(한편, 공증인의 법정대리인을 포함시키고 있는 것은 공증인에게는 법정대리인이라는 존재가 있을 수 없으므로 착오에 기한 것으로 바로 잡혀야 할 것이다), ‘촉탁인 등’의 관계인을 삭제한 것은 그 동안 실무상 문리적 해석에 따라 시각장애인 또는 문자를 해독하지 못하는 자의 참여인으로서 그 가족이 될 수 없다는 의견을 반영한 것으로 보인다. 그러나 이렇게 완전히 삭제하는 식으로 개정하게 되면 또 다른 폐해를 낳는다. 왜냐하면 피참여인(被參與人)과 이해관계가 대립되는 상대방 촉탁인의 친족 등이 참여인이 될 수 있게 되기 때문이다. 따라서 개정안과 같이 삭제할 것이 아니라 해석론으로 해결하든지, 삭제하려면 피참여인(被參與人)에 해당하는 촉탁인 등의 관계인에 한하여 삭제하고 이해관계가 대립되는 상대방 촉탁인 등의 관계인에 대하여는 그대로 결격자로 남겨놓는 식으로 규정하여야 한다. 한편 개정안과 같이 제6호 중 일부를 삭제하게 되는 경우 삭제된 사항이 유언에는 적용될 여지가 없다는 필자의 견해에 따르면 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 결격자에 관하여 큰 차이가 없지만 통설과 판례의 입장에서는 내용상 커다란 변경에 해당한다. 이러한 점에 비추어 개정안은 민법 제1072조제2항의 개정과 함께 동시 상정이 필요하다.

다섯째, 공증인과 관계되는 자에 관하여는 우리나라의 경우 개정안에서 인가공증인으로 한 법무법인 등과 관련하여 구성원변호사나 공증담당변호사와 관계되는 자에 관하여도 이를 참여인결격자로 명문으로 정함이 필요하다.

여섯째, 제4호에서 촉탁사항에 관하여 이해관계있는 자에 한하여 결격자로 정하고 있지만 그에 한하지 말고 촉탁사항에 이해관계 있는 자의 친족, 피용자 또는 동거인도 포함하는 것이 타당하다고 본다.

따라서 제33조제3항 각 호는 다음과 같이 개정함이 타당하다.

1. 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 자⁵⁷⁾
2. 미성년자 · 금치산자 · 한정치산자
3. 서명할 수 없는 자
4. 촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자 및 그 친족, 법정대리인, 피고용인 또는 동거인

57) 미성년자를 금치산자 · 한정치산자와 같은 항에 함께 규정하고, 명문으로 규정하지 않아도 해석상 당연히 참여인이 될 수 없는 자로 보아야 하는 ‘시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 자’를 1호로 규정하는 것이 논리적이지 않을까

