

‘공정증서에 의한 유언’에 관한 고찰

— 그 법적 성격 및 공증인법과의 관계를 중심으로 —

남 상 우

안산제일공증인합동사무소 공증인 · 변호사

I. 서론

1. 유언의 의의

유언이란 사전적으로는 ‘사람이 죽음에 임하거나 죽음을 예정하여 자기의 생각이나 바라는 것에 관하여 남긴 말’이라고 말할 수 있지만, 법적인 의미에서는 ‘사람이 죽을 때 그 사람의 의사만으로 남겨진 사람에게 일정한 법률효과를 발생시킬 수 있는 사항에 관하여, 그와 같은 법률효과를 발생하게 할 목적으로, 법률이 정한 방식에 따라 하는 상대방 없는 단독행위’라고 정의할 수 있다¹⁾. 유언은 크게 보아 법률행위의 일종으로서 유언자의 의사에 따라 법률효과가 발생하는 것이지만, 다른 보통의 법률행위에서는 결코 찾아 볼 수 없는, 매우 독특한 법률행위에 속한다.

유언은, 법률행위 중에서도 가장 흔히 이루어지는 계약이 아니라, 유언자의 단독적 의사표시에 따라 법률효과가 발생하는 단독행위에 속한다. 대부분의 단독행위는 상대방이 있고, 그 상대방에게 의사표시가 도달하여야 효력이 발생하는 것으로 되어 있다. 그러나 유언은 보통의 단독행위와 달리 의사표시를 도달시킬 상대방이 없는 단독행위이다. 예를 들어 유증한다는 유언을 하는 경우에 유언으로 재산적 이익을 얻게 되는 수증자조차도 법적인 의미에서는 상대방이 아닌 것이다.

1) 유언 법정주의에 대한 비판적 시각에서 유언을 정의한 것이다. 주 2) 참조.

또한 유언은 유언자가 사망하여야 비로소 효력이 발생하고 사망으로 인하여 효력이 발생하는 법률행위 즉, 소위 사후행위(死後行爲)이자 사인행위(死因行爲)이다. 유언은 유언자가 죽을 때 효력이 발생하는 것이므로, 그 사람의 최종(最終)의 의사이다. 최종의 의사로서 오로지 유언자 본인의 의사가 중요하기 때문에, 유언은 대리가 허용되지 않고 반드시 스스로 하여야 한다.

또한 최종의 의사는 자발적이고 독립적이어야 하므로, 유언자는 스스로 최종의 의사를 정할 수 있는 정도면 되고 반드시 행위능력까지 있을 필요는 없겠지만 의사능력이 없으면 안된다. 우리 민법도 누구나 17세가 되면 유언할 수 있는 것으로 하고 있고(민법 제1061조), 민법 총칙의 행위무능력자 규정에 관하여도 유언에는 적용이 없는 것으로 하고 있으며(민법 제1062조), 금치산자가 유언을 하는 경우에는 심신 회복사실을 증명하도록 하고 있다(민법 제1063조).

유언은 최종(最終)의 의사를 존중하고 확보하기 위하여 인정되는 것이므로, 유언자가 사망하기 전까지는 유언자 스스로 언제든지 자유로이 철회할 수 있어야 하는 것은 당연하다. 우리 민법도 명문으로 이를 인정하고 있다(민법 제1108조).

유언은 무엇이든 할 수 있는 것이 아니라 상대방도 없이 단독적 의사표시에 의하여 효력이 발생하는 것이므로, 유언으로 할 수 있는 것은 내재적(內在的)인 제한이 따를 수밖에 없다. 따라서 유언으로 할 수 있는 사항에 관하여는 대체로 법률로 정하여져 있다²⁾.

무엇보다도 유언은 상대방도 없이 단독적 의사표시로 이루어지면서 유언자가 죽을 때 비로소 효력이 발생하는 것으로서 외부에서 유언을 확정적으로 인식할 수 있어야 하므로, 법률로 정한 방식으로 하여야 효력이 있는 소위 요식행위(要式行爲)이다.

2. 유언방식의 종류와 방식의 목적

우리 민법은 상속편 제2장 ‘유언의 장’ 첫 규정으로 “유언은 본 법(곧 민법)에서 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 생기지 않는다”고 소위 요식행위임을 천명하고 있

2) 보통 유언은 법률에 정하여진 것에 한하여 할 수 있다고 하나, 필자는 사적 자치의 원칙 혹은 자기 결정의 원칙에 따라 유언도 원칙적으로는 자유로이 할 수 있다고 본다. 다만 자기 결정의 원칙은 ‘타인의 자기 결정’과 충돌되지 않아야 한다는 내재적 제한이 있다. 이와 같은 관점에서 법률에서 유언사항으로 정하지 않았으나 유언으로 할 수 있는 것으로는 어떤 것이 있는가. 장례, 제사, 시신, 유골에 관한 사항이 이에 해당한다고 볼 수 있다. 그 밖에 민법제918조의 무상수여자로서 친권자관리반대 의사표시, 제945조의 친권자로서 교양방법지정이나 거소지정 의사표시, 상법제733조의 보험계약자의 보험수익자 지정 및 변경 의사표시 등이 유언으로 할 수 있는 것으로 검토될 수 있다.

고(민법 제1060조), 또한 유언의 방식으로 자필증서에 의한 방법, 녹음에 의한 방법, 공정증서에 의한 방법, 비밀증서에 의한 방법 및 구수증서에 의한 방법 등 5가지만이 인정된다는 점을 명백히 규정하면서(민법 제1065조), 5가지의 방식에 관하여 하나씩 구체적으로 규정하고 있다(민법 제1066조부터 제1070조까지). 민법이 인정하고 있는 이들 5가지의 방식 중 구수증서에 의한 방법은 특별한 경우에 한하여 인정되는 것으로서 특별방식이라고 일컬을 수 있고, 본고에서 고찰하려고 하는 ‘공정증서에 의한 방식’을 포함한 나머지 4가지의 방식은 일반적으로 할 수 있는 것으로서 보통방식이라고 할 수 있다.

일반적으로 법률행위를 요식행위로 정한 경우에 그 목적은 대개 성립시기를 명확히 하기 위한 목적, 내용을 명확히 하기 위한 목적, 증거를 보전하기 위한 목적, 신중하게 행하게 하기 위한 목적, 제3자에 대하여 공시하기 위한 목적, 전문적 자문을 얻도록 하기 위한 목적, 감독하기 위한 목적, 공익적 견지에서 법률행위를 곤란하게 하여 거래를 억제시킴으로써 현재의 권리자가 권리를 쉽게 잃지 않게 하기 위한 목적 등을 들 수 있다³⁾.

이 중 감독하기 위한 목적이나 공익적 견지에서 법률행위를 곤란하게 하여 현재의 권리자를 보호하기 위한 목적을 제외하면, 나머지는 그대로 유언을 요식행위로 정한 목적으로도 된다. 특히 유언은 상대방 없는 단독적인 의사표시로 이루어지고 최종의 의사이며, 유언자가 사망할 때까지는 당연히 얼마든지 이를 철회 또는 변경할 수 있기 때문에, 일정한 방식을 요하는 법률행위 즉, 요식행위로 규정할 필요성이 더욱 높다. 만일 유언이 방식의 제약 없이 유언자 임의대로 할 수 있다면, 유언자가 이미 사망한 뒤에 다툼이 있게 될 때, 과연 유언이 있었는지, 또는 있었지만 나중에 철회되었는지, 존재한다면 그 내용이 정확히 무엇인지, 이를 가늠하기가 어렵게 되는 일이 많을 것이다. 또한 서로 다른 유언이 존재할 때, 어떤 것이 최종의 의사로서 효력이 있는지 결정하기도 어렵게 된다. 따라서 유언은 그 존재여부 및 그 내용 또는 그 성립시기를 명확히 하기 위하여서도 요식행위로 정할 필요가 있는 것이다.

또한 유언은 상대방이 없고 유언자의 단독적 의사표시에 따라 효력이 발생하는 것이므로, 정해진 방식이 없이 임의로 할 수 있다고 한다면 중대한 사항을 경솔하게 행하기 십상이다. 유언을 할 때 엄격한 방식을 따르도록 한 경우에는, 그 방식을 따르는 과정에서 전문가의 조언도 구하게 되고, 자신이 하려는 유언의 의미도 다시 한 번 되새기게 될 것이므로, 유언자는 자연스럽게 자신의 최종의 의사를 신중하게 결정하게 될 것이다.

3) 김진현, “요식행위에 있어서의 방식일반에 관하여”, 강원법학 2권, 11면~13면

이러한 점들을 볼 때 유언은, 법률이 유언을 요식행위로 정하고 있기 때문에 그것이 요식행위로 인정된다기보다는, 법률로 정하여지기 이전부터 본래부터 요식성을 그 속성(屬性)으로서 갖고 있는 법률행위라고 볼 수 있을 것이다.

3. 공정증서방식 유언의 특징(特長)

유언을 요식행위로 규정한 전술한 여러 가지 목적을 두루 달성하는데 가장 적합하고 뛰어난 방식은 공정증서 방식이다. 공정증서 방식은 공증인에 의하여 유언의 성립 시기나 존재여부 및 그 내용이 명확히 확정되기 때문에, 그에 대한 논란이 발생할 여지가 거의 없다. 공증인은 변호사 중에서 임명되거나, 변호사를 구성원으로 한 법무법인에 한하여 인가되기 때문에, 당연히 법률에 정통할 뿐만 아니라, 계속 반복적으로 유언공증을 담당함으로써, 상속이나 유언의 분야에 관하여 일반 변호사보다 더 전문적 지식을 가진 변호사라고 할 수 있다. 따라서 공정증서 방식으로 유언을 하려고 하는 사람은, 유언을 하는 과정에서 공증인을 통하여 자연스럽게 자신이 하려는 유언의 법적인 의미를 정확히 이해하게 되고, 유언으로 얻을 수 있거나 유언으로 발생할 법률관계는 물론 사실상의 효과 등 유언과 관련한 각종 자문을 얻을 수도 있다⁴⁾. 공정증서 방식은 유언자가 공증인사무소에 나가서 하거나 공증인을 유언자가 있는 곳으로 오게 하여서 하고, 상당한 정도의 수수료도 지불하여야 하므로, 유언자가 공정증서 방식에 의하여 유언을 하려고 결정하기에 앞서 더욱 신중하게 생각하고서 유언을 하게 된다. 공정증서 방식은 공증인이 직접 유언증서를 작성하기 때문에 법률요건을 갖추지 못하여 무효로 될 염려가 거의 없다.

이렇게 볼 때, 공정증서 방식은 다른 보통 방식에 비하여 유언을 요식행위로 정한 목적에 가장 충실한 방식임이 틀림없다. 공정증서 방식은 이러한 특징이 있기 때문에, 민법에서도 다른 보통 방식과 달리 유언자가 사망한 뒤에 즉, 유언의 효력이 발생한 뒤에, 법원에 의한 검인절차(檢認節次)를 따로 밟을 필요가 없는 것으로 하였다(민법 제1091조 제2항). 공정증서 방식은 검인절차가 필요하지 않다는 점에서 일단 유언의 효력이 발생한 다음에는, 그 유언집행이 다른 방식보다 오히려 더 손쉽고 신속하게 이루어질 수

4) 우리 공증인법상으로는 공증인의 교시의무를 규정하고 있지 않지만 강화상 이를 인정하고 있음이 보통이다(김상용, “한국 공증제도에 관한 연구”, 부산대학교 대학원 박사학위논문, 1995. 8., 217면~218면; 장재형, “한국 공증제도의 현황분석 및 개선방안-가족법, 지적재산권법에서의 새로운 역할을 중심으로-”, 서울시립대학교 대학원 박사학위논문, 2009. 2., 224면). 따라서 공증인은 촉탁인이 묻지 않은 경우라도 촉탁받은 사건에 관하여 촉탁인에게 법률적인 의미를 충분히 설명하여 줄 의무가 있다.

있다. 유언집행까지 고려한다면 공정증서 방식이 다른 방식에 비하여 오히려 간편하고 편리한 장점이 있는 것이다.

II. ‘공정증서에 의한 유언’과 ‘유언 공정증서’의 법적 성격⁵⁾

1. 서론

우리 민법은 전술한 바와 같이 유언의 방식 중 하나로 ‘공정증서에 의한 유언’을 민법 제1068조에서 정하고 있다. 이에 따르면 ‘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 한다. 이는 증인이 참여함으로써 성립하는 유언이고, 공정증서의 작성으로 성립하는 유언이다. 그렇다면 공정증서로 하는 유언은 법률행위 중에서 어떤 지위에 있는 것인가. 다시 말하여 어떤 법적 성격을 갖는 것인가. 또한 공정증서로 작성된 유언증서는 공증인이 공증인법에 따라 작성하는 공정증서의 일종인가, 아니면 그와는 법적 성격이 전혀 다른 존재인가. 이하에서는 이러한 관점에서 살펴보기로 한다.

2. 증인의 참여로 성립하는 법률행위로서의 유언

가. 서론

‘공정증서에 의한 유언’은 방식을 공정증서로 한다는 것일 뿐, 기본적으로는 상대방 없는 단독행위로서 유언임은 말할 나위가 없다. 단독행위는 단독적 의사표시로만 이루어지는 것이 보통이다. 그런데 공정증서로 유언을 하는 경우에는 유언자와 공증인 외에도 증인 2인이 있어야 한다. 여기서 ‘공증인’의 존재는 공증인이 작성하는 증서를 공정증서라고 하는 것이므로 유언증서의 작성주체로서 당연히 있어야 하지만, 도대체 증인 2인은 어떤 존재인가. 생각건대 이는 유언 이외에서는 어떤 법률행위에서도 그 같은 예를 찾아볼 수 없는 특별한 존재이다. 이 점에서 증인의 존재는 법률행위로서의 ‘공정증

5) 본고에서는 법률행위로서의 유언에 초점을 맞추어 말할 때는 ‘공정증서에 의한 유언’이라고 칭하고, 유언에 관하여 작성된 공정증서라는 의미에서 공정증서에 초점을 맞추어 말할 때는 ‘유언 공정증서’라고 칭하기로 한다.

서에 의한 유언'의 큰 특징이라고 말할 수 있다. 물론 증인의 존재가 공정증서로 유언하는 경우에만 있는 것은 아니다. 민법은 자필증서에 의한 유언의 경우를 제외하고는 모두 증인의 참여를 요구하고 있다. 그러나 법률행위에, 그것도 단독행위의 성립에 증인이 있어야 한다는 점은, 이와 같이 유언 이외에는 찾아볼 수 없다는 측면에서 유언서가 공정증서라는 점과 더불어 공정증서에 의한 유언의 법적 성격을 결정하는 매우 중요한 요소임에 틀림없다.

나. 유언에 증인을 참여시키는 이유와 증인의 역할

유언에 증인이 참여하는 것으로 규정한 이유는 무엇일까. 유언은 사후행위이다. 유언자가 사망한 뒤에야 유언의 효력이 발생한다. 그런 점에서 자필증서가 아닌 경우에는 타인이 이를 증명하여 줄 필요가 있다⁶⁾. 유언의 성립을 증명하기 위하여 증인이 필요한 것이다. 유언의 성립의 증명은 유언자가 그 사람이 틀림없다는 점의 증명이고, 증인의 참여하에 유언한 사실이 있다는 점의 증명이며⁷⁾, 더 나아가 타인에 의하여 증서가 작성될 때는 그 내용이 그 사람의 의사대로 이루어졌다는 점의 증명이다. 다만 유언의 성립의 증명은, 성립한 후에 증명하는 것이 아니라, 증인의 참여를 요식행위로 정하고 있기 때문에 증인의 확인 또는 승인으로 유언이 성립한다는 의미에서의 증명이다.

어떻게 증명하는가. 유언이 성립하는 현장에서 확인하는 것에 의하여 증명한다. 무엇을 확인하는가. '공정증서에 의한 유언'과 구수증서에 의한 유언에서는 참여한 증인이 '그 정확함을 승인한 후 서명 또는 기명날인'하여야 한다고 하여 유언자의 구수와 필기를 낭독한 것이 정확하게 합치하는 지에 관한 확인이라는 점을 분명히 하고 있다. 녹음 방식 유언에서는 참여한 증인이 '유언의 정확함을 구술'한다고 되어 있고, 심지어 비밀 증서방식 유언에서는 유언자가 증인의 면전에서 유언서임을 표시하면 증인은 그냥 '서명 또는 기명날인' 하는 것으로만 되어 있지만 모두 유언이 정확히 이루어지는 것을

6) 물론 따지고 보면 녹음에 의한 유언의 경우도 사람마다 성문이 다르기 때문에 굳이 증인의 참여를 요구하지 않아도 될 지 모른다. 그러나 과학적으로 성문분석을 하여야 하고, 무엇보다도 그 사람의 목소리라는 것이 인정되면 중국적으로는 비교할 수 있는 유언자의 목소리가 따로 존재하여야 한다. 결국 증인의 참여를 필요로 할 수밖에 없다. 민법 제정 당시와 달리 현재는 과학기술과 생활수준의 향상으로 자필증서 외에도 증인 없이 녹화에 의한 유언도 유언의 방식으로 인정될 수 있는 사회적 기반이 형성되었다고 볼 수 있지만, 민법 제정 당시에는 단독으로 녹화에 의한 유언을 한다는 것은 가능하지도 않은 시대였음을 상기한다면, 증인 없이 할 수 있는 방식으로 자필증서방식만을 인정한 것은 수긍이 간다.

7) 녹음에 의한 유언이나 비밀증서에 의한 유언과 같이 증인참여하에 유언증서가 작성되는 것이 아니면 그 내용에 대하여는 정확함은 증인이 확인할 사항이 아니다.

확인하는 의미가 있다고 보아야 한다. 다시 말하여 증인의 참여하에 증서를 작성하는 방식에서는, 증인은 작성된 증서내용이 유언자의 의사와 합치하는가를 확인하는 것이고, 녹음에 의한 유언의 경우에는 증인이 있는 자리에서 유언자의 유언의 구수가 녹음되었다는 것을 확인하는 것이며, 비밀증서에 의한 유언의 경우에는 증인이 있는 자리에서 엄봉한 봉서에 들어있는 증서가 유언자의 유언서임을 표시하였다는 것을 확인하는 것이다. 이와 같이 증인은 유언이 정확히 성립함을 확인하는 것이지만 유언의 방식이 무엇이냐에 따라 그 확인방법은 다르다고 할 수 있다.

그밖에 유언의 성립을 확인함에는 유언자가 맞다는 것의 확인은 포함되지 않는다. 유언자가 맞느냐 그렇지 않느냐 하는 점은 유언내용의 가장 중요한 부분에 속한다. 이 점에서 증인이 유언의 성립을 확인함에는 유언이 유언자의 의사대로 이루어졌다는 것의 확인이나 유언이 증인의 면전에서 성립하였다는 것의 확인뿐만 아니라 유언자가 맞다는 것의 확인도 당연히 포함된다고 보아야 한다.

그렇다면 종전부터 유언자의 성명과 얼굴을 아는 사람만이 유언자가 틀림없다는 것을 확인할 수 있는가. 이와 관련하여 민법은 침묵하고 있다. 종전부터 유언자의 성명과 얼굴을 아는 사람만이 증인이 될 수 있다고 한다면, 언제부터 알고 있어야 하는지 애매하게 되고, 어느 정도 알고 있어야만 알고 있는 것이라 할 수 있는지도 애매하게 된다. 그로 인하여 유언자 사망 후에 다툼이 될 수 있다. 그것은 유언을 요식행위로 정한 취지에도 맞지 않는다. 따라서 증인이 유언자의 성명이나 얼굴을 모르는 경우에도 유언에 즈음하여 유언자가 확실한 방법⁸⁾으로 증인에게 자기가 틀림없다는 점을 증명시키도록 하고, 증인은 이를 확인하면 된다고 본다. 증인의 확인은 유언의 성립시에 요구되는, 유언의 성립요건인 것이지, 유언의 성립 후에 하는 증명이 아니기 때문이다. 아무튼 민법에서 정하고 있는 유언의 방식에 관한 규정에서는 증인이 증명하는 확인행위에 관하여 각기 표현을 달리하고 있지만, 그것은 일용 ‘유언의 정확함의 승인’이라고 부를 수 있을 것이다.

다. 유언의 정확함의 승인의 법적 의미와 증인의 승인능력

유언은 단독행위이지만 자필증서에 의한 유언만이 오로지 혼자서 할 수 있고, 나머지 다른 방식은 모두 증인이 참여하여서 유언의 정확함을 승인하여야 한다. 그것은 유언이

8) 일용 공증인법 제27조에서 정하고 있는 촉탁인의 확인방법에 의하면 될 것이다.

요식행위인데서 비롯된 것이긴 하지만, 이 점에서 증인의 참여가 필요한 유언과 증인의 참여가 필요하지 아니한 유언은 서로 현격한 차이가 있다. 그 점에서 전자와 후자는 같은 유언이라고 하여도 법률행위로서의 법적 성격을 서로 달리 한다고 볼 수 있다. 유언의 정확함을 승인한다는 것의 법적 의미는 무엇인가. 그것은 보통 허락이나 승낙과 같은 의사표시는 아니다⁹⁾. 공정증서에 의한 유언을 예로 들면, 유언의 정확함의 승인이란, 유언자가 맞다는 확인, 자신의 면전에서 유언이 이루어졌다는 확인 및 공증인이 작성한 증서가 유언자의 구수와 합치한다는 것의 확인 등 내심(內心)의 인식과 그에 따른 외부적 표시를 일컫는 것이라고 말할 수 있다. 이는 채권양도에 관하여 제3채무자가 하는 '승낙'과 유사한 일종의 관념의 통지라고 이해된다. 다만 그것은 유언자의 단독적 의사표시로부터 독립하여 존재할 수는 없다는 점에서 채권양도에 있어서의 제3채무자의 승낙과 같이 독립된 법률요건으로는 되지 못하고, 유언자의 단독적 의사표시와 함께 유언을 이루는 법률사실 중의 하나이다. 이와 같이 증인의 참여가 필요한 유언은, 유언자 혼자서는 할 수 없고 증인의 승인이 있어야 한다는 점에서, 유언자와 증인이 함께 성립시키는 법률행위인 것이다. 그런 점에서 증인이 있는 유언은 단독행위이면서도 단독으로 할 수 없는 법률행위인 것이다. 그것은 유언자의 단독적 의사표시와 증인의 승인이 어우러져 성립되는 단독행위인 것이다. 그것이 단독행위로 불리는 것은 단지 유언자의 단독적 의사에 따라 법률효과가 발생한다는 의미에서 그렇게 분류될 뿐이다.

증인은, 이와 같이 유언이라는 단독행위를 성립시키는, 유언자와는 다른 또 하나의 유언의 주체이다. 유언을 성립시키는 주체이기 때문에 후술하는 바와 같이 공정증서에 의한 유언의 경우에 유언자와 별도로 촉탁인의 지위에 있거나 촉탁인과 유사한 지위에 있게 된다. 증인은 유언의 정확함을 승인하는 행위의 주체이므로, 증인에게는 당연히 증인결격사유 부존재 이전에, 일정한 능력 소위 '승인능력'이 있어야 한다¹⁰⁾. 증인은 유언의 정확함을 승인하여야 하기 때문에 의사능력이 있어야 하는 것은 당연하다. 증인의 승인능력은 전술한 바와 같이 각 개별 유언의 방식에 따라 유언의 정확함을 승인하는 확인의 대상과 방법이 다르기 때문에, 그에 따라 증인에게 요구되는 능력도 다르다. 녹음에 의한 유언은 당연히 청취능력이 있어야 할 것이다. 볼 수 있어야 하는 것은 아니다. 다만 증인이 유언자의 성명이나 얼굴을 모르는 경우에는, 유언자가 맞다는 점에 관

9) 의사표시로서 승인이라고 사용되는 경우도 있을 수 있으나 그 때의 승인과 여기서의 승인은 전혀 다른 것이다.

10) 강학상 사실상 결격자라고 하여 논하여지고 있으나 이와 같이 증인을 유언을 성립시키는 행위의 주체로 파악할 때 그 의미가 보다 분명하여진다.

하여 확인하여야 하기 때문에, 그 때는 볼 수 있는 능력도 요구된다. 비밀증서에 의한 유언의 경우에는, 유언자가 증인의 ‘면전’에서 유언서임을 표시한다고만 되어 있으므로, ‘볼 수 있는 능력’을 기본으로 요구하고 있다고 본다. 공정증서나 구수증서에 의한 유언의 경우에는 증인이 유언자의 구수와 공증인 또는 증인의 낭독을 들을 수 있어야 하므로, 증인은 청취능력이 있어야 한다. 그 밖에 볼 수 있어야 하는가. 그럴 필요는 없다고 본다. 다만 ‘공정증서에 의한 유언’의 경우에는 최근 공증인법이 개정되면서 ‘시각장애인 등’이 참여인결격자로 되면서 후술하는 바와 같이 증인결격자로 되었다(공증인법 제33조 제3항 제2호). 즉, ‘시각장애인 등’은 승인능력이 없는 것은 아니지만 법률이 특별히 증인결격자로 삼은 것이다. 그 밖에도 증인에게 읽을 수 있는 능력이 요구되는가. 우리 민법에서는 증인에게 읽을 수 있는 능력을 요구하고 있지는 않다. 다만 증인은 유언의 사회적 의미를 이해할 정도의 지적(知的) 능력은 있어야 한다고 본다. 이와 같이 증인의 승인능력에 관하여는 명시적으로 정하지 않아도 유언의 요건으로부터 당연히 요구되는 것으로 인정되는 능력이다. 승인능력은 있으나 유언의 성립을 증명하는 증인으로 적합하지 않은 경우에는 증인이 되지 못하게 할 필요가 있다. 또한 증인에게 승인능력이 있는지 여부에 관하여 의문이 있는 경우에 증인으로 참여하면 유언자가 사망한 후에 유언의 효력의 유무에 관하여 다툼이 생길 수 있으므로 일정한 사유가 있으면 증인이 되지 못하게 정해둘 필요가 있다¹¹⁾. 이와 같은 필요에 따라 법률로 증인이 되지 못하도록 정하고 있는 사람을 소위 증인결격자라한다. 이에 대하여는 후술하기로 한다.

3. 공정증서의 작성으로 성립하는 유언

가. 증서 작성으로 성립하는 유언

증인의 참여가 요구되는 유언은 다시 증인 참여하에 유언서가 작성되는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어진다. 전자에는 ‘공정증서에 의한 유언’과 구수증서에 의한 유언이 있고, 후자에는 녹음에 의한 유언과 비밀증서에 의한 유언이 있다. 전자는 유언자의 단독적 의사표시에 따라 (공증인 또는 참여한 증인 중 1인에 의하여) 작성된 유언서가

11) 원래 공증인법 제33조 제3항이 개정되기 전에는 시각장애인 등은 증인결격자도 아니어서 증인의 승인능력 즉 청취능력이 있는 사람이라면 시각장애인이라도 증인이 될 수 있다고 해석할 수 있었다. 그런 의미에서 승인능력의 개념도 유용하였다. 그러나 공증인법 개정으로 시각장애인 등이 증인결격자로 명문으로 규정되었기 때문에, 현재는 소극적인 개념으로서 사실상 결격자라는 관점에서 모든 적극적인 개념으로서 증인의 승인능력이라는 관점에서 모든 결과적으로는 큰 차이가 없게 되었다.

유언자의 단독적 의사표시와 부합하는지 유언자가 승인하는 행위가 따로 필요하지만, 후자는 그럴 필요가 없다. 녹음에 의한 유언은 구술과 동시에 기계적으로 녹음되므로 그럴 필요가 없다. 나중에 제대로 녹음이 이루어졌는지 확인하는 것은 유언의 성립과 무관한 행위이다. 비밀증서에 의한 유언은 미리 작성되어 비밀로 하는 것이므로 유언내용이 정확한지에 대한 확인은 없다. 증인이 있으면서 증서가 작성되는 방식으로 된 유언은, 그것이 성립하려면 유언자의 유언에 관한 단독적 의사표시와 자신의 구수대로 증서가 작성되었다는 점에 대한 승인 외에, 추가하여 유언자가 틀림없고 유언자가 증인 면전에서 유언을 구수하였으며, 증서내용이 유언자의 유언의사와 일치한다는 점에 관한 증인의 승인이 있어야 한다.

나. 공정증서 작성을 요식행위로 정하는 입법방법론

공정증서로 유언한다는 것은, 우선 유언을 이루는 단독적 의사표시와 유언의 정확함의 승인이 있어야 하고, 그것이 공정증서 작성 방식 속에서 구현되어야 한다는 것을 의미한다. 공정증서로 유언하는 것을 입법화하는 방법으로는, 증인의 참여 없이 유언자의 단독적 의사표시에 대하여 공정증서로 작성하는 것으로 정할 수도 있고, 증인 참여가 있는 것으로 하여 공정증서로 작성하는 것으로 정할 수도 있을 것이다. 독일민법이 전자에 속하고, 프랑스를 비롯하여 일본, 대만, 우리나라 등 ‘공정증서에 의한 유언’을 인정하고 있는 대부분의 민법은 후자에 속한다.

증인을 참여시켜 공정증서로 유언하는 경우에는, 그것을 성립시키는 행위가 모두 공정증서 작성 방식 속에서 구현되어야 하므로, 결국은 전술한 바와 같이 유언자의 단독적 의사표시와 유언의 정확함의 승인¹²⁾과 더불어 유언의 정확함에 대한 증인의 승인행위가 모두 공정증서 작성 방식 속에서 구현되어야 한다.

여기서 “공정증서 작성 방식 속에서 구현(具現)된다”는 것은 무엇을 의미하는가. 이는 이미 성립한 법률행위를 이루는 의사표시를 공증인에게 인식시켜 공증인이 그것을 내용으로 증서를 작성하는 것이 아니라, 공증인 앞에서 그것을 표시하고 공증인이 그것을 청취하거나 보고 공정증서로 작성함으로써 비로소 법률행위가 성립하는 것으로 되는 것을 뜻한다. 다시 말하여 법률행위가 공정증서 작성 방식 속에서 이루어진다는 것을 의미한다. 이는 당사자가 이미 성립한 법률행위에 대하여 그 내용을 진술하든가 그

12) 유언자가 하는 유언의 정확함의 승인은 유언자의 구수에 따라 공증인이 작성한 증서가 정확히 합치하는지에 관하여 확인하여 하는 인식의 표시로서 증인의 승인과는 내용면에서 차이가 있다.

내용이 기재된 서면을 공증인에게 보여줌으로써 공증인에게 법률행위를 이루는 의사 표시를 인식시켜서 사후적으로 작성하는 보통 법률행위에 관한 공정증서의 작성의 경우와는 분명 다른 것이다. 이처럼 공정증서에 의한 유언의 경우, 유언을 이루는 각 법률 사실이 공정증서 작성 방식 속에서 구현되어야 하는 것은, 유언을 공정증서를 작성시켜 성립하게 하는 요식행위로 정한데 따른 당연한 결과이다. 따라서 공정증서에 의한 유언은 유언자의 단독적 의사표시 및 유언의 정확함의 승인과 유언의 정확함에 대한 증인의 승인 그리고 그 밖의 요건까지도 공정증서 작성 방식 속에서 이루어져야 함을 의미한다.

다. 민법 제1068조가 정한 요식적 법률행위로서의 요건

민법 제1068조에서 정하고 있는 공정증서에 의한 유언의 요건을 보면, 우리 민법도 공정증서 작성 방식 속에서 구현되도록 정하고 있다. 즉 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 구수하는 것, 공증인이 필기하는 것, 공증인이 필기내용을 낭독하는 것, 유언자와 증인이 유언의 정확함을 승인하는 것은, 공증인법에서 정한 공정증서 작성 절차에서 요구되는 방식의 범주 내에서 이루어지고 있다. 유언자의 ‘구수’는 공증인법 제34조의 ‘진술’의 범주 내에 속하고, 공증인이 하는 ‘필기’는 제34조의 ‘적어야 한다’와 동일한 범주이고, ‘낭독(과 청취¹³⁾)’은 제38조의 ‘읽어 들려 주거나 열람하게 하여’의 범주 내에 속하며, (유언자와 증인이) ‘그 정확함을 승인’은 제38조의 ‘촉탁인의 이의 없음을 확인’과 동일한 범주이다. 여기서 ‘구수’는 ‘공정증서에 의한 유언’의 성립요소로서 유언에 관한 유언자의 단독적 의사표시에 해당하고, 유언자와 증인이 ‘그 정확함을 승인한’ 이 증서의 정확함에 대한 유언자의 승인 및 유언의 정확함에 대한 증인의 승인에 해당한다.

4. 유언 공정증서의 법적 성격

가. 서론

13) 민법 제1068조에는 ‘유언자의 구수’와 ‘필기낭독’에 대하여 공증인과 증인이 유언자와 증인이 각 청취한다는 내용은 없으나 후술하는 바와 같이 그에 대하여 ‘청취’가 있어야 하는 것은 당연하다. 또한 공정증서를 작성할 때에는 그가 들은 진술, 목격한 사실, 그 밖에 실제로 경험한 사실과 그 경험한 방법을 적어야 한다(공증인법 제34조). 따라서 보통의 법률행위에 관한 공정증서를 작성할 때에는 공증인이 듣는 것 외에 보는 것에 의하여서도 가능하다.

전술한 바와 같이 민법이 정하고 있는 공정증서에 의한 유언은 유언자의 단독적 의사 표시 및 승인과 증인의 승인이 합쳐져서 하나의 단독행위를 이루고, 동시에 그것이 공정증서 작성 방식 속에서 구현되고 있다. 따라서 그에 따라 작성되는 공정증서는 보통 법률행위에 관하여 공정증서가 작성되는 경우와 비교해 보면, 단지 이미 성립한 법률행위에 대하여 공정증서가 작성되느냐, 아니면 공정증서 작성으로 성립하느냐의 차이만 있을 뿐, 별반 다르지 않다. 유언 공정증서도 공증인법상의 공정증서의 일종이고, 단지 보통의 법률행위에 관한 공정증서와 다른 것은 그것이 보통의 법률행위와는 다른, 특수한 법률행위로서의 유언에 관하여 작성되는 것에서 연유한다고 볼 수 있다.

그런데 문제는 민법 제1068조의 마지막 부분에서 정한 공정증서에 의한 유언의 요건 즉, 유언자와 증인이 하는 ‘서명 또는 기명날인’이 공증인법 규정과 매우 다르다는 점이다. 즉, 공증인법은 제38조 제3항에서 “…… (모든) 참석자는 서명날인하여야 한다”고 하면서, 제4항에서 “참석자로서 서명할 수 없는 사람이 있으면 그 사유를 증서에 적고 공증인과 참여인이 날인하여야 한다”고 규정하고 있다. 이에 대하여 민법은 “…… 유언자와 증인은 각자 ‘서명 또는 기명날인’ 하여야 한다”라고 규정하여 ‘서명날인’도 아니고 서명과 기명날인을 선택적으로 할 수 있는 것처럼 정하고 있는 것이다. 만일 민법이 정한 요건이 공증인법이 정한 요건과 다르다는 점을 끝까지 관철한다면, 민법이 유언의 방식으로 정하고 있는 공정증서는 공증인법의 일반 공정증서가 아닌, 또 다른 방식의 공정증서가 되는 셈이어서 문제이다.

나. ‘서명 등’의 의미

증인을 참여시켜서 하는 ‘공정증서에 의한 유언’을 인정하고 있는 다른 나라의 경우를 보면, 우리와 사정이 다르다. ‘서명’에 관하여 민법의 방식과 공증인법의 방식을 일치시키고 있는 것이다. 프랑스의 경우를 보면, 민법 제973조에서 “‘공정증서에 의한 유언’은 유언자가 증인 및 공증인 앞에서 서명하여야 한다; 유언자가 서명할 줄 모르거나 할 수 없다는 의사표시를 한 때에는 그 의사표시의 구체적 내용과 그가 서명할 수 없게 된 사유를 증서에 명시적으로 기재하여야 한다”라고 규정하고 있고, 제974조에서 “‘공정증서에 의한 유언’은 증인 및 공증인이 이에 서명하여야 한다”라고 정하고 있다. 한편 민법 제980조에서 “유언에 입회할 수 있는 증인은 프랑스 국적자로서 성년자이어야 하며 서명할 줄 알고 사권에 관한 행위능력자이어야 한다. 증인의 성별은 불문이나 남편과 아내는 동일한 유언에 증인이 될 수 없다”라고 정하고 있다. 이에 따르면 증인은

애초부터 서명할 수 없는 경우란 있을 수 없다¹⁴⁾. 한편 프랑스 공증법규 중 하나인 ‘1971년 11월 26일 법률적 명령’ 제11조에서는 “당사자, 공증인, 증인이 모두 서명하여야 하고, 그 중 당사자가 서명할 수 없는 사유가 있으면 그 사유를 기재한다”라고 규정하고 있다¹⁵⁾. 결국 ‘서명’과 관련하여서는 민법과 공증법규의 규정이 동일하게 규정하고 있다. 또한 이는 전술한 우리 공증인법 제38조 제3항 및 제4항의 취지와도 유사하다. 단지 우리 공증인법에서는 서명에 날인을 추가하여 서명날인하도록 되어 있고, 서명할 수 없는 자가 있는 경우에 그 사유를 기재하는 것에 공증인의 날인이 추가된 점에서 다를 뿐이다¹⁶⁾.

원래 이 절차는 ‘공정증서에 의한 유언’의 요건으로서 반드시 민법에 규정하는 것이 필요한 것은 아니다. 공정증서를 작성할 때 증서의 정확함을 승인한 후에 하는 ‘서명’은, 의사표시에 관하여 증서를 작성한다는 것이 한 번의 진술이나 구술로 모든 것이 착오 없이 작성되기보다는, 그 과정을 몇 번씩 되풀이하면서 작성되는 현실을 고려하여, 증서의 내용을 틀림없이 확인하고 승인하였다는 징표의 의미로서 즉, 서명(혹은 서명날인)으로 이제 최종적, 확정적으로 승인한 것이라는 취지로 이해된다¹⁷⁾. 따라서 공정증서로 하는 유언의 경우에는 공정증서 작성 방식에 ‘서명날인’에 관하여 규정하고 있으므로, 요식행위의 요건으로 민법에서 반드시 정하고 있을 필요는 없다. 그것은 독일민법이 ‘공정증서에 의한 유언’에 대하여 유언자의 서명에 관하여 따로 규정하지 않은 것을 보아도 명확하다¹⁸⁾.

굳이 ‘서명 등’에 관하여도 요식행위로서의 ‘공정증서에 의한 유언’의 요건으로 민법에서 규정하고자 한다면, 그 방식은 공증인법에서 정한 방식의 범주내의 방식으로 정

14) 프랑스민법에 관하여는 명순구(譯), 『프랑스민법전』, 법문사, 2004.

15) 『각국의 공증제도』, 법무부 법무실, 1990.

16) 일본민법 규정도 프랑스민법과 동일하다(일본민법 제969조). 다만 일본민법에서는 서명할 수 없는 사람을 증인결격자로 명문으로 정하고 있지 않지만, 민법의 유언의 방식에 관한 규정에서 유언의 요건으로 증인의 참여를 요구하는 방식에서는 모두 서명날인을 요구하고 있는 규정을 근거로 확실은 서명할 수 없는 사람은 증인이 될 수 없다고 해석하는데 일치하여 이론이 없다고 한다(遺言法體系, 株式會社西神田編集室, 1995. 4., 166面).

17) 공증인이 출현하기 전에는 우리의 현재의 구수증서 방식이 보통방식으로서 인정되었을 것이고, 그런 역사의 잔영이 근대 민법의 입법에 영향을 미쳐 그 흔적을 남겨 굳이 ‘서명’을 공정증서로 작성하는 유언의 요건으로 규정하여 여전히 민법에서 정하게 된 것이 아닐까.

18) 김상찬, “유언증인의 역할에 관한 비교법적 연구”, 법과 정책 제11호(2005. 8.), 제주대학교, 43면~44면. 독일민법의 경우는 민법에서 우리의 증인에 해당하는 증인을 인정하고 있지 않지만 공정증서에 의한 유언의 요건으로 의사표시방법만 요식행위로 정하고 있을 뿐 나머지는 모두 증서작성법에 따르는 방식이어서 처음부터 ‘서명 등’에 관하여 요식행위의 요건으로 정하고 있지 않다.

하여야 한다. 왜냐하면 어떤 법률행위를 법률로써 요식행위로 규정하면서 의사표시나 그 밖의 요건을 공정증서로 작성시키는 것을 방식으로 채택한다는 것은 공정증서 작성 방식의 범주 내에서 그것이 이루어지는 것을 전제로 해야 가능하기 때문이다. 따라서 다른 나라와 마찬가지로 민법도 공증인법의 규정과 동일하게 규정하든지¹⁹⁾, 아니면 처음부터 공정증서에 의한 유언의 요건으로서 삼지 말고(즉, 민법에서 정하지 말고) 그 부분에 관하여는 전적으로 공증인법에 의하는 형식을 취하였어야 한다. 또한 그렇게 하여 작성된 공정증서만이 요식행위에 관한 공정증서가 될 수 있는 것이고, 공증인법상의 공정증서의 일종에 해당될 수 있는 것이다. 만일 그렇지 않다면 민법이 유언의 방식으로 인정한 공정증서는 공증인법상의 공정증서와는 다른 것을 의미한다고 볼 수밖에 없다.

이와 같이 ‘서명 등’에 관하여 우리 민법의 규정이 공증인법의 규정과 충돌되는 것으로 보인다고 하여도, ‘공정증서에 의한 유언’에서 말하는 공정증서를 공증인법상의 공정증서와 다른 별종의 공정증서라고 볼 수는 없다. 우리 민법 제1072조 제2항에서 증인의 결격자에 관하여 “공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못한다”고 정하고 있고, 공증인법 제56조에서 유언서에 관한 특칙을 인정하고 있는 것에 비추어도 그렇고, 우리 민법이 계수한 프랑스민법이나 일본민법을 보아도 우리 민법이 정하고 있는 유언 공정증서가 공증인법에서 정하고 있는 공정증서와는 다른 별종의 공정증서라고 볼 수는 없다. 또한 공증인법상의 공정증서가 아니라면 도대체가 민법의 규정만으로는 도무지 민법에서 정하지 않은 사항을 어떻게 보아야 하는지 해결할 길이 없고, 결국 그 방식으로 유언을 할 수 없다는 결론이 되므로 도저히 수긍할 수 없다²⁰⁾²¹⁾.

다. 민법 제1068조의 ‘서명 또는 기명날인’의 해석

그렇다면 이것은 어떻게 보아야 하는가. 입법의 실수인가 아니면 해석론으로 그 모순

19) 민법이 공증인법이 정한 방식보다 범위를 좁혀서 정하는 것도 가능할 것이다. 가령 유언자에게 서명할 수 없는 경우를 인정하지 않고, 반드시 서명날인하도록 할 수도 있는 것이다. 만일 그렇게 규정한다면 공정증서에 의한 유언은 서명할 수 있는 사람만이 할 수 있는 유언의 방식이 된다.

20) 민법이 공증인법의 특별규정에 해당한다고 하여 이를 해결하는 것도 생각해 볼 수 있겠으나(이재성, “공정증서에 의한 유언의 방식”, 사법행정 245호(1980. 12.), 한국사법행정학회, 64면), 이 견해에 따르면, 민법은 실체법이고 공증인법은 공정증서 작성절차를 정한 일종의 절차법이므로 그 영역이 다르고, 민법은 국민생활에 관하여 가장 기초가 되는 기본법에 해당하는데, 그것이 공증인법의 특별법이 되어 법체계상 타당하지 않는다는 점에서 취하기 어렵다.

21) 민법에서 정하고 있는 ‘서명 또는 기명날인’의 요건이 공증인법에서 정한 요건과 차이가 있음을 따로 언급하고 있지 않으면서 민법에서 정한 요건에 따라 ‘서명 또는 기명날인’이라고만 설명하는 견해는 위 이재성변호사님과 같은 입장에 있는 것으로 보인다.

을 극복할 수 있는가. 돌이켜보건대, 이런 원인은 우리 민법이 제정되던 시대적 상황에서 찾아볼 수 있을 것이다. 즉, 일제로부터 해방된 후 우리는 국민생활의 가장 기본을 규율하는 민법의 제정이 무엇보다도 화급한 입장이었다. 민법에서 유언을 요식행위로 정하면서 ‘공정증서에 의한 유언’도 방식의 하나로 정하여야 하는 것은 당연한 일이었다. 공증인법 제정은 언제 이루어질지도 모르는 상황에서 입법자로서는 ‘공정증서에 의한 유언’을 유언방식의 하나로 규정하면서 그 방식에 관하여 침묵할 수는 없었을 것이다. 민법 제정과 함께 공증인법의 제정이 이루어지기는 어려운 상황이지만 대륙법계에서 모두 공증제도가 인정되고 있고, 비록 일제치하일망정 이 땅에도 이미 공증제도와 ‘공정증서에 의한 유언’이 인정되고 있었으므로, 민법에서 ‘공정증서에 의한 유언’에 관한 규정에서 지칭하는 공정증서는 당연히 앞으로 제정될 공증인법에서 정하고 있는 공정증서임을 전제하였을 것이다²²⁾. ‘공정증서에 의한 유언’을 정하고 있는 각국의 민법이 모두 유언자와 증인의 서명에 대하여 규정하고 있으므로, 우리 민법의 입법자도 ‘공정증서에 의한 유언’에 관한 규정에서 유언자와 증인의 서명이나 날인에 대하여 규정하는 것이 필요하다고 느꼈을 것이다. 그렇다고 그 부분에 관하여 앞으로 공증인법에서 정할 내용을 모두 민법에서 그대로 규정한다는 것에 관하여 다소 번잡하다고 여겼을 것이다. 장차 제정될 공증인법에서는 ‘서명 또는 기명날인’의 범주를 벗어나지 않을 것이므로 장차 제정될 공증인법에 의한다는 의미에서 간략하게 ‘서명 또는 기명날인’이라고 규정하면 되는 것이고, 굳이 민법에서 장황하게 공증인법 제38조 제3항과 제4항과 같은 내용을 규정하지 않아도 될 것으로 여겼을 것이다. 이런 연유로 민법에서는 유언자와 증인이 유언의 정확함을 최종적, 확정적으로 승인한다는 절차가 요식행위의 요건으로 필요하다는 차원에서, 그리고 그 뜻은 공증인법 제38조 제3항 및 제4항의 의미로 “유언자와 증인이 각자 ‘서명 또는 기명날인’하여야 한다”라고 규정하였을 것이다.

그렇다면 민법 제1068조에서 ‘서명 또는 기명날인’이라 하는 것의 의미는 문자 그대로 해석하여서는 아니되고²³⁾, 공증인법 제38조 제3항 및 제4항에서 정한 바와 같이 이해될 수 있고, 또한 그렇게 이해하여야만 비로소 ‘공정증서에 의한 유언’에 관하여 통일적이고 일관성 있는 해석이 가능하다²⁴⁾²⁵⁾²⁶⁾.

22) 해방 후 공증인법 제정 전까지는 헌법 부칙규정에 따라 일제치하에서 시행되던 법률이 그대로 효력이 있었다. 그에 따른다면 민법 제정 당시에는 민법에서 공증인법이라고 하는 것은 조선공증령을 지칭하는 셈이 되고, 조선공증령에 따라서 일본의 공증제도가 그대로 우리의 법과 제도로 인정되는 시기였다.

23) ‘서명 또는 기명날인’은 그 밖에 다른 방식에서도 요건으로 정하고 있는바, 그 국어학적 의미와 달리 법률적 의미는 ‘날인’이 서명에도 걸리는 의미 즉, ‘서명날인 또는 기명날인’이라고 본다.

이렇게 보면 민법 제1068조는 공정증서의 작성 방식을 정한 규정이라기보다는, 유언의 요식행위로서의 요건 즉, 증인을 참여시키면서 동시에 유언증서가 작성되는 방식의 유언으로서의 요건을 정한 규정으로 이해할 수 있다. 또한 그 때 작성되는 유언증서가 마침 공정증서이기 때문에, 공증인법에서 정하고 있는 법률행위에 관한 공정증서의 작성 방식의 속에서 이루어지도록 규정하여야 하고 또한 그러한 의미로 규정한 것이 바로 민법 제1068조다 라고 해석할 수 있다.

라. 유언 공정증서의 법적 성격

전술한 바와 같이 공정증서에 의한 유언에 관하여 민법에서 정한 요건은 공정증서 작성 방식의 속에서 구현되어야 하는 것이므로, 그것은 동시에 당연히 공증인법에서 정한 공정증서 작성 방식의 요건을 충족한다. 그것은 ‘공정증서에 의한 유언’에 따라 작성하는 공정증서가 당연히 공증인법의 법률행위에 관한 공정증서로서의 요건도 모두 충족하고 있는 것을 뜻한다. 따라서 유언에 관하여 작성되는 공정증서 즉, 유언 공정증서는 당연히 공증인법상 법률행위에 관한 공정증서의 일종인 것이다. 그것은 공증인법상의 공정증서와 작성 방식이 다른 특별한 공정증서가 아닌 것이다. 따라서 유언 공정증서에는 법률행위에 관한 공정증서의 경우와 마찬가지로, 공증인법 ‘총칙’이나 ‘직무집행 통칙’ 등에 한하지 않고 제4장 ‘증서의 작성’을 포함한 공증인법 규정 전반이 그대로 적용된다.

- 24) 한편 민법 제1069조 비밀증서에 의한 유언에서도 유언자와 증인이 각자 서명 또는 기명날인하여야 한다고 규정하고 있다. 이 경우 유언증서에 서명날인하도록 한 요식성이 유언의사의 정확성을 담보하기 위한 것임에 비추어 유언에 참석하는 자로서 서명할 수 있는 사람은 반드시 서명하여야 하고, 비밀증서에 의한 유언에 참여하는 2인 이상의 증인 중에는 반드시 최소한 서명할 수 있는 증인 1인을 포함하고 있어야 하며, 서명할 수 있는 증인은 반드시 ‘서명날인’하여야 한다는 것을 뜻한다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 비밀증서에 의한 유언은 유언의 정확성을 담보할 최소한의 방식도 갖추지 않은 셈이 된다. 하 루빨리 법률을 개정하여 이를 명확히 할 필요가 있다.
- 25) 민법에서 비록 ‘서명 또는 기명날인’이라고 규정하고 있지만, 필자가 확인한 바로는 어떤 공증사무소에서 유언자와 증인 중 서명할 수 있는 사람에게 서명을 받지 않고 기명날인하게 한 경우는 없었다. 법문과 달리 실무상으로는 별 이론이 없이 유언 공정증서가 공증인법상의 공정증서의 일종으로 취급되고 있는 것이다.
- 26) 공정증서에 의한 유언의 경우뿐만 아니라 우리 민법에서 정하고 있는 다른 방식에서도 모두 증인에게 ‘서명 또는 기명날인’이라고 일관하여 정하고 있다. 필자는 유언의 성립을 증명하는 자로서 증인의 참여를 객관적으로 담보하는 의미로 ‘서명 또는 기명날인’하는 것이므로 증인 중 최소한 1인은 ‘서명날인’하는 것을 의미한다고 본다. 이와 같이 이해한다면 공정증서에 의한 유언을 제외한 다른 방식에서는 증인 중 한 사람은 최소한 서명능력이 있어야 한다.

한편 공증인법은 법률행위가 대체로 대리가 허용되고 상대방이 있는 것을 예정하고서 정한 규정도 상당수 포함하고 있다. 그러나 유언 공정증서는 그 대상으로 하는 법률행위가 보통의 법률행위와는 사뭇 다른 유언이므로 유언 공정증서의 경우에는 적용이 없는 것이 있을 수 있다. 따라서 유언 공정증서를 작성함에 있어서 공증인법을 적용하는 데는 반드시 재해석과정이 필요하다.

5. 소결

‘공정증서에 의한 유언’은 위에서 살펴본 바와 같이 증인을 참여시켜 하는 유언이고 공정증서를 작성하여 성립시키는 유언이다. 그리하여 공정증서에 의한 유언이라는 법률행위는 유언자의 유언에 관한 단독적 의사표시 외에도 유언자는 물론 증인의 유언의 정확함에 대한 승인을 요소로 하고, 이러한 요소를 공정증서로 작성함으로써 성립하는 법률행위이다. 이와 같이 공정증서에 의한 유언은 단독행위이지만 혼자서 성립시킬 수 없고 증인의 협력으로 성립되는 특수한 단독행위인 것이다. 유언자의 유언의 구수와 공증인의 필기낭독 유언자와 증인의 유언의 정확함에 대한 승인은 공정증서의 작성 방식 속에서 구현되고, 민법에서 규정한 유언자와 증인이 하는 ‘서명 또는 기명날인’은 공증인법 제38조 제3항 및 제4항의 의미로 해석할 수 있으므로, 유언에 관한 공정증서는 공증인법상의 공정증서의 일종이다. 민법 제1068조는 요식적 법률행위로서의 유언에 해당하는 공정증서에 의한 유언의 요건을 정한 것이고, 공증인법 규정은 유언 공정증서에도 그대로 적용되는 것이지만 실제 적용함에 있어서는 재해석과정이 필요하다.

Ⅲ. ‘공정증서에 의한 유언’의 요식행위로서의 요건

1. 서론

전술한 바와 같이 ‘공정증서에 의한 유언’은 유언자의 단독적 의사표시와 유언자 및 증인의 승인이 합쳐져 비로소 성립하는 특수한 단독행위이고, 이러한 단독행위가 공정증서 작성 절차의 방식 속에서 구현되는 요식적 법률행위라고 볼 수 있다. 그 요식적 법률행위로서의 요건을 정하고 있는 것이 민법 제1068조인바, 그것이 정하고 있는 요건에 관하여 차례로 나누어 살펴보기로 한다.

2. 유언자가 유언의 내용을 구수(口授)할 것

유언자가 유언의 취지를 구수한다는 것은 전술한 바와 같이 공정증서에 의한 유언의 요식적 법률행위로서의 요건 중에서 가장 핵심적인 유언자의 유언에 관한 단독적 의사 표시에 해당한다. 여기서 구수한다는 것은 입으로 말하는 것을 의미한다. 입으로 말하여야 하므로 입으로 말할 수 없는 사람은 ‘공정증서에 의한 유언’을 할 수 없다. 유언자가 공증인이 보고 듣는 자리에서 구수하는 방법에 의하여 유언을 한다는 것은 본인 스스로 언어로 말하는 것을 의미한다. 여기서 공정증서에 의한 유언은 대리인을 통하여 할 수 없는 것으로 인정된다. 구수는 진술과 다르다. 진술은 제3자가 내용을 묻고 촉탁인이 그에 대하여 예, 아니오 라고 말하는 등의 방법이나 서면에 의한 진술도 가능하고, 경우에 따라서는 표정이나 몸짓 또는 손짓 발짓 등도 진술의 일부를 이룰 수 있다.

그러나 구수라고 하여도 대상이나 그 내용을 정확히 일일이 적시하여야 하는 것은 아니고, 실제 구수능력에 아무런 문제가 없는 경우에는 사회통념상으로 유언의 의미가 전달되면 될 뿐, 그 대상이나 의미를 일일이 구두로 하여야 하는 것은 아니고 서면이나 기타 다른 방법으로 보충될 수 있다고 본다. 따라서 미리 작성한 문서를 가지고 와서, 공증인이 그 서면을 이용하여 증서를 작성한 후 유언자에게 읽어준 다음, 유언자로부터 확답을 듣고서 공정증서를 작성하는 것은 유효하다²⁷⁾. 그런 점에서 구수 자체보다 유언당시에 실제 구수능력이 있었느냐가 구수가 있었는지를 인정하는데 중요한 판단근거로 될 것이다. 그런 점에서 “…… 망인은 1934년생으로 이 사건 유언 당시 만 69세여서 거동이 불편하긴 하나 의식이 명료하고 언어소통에 지장이 없었던 사실, 공증 변호사가 망인에게 유증할 대상자와 유증할 재산에 대하여 묻자 망인은 원고에게 ‘논, 밭, 집터, 집’ 이라고 대답하였고, 공증 변호사는 미리 작성하여 온 공정증서의 내용에 따라 망인에게 등기부에 기재된 지번과 평수 및 그 지역에서 부르는 고유명칭을 하나하나 불러주고 유증의사가 맞는지를 확인한 사실, 그 후 공증 변호사는 망인에게 유언공정증서의 내용을 읽어주고 이의가 없는지를 확인한 후 공정증서 등에 망인과 증인 소외 2, 3의 자필서명을 받은 사실을 인정한 다음, 위와 같이 망인이 의식이 명확한 상태에서 본인의 의사에 따라 유증할 의사를 밝혔고, 사전에 작성하여 온 공정증서에 따라 공증인이 개별 부동산에 대하여 불러준 후 유증의사가 맞는지 확인함과 더불어 유언공정증서의 내용을 낭독하고 이의 여부를 확인한 후 망인의 자필서명을 받은 점에 비추어 이 사건

27) 장재형, 앞의 논문, 102면

공정증서에 의한 유언은 유언자의 구수가 있었다고 보아야 할 것이고, 비록 공증인이 미리 유언내용을 필기하여 왔고 이를 낭독하였더라도 유언자의 구수내용을 필기하여 낭독한 것과 다를 바 없으므로 ……”라고 판시한 대법원 2007. 10. 25. 선고, 2007다51550, 51567 판결은 시사하는 바가 크다.

외국어를 구수하는 것은 여기의 구수에 해당하는가. 민법에서 정한 방식에 의하면 그 절차는 첫째, 유언자가 유언의 내용을 구수하고, 둘째, 공증인이 유언자의 구수에 따라 받아 적은 다음 받아 적은 내용을 낭독하며, 셋째, 유언자와 증인이 공증인이 낭독한 내용을 듣고 증서가 유언자가 구수한 대로 정확하게 작성된 것인지 확인하고, 넷째, 만일 유언자가 구수한 대로 정확하게 작성된 것이 인정되면 유언자와 증인이 그 정확함을 승인하고 각자 서명 또는 기명날인을 하여야 한다. 이러한 일련의 절차적 요건을 보면, 민법은 증서가 정확한지 여부에 관하여 유언자의 구수와 공증인의 필기낭독을 직접 비교하여 확인하도록 정하고 있다고 이해된다. 유언자가 외국어로 구수하면 공증인이 통역인에게 이를 통역하게 하고, 공증인이 통역인의 통역을 거쳐 국어로 필기하여 낭독하고, 다시 이를 통역인을 시켜 통역하게 하여 유언자와 증인이 유언자가 구수한 내용대로 증서가 작성된 것인지 확인하는 것으로 된다. 유언자가 외국어로 구수하면 유언자의 구수와 공증인의 필기낭독 사이에 직접 비교할 수 없게 된다. 또한 공정증서는 국어를 사용하여 작성하는 것으로 규정되어 있다(공증인법 제26조). 이러한 점에 비추어 ‘공정증서에 의한 유언’은 국어를 사용하여서만 유언을 할 수 있고 외국어를 사용하여서는 유언을 할 수 없는 것으로 해석된다(반대설 있음; 이재성, 앞의 논문, 61면~62면). 따라서 설사 ‘공정증서에 의한 유언’의 성립에 등장하는 사람 전부 즉, 유언자, 공증인, 증인 2인 모두가 외국어에 능통하여도 유언을 외국어로 구수하여 작성하는 것은 방식을 위반한 것이 되어 무효라고 본다. 이와 같이 유언을 외국어로 구수하는 것은 허용되지 않는다고 하여도, 국어로 구수한 것에 관하여 외국어를 병기하는 것은, 공증인법 제26조에 따라 가능하다. 이 경우 병기한 외국어로 된 유언 내용이 국어를 제대로 반영한 것인지에 대하여 통역인을 참여시킬 필요가 있을 수 있으나, 이는 공증인법상의 통역인이 아니라 촉탁인의 청구로 참여시킨 후술하는 소위 임의적 참여인에 불과하다. 왜냐하면 공증인법상의 통역인은 촉탁인이 국어를 해독하지 못하거나 듣지 못하거나 말하지 못하는 등 말로 의사소통이 불가능한 사람으로서 문자도 해독하지 못하는 경우에 공증인이 사용하는 존재이기 때문이다(공증인법 제28조).

3. 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 할 것

증인이 무슨 역할을 하는가와 증인의 승인능력에 대하여는 전술하였다. 증인결격자에 대하여는 후술하기로 한다. 여기서는 ‘증인 2인의 참여’와 ‘공증인의 면전’이 무엇을 의미하는지에 관하여 살펴보기로 한다. 증인 2인이 ‘참여한’ 것이란 증인 2인이 ‘유언의 구수가 이루어지고 있는 것을 보고 들을 수 있는 현장에 임한’ 것을 의미한다. 떨어진 장소에서 동영상으로 보는 것이나 칸막이로 막힌 데서 듣는 것만으로는 ‘참여’한 것이 아니다. ‘면전에서 한다는 것’과 ‘참여시켜서 한다’는 것은 의미가 반드시 같은 것은 아니다. ‘면전’이라는 것은 볼 수 있는 경우에 사용할 수 있는 표현이기 때문이다. 그런데 후술하는 바와 같이 시각장애인이 증인결격자로 규정되기 전까지는 시각 장애인도 증인이 될 수 있었고, 그가 증인으로 참여한 경우에는 ‘증인의 면전에서’의 요건에는 해당하지 않았지만, 공증인법 제33조 제3항 제2호가 신설되어 시각장애인도 참여인 결격자로 새로 규정되면서 증인결격자가 되었으므로, 이제는 결과적으로 ‘공증인과 증인 2인의 면전’과 ‘증인 2인이 참여한 공증인의 면전’은 그 의미가 같게 되었다.

증인 2인의 참여는 유언자의 구수가 있는 때부터 공정증서 작성이 끝날 때까지 참여하는 것을 의미한다. 그러나 ‘유언의 구수’부터 그 정확함을 최종적, 확정적으로 승인하는 ‘서명날인’하기 전까지 전혀 현장에서 이탈하여서는 아니되는 것을 의미하지는 않는다고 본다. 즉 유언자의 단독적 의사표시에 따른 증서내용이 정확하게 반영되었는지 확인하고 잘못된 것을 수정하고, 또 다시 확인하고 그것을 다시 수정하는 것과 같은 과정을 거치느라고 상당한 시간이 소요되었다면, ‘공정증서에 의한 유언’이 이루어지는 과정을 전체적으로 보아 유언의 정확함을 승인하는데 부족함이 없는 정도로 현장에 임한 경우에는, 잠시 자리를 이탈하였어도 상관없다고 본다. 즉 유언의 정확함을 승인하기에 부족하나 않느냐에 따라 참여여부를 판단하여야 한다.

증인 2인이 참여하였지만 그 외에도 증인이 추가적으로 참여할 수 있는가. 즉 3인²⁸⁾ 이상의 증인이 참여하여도 방식에 위배된 것은 아닌가. 생각건대 유언 공정증서는 공증인법에 의한 법률행위에 관한 공정증서의 일종이고, 후술하는 바와 같이 공증인법에 따르면 촉탁인은 공증인에게 어떤 사람을 지정하여 공정증서 작성에 참여시켜 줄 것을 청구한 경우에는, 공증인이 그를 참여시켜 공정증서를 작성하도록 되어 있다. 이 점에 비추어 본다면 당연히 2인을 초과하여 3인 이상의 증인이 참여하여도 무방하다고 생각된다. 증인 2인은 최소한의 요건일 뿐이다.

자격 있는 증인 2인 외에 증인이 될 수 없는 결격자가 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여

28) 일본의 경우는 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인을 ‘2인 이상’으로 규정하고 있다(일본민법 제 969조).

하여 공정증서가 작성된 경우에는 방식을 위배한 경우에 해당되는가²⁹⁾. 후술하는 바와 같이 공증인법에 의하면 촉탁인이 참여시켜 줄 것을 청구하여 참여시키는 참여인(후술하는 소위 임의적 참여인)은 참여인결격자라도 상관없다는 점, 증인은 유언의 성립을 증명하는 자이고 참여인은 후술하는 바와 같이 촉탁인의 보조자라는 점에서 그 역할이 서로 다르다는 점, 유언 공정증서도 공증인법에 의한 공정증서의 일종이라는 점 등을 고려하면, 촉탁인 즉, 유언자의 청구로 ‘공정증서에 의한 유언’에 증인결격자가 참여하는 것은 공증인법의 일반 원칙에 따라 당연히 아무 상관이 없다고 본다.

증인 2인 외에 촉탁인 즉, 유언자의 청구로 참여하는 자가 수증자라고 할지라도 마찬가지이다. 수증자가 ‘공정증서에 의한 유언’이 이루어진 자리에 참석하였으나 서명날인하는 행위가 없었다면 그 유언은 방식을 위배한 것인가. 수증자나 이해관계인이 ‘공정증서에 의한 유언’에 참석하는 것은 유언자의 유언에 부당히 영향을 미칠 수 있으므로, 그와 같은 이해관계인이 유언의 자리에 참석하는 것은 방식을 위배한 것이라는 주장하는 견해가 있다³⁰⁾. 그러나 유언자가 유언사실을 수증자도 알게 하고자 하는 경우도 있을 수 있으므로, 일률적으로 유언자의 유언에 부당히 영향을 미치는 것이라고 단정할 수 없어 찬동할 수 없다. 증인결격자가 유언의 자리에 참석하거나 참여하는 경우에 그 사실 자체로 유언이 곧바로 무효가 될 수는 없고, 그 자리에 참석하여 유언자에게 부당한 압박을 가하여 유언이 유언자의 자유로운 의사에 기하지 않는 것으로 인정되는 경우에 한하여, 취소할 수 있는 법률행위로 인정하여 취소할 수 있게 하거나 강압의 정도에 따라서 무효로 인정하면 족할 것이다. 다만 증인 아닌 제3자가 유언의 자리에 출석하여 부당히 영향을 미치는 상황이라면, 공증인은 그러한 유언에 관하여는 촉탁의 인수를 거절하여야 한다. 이는 그 자체로 법령에 위반하거나 취소할 수 있는 법률행위에 속하기 때문이다.

유언자가 공증인의 면전에서 한다는 것은 법률행위가 공증인이 직접 보고 듣는 공증인의 앞에서 유언자의 구수가 이루어진다는 것을 의미한다. 공증인의 면전에서 이루어지는 것은 유언자의 구수뿐만 아니라 그 뒤 ‘서명 및 기명날인’ 등 공정증서에 의한 유언의 전 과정(全過程)이 공증인의 면전에서 이루어져야 한다. 따라서 공증인의 보조자가 듣고 필기하여 최종적으로 공증인이 확인만 하는 방식은 방식을 위반한 것이다.

29) 김주수 교수님은 이에 대하여 일반적으로는 무효로 볼 것은 아니지만, 결격자인 증인이 기타의 증인에게 실질적인 영향력 내지 지배력을 가지는 것이 외견상 명백한 경우에는, 그 유언은 무효라고 보아야 한다는 제한적 긍정설을 취한다(김주수, 『친족상속법(제6전정증보판)』, 법문사, 2005., 663면).

30) 김주수, 앞의 책, 662면

4. 공증인이 유언자의 구수를 ‘필기낭독’ 할 것

필기(筆記)의 사전적 의미는 필기구를 이용하여 기록하는 것을 의미한다. 그러나 여기서 필기라는 것은 반드시 필기도구만을 이용하여 손으로 쓰는 것만을 뜻하는 것이 아니라, 유언자의 구수를 듣고 그것을 기록하는 것을 의미한다. 따라서 꼭 필기도구를 이용하여 기록하는 것뿐만 아니라, 워드프로세서, 컴퓨터, 타자기, 기타 글자를 기록할 수 있는 것을 포함한다. 필기를 꼭 반드시 공증인이 하여야 하는가. 그렇지 않고 공증인 면전에서 공증인의 보조자가 공증인의 지시에 따라 유언의 취지를 기록하는 경우도 무방하다고 본다.

필기하는 내용은 유언자가 구수한 것을 그대로 필기하는 것을 의미하는 것이 아니라 유언의 취지를 적으면 된다. 이런 의미에서 ‘유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기낭독’이라고 되어 있는 것은 ‘유언의 내용을 구수하고 공증인이 그 취지를 필기낭독’의 의미라고 생각한다.

낭독(朗讀)은 소리내어 읽는 것을 말한다. 보통의 법률행위에 관한 공정증서를 작성할 때에는 낭독뿐만 아니라, 직접 읽어보게 하는 것도 인정되고 있으나, 유언 공정증서의 경우에는 반드시 직접 읽어주도록 하고 있다. 필기와 마찬가지로 공증인의 면전에서 공증인의 지시에 따라 공증인의 보조자가 낭독하는 경우도 공증인이 낭독한 경우에 해당한다고 본다.

5. 청취와 청취능력

민법에서 “…… 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기낭독 ……”이라고 정하고 있는 것은 정확히 표현하면, 유언자가 공증인의 면전에서 증인 2인의 참여하에 유언을 구수하고, 공증인은 유언자의 구수를 청취하고 그 내용을 필기하여 필기된 내용을 낭독한다는 의미이다. 법문에는 유언자의 구수에 대하여는 물론, 공증인의 낭독에 관하여도 청취하여야 한다는 내용이 없지만, ‘유언자의 구수’와 ‘공증인의 필기낭독’이 서로 정확히 일치하는지 확인하기 위하여는 유언자의 구수와 공증인의 필기 사이에는 공증인과 증인이 청취한다는 의미가 당연히 포함되어 있다고 보아야 하고, 공증인의 낭독에 대하여도 유언자와 증인이 청취한다는 의미가 당연히 포함되어 있다고 보아야 한다. 여기서 ‘공정증서에 의한 유언’을 하려는 사람은 청취능력이 있어야 하고, 그 유언에 참여하려는 증인도 청취능력이 있어야 한다는 점이 도출되는 것이다³¹⁾.

이와 같이 유언자 및 증인은 유언자의 구수와 공증인이 필기낭독한 것 사이를 비교하여 공증인이 작성한 증서가 정확한지 확인하도록 정하고 있기 때문에 즉, 청각에 의한 방법을 기본으로 하여 증서가 정확한지 인식하여야 하고, 그 밖의 수단 즉, 시각에 의한 방법은 그 정확함을 확인함에 있어서 어디까지나 보충적인 수단에 그쳐야 한다. 다만, 참여인결격자 규정의 개정으로 시각장애인은 이제 증인이 될 수 없는 것으로 되었으므로, 개정 전과 달리 ‘보는 것’은 ‘듣는 것’의 극히 단순한 보충적인 수단이라기보다는 상당한 정도의 보충수단으로서 의미를 갖게 되었다고 본다. 가령 목록에 열거한 가짓수가 많은 재산을 유증한다고 할 때, 그 재산을 일일이 열거하여 구수하거나 낭독하지 않고 적당한 방법으로 한정하여 그 취지를 구수하거나 낭독하면서 보충적으로 목록을 제시하는 방법도 구수나 낭독으로서 유효하다고 보아야 한다.

6. 유언자와 증인이 유언의 정확함을 승인할 것

이에 대하여는 대체로 공정증서에 의한 유언의 법적 성격에 관하여 살펴볼 때 기술하였다. 공정증서에 의한 유언은 증서로 작성됨으로써 비로소 성립하는 유언이라는 점, 그리하여 유언자의 유언에 관한 단독적 의사표시만으로 성립하지 않고 자신의 유언의 사대로 작성되었는지 유언자의 승인행위가 있어야 한다는 점, 그것이 보통의 단독적 의사표시만으로 이루어지는 단독행위와 다른 특성이라는 점, 또한 공정증서에 의한 유언은 증서로 작성되면서 또한 증인이 참여함으로써 성립하는 유언이라는 점, 그리하여 유언자의 유언에 관한 단독적 의사표시와 유언의 정확함에 대한 승인과 아울러 증인의 유언의 정확함에 대한 승인이 있음으로써 비로소 유언이 성립한다는 점 등이 그것이다. 또한 유언의 정확함의 승인은 단지 유언자의 구수대로 증서내용이 작성되었다는 점만의 확인뿐만이 아니라 유언자가 맞다는 점의 승인도 포함하고, 유언자가 맞다는 것은 종전부터 증인이 유언자의 얼굴과 성명을 알고 있어야 하는 것은 아니고 유언의 성립에 즈음하여 확실한 방법으로 증인이 확인하면 된다는 점도 전술한 바와 같다.

7. 유언자와 증인이 각자 ‘서명 또는 기명날인’ 할 것

31) 이와 같이 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 경우에는 ‘청취능력’이 있음을 요한다. 후술하는 바와 같이 청취능력이 없는 사람을 강학상 사실상 결격자라고도 하나, 그보다는 증인의 승인능력결여자라는 표현이 타당하다고 본다.

민법에는 ‘서명 또는 기명날인’이라고 규정하고 있으나, 이는 공증인법 제38조 제3항 및 제4항에 의하는 것을 뜻한다는 것은 전술하였다. 따라서 유언자와 증인은 원칙적으로 서명날인하여야 하고, 유언자가 서명할 수 없는 때에는 그 사유를 증서에 적고 공증인과 참여인이 날인하여야 한다. 이 때 증인도 날인하여야 하는가. 증인을 참여시키는 유언의 방식에서는 증인도 그러한 사실을 확인하였다는 의미에서 날인하는 것이 바람직하다고 본다. 다만 공증인법이 공동촉탁이 있을 때, 촉탁인 중 1인이 서명할 수 없는 경우에 다른 촉탁인에게 날인을 요구하고 있지 아니한 것에 비추어 후술하는 바와 같이 증인을 촉탁인의 지위나 촉탁인과 유사한 지위에 있는 것으로 보는 필자의 견해에서는 증인의 날인이 없어도 상관 없다고 본다. 후술하는 바와 같이 증인은 참여인을 겸할 수 있는바, 소위 필요적 참여사유가 있어서 증인이 참여인을 겸하는 경우라면 증인은 참여인으로서 날인하여야 함은 당연하다^{32) 33)}.

주의할 것은 임의적 참여인이나 촉탁인의 신원을 확인해 준 증인 등은 민법 제1068조와는 아무런 관계가 없다는 점이다. 그들은 단지 공증인법에 의하여 인정되는 존재이다. 그러므로 그들이 설혹 참석자로서 서명날인하게 되는 일이 있다고 하여도, 그것은 민법에 따라서가 아니라, 오로지 직접 공증인법 제38조 제3항 및 제4항에 따라서, 공정증서의 작성 방식의 일환으로서 서명날인이나 기명날인하는 것에 해당한다.

한편 공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못한다고 하는 의미를 참여인 결격자를 의미하는 것으로 보는 통설의 입장에서는 서명날인할 수 없는 자는 증인 자격이 없게 되므로, 공증인법 제38조 제4항의 ‘서명할 수 없는 자’에는 증인은 포함되지 않는다. 유언 공정증서를 작성할 때에는 유언자와 유언자가 참여시켜 줄 것을 청구하여 참여하게 된 임의적 참여인만이 ‘서명할 수 없는 자’에 해당할 수 있는 것이다³⁴⁾.

IV. ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인

32) 다만, 프랑스민법이나 일본민법에서는 유언자가 서명할 수 없는 경우에 공증인의 조치 외에 별도로 증인의 서명이나 날인을 요구하고 있지 않다(프랑스민법 제973조, 일본민법 제969조)

33) 입법적으로는 증인도 날인하는 것으로 정할 필요가 있다고 본다. 증인이 참여한 것으로 정하였으면 증인이 유언자가 서명할 수 없을 때 이를 증인도 확인하였다는 의미로 증인도 공증인과 함께 날인하는 것으로 하는 것이 일관성이 있다고 본다.

34) ‘공정증서에 의한 유언’에는 전술한 바와 같이 통역인이 존재할 수 없고, 외국어의 병기를 위하여 사실상 통역인이 입회한 경우에도 그는 소위 임의적 참여인에 해당하고, 촉탁인의 신원을 증명하는 증인은 공정증서 작성이 끝날 때까지 참여할 필요가 없다. 그러나 그가 공정증서 작성이 끝날 때까지 참여하여 참석자가 된 경우에는 임의적 참여인으로 되는 셈이다.

1. 서론

전술한 바와 같이 증인은 유언이 상대방 없는 단독행위이고 유언자 사망 후에 비로소 효력이 발생하는 것이므로, 유언의 성립을 증명해 주는 역할을 하기 위하여 유언에 참여하는 것이다. 증인은 유언의 정확함을 확인하고 승인할 수 있어야 하므로, 일반적으로는 의사능력자이어야 함은 이론이 없다. 또한 유언에 관하여 사회통념상의 의미는 이해할 정도의 지적 능력은 있어야 한다고 보는 것은 전술한 바와 같다. 그 밖에 증인이 참여하는 유언의 방식에 따라서 요구되는 일정한 역할을 수행하는데 부족함이 없어야 한다. 공정증서에 의한 유언의 경우에는 전술한 바와 같이 유언의 정확함을 확인하고 승인하는데 우선 청취능력이 필요함은 그 요건으로부터 당연히 인정되는 것이다.

한편 증인은 유언자가 죽은 뒤에 법률효과가 발생하는 유언에 관하여 그 성립을 증명하는 자이므로 일정한 자에 대하여는 증인의 승인능력이 있느냐 없느냐로 논란이 될 소지가 있는 사람은 처음부터 증인결격자로 정할 필요가 있다. 또한 유언과 이해관계가 있는 사람 역시 그 성립을 증명하는 자로서는 적합하지 않기 때문에 증인이 되지 못하게 정할 필요가 있다. 이것이 증인결격자를 정하고 있는 입법취지이다. 한편 공정증서에 의한 유언은 그것이 공정증서의 작성으로 성립하는 것이므로, 공증과 관련된 일정한 사람 등 증인으로서 적합하지 않은 사람에 대하여도 결격자로 정할 필요가 있다. 그리하여 우리 민법은 증인의 참여가 필요한 유언에 관하여 공통적으로 적용되는 증인결격자와 함께 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인의 결격자를 따로 정하고 있다. 이하에서는 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인으로서 민법이 정하고 있는 증인결격자에 관하여 알아보기로 하되, 그에 앞서 먼저 증인과 구별되는 개념을 살펴보기로 한다.

2. 증인과 구별되는 개념

증인은 원래 재판에서 사실인정을 위한 증거방법의 하나로 당사자가 아닌 제3자로서 경험에 의하여 어떠한 법률사실을 알고 있는 사람을 의미한다. 이는 소송법상 개념이다. 민법의 유언의 방식에서 정하고 있는 증인은 나중에 유언에 관하여 다툼이 있어 재판절차에서 유언의 성립절차에 참여한 경험에 관하여 증인으로서 증언하는 일이 있을 지언정, 소송절차에서 사실인정을 위한 증거방법의 하나로서의 증인과는 전혀 무관한 순전히 민법상의 개념이다.

‘공정증서에 의한 유언’에는 증인이 아니면서 그 절차에 참여하는 사람이 있다. 공증

인법에서 정하고 있는 참여인 및 촉탁인의 신원을 증명하여 주는 증인과 민법에서 정하고 있는, 금치산자의 유언서에 부기할 의사가 바로 그들이다.

참여인³⁵⁾은 촉탁인이 시각장애인이거나 문자를 알지 못하는 경우에 증서작성 절차에 참여하여 그를 보조하는 사람이다³⁶⁾. 또한 촉탁인에게 위와 같은 사유가 없어도 촉탁인이 증서 작성절차에 참여시켜 줄 것을 청구하여 참여하는 사람도 참여인이라고 한다. 전자는 소위 ‘필요적 참여인’이라고 하고, 후자를 소위 ‘임의적 참여인’이라고 한다. 필요적 참여인의 경우는 후술하는 바와 같이 공증인법 개정으로 결격자 범위가 완전히 같게 되었으므로, 우리 민법은 증인이 참여인의 역할을 겸하는 것으로 규정하였다고 보아도 무방하게 되었다.

참여인은 촉탁인의 보조자이기 때문에 공증인이 공정증서를 작성할 때 증서내용을 승인하는 주체가 아니다. 단지 촉탁인이 증서의 정확함을 승인하는데 보조적 역할을 할 뿐이다. 이에 반하여 증인은 유언의 성립을 증명하는 자로서 직접 유언의 정확함을 승인하는 주체이다. 바로 이 점에서 참여인은 증인과 현격하게 다르다.

유언에 참여하는 증인과 구별되는 존재로 공증인법 제27조에서 정하고 있는 촉탁인³⁷⁾의 신원을 증명하여 주는 증인이 있다. 그는 공증인이 촉탁인의 성명과 얼굴을 알지 못하고, 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 붙어 있는 증명서로서도 증명할 수 없는 경우에 유언자가 틀림없음을 증명하여 주는 증인이다. 일응 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인을 유언 증인이라고 부르고, 공증인법에서 정하고 있는 증인을 신원증명 증인이라고 부를 수 있을 것이다. 신원증명 증인은 종전부터 촉탁인의 얼굴과 성명을 알고 있는 자이어야 한다. 유언 공정증서를 작성할 때에도 유언에 참여하는 증인과 별도로 이에 해당하는 증인이 있을 수 있는바, 이에 대하여는 후술하기로 한다. 다만, 유언에 이해관계 있는 자는 증명력을 상실하기 때문에 신원증명 증인이 될 수 없다고 본다.

금치산자의 유언서에 부기할 의사는, 금치산자는 심신이 회복된 때 한하여 유언할 수 있는바, 그것을 증명하여 주는 사람이다. 금치산자의 유언에 참여하는 의사는 금치산자

35) 우리 공증인법상의 참여인에 해당하는 사람을 입법례에 따라서는 똑같이 증인이라고 부르는 경우가 있으나 이는 촉탁인을 보조하는 지위에 있기 때문에 굳이 증인이라는 명칭을 사용하여야 한다면 유언에 참여하는 증인과 구분하여 보조적 증인이라고 부르는 것이 좋겠다.

36) 남상우, “참여인에 관한 고찰”, 대한공증협회지 제2호(2009.), 65면~103면

37) 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인도 공증인법상 촉탁인의 범주에 속한다고 하는 필자의 견해에 의하면 공증인이 유언에 참여하려는 증인의 얼굴과 성명을 알지 못하고 그가 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 붙어 있는 증명서로 자기의 신원을 증명하지도 못하는 경우에 증인의 얼굴과 성명을 아는 증인 결격자(가령 미성년자)를 내세워 유언 증인의 신원을 증명하게 하여 증서를 작성하는 경우를 생각해 볼 수 있을 것이다.

가 유언할 때 심신이 회복된 상태였다는 사실을 유언서에 부기하고 서명날인하여야 한다(민법 제1063조). 금치산자의 유언에 참여하는 의사는 유언자의 심신회복 사실에 관하여만 확인하여 주는 사람일 뿐 증인이 아니다. 따라서 금치산자가 공정증서에 의한 유언을 하는 경우에 의사는 유언이 이루어지는 처음부터 시종일관 참여하여야 하는 것은 아니고, 유언자와 증인이 유언의 정확함을 승인하는 즈음에만 참여하여 위 부기와 서명날인을 하면 된다고 본다. 그 의사는 반드시 정신과 전문의 자격이 있어야 하는 것은 아니다. 의사에 대하여는 유언자나 공증인과의 관계에서 유언에 참여할 수 없다는 결격사유나 제척사유를 두고 있지 않다. 다만 유언의 이해관계인에 해당하면 참여할 수 없다고 본다. 신원증명 증인과 마찬가지로 이해관계가 있으면 증명력을 상실하기 때문이다. 증인결격사유가 있지 않는 한 그 의사는 유언에 참여하는 증인을 겸할 수도 있다.

3. ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인결격자

가. 서론

증인은 증인의 참여가 있어야 성립하는 유언 방식에서 유언의 성립을 증명함으로써 유언자와 함께 유언을 성립시키는 사람이고 유언의 성립의 증명은 유언의 정확함을 승인함으로써 한다고 함은 전술하였다. 유언의 정확함을 승인하기 위하여는 유언의 방식에 따라 일정한 능력이 요구되고 그것을 승인능력이라고 한다는 점 역시 전술하였다. 증인이 유언의 정확함을 승인할 능력이 없으면 승인할 수 없으므로 증인이 될 수 없다. 이를 법률로 정하여진 결격자와 구분하여 강학상 사실상 결격자라고 부른다. 공정증서에 의한 유언의 경우에 이러한 사실상 결격자로는 의사능력이 없는 자, 유언의 사회적 의미조차 이해하지 못할 정도의 지적 수준인 자, 청취할 수 없는 자 등이 이에 속한다.

한편 승인능력이 있다고 하여도 유언에 참여하는 증인은 유언자가 죽은 뒤에 법률효과가 발생하는 유언에 관하여 그 성립을 증명하는 자이므로, 증인으로서 승인능력이 있느냐 없느냐 논란거리가 있는 사람은 처음부터 증인결격자로 정할 필요가 있다. 증인참여가 요구되는 유언에는 절대적으로 증인 결격자로 되기 때문에 절대적 결격자라고 부를 수 있다. 또한 유언과 이해관계가 있거나 유언서를 작성하는 공증인과 일정한 관계가 있는 사람 역시 그 성립을 증명하는 자로서는 적합하지 않기 때문에 증인이 되지 못하게 정할 필요가 있다. 이는 유언의 이해관계인이나 기타 관계인과의 상대적인 관계에 따라 증인결격자로 되기 때문에 상대적 결격자라고 부를 수 있다. 절대적 결격자든, 상

대적 결격자든, 증인이 될 수 없는 자를 따로 정하고 있는 이유는, 궁극적으로는 유언의 성립에 관한 증명력을 높이는 데 있다고 본다. 견해에 따라서는 유언자의 최종의 의사가 부당하게 영향을 받지 않도록 하기 위하여서라는 관점에서 이해하는 입장도 있으나³⁸⁾, 그보다는 이해관계로 인하여 증명력이 상실되기 때문에 결격자로 정한 것이라고 본다.

우리 민법은 절대적 결격자로는 미성년자, 한정치산자, 금치산자를 정하고 있고, 상대적 결격자로는 유언으로 이익을 받을 사람, 그의 배우자와 직계혈족을 정하고 있다. 한편 공정증서에 의한 유언의 경우에는 공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못한다고 규정하여 따로 정하고 있다. 민법에서 정한 바에 따라 증인의 참여가 필요한 유언의 방식 모두에 공통적으로 적용되는 증인결격자와 공정증서에 의한 유언에만 적용되는 증인결격자로 나누어 살펴보기로 한다.

나. 다른 방식의 유언에도 공통적으로 적용되는 증인결격자

민법 제1072조 제1항에 의하면 유언에 참여하는 증인이 되지 못하는 자로 ① 미성년자, 금치산자, 한정치산자, ② 유언에 의하여 이익을 받을 자, 그 배우자와 직계혈족을 들고 있다.

먼저 미성년자, 금치산자, 한정치산자는 모두 민법상 행위무능력자에 해당하는 자인바, 승인능력이 있는지에 대하여 논란이 있으면 안되기 때문에 일률적으로 절대적 결격자로 정한 것이다. 증인의 승인행위는 소위 법률행위에 해당하지 않기 때문에 법정대리인의 동의나 허락의 대상도 아니다. 따라서 법정대리인의 동의나 허락이 있었다고 하여도 결격자에서 벗어날 수 없다³⁹⁾. 성년에 이르지 않았으나 혼인하여 성년으로 의제되는 경우에는 성년으로 간주되므로 결격자가 아니다(민법 제826조의 2). 성년으로 의제된 자가 이혼한 경우 아직 20세에 이르지 않았다고 하여도 미성년자로 되지는 않는다⁴⁰⁾.

여기서 ‘유언에 의하여 이익을 받을 자’란 유언에 의하여 직접적으로 이익을 받는 자만을 의미한다고 본다. 다만 이익을 받는 자가 반드시 유언으로 곧바로 직접 권리를 갖는 경우에 한하지는 않는다고 본다. 그리하여 유증의 유언을 하는 경우에는 수증자뿐만 아니라 부담부 유증에서 부담의 이익을 받는 자도 그에 해당하고, 만일 제3자에게 이익의 제공을 조건으로 하여 유증하는 경우에는 그 제3자도 이익을 받는 자에 해당한다고

38) 김주수, 『주석민법, 상속(2)』, 한국사법행정학회, 2005., 237면

39) 김주수, 『친족상속법(제6전정증보판)』, 법문사, 2005., 662면

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

본다. 그러나 유언집행자로 정한 자는 ‘유언에 의하여 이익을 받을 자’가 아니다(대법원 1999. 11. 26. 선고, 97다57733 판결).

다. ‘공정증서에 의한 유언’에 한하여 적용되는 결격자

(1) 서론

원래 공정증서에 의한 유언을 하는 경우에는 공증인이 유언증서를 작성해 주기 때문에 공증인과 일정한 관계에 있는 사람은 유언의 성립의 증명력을 높이기 위한 목적에 적합하지 않다. 따라서 이를 증인결격자로 정할 필요가 있다. 공정증서에 의한 유언에 증인의 참여를 요구하는 다른 나라의 민법의 경우를 보면, 민법에서 증인 결격자를 직접 정하면서, 유언방식에 공통적으로 적용되는 증인결격자와 공정증서에 의한 유언의 증인에만 적용되는 것으로 구분하지 않고 단지 증인결격자 중 하나로 공증인과 일정한 관계에 있는 자를 증인결격자로 정하고 있다. 그런데 우리의 경우는 전술한 바와 같이 민법 제1072조에서 공정증서에 의한 결격자에 관하여 따로 구분하여 정하고 있고, 그러면서도 그곳에서 구체적으로 정하지 않고 공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못한다 라는 애매한 표현을 사용하여 공증인법으로 미루어 버렸다. 공증인법에 의한 결격자가 무엇을 뜻하는지와 관련하여 초기에는 공증인 결격자를 뜻하는 것으로 이해하는 견해가 있었으나, 현재는 그것이 참여인 결격자를 뜻한다고 하는 것에 이론이 없다. 그런데 최근 참여인 결격자를 정하고 있는 공증인법 제33조 제3항이 개정되어 많은 변화가 생겼다. 따라서 개정 전과 개정 후를 나누어 살펴보기로 한다.

(2) 공증인법 제33조 제3항 각 호의 개정 전 상황

① 서론

‘공정증서에 의한 유언’을 인정하는 대부분의 국가에서는 증인의 참여를 요구하고 있다⁴¹⁾. 입법례마다 증인결격자의 범위에 대하여는 다르게 규정하고 있지만, 우리 민법

41) ‘공정증서에 의한 유언’에도 증인의 참여를 요구하는 것으로 민법에서 정하고 있는 이유에 대하여 필자는 공증인이나 공정증서라는 개념이 생기기 전부터 유언은 증인이 참여하여야 하는 요식행위로 되었고, 그 뒤에 공증인과 공증인이 일정한 방식에 의하여 작성하여 주는 공정증서라는 것이 생기고 유언에 관하여도 공정증서로 작성하게 되면서도 여전히 증인이 참여하여야 하는 것으로 되고 그것이 근대 민법에서 그대로 법제화된 것이 아닐까 추측한다. 그 뒤 공증인이 공정증서로 작성할 때에는 증인 2인 대신 증서를 작성하는 공증인 아닌 공증인 1인이 참여하는 것으로도 할 수 있게 하다가 현행 독일민법과 같이 유언자가 볼 수 없는 등의 특별한 사정이 없으면 공증인 단독으로 작성할 수 있도록 하는 입법례까지 등장한 것이다.

을 제외하면 모두 민법에서 직접 유언에 참여하는 증인의 결격자를 명확히 규정하고 있다.

우리 민법이 이와 같이 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 결격자에 관하여 ‘공증인법에 의한 결격자’라고 애매하게 규정하는 바람에, 그 의미의 해석에 관하여 학설이나 대법원 판례는 대체로 공증인법의 결격자란 참여인의 결격자를 의미하는 것으로 받아들이면서도, 막상 구체적인 경우에 들어가서는 누가 과연 증인결격자라는 것인지 갈피를 잡지 못하였다. 그러던 중 최근 참여인 결격자에 관한 규정인 공증인법 제33조 제3항이 개정되어 증인결격자에 관한 규정의 해석에 중대한 변화가 발생하였다. 이하에서는 종전의 논란을 정리하고, 공증인법 개정으로 인하여 종전의 학설이나 판례에 증인 결격자에 관한 해석에 어떠한 변화가 초래되는지 살펴보기로 한다.

② 학설과 판례의 태도

종전의 통설에 따르면, ‘공증인법에 의한 결격자’란 공증인법 제33조 제3항 각 호가 규정하고 있는 자를 의미한다고 하면서 공증인법 제33조 제3항 각 호에서 정한 자를 그대로 나열하는 경우가 대부분이었다⁴²⁾. 박윤직 교수님만이 위 각 호 중 촉탁인의 친족 등을 제외시킨 채 일부만을 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 결격자로 나열하고 있다⁴³⁾. 그러나 그나마 이에 대하여 아무런 부연설명이 없어, 나머지는 적용이 없다는 것인지, 없다면 왜 없다는 것인지에 대하여는 그 입장을 파악할 수가 없고 어떻게 그런 견해가 도출된 것인지 확인할 길이 없다⁴⁴⁾.

한편 증인결격자에 관한 대법원 판결은 다음에 소개하는 두 개가 있다. 먼저 1992. 3. 10. 선고, 91다 45509 판결을 보면, “민법 제1072조는 제1항에서 일반적으로 유언에 참여하는 증인이 될 수 없는 자를 열거하는 외에, 제2항에서 공정증서에 의한 유언의 경우에는 공증인법에 의한 참여인 결격자는 증인이 되지 못한다고 따로 규정하고 있는바, 한편 공증인법 제33조 제3항은 본문에서 공증시 참여인이 될 수 없는 자의 하나로 공증촉탁인의 친족을 들면서도 단서에서 ‘공증촉탁인이 공증에 참여시킬 것을 청구한 경우에는 예외적으로 같은 법 제33조 제3항 본문 규정의 적용이 배제됨을 규정하고 있어, 결국 공증참여자가 유언자와 친족의 관계에 있다 하더라도 유언자의 청구에 의할 경우에는 공증인법에 의한 공증참여인 결격자가 아니라고 보아야 할 것이다”라고 판시하였다.

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

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

44) 그러나 후술하는 바와 같이 결과적으로 박 교수님이 공증인법에 의한 결격자로 열거하고 있는 증인결격자는 필자의 해석에 따른 결론과 동일하다.

한편 2004. 11. 11. 선고, 2004다35533 판결을 보면, “공정증서에 의한 유언에 증인으로 참여한 2인 중 1인이 민법 제1072조에서 규정한 증인결격자에 해당한다면 그 유언은 요건과 방식에 어긋난 것으로서 무효라고 할 것이다. 원심은 그 채택증거를 종합하여, 망 최○○이 1993. 12. 20. 이 사건 공정증서에 의한 유언을 함에 있어 이○○과 김○○가 증인으로 참여한 사실, 그런데 이○○은 망인의 처인 이○○의 남동생인 사실 등 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 공정증서에 의한 유언 당시 증인으로 참여한 2인 중 1인인 이○○은 망인의 배우자인 이○○의 혈족으로서 촉탁인의 친족이므로 민법 제1072조 제2항에서 규정한 증인 결격자에 해당한다는 이유로, 이 사건 공정증서에 의한 유언은 무효라고 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, ……”라고 판시하고 있다.

우선 위 두 판결에서 문제가 된 사실관계에 관하여 보면, 두 경우 모두 촉탁인 즉 유언자의 친족이 증인으로 참여한 경우이다. 그런데 전자는 촉탁인이 청구한 증인의 경우에는 결격자라도 결격자 규정의 적용이 배제되므로 결격자가 아니라고 보았고, 후자는 이러한 언급이 없이 촉탁인의 친족이므로, 민법 제1072조 제2항에서 규정한 증인결격자에 해당한다고 보았다. 전자의 판결은 증인을 소위 임의적 참여인에 해당하는 것으로 보았다. 그러나 증인은 공정증서에 의한 유언을 할 경우에는 반드시 참여하여야 하고 유언의 정확함을 승인하여 유언의 성립을 증명하는 자이므로, 공정증서 작성에 참여하든 않든 그 공증의 효력발생에 아무런 영향이 없고 오로지 촉탁인의 요구로 공증에 입회하는 것에 불과한 소위 ‘임의적 참여인’과는 전혀 성격이 다르다. 그러므로 임의적 참여인에게 적용되는 규정을 증인에게 적용하여 증인 결격자가 결격자가 아닌 것으로 되었다는 논리는 도무지 수긍할 수 없다.

한편 후자의 판결은 촉탁인의 친족은 민법 제1072조 제2항에서 정한 증인 결격자라고 하는 판시내용에 비추어, ‘공증인법에 의한 결격자’는 참여인 결격자를 의미하고, 참여인 결격자에 대하여는 공증인법 제33조 제3항에서 열거하고 있으며, 그 중 제6호에서 촉탁인의 친족도 열거되어 있으므로 증인결격자이다 라는 단순한 문리해석에 따른 것으로 보인다. 아무튼 후자의 판결은, 유언자 즉 촉탁인의 청구가 없이 증인으로 참여한다는 것은 전혀 상상할 수 없는 것이므로, 사실상 전자의 판결과 정반대의 판결임에도 불구하고, 대법원은 전원합의체를 통하여 변경하지 않은 것이다. 그 결과 변호사업계에서는 후자의 판결이 유언자와 증인이 모두 사망하여 증인이 유언자의 요구로 증인이 된 것을 입증하지 못하여 패소하게 되었다고 이해하는 견해도 있는 것 같다(박동섭, 유언에 참여할 증인의 자격, 법률신문 3530호, 2007. 1. 15.자) 또한 증인결격자를 절대적

결격과 상대적 결격자로 나누면서 상대적 결격자는 임의적 참여인과 같이 보아 유언자의 청구로 증인이 되는 경우에는 절대적 결격자가 아닌 한 결격자에서 벗어나 결격자가 아니게 된다고 설명하고 있는 견해도 있다⁴⁵⁾. 임의적 참여인에게나 적용되는 것을 증인에게 적용한 전자의 대법원 판례를 여전히 지지하는 견해의 속내는, 문리해석에 따르면, 촉탁인 즉, 유언자의 친족을 모두 증인 결격자로 볼 수밖에 없고, 그 결과 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인 결격자의 범위가 다른 방식에 비하여 지나치게 넓게 되는데, 과연 그것이 입법적으로 타당성이 있느냐 하는 입장에서 이를 해석론으로 극복하고자 하는 것인지 모른다. 그러나 그것은 공증인법상 임의적 참여인과 증인은 그 법적 성격이 전혀 다르다는 점에서, 그 동기에는 찬동하나 그 해석론은 전혀 수긍할 수 없다.

③ 종전 공증인법 규정에 관한 필자의 해석론

원래 민법에서 ‘공정증서에 의한 유언’에도 증인의 참여를 요구하는 것으로 방식을 정하였으면, 그 증인의 결격자에 관한 사항도 민법에서 정하였어야 타당하다. 그러나 우리 민법이 그와 같이 하지 않고 막연하게 ‘공증인법에 의한 결격자’는 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인이 되지 못한다고만 함으로써, 초기에는 공증인법에 의한 결격자를 공증인법 제13조⁴⁶⁾에서 정하고 있는 임명공증인 결격자를 의미하는 것으로 이해하는 견해도 있었다⁴⁷⁾. 그러나 그 견해에 따르면 공증인의 배우자, 친족이나 동거인 또는 공증인의 보조자가 포함되어 있지 않아 도저히 수긍할 수 없어 견해를 바꾸어 현재는 그러한 견해를 취하는 분은 없다. 공증인법에는 공증인 결격자 외에도 참여인 결격자에 관하여 규정하고 있는바, 현재는 학설이나 판례 모두 공증인법에 의한 결격자는 ‘공증인 결격자(공증인법 제13조에서 정하고 있는)’를 의미하는 것이 아니라, 참여인 결격자를 의미하는 것으로 보는데 완전히 일치하고 있다.

생각건대 유언 공정증서의 작성에 증인을 참여시키지 않는 입법을 취한다면 몰라도, 증인을 참여시키는 입법을 취한다면, 공증인과 일정한 관련이 있는 사람은 증인으로서는 적합하지 않다. 원래 민법에서 공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못한다고 한 입법자의 의도는 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 결격자로 아마 공증인과 일정한 관계에 있는 공증인의 친족이나 공증인 보조자 정도로 생각하거나 조금 더 범위를 넓힌다면 서명할 수 없는 사람⁴⁸⁾이나 ‘시각장애인 등’ 정도만을 공증인법에서 결격자로

45) 박동섭, 앞의 책, 596면; 장재형, “공정증서유언상의 증인적격”, 대한공증협회지(2008. 창간호), 90면

46) 공증인 결격자에 대한 것은 최근 공증인법 개정으로 변경된 것은 없고 단지 조문 제목이 제13조(공증인 결격사유)에서 제13조(임명공증인의 자격)으로 제목이 변경되었을 뿐이다.

47) 김주수, 『친족·상속법(제4전정증보판)』, 법문사, 1995., 613면

정하여 주길 희망하였을지 모른다. 그러나 민법 제정과 함께 공증인법의 제정이 서로 유기적으로 이루어지지 못하고 공증인법 제정이 뒤늦게 그러나 구법령 일제 정비의 일환으로 급작스럽게 이루어지면서⁴⁹⁾ 민법 제정 입법자의 의도를 담아내지 못한 것이 아닌지 모른다. 아무튼 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 결격자에 관하여 공증인법에서 특칙을 두어 명문으로 규정하고 있지 않은 까닭에, 해석론으로 이를 해결할 수밖에 없게 되었다. 그런데 공증인법에서 공증인과 일정한 관계에 있는 사람을 결격자로 정하고 있는 것은 참여인 결격자에 관한 규정뿐이다. 따라서 우리 민법상 공증인법에 의한 결격자는 통설과 같이 참여인 결격자를 의미한다고 해석할 수밖에 없는 것이다.

한편 개정 전 공증인법 제33조 제3항에 의하면 참여인 결격자로 “1. 미성년자, 2. 삭제(공증인법 제13조 공증인 결격자), 3. 서명할 수 없는 자, 4. 촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자, 5. 촉탁사항에 관하여 대리인 또는 보조인이나 대리인 또는 보조인이었던 자, 6. 공증인이나 촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인, 7. 공증인의 보조자”를 규정하고 있었다. 그것은 애초 공증인법 제33조 제3항 2호에는 원래 공증인 결격자(공증인법 제13조 규정)를 참여인 결격자로 정하고 있었지만, 그나마 참여인 결격자 규정이 너무 광범위하다는 견지에서 1984년 공증인법 개정 당시 제2호를 삭제한 것이었다. 제2호의 삭제로 참여인 결격자의 범위가 대폭 줄긴 하였지만 여전히 위와 같이 제6호에서 공증인의 배우자, 친족, 피용자 또는 동거인 외에도 촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인도 참여인 결격자로 삼고 있었다.

종래 통설은 위와 같이 참여인결격자로 규정된 자에 대하여 곧바로 증인결격자가 되는 것으로 보아서, 촉탁인 즉, 유언자의 친족, 피용자, 또는 동거인을 모두 증인결격자로 보게 된 것이다. 이러한 해석에 따르면, 우리 민법이 ‘공정증서에 의한 유언’은 공증인이 작성하는 것임에도 불구하고, 다른 방식에서 참여하는 증인 자격보도 훨씬 까다롭게 되는 것을 피할 수 없는데, 왜 그래야 하는지에 대한 고민이나 문제 제기는 전혀 이루어지지 않았다⁵⁰⁾.

이에 대하여 필자는 소위 ‘공증인법에 의한 결격자’란 공증인법 제33조 제3항 각 호가 규정하고 있는 자를 말한다고 보는 견해에 기본적으로는 찬동하지만, 실제 ‘공정증

48) 후술하는 바와 같이 ‘서명할 수 없는 자’는 우리 민법 ‘공정증서에 의한 유언’ 외에 다른 방식에서도 ‘서명 또는 기명날인’이라고 정한 것에 비추어 오히려 공통적인 증인결격자로 정함이 타당하다.

49) 5·16 군사정변 후 구법령정비사업의 일환으로 공증인법이 제정되었다고 한다(『공증실무』, 대한공증협회, 2004., 1면).

서에 의한 유언'에 이를 적용하는 경우에는 다시 재해석이 필요하다고 보았다⁵¹⁾. 즉, 공증인법 제33조 제3항 각 호는 참여인의 결격자로 정한 제6호 중 '촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인'이라 하는 것에서 '촉탁인⁵²⁾'의 의미는 계약에 관하여 공동으로 공정증서의 작성을 촉탁할 경우에, 공동으로 촉탁하게 되는 '상대방에 해당하는 촉탁인'만을 의미하는 것으로 해석하여야 하므로, 상대방이 없는 단독행위인 유언의 경우에는 적용이 없다고 본 것이다.

이렇게 보는 이유는 시각 장애인인 공증촉탁을 하려고 할 때, 보조자로서의 참여인을 참여시켜야 하는데, 보조자로서 적합한 자기의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자, 동거인을 참여인에서 배제하는 취지로 이해하는 것은 도무지 참여인제도의 취지에 맞지 않았기 때문이다.

그와 같이 촉탁인의 의미를 제한적으로 해석하지 않는 한, 위 조항은 '시각장애인 등'의 입장에서 보면, 부당한 차별이고 공증받을 권리에 대한 부당한 침해에 해당하여 위헌적인 규정일 것으로 본 것이다. 아무튼 공증인법 제33조 제3항 제6호에서 정하고 있는 '촉탁인'은 계약에 관하여 공동으로 촉탁하게 된 '상대방에 해당하는 촉탁인'만을 의미하는 것으로 볼 때에는, 상대방 없는 단독행위인 유언에는 그 적용이 있을 수 없게 되는 것이다. 따라서 유언 공정증서를 작성할 때에는, 증인 결격자로서 제6호에서 '촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자, 동거인'은 그 규정이 없는 셈이므로, 유언자의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자, 동거인은 증인결격자로 되지 않는다고 해석하였다⁵³⁾. 또한 공증인법 제33조 제3항에서 대리나 대리인 보조인 등의 개념은 유언에는 있을 수 없으므로, 그에 해당하는 규정은 처음부터 증인 결격자에는 적용이 없는 것이 당연하다.

그렇다면 결국 종전 공증인법 제33조 제3항 각 호에서 정한 자 중 민법 제1072조 제2항의 '공증인법에 의한 결격자'로 남게 되는 자는 (ㄱ) 미성년자, (ㄴ) 서명할 수 없는 자, (ㄷ) 촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자, (ㄹ) 공증인의 배우자, 친족, 피용자 또는 동거

50) 이렇게 엄격한 증인 규정을 두었기 때문에 '공정증서에 의한 유언'에 대하여는 법원의 검인절차를 받지 않아도 되는 것으로 되었다고 하는 주장이 있을지 모르나 공증인이 직접 작성한 증서로서 유언의 존재가 강력히 추정되는 결과 검인절차를 요하지 않은 것으로 정한 것이라고 보아야 되는 것인지 까다로운 증인의 자격으로 검인절차가 생략되게 된 것이 아니라고 본다. 다른 나라 입법례를 보아도 종전의 규정은 문리 해석대로 촉탁인 즉, 유언자와 일정한 관계에 있다는 사실만으로 증인결격자로 보게 되면 증인결격자의 범위가 지나치게 넓었다.

51) 남상우, 앞의 논문, 88면

52) 본 호에서 '그 대리인'은 유언에는 대리가 없으므로 어차피 적용이 없다.

53) 남상우, 앞의 논문, 93면

인, (ㄴ) 공증인의 보조자만을 의미한다⁵⁴⁾. 이 중에서 (ㄱ) 미성년자는 유언에 관한 증인에 공통적으로 적용되는 증인결격자에도 해당하므로, 결국 ‘공증인법에 의한 결격자’로서 의미를 갖는 것은 (ㄴ)부터 (ㄴ)까지만인 셈이다.

(3) 공증인법 제33조 제3항 각 호의 개정 후의 상황

① 공증인법 제33조 제3항의 개정 경위

필자의 견해로는 전술한 바와 같이 개정 전 공증인법 제33조 제6호에서 가리키는 촉탁인은 상대방 촉탁인만을 의미하는 것이었다. 그러나 그동안 공증업계에서는 제33조 제3항 제6호를 문자 그대로 적용하여 ‘시각장애인 등’이 공증을 촉탁하는 경우에는 그의 가족을 참여인으로 인정하지 않고 결격사유가 없는 다른 사람을 대동할 것을 요구하면서 공증을 거부하는 일이 많았다. 사실 공증은 일반인보다도 ‘시각장애인 등’에게 그 필요성이 절실하다. 이러한 상황을 타개하기 위하여 시각장애인 단체에서는 정부에 공증인법 제33조 제3항 제6호의 개정을 강력히 요구하는 민원을 제기하였다고 한다. 그것이 계기가 되어 제6호를 개정하게 되고, 그 참에 제2호도 명문으로 인정하는 것으로 개정이 이루어지게 되었다고 한다. 이와 같이 이러한 개정과정에 민법과의 연관성은 전혀 고려되지 않았던 것이다. 증인 결격자 규정을 민법에서 정하지 않은 입법태도가 잘못된 것이라는 점은 이러한 법률개정과정을 보아도 적나라하게 드러나고 있는 것이다

② 법 개정이 증인 결격자의 해석에 미친 영향

개정된 공증인법 제33조 제3항에 의하면 제2호에 시각장애인이나 문자를 해독하지 못하는 자를 새로 참여인 결격자로 신설하고, 제6호 중 ‘촉탁인에 관계된 자’를 삭제하였다. 제2호 신설 규정은 원래 해석상 당연히 인정되는 것을 명문화한 것이다. 왜냐하면 시각장애인이거나 문자를 해독할 수 없는 자가 촉탁인이 될 때 참여인으로부터 보조를 받도록 하기 위하여 참여인제도가 있는 것인데, 참여인도 촉탁인과 마찬가지로 시각장애인이거나 문자를 해독할 수 없는 자라면 촉탁인을 보조할 수 없기 때문이다. 따라서 공증인법상의 참여인의 결격자로서는 제2호의 신설은 큰 의미가 없다.

그러나 증인결격자라는 관점에서는 매우 큰 변화가 초래되었다. 왜냐하면 종전에는

54) 박윤직 교수님은 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인결격자의 의미를 공증인법 제33조 제3항 각 호에서 정한 자로 보면서도 그 예시로 ① 서명을 할 수 없는 자, ② 공증인의 배우자, 친족, 피용자, 동거인, ③ 공증인의 보조자 등만을 들고 있다(박윤직, 앞의 책, 227면). 그 이유는 따로 설명이 없어 알 수 없으나 참여인결격자를 규정하고 있는 공증인법 제33조 제3항 각호 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.

‘시각 장애인 등’은 해석상 당연히 보조능력이 없어 참여인이 될 수 없는 자였으나, 청취능력이 있는 경우에는 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인으로서 증인능력을 갖는 것으로 될 수 있었다. 그런데 이번 공증인법 개정으로 제33조 제3항 각 호에서 ‘시각 장애인 등’을 결격자로 정한 바람에, 이제는 ‘시각장애인 등’도 공증인법에 의한 결격자로서 증인결격자로 되게 된 것이다. 따라서 공증인법 제33조 제3항 제2호의 신설은 공증인법 영역 보다는 민법의 ‘공정증서에 의한 유언’에서 그 의미가 대단히 크게 된 것이다.

한편 종전 제33조 제3항 제6호를 개정한다면, 그 뜻을 명확히 한다는 측면에서 ‘촉탁인’ 다음에 ‘(이해관계가 대립되는 촉탁인에 한한다)’라고 하여 상대방 촉탁인을 가리키는 것으로 내용을 변경하기만 하면 될 것을, 이 번 공증인법 개정에서 그렇게 하지 않고 ‘촉탁인’ 부분을 전부 삭제해 버렸다. 이는 분명 공증인법 측면에서는 매우 잘못된 입법이다. 왜냐하면 제6호 중 ‘촉탁인’을 전부 삭제함으로써, 종전과 달리 이제는, ‘시각장애인 등’의 상대방 촉탁인의 가족이 ‘시각장애인 등’을 위한 참여인이 될 수 있게 되었기 때문이다.

이와 같이 이 번 개정에서 제6호 중 ‘촉탁인’ 부분을 전부 삭제됨으로써 ‘공정증서에 의한 유언’의 증인 결격사유와 관련하여서 종래 위 제6호 ‘촉탁인’ 부분의 규정이 유언 공정증서를 작성할 때에도 그대로 적용된다고 본 종전 다수설이나 2004년 대법원 판결의 입장에서는 증인결격자의 범위가 크게 축소된 결과가 되었다. 유언자가 청구한 증인의 경우에는 공증인법에 의한 결격자에 해당하여도 무방하다는 소수설이나 1992년 대법원판결의 입장에서도 역시 이제 그런 논리를 구성할 필요도 없어졌다. 그러나 애초부터 제6호의 ‘촉탁인’에 유언자는 포함되지 않는다고 본 필자의 견해에 따르면, 이 번 공증인법 개정으로 어떠한 영향도 없다. 즉 법개정 전에도 전술한 바와 같이 유언자의 친족, 피용자, 동거인은 증인 결격자가 아니었기 때문이다. 아무튼 지금까지 증인의 결격자와 관련하여 학설이나 대법원 판결의 태도가 매우 혼란스러웠던 부분은 이번 제6호의 개정으로 인하여 입법적으로 해소되는 의미가 있다 하겠다. 그러나 유언은 성립과 그 효력발생 사이에 시간차이가 있기 때문에 후술하는 바와 같이 종전의 판례는 여전히 문제가 된다.

이하에서는 개정된 공증인법에 따라 ‘공증인법에 의한 결격자’로서 증인 결격자로 된 자에 대하여 살펴보기로 한다.

③ 공증인법에 의한 결격자(공증인법 제33조 제3항)

i) 미성년자

이는 민법에서 공통적으로 적용되는 증인결격자 중 하나와 중복되므로 큰 의미는 없다.

ii) 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 자

종전에는 증인결격자로 되어 있지 않아 청취능력만 있으면 증인이 될 수도 있었으나, 이제는 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 자는 증인이 되지 못하는 것으로 되었다.

iii) 서명할 수 없는 자

원래 서명할 수 없는 자를 참여인의 결격자로 하고 있는 이유는, 참여인이 맹자 또는 문자를 해독하지 못하는 피참여인을 위하여 촉탁행위에 관한 보조자로서 공증에 참여하는 것이므로, 그의 참여사실을 열석자로서 서명날인하게 함으로써 증서에 확실히 증거로 남겨놓을 필요가 있으므로, 서명할 수 없는 자를 참여인결격자로 규정한 것이라 이해된다. 증인 결격자로 규정한 취지 역시 증인이 유언의 성립을 증명하는 자로서 그 증명을 증서에 서명으로써 확실히 성립을 증명하였음을 증거로 남겨 놓기 위하여 서명할 수 없는 자를 증인결격자로 정한 것이다⁵⁵⁾. 따라서 서명 즉, 성명을 자서한 것에 관하여 후에 서명자의 필적임을 육안이나 경우에 따라서는 필적 감정을 통하여 인정할 수 있는 정도에 이르지 않는 자는 서명할 수 없는 자에 해당한다. 손에 마비가 와서 자서하여도 그의 서명임을 인정할 수 없는 정도라면 참여인 결격자와 마찬가지로 증인결격자라고 하여야 한다. 서명할 수 없는 자를 증인결격자로 정한 취지는 그에게 실제 증서에 서명하게 하기 위한 것이므로 ‘일시적으로’ 서명할 수 없는 경우에도 서명할 수 없는 자에 해당한다.

iv) 촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자

여기서 ‘촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자’란 무엇을 의미하는가 문제이다. 특히 참여인결격자를 정할 때의 기준이 그대로 유언에 참여하는 증인의 결격자를 정함에 있어서도 똑같이 적용되는가 문제이다. 참여인 결격자로서의 ‘촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자’에 대하여, 필자는 참여인이 피참여인의 이익을 보호하기 위한 존재로서 보조자에 해당하고, 촉탁사항에 이해관계있는 자로서 참여인 결격자에 해당하는지 여부는 구체적으로 참여인으로 될 자가 피참여인의 이익을 보호하는데 적합하나 적합하지 않느냐를 기준으로 그 때 그 때 경우에 따라서 결정되어야 한다고 보았다⁵⁶⁾. 이러한 해

55) 그런 점에서 전술한 바와 같이 서명할 수 없는 자는 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인의 결격자로만 규정할 것이 아니라, 유언의 방식에 증인의 참여를 요구하는 경우에는 모두 적용되도록 공통적인 증인결격자로서 민법 제1072조 제1항에서 규정하고 있는 것이 타당하다고 본다. 프랑스민법이 그와 같다.

석론에 따라 이를 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 결격자의 기준에 관하여 다시 재해석하면, ‘촉탁사항에 관하여 이해관계 있는 자’에 대하여는 참여인 결격자로서의 그것과 달리, 이제는 ‘유언에 참여하는 증인’으로 적합하나 적합하지 않느냐를 기준으로 결정되어야 한다고 본다.

유언에 참여하는 증인으로 적합하나 적합하지 않느냐는 어떤 기준으로 판단할 수 있는가. 이는 유언에 참여하는 증인을, 유언에서 어떤 의미를 갖는 존재로 보느냐에 따라 달라질 것이다. 생각건대 유언에 참여하는 증인은 유언자의 보조자가 아니라 유언자로부터 독립한 유언의 성립을 증명하는 자이다. ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인은 유언자뿐만 아니라 공증인으로부터도 독립한 유언의 성립을 증명하는 자이다. 그렇다면 이는 유언자가 사망할 때 즉, 유언이 효력을 발생할 때 유언의 존재 또는 부존재, 유효 또는 무효가 그에게 손해이든 이익이든 어느 쪽으로든 법적 효과를 받게 되는 자도 촉탁사항에 이해관계 있는 자에 포함된다고 보아야 한다. 왜냐하면 그에 해당하는 자는 유언의 성립 여부나 유·무효에 따라 유언 성립 이후라도 자신에게 이익이 되는 쪽으로 태도를 바꿀 가능성(가령 무효로 되는 것이 유리한 경우에 무효라고 주장할 수도 있다)도 있어 증서의 정확함을 승인하기에 적합하지 않다. 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 본다⁵⁷⁾.

ⅴ) 공증인의 친족, 피고용인 또는 동거인

중전에는 공증인의 배우자, 친족이라고 규정한 것을 배우자를 삭제하였다. 배우자는 민법 제777조의 친족의 범주에 속하기 때문이다.

공증인의 피용자는 공증인의 보조자와는 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 원칙이다. 그러나 그 단서규정에 의하면 법무부장관의 허가를 얻은 때에는 예외로 한다고 하였으므로, 공증인이 법무부장관의 허가를 얻어 상업을 경영하는 등 사용자가 된 경우 그 피용자를 말한다.

또한 법무법인 등이 공증을 하는 경우에는 소송보조자 등 공증보조자가 아닌 자로서

56) 남상우, 앞의 논문, 93면

57) 기존 학설에 의하면 추정상속인을 유언에 의하여 이익을 받을 자의 하나로 증인결격자라고 설명하고 있으나, 상속인으로 될 자는 유증 유언에 의하여 이익을 받을 자가 아니라 오히려 보통은 유증 유언에 의하여 손해를 보는 자에 해당할 것이므로 전혀 타당하지 않은 설명이다(곽윤직, 앞의 책, 227면; 박동섭, 앞의 책, 595면).

법무법인 등에 고용되어 있는 자도 모두가 이에 해당한다. 법무법인의 소속변호사도 이에 해당한다.

피용자의 개념은 전술한 바와 같이 반드시 지배종속관계나 고용관계가 성립하고 있어야 하는 것은 아니고, 어떤 원인으로든 어떤 자를 사용하고 있고 그 사용관계가 유언자의 증인으로서 적합하지 아니할 정도이면 피용자로 보아야 한다. 이러한 점에서 법무법인의 구성원변호사나 임명공증인이 합동사무소를 설치한 경우 공증을 담당하지 않은 공증인도 피용자에 속하거나 본 호를 유추하여 증인결격자에 해당한다고 본다.

또한 피용자와 관련하여 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합이 직접 사용인이 아니고 법무법인 등에 속해 있는 공증담당변호사가 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 제38조 제2항). 따라서 반대해석상 소속 지방변호사회의 허가가 있으면 상업 기타 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 될 수 있다. 법무법인 등이 공증인이고 공증담당변호사는 공증업무를 집행하는 자이지만 공증담당변호사가 업무집행사원이나 이사로 있는 법인의 피용자는 본 호를 곧바로 적용하는 데는 의문이 있다. 다만 입법적으로는 그에 해당하는 자는 증인결격자로 정할 필요는 있다고 본다.

vi) 공증인의 보조자

공증인보조자는 공증인에게 고용되어 공증업무를 보조하는 자를 말한다. 공증인보조자는 소속 지방검찰청 검사장에게 신고하여야 한다. 그러나 꼭 신고를 마친 보조자만을 의미하지는 않고 사실상의 보조자도 포함한다고 해석된다.

4. 증인의 신원확인방법과 그 기재사항 및 기재방법

민법에서는 ‘공정증서에 의한 유언’에서 증인의 역할과 관련하여서만 증서에 기재하도록 요구하고 있을 뿐, 증인의 인적 사항이나 증인의 신원확인 방법 등에 대하여는 언급이 없다. 그렇다면 그것은 공증인법에서 정한 바에 따라야 할 것이지만, 공증인법 어디에도 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 신원확인을 하여야 한다든가, 하여야 한다면, 그 사실이나 그 방법 또는 그 인적사항에 대하여 공정증서에 기재하는 어떻게 이루어져야 하는가에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그렇다면 신원확인 절차를 밟지 않아도 되고 그러한 사항들을 증서에 기재하지 않아도 되는가. 그렇게 볼 수는 없을 것이다. 필자는 그것에 관하여 공정증서에 의한 유언의 경우는 법률행위가

단독행위일지라도 유언자 단독적 의사표시로 이루어지지 않고 유언의 정확함에 관하여 증인의 승인이 있어야 성립하고 그런 의미에서 증인도 유언을 성립시키는 주체라고 주장하였다. 필자는 이와 같이 증인과 관련하여 어떠한 기재방법도 공증인법에서 정하고 있지 않다는 점이 오히려 증인의 지위를 촉탁인의 지위나 그와 유사한 지위로 볼 수 있는 또 하나의 반증이라고 본다. 이로써 증인에 대하여는 공정증서 작성에 있어서 공증인법상 촉탁인에 대하여서와 같이 공증인이 그 얼굴이나 성명을 모르는 경우에는 그 신원을 확인하여야 한다는 점도 전술하였다. 당연한 결과로 증인에 대하여도 공증인법 제35조 제2호, 제4호 및 제6호에 따라 증서에 기재하여야 한다.

V. 유언 공정증서에 대한 공증인법의 적용

1. 서론

전술한 바와 같이 유언 공정증서도 공증인법에 따른 법률행위에 관한 공정증서에 해당하므로 공증인법 규정 전반이 그대로 적용된다. 다만 공정증서로 작성하는 대상이 요식행위인 유언, 그 중에서도 민법에서 정하고 있는 ‘공정증서에 의한 유언’을 대상으로 하는 것이므로, 공증인법의 규정 중에는 해석상 당연히 유언에는 적용되지 않는 규정들을 다수 포함하고 있고, 유언에 적용되는 경우에도 보통의 법률행위에 관한 공정증서의 경우에서와는 별도로 해석이 필요한 경우도 있다. 이하에서는 공증인법에서 법률행위에 관한 공정증서의 경우에 적용되는 규정들을 중심으로 유언 공정증서에서는 어떻게 적용되는지 살펴보기로 한다.

2. 공증인법 총칙 등의 ‘공정증서에 의한 유언’에의 적용

가. 총칙에 관한 사항

(1) 공증인의 개념

보통 공증인이라 함은 협의의 개념으로서 법무부장관으로부터 임명된 임명공증인 및 법무법인으로서 공증업무를 취급할 수 있도록 인가를 받은 인가공증인(공증인법 제1조의2, 이하 법이라고만 한 것은 공증인법을 의미함)⁵⁸⁾만을 의미한다. 그러나 공정증서의 작성 주체로서의 공증인에는 임명공증인이나 인가공증인만 있는 것이 아니다. 법

무부장관은 지방검찰청의 관할구역에 공증인이 없거나 공증인이 그 직무를 수행할 수 없는 경우 또는 주민의 편의를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 그 관할구역의 검사나 등기소장(법 제8조)⁵⁹⁾에게 공증인의 직무를 수행하게 할 수 있다. 이는 그대로 유언 공정증서를 작성하는 경우에도 해당되므로 이들도 유언 공정증서를 작성할 수 있다.

공증인이라고 하여도 대한민국 영토 밖에서는 공정증서를 작성할 수 없다. 국내법에 의한 공정증서를 작성할 필요가 있는 외국인은 물론 외국에 나가 있는 대한민국 국민조차도 공증인법에 의한 공증인으로부터는 공정증서를 작성받을 수 없다. 이러한 경우에는 재외공관공증법에 의하여 소속 공관의 관할구역을 정하여 외교통상부장관이 임명한 영사관으로부터 공증을 받는다(재외공관공증법 제1조, 제2조). 이에 따라 대한민국 국민은 물론 외국인이라도 국제사법에 따라 국내에 존재하는 부동산 등 재산에 관하여 대한민국 법에 의하여 유언을 하고자 하는 경우에는, 관할 재외공관의 영사관으로부터 재외공관공증법에 따라 대한민국 법률을 준거법으로 한 유언 공정증서를 작성받아야 한다. 이와 같이 외국에서 하는 공증은 재외공관공증법에 따라서 이루어져야 하므로, 법무부장관에 의하여 인정된 공증인 등이 외국에 나가서 공증하는 경우에는 무효라고 본다. 유언에 있어서도 마찬가지다.

(2) 문서의 공증력의 요건(법 제3조)

‘공정증서에 의한 유언’은 민법에서 정한 방식에 의하지 아니하면 요식행위로서 방식을 위반하여 무효가 된다. 이는 민법 제1060조의 문제이다. 이것과 별개로 유언 공정증서는 공증인이 작성하는 문서에 해당하여 공증인법 제3조에 따라 공증인법이나 그 밖의 법률에서 정하는 요건을 갖추지 아니하면, 공증의 효력이 없게 되어 무효인 공정증서로 되고, 그 결과 ‘공정증서에 의한 유언’도 무효가 된다. 다만 요식행위로 정한 요건 즉, 민법에서 정한 요건 즉, 유언의 방식을 위반하면 무효로 한다는 것에 관하여는 요식행위로서의 요건에 관한 것이므로, 그것을 충족하였는지 여부에 관하여는 매우 엄격하게 해석되어야 할 것인데 반하여, 공증인법 제3조는 그렇게 엄격하게 해석할 것은 아

58) 인가공증인으로 법무법인 외에도 공증인가 합동법률사무소가 있으나 현재는 폐지되었다. 다만 공증인법 부칙 규정에 의하여 종전에 이미 인가받은 합동법률사무소에 대하여는 그것이 존속할 때까지 공증 업무를 취급할 수 있도록 허용하였다.

59) 최협의의 공증인은 임명공증인만을 의미하고, 협의의 공증인은 임명공증인과 공증인가법무법인(공증인가 합동법률사무소를 포함)을 의미하며, 공정증서의 작성주체로서의 공증인은 광의의 공증인에 해당하고, 최광의의 개념으로는 재외공관공증법에 의하여 대한민국 영토 밖에서 공증사무를 담당하는 영사관까지 포함한다.

나라고 본다⁶⁰⁾. 공증인법에서 정한 방식위반으로 공증이 무효로 되는 경우에 관하여는 후술하는 ‘VI. 방식위반과 그 효과’에서 살펴보기로 한다.

(3) 촉탁인수의무(법 제4조)와 비밀준수의무(법 제5조)

공증인은 정당한 이유없이 촉탁을 거절하지 못한다. 따라서 유언능력이 있는 사람이면 대한민국국민이든 외국인이든 누구나 공증인으로부터 유언 공정증서를 작성 받을 권리가 있다. 또한 공증인은 법률에 특별한 규정이 있는 경우가 아니면 직무상 알게 된 비밀을 누설하지 못한다. 유언은 대체로 유언자가 비밀로 하고자 하기 때문에 특히 공증인은 유언으로 이익을 받을 자에게조차도 유언자의 의사에 반하여 누설하여서는 아니된다. 다만 유언자의 동의를 받은 경우에는 그러하지 않는다(법 제5조 단서). 그러나 유언은 최종의 의사를 존중하는 제도로서 전술한 바와 같이 대리가 허용되지 않고 본인의 직접적인 의사만을 인정하는 것이므로, 유언자의 동의도 직접적인 동의를 가르킨다고 본다.

나. 공증인의 임명·인가 등에 관한 사항

공증인이 아닌 사람은 공정증서를 작성할 수 없기 때문에 만일 공증인의 신분이나 지위에 있지 아니한 자가 유언 공정증서를 작성하면 그것은 무효이다. 따라서 공증인의 신분이나 지위의 취득 또는 상실에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

임명공증인은 임명받은 때에 그 신분을 취득하고, 인가공증인은 인가받은 때 그 지위를 취득한다. 다만 신분이나 지위를 취득한 때 바로 공증인의 직무를 수행할 수 있는 것이 아니라 그 후속조치로 서명과 직인의 신고 신원보증금의 납부가 이루어진 때에 비로소 직무를 수행할 수 있다. 인가공증인의 경우에는 공증인의 직무를 공증담당변호사가 수행하므로 인가공증인은 직인의 신고와 공증담당변호사의 지정 및 그 공증담당변호사의 서명의 신고와 함께 인가공증인이 공증담당변호사로 지정하여 소속지방법검찰청을 거쳐 법무부장관에 신고한 때부터 직무를 수행할 수 있다⁶¹⁾. 인가공증인의 경우에는 실제 공증인의 직무를 수행하는 공증담당변호사의 지위가 언제부터 취득되는지에 대하여, 인가공증인이 내부적으로 지정할 때부터이나 법무부장관에게 신고된 때부터이나

60) 부구육, “약속어음 공정증서에 관한 제문제”, 재판자료 제31집, 법원행정처, 566면

61) 직인과 서명의 신고는 소속 지방검찰청 검사장에게 하고 공증담당변호사의 지정신고는 법무부장관에게 한다.

의문이 있다. 공증담당변호사의 자격이 임명공증인의 그것과 동일하게 규정되어 있다는 점과 공증담당변호사로의 지정을 외부에서 쉽게 알 수 없다는 점을 고려하면 법무부장관이 신고를 수리한 때부터라고 봄이 타당하다고 본다.

임명공증인의 신분상실에 관하여는 임기만료, 면직, 당연퇴직의 경우로 나누어진다. 임기만료에 즈음하여 재임명을 신청하였으나 임기만료가 되도록 재임명이 이루어지지 아니한 경우에는 재임명여부가 결정될 때까지 그 직무를 집행할 수 있다(공증인법 시행령 제35조). 당연퇴직의 경우에는 그 순간부터 신분을 상실한다. 공증인의 정년은 75세 인바 정년으로 인한 퇴직은 그 정년이 되는 날이 1월에서 6월 사이에 있는 경우에는 6월 30일에, 7월에서 12월 사이에 있는 경우에는 12월 31일에, 당연퇴직하는 것으로 규정되어 있다.

인가공증인의 경우에는 공증인가의 취소에 따라 공증인의 지위를 상실한다. 인가공증인의 직무를 실제로 수행하는 공증담당변호사의 지위의 상실시점은, 당연상실의 경우에는, 그 사유가 발생한 때부터이지만, 지정을 철회한 경우에는, 지정으로 그 지위를 취득한 경우와 마찬가지로 인가공증인이 공증담당변호사의 지정을 철회하는 것을 법무부장관에 신고한 때 그 지위를 상실한다고 본다. 임명공증인의 결격사유에 해당하는 사유가 인가공증인의 공증담당변호사에게 있는 경우에는 공증담당변호사의 지위를 당연히 상실한다.

인가공증인의 경우에는 공증인은 법무법인 그 자체이므로 공증담당변호사의 지정이나 변경지정을 외부에서 쉽게 알기 어려운 점이 있어서 공증을 할 수 없는 자가 공증을 함으로써 무효인 공증이 발생할 수 있는 소지가 있는 점을 부인할 수는 없을 것이다. 이러한 측면에서 인가공증인의 공증담당변호사의 지정이나 변경지정에 관하여는 앞으로 임명공증인의 임명이나 면직과 동일한 정도로 철저히 관리할 필요가 있다고 본다.

다. 직무집행에 관한 통칙에 관한 사항

(1) 직무집행구역(법 제16조)

공증인의 직무집행구역은 그 소속 지방검찰청의 관할구역으로 한다. 다만 서울특별시는 하나의 직무집행구역으로 한다. 원래 직무집행구역에 관한 규정은 직무수행이 사무소 밖에서 이루어지는 경우에 한하여 의미가 있다. 이를 위반하면 공증은 공증인법을 위반한 것이므로 공증의 효력이 없는가. 후술하는 바와 같이 그렇게 볼 것은 아니라고 본다.

(2) 직무집행장소(법 제17조, 법 제56조)

공증인은 사건의 성질상 사무소에서 직무를 수행할 수 없을 때와 법령에 다른 규정이 있을 때가 아니면 그 사무소에서 직무를 수행하여야 한다. 사건의 성질상 사무소에서 직무를 수행할 수 없을 때란, 기타 사권에 관한 사실에 대한 공정증서를 작성할 때 공증인이 공정증서로 작성하려는 대상이 되는 사실에 관하여 보통은 사무소에서는 경험할 수 없는 것과 같은 경우를 뜻한다. 법률행위에 관하여도 즉, 당사자가 질병 사고 등으로 인하여 공증사무소에 출석할 수 없는 사정이 있으면 사건의 성질상 사무소에서 직무를 수행할 수 없는 경우에 해당한다고 보아야 한다. 만일 이러한 경우에 사건의 성질상 직무를 수행할 수 없을 때에 해당하지 않는다고 하면 당사자가 공증을 받을 권리를 부당히 침해받는 것으로 되기 때문이다.

한편 공증인법 제56조에서는 직무집행장소와 관련하여 유언서를 작성할 때에는 그 사무소에서 직무를 수행하여야 한다는 공증인법 제17조 본문을 적용하지 아니한다고 하는 특칙을 규정하고 있다. 그러므로 유언서를 작성할 경우에는, 사건의 성질상 사무소에서 직무를 수행할 수 없을 때에 해당하지 않아도 즉, 유언자에게 질병 기타 급박한 사유가 없어도 공증인은 언제나 제한 없이 사무소 밖에서도 직무를 수행할 수 있다. 이러한 특칙을 인정하는 것은 유언은 방식을 위반하면 무효로 되는데 유언자가 질병 등의 사정으로 사무소에 출석할 수 없다고 하여 사무소 밖에서 공정증서를 작성하였는데, 후일 유언자가 사망한 뒤에 그러한 사정에 관하여 다투며 무효를 주장할 수 있다고 한다면 안되기 때문에 이 점을 특별히 밝힌 것이라 이해된다.

(3) 공증인의 제척

① 공증인은 공정증서를 작성할 때 공증인법에서 정한 제척사유가 있으면 그 공정증서를 작성할 수 없다. 이를 위반하면 그 공증은 무효이다. 이는 유언 공정증서를 작성할 때에도 그대로 적용된다. 유언에는 대리인이나 법정대리인 또는 보조인이 있을 수 없으므로 그에 관하여 제척사유로 한 경우에는 적용이 없다. 또한 제척사유 중 자연인으로서 공증인을 의미할 때에는, 인가공증인의 경우에는 공증담당변호사를 공증인으로 보아서 그와 관계에서 제척사유에 해당하는지 여부를 결정하여야 한다(법 제15조의 5). 이하에서는 법 제21조 각 호에서 열거하고 있는 제척사유가 유언의 경우에는 어떻게 적용되는지 하나씩 차례로 살펴본다.

- i) 촉탁인, 촉탁받은 사항에 관하여 이해관계가 있는 사람의 친족인 경우, 친족관계가 끝난 경우에도 같다(제1호).

이 규정은 공증인이 제1호에서 정하고 있는 사람과 친족인 경우에는 공증인이 촉탁인 즉, 유언자의 친족에 해당하면 공정증서를 작성할 수 없다. 촉탁받은 사항에 관하여 이해관계가 있는 사람의 친족이란 가령 수증자의 친족이거나 부담부 유증의 경우에 부담의 이익을 받는 자의 친족을 의미하는 것으로 공증인이 그러한 친족에 해당하면 유언 공정증서를 작성할 수 없다. 후견인을 지정하는 유언의 경우에 후견인이나 피후견인은 이해관계가 있는 사람에 해당하는가. 여기서 이해관계라고 함은 반드시 재산적인 의미만을 가리키는 것이 아니므로 이해관계인에 해당한다고 본다. 주의할 점은 본 호의 제척사유는 공증할 당시에 존재하는 경우만이 아니라 과거에 그러한 관계가 있었던 경우에도 제척사유에 해당한다는 점이다. 제척사유를 인정하고 있는 것은 공정증서의 공정성과 신뢰성을 담보하기 위한 것인데 친족관계는 이혼이나 파양 등 임의로 관계를 해소할 수 있고 과거의 친족관계로부터도 영향을 받을 수 있기 때문이다.

ii) 촉탁인의 법정대리인인 경우(제2호)

공증인이 유언자의 법정대리인인 경우에도 유언공정증서를 작성할 수 없다. 가령 공증인이 친족관계는 없어도 후견인으로 된 경우에는 그가 한 유언에 관하여 공정증서를 작성할 수 없다.

iii) 촉탁받은 사항에 관하여 이해관계가 있는 경우(제3호)

제1호의 경우에는 공증인이 이해관계가 있는 사람의 친족일 때 제척사유에 해당한다는 것이고, 본 호는 공증인이 직접 이해관계가 있는 경우를 말한다. 가령 공증인이 직접 수증자가 되거나 후견인이 되는 것 등을 말한다.

② 친족이나 법정대리인의 개념은 자연인에 한한 문제이므로 인가공증인의 경우에는 공증담당변호사와 그러한 관계가 성립할 때 제척사유로 되지만 다른 구성원변호사와 법 제21조에서 정한 친족이나 법정대리인의 관계가 성립할 때에는 인가공증인의 제척사유에 해당한다. 제척사유는 이를 위반하였을 때 공증이 무효로 되므로 엄격하게 해석하여야 한다. 따라서 그 경우에는 제척사유가 아니다. 다만 인가공증인이 공증담당변호사 아닌 구성원변호사와 일정한 친족관계에 있는 자의 사건에 관하여 공정증서를 작성하는 것은 공정성을 의심받아 후일 분쟁을 유발할 수 있으므로 이를 스스로 회피하는 것이 바람직하다.

3. ‘증서의 작성’에 관한 규정과 유언 공정증서

가. 증서를 작성할 수 없는 경우(법 제25조)

공증인법 제25조에 의하면 공증인은 법령에 위반한 사항이나 무효인 법률행위나 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 관하여는 공정증서를 작성할 수 없다고 되어 있다. 이는 국가작용으로서의 공증이 법령에 위반한 사항이나 무효인 법률행위 또는 무능력으로 인하여 취소할 수 있는 법률행위에 협력하여서는 아니되기 때문이다. 이는 효력규정이라기보다는 훈시규정이라고 본다⁶²⁾. 무효인 법률행위에 관하여 공정증서가 작성되면 이 규정에 따라 무효로 되는 것이 아니라 애초에 무효인 법률행위이기 때문에 무효인 것이다. ‘무능력으로 인한 취소할 수 있는 법률행위’와 관련하여서는, 유언에는 민법총칙의 무능력자제도가 적용되지 않으므로, ‘공정증서에 의한 유언’에도 적용이 없다. 유언에 무능력자제도를 적용하지 않는 대신, 민법은 유언에 관하여 유언적령을 규정하여 17세가 되어야 유언할 수 있는 것으로 정하였다. 17세가 되면 아직 미성년자라도 자유로이 유언을 할 수 있다. 즉, 법정대리인의 동의나 허락이 필요하지 않은 것이다. 또한 금치산자에 대하여는 특별히 심신이 회복된 상태에서만 할 수 있고, 심신회복의 사실에 관하여 의사가 서명날인할 것을 요구하고 있다. 이 규정은 ‘공정증서에 의한 유언’에 있어서도 원칙적으로 적용된다고 보나 그 의미는 크지 않다고 본다.

나. 촉탁인, 촉탁인의 확인방법과 유언 공정증서

(1) 촉탁인

① 전술한 바와 같이 공증인은 촉탁인의 촉탁이 있어야 공정증서를 작성할 수 있다. 누가 촉탁인이 되는가. 법률행위에 관한 공정증서는 법률행위의 당사자가 촉탁인이 되고, 기타 사실에 관한 공정증서의 경우에는 작성하려는 사건에 관한 사실에 대하여 이해관계가 있는 사람이 촉탁인이 된다. ‘공정증서에 의한 유언’의 경우 유언자가 촉탁인이 되는 것은 자명하다. 거동이 불편한 사람이 공증인을 병원이나 집으로 불러 ‘공정증서에 의한 유언’을 하고자 누구를 시켜 공증인에게 유언 공정증서의 작성을 의뢰하는 경우에, 그 사람은 촉탁인이 아니고 촉탁인의 사자(使者)에 불과하다. 그는 유언자가 공증을 촉탁하기 위한 준비과정에서 유언자의 사자로서 촉탁할 의사가 있음을 전달한 자에 불과하다.

② ‘공정증서에 의한 유언’은 전술한 바와 같이 단독행위이지만 아주 특수하여 단독행위자 혼자서 할 수 없는 행위이다. 즉 증인이 참여하여 증서의 정확함을 승인하여 주

62) 부구옥, 앞의 논문, 566면

는 행위가 있어야 한다. 이러한 의미에서 전술한 바와 같이 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인은 유언을 성립시키는 법률행위의 행위주체로서 유언자와는 또 다른 촉탁인의 지위에 있거나 촉탁인과 유사한 지위에 있다고 보아야 한다. 우리 민법이나 공증인법에는 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인에 관하여 그 결격자에 관하여만 규정하고 있고 신원확인을 어떻게 하고 그 신원확인사실이나 그 방법의 기재는 어떻게 하여야 하는가에 관하여 전혀 규정하고 있지 않고 있는 사실도 이 점을 오히려 반증한다. 따라서 전술한 바와 같이 증인의 신원확인 방법이나 그 사실의 기재도 촉탁인의 경우와 똑같이 적용된다.

③ 유언자가 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우에는 공증인은 참여인을 참여시켜서 공정증서를 작성하여야 한다. 다만 후술하는 바와 같이 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인은 참여인을 겸할 수 있다고 보는 필자의 견해에 의하면, 유언 공정증서를 작성하는 경우에는 증인이 참여인을 겸하게 될 것이므로 큰 의미가 없는 셈이 된다. 개정 전 공증인법에서는 참여인의 참여능력과 증인의 승인능력의 차이로 인하여 ‘시각장애인 등’의 경우에 해석상 당연히 참여인이 될 수 없고, 증인은 될 수 있었으나, ‘시각장애인 등’도 명문으로 참여인결격자로 정해지게 되었다는 점은 전술하였다.

④ 또한 유언자가 국어를 해독하지 못하는 경우 또는 듣지 못하는 등 말로 의사소통이 불가능한 사람으로서 문자도 해독하지 못하는 경우에는 보통의 법률행위에 관하여는 공증인이 통역인을 사용하여서 공정증서를 작성할 수 있지만, 전술한 바와 같이 ‘공정증서에 의한 유언’을 할 수 있는 사람은 국어로 구수할 수 있는 사람이어야 하므로, 공증인법에서 정한 통역인을 사용하여야 하는 사람은 ‘공정증서에 의한 유언’을 할 수 없는 사람에 해당한다.

(2) 촉탁인의 확인방법(법 제27조)

공증인이 법률행위에 관한 공정증서를 작성하기 위하여는 촉탁인의 성명과 얼굴을 알아야 한다. 만일 공증인이 촉탁인의 성명도 알고 얼굴도 아는 경우가 아니면, 촉탁인에게 그 자신이 틀림없다는 점을 ① 주민등록증이나 그 밖에 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 붙어 있는 증명서를 제출하게 하거나, ② 공증인이 성명과 얼굴을 아는 증인 2명에게 그 촉탁인임이 확실하다는 것을 증명하게 하거나, ③ 그 밖에 제1호 및 제2호의 방법에 준하는 확실한 방법으로 증명하게 하여야 한다. 다만 이 경우 촉탁인이 외국인이라면, 위 제1호 내지 제3호의 방법 외에도 여권이나 대한민국에 주재하는 그 촉탁인의 본국 영사가 발행한 증명서로써 그 촉탁인임을 증명하게 할 수도 있다. 한가지

주의할 것은 외국인이라고 하여도 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 붙어 있는 증명서를 제출하게 하여 증명하는 경우가 있다는 것이다. 지방자치단체의 장이 발행한 사진이 붙어 있는 외국인등록증이 바로 그것이다. 제3호에서 제1호와 제2호의 방법에 준하는 확실한 방법이란 무엇을 의미하는가. 촉탁인이 틀림없다는 것을 증명해 줄 증인에 관하여 공증인이 성명과 얼굴을 동시에 알지 못하지만 권한 있는 행정기관이 발행한 사진이 붙어 있는 증명서로 증인이 맞다는 것이 증명되는 증인이 촉탁인을 증명하는 경우가 이에 해당한다. 공증인이 증인 2인 중 1인은 성명을 알고 얼굴도 아는 사람이고 1인은 위 증명서로 자신을 증명하는 경우와 증인 2인 모두 위 증명서로 자신을 증명하는 경우도 있을 수 있다.

(3) 촉탁인의 신원증명 증인

전술한 바와 같이 촉탁인의 신원은 증인에 의하여 증명하여도 된다. 이러한 증인은 누가 될 수 있는가. 혹은 어떤 사람은 될 수 없는가. 공증인법에는 이에 관한 규정이 전혀 없다. 해석론으로 해결하는 수밖에 없다. 우선 촉탁인의 신원을 증명하는 증인이므로 그가 촉탁인의 성명도 알고 얼굴도 아는 사람이어야 한다. 다시 말하여 촉탁인이 틀림없다는 것을 알지 못하는 사람은 증인이 될 수 없다. 신원증명 증인도 의사능력은 있어야 한다. 왜냐하면 신원증명 증인이 하는 역할이 그 사람이 틀림없다는 점을 확인시켜 주는 일이고, 이는 일종의 관념의 통지와 유사한 행위이다. 이런 점에서 신원증명 증인에게도 의사능력은 있어야 한다. 행위능력이 있어야 하는가. 촉탁인의 신원을 증명시켜 주는 역할을 하는 증인은, 민사소송법에 규정된 재판에서의 증인의 경우에도 행위능력을 요하는 것이 아니고 그 역할이 행위능력자에게 요구되는 정도의 능력을 필요로 하는 것도 아니라는 점에 비추어 꼭 행위능력자일 필요는 없다고 본다. 그 사람이 틀림없다는 것은 시각장애인도 목소리를 통하여 인식할 수 있을 것이다. 또한 신원증명 증인은 참여인은 아니기 때문에 참여인 결격자라도 증인이 되는 것은 가능하다. 이해관계인도 증인이 될 수 있는가. 그러나 이해관계인은 증인이 될 수 없다고 보아야 한다. 원래 공증이란 이해관계인 사이에 법률행위 기타 사건에 관한 사실을 증명하고자 하는 것이므로, 이해관계인에게까지 이를 인정한다면 공증의 신뢰성을 담보할 수 없고, 만일 이해관계인이 신원증명 증인이 될 수 있다고 한다면, 이해관계인 사이에 증명하고자 하는 공증의 목적과 달리 이해관계인이 스스로 증명하는 꼴이 되기 때문이다. 이러한 증인에 의하여 촉탁인이 틀림없다는 것을 증명시킨 경우에 공증인은 이러한 사실을 증서에 기재하여야 하고 증인의 성명과 주소, 직업, 나이 등을 증서에 기재하여야 한다.

공증인이 유언 공정증서를 작성하는 경우에도 촉탁인의 신원확인에 대하여는 전혀 다르지 않다. 수증자는 전술한 바와 같이 이해관계인으로서 유언자의 신원을 증명시켜주는 증인이 될 수 없다. 다만 촉탁인의 신원을 증명시켜주는 증인은 공증인법상의 참여인이나 유언에 참여하는 증인과 어떤 관계인가. 즉 참여인이 유언자의 신원을 증명시켜주는 증인도 겸할 수 있는가. 단독행위인 유언의 경우에는 상호간에 그 역할수행에 방해되거나 충돌되는 부분이 없으므로 얼마든지 서로 겸할 수 있다고 본다.

유언 공정증서를 작성할 때도 신원증명 증인이 있을 수 있는가. 다음과 같은 점에서 긍정할 수 있다고 본다. 우선 공증인이 유언자의 성명이나 얼굴을 모르는 경우에는 유언자는 공증인법 제27조에 따라 촉탁인으로서 자신의 신원을 증명하여야 한다. 공증인법 제27조 제2항 제1호에 의하여 증명하지 못하면 제2호 또는 제3호에 의하여 증명하게 될 때, 보통은 유언에 참여하는 증인이 유언자의 성명과 얼굴을 알고 있는 경우이면 이를 겸할 수 있다고 본다. 그러나 만일 유언에 참여하는 증인이 유언자의 성명이나 얼굴을 모르는 경우에는 신원증명 증인은 증인결격자제도가 없으므로 행위무능력자를 내세워 신원증명을 할 수 있다고 본다. 또한 더 나아가 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인이 유언자와 함께 유언을 성립시키는 주체로서 촉탁인의 지위에 있거나 그 유사한 지위에 있다고 보는 필자의 견해에 따르면, 그에 대하여도 신원증명 증인이 있는 경우를 상정(想定)해 볼 수 있다. 즉, 유언에 참여하는 증인이 공증인이 그 성명이나 얼굴을 모르는 경우에는, 공증인법 제27조 제2항 제1호에 따라 신원을 증명하고, 그것도 안 되면 제2호나 제3호에 따라 신원을 증명할 수 있다. 다만 이때에도 신원증명 증인은 유언에 이해관계가 있으면(가령 수증자라면) 전술한 바와 같이 증인이 될 수 없다.

(4) 촉탁인의 신원확인방법의 추완가능 여부

보통의 법률행위에 관한 공정증서를 작성할 때에는 급박한 사유로 촉탁인의 신원을 증명시키지 않은 채 공증인이 증서를 작성할 때에는, 증서를 작성한 후 3일 이내에 증서의 작성에 관한 규정에 따라 촉탁인의 신원을 증명시키지 않고 공정증서를 작성한 것에 관하여 추완시킬 수 있다. 이것이 이른바 추완증서이다. 여기서 증서의 작성에 관한 규정에 따라서란 의미는 무엇인가. 다시 모든 참석자가 출석하여 같은 절차를 밟아야 한다는 것을 의미하는가. 그렇지 않다고 본다. 만일 그렇게 본다면 공정증서라는 것이 원래 이미 이루어진 법률행위에 관하여 사후에 당사자 사이에 확인하는 의미로 작성되는 것에 비추어 또 다시 그 전 과정을 밟아 참석자 전원이 출석하여야 한다면 추완절차를 인정하는 의미가 없기 때문이다. 따라서 신원 증명이 안된 촉탁인만이 따로 출석하여

그가 종전에 작성한 공정증서의 내용을 다시 확인과정을 거쳐 그러한 흠결사항을 추완하였다는 것에 관한 공정증서를 작성한다는 의미로 해석된다.

그렇다면 유언의 경우에도 추완증서를 작성할 수 있는가. 가령 외국인이 여권을 가지고 오지 않은 상태에서 증인의 참여하에 급박하게 공정증서를 작성하였다가, 3일 이내에 여권을 가지고 혼자서 종전에 작성된 증서내용을 다시 확인하고 그것이 맞다는 사실을 기재하여 이를 추완하면 종전의 증서와 추완증서가 합쳐져서 유효한 공정증서로 되는가. 이는 부정되어야 한다. 그것은 유언은 요식행위로 요식행위를 이루는 개개의 법률사실이 따로 따로 존재한다는 것은 요식행위에서 요구되는 방식에 위배되기 때문이다. 따라서 공증인법 제27조 제3항 및 제4항은 ‘공정증서에 의한 유언’의 경우에는 그 적용이 없다. 다만 그것이 구수증서의 요건을 갖춘 경우에는 후술하는 바와 같이 구수증서로서 효력을 갖는 것은 별개의 문제이다.

다. 참여인 및 통역인

(1) 참여인⁶³⁾

촉탁인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우에는 공증인은 공정증서를 작성할 때 참여인을 참여하게 하여야 한다. 이러한 참여인을 소위 필요적 참여인이라고 한다. 필요적 참여인은 공증인법상 참여인 결격사유가 없는 자만이 될 수 있다. 그 참여인의 선정은 촉탁인이 하도록 되어 있다. 만일 유언자가 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우에는 어떻게 되는가. 유언 공정증서를 작성할 때에도 유언자가 위와 같은 참여사유가 존재하면 유언자를 위하여 참여인이 참여하여야 한다. 다만 참여인은 전술한 바와 같이 증인과는 다르지만 증인이 참여인을 겸하여도 무방하다고 본다. 따라서 우리 민법이 증인의 결격자에 관하여 참여인 결격자와 같게 규정하고 있으므로, 반드시 참여인을 참여시켜야 하는 사유가 존재할 때라도 증인만 참여시키고 ‘공정증서에 의한 유언’이 이루어져도 유언은 유효하다고 본다는 점은 전술하였다. 이렇게 본다면 유언 공정증서를 작성할 때에는 필요적 참여인 제도는 큰 의미를 찾기 어렵다.

한편 공증인법상으로는 반드시 필요적으로 참여인을 참여시켜야 하는 사유가 없더라도 촉탁인이 스스로 누군가를 참여인으로 참여시켜줄 것을 청구한 경우에는 그를 참여시켜 공정증서를 작성하도록 하고 있다. 이렇게 참여하는 참여인을 소위 임의적 참여

63) 이에 대한 자세한 내용은 필자의 “참여인에 관한 고찰, 대한공증협회지 제2호(2009. 1.)”를 참고하기 바람.

인이라고 한다. 유언 공정증서를 작성할 때에도 임의적 참여인의 참여가 가능한가. 이를 부정할 아무런 이유가 없으므로 가능하다고 본다. 따라서 경우에 따라서는 수증자를 참여인으로 참여시켜 공정증서를 작성할 수 있다고 본다. 결국 유언에 관한 한, 참여인 제도는 필요적 참여인 보다는 오히려 임의적 참여인이 큰 의미를 갖는다고 볼 수 있다.

(2) 통역인

전술한 바와 같이 ‘공정증서에 의한 유언’을 하는 경우에는 외국어를 구수하는 것은 인정되지 않기 때문에 통역인에 관한 사항은 ‘공정증서에 의한 유언’에는 적용이 없다. 다만 국어를 아는 유언자가 필요에 따라 외국어를 병기하여 줄 것을 요구한 경우에도 통역인을 사용하여야 하는가. 이 경우는 통역인을 사용하여야 하는 경우에 해당하지는 않는다. 외국어와 국어가 서로 달라도 국어가 우선한다. 외국어를 병기한 유언 공정증서에서 국어와 외국어가 서로 다르게 되는 것은 바람직하지 않으므로, 통역능력이 되는 사람이 임의적 참여인으로 참여하도록 유도하여 서로 일치된 공정증서가 되도록 하는 것이 좋을 것이다.

라. 대리 및 제3자의 동의·허락

(1) 대리

유언은 반드시 유언자 본인의 독립한 의사에 의거하여 행하여져야만 하는 행위로서 대리가 허용되지 않으므로, 공증인법 제30조 및 제31조를 비롯한 대리와 관련된 규정은 공정증서에 의한 유언에는 적용이 없다.

(2) 제3자의 동의·허락

공증인법 제32조에 의하면 제3자의 허락이나 동의가 필요한 법률행위에 관하여 공증인이 증서를 작성할 때에는 그 허락이나 동의가 있었음을 증명할 증서를 제출하게 하여야 한다. 이는 유언의 경우에도 적용되는가. 원래 제3자의 허락이나 동의가 필요한 법률행위란 법정대리인의 동의나 허락이 필요한 무능력자에 의한 법률행위와 같은 것을 의미한다. 그러나 유언의 경우에는 민법 총칙의 무능력자제도가 적용되지 않는다. 즉 무능력자라도 17세만 되면 독립적으로 유언을 할 수 있으므로 법정대리인의 동의나 허락이 필요하지 않다.

채권자와 채무자 사이에 채무자의 동의가 없으면 채권의 양도를 할 수 없다는 양도금

지특약이 있는 경우에 채권을 계약으로 양도하는 행위는 이에 관하여 공정증서를 작성할 때 위 규정에 의하여 채무자의 동의가 필요한가. 보통의 법률행위에 의한 경우라면 이는 긍정하여야 할 것이다. 그러나 만일 채권자가 채권을 유증하는 경우에도 채무자의 동의가 있었음을 증명할 증서를 제출하여야 하는가. 유언으로 양도하는 즉, 유증의 경우에는 그럴 필요가 없다고 본다. 왜냐하면 양도금지특약이란 계약에 한하여 그 효력이 있다고 해석되기 때문이다. 주식의 양도에 관하여 이사회 승인을 요하는 것으로 규정되어 있는 경우에도 채권양도의 경우와 마찬가지로 유증하는 경우에는 승인을 요하지 않는다고 본다. 생각건대 일반적으로 양도나 승계에 관하여 제3자의 허락이나 동의가 필요하다고 정한 경우에도, 그것은 생전행위로 이루어지는 것에 한하여 효력이 있다고 생각된다. 따라서 공증인법 제32조는 유언 공정증서를 작성할 때에는 그 적용이 없다고 본다.

마. 기재 방법에 관한 공증인법 규정

(1) 사용언어(법 제26조)

공정증서에는 국어를 사용하여야 한다. 다만 촉탁인의 요구가 있으면 외국어를 병기할 수 있다. 외국어를 병기하여 공정증서를 작성하였는데 국어와 이에 병기한 외국어의 내용이 서로 다른 때에는 국어로 기재된 내용이 우선하는 것으로 한다. 외국어의 병기는 공정증서 전체에 관하여도 할 수 있지만, 공정증서의 내용의 일부에 관하여도 할 수 있다. 외국인을 특정하기 위하여 그 사람의 이름이나 주소에 외국어를 병기할 수도 있고 금액에 대하여 외국어로 병기할 수도 있을 것이다. 외국어의 내용과 국어의 내용이 서로 다른 경우에 국어의 내용이 우선한다는 것은 공정증서의 내용을 확정짓는 경우에 적용되는 것일 뿐이다. 따라서 공정증서의 내용이 언제나 객관적으로 존재하는 법률사실인 것은 아니므로, 외국어가 병기된 공정증서에서 국어와 외국어의 내용이 서로 다른 경우에 외국어의 내용이 오히려 객관적 진실에 부합한다면 공정증서의 내용과 다른 법률사실이 얼마든지 인정될 수 있음은 당연하다.

유언에 관하여 공정증서를 작성할 때에도 이 규정은 그대로 적용된다. 특히 외국에 있는 부동산을 유증한다든지 외국인을 수증자로 하여 유증하는 경우에는 외국어를 병기하여 유언 공정증서를 작성할 수 있을 것이다.

(2) 사용하는 용어와 글자(법 제36조)

공정증서에는 보통의 쉬운 용어를 사용하고 글자 획을 명확하게 써야 한다. 글자가 연결되어야 할 자행에 빈 공간이 있을 때에는 직선 또는 사선을 그어 그 부분에 다른 글자가 없음을 표시하여야 한다. 유언 공정증서의 경우에도 그대로 적용된다.

(3) 글자의 수정 · 삽입 · 삭제(법 제37조)

증서의 글자는 수정할 수 없고 일단 작성된 증서는 오로지 삽입하거나 삭제하는 방법으로 증서의 내용을 정정할 수밖에 없다. 글자를 삽입할 때에는 삽입한 글자 수와 그 위치를 칸의 밖이나 증서의 끝부분의 여백에 적고 공증인과 촉탁인을 비롯한 참석자 모두가 이에 날인하여야 한다. 글자를 삭제할 때도 삽입할 때와 같은 방법으로 하여야 한다. 그리고 이를 위반한 정정은 효력이 없다. 이는 유언 공정증서를 작성할 때도 그대로 적용된다. 삽입 · 삭제의 경우에 날인하여야 하는 참석자에는 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인도 당연히 포함된다.

(4) 서면의 인용(법 제39조)

보통의 법률행위에 관하여 공정증서를 작성할 때에는, 서면을 제출하는 방법으로 진술을 대신하거나, 진술을 보충하는 방법으로 서면을 제출할 수 있고, 그 경우에 증서에 그 서면을 첨부하고 공증인이 직인으로 간인하게 되어 있다. 그 때 첨부서면도 증서의 일부로 간주되고 따라서 서면 안에서의 정정 방법 등도 공정증서 일반 원칙에 따라 하여야 한다.

그러나 유언 공정증서를 작성할 때에는 보통의 법률행위에 관한 공정증서와 달리, 유언은 구수만이 인정되므로 원칙적으로 서면의 인용은 허용되지 않는다. 다만 유언 공정증서의 경우에도 유언의 구수를 보충하는 의미에서 서면을 첨부하는 것은 얼마든지 가능하다고 본다. 단지 보충하는 의미로만 가능하므로, 필기낭독한 내용에서 언급하지 아니한 내용이 추가된 부분은 필기낭독한 것에 해당하지 않아, 유언의 내용이 될 수 없다. 이런 점에서 ‘공정증서에 의한 유언’에 의하여 어떤 특정 부동산을 유증할 때, 막연히 “별첨 등기부등본 기재 부동산을 수증자에게 유증한다”라고만 기재하는 것은 후에 구수의 요건을 갖추었고 그에 따라 필기낭독하였느냐에 관하여 다툼의 여지가 있을 수 있으므로, 어느 정도 범위에서 특정하는 식으로 표현하고 서면은 이를 더 구체화하는 보충수단으로 삼는 식의 기재가 바람직할 것이다.

바. 증서내용의 기재와 그 밖의 기재사항

(1) 증서의 내용(법 제34조)

공증인은 공정증서를 작성함에 있어서 그가 들은 진술, 목격한 사실, 그 밖에 실제로 경험한 사실과 그 경험한 방법을 적어야 한다. 법률행위에 관한 공정증서의 경우에는, 주로 법률행위를 이루는 법률요건에 해당하는 법률사실에 관한 진술의 청취가 곧, 공증인이 그 법률사실을 인식하는 경험에 해당할 것이다. 다만 보통의 법률행위에 관한 공정증서를 작성할 때에는 진술에 한하지 않고, 경우에 따라서는 서면에 법률요건에 해당하는 법률사실을 기재하여 그것을 보여주면 이를 공증인이 눈으로 보아 인식하게 되는 경험도 있을 수 있다.

이에 반하여 유언 공정증서는 반드시 유언자가 유언을 구수하여야 하고 이를 청취하여 작성하도록 되어 있는바, 그 경험 및 그 사실의 기재가 곧 요식행위인 법률행위를 구성한다는 점은 전술한 바와 같다. 다만 민법에서 ‘공정증서에 의한 유언’에 관하여 기재할 사항으로는 유언의 취지만을 기재한다고 되어 있는바, 유언하게 된 동기나 당부의 말 등도 기재할 수 있는가. 민법에서 정하고 있는 ‘공정증서에 의한 유언’에 관한 규정에 따르면 유언의 취지만을 언급하고 있다. 이를 넓게 해석하면 유언을 하게 된 동기나 당부의 말도 유언의 취지로 볼 수 있다. 설사 그것이 유언의 취지에 해당하지 않는다 하여도 유언을 무효로 하는 정도의 내용이 아니라면, 유언의 취지에 해당하지 않은 내용도 진술하여 증서의 내용으로 삼는 것도 가능하다고 본다. 왜냐하면 유언 공정증서는 법률행위에 관한 공정증서의 일종이고, 이에 따르면 민법 제1068조와는 관계 없이 공증인법 제34조에 근거하여 유언의 취지와 직접적인 관계가 없는 내용도 유언 공정증서의 내용으로 삼아 기재할 수 있는 것이다.

(2) 그 밖의 기재사항(법 제35조)

공증인은 전술한 바와 같이 증서를 작성할 때 공정증서로 증명하고자 하는 법률사실에 관한 내용과 그 사실을 공증인이 인식하게 된 사실 및 방법을 기재하여야 할 뿐만 아니라, 그 내용 외에도 공증인법 제35조에서 정한 사항을 기재하여야 한다. 다만 위 제35조 각 호 중에서 대리나 대리인 또는 보조인 및 법인에 관한 사항은 유언이라는 법률행위에서는 존재할 수 없으므로, 당연히 그 적용도 없다. 제3자의 허락이나 동의에 관한 사항은 유언이라는 법률행위에는 제3자의 동의나 허락을 요하는 경우를 생각할 수 없고, 유언이라는 요식적 법률행위에서는 있을 수 없으므로, 제5호나 제7호의 규정도 당연히 적용되는 일이 없다. 통역인에 관한 사항은 국어로 구수할 수 없는 자는 공정증서에 의한 유언을 할 수 없어 통역인이 존재할 수 없으므로, 역시 그 적용도 없다. 이하에

서는 유언 공정증서를 작성할 때 적용될 수 있는 사항을 중심으로 살펴보기로 한다.

① 증서의 번호(제1호)

증서의 번호는 공증인이 공정증서 작성을 촉탁받은 순서에 따라 부여하되 매년 새로 부여한다. 가령 ‘증서 2009년 제100호’와 같다. 공정증서 작성을 촉탁받아 증서 번호를 부여하여 증서 작성에 착수하였으나 촉탁인의 증서 작성의 촉탁철회 등 어떠한 사정에 의하여 증서 작성을 완료하지 않은 경우에는 증서원부의 비고란에 그 사유를 기재한다. 이러한 경우에는 그 증서번호에 해당하는 증서는 존재하지 않는 셈이 된다.

현재 유언 공정증서는 다른 공정증서와 구분하지 않고 접수순에 따라 일련번호로 번호가 부여되고 관리되고 있으나 유언은 유언자가 사망할 때에 효력을 발생시키는 것으로 증서작성일로부터 오랜 세월이 흐를 때까지 보존할 필요가 있다. 또한 유언 공정증서에 대한 정보에 관하여는 전혀 통합관리되는 제도가 없어 피상속인의 상속인이나 이해관계인은 피상속인이 공정증서에 의하여 유언을 남겼는지 미리 알고 있지 않는 한 그것을 알 길이 없다. 그런 점에서 증서번호와 별도로 유언 공정증서만의 번호를 따로 부여하여 관리될 필요가 있다. 이렇게 함으로써 유언 공정증서 정보에 대하여 통합관리가 되면 피상속인의 사망으로 상속인이나 수증자가 쉽게 유언의 유무를 파악할 수 있을 것이다. 이는 개별 공증인 사무소별로 관리하면 될 것이므로 공증인법이나 그 시행령의 개정 없이도 가능할 것이다. 이와 같이 개별 공증인 사무소별로 유언 공정증서 정보에 대하여 통합관리가 이루어지면, 피상속인의 상속인 등 유언에 관하여 이해관계인이 된 자는 강제단체화된 대한공증인협회를 통하여 피상속인이 공정증서에 의한 유언을 남겼는지 확인할 수 있게 될 것이다. 증서번호를 따로 관리한다는 것은 별도의 증서원부 즉, 유언증서 원부의 존재를 의미하는바 이 점은 관계되는 곳에서 보기로 한다.

② 촉탁인의 주소, 직업, 성명 및 나이(제2호 중 법인 부분 제외).

이는 촉탁인의 특징을 위하여 기재하는 것이다. 현재 실무상 자연인인 경우에는 나이 대신 주민등록번호를 기재하거나 생년월일을 기재하고, 직업은 기재사항으로 되어 있으나 거의 기재하지 않고 있다. 주소는 민법상 주소 즉, 생활근거지를 의미한다고 하겠으나 실무상으로는 주민등록법에 의하여 등록된 주소를 기재한다. 2호에서 법인은 유언을 할 수 없으므로 유언 공정증서에는 해당이 없다.

한편 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인이 촉탁인이나 촉탁인에 유사한 지위에 해당한다고 보는 필자의 견해에서는 증인의 경우에는 본 호를 적용하여 증인의 주소, 직업, 성명 및 나이를 기재하여야 한다.

③ 촉탁인의 성명과 얼굴을 아는 경우에는 그 사실(제4호 중 대리인 부분 제외)

유언자가 누구냐는 사실은 공정증서의 작성에서 가장 기본적이면서도 중요한 사항에 해당한다. 따라서 공증인이 그가 누구인지를 알기 때문에 즉, 성명도 알고 동시에 얼굴도 알기 때문에 그에게 누구인지 증명하게 하지 않고 공정증서를 작성하게 되었다면, 그의 성명과 얼굴을 안다는 사실을 증서에 분명하게 기재하여야 한다. 한편 공증인이 촉탁인의 성명과 얼굴을 알기 때문에, 그가 촉탁인 자신이라는 증명을 따로 시키지 않고 증서를 작성하는 경우에는, 그를 알게 된 경위 등을 기재한 면식부를 작성하여 보존하여야 한다(공증서식사용등에관한규칙 제15조).

한편 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인이 촉탁인의 지위에 있거나 그와 유사한 지위에 있다고 보는 필자의 견해에 의하면, 공증인이 증인의 성명과 얼굴을 아는 경우에도 마찬가지다.

④ 제27조 제2항에 따른 증명이 있을 경우에는 그 사유, 증인의 주소, 직업, 성명, 나이 또는 그 확인의 방법(제6호)

공증인이 공정증서를 작성할 때 촉탁인의 성명이나 얼굴을 몰라 촉탁인에게 촉탁인 자신이 틀림없다는 것을 증명하게 한 경우에 그 사유를 기재하도록 한 것이고, 만일 증인을 통하여 확인한 경우에는 증인의 인적사항까지 기재하도록 한 것이다. 만일 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인을 촉탁인의 지위에 있는 것으로 보는 필자의 견해에서는, 그 증인이 그 자신임이 틀림없음을 증명하지 못하여 신원증명 증인을 내세워 증명하게 할 경우에는, 본 호를 적용하여 위 사항을 기재하여야 한다. 실무상 이러한 경우는 거의 발생할 여지가 없겠으나 만일 증인이 신분증이 없고 그를 아는 미성년자 2인이 그가 틀림없음을 증명하는 경우가 그러한 경우에 해당할 것이다. 전술한 바와 같이 이는 촉탁인 신원증명증인과 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인의 승인능력이나 신분확인방법에 차이가 있기 때문에 발생할 수 있다.

⑤ 참여인을 참여하게 하였을 경우에는 그 사유와 참여인의 주소, 직업, 성명 및 나이 전술한 바와 같이 유언에 참여하는 증인이 참여인의 역할까지 겸한 경우에는 굳이 그것을 따로 표시할 필요는 없다고 본다. 그러나 증인과 별도로 참여인이 참여한 경우에는 본 호에 따라 증서에 기재하여야 한다.

⑥ 작성연월일과 장소

공정증서의 작성일자자는 당연히 확정일자로서의 효력이 있지만 특히, 유언 공정증서의 경우에는 유언이 나중에 한 유언과 먼저 한 유언사이에 서로 양립할 수 없는 경우에는 나중에 한 유언이 효력이 있으므로 더욱 그 의미가 크다고 하겠다.

법률행위에 관한 공정증서는 공증인사무소에서 작성함이 원칙이고, 사건의 성질상

사무소에서 직무를 수행할 수 없는 때와 법령에 다른 규정이 있을 때에만, 예외적으로 공증인사무소가 아닌 장소에서도 작성될 수 있다. 그러나 유언의 경우에는 전술한 바와 같이 공증인사무소 밖에서도 아무런 제한 없이 얼마든지 작성할 수 있다. 사무소에서 작성하는 경우에는 공증인이 서명날인할 때 사무소소재지도 기재하도록 되어 있으므로, 증서 내용에 작성장소라는 란을 설정하여 따로 구체적으로 기재할 필요까지는 없고, 이 사무소에서 작성하였다 라고만 기재하여도 무방하다.

(3) ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인에 관하여는 촉탁인이나 촉탁인과 유사한 지위에 있다고 보았을 때, 본조의 제2호, 제4호 및 제6호를 적용하거나 준용하여 그것에 관하여 기재하여야 한다. 즉, 유언 증인의 주소, 직업, 성명 및 나이(제1호), 유언 증인의 성명과 얼굴을 아는 경우에는 그 사실(제4호), 유언 증인의 신원에 관하여 제27조 제2항에 따른 증명이 있을 경우에는 그 사유, 증인의 주소, 직업, 성명, 나이 또는 그 확인의 방법(제6호)을 기재한다.

사. 참석자의 증서내용의 확인 등(법 제38조)

공증인법 제38조를 ‘공정증서에 의한 유언’에 적용함에 있어서는 민법과의 관계에서 주의를 요한다. 우선 민법 제1068조에서 정한 요건에 따라 유언 공정증서를 작성하게 되면 동시에 자연히 공증인법 제38조 제1항의 요건을 충족하는 것이 된다. 그런 의미에서 제38조 제1항은 한정적으로 적용이 있다고 볼 수 있다. 또한 임의적 참여인이나 금치산자가 유언하는 경우에 심신회복사실을 증명하는 의사가 있는 경우에는, 그에 한하여는 제38조 제1항이 전적으로 적용된다. 공증인법 제38조 제2항 중 통역인에 관한 사항은 유언 공정증서에는 적용이 없다는 점은 전술하였다. 공증인법 제3항 및 제4항은 ‘공정증서에 의한 유언’에도 그대로 적용되고, 민법 제1068조에서 ‘서명 또는 기명날인’은 오히려 위 공증인법 규정을 의미한다는 점은 전술하였다.

한편 제38조 제5항에 의하면 증서가 여러 장일 때 공증인이 각장에 걸쳐 직인으로 간인하는 것으로 되어 있는바, 유언 공정증서도 이 규정에 따라 간인이 이루어져야 한다. 한편 글자를 삽입하거나 삭제할 경우에는 참석자가 날인하도록 되어 있지만, 이 규정에 의하면 간인은 공증인만 하는 것으로 되어 있다. 참석자도 간인하는 것으로 개정하는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 유언 공정증서는 유언자의 사후에야 비로소 효력이 발생하는 것으로서 공증인의 직인으로 간인하는 것만으로는 증서의 안전성의 확보에 대

단히 미흡한 조치이기 때문이다.

아. 부기(법 제35조의 2)

공증인법 제35조의 2는 양쪽 당사자의 촉탁에 의하여 채무의 전부변제나 계약의 전부해소사실을 증서의 원부에 부기할 수 있다고 하므로 단독행위인 유언에는 그 적용이 없다. 그러나 입법적으로 유언 공정증서에 관하여도 이미 이루어진 유언을 철회하거나 변경한 경우, 종전의 유언 공정증서에 그 사실을 부기할 수 있도록 규정을 신설할 필요가 있다⁶⁴⁾.

자. 부속서류의 연철

공정증서를 작성할 때 제출받는 부속서류는 공증인이 작성한 증서에 연철하도록 되어 있다. 촉탁인이 부속 서류 원본의 반환을 청구한 경우에는 원본 대신 그 등본을 연철할 수 있다. 부속서류를 연철한 경우에 증서와 그 부속서류 간 및 부속서류 상호간에 걸쳐서 직인으로 간인하여야 한다.

공증인법 제40조에서 연철할 부속서류로 들고 있는 ‘1. 대리권을 증명하는 증서’와 ‘3. 제3자의 허락 또는 동의를 증명하는 증서’는 전술한 바와 같이 유언에는 있을 수 없다. 유언 공정증서를 작성할 때는 본 조 제2호 및 제4호에 해당하는 부속서류가 있을 수 있다. 즉, ‘권한이 있는 행정기관이 발행한 증명서’로는 증인의 결격자여부나 유언자의 금치산자 해당유무 등의 사유를 조사하기 위하여 제출받는 유언자와 증인의 기본증명서와 가족관계증명서 등이 이에 해당한다. ‘그 밖의 부속서류’로는 유증의 목적가액을 산출하기 위하여 제출받는 자료들이 이에 해당할 것이다. 유언 공정증서를 작성하는 경우에 공증인은 유언 공정증서와 그 부속 서류 사이나 부속서류 상호간에 걸쳐서 간인하여야 한다(제40조 제2항).

차. 원본의 보관 및 열람과 원본멸실의 경우 등

(1) 서류 등의 반출금지, 보존(법 제24조)

64) 장재형, 앞의 논문, 113면

공증인법 제24조에 의하면 공증인이 작성한 서류 및 장부는 재난을 피하기 위하여 부득이한 경우와 법무부장관 또는 소속지방검찰청 검사장의 명령이나 허가를 받은 경우가 아니면 사무소 밖으로 반출할 수 없다. 따라서 유언 공정증서가 작성된 경우에도 그 증서원본과 그 부속서류를 원칙적으로 반출할 수 없다. 한편 개정된 공증인법에서는 공증인이 작성한 서류나 장부는 마이크로필름이나 그 밖의 전산정보처리조직에 의하여 보존할 수 있다고 하는 내용을 새로 신설하였다. 이 규정에 의하면 유언 공정증서의 경우에도 마이크로필름 등에 의하여 보존할 수 있게 되었다. 그러나 이는 공정증서의 원본에 관한 한 잘못된 입법이라고 본다. 마이크로필름 등에 보존하는 것은 서류 등의 정보이지 서류 자체가 될 수 없으므로 공정증서의 원본의 경우에 공증사무소에서 보존하고 있는 ‘세상에서 유일한’ 원본에 관하여 원본 자체를 보존하지 않고 마이크로필름 등에 보존할 수 있도록 하는 것은 성립할 수 없는 것이다. 만일 법률로 정하였으니 가능하다고 하여도 그렇게 되려면 최소한 마이크로필름 등에 보존한 정보가 증서원본과 동일한 효력이 있다는 별도 규정이 존재하여야 하고, 그 경우에 원본에 부기⁶⁵⁾하여야 하는 때에는 어떻게 할 것인지 등에 대하여도 마땅히 강구되어야 할 것이다.

한편 유언 공정증서는 공증인서류보존규칙에 따르면 20년으로 되어 있고 증서원부는 25년으로 규정되어 있다. 유언은 그 효력발생이 유언자의 사망시라는 점을 고려하면, 위 기간은 다소 짧다고 볼 수 있으므로, 그 기간을 50년 정도로 연장할 필요가 있다.

(2) 원본의 열람(법 제43조)

공증인법에 의하면 촉탁인, 그 승계인 또는 증서의 취지에 관하여 법률상 이해관계가 있음이 증명된 자는 증서 원본의 열람을 청구할 수 있다. 유언 공정증서의 경우에는 이를 적용함에 있어서 유언의 효력이 발생하기 전과 후로 나누어 적용이 달라진다. 왜냐하면 유언의 효력이 발생하기 전에는 승계인이나 이해관계인이 있을 수 없기 때문이다. 따라서 유언의 효력이 발생하기 전에는 수증자나 상속인이라도 열람을 청구할 수 없다. 유언이 대리가 허용되지 않은 점에 비추어 열람청구도 대리에 의하여는 할 수 없다고 보아야 한다. 유언의 효력이 발생한 후에는 수증자, 부담의 이익을 얻는 자, 상속인 또는 유언집행자는 승계인이나 이해관계인의 지위에서 열람을 청구할 수 있다. 다만 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인은 필자의 견해에 의하면 촉탁인의 지위나 촉탁인과 유사한 지위에 있기 때문에 열람을 청구할 수 있다고 본다. 보통 유언을 비밀로 하고

65) 현재는 유언의 철회 변경시에 종전에 작성한 증서원본에 이를 부기하는 것이 제도화되어 있지 않지만 전술한 바와 같이 공증인법 제35조의 2를 개정하여 유언 공정증서에도 부기제도가 도입될 필요가 있다.

자 한다는 점에서 이 점은 ‘공정증서에 의한 유언’의 한계이다. 그러나 증인에게 비밀준수의무가 부여되어 있지 않는 한 어쩔 수 없다. 궁극적으로는 증인에게 비밀준수의무를 부여하고 열람이나 등본청구 등에 대하여 제한하는 입법조치가 필요하다고 본다.

(3) 원본멸실의 경우(법 제41조)

공증인법에 의하면 증서의 원본이 멸실된 경우에, 공증인은 이미 발급한 정본 또는 등본을 회수하여 소속 지방검찰청 검사장의 인가를 받아 멸실된 증서를 대신하여 보존하여야 한다. 이와 같이 하여 새로 보존된 증서는 원본과 동일한 법적 효력이 있다. 이는 유언의 경우에도 전혀 다르지 않다.

카. 증서원부 작성 비치와 그 기재사항(법 제44조, 법 제45조)

공증인법에 의하면 공증인은 작성한 증서에 관하여 증서원부를 작성하여 비치하여야 한다. 그 증서원부에는 증서를 작성할 때마다 진행순서에 따라 ① 증서의 번호와 종류, ② 촉탁인의 주소와 성명(법인인 경우에는 그명칭과 사무소소재지), ③ 작성연월일 등을 적어야 한다.

유언 공정증서도 공증인법에서 정하고 있는 법률행위에 관한 공정증서의 일종에 불과하므로 당연히 증서를 작성하는 진행순서에 따라 증서원부에 위 사항을 기재하여야 한다. 법인은 유언을 할 수 있는 주체가 될 수 없으므로, 위 규정 중 법인에 관한 사항은 유언 공정증서의 경우에는 적용이 없는 것은 당연하다.

다만 위 규정의 적용과 관련하여서는 현행 제도를 개선할 필요가 있다. 유언은 유언자가 사망한 뒤에 효력이 발생하는 것으로서 유언 공정증서는 어떤 면에서는 현행 증서원부의 보존기간 25년보다 더 장기간 보관할 필요가 있다. 유언자의 사망 후에 상속인을 비롯한 수증자 등 유언을 둘러싼 이해관계인이 ‘공정증서에 의한 유언’이 있었는지 쉽게 확인할 수 있어야 한다⁶⁶⁾. 그런데 유언 공정증서도 다른 공정증서와 마찬가지로 현행과 같이 획일적으로 증서원부로 관리되는 제도로는 이러한 필요에 부응하는데 미흡하다. 이를 위하여는 먼저 유언 공정증서에 관하여 보통의 공정증서와 분리하여 별도의 유언 증서원부를 작성하는 것으로 하거나, 아니면 유언 공정증서에 대하여는 공정증서로서의 증서번호를 부여하면서도 그것과 별도로 유언증서번호를 따로(이중으로) 부

66) 장재형, 앞의 논문, 100면

여하고 증서원부와는 별도로 유언증서원부를 작성비치하도록 하는 것이 필요하다. 이를 위하여는 공증인법까지 개정할 필요는 없고, 공증인법 제45조 제2항에서 “제1항은 증서를 작성한 사실을 적을 장부에 관하여 법령에 특별한 규정이 있으면 적용하지 아니한다”에 근거하여 시행령 제18조를 개정하면 가능하다고 본다. 즉, 공증인법 시행령 제18조 제1항 제1호에서 비치할 장부로 유언증서원부를 추가하고, 제3항을 신설하여, 유언 공정증서를 작성할 경우에는, 증서원부에 증서번호와 증서의 종류만 기입하고 유언증서원부의 기입사항은 법 제45조에 의한다 라고 규정하면 될 것이다.

타. 정본과 등본에 관한 사항

공증인법에서 정한 작성방법에 따라 공증인뿐만 아니라 참석자도 서명날인하여 작성되는 것은 원본에 해당하고, 그것은 세상에서 ‘유일한 것’으로서 공증인법 제24조 제1항 제1호에 해당하므로 공증사무소에서 보관한다. 그런데 공정증서는 촉탁인이 법률행위 기타 사건에 관한 법률사실에 관하여 증명하고자 작성하는 것이다. 따라서 당연히 촉탁인으로서 그 증명하고자 하는 법률사실을 공정증서로서 증명하려면 그에 관한 정본이나 등본이 있어야 한다. 이에 따라 공증인법도 정본 또는 등본에 관하여 어떤 사람이 발급을 청구할 수 있고, 어떻게 발급되는지에 관하여 자세히 규정하고 있다(법 제46조부터 제55조까지). 유언 공정증서를 작성하는 경우에도 원칙적으로 이에 따른다. 다만 유언은 유언자가 사망하기 전까지는 효력이 발생하지 않는 것이므로 수증자로 되어 있는 자라도 유언자가 생존 중이면 이해관계인에 해당되지 않는다. 또한 대리가 허용되지 않으므로 정본이나 등본 발급에 관하여도 유언자의 생존 중에는 대리로 청구할 수 없다고 본다.

정본은 원본과 동일한 효력이 있는 것으로서 촉탁인 본인이나 승계인만이 발급을 청구할 수 있다⁶⁷⁾. 이에 반하여 등본은 원본을 사본한 것임이 인정되는 것으로서 촉탁인, 그 승계인 또는 증서의 취지에 관하여 법률상 이해관계가 있음을 증명한 자가 발급을 청구할 수 있다. 한편 필자는 ‘공정증서에 의한 유언’에 참여하는 증인은 촉탁인의 지위나 촉탁인과 유사한 지위에 있다고 하였다. 이에 따르면 증인도 그 등본은 청구할 수

67) 필자는 본고에서 증인의 지위를 촉탁인의 지위나 촉탁인과 유사한 지위에 있다고 보았다. 그러나 그것은 유언을 성립시키는 또 하나의 주체로서 그렇게 본 것일 뿐이다. 유언에 따른 법률효과는 유언자의 의사에 따라서이고 증인에게 유언에 따른 권리나 의무가 생기는 것이 아니므로, 법률효과라는 측면에서 증인은 제3자에 불과하다. 그런 점에서 증인은 원본과 동일한 효력이 있는 정본의 발급청구는 할 수 없다고 본다.

있다고 본다. 증인 입장에서조차 나중에 유언과 관련하여 다툼이 있는 등의 경우에는 필요할 수도 있을 것이다.

VI. 방식위반과 그 효과

1. 서론

유언은 민법이 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 발생하지 않는다(민법 제1060조). ‘공정증서에 의한 유언’에 관하여 민법에서 정한 방식은 요식행위로서의 요건을 정한 것에 해당한다. 법률이 어떠한 법률행위를 요식행위로 정하고 있다면 그것은 요식행위로 정한 목적상 요식행위로서 요구되는 방식을 위반하는 것으로 인정되면 절대적으로 무효라고 보아야 한다. 그러나 그 경우에도 어떠한 행위가 방식을 갖추었다고 볼 수 있는지 혹은 갖추지 못하였다고 보아야 하는지 여부에 대하여 논란이 있을 수 있다. 한편 ‘공정증서에 의한 유언’을 하는 경우 민법에서 요구하는 방식에 따라 작성하는 공정증서는 전술한 바와 같이 법률행위에 관한 공정증서의 일종이다. 공증인법 제3조에 의하면 공증인이 작성한 문서는 공증인법이나 그 밖의 법률에서 정하는 요건을 갖추지 아니하면 공증의 효력을 가지지 아니한다고 규정하고 있다. 결국 ‘공정증서에 의한 유언’은 민법에서 정한 방식으로서의 요건뿐만 아니라 공증인법에서 정하고 있는 공정증서의 작성 방식을 위반하는 경우에도 무효로 된다.

한편 공증인법은 작성 방식에 관하여 논란이 있고 의문이 있어서는 아니되기 때문에 될 수 있는 한 매우 상세히 규정하고 있다. 그러나 공증인법에서 정하고 있는 작성 방식은 오래 전부터 직접 필기하여 증서를 작성하는 것을 예정하고 규정한 것도 상당수 있다. 공증인법에서 정한 방식 중 사소한 부분에 관하여 위반이 있는 경우까지도 모두 무효로 된다면 그것은 문제이다. 공증을 통하여 증거를 확보함으로써 분쟁을 예방하고, 또한 신속하게 권리를 구제받도록 하려는 공증인법의 본래 목적은 달성하기 어렵게 되고, 오히려 그러한 방식 위반여부에 관하여 분쟁을 불러일으키고 신속한 권리구제에도 저해가 되는 결과가 될 것이다. 여기서 공증인법에서 정한 요건을 어느 정도 갖추지 않았을 때 무효로 보아야 하는지 문제가 된다. 특히 방식위반에 관하여는 보통의 법률행위에 관한 공정증서가 법률행위가 성립한 뒤에 사후적으로 후일에 대비하여 그것을 증명하고자 작성되는 것임에 반하여, 유언에 관하여 공정증서가 작성되는 경우에는, 공정증서의 작성으로 비로소 유언이 성립하는 것이므로 그것이 무효로 된다면, 다른 보통의

법률행위의 경우와 달리 법률행위 자체가 무효로 되는 치명적인 결과가 되므로, 어떤 경우에 무효인 ‘방식의 위반’에 해당하느냐는 것은 매우 중대한 문제이다. 민법은 뭐니 뭐니 해도 ‘공정증서에 의한 유언’의 방식을 가장 안전하고 확실한 방식으로 기대하고 있다. 그런데 공증인법 제3조를 매우 엄격하게 해석하여 작성방식에 관한 사소한 위반이 있는 경우에도 모두 공증이 무효로 되어서 결과적으로 ‘공정증서에 의한 유언’이 무효로 된다면, ‘공정증서에 의한 유언’이 유언의 방식 중에서 가장 안전하고 신뢰할 수 있는 방식이라는 기대는 여지없이 깨져버리는 것이 되므로 함부로 쉽게 무효로 볼 것은 아니다.

이하에서는 민법 제1060조와 공증인법 제3조를 중심으로 요식행위로서 무효로 되는 방식위반과 공정증서를 무효로 하는 공증인법 위반에 관하여 차례로 살펴보기로 한다.

2. 요식행위로서의 방식의 위반

‘공정증서에 의한 유언’에 관하여 민법에서 정한 방식 즉, 요식행위로서의 방식을 위반하면 그것은 요식행위로 정한 목적상 원칙적으로 무효로 보아야 한다. 가령 증인 2인이 참여하여야 하는데 1인만 참여하였다든가, 증인결격자가 참여하였다면, 그것은 무효이다. 또한 공증인의 면전에서 유언자가 구수하지 않고 공증인보조자 앞에서 구수하여 작성된 것 역시 무효이다. 유언자가 유언의 취지를 구수하여야 하는데 공증인이나 제3자의 질문에 예, 아니오 라고만 답변한 경우에도 무효이다. 증인의 참여하에 유언자의 구수와 필기낭독이 이루어져야 하는데 증인이 계속하여 자리에 있지 않고 미리 서명 날인하고서 먼저 자리를 떴다든가, 아니면 유언자가 서명하기 직전에야 참여한 경우 등은 민법에서 정한 요식행위로서의 요건을 갖추지 않아 무효라고 본다.

한편 민법 제1068조에 의하면 ‘공정증서에 의한 유언’은 마치 구수에서 필기, 필기에서 낭독 순으로 순차적으로 이루어져야 하는 것처럼 규정되어 있다. 그러나 반드시 그러한 순서에 따라야만 되는 것은 아니고 유언이 이루어지는 과정을 전체적으로 보아서 유언자의 구수와 공증인이 작성한 증서내용이 일치하고 그것을 유언자와 증인이 확인하여 인정하였다면 유효하다고 보아야 한다. 가령, 유언자가 미리 공증사무소에 들러 유언을 하고자 하는 내용을 전달하고, 다음 날 증인과 함께 와서는 미리 작성된 유언증서에 대하여 유언자에게 낭독하게 하고, 공증인이 다시 한 번 낭독을 하여 재차 확인하게 하는 경우에도 방식위반에 해당하지 않는다고 본다.

증인결격자에 관하여 법률의 변경에 따라 과거에는 결격자가 아니었는데 법률의 개

정으로 결격자로 된 경우나, 결격자였는데 법률의 개정으로 인하여 결격자가 아니게 된 경우에 그가 참여하여 작성된 유언 공정증서의 효력에는 어떤 영향이 있는가. 유언의 성립 당시에는 결격자가 아니었는데 법률의 개정으로 결격자가 된 경우에는, 이미 유효하게 성립한 유언에는 아무런 영향이 없다고 보아야 하는 것은 당연하다. 한편 결격자가 참여하여 무효에 해당하는 공정증서였던 것이 나중에 결격자가 아닌 것으로 법률이 경우에는, 유언 공정증서의 무효사유도 치유된 것으로 볼 수 있는가. 가령 공증인법에 의한 결격자에 관하여 종전 다수설의 입장에서 결격자로 인정되어 무효였던 유언 공정증서는 이번 법률개정으로 유효한 유언 공정증서로 되는가의 문제이다. 필자의 견해에 따르면 이러한 문제가 발생하지 않지만 종래 판례나 학설상으로는 문제가 된다. 유언은 성립과 효력발생시점이 다르기 때문에 그런 점에서는 종전 공증인법에서 정한 참여인 결격자 규정은 여전히 살아 있는 셈이다. 따라서 종래 판례의 태도는 공증인법이 개정 되었음에도 불구하고 여전히 변경될 필요가 있다. 한편 이와 같이 유언의 요건에 관하여 변화가 있을 때 이미 성립한 유언에 대하여는 어떻게 볼 것인지 하는 문제는 향후에도 언제든지 또다시 발생할 수 있다. 가령, 향후 공정증서에 의한 유언에 관하여 증인이 없는 것으로 민법을 개정하는 것과 같은 경우가 바로 그렇다. 이는 모두 유언의 성립시기와 효력발생시점의 차이로 인한 문제이다⁶⁸⁾.

전술한 바와 같이 일단 유효하게 성립한 것에 관하여는 소급적으로 무효로 할 수는 없다. 그러나 그 반대로 증인결격자에 해당하였다고 하여 일단 무효로 되었던 것이 증인결격자가 아니게 되었다고 하여 새로이 유효하게 되는 것으로 보는 것은 법리상 난점이 많다. 만약 이와 같이 결격사유나 제척사유 등과 같이 공정증서의 효력과 관련이 있는 사항에 관하여 법률 규정의 개정이 있는 경우에는, 이미 성립한 유언에 관하여는 어떻게 한다는 점에 관하여, 부칙에서 경과규정을 두어 명확하게 정할 필요가 있다. 이런 점에서도 증인 결격자 규정을 직접 정하지 않고 공증인법으로 미룬 민법의 태도는 타당하지 않다는 것이 여실히 드러난다.

한편 ‘공정증서에 의한 유언’으로서 방식을 갖추지 못하였으나 가령, ‘질병 기타 급박한 사유’로 인한 급박한 상황에서 공증인보조자가 증인으로 되어 ‘공정증서에 의한 유언’ 요건에 따라 유언 공정증서를 작성하였을 때, 그것이 구수증서의 요건을 갖춘 경우에는 구수증서에 의한 유언으로서 효력은 인정할 수 있는가. 민법은 이와 관련하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 민법 제138조에서 정한 무효행위의 전환의 법리

68) 이는 공증인의 제척사유와 관련하여서도 발생할 수 있다. 특히 인가공증인과 관련하여 불분명한 제척사유에 대하여 공증인법 개정이 이루어진다면 똑같은 문제가 생길 수 있다.

가 유언에는 적용되지 않는다고 볼 아무런 근거가 없고, 민법 제1071조에서 비밀증서에 의한 유언의 경우에는 자필증서의 방식에 적합한 때에는 자필증서에 의한 유언으로 본다고 규정하고 있는 취지에 비추어, 그 경우에도 구수증서로서 요건을 모두 갖추었다면 구수증서로서의 효력을 긍정함이 타당하다고 본다. 그 때 공증인은 증인 중에서도 유언증서를 작성하는 증인에 해당한다.

3. 공정증서로서의 방식 위반

전술한 바와 같이 공증인법을 위반한 공증이라고 하여도 그 경중을 따지지 않고 모두 무효라고 볼 수는 없다. 그렇다면 어떤 경우에 공증인법 제3조에 따라 무효로 되는가. 그것은 위반한 방식의 요건이 공증의 본질에 해당하느냐 아니냐에 따라, 본질에 해당하면 무효라고 하여야 하나, 그렇지 않고 사소한 것에 불과하다면, 무조건 무효라고 볼 것은 아니라고 본다. 무엇이 공증의 본질에 해당하는 요건이고 무엇이 사소한 요건에 해당하느냐는 매우 어려운 문제라서 일률적으로 논하기는 어렵다. 대체로 공증인에 해당하는 사항이나 촉탁인의 확인에 관한 사항 또는 서명날인에 관한 사항은 공증의 본질에 해당하는 요건이므로, 공증인법에서 정한 절차를 따르지 않으면, 무효의 공정증서로서 ‘공정증서에 의한 유언’도 무효가 된다고 보아야 한다. 그러나 촉탁인의 직업을 기재하지 않은 경우, 물건을 지칭하는 용어를 국어로 기재하지 않고 외국어로만 기재한 경우, 글자가 연결되어야 할 자행에 빈 공간이 있을 때 직선이나 사선으로 그어야 하는데 그런 조치를 하지 않은 경우 등과 같은 사소한 위반의 경우는 무효라고 볼 수 없다.

유언의 경우에는 공증인사무소에서 증서를 작성하지 않아도 되는데, 이런 경우에 증서의 작성장소를 정확히 알 수 없어 지번을 기재하지 않은 경우나 잘못 기재하는 경우라도 그것만으로는 유언 공정증서를 무효라고 볼 것은 아니라고 본다.

한편 공증인은 직무집행구역이 소속지방검찰청의 관할구역에 의하도록 되어 있는 바, 공증인이 그 직무구역을 벗어나 유언 공정증서를 작성한 경우에는 그 효력이 없는가. 원래 직무집행구역은 공증인에게 관할지역내에서 활동하게 하여 관할구역 내의 주민에게 공증사무를 제공함으로써, 그 곳 주민들이 언제든지 쉽게 공증인으로부터 공증을 받을 수 있도록 하면서, 한편으로는 공증인상호간의 과당경쟁 등을 방지하여, 공증인의 품위유지에 기여하도록 하기 위하여 정하여진 것으로 보인다. 이는 라틴계 공증제도하에서 엄격한 정원제와 함께 했을 때 의미가 있는 것이다. 우리나라의 경우에는 검업공증인이 그 수나 공증사건처리 비중이나 모든 면에서 압도적인 다수를 차지하고 있

는 실정이고, 현재 임명공증인에게 적용되는 정원제만으로는 정원제로서 그 의미를 찾기 어려운 실정이다⁶⁹⁾. 또한 급격히 도시화가 이루어지고 있는 현실에서, 직무집행구역에 따라 인접한 관할구역에 속하는 곳에서는 공증을 할 수 없도록 한다는 것은 오히려 국민들의 생활에 불편을 초래할 수 있다. 국민들 또한 공증업무의 관할에 관하여 전혀 인식이 없다. 더구나 공증사무에서 관할과 관련하여 규제를 완화하는 의미에서 등기소에 따른 관할을 인정하던 정관이나 의사록 인증에 관하여 관할을 폐지하였고, 서울의 경우에는 한때 지청이 본청으로 승격되면서 관할이 분할되다가 다시 공증인법을 개정하여 서울전역을 직무집행구역으로 하고 있다. 더구나 인가공증인의 경우에 사무소 이전도 자유롭다. 이러한 현실에서 실제 유언 공정증서가 관할을 위반하였는지에 관하여 유언의 효력발생시점에 확인하는 것도 어렵다. 또한 관할을 위반한 사정이 유언 공정증서의 효력과 직접적인 관련이 있는 공증의 본질에 속하는 것이라 보기는 어렵다. 이러한 점 등을 종합하였을 때, 공증인이 유언에 관한 공정증서를 작성함에 있어서 직무집행구역을 위반한 경우라도 곧 공증을 무효로 할 사유에 해당되지는 않는다고 본다⁷⁰⁾.

VII. 결어

이상 본고에서 ‘공정증서에 의한 유언’에 관하여 고찰한 바를 요약하면 다음과 같다.

- ① 상대방 없는 단독행위로서 유언 중 공정증서에 의한 유언은 유언자의 유언에 관한 단독적 의사표시와 함께 증인이 참여하여 유언의 정확함을 승인함이 있어야 성립되는 법률행위이다.
- ② 공정증서에 의한 유언은 증인이 참여하여 성립시키는 법률행위이면서 그것이 공정증서의 작성으로 성립하는 요식적 단독행위이다.
- ③ 공정증서에 의한 유언은 공정증서의 작성 방식 속에서 법률행위가 성립하는 것이므로 공정증서 작성 방식 속에서 구현되어야 한다.
- ④ 따라서 민법 제1068조에서 유언자와 증인이 각자 ‘서명 또는 기명날인’하여야 한다고 규정한 것은 공증인법 제38조 제3항 및 제4항의 규정과 동일한 취지이다. 즉, 유언자와 증인이 서명날인하여야 하고, (증인은 서명날인할 수 없는 자는 될 수 없으므로) 유언자가 서명날인할 수 없으면 공증인(참여인이 있으면, 참여인과 함께)

69) 법무부는 현재 인가공증인의 경우에도 점차 정원제를 도입할 예정이라고 한다.

70) 독일의 경우에는 직무집행구역을 정하고 있지만 그것을 위반한 경우에도 무효로 되지는 않는다는 명문 규정을 두고 있다[독일 연방공증인법 제11조(직무관할구역), 법무부 제공 자료].

이 그 사유를 증서에 적고 날인하여야 한다.

- ⑤ 민법 제1068조는 공정증서로 하는 유언에 관하여 요식적 법률행위로서의 요건을 정한 것이다.
- ⑥ 공정증서에 의한 유언을 할 때 작성되는, 그 ‘공정증서’는 공증인법상의 공정증서의 작성에 관한 방식을 모두 충족하고 있으므로, 공증인법상의 공정증서의 일종이다. 즉, 민법 제1068조는 공증인법의 특별규정이 아니다.
- ⑦ 한편 공정증서에 참여하는 증인은 유언자와 함께 직접 유언을 성립시키는 지위에 있는 자이므로, 촉탁인의 보조자에 불과한 참여인과는 다르고, 공증인법상의 지위는 촉탁인이거나 촉탁인과 유사한 지위에 있다. 따라서 촉탁인의 예에 따라 공증인법 제35조 제2호, 제4호 및 제6호의 기재사항을 기재하여야 한다.
- ⑧ 민법 제1072조에서 말한 ‘공증인법에 의한 결격자’는 공증인법 제33조 제3항 각 호에서 열거하고 있는 자를 의미한다.
- ⑨ 그런데 2009. 5.에 공증인법 제33조 제3항 중 제2호가 신설되고 제6호가 개정되어 민법 제1068조 ‘공증인법에 의한 결격자’의 내용에도 변화가 초래되었다. 제2호 신설의 경우는, 애초 해석상 참여인 결격자이나 증인 결격자는 아니었던 ‘시각장애인 등’이 공증인법에 명문으로 참여인 결격자로 규정됨으로써, 이제는 ‘시각장애인 등’도 증인 결격자로 되었다. 제6호의 개정은 그 중에서 ‘촉탁인의 친족 등’을 삭제하는 것을 내용으로 하는 것인바, 그 동안 ‘공증인법에 의한 결격자’의 의미에 대하여 문자 그대로 해석할 때 기존 판례나 학설에 따르면 매우 어려운 난점이 있었으나, 그것을 삭제하여 결과적으로 그 난점이 모두 해소되었다. 그러나 필자의 견해에 의하면, 개정 전 제6호의 ‘촉탁인의 친족 등’의 부분은 참여인에게만 해당되는 것이었으므로 이번 개정으로 증인 결격자에는 변화가 없다. 한편 기존의 판례나 학설상으로는 증인 결격자가 증인 결격자가 아닌 것으로 된 것이므로, 그에 따르면 ‘이미 성립하였으나 아직 그 효력발생이 안되고 있는’, ‘공정증서에 의한 유언’에 관하여 새로 유효하게 되지 않으므로 그런 점에서도 기존 판례나 학설은 타당하지 않다.
- ⑩ 유언 공정증서는 공증인법상의 공정증서이므로 공증인법의 규정이 곧바로 적용된다. 다만 그것이 매우 독특한 법률행위인 유언에 관하여 작성된 것이므로 그 적용에는 별도의 해석이 필요하다.
- ⑪ ‘공정증서에 의한 유언’의 요식행위로서의 요건 즉, 민법 제1068조를 준수하였는지에 관하여는 엄격하게 해석하여 그 요건을 준수하지 않은 경우에는 무효로 해석

하여야 하나, 공증인법에서 정한 공정증서의 작성방식에 관하여는 공증인법 제3조의 해석문제로 공증의 본질에 속하는 것이 아니면 무효로 볼 것이 아니다.

- ⑫ 공정증서에 의한 유언이 증인결격자나 기타 사정으로 무효로 된 경우에도 구수증서에 의한 방식의 요건을 모두 갖춘 경우에는 구수증서로서의 효력은 있다.

생각건대 우리 민법은 ‘공정증서에 의한 유언’을 유언의 한 방식으로 규정하면서 민법과 공증인법을 오가며 매우 혼란스러운 태도를 취하여, 요식행위로 정한 애초의 목적에 맞지 않게, 그것이 요구하는 방식이 정확하게 무엇을 의미하는지 참으로 알기 어렵게 규정하고 있다고 볼 수 있다.

‘공정증서에 의한 유언’의 방식에 관하여 입법적으로는 독일민법의 태도가 가장 명쾌할 것이다. 우선 공증인이 작성하는 유언증서에 또 다시 증인을 참여시켜서 하는 것으로 규정할 필요가 있는지는 입법적으로 재검토해 볼 필요가 있다. 증인을 참여시켜서 하는 것으로 규정한다고 하여도 그것은 요식행위를 이루는 중요한 요소이므로 결격자에 관하여는 공증인법으로 미룰 것이 아니라 반드시 민법에서 직접 규정하는 것으로 하여야 한다. 또한 증인 결격자의 범위에 관하여도 전반적으로 재검토할 필요가 있다.

또한 민법에서 유언자와 증인이 하여야 하는 ‘서명 또는 기명날인’에 관한 사항은 민법의 요건에서 빼든지, 그것을 민법에서도 굳이 요건으로 정할 것이면 명확하게 공증인법 제38조 제3항 및 제4항의 내용과 일치하도록 규정하는 태도를 취하여야 할 것이다.

