

공정증서유언의 유효를 위한 요건

- 대법원 1996. 4. 23. 선고, 95다34514 판결 -

김민중

전북대학교 법학전문대학원 교수

[사실관계]

망 소외 A가 1987. 8. 22.경 폐기종으로 ○○○대학병원에 입원하여 치료를 받았다. 그런데 호흡부전으로 의식을 회복하지 못하자 1987. 9. 11.경 기관지절제수술을 하고, 그곳에 인공호흡기를 부착하여 충분히 산소공급을 받고 의식이 회복되었으나, 1987. 11. 24.경부터 1988. 2. 23.까지의 기간을 제외하고는 1989. 12. 27. 사망에 이르기까지 목에 튜브(T-tube)를 삽입한 다음, 튜브와 인공호흡기를 호스로 연결(튜브와 호스의 끝부분을 탈착식으로 연결)한 상태에서 인공호흡을 하고 있었다. 그러므로 망 소외 A는 공기가 성대를 통할 수 없어 말을 할 수가 없었고, 의식이 있는 동안에는 몸짓, 표정, 입모양으로 의사표현을 하거나, 준비해 둔 차트판 종이와 필기도구를 이용하여 자신의 의사를 표현하였다. 그리고 망 소외 A는 1989. 10.경부터 상태가 몹시 악화되어 거의 의식을 잃었으며, 1989. 12. 21. 09:00경 이미 의학상 반혼수상태(semi-coma state: 통증자극에 대하여 환자가 기본적인 동물적 또는 체계화되지 못한 반응을 나타내며 의식이 각성을 유발할 수 없는 상태로서 의사소통이 불가능하며 환자의 판단능력이나 의사결정능력을 기대할 수 없는 상태)에 빠져 그 상태가 1989. 12. 21. 17:00경까지 변함이 없었다.

한편 피고 B는 1989. 12. 21. 망 소외 A가 반혼수상태에 들어가자 망 소외 A가 설립하여 경영하였던 甲주식회사의 직원을 통하여 각 임야의 등기부등본과 주권의 주권번호

가 기재된 서류를 乙종합법무법인에 전달하면서 망 소외 A의 유언공정증서의 작성을 의뢰하여, 그 법무법인 소속의 공증업무를 취급하는 변호사 丙은 직원인 소외 丁에게 지시하여 피고 B가 알려준 내용대로 망 소외 A가 피고 B, C에게 각 임야 중 각 2분의 1 지분씩을, 피고 C에게 갑주식회사의 주권 전부를 각 유증한다는 취지의 유언공정증서 초안을 작성하게 하였다. 그리고 1989. 12. 21. 17:30경 망 소외 A가 입원중이던 000대학병원 병실에서 피고 B, 변호사 병 및 소외 정이 있는 자리에서 갑주식회사의 직원인 D와 피고 B의 올케인 소외 E가 증인으로 참여하여, 소외 정이 망 소외 A에게 유언증서 초안의 취지대로 부동산의 필지와 주식의 총수를 불러 주면서 피고 B, C에게 이 사건 각 임야의 각 2분의 1 지분씩을, 피고 C에게 주권 전부를 유증하겠느냐고 묻자 망 소외 A는 고개를 끄덕거렸다. 그 후 망 A의 침대를 반쯤 일으킨 상태에서 피고 B가 그의 팔목을 붙잡아 주어 그로 하여금 유언증서의 유언자란에 서명하게 하였다.

원고는 유언공정증서의 작성 당시 망 소외 A의 의식상태는 반혼수상태로서 의사능력이 결여되어 있었고, 공증인의 물음에 대하여 유언자가 고개를 끄덕거리는 거동이 있음에 불과한 경우로서 민법 제1068조가 정하는 구수행위(口授行爲)가 있다고 볼 수 없으므로, 망 소외 A의 공정증서에 의한 유언은 무효라고 주장하였다.

[원심]

원심판결(서울고법 1995. 6. 9. 선고, 94나486 판결)은 유언공정증서의 작성 당시 망 소외 A의 의식상태는 반혼수상태로서 의사능력이 결여되어 있었고, 공증인의 물음에 대하여 유언자가 고개를 끄덕거리는 거동이 있음에 불과한 경우는 민법 제1068조가 정하는 구수행위(口授行爲)가 있다고 볼 수 없으므로, 망 소외 A의 공정증서에 의한 유언은 무효라고 판단하였다.

[판결요지]

유언공정증서를 작성할 당시에 유언자가 반혼수상태였으며, 유언공정증서의 취지가 낭독된 후에도 그에 대하여 전혀 응답하는 말을 하지 아니한 채 고개만 끄덕였다면, 유언공정증서를 작성할 당시에 유언자에게는 의사능력이 없었으며 그 공정증서에 의한 유언은 유언자가 유언의 취지를 구수(口授)하고 이에 기하여 공정증서가 작성된 경우로 볼 수 없어서, 민법 제1068조가 정하는 공정증서에 의한 유언의 방식에 위배되어 무효이다.

[평석]

I. 서론

1. 유언의 의미

유언은 사전적으로 정의하자면 보통 “사람이 사후를 위하여 남긴 말”, “죽은 사람이 남긴 말” 혹은 간단히 “죽기 직전에 한 말”이라고 하는 의미로 이해할 수 있다. 물론 유언이라고 하는 의미를 제도적으로 이해하면 유언이란 “어떤 사람이 신분관계나 재산관계의 특정한 사항에 대하여 그 사후에 효력을 생기게 할 목적으로 일정한 방식에 의하여 행하는 단독의 일신적속적 의사표시”라고 정의할 수 있다. 유언의 의미를 세분하여 살펴보면 ① 유언은 상대방 없는 단독행위이고, ② 유언은 요식행위이고, ③ 유언은 일신전속행위이고, ④ 유언은 사후행위이고, ⑤ 유언의 내용은 법정사항이라고 정리할 수 있다. 그리고 유언은 유언자의 최종의 의사를 보장하고 존중하기 위한 제도로써 유언자의 최종의사를 확보하기 위하여 유언자는 자기가 한 유언을 언제든지 철회할 수 있다(민법 제1108조).

사람의 사회생활에서 이루어지는 재산상·신분상의 관계는 생존자가 처리하여야 하고, 사망자의 의사에 의하여 좌우될 수는 없으나, 한편 사람이 그 사후에 자기의 재산 혹은 근친자의 신분상의 사항에 대하여 적절한 조치를 취하기를 원한다고 하는 사실은 인지상정으로서 당연하다고 볼 수 있다. 또한 유언자가 어떤 유언을 남긴 경우, 그 자손이나 근친자가 유언자가 남긴 최종의 의사를 존중하고, 그 실현을 진정으로 도모한다고 하는 사실도 지당한 도덕적 요청이라고 생각할 수 있다. 그러므로 유언은 권리자의 생존 중에 소유권을 비롯한 재산권의 자유로운 관리와 처분이 인정되는 이상, 자기의 사후에 대하여도 남긴 재산의 자유처분을 당연히 인정할 필요가 있다고 하는 재산적 측면과 죽음에 임하여 나오는 유언은 일반적으로 사자의 진정한 진의의 의사표시라고 할 수 있고, 자손이나 근친자도 사자의 유지를 그대로 존중하고 순종하여 그 의사를 실현시키려고 하는 경향이 강하다고 하는 정신적 측면, 두 근거에서 유언은 사회적으로 존중되고, 심지어 법률적 제도로까지 인정되고 있다고 판단할 수 있다.

2. 유언방식의 엄격요식성

유언은 유언자가 사망한 후에 그 효력이 발생한다. 그리고 유언의 효력이 발생한 때에 그 효력이 유언자의 진의인가 아닌가를 확인하기가 극히 곤란한 경우가 많다. 그러므로 유언자의 진의를 명확하게 하고, 타인의 위조·변조를 방지하기 위하여는 유언이 일정한 방식을 갖춘 서면에 의한 경우에만 그 효력을 인정할 필요가 있다(유언의 요식성 혹은 엄격성). 민법은 “유언은 방식에 의하지 아니하면 효력이 생하지 아니한다.”(민법 제1060조)고 하여 엄격한 방식을 요구하고 있다(엄격형식주의).¹⁾ 민법은 ① 유언은 유언자가 사망한 때로부터 그 효력이 생기므로 유언의 성립과 그 효력 발생 사이에 생기는 시간적 차이에 따라서 발생할 수 있는 유언 자체가 과연 실제로 존재하는지에 관한 문제를 확실하게 해 둘 필요가 있고, ② 유언자의 사후에 유언의 내용에 관하여 의문이나 다툼이 생길 경우에 유언자에게 직접 그 진정한 의사를 확인할 방법이 없다는 측면에서 그 진의가 분명하게 전달되기 위한 방안을 마련할 필요가 있고, ③ 후일 다툼이 생기지 않도록 유언을 할 때에 유언자의 신중한 태도를 요구할 필요가 있다는 사실 등을 고려하여 유언의 방식과 그 효력에 관하여 이른바 형식적 엄격주의를 취하여 유언의 자유에 대하여 일정한 제한을 두고 있다.²⁾

3. 유언방식의 종류

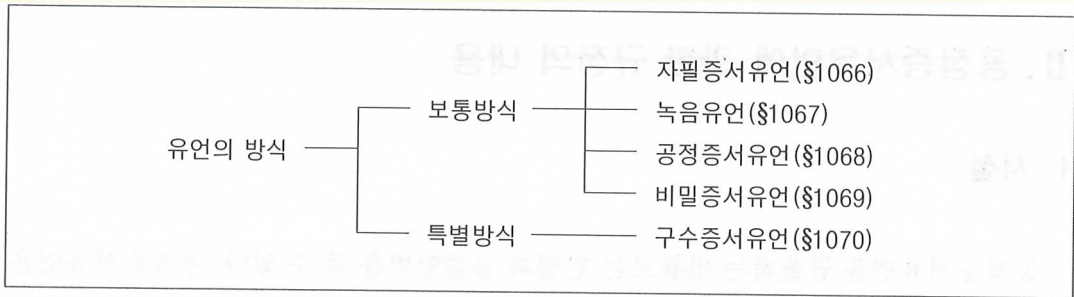
민법 제1065조는 ‘유언의 보통방식’이라는 제목 아래 “유언의 방식은 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서와 구수증서의 5종으로 한다.”고 규정하고 있다. 그러나 민법상 구수증서유언도 다른 유언방식과 같이 보통방식으로 되어 있지만, 구수증서유언은 실질적으로는 방식의 엄격성이 요청되지 않는 특별방식으로 볼 수 있다. 유언의 종류는

1) 역시 판례도 민법 제1065조 내지 제1070조가 유언의 방식을 엄격하게 규정한 이유는 유언자의 진의를 명확히 하고 그로 인한 법적 분쟁과 혼란을 예방하기 위한 취지이므로, 법정된 요건과 방식에 어긋난 유언은 그 내용이 유언자의 진정한 의사에 합치하더라도 무효라고 하지 않을 수 없다고 엄격하게 본다(대법원 2009. 5. 14. 선고, 2009다9768 판결; 대법원 2008. 8. 11. 선고, 2008다1712 판결; 대법원 1999. 9. 3. 선고, 98다17800 판결(공1999하, 2015); 대법원 2004. 11. 11. 선고, 2004다35533 판결; 대법원 2006. 3. 9. 선고, 2005다57899 판결(공2006상, 586) 등 참조).

2) 서울중앙지방법원 2005. 7. 5. 선고, 2003가합86119, 89828 판결.

우선 ‘보통방식’ 과 ‘특별방식’ 으로 구분할 필요가 있고, 보통방식에 의한 유언에는 자필증서유언, 녹음유언, 공정증서유언, 비밀증서유언 네 가지가 해당한다. 판례도 구수증서에 의한 유언은 비록 보통방식이란 제목 하에는 있으나 그 실질에 있어서는 보통방식이 아닌 경우로 판단된다고 분명히 밝히고, 구수증서에 의한 유언은 실질상 다른 방식의 유언과는 다르므로 유언요건을 완화하여 해석하여야 한다고 보고 있다.³⁾

[유언의 방식]



공정증서유언은 공정증서에 의하여 성립한 유언이며, 유언의 보통방식의 하나이다. 공정증서유언은 거의 모든 나라에서 예외없이 채용하고 있는 유언방식이다. 다만 공정증서유언은 다른 유언방식과 비교할 때에 장점도 있고, 단점도 있다. 다른 유언방식과 비교하여 공정증서유언은 아래와 같은 특징이 있다.

- ① 공정증서유언은 공증인이라고 하는 전문가에 의하여 작성되고 그 원본이 공증인 사무소에 보관되므로, 유언증서가 멸실·훼손되거나, 은닉·위조·변조될 우려가 적고, 또한 방식의 오류 등의 위험도 없다.
- ② 자기가 스스로 유언증서를 작성할 필요가 없으므로, 문자를 제대로 이해하지 못하는 사람, 스스로 필기할 수 없는 사람도 용이하게 공정증서유언을 이용할 수 있다.
- ③ 보통 공정증서의 작성은 공증인사무소에서 이루어져야 하나,⁴⁾ 공정증서유언은 반드시 공증인사무소에서 작성되어야 할 필요가 없다. 유언자가 공증인의 출장

3) 대법원 1977. 11. 8. 선고, 76므15 판결.

4) 공증인법 제17조 제3항은 “공증인은 그 사무소에서 직무를 수행하여야 한다.”고 규정하고 있다.

을 요구하여 예컨대 자택이나 병상에서 작성할 수도 있다.

- ④ 유언공정증서는 공정 또는 공증의 효력을 가지는 증서이므로, 검인을 거치지 아니하고 곧 바로 집행할 수 있다.⁵⁾
- ⑤ 다른 유언방식과 비교하여 절차가 번거롭고 복잡하며, 또한 비용을 필요로 한다.
- ⑥ 공정증서유언에는 반드시 2인의 증인이 참여하여야 하고, 증인에게는 비밀을 지킬 의무가 없으므로, 특히 자필증서유언이나 비밀증서유언의 경우와 비교하여 유언의 내용이 누설될 가능성이 크다.

II. 공정증서유언에 관한 규정의 내용

1. 서설

공정증서유언을 규율하는 법률로는 민법과 공증인법을 들 수 있다. 공정증서유언은 민법의 방식에 따라야 할 뿐만 아니라, 다른 한편 공증인법이 정한 규정을 준수하여야 한다. 민법상으로는 민법 제1068조 1개의 조항이 공정증서유언을 규율하고 있다. 그리고 공증인법은 거의 모든 규정이 공정증서유언과 관련되나, 특히 공증인법 제33조가 규율하는 증인의 자격이나 공증인법 제38조에 의한 공정증서유언의 작성절차에 관한 규정이 중요한 의미를 지닌다.

2. 민법상의 규정

공정증서유언에 관하여 민법 제1068조가 규정하고 있다. 민법 제1068조의 소정의 ‘공정증서에 의한 유언’(공정증서유언)은 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고, 공증인이 그 유언의 취지를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확성을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 그 효력이 발생한다. 그러므로 공정증서유언은 구수 → 필기 → 낭독 → 승인 → 서명 · 기명날인의 순서로 성립한다.

5) 구수증서유언은 그 증인 또는 이해관계인이 급박한 사유의 종료한 날로부터 7일 내에 법원에 그 검인을 신청하여야 한다(민법 제1070조 제2항).

3. 공증인법상의 규정

공정증서유언에서는 공증인법 소정의 작성방식에 따라서 공정증서가 작성되어야 한다. 물론 누가 공증인이 되는가 하는 문제를 비롯하여 공증인법상의 거의 모든 규정이 공정증서유언과 관련을 가진다. 그러나 특히 공정증서유언의 효력과 관련하여 생각하면 증인의 자격에 관한 공증인법 제33조나 공정증서유언의 작성절차를 규율하는 공증인법 제38조와 같은 규정이 중요하다.

Ⅲ. 공정증서유언의 유효요건

1. 서설

민법 제1068조 소정의 공정증서유언의 요건을 세부적으로 구분하면 아래와 같이 “유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 한다.”고 규정하고 있다. 그러므로 공정증서유언의 절차는 ① 유언자의 참여, ② 증인 2인의 참여, ③ 공증인의 면전에서 유언자의 유언취지의 구수, ④ 공증인의 필기와 유언자 및 증인에 앞에서의 낭독, ⑤ 필기의 정확성에 대한 유언자와 증인의 승인, ⑥ 유언자와 증인의 각자 서명 또는 기명날인 등이 요구된다.⁶⁾

유언공정증서는 물론 공증인법 소정의 작성방식에 따라서 작성되어야 한다. 다만 2인 이상의 증인이 반드시 참여하여야 한다는 측면에서 보통의 공정증서 작성보다는 요식성이 강화되어 있다고 볼 수 있고, 다른 한편 보통의 공정증서 작성에는 공증인과 참석자가 각자 공정증서에 서명날인하여야 하나(공증인법 제38조 제3항), 유언공정증서의 경우에는 공증인의 서명날인은 요구하지 아니하고 오로지 유언자와 증인의 서명 또는 기명날인을 요구하고 있다는 측면에서 요식성이 다소 완화되어 있다고 평가할 수 있다.

6) 대표적으로 박윤직, 상속법, 박영사 1997., 381면 이하 참조.

2. 유언자의 참여

공정증서유언이 유효로 되기 위하여는 당연히 유언자의 참여가 필요하다. 민법 제 1068조를 통하여 살펴보면 유언자는 유언의 취지를 구수하여야 하고, 그 정확성을 승인한 후 서명 또는 기명날인하여야 한다. 그러므로 유언자의 참여가 인정되지 아니하는 경우에는 공정증서유언으로 성립할 수 없다.

공정증서유언의 작성절차 도중에 유언자가 사망하게 되면 유언의 효력이 상실되는가 하는 문제가 있다. 물론 공정증서유언의 작성절차 도중에 유언자가 사망하면 유언은 성립하지 않으므로, 그 효력도 생기지 아니한다. 다만 유언자가 도중에 사망한 때에는 형식적으로 공정증서가 완결되지 아니한 경우로 보아야 하므로, 유언도 역시 완료되어 있다고 볼 수 없으나, 실질적으로는 유언자의 승인의 서명 또는 서명날인을 통하여 그 유언은 완료된 경우로 보아야 할 때도 있다. 만약 유언자가 중간에 사망한 이유로 이미 서명 또는 서명날인까지 끝난 유언의 효력을 인정하지 아니한다고 하면 부당하게 유언자의 유언을 무시하는 경우로 될 수 있다. 그러므로 유언자가 유언의 취지를 구수하고, 공증인에 의한 필기를 승인하여 서명 또는 서명날인까지 한 후에 증인이나 공증인이 밝아야 할 절차가 아직 남아 있는 단계에서 사망한 때에는 증인과 공증인이 나머지 절차를 속행하여 완결하면 그 공정증서유언은 그대로 유효로 된다고 보아야 한다.⁷⁾

3. 증인의 참여

가. 서언

공정증서유언에는 증인의 참여가 필요하다. 왜 증인의 참여가 필요한가? 증인은 유언자에 의한 유언이 분명하며 유언자 본인이 확실하다는 사실, 유언자의 의사능력이나 판단능력이 정상적인 상태에 있다는 사실, 작성된 유언이 진실하게 성립하고 유언자의 진의에 일치한다는 사실을 증명하는 역할을 한다. 그리고 증인의 참여는 공증인의 권한남용을 방지하는 목적도 가진다.

7) 박윤직, 상속법, 385면; 김주수·감상용, 친족·상속법(가족법) 제9판, 법문사 2008., 663면.

나. 2인 이상의 증인

민법 제1068조는 ‘증인 2인’이 참여한다고 규정하고 있으나, 반드시 증인 2인에 맞추어야 할 필요는 없고 2인 이상의 증인이더라도 상관없다.⁸⁾ 다만 증인이 전혀 참여하지 않거나, 증인 1인만이 참여한 경우, 증인 2인이 참여한 경우라고 할지라도 그 1인이 증인결격자인 경우에는 공정증서유언으로서 유효하지 않다.⁹⁾

다. 증인의 자격

증인의 자격에 관하여는 민법 제1072조가 규율하고 있다. 민법 제1072조 제1항에서 일반적으로 유언에 참여하는 증인이 될 수 없는 사람을 열거하는 외에, 민법 제1072조 제2항에서 공정증서유언의 경우에는 공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못한다고 규정하고 있다. 그러므로 민법 제1072조에 의하면 ① 미성년자, ② 금치산자와 한정치산자, ③ 유언에 의하여 이익을 받을 자, 그 배우자와 직계혈족, ④ 공증인법에 의한 결격자는 공정증서유언에 참여하는 증인이 되지 못한다.

[증인의 결격사유]

	민법 제1072조	공증인법 제33조	비고
미성년자	○	○	모든유언 (자필증서 유언 제외)
금치산자와 한정치산자	○		"
유언에 의하여 이익을 받는자, 그 배우자와 직계혈족	○		"
시각장애인이거나 문자를 해독 하지 못하는 사람		○	공정증서유언
서명할 수 없는 사람		○	"
촉탁사항에 관하여 이해관계가 있는 사람		○	"
촉탁사항에 관하여 대리인 또는 보조인이거나 대리인 또는 보조인이었던 사람		○	"
공증인의 친족, 피고용인 또는 동거인		○	"
공증인의 보조자		○	"

(1) 미성년자

미성년자는 아무리 법정대리인(친권자나 후견인)의 동의가 있다고 하더라도 증인이 될 수 없다. 그러므로 미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 보므로(민법 제826조의2에 의한 성년의제), 혼인에 의하여 성년의제된 미성년자는 증인이 될 수 있다. 다만 성년의제된 미성년자가 후에 이혼하고 아직 성년이 되지 못한 경우에는 성년의제의 효력이 소급적으로 소멸하는가 하는 문제가 있다. 혼인에 의한 성년의제를 인정하는 근거를 혼인당사자의 정신적 성숙에 두는 경우에는 혼인이 해소되어도 성숙한 정신능력에 변화가 없으므로, 성년의제가 계속되고, 혼인생활독립의 존중에 두는 경우에는 혼인생활이 없어지면 성년의제도 소멸하게 된다고 본다. 성년의제제도의 근거를 혼인당사자의 정신능력의 성숙에 있다고 보아야 하므로, 혼인해소 후에도 성년의제의 효과는 계속되고 다시 무능력자로 환원하지 아니한다고 본다(통설). 그러므로 일단 혼인에 의하여 성년의제된 사람이 후에 이혼한다고 하더라도 증인자격이 소급적으로 박탈되지 않는다고 해석된다.

(2) 금치산자와 한정치산자

금치산자나 한정치산자가 잠깐 의사능력이나 판단능력을 회복한 때에는 증인능력을 가지는가 하는 문제가 있다. 금치산자나 한정치산자는 일시적으로 의사능력이나 판단능력을 회복하더라도 증인이 될 수 없다. 역시 한정치산자는 후견인의 동의가 있더라도 증인이 될 수 없다.

(3) 유언에 의하여 이익을 받는 자, 그 배우자와 직계혈족

유언에 의하여 이익을 받을 자를 증인으로 하면 자신의 이익을 꾀하고 유언자의 이익을 해할 우려가 크다. 그러므로 유언자의 상속인으로 될 자(추정상속인)이나 유증을 받게 될 수증자와 같이 유언에 의하여 스스로 이익을 받을 자는 증인의 자격이 없다.¹⁰⁾ 추정상속인이나 수증자의 배우자나 직계혈족도 역시 증인이 되지 못한다.

8) 일본민법 제969조는 공정증서에 의한 유언에 참여는 증인을 '1인 이상'으로 규정하고 있고, 국내에서도 흔히 '2인 이상 증인'으로 표현하는 경우가 많다. 그러므로 증인 2인은 최소한의 요건으로 해석된다.

9) 대법원 2002. 9. 24. 선고, 2002다35386 판결; 대법원 1994. 12. 22. 선고, 94다13695 판결.

10) 대법원 1999. 11. 26. 선고, 97다57733 판결.

유언으로 이익을 잃게 될 사람도 증인적격이 없는가 하는 문제가 있다. 민법 제1072조 제1항 제3호가 분명히 ‘유언에 의하여 이익을 받는 자’를 증인결격자로 규정하고 있으므로, 유언으로 이익을 잃게 될 사람은 증인이 될 수 있다고 보아야 한다. 그리고 후순위상속인도 증인이 될 수 있다.¹¹⁾ 판례는 유언집행자는 증인결격자에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.¹²⁾

(4) 공증인법에 의한 결격자

민법 제1072조 제2항은 분명히 “공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못한다.”고 규정하고 있다. 다만 ‘공증인법에 의한 결격자’란 누구를 가리키는가가 문제된다. 공증인법을 보면 증인의 결격사유에 관한 명문규정을 두고 있지 않고, 오로지 공증인법 제13조가 ‘임명공증인의 결격사유’, 공증인법 제33조가 ‘참여인의 자격’에 관하여 규정하고 있을 뿐이다. 그러므로 공증인법상 증인의 결격사유를 판단할 때에 어느 규정을 준용하는가 하는 문제가 있고, 학설은 민법 제1072조 제2항이 가리키는 ‘공증인법에 의한 결격자’란 공증인법 제33조에 의하여 ‘참여인이 될 수 없는 사람’과 같은 의미로 해석하고 있다.¹³⁾ 물론 공증인법상 ‘참여인’은 공증촉탁인이 ‘시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우’에 공증인이 증서를 작성할 때에 참여하는 사람을 가리키므로, 공정증서유언에 필요한 증인과는 다르다. 그러나 공증인법상으로도 증인의 자격에 관하여 민법이 규정하고 있는 일반적인 자격요건 이외에 특수한 자격요건이 요구되며, 명문규정이 없는 한 공증인법상의 규정이 준용될 필요가 있으므로, 현재로서는 공증인법 제33조 제3항 제1호 내지 제7호의 준용이 가장 타당하다고 생각된다. 다만 민법 제1072조 제2항이 명문으로 ‘공증인법에 의한 결격자’를 증인의 결격사유로 들고 있다고 하는 사정을 고려하여 공증인법에 증인의 자격에 관한 명문규정을 둘 필요가 있다고 본다.

공증인법 제33조는 공증인에 의한 공정증서의 작성에 참여할 할 수 없는 사람으로 ① 미성년자, ② 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람, ③ 서명할 수 없는 사

11) 장재형, 공정증서유언상의 증인적격, 대한공증인협회지 창간호(2008. 1.), 89면.

12) 대법원 1999. 11. 26. 선고, 97다57733 판결.

13) 자세한 설명은 남상우, ‘공정증서에 의한 유언’에 관한 고찰, 대한공증협회지 통권 제3호(2010. 1.), 40면 이하 참조.

람, ④ 촉탁사항에 관하여 이해관계가 있는 사람, ⑤ 촉탁사항에 관하여 대리인 또는 보조인이거나 대리인 또는 보조인이었던 사람, ⑥ 공증인의 친족, 피고용인 또는 동거인, ⑦ 공증인의 보조자를 들고 있다. 그러므로 공증인법 제33조 제1호 내지 제7호에 규정된 사람은 공정증서유언의 경우에 증인결격자로 된다.

① 미성년자가 증인결격자라는 사실은 민법 제1072조에 의하여도 분명하다. 그러므로 미성년자는 특별히 민법 제1072조 제2항에 의한 ‘공증인법에 의한 결격자’로서의 의미가 없다.

② 공증인법 제33조 제3항 제2호는 ‘시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람’을 분명히 증인결격자로 규정하고 있다. 다만 시각장애인을 일률적으로 증인결격사유로 하여야 하는가에 관하여는 논의가 필요하다고 본다.¹⁴⁾ 또한 말을 못하는 자나 듣지 못하는 자가 증인결격자에 속하는가 하는 문제가 있으나, 말을 못하는 자는 증인이 되어도 상관없다고 생각된다. 말을 못하는 자가 증인이 되어 작성된 공정증서유언은 유효하다고 보아야 한다. 그러나 민법 제1068조가 “증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 한다.”고 규정하고 있는 취지에 비추어 볼 때에 증인은 적어도 들을 수 있어야 하므로, 듣지 못하는 자는 증인이 되기 어렵다고 본다.

③ 공증인법 제33조 제3항 제3호에 의하면 ‘서명할 수 없는 사람’은 증인이 되지 못한다. 역시 민법 제1068조는 “증인이 그 정확함을 승인한 후 서명 또는 기명날인하여야 한다.”고 규정하고 있으므로, 유언의 정확성을 사실상 승인한 후 서명 또는 기명날인할 수 없는 자는 실질적으로 증인이 될 수 없으므로, 어찌면 당연한 요청이다.

④ 공증인법 제33조 제3항 제4호에 의하여 촉탁사항, 즉 공정증서유언에 관하여 이해관계가 있는 사람은 증인이 될 수 없다. 누가 공정증서유언에 관하여 ‘이해관계가 있는 사람’인가는 유언자의 이익을 보호하는데 적합한가 아닌가를 따져 구체적으로 판단하여야 한다.¹⁵⁾

14) 행인의 증인적격에 관한 자세한 논의는 장재형, 공정증서유언상의 증인적격, 대한공증인협회지 창간호 (2008. 1.), 90면 이하 참조.

15) 남상우, ‘공정증서에 의한 유언’에 관한 고찰, 대한공증협회지 통권 제3호(2010. 1.), 45면 이하 참조.

공정증서유언에 관하여 이해관계가 있는 사람으로는 유언자의 친족을 들 수 있다. 예컨대 A가 공정증서에 의한 유언을 할 때에 B와 C가 증인으로 참여한 경우에 만약 C가 망인 A의 처의 남동생이라고 하면 공정증서에 의한 유언 당시 증인으로 참여한 2인 중 1인인 C가 망인 A의 배우자의 혈족으로서 공증촉탁인인 유언자의 친족이므로, 증인결격자에 해당하여 그 공정증서유언은 무효로 된다.¹⁶⁾ 다만 공증인법 제33조 제3항 본문에서 공증시 증인이 될 수 없는 자의 하나로 촉탁사항에 관하여 이해관계가 있는 사람을 들면서도 그 단서에서 ‘공증인법 제29조 제2항에 따라서 유언자가 증인의 참여를 청구한 경우’에는 예외적으로 공증인법 제33조 제3항 본문의 적용이 배제된다고 규정하고 있으므로, 결국 증인이 유언자와 친족의 관계에 있다고 하더라도 유언자의 청구에 의할 경우에는 공증인법에 의한 증인결격자가 아니다.¹⁷⁾ 다만 민법 제1072조 제1항에는 공증인법 제33조 제3항과 같은 단서 조항이 없으므로, 민법 제1072조 제1항이 열거하고 있는 증인의 결격사유에 해당하는 경우에는 비록 유언자의 청구가 있다고 할지라도 증인으로 참여할 수 없다.

⑤ 공증인법 제33조 제3항 제5호에 의하여 촉탁사항에 관한 대리인 또는 보조인(혹은 대리인 또는 보조인이었던 사람도 포함된다)도 증인결격자이다. 역시 촉탁사항에 관한 대리인 또는 보조인도 유언에 대하여 이해관계를 가지거나, 또는 유언에 대하여 이해관계를 가지는 자와 밀접한 관계를 가지므로, 증인으로 되지 못한다.¹⁸⁾

⑥ 공증인법 제33조 제3항 제6호는 ‘공증인의 친족, 피고용인 또는 동거인’도 증인이 되지 못한다고 규정하고 있다. 공증인의 친족에는 당연히 ‘배우자’도 포함된다(민법 제777조 제3호). 공증인의 피고용인이란 공증인이 상시근무가 필요하지 아니하고 공증인의 직무수행을 방해하지 아니하는 업무로서 법무부장관의 허가를 받아 다른 공무(公務)를 겸하거나 상업을 경영하거나, 상사회사나 영리를 목적

16) 대법원 2004. 11. 11. 선고, 2004다35533 판결(판례평석에 관하여는 박동섭, 유언에 참여할 증인의 자격, 법률신문 제3530호(2007. 1.), 15면 참조).

17) 대법원 1992. 3. 10. 선고, 91다45509 판결.

18) 증인의 결격사유에 해당하지 않는다고 해석하여야 한다는 견해도 있다(남상우, ‘공정증서에 의한 유언’에 관한 고찰, 대한공증협회지 통권 제3호(2010. 1.), 42면 참조).

으로 하는 사단법인의 대표자 또는 사용인이 된 경우에 그 피고용인을 가리킨다(공증인법 제6조 단서 참조). 그리고 공증인의 동거인으로는 사실혼상의 배우자들을 들 수 있다.

- ⑦ 공증인법 제33조 제3항 제7호는 ‘공증인의 보조자’도 증인이 될 수 없다고 규정하고 있다. 공증인의 보조자란 공증인에게 고용되어 공증업무를 보조하는 자를 말한다(공증인법 제23조 제1항). 보조자를 두려는 공증인은 대통령령으로 정하는 바에 따라서 대한공증인협회에 신고하여야 하나(공증인법 제23조 제2항), 신고를 하지 않은 사실상의 보조자도 포함된다.

4. 공증인의 면전

민법 제1068조를 보면 공정증서유언은 ‘유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전’에서 하여야 한다. 그러므로 공정증서유언이 유효하려면 유언자와 증인 2인이 공증인의 면전에 있어야 한다.¹⁹⁾

증인 2인은 모두 유언공정증서의 작성절차에서 최초부터 최후까지 공증인의 면전에 입회하여야 한다. 예컨대 2인의 증인 중 1인이 유언의 일부가 이미 필기된 후에 참여한 경우에는 공정증서유언으로서 효력이 인정되지 아니한다. 또한 2인의 증인 중 1인이 유언자가 유언공정증서에 서명 또는 기명날인할 때에 참여하지 않은 경우에도 그 공정증서유언은 무효로 보아야 한다.

보통의 공정증서를 작성할 때에는 공증인은 그 사무소에서 직무를 수행하여야 한다(공증인법 제17조 제3항 본문). 다만 공증인이 유언서를 작성할 때에는 공증인법 제17조 제3항 본문을 적용하지 아니한다(공증인법 제56조). 그러므로 유언공정증서는 보통의 공정증서의 경우와는 달리, 반드시 사무소에서 작성하여야 할 필요가 없다.²⁰⁾ 공증인은 유언자의 요구에 따라서 자택이나 병상에서 유언공정증서를 작성하더라도 상관 없다.

19) 특히 공증인법 제27조는 공증인이 공정증서를 작성하기 위하여는 유언자(촉탁인)의 성명과 얼굴을 알아야 하고, 만약 공증인이 유언자의 성명이나 얼굴을 모르면 공증인법 제27조 제2항 제1호 내지 제3호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 유언자가 맞다는 사실을 증명하게 하여야 한다.

20) 김주수·감상용, 친족·상속법(가족법) 제9판, 법문사, 2008., 662면.

5. 유언취지의 구수

가. 유언자가 증인 2인의 참여 아래 공증인에 대하여 유언의 취지를 구수하여야 한다. 판례상 공정증서유언의 효력이 다투어지는 대표적인 영역은 ‘유언취지의 구수’와 관련된 문제이다. 유언취지의 구수절차는 유언의 내용이 유언자 자신의 의사에 기한 사실을 담보하는데 절대적으로 필요한 절차로서 공정증서유언의 방식에서 중핵을 이루는 부분이다. 그러므로 유언자의 구수없이 작성된 유언공정증서는 효력이 생기지 아니하고, 구수는 유언자가 공증인의 면전에서 공증인에 대하여 직접 하여야 한다.

나. ‘유언의 취지’란 유언의 내용을 가리킨다. 유언의 취지 내지 유언의 내용은 구체적으로 유언자가 자기의 사후에 관하여 어떤 처리를 하는가 하는 문제이다. 그리고 ‘구수’(口授)란 일반적으로는 언어를 통하여 진술하는 행위, 주로 구두, 즉 입(口)으로 말하여 상대방에게 전달하여 그 내용을 기억하게 하는 행위를 가리킨다.²¹⁾ 다만 구체적으로 민법 제1068조에서 말하는 ‘구수’(口授)가 어떤 의미인가는 문제가 된다. 유언자의 구수는 어느 정도로 하여야 하는가에 관하여 판례나 학설은 구수의 요건을 엄격하게 해석하여야 하며, 원칙적으로는 유언의 내용을 상세하게 구수하여야 한다고 본다.

(1) 거동의 경우

예를 들어 거동으로 유언의 내용을 표시하는 경우도 구수가 되는가? 유언자가 구두로 공증인에게 유언의 내용을 전하는 경우를 구수라고 하며, 거동으로 유언의 내용을 표시하는 경우는 구수에 해당하지 않는다고 본다. 그러므로 언어로 구사되지 아니한 표시, 예컨대 말을 하지 못하는 사람이 한 수화도 ‘구수’에 해당하는가 하는 문제가 있으나, 일반적으로 수화에 의한 표시는 구수에 해당하지 아니한다고 본다.²²⁾ 그러나 유언자가 언어장애로 말은 못하지만 정신이 말짱하고 문자해독 능력이 있는 경우라면 필

21) 판례도 유언취지의 구수란 말로써 유언의 내용을 상대방에게 전달하는 행위를 뜻한다고 본다(대법원 2007. 10. 25. 선고, 2007다51550 판결).

22) 참고문헌으로 新版 注釋民法(28) 相續(3) §§960-1044, 有斐閣 1988, 100面.

기문답도 구수에 해당한다고 볼 수 있고, 유언자의 거동에 의한 의사표시도 그 진의를 확인할 수 있는 경우에는 구수로 볼 수 있다는 견해도 있다.

(2) 반혼수상태의 경우

유언자가 시간, 장소 및 사람에 대한 분별력을 잃은 의식상태에서 큰 소리로 부르거나 고통을 가하면 겨우 반응하는 등의 반혼수상태에서 작성된 공정증서유언은 유효한가? 판례는 대체로 공증인이 반혼수상태에 있는 유언자에게 유언취지를 묻자 유언자가 고개를 끄덕거린 사실만으로는 구수행위(口授行爲)가 있다고 볼 수 없다고 본다.²³⁾

① 예를 들어 반혼수상태의 유언자가 공증업무를 취급하는 변호사의 면전에서 변호사의 물음에 대하여 고개를 끄덕이고 그와 같은 취지로 작성된 증서에 직접 서명할 기력이 없어 그의 아들이 손에 필기구를 쥐어준 다음 그 손을 잡고 서명하게 한 경우라고 하면 그 공정증서는 유언자가 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하여 공정증서가 작성된 경우로 볼 수 없으므로, 공정증서유언으로서 효력이 없다.²⁴⁾

② 뇌혈증으로 병원에 입원치료중인 유언자가 불완전한 의식상태와 언어장애 때문에 말을 하지 못하고 고개만 끄덕거리면서 반응을 할 수 있을 뿐인 의학상 소위 가면성정신상태 아래에서 공증인이 유언내용의 취지를 유언자에게 말하여 주고 ‘그렇소?’ 라고 묻자 그 문음에 대하여 유언자는 말을 하지 않고 고개만 끄덕끄덕하고, 공증인의 사무원이 그 내용을 필기하고 공증인이 낭독하는 방법으로 작성된 경우라고 하면 그 공정증서는 유언자가 구수한 경우라고는 할 수 없으므로 무효라고 한다.²⁵⁾

③ 유언자가 유언을 할 무렵 만성골수성 백혈병 및 위암 등의 병과 고령으로 건강이 극도로 악화되어 식사를 하지 못할 뿐만 아니라, 다른 사람이 부축하여 주지 않고 서는 일어나 앉지도 못하고, 큰머느리를 몰라보거나 천장에 걸린 전기줄을 뱀이라고 하는 등 헛소리를 하기도 하며, 유언 당시에 고개를 끄덕이거나 “음”, “어”

23) 대표적인 판례로 대법원 1993. 6. 8. 선고, 92다8750 판결; 대법원 1996. 4. 23. 선고, 95다34514 판결 참조.

24) 서울민사지방법원 1990. 5. 25. 선고, 89가합21833 판결.

25) 대법원 1980. 12. 23. 선고, 80므18 판결.

정도의 말을 할 수 있을 뿐 자신의 의사를 제대로 말로 표현할 수 없는 상태에서 후처가 유언 당일 변호사 3인을 망인의 병실로 오게 하여 자신이 미리 재산내역을 기재하여 작성한 쪽지를 건네주고, 변호사 중 한 사람이 그 쪽지의 내용에 따라서 유언서에 들어갈 내용을 불러주면 망인은 고개를 끄덕이거나 “음”, “어” 하는 정도의 말을 하고, 망인은 이혼한 전처와 사이에 아들을, 후처와 사이에 2남 2녀를 각 두고 있으나, 유언의 내용은 망인의 모든 재산을 후처에게 상속하게 하며 전처 소생을 상속에서 완전히 배제하는 내용으로 작성된 때에는 망인이 유언취지의 확인을 구하는 변호사의 질문에 대하여 고개를 끄덕이거나 “음”, “어”라고 말한 사실만으로는 민법 제1070조 소정의 유언의 취지를 구수한 경우로 볼 수는 없다고 본다.²⁶⁾

(3) 의사식별능력이 있는 경우

공증인이 유언자의 의사에 따라 유언의 취지를 작성하고 그 서면에 따라서 유언자에게 질문을 하여 유언자의 진의를 확인한 다음 유언자에게 필기된 서면을 낭독하여 주고, 유언자가 유언의 취지를 정확히 이해할 의사식별능력이 있고 유언의 내용이나 유언경위로 보아 유언 자체가 유언자의 진정한 의사에 기한 경우로 인정할 수 있는 때에는 ‘유언취지의 구수’에 관한 요건을 갖춘 경우로 본다. 예를 들어 유언공정증서의 작성은 망인 A의 구수에 의한 경우가 아니라, 유언 하루 전날 원고가 증인 2명과 함께 공증인사무실을 찾아가서 공증에 필요한 서면 등을 미리 작성한 후 공증변호사가 망인의 자택을 방문하여 미리 작성된 서면에 따라서 망인에게 질문을 하여 확인절차를 거치고 망인이 공정증서에 서명날인한 경우에는 망인이 유언 당시 만 69세여서 거동이 불편하긴 하나 의식이 명료하고 언어소통에 지장이 없고, 공증변호사가 망인에게 유증할 대상자와 유증할 재산에 대하여 묻자 망인은 원고에게 “논, 밭, 집터, 집”이라고 대답하고, 공증변호사는 미리 작성하여 온 공정증서의 내용에 따라서 망인에게 등기부에 기재된 지번과 평수 및 그 지역에서 부르는 고유명칭을 하나 하나 불러주고 유증의사가 맞는지를 확인한 후 공증변호사는 망인에게 유언공정증서의 내용을 읽어주고 이의가 없는지를 확인한 후 공정증서 등에 망인과 증인 2인의 자필서명을 받은 사

26) 대법원 2006. 3. 9. 선고, 2005다57899 판결.

실을 인정할 수 있는 때에는 망인이 의식이 명확한 상태에서 본인의 의사에 따라서 유증할 의사를 밝히고, 사전에 작성하여 온 공정증서에 따라서 공증인이 개별 부동산에 대하여 불러준 후 유증의사가 맞는지 확인함과 더불어 유언공정증서의 내용을 낭독하고 이의 여부를 확인한 후 망인의 자필서명을 받은 사실에 비추어 공정증서에 의한 유언은 유언자의 구수가 있다고 보아야 한다고 본다(비록 공증인이 미리 유언내용을 필기하여 오고 그 유언내용을 낭독하더라도 유언자의 구수내용을 필기하여 낭독한 경우와 다를 바 없으므로, 그 공정증서유언은 민법 제1068조의 요건을 모두 갖추어 유효하다고 판단한다).²⁷⁾

다. 구수는 직접 공증인에 대하여 하지 않으면 안된다. 타인에 의하여 공증인에게 전달된 유언은 구수의 요건이 흠결되므로, 무효로 된다. 예컨대 중증의 유언자의 유언취지 내지 응답이 근친자를 통하여 공증인에게 전달된 경우에는 유언자가 분명히 유언의 취지를 구술한 경우라고 할지라도 구수로 볼 수 없다. 역시 공증인의 보조자에게 구수한 유언도 효력이 없다.

라. 유언공정증서는 국어로 작성되어야 한다(공증인법 제26조). 그러나 유언취지의 구수를 위하여 사용되는 용어나 언어에 관하여는 제한이 없다고 보아야 한다. 유언자는 외국어로 유언취지를 구수할 수 있다.²⁸⁾ 다만 유언자가 국어를 해득하지 못하는 경우 또는 국어를 듣지 못하거나 말하지 못하는 등 말로 의사소통이 불가능한 사람으로서 문자도 해득하지 못하는 경우에 공증인이 공정증서를 작성하려면 ‘통역인’을 사용하여야 하므로(공증인법 제28조), 당연히 유언자가 외국어로 유언취지를 구수하는 때에는 통역인을 붙여야 한다.

6. 공증인의 필기 및 낭독

27) 대법원 2007. 10. 25. 선고, 2007다51550 판결.

28) 반대견해로 공정증서유언은 국어를 사용하여서만 유언할 수 있고, 외국어를 사용하여서는 유언할 수 없다는 입장이 있다(남상우, ‘공정증서에 의한 유언’에 관한 고찰, 대한공증협회지 통권 제3호(2010. 1.), 27면).

가. 유언자가 구수한 유언의 취지를 공증인이 필기낭독하여야 한다(민법 제1068조). 역시 공증인법 제38조 제1항도 공증인은 그가 작성한 증서를 참석자에게 읽어 주거나 열람하게 하여야 한다고 규정하고 있다. 그러므로 유언자의 구수를 공증인측에서 스스로 필기하여야 하고, 그 필기된 사항을 유언자 및 증인에게 읽어 주어야 한다.

다만 공증인이 하는 필기는 유언자가 말로써 표현한 내용을 그대로 기록하는 속기는 아니므로, 구수한 내용을 일언일구 모두 빠뜨리지 않고 적어야 하지는 않는다. 유언자가 입으로 말한 유언의 취지를 표시하고 있으면 된다.

민법 제1068조에서 가리키는 필기는 자필증서유언에서 의미하는 ‘자서(自書)’와는 다르다. 자필증서유언에서는 유언자의 의사의 독립성과 그 의사표시의 진정성을 증명하게 하고, 유언자로 하여금 자신의 마지막 의사를 자필로 작성하게 하여 보다 신중하고 정확하게 자신의 의사를 정리할 수 있도록 하기 위하여 자서를 요구하나, 공정증서유언에서의 필기는 자서와 다르므로, 반드시 손으로 쓰는 경우만을 지칭하지 아니하고, 타이프라이터나 워드프로세서 등에 의한 기계적 필기도 가능하다.

만약 유언의 구수가 있다고 하더라도 공증인이 유언자의 구수를 필기하여 유언자와 증인에게 소리 내어 읽어 주어야 한다는 요건을 충족시키지 못하면 민법 제1068조 소정의 공정증서유언의 방식에 위배되므로, 그 공정증서유언은 무효이다.²⁹⁾

예컨대 공증업무를 맡은 변호사가 유언자의 자택에서 그가 구수하는 유언의 취지를 메모한 다음, 변호사사무소의 사무실로 돌아와 그 메모를 기초로 유언공정증서를 작성하고, 다시 그 기재내용을 유언자에게 가서 낭독하여 그 정확성을 승인받는 절차를 밟지 아니한 경우에는 공정증서유언으로서 효력이 없다.³⁰⁾

나. 민법 제1068조는 ‘공증인이 필기’ 한다고 규정하고 있다. 그러나 누가 실제로 필기하는가는 유언자의 진의의 확보는 무관하다. 그러므로 반드시 공증인이 스스로 필기하여야 할 필요는 없다고 본다. 유언취지의 필기는 공증인의 자필이 아니더라도 상관없다. 그리고 공증인이 필기한 내용을 누구에게 청서를 맡기더라도 상관없다. 통상 공증인사무소에 근무하는 보조자(사무원 등)에 의하여 작성되는 경우가 많고, 공증인의 보

29) 대법원 2002. 10. 25. 선고, 2000다21802 판결.

30) 대법원 2002. 9. 24. 선고, 2002다35386 판결.

조자가 작성하더라도 무방하다. 다만 유언자가 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하여야 하므로, 공증인의 보조자가 혼자서 유언자로부터 유언취지를 듣고, 그 내용을 필기한 경우에는 그 유언공정증서가 유효로 될 수 없다.

다. 민법 제1068조는 필기가 유언자의 면전에서 이루어져야 하는가를 분명히 규정하고 있지 않다. 그러므로 공증인이 증인 2인의 참여 아래 유언자로부터 유언의 취지를 구수받은 이상, 유언자의 면전이 아닌 별실(別室)에서 필기를 한 경우라고 하더라도 공정증서유언의 방식에 위배되지 아니한다.

예컨대 공정증서에는 그 작성장소가 공증변호사의 사무소로 기재되어 있으나, 사실은 병실에서 작성된 경우라고 하더라도 그 사유만으로 공정증서가 무효라고 볼 수는 없다.³¹⁾ 그러므로 공정증서유언에서는 작성장소가 어디인가는 중요한 의미를 가지지 아니한다.

라. 공증인측에 의하여 작성된 필기는 유언자 및 증인에게 읽어주지 않으면 안된다. 다만 낭독이 공증인 스스로에 의하여야 하는가, 타인에 의하여 낭독되어도 상관없는가 하는 문제가 있다. 공증인에 의하여 낭독되어야 한다고 견해도 있으나, 반드시 공증인 자신이 읽어야 할 필요는 없고, 공증인의 입회 아래 제3자가 읽더라도 문제가 없다고 생각된다. 물론 유증인측이 필기한 내용 전부를 유언자와 증인에게 낭독하여 들려주어야 한다.

7. 유언자 및 증인의 승인

유언자가 유언의 취지를 구수하여 공증인이 그 유언의 취지를 필기낭독한 후에 유언자와 증인이 그 정확성을 ‘승인’하여야 한다. 역시 공증인법 제39조 제1항도 공증인은 공증촉탁인인 유언자 또는 그 대리인의 이의가 없음을 확인하고 그 취지를 증서에 적어야 한다고 규정하고 있다. 비록 공증인이 유언자의 유언취지를 필기낭독한 경우라고 하더라도 유언자와 증인이 공증인이 필기의 정확성을 승인하는 절차를 거치지 아니한

31) 대법원 2008. 8. 11. 선고, 2008다1712 판결.

경우에는 그 공정증서유언은 무효로 된다.³²⁾

8. 유언자 및 증인의 서명 또는 기명날인

가. 최종적으로 유언자와 증인은 ‘구수 → 필기낭독 → 승인’의 절차에 따라서 확정된 유언공정증서에 각자 서명 또는 기명날인하여야 한다(민법 제1068조). 민법 제1068조는 ‘서명 또는 기명날인’을 규정하고 있으나, 크게 보면 공증인법 제38조 제3항의 ‘서명날인’과 다르지 않다. 그리고 공증인법 제38조 제5항은 공증인은 유언공정증서가 여러 장으로 이루어지는 경우에는 각 장에 걸쳐 직인으로 간인(間印)하여야 한다고 규정하고 있으므로, 간인이 필요하다.

다른 요건을 모두 갖춘 유언공정증서라고 하더라도 유언자와 증인이 서명 또는 기명날인하여야 한다는 요건을 충족시키지 못한 경우에는 민법 제1068조 소정의 ‘공정증서에 의한 유언’의 방식에 위배되어 공정증서유언은 무효가 된다.³³⁾ 비록 공정증서의 내용과 같이 망인에게 진정으로 유증의 의사가 있다 하더라도, ‘유언자의 서명 또는 기명날인’이라는 요건을 갖추지 못하면 민법 제1068조 소정의 ‘공정증서에 의한 유언’으로서의 효력을 가질 수 없다.³⁴⁾

나. ‘서명’은 유언자나 증인이 누구인가를 특정하기 위하여 요구된다. 그러므로 서명은 그 유언이 누구의 유언인가, 누가 증인인가를 알 수 있을 정도로 기재하면 충분하다. 반드시 법률상의 성명을 적어야 하지는 아니하며,³⁵⁾ 유언자나 증인 본인의 동일성을 나타내는 경우라면 충분하다. 또한 성명을 기재하는 경우에도 성과 이름을 다 쓰지 않고, 성이나 이름만을 쓰거나 호(號)나 자(字) 혹은 예명(藝名)을 쓴 경우에도 유언의 내용 기타에 의하여 유언자나 증인 본인의 동일성을 알 수 있는 경우에는 유효하다. 예를 들어 유언자로 ‘너를 사랑하는 어머니’라고 기재한 서명도 유효할 수 있다. 다만 필적만으로 바로 유언자 본인의 자필에 의한 유언이라고 하는 사실을 확인할 수 있는 경우

32) 대법원 2002. 10. 25. 선고, 2000다21802 판결.

33) 대법원 2002. 10. 25. 선고, 2000다21802 판결.

34) 대구지방법원 2009. 1. 13. 선고, 2008나15092 판결.

35) 박윤직, 상속법, 384면.

라고 하더라도 전혀 서명의 기재를 하지 아니한 때에는 공정증서유언은 당연히 무효가 된다.

유언자나 증인의 기명날인도 가능하다. 다만 유언자와 증인 각각의 기명날인이 필요하다. 특히 유언자의 기명날인은 유언자 본인의 동일성을 확인하고 유언이 유언자 자신의 의사에 기한 경우임을 확인하기 위하여 요구되고, 날인을 통하여 유언이 단순히 유언의 초안에 불과하지 아니하고, 확정적인 유언임을 담보하는 의미, 즉 의사의 최종성을 확인하는 의미가 있다.

날인은 반드시 인장(印章), 특히 인감으로 하여야 할 필요는 없다(판례에 의하면 유언자의 무인(拇印)도 무방하다³⁶⁾). 그러나 현실적으로는 공증인이 유언자와 면식이 없는 경우에는 본인의 확인을 위하여 인감증명서 등의 제출을 요구하므로, 공정증서유언의 경우에는 자필증서유언의 경우와 달리, 통상 인감의 날인이 요구될 수 있다. 그리고 날인은 타인이 하여도 되는가 하는 문제가 있다. 판례는 유언자의 중환으로 인하여 유언자가 아닌 다른 사람이 가져온 유언자의 인장을 대신 날인한 사실이 인정되는 때에는 효력이 인정되지 아니한다고 본 경우가 있다.³⁷⁾ 물론 유언자의 의사와 달리 임의로 날인이 된 경우에는 그 효력이 인정되지 아니하나, 유언자의 의사에 따라서 타인이 대신 날인한 때에는 그 효력이 인정되어도 무방하다고 생각된다.

다. 민법상으로는 유언자가 서명할 수 없는 사람인 경우에 관한 규정이 없다. 그러나 공증인법 제38조 제4항은 “참석자로서 서명할 수 없는 사람이 있으면 그 사유를 증서에 적고 공증인과 참여인이 날인하여야 한다.”고 규정하고 있다. 그러므로 만약 유언자가 서명할 수 없는 때에는 공증인이 그 사유를 부기하여 서명에 갈음할 수 있다.

구체적으로는 ‘서명할 수 없는 사람’이란 누구를 말하는가가 문제될 수 있다. 유언자가 문맹이어서 읽고 쓸 줄 모르는 경우, 손(手)의 기능에 장애가 있는 경우 등을 들 수 있으나, 역시 중병의 경우에도 마찬가지로 볼 수 있다.

유언자가 서명불능인 관계로 공증인이 이유를 부기하여 서명에 갈음한 경우에도 날인은 필요한가 하는 문제가 있다. 공증인법 제38조 제4항은 서명의 생략을 규율하는 규정

36) 대법원 1998. 6. 12. 선고, 97다38510 판결.

37) 대법원 2002. 9. 24. 선고, 2002다35386 판결.

이고, 낙일의 생략까지를 인정하는 취지는 아니라고 해석하여야 한다는 견해가 있다. 그러나 날인보다 훨씬 중요한 요건이라고 평가할 수 있는 서명의 생략을 인정하는 취지에 비추어 서명의 생략이 인정되는 한 날인의 생략을 허용하더라도 무방하다고 해석된다.

라. 증인은 항상 서명 또는 서명날인하여야 하고, 증인의 서명이나 서명날인이 없는 공정증서유언은 무효이다. 유언자와 달리 공증인의 부기에 의한 생략이 증인에게는 인정되지 아니한다. 그러므로 서명할 수 없는 사람은 증인이 될 수 없다(공증인법 제33조 제3항 제3호). 다수의 증인이 입회한 경우에는 그 중 2인이 서명 또는 서명날인하면 충분하나, 서명한 증인은 시작한 때로부터 공정증서의 작성이 끝날 때까지 내내 입회한 사람이 아니면 안된다.

IV. 결어

대상사건을 보면 망 소외 A는 유언에 관한 유언공정증서를 작성할 당시 반혼수상태에 있어서 유언공정증서의 취지를 듣고 고개만 끄덕인 사실이 인정된다. 그러므로 망 소외 A가 한 유언이 공정증서유언으로서 유효한가가 문제된다.

판례는 한결같이 유언자가 유언 당시 의사식별능력이 없는 상태, 예컨대 반혼수상태나 가면성정신상태에 있던 경우에 그 공정증서유언의 효력은 인정되지 아니한다고 본다. 대상사건을 보면 망 소외 A가 반혼수상태에 있고, 유언공정증서의 취지가 낭독된 후에도 그에 대하여 전혀 응답하는 말을 하지 아니한 채 고개만 끄덕인 사정을 인정할 수 있으므로, 그 사정이라면 유언공정증서를 작성할 당시에 망 소외 A에게는 의사능력이 없다고 볼 수 있다. 그러므로 망 소외 A의 공정증서유언은 유언자가 유언의 취지를 구수하고 그에 기하여 공정증서가 작성된 경우로 볼 수 없어서 민법 제1068조가 정하는 공정증서유언의 방식에 위배되어 무효라고 판단할 수 있다. 비록 공증을 맡은 변호사가 망 소외 A에게 유언증서초안의 취지대로 부동산의 필지와 주식의 총수를 불러 주면서 피고 B, C에게 대상사건에서 문제가 된 각 임야의 각 2분의 1 지분씩을, 피고 C에게 주권 전부를 유증하냐고 묻자 망 소외 A는 고개를 끄덕거리고, 그 후 그로 하여금 유언증서의 유언자란에 서명하게 한 경우라고 할지라도 공정증서유언으로서 효력을 가

질 수 없다는 사실에 차이가 없다.  KNA