

민법 제1072조 제2항의 ‘공증인법에 따른 결격자’의 의미

- 유언증인에 대하여 공증인법 제33조 제3항 단서가 적용되는지에
관한 판례의 동향과 비판을 중심으로 -

남 상 우

대한공증인협회 협회장
안산제일공증인합동사무소 공증인·변호사

I. 들어가는 말

민법 1068조에 따르면 공정증서에 의한 유언은 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 한다. 그러므로 공정증서에 의한 유언을 하려는 사람은 무턱대고 공증사무소에 출석하거나 자신이 있는 곳으로 공증인이 출장한다고 해서¹⁾ 곧바로 유언을 할 수 있는 것이 아니다. 미리 유언에 참여할 증인 2인을 구해 둘 필요가 있는 것이다. 유언에 참여하는 증인에 대하여 민법 제1072조는 결격사유를 정하고 있다. 제1항은 증인이 필요한 유언이면 모두 적용되는 증인결격자를 정하고 있다. 제2항은 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인의 결격사유를 정하고 있다. 문제는 제2항이다. 증인결격사유를 직접적으로 정하지 않고 ‘공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 따른 결격자는 증인이 되지 못한다’라고 정하여 공증인법에 따라 정해지게 하였다. 공증인법상 결격자에

* 이 글은 필자가 2017. 9. 22. 전북대학교 법학전문대학원에서 한국가족법학회·대한공증인협회·전북대학교 법학연구소 공동 주최로 개최된 2017년도 추계학술대회에서 발표하고, 한국가족법학회의 “「가족법연구」 간행규정” 제3조에 따라 무심사로 「가족법연구」 제31권 제3호(통권 제60권)에 게재된 비정규논문으로서, 공증업계에 소개할 목적으로 대한공증인협회가 발행하는 기관지 「공증과 신뢰」에 전재(轉載)하는 것임.

1) 유언은 출장공증이 가능함(공증인법 제56조 참조).

는 제13조 소정의 결격자²⁾와 제33조 제3항 소정의 결격자가 있다. 그 둘 중 제13조 소정의 결격자가 아니라 제33조 제3항 소정의 결격자를 의미한다고 보는 데는 이론이 없다. 제13조 소정의 결격사유는 증인결격사유와 크게 관련이 없고 무엇보다도 특히 공정증서유언의 증인 결격자에 관한 규정이라면 당연히 포함되어 있어야 할 공증인과 밀접한 관련이 있는 자를 포함하고 있지 않기 때문이다.

그런데 구 공증인법(2009. 2. 6. 법률 제9416호로 개정되기 전의 것. 이하 구 공증인법이라고 함은 이를 지칭함) 제33조 제3항은 참여인 결격자의 하나로 ‘촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인’을 규정하고 있었다. 촉탁인이란 공증인법상의 개념으로 공증인에게 공증을 청구하는 사람을 뜻한다. 법률행위에 대한 공정증서를 작성할 때는 법률행위 당사자가 촉탁인이 된다. 공증인의 입장에서 유언공정증서를 작성할 때 촉탁인은 당연히 유언자가 된다. 참여인 결격사유가 곧 유언증인 결격사유라면 유언자의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인은 증인 결격자가 된다.

통상 타인의 유언에 증인으로 참여하는 것에 부담을 느끼고 꺼리는 경향이 있다. 유언공증 상담 시 유언할 사람에게 증인을 데려오라고 안내하면, 심중팔구 유언자의 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인 등 유언자와 밀접한 관계가 있는 사람을 증인으로 삼고 싶어 한다. 때로는 공증인에게 증인을 구해 달라는 경우도 있다. 그리하여 실무상 종종 유언에 참여한 증인이 결격자인지 여부를 둘러싸고 논란이 되어 유언자 사후에 다툼이 되곤 한다. 증인결격자 여부에 관한 지금까지 대법원 판결이나 결정이 나온 사례도 주로 유언자의 친족이나 피용자 등 유언자와 밀접한 사람이 증인으로 참여한 경우이다.

한편 공증인법 제33조 제3항 제6호는 현재 ‘공증인의 친족, 피고용인 또는 동거인’으로 규정되어 있으나 구 공증인법에서는 ‘공증인이나 촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인’으로 되어 있었다. 구 공증인법에서는 참여인 결격자였던 ‘촉탁인 또는 그 대리인의 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인’은 이제 더 이상 참여인 결격자가 아니게 된 것이다. 결격자에 해당했던 사람이 공증인법 개정으로 하루아침에 결격자가 아닌 것으로 둔갑한 것이다. 따지고 보면 유언자

2) 인가공증인의 공증담당변호사 결격자도 동일하다(공증인법 제15조의5).

의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인을 유언증인 결격자로 정하고 있는 입법례는 찾아보기 어렵다. 구 공증인법 제33조 제3항 제6호에 해당된 사유를 문자 그대로 공정증서유언의 증인결격사유로 인정한다면, 다른 나라와 비교할 때 결격자 범위가 지나치게 넓다.³⁾⁴⁾⁵⁾⁶⁾

대법원은 일찍이 유언자의 친족이 증인으로 참여한 사건에 관하여 구 공증인법 제33조 제3항 제6호에 규정된 사람이라도 같은 항 단서에 따라 유언자가 그를 증인으로 참여시킬 것을 청구한 경우는 증인이 될 수 있다고 판시한 바 있고, 그 뒤 유언자의 친족이 증인으로 참여한 사건에서 유언자의 친족은 증인 결격자이므로 그 유언은 무효라고 판단한 원심이 정당하다고 판시한 바 있으며, 최근에는 다시 유언자의 피용자이

- 3) 프랑스 민법은 증인에 관하여 제975조에서는 공정증서유언의 증인결격자를, 제980조에서는 증인자격을 정하고 있다. 즉 제975조는 「이유 여하를 불문하고 수유자, 그 4촌 이내의 혈족·인척 또는 유언증서를 작성한 공증인의 서기는 공정증서에 의한 유언의 증인이 되지 못한다.」라고 규정하고 있고, 제980조는 「유언에 입회할 수 있는 증인은 프랑스 국적자로서 성년자이어야 하며 서명할 줄 알고 사권에 관한 행위 능력자이어야 한다. 증인의 성별은 불문이나, 남편과 아내는 동일한 유언에 증인이 될 수 없다.」라고 규정하고 있다. 여기서 주의할 점은 제975조는 공정증서유언에 한하여 적용되는 것으로 정하고 있다는 점이다. 프랑스 민법은 유언의 보통방식으로 자필증서, 공정증서, 비밀방식을 인정하고 있고(제969조), 그 중 공정증서, 비밀방식은 증인의 참여를 요건으로 하고 있는데(제971조, 제976조) 공정증서유언의 증인결격자만 정하고 있는 것이다. 이는 비밀방식에서는 유언내용이 비밀이라서 누가 수유자에 해당하는지 알 수 없으므로 수유자의 친족 등을 결격자로 정하지 않은 것이 아닌가 생각된다. 그러나 그러한 태도가 타당한 것인지는 의문이다. 한편 증인의 자격에 관하여는 특별한 제한이 없으므로 보통방식뿐만 아니라 특별방식(제981조, 제985조, 제988조)의 경우에도 적용되는 것으로 보인다(명순구, 「프랑스민법전」(법문사, 2004), 471면~481면).
- 4) 원래 1969년 개정 전 독일민법에서는 공정증서유언에도 증인의 참여가 필요하였고, 증인결격자의 범위도 매우 광범위하게 규정되어 아무나 쉽게 증인이 될 수 없었다[구독일민법 제2234조부터 제2237조까지. 구 독일민법의 출처는 법무부조사국, 「법무자료」 제1집(법무부조사국, 단기 4281년 12월, 481면 참조)]. 그러나 현재는 일반적으로 증인의 참여를 요구하지 않는다[김상찬, “유언증인의 역할에 관한 비교법적 연구,” 「법과 정책」 제11호(2005), 42면~44면; 김황식, “독일의 공증제도에 관한 고찰,” 「한독법학」 제3호(1982), 121면~122면; 김영희, “독일의 보통방식의 유언,” 「가족법연구」 제15권 1호(2001), 343면~353면].
- 5) 일본 민법은 증인의 결격자에 관하여 민법 제974조에서 일괄적으로 정하고 있다. 그에 따르면 1. 미성년자, 2. 추정상속인 및 수유자 그리고 이들의 배우자 및 직계혈족, 3. 공증인의 배우자, 4촌 이내의 친족, 서기 및 사용인이 그 결격자이다([http:// law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi](http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi)). 여기서 공증인은 유언증서를 작성하는 당해 공증인만을 의미하는 것으로 해석되고 있다.
- 6) 대만 민법은 유언에 참여하는 증인을 遺囑見證人이라고 칭하고 제1198조에서 일괄적으로 그 결격자를 정하고 있다. 그에 따르면 1. 未成年者, 2. 禁治產者, 3. 繼承人과 그 配偶 및 그 直系血族, 4. 受遺贈人과 그 配偶 및 그 直系血族, 5. 해당公證人 및 代行公證職務人의 同居人, 助理人 및 受僱人이 결격자로 되어 있다(臺灣 立法院國會圖書館, “立法院法律系統,” <http://lis.ly.gov.tw/lgcci/lglaw>). 여기서 계승인(繼承人)은 우리의 상속인, 수유증인(受遺贈人)은 우리의 수증자, 조리인(助理人)은 우리의 보조자, 수고인(受僱人)은 우리의 고용인 정도의 의미로 보인다.

거나 공증인의 보조자로 의심되는 사람이 증인으로 참여한 사건에서 그런 사람도 유언자가 증인으로 참여시킬 것을 청구한 경우에는 공증인법 제33조 제3항 단서에 따라 증인결격자가 아니게 된다고 판시한 바 있다. 최근의 하급심 판례의 동향을 보면 거의 동일한 사정으로 보이는 사안임에도 불구하고 재판부에 따라 어떤 재판부는 증인결격자가 참여한 유언이라는 이유로 무효라고 판단하기도 하고 어떤 재판부는 증인결격자가 아니라고 하여 유효한 유언이라고 판단하는 등 매우 혼란스러운 상태이다. 그 때문인지 이러한 대법원의 해석론을 따르지 않고 독자적인 해석을 시도한 경우도 등장하고 있다.

필자는 일찍이 ‘가족법연구’에 기고한 ‘공정증서유언의 증인에 관한 고찰’⁷⁾에서, 공증인법에 따른 결격자란 공증인법 제33조 제3항 각호에서 정한 사람들을 말하는 것이고, 일단 그에 해당하면 결격자로 확정되는 것이지 그 단서를 적용하여 촉탁인의 청구로 참여하였는지에 따라 다시 결격자가 아닌 사람으로 될 수 있는 것은 아니라고 주장한 바 있다. 필자는 최근 하급심의 혼란상의 근본 원인이 공정증서유언의 증인결격자에 관한 법리를 잘못 이해한 대법원 판례에서 비롯된 것이라고 생각한다.

이 글의 목적은 필자의 견해를 정리해 다시 한 번 소개함으로써 대법원 판례의 변경을 이끌어 내고자 함에 있다. 공정증서에 의한 유언의 증인결격자에 관한 지금까지 나온 3건의 대법원 판례를 조명하면서 그에 따라 공증실무가 어떤 영향을 받았는지를 살펴보고 하급심의 동향을 검토한 후, 공증인법 제33조 제3항 단서가 과연 공정증서유언의 증인에게 적용되는 것이 타당한지 검토하는 순서로 살펴볼 것이다.

Ⅱ. 대법원 판례와 그에 따른 유언공증실무의 변화

1. 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다45509 소유권이전등기말소

(이하 1992년 대법원 판결이라고 함)

(1) 사실관계

7) 남상우, “공정증서유언의 증인에 관한 고찰”, 『가족법연구』 제25권(한국가족법학회, 2011), 227면~296면.

가) 원고는 유언자 차○도의 자이고, 피고 권○지는 유언자의 자부이다.

나) 유언자는 1988. 5. 20. 공증인 ○○○의 사무소에서 소외 권○찬과 유언자의 조카인 차의○을 증인으로 참여하게 하여 이 사건 부동산을 피고 권○지에게 유증한다는 공정증서에 의한 유언을 하고 같은 해 7. 11. 사망하였다.

다) 피고 권○지는 유언자 차○도의 사망 후 이 사건 부동산에 관하여 위 유언증서에 의한 재산상속을 원인으로 하여 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료하였고, 그 뒤 다시 피고 경산군으로 소유권이전등기가 경료되었다.

라) 원고는 유언자가 공정증서에 의한 유언을 함에 있어서는 결격사유가 없는 증인 2인의 참여가 필요하고, 그 유언자의 친족은 공증인법에서 정하고 있는 참여인결격자로서 증인이 되지 못하는 결격사유에 해당한다 할 것임에도 위 망 차○도는 조카로서 친족인 위 차의○을 증인으로 참여하게 하고 유언을 하였으니 이는 민법 제1060조에 의하여 방식에 위배한 무효의 유언이라 할 것이고 이를 원인으로 하여 경료된 피고 권○지 명의의 위 소유권이전등기 및 그에 터잡아 경료된 피고 경산군 명의의 위 소유권이전등기는 모두 무효로서 말소되어야 한다고 주장하면서 피고들을 상대로 소유권이전등기말소 청구의 소를 제기하였다. 이에 대하여 제1심 법원은 원고의 청구를 기각하였다(대구지방법원 1991. 5. 29. 선고 91가단 684 판결).

(2) 원심 법원의 판단

원고의 항소에 대하여 원심 법원은 「…은 원래 원고의 망 부인 소외 차○도의 소유였는데, 위 망 차○도는 1988. 5. 20. 공증인 ○○○의 사무소에서 소외 권○찬과 그 동생인 소외 차○석의 2남으로서 조카인 차의○을 증인으로 참여하게 하여 이 사건 부동산을 자신의 자부인 피고 권○지에게 유증한다는 공정증서에 의한 유언을 하고, 같은 해 7. 11. 사망한 사실, … 사실을 인정할 수 있다. 이에 원고는 … 조카로서 친족인 위 차의○을 증인으로 참여하게 하고 유언을 하였으니 이는 민법 제1060조에 의하여 방식에 위배한 무효의 유언이라고 할 것이고, 이를 원인으로 하여 경료된 … 위 소유권이전등기는 모두 무효로서 말소되어야 한다고 주장하므로, 과연 위 차의○이 위 망 차○도의 유언에 참여할 수 없는 증인결격자인지에 대해 보건대, … 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인은 다른 방식의 유언의 경우와는 달리 위 법[민법을 의미함 - 필자

주] 제1항뿐 아니라 제2항에 의한 결격자(즉 공증인법에 의한 결격자)여서도 아니 되는 것이고, 한편 공증인법 제33조 제3항은 공증에 참여한 결격자를 규정하면서 제6호에서 공증촉탁인의 친족을 참여인 결격자의 하나로서 거시하고 같은 조 제3항 단서 및 제29조 제2항에 의하여 공증촉탁인이 참여인을 공증에 참여시킬 것을 청구한 경우에는 예외적으로 참여인 결격자를 규정한 위 제33조 제3항의 적용을 배제시키고 있는 바, ... 위 망 차○도는 위 유언을 함에 있어 스스로 친족인 위 차의○을 증인으로 참여하게 하였으므로 결국 위 차의○은 유언자의 친족이라 할지라도 민법 제1072조 제1072조 제1항에 의한 증인결격자에 해당하지 않을 뿐 아니라 위 공증인법의 예외 규정에 의해 공증인에 의한 공증참여인 결격자도 아니라 할 것이다. 그렇다면 위 망 차○도의 유언이 증인결격자가 참여함으로써 방식에 위배된 것으로 무효임을 전제로 하는 ... 원고의 항소는 이유 없다」라고 판시하여 항소를 기각하였다(대구지방법원 1991. 11. 8. 선고 91나5646 판결).

(3) 대법원의 판단(1992. 3. 10. 선고 91다45509 소유권이전등기말소)

원고들의 상고에 대하여 대법원은 「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 공증시 참여인이 될 수 없는 자의 하나로 공증촉탁인의 친족을 들면서도(본문), ‘공증촉탁인이 공증에 참여시킬 것을 청구한 경우’에는 예외적으로 위 법 제33조 제3항 본문 규정의 적용이 배제됨을 규정하고 있어(단서), 결국 공증참여자가 유언자와 친족의 관계에 있다 하더라도 유언자의 청구에 의할 경우에는 공증인법에 의한 공증참여인 결격자가 아니라고 보아야 할 것이다.」라고 판시하여 상고를 기각하였다.

(4) 1992년 대법원 판결의 의미와 그에 따른 유언공증실무

이 판결은 공정증서유언의 증인에게 공증인법 제33조 제3항 단서가 적용된다고 본 첫 판결이다. 해당 공정증서유언은 구 공증인법 제33조 제3항 제6호에 열거된 유언자

의 동생의 아들 즉 촉탁인의 친족이 증인으로 참여했지만 촉탁인의 청구로 참여하였기 때문에 같은 항 단서에 따라 증인결격자가 아니어서 결론적으로 유언이 유효하다는 판결이다. 다만 원심 판결 이유에 따르면 증인의 참여를 촉탁인이 청구하였는지가 첨예하게 다투어지지 않았던 것으로 보인다. 제1심 판결은 구할 수 없어 항소심 판결만으로 어떤 근거로 사실 인정을 하였는지를 추론해 볼 수밖에 없지만, 판결에 열거된 증거로 증인의 증언이 전혀 언급되지 않은 점으로 미루어 볼 때, 증인이 유언자의 청구로 공정증서유언에 참여하였다는 사실의 인정은 유언자가 조카를 증인으로 참여시키고 유언공정증서 작성을 촉탁하였다는 취지의 공정증서 기재만을 근거로 삼은 듯하다.⁸⁾

그런데 위와 같이 대법원 판결이 있었음에도 필자가 아는 한, 그 후에도 공증실무계에서는 대체로 판례의 입장과 달리 여전히 유언증인에게는 구 공증인법 제33조 제3항 단서가 적용되지 아니한다고 보는 입장에서 본문 각 호에서 정한 사람에 해당하면 곧바로 증인결격자로 취급하였다. 아울러 당시에는 같은 항 제6호에서 규정한 촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인의 의미에 대하여는 유언공증에서 촉탁인이란 곧 유언자를 의미하므로 유언자의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인에 해당하면 곧 증인결격자가 된다는 것에 추호도 의문이 제기되지 않았다. 당연한 결과로 공증업계에서는 유언공증에 관한 상담과정에서 '유언자의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인'을 증인결격자라고 미리 조언하여 유언자의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인이 증인이 되지 않도록 하였다. 판례의 사례에 대하여 공증업계는 공증사무소에서 업무상 실수로 결격자를 증인으로 인정하여 증서를 작성한 것으로 여기는 견해가 지배적이었다고 할 수 있다.⁹⁾

8) 당시에는 공증서식의 사용 등에 관한 규칙이 제정되기 전으로 필자가 구해 본 1990년 이전에 사용된 유언공정증서의 기재 문례를 보면 「촉탁인 유언자 ○○○는 증인 ○○○, 증인 ○○○을 입회시키고, 유언공정증서 작성을 촉탁하고 유언의 취지를 다음과 같이 진술하므로, ○○○년 ○○월 ○○일 ○○시 ○○시 ○○분 ○○동 ○○번지 본 사무소에서 이 증서를 작성하다.」와 같이 되어 있다. 이에 대하여 1990. 11. 30. 제정되어 1991. 1. 1.부터 시행되고 있는 「공증서식의 사용 등에 관한 규칙」에서 정하고 서식에 따르면, 「본 공증인은 유언자의 촉탁에 따라 다음 증인 ○○○, 증인 ○○○을 참여시키고 다음과 같은 유언의 취지를 청취하여 이 증서를 작성하였다.」라는 문례가 사용되고 있다(별지 제29호 서식 참조).

9) 공증인은 무효인 법률행위에 대한 증서를 작성해서는 안된다(공증인법 제25조).

2. 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다35533 유언무효확인

(이하 2004년 대법원 판결이라고 함)

(1) 사실관계

가) 원고와 피고들은 이복형제 사이로서 유언자 망 최○○의 상속인들이다.

나) 유언자는 1993. 12. 20. 공증인 ○○○ 사무소에서 동인 소유의 부동산 등에 관하여 피고들만을 수증자로 정하여 유증한다는 내용의 유언공정증서를 작성하였는데 당시 유언에 참여한 증인 중 이○○은 유언자의 처의 남동생이었다. 유언자는 2001. 2. 2. 사망하였다.

다) 원고는 이 사건 공정증서에 의한 유언에 참여한 증인 2인 중 1인이 유언자의 배우자의 남동생으로서 유언자인 촉탁인의 친족에 해당하여 증인결격자이므로 이 사건 공정증서에 의한 유언이 무효라고 주장하면서 위 유언에서 수증자로 정한 피고들을 상대로 유언무효확인을 구하는 소를 제기하였다.

(2) 하급심 법원의 판단

제1심은 증인 중 1인이 망인의 배우자의 혈족으로서 공증인법 제33조 제3항 제6호에서 규정하고 있는 촉탁인의 친족에 해당하여 공정증서에 의한 유언 작성에 참여할 수 없는 증인결격자라 할 것이므로, 위 유언공정증서는 민법 제1068조가 정한 공정증서에 의한 유언으로서의 요건을 갖추지 못하였다 할 것이므로 그 효력이 없다고 판단하여 원고의 청구를 인용하였다(서울지방법원 2003가합28458 판결).

피고들의 항소에 대하여 원심법원은 「특히 공정증서에 의한 유언의 경우 공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못하는바(민법 제1072조), 공증인이나 촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 친족, 동거의 호주 또는 가족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인은 참여인이 될 수 없다(공증인법 제33조 제3항 6호). 그런데 이 사건 공정증서에 의한 유언 당시 참여한 증인 2인 중 1인이 망인의 배우자의 혈족으로서 촉탁인의 친족에 해당하여 증인이 될 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한¹⁰⁾ 이 사건 공정증서에 의한 유언은 2인 이상의 증인이 참여하지 아니한 셈이 되어 무효」라고 판단하여 제1심 판단을 그

대로 유지하였다(서울고등법원 2004. 6. 18. 선고 2003나68705 판결).¹¹⁾

(3) 대법원의 판단(2004. 11. 11. 선고 2004다35533 유언무효확인)

피고들의 상고에 대하여 대법원은 「민법 제1065조 내지 제1070조가 유언의 방식을 엄격하게 규정한 것은 유언자의 진의를 명확히 하고 그로 인한 법적 분쟁과 혼란을 예방하기 위한 것이므로, 법정된 요건과 방식에 어긋난 유언은 그것이 유언자의 진정한 의사에 합치하더라도 무효라고 하지 않을 수 없고(대법원 1999. 9. 3. 선고 98다17800 판결 참조), 민법 제1068조 소정의 '공정증서에 의한 유언'이 유효하기 위해서는, 증인 2인의 참여가 있을 것, 유언자가 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수(口授)할 것, 공증인이 유언자의 구수를 필기해서 이를 유언자와 증인에게 낭독할 것, 유언자와 증인이 공증인의 필기가 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인할 것 등을 필요로 하므로(대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다21802 판결 참조), 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 증인결격자에 해당한다는 이유로, 이 사건 공정증서에 의한 유언은 무효라고 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가

10) '특별한 사정이 없는 한'은 제1심 판결에는 없는 내용으로 원심이 1992년 대법원 판결을 염두에 둔 것이 아닐까 의문이 드는 대목이다.

11) 한편, 원심 판결에 의하면 당시 피고들은 「(가) 이 사건 공정증서에 의한 유언 당시 증인으로 R, Q가 참여하였는데, 그중 Q이 망인의 친족으로서 증인결격자라고 하더라도 공증인에 의하여 유언자의 진정한 의사가 확인되었으므로 이 사건 공정증서에 의한 유언은 유효하다. (나) 또한 망인에게 이 사건 공정증서에 의한 유언의 내용대로 피고들에게 재산을 유증하겠다는 진의가 있었음은 분명하므로 이 사건 공정증서에 의한 유언은 구수증서에 의한 유언으로서 유효하다. (다) 마지막으로 망인은 이 사건 공정증서에 의한 유언의 내용대로 피고들에게 서면에 의한 증여를 한 것이거나, 피고들과 사인증여계약을 체결한 것이다.」라고 주장하였으나 이를 모두 배척하고 항소를 기각하였다.

고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 공정증서에 의한 유언의 효력에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.」라고 판시하였다.

(4) 2004년 대법원 판결의 의미와 그에 따른 유언공증실무

이 판결은 유언자의 친족은 공증인법 제33조 제3항 제6호에 해당하여 증인결격자이므로 그가 참여한 유언은 무효라고 판단한 원심은 정당하다고 실시한 판결이다. 1992년 판결의 결과와는 정반대로 결격자인 증인이 유언에 참여하였으므로 유언이 무효라고 인정한 것이다. 그러나 원심 판결 이유를 보면 소송 과정에서 피고는 유언자의 친족인 증인이 유언자의 청구로 증인으로 참여하였으므로 결격자가 아니라는 항변이 없었던 것으로 보인다. 특히 「증인 2인 중 1인이 망인의 배우자의 혈족으로서 축탁인의 친족에 해당하여 증인이 될 수 없으므로 “특별한 사정이 없는 한” 이 사건 공정증서에 의한 유언은 2인 이상의 증인이 참여하지 아니한 셈이 되어 무효라고 할 것이다.」라고 실시하고 있다. 피고의 항변과 그에 따른 입증이었다면 유효한 유언으로 인정될 수 있다는 뉘앙스를 풍기고 있는 것이다. 이는 공정증서유언의 증인에게 구 공증인법 제33조 제3항 단서가 적용된다는 취지의 1992년 대법원 판결을 염두에 둔 것으로 보인다. 만일 2004년 대법원 판결이 1992년 대법원 판결과 양립할 수 없는 것이라면 당연히 전원합의체 판결이어야 하지만 1992년 판결과 마찬가지로 소부 판결이었다. 이런 점을 종합할 때 2004년 대법원 판결은 단지 공증인법 제33조 제3항 단서가 적용되어 증인이 결격자가 아니므로 유언이 유효하다는 당사자의 주장이 없었기 때문에 그 점에 대하여 따로 판시하지 않았을 뿐이고, 1992년 판결과 배치되는 것이 아니라고 평가된다.

아무튼 이와 같이 2004년 대법원 판결이 나오자 공증업계는 1992년 대법원 판결의 해석론에 의구심을 가졌던 터라 그 취지를 공증인법 제33조 제3항 각 호의 사람이 증인으로 참여한 유언은 곧바로 무효가 된다는 의미 즉, 1992년 판결과는 전혀 다른 취지로 이해하는 편이었다. 이에 따라 2009. 2. 6. 개정 공증인법의 시행(2010. 2. 7.) 전까지 공증업계에서는 축탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인에 해당하는 사람은 참여 청구 여부를 따질 것도 없이 증인결격자로 된다는 생각이 지배적이었다.

3. 대법원 2014. 7. 25.자 2011스226 유류분반환 등

(이하 2014년 대법원 결정이라고 함)

(1) 사실관계¹²⁾

가) 청구인들은 유언자(피상속인)의 자녀들이고, 상대방은 유언자의 배우자이다.

나) 유언자는 2006. 12. 11. 공증인가 ○○합동법률사무소 명의로 공정증서를 작성하여 유언을 하였다. 그 내용은 상속재산 중 이 사건 부동산에 관하여 배우자에게 유증한다는 것이었고, 위 유언에 참여한 증인 2인 중 1인은 당시 위 합동법률사무소의 직원이었다.

다) 피상속인이 2007. 1. 28. 사망하였다.

라) 상대방은 유언자가 사망한 뒤 위 유증을 원인으로 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료하였다.

마) 청구인들은 위 공정증서에 의한 유언에 참석한 증인이 공증인가 ○○합동법률사무소의 직원으로서 보조자로서 공증인법 제33조 제3항 제7호에 의하여 증인 내지 참여인이 될 수 없는 자이므로 결국 위 유언공정증서는 무효이고, 상대방에 대한 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기 역시 원인 무효의 등기이므로 이 사건 부동산을 분할 대상 상속재산에 포함시켜야 한다면서 상속재산분할을 청구하였다.

(2) 하급심 법원의 판단

청구인들의 주장에 대하여 제1심 법원은 「공증인법 제33조 제3항 제7호는 공증인의 보조자는 원칙적으로 참여인이 될 수 없다고 규정하고 있어 공증의 참여인의 자격을 제한하고 있으나, 참여인은 같은 법 제29조에 의하면, 촉탁인이 맹인이 경우 또는 문자를 해독하지 못하는 경우에 한하여 그 참여가 필요하다. 그런데, 위 인정사실에 의하면 촉탁인인 피상속인은 맹인이거나 문자를 해독하지 못하는 자가 아니므로 이 사건 공증은 참여인이 필요한 사안이 아니다. 이 사건 합동법률사무소의 직원인 소외

12) 편의상 증인결격자에 관한 쟁점을 중심으로 사실관계를 재구성한 것이다.

2는 참여인이 아니라 공증인법 제27조에 의거하여 증인으로 참석한 자인데, 공증인법에 의하면 증인의 자격을 제한하는 별도의 규정이 없고 참여인의 자격제한 규정을 준용하고 있지도 아니하므로 이 사건 공증에 참석한 증인이 공증사무실 소속 직원이라는 사정만으로는 이 사건 공정증서가 효력이 없다고 할 수 없다.」고 판단하면서 청구인들의 주장을 받아들이지 않았다(서울가정법원 2010. 6. 29.자 2007느합165 심판). 청구인들이 이에 불복하여 항고하였으나 원심법원은 이 부분 청구인들의 주장에 대하여 따로 판단하지 않고 제1심 법원 심판을 그대로 원용하였다(서울고등법원 2011. 10. 31.자 2010브61 결정).

(3) 대법원의 판단(2014. 7. 25. 2011스226 유류분반환 등)

대법원은 결격자인 증인이 참여하였으므로 공정증서유언이 무효라는 취지의 청구인들의 재항고이유와 관련하여 「민법 제1068조는 공정증서에 의한 유언은 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 하는 것으로 규정하고, 민법 제1072조 제2항은 공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못하는 것으로 규정하고, 구 공증인법은 제33조 제3항 제6호, 제7호에서 촉탁인이 참여시킬 것을 청구한 경우를 제외하고는 공증인이나 촉탁인의 피용자 또는 공증인의 보조자 등은 참여인이 될 수 없도록 규정하고 있다. 이에 비추어 보면 공증인이나 촉탁인의 피용자 또는 공증인의 보조자는 촉탁인이 증인으로 참여시킬 것을 청구한 경우를 제외하고는 공정증서에 의한 유언에서 증인도 될 수 없다고 봄이 상당하다(대법원 1992. 3. 10. 선고 91다45509 판결 참조). 그런데 원심이 인정한 사실에 의하면 이 사건 공정증서에 의한 유언에 증인으로 참여한 소외 2는 이 사건 합동법률사무소의 직원이라는 것인바, 그렇다면 소외 2는 구 공증인법 제33조 제3항에 정해진 공증인이나 촉탁인의 피용자 또는 공증인의 보조자일 가능성이 크고, 그럴 경우 촉탁인인 피상속인이 증인으로 참여시킬 것을 청구하지 아니한 이상 이 사건 공정증서에 의한 유언에서 증인이 될 수 없다고 할 것이다. 그런데도 원심은 이에 관하여 심리를 하지 아니한 채 구 공증인법에 증인의 자격을 제한하는 별도의 규정이 없고 참여인의 자격 제한 규정을 준용하고 있지도 않다는 이유로 소외 2의 증인 자격을 인

정하여 이 사건 공정증서가 유효하다고 판단하였는바, 이는 공정증서에 의한 유언에서의 증인 자격에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 것이다.」라고 판시하여 촉탁인인 피상속인(유언자)이 증인으로 참여시킬 것을 청구한 것인지 여부를 더 심리해 보라는 취지로 파기환송하였다.

(4) 2014년 대법원 결정의 의미와 유언공증실무

이 대법원 결정은 사실심 법원이 공정증서유언의 증인을 공증인법 제27조의 증인과 동일한 존재로 이해하면서 구 공증인법에 증인의 자격을 제한하는 별도의 규정이 없고 참여인의 자격 제한 규정을 준용하고 있지도 않다는 이유로 공정증서유언이 유효하다고 판단한 것은 공정증서에 의한 유언에서의 증인 자격에 관한 법리를 오해하고 있는 것이라고 지적하고,¹³⁾ 민법 제1072조 제2항에서 말하는 공정증서유언의 증인결격자로서 '공증인법에 따른 결격자'는 공증인법 제33조 제3항 각 호에서 정한 사람을 의미한다는 점을 명백히 하고, 나아가 같은 항 단서가 유언증인에게 적용된다고 확실하게 못 박은 것이다. 특히 2014년 대법원 결정에서는 공증인법 제33조 제3항 제6호뿐만 아니라 제7호의 공증인의 보조자조차도 공증인법 제33조 제3항 단서가 적용된다는 것을 분명히 하고 있다.

그러나 구체적인 사건과 관련하여서는 원심이 판단한 것처럼 유언증인에 관해서는 공증인법에서 결격자규정을 두지 않았으므로 결격자가 아니라고 판단해서는 안 되고 촉탁인의 청구가 있었는지 여부에 따라서는 결격자가 아닐 가능성도 있으니 심리를 더 해보라는 취지로 원심 결정을 파기·환송한 것이다.

공증업계는 대체로 2004년 대법원 판결의 취지를 공증인법 제33조 제3항 각 호에 해당하는 사람은 증인으로 참여할 수 없는 것으로 취급하고 있다가 2009. 2. 6.자 개정 공증인법의 시행(시행일 2010. 2. 7.)으로 실무상 자주 문제가 되었던 촉탁인의 친족이나 피용자 또는 동거인 등이 제6호에서 삭제되자, 이를 반기며 한동안 증인결격자 문제에 관심을 덜 기울이고 있었다. 그러던 중, 공증인의 보조자조차도 촉탁인이 청구하는 것으로 인정되면 증인이 될 수 있다는 대법원 결정이 나오자 대법원의 해석을 어떻

13) 이는 '유류분반환 등'이라는 사건명과 달리, 청구인이 유언공정증서의 무효를 다투면서 그 증서에 의한 유증 대상 재산에 대하여 상속재산분할을 청구한 사건이다.

게 이해하여야 할지 몰라 했다. 일부 공증사무소는 대법원 판례의 취지를 적극적으로 수용하여 혹시라도 자신이 작성한 유언증서가 무효가 되는 것을 방지 한다는 차원에서 유언증서를 작성함에 있어서 사용하는 서식에는 없는 ‘촉탁인의 청구로’라는 문구를 추가하고, 나아가 공증인의 피용자나 가족을 증인으로 참여시키는 것을 적극적으로 고려하고 있는 것으로 알려 지고 있다.¹⁴⁾

4. 소 결

공증유언의 증인결격자에 관한 대법원 판례는 이와 같이 총 3개가 전부로 서로 10여년 간격으로 나왔다. 얼핏 보아 중간에 나온 판례가 그 앞뒤 판례와 서로 상충된 것이라고 이해한 경향이 있었지만 그것은 대법원 판례의 취지를 오해한 것이었고, 대법원은 1992년 이래 일관되게 공증인법 제33조 제3항 본문 각 호의 사유가 있는 사람이라도 촉탁인인 유언자의 청구로 증인으로 참여한 경우에는 증인이 될 수 있다고 해석하여 왔다고 볼 수 있다. 다만 이 점을 분명히 판시하고 있는 두 건의 판례는 모두 어떤 경우에 촉탁인의 청구가 있었다고 볼 수 있느냐에 관한 구체적인 기준을 따로 제시하지는 않았다. 즉 촉탁인의 청구가 있었느냐 여부에 관한 사실 인정은 어디까지나 사실심의 영역으로 남겨 둔 것이다. 이에 따라 사실심의 인정 여부에 따라 결격사유가 있는 경우에도 결격자가 될 수도 또는 안 될 수도 있게 된다. 그 결과 하급심은 저마다의 기준에 따라 유언을 무효라고 판단하기도 하고 또는 유효한 유언이라고 판단하기도 한다. 그에 대하여는 다음에서 보는 최근 하급심 판례 동향(Ⅲ)에서 살펴기로 한다. 한편 공증업계는 대체로 2014년 대법원 판례가 나올 때까지는 공증인법 제33조 제3항 각호에 해당하는 사람에 대하여 증인결격자로 취급하여 그를 증인으로 참여시키지 않았는데, 2014년 대법원 결정 이후로는 ‘촉탁인의 청구’가 있다는 이유로 ‘공증인법에 따른 결격자’를 적극적으로 유언에 참여시키려는 공증사무소까지 등장하고 있다.

14) 공증서식의 사용 등에 관한 규칙 별지 제29호 서식에서 사용하는 유언공정증서의 모두 문구는 다음과 같다. 「본 공증인은 유언자의 촉탁에 의하여 다음 증인 ○○○, 증인 ○○○을 참여시키고 다음과 같은 유언의 취지를 청취하여 이 증서를 작성하였다.」 만일 ‘촉탁인의 청구로’라는 문구를 추가하여 기재한다면 「본 공증인은 유언자의 촉탁에 의하여 촉탁인의 청구로 다음 증인 ○○○을 참여시키고, 다음과 같은 유언의 취지를 청취하여 이 증서를 작성하였다.」와 같이 할 것이다.

Ⅲ. 최근 하급심 판례 동향

1. 서론

대법원종합법률정보에 접속하여 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인의 결격사유를 다룬 하급심 판례를 검색할 경우, 앞에서 살펴본 대법원 판례와 직접 관련된 하급심 판례를 제외하면 2014년 이전 하급심 판례로는 창원지방법원 1992. 9. 25. 선고 90가합9001 제4민사부 판결 외에는 없다. 위 창원지방법원 판결에 따르면, 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인의 결격사유의 해석에 관하여, 공정증서유언의 증인을 '공증인법 제27조에서 정하고 있는 촉탁인인 유언자의 신원을 증명하기 위한 증인'으로 이해하면서 이를 전제로 공증인법 제27조 제2항에는 촉탁인의 신원을 증명하기 위하여 증인 2명이 필요하다는 내용만을 규정하고 있을 뿐, 따로 자격을 제한하는 규정을 두고 있지도 않고 참여인의 자격을 제한하는 규정을 준용하고 있지도 않다는 취지로 설시하고 있다. 결국 공정증서유언 증인에게 참여인 자격을 제한하는 공증인법 제33조 제3항이 적용되지 않는다는 취지이다.

이러한 해석론은 민법 제1072조 제2항 및 공증인법 제27조의 해석상 전혀 받아들이기 어렵다. 유언에 참여하는 증인은 민법 제1068조의 규정에 따라 유언에 참여하는 사람이고, 공증인법 제27조 제2항 본문 제2호에서 정하고 있는 증인은 공증인이 촉탁인의 성명이나 얼굴을 모르는 경우 촉탁인의 신원을 공증인에게 증명해 주기 위하여 참여하는 사람으로 전혀 다른 존재이기 때문이다.

이하에서는 2014년 대법원 결정 이후에 증인에게 공증인법 제33조 제3항 단서가 적용된다는 대법원 판례의 해석론이 하급심에서는 어떻게 적용하고 있는지를 살펴보기로 한다.

2. 최근 하급심 판례

(1) **청주지방법원 제11민사부 2014. 9. 25. 선고 2014가합26078 유언무효확인¹⁵⁾**

15) 유언공정증서가 2008. 7. 4.자로 작성되고, 작성 당시 참여한 증인 중 1인이 공증담당변호사의 장인이며, 유언자는 2014. 3. 27. 사망한 사안임.

「민법 제1072조 제2항은 공증인법에 따른 결격자를 공정증서에 의한 유언에서 증인이 되지 못하는 것으로 정하고 있고, 공증인법은 제33조 제3항은 각 호에서 참여인 결격자를 정하면서 그 단서에 같은 법 제29조 제2항에 따라 ‘촉탁인이 참여인의 참여를 청구한 경우’에는 예외적으로 참여인으로서의 자격이 있는 것으로 정하고 있는데, 이는 공정증서에 의한 유언의 경우, 그 증인결격자를 보다 넓게 정하면서도 공증인법에 의한 증인결격자에 대하여는 촉탁인의 청구가 있는 경우를 그 예외로 인정하는 것으로 해석된다.

따라서 이 사건 공정증서의 효력 유무는 망인이 공정증서에 의한 유언을 함에 있어 I의 참여를 청구한 사실이 있는지 여부에 따른다고 할 것이다.

민법 제1060조는 ‘유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 발생하지 아니한다.’고 규정하여 유언에 관하여 엄격한 요식성을 요구하고 있고, 이는 민법이 유언의 한 방식으로 규정하고 있는 제1068조 소정의 공정증서에 의한 유언이 유효하기 위하여 요구되는 증인의 자격에 대한 판단을 함에 있어서도 동일하다고 볼 것이므로, 유언공정증서에 있어 증인결격자의 예외를 정하고 있는 공증인법 제33조 제3항 단서 및 제29조 제2항 ‘촉탁인이 참여인의 참여를 청구한 경우’에 해당하는지 여부 역시 공정증서에 의한 유언의 요식성에 비추어 객관적인 자료를 근거로 엄격하게 판단되어야 할 것이다.

그런데 갑 제2호증(공정증서 유언)의 기재를 살펴보더라도 I가 증인으로서의 자격이 인정되지 않음에도 망인이 I의 참여를 요구하였다는 취지의 어떠한 명시적 기재를 찾아볼 수 없고, 공정증서에 의한 유언에 요구되는 엄격한 요식성에 비추어 보면, 단지 I가 망인의 친분이 있었다는 점만으로는 망인이 I가 이 사건 공정증서에 작성에 있어 참여하도록 요청한 사실이 있다고 인정하기 부족하…다.]

(2) 대전고등법원 청주제1민사부 2015. 6. 2. 선고 (청주)2014나21350 유언무효확인¹⁶⁾

「민법 제1072조 제2항이 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인의 자격에 관하여 제1항이 정한 결격사유 외에 공증인법에 따른 결격사유까지 없어야 한다고 규정하고

16) 위 가의 판결에 대한 항소심 판결이고 이에 대하여 상고하였으나 심리불속행으로 확정되었다.

있는 것은 그 유언이 공정증서에 의하여 이루어지는 만큼 그 유언 공정증서에 공증인법에 따른 무효사유도 없어야 한다는 취지로 보이고, 한편 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인은 공증인법의 참여인 지위와 유사하므로 공증인법의 참여인으로서의 결격사유가 있는 자는 공정증서에 의한 유언에 참여할 수 없다고 봄이 상당하다. 다만, 위와 같이 민법 제1072조 제2항의 취지에 비추어 볼 때, 공정증서에 의한 유언에 증인으로 참여한 자에게 공증인법의 참여인으로서의 결격사유가 있는지 여부는 공증인법에 따라 판단하여야 한다.

나아가, 공증인법 제29조, 제33조가 촉탁인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우(필요적 참여인)와 촉탁인이 참여인의 참여를 청구한 경우(임의적 참여, 청구의 상대방은 공증인으로서, 촉탁인이 공증인에게 참여인의 참여를 청구한 경우를 말한다) 모두 공증인으로 하여금 그 증서 작성시 반드시 참여인을 참가하게 하여야 한다고 규정하면서도 촉탁인이 참여인의 참여를 청구한 경우 즉 임의적 참여의 경우에는 그 참여인에게 제33조 제3항의 결격사유가 없을 것을 요구하지 않는 이유는 제29조 제1항의 필요적 참여사유(촉탁인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우)가 없는 경우에는 참여인에게 그러한 결격사유가 없을 것을 요구할 필요가 없기 때문으로 보이고(결국 공증인법은 '촉탁인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우'에 한하여 참여인의 결격사유를 규정하고 있는 셈이다), 이는 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인의 경우에도 마찬가지라고 봄이 상당하다.

결국 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인의 경우 그 유언자가 '시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우'라면 공증인법 제33조 제3항 소정의 결격사유가 없어야 하나, 그 유언자가 '시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우'가 아니라면 그러한 결격사유가 없을 것이 요구되지 않는다고 해석된다. 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 유언 당시 망인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 상태였다고 볼 아무런 자료가 없으므로 이 사건 유언에 참여한 증인 I에게 공증인법 제33조 제3항 제6호의 결격사유가 있더라도 그 증인 자격에는 아무런 문제가 없다. 이에 반하는 원고들 주장은 받아들일 수 없다. 그렇다면 원고들의 청구는 이유 없어 이를 모두 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 이를 취소하고 원고들의 청구를 모두 기각 … 한다.」

(3) 서울고등법원 제3가사부 2015. 11. 16.자 2014브96 유류분반환 등¹⁷⁾

「민법 제1072조 제1항(2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정되기 전의 것)은 “미성년자, 금치산자와 한정치산자, 유언에 의하여 이익을 받을 자와 그 배우자 및 직계혈족은 유언에 참여하는 증인이 되지 못한다.”라고 규정하고, 아울러 같은 조 제2항은 “공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 의한 결격자는 증인이 되지 못한다.”라고 규정하고 있어, 공정증서에 의한 유언에 참여하는 증인은 다른 방식의 유언의 경우와는 달리 같은 조 제1항 뿐만 아니라 제2항에 의한 결격자여서도 아니 되는데, 구 공증인법 제33조 제3항은 공증에 있어 참여인 결격자를 규정하면서 제6호에서 공증촉탁인의 피용자를 참여인 결격자의 하나로 거시하고, 다만 같은 조 제3항 단서 및 제29조 제2항에 의하여 공증촉탁인이 참여인을 공증에 참여시킬 것을 청구한 경우에는 예외적으로 참여인 결격자를 규정한 위 제33조 제3항의 적용을 배제시키고 있다. 이 사건을 살피건대, 위에서 본 바와 같이 이 사건 유언공정증서 작성 당시 증인으로 참여한 김○미는 촉탁인인 피상속인의 직원이었으므로, 위 김○미는 구 공증인법 제33조 제3항 제6호에서 규정하고 있는 ‘촉탁인의 피용자’에 해당하여 공정증서에 의한 유언 작성에 참여할 수 없는 증인결격자라 할 것이고, 따라서 이 사건 유언공정증서는 특별한 사정이 없는 한 결격사유 없는 증인 2인이 참여한 상태에서 작성되지 아니하여 민법 제1068조가 정하는 공정증서에 의한 유언으로서의 요건을 갖추지 못하였다 할 것이다.

이에 대하여 상대방은 설령 김영미가 구공증인법 제33조 제3항 제6호의 ‘촉탁인의 피용자’에 해당한다고 하더라도 같은 법 제33조 제3항 단서, 제29조 제2항에 의하면, 촉탁인이 참여인의 참여를 청구한 경우에는 촉탁인의 피용자도 유언공정증서 작성에 있어 증인이 될 수 있는 것이고, 김○미는 피상속인의 청구에 의하여 이 사건 유언공정증서 작성에 증인으로 참여한 것이므로 증인 자격이 있다고 주장하는바, 이에 대하여 본다. … 이 사건 유언공정증서 작성 당시 유언자이자 촉탁인인 피상속인의 피용자였던 김○미는 피상속인의 부탁에 의하여 위 유언에 증인으로 참여하였음을 인정할 수 있다. 그러나 나아가 김○미가 피상속인의 직원으로서 상대적 결격자임에도 촉탁

17) 대법원 2014. 7. 25.자 2011스226 결정에 따른 파기환송심 결정이다.

인인 피상속인이 공증담당변호사 박○○에게 그 참여를 청구하여 김○미가 이 사건 유언에 증인으로 참여하게 된 것인지 여부와 관련하여서는 상대방이 제출한 증거들과 피상속인이 김○미에게 이 사건 유언에 증인으로 참여할 것을 부탁하였다는 사정만으로는 피상속인이 공증담당 변호사인 박○○에게 증인 결격자인 김○미를 이 사건 유언공정증서 작성에 참여하도록 청구한 사실이 있다고 인정하기 부족하다. ... 「더구나 민법 제1060조는 “유언은 본법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 발생하지 아니한다.”라고 규정하여 유언에 관하여 엄격한 요식성을 요구하는 있는바, 민법이 유언의 한 방식으로 규정하고 있는 제1068조 소정의 ‘공정증서에 의한 유언’이 유효하기 위하여 요구되는 공정증서의 효력에 대한 판단을 함에 있어서도 동일한 정도의 엄격한 요식성이 요구된다 할 것이고, 공정증서의 필수적 기재사항을 열거하고 있는 공증인법 제35조에서 제9호로 ‘공증인이 참여인을 참여시켰을 때에는 그 사유와 참여인의 주소, 직업, 성명과 연령’을 증서에 기재하도록 하고 있는데, 이 사건 유언공정증서에는 “촉탁인인 피상속인의 청구에 의하여 김○미를 증인으로 참여시킨다.”라는 기재가 없다. 이와 같이 촉탁인인 피상속인이 공증담당 변호사인 박○재에게 상대적 증인결격자인 김○미를 증인으로 참여하게 할 것을 청구하였음으로 인정할 증거가 부족하고, 혹 피상속인이 공증담당변호사인 박○재에게 이 사건 유언에 김○미의 참여를 청구하였더라도 이 사건 유언공정증서에 위 사유가 기재되지 아니한 이상 김○미는 여전히 증인 결격자여서 이 사건 유언공정증서에 의한 유언은 2인 이상의 증인이 참여하지 아니한 셈이 되어 무효이거나, 이 사건 유언공정증서 자체가 증서의 필수적 기재사항이 기재되지 아니하여 무효라고 보아야 할 것이다.」

(4) 서울중앙지방법원 2015. 11. 19. 선고 2014가단5126134 주식인도¹⁸⁾

18) 라, 마, 바 판결은 동일한 사안이다. 배우자와 사이에 네 아들을 둔 유언자가 2008. 1. 10. 자신이 대표이사로 등재되어 있는 회사 직원을 증인으로 참여시켜 자신의 배우자와 장남 및 자신이 대표이사로 등재된 회사에게 유증한다는 취지의 유언공정증서를 작성하고 2010. 8. 18 사망한 사안이다. 라는 배우자와 차남이 장남과 회사를 상대로 한 사건이고, 마는 라의 항소심 판결이다. 마는 삼남이 장남과 회사를 상대로 한 사건의 항소심 판결이다. 그 제1심 판결은 증인들이 망인과의 관계에서 망인 유언의 정확함을 승인하기에 적합하지 않을 정도의 사용관계에 있었다고 보이지는 아니하므로 법령이 규정한 증인결격자에 해당하지 아니한다고 판단하였기 때문에 공증인법 제33조 제3항 단서의 적용 여부를 판단하지 않았으므로 소개하지 않는다.

「민법은 공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 따른 결격자는 증인이 되지 못하는 것으로 규정하고, 구 공증인법(2009. 2. 6. 법률 제9416호로 개정되기 전의 것)에 의하면 ‘공증인이나 촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인’은 참여인이 될 수 없도록 규정하고 있다(제33조 제3항 제6호). 그런데 … 이 사건 유언공정증서에 증인으로 서명날인한 H, I는 위 유언 당시 피고 회사의 직원이었고, 특히 I는 피고 B의 운전기사였던 점, 망 D가 유언 당시 피고 회사의 대표이사이긴 하였으나 망인의 건강상태가 좋지 않아 처 E과 피고 B 등이 실질적으로 피고 회사를 운영한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 위 증인들이 망인과의 관계에서 망인 유언의 정확함을 확인하고 승인하기에 적합하지 않을 정도의 사용관계에 있었다고 보이는 않으므로 위 증인들을 법령이 규정한 증인결격자에 해당한다고 할 수 없다.

설령 증인 ○○○, ○○○이 망 ○○의 피용자에 해당한다고 하더라도 망인은 이 사건 유언공정증서 작성 당시 위 증인 ○○○, ○○○이 증인으로 참여한다는 사실을 알고도 별다른 이의를 제기하지 않았다는 점에서, 구 공증인법 제33조 제3항 단서에 의해 망인이 위 증인들을 공증에 참여시킬 것을 청구한 경우에 해당하여 공증참여인 결격자가 아니라고 보아야 할 것이다.」

(5) 서울고등법원 제10민사부 2016. 9. 2. 선고 2015나2068735 주식인도 등 청구의 소¹⁹⁾

「민법은 공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 따른 결격자는 증인이 되지 못하는 것으로 규정하고, 구 공증인법(2009. 2. 6. 법률 제9416호로 개정되기 전의 것)에 의하면 ‘공증인이나 촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인’은 참여인이 될 수 없도록 규정하고 있다(제33조 제3항 제6호). 다만 같은 조 제3

19) 제1심 법원은 「민법은 공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 따른 결격자는 증인이 되지 못하는 것으로 규정하고, 구 공증인법(2009. 2. 6. 법률 제9416호로 개정되기 전의 것)에 의하면 ‘공증인이나 촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인’은 참여인이 될 수 없도록 규정하고 있다(제33조 제3항 제6호). 그런데 … 이 사건 유언공정증서에 증인으로 서명날인한 H, I는 위 유언 당시 피고 회사의 직원이었고, 특히 I는 피고 C의 운전기사였던 점, 망 E가 유언 당시 피고 회사의 대표이사이었으나 망인의 건강상태 등으로 원고 A, 피고 C 등이 실질적으로 피고 회사를 운영한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 위 증인들이 망인과의 관계에서 망인 유언의 정확함을 확인하고 승인하기에 적합하지 않을 정도의 사용관계에 있었다고 보이는 않으므로 위 증인들은 법령이 규정한 증인결격자에 해당하지 아니한다.」고 판시하여 공증인법 제33조 제3항 단서의 적용 여부에 대하여 따로 판단하지 않았다.

항 단서 및 제29조 제2항에 의하여 공증촉탁인이 참여인을 공증에 참여시킬 것을 청구한 경우에는 예외적으로 참여인 결격자를 규정한 위 제33조 제3항의 적용을 배제시키고 있다.

… 이 사건 유언 당시 망인은 피고 회사의 대표이사였고, 이 사건 유언공정증서에 증인으로 서명·날인한 H, I는 피고 회사의 직원이었으며, H, I는 피고 C의 지시에 따라 이 사건 유언의 증인으로 참여하게 되었으나, H, I는 이 사건 유언에 증인으로 참여하기 위하여 공증인 사무실에 망인과 동행하였고, 망인은 H, I가 증인으로 이 사건 유언에 참여하는 것에 대하여 이의를 제기하지 아니하고 공증인에게 이들을 증인으로 참여시킬 것을 촉탁한 사실이 인정된다. 위 인정사실에 의하면, H, I는 망인의 피용자라 할지라도 위 공증인법의 예외규정에 의해 공증인법에 의한 공증참여인 결격자에 해당하지 않아 결국 민법 제1072조 제2항에 의한 증인결격자에 해당하지 않는다.」

(6) 서울중앙지방법원 제4민사부 2017. 6. 7. 선고 2015나70401 주식인도

「민법은 공정증서에 의한 유언에는 공증인법에 따른 결격자는 증인이 되지 못하는 것으로 규정하고, 구 공증인법(2009. 2. 6. 법률 제9416호로 개정되기 전의 것)에 의하면 '공증인이나 촉탁인 또는 그 대리인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인'은 참여인이 될 수 없도록 규정하고 있다(제33조 제3항 제6호). 위 규정의 취지는 유언을 하는 자와 일정한 이해관계가 있는 사람들을 증인에서 배제함으로써 유언자의 진의를 증명·확보하고 유언의 정확함을 승인하기 위한 것으로 해석된다. … 이 사건 공정증서유언 당시 망 D는 피고 회사의 대표이사였고, 유언공정증서에 증인으로 서명·날인한 G, H는 피고 회사의 직원이었던 사실, G와 H는 피고 B의 지시에 따라 유언의 증인으로 참여하게 되었던 사실이 각 인정되는바, 위 각 사실에 앞서 본 증거들 및 변론의 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, 망인이 사전에 피고 B에게 G, H를 증인으로 선정하도록 지시하였음을 인정할 아무런 증거가 없는 점, G, H를 증인으로 참여하도록 지시한 피고 B는 이 사건 공정증서유언의 수증자 중 1인이었던 점, 이 사건 유언의 공증담당 변호사가 망 D와 G, H의 관계나 그들의 증인적격을 확인하였다는 근거도 없는 점, 구 공증인법 제33조 제3항 단서에 따르면 증인결격자라 하더라도 촉탁인이 참여시킬 것을 청구한 경우에는 증인이 될 수 있으

나 … G, H가 증인으로서의 자격이 인정되지 않음에도 망인이 그들의 참여를 요구하였다는 취지의 어떠한 명시적인 기재도 없는 점, 민법 제1060조는 ‘유언은 본 법의 정한 방식에 의하지 아니하면 효력이 발생하지 아니한다.’고 규정하여 유언에 관하여 엄격한 요식성을 요구하고 있으며 이는 같은 법 제1068조 소정의 ‘공정증서에 의한 유언’의 경우에도 마찬가지로인 점 등을 종합하여 볼 때, G, H는 이 사건 공정증서유언에 있어서 증인적격이 없다.’

3. 하급심 판례의 분석 및 그 문제점

2014년 대법원 결정 이후 공증인법 제33조 제3항 각 호에 해당하는 사람이 증인으로 참여한 공정증서유언의 무효가 다투어진 사건에 관하여 하급심에서는 주로 대법원 결정의 취지에 따라 이제 어떤 경우에 촉탁인의 청구로 증인이 참여한 것이라고 인정할 수 있는지가 쟁점으로 부각되었다. 이에 대한 하급심의 판단은 위에서 소개한 판례를 대상으로 보았을 때 다음과 같이 세 종류로 분류된다.

하나는 유언증서에 촉탁인의 청구로 참여하였다는 취지가 기재되지 않았다면 아무리 증인이 촉탁인의 부탁으로 유언에 참여하였다고 해도 촉탁인의 청구로 참여한 사실을 인정할 수 없다는 입장이다(청주지방법원 제11민사부 2014. 9. 25. 선고 2014가합26078, 서울고등법원 제3가사부 2015. 11. 16.자 2014브96, 서울중앙지방법원 제4민사부 2017. 6. 7. 선고 2015나70401).

또 하나는 증인의 참여에 촉탁인이 이의를 제기하지 않았다면 촉탁인의 청구로 증인이 된 것을 인정할 수 있다는 입장이다(서울중앙지방법원 2015. 11. 19. 선고 2014가단5126134, 서울고등법원 제10민사부 2016. 9. 2. 선고 2015나2068735).

마지막으로는 대법원의 해석론에 따르지 않은 새로운 해석론으로 촉탁인인 유언자가 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람이나 아니냐에 따라 전자인 경우에는 공증인법 제33조 제3항 각 호의 사람이 증인으로 참여하면 안 되지만 후자인 경우에는 그런 사람이 증인으로 참여하더라도 문제가 없다는 입장이다[대전고등법원 청주제1민사부 2015. 6. 2. 선고 (청주)2014나21350].

마지막 입장은 대법원 판례를 따르지 않은 유일한 판례이므로 논외로 치면 하급심은 현재 증인으로 참여한 사실은 촉탁인의 청구로 참여하게 된 사실이 유언증서에 기

재되지 않는 한 인정될 수 없다는 입장과 촉탁인이 증인으로 참여한 사실을 알면서도 이의를 제기하지 않았다면 촉탁인의 청구로 참여한 것으로 인정할 수 있다는 입장이 팽팽하게 맞서고 있다고 할 수 있다.

문제는 사실인정이 달라야 할 이유가 없는 동일한 사안이 재판부가 어떤 입장을 취하느냐에 따라서 유언이 무효가 되기도 하고 유효한 것으로 인정되기도 한다는 점이다. 대법원 판례의 해석론에 문제가 있음을 보여 주는 방증이다.

IV. 공정증서유언에 참여하는 증인에 대하여 공증인법 제33조 제3항 단서를 적용하는 것이 과연 타당한가

현재 유언증인 결격자에 관하여 하급심을 둘러싸고 벌어지고 있는 어지러운 논란의 시발은 유언증인 결격자로서의 '공증인법에 따른 결격자'의 의미를 해석함에 있어서 공증인법 제33조 제3항 단서를 유언증인에게 적용하는 데서부터 비롯되었다. 아래에서는 이를 둘러싼 견해를 정리하고 필자의 해석론을 제시한다.

1. 학설

어떤 사람이 공정증서 유언에 참여하는 증인으로서 결격자인가를 결정함에 있어서 공증인법 제33조 제3항 단서가 적용되는지에 관하여 학설은 1992년 대법원 판결 혹은 2014년 대법원 결정을 지지하여 촉탁인이 참여시킬 것을 청구한 경우에는 공증인법 제33조 제3항 본문 각 호에 열거된 사람이라도 증인이 될 수 있다고 보는 견해²⁰⁾가 있다. 그와 달리 공증인법 제33조 제3항 본문 각 호의 결격자만을 나열하고 있는 견해²¹⁾도 있는데 이는 단서의 적용에 반대하는 것으로 이해된다.

20) 김주수·김상용, 「친족·상속법」(법문사, 2016), 796면; 송덕수, 「친족상속법」(박영사, 2015), 393면; 박동섭, 「친족상속법」(박영사, 2013), 710면; 장재형, “공정증서유언상의 증인적격”, 「대한공증협회지」 창간호(대한공증협회, 2008), 90면.

21) 김주수·김상용, 「친족·상속법」(법문사, 2009), 658면; 곽윤직, 「상속법」(박영사, 2004), 227면; 이경희, 「가족법(제2전정판)」(법원사, 2012), 541면.

2. 1992년 대법원 판결 및 2014년 대법원 결정의 해석론

1992년 대법원 판결이나 2014년 대법원 결정에 따르면 대법원은 촉탁인이 참여시킬 것을 청구한 경우를 제외하고는 공증인법 제33조 제3항 각 호에 열거된 사람은 증인 결격자라고 실시함으로써 유언증인의 결격자를 판단함에 있어서 공증인법 제33조 제3항 단서가 적용된다고 해석하고 있다.

그런데 1992년 대법원 판결이나 2014년 대법원 결정은 해석의 결과만 제시하고 있을 뿐 그 실질적 근거는 따로 밝히고 있지 않아서 대법원이 그와 같이 해석하는 실질적 근거는 파악할 수 없다. 다만 필자 나름대로 그 근거를 추론해 본다.

첫째, 공증인법은 유언증인에 대하여 아무런 규정이 없다. 유언증인은 공증인법이 정한 필요적 참여인도 아니고 임의적 참여인도 아니다.

둘째, 유언증인의 결격자에 대하여 ‘공증인법에 따른 결격자’라고 한 것은 공증인법에서 정하고 있는 결격자를 단지 유언증인의 결격자로 본다는 것일 뿐이며, 공증인법에서 정하고 있는 참여인 결격자가 유언증인 결격자라고 해서 유언증인을 곧 참여인이라고 할 수 없다.

셋째, 공증인법상 결격자는 제13조에서 정하고 있는 공증인 결격자와 공증인법 제33조 제3항에서 정하고 있는 참여인 결격자가 있는데, 그 결격사유の内容에 비추어 유언증인 결격자는 공증인법 제33조 제3항에서 정하고 있는 결격자이다.

넷째, 유언증인은 공증인법상 참여인 그 자체는 아니므로 유언증인 결격자에 관한 규정은 공증인법 제33조 제3항 전체(본문과 단서를 포함한)라고 할 수 있고, 따라서 그 단서만 따로 떼어 내어 유언증인 결격자 규정에서 배제할 이유가 없다.

다섯째, 공증인법 제33조 제3항 전체가 유언증인 결격자 규정이므로 유언증인이 결격자인지 여부는 먼저 공증인법 제33조 제3항 본문 각 호에 해당하는지를 따져 봐서, 그 경우에 해당하면 결격자로 보고, 결격자에 해당하면 다시 단서 요건에 해당하는지 따져 보는 방법에 의하여 결정하여야 하는 것은 당연하다.

여섯째, 유언증인의 결격자에 관한 규정으로서 ‘제29조 제2항에 따라 촉탁인이 참여인의 참여를 청구한 경우에는 그러하지 아니하다.’라는 단서의 의미는 촉탁인이 공증인에게 유언증인의 참여를 청구한 경우에는 결격자라도 유언증인이 될 수 있다는 의미이다.

일곱째, 공정증서유언에 참여하는 증인에는 촉탁인이 공증인에게 유언에 참여시킬 것을 청구함으로써 유언에 참여하게 된 증인과 촉탁인이 유언에 참여시킬 것을 청구하지 아니하였음에도 유언에 참여한 증인이 있다. 촉탁인이 증인으로 참여시킬 것을 청구하는 증인은 공증인법 제33조 제3항 각 호에서 정하고 있는 사람이라도 증인이 될 수 있지만 촉탁인이 증인으로 참여시킬 것을 청구하지 아니하였음에도 불구하고 유언에 참여한 증인은 위 각 호에서 정하고 있는 사람은 결격자로서 증인이 되지 못한다.

여덟째, 촉탁인이 참여시킬 것을 청구한 증인이라도 공증인법 제33조 제3항에 열거된 결격사유만 해소되는 것일 뿐이고, 증인은 민법 제1072조 제1항의 결격사유에 해당하면 안 되므로 서로 공증인법 제33조 제3항에 열거된 사유와 민법 제1072조 제2항이 서로 겹치는 경우에는 민법 제1072조 제1항에 따라 증인이 되지 못한다.

3. 대전고등법원의 해석론

대전고등법원(청주부)은 대법원과 달리 유언자가 어떤 상태에 있느냐에 따라 유언자가 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우에는 공증인법 제33조 제3항 각 호의 결격자가 아닌 사람이 증인으로 참여하여야 하지만 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우가 아니면 공증인법 제33조 제3항 각 호의 결격사유가 없을 것이 요구되지 않는다고 해석한다.²²⁾ 다시 말해 이 해석론은 유언증인을 공증인법상 참여인인데 공증인법상 어떤 참여인에 해당하는지는 결국 유언자가 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람인 경우에는 공증인법 제29조 제1항에 따른 참여인에 해당하고, 그렇지 않은 경우에는 공증인법 제29조 제2항에 따른 참여인에 해당한다고 보는 입장이다.

4. 학설 및 판례의 검토

먼저 학설에 대하여 검토한다. 공증인법 제33조 제3항 본문 각 호에서 정한 사람들을 결격자로 그대로 나열하고 있는 견해는 유언증인으로서 결격자인가를 결정함에

22) 다만 유언자가 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 경우가 아닌 경우에도 민법 제1068조에 따라 증인의 참여는 필요하고 그 증인은 민법 제1072조 제1항의 결격사유가 없어야 할 것이다.

있어서 단서의 적용을 인정하지 않는 입장이라고 볼 수 있다. 이런 견해는 공정증서유언의 증인결격자 범위가 지나치게 넓어진다는 비난을 피하기 어렵다. 더구나 구 공증인법 제33조 제3항 본문 각 호에 열거된 사람 중에는 유언에서는 있을 수 없는 사람 즉 촉탁인의 대리인도 포함되어 있다. 이러한 비판을 우려한 때문인지 공정증서유언의 증인결격자를 구 공증인법 제33조 제3항 본문 각 호에 열거된 사람 중에서 촉탁인과 관련된 사람들을 제외한 견해가 있다. 그러나 촉탁인과 관련된 사람들을 유언증인결격자에서 제외한 이유는 전혀 제시하지 않고 있다.²³⁾ 다만 2009년 공증인법 개정으로 결과적으로 현행 공증인법 제33조 제3항에서 나열하고 있는 결격사유와 동 견해에서 주장한 결격사유는 동일하게 되었다.

다음으로 대법원의 해석에 대하여 검토한다. 생각건대 민법 제1072조 제2항이 공정증서유언의 증인결격자를 따로 둔 것은 공정증서유언의 경우 공증인과 밀접한 관계가 있는 사람을 증인 결격자를 규정하려는 데 1차적인 목적이 있다. 그런데 대법원의 해석에 따르면 촉탁인이 청구하기만 하면 그 사람들도 증인결격자가 아닌 사람으로 되어 버린다. 어떤 사람을 증인결격자로 정한 것은 그 사람이 증인으로서 역할을 담당하기에 적합하지 않다고 여겨서 그렇게 규정한 것인데 촉탁인이 임의로 결격자 제도를 배제할 수 있는 것으로 해석한다는 것은 결격자 제도를 도입한 입법자의 의도를 무의미하게 만들어 버리는 것이다. 다른 한편, 유언자의 입장에서 보아도 마찬가지다. 유언을 하면서 무효로 되는 것을 바라는 사람은 없을 것이다. 유언자가 어떤 증인이 자신의 유언에 증인으로 참여한 경우에 아무런 이의가 없다면 촉탁인인 유언자에게 청구의 의사가 있다고 해석하는 것이 당연하며, 그렇게 본다면 유언자의 입장에서 민법 제1072조 제2항은 무의미한 규정이 되어 버린다.

공증인법 제33조 제3항은 본문은 필요적 참여인에게 그 각 호에 열거한 사람들을 결격자로 한다는 의미이고, 단서는 임의적 참여인에게는 결격자를 두지 않는다는 의미이다. 유언증인 결격자에 대하여 본문을 적용하면서 동시에 단서를 적용한다는 것은 한편으로는 공정증서유언의 증인결격자 제도를 인정하면서 다른 한편으로는 그 결격자 제도를 부인하는 것이 된다.

공증인법 제33조 제3항은 본문과 단서로 나누어 규정되어 있지만 단서 없이 본문

23) 박윤직, 「상속법」(박영사, 2004), 226면~227면.

으로만 「다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 제29조 제1항에 따른 참여인이 될 수 없다.」라고 규정하고 있는 것과 실질적으로 동일한 내용이다. 다시 말하여 결격자 규정으로서 단서 규정은 없는 것이나 마찬가지이다. 공증인법에 따른 결격자는 제29조 제1항에 따른 참여인, 즉 필요적 참여인의 결격자만 존재하고 제29조 제2항에 따른 참여인, 즉 임의적 참여인에게는 결격자가 존재하지 아니하므로 민법 제1072조 제2항에서 말하는 '공증인법에 따른 결격자'는 공증인법 제29조 제1항에 따른 참여인의 결격자를 의미한다고 보아야 한다.

대법원 판례는 공정증서유언증인에 관하여 마치 촉탁인이 공증인에게 증인의 참여시킬 것을 '청구' 할 권리가 있는 것처럼 실시하고 있다. 그러나 촉탁인은 공정증서에 의한 유언을 하려면 '증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언을 구수' 하여야 하는 것이므로 증인을 참여시킬 것을 청구할 권리가 있는 것이 아니고 단지 자신의 유언에 참여할 증인을 '선정' 할 권한이 있을 뿐이다.

마지막으로 대전고등법원의 판결의 해석론은 유언자(촉탁인)의 상태에 따라 증인에게 필요적 참여인의 결격사유와 동일한 결격사유가 없어야 하는 경우도 있고, 임의적 참여인의 경우처럼 결격사유가 있어도 괜찮은 경우도 있다는 것이다. 이는 결국 증인을 공증인법상 참여인과 동일하게 보는 관점이다. 그러나 증인의 역할과 참여인의 역할이 엄연히 다르다.

5. 필자의 해석론

공정증서유언에 참여하는 증인은 공증인법상의 필요적 참여인도 아니고 임의적 참여인도 아니다. 먼저 필요적 참여인과 유언증인의 차이를 살펴보면, 필요적 참여인은 공증인이 증서를 작성할 때 촉탁인이 촉탁한 대로 증서가 작성되었는지에 관하여 촉탁인이 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람이므로 그를 보조하여 촉탁인이 그것을 확인하는 데 도움을 줄 뿐, 촉탁인으로부터 독립하여 확인하는 것은 아니다. 공증인법 제38조 제1항에서 '공증인이 작성한 증서를 모든 참석자에게 읽어 주거나 열람하게 하여 촉탁인 또는 그 대리인의 이의가 없음을 확인하고' 라고 하는 것에서 보듯이 참여인은 확인 주체가 아니다. 그러나 유언증인은 참여인과 달리 유언자로부터 독립하여 증서내용을 '유언의 정확함'을 확인하는 주체이다. 민법 제1068조에

서 ‘유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 한다.’라는 것은 바로 이것을 뜻한다. 공증인이 작성한 증서가 정확한가를 확인하는 데 있어서, 필요적 참여인은 촉탁인에게 종속적(從屬的)인 존재라면, 유언증인은 유언자로부터 독립적(獨立的)인 존재라고 말할 수 있다. 그 점에서 유언증인에서 결격자제도가 갖는 의미는 필요적 참여인에서 결격자제도가 갖는 의미보다도 훨씬 중요하다고 할 수 있다. 필요적 참여인은 피참여인만을 보조하기 위한 존재이지만 유언증인은 유언자뿐만 아니라 유언자가 죽고 난 뒤에 남겨진 사람들을 위한 존재이기 때문이다.²⁴⁾

다음으로 임의적 참여인과 유언증인의 차이를 살펴보면, 임의적 참여인은 원래 증서작성에 그가 참여하지 않아도 아무런 문제가 없는 사람이지만 단지 촉탁인이 그를 참여시켜 줄 것을 청구하면 공증인이 그에 따라서 공증절차에 참여시켜야 하는 사람이고, 이에 반하여 유언증인은 그가 참여하지 않으면 유언이 무효로 되어 촉탁인의 의사에 관계 없이 반드시 참여시켜야 하는 사람이라는 점에서 확연히 다르다. 공증인의 입장에서는 어떤 경우든 공증절차에 참여시켜야 하지만 촉탁인의 입장에서 보면 유언증인은 촉탁인의 의사와 관계 없이 반드시 참여시켜야 하는 존재이고, 임의적 참여인은 그 참여가 순전히 촉탁인의 의사에 달려 있는 존재이다. 유언증인의 참여는 요식행위의 요건으로서 증인은 유언에 반드시 참여하여야 하고, 증인은 촉탁인으로부터 독립된 지위에서 증서내용을 승인한다. 그러나 임의적 참여인은 촉탁인이 증서내용을 승인하는 데 보조하는 역할을 수행하는 것도 아니고, 촉탁인으로부터 독립하여 증서내용을 확인하지도 않는다. 단지 촉탁인의 청구로 공증에 참여만 할 뿐이다.

유언자와의 관계라는 관점에서 유언증인과 필요적 참여인 및 임의적 참여인을 바라보면, 유언증인은 촉탁인인 유언자로부터 독립적인 지위에서 유언의 정확함을 확인하고 승인하는 사람이고, 필요적 참여인은 촉탁인에게 일정한 사유가 있으면 반드시 참여하여야 하는 사람이지만 촉탁인이 증서에 이의가 없음을 확인하는 데 도움을 주는 자이며, 임의적 참여인은 촉탁인이 참여를 원하는 경우에 참여하는 사람에 불과한 존재이다. 이와 같이 유언증인은 필요적 참여인도 아니요, 임의적 참여인도 아니다. 다만 굳이 필요적 참여인과 임의적 참여인 중 어느 쪽에 가까운지를 따진다면 촉탁인의 의사에 관계 없이 반드시 참여하여야 한다는 점과 결격자 제도를 두고 있다는

24) 남상우(주7), 259면~260면.

점에서 필요적 참여인에 훨씬 더 가까운 존재라고 볼 수 있다. 따라서 유언증인에 관하여는 명문 규정이 없어서 필요적 참여인에 관한 규정을 유추적용할 것인지 임의적 참여인에 관한 규정을 유추적용할 것인지 문제가 된다면 당연히 필요적 참여인에 준해서 취급하여야 한다.²⁵⁾

그렇다면 민법이 '공증인법에 따른 결격자'는 증인이 되지 못한다고 규정한 취지는 무엇인가. 필자는 민법이 유언증인에 대하여 참여인 결격자 규정에 따르도록 하면서 공증에서 유언증인에 대한 취급을 필요적 참여인에 준해서 취급하려고 이와 같이 규정한 것이라고 해석한다.²⁶⁾ 이렇게 볼 때 공증인법 제33조 제3항 각호에 열거된 사람 외에도 해석상 당연히 필요적 참여인으로서 결격자에 해당한다면 그는 유언증인으로서도 결격자에 해당한다고 보아야 한다. 구 공증인법 제33조 제3항 각호에 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람이 열거되어 있지 않았지만 그런 사유가 있는 사람은 필요적 참여인이 될 수 없다. 말하자면 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람은 공증인법 제33조 제3항 각호에 열거되어 있지 않아도 당연히 필요적 참여인으로서 결격자인 것이다. 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 촉탁인을 보조하기 위하여 필요적 참여인이 존재하기 때문이다. 민법 제1072조 제2항은 공증인법에 따른 결격자는 공정증서에 의한 유언의 증인이 되지 못한다고 하였으므로 구 공증인법의 해석상 당연히 필요적 참여인으로서 결격자인 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람은 유언증인으로서도 결격자라고 해석된다. 다시 말해 공증인법이 2009년 개정되면서 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람이 비로소 증인결격자가 된 것이 아니라 구 공증인법 해석상으로도 증인결격자에 해당한다고 해석된다.²⁷⁾

결론적으로 공정증서유언에 참여하는 증인이 공증인법에 따른 결격자인지 여부는 공증인법 제33조 제3항 본문 각 호에 해당하는지를 따져서 결정하여야 하는 것이고, 유언증인의 참여와 관련하여, '촉탁인의 청구'라는 개념을 억지로 만들어 촉탁인의 청구가 있으면 단서를 적용한다고 해석하는 것은 타당하지 않다.²⁸⁾

25) 남상우(주7), 261면~263면.

26) 남상우(주7), 232면.

27) 남상우(주7), 281면; 장재형(주20), 93면.

28) 박상진, "2014년 공증관련 판례," 「공증과 신뢰」(대한공증인협회, 2015), 132면~135면.

한편 종전 판례에 따르면 공증인법 제33조 제3항 각호에 해당하는 사람이라도 촉탁인의 청구로 참여한 경우에는 증인이 될 수 있는 길이 있었는데, 단서가 적용되지 않는다면 공증인법 제33조 제3항 각호에 해당하는 사람은 곧바로 모두 증인결격자로 되는 것으로 된다. 그러나 유언자의 친족, 법정대리인, 피고용인 또는 동거인이라는 이유만으로 증인으로 부적합한 것이라고 단정할 수는 없다. 무엇보다도 다른 입법례에서는 이들을 증인결격자로 정하고 있지 않다. 결론부터 말한다면 필자는 그들은 참여인결격자에는 해당하지만 증인결격자에는 해당하지 않는다고 해석한다. 그 이유는 다음과 같다.

우선 구 공증인법 제33조 제3항 제6호의 촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인이 참여한 결격자라고 할 때 그때의 ‘촉탁인’은 공동촉탁인 관계에 있는 ‘상대방 촉탁인’만을 의미한다. 말하자면 구 공증인법 제33조 제3항 제6호의 ‘촉탁인’ 개념은 축소해석하여야 한다는 것이다. 그 이유는 공증인법 개정 경위에서 잘 드러난다. 2009. 2. 6. 개정 전의 구 공증인법 시행 당시에는 촉탁인 자신의 친족 등이 참여한 결격자인지와 관련하여서는 문자 그대로 해석하는 경우에는 실무상 종종 문제가 되곤 했다. 특히 시각장애인이 다른 사람과 공동으로 증서 작성을 촉탁할 때 시각장애인의 친족이나 피용자 또는 동거인은 결격자라고 한다면 그것은 매우 이상한 결과가 된다. 누구보다도 시각장애인의 이익을 보호하는 데 적합한 사람이 결격자가 되었기 때문이다. 필요적 참여인 제도가 시각장애인이거나 문자를 해독하지 못하는 사람을 보호하기 위한 제도인데 참여인을 구하기 어렵게 만들어 결과적으로 보호받을 수 없게 하는 꼴이다. 이러한 이유로 시각장애인 단체가 줄기차게 공증인법 개정을 요구하였고, 그 요구가 반영되어 공증인법이 개정되면서 촉탁인과 일정한 관계가 있는 사람을 참여인 결격자에서 삭제된 것이다.²⁹⁾ 이와 같은 공증인법 개정 경위에 비추어 구 공증인법 제33조 제3항 제6호의 ‘촉탁인’ 개념은 합목적적으로 해석되는 것이 타당하다. 따라서 구 공증인법 제33조 제3항 제6호에서의 촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 및 동거인은 당사자 쌍방이 공동으로 공정증서 작성을 촉탁할 때 피참여인이 되는 촉탁인 자신의 이익을 보호하는 데 적합하지 아니한 상대방 촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 및 동거인만을 의미하는 것으로 해석함이 상당하다.

29) 이 또한 잘못된 입법이다. 상대방 촉탁인의 친족 등은 여전히 참여인으로서 부적합한 사람들인데 그런 사람까지 참여인 결격자에서 빠져 버렸기 때문이다.

다음으로 구 공증인법 제33조 제3항 각호의 촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 및 동거인이 유언증인결격자에 해당하지 아니한 이유를 살펴본다. 공정증서유언은 공증인이 작성해 주는 것이므로 공증인과의 관계에서 결격자로 되는 것이 아니라면 다른 유언방식에서의 증인 결격사유보다 특별히 더 넓게 정할 합리적 이유는 없다.

전술한 바와 같이 구 공증인법 제33조 제3항 제6호의 촉탁인 개념을 피참여인인 촉탁인의 상대방 촉탁인만을 의미한다고 해석한다면 상대방 없는 단독행위에 대하여 공정증서를 작성할 때는 그에 해당하는 사람이 당연히 존재하지 않는다. 그렇다면 구 공증인법 제33조 제3항 제6호의 '촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인도 존재하지 않는다. 유언은 대표적인 상대방 없는 단독행위이므로 결국 유언에는 증인 결격자로서의 촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인이 존재하지 않는다. 말하자면 민법 제1072조 제2항에서 정한 '공증인법에 따른 결격자' 인지를 따질 때는 구 공증인법 제33조 제3항 제6호에 '촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인'이 규정되어 있음에도 불구하고 유언자는 구 공증인법 제33조 제3항 제6호의 촉탁인에는 포함되지 않는다고 해석하여야 한다. 따라서 유언자의 친족이나 피용자 또는 동거인 등은 '공증인법에 따른 결격자'에 해당하지 않는다. 즉 그런 사람도 다른 결격사유가 있지 않는 한 당연히 증인이 될 수 있는 것이다. 다른 나라 민법은 대체로 공정증서유언에 참여하는 증인의 결격자를 정함에 있어서 다른 유언 방식의 증인결격자 외에 공증인과 일정한 관계가 있는 사람만 추가로 정하고 있다.³⁰⁾

한편 필자와 같이 해석하지 아니하면 또 다른 어려운 문제에 부딪힌다. 구 공증인법 시행 당시 즉 제33조 제3항 제6호에서 '촉탁인의 배우자, 친족, 법정대리인, 피용자 또는 동거인'이 결격자로 되어 있을 당시 유언자가 유언하고, 공증인법 개정으로 그가 결격자가 아니게 된 후에 유언자가 사망할 경우에, 유언의 방식을 지켰는지는 유언할 당시를 기준으로 따져야 하여야 하는지, 아니면 유언의 효력 발생 시를 기준으로 따져야 하는지도 문제된다.

30) 주3), 주4), 주5), 주6) 참조.

V. 맺음말

공정증서에 의한 유언은 대륙법계 국가에서 일반적으로 인정되고 있는 유언 방식의 하나이고 그 방식에서는 독일과 같은 국가를 빼고는 대부분 증인의 참여가 요구된다. 또한 그 증인에 관해서는 일정한 자격을 요하거나 일정한 사유가 있는 자를 결격자로 정하고 있다. 유언은 요식행위이므로 그 증인에 대하여 결격사유를 정하고 있다는 것은 결격사유가 있는 자가 증인으로 참여한 유언이 곧 무효임을 의미한다. 이처럼 유언증인의 결격사유는 유언에서 중요한 의미를 갖기 때문에 자격이나 결격 사유는 논란거리가 없도록 최대한 명확하게 규정될 필요가 있다.

현재 하급심에서의 벌어지고 있는 유언증인의 결격자와 관련된 혼란은 공증인법 제33조 제3항 단서를 유언증인에게 적용한 대법원 판결로부터 비롯된 것이다. 그리고 그런 해석이 조금이라도 가능하게 된 원인은 민법 제1072조 제2항에서 공정증서유언의 증인 결격자에 대하여 직접 정하지 않고 ‘공증인법에 따른 결격자’라는 매우 불명확한 개념을 사용하여 규정했기 때문이다.

따라서 앞으로 민법을 개정하게 된다면 유언증인 자격 및 결격사유를 민법 제1072조 정하되 제1항에서는 자격사유로, ① 볼 수 있는 사람, ② 말할 수 있는 사람, ③ 들을 수 있는 사람, ④ 읽을 수 있는 사람, ⑤ 쓸 수 있는 사람을 규정하고, 제2항에서는 그 결격사유로 ① 미성년자, 피성년후견인 및 피한정후견인, ② 유언으로 재산상 이익이나 법적 지위를 얻을 사람과 그 친족, 피용자 및 동거인, ③ 상속인으로 될 자, ④ 공증인의 친족, 피용자, 동거인 및 보조자를 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다.³¹⁾



31) 남상우(주7), 291면.