

(一)

教會가 分裂한 경우의 教會財産의 歸屬——分裂當時의 教徒 會員의 總有라는 것이 可能하나

禮紀四二八九年民上第五六九號(不動產所有者名稱變更抹消)
(登記節次履行等請求事件)

大韓에 수교長老會安養教會(X) 對 大韓基督敎長老會安養教會(Y)

〔事實〕 우리 나라의 長老教會는 本來 大韓에 수교長老會總會에 所屬되어 있었으며 總會 밑에 老會, 老會 밑에 各支教會가 所屬한다는 組織을 가지고 있었는데, 四二八六年에 敎理를 櫻榜하는 一部牧師들이 이로부터 分派되어 大韓基督敎長老會總會를 組織하였으며, 이에 따라 京畿老會에 있어서도 四二八七年五月에 大韓基督敎長老會京畿老會가 分離하였고, 總會와 老會의 이와 같은 分裂은 다시 各支教會에 波及하게 되어, 二十七年的 歷史를 가진 安養教會도 本來 大韓에 수교長老會에 所屬하여 있었으나, 드디어 에 수교長老會에 所屬하는 X教會(原告·控訴人·被上告人)와 基督敎長老會에 所屬하는 Y教會(被告·被控訴人·上告人)로 分裂하게 되었다. 그 分裂의 經過는 다음과 같다.

四二八七年七月十日 堂會는 大韓基督敎長老會로 所屬을 變更할 것을 三對一로 決議하였고, 同年七月十四日 諸職會는 堂會의 決議를 支持한다는 決議를 하였으며, 이어 同年八月二十九日 堂會는 前記의 堂會 決議를 反對하는 李長老를 休職處分하였다. 休職處分을 당한 李長老는 同年十月부터 自宅에서 別途로 禮拜를 引導하였으며, 四二八七年十一月二十三日 大韓에 수교長老會 京畿老會는 解放前부터 十餘年間 安養教會牧師로서 視務하여 왔고 現在는 基督敎長老會의 路線을 追從하고 있는 姜牧師를 解任하고 새로 盧牧師를 任命하여, 盧牧師는 四二八八年一月九일에 赴任하였다.

한편 이와 같은 安養教會의 分裂過程과 併行하여 同教會堂의 新築工事が 進行되었었다. 即 基地는 教會分裂 以前부터 準備된 土地를 四二八七年四月二十二日 安養邑에 換地處分申請을 한 結果 同年十月二일의 換地處分으로 取得한 것이며, 建築資材는 四二八七年一月頃に 美北長老會宣敎部의 「의켄프」의 斡旋으로 美空軍 「A F A K」로부터 援助받았고 其他 建築資金은 同教會所有一部不動產의 賣却代金 및 敎人의 出捐金으로써 充當되었다. 工事は 換地處分決定 以前인

四二八七年八月十九일에 起工式을 하고 同年十一月十三日 上棟 以後 四二八八年三月까지 姜牧師 主導下에 進行되었다.

이 不動產은 다름 既存不動產과 더불어 「安養長老教會」名義로 登記되었던 바 四二八八年六月七日字로 名稱變更을 原因으로 하여 「大韓基督長老會安養教會」名義로 變更되었다. 이에 X教會는 Y教會에 對하여 所有者名稱變更登記의 抹消를 請求하는 本訴를 提起하였다.

原告主張의 要點은 大韓基督長老會는 새로 誕生한 別個의 教派임을 前提로 하고, 別個 教派로의 所屬變更은 堂會나 諸職會의 決議로써는 勿論 共同議會의 決議로써도 할 수 없고(할 수 있다고 하면 信徒에게 改宗을 強要하는 것이 되기 때문에), 一部敎人이 分派行動으로 別個教會를 組織하였다 하더라도 그로 因하여 從來의 예수 敎長老會安養教會의 存續에는 何等影響될 바 없고 同教會所屬財產에도 變動이 招來될 수 없다는 것이다. 第一審에서는 原告敗訴하였으나, 原審은 原告의 主張을 들어 原告勝訴하였다.

이에 對하여 被告는 「堂會는 所屬變更을 決議할 權限이 있고, 이 權限에 依하여 合法的 節次를 밟아 所屬을 變更한 것이므로 本來의 安養教會와 同一性을 가지고 있는 것은 Y教會이고, X教會야말로 Y教會로부터 分派한 新設教會이다. 그리고 堂會는 또 그 財產에 對하여도 管理權이 있으므로 그 歸屬을 決定할 수 있다」고 主張하여 上告하였다.

〔判旨〕 破棄選送。 「原審의 右認定과 같이 同一教會의 敎徒가 數派로 分離되어 數個의 教會로 分立하는 境遇에는 그 分離當時의 教會所屬財產은 그 歸屬에 關하여 一部敎派의 所有에 歸屬할 特定한 事由가 없으면 原則적으로 그 分離當時의 教會所屬敎徒의 含有로서 그 總意에 依하여 그 歸屬을 決定할 것이고 決코 自動적으로 그 分立된 敎派中 어느 것의 單獨所有로 되는 것은 아니라 함이 이미 本院이 判示한 바(檀紀四二八九年民上第一八二號參照) 原審의 認定事實 및 理由를 通覽하면 原審은 右法理를 正解치 못함으로 因하여 審理를 다하지 않고 原告의 請求를 認容한 違法에 있어 破棄를 免치 못할 것」이라 하여 上告理由 및 이에 對한 答辯에 對하여는 全적으로 判斷을 省略하고 破棄選送。

〔評釋〕 이 判決은 上告理由에 對하여는 全적으로 判斷을 省略하고, 判例를 引用함으로써 判決理由에 代身케 한 것인 만큼, 順序上 그 判例를 보진대, 事件 內容은 慶南晉州市 所在 長老會城北教會가 分裂하여 舊來의 敎理를 墨守하는 敎徒의 教會와 新敎理를 信奉하는 敎徒의 教會의 둘로 되어, 저마다 敎會建物(分裂以前부터 存在하여 온)이 自己 教會의 所有라고 다투는 것인데 이에 對한 大法院의 判旨는 다음과 같다.

「教會라 함은 耶蘇敎의 敎徒들이 敎理의 探究 禮拜 其他 信敎上 共同目的을 達成하기 爲하여 各其 自由意思로 構成된 團體로서 法律上 法人이 아니므로 그 構成員을 떠나 獨自의 權利義務의 主體가 될 수 없고 敎徒들의 捐補 獻金 其他 敎會의 收入으로 된 財産은 特別한 事由가 없는 限 當該敎會의 所屬敎徒들의 合有로서 各敎徒들이 共同으로 權利를 가지고 義務를 負擔하게 되는 것이다 그 權利가 持分權이 아니므로 이를 單獨의 處分할 수 없고 그 財産 處分에 있어서는 敎會章程 會則 其他 一般의 承認된 規定이 있으면 그에 따라 有效히 할 수 있으며 그것이 없는 境遇에는 民法의 原則에 따라 敎徒總會의 議決에 依하여야 할 것이다 그는 그리고 敎徒들이 各其 個人的으로 그 敎會를 脫退하는 것이 아니고 敎徒들의 分裂로 因하여 敎派로 分離되고 數個의 敎會로 分立되는 境遇에 同財産의 歸趣 如何에 關하여서도 亦是 同前憲章 其他 規定이 있으면 이에 따르고 그것이 아니면 從前敎會의 敎理를 遵奉하는 敎派의 單獨所有로 歸屬할 것이 아니고 從前 敎會에 所屬되었던 敎徒의 總意 即 總會의 議決方法에 依하여 그 歸屬을 定하여야 할 것이다」 「原告는 原告敎會가 右城北敎會의 正統敎會이므로 本件 建物이 原告의 所有라고 主張하는 것이나 設使原告가 同敎會의 正統敎會라 할지라도 同財産이 原告의 單獨所有로 歸屬되지 않음」 前說示法理에 依하여 明白하다.

兩個의 判決 모두 判旨는 不當하다.

一 兩判決中 「合有」라는 用語는 「總有」라는 用語로 代置함이 可할 것이다.

元來 總有나 合有나 하는 概念이 나타나게 된 것은, 로마法上의 共有의 概念으로는 說明할 수 없는 共同所有形態를 가리키기 爲해서 이었다. 即 로마法繼受後 當初에는 모든 共同所有形態를 로마法上의 共有의 概念으로 說明하였었으나, 第一七世紀末頃서부터 게르만法上의 共同所有形態에는 로마法上의 共有의 概念으로는 說明될 수 없는 것이 있음을 알게 되어, 學者들이 이를 或은 總有 (Gesamteigentum) 或은 合有 (Eigentum zur gesamten Hand) 라고 부르게 되었던 것이다. 그러나, 後에 이르러 게르만法上의 共同所有形態가 하나의 類型으로 把握될 수 없음을 밝히고, 總有와 合有의 二類型을 區別한 것은 此로

(Otto v. Cierke)이었다 (總有理論의 略史에 關하여는 拙稿「共同所有形態의 類」(型論)——法曹協會雜誌第二卷第三號 二六面以下——參照)。

日本學者들의 共同所有에 關한 見解도 右에 相應하는 經過를 밝혔다. 即 最初에는, 共同所有形態로 共有 하나만을 認定하다가, 다음에 共有 以外에 總有 또는 合有라고 부르는 또 하나의 類型을 區別하는 態度를 거쳐, 다시 總有와 合有와를 區別하는 態度에 到達하였다. 그 第二의 段階를 代表하는 學者로 末弘殿 太郎氏를 들 수 있다. 即 同氏의 「物權法上卷」(大正十年初版)에서는, 共同所有形態를「共有」와「同有」의 二 類型으로 나누고 있으며, 同有는 또 聯有 또는 總有 또는 合有라고도 부른다고 하였고, 그러나 이 同有的 概念을 認定할 必要가 없다는 說이 적지 아니함에 言及하고 있다. 그러나 昭和七年에 이르러서는 같은 해에 出刊된 我妻榮氏의 「物權法(民法講義Ⅱ)」과 石田文次郎氏의 「物權法論」이 모두 總有와 合有를 區別하였고, 그後 今日에 이르기까지 이것이 通說로 되어 있다(近藤・拙木・末川等 大多數. 다만 極少數의 例外가 있다). 다만 我妻・石田 兩氏 모두, 그리고 이 兩氏의 見解를 따르는 다른 學者들도 모두, 共有所有形態의 理想型으로 共有와 總有的 둘을 생각하고, 合有는 그 兩者의 中間의 形態라고 說明하였었는데, 我妻氏는 前掲 書의 終戰後 新版(昭和二七年—一九五二年)에서 說을 바꾸어, 共同所有形態의 理想型으로 共有・合有・總有의 셋을 들었다(前掲拙稿(一九五〇年)는 合有를 漠然하게 共有와 總有的 中間形態라고 說明함이 不). 그러면 總有와 合有는 어떻게 區別되는 것이나, 그것은 共同所有者들의 人的 結合形態가 社團(法人格)이나 組合이나에 相應하는 것이다. 即 單一的인 團體性이 強하나, 成員의 個別性이 強하나에 따라서 區別된다. 따라서 總有에 있어서는 그 管理・處分은 單一的인 團體意思(普通은 社員總會의 決議)에 依하고, 合有에 있어서는 그 管理・處分은 全員一致의 意思에 依한다(新民二七二・二七三條와). 이와 같이 法人格없는 社團의 所有形態가 總有이라면, 從來 法人格없는 社團의 代表的인 例로 생각되었던 宗中 및 門中과 宗教團體

의 財産關係가 總有的 代表的인 例임은 거의 自明하다 할 것이다(朝鮮不動產登記令二의 四、)。 또 이 點은 本件의 雙方 當事者가 모두 法人이 아니면서 民事訴訟法 第四六條에 依하여 當事者能力이 認定된 法人이 아닌 社團이며, 各各 그 代表者에 依하여 訴訟行爲가 行하여지고 있는 點만을 보더라도 明白하다. 그리고 大法院도 教會의 財産關係를 總有와 區別되는 意味의 合有로 보고 있는 것이 아님은, 本件 判旨中 「그 總意에 依하여 그 歸屬을 決定할 것」이라고 한 點(여기서 「總意」라 함은 「全員一致의 意思」라는 뜻이 아니라 「團體」, 「四二八九年 民上第一八二號의 判旨에서 「그 權利가 持分權이 아니므로……」 「그 財産處分에 있어서……」 敎徒總會의 議決에 依하여야 할 것」이라고 한 것으로부터 充分히 이를 窺知할 수 있다. 即 大法院이 「合有」라는 用語를 쓴 것은, 總有와 區別되는 意味의 合有를 가리키는 뜻으로가 아니라, 共有가 아닌 共同所有形態를 漠然하게 總有라고도 부르르고 合有라고도 부르던 時代의 用語法에 좋은 것이다. 그러면 大法院은 왜 何必 舊時代의 用語法을 쓴 것이냐.

門中財産 또는 宗中財産의 法律關係에 關하여 昭和二年 以來 朝鮮高等法院은 共有가 아니라 「合有」라고 判示하여 왔다(昭和二·九·二三錄三三二面、昭和五·六·二)。 大法院은 本件에 있어서 朝鮮高等法院判例의 用語法을 따른 것 같다. 그러나, 前述한 바로부터 明白한 바와 같이, 여기에 揭記한 朝鮮高等法院判例들은 모두, 日本學界에서 總有와 合有를 同意語로 쓰던 時代의 것이다. 그 뿐만 아니라 그 當時로는 總有 또는 合有를 共有로부터 區別하는 것은, 新學說이었으며, 아직 多數說이 되지 못하였었다. 即, 朝鮮高等法院은 아직 比較的의 少數說인 新學說을 採擇하였던 것이다. 그後 三十年의 歲月이 흘렀다. 그리고 總有와 合有의 區別이 通說로서 確立된지도 三十年에 가깝다. 더구나 우리 나라의 新民法은 이 通說을 採擇하여 共同所有의 形態로서 共有·合有·總有的의 三者를 規定하였다. 그런데 지금에 와서 大法院이 새삼스럽게 三十

年前の用語法을 따른 理由가 어디에 있는지, 理解하기 困難하다. 마땅히 近三十年間 通說로 되어 있고 우리 新民法도 取하고 있는 用語法에 따르는 것이 可하지 않겠는가.

何如든 本件 判旨가 「含有」라고 하는 것은 現代에 있어서의 通常의 用語法에 依하면 「總有」를 意味함이 明白하므로 以下 總有라는 用語로 바꾸어서 論하겠다.

二 兩判決의 判旨의 要點은, 한 教會가 두 개 以上の 教會로 分裂한 境遇에는, 教會의 財産은 어느 한 派의 教會에만 歸屬하는 것이 아니라, 原則적으로, 「分裂當時의 教會所屬教徒 全體의 總有」에 屬하는 것이며, 「그 總意 卽 總會의 議決方法에 依하여 그 歸屬을 定하여야 한다」는 것이다.

첫째로, 이 判旨는 그 自身 論理的 矛盾을 包含하고 있다. 「分裂當時의 教會所屬教徒 全體의 總有에 屬한다」고 그 歸屬關係를 斷定하여 놓고, 새삼스럽게 「그 歸屬을 定하여야 한다」고 한 것은 어떠한 뜻인가. 歸屬關係는 이미 定해져 있는 것이지만, 變更하기를 願한다면 그러한 方法에 依할 수 있다는 뜻인가. 아니면 財産의 歸屬에 關하여는 分裂前에 總會의 議決로써 定했어야 할 것이라는 뜻에 不過한가. 分裂前에, 그러나 分裂될 것을 前提로 하여, 分裂後의 財産歸屬關係에 關하여 圓滿한 決議가 있었으면 勿論 아무 問題도 없을 것이다. 그렇지만, 그리 하지 못했기 때문에 法院에 對하여 그 歸屬을 가려 달라고 請求한 것이 아닌가. 勿論 原告의 請求의 原因을 法的으로 檢討한 結果 不當하다는 理由로 請求를 棄却한은 別問題이다. 그러나 本件에 있어서의 大法院의 態度는 當事者의 主張에 對하여는 一切 判斷을 내리지 아니하고, 말하자면 「그런 問題는 당신네들 스스로 決定할 問題이지, 法院은 判斷을 내릴 수 없음」라고 하는 것과 다름없지 않은가. 或時 本件이 宗教問題와 關聯되어 있다는 事實이 大法院에 對하여 그릇된 影響——法律問題가 아니라 宗教問題이므로 法院으로서는 判斷을 내릴 수 없다는 생각——을 준 것이 아닌가도 생각된다.

그러나, 어떤 敎理가 옳으나 그르냐는 宗教問題이지만, 敎會라는 團體의 法的性格이 어떠한 것이냐, 敎會 財產은 法的으로 어떤 性質을 가진 것이냐, 一般的으로 어떤 財產의 所有權이 누구에게 屬하느냐, 等々の 問題는 明白히 法律問題이다. 그리고 法律問題에 對하여 法院이 判斷을 내리지 않는 것은 裁判拒絕을 意味하고, 이것은 憲法이 保障한 基本權(憲法二條)의 剝奪을 意味한다.

둘째로, 判旨는 「分裂當時의 敎會所屬敎徒 全體의 總有」에 屬한다고 한다. 그러나 上述한 바와 같이 總有는 法人格없는 社團의 共同所有形態이며, 따라서 그것은 반드시 法人格없는 社團, 即 法人格은 없으나 單一的 團體性을 갖춘 社團의 存在를 前提로 한다. 그러면, 現在, 「分裂當時의 敎會所屬敎徒 全體」로써 構成된 法人格없는 社團이 存在하는가. 分裂以後에 敎徒의 死亡, 敎人の 加入・脫退等이 있었기 때문에, 分裂된 두 敎會의 敎徒를 全部 合하더라도 分裂前의 敎會構成員과 갈게 될 수는 없는 것이 普通이겠지만, 假使 갈게 된다고 하더라도 그들은 이미 두 개의 團體로 分裂해 있으므로 全體로서 하나의 團體를 構成하는 것은 아니다. 그러므로 「分裂當時의 敎會所屬敎徒 全體」로써 構成된 法人格없는 社團은 存在하지 아니하고, 그러므로 敎會財產이 「分裂當時의 敎會所屬敎徒 全體의 總有」에 屬한다고 한 判旨는, 마치 어떤 財產權이 實際로 存在하지 않는 幽靈에게 屬한다고 判示한 것이나 다를없다.

셋째로, 分裂되어 對立하고 있는 두 敎會의 敎徒를 全部 合하면 分裂前의 敎會構成員과 꼭 같게 된다고 하더라도, 이미 두 개의 團體로 分裂된 以上, 그들은 하나의 團體를 構成하는 것은 아니라 함은 上述하였거니와, 그들이 어떻게 해서 一堂에 모이게 되었다고 假定하더라도——假令 財產歸屬問題를 決定짓기爲하여 特別히 會合을 가진 結果 分裂前의 敎會構成員이 한 사람도 빠짐없이 全部 모였고 本來의 敎會構成員이 아닌 사람은 한 사람도 더 보태어진 사람이 없다고 假定하더라도——그것이 分裂前의 敎會의 敎徒總

會가 되지 못하는 것은 마찬가지이다. 왜냐하면, 教徒總會——一般的으로 社員總會——는 먼저 團體의 存在를 前提로 하고, 그 團體의 定款(憲法·規約·會則等) 그名稱은 如何든)이 定하는 바 節次에 依하여 集會하여야 비로소 有效하게 成立하는 것이기 때문에, 團體의 存在를 認定할 수 없는 以上 그 社員總會가 成立할 수 없음은 明白하다. 그럴진대, 分裂된 後의 두 教會가 假令 合同總會를 언다고 하더라도, 이 合同總會가 財産歸屬에 關하여 決議할 아무런 權限도 없음은 더욱 明白하다.

넷째로, 이와 같이 한 團體가 分裂한 以上, 分裂後에는, 分裂前의 團體의 意思를 作成할 길은 全無한 것이지만, 그뿐만 아니라, 分裂하기 前이라도, 이미 分裂의 氣勢가 뚜렷하여진 以上에는 그 總會의 決議로써 財産을 分裂된 어느 한 派에 歸屬시키는 決定을 하는 것은 妥當치 않다고 하지 않으면 안 될 것이다. 예컨대 百名으로 構成된 團體가 合法的 節次를 밟아서 成立한 總會에서 五十五名派와 四十五名派로 對立되어, 萬若에 將來 두 개의 團體로 分裂하는 境遇에는 財産은 全的으로 五十五名派의 團體에 歸屬할 것을 多數의 橫暴로써 決議하였다면 그 決議는 有效하다고 해야 할 것인가. 元來 社員總會는——法人格 없는 社團에 對하여도 原則적으로 社團法人에 關한 規定을 準用하여야 할 것이므로——언제든지 解散의 決議를 할 수 있는 것이 原則이고, 또 解散後의 殘餘財産의 歸屬에 關한 決議도 할 수 있다. 그러나 社團을 實質的으로 全部 解散하는 境遇에는 그럴 것지만, 實質的으로는 一部 社員만으로 團體를 存續케 하고 財産을 그들만이 차지하려고 하는 것이라면 그것은 少數派 社員의 社員權을 剝奪(所謂「少數社員權」의 剝奪이라는 뜻)하는 것이 되기 때문에 그러한 決議를 하더라도 無效라고 하지 않으면 안 될 것이다. 混同하지 않도록 乞注意)

以上 考察한 바를 要約컨대, 判旨가 「分裂當時의 教會所屬 教徒 全體의 總有」라고 한 것은 成立할 수 없는 觀念이고, 지금에 와서 教徒들 自身이 그 歸屬을 決定할 수 있는 어떠한 方法도 없는 것이다. 그렇게

도不拘하고 判旨가 法律上의 不可能을 判示한 것은 實質的으로는 裁判拒絕를 意味하는 것이라 아니할 수 없다.

三 그리면 本件을 어떻게 判決하여야 할 것인가. 判決에 나타난 것만으로는 具體的으로 本件의 事實內容을 細密히 알 수 없고, 더구나 各證據의 內容이 어떠한 것인지 알 수 없으므로, 本件에 對한 結論을 내릴 수는 없다. 다만, 判決에 나타난 事實만 가지고, 이러한 種類의 事件에 있어서 어떠한 點이 考慮되어야 할 것이냐를 살펴 보려고 한다.

첫째로, 教會의 法的性格은 어떠한 것이며, 教會財産의 所有關係는 어떠한 것인가. 大體로, 教會는, 宗教的目的을 가진 法人格없는 社團이고, 教會財産은 教會의 構成員 全體의 總有에 屬한다고 하여야 할 것이다. 教會의 內部關係, 財産의 管理等은 第一次로 教會憲法 其他의 自治法規의 規律을 받고, 第二次로는 一般法의 規律을 받는 것은 勿論이나. 堂會·諸職會·共同議會는 自治法規에 의하여 設置된 社團의 機關이며, 그 權限도 自治法規에 의하여 定하여진다.

둘째로, 堂會나 諸職會는 所屬教派의 變更을 決議할 수 있는나. 그러한 權限은 없다고 하여야 할 것이다. 왜냐하면, 教派의 分離는 教理의 相異에 依한 것이므로, 堂會나 諸職會에서 所屬教派의 變更을 決議하여 이것을 全教徒에 強要한다면, 그것은 곧 新教理를 信奉할 것을 強要하는 것이 되어, 各個人의 信仰의 自由를 侵害하게 될 터이기 때문이다. 이와 같이 信仰의 自由를 保障하는 憲法에 비추어 보아 堂會나 諸職會에 그러한 權限이 없다고 解하여야 할 뿐만 아니라, 어느 教派나 그 教派의 存續을 永久的인 것으로 豫定하고 있을 터인 만큼, 그 憲法으로 堂會나 諸職會에 그 教派를 떠날 權限을 주었다고는 解釋할 수 없다.

세째로, 教會가 分裂한 경우에, 그 財産의 歸屬은 어떻게 될 것이냐.

教徒가 個人的 行動으로 教會를 脫退하는 경우에는 問題가 없다. 教會財産은 教會의 總有에 屬하므로, 教會財産에 對한 使用收益權 및 教徒總會에 出席하여 教會財産의 管理·處分에 關與할 權利는 教會의 一員인 地位를 喪失함으로써 喪失되는 것이다.

堂會는 教會財産의 歸屬을 決定할 權限이 있느냐. 堂會는 教會財産에 對한 管理權은 있을지라도, 總有의 性質에서 보더라도 處分權은 없다고 하여야 할 것이다. 더구나 分裂의 경우의 歸屬을 決定할 權限은 없다고 하여야 할 것이다.

教徒總會는 分裂의 경우의 教會財産의 歸屬을 決定할 權限이 있느냐. 全員一致로써라면 이를 決定할 수 있다고 하여도 좋을 것이다. 教會財産은 結局 그들 全員의 總有에 屬하는 것이므로, 全員의 意思가 合致한다면 어떠한 處分이든지 할 수 있다고 하여야 할 것이기 때문이다.

問題는 教徒總會에서 意見이 對立되는 경우이다. 教會의 分裂이라는 問題가 없는 경우에는 勿論 多數決에 依하여 決定할 것이지만, 教會의 分裂이 豫見되는 경우에, 分裂後의 財産歸屬問題를 多數決로 定할 수 있느냐. 이 경우에 多數決이 不當하다 함은 위에서 一言한 바와 같다.

그러면, 教徒總會도 結局 財産歸屬問題를 決定짓지 못하고 教會가 分裂해 버렸으면 그 歸屬關係는 어떻게 되느냐. 그 경우에는, 教會財産은 分裂된 두 개의 教會의 共有에 屬하고, 그 共有持分이 各教會의 教徒全體에 總有的으로 歸屬한다고 解하는 수 밖에 없을 것이다. 그리고 그 持分の 比率 또는 分割方法에 關하여 다툼이 있을 때에는 法院에 그 分割을 請求할 수 있다.

셋째로, 分裂後의 財産歸屬關係를 定함에 있어서—— 더욱 具體的으로 말하여, 法院이 持分の 比率를 定

함에 있어서——어느 쪽의 教會가 本來의 教會와 同一性を 가진 것이냐에 關한 判斷이 決定的 役割을 하
 여야 할——또는 前提가 되어야 할——것이나。換言하면, 本來의 教會의 繼承者라고 認定되는 側에 教會
 財産의 全部를 또는 보다 厚한 比率을 歸屬시켜야 하는냐。만드시 그럴 必要는 없을 것으로 생각한다。이
 것은, 위에서 堂會나 諸職會에 所屬敎派의 變更을 決議할 權限이 없다고 한 것과 矛盾되는 것처럼 들릴
 는지 모른다。그러나 위에서 所屬敎派 變更의 決議權이 없다고 한 것은 少數人의 決議로써 各個人의 信仰
 을 強要할 수 없다는 意味에서이었다。그러나 甲敎會가, 各自가 擇하는 바에 따라——그 經過는 어떻게
 되었든, 적어도 어느 個人의 信仰의 自由를 侵害함도 없이——이미 A·B 兩敎會로 分裂되었다면, 그 敎
 理에 있어서는 어느 편이 甲敎會와 같은 敎理를 信奉하는 것이든 間에——그리고 敎理의 異同을 가리는
 것은 宗敎問題이다——, 法的見地에서 볼 때에는 A·B 모두 甲敎會의 分身임에 틀림없다。그런진대 財
 產法上 A·B 어느 편이나 甲敎會의 財産에 對하여 完全히 權利를 喪失해야 할 까닭은 없다。이 理致는
 A·B 中의 어느 편의 敎理가 甲敎會의 그것과 다르다 하더라도 마찬가지이다。基督敎史上 敎理의 革新
 으로서 最大의 事例가 宗敎改革이었다。그러면, 新敎는 新敎理를 提唱한 것이기 때문에 舊敎時代의 敎會
 財産에 對한 一切의 權利를 喪失하였느냐。그 財産의 分配의 比率이나 方法等은 곳에 따라서 모두 달랐지
 만 大體로 어디에서나, 本來의 敎會財産은 新敎·舊敎間에서 分配되었으며, 大體로 新敎가 優勢한 곳에
 서는 新敎가 많이 차지하였다。本件과 같은 경우에도 參考가 될 것이다。

四 大法院이, 分裂前의 敎會財産을 分裂된 後의 어느 한 派에만 全的으로 歸屬시켜서는 妥當해도 妥當
 치 않겠다고 생각한 點은 正當하다고 믿는다。그러나 그 法律的 構成에 있어서 「分裂當時의 敎會所屬敎徒
 全員의 總有」라는 法律上 있을 수 없는 觀念을 내 걸음으로써 實質的으로 裁判拒絕과 다름없는 結果를 가

저은 것이다. 마땅히, 두派的의 共有에 屬하고, 그 共有持分이 各派에 總有的으로 歸屬한다는 構成을 取해야 할 것이다.

金 曾 漢

〈筆者——本大學副教授〉

(二) 正當防衛

檀紀四二八九年 十月十二日 大法院 刑事部判決

〔主文〕 原判決을 破棄한다. 被告人은 無罪.

〔理由〕 被告人의 辯護人、辯護士 金泰東의 上告理由는 萬一 被告人에 對한 原審判決의 認定事實은 「金永根이 가다 시 木棒을 携帶하고 被告人家에 來到하여 房門을 四、五次 두드리면서 「이놈 주겨라」고 高喊을 지름으로 被告人은 자다가 일어나서 着衣하고 房門을 열고 마루에 나오자 同人은 마루에서 「오늘 너도 죽고 나도 죽자」하면서 被告人을 들로 끌어 내려 발로 차는等 暴行을 加함으로 激憤한 나머지 自家마루 위에 놓여있든 食刀一挺을 들고 同食刀로써 사람의 胸部 腹部等을 찌르면 人命을 害할 것을 認識함에도 不拘하고 同人의 左側胸部를 一斷하고 이어서 左側腹部를 一刺하고 다시 右內側腿部와 右側耳殼部를 各各 한 번씩 찌러서 同人으로 하여금 同所로부터 約四十米可量절어 가다가 右示胸部及 腹部等의 傷害로 말미암아 絶命케 하여서 此를 殺害한 것으로 보이는 一件記錄을 檢討하여 보면 原審公判調査中 「同被告人이 끌려 나갈 때 칼을 찌른 것을 記憶하는가? 答 그때는 精神이 없어 칼인지 무엇인지 모르고 急한 김에 내들렀읍니다. 問 「칼로 金永根의 胸部나 腹部를 찌른 것은 記憶하는가」 答 「急한 김에 精神없이 내들은 것만 認定(記憶)합니다.」 問 「萬若에 내들은 것이 칼이고 칼로 찌르면 죽는 것이라는 것을 생각 했는가」 答 「네」라는 問答(記錄第二四〇丁裏面以下)以外에 이를 認定할만한 何等の 證據資料가 없는바 當時 平素 中風症으로 因하여 半身不隨인 被告人은 被害者 金永根으로 부터 房內에서 마당으로 끌려내어 無數 亂打를 당함에 不自由한 病身인 被告人은 何等 反抗도 하지 못하고 仰臥하여 손을 左右로 내어 져다가 被告人이 끌려나오는데 힘줄러 마루에서 마당으로 떨어진 野菜用食刀(證第一號)를 偶然히 집