

# 적산의 헌법적 문제와 해방의 범위\*

- 홍진기의 주장을 예로 하여 -

양 천 수\*\*

## I. 서론

적산(敵産), 즉 귀속재산은 여전히 미묘한 논란거리를 야기한다. 물론 이에 관한 문제는 1948년 9월 11일에 체결된 「대한민국 정부와 미합중국 정부 간의 재정 및 재산에 관한 최초협정」(Initial Financial and Property Settlement Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the United States of America)과 1949년 12월 19일에 제정된 「귀속재산처리법」에 따라 법적인 측면에서는 일단락된 편이다.<sup>1)</sup> 그렇지만 한일 사이에는 여전히 논란의 불씨를 안고 있다. 특히 1965년에 체결된 ‘한일 청구권협정’이 최근 대법원에 의해 재해석되면서 귀속재산 문제는 언제나 쟁점으로 부각될 도화선을 가지게 되었다.<sup>2)</sup>

이러한 상황에서 헌법재판소는 2021년 1월 귀속재산 처리에 관해 흥미로운 판단을 하였다. 재조선미국육군사령부군정청 법령 제2호 제4조 등 위헌소원 사건을 다룬 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2018헌바88 결정에서 미군정

---

\* 이 글은 필자가 출간한 저서 「단체의 법이론: 유민 홍진기의 법이론」, 경인문화사, 2022, 제4장의 내용을 수정 및 보완하여 작성한 것입니다.

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사.

1) 귀속재산을 규율하는 법으로는 「귀속재산처리법」 외에 1963년 5월 29일 제정 및 시행된 「귀속재산처리에 관한 특별조치법」이 존재한다.

2) 이 문제에 관해서는 우선 주진열, “1965년 한일 청구권협정과 개인청구권 사건의 국제법 쟁점에 대한 고찰: 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결을 중심으로”, 「서울국제법연구」 제25권 제2호, 서울국제법연구원, 2018.12., 173-218면 참고. 더불어 남효순 외, 「일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구」, 박영사, 2014 참고.

의 귀속재산 처리는 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 것이다. 이 결정은 헌법재판소가 귀속재산 문제를 어떻게 파악하는지를 보여준다는 점에서 흥미롭다. 더불어 이 결정에서 헌법재판소가 전개한 논증은 앞으로 귀속재산 문제에 관해 발생할지 모르는 논란에 대처하는 데 유용한 근거가 될 것이다. 이에 이 글은 헌법재판소가 어떤 논증으로 귀속재산 문제를 해결하는지 분석하고자 한다. 더불어 귀속재산에 어떤 문제가 얽혀있는지를 보여준다는 점에서 선구적으로 이 문제를 다룬 홍진기의 주장을 소개 및 분석하고자 한다. 이를 통해 귀속재산 문제를 해결하는 데 유용한 몇 가지 시사점을 획득하고자 한다.

## II. 헌법재판소 결정 분석

### 1. 사실 관계

이 사건에서는 다음과 같은 사실이 문제되었다.<sup>3)</sup>

청구인들은 2016년 11월 24일 이 사건 토지를 경매절차에서 낙찰 받아 그 소유권을 취득한 사람들이다. 청구인들은 2017년 4월 3일 울산광역시 중구가 아무런 권원 없이 이 사건 토지를 도로 포장 등의 방법으로 점유·사용하고 있으므로 그로 인한 부당이득금을 지급할 의무가 있다고 주장하면서 울산광역시 중구를 상대로 부당이득금 반환청구의 소를 제기하였다.<sup>4)</sup>

이에 울산광역시 중구는 다음과 같은 사실을 주장하였다. 우선 이 사건 토지의 전 소유자인 A의 부친 B가 1945년 8월 10일 조선에 있던 일본 국민(이하 '일본인'으로 한다) C로부터 이 사건 토지를 매수하고 1945년 9월 7일 소유권이전등기를 마쳤다. 그런데 1945년 9월 25일 공포된 재조선미국육군사

3) 아래 사실 관계는 결정문의 사건개요를 바탕으로 하여 이를 수정 및 정리한 것이다.

4) 울산지방법원 2017가소205205 판결.

령부군정청 법령(이하 ‘미 군정청 법령’이라 한다) 제2호는 일본인의 모든 재산권 이전 행위를 금지함(제1조)과 동시에 1945년 8월 9일 이후에 체결한 재산권 이전을 목적으로 한 법률행위를 무효로 하였다(제4조). 더불어 1945년 12월 6일 공포된 미 군정청 법령 제33호 제2조는 1945년 8월 9일 이후 일본인의 모든 재산은 미 군정청이 취득한다고 규정하였다. 이후 1948년 9월 11일경 체결된 「대한민국 정부와 미합중국 정부 간의 재정 및 재산에 관한 최초협정」 제5조는 미 군정청에 귀속되었던 일본인의 재산 가운데 그때까지 불하되지 않은 귀속재산은 대한민국 정부에 이양된다고 규정하였다. 마지막으로 구 「귀속재산처리에 관한 특별조치법」 제2조 제1호 및 같은 법 부칙 제5조에 의하여 1964년 12월 말일까지 매매계약이 체결되지 않은 재산은 무상으로 국유화되었다. 따라서 이 사건 토지는 1964년 12월 말일까지 매매계약이 체결된 사실이 없으므로 국유의 재산이고 청구인들은 소유권 없는 자들로부터 이를 승계하였으므로 청구인들 명의의 소유권이전등기가 유효함을 전제로 한 청구인들의 부당이득금 반환 청구는 기각되어야 한다고 항변하였다.

이에 청구인들은 위 소송 계속 중인 2017년 6월 19일 미 군정청 법령 제2호 제4조, 미 군정청 법령 제33호 제2조, 구 「귀속재산처리법」 제2조, 구 「귀속재산처리에 관한 특별조치법」 제2조 제1호 및 같은 법 부칙 제5조 제1항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 2018년 1월 2일 기각되었다.<sup>5)</sup> 이에 2018년 1월 23일 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 쟁점

이 사건에서는 귀속재산 처리에 관해 다음과 같은 쟁점이 문제되었다. 우선 미 군정청 법령 제2호 및 제33호 등은 진정소급입법에 해당하는지 문제

5) 울산지방법원 2017카기10033 판결.

된다. 만약 그렇다면 이는 우리 헌법 제13조 제2항이 규정하는 소급입법금지 원칙에 위반하여 무효가 되는지 문제된다. 이에 관해 다시 두 가지가 쟁점이 된다. 첫째, 이 사건 토지를 일본인으로부터 최초로 매수한 B가 자신의 매매 행위가 유효하다고 신뢰한 점이 헌법으로 보호할 만한 가치가 있는가 하는 점이다. 둘째, 이러한 신뢰가 헌법으로 보호할 만한 가치가 있다 하더라도 이것이 이 사건 토지 몰수로 얻게 되는 공익보다 더 큰 것인가 하는 점이다.

### 3. 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 이러한 쟁점을 다음과 같이 판단한다.

먼저 미 군정청 법령 제2호 및 제33호 등이 진정소급입법에 해당한다는 점은 인정한다. 그러면서 헌법재판소는 “진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이나 예외적으로 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우, 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다.”<sup>6)</sup>고 한다.

그렇다면 이 사건에서 진정소급입법을 허용할 만한 두 가지 사유가 있는지 문제된다. 이에 관해 헌법재판소는 다음과 같이 논증한다. “1945. 8. 9.은 일본의 패망이 기정사실화된 시점으로, 그 이후 남한 내에 미군정이 수립되고 일본인의 사유재산에 대한 동결 및 귀속조치가 이루어지기까지 법적 상태는 매우 불확실하고 혼란스러웠으므로 1945. 8. 9. 이후 조선에 남아 있던 일본인들이 일본의 패망과 미군정의 수립에도 불구하고 그들이 한반도 내에

---

6) 강조는 인용자가 추가한 것이다. 여기서 헌법재판소는 현재 1996. 2. 16. 96헌가2; 현재 2011. 3. 31. 2008헌바141등을 인용한다. 한편 여기에서 헌법재판소가 구사하는 논증은 라드브루흐 공식과 상당히 유사하다. 라드브루흐 공식에 관해서는 프랑크 잘리거, 윤재왕 (옮김), 「라드브루흐 공식과 법치국가」, 세창출판사, 2011 참고.

서 소유하거나 관리하던 재산을 자유롭게 거래하거나 처분할 수 있다고 신뢰하였다 하더라도 그러한 신뢰가 헌법적으로 보호할 만한 가치가 있는 신뢰라고 보기 어렵다.”는 것이다. 요컨대 진정소급입법을 정당화할 수 있는 첫 번째 요건이 충족된다는 것이다.

나아가 헌법재판소는 다음과 같이 말한다. “일본인들이 불법적인 한일병합조약을 통하여 조선 내에서 축적한 재산을 1945. 8. 9. 상태 그대로 일괄 동결시키고 그 산일과 훼손을 방지하여 향후 수립될 대한민국에 이양한다는 공익은, 한반도 내의 사유재산을 자유롭게 처분하고 일본 본토로 철수하고자 하였던 일본인이나, 일본의 패망 직후 일본인으로부터 재산을 매수한 한국인들에 대한 신뢰보호의 요청보다 훨씬 더 중대하다.”는 것이다. 말하자면 매수인의 토지 거래행위에 대한 신뢰를 보호해야 하는 요청보다 이 사건 토지를 몰수함으로써 얻게 되는 공익이 더욱 크다는 것이다.

결국 헌법재판소는 이러한 논증을 통해 이 사건에서 문제된 미 군정청 법령 제2호 및 제33호 등은 헌법에 위반되지 않는다고 판시한다.

### Ⅲ. 적산의 법적 지위 및 문제

이러한 헌법재판소의 결정은 어떻게 평가할 수 있을까? 이 문제를 판단하려면 적산, 즉 귀속재산의 법적 지위가 무엇인지, 미군정과 대한민국 정부가 적산에 내린 법적 처리를 어떻게 판단할 수 있는지를 검토할 필요가 있다. 그런데 이 문제에 관해 홍진기는 일찍부터 관심을 가지고 있었다. 홍진기는 이승만 정부에서 법무부장관과 내무부장관을 지낸 전직 관료이자 동양방송(TBC)과 중앙일보 회장을 역임한 기업가로 알려져 있다.<sup>7)</sup> 그렇지만 홍진기는 여러 독창적인 법학논문을 저술한 법률가이기도 하였다. 특히 홍진기가

7) 홍진기의 생애에 관해서는 김영희, 「이 사람아, 공부해」, 민음사, 2011 참고.

일본의 상법학자 타케다 쇼(竹田省)와 학술적 논쟁을 펼친 일은 상법학자들 사이에서는 유명한 사건으로 기억된다.<sup>8)</sup> 그러나 홍진기가 해방 이후 저술한 법학논문을 살펴보면 홍진기의 법학적 관심이 상법학에 한정되지 않았음을 간취할 수 있다.<sup>9)</sup> 그러한 예로 적산 및 귀속재산에 관한 논문을 들 수 있다. 당시 미군정과 대한민국의 공무원으로서 적산 문제에 큰 관심을 기울였던 홍진기는 이를 어떻게 처리하는 게 바람직한지 고민한다. 이에 아래에서는 홍진기의 논의를 원용하여 적산의 법적 지위 및 문제점을 검토한다.

## 1. 적산의 의의와 문제점

귀속재산이란 미 군정청이 접수한 적산을 말한다. 이때 적산이란 적의 재산, 즉 일본인의 재산으로 조선에 있던 재산을 지칭한다. 따라서 적이란 일본을 말한다. 미국에 태평양 전쟁을 벌인 일본이기에 미국에서 볼 때 일본은 적인 것이다. 미군정은 통상적인 적산과는 달리 조선에 있던 적산은 별도로 취급하였다. 미군정이 시작되면서 미 군정청은 먼저 미 군정청 법령 제2호 제1조를 통해 일본인의 모든 재산권 이전 행위를 금지하였다. 더불어 제4조에서 1945년 8월 9일 이후에 재산권 이전을 목적으로 하여 일본이 체결한 법률행위를 무효로 하였다.<sup>10)</sup> 나아가 군정을 시작한 직후인 1945년 12월 16일자 법령 제33호 제2조로 조선에 있던 모든 일본인 재산을 군정청에 귀속(vest)시킨다고 선포하였다. 이를 통해 적산은 미 군정청이 소유(own)한다고 선언하였다.<sup>11)</sup> 조선에 있던 적산의 귀속주체가 일본국 또는 일본인에서 미

---

8) 이를 보여주는 홍진기법률연구재단 (편), 「유민 홍진기 법률논문 선집」, 경인문화사, 2016, 12-15면 참고.

9) 이에 관한 분석으로는 양천수, “사법심사로서 법률에 반하는 범형성: 홍진기의 주장을 예로 하여”, 「안암법학」 제63호, 안암법학회, 2021.11., 413-445면 참고. 홍진기가 저술한 법학 논문은 대부분 홍진기법률연구재단 (편), 「유민 홍진기 법률논문 선집」, 경인문화사, 2016에 수록되어 있다.

10) 여기서 그 시점이 1945년 8월 15일이 아닌 8월 9일이라는 점이 흥미롭다. 8월 9일은 일본 나가사키에 두 번째 원자폭탄이 투하된 날이다.

군정청으로 바뀐 것이다. 이후 1948년 대한민국 정부가 수립되고 같은 해 9월 11일 「대한민국 정부와 미합중국 정부 간의 재정 및 재산에 관한 최초협정」이 체결되면서 협정 제5조에 따라 미 군정청이 소유하던 귀속재산(vested property)은 대한민국 정부에 이양된다. 귀속재산이 대한민국의 국유재산이 된 것이다.<sup>12)</sup>

그렇지만 국제법의 측면에서 볼 때 적산, 즉 귀속재산에는 다음과 같은 문제가 제기된다. 첫째, 당시 국제법, 특히 「육전의 법 및 관습에 관한 협약(헤이그 제2협약)」(Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land (Hague II)) 제46조에 따르면 개인의 사유재산은 점령군이 몰수할 수 없다는 ‘개인재산 불몰수의 원칙’이 자리매김하고 있었다.<sup>13)</sup> 이에 따르면 미 군정청에 귀속된 일본인 사유재산은 처음부터 귀속될 수 없는 것이고 따라서 이는 대한민국 정부의 국유재산이 될 수 없다는 주장을 도출할 수 있다.<sup>14)</sup> 이러한 원칙을 관철하면 이는 원래의 소유자인 일본인 개개인에게 반환해야 한다는 결론이 나온다.

둘째, 이러한 문제를 의식한 듯 「대한민국 정부와 미합중국 정부 간의 재정 및 재산에 관한 최초협정」 제5조에 따르면 우리 정부는 “귀속재산을 ‘접수 및 관리할 별개의 정부기관’을 설치할 의무”를 부담한다. 이에 따라 임시관리국이 설치된다. 이로 인해 “귀속재산은 대한민국에 이양된 후에도 의연히 일반 국유재산과 구별하여 관리될 특수성을 보유하고 있는 것이 분명”하다는 평가가 이루어지기도 한다.<sup>15)</sup> 귀속재산의 소유관계가 명확하지만은 않

11) 홍진기, “귀속재산에 대한 법적 과제: 귀속성의 불식의 시급성”, 홍진기법률연구재단 (편), 「유민 홍진기 법률논문 선집」, 경인문화사, 2016, 227면.

12) 홍진기, 앞의 논문(주11), 227면. 이 협정은 우리나라에서는 1948년 9월 20일에 발효되었다.

13) 이 협약은 흔히 ‘헤이그 육전규칙’으로 약칭된다. 제46조는 다음과 같이 정한다. “기문의 명예 및 권리, 개인의 생명 및 사유재산과 종교적 신념 및 자유는 존중되어야 한다. 사유재산은 몰수될 수 없다.” 이에 관해서는 (<https://www.law.go.kr/LSW/tryInfoP.do?mode=4&rttySeq=287&chrClsCd=010202>) 참고.

14) 홍진기, 앞의 논문(주11), 227-228면.

15) 홍진기, 앞의 논문(주11), 227면.

왔다는 것이다.

## 2. 적산회사의 법적 지위 변화

### (1) 개요

당시 귀속재산 중에서 가장 큰 비중을 차지하는 것은 회사, 즉 적산회사였다. 적산회사란 “적성(敵性)을 띤 회사”를 뜻한다.<sup>16)</sup> 따라서 적산회사란 일본 회사를 지칭한다. 그중에서도 이때 말하는 적산회사란 “일본자본계의 회사로서 남조선에 설립된 것”을 가리킨다.<sup>17)</sup> 적산 가운데 가장 큰 비중을 차지하는 재산이 적산회사였고 해방 당시 조선의 경제에서 적산회사가 차지하는 비중이 절대적이었다는 점을 감안하면 적산에 대한 법적 문제는 곧 적산회사에 대한 법적 문제가 된다고 말할 수 있다. 이미 언급한 것처럼 미국은 남조선에 군정을 펴면서 “법령 제2호와 제33호로써 다른 모든 일본인 재산과 함께 이러한 회사에 대한 일본인의 모든 권리도 군정청에 귀속(vest)”시켰다(법령 제33호 제2조).<sup>18)</sup>

홍진기에 따르면 이러한 적산회사에는 크게 두 가지 법적 문제가 얽혀 있다. 첫째는 국제법적인 문제이다. 미 군정청에 귀속된 적산회사는 최종적으로 누구에게 귀속되어야 하는지가 문제된다. 둘째는 회사법적인 문제이다. 적산회사를 단순히 미 군정청이 몰수한 재산(assets)으로 보아야 하는지 아니면 독자적인 법인이자 회사로 취급해야 하는지 문제된다.

적산회사는 말 그대로 회사이다. 그리고 당시 상법에 의하면 회사는 법인이다(상법 제54조).<sup>19)</sup> 그렇지만 홍진기에 따르면 미군정은 처음에는 자신들

16) 홍진기, “적산회사(敵産會社)의 회사적 성격”, 홍진기법률연구재단 (편), 「유민 홍진기 법률 논문 선집」, 경인문화사, 2016, 171면.

17) 홍진기, 앞의 논문(주16), 171면.

18) 홍진기, 앞의 논문(주16), 171면.

19) 이때 말하는 상법은 당시 여전히 시행되던 일본 상법을 말한다.



이 접수한 적산회사의 이 같은 성격을 명확하게 고려하지 않았다. 이에 따라 적산회사의 법적 성격은 미군정이 진행되면서 다음과 같이 변화되었다. «물적 재산⇒법인⇒회사»가 그것이다. 이는 적산회사가 단순한 객체인 재산에서 독자적인 법인인 회사로 변모했다는 점을 보여준다.<sup>20)</sup>

## (2) 물적 재산으로서 적산회사

홍진기에 의하면 처음에 적산회사는 “한낱 물적재산(physical assets)의 집합체로서만 대우되었다. 복잡한 기구를 갖는 회사로서의 성격이 인정되지 않은 것은 물론 그의 법인성, 즉 권리주체로서의 성격까지도 인식되지 않았다. 그러므로 거기에는 현행 상법전의 회사법이 개입할 여지는 전연 없었다.”<sup>21)</sup> 미군정은 초기에는 적산회사를 물적 재산으로만, 달리 말해 소유의 대상으로만 파악한 것이다.

## (3) 법인으로서 적산회사

그러나 독자적인 법인격을 가진 회사를 단순한 물적 재산, 즉 객체로 취급하는 것은 법적으로 볼 때 중대한 문제를 야기한다. 이에 1946년 4월 27일자 군정장관대리 지시인 「법령 제33조에 의하여 일본인 재산을 취득함으로 인한 법인채무의 지불에 관한 건」은 적산회사의 법인성을 인정한다. 이 지시에서 당시 법제장관(General Counsel)은 “일본 또는 일본인(자연인이고 법인이고)이 가졌던 주식 또는 그 외의 소유권(Other Ownership Interest)은 군정청에 귀속되었으나 회사재산에 대한 권리는 그 법인에 남아 있다.”는 의견을 제시함으로써 적산회사가 독자적인 ‘법인’(juristische Person)이라는 점을 승

20) 여기서 법인과 회사는 다음과 같이 구별된다. 법인은 법적 자격을 갖춘 단체를 지칭한다면 회사는 회사로서 기능을 수행하는 단체를 뜻한다. 특정한 단체를 법체계의 관점에서 파악한 게 법인이라면 회사는 특정한 단체를 조직 및 경제체계의 관점에서 파악한 것이다.

21) 홍진기, 앞의 논문(주16), 172면.

인한다.<sup>22)</sup> 마찬가지로 맥락에서 1946년 8월 26일자 재산관리관(The Property Custodian)의 「정책과 선례」 제8호도 “귀속재산을 더욱 잘 관리하여 그것을 운용·지배·이용·보존하기 위하여 재산관리관들은 귀속재산을 단순히 건물·공장설비 같은 물적재산(physical assets)으로서 취급할 것이 아니라 회사의 주식을 통하여 관리할 것”이라고 하여 귀속된 적산회사의 법인성을 인정한다.<sup>23)</sup>

#### (4) 회사로서 적산회사

그러나 흥진기는 이러한 조치만으로는 적산회사의 회사적 성격이 되살아나지 않았다고 지적한다. “회사경영에 관한 일체의 권능은 재산관리관에게 전속되고 회사가 회사로서 작용하려면 필수적 기관인 취체역·감사역·주주총회는 설치되지 않고 있다.”고 한다.<sup>24)</sup> 이러한 상황은 1947년 9월 17일자 군정장관대리의 재산관리관에 대한 지시인 「조선 내에서 창립된 법인관리에 관한 건」(Control of Judicial Persons Organized in Korea)을 통해 변화를 맞는다.<sup>25)</sup> 흥진기는 이 지시의 핵심 내용을 다음과 같이 요약한다.<sup>26)</sup>

첫째, “적산회사에 대한 이 신조치는 주식회사만을 대상으로 하였다는 것”이다. 이에 따라 다른 유형의 회사, 즉 합명회사나 합자회사, 유한회사에는 신조치가 적용되지 않는다.<sup>27)</sup>

둘째, “적산회사에 대한 적산관리는 주주로서의 권한으로써 하겠다는 것”이다.

셋째, “적산회사의 주주총회를 승인하여 거기에 조선인 주주를 참여시키는

---

22) 흥진기, 앞의 논문(주16), 173-174면.

23) 흥진기, 앞의 논문(주16), 174면.

24) 흥진기, 앞의 논문(주16), 174면.

25) 흥진기, 앞의 논문(주16), 176-177면.

26) 흥진기, 앞의 논문(주16), 178면.

27) 흥진기, 앞의 논문(주16), 178-179면.

것”이다. 이를 통해 주식회사인 적산회사의 회사적 성격이 분명하게 드러난다. 왜냐하면 주식회사는 주로 구성되는 주주총회를 통해 운영되기 때문이다.<sup>28)</sup> 말을 바꾸면 주식회사의 대표적인 기관이 바로 주주총회인 것이다. 따라서 주주총회를 인정한다는 것은 적산회사를 주식회사로 인정한다는 것을 뜻한다.

넷째, “주주총회에서 선임된 중역회(Board of Directors)를 승인하여 거기다가 회사의 운영권을 주는 것”이다.

다섯째, “귀속주식이 소수(not substantial)인 적산회사는 조선인 주주를 대표하는 중역회에다 거의 전적으로 회사 운영을 넘긴다는 것”이다. 여기서 주목해야 할 점은 홍진기는 ‘귀속회사’(vested company)와 ‘점수회사’(requisitioned company)를 구별한다는 점이다. 홍진기는 그 근거를 1946년 4월 27일자 군정장관대리의 지시에서 찾는다. 이에 따르면 귀속회사란 “북위 38도 이남 조선지방법원에 등기된 법인으로서 그 주식 또는 기타 이익 전부 또는 대다수가 군정청에 귀속된 것”을 뜻한다. 이에 대해 점수회사란 “북위 38도 이남 조선에 등기된 법인으로서 그 주식 또는 기타 이익의 소수가 군정청에 귀속되었으나 그 경영관리를 군정청이 하고 있는 것”을 뜻한다.<sup>29)</sup> 그렇다면 위에서 말하는 “귀속주식이 소수(not substantial)인 적산회사”는 점수회사를 지칭하고 이러한 점수회사를 경영하는 과정에서는 조선인이 중심이 될 수 있음을 시사한다. 요컨대 “적산회사 중에 귀속주식이 소수(not substantial)인 때는 조선인 주주를 대표하는, 즉 조선인의 주식이 대다수면 중역은 조선인의 의사에 의하여서만 선임될 중역에게 법적 전(全) 권한을 주고 군정청은 그 회사를 순전한 조선인 회사처럼 대할 것이고 소수 주식의 선량한 수탁자로서 행세”해야 한다는 것이다.<sup>30)</sup>

28) 홍진기, 앞의 논문(주16), 179면.

29) 홍진기, 앞의 논문(주16), 180면.

30) 홍진기, 앞의 논문(주16), 180면. 다만 홍진기에 따르면 이 지시는 관재령 제10호에는 반영되지 않았다.

재산관리관은 이러한 군정장관대리의 지시에 따라 1947년 12월 6일자로 관재령(Custody Order) 제10호인 「재산관리관이 그 주식 또는 기타 이익을 가진 조선 내에 설립된 각종 법인의 운영에 관한 건」을 발령하였다. 관재령 제10호는 군정장관대리의 지시를 구체화한 것이다. 이를 통해 비로소 적산회사는 법인으로뿐만 아니라 회사로 자리매김 한다.<sup>31)</sup>

여기서 다음과 같은 의문을 제기할 수 있다. 왜 흥진기는 적산회사의 회사적 성격에 주목한 것일까? 그 이유는 흥진기가 볼 때 적산회사는 조선에 있는 회사로 궁극적으로 그것은 미국도 일본도 아닌 조선에 귀속되어야 하기 때문이다. 달리 말해 적산회사는 조선이라는 해방국가의 재산이라는 것이다. 흥진기는 다음과 같이 말한다.<sup>32)</sup>

“그러나 남조선에 있는 일본인 재산을 미군정청이 관리하는 것은 이것과는 특이하다. 미군의 남조선 점령은 국제법상 전시점령이긴 하되 일본과의 교전에 그 목적이 있었던 것이 아니라 정전 후 오히려 그 무장해제와 아울러 일본의 기반에서 조선을 해방하는 데 목적이 있는 것이다(포고 제1호). 그러므로 남조선에 있는 일본인 재산은 미국에 대하여 적산이긴 하되 자기 영역 내에 있는 재산이 아니라 이른바 해방국가에 있는 재산이다. 그리고 미군정청이 이러한 적산을 관리함은 통상의 적산관리에서와 같이 자기의 배상담보를 목적으로 삼아서는 안 될 것이다.”

이러한 주장에서 나중에 흥진기가 발전시킬 ‘해방의 법리’에 대한 원형을 발견할 수 있다. 적산회사는 해방의 법리에 따라 조선에 그것도 매각처분 방식이 아닌 경영 방식으로 귀속되어야 한다는 것이다. 흥진기는 적산회사를 포함하는 적산 혹은 귀속재산은 “어떠한 경로를 밟아서든 해방국인 조선에

---

31) 흥진기, 앞의 논문(주16), 178면.

32) 흥진기, 앞의 논문(주16), 174-175면.

귀속되어야 할 운명”이라고 말한다. 또한 당시 적산회사가 조선 경제에서 차지하는 비중을 고려할 때 “조선에 있어서의 적산관리는 다만 소극적으로 강화회의 때까지 그것을 보관하여야 할 뿐 아니라 적극적으로 현재 당장에서부터 조선의 경제적 복리를 위하도록 시급히 또 그 최고 능력을 다하여 운용하여야” 한다고 주장한다.<sup>33)</sup>

이 같은 근거에서 흥진기는 미 군정청에 귀속된 적산회사의 회사적 성격을 복원해야 한다고 역설한다. 조선에 자리한 적산회사의 회사 기능을 하루 빨리 복원함으로써 조선 경제가 회복되는 데 기여하자는 것이다. 그 점에서 흥진기는 적산회사에 대한 미군정의 관리방식은 특이하다고 진단한다. 당시의 일본 적산관리법 제2조에 따르면 적산에 대한 통상적인 관리 방식으로는 적산관리인에 의한 관리보다는 매각처분이 더욱 활용된다고 한다.<sup>34)</sup> 그 이유는 “기업체를 환가하여 금전으로서 관리함이 편리할 뿐 아니라 위의 비물수의 원칙을 정면으로 깨뜨리지는 않게 유상으로는 하되 국내에서 적의 기업을 소통하자는 계략” 때문이라고 한다.<sup>35)</sup> 그러나 조선에 있는 적산, 특히 적산기업에는 이러한 방식을 적용하는 것보다 오히려 조선 경제에 기여할 수 있는 “가장 능률적인 운용”을 꾀해야 한다고 강조한다. 바로 이 점에서 흥진기는 적산회사의 회사적 성격을 강조하는 것이다.<sup>36)</sup>

## (5) 귀속재산처리법 시행과 적산회사

앞에서 언급한 것처럼 미군정에서 귀속재산으로 묶였던 적산회사는 1947

33) 흥진기, 앞의 논문(주16), 175면.

34) 흥진기, 앞의 논문(주16), 175면. 여기서 흥진기는 일본의 적산관리법 제2조 및 野田卯一, “敵産管理法解説”, 「法律時報」第14卷 第2号, 1942.2., 79-81면을 인용한다.

35) 흥진기, 앞의 논문(주16), 175면. 당시의 국제관습법 및 영국의 대적거래법(Trading with the Enemy Act) 제7조에 따르면 적산 중에서 개인의 사유재산은 몰수할 수 없다는 비물수의 원칙이 확립되어 있었다고 한다. 이에 관해 흥진기는 内田弘文, “英國の對敵取引法及敵産管理法について”, 「法律時報」第14卷 第1号, 1942.1., 74-77면을 인용한다.

36) 흥진기, 앞의 논문(주16), 175-176면.

년 12월 6일 관재령 제10호인 「재산관리관이 그 주식 또는 기타 이익을 가진 조선 내에 설립된 각종 법인의 운영에 관한 건」이 발령되면서 작동하지 못하는 물적 객체가 아니라 독자적인 회사로 작동할 수 있게 되었다. 그런데 문제는 1948년 8월 15일 군정이 막을 내리면서 관재령 제10호의 의미가 상실되고 말았다는 것이다.<sup>37)</sup> 이후 홍진기가 논문 “귀속재산에 대한 법적 과제”를 쓸 당시까지 귀속재산에 관해 아무 것도 하지 못했다고 진단한다. “귀속재산은 귀속재산인 채로 방임”되어 있다는 것이다.<sup>38)</sup>

이후 이승만 정부는 1949년 12월 19일에 「귀속재산처리법」을 제정 및 시행한다. 이 법은 “귀속재산을 유효적절히 처리함으로써 산업부흥과 국민경제의 안정을 기함을 목적”으로 한다(제1조). 그러나 홍진기가 볼 때 귀속재산처리법은 문제가 없지 않다. 왜냐하면 “우리나라 귀속재산처리법이 이 관재령 제10호에 의한 회사적 운영의 방식을 명문으로 써 받지” 않았기 때문이다.<sup>39)</sup> 이 같은 문제의식에서 홍진기는 귀속성의 불식 방안으로 세 가지를 제시한다.

첫째, “종래 주식회사이었던 귀속사업체는 전부 관재령 제10호를 적용하여 조속히 회사적 구성을 회복시켜야” 한다는 것이다. 이를 위해 홍진기는 귀속재산인 기업체를 매각하는 방안보다는 주식을 매각하는 방안(귀속재산법 제8조 제4항)을 선택할 것을 주장한다. 이렇게 해야 한인주주에게 이익이 되기 때문이다.<sup>40)</sup>

둘째, 제헌헌법 제87조가 열거한 중요기업, 즉 “운수·통신·금융·보험·전기·수리·수도·가스 및 그 외의 공공성을 가진 기업”은 국영 또는 공영으로 해야 하므로 귀속재산법 제3조에 따르면 매각 대상에서 제외된다.<sup>41)</sup> 당시의 귀속재산법에 의하면 이러한 중요기업은 정부가 관리하는 것

37) 홍진기, 앞의 논문(주11), 233-234면.

38) 홍진기, 앞의 논문(주11), 234면.

39) 홍진기, 앞의 논문(주11), 235면.

40) 홍진기, 앞의 논문(주11), 235면.

41) 귀속재산법 제3조에 따르면 “귀속재산은 본법과 본법의 규정에 의하여 발하는 명령의 정하는 바에 의하여 국유 또는 공유재산, 국영 또는 공영기업체로 지정되는 것을 제한 외에는

을 원칙으로 하면서 임대 또는 관리인에 의한 관리가 허용된다(제24조 및 제25조). 그러나 흥진기는 이러한 중요기업 역시 주식회사의 운영 방법에 따라 운영되어야 한다고 역설한다.<sup>42)</sup>

셋째, 이러한 중요기업은 “조속히 순수한 한국법인으로 조직변경”해야 한다고 말한다. 그렇게 해야만 중요기업이 기업으로 발전할 수 있기 때문이다. 따라서 “이러한 중요기업의 국영화를 위한 입법조치가 시급히 계속 행하여져서 그러한 국책회사가 시급히 연달아 나타나야” 한다고 강조한다.<sup>43)</sup>

## IV. 적산의 법적 문제 및 해법

### 1. 문제점

앞에서 살펴본 것처럼 적산회사를 포함하는 적산은 미군정 아래에서 법령 제33호에 따라 1945년 9월 25일자로 미 군정청에 귀속되었다가 1948년 9월 11일에 체결된 「대한민국 정부와 미합중국 정부 간의 재정 및 재산에 관한 최종협정」에 따라 대한민국 정부에 이양되었다. 이후 1951년 9월 8일 미일 간에 체결된 「샌프란시스코 강화조약」(Treaty of San Francisco) 제4조 b에 따라 “미군정 또는 그 지령에 의해 일본의 전 식민지에서 행해진 일본과 일본 국민의 재산 처리의 효력을 일본 정부가 승인”함으로써 최종적으로 대한민국 정부의 국유재산이 되었다.<sup>44)</sup> 소유권의 견지에서 보면 귀속재산의 소유권 귀속주체가 일본에서 미군정 그리고 최종적으로 대한민국 정부가 된 것이다.

---

대한민국의 국민 또는 법인에게 매각한다.”

42) 흥진기, 앞의 논문(주11), 235-236면.

43) 흥진기, 앞의 논문(주11), 236면.

44) 흥진기, “해방의 국제법적 성격”, 흥진기법률연구재단 (편), 「유민 흥진기 법률논문 선집」, 경인문화사, 2016, 356면. 이 글은 논문이 아닌 연설문이다. 한편 샌프란시스코 강화조약은 샌프란시스코 평화조약, 대일강화조약 등으로도 불린다.

문제는 귀속재산에 대한 이 같은 처리가 국제법의 원칙에서 볼 때 반드시 명확하게 타당한 것만은 아니라는 것이다. 그 이유는 1910년에 발효된 「육전의 법 및 관습에 관한 협약(헤이그 제2협약)」 제46조에 따르면 점령군이 점령지역에 있는 민간인의 사유재산을 몰수하는 것은 허용되지 않기 때문이다. 이러한 민간재산 비몰수 원칙을 귀속재산에 적용하면 해방 당시 조선에 있던 일본인의 민간재산을 미 군정청이 몰수한 것은 위법한 행위가 된다. 따라서 이러한 귀속재산이 대한민국 정부에 이양된 것도 허용되지 않는다. 바로 이 같은 근거에서 제3차 한일회담에서 당시 일본의 수석대표였던 구보타는 이를 문제 삼는 이른바 ‘구보타 망언’을 내뱉은 것이다.<sup>45)</sup>

## 2. 해법으로서 해방의 법리

그러면 대한민국 정부가 관리하는 귀속재산은 국제법상 개인재산 비몰수의 원칙에 따라 대한민국의 소유가 될 수는 없는 것이기에 일본에 반환해야 할까? 달리 말해 한국과 일본, 한국과 미국 및 미국과 일본 사이에 귀속재산에 관해 적법하게 조약을 체결했다 하더라도 그 내용이 국제법의 원칙에 합치하지 않으므로 효력을 인정할 수 없다고 보아야 하는가? 이 문제에 흥진기는 ‘해방의 법리’라는 독창적인 해법을 제시하여 대응한다. 이는 초기에는 ‘해방 국가의 특수성’이라는 이름으로 등장하였다가 이후 해방의 법리로 정립된다.

### (1) 해방국가의 특수성

적산에 관한 법적 문제가 불거지던 당시 흥진기는 ‘해방국가의 특수성’이라는 근거를 활용하여 이 문제에 대응한다.<sup>46)</sup>

---

45) 흥진기, 앞의 글(주44), 354면.

46) 흥진기, 앞의 논문(주11), 228면. 이 논문을 쓸 당시에는 아직 한일회담이 공식적으로 시작되지 않았다. 한일회담은 1951년부터 시작된다.



“그러나 우리의, 더구나 해방국가로서의 우리의 입장은 그러한 통상적인 옛 원칙을 묵수(墨守)할 수는 없는 것이고 오히려 그것을 깨뜨리고 나서서 제2차 대전 이후 새로운 현상으로 나타난 ‘해방국가’의 특수성을 살리는 새 원칙을 발견하여 주장하여야 할 것이니, 상술한 ‘귀속재산, 즉 국유재산’의 논리는 그러한 사명을 띤 이치로서 성립하여야 하는 것이다. 즉, 귀속재산 곧 국유재산이라는 논리는 이미 고정된 결론이 아니라 이제부터 앞으로 닦쳐올 강화회의를 통하여 새로 전취하여야 할 하나의 과제인 것이다.”

이에 의하면 귀속재산은 당위이자 목표로서 대한민국 정부의 국유재산이 되어야 한다. 다만 이는 현실이 아닌 과제, 달리 말해 ‘현재 있는 법’이 아닌 ‘앞으로 있어야 할 법’이라고 한다.<sup>47)</sup>

## (2) 해방의 법리

해방의 법리는 흥진기가 한일회담의 초기 과정에 참여하던 당시 일본 수석대표였던 구보타가 내뱉은 망언이 제기하는 귀속재산의 법적 문제를 새로운 차원에서 해소하기 위해 제시한 것이다.<sup>48)</sup> 흥진기에 따르면 해방의 법리에서 말하는 해방이란 “당연히 어떠한 상태에서부터 해방”을 의미한다. 더욱 구체적으로 말하면 “과거 제국주의자들의 폭력에 기초를 둔 식민 통치나 적국의 점령 상태가 전적으로 불법이라는 것을 전제로 하여, 이에서 벗어나 자유로워진다는” 것을 뜻한다. 한마디로 말해 “불법에서 벗어나 정상 상태를 회복한다는” 것이 바로 해방이다.<sup>49)</sup>

47) 흥진기, 앞의 논문(주11), 228면.

48) 구보타 망언에 흥진기는 다음과 같이 말한다. “이에 대해 본인은 한국 대표단의 일원으로서 이러한 일본 수석대표의 언동이 해방이란 새로운 사상과, 무조건 항복으로 끝난 2차 세계 대전 전후 처리 과정에서 변화를 겪고 있는 국제법의 새로운 추세를 바로 보지 못한 망발임을 조목조목 반박했습니다.” 흥진기, 앞의 글(주44), 355면.

49) 흥진기, 앞의 글(주44), 355면.

해방의 법리란 이러한 해방의 의미를 법의 차원, 특히 국제법의 차원에서 구현하는 것을 말한다. 구체적으로 말하면 식민 강점 국가와 해방 국가 사이에서는 헤이그 협약과 같이 식민 강대국들 사이에서 형성된 전통적인 국제법 법리를 적용할 수 없다는 것이다. 이러한 해방의 법리를 귀속재산 문제에 적용하면 귀속재산 자체는 일제 강점기라는 불법 상태에서 형성된 것이므로 이에는 재산 비몰수 원칙이 적용될 수 없다는 것이다. 요컨대 귀속재산의 소유권은 대한민국 정부에 최종적으로 귀속된다는 것이다.<sup>50)</sup>

그러나 당시 흥진기가 불 때 해방의 법리는 여전히 ‘현재 있는 법’(de lege lata)이 아니라 ‘앞으로 있어야 할 법’(de lege ferenda)에 머물러 있다. 국제법이 오직 부분적으로만 해방의 법리를 수용하고 있다는 것이다.<sup>51)</sup> 왜냐하면 흥진기가 불 때 “해방이란 정치 현상은 기존의 국제법 체계를 초월하는 새로운 사상”이었기 때문이다. 이러한 연유에서 흥진기는 “해방이란 새로운 사상을 국제법이 적절히 포섭할 수 있도록 전통 국제법에 해방이란 새로운 ‘챗터’가 추가되어야 한다는 것”을 제창한다.<sup>52)</sup> 그 이유를 다음과 같이 말한다.<sup>53)</sup>

50) 이러한 주장의 원형은 구보다 망언이 이슈가 된 제3차 한일회담에서 찾아볼 수 있다. 제3차 한일회담을 공식적으로 기록한 보고서는 아마도 흥진기로 추측되는 한일회담 참여자가 당시 다음과 같은 발언을 한 것으로 보고한다. “제2차 대전 이후에는 해방이라는 새로운 국제정치적 현상이 발생했다. 그러므로 연합국의 전후 처리에 있어서 제1차 대전 이후와는 다르다. 즉 샌프란시스코 평화조약 체결 이전에 재산처리보다 더 중요한 영토처리를 일본의 동의 없이 실시했다. 즉 노예상태에 있던 한인을 일본으로부터 해방시키기 위해 한국을 독립시키고, 그에 살던 일인(日人) 60만을 일시에 추방하고, 그 재산을 몰수하여 한국에 귀속시켰다. 이 재산의 몰수라는 것은 이러한 해방이라는 커다란 처리의 하나의 현상에 불과하다. (...) 이번 전후에 있어서 연합국의 일본인 재산 처리상황을 보면 일본 국내 영토 내에 있는 사유재산은 의연히 존중했으며 오직 재외(在外) 일인재산을 처리한 것이다. 한국, 즉 노예상태의 지역에 소재하던 일인(日人) 재산은 원래 권력적 착취에 의해 불법하게 취득했던 것이라고 해서 몰수한 것이니 해(該)지역을 해방시킨다는 제2차 대전 후의 새로운 고차원적 이상 즉 사소유권 존중보다도 더 고차적이고 더 강한 이상을 실현시키기 위하여 취해진 것이다.” 정인섭, “흥진기와 정부 수립 초기 국제법 활동”, 『국가와 헌법 : 1: 헌법총론/정치제도론』, 법문사, 2018, 744면에서 인용.

51) 흥진기, 앞의 글(주44), 354면.

52) 흥진기, 앞의 글(주44), 358면.

“국제법이건 국내법이건 간에 법이 목적하는 바는 정의이며, 그 정의를 실현시키는 작용이 다름 아닌 정치일 것입니다. 그렇다면 억압받던 민족과 나라의 해방보다 더한 정의가 과연 또 어디 있겠습니까?

이 해방이란 지고(至高)의 정의(正義)가 국제법의 밖에서 법초월적 정의로 방치되어 있다면 이를 법내재적 정의로 끌어올리는 것(Erheben)이야말로 현대 국제정치가 풀어야 할 시대적 숙제라 아니할 수 없습니다.

무릇 모든 법이 사실 관계로부터 연원(淵源)·형성되는 것이지만 국제법에 있어선 특히 국제사회의 현실과 유리된 법 원리는 당장 법으로서의 기능을 상실하고 맙니다. 이토록 국제법은 국제적 사실 관계와의 친근성(familiarity)을 그 생명으로 한다 하겠습니까.”

### 3. 분석

해방의 법리 및 그 이면을 분석하면 해방의 법리가 가진 논증 구조를 다음과 같이 구체화할 수 있을 것이다.

#### (1) 두 차례 세계대전의 전후 처리 사이의 차이

먼저 홍진기는 두 차례의 세계대전, 즉 제1차 세계대전과 제2차 세계대전이 종전된 후에 진행된 전후 처리 과정의 차이점에 주목한다. 양자 사이에는 공통점도 있지만 차이점이 더욱 부각된다. 특히 홍진기는 제2차 세계대전이 종전된 이후 ‘해방’이라는 현상이 전 세계를 휩쓸게 된 점에 주목한다.<sup>54)</sup> 물론 홍진기는 해방이라는 현상이 제2차 세계대전 이후에 비로소 출현한 것은 아니라고 말한다. 홍진기에 따르면 해방이라는 용어가 “민족과 국가의 차원에서 정치적 조명을 본격적으로 받게 된 것은 제1차 세계대전 이후”이다. 홍

53) 홍진기, 앞의 글(주44), 358면.

54) 홍진기, 앞의 글(주44), 353면.

진기는 말한다.<sup>55)</sup>

“1차 세계대전은 실로 민족 자결이란 새로운 이상에 힘입어 억압받던 민족들이 타민족 통치의 굴레에서 해방을 이룩하는 효시가 되었던 것입니다. 유럽의 정치 지도를 바꾼 베르사유 강화 조약과 터키를 상대로 한 세불 강화 조약에 따라 유럽에서 폴란드, 헝가리, 체코슬로바키아, 유고슬라비아가 해방되거나 더 큰 나라로 탈바꿈했고, 중동에서 헤자스 왕국이 해방의 기쁨을 맛보았습니다.”

다만 제1차 세계대전이 끝난 후에 체결된 베르사유 조약에서는 이처럼 민족자결 논의도 있었지만 강대국 사이의 배상 문제가 논의의 중심이 되었다.<sup>56)</sup> 반면 제2차 세계대전이 끝난 후에는 강대국 간의 배상 문제뿐만 아니라 식민 강점 국가에 대한 피식민 국가의 해방 문제 역시 논의의 초점으로 부각되었다. 홍진기가 전개한 논증에 따르면 해방이 문제되는 식민 강점 국가와 피식민 국가 사이에는 수평적인 관계를 전제로 하는 강대국 간의 배상 논리가 적용될 수 없다. 오히려 식민 강점 국가와 피식민 국가의 관계에서는 불법에 기반을 둔 수직적인 관계에서 벗어나야 한다는 논리, 즉 “불법에서 벗어나 정상 상태를 회복한다는” 해방의 논리가 적용되어야 한다.<sup>57)</sup> 바로 이 점에서 제2차 세계대전이 종전된 후에 이루어진 전후 처리 과정의 고유한 특징을 찾아볼 수 있다.

---

55) 홍진기, 앞의 글(주44), 352면.

56) 그러나 베르사유 조약과 샌프란시스코 강화조약의 성격과 차이점에 관해서는 다양한 해석이 존재한다. 따라서 양자의 성격과 차이를 일률적으로 규정하는 것은 쉽지 않다. 이를 보여주는 김승배, “베르사유평화체제와 샌프란시스코평화체제 속의 한일관계”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 2016; 김성원, “베르사유조약과의 비교를 통한 샌프란시스코조약의 비판적 검토”, 「동아법학」 제85호, 동아대학교 법학연구소, 2019.11., 197-221면 참고.

57) 홍진기, 앞의 글(주44), 355면.

## (2) 강대국 사이의 논리로서 헤이그 협약

이처럼 해방의 논리가 적용되는 식민 강점 국가와 피식민 국가 사이에는 강대국을 중심으로 하여 형성된 국제법의 논리가 적용될 수 없다. 이 같은 이유에서 흥진기는 민간인의 사유재산 몰수를 금지하는 헤이그 협약을 해방이 문제되는 식민 강점 국가와 피식민 국가의 관계에는 적용할 수 없다고 말한다. 헤이그 협약 역시 해방의 논리가 부각되기 이전에 형성된 것으로 대부분 식민지를 거느렸던 강대국들의 이익을 반영한 것이기 때문이다.

## (3) 귀속재산 처리의 정당성

이러한 근거에서 흥진기는 해방 이후 조선에 남아 있던 일본인의 재산을 미군정이 몰수한 후 이를 다시 대한민국 정부에 양도한 것은 정당하다고 말한다. 이는 조선의 해방에 따른 결과물이기에 민간인의 사유재산 몰수를 금지하는 헤이그 협약이 적용될 수 없다는 것이다. 설사 그것이 사유재산이라 할지라도 이는 일제 강점기라는 불법 상태를 기반으로 하여 형성된 것이므로 여기에는 재산 비몰수 원칙이 적용될 수 없다고 한다. 따라서 대한민국 정부가 최종적으로 귀속재산을 소유하는 것은 정당하고 이를 일본에 반환할 필요는 없다고 한다.

## (4) 국제법의 이원화

한편 해방의 법리에서 필자는 다음과 같은 흥진기의 통찰도 발견할 수 있다고 생각한다. 국제법의 이원화에 관한 통찰이 그것이다. 이때 국제법의 이원화란 국제법이 내적 분화를 거쳐 서로 다른 이념에 바탕을 둔 두 가지의 국제법으로 구별된다는 것을 뜻한다. 예를 들어 헤이그 협약은 식민지를 거느렸던 강대국들의 이익 또는 이와 연결된 자유주의 이념을 대변한다면 해방의 법리에 바탕을 둔 샌프란시스코 강화조약은 식민지에서 해방된 국가들

의 이익 또는 사회국가 이념을 대변한다는 것이다. 이처럼 모두 국제법에 속하는 국제규범이라 할지라도 해당 규범이 지향하는 이념이나 이익에 따라 서로 다른 두 가지 하위규범으로 구별된다는 것이다. 홍진기가 역설한 해방의 법리는 이렇게 국제법이 이원화되어야 함을 시사한 것으로 볼 수 있다. 사실 이러한 해석이 전혀 근거가 없는 것은 아니다. 왜냐하면 국제인권규약은 서로 다른 이념에 기반을 둔 국제인권규범, 이를테면 자유주의를 지향하는 시민적·정치적 권리와 사회국가를 지향하는 경제·사회·문화적 권리로 이원화되어 있기 때문이다.<sup>58)</sup>

## V. 맺음말

이 글에서 분석 대상으로 삼는 헌법재판소 결정은 홍진기가 역설한 해방의 법리를 직접 인용하지는 않는다. 헌법재판소는 귀속재산 처리가 정당하다는 점을 논증하기 위해 국제법이 아닌 국내법의 도그마틱을, 그것도 재산권 제한의 법리보다는 진정소급입법의 예외적 허용 법리를 다룰 뿐이다. 그렇지만 방론으로 제기한 논증에서 주목할 만한 세 가지를 찾아볼 수 있다.

첫째, 헌법재판소는 한일병합조약은 불법으로 본다<sup>59)</sup>는 것이다. 이에 따라 일본인들이 조선에 진출하여 축적한 재산은 보호할 가치가 적다고 판단한다. 여기서 “조선을 침탈하는 과정에서 일본인들이 조선에 진출하여 축적한 재산을 보전하고 이양한다는 공익은, 한반도 내의 사유재산을 자유롭게 처분하고 일본 본토로 철수하고자 하였던 재조선 일본인이나 일본의 패망

---

58) 국제인권규약에 관해서는 정인섭, “국제인권규약 가입 10년의 회고”, 「국제인권법」 제3호, 국제인권법학회, 2000.10., 1-34면 참고.

59) 한일병합조약이 불법이 되는지는 국내법과 국제법 사이에 차이가 있다. 우리 대법원과 헌법재판소는 이를 불법으로 파악하지만 국제법의 차원에서는 반드시 그렇지만은 않다. 이에 관해서는 주진열, 앞의 논문(주2), 173-218면 참고

직후 일본인으로부터 재산을 매수한 사람들에 대한 신뢰보호의 요청보다 훨씬 더 중대하다.”는 결론을 도출한다.

둘째, 미 군정청 포고 제1호를 원용함으로써 일제강점기 동안 “한민족이 노예상태에 있었다는 사실”을 확인한다.

셋째, 가장 주목할 만한 주장으로 헤이그 협약은 귀속재산에는 적용되지 않는다고 한 것이다. 헌법재판소는 다음과 같이 말한다. “1945. 8. 9.자로 동결된 재조선 일본인의 사유재산의 처리와 귀속에 대하여서는 당시 명확한 국제법규가 존재하지 아니하였다. 점령국에 관한 국제법규인 ‘육전의 법 및 관례에 관한 협약’(1907. 10. 18. 서명, 1910. 1. 26. 발효) 제46조는 ‘가문의 명예 및 권리, 개인의 생명 및 사유재산과 종교적 신념 및 그 행사는 존중되어야 한다. 사유재산은 이를 몰수할 수 없다.’고 규정하였으나, 일본 본토와 달리 한반도는 점령국인 일본으로부터 분리·독립된 지역이어서 한반도에 남아 있는 일본인에게도 점령국에 관한 국제법 조항이 그대로 준용된다고 보기 어려웠다. 무엇보다도 한반도에 남아 있는 일본인 재산은 불법적인 한일병합조약에 따라 일본이 조선을 침탈하는 과정에서 일본인들이 조선에 진출하여 축적한 재산으로서, 일제의 조선 침략과 식민지 통치의 유산이므로 미군정에 의하여 일본인이 소유·관리하던 재산에 대한 보전 및 귀속 조치가 불가피하였다.”<sup>60)</sup>

이러한 헌법재판소의 논증은 비록 홍진기의 주장을 직접 원용하지는 않지만 해방의 법리와 결을 같이한다는 점에서 눈여겨 볼 필요가 있다.<sup>61)</sup>

60) 강조는 인용자가 추가한 것이다.

61) 다만 다음과 같은 의문도 제기할 수 있을 것이다. 한일병합조약이 무효이고 이에 따라 일제의 지배가 불법적인 강점이라 할지라도 민간의 적산을 무조건 몰수하는 게 정당한지 여부이다. 왜냐하면 민법학에 의하면 특정한 법률행위가 무효가 되면 법률상 원인이 사라져 부당이득반환 관계가 성립하기 때문이다(민법 제741조). 요컨대 청산관계가 발생하는 것이다. 이는 한일병합조약이 무효가 되는 때에도 적용되어야 하는 게 아닌지 의문이 제기된다. 그러나 이 의문을 다루는 것은 장래의 연구 과제로 남겨두기로 한다.

### 〈참고문헌〉

- 김영희, 「이 사람아, 공부해」, 민음사, 2011.
- 남효순 외, 「일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구」, 박영사, 2014.
- 프랑크 잘리거, 윤재왕 (옮김), 「라드브루흐 공식과 법치국가」, 세창출판사, 2011.
- 김성원, “베르사유조약과의 비교를 통한 샌프란시스코조약의 비판적 검토”, 「동아법학」 제85호, 동아대학교 법학연구소, 2019.
- 김승배, “베르사유평화체제와 샌프란시스코평화체제 속의 한일관계”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 2016.
- 양천수, “사법심사로서 법률에 반하는 법형성: 홍진기의 주장을 예로 하여”, 「안암법학」 제63호, 안암법학회, 2021.
- 정인섭, “국제인권규약 가입 10년의 회고”, 「국제인권법」 제3호, 국제인권법학회, 2000.
- \_\_\_\_\_, “홍진기와 정부 수립 초기 국제법 활동”, 「국가와 헌법 · 1: 헌법총론/정치제도론」, 법문사, 2018.
- 주진열, “1965년 한일 청구권협정과 개인청구권 사건의 국제법 쟁점에 대한 고찰: 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결을 중심으로”, 「서울국제법연구」 제25권 제2호, 서울국제법연구원, 2018.
- 홍진기, “적산회사(敵産會社)의 회사적 성격”, 홍진기법률연구재단 (편), 「유민 홍진기 법률논문 선집」, 경인문화사, 2016.
- \_\_\_\_\_, “귀속재산에 대한 법적 과제: 귀속성의 불식의 시급성”, 홍진기법률연구재단 (편), 「유민 홍진기 법률논문 선집」, 경인문화사, 2016.
- \_\_\_\_\_, “해방의 국제법적 성격”, 홍진기법률연구재단 (편), 「유민 홍진기 법률논문 선집」, 경인문화사, 2016.
- 內田弘文, “英國の對敵取引法及敵彥管理法について”, 「法律時報」 第14卷 第1号, 1942.
- 野田卯一, “敵産管理法解説”, 「法律時報」 第14卷 第2号, 1942.



【국문초록】

## 적산의 헌법적 문제와 해방의 법리

- 홍진기의 주장을 예로 하여 -

양 천 수\*

적산(敵産), 즉 귀속재산은 여전히 미묘한 논란거리를 야기한다. 귀속재산 문제는 법적인 측면에서는 일단락된 편이다. 그렇지만 한일 사이에는 여전히 논란의 불씨를 안고 있다. 이러한 상황에서 헌법재판소는 2021년 1월 귀속 재산 처리에 관해 흥미로운 판단을 하였다. 2021. 1. 28. 선고 2018헌바88 결정에서 헌법재판소는 미군정의 귀속재산 처리는 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 것이다. 이 결정은 헌법재판소가 귀속재산 문제를 어떻게 파악하는지를 보여준다는 점에서 흥미롭다. 더불어 이 결정에서 헌법재판소가 전개한 논증은 앞으로 귀속재산 문제에 관해 발생할지 모르는 논란에 대처하는데 유용한 근거가 될 것이다. 이에 이 글은 헌법재판소가 어떤 논증으로 귀속재산 문제를 해결하는지 분석한다. 더불어 이 문제를 선구적으로 다룬 홍진기의 주장을 소개 및 분석한다. 헌법재판소는 일제 강점기를 불법 상태로 규정하면서 미군정이 적산을 몰수한 행위는 정당하다고 판단한다. 그러나 이는 헤이그협약이 금지하는 개인재산 몰수에 반할 수 있다. 이에 홍진기는 해방의 법리를 원용하여 대응한다. 홍진기는 당시 일본과 한국 사이에는 헤이그협약이 적용될 수 없다고 한다. 대신 해방의 법리가 적용되어야 한다고 주장한다. 이에 따라 적산은 한국에 귀속되어야 한다고 역설한다. 헌법재판소는 홍진기가 전개한 해방의 법리를 직접 원용하지는 않지만 이와 비슷한 맥락에서 적산에 관한 법적 문제를 해결한다.

\* 영남대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사.

26 「인권이론과 실천」 제31호(2022.6.)

주제어: 적산, 적산회사, 미군정, 적산 몰수의 정당성, 해방의 법리, 흥진기

【ABSTRACT】

The Constitutional Problems on Enemy Property  
and the Rule of Liberation

- In case of Jin-gi Hong's argument -

Chun-Soo Yang\*

The enemy property still causes a subtle controversy in South Korea. The issue of the enemy property has been solved from a legal point of view. However, there is still a spark of controversy between Korea and Japan. Under these circumstances, the Korean Constitutional Court made an interesting judgment regarding the disposal of the enemy property in January 2021. Sentencing on January 28, 2021 in the 2018 Heonba 88 decision, the Korean Constitutional Court ruled that the handling of the U.S. Military Government on the enemy property does not violate the Korean Constitution. This decision is interesting in that it shows how the Constitutional Court understands the enemy property issue. In addition, the argument developed by the Constitutional Court in this decision will be a useful basis for coping with controversies that may arise in the future regarding the enemy property issue. Accordingly, this article analyzes how the Constitutional Court solves the enemy property problem with what arguments. In addition, Jin-gi Hong's argument, which pioneered this issue, is introduced and analyzed. The Constitutional Court ruled that the confiscation of the enemy property by the U.S. military government were justified, defining the period of Japanese colonial rule as illegal. However, this may be contrary to the rule of prohibition of

---

\* Professor at Yeungnam University Law School · Dr. jur.

personal property by the Hague Convention. Jin-gi Hong responded to this by using the rule of liberation. He said that the Hague Convention could not be applied between Korea and Japan at that time. Instead, he argued that the rule of liberation should be applied. Accordingly, he emphasized that the enemy property should be attributed to Korea. Although the Constitutional Court does not directly quote the rule of liberation developed by Jin-gi Hong, it resolves the legal problem regarding the enemy property in a similar context.

Keywords : Enemy property, enemy company, U.S. Military Government, legitimacy of the confiscation of the enemy property, rule of liberation, Ji-gi Hong