

〈특집: 일제강제징용사건 대법원 판결에 대한 종합적 연구〉

전후 일본의 재벌해체와 채무귀속* - 일제강제징용사건의 회사법적 문제에 관한 검토 -

千景燾**

요약

2012년 대법원은 일제 강제징용 피해자들에 대한 일본회사들의 손해배상책임을 인정하는 획기적인 판결을 내렸다. 이 글은 이 판결의 여러 논점 중에서 회사법적 쟁점, 즉 “강제징용의 수혜자였던 미쓰비시중공업 주식회사 및 일본제철 주식회사(‘구회사’)가 원고들에 대해 민사상 채무를 부담했다면, 이들 회사로부터 현물출자를 받아 신설된 회사인 현재의 미쓰비시중공업 주식회사 및 신일본제철 주식회사(통칭하여 ‘신회사’)가 이에 대한 책임을 지는가”의 문제를 다루었다.

원고가 구회사에 대하여 가지는 채권을 신회사에도 청구할 수 있다는 대법원의 결론은 타당하다고 본다. 그리고 그 과정에서의 전반적인 추론과정, 즉 ① 법인격소멸 또는 채무승계의 준거법은 법정지인 대한민국의 저촉규범에 따르고, ② 대한민국의 저촉규범에 의하면 일본법이 적용되는데, ③ 일본법을 적용하면 구회사에 대한 채권을 신회사에 대해 행사하지 못하게 되어, ④ 그 적용결과가 대한민국의 공서양속에 반하므로, ⑤ 일본법의 적용을 배제하고 법정지인 대한민국법을 적용한다는 점도 타당하다고 본다.

그러나 구회사와 신회사가 ‘실질적으로 동일’하여 법적으로도 동일한 법인으로 평가될 수 있다는 판시는, 판례가 취하고 있는 법인격 부인 법리보다 그 요건이 지나치게 완화된 법리로서 그 근거를 이해하기 어렵다. 만약 이것이 현행법으로서 강제징용 이외의 맥락에서도 유효한 것이라면, 대법원은 대상판결을 통해 종래의 법리를 넘어선 매우 과감한 법인격 부인론을 편 셈이고, 이 논리대로라면 영업양도·현물출자·회사분할 등을 통해 신설된 수많은 한국 회사들까지 구회사 채무의 위험에 노출시키는 부작용이 우려된다. 오히려 이 부분은 법인격 부인이 아닌 영업양수인 또는 현물출자로 신설된 회사의 채무승계 문제로 접근하는 것이 타당할 것이다. 이에 관한 현재의 판례 법리, 특히 고용관계 및 고용관련 채무의 승계에 관한 확고한 판례 법리를 유추

* 이 논문은 2013. 5. 10. 서울대학교 법학연구소 학술대회(‘일제강제징용사건 대법원 판결에 대한 종합적 연구’)에서의 발표문을 보완한 것으로, 서울대학교 법학연구소 기금의 2012년도 학술연구비의 지원을 받았다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 조교수.

적용하면 이 사건에 있어서도 신회사는 원고에 대한 구회사의 채무를 승계한다고 보아야 할 것이다. 또한 이러한 판례 법리는 1950년 이후 법발전의 성과로서, 1950년 당시의 한국법을 해석 및 적용하는 데에도 적용되어야 한다.

주제어: 강제징용, 재벌해체, 현물출자, 영업양도, 법인격부인

I. 문제의 제기

(1) 지난 2012년 5월 24일, 일제강점기 강제징용 피해자들이 강제징용의 수혜자인 일본 기업들을 상대로 제기한 2건의 소송에 대해 대법원은 획기적인 판결을 내렸다.¹⁾ 원고의 청구를 기각한 2건의 고등법원 판결을 파기 환송함으로써 일본 기업들의 손해배상책임을 인정한 것이다. 대상 판결의 많은 논점 중에서 이 글에서 다루고자 하는 것은 회사법적 쟁점, 즉 “강제징용의 수혜자였던 미쓰비시중공업 주식회사(이하 ‘구 미쓰비시’) 및 일본제철 주식회사(이하 ‘구 일본제철’)(통칭하여 ‘구회사’)가 원고들에 대해 민사상 채무를 부담했다면, 이들 회사로부터 현물출자를 받아 신설된 회사로서 이 사건의 피고인 현재의 미쓰비시중공업 주식회사(이하 ‘신 미쓰비시’) 및 신일본제철 주식회사(이하 ‘신일본제철’)(통칭하여 ‘신회사’ 또는 ‘피고’)가 이에 대한 책임을 지는가”의 문제이다.

이는 일제강점기 당시 행위주체인 회사들과 피고회사들이 동일한 법인격을 가지는가, 또는 동일한 법인은 아니라도 채무를 승계하는가의 문제이다. 두 판결이 내포한 국제공법적, 국제사법적, 민사법적 문제에 비하면 상대적으로 덜 근본적이고 기술적인 문제라고 볼 수도 있다. 그러나 위 두 건의 대법원 판결은 이 논점에 관하여 “구회사와 신회사는 실질에 있어 동일성을 유지한 회사여서 동일한 회사”라는, 전례를 찾기 어려운 상당히 파격적인 설시를 하고 있어 그 의미와 當否를 살펴볼 필요가 있다.

1) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결(공2012하, 1084)(이하 ‘미쓰비시 판결’); 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결(공보불게재이나 종합법률정보 사이트에서 검색 가능)(이하 ‘신일본제철 판결’). 양자를 통칭할 때에는 ‘대상 판결’이라 한다.

(2) “구회사와 피고의 동일성 여부”에 관해 위 판결은 다음과 같이 실시한다.²⁾

구 미쓰비시의 해산 및 분할에 따른 법인격의 소멸 여부, 제2회사 및 피고가 구 미쓰비시의 채무를 승계하는지 여부를 판단하는 기준이 되는 준거법은 법정지인 대한민국에 있어서 외국적 요소가 있는 법률관계에 적용될 준거법의 결정에 관한 규범(이하 ‘저촉규범’이라 한다)에 의하여 결정되어야 하는데, 그 법률관계가 발생한 시점은 구 섭외사법(1962. 1. 15. 법률 제996호로 제정된 것)이 시행된 1962. 1. 15. 이전부터 그 이후까지 걸쳐 있다. 그 중 1962. 1. 15. 이전에 발생한 법률관계에 적용되는 대한민국의 저촉규범은 1912. 3. 28.부터 일왕(日王)의 칙령 제21호에 의하여 우리나라에 의용(依用)되어 오다가 군정 법령 제21호를 거쳐 대한민국 제헌헌법 부칙 제100조에 의하여 “현행법령”으로서 대한민국 법률서에 편입된 일본의 ‘법례(法例)’(1898. 6. 21. 법률 제10호)이다. 위 ‘법례’는 구 미쓰비시와 제2회사 및 피고의 법적 동일성 여부를 판단할 법인의 속인법에 대하여 명문의 규정을 두고 있지는 않았지만, 법인의 설립준거지법이나 본거지법에 의하여 이를 판단한다고 해석되고 있었고, 구 미쓰비시와 제2회사 및 피고의 설립준거지와 본거지는 모두 일본이므로, 구 미쓰비시의 해산 및 분할에 따른 법인격의 소멸 여부, 채무 승계 여부를 판단할 준거법은 일단 일본법이 될 것인데, 여기에 회사경리응급조치법과 기업재건정비법이 포함되는 것은 당연하다. 그러나 한편 위 ‘법례’ 제30조는 “외국법에 의한 경우에 그 규정이 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 때에는 이를 적용하지 아니한다.”고 규정하고 있었으므로, 대한민국의 저촉규범에 따라 준거법으로 지정된 일본법을 적용한 결과가 대한민국의 공서양속에 위반되면 일본법의 적용을 배제하고, 법정지인 대한민국의 법률을 적용하여야 한다. 또한 1962. 1. 15. 이후에 발생한 법률관계에 적용되는 구 섭외사법에 있어서도 이러한 법리는 마찬가지이다.

이 사건에서 외국법인 일본법을 적용하게 되면, 원고들은 구 미쓰비시에 대한 채권을 피고에 대하여 주장하지 못하게 되는데, 위 1. 마.항에서 본 바와 같이 구 미쓰비시가 피고로 변경되는 과정에서 피고가 구 미쓰비시의 영업재산, 임원, 종업원을 실질적으로 승계하여 회사의 인적, 물적 구성에는 기본적인 변화가 없었음에도, 전후처리 및 배상채무 해결을 위한 일본 국내의 특별한 목적 아래 제정된 기술적 입법에 불과한 회사경리응급조치법과 기업재건정비법 등 일본 국내법을 이유로 구 미쓰비시의 대한민국 국민에 대한 채무가 면탈되는 결과로 되는 것은 대한민국의

2) 이 부분에 관한 두 판결의 실시는, 미쓰비시 판결에서 사실상 동일성을 인정하는 근거로 “피고 스스로 구 미쓰비시를 피고의 기업 역사의 한 부분으로 인정하고 있는 점”이 추가되고 있는 것을 제외하면 완전히 동일하다. 이에 미쓰비시 판결의 해당 부분만을 全載하였다.

공서양속에 비추어 용인할 수 없다.

일본법의 적용을 배제하고 당시의 대한민국 법률을 적용하여 보면, 구 미쓰비시가 위 1. 마.항에서 본 바와 같이 책임재산이 되는 자산과 영업, 인력을 제2회사에 이전하여 동일한 사업을 계속하였을 뿐만 아니라 피고 스스로 구 미쓰비시를 피고의 기업 역사의 한 부분으로 인정하고 있는 점 등에 비추어 구 미쓰비시와 피고는 그 실질에 있어 동일성을 그대로 유지하고 있는 것으로 봄이 상당하여 법적으로는 동일한 회사로 평가하기에 충분하고, 일본국의 법률이 정한 바에 따라 구 미쓰비시가 해산되고 제2회사가 설립된 뒤 흡수합병의 과정을 거쳐 피고로 변경되는 등의 절차를 거쳤다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

따라서 원고들은 구 미쓰비시에 대한 청구권을 피고에 대하여도 행사할 수 있다.

위 판시에 나타난 논리의 흐름은 다음과 같다.

- ① 구회사의 법인격소멸 또는 구회사·신회사 간 채무승계의 준거법은 법정지인 대한민국의 저촉규범에 따라 정한다.
- ② 대한민국의 저촉규범인 의용 법례와 섭의사법에 의하면, 그 적용결과가 대한민국의 공서양속에 반하지 않는 한, 구회사 및 신회사의 설립준거지이자 본거지인 일본법이 적용된다.
- ③ 그런데도 일본법을 적용하면 구회사에 대한 채권을 신회사에 대해 행사하지 못하게 된다.
- ④ 이는 대한민국의 공서양속에 반한다.
- ⑤ 따라서 일본법의 적용을 배제하고 법정지인 대한민국법을 적용한다.
- ⑥ 당시의 대한민국 법률을 적용하면 구회사와 피고(신회사)는 실질에 있어 동일성을 그대로 유지하고 있으므로 법적으로는 동일한 회사로 평가하기에 충분하다.
- ⑦ 따라서 원고는 구회사에 대한 청구권을 피고에 대하여도 행사할 수 있다.

(3) 위 논리를 구성하는 7단계의 판단 중 1, 2, 5번은 국제사법에 따른 추론으로서 별도의 발표에서 다루어질 것이다. 3번은 당시 일본법의 해석 및 적용의 문제로서, 특히 신일본제철에 대한 청구 사건에서 일본 법원은 이와 같은 결론에 이른 바 있고 대법원도 그렇게 판단하였다. 4번은 뒤에서 보듯이 현재의 한국법을 적용한 결과가 무엇인지 전제되어야 한다는 점에서 법적인 문제이기도 하지만, 무엇이 우리나라의 공서양속인지를 판단해야 한다는 점에서 다분히 가치평가적인 문제이기도 하다. 6번

이야말로 위 추론의 핵심을 이루는데, 사실 무엇이 ‘당시의 대한민국 법률’에 해당 하는지도 불분명할 뿐 아니라 과연 ‘실질적 동일성’을 이유로 법인격의 동일성을 인정할 수 있는지도 의문이 있다. 7번은 그 앞 단계의 판단에 따라 당연히 도출되는 결론이다.

이에 이 글은 위 7단계의 추론이 과연 타당한지를 검증하고자 하며, 그중에서도 특히 논란의 중심이 되는 4번과 6번에 집중하고자 한다. 이를 위해 우선 II.에서는 종전 후 일본의 재벌해체 과정에서 구 미쓰비시와 구 일본제철을 비롯한 재벌기업에 어떤 일이 일어났는지를 당시의 자료를 기반으로 구체적으로 살펴본다. 이는 채무 승계 및 법인격 동일성 여부(위 6번) 판단의 기초가 되는 사실관계의 문제이자, 채무 불승계의 공서양속 위배 여부(위 4번) 판단에 지침을 주는 역사의 문제이기도 하다. 이어 III.에서는 채무불승계라는 결론이 우리나라의 공서에 반하는지를 살피고(위 4번), IV.에서는 “당시의 한국법”의 입장에서 대법원이 펼친 “실질적 동일성” 이론을 비판적으로 검토하는 한편 그 결론적 타당성을 검토한다(위 6번).³⁾

II. 종전 후 일본의 재벌해체 및 기업재건 개요

1. 판시사항

위 두 사건의 대법원 판결문은 구회사가 해체되고 신회사가 설립된 경위를 다음과 같이 실시하고 있다.

미쓰비시 판결	신일본제철 판결
구 미쓰비시는 일본의 패전 이후 일본 내 연합국 최고사령부(GHQ)의 재벌해체정책을 따름과 아울러 패전으로 인하여 일본 기업 들이 부담하게 될 엄청난 액수의 배상 및	구 일본제철은 일본의 회사경리응급조 치법(1946. 8. 15. 법률 제7호), 기업재건정 비법(1946. 10. 19. 법률 제40호)의 제정· 시행에 따라 위 각 법에서 정한 특별경리

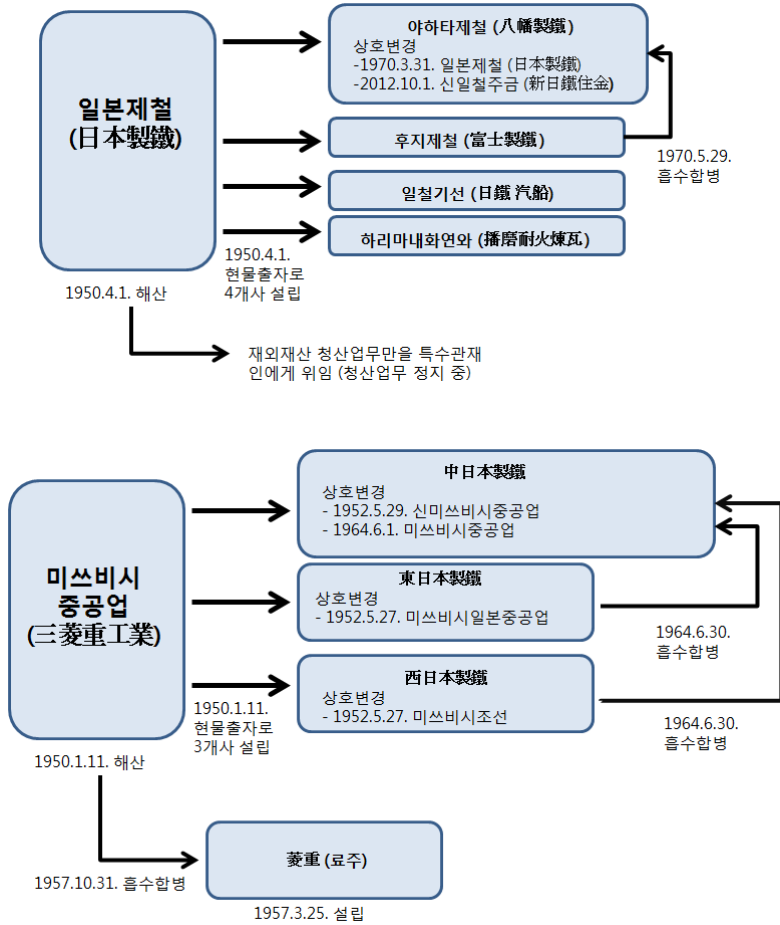
3) 한편 이 글을 2013. 5. 10. 학술대회에서 발표한 이후 대상판결들의 파기환송심 판결이 선고되었다(미쓰비시중공업에 관하여 부산고등법원 2013. 7. 30. 선고 2012나4497 판결, 신일본제철(2012. 10. 1. 신일본주금으로 상호변경)에 관하여 서울고등법원 2013. 7. 10. 선고 2012나44947 판결). 이들 판결은 대상판결을 대부분 답습하고 있으므로 이하에서는 필요한 경우에만 간략히 언급하기로 한다.

미쓰비시 판결	신일본제철 판결
<p>노무자들에 대한 미지급입금 채무 등의 해결을 위하여 제정된 일본의 회사경리응급조치법상의 특별경리회사, 기업재건정비법상의 특별경리주식회사로 지정된 후, 1949. 7. 4. 기업재건정비법에 의한 재건정비계획인가신청을 하여 1949. 11. 3. 신청한 내용대로 주무대신의 인가를 받았다.</p> <p>구 미쓰비시는 1950. 1. 11. 그 재건정비계획에 따라 해산하기로 하고, 같은 날 구 미쓰비시의 현물출자 등에 의하여 기업재건정비법상의 새로운 회사인 중일본(中日本)중공업 주식회사(상호가 1952. 5. 29. 신미쓰비시중공업 주식회사로, 1964. 6. 1. 미쓰비시중공업 주식회사로 변경되었다), 동일본(東日本)중공업 주식회사(상호가 1952. 5. 27. 미쓰비시일본중공업 주식회사로 변경되었다), 서일본(西日本)중공업 주식회사(상호가 1952. 5. 27. 미쓰비시조선 주식회사로 변경되었다)의 3개 회사(이하 새로이 설립된 3개 회사를 합쳐 ‘제2회사’라고 한다)가 설립되었다. 그 뒤 중일본중공업 주식회사가 1964. 6. 30. 동일본중공업 주식회사, 서일본중공업 주식회사의 2개 회사를 흡수합병함으로써 현재의 피고로 되었다. 이 과정에서 구 미쓰비시의 종업원들은 직위, 급여를 그대로 하고 구 미쓰비시에서의 재직기간을 통산하여 퇴직금을 산정하기로 하여 제2회사로 승계되었고, 제2회사의 초대사장들은 모두 구 미쓰비시의 상무이사들이 취임하였다. 또한 피고 자신도 구 미쓰비시를 피고의 기업 역사의 한 부분으로 인정하고 있다.</p> <p>회사경리응급조치법은 “특별경리회사에 해당될 경우 그 회사는 지정시(1946. 8. 11. 00:00을 말한다. 제1조 제1호)에 신계정과 구계정을 설정하고(제7조 제1항), 재산목록상의 동산, 부동산, 채권 기타 재산에 대하여는 ‘회사의 목적인 현재 행하고 있는 사업의 계속 및 전후산업의 회복진흥에 필요한 것’에 한하여 지정시에 신계정에 속하며, 그 외에는 원칙적으로 지정시에 구계정에 속하고(제7조 제2항), 지정시 이후의 원인에 근거하여 발생한 수입 및 지출을 신계정의 수입 및 지출로, 지정시 이전의 원인에 근거하여 발생한 수입 및 지출은 구계정의 수입 및 지출로 경리처리하며(제11조 제1, 2항), 구채권에 대해서는 변제 등 소멸행위를 금지하되, 예외적으로 변제를 인정하는 경우에도 구계정으로 변제하여야 하고, 신계정으로 변제하는 경우는 특별관리인의 승인 등 일정한 요건을 갖춘 경우 일정한 금액의 한도에서만 가능(제14조)”한 것으로 규정하고 있다.</p>	<p>회사, 특별경리주식회사로 지정되어 1950. 4. 1.에 해산하였고, 구 일본제철의 자산출자로 야하타제철(八幡製鐵) 주식회사, 후지제철(富士製鐵) 주식회사, 일철기선(日鐵汽船) 주식회사, 하리마내화연와(播磨耐火煉瓦) 주식회사(위 4개 회사를 이하 ‘제2회사’라 한다)가 설립되었다. 야하타제철 주식회사는 1970. 3. 31. 일본제철 주식회사로 상호를 변경하였고, 1970. 5. 29. 후지제철 주식회사를 합병하여 현재의 피고가 되었다.</p> <p>회사경리응급조치법은 “특별경리회사에 해당될 경우 그 회사는 지정시(1946. 8. 11. 00:00을 말한다. 제1조 제1호)에 신계정과 구계정을 설정하고(제7조 제1항), 재산목록상의 동산, 부동산, 채권 기타 재산에 대하여는 ‘회사의 목적인 현재 행하고 있는 사업의 계속 및 전후산업의 회복진흥에 필요한 것’에 한하여 지정시에 신계정에 속하며, 그 외에는 원칙적으로 지정시에 구계정에 속하고(제7조 제2항), 지정시 이후의 원인에 근거하여 발생한 수입 및 지출을 신계정의 수입 및 지출로, 지정시 이전의 원인에 근거하여 발생한 수입 및 지출은 구계정의 수입 및 지출로 경리처리하며(제11조 제1, 2항), 구채권에 대해서는 변제 등 소멸행위를 금지하되, 예외적으로 변제를 인정하는 경우에도 구계정으로 변제하여야 하고, 신계정으로 변제하는 경우는 특별관리인의 승인 등 일정한 요건을 갖춘 경우 일정한 금액의 한도에서만 가능(제14조)”한 것으로 규정하고 있다.</p> <p>구 일본제철은 회사경리응급조치법, 기업재건정비법에 따라 1946. 8. 11. 오전 0시를 기준으로 하여 신계정과 구계정으로 구분 경리하여 이후의 기업활동은 오직 신계정에서 행하고 사업의 계속 및 전후산업의 회복진흥에 필요한 기존 재산을 신계정에</p>

미쓰비시 판결	신일본제철 판결
<p>의 계속 및 전후산업의 회복진흥에 필요한 것'에 한하여 지정시에 신계정에 속하며, 그 외에는 원칙적으로 지정시에 구계정에 속하고(제7조 제2항), 지정시 이후의 원인에 근거하여 발생한 수입 및 지출을 신계정의 수입 및 지출로, 지정시 이전의 원인에 근거하여 발생한 수입 및 지출은 구계정의 수입 및 지출로 경리처리하며(제11조 제1, 2항), 구 채권에 대해서는 변제 등 소멸행위를 금지하되, 예외적으로 변제를 인정하는 경우에도 구계정으로 변제하여야 하고, 신계정으로 변제하는 경우는 특별관리인의 승인 등 일정한 요건을 갖춘 경우 일정한 금액의 한도에서만 가능(제14조)"한 것으로 규정하고 있다.</p> <p>구 미쓰비시는 회사경리응급조치법, 기업재건정비법에 따라 1946. 8. 11. 오전 0시를 기준으로 하여 신계정과 구계정을 분리한 후, '회사의 목적인 현재 행하고 있는 사업의 계속 및 전후산업의 회복진흥에 필요한 동산, 부동산, 채권 기타 기존 재산 등'을 신계정에 속하도록 한 후 위 재산을 현물출자하여 3개의 제2회사를 설립하였고, 그 외 그때까지 발생한 채무를 위주로 한 구계정상의 채무를 부담하면서 청산회사가 된 구 미쓰비시는 1957. 3. 25. 설립된 료주(菱重) 주식회사에 흡수합병되었다가 1957. 10. 31. 해산하였다.⁴⁾</p>	<p>속하도록 한 뒤, 신계정에 속하는 재산을 제2회사에 현물출자하거나 자산과 영업을 양도하여 1950. 4. 1. 제2회사를 설립하였고, 그 외 그때까지 발생한 채무를 위주로 한 구계정상의 채무는 구 일본제철의 해산 및 청산절차에 맡겨졌다. 그 결과, 구 일본제철이 보유하고 있던 야하타, 와니시, 가마이시, 후지, 히로하타의 각 제철소 자산 중 야하타 제철소의 자산과 영업, 이사 및 종업원은 제2회사인 야하타제철 주식회사가, 나머지 4개의 제철소의 자산과 영업, 이사 및 종업원은 다른 제2회사인 후지제철 주식회사가 각각 승계하였다.</p>

위 판결문 및 일본에서의 각 사건 판결문, 기타 후술하는 사료를 기초로 구회사가 신회사로 이어지는 상황을 도해하면 다음과 같다.

4) 이 부분 판시는 료주 주식회사가 1957. 10. 31. 해산하였다는 의미인지, 또는 이날 구 미쓰비시가 료주 주식회사에 흡수합병되어 소멸한 것을 가리키는 것인지 정확하지 않다. 관련 사료에 의하면 구 미쓰비시는 이미 1950. 1. 11. 현물출자로 3개의 제2회사를 신설하며 해산하였고 청산중인 회사로 있다가 1957. 10. 31. 료주에 흡수합병되었다. 일본에서의 소송에서 료주도 공동피고로서 제소되었고 그 대표자가 청산인이 아니라 代表取締役으로 기재되어 있는 것을 보면 료주는 해산하지 않은 회사로서 아직 존속하고 있는 것으로 보인다.



위 내용을 그 역사적 맥락 속에서 보다 정확히 이해하기 위해 당시의 재벌해체 및 기업재건정비 과정을 살펴보기로 한다. 연구해 본 결과, 후술하듯이 위와 같은 대법원의 실시에는 정확하지 않은 부분도 있음을 발견할 수 있었다.

2. 지주회사정리위원회 및 과도경제력집중배제법에 의한 財閥解體

(1) 제2차 세계대전 발발 이전에 이미 일본 경제는 소수의 재벌기업이 절대적인 비중을 차지하고 있었고, 중국침략과 태평양전쟁 역시 군부와 재벌의 유착관계 하에서 진행되었다.⁵⁾ 이에 제2차 대전 승전 이후 일본을 점령한 미군의 목표는 일본

경제 내에 존재하는 과도한 독점구조를 해체하고 재벌이 독점하고 있는 자원을 광범위하게 분산시켜 경쟁적 사유기업제도를 건설하는 것이었다.⁶⁾ 그러나 일본에서의 일련의 재벌해체 과정은 여러 면에서 한계가 있었다. 우선 미소냉전의 격화, 중국 국민당정권의 붕괴 등과 맞물려 일본을 미국 주도의 서방자본주의 질서 속으로 편입시켜야 한다는 국제정치적 요구 속에서 진행되었으므로, 일본기업의 생존기반을 허물어서는 안 된다는 한계가 있었다. 또한 미군정 담당자들의 일본상황에 대한 이해도 및 언어의 한계로 일본의 기존 관료 시스템을 통하여 정책이 수립 및 집행되었고, 그 과정에서 기존 재벌들의 극심한 반발과 로비가 행해졌다. 그 결과 재벌해체는 철저하지 못하고 다협적인 모습을 취하게 되었다.⁷⁾

당시 재벌해체는 농지개혁 및 노동3권 강화와 더불어 이른바 “경제민주화” 정책의 일환으로 추진되었다.⁸⁾ 그 구체적인 내용은 (i) 주요 재벌기업의 소유를 분산하고 (소유집중의 해소), (ii) 개별시장에서 독점을 완화하며(시장집중의 해소), (iii) 이들의 사회경제적 영향력을 축소하는 것이었다(일반집중의 해소). 당시 재벌해체를 주도했던 ‘지주회사정리위원회’는 자신의 활동을 정리하여 1951년에 “일본재벌과 그 해체(日本財閥とその解體)”라는 일종의 백서를 펴냈는데, 그 서문은 당시 그들이 내세운 재벌해체의 취지를 다음과 같이 기술하고 있다.

財閥解體는 농지제도개혁과 노동입법과 더불어 日本經濟의 民主化의 일환으로서 중요한 의의를 가지는 것이다. 그 시책의 개요는 직접적으로는 전체주의에 협력한 財閥機構를 해체하여 일본경제의 봉건적 잔재를 제거하는 것이나, 동시에 장래에 그러한 기구가 일본경제의 如何한 면에도 다시 출현하지 않도록 하여 우리나라의 기업에 自由經濟와 自由競爭을 보장하기 위한 민주적 입법조치를 정비하는 것이다.

즉 재벌해체가 진실로 의도하는 바는 재벌의 독점적 경제력을 破碎하여 장래에

-
- 5) 이에 관한 상세한 설명으로, 持株會社整理委員會, 日本財閥とその解體(1951), 20-154면.
 6) 강정희, 미군정기 일본 재벌(Zaibatsu) 해체에 관한 연구, 서울대학교 대학원 외교학과 석사학위 논문, 2001, 30면 및 그 곳에 인용된 문헌들 참조.
 7) 강정희, 상계논문, 89면(“일본기업집단의 주요특징인 금융제도의 연속성과 재벌해체 정책의 입안과 진행양상은 미점령군에 의한 재벌해체가 불완전하였고, 일본에 대한 미국의 해체모니가 절대적인 것은 아니었다는 것을 보여준다.”).
 8) 三島康雄(編), 日本財閥經營社: 三菱財閥(日本經濟新聞社, 1981), 342면. 이 “경제민주화”라는 표현은 持株會社整理委員會의 위 책에서도 재벌해체 작업을 일관하는 이념으로 계속적, 반복적으로 언급되고 있다. 우리나라의 1987년 개헌 때에 헌법에 도입되어 아직까지 그 의미를 둘러싸고 논란이 끊이지 않는 이 용어의 출처도 전후 일본에서의 용례와 무관하지 않을 것이다.

있어 전체주의 재건의 가능성을 배제하는 것이었다. 거기에 부연하면, 직접적으로는 지금까지 독재자에 협력하거나 혹은 협력하지 않을 수 없었던 경제적 諸機構를 改變하는 것이지만, 그것은 재벌가족 및 재벌기업을 戰犯的으로 취급하는 의도가 아니라, 영구히 장래에 걸쳐 일본경제를 민주적 기초 위에 건설함으로써 國際的 信義를 회복함에 있었던 것이다.⁹⁾ (밑줄 필자)

이처럼 전후 일본의 재벌해체는 전쟁책임에 대한 징벌로서(“戰犯的으로 취급”) 행해진 것이 아니라, 서구 자본주의 진영의 일원으로서 보다 자유화되고 시장친화적인 일본을 건설하기 위한 것이었다. 이는 앞서 본 재벌해체의 불철저함과도 일맥상통한다.

(2) 재벌해체는 지주회사정리위원회에 의한 소유 분산, 과도경제력집중배제법에 의한 개별시장에서의 기업분할, 재벌 상호의 사용 제한 등의 방식으로 추진되었다.

우선 지주회사정리위원회는 지정된 지주회사 및 재벌가문들로부터 산하 계열회사의 지분을 양수하였다. 즉 1946. 8.부터 1947. 8.까지 1년간 67개 지주회사 및 56명의 지정자로부터 그들이 소유한 산하회사 유가증권을 양수하였고, 그 뒤로 이른바 지방재벌까지 그 양수 범위를 확대하였다.¹⁰⁾ 이를 처분하기 위해 1947. 6. 증권처리조정협의회가 설립되어 “기업소유의 민주화라고 하는 관점에서”¹¹⁾ 이를 처분하였다. 그 방침은 (i) 당해 발행회사의 종업원에 대하여 우선적으로 매각하고, (ii) 지주회사 및 재벌일족에게는 매각하지 않으며, (iii) 지주회사의 종속회사에게는 원칙적으로 매각하지 않도록 하되 타당한 사유가 있는 경우에는 매각할 수 있는 것으로 하였다.¹²⁾ 그리하여 제1차적으로 종업원 간에 매각물량을 소화하고, 이것으로 충분치 않을 때에는 그 지역 주민들에게 양도하는 방법(이른바 ‘지방인처분’)에 따랐으며,¹³⁾ 이를 통해 과거 지주회사에 속했던 회사들의 지분을 분산시킬 수 있었다.

나아가 過度經濟力集中排除法(이하 “집배법”)에 따라 개별 상품시장에서 지배적 지위를 가진 18개 재벌회사¹⁴⁾에 대해서는 기업분할을 명하였다. 구 일본제철은

9) 持株會社整理委員會, 전게서(각주 5), “序”.

10) 持株會社整理委員會, 전게서(각주 5), 429면. 다만 그 대가가 어떤 형태로 어느 정도 지급되었는지는 필자가 확인하지 못하였다.

11) 持株會社整理委員會, 전게서(각주 5), 429면.

12) 持株會社整理委員會, 전게서(각주 5), 433면.

13) 持株會社整理委員會, 전게서(각주 5), 433-434면.

14) 당초 일응 지정된 회사는 325개사에 달하였으나 결국 집배법에 따른 조치가 취해진

코크스, 선철, 강재 등 제철산업 전반에서, 구 미쓰비시중공업은 조선, 선박수선, 발전소용터빈, 발전소용보일러 등에서 각각 압도적인 시장점유율 1위 사업자였으므로 강제분할의 대상이 되었다.¹⁵⁾ 그 결과 구 일본제철은 원래 1948. 10. 9. 자지령에서는 야하타제철(八幡製鐵)과 北日本製鐵의 2개의 제2회사로 분할될 예정이었으나, 실제로는 후지제철(富士製鐵), 야하타제철, 日鐵汽船, 播磨耐火煉瓦 등 4개의 제2회사로 분할하는 정비계획의 인가를 1949. 12. 31. 부로 얻어, 1950. 4. 1. 현물출자 방식으로 위 4개의 제2회사를 신설하고 같은 날 해산하였다.¹⁶⁾ 구 미쓰비시중공업은 1950. 1. 11. 현물출자 방식으로 東日本重工業, 中日本重工業, 西日本重工業이라는 3개의 제2회사를 신설하고 같은 날 해산하였다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 그 후의 합병 등의 경과를 앞서 서술 및 도해하였다.

해산된 두 구회사의 청산이 종결되었는지는 대상판결의 판결문 상으로는 분명하지 않다. 다만 구 미쓰비시는 료주(菱重) 주식회사라는 회사에 1957. 10. 31. 흡수 합병되었고, 료주는 뒤에서 언급하는 오사카 지방재판소 및 고등재판소 판결에서 신 미쓰비시와 함께 공동피고로 등장하는 것을 보면 여전히 존속하고 있는 것으로 보인다.¹⁹⁾ 또한 신일본제철 사건의 파기환송심에 의하면 구 일본제철은 “1950. 4.

회사는 18개사에 불과하였다. 持株會社整理委員會, 전게서(각주 5), 319면.

- 15) 持株會社整理委員會, 전게서(각주 5), 319-321면(일본제철에 관하여), 329면(미쓰비시중공업에 관하여).
- 16) 持株會社整理委員會, 전게서(각주 5), 321면.
- 17) 持株會社整理委員會, 전게서(각주 5), 330면.
- 18) 예컨대 구 미쓰비시의 경우 제2회사로 현물출자된 항목은 다음과 같은바, 출자되는 영업소를 특정하고 그에 관한 신계정의 자산부채가 일괄 이전되었으므로 단순한 자산이 아니라 ‘영업’이 출자된 것으로 볼 수 있다. 동일본중공업(横浜造船所, 七尾, 伏木, 敦賀, 山梨, 古河, 大井의 각 공장과 東京, 川崎의 각 機器製作所), 중일본중공업(神戶造船所, 三原車輛製作所, 靜岡工作部, 京都, 名古屋, 水島, 津, 古見, 菱和의 각 機器製作所), 서일본중공업(長崎造船所, 廣島造船所, 下關造船所, 福岡工場, 廣島工作機械製作所, 長崎精機製作所). 三島康雄(編), 전게서(각주 8), 348면; 持株會社整理委員會, 전게서(각주 5), 329면.
- 19) 히로시마 지방 및 고등재판소 판결문에 료주의 대표자가 청산인이 아닌 代表取締役으로 표시된 것을 보면 청산중인 회사로서가 아니라 보통 회사로서 존속하는 것으로 보인다. 이처럼 료주는 구 미쓰비시의 권리의무를 포괄승계한 회사인데 한국에서의 소송에서 왜 료주를 공동피고로 삼지 않았는지는 불분명하다. 구회사의 권리의무를 포괄승계한 료주 및 청산중인 구회사로서 존속하고 있는 구 일본제철까지도 공동피고(단순한 공동소송이든 민사소송법 제70조에 기한 예비적 공동소송이든)로 삼았다면, 그 변제자력 여부는 차치하고서라도 채무승계 내지 법인격 동일성 문제로 인해 판결의 결론이 달라지지는 않았을 것이다.

1. 해산 후 재외재산에 관한 청산업무만을 남겨두었다고 보아 그 업무를 특수관계인에게 위임하였고 특수관계인은 현재 청산업무를 정지한 상태”라고 한다. 즉 청산 중인 회사로서는 존속하고 있는 것으로 보인다.

마지막으로 미쓰이, 미쓰비시, 스미토모의 3대 재벌 계열사에 대하여는, 구 상호의 사용 자체로써 타기업에 대하여 유리한 지위를 확보할 수 있어 ‘경제민주화’의 요청에 반할 수 있다는 이유로 일정 기간 그 상호의 핵심부분과 상표를 사용하지 못하게 하는 내용의 칙령이 내려지기도 하였으나, 재계의 반발로 그 시행시기가 늦춰지다가 결국은 사용을 허용하게 된 것으로 보인다.²⁰⁾ 이 역시 재벌해체가 용두사미가 되어 가는 모습을 단적으로 보여준다.

3. 戰時補償 철폐와 기업재무조정

(1) 종전 후 진주한 연합국 점령군 사령부(GHQ: General Head-quarters of the Supreme Commander for the Allied Powers)는 일본경제의 비군사화, 민주화 정책의 일환으로 戰時補償, 즉 전시 중에 일본 정부가 기업들에게 지급하기로 약속한 보상을 철폐 [打切]할 것을 일본 정부에 명령했다. 당초 일본 정부는 산업계에의 악영향을 이유로 이에 저항했지만, 1946년 7월 이를 수락하지 않을 수 없게 되었다.²¹⁾ 구체적으로는 전시보상특별조치법에 의해 전시보상금을 일응 지급하는 것으로 하되 그 전액에 해당하는 전시보상특별세를 부과함으로써 실질적으로는 전시보상을 철폐하는 것과 같은 결과를 달성하였다.²²⁾

여기서 말하는 전시보상은 일본 기업들이 보험금, 계약대가 등의 형태로 일본 정부로부터 받을 채권으로 회계장부상 인식하고 있었던 금액을 의미한다.²³⁾ 이 전시

20) 持株會社整理委員會, 전계서(각주 5), 464-465면(이 책에 의하면 “현재 사용 중인 상호 등”의 사용기간이 당초 1950. 6. 30.까지에서 1951. 6. 30.까지로 연장되었다고 하는데, 이 책의 발간 다음해인 1952. 5. 29. 구 미쓰비시중공업의 제2회사들이 다시 미쓰비시라는 단어가 들어간 상호로 변경한 것을 보면 결국 상호사용금지 는 제대로 실시되지 않은 것으로 보인다).

21) 여인만, “부흥기 일본 자동차기업의 ‘기업재건정비’”, **경제사학**, 제41호(2007. 1), 78면.

22) 我妻榮, **經濟再建と統制立法**(有斐閣, 1948), 143면(국사편찬위원회/한일역사공동연구위원회 한국측위원회[공편], **일본제철 강제동원 소송기록 1**(국사편찬위원회, 2005)에 일부 면의 사본이 수록되어 있는 것을 참조하였음).

23) 그 내역으로는 戰時損害保險金, 契約打切補償金, 徵用船舶直接補償金, 産業設備營團補償金, 其他一般産業補償金이 있다. 國民科學研究所(編), **補償打切と經濟再建**(國民科學社, 1948), 5-6면(각주 22의 국사편찬위원회 자료에 일부 면의 사본이 수록되어 있는 것을 참조하였음).

보상을 받지 못하게 됨에 따라 수많은 회사의 대차대조표상 자산계정이 순식간에 줄어들어서 일시에 적자가 되었다.²⁴⁾ 전시보상 철폐에 따른 손실액(구체적으로는 장부상 전시보상특별세액의 형태로 나타남)은 그 규모가 일본기업들의 존립을 어렵게 할 정도로 컸다. 예컨대 9개 업종에 걸쳐 499개 기업의 1952년 9월말의 특별손실을 계산한 자료²⁵⁾에 의하면, 전시보상특별세액은 ‘항공기·병기’ 업종의 경우 손실의 45.3%, 특별손실(순손실)의 75.5%, 납입자본금의 5.90배에 달하였고, ‘전기기계’ 업종에서는 손실의 64.0%, 특별손실(순손실)의 25.5배, 납입자본금의 1.01배, ‘수송기계’ 업종에서는 손실의 38.8%, 특별손실(순손실)의 94.7%, 납입자본금의 1.51배에 달했다.²⁶⁾

(2) 이에 일본정부는 전시보상철폐 조치의 수락과 함께 이 조치가 은행 및 기업에 미치는 영향을 완화하기 위한 법률도 제정하였다. 이는 (i) 긴급금융대책(부흥금융금고 설립, 일본흥업은행에 의한 융자), (ii) 응급조치법(회사경리응급조치법, 금융기관경리응급조치법), (iii) 항구적인 재건정비법(기업재건정비법, 금융기관재건정비법)이라는 체계로 되어 있었다.²⁷⁾

이 중 기업에 대한 응급조치인 회사경리응급조치법(1946. 8. 15. 제정, 이하 “응급조치법”)이 정하는 바를 요약하면 다음과 같다. 우선 원칙적으로 자본금 20만 엔 이상으로 응급조치법 공포일 현재 전시보상청구권 등을 갖고 있는 회사를 특별경리회사로 지정하고, 특별경리회사는 1946. 8. 11. 오전 0시 현재 신·구계정으로 분리한 후 신계정에서 사업을 계속하는 한편 구계정의 채권채무의 결제를 정지시켜 전시보상철폐에 따른 타격을 가능한 한 최소화하도록 하였다.²⁸⁾ 신구계정의 분리 기준은 ‘회사의 목적인 현재 행하고 있는 사업의 계속 및 전후산업의 회복진흥에 필요한 자산’은 지정시에 신계정에 속하며, 그 외에는 원칙적으로 지정시에 구계정에 속하고(동법 제7조 제2항), 지정시 이후의 원인에 근거하여 발생한 수입 및 지출을 신계정의 수입 및 지출로, 지정시 이전의 원인에 근거하여 발생한 수입 및

24) 我妻榮, 전계서(각주 22), 143면.

25) 大藏省財政史室 編, **昭和財政史 終戦から講和まで13 金融(2)**(東洋經濟新報社, 1983), 904-5면(여인만, 전계논문(각주 21), 83-84면에서 재인용).

26) 이 특별손실 계산에서 전시보상특별세 이외의 다른 손실 항목으로는 재외자산, 제2봉쇄예금, 구채권·주식·배상, 구계정손실, 당기·이월손실 등이 있다.

27) 大藏省財政史室 編, 전계서(각주 25), 699-704면(여인만, 전계서(각주 21), 78-79면에서 재인용).

28) 여인만, 전계논문(각주 21), 79면; 我妻榮, 전계서(각주 22), 143면.

지출은 구계정의 수입 및 지출로 경리처리하도록 되어 있었다(제11조 제1, 2항).²⁹⁾

1948년 11월까지 특별경리회사로 지정된 회사는 8,373개사였으나, 그중 전시보상철폐에 의한 손실액이 적립금 등 이익을 초과하여 신규계정 분리 및 정비계획 제출이 필요한 회사는 5,114개사였다.³⁰⁾ 이 가운데 자료상 확인할 수 있는 266개사의 경우 특별경리회사 지정 당시의 신계정과 구계정 자산의 비율은 36:64로서, 산업별로 신계정의 자산비율을 보면, 건설 72%, 섬유(방직 제외) 68%, 농림수산 64%, 수송기계 29%, 항공기/병기 7% 등 전시 군수산업과의 관련도에 따라 상당한 차이가 있었다고 한다.³¹⁾

(3) 응급조치법 공포 후 1946. 10. 19. 제정되어 10. 30. 시행³²⁾된 기업재건정비법(이하 “재건정비법”)은 전시보상철폐에 의한 손실을 적절히 처리하기 위한 조치로 취해진 것이다. 이 법에서는 우선 이익합계가 손실합계를 보전할 수 없는 부분을 특별손실로 규정하고, 자본금의 90% → 구채권의 70% → 자본금의 잔액 → 구채권의 잔액의 순으로 이를 부담하도록 하였다.³³⁾ 쉽게 말하면, 자본잠식에 이르는 막대한 특별손실에도 불구하고 기업을 파산시키지 말고, 주주 및 구채권자들이 손실을 분담하여 계속기업으로 존속하게 한 것이다. 이는 대기업의 경영기반을 강화하며 손실부담을 금융자본의 전후 재편에 유리하도록 한다는 의도였다고 설명된다.³⁴⁾ 특별손실을 계상한 회사를 비롯하여 자본금 100만엔 이상의 회사는 재건정비계획을 제출하여 주무대신으로부터 그 계획의 인가를 얻어야만 신규계정을 합병할 수 있었고, 계획 인가 후에는 결정정비계획의 실시가 개시되어 그 실행의 완료에 의해 응급조치법으로부터 완전히 해제되게 되었다.³⁵⁾

이러한 기업재건정책과 앞서 본 경제력 집중배제정책 간의 관계가 문제되었다. 즉 GHQ는 재건정비법에 따른 재건정비계획의 인가 과정에서 재벌해체로 대표

29) 이는 채무관계를 회생절차 개시 시점을 기준으로 회생채권과 공익채권으로 구분하고 채권자·주주의 양보에 기초한 회생계획에 따라 회사를 재건하는 회생절차의 근본 아이디어와도 유사한 점이 있다.

30) 여인만, 전계논문(각주 21), 79면.

31) 여인만, 전계논문(각주 21), 79면.

32) 전시보상특별조치법, 금융기관재건정비법 등의 제정 및 시행일도 같다.

33) 이를테면 모든 회사에 동일하게 적용되는 아주 기계적이고 거친 형태의 회생계획을 작성 및 실행한 셈이다.

34) 我妻榮, 전계서(각주 22), 143면.

35) 여인만, 전계논문(각주 21), 80면.

되는 집중배제정책을 실현시키려 하였다. 결국 이에 관하여는 앞서 본 집배법 제정으로 별도의 법적 근거가 마련되었고, 그에 따라 집중배제 대상회사는 재건정비계획 이전에 집배법에 따른 재편성계획을 제출하여 인가를 받아야 하고, 재건정비계획은 재편성계획의 내용에 준하는 것으로 했다.³⁶⁾

(4) 요컨대 “전시보상 철폐에 따른 일본기업들의 도산을 방지하고 주주·채권자의 희생 하에 계속기업으로서 존속시킨다”는 응급조치법·재건정비법은 “재벌의 소유구조와 경제력 집중 및 개별시장에서의 독점구조를 해체하여 경제민주화를 달성한다”는 재벌해체정책과는 별개의 취지와 목적을 가진 것이었지만, 후자의 달성을 위한 재편성계획과 전자의 달성을 위한 재건정비계획의 내용이 사실상 중복될 수밖에 없었으므로 두 정책이 하나의 재건계획으로 귀일되었다.³⁷⁾ 구 미쓰비시와 구 일본제철의 현물출자에 의한 제2회사 설립 역시 이러한 법적, 역사적 배경을 가지고 있는 것이다.

4. 대상 판결에 대한 지적

위와 같은 전후 재벌해체 및 기업재건 과정에 비추어 보면, 대상판결의 실시에는 부정확한 점이 보인다. 즉 대상판결은 “구 미쓰비시는 일본의 패전 이후 일본 내 연합국 최고사령부(GHQ)의 재벌해체정책을 따름과 아울러 패전으로 인하여 일본 기업들이 부담하게 될 엄청난 액수의 배상 및 노무자들에 대한 미지급임금 채무 등의 해결을 위하여 제정된 일본의 응급조치법상의 특별경리회사, 재건정비법상의 특별경리주식회사로 지정된 후”(밑줄 필자)라고 하여 이들 특별법의 취지가 이들 회사의 배상의무 및 미지급임금 채무를 해결하는 데 있는 것처럼 기술하였다. 이러한 이해에 기초하여 일본법 적용 결과의 공서양속 위반여부를 판단하면서도 “전후처리 및 배상채무 해결을 위한 특별한 목적 아래 제정된 기술적 입법인 일본 국내법을 이유로 구 미쓰비시의 원고들에 대한 채무가 면탈되는 것은 한국의 공서양속에 비추어 용인할 수 없다”(밑줄 필자)고 판시한다.

36) 여인만, 전계논문(각주 21), 80면.

37) 그러나 재건정비법에 따른 재건정비계획의 제출이 요구된 기업이 5,100여 개사인 데 반해 집배법의 대상기업이 325개 사인 데서 알 수 있듯이, 두 정책은 엄연히 구분되는 것이고 응급조치·재건정비 정책의 적용범위가 훨씬 넓은 것이다. 다만 집배법의 지정회사는 우선 그 지정에서 해제되기 위해 기업재편성을 실시하고 그 결과를 바탕으로 정비법에 의한 정비계획을 제출하도록 한 것이다. 여인만, 전계논문(각주 21), 81면.

그러나 위에서 보았듯이 이들 법률의 제정취지는 연합국사령부의 요구에 따라 전시보상 철폐를 수용하면서, 그에 따른 일본기업들의 급격한 재무구조악화에 대한 응급조치로 신규계정을 분리하고, 주주 및 채권자의 희생 하에 그 도산을 막고 재건을 꾀하는 것이었다. 그리고 여기서 말하는 ‘전시보상’이란 일본기업이 보상해야 할 채무를 말하는 것이 아니라, 일본기업이 일본정부로부터 받을 것으로 기대하고 있던 자산을 의미하는 것이다.

구 미쓰비시 및 구 일본제철이 특별경리회사로 지정되던 당시의 구체적인 채무 내지 손실 현황이 어떠한지, 그중에 대상판결이 말한 바와 같은 “엄청난 액수의 배상 및 노무자들에 대한 미지급임금 채무 등”이 과연 얼마나 존재하는지는 필자가 검증하지 못했다. 그러나 앞서 소개한 대장성의 특별손실관련 통계자료는 물론, 동양공업 및 도요타자동차공업의 기업재건에 관한 개별연구에 나타난 재무자료³⁸⁾에 의하더라도, 그러한 배상의무나 미지급임금 채무가 당시 응급조치를 초래할 정도로 대규모였다는 사정은 보이지 않는다. 당시 이들 일본기업에 대한 응급조치 및 재건정비가 필요했던 단연 압도적인 손실항목은 전시보상특별세(즉 전시보상철폐)였던 것이다. 따라서 이들 특별법의 취지를 “배상의무 및 미지급임금 채무 해결”이라고 본 것은 필자가 연구한 범위에서는 근거를 찾기 어렵다.

위와 같은 입법 동기에 대한 오해는 분량으로는 한두 줄에 불과하지만 이 사건의 판단에도 매우 큰 영향을 미친다고 본다. 만일 응급조치법 및 재건정비법에 의한 신규계정 분리와 제2회사 설립이 진실로 이들 일본회사의 배상의무 및 미지급임금 채무의 면제를 위한 것이라면, 이들 일본법의 적용에 따른 ‘신회사의 채무불승계’라는 결론이 우리나라의 공서양속에 위반된다는 점이 훨씬 더 명백해 질 것이다. 또한 그 결과 일본법의 적용이 배제되어 한국법이 적용되는 맥락에서는, 법인격 부인사유로서의 ‘채무면탈목적’을 강력히 시사하는 사유가 아닐 수 없다. 반면 그 취지가 배상의무 및 미지급임금 채무의 면제와는 무관한 것이라면, 공서위반 및 법인격 부인의 문제는 훨씬 더 신중한 접근이 필요하게 된다.³⁹⁾

38) 특별경리회사 지정 및 그 이후 3년간 동양공업의 대차대조표 및 특별손실에 관해서는 여인만, 전계논문(각주 21), 91-92면; 도요타자동차공업에 관한 재편성계획 개요, 제2회사 설립상황, 특별손실, 대차대조표 추이 등에 관하여는 여인만, 전계논문(각주 21), 97-102면.

39) 그 외에도 대상 판결은 GHQ에 의하여 경제민주화의 하나로 추진된 재벌해체와 전시보상 철폐에 따른 응급조치·기업재건을 명확히 구분하고 있지 못한 것으로 보인다. 상술했듯이 이 두 가지는 결국 하나의 재건계획으로 귀결되기는 하지만 분명히 다른 목적과 취지를 가지고 있는 것이다. 예컨대 구 미쓰비시를 분할하여 3개의 제2회사를

따라서 입법 동기에 관한 대상 판결의 엄밀하지 못한 설시는 그 결론의 정당성에 불필요한 의문을 가져올 수 있다고 생각된다. 만약 대법원이 단순히 ‘전시보상’의 의미를 오해한 것이 아니라, 실제로 면밀한 검토 끝에 응급조치법·재건정비법의 목적이 “엄청난 배상의무 및 미지급임금채무”를 해결하려는 데 있다는 판단에 이르렀다면, 이는 당시 각종 자료에 나타난 바와는 전혀 다른 획기적인 판단이므로 이를 뒷받침할 수 있는 논거를 제시했어야 옳았을 것이다. 이하에서는 응급조치법·재건정비법의 입법취지가 “엄청난 배상의무 및 미지급임금채무”의 해소라기보다는 전시보상특별세로 인한 채무구조 악화를 해소하려는 데 있다는 전제에서 검토한다.⁴⁰⁾

설립한 것은 근본적으로는 지배법에 따른 재벌해체의 일환으로 추진된 것이지, 과도한 채무의 해결을 위해 그와 같은 3개 회사로의 분할이 필요했던 것은 아니다. 과도한 채무 문제에 대한 조치는 신규계정의 분리라는 응급조치법, 주주와 채권자의 손실부담이라는 재건정비법 상의 조치였고, 이는 재벌해체를 위한 일련의 조치(지주회사정리위원회의 주식양수 및 양도, 현물출자에 의한 특정기업의 분할 등)와는 구분된다.

40) 이 쟁점에 관한 2013. 5. 10.자 발표문의 지적에 영향을 받은 것인지는 알 수 없지만, 신일본제철 사건의 파기환송심인 서울고등법원 2013. 7. 10. 선고 2012나44947 판결에서는 “회사경리응급조치법과 기업재건정비법은 일본 정부가 불법적인 침략전쟁을 수행하면서 일본 기업으로부터 공급받은 전쟁물자 등에 대한 전시보상금의 지급을 정지하면서 그로 인한 일본 기업의 경영상의 손실을 주주와 채권자의 손실로 처리하여 전후 일본경제의 갱생을 도모하기 위한 목적으로 제정된 법률”이라고 하여 대상판결과는 달리 입법취지를 올바르게 실시하고 있다. 다만 그렇더라도 “구 일본제철이 알고 있는 채권자에 대한 절차관련권 보장을 위한 통지나 이들을 위한 일부 재산의 유보 등의 권리보호를 위한 절차적 또는 실체적인 장치를 거의 두지 아니한 사실, 구 일본제철 역시 구 계정에 대한 청산절차를 진행하면서 알고 있는 채권자를 보호하기 위한 조치를 전혀 취하지 아니한 채 다만 신고하지 아니한 채권은 제척된다는 취지로 공고만 한 사실”을 인정하면서, 이들 법률은 “패전이라는 비상상황에서 일본경제의 회생이라는 목적으로 제정되었다고 하더라도, 채무자인 구 일본제철이 이미 알고 있고 더구나 그 채무의 발생원인이 반인도적이고 고의적으로 자행된 불법행위에 기한 것에 이르기까지 채권자에 대한 거의 아무런 보호절차를 두지 아니하여... 자신의 권리를 행사할 가능성이 사실상 없는 대한민국 기타 피침략국의 국민 등 식민지배 및 침략전쟁과 관련한 피해자들에 대하여 실질적으로 권리행사를 봉쇄하는 효과를 가지게 되는바 위 각 법 제정의 배후에 이러한 의도가 없었다고 단정하기 어렵다”라고 하여 이들 법률의 문제점을 지적하고 있다. 즉 대상판결이 이들 법률의 입법취지 자체가 채무면탈목적에 있다고 본 반면, 위 서울고등법원 파기환송심 판결은 그렇게까지는 보지 않으면서도 ‘알고 있는 채권자에게조차 최소한의 보호 장치도 마련하지 않은 절차적 문제’를 강조하고 있다. 이는 대상판결보다 진일보한 합리적인 실시라고 생각된다. 반면 미쓰비시 사건의 파기환송심인 부산고등법원 2013. 7. 30. 선고 2012나4497 판결은 이들 법률이 “엄청난 액수의 배상 및 노무자들에 대한 미지급임금 채무 등의 해결을 위하여 제정”되었다는 대상판결의 설시를 답습하고 있고, 그 외에 추가로 고심한 흔적은 보이지 않는다.

III. 일본법에 따른 채무불승계와 한국의 공서 위반 여부

1. 일본법에 따른 결과로서의 채무불승계(제1, 2, 3단계)

이제 앞서 본 7단계 논리로 되돌아가 검토한다. 법인격소멸 또는 채무승계의 준거법은 법정지인 대한민국의 저촉규범에 따른다는 점(1단계)에는 별다른 의문이 없다. 대한민국의 저촉규범인 의용 법례⁴¹⁾와 섭외사법⁴²⁾에 의하면, 명문의 규정은 없으나 원칙적으로 구회사 및 신회사의 설립준거지이자 본거지인 일본법이 적용되는 것으로 보이고,⁴³⁾ 다만 그 적용결과가 대한민국의 공서양속에 반하는 경우에는 일본법의 적용을 배제하고 법정지인 대한민국의 법률을 적용해야 한다(2단계).⁴⁴⁾

그런데 일본법을 적용한 결과에 대해 대법원은 “이 사건에서 외국법인 일본법을 적용하게 되면, 원고들은 구 미쓰비시에 대한 채권을 피고에 대하여 주장하지 못

41) 대법원의 판시에 나타난 바와 같이, 이는 일본의 법례(1898. 6. 21. 법률 제10호)로서 1912. 3. 28.부터 일왕 칙령 제21호에 의하여 우리나라에 의용되어 오다가 미군정법령 제21호 제1조(1945. 11. 2. 발효, “모든 법률 또한 朝鮮舊政府가 발포하고 법률적 효력이 있는 규칙, 명령, 고시 기타 문서로서 1945년 8월 9일 시행중인 것은 그간에 폐지된 것을 제외하고 朝鮮軍政府의 특수명령으로 폐지될 때까지 모두 효력이 존속된다”)를 거쳐 대한민국 제헌헌법 제100조(“현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다”)에 의하여 현행법령으로서 대한민국 법질서에 편입되어 1962. 1. 15. 구 섭외사법 시행 전까지 적용되었다. 위 미군정법령의 문언은 명순구, “아직도 살아있는 법, 朝鮮民事令-‘조선민사령’의 소급적 폐지를 제안한다”, **저스티스**, 제103호(2008. 4), 225면에서 인용하였다.

42) 1962. 1. 15. 법률 제996호로 제정되고 같은 날 시행되었다.

43) 법인격부인 법리의 준거법에 관하여는, 법인격이 부인되는 회사의 속인법에 의하여야 한다는 견해와 법인격부인의 유형을 구분하여 유형별로 상이한 연결원칙을 적용하려는 견해가 있고, 설립준거지법과 본거지법 중 어떤 것이 회사의 속인법이 되어야 하는지도 쟁점이 될 수 있다. 어쨌든 이 사건에서는 신회사와 구회사의 설립준거지와 본거지와 모두 일본이므로 일본법이 원칙적으로 적용된다는 점에 의문이 없다. 법인격부인에서의 준거법에 관한 논의로, 석광현, “국제회사법의 몇 가지 문제점”, **국제사법과 국제소송** (제2권)(박영사, 2001), 212-213면; 江頭憲治郎, “法人格否認の法理の準據法”, **會社法の基本問題**(有斐閣, 2011), 487-502면.

44) 법례 제30조(“외국법에 의한 경우에 그 규정이 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 때에는 이를 적용하지 아니한다.”); 섭외사법 제5조(“외국법에 의하여야 할 경우에 있어서 그 규정이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 사항을 내용으로 하는 것인 때에는 이를 적용하지 아니한다.”). 이는 현행 국제사법 제10조에서도 같다(“외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 이를 적용하지 아니한다.”). 현행법은 그 외국법 자체의 공서양속 위반이 아니라 그 외국법을 ‘적용한 결과’의 공서양속 위반이 문제됨을 명시한 것이다. 석광현, **국제사법해설**(박영사, 2013), 175면.

하계” 된다고 한다(3단계). 대법원은 그 근거를 명확하게 실시하고 있지는 않으나, 위와 같이 제2회사들에게 현물출자를 하면서 이 사건에서 문제된 채무는 제2회사들이 승계하지 않았고 구규정에 속한 채로 구회사에 잔존하였으므로, 구회사에 대한 채권이 인정되더라도 이를 신회사에 대해 행사하지 못한다는 것이 신일본제철에 관한 오사카 고등재판소의 판단⁴⁵⁾이다. 이 점은 일본법의 해석론이므로 필자가 그 당부를 단언하기는 어려우나, 오사카 고등재판소는 장문에 걸쳐 이를 논증한 바 있다. 다만 이 쟁점은 신 미쓰비시가 피고였던 히로시마 지방재판소 및 고등재판소의 판결⁴⁶⁾에서는 별로 언급되지 않았는데, 이는 아마도 그 사건에서는 구회사를 흡수합병하여 포괄승계한 료주 주식회사도 공동피고로 되어 있어서 채무승계 또는 법인격 동일성 여부가 상대적으로 덜 중요했기 때문이 아닐까 추측해 본다.

2. 공서 위반 여부(제4단계)

(1) 공서의 개념

이러한 일본법 적용결과는 대한민국의 공서양속에 반하는가? 우선 살펴야 할 것은 법례, 섭외사법 및 국제사법에서 말하는 공서양속의 개념이다. 이러한 저촉규범상의 공서 개념은 민법 제103조가 규정하는 이른바 ‘국내적 공서(domestic public policy)’와 구별되는 이른바 ‘국제적 공서(international public policy)’를 의미한다고 설명하기도 하지만, 국제적으로 타당한 공서의 개념이 따로 있는 것은 아니므로 ‘국제적 공서’라는 표현은 오해의 소지가 있다.⁴⁷⁾ 공서위반은 결국 각 국가가 판단할 사항으로서, 여기서 문제되는 것은 한국의 관념에 따라 판단된 공서위반이며, 이를 ‘공서 개념의 국가성’이라고 표현한다.⁴⁸⁾ 다만 이는 “준거법이 외국법이더라도 (한국의 도덕 및 가치관념에 비추어) 양보할 수 없는 공서”를 의미하므로, 준거법이 국내법일 경우에 적용되는 민법 제103조에 따른 실질법상의 공서보다는 더 엄격히 해석되어야 할 것이다.⁴⁹⁾

45) 大阪高等裁判所 2002. 11. 19. 선고 판결, 특히 75-79면(국사편찬위원회, 각주 22의 자료에 수록됨). 最高裁判所 2003. 10. 9. 상고기각 및 상고불수리 결정으로 확정.

46) 廣島高等裁判所 2005. 1. 19. 선고 판결. 最高裁判所 2007. 11. 1. 상고기각으로 확정.

47) 석광현, 전계서(각주 44), 177면.

48) 석광현, 전계서(각주 44), 177면.

49) 석광현, “강제징용배상 및 임금 청구의 준거법”, 2013 서울대학교 법학연구소 학술대회 자료집, 29면에서는 국내적 공서 중에는 “준거법이 외국법이면 양보할 수 있는 공서”와 “준거법이 외국법이더라도 양보할 수 없는 공서”가 있으며, 준거법으로 지정된 외국법의 적용을 배제하는 사유로서의 공서는 후자에 한한다고 서술한다. 그리하여 “준거법으로

(2) 현행 대한민국법을 적용한 결과와의 비교

1) 우선 공서위반을 이유로 일본법 적용결과를 배제하려면, 최소한 대한민국법을 적용한 결과가 일본법을 적용한 결과와 달라야 할 것이다. 만약 대한민국법을 적용하더라도 같은 결과가 나온다면, 일본법 적용결과가 설령 도덕관념에 반하는 것처럼 보인다고 해도 대한민국 공서에 반한다고는 도저히 말할 수 없기 때문이다. 외국법 적용을 배제하는 사유로서의 대한민국의 공서는 원칙적으로 현재 시점의 공서를 의미하므로, 적어도 현재의 대한민국법을 적용한 결과가 일본법을 적용한 결과와 같다면 공서를 이유로 일본법 적용결과를 배제할 수 없을 것이다.

다만 전후 일본의 재벌해체 및 기업재건이라는 사건 자체가 우리나라에 없었던 매우 이례적이고 역사적 특수성을 가진 사태이므로 “대한민국의 현재 법을 적용할 경우”의 결론이 어떻게 될 것인지 판단하는 것은 대단히 어렵고, 설령 판단을 한다고 해도 매우 가성적인 것에 그칠 수밖에 없다. 그러한 한계에도 불구하고 현행 한국법의 적용결과를 추론해 보면 다음과 같다.

2) 먼저 구회사, 제2회사들, 신회사의 법인격의 차이를 부인하는 것이 가능할지가 문제된다. 이는 그 회사들의 법인격을 일반적으로 부인하는 것이 아니라, 당해 사건에 한하여 형식적인 법인격과 다른 권리의무의 귀속을 인정하는 것을 의미한다.

법인격부인에 관하여 우리 법에 명문의 규정은 없으나, 2000년대 들어 대법원은 풍성한 판결례를 제공하고 있고, 유형별로 유사한 판단기준이 수차례에 걸쳐 반복됨으로써 실질적인 규범력을 획득하고 있다. 이에 관하여는 과연 판례에 의해 형성된 법리를 대한민국의 현행법으로 볼 수 있는지가 문제된다. 이론적으로는 판례의 法源性을 부인하는 입장도 많지만 그것은 판례의 일반적 법적 구속력을 부정하는 것일 뿐, “대한민국의 법원이 당해 문제에 관해 법적으로 어떤 결론에 이를 것인가”라는 사실적인 측면에서 보면 판례, 그것도 대법원이 일관되게 실시하는 판례 법리는 사실상 대한민국법의 중요한 일부를 이룸을 부인할 수 없을 것이다.⁵⁰⁾ 즉 법적 구속력

지정된 외국법의 적용을 배제하려면, (i) 한국의 법원칙에 반하고, (ii) 그 법원칙이 본질적인 것, 즉 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념에 속하는 것이어야 하며, (iii) 그 상위가 중대하여 우리가 수인할 수 있는 범위를 넘는 것이어야” 한다고 본다.

50) 곽윤직·김재형, **민법총칙**(제8판)(박영사, 2012), 27면(“판례의 구속력은 [...] 사실상의 것에 지나지 않[으]나, 사실상의 구속력을 토대로 많은 판례민법이 생겨 성문민법과 함께 중요한 지위를 차지하고 있다”). 박정훈, “판례의 법원성”, **法實踐의 諸問題; 東泉 金仁燮 辯護士 華甲 紀念 論文集**, 1996, 26면의 다음과 같은 기술도 판례의 규범력을 제

여부를 문제 삼는 것이 아니라 한국법이 적용되었을 때의 결과를 추론하는 이 글의 맥락에서는 확립된 판례 법리도 당연히 그 준거가 되어야 한다.

법인격 부인과 관련하여 대법원은 대체로 세 가지 유형의 전형적인 판시를 반복하고 있다. (i) 먼저 이른바 법인격 형해화 유형으로서, “회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 실질적으로는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 사람의 개인기업에 불과하거나, 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 이용되는 경우에는, (...) 회사는 물론 그 배후자에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다”고 한다.⁵¹⁾ (ii) 다음으로 모회사 간에 있어서는 이와 거의 유사하지만 조금 다른 표현을 사용하는데, “자회사의 법인격이 모회사에 대한 법률 적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 사용되거나 채무면탈이라는 위법한 목적 달성을 위하여 회사제도를 남용하는 등의 주관적 의도 또는 목적이 인정”되는 경우에는 모회사의 책임을 물을 수 있다고 실시한다.⁵²⁾ (iii) 나아가 채무면탈 목적의 회사신설의 경우에는 “기존 회사가 채무를 면탈할 목적으로 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립하였다면, 신설회사의 설립은 기존회사의 채무면탈이라는 위법한 목적달성을 위하여 회사제도를 남용한 것이므로, 기존회사의 채권자에 대하여 위 두 회사가 별개의 법인격을 갖고 있음을 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다 할 것이어서 기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대하여서도 채무의 이행을 청구할 수 있다”고 한다.⁵³⁾

한적이나마 인정한다. “判例가 강한 事實의 影響力을 가짐으로써 그것이 法の 經驗的 認識根據로서의 法源을 이루고 있음을 긍정하고 반면 判例의 法的 拘束力 내지 法の 效力根據로서의 判例法을 부정하되, (...) 法官에 의한 法形成의 正當性을 긍정하고 그 산물인 判例에 대하여 法規範的인 資格을 승인함과 동시에 그 法的인 效果로서 推定的 拘束力 내지 論證義務를 인정하면서도 判例의 一般的 法的 拘束力은 거부하고자 하는 것이다.”

51) 대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결(법인격 부인); 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결(법인격 부인하지 않음); 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다73400 판결(법인격 부인하지 않음); 대법원 2010. 2. 25. 선고 2008다82490 판결(법인격 부인하지 않음).

52) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결(법인격 부인하지 않음); 대법원 2010. 2. 25. 선고 2007다85980 판결(법인격 부인하지 않음).

53) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다66892 판결(법인격 부인); 대법원 2006. 7. 13. 선고 2004다36130 판결(법인격 부인); 대법원 2008. 8. 21. 선고 2006다24438 판결(법인격 부인하지 않음); 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다77327 판결(법인격 부인하지 않음); 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010다94472 판결(법인격 부인).

위 (i) 유형은 형해화된 기업의 배후에 있는 자(주로 자연인)의 책임을 묻는 것으로서 현물출자로 설립된 신회사의 책임을 묻는 이 사안과 사실관계 패턴이 다르다. (ii) 유형 역시 모자회사 관계가 아닌 이 사안에 직접 적용되기는 어렵다. (iii) 유형은 ‘채무면탈 목적’으로 신회사를 설립하거나 기존회사를 이용한 경우로서 대상판결의 사안과 비교적 흡사한데, 만약 대법원이 이해하였듯이 응급조치법·재건정비법의 입법취지가 “엄청난 배상의무 및 미지급입금채무의 해소”에 있었다고 한다면 채무면탈 목적을 인정할 여지가 많을 것이다. 그러나 앞서 논증하였듯이 그 입법취지가 전시보상 철폐(즉 일본정부에 대한 청구권의 상실)에 따른 일본기업의 도산을 막기 위한 데 있었다고 본다면, “기존회사의 채무면탈이라는 위법한 목적달성을 위하여 회사제도를 남용한 것”으로 단정할 수 있을지는 의문이 남는다. 맥락은 다르지만 IMF 위기 이후 부실회사의 구조조정 방식으로 회사분할 또는 자산(영업)양도에 의해 우량자산을 떼어내어 신회사를 설립한 경우가 많았는데,⁵⁴⁾ 이런 경우에 구회사와 신회사의 법인격이 동일하다고 보아 채무승계를 인정한다면 우리나라에서도 일대 혼란이 일어날 우려를 배제할 수 없다.

3) 다음으로 신회사와 구회사의 법인격은 다르지만 이 사건 채무와 같은 채무는 승계된다고 해석될 것인지가 문제된다.

현물출자 또는 영업양도의 경우에는 출자·양도의 목적재산만이 이전하는 것이 원칙이다. 즉 이는 합병과 같은 포괄승계가 아니라 특정승계이므로, 채권채무 관계도 출자·양도의 대상으로 명시된 것만 이전된다. 그러나 여기에는 몇 가지 예외가 있는데, (i) 상호속용에 따른 양수인의 책임(상법 제42조), (ii) 채무인수를 광고한 경우 양수인의 책임(상법 제44조)⁵⁵⁾, (iii) 영업양도에 있어서 근로관계 및 근로

54) 대표적인 예로 대우중공업의 조선사업부문과 기계공업부문의 우량자산을 인적분할하여 대우조선해양과 대우기계공업(현 두산인프라코어)을 각각 신설하고 구회사는 파산절차로 이행한 사례, (주)대우의 건설부문과 무역부문의 우량자산을 인적분할하여 대우건설과 대우인터내셔널을 각각 신설하고 구회사는 파산절차로 이행한 사례, 대우자동차의 우량자산을 차종별로 복수의 신설회사에 양도하여 GM대우(현 한국GM), 대우타타상용차, 대우버스 등을 신설하고 구회사는 파산절차로 이행한 사례 등이 있고, 그 외에도 무수한 사례가 있다.

55) 관례는 이때의 ‘광고’를 매우 넓게 해석하여 “양도인의 채권자에 대하여 개별적으로 통지를 하는 방식으로 [채무인수의] 취지를 표시한 경우에도 적용”된다고 하며, 채무인수의 취지를 명시적으로 표시하지 않았더라도 양수인이 양도인과 동일한 기업인 것처럼 보이는 통지를 한 사례에서 그 통지의 상대방에 대하여는 양수인이 양도인의 채무에 대한 부진정연대책임을 진다고 한다. 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007다89722 판결.

관계에 기한 채무의 인수가 그 대표적인 예이다.⁵⁶⁾ 영업을 현물출자한 경우에는 “출자의 목적이 된 영업을 개념이 동일하고 법률행위에 의한 영업을 이전이란 점에서 영업을 양도와 유사하며 채권자의 입장에서 볼 때는 외형상의 양도와 출자를 구분하기 어려우므로” 상법 제42조 및 제44조는 영업을 현물출자한 경우에도 유추 적용되며,⁵⁷⁾ 근로관계 승계의 법리도 마찬가지로 유추적용된다고 보아야 할 것이다. 대상판결의 사안에서는 제2회사로의 현물출자 당시에는 상호를 계속 사용하지 않았고 원고들에게 채무인수를 광고 내지 통지하였다는 사정도 없으므로, (i), (ii)의 요건은 충족되지 않는다. 그러나 (iii)의 가능성은 좀 더 살펴볼 필요가 있다.

법문상 근거는 없으나 판례는 영업양도시 양도인과의 근로관계가 양수인에게로 승계된다고 일관하여 인정하고 있다. “영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적 물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고 영업을 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다”⁵⁸⁾고 하며, “영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없[으]므로, 근로기준법 제27조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하[며], 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다”⁵⁹⁾고 한다. 영업양수인은 근로관계 승계와 함께 영업양도인과 근로자 사이에 형성된 종전의 근로관계, 즉 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 의하여 정해진 근로조건도 그대로 승계한다.⁶⁰⁾ 나아가 양수인은 고용승계한 근로자에 대해 영업양수도 시점 이후의 임금 및 퇴직금 지급의무를 부담하는 외에, 영업양수도 시점 이전에 이미 성립된

56) 그 외에도 환경오염시설 양수인의 책임, 영업양수인의 제2차 납세의무 등 양수인에게 양도인의 책임을 연대하여 이행하도록 하는 특별법상의 예외가 있다.

57) 대법원 1989. 3. 28. 선고 88다카12100 판결; 대법원 1995. 8. 22. 선고 95다12231 판결; 대법원 1996. 7. 9. 선고 96다13767 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다38827 판결.

58) 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다40276 판결; 대법원 1991. 11. 12. 선고 91다12806 판결; 대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결; 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결; 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결; 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결; 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다23826 판결(일반론은 동일하나 영업양도로 인정하지 않음) 등 다수.

59) 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결.

60) 대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결. 김유성, **노동법 I**(법문사, 2005), 354면.

임금지급채무에 대해서도 양수인은 양도인과 함께 부진정연대채무의 관계에 있다고 보는 것이 다수설⁶¹⁾이다.

여기서 영업의 동일성은 영업 일부의 양도의 경우에도 인정된다. 그리하여 ‘한국 오픈마켓장 판결’에서는 “영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것”이라고 한다.⁶²⁾ 또한 이는 사인간의 영업양수도 뿐 아니라 행정기관의 조치에 의한 재단법인의 통폐합의 경우에도 적용된다는 것이 판례의 태도이다. 즉 재단법인 한국문화정책개발원이 문화관광부의 조치에 따라 재단법인 한국광관연구원과 통폐합되어 재단법인 한국문화관광연구원이 설립된 경우, 소멸된 종전 법인과 의 근로관계는 신설법인에 승계된다고 판단하였다.⁶³⁾

위와 같은 일련의 판례 법리가 이 사건의 사안에 그대로 적용될 수는 없다. 이 사건의 원고는 원폭투하 직후 작업장을 탈출하여 사실상 근로관계가 종료되었으므로, 근로관계가 존속되는 경우에 적용되는 위 판례들의 사안과 그 내용을 달리하기 때문이다. 그러나 영업양도 및 영업의 현물출자에 있어 법상 근거 없이도 예외적인 채무 승계를 인정하는 위 판례들의 취지는 근로자 보호를 위해 그 사업을 계속 영위하고 있는 양수인에게 책임을 지운다는 점에 있다. 영업을 양수받아 계속 영위하는 자는 그 영업의 일부를 구성하고 있던 근로자에 대한 근로관계 및 그에 따른 채무를 인수해야 하며, 이는 근로자 보호라는 중요한 규범적 요청에 의한 것이므로 양수인이 양도인으로부터 그러한 채무를 승계하지 않았거나 또는 특약으로 이를 명시적으로 승계대상에서 제외했다라도 배제되지 않는 강행적인 의무인 것이다. 이러한 취지에 비추어 보면, 비자발적으로 징용되어 노무에 종사하다가 역시 비자발적으로 생명을 위협하는 사고에 노출되어 불가피하게 현장을 이탈한 근로자에게는, 근로관계의

61) 김형배, **노동법**(박영사, 2009), 504면; 임종률, **노동법**(박영사, 2002), 483면 등.

62) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결.

63) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51017 판결(“법률의 제정이나 개정 또는 이와 동등한 효력이 있는 법규에 의하지 아니하고, 행정기관 내부의 업무처리방침 또는 행정조치 등에 의하여 새로운 법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행하던 법인 등 단체의 기능을 흡수하면서 그 권리의무를 승계함과 아울러 동일성을 유지하면서 일정한 사업 목적을 위한 인적·물적 조직을 일체로서 이전받는 등으로 종래의 사업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능을 할 수 있다면, 반대의 특약이 없는 한 해산되는 종전 단체에 소속된 직원들과의 근로관계는 원칙적으로 새로 설립되는 법인에게 포괄적으로 승계되고”).

계속을 원하는 근로자에 있어서보다 그러한 보호의 필요성 및 정당성이 오히려 더 크게 인정될 것이다.

가상적인 예로서, 우리나라 A회사에서 감금, 구타 등 반인륜적인 가혹행위를 당한 외국인근로자가 가혹행위를 못 이겨 탈출한 후, 뒤늦게 A회사에 미지급임금과 가혹행위로 인한 손해배상청구를 하려고 했는데 A회사는 이미 B회사에 그 사업장과 관련한 영업을 양도하거나 현물출자하고 파산 또는 해산해 버린 상태라면, 우리나라 법원은 B회사의 책임을 인정할 것인가? 또는 “그러한 채무는 B회사가 승계한 적극·소극재산에 포함되어 있지 않으니 B회사는 책임이 없다”고 할 것인가? 이런 선례가 없으니 당연히 이에 해당하는 판례나 학설도 없고, 그런 점에서는 대한민국 현행 법은 이 쟁점에 관한 한 공백상태라고도 할 수 있다. 그러나 앞서 본 근로관계 승계 법리에 비추어 보면, 이런 경우에 우리 법원이 쉽게 원고패소의 판결을 할 것으로는 생각되지 아니한다. 그 외국인 노동자가 가혹행위를 당했던 바로 그 사업장에 관한 영업을 양수하여 그로부터 이익을 얻고 있는 B회사는, 마치 그 사업장에서 근무하는 근로자들에 대한 일체의 채무를 승계하듯이, 귀책사유 없이 사업장을 이탈한 외국인 노동자에게도 근로관계와 관련한 채무를 승계한다고 보는 것이 위 판례 법리에 더 부합할 것이다. 더구나 이 외국인 노동자는 영업양도나 현물출자 과정에서 자신의 권리행사를 위한 아무런 보호나 통지도 받지 못한 점을 고려하면 더욱 그러하다.

4) 요컨대 이 사안에 그대로 적용될 수 있는 현행 대한민국법은 찾기 어렵다고 보는 것이 솔직한 관찰이다. 현재까지 형성된 법인격 부인에 관한 판례 유형만으로는 이 사안에서 법인격을 부인하는 결론을 직접적으로 이끌어내기는 쉽지 않아 보인다.⁶⁴⁾ 그러나 구회사와 신회사의 법인격이 다르다는 점을 인정하더라도, 영업양도시 근로관계 및 그와 관련된 채무의 승계에 관한 확고한 판례이론에 비추어 보면, 구회사로부터 공장 등 작업장과 그에 관한 자산 및 부채를 현물출자받아 설립된 신회사는, 그 작업장에서 근무하던 강제징용노동자에 대한 구회사의 미지급 임금채무 및 근로관계와 관련하여 발생한 손해배상채무를 승계한다고 보는 것이 타당한 현재의 대한민국법이라고 생각된다. 즉 3개 내지 4개로 신설된 제2회사 중

64) 물론 이는 이 사건과 같은 유형의 사건이 아직 우리 법원에서 다루이지 않았기 때문이므로, 기존의 세 가지 유형의 법인격부인 법리와는 다른 새로운 유형의 법인격부인 법리가 한국법으로서 형성될 수 있는 가능성을 배제하는 것은 아니다. 그러나 것처럼 아직 형성되지 않은 법리를 새로이 구성하여 현행 법률이라고 할 수 있을지는 의문이었다.

에서 해당 원고가 근무하고 있던 영업소를 인수한 회사가 그 채무를 승계하는 것이다. 이러한 결론은 구회사가 해산한 이후 청산이 종결되지 아니하여 청산중인 회사로 존속하고 있다고 해도 달라지지 않을 것이다. 즉 일본법 적용결과와는 다른 결론이 도출되는 것이다.

(3) 공서양속 개념에 기한 검토

앞서의 검토는 공서양속 위반을 인정하기 위한 최소한의 요건에 관한 판단이다. 즉 일본법을 적용한 결과가 현재의 대한민국법을 적용한 결과와 다르다고 해서 반드시 공서양속에 위반한다고 단정할 수는 없다. 따라서 추가로 무엇이 현재 대한민국의 공서양속이고 신회사들이 채무를 면하게 되는 결과가 과연 이에 위반하는지를 판단해야 한다.

민법 제103조에 관한 것이기는 하지만, 통설은 “선량한 풍속 기타 사회질서” 중 ‘선량한 풍속’은 “사회의 일반적 도덕(윤리)관념, [즉] 모든 국민에게 지킬 것이 요구되는 최소한도의 도덕률”을 의미하고 ‘사회질서’는 “국가·사회의 공공적 질서 또는 일반적 이익”을 의미한다고 본다.⁶⁵⁾ 그 구체적인 내용은 법관의 개인적·주관적인 정의관이나 윤리관에 의하는 것이 아니라 “이성적이고 공정·타당한 것에 대한국민 전체의 건전한 관념”⁶⁶⁾에 따라 결정하여야 한다. “사회의 기초적인 윤리규범 또는 일반국민의 도덕의식의 핵심”⁶⁷⁾이라고 표현하기도 한다. 나아가 최근 대법원 판례는 헌법상 기본권을 과도하게 제한하는 약정도 “민법 제103조에 정한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효”라고 판시하고 있는데,⁶⁸⁾ 이는 공서양속은 우리의 헌법질서가 표창하는 가치질서를 포함한다는 의미로 해석할 수 있다.

앞서 보았듯이 준거법 적용에 있어서의 공서도 근본적으로 우리나라의 시각에서의 공서라고 본다면, 민법 제103조에 관한 위 논의를 상당 부분 참고할 수 있을 것이다. 그 결과 공서위반 여부를 판단함에 있어 중요한 요소는 “일반국민들의 도덕관념” 및 “대한민국 헌법이 표창하는 가치질서”라고 할 수 있다. 즉 모든 시대에 공통적으로 적용되는 선형적이고 객관적인 공서의 개념이 존재한다기보다는, 현 시점의 우리나라 국민들이 헌법질서 내에서 일반적으로 공유하는 옳고 그름에 관한 관념이

65) 곽윤직·김재형, **민법총칙**(제8판)(박영사, 2012), 274면.

66) 곽윤직·김재형, **전계서**(각주 64), 274면; 양창수·김재형, **계약법**(박영사, 2010), 614면.

67) 양창수, **민법입문**(제5판)(박영사, 2008), 191면.

68) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다82244 판결(직업선택의 자유와 근로권 등을 과도하게 제한한다는 등의 이유로 퇴직 후 2년간 경업금지약정을 무효라고 판시함).

공서를 형성하는 것이다.

이러한 공서개념에 의지하여 이 사건의 일본법 적용결과를 보면 어떠한가? 세 가지 측면에 주목할 필요가 있다. 첫째는 일본법 적용결과에 따른 때 승계가 부정되는 채무가 구회사들의 대한민국 국민에 대한 반인도적 불법행위에 따른 채무라는 점이다(불승계채무의 내용). 둘째는 그와 같이 채무승계가 부정된 것은 일본기업의 재건과 일본경제 부흥을 위한⁶⁹⁾ 특별입법에 따른 기업재편 때문이라는 점이다(불승계 이유). 셋째는 그와 같이 채권이 불승계됨에 있어 원고들에 대한 통지 등 적절한 절차가 취해지지 못했다는 점이다(절차적 문제).

일본법 적용결과 불승계되는 채무가 단순한 계약이행채무이거나 채무불이행 또는 과실 불법행위로 인한 손해배상채무라면, 그것이 부정된다고 하여 공서위반이라고 하기는 어려울 것이다. 그러나 당해 채무의 발생근거가 일제강점기의 강제 징용, 강제노역 및 (원폭 투하 후) 방기에 의한 것인 이상, 그런 채무의 승계를 부정함으로써 현재 왕성히 영업 중인 신회사(피고들)의 이행책임을 부정하려면, 그러한 불승계의 이유와 절차가 과연 일반국민들의 도덕관념과 우리의 헌법가치에 비추어 최소한의 합리성을 갖추고 있는지 검토할 필요가 있다. 그런데 원고들의 채권이 부정되는 이유는 채무자인 구회사가 기업재건과 일본경제 부흥을 위한 일본의 특별법에 따라 알짜배기 자산을 신회사로 넘기고 해산하는 탓에 원고들이 채권을 행사하지 못하게 된다는 것이다. 나아가 그 과정에서 원고들에게 채무자가 변경되었다는 점에 관한 개별통지라든가 기타 권리행사에 필요한 적절한 절차가 취해진 바도 없었다. 이런 상황에서 일본법에 따른 구조개편을 이유로 신회사들이 채무 승계를 부정하는 것은 “일반국민들의 도덕관념”으로는 도저히 수긍할 수 없을 것이고, 임시정부의 법통을 계승함을 밝히고(헌법 전문) 침략전쟁을 부인함으로써(헌법 제5조 제1항) 일제강점의 위법성을 전제로 하는 “대한민국 헌법의 가치질서”에도 부합한다고 보기 어려울 것이다.

위 절차적인 측면에 관해 부연할 것이 있다. 아마 현재 우리나라에서 이 사건과 같은 구조개편의 필요성이 제기된다면, 일차적으로 고려될 방식은 1999년에 신설된 우리 상법상의 회사분할 제도일 것이다. 상법상 분할제도에서는 회사(분할회사)의 사업부문의 일부를 별도의 회사(신설회사)로 신설하거나(단순분할) 다른 회사(승계회사)에 합병시키는(분할합병) 경우에 분할회사, 신설회사, 승계회사로 하여

69) 대상판결과 같이 “엄청난 액수의 배상 및 노무자들에 대한 미지급임금 채무 등의 해결을 위하여”라고 볼 수는 없다는 점은 전술하였다.

금 분할회사의 분할 전 채무에 관하여 연대채무를 지는 것을 원칙으로 하되(상법 제530조의9 제1항), 다만 분할계획서나 분할합병계약서에 연대책임을 지지 아니함을 정하고 모든 채권자들에게 통지(아는 채권자의 경우) 또는 공고한 후 이의를 제기한 채권자들에게 변제, 담보제공, 재산신탁 등의 조치를 취하는 채권자보호절차를 거친 경우에 한하여 분할채무관계를 인정하고 있다(상법 제530조의9 제2항, 제4항, 제527조의5). 이와 같은 분할채무관계는 “분할되는 회사가 자신이 알고 있는 채권자에게 개별적인 최고절차를 제대로 거쳤을 것을 요건으로 하는 것”이므로 “만약 그러한 개별적인 최고를 누락한 경우에는 그 채권자에 대하여 분할채무관계의 효력이 발생할 수 없고 원칙으로 돌아가 수혜회사와 분할되는 회사가 연대하여 변제할 책임을 진다”는 것이 확고한 판례이다.⁷⁰⁾

물론 이 사건의 신회사 설립은 회사분할 제도에 의한 것이 아니라 현물출자에 기한 것이므로, 대한민국 법을 적용한다고 해도 회사분할에 관한 이러한 법리가 반드시 그대로 적용되는 것은 아니다. 그러나 분할 시 연대채무에 관한 상법 규정과 이를 적용한 일관된 판례는, 기업구조조정 과정에서 채권자들에게 적절한 의의제기 및 권리행사의 기회가 부여되지 아니하면 관여회사들이 연대채무를 부담함으로써 채권자들이 불측의 손해를 입지 않게 하여야 한다는 우리 사회 구성원들의 합의를 보여주고 있다. 이런 점에 비추어 보더라도, 회사가 알고 있는 채권자인 원고에게 아무런 보호절차가 취해지지 않았음에도 특별법에 따른 구조개편을 이유로 신회사의 채무승계를 부인하는 일본법 적용의 결과는 우리나라의 공서에 반한다고 볼 여지가 크다.

(4) 소결

이상의 추론에 의하면 대법원이 취한 논리구조 제4단계의 공서위반은 결론에 있어 수긍할 수 있다고 본다. 다만 대법원 판결이 공서위반이 되는 이유를 “전후처리 및 배상채무 해결을 위한 일본 국내의 특별한 목적 아래 제정된 기술적 입법에 불과한 응급조치법과 재건정비법 등 일본 국내법을 이유로 구 미쓰비시의 대한민국 국민에 대한 채무가 면탈되는 결과로 되는 것은 대한민국의 공서양속에 비추어 용인할 수 없다”고만 한 것은, 공서의 본질과 판단기준에 관한 논의가 충분치 않을 뿐 아니라 응급조치법 및 재건정비법의 입법취지에 관한 부정확한 이해에 근거하고 있어 불필요한 오해의 빌미를 낳을 수 있다는 점에서 다소 아쉽다. 두 건의 파기환송심

⁷⁰⁾ 대법원 2004. 8. 30. 선고 2003다25973 판결; 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011다38516 판결 등.

판결 중 미쓰비시에 관한 부산고등법원 판결 역시 동일한 문제를 보이고 있으나, 신일본제철에 관한 서울고등법원 판결은 채권자 보호조치를 전혀 취하지 않은 점을 강조하고 응급조치법·재건정비법의 입법취지에 대해서도 조금 더 정확한 설시를 하고 있어 조금 더 설득력 있는 논지를 펴고 있는 것으로 판단된다.⁷¹⁾

IV. 일본법 적용 배제에 따른 “당시 대한민국법”의 적용

1. “당시 대한민국법”의 의미(제5단계)

이상과 같이 일본법의 적용결과가 대한민국의 공서양속에 위반되므로, 일본법의 적용을 배제하고 법정지법인 대한민국법을 적용하게 된다(제5단계). 대법원은 “일본법의 적용을 배제하고 당시의 대한민국 법률을 적용하여 보면”(밑줄 필자)이라고만 하고 있어 구체적으로 어떤 시기의 법률을 적용하는지 분명하지 않다.

이때 신회사의 채무승계 내지 구회사와 신회사의 법인격 동일성 여부에 관하여 적용되는 법정지법은, 구회사로부터 신회사로의 현물출자 및 구회사의 해산이 있었던 시점, 즉 1950년 1월 및 4월의 법정지법이 될 것이다.⁷²⁾ 이에 반하여 원고가 채권을 행사하는 현재의 법정지법이 이 문제에 적용될 법이라고 볼 여지도 없지는 않겠으나, 1950년 당시의 법에 따라 채무승계 또는 법인격 동일성이 인정되지 않는다면 다시금 현재 법이 그 당시의 행위에 적용될 수 있겠는가라는 문제가 제기되므로, 우선 1950년 당시의 법에 따른 결과를 판단하는 것이 필요하다.

1950년은 제헌헌법에 따라 대한민국이 명실상부한 국가로서 성립한 이후이기는 하나, 회사관계를 규율하는 대한민국의 상법은 1962. 1. 20. 법률 제1000호로 제정되어 1963. 1. 1.에야 시행되었으므로, 이 당시 회사관계에 관하여 적용되던 법률은 조선민사령 제1조에 의하여 의용되다가 제헌헌법 부칙 제100조에 따라 “현행법령”

71) 위 서울고등법원 판결 중 제4단계 판단에 관한 결론적 설시는 다음과 같다. “위 각 법은... 일본 국내의 특별한 목적 아래 부당한 채무면탈이 예견됨에도 이를 용인하는 방식으로 제정된 기술적 입법에 불과하여 이러한 일본 국내법을 이유로 구 일본제철의 대한민국 국민에 대한 반인도적 불법행위에 기한 손해배상채무가 면탈되는 결과를 수궁하는 것은 대한민국의 법률이 외국법을 적용할 때 고려하도록 정하고 있는 국제적 강행법규 내지 공서에 반한다.”

72) 그 이후에 이루어진 일련의 흡수합병, 즉 동일본제철과 서일본제철의 중일본제철로의 흡수합병(1964. 6. 30.), 후지제철의 야하타제철로의 흡수합병(1970. 5. 29.) 등은 법률에 따른 포괄승계이므로 채무승계 여부에 異論이 있을 수 없다.

으로서 대한민국 법질서에 편입된 일본상법, 즉 이른바 의용상법이다. 상법 제정시의 부칙 제12조 제2항도 “조선민사령 제1조에 의하여 의용된 상법, 유한회사법, 상법 시행법과 상법증개정법률시행법은 본법 시행시까지 그 효력이 있다”고 정한다.

2. 1950년 당시 법률에 의한 판단(제6단계)

(1) 그렇다면 1950년 당시의 대한민국법을 적용하면 원고는 구회사에 대한 이 사건 채권을 피고인 신회사에게 청구할 수 있는가? 앞서 공서양속 위반 여부를 판단하면서, “현재의 대한민국법”을 적용하면 원고는 구회사에 대한 이 사건 채권을 피고에게 청구할 수 있다고 추론하였다. 그런데 지금 제6단계의 문제는 현재가 아닌 1950년 당시의 대한민국법에 따른 판단이라는 점에서 차이가 있다.

법인격부인법리 또는 현물출자·영업양도시의 채무승계 여부에 관하여 어떤 법률에도 명문의 규정이 없음을 현재나 1950년 당시나 동일하다. 1950년 당시 우리나라의 법학 수준은 아직 태동 단계였고 판례도 별달리 형성되지 않은 상태여서, 참고할 만한 판례나 학설도 없었던 것으로 보인다. 예컨대 1950년대에 발간된 국내 회사법 교과서들은 아직 법인격 부인론의 개념조차 소개하고 있지 않으며, 현물출자·영업양도시의 채무승계에 관해서도 당연히 아무런 언급이 없다.⁷³⁾

대법원은 이런 상황에서 어떻게 법을 발견할 것인가라는 매우 어려운 법철학적인 문제에 관하여 아무런 언급 없이, 곧바로 “당시의 대한민국 법률을 적용하여 보면 (...) 구회사와 피고(신회사)는 그 실질에 있어 동일성을 그대로 유지하고 있는 것으로 봄이 상당하여 법적으로는 동일한 회사로 평가하기에 충분”하다고만 실시하고 있다.⁷⁴⁾ 여기서 대법원이 실시하는 “실질적 동일성”이란 것은 우리 판례에서나 학설에서나 법인격 부인 내지 법적 동일성 인정 기준으로 제기된 바 없는 새로운 기준으로 보인다.⁷⁵⁾ 그러나 대법원이 어떤 근거로 1950년 당시 대한민국법이 이러한

73) 필자가 찾아본 1950년 무렵의 국내 회사법 관련 문헌으로는, 朱愈淳, **會社法**(一韓圖書出版社, 1950) (표지의 제목은 ‘회사법’이나 속표지의 제목은 ‘회사법강의’이다. 이 책의 머리말에서는 “본서는 현행법인 일본상법전 제2편 회사를 중심으로 하고 있다”고 밝히고 있다); 徐敦珪, **商法(總則·會社法)**(世文社, 1953); 徐敦珪, **會社法**(正音社, 1958) 등이 있다. 이들 책 모두 법인격 부인론, 영업양도나 현물출자시의 채무승계 여부에 관해서는 언급하고 있지 않다.

74) 두 개의 과기환송심도 이 점에 있어서는 대상판결과 동일한 입장을 취한다.

75) 대법원이 두 법인의 ‘실질적 동일성’을 언급하는 경우는 종래 두 가지가 있다. 첫째는 앞서 본 법인격 부인론의 세 번째 유형, 즉 채무면탈 목적으로 실질적으로 동일한 신 회사를 설립하는 경우인데, 이 경우에는 ‘채무면탈 목적’이라는 중요한 별도의 징표가

내용이라고 판단한 것인지는 분명하지 않다.

(2) 이와 같이 적용할만한 법률상 규정이나 학설, 판례도 전무한 경우 이 쟁점에 관한 1950년의 대한민국법을 어떻게 발견할 것인가? 당시 의용상법 제1조는 “商事에 關하여 그 法律에 定함이 없는 事項에 關하여는 商慣習에 따르고, 商慣習이 없는 때에는 民法(明治29年 法律第89號)이 定한 바에 依한다”고 하고 있었다. 이 쟁점에 관하여 상관습이 있을 것으로 보이지는 않으므로, 그 다음 ‘민법이 정한 바’로 가면 의용민법에서도 法源에 관한 명시적인 규정은 두고 있지 않았다.⁷⁶⁾ 다만 당시 의용되던 법례 제2조는 현행 민법 제1조에 상응하는 것으로서, 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 條理에 의하도록 하였다.

따라서 1950년도에 대한민국법을 발견하는 방법으로는 첫째, 비록 법인격 부인이나 현물출자시 채무승계 여부에 관해 명시적인 법률·판례·학설은 없지만 ‘해석론’으로서 그러한 결론이 도출될 수 있는지 여부를 검토하는 방법, 둘째, 이에 관한 법률이나 관습법이 없으므로 조리로 돌아가는 방법을 생각할 수 있다. 그런데 법률·판례·학설이 없는 상태에서의 해석론이라는 것은 결국 입법의 취지를 고려하여 합목적적이고도 체계정합적인 결론을 도출하는 작업이므로, 그 실질에 있어서는 법해석자가 생각하는 ‘조리’를 찾아내는 것과 다르지 않다고 본다. 즉 두 가지 방법 모두 법해석자가 사실상 범형성의 기능을 수행할 수밖에 없는 것이다.

(3) 그런데 여기에는 또 하나의 문제가 있다. 즉 현시점(대상판결이 선고된 2012년 또는 파기환송심의 판결이 선고된 2013년)의 법해석자의 사고체계와 지식에는 당연히 현시점까지 형성된 법리(판례, 학설 등)가 자리 잡고 있는데, 이것을 떼어버리고

요구되므로 대상 판결에서 실시한 법리와는 차이가 있다. 둘째, 역시 앞서 언급한 근로 관계 승계 등과 관련하여 영업양도에 해당하는지 문제된 사안에서 ‘실질적으로 그 사업 부문의 인적, 물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 이전한 경우’에 영업양도로 인정하고 있는데, 이는 양도인과 양수인이 서로 다른 법인격을 가진 별도의 회사라는 전제 하에 영업양도로 인정하는 것이므로, 실질적 동일성을 이유로 양자를 “동일한 회사”로 판단하는 대상 판결의 논지와는 전혀 다르다.

76) 다만 의용민법 제92조는 현행 민법 제106조에 상응하는 것으로서 “법령 중의 공공질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 있어 법률행위의 당사자가 그 관습에 의할 의사를 가지고 있다고 인정되는 때에는 그 관습에 따른다.”고 하고 있었는데, 이것이 法源에 관한 규정인지 단순히 법률행위의 해석에 관한 규정인지는 다름이 있다. 어쨌든 이 사건의 사안에서는 신회사의 채무귀속 내지 채무승계에 관해 이렇다 할 관습이 있는 것은 아니므로 이 조문은 별다른 지침이 되지 못한다.

1950년 시점에서의 법발견 또는 법형성을 하는 것이 과연 가능한가의 문제이다. 즉 적용해야 하는 잣대는 1950년의 법해석론 내지 조리인데, 적용하는 자의 인식체계와 사고체계는 2013년에 속해 있는 것이다.

필자의 소견으로는, 현시점에 있어 법해석자의 뇌리에서 1950년 이후에 형성된 법리를 제거해 내고 1950년의 시점에서의 해석론 내지 조리를 적용한다는 것은 불가능하다고 본다. 즉 현시점에서 ‘1950년의 한국법’을 적용할 때에는 필연적으로 1950년 이후에 이루어진 법발전의 성과가 법해석자 내지 법적용자의 인식체계·사고체계에 반영되어 있을 수밖에 없다. 다만 그중에서 1950년에 존재했던 법과 어긋나는 것은 제거하고 판단하여야 할 뿐이다.

이는 이른바 ‘판례의 소급효’ 문제와도 관련이 있다. 형식적으로는 법해석자 내지 법적용자는 1950년도의 한국법을 적용하여야 하지만, 그의 인식체계에서 실제로 이루어지는 판단은 “1990년대 이후 판례로 정립된 법인격부인 법리 내지 영업양도시 근로관계 승계 법리를 1950년대에 벌어진 사건에 소급적으로 적용”하는 것이고 과연 이것이 정당한지가 문제되기 때문이다. 판례의 소급효에 관하여는 특히 형사판결에 관한 한 피고인에게 불이익하게 적용되는 판례변경의 소급효를 제한해야 한다는 주장도 유력하고, 민사판결에 있어서도 판례를 변경하는 때에는 경우에 따라 그 소급효를 제한할 필요가 있다는 것이 대법원의 태도이다.⁷⁷⁾ 그러나 판례의 소급효를 우려하는 견해조차도 판례의 소급효를 일단 전제로 하되, 변경된 판례가 당사자의 종전 판례에 대한 신뢰에 반하거나 사회적 가치판단의 변화에 따른 것일 때에는 판결시에 명시적으로 소급효를 제한할 수 있고, 경우에 따라서는 당사자들에게 적절한 구제수단이 주어져야 한다는 것이다.⁷⁸⁾ 따라서 이 사건과 같이 (i) 형사

77) 우리 대법원 판례는 민사, 형사, 행정사건을 불문하고 판례 변경시에 변경된 판례가 소급 적용됨을 당연히 전제하였고, 다만 경우에 따라 대법원 스스로 장래효만을 가지는 판례변경을 하기도 하였다. 예컨대 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결(중증구성원 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법이 무효라고 하면서도 이를 선고시 이후로 장래효만을 갖는 것으로 하되 예외적으로 당해 사건에만 소급적용함); 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결(중손이 제사주재자가 된다는 종래의 관습에 더 좁은 판례를 변경하면서도 이를 선고시 이후로 장래효만을 갖는 것으로 하되 예외적으로 당해 사건에만 소급적용함). 또한 경우에 따라서는 변경된 판례의 소급 적용을 전제로 하면서도 별도의 법리에 의하여 수범자의 신뢰보호를 피하기도 한다. 예컨대 대법원 2012. 4. 12. 선고 2011두31673 판결(변경 전 판례를 신뢰하고 양도소득세를 신고납부하지 않은 데 대하여 과세의무는 소급 적용되지만 납부지연에 따른 가산세 납부의무는 부정함). 이에 관한 상세는 이동진, “판례변경의 소급효”, 민사판례연구회 2013년 하계심포지움 발표문(미공간).

처벌이 문제된 것도 아니고, (ii) 판례가 변경된 것이 아니라 불분명하던 영역에서 판례가 명확한 법리를 선언한 데 불과하고, (iii) 판례 형성 전의 보호할만한 신뢰가 있는 것도 아닌 사안에서 판례의 소급효를 부정할 근거는 없다고 본다.

(4) 이런 관점에서 보면, 어차피 1950년의 대한민국법에 법인격 부인의 법리라든가 영업양도·현물출자 시의 채무승계 법리에 관한 정함이 없었던 이상, 1950년의 대한민국법에 반하지 않는 범위 내에서는 그 후에 이루어진 법발전의 성과(예컨대 그 이후의 학설과 판례)를 고려하여 “1950년 당시의 한국법”을 확정하고 적용할 수밖에 없다. 그러한 법발전의 성과는 이를테면 지혜의 진보로서 현시점에서의 법해석자 내지 법적용자가 과거의 법을 발견하고 적용함에 있어 향유할 수밖에 없고, 또 향유해야 하는 것이다. 그러한 법발전의 산물을 머릿속에서 의도적으로 떼어내 버리더라도, 그 결과가 1950년 당시의 합리적인 법해석자 내지 법적용자가 도달했을 결론과 같다는 보장은 없다. 1950년 당시의 합리적인 법해석자 내지 법적용자라도 조리에 따라 해석한 결과 그 후에 법 발전을 통해 이루어진 것과 동일한 결론, 즉 ‘일정한 경우에는 법인격이 부인되어야 할 것이다’거나 ‘일정한 경우에는 양수인이 양도인의 근로관계채무를 승계한다고 보아야 할 것이다’라는 결론에 이를 수도 있었을 것이기 때문이다.

따라서 1950년의 한국법을 적용한 결과가 무엇인가를 판단함에 있어서는, 그 때나 지금이나 어차피 명시적인 법률상 규정이 없고 1950년대에는 아무런 판례·학설도 없는 이 사건의 경우에는, 현시점까지 추가로 형성된 판례와 학설을 고려할 수밖에 없다. 그것은 현시점에서의 조리이자 현시점에서 발견할 수 있는 당시 시점에서의 조리의 최선이기도 한 것이다. 현재의 대한민국법을 적용하면, 영업양도시 양수인이 양도인의 근로관계 및 그와 관련하여 발생한 채무를 승계한다는 법리에 비추어 구 회사가 원고에 대한 신회사의 채무를 승계한다고 이미 추론하였다. 1950년의 한국법에 이러한 결론을 배척하는 내용이 따로 없는 이상, 1950년의 한국법을 적용한 결과 역시 이와 동일하게 될 것이다.

78) 윤진수, “미국법상 판례의 소급효”, *저스티스*, 제28권 제1호(1995), 119면은 “새로운 판례 [...]의 소급효는 원칙적으로 인정되어야 한다는 전제 하에서, 다만 그 소급효가 기존의 법률관계에 어떤 영향을 미치는 것인지, 그 소급효가 구체적으로 어떻게 작용하는 것이 합리적인지를 분석하여야” 하며, “이 점을 결정함에 있어서 중요한 고려요소는 법적 안정성 내지 중전의 법률상태에 대한 당사자의 신뢰를 어느 정도나 보호할 것인가 하는 점”이라고 한다.

(5) 이러한 접근과는 달리, 1950년대에는 별다른 이론이 형성되어 있지 않았으므로 1950년대의 법이 무엇인지를 정하려면 아주 순진무구(naive)한 접근을 취해야 한다고 생각할 수도 있다. 대상판결이 별다른 근거 제시 없이 “두 회사가 실질적으로 동일하므로 법적으로는 동일한 회사로 평가할 수 있다”고 매우 나이브하게 판시한 것도 혹시 이런 시각을 반영한 것인지도 모르겠다. 그러나 1950년 시점에 국내 문헌이나 판례에서 아예 법인격부인 법리를 찾기 어려운 이상, 1950년 시점의 법이 현재의 법인격부인 법리보다 더 쉽게 법인격을 부인했을 것이라고 추론하기는 쉽지 않아 보인다.

더구나 법원이 실질적 동일성을 인정하는 근거로 제시한 두 가지 사정, 즉 “책임 재산이 되는 자산과 영업, 인력을 제2회사에 이전하여 동일한 사업을 계속하였다”는 점 및 “피고 스스로 구 미쓰비시를 피고의 기업 역사의 한 부분으로 인정하고 있는 점”은 두 회사를 동일한 회사로 취급하기에는 크게 부족하다. 첫째 사정은 일반적인 영업양도에서도 늘 존재하는 사정으로서, 그런 사정만으로 양도인과 양수인이 법적으로 동일한 회사라고 평가되지는 않는다. 오히려 동일한 회사가 아니기 때문에 예외적으로 근로관계의 승계 등 채무승계 여부가 문제되는 것이다. 둘째 사정 역시 회사분할, 영업양도, 기타 수많은 기업구조조정에서 흔히 존재하는 사정이다. 예컨대 (구)대우중공업의 조선부문 우량자산을 2000년에 인적분할에 의해 분리하여 설립된 대우조선해양의 홈페이지에서는 그 연혁에 1973년 이래 (구)대우조선 및 (구)대우중공업을 모두 포함시키고 있다.

이처럼 대상판결이 별다른 요건도 밝힘이 없이 제시한 ‘실질적 동일성론’은 그동안 대법원이 꼼꼼하게 다듬어 온 법인격 부인론과도 어울리지 않고 지나치게 포괄적이다. 이것이 일반론으로 적용된다면, 외환위기 이후 구조조정을 통해 탄생한 수많은 신설회사들이 “실질적으로 동일한 회사이고, 기업역사도 공유하니” 구회사의 채무를 이행할 책임이 있는 것 아니냐는 실로 엄청나고도 잘못된 추론의 가능성을 열어 줄 우려도 있다.

V. 결 론

이상의 논의를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 원고가 구회사에 대하여 가지는 채권을 신회사에도 청구할 수 있다는 대

법원의 결론에는 찬동한다. 그리고 그 과정에서의 전반적인 추론과정, 즉 ① 법인격소멸 또는 채무승계의 준거법은 법정지인 대한민국의 저촉규범에 따르고, ② 대한민국의 저촉규범에 의하면 일본법이 적용되는데, ③ 일본법을 적용하면 구회사에 대한 채권을 신회사에 대해 행사하지 못하게 되어, ④ 그 적용결과가 대한민국의 공서양속에 반하므로, ⑤ 일본법의 적용을 배제하고 법정지인 대한민국법을 적용한다는 점도 타당하다고 본다.

둘째, 그러나 ⑥ 구회사와 신회사가 ‘실질적으로 동일’하여 ‘법적으로도 동일’한 법인으로 평가될 수 있다는 판시는, 기존의 법인격부인 법리보다 법인격 부인의 요건이 지나치게 완화된 법리로서 그 근거를 이해하기 어렵다. 만약 이것이 현행 법으로서 강제징용 이외의 맥락에서도 유효한 것이라면, 대법원은 대상판결을 통해 종래의 법리를 넘어선 매우 과감한 법인격 부인론을 편 셈이고, 이 논리대로라면 영업양도·현물출자·회사분할 등을 통해 신설된 수많은 한국 회사들까지 구회사 채무의 위험에 노출시키는 부작용이 우려된다.

셋째, 오히려 이 부분은 법인격 부인이 아닌 영업양수인 또는 현물출자로 신설된 회사의 채무승계 문제로 접근하는 것이 타당할 것이다. 이에 관한 현재의 판례 법리, 특히 고용관계 및 고용관련 채무의 승계에 관한 확고한 판례 법리를 유추 적용하면 이 사건에 있어서도 신회사는 원고에 대한 구회사의 채무를 승계한다고 보아야 할 것이다. 또한 이러한 판례 법리는 1950년 이후 법발전의 성과로서, 1950년 당시의 한국법을 해석 및 적용하는 데에도 적용되어야 한다.

2건의 대상판결은 일제강점기의 잔재를 법적으로 평가하는 역사적 중요성을 가진 판결이다. 그리고 회사법적 논점에 국한해 보더라도, 전후 재벌해체라는 특수한 현실과 얽힌 데다가 다양한 시점(時點)과 지역의 법이 적용되어 복잡한 시제법(時際法) 및 국제사법의 문제를 야기하므로, 매우 진지하고 섬세한 접근이 필요하다. 그런 중요성과 복잡성에 비추어 보면 2건의 대상판결은 군데군데 사실인정 및 논리적 추론에 있어 완벽하지 못한 모습을 보여주고 있어 아쉬운 면이 없지 않다. 앞으로 유사한 사건에 관한 판결에서는 보다 꼼꼼하고 진지한, 그리하여 일본정부나 일본기업 등 그 결론에 반대하는 사람들조차 그 논리에는 승복할 수밖에 없는, 훨씬 더 정교한 판결이 내려졌으면 하는 바람이다.

참고문헌

- 국사편찬위원회/한일역사공동연구위원회 한국측위원회[공편], **일본제철 강제동원 소송기록 1**(국사편찬위원회, 2005).
- 강정희, 미군정기 일본 재벌(Zaibatsu) 해체에 관한 연구, 서울대학교 대학원 석사 학위 논문(2001).
- 곽윤직·김재형, **민법총칙(제8판)**(박영사, 2012).
- 김유성, **노동법 I**(법문사, 2005).
- 김형배, **노동법**(박영사, 2009).
- 명순구, “아직도 살아있는 법, 朝鮮民事令 - ‘조선민사령’의 소급적 폐지를 제안 한다”, **저스티스**, 제103호(2008. 4).
- 박정훈, “판례의 법원성”, **法實踐의 諸問題**[東泉金仁燮辯護士 華甲紀念論文集](박영사, 1996).
- 여인만, “부흥기 일본 자동차기업의 ‘기업재건정비’”, **경제사학**, 제41호(2007. 1).
- 徐敦珪, **商法(總則·會社法)**(世文社, 1953).
- _____, **會社法**(正音社, 1958).
- 석광현, “국제회사법의 몇 가지 문제점”, **국제사법과 국제소송(제2권)**(박영사, 2001).
- _____, **국제사법해설**(박영사, 2013).
- 양창수·김재형, **계약법**(박영사, 2010).
- 양창수, **민법입문(제5판)**(박영사, 2008).
- 윤진수, “미국법상 판례의 소급효”, **저스티스**, 제28권 제1호(1995).
- 이동진, “판례변경의 소급효”, 민사판례연구회 2013년 하계심포지움 발표문(미공간).
- 임종률, **노동법**(박영사, 2002).
- 朱愈淳, **會社法**(一韓圖書出版社, 1950).
- 江頭憲治郎, “法人格否認の法理の準據法”, **會社法の基本問題**(有斐閣, 2011).
- 國民科學研究所(編), **補償打切と經濟再建**(國民科學社, 1948).
- 三島康雄(編), **日本財閥經營社: 三菱財閥**(日本經濟新聞社, 1981).
- 我妻榮, **經濟再建と統制立法**(有斐閣, 1948).
- 持株會社整理委員會, **日本財閥とその解體**(1951).

<Abstract>

Postwar Dissolution of the Japanese Zaibatsu and Attribution of the Liability for the Forced Labor

Chun, Kyung-Hoon*

In 2012, the Supreme Court of Korea ordered two Japanese companies which were beneficiaries of the forced labor during the World War II to compensate for the damages incurred by the Korean victims of such forced labor. Among various legal issues of the decision, this article analyzes the following issue: assuming that the old companies were liable, are the new companies incorporated in 1950 through in-kind contributions by the old companies also liable?

The author agrees with the Supreme Court in its conclusion that the victims may exercise their claims (which they originally had against the old companies) against the new companies. The logic that led to such conclusion is also generally acceptable. However, the court failed to provide any persuasive ground when it ruled that “the old companies and the new companies are substantially identical, and thus, they should be treated as the same companies from a legal perspective as well.” Poorly defined test at best, “substantially identical” test does not provide a meaningful guideline, and is inconsistent with the court’s past cases on the issue of “piercing the corporate veil” where the court stipulated detailed requirements for disregarding separate legal personality. Under the “substantially identical” test, many new companies incorporated by way of business transfer, corporate spin-off or in-kind contribution might be unduly exposed to the liability of the former companies.

This article argues that, rather than disregarding the separate legal personality, the court should have reviewed whether the new companies have assumed the liabilities of the old companies owed to the victims. Under the well-established doctrine of

* Assistant Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

Korean Supreme Court, when there is a business transfer or a in-kind contribution of a business, the transferee assumes the obligations of the transferor owed to the employees under the same terms and conditions as agreed by the employees and the transferor. This doctrine may be applicable to our case, leading to a conclusion that the new companies assume the liabilities of the old companies owed to the victims of the forced labor.

Keywords: forced labor, dissolution of zaibatsu, in-kind contribution, business transfer, piercing corporate veil