

최신 판례

상습범에 관한 재심판결의 기판력이 그 이전에 동일한 습벽으로 저지른 후행범죄에 미칠까?

[대법원 2018도20698]



■ 사안의 개요

● 이 사건 공소사실

「피고인은 상습절도죄 등으로 3회 실형을 선고받은 자인바, 또다시 상습으로 2016. 10. 3.경부터 2017. 10. 28.경까지 수십 회 절도 범행을 저질러, 두 번 이상 절도죄 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 면제된 후 3년 이내에 다시 상습적으로 절도죄를 범하였다.」
→ 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반

(절도)¹⁾²⁾

1) 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정범죄가중법')

제5조의4 ⑥ 상습적으로 「형법」 제329조부터 제331조까지의 죄나 그 미수죄 또는 제2항의 죄로 두 번 이상 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 면제된 후 3년 이내에 다시 상습적으로 「형법」 제329조부터 제331조까지의 죄나 그 미수죄 또는 제2항의 죄를 범한 경우에는 3년 이상 25년 이하의 징역에 처한다. <개정 2016.1.6.>

● **피고인의 전과와 재심**

- 피고인은 ‘상습으로 절도죄를 범하였다’는 범죄사실로 2001. 12. 5. 특정범죄가중법위반(절도)죄 등으로 징역 1년 6월을 선고받고, 같은 날 그 판결이 확정된 바 있음 → A 판결
또한 피고인은 또다시 ‘상습으로 절도죄를 범하였다’는 범죄사실로 2003. 10. 13. 특정범죄가중법위반(절도)죄 등으로 징역 2년을 선고받고, 2003. 12. 30. 그 판결이 확정된 바 있음 → B판결
- 헌법재판소는 위 판결들에 적용되었던 법률조항인 특정범죄가중법(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것) 제5조의4 제1항 중 형법 제329조에 관한 부분 등이 헌법에 위반된다고 판단하였음(헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2014헌가16 등 결정)
- 피고인은 위 B판결에 대한 재심에서 징역 2년을 선고받고 항소하였다가 2016. 12. 22. 항소기각판결을 선고받았고, 2016. 12. 30. 위 재심판결이 확정되었음³⁾ → 제1재심판결
- 또한 피고인은 위 A판결에 대한 재심에서 2018. 4. 27. 징역 1년 6월을 선고받았고, 2018. 8. 10. 위 재심판결이 확정되었음⁴⁾ → 제2재심판결

● **원심의 판단**

- 원심은 위 제1재심판결 및 제2재심판결 확정 후인 2018. 12. 6. 이 사건 공소사실에 대하여 유죄판결을 선고하면서,

- ① ‘제1재심판결이 있으므로 그 이전에 범한 이 사건 2016. 10. 3.자 각 절도 범행에 관하여는 형사소송법 제326조 제1호(‘확정판결이 있는 때’)에 따라 면소판결이 선고되어야 한다’는 피고인의 법리오해 주장을 받아들이지 않았고,
- ② ‘제2재심판결 범죄와 이 사건 공소사실 범죄는 형법 제37조 후단에서 정한 경합범, 이른바 후단 경합범 관계에 있지 않다’는 전제에서 형법 제39조 제1항에 따른 감경을 하지 않았음

● **피고인의 상고**

피고인이 이에 불복하여 상고를 제기함

■ **상고심의 쟁점**

- (1) 상습범(‘선행범죄’)으로 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 동일한 습벽에 의해 범행(‘후행범죄’)을 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저질러 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치는지 여부
- (2) 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 별개의 후행범죄를 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 후행범죄가 그 재심대상판결에 대한 재심판결 확정 전에 범하여 졌으므로 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에 후단 경합범이 성립하지 여부

■ **쟁점의 이해를 위한 배경지식**

● **형법, 형사소송법 관련 규정**

- 형사소송법 제247조 제2항은 “범죄사실의 일부에 대한 공소는 그 효력이 전부에 미친다.”라고 규정

2) 함께 기소된 ‘절취한 타인의 신용카드 사용’ 부분은 생략함

3) 상습절도죄에 대하여 유죄가 선고된 것임

4) 다만, 제2재심판결은 상습절도 부분은 면소이고, 여신전문금융업법위반죄 부분이 유죄임

- 형법 제37조 후단은 “금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정전에 범한 죄를 경합범으로 한다.”라고 규정
- 형법 제39조 제1항은 “경합범중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정

● **기관력에 관하여**

- 형사재판이 실제적으로 확정되면 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌할 수 없고, 확정판결이 있는 사건과 동일사건에 대하여 공소의 제기가 있는 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 함(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4758 판결 등 참조) ⇒ 이를 기관력 또는 이중처벌금지라고 함
- 그런데 과연 어느 범죄까지 동일한 범죄사실로 보아 기관력이 미친다고 볼 것인가가 문제임
 - 형사소송법 제247조 제2항에서 “범죄사실의 일부에 대한 공소는 그 효력이 전부에 미친다.”고 규정하여 공소불가분의 원칙을 선언 ⇒ 1죄의 일부에 대한 공소제기가 있으면 그 판결의 기관력은 위 1죄의 나머지 부분에도 미치게 됨
 - 그런데 대법원은 상습성을 갖춘 자가 여러 개의 죄를 반복하여 저지른 경우에는 그 모두를 포괄하여 ‘상습범’으로서 실제법상 일죄인 포괄일죄가 성립한다고 보고 있음 ⇒ 상습범의 일부에 대하여 공소가 제기되어 판결이 확정되면 전체 상습범에 대하여 기관력이 미치는 문제가 생길 수 있음
 - 따라서 판례는 공소제기의 효력이 미치는 시적 범위는 사실심리의 가능성이 있는 최

후의 시점인 판결선고시를 기준으로 삼아야 하고, 상습성에 의하여 저질러진 일련의 범행 중간에 동일한 습벽에 의하여 저질러진 또 다른 범죄사실에 대한 유죄의 확정판결이 있는 경우에는 전후 범죄사실의 일죄성은 그 확정판결에 의하여 분단되고 동일성이 없는 별개의 상습범이 된다고 함(대법원 2000. 3. 10. 선고 99도2744 판결, 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016도21342 판결 등 참조) ⇒ 상습범에 대한 판결이 확정된 경우, 그 사건 판결선고 전에 저지른 상습범죄는 처벌할 수 없으나, 그 사건 판결선고 이후에 저지른 상습범죄는 처벌할 수 있음

- 재심판결이 확정된 경우 그 재심판결 선고시를 기준으로 기관력이 미치게 되는지 문제됨 ⇒ 이 사건의 경우 ‘제1재심판결이 2016. 12. 30. 확정되었으므로 위 제1재심판결 선고 전에 범한 후행범죄에는 기관력이 미친다고 보아야 하는지’ 문제되는 것임

● **후단 경합범에 관하여**

- 후단 경합범은 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄를 의미함 ⇒ 후단 경합범이 인정되면 동시에 처벌할 경우(즉, 동시에 심판하는 경우)와 형평을 고려하여 형을 감경 또는 면제할 수 있음
- 재심판결이 확정된 경우에도 후단 경합범이 성립하는지 문제됨 ⇒ 이 사건에서 ‘후행범죄는 제2재심판결이 2018. 8. 10. 확정되기 전에 범한 범죄이므로 후행범죄를 심판하는 법원이 후행범죄를 후단 경합범으로 보아야 하는지’ 문제되는 것임
- 확정된 재심판결도 형법 제37조 후단의 확

정판결에 포함된다는 이유로, 재심판결이 확정되었으면 후행범죄에 대하여 후단 경합범 감경을 하여야 한다는 취지의 선례가 있음(대법원 2013. 9. 12. 선고 2012도12190 판결, 대법원 2016. 2. 8. 선고 2015도17440 판결 등) → 선례를 변경할 것인지 문제됨

■ 대법원의 판단

● 다수의견(11명) : 확정된 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치지 않음, 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄와 이미 판결이 확정된 선행범죄가 후단 경합범 관계에 있지 않음 → 상고기각

(1) 재심절차의 성질

- 재심개시결정이 확정된 후 재심심판절차가 진행 중이라는 것만으로는 확정판결의 존재 내지 효력을 부정할 수 없고, 재심판결이 확정된 때에 종전의 확정판결이 효력을 상실함
- 재심심판절차에서는 특별한 사정이 없는 한 검사가 재심대상사건과 별개의 공소사실을 추가하는 내용으로 공소장을 변경하는 것은 허용되지 않고, 재심대상사건에 일반 절차로 진행 중인 별개의 형사사건을 병합하여 심리하는 것도 허용되지 않음

(2) 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저지른 범죄라 하더라도 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치지 않음

- 재심심판절차에서 후행범죄를 추가하는 내용으로 공소장을 변경하거나 후행범죄를 병합하여 심리하는 것이 허용되지 않으므로

로 후행범죄에 대하여 사실심리를 할 가능성이 없음

- 재심개시결정의 확정만으로는 재심대상판결의 효력이 상실되지 않으므로 재심대상판결은 확정판결로서 유효하게 존재하고 있고, 따라서 재심대상판결을 전후하여 범한 선행범죄와 후행범죄의 일죄성은 재심대상판결에 의하여 분단되어 동일성이 없는 별개의 상습범이 됨
- 만약 재심판결의 기판력이 재심판결의 선고 전에 선행범죄와 동일한 습벽에 의해 저질러진 모든 범죄에 미친다고 하면, 선행범죄에 대한 재심대상판결의 선고 이후 재심판결 선고시까지 저지른 범죄는 동시에 심리할 가능성이 없었음에도 모두 처벌할 수 없게 되어 처벌의 공백을 초래하고 형평에 반함

(3) 후행범죄가 그 재심대상판결에 대한 재심판결 확정 전에 범하여 졌다 하더라도 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에는 후단 경합범이 성립하지 않음

- 후행범죄는 재심심판절차에서 선행범죄와 함께 심리하여 동시에 판결할 수 없었으므로 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에는 후단 경합범이 성립하지 않고, 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 없음
- 재심판결이 후행범죄에 대한 판결보다 먼저 확정되는 경우에 후단 경합범이 성립한다고 하면, 선행범죄에 대한 재심판결과 후행범죄에 대한 판결 중 어떤 판결이 먼저 확정되는냐는 우연한 사정에 따라 후단 경합범 성립이 좌우되는 형평에 반하는 결과가 발생함
- 따라서 이와 달리 판단한 대법원 2013. 9. 12. 선고 2012도12190 판결과 대법원

2016. 2. 8. 선고 2015도17440 판결 등은 변경함

● **반대의견(2명) :** 확정된 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미침, 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄와 이미 판결이 확정된 선행범죄가 후단 경합범 관계에 있음 → 파기 환송

(1) 재심절차의 성질

- 재심절차는 특별소송절차이기는 하지만 재심개시결정이 확정되어 다시 심판하는 단계와 재심판결의 효력에서는 일반 절차와 다르지 않음
- 재심사건에 다른 사건의 공소사실을 추가하는 공소장변경이나 다른 일반 사건을 병합하여 함께 심판하는 것도 허용됨

(2) 재심대상판결에 대하여 재심개시결정이 확정되고 양 사건이 병합심리되지 아니한 채 재심판결이 먼저 선고되어 확정되었다면 그 기판력은 후행범죄 사건에 미침

- 선행범죄에 관하여 확정된 재심판결의 효력은, 재심심판절차에서 다른 사건을 심리할 가능성이 있는 최후의 시점인 재심판결 선고시를 기준으로 그 이전에 발생하였고 포괄일죄의 관계에 있는 다른 범죄에 대해서도 당연히 미침
- 선행범죄에 대하여 재심개시결정이 확정되면 재심심판절차에서도 공소장변경 등의 절차를 거쳐 후행범죄에 대하여 사실심리를 할 수 있음
- 재심심판법원은 재심대상판결의 확정력이 소멸될 것을 전제로 하고 재심대상판결의 확정력이 유지됨을 전제로 심판하는 것이 아님

- 피고인에 대한 재심이 개시된 것은 피고인의 잘못이 아니라 국가의 입법상 과오 때문이므로 그로 인하여 피고인을 처벌할 수 없게 되더라도 이는 감내해야 할 불가피한 결과임

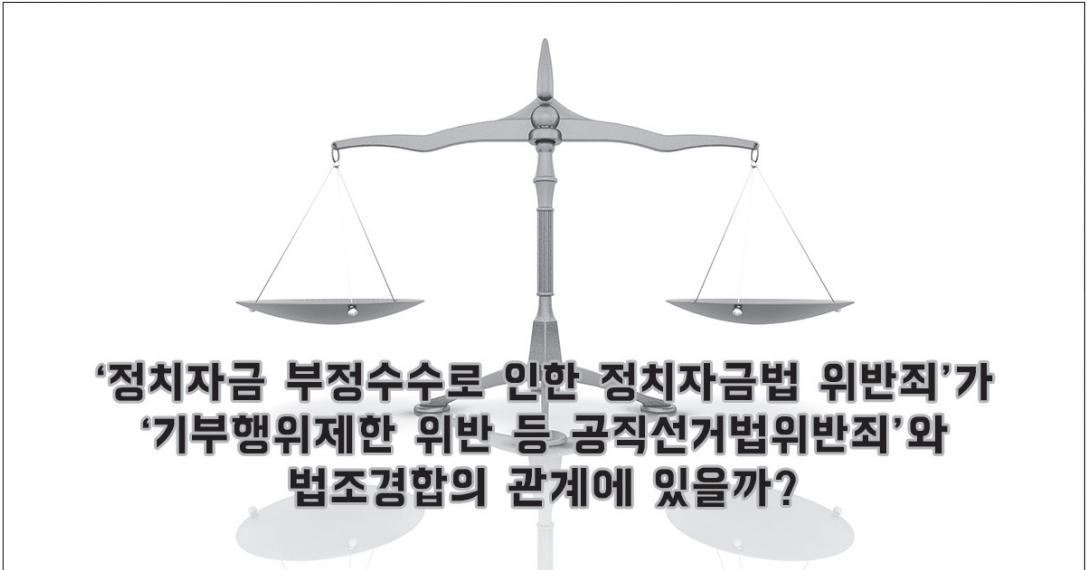
(3) 재심심판절차에서 후행범죄 사건을 함께 심리하여 판결할 수 있었다면, 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄와 이미 확정된 재심판결의 선행범죄 사이에는 후단 경합범이 성립함

- 금고 이상의 형에 처한 재심판결이 확정되기 이전에 후행범죄가 저질러진 것임이 분명한 이상 확정된 재심판결의 범죄와 후단 경합범 관계임
- 재심개시결정이 확정된 후 재심심판절차에서 후행범죄에 관한 사건을 병합하는 등으로 동시에 판결할 수 있음

▣ 판결의 의의

- 종래 기판력과 관련해서 재심판결의 특수성을 어느 정도 인정할 것인지 명시적으로 판시한 선례가 없었음. 이에 하급심에서 재심판결의 기판력이 후행범죄에도 미친다는 판결례와 그렇지 않다는 판결례가 서로 엇갈리고 있음 → 이 사건은 대법원이 이에 관하여 최초로 명시적으로 판단함
- 확정된 재심판결도 형법 제37조 후단의 확정판결에 포함된다는 이유로, 재심판결이 확정되었으면 후행범죄에 대하여 후단 경합범 감경을 하여야 한다는 취지의 선례가 있었음(대법원 2013. 9. 12. 선고 2012도12190 판결, 대법원 2016. 2. 8. 선고 2015도17440 판결 등) → 이 사건은 재심절차의 특수성을 강조하여 선례를 변경함

‘정치자금 부정수수로 인한 정치자금법위반죄’가 ‘기부 행위제한 위반 등 공직선거법위반죄’와 법조경합의 관계에 있을까? [대법원 2019도4044]



■ 사안의 개요

● 공소사실의 요지

(1) 정치자금 부정수수로 인한 정치자금법 위반

• 피고인은 2012. 4. 11. 실시된 제19대 국회의원 선거에서 고령군·성주군·칠곡군 선거구의 국회의원 후보자로 출마함⁵⁾

5) 피고인은 2012. 4. 11. 실시된 제19대 국회의원 선거에서 당선되었고, 2016. 4. 13. 실시된 제20대 국회의원 선거에서도 같은 선거구의 국회의원으로 당선됨

• 피고인은 A에게 ‘선거자금을 먼저 집행해 주면 이를 갚겠다.’라고 약속하였고, 그에 따라 A는 선거일을 전후하여 피고인을 위한 선거자금으로 총 2억 4,800만 원을 집행하였으며, 피고인은 선거가 끝난 후 A에게 약속대로 2억 4,800만 원을 변제해 주기로 함

(2) 회계책임자에 의하지 않은 정치자금 수입 및 지출로 인한 정치자금법 위반

피고인은 A와 공모하여 회계책임자가 아닌 사람들을 통해 피고인을 위한 선거운동 경비 등 명목으로 2억 4,800만 원을 지출함

(3) 무고

피고인은 자신을 고소한 A를 무고로 고소함

● **소송경과**

- 제1심 : 징역 4월, 집행유예 2년, 벌금 500만 원, 추징 8,540,982원
- 원심 : 항소기각

■ **대법원의 판단**

● **쟁점**

- 피고인이 A로부터 정치자금법에 정하지 아니한 방법으로 2억 4,800만 원의 선거자금을 무상으로 대여받아 그 금융이익 상당의 정치자금을 기부받았는지 여부
- ‘정치자금 부정수수로 인한 정치자금법위반죄’가 ‘기부행위제한 위반 내지 선거인 매수로 인한 공직선거법위반죄’와 법조경합의 관계에 있는지, (법조경합의 관계라면) 따라서 위 공직선거법위반죄에 대하여 공소시효가 완성된 경우에는 위 정치자금법위반죄로도 처벌할 수 없는지 여부
- 피고인이 A를 고소한 것이, A의 형사처벌을 목적으로 허위 사실을 고소한 것에 해당하는지 여부

● **판결 결과**

상고기각 (유죄 확정)

● **판단 내용**

- 적법하게 채택된 증거에 의하면, 피고인이 A로부터 정치자금법에 정하지 아니한 방법으로 2억 4,800만 원의 선거자금을 무상으로 대여받아 그 금융이익 상당의 정치자금을 기부받았다고 판단한 원심판결에 잘못이 없음
- 정치자금 부정수수로 인한 정치자금법위반죄는 기부행위제한 위반 내지 선거인 매수로 인한 공직선거법위반죄와 법조경합이 아닌 상상적 경합 관계에 있고, 따라서 위 공직선거법위반죄에 대하여 공소시효가 완성되었다 하더라도 위 정치자금법위반죄로 처벌할 수 있다고 판단한 원심판결에 잘못이 없음
- 적법하게 채택된 증거에 의하면, 피고인의 A에 대한 고소가 A의 형사처벌을 목적으로 허위 사실을 고소한 것에 해당한다고 판단한 원심판결에 잘못이 없음

■ **판결의 의의**

원심의 사실인정을 받아들이고, 법리오해가 없음을 확인한 사례

부동산실명법에 위반하여 명의수탁자 명의로 등기를 하였다면 불법원인급여에 해당할까?

[대법원 2013다218156]



▣ 사안의 내용

- A(명의신탁자)는 농지인 이 사건 부동산의 소유자였는데, 농지법상 처분명령을 회피하기 위해 B(명의수탁자)와 명의신탁약정을 체결하고 B에게 소유권이전등기를 마쳐 주었음
- A가 사망함에 따라 원고가 이 사건 부동산에 관한 A의 권리를 상속하였고, 피고는 B가 사망함에 따라 상속을 원인으로 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음
- 원고는 피고를 상대로 이 사건 부동산에 관해 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구함
- 원심은, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 '부동산실명법'이라 합니다)에 위반하여 등기가 마쳐졌다는 것만으로 당연히 불법원인급여에 해당한다고 보기는 어렵다는 종래의 대법원 판례에 따라 원고 전부 승소의 판결을 하였음
- 피고는 이에 불복하여 상고를 제기함

▣ 대법원의 판단

● 사건의 쟁점

- (1) 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 마친 명의신탁등기가 불법원인급여에 해당하는지가 핵심 쟁점임
- (2) 더불어, 농지법에 따른 제한을 회피하고자 명의신탁을 한 경우에도 마찬가지로 문제가 될

● 관련 법률 규정

- 부동산실명법 제4조(명의신탁약정의 효력)
 - ① 명의신탁약정은 무효로 한다.
 - ② 명의신탁약정에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다. 다만, 부동산에 관한 물권을 취득하기 위한 계약에서 명의수탁자가 어느 한쪽 당사자가 되고 상대방 당사자는 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.
 - ③ 제1항 및 제2항의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다.

- 민법 제746조(불법원인급여)
 - 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

● 다수의견(9명) : 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 명의수탁자 명의로 등기를 하였다든 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 단정할 수 없음 → 상고기각

- 부동산실명법은 부동산 소유권을 실권리자에게 귀속시키는 것을 전제로 명의신탁약

- 정과 그에 따른 물권변동을 규율하고 있음
- 부동산실명법은 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동을 무효라고 명시하고 있음 (부동산실명법 제4조 제1항, 제2항 본문). 이는 명의신탁약정에 따라 명의신탁자로부터 명의수탁자에게 소유권이전등기가 이루어지는 등기명의신탁의 경우 부동산 소유권은 그 등기와 상관없이 명의신탁자에게 그대로 남아있다는 것을 의미함
- 부동산실명법 제4조 제3항에서는 이러한 무효는 제3자에게 대항하지 못한다고 정하였음. 만약 명의신탁의 경우 부동산 소유권이 명의수탁자에게 귀속된다면 제3자는 당연히 그 소유권을 기초로 한 권리를 취득할 수 있기 때문에 위와 같은 규정을 둘 필요가 없을 것임
- 부동산실명법 제5조와 제6조에서 위반자에 대한 제재로서 과징금과 이행강제금 제도까지 두어 명의신탁자로 하여금 신탁 부동산에 관한 등기를 회복하도록 간접적으로 강제하고 있음

- 부동산실명법을 제정한 입법자의 의사도 신탁부동산의 소유권을 실권리자에게 귀속시키는 것을 전제로 하고 있음
- 부동산실명법 제정 당시 국회에는 신탁 부동산의 소유권을 명의수탁자에게 귀속시키는 법률안도 제출되어 있었으나 이는 채택되지 않았음

- 명의신탁에 대하여 불법원인급여 규정을 적용한다면 재화 귀속에 관한 정의 관념에 반하는 불합리한 결과를 가져올 뿐만 아니라 그간 판례의 태도에도 합치되지 않음

- 불법원인급여는 부당이득의 특수한 유형으로, 원래 반사회적 행위를 한 자에 대한

- 제재로서 논의되는 제도임. 즉, 무효인 법률행위에 따른 급여는 급여자가 부당이득으로 반환을 청구할 수 있는 것이 원칙이지만, 그 급여가 반사회적 법률행위에 근거한 경우에는 불법원인급여가 되어 급여자는 반환을 청구하지 못하고, 반사적 효과로 수익자에게 급여가 귀속됨
- 불법원인급여가 논의되는 대부분의 사례에서 불법원인은 급여자와 수익자 모두에게 존재하므로 당사자들 사이에서는 수익자가 급여를 보유하는 것이 정당성을 인정받기 어려움. 이러한 이유로 불법원인급여 규정을 적용한 결과가 실제적 정의에 반한다면 불법원인급여 규정을 적용하는 것을 삼가야 하고, 대법원 역시 민법 제 746조의 '불법'의 개념을 엄격하게 해석함으로써 불법원인급여 규정을 획일적으로 적용하거나 함부로 적용범위를 확장하는 것을 경계해 왔음
 - 뇌물제공 목적의 금전 교부 또는 성매매 관련 선불금 지급과 같이 대법원이 불법원인급여에 해당한다고 인정해 온 전형적인 사례와 달리, 부동산실명법에서 명의신탁을 금지하고 있다는 이유만으로 불법원인급여라고 인정함으로써 명의신탁자로부터 부동산에 관한 권리까지 박탈하는 것은 일반 국민의 관념에도 맞지 않음
 - 명의신탁약정을 체결하고 협조한 명의수탁자의 불법성도 작지 않은데 불법원인급여 규정을 적용함으로써 명의수탁자에게 부동산 소유권을 귀속시키는 것은 정의관념에 부합하지 않음
 - 명의신탁을 금지하겠다는 목적만으로 부동산실명법에서 예정한 것 이상으로 명의신탁자의 신탁부동산에 대한 재산권의 본질

적 부분을 침해할 수는 없음

- 부동산실명법은 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동을 모두 무효로 함으로써 명의신탁자가 소유권을 온전하게 회복할 가능성이 열어 놓았고, 명의신탁자가 다른 법률관계에 기하여 등기회복 등의 권리행사를 하는 것까지 금지하지는 않음으로써 명의신탁자의 재산권 보장과 법이 추구하는 목적달성의 조화를 꾀하고 있음
- 농지법에 따른 제한을 회피하고자 명의신탁을 한 사안이라고 해서 불법원인급여 규정의 적용 여부를 달리 판단할 이유는 없음
 - 부동산실명법과 농지법의 규율 내용, 제재수단의 정도와 방법 등을 고려하면, 부동산실명법 위반이 농지법 위반보다 위법성이 더 크다고 볼 수밖에 없음
 - 농지법상의 처분명령을 회피하는 방법으로 명의신탁약정을 한 이 사건의 경우처럼 명의신탁약정과 그보다 위법성이 약한 단순한 행정명령 불이행의 행위가 결합되어 있다고 하더라도, 그 이유만으로 불법원인급여 규정의 적용 여부를 달리 판단할 수는 없음

● **반대의견(4명) : 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 명의수탁자에게 마친 등기는 특별한 사정이 없는 한 민법 제746조의 불법원인급여에 해당한다고 보아야 함 → 파기환송 의견**

- 부동산 명의신탁을 근절하기 위한 사법적 결단이 필요함
 - 애초 판례에 의해 유효성이 인정되기 시작한 부동산 명의신탁은 우리 민법이 취하고 있는 부동산 법제의 근간인 성립요건주의와 상충될 뿐만 아니라, 세계 어디에서

- 도 찾아볼 수 없는 부끄러운 법적 유산임
- 명의신탁을 규제할 사회적 필요성에 대한 공감대가 형성됨에 따라 1990. 8. 1. 제정된 부동산등기 특별조치법에서 조세 부과 면탈 등의 목적을 위한 명의신탁을 금지하였으나, 이에 위반된 명의신탁약정이라도 사법적 법률행위의 효력까지 부인되는 것은 아니어서 명의신탁을 제재하는 효과적 수단이 될 수 없었음
- 이에 대한 반성적 고려에서 부동산 명의신탁을 반사회적 행위로 보아 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동의 효력을 무효라고 규정한 부동산실명법이 제정되어 시행되었는데, 그럼에도 대법원은 계속해서 명의신탁자의 명의신탁 부동산에 관한 반환청구 등의 권리행사를 대부분 받아들였고, 그 결과 여전히 명의신탁약정은 유효하고 있음
- 부동산실명법을 위반한 명의신탁은 불법원인급여에 해당함
 - 불법원인급여에서 ‘불법의 원인’이란 그 원인될 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하고, 이때 ‘사회질서에 위반하는’ 법률행위의 구체적인 내용은 고정불변인 것이 아니라 때와 장소에 따라 달라질 수 있는 유동적인 것으로, 현재 우리 사회 일반인의 이성적이며 공정하고 타당한 관념에 따라 결정되어야 함
 - 부동산실명법 제정 직후와 달리 20여년이 경과한 현재 부동산실명제는 금융실명제와 함께 하나의 사회질서로 자리를 잡았고, 재산거래에서 투명성을 존중하는 방향으로 사회 일반인의 인식이 형성되었음. 이제 부동산실명법을 위반한 명의신탁

- 은 반사회질서의 법률행위라는 불법성에 관한 공통의 인식이 형성되었다고 할 수 있음
- 부동산실명법 제정 당시 입법자도 불법원인급여 제도의 적용 가능성을 예상하고 있었음
- 부동산실명법에서 명의신탁약정을 무효로 규정하고 있다는 것과 무효인 명의신탁약정에 따라 이루어진 등기를 불법원인급여로 인정할 것인지는 법률의 규정 체계나 이론상 서로 차원을 달리하는 문제임. 대법원은 어떠한 법률행위가 무효라고 규정된 다수의 사안에서 불법원인급여 제도를 적용함으로써 무효인 법률행위에 따라 급부된 급여의 반환을 부정해 왔고, 대표적으로, 성매매와 관련하여 지급된 선불금의 반환청구를 금지하는 경우가 그러함
- 불법원인급여제도의 적용을 긍정함으로써 명의신탁자가 명의신탁 부동산에 관한 권리를 상실하게 된다 하더라도, 이는 헌법과 법률에서 예정하고 있는 것으로 재산권의 본질적 침해라고 할 수 없음. 또 헌법상 재산권 침해가 진정으로 우려된다면 관례 변경의 소급효를 제한하는 것도 가능함
- 이렇게 하는 것이 사법부가 사회질서를 바로잡는 책임을 다하는 길임
 - 법이 정당한 목적을 달성하기 위하여 금지규범을 제정하고 처벌규정을 두었다면, 사법부로서는 법 위반 당사자에 대하여 헌법과 법률이 규정한 가능한 방법을 통해 위법행위를 근절하기 위한 노력을 게을리해서는 아니 됨
 - 민법이 규정한 불법원인급여 제도를 이

용함으로써 부동산실명법을 위반한 명의신탁자를 제재하는 것이 가능하고, 이러한 조치가 부동산실명법의 목적을 달성하기 위한 효과적인 수단인 이상, 이를 적용하는데 망설일 이유가 없음

■ 판결의 의의

- 대법원은 부동산 명의신탁이 우리 사회에서 차지하고 있는 중요성과 그에 대한 판단의 사회·경제적 영향력, 판례가 변경될 경우의 파급효 등을 고려하여 공개변론을 열어 다양한 의견을 수렴한 후 이를 기초로 최종적인 판단을 내렸음
- 부동산실명법 규정의 문언, 내용, 체계와 입법목적 등을 이유로, ‘부동산실명법에 위반하여 명의신탁자 명의로 등기를 하였다’는 이유만으로 당연히 불법원인급여에 해당한다고 단정할 수는 없다’고 한 종래 판례의 타당성을 다시 확인한 판결임
- 그러나 다수의견 역시 부동산 명의신탁을 규제할 필요성과 현재의 부동산실명법이 가지는 한계에 대하여는 깊이 공감하고 있고, 다만 반대의견과 같이 구체적 사건에서 불법원인급여 제도의 적용을 긍정하는 법원의 판단에 의한 방법이 아니라 입법적 개선을 통하여 해결해야 한다는 것임