

# 장사등에 관한 법률 위반·농지법 위반

[대법원 2012. 10. 25. 선고 2010도5112 판결]

## 【판시사항】

[1] 매장의 대상인 ‘유골’에 화장한 유골의 골분이 포함되는지 여부(적극) 및 이를 장사의 목적으로 땅에 묻은 경우, 매장과 자연장의 어느 쪽에 해당하는지 판단하는 기준

[2] 매장된 시체나 유골이 토괴화한 것을 화장하여 다시 묻는 경우, 그 시설을 분묘로 볼 수 있는지 여부(한정 적극)

[3] 구 농지법상 ‘농지의 전용’의 의미 및 허가 없이 농지를 일시적이거나 농작물 경작이나 다년생식물의 재배 외의 용도로 사용한 경우, 무허가 농지전용에 해당하는지 여부(한정 적극)

[4] 피고인이 분묘 5기를 개장하여 나온 유골을 화장한 후 그 골분을 나무상자에 나누어 담아 농지에 봉분 없는 상태로 묻은 다음 지표에 대리석 덮개를 설치함으로써 관할 관청의 허가 없이 가족묘지를 설치함과 동시에 허가 없이 농지를 전용하였다고 하여 ‘장사 등에 관한 법률’ 위반 및 구 농지법 위반으로 기소된 사안에서, 위 행위는 자연장의 요건을 갖추었다는 사정이 없는 한 묘지의 설치에 해당하고, 농지전용 행위에도 해당한다는 이유로, 이와 달리 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례

## 【판결요지】

[1]

[‘장사 등에 관한 법률’\(이하 ‘법’이라 한다\) 제2조,](#)

[제16조,](#)

[제19조,](#)

[‘장사 등에 관한 법률 시행령’\(이하 ‘시행령’이라 한다\) 제8조,](#)

[제15조\[별표 2\],](#)

[제21조 제1항\[별표 4\]](#) 제1호의 규정으로 볼 때, 종래부터 ‘유골’을 땅에 묻어 장사하는 것도 장사 방법 중 ‘매장’에 포함되는 것이었지만, 국토를 잠식하고 자연환경을 훼손하는 문제를 해결하기 위하여 ‘유골의 골분’을 땅에 묻고 표지 이외에 아무런 시설을 설치하지 않는 경우에는 설치 장소의 제한을 완화하고 설치기간의 제한을 받지 않도록 하는 자연장 제도를 새로운 장사 방법으로 신설하기에 이른 점, 자연장 제도가 도입된 이후에도 법은 시체나 유골을 땅에 묻어 장사하는 것을 ‘매장’으로 규정한 종전 규정을 유지하면서(

[법 제2조 제1호](#)), 매장의 대상이 되는 유골에는 화장한 유골도 포함되는 것으로 규정하고 있는 점[

[시행령 제7조 제1항 \(나\)목](#)], 묘지에 설치되는 분묘의 형태는 봉분이 있는 것뿐 아니라 평분도 포함되는 점[

[시행령 제15조\[별표 2\]의 제1항 \(가\)목](#)] 등을 참작하면, 매장의 대상인 유골에는 화장한 유골의 골분도 포함되고, 화장한 유골의 골분을 묻은 경우라도 그것이 자연장으로 인정될 수 없는 경우에는 이를 매장으로 보아 분묘 및 묘지에 관한 규제의 적용 대상이 된다고 보아야 한다. 나아가 화장한 유골의 골분을 장사의 목적으로 땅에 묻은 경우 그것이 매장과 자연장의 어느 쪽에 해당하는지는 골분을 묻는 방법과 그곳에 설치한 시설이 법에서 요구하는 자연장의 주요 요건을 갖추었는지 여부 및 시설의 형태 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다.

[2] 분묘는 시체나 유골을 매장하여 제사나 예배 또는 기념의 대상으로 삼기 위하여 만든 시설이므로, 여기에 매장된 시체나 유골이 후에 토괴화되었더라도 이는 여전히 분묘라 할 것이고, 이를 개장하여 토괴화한 유골을 화장하여 다시 묻는 경우에도 그 시설이 자연장의 요건을 갖추었다는 등의 사정이 없는 한 제사나 예배 또는 기념의 대상으로 삼기 위하여 만든 분묘로 보아야 한다.

[3]

[구 농지법\(2009. 5. 27. 법률 제9721호로 개정되기 전의 것\) 제2조 제7호](#)에서 규정하는 ‘농지의 전용’이란 농지의 형질을 변경시키거나, 농지로서 사용에 장애가 되는 유형물을 설치하는 등 농지를 농작물 경작이나 다년생식물의 재배 외의 용도로 사용하는 일체의 행위를 말하고, 위와 다른 용도로 농지를 일시 사용하는 것은 [농지법 제36조](#)에서 규정하는 용도를 위하여 일정기간 사용한 후 농지로 복구한다는 조건으로 시장 등 관할 관청으로부터 일시사용허가를 받은 경우에 한하여 가능하다고 규정하고 있는 점을 감안하면, 허가 없이 농지를 일시적이거나 농작물 경작이나 다년생식물의 재배 외의 용도로 사용한 경우에도 일시사용허가의 요건을 갖추지 아니하는 한 무허가 농지전용에 해당한다고 보아야 한다.

[4] 피고인이 분묘 5기를 개장하여 나온 유골을 화장한 후 그 골분을 나무상자에 나누어 담아 자신의 소유인 농지에 봉분 없는 상태로 묻은 다음 지표에 대리석 덮개를 설치함으로써 관할 관청의 허가 없이 가족묘지를 설치함과 동시에 허가 없이 농지를 전용하였다고 하여 ‘장사 등에 관한 법률’ 위반 및 구 농지법(2009. 5. 27. 법률 제9721호로 개정되기 전의 것) 위반으로 기소된 사안에서, 골분은 분묘의 매장 대상인 유골에 해당하는 것으로서 피고인이 상당한 크기의 대리석 덮개들을 묻은 곳 지표면마다 설치하고 주위에 잔디를 심은 것은 그 시설이 자연장의 요건을 갖추었다는 사정이 없는 한 묘지의 설치에 해당하고, 나아가 피고인의 친척들이 그곳에서 제사를 올리기도 하였다면 위와 같은 행위는 농지를 농작물 경작이나 다년생식물의 재배 외의 용도로 사용한 경우에 해당하며, 그와 같은 사용이 일시적이었거나 그로부터 오랜 기간이 경과하기 전에 그곳에 흙을 덮고 경작을 다시 시작하였더라도 농지전용 행위에 해당한다는 이유로, 이와 달리 보아 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례.

#### 【참조조문】

[1]

[장사 등에 관한 법률 제2조 제1호](#),

[제3호](#),

[제6호](#),

[제7호](#),

[제13호](#),

[제10조](#),

[제14조 제3항](#),

[제19조](#),

[제39조 제1호](#),

[구 장사 등에 관한 법률\(2012. 2. 1. 법률 제11253호로 개정되기 전의 것\) 제16조](#),

[제42조 제1항 제6호](#),

[장사 등에 관한 법률 시행령 제7조 제1항 \(나\)목](#),

[제8조,](#)

[제15조\[별표 2\],](#)

[구 장사 등에 관한 법률 시행령\(2012. 7. 31. 대통령령 제23996호로 개정되기 전의 것\) 제21조 제1항\[별표 4\] 제1호](#)

[2]

[장사 등에 관한 법률 제2조 제1호,](#)

[제3호,](#)

[제6호](#)

[3]

[구 농지법\(2009. 5. 27. 법률 제9721호로 개정되기 전의 것\) 제2조 제7호,](#)

[농지법 제36조](#)

[4]

[장사 등에 관한 법률 제14조 제3항,](#)

[제39조 제1호,](#)

[구 농지법\(2009. 5. 27. 법률 제9721호로 개정되기 전의 것\) 제34조 제1항,](#)

[농지법 제57조 제2항](#)

#### 【참조판례】

[2]

[대법원 1990. 2. 13. 선고 89도2061 판결\(공1990, 704\)](#)

#### 【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】

검사

【원심판결】

창원지법 2010. 4. 9. 선고 2009노2174 판결

【주 문】

원심판결 중 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 창원지방법원 본원 합의부에 환송한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

1. ‘장사 등에 관한 법률’ 위반의 점에 관하여

가. 원심은 피고인이 2008. 6. 24.경 자신의 소유인 이 사건 농지에 관할 관청의 허가를 받지 아니하고 묘지 면적 82㎡(3.8m × 21.6m)에 분묘 5기의 가족묘지를 설치하였다는 이 부분 공소사실에 관하여, 피고인이 2008. 6. 19.경 다른 곳에 있던 분묘 5기(이 분묘들에 매장된 유골은 사망 연도가 1963년, 1976년, 1981년, 1985년, 1996년이다)를 개장하여, 2008. 6. 24.경 그 유골을 화장한 후, 이를 가로세로 각 20cm 정도의 각진 오동나무 상자에 담아 같은 날 이 사건 농지에 매장한 사실, 그 후 매장한 부분 위에 참깨를 파종하여 경작한

사실을 인정한 다음, 피고인이 사용한 용기가 오동나무 상자로서 생화학적으로 분해 가능한 것으로, 위 상자의 크기가 유골을 담기에는 다소 작다고 보이는 점, 위 분묘 5기에 매장되어 있던 유골들의 사망 시기를 고려하면 개장 당시 유골이 남아 있지 않고 흙만이 남아 있었던 분묘도 있었을 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 이 사건 분묘 5기를 개장하여 그 유골을 발굴한 후 화장하여 오동나무 상자에 담아 밭에 매장한 행위는 ‘장사 등에 관한 법률’에서 말하는 “자연장”에 해당하는지는 별론으로 하고, “분묘”를 설치한 행위에 해당한다고 단정하기는 어렵다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대한 제1심의 유죄판결을 파기하고, 무죄로 판단하였다.

나. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 수긍하기 어렵다.

자연장은 당초 별도의 장사 방법으로 규정되어 있지 않았으나, 기존의 매장이나 납골에 따른 분묘나 납골시설이 국토를 잠식하고 자연환경을 훼손하므로 그 부작용을 최소화하기 위하여 구 ‘장사 등에 관한 법률’이 2007. 5. 25. 법률 제8489호로 전부 개정되면서 도입된 것이다(이하 개정 후 법률을 ‘법’, 그 시행령을 ‘시행령’이라 한다).

위 개정된 법령에 의하면, 자연장은 ‘화장한 유골의 골분을 수목·화초·잔디 등의 밑이나 주변에 묻어 장사하는 것’으로 되어 있고([법 제2조 제3호](#)), 그 방법은 지면으로부터 30cm 이상의 깊이에 화장한 유골의 골분을 묻고, 용기를 사용하지 않는 경우 흙과 섞어서 묻어야 하고, 용기를 사용하는 경우 그 크기는 가로, 세로, 높이 각 30cm 이하로서([‘자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률’ 제2조 제11호](#)에 따른 생분해성수지제품 또는 전분 등 천연소재로서 생화학적으로 분해가 가능한 것)이어야 한다([법 시행령 제8조](#)).

한편 묘지는 시체나 유골을 매장하는 시설인 분묘를 설치하는 구역을 말하고, 이는 도로나 인가밀집지역 등로부터 일정 거리 이상 떨어진 곳에 설치하여야 하고 설치기간도 최장 60년으로 제한되는 등 규제가 있는 반면([법 제2조, 제19조, 시행령 제15조](#) 및 [별표 2] 등 참조), 자연장지는 그러한 제한이 없거나 크게 완화되어 있다. 다만 자연장지에는 사망자 및 연고자의 이름 등을 기록한 표지와 편의시설 외의 시설을 설치할 수 없고, 가족자연장지의 경우에도 허용되는 시설은 개별표지 또는 공통표지뿐이며, 그 중 개별표지의 면적은 150㎢ 이하, 공동표지의 면적은 안치 및 예정 구수를 고려하여 알맞은 크기로 주변환경과 조화를 이루도록 하여야 한다([법 제16조, 시행령 제21조 제1항](#) [별표 4] 제1호).

위와 같은 여러 규정으로 볼 때, 종래부터 ‘유골’을 땅에 묻어 장사하는 것도 장사의 방법 중 ‘매장’에 포함되는 것이었지만, 국토를 잠식하고 자연환경을 훼손하는 문제를 해결하기 위하여 ‘유골의 골분’을 땅에 묻고 표지 이외에 아무런 시설을 설치하지 않는 경우에는 설치할 수 있는 장소의 제한을 완화하고 설치기간의 제한을 받지 않도록 하는 자연장 제도를 새로운 장사 방법으로 신설하기에 이른 점, 자연장 제도가 도입된 이후에도 법은 시체나 유골을 땅에 묻어 장사하는 것을 ‘매장’으로 규정한 종전 규정을 유지하면서( [법 제2조 제1호](#)), 매장의 대상이 되는 유골에는 화장한 유골도 포함되는 것으로 규정하고 있는 점[ [시행령 제7조 제1항 \(나\)목](#)], 묘지에 설치되는 분묘의 형태는 봉분이 있는 것뿐 아니라 평분도 포함되는 점[ [시행령 제15조](#), [별표 2]의 제1항 (가)목] 등을 참작하면, 매장의 대상인 유골에는 화장한 유골의 골분도 포함된다 할 것이고, 화장한 유골의 골분을 묻은 경우라고 하더라도 그것이 자연장으로 인정될 수 없는 경우에는 이를 매장으로 보아 분묘 및 묘지에 관한 규제의 적용 대상이 된다고 보아야 할 것이다. 나아가 화장한 유골의 골분을 장사의 목적으로 땅에 묻은 경우 그것이 매장과 자연장의 어느 쪽에 해당하는지는 골분을 묻는 방법과 그곳에 설치한 시설이 법에서 요구하는 자연장의 주요 요건을 갖추었는지 여부 및 그 시설의 형태 등을 종합적으로 고려하여 결정할

것이다 .

한편 분묘는 시체나 유골을 매장하여 제사나 예배 또는 기념의 대상으로 삼기 위하여 만든 시설이므로, 여기에 매장된 시체나 유골이 후에 토괴화되었더라도 이는 여전히 분묘라 할 것이고([대법원 1990. 2. 13. 선고 89도2061 판결](#)), 이를 개장하여 토괴화한 유골을 화장하여 다시 묻는 경우에도 그 시설이 자연장의 요건을 갖추었다는 등의 사정이 없는 한 제사나 예배 또는 기념의 대상으로 삼기 위하여 만든 분묘로 보아야 할 것이다.

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 보면, 먼저 원심이 ‘피고인이 사용한 용기의 크기에 비추어 유골이 담긴 것으로 보기 어렵다’고 한 판단은 골분이 유골에 해당하지 아니함을 전제로 골분을 나무상자에 담아 묻었으므로 그 시설은 분묘에 해당하지 않는다는 취지로 보이나, 피고인이 사용한 용기에 골분이 담겨 있었다고 하더라도 골분은 분묘의 매장 대상인 유골에도 해당되므로, 골분을 묻었다는 이유만으로 이를 분묘에 해당하지 않는다고 볼 것은 아니다.

나아가 원심이 배척하지 아니한 증거에 의하면, 피고인은 2008. 6. 24.경 이 사건 농지에 화장한 유골 5기를 일정한 간격으로 묻은 후 봉분을 만들지는 않았으나, 묻은 곳마다 자연장에서 허용되는 사망자 및 연고자의 이름 등을 기록한 면적 150㎢ 이하의 표지라고는 볼 수 없는 상당한 크기의 대리석 덮개들을 지표면에 설치하고 그 주위에 잔디를 심었으며, 위 5기를 매장한 전체 구역이 주변 토지와 구분되도록 경계석을 둘러치는 형태로 조성하였고, 2008. 6. 29.경 피고인의 친척들이 위 시설에 모여 제사를 올리기도 한 사실, 그 후 2008. 7. 4.경 피고인이 분묘를 설치하여 농지를 전용하였다는 이유로 사천시장으로부터 이 사건 농지에 설치한 시설을 이전하고 농지를 원상회복하라는 취지의 원상회복 명령을 받은 사실을 알 수 있고, 위 사실에 의하면, 피고인은 애초에 이 사건 농지에 묘역을 조성하려는 의도로 위와 같은 시설을 설치하였다가 원상회복 명령 등 단속 때문에 묘역에 흙을 덮은 후 경작을 하게 된 것으로 보인다.

그리고 피고인이 개장하였다는 분묘 5기 중 일부에 유골이 남아 있지 않고 흙만 남아 있었다고 하더라도, 피고인이 이를 제사의 목적으로 수거하여 화장한 후 상당한 시설을 갖추어 땅에 묻은 점에 비추어 보면 이는 유골이 토괴화된 것으로 볼 여지가 있다.

그렇다면 원심으로서의 피고인이 이 사건 농지에 설치한 시설이 자연장의 요건을 모두 충족하였는지를 심리하여 그에 따라 허가 없이 가족묘지를 설치하였는지 여부에 관하여 판단하였어야 할 것이다.

그럼에도 피고인이 묘지를 설치하였다고 인정할 증거가 없다고 판단한 원심에는 그 사실인정이 자유심증주의의 한계를 벗어났거나, 묘지의 설치 및 자연장에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이러한 취지를 포함한 검사의 상고 논지는 이유 있다.

## 2. 농지법 위반의 점에 관하여

가. 원심은 피고인이 앞서 본 바와 같은 무허가 가족묘지를 설치함과 동시에 관할 관청의 허가를 받지 아니하고 농지를 전용하였다는 이 부분 공소사실에 관하여, 피고인이 위와 같이 분묘 5기를 개장한 후 화장한 유골을 이 사건 농지에 봉분 없이 매장하고, 매장한 부분 위에 참깨를 파종하여 경작하고 있음을 들어 피고인이 이 사건 농지의 형질을 변경시키거나, 농지로서의 사용에 장애가 되는 유형물을 설치하였다고 단정하기 어렵다고 하여, 제1심의 유죄판결을 파기하고, 무죄로 판단하였다.

나. 그러나 원심의 위와 같은 판단 또한 받아들이기 어렵다.

구 농지법(2009. 5. 27. 법률 제9721호로 개정되기 전의 것) 제2조 제7호에서 규정하는 농지의 전용이란 농지의 형질을 변경시키거나, 농지로서의 사용에 장애가 되는 유형물을 설치하는 등 농지를 농작물 경작이나 다년생식물의 재배 외의 용도로 사용하는 일체의 행위를 말하고, 위와 다른 용도로 농지를 일시 사용하는 것은 농지법 제36조에서 규정하는 용도를 위하여 일정기간 사용한 후 농지로 복구한다는 조건으로 시장 등 관할 관청으로부터 일시사용허가를 받은 경우에 한하여 가능하다고 규정하고 있는 점을 감안하면, 허가 없이 농지를 일시적이거나 농작물 경작이나 다년생식물의 재배 외의 용도로 사용한 경우에도 일시사용허가의 요건을 갖추지 아니하는 한 무허가 농지전용에 해당한다고 보아야 할 것이다 .

그런데 앞서 본 바와 같이 피고인이 2008. 6. 24.경 이 사건 농지에 유골 5기를 묻은 후 지표에 대리석 덮개를 설치하고 그 주위에 잔디를 심은 후(조경의 목적으로 보인다) 같은 달 29일경 그곳에서 제사를 올리기도 하였다면, 위와 같은 행위는 농지를 농작물 경작이나 다년생식물의 재배 외의 용도로 사용한 경우에 해당한다고 보기에 충분하고, 그와 같은 사용이 일시적이었다거나 그로부터 오랜 기간이 경과하기 전에 그곳에 흙을 덮고 경작을 다시 시작하였다고 하여 달리 판단할 것은 아니라 할 것이다.

그럼에도 피고인이 유골을 매장한 부분 위에 다시 흙을 덮고 참깨를 파종하여 경작하고 있다는 이유만으로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심에는 그 사실인정이 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 농지전용 행위의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이러한 취지를 포함한 검사의 상고논지 역시 이유 있다.

### 3. 결론

그러므로 원심판결 중 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.