

대 법 원

판 결

사 건 2007도6703 농지법위반
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
원 심 판 결 대전지방법원 2007. 7. 13. 선고 2006노2249 판결
판 결 선 고 2009. 4. 16.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대전지방법원 본원 합의부에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 구 농지법(2005. 1. 14. 법률 제7335호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 농지법'이라고 한다) 제2조는 '농지'라 함은 "전·답 또는 과수원 기타 법적 지목(地目) 여하에 불구하고 실제의 토지현상이 농작물의 경작 또는 다년생식물 재배지로 이용되는 토지"(제1호 가목)로, '농지의 전용'이라 함은 "농지를 농작물의 경작 또는 다년생식물의 재배 등 농업생산 또는 농지개량 외의 목적에 사용하는 것"이라고(제9호) 각 규정하고 있으므로, 어떠한 토지가 농지인지 여부는 공부상의 지목 여하에 불구하고 당해 토지의 사실상의 현상에 따라 가려야 하는 것이고, 따라서 그 토지가 공부상 지

목이 전으로 되어 있다고 하여도 농지로서의 현상을 상실하고 그 상실한 상태가 일시적이라고 볼 수 없다면 그 토지는 더 이상 '농지'에 해당하지 않게 되고 그 결과 구 농지법에 따른 농지전용허가의 대상이 되는 것도 아니라고 할 것이다(대법원 1996. 6. 14. 선고 95누18901 판결, 대법원 1996. 9. 24. 선고 96도1536 판결 등 참조).

구 농지법 제2조 제9호에서 말하는 '농지의 전용'이 이루어지는 태양은, 첫째로 농지에 대하여 절토, 성토 또는 정지를 하거나 또는 농지로서의 사용에 장애가 되는 유형물을 설치하는 등으로 농지의 형질을 외형상으로뿐만 아니라 사실상 변경시켜 원상회복이 어려운 상태로 만드는 경우가 있고, 둘째로 농지에 대하여 외부적 형상의 변경을 수반하지 않거나 또는 외부적 형상의 변경을 수반하더라도 사회통념상 원상회복이 어려운 정도에 이르지 않은 상태에서 그 농지를 다른 목적에 사용하는 경우 등이 있을 수 있다. 전자의 경우와 같이 농지전용행위 자체에 의하여 당해 토지가 농지로서의 기능을 상실하여 그 이후 그 토지를 농업생산 등 외의 목적으로 사용하는 행위가 더 이상 '농지의 전용'에 해당하지 않는다고 할 때에는, 허가 없이 그와 같이 농지를 전용한 죄는 그와 같은 행위가 종료됨으로써 즉시 성립하고 그와 동시에 완성되는 즉시범이라고 보아야 할 것이다(대법원 1996. 9. 24. 선고 96도1536 판결 참조). 그러나 후자의 경우와 같이 당해 토지를 농업생산 등 외의 다른 목적으로 사용하는 행위를 여전히 농지전용으로 볼 수 있는 때에는 허가 없이 그와 같이 농지를 전용하는 죄는 계속범으로서 그 토지를 다른 용도로 사용하는 한 가별적인 위법행위가 계속 반복되고 있는 계속범이라고 보아야 할 것이다.

2. 원심판결의 이유에 의하면, 피고인이 2003. 1.경 농업진흥지역 밖에 위치한 농

지인 이 사건 토지에 폐차할 자동차를 쌓아 놓아 이를 전용하였다는 공소사실에 대하여, 원심은 이 사건 토지가 공소외인이 2001.경 잡석 등을 깔아 정지작업을 함으로써 사실상 원상회복이 어렵게 되었고, 이 경우 무허가 농지전용죄는 위 정지작업과 동시에 범죄가 완성되어 그때부터 공소시효가 진행된다 할 것인데, 이 사건 공소가 그로부터 3년이 훨씬 지난 시점에 제기되어 공소시효가 완성되었다고 판단한 다음 면소판결을 선고한 제1심판결을 유지하였다.

원심판결 이유를 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 토지가 그 형질이 변경됨으로써 농지로서의 현상을 상실하였고 사회통념상 그 원상회복도 어렵게 되어 그 시점에 농지전용행위가 완료되었다고 본 것은 정당하다고 할 것이나, 공소사실 자체에 의하더라도 피고인에 대한 이 사건 농지전용죄는 공소외인의 농지전용행위가 종료되기 전에 그 실행에 착수된 것이 아님이 분명한 이상 원심으로서는 피고인이 이 사건 공소 범행 당시 농지로서의 현상을 상실한 이 사건 토지를 사용한 것이 농지전용죄를 구성하는지 여부를 먼저 살피고, 농지전용죄를 구성한다면 공소시효의 기산점이 언제인지 따로 판단하였어야 함에도 불구하고, 만연히 공소외인의 농지전용행위의 종료시점을 피고인의 이 사건 공소사실에 대한 공소시효의 기산점으로 하여 면소판결을 선고한 제1심판결을 유지한 것은 농지전용죄 및 공소시효의 기산점에 관한 법리를 오해하였다고 할 것이다. 따라서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하여 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위해 원심법원에 환송하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

이 판결에는 위 1.의 주문관청의 허가 없이 농지를 전용하는 죄 중 농지의 형질을

외형상으로뿐만 아니라 사실상 변경시켜 원상회복이 어려운 상태로 만들어 사용하는 경우의 판단에 관하여 대법관 안대희의 별개의견이 있는 외에 관여 법관의 의견이 일치되었다.

4. 대법관 안대희의 별개의견

다수의견은, 허가 없이 농지를 농업생산 등 외의 목적으로 사용하는 행위를 일반적으로 계속범이라고 보면서, 다만 농지의 형질을 외형상으로뿐만 아니라 사실상 변경시켜 원상회복이 어려운 상태로 만드는 경우에는 당해 토지가 농지로서의 기능을 상실하게 되어 더 이상 '농지'에 해당하지 않게 되고 그 결과 구 농지법에 따른 농지 전용허가의 대상이 되지 않으므로 그와 같은 행위가 종료함으로써 즉시 성립하고 동시에 완성되는 즉시범이라고 보아, 무허가 농지전용죄의 성격을 이원적으로 파악하고 있다. 다수의견은, 무허가 농지전용죄에 관한 종래의 판시가 농지에 대하여 외부적 형상의 변경을 수반하지 않거나 또는 외부적 형상의 변경을 수반하더라도 사회통념상 원상회복이 어려운 정도에 이르지 않은 상태에서 그 농지를 다른 목적에 사용하는 경우에도 즉시범인 것으로 오해할 여지가 있었던 점에 비추어 보면, 구 농지법 제2조 제9호에서 규정한 "...외의 목적에 사용하는 것"이라는 의미를 정확하게 해석함으로써 무허가 농지전용죄의 성격을 명확히 한 데에 의미가 있다고 보인다.

그러나 농지전용의 태양에 따라 즉시범과 계속범으로 구별하는 다수의견의 이원론적인 해석은 구 농지법의 입법취지와 법률해석의 정합성 내지 일체성에 비추어 타당하지 아니하다고 생각된다. 즉, 농지의 형질을 외형상으로뿐만 아니라 사실상 변경시켜 원상회복이 어려운 상태로 만드는 경우에도, 스스로 그와 같은 행위를 한 자에 대하여는 그와 같은 행위 이후 당해 토지를 농업생산 등 외의 목적으로 사용하는 한

가별적 위법상태가 계속되는 계속범으로 보아야 한다고 생각한다.

먼저, 구 농지법은 농지의 소유·이용 및 보전 등에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 농지를 효율적으로 이용·관리하여 농업인의 경영안정 및 생산성향상을 통한 농업의 경쟁력강화와 국민경제의 균형있는 발전 및 국토의 환경보전에 이바지함을 목적으로 제정되었고(제1조), 구 농지법에 의하면, 농지는 국민의 식량공급과 국토환경보전의 기반이고 농업과 국민경제의 균형있는 발전에 영향을 미치는 한정된 귀중한 자원이므로 소중히 보전되어야 함은 물론 공공복리에 적합하게 관리되어야 하며 그에 관한 권리의 행사에는 필요한 제한과 의무가 따르고, 농지는 농업의 생산성을 높이는 방향으로 소유·이용되어야 하며 투기의 대상이 되어서는 아니된다(제3조). 또 구 농지법은 무단 농지전용으로부터 농지를 관리·보전하기 위하여 농지전용을 위해서는 그 목적에 따라 허가를 받거나(제36조) 신고하도록 하고(제37조), 허가나 신고 없이 농지를 전용한 경우에는 형사처벌이 가능하며(제59조 내지 제61조), 무단으로 농지전용한 자에 대하여 원상회복명령을 내리고 원상회복명령에 위반하여 원상회복을 하지 않을 경우 행정대집행에 의하여 원상회복을 할 수 있도록 규정하고 있다(제44조). 이러한 농지법의 목적과 농지에 관한 기본 이념, 농지의 보전·관리·원상회복을 위하여 다양한 제도적 장치를 둔 취지와 더불어 오늘날 기계·기술 및 첨단공법의 발전으로 원상복구가 불가능한 경우는 거의 없게 되었다는 사정을 더하여 보면, 스스로 농지의 형질을 변경하여 농지로서의 기능을 상실하게 하고 그 이후 계속하여 당해 토지를 농업생산 등 외의 목적으로 사용하면서 농지 훼손의 이익을 향유하는 행위를 평가함에 있어서, 당해 토지의 농지성(農地性)보다 '농업생산 등 외의 목적으로 사용'이라는 요건에 중점을 두는 것이 합당하다고 생각된다. 그리고 '농지'

의 개념이 선결문제로 다투어진 종래의 다른 판결들은 토지 취득 당시 또는 농지조성비 부과 당시 당해 토지가 '농지'인지 여부가 다투어진 사건들이므로, 이 사건에서 '사용'이라는 요건에 중점을 두더라도 '농지'의 개념을 적용함에 있어 일관성을 상실하였다고 볼 것은 아니다.

다음으로, 다수의견은 허가 없이 스스로 농지의 형질을 변경하는 행위를 한 자에 대해서조차 그러한 행위가 종료된 이후에는 더 이상 농지를 사용하는 것이 아니므로 '농지의 전용'에 해당하지 않는다는 것인바, 무허가 농지전용죄가 성립하여 형벌권이 발생한 결과 농지로서의 성질이 상실되었다는 이유로 그 원인행위자에 대해서조차 그의 계속되는 사용에도 불구하고 당해 토지를 더 이상 '농지'가 아니라고 함으로써 원인과 결과를 순환시키는 논리적 오류를 범하고 있다. 더욱이 다수의견에 따르면, 농지의 형질을 변경시켜 원상회복이 어려운 상태로 만드는 경우가 그 정도에 이르지 않은 경우보다 위법성이 더 크다고 할 것임에도 그 즉시 공소시효가 진행하고 한번 처벌받은 후에는 형질변경된 상태를 그대로 유지하면서 계속 사용하더라도 처벌할 수 없게 되어 형사정책적 측면에서 형벌권 행사의 불균형을 초래하게 된다.

그리고 대법원은 법문상 "...외의 용도로 사용"이라는 시간적 계속성을 내포하는 구성요건적 행위 중에서, 주차장법 제29조 제1항 제2호의 '부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용'한 주차장법위반죄를 계속범이라고 판시하였고(대법원 1999. 3. 9. 선고 98도4582 판결 등 참조), 건축법상 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니한 채 건축물을 다른 용도로 사용하는 건축법위반죄에 대하여도 계속범의 성질을 가진다고 판시한 바 있다(대법원 2001. 9. 25. 선고 2001도3990 판결 등 참조). 한편, 주차장법과 건축법이 규정한 것과 같이 구 농지법도 '농지의 전용'이라 함은 "농지를 농작물

의 경작 또는 다년생식물의 재배 등 농업생산 또는 농지개량 외의 목적에 사용하는 것"이라고 규정하고 있는바(제2조 제9호), 다수의견은 법문상 동일 혹은 유사한 표현에도 불구하고 무허가 농지전용죄는 즉시범이라는 것이므로, 법문상 용어의 해석에 있어서 논리적 일관성과 정합성을 유지하지 못한다는 비판을 면하기 어렵다.

법률을 해석함에 있어서는 입법취지를 존중하면서 전체 법률체계와 정합되도록 해석하여야 한다. '누구도 자신의 위법한 행위로부터 이득을 취해서는 아니된다'는 일반적인 법언을 생각해볼 때 전용의 정도가 중한 형질변경행위를 한 경우를 계속범에서 제외하는 다수의견에 찬성할 수가 없다.

다만, 농지의 형질을 변경하여 원상회복이 어려운 상태로 만든 행위를 계속범으로 보더라도, 스스로 농지의 형질을 변경한 자가 아니라 그로부터 형질변경된 상태의 토지를 승계한 자는, 처음 농지전용행위를 한 자의 공동정범 또는 방조범으로 인정되는 경우가 아닌 한, 승계한 토지의 사용 행위만으로 농지전용죄가 성립하는 것은 아니라고 할 것이다.

원심판결 이유와 원심이 적법하게 조사한 증거들에 의하면, 이 사건 토지는 지목이 '전'으로 되어 있는데 공소외인이 2001.경 잡석 등을 깔아 정지작업을 함으로써 사실상 원상회복이 어렵게 되었고, 피고인은 그 후 이 사건 토지를 승계하여 사용하고 있는 사실을 알 수 있으므로, 원심으로서 먼저 피고인의 행위로 농지전용죄가 성립하는지 여부를 살펴보았어야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 공소외인의 행위가 농지전용죄를 구성한다는 전제에서, 공소외인이 2001.경 잡석 등을 깔아 정지작업을 함으로써 사실상 원상회복이 어렵게 된 때로부터 3년의 공소시효가 지난 시점에 이 사건 공소가 제기되었다는 이유로 면

소를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하고 말았으니, 이러한 원심의 조치에는 농지 전용죄의 성립에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이상과 같은 이유로 원심판결이 파기되어야 한다는 결론에 있어서는 다수의견과 같지만, 원심판결을 파기하는 이유에 있어서 다수의견과 견해를 달리하므로, 별개의 견으로 이를 밝혀둔다.

재판장	대법원장	이용훈	_____
	대법관	김영란	_____
	대법관	양승태	_____
	대법관	박시환	_____
	대법관	김지형	_____
	대법관	이홍훈	_____
	대법관	박일환	_____

대법관 김능환 _____

대법관 전수안 _____

주 심 대법관 안대희 _____

대법관 차한성 _____

대법관 양창수 _____

대법관 신영철 _____