

동물의 도덕적 지위와 법적 지위에 관한 고찰

The moral status of animals and the study on the legal status

저자 (Authors)	정문성 Jung, Moon-Sung
출처 (Source)	법이론실무연구 1(2) , 2013.10, 195-219(25 pages) Legal Theory & Practice Review 1(2) , 2013.10, 195-219(25 pages)
발행처 (Publisher)	한국법이론실무학회 The Korea Society for Legal Theory and Practice Inc.
URL	http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE02375588
APA Style	정문성 (2013). 동물의 도덕적 지위와 법적 지위에 관한 고찰. 법이론실무연구, 1(2), 195-219
이용정보 (Accessed)	이화여자대학교 203.255.***.68 2020/01/27 13:52 (KST)

저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

동물의 도덕적 지위와 법적 지위에 관한 고찰

The moral status of animals and the study on the legal status

정 문 성*
Jung, Moon-Sung

목 차

- | | |
|----------------|----------------|
| I. 머리말 | III. 동물의 법적 지위 |
| II. 동물의 도덕적 지위 | IV. 맺음말 |

[국 문 초 록]

우리 사회도 이제는 동물의 고통을 최소화·학대해서는 안된다고 하는 합의에 이르렀다고 본다. 고대로부터 오직 인간만이 도덕적 행위능력을 가지고 있기 때문에 도덕적 지위를 갖는 존재는 인간밖에 없다고 생각되어져 왔다. 그러나 인간만이 도덕적 지위 또는 행위능력을 갖추고 있다고 생각하기에는 의문점이 든다. 동물 또한 도덕적 지위를 갖추고는 있지는 않을 까 생각해 본다. 인간이 사용하고 있는 언어·이성능력을 동물들이 갖추고 있지 않기 때문에 동물에게는 도덕적 행위 능력이 없다고 판단한다. 인간이 아닌 동물중에서 언어를 사용할 아는 동물이 있는 반면, 인간중에도 언어를 사용할 줄 모르는 인간이 있다. 물론

┃ 접수일자: 2013년 8월 16일 ┃ 심사일자: 2013년 9월 6일 ┃ 게재확정: 2013년 9월 30일
* 법학박사, 서남대학교 부동산학과 조교수.

인간과 동물은 다르다.

우리 민법상 동물의 법적 지위에 대한 구체적인 논의는 전개되지 못하고 있지만, 동물복지적 차원에서 동물보호법 등 공법적인 차원의 연구가 진행되고 있을 뿐이다. 동물의 도덕적 지위와 법적 지위에 대한 의식은 반려동물에 대한 인간의 배려차원에서 접근해야 할 문제가 아닌가 싶다.

주제어

반려동물, 동물의 권리, 동물은 물건이 아니다, 인간의 이웃, 동물보호법.

I. 머리말

사람과 동물은 딱 보아도 다르다. 그런데 왜 똑같이 대우해야 한다는 말인가? 산책이나 외출시 강아지 등 애완동물을 동반하는 것이 70~80년대 서구 사회의 특징적인 한 면이 있었는데, 오늘날에는 우리나라에서도 아주 자연스러운 것이 되었다. 인간이 인간들로부터 멀어지면 멀어질수록 자연이나 동물에게 가까이 가게 된다. 또한 안락하고 친환경적인 삶을 추구하는 과정에서 동물과의 유대 역시 중요한 요소가 되고 있다. 인류 역사의 시작에서부터 인간과 동물에 대한 관계는 지배 종속적인 관계로부터 출발하였으나, 오늘날에는 이러한 지배 종속적인 관계뿐만 아니라 반려 혹은 이웃(Mitesschoepf)¹⁾과 같은 역할을 하기도 한다.²⁾ 우리는 동물의 도덕적 지위와 법적 지위를 반성해 볼 수 있는 기회가 있었다. 2008년 광우병 사태와 2010년 구제역 사태에서 우리의 먹거리에 대해 고민거리와 구제역 사태에서는 동물은 고기를 생산해 내는 것으로만 생각되었다. 동물의 도덕적 지위와 법적 지위에 대한 논의가 부족한 탓에 동물의 복지에

-
- 1) 윤철홍, “독일민법상 동물의 법적 지위에 관한 소고”, 인권과 정의, 제420호, 2011. 9, 대한변호사협회, 9면.
 - 2) 윤철홍, “동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰”, 민사법학, 제56호, 2011. 12, 한국민사법학회, 399면.

대해서는 일회성으로 끝나버리곤 한다. 다시 말해서 '도덕적 고려(Moral consideration)'의 대상에 대한 사유가 인간에서 동물로, 동물에서 보편적 생명으로, 생명에서 생태적 전체로 차근차근 진행되는 과정을 생략한 채 곧바로 생태윤리로 건너뛰면서 가장 앞선 이론들이 논의되기 시작했다.³⁾

이 연구에서는 인간의 권리와 동물의 권리는 최후까지 담보되어야 할 본질적인 문제라는 생각에서 2008년과 2010년의 사태를 계기로 해서 동물의 도덕적 지위와 법적 지위의 개념을 규정해야 할 필요성을 느껴, II장에서는 동물의 도덕적 지위, III장에서는 동물의 법적 지위의 내용을 고찰해 보고자 한다.

II. 동물의 도덕적 지위

1. 인간 이외의 존재의 도덕적 지위⁴⁾

무수한 자연대상물 중에서 도덕적 지위⁵⁾를 갖는 것과 그렇지 못한 것을 구분하는 적절한 기준은 무엇인가? 여기서 제시할 기준으로는 유정성(감각성), 다양성, 자연의 완전성을 제시하고자 한다.

(1) 유정성(감각성)

유정성(sentience)은 지각력과 의식을 함침 말인데, 이는 어떤 생물이 고통을 느끼는가와 직접적으로 연관된다. 고통, 슬픔, 기쁨, 공포를 느낄 수 있는 생명체는 도덕적 지위를 갖는다는 주장이다. 하지만 단순히 유정성에 근거하여 도덕적으로 배려하는 것이 아니라 또 다른 가치도 동시에 고려되어야 하는데, 그것

3) <http://blog.naver.com/lwb22028?Redirect=Log&logNo=50173631139>

4) <http://blog.naver.com/on5282?Redirect=Log&logNo=40166710767>

5) 어떤 존재가 도덕적 지위(moral status, moral standing)를 갖는다는 것은 우리가 그 존재를 도덕적으로 고려해야 하고 그 존재에게 어떤 도덕적 의무를 갖게 된다는 뜻이다(최훈, “동물의 도덕적 지위와 종 차별주의”, 인간환경미래, 제6호, 2012, 인제대학교 인간환경미래연구원, 88~89면).

은 자기 결정권을 발동할 수 있는 능력, 자율성의 가치이다.

(2) 다양성

다양성에 대해, 사람들은 한결같이 다양한 세계는 단순한 세계보다 좋은 것이라 말한다. 생물 생태계에 있어서 다양성은 단순한 것에 비해 훨씬 안정적인 구조라는 생태학의 연구결과에도 나타나 있다. 그러나 다양함 그 자체가 가치있는 것은 아니며, 생태계의 상호의존적인 시스템을 보존한다는 이유에서 가치있는 것이다. 이러한 다양성은 생물종에 국한되는 것이 아니라 필연적으로 생명이 없는 것의 다양성을 인정해야 하기 때문에, 다양한 것에 대한 인간의 선호를 인간중심적이라고 비난할 이유는 없다.

(3) 자연의 완전성

자연의 완전성에 대해 자연은 다양한 종이 서로 경쟁하며 생존을 확보하는 싸움터가 아니라, 자연 공동체로서 상호작용한다고 보고, 이 상호작용이 생물권 전체의 조화로운 공생을 보장한다는 것이다. 인간 공동체에 있어서도 인간 상호간의 의무를 인식할 수 있는 행위자들은 그들이 또한 상호의존적인 생명공동체의 일원임을 인정해야만 하며, 다른 구성원들에게 대응되는 의무를 받아들인다는 것이다.

2. 인간의 도덕적 지위

서양철학의 전통은 대부분 오로지 인간의 도덕적 지위만을 인정하고, 자연의 도덕적 지위에 대해서는 매우 냉담한 반응을 보였다. 기원전 4세기의 아리스토텔레스는 서양철학의 전통은 대부분 오로지 인간의 도덕적 지위만을 인정하고, 자연의 도덕적 지위에 대해서는 매우 냉담한 반응을 보였다. 기원전 4세기의 아리스토텔레스는 "자연은 일정한 목적 이나 의도를 위한 것이라는 우리의 믿음이 타당하다면, 그것은 다름 아닌 인간을 위한 것임에 틀림없다"고 말했다. 13세

기의 토마스 아퀴나스는 신학적 맥락에서 "신의 섭리에 의해 동물은 자연의 과정에서 인간이 사용하도록 운명지어졌다"고 말했다. 18세기의 위대한 철학자인 임마누엘 칸트도 자연을 존중하는 우리의 의무는 다른 인간에 대한 의무에서 도출되는 간접적인 의무일 따름이라고 말하고, 인간만이 도덕적 지위를 갖는다는 전통적 견해를 강화했다.⁶⁾

3. 동물과 인간의 차이⁷⁾

인간과 동물은 대체로 인간만이 도구를 사용, 인간만이 언어를 사용, 인간만이 도덕적 행위자, 인간만이 이성적 능력을 갖고 있으며, 인간은 동물에 비해 지능이 높고, 나는 인간이기 때문에 동물에 대한 차별은 정당하다고 생각한다.⁸⁾

(1) 오직 인간만이 도구를 사용한다.

동물들도 기본적인 도구를 사용한다는 것은 동물학자들에게는 잘 알려진 사실이다. 특히 이는 영장류에게서 두드러진데, 가장 영리한 동물 중의 하나로 알려진 침팬지는 표범에 대항하기 위한 방어용 무기로 막대기와 나무가지를 사용하며, 다른 동물이나 인간을 공격할 때 막대기, 돌 등을 집어던지기도 한다. 또한 침팬지들은 막대기로 흰개미 집에 구멍을 내고, 식물 줄기를 이용해서 흰개미를 낚기도 한다. 그리고 그들은 막대기를 이용하여 상자를 열기도 한다.

(2) 오직 인간만이 언어를 사용한다.

이에 대한 반례 역시 침팬지를 들 수 있을 것이다. 물론 침팬지들이 인간의 언어를 분명하게 발음할 수 있는 것은 아니다. 그럼에도 그들이 기본적인 의사소통 방식을 습득할 수 있다는 것은 여러 실험을 통해 알려진 바 있다. 침팬지

6) <http://blog.naver.com/s45645?Redirect=Log&logNo=80188429108>

7) <http://blog.naver.com/lwb22028?Redirect=Log&logNo=50173090455>

8) 이런 주장의 대표적인 철학자로 칸트를 들 수 있다(최훈, 전제논문, 95면).

중에는 200개 정도의 영어 단어와 기본적인 구문 규칙을 익혀서 화가 나자 신호 언어를 이용하여 “너는 푸른 똥이야”라는 의사 표시를 한 침팬지도 있었고, 오리를 물새로, 수박을 마시는 과일로 표현하는 침팬지도 있었다. 그리고 상호간의 의사소통이 언어의 핵심 기능이라고 한다면 동물들이 기본적인 의사소통 도구가 있다는 것은 분명하다.

(3) 오직 인간만이 도덕적 행위자이다.

도덕이 어떤 정의적 특성을 갖추었는가에 논란의 여지가 있지만, 그럼에도 동물들 또한 다소 원초적이지만 자신의 혈연, 자신이 속해 있는 집단 구성원들에 대해 이타적인 행동을 전형적으로 나타낸다. 또한 다수의 동물들은 자신에게 호의를 나타내는 대상에게는 마찬가지로 호의를 나타내려는 경향이 있으며, 어떤 경우에는 그 일관성이 인간을 넘어서는 경우도 있다. 개는 그 대표적인 예로, 주인에 대한 충직함은 널리 알려져 있는 바이다. 이와 같은 행동들은 인간적 의미의 도덕과는 다소 차이가 있는 듯 하지만 그럼에도 원시적 의미의 도덕이라고 할 수 있을 것이다.

(4) 오직 인간만이 이성적 능력을 갖추었다.

이성적 능력을 기준으로 인간과 인간 아닌 동물의 차이를 보이면서 차별을 정당화하고자 할 경우에는 필연적으로 일부 인간들을 차별의 대상으로 생각할 수밖에 없는 상황에 놓이게 된다. 그 이유는 인간 중에서 이성 능력을 갖추지 못한 사람들이 분명 존재하기 때문이다. 갓난아기나 어린아이는 대표적인 예로, 이들은 이성 능력을 갖추고 있지 못하며, 치매에 걸린 노인 또한 이성 능력을 갖추었다고 할 수 없는 사람들이다. 이외에도 뇌사자나 식물인간도 이성 능력을 갖추고 있다고 보기 힘들며, 심각한 정신지체를 가지고 태어난 사람들도 그 상황은 마찬가지다.

(5) 인간은 동물에 비해 지능이 높다.

이와 같은 기준 또한 문제가 있는 기준인데, 만약 인간에게 있어 IQ가 150되는 사람이 IQ가 100인 사람에게 자신의 아이큐가 높다는 이유로 차별을 정당화할 수 있다고 말한다면 IQ가 높은 사람외의 그 어떤 사람도 이를 받아들이려 하지 않을 것이다. 심지어 IQ가 높은 사람마저도 어느 정도의 양식을 갖춘 사람이라면 이러한 기준이 차별을 정당화하는 기준이 될 수 없다고 생각할 것이다. 또한 지능 지수는 어느 정도 가변적이다. 그리하여 한 번의 검사에서 120인 지능 지수를 나타낸 사람이 다음 번 검사에서 지능 지수가 100으로 나올 수도 있는 것이다. 뿐만 아니라 지능 지수라는 것은 차별을 정당화하기 위한 매우 임의적인 기준이다. 만약 지능 지수가 차별을 정당화하는 기준이라면 감성 지수나 다른 지수들이 기준이 되지 말아야 할 이유는 무엇인가? 백 번 양보하여 지능 지수를 기준으로 삼는다고 할 경우, 지능이 동물에 비해서 떨어지는 심각한 정신지체인들이 있는데, 그들은 오히려 동물들에 의해 차별을 당해도 좋은 존재가 되는가?

(6) 나는 인간이기 때문에 동물에 대한 차별은 정당하다고 생각한다.

단지 어떤 집단에 소속되어 있다는 이유가 그 개인의 권리나 지위를 보장해주는 것은 아니다. 이처럼 별다른 이유 없이 단지 자신이 소속되어 있는 집단에 편승하여 다른 집단의 성원에게 부당한 대우를 하는 것은 잘못인데, 자신이 소속되어 있는 성을 통해 다른 성에 대한 차별을 정당화하려 하는 경우는 성차별주의, 자신이 소속되어 있는 인종을 통해 다른 인종을 차별하려 하는 태도는 인종차별주의(racist), 마지막으로 단지 인간이기 때문에 인간을 우선적인 고려의 대상으로 삼겠다고 하는 인간의 편견을 동물해방론자들은 종차별주의(speciesism)라고 부르며, 이들은 모두 특정 집단에 소속되어 있다는 이유로 차별을 정당화하려는 데에서 발생하는 잘못을 지적하는 용어들이다. 이제 우리는 어떠한 차이를 언급해도 인간과 동물의 경계가 다소 모호한 경우가 있음을 알게 되었다. 물론 남녀 또는 인종 간의 차이에 비해 그 차이는 두드러지지만, 동물과 인간의 차이는 질적인 것이라기보다는 평균적인 차이에 불과하다고 할 수 있다. 또한 위에서 제시되고 있는 차별을 정당화할 수 있다고 일컬어지는 기준

은 매우 임의적이다. 나아가 ‘차이’는 사실과 관계된 것임에 반해, ‘차별’은 가치와 관계된다. 이처럼 사실의 문제에서 가치의 문제를 도출하려 할 경우 소위 자연주의적 오류를 범하게 되는데, 인간과 인간 아닌 동물의 차이를 언급하면서 차별을 정당화하려 할 때, 이는 자연주의적 오류를 범하게 되는 것이다.

4. 동물에게도 도덕적 지위가 있는가?

(1) 도덕적 지위가 있다고 보는 입장⁹⁾

동물들에게도 도덕적 지위가 있는 보는 입장에서는 인간도 똑 같은 동물인데, 인간은 단지 말을 하고 도구를 사용할 수 있다고 해서 다른 동물(종)보다 우위에 있다고 판단하는 것은 잘못된 생각이라 여겨지며, 동물도 인간과 마찬가지로 똑같이 감정을 느끼고 고통을 느낄 수 있다고 본다. 따라서 동물도 인간의 생명처럼 존중하고 그들이 살고 있는 동안에는 그들의 권리를 지켜주어야 한다고 생각한다. 모든 인간은 평등하게 보장받고 있기 때문에 동물들 또한 평등하게 대해 주어야 한다고 본다. 동물은 인간의 관리나 도움 없이도 스스로 생명을 가지고 태어나며, 인간이 존재하기 전부터 이미 자연속에서 먹이사슬 관계로 생명을 이어가고 있는 생명체 틀이다. 말 못하는 동물보다 인간이 우월하다고 하여 약육강식의 법칙을 적용한다고 할지라도 윤리의식이 없는 동물들은 각자의 영역에서 목숨을 이어가기 위해 다른 동물들을 잡아먹는 것이지 그저 음식으로 죽는 것만은 아니라고 본다. 분명 동물들도 고통과 아픔을 느끼고 생존하고 싶은 본능을 가지고 있을 것이다. 동물에게도 도덕적 지위가 있다고 보며, 식용으로 키우든 애완용으로 기르든 살고 있는 동안에는 편하게 살고 죽을 때에는 마취를 하는 등의 조치를 취해서 고통을 최소화 시켜주어야 한다고 생각한다. 동물에게 도덕적 지위가 있다고 해서 인간과 똑 같은 권리를 갖는다는 것은 아니다. 다만 상당수 동물들은 고통과 행복을 느끼는 능력을 가지고 있다.

9) 환경주의자 중에는 돌맹이와 같은 자연도 그 자체가 도덕적 지위를 갖는다고 주장하는 학자도 있다(최훈, 전개논문, 89면).

(2) 도덕적 지위가 없다고 보는 입장

데카르트는 동물에게 직접적이든 간접적이든 도덕적 지위가 전혀 없다고 주장한 철학자로 알려져 있다. 그는 인간과 동물의 몸은 자동 장치 또는 움직이는 기계인데, 인간과 달리 동물은 ‘이성 영혼’뿐만 아니라 ‘생장 또는 감각 영혼’이 없다고 주장한다.¹⁰⁾

동물을 먹게 된 이유가 인간이 생존을 위한 본능에서부터 시작되었다고 본다면, 그 이후로도 꾸준히 동물들을 사육하고 먹었을 것이다. 그러나 지금은 사회 변화에 따른 동물에 대한 대우가 변했다. 물론 채집사회에서는 동물들은 많은 것을 얻을 수 있는 귀중한 재산이고 사람들은 또한 그 시대에서는 최소한의 윤리적인 보호를 넘어서 소중히 동물들을 대했을 것이다. 그러나 자본주의에서는 동물(가축)들이 했던 일들을 기계가 차지하게 되었고 인간은 생존하기 위해 육식을 할 뿐이다. 농장주들 역시 사회에 맞게 육류를 공급하고 이윤을 남겨야 할 것이다. 농장주들 역시 동물들에게 최소한의 윤리적 보호를 해줘야 한다고 생각이 되지만 최대의 이익을 위해서는 불가피한 선택일 것이다. 동물들의 도덕적 지위를 보장하게 된다면 동물 실험에 쓰이는 동물 역시 실험을 위해 길러졌다가 생을 마감하는 경우가 허다한데, 동물의 도덕적 지위를 인정하게 된다면 신약개발에 어떠한 영향을 미칠지 예상할 수 있을까? 동물실험은 불가피하다고 본다.

III. 동물의 법적 지위

1. 독일과 프랑스의 입법례

동물보호법은 영국에서 탄생하여 프랑스에서 전개되고 독일어권에서 체계화

10) Rene Descartes, Discourse on the Method in The Philosophical Writings of Descartes, trans by J. Cottingham, R. Stoothoff and D. Murdoch, Cambridge University Press, 1985, Vol. 1, S.134 ; 김성환, “다윈과 현대 동물 인지 연구”, 법한철학, 제55권, 2009, 42면 ; 최훈, 전개논문, 89~90면.

되어 왔다. 이러한 과정 속에서 각국은 동물보호를 위하여 동물의 법적 지위 향상을 노력을 해 왔다. 세계 각국의 민법상 물건의 정의는 동일하지는 않지만 대동소이하다.

현재의 서구의 법을 살펴보면 人/물건 이원론에 기하여 동물을 물건으로 보는 전통법학의 세계관이 지금은 크게 요동치기 시작하고 있다. 예를 들면 독일, 오스트리아 그리고 스위스의 민법은 동물이 단순한 물건이 아니라는 것을 법문상에서 선언하고, 불법행위법이나 민사집행법에서도 특별한 배려를 규정하고 있는 예도 있다. 편별상 동물학대죄를 재산죄의 카테고리로부터 제외한 프랑스형법의 예도 마찬가지로 이러한 흐름을 반영하는 것이라고 할 수 있다.¹¹⁾

(1) 독일

1) 민법상의 동물보호 규정

1990년 독일에서는 물건의 개념에 대변혁을 초래하는 민법의 개정을 단행하였다. “민법상 동물의 법적지위의 개선을 위한 법률(Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht vom 20. August 1990)”을 통해 동물의 법적 지위에 관하여 민법상 물건에 관한 조항뿐만 아니라 손해배상 및 소유권에 관한 조항, 더 나아가 민사소송법과 동물보호법 등의 개별 법률에서의 동물관련 조항의 개정사항을 구체적으로 규정하였다. 이 개정 법률의 핵심은 독일민법 제90a조 1문에서 “동물은 물건이 아니다”라고 규정한 것이라 할 수 있다. 물론 동물의 법적지위에 대한 구체적인 법제화의 작업은 19세기로 거슬러 올라가는데, 이러한 자국 내의 법제 작업의 진전과 국민의 인식변화와 함께 오스트리아민법의 개정 작업 등도 이 개정 법률의 입법에 참고가 되었을 것으로 여겨진다. 1983년 10월 27~28일 오스트리아 빈에서 인간과 애완동물의 관계(the human-pet relationship)를 주제로 하는 국제 심포지엄이 동물 행동학자로 노벨상 수상자인 K.로렌츠의 80세 탄생일을 기념하기 위하여 오스트리아 과학아카데미가 주최한 자리에서 개·고양이·새 등의 애완동물을 종래의 가치

11) 박정기, “동물의 법적 지위에 관한 연구”, 법학연구, 제51권 제3호, 2010, 부산대학교 법학연구소, 31면.

성을 재인식하여 반려동물로 부르도록 제안하였고 승마용 말도 여기에 포함하도록 하였다.¹²⁾ 이 개정 법률에서는 먼저 “동물은 물건이 아니다”¹³⁾라는 동물의 법적 성질을 선언하면서 동물의 보호는 별도의 법률에 의해서 행해지며, 동물에 대한 특별한 규정이 없으면 동물에 대해서도 물건에 대한 규정들은 준용한다는 규정을 민법총칙의 물건의 장에 신설하고, 이렇게 개정함에 따라 부수적으로 문제될 수 있는 손해배상액의 조정과 소유권 및 압류금지 대상과 동물보호법과 관련한 조항의 개정을 포함하였다.¹⁴⁾

① 민법 제90조a

민법 제90조a 제1문에서 “동물은 물건이 아니다”라고 규정한 것은 종래의 물건 개념을 변경한 것이다. 이와 같이 규정한 입법자의 취지는 물건과 동물에 형식적으로 동일한 지위를 부여하고 있는 불합리함을 해결하기 위하여, 동물은 인간에 대하여 보호 및 배려할 의무가 있는 인간의 동료이고, 고통을 느끼고 살아 있는 생물이다 라고 하는 동물보호법의 사상을 민법에서도 표현하여야 한다는 것이다. 물건 개념 중에 동물을 형식적으로 포함시키는 것은 수미일관된 법 적용을 한다면, 동물을 인간과 공생하는 생물로서 그것에 보호와 배려를 하여야 할 인간의 의무와 일치하지 않는 결과로 될 수 있고, 또한 동물보호법 제1조에 있어서의 윤리적인 동물보호를 민법에 있어서도 고려하여야 한다. “동물은 물건이 아니다”라고 하는 것은 권리주체 즉 동물을 人에 포함시키는 것까지를 요구하고 있지 않다. 권리주체로 포함한다는 것은 권리·의무의 담당자가 될 수 있는 능력을 전제로 하는 것이므로 동물의 성질상 문제되지 않는다. 입법자도 동물로부터 人을 창출할 수 없다는 것이다. 법률상의 물건 개념으로부터 동물을 분리하는 것은 순수한 법기술적 상이라는 것이 오히려 확실하다. 그 분리된 동물의 법인격에 관한 선례로는 되지 않는다.¹⁵⁾

그러나 동물을 인간의 공동체 속에서 자기결정과 책임능력을 지닌 인간과 같은 존재로 취급할 수 없을 것이다. 인간의 관점에서 볼 때, 인간의 공동체속

12) <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1166006&cid=200000000&categoryId=200003016>.

13) 1990년에는 독일민법에서, 2002년에는 스위스민법에서 이 규정을 채택하였다.

14) 윤철홍, 전계 동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰, 407~408면.

15) 박정기, 전계논문, 32~33면.

에서 살고 있는 동물이나 야생동물은 인간과 공존 내지 보호의 대상이 될 수 있을 뿐이다. 따라서 이 개정 법률에서는 인간의 동물에 대한 보호와 책임의식을 강조하고 있다. 이러한 관점에서 인간과 동물의 관계상 기존의 법질서와는 다른 새로운 법질서의 확립이 필요한 것이다. 예컨대 동물이 물건이 아니라면, 물건만을 권리의 객체로 삼고 있는 물권법상의 소유권은 동물을 어떻게 규율해 하는 하는가. 이를 위해 물건에 대한 규정들을 적절하게 준용할 수 있다.¹⁶⁾ 결론적으로 제90조a는 숨겨진 픽션의 방법으로 동물은 물건은 아니지만 물건으로 간주된다고 정하는 것으로, 어떻게 동물의 법적 지위가 개선되어야 할 것인가에 관해서는 아직 미해결 그대로이다 라고 주장한다.¹⁷⁾

② 민법 제251조 제2항 제2문 및 제903조 제2문

민법 제251조 제2항은 배상의무자는 원상회복이 과도한 비용지출에 의하여만 가능한 경우에는 채권자에게 금전으로 배상할 수 있다고 규정하고 있지만, 여기에 피해 입은 동물을 치료하는 비용이 그 동물의 가액을 현저히 상회한다는 것만으로 그 비용지출이 과도한 것이 되는 아니한다는 문언이 추가되었다. 동조 제2항 제2문은 종래부터 다툼이 있었던 문제에 입법적으로 결착을 본 것이다. 이 규정은 생명의 유지가 문제되는 경우를 고려한 것으로, 동물이 어떠한 생명에의 기대를 가지는가를 고려하여 해석하여야 한다. 예컨대 도살이 예정된 유용동물 등은 생명에의 기대를 가지지 않는다. 제251조 제2항 제2문의 동물의 가치를 넘어서도 치료비용을 청구할 수 있다고 하는 피해자측의 주장은 피해동물에 중대한 위법행위가 있으면 가해자에 대하여 인정되지 않는다.

민법 제903조 제2문으로서 동물의 소유자는 그 권능의 행사에 있어서 동물의 보호를 위한 특별규정을 준수하여야 한다는 문언이 민법 제903조 제1문에 이어 추가되었다. 제903조 제2문에 의하여 동물에 대하여 소유권이 존재하는 것이 명확하게 된 것이다. 제2문에 대해서는 평범한 내용이라는 비판적 견해가 많다.¹⁸⁾

16) 윤철홍, 전계 동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰, 409면.

17) Holch, MünchKommB, §90a, Rn. 11.

18) 박정기, 전게논문, 34 ; Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl., 1997, §90a, Rn. 1.

2) 절차법상의 동물보호규정

독일 민사소송법의 강제집행에 관한 규정 중에, 처분이 동물에 관련되는 때에는 집행법원이 행하는 考量에 있어서 동물에 대한 인간의 책임을 고려하여야 하고(제765a조), 영리목적으로 가정 내에서 사육되고 있는 동물은 원칙적으로 압류할 수 없다는 것(제811c조)이 새로이 규정된 것이다. 독일 민사소송법 제765a조의 동물에 대한 인간의 책임(die Verantwortung des Menschen für das Tier)이라고 하는 용어는 실은 1986년에 개정된 동물보호법(Tierschutzgesetz, BGBI. 1320)의 모두(1조)에서 규정한 이 법률의 목적은 동일한 피조물(Mitgeschöpf)인 동물에 대한 인간의 책임에 의하여, 동물의 생명과 안락을 보호하는 것에 있다. 누구도 동물을 이유 없이 고통을 주거나 괴롭히거나 상하게 해서는 안된다 라고 하는 규정에서 차용하고 있다. 즉 민법이나 민사소송법의 동물관련규정의 개정·추가는 동물보호법에 명확히 선언된 이 기본정신을 승계하여 행해진 것이다.¹⁹⁾

3) 민사소송법의 개정

동물을 물건의 범주에서 제외시키는 규정의 신설에 따라 민사소송법, 특히 강제집행법에서도 변화가 나타났다. 시장가액이 500독일 마르크에 미치지 못하는 동물은 압류대상으로부터 배제된다는 민사소송법제 811조 114호를 폐지하는 대신에, 동법 제811c조에서는 “① 가축의 범위내에서 그리고 영리목적을 위한 보유가 아닌 동물은 압류에 제공될 수 없다. ② 압류를 금지하는 것이 동물보호와 채무자의 정당한 이익의 중요성 여부에 대한 가치평가에서 정당한 것이라고 할 수 없게 되고, 이에 따라 채권자에게 가혹한 것이 될 수 있을 때에는, 강제집행법원은 채권자의 청구에 따라 동물의 최고 가격을 고려하여 압류를 허용할 수 있다.”고 규정하고 있다.

이 규정의 신설을 통해 입법자들은 영업용이 아닌 가축에 대한 압류의 허용범위를 확대하였다. 특히 이러한 동물들이 선순위담보권으로부터 독립된 경우에는 예외적으로 압류가 허용되었다. 이러한 예외적인 압류는 민사소송법 제811c조 2항에서 규정하고 있는 바와 같이 상당히 넓게 인정되었다. 연방의회의 법률

19) 박정기, 전계논문, 34~35면.

분과위원회의 견해에 따르면, 채권자와 채무자의 정당한 이익을 적절하게 조정하고 남용을 방지하기 위한 이익형량에 대한 평가는 필수적이며, 타당한 것이라고 평가하였다.²⁰⁾

4) 기본법상의 동물보호규정

독일에서는 1994년 신설된 기본법 제20조a(자연적인 생활기반의 보호)규정에 2002년 7월 26일 기본법 제20a조가 개정되어 ‘자연적인 생활기반’이라고 하는 용어의 뒤에 ‘및 동물’이라는 용어가 삽입되어 동물보호의 헌법규정을 가지게 되었다. 즉 국가는 다가올 세대에 대한 책임을 다하기 위해서도 헌법에 적합한 질서의 범위내에 있어서 입법을 통하여 또는 법률 및 법의 기준에 따른 집행권 및 재판을 통하여 자연적 생존기반 및 동물을 보호한다는 규정이다. 독일에서는 대량사육, 수송, 도축, 실험 등으로 동물에게 고통을 주는 행위는 동물보호법에 의하여 금지되어 있지만, 그 법익의 보호는 법률의 차원에서의 보장에 그치기 때문에 학문의 자유나 인격권 등의 헌법상의 기본권에 열후한 상황에 있었다. 이 개정의 취지는 생물로서의 동물보호는 독일연방공화국의 법질서에 있어서 여전히 불충분하므로 동물이용의 이익과 동물보호의 주장 사이에서 바람직한 형태의 밸런스 가운데 물리적인 고통, 손해 내지 위사에 있어서 보호에 적용되는 법질서 즉 동물보호에 헌법상의 지위를 부여하는 것은 필요불가결하다는 데에 있다. 이로써 국가기관에게 종족보호를 넘어서 윤리적인 동물보호, 즉 개별 동물들을 고통과 상해로부터 보호해 줄 의무를 부과하였다. 이제 동물들은 “생명체를 가진 동료(Mitgeschöpf)”로서 존중받게 된 것이나, 이것은 동물에 대한 윤리적인 책임을 의미하는 것이지 법적으로 인간과 동물의 동등성을 주장하는 것은 아니다.²¹⁾

(2) 프랑스

20) 윤철홍, 전계 동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰, 416~417면.

21) 김수진, “동물보호법개정논의에 즈음한 비교법적 고찰 - 미국과 독일의 동물관련법제를 중심으로”, 행정법연구, 제15호, 2006, 행정법이론실무연구회, 304~305면.

1) 형법 및 민법 규정²²⁾

프랑스에서도 독일과 마찬가지로 이론상 동물을 단순한 물건이 아니라 오히려 인간에 가까운 존재로서 다루고자 하는 입장이 대두되고 있다. 프랑스법은 독일법과 달라서 민법전 중에 동물을 물건이 아니다 라고 하는 규정을 가지고 있는 것은 아니다. 그러나 1994년 전면개정된 프랑스 신형법전은 동물학대죄의 편별상의 위치를 크게 변경하였다. 즉 동물학대죄를 ‘재산에 대한 죄’라고 하는 분류로부터 의식적으로 제외하여, ‘신체에 대한 죄’, ‘재산에 대한 죄’, ‘국가·공공의 안전에 대한 죄’와 나란히 규정하고 있는 ‘그 외의 죄’ 라고 하는 분류 속에 넣게 되었다.

동물학대죄와 함께 같은 분류에 들어가게 된 것이 ‘인간의 장기에 관한 범죄’와 ‘인간의 배아에 관한 범죄’인데, 이로부터도 프랑스형법상의 동물의 지위가 물건으로부터 인간에 크게 근접하였다는 것을 알 수 있다. 후술하는 바와 같이 이를 근거로 동물은 더 이상 물건이 아니게 되었다고 설명하는 학자도 있다. 프랑스에서는 동물의 법적 지위를 어떻게 파악하고 있는 것일까. 이 점에 관한 최근의 동향으로서 2005년 5월 10일 파리항소법원의 명예원장이며 프랑스동물의 권리동맹(Ligue française des droits de l'animal)의 회계이기도 한 Suzanne Antoine가 사법장관에게 제출한 동물법제에 관한 보고서²⁵⁾를 들 수 있다. 이 보고서는 동물에 관한 보다 일관된 법제도를 확립하기 위하여 민법전의 수정에 관한 제안을 하도록 Dominique Perben 사법장관(당시)의 자문을 받아 작성되었다. 이와 같은 보고서의 제출이 요구된 배경에는 유럽을 중심으로 한 국가들에 있어서 동물문제에 대한 의식이 높아지면서 민법상의 동물의 지위에 관한 규정이 계속 개정된 데에 있다.

실은 프랑스에 있어서도 위험동물·배회동물 및 동물보호에 관한 1999년 1월 6일의 법률에 의하여 민법전을 개정하여 동물의 지위에 관한 규정을 두게 되었지만, 그 불충분함은 동법의 성립시로부터 이미 지적되었다. 프랑스민법 구 제524조·제528조에서는 동물은 ‘물건(objet)’, ‘물체(corps)’라고 되어 있고, 경작을 위하여 이용되는 동물 등이 ‘용도에 의한 부동산(immeuble par destination)’으로 될 수 있는 경우는 있지만, 동물은 원칙적으로 ‘성질에 의한 동산(meuble

22) 박정기, 전계논문, 36~38면.

par nature)’이었다. 이 점에 관하여 1980년에 수상의 명에 의하여 국민회의의원 Micaux가 제출한 “인간과 동물”(L’Homme et l’animal)이라는 보고서²³⁾에서는 민법 제516조의 ‘재물(bien)’의 정의에 부동산·동산 외에 동물을 추가하여 구 제524조의 ‘물건’을 ‘동물 및 물건’으로 변경하자는 제안이 이미 들어 있었지만, 1999년법에 의하여 비로소 ‘용도에 의한 부동산’, ‘성질에 의한 동산’의 정의규정에 수정이 이루어졌다. 개정된 제524조 제1항은 토지소유자가 토지의 이용 및 경영을 위하여 토지에 둔 동물 및 물건(les animaux et les objets)은 용도에 의한 부동산이라고 규정하고, 제528조는 한 곳에서 다른 곳으로 이동시킬 수 있는 동물 및 물체(les animaux et les corps)는 스스로 이동할 수 있는 것이거나 외부의 힘에 의하여 이동할 수 있는 것인가를 불문하고 모두 성질에 의한 동산으로 본다고 규정하고 있다. 거기에서는 ‘동물’이 ‘물건’, ‘물체’와 나란히 규정되어 있어 ‘동물’은 ‘물건’, ‘물체’의 하위개념은 아니라고 되어 있다. 그러나 이 민법개정은 해석상 아무런 변화를 가져온 것이 아니므로 상징적인 의미를 가지는데 불과하다는 평가가 일반적이었다. 확실히 동물은 ‘물건’, ‘물체’는 아니지만 ‘동산’이고 ‘재물’이라는 것에는 변함이 없다. 물건과 동물을 나누어 병기하는 의미가 없는 것은 아니지만 동물을 ‘동산’으로 규정하는 제528조 자체를 폐지하여야 한다는 비판은 Micaux 보고서에도 이미 있었다.²⁴⁾

1999년 개정후에도 금회 보고서를 작성한 Antoine는 물론, 보고서에서 상세한 의견을 제시한 Marguenaud 교수는 민법의 물건의 정의에 관한 규정이 오래 되었음을 비판하고 그 규정이 동물에게는 부적당하다는 것을 주장해 왔다. 다만 Antoine는 입법자는 전통적 개념을 혼란시키는 것을 원하지 않았지만, 1999년 개정에 의하여 동물은 더 이상 단순한 물체, 무주물로서는 취급되지 않으므로 법관은 동물의 특수성을 고려하여 민사사건에 관하여 판결하는 것이 용이하게 되었다는 점에서는 동 개정에도 의미가 있다고 생각하였다. 새로운 규정은 불완전하지만 실무적 유용성이 전혀 없는 것은 아니라 동물법의금후의 발전에 빠질 수 없는 첫 걸음이었다고 한다.

23) Micaux, L’Homme et l’animal, Rapport demande par le Premier ministre Raymond Barre, La documentation française, 1980.

24) Marguenaud, L’animal dans le nouveau code penal, D. 1995, Chr. 191.

Antoine 보고서는 두 가지의 제안을 하고 있다.

제1제안은 보고자 Antoine가 지지하고 있는 견해로서 동물을 감각있는 존재로 생각하여 통상의 물건이 아니라고 하는 것이다. 이 개정은 스위스, 오스트리아, 독일 등의 민법에서 행해진 개정과 동일한 방향성을 가지고 있다. 이와 같은 개정은 동물을 보다 잘 정의하여 동물의 복지를 존중하는 법적 의무를 상기시킨다는 장점이 있고 다른 한편으로는 민법전의 구조를 혼란시키지 않고 실현할 수 있는 장점도 있다. 이 개정제안은 동물에게 권리주체성을 부여하는 것이 아니라 특별한 물건으로서 그 특수성을 승인하는 것에 있다.

제2제안은 ‘동물’이라고 하는 물건의 제3의 카테고리를 만들고, 이것을 ‘보호되는 물건(bien protege)’으로 생각하는 것이다. 이 제안은 동물을 물건과 인간 사이의 존재라고 파악하는 것으로 평가된다. 동물의 소유권취득제도는 매매에 관한 민법의 규정과 동물에 관한 농업법전의 특별규정에 따르게 된다.

2) 학설의 태도²⁵⁾

학설에 있어서는 오래전에는 Demogue의 논문에서 情動能力이 있는 모든 존재가 권리주체로 될 수 있고, 동물은 쾌락 또는 고통을 느끼는 능력이 있으므로 ‘권리주체’로 될 수 있는 것이다 라고 기술한 것이 있었다. 그 후 동물보호사상의 발전과 더불어 약30년전부터 동물의 권리주체성에 관하여 활발하게 논의되어 왔다. 그리하여 동물에 관한 일련의 판례·보호입법으로부터 동물은 ‘태아의 상태에 있는 권리주체’, ‘태어난지 얼마 안되는 권리주체’라고 말할 수 있다고 하는 학자, 동물은 ‘법적으로 보호되는 이익’을 가지고 있고 제한된 법인격을 동물에게 인정하여야 한다고 주장하는 학자도 있다.

그 중에는 ‘動物人(person animale)’이라는 용어를 사용하여 ‘자연인’, ‘법인’에 이어지는 제3의 ‘人’으로서 동물에게 법인격을 부여하자고 주장하는 학자도 있다. 프랑스동물법의 제1인자이고 ‘私法에 있어서 동물(L’animal en droit prive)’이라는 방대한 저서를 집필한 Marguenaud도 역시 1994년 신형법전에서 동물에 관한 규정 위치의 변화로부터 동물은 이미 ‘물건’이 아니다 라고 단언하고 법인격을 인정하는 기준은 고유의 법적 이익을 가질 것과 의사표시의 가능성이 있

25) 박정기, 전계논문, 39면.

을 것이고, 보호단체에게 私訴權이 인정되어 있는 것으로부터 동물은 이미 ‘人’이라고 주장하고 있다.

2. 우리 민법의 신설 방안²⁶⁾

(1) 법적 지위

공법상 동물복지²⁷⁾ 차원과는 궤를 달리하는 사법상 동물의 법적 지위의 보장, 즉 동물권²⁸⁾의 보장은 동물의 보호를 위해 또 다른 중요한 문제라고 본다. 우리 민법 제98조의 2에서 동물의 법적 지위라는 표제하에, “① 동물은 물건이 아니다. ② 동물은 별도의 법률에 의해 보호된다. ③ 동물에 대해서는 다른 특별한 규정이 없는 한 물건에 관한 규정이 준용된다.”라는 규정을 신설하는 것이 바람직하다고 여겨진다. 이러한 개정시안 제98조의 2(동물의 법적 지위)는 3개항으로 구성된다. 우선 제1항에서는 “동물은 물건이 아니다.”라는 선언을 통해, 로마법 이래 권리주체로서 사람(자연인과 법인)과 권리의 객체로서 물건으로 분류하던 2원적 체계로부터 사람과 사람을 제외한 생명체로서 동물, 그리고 생명이 없는 단순한 물건으로 나누어 3원적 체계로 구성하고자 한다. 그러나 생명체로서 동물이 권리주체와 동등한 법적 지위를 가지는 것은 아니다. 예컨대 권리주체로서 행사할 수 있는 행위능력이나 소송능력 등은 배제된다. 다만 생명체로서 무생물체인 물건과는 다르다는 것을 분명히 하는 것이다. 제2항에서 “동물은 별도의 법률에 의해 보호된다.”라는 규정을 두고자 한다. 앞서 언급한 것처럼 동물은 단순한 물건이 아니기 때문에 동물보호법과 같은 특별법에 의해서 보호될 수밖에 없다. 이러한 규정이 없다고 하더라도 동물보호법 등과 같은 동물의 복지적 차원에서 입법화된 다양한 특별법에 의해서 보호되고 있는데, 이러한 점을 명문으로 확실하게 하고 있다는 점이다.

26) 윤철홍, 전제 동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰, 425~429면.

27) 박찬운, “동물보호와 동물복지론 : 유럽상황을 중심으로”, 법조, 제640호, 2010. 1, 300면 이하.

28) 유선봉, “동물권의 논쟁 : 철학적 법학적 논쟁을 중심으로”, 중앙법학, 제10집 제2호, 2008, 중앙대학교 법학연구소, 435면.

동물이 비록 물건이 아니라고 규정한다고 하더라도, 동물의 물건성 자체가 완전히 배제되는 것은 아니다. 동물의 물건성 여부와 관련하여 영업상 사육하고 있는 동물이나 야생 짐승들 등 다양한 종류의 동물이 존재하며, 동물의 존재 형태 역시 다양하기 때문에 일률적으로 규정할 수는 없을 것이다. 동물중에서 물건성을 보유하거나 계속적으로 유지시켜야 할 그러한 동물들에 대해서는 물건에 관한 규정을 준용해야 할 것이다. 따라서 제3항에서는 “동물에 대해서는 다른 특별한 규정이 없는 한 물건에 관한 규정이 준용된다.”고 규정하여, 이러한 준용규정의 근거를 제공하고자 한다.

(2) 동물소유권자의 행사 제한

개정 시안 제98조의 2(동물의 법적 지위) 제2항에서 “동물은 별도의 법률에 의해 보호된다.”라는 규정을 두고 있기 때문에 동물의 소유자의 소유권의 행사 시에는 특별히 제한 필요가 없다. 그러나 프로그램적인 의미이지만 규정을 두는 것이 필요하다고 여겨져 제211조 2항에 “② 동물의 소유자는 소유권의 행사시에 동물의 보호를 위한 특별규정을 준수하여야 한다.”는 규정의 신설을 제안하고자 한다.²⁹⁾

독일 제903조의 보충규정을 통하여 동물의 소유자는 자신의 권능의 행사시에 동물보호법 등의 규정들을 준수해야 하는 의무를 부담하게 되었다. 즉 동물들에 대한 인간의 개개인들이 인식할 수 있는 특별한 보호의무 부담이 부과된 것이다. 이러한 규정의 신설은 동물의 보호의식의 발달을 위해 요구되는 것으로, 긍정적으로 평가하는 견해도 나타나고 있으나, 법적인 효과가 없는 민법전에서 특별한 프로그램적인 법문이라고 비판하는 견해도 있다.³⁰⁾ 비록 비판적인 견해가 제기되고 있기는 하지만, 시대적 요청에 의해 이러한 규정을 두는 것이 바람직하다고 여겨진다. 왜냐하면 우리나라에서 역시 동물보호법에 의해서 동물의 복지 차원의 여러 가지 규제가 행해지고 있으며, 동물의 소유자는 이러한 여

29) 1988년에 오스트리아민법전과 1990년에 독일민법전, 그리고 2002년에는 스위스민법전에서 동물의 법적지위에 관한 규정을 신설하였다.

30) Medicus, AT des BGB, 6. Aufl., 1994, Rn. 1178.

리 특별법에 규정하고 있는 규정을 준수해야 할 의무를 규정하는 것이 필요하기 때문이다.³¹⁾

(3) 동물의 사상시 손해배상 규정의 신설

동물의 상해로 말미암아 치료비가 교환가치를 초과할 때에도 물건으로 취급한다면 특별한 문제없이 교환가치에 해당하는 비용 정도로 배상을 하면 될 것이다. 그러나 동물을 하나의 생명체로 간주한다면, 동물의 상해시에 교환가치 정도로 적당히 배상할 수는 없을 것이다.³²⁾ 비록 독일 등에서처럼 동물은 물건이 아니라고 규정하지 않는다고 하더라도, 신의칙에 의해 특별히 고가의 비용이 아니라면 상당한 범위 내에서는 교환가치를 초과한 것도 배상토록 하는 조항을 둘 필요가 있다고 생각한다. 이러한 점들을 고려하여 우리민법 제752조의 2에서 동물의 사상시 손해배상이라는 표제하에 “① 가정에서 사육하는 가축이나 영리 목적으로 소유한 것이 아닌 동물을 상해한 자는 치료비용이 동물의 가치를 초과한 때에도, 신의칙상 적절한 범위내에서 치료비용을 배상할 책임이 있다. ② 제1항에서 규정하고 있는 동물을 사상케 한 자는 동물의 보유자 혹은 그의 가족이 입은 정신적인 손해에 대해서도 배상할 책임이 있다.”고 규정할 것을 제안하고자 한다. 이 규정은 동물이 상해를 입은 경우에 치료비용이 교환을 초과한 경우에 정당하게 치료비를 청구할 수 있는 법적 근거를 제공하기 위해서이다. 현행 민법 체계상 동물은 물건에 속한다. 따라서 동물이 타인의 고의나 과실에 의해 상해를 입은 경우에 물건으로 취급되어 교환가격의 범위내에서 손해배상 청구권을 행사할 수 있을 것이다. 그러나 동물은 단순한 물건이 아닌 생명체를 지닌 것으로, 단순한 물건으로 취급할 수는 없을 것이다. 현행법하에서는 동물을 특정물로 취급하여 동물의 상해에 대한 손해배상을 청구하는 경우에도 특별한 사유가 없는 한 교환가치를 초과하여 청구하기는 어려운 면이 있다. 물론 영업용자동차가 손괴되어 교환가격을 초과한 수리비가 발생한 경우에, 교환가격을

31) 윤철홍, “동물의 법적 지위에 관한 개정시안”, 「민법개정의 성과와 과제」, 2012 한국민사법학회 하계학술대회, 24면.

32) 서울중앙지방법원 2001. 7. 14. 선고 2010가단414531 판결.

초과한 수리비용을 청구할 수 있다는 판례의 태도이다.³³⁾ 이 경우에 통상 신의칙이나 특별한 사정을 근거로 수리비용을 청구할 수 있다. 동물이 상해를 입은 경우에 이와 같은 관점에서 교환가격보다 치료비용이 과다하게 초과한 경우에도 치료비를 청구할 수 있을 것이다. 그러나 신의칙을 근거로 치료비를 청구하는 것에는 한계가 있기 때문에 이러한 교환가치를 초과한 치료비의 청구를 할 수 있도록 근거 규정을 마련하고자 한 것이 이 규정의 취지이다.

(4) 압류금지 조항의 수용여부

민사집행법 제195조 제4호에 의하면 주로 자기 노동력으로 농업을 하는 사람에게 없어서는 아니 될 가축과 동조 제5호에 의하면 주로 자기 노동력으로 어업을 하는 사람에게 없어서는 안 될 새끼 고기는 압류가 금지되고 있다. 독일 민사소송법에서는 영리목적으로 사육하지 않은 가축들에 대해서는 압류를 제한하고 있는데, 우리 민사집행법에서도 반려동물이나 가축 중에서도 영업용이 아닌 것에 대해서는 압류를 제한하는 규정은 바람직하다고 여겨진다. 민사집행법 제4호의 가축과 제5호의 새끼고기는 영리목적으로 보유한 것이라고 볼 수 있는 성질을 지니고 있기 때문에, 영리를 목적으로 하는 보유의 예외 규정으로서 그대로 존치하면 될 것이다. 따라서 동법 제195조 제17호 “반려동물이나 기타 영리목적으로 사육하지 아니하는 동물”을 규정하여 압류할 수 없도록 해야 할 것이다.

IV. 맺음말

한국 사회도 이제 동물의 고통을 최소화 할 것과 학대해서는 아니된다고 하는 합의에 이르렀다 할 수 있을 것이다. 동물이 인간의 친구인지 가족인지에 대해서는 사람마다 생각이 다를 수 밖에 없을 것이다. 일반적으로 어느 한 쪽이

33) 대법원 1998. 5. 29, 선고 98다7735 판결.

다른 한쪽을 침해해서서는 아니될 것이다. 인간들에게 권장되어야 할 캠페인은 동물학대금지와 동물에 대해서 서로 다른 인식을 가진 사람들끼리 다투지 말아야 할 것이다. 인간과 다른 동물간의 종차별을 이야기할 때 또는 인간이 동물에 대한 차별이 정당하다고 이야기할 때 인간은 다른 동물들과 다르게 도덕적 행위능력을 갖추었다는 것이다. 과거로부터 인간은 도덕적 행위능력을 가진 존재는 오직 인간뿐이기 때문에 도덕적 지위를 갖는 존재 또는 인간밖에 없다고 생각되어져 왔다.

오늘날 인간만이 도덕적 지위 또는 행위능력을 갖추고 있다고 생각하기에는 의문점이 든다. 동물 또한 도덕적 지위를 갖추고 있다고 본다. 동물들이 인간이 사용하고 있는 언어·이성능력을 갖추고 있지 않기 때문에 대부분의 인간들은 동물의 도덕적 행위 능력이 없다고 판단한다. 동물들도 인간과 같은 발성기관이 없어서 말소리를 내지 못할 뿐 나름대로 의사소통을 한다는 것을 알 수 있다. 고래나 돌고래의 경우처럼 자기들 나름대로의 의사소통을 하고 있지만 인간처럼 발성기관이 없어서 말소리를 내지 못할 뿐이다.

인간을 정의할 때 ‘○○적 동물’이라는 표현을 많이 이용한다. ○○ 자리에 다른 동물에게는 없지만 인간은 가지고 있는 특징을 집어넣음으로써 동물과의 차별성을 보여주려는 것이다. ‘언어적 동물’이 대표적인 인간의 정의이다. 그러나 인간 아닌 동물 중에도 언어를 사용할 줄 아는 동물이 있다. 반면 인간 중에도 언어를 사용할 줄 모르는 인간이 있다. 우선 갓난아이가 그렇고 중증장애인 중에도 언어 사용이 불가능한 사람이 있다. 인간이라면 모두 언어를 사용할 줄 알고 동물은 사용할 줄 모른다는 점이 여기서 중요한 게 아니다. 중요한 것은 인간이든 동물이든 모두 고통을 느낄 수 있고 고통을 피하고 싶어 한다는 점이다. 과연 인간과 동물은 다른가? 물론 다르다. 그러나 고통을 느낀다는 점에서는 다르지 않다. 그렇다면 이점을 존중하지 않는 것은 윤리적인 태도가 아니다.³⁴⁾

우리 형법에서는 동물은 물건으로 본다. 따라서 타인의 동물에게 상처를 입히거나 학대행위를 하였을 경우, 형법상 재물손괴에 의한 처벌을 받게 된다. 민법에서는 동물을 물건의 개념으로 파악하고 있으며, 민법 제759조에서 동물점유

34) <http://ch.yes24.com/Article/View/21379>

자의 손해배상책임을 규정하고 있다. 민법 제759조는 동물로 인한 손해발생시 동물점유자에게 책임을 가중시킴으로, 동물 자체를 보호하는 규정이라고 하기 보다는 동물이 가지고 있는 위험, 즉 이성에 의한 제어를 받지 않는 자의적·본능적 행동에 유래하는 위험을 갖추고 있음에 비추어 이러한 위험물을 사실상 지배하는 자에게 보다 무거운 책임을 지우도록 하기 위하여 제정한 것이다. 헌법 제10조 제1문 전단에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며”라고 하여 인간의 존엄성을 보장하고 있다(헌법은 인간의 동물에 대한 보호의무를 직접적으로 규정하고 있지 않다). 현행 헌법이 보장하는 기본권의 주체는 자연인에 한정하고 있으며, 존엄의 주체로서 인간은 생물학적 의미에서 인간, 즉 모든 인간을 뜻하는 바 인간은 인간이라는 자체로서 동물과는 달리 천부적인 인격을 갖고 있으며, 바로 인간의 인격성이 존엄성의 근거가 된다.³⁵⁾

우리 민법상 동물의 법적 지위에 대한 구체적인 논의는 전개되지 못하고 있지만, 동물복지적 차원에서 동물보호법 등 공법적인 차원의 연구가 진행되고 있을 뿐이다. 동물의 도덕적 지위와 법적 지위에 대한 의식은 반려동물에 대한 인간의 배려차원에서 접근해야 할 문제가 아닌가 싶다. 이제는 우리 사회도 반려동물에 대한 배려와 동물에 대한 도덕적 보호와 법적인 보호가 필요하다고 보며, 현행 민법 제759조는 동물복지와 배치되는 것은 아니라고 생각된다.

35) <http://animallaw.co.kr/30128578741>

《참 고 문 헌》

- 김성환, “다윈과 현대 동물 인지 연구”, 범한철학, 제55권, 2009.
- 김수진, “동물보호법개정논의에 즈음한 비교법적 고찰 - 미국과 독일의 동물관련법제를 중심으로”, 행정법연구, 제15호, 행정법이론실무연구회, 2006.
- 박정기, “동물의 법적 지위에 관한 연구”, 법학연구, 제51권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2010.
- 박찬운, “동물보호와 동물복지론 : 유럽상황을 중심으로”, 범조, 제640호, 2010. 1.
- 유선봉, “동물권의 논쟁 : 철학적 법학적 논쟁을 중심으로”, 중앙법학, 제10집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2008.
- 윤철홍, “독일민법상 동물의 법적 지위에 관한 소고”, 인권과 정의, 제420호, 대한변호사협회, 2011. 9.
- _____, “동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰”, 민사법학, 제56호, 한국민사법학회, 2011. 2.
- _____, “동물의 법적 지위에 관한 개정시안”, 「민법개정의 성과와 과제」, 한국민사법학회 하계학술대회, 2012.
- 최훈, “동물의 도덕적 지위와 종 차별주의”, 인간환경미래, 제6호, 인제대학교 인간환경미래연구원, 2012.
- Jauernig, Burgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl., 1997.
- Marguenaud, L’animal dans le nouveau code penal, D. 1995.
- Medicus, AT des BGB, 6. Aufl., 1994.
- Micaux, L’Homme et l’animal, Rapport demande par le Premier ministre Raymond Barre, La documentation française, 1980.
- Rene Descartes, Discourse on the Method in The Philosophical Writings of Descartes, trans by J. Cottingham, R. Stoothoff and D. Murdoch, Cambridge University Press, 1985.

[ABSTRACT]

The moral status of animals and the study on the legal status

Jung, Moon-Sung*

Now our society, academia minimize animal suffering came to an agreement that is not a look for. From ancient times only humans have the ability to act morally only because human beings with moral status do not think there has been.

However, only the human moral status or conduct that has the ability lift think, you have any questions. Animals also have moral status does not do the wonder. The language used by humans and animals, ability to reason, because the animals do not have the ability to determine that there is a moral act. Use the language of non-human animal, while the animal knowledge, while humans are humans who can not use language. Of course, humans and animals are different.

Our Civil law legal status of animals not being developed for specific discussion, but in terms of animal protection laws, including animal welfare dimension method have been studied only in. The moral status of animals and awareness of the legal status of the pet in the care of the human dimension issues that need to be accessed from the Is not I want.

Key Words

Companion animals, Animal rights, Animals are not the stuff of human neighbors, Animal Protection Act.

* Assistant Professor, Dr. jur., Dept of Real Estate, Seonam Univ.