

## 우리나라 동물학대의 대응 및 한계 그리고 개선방안

Study on the Response, Limitation and Improvement Plan of Animal Abuse in Korea

---

저자 (Authors)	박만평 Park, Man Pyeong
출처 (Source)	<a href="#">법학연구 54</a> , 2017.11, 73-111(39 pages)
발행처 (Publisher)	<a href="#">전북대학교 법학연구소</a> Law Research Institute Chonbuk National University
URL	<a href="http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE07283541">http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE07283541</a>
APA Style	박만평 (2017). 우리나라 동물학대의 대응 및 한계 그리고 개선방안. 법학연구, 54, 73-111
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.

# 우리나라 동물학대의 대응 및 한계 그리고 개선방안

박만평\*

## 〔 목 차 〕

- |                    |                   |
|--------------------|-------------------|
| I. 처음에             | Ⅲ. 동물보호법상 반려동물학대의 |
| Ⅱ. 동물관련법상 동물학대의 금지 | 대응 및 한계 그리고 개선방안  |
|                    | Ⅳ. 맺음말            |

### 국문요약

우리나라에서 동물에 대한 문제가 사회적으로 대두되기 시작된 계기는 인간이 기존 동물에 대한 인식을 전환하게 되면서부터라고 할 수 있다. 즉 『시민법』상 동물은 단순한 물건 - 사적재산의 영역 - 으로 취급하게 되었지만 최근에는 이 개념을 탈피하여 동물은 우리 인간과 함께 생활하는 반려동물 - 공감대상의 동물- 이라는 신조어가 탄생하게 되면서 기존의 『시민법』상 동물에 대한 처우의 개선이 요구되었다. 왜냐하면 『시민법』상 동물학대는 타인에 의한 동물학대를 금지하도록 규정되어 있었기 때문에 동물소유주가 학대하는 경우에는 처벌할 수 없었다.

이러한 한계를 극복하기 위해서 우리나라는 1991년 『동물보호법』을 제정·시행하여 기존의 『시민법』상 동물학대를 금지하는데 일정한 한계를 극복할 수 있는 단초를 마련하였다. 하지만 이 『동물보호법』이 제정되어 시행된 후에도 동물소유자 등이 본인 소유의 동물을 학대하게 되는 상황 속에서는 그들에게 동물학대에 관한 규정에 의한 처벌은 가능하게 되었지만 그 학대받은 동물을 그 소유주 등으로부터 영구히 분리하는 데에는 한계가 있었다. 왜냐하면 학대받은 동물을 그 동물소유주로부터 분리하는 행위는 동물 소유주 등의 소유권과 영업의 자유가 상충되기 때문이다.

따라서 이러한 한계를 극복하기 위해 『시민법』 및 『동물보호법』 규정의 문제점을 살펴보고 그에 대한 개선방안을 제시할 필요가 있다고 본다.

\* 전북대학교 법과대학 강사.

♠ 주제어 ♠

동물보호법, 동물보호, 동물학대 금지, 반려동물, 영업허가, 직접처분 규정,  
동물보호명예감시원

## I. 처음에

우리나라에서 동물에 대한 문제가 사회적으로 대두되기 시작된 계기는 인간이 기존 동물에 대한 인식을 전환하게 되면서부터라고 할 수 있다. 즉 『시민법』<sup>1)</sup>상 동물은 단순한 물건 - 사적재산의 영역 - 으로 취급되었지만 최근에는 이 개념을 탈피하여 동물은 우리 인간과 함께 생활하는 반려동물<sup>2)</sup> - 공감의 대상인 동물<sup>3)</sup> - 이라는 신조어가 탄생하게 되면서 기존의 『시민법』상 동물에 대한 처우의 개선이 요구되었다.

이러한 논의의 시작은 ‘인간은 동물을 권리의 주체까지는 인정하지는 않지만 최소한 인간중심적 인도주의적인 차원에서 동물의 보호 내지 복지에 대한 관심을 가져야 한다.’는 인식이 자연스럽게 수면위로 나타나게 되었고 그 중심은 어떻게 하면 인간에 의해 자행되는 동물학대를 금지할 것인가에 대한 문제라고 할 수 있다.

이러한 흐름에 착안하여, 우리나라는 1991년 『동물보호법』<sup>4)</sup> (이하 『법』 또는 『동물법』이라 한다.)이 제정·시행하면서 기존 『시민법』상 동물의 학대를 금지하는데 있어서 일정한 한계를 극복할 수 있는 단초를 마련하게 되었다. 즉 『시민법』상으로는

- 1) 본고에서 사용하는 『시민법』이라 함은 법률용어가 아니고 근대 시민 사회에 있어서 구체적으로는 시민의 개인적인 지위보장을 위하여 주로 사법을 중핵으로 한 법의 전체를 의미함에 헌법, 민법 및 민사집행법, 형법 등의 의미로서 사용한다. 이렇게 사용하는 취지는 1991년에 동물에 관한 일반법인 『동물보호법』이 제정됨으로 기존의 『헌법』 및 『민사법』 그리고 『형법』상 동물을 단순한 물건으로만 취급되어 동물을 학대하는 행위를 당연하게 생각하였지만 동물의 보호에 관한 일반법인 『동물보호법』이 꾸준히 개정되어서 이제는 동물을 단순한 물건으로 취급하던 기존의 헌법 및 법률과 비교하여 살펴보기 위하여 시민법이라는 용어를 사용한다 : [http://hanja.naver.com/word?q=%E5%B8%82%E6%B0%91%E6%B3%95&cp\\_code=0&so und\\_id=0](http://hanja.naver.com/word?q=%E5%B8%82%E6%B0%91%E6%B3%95&cp_code=0&so und_id=0).
- 2) 애완동물은 특별히 사랑하거나 귀여워하여 가까이 두고 다루거나 보기 위해 집에서 기르는 동물이다. 반면에 반려동물은 사람과 함께 사는 동물로 동물이 인간에게 주는 여러 혜택을 존중하여 애완동물을 사람의 장난감이 아니라는 뜻에서 더불어 살아가는 동물로 개칭하였는데, 1983년 10월 27-28일 오스트리아 빈에서 열린 인간과 애완동물의 관계를 주제로 하는 국제심포지엄에서 처음으로 제안된 이름으로.[출처] <http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=aillian00&logNo=150146633524>.
- 3) 공감주의 = 파토스주의(Pathozentrismus)는 공리주의를 바탕으로 ‘행복의 증진과 고통의 감소’를 행위의 기준으로 삼는 데 동물의 경우에도 고통을 느끼고 감각을 가지는 한 이 원칙은 적용된다. 쇼펜하우어의 공감은 타인의 고통에 공감되어 그의 행복을 추구하는 방향으로 나아가는 것으로 이에 동물도 포함 된다: 최희수, 헌법 안에서의 동물의 위치와 국가의 의무 - 독일 동물헌법조항의 규범적 의미를 중심으로-, 환경법과 정책 제19권(2017. 9. 30), pp.5-6면 참조.
- 4) 그 외 동물보호와 관련된 법률로는 『야생생물 보호 및 관리에 관한 법률』, 『실험동물에 관한 법률』 등이 있고, 최근에 『동물원 및 수족관 관리에 관한 법률』이 제정되었다.

타인에 의한 동물의 학대에 관해서만 규율하고 있었기 때문에 동물소유자, 점유자, 관리자(이하 동물영향권자라 한다.)에 의한 동물학대에 관하여 처벌할 수 없는 일정한 한계를 드러내고 있었지만 『동법』이 시행되면서 동물영향권자들에 의한 동물학대도 처벌할 수 있는 근거를 마련하게 되었다.

하지만 그 후에도 여전히 동물영향권자들의 재산권인 동물을 보호하는 데에는 여전히 일정한 한계가 있다. 왜냐하면 동물보호에 관한 일반법인 『동물보호법』이 사적 재산권인 동물소유권과 사업자의 영업의 자유라는 기본권 앞에 맥없이 굴복하게 되는 현행법상 문제가 있기 때문이다. 예를 들어, 동물영향권자들의 본인 소유의 집단적 동물을 사육하는 과정에서 동물을 학대하여도 이 동물을 그 영향권자로부터 영구히 분리할 수 있는 『동물보호법』상 근거가 없다는 점을 들 수 있다.

이처럼 『시민법』 및 『동물보호법』상 그 동물영향권자들로부터 동물학대를 금지하는 데에 일정한 한계도 있고, 또한 동물영향권자들에 의한 동물학대의 개념도 추상적이며 그 유형과 횟수도 매우 다양하기 때문이다.

따라서 이러한 동물학대에 관한 전 유형을 고찰하는 것은 지면상 한계<sup>5)</sup>가 있어 본고에서는 우리나라 국민이 동물학대에 큰 관심을 갖고 있는 세 가지 사례유형 - 동물보호 과정상 동물학대 금지, 동물이용 과정상 동물학대의 금지, 동물관리 과정상 동물학대의 금지에 관한 사례<sup>6)</sup>- 중 동물보호 과정상 동물학대에 한정하여 살펴볼 수밖에 없다는 한계가 있어 나머지 부분은 차치하기로 한다.

이러한 동물보호 과정상 동물학대를 금지하는 유형을 살펴보면 현행법상 동물학대를 금지하는 규정의 존재여부에 귀결되는 문제로서 이는 동물보호에 관한 법제도적 인식의 문제라 할 수 있지만 현행법상 그 상황을 규율하는 데에는 일정한 한계가 드러나고 있다.

5) 『동물보호법』의 연구는 동물권, 동물보호 내지 복지부터 전 방위적 차원에서 국내외의 연구가 요구된다. 하지만 본고에서는 동물의 학대, 특히 동물생산업자 등의 동물학대에 관한 사항을 문헌에 의한 『우리나라법제』에 한정하여 살펴봄에 있어서 미비한 점은 참조사항으로 비교법적인 부분도 병행하여 살펴보기로 한다.

6) 동물법제의 분류에 관하여 인간이 동물을 보호·이용·관리하는 내용을 담고 있는 법령들의 총체라고 분류하고 있는 견해(함태성, 우리나라 동물보호법제의 문제점과 개선방안에 관한 고찰, 408면 참조)에 기초하여 본인은 동물학대의 유형을 구분함에 있어서 먼저 동물보호 과정상 동물학대 금지 유형으로는 반려동물의 학대금지 및 그 유기와 야생동물의 학대금지, 그 다음으로 동물이용 과정상 동물학대 금지 유형으로는 실험동물, 공연동물 - 동물원 및 전통소싸움 - 의 학대금지, 마지막으로 동물관리 과정상 집단가축사육으로 인한 전염병예방 차원의 동물학대금지 등으로 분류하여 그 중 동물보호 과정상의 동물보호 규정 중 동물학대 금지규정에 한정하여 살펴보고 나머지 부분은 차치하기로 한다.

특히 최근에는 상기한 동물학대 유형 중 동물보호 과정상 동물학대의 한 유형으로 전 국민의 공분을 산 무허가 집단적 반려동물생산업자의 극악무도한 동물학대 행태를 접하면서 현행법상 어느 정도까지 동물학대를 금지해야 하는지를 가늠하게 하는 계기가 되었다(이 사례에 관해서는 개선방안에서 살펴보기로 한다). 이러한 사례가 공중파를 통해 전해진 후 현행법상 미비점의 보완을 위하여 국회에서 입법화가 이루어졌지만 여전히 부족한 점이 드러나고 있다(이에 관해서는 개선방안에서 살펴보기고 한다).

이러한 점에서 관련 법률을 살펴볼 필요가 있기 때문에 먼저 『시민법』상의 규정을 통한 동물학대 금지가 가능한지 여부에 관하여 살펴보고 그 다음으로 동물에 관한 일반법인 『동물보호법』상 동물학대에 관한 규정에 비추어 상기한 구체적 유형의 동물학대에 관한 대응 규정 및 한계 그리고 개선방안에 관하여 일반론부터 『동물보호법』의 입법정책적 문제까지 포함하여 살펴볼 필요가 있다.

따라서 위와 같은 점을 염두에 두면서 먼저 『시민법』상 동물보호의 근거 규정과 『동물보호법』상 동물학대 근거 규정의 내용 그리고 한계Ⅱ], 그 다음으로 상기한 유형의 동물학대를 금지하기 위한 대응 및 개선방안Ⅲ], 마지막으로 맺음말Ⅳ]의 순서에 맞추어 살펴보기로 한다.

## Ⅱ. 동물관련법상 동물학대의 금지 내용

### 1. 『시민법』상 동물보호 내용

『시민법』상 동물에 관한 근거 규정인 『헌법』, 『민법』 및 『민사집행법』 그리고 『형법』상 동물을 보호하는 규정에 관하여 살펴봄으로써 그 규정을 근거로 동물학대를 금지할 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 따라서 이하에서는 상기한 법상 동물보호의 규정을 통한 동물학대를 금지할 수 있는지에 대하여 살펴보고 미비점이 있으면 입법론을 제시하고자 한다.

#### (1) 『헌법』상 동물보호에 관한 근거 규정

우리나라 『헌법』은 인간에게 동물을 보호해야 하는 의무를 직접 규정하고 있지 않다.<sup>7)</sup> 그래서 관련 조문의 해석을 통하여 이를 근거로 동물을 보호할 수 있는지에 관하

여 살펴보아야 한다. 이와 관련하여 우리나라 현행 『헌법』 규정 중 동물보호와 관련된 규정으로 해석할 근거 조항은 『헌법』 제10조 및 35조 와 120조라고 할 수 있다. 하지만 이러한 규정의 해석보다는 독일의 예를 들며 우리나라 『헌법』에 독일처럼 동물보호에 관하여 국가목표조항을 규정하자는 주장이 있다.<sup>8)</sup>

하지만 아직은 동물의 보호에 관한 규정을 『헌법』에 국가목표조항을 규정하는 점은 아직 국민적 공감대가 형성되지 않아 소개로 그치고 상기한 『헌법』상 규정의 해석을 통해 동물학대를 금지할 수 있는지에 관하여 살펴보기로 한다.

먼저 우리나라 『헌법』은 기본권의 주체에 관하여 생물학적 인간<sup>9)</sup>이면 기본권의 주체성이 인정되지만 사법상 물건으로 취급되는 동물은 자연인에 해당되지 않아 기

7) 『독일기본법』은 1994년 신설된 제20조 a(자연적인 생활기반의 보호)규정에 2002년 7월 26일 『동물보호법』도 포함시켜 국가기관에게 종족보호를 넘어서 윤리적인 동물보호, 즉, 개별 동물들을 고통과 상해로부터 보호해줄 의무를 부과하게 되었다. 동 조항에 의하면 국가는 미래 세대에 대한 책임감에서 자연적인 생활환경과 동물들을 『헌법』에 적합한 질서의 범위 내에서 입법, 법령에 적합한 행정과 사법을 통해 보호한다고 규정하고 있다. 이로써 동물들은 “생명체를 가진 동료로서 존중을 받았지만, 이는 법적 동등성이 아닌 윤리적 책임을 의미한다. : D. Murswiek (in : M. Sachs(Hrsg.)), Art. 20a zu GG kommentar 3. Aufl. RN.31b : 김수진, 애완동물관리에 관한 법적 문제, 한국법제연구원, p. 27면 및 (각주 51) 참조; 스위스의 경우에는 헌법 제80조에 헌법적 차원에서 다루었다 : 박영도, 스위스연방의 헌법개혁과 향후 전망, 한국법제연구원, 2004 참조 ; 윤익준, 동물의 지위에 대한 법정책적 답론 - 헌행법상 동물의 보호와 동물복지를 중심으로 -, 한국법정책학회, 2016. 3. p. 46면 재인용 참조.

8) 독일의 경우에 유보조항이 없는 절대적 기본권은 헌법의 통일성의 원칙에 따라 헌법적 가치-기본권이든 국가목표규정 또는 기본원리-에 의해서 비례적 조정에 의한, 기본권의 내재적 한계가 가능한 반면에 하위 법률에 의한 제한이 불가능하다. 반면 우리나라는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되지 않는 한 정당한 공익-국가안전보장, 질서유지, 공공복리-에 의해 제한이 가능하게 되어 유보된 기본권은 없다. 따라서 동물보호를 실현하는 방법에 관하여 두 가지 점을 제시하는 하는 데 먼저 우리나라 헌법에 국가목표규정으로 동물보호조항을 규정의 도입에 세 가지 이유를 제시하면서도 동물권에 관하여 헌법규정화까지는 반대하고 있다. 그 다음으로 법률 차원에서 동물관련 입법조치에 공공복리에 의한 제한하는 주장이 있다: 최희수, 전개논문, pp. 19-25면 참조.

9) 여기서 인간은 연령과 지적 성숙도, 의사와 무관한 미성년자, 정신병자, 범죄인, 기형아, 태아 등은 해당된다고 볼 수 있다. 그러나 법인은 제외되고 사자에 대한 인간존엄의 주체성의 인정 여부에 관하여 이견이 있다 : 홍성방, 헌법학(중), 박영사, 제2판, p. 25면; 우리 헌법 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있음을 천명하면서, 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무가 있음을 강조하고 있다. 따라서 인간은 누구나 각자의 자유의지에 따라 스스로 운명을 개척하고 자신의 인격을 자유롭게 발현하여 행복을 추구해 갈 수 있다. 그리고 이러한 권리는 타고난 용모나 재능, 학력, 빈부, 성별 등을 가리지 않으며, 심지어 범죄인에게까지도 한 인간으로서 가지는 기본적인 존엄과 가치는 존중되고 보장되어야 하는 것이다. 이것이야말로 우리 헌법이 추구하는 최고의 가치이자 지향하는 기초적 이념이라고 할 수 있다[2002헌가14, 2003.6.26].

본권주체성이 인정되지 않는다(『헌법』 제10조, 『민법』 제98조). 따라서 우리나라 『헌법』 제10조 규정은 동물권 내지 동물보호에 관한 근거가 될 수 없어서 『동조』에 의한 동물은 보호의 대상이 아니다.

그 다음으로 우리 『헌법』은 환경권을 규정하고 있는데(『헌법』 제35조) 이러한 환경권 개념규정에 동물보호라는 개념을 포섭할 수 있는지 여부가 논점이라 할 수 있다. 왜냐하면 이러한 『헌법』상 환경권에 동물을 보호하는 내용이 포섭된다면 이 규정을 근거로 동물학대를 금지할 수 있기 때문이다. 하지만 이 환경권에 의하여 동물을 보호할 수 있는 규정의 근거가 될 수 있더라도 환경권의 개념에 관하여 이견이 있다.

하지만 동물생태환경은 자연환경에 당연히 포함되기 때문에 동 규정은 동물보호의 근거가 될 수 있다.<sup>10)</sup> 따라서 『헌법』 제35조는 동물생태환경에 관한 근거가 될 수 있으며, 동물보호에 관한 내용도 동 조항에 포섭된다고 할 수 있다. 다만, 동 조항에 의한 동물보호는 인간중심적 인도주의적 차원에서 동물보호로서 직접적 근거가 될 수는 없다.

마지막으로 우리 『헌법』은 자연보호 의무를 규정하고 있는데(『헌법』 제120조) 이 규정의 자연개념에 동물도 자연의 일부이기 때문에 동물도 포섭되어 국가의 보호 대상에 해당되지만 이 규정에 의한 동물보호도 인간중심적 인도주의적 차원의 동물보호로서 직접적 근거가 될 수는 없다.

결과적으로 앞서 살펴보았듯이 현행 『헌법』상 동물은 보호의 대상이 아니다. 따라서 『헌법』상 진정한 의미의 동물학대를 금지할 수 없다.

## (2) 사법상 동물보호 근거 규정

현행 우리나라 민사상 동물관련규정은 『민법』 제98조 및 99조의 물건에 관한 규정, 제252조 제3항의 무주물에 관한 규정, 제759조 제1항의 동물점유자의 타인에 대한 손해배상에 관한 규정(본고에서는 이에 관한 사항은 살펴보지 않고 차치하기로 한다.)과 그리고 『민사집행법』 제195조 제4호의 압류금지에 관한 규정 및 제196조 제1

10) 이 환경개념의 해석과 관련해서 헌법학계의 학설은 자연환경설, 자연 및 생활환경설, 자연·생활환경 및 사회환경설 등이 주장되고 있다; 홍성방, 헌법학(하), 박영사, 제2판, p. 302; 이렇게 주장되는 어떠한 학설을 취하더라도 동물보호의 개념이 포함된 동물생태환경이 자연환경에 포섭되는 것에는 이론의 여지가 없다: 윤수진, “동물보호를 위한 공법적 규제에 관한 검토”, 환경법연구, 제28권 3호 한국환경법학회, 2006, p. 225면 참조; 윤수진, 환경보호에 있어서의 동물보호 및 생명체로서의 동물보호에 관한 검토, 환경법연구 제30권 3호, p. 519면 참조.



항 압류금지물건을 정하는 재판규정 등에서 확인할 수 있다.

이러한 규정들 중 동물의 보호를 통한 동물학대를 금지할 수 있는지에 관하여 동물의 물건성, 동물에 대한 소유권 행사의 제한 그리고 동물에 대한 압류에 관한 규정을 살펴보고 미비점이 있으면 입법론을 제시하고자 한다.

### 1) 『민법』상 동물보호에 관한 근거 규정

먼저 현행 『민법』상 동물과 관련된 규정에는 ‘토지 및 그 정착물은 부동산이며, 부동산 이외의 물건은 동산이다.’라고 규정되어 있어 이렇게 해석되면 동물은 동산인 물건에 해당하게 된다(『민법』 제98조 및 99조). 따라서 동물은 물건이기 때문에 『민법』상 권리의 주체가 될 수 없으며 동물자체는 위자료청구권의 주체도 될 수 없고 반려동물도 예외 없이 동일하게 취급된다.<sup>11)</sup>

이처럼 동물을 단순한 물건으로 이해하는 현행법상으로는 아무런 문제가 발생되지 않지만 최근에는 동물을 단순히 물건으로 취급하기 어려운 경우가 있는데(예를 들어, 자신의 서재에 있는 책상과 집에서 키우는 반려동물을 동일하게 취급하는 점이라 할 수 있다.) 여전히 동물을 단순한 물건으로 취급하고 있다. 하지만 우리나라와는 다르게 동물을 단순한 물건과 구별하여 규정하는 외국의 입법례를 확인할 수 있다.<sup>12)</sup>

11) 동물의 생명보호, 안전 보장 및 복지 증진을 꾀하고 동물의 생명 존중 등 국민의 정서를 함양하는 데에 이바지함을 목적으로 한 동물보호법의 입법 취지나 그 규정 내용 등을 고려하더라도, 민법이나 그 밖의 법률에 동물에 대하여 권리능력을 인정하는 규정이 없고 이를 인정하는 관습법도 존재하지 아니하므로, 동물 자체가 위자료 청구권의 귀속주체가 된다고 할 수 없다. 그리고 이는 그 동물이 애완견 등 이른바 반려동물이라고 하더라도 달리 볼 수 없다. 원심은 제1심판결 이유를 인용하여, 피고가 원고(반려견의 주인)로부터 위탁받은 애완견 2마리를 유기견으로 오인하여 안락사 시킨 이 사건에서, 안락사당한 위 개 2마리 자체의 위자료 청구 부분은 배척하는 대신 이와 같은 사정까지 참작하여 원고(반려견의 주인)의 위자료를 산정하였대손해배상(기) [대법원 2013.4.25, 선고, 2012다118594, 판결].

12) 이에 관한 비교법적 검토에 관해서는 『오스트리아민법』 제285a조에서는 동물은 물건이 아니어서 특별한 법률에 의해 보호된다; 『독일 민법』은 제90a조에서는 동물은 물건이 아니고 별도의 법률에 의해 보호되는데 그에 대한 다른 정함이 없는 한 물건에 관한 규정이 준용된다고 규정하고 있다.; 『스위스 민법』은 641a조에서는 동물은 물건이 아니며, 그에 대해서 다른 특별한 규정이 없는 한 물건에 적용될 수 있는 규정이 적용된다.; 『프랑스민법』은 아직 동물의 법적 지위에 관하여 입법 단계에 이르지 않고 개정시안 제521조에서 법에 의하여 보호를 받는 경우를 제외하고, 동물은 유형의 물건에 관한 법률관계의 규율을 제언하고 있다; 이에 관하여 윤철홍, 동물의 법적 지위에 관한 개정시안, 재산법연구 제29권 제3호, 2012. 11, pp. 264-267면 재인용 참조; 윤철홍, 동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰, 한국민사법학회, 2011. pp. 425-426면 참조.

이러한 상황을 반영하여 동물을 기존의 단순한 물건으로만 보던 시각에서 벗어나서 동물을 특별한 물건으로 쳐우하여 기존의 물건으로만 보던 현행 『민법』 규정에 단순한 물건과 구별되는 동물은 물건이 아니다 라는 내용을 첨가하려는 주장을 제시한 견해가 있었고, 이에 맞추어 국회에서는 관련 법률 발의 안이 위원회의 심사를 마치고 계류 중이다.<sup>13)</sup>

이 견해의 구체적 주장내용으로는 동물의 법적 지위라는 표제로 ‘동물은 물건이 아니다.’라고 규정하여 종래의 권리 주체의 이원적 - 인간과 물건 - 체계를 인간과 인간 이외의 생명체인 동물에 관하여 특별한 물건과 기존의 단순한 무생의 물건으로 구분하는 삼원적 체계로 구성해야 한다는 점이다.

이러한 주장은 현상에서 동물에 대한 시각의 변화에 맞추어 동물을 단순한 물건과는 다르게 쳐우한다는 점에서는 긍정적인 평가를 할 수 있다고 생각한다.<sup>14)</sup> 하지만 이러한 변화도 동물에 대한 권리를 인정한다는 의미는 아닌 점을 염두에 두어야 한다.<sup>15)</sup>

그 다음으로 현행 『민법』상 동물소유권자들은 소유권(『민법』 제211조)에 근거하여 본인 소유의 동물에 대하여 아무런 죄의식 없이 동물을 학대하고 있음을 알 수

13) 국회에서는 이와 관련된 『동물보호법』 일부개정안(이정미 의원 대표발의)이 2017년 3월 21일 제안하여 동년 동월 22일에 회부하여 동년 9월 19일에 위원회에 상정하여 심사한 내용으로 현행 『민법』 제98조의 물건에 관한 규정에 대하여 동물은 물건이 아니며, 별도의 법률에 의해 보호되는 한도 내에서 이법의 규정을 적용한다는 내용의 신설이 계류 중이다.[http://lik.ms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_O1S7G0J3J2V1Y1O5C1Z0I4K3Q0K2H6](http://lik.ms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_O1S7G0J3J2V1Y1O5C1Z0I4K3Q0K2H6).

14) 이처럼 『민법』에 규정하고 있는 물건에 대한 동물에 대한 새로운 사항이 규정되면 동물을 단순히 사적수단인 교환의 객체에서 탈피하여 보호의 대상이 되며, 『형법』상 재물손괴죄에서 동물은 일반 물건과 다르게 취급될 수 있는 대상, 민사집행법상 동물에 대한 압류 등의 대상의 변화의 단초를 제시하게 된다고 볼 수 있다. 즉 다른 법률에서 동물에 관한 내용의 보호되는 부분에서 다르게 취급될 수 있다. 예를 들어, 동물의 살상에 관하여 동물소유주가 아닌 동물 그 자체에 대한 손해배상과 위자료 청구권의 문제라 할 수 있다: 윤철홍, 동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰, p. 427면 참조.

15) 하지만 이는 동물의 권리주체성을 인정하는 것이 아니라 권리주체로서 행하는 일정한 능력 - 행위능력 또는 소송상 당사자 능력 - 은 인정되지 않고 생명체로서 대우하는 것, 즉 무생물과 다름을 의미 한다; 이에 관한 대법원의 사례를 살펴보면 신청인 ‘도롱뇽’은 천성산에 서식하는 도롱뇽 또는 위 도롱뇽을 포함한 자연 그 자체로서, 이 사건 터널 공사로 인한 도롱뇽의 생존환경 및 천성산의 자연환경 파괴를 막기 위하여 “자연 내지 자연물의 고유의 가치의 대변자”인 환경단체인 신청인 단체를 그 사법적 활동의 담당자로 삼아 이 사건 신청에 이르게 되었다는 것이다. 그러나 자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체에 대하여 당사자능력을 인정하고 있는 현행 법률이 없고, 이를 인정하는 관습법도 존재하지 아니하므로 신청인 도롱뇽이 당사자능력이 있다는 신청인 단체의 주장은 이유 없다(대법원 2006.6.2. 자, 2004마1148, 결정)

있다 (예를 들어, 동물의 주인이 본인 소유의 반려동물인 진돗개의 뒷다리를 절단한 사례를 들 수 있는데 이에 관하여『형법』상 재물손괴 및 『동물보호법』상 동물학대에 서 다시 살펴보기로 한다).

따라서 이러한 소유권에 의한 동물학대 행위(권리남용적 처분행위)를 제한할 필요성이 대두되었다. 즉 동물소유권의 행사에 있어서 동물을 단순한 물건으로 취급하지 못하게 하는 일정한 규정을 준수하여야 할 필요가 있다. 예를 들어, 생명체로서 고통을 느낄 수 있는 동물을 학대하는 행위인 살해, 상해 등을 제한하는 규정을 생각할 수 있다.

한편 이에 관하여 『오스트리아민법전』과 『독일민법전』에서는 동물소유권을 특별하게 행사할 것을 규정하고 있다. 이 규정 내용을 우리나라의 현행 『민법』 제211조에서 소유권의 권능이라는 표제로 ‘동물소유자는 소유권의 행사시에 동물보호를 위한 특별 규정을 준수하여야 한다.’는 조항을 신설해야 한다는 점을 제안하는 주장이 있었다.<sup>16)</sup>

이처럼 현행 『민법』상 물건에 대한 소유권 행사 시 동물은 자신의 지배하에 두는 물건일지라도 생명외경사상을 존중하여 제한적으로 행사되어야 한다. 특히 유정성(공감) - 쾌고감수능력<sup>17)</sup> - 이 강한 동물일수록 더욱 본 소유권의 행사를 엄격하게 행사하게 되는 규정을 정하자는 주장은 타당하다고 생각한다.

## 2) 『민사집행법』상 동물보호에 관한 근거 규정

『민사집행법』상 동물보호 근거를 통한 동물학대에 관하여 살펴볼 점으로는 동물(반려동물)의 압류금지 물건규정과 압류금지 물건을 정하는 재판이라 할 수 있다. 이 중 먼저 압류금지 물건에 대한 점을 살펴보고자 한다.

16) 윤철홍, 동물의 법적 지위에 관한 개정시안, p. 268면 참조 ; 윤철홍, 동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰, p. 426면 참조; 이러한 이유로는 현재 동물의 복지 내지 보호에 대한 인간의 인식의 전환으로 『동물보호법』이 제정되어 시행되고 있는 점을 참작을 한다면, 특별법에 규정된 부분을 준수하여야 의무가 있다는 것을 규정하는 것이 필요하다는 입장이다.

17) ‘쾌고감수능력’이란 고통이나 즐거움을 경험할 수 있는 능력을 말하는데 이는 동물의 도덕적 지위와 권리에 관련하여 언급되기 시작되었고 동물의 폭력적 학대를 금지하고 동물의 고통을 최소화 한다는 관념이 18세기 공리주의 철학자 제레미 벤담에 의하여 강조되었다. 예를 들어, 전복과 유인원 등을 쾌고감수능력의 정도가 다르기 때문에 다르게 보호하여야 한다고 할 수 있고, 이때 해당동물이 반려동물인지 아니면 실험동물인지에 구분 없이 보호의 대상이 된다고 할 수 있다. 단, 쾌고감수능력이 우월한 동물의 경우에는 더욱더 법적으로 강한 보호를 받는 입법적 고려가 필요하다고 할 수 있다: 함태성, 전개논문, p. 409면 참조.

앞서 살펴보았듯이 반려동물은 단순한 물건으로 취급되어 강제집행이 가능하게 된다는 점을 고려할 만하다고 생각한다. 왜냐하면 우리나라 현행『민사집행법』은 동물 주인의 채무불이행시 그 동물 - 반려견 - 등은 그 채무자의 동산으로써 강제집행의 대상이 된다고 규정하고 있고 다만 예외적으로 주로 자기 노동력으로 농업을 하는 사람에게 없어서는 아니 될 가축 등에 한정하여 강제집행의 대상에서의 예외를 규정하고 있기 때문에(『민사집행법』 제195조 제4호 및 제5호) 반려동물도 강제집행의 대상이 된다는 것이 최근 동물의 위상이 제고되는 현상에 부합되는가 하는 점이다. 즉 우리나라의 『민사집행법』상 동물보호에 관한 내용으로는 반려동물이 강제집행의 대상 여부에 관한 문제라고 할 수 있다.

이처럼 반려동물 등을 필수불가결한 노동력의 대상인 가축처럼 강제집행의 대상에서 제외할 수 있게 『동 규정』에 반려동물이나 기타 영리목적으로 사육하지 않는 동물 - 가정에서 인간과 정적인 유대 관계를 형성하기 위해 사육되는 반려동물 - 등은 압류가 금지된다는 규정을 추가해야 한다는 주장이 있었다.<sup>18)</sup>

이처럼 『동 규정』에 압류가 금지되는 물건에 반려동물 등을 포함되게 함으로서 “직접적으로는 동물을 보호하고 간접적으로는 그 동물과 정적인 유대관계를 유지한 소유주를 보호(가족으로 생각하는 심리적 보호)하는 기능을 할 수 있다는 점에서 타당하다고 생각한다.

예를 들어, 실무상으로는 먼저 채무자의 자산 중 현금화할 수 있는 재산에 대하여 집행을 하기 때문에 재산적 가치가 없는 반려동물에 대하여는 강제집행이 잘 이루어지지 않을 수 있다고 볼 수 있다. 하지만 상황에 따라서 고가의 반려동물 등은 논의의 실익이 있다고 볼 수 있다.

왜냐하면 집행관은 동산의 압류에 있어서는 초과압류금지, 압류금지물건 등을 고려하여 현금화가 유리한 물건부터 선택하여 집행한다면 이는 고가의 반려동물은 항상 그 절차에서 자유롭지 못한 지위에 노출되기 때문이다.<sup>19)</sup>

따라서 반려동물은 소유주의 채무불이행에 기한 압류 품목에서 제외한다는 조항을 신설하여 강제집행의 대상에서 자유롭게 하는 것이 그 소유주와 반려동물의 보호라는 취지에서 타당하다고 생각한다.

그 다음으로 앞서 언급한 『민사집행법』 제195조 제4호가 압류금지 물건에 관한 조항이라면, 『동법』 제196조 제1항은 압류금지 물건을 정하는 재판조항이다. 동 조항은

18) 윤철홍, 동물의 법적 지위에 관한 개정시안, p. 277면 참조.

19) 법원행정처, 집행관 실무편람, 2004, p. 113면 참조.

‘법원은 당사자가 신청하면 채권자와 채무자의 생활형편, 그 밖의 사정을 고려하여 압류하거나 압류 금지 품목을 압류할 수 있다.’고 규정하고 있다.

그래서 동 조항으로 채무자의 강제집행의 대상이 되는 유체동산에서 ‘반려동물’ 등도 이에 해당되어 앞서 살펴본 압류금지 조항에 반려동물을 포함시켜도 재판을 통하여 다시 압류가 가능한 상황이 재현될 수 있다.

이러한 상황 속에서 동 조문이 과연 반려동물의 압류를 금지하는 규정의 실효성을 담보할 수 있는지의 여부에 관하여 생각할 필요가 있다. 왜냐하면 반려동물은 원칙적으로 압류대상이고 예외적으로 압류취소의 대상으로 반려동물보호에 관한 길을 열어놓았지만, 이러한 압류의 취소 경우에도 판사의 판단에 의존하게 되어있기 때문이라 할 수 있다. 한편 이러한 점에 관하여 유럽의 입법례에서<sup>20)</sup>는 동물에 대하여 원칙적으로 압류가 금지되고 예외적으로 압류가 허용되는 것에 비하면 동 조항에 의하여 반려동물에 관한 보호가 미비하다고 생각할 수밖에 없다.<sup>21)</sup>

예를 들어, 채무자가 무자력 상태인데 오직 유일한 재산이 고가의 반려동물인 경우에는 채권자는 채무자의 반려동물에 대하여 강제집행을 하여 채권을 만족하고 싶을 것이다. 과연 이런 상황 속에서 판사가 과연 채무자의 내부적인 사정 - 반려동물과 가족과 같이 생활한 사정 - 을 고려할 수 있느냐 하는 의구심이 생긴다고 할 수 있다.

따라서 채무자의 재산에 대한 압류 및 강제집행 절차를 진행함에 있어서 『민사집행법』 제195조 제4호 규정인 압류금지 규정에 ‘동물 내지 반려동물을 절대적으로 금지하는 조항’의 신설이 필요하다고 생각한다. 그러면 『동법』 제196조 제1항의 규정에 의하여 채무자는 동물 내지 반려동물에 대한 압류를 할 수 없고, 또 다시 반려동물을 압류할 수 있는 재판도 할 수 없게 된다.

이렇게 동 규정을 신설함으로써 채무자의 사법상 채무불이행에 의한 강제집행의 의무부담은 자신의 반려동물을 제외한 물건에 대한 부분으로 족하게 된다고 볼 수 있다. 결과적으로 인간과 유정성이 있는 동물 내지 반려동물은 『민사집행법』상 강제

20) 서구 유럽인 오스트리아, 독일, 스위스, 프랑스, 이스라엘, 캐나다 등은 일정 범위의 동물 일반에 대하여 압류를 금지하는 규정을 두고 있다. 다만, 금액의 제한 정도에 있어서 차이는 있지만, 반려동물은 원칙적으로 압류가 금지되어 보호를 받고 있다. 하지만, 미국에는 압류를 금지하는 규정은 없지만 압류를 허용한다는 규정 및 판례도 없다 ; 이에 관한 자세한 사항은 김상훈, 강제집행에서의 반려동물의 보호 - 압류금지물 가능성을 중심으로 -, 한국비교사법학회, 2016. 8, pp. 1202-1206면 참조.

21) 독일의 경우에는 동물일반에 관한 규정으로 되어 있어서 반려동물 등은 당연히 포함 된다 ; 김상훈, 상계논문, pp. 1206-1213면 참조.

집행 대상으로 할 수 없는 절대적 압류금지조항을 신설해야 할 필요성이 있다고 할 수 있다.

### (3) 『형법』상 재물손괴죄에 의한 동물보호에 관한 근거 규정

『형법』상으로 동물보호에 관한 법익은 동산적 가치를 가지는 물건이란 점에서 출발하기 때문에 재산에 관한 범죄<sup>22)</sup>가 대상이 된다. 그래서 권리의 주체에 관한 생명·신체의 범죄의 보호법익은 대상이 되지 않는다.<sup>23)</sup> 이러한 재산범죄 중 동물보호와 관련해서 살펴볼 필요가 있는 범죄는 “재물손괴죄와 점유이탈물횡령죄”라 할 수 있다.<sup>24)</sup>

하지만 이하에서는 동물보호 조항의 근거에 의한 동물학대 금지 관련 문제인 재물손괴죄에 한정해서 다루고 동물학대 등에 관한 형사적 제재는 『동물보호법』상에서 따로 살펴보기로 한다.

현행 『형법』상 동물보호에 의한 동물학대를 금지할 수 있는 재물손괴죄의 조항과 관련하여 동물보호의 규정의 근거와 동물의 살상의 정도를 구분하여 처벌하게 하는 동물보호라는 두 가지 점에서 살펴볼 필요가 있다.

먼저 현행 『형법』상 동물보호에 관한 규정으로 재물손괴죄를 생각할 수 있는데 재물손괴죄(『형법』 제333조)에서 타인의 재물의 개념에 동물이 포함되는지 여부가 논의의 시작이라 할 수 있다. 이러한 논의의 시작인 물건에 관해서는 앞서 살펴보았듯이 동물은 동산적 가치를 가지는 물건이기 때문에 당연히 본 조의 보호법익인 재산 개념에 포섭된다고 할 수 있어<sup>25)</sup> 동물은 재산범죄의 한 유형인 재물손괴죄의 대상이

22) 『동법』상 재산범죄로는 절도죄, 강도죄, 사기죄, 공갈죄, 횡령죄, 배임죄, 장물죄, 손괴죄, 권리행사방해죄 등을 들 수 있다.

23) 『형법』은 재산죄를 보호법익에 따라 분류하지 아니하고 침해 방법에 따라 나누는 태도를 취하고 있다. 즉 절도와 강도죄는 상대방의 의사에 의하지 아니하고 재산의 취득, 사기와 공갈죄는 상대방의 하자있는 의사에 기한 재물의 교부와 재산상의 이익, 횡령과 배임죄는 신임관계 위배에 기한 재물을 영득하거나 재산상의 이익, 손괴죄는 재물의 효용을 해하는 것을 내용으로 한다는 점에서 확인할 수 있다 : 이재상, 형법각론, 제4판, 박영사, p. 235면 참조.

24) 왜냐하면 『형법』상 규정한 재산법적 범죄에 있어서 물건성에 비하여 통상적인 동물은 재산의 교환적 가치가 낮기 때문에 이런 재물을 편취하거나, 공갈, 협박을 수반한 범죄보다는 단순히 불법의 영득의사를 가진 절도 또는 타인의 점유를 이탈한 점유이탈물 횡령죄, 그리고 손괴죄가 대상이 되기 때문이다. 하지만 이 범죄의 대상인 재물의 효용가치가 높은 재물은 다르게 취급하게 할 수 있다. 예를 들어, 고가의 동물 - 반려동물 중 『문화재 보호법』에 의해서 보호되는 개, 경주마 - 등을 들 수 있다.

25) 이재상, 전제서, p. 426면 참조.

된다.

이처럼 동물이 재물손괴죄에 해당한다면 동물에 대한 재물손괴죄의 재물성과 타인성이 인정되어 재물손괴죄가 성립되기 때문에 소유자의 권리에 의한 동물의 보호가 가능하게 된다.

하지만 이러한 재물손괴죄에 의한 동물보호는 타인에 의한 동물 침해에 관한 동물 보호규정이다. 예를 들어, 동물의 주인이 본인(자신 또는 자기) 소유의 반려동물인 진돗개의 뒷다리를 절단하는 것, 또는 자동차에 매달려 끌려가 살상을 당한 동물은 본조의 재물손괴죄에 해당되지 않아서 그 동물들은 재물손괴죄의 보호의 대상이 되지 않는다.

이처럼 『형법』상 재물손괴죄에 의한 동물보호의 한계는 『동물보호법』의 제정·시행으로 극복되었다. 즉 『동물보호법』상 동물학대에 관한 규정에는 반려동물의 학대의 주체에 관하여 모든 사람으로 규정되어 있기 때문에 동물소유주도 처벌의 대상이 된다(이에 관해서는 『동물보호법』상에 ‘동물학대 금지’ 규정에서 살펴보기로 한다).

그 다음으로 재물손괴죄의 동물의 살상의 정도에 의한 동물학대의 문제점은 동물에 대한 침해의 행위태양 정도에 따른 보호의 정도 여부에 관한 문제라고 할 수 있다. 이는 재물손괴죄에서 권리의 주체인 사람에게서는 침해행위 태양의 정도 - 살인, 중상해, 상해 - 로 구분하여 형벌을 부과하여 처벌하는데, 반면에 동물의 재물손괴죄에서 동물은 그러한 침해행위 태양의 정도에 구분 없이 일률적으로 동일하게 형량을 부과하여 처벌하게 된다는 점이다. 이는 동물을 살해하거나 간단히 상해하는 행위에 있어서 차이가 없다는 불합리한 결과가 발생하게 된다.<sup>26)</sup>

한편 이러한 점에 관하여 미국에서는 동물학대의 행위 - 악질이나 상습범 -에 대하여 수년의 징역형에 처하고 영국도 최고 51주의 징역형에 처하고 있음에 동물학대행위의 악의성과 상습성을 고려하는 처벌의 도입이 필요한 점을 주장하는 견해가 있었다(이에 관한 조문 내용은 동물학대의 대응의 조문규정 참조).<sup>27)</sup>

이처럼 동물학대의 악의 정도와 상습성을 구분하여 처벌해야 한다는 내용의 도입의 필요성이 요구되는 점에 관하여 과거에 동물을 단순한 물건으로 취급하는 상황에

26) 예를 들어, 가해자가 반려동물견에게 큰소리로 겁을 주어 그 반려동물견이 당황, 흥분하여 옆의 콘크리트 벽에 부딪쳐 경미한 타박상을 입은 경우와 반려동물견을 계획적으로 살해한 경우를 동일하게 재물손괴죄로 처벌되는 경우를 들 수 있다.

27) 유선봉, 미국의 동물학대금지법과 시사점-한국의 동물보호법상 문제점과 개선방안-, pp. 503-505면 참조.

서는 논의할 필요성이 없지만, 현재 동물의 권리 내지 동물복지를 논의 하는 시점, 더욱이 반려동물이라는 신조어에서 알 수 있듯이, 이제는 동물을 단순한 물건의 개념에서 탈피하여 반려동물 내지 가족의 구성원으로 이해하는 현상에서는 진지하게 논의할 필요가 있다.

따라서 이러한 동물살상의 침해행위에 대한 개선방법으로 반려동물의 손괴정도의 행위 태양 - 동물을 살상하는 방법 및 정도 - 에 따라 구분하여 처벌하는 규정의 신설이 필요하다고 본다.

이처럼 『시민법』상 동물보호 근거규정을 통한 동물학대를 금지할 수 있는지에 관하여 살펴보았지만 여전히 동물보호를 통한 동물학대를 금지하는 데에는 일정한 한계가 존재하기 때문에 이하에서는 항을 바꾸어 『동물보호법』상 동물보호에 관한 규정을 살펴보기로 한다.

## 2. 『동물보호법』상 동물학대 규정 내용

### (1) 문제의 소재

동물관련법제는 인간이 동물에 대하여 인간중심적 인도주의적 차원에서 동물의 보호 내지 복지 차원의 동물을 보호·이용·관리하는 사항에 관하여 규율하는 법령군의 총체를 『동물보호법제』라고 할 수 있다. 이 법제 중 동물보호에 관한 일반법인 『동물보호법』이 제정·시행되었다.

이러한 동물보호법제가 필요하게 된 계기는 인간이 과거의 동물을 단순한 물건으로 취급하던 사고가 변화되어 동물도 인간과 같은 생명체를 가지고 인간과 유대관계 - 공감 - 를(을) 형성하게 되는 존재로 보아 기존의 『시민법』상 단순한 물건과 다르게 인식하는 데에서 그 근거를 찾을 수 있다.

즉 산업화 및 의·과학의 발달로 사회구조가 변화 - 평균수명의 연장과 핵가족으로 인한 1인 가구로 변화 - 됨에 따라 반려동물과 함께 생활하는 가구가 많아지면서 자연스럽게 과거에는 단순한 물건으로 취급하던 반려동물을 최근에는 가족으로 인식하게 된 사고는 『시민법』상 동물의 처우에 대한 체계적인 인식의 전환을 가져오게 되었다.

왜냐하면 『시민법』상 인간과 다른 하나의 생명체로써 동물의 학대를 금지 하여야 할 점은 예정하고 있지 못했기 때문이다. 특히 앞서 살펴보았듯이 『시민법』상 동물학대의 금지에 관한 규정은 타인에 의한 소유권자의 재산권으로써 침해인 동물학대에



관하여만 규정하고 있었다(예를 들어, 타인에 의한 동물학대 시 재물손괴죄가 적용된다는 점을 들 수 있다).

그래서 동물영향권자 소유의 동물학대를 금지할 법적 근거가 없는 『시민법』상 규정에 대한 수정이 불가피하게 되었고, 이러한 점을 반영하여 동물의 권리주체성은 인정되지 않지만 인간중심적 인도주의적인 차원에서 동물에 관한 보호 내지 복지에 관한 일반법인 『동물보호법』의 제정의 필요성이 탄력을 받게 되는 상황까지 이르게 되었고 최근에는 『동법』의 개정이 있었고 계속적으로 입법의 발의가 이루어지고 있다.

하지만 이렇게 『동물보호법』의 시행으로 기존의 『시민법』상 동물보호를 생각할 수 없었던 점에서 탈피할 수 있었지만 『동물보호법』 상으로 동물영향권자에 의한 동물학대 예를 들어, 반려동물을 집단사육 하는 과정에서 그 동물영향권자가 그 동물을 학대하는 경우 그 영향권자로부터 직접적으로 영구히 분리할 수 없는 문제점이 발생하게 되었다. 왜냐하면 반려동물은 그 반려동물의 영향권자의 사적 재산권의 대상이며, 영업의 자유인 기본권에 해당되기 때문이다.

따라서 이러한 상황 속에서 동물영향권자 등의 본인 소유의 동물학대로부터 금지 또는 분리할 수 있는 개선 방안이 필요하게 되는 문제에 직면하게 되었다. 즉 현행 『동물보호법』상 동물학대의 규정과 입법적 보안을 제시할 필요가 있게 되었다.

## (2) 『동물보호법』상 동물학대에 관한 기본구조(체계)

현행 『동물보호법』상 동물학대에 관하여 동물과 동물학대를 구분하여 규정하고 있는데 이하에서 상기한 동물의 개념 및 동물학대에 관한 규정을 살펴보기로 한다.

### 1) 동물학대의 개념

먼저 이 법에서 사용하는 “동물”이란 고통을 느낄 수 있는 신경체계가 발달한 척추동물로서 포유류, 조류, 파충류·양서류·어류 중 농림축산식품부장관이 관계 중앙행정기관의 장과의 협의를 거쳐 대통령령으로 정하는 파충류, 양서류 및 어류를 말한다.’고 규정하고 있다(『법』제2조). 다만, 동물의 범위에 관하여 ‘식용(食用)을 목적으로 하는 것은 제외 한다.’고 규정하고 있다(『동법 시행령』 제2조). 한편, 그 외에 동물 관련 법률에도 동물의 개념을 규정된 것을 확인할 수 있다.<sup>28)</sup>

28) 현행 동물관련법에서 동물(또는 가축)의 정의되어 있는 법률로는 『수의사법령』 제2조 제2호, 『가축전염병예방법』 제2조 제1호, 『축산물위생관리법』 제2조 제1호, 『축산법』 제2조 제1호,

그 다음으로 현행 『동물보호법』상 동물학대의 개념에 관하여 "동물학대"란 '동물을 대상으로 정당한 사유 없이 불필요하거나 피할 수 있는 신체적 고통과 스트레스를 주는 행위 및 굶주림, 질병 등에 대하여 적절한 조치를 게을리 하거나 방치하는 행위를 말한다' 고 규정하고 있다(법 제2조의 1의 2).

## (2) 동물학대 금지규정의 주요 내용

이에 관련된 『동물보호법』상 동물학대 금지에 관한 주요 근거 규정을 살펴보면 제1장 총칙에 동물보호의 목적과 동물학대에 관한 개념이 규정되어 있으며, 제2장 동물의 보호 및 관리에는 동물의 학대 등의 금지로 규정되어 있으며, 제7장 벌칙규정 등이 대표적인 규정이라 할 수 있다. 위와 같은 규정을 염두에 두면서 이하에서는 동물학대에 관한 금지규정을 간단히 살펴보기로 한다.

우리나라의 동물보호에 관한 일반법의 지위를 갖는 법률인 『동물보호법』이 제정·시행되고 있다.<sup>29)</sup>『이 법』의 주요 내용을 구체적으로 살펴보면 총칙규정으로 '동물에 대한 학대행위의 방지 등 동물을 적정하게 보호·관리하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 동물의 생명보호, 안전 보장 및 복지 증진을 꾀하고, 동물의 생명 존중 등 국민의 정서를 함양하는 데에 이바지함을 목적으로 규정하고 있다(법 제1조).

이 동물에 대한 보호대상의 정도를 정함에 있어서 동물의 즐거움과 고통을 느낄

『수의사법』 제2조 제2호 등에서 확인할 수 있다.

29) 『동물보호법』은 동물보호에 관한 일반법의 지위를 갖는 법률로서 1991년 5월 30일에 제정된 후에 7차례 전부 또는 일부 개정을 거쳐 총7개 장, 47개 조문과 부칙으로 구성되어 있다. 『동법』은 최근 일부 개정이 이루어 졌는데 그 이유로는 현대사회에서 감정적 교류를 나누는 대상인 반려동물에 대한 수요가 증가하고 있는 반면 동물을 단순히 경제적 수단이나 괴롭힘의 대상으로 삼는 사례도 함께 늘어나고 있는 현실을 감안하여 법률상 금지된 행위를 한 경우 적용되는 벌칙 및 과태료를 현행보다 상향조정하려는 것이다. 또한, 다양한 동물학대 사례가 보고된 바 있는 동물생산업장에 대한 관리를 강화하기 위하여 신고대상인 동물생산업을 허가대상으로 전환하고 허가가 취소된 후 1년이 지나지 않으면 동종업종의 허가를 받지 못하도록 하는 등 관련 규정을 정비하려는 것이다. 한편, 동물과 관련된 산업이 크게 성장하고 있는 점을 감안하여 동물전시업, 위탁관리업 등을 비롯한 다양한 분야의 영업형태를 법률에 반영하고 영업자가 동물보호의 중요성을 인식하고 적절한 시설을 갖추 수 있도록 정기적으로 영업자의 시설 및 인력기준 준수여부를 점검하는 내용과 함께 영업자가 교육을 받을 의무를 규정하는 등 영업 관련 제도를 정비하려는 것이다 그 외 동물보호와 관련된 법률로는 『야생생물 보호 및 관리에 관한 법률』, 『실험동물에 관한 법률』 등이 있고, 최근에 『동물원 및 수족관 관리에 관한 법률』이 제정되어 있다. (<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=192491&lsId=&efYd=20180322&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>).

수 있는 능력 - 쾌고감수능력(快苦感受能力)- 의 정도에 따라 동물의 보호의 강도가 다르게 취급해야 할 필요가 있다고 할 수 있다.

그리고 동물학대 금지의 구체적 사유를 나열하여 규정하고 있는데(『법』 제8조) 이는 법치주의 원칙상 동물을 학대하는 행위를 구체적으로 규정하여 국민에 대한 예측 가능성·법적안정성의 보장과 동시에 국가의 효과적인 법집행작용의 근거를 제시하면서 과거의 학대행위보다 그 유형을 구체화<sup>30)</sup>하여 동물의 보호 내지 복지가 두터워졌다는데 의의가 있다. 특히 최근 개정된 동물학대에 관한 조문은 동물학대의 범위를 더 확대하는 규정과 새로운 항목을 추가하기도 했다.

이러한 동물학대에 관한 구체적인 내용으로 아래와 같은 여섯 가지 점으로 규정되어 있다.

첫째, 누구든지 동물에 대하여 목을 매다는 등의 잔인한 방법으로 죽음에 이르게 하는 행위,<sup>31)</sup> 노상 등 공개된 장소에서 죽이거나 같은 종류의 다른 동물이 보는 앞에서 죽음에 이르게 하는 행위, 고의로 사료 또는 물을 주지 아니하는 행위로 인하여 동물을 죽음에 이르게 하는 행위, 그 밖에 수의학적 처치의 필요, 동물로 인한 사람의 생명·신체·재산의 피해 등 농림축산식품부령으로 정하는 정당한 사유 없이 죽음에 이르게 하는 행위를 하여서는 아니 된다(『동조』 제1항).

둘째, 누구든지 동물에 대하여 도구·약물 등 물리적·화학적 방법을 사용하여 상해를 입히는 행위, 살아 있는 상태에서 동물의 신체를 손상하거나 채액을 채취하거나 채액을 채취하기 위한 장치를 설치하는 행위, 도박·광고·오락·유흥 등의 목적으로 동물에게 상해를 입히는 행위, 그 밖에 수의학적 처치의 필요, 동물로 인한 사람의

30) 과거의 『동물보호법』상 동물학대의 개념을 모호·합리적, 잔인, 타인에게 혐오, 합리적인 이유 없이 - 하게 규정하여 국민은 동물에 대한 자신의 행위가 학대인지조차도 판단하기가 어려웠고, 학대의 구체적 범위의 확정도 어렵다는 문제점이 발생하게 되었다고 할 수 있다.

31) 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 당시 피고인이 피해견으로부터 직접적인 공격은 받지 아니하여 피고인으로서의 진돗개의 목줄을 풀어 다른 곳으로 피하거나 주위에 있는 몽둥이나 기계톱 등을 휘둘러 피해견을 쫓아버릴 수도 있었음에도 불구하고 그 자체로 매우 위험한 물건인 기계톱의 액셀을 잡아당겨 작동시킨 후 이를 이용하여 피해견의 척추를 포함한 등 부분에서부터 배 부분까지 절단함으로써 내장이 밖으로 다 튀어나올 정도로 죽인 사실을 알 수 있는바, 위와 같이 피해견을 죽이게 된 경위, 피해견을 죽이는 데 사용한 도구 및 방법, 행위 태양 및 그 결과를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 피고인의 행위는 동물보호법 제8조 제1항 제1호에 의하여 금지되는 '목을 매다는 등의 잔인한 방법으로 죽이는 행위'에 해당한다고 봄이 상당할 뿐 아니라, 나아가 피고인의 행위에 위법성조각사유 또는 책임조각사유가 있다고 보기도 어렵다.[동물보호법위반·재물손괴(동물보호법 위반 사건)]대법원 2016.1.28, 선고, 2014도2477, 판결].

생명·신체·재산의 피해 등 농림축산식품부령으로 정하는 정당한 사유 없이 신체적 고통을 주거나 상해를 입히는 행위를 하여서는 아니 된다(『동조』 제2항).

셋째, 누구든지 유실·유기동물, 피학대 동물 중 소유자를 알 수 없는 동물에 대하여 포획하거나 판매하거나 죽이는 행위, 판매하거나 죽일 목적으로 포획하는 행위 또는 보호조치의 대상이 되는 동물임을 알면서도 알선·구매하는 행위를 하여서는 아니 된다(『동조』 제3항).

넷째, 소유자등은 동물을 유기(遺棄)하여서는 아니 된다(『동조』 제4항).

다섯째, 누구든지 동물학대에 관련된 행위를 촬영한 사진 또는 영상물을 판매·전시·전달·상영하거나 인터넷에 게재하는 행위, 도박을 목적으로 동물을 이용하거나 도박·시합·복권·오락·유흥·광고 등의 상이나 경품으로 동물을 제공하는 행위, 영리를 목적으로 동물을 대여하는 행위를 하여서는 아니 된다(『동조』 제5항).

마지막으로 ‘동물학대에 관련된 행위를 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 이 천만 원 이하의 벌금에 처한다.’고 개정하여 형량을 강화하는 규정을 두고 있어서(『법』 제 46조) 『시민법』상의 동물에 관해 단순한 물건성을 인정함에 반하여, 『이 법』에서는 인간중심적 인도주의적인 관점에서 동물보호 내지 복지가 한층 두터워졌다고 할 수 있다.

### (3) 『동물보호법』상 동물학대 금지 한계

이상에서 살펴본 것처럼 『시민법』상 동물은 동물영향권자의 단순한 물건으로써 동물영향권자의 재산에 속하는 체제였기 때문에 동물영향권자의 소유권에 의한 동물학대로부터 동물을 보호하는 데 있어서 일정한 한계가 있었다.

이러한 한계를 극복하기 위해서 『동물보호법』상 동물학대의 주체에 대하여 모든 사람으로 규정하여 동물영향권자로부터 학대를 규율할 수 있게 되었고 동물학대행위에 관하여 세부적인 규정과 형사적 처벌 등을 규정하고 있지만, 아직도 동물보호를 위해 갈 길이 멀어 계속적으로 입법적인 보완이 필요한 상황이라고 할 수 있다.(이에 관하여는 동물학대의 개선방안에서 살펴본다).

이러한 입법의 필요성에 관해 대다수의 국민은 뉴스나 매스미디어를 통해 전달되는 다양한 동물학대 행위유형을 통하여 알 수 있었다(이에 관해서 대표적인 구체적인 하나의 사례 - 일명 강아지 공장 사례 - 에서 살펴본다). 그래서 이러한 현실에 관하여 구체적으로 분설하면 기존에는 타인에 의한 동물학대가 문제되었다면, 최근에는 동물

의 집단사육으로 인한 동물영향권자로부터 동물학대 사례가 빈번하게 발생되고 있다.

이렇게 동물영향권자들로부터 동물학대사례를<sup>32)</sup> 자주 접하는 상황 속에서 『동물보호법』상 규정에 근거한 동물학대를 금지하는 행정규제에 있어서 일정한 한계가 있는데 그 중심은 『시민법』상의 동물영향권자의 동물소유권 앞에서 무력해지는 『동물보호법』이 되는 것을 자인할 수밖에 없다는 점이다.

즉 동물영향권자가 동물생산업을 경영 - 직업선택의 자유와 직업수행의 자유인 영업의 자유를 수행 - 하면서 본인 소유의 동물학대 행위를 하여도 적법한 재산권행사로써 행정제재가 어렵게 된다는 점이다. 다만, 이렇게 동물영향권자가 동물학대를 하는 경우에도 『동물보호법』상 동물학대에 관한 규정이 있지만, 이 규정으로는 이 동물영향권자의 동물학대를 규율할 수 없다. 그래서 그 외의 다른 사항에 관하여 입법적 보완이 필요한 상황에 직면하고 있다.

예를 들어, 『동물보호법』상 동물관련사업자 본인 소유의 동물을 학대하는 경우 그 동물관련사업자의 사적재산 및 영업의 자유권과 상충되기 때문에 그 소유자의 동물을 그 영향권자로부터 분리할 수 있는 근거가 미흡하다는 점을 들 수 있다(이에 관해서는 개선방안 중 직접강제 부분에서 살펴본다).

따라서 동물영향권자로부터 학대를 받는 동물을 보호할 수 있는 법 제도적 정비가 필요한 상황에 직면하고 있음에 지금까지는 일반론적인 동물학대에 관하여 살펴보았다. 이제는 항목을 바꾸어 반려동물의 집단사육 과정에서 동물생산을 하는 동물영향권자로부터 학대를 당하는 동물을 보호할 수 있는 점에 관하여 현행 『동물보호법』상 동물학대의 대응 및 한계 그리고 개선방안을 살펴보기로 한다.

### Ⅲ. 『동물보호법』상 반려동물학대의 대응 및 한계 그리고 개선 방안

앞서 살펴보았듯이 동물관련법제 중 동물보호를 위한 법률로는 동물에 관한 일반

32) 대표적인 사례로는 2012년 에쿠스 차량 트렁크에 개를 매단 채 고속도로를 질주해 개를 죽게 한 사례, 2015년 관광용 꽃마차를 끄는 말을 길들인다며 쓰러질 때까지 채찍질을 하고 쓰러진 후에도 채찍과 발길질 등으로 잔혹하게 학대를 한 사례, 최근에는 공항 측 관리소홀로 비행기 화물칸에서 빠져나온 반려견이 결국 사살되는 사례와 울산 남구청에서는 국제수족관 협회에서도 금지한 일본 다이지정의 국제적멸종위기종(CITES) 큰 돌고래를 수입하여 5일 만에 1마리가 폐사한 사례, 반려견인 삼살개 유기 사례 등에서 확인할 수 있다.

법인『동물보호법』과 개별법으로 구분할 수 있다. 이 법제 중 동물학대금지법은 동물의 학대를 금지하는 규정을 가진 법령 군이라 할 수 있다.

이 동물학대금지법 중 동물보호 과정상 동물학대를 금지하는 유형의 하나인 집단적으로 반려동물을 생산하는 사업자에 의한 반려동물학대 금지에 관한 한 사례를 통하여 현행 『동물보호법』상 동물학대 상황에 대응하는 방법에 관하여 살펴보고 미흡한 점이 있으면 입법론을 제시하고자 한다.

## 1. 동물보호에 관한 규정상 동물학대 금지

현행법상 동물보호에 관한 규정으로 반려동물의 학대금지과 그 유기에 관해서는 동물에 관한 일반법인 『동물보호법』이 제정·시행되고 있고 그 외에 개별법으로는 야생동물에 관해서는 『야생생물 보호 및 관리에 관한 법률』등이 제정·시행되고 있다.

하지만 이하에서는 이 법률들의 규정 중 『동물보호법』상 반려동물학대 특히 집단적 반려동물의 생산 및 사육 과정상의 학대하는 상황을 염두 하면서 살펴보고 문제점이 있으면 그 개선방안을 제시하고자 한다.

## 2. 반려동물생산업의 경영상 동물의 학대 금지

### (1) 논의의 시작

최근 집단적 반려동물 생산업 사업자에 의한 『동물보호법』상 규제할 수 없는 동물학대 과정이 공중파를 통해 전해지면서 국민의 공분을 산 사례가 있었다.

이 구체적인 사례를 살펴보면 집단적 동물생산업 사업자에 의한 동물학대의 한 사례로 일명 ‘강아지 공장’ 사건은 본인의 허름한 가건물 - 비닐하우스 - 안에 사육 내지 출산시설을 갖춘 곳에서 수컷의 종견에 호르몬제를 투여하여 체액을 채취하여 출산견에게 자연수정이 아닌 주사기(개의 종류, 크기에 따라 구비 되어 있음)를 이용한 인공수정부터 출산과 산후조리 및 대리모 견, 그리고 안락사까지 반려견의 출생부터 사망에 이르는 전 과정에 대하여 일체의 시설이 구비되어 있었다.

더욱이 그 농장주는 수의사면허도 없이 일반인에게 판매가 금지된 마취제(Ketamine: 케타민)를 사용하여 직접 제왕절개를 하고, 심지어 강아지를 낳을 수 없는 출산견은 식용으로 매매를 하거나 또는 자신이 직접 안락사를 시켜 매장을 하는 사례가 있었다.<sup>33)</sup>

따라서 이러한 집단적 반려동물 생산업자의 학대행위가 『동물보호법』상 동물학대 규정에 포섭될 수 있는지 여부를 살펴보고, 이에 포섭될 수 없으면 그 개선방안을 제시하고자 한다.

## (2) 반려동물생산업 사업자에 의한 동물학대 대응

이에 관련된 『동물보호법』상 동물학대 금지에 대한 주요 근거규정을 살펴보면 가정에서 반려(伴侶)의 목적으로 기르는 동물과 관련된 동물생산업 영업을 하려는 사업자는 농림축산식품부령의 별표 9에 맞는 시설과 인력을 갖추어 그 예외적인 사항을 제외하고는 시장·군수·구청장에게 허가를 받아 동물을 번식시켜 판매하는 영업을 할 수 있다(『법』 제32조 제1항 4호, 제34조, 제37조, 『동법시행규칙』 제35조 및 36조 제4호).

그리고 반려동물의 전달방법(『법』 제9조의2), 동물의 구조·보호 및 비용부담과 동물소유권 취득(『법』 제14조, 18조, 20조), 영업자에 대한 시설 등의 준수사항을 점검하는 조항의 신설(『법』 38조의 2), 동물생산업자가 동물생산업을 경영하는 과정에서 동물을 학대하면 2년 이하의 징역 또는 이천만원 이하의 벌금, 무허가 또는 그 외에 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 영업허가 등을 받으면 500 만원 이하의 벌금, 상습적으로 동물을 죽음에 이르게 한 학대행위 등은 정한 형의 2분의 1의 가중하는 조항(『법』 제46조), 수의사 자격이 없는 동물생산업 사업자에 의료행위에 대한 동물학대에 준하여 처벌하게 하고 있어 행정적 제재가 가능함을 예정하고 있다(『수의사법』 제10조).

## (3) 반려동물생산업 사업자에 의한 동물학대의 금지 한계 및 개선방안

앞서 살펴본 사례로 인하여 국민이 동영업자의 동물학대에 대한 비난적 시각이 확대되어 사회적 이슈가 되었고, 한편으로는 국회에서 『동물보호법』의 일부개정안이 발의되어 논의 및 개정되는 분수령이 되는 상황까지 이르게 되었고<sup>34)</sup> 본인도 중대형 반려견인 삽살개와 함께 생활하기 때문에 본고도 이 사례 이후 동물학대의 심각성을 인식하면서 작성하는 계기가 되었다.

하지만 이 사례에서 알 수 있듯이 집단적 반려동물 생산업자들에 대한 행정제재를

33) 이 사례의 자세한 사항은 SBS TV 동물농장 프로그램 [http://program.sbs.co.kr/builder/programMainList.do?pgm\\_id=00000010171](http://program.sbs.co.kr/builder/programMainList.do?pgm_id=00000010171) 참조.

34) 이에 관한 의원입법의 발의 과정과 처리에 관하여는 관련 주제 부분에서 살펴보기로 한다.

가하는 데에는 세 가지 점에서 일정한 한계가 있었다. 먼저 현행『동물보호법』상 동물 생산업 영업신고가 영업허가제로 개정되었는데 동물을 보호하는 차원에서는 일견 타당한 반면에 동물생산업 사업자에게는 영업의 자유를 제한하는 문제점이 있었다.

그 다음으로 동물생산업 사업자에 의한 동물학대를 목격하는 경우 그 영향권자로부터 학대당하는 동물을 즉시 격리할 수 있는지 여부에 관한 문제점이 있었다. 즉 동물영향권자가 본인 소유의 동물을 학대하는 경우『동 법』의 학대에 관한 규정을 적용하여 행정제재는 가능하겠지만 그 후 동물영향권자로부터 완전히 동물을 격리할 수 있는가의 문제라고 할 수 있다.

이는 현행법상 동물은 동물영향권자의 사적재산으로 취급되고 있고 또한 동물영향권자의 영업수행의 자유라는 기본권의 침해와 상충되는 문제점이 있기 때문이다. 이러한 이유로 현행『동물보호법』상 동물학대를 금지하는 것은 동물영향권자와 관계에서 일정한 한계에 부딪치게 되는 문제점이 있다.

마지막으로 동물을 학대하는 경우에도 형량이 가벼워 솜방망이 처벌이 되어 여전히 동물을 학대하는 경우가 빈번하게 발생하게 되는 점이다.

이러한 문제점이 상존하는 상황 속에서 동물학대를 금지할 수 있는 방법으로써 행정청에 의한 이 영업을 규제할 수 있는 방안을 살펴볼 필요가 있다. 이러한 행정규제 유형을 사전적 행정규제와 사후적 행정규제인 두 가지 점으로 분류할 수 있다.<sup>35)</sup>

따라서 이하에서는 상기한 규제유형에 맞추어 아래와 같은 세 가지 점을 염두에 두고 살펴볼 필요가 있다. 먼저 동물생산업 사업자에 대한 강력한 행정규제의 효과를 가지는 사전적 행정규제인 인·허가에 관련해서 “철회권 유보부 영업허가 처분”, 그 다음으로 사후적 행정규제인 “행정상 의무이행확보수단인 직접강제처분에 관한 법리에 앞서『헌법』상 동물생산업자의 재산권 행사와『동물보호법』상 동물보호의 충돌의 문제”와 “동물보호명예감시원 권한 규정의 신설 여부”, 그리고 마지막으로 “행정형벌의 상향조정 여부”에 한정하여 살펴보고 미비점이 있으면 입법을 촉구하는 개선방안을 제시하고자 한다.

35) 먼저『동법』상 사전적 행정규제는 행정청이 동물관련업을 경영하고자 하는 경우에 일정한 시설이나 인력을 갖추어야 영업을 할 수 있게 하는 영업허가 또는 등록이 있다. 그 다음으로 사후적 행정규제로는 영업허가의 취소, 경제적 유인책을 통한 간접 규제인 축산관련동물농장 인증, 그리고 기타 사후적 규제 조치로는 제36조(영업자 등의 준수사항), 제37조(교육), 제38조의2(영업자에 대한 점검 등) 제39조(출입·검사 등), 제40조(동물보호감시원), 제41조(동물보호명예감시원), 제41조의2(포상금 신설), 제46조(행정벌), 마지막으로 행정법상 일반법리인 행정상 의무이행확보수단 등을 들 수 있다.



# 1) 동물생산업 사업자에 대한 사전적 행정규제 유형으로 철회권유보부 영업 허가 처분

## 가. 논의의 시작

앞서 살펴보았듯이 이러한 한계를 극복하기 위한 대안이 제시되어야 하는데 그 예로써 최근 『동물보호법』이 개정되기 전에는 동물생산업자가 영업을 하기 위해서는 적법한 일정한 신고 요건만 충족되면 행정청의 수리를 요하지 않는 신고로써 그 신고서가 행정청에 도달되면 그 즉시 신고의 효과가 발생하여 그 신청을 한 사업자는 영업을 개시할 수 있었다.

하지만 개정된 법률 규정에 의하면 동물생산업을 하려는 사업자는 허가에 필요한 요건을 충족하여 행정청에 신청을 하게 되면 행정청의 형식적, 실체적인 심사를 하여 영업허가 처분을 하여야 비로소 영업을 개시할 수 있다.<sup>36)37)</sup>

물론 이처럼 신고제에서 허가제로 개정된 규정은 동물생산업 사업자로부터 학대를 당하는 동물을 보호하는 점은 타당하다고 볼 수 있지만 한편으로는 동물생산업 사업자에 대해서는 영업의 자유라는 기본권을 실현하는데 장애가 있기 때문에 이에 대한 절충안을 고려해볼만 하다.

이 절충안으로 동물생산업을 경영하려는 사업자에게 영업허가 처분을 함에 있어서 부관으로 일정한 철회사유를 예정하고 그 사유가 있으면 영업허가 처분을 철회하는 일명 철회권유보부 영업허가처분의 법리를 고려해 볼만 하다. 이에 관하여 논의할 점은 철회권유보라 할 수 있는데 이 철회권 유보를 살펴보기 위해서는 먼저 행정행위의 부관을 이해하고 그 유형의 하나인 철회권 유보에 관하여 살펴보아야 한다.

따라서 이하에서는 부관에 관하여 살펴보고 그 다음으로 철회권 유보<sup>38)</sup>에 관하여

36) 허가라 함은 기본권성이 인정되는 행위에 대하여 공익상 위험방지 때문에 금지하다가 부작용에 의한 해제를 통하여 기본권을 실현하는 법률행위적 행정행위 중 명령적 행정행위의 한 유형으로 원칙적으로 기속행위이며, 반사적 이익에 해당한다.

37) 동물생산업이 신고제로 운영됨에 따라 적법한 신고요거만을 충족하게 되면 동 영업을 경영할 수 있게 되어 있어 사전적 행정규제가 느슨하게 되고 또한 관리감독이 제대로 이루어지지 않고 있어 적정시설기준 미달 등의 열악한 시설환경에 더해 동물학대 등이 자행되고 있는 상황 속에서 동물생산업을 경영하려는 사업자에게 기존의 신고제에서 허가제로 개정의 필요성이 요구되어 국회에서는 이와 관련된 『동물보호법』 일부개정안(한정에 의원 대표발의) (이재익 의원 대표발의)이 발의 되었다가 심사결과 대안처리로 폐기된 의안이 있었다. 이에 관한 자세한 사항은 [http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_J1E7F0R2L2J2U2A0U0C2F5G3V9N4Z8](http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_J1E7F0R2L2J2U2A0U0C2F5G3V9N4Z8) 참조.

38) (김동희, 행정법 I, 박영사, 제19판, p. 303면; 홍정선, 행정법특강, 제13판, p. 307면 참조.

살펴보기로 한다.

#### 나. 부관의 한 유형인 철회권 유보의 내용

행정행위의 부관이라 함은 행정행위의 효과를 제한하거나 의무를 부과하기 위하여 행정행위의 주된 내용에 부가하는 부대적(종된) 규율을 말한다.<sup>39)</sup> 이러한 부관은 법적 또는 사실적 이유로 인하여 무조건적인 허가가 어려운 것으로 판단되는 경우, 그 허가에 행정청이 구체적 사정에 적합한 일정한 조건을 부가하여 이러한 장애를 제거하여 신청권자에게 영업을 할 수 있게 유연성을 부여해 주는 기능을 한다.<sup>40)</sup> 이러한 부관 중의 한 유형이 철회권 유보이다.

철회권 유보라 함은 행정청이 특정처분의 신청에 대하여 행정처분을 함에 있어서 거부처분을 할 정도는 아니지만 당해 행위를 장래에 계속적으로 유지하는 것이 공익상 문제가 있는 것으로 판단되는 경우에 행정행위의 효력의 소멸의 원인이 되지만 유보된 사실이 발생하게 되더라도 그 행정행위의 효력을 소멸시키는 행정청의 철회의 의사표시가 있어야 한다.

이렇게 철회권 유보에 의한 철회사유가 있더라도 자유로이 - 무조건 - 취소할 수 있는 것이 아니라 공익상의 필요가 있는 경우에 한하여 취소권을 행사할 수 있고 법령에 규정되어 있는 경우뿐만 아니라 그 외의 사유에도 가능하다는 입장을 취하고 있어 철회사유는 반드시 법령에 규정된 경우에 한정되지 않는다는 점이 대법원의 입장이다.<sup>41)</sup>

이렇게 철회권이 유보된 사유가 있는 경우에는 그 상대방은 장래에 당해 행위가 철회될 수 있음을 예견할 수 있어서 신뢰보호 원칙에 의한 철회의 제한을 주장할 수 없는 점에서 의미가 있다. 즉 동물생산업사업자는 철회권이 유보된 사유가 발생하면

39) 이 부관의 개념에 관하여 협의설과 광의설로 나뉘는 데 종래의 전통적 견해인 협의설의 입장은 행정행위의 효과를 제한하기 위한 주된 의사표시에 종된 의사표시로 정의하고, 최근의 다수설의 입장은 효과의 제한 또는 보충(의무부과)하기 위하여 주된 행정행위에 부과된 종된 규율로 이해하고 있다; 김동희, 상계서, 박영사, 제19판, p.299면; 김남진, 행정법 I, 제7판, p.237면; 홍정선, 상계서, 제13판, p. 306면; 박균성, 행정법강의, 제14판, p.239면 참조.

40) 김동희, 상계서, 박영사, 제19판, p. 300면; 김남진, 상계서, 제7판, p.238면 참조.

41) 행정행위의 부관으로 취소권이 유보되어 있는 경우, 당해 행정행위를 한 행정청은 그 취소사유가 법령에 규정되어 있는 경우뿐만 아니라 의무위반이 있는 경우, 사정변경이 있는 경우, 좁은 의미의 취소권이 유보된 경우, 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우 등에도 그 행정처분을 취소할 수 있고, 철회권 유보를 취소의 개념으로 판단하고 있다(대법원 1984. 11. 13. 선고 84누269 판결; 대법원 1964. 6. 9, 64누40 판결 참조).

본인의 신뢰보호를 주장할 수 없다.

#### 다. 철회권 유보부 영업허가제로 개정

이러한 법리에 따라서 동물생산업 사업자는 완화된 사전적 행정규제에 의하여 쉽게 영업을 개시하게 되고, 그 영업을 하는 과정에서 철회의 사유가 발생하지 않기 위해서 노력하게 됨으로써 사후적 행정규제의 효과가 발생하게 된다.

예를 들어, 절대적 기본권이 아닌 상대적 기본권 중 경제적 기본권인 동물생산을 경영하는 과정에서 동물학대사례가 발생할 경우에는 행정청은 철회를 할 수 있음과 동시에 동 영업을 경영하면서 발생하는 동물의 소유권을 포기하는 사유를 예정하거나 또는 영업을 하면서 발생한 모든 이익을 몰수할 수 있는 사유 등을 예정하여 동물학대를 할 가능성이 있는 사람은 동물과 관련된 사업을 전혀 할 수 없다는 것을 인식(예견)하게 하는 강력한 규제가 필요하다.

이처럼 동물영향권자들에게 동물을 학대하면 그 영업과 경제적 이익을 누릴 수 없다는 점을 사전에 인식시킴으로써 동물을 학대하는 행위를 금지할 수 있는 긍정적 기능을 하게 되지만 동물영향권자의 동물학대의 행위를 판단함에 있어서는 종합적인 판단(행위 태양, 횟수, 개선의 정 등)할 것을 요하고 비례원칙도 준수되어야 함은 당연한 귀결이다. 다만, 상기한 철회사유가 아니더라도 동물학대 사유를 예정하는 것도 가능하지만(예를 들어, 사육환경에 대한 사유의 유보, 처우개선 사유의 유보 등) 철회권이 유보된 사유가 있어도 철회는 공익상의 필요가 있는 때에 한하여 취소권을 행사할 수 있음은 앞서 판례의 입장에서 살펴보았다.

이러한 법리는 집단적 반려동물생산업 사업자에게 시장진입은 쉽게 할 수 있도록 그 길을 열어주면서 그 동물생산업 사업자에 대한 사후적 행정규제를 강화함으로써 동 영업을 경영하면서 발생하는 동물학대를 금지하기 위한 행정청의 동물생산업 사업자를 관리·감독하는 방법이 더 효율적이라 생각하기 때문에 『동물보호법』상 동물생산업 사업자의 “철회권 유보부 영업허가처분제”로 개정할 것을 촉구한다.<sup>42)</sup>

42) 『동물보호법』 제32조(영업의 종류 및 시설기준 등) 및 제34조(영업의 허가) 참조.

## (2) 『동물보호법』상 동물생산업 사업자에 대한 사후적 행정규제

### 가. 의무이행확보수단인 직접강제 규정의 신설

#### (가) 논의의 시작

행정법상 의무위반 시 사후적 행정규제 작용으로써 의무이행확보수단<sup>43)</sup>을 선택함에 있어서 법률적 근거가 있어야 하는 점은 법치행정상 당연한 귀결이라 전제한다면 이러한 근거에 관한 논의의 중심은 의무이행확보수단을 하기 위해서는 반드시 개별법에 근거가 있어야만 가능한지 여부에 관한 점이라 할 수 있다. 왜냐하면 이러한 의무이행확보수단 중 반드시 개별법에 근거 규정이 있어야만 그 의무의 이행이 가능한 행정작용의 종류가 있는데 직접강제가 이에 관한 대표적인 행정작용이기 때문이다.

이러한 직접강제는 개인적 권익에 대한 침익적 성격이 강하기 때문에 반드시 개별법에 규정 되어야만 하는데 그에 관하여 대표적으로 직접강제에 관하여 규정하고 있는 개별법을 확인할 수 있다.<sup>44)</sup> 그렇다면 동물영향권자의 동물학대를 금지하기 위하여 행정법상 의무이행확보 수단인 직접강제에 관한 규정을 동물에 관한 일반법인 『동물보호법』에 신설할 필요 여부를 생각할 수 있다.

하지만 『동 법』에 직접강제 규정을 신설할 점을 주장하기에 앞서 『헌법』상 동물생산업자의 재산권행사의 제한이 가능한지에 관하여 선행되어야 한다. 왜냐하면 동물생산업자의 『헌법』상 재산권 행사와 『동물보호법』상 동물보호에 관하여 규정이 상충되기 때문이다. 따라서 항목을 바꾸어 『헌법』상 재산권을 행사의 제한 및 한계와 『동물보호법』상 직접강제 내용(개념과 대상 및 한계) 규정의 신설에 관하여 간략하게 살펴보고 미흡한 점이 있으면 개선방안을 제시하고자 한다.

43) 먼저 행정형벌과 행정질서법, 그 다음으로 행정강제수단으로 행정상 강제집행(대집행, 직접강제, 이행강제금, 강제징수), 행정상 즉시강제, 그리고 행정조사, 마지막으로 금전상 제재(과징금, 가산금, 가산세 등)와 비금전적 제재(공급거부, 명단공표, 관허사업의 제한, 해외여행, 세무조사 등) 등이 활용되고 있다.

44) 『출입국관리법』상의 강제퇴거명령(『법』 제46조), 『공중위생관리법』상 영업소나 제조업소의 폐쇄조치(『법』 제11조), 『학원의 설립 운영 및 과외교습에 관한 법률』상의 학원 또는 교습소 폐쇄조치(『법』 제19조), 『식품위생법』상 영업소 폐쇄조치(『법』 제79조), 『먹는물관리법』상 영업장 또는 사업장 폐쇄(『법』 제38조 등에서 확인할 수 있다.

## (나) 『헌법』상 재산권과 『동물보호법』상 동물보호의 상충

### 가) 『헌법』과 『동물보호법』의 관계

현행 『동물보호법』은 동물생산업자들이 동물생산업업을 경영하면서 본인 소유의 집단동물을 확대하는 상황 속에서 행정청은 그 사업자에 대하여 두 가지 조치를 취할 수 있다. 먼저 『이 법』에 규정된 대로 동물생산업자들에 대한 영업수행의 자유라는 기본권을 제한하는 영업허가취소처분조치를 명할 수 있는 데에는 별다른 문제점은 없고(『동 법』 제38조), 그 다음으로 확대당하는 동물을 그 사업자로부터 격리조치를 한 후에 기간을 정하여 해당 동물의 보호조치를 하여야 하는 데에도 별다른 문제점도 없다(『동 법』 제14조).

하지만 행정청이 확대당하는 동물을 보호조치를 하고 있을 때에도 그 동물소유자는 일정한 비용을 납부하고 반환을 요구할 수 있고 그에 대한 요구에 시·도지사 등은 반환을 하여야 한다(『동물보호법』 제18조). 이처럼 행정청은 동물학대자로부터 격리하여 보호하던 확대당하는 동물을 동물소유권자에게 반환하여야 한다. 이런 이유로는 현행법상 동물에 관하여 동물권성은 인정되지 않으며 단지 물건 - 동물생산업자의 사적재산의 영역 - 으로 취급된다. 즉 『동물보호법』이 사적재산권 앞에서 맥없이 무너지고 마는 점을 의미한다.

이러한 상황 속에서 동물생산업자들의 기본권과 『동물보호법』의 관계를 살펴보면 이 점과 관련된 우리 『헌법』은 재산적 기본권의 주체에게 『헌법』 제16조 직업선택의 자유 및 제23조 재산권 보장에 관하여 규정을 하고 있다.<sup>45)</sup> 이 규정 중 직업선택의 자유 - 영업의 수행의 자유 - 에 관해서는 『동물보호법』에 영업허가의 취소에 관한 규정이 있기 때문에 그에 따라 처리하면 되고, 이곳에서는 재산권의 보장규정인 『헌법』 제23조와 『동물보호법』상 동물학대와 충돌되는 점에 관해서만 살펴보기로 한다.

### 나) 『헌법』상 재산권 행사의 제한 및 한계

이러한 논의의 시작내용으로는 과연 동물생산업자들에게 재산권에 관한 기본권조항과 『동물보호법』상 동물보호에 관한 갈등상황이 발생하게 되는데 결국 이러한 문제의 본질은 기본권의 제한 및 제한의 한계문제라 할 수 있다. 즉 동물생산업자의

45) 우리 헌법상 재산권에 관한 규정으로는 제23조 규정과 119조의 자유시장경제질서가 원칙임을 명백히 하면서도, 예외적으로 경제에 대한 규제와 조정을 규정하여 국가의 개입과 간섭을 허용하고 있다.

『헌법』상 사적재산권을 제한할 수 있는가? 라고 할 수 있다.

우리나라 현행 『헌법』상 재산권에 관한 규정을 살펴보면 『헌법』 제23조 제1항 제1문과 제2문에서 모든 국민의 재산권은 보장되고 그 재산권의 내용과 한계는 법률로서 정한다고 규정하고 있다. 이 규정의 재산권내용은 상대적 개념으로서 입법자가 법률로 구체화하고 새로운 내용이 형성될 수 있는 헌법상 권리가 된다.<sup>46)</sup> 이러한 재산권은 일정한 한계 및 제한 그리고 제한의 한계 등이 있는데 이 점에 관하여 이하에서 대법원 및 현재의 판단을 간단히 살펴보고자 한다.

먼저 이 재산권의 한계는 법률주의와 재산권행사의 사회성의무성이 있는데, 첫째 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하는 경우에도 사유재산제도나 사유재산을 부정하는 것은 재산권보장규정의 침해라 의미하고 결코 재산권형성적 법률유보라는 이름으로 정당화될 수 없다는 점이 현재의 입장이다.<sup>47)</sup>

둘째 재산권의 행사는 공공복리에 적합하여야 한다는 의미는 사유재산제도의 보장이 타인과 더불어 살아가야 하는 공동체생활과의 조화와 균형을 흐트러뜨리지 않는 범위 내에서의 보장을 의미하며, 재산권의 악용 또는 남용으로 인한 사회공동체의 균열과 파괴를 방지하고 실질적인 사회정의를 구현하겠다는 국민적합의의 표현이라고 할 수 있으며, 신의성실, 권력남용금지의 원칙 등으로 그 정신이 투영되어 있다는 점이 현재의 입장이다.<sup>48)</sup>

그 다음으로 재산권의 제한으로는 법률에 의한 제한으로 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 법률로써 제한할 수 있는데 이러한 재산권제한의 한계는 법률로 정하며, 공공의 필요가 있는 경우에는 법률로써 수용·사용·제한할 수 있다고 하더라도 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인해서는 안 되며, 비례의 원칙을 지켜야 한다.

이러한 점에 관하여 대법원은 군사상 긴급한 필요에 의한 재산권의 수용도 법률의 근거가 없으면 불법행위가 되고 현재는 사유재산의 전면적 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권 박탈 등이 본질적 침해가 된다는 입장이다.<sup>49)50)</sup>

46) 조흥석, 재산권 제한의 체계적 구조, 법과 정책연구 제3집 제2호, pp. 2-3면 참조.

47) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20 결정 참조.

48) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 결정 참조; 재산권의 사회기속성의 한계설정에 관한 학설은 형식적 이론과 실질적 이론이 대립되고 있다. 이에 관한 자세한 사항은 홍성방, 헌법학 중, 박영사, pp. 215-218면 참조.

49) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 결정 참조.

50) 군사상 긴급한 필요에 의한 재산권의 수용 등도 법률의 근거 없이 이루어지면 불법행위가 된

### 다) 직접강제를 통하여 재산권 행사의 제한 가능성

이처럼 앞서 살펴보았듯이 동물생산업자가 본인 소유의 동물을 학대하는 경우에 동물소유권자로부터 학대당하는 동물을 일시적으로가 아닌 영구히 격리한다면 본질적인 내용에 대한 침해가 문제될 수 있다. 따라서 원칙적으로 현행 『동물보호법』상으로는 동물생산업자가 본인의 동물을 학대하는 경우 행정청이 소유권을 전면적으로 부정하거나 무상으로 몰수하는 점은 재산권에 대한 본질적인 내용의 침해라고 볼 수 있어서 부정된다.

이러한 점에 관하여 조심스럽지만 앞서 재산권의 한계의 두 번째에 판례에서 살펴본 점을 감안하면 『동물보호법』상에 동물생산업자들에 의한 본인 소유의 집단적 동물 학대에 관하여 그 동물영향권자 등으로부터 영구히 분리할 수 있는 규정을 단순히 규정하기보다는 그 유형을 세분화하여 동물영향권자 특히 동물생산업자들에 대한 재산권의 행사를 제한하는 규정을 생각해 볼만 하다(이에 관해서는 개선방안의 직접강제 규정의 신설에 관한 입법정책에서 후술하기로 한다).

### (다) 직접강제의 내용

직접강제라 함은 “행정청은 직접 행정법상 의무를 위반한 자의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 강제집행수단”으로 작위·부작위·수인 등 모든 행정법상 의무가 대상이 된다. 그리고 직접강제는 최후의 보충적 수단 이어서 비례원칙 및 적법절차의 원칙(대집행보다 강력한 수단인 직접강제에 제고 및 집행영장 등의 통지 등)에 의한 엄격한 통제가 필요하다는 한계가 있다.<sup>51)</sup>

### (라) 직접강제 규정의 신설

그렇다면 이러한 의무이행확보수단 중 직접강제를 동물생산업 사업자에 의한 동물

다는 점이 대법원의 입장이고, 토지재산의 본질적 내용의 침해의 사유로는 사유재산의 전면적 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권 박탈 등은 해당되지만 토지거래허가제는 토지소유권의 상대성, 소유권행사의 공공복리적합성의무 등으로 과잉금지원칙에 위배되지 않는다는 점이 현재의 입장이다(대법원 1966. 10. 18, 66다7715 판결; 현재 1989. 12. 22, 88헌가13 결정 참조).

51) 이러한 점에 관하여는 행정법 기본서와 연구논문에서 확인할 수 있다; 김동희, 전게서, p. 473면 참조; 박균성, 전게서, p. 384면 참조; 홍정선, 전게서, p. 464면; 정하중, 행정법-행정상 직접강제, 고시연구, 2000.12, pp. 204-205면 참조.

학대 경우에 사후적 행정규제수단의 한 유형으로 활용할 수 있느냐의 문제에 관하여 『동물보호법』상 규정에 관하여 살펴보고 개선방안을 제시하고자 한다.

시·도지사(시·군·구의 장 포함, 이하 시·도지사 등이라 한다.)는 동물영향권자가 본인 소유의 동물을 학대하는 상황을 발견한 때에는 그 동물을 구하여 보호 및 격리조치를 할 수 있다(『법』제14조 제1항 및 3항). 하지만 동물소유자는 이 조치기간 후 또는 조치 중에 보호조치를 받고 있는 본인 소유의 동물에 대하여 보호비용을 납부하고 반환을 요구할 수 있고 그러면 시·도지사는 그 동물을 소유자에게 반환하여야 한다(『법』제18조 및 19조).

즉 개정된 『동물보호법』상으로는 동물소유권자가 동물을 학대하여 시·도지사가 보호·격리조치를 취하여도 동물소유권자가 소유권을 포기하지 않는 한 일정한 비용을 납부하고 반환을 요구할 수 있어서 시·도지사는 그 동물의 소유권을 취득(『법』제20조)할 수 없는 현상에서 이러한 보호격리 조치는 현실성이 없다는 문제점이 지적되고 있다.

이러한 점에 대한 개선방안으로 개정된 『동물보호법』상 동물영향권자의 소유권의 임시적 제한조치 - 보호조치 내지 격리조치 - 보다 더 실효성이 있는 행정법상 의무이행확보수단 중 강력한 행정제재 작용인 직접강제 규정이 『동물보호법』상에 규정되어 있는지에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

그러나 유감스럽게도 동물보호에 관한 일반법이라는 『동물보호법』에는 동물생산업 사업자에 대한 직접강제에 관한 규정이 없어서 불가능하다. 그래서 동물생산업 사업자에 의한 동물학대 시 당해 행정청은 동물생산업 사업자에 대한 직접강제를 할 수가 없다. 이런 이유로 최근 동물생산업 사업자들에 의한 집단적 동물사육의 학대를 금지하기 위한 보다 강력한 사후적 행정규제 수단인 직접강제에 관한 규정을 신설할 필요가 있다. 이때에 직접강제의 행정작용을 하기 위해서는 행사요건 - 행위태양, 횟수, 침해의 정도 - 을 고려하여 실행하여야 한다.

이렇게 직접강제에 관한 근거를 규정하게 된다면, 동물생산업 사업자가 동물생산을 경영하면서 동물을 학대하게 되면 행정청은 사후적 행정규제수단의 유형의 하나로서 『동 법』에 근거한 의무이행확보수단을 통해서 동물생산업 사업자에 대한 행정규제를 할 수 있지만 직접강제는 행정상 강제집행 중 최후의 보충적 수단이기 때문에 비례원칙 및 적법절차의 원칙에 의한 엄격한 통제가 필요하다는 점은 앞서 직접강제의 한계에서 살펴보았다.

이처럼 일정한 한계가 준수되는 직접강제에 관한 규정을 『동물보호법』상에 신설하



게 되면 동물생산업자로부터 학대받은 동물의 소유권을 제한 내지 박탈하는 등의 행정작용을 통하여 동물학대를 금지하는 강력한 효과를 가질 수 있는 점을 고려하여 직접강제에 관한 규정을 『동법』제14조와 연계 또는 대체조항으로 신설할 것을 촉구한다.

#### 나. 동물보호명예감시원 및 동물보호단체의 권한 규정의 신설 여부

『시민법』상 동물생산업은 동물을 생산하는 영업의 자유에 해당하는 영역으로 거래의 대상이 되는 동물은 동물생산업 사업자에게는 사적재산의 영역에 해당한다. 따라서 동물생산업 사업자가 동물생산업을 경영하는 과정에서 동물을 학대할 때에도 당해 행정청은 그 영업장에 대한 행정규제를 함에 있어서 일정한 제한을 받게 된다.

하지만 이러한 동물생산업 사업자의 사적재산권은 상대적 기본권으로써 제한이 가능하게 되어 동물생산업 사업자의 재산권 행사는 공공복리에 적합하게 행사되어야 하고 또한 부득이한 경우 법률로써만 제한이 가능하게 된다.<sup>52)</sup>

그래서 동물생산업을 경영하는 사업자에게 행정청의 지위에서 영업자유 및 재산권을 제한하는 것은 가능하게 되지만 이때에도 동물생산업 사업자의 기본권 및 재산권을 제한하는 경우에도 과잉금지원칙이 준수되어 본질적인 사항은 제한할 수 없다(『헌법』 제37조 제2항).

그런데 과연 『동물보호법』상 규정된 ‘동물보호명예감시원(『법』제41조)과 그 외에 사설 동물보호단체에게 공익관점에서 행정청에게만 부여되는 행정작용 하나인 고발권과 임시처분권을 인정하는 규정이 가능한가?’라는 문제에 직면하게 될 수 있다.

이러한 논의의 근거 규정으로는 『동물보호법』상 ‘농림축산식품부장관 등은 동물의 학대금지 등 동물보호를 위한 지도·계몽 등을 위하여 동물보호명예감시원을 위촉할 수 있다’고 규정하고(『법』제41조), 동 위원회의 자격 등에 동물보호명예감시원 위촉에 관한 자격 등을 규정하고 있다(『법 시행령』 제15조).

이 규정에 근거한 동물보호명예감시원과 그 외 동물보호단체가 동물생산업 사업자가 영업을 경영하는 과정에서 동물을 학대하는 것을 목격할 경우<sup>53)</sup> 그들에게 직접 고

52) 『헌법』 제23조, 15조, 37조 제2항, 『민법』 제211조 이하 참조.

53) 예를 들어, 먼저 수의사가 아닌 사업자가 인위적 수정, 마취제를 사용한 제왕절개에 의한 출산, 배양 그리고 생식기능을 상실한 동물견에 대하여 식용으로 처분하는 점과 안락사 시키는 후 동물에 대한 매장 하는 점 등의 이러한 일련의 과정에서 자행되는 동물학대를 목격했을 때를 의미한다.

발권<sup>54)</sup>과 동물영향권자로부터 학대를 받는 동물을 즉시 강제격리를 할 수 있는 임시 처분<sup>55)</sup>의 내용을 규정하자는 점에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

왜냐하면 원칙적으로 동물생산업업을 경영하려는 사업자는 행정청의 허가를 얻어야 하는데 동물보호명예감시원과 그 외 동물보호단체는 사인으로 공적영역에서 행정청의 지위를 갖지 못하기 때문이다.

이렇게 집단적 동물생산업 영업자에 대한 허가 후 원칙적으로 행정청만이 허가 사유에 원시적 하자 시 그 행정처분을 취소할 수 있고, 후발적 하자 시 그 행정처분을 철회할 수 있다. 그리고 행정청은 동물생산업 사업자의 행정법상 의무위반이 있는 경우 자력집행력 - 의무이행확보수단 - 을 통해 행정법상 의무위반을 이행한 상태로 만드는 행정작용을 할 수 있다.

이처럼 원칙적으로 동물생산업 사업자의 경영과정에서 행정법상 의무 위반 - 시설 기준 등의 미비로 인한 동물학대 - 의 경우는 공법관계를 전제로 한다. 그런데 이러한 공법관계에 행정주체의 대표기관인 행정청이 아닌 사인에게 법규의 규정 및 위임 또는 위탁에 의하지 않고 행정청이 위촉한 사인에 의하여 행정권을 설정하는 규정의 내용이 가능하지는 않다고 본다.

하지만 동물생산업 사업자에 대하여 공무원 신분인 동물보호감시원만으로는 동 영업의 관리·감독을 함에 있어서 물리적 한계에 직면하게 되는 것은 현실적으로 부정할 수 없다. 그렇다고 해서 행정청에 의해 위촉된 동물보호명예감시원 및 동물보호단체 등이 동물생산업 사업자가 동물을 학대하는 상황을 목격하는 경우 그들에게 직접 고발권과 임시처분권의 근거를 규정하는 것은 타당하지 않다고 본다.

다만 동물보호감시원(『법』제40조)의 관리·감독 아래 동물보호명예감시원 및 동물보호단체에게 부여하는 근거를 마련함으로써 공무에 있어서 충분한 인력이 확보되

54) 고발이라 함은 고소권자와 범인 이외의 제3자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 그 범인에 대하여 소추 - 처벌 - 를 구하는 의사표시를 말한다. 그래서 처벌을 희망하는 의사표시가 아닌 단순한 피해신고는 이에 해당하지 아니하고 고발인이 표시되어야 한다. 또 고발은 원칙적으로 수사당서에 불과하여 개별법상 특정의 범죄에는 소송조건이 될 수 있다. 예를 들어, 공무원은 직무를 집행함에 있어서 위법행위가 있다고 의심되는 경우에는 고발을 하여야 한다. 이에 자세한 사항은 진계호, 형사소송법, 형설출판사, pp. 211-227면 ; 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, pp. 200-211면 참조.

55) 이때 즉시 강제격리를 할 수 있는 임시조치제도는 분쟁해결과 내용규제를 위한 임시적 지위를 가지는 가치분의 성격을 가진다고 볼 수 있는데 먼저 현행법상 규정된 가치분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하는, 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다(『민사집행법』 제300조 2항).

어 동물생산업 사업자로부터 학대당하는 동물을 격리할 수 있는 기회가 확대되도록 하는 것은 가능하다고 볼 수 있다.

이때에도 동물보호명예감시원 등과 동물생산업 사업자와 관계에 있어서는 그들의 권한을 명확하게 명시 및 행사하여야 하고, 동물생산업 사업자의 동물학대 행위유형, 횟수, 개선의 정을 고려하여 페널티를 적용함에도 그 사업자들의 동물학대가 지속된다면 동물생산업 사업자에 대한 고발 및 임시처분권을 행사하게 하여야 한다. 이러한 일을 위탁한 경우 이 사인 또는 단체들에게 행정주체는 재정적 지원을 하고 분기별로 업무를 감독하는 구조의 규정이 필요하다.

설령 동물보호명예감시원과 동물보호단체에게 고발권과 임시처분권 규정을 『동법』상 추가<sup>56)</sup>함으로써 동물학대를 금지하는 긍정적인 면도 기대할 수도 있지만, 이에 관해서는 앞서 살펴보았듯이 직접강제에 관한 규정을 신설하여 활용하는 점이 타당하다고 생각한다. 그리고 그 권한에 관한 규정은 행정법상 일반법리에 의해서 해결하면 된다고 생각한다. 즉 필요한 경우에 행정주체는 사인 또는 단체에게 법규 및 위임 또는 위탁에 의해서 해결하면 될 것을 굳이 권한을 따로 규정할 필요는 없다고 생각한다.

#### 다. 행정형벌의 상향조정으로 개정

##### (가) 동물보호법상 행정형벌

『동물보호법』일부개정을 통해 동물생산을 경영하는 과정에서 동물생산업 사업자가 동물을 학대하게 되면 기존의 1년 이하의 징역 또는 일천만원 이하의 처벌하던 규정을 2년 이하의 징역 또는 이천만원 이하 벌금으로 상향하여 처벌하게 규정되었지만(『법』 제46조 제1항),<sup>57)</sup>이러한 개정조항은 『형법』상 단순재물죄와 법익균형성을 고려하여 형량을 더 상향조정할 필요가 있다고 생각한다. 왜냐하면 『형법』상 동물을

56) 이러한 내용에 관련하여 국회에서 『동물보호법』 일부 개정안(진선미 의원 대표발의)(표창원 의원 대표발의)(한정애 의원 대표발의)이 발의 되어 국회에 계류 중이며, 그 구체적 내용으로는 긴급처리 조치의 위법성 조각, 소유권 제한 규정으로 동물학대자에 대한 소유권 제한·상실 및 반환 금지 등에 법원에 청구할 수 있는 사항을 담고 있다 :[http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_J1E7F0R2L2J2U2A0U0C2F5G3V9N4Z8](http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_J1E7F0R2L2J2U2A0U0C2F5G3V9N4Z8)참조.

57) 이렇게 동물학대에 관하여 형벌을 상향조정할 필요성에 관하여 국회에서는 이와 관련된 『동물보호법』 일부개정안(표창원 의원 대표발의) (이명수 의원 대표발의) 안이 발의 되었다가 심사결과 대안 폐기된 의안이 있었다. 이에 자세한 사항은 [http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_J1E7F0R2L2J2U2A0U0C2F5G3V9N4Z8](http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_J1E7F0R2L2J2U2A0U0C2F5G3V9N4Z8)참조.

단순한 재물로 취급하여도 3년 이하의 징역에 처하는 경우보다 더 경하게 처벌하도록 규정하고 있기 때문이다.<sup>58)</sup>

따라서 최소한 『동물보호법』상 동물생산업의 사업자에 의한 동물학대에 관하여 인간의 재물로서 취급되는 『형법』상 규정된 형량과 법익균형성 차원에서 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정해야 한다고 생각한다.

그리고 『동물보호법』 제7조의 소유자 등의 적정한 사육·관리 위반에 관하여 벌칙 규정이 없음에 제8조의 제4항의 동물의 유기와 연계하여 제47조 제1항의 과태료를 부과하자는 주장이 있다.<sup>59)</sup>

#### (나) 『수의사법』상 행정형벌

또 현행 『수의사법』상 수의사가 아니면 동물을 진료할 수 없지만<sup>60)</sup>(수의사법 제10조)축산 농가에서 자기가 사육하는 『축산법』 제22조 제1항 제4호에 따른 허가 대상인 가축사육업의 가축, 『축산법』 제22조 제2항에 따른 등록 대상인 가축사육업의 가축, 그 밖에 농림축산식품부장관이 정하여 고시하는 가축에 대한 진료행위 외의 사람은 동물을 진료할 수 없다(『동법』 시행령 제12조). 이에 위반하면 『동법』에 의해 처벌되는데 이때 형량은 개정된 『동물보호법』상 동물학대를 하는 때에 적용되는 형량인 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과(併科)할 수 있다(『동법』 제39조).

이렇게 법령을 개정하여 동물생산업 사업자의 무자격에 의한 의료행위를 금지하여 동물학대를 방지하는 것은 타당하다고 생각하고 그 형량에 대한 강화가 필요함은 앞서 살펴보았다.

58) 『형법』 제366조(재물손괴등) 타인의 재물, 문서 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 기 효용을 해한 자는 3년 이하의 징역 또는 700 만원 이하의 벌금에 처한다.

59) 주현경, 형법적 관점에서 바라본 동물학대, 환경법과 정책 제19권(2017.9.30.), p.90면 참조.

60) 현행 『수의사법』은 『의료법』과 마찬가지로 수의사가 아닌 자의 동물 진료 행위는 금지하고 있지만, 1994년 소나 돼지 등 산업동물에 대한 자가치료 허용이 필요하다는 축산업계 요구로 예외조항이 생기면서 무면허진료행위가 허용됐다. 당시만 해도 '반려동물'에 대한 명확한 개념이 없어 반려동물 생산업 사업자들이 개나 고양이의 임신·출산을 목적으로 한 약물 투여와 수술 행위를 막을 길이 사실상 없었다고 생각한다.

#### IV. 맺음말

지금까지 살펴보았듯이 『시민법』상 동물은 단순한 물건으로 취급되어서 동물영향권자들의 재산에 속하는 체제였었기 때문에 동물영향권자의 소유권에 기한 동물학대로부터 동물을 보호하는 목적에 일정한 한계가 있었다.

이러한 한계를 극복하기 위해서 『동물보호법』상 동물학대의 주체에 대하여 모든 사람으로 규정하여 동물영향권자들에 의한 학대를 규율할 수 있게 되었고 아울러 동물학대행위에 관하여 세부적인 규정과 형사적 처벌 등을 규정하고 있지만, 아직도 동물보호를 위해 갈 길이 멀어 지속적인 입법적 보완이 필요한 상황에 직면하고 있음을 앞서 살펴보았다.

이러한 상황 속에서 동물에 관한 일반법인 현행 『동물보호법』의 규정 내용만으로는 이 현상을 규제할 수 없어서 입법론을 촉구하는 개선방안을 마련할 필요성이 있게 되었다. 이러한 점에 착안하여 현행법상 동물학대의 대응 및 한계를 살펴보았고 아래와 같이 개선방안을 요약하며 본고를 마무리하기로 한다.

동물보호 과정에서 동물학대를 금지하는 차원에서 먼저 집단적 반려동물 생산업을 경영하기 위해서 허가제로 규정된 조항을 그 사업자의 영업의 자유를 보장하는 철칙권 유보부 허가제로 개정할 점, 그 다음으로 동물영향권자로부터 학대당하는 동물을 헌법상 재산권 행사의 제한 및 한계로 직접 격리할 수 있는 직접강제 규정의 신설, 동물보호명예감시원 등에 새로운 권한 규정의 신설보다는 위임의 법리를 활용하는 점, 마지막으로 행정형벌의 상향조정에 관한 점을 살펴보았다.

이처럼 본고에서 상기한 개선방안을 살펴보았지만 이보다 중요한 점은 인간이 동물을 바라보는 인식의 전환 - 동물의 생명에 대한 존중과 공감을 느끼며 살아가는 사고 - 이(가) 선행적으로 이루어져야 한다는 점을 염두에 두어야 한다는 점을 강조하면서 본고를 마무리 한다.<sup>61)</sup>

논문접수일 : 2017. 10. 31.	심사완료일 : 2017. 11. 17.	게재확정일 : 2017. 11. 20.
-----------------------	-----------------------	-----------------------

61) 이런 농장주의 행위는 동물연대관계자의 인터뷰 내용을 통해서 명확하게 해결할 수 있다. 그 관계자의 표현에 의하면 '수요가 있으니 공급이 있다. 따라서 반려동물견을 구매하지 말고 분양을 받으세요.'라는 말이 명쾌한 해결책을 제시한다고 생각을 한다. 왜냐하면 그 농장주는 동물의 복지는 전혀 고려하지 않고 자신의 탐욕인 돈을 벌기 위해서 강아지 공장을 하는 것이기 때문에 우리가 그렇게 생산된 반려동물견을 구매하지 않으면 당연히 그 직업은 사라질 것이라고 생각하기 때문이다.

## 【참고문헌】

### 1. 단행본

홍성방, 헌법학(중), 박영사, 제2판.  
——, 헌법학(하), 박영사, 제2판.  
김동희, 행정법 I, 박영사, 제19판.  
홍정선, 행정법특강, 제13판.  
진계호, 형사소송법, 형설출판사.  
이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사.  
——, 형법각론, 제4판, 박영사.  
김동희, 행정법 I, 박영사, 19판.  
박균성, 행정법강의, 박영사, 제14판.  
김남진, 행정법 I, 제7판.

### 2. 논문

최희수, 헌법 안에서 동물의 위치와 국가의 의무 - 독일 동물헌법조항의 규범적 의미를 중심으로 -, 환경법과 정책 제19권(2017. 9. 30).  
정하중, 행정법- 행정상 직접강제, 고시연구, 2000.12.  
함태성, 우리나라 동물보호법제의 문제점과 개선방안에 관한 고찰.  
김수진, 애완견관리에 관한 법적 문제, 한국법제연구원.  
박영도, 스위스연방의 헌법개혁과 향후 전망, 한국법제연구원.  
윤익준, 동물의 지위에 대한 법정책임 담론 - 현행법상 동물의 보호와 동물복지의 중심으로 -, 한국법정책학회, 2016. 3.  
윤수진, “동물보호를 위한 공법적 규제에 관한 검토”, 환경법연구, 제28권 3호 한국환경법학회, 2006.  
——, 환경보호에 있어서의 동물보호 및 생명체로서의 동물보호에 관한 검토, 환경법연구 제30권 3호.  
윤철홍, 동물의 법적 지위에 관한 개정시안, 재산법연구 제29권 제3호, 2012. 11.  
——, 동물의 법적 지위에 관한 입법론적 고찰, 한국민사법학회, 2011.  
법원행정처, 집행관 실무편람, 2004.  
김상훈, 강제집행에서의 반려동물의 보호 - 압류금지물 가능성을 중심으로 -, 한국비

교사법학회, 2016. 8.

유선봉, 미국의 동물학대금지법과 시사점 - 한국의 동물보호법상 문제점과 개선방안 -.

정하중, 행정법 - 행정상 직접강제, 고시연구, 2000.12.

주현경, 형법적 관점에서 바라본 동물학대, 환경법과 정책 제19권(2017.9.30.)

조홍석, 재산권 제한의 체계적 구조, 법과 정책연구 제3집 제2호.

### 3. 인터넷 검색 사이트

[http://hanja.naver.com/word?q=%E5%B8%82%E6%B0%91%E6%B3%95&cp\\_code=0&sound\\_id=0](http://hanja.naver.com/word?q=%E5%B8%82%E6%B0%91%E6%B3%95&cp_code=0&sound_id=0).

<http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=ailian00&logNo=150146633524>

[http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_O1S7G0J3J2V1Y1O5C1Z0I4K3Q0K2H6](http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_O1S7G0J3J2V1Y1O5C1Z0I4K3Q0K2H6).

[http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_O1S7G0J3J2V1Y1O5C1Z0I4K3Q0K2H6](http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_O1S7G0J3J2V1Y1O5C1Z0I4K3Q0K2H6). <http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=192491&lsId=&efYd=20180322&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>).

[http://program.sbs.co.kr/builder/programMainList.do?pgm\\_id=00000010171](http://program.sbs.co.kr/builder/programMainList.do?pgm_id=00000010171)

[http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_J1E7F0R2L2J2U2A0U0C2F5G3V9N4Z8](http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_J1E7F0R2L2J2U2A0U0C2F5G3V9N4Z8)

## Abstract

## Study on the Response, Limitation and Improvement Plan of Animal Abuse in Korea

Park, Man Pyeong\*

The issue of animal problems in our country began to rise socially is It is said that humans have changed their perception of existing animals. In other words, the animal law was treated as a mere article, but recently, the animal was born with a newly coined animal, and the newly created animal was required to improve the treatment of animals. Because animal abuse in Civil law prevented animal owners from abusing the animal because it prevents animal abuse by other animals.

In order to overcome this limitation, the nation established a law protecting animal rights in 1991 to overcome certain limitations in preventing cruelty to animals in order to prevent cruelty to animals. However, if the animal rights law is enacted and animal owners abuse their own animals, it is impossible to punish animals for cruelty to animals, but it can permanently isolate the abused animal from its owner. This is because it conflicts with the owner's rights and the freedom of business.

Therefore, Civil law and Protection of Animal Act should be reviewed by the public for the sake of overcoming these limitations. And we need to look at the problem of the regulations and suggest improvements to them.

### ♠ Keywords ♠

Protection of Animal Act, Animal Protection, Prohibition of Animal Abuse, Companion Animal, Business License, Direct Compulsory Regulation, Honorary Animal Guardians

\* Lecture, College of Law, Chonbuk National University.