

기본의무로서 환경보전의무의 헌법적 의의와 지속가능한 발전과의 관계에 대한 소고*

— 환경보전의무 구체화 법률의 입법방향을 중심으로 —

김 소 연**

차 례

- I. 서 론: 환경오염·환경훼손의 심각성에 따른 환경보전의무에 대한 관심 증대
- II. 헌법적 관점에서의 환경개념과 환경보전
- III. 기본의무로서 환경보전의무의 헌법적 의의
- IV. 환경보전의무의 주체와 의무이행의 방식
- V. 환경보전의무의 의무이행 방식과 지속가능한 발전의 관계
- VI. 결 론: 환경보전의무가 우리 법질서 내에서 갖는 의미의 파급효

【국문초록】

환경보전의무는 우리 헌법 제35조에 규정된 기본의무이다. 환경권이 국민을 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 하는 권리라면, 환경보전의무는 이를 위한 국가의 과제 내지 국민 스스로의 노력이라고 할 수 있다. 환경보전의무는 헌법에 규정됨으로 인해 환경보전·환경개선에 대한 국민적 공감대(환경보전의 공적 성격에 대한 합의)를 형성할 수 있게 하는 선언적·교육적 역할을 하며, 환경권에 대한 대응기제로서 작용한다.

환경보전의무는 국가공동체의 존속과 유지를 내용으로 하는 기본의무로서 국민과 국가가 그 의무의 부담자로 인정된다. 그러나 환경보전의무는 헌법에 규정되어 있다고 하여 곧바로 실효적인 효력을 발휘하는 것이 아니며, 환경보전의무가 구체적 효력을 발휘하기 위해서는 입법에 의한 구체화가 필요하다.

환경보전의무의 강화가 경제성장의 장애요소로 작용할 수도 있다는 점을 고려하면, 환경보전의무를 구체화하는 입법은 환경이익과 경제적 이익 간의 조정

* 본 논문은 육군사관학교 화랑대연구소의 2019년도 논문게재비 지원을 받아 연구되었음.

** 육군사관학교 경제·법학과 법학조교수, 법학박사.

및 균형을 그 내용으로 해야 할 것이다. 환경보전의무의 구체화에 있어서 입법자는 광범위한 입법재량권을 갖고, 환경이익과 경제적 이익 간의 충돌을 조정하는 역할을 수행한다. 이 과정에서 입법자는 환경보전의무와 경제성장 간의 충돌상황을 효율적으로 해결하기 위해 단기적 접근방안(문제되는 경제활동 또는 산업활동에 대한 규제) 또는 중·장기적 접근방안(새로운 산업구조 또는 환경정책의 개편)을 선택할 수 있는데, 두 접근방안에서 입법자는 모두 -양 법익이 동시에 최대한 보장될 수 있는 균형점을 찾는- '실제적 조화의 원칙'을 입법형성의 기준으로 삼는다고 할 수 있다.

환경보전의무의 중요한 내용인 환경보전과 환경개선에는 '미래세대에 대한 배려'와 '지속가능성'이라는 논의가 필수불가결하게 수반된다. 환경보전의무 부담이 현재대를 넘어 미래세대를 위한 건강하고 쾌적한 환경을 만드는 환경개선을 목적으로 한다는 점에서 환경보전의무에는 이미 미래세대에 대한 배려가 원론적으로 내포되어 있다고 할 수 있다. 그리고 이러한 미래세대에 대한 배려가 내포되어 있기 때문에, 환경보전의무의 구체화 입법은 지속가능성이란 방향으로 나아가갈 수 있고 나아가야 한다는 당위성을 갖게 된다.

이 때 지속가능성이란 '지속가능한 발전(sustainable development)'의 개념으로 다시 구체화될 수 있을 것이다. 궁극적으로 지속가능한 발전이란 경제성장을 통한 환경보전을 달성하는 것, 즉 환경과 경제의 선순환을 가능케 하는 고리를 형성하는 것이라고 이해할 수 있을 것이다. 그러므로 지속가능한 발전의 기준이란 결국 -기술집약적 산업이 발전할 수 있도록- 계속적인 경제성장을 가능하게 하는 것이 무엇인지에 대한 논의로 구체화될 수 있을 것이며, 이러한 지속가능한 발전을 구체화하는 기준으로는 세대 내 그리고 세대 간의 '자원의 한계성을 바탕으로 한 자원이용의 형평성'을 고려해볼 수 있을 것이다.

I. 서 론: 환경오염·환경훼손의 심각성에 따른 환경보전의무에 대한 관심 증대

오늘날 우리는 환경의 영향력을 강력하게 받고 있는 시대에 살고 있다. 환경은 '삶의 여건'이라는 측면을 내포한 개념이므로 어느 시대에서든 인간의 생활에 영향력을 미쳐왔지만, 오늘날처럼 강하게 그 영향력을 행사했던 시대는 없었다. 예컨대 오늘날에는 외출이나 야외활동을 하기 전에 단순히 날씨를 확인하는 것 외에 미세먼지나 오존의 농도 등 환경오염의 정도까지 확인해야 할 필요성이

강해진 것이다.

환경오염과 환경훼손에 대한 관심은 오늘날이 되어서야 대두된 것이 아니다. 국제사회는 1960년대 말부터 지구의 환경오염과 생태계파괴에 대해 우려를 나타내기 시작하였으며, 1980년대에는 환경문제에 대한 책임을 두고 선진국과 개발도상국 간의 갈등이 첨예화되기도 하였다. 그러나 그럼에도 불구하고 그 당시에는 환경파괴의 위험성을 직접적으로 체감하지 못하고 있었다. 일회용품의 사용억제와 분리수거 등 자원의 재활용률을 높이기 위한 행위가 환경보전을 위해 필요하다는 것을 알고는 있었지만, 그것을 하지 않았을 때의 결과가 인류의 생존을 위협할 정도로 중대하다고는 인식하지 못하였다. 하지만 오늘날의 환경오염과 환경훼손이 주는 경각심은 그 차원이 다르다. 재생가능한 자원들이 자연의 순환속도보다 더 빠른 속도로 채취되어 재생불가능한 상태로 변하고 있으며, 자연이 흡수·처리할 수 있는 자정능력을 초월한 양의 폐기물이 매순간 빠르게 방출되고 있다.

환경오염과 환경훼손에 대한 이러한 경각심은 우리 헌법에 규정된 환경권과 환경보전의무에 대한 의미를 되짚어보게 만들었다. 우리 헌법의 환경권과 환경보전의무가 실질적으로 어떻게 작용하고 있고, 작용해야 하는지에 대한 심도 깊은 논의가 이루어지기 시작하였고, 이에 따라 많은 선행연구가 형성되기 시작하였다.¹⁾ 환경권을 중심으로 활성화된 선행연구는 환경보전의무에 대한 논의로 연결되었고, 이는 다시 환경보전·환경개선을 위해 국민과 국가에게 부과되는 과제의 의미와 그 중요성의 강조로 나아가게 되었다.

본 논문은 이러한 배경과 선행연구의 토대 위에서 오늘날 점진적으로 더 크게 조명받기 시작한 환경보전의무에 대해 검토해보고자 한다. 하지만 환경보전의무의 헌법적 의의 자체에 대해서도 이미 선행연구가 이루어졌기에,²⁾ 본 논문은

1) 환경권에 대해서는 많은 선행연구가 이루어져 왔으며, 오늘날에는 헌법개정과 관련된 환경권의 논의가 더욱 활성화되고 있는 실정이다. 이러한 환경권에 대한 선행연구로는 김종보·김배완, 환경권의 헌법적 의의와 실현방법, 법학연구, 제53권 제1호, 2012, 29-58면; 김종세, 환경권과 국가목표로서 환경보호에 관한 고찰, 환경법연구, 제28권 제1호, 2006, 593-632면; 박진완, 환경권과 자연보호, 환경법연구, 제30권 제3호, 2008, 3-40면; 송기춘, 헌법상 환경권 조항의 개정론, 세계헌법연구, 제24권 제2호, 2018, 75-100면; 이상만, 헌법상 환경권의 보장범위에 대한 연구, 원광법학, 제29권 제4호, 2013, 181-210면; 정극원, 헌법체계상 환경권의 보장, 헌법학연구, 제15권 제2호, 2009, 399-429면; 최윤철, 헌법개정과 환경권, 유럽헌법연구, 제28호, 2019, 151-186면 등 참조.

2) 홍완식, 헌법상 『국가의 환경보전의무』의 실현에 관한 고찰, 일감법학, 제6권, 2001, 133-150면.

기존의 논문과의 차별성을 두고자 환경보전의무를 실질적으로 구체화하는 입법 작용을 중심에 두고 논문을 구성해보고자 한다.

따라서 본 논문은 환경권과 환경보전의무, 그리고 조심스럽게 논의되고 있는 환경국가원리 각각의 개념에 대한 개괄적 고찰을 그 시작점으로 두고(Ⅱ), 환경보전의무가 헌법상 기본의무로서 갖는 의미가 무엇인지(Ⅲ), 의무부담의 주체는 누구이며, 그 이행방식은 어떻게 되는지에 대해 살펴보고자 한다(Ⅳ). 특히 환경보전의무의 이행과 관련해서는 환경보전의무가 법률로 구체화되었을 때 비로소 실현될 수 있다는 점을 전제로 하여, 환경보전의무의 입법에 있어서 환경이익과 경제적 이익이 충돌할 경우 기준으로 작용할 수 있는 것이 무엇이며,³⁾ 환경보전의무를 구체화하는 입법이 궁극적으로 지향해야 할 가치와 내용이 무엇인지, 그리고 그것이 우리 법규범에 어떻게 반영되고 있는지에 대해 고찰해보고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 헌법적 관점에서의 환경개념과 환경보전

1. 환경의 개념정의와 환경문제의 특징

일반적 용어로서의 환경은 “인간을 둘러싸고 있는 인간의 삶의 여건”으로서, 자연환경을 비롯하여 사회환경으로서의 교육환경, 범죄환경 등을 포함하는 넓은 개념이다.⁴⁾ 하지만 법학에서의 환경개념을 일반용어로서의 환경개념과 동일하게 사용할 경우, 환경정책과 환경법은 모든 정책과 법질서를 지칭하는 것이 된다. 따라서 법학에서의 환경개념은 사회·문화적 의미의 환경을 제외한 환경보호와 환경문제에 대한 것으로 한정하여 해석하는 것이 필요하다.

우리 법제에서 환경에 대한 개념정의는 「환경정책기본법」에 규정되어 있다.

3) 해당 부분에서는 환경보호와 경제성장의 관계를 환경권과 재산권의 충돌의 측면이 아니라, 환경보전의무의 구체화의 측면으로 판단해보고자 한다.

환경권과 재산권의 충돌에 대한 선행연구로는 이창훈, 환경권과 경제성장의 함수에 관한 헌법적 고찰, 환경법연구, 제36권 제3호, 2014, 179-200면; 정혜영, 환경국가와 재산권, 공법학연구, 제14권 제1호, 2013, 275-301면 등 참조.

4) 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2017, 23면.

「환경정책기본법」 제3조 제1호는 ‘환경을 자연환경과 생활환경’이라고 개념으로 정의내리고 있는데,⁵⁾⁶⁾ 헌법재판소와 대법원도 같은 맥락으로 환경개념을 해석하고 있다. 헌법재판소는 환경권의 보호대상이 되는 환경에 대해 ‘자연환경뿐만 아니라 인공적 환경과 같은 생활환경도 환경개념에 포함된다’고 하였으며,⁷⁾ 대법원은 생활환경의 개념을 생활이익으로 설명하며 ‘경관, 조망, 종교적 환경’도 생활환경에 포함될 수 있다고 판시하였다.⁸⁾ 이러한 점을 보면 환경개념의 범위는 생활환경을 인정하는 정도, 즉 환경과 관련된 일상생활의 범위를 어느 정도까지 인정할 것인지에 따라 결정된다고 할 수 있을 것이다.⁹⁾

그러나 환경의 개념 중 생활환경의 범위를 ‘인간과 (직접적으로) 관련성을 갖는 것’으로 한정한다 하더라도, 환경의 개념은 인간의 생활여건으로서의 성격을 여전히 내포하는 것이므로 포괄적일 수밖에 없다. 그리고 이러한 포괄성으로 인해 환경문제는 다른 사회문제와 구별되는 ‘공간적 광역성과 시간적 장기성¹⁰⁾, 가해

- 5) 「국토기본법」 제5조 제1항도 환경친화적 국토관리에 대해 “국가와 지방자치단체는 국토에 관한 계획 또는 사업을 수립·집행할 때에는 「환경정책기본법」에 따른 환경보전계획의 내용을 고려하여 자연환경과 생활환경에 미치는 영향을 사전에 검토함으로써 환경에 미치는 부정적인 영향이 최소화될 수 있도록 하여야 한다.”고 하며, 환경의 개념을 ‘자연환경과 생활환경’이라고 구체화시키고 있다.
- 6) 「환경정책기본법」 제3조에 제2호는 자연환경에 대해 ‘지하·지표(해양을 포함) 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관 포함)’라고 정의내리고 있으며, 동조 제3호는 생활환경에 대해 ‘대기, 물, 토양, 폐기물, 소음·진동, 악취, 일조(日照), 인공조명 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경’이라고 정의내리고 있다.
- 7) 이는 공직선거에서 발생하는 소음이 환경권을 침해하는지의 여부에 대한 판단에서 이강국·이공현·이동흡 헌법재판관이 낸 위헌의견(헌재 2008. 7. 31. 선고 2006헌마711 결정)에서 나온 환경권에 대한 해석이다.
하지만 인공적 환경을 비롯한 생활환경을 헌법상의 환경권의 보호객체인 환경으로 보는 것에 대해서는 비판적인 견해도 존재한다. 이는 생활환경과 관련된 문제는 환경보전의 문제가 아니라, 개별적인 기본권제한 내지 침해의 문제로 이해될 수 있기 때문이다(한수용, 헌법학, 법문사, 2017, 1058면).
- 8) 대법원은 건물신축으로 인한 생활이익의 침해를 설명하며, “어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망, 조용하고 쾌적한 종교적 환경 등이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것이라 할 것”이라고 판시한 바 있다(대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결).
- 9) 이세주, 헌법상 환경국가원리에 대한 고찰, 세계헌법연구, 제22권 제2호, 2016, 73-74면.
- 10) 공간적 광역성이란 환경문제가 공간적으로 광범위한 영향권을 형성한다는 것(필연적으로 오염원 자체가 국경을 넘어 전세계적으로 이동될 수 있다는 것)을 뜻하고, 시간적 장기성이란 오염에 의한 피해가 현실화되는 시간(잠복기간) 또는 피해가 지속되거나 회복되는데 걸리는 시간이 장기화 될 수 있다는 것을 의미한다(정대연, 환경주의와 지속가능한 발전, 집문당, 2005, 90-91

자와 피해자 구별의 불명확성¹¹⁾이라는 특징을 갖게 된다.¹²⁾ 결국 이러한 특징으로 말미암아 환경문제는 그것의 해결을 위해 불특정 다수인을 상대로 한 다양한 이해관계의 조정과 여러 주체들 간의 다차원적 협력을 필연적으로 요구하게 된다. 국민 개개인을 비롯하여 단체, 기업 등의 적극적 협력은 물론이고, 중앙정부와 지방자치단체 간 또는 지방자치 상호간의 광역적인 협력과 더불어 국가 간의 국제적 협력까지 요구하고 있는 것이다.¹³⁾

면).

환경문제가 공간적 광역성과 시간적 장기성을 갖게 되는 것은 환경문제의 원인과 결과분석에 관련된 여러 변수들이 영역의 구분을 넘어서 광장히 밀접하게 연결되어 있기 때문이다. 실제로 어느 특정한 환경문제와 관련성이 적어 보이는 변수라 할지라도 실질적으로는 밀접한 관계를 형성하고 있다는 것을 확인할 수 있다. 예컨대 토양에 대한 폐기물 문제는 토양오염과 직접적인 관련성을 가질 뿐만 아니라, 대기오염 및 수질(해양)오염의 원인 및 결과분석에도 직접적인 연관성을 갖는 사안이 되는 것이다.

- 11) 오늘날의 대기오염과 미세먼지 등의 문제상황을 보면, 피해자의 범위가 특정될 수 없을 정도로 포괄적일 뿐만 아니라 가해자가 누구인지도 명확하지 않다는 것을 확인할 수 있다.
- 12) 환경문제가 가진 특징에 대해 대법원은 “환경문제는 문제의 발생과 이로 인한 영향이 현실로 나타나기까지 상당한 시차가 존재하고, 어느 정도의 환경악화는 환경이 갖는 자체 정화능력에 의하여 쉽게 원상회복될 수 있지만 그 자체 정화능력을 초과하는 경우에는 환경악화가 가속화될 뿐만 아니라 심한 경우에는 원상회복이 어렵거나 불가능하게 되는 시차성, 탄력성 및 비가역성 등과 같은 특성을 가진다(대법원 2011. 4. 21.자 2010무111 전원합의체 결정).”고 판시한 바 있다.
- 13) 환경보전의무가 국가·지방자치단체·국민을 통한 다차원적 협력을 필요로 하는 것은 환경문제가 가진 공간적 광역성이란 특징 때문일 것이다. 하지만 경우에 따라서는 특정 지역에서만 더욱 심하게 집중되어 나타나는 환경오염·환경훼손이 있을 수 있을 것이다. 그러므로 환경문제의 해결에 있어서는 지방자치단체의 자율성도 중요하게 고려되어야 하는데, 이러한 관점에서 「환경정책기본법」 제4조 제2항에 규정된 ‘지역적 특성의 고려’는 지방자치단체가 환경보전시책을 활성화함에 있어서 발생할 수 있는 중앙정부와의 갈등상황을 자율적이고 협력적인 방법으로 해결할 수 있는 기준을 제시하는 것이라고 해석할 수 있을 것이다.
 하지만 지방자치단체의 자율성과 환경보전의무의 효과를 극대화시키기 위해서는 지방자치단체 내에서의 상호협력, 즉 점진적인 관점에서 ‘광역지방자치단체와 기초지방자치단체 간의 상호협력에 따른 기능분배’까지도 구체적으로 고려해야 할 것이다(양승미, 환경규제에 있어서 중앙정부와 지방자치단체의 관계에 대한 소고, 지방자치법연구, 제14권 제1호, 2014, 166면). 실제로 이러한 고려를 바탕으로 「토지환경보전법」 제5조, 제11조, 제15조 등에서는 해당 지역의 토양오염의 실태 파악·오염신고·오염방지 조치명령 등에 있어서 기초자치단체인 시장·군수·구청장의 역할이 강조되고 있다.
 그리고 환경보전의무의 부담이 국민과 국가의 상호협력에 따라 이루어진다는 것을 고려하면, -풀뿌리 민주주의라고 불리는- 지방자치 차원에서 행해지는 환경보전의무 부담은 주민(국민)의 자율성과 지방자치단체(국가기관)의 자치성이 상호호응 할 때 강한 실효성을 거둘 수 있다고 할 것이다.

2. 환경권을 통한 환경보전과 환경개선

종래 환경문제에 대한 법적 접근은 주로 손해배상(민사법적 관점에서 환경오염에 의해 현실적인 피해를 입은 사람에 대한 손해배상)이나 공적 규제(행정법적 관점에서 환경오염원에 대한 공적인 규제)의 형태로 이루어져 왔다. 그러나 산업사회의 발전과 맞물려 환경보호가 -특정 영역에서만-의 문제가 아니라- 국가의 전 영역에 영향을 미치는 문제로서의 비중을 차지하게 됨에 따라, 그리고 과학·기술 등의 발전으로 인해 환경문제의 특징(공간적 광역성, 시간적 장기성, 가해자와 피해자 구별의 불명확성)이 점차 심해짐에 따라, 환경보호를 바라보는 국민 개개인의 인식을 비롯하여 국가의 인식도 변하게 되었다. 환경은 개인에게 전적으로 귀속되거나 개인이 처분할 수 있는 것이 아니지만, 이를 권리로서 보장할 수 있는지(보장하는 것이 필요한지) 등에 대한 이론적 논의가 등장하기 시작한 것이다.

국제사회에서는 1970년대 초부터 제3세대 인권이란 새로운 인권개념이 등장하여 발전하기 시작하였는데, 이 과정에서 환경은 제3세대 인권으로 분류되는 환경권으로서 이론적으로 논의되기 시작하였다.¹⁴⁾ 이러한 국제사회의 변화는 개별 국가의 국내법 질서에도 영향을 미쳤고, 이에 따라 개별 국가 내에서 환경권에 대한 법제가 다양한 방향으로 발전하기 시작하였다. 대표적인 경우로서 미국에서는 1970년대 연방헌법에 환경권을 규정하려던 노력이 있었으나 실패하였고, 그 후 많은 주들이 환경권 조항을 주헌법에 추가하는 방향으로 법제가 발전하였다.¹⁵⁾ 독일의 경우에는 1971년 독일연방정부에 의한 환경프로그램(환경보호를 위한 총체적 대책)이 제시되었고,¹⁶⁾ 이와 맞물려 환경권을 별도의 기본권으로 인정할 수 있는지에 대한 논의가 발전되기 시작하였다. 하지만 ‘환경권을 기본권으로 인정하고 소구가능성을 국민에게 부여하는 것이 실제적이지 못하다’는 반론에 의해 그 기본권성이 부정되는 쪽으로 의견이 기울었고,¹⁷⁾ 오랜 논의 끝에

14) 제3세대 인권은 1972년 바작(Karel Vasak)에 의해 고안된 인권의 세대개념 중 하나로서, 이에 대한 내용은 계획열, 헌법학(중), 박영사, 2004, 16-19면 참조.

15) 석인선, 미국 헌법상 환경권론의 전개와 규범적 평가, 헌법학연구, 제12권 제3호, 2006, 371면; 조성자, 미국 주헌법상 환경권에 관한 연구, 강원법학, 제38권, 2013, 671면.

16) 탁영남, 독일의 환경정책과 법적 구현, 공법학연구, 제19권 제2호, 2018, 216면.

독일은 1994년 국가목표로서 환경보호를 기본법 제20a조에 규정하게 되었다.¹⁸⁾

우리 법제에서의 환경권 논의도 이러한 국제적 흐름에 영향을 받아 진행되었다. 우리 헌법은 1980년 제8차 헌법개정에서 환경권을 제33조에 규정하였는데,¹⁹⁾ 이렇게 환경을 국민의 기본권으로 명문화시킨 헌법례는 당시 세계적으로 유래를 찾기 어려운 이례적인 것이었다고 한다.²⁰⁾ 하지만 당시의 환경권 제정과 관련해서는 ‘환경보호의 필요성을 다른 측면에 비해 과도하게 강조한 나머지, 환경권을 기본권으로 규정했을 때 발생할 수 있는 문제상황에 대한 검토가 충분하고 면밀하게 이루어지지 못했다’는 비판이 존재한다.²¹⁾

환경권은 제3세대 인권으로 분류되는 만큼, 아직 많은 부분이 생성 중에 있거나 그 인정을 요구하는 상태에 있다.²²⁾ 그런 만큼 오늘날 우리 헌법에 규정된 환경권

17) 이는 1978년 전문가위원회 의견으로서 해당 의견에서는 ‘환경권이 기본권으로 인정되면, 국민들의 환경의식의 향상에 따라 비현실적이고 실현불가능한 내용이 기본권으로서 기대될 수 있고, 이로 인해 오히려 환경정책이 후퇴해야 하는 경우가 발생할 수 있다’는 우려가 강하게 표명되었다고 한다(류지태, 환경법, 고려대학교 출판부, 2000, 28면).

18) 최윤철, 앞의 논문, 169-171면.

19) 1980년 헌법(헌법 제9호) 제33조는 “모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이 환경권 조항은 그 후 제9차 헌법개정을 통해 구체화되었으며, 그 과정에서 환경의 수식어도 “깨끗한”에서 “건강하고 쾌적한”으로 변경되었다. 이러한 수식어의 변경은 환경권의 보호범위가 넓어졌다는 것, 즉 환경의 개념 범위 안에 자연환경과 생활환경이 모두 들어오게 되었다는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 1991년에 제정된 「환경정책기본법」이 환경개념을 자연환경과 생활환경으로 규정하고 있는 것도 이와 같이 변화를 반영한 것이라고 해석할 수 있을 것이다.

20) 최윤철, 앞의 논문, 156면.

환경을 기본권으로 규정한 헌법례로는 스페인헌법(제45조 제1항 모든 국민은 인격의 발전에 적합한 환경을 향수할 권리와 환경보전의 의무를 가진다; Everyone has the right to enjoy an environment suitable for the development of the person, as well as the duty to preserve it), 포르투갈헌법(제66조 제1항 모든 국민은 건강에 유의하면서 생태학적으로 균형을 이룬 생활환경에서 생활할 권리가 있으며 그러한 권리를 옹호해야 할 의무가 있다; Everyone has the right to a healthy and ecologically balanced human living environment and the duty to defend it), 폴란드헌법(제74조 제3항 모든 사람은 환경권을 가진다; Everyone shall have the right to be informed of the quality of the environment and its protection) 등이 있다. 영어로 번역된 스페인헌법은 http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf(최종확인: 2019. 4. 28.), 포르투갈헌법은 <https://dre.pt/part-i>(최종확인: 2019. 4. 28.), 폴란드헌법은 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>(최종확인: 2019. 4. 28.) 참조.

21) 정극원, 앞의 논문, 403면.

이로 인해 오늘날에도 환경권의 규범정립과 관련된 많은 부분은 여전히 헌법해석의 영역으로 남게 되었다.

의 성격과 실현구조 등에 대한 논의도 계속 진행 중에 있다. 하지만 환경이 기본권으로 보장됨에 따라 국민은 국가에게 ‘환경에 대한 위험을 방지하고 위험발생가능성을 감소시킬 것(환경보전)을, 그리고 이미 발생한 환경장애를 제거하고 훼손된 생태계의 기능을 회복시킬 것(환경개선)’을 기본권으로 주장할 수 있는 가능성을 갖게 되었다.²³⁾

환경보전과 환경개선을 환경권으로 주장할 수 있게 되었다는 것은 ‘국가가 환경보전과 환경개선 관련 업무를 전혀 이행하지 않거나 불완전·불충분하게 이행할 경우, 국민은 환경권에 근거하여 사법(司法)적으로 심사를 청구하고 권리구제 절차를 밟을 수 있는 가능성을 갖게 되었다’는 의미로 구체화시켜 이해할 수 있을 것이다.²⁴⁾ 물론 환경권에 의한 소구가능성에 대해서는 환경권의 법적 성격을 어떻게 보는지에 따라 달라질 수 있겠지만,²⁵⁾ 환경권의 인정으로 인해 환경보

22) 계희열, 앞의 책, 18면; 박찬운, 인권법, 한울, 2011, 40-41면; 홍성방, 인권과 기본권의 역사적 전개, 헌법법학 FORUM, 제7권, 1998, 88-90면.

23) 환경보전과 환경개선의 개념정의에 대해서는 김연태, 환경보전작용연구, 고려대학교 출판부, 1999, 18면 참조.

24) 고문현·안태용, 헌법보호조항의 헌법적 수용, 법학논총, 제34집, 2015, 22면.

25) 환경권의 법적 성격을 어떻게 보아야 하는지에 대해서는 다양한 견해가 존재한다. 이와 관련하여 종래 대법원은 입법으로 구체화되지 않은 환경권은 직접적 효력을 갖지 않는 권리로 보았고, 헌법재판소는 이와 대조적으로 환경권을 자유권과 사회권의 성격을 동시에 가진 종합적 기본권으로 파악하는 결정을 내린 바 있다.

대법원은 골프연습장설치 인허가처분과 관련된 판결에서 “헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로서서는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법적 권리인 환경권을 인정하면 그 상대방의 활동의 자유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없으므로, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다(대법원 1995. 5. 23.자 94마2218 결정).”고 판시하였다.

반면 헌법재판소는 공직선거운동과정에서의 확정장치 사용과 관련하여 “환경권을 행사함에 있어 국민은 국가로부터 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 수 있는 자유를 침해당하지 않을 권리를 행사할 수 있고, 일정한 경우 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 요구할 수 있는 권리가 인정되기도 하는바, 환경권은 그 자체 종합적 기본권으로서의 성격을 지닌다(헌재 2008. 7. 31. 선고 2006헌마711 결정).”고 결정한 바 있다. 헌법재판소의 이러한 결정은 환경권의 법적 성격에 대해 -사회권적 성격은 차치하더라도- 자유권적 성격은 인정할 것이라고 해석할 수 있는데, 이 경우 환경권은 자유권으로서 해석되는 범위 안에서 구체적인 입법작용이 없어도 직접적인 효력을 갖는다고 해석될 수 있는 여지를 갖는다.

환경권의 법적 성격에 대한 내용은 김중보·김배완, 앞의 논문, 34-47면; 김중세, 앞의 논문,

전·환경개선에 합당한 국가질서를 형성할 규범적 책임(환경권의 객관적 가치질서성)이 국가에게 더 강하게 부여되었다는 것에 대해서는 많은 공감을 이끌어 낼 수 있을 것이다.

3. 헌법원리로서 환경국가원리의 인정가능성 여부

환경에 대한 관심이 점점 높아지고 환경권이 차지하는 비중이 증가하게 됨에 따라, 환경을 헌법원리인 환경국가원리로 인정할 수 있는지에 대한 논의가 우리 헌법 내에도 등장하게 되었다. 헌법원리로서 환경국가원리의 인정여부는 헌법 제35조의 해석과 관련된 것이라고 할 수 있다.²⁶⁾ 헌법 제35조를 근거로 하여 환경국가원리가 도출된다고 할 경우, 헌법 제35조는 환경입법과 환경정책에 대한 국가권력작용에만 적용되는 것이 아니라, 국가의 전 영역을 대상으로 하는 모든 국가권력작용에 적용되는 것이라고 해석될 수 있을 것이다.²⁷⁾

604-609면; 박진완, 앞의 논문, 19-36면; 정극원, 앞의 논문, 403-413면 등 참조.

26) 헌법원리로서 환경국가원리는 헌법전문에서도 도출될 수 있다고 해석될 수도 있을 것이다. 헌법전문에는 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유에 대한 행복을 영원히 확보할 것을 다짐”한다는 내용이 규정되어 있는데, 이러한 미래세대(우리들의 자손)에 대한 배려가 특별히 요구되는 것이 환경보전과 환경개선이기 때문이다.

27) 헌법원리로서 환경국가원리가 도입될 경우 그것은 환경권의 보장과 환경보전의무의 실현을 목표로 하는 원리로서, 사회국가원리와 동일하게 민주주의와 법치주의의 틀 안에서 실현되는 이차적 헌법원리로서 해석될 수 있을 것이다. 사회국가원리와 환경국가원리는 추구하는 목적과 그 목적을 실현하는 방식에서 차이점을 가질 수 있는데, 사회국가원리가 ‘현실적으로 발생한 사회적 약자에 대한 보호’를 그 내용으로 한다면, 환경국가원리는 ‘현실적으로 나타나는 명백한 환경위험의 대처보다는- ‘장래에 발생할 환경위험을 미리 예견하고 이를 감소시키는 것’을 그 내용으로 갖는다고 할 수 있을 것이다. 이러한 점에서 환경국가원리는 장래에 발생할 환경위험이 더욱 증대될 경우, 환경보전과 환경개선이 미래세대를 위한 지속적인 과제이자 책임이라는 것을 입법을 비롯한 모든 국가권력작용의 행사에 지속적으로 환기시킬 수 있는 지도원리로서 기능할 수 있다는 점에서 그 의의를 가질 수 있을 것이다.

그리고 환경국가원리는 사전적 예방의 성격을 가진 입법으로 구체화된다는 점에서 법치주의원리와 긴장관계를 형성할 수도 있는데, 이는 전통적으로 법치주의원리가 개인적 법익의 구체적 침해결과인 결과불법을 중시하여 법체계를 구성하기 때문이다. 그러나 후기 산업사회로의 발전은 국가의 역할을 구체적 위험이 아닌 추상적 위험으로부터의 보호로 확장시켰고, 이로 인해 법체계를 -결과불법보다는- 일정한 행위의 위반에 대한 행위불법을 중심으로 구성할 수 있도록 변화시켰다. 위험행법과 법치주의원리의 사이의 이러한 긴장관계는 환경국가원리를 구체화하는 법률에서도 등장할 수 있다. 실제로 위험행법에 대한 논의의 시발점은 환경형법 영역을 둘러싼 법익에서 출발하였다고 한다. 환경형법과 법치주의원리와의 관계에 대한 논의는

하지만 헌법 제35조를 근거로 하여 헌법원리로서 환경국가원리를 인정한다고 하여 규범적 관점에서 헌법 내에 특별한 변화가 갑자기 발생한다고 할 수는 없을 것이다. 환경권과 환경보전의무만을 구체화하는 국가권력작용의 내용과 환경국가원리까지 포함하여 이를 구체화하는 국가권력작용의 내용이 서로 완전히 별개라고 할 수는 없기 때문이다. 그렇다면 환경국가원리의 인정에는 어떠한 실익이 존재하기에, 이에 대한 논의가 점진적으로 등장하고 있는 것인가?

환경국가원리의 인정실익 중 하나는 ‘그것이 환경입법과 환경정책의 수립·집행에 있어서 통일성을 확보할 수 있는 구심점이 될 수 있다’는 점일 것이다. 오늘날 환경권과 환경보전의무를 구체화하는 법률은 환경침해의 다양성 및 구제방법의 복잡성 등으로 인해 매우 세분화되고 전문화되어 있다. 그렇기 때문에 환경입법에 있어서는 ‘기존의 법이 가진 흠결과 공백을 메우고, 아직 발생하지 않은 장래의 환경위험에 대처할 수 있는 입법이 가능하도록 방향성을 제시’하는 것이 필요한데, 그 구심점으로서 환경국가원리가 작용할 수 있는 것이다. 즉 환경국가원리는 점점 심각성을 더해가는 환경오염과 매일 새롭게 출현하는 환경문제와 환경갈등에 효율적으로 대처할 수 있도록 세분화·전문화된 환경법규범을 하나의 통일된 흐름 속에서 해석되고 발전될 수 있게 한다는 점에서 의의를 가질 수 있는 것이다.

나아가 환경국가원리는 입법작용뿐만 아니라 집행작용과 사법작용에 있어서도 환경보전과 환경개선에 대한 우선적 고려를 권고할 수 있게 한다는 점에서도 그 의의를 가질 수 있을 것이다. 특히 오늘날에는 환경피해에 대한 사법(司法)적 구제에 있어서 피해자가 갖는 어려움(예컨대 가해자의 특정문제, 가해자의 과실 입증이나 위법성판단의 문제, 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계 입증문제 등)을 극복하고자 입법적으로 특별법을 제정하는 것 외에,²⁸⁾ 사법적으로 기존의

박미숙, 현대위험사회와 법치국가형법, 한국형사정책연구원, 2012, 79-94면 참조.

28) 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」은 2014년 제정될 당시 그 제정이유에 대해 ‘오염원인자 부담원칙을 구현할 수 있도록 무과실책임과 인과관계추정 법리를 실제규정으로 체계화하여 피해자의 입증부담을 완화하고, 환경오염 위험성이 높은 시설에 대해 환경책임보험에 가입하여 배상책임 이행을 위한 재무적 수단을 확보하도록 하는 등 실질적인 환경오염피해 구제제도를 마련’하는 데 그 목적이 있다고 밝히고 있다.

「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」의 전체 제정·개정 이유는 <http://www.law.go.kr/LSW/lvsRvsRsnListP.do?lslId=012198&chrClsCd=010202&lvsRvsGubun=all>(최종확인: 2019.

과실책임을 무과실책임으로 전환하여 해석하려는 쪽으로 판례의 법리가 변화하고 있는데,²⁹⁾ 환경국가원리는 이러한 사법적 판단의 법리를 설명하는 주요한 기준 내지 지도원리로서 작용할 수 있는 것이다.

그러나 아직까지 우리 헌법은 환경국가원리의 인정에 대해서 소극적인 모습을 보이고 있다.³⁰⁾ 따라서 환경국가원리의 도입에 관해서는 많은 부분에서의 합의의 도출이 필요하며, 이를 위한 다양한 각도에서의 논의가 계속적으로 진행되어야 할 것이다. 하지만 환경오염이 어느 특수한 지역의 문제만이 아니라 -오늘날의 미세먼지처럼- 국민 전체의 기본적인 건강과 삶의 질을 결정할 만큼의 중요한 문제로 자리 잡을수록, 그리고 환경오염피해에 대한 소송이 증가할수록 환경국가원리의 인정가능성에 대한 논의는 점차 활성화될 것이라고 판단할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 기본의무로서 환경보전의무의 헌법적 의의

1. 환경보전의무의 개념정의와 헌법 제35조 제1항 후단 ‘노력’의 헌법적 의미

환경보전의무는 헌법 제35조 제1항에 근거한 것으로, ‘건강하고 쾌적한 환경을 누리기 위해 환경을 보전할 의무’라고 개념정의 할 수 있을 것이다. 하지만 헌법 제35조 제1항 후단은 헌법 제38조(납세의 의무)나 제39조(국방의 의무)처럼 “의무를 진다”라는 표현을 사용하지 않고, “국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”라고 하여 ‘노력’이라는 표현을 사용하고 있다. 이에 따라 ‘노력’으로서의 환경보전의무가 어떠한 의미를 갖는지에 대해 의문이 제기될 수 있다.

오늘날의 민주적 헌법국가에서 헌법은 국가공동체가 계속 유지되기 위한 전제로서, 해당 국가공동체 구성원들이 가진 공동의 기초를 규정한 법규범의 총체라고 할 수 있다. 헌법에 규정된 공동의 기초가 주권자인 국민의 권리인 기본권이라는

4. 28.) 참조.

29) 박균성·함태성, 앞의 책, 154면.

30) 헌법원리로서 환경국가원리를 긍정하는 견해는 이세주, 앞의 논문, 65-107면; 장영수, 헌법학, 홍문사, 2017, 231-235면 참조.

가치를 중심으로 형성된다는 것을 고려하면, 헌법 내에 규정된 ‘노력’은 국가공동체 구성원들에게 일정한 책임감을 부여하여 기본권보장을 위한 자발적 행동을 유도하기 위한 것이라고 해석될 수 있을 것이다.³¹⁾ 다시 말해 헌법적으로 ‘노력규정’은 ‘국민의 이해나 의식을 전환시켜, 어떤 이념이나 제도를 헌법 내에 정착시키기 위한 수단’으로써 사용되는 것이라고 할 수 있을 것이다.

노력규정에 대한 이러한 헌법적 의의를 전제하면, 헌법에 환경보전이 의무가 아닌 노력이라는 표현으로 규정된 것은 ‘국민에게 환경보전과 환경개선에 대한 규범적 의식’을 심어주고 하는 의지의 표현이라고 해석될 수 있을 것이다. 그리고 환경문제의 특징으로 인해 여러 주체들 간의 다차원적인 협력이 요구된다는 것을 고려하면, 환경보전의무가 노력규정으로 성문화된 것은 ‘환경문제를 둘러싼 여러 이해당사자들 간의 합의가 도출되지 않았거나 강행적 규율이 시시상조일 때, 환경보전이라는 목적달성을 위한 점진적 접근을 가능하게 하기 위함’이라는 점에서도 의의를 가질 수 있을 것이다.³²⁾

「환경정책기본법」도 노력이라는 표현으로 규정된 환경보전의무의 이러한 의미를 고려하여, 환경보전의무를 부담해야 하는 다양한 주체들의 역할에 대해 ‘책무를 진다’ 또는 ‘협력하여야 한다’라는 표현을 사용하여 규정하고 있다. 「환경정책기본법」 제4조와 제5조는 책무라는 표현을 사용하여 국가·지방자치단체·사업자의 역할에 대해 규정하고 있으며, 동법 제6조는 국민에게 부과된 환경보전의무에 대해 규정하고 있다.³³⁾ 이러한 「환경정책기본법」 상의 규정들은 환경보전의무를 담당하는 국민 개개인 간의 상호협력을 비롯하여 국민과 국가 간, 그리고 중앙정부와 지방자치단체 간의 유기적 협력을 점진적으로 요구·강조하는 것이라고 해석할 수 있을 것이다.

31) 박영도, 노력의무규정의 입법론적 고찰, 법제연구, 제49호, 2015, 217면.

32) 박영도, 앞의 논문, 214면.

33) 이에 따르면 국가에게는 환경오염과 환경훼손에 따른 피해를 예방하고 환경을 적정하게 관리·보전하기 위해 환경보전계획을 수립·시행할 책무가 부여되어 있고, 지방자치단체에게는 지역적 특성을 고려하여 국가의 환경보전계획에 따라 지자체의 계획을 수립·시행할 책무가 부여되어 있다(「환경정책기본법」 제4조 제1항, 제2항). 그리고 국민 개개인에게는 국가와 지방자치단체의 환경보전시책에 협력할 의무와 더불어, 일상생활에서 발생하는 환경오염과 환경훼손을 줄일 의무가 부여되어 있다. 국민의 역할에 대해 규정하고 있는 「환경정책기본법」 제6조는 그 명칭이 ‘국민의 권리와 의무’라고 규정되어 있지만, 동조 제2항과 제3항에서는 의무라는 정확한 표현 대신에 ‘협력하여야 한다’와 ‘노력하여야 한다’라는 표현을 사용하고 있다.

2. ‘헌법상’의 기본의무로서 환경보전의무

노력규정으로서의 환경보전의무가 ‘환경보전에 대한 국민의 규범적 인식을 높여, 환경보전·환경개선에 대한 환경입법이나 환경정책을 헌법 내에 정착시키는 의미’를 갖는다고 할 때, 다음으로 문제될 수 있는 것은 헌법상 환경보전의무에 대해 실제로 의무성을 부여할 수 있는지의 여부라고 할 것이다.

노력이라는 표현을 사용하였다고 하여 환경보전을 의무가 아닌 국가목표규정으로 해석하게 되면, 환경보전은 -국민에게는 그 역할과 과제가 부여되지 않고-오로지 국가권력작용에만 그 역할과 과제가 부여되는 명령과 지시로서 이해되어진다.³⁴⁾ 하지만 우리 헌법 제35조 제1항 후단은 국가와 더불어 국민을 그 의무부담 주체로 규정하고 있으므로, 이를 단순히 국가목표규정이라고 해석할 수만은 없을 것이다. 헌법이 환경보전의무를 부담하는 주체에 국민을 규정하고 있는 이유는 환경보전과 환경개선이 국가공동체의 존립과 유지에 갖는 비중이 중하기 때문일 것이다. 더욱이 환경은 현재세대와 미래세대가 공유하는 것이라는 점에 그 중요성이 있기 때문에, 국민을 환경보전의무의 부담 주체에서 배제시키는 국가목표규정으로서의 해석은 타당하지 않을 것이다.

환경보전의무에 대한 기본적 의무성이 인정될 경우, 그 다음으로 논의되어야 하는 것은 환경보전의무를 ‘헌법상’의 의무로 헌법전에 성문화시킨 이유에 대한 내용일 것이다.³⁵⁾ 환경보전의무는 헌법상의 규정만이 아니라 법률로서 구체화되었을 때에야 비로소 사법(司法)상의 효과를 가지는 것으로 해석될 수 있다. 이로 인해 환경보전의무는 사회권과 비슷한 구조와 효력,³⁶⁾ 즉 “불완전한 법 내지 잠재적인 법으로서의 성격”³⁷⁾을 가지고 있다고 해석될 수 있다. 그렇다면 개별

34) 명재진, 독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정, 유럽헌법연구, 제2호, 2007, 163-164면.

35) 헌법상의 의무로 규정되어 있기 때문에 환경보전은 법률의 개정절차 등에 의해 수정·삭제되지 않는다. 그리고 법률로 구체화되지 않았다 하더라도 환경보전은 여전히 헌법상의 의무로서의 지위를 가지며, 법률상의 의무로 격하되지 않는다.

법률상의 의무는 헌법상의 의무와 달리 국가공동체의 존립과 유지 정도의 비중을 갖지 않는 것을 말한다. 이러한 법률상의 의무의 예로는 형사소송법상의 증인의무(제157조 제2항)나 증인의 선서의무(제156조) 등을 고려해볼 수 있다.

36) 홍성방, 국민의 기본의무-독일에서의 논의를 중심으로-, 공법연구, 제34집 제4호 제1권, 2006, 324면.

37) 계희열, 앞의 책, 808면.

법률에 의해 구체화되지 않는 환경보전의무(불완전하고 잠재적인 법으로서 환경보전의무)는 헌법적으로 어떠한 역할을 하며 어떠한 의미를 가질 수 있는가?

환경보전과 환경개선이 효과적으로 달성되려면 환경보전의무를 담당하는 모든 주체들 사이의 협력이 필요한데, 이를 위해서는 담당주체들 사이에 ‘환경보전의 공적 성격에 대한 합의’가 형성되어 있을 것이 요구된다. 환경보전이 가진 공적 성격에 대한 합의(환경의식에 대한 공감대)가 형성되지 않은 채 이루어지는 환경보전의무의 부담은 의무자(주체)의 의사에 반할 가능성이 높고, 이것은 환경보전을 위해 사용되는 수단의 성격을 강압적·고압적으로 만들 가능성을 높인다. 그런데 이러한 강압적·고압적 수단은 다시 환경보전의무에 대한 거부감을 높여 후속적으로 선택되는 수단을 이전의 것보다 더욱 강압적인 성격의 것으로 결정하게 한다는 점에서 문제를 야기한다.³⁸⁾ 즉 환경의식에 대한 공감대 없이 부담되는 환경보전의무는 악순환적으로 형성되는 거부감의 고리를 끊지 못한다는 점에서 문제가 되는 것이다.

이러한 관점에서 환경보전의무의 헌법적 규정은 환경보전과 환경개선에 대한 국민의 의식을 일깨우고 고취시켜 환경보전의무 부담의 선순환을 가능하게 한다는 점에서 선언적 의미와 더불어 교육적 의미를 갖는다고 할 수 있다. 그리고 환경보전의무가 가진 이러한 선언적·교육적 의미는 특히 환경입법에 있어서 중요하게 작용한다고 할 수 있는데, 이는 환경의식에 대해 공감대가 -개별 국민의 재산권 내지 영업권과 환경권이 충돌되는 상황에 대한- 환경입법을 제정하거나 집행할 때, 다양한 이해주체들 간의 합리적인 의사결정을 가능하게 하는 토대로서 작용할 수 있기 때문이다.

3. 환경권에 대한 대응기제로서 환경보전의무

환경보전의무에 대해 헌법상 의무성이 인정될 경우, 그 다음으로 논의될 수 있는 것은 환경보전의무와 환경권의 관계에 대한 내용일 것이다. 환경보전의무는 환경권의 효율적 보장을 위해 국가와 국민이 부담해야 하는 수단으로 판단될 수 있다는 점에서, 환경권에 대한 대응기제로서의 의의를 갖는다고 할 수 있다.

38) 홍성방, 환경보호의 법적 문제, 서강대학교 출판부, 1999, 168면.

환경보전의무가 갖는 이러한 수단으로서의 역할은 기본권과 기본의무 사이에 형성되는 ‘목적과 수단’이라는 논리적 상하관계로도 설명될 수 있을 것이다.³⁹⁾ 하지만 환경권과 환경보전의무를 단순히 목적과 수단의 관계로만 설명하기에는 불충분한 부분이 존재하는데, 이는 두 개념이 목적과 수단의 관계 외에도 환경을 중심으로 하는 대응구조를 형성하고 있기 때문이다.

우리 헌법 내에서 대응구조를 이루고 있는 기본권과 기본의무는 환경권과 환경보전의무(헌법 제35조) 외에도 근로의 권리와 근로의 의무(헌법 제32조), 교육받을 권리와 교육을 받게 할 의무(헌법 제31조), 재산권과 재산권행사의 공공복리 적합의무(헌법 제23조)가 있다. 기본권과 대응하는 기본의무의 존재는 결국 기본권이 달성하고자 하는 목적의 중요성으로 인해, 그것이 권리뿐만 아니라 의무로서의 성격도 부여받게 된 것이라고 이해할 수 있다. 근로·교육·재산권행사 각각이 가진 공공성(내지 공적 필요성)이 국가공동체에서 차지하는 비중이 크기 때문에, 이것이 권리의 측면과 의무의 측면으로 각각 파생되어 구체화되었다고 할 수 있는 것이다.

환경보전의무도 환경권과 대응구조를 형성하는 기본의무이다. 하지만 환경권과 환경보전의무는 양 개념의 보호법익인 환경이 가진 특성으로 인해, 서로 대응하는 다른 기본권·기본의무의 관계와 구별되는 성격을 갖는다고 해석될 수 있을 것이다. 대응관계를 형성하는 다른 기본권·기본의무의 경우에는 달성하고자 하는 목적인 근로·교육·재산권행사가 개인적 법익의 성격을 갖기 때문에, 해당 기본의무는 개인적 법익의 보장을 위한 수단으로서 기본권을 보완·보충하는 역할을 담당하게 되는 경향이 크다.⁴⁰⁾

39) 민주적 헌법국가에서 기본권은 주권자인 국민의 권리로서 국가권력작용이 구성되고 행사되는 목적이라고 할 수 있고, 국가권력작용의 행사는 기본권보장이라는 목적달성을 위한 수단이라고 할 수 있다. 이 과정에서 기본의무는 국가권력작용의 행사를 구체화하는 ‘국가조직의 존립과 활동을 가능하게 하는 전제조건’으로 존재하게 되는데, 이로 인해 전체로서의 기본권과 전체로서의 기본의무의 관계는 포괄적으로 ‘목적과 수단’이라는 ‘논리적 상하관계’를 형성하게 된다. 즉 기본권의 우월성을 중심으로 하여, 이들의 관계는 “기본권(헌법의 중심가치) → 국가(기본권보장의 도구) → 기본의무(국가존립의 도구)”의 형태로 정리될 수 있는 것이다(장영수, 앞의 책, 924면). 이는 결국 ‘기본의무도 궁극적으로 기본권보장에 기여하는 역할’을 한다는 의미이며, 기본의무의 목적과 기본권의 목적이 궁극적으로 동일하다는 내용으로 귀결될 수 있을 것이다.

40) 근로·교육·재산권행사에 있어서 기본권과 기본의무가 대응구조를 구성한다는 의미가 ‘양 개념이 동일한 비중으로 대칭을 이룬다’는 의미로 해석되어서는 안 될 것이다(장영수, 앞의 책,

그러나 환경권과 환경보전의무의 목적인 환경은 개인이 처분할 수 있는 것이 아닌 공적인 것이다. 개인은 환경권의 주체라 하더라도 환경을 침해하거나 방지할 수 있는 권리를 가질 수 없으며, 환경은 국가공권력의 행사를 통해 형성될 수 있는 것도 아니다.⁴¹⁾ 따라서 환경보전의무는 다른 기본의무처럼 기본권인 환경권을 보완·보충하는 형식으로만 존재한다고 할 수는 없을 것이다. 오히려 양자는 환경보호라는 목적을 달성함에 있어서 그 실현방식이 권리의 형태 혹은 의무의 형태로 나타난다는 점에서 차이를 갖는 것일 뿐, 목적이나 중요성의 측면에서 어느 하나가 다른 하나에 비해 월등히 우월한 것이라고 판단하기는 어려울 것이다. 그러므로 환경권의 대응기제로서 환경보전의무는 -권리의 측면(환경권)에 비해 열등한 것이 아니라- 권리와 대등한 관계를 형성하는 것이라고 해석할 수 있을 것이다.

환경권과 환경보전의무가 대등한 관계를 형성한다는 의미는 환경보전의무(혹은 환경권)의 한계가 환경권(혹은 환경보전의무)의 실현을 통해 보완될 수 있다는 의미로 환원하여 이해할 수 있을 것이다. 예컨대 환경보전의무의 효과적 달성을 위해서는 의무주체들 사이의 상호협력과 협조가 필요한데, 환경보전의무는 기본 의무이므로 의무부담의 구속력이 행위자 자신에게만 미칠 뿐 타인에게까지는 강요되기 어렵다는 한계를 갖는다. 그렇기 때문에 환경보전과 환경개선을 위해 타인에게 일정한 역할을 요구해야 하는 부분에 있어서는 환경보전의무가 아니라, -객관적 가치질서성의 측면에서- 타인에게 특정 행위의 이행을 요구할 수 있는 환경권으로서의 역할이 강조될 수 있을 것이다.

925면). 근로·교육·재산권행사가 가진 공공성은 오히려 권리의 측면으로 우열관계가 형성되는 것이라고 할 수 있다. 예를 들어 근로의 의무를 준수하지 않는 자가 존재한다면, 그에게는 불이익을 주는 수준의 규제만이 가능할 뿐이지 그의 자유에 반하여 강제적으로 근로를 하게 만드는 것은 불가능하다. 이는 근로의 의무를 준수하기 위해 행해지는 강제근로가 개인의 근로의 자유를 침해하는 것이 될 수 있기 때문이다. 따라서 근로·교육·재산권행사에 있어서 기본권과 기본의무는 기본권을 중심으로 하여 기본의무가 보완·보충적인 형태의 대응구조를 이룬다고 할 수 있을 것이다.

41) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2016, 470면.

IV. 환경보전의무의 주체와 의무이행의 방식

1. 환경보전의무의 주체로서 국민과 국가

헌법 제35조와 「환경정책기본법」 제4조 내지 제6조의 규정을 통해 확인할 수 있듯이, 환경보전의무의 주체는 국민과 국가이다. 환경보전의무는 ‘헌법상 규정된 기본의무’로서 원칙적으로 국민이 그 의무의 주체가 된다.⁴²⁾ 기본의무는 국가공동체의 존립과 활동을 위해 인정되는 것이므로 ‘국가를 전제하지 않은 인간의 의무’라고 불릴 수 있는 것은 원칙적으로 존재할 수 없다.⁴³⁾ 따라서 환경과 국가가 단순히 개인의 삶의 여건과 국가공동체의 존속에 대한 파괴를 넘어 인류 전체의 생존근거를 파괴시키는 것일지라도, ‘기본의무’로서 환경보전의무는 국가를 전제로 하는 의무, 즉 자연법적 의무가 아닌 -실정법 중에서도- 헌법상의 의무이며, 그렇기 때문에 그 주체는 국민일 수밖에 없다.⁴⁴⁾

42) 국민이 환경보전의무의 주체가 된다는 점으로 인해, 환경보전의무를 오로지 국가목표규정만으로 해석하기는 어렵게 되었다. 그런데 환경보전의무가 국가목표규정으로 해석되기 어려운 이러한 한계상황은 환경국가원리의 인정실익으로 연결될 수도 있을 것이다.

43) 기본권은 인권이라는 측면에서 정치적인 것과 상관없는 것을 그 내용으로 가질 수 있는 반면에, 기본의무는 국가와의 관련성으로 인해 그 내용이 (언제나) 정치적인 수밖에 없다. 즉 기본의무는 ‘법적 평화 유지와 국가방위, 재정수요의 확보 등 특수한 국가목적에의 봉사’를 그 내용으로 하는 것이다(홍성방, 앞의 논문(각주 36), 316면).

44) 환경이 가지고 있는 생활여건적인 측면으로 인해, 개별 국가 내에 있는 외국인이나 무국적자에게 단순히 국민이 아니라는 이유만으로- 환경보전의무를 부담시키지 않는 것이 타당한지에 대해 문제가 제기될 수 있다. 환경보전·환경개선의 중요성으로 인해, 개별 국가가 영토고권 및 대인고권을 근거로 하여 해당 영역 안에 거주하는 외국인과 무국적자에게 환경보전의무를 부담시켜야 할 필요성이 인정되는 경우가 존재할 수 있는 것이다. 그리고 극단적인 경우에는 오히려 외국인과 무국적자에게 환경보전의무를 부담지우지 않는 것이 그들에 대한 불합리한 우대가 되어 평등원칙에 반한다는 비판을 받을 수도 있을 것이다(허완중, 기본의무를 구체화하는 법률의 위헌심사기준, 헌법재판소, 2013, 13면).

이러한 점을 고려해볼 때, 기본의무가 실현하고자 하는 목적의 성취를 위해서는 경우에 따라서 외국인과 무국적자에게도 의무를 부담시킬 필요성이 인정될 수 있을 것이다. 그러나 이 경우 이들에게 부담되는 의무의 성격은 기본의무의 헌법적 의의를 고려해봤을 때, 헌법상의 의무가 아닌 ‘법률상의 의무’라고 해석되는 것이 타당할 것이다. 그러므로 환경보전의무도 원칙적으로 그 주체는 국민이지만, 경우에 따라서는 ‘헌법과 법률의 규정에 의해’ 외국인과 무국적자도 그 의무의 부담자가 될 수 있다고 해석할 수 있을 것이다(권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 725면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2017, 1523면).

그리고 우리 법제 내에서 외국인의 환경보전의무 부담과 관련해서는 ‘국민의 보건위생 또는

하지만 우리 헌법 제35조 제1항 후단은 “국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”라고 하여, 국민과 더불어 국가를 환경보전의무의 주체로 규정하고 있다. 국가가 환경보전의무의 주체가 된다는 점은 환경보전의무의 의무이행 방식과 연결하여 이해할 수 있을 것이다. 국민은 입법자에 의해 환경보전의무에 관한 법률이 형성되었을 때에야 비로소 해당 법률에 따라 환경보전의무를 부담하게 된다.⁴⁵⁾ 그런데 이러한 입법에 의한 구체화 자체가 국가의 환경보전의무의 이행이라는 점에서, 국가는 국민보다 앞서 환경보전의무를 부담해야 하는 주체로서의 지위를 갖게 된다.⁴⁶⁾

그러므로 국민과 국가가 모두 환경보전의무의 주체로 인정된다고 하더라도, 두 주체가 같은 비중으로 역할을 담당한다고 할 수는 없을 것이다. 국민은 환경침해금지 의무와 국가의 환경보호활동에 협조할 의무 등을 부담한다고 할 수 있지만, 이러한 역할은 국가의 환경침해방지 의무 및 적극적인 환경개선의무와 비교하면 상대적으로 소극적인 성격을 띠는다고 이해될 수 있을 것이다.⁴⁷⁾

2. 환경보전의무의 의무이행 방식으로서 법률에 의한 구체화

헌법에 환경보전의무가 규정되었다는 것 자체만으로 환경보전의무가 달성하고자 하는 목적이 곧바로 성취되는 것은 아니다. 국민이 건강하고 쾌적하게 생활할

환경보전에 해를 끼치는' 외국인투자자에 대한 제한규정인 「외국인투자 촉진법」 제4조 제2항 제2호를 고려해볼 수 있을 것이다. 해당 규정이 외국인에 대한 적극적인 환경보전의무 부담으로 해석되기에는 어려움이 있을 수도 있지만, 외국인에게 환경파괴에 대한 부작위의무를 규정하고 있다는 점에서 소극적으로 의무를 부담시키는 규정이라고 판단될 수는 있을 것이다.

「외국인투자 촉진법」 제4조(외국인투자의 자유화 등)

- ② 외국인인 다음 각 호의 경우 외에는 이 법에 따른 외국인투자를 제한받지 아니한다.
 1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우
 2. 국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 어긋나는 경우
 3. 대한민국의 법령을 위반하는 경우

45) 이는 기본의무가 선량한 행위에 대한 사회적·윤리적 원칙이 아니라, 국가조직을 형성·유지하기 위한 최소한의 조건들이기 때문이다. 따라서 기본의무는 명시적 혹은 묵시적으로 입법자에 의한 법률유보를 내포하게 되고, 기본의무 그 자체가 의무자에게 직접적으로 특정한 작위·부작위·급부·수인 등의 의무를 부과하는 것은 아니다(계희열, 앞의 책, 808면).

46) 한수웅, 국민의 기본의무, 저스티스, 제119호, 2010, 78면.

47) 장영수, 앞의 책, 859면.

수 있도록 자연환경과 생활환경을 보호하기 위해서는 환경보전의무를 구체화하는 다양한 환경입법과 이에 근거한 환경정책이 필요하다.

우리 헌법은 제35조 제2항에 “환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.”라고 하여, 환경권에 대한 입법의 구체화를 규정하고 있다. 하지만 헌법 제35조 제2항을 환경권에 대한 법률유보 조항으로 한정하여 해석하는 것은 타당하지 않을 것이다. 헌법 제35조 제2항에서 환경보전의무를 따로 명시하고 있지 않다 하더라도, 기본권과 기본의무가 논리적으로 목적과 수단의 관계를 형성한다는 점, 환경권과 환경보전의무가 대등한 관계에서 대응구조를 형성한다는 점 등을 고려하면, 헌법 제35조 제2항은 -환경권과 더불어- 국가에게 환경보호의무를 구체화해야 할 입법의무를 부과하는 헌법적 근거, 즉 환경보전의무의 법률유보를 규정하는 조항으로 해석될 수 있을 것이다.⁴⁸⁾

헌법 제35조 제2항에 따라 환경보전의무를 구체화하는 법률을 제정할 경우, 해당 법률은 환경권을 구체화하는 법률과 유사하게 다른 기본권을 제한할 수 있는 가능성을 가질 수 있다. 국가공동체의 유지를 위해 필수적인 국가과제를 실현하는 것이 기본의무라는 점에서, 기본의무를 구체화하는 법률은 자유권에 대한 제한을 허용하고 정당화하는 헌법적 근거로서 작용할 수 있기 때문이다.⁴⁹⁾ 이에 따라 기본의무부과 법률에 의해 나타나는 기본권제한의 효과를 어떻게 해석해야 하는지에 대해 문제가 제기될 수 있다.⁵⁰⁾

기본의무를 구체화하는 법률은 해당 기본의무가 달성하고자 하는 특정한 국가목적(예컨대 국방의무의 경우엔 국가안보, 납세의무의 경우엔 국가재정, 교육의

48) 홍준형, 환경법특강, 박영사, 2013, 16면.

49) 한수웅, 앞의 책, 1084면.

50) 기본권제한과 기본의무부과는 본질적으로 동일시될 수 없다. 기본권의 제한은 ‘모든’ 공익의 실현을 위한 수단인 반면, 기본의무는 국가공동체의 존속과 유지를 위해 필요한 ‘최소한의 조건 확보’, 즉 ‘특정한 국가목적’을 위한 실현수단이다(한수웅, 앞의 책, 1085면). 그렇기 때문에 기본의무가 달성하고자 하는 특정한 국가목적의 실현과 관련된 범위 내에서는 기본권제한을 기본의무부담으로 대체할 수 있는 가능성이 존재할 수 있을 것이다. 하지만 특정한 국가목적 달성과 직접적인 관련성이 없는 부분, 다시 말해 헌법상 기본의무로 규정되지 않은 영역과 관련된 기본권에 있어서는 해당 기본권을 제한하는 법률을 기본의무부과 법률로 대체하는 것은 불가능할 것이다.

이에 대한 내용은 허완중, 앞의 책, 14-21면; 헌법재판소, 헌법상 기본의무에 관한 연구, 헌법재판소, 2012, 68-69면; 한수웅, 앞의 논문, 60-61면 등 참조.

무의 경우엔 후세대의 교육)을 구체화하는 것이다. 기본의무가 달성하려고 하는 이러한 국가목적들은 궁극적으로 기본권제한의 목적인 공익과 맞닿을 수밖에 없다는 점에서, 해당 목적의 구체화를 위해 기본권제한의 형식이 아닌 기본의무부과의 형식으로 법률을 제정할 수도 있을 것이다.⁵¹⁾

기본의무부와 법률에 따른 기본권제한의 효과는 특정 목적의 효과적인 달성을 위해 서로 대응관계를 형성하는 기본권과 기본의무 관계에 있어서 더욱 두드러지게 나타날 수 있을 것이다. 특히 -역할에 있어서의 강조점의 차이일 뿐이고- 우열관계를 형성하지 않는 환경권과 환경보전의무의 관계에 있어서 환경보전의무 부담에 따른 타 기본권의 제한은 그 당시의 환경입법과 그에 근거한 환경정책이 어떤 방향으로 나아가고 있는지를 확인할 수 있게 한다는 점에서 의의를 가질 수 있을 것이다. 그리고 이러한 점에서 환경보전·환경개선을 위해 환경권을 구체화하는 법률을 제정할 것인지, 아니면 환경보전의무를 부담시키는 법률을 제정할 것인지는 입법자의 재량의 문제인 입법형성권의 문제로 귀결될 수 있을 것이다.

3. 환경보전의무 구체화 법률에 대한 입법형성권과 입법형성기준

입법자의 입법형성과 관련하여 헌법재판소는 환경권을 구체화하는 법률에 있

51) 기본의무를 구체화한 법률에 의한 기본권제한의 예로는 폐기물관리법 제66조 제11호 위헌소원(헌재 2014. 7. 24. 선고 2012헌바437 결정)을 들 수 있다. 해당 결정에서 헌법재판소는 “이 사건 법률조항은 환경 및 국민의 건강에 위해를 가할 가능성이 있는 재활용중간처리시설의 설치에 대한 신고를 강제하여 위 시설을 관리 및 감독함으로써 환경을 보전하고 국민생활의 질적 향상을 도모하기 위한 것으로서, 헌법 제35조 제1항이 규정하는 국가의 환경보전의무를 구체화·현실화한 것이다.” 라고 하며, 재활용중간처리시설을 설치하여 사업을 수행하려는 자가 환경부장관에 대해 갖는 신고의무를 환경보전의무의 구체화로 판단하고 있다. 그리고 동 결정에서 헌법재판소는 신고의무를 이행한 자만이 해당 사업을 수행할 수 있도록 한 것이 직업수행의 자유에 대한 부당한 침해가 되는지에 대해, “재활용중간처리시설의 설치에 대하여 신고의무 등을 강제하지 않으면, 일반적인 폐기물처리시설을 설치하면서 해당 시설을 마치 재활용중간처리시설인 것처럼 꾸며 규제를 회피하는 이른바 ‘가장(假裝)재활용’을 적발하기 어렵게 될 우려가 있다. 또한 이 사건 법률조항에 따른 신고의무는 원칙적 승인 의무에 대한 예외로서 그 규제가 완화된 것이며, 관계 행정청이 신고증명서를 의무적으로 발급하게 되어 있는 점을 고려하면, 청구인이 신고로 인하여 받게 되는 부담이 그다지 크다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 직업수행의 자유를 침해하지 아니한다.”고 판단하였다. 폐기물관리법 제66조 제11호가 환경보전의무를 구체화하는 법률이라는 점을 고려하면, 해당 법률에 따른 직업수행의 자유제한 여부에 대한 판단은 환경보전의무의 구체화 법률에 따른 기본권제한 여부의 판단이라고 해석할 수 있을 것이다.

어서 입법자에게 광범위한 입법형성권을 인정하고 있다.⁵²⁾ 환경보전의무가 환경권과 대등한 관계를 형성한다는 점을 고려하면, 환경보전의무를 구체화하는 법률의 경우에도 입법자에게 광범위한 입법형성권이 인정될 수 있을 것이다.⁵³⁾

입법자가 환경보전의무와 관련된 입법을 할 경우, 그는 환경보호 외 다양한 국가목표를 고려해야 한다. 환경문제가 경제발전과 불가분적이며 많은 경우 긴장 관계에 놓인다는 것을 고려하면, 입법자는 환경보전의무를 구체화하는 입법을 함에 있어서 특히 헌법 제119조 제2항에 규정된 경제성장과의 관계를 중요하게 검토해야 할 것이다. 환경보전의무를 구체화하는 법률이 시장경제법리가 적용되어야 하는 영역과 제대로 맞물리지 못한다면, 해당 법률의 제·개정은 실효성이 떨어지는 무의미한 법규범의 양산으로 전락할 수 있기 때문이다.⁵⁴⁾

그러므로 입법자는 환경보전의무의 구체화에 있어서 ‘환경이익과 경제적 이익의 조화와 균형’을 언제나 고려해야 한다. 환경보전의무가 우리 헌법 제23조 제2항에 규정된 재산권행사의 공공복리 적합의무와 중첩될 수 있다는 점, 다시 말해 재산권행사의 공공복리 적합의무가 재산권을 환경친화적으로 행사해야 할 의무를 포함하는 것으로 해석될 수 있다는 점도 같은 맥락으로 이해할 수 있을 것이다.⁵⁵⁾ 하지만 입법자가 환경이익과 경제적 이익 사이에서 무엇을 우선시해야 하는

52) 헌법재판소는 “환경권의 내용과 행사는 법률에 의해 구체적으로 정해지는데(헌법 제35조 제2항), 환경권은 헌법적으로 요청되는 환경보호의 수준에 관한 기준을 구체적으로 제시하고 있지는 않다. 따라서 입법자는 환경권의 구체적인 실현에 있어 광범위한 형성의 자유를 가진다(헌재 2017. 12. 28. 선고 2016헌마45 결정).”고 결정한 바 있다. 그리고 헌법재판소는 다른 기본의무인 국방의무의 구체화와 관련해서도 입법자의 광범위한 입법형성권을 인정하는 결정을 내린 바 있다. 이에 대해서는 헌재 2002. 11. 28. 선고 2002헌바45 결정 참조.

53) 환경입법과 관련하여 환경보전의무를 구체화하는 법률과 환경권을 구체화하는 법률이 이질적인 기준을 갖는지에 대해 의문이 제기될 수도 있다. 그러나 특정한 법률 안의 모든 조항들이 오로지 환경권의 측면만을 또는 환경보전의무의 측면만을 대변한다고 판단할 수 없다는 점을 고려하면, 실질적으로 환경보전의무(또는 환경권)를 구체화하는 법률은 환경권(또는 환경보전의무)도 동시에 구체화한다고 이해할 수 있을 것이다. 예컨대 「환경정책기본법」은 환경권의 구체화이기도 하지만 환경보전의무의 구체화라고도 할 수 있다. 실제로 「환경정책기본법」 제6조 제1항은 국민의 환경권을, 동조 제2항과 제3항은 국민의 환경보전의무를 규정하고 있다.

54) 환경보호만을 우선시하여 환경규제를 과도하게 부과하게 되면, 사회 내에서 정상적이고 정당하게 활동하는 기업의 경제활동이 위축될 수 있다. 특히 중소기업의 경우에는 대기업처럼 환경규제에 대응할 수 있는 역량을 갖추지 못한 경우가 많을 수 있기 때문에, 과도한 환경규제는 정당한 중소기업의 경영에 부담을 주는 장애요소가 될 수 있다(박충렬·김경민, 신규 환경규제가 중소기업에 미치는 영향과 정책 과제, 이슈와 논점, 제865호, 2014, 1번).

55) 헌법재판소, 앞의 책, 112면.

지는 사안에 따라 다를 것이며 달라져야 할 것이다.⁵⁶⁾ 따라서 환경보전의무의 법률로서의 구체화 요청은 환경보전·환경개선이라는 국가과제의 최우선적인 실현을 요청하는 것이 아니라, 법익형량 과정에서 환경보전·환경개선이라는 법익을 ‘적절하게 고려할 것’을 요청하고 있는 의미라고 해석해야 할 것이다.⁵⁷⁾

입법자는 환경보전·환경개선과 경제성장 간의 충돌상황을 효율적으로 해결하기 위해, 해당 상황의 해결이 단기적으로 가능한 것인지 아니면 중·장기적인 관점에서 진행되어야 하는지에 대해 선행적으로 판단한 뒤, 그에 맞춰 해당 상황에 접근하는 것이 필요하다.⁵⁸⁾ 이 경우 입법자의 단기적 접근방법이 현 상황에 대한 규제로 나타나는 경향이 강하다면, 중·장기적 접근방법은 미래에 대한 설계로써 환경위해요인들의 근본적인 개선책을 주 내용으로 하는 것이라고 할 수 있다.

입법자가 단기적 접근방법으로써 문제되는 경제활동 또는 환경침해활동에 대한 규제의 형식으로 법률을 제정할 경우, 그는 환경보전·환경개선과 경제성장이 라는 두 법익이 동시에 최대한 보장될 수 있도록 균형점을 찾는데 중점을 두어야 할 것이다.⁵⁹⁾ 그리고 중·장기적 관점에서 산업구조와 경제정책을 친환경적인

56) 이와 관련하여 서울민사지방법원은 “헌법에서 선언된 환경보전 그중에서도 특히 환경이 오염되지 아니하도록 하는 것은 국민의 생활을 윤락하게 하는 산업 발전 등을 포기하고 무조건적으로 환경이 오염되는 것을 방지하는 것이 아닐 뿐 아니라, 환경오염의 방지가 국가의 기본목표라 하더라도 이는 국가가 어느 사업에 중점을 둘 것인가 하는 국가의 정책수행방향 즉 환경보호정책과 불가분의 관계가 있다(서울민사지방법원 1993. 7. 2. 선고 91가합42895).”라고 판시한 바 있다.

57) 한수용, 앞의 책, 1061면.

58) 장영수, 앞의 책, 232면.

59) 규제관련 법률에 있어서 환경보전의무와 경제성장 간의 충돌유형은 ‘환경오염의 정도와 재산권에 부여된 사회적 구속성’을 중심으로 경제활동을 ①전면적으로 금지하는 경우, ②양적으로 제한하는 경우, ③특별한 조건 내지 부담을 부과하는 경우로 나누어서 볼 수 있을 것이다. 경제활동을 전면적으로 배제하는 경우에는 극심한 오염물질을 배출하여 인간의 생명과 건강에 대한 위협이 명확하게 드러나는 산업을 상정해볼 수 있을 것이며, 경제활동을 양적으로 제한하는 경우에는 -건축허가나 개발행위허가처럼- 특정한 라이선스를 전제로 제한된 범위 내에서만 혹은 제한된 자격을 가진 자에게만 허용되는 산업을 생각해볼 수 있을 것이다. 그리고 마지막으로 특별한 조건 내지 부담을 부과하는 경우에는 특정 사업을 운영하는 자에게 일정 수준 이하로 오염물질의 배출을 저감하도록 요구하는 것을 상정해 볼 수 있을 것이다. 오늘날 화두로 떠오른 커피전문점의 일회용품 사용규제나 대형마트의 비닐사용 규제정책 등이 이러한 유형의 대표적 인 예라고 할 수 있을 것이다.

각각의 유형에 실제적 조화의 원칙을 대입해보면, 첫 번째 유형의 경우에는 환경이익을 우선하

구조로 개편하는 방향으로 입법을 할 때에도 그는 환경보전·환경개선과 경제성장 간의 균형점을 염두에 두어야 할 것이다. 즉 입법자는 환경관련 규제나 중·장기적 관점에서 환경위해요인을 제거하는 근본적인 개선책의 입법을 함에 있어서 모두 ‘실제적 조화의 원칙’을 중요하게 고려해야 하는 것이다.

그렇다면 입법형성권 내에서 실제적 조화의 원칙은 어떻게 구현되고 있는가? 즉 환경이익과 경제적 이익이 충돌했을 경우 실질적인 판단기준은 무엇이라고 할 수 있는가? 이에 대해 헌법재판소는 「토양환경보전법」 제2조 제3호 등 위헌소원에서 토양오염원인자 책임에 관한 입법이 실제적 조화의 원칙을 충족하였는지의 판단수단으로서 ‘비례성 심사’를 그 기준으로 제시하고 있다. 환경보전·환경개선이라는 목적달성을 위해 사용한 수단이 경제성장의 토대가 되는 재산권에 대한 과도한 침해가 되는지에 대해 판단함으로써, 입법을 함에 있어서 실제적 조화의 원칙이 실질적으로 구현되고 있는지에 대해 점검하고 있는 것이다.⁶⁰⁾

V. 환경보전의무의 의무이행 방식과 지속가능한 발전의 관계

1. 환경보전의무의 구체화 법률 입법시 입법방향으로서 지속가능한 발전

는 쪽으로 결론이 도출될 가능성이 높을 것이다. 하지만 두 번째와 세 번째 유형에 적용되는 실제적 조화의 원칙은 해당 지역 주민들의 환경이용실태와 이에 상반되는 이익을 가진 이해관계자들 사이의 권익균형 등을 신중하게 판단하여야 할 것이다. 경제활동을 허용하였을 때 야기될 수 있는 환경오염의 정도가 관련 법률에서 허용하는 기준을 초과하는지, 만약 기준 초과로 그에 대한 사후적 규제가 요구될 경우 해당 사후적 규제로 인해 환경회복이 가능한지, 그 경우 한계는 무엇인지 등 여러 상황을 종합해서 판단해야 할 것이다.

- 60) 헌법재판소는 「토양환경보전법」 제2조 제3호 등 위헌소원에서 “토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 ‘토양오염을 유발시킨 자’(구법 제10조의3 제3항 제1호)의 책임에 대한 보충책임을 부담시키는 방법, 토양오염 발생에 관하여 선의·무과실이고 그 책임으로 돌릴 수 없는 경우에 한하여 면책하는 방법, 토양오염 발생에 대하여 선의·무과실인 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 당해 토양오염관리대상시설의 시가 범위 내로 제한하거나, 일반적인 책임한도제를 도입하는 방법 등으로 침해를 최소화할 수 있으므로, 이 사건 오염원인자조항은 침해의 최소화 원칙에 반한다(헌재 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정.)” 고 하여 문제되는 법률이 과잉금지원칙(비례성원칙) 중 침해의 최소화 측면에서 토양오염관리대상시설 소유자·점유자·운영자의 재산권을 침해하고 있다고 결정하였다.

오늘날 우리사회에서 대두되고 있는 여러 환경문제들(예컨대 분해되는데 최장 1000년의 시간이 필요하다는 비닐봉지, 태평양에 생긴 남한보다 15배 이상 큰 쓰레기섬 등의 문제)은 규제를 통해 단기간에 해결될 수 있는 것이 아니며, 우리 세대의 노력만으로 해결될 수 있는 것도 아니다. 따라서 환경보전의무를 구체화하는 법률이 경제활동 또는 환경침해활동에 대한 규제의 형식으로 구성되었다 하더라도, 궁극적으로 해당 규제는 환경오염원에 대한 개선책을 내용으로 하는 방향으로 개정되어야 할 필요성과 당위성을 갖게 된다.

이러한 점에서 환경보전의무의 중요한 내용인 환경보전·환경개선에는 ‘미래세대에 대한 배려’와 ‘지속가능성’이라는 논의가 필수불가결하게 수반된다고 할 수 있다.⁶¹⁾ 환경보전의무 부담이 현세대를 넘어 미래세대를 위한 건강하고 쾌적한 환경을 만드는 것을 목적으로 한다는 점에서, 환경보전의무에는 이미 미래세대에 대한 배려가 원론적으로 내포되어 있다고 할 수 있다.⁶²⁾ 그리고 이러한 미래세대에 대한 배려가 내포되어 있기 때문에, 환경보전의무의 구체화 법률은 지속가능성이란 방향으로 나아갈 수 있고 나아가야 한다는 당위성을 갖게 된다.

이 때 지속가능성이란 ‘지속가능한 발전(sustainable development)’의 개념으로 다시 구체화될 수 있을 것이다. 지속가능한 발전 개념이 언제부터 사용되기 시작하였는지는 정확하게 알 수 없지만,⁶³⁾ 현재 국제적으로 통용되고 있는 지속가능한 발전 개념은 세계환경개발위원회(WCED; World Commission on

61) 이세주, 앞의 논문, 85면.

62) 이에 대해 대법원은 천성산 도룡뇽 사건에서 “국가는 각종 개발·건설계획을 수립하고 시행함에 있어 소중한 자연환경을 보호하여 그 자연환경 속에서 살아가는 국민들이 건강하고 쾌적한 삶을 영위할 수 있도록 보장하고 나아가 우리의 후손에게 이를 물려줄 수 있도록 적극적인 조치를 취하여야 할 책무를 부담한다(대법원 2006. 6. 2.자 2004마1148,1149 결정).”고 하여 국가의 환경보전의무의 내용에 미래세대를 위해 적극적 행위를 해야 할 것이 포함되어 있다고 판시하였다.

63) 지속가능한 발전 개념의 기원은 19세기까지로 거슬러 올라갈 수 있지만, 법제도의 측면에서는 1980년의 세계보전전략(World Conservation Strategy: Living Resource Conservation for Sustainable Development)이라는 행동계획에서 사용된 것을 그 시작점으로 삼을 수 있다고 한다. 그 후 지속가능한 발전 개념은 1992년 리우회의가 채택한 리우환경개발선언, 생물다양성 협약, 기후협약 등을 통해 계속적으로 사용되기 시작하였다고 한다(노명준, 신국제환경법, 법문사, 2003, 84면).

지속가능한 발전 개념의 연혁에 대해서는 김기순, 지속가능발전 개념의 법적 지위와 적용사례 분석, 국제법학회논총, 제52권 제3호, 2007, 13-17면; 정영근·장민수, 지속가능발전의 논의와 발전방향, 질서경제저널, 제10권 제1호, 2007, 65-71면 참조.

Environment and Development)가 1987년에 제출한 우리 공동의 미래(Our Common Future) 보고서에서 사용된 것으로서, ‘미래세대가 그들의 필요를 충족시킬 능력을 손상시키지 않으면서 현재세대의 필요를 충족시키는 개발(Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.)’로 이해되고 있다.⁶⁴⁾

이러한 지속가능한 발전 개념은 환경보전·환경개선과 경제발전이라는 일견 대립되는 두 법익을 통합·조정하는 기제로써, 오늘날 국제적으로 폭넓은 지지를 받으며 국제환경법의 발전을 향도하고 있다. 특히 1992년 리우환경개발선언 제4원칙과 제25원칙은 ‘지속가능한 발전을 성취하기 위해 환경보호는 개발과정의 중요한 일부를 구성하며, 개발과정과 분리되어 고려되어서는 안 된다.’, ‘평화, 개발, 환경보호는 상호의존적이며 불가분의 관계에 있다.’고 선언하고 있는데,⁶⁵⁾ 이는 지속가능한 발전을 전제로 하여 환경이익과 경제적 이익 간의 상호조화를 추구하고 있는 것이라고 할 수 있다.

국내법과 국제법은 단절된 것이 아닌 연속선상에 있는 것이고, 환경문제가 가진 공간적 광역성과 시간적 장기성이라는 특징을 고려하면 우리 법제 내에서도 지속가능한 발전 개념은 환경보전의무를 구체화하는데 있어서 -국제환경법과 마찬가지로- 입법방향을 제시하는 하나의 기준으로 작용할 수 있으며, 작용해야 한다고 해석할 수 있을 것이다.

2. 환경보전의무의 구체화 법률에서 지속가능한 발전의 판단기준

지속가능한 발전 개념에 있어서 가장 큰 비판점은 ‘무엇이 지속가능해야 하는지, 즉 지속가능한 발전의 대상이 환경인지 아니면 경제인지에 대해 구체적으로

64) WCED, *Our Common Future*, 1987, 41면.

65) The Rio Declaration on Environment and Development 1992

Principle 4

In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it.

Principle 25

Peace, development and environmental protection are interdependent and indivisible.

언급하고 있지 않다는 점'에 있다.⁶⁶⁾ 환경보전의무를 구체화하는 법률에서 입법 형성의 기준으로 작용하는 실제적 조화의 원칙이 지속가능한 경제와 지속가능한 환경의 상호접점을 그 내용으로 한다고 하여도, 양자를 조화시키는 데에는 구체적인 기준의 제시가 필요하다.

지속가능한 경제와 지속가능한 환경은 일견 조화될 수 없는 것처럼 보이나, 두 개념은 후호적인 상린관계를 형성할 수 있다. 경제성장으로 인해 환경오염과 환경훼손이 야기될 수 있지만, 역설적으로 환경공해를 막는 효과적인 방법 중 하나는 환경산업의 육성이다. 그리고 이러한 환경산업은 고도의 기술집약적 산업일 수밖에 없으므로 환경산업의 육성은 경제성장을 전제할 수밖에 없게 된다. 이러한 점을 고려하면 궁극적으로 지속가능한 발전이란 경제성장을 통해 환경보전을 달성하려는 것, 즉 '환경과 경제의 선순환을 가능케 하는 고리를 형성하는 것'이라고 이해할 수 있을 것이다.

따라서 환경보전의무를 구체화한 법률이 지속가능한 발전을 지향해나가는지의 여부는 해당 법률 안에 환경과 경제의 선순환을 가능하게 하는 내용이 규정되어 있는지에 대한 것으로 판단할 수 있을 것이다. 그리고 이것은 기술집약적 산업이 발전할 수 있게 하는 요인(계속적인 경제성장을 가능하게 하는 요인)이 무엇인지에 대한 논의, 즉 '자원이용의 형평성'에 대한 논의로 환원될 수 있을 것이다.

자원이용의 형평성이란 미래세대에 대한 부담전가를 완화하고 미래에 발생할 수 있는 환경위험에 대한 적절한 고려를 해야 한다는 규범적 요청을 뜻한다. 이러한 자원이용의 형평성은 크게 두 가지 방향으로 대별될 수 있는데, 하나는 같은 세대를 사는 개개인들이나 개별 국가들 사이의 자원이용의 형평성이고, 다른 하나는 현세대와 미래세대 간의 자원이용의 형평성이라고 할 수 있다.⁶⁷⁾ 같은 세대 내에서 이루어지는 자원이용의 형평성은 환경발전의 필요와 우선순위에 따른 자원분배로서, 개별 국가 내의 개인들 사이에서는 선택과 집중에 따른 합리적이고 건설적인 투자·환경부담금·환경세 등의 형태로 구체화될 수 있을 것이다. 그리고 개별 국가들 사이에서의 자원이용의 형평성은 국가 간 경제적 발전정도의 차이, 환경오염을 유발한 책임의 정도 등을 전제로 한 국제환경보전을 위한 협력

66) 정대연, 앞의 책, 129면.

67) 세대 내 형평의 원칙과 세대 간 형평의 원칙에 대해서는 김기순, 앞의 논문, 26-27면 참조.

으로 나타날 수 있을 것이다.

결국 자원이용의 형평성과 관련하여 논의가 집중되는 부분은 현세대와 미래세대 간의 자원이용의 형평성이라고 할 수 있다. 이 경우에 있어서는 미래세대의 범위가 결정되기 어렵다는 점에서 미래세대의 이익을 어떻게 대변할 것인지, 장기적으로 발생하는 환경문제에 대한 예측적 결정의 타당성을 어떻게 담보할 것인지 등의 문제가 같이 고려되어야 할 것이다.⁶⁸⁾ 그리고 이러한 논의는 ‘자원이용의 한계성’에 조금 더 무게를 실어 그 내용을 구체화시킬 수 있을 것이다.

자원이용의 한계성을 중심으로 할 경우, 환경보전의무를 구체화한 법률은 ‘모든 재화의 시장가격에 경제적인 이용가치뿐만 아니라 환경비용을 포함시키는 방향’으로 구체화되어야 할 것이다.⁶⁹⁾ 유한한 자원 속에서 환경보전과 경제발전의 선순환을 가능하게 하기 위해서는 시장의 재화가격 및 투자사업의 비용에 ‘현세대가 직면한 환경오염·자원고갈에 따른 사회적 비용’과 더불어, ‘현세대의 지속불가능한 자원이용으로 야기될 미래세대가 부담해야 할 비용’이 지금보다 더 많은 비중으로 반영되어야 할 것이다.

그러나 현세대의 잘못으로 인해 미래세대가 부담해야 할 환경개선 비용을 가시적인 것으로 혹은 화폐적인 가치로 산출하기란 쉬운 일이 아닐 것이다. 이는 많은 경우 그것이 시장에 의해 결정되는 가치라기보다는, 경제·사회의 복합적인 상황을 반영한 다양한 요인에 의해 결정되는 가치이기 때문이다. 따라서 환경보전의무의 구체화 법률이 미래세대가 부담해야 할 환경개선 비용을 담고 있기 위해서는 경제적 논리와 사회규범적 논리를 동시에 고려해야 할 것이다. ‘경제적 또는 사회적으로 수인할 수 있는 환경공해수준을 상정하고, 이를 초과하는 환경공해를 예방하기 위한 여러 방법 중 가장 비용이 적게 드는 방법을 선택하는 것’ 등은 경제적 논리와 사회규범적 논리를 동시에 고려하는 하나의 방법의 예로 고려될 수 있을 것이다.⁷⁰⁾

68) 김태호, 환경권과 헌법개정, 환경법연구, 제39권 제2호, 2017, 21-22면.

69) 정희성, 지속 가능한 사회를 향한 환경규제정책의 발전방향, 한국환경정책·평가연구원, 2002, 102면.

70) 우리 「환경정책기본법」 제12조에 규정된 환경기준과 동법 시행령 제2조에 따른 대기·소음·수질 및 수생태계에 관한 환경기준, 「대기환경보전법」 제16조에 규정된 대기오염물질의 배출허용기준 등은 이러한 관점에서 미래세대가 부담해야 할 환경개선 비용을 측정하는 방법으로서 해석될 수 있을 것이다.

3. 지속가능한 발전의 구체화 법률과 그 안에서의 환경보전의무

환경보전의무와 지속가능한 발전의 관계에 대한 논의에서는 ‘환경보전의무를 구체화하는 법률에서 지속가능한 발전이 어떻게 작용하고 있는지’에 대한 논의와 더불어, ‘지속가능한 발전을 구체화한 법률에서 환경보전의무가 어떻게 규정되어 있는지’에 대한 논의도 고려해볼 수 있을 것이다.

앞에서 설명한 것처럼 지속가능한 발전 개념은 헌법적 차원에서 시작된 것이 아니다. 국제(환경)법 영역에서 논의되던 지속가능한 발전 개념은 세계환경개발 위원회(WCED)가 1987년에 제출한 우리 공동의 미래(Our Common Future) 보고서 이후 개별 국가 내에 수용되었고, 점차 그 개념이 개별 국가의 국내법 질서에 등장하기 시작하였다. 우리 법제도 국제적으로 확산되고 있는 이러한 지속가능한 발전 개념을 받아들여 다양한 법률들을 제정하였다.

우리 법제에서는 1995년 12월 「환경친화적 산업구조로의 전환촉진에 관한 법률」이 제정되었고,⁷¹⁾ 2007년 8월 지속가능한 발전의 개념을 보다 구체화한 (구)「지속가능발전 기본법」(현 「지속가능발전법」)이 제정되었다. 각각의 법률들의 제정이유를 보면 지속가능한 발전에 관한 각종 국제법상의 협약과의 관련성을 확인할 수 있는데, (구)「지속가능발전 기본법」은 그 제정취지를 ‘지속가능발전을 위한 국제사회의 노력에 동참하기 위하여, … 경제성장·사회통합·환경보전의 균형을 이루기 위하여 지속가능발전에 관한 기본법을 제정하려는 것’이라고 하여,

환경기준에 대한 논의는 채영근, 환경정책기본법상의 환경기준에 관한 소고, 환경법연구, 제38권 제3호, 2016, 361-389면 참조.

71) 「환경친화적 산업구조로의 전환촉진에 관한 법률」의 제정이유를 보면, “국제환경규제 강화추세에 능동적으로 대처하고 우리 산업의 지속적 발전을 도모하기 위하여 환경친화적인 산업구조를 조기에 구축하고, 1992년 리우에서의 국제연합환경개발회의에서 채택된 산업계의 역할을 실천하기 위한 청정생산기술개발 등 환경친화적 산업활동을 지원하며, 국제표준화기구에서 추진 중인 환경경영규격제정에 대비하기 위한 국내기반호성 등 우리 산업계에서 시급히 추진되어야 할 과제를 효율적으로 지원하기 위한 제도적 장치를 마련하려는 것”이라고 하고 있다. 「환경친화적 산업구조로의 전환촉진에 관한 법률」의 전체 제정·개정 이유는 <http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=000323&chrClsCd=010202&lsRvsGubun=all>(최종확인: 2019. 4. 28.) 참조.

그리고 이러한 「환경친화적 산업구조로의 전환촉진에 관한 법률」을 토대로 2004년 10월에는 「환경친화적 자동차의 개발 및 보급 촉진에 관한 법률」이 제정되었고(2005년 4월 시행), 2018년에는 「환경친화적 선박의 개발 및 보급 촉진에 관한 법률」이 제정되었다(2020년 1월 시행예정).

그 목적이 지속가능한 발전을 위한 환경보전과 경제성장의 균형이라는 것을 분명히 실시하고 있다.⁷²⁾

그리고 2010년 1월에는 「저탄소 녹색성장 기본법」이 제정되었는데,⁷³⁾ 본 법은 범세계적인 기후변화에 적극적으로 대응하고자 하는 국제사회의 책임(저탄소)과 에너지와 자원을 최대한 효율적으로 사용하여 지속가능한 발전을 가능케 하려는 국제사회의 움직임(녹색성장)을 반영한 것이라고 할 수 있다.⁷⁴⁾ 이에 제정취지도

72) 「지속가능발전법」 제2조는 지속가능한 발전에 대해 개념정의하고 있는데, 해당 규정을 보면 세계환경발전위원회의 보고서의 지속가능한 개발 개념을 차용하고 있다는 것을 확인할 수 있다.

「지속가능발전」 제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “지속가능성”이란 현재 세대의 필요를 충족시키기 위하여 미래 세대가 사용할 경제·사회·환경 등의 자원을 낭비하거나 여건을 저하(低下)시키지 아니하고 서로 조화와 균형을 이루는 것을 말한다.
2. “지속가능발전”이란 지속가능성에 기초하여 경제의 성장, 사회의 안정과 통합 및 환경의 보전이 균형을 이루는 발전을 말한다.

「지속가능발전법」의 전체 제정·개정 이유는 <http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=010505&chrClsCd=010202&lsRvsGubun=all>(최종확인: 2019. 4. 29.) 참조.

73) 「저탄소 녹색성장 기본법」이 제정됨으로 인해 「지속가능발전 기본법」은 「지속가능발전법」으로 그 명칭이 개정되었는데, 이로 인해 「저탄소 녹색성장 기본법」과 「지속가능발전법」의 체계에 관한 문제가 제기되기 시작하였다.

제20대 국회에는 ‘지속가능한 발전’과 ‘녹색성장’의 개념적 위계와 법률체계를 바로 잡고자 하는 지속가능발전법 전부개정법률안(송옥주의원 대표발의, 의안번호 제8213호)과 저탄소 녹색성장 기본법 일부개정법률안(김상희의원 대표발의, 의안번호 제7352호)이 제출되어 있는 상황이다. 두 법률안은 지속가능발전이 녹색성장에 비해 더 포괄적인 상위개념인데도 불구하고 현재 우리 법제에서는 「저탄소 녹색성장 기본법」이 기본법으로서의 지위를 가지고 있으므로, 「지속가능발전법」을 다시 기본법으로 격상시키고 「저탄소 녹색성장 기본법」을 일반법으로 변경하여, 지속가능한 발전과 녹색성장 간의 개념을 국제통용에 맞게 정비하려는 것을 그 내용으로 하고 있다.

실제로 경제협력개발기구(OECD)는 ‘녹색성장은 지속가능한 발전을 위한 대체물이 아니라, 오히려 그것의 하위개념(subset)으로 여겨져야 한다.’고 설명하고 있고(OECD, *Towards green growth, A summary for policy makers*, 2011, 5면), UN지속가능발전회의(UNCSD)도 ‘녹색경제는 지속가능한 발전과 빈곤퇴치를 이루기 위한 중요한 수단 중 하나’라고 설명하고 있다(UN, *The Future We Want, Outcome document of the United Nations Conference on Sustainable Development*, 2012, 14면). 이러한 법률들 간의 체계정합의 논의는 단순히 체계에 대한 논의일 수 있겠지만, 국제규범의 변화와 어긋나지 않고 그에 발맞춰 국내법체계를 재정비 한다는 점에서 의의를 가진다고 할 수 있을 것이다.

74) 「저탄소 녹색성장 기본법」은 2005년 녹색성장에 관한 서울이니셔티브 네트워크(Seoul Initiative Network on Green Growth 유엔 아시아·태평양 경제사회위원회(UN ESCAP)의

‘경제와 환경의 조화 속에서 녹색기술과 녹색산업의 창출, 녹색건축물 및 녹색생활의 정착 등 저탄소 녹색성장을 효율적·체계적으로 추진하기 위하여’라고 하여,⁷⁵⁾ 경제와 환경의 조화 속에서 이루어지는 지속가능한 발전의 가능성을 강조하고 있다.

환경보전의무와 관련하여 각각의 법률들을 살펴보면, 「환경친화적 산업구조로의 전환촉진에 관한 법률」과 「지속가능발전법」은 주로 국가(중앙정부와 지방자치단체)의 역할과 과제를 규정하고 있는 것임에 비해, 「저탄소 녹색성장 기본법」은 국가의 역할과 더불어 국민의 역할도 규정하고 있다는 것을 확인할 수 있다. 실제로 「저탄소 녹색성장 기본법」은 「환경정책기본법」과 동일하게 국가·지방자치단체·사업자·국민의 책무에 대해 규정하고 있는데, 국민의 책무를 중심으로 두 법률을 비교해보면, 「환경정책기본법」 제6조는 국민의 권리와 의무를 같이 규정하고 있지만 「저탄소 녹색성장 기본법」 제7조는 국민의 의무(책무)만을 규정하고 있다는 것을 확인할 수 있다.

이렇게 보면 「저탄소 녹색성장 기본법」 제7조는 국민이 가진 환경권의 주체로서의 지위보다는 환경보전의무의 부담자로서 지위를 조금 더 강조하고 있는 것이라고 해석할 수 있을 것이다.⁷⁶⁾ 특히 동법 제7조 제3항은 국민을 ‘최종적인 문제해결자’라고 하며 건강하고 쾌적한 환경을 누릴 주체의 측면보다는 이를 후손에

아시아·태평양 환경과 개발 장관회의에서 채택된 선언)에서 설정한 목표를 적극적으로 반영한 법률이라고 할 수 있다(오준근, 저탄소 녹색성장을 위한 입법의 경과와 그 행정법적 과제, 공법학연구, 제11권 제3호, 2010, 217면).

75) 「저탄소 녹색성장 기본법」의 전체 제정·개정 이유는 <http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=011134&chrClsCd=010202&lsRvsGubun=all>(최종확인: 2019. 4. 28.) 참조.

76) 「환경정책기본법」 제6조(국민의 권리와 의무)

- ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다.
- ② 모든 국민은 국가 및 지방자치단체의 환경보전시책에 협력하여야 한다.
- ③ 모든 국민은 일상생활에서 발생하는 환경오염과 환경훼손을 줄이고, 국토 및 자연환경의 보전을 위하여 노력하여야 한다.

「저탄소 녹색성장 기본법」 제7조(국민의 책무)

- ① 국민은 가정과 학교 및 직장 등에서 녹색생활을 적극 실천하여야 한다.
- ② 국민은 기업의 녹색경영에 관심을 기울이고 녹색제품의 소비 및 서비스 이용을 증대함으로써 기업의 녹색경영을 촉진한다.
- ③ 국민은 스스로가 인류가 직면한 심각한 기후변화, 에너지·자원 위기의 최종적인 문제해결자임을 인식하여 건강하고 쾌적한 환경을 후손에게 물려주기 위하여 녹색생활 운동에 적극 참여하여야 한다.

게 물려줄 책무의 부담자라는 측면을 강조하여 규정하고 있는데, 이는 ‘미래세대
에 대한 배려’와 ‘지속가능성’ 개념을 중심으로 환경보전의무 부담 주체로서의
국민의 역할을 구체화하고 있는 것이라고 해석할 수 있을 것이다.

VI. 결 론: 환경보전의무가 우리 법질서 내에서 갖는 의미의 파급효

헌법 제35조 제1항에 따라 환경보전의무의 주체는 국민과 국가이다. 하지만
환경보전의무가 실제로 국민에게 부과되기 위해서는 법률에 의한 구체화가 필요
하다는 점에서, 환경보전의무의 일차적 부담자는 국가라고 할 수 있다. 국가는
환경보전의무를 구체화하는 입법을 함에 있어서 실제적 조화의 원칙에 따라 환경
보전·환경개선과 경제성장 간의 조화와 균형을 고려해야 한다. 이 과정에서 두
법익의 충돌에 대해 입법자는 단기적으로는 환경침해 산업에 대한 규제 방법을
택할 수도 있지만, 궁극적(중·장기적)으로는 환경침해요인을 제거하는 것, 즉 환
경친화적 입장으로 산업을 개편하는 방안으로 입법을 해야 할 것이다.

지속가능한 발전 개념은 이러한 중·장기적 관점에서 입법의 방향성을 제시하
는 개념이라고 할 수 있다. 지속가능한 발전 개념은 환경과 경제의 선순환적인
발전을 추구하는 것이므로 환경침해를 방지하기 위한 고도의 기술집약적 산업의
육성을 목표로 하게 된다. 그렇기 때문에 지속가능한 발전 개념 하에서 환경보전
의무를 구체화하는 법률들은 많은 경우에 있어서 과학·기술분야의 전문적인 지식
을 그 내용으로 가질 수 있고 갖게 될 것이다.

환경보전의무의 입법에 있어서 나타나는 이러한 과학적·기술적 지식에 대한
높은 의존도는 입법형성의 한계가 될 수 있다. 환경오염원인에 대한 혹은 그
해결에 대한 과학적·기술적 지식은 세부 전문분야의 내용이므로 해당 분야의
비전문가인 입법자가 환경입법에 필수적인 세부 전문분야의 내용을 결정하는
것이 가능한지(타당한지)에 대한 문제가 제기될 수 있는 것이다. 그리고 설령
입법자가 전문적 영역에 대한 판단을 하였고 해당 내용으로 입법이 이루어졌다고
하더라도, 환경오염원인의 규제 혹은 지속가능한 발전을 위한 해당 과학기술의

상용화 비용이 지나치게 고가여서 해당 규범이 현실적으로 실현불가능한 규범이 될 가능성도 존재할 수 있는 것이다.⁷⁷⁾

그러므로 환경입법의 내용이 전문화되면 될수록, 입법과정에서는 관련된 전문 지식들이 충분한 공유되는 것이 필요할 것이다. 정보의 공유는 정보주체들에게는 자신들의 이해(利害)관계 내지 의견을 입법에 반영할 수 있는 기회로 작용할 수 있다는 점에서, 그리고 입법자에게는 환경입법을 함에 있어서 이해당사자들이 가진 시각의 차이점을 파악하는 계기로 작용할 수 있다는 점에서⁷⁸⁾ 실효성 있는 환경입법과 그에 기반을 둔 환경정책의 수립의 중요한 전제조건이 된다고 할 수 있다.

그런데 입법단계에서의 이러한 정보의 교류는 이해당사자라고 할 수 있는 생산자와 소비자 간의 환경의식에 대한 공감대 형성에서부터 시작되는 것이라고 할 수 있다. 환경의식에 대한 공감대 형성은 환경보전과 경제성장에 대한 다양한 가치들이 상호공존하며 서로의 다름을 이해(理解)하는 것에서부터 시작되는데, 이것이 가능하기 위해서는 환경보전과 환경개선에 대한 국민의 의식이 고취되어 있어야 한다. 국민의 환경의식에 대한 이러한 고취가 궁극적으로 환경보전의무가 헌법상의 기본의무로 규정됨으로써 가능하게 되었다는 점을 고려하면, 기본의무로서의 환경보전의무가 우리 법질서 내에서 갖는 실질적인 의미는 선언적·교육적 의미 그 이상이라고 할 것이다.

논문투고일 : 2019. 4. 1. 심사일 : 2019. 4. 19. 게재확정일 : 2019. 4. 24.

77) 홍성방, 앞의 책(각주 38), 164면, 169면.

78) 예컨대 미래세대가 부담할 환경개선 비용의 측정과 관련된 환경기준을 설정하는 입법을 함에 있어서 입법자가 이해당사자들의 정보를 얻는 것은, 기술개발 주체인 기업의 측면에서는 자신들의 의견이 반영될 수 있는 통로로서 이해될 수도 있는 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2004.
- 김연태, 『환경보전작용연구』, 고려대학교 출판부, 1999.
- 김한균, 『현대과학기술사회 위험관리 형법 및 형사정책의 체계와 원리』, 한국형사정책연구원, 2012.
- 노명준, 신국제환경법, 법문사, 2003.
- 류지태, 『환경법』, 고려대학교 출판부, 2000.
- 박균성·함태성, 『환경법』, 박영사, 2017.
- 박미숙, 『현대위험사회와 법치국가형법』, 한국형사정책연구원, 2012.
- 박찬운, 『인권법』, 한울, 2011.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2017.
- 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2017.
- 정대연, 『환경주의와 지속가능한 발전』, 집문당, 2005.
- 정희성, 『지속 가능한 사회를 향한 환경규제정책의 발전방향』, 한국환경정책·평가연구원, 2002.
- 한수용, 『헌법학』, 법문사, 2017.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2016.
- 허완중, 『기본의무를 구체화하는 법률의 위헌심사기준』, 헌법재판소, 2013.
- 헌법재판소, 『헌법상 기본의무에 관한 연구』, 헌법재판소, 2012.
- 홍성방, 『환경보호의 법적 문제』, 서강대학교 출판부, 1999.
- 홍준형, 『환경법특강』, 박영사, 2013.

2. 논문

- 고문현·안태용, “헌법보호조항의 헌법적 수용”, 『법학논총』, 제34집, 2015, 1-33면.
- 김기순, “지속가능발전 개념의 법적 지위와 적용사례 분석”, 『국제법학회논총』, 제52권 제3호, 2007, 11-43면.
- 김종보·김배완, “환경권의 헌법적 의미와 실현방법”, 『법학연구』, 제53권 제1호,

2012, 29-58면.

김종세, “환경권과 국가목표로서 환경보호에 관한 고찰”, 「환경법연구」, 제28권 제1호, 2006, 593-632면.

김태호, “환경권과 헌법개정”, 「환경법연구」, 제39권 제2호, 2017, 1-27면.

명재진, “독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정”, 「유럽헌법연구」, 제2호, 2007, 161-186면.

박영도, “노력의무규정의 입법론적 고찰”, 「법제연구」, 제49호, 2015, 203-234면.

박진완, “환경권과 자연보호”, 「환경법연구」, 제30권 제3호, 2008, 3-40면.

박충렬·김경민, “신규 환경규제가 중소기업에 미치는 영향과 정책 과제”, 「이슈와 논점」, 제865호, 2014, 1-4면.

배건이, “국가의 미래세대보호의무 실현을 위한 입법론적 연구”, 「국가법연구」, 제10집 제1호, 2014, 73-91면.

석인선, “미국 헌법상 환경권론의 전개와 규범적 평가”, 「헌법학연구」, 제12권 제3호, 2006, 363-404면.

송기춘, “헌법상 환경권 조항의 개정론”, 「세계헌법연구」, 제24권 제2호, 2018, 75-100면.

양승미, “환경규제에 있어서 중앙정부와 지방자치단체의 관계에 대한 소고”, 「지방자치법연구」, 제14권 제1호, 2014, 155-178면.

오준근, “저탄소 녹색성장을 위한 입법의 경과와 그 행정법적 과제”, 「공법학연구」, 제11권 제3호, 2010, 211-233면.

이상만, “헌법상 환경권의 보장범위에 대한 연구”, 「원광법학」, 제29권 제4호, 2013, 181-210면.

이세주, “헌법상 환경국가원리에 대한 고찰”, 「세계헌법연구」, 제22권 제2호, 2016, 65-107면.

이창훈, “환경권과 경제성장의 함수에 관한 헌법적 고찰”, 「환경법연구」, 제36권 제3호, 2014, 179-200면.

정극원, “헌법체계상 환경권의 보장”, 「헌법학연구」, 제15권 제2호, 2009, 399-429면.

정영근·장민수, “지속가능발전의 논의와 발전방향”, 「질서경제저널」, 제10권 제1

호, 2007, 61-76면.

정혜영, “환경국가와 재산권”, 「공법학연구」, 제14권 제1호, 2013, 275-301면.

조성자, “미국 주헌법상 환경권에 관한 연구”, 「강원법학」, 제38권, 2013, 669-693면.

채영근, “환경정책기본법상의 환경기준에 관한 소고”, 「환경법연구」, 제38권 제3호, 2016, 361-389면.

최윤철, “헌법개정과 환경권”, 「유럽헌법연구」, 제28호, 2019, 151-186면.

탁영남, “독일의 환경정책과 법적 구현”, 「공법학연구」, 제19권 제2호, 2018, 209-237면.

한수용, “국민의 기본의무”, 「저스티스」, 제119호, 2010, 52-86면.

홍성방, “인권과 기본권의 역사적 전개”, 「한림법학 FORUM」, 제7권, 1998, 59-90면.

_____, “국민의 기본의무-독일에서의 논의를 중심으로-”, 「공법연구」, 제34집 제4호 제1권, 2006, 309-336면.

홍완식, “헌법상 『국가의 환경보전의무』의 실현에 관한 고찰”, 「일감법학」, 제6권, 2001, 133-150면.

【Abstract】

A Constitutional Review on the Environmental Preservation Responsibility as a Fundamental Duty and their Relationship to Sustainable Development

Kim, So Yeon

(Assistant Professor, Department of Economics and Law at Korea Military Academy)

Within our constitutional system, environmental protection has guaranteed in the form of basic rights, and basic duties. The environmental rights, and environmental preservation duty are all equally aimed at realizing environmental protection. However, each has a difference in the role it performs to realize. The the environmental rights and environmental preservation duty can be said to embody the criteria and guidelines for national action in the form of individual fundamental rights and basic duties.

The environmental preservation duty does not immediately take effect on the reason for that is provided in the Constitution. But it has declarative and educational significance. It makes a national consensus so that economic order, including the exercise of individual property rights, can be reformed and improved in environmental protection. However, the Constitution itself cannot impose specific duties on the people. Therefore laws are needed to be enacted in order for the environmental preservation duty to take effect.

Since the environmental preservation duty is indispensable for economic growth, the legislation that specifies environmental conservation should be made in its content the coordination and balance between environmental and economic interests. In materializing the duty of environmental preservation, the legislator has extensive legislative discretion and makes legislation to coordinate the conflict between environmental and economic interests. In this process, the legislator chooses a short-term or medium- and long-term approach to resolving the conflict efficiently between environmental conservation and economic growth.

The short-term approach is used when the regulation of economic

activities is the main content, and the mid- and long-term approach is used in the case of new industrial structures or changes in environmental policies. In both approaches, however, lawmakers are both based on the ‘principle of actual harmony’. The principle of actual harmony is to find a balance point where the two conflicting legal interests can be fully guaranteed at the same time. In this case, the short-term approach is to classify the collision type around the degree of environmental pollution and the social constriction granted to property rights and to determine the principle of actual harmony applied in each type. The mid- and long-term approach is to apply the principle of actual harmony around the equity of resource use in terms of sustainable development.

<p>주 제 어 환경보전의무, 환경권, 입법형성권, 실제적 조화의 원칙, 지속가능한 발전</p> <p>Key Words environmental preservation duty, environmental right, extensive legislative discretion, the principle of actual harmony in two conflicting legal interests, sustainable development</p>
--