

## 民主主義에 있어서 倫理, 法, 그리고 環境保護\*

한 귀 현\*\*

### I

「현대화의 프로젝트」(*Habermas*)는 매우 부정적인 부수효과와 결부되어 있다. 진보는 자연의 부담으로 된다. 그러는 사이에 생태적 부담수지계산서(ökologisches Schuldenkonto)는 놀라운 정도를 나타내어 왔다. 세계기후에 있어서는 인간에서 유래하는 제한된 변화는 거의 산정할 수 없을 정도라고 할 수 있다. 그 때문에 환경문제전문가위원회(Sachverständigenrat für Umweltfragen)의 견해에 의하면<sup>1)</sup> 진보의 문제가 새로이 제기되고 있다. 즉, 자연의 제조건에 의해서 함께 나누어지는 것만이 진보로서 일컬어질 수 있다고 한다. 더 정확히 말하면, 「인간 생활세계의 진보와 개척은 자연 자신이 제공하는, 절대적으로 존중되어야 할 규정(Regulativen)하에 있다. 바로 이러한 규정들 및 이것으로부터 도출할 수 있는 영속적이고 환경에 적합한 행위를 위한 윤리적 근거를 인식함에 있어서 명백히 현저한 결여가 존재한다. 현대적 발전의 이성이라는 측면에서 보았을 때 환경윤리(Umweltethik)는 오래 전부터 사물에 합당한 수준에 도달하지 못하고 있다」.<sup>2)</sup>

---

\* 이 논문은 라이너 슈미트(Reiner Schmidt) 교수의 "Ethik, Recht und Umweltschutz in der Demokratie" (in: Josef Isensee/Helmut Lecheler (Hrsg.), Freiheit und Eigentum, Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot-Berlin, 1999, S. 437-447)를 번역한 것임.

\*\* 순천대학교 법학과 교수

1) Umweltgutachten 1994, BT-Dr. 12/6995, Tz. 21.

2) Ebd., Tz. 22.

윤리는 인간이 행한 것의 책임성을 묻는다. 윤리적 문제는 인간을 관객으로서가 아니라 배우로서 관련지운다. 여기에서는 행위와 동시에 이러한 행위를 기초지우는 사고방식, 그리고 그것으로부터 나오는 태도가 문제된다. 요약해서 말하면 환경의식과 환경태도(Umweltverhalten)가 문제된다. 이와 반대로, 에토스에 특정적이고 개별적인 크기로서의 환경윤리는 정당하다고 말할 수 있을 것이다. 왜냐하면 도덕적인 것의 주관적 측면은 법의 개입이 어쨌든 원칙적으로는 차단되어 있기 때문이다. 미덕, 사고방식, 그리고 신념은 지시되어질 수 있는 성질의 것이 아니다.<sup>3)</sup>

도덕적 규율은 법형식의 규율, 즉 사회적으로 구속적이고 제소가능하며 또한 강제할 수 있는 효력청구권(Geltungsansprüche)과는 다른 것이다. 관철의 힘(Durchsetzungsmacht)을 가진 구속적인 규정으로 자연을 다루는 환경법은 도덕을 전제로 한다. 그러나 자연은 도덕적 크기가 아니라 진화적인 명령에 따르는 고유한 법칙이기 때문에, 환경법은 자연적인 「법칙」의 침전, 즉 그것의 「묘사」일 수 있을 뿐만 아니라, 오로지 자연과의 교제를 위해서 인간에 의해 확정된 규칙이 문제된다. 이러한 규칙들은 그것이 개인적인 인간의 존엄, 기본권, 그리고 민주적·사회적 법치국가의 구조원리들(Strukturprinzipien)을 따랐을 경우에만 윤리적으로 지향되어 있다고 할 수 있다. 이러한 공언은 도덕이 집단에 특정된 것이라고 이해되는 한도에서만 법이 도덕의 연장된 팔이 아닐 수 있다는 것을 함의하고 있으며, 오히려 합의가능성 및 일반화가능성(Konsens- und Verallgemeinerungsfähigkeit)이 중요하다.

상술한 법, 도덕 및 윤리의 관계는 그 이상의 심화를 필요로 한다. 우선 특별한 환경윤리의 내용이 논구되어야 한다.

## II

환경윤리적 관용어에는 가령 「파트너십」, 「동포성」(Geschwisterlichkeit),

3) Vgl. W. Korff, Umweltethik, in: Rengeling (Hrsg.), EUDUR, Bd. 1, 1998 § 4 Rdnr. 2.

또는 「자연과의 연대」와 같은 표현들이 눈에 띈다. 가령 자연에 대한 경외 또는 생에 대한 경외 (*Albert Schweitzer*)로서 이해되는 경외라는 개념도 또한 중요한 의미를 가진다. 생(*Leben*)과의 윤리적으로 정당화된 교제는, 윤리적일 것에 대한 요구와 그것에 의해서 정해진 선과 악간의 차이가 단지 특정한 인간 삶의 개인적인 존재형식에만 관련지워져 있지 않은 경우에 있어서만 담보되어 있는 것으로 보인다. 일반적으로는 살아있는 것의 기준이 마땅히 문제되어야 한다. 인격성 (*Personalität*)의 인간중심적인 원리는 불충분한 것으로 판단된다. 인간중심적 접근(*anthropozentrischen Ansatz*)의 불충분함에 대한 예로서는 칸트(*Kant*)가 도움이 된다. 그의 형이상학적 윤리(*Metaphysik der Sitten*)에 있어서 동물의 잔인한 처우는 동물이 다른 인간에 대한 인간의 동정을 약하게 할 수 있는 이유에서만 관습적으로 비난해야 할 것으로 간주된다. 우리들이 새로운 생태적 윤리의 중심개념(*Leitbegriffe*)을 말하는 경우, 인간중심주의(*Anthropozentrismus*)는 더 이상 기회를 가지지 못하는 듯하다. 「자연윤리」, 「환경윤리」, 「환경적 윤리」(*Environmental Ethics*), 「생태적 윤리」, 「창조윤리」(*Schöpfungsethik*) — 어디에도 인간은 보이지 아니한다. 그것에 결부되어 있는 연상들은 다음과 같은 문제들을 내포하고 있다. 「자연」이란 무엇이며, 자연에 어떤 고유한 도덕적인 높은 가치가 주어지는가? 자연보호는 자연을 위해 요구되는지 아니면 인간을 위해 요구되는 것인가? 동물은 동등하거나 또는 필적하는 방법으로 인간과 같이 도덕적 객체로서 승인될 수 있는가? 프리드리히 빌헬름 그라프(*Friedrich Wilhelm Graf*)<sup>4)</sup>는 생태윤리적 논쟁에서 이상적으로 단축하여 다섯 가지의 견해로 구별하였다.

첫 번째로는 합리적 인본주의(*rationaler Humanismus*)를 들 수 있는 바, 그것에 따르면 모든 인간은 서로 자유로운 이성적 존재(*Vernunftwesen*)로서 도덕적 승인을 할 의무를 지고 있으며 또한 오로지 인간만을 도덕적 객체로서 승인하는 자율적인 사람으로 간주된다. 그것에 의하면 다른 생물에 대한 도덕적 구

4) Reflektierter Anthropozentrismus, in: Jahrbuch der Universität Augsburg 1996/97, 1998, S. 137 ff.; vgl. auch Th. Hausmanning, Bedarf die Bewältigung der ökologischen Krise einer neuen Ethik? Manuskript 1998.

속성은 단지 부차적으로만, 요컨대 인간의사에 대한 의무를 위해서만 근거지워질 수 있다.

또한 공리주의적 인격주의(utilitaristischer Personalismus)도 인간만을 도덕적 행위자로서 간주한다. 그러나 이것에는 정신적으로 중증의 신체장애자, 태아 또는 유아와 같이 주의의 환기 능력이 없는 생물은 속하지 아니한다.

17세기에까지 거슬러 올라가는 제3의 그룹인 고통중심주의(Pathozentrismus)에 의하면 신학적이고 철학적인 윤리학자는 동물을 도덕적 객체로서 승인하려고 한다. 왜냐하면 동물은 고통과 쾌감을 지각할 능력이 있고 또한 기본적인 자기표현, 가령 우는 소리, 퍼득거림 또는 신음하는 소리를 통하여 입은 위해를 표현할 수 있기 때문이다. 이러한 생물에 대하여 도덕적 우주의 고유한 시민으로서 승인하는 것을 거부하는 것은 도덕적으로 부당한 「특정 종중심주의」(Speziezismus)의 표현일런지도 모른다(Peter Singer).

그것에 대하여 모든 생명의 신성함을 승인하는 주장자들은 고통과 위해의 능력에 제한하는 것을 받아들여려고 하지 않는다. 생명 그 자체는 신성하다. 「그들은 나뭇잎을 따지도 않고 꽃을 꺾지도 않으며, 또한 벌레를 밟지 않으려고 주의한다.<sup>5)</sup> 물론 생명을 가지지 않은 물질, 가령 돌에 대한 인간의 관계는 도덕적으로 중요하지 않은 것으로 간주된다.

반면에, 「심층생태주의」(deep ecology)의 주장자는 생명을 가지지 않은 물질에 대해서조차도 특별한 고유가치를 인정한다. 「자연을 아는 것이 최고」(nature-knows-best)라는 견해의 가장 급진적인 주장자는 자연에 대하여 제1차적으로 심미적으로 또는 종교적으로, 향유하는 견지에서 또는 신성한 경외심으로 태도를 취할 도덕적 의무를 인간에게 할당한다.

요컨대 고통의 지각능력(Leidensfähigkeit)의 원칙(고통중심, Pathozentrik), 생명의 원칙(생명중심, Biozentrik), 또는 모든 것을 지배하는 자연의 원칙(자연중심, Physiozentrik)은 생태중심(Ökozentrik)의 개념으로 요약된다.

법학상으로는 특히 자연중심적 접근이 의론되어 왔다. 자연의 고유권(Eigenrechte)

5) Albert Schweitzer, Kultur und Ethik, 6. Aufl. (1947), S. 240.

(Stone)에 관한 미국의 논의는 연방에서는 마이어 아비히(Meyer-Abich)에 의해서 제기되어 자연의 보편적인 법공동체의 구상으로 전개되었다. 동물, 식물, 토양, 수 및 대기에 동등하게 고유권이 주어질 수 있을 것이다. 이 이론의 목적은 존경할 만하다. 즉, 생태적 필요에 더 많은 실행가능성이 주어져야 한다. 그러나 수단은 수용불가능하다. 법은 순수하게 인간적인 범주에 머물러 있고, 인간중심(Anthropozentrik)은 불가피하다.<sup>6)</sup> 법을 형성하는 것은 인간의 필요이자 특권이다.<sup>7)</sup> 결국 권리능력 없는 자연존재(Naturentitäten)와 더불어 법공동체를 창설하려고 하는 구상은 부적당한 사고이다. 권리능력 없는 자연존재는 도덕적으로 기초치울 수 있는 권리로서 옴부즈만(Ombudsmann)에 호소할 수 있을 뿐이다. 법은 도덕을 전제로 하며, 또한 이러한 의미에서 자연은 도덕적인 것이 아니다.

인간-자연 관계의 형성을 위한 유용한 토대는 인간중심적인 접근을 위한 다음과 같은 사고인 바, 즉 인간이 존중하고 있듯이 자연은 인간만을 위해서 존재하고 있는 것이 아니라는 정도에서만 자연은 사용되어질 수 있다는 사고이다. 그러므로 이것은 인간의 이성으로 하여금 자연을 사용할 수 있다는 가능성을 간단히 자연을 사용해도 좋다는 척도로 삼는 것을 원칙적으로 못 하게 한다. 환경윤리는 인간과 자연간의 상호의존을 인정하며, 또한 그것은 전체결합(삶의 터전으로서의 자연(Retinität))이라는 개념을 통해서 이러한 관계를 파악하려고 시도한다. 인간이 자신의 문명활동과 그 산물의 전체결합을 책임 있게 자연계와 문화계간의 포괄적인 범위안에 두는 경우에만 인간은 삶의 터전으로서의 자연의 원칙(Retinitätsprinzip), 즉 「환경윤리의 중요원칙(Schlüsselprinzip)」을 충족시킬 것이다.<sup>8)</sup> 1994년에 환경문제전문가위원회에 의해서 처음으로 만들어진 이 원칙은 너무나 불명확하고 또한 많은 문제가 미해결인 상태에 있기 때문에 모호한 것으로 여겨질 수 있다. 이는 한편에서는 적절하고, 다른 한편에서는 결합의 사고(Vernetzungsgedanke)는 분열되고 따라서 근시안적인 고찰을 예방하는데 적합하다. 이 원칙은 마찬가지로

6) Hasso Hofmann, Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz, in: Kloepfer (Hrsg.), Umweltstaat, 1989, S. 35.

7) W. Korff, a.a.O., Rdnr. 24.

8) Umweltgutachten 1994, a.a.O., Tz. 36.

윤리적 구성요소가 특색인 환경정책의 두 번째의 중심개념에 대해서도 타당하며, 「지속가능한 발전」(Sustainable Development)의 개념을 의미하고 있다. 영속적이고 환경에 적합한 발전의 전형(Leitbild)은 일방적인 「진영사고」(Lagermentalitäten)를 극복하는데 유용하다. 그러한 전형과 더불어 복합적 작용구조는 생태적 체계를 의미할 뿐만 아니라 현대적인 경제적·사회적 체계를 의미하는 바와 같이, 그것은 서로 연결되어 있고 또한 기능을 수행할 수 있는 전체가 되어진다. 결국 이루어져야 할 통합의 실행은 사회의 근본적인 생존 및 발전의 조건(Überlebens- und Entwicklungsbedingungen)을 현재 포함하고 있는 전형들을 통해서만 보장될 수 있다. 의문의 여지없이 생태적 위기의 본질적인 원인인 경제적·사회적·생태적 발전의 상호괴리는 격리된 고찰방법의 극복에 의해서만 저지될 수 있다.<sup>9)</sup>

지속가능성 및 삶의 터전으로서의 자연의 논쟁의 긍정적인 측면은 이미 오늘날 확인가능하다. 즉, 지금까지의 환경정책의 주요한 딜레마, 요컨대 지나치게 방어적·사후배려적인 특성은 드디게 극복되고 있다. 전형논의는 전형들의 수단화가능성 내지 목적형성과정의 적절한 조직에 관하여 격렬한 법학상의 논쟁을 불러 일으켰다는 것이 부가된다.

### III

지속성과 삶의 터전으로서의 자연은 현대 입헌국가(Verfassungsstaat)가 수용해야 하고 또한 서로 조절해야 하며, 또는 유르겐 미텔슈트라스(*Jürgen Mittelstraß*)가 묻고 있듯이 이러한 상황에서 철학의 시간이 부딪치는 두 개의 전형인 것인가?<sup>10)</sup> 철학자는 생물학자보다 더 현명하지 못하고 또한 윤리적 원칙들(환언하면: 규범적인 지식)은 자연의 매커니즘에서 도출될 수 없다. 정확하게 이해된 철학

9) Vgl. Umweltgutachten 1996, BT-Dr. 13/4108, Tz. 4.

10) Ökologie und Ethik - zur philosophischen Verbindung zweier Leitbilder, in: Steinmann/Wagner (Hrsg.), Umwelt und Wirtschaftsethik, 1998, S. 21.

은 고유한 전형권한(Leitbildkompetenz)을 필요로 하지 아니한다. 오히려 철학은 방법적인 처리의 개념적·구상적인 어려움이 존재하는 곳이다.

환경목표(Umweltzielen)의 형성과 환경기준의 확정에 있어서 긴요한 것은 자연 자체에서 끄집어 내어진 질서가 아니라 인간이 어떠한 환경에서 살고자 하고 또한 살아야만 하는가 하는 물음에 반응하는 협정이다.<sup>11)</sup>

국가목표론(Staatszwecklehre)으로부터는 환경에 대한 국가의 책임의 규범적 정당화(Begründung)는 거의 획득할 수 없다. 국가의 과제를 단지 경험적·역사적으로만 확립하였던 게오르그 옐리네크(*Georg Jellinek*)의 이론의 본질은 (옐리네크는 국가목표의 개념을 사용하였다) 거의 부인할 필요가 없다. 때문에 또한 하소 호프만(*Hasso Hofmann*)의 역사적 정당화도 (이 또한 달리 이해될 수 없는) 바로 체제유지(Systemerhaltung)를 위한 시도의 서술에 다름 아니다.

결국 비생산적인 국가과제 내지 국가목표론보다 더 중요한 것은<sup>12)</sup> 「산업사회의 국가」에 있어서 에른스트 포르스토프(*Ernst Forsthoff*)에 의해서 제기되고 또한 여전히 당면한 문제, 즉 기술적 과정(technischer Prozeß)을 그것의 진보에 내재하는 조건들에 위임하는 것이 아니라 그것에 한계를 설정하는 기관을 생각할 수 있는지 여부의 문제이다. 포르스토프에 따르면 고려할만한 유일한 기관은 국가이었다. 물론 포르스토프는 국가가 기술과 동일시되는 것 또는 국가가 기술적 진보를 제어하는 것이 부적당한 것으로 증명된 것을 더욱 그럴 듯한 것으로 생각하였다.

국가과제의 민주적인 탈한계(Entgrenzung)는 환경과 결부되어 있는 모든 문제들을 잠재적으로는 국가에 부과되어 있는 정치적인 문제로 만든다는 것이 유지될 수 있다. 국가는 규범적인 것으로의 도약, 즉 국가는 헌법, 단순한 제정법 또는 그 밖의 규범적인 현재고에 있어서의 상응하는 확정을 통해서 일정한 과제를 해결할 것인지 여부를 결정한다. 따라서 자유주의적·민주적 법치국가의 이념은,

11) Mittelstraß, a.a.O., S. 21.

12) So auch R. Herzog, Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR III, 2. Aufl. (1996), § 58, Rdnrn. 1 ff.

중요한 문제들은 의식적으로 사회적 과정에 맡겨져 있기 때문에 또는 규율에 적합하지 않거나 규율을 필요로 하지 않는 것으로 생각되기 때문에, 중요한 문제들도 규범적으로 미처리되어 있다는 것을 함의하고 있다.<sup>13)</sup>

#### IV

법은 그것에 고유한 관철의 힘, 그것의 자극메커니즘 및 제재메커니즘에 의해 환경에 대한 인간 내지 국가의 책임에 권위를 가지게 하기 위한 불가결한 수단이다. 현대의 민주적 입헌국가의 규제장치는 다수의 결정(Mehrheitsentscheidung)의 헌법합치라는 요건하에서 그것의 구속성은 물론 동시충성(gleichzeitige Loyalität)의 경우에 각각의 다수의 결정에 대한 소수의 이의권을 형성하고 또한 가능하게 하지 않으면 안 된다. 따라서 법과 정치는 윤리적인 요구들로부터 자유롭지 못하다. 양자는 헌법질서에 구속되어 있다. 헌법질서는 인간존재의 순수하게 윤리적인 기본가치, 처분불가능성 및 책임능력의 표현이다.<sup>14)</sup>

자연적 생활기반(natürliche Lebensgrundlagen)의 보호에 대한 국가의 의무화는 유럽국가의 일련의 헌법들에 있어서, 그리고 쾌적한 환경(gesunde Umwelt)의 보호를 사권의 보호영역에 포함시켰던 인권에 대한 유럽재판소의 판결에 있어서 상이한 형태로 발견된다. 그러나 환경의 보호에 관한 국가의 헌법규정들보다 더욱더 중요한 것은 단일유럽협정(Einheitliche Europäischen Akte) 이래 조약에서조차도 발견되는 유럽공동체법(Europäisches Gemeinschaftsrecht)의 규정들이다. 이 경우에, 유럽공동체조약(EGV) 제130r조 제2항 제2문의 횡단조항(Querschnittsklausel)은 특별히 중요한 바, 그것에 의하면 환경보호의 요건들은 공동체의 그 밖의 정책의 구성요소이다. 이러한 생태적인 傳導벨트(Transmissionsriemen)에 의해 조약

13) 윤리적·사회적 제가치의 법적 확정의 한계에 대해서는, Vgl. Walter Leisner, in: Staat, Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957 bis 1991 (hrsg. von Isensee, 1994), S. 25 ff. (Erstveröffentlichung 1970).

14) Umweltgutachten 1994, a.a.O., Tz. 63.

의 여러 가지의 개별정책들은 통일적생태적인 사고의 의미에서 서로 그물모양으로 결합되어 있다. 조약의 환경정책적 목적(유럽공동체조약 제130조 제1항)은 생태적인 현상상태(status quo)의 보존을 능가한다. 그것들은 환경질의 개선을 명백히 포함하고 있다. 그것에 의해 환경정책은 진보적인 구성요소를 획득한다. 환경보호는 형성의 지시(Gestaltungsdirektive)로 된다. 조약은 환경정책은 우선 환경침해가 결코 발생하지 않도록 행해져야 한다는 사전배려의 원칙(Vorsorgeprinzip), 환경침해는 가능한 한 근원 자체에서 극복되어야만 한다는 根源의 原則(Ursprungsprinzip), 그리고 끝으로 비용귀속의 원리(Kostentragungsgrundsatz)를 포함하고 있는 원인자부담의 원칙(Verursacherprinzip)과 같은 구체적인 원칙들의 전환에 대해서 규정하고 있다. 이미 단일유럽협정(1986)의 조약문언에서 공동체법은 「최선의 환경보호」(bestmöglichen Umweltschutz)<sup>15)</sup>라는 법이념을 포함하고 있다고 말할 수 있다. 아마도 1999년에 비준될 암스테르담조약의 조약문언은 더욱 명백하다. 제2조에는 공동체를 위한 책무규정(Aufgabenbestimmung)에서 「경제생활의 조화롭고 균형잡힌 지속적인 발전, 「높은 수준의 환경보호와 환경질의 개선」이 언급되어 있다. 제6조에 의하면 환경보호의 요건들은 특히 지속적인 발전의 촉진을 위해서 개별적인 공동체의 정책 및 조치를 확정하고 또한 실행하는 경우에 포함되지 않으면 안 된다. 이와 같은 조약의 새로운 문언에 의해 유럽공동체는 최종적으로 경제·통화연합으로부터 환경연합(Umweltunion)으로 발전하였다. 이것을 위해 불가피한 조화가 한창 진행 중이다.

## V

연방국가는 일찍이 상응하는 권한조항(Kompetenzartikel)(자연보호, 수관리, 폐기물관리, 대기정화)에 의해 환경보호라는 국가과제를 헌법의 차원에서 고려하였다. 기본법은 본래의 환경권(Grundrecht auf Schutz der Umwelt)을

15) 기본적으로는, W. Kahl, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993.

포함하고 있지는 않지만, 자연환경의 구성부분인 법익에 대해서는 가령 생명·신체의 불가침권 및 재산권보장과 같은 기본권보호가 주어져 있다. 그러나 방어권(Abwehrrechten)으로서의 기본권이론은 더 이상 거의 도움이 되지 아니한다. 따라서 대기오염에 의해 자신의 수목의 현재고(Baumbestand)가 줄어들고 또한 자신의 소유권으로써 이러한 오염에 대항하는 조림업자는 일반적인 이익도 가지고 있다. 그러나 그는 누구에게 물어야만 하는가? 누적된 에미시온(Emissionen)이 손해를 야기하는 시설을 허가한 국가에 물어야만 하는지 아니면 그가 직접 시설사업자에게 조치를 취해야만 하는가? 이 경우에 조림업자는 곧 기본권도그마틱(Grundrechtsdogmatik)의 한계에 부딪치는 바, 왜냐하면 한편에서는 기본권은 단지 국가에 대해서만 타당하고, 다른 한편에서는 시설사업자는 자신의 재산권보장으로부터 오염권(Verschmutzungsrecht)을 주장하기 때문이다. 해결의 가능성은 단지 암시적일 수밖에 없다. 가령 명백히 환경에 유해한 행위는 자유권의 보호영역으로부터 벗어나 있다는 견해는 설득력이 있다. 또한 대기, 수 및 토양과 같은 환경매체는 공공재(öffentliche Sachen) 내지 집합재(Kollektivgüter)로서 간주되고 또한 연방헌법재판소의 판결이 수의 이용에 대해서 승인한 바와 같이 관리체계(Bewirtschaftungsregime)하에 두어질 수 있을런지도 모른다.<sup>16)</sup> 그러나 이와 같은 구성은 곧 그 한계에 부딪치고, 자유입헌국가는 스스로 단념하지 않을 것이다. 입법자에게는 공공재 또는 공법상의 관리체계의 형성을 통해서 기본권적인 자유의 행사의 영역으로부터 임의의 생활영역을 끄집어내는 것은 허용되어 있지 아니하다. 형식적인 요건, 내용적인 논증의 부담 및 형량규정을 가진 한계도그마틱(Schrankendogmatik)을 일반적으로 다른 사람의 권리를 침해하는 개개인의 행위는 원래부터 기본권의 보호영역에 속하지 않는다는 구성으로 대체시키는 것은 어떠한 경우에도 불가능할 것이다.<sup>17)</sup>

그러므로 환경보호라는 테마에 대한 결정적인 헌법상의 규정은 기본법 제20a

16) 상세는, Reiner Schmidt, Umweltschutz durch Grundrechtsdogmatik, in: Festschrift für Hans F. Zacher, 1998, S. 947 ff.

17) 전체적으로는, Vgl. R. Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 118 ff.

조이다. 이것에 의해 헌법은 환경보호라는 테마를 프로그램문(Programmsatz)으로 수용하고 있다는 것뿐만 아니라 국가활동에 대해서 법적 구속력을 가진 환경보호의 책무의 고려 및 실현을 규정하고 있다는 것이 명백히 된다. 기본법이 암시하고 있는 「자연적 생활기반」이 그것이며, 또한 자연적 생활기반은 「장래세대에 대한 책임을 다하기 위해서도」 지켜지지 않으면 안 된다. 동물의 생활권(Lebensräume), 자연과 경관, 대기 및 수와 같은 보호이익들은 기본권적인 개인보호(Individualschutz)에 의해서 측면지원되지 않는 방법으로 고려된다.

국가목표규정 환경보호(Staatszielbestimmung Umweltschutz)는 우선 입법자에 지향되어 있다. 자명한 구체적 형성 또는 구체화의 유보(Ausgestaltungs- oder Konkretisierungsvorbehalt)가 바로 문제이다. 어쩌면 있을 법한 그 밖의 국가과제에 대한 환경보호의 우위에 대해서는 헌법은 아무것도 언급하고 있지 않다. 입법자는 「환경」이라는 소재의 특이성으로 인하여 불확정법개념, 재량권규정 및 계획상의 결정여지(planerische Entscheidungsräume)의 인정을 사용하지 않으면 안되기 때문에, 행정에는 불가피하게 폭넓은 적용의 여지(Anwendungsspielraum)가 남겨져 있다.

그렇지만 입법자와 행정간의 경계보다 더욱 결정적인 것은 국가와 시민 또는 그 밖의 것간의 경계에 향해 있다. 즉, 환경보호의 영역에 있어서 국가의 제어가 능성이 전반적으로 작동할 수 없다는 것이 명백하게 된 경우, 그에 따라 제어수단(Steuerungsmittel)이 개선되어질 수 있는지의 여부 또는 사회, 즉 시민에 의한 자기규제(Eigenregulierung)가 더 많이 주어져야만 하는지의 여부라는 문제가 제기된다.

## VI

그러나 훨씬 더 원칙적인 것은 대의제(Repräsentativsystem)가 생활기반의 지속적 보장이라는 과제를 잘 처리할 수 있는지의 여부 및 그것을 어느정도까지

할 수 있는가 하는 문제이다. 이 점에서 현대민주주의의 적지 않은 현상형태에 대한 발트 라이스너(*Walter Leisner*)의 근본적인懷疑는 완전하게는 받아들여질 수 없다.<sup>18)</sup> 의회에서 새로운 지도원리(*Führerprinzip*)가 넓어지고 있는가, 정당수뇌부가 조직되어 있어 나머지 국회의원들은 무의미한 것으로 전락되어 있는가에 따라 분석을 나누는 경우, 제도적으로 강구된 새로운 절차를 통해서 「대의제도(*Repräsentativverfassung*)의 기능부진」(*Jürgen Habermas*)에 대하여 반대행동을 취하는 것은 더욱 절박하게 된다. 장기적 이익의 보장 및 후속세대의 필요의 고려의 영역에 있어서는 장래적 발전의 지각가능성을 개선하는 것 및 지속성의 정책의 공동재성격(*Kollektivgutcharakter*)을 위해서 정치적 과정의 체계내재적인 개선을 형성하는 것이 특히 중요할 것이다. 그렇지만 그 경우에, 개별이익, 집단이익 및 단체이익간의 곤란한 형량과정을 객관적인 공공복리발견(*Gemeinwohlfindung*), 가령 전문가로 대체하는 것이 목적일 수는 없다.<sup>19)</sup> 물론 (조언기능, 거부권 등을 가진) 고문회제도(*Beiratswesen*)의 개별적 형성이 결정적이지 않은 경우에 독립전문가위원회의 확실한 행위를 확보해 두는 것은 바로 장기적 관점의 확보를 위해 고려할 만하다.<sup>20)</sup> 그 동안에 전문적 지식이 민주적으로 이론의 여지가 없는 방법으로 제도적으로 어떻게 조직되고 또한 방호될 수 있는가에 대한 충분한 인식이 존재한다. 전체경제발전의 감정을 위한 전문가위원회(*Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*) 및 환경문제전문가위원회의 경험은 보조의회(*Nebenparlamenten*)의 형성을 통해서 대의제의 그 이상의 저하를 회피함과 동시에, 입법부 구성원의 노골적인 재선이해와 마찬가지로 너

18) Vgl. nur Walter Leisner, *Die Demokratie*, 1998, S. 612 ff.; ders., *Demokratische Anarchie*, 1982, S. 208 ff.

19) So auch R. Steinberg, a.a.O., S. 340 f.

20) 전체적으로는, Vgl. W. Brohm, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR II*, 1987, § 36. 유럽환경위원회(*Europäischen Umweltrat*)의 제안에 대해서는, H. Ch. Binswanger, *Europäische Umweltunion*, GAIA 1994, Heft 3, S. 2 ff.; 비판적인 것으로는, H. W. Rengeling, *Zum Umweltverfassungsrecht der Europäischen Union*, in: *Verfassungsrecht im Wandel*, Festschrift zum 180-jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG, 1994, S. 469 ff.

무나 짧은 의회기(Legislaturperiode)의 소모가 경감될 수 있는, 가능한 한 특질이 있고 독립적인 조인을 보장하기 위해 어떠한 기본요건이 주어져 있지 않으면 안되는 것 인가를 보여준다. 다음과 같은 것들이 전문적인 자문위원회(Beratungsgremien)의 기본요건에 해당할 것이다. 즉, 명백한 행동위탁(Handlungsauftrag)을 가진 법률상의 근거, 보다 긴 선임기간(6년~8년), 전속된 재직기간, 재선의 금지, 대규모적인 인적인 사례지급, 학술보조원 및 성능이 좋은 사무실을 가진 설비, 그리고 등급이 높은 선임절차. 후속세대에 대한 특별한 책임에 비추어 장래세대의 이익의 옹호를 위해 장기적 책임의 옹호를 위한 일련의 제도들이 제안되는 것은 이상한 것이 아니다.<sup>21)</sup> 스위스에서는 이미 연방차원에서는 물론 칸톤차원에서도(Kanton St. Gallen) 지속위원회(Nachhaltigkeitsrat)가 설치되어 있다. 이 위원회의 일반적인 목적은 전체적이고 그물모양으로 결합된 사고를 더욱 장기간에 걸쳐 일관되게 정책에 반영시킬 수 있는데 있다. 환경문제의 해결은 경제적 성장의 확보라는 과제의 의의보다 결코 못하지 않은 숙명적 문제(Schicksalsfrage)이기 때문에, 환경문제전문가위원회는 적어도 전체경제발전의 감정을 위한 위원회와 같이 유지되어야 할 것이다. 즉 개별적으로는, 그 구성원은 연방정부의 제안으로 연방대통령에 의해서 적어도 6년 동안 임용되어야 할 것이고, 환경위원회의 활동을 위한 법률상의 근거에는 정확한 책무규정이 받아들여져야 할 것이며, 그리고 전속된 재직기간에 의해서 이른바 「해고」가 불가능하여야 할 것이다. 미국의 모델에 따른 경제자문위원회(Council of Economic Advisers)와는 달리, 환경문제전문가위원회는 정부에 대한 보조기능(Hilfsfunktion)에 제한될 것이 아니라 의회에 대한 장기적 책임을 위해 객관화, 통합 및 통제를 위한 정부에 의해서 위탁된 기관으로서 환경법상의 수단의 형성 및 운용을 위한 기초를 제공하여야 할 것이다.

환경위원회라는 비판적인 기관은 다원적인 작용반작용으로 그렇지 않으면 실

21) Vgl. nur C. F. Gethmann/M. Kloepfer/H. G. Nutzinger, Langzeitverantwortung im Umweltstaat, 1993. Vgl. auch § 63 des Entwurfs der unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), 1998.

패했을런지도 모르는 공공복리이익을 공식화하고 또한 공중에게 알리는데 기여할 수 있다. 올라야 하는 산마루는 폭이 좁다. 한편에서는, 확실한 기초에는 공중과 정치에게 판단의 형성을 가능하게 하기 위한 야심찬 목표가 두어져 있지 않으면 안 된다. 다른 한편에서는, 공중에게 단지 거절만을 야기하게 되고 또한 위원회의 평판에 해로울런지도 모르는 너무 광범위한 목표가 공식화되어서는 안 된다.

## VII

역방향의 기본권적 가치 및 공적·사적 법익의 적절한 관계를 확립함에 있어서 입법자에게 전문적 조언에 의해서 대체되어질 수 없는 사정·평가 및 형성의 여지(Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielräume)가 당연히 주어진다. 이것은 의문의 여지가 없다. 따라서 때때로 하자있는 실체적 규준의 代償으로서 간주되는 절차적 요건이 결부되어 있다. 인식에 관한 불확실성 및 평가의 충돌에 직면하여 환경법에 있어서는 환경목표와 환경기준의 확정 과정에 관하여 전세계에 걸치는 논의가 진행되고 있는 것은 우연은 아니다. 우리들은 문제는 환경목표의 정책적 프로그램을 법적으로 포섭하는데 있지 않다는 것에 광범위하게 일치하고 있다. 오히려 법적 구속을 통해서 정책적 합리성이 높아져야만 하고 또한 장기간의 과정을 위한 標識들은 경제와 사회의 영속적이고 환경에 적합한 발전을 위하여 사용되어야 한다.<sup>22)</sup> 또한 「규칙제정」(rule making)의 미국의 실무는 결정 절차가 어떠한 의미를 가지는가를 기준설정(Standardsetzung)의 절차에서 표명하였다. 그것은 기준의 권위, 그것의 수용과 아울러 준수에 영감을 미치는 절차의 형성(Verfahrensgestaltung)이다. 과학적 공언의 모든 불확실성에도 불구하고 적어도 부주의한 잘못과 잘못된 수치결정(Fehlgewichtungen)은 회피되어야 한다. 요약하여 말하면 한계치(Grenzwerten)의 정당성은 결과에 존재하는 것이 아니라 절차에 존재한다.<sup>23)</sup> 그렇다면, 한편에서는 자연과학과 의학간

22) Vgl. E. Rehbinder, Festlegung von Umweltzielen, NuR 1997, S. 313 ff.

의, 다른 한편에서는 정치와 법간의 논의에서 형량의 과정(Abwägungsprozeß)이 상이한 결과를 가져올 수 있다. 바로 그래서 민주주의에 있어서는 하나의 유일한 지속성만이 존재하는 것은 아니다.

민주주의국가는 정당하고 유익한 인간상호 및 자연적 생활기반의 유지를 보장하는 질서를 형성하도록 요청되고 있다. 그러나 그것은 또한 인간의 자유의 처분불가능성을 지키는 것, 다시 말하면 민주주의국가는 자기결정(Selbstbestimmung) 및 인격의 자유로운 발현에 대한 개개인의 권리를 보장할 의무를 지고 있다. 이 점에서 법의 명백한 한계 및 고유한 윤리적 도전이 나타난다.<sup>24)</sup> 즉, 법을 통해서 보호된 개인의 자유는 항상 남용될 수 있으며, 법은 동시에 이러한 자유를 제거하지 않고서는 이것을 저지할 수 없다. 바로 이 때문에 법과 함께 에토스(Ethos), 즉 의식적으로 살아 있는 개인의 도덕은 불가결하다. 자유가 책임의 측면에 있어서 개인의 자유로서 파악될 수 없다면 자유는 유지될 수 없다. 사회의 동시대의 사람들 및 자연환경에 대한 책임이 순수하게 법학상의 지위로 경감되어서는 안 된다. 또한 최선의 법은 지구(blauen Planet)를 지키는 데만 기여할 수 있을 것이다.

23) So v. Lersner, Verfahrensvorschläge für umweltrechtliche Grenzwerte, NuR 1990, S. 193 ff. (197).

24) 같은 견해에 대해서는, Sachverständigenrat für Umweltgutachten 1994, a.a.O., Tz. 46.

<Zusammenfassung>

## **Ethik, Recht und Umweltschutz in der Demokratie**

Han, Kwi Hyeon

Die Umweltfrage ist als eine Frage der Menschenexistenz heute sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene eine der wichtigsten Aufgabe geworden.

Das "Projekt der Moderne" ist mit schweren negativen Nebenfolgen verbunden. Der Fortschritt geht zu Lasten der Natur. Demnach könnte als Fortschritt nur noch bezeichnet werden, was von den Bedingungen der Natur mitgetragen wird. Oder genauer: Fortschritt und Kultivierung der menschlichen Lebenswelt stehen unter unabdingbar zu respektierenden Regulativen, die die Natur selbst vorgibt. Gerade in der Erkenntnis dieser Regulative und der hieraus abzuleitenden ethischen Grundlagen für ein dauerhaft-umweltgerechtes Handeln liegen offenkundig erhebliche Defizite. Somit ist die Umweltethik des sachgerechten Stands erforderlich.

Auf der anderen Seite setzt das Umweltrecht, das den Umgang mit der Natur in verbindliche Regelungen mit Durchsetzungsmacht gießt, Moral voraus. Die vom Menschen festgelegte Regeln sind insofern ethisch orientiert, als sie der personalen Würde des Menschen, den Grundrechten und den Strukturprinzipien des demokratischen und sozialen Rechtsstaats zu folgen haben. Hier zeigt sich eine deutliche Grenze des Rechts und die eigentliche ethische Herausforderung.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich intensiv mit dem Thema "Ethik, Recht und Umweltschutz in der Demokratie". Ferner bietet die Arbeit die notwendige Umweltethik in modernem demokratischem Staat, in dem der Umweltschutz eine der wichtigsten Aufgabe darstellt, und insbes. eine Möglichkeit

der Lösung des Problems eines sog. "Versagen der Repräsentativverfassung" an. Somit kann die Arbeit für Umweltschutzpolitik als bedeutsam angesehen werden.

주 제 어 : 결합의 사고, 대의제도, 생태중심, 인간중심주의, 지속위원회, 환경법, 환경보호, 환경연합, 환경윤리

Keywords : Anthropozentrismus, Nachhaltigkeitsrat, Ökozentrismus, Repräsentativverfassung, Umweltethik, Umweltschutz, Umweltrecht, Umweltunion, Vernetzungsgedanke