

Die jetzige verfassungsrechtlichen Umweltschutzpflichtsklausel ist eine Staatzielklausel, die Ausführung der Staatsaufgabe als ein Umweltstaat beim Staat zu verordnen. Daraus folgt das Prinzip zum Umweltstaat.

Die Handlungsraumsgrenze der Legislation über die Erfüllung des Staatspflicht zum Umweltschutz wird nach dem Prinzip zum Umweltstaat streng bestimmt.

Für die Verwirklichung des Umweltstaatsprinzips zum Zweck des Umweltinteresses als des objektivierte Wert sind verschiedene methodischen Prinzipien und Wesen erforderlich.

주 제 어 : 사회변동, 헌법해석, 환경권, 환경국가, 환경국가원리

Keywords : Sozialen Wandel, Verfassungsinterpretation, Umweltrechte, Umweltstaat, Umweltstaatsprinzips

<Zusammenfassung>

Sozialen Wandel und Methoden der Verfassungsinterpretation
- Bündelung über eine jetzige verfassungsrechtlichen Umweltschutzklausel -

Han, Sang Woon

Einfällt der Regelungsbereich einer Rechtsnorm infolge sozialen Wandels, dem gilt zwar die Norm Weiterhin, es gibt aber keine Anwendungsfälle mehr. Dieser Fall kann vor allem bei einem Wertwandel eintreten. Sie hat sich angewöhnt, Rechtsnormen nicht mehr als einpolig zu verstehen und mit ihrem Text zu identifizieren und nur entweder geschichtliche oder logische und grammatikalische Deutungsmittel zuzulassen, sondern den Zweck, den eine Norm verfolgt, als zweiten Bestandteil von Rechtsnormen anzuerkennen. Alle neuen Methodenlehren sind in der einen oder anderen Form teleologisch ausgerichtet. Damit wird eine Dynamisierung der Auslegung erreicht, welche die interpretative Anpassung von Normen an veränderte Verhältnisse erleichtert.

Das Umweltproblem wird zum einen ein Problem des "Umweltgrundrechtsschutzes" als ein subjektives Recht und zum anderen ein Problem des "Umweltschutzes" als einer objektivierte Wert unterscheidet.

Nach bisherigen Rechtsauslegungslehren ist das Problem des Umweltgrundrechts als ein subjektives Recht im Mittelpunkt gestanden.

Aber heutzutage wird die Diskussion über den Umweltschutz als die Lebensgrundlage für die Gemeinschaft zur geeigneten Maßnahmen gegen das Umweltproblem mehr wichtiger als das Umweltgrundrechtsschutz als ein subjektives Recht geworden.

Darüber hinaus ist die Rechtlehre über die Erfüllung der Staatspflicht erforderlich, um das Umweltschutz als den objektivierten Wert zu gewährleisten.

1945, Oxford Journal of Legal Studies Vol.25(3), 2005.

H. Jefferson Powell, The Original Understanding of Original Intent,
98 Harv. L. Rev. 885, 1985.

Richard B. Saphire, Enough About Originalism, 15 N. KY. L. Rev.
513, 1988.

Antonin Scalia, A Matter of Interpretation, Princeton, 1997.

Carl Talbot, Deep ecology, Encyclopedia of Applied Ethics Vol.1,
Sandiego: Academic Press, 1998.

- _____, Staatsrechtliche Vorlesungen, Bernd Schlüter(Hg.), Berlin: Duncker & Humblot, 2004.
- Herbert Marcuse, Der eindimensionale Mensch, Neuwied/Berlin, 1967.
- Fr. Müller, Normstruktur und Normativität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungs- interpretation. Berlin: D&H, 1966.
- _____, Juristische Methodik. 6. Aufl., Berlin: D&H, 1995.
- Walter Ott, Der Rechtspositivismus, 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- R. Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1. Aufl. Suhrkamp, 1998.
- Michael Stolleis, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 1989.
- Wyduckels, Normativität und Positivität des Rechts, Krawietz-Festschrift, 1993.
- Gregory Bassham, Original Intent and the Constitution: A Philosophical Study, Rowman & Littlefield, 1992.
- R. Brian, American Legal Realism, Oxford: Blackwell, 2003.
- Daniel A. Farber, The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed, 49 Ohio St. L. J. 1085, 1989.
- Thomas Grey, Do We Have an Unwritten Constitution? 27 Stan. L. Rev. 703, 1975.
- Aldo Leopold, The Land Ethic, M. E. Zimmerman et al. (ed.), Environmental Philosophy, Englewood Cliffs, N. J: Prentice Hall, 1993.
- Stanley L. Paulson, The Theory of Public Law in Germany 1914-

- 洪性邦, 『環境保護의 法的 問題-獨逸의 憲法과 行政法에 있어서의 環境 保護를 중심으로-』, 서강대 출판부, 1999.
- _____, 『憲法學』, 현암사, 2002.
- M. Bookchin, 문순홍 역, The Philosophy of social Ecology(1995), 『사회 생태론의 철학』, 숲, 1997.
- Robert Alexy, The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism, trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 2002.
- Annette Brockmöller, Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland, Baden-Baden: Nomos, 1997.
- Andreas Funke, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- Dieter Grimm, Verfassungsrecht und sozialer Wandel-Überlegungen zur Methode der Verfassungsinterpretation-, 서울대학교 법학 제42권 제3호, 2001.
- Norbert Hoerster, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, Mainz, NJW 1986.
- H. Hofmann, Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz, in: Umweltstaat, hrsg. v. M. Klopfer, Springer-Verlag, Berlin u. a., 1989.
- E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW, 1989.
- _____, Auf dem Weg zum Umweltstaat, in: Umweltstaat, M. Klopfer(Hrsg.), Springer-Verlag, Berlin u. a., 1989.
- M. Klopfer, Entwicklung und Instrumente des deutschen Umweltrechts, 공법연구 제25집 제2호, 한국공법학회, 1997.
- Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1911, vol. 1, ix.

참고문헌

- 강희원, “法の 綠色化와 綠色法學 -人間中心的 法理論의 反省과 環境法哲學의 基礎定立을 위하여-”, 『경희법학』 제29권 제1호, 경희법학연구소, 1994.
- 高文炫, “환경권”, 『토지공법연구』 제13집, 한국토지공법학회, 2001.
- 權寧星, 『韓國憲法論』, 법문사, 2003.
- 金東熙, 『行政法II』, 博英社, 1999.
- 金元圭, “環境權과 行政上 救濟”, 栗山 韓泰淵 博士 回甲記念論文集, 1977.
- 金哲洙, 『憲法學概論』, 박영사, 2003.
- 金春煥, “公權의 環境權理論”, 『公法研究』 제29집 제2호, 한국공법학회, 2002.
- 金炯盛, “헌법상 환경규정의 규범적 의의”, 『環境法研究』 제26권 4호, 한국환경법학회, 2004.
- 文鴻株, 『韓國憲法』, 해암사, 1990.
- 朴秀赫, “地球環境時代·環境自治時代に 있어서의 한국의 環境法政策의 문제점과 개선방향”, 『공법연구』 제25집 제2호, 한국공법학회, 1997.
- 박이문, 『더불어 사는 인간과 자연』, 미다스북스, 2001.
- 吳虎澤, “憲法政策論의 概念과 課題”, 『安岩法學』 제1호, 1993.
- 윤용택, “환경철학에서 패러다임 전환에 대한 고찰”, 『철학연구』 제82집, 대한철학회, 2002.
- 李富夏, “독일에서의 憲法解釋의 방법론”, 『공법연구』 제32집 제4호, 한국공법학회, 2004.
- 전광석, 『환경권의 공법적 실현, 환경오염의 법적 구제와 개선책』, 小花, 1996.
- 鄭克元, “기본권으로서 환경권과 국가목적규정으로서의 환경권”, 『공법연구』 32집 2호, 한국공법학회, 2003.
- 趙銀來, “환경권의 법적 성질에 관한 연구”, 『비교법학』 제11집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2000.
- 許營, 『韓國憲法論』, 박영사, 2002.

위기에 대하여 생태주의자나 환경운동가의 주장에 편승해서 過大評價해서도 안되지만 過小評價해서도 안된다. 어느 경우이든 민주적 법치국가의 종말을 야기한다는 점에서는 마찬가지이기 때문이다. 이것은 오늘날 國家目標로서 環境保護가 요구되는 이유이며, 더 나아가 환경보호는 현대적 憲法國家의 存在를 규정짓는다는 점에서 國家의 存立目的으로서도 永久的이다.

에 의하여 판단되리라고 본다. 이와 같은 결과에 대한 논증은 환경에 관한 사회변화로 인한 헌법 제35조에 관한 헌법해석을 변경하는 주된 根據가 된다. 다만 이와 같은 결과지향적 도그마틱은 법적용 영역을 일탈하여 법정책 영역으로 빠져 들어간다는 批判이 있다. 그러나 이러한 헌법해석의 기준은 어떤 결과가 규범목적에 보다 접근되어 있는가 또는 규범 목적을 보다 양호하게 실현하는가의 문제이므로 결과에 대한 평가자체도 規範目的에 의하여 統制된다는 점에서 여전히 法的領域에 머물러 있다고 본다.⁵⁵⁾

또한 이와 같은 해석의 결과가 未來에 나타나고 假定的으로 확인될 수밖에 없어 불확실하다는 점이 문제가 될 수 있다. 이것은 환경과 관련된 패러다임의 변화 등 一般의 事實이나 환경문제의 科學技術關聯性에 따른 복잡한 구조, 그리고 장기적 발전과 미래상황에 대한 예측의 불확실성에서 오는 법학 방법론의 한계에서 비롯되는 본질적인 문제이다. 이와 같은 법학 방법론의 한계는 사회변화에 대한 해석론적 대응을 포기하고 規範目的을 달성하지 못하는 결과를 받아들일 것인가, 아니면 논증할 수 없는 숨겨진 현실을 추정을 통하여 憲法解釋에 適用할 것인가의 선택의 문제에 봉착하게 된다. 다행히 대부분의 현실분석은 경험적 지식을 통하여 常識적으로 접근할 수 있으며 社會變動에 관한 假定은 그런 점에서 설득력을 가질 수 있다.⁵⁶⁾

더구나 환경에 관한 憲法現實이나 未來의 豫測이 극도의 環境惡化를 상징하고 있다면, 환경보호를 위한 강력한 국가의 환경정책은 生態獨裁를 불러올 수 있다. 이로 인하여 국민의 자유는 엄격한 환경통제를 받을 수밖에 없고 이것은 警察國家일 수밖에 없다. 인간의 생존기초인 환경이 극도로 악화되어 생존 자체가 어려운 경우에는 헌법이 이를 허용하는지 여부를 떠나 현실적으로 국민도 이를 받아들일 수밖에 없다. 문제는 이와 같은 극도의 環境惡化를 事前에 豫防하는 것만이 民主的 法治國家의 틀을 유지할 수 있는 유일한 방법이며 이것이 헌법상 요구하는 生態的 環境國家의 본질적 과제이기도 하다. 따라서 환경국가는 생태적 환경

55) Dieter Grimm, Verfassungsrecht und sozialer Wandel, S. 195.

56) A.a.O., S. 197 ff.

라서 환경기준은 사전에 未來豫測을 바탕으로 마련되어야 한다. 그리고 事前豫測 및 科學技術 자체가 내포하고 있는 불확실성으로 인하여 環境國家라 하더라도 완전한 환경침해방지나 환경위험의 제거는 불가능하므로 殘存危險을 감수하여야 한다.

그리고 과학기술의 발전은 국가적 영역보다도 사회적 영역에서 주도된다는 점에서 一方的인 國家主導의 환경기준의 설정은 설득력이 낮으며, 따라서 社會와의 協力을 기본원칙으로 할 수밖에 없다. 환경기준의 설정시 社會가 보유하고 있는 과학기술적 전문지식을 고려할 때, 科學技術的 專門人의 참여는 필수적이다. 다만 이들이 환경악화의 책임을 부담하여야 하는 단체에 소속된 경우에는 환경기준을 설정하기 위한 입법과정에서의 참여를 제한할 필요성이 있다는 점에서 구체적 입법절차에 관한 규정이 事前에 마련될 필요성이 있다.

또한 환경보호를 위하여 국가의 直接的 規制手段인 일방적인 명령과 통제도 필요하지만 이외에도 효과적 환경정책수단으로서 고려될 수 있는 것으로는 환경보호를 위한 社會의 參與를 유도할 수 있는 제도의 도입 및 私的領域에서 市場機能 등 자율에 맡길 필요가 있다(環境保護의 社會化). 다만 환경보호의 社會化(Vergesellschaftung)의 정도와 한계는 헌법이 허용되는 범위내에서 입법자에게 留保되어 있다.

그리고 환경기준의 설정이 현재의 科學技術의 最大值를 반영하여야 하는가 하는 문제가 있을 수 있지만 이와 관련해서는 반드시 그럴 필요는 없다. 그 이유는 현재의 도달가능한 과학기술의 最大值를 環境基準으로 설정하는 경우에는 환경보호의 實現에는 有益하지만 이것은 직업의 자유나 재산권 등 헌법상 보장되는 다른 價値에 대한 필요이상의 過度한 制限으로 나타날 수 있기 때문이다.

VI. 結論

환경에 관한 사회변화로 인한 헌법적 대응의 구체적 내용으로서 해석에 의하여 도출된 生態的 環境國家原理를 수용할 것인지에 관한 판단기준은 기존의 헌법해석과 비교하여 어느 것이 규범목적 달성에 부합되는지 정도에 관한 結果의 比較

야 한다는 점에서 타당하다고 생각한다.

이와 같은 환경보호를 위한 국가의 환경기준의 마련에 있어서 구체적 문제에 대한 기본적 접근에는 相衝되는 2가지 흐름이 있을 수 있다. 하나는 국가의 환경보호 활동을 부정하고 시장경제적 수단을 강화하는 ‘環境保護의 社會化’이고, 또 하나는 이와 정반대로 ‘生態的 計劃經濟’의 지향이다.⁵³⁾ 그러나 오늘날 生態的 環境國家는 양극단을 지양하고 환경국가로서 바람직한 구조적 모델로서 協力的 環境國家를 의미한다. 이것은 ‘환경보호의 사회화’가 근본적으로는 私人들의 경제적 이익추구적 행위에 기초한다는 점에서, 그리고 환경입법 등 國家의 노력에 의한 환경보호만으로는 環境保護에 한계가 있다는 점에 근거한다. 현실적으로 國民의 환경보호를 위한 자발적 노력과 環境에 관한 社會認識의 轉換이 없다면 효과적인 환경보호는 결국 불가능하다. 따라서 환경보호라는 목적 달성은 환경보호를 위한 국가적 노력의무만의 결과라고 할 수 없다. 다만 實質的 法治國家에 있어서 훌륭한 환경법체계는 효과적인 환경보호의 필요조건임에는 틀림없다.⁵⁴⁾ 결국 오늘날 헌법국가든 민주적·사회적 법치국가이자 환경국가로서의 그 과제 수행에 있어서 國家와 社會의 협력을 기본축으로 하는 協力的 環境國家이다.

2. 具體的 環境政策實現에 있어서의 問題

환경국가의 과제 수행을 위한 국가의 環境政策의 基本은 인간의 존엄에 적합한 환경을 마련하는 것이며, 그 구체적 환경기준의 정립은 自然科學과 技術의 발달 정도에 의존할 수밖에 없다. 사회의 법규범으로서 강제되어지는 환경기준의 科學 技術關聯性은 환경국가의 과제수행에 있어서 종래까지의 국가과제수행과 질적으로 다른 문제들을 포함하고 있다.

환경기준의 과학기술관련성은 과학기술의 발전에 따라 현재의 環境基準이 가까운 장래에 부정될 수도 있다는 可變性과 이로 인하여 현재의 상황에 맞춘 環境基準은 이미 법정립 단계에서는 낙후되어 오히려 환경보호에 역행할 수 있다. 따

53) M. Kloepfer, Auf dem Weg zum Umweltstaat, S. 42.

54) M. Kloepfer, Entwicklung und Instrumente des deutschen Umweltrechts, S. 93.

다. 환경가치에 대한 衡量은 법현실주의(Legal Realism)⁵²⁾를 배경으로 便益과 費用에 관한 분석을 시도하는 法經濟學 측면에서 實證되어질 수 있다. 그리고 환경가치에 대한 衡量요구는 法治國家와 民主主義라는 관점에서도 타당시 될 수 있다.

이와 같은 문제는 단순히 환경보호를 위한 새로운 사회적 장치를 설치할 것인지의 문제를 넘어, 헌법상 基本原理의 次元에서 환경보호를 위한 국가구조의 設計라는 차원에서, 보다 고차원적으로 다루어야 할 사안이다. 즉 환경보호를 위한 현행 헌법의 새로운 해석을 통하여 헌법적 원리를 밝혀냄으로써, 그 범위 안에서 환경보호를 위한 國家的 課題 및 義務, 그리고 헌법상 보장된 基本權 規定의 구체적 내용이 체계적으로 정립되어야 한다.

국가 構造的 側面에서 환경국가는 完全한 環境保護의 實現을 국가목표로 삼아서는 안된다. 그 理由는 완전한 환경보호의 실현은 다른 공동체적 가치를 억압하여 生態獨裁로 나아갈 위험성을 내포하고 있기 때문이다. 환경보호라는 國家課題는 현대의 헌법국가가 추구하여야 할 핵심적 과제중 하나임에 틀림없지만 전적으로 타당한 최고의 유일한 과제는 아니다. 오늘날 국가는 개인의 자유보장을 위한 民主的 法治國家나 사회정의를 추구하는 社會國家의 과제와 의무의 이행에 있어서도 環境國家의 과제와 병행해서 수행해야 함을 의미한다. 따라서 종래까지 헌법국가가 추구하고 있는 經濟秩序나 法治國家의 秩序에 의해서 環境國家의 課題는 방법적으로 限定될 수밖에 없다. 그러나 반대로 기존의 경제질서나 법치국가적 질서도 環境保護라는 국가적 과제 수행을 위한 환경국가적 질서에 의해 수정·제약될 수 있어야 한다. 이와 같은 환경국가의 과제와 의무의 이행을 위한 법적 고민은 헌법적 영역에서 이루어져야 하며, 그러기 위해서는 憲法解釋을 통하여 헌법상 基本原理로서의 環境國家原理가 導出되어야 한다. 이와 같은 환경국가 원리를 근거로 비로소 다른 헌법상의 제반가치와 衡量을 할 수 있다. 이것은 급변하는 환경에 대한 사회적 價値變化에 따라 구체적으로 충돌되는 법익간의 衡量이든, 價値간의 衡量이든, 헌법적 차원에서의 基本原理 相互間의 衡量이 선행되어

52) Legal Realism에 관해서는 R. Brian, American Legal Realism, Oxford: Blackwell, 2003 참조.

解釋하는 경우에 影響을 미쳐, 의도적으로 환경권의 보호대상인 '環境'의 의미를 擴大하게 되는 요인이 된다고 본다. 실질적으로 현행 헌법상 환경권의 보호대상으로서 '環境'의 의미에 '自然的 環境'은 물론이고 '社會的 環境'까지 포섭하는 廣義의 '環境'으로 이해함으로써 權利로서의 實質을 갖지 못하게 하는 理由가 된다. 이와 같은 해석은 헌법 現實으로 自然環境에 관한 權利조차도 제대로 保障되지 못하게 하여 헌법상 명시된 環境權마저 形骸化를 초래할 수 있게 된다. 그렇다면 이와 같은 문제를 개선하여 主觀的 權利로서 環境權을 實質化하고, 더 나아가 오늘날 주된 문제인 客觀的 價値로서의 '環境'保護를 實現할 수 있는 憲法解釋論이 마련되어야 한다고 본다. 그 代案으로서 현행 헌법상 環境保護規定에 근거하여 헌법상 基本原理로서의 環境國家原理가 導出될 수 있다면 이와 같은 문제가 어느 정도 해소되리라고 본다. 즉 環境國家原理에 의하여 주관적 權利로서 환경권의 보호대상인 '環境'의 範圍를 실현가능한 범위로 實質化하고, 自然環境이나 生態系 등 객관적 가치로서의 '環境'保護는 環境國家原理에 의하여 보다 더 國家의 環境保護義務를 강화함으로써 가능하리라고 본다.

V. 環境國家原理의 實現 및 限界

1. 環境國家原理의 實現

憲法的 次元에서 환경가치의 고려는 立法過程은 물론 法執行 過程에 있어서도 個人의 環境과 共同體의 生存基盤으로서의 환경 모두에 대한 고려를 할 것이 요구된다. 그렇다고 해서 헌법이 環境이라는 가치만 고려할 것을 요구하는 것은 아니다. 생태적 환경보호를 위한 국가의 환경정책은 다른 정치·경제·사회적 價値를 고려할 때 부분적으로 拋棄될 수도 있다. 다만 財產權 등 다른 헌법상의 제반 가치와 衡量을 하는 경우 종래와 달리 環境價値가 보다 더 강조되어야 된다는 점에서 이것은 사회적 가치변화에 따라 충돌되는 價値衡量의 觀點의 變化를 의미한

는다. 이 점에서 환경권은 헌법상 ‘獨自의 基本權’으로서의 성격을 갖는다고 생각한다.

기본권의 실질적 보장이라는 측면에서 환경권의 보호대상을 自然環境과 物理的 人工環境에 엄격하게 한정하고 直接的 效力을 인정하는 것이 옳다고 생각한다. 좀 더 구체적으로 살펴보면, 국가의 공권력 행사가 환경매체를 통하여 환경권을 침해하는 경우에는 具體的 立法與否를 불문하고 헌법 제35조를 직접적 근거로 防禦的 請求를 인정하여야 한다. 또한 제3자인 私인에 의한 環境權 侵害인 경우로서, 국가의 허가 등 行政作用과 결부되어 침해되는 경우에는 行政의 直接的 相對方이 아니더라도 헌법상 보호되는 環境權을 直接的 根據로 침해배제 등을 청구할 수 있다. 이와 달리 국가의 行政作用이 介入되어 있지 않은 경우에는 환경권의 間接適用方法論에 따라 사법상 環境權이 인정될 수 있다고 본다. 다만 종래의 권리 침해이론에 따른 過失이나 立證責任의 問題 등을 해소하기 위한 環境責任法의 제정이 입법론으로 필요하다고 본다.

3. 새로운 解釋으로서의 環境國家原理의 導出

오늘날 환경문제의 심각성은 共同體의 生存基盤으로서의 ‘環境’侵害와 관련하여 나타난다. 그럼에도 불구하고 현행 環境法理論은 개인의 주관적 권리인 ‘環境權’保護를 中心으로 논의가 이루어져 共同體의 客觀化된 價値인 ‘環境’에 대한 보호가 적절하게 이루어지고 있지 않다. 이것은 ‘개인’의 환경권 침해와 무관하게 국가에 의한 침해이던, 사인에 의한 침해이든 마찬가지이다. 이에 대해서는 個人이나 團體가 자신의 권리 침해와 관련이 없더라도 ‘環境’보호를 청구할 수 있는 법적 근거가 마련되어야 한다고 본다.

그러나 기본권으로서 환경권은 주관적 권리로서 個人의 環境權 侵害를 예정하고 이에 대한 보호를 목적으로 한다는 점에서, 主觀的 權利와 관련이 없는 ‘自然環境保護’나 ‘生態系保護’ 등 客觀的 價値에 대한 保護에는 적절히 대응할 수 없다는 限界가 있다. 즉 오늘날 요구되는 公共財로서의 ‘環境’保護를 통한 우리 국민의 生存基盤을 위협하고 있다. 이와 같은 認識은 국민의 主觀的 權利로서 環境權을

기본권의 성격을 아울러 가지고 있는 綜合的 基本權이라는 견해,⁴⁷⁾ 인격권과 생존권적 기본권의 성격을 가진 權利라는 견해,⁴⁸⁾ 부분적으로 방어적 성격을 갖고 있는 생존권적 기본권이라는 견해,⁴⁹⁾ 自由權社會權人格權 등 環境權의 법적 성격에 대해서는 확립적으로 말할 수는 없고, 制度的 保障의 성질도 함께 內包하고 있다는 견해⁵⁰⁾ 등이 주장되고 있다.

또한 현행 우리 憲法에는 獨逸基本法 第1條 第3項과 같은 기본권의 국가기속력에 관한 規定이 없기 때문에 헌법상의 環境權 규정만으로도 국가기관을 직접 羈束하는 효력을 갖는 것으로 볼 수 있는지와 관련하여 추상적 권리설, 구체적 권리설, 양면적 권리설, 입법방침규정설 등 다양한 견해가 제시되고 있다.

현행 헌법상 환경권 규정에 관한 法的 性格 및 效力에 관한 학설입장은 현재까지 확립되어 있다고 보기가 어렵다. 다만 이와 같은 학설에 의하는 경우에 환경권을 구체적 권리로 파악하기 어렵다는 점과 이로 인하여 환경에 관한 프로그램적 규정을 양산하였고, 法的 實效性의 측면에도 문제가 없지 않게 되었다.⁵¹⁾ 그러나 環境權이 헌법에 규정하고 있지 않는 日本 등과 달리 우리 헌법은 이유야 어떻든 헌법에 환경권을 實定化하고 있으며, 따라서 그 법적 의미에 있어서도 환경권을 규정하고 있지 않는 입법례와 달리 환경권을 실질적 권리로 확립할 필요가 있다. 헌법상 환경보호 규정의 의미 속에는 환경을 인간만을 위한 환경이 아니라 生態系 次元에서 보호해야 될 존재로 인정하고, 인간 생존의 기반을 위한 환경임을 인정하여야 한다. 또한 환경은 특정인의 권리에 부착된 自由財가 아니라 人間生存의 조건인 公共財로서 모든 국민이 향유할 수 있어야 한다는 環境共有의 法理를 전제하고 있다. 그리고 공유재로서 환경은 국가에게 信託한 것으로서 국가는 이를 善良한 管理者로서 환경보호의무를 적절히 이행하여야 하며 이를 이행하지 않는 경우에 신탁자로서 국민은 국가에 대하여 그 이행을 요구할 수 있는 권리를 갖

47) 權寧星, 『韓國憲法論』, 법문사, 2003, 646쪽.

48) 金元圭, “環境權과 行政上 救濟”, 栗山 韓泰淵 博士 回甲記念論文集, 1977, 558쪽.

49) 洪性邦, 『憲法學』, 현암사, 2002, 574쪽.

50) 許營, 『韓國憲法論』, 박영사, 2002, 428쪽.

51) 朴秀赫, “地球環境時代”, 189쪽, 191쪽.

생하는 심각한 환경문제에 적절하게 대응할 수 없다는 認識도 그 이유라고 본다.⁴²⁾ 그러나 1980년 헌법 개정 당시에 기본권으로서의 環境權이 구체적으로 어떤 의미를 가지는가에 대한 충분한 檢討 없이 규정되었다는 批判은 면할 수 없다고 본다.⁴³⁾ 여하튼 현대 국가에 있어서의 환경문제는 空間的으로는 全地球的의 問題로, 時間的으로는 未來 世代를 지향하는 巨視的인 人類의 課題로 등장하였다.⁴⁴⁾

2. 基本權으로서의 環境權 條項에 관한 解釋論

헌법상 基本權은 環境보호의 限界로서 消極的으로 기능하기도 하지만, 積極的인 環境보호를 위한 憲法的 根據로서 작용하기도 한다. 후자에 해당하는 基本權이 環境權으로서 헌법 제35조에 명시적으로 규정되어 있으며 현행 헌법상 環境보호에 관한 논의는 環境權 中心으로 이루어지고 있다. 대다수의 학자들은 표현은 약간씩 다르지만 대체적으로 環境權을 “건강하고 쾌적한 환경에서 인간다운 생활을 누릴 수 있는 권리”로 인식하고 있다. 그러나 環境權이 자유권 등 다른 基本權과는 다른 특성을 지니고 있기 때문에 環境權의 法的 性格에도 다음과 같이 다양한 견해가 제시되고 있다. 즉 環境權은, 국가에 대하여 쾌적한 환경을 요구할 수 있는 權利이므로 人間다운 生活을 보장하기 위한 生活權的 基本權이라는 견해,⁴⁵⁾ 基本權으로서의 인간의 존엄과 가치·행복추구권에서 파생된 기본권으로서 生存權的 基本權에 포함된다는 견해,⁴⁶⁾ 인간의 존엄성 존중과 행복추구권 및 사회적

42) 이전까지 해석상 인정되던 環境權을 1980년 헌법에 신설하게 된 요인에 대해서는 金炯盛, “헌법상 環境규정의 규범적 의의”, 『環境法研究』 제26권 4호, 한국환경법학회, 2004, 116쪽; 金東熙, 『行政法II』, 博英社, 1999, 416쪽; 金春煥, “公權的 環境權理論”, 『公法研究』 제29집 제2호, 한국공법학회, 2002, 350쪽 주3) 참조.

43) 이러한 비판적 입장으로는 金炯盛, 헌법상 環境규정의 규범적 의의, 116쪽; 朴秀赫, “地球環境時代”, 190-191쪽; 洪性邦, “環境保護의 法的 問題-獨逸의 憲法과 行政法에 있어서의 環境 保護를 중심으로-”, 서강대 출판부, 1999, 315쪽; 高文炫, “환경권”, 『토지공법연구』 제13집, 한국토지공법학회, 2001, 272쪽 이하 참조.

44) 金光석, 『환경권의 공법적 실현, 환경오염의 법적 구제와 개선책』, 小花, 1996, 79쪽, 81쪽.

45) 文鴻株, 『韓國憲法』, 해암사, 1990, 317쪽.

46) 金哲洙, 『憲法學概論』, 박영사, 2003, 812쪽.

(2) 現行 憲法上 環境保護 規定

현행 우리헌법은 環境權에 관하여 明文의 규정을 두고 있다. 헌법 제35조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”라고 하여 環境權과 국가와 국민의 環境保全義務를 규정하고 있다. 동조 제2항은 “환경권의 내용과 행사에 관하여 법률로 정한다.”고 하여 環境權의 구체적 내용과 행사에 관하여는 입법자에게 留保하고 있다. 동조 제3항에는 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”라고 하여 쾌적한 住居生活를 보장하고 있다. 이에 대해서 환경에 관한 명문의 규정을 두고 있다는 점에 학설은 이견은 없으며 대부분의 학자가 헌법 제35조를 근거로 基本權 規定의 形式이라고 본다.⁴⁰⁾

1980년 헌법에서 환경권이 우리 헌법상 基本權으로 규정되게 된 理由에 대해서 학설은 다양하지만 현실적 측면과 규범적 측면으로 구별하여 살펴볼 수 있다. 먼저 現實的 側面에서 보면, 對內的으로는 1960년대 이후의 고도경제성장에 따른 심각한 公害誘發과 무질서한 지역개발로 국민의 環境保護意識의 增大와 제5공화국 출범당시의 ‘正義社會具現’을 정치적 슬로건으로 내 걸었던 당시의 상황이 환경권 규정의 요인으로 작용되었다고 본다. 對外的으로는 1972년 스웨덴의 스톡홀름에서 개최된 UN人間環境會議에서 채택된 人間環境宣言(declaration on the Human Environment)⁴¹⁾이나 세계 각국에서 환경보전을 위하여 환경에 대한 국민의 권리를 최대한 보장하기 위한 입법조치도 그 요인으로 작용하였다고 본다. 또한 規範的 側面에서는 기존의 消極的인 公害規制 立法만으로는 앞으로 발

40) 이와 같은 환경권 규정을 현실적인 한계가 있음에도 불구하고 헌법상의 기본권의 하나로 존치할 것인지, 아니면 현실에 부합되게 환경보호조항을 독일과 같이 국가목적조항으로 개정할 것인지를 신중히 검토할 필요가 있다는 견해도 있다. 朴秀赫, “地球環境時代·環境自治時代에 있어서의 한국의 環境法政策의 문제점과 개선방향”, 『공법연구』 제25집 제2호, 한국공법학회, 1997, 191-192쪽.

41) 1972년 스톡홀름(Stockholm)宣言의 원칙 제1항은 “人間은 尊嚴性和 福祉를 유지할 수 있는 環境에서 자유와 평등 그리고 적절한 생활수준을 누릴 수 있는 基本的 權利를 갖고 있다.”고 선언하고 있다. 이 스톡홀름宣言의 원칙 제1항은 1970년대 초반이후 세계 각국의 헌법에 영향을 주어 헌법에 환경보호규정을 규정하게 하는 촉매역할을 하였다.

기본법 제20조 제1항에서 규정하고 있는 사회국가원리 등의 국가목표에 필적하는 것으로서 기본법 체계상 문제가 되지 않는다고 하였다.³⁶⁾ 이와 같은 專門家委員會의 보고서는 그 이후 1994년 기본법 제20a조의 환경보호를 위한 국가목표 규정의 발판이 되었다.³⁷⁾

독일은 1994년 이전의 기본법 체계로는 환경보호에 충실할 수 없음을 인정하고 1994년 환경보호를 위한 국가목표규정으로 제20a조를 신설하여 오늘날 환경문제에 대하여 적절히 대처하고 있다. 즉 1994년 10. 27. 제42차 基本法 改正으로 제20a조에 “국가는 또한 미래세대에 대한 책임을 지고 헌법 질서의 범위 내에서 입법에 의하여 그리고 법률과 법의 척도에 따라 집행권과 사법권에 의하여 자연적 생활기반을 보호한다.”고 규정하여³⁸⁾ 환경보호에 관한 국가목표규정을 최초로 기본법에 도입하였다. 그 후 2002. 7. 26. 제50차 기본법 개정을 통하여 종전의 ‘자연적 생활기반’의 보호에서 ‘자연적 생활기반과 동물’의 보호라고 함으로써 자연적 생활기반외에 ‘動物’ 保護를 명문화하기에 이르렀다. 국가목표규정으로서 기본법 제20a조는 헌법상 여하한 주관적 권리도 도출하지 않는다. 기본법상 명시적인 환경권 규정이 없음에도 입법자의 환경보호의무에 따라 법률상 환경권이 인정될 수 있다. 그리고 그 헌법적 근거에 관해서는 견해가 일치하지 않지만 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄, 제2조 제2항의 생명신체의 불가침 조항, 또는 제2조 제1항의 인격의 자유로운 발현권, 그리고 제14조의 재산권에 관한 규정 등을 그 근거로서 인정하고 있다.³⁹⁾

36) A.a.O., S. 97.

37) 독일에서 1970년대에 이미 이에 관한 논의가 있었음에도 불구하고 환경보호를 위한 국가목표조항이 20여년이나 경과되어 기본법 제20a조가 규정된 것은 이미 1970년대에 환경보호를 위한 구체적 입법이 존재하고 있었기 때문이다. Vgl. M. Kloepfer, Entwicklung und Instrumente des deutschen Umweltrechts, S. 57 f.

38) BGBl. I 3146; M. Kloepfer, 20a GG, S. 1; 鄭克元, “기본권으로서 환경권과 국가목적규정으로서의 환경권”, 『공법연구』 32집 2호, 한국공법학회, 2003, 538쪽 참조.

39) 趙銀來, “환경권의 법적 성질에 관한 연구”, 『비교법학』 제11집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2000, 187쪽 이하 참조.

의 영향에 따른 결과가 아니라 입법자의 자율적 노력에 의해 이루어졌다.³¹⁾ 그리고 1970년대에 이미 환경보호의 이념을 기본법상 기본권 조항으로 규정할 것인지 아니면 국가목표조항으로 규정할 것인지 논의가 있었다.³²⁾

이후 1981년 ‘국가목표규정과 입법위임’에 관하여 전문가위원회가 설치되었으며 1983년 동위원회 다수견해의 제안에 의하면 현대국가의 예견할 수 없는 환경 문제에 적절한 대응과 ‘자연적 생활기반’에 대한 충분한 보호라는 측면에서 현행 기본법은 불충분하다고 보고, 결론적으로 국가목표조항으로서 환경보호에 관한 헌법조항을 도입할 것을 주장하였다. 구체적으로 보면 첫째, 환경보호에 관한 基本法 規定은 연방과 란트의 입법에 관한 제75조 제3호·4호(연방의 대강적 입법), 제74조 제24호(경합적 입법) 등 관할권한규범 내에서만 가능하다는 점, 둘째, 사회국가원리 규범으로부터 환경보호를 위한 국가적 책임을 도출하는 것도 가능하지만 국가의 환경보호의무에 관한 직접적 규정이 아니라는 점, 또한 판례에 의한 국가의 基本權保護義務理論³³⁾에 따르면 기본법 제2조와 제14조에 한정하여 개인의 생명·건강·재산에 관한 이익에 대한 구체적 위협제거의무로서 환경보호만 가능하여, 미래세대의 생명이나 건강, 그리고 공공용지 및 하천·물·대기·토지 등의 보호나 자연환경이나 생태계의 보호 등에 대해서는 국가의 보호의무가 발생하지 않는다는 점을 이유로 환경보호를 위한 국가목표규정을 둘 것을 요청하였다.³⁴⁾ 이에 대해서 위원회의 소수견해는 기본법 제20조에 환경보호라는 이질적인 국가목표규정을 두는 것은 기본법의 체계에 맞지 않다는 비판을 제기하였다.³⁵⁾ 그러나 자연적 생활기반을 보호하는 것은 기본적인 국가목표이며 이것은

30) 독일의 환경법제는 1970년대 성립기, 1970년대 말부터 1980년대까지의 확립기, 그리고 1990년대의 발전기로 구분할 수 있다. Vgl. A.a.O., S. 54(56 ff.).

31) 이것은 독일에서의 환경보호입법이 여론 및 정치적 압력에 의한 것이 아님을 의미한다. Vgl. A.a.O., S. 57.

32) Vgl. A.a.O., S. 57 f.

33) BVerGE 56, 54; 기본권보호의무 이론에 대해서는 Vgl. E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW, 1989, S. 1633-1640.

34) Bundesministerien der Innenr und der Justiz(Hrsg.) Bericht der Sachverständigen Kommission “Staatszielbestimmung/ Gesetzgebungs -aufträge”, 1983, S. 90.

35) A.a.O., S. 52.

으로 살펴볼 필요성이 있다.

1. 憲法上 環境保護 規定의 意義

20세기 후반에 들어와서 세계 각국은 예외없이 환경문제를 해결하기 위한 법적·제도적 장치를 마련하고 있다. 다만, 환경에 관한 입법을 헌법에 규정하든지 법률로 규정하든지 차이가 있을 뿐이다. 물론 헌법이 아닌 법률로 규정하고 있는 국가도 헌법해석적 차원에서 환경보호를 이끌어 내고 있으며 그 대표적인 국가가 미국이다.²⁷⁾ 또한 헌법에 규정하는 경우라도 國家目標條項으로 규정하는 경우와 基本權條項으로 규정하는 경우로 구별될 수 있다.

(1) 獨逸의 環境保護 規定

독일은 1960년대까지는 경제재건이후의 사회국가의 실현을 위한 정책적 지표에 관한 관심이 주류를 이루었고 환경보호에 관한 관심은 학문적 영역에서만 나타났었다.²⁸⁾ 1970년대에 환경보호를 위한 입법²⁹⁾을 제정하기 시작하여 약 20년이라는 비교적 짧은 기간안에 전체적으로 괄목할 만한 법체계를 갖추게 되었다.³⁰⁾ 다만 독일은 미국과 달리 환경보호에 관한 법제화는 시민단체의 환경운동

27) 美國에서는 公權的 環境權理論에 따라 環境權을 보장하고 있지만, 이것은 헌법에 규정된 것이 아니라 公共信託理論에 근거하고 있다.

28) M. Kloepfer, "Entwicklung und Instrumente des deutschen Umweltrechts", 『공법연구』 제25집 제2호, 한국공법학회, 1997, S. 54; 1960년대 말 서구에서는 마르크스의 자본산업기술에 대한 비판적 사고에 영향을 받아 현대기술문명을 조장하고 있는 체도로적으로 교묘하게 조작된 기술적 합리성이 인간사회를 지배한다는 주장이 나타나기 시작하였다. Herbert Marcuse, Der eindimensionale Mensch, Neuwied/Berlin, 1967 참조; Otto Ulrich, Technik und Herrschaft, Frankfurt, a. M., 1988, S. 41-49; 다만 1960년대 이전인 1957년에 이미 수질관리법(Wasserhaushaltsgesetz: WHG)과 원자력법(Atomgesetz: AtG)이 제정되어 있었다.

29) 예를 들면 폐기물처리법(1972), 연방임및시온방지법(BImSchG, 1974), 원자력법(AtG) 전면개정(1976), 수질관리법(WHG) 전면개정(1976), 연방자연보호법(BNatSchG, 1976) 등이 있다. Vgl. M. Kloepfer, Entwicklung und Instrumente des deutschen Umweltrechts, S. 56.

다면 오늘날 憲法國家는 종래의 自由國家와 社會國家의 단계를 넘어서 環境國家로서의 과제까지 수행해야 하는 단계에 이르렀다고 생각한다.²⁵⁾

이와 같은 環境國家의 段階에서는 단순히 국가과제의 양적인 팽창만을 불러오는 것이 아니라, 생태적 환경지속을 국가과제로 한다는 점에서 生態的 環境國家로의 질적인 변화를 초래한다.

또한 국가과제로서의 환경보호는 현행 憲法上 國家義務로 인정되고 있다. 法理論적으로 국가의 환경보호의무는 환경보호라는 국가과제수행을 위한 국가의 권한으로부터 당연히 인정되는 것은 아니다. 그러나 현행 헌법은 제35조 제1항 후단에서 국가의 환경보호의무를 명시하고 있어 인정여부에 관한 학문적 다툼은 실정법적으로는 큰 의미가 없다. 헌법상 국가과제수행이나 義務履行으로서의 국가의 환경정책은 국민의 자유영역에 적극적으로 개입할 정당한 근거를 가지며, 그 필요성 또한 인정된다.²⁶⁾ 다만 헌법국가의 당연한 요청으로서 국가의 환경정책은 憲法的 根據를 필요로 하며, 이것은 환경질서의 상위규범으로서의 憲法的 統制를 받아야 함을 의미한다. 이와 같은 憲法的 統制는 사전에 미리 환경질서를 형성하게 하는, 그리고 형성된 환경질서에 대해서 사후적으로 評價規範으로 기능할 수 있는 헌법적 기준이 마련되어야 함을 의미한다. 헌법적 기준은 國家에 대해서는 環境保護를 實現하기 위한 헌법적 요청의 내용과 한계를 밝히고, 國民에 대해서는 환경보호를 위한 基本權的 可能性과 限界를 제시하는 것이다.

IV. 現行 憲法上 環境條項에 관한 憲法解釋의 變更

환경보호를 위한 국가의 권한과 의무 및 국민의 기본권과의 관계는 기존의 헌법 체계와 조화될 수 있어야 한다. 이를 위해서는 헌법규정을 종합적이고 체계적

25) R. Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1. Aufl. Suhrkamp, 1998, S. 41-50.

26) Michael Stolleis, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 1989, S. 129.

이유이기도 하다.²³⁾ 현실적으로 국가는 環境保護法制를 마련하고 환경투자의 확대 등 일련의 정책을 시행하고 있다. 그렇지만 환경과 관련된 일련의 사건에서 나타나듯이 국가의 환경보호정책은 아직까지 國民의 期待水準에 미치지 못하고 있다.

2. 環境에 대한 社會的 價値變化의 憲法的 受容

環境保護라는 국가적 과제는 국민의 생명과 신체 및 자유보장이라는 국가 고유의 목적을 달성하기 위하여 전통적인 警察行政의 한 내용으로 이미 인정되어 왔다. 다만 전통적인 경찰행정에 있어서의 환경보호는, 現代의 國家課題로서의 환경보호와 달리, 특정 환경매체를 통한 개인의 법익침해를 예방하고 사후적으로 그 침해에 대한 구제로서의 보상이나 배상을 배려하는 公害規制가 국가과제로서 부여되어 왔다.²⁴⁾ 다만 이 시기의 '환경보호'라는 국가과제는 '自由保障'이라는 국가목적이나 '社會正義'라는 국가과제와 같이 環境保護가 獨自의인 價値를 갖는 것이 아니고, 단순히 자유보장이나 사회정의의 위한 手段의 價値를 갖는 과제에 불과하였다. 그러나 오늘날 국가과제로서 환경보호는 전통적인 공해규제라는 경찰행정수단을 통한 개인의 생명·신체·자유에 보장에 그치는 것이 아니라 環境 '自體'의 보호를 중심으로 독자적인 국가과제로서 인정된다는 점에서 傳統的 國家課題로서의 환경보호와 질적으로 다르다고 생각한다.

오늘날의 환경보호가 共同體의 課題를 넘어 國家課題로서 憲法上 인정되는가의 문제제기는 국가의 환경정책에 관한 憲法的 次元에서의 再檢討가 필요하다는 점에서 의미가 있다. 국가의 다양한 환경정책의 시행은 결과적으로 國家와 社會의 基本構造에까지 영향을 미칠 수밖에 없다는 점에서 더욱 그러하다.

오늘날 우리나라를 포함하여 각국의 환경에 관한 정책이나 국민들의 의식에 비추어, 환경보호에 관한 國家目標規定이나 環境權 조항을 실정헌법에 명시하는지 여부를 불문하고 환경보호가 國家課題로서 인정된다는 점에는 문제가 없다. 그렇

23) A.a.O., S. 41.

24) Vgl. H. Hofmann, Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz, in: Umweltstaat, hrsg. v. M. Kloepfer, Springer-Verlag, Berlin u. a., 1989, S. 1.

護라고 본다. 이에 대해서 오늘날 환경국가는 자연을 위하여 인간의 행태뿐만이 아니라 自然 자체를 規律對象으로 삼는다는 점에서 生態的 憲法國家로서의 특성을 띠 수밖에 없다. 물론 생태적 환경국가도 궁극적으로는 헌법상 최고의 가치이자 근본적 이념인 人間의 尊嚴을 지향하고 있으며, 이를 위하여 환경 자체의 보호가 고려될 수 있다는 점에서 擴張된 意味의 人間中心的 環境保護의 특성을 갖는다.

또한 오늘날 국민의 환경의식은 날로 강화되고 있으며 生態的 環境保護라는 범국민적 운동의 확산은 환경보호라는 국가적 과제를 달성하기 위한 일련의 제도적 장치를 마련할 것을 요구한다. 이것은 전통적인 경찰행정수단을 통한 환경보호의 차원을 넘어 생태적 환경에 대한 持續的 保障을 의미한다. 이에 대응하여 국가는 다양한 環境保護法制的 마련과 환경투자의 확대 등 일련의 정책을 시행함으로써 오늘날 환경보호는 量的인 측면은 물론이고 質的으로도 하루가 다르게 급속한 발전을 보이고 있는 것이 현실이다.

그럼에도 불구하고 환경은 지속적으로 惡化되리라는 몇 가지 타당한 이론적 근거가 있다. 過去에 이미 이루어진 환경오염은 短期間에 치유되기 어려우며, 現在도 다양한 환경침해요인이 산재하고 있어 현재의 환경상태도 維持하기가 어렵다.²¹⁾ 또한 부분적이지만 國家發展의 要因들이 점차 有害한 것으로 입증되거나 상호 상승작용(Synergetischer Effective)으로 인하여 환경침해의 결과를 초래할 수 있다.²²⁾ 예를 들면 生命工學의 發展은 미래의 새로운 환경침해의 危險源을 제공할 수 있다. 그리고 시간이 지날수록 국민의 환경의식의 강화는 다양한 환경문제를 提起할 것이다. 이에 대하여 環境問題를 解決하기 위한 국가적 대책수립은 쉽지 않다. 그 理由는 여러 가지가 있지만 특히 새로운 환경위험의 가능성에 대한 認識이 즉각적으로 이루어지기 어렵고, 또한 인식이 되었다 하더라도 그 위험에 대한 대책수립 및 對應에 장기간의 시간이 소요된다는 점이다. 이것은 정치적 측면에서 환경문제가 단기간의 選舉期間동안 公約事項으로 제기되기 어려운

21) M. Kloepfer, Auf dem Weg zum Umweltstaat, in: Umweltstaat, M. Kloepfer (Hrsg.), Springer-Verlag, Berlin u. a., 1989, S. 40.

22) A.a.O., S. 40 f.

법재판소는 법률이 기본권을 과잉제한하는 경우뿐만이 아니라, 너무 지나치게 소극적으로 과소보호하는 경우에도 법률을 무효화한다.¹⁹⁾

Ⅲ. 環境에 관한 社會的 價値의 變化

1. 環境에 대한 認識의 變化

오늘날 환경보호에 관한 사회적 인식의 변화는 사회의 構造的 變化와 價値變化를 모두 수반하는 ‘중대한 사회변동’(Großem sozialen Wandel)을 의미한다. 현대 헌법국가의 자연에 대한 접근은 기존의 近代的 패러다임에 입각한 機械論的 世界觀이 아니라 적어도 自然과 人間이 유기적으로 밀접한 內的 關聯性을 갖고 있다는 전제하에, 새로운 現代的 패러다임이 요구된다고 하는 주장들도 환경에 관한 중대한 사회변동을 전제로 하고 있다. 새로운 패러다임은 사회적·문화적·심리적·물질적인 모든 현상들이 相互間에의 연관성을 맺고 있다는 實在에 대한 인식을 바탕으로 하는 ‘生態主義(Ecology)’와 新科學主義(또는 新科學運動; new science movement)가 대표적이다.²⁰⁾

종래의 전통적인 국가과제로서의 환경보호는 人間中心主義를 추구한다. 즉 경찰행정으로서의 환경정책수단이 ‘人間’의 생명·신체·자유라는 법익보호를 목적으로, ‘人間’의 행태를 규율대상으로 삼는다는 점에서 狹小한 人間中心的 環境保

19) Dieter Grimm, Verfassungsrecht und sozialer Wandel, S. 194 f.

20) 生態主義 및 新科學主義에 대해서는 다음의 문헌을 참고할 것. 윤용택, “환경철학에서 패러다임 전환에 대한 고찰”, 『철학연구』 제82집, 대한철학회, 2002. 5.; 강희원, “法の綠色化와 綠色法學-人間中心的 法理論의 反省과 環境法哲學의 基礎定立을 위하여-”, 『경희법학』 제29권 제1호, 경희법학연구소, 1994; 박이문, 『더불어 사는 인간과 자연』, 미다스북스, 2001; M. Bookchin, 문순홍 역, The Philosophy of social Ecology(1995), 『사회생태론의 철학』, 솔, 1997; Carl Talbot, Deep ecology, Encyclopedia of Applied Ethics Vol.1, Sandiego: Academic Press, 1998; Aldo Leopold, The Land Ethic, M. E. Zimmerman et al. (ed.), Environmental Philosophy, Englewood Cliffs, N. J: Prentice Hall, 1993, p.10.

법재판소는 헌법 제32조 제6항의 解釋을 變更하였다. 즉 종전 2001년 2000헌마25 결정에서 헌법재판소는 헌법 제32조 제6항의 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 遺家族은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 勤勞의 기회를 부여받는다.”는 규정을 넓게 해석하여, 이 조항이 국가유공자 本人뿐만 아니라 家族들에 대한 취업보호제도(가산점)의 根據가 될 수 있다고 보았다. 그러나 2006년 결정에서는 오늘날 가산점의 대상이 되는 국가유공자와 그 家族의 數가 과거에 비하여 비약적으로 增加하고 있는 現實과, 취업보호대상자에서 家族이 차지하는 比率, 공무원시험의 競爭이 갈수록 치열해지는 狀況을 고려할 때, 위 조항의 폭넓은 해석은 必然적으로 일반 응시자의 공무원임의 기회를 제약하게 되는 결과가 될 수 있으므로 위 조항은 嚴格하게 解釋할 필요가 있음을 인정하고, 이러한 관점에서 위 조항의 대상자는 條文의 文理解釋대로 “국가유공자”, “상이군경”, 그리고 “전몰군경의 유가족”이라고 봄이 상당하다고 憲法解釋을 變更하고, 국·공립학교의 채용시험에 국가유공자와 그 가족이 응시하는 경우 만점의 10퍼센트를 가산하도록 규정하고 있는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항·제2항, 독립유공자예우에관한법률 제16조 제3항 중 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항·제2항 준용 부분, 5·18민주유공자예우에관한법률 제22조 제1항·제2항이 기타 응시자들의 평등권과 공무원임권을 침해한다고 하여 헌법불합치결정을 한 바 있다.¹⁶⁾

그리고 重大한 社會變動에 대한 헌법적 대응은 헌법 전반에 걸친 심각한 변화를 불러온다는 점에서 보다 더 진지한 성찰이 필요하다. 예를 들면 산업혁명으로 인한 階級分化의 현상은 基本權을 국가로부터의 자유를 보장하기 위한 主觀的 防禦權에서, 모든 유형의 침해로부터 보장을 의미하는 客觀的 原理로 전환하게 된 주된 원인이 되었다.¹⁷⁾ 또한 기본권은 국가에 대하여, 국가에 의한 자유침해의 중지를 의무지우는 방어요소외에, 국가로 하여금 自由에 대한 사회적 위협에 積極적으로 대처하게 하는 保護義務(Schutzpflicht)가 인정된다.¹⁸⁾ 독일연방헌

16) 헌재결 2006. 2. 23. 선고 2004헌마675등,

17) Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198 (204 ff.).

18) BVerfGE 39, 1 (41 ff.).

경우(예를 들면, 출판의 자유에 방송이 생기는 경우 등)와 기존의 영역에서 다룰 수 없어 새로운 영역이 형성되는 경우(예를 들면 전자정보처리의 출현 등) 등이 포함될 수 있다.¹²⁾

이에 대하여 ‘重大한 社會變動’(Großem sozialen Wandel)은 사회의 ‘構造的 變更’(Strukturveränderungen)이나 ‘價值轉換’(Wertewandel)으로 인하여 나타날 수 있다. 사회의 구조적 변경은 전통적 自由主義 國家에서 산업혁명으로 인한 階級分化的 출현에 따라 종래의 國家와 國民의 양자 대립구조에서, 국가와 기업 등 사회세력과 국민이라는 3자적 대립구조로의 변화를 대표적 예로 들 수 있다. 그리고 사회의 가치변화는 동성간의 혼인 등 전통적으로 추구되던 가치에 대립하는 새로운 가치의 출현으로 인한 社會變化를 의미한다.¹³⁾

이와 같은 사회변동은 憲法에 영향을 주어 憲法을 변화된 상황에 調和시킬 필요성이 제기된다. 오늘날 급변하는 사회변화에 대응하여 헌법의 효력을 유지하기 위해서는 광범위한 現實分析과 結果評價가 행해져야 한다. 이것은 생명공학이나 정보산업 등 새로운 기술의 발전으로 인한 輕微한 社會變動이든 社會的 構造나 價值轉換으로 인한 重大한 社會變動이든 마찬가지이다.¹⁴⁾

그리고 법률 등 法制度의 變化에 따른 憲法現實의 變化는 헌법적 판단기준이나 憲法解釋의 變化를 초래하기도 한다. 최근의 대표적인 사례를 들면, 國家有功者의 가산점제도와 관련된 헌법해석의 변경이다. 헌법재판소는 국가유공자가 공무원 임용시험에 응시할 경우 가산점을 부여하는 것은 전체 합격자 중 취업보호대상자가 차지하는 비율이 10% 안팎임에 비추어 볼 때, 全體的으로 입법목적의 비중과 차별대우의 정도가 均衡을 이루고 있다고 할 수 있다고 하여 合憲이라고 판시하였다.¹⁵⁾ 그렇지만 이 결정이후 2002년에는 광주민주유공자예우에관한법률이, 2004년에는 특수임무수행자지원에관한 법률이 제정되어, 해당자들과 그 遺家族에게 가산점 혜택을 부여하여 가산점 수혜대상자가 비약적으로 증가하자, 헌

12) A.a.O., S. 192 ff.

13) A.a.O.

14) A.a.O.

15) 헌재결 2001. 2. 22. 선고 2000헌마25.

好로 인하여 헌법규범의 客觀的 目的을 도출하는데 악영향을 미쳐서는 안된다.

헌법해석의 결과로서의 憲法의 意味는 靜的인 측면에서의 옳고 그름의 문제에 서 벗어나 역동성을 띠게 된다. 이것은 사회변화에 따른 규범의 객관적 목적에 부합되면 옳은 것이 되며, 기존의 옳았던 헌법해석도 현재의 변화된 현실속에서의 규범목적에 맞지 않으면 옳지 않을 수 있게 된다. 따라서 이와 같은 解釋方法論에 의하면, 헌법해석은 텍스트로서의 헌법규정에 명시된 표현에는 拘束될 수밖에 없지만, 그 이외의 경우에는 그 規定의 목적에 맞추어 이루어진다.

2. 社會變動(sozialen Wandel)에 따른 憲法解釋의 變更

기존의 헌법해석을 代替해야 될 만큼 헌법 현실적으로 ‘사회변화’ 또는 ‘사회변동’이 存在하는지 여부가 문제일 수 있다. 물론 이러한 사회변동은 새로운 憲法解釋論을 전개하는데 반드시 요구되는 條件은 아니다. 그 이유는 사회변동이 현실적으로 없거나 경미하더라도 기존의 헌법해석론과 비교하여 規範目的을 보다 效率적으로 良好하게 달성할 수 있다면 새로운 解釋論도 충분히 설득력을 가질 수 있기 때문이다. 다만 ‘사회변동’이 존재하는 경우라면 새로운 해석론은 그 설득력이 보다 더 증대되리라는 점은 분명하다.

일반적으로 사회변동은 수많은 영역에서 다양한 원인에 의하여 발생되며, 그 형태도 다양하다. 사회변동을 일으키는 요인으로는 자연환경·인구성장·과 같은 인구학적 변화, 기술혁신·이념·사회운동, 경제 및 정치의 변화 등이 있다. 다만 여기서의 社會變動(sozialen Wandel)은 사고방식, 문화적 표준, 이념 등을 포함하는 사회적 현실의 변화는 자연과학의 발전이나 기술혁신의 형태로 자주 나타난다.¹¹⁾ 사회변동은 변화의 정도에 따라 경미한 사회변화와 중대한 사회변화로 구별할 수 있다.

‘輕微한 社會變動’(kleinen sozialen Wandel)은 생명공학이나 정보산업 등 주로 새로운 기술의 발전으로 인한 경우이며, 여기에도 새로운 과학기술의 발전으로 인한 기존의 규율영역을 유지하는 범위내에서 새로운 구성요소가 출현하는

11) Dieter Grimm, Verfassungsrecht und sozialer Wandel, S. 182(183 f.).

방법은 무엇인가? 현행 헌법 제35조에 내재하는 객관적 의미는 헌법 제35조의 규범구조로부터 도출되어야 한다. 헌법 제35조의 規範構造(Struktur)는 헌법 제35조 조항자체를 의미하는 규범텍스트와 제35조의 規範目的, 그리고 헌법 제35조가 규율하는 社會的 現實로서의 環境과 관련된 規範領域으로 형성된다.

규범텍스트(Normtext)는 헌법해석의 대상으로서 이미 實定 憲法에 의하여 確定되어 있다. 헌법해석의 결과가 텍스트를 개정하거나 텍스트에 명백히 불일치하는 경우에는 해석의 한계를 일탈하는 것이다.

또한 텍스트는 規範目的의 표현이다. 원칙적으로 규범목적(Norm-zweck)은 입법자가 정하며 해석자는 이를 변경할 권한이 없다. 즉 규범목적이 明確히 표현된 경우에는 또 다른 해석은 인정될 수 없다. 그러나 一般的으로 규범목적은 텍스트보다 不明確하다는 점에서 목적을 명확화 하는 헌법해석이 可能하다. 規範目的은 헌법제정자의 원래의 의도에 附屬될 필요가 없으며, 규범에 객관적으로 內在하는 목적에 의하여 해석이 定向되어 있으면 족하다. 다만 규범의 목적은 盲目的일 수 없고, 사회적 現實의 특정 분야를 규율하기 위한 것이고, 이것은 規律對象인 현실의 변화를 방지하거나 촉진함으로써 現實 속에서 實現된다. 그렇다면 규범이 규율하면서 關聯性을 갖게 되는 사회적 현실의 일부분, 이른바 規範領域(Normbereich)⁹⁾에 대한 입법자의 의도를 고려하여야만 규범의 客觀的 意味나 目的을 비로소 이해할 수 있게 된다. 이와 같은 규범영역은 헌법규범과 헌법현실의 교량역할을 하게 된다. 또한 解釋에 의하여 규범목적은 도출하는 과정에서 관련된 법규범을 끌어들일 수 있으며, 입법자가 事前에 그 연관성을 인식했는지 여부는 문제되지 않는다. 이 점에서 헌법해석 과정에 부분적 목적부여가 끼어들어갈 수 있으며,¹⁰⁾ 다만 목적부여가 해석자의 選

9) Müller의 규범구체화과정의 방법적 합리화에 관해서는 Vgl. Fr. Müller, Normstruktur und Normativität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation. Berlin: D&H, 1966; Fr. Müller, Juristische Methodik. 6. Aufl., Berlin: D&H, 1995; 李富夏, 독일에서의 憲法解釋의 方法론, 201-202쪽 참조.

10) 예를 들면 독일연방헌법재판소는 방송의 자유의 목적을 다른 자유권의 목적과 다르게 도출하였다. 즉 방송의 자유는 방송국이나 기자 등의 자유가 아니라 개인적이고 공적인 의사의 자유로운 형성에 봉사하는 자유라고 하였다. BVerfGE 57, 295 (319 f.); 83, 238 (295 ff.).

(Originalism)은 美國에서 중요한 해석방법론으로 인정되고 있다.⁵⁾ 그러나 이 방법론에 의하면 헌법제정 이후에 발생한 문제들에 대해서는 헌법규범은 무의미하게 되고 헌법은 학습능력을 상실하게 된다는 비판이 따른다.⁶⁾

그리고 헌법제정자의 問題解決方法論을 擬律하여 현재의 문제를 해결하고자 하는 歷史的 方法論(historische Methode)⁷⁾도 규범텍스트 중심의 헌법해석방법론의 변형일 뿐 법실증주의나 오리지널리즘이 갖고 있는 문제를 本質的으로 벗어나지 못한다.

헌법해석방법론으로서 사회변화를 고려하지 않는 규범텍스트 중심의 방법론은 오늘날 그 설득력을 갖기 어렵다. 다만 법실증주의도 엄격한 法拘束에 충실하면서도 규범텍스트(Normtext)로부터 그 背後의 概念을 논리적으로 추론하여 실정법의 欠缺을 보완하도록 허용하고 있다는 점은 憲法解釋方法과 관련하여 중요한 의미가 있다고 본다.⁸⁾

(2) 規範目的論的 憲法解釋

헌법해석은 사회변화가 고려되어야 하지만 그 구체적 방법이 문제이다. 사회변화를 고려하여 변화된 현실에 부합되는 헌법 제35조의 客觀的인 意味를 밝히는

-
- 5) Originalism에 대해서는 다음의 문헌을 참고할 것: Thomas Grey, Do We Have an Unwritten Constitution? 27 Stan. L. Rev. 703, 1975, p.706; H. Jefferson Powell, The Original Understanding of Original Intent, 98 Harv. L. Rev. 885, 1985; Gregory Bassham, Original Intent and the Constitution: A Philosophical Study, Rowman & Littlefield, 1992, p.146 n.3; Richard B. Saphire, Enough About Originalism, 15 N. KY. L. Rev. 513, 1988, p.515 n.7; Antonin Scalia, A Matter of Interpretation, Princeton, 1997.
- 6) 오리지널리즘의 문제점에 관해서는 Daniel A. Farber, The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed, 49 Ohio St. L. J. 1085, 1989.
- 7) 역사적 방법론은 법제정을 통해 존재하는 법관계에 있어서 현재 존재하는 특정의 법상태를 대상으로 한다. 李富夏, “독일에서의 憲法解釋의 방법론”, 『공법연구』 제32집 제4호, 한국공법학회, 2004. 3, 194-195쪽 참조.
- 8) 法實證主義에 대한 긍정적 평가에 관해서는 Vgl. Norbert Hoerster, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, Mainz, NJW 1986, S. 2480 ff.

회변화가 헌법해석의 變更을 불러올 수 있는가하는 問題이다.

(1) 규범텍스트 중심의 憲法解釋

전통적으로 독일 카이저제국(Keiserreich) 시대에 규범텍스트(Normtext)만이 해석의 대상이 될 수 있으며 文法과 論理만이 해석수단이라고 보는 法實證主義(juristische Positivismus)³⁾는 이를 부정한다.⁴⁾ 그러나 법실증주의는 헌법규범을 그 텍스트와 동일시함으로써, 사회변화를 고려하지 않아 결국 몰락하였다.

이와 유사하게 규범과 텍스트를 동일시하면서도 법실증주의자와 달리 憲法制定者의 의도를 歷史的으로 확인하는 것만을 해석의 수단으로 삼는 오리지널리즘

은 구별되며 헌법의 효력은 원칙적으로 사회변화와 무관하다. 그 이유는 헌법의 효력은 권한을 지닌 국가기관의 결단에 근거하는 것이 원칙이기 때문이다. 사회변화로 인하여 특정 헌법규범의 규율대상이 사라지면 그 헌법의 효력은 유지되지만 그것이 적용되는 경우는 현실적으로 없게 되고, 그렇다면 특정의 헌법규범은 시대에 뒤떨어져 쓸모가 없어지며 당해 헌법규범에 대한 국민의 확신도 철회된다. 이와 같은 현상은 가치의 변화로 인한 것이며 가치의 변화의 수용이 일반화되어 폭넓은 이해와 지지를 받고 있다면 기존의 헌법규범은 더 이상 법적 기속력을 유지할 수 없으며 헌법재판소 등 법집행기관도 더 이상 이와 같은 헌법규범을 적용하기를 꺼려하고 은연중에 적용을 중지한다. Dieter Grimm, "Verfassungsrecht und sozialer Wandel-Überlegungen zur Methode der Verfassungsinterpretation-", 서울대학교 『법학』 제42권 제3호, 2001. 9, S. 185 f.

3) 'juristische Positivismus'에 대한 독일 법이론상의 용어적 의미에 관해서는 다음을 참고할 것: Robert Alexy, The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism, trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 2002; Annette Brockmüller, Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland, Baden-Baden: Nomos, 1997; Andreas Funke, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004; Walter Ott, Der Rechtspositivismus, 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

4) Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1911, vol. 1, ix; Vgl. Paul Laband, Staatsrechtliche Vorlesungen, Bernd Schlüter(Hg.), Berlin: Duncker & Humblot, 2004, S. 159; 법실증주의에 관해서는 Vgl. Wyduckels, Normativität und Positivität des Rechts, Krawietz-Festschrift, 1993; Stanley L. Paulson, The Theory of Public Law in Germany 1914-1945, Oxford Journal of Legal Studies Vol.25(3), 2005, pp. 525-545 참조.

에 따르는 ‘重大한 社會變化’(großem sozialen Wandel)를 의미한다면 그러한 변화를 반영하고 있는 새로운 헌법해석론은 說得力이 더욱 강화될 수 있다.

헌법해석에 의하여 도출되는 生態的 環境國家原理에 의하여 환경법질서를 憲法的 次元에서 체계적으로 정립함에 있어서 중요한 것은 環境에 관한 ‘社會變化’(sozialen Wandel)를 반영하여야 한다는 점이다.

이하에서는 먼저, 社會變化에 따른 憲法解釋의 方法論에 관하여 살펴보고, 둘째, 社會變化의 類型 및 憲法解釋의 變更과, 셋째, 현행 헌법 제35조의 環境規定에 관한 지금까지의 支配的 解釋論을 검토한다. 마지막으로 環境現實의 變化에 따른 새로운 헌법해석론으로서 環境國家原理의 타당성을 논한다.

II. 社會變化와 憲法解釋方法論

특정 헌법조항에 대한 헌법해석의 결론을 導出하기 위해서는 2가지 문제가 해결될 필요성이 있다. 하나는 사회변화를 반영한 憲法解釋의 限界와 관련된 헌법해석의 方法論에 관한 문제이고, 또 하나는 기존의 헌법해석을 代替해야 될 만큼 헌법 현실적으로 ‘사회변화’ 또는 ‘사회변동’이 存在하는지 여부이다.

1. 憲法解釋의 方法

헌법 제35조에 내재하는 客觀的 意味를 확정하기 위한 헌법해석의 방법론에 관한 논의는 환경에 관한 사회적 가치의 변화나 환경과 관련된 과학기술의 진보 등 社會變化를 고려하여 憲法解釋을 하여야 하는지 여부를 전제로 한다.²⁾ 즉 사

정에 기준과 이념을 제시하는 憲法政策(Verfassungspolitik)론이 필요하다는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 헌법정책론은 시대에 맞고 또 합당한 헌법효력의 계속형성을 목적으로 한 헌법의 형식적 문구개정 없는, 헌법내용의 의식적인 繼續敘述(Fortschreibung)이라고 한다. 吳虎澤, “憲法政策論의 概念과 課題”, 『安岩法學』 제1호, 1993, 55쪽 이하 참조.

2) 사회변화가 헌법해석의 변경을 불러올 수 있는가는 널리 다루어지는 문제지만 사회변화와 헌법효력간의 문제와는 구별된다. 일반적으로 법규범의 효력(Geltung)과 해석(Deutung)

社會變化와 憲法解釋의 方法

— 憲法上 環境保護條項을 中心으로 —

韓 相 雲*

차 례

- I. 序論
- II. 社會變化와 憲法解釋方法論
- III. 環境에 관한 社會的 價値의 變化
- IV. 現行 憲法上 環境條項에 관한 憲法解釋의 變更
- V. 環境國家原理의 實現 및 限界
- VI. 結論

I. 序論

환경보호에 관한 헌법 제35조가 제정된 이후에, 또는 지금까지의 支配的 解釋이 통용된 이래에, 새로운 사회변화가 發生하여 既存의 憲法解釋에 의해 도출되었던 規範目的에 의해서는, 새롭게 변화된 사회현실에 따른 규범목적을 達成할 수 없다면, 새로운 헌법해석에 의하여 도출된 憲法目的의 遂行이 가능하도록 憲法解釋이 變更되어야 한다.¹⁾ 더 나아가 사회변화가 환경에 관한 사회적 가치변동

* 성균관대 비교법연구소 선임연구원, 법학박사

1) 물론 변경된 헌법해석이 규범텍스트에 의하여 허용되지 않는 경우에는 立法論으로서 憲法改正을 필요로 한다. 이에 대해서 헌법의 해석만으로 변화하는 현실을 고려하는데 한계가 있으며, 해석에 의한 헌법개정은 금지된다고 하면서, 헌법개정을 통한 헌법의 계속되는 변화과