

환경권과 국가목표로서 환경보호에 관한 고찰

金 鍾 世*

차 례

- I. 서설
- II. 환경보호 및 환경권의 이론적 전개
- III. 환경권의 법적 성질과 효력
- IV. 국가목표로서 환경보호
- V. 결론

I. 서설

인류는 태초부터 자연환경 속에서 자연과 조화를 이루고, 또한 자연을 위협하면서 이것을 개발 및 이용함으로써 오늘날의 문명의 기초를 쌓아 올려왔다. 그리하여 문명의 역사는 자연환경의 개발의 역사라 하여도 과언은 아닐 것이다. 오늘날에 와서는 헌법국가는 환경에 관련된 이익들을 법적 권리로서 구체화하여 환경권이라는 인간의 기본적 권리로 발전시켜 왔다. 환경권은 실정법적 체계로 주장된 것이 아니라 1960년대 이후의 과도한 산업발달로 인한 공해에 의하여 인간의 생활환경이 파괴됨으로써, 인간다운 삶을 영위할 수 있는 쾌적한 환경을 유지하려는 노력으로 주장되어온 것이다. 따라서 환경권의 형성은 환경파괴로 인한 세계환경을 보호하고 동시에 인류의 생존을 위하여 이루어진 것이다. 환경권이라

* 계명대학교 법경대학 법학부 초빙전임강사, 법학박사

함은 환경의 이익을 향유할 권리로서 사람이 건강한 생활을 할 수 있는 쾌적한 환경과 자연현상을 향유할 수 있고, 환경침해로 인한 재산과 신체 또는 생명의 침해를 배제할 수 있는 배타적인 권리를 의미한다.¹⁾

이러한 환경권은 쾌적한 생활환경을 보전하고 적당한 휴양시설을 유지할 국민의 이익을 지키는 데에는 종래의 전통적인 범리만으로는 미흡한 점이 적지 않아, 자연보호단체의 적극적인 환경보호활동을 통하여 중전의 불법방해(Nuisance)로부터 환경권예로의 판례의 발전을 이끌어 낸 것이다.²⁾ 환경권은 국민이 자연생태계의 상황과 자연경관 또는 공기·물 햇빛·땅 등의 쾌적한 환경을 현상태 그대로 향유할 수 있는 자연환경의 이익과 사람이 쾌적한 환경에서 건강한 일상생활을 유지할 수 있는 생활환경의 이익으로 구분할 수 있다.³⁾

환경권은 태초에 인간이 태어날 때부터 향유할 수 있는 권리로서 누구도 침해할 수 없으며, 모든 국민에게 환경보전을 위하여 노력해야 하는 의무를 부여하는 것이다. 또한 환경을 침해한 자는 환경보전이나 환경침해의 배제를 위하여 필요한 모든 비용을 부담하여야 하며, 국가는 수탁자로서 환경을 관리·보전할 의무가 있다. 즉 국가는 국민의 환경권을 보장하기 위하여 그의 국가목표로서 환경보호의무가 있다. 이에 따라 국민은 국가에 대하여 인간의 생활조건에 적합한 환경보전을 요구할 수 있는 것이다. 따라서 인간은 환경권을 침해한 국가 또는 개인에게 환경보전을 요구할 수 있으며, 환경권침해의 예방이나 배제 그리고 손해배상을 청구할 수 있는 배타적 권리를 가진다. 이러한 범리가 현행법체계 내에서 인정되면, 예를 들어 국가는 사업자의 오염배출행위를 위법한 것으로 판단할 수 있고,

1) 구연창, 「환경법론」, 법문사, 1993, 75면; 김철수, “환경권”, 「환경법연구」 제3권, 한국환경법학회, 1981, 22면; 서원우, “환경권의 성질과 효력”, 「법학」 제57호, 1984, 27면; 이상규, “일본에 있어서의 환경권론의 전개”, 「환경문제연구논총 II」, 대한법협, 1992, 14면; 전창조, “환경권의 확립”, 「법과 환경」, 한국법학교법회편, 삼성사, 1977, 208면; 천병태·김명길, 「환경법론」, 삼성사, 1997, 73면.

2) 이상규, 「환경법론」, 법문사, 1998, 29면.

3) 물론 환경권은 사회적 환경권, 경제적 환경권, 정치적 환경권 등을 포함하여 지나치게 추상적인 권리로 확대하거나, 생활환경만으로 축소하려는 견해도 있다. 김기수, “공해의 사법적 구제의 방향과 상린관계법적 구성”, 「환경법연구」 창간호, 한국환경법학회, 1979, 121면; 이상규, 앞의 논문, 15면.

사업자에게 자기의 오염배출을 억제할 의무와 그 억제에 소요되는 비용을 부담할 의무를 부과할 수 있다. 국가는 국민의 기본권으로서 환경권을 인정함으로써 동시에 국가목표로서 오염방지 내지 환경보호의 책임과 의무를 지움과 동시에 이를 국민에게 촉구할 수 있다. 또한 국가는 환경오염으로 인한 피해구제를 용이하게 할 수도 있다. 따라서 법적 측면에서 볼 때 기본권으로서 환경권과 국가목표로서 환경보호의 인정은 환경문제의 해결을 위한 방안이 될 뿐만 아니라, 환경권의 법리가 바로 환경법의 지도원리가 되며, 이러한 점에서 환경권은 환경법으로 하여금 독자적인 법영역을 구축할 수 있는 계기를 마련해 주는 기능을 가진다.⁴⁾

이러한 점을 의식할 때 환경보호의 실효적인 구제를 위해서는 헌법상의 권리 내지 보호의무가 시인될 필요가 있는바, 그것은 권리로서 환경권을 선언하는 규정과 공공정책으로서 환경보호를 선언하는 규정이다.⁵⁾ 특히 공공정책의 선언으로서의 환경보호규정을 도입한 대표적인 국가는 독일이다.⁶⁾ 즉 기본법 제20a조는 “국가는 장래세대에 대한 책임을 다하기 위해서도 헌법적합적 질서의 범위내에서 입법을 통해서, 그리고 법률과 법의 기준에 따라서 행정권 및 사법을 통해서 자연적 생활기반을 보호한다”라고 하여 국가목표규정으로서의 환경보호를 규정하고 있듯이, 기본법 동 조항은 사인에게 의무를 지우거나 권능을 부여하고 있지 않다. 한편 우리 헌법 제35조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”라고 규정하여 환경권을 국민의 기본적 권리로서 승인함과 동시에 국가와 국민에게 환경보전의 책무를 과하고 있다. 이러한 점에서 국가의 환경보호와 국민의 환경권,

4) 천병태·김명길, 앞의 책, 73면.

5) 김세규·한귀현, “현대국가의 과제와 환경보호”, 『동아법학』 제23호, 1997, 281면.

6) 1990년 8월 31일 독일의 통일조약은 제34조에서 환경의 보호를 요구하였을 뿐만 아니라 동 조약 제5조에서 기본법의 개정을 2년 이내에 행할 것을 요구하였다. 그리하여 1994년 10월에 독일은 국가목표규정으로서 남녀평등, 사회적 약자의 보호, 환경보호를 규정하는 기본법개정을 단행하였다. R. Sanwald, Die Reform des Grundgesetzes, NJW 1994, S. 3313ff. 또한 독일 통일과 환경법에 대하여는 M. Klopfer, Das Umweltrecht in der deutschen Einigung. Zum Umweltrecht im Einigungsvertrag und zum Umweltrahmengesetz, 1991 참조.

환경보호와 다른 가치(다른 개별적 기본권) 사이의 갈등관계가 존재하게 된다. 따라서 본고는 국가목표규정으로 환경보호와 국민의 기본권으로서 보장되어 있는 환경권의 의미를 고찰하는데 그 목적이 있다.

II. 환경보호 및 환경권의 이론적 전개

헌법을 포함하여 국가의 법은 국가와 사람, 사람과 사람과의 관계를 주로 규정하였으나, 국가와 자연, 사람과 자연과의 관계에 관해서는 관심을 소홀히 하였다. 그러나 환경문제의 심각성에 따라 자연환경을 어떻게 위치시킬 것인가에 관한 논의가 활발히 전개되고 있다. 19세기 헌법이 자유권을 발전시키고, 20세기 헌법이 복리 등의 사회권을 발전시켰다면, 오늘날 21세기 헌법은 환경권을 포함한 환경보호와 환경권을 발전시키게 될 것인바, 오늘날 환경국가(Umweltstaat)가 될 것이라는 예측도 해 볼만하다.⁷⁾

1. 환경보호 및 환경권의 발전배경

(1) 생태학적 환경위기

환경보호 및 환경권은 인류의 환경위기에 대한 생태학적 인식에서 시작되었다. 인간의 경제활동은 생태계의 안에서 행하여져 왔으며, 이에 따른 환경파괴는 자연생태계 스스로 어느 정도까지는 해결할 수 있었다. 그러나 20세기 후반 이후의 급격한 과학기술의 발달과 함께 산업화의 진보는 자연생태계의 순환작용의 안에서 환원되지 않는 다량의 물질을 생산하여 자연생태계의 자생능력의 한계를 초월하게 되었다. 전세계의 환경오염은 급속도로 악화되고 인류의 생존을 위협하게

7) 환경국가의 개념은 아직 분명하지는 않지만, 우선 '환경의 불가침성을 국가의 과제 및 결정의 척도와 행위목표로 하는 국가제도'로 파악된다. 김세규, "법개념으로서의 환경국가", 「공법연구」 제24집 제2호, 한국공법학회, 1996, 299-427면.

되었고, 이처럼 환경위기에 대한 생태학적 관심이 더욱 최근에는 인류의 현실적 문제로서 인식되었다.⁸⁾

(2) 경제학적 자연환경

과거 대부분 국가는 맑은 공기, 깨끗한 물 등의 이른바 자연환경 자원을 무한적으로 존재하는 것으로 경제학상 자유재(free goods)로서 가치를 등한시 하였다. 그러나 무한적으로 존재한다고 믿어왔던 자연환경은 오늘날 유한적인 것으로 되어가며 점차로 희소성을 가지게 되었다. 자유재로 취급되어 온 공기·물·햇빛·자연경관 등을 신자재(new resource elements)로서 취급하게 되어, 국가와 국민은 그 보전 및 보호할 필요성을 인식하였다. 자연환경을 재산재로 승인한다면 종래의 상품의 시장가격 외에 자연환경이라고 하는 사회적 비용을 고려하여 상품가치에 이것을 포함하지 않으면 안되게 되었다. 그리하여 현대인은 공기나 물을 이용하는 권리에 재산적 가치를 인정하여 환경에 대한 지배관계를 일종의 권리관계로 파악하고 환경권을 재산권의 하나로 인식하게 되었다.⁹⁾ 또 일부 학자는 청정한 공기와 같은 환경은 일반상품과 같이 전유할 수 없다고 할지라도, 이에 대하여 가치를 구하는 자에게 대하여는 그 소모나 파괴는 보상의 대상이 될 수 있다고 강조한다.¹⁰⁾ 사실 지금까지 공기나 물을 오염시키는 것이 타인의 권리를 침해하지 않는 한 적법한 것으로 허용되어 온 것은 근대법의 원리가 그러한 환경의 소재를 권리의 객체로 인식하지 않았기 때문이다.

(3) 환경질서로서 법

근대사회의 법질서 하에서 국가는 기업의 자유로운 생산활동을 보장하는 한편, 생산활동에 따른 대량의 오염물질의 처리에 대한 기업의 책임을 묻지 않았다. 즉 오염물질의 배출을 경제발전에 수반되는 필요악으로 보아 환경오염의 규제도 경

8) 八代紀彦, “環境權”, 『現代損害賠償法講座 5』, 日本評論社, 1973, 313면.

9) 전창조, 앞의 논문, 202-203면.

10) 都留重人, 『公害의 政治經濟學』, 岩波書店, 1972, 142면.

개발전과 조화하는 범위 내에서 제한하려는 경제체제하에서는, 환경오염에 대한 공법상의 규제가 소극적으로 그칠 수밖에 없었다. 이것은 기본적으로 좋은 환경을 향유할 수 있는 인간의 권리를 존중하는 인간본위의 이념을 결여한 것에 기인한다. 또한 환경오염피해에 대한 사법적인 구제에 있어서도 기본적으로 과실책임주의의 전통적인 시민법원리에 의한 처리에서 벗어나지 못하였다. 그러나 환경오염의 현상은 대량적이거나 집단적이며, 가해자와 피해자의 지위의 비교환성 및 불균형한 경제적 관계라는 종래의 시민법 법리에 의하여 해결하기에는 너무나 많은 한계적 요소를 지니고 있었다. 특히 환경오염피해와 같은 새로운 권리침해의 유형을 예상치 못하였던 종래의 불법행위법리나 상린관계의 법리는 이러한 침해를 처리하기에는 그 규제대상이 너무나 특이하고 광범위하다.

물론 환경법 분야에 있어서도 새로운 환경침해의 유형에 적용하기 위하여 학설 및 판례 등에 의하여 법리의 수정이 진행되어 왔다. 그러나 이러한 법리적 수정만으로는 환경오염현상을 다룰 수 없는 한계가 있다.¹¹⁾ 여기에 환경문제만을 규율의 대상으로 하는 새로운 환경법질서가 생성되어야 할 필요성이 있다.¹²⁾ 환경권은 환경문제에 관련하여 공사법전반에 타당한 이념과 법리에 의하여 구성되어야 하며, 환경법질서에 있어서는 환경보호와 환경권이 그 중심개념이 되어야 한다.

2. 환경보호 및 환경권법리의 발전

(1) 공익성

로마법의 환경은 본래 만인의 공유에 속한다고 하는 사상에서 시작되었다. 환경권의 법리는 환경공유라는 사고 방식에 대한 반성으로 등장했고, 이에 자연자원은 부동산소유권에 수반한 이익으로부터 탈피하여 만인이 함께 향유하도록 보장해야 하는 것으로 인정되어 왔다. 환경권의 발상은 이러한 환경공유의 법리를 전제로 하여 주민에게 자연환경의 향유를 보장하기 위한 것이며, 국민은 환경파

11) 森田康, 「法の未來學」, 學陽書店, 1971, 187면.

12) 東孝行, 「公害訴訟の理論と實務」, 有信堂, 1971, 5면.

괴에 대항할 수 있는 권리를 갖는 것이 가장 효과적인 것으로 여겨져 왔다. 이러한 환경공유의 법리는 단순히 법사상의 영역에 그치지 않고, 환경권법리에 밀접하게 결부되어 왔다.¹³⁾ 이를테면 환경공유의 법리를 기초로 해서 환경공유자의 한 사람이 타인의 환경공유자 전원의 승낙을 얻지 않고 환경을 독점적으로 지배하고 이용 또는 파괴하는 것은 다른 공유자에 대한 권리침해로 판단되어, 다른 공유자는 그 침해의 배제를 구하는 권리, 즉 환경권을 가진다.¹⁴⁾

(2) 공익신탁론

강·해안·대기 등과 같은 일반국민에게 보편적인 생활환경자원은 국민전체에게 매우 중요하기 때문에, 공익신탁의 이론(Public Trust Doctrine)은 국가가 비록 이를 소유하고 있더라도 공익에 신탁되어 있어서 그 수탁의무에 위반하여 이러한 자원을 자의로 처분하거나 관리하지 못한다는 것이다.¹⁵⁾ 보호할 가치가 있는 자연환경을 포함하여 환경상의 권리는 국가에 신탁되어 있으며, 국가는 공공이익의 수탁자로서 환경의 보존·관리·이용에 관하여 선관의무가 있다.¹⁶⁾ 동 이론의 역사적 변천은 특히 해안의 사용을 두고 발전되었으며, 1970년에 Joseph L. Sax 교수가 공익신탁론을 전반적인 환경문제 및 자원활용 문제에 널리 적용시키자고 주장하였다.¹⁷⁾ 그는 공익신탁이론을 발전시켜 공공용지와 같은 일부 제한된 생활환경에만 적용할 것이 아니라, 대기오염·수질오염·살충제살포·방사능·소음 기타 널리 환경오염 일반에 대해서도 적용되어야 한다고 주장하였다.¹⁸⁾ 공익신탁론은 그 본질과 발전과정으로 보아 환경권의 기본이론으로 발전할 수 있는 논리적 근거를 제공한 것이라고 볼 수 있다.

13) 八代紀彦, 앞의 논문, 314-315면.

14) 서원우, 앞의 논문, 27면.

15) 1960년대 미국의 환경보호론자들에 의하여 확장된 이론이다. J. Sax, *Defending the Environment*, Alfred A. Knopf, 1971, p. 163.

16) *Comments, Equity and the Echo-System: Can Injunction Clear the Air*, 68 *Mich. L. Rev.* 1254(1970).

17) 이상돈, 「환경정책법」, 아세아문화사, 1985, 155면; 전창조, 앞의 논문, 204면.

18) J. Sax, *op. cit.*, p. 172.

(3) 법적 권리로서 환경권

사실상 근대까지 환경권은 인간의 기본적 권리로 인식되지 못하고, 생활의 방해를 받지 않을 정도의 권리로 이해되어 왔다. 그러나 오늘날에 와서 환경침해로 인한 국민의 생활방해가 심각하게 나타나고, 재산과 건강 또는 생명까지 침해받게 되자 환경권은 생활방해에 대한 권리구제로서 발전하였다. 특히 영미법상의 생활방해는 개인의 생활방해를 구제할 수 있는 사적 생활방해와 불특정다수인이나 주민의 생활방해를 구제할 수 있는 공적 생활방해로 구별하여 환경권의 법리를 수용하였다.¹⁹⁾ 이에 따라 환경권은 국민이 건강하고 쾌적한 생활환경을 향유하며, 또 이것을 지배할 수 있는 배타적 권리로 발전하였다. 국민이 천부적으로 갖고 있는 환경권에 대한 침해 또는 위협이 있으면 국민의 생명·건강·재산에 대하여 구체적인 침해를 받는 일이 없어도 바로 환경권침해의 방지청구를 할 수 있다.²⁰⁾ 또한 국민이 환경문제와 관련하여 생명·건강·재산에 구체적인 침해를 받은 경우에도 당연히 환경권을 내세워 구제받을 수 있다.

(4) 환경권의 헌법적 보장

환경보호와 환경권의 발전은 환경파괴로부터 인류의 생존을 보존하고, 지구환경을 보호하기 위한 세계 각국의 의지는 실정헌법으로 나타나기 시작하였다. 그리하여 환경권을 국민의 기본권으로 인정하여,²¹⁾ 명시적 조항을 둔 실정헌법은 개인의 건강한 환경에 대한 권리와 환경보호를 위한 합리적인 규제와 제한을 마련하고 있다. 초기 대표적인 입법례로는 1970년의 미국의 일리노이주 헌법 제11

19) 정만조, “미국의 환경법, 환경소송개설, 공해문제와 재판”, 『재판자료』 제2집, 법원행정처, 1979, 187-193면; 조종현, “환경권의 민사법리 -채권법에 있어서 자유와 책임”, 『김형배 교수화갑기념논문집』, 1994, 674면.

20) 영미법상의 이러한 환경권의 법리는 실정법적인 근거가 없다는 비판 속에서도 독일과 일본 등 전세계에 확산되어, 수차의 환경에 대한 국제 심포지움을 개최하고 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 또는 생존권적인 기본적 인권으로서의 인간환경을 선언하여, 환경권은 만인의 권리로서 인정되지 않으면 안되게 되었다.

21) 세계 각국의 헌법상의 환경권의 형태에 관하여는 고문현, “환경조항에 관한 비교헌법적 연구”, 『공법연구』 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 184면 이하 참조.

조 제3항과 1971년의 펜실베이니아주 헌법 제27조가 있다.²²⁾ 이외에도 헌법에 환경권을 규정하지 않은 미국연방과 일본을 비롯한 많은 국가들은 환경권을 헌법에 열거되지 않은 권리라고 해서 부인되거나 경시될 수 없다고 하여 국민의 유보적 권리, 혹은 인간의 존엄과 행복추구권 또는 인간의 생활권에서 환경권의 헌법적 근거를 찾고 있으며, 또한 각종의 환경관련법규를 제정하여 사실상 환경권을 인정하고 있다.²³⁾

우리나라는 현행헌법 제35조와 환경정책기본법 제6조에서 환경권을 국민의 권리로 규정하고 있으며, 환경보전을 국가나 공공단체의 책무 또는 국민의 의무로 규정하고 있다.²⁴⁾ 그리고 과거 헌법상으로는 헌법전문이나 인간의 존엄성과 가치에 관한 헌법 제8조, 인간다운 생활을 할 권리에 관한 헌법 제30조, 건강한 생활을 할 권리의 헌법 제31조, 그리고 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다는 규정(헌법 제32조 제1항) 등을 들어 제4공화국 헌법 하에서도 환경권이 인정된다. 그러나 위와 같은 규정만으로는 충분한 명문규정을 결한다는 반론도 만만치 않았던 것이 사실이다. 이러한 사정을 감안하여 1980년 10월 27일 시행된 제8차 개정헌법 제33조에서는 “깨끗한 환경에서 생활할 권리”라고 하여 환경권을 국민의 기본적 권리로 명문화하였고, 1987년 12월 29일에 개정된 제9차 개정헌법, 즉 현행헌법 제35조 제1항에 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에

22) 그리고 남아프리카공화국 헌법 제24조, 러시아 헌법 제43조, 불가리아 헌법 제55조, 우크라이나 헌법 제50조, 포르투갈 헌법 제66조 제1항, 스페인 헌법 제45조 등에서도 환경권을 명문화하고 있다. 또한 환경보호를 헌법상 명문으로 규정한 입법례로서는 1972년의 독일연방개정헌법 제74조 제24항, 그리스 헌법 제24조, 인도 헌법 제48A, 제49조, 이란 헌법 제50조, 스위스 헌법 제24조의 7, 태국 헌법 제65조를 들 수 있다.

23) 고문현, 앞의 논문, 184-188면; 김백유, “환경권과 권리보호제도”, 『성균관법학』 제6호, 성균관대학교 법학연구소, 1995, 48면; 김철수, 앞의 논문, 14면; 조종현, 앞의 논문, 675면.

24) 우리나라는 종래의 환경보전법(1977년 12월 법률 제3078호로 제정되었으나, 1990년 8월에 제정된 현행의 환경정책기본법으로 전환됨)이 “대기오염·수질오염·토양오염·소음·진동 또는 악취 등으로 인한 보건위생상의 위해를 방지하고 환경을 적정하게 보전함으로써 국민보건향상에 기여함을 목적으로 한다”고 하면서 국가의 공해방지의무와 환경보호를 위한 정책수립 및 감독의 책임, 행정적 규제조치 및 생명·신체의 피해에 대한 무과실책임까지 규정(동법 제69조)하였기 때문에, 바로 이것이 우리나라에서는 이미 환경권 또는 건강권이 실정법적 근거를 확보한 것이다. 김철수, 앞의 논문, 21면 이하.

서 생활할 권리를 가지며 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”고 개정하여 환경권은 인간의 존엄성과 가치의 유지와 행복추구에 필요불가결한 기본권임을 구체적으로 천명하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 “그 내용과 행사에 관한 사항을 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다”고 하여 명시적 헌법위임에 의한 법률유보조항 즉 “기본권 형성적 법률유보조항”으로 마련되어 있다.²⁵⁾

3. 환경권과 다른 기본권과의 관계

현대 국가에 있어서 환경보호가 인간의 생존과 관련하여 얼마나 중요한 의미를 가지는지에 대해서는 주지의 사실로 인식되고 있다. 우리나라의 경우에 종래의 기본권과는 상당히 다른 특질을 가지는 기본권으로서의 환경권이 등장하면서 헌법에 국민의 기본권으로까지 규정되었다. 국민의 기본권을 최대한 실현하기 위한 환경권과 환경보호의 중요성이 강조되고 있다. 이러한 중요성에 부응하는 만큼 환경보호를 위하여 국민의 다른 이익이 제한될 수밖에 없는 사회갈등현상이 발생하기도 한다.²⁶⁾

예를 들어 개발제한구역의 설정이나 환경영향평가 등과 같이 어떠한 시설을 특정장소에 제한하려는 것은 다른 국민에게 헌법이 기본권행사에서 영업의 자유 및 재산권을 제한하는 중대한 기본권제한을 의미한다. 물론 환경보호가 환경권을 실현하는 전제이고 따라서 환경을 침해하거나 환경에 일정한 행위를 하는 행위는 환경권을 침해하기 때문에 금지된다는 주장은 환경권의 측면에서는 당연한 결론이다. 그러나 헌법은 기본권의 최적 보장을 규범적 기초로 하기 때문에 환경권과 다른 기본권의 보장의 정도를 다르게 규정할 수는 없다. 기본권간의 우월관계가 부정되는 이유도 그러한 까닭이며, 결국 헌법은 기본권간의 갈등이 발생하는 경우 여러 가지의 방법을 통하여 그러한 갈등을 해결할 수밖에 없다.

결국 환경권과 다른 기본권과의 관계는 환경보호를 통하여 무엇을 보호하기 위

25) 김백유, 앞의 논문, 47-48면.

26) 이론적 측면에서 오늘날 환경권과 다른 기본권 사이에서의 갈등이 나타나고 있다. 이에 대한 자세한 논의는 Callies, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Tuebingen 2001 참조.

한 것인가의 문제로 귀결된다. 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있고, 헌법이 보장하는 모든 기본권은 궁극적으로 인간의 존엄성 실현에 기여하는 것으로 해석하는 한 환경권도 인간의 존엄에 기여하는 때에 기본권으로서의 의미를 가진다고 본다.²⁷⁾

III. 환경권의 법적 성질과 효력

1. 환경권의 실정법적 전개 및 근거

우리나라에서 환경권이 헌법상의 기본권으로 논의되게 된 배경은 1970년대의 고도 경제성장 정책하에서 공해 및 환경문제에 대한 위기의식을 가지면 시작되었다. 우리나라에도 1970년대 이후 환경권이론이 도입되었으나²⁸⁾ 제5공화국 이전의 구헌법상에서도 환경권에 관한 명문규정은 없었다. 그러나 그 근거규정으로서의 구헌법 제8조·제30조·제31조 또는 제10조 등이 제시되었다. 환경권을 건강한 생활을 할 권리로 보는 경우에는 구헌법 제31조에서 그 연원을 찾았으며, 다른 한편 환경권을 인간다운 환경 속에서 생존할 수 있는 권리라고 해석하는 경우에는 구헌법 제30조 제1항의 생활권 규정에서 그 근거를 찾을 수 있었다.²⁹⁾ 또한 환경권의 근거를 독일기본법 제2조 제1항³⁰⁾의 경우와 같이 우리 구헌법 제10조의 신체의 자유에 관한 규정에서 찾기도 하였다.³¹⁾ 이 후에 환경권의 해석론적 논의과정을 거쳐 환경권을 헌법적으로 확립시켜야 한다는 요청에 따라 제5

27) 최윤철, “우리헌법에서의 환경권조항의 의미”, 『환경법연구』 제27권 제2호, 2005, 376면.

28) 우리나라에서 최초로 환경권 개념을 소개한 것은 김철수 교수이며(김철수, 「헌법학」, 지학사, 1965, 290면), 환경권의 법리를 최초로 소개한 것은 전창조 박사이다(전창조, “환경권의 법리”, 『새법정』 제3권 1호-2호, 1973).

29) 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2005, 467-468면.

30) 독일기본법 제2조 제1항에서는 “누구든지 타인의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 발현할 권리를 가진다”고 규정되어 있다.

31) 구연창, 앞의 책, 89면; 천병태·김명길, 앞의 책, 87-88면.

공화국 헌법은 제33조에 “모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”라고 하여 이른바 환경권을 기본권의 하나로 규정하였다. 현행헌법은 이를 보다 구체화하여 제35조 제1항에서 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”라고 규정하고, 제2항에서 “환경권의 내용과 행사에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 하여 환경권의 구체적인 내용과 행사에 관한 사항을 법률에 유보하고 있다.

2. 환경권의 법적 성질

환경권은 그 개념, 법적 성질 및 효력에 관하여 학설이 다양하지만, 대체로 “건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리”로서, 자유권적 성격뿐만 아니라 인간의 존엄과 가치·행복추구권으로부터 도출되는 생존권 또는 사회적 기본권으로서의 성격을 갖는 종합적 기본권이라는 것이 지배적인 견해라 할 수 있다. 다만 환경권의 효력에 관해서는 크게 환경권을 국민 개개인이 직접 법원에 청구할 수 있는 구체적인 법적 권리로 보는 입장(구체적 권리설)과 환경권은 환경에 대한 침해가 있을 때 그 배제를 직접 청구할 수 있는 구체적 권리로서의 측면(자유권적 침해배제 청구권), 또는 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경의 조성이나 유지에 대한 추상적 권리로서의 측면(추상적 권리설)이라는 양면성을 지닌다고 보는 입장(양면적 권리설)³²⁾ 및 환경권은 어디까지나 입법이나 행정의 적극적 조치와 관련되지 않는 한 실효성을 가지지 않는 지도 이념적인 권리로 보는 입장(프로그래밍적 권리설)이 대립되고 있다.³³⁾

환경권의 법적 성질을 규명하기 위해서는 우선 그것이 기본권의 분류상 어떠한 곳에 위치하는지를 아는 것이 필요하다. 당초 기본권이라는 것이 헌법전에 편제될 때에는 대개 같은 속성의 권리는 같은 곳에 규정함으로써, 그 기본권에 관련된

32) 홍준형, 앞의 책, 34면.

33) 이강혁, “헌법적 시각에서의 환경문제”, 『헌법논총』 제6집, 헌법재판소, 1995, 130-134면 참조.

여러 가지 것을 일률적으로 선언하는 것이기 때문에 당장 그 체계적인 위치만으로도 많은 것을 알 수 있게 된다.³⁴⁾ 우리나라에서는 환경권의 법적 성질과 효력에 대하여는 많은 견해가 대립되고 있다. 현행 헌법에는 독일기본법 제1조 제3항³⁵⁾과 같은 규정이 없기 때문에, 환경권은 국가기관을 직접 기속하는 효력을 갖는 것으로 볼 수 있는가가 문제된다. 환경권은 다른 기본권과는 달리 여러 특성을 가지고 있기 때문에 그 법적 성질을 파악함에 있어 많은 어려움이 있는 것이다.³⁶⁾

(1) 자유권적 기본권설

이 설에 따르면 환경권은 자유권적 기본권의 경우처럼 헌법규정만으로도 환경권의 침해에 대해서 법원에 제소할 수 있다고 한다. 즉 환경권은 오염되거나 불결한 환경으로부터의 자유를 의미하며,³⁷⁾ 국민이 국가나 공공단체 또는 개인에게 그리고 국가 또는 공공단체가 국민에게, 환경권의 침해로 생명·신체·재산에 손해를 발생할 염려가 있거나 발생한 때, 그러한 환경권침해의 예방과 배제를 청구할 수 있는 방어적 청구권 또는 손해배상청구권의 성격을 갖는 배타적 지배권이다. 또한 헌법 제35조에 환경권을 국민의 권리와 의무로 규정하고 있고, 환경정책기본법 제30조에서 환경오염피해의 구제, 동법 제31조에서 손해배상의 무과실책임과 연대책임, 그리고 민법 제205조와 제206조에서 점유권적 청구권, 동법 제214조에서 물권적 청구권, 동법 제217조에서 상린권의 생활방해책임 및 동법

34) 천병태·김명길, 앞의 책, 91면.

35) 독일기본법 제1조 제3항에서는 “이하의 기본권은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법, 집행 및 사법을 구속한다”고 규정되어 있다.

36) 즉 환경권은 첫째, 환경 그 자체는 권리의 대상이 아닌 환경에 영향을 미치는 인간의 행위를 규제함으로써 실효성을 나타낼 수 있기 때문에, 다른 기본권의 제한을 전제로 하는 기본권이다. 둘째, 환경권은 다른 어느 기본권보다도 그 의무성이 강해서 환경보전의 이행, 상린관계의 존중 등을 통해서만 비로소 실현될 수 있는 기본권이다. 셋째, 환경권은 외형상 산업발전으로 인한 환경오염과 상극의 관계가 있는 것처럼 보이기 때문에, 산업발전을 억제하거나 산업체활동을 제약하는 경제성장의 장애요인으로 기능 할 수도 있다. 넷째, 환경권은 현재 살고 있는 세대만의 기본권이 아니라 미래세대의 기본권적인 성격을 아울러 가지고 있다는 점 등의 특성을 가지고 있다.

37) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005, 696면.

제750조에서 불법행위책임을 규정하여 환경권을 구체적 권리와 의무로 천명하고 있다. 따라서 국민이 환경권의 침해자에게 환경권침해의 방지를 청구할 수 있는 방지청구권과 환경권침해의 손해배상을 청구할 수 있는 배상청구권을 포함하는 구체적 권리라고 할 수 있다.³⁸⁾ 환경권은 이와 같은 자유권적 기본권의 성격에서 구체적 권리인 환경권침해배제청구권이 있으며,³⁹⁾ 국가에 대하여 보다 좋은 환경을 조성해 달라고 하는 환경개선보전청구권은 입법에 의해서만 적극적으로 보장되므로 추상적 권리가 있다고 한다.⁴⁰⁾

(2) 생존권적 기본권설

환경권은 국가에 대하여 쾌적한 환경을 요구할 수 있는 권리이므로 인간다운 생활을 보장하기 위한 생존권적 기본권이라고 한다.⁴¹⁾ 즉 환경권은 보다 적극적으로 국가에 대하여 좋은 환경의 확보를 요구하는 권능을 가진 권리라는 점에서 생존권적 기본권으로서의 일면을 지니고 있다.⁴²⁾ 생존의 기본조건인 공기·물 등과 같은 환경소재에 대한 파괴와 환경오염은 건강하고 쾌적한 생활을 영위할 권리를 침해하는 것이며, 따라서 환경권의 보장 없이는 생존권 자체가 위협을 받으며 보호받지 못하게 된다. 이러한 환경권은 환경권침해의 구제를 법률로 제정할 수 있는 입법방침을 규정할 뿐, 국가의 의무위반에 대하여 정치적 또는 사법적 책임을 물을 수 없다는 입법방침설과 환경보전에 대하여 국민은 추상적 권리를 갖고, 국가는 추상적 의무가 있으므로, 국민은 국가에 대하여 환경보전을 위한 입

38) 조종현, 앞의 논문, 677면.

39) 김철수, 앞의 책, 498면.

40) 구병삭, 「신헌법원론」, 박영사, 1999, 588면.

41) 문홍주, 「한국헌법」, 해암사, 1987, 317면.

42) 서원우 교수는 환경권을 재산권보다는 오히려 인격권에 가까운 권리로 한다. 그러나 환경권은 적극적으로 국가나 지방자치단체에 대하여 좋은 환경의 확보를 요구할 수 있는 권능을 내포하는 권리라는 점에서는 생존권적 기본권으로서의 일면도 있으므로 결국 종래에 알려져 있지 않은 새로운 기본권의 하나로서 이해해야 한다는 것이다. 그리하여 환경권은 헌법상의 기본권인 생존권이나 인간의 존엄성보장, 행복추구권과 불가분의 밀접한 관계가 있는 권리라는 것이다. 서원우, 앞의 논문, 28면.

법조치를 요구할 수 있는 권리를 가질 뿐, 국가의 의무위반에 대하여는 사법적 책임을 물을 수 없다는 추상적 권리설, 또는 환경권을 침해한 때에는 환경보전과 배상청구를 할 수 있다는 구체적 권리설로 나뉘어 주장되었다. 또한 환경의 개선과 개선보장을 위한 환경보전청구권은 생존권적 성격에서 입법에 의해 적극적으로 보장되고, 환경권 침해예방과 배제를 위한 방지청구권은 자유권적 성격이므로 구체적 권리라고 설명하기도 한다.⁴³⁾ 따라서 환경보호청구권은 입법방침규정이지만 환경권에 대한 침해배제청구권은 직접적 권리라고 한다. 그리고 국가의 부작위에 의한 침해에 대하여는 일반적으로 사법적 구제가 부정되지만, 헌법 제35조의 환경적 인격권의 침해에 대하여는 사법적 구제를 청구할 수 있다.⁴⁴⁾ 이 설은 인간의 생존자체에 위협이 되고 있는 환경침해라는 새로운 상황에 적합하도록 헌법을 실천적 목적론적으로 해석한다면, 환경권의 성질을 생존권적 기본권에서 구하는 것이 타당하다.⁴⁵⁾

(3) 사회적 기본권설

환경권은 사회적 기본권과 인격권의 성질을 아울러 가지는 복합적 기본권으로 보는 견해와,⁴⁶⁾ 그리고 환경권은 그 본질에 있어서 국가에 대하여 환경파괴의 예방·저지·회부·개선 등 환경의 보호와 개선을 적극적으로 청구할 수 있는 사회적 기본권에 속한다는 견해⁴⁷⁾와 동시에 자유권적 성격과 청구권적인 성격도 가진 복합적인 기본권이라고 보는 견해⁴⁸⁾도 있다. 다만, 환경권은 그 주된 성격이 어디까지나 사회적 기본권성에 있으므로 사회적 기본권의 범주에 포함시켜야 할 것이므로, 환경권이 사회권으로서 가지게 되는 공통적인 이론이 여기에서도 적용된다. 결국은 환경권도 사회권이기 때문에 환경권 고유의 법적 성격을 가짐과 동

43) 김철수, 앞의 책, 497-498면.

44) 천병태·김명길, 앞의 책, 94면.

45) 전창조, 앞의 논문, 212면.

46) 구병삭, 앞의 책, 583면.

47) 홍성방, 「환경 기본권 -환경오염의 법적 구제와 개선책」, 한림과학원총서 47, 1996, 66면.

48) 천병태·김명길, 앞의 책, 92면.

시에, 그것이 사회권으로서의 일반적으로 갖게 되는 공통의 법적 성격도 아울러 가지게 된다. 그러므로 환경권에 대한 입장은 그것이 구체적·현실적인 권리가 아니라 국가의 사회정책적 목표 내지 정치적 강령을 선언한 것에 불과하다고 보아, 국가가 그 권리의 실현에 필요한 입법 또는 시설을 하지 아니하는 한, 그에 관한 헌법규정만으로는 국가에 대하여 그 의무행위를 재판상 청구할 수 없는 프로그램적 권리인지, 아니면 일단 헌법에서 권리가 있음을 명시한 이상 법적 권리로서의 성격은 인정하여야 하는지에 관한 점, 또한 법적 권리의 성격을 인정하는 경우에도 그것만으로 바로, 환경권의 침해시 법원에 소구할 수 있는가에 관한 점에 대해서는 견해가 일치하지 않고 있다. 물론 환경권은 국민이 건강하고 쾌적한 환경 속에서 살 수 있도록 필요한 입법을 요구할 수 있는 법적 권리이지만, 국가의 의무위반시 재판을 통하여 구제받을 수는 없고 입법에 의하여서만 구체적 청구권이 발생하는 것으로 본다. 다만, 환경권을 구체화하기 위한 법률의 제정은 입법권의 의무며 그 법률의 내용형성에 있어서만 재량이 인정된다고 보아 환경권은 단순한 입법재량의 문제가 아니라 “헌법에 의한 입법구속에 있어서 입법재량의 문제”로 보고, 입법이 없거나 불충분한 경우 법원에 부작위위헌확인 소를 제기할 수 있는 “불완전한 구체적 권리”로 보아야 한다.⁴⁹⁾ 또 환경권은 산업화로 인하여 국민 개개인으로서의 어찌할 수 없는 환경오염과 환경파괴에 직면하여 국가에 대하여 환경의 유지·보존·개선을 요구하고 있는 권리기 때문에 사회적 기본권이다. 그러나 환경권은 다른 사회적 기본권과는 다른 특이한 면을 가지고 있다. 왜냐하면 다른 사회적 기본권들이 수범자를 국가에 한정하고 있음에 반하여, 환경권의 경우에는 수범자가 국가와 국민으로 되어 있고, 깨끗한 환경을 국가가 침해해서는 안 된다는 방어권적 측면도 가지고 있기 때문이다. 따라서 환경권은 국가와 국민을 수범자로 하여 부분적으로 방어권적 성격을 동시에 가지고 있는 사회적 기본권이다.⁵⁰⁾

49) 안용교, 「한국헌법」, 고시연구사, 1989, 565면.

50) 홍성방, 앞의 논문, 66면.

(4) 종합적 기본권설

환경권은 인간의 존엄성 존중을 그 이념적 기초로 하면서 자유권, 청구권, 생활권 등의 여러 가지 성격을 가지는 종합적 기본권적 성질을 가진다. 즉 환경권은 오염되거나 불결한 환경을 예방 또는 배제하여 주도록 청구할 수 있는 권리라는 의미에서 청구권으로서의 성질이 있다. 오염되거나 불결한 환경은 인간다운 생활을 할 수 없게 하고 건강을 침해한다는 점에서 환경권은 인간답게 영위할 생활권이며 보전에 관한 권리라 할 수 있는데, 오염되고 불결한 환경은 인간의 존엄성을 해치고 불행하게 만든다는 의미에서 인간의 존엄성 존중에 위배되고 행복추구권을 침해하는 것이다. 또 환경권은 종합적 기본권이지만 그 주된 성격은 사회적 기본권성에 있으며, 이러한 성격의 환경권은 불완전하나마 구체적 권리로 이해하여야 한다.⁵¹⁾ 또 환경권은 국가와 국민의 환경보호의무를 전제로 하는 권리와 의무의 복합적 기본권으로서의 성질과 기본권의 헌법적 한계로서의 성질을 동시에 가지는 종합적 기본권이다. 환경권은 많은 기본권의 실효성 확보를 위해서 그 보장이 불가피한 일종의 기본권의 전제조건인 보호로서의 의미도 함께 가지고 있기 때문에, 그 법적 성격도 자유권, 사회권, 인격권 등 획일적으로 말할 수 없다. 더욱이 환경권은 효과적인 환경보호정책 내지는 환경입법에 의해서만 그 실효성을 기대할 수 있기 때문에 법률제도의 보장이라는 제도적 보장의 성질도 함께 내포하고 있으므로, 국가는 환경법을 제정이나 정비해야 할 의무가 있다.⁵²⁾

3. 환경권의 효력

환경권의 법적 권리성, 이른바 법적 효력에 대해서는 여러 학설들이 대립되고 있다. 원래 권리란 “법률에 인정하고 있는 개인의 이익을 주장할 수 있는 힘, 즉 법률상의 이익”을 말한다. 물론 이와 같은 법률상 권리의 모습은 보통 타인에게 일정한 작위·부작위 또는 급부·인용 등을 요구할 수 있는 청구권에서 발견할

51) 권영성, 앞의 책, 604-605면.

52) 허영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2006, 568-569면.

수 있다. 그러나 법률상의 권리는 모두 동일한 내용과 성질 또는 효력을 가지는 것은 아니다. 바로 권리는 청구권 이외에도 어떠한 침해가 있는 경우에 그의 배제만을 요구하는 권리 등으로 분류할 수가 있다. 따라서 헌법상의 기본권인 환경권의 법적 권리성에 대해서는 앞에서 살펴본 환경권의 성질에 따라 각각 분류될 수 있다.

(1) 입법방침 규정설

환경권은 개인에 대하여 일정한 환경보호 개선조치를 요구할 수 있는 권리를 실질적 또는 구체적으로 보장한 것이 아니라, 입법자에 대하여 효과적인 환경보호의 포괄적 조치를 취하도록 의무화한 것이다.⁵³⁾ 따라서 입법방침 규정설에 따르면 환경권은 입법자에게 환경보호나 환경개선을 위한 법을 제정하도록 법적 의무를 지운 것에 불과한 것일 뿐만 아니라, 국민의 구체적 청구권규정여부에 있어서도, 다만 국가의 재량에 의하여 제한을 받는 입법정책의 문제로서만 인식하고 있다.

이 주장에 대한 입장은 소극적 프로그램 규정설과 적극적 프로그램 규정설로 대립되고 있는바, 소극설은 입법권의 정치적·도덕적 의무를 정하고 있을 뿐이며, 법적 의무는 아니라고 한다. 그러므로 이 설은 국가의 환경권보호에 관한 의무위반에 대해서 그 정치적인 책임을 물을 수가 있어도, 재판을 통하여 소구할 수 있는 국민의 직접적인 청구권의 근거가 될 수는 없으므로 그 법적 책임을 물을 수가 없다고 본다.⁵⁴⁾ 이에 대하여 적극적 프로그램설은 생존권의 규정 등은 최소한 문화적 생활을 영위하는데 필요한 입법을 요구할 수 있는 법적 권리를 보장하고 있다고 본다. 그러나 이 권리는 추상적인 권리로서 그것이 침해되는 경우에는 헌법 제35조에 근거하여 직접 그 위헌성을 재판을 통하여 청구할 수는 없다고 한다. 다만 생존권이 입법에 의하여 실현되고 구체적인 청구권으로서 정해진 경우에는 그 입법에 기하여 권리침해의 구제를 법원에 청구할 수 있다.⁵⁵⁾ 그러나 자

53) 서원우, 앞의 논문, 42면; Rubert Scholz, *Nichttraucher contra Raucher*, JuS, 1976, S. 234.

54) 안용교, "환경권", 『고시연구』, 1981. 34-35면.

55) 김철수, 앞의 논문, 90면.

유권적 기본권이 국가권력에 대한 자유를 의미하는 소극적 권리인 것에 반하여 생존권적 기본권은 모든 이익의 조화와 형평, 모든 국민의 복지에의 평등한 요청, 생존을 위하여 긴급히 요구되는 국가적 급부의 배분을 요청할 수 있는 권리로서 오늘날 국가의 최대목표인 복지국가질서의 원리로서 기능하고 있다. 따라서 모든 인간의 생존을 위한 전제조건으로 되는 환경요소의 보전은 생활배려의 일환으로 보아야 하며, 환경보전에 관한 입법은 단순한 정치적 의무에 그치는 것이 아니고 국가에 대한 강력한 법적 의무로 보아야 한다.⁵⁶⁾ 또한 헌법상의 제 규정들은 공권뿐만 아니라 동시에 사권도 성립시키는 이중적 효력을 가지며 사인상호간에 직접효력이 있다고 하는 기본적 인권에 관한 직접적 제3자효력설이 복지국가의 이념의 발전에 따라 유효하게 주장⁵⁷⁾되고 있다는 점으로 보아 프로그램설 자체에 대한 비판의 여지도 있다. 한편 대법원은 “헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵다”고 판시⁵⁸⁾하여 환경권을 프로그램적 효력을 인정하고 있다.

이와 같은 대법원의 입장은 환경보호를 기본법에 수용할 것인가를 둘러싸고 행해진 독일에서의 논의에서 환경권에 특유한 문제점으로 지적된 사항과 상통한 것으로 보여진다. 인간의 존엄에 적합한 환경이라는 보호법익은 충분히 규정될 수 없고, 공기와 물, 자연경관과 동·식물의 종류의 다양성과 같은 보호법익들은 개인적 법익이 아니므로, 환경보호라는 과제를 주관적 권리를 보장함으로써 해결하려는 것은 잘못이라는 논거가 바로 그것이다.⁵⁹⁾ 따라서 불특정 다수인에게 분산된 불가양의 가치 내지 환경이익을 효과적으로 보호하기 위해서는 집단소송제도를 도입할 필요가 있다고 한다.⁶⁰⁾

56) 전창조, 앞의 논문, 210면.

57) 東京大學社會科學研究所編, 「基本的人權 1 總論」, 東京大學出版會, 1971, 256면, 258면.

58) 대법원 1995.5.23. 선고, 94마2218 판결; 대법원 1995.9.15. 선고, 95다23378 판결; 대법원 1997.7.22. 선고, 96다56153 판결; 대법원 1999.7.27. 선고, 98다47528 판결.

59) Rolf Stober, Umweltschutzprinzip und Umweltgnudrecht-Zum gegenwuetigen Diskussion -stand auch aus konomischer Sicht-, JZ, 1988, S. 430.

(2) 추상적 권리설

추상적 권리설은 프로그램적 규정설이 사회권에 관한 헌법규정을 지나치게 과소평가하는 것에 대하여 더욱 적극적으로 환경권의 법적 효력을 인정해보려는 의도에서 제기된 이론이다. 물론 이 이론에 따른 입장은 사회권에 관한 헌법규정이 확실히 개별적·구체적인 권리를 직접적으로 설정하고 있지는 않지만, 국가에 대하여 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 입법을 마련하거나 기타 국가정책상 필요한 조치를 강구할 것을 요구하는 추상적인 권리를 인정한 것이고, 국가는 이에 대하여 추상적 의무를 갖는다고 해석하고 있다.⁶¹⁾ 즉 추상적 권리설에 따르면 환경권은 모든 국민이 인간다운 생활을 영위할 수 있는 필요한 입법을 요구할 수 있는 법적 권리를 보장한 것으로 본다. 그러나 이 권리는 추상적인 것이므로 이 권리를 구체화하는 입법·예산조치가 있을 때에야 비로소 국민은 그 법률에 따라 국가에 대하여 구체적 환경보호·개선조치를 요구할 수 있다. 즉 국민은 국가에 대하여 추상적 권리를 가지며, 국가는 입법 기타 국정상 필요한 조치를 강구할 추상적 의무를 가진다.⁶²⁾

추상적 권리설도 법률이 있을 때 환경권의 실질적이고 구체적인 법적 권리성이 보장된다는 의미에서는 프로그램적 규정설보다는 적극적인 의미를 가지고 있으나, 구체적 권리의 인정여부는 입법정책 내지 입법방침으로 본다는 의미에서 입법방침규정설이라고도 불리는 프로그램적 규정설과 실질적으로 별로 다를 바 없다.⁶³⁾

(3) 구체적 권리설

구체적 권리설은 환경권을 생존권의 일종으로 보면서 구체적 권리임을 인정하려는 것으로서 국민 개개인이 직접 법원에 환경권, 즉 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 직접 청구할 수 있다는 입장이다.⁶⁴⁾ 즉 이 입장에 따르면 환경권

60) 고문현, 앞의 논문, 192면.

61) 池田政章, “프로그램規定における消極性と積極性”, 『立憲法學』 第7號, 1965, 37면; 김백유, 앞의 논문, 53면.

62) 안용교, 앞의 논문, 37면.

63) 김계환, 『헌법학강의』, 박영사, 1988, 477면; 박일경, “환경권”, 『고시연구』, 1981, 2, 24면.

은 법적 권리로서 그 침해에 대하여 법원에 직접 소구할 수 있는 구체적 권리라는 것이다. 현행 헌법 제35조의 규정은 행정권을 직접으로 구속할 수 있을 만큼 명백하고 상세한 것은 아니지만, 입법권과 사법권을 구속할 수 있을 정도로 충분히 내용을 가지고 있다. 따라서 헌법상 환경권은 국민이 입법권에 대하여 그 권리의 내용에 적합한 입법을 행하도록 청구할 수 있는 구체적인 권리인 것이다. 그리하여 입법권이 의무를 이행하지 않음으로써 생기는 환경권의 침해에 대해서는 그 부작위가 위헌임을 확인하기 위하여 헌법재판소에 청구할 수 있다고 보며, 나아가 환경보호청구를 소송을 통하여 주장할 수 있다고 본다.⁶⁵⁾ 또한 구체적으로 환경권을 명시하는 제정법규가 없다고 하더라도 실정법 전체의 해석에 의하여 환경권을 구체적 권리로 인정하는 구성은 가능하다고 보아야 할 것이다.⁶⁶⁾

환경파괴에 의한 여러 가지 사회파장을 생각한다면 기존의 사회권의 개념을 가지고는 해결방안이 없기 때문에, 이에 대처하기 위해서는 환경파괴라고 하는 새로운 기본권침해에 대응할 보다 적극적인 이론구성이 필요하다. 즉 생명권이나 환경권의 재산권·영업권 등에 대한 우위론이라는 기본권 해석론이 있으며, 인간의 존엄과 가치 그리고 행복추구권을 규정한 헌법 제10조를 최고의 헌법적 가치로 보고, 또 환경권을 총체적 권리로 해석한다면, 생명권이나 환경권의 재산권·영업권 등에 대한 우위성을 충분히 인정할 수 있을 것이라고 한다.⁶⁷⁾ 이러한 구체적 권리설에 입각하면 환경권은 환경침해행위에 대한 유지청구권, 방해배제청구권, 예방청구권 등의 구체적 권리가 된다.⁶⁸⁾

(4) 이중적 권리설

이는 환경권의 권리성은 자유권적 측면에서 환경에 대한 침해가 있을 때 그의 배제를 직접 법원에 청구할 수 있는 구체적 권리로서의 효력을 가지며, 생존권적

64) 김종민, 「환경법」, 행법사, 1993, 94면.

65) 大須賀明, “社會權の法理”, 「公法研究」第34號, 120-131면.

66) 최상호, 「환경권」, 형설출판사, 1998, 85면.

67) 권영성, 앞의 책, 605면.

68) 윤명선, “환경권”, 「월간고시」, 1993. 8, 75면.

측면에서는 건강하고 쾌적한 환경에서 생활환경의 조성·유지에 대한 추상적 권리로서의 효력을 가지는 이중성을 가진다는 학설이다.⁶⁹⁾ 다만 그 내용과 행사에 관한 사항을 법률에 유보하고 있기 때문에 그 범위 내에서 입법적 형성의 여지가 있다고 보는 것이 합리적이다. 즉 “건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리”는 구체적 내용에 따라 헌법 제35조 제2항에 의하여 부여된 입법권자의 입법형성권은 헌법 제1항의 헌법적 결정을 구체화하고 또 그것에 위배되지 않는 범위 내에서만 인정되는 것이라고 보는 것이다. 이러한 해석은 같은 조항에서 부과된 환경보호를 위하여 노력해야 할 국가의 의무를 통해서도 지지될 수 있다.⁷⁰⁾

국민은 국가의 환경침해행위에 대해서는 직접 배제청구권을 가지며, 국가에 대해서 보다 좋은 환경을 주장할 수 있는 환경개선·보호조치청구권은 현행 헌법의 환경권법정주의에 따라 입법에 의해서만 적극적으로 보장되는 것이다. 또 환경권은 생존권적 측면뿐만 아니라 생명·건강에 대한 자유권의 침해에 대한 배제청구권이라고 파악하는 경우에도 그 자체로서 국가의 침해에 대한 방어적 성격을 가지게 된다. 그리하여 환경권의 피해자는 사법적 구제를 청구할 수 있으며, 환경행정의 분야에 있어서도 침해행정에서 급부 또는 보호행정으로 이행하도록 유도할 수 있다. 따라서 환경권은 국가에 대해서 환경보호·개선조치를 구한다고 하는 적극적 측면이 더욱 중시되어야 할 것이다.⁷¹⁾

환경권은 국가에 대한 환경보호·개선청구라는 생존권으로 파악하는 경우에 국가의 부작위에 의한 침해에 대해서 사법적 구제가 일반적으로 부정되고 있다. 그러나 헌법 제10조와 제35조의 환경적 인격권, 건강권의 침해에 대해서는 사법 구제도 청구할 수 있다고 본다.⁷²⁾

69) 김도창, 「일반행정법론(하)」, 청운사, 1992, 519면.

70) 홍준형, 앞의 책, 35면.

71) 생존권의 법적 성격에 있어서 추상적 권리설에서 구체적 권리설로 변환하고 있는 것이 우리나라의 학설이다. 그 이유는 헌법소원제도가 있기 때문에 입법촉구결정이나 손해배상을 청구할 수 있다고 보기 때문이다. 따라서 국가가 환경보호입법을 하여야 함에도 불구하고 입법을 하지 않는 경우에는 헌법소원으로서 이를 청구할 수 있고 헌법재판소는 입법촉구 결정을 할 수 있다고 한다.

72) 김철수, 앞의 논문, 91-92면; 구병삭, 앞의 책, 582면; 권영성, 앞의 책, 605면; 김철수, 앞

4. 검토

기본권의 전제조건을 보장하는 기본권의 성격과 의무 동반자적 권리로서의 성격과 제도적 보장의 성격을 함께 내포하고 있다는 입장에 대해서는 다음과 같이 지적할 수 있다.⁷³⁾ 첫째, 환경권의 법적 성격을 기본권의 전제조건을 보장하는 기본권의 성격이라고 파악한 것은 환경권의 법적 성격과 환경권의 의미를 혼동한 것이다. 둘째, 환경권의 법적 성격을 의무 동반적 성격이라고 파악한 것은 환경권의 법적 성격과 환경권의 특성, 즉 환경권은 다른 기본권에 비하여 의무성이 강하여 국가 또는 국민의 능동적이고 적극적인 환경보전의무의 이행을 통해서만 실현될 수 있는 특성을 혼동한 것이다. 셋째, 환경권의 성격을 제도적 보장의 성격이라고 말한 것은 환경권의 법적 성격에 대해서 아무 것도 밝히는 바가 없다고 한다.

환경권의 권리성에 대하여는 헌법적 차원에서 환경권을 생존권, 생활권, 혹은 사회적 기본권으로 파악하면 환경권은 추상적 권리인 것처럼 보이지만 현행 헌법이 이미 제35조 제1항에서 환경권을 종합적 기본권으로 명시적으로 인정하고 있는 이상, 환경권은 자유권적 기본권 및 생존권적 기본권의 측면에서도 소구가능한 구체적 권리라고 할 수 있기 때문에,⁷⁴⁾ 이중적 권리설이나 더 나아가 구체적 권리설이 상당히 설득력을 가진 학설이라고 할 수 있다.⁷⁵⁾ 다만 환경권은 다분히 상리관계적인 권리로서의 성격이 많기 때문에 합리적 이유가 있고, 경미한 침해인 경우에는 이를 인용해야 할 의무, 즉 인용의무를 함께 내포하고 있는 권리다. 따라서 국가에 의한 환경침해의 경우에는 물론이고 국가 이외의 제3자적 생활영역에서 발생하는 환경오염의 경우도 그 정도가 경미한 때에는 이에 대한 방어권

의 책, 496면; 김동희, 「행정법Ⅱ」, 박영사, 2005, 417면; 이상규, 「신행정법론(하)」, 법문사, 1991, 528면.

73) 환경권을 제도적 보장의 성격이라고 한 견해에 대해서 제도적 보장을 슈미트(C. Schmitt)적으로 이해한다면 환경권은 기본권이 아니며, 헤벌레(P. Häberle)식으로 이해하고 있다면 환경권은 기본권이라는 것이 되어, 결국 환경권의 법적 성격은 기본권이라는 결론에 이르게 된다고 하는 문제가 있다. 홍성방, 앞의 논문, 63-65면.

74) 홍준형, 앞의 책, 35면.

75) 김백유, 앞의 논문, 54면.

과 공해배제청구권이 인정될 수 없다.⁷⁶⁾ 다만 어느 정도 인용해야 하는가 하는 것은 그때그때의 구체적 사정에 따라 결정해야 할 것이다. 그리고 환경권의 권리성에 대한 구체적인 입법 없이 법원에 의한 환경보호 및 개선조치를 청구할 수 없다고 할지라도, 환경권의 구체적인 권리를 전면적으로 부정할 수는 없다.⁷⁷⁾ 왜냐하면 현대적 환경권의 형성상황과 헌법의 규범논리적 기능으로 보아 환경권은 단순한 입법정책 내지 입법재량의 문제가 아니라, 헌법에 의한 입법구속에서의 입법재량으로 보아야 하기 때문이다.⁷⁸⁾ 이러한 의미에서 오늘날 환경권의 적극적 효력을 인정하는 것은 현대적 사회상황의 필요불가결한 요청에 적극적 또는 능동적으로 부응하는 것이며, 생존권적 측면에서의 환경권을 구체적 권리로 파악하는 적극적인 이론구성에 있어서도 매우 중요하다.⁷⁹⁾ 따라서 환경권의 구체적 권리성은 헌법 제35조에 규정되어 있는 환경권에 근거하여 그 권리구제의 방법을 강구해야 하지만, 그 권리구제의 가능성과 구체적인 방법은 필수적으로 환경관계법규를 종합적으로 검토 및 분석하여 모색해야 한다.⁸⁰⁾

IV. 국가목표로서 환경보호

1. 입법과 법률적용상 의미

헌법 제35조는 환경보호라는 국가목표를 입법자에게 일반적인 지침으로서 하나의 커다란 형성범위를 제공하며, 이로부터 구체적인 의무가 동반되어 나타난다. 예를 들면 입법자는 환경침해를 최소화하는 명령, 비용계산의 원칙으로서 원인자부담의 원칙을 철저히 실현시키거나 혹은 환경침해에 대한 구제방법 등을 위

76) Michael Kluepfer, *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, 1978, S. 20f.

77) 안용교, 앞의 논문, 37면.

78) 한상범, "인권으로서의 환경권의 법리", 『고시연구』, 1981.1, 61면.

79) 김백유, 앞의 논문, 56면.

80) 이강혁, 앞의 논문, 142-143면.

한 마련할 의무를 지고 있다.

우리나라에서는 국가목표규정으로서 환경보존조항을 입법으로 마련되는데 있어서 별다른 어려움은 없었다. 그러나 독일은 초창기 10여년간 규정여부를 놓고 심한 논쟁을 하였으나, 독일기본법 제 20a⁸¹⁾가 국가근본규정과 함께 마련되어 독일 연방공화국이 환경을 보호하고 있음을 나타내고 있다. 국가는 소위 독일기본법 제20a에서 입법과 법률적 수단 그리고 헌법적 질서의 범위 내에서 행정이나 입법을 통한 자연적 생활범위를 미래세대를 위해 보호한다. 입법자가 헌법적으로 환경보호란 포괄적인 의무를 지지 않고 동시에 이러한 의무로 인해서도 총체적으로 사법적인 집행을 할 수 있는 것은 아니다.⁸²⁾ 이러한 이유로 미래의 환경정책 결정이 입법기관에 맡겨 두는 것보다 법원에 의하여 이루어질 것이라는 두려움은 계속 있어 왔고, 결국 독일은 기본법 제20a의 유보에 의해 이러한 것들은 입법절차에서 불완전한 규정으로 마련되었다.⁸³⁾ 입법이나 법률의 수단 그리고 사법이나 행정에 의하여 헌법적합적인 규정의 범위 내에서 국가가 총체적으로 자연적인 생존의 근거를 보호한다는 규정은 어떤 경우든 전적으로 입법자에게 부담을 제공할 수 있다.

헌법 제35조에서 말하는 환경보호는 헌법적합적인 질서 내에서만 허용되어지는 것이므로, 입법자는 환경보호 규정을 마련함에 있어서 헌법에 저촉되지 않도록 해야 한다는 소극적 행위를 자신이 스스로 제시한 것으로 보여진다. 환경보호에 있어서도 행정이나 입법도 당연히 법률을 준수해야 하므로, 국민은 헌법 제35조에 의하여 환경보존의 범위 내에서 법치국가적인 요소들을 무시하여서는 안된다. 입법자는 헌법적 가치질서의 범위 내에서 환경을 보존해야 하고, 이런 범위 내에서만 스스로 보존의 방법과 범위를 정할 수 있다.

81) 독일기본법 제20조a에서는 “국가는 장래세대에 대한 책임을 다하기 위해서도 헌법적합적 질서의 범위내에서 입법을 통해서, 그리고 법률과 법의 기준에 따라서 행정권 및 사법을 통해서 자연적 생활기반을 보호한다”라고 하여 국가목표규정으로서의 환경보호를 규정하고 있다.

82) Murswiek, ZRP 1988, S. 14ff.

83) Rolf Stober, aa.O., S. 447.

입법자가 헌법 제35조에서 대체적으로 구속적인 방향제시를 하는 한, 환경보존에 있어서 그의 자유로운 처분에 맡겨져 있는 것이 아니라 그들 스스로도 구속하게 된다. 입법자가 얼마나 자연스럽게 구속되어지는가는 헌법 제35조가 규정한 의무의 내용에 전적으로 의지하게 되고, 이러한 의무가 얼마나 충분한지 또한 그 범위만큼 입법자도 헌법적으로 구속이 되어지는가 하는 문제에 봉착한 경우에 결국 그 자신도 사법적 통제에 놓이게 된다.

2. 환경보호를 위한 국가목표규범의 기능

헌법 제35조는 모든 국가기관에게 당연히 자연적인 생존근거를 보존하여야 할 의무를 지도록 한 국가목표로서 규정한 것이다. 기본권과는 달리 국가목표규정은 국민개인의 주관적 권리를 문제삼는 것이 아니라, 객관적인 의무로서 국가부담에 관한 문제이고 단순히 비구속적 프로그램 규정의 문제가 아니다.

국가목표규정은 입법위임과는 달리 단지 입법자가 아니라 전체로서의 국가로 하여금 의무를 지게 한다는데 차이가 있다. 국가목표규정은 법적인 구속력이 있는 헌법규범에 국가업무로서 구체적으로 표현되어, 이들에 대한 지속적인 주의 및 그 찬성을 기여하는 형식으로 되어 있다.⁸⁴⁾ 그것은 국가업무의 구체적인 프로그램을 나타내기도 하고 국가행위나 법률과 다른 법적 규정을 해석하기 위한 방침이나 표준이 되기도 한다.

환경보호가 이미 헌법 제35조에서 어떤 특별히 중요한 국가업무로 되었고, 많은 법률이나 행정규칙의 근본근거로 받아 들여졌다. 국가의 정당성은 국가가 이러한 업무를 어떻게 충분히 완성하는가에 달려있게 된다.⁸⁵⁾ 헌법 제35조는 이러한 국가목적을 적극적으로 헌법에 받아 들였고 이로써 명백히 자연적인 생존보호의 중요한 의미를 표시하였다. 그렇게 함으로써 동규정은 환경보존에 대한 법률적 의미를 부여하고 국가이론의 측면에선⁸⁶⁾ 국가기관의 자의적인 처분으로 할

84) Murswiek, Umweltschutz als Staatszweck. Die kologischen Legitimitaetsgrundlagen des Staates, 1995, S. 31ff.

85) Murswiek, aa.O., S. 31.

수 없는 헌법원리상의 지위를 갖게 되고, 현실적인 환경보호 필요성의 측면에서도 중요성을 헌법적으로 특별하게 된다. 결국 헌법 제35조는 법적 결과와는 상관없이 국가로 하여금 일반적이고 자연적인 생존근거를 프로그램적으로 조성하는 기능을 갖고 있으며 국가기관으로 하여금 모든 결정을 함에 있어서 근본적 의미를 제시하는 것이다.

3. 국가목표의 갈등과 해결

환경보호는 여러 가지 방법으로 환경과 관련된 활동에서 발생가능한 목표갈등을 어떻게 해결할 것인가? 생태와 경제 사이에 누적된 심각한 갈등을 환경친화적인 경제를 위해 해결하려면, 우선 이론적으로 많은 갈등이 존재하고 있는 구체적인 경우에 일정한 이익을 후퇴시킴으로써 해결이 가능할 것이다. 이러한 문제는 계획적인 범위 내에서 이질적인 이익들을 해결시켜야 할 입법자뿐만 아니라 행정기관에게도 발생하게 된다.

갈등해결은 무엇보다도 헌법에서 갈등하고 있는 목표들에 어떤 비중을 주는가에 대한 구속적인 기준을 제시함으로써 가능하다. 입법자는 환경보호를 위하여 서로 대립하는 목표들을 어떤 정도로 실현되어야 할 것인가를 결정해야 한다. 현실적으로 이루어지는 환경침해는 특정한 갈등 속에서 국가목표의 선택으로 적법하게 판단되기도 한다. 헌법 제35조는 그러한 목표갈등의 해결을 위해 상술한 최소한의 요청과는 관계없이 아무런 결정기준을 제공하지 않고 있다. 그러나 국민은 헌법규정을 환경보호의 중요사실에 대한 관심을 고조시킬 뿐만 아니라 환경보호가 특별한 국가목표로 되었음을 환영해야 할 것이다. 어떤 다른 사실과 비교 또는 판단은 헌법의 실질적인 기능에서이지 단지 규정되어 있다고 해서 나오는 것은 아니다.

헌법은 실질적으로 이질적인 중요사실을 규정하고 있으나, 최소한 헌법에서 규정되고 있는 사실과 같이 중요하고 무게가 있는 것이라도 현실적으로 헌법에는

86) Murswiek, aa.O., S. 31ff,

규정되어 있지 않는 사실도 있다. 그래서 입법자의 의지에 의하여 환경보호를 국가목표로서 헌법에 받아들인 것은 그 표현에 있어서 아주 중요한 의미가 있다. 국가목표로서 환경보호와 같은 국가업무는 헌법에서만 정한 것이 아니므로 다른 법률규정에서의 업무와의 관계에서 아주 특별한 방식으로 나타나기도 한다. 국가목표규정이 있는 헌법규정과 관련 있는 이런 업무의 특별한 중요성을 주장하는 것은 타당하다. 그렇지만 이런 주장으로부터 중요성을 위한 결론추정이 곧 바로 이루어지는 것은 가능하지는 않다. 계획관청 등이 해야 하는 고려는 여러 가지 다른 국가목표와 국가업무간의 추상적인 관계와는 관련이 없고, 항상 많은 적든 구체적인 문제들의 설정에 있는 것이다.

하나의 국가업무의 인식으로 완전히 다른 업무를 배제시키는 것은 문제가 되지만, 항상 어떤 정도로 각각의 업무를 스스로 구체적인 관계에서 실현해야 하는 것이 더욱 중요한 문제이다. 결국 국가목표규정은 업무충족의 범위에 대한 어떤 현실적 기준을 제시하는 것이 아니고, 다른 중요사실과의 구체적인 고려에서, 그들에 의해 결정되어질 업무에서 어떤 중심점을 가져야 하는지에 대해서도 아무것도 제시하지 못하고 있다.⁸⁷⁾

독일은 법률제정 당시에 환경보호를 다른 국가목표나 국가업무보다 우선권을 부여하고자 하였으나, 헌법에 환경권이 제정되고 난 이후에도 상황은 예상대로 변화되진 않았다. 환경권규정이 헌법에 제정되었다고 해서 환경보호가 다른 국가업무의 수행에 있어서 우선권을 갖고 있는 것으로 보이진 않는다. 이론적인 측면에서도 환경보호는 다른 국가목표와 동등한 지위를 갖고 있다. 원칙적으로 다른 헌법원칙과의 동등한 지위로 인해, 구체적인 문제 상황과 관련하여 환경보호를 다른 국가목표의 실현이나 헌법적으로 보장되지 않는다는 사실을 이유로 방치할 수는 없다. 환경보존이 다른 국가목표들 보다 우선적인 지위를 형성하거나, 국가활동 범위 내에서 우선할 수도 있다. 그렇지만 구체적인 상황에서 그러한 환경보

87) 예를 들면 과거엔 환경보호는 헌법적인 국가목표가 아니었고 어떤 의미에서는 사회국가원리에 종속되어 있지도 않았고, 이런 사실은 갈등의 경우 항상 환경보호이익에 대하여 우선하여 관철되었다. 새로운 환경보호규정의 제정에 의해 생산비용을 증가시키거나 이익을 감소시키고, 또 사회적 급부를 격감시키거나 사회적 국가목표의 실현범위를 축소하기도 한다.

호의 명백한 우월성 때문에 헌법에 의하여 충돌하는 법적 지위가 주어질 가능성도 있다.

헌법 제35조는 환경보호의 요구가 우월적 지위를 가질 수도 있으나 그것의 실현이 문제가 될 때는, 다른 목표들과 갈등관계로 떨어질 수도 있게 된다. 일정한 동식물의 멸종 위기때문에 연쇄적으로 모든 종의 생존조건이 파괴되어질 위험이 있다면, 그 종의 존재는 사멸이 되어져선 안된다는 최소한의 요구는 상당히 실질적인 중요성을 갖게 된다. 이러한 경우에 서로 다른 국가목표나 업무보다 환경보호의 우월성이 생겨날 수가 있다.

가능한 한 파괴되지 않는 순수한 환경은 현재의 삶의 질적인 가치를 위해 중요하다. 그러한 환경자체의 파괴를 방지하기 위한 위험방지의 사전배려도 인간생존근거의 보장을 위해 필수적이다. 이것들은 다른 헌법원칙들과 함께 환경보호를 위한 원칙적으로 근본적인 역할을 한다.⁸⁸⁾ 물론 다른 모든 국가업무의 인식과 기본권의 실현은 인간적인 삶이 대체적으로 존중되어야 한다는 사실을 전제로 한다.

환경의 질이나 국부적인 환경재가 위협에 처해지거나 우리의 인간적인 삶에 필수적인 생존근거의 존재도 마찬가지로 위협해질 때, 유일하게 고려되어진 환경보호수단들이 다른 생존근거를 파괴하지 않는다면, 환경보호를 위해서는 우월성을 갖고 있다고 할 수 있다. 특정한 환경재의 침해로 인하여, 인간의 삶이 최소한 지엽적이거나 불가능하게 된 극단적인 사례뿐만 아니라⁸⁹⁾ 현실적으로 우리가 일상적으로 종사하는 업무로 말미암아 스스로 생존근거 자체에 대하여 절대적인 보호방법이 있는 것이 아닌 한, 단순히 지엽적인 환경재가 아니라 당장 인간적인 삶 자체가 불가능해지는 환경재에 대한 위협에 대해 효과적으로 대처해야 한다. 이런 위협에 대해 효과적인 사전배려는 결국 다른 국가 업무에 대해 우선권을 가진다는 것을 의미한다. 여기서 헌법상 엄격하게 주어진 한계는 잠재적 침해나 발생가능성의 상대적인 지위에서 나오는 것이다.⁹⁰⁾

88) Murswiek, Hdb. des Umweltrechts II, 2. Aufl. 1994, S. 78f.

89) 일본의 이따이이따이 병은 카드미움으로 인해 발생하여 특히 농산물, 수산물 등을 섭취한 인간에게 그 축적이 이루어져 심각한 사회문제를 일으킨 대표적 사례이다.

90) 결국 이것은 관습적인 위협의 한계로 나타난다. 주로 논란이 되고 있는 잠재적 침해나 추

헌법적인 보호의무의 구체화에 있어서 개인적인 위험 또는 집단적 위험의 크기가 고려되어야 할 것인가에 대해 논란이 있지만, 국가가 목표를 설정함에 있어선 보호수준의 구체화하는 것은 명백히 집단적 위험에 의해 좌우된다. 거대한 잠재적 침해의 경우에는 인간의 생존근본과 전체적으로 관련되어질 때, 입법자는 최소한의 그 발생가능성을 이성적인 경험적 지식들과 결부하여 다루어야 한다. 이는 전체적인 생존근거의 침해에 대하여 실질적인 이성의 수단에 의하여 대처한다는 것을 의미한다. 잠재적 침해의 경우 위험에 대한 사전배려원칙의 역할이 크게 작용할 수 있다. 인간의 생존근거와 관련되는 절대적인 사실관계 외에 어느 정도 상대적인 사실관계가 있다. 사실관계를 동시에 해결할 수 없는 가치평가의 모순에 빠지지 않고서는 이런 계층질서를 다루기 어렵지만⁹¹⁾ 인간의 건강이란 언제든지 어떤 본질적인 가치평가기준이 된다. 왜냐하면 인간의 어떤 다른 이익에 대해 기본적으로 침해당하면 당할수록 관련된 인간의 자유의 실현가능성이 작아지기 때문이다. 헌법 제35조에서 사실관계 전체의 관찰 범위 내에서, 사전에 건강의 침해를 당한 사람이 많으면 많을수록 그와 비례하여 환경문제는 더욱 심각해진다.

4. 환경파괴에 대한 국가책임

국가는 자연적 환경요소들의 소유자로서, 국가가 자기의 업무를 추구함에 있어서 의도하거나 의도하지 않거나 거대한 환경파괴를 일으킨다는 것을 부인할 수 없다. 또한 그에 상응하여 어떠한 국제적인 합의에 이르지 못하여, 환경파괴문제는 현재까지 규칙적인 어떤 조정이 이루어지지 않고 있다. 국가는 크든 작든 환경목적물의 모든 사적인 소유자들에게 일정한 권한의 범위 내에서 엄격한 환경조정권의 행사를 하여야 하고 또한 국가자신은 그러한 범위 내에서 더욱 더 넓고 많은

측되어질 수 있는 거대한 위험들의 합리적인 정서는 매우 제한적으로 가능하겠지만 무엇보다도 입법자에겐 정상적인 경우에 구체화의 여지가 남아 있다.

91) Murswiek, Die staatliche Verantwortung fuer die Risiken der Technik, 1985, S. 167ff.

조정을 할 수 있다. 국민의 입장에서 이러한 사정이 더욱 어렵게 받아들여지는 것으로 보지만, 국가는 어떤 법적인 의무를 지고 있는 곳뿐만 아니라, 국가 스스로의 행위에 대한 법적인 책임을 확정해야 한다.

원천적으로 전혀 성질이 다른 국가의 사전의무가 있겠지만 기관으로서 국가는 국민의 전체로서 안전을 위해 일정한 의무를 다해야 한다. 여기에서 오늘날 국가의 기능이 변모하고 있고, 그 결과 국민은 국가가 그들의 직무를 수행함에 있어서도 그에 상응하는 책임을 기대하게 된다. 그래서 국가의 행위에 대해 도덕적으로 요구되거나, 국민이란 전체에 대해 국가자신의 행위에 대해 요청되어진 책임이 있다. 명백한 것은 현대에는 자연이나 자연의 구성물이 한 국가의 공통적인 유산이자 국가의 소유로서 그 관계가 문제가 되고 있는 점이다.

공통적인 국가의 유산에 대한 관계에서 공적인 소유에 대한 환경파괴란 직접적으로 개인의 생존범위와 관계없이 나타나기도 한다. 왜냐하면 한 개인은 자연에 대한 국가의 공동 유산으로서 전체 범위 내에서 일부분만을 갖고 있고 이런 부분은 자연에서 개별적으로 구체화되기 어렵기 때문이다. 그러므로 환경파괴는 한 개개인의 근본가치를 직접적으로 상실로 이어진다고 단정할 수가 없는 것이다. 그것들이 국가에 있어서 국민의 전체이거나 부분으로서 관계가 있는 것은 실질적이 아닌 단지 형식적인 형태로 장래의 효과인 것이다. 그래서 국민은 국가의 지배 행위에 대해서 자기고유의 도덕적인 근본가치에 대해 무한정한 주장은 하지 못한다. 하지만 기본권적 가치는 항상 개개의 자연적 개인과 결합되어 있기 때문에, 환경단체가 근본적 가치에 대한 주장은 단체 구성개인의 그것과 같이 그렇게 논리적으로 고려해 볼 수 있는 것은 아니다.

V. 결론

먼저 국가목표규정으로서의 기본법 제20a조는 객관법에 지나지 않기 때문에 환경에 관련한 국민의 주관적 권리를 형성하거나 국가에 구체적이고 직접적인 환

경보호의무를 과하는 것은 아니다. 한편 독일 달리 현행헌법은 국가와 국민에게 환경권과 환경보호의무를 동시에 승인하면서⁹²⁾ 환경법의 기본법이라고 할 수 있는 환경정책기본법을 비롯하여 여러 개별법에 의해서 구체화되어 있다. 그러나 환경보호를 위한 국가목표규범으로서의 기능과 국가목표를 위한 기본권 주체간의 갈등, 국가책임의 문제 등은 중요한 헌법적 문제로 남아 있다.

이러한 점을 고려하여 현재의 환경파괴와 미래에 다가올 예측할 수 없는 환경오염의 악화 등으로 인간이 더 이상 쾌적한 환경에서 생존할 수 없게 된다는 점을 미루어 볼 때, 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 권리로서의 환경권은 그것이 헌법에 명시되어 보장된 권리이던, 그렇지 않던 간에 인간의 생존을 위하여 필요한 자유권적 성격과 인간의 존엄과 가치·행복추구권으로부터 도출되는 생존권, 또는 사회적 기본권으로서의 성격을 갖는 종합적인 기본권으로 보아야 할 것이다. 환경권이 헌법에 기본권으로서 보장되어 있다는 것은 국민의 환경이익이 헌법이라고 하는 법에 의해 보호되고 있음을 의미하는 까닭에, 그 자체로서의 일정한 법적 효과가 발생한다고 할 수 있다. 본래 헌법상의 기본권은 대국가적 효력을 가지는 것이므로 무엇보다 국가는 국민의 환경권 즉 “건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리”를 침해해서는 안 된다. 물론 환경권의 구체적 효력에 대해서는 논란의 여지가 있겠지만, 어쨌든 국민의 환경권을 국가권력이 침해할 때에는 국민은 행정소송을 통하여 그 침해의 배제를 청구할 수 있으며(헌법 제29조), 적법한 공권력으로 인하여 침해당한 경우에도 보상을 청구할 수 있다(헌법 제23조 제3항). 행정소송법과 국가배상법은 바로 그와 같은 국민의 권리를 실현할 수 있는 수단과 방법을 구체적으로 정해놓고 있다. 특히 손실보상에 관하여는 현행헌법에서 제23조 제3항을 직접효력규정으로 규정해 놓고 있으므로, 구체적인 법률규정이 없는 경우에도 직접 헌법에 근거하여 국가 또는 지방자치단체에 대하여 보상을 청구할 수 있는 것으로 해석하는 것은 환경권의 효력을 인정하고 있다고 보아

92) 헌법 제35조 제1항에서 제1문은 국민의 권리로써 환경권의 보장을, 제2문은 국가와 국민에게 환경보전에 대한 노력을 규정하고 있다. 동 조항을 해석함에 있어서 제1문 환경권은 기본권임에 틀림없으나, 제2문은 환경보전노력이라는 의무가 결부되어 있는 것으로 볼 수도 있고, 환경권과 환경보전에 대한 국가목표를 동시에 규정한 것으로 볼 수도 있다.

야 할 것이다. 국민의 권리가 헌법에 명문으로 보장되어 있을 때에는 적어도 국가적 권력에 의한 침해로부터 보장된다는 점, 즉 그 침해의 배제를 청구할 수 있으며, 또한 그 침해로 인한 생명, 건강 및 신체 또는 재산상의 피해에 대한 보상 또는 배상을 청구할 수 있다는 것은 일반적으로 인정되고 있다. 그러나 적극적으로 그 헌법상의 권리를 보장받기 위하여 국민이 국가의 적극적인 활동을 청구할 수 있는가에 대해서는 논란이 있다. 이에 대한 지배적인 견해는 적극적으로 헌법상의 권리를 보장받기 위해서는 구체적인 법률의 제정이 필요한 것으로 보고 있다.⁹³⁾ 이러한 의미에서 환경권보장에 대해서는 현재 1990년에 제정된 환경정책기본법을 중심으로 여러 환경관계법령이 제정되어 있으므로, 이러한 법률에 입각하여 구체적인 환경권에 대한 권리행사가 가능하며, 동시에 권리구제를 받을 수 있을 것이다. 즉 환경권은 그 권리의 성질로 보아 누구도 침해할 수 없고 불특정다수인의 누구에게나 대항할 수 있는 절대권이라고 할 수 있다. 그러므로 누구도 타인의 환경권을 침해할 수 없을 뿐만 아니라, 환경권의 침해는 위법한 행위이고 환경권을 침해한 사람은 위법행위에 책임이 있으므로, 환경권의 침해를 방지하거나 손해를 배상하여야 한다. 또 특정인 또는 특정지역의 구체적인 환경권의 침해가 아니라 하더라도 객관적인 환경권의 침해만 존재하면, 책임성과 위법성을 인정하여 환경권의 구제를 용이하게 하여야 한다.⁹⁴⁾ 환경정책기본법 제31조에서 환경권의 침해에 대한 책임을 무과실책임으로 규정한 것은 환경권이 절대권임을 입증한 것이라고 할 것이다.

환경권의 구체적 권리성의 확립은 입법을 통하는 것이 바람직하나, 오늘날 해석론 또는 판례를 거쳐서 이미 환경법질서의 중심으로 자리매김할 수 있을 정도로 성숙한 환경권에 대하여는 프로그램적 권리로부터 한 걸음 더 나아가서 구체적 권리성을 부여함으로써 환경위기를 극복하는 기능을 발휘하도록 하여야 한다.⁹⁵⁾

93) 이강혁, 앞의 논문, 151-152면.

94) 사법상으로는 환경권을 인정하는 규정이 없다고 볼 수 있겠지만, 현실적으로 판례가 환경권이 침해된 경우에 민법 제217조에 의하여 방해배제청구권을 인정하며, 민법 제750조에 의하여 손해배상청구권을 인정하고 있는 점을 고려하여 보면, 이러한 규정들이 환경권의 법적 근거라고 한다. 최상호, 앞의 책, 87면.

따라서 환경권이 침해된 때에는 환경관련법이 정하는 바에 따라 국가에게 환경권의 침해시설의 허가의 금지나 침해방지를 청구할 수 있고, 재산권이나 인격권이 침해된 때에는 민사법이 정하는 바에 따라 침해자에게 방지(유지)청구나 손해배상청구도 할 수 있는 구체적 권리⁹⁶⁾로 파악해야 할 것이다. 또한, 행정소송상의 당사자 적격에 대한 대법원의 판례⁹⁷⁾도 환경이익에 대한 권리성을 반사적 이익으로 보지 않고 넓은 의미로서의 법률상의 이익으로 보는 견해⁹⁸⁾를 취한 것은 곧 환경권에 대한 권리성을 구체적인 권리로 인정한 것이다. 그리고 오늘날 헌법상의 환경권을 실질적으로 보장하기 위한 국가환경보전정책의 기본이념과 방향을 제시한 환경정책기본법을 중심으로 대기·수질·토양·소음 등에 관한 각종의 단행법이 제정되어 있으므로, 오직 헌법규정만 가지고 환경권의 구체적 권리성을 논의함은 그 실익이 적다고 할 것이다. 특히 각종의 환경관계법의 모든 규정은 직접·간접적으로 국민의 환경권을 구체화하고 있기 때문에, 환경권의 구체적 권리성에 대한 논의는 재언할 필요가 없다고 본다.

그러나 이러한 법률들은 재판규범으로서의 성격이 약한 것이 흠이라고 할 수 있다. 예컨대 환경정책기본법이 제6조에서 국민의 환경권을 규정하고 “국가 및 지방자치단체의 환경보전시책에 협력하고 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하고 있어 법적 규제의 근거조항이 될 수 있을지가 의문이며, 또 동법 제3조에서 환경을 자연환경과 생활환경만으로 규정하고 생활환경도 대기, 폐기물, 소음, 진동, 악취 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경만을 한정하여 규정하고 있어 문제이고, 이의 구현을 위한 법적 구제수단에 관한 규정이 없어 문제이다. 또한 여러 법률들이 피해구제의 소송절차에 관한 규정을 두지 않고 있어 문제이다.⁹⁹⁾

95) 전창조, 앞의 논문, 211-212면.

96) 조종현, 앞의 논문, 697면.

97) 대법원은 “주거지역 내에 거주하는 사람이 주거의 안녕과 생활환경을 보호받을 이익은 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 바로 법률의 보호에 의하여 보호되는 이익이라 할 것이다”라고 판시하여 생활환경의 이익을 법률상의 권리로 인정하고 있다. 대판, 1975.5.13, 73누96.

98) 대판 1995.9.26, 94누14544. 과거의 대법원 판례들은 이와 유사한 경우 원고적격을 부인함으로써 법원의 심판대상에서 제외시켰다.

이러한 문제들은 앞에서 살펴보았듯이 헌법에 보장된 환경권에 근거하여 직접 재판규범으로서 인정하여 해결할 수도 있을 것이며, 더욱 구체적으로는 각종의 환경관계법은 강제규범성을 갖도록 소송절차를 규정하여 당사자적격의 완화, 고의·과실 또는 인과관계의 입증의 전환, 집단소송이나 징벌적부과금의 도입 등 환경소송제도를 본격적으로 규정하여야 할 것이다. 또한, 환경소송에 있어서 특례가 인정되도록 환경소송법 및 환경책임법 등을 제정하거나, 헌법상의 환경권규정이 선언적 의미에만 그치지 않도록, 국가와 국민 모두가 환경권보장을 위하여 노력하여야 할 것이다.

99) 김철수, 앞의 논문, 115-117면.

참고문헌

- 고문현, “환경조항에 관한 비교헌법적 연구”, 『공법연구』 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000.
- 구병삭, 『신헌법원론』, 박영사, 1988.
- 구연창, 『환경법론』, 법문사, 1993.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2005.
- 김계환, 『헌법학강의』, 박영사, 1988.
- 김기수, “공해의 사법적 구제의 방향과 상린관계법적 구성”, 『환경법연구』 창간호, 한국환경법학회, 1979.
- 김도창, 『일반행정법론(하)』, 청운사, 1992.
- 김백유, “환경권과 권리보호제도”, 『성균관법학』 제6호, 성균관대학교 법학연구소, 1995.
- 김세규·한귀현, “현대국가의 과제와 환경보호”, 『동아법학』 제23호, 동아대학교 법학연구소, 1997.
- 김철수, “환경권”, 『환경법연구』 제3권, 한국환경법학회, 1981.
- 김철수, “환경권고”, 『헌법논총』 제6집, 헌법재판소, 1995.
- 문홍주, 『한국헌법』, 해암사, 1987.
- 서원우, “환경권의 성질과 효력”, 『법학』 제57호, 1984.
- 안용교, 『한국헌법』, 고시연구사, 1989.
- , “환경권”, 『고시연구』, 1981.
- 윤명선, “환경권”, 『월간고시』, 1993.
- 이강혁, “헌법적 시각에서의 환경문제”, 『헌법논총』 제6집, 헌법재판소, 1995.
- 이상규, “일본에 있어서의 환경권논의 전개”, 『환경문제연구논총』 II, 대한변협, 1992.
- , 『환경법론』, 법문사, 1998.
- 이상돈, 『환경정책법』, 아세아문화사, 1985.

- 전창조, “환경권의 법리”, 『새법정』 제3권 1호-2호, 1973.
- , “환경권의 확립”, 『법과 환경』, 한국법학교법회편, 삼영사, 1977.
- 정만조, “미국의 환경법, 환경소송개설, 공해문제와 재판”, 『재판자료』 제2집, 법원행정처, 1979.
- 조종현, “환경권의 민사법리, 채권법에 있어서 자유와 책임”, 『김형배교수화갑기념논문집』, 1994.
- 천병태·김명길, 『환경법론』, 삼영사, 1997.
- 최상호, 『환경권』, 형설출판사, 1998.
- 최윤철, “우리헌법에서의 환경권조항의 의미”, 『환경법연구』 제27권 제2호, 2005.
- 한상범, “인권으로서의 환경권의 법리”, 『고시연구』, 1981.
- 허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2006.
- 홍성방, 『환경 기본권, 환경오염의 법적 구제와 개선책』, 한림과학원, 1996.
- 홍준형, “환경법의 기본원리로서 지속가능한 개발의 원칙”, 『공법연구』 제25집 제2호, 한국공법학회, 1997.
- Eckhard Hom·Andreas Hoyer, Rechtsprechungsübersicht zum Umweltstrafrecht, JZ 1991.
- Reinhard Kegler·Ingeborg Legge, Umweltschutz durch Strafrecht?, 1988.
- Gerhard Wagner, Umweltschutz mit zivilrechtlichen Mitteln, NuR 1992.
- Gefmann·Kloepfer·Nutzinger, Langzeitverantwortung im Umweltstaat, 1993.
- Jörg Berkemann, Rechtliche Instrumente gegenüber Eingriffen in Natur und Landschaft, NuR 1993.
- Kirsten Valentin, Die gemeinschaftsrechtliche Haftung der Mitgliedstaaten der EG fuer grenzüberschreitende Umweltschädigungen 1993.
- Möller·Bronley, Staatszielbestimmung Umweltschutz im Grundgesetz?, 1990.

Rolf Stober, Umweltschutzprinzip und Umweltgrundrecht-Zum gegenwärtigen
Diskussion -stand auch aus konomischer Sicht-, JZ, 1988.

柳田幸男, 「環境法入門」, サイマル出版會, 1972.

富井利安外 2人, 「環境法の新たな展開」, 法律文化社, 1994.

生田典久, “美國における環境權にもづく公害訴訟の新動向”, 「ジュリスト」第467
號, 1971.

小林直樹, “憲法の環境權”, 「ジュリスト」臨時創刊特輯, 1971.

仁藤一・池尾隆良, “環境權の法理”, 「法律時報」第43權 3號, 1971.

八代紀彦, “環境權”, 「現代損害賠償法講座 5」, 日本評論社, 1973.

環境廳企劃調整局企劃調整課 編, 「環境基本法の解説」, ぎょうせい, 1995.

<Zusammenfassung>

Umweltrecht und Umweltschutz

Kim, Jong Se

In dieser Arbeit wurde das Thema Umweltschutz und Umweltrecht behandelt. Das Recht auf die gesunde und angenehme Umwelt' als ein Grundrechte ist auf dem koreanischen Verfassungsrecht seit 1980 eingliedert worden.

Gemaess Art. 35 KorVerf. genieisst jede Koreaner sog. Umweltgrundrecht. Aber es ist noch umstritten, welche Rechtsnatur das Umweltgrundrecht ueberhaupt hat. Hingegen nimmt Deutschland die Sache der Umwelt als eine Staatszielbestimmung vor. Der Staat ist gebunden, durch die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung die Umwelt zu schuetzen. Grundgesetz beauftragt den Staat, natuerliche Lebnisgrundlage und Tiere fuer die kuenftige Generation zu schuetzen.

Hier stellt sich eine Frage, ob die Umwelt nur ein Gegenstand ist, den die Menschen nach ihrem Bedarf willkuerlich handhaben darf. Das die Umwelt bezeichnet es ganz deutlich, die Umwelt nur ein Gegenstand zu sein, so dass die Menschen als eine Kern oder ein Herr sie beherrschen darf.

Aus solchem Gedanken ist es als subjektives Grundrecht betrachtet. Aber die Umweltgrundrecht laesst sich ohne die Solidaritaet nicht vorzustellen. Allen subjektiver Anspruch darauf hat es keinen Sinn.

Im koreanische Verfassung ist umstritten, ob Umweltgrundrecht Gesetzgebungs-programm oder konkretes subjektives Recht ist. Die Tragund der Verantwortung fuer den Umweltschut vom Staat und Individuum gewahrt uns das substantielle Umweltgrundrecht genaess Verfassungsrecht.

Gleichwohl tragen wir die Verantwortung fuer die kuenftige Generation,
ihr die geschonnte Umwelt zu uebergeben.

주 제 어 : 환경권, 기본권, 국가목표, 환경보호, 법치국가

Keywords : Umweltrecht, Grundrecht, Staatszielbestimmung, Umweltschutz, Rechtsstaat