

# 環境憲法の 바람직한 규정형태

高文炫\*

## 《 차 례 》

- I. 序論
- II. 各國 憲法上 環境條項의 形態
- III. 環境保護와 관련된 各國 憲法의 傾向
- IV. 環境保護에 대한 國家目標條項과 基本權條項의 比較
- V. 結 論

## I. 序論

人類는 그 탄생 이래 自然의 威脅과 對決하여 이를 開發하고 利用함으로써 오늘날의 文明의 기초를 구축할 수 있었다.<sup>1)</sup> 그러나 環境 파괴 내지 環境 오염은 高도화된 産業사회<sup>2)</sup>

\* 울산대학교 법학부 교수

- 1) 徐燦珪, “환경법의 본질”, 『법과 환경』, 한국법학교수회편, 1977, 12쪽.
- 2) 高도화된 産業社會의 기초가 된 科學技術이 발달함으로써 複雜·多岐化된 環境汚染의 原因을 明瞭하게 밝혀 주는 것은 그 장점이라 하겠다. 베토벤(Rudwig van Beethoven)의 死因이 中금속에 오염된 물고기를 너무 많이 먹어 결국 납중독 때문이라고 밝혀 낸 것이 그 단적인 예이다. 즉 1827년 베토벤이 56세로 사망했을 때 死因은 肝臟病(Leberleiden)과 水腫(Wassersucht)으로 알려졌다. Chicago에 있는 한 연구소에서 베토벤의 15cm길이의 머리카락 한 올을 가지고 몸 전체의 DNS[Desoxyribo(se)nukleinsäure, 디옥시리보스核酸]구조를 분석한 결과, 베토벤의 死因이 中금속에 너무나 많이 오염된 물고기를 너무 많이 먹어 결국 납중독 때문이라는 정확한 死因을 밝혀내게 되었다. Die Welt, 1999. 2. 15, 1쪽. 그러나 科學技術의 발달은 또한 그 폐해를 지니고 있다. 과학기술의 대명사라 할 수 있는 DDT의 폐해가 알려진 후 1970년대 초 미국과 유럽에서 DDT의 사용을 규제하게 되었다. Rachel Carson, Silent Spring, Harmondsworth, Penguin, 1965, 31-32쪽; 김명자, “야누스의 얼굴, DDT”, 환경리포트, 통권 제11호, 1994년 11·12월호, 165-167쪽; 環境問題와 관련한 科學技術의 이용, 통제, 바람직한 방향제시 등에 대하여는 John H. Barton, “The Impact of Technology on Legal Systems: Thoughts For Korea”, Seoul National University International Academic Law Conference, 1997. 10. 11; 金文煥, “科學技術과 법-서설-”, 『인권과 정의』, 1997. 10, 통권 제254호, 8-24쪽 등 참조.

에 수반된 불가피한 현상이다.<sup>3)</sup> 즉 人間은 自然과의 調和를 이루면서 文明을 발전시켜야 함에도 불구하고 공유재<sup>4)</sup>인 環境을 근시안적인 안목<sup>5)</sup>에서 이용·소비하는데 관심을 주로 기울여 왔을 뿐 善管注意義務를 가지고 環境을 保護하는 데에는 소홀히 하여 왔다. 그리하여 地球는 生態的 循環能力이 의심될 정도로 危殆로운 棲息處<sup>6)</sup>로 변하여 인류는 현재 미증유의 심각한 환경악화 상태에서 신음하고 있다.<sup>7)</sup> 이러한 점은 지난 30여 년간 이른바 成長드라이브政策<sup>8)</sup>에 치중하여 壓縮成長은 달성하였으나 環境汚染의 급속한 惡化를 초래한 우리나라의 경우에 더욱 분명하다.<sup>9)</sup>

- 3) Al. Gore, *Earth in the Balance*, Houghton Mifflin Company, New York, 1992. 서문; 테오 콜본(Theo Colborn)/다이앤 듀마노스키(Dianne Dumanoski)/존 피터슨 마이어(John Peterson Myers), 권복규 역, 「도둑맞은 미래(Our Stolen Future)-환경호르몬의 실체를 밝힌다-」, 사이언스북스, 1998, 31쪽; E. Reh binder, “Grundfragen des Umweltrechts”, ZRP, 1970, 250쪽 이하; Jeremy Rifkin, *Entropy*(김명자/김건 譯, 엔트로피), 두산동아, 1998, 334쪽; 原田尙彦, 「環境法」, 補正版, 弘文堂, 平成6年, 2쪽; 李庚熙, “과학기술법 연구의 필요성과 과제 -환경문제와 법의 역할-”, 「과학기술법연구」, 창간호, 한남대학교 과학기술법연구소, 1995. 12, 5-10쪽; 이경희·이재곤·정상기, 「생물다양성의 환경법적 보호-자연환경 및 멸종위기종의 보호를 위한 국내의 입법동향과 향후과제-」, 길안사, 1998, 19쪽; 韓相範, “인권으로서의 환경권의 법리”, 「고시연구」, 1981. 1, 55쪽; 朴洪佑, “환경권의 법적 성질”, 「환경법의 제문제(상)」, 재판자료 제94집, 법원도서관, 2002, 11쪽; 줄고, “독일에서의 환경보호-기본법 제20a조를 중심으로-”, 「헌법논총」, 제14집, 2003, 119쪽 등 참조.
- 4) 環境은 개인은 물론 세계 각국이 함께 공유하는 공유재라고 할 수 있다. 자신의 이익을 극대화시키려는 인간의 본성이 결국은 공멸을 초래하는 ‘공유의 비극’을 가져오며 이러한 비극을 방지하기 위하여 ‘동의된 강제’가 필요하다고 Hardin은 주장하였다. Garrett Hardin, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, Vol. 162, 1968. 12, 1243-1248쪽.
- 5) 이도원, 「떠도는 생태학」, (주)법양사출판부, 1997, 34-35쪽; 정희성 외 5인, 「환경행정론」, 향문사, 1998, 49쪽.
- 6) Melvin A. Benarde, *Our Precarious Habitat*, New York: Norton, 1976, 21쪽.
- 7) 김철수, “환경권고”, 「헌법논총」, 제6집, 헌법재판소, 1995, 52-53쪽; 홍성방, 「환경보호의 법적 문제-독일의 헌법과 행정법에 있어서 환경보호를 중심으로-」, 서강대학교 출판부, 1999, ii; Rachel Carson, 앞의 책, 21-22쪽; Flournoy, Alyson C., *In search of an environmental ethic*, 28 Colum. J. Envtl. L. 63, 2003, 64쪽.
- 8) 이것은 無意思決定理論(Non-decision Making Theory)으로 이해될 수 있다. Peter Bachrach/Morton Baratz, “Two Faces Of Power”, *APSR*, Vol. 56, 1962, 948쪽.
- 9) 한국의 환경위기 시각은 9시29분으로 ‘매우 불안’이라는 것이 이를 증명해준다고 하겠다. 2004년 9월 9일 환경재단과 일본 아사히글래스재단이 공동발표한 ‘2004년 환경위기사계 현황’에 따르면 올해 세계의 환경위기사각은 지난해보다 7분 빨라진 9시 8분으로 나타났다. 그러나 우리나라는 9시 29분으로 지난해(8시 30분)보다 59분 늦어져 환경악화 우려가 더욱 심화했다. 환경위기사계는 지구환경이 나빠짐에 따라 환경전문가들이 느끼는 인류존속의 위기감을 시간으로 표시한 것으로, 아사히글래스재단이 1992년부터 전 세계의 정부와 지방자치단체, 비정부기구(NGO), 학계,

環境汚染現象은 繼續的으로 이루어지고 環境汚染으로 인한 被害의 範圍가 더욱 廣範圍해지고 그 被害의 內容이 複雜·多岐化되어 學際的 研究가 요구되는 한편, 그 被害의 原因이 明瞭하게 밝혀지지 않는 경우가 屢증하게 됨에 따라 環境의 汚染과 破壞에 대한 從來의 市民法的 原理의 姑息的인 수정만으로는 環境問題에 積極的으로 대처할 수 없다는 절박한 위기의식을 느끼게 되었다.<sup>10)</sup> 巴야흐로 오늘날 環境保護는 “現代國家의 宿命的 課題”(Schicksalsaufgabe des modernen Staates)<sup>11)</sup>가 되었다. 이렇듯 環境保護가 全地球的인 문제로서 대두되고 있는 상황에서, 더 나아가 環境國家<sup>12)</sup>의 대두에 부응하여 環境보호를 위한 법적 규율의 문제가 제기되는 것은 극히 당연한 일이라 할 수 있다. 오늘날의 환경상황하에서 전통적인 國家 3요소설은 지나치게 협소해졌다고 할 수 있다. 왜냐하면 생존능력 있는 國家는 오늘날 國民, 主權 그리고 領土 그 이상을 필요로 하기 때문이다.<sup>13)</sup> 또한 環境法이 여러 분야에 두루 걸쳐 있다는 특성<sup>14)</sup> 및 헌법구체화법으로서의 특성이 있다는 점<sup>15)</sup> 등에 비추어 볼 때 環境보호를 憲法에 명문화하는 것에 대한 고려가 필수적인 것으

기업 등의 환경전문가를 대상으로 매년 설문을 실시, 발표해 왔다. 2004년에는 우리나라(69명)를 비롯한 90여 개 국가의 환경전문가 3,600명이 응답했다. 환경위기시계가 0~3시에 맞춰져 있으면 응답자들이 ‘불안하지 않음’, 3~6시 ‘조금 불안’, 6~9시 ‘꽤 불안’, 9~12시는 ‘매우 불안’한 상태를 나타낸다. 환경재단은 “올해 환경위기시계 현황은 한국 환경의 후진성을 그대로 보여준 것”이라면서 “이는 세계경제포럼이 발표한 환경지속성 지수에서 우리나라가 142개국 가운데 136위를 차지, 가장 하위권에 속하는 것과 일맥상통하는 결과”라고 말했다. 서울신문 2004. 9. 10. 참조.

- 10) 이러한 과학자와 환경론자들의 위기과장과 이에 편승한 언론의 부풀리기로 인해 오늘의 환경위 기론이 형성되었다고 비판하는 견해도 있다. Ronald Baily, ECO-SCAM: The False Prophets of Ecological Apocalypse, St. Martin's Press, 1992; 로널드 베일리 지음, 이상돈옮김, 에코스캠-환경중 말론자들의 빗나간 예언, 이진출판사, 1999, 21-48쪽; 187-217쪽; 219-230쪽. Ronald Baily, “Seven Doomsday Myths About The Environment”, The Futurist, 1995, January-February, Vol. 29, No. 1, 14-18쪽.
- 11) Rüdiger Breuer, “Umweltschutzrecht”, in: I. v. Münch/E. Schmidt-Aßmann(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 1992, 396쪽.
- 12) 環境國家로서의 國家는 環境의 완전성을 국가결정의 중요한 목표와 척도로 삼는 국가이다. M. Kloepfer, “Auf dem Weg zum Umweltstaat”, in: Umweltstaat, M. Kloepfer(Hrsg.), Springer-Verlag, Berlin u. a., 1989, 43-44쪽; 朴秀赫, “환경국가로 가는 길”, 환경문제연구총서(VI), 대한변호사협회, 1996, 16쪽; 홍성방, 앞의 책, 155-157쪽 참조.
- 13) 즉 국가는 자기의 계속적인 생존을 위태롭게 하지 아니할 영토상의 그리고 영토를 둘러싼 環境을 필요로 한다. M. Kloepfer, “Auf dem Weg zum Umweltstaat”, 39쪽.
- 14) 이것을 環境法의 총괄규정(Querschnittsklausel)적 특성이라고 한다.
- 15) Fritz Werner, “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”, DVBl., 1959, 527-533쪽; 環境법 내지 환경행정법이 헌법구체화법으로서의 環境법이라는 점을 감안하면 헌법에서 環境보호에 관하여 올바르게 규정하는 것이 중요하다고 하겠다.

로 보인다. 여기에 環境汚染과 破壞로부터 生命과 身體의 安全을 기하고 나아가 人間의 尊嚴과 價値에 터잡은 人間다운 生活을 享有할 수 있는 制度的 裝置로서의 環境憲法<sup>16)</sup>을 요청하기에 이르렀다.

環境保護를 憲法에 명문화하는 데에는 크게 두 가지의 형태가 있다. 첫째 형태는 基本權條項으로 環境保護를 규정하는 형태이며, 둘째 형태는 國家目標條項으로 環境보호를 규정하는 형태이다.<sup>17)</sup>

- 16) 여기에서는 憲法上 環境保護를 직접 규정한 條項을 環境憲法이라고 새기기로 한다. 예컨대 獨逸에서는 종래 環境權에 관한 明文의 규정이 基本法에는 존재하지 않는 관계로 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄에 관한 규정, 제2조 제1항의 인격의 자유로운 발현에 관한 규정, 제2조 제2항의 생명·신체의 불가침에 관한 규정 등이 環境權의 근거가 되고 있으나, 여기에서는 基本法 제20a조만을 環境憲法이라고 새기기로 한다. 또한 韓國 憲法の 前文, 제10조, 제37조 제1항 등에 관한 규정도 環境權과 관련하여 고찰할 수 있으나 여기에서는 제35조에 국한하여 環境憲法이라고 새기기로 한다. 權寧星, 「헌법학원론」, 법문사, 2004, 10쪽; 洪準亨, “한국환경법의 현황과 과제,” 「동아시아 지역에서의 행정소송법과 환경법의 현황과 과제」, 東ASIA 행정법학회 제2회 국제학술대회, 1997. 5, 236쪽 참조.
- 17) Staatszielbestimmung을 國家目標規定이라고 번역하기도 하나 언어순화의 편의상 國家目標條項으로 부르는 것이 더的確하다고 생각되어, 以下에서는 國家目標條項으로 부르기로 한다. 國家目標條項에 대한 定義는 여러 가지로 갈리고 있으나, 페터스(H. J. Peters)는 “국가활동에 일정한 과제의 지속적 준수와 이행을 규정하는 구속력을 가진 헌법규범”으로 國家目標條項을 定義하고 있다. Heinz-Joachim Peters, Umweltverwaltungsrecht, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996, 1쪽, Rn 2; 國家目標條項·立法委任規定에 대한 전문가 보고서에 따르면, “國家에 대하여 구체적 목표를 계속적으로 고려하거나 충족시킬 것을 규정하고 있는 法的 拘束力을 가진 憲法 規範”이라고 定義하고 있다. 國家目標條項은 立法者에게 일차적으로 향하고 있지만 또한 執行府와 司法府의 解釋指針이 되기도 한다. 國家目標條項에 의하여 부과된 국가과제를 실현하는 방법과 시기는 立法者의 결정에 일임되어 있으나, 國家目標條項에 반하는 法律은 違憲이 된다. 國家目標條項은 한편으로는 法的 拘束力을 가지기 때문에 規範의 性格을 결여하고 있는 立法綱領과 구별되며, 다른 한편으로는 모든 國家機關을 구속할 뿐만 아니라 또한 立法의 시기와 방법을 立法者에게 일임하고 있다는 점에서 立法機關에게 구체적 규율정립의 의무를 부과하고 있는 立法委任規定과 구별된다. 立法委任規定이란 “立法者에게 구체적 規律定立의 의무를 부과하고 있는 憲法規定”을 말한다. Bundesministerien der Innern und der Justiz(Hrsg.) Bericht der Sachverständigen Kommission “Staatszielbestimmung/Gesetzgebungsaufträge”, 1983, 5쪽, Rn. 8, 21쪽, Rn. 7; H. H. Klein, “Staatsziele im Verfassungsgesetz, Empfiehlt es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen?” DVBl., 1991, 733쪽; Karl-Peter Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, 355-373쪽; 그리고 國家目標條項은 개별적 국민에게 주관적 권리를 부여하지 않는다는 점에서 基本權과도 구별된다. D. Rauschnig, “Aufnahme einer Staatszielsbestimmung über Umweltschutz in das Grundgesetz?“, DöV, 1986, 491쪽.

이하에서는 現代國家의 宿命的 課題인 環境보호문제를 해결하기 위하여 각국의 헌법에서 어떠한 형태로 규정하고 있는가를 대표적인 형태를 중심으로 고찰해 본 후 環境憲法の 규정형태에 대한 경향 및 특성 등을 분석하고 環境憲法の 대표적 규정형태인 基本權條項으로서 규정하는 것과 國家目標條項으로 규정하는 것의 비교를 통하여 헌법상 어떻게 규정하는 것이 헌법의 規範力을 저하시키지 않고 環境問題의 深化에 더 효과적으로 대처할 수 있겠는가에 초점을 맞추어 살펴봄으로써 環境保護에의 意志를 고취시키는데 조금이나마 기여하고자 한다.

## II. 各國 憲法上 環境條項의 形態

### 1. 序說

1972년 스톡홀름(Stockholm)宣言의 원칙 1항은 “人間은 尊嚴성과 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 1항은 1970년대 초반이후 채택된 많은 국가들의 헌법에 영감을 불러일으켜서 그 국가들의 헌법에 환경권을 기본권으로 규정하게 하였다.<sup>18)</sup> 이 선언에 뒤이어 각국 정부는 現世代 뿐만 아니라 未來世代를 위해서도 環境을 보호하고 개선해야 하는 엄숙한 책임을 지고 있음을 천명하고 있다.<sup>19)</sup>

여기에서는 環境憲法에 대한 이론적 논의를 먼저 살펴본 후에 環境保護條項을 가지고 있는 여러 國家들의 憲法條項을 國家目標條項의 형태로 규정하고 있는 국가, 基本權條項

18) Maguelonne Déjeant-Pons/Marc Pallemarts, Human Rights and the environment, Council of Europe Publishing, 2002, 11-12쪽.

19) 각국은 자국의 시민과 다른 국가에게 다음과 같은 책임을 갖고 있다.

- 생태계 그리고 생물권의 기능에 핵심적인 여러 과정을 유지한다.
- 모든 식물종과 동물종의 생존을 보장하고, 자연서식지를 보존함으로써 생물종의 다양성을 유지한다.
- 생물자원자원과 생태계를 이용할 때는 최대한 지속가능한 산출이라는 원칙을 준수해야 한다.
- 심각한 환경오염이나 재해를 예방하거나 줄인다.
- 적절한 환경보호 기준을 정한다.

The World Commission On Environment And Development(WCED), Our Common Future, Oxford University Press, 1987, 330-331쪽.

의 형태로 규정하고 있는 국가 등으로 나누어 살펴보기로 한다.

## 2. 環境憲法の 規定形態에 대한 이론적 논의

### 1) 基本權條項으로 規定하는 경우<sup>20)</sup>

#### (1) 社會的 基本權<sup>21)</sup>으로 規定하는 경우

##### 가. 序說

基本法에 環境保護規定을 受容하는 問題는 理論的으로<sup>22)</sup> 새로운 社會的 基本權規定, 즉 人間의 尊嚴에 적합한 環境權의 도입 여부의 검토로 시작되었다. 環境保護를 社會的 基本權條項으로 基本法에 規定하는 데 대하여는 다음과 같은 긍정적 측면과 부정적 측면이 각각 있다. 이를 자세히 살펴보면 다음과 같다.<sup>23)</sup>

##### 나. 社會的 基本權 方式의 肯定的 側面

첫째, 環境保護를 社會的 基本權으로 基本法에 受容하면 國民의 環境意識에 鼓舞的으로 작용<sup>24)</sup>하게 된다.

둘째, 環境保護를 社會的 基本權의 형태로 基本法에 受容하게 되면 環境運動을 통합<sup>25)</sup> 시키게 된다.

셋째, 環境保護를 社會的 基本權으로 基本法에 受容하게 되면 環境保護를 강화시키게 된다.<sup>26)</sup>

20) 1996년 남아프리카공화국헌법, 1987년 니카라구아헌법, 1993년 러시아헌법, 1997년 불가리아헌법, 1988년 브라질헌법, 1978년 스페인헌법, 1984년 에콰도르헌법, 1989년 이란헌법, 1982년 터키헌법, 1993년 페루헌법, 1997년 포르투갈헌법, 1996년 핀란드헌법 등이 기본권조항의 형태로 규정되어 있다. <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl>; Edith Brown Weiss, In Fairness to Future Generations, New York; Transnational Publishers, 1992, 260쪽 이하.

21) 일반적으로 社會的 基本權은 특정한 국가적 급부(環境權에서는 人間의 尊嚴에 적합한 環境의 창출이나 유지)에 대한 개인의 직접적인 청구권으로 이해되고 있다.

22) H. Dellman, "Zur Problematik eines Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt", DöV, 1975, 389쪽 이하; M. Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 18. Januar 1978, H. 56, DE GRUYTER · BERLIN u. a., 1978, 14쪽 이하.

23) 홍성방, 앞의 책, 135-144쪽.

24) H. Dellman, 앞의 글, 392쪽.

25) M. Kloepfer, "Zum Grundrecht auf Umweltschutz", 34쪽.

26) M. Kloepfer, "Zum Grundrecht auf Umweltschutz", 33쪽.

다. 社會的 基本權 方式의 否定的 側面

첫째, 環境保護를 社會的 基本權의 형태로 基本法에 受容하는 데 대하여 社會的 基本權의 一般的 問題點을 제시한다. 일반적으로 社會的 基本權은 특정한 국가적 급부에 대한 개인의 직접적인 청구권으로 이해되고 있다. 그러나 사회적 기본권은 원칙적으로 그 규정으로부터 직접 청구권을 근거지우기에 적합하지 않으며 그렇게 하기 위해서는 사회적 기본권을 구체화시키는 입법자의 법률 제정이 필요하다고 새기고 있다.<sup>27)</sup>

둘째, 人間의 尊嚴에 적합한 環境이라는 保護法益은 충분히 규정될 수 없다.

셋째, 공기와 물, 自然景觀과 種多樣성과 같은 保護法益들은 個人的 法益이 아니므로 環境保護라는 課題를 主觀的 權利로써 해결하려는 것은 잘못이다.

넷째, 環境權의 보장은 國民에게 안도감을 부여하나 충족될 수 없는 環境保護에 대한 기대감은 결국 國民을 실망시킬 것이다.<sup>28)</sup>

그러므로 環境保護에 관한 것을 社會的 基本權으로 基本法에 明文化하는 움직임에 대해서 空想的인 것으로,<sup>29)</sup> 憲法的 敘情詩(Verassungslirik)<sup>30)</sup>라는 등의 형태로 표현하면서 비판적이다.

(2) 防禦權의 基本權으로 규정하는 경우<sup>31)</sup>

가. 序說

슈타이그(Heinhard Steiger) 등을 중심으로 한 소수의 학자들은 防禦權의 基本權의 형태로 環境保護를 基本法에 受容하려고 했었는데, 이 견해는 現實의 이고도 直接的인 危險에 직면한 ‘最小限의 生態的 存在’를 保護하기 위하여 선호되고 있다.<sup>32)</sup>

27) E.-W. Böckenförde는 사회적 기본권을 이른바 조치가 필요한 기본권(Maßgabengrundrechte)으로 부르고 있다. E.-W. Böckenförde, “Die Sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”, in : Böckenförde/Jekewitz/Ramm(Hrsg.), Soziale Grundrechte, C. F. Müller: Heidelberg/Karlsruhe, 1981, 10쪽-13쪽.

28) H. H. Klein, 앞의 글, 738쪽; J. Lücke, “Das Grundrecht des Einzelnen gegenüber dem Staat auf Umweltschutz”, DöV, 1976, 291쪽; Rolf Stober, “Umweltschutzprinzip und Umweltgrundrecht-Zum gegenwärtigen Diskussionsstand auch aus ökonomischer Sicht-”, JZ, 1988. 8, 430쪽.

29) H. H. Rupp, “Ergänzung des Grundgesetzes um eine Vorschrift über den Umweltschutz?”, DVBl., 1985, 990쪽.

30) F. Ossenbühl, “Umweltschutz und Gemeinwohl in der Rechtsordnung”, VR(Verwaltungs-rundschau), 1983, 13쪽.

31) 방어권적 기본권은 자유권적 기본권(성격을 중심으로 파악)을 기능적 측면에서 본 것으로 자유를 국가의 침해로부터 방어해 주는 기본권으로 새길 수 있다.

32) Heinhard Steiger, “Mensch und Umwelt-Zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts-”, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1975, 54쪽.

### 나. 防禦權의 基本權 方式의 肯定的 側面

防禦權의 基本權의 형태로 環境保護를 憲法에 明文화하는 경우에 다음과 같은 긍정적인 의미가 있다.

첫째, 基本法에 규정된 環境權이 그 밖의 自由權, 특히 經濟的 自由權과 대등하게 됨으로써 經濟的 自由權이 우선적 지위를 차지하는 것을 방지할 수 있다.

둘째, 公共機關(Behörde)이 環境保護에 관련된 법률을 충분히 존중하지 않는 것을 방지할 수 있다.

셋째, 憲法에 受容된 環境權으로 말미암아 環境保護에 대한 우선권 부여에 기여하게 된다.<sup>33)</sup>

### 다. 防禦權의 基本權 方式의 否定的 側面

防禦權의 基本權의 형태로 環境保護를 基本法에 受容하는 경우에 다음과 같은 부정적인 의미가 있다.

첫째, 傳統的 自由權의 基本權觀의 근거를 이루는 自由主義는 環境問題를 거의 알지 못했기 때문에 방어권적 形態의 環境보호규정은 역사성이 결여되어 있다.<sup>34)</sup>

둘째, 消極的인 環境防禦權으로 動態的이고 積極的인 環境問題에 충분히 대처할 수 있을지 의심스럽다.<sup>35)</sup>

## 2) 國家目標條項으로 규정하는 경우<sup>36)</sup>

### (1) 國家目標條項 방식의 肯定的 側面

國家目標條項·立法委任規定(Staatszielbestimmung/Gesetzgebungsaufträge)에 대한 專門家報告書<sup>37)</sup>에 따르면, 國家目標條項은 “國家에 대하여 구체적 目標를 계속적으로 고려하거나 충족시킬 것을 규정하고 있는 法的 拘束力을 가진 憲法 規範”이라고 定義하고 있다. 國家目標條項은 國家權力에게 국가행위가 나아가야 할 방향에 관한 중요하고 제한적인 내용을 포함하고 있다.

33) M. Maus, “Individualrecht oder Staatsziel”, JA, 1979, 15쪽 이하.

34) M. Kloepfer, “Zum Grundrecht auf Umweltschutz”, 15쪽 이하.

35) Heinhard Steiger, 앞의 글, 54쪽.

36) 1986년 그리스헌법, 1983년 네덜란드헌법, 2002년 독일기본법, 1998년 북한헌법, 1991년 스위스헌법, 1995년 아르메니아헌법, 1976년 알바니아헌법, 1993년 에스토니아헌법, 1984년 오스트리아헌법, 1985년 인도헌법, 1999년 중화인민공화국헌법, 1978년 태국헌법, 1984년 파나마헌법 등이 국가목표조항의 형태로 환경보호를 규정하고 있다. <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/>; Edith Brown Weiss, 앞의 책, 260쪽 이하.

37) Bericht der Sachverständigen Kommission “Staatszielbestimmung/Gesetzgebungsaufträge”, 21쪽.

國家目標條項은 立法者에게 일차적으로 향하고 있다. 그러나 國家目標條項은 또한 執行府와 司法府의 解釋指針이 되기도 한다. 國家目標條項에 의하여 부과된 國家課題를 실현하는 방법과 시기는 立法者의 결정에 일임되어 있으나, 國家目標條項에 반하는 法律은 違憲이 된다. 따라서 國家目標條項은 그 밖의 憲法規定들과 구별된다. 國家目標條項은 한편으로는 法的 拘束力을 가지기 때문에 規範的 性格을 결여하고 있는 立法綱領(Cesetzgebungsprogramm)과 구별되며, 다른 한편으로는 모든 國家機關을 구속할 뿐만 아니라 또한 立法의 시기와 방법을 立法者에게 일임하고 있다는 점에서 立法機關에게 구체적 規律 定立의 의무를 부과하고 있는 立法委任規定(Gesetzgebungsauftrag)과 구별된다.<sup>38)</sup> 그리고 國家目標條項은 個別的 國民에게 主觀的 權利를 부여하지 않는다는 점에서 基本權條項과도 구별된다.<sup>39)</sup>

環境保護를 基本法에 國家目標條項으로 成文化하는 경우에 다음과 같은 긍정적인 의미를 가지게 된다.

첫째, 環境保護 國家目標條項은 未來世代를 위하여 環境保護가 지속적인 과제일 뿐만 아니라 또한 책임이라는 것을 환기시키는 기능을 한다.

둘째, 環境保護 國家目標條項은 立法者에게 環境問題를 지속적으로 고려하게 하는 勸告機能을 한다.

셋째, 環境保護 國家目標條項은 정치적 토론과 개인에 대하여 教育的 機能을 한다.

넷째, 環境保護 國家目標條項은 미래에 생태계의 위험이 더욱 증대할 경우 헌법적으로 필요한 환경보호의 상대적 우위를 보장하는 선구적 기능을 한다.

다섯째, 여러 개의 목표가 충돌하는 경우 그것을 해결하는 기능을 한다. 즉 立法者가 충돌을 결정해야 하는 경우, 公共機關(Behörde)이 계획을 수립하거나 재량을 행사해야 하는 경우, 언제나 환경에 미치는 영향이 최소한 형량되어야 하는 이해관계로 고려되게 된다.

여섯째, 조직적인 이익단체의 영향력 행사와 압력에 대하여 公共機關을 지원하는 기능을 한다.

일곱째, 무분별한 自由權 행사를 生態的으로 제한하는 것을 정당화하는 기능을 한다.<sup>40)</sup>

여덟째, 國民이 環境保護에서 매우 중요한 과제를 재발견한다는 일정한 전제하에서 憲法의 統合作用을 강화시키는 기능을 한다.<sup>41)</sup>

38) Bericht der Sachverständigen Kommission "Staatszielbestimmung/Gesetzgebungsaufträge", 5쪽, Rn.

8; H. H. Klein, 앞의 글, 733쪽.

39) D. Rauschning, 앞의 글, 491쪽.

40) H. Soell, 앞의 글, 212쪽.

41) H. H. Klein, 앞의 글, 734쪽.

## (2) 國家目標條項 방식의 否定的 側面

環境保護 國家目標條項에 대하여는 다음과 같은 문제점들이 지적되고 있다.

첫째, 環境保護는 포괄적 문제이기 때문에 윤곽이 모호한 自然的 生活基盤과 같은 不確定 概念을 쓸 수밖에 없다. 그러나 이러한 개념을 사용하면 保護客體가 무제한이 되어 법적인 義務賦課는 힘들게 된다.<sup>42)</sup>

둘째, 그렇게 되면 개별적인 경우에 그러한 내용의 國家目標條項을 최종적으로 결정하는 것은 司法府이기 때문에 環境政策上的 결정권이 司法府에 넘어가는 결과가 되어 法治 國家原理와 民主主義原理에 모순된다.<sup>43)</sup>

셋째, 環境保護를 國家目標條項으로 基本法에 규정하는 경우 다른 國家目標條項들도 基本法에 成文化시키지 않을 수 없다.<sup>44)</sup>

넷째, 環境保護를 國家目標條項으로 成文化시키면 이미 基本法에 규정되어 있는 國家目標條項인 基本法 제109조 제2항의 全體經濟의 均衡과 모순된다. 왜냐하면 兩者는 동시에 이를 수 없을 뿐만 아니라 더 나아가서 충돌할 수밖에 없기 때문에<sup>45)</sup> 魔의 4각<sup>46)</sup>에 제5각<sup>47)</sup>을 더하는 셈이 된다.<sup>48)</sup>

## 3. 구체적 형태

환경헌법은 크게 국가목표조항으로 규정한 형태와 기본권조항으로 규정한 형태로 나누어진다.

42) D. Rauschnig, 앞의 글, 491쪽; D. Murswiek, "Umweltschutz-Staatszielbestimmung oder Grundsatznorm?", ZRP, 1988, 16쪽; H. H. Klein, 앞의 글, 736쪽.

43) L. H. Michel, "Umweltschutz als Staatsziel? Zur Problematik der Aufnahme einer Umweltschutz-Staatszielbestimmung in das Grundgesetz", NuR, 1988, 311쪽; D. Murswiek, 위의 글, 17쪽; H. H. Klein, 앞의 글, 736쪽.

44) D. Rauschnig, 앞의 글, 494쪽. 1983년 '국가목표조항·입법위임규정'에 대한 전문가위원회 보고서에서는 노동, 문화, 개인정보보호(Datenschutz) 등을, Rauschnig은 그 외에도 내적 안전의 보장, 생계보장 등을 각각 들고 있다.

45) H. H. Klein, 앞의 글, 736쪽.

46) 基本法 제109조 제2항을 구체화한 법률인 경제안정법(Stabilitätsgesetz) 제1조 제1문은 ① 물가 안정, ② 높은 취업 수준, ③ 국제수지균형, ④ 지속적인 경제성장 등을 규정하고 있는 바, 이것들을 이른바 魔의 4각이라고 한다.

47) 여기에서의 제5각은 환경보호를 지칭한다.

48) H. H. Rupp, 앞의 글, 992쪽.

1) 國家目標條項의 형태로 환경보호를 규정한 國家<sup>49)</sup>

(1) 獨逸

1994. 10. 27. 제42차 기본법 개정에서 독일 기본법은 제20a조에서 환경보호를 國家目標條項의 형태로 규정한 후 독일 연방의회는 2002. 7. 26. 제50차 기본법 개정에서 종전의 “자연적 생활기반”의 보호에서 “자연적 생활기반과 ‘동물’ ”의 보호라고 함으로써 ‘동물’ 보호를 명문화하기에 이르렀다.<sup>50)</sup>

“국가는 또한 미래세대에 대한 책임을 지고 헌법 질서의 범위 내에서 입법에 의하여 그리고 법률과 법의 척도에 따라 집행권과 사법권에 의하여 자연적 생활기반과 동물을 보호한다.”<sup>51)</sup>

(2) 오스트리아<sup>52)</sup>

1984년 오스트리아공화국 헌법은 그 제41조에서 國家目標條項으로 보편적인 환경보호를 선언하였다.

“ i ) 오스트리아공화국은 보편적인 환경보호에 동의한다.

ii) 보편적인 환경보호는 인간존재의 기반인 자연환경을 유해한 영향으로부터 보호하

49) 1998년 조선민주주의 인민공화국 사회주의헌법은 그 제57조에서 환경보호에 대한 규정을 두고 있다. 1998년 조선민주주의 인민공화국 사회주의헌법에 대하여는 장명봉, “김정일체제의 출범과 북한헌법의 변화와 전망”, 『북한정권 55년: 북한법제의 병화와 전망』, 북한법연구회 창립 10주년 기념 학술대회 발표논문집, 2003. 11. 1., 56-64쪽 참조; 1999년 중화인민공화국헌법은 그 제26조에서 환경보호에 대한 규정을 두고 있다. “1) 국가는 생활환경과 생태환경을 보호·개선하고 오염 기타의 공해에 대한 대책을 권장한다. 2) 국가는 植樹·造林과 산림의 보호를 조직·장려한다.”; 환경보호를 국가목표조항으로 규정하고 있는 그 밖의 국가로는 1986년 그리스 헌법(제24조), 1983년 네덜란드 헌법(제21조), 1991년 스위스 헌법(제24조), 1995년 아르메니아 헌법(제10조), 1992년 에스토니아 헌법(제53조), 1995년 인도 헌법[제48A조, 제51A조(g)], 1997년 태국 헌법(제56조), 1983년 파나마 헌법(제114조, 제116조) 등이 있다.

<http://www.oefre.unibe.ch/law/icl>.

50) Axel Tschentscher, *The Basic Law(Grundgesetz): The Constitution of the Federal Republic of Germany*(May 23rd, 1949), Würzburg/bern: Jurisprudencia Verlag, 2003, 15쪽, 28쪽; BGBl. I 2862쪽; Johannes Caspar, “Zur Einführung einer Staatszielbestimmung “Tierschutz” ins Grundgesetz”, ZfU, 1998. 4, 177-183쪽.

51) BGBl. I 3146; M. Kloepfer, “20a GG”, *Bonner Kommentar*, 79. Lfg., 1997. 3, 1쪽;

<http://www.oefre.unibe.ch/law/icl>.

52) Ernst Brandl & Hartwin Bungert, “Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: A Comparative Analysis of Experiences Abroad”, *The Harvard Environmental Law Review*, Vol. 16:1, Harvard Law School, Cambridge, MA, 1993, 45-46쪽.

는 것을 의미한다. 특히, 보편적인 환경보호는 소음에 의하여 야기된 안온방해의 회피뿐만 아니라 깨끗한 공기, 물, 토양을 유지하기 위한 조치들로 이루어진다.”

2) 基本權條項의 형태로 규정하고 있는 국가<sup>53)</sup>

(1) 남아프리카공화국<sup>54)</sup>

1996년 남아프리카공화국 헌법은 그 제24조에서 환경권을 규정하고 있다.

“1) 모든 사람은 자기의 건강과 복지에 유해하지 않은 환경에 대한 권리를 가진다.

2) 모든 사람은 현재세대와 미래세대의 이익을 위하여, 오염과 생태적 악화를 방지하고 보전을 장려하며, 정당한 경제적·사회적 개발을 촉진하는 반면에 자연자원의 생태적으로 지속가능한 개발과 이용을 확보하는 합리적인 입법조치와 기타 조치를 통하여 환경을 보호받을 권리를 가진다.”

(2) 러시아

1993년 러시아헌법은 제42조에서 다음과 같이 규정하고 있다.

“모든 사람은 쾌적한 자연환경과 그 상태에 관한 신뢰할 만한 정보, 환경상의 위법행위로 인한 건강 또는 재산상의 피해배상에 관한 권리를 가진다.”

(3) 불가리아<sup>55)</sup>

1997년 불가리아 헌법은 제55조에서 환경권에 대한 규정을 두고 있다.

“국민은 설정된 기준과 규정에 상응하는 건강하고 쾌적한 환경에 대한 권리를 가진다.”

53) 우리 헌법도 기본적으로는 기본권조항의 형태를 띠고 있다고 할 수 있다(1987년 憲法 제35조). 기본권조항으로 되어 있는 그 밖의 국가로는 1987년 니카라과공화국 헌법(제60조), 1984년 에콰도르 헌법(제19조 제2항), 1993년 페루 헌법(제123조), 1982년 터키공화국 헌법(제56조) 등이 있다. Ernst Brandl & Hartwin Bungert, 위의 글, 71쪽; Weiss, 앞의 책, 302쪽, 309쪽; <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl>; 미국이나 독일, 일본 등에서 헌법에 환경보호를 기본권조항의 형태로 규정하지는 않았지만 E-9{핵심적인 경제적 행위자일 뿐만 아니라 환경적 행위자로 가정해 E-9라고 부를 수 있는 9개 대규모 산업국가와 개발도상국들[중국, 인도, 유럽연합(룩셈부르크 제외), 미국, 인도네시아, 브라질, 러시아, 일본, 남아프리카]}에 속하는 러시아, 남아프리카공화국 등이 최근에 기본권조항의 형태로 규정하는 추세이다.

54) 남아프리카공화국 헌법은 1996년 11월에 새로이 채택되어 1997년 2월부터 효력을 발생하였다. <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl>; Yearbook of International Environmental Law, Vol. 7, Oxford University Press, 1996, 342-343쪽.

55) <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl>.

(4) 우크라이나<sup>56)</sup>

1996년 우크라이나 헌법은 그 제50조에서 다음과 같이 환경권을 규정하고 있다.

“모든 사람은 안전하고 건강한 환경에 대한 권리를 가지고 있다.”

### Ⅲ. 環境保護와 관련된 各國憲法の 傾向

#### 1. 序說

이상의 세계 각국의 憲法에 규정된 環境條項에 관한 고찰로부터 대체적으로 다음과 같은 중요한 경향과 특징을 발견할 수 있다. 이것을 크게 규범형태에 대한 분석과 헌법상 사용된 표현의 분석으로 나누어 살펴보기로 한다.

#### 2. 規範形態에 대한 분석

##### 1) 國家目標條項의 형태로 규정한 國家의 特性

예컨대 독일과 같이 憲法의 規範力이 확보되어 있는 국가일수록 環境保護를 環境基本權의 形態로 규정하지 않고 環境國家目標條項의 形態로 규정하는 경향이 있다. 왜냐하면 환경보호를 기본권의 形態로 규정하게 되면, 첫째, 예컨대 魔의 4각에 環境保護라는 제5각을 더하게 되는 등 그 波及效가 막대할 수 있고, 둘째, 環境權은 특히 集團的 性格을 지니기 때문에 개개인에게 정향된 종래의 基本權의 形態로 규정하게 되면 그 실효성이 약화될 수 있기 때문이다. 셋째, 基本權은 국가권력을 직접적으로 구속하는데 환경보호를 기본권의 形態로 규정하더라도 국가권력을 직접적으로 구속하기가 어렵게 되고 이것은 기본법 제1조 제3항에 부합하지 않아 그 解釋에 어려움이 있다.

##### 2) 基本權條項의 形態로 규정한 國家의 特性

環境保護를 基本權條項의 形態로 규정한 헌법은 80년대 이후 최근에 개정 내지 제정한 아시아·아프리카·남아메리카·동구권 등을 중심으로 한 국가들의 憲法 중에서 많이 발견된다. 그러나 이들 국가들의 헌법은 規範的 憲法이라고 보기는 어렵기 때문에 기본권조

56) Yearbook of International Environmental Law, Vol. 7, Oxford University Press, 1996, 315쪽.

항의 형태로 환경보호를 규정한다고 해서 이것이 다 실현되리라고 생각하기보다는 오히려 象徴的·政治的 意味가 크다고 할 수 있다.

### 3. 憲法上 사용된 表現의 분석

#### 1) 憲法 文言上 環境概念

헌법 문언상 環境과 관련하여 環境이라는 표현보다 自然環境이라는 표현이 더 자주 사용되고 있다. 이것은 環境의 概念을 狹義로 파악하여 自然環境만큼은 반드시 보호하여야 하겠다는 全世界的 공감대의 헌법적 수용을 의미할 뿐만 아니라 環境保護에 實效性을 부여하려는 각국 헌법의 意志를 나타내는 것으로 볼 수 있다.

#### 2) 環境保護에 未來世代까지를 포함하는 경향

1980년대 이후 최근에 憲法을 改正 내지 制定한 국가들의 環境保護條項을 살펴보면 그 일반적인 추세로서 그것이 基本權의 형태로 되어 있건 아니면 다른 형태로 되어 있건 상관없이 現世代만을 위하여 환경을 보호하는 것이 아니라 더 나아가 未來世代를 위해서도 환경을 보호하고 있음을 확인할 수 있다. 이것은 환경을 현재 훼손하면 미래세대에게 까지 엄청난 波及效果를 미칠 수 있으므로 현세대는 善良한 管理者의 注意義務를 가지고 事前配慮의 원칙에 입각해서 환경을 다루어야 한다는 것을 시사하는 것으로 매우 바람직한 경향이기도 하다.

## IV. 環境保護에 대한 國家目標條項과 基本權條項의 比較

### 1. 序說

環境保護를 國家目標條項과 基本權條項으로 규정하는 것과 관련하여 그 각각의 肯定的 側面과 否定的 側面을 비교함에 있어서는 특히 다음과 같은 것, 즉 個別的 國民에게 主觀的 權利賦與 與否, 國民의 環境意識의 提高, 保護의 範圍 등을 대상으로 하여야 할 것이다. 이하에서는 이들 사항에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 個別的 國民에게 主觀的 權利 賦與 與否

基本權條項과 國家目標條項의 가장 큰 차이점은 개별적 국민에게 주관적 권리를 부여하느냐 여부이다. 기본권조항으로부터는 개별 국민이 주관적 권리를 도출할 수 있는데 반하여, 國家目標條項으로부터는 개별 국민이 주관적 권리를 도출할 수 없다.<sup>57)</sup> 바로 이러한 중요한 차이점 때문에 독일에서 20여 년 동안 眞摯한 논의를 거듭하다가 드디어 國家目標條項으로 규정하게 된 것이다.

따라서 基本權條項의 형태로 環境保護를 규정하게 되면 과연 실효성이 있는 권리가 될 수 있는가가 가장 중요한 문제라 할 수 있다. 왜냐하면 人間의 尊嚴에 적합한 환경이라는 保護法益은 충분히 규정될 수 없고, 공기와 물, 自然景觀과 種 多樣성과 같은 環境保護法益들은 개인적 법익이 아니라 국가전체 또는 인류 전체적인 이해관계와 관련된다는 점에서 고립된 개인을 상정한 消極的인 防禦權的 基本權 條項으로 環境保護라는 과제를 해결하려는 것은 한계가 있고, 시민적·정치적 권리인 제1세대 인권, 사회적·문화적 권리인 제2세대 인권과는 달리 ‘생성 중에 있는’(in fieri) 제3세대 인권의 하나로서 아직도 형성과정에 있는 環境權은 總合的·包括的 基本權<sup>58)</sup>이라고 할 수 있고 그 중에서도 그 핵심적 성질은 社會的 基本權이라고 할 수 있는데 바로 社會的 基本權의 특성상 憲法規定만 가지고 訴求하기가 어려운 권리여서 문제이다.<sup>59)</sup>

57) M. Kloepfer, “Art. 20a,” Bonner Kommentar, 79. Lfg. 1997. 3, 33-34쪽; Thomas Würtenberger, “Umweltschutz und Grundrechtsdogmatik”, in: Dieter Leipold(Hrsg.), Umweltschutz und Recht in Deutschland und Japan, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2000, 3-4쪽.

58) 洪準亨, 「행정법총론」, 제4판, 한울아카데미, 2001, 119쪽.

59) 여기에 대하여 社會的 基本權이 複合的·多側面的 構造를 지니고 있다는 점에 착안하여, 사회적 기본권이 완전한 의미에서의 구체적인 권리일 수는 없다고 할지라도 적어도 일부 청구권적 기본권이나 정치적 기본권과 동일한 수준의 不完全하나마 具體的인 權利로서의 성격을 가지고 있다는 견해가 있다. 權寧星, 「헌법학원론」, 법문사, 2004, 633-634쪽; 權寧星, “社會的 基本權의 憲法規範性考-헌법소송적 실현을 위한 시론-”, 「헌법논총」, 제2권, 헌법재판소, 1991. 12; 이 견해에 대하여 권리가 완전한 것일 경우와 불완전한 것일 경우 어떠한 차이가 있으며 법적으로 어떻게 다루어져야 하는지가 밝혀져 있지 않다는 비판이 있다. 鄭宗燮, “기본권의 개념과 본질에 대한 이론적 논의의 전개”, 「한국에서의 기본권이론의 형성과 발전」, 許營博士 華甲紀念論文集, 박영사, 1997, 24-25쪽.

### 3. 國民의 環境意識의 提高

環境保護를 國家目標條項으로 규정하는 基本權條項으로 규정하는 國民의 環境意識을 제고하는 측면에서는 거의 같을 것이나 그 정도에 있어서 基本權條項의 형태로 하는 것이 훨씬 더 강하게 나타날 것이다. 즉 國民들에게 대한 教育的 效果나 刺戟效果를 모두 다 줄 것이나 基本權條項의 형태가 國家目標條項의 형태보다 훨씬 더 강한 효과를 지닐 것이다. 韓國에서처럼 執權者들이 형식적으로 내지 口頭禪으로 環境保護를 외치는 상황에서는 國家目標條項만 가지고는 곤란하다 할 것이다. 왜냐하면 環境先進國에서는 우리보다도 환경교육이 잘 이루어진 결과 지도자들<sup>60)</sup>과 國民들의 環境意識이 상당한 수준이고<sup>61)</sup> 환경관계법이 잘 정비되어 있어서 구태여 環境基本權을 규정할 필요가 없을 정도이지만,<sup>62)</sup> 한국과 같이 압축성장을 달려왔고 지도자들의 상당수가 환경의식이 결여되어 있을 뿐만 아니라 환경교육이 제대로 되고 있지 않는 상황<sup>63)</sup>에서는 헌법에 국가목표로서의 환경조항만

- 
- 60) 미국의 전 부통령이었던 Al. Gore는 환경문제 전문가로서 환경보호를 위해서 왕성하게 활동하고 있고, 독일의 현 집권당인 사민당(SPD)은 제42차 기본법 개정 에 관한 논의에서도 自然의 獨自的 權利를 인정하려고 했을 뿐만 아니라 그 연정의 파트너로 녹색당(Die Grünen)을 선택하여 친환경적인 정책을 획기적으로 추진하고 있다.
- 61) 미국에서는 1969년 캘리포니아주 산타 바바라 해안에서의 대형 원유유출사고, 1979년 뉴욕주 나이아가라 폭포 근처의 매립지에서의 독성물질 침출사고, 알래스카 해안에서의 엑스 발데즈社의 대형유조선좌초로 인한 원유유출사고 등의 일련의 환경재앙으로 말미암아 현재 대다수의 미국국민들은 환경의 보호가 너무 중요한 과제이므로 환경규제의 기준은 아무리 높아도 상관없으며 환경개선은 어떤 희생을 치르더라도 이루어져야 한다는 의견을 가지고 있는 것으로 나타나고 있다. Robert V. Percival et al., *Environmental Regulation*, 2nd ed., Aspen Law & Business, 1996, 5쪽; 독일 연방환경청의 보고서에 의하면 독일 국민의 70%가 실업구제 다음으로 효율적인 환경보호를 중요한 정치목표로 꼽고 있다. Umweltbundesamt(Hrsg.), *Daten zur Umwelt* 1986/87, 1986, 78쪽.
- 62) 비근한 예로 미국에서는 헌법상 환경에 관한 규정이 전혀 없지만 로마시대에 발달했던 公共信託理論을 계승·발전시켜 세계 환경의 선두를 유지하고 있는 것이 그 좋은 예이다. 公共信託理論에 관하여 자세한 것은 趙弘植, “공공신탁이론과 한국에서의 적용가능성”, 『법조』, 1997. 5, 5-43쪽; Joseph L. Sax, “The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention”, 68 *Michigan L. Review* 471, 1970 참조.
- 63) 국회 환경노동위원회 방용석 의원은 1997년 국정감사에서 “환경부의 감사를 위해 우리나라 중·고등학생들이 학교에서 배우는 환경과목교과서 7가지를 입수해 분석한 결과 모두 101건의 오류가 발견되었다.”고 주장하면서 “이런 교과서로 배우는 학생들의 환경의식이 우려된다.”며 “환경 교과서들을 전면 재검토해 잘못된 부분을 수정해야 한다.”고 촉구했다. 교과서의 오류는 첫째, 검증되지 않은 사실을 언급한 경우, 둘째, 사진과 본문의 내용이 일치하지 않는 경우, 셋째, 내용자체가 잘못된 경우 등 다양한 형태로 나타나고 있는 것으로 분석되었다. 한겨레신문

가지고는 환경보호에 부족하다 할 것이다. 따라서 한국은 국가목표조항의 형태로 환경보호를 규정할 때 불충분한 부분을 보완하는 것이 필요하다고 하겠다.<sup>64)</sup>

#### 4. 保護의 範圍

상대적이지만 환경보호를 國家目標條項으로 규정하게 되면 保護範圍가 기본권조항보다 더 넓어질 수 있으나 막연히 너무 넓게 새기게 되면 ‘막연하기 때문에 무효의 이론’이 적용되어 그 本質的 內容조차도 보호할 수 없게 될 것이다.

우리나라 대법원은 부산대학교판결<sup>65)</sup> 등 여러 판결<sup>66)</sup>을 통하여 “環境權에 관한 憲法 제35조의 규정이 개개의 國民에게 직접으로 具體的인 私法上的 權利를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다.”고 일관되게 판시하면서 保護의 範圍가 한정되어야 함을 거듭 밝히고 있다.

특히 우리 헌법 제35조는 제3항에서 쾌적한 住居環境까지 규정하고 있어 환경정책과 사회보장정책을 혼동한 것이라 여겨질 정도로 그 범위가 너무 넓다고 할 수 있다. 왜냐하면 전통적으로 주택문제는 사회보장의 대상이 되고 환경보호와 직접 관련되는 문제는 아니기 때문이다.<sup>67)</sup> 우리나라의 현재의 주택문제를 고려할 때 현행 헌법 제35조 제3항과 유사한 내용의 규정은 필요하다. 그러나 그 바람직한 위치는 環境權을 규정한 제35조가 아니라 사회보장의 근거 규정인 제34조였어야 할 것이다.<sup>68)</sup>

1997. 10. 17. 26쪽.

64) 예컨대 공공신탁이론의 도입이나 不特定多數人에게 分散된 不可量의 價値 내지 環境利益을 효과적으로 보호하기 위한 集團訴訟制度의 도입이 필요하다고 하겠다.

65) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결(공1995하, 3399; 대법원판례집, 제43권 2집, 1995, 193-195쪽); 金南辰, “환경권에 의거한 건축허가의 일부취소청구,” 『고시연구』, 1995. 6, 121-125쪽 참조.

66) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다34891 판결[공2001. 6. 1.(131), 1125] 참조.

67) Rauschning은 환경정책의 분야로 다음과 같은 일곱 가지를 들고 있다. 즉 1) 물관리(Wasserwirtschaft), 2) 대기청정도 유지(Luftreinhaltung), 3) 경관보호, 4) 자연보호, 5) 소음, 누출열, 방사선의 형태로 나타나는 에너지통제, 6) 식용품에 섞인 이물질통제, 7) 폐기물처리. D. Rauschning, “Staatsaufgabe Umweltschutz,” VVDStRL, H. 38, 1980, 169쪽.

68) 우리 헌법 및 현행주택관련법의 해석상 주거(택)기본권을 인정한다면 이는 환경권의 一種으로 보기보다는 또 하나의 생존권(사회권)적 기본권으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 주택은 환경권의 대상으로서의 단순한 환경이라기보다는 오히려 인간의 ‘生存의 場’으로서의 성격이 매우 강

## V. 結論

1949년 Bonn基本法이 제정될 당시에 基本法制定過程에 참여한 학자와 정치가들의 머리 속에는 한 아름의 장미꽃에 불과하였던 Weimar憲法上的의 基本權의 效力에 대한 부정적인 경험 등 때문에 憲法을 가지고 무엇을 많이 약속하기보다는 보다 많이 지키는데 주력하고자 하여 基本權目錄을 단지 古典的인 自由權的 基本權만으로 된 17개 조항으로 규정하였다. 그 결과 環境保護에 관한 가치에 비중을 두고 있지 않았다.

그러나 오늘날 國家의 構成要素에는, 종래의 3要素에 環境이 들어가야 할 정도로 環境이 중요시되어 現代國家의 宿命的 課題는 必로 環境保護가 되었다. 이와 같은 環境보호에 대한 독일의 열풍은 초기에는 基本權조항의 형태로 環境보호에 관한 규정을 두려고 하였다가 國家목표조항의 형태로 규정하게 되었다는 점은 시사해 주는 바가 많다고 할 수 있다.<sup>69)</sup> 그러나 우리나라의 헌정사에 있어서 헌법전에 環境보호를 도입하는 경우에 어떠한 規範形態로 이를 도입할 것인가에 대하여 독일에서처럼 진지한 논의를 거치지 않았다고 할 수 있다. 즉 基本權條項의 형태로 國家의 最高法에 環境保護를 도입하면 그 결과가 어떻게 될 지 그 규범력과 法效果를 고려하지 않고 임기응변식으로 環境권을 도입하였다고 할 수 있다.<sup>70)</sup>

특히 人間의 尊嚴에 적합한 環境이라는 保護法益을 충분히 규정할 수 없는데다가 自然景觀과 種 多樣성과 같은 保護法益들은 個人的 法益이 아니므로 環境保護라는 國家全體 내지 人類全體의 課題를 個人的 主觀的 權利로써 해결하려는 것은 곤란하다는 등을 고려하지 않고 基本權條項의 형태로 環境保護를 憲法에 受容하였다고 할 수 있다.

앞에서 살펴본 環境기본권을 두고 있는 대부분의 국가들도 위와 같은 입장이라고 할 수 있다. 앞으로 우리 헌법개정시, 특히 통일 헌법제정시에 이러한 점들을 고려하여 좀더 합리적인 규정의 형태로 環境보호가 자리매김하게 되어 미래세대<sup>71)</sup>에게 보다 더 깨끗한

하고 최저한도의 주거장소를 확보하고자 하는 저소득층 국민의 주거(택)급부청구권은 국가의 급부행정작용과 맞물려 생활보장적 성격에 가깝기 때문이다. 李殷祈, “프랑스의 주거기본권실현 형태로서의 사회주택에 관한 법적 고찰-H.L.M.(저임료주택)을 중심으로-”, 서울대학교 법학박사 학위논문, 1995. 8, 303-304쪽; 홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2004, 503쪽.

69) 李康嫻, “헌법적 시각에서의 環境문제”, 「헌법논총」 제6집, 헌법재판소, 1995, 126-128쪽, 138-142쪽; 洪準亨, 「환경법」, 박영사, 2001, 40쪽 참조.

70) 1980년 헌법개정 당시의 憲法研究班 研究報告書を 살펴보면 자세한 논의는 거의 하지 않은 環境權 강화를 위한 별도의 규정을 둘 것이냐의 문제에 관한 논의만을 간단히 소개하고 있다. 법제처, 헌법심의자료 헌법연구반보고서, 1980. 3, i-vi쪽, 155-157쪽 참조.

71) 미래세대 環境권에 관하여는 John Edward Davidson, “Tommrow’s Standing Today: How The

환경을 물려주도록 노력하여야 할 것이다.<sup>72)</sup>

주제어: 환경권, 환경보호, 국가목표, 환경헌법, 미래세대, 제3세대 인권

Equitable Jurisdiction Clause of Article III, Section 2 Confers Standing Upon Future Generations”, 28 Colum. J. Envtl. L. 185, 2003, 185-221쪽; 줄고, “미래세대의 환경권”, 『공법연구』, 제31집 4호, 2003. 5, 173-208쪽 참조.

- 72) 살라딘은 “未來世代의 權利宣言”을 제시하고 있다. 예컨대, 未來世代가 건강한 공기, 손상을 입지 않은 오존층 및 지구와 우주 사이에서 충분한 열의 전달이 될 것을 요구하는 權利를 가진다 라든가 未來世代는 건강하고 충분한 수역(Gewässer), 특히 건강하고 충분한 음료수에 대한 權利를 가진다 등이 있다. Peter Saladin & Christoph Andreas Zenger, Rechte künftiger Generationen, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG: Basel/Frankfurt am Main, 1988, 46-47쪽; Toronto대학교 미래학교수인 Allen Tough는 미래세대가 현대를 사는 사람들에게 바라는 7가지 사항을 ‘미래세대로부터 온 편지’라는 제목의 글에서 그는 두 번째 사항으로 미래세대가 온전히 살 지구환경을 물려달라고 요구하는 편지를 썼다(첫 번째 사항은 평화와 안전). Allen Tough, A Message from future generations, The Futurist, 1995, March-April, Vol. 29, No. 2, 30-32쪽.

## 【참 고 문 헌】

### 〈국내문헌〉

- 權寧星, 「헌법학원론」, 법문사, 2004.
- 테오 콜본(Theo Colborn)/다이앤 듀마노스키(Dianne Dumanoski)/존 피터슨 마이어(John Peterson Myers), 권복규 역, 「도둑맞은 미래(Our Stolen Future)-환경호르몬의 실체를 밝힌다」, 사이언스북스, 1998.
- 로널드 베일리 지음, 이상돈 옮김, 「에코스캠-환경종말론자들의 빗나간 예언」, 이진출판사, 1999.
- 법제처, 헌법심의자료 헌법연구반보고서, 1980. 3.
- 이경희·이재곤·정상기, 「생물다양성의 환경법적 보호-자연환경 및 멸종위기종의 보호를 위한 국내의 입법동향과 향후과제」, 길안사, 1998
- 이도원, 「떠도는 생태학」, (주)범양사출판부, 1997
- 李殷祈, 「프랑스의 주거기본권실현형태로서의 사회주택에 관한 법적 고찰-H.L.M.(저임료주택)을 중심으로-」, 서울대학교 법학박사학위논문, 1995. 8.
- 정희성 외 5인, 「환경행정론」, 향문사, 1998.
- 제레미 리프킨(Jeremy Rifkin), 엔트로피(Entropy), 김명자/김건 譯, 두산동아, 1998.
- 홍성방, 「환경보호의 법적 문제-독일의 헌법과 행정법에 있어서 환경보호를 중심으로-」, 서강대학교 출판부, 1999.
- \_\_\_\_\_, 「헌법학」, 현암사, 2004.
- 洪準亨, 「행정법총론」, 제4판, 한울아카데미, 2001.
- \_\_\_\_\_, 「환경법」, 박영사, 2001.
- 고문현, 「독일에서의 환경보호-기본법 제20a조를 중심으로-」, 「헌법논총」, 제14집, 2003.
- \_\_\_\_\_, 「미래세대의 환경권」, 「공법연구」, 제31집 4호, 2003.
- 權寧星, 「社會的 基本權의 憲法規範性考-헌법소송적 실현을 위한 시론-」, 「헌법논총」, 제2권, 헌법재판소, 1991. 12.
- 김명자, 「야누스의 얼굴, DDT」, 「환경리포트」, 통권 제11호, 1994년 11·12월호.
- 金文煥, 「科學技術과 법-서설-」, 「인권과 정의」, 통권 제254호, 1997. 10.
- 金哲洙, 「환경권고」, 「헌법논총」, 제6집, 헌법재판소, 1995.
- 朴秀赫, 「환경국가로 가는 길」, 환경문제연구총서(VI), 대한변호사협회, 1996.
- 朴洪佑, 「환경권의 법적 성질」, 「환경법의 제문제(상)」, 재판자료 제94집, 법원도서관, 2002.

- 徐燉珪, “환경법의 본질”, 『법과 환경』, 한국법학교수회編, 1977.
- 李康嫻, “헌법적 시각에서의 환경문제”, 『헌법논총』, 제6집, 헌법재판소, 1995.
- 李庚熙, “과학기술법 연구의 필요성과 과제-환경문제와 법의 역할-”, 『과학기술법연구』, 창간호, 한남대학교 과학기술법연구소, 1995. 12.
- 장명봉, “김정일체제의 출범과 북한헌법의 변화와 전망”, 『북한정권 55년: 북한법제의 변화와 전망』, 북한법연구회 창립 10주년 기념 학술대회 발표논문집, 2003. 11. 1.
- 鄭宗燮, “기본권의 개념과 본질에 대한 이론적 논의의 전개”, 『한국에서의 기본권이론의 형성과 발전』, 許營博士 華甲紀念論文集, 박영사, 1997.
- 趙弘植, “공공신탁이론과 한국에서의 적용가능성”, 『법조』, 1997. 5.
- 韓相範, “인권으로서의 환경권의 법리”, 『고시연구』, 1981. 1.
- 洪準亨, “한국환경법의 현황과 과제”, 『동아시아 지역에서의 행정소송법과 환경법의 현황과 과제』, 東ASIA 행정법학회 제2회 국제학술대회, 1997. 5.

### 〈외국문헌〉

- Al. Gore, *Earth in the Balance*, Houghton Mifflin Company, New York, 1992.
- Allen Tough, *A Message from future generations*, *The Futurist*, March-April, Vol.29, No.2, 1995.
- Alyson C., Flournoy, *In Search of an environmental ethic*, 28 *Colum. J. Envtl. L.* 63, 2003.
- Axel Tschentscher, *The Basic Law(Grundgesetz): The Constitution of the Federal Republic of Germany*(May 23rd, 1949), Würzburg/bern: Jurisprudencia Verlag, 2003.
- Bundesministerien der Innern und der Justiz(Hrsg.) *Bericht der Sachverständigen Kommission “Staatszielbestimmung/Gesetzgebungsaufträge”*, 1983.
- D. Murswiek, “Umweltschutz-Staatszielbestimmung oder Grundsatznorm?”, *ZRP*, 1988.
- D. Rauschnig, “Staatsaufgabe Umweltschutz,” *VVDStRL*, H. 38, 1980.
- D. Rauschnig, “Aufnahme einer Staatszielsbestimmung über Umweltschutz in das Grundgesetz?”, *DöV*, 1986.
- E. Rehbinder, “Grundfragen des Umweltrechts”, *ZRP*, 1970.
- E.-W. Böckenförde, “Die Sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”, in : Böckenförde/Jekewitz/Ramm(Hrsg.), *Soziale Grundrechte*, C. F. Müller: Heidelberg/Karlsruhe, 1981.
- Edith Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations*, New York; Transnational Publishers, 1992.

- Ernst Brandl & Hartwin Bungert, "Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: A Comparative Analysis of Experiences Abroad", *The Harvard Environmental Law Review*, Vol. 16:1, Harvard Law School, Cambridge, MA, 1993.
- F. Ossenbühl, "Umweltschutz und Gemeinwohl in der Rechtsordnung", *VR*(Verwaltungs-rundschau), 1983.
- Fritz Werner, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", *DVBl.*, 1959.
- Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science*, Vol. 162, 1968. 12.
- H. Dellman, "Zur Problematik eines Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt", *DöV*, 1975.
- H. H. Klein, "Staatsziele im Verfassungsgesetz, Empfiehlt es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen?" *DVBl.*, 1991.
- H. H. Rupp, "Ergänzung des Grundgesetzes um eine Vorschrift über den Umweltschutz?", *DVBl.*, 1985.
- Heinhard Steiger, "Mensch und Umwelt-Zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts-", *Erich Schmidt Verlag*, Berlin, 1975.
- Heinz-Joachim Peters, *Umweltverwaltungsrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996.
- J. Lücke, "Das Grundrecht des Einzelnen gegenüber dem Staat auf Umweltschutz", *DöV*, 1976.
- Johannes Caspar, "Zur Einführung einer Staatszielbestimmung "Tierschutz" ins Grundgesetz", *ZfU*, 1998. 4.
- John Edward Davidson, "Tomorrow's Standing Today: How The Equitable Jurisdiction Clause of Article III, Section 2 Confers Standing Upon Future Generations", *28 Colum. J. Env'tl. L.* 185, 2003.
- John H. Barton, "The Impact of Technology on Legal Systems: Thoughts For Korea", *Seoul National University International Academic Law Conference*, 1997. 10. 11.
- Joseph L. Sax, "The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention", *68 Michigan L. Review* 471, 1970.
- Karl-Peter Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.
- L. H. Michel, "Umweltschutz als Staatsziel? Zur Problematik der Aufnahme einer Umweltstaatszielbestimmung in das Grundgesetz", *NuR*, 1988.
- Maguelonne Déjeant-Pons/Marc Pallemarts, *Human Rights and the environment*, Council of Europe Publishing, 2002.
- Melvin A. Benarde, *Our Precarious Habitat*, New York: Norton, 1976.

- M. Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 18. Januar 1978, H. 56, DE GRUYTER · BERLIN u. a., 1978.
- M. Kloepfer, “Auf dem Weg zum Umweltstaat”, in: Umweltstaat, M. Kloepfer(Hrsg.), Springer-Verlag, Berlin u. a., 1989.
- M. Kloepfer, “20a GG”, Bonner Kommentar, 79. Lfg., 1997. 3.
- M. Maus, “Individualrecht oder Staatsziel”, JA, 1979.
- Peter Bachrach/Morton Baratz, “Two Faces Of Power”, APSR, Vol. 56, 1962.
- Peter Saladin & Christoph Andreas Zenger, Rechte künftiger Generationen, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG: Basel/Frankfurt am Main, 1988.
- Rachel Carson, Silent Spring, Harmondsworth, Penguin, 1965.
- Robert V. Percival et al., Environmental Regulation, 2nd ed., Aspen Law & Business, 1996.
- Rolf Stober, “Umweltschutzprinzip und Umweltgrundrecht-Zum gegenwärtigen Diskussionsstand auch aus ökonomischer Sicht-”, JZ, 1988.
- Ronald Baily, ECO-SCAM: The False Prophets of Ecological Apocalypse, St. Martin's Press, 1992.
- Ronald Baily, “Seven Doomsday Myths About The Environment”, The Futurist, January-February, Vol. 29, No. 1, 1995.
- Rüdiger Breuer, “Umweltschutzrecht”, in: I. v. Münch/E. Schmidt-Aßmann(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 1992.
- The World Commission On Environment And Development(WCED), Our Common Future, Oxford University Press, 1987.
- Thomas Würtenberger, “Umweltschutz und Grundrechtsdogmatik”, in: Dieter Leipold(Hrsg.), Umweltschutz und Recht in Deutschland und Japan, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2000.
- Umweltbundesamt(Hrsg.), Daten zur Umwelt 1986/87, 1986.
- Yearbook of International Environmental Law, Vol. 7, Oxford University Press, 1996.
- 原田尚彦, 環境法, 補正版, 弘文堂, 平成6年.

## 【Abstract】

# The Desirable Provision of Environmental Constitution

Koh, Moon Hyun

Environmental degradation is now becoming common problem of precarious global village. Protection of environment is probably the most important fateful task of modern states. Therefore, a large amount of states tend to provide protection of environment in its constitution.

There are two kinds of environment provision types. One type of provision is fundamental right. The other type of provision is the purpose of state or the goal of state. Both types are common in the side of enhancing sense of environment. It is quite different in that the former gives an individual a subjective right and the former is stronger than that of the latter in the protection of environment. And yet the former has limit in that it is impossible to describe protected interest such as species-diversity and it is very difficult to approach environmental right which has a kind of solidarity right in the light of traditional concept of right. Accordingly the latter has norm conformity but it does not have strong binding force compared with the former.

Korea provides protection of environment as a form of fundamental right in the constitution of the republic of korea of 1987. This provision is peculiar compared with those of advanced countries such as U.S.A. and Germany. While there is no kind of environment article in the constitution of U.S.A., there is a kind of state goal in the constitution of Germany. It appears that korea came up to provide environmental right as one of a third generation of solidarity rights in its constitution because framers of the constitution of the republic of korea of 1987 did not consider normative power of environmental right to the full. It is high time that we should amend korean environment article 35 that it can be realized as the form of normative power.