環 境 權

金 哲 洙*

≫차 례≪

Ⅰ. 環境權의 沿革
(1) 環境權思想
(2) 各國憲法과 環境權
(3) 우리 나라에 있어서의 環境權
Ⅱ. 環境權의 意義
(1) 現行憲法의 環境權規定
(2) 環境權의 槪念
Ⅲ. 環境權의 法的 性格과 效力
(1) 環境權의 法的 性格
(2) 環境權의 效力
Ⅳ. 環境權의 主體와 內容
(1) 環境權의 主體
(2) 環境權의 客體
(3) 環境權의 內容
(4) 環境保全의 義務
Ⅴ. 環境權의 制限
(1) 環境權의 制限原理
(2) 環境權과 公共福利의 利益衡量
(3) 環境權制限의 限界
Ⅵ. 環境權의 侵害와 救濟
(1) 環境權의 侵害
(2) 環境權侵害에 대한 救濟

Ⅰ. 環境權의 沿革

(1) 環境權思想

(가) 環境權思想의 擡頭 : 環境權은 어떤 思想家에 의해서 體系的으로 주장된 것이 아니고 1960年代 이후 經濟建設에 따른 公害에 의해서 人間의 生活環境이 回復不可能한 破壞를 맞이하게 되어, 人間다운 生活을 영위할 수 있는 環境의 享受權이 주장되게 된 것이다.[1),2)]

* 서울大學校 法科大學 敎授

1) 環境權에 관한 文獻은 그다지 많지 않다.
중요한 몇 개만 들어보면, Steiger, Mensch und Umwelt, Zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts. 1975; Steiger, Das Recht auf eine menschenwürdige Umwelt, 1974; William H. Rogers, *Environmental Law*, 1977; Roberts, "The Right to a decent Environment", 55 *Corn. L. Rev.* 674, 686(1970); Robert, "The Right to a decent Environment", *Law and the Environment*, 1970; Hanks & Hanks, "The Right to a Habitable Environment," *The Right of Americans*, pp. 146~171; Roberts, *The Right to a decent Environment, Progress along a Constitutional Avenue*, pp. 134~165.
大阪辯護士會環境硏究會, 「環境權」, 1973; 原田尙彦, 「環境權と裁判」, 1977; 「環境法硏究」 1~8; 松本昌悅, 「環境破壞と基本人權」, 1975; 淡路剛久, 「環境權の法理と裁判」

人間은 공기나 물, 태양 등의 자연의 恩惠 없이는 하루도 生存할 수 없는 것이다. 반면에 人間은 자기의 생존을 유지하기 위하여 自然을 파괴하면서 자기에게 필요한 資材를 생산해 왔다. 生産이 증대하면 할수록 자연의 파괴도 증가하여 自然保存의 필요성이 강조되게 되었다.[3] 自然의 파괴는 人爲的인 開發에 의한 것과 함께 公害에 의하여서도 야기되었기 때문에 公害防止問題가 대두되었다. 人間이 만든 公害要素가 地球上의 人間을 絶滅시키게 될 것이라는 Rachel Carson의 *Silent Spring*이 1962年에 발표된 후[4] 公害問題는 一般的인 關心事가 되었다. 世界 各國에서는 公害問題의 심각성을 인식한 뒤 公害規制法을 制定하게 되었다.[5]

그러나 오늘날의 公害는 部分的·局地的인 規制나 對策으로서는 이미 解決될 수 없는 것이며, 全國的인, 나아가 世界的인 規模에서의 根本的인 解決策을 필요로 하고 있다. 大量의 産業廢棄物이나 農藥, 自動車의 排氣가스에 의하여 물과 空氣, 土地가 심하게 汚染되어 그 被害는 國民生活의 全面을 덮고 있다. 뿐만 아니라 이러한 汚染은 일시적인 것이 아니고 自然의 環境을 회복할 수 없도록 파괴하고 ecology의 危機를 초래하게 되

1980; 牛山積, 公害裁判の展開と法理論, 1976; 公害再點檢と環境問題の行方, 「ジュリスト」 合特輯, 1980; 金元主, "環境權과 行政上救濟—行政國家的 展開—" 「韓泰淵博士回甲記念論文集」, pp. 549~572; 盧隆熙, 環境危機와 環境法, 「檢察」 第1號, 1978; 金興東, 公害防止와 法的 規制, 「檢察」 第1號; 文鴻柱, 環境權序說(上)(下), 「考試研究」, 1977. 9/10; 安溶敎, 環境權의 法理, 「考試研究」, 1974.9; 鄭鍾學, 公害의 法理와 實際, 「公法研究」 第6集, 1978; 韓昌奎, 公害賠償·公害訴訟, 「公法研究」 第6集; 延基榮, 環境權의 法理에 관한 硏究, 東國大學校 碩士學位請求論文, 1979; 韓相範, 人權으로서의 環境權의 法理, 「考試研究」, 1981.1; 朴一慶, 環境權, 「考試研究」, 1981.2; 李博求, 環境權, 「考試研究」, 1981.2.

2) 물론 思想家 중에는 空氣나 물을 享受할 수 있는 權利를 주장하고 있는 사람이 있다. 例를 들면 Hobbes는 Leviathan에서 「自己自身의 身體를 支配하는 權利, 空氣, 물…을 享受하는 權利」를 社會契約에 의하여 平和狀態에 들어갈 때의 自然權 포기에 있어서도 留保되어 他人의 侵害에서 保護되는 自然法的 權利로서 인정하고 있다. 그러나 그렇다고 하여 現代的인 環境權을 주장했다고 보기는 어려울 것이다.

3) 自然保存의 필요성을 강조한 것으로는, Douglas, William O., *A Wilderness Bill of Rights*, 1965; 盧隆熙, "環境危機와 環境法", 「檢察」 제1호, 1978, pp.32~57 참조.

4) Carson, Rachel. *Silent Spring*, New York, 1962.

5) 公害規制法에 관해서는 韓國法學敎授會編, 「法과 公害」, 1974; 法制處, "各國의 公害對策法—미, 영, 독, 불, 일—", 「법제자료」 제50집, 1971; 國會圖書館立法調査局編, 「歐美諸國의 公害規制法」, 1970; 金興東, "公害防止와 法的 規制", 「檢察」 제1호, 1978, pp.143~154; 河合義和, "外國における公害對策立法の動向", 「ジュリスト」 458號, pp.334~343; 特輯, "公害立法の檢討と批判", 「ジュリスト」 471號; 硏究會, "公害訴訟", 「ジュリスト」 No. 473~502.

었다. 生活의 방편을 추구하는 行爲에 의하여 生態系를 파괴하고, 그에 따라 人類가 스스로의 存在基盤을 허물고 있는 逆理는 現代文明에 대한 근본적인 反省을 촉구하고 있는 것이다. 環境權의 發想은 環境破壞에서 人類를 救出하기 위한 절실한 要望에서 나온 것이다.

(나) **各國에서의 環境權思想의 實定法化傾向：** 環境權思想은 世界各國에서 단편적으로 발상되었고, 그것이 實定法化하는 경향이 있어 이를 살펴보기로 한다.

(a) **美國에서의 環境權思想：** 美國에 있어서는 自然의 環境을 보전하고 적당한 recreation 시설을 확보하려는 住民運動이 활발히 展開되었다. 美國議會[6]는 1872年의 Yellowstone 公園法制定 이후 1916年의 國立公園法制定으로 自然景觀의 保存을 위한 여러 法律을 制定하였다. 또 1897年에는 森林保護法이 制定되었고, 1911年에는 東部地方의 國立森林制度를 설립하였다. 또 1935年에는 土壤保存法을 제정하였고, 1937年에는 國立草地法 등을 만들어 環境保全에 노력하였다.

第2次大戰 이후 自然保護運動이 성해져 Sierra Club은 Sierra 國立森林과 國立公園保全運動을 일으켰고, 1957年에서 1963年까지 23 ton의 깡통과 빈병을 수집 처리하였다.[7] 이 Sierra Club을 비롯한 自然保護團體는 公害訴訟뿐만 아니라 環境訴訟으로 自然保護運動을 벌였다.

自然保護를 목적으로 하는 團體는 그 목적을 法律的으로 달성하기 위하여 行政機關을 상대로 class action을 제기하여 行政機關의 決定의 取消나 職務執行命令을 구하는 訴訟을 제기하였다. 그 대표적인 예가 Hudson 地區에 있어서의 水力發電所의 設置許可의 取消를 구한 事例[8]와 Hudson 高速道路의 건설이 自然景觀上의 資源을 파괴하는 것으로서 그 執行停止를 구한 것이다.[9]

---

6) 美國議會의 自然保存法規에 대해서는, Douglas, William O., *A Wilderness Bill of Right*, pp. 177~179; Rogers, *Environmental Law*, 1977 등 참조.

7) Sierra Club의 年度別作業量에 대해서는, Douglas, *A Wilderness Bill of Rights*, p. 6 참조. 또 デイル ウイルソン, "シニラ クラブの活動とカリフオルニア洲立公園制度", 「環境法研究」第8號, pp. 127~136 참조.

8) Scenic Hudson River Preservation Conference, F.P.C. 354 F. 2d., 608(1967).

9) Road Review League, Town of Bedford v. Boyd, 270F. Suppl. 650(1967).

이는 自然保護團體가 環境上의 權利를 주장하여 行政機關의 決定의 取消를 구한 것인데 法院은 이들 環境上의 이익의 주장에 대하여 이것이 法律上 보호할 價値가 있는 利益일 것, 또 電力·道路 등이 가지는 經濟的 利益과 自然의 景觀, 歷史 또는 리크레이숀價値 등의 非經濟的 利益이 정당히 衡量되어야 할 것을 承認하고 있다.[10]

美國의 歷代大統領은 環境保存政策을 펴왔는데 1965年 1月 4日 Johnson 大統領은 年頭敎書에서 美國의 美(beauty)를 보존하고 公害·汚染을 追放하겠다고 선언하였다.[11] Nixon 大統領도 소위 公害白書에서 「成長의 質을 犧牲하고 成長의 量을 강조하는 종래의 경향, 環境汚染의 社會的 cost가 經濟에 충분히 계산되지 않았던 일, 環境에 대한 영향을 고려하지 않고 生活의 편리성을 우선하는 일, 또 근본적으로 環境을 전체로 보아 人間 자신을 포함한 환경의 각 부분이 근본적으로 相互依存하고 있다는 인식이 필요하다」고 力說하고 있다.[12]

1969年에는 國家環境政策法(National Environmental Policy Act, 1969)이 制定되었는데 이는 環境權利章典(Environmental Bill of Rights)이라고 할 수 있을 것이다. 이 法의 目的은 「To declare a national policy which will encourage productive and enjoyable harmony between man and his environment, to promte efforts which will prevent or eliminate damage to the environment and biosphere and stimulate the health and welfare of man, to enrich the understanding of the ecological systems and natural resources important to the nation and to establish a Council on Environmental Quality」라고 막연하게 규정되고 있다.[13]

---

10) 美國에 있어서의 環境訴訟의 動向에 대해서는, 生田典久, "米國における環境權 Environmental Right にもとづく公害訴訟の新動向", 「ジュリスト」第 467 號, p. 41, 第 148 號, p. 146 등 참조.

11) Johnson, *State of the Union Message*, January 4, 1965.

12) 소위 公害敎書 日譯은, 坂本藤良, スタデイーゲループ 譯編(公害敎書) ニクソン大統領敎書 1970年 2月 10日 "環境汚染防止に關する敎書", 「ジュリスト」第 458 號, pp.344~352.

13) 상세한 것은, Rogers, *Environmental Law*, pp. 697 이하 참조; 生田典久, "米國における環境權 Environmental right に基づく公害訴訟の新動向(上)", 「ジュリスト」第 467 號, pp. 141~149 참조; 生田典久, "米國における環境訴訟の特色(上)(中)(下)", 「ジュリスト」No. 534, 538, 539.

바꿔 말하면 i) '人間과 環境間의 生産的이고 즐길 수 있는 調和를 增進시킬 國家政策을 宣言하는 目的'과 ii) 環境과 生物圈에 미칠 被害를 防止하거나 除去함으로써 '人間의 健康과 福祉를 고무하는 努力을 증진하는 目的' 등이 명확히 규정되어 있다고 하겠다.

이 밖에도 環境質改善法(Environmental Quality Improvement Act of 1970)과 全國大氣汚染基準法(National Air Quality Standards Act of 1970) 등이 있다. 또 美國의 各州憲法을 改正하여 環境權을 憲法上에 규정하는 경향이 늘어나고 있다. Illinois州 憲法은「各人은 健康한 環境에 대한 權利를 가진다」고 했다. Massachusetts州 憲法, New York 州憲法, Pennsylvania 州憲法도 環境權을 규정하고 있다.[14]

美國聯邦憲法에도 環境權의 根據條項을 두어야 한다는 주장이 있으나, 憲法改正의 困難性으로 인해 아직도 규정되지 않고 있다.

(b) **獨逸에서의 環境權思想**： 獨逸에 있어서도 環境權思想이 발달하여 Bayern 州憲法에 규정되게 되었다. Bayern 州憲法은 第141條 第3項에서「個人은 國家의 自然景觀을 享受할 權利와 解放된 야외에서 餘暇를 求할 權利를 가지고 있다」고 규정하고 있다. 기타 몇 개 州도 憲法에서 自然 및 景觀을 보호하고 增進하는 것을 命令하거나 國家에 義務化하고 있다. 그러나 聯邦憲法에는 明文의 규정이 없었다.

그런데 大氣汚染, 汚水, 騷音 등이 人間의 生存을 위협하게 되자 環境權에 관한 理論이 등장하게 되었다. 1971年에 Mainz大學의 Rupp 교수는 環境保護의 憲法的 측면을 강조하는 演說을 행하였고, 基本權的 측면에서

14) 美國各州의 環境權法으로는, The Minnesota Environmental Rights Act, Minn. Laws, 1971, ch. 952; Michigan Environmental Protection Acts of 1970; The Illinois Environment Protection Act of 1970 등이 있는바, 이의 日譯은, 生田典久, "米國における環境訴訟の 特色(上)(中)(下)",「ジュリスト」No. 534ff. 참조.

美國의 判例들에 관해서는, Rogers, *Environmental Law;* Hanks & Hanks, *Environmental Policy? Cases and Materials:* U.S. Environmental Agency, *Managing the Environment*, Environmental Defense Fund, Inc. v. Ruckelhaus 142 U.S. App. D.C. 88등 참조,

Michigan Environmental Protection Acts에 관해서는, ジョセフ エレサツクス, "環境保護の法理論と法的手段",「ジュリスト」No. 607, 1976, pp. 53~56; 座談會, "環境保護の法理論と法的手段 サツクス教授との研究會", 1975,「ジュリスト」No. 607, 1976. 3. 1 pp. 51~70.

이를 검토하고 있었다.[15] 1973年 1月 18日 Brandt首相은 聯邦議會에서 '人間은 모두 人間에 적합한 環境에 대한 基本的인 權利(elementares Recht auf eine menschenwürdige Umwelt)를 가지며, 이는 憲法레벨의 權利'라고 말했다. 또 1971年의 環境綱領에서 聯邦政府는 人間에 적합한 環境을 구할 基本權을 규정하도록 憲法改正을 하려는 意思를 公表하기도 했다. 그러나 이 문제가 포함하고 있는 복잡성과 여러 가지 반대 때문에 이것이 구체화되지 못했다. 學者들 중에는 環境權을 基本法에 규정하자는 理論이 상당수 있다.

現行憲法上 生活環境에 관련있는 條項으로는 第75條 第3號·第4號 등의 규정이 있다. 聯邦의 原則立法(大綱立法, Rahmengesetzgebung)의 대상으로서 '狩獵制度, 自然의 保護 및 景觀의 보존' 및 '土地의 分配, 國土計劃 및 물의 管理'를 들고 있다. 聯邦과 支邦의 競合的 立法事項으로서 經濟, 核에너지, 農林業, 土地法, 醫藥保健制度, 食品 및 動植物의 保護, 交通制度를 포함하고 있었다. 이들 규정은 立法管理의 지정에 그치는 것이 아니라 주요한 環境保護의 부문에 대한 憲法上의 委任(Verfassungsauftrag)을 포함한다고 생각되어질 여지가 있었다. 그런데 「藝術, 歷史 및 自然의 記念物 및 自然景觀은 國家의 保護 및 配慮를 받는다」는 바이마르憲法 第150條 第1項보다는 後退되어 있다.[16]

1972年 4月 12日의 環境保護를 위한 第30次基本法改正은 競合的 立法의 대상으로서 '쓰레기의 제거, 空氣의 淸淨維持 및 騷音의 防止'를 추가함에 그쳤다. 이는 實效性을 가진 規定만으로 憲法을 구성하겠다는 배려에서 나온 것이다. 環境權을 基本權의 일종으로서 憲法에 규정하려는 움직임도 있다. 立法論으로는 基本法 第2條에 「누구든지 人間다운 環境을 享受할 權利를 가진다」는 것을 追加하려는 案이 있으나, Programm規定

15) Rupp, "Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes", *JZ*, 1971, Nr. 13, SS. 401~404.

16) 西獨에 있어서의 環境權에 관해서는, Klein, "Ein Grundrecht auf saubere Umwelt?" *Festschrift für Werner Weber*, 1974, S. 643; Steiger, *Mensch und Umwelt-Zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts*, 1975; Dellmann, "Zur Problematik eines Grundrechtes auf menschenwürdige Umwelt", *Die öffentliche Verwaltung*, 1975, S. 588; Rehbinder, "Wirtschaftsordnung und Instrumente des Umweltschutzes", *Festschrift für Franz Böhm*. S. 499.

을 배제하려는 立法府의 태도 때문에 實現可能性은 희박한 것으로 보인다.[17]

東獨憲法은 1968年憲法 第15條 第2項에서 「市民의 權利를 위하여 國家 및 社會는 自然의 保護에 대하여 배려한다. 湖沼·河川 및 空氣의 淸淨維持 및 植物·動物界 및 鄕土의 風光美의 保護는 所管의 諸機關에 의하여 保障되어져야 할 것이며, 나아가 各市民의 義務이다」고 규정하고 있다.[18] 이 憲法規定을 받아 1970年 5月 14日에 成立한 「國土文化法」은 그 前文에서 다음과 같이 규정하고 있다.[19] 「獨逸民主共和國에 있어서는 自然과 그 資源은 國家에 奉仕한다. 그들은 國家經濟의 발전을 위하여 및 勤勞者의 物質的·精神的·文化的 필요의 충족을 위한 중요한 기초가 된다. 社會主義社會에 적합한 環境을 만들고 市民의 건강과 살 즐거움을 增進하고 市民의 休養을 꾀하며, 市民의 休暇를 형성하여 가기 위하여서는 풍부한 植物이나 動物, 風土의 아름다움을 갖는 鄕土의 自然을 開發하고 育成하고 보호하는 것이 불가결의 前提이다」. 「이 法律의 대상은 自然的 環境의 有意義한 形成을 위하여 社會의 自然的인 生活基盤과 生產基盤(土地, 水, 空氣 및 植物, 動物界의 合體)의 維持改善 및 效率的 利用을 목적으로 하는 自然의 有效한 보호를 위하여 社會主義鄕土의 美化를 위하여 시스템으로서 社會主義國家的 國土文化를 계획적으로 발전시키는 일이다」고 하고 있다.

(c) **日本에서의 環境權思想：** 日本에서는 1970年 3月 東京에서 開催된 國際社會科學評議會 속의 環境破壞常置委員會가 主宰한 公害심포지움 때부터 環境權思想이 발전하기 시작하였다. 그 결론이라고 할 수 있는 東京決議에서 「특히 중요한 것은 사람인 者 누구나가 健康이나 福祉를 침해하는 요인에 화를 입지 않을 環境을 享有할 權利와, 장래의 世代에 現代

17) 상세한 것은, レービンダー, "西ドイツにおける人間にふさわしい環境を求める基本權", 「環境法研究」第8號, pp.99~111; 阿部照哉, "ドイツにおける憲法上の'環境權'論爭", 「法學論叢」第100卷 第4號(1977年 4月號) 참조.

18) 상세한 것은, Mampel, *Die sozialistische Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, Text und Kommentar*, SS. 400~407 참조.

19) Das Gesetz über die planmäßige Gestaltung der sozialistischen Landeskultur in der Deutschen Demokratischen Republik (Landeskulturgesetz), vom 14,5, 1970.

가 남겨주어야 할 遺産인 바의 自然美를 포함한 自然資源의 혜택을 입을 權利를 基本的 人權의 일종으로서 가진다고 하는 원칙을 法體系 중에 確立하도록 우리들이 요청하는 바이다」고 하고 있다.

또 1970年 9月에 개최된 日本辯護士聯合會 第13回 人權辯護大會 公害심포지움에 있어서 環境破壞에 대항하는 주민의 權利로서 環境權을 確立할 필요가 있다는 것이 강조되었다. 이와 前後하여 學界와 法曹界에서도 環境權이 활발히 검토되기에 이르렀다.[20] 環境權主張에 대하여 反論도 없지 않았으나, 環境權은 직접 法院에 訴求할 수 있는 法的 權利가 아니고' 第1次的으로는 立法·行政의 차원에서 구체화되어져야 할 것이라고 하는 批判이 일어났다.[21]

이러한 環境權의 주장은 立法論에서도 중요한 意義를 가지게 되었다. 日本의 第64回 國會에 있어서는 野黨 3黨이 共同提案으로서 環境保全基本法을 提案하였다. 이 法律案에 있어서는 「健康하고 文化的인 生活을 享受할 수 있는 것은 國民의 基本的 權利이며」, 「良好한 環境은 장기적인 視野下에 現在 및 장래의 國民을 위하여 擧國的인 努力에 의하여 확보되지 않으면 안 된다」고 하고 있다. 또 좋은 環境이란 「i) 現在 및 將來의 國民들이 健康하고 文化的인 生活을 영위하기 위하여 필요하고도 또한 충분한 自然環境 및 資源이 確保되어 있을 것, ii) 秀麗한 自然的 景觀이 보전되어 있을 것, iii) 國民의 健康하고 文化的인 생활을 영위하기 위하여 필요하며, 또 충분한 公共的인 施設이 있을 것, iv) 중요한 歷史的·文化的 遺産이 보존되어 있을 것 등의 各條件이 整備되어 충족되어 있을 것을 필

20) 大西芳雄, "公害·環境權·生存權", 「立命館法學」 第90號(1970.11); 小林直樹, "人權としての 環境權", 「人間と環境」, 東京大學公開講座 (4), p.297.

21) 代表的인 學者로는, 原田尙彦, "環境權と裁判, 大阪空港公害訴訟判決", 「法律時報」第553號 참조. 日本의 大阪公害訴訟 1審判決에서는 環境權을 否認하고 있다. 그 根據로는 「그런데 環境權에 관해서는 實定法上 이러한 權利가 認定되어질 것인가 어떤가는 疑問이다. 憲法 第13條·第25條의 規定은 어느 것이나 國家의 國民一般에 대한 責務를 규정한 綱領規定이라고 解하여야 할 것이며 同條의 趣旨는 國家의 施策으로서 立法, 行政上에 忠實히 反映되지 않으면 안 된다. 同條의 規定에 의하여 直接으로 個個의 國民에게 侵害者에 대하여 어떠한 具體的인 請求權이 인정되어 있는 것은 아니다」고 하고 있다. 學說로는, 大西芳雄, "公害·環境權·生存權", 「立命館法學」, 第90號 卷頭言; 加藤一郎, 「環境權の概念をめぐって, 民法學の現代的 課題」, 河合義和, "環境問題と公害理論一現代人權論の斷面一", 「ジュリスト」 No. 629, pp.102~107; 淡路剛久, 環境權の法理と裁判, 1980.

요로 한다」는 것이었다. 그러나 이 提案은 否決되었다.[22]

하지만 東京都 公害條例 등에서 環境에 대한 住民의 權利를 實定化하고 있다. 前文은 「모든 都民은 健康하고 安全 및 快適한 생활을 營爲하는 權利를 가지는 것이며, 이 權利는 公害에 의하여 함부로 侵害되어서는 안 된다. 모든 都民은 타인의 健康하고 安全하고도 快適한 生活을 營爲할 權利를 존중할 義務를 지는 것이며, 이 權利를 침해하는 公害의 發生原因으로 되는 것 같은 自然 및 生活環境의 破壞行爲를 해서는 안 된다」고 하고 있다. 또 京都府條例에서도 「모든 市民은 풍부한 自然과 歷史的 遺産의 恩惠를 享受하고 健康하고 快適한 삶을 營爲할 權利를 가진다」고 하고 있다.

이 밖에도 古都에 있어서의 歷史的 風土의 保全에 관한 特別措置法, 文化保護法, 首都圈近郊綠地保全法, 都市計劃法, 建築基準法 등 環境保護를 위한 여러 가지 法律이 있다. 이 밖에도 公害對策基本法이라든가 公害防止關係法이 制定되어 있다.

1979年 6月에는 日本環境會議가 개최되어 環境權을 具體化하는 方向으로 논의가 되어 環境權의 法制化를 강력히 요구하기에 이르렀다.[23] 日本政府는 環境白書를 발표하여 政府의 環境政策의 方向을 提示하고 있다.[24]

(다) 環境에 관한 國際會議： 公害 내지 環境汚染의 問題는 國內的 問題를 넘어 國際的 問題로 대두하고 있다. 1966年 스웨덴이 第45次 經濟社會理事會에서 유럽 일대에서 國家間에 발생하는 環境汚染의 被害를 規制·調整·協助하기 위한 國際會議를 提議한 것이 확대되어 1972年 6月 5日부터 16日까지 스톡홀름에서 國際聯合人間環境會議(UN Conference on the Human Environment)가 개최되었다. 이 會議에서는 113個國과 13個國際機構가 討議에 參加하여 ① 人間居住, 環境計劃과 管理, ② 人間環境의 敎育, 情報社會 및 文化的 側面, ③ 天然資源의 環境的 側面, ④ 開發과 環境, ⑤ 國際的 意義를 갖는 汚染物質의 파악과 規制, ⑥ 機械 및 財政協定에 관한 決議, ⑦ 核武器禁止決議 등 여러 가지 문제가 論議되었

22) 상세한 것은, 大阪辯護士會 環境硏究會編, 「環境權」; pp.74~76 참조.

23) 상세한 것은 小林直樹, 環境會議の 總括と展望, ジュリスト增刊總合特集 公害總點檢と環境問題の 行方, pp.304f. 참조.

24) 상세한 것은 環境廳編, 環境白書, 昭和 55年版 및 昭和 54年版, 53年版, 52年版 등 참조.

다.[25] 「단 하나뿐인 地球」(Only One Earth)라는 슬로건을 걸고 진행되었던 會議에서 채택된 「環境原則」(The Environmental Principles) 26個 條項은 人類生存의 未來를 위한 基本原則으로서 그 第1項에서 「人間은 品位있고 幸福한 生活을 가능케하는 環境 속에서 自由·平等 및 충족한 生活條件을 享有할 基本的인 權利를 가지며 現世代와 다음 世代를 위하여 環境을 保護·改善할 엄숙한 責任을 진다」고 宣言하였다.

1975年 11月 17日부터 26日까지는 日本京都에서 「國際環境保存科學會議」가 개최되었다.[26] 또 Paris에서도 國際學術聯合會議(ICSU) 중의 環境問題科學委員會(SCOPE) 總會가 열리는 등 環境問題에 관한 國際會議는 世界到處에서 빈번히 열려 國際的인 環境保存에의 熱意를 보이고 있다.

유럽에서는 1970年에 自然保護에 관한 유럽會議가 열려 「유럽委員會는 人權에 관한 유럽憲章에 있어서 깨끗하고 汚染되지 않는 環境을 享有할 權利를 各人에게 保障하는 議定書를 作成」하도록 권고하고 있다. 이에 따라 많은 草案이 발표되었다.[27]

(2) 各國憲法과 環境權

(가) 環境權에 관한 明文規定이 없는 憲法의 경우 : 環境權이 새로운 基本權으로 등장하게 된 것은 비교적 最近의 일로서 이에 관한 明文을 둔 憲法의 例는 흔하지 않다. 그러나 明文規定이 없는 憲法下에서는 解釋論으로서 環境權의 根據를 발견하려고 하는 傾向이 있다.[28]

(a) 美國憲法과 環境權 : 美國에서도 市民에게 環境權이 있다는 것은 承認하나 憲法에 明文의 규정이 없기 때문에 그 根據를 어디에서 발견할 것인가에 대해서는 學說이 對立되고 있다. 일반적으로 健康한 環境權은

25) 權鼎杓外, 公害와 對策, 제1권, 中央經濟社, 1973, pp. 27~29, pp. 154~184; 外務省經濟局, 人間環境の諸問題, 1973, pp. 67~131 참조.

26) 이에 대한 報告는 人間環境問題研究會編, 環境問題と國際會議, 1977 참조.

27) Steiger, Das Recht auf eine menschenwürdige Umwelt,—Vorschlag eines Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention—vom Arbeitskreis für Umweltrecht (Bonn).

28) 상세한 것은, Bothe-Klein, "Das Recht auf eine gesunde Umwelt", *ZaöRV*, Bd. 34, 1974, S. 35; Mattes. "The Right to a Human Environment", A Seminar, *Env. Pol & Law* 1, 1975. S. 86.

憲法修正 第5條에서 유래한다고 본다. 憲法修正 第5條의 규정을 보면 "No person shall be deprived of life, liberty, or property without due process of law"라고 규정하고 있는데 環境의 侵害는 國民의 生命이나 自由에 대한 侵害로 보는 發想이다. 憲法修正 第14條는 州가 適法節次에 의하지 아니하면 生命이나 自由, 財産을 剝奪할 수 없다고 규정하고 있다. 이 學說에 따르면 環境訴訟의 原告는 憲法修正條文이 열거한 生命, 自由, 財産이 公害 등에 의하여 侵害되었다는 立證을 하지 않으면 안 되게 될 것이다. 오늘날 市民의 健康 및 安全에 대한 威脅이 增大하고 있는 것을 생각할 때 憲法修正 第5條에서 環境權을 근거지울 수도 있을 것이다.[29]

環境權의 근거를 憲法修正 第9條에서 발견하려는 사람도 있다. 주지하는 바와 같이 「The enumeration in the Constitution, of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people」이라고 규정하고 있다. 이 憲法修正 第9條는 國民에게 留保되어 있는 權利, 즉 自然權이 있음을 명백히 하고 있다. 새로운 基本權인 環境權은 privacy의 權利와 마찬가지로 이러한 여러 適法節次條項의 penumbra (半影)에 포함되어 있다고 본다.[30] Goldberg 大法院判事는 Griswold v. Connecticut 事件에서[31] Warren 大法院長 및 Brennan 大法院判事와 共同으로 그 개별적 贊成意見 중에서 半影理論을 받아들여 憲法修正 第9條를 다른 어디에도 特記되어 있지 않는 基本的 人格權(fundamental personal-rights)의 獨立된 근거로 보고 있다.

(b) **西獨憲法과 環境權**： 西獨基本法에서는 직접 環境權을 보장하는 規定은 없으나 環境權의 근거로서 지적되고 있는 條項으로는 다음과 같은 것이 있다.[32] 첫째로는 人間의 尊嚴權에 관한 규정이다. 「人間의 尊嚴은

29) Roberts, "the Right to a Decent Environment", 55 *Cornal Law Review*, 674.

30) Hanks & Hanks, "The Right to a Habitable Environment", *op. cit.*; Pettigrew, "A Constitutional Right of Freedom from Ecocide." *Environmental Law*, Winter 1971, 1, p. 5.

31) 381 U.S. 479 (1965).

32) 西獨憲法上의 環境權에 관해서는 Ule, *Umweltschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht;* Rehbinder, *Grundlagen des Umweltrechts*, 1972; Dahl, *Bedrohtes Umwelt;* Weber, "Umweltschutz im Verfassungs-und Verwaltungsrecht", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1971, S. 806; Kriele, *Umweltschutz und Umweltgestaltung*, 1972; Klein,

不可侵이다. 이를 尊重하고 또 保護하는 것은 모든 國家權力의 義務이다」고 규정하고 있다. 이 規定은 minimum의 生存配慮를 보장하는 것이나, 동시에 生態學上의 生存의 minimum (ökologische Existenzminimum)을 享受하는 權利를 포함한다고 解釋되고 있다. 그러나 人間의 尊嚴은 環境權까지 포괄하는 것은 아니라는 反論이 있다.

둘째로는 生命·身體不可侵에 관한 규정이다. 「누구나 生命·身體를 해치지 않을 權利를 가진다」. 人身의 自由는 不可侵이다. 이들 權利는 法律에 기해서만 이것을 侵害할 수 있다. 生命·身體에 異變을 가져올 것 같은 環境의 作用은 이 防禦的 權利의 侵害를 의미한다. 身體의 不毁損은 일반적으로 健康狀態와 同意語로 생각되어지고 있다. 環境權을 無害한(unschädlich) 또는 良好한 環境에 대한 權利로 보는 한 이 健康權에서 環境權을 도출할 수 있을 것이다.

세째로는 人格의 자유로운 發現에 관한 규정이다. 「누구나 他人의 權利를 侵害하지 않고 또 憲法的 秩序 또는 道德律에 반하지 않는 限 그 人格의 자유로운 발현을 目的으로 한 權利를 가진다」. 이 條項은 包括的 人格權을 보장하는 것으로서 아름다운 景觀의 維持에 관한 權利, 騷音·惡臭·汚染이 전혀 없는 環境을 누릴 權利 등은 이에 포함된다 하겠다.

(c) **日本憲法과 環境權**: 日本憲法에도 環境權을 明文的으로 규정한 것은 없다. 學者들은 憲法 第25條의 生存權規定과 憲法 第13條의 幸福追求權에서 그 근거를 찾고 있다. 이 主張은 小林直樹교수가 主張한 것으로 現在 日本의 通說이 되고 있다.[33] 日本憲法 第13條는 「모든 國民은 個人으로서 尊重된다. 生命·自由 및 幸福追求에 대한 國民의 權利에 관해서는 公共의 福祉에 反하지 않는 한 立法 기타의 國政上에서 最大의 尊重을 필요로 한다」고 하고 있다. 佐藤幸治敎授는 「環境權은 基本的으로는 第13條의 問題로서 처리하고, 그 保護請求權的 측면은 第25條의 문제로

"Ein Grundrecht auf saubere Umwelt?", *Festschrift für Werner Weber*, 1974; Steiger, *Mensch und Umwelt-Zur Frage der Einführung Eines Umwelt-Grundrechts*, 1975; Dellmann, "Zur Problematik eines Grundrechtes auf menschenwürdige Umwelt", *Die öffentliche Verwaltung*. 1975, S. 588.

33) 小林直樹, 新版 憲法講議(上), p.561. 참조.

서 파악하는 것이 명료한 것처럼 생각된다」고 하면서, 第13條에 대해서는 「包括的인 生命·自由·幸福追求權을 保障하는 第13條와 個別的 基本權을 保障하는 第14條 이하와는 一般法과 特別法과의 관계에 유사한 관계에 서며 個別的 基本權이 타당하는 限에서는 그것이 適用되나 타당하지 않을 때에는 幸福追求權이 보충적으로 適用된다」고 하고 있다.[34] 松本昌悅教授도 이 生命·自由維持의 人權의 基本的인 性格은 극히 당연한 일로서 反公害·反環境破壞로서의 環境權의 基本的 性格이 位置되어지는 것이라고 하고 있다.[35]

小林直樹教授는 「憲法의 基本的 人權의 全體에 담겨 있는 人間尊重의 精神 그 자체가 여기서 말하는 環境權의 土臺를 이루고 있다고 할 것이다」고 한다.[36]

그러나 大阪地方裁判所는 第13條에서 人格權만 인정하고 公害의 私法的 救濟手段으로서의 環境權을 부인하고 있다. 判決理由의 일부를 보면 「그런데 環境權에 관해서는 實定法上 이러한 權利가 인정되는가 않는가는 의문이다. · · · 原告 등 指摘과 같이 近時 公害에 의한 環境破壞는 현저하여, 良好한 環境을 破壞에서 지키고 維持하여 갈 필요가 있는 것은 何人이라고 하더라도 否定할 수 없는 바이며 政府, 公共團體가 環境保存을 위하여 公害防止의 施策을 樹立하고 實施하여야 할 責務를 가지며, 企業이나 住民도 公害의 防止에 노력하여야 할 것은 당연한 것이나, 이에서 바로 公害의 私法的 救濟手段으로서의 環境權이라는 것이 인정된다고 하는 것은 早計라고 하지 않으면 안 된다」고 하고 있다.[37] 이 判決은 第13條에서 人格權만 인정하고 環境權을 否認한 점에서 타당하다고 할 수 없다.

일반적으로 環境權의 근거를 憲法 第25條에서 찾고 있다. 日本憲法은 第25條에서 「모든 國民은 健康하고 文化的인 最低限度의 生活을 영위할

34) 佐藤幸治, "環境權としての日照權", 「ジュリスト」, 1971年 1月號 增刊號, p.232.
35) 松本昌悅, "環境權", 「法律時報」臨時增刊, 1977.5, p.234; 同, 公害と基本的人權, p. 179 이하 참조; 同, 環境破壞と基本的人權 1975.
36) 小林直樹, 「現代基本權の展開」, p.272; 同, 憲法と環境權「ジュリスト」492호.
37) 大阪地判, 昭 49.2.27, 判時 729-4.

權利를 가진다」고 하고 있는데, 이 生存權은 「건전한 生活環境을 보지할 權利를 내포하고 있는 것」이라고 보고 있다. 日本辯護士聯合會의 '公害심포지움'의 報告者들도 「環境權의 法的 位置定立에 대해서 우선 생각되어지는 것은 憲法 第25條의 生存權과의 관련일 것이다」고 하고 「좋은 環境의 享受를 구할 權利는 憲法 第25條에서 말하는 基本的 人權이라고 생각된다」고 하고 있다.[38] 松本昌悅敎授도 같은 理由로 憲法 第25條에서도 環境權을 도출해 내고 있다.[39] 大須賀明敎授는 第25條의 生存權條項의 具體的 權利性의 論證에 있어서 公害問題와의 관련에서 그 性格을 설명하고 公害問題의 國家에 의한 解決은 곧 生存權의 立法趣旨에 合致되는 것이며 이 점에서도 우선 憲法 第25條에 기하여 「國家는 公害의 防止策이나 救濟策을 講究하지 않으면 안 될 憲法上의 義務가 있다고 할 수 있다」고 하고 있다.[40]

그러나 環境破壞에 의한 人權侵害에 對處하기 위하여서는 第25條의 生存權規定에 근거함과 함께 第13條의 幸福追求權에 의거하지 않으면 안된다는 사실이 인정되었다.[41] 그리하여 오늘날 대부분의 學者는 環境權의 근거를 憲法 第25條와 第13條에서 찾고 있다. 小林直樹敎授는 이를 憲法 第25條와 第13條에서 '二重으로 包裝'하는 것이라고 보고 있다.[42),43)]

日本의 下級審判決은 이를 否定하는 것과 肯定하는 것이 있다. 鹿兒島地方裁判所는 「憲法 第25條 第1項, 第13條 第1項의 規定에서 바로 申請人들이 주장하는 것 같은 내용의 環境權이라는 權利를 각 개인이 가진다고 하는 것에는 각 個人의 權利의 對象이 되는 環境의 범위(環境을 構

38) 前揭 大阪辯護士會編, 「環境權」, p.51 참조.
39) 松本昌悅, "わが國における 環境權理解とその人權としての性格", 「中京法學」, 第10卷 第1號.
40) 大須賀明, "社會權の法理", 「公法研究」 第34號, pp.120~131.
41) 松本昌悅, 「環境權」, p.324.
42) 小林直樹, 「現代基本權の展開」, p.276; 同, 新版憲法講義(上). p.561.
43) 生命權과 健康權, 生活權과 環境上의 관계를 圖示하여 다음과 같이 보는 見解도 있다. 下山英二, "健康權——その概念確立の必要性と可能性——", 「ジュリスト」 No. 538, p.19. 「따라서 人間의 生存과 生命을 중심으로 하여 健康→生活→環境으로 外延을 넓혀 나간다면 健康을 保持하는 權利는 人間의 社會保持와 같은 次元에서 行해진다고 思考하는 것도 可能하며 또 環境權, 生活權 등의 概念이 成立할 수 있다고 한다면 보다 生命에 近接値를 갖는 健康의 權利를 公認하는 것은 이상할 것이 없다」고 하고 있다.

成하는 內容의 範圍 및 그 地域的 範圍), 共有者로 되는 者의 범위의 어느 것이나 명확하지 않다는 점을 생각하면 쉽게 동조하기 어렵다」[44]고 하고 있다. 이러한 傾向은 福岡地裁 小倉支部判決(昭 54.8.31)과 札幌地裁(昭 55.10.14) 判決 등이 있다. 이러한 理論과 判決에도 一理는 있다. 그러나 環境權을 정면으로 承認하지 않으면서 이를 인정하여 公害差止判決을 한 例는 많다.[45] 그 중 특히 중요한 判決은 大阪空港騷音訴訟에 있어서의 抗訴審判決이 있다.[46]

(나) **環境權規定을 둔 憲法例：** 環境權에 관하여 憲法規定을 두기 시작한 것은 1970年代 以後의 일이다. 1970年代 이후에 制定된 憲法들은 環境權을 明示하는 傾向이 있다.

스페인憲法 第45條는 「① 모든 國民은 人間의 發展에 適切한 環境을 享有할 權利와 保存하여야 할 義務를 진다. ② 公權力은 生活水準을 保護·改善하고 環境을 保護·復元하기 위하여 不可缺의 共同連帶感을 가지고 天然資源의 合理的 活用에 留意하여야 한다. ③ 第2項의 規定에 違反한 者에 대하여 法律이 定하는 條件으로 刑事罰 그리고 경우에 따라서는 行政罰, 이밖에 損害가 發生한 경우 이의 補償義務를 設定할 수 있다」라고 規定하고 있다. 瑞西憲法 第24條의 7 第1項은 「聯邦은 有害 혹은 不快한 影響으로부터 人間과 그 自然環境을 保護하기 위한 規則을 制定한다. 聯邦은 특히 大氣汚染과 騷音防除에 努力하여야 한다」라고 規定하고 있다。포르투칼憲法 第66條는 第1項에서 「모든 사람은 健康하고 生態學的으로 均衡된 人間的 環境을 가질 權利가 있으며 이를 防禦할 權利가 있다」고 規定하고 있고, 泰國憲法은 第65條에서, 이란憲法은 第56條에서, 유고슬라비아憲法은 第192條 第1項, 第193條 第1項에서 각각 環境權에 관한 規定을 두고 있다. 그리이스憲法 第24條는 第1項에서 「自然的이고 文化的인 環境의 保護는 國家의 義務이다」라고 규정한 다음 國土開發, 地域地區開

44) 鹿兒島地判, 昭 47.5.19, 判時 676-27.
45) 廣島地判, 昭 46.5.20, 下民集 22-5, 6-640; 名古屋地判, 昭 47.10.19, 判時 683-22; 廣島地裁判 昭 46.5.20.
46) 大阪高裁, 昭 50.11.27. 이 判決에서 法院은 憲法 제13조의 幸福追求權에서 人格權으로서의 環境權을 도출하고 있다. 小林直樹, 憲法判斷の原理(下); 淡路剛久, 環境權の法理と裁判, p.66 이하 참조.

發에 관한 詳細한 規定을 두고 있다.[47] 東獨憲法은 自然保全에 관하여 규정하고 있으며(제15조), 소련憲法은 第42條에서 國民의 健康權을 保障하면서 이 權利는 環境의 淸淨을 통하여 保障됨을 규정하고 있다.[48]

西獨의 各州憲法도 自然保全에 관한 규정을 두고 있으며 美國 州憲法들도 새로이 環境權 내지 自然保存에 관하여 규정하고 있다.

(3) 우리 나라에 있어서의 環境權

(가) 우리 나라에서의 環境權思想 : 우리 나라에서는 環境問題의 심각성이 인식되지 않다가 1972年 유엔環境會議를 전후하여 環境問題가 논의되기 시작하였다.[49] 이 경우에도 주로 公害對策的인 消極的인 측면에서 논의되었다. 私法學者들은 美國과 日本의 理論에 따라 環境權을 주장하게 되었다.[50] 韓國法學敎授會는 「法과 公害」에 이어 「法과 環境」이라는 책을 刊行하고 環境權에 관하여도 고찰하고 있다. 1977年에는 韓國公法學會에서도 「環境行政의 問題」라는 심포지움을 연 바 있고, 1978年에는 韓國環境法學會가 설립되어 環境法에 관한 심포지움을 가졌다. 1980年 서울大學校 法科大學 法學硏究所 主管으로 「環境과 法」 學術會議를 열고 環境·公害에 관한 法的 規制와 救濟, 環境權 등에 관하여 論議하였다.

實定法으로는 1963年 11月에 公害防止法이 制定되었으나 實效를 거두지 못하고 있다가 1971年에 改正·强化되었다.

1972年憲法은 「國土와 資源은 國家의 보호를 받으며, 國家는 그 균형있는 開發과 利用을 위한 計劃을 樹立한다」고 규정하고, 「國家는 農地와 山地 기타 國土의 效率的인 利用開發과 保全을 위하여 法律이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 制限과 義務를 課할 수 있다」고 규정하고 있었고, 이에 따른 國土建設綜合計劃法, 國土利用管理法 등이 나와 있다. 公園法, 都市再開發法 등은 自然風景地의 保護라든가 都市의 健全한 발전

47) 詳細한 것은 金哲洙, 立法資料敎材 憲法, pp. 253~254 참조.
48) Hernekamp, Soziale Grundrechte, 1979. SS. 187~211 참조.
49) 金斗憲, "人間環境의 基本問題", 學術院環境問題硏究報告書, 1972; 中央日報, "人間環境 세미나", 1972.
50) 全昌祚, "環境權의 法理", 「새 法政」 제3권 제1호(1973.1); 具然昌, "環境權思想", 「法과 公害」, 韓國法學敎授會編, pp. 331~377.

과 公共福利의 增進 등을 규정하고 있다.[51]

1977年 年末 國會는 環境保全法과 海洋汚染防止法을 制定하였으며 1978年 1月 環境保全法의 施行과 함께 公害防止法은 廢止되었다(環境保全法 附則 제1조1항). 環境保全法은 「大氣汚染·水質汚染·土壤汚染·騷音·振動 또는 惡臭 등으로 인한 保健衛生上의 危害를 防止하고 環境을 適正하게 保全함으로써 國民保健 향상에 寄與함을 目的으로 한다」고 하고 있다.[52] 여기서 健康權으로서의 環境權이 인정되어 있다고 하겠다. 環境保全法은 國家의 公害防止 또는 環境保護를 위한 政策樹立과 監督의 責任, 行政法的인 規制措置뿐 아니라 生命·身體의 被害에 대한 無過失責任까지 規定하고 있다(同法 제60조).

(나) 우리 憲法과 環境權： 우리 憲法은 制憲憲法 이후 第4共和國憲法에 이르기 까지는 環境權에 관한 明文規定을 두고 있지 않았다. 學說上으로는 明文規定이 없더라도 環境權이 認定되느냐 否定되느냐, 認定된다면 憲法上根據를 어디서 찾을 것인가에 관하여 論難이 있었는데 環境權을 인정하는 것이 第4共和國憲法下의 多數說이었으나, 그 具體的 根據에 관하여는 學說이 對立하였었다. 學者들이 드는 것을 보면 憲法前文, 人間의 尊嚴과 價値에 관한 第8條, 人間다운 生活을 할 權利에 관한 第30條, 健康한 生活을 할 權利에 관한 第31條, 憲法에 열거되지 아니한 權利에 관한 第32條1項 등이 있었다.[53] 第5共和國憲法 制定時 各社會團體와 政黨들이 環境權에 관한 規定을 두도록 요청하여 第5共和國憲法은 環境權에 관하여 明文의 規定을 둠으로써 憲法上根據에 관한 意見對立問題를 解決하였다.

---

51) 公害防止法을 비롯하여 輸出產業工業團地開發助成法, 工業配置法, 都市計劃法, 汚物淸掃法, 水道法, 建築法, 下水道法, 河川法, 公有水面管理法, 開港秩序法, 水產業法, 水產振興法, 港灣法, 觀光業法, 水產資源保護令 등이 公害防止에 관하여 규정하고 있다.

52) 環境保全法(1977.12.31.) 第1條는 健康權을 규정하고 있다. 健康權에 관해서는, 金東煥, "健康權", 「法律新聞」, 特輯 健康權を めぐつて 「ジュリスト」 No. 538, 참조.

53) 第4共和國下의 學說에 관하여 상세한 것은 金哲洙, 「現代憲法論」, pp. 466~468 참조

Ⅱ. 環境權의 意義

(1) 現行憲法의 環境權規定

現行憲法은 第33條에서 「모든 國民은 깨끗한 環境에서 生活할 權利를 가지며, 國家와 國民은 環境保全을 위하여 努力하여야 한다」고 規定하고 있다. 環境權에 관한 憲法上의 明文規定을 둔 例는 흔하지 않으며 우리 憲法의 環境權規定은 進步的 性格을 가진 規定이다. 그러나 깨끗한 環境에서 生活할 權利라고 하여 自然保護·自然保全에 관하여서만 置重해서 생각한 것이 아닌가 하는 非難이 있다.

(2) 環境權의 槪念

環境權(environmental right, the right to a habitable environment, Recht auf eine menschenwürdige Umwelt)은 「人間이 건강한 生活을 영위할 수 있고 人格을 자유로이 발현할 수 있으며, 生存에의 良質의 生活環境을 享有할 수 있는 權利」,[54] 「健康한 環境 속에서 生活할 權利 또는 人間다운 生活을 할 수 있는 環境에 관한 權利」,[55] 「깨끗한 空氣나 물(水), 日照, 靜隱 등 人間의 生活에 필요한 깨끗하고 良好한 環境을 享有하는 權利」,[56] 「좋은 環境에서 쾌적한 生活을 누릴 수 있고, 健康을 毁損당하지 않을 權利」,[57] 「좋은 環境을 享有할 權利」[58] 등으로 定義되고 있는데 憲法은 이를 간결하게 「깨끗한 環境에서 生活할 權利」라고 表現하고 있다. 여기서 「깨끗한 環境」이란 淸潔함에 그치는 것이 아니라 人間다운 生活을 할 수 있는 環境을 의미한다고 할 것이다.[59] 따라서 環境權이란 人間다운 環境 속에서 生活할 수 있는 權利라고 할 것이다.

54) 金哲洙, 「現代憲法論」, p. 455.
55) 文鴻柱, 前揭論文(上), p. 45.
56) 朴一慶, 第5共和國憲法, p. 233.
57) 權寧星, 「憲法學原論(上)」, p. 646, 同 新稿, 「憲法學原論」, p. 520.
58) 具然昌, 前揭論文, p. 356.
59) 同旨 : 文鴻柱, 「第5共和國 韓國憲法」, p. 302.

Ⅲ. 環境權의 法的 性格과 效力

(1) 環境權의 法的 性格

(가) 生存權的 基本權性： 우리 憲法은 環境權을 生存權的 基本權의 하나로 規定하고 있다. 第5共和國憲法의 環境權은 生存權으로 파악하는 것이 多數說이다.[60] 우리 憲法은 前文에서 「우리들과 우리들의 子孫의 安全과 自由와 幸福」에 관하여 規定하고 있으며 主基本權으로서 第9條에서 人間의 尊嚴과 價値·幸福追求權을 規定하고 있는 데, 環境權은 여기서 派生하는 個別的 基本權으로서 人間다운 깨끗한 環境 속에서 生活할 것을 國家에 대하여 요구할 수 있는 權利인 점에서 生存權으로 파악하는 見解는 正當하다 할 것이다.[61]

(나) 法的 權利性： 環境權의 法的 性格에 대해서는 이를 具體的 權利로 보는 學說과 立法方針規定으로 보는 學說이 대립되고 있다.

(a) 立法方針規定說： 環境權은 個人에 대하여 일정한 環境保護措置를 求하는 請求權(unmittelbar einklagbare Ansprüche)을 보장하는 것은 아니고 立法者에 향하여 효과적인 環境保護의 包括的 措置를 취하도록 義務化한 것이라고 본다.[62] 立法方針規定說에도 消極的 프로그램說과 積極的 프로그램說이 對立되고 있다. 消極的 프로그램說은 立法權의 政治的·道義的 義務를 정하고 있을 뿐이며, 法的義務는 아니라고 한다. 그러므로 國家의 義務違反에 대해서는 그 政治的인 責任은 물을 수 있어도 裁判에 의하여 그 法的 責任을 물을 수는 없다고 본다. 이에 대하여 積極的 프로그램說은 生存權規定은 文化的 最低限度의 生活을 영위하는 데 필요한 立法을 요구할 수 있는 法的 權利를 보장하고 있다고 본다. 그러나 이 權利는 抽象的인 것이므로 그것이 侵害되는 경우에는 憲法 第33條에 근거하여 직접 그 違憲性을 裁判을 통하여 訴求할 수 없다고 한다. 다만 生存權이 立法에 의

60) 同旨：文鴻柱, 前揭書, p.303; 朴一慶, 「第5共和國憲法」, pp.232~233 참조.
61) 生存權的 基本權에 관해서는, 金哲洙, "生存權的 基本權", 「考試界」 제10권 제11호 등 참조.
62) Scholz, "Nichtraucher contra Raucher", *JuS*, 1976, S. 234.

하여 實現되고 具體的인 請求權으로서 정해진 경우에는 그 立法에 기하여 權利侵害의 救濟를 法院에 請求할 수 있다고 본다. 이 立法方針規定說은 生存權規定의 立法方針規定性을 지나치게 강조한 것이다.[63]

(b) **法的 權利說**: 法的 權利說은 環境權을 生存權으로 보면서도 法的 權利임을 인정하려는 것이다. 憲法 第33條는 行政權을 직접으로 拘束할 수 있을 만큼 明確하고 詳細한 것은 아니나, 立法權과 司法權을 拘束할 수 있는 정도로 충분히 明確한 內容을 가지고 있다고 본다. 따라서 生存權은 國民이 立法權에 대하여 그 權利의 내용에 適合한 立法을 행하도록 請求할 수 있는 구체적인 權利라고 한다. 그리하여 立法權이 義務를 履行하지 않는 것에 의하여 생기는 生存權의 侵害에 대하여서는 그 不作爲가 違憲인 것의 確認을 法院에 구할 수 있다고 보는 것이다. 이 學說은 憲法上의 不作爲確認訴訟請求權을 인정한 데에 長點이 있다.[64]

(c) **私 見**: 생각컨대 環境權도 生存權으로서 權利로서의 兩面性을 가진다고 본다. 環境權에 대한 侵害排除請求權은 直接的 權利이며, 다만 環境保護請求權은 立法方針規定이라고 본다.[65] 따라서 國民은 國家의 環境侵害行爲에 대해서는 직접 排除請求權을 가지며,[66] 國家에 대해서 보다 좋은 環境을 造成해 달라는 環境改善·保護措置請求權은 立法에 의해서만 적극적으로 保障된다고 할 것이다.[67]

環境權을 積極的인 측면에서만이 아니고 消極的으로 生命·身體·健康 등의 侵害에 대한 排除請求權으로 파악하는 경우에는 그 자체로서 國家의 侵害에 대한 防禦的 性格을 가지게 될 것이다. 그리하여 環境權의 被害者는 司法的 救濟를 請求할 수 있을 것이다. 그러나 環境行政의 분야에 있어서도 重點은 侵害行政에서 給付·保護行政으로 이행하고 있다. 따

63) 環境權의 이러한 Programm 的 效力을 주장하는 사람으로는, 徐元宇, "環境汚染과 被害者救濟", 「檢察」 제 1 호, 1978, p. 100.

64) 大須賀明, "社會權の法理", 「公法研究」 第 34 號, pp. 120~131.

65) 同旨 : 文鴻柱, 前揭書, p. 303.

66) 大須賀明敎授는 生存權條項의 具體的 權利性의 理論에 있어 公害問題와의 關聯에서 그 性格을 설명하고 있다. 大須賀明, "社會權の法理", 「公害研究」 第 34 號, pp. 120~131.

67) 環境權에 基한 公害訴訟에 관해서는, ウーレ(Ule), "環境保護法における義務づけ訴訟", 「ジュリスト」 No. 525; 生田典久, "美國における環境權に基づく公害訴訟の新動向", 「ジュリスト」 No. 467~468; 生田典久, "美國における環境訴訟の新動向", 「ジュリスト」 No. 582.

라서 國家에 대해 環境保護·改善措置를 求한다고 하는 적극적 측면이 더욱 重視되어야 할 것이다.

環境權을 國家에 대한 環境保護·改善請求라는 生存權으로 파악하는 경우에는 國家의 不作爲에 의한 侵害에 대해서는 司法的 救濟가 일반적으로 否定되고 있다.

(2) 環境權의 效力

環境權의 效力도 對國家的 效力과 對私人的 效力이 있다.

(가) **對國家的 效力**： 環境權이 對國家的 效力을 가짐은 당연하다. 憲法 第33條는 直接的으로 모든 國家權力을 拘束한다고 하겠다. 立法方針規定說에 의하면 立法權의 방향만 구속한다고 하겠으나 法的 權利說에 따라 環境權이 立法權, 行政權, 司法權을 직접 拘束한다는 것을 인정하여야 할 것이다.

環境權이 보장되는 결과 國民은 行政活動이 法令에 違背하여 環境을 保護하지 않고 破壞하는 경우에는 行政訴訟을 통한 救濟를 요구할 수 있을 것이다. 國民은 立法府나 行政府에 대하여 環境權을 보호해 달라고 請願을 할 수 있을 것이요, 不作爲에 의한 損害에 대해서도 國家賠償을 請求하는 길이 열려야만 할 것이다. 美國의 경우에는 環境權의 侵害를 받은 地方住民, 行政訴訟에 의해 영향을 받는 地域의 自然保護團體 등에 環境爭訟에 있어서의 當事者適格을 인정하는 방향으로 나아가고 있다.

(나) **對私人的 效力**： 環境權도 基本權의 하나로 그 對私人的 效力이 인정되어야 할 것이다. 基本權의 第3者的 效力에 관해서는 많은 見解가 있으나 私法上의 公序良俗의 原則을 통한 間接適用說이 通說이다. 그런데 新憲法은 私人에게도 環境保全의 義務를 규정하고 있으므로 直接的 效力規定이라고도 볼 수 있게 하고 있다.

環境權은 私權的인 면도 강하게 가지고 있다. 環境權은 私權으로서 國民의 건강한 生活을 享受할 수 있는 權利를 보호하려는 人格權이다. 公害는 國民의 健康한 生活 자체를 파괴하고 있으며 排他的 性格을 갖는 人格權의 侵害를 하고 있으므로 私人도 이의 排除請求訴訟을 할 수 있다고 하

겠다.[68]

私權으로서의 環境權은 人格權으로서 또 物權的 請求權으로서 주장되고 있다. 私企業이나 私人이 國民의 環境權을 侵害하는 경우에는 損害賠償의 義務를 진다고 하겠다.

Ⅳ. 環境權의 主體와 內容

(1) 環境權의 主體

(가) **自然人**: 環境權의 主體는 모든 사람(Jeder)이며[69] 自然人이다. 人間다운 環境 속에서 生活할 수 있는 生存權으로 보는 이상, 自然人만이 環境權의 主體가 되는 것은 당연하다. 基本權은 性質上 가능한 경우에는 法人에도 適用되나, 環境權은 그 本質上 法人에게는 適用되지 않는다.[70] 環境破壞를 告發하고 提訴하는 것만을 목적으로 하여 設立되는 獨立의 環境保護團體를 인정하여야 한다는 立法論이 있으나 그렇다고 하여 곧 法人에게 適用된다고는 볼 수 없다.

環境權의 主體는 環境保護를 請求할 수 있으며 環境侵害를 방지할 수 있는 保護請求權이 있다. 環境權의 主體에게는 당연히 公害訴訟의 當事者適格이 인정되어야 할 것인가는 많은 論難이 있다.[71]

(나) **우리들의 子孫, 未來人**: 環境權의 享有者는 現在의 自然人에만 국한되는가, 未來의 自然人에도 인정될 것인가가 문제된다. 우리 憲法前文은 「우리들과 우리들의 子孫의 自由와 安全과 幸福」을 구가하고 있기 때문에 우리들의 子孫의 環境保護請求權이 인정된다고 할 것이다.

---

68) 反對: 徐元宇, 前揭論文, p.100. 美國에서는 留止請求(injunction)를 인정하고 있다.

69) 自然人만이 生活維持를 위하여 이것을 주장할 수 있으며, 自然人이라도 利潤追求를 위하여 이 權利를 가지는 것은 아니라고 한다.

70) 同旨: 文鴻柱, 前揭書, p.303; 具然昌, 前揭論文, p.357; 保木本一良, 生存權と公害, ジュリスト No. 422, p.38; 眞鍋正一, 前揭論文, ジュリスト No. 479, p.71. 反對: 法人이나 權利能力없는 社團에게도 社會的 實在로서 環境素材의 利益을 享受할 權利가 있다는 사람도 있다. 仁藤一, "環境權の提唱", 「ジュリスト」第 492 號, p.230. 상세한 것은 金哲洙, 新憲法學概論, p.225 이하 참조.

71) 상세한 것은, 原田尙彦, 「環境權と裁判」, pp.126~211 참조.

(2) 環境權의 客體

環境權의 客體는 環境이다. 環境의 槪念과 範圍의 確定은 環境權의 內容의 確定에 있어서 극히 重要한 意義를 갖지만 또한 지극히 복잡하고 어려운 問題이다.[72] 人間을 둘러싸고 있는 環境은 形態의 可視性與否에 의하여 物理的 環境(physical environment)과 社會的 環境(social environment)으로 區分할 수 있고, 그 創出의 人工性如何에 의하여 自然環境(natural environment)과 人工環境(man-made environment)으로 分類할 수도 있으나[73] 이를 綜合하여 自然的 環境, 物理的 人工環境(人工的 環境), 社會的 環境의 셋으로 나누는 것이 보통이다.[74]

自然的 環境이란 河川, 湖水, 海洋, 平野, 山, 森林, 물(水), 土壤, 大氣, 眺望, 景觀, 地域 등 自然形態의 環境을 말하고, 人工的 環境이란 堤防, 橋梁, 道路, 上下水道, 電氣, 가스, 公園 등 人間生活을 위한 人工的 環境을 말한다. 社會的 環境이란 不可視的인 人工環境, 예컨대 政治, 宗教, 經濟, 技術, 行政 등을 포함한 政治的 環境, 經濟的 環境, 文化的 環境 등을 말한다. 環境權의 客體로서의 環境에는 自然的 環境과 人工的 環境만을 包含시키고 社會的 環境을 除外하는 것이 타당하다.[75] 왜냐하면 社會的 環境까지 포함시킨다면 環境權의 本來의 目的과 趣旨에서 벗어난 것이며 環境權의 權利로서의 實效性을 減却시키는 결과를 惹起할지도 모르기 때문이다.[76] 다만 歷史的·文化的 遺産의 保存과 같은 人格權的인 環境權은 이를 인정해야 할 것이다.[77]

---

72) Notes, Toward a Constitutionally Protected Environment, 56 Va. L. Rev. 458, 473 (1970) 참조.

73) 金安濟, 環境과 計劃, 「人間과 環境에 관한 세미나」(서울大環境大學院主催 : 1974. 3. 8.), pp. 89~98 참조.

74) 文鴻柱, 前揭書, p. 302; 權寧星, 前揭書, p. 646; 具然昌, 前揭論文, pp. 358~359; 延基榮, 前揭論文, p. 30.

75) 同旨 : 文鴻柱, 前揭書, p. 302; 權寧星, 前揭書, p. 446; 具然昌, 前揭論文, p. 359; 延基榮, 前揭論文, p. 31. 이 때의 社會的 環境의 槪念은 通俗的으로 使用되는 그것과는 같지 않음을 留意하여야 할 것이다.

76) 同旨 : 具然昌, 前揭論文, p. 359.

77) 日本判例에는 公害訴訟을 人格權侵害를 理由로 提起할 수 있으므로 環境權에 근거하여 주장할 필요는 없다고 보는 見解도 있다. 大阪地裁, 昭和 49. 2. 27, 第3民事部判決.

(3) 環境權의 內容

(가) 狹義의 環境權 : 狹義의 環境權은 健康한 環境 속에서 살 權利(a constitutional right to healthful environment)를 말한다. 이 경우 環境權의 保護法益은 人間의 健康한 生活이다.[78] 물, 大氣, 自然 등의 汚染에서 해방된 快適한 環境 속에서 살 權利를 말한다.[79] 이에는 日照權, 淸淨한 大氣에 관한 權利, 깨끗한 물에 관한 權利들을 포함한다. 그런데 健康하고 快適한 生活을 위한 條件은 그 時代의 科學的 知識과 社會通念에 의하여 不變의 것은 아니다.

그러나 그것은 사람과 場所에 따라 劃一的일 수는 없을 것이다. 그러나 人間의 最低限度의 健康하고 快適한 生活을 營爲하는데 필요한 條件은 確保되어 있어야 하며 그 最低限度의 基準은 세계적으로 공통적일 수 있다고 하겠다.

(나) 廣義의 環境權 : 廣義의 環境權은 狹義의 環境權 이외에 文化的 遺産이라든가, 道路·公園·敎育·醫療 등 文化的 生活을 할 수 있는 環境 속에서 살 權利를 말한다. 環境權을 이와 같이 아주 넓게 解釋하는 경우에는 文化的 生活을 할 수 있는 環境에의 請求權이 생긴다고 할 것이다.

이러한 環境施設로는 (1) 生活을 營爲하는 手段·條件으로서 i) 生活의 最低必要條件인 住宅, 上下水道, 淸掃施設, 에너지施設, ii) 保健衛生施設로서 病院, 保健所, 衛生設備, iii) 共同利用機關施設로서 道路, 電信電話施設, 市街鐵道 등이 있고, (2) 文化·敎養的 施設로는 i) 敎育施設로 學校, 硏究所, 幼稚園, 保育所, ii) 文化·娛樂施設로서 圖書館, 劇場, 公

78) 私法學者들은 人格權과 環境權을 구별하여 해석하고 있다. 生命權과 健康權 등은 이를 人格權으로 보고, 環境權은 그 周邊的인 權利로 보고 있다. 따라서 公害는 人格權의 侵害와 環境權의 侵害로 二重的으로 파악되고 있다. 私法上의 環境權은 ① 海洋, 河川, 湖沼에 出入하고 利用할 利益 내지 權利, ② 日照를 享受할 利益 내지 權利(日照權), ③ 眺望, 景觀을 享受할 利益 내지 權利(眺望權, 景觀權), ④ 靜穩을 享受할 利益 내지 權利(靜穩權), ⑤ 安全을 지키고 不安이 없는 生活을 보낼 利益 내지 權利(安全權), ⑥ 公園 등의 一般에게 開放된 施設을 그 目的에 따라서 利用할 利益 내지 權利(公園等利用權)을 포함하는 것으로 보고 있다.

79) 우리 나라 環境保全法은 環境이라 함은 自然의 狀態인 自然環境과 사람의 日常生活과 밀접한 관계가 있는 財産의 保護 및 動·植物의 生育에 필요한 生活環境을 말한다고 하여 狹義로 解釋하고 있다(環境保全法 第2條 第1號).

園, 體育館, 運動場施設, (3) 社會福祉施設로는 養老院, 身體障害者施設, 母子保建施設, 職業訓練施設, 職業紹介施設 등을 들 수 있을 것이다.

이러한 文化的 生活의 環境에 대한 權利 중 生存權의 內包로서 따로 規定되어 있는 敎育을 받을 權利, 保健에 관한 權利, 社會保障·社會福祉에 관한 權利 등은 제외하는 것이 옳을 것이다.

(다) 環境에 대한 權利: 環境權은 國民이 좋은 生活環境을 享受하고 또 이를 支配할 수 있는 權利이다. 國民은 이러한 自然的·人工的 環境權을 支配할 수 있는 權利를 가지고 있다. 環境權은 支配權으로서 排他的 性格을 가지고 있다. 따라서 環境을 파괴하는 행위에 대하여서는 損害賠償은 물론 그 행위의 禁止도 청구할 수 있다.[80] 人工的 環境에 대해서는 그 利益을 享受하고 있는 사람이 모두 그것을 支配할 수 있는 權利를 가지고 있다고 할 것이다. 종래의 支配的 見解에 의하면 自然的·人工的 環境은 公有에 속해 있으며 國家나 地方自治團體의 管理에 맡겨져야 하며, 이른바 反射的 利益說 내지 行政의 便宜主義 (Opportunitätsprinzip) 와의 관련 아래 그 權利性이 否認되어 私人이 직접 司法的 救濟를 請求할 수는 없다고 보았었다.[81] 그러나 오늘날 環境權論에 따라 國民이 이들 環境에 대한 支配權을 가진다고 본 점에 큰 의의가 있다. 이러한 環境權에 根據하여 ① 國家나 地方自治團體가 環境汚染의 發生源에 대한 團束基準을 設定하고 그것을 확실하게 規制할 것, ② 公共團體가 環境汚染防止事業을 適宜實施하여 地域의 環境保全을 도모할 것, ③ 公共事業의 實施나 地域開發의 경우 國家 스스로가 環境保全을 위한 배려를 게을리 하지 않을 것 등을 요구할 수 있는 地位를 가진다고 할 것이다.[82]

(4) 環境保全의 義務

우리 憲法은 「깨끗한 環境에서 生活할 權利」를 가진다고 하면서 동시에 「國家와 國民은 環境保全을 위하여 勞力하여야 한다」고 規定하고 있다

80) 環境權과 民事訴訟에 관해서는, 原田尙彦, 「環境權と裁判」; 鄭權燮, 「環境汚染과 私法上救濟法과 環境」, pp.124~151 등 참조.

81) 이에 관한 批判은 金南辰, 「環境汚染의 行政救濟」, 環境法硏究 創刊號, 1979; 具然昌, 前揭論文, p.365 참조.

82) 同旨: 徐元宇, 環境行政訴訟의 諸問題, 「環境法硏究」 제 2 권, p.7.

(제33조). 이는 公害에 의하여 環境이 파괴되고 있는 現實을 감안하여 國家뿐 아니라 國民에게도 일정한 環境保全義務를 부과하기 위한 것이다. 環境保全義務의 主體는 國民뿐 아니라 無國籍者를 포함한 外國人 그리고 法人까지도 포함된다고 보겠다. 이는 人類의 義務라고 볼 수 있기 때문이다. 環境保全義務는 環境을 汚染시키지 않을 義務, 公害防止施設을 할 義務 등이 있는데 이에 관하여는 環境保全法이 규정하고 있다.

V. 環境權의 制限

(1) 環境權의 制限原理

廣義의 環境權은 絕對的인 基本權이 아니고 相對的인 基本權이기 때문에 基本權制限의 一般原理에 따라서 制限할 수 있을 것이다. 廣義의 環境權은 憲法 第35條 第2項에 따라 國家安全保障과 秩序維持, 公共福利를 위하여 필요한 경우에 法律로써 制限된다고 하겠다.[83] 國家安全保障을 위한 環境權의 制限으로는 國防을 위한 武器實驗이라든가 施設物의 設置 등을 생각할 수 있을 것이다. 海軍基地法이나 空軍基地法에 의한 設置라든가, 軍事施設保護法에 의한 保護區域設定 등에 의한 自然環境의 侵害라든가 騷音公害 등은 受忍해야 할 것이다.

秩序維持를 위한 環境權의 制限은 별반 행해지지 않을 것이다. 왜냐하면 環境을 維持 保全하는 것이 오히려 秩序維持에 合致될 것이기 때문이다.

오늘날 環境權의 制限은 公共福利를 위한 것이 대부분을 차지할 것이다.[84] 後進國家에 있어서는 開發政策을 수행하기 위하여 環境이 破壞되는 경우가 허다하며 社會的 環境의 改善을 위하여 自然環境이 破壞되는 경우

83) 環境保全을 위한 法律에 관해서는, 室井力. "公害對策における法律と條例", 「ジュリスト」臨時增刊, 1971年 11月; 10號特輯, "環境—公害問題と環境破壞", pp.166~172. 「ジュリスト」增刊特輯, 公害總點檢と環境問題の行方, 1979 참조.

84) 과거의 公害關係法은 生活環境의 保全에 관하여 經濟의 健全한 發展과의 調和를 꾀한다는 條項을 두고 있었다. 이 '經濟調和條項'은 公害對策에 있어서 現實的·制約的 機能을 가지고 있었다. 상세한 것은, 富島照男·小粟孝夫, "國民の健康保護と經濟の發展との調和", 月刊「自治研」第138號, p.141 이하 참조.

가 많을 것이다. 國土利用管理法, 農地擴大開發促進法, 鑛業法, 國土利用管理法, 住宅建設促進法, 都市計劃法, 土地區劃整理事業法, 公園法 등에 의하여 公共福利를 위한 自然環境의 改造가 행해질 여지가 많다.

環境權의 制限에 있어서는 行爲基準(Performance Standards)과 施設基準(Specific Standards)에 의한 法的 規制(Regulation) 이외에도 自發的으로 規制를 誘導하는 補助金制(Subsidization), 賦課金制(Charges) 등의 效率性이 强調되고 있다.[85] 이 문제는 環境政策과 經濟政策의 關係로서도 파악되고 있다.

終來의 高度成長期의 經濟政策은 GNP의 向上을 目的으로 하고 특히 企業의 資本蓄積에 重點을 두어 環境政策을 無視하거나 2次的으로 간주하는 傾向이 있었는데 이는 止揚되어야 하겠다.

(2) 環境權과 公共福利의 利益衡量

國家安全保障, 秩序維持, 公共福利를 위하여 環境權을 制限하는 경우, 어느 정도의 受忍義務가 있는지 문제된다. 특히 環境權과 公共福利 중 어느 것이 優越하는가에 관하여 產業發展을 優越視하는 경향이 있으며 產業發展을 위하여 어느 정도의 公害는 受忍해야 한다는 理論이 나오고 있다. 高速道路라든가 電鐵, 航空機 또는 發電所, 가스製造所, 石油精油所 등의 施設이 市民生活과 밀접한 관계를 가지고 있기 때문에 公共福利와 環境保全利益과의 利益衡量이 문제된다. 특히 工業化와 新都市建設, 工業團地建設이 公共의 福利로 인정되고 있는 後進國家의 경우 環境保全이라는 公共福利와의 조화가 문제된다.[86]

受忍限度論者는 公害에 있어서의 被害者와 加害者의 利益, 被害의 程度나 態樣, 產業의 有用性 등을 比較衡量하여 加害行爲가 社會生活上 일반

85) 具然昌, 環境規制方法論, 「法과 環境」, p. 43 이하 참조.

86) 日本大阪高裁(昭 50.11.27)는 空港騷音의 被害者가 提訴한 損害賠償 및 一定時間帶(밤 9시 이후 다음날 아침 7시까지)의 飛行禁止의 請求에 대하여 다음과 같은 判決을 내리고 있다. 「이와 같은, 個人의 生命, 身體, 精神 및 生活에 관한 利益은 各人의 人格에 本質的인 것으로서, 그 總體를 人格權이라고 할 수 있으며, 이러한 人格權은 누구든지 함부로 이를 侵害하는 것은 許容되지 않으며 이 侵害에 대하여서는 이를 排除할 權能이 認定되지 않으면 안된다.」

적으로 受忍할 정도를 초월한 侵害를 발생한 경우에는 違法性을 띠고 있다고 한다.

(3) 環境權制限의 限界

環境權도 憲法 第35條 第2項 後段에 따라 그 本質的 內容의 侵害는 許容되지 아니한다. 環境權의 制限도 그 결과 絕對的 權利인 生命權과 健康權을 侵害하게 되는 경우 이는 利益衡量으로서도 불가능하다고 하겠다.[87] 그러나 狹義의 環境權은 그 本質的인 內容으로서 法律로써도 制限할 수 없다고 보아야 할 것이다.[88]

Ⅵ. 環境權의 侵害와 救濟

(1) 環境權의 侵害

오늘날 産業化·都市化·經濟開發 등은 동시에 環境汚染·破壞를 수반하는 것이 보통이다. 종래 環境에 대한 汚染과 破壞는 生活妨害(nuisance, Immission), 公害(public nuisance) 등으로 불리웠는데 環境保全法은 美國法的인 環境汚染(environmental pollution)이란 用語를 사용하고 있다.[89] 環境問題에 대처하기 위하여는 傳統的인 市民法原理에 基礎한 公害法的인 接近보다는 環境權思想을 指導原理로 하는 環境法的인 接近方法이 보다 適正한 것으로 여겨지고 있다.[90] 環境權의 侵害로서의 公害 내지 環境汚染으로는 大氣汚染, 水質汚染, 土壤汚染, 騷音, 振動 등이 있고 점차 多樣化·複雜化 하면서 深刻해지고 있다. 環境權의 侵害는 繼續的으로 徐徐히 發生하는 侵害가 보통이고 被害가 廣域化하고 多數人에 대해 나타나는 것이 일반적이고 被害도 巨額에 달하는 수가 많으나 그 因果關係가 不分

87) 同旨：座談會 "公害法の原點に返つて", 「法律時報」 No. 598, pp. 120~125; 沈井裕, 「公害差止の法理」, 日本評論社, 1977; 牛山積, "大阪國際空港控訴審判決と人格權·環境權", 「公害裁判の展開と法理論」, pp. 188~198.

88) 基本權의 本質的 內容의 侵害禁止에 관해서는, Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des 19 Abs. Art. 2 Grundgesetz*, 2. erg. Aufl., 1972.

89) 公害·環境汚染의 槪念에 관하여는 丘秉朔, 公害의 槪念, 法과 公害(韓國法學敎授會編) 참조.

90) 徐燉珏, 環境法의 本質, 「法과 環境」, p. 12 이하 참조.

明하거나 立證이 困難하다는 特質이 있다.[91]

이러한 環境權의 侵害는 私人에 의한 경우가 일반적이나 積極的 立法 혹은 立法의 不作爲에 의하거나 行政廳에 의해 直接 혹은 認·許可에 의하여 일어나는 경우도 있다.

(2) 環境權侵害에 대한 救濟

(가) **救濟手段一般**： 環境權은 단순한 抽象的·立法方針的인 憲法上 權利에 그치는 것이 아니라 環境破壞者에 대하여 이 權利에 기하여 그 侵害의 排除를 請求할 수 있는 구체적인 權利의 측면도 가지고 있는 것이다. 따라서 環境權에 대한 侵害排除는 原則的으로는 民事訴訟에 의하여 실현될 수 있을 것이다.[92] 環境權이 보장되는 결과 私法上에 있어서의 侵害救濟方法으로는 損害賠償과 公害業所의 操業禁止 등의 訴訟이 인정되어야 할 것이다.[93] 또 環境의 破壞者에 대하여서는 環境破壞罪로서 刑事上 處罰이 인정되어야 할 것이다. 現行法 아래서도 刑事上 過失致死傷, 飮用水에 관한 罪 등은 적용시킬 수도 있을 것이다. 環境保全에 관한 單行法令은 그 違反에 대한 行政罰을 규정하고 있다. 環境權에 대한 行政的 救濟에는 行政爭訟, 紛爭調停, 仲裁, 和解仲介, 陳情, 民怨處理 등이 있으며 環境權에 대한 侵害는 事後的인 救濟보다는 事前的인 規制가 더 중요하다고 하겠다.[94] 그 외에 救濟手段으로는 當事者相互間의 合意에 의하여 이루어지는 私的 救濟 그리고 私力에 의존하는 自力救濟 등이 있다. 環境權

91) 權鼎杓, 汚染防止와 環境基準, 1978, 「檢察」 第1號, pp.123~125; 徐燉珏, 前揭論文 pp.10~12 참조.

92) 상세한 것은, 鄭樞雙, "環境汚染과 私法上救濟法과 環境", pp.124~151; 徐元宇, "環境汚染과 被害者救濟", 「檢察」 제1호, 1978, pp.83~111; 前記, 「環境權」, pp.89~118; 牛山積, 「公害裁判の展開と法理論」, pp.161~166; 原田尙彦, 「環境權と裁判」, pp.2~22 참조.

93) 環境權과 差止請求에 관해서는, 前記 「環境權」, pp.157~222. 美國에 있어서의 環境權에 의한 公害訴訟의 特色에 관해서는, 生田典久, "美國における環境權 Enviromental right に基づく公害訴訟の新動向", 「ジュリスト」 No.467; 生田典久, "美國における環境訴訟の新動向", 「ジュリスト」 No.502. 日本에 있어서는 原田尙彦 外 2人, "公害訴訟と環境權一新しい公害訴訟への道", 特輯環境, 「ジュリスト」 臨時增刊, 1971.11.10; 小林直樹, "環境裁判の基本問題", 「法律時報」 No.553; 須田政勝, "公害差止請求論", 「試論法律」 No.563,564; "特集, 差止請求の諸問題", 「法律時報」 No.564; 澤井裕, "公害差止の法理 ①②", 「法律時報」 No.564,565.

94) 具然昌, 環境規制方法論, 「法과 環境」, p.46 이하 참조.

의 侵害에 대한 救濟중 가장 중요한 것은 司法的 救濟와 行政的 救濟이다.

(나) 私法的 救濟

(a) 損害賠償： 環境權侵害는 不法行爲를 構成하여 損害賠償請求權을 발생시킨다. 傳統的인 不法行爲原理는 故意·過失에 관하여 過失責任主義에 입각하여 加害者에 故意나 過失이 있어야 하고 被害者가 그것을 立證하여야 하였다. 公害의 特質에 비추어 이것을 완화하는 것이 모색되어 왔는 데 이에 관하여는, 結果發生의 防止를 위하여 일정한 防止施設을 하여야 할 義務를 위반한 경우에 過失이 있다고 보는 防止義務違反說, 나아가 損害의 發生에 대한 豫見性이 있으면 不作爲 등 損害回避措置를 취함으로써 損害를 防止할 수 있다고 보아 豫見性을 過失의 中心的 內容으로 보는 豫見可能性說이 주장되고 있다.[95] 違法性에 관하여는 受忍限度論이 등장하고 있는데 이 說은 公害의 程度가 社會生活을 營爲하는 데에 각자가 受忍하는 것이 타당하다고 인정되는 限에는 이를 受忍해야 하며, 그 정도를 초월해야만 不法行爲를 구성하고 損害賠償을 해야 할 義務를 지게 된다고 본다.[96] 이에 관한 判決도 나와 있다.[97] 因果關係의 立證은 특히 公害訴訟에 있어서는 가장 어려운 문제이며 一般不法行爲事件과 같은 정도의 立證을 요구한다면 立證困難 때문에 被害者인 原告는 敗訴하기 쉽다. 이를 완화하여 因果關係의 存在의 蓋然性理論이 주장되고 있고,[98] 大法院도 1974年의 判決에서 이 理論을 適用한 바 있다.[99] 複數의 企業의 事業活動이 原因이 된 경우 각 企業의 損害에 대한 寄與를 被害者側에서 立證하기 어려우므로 共同不法行爲要件을 지나치게 解釋하지 않는 것이 타당할 것이다.[100] 公害訴訟 내지 環境訴訟에 있어서는 被害者가 廣域에 걸친

95) 全昌祚, 公害와 過失·無過失, 「法과 公害」, pp.98~100.

96) 受忍限度論에 관한 상세한 것은 李勇雨, 受忍限度論小考, 「法曹」 제 27 권 제 10 호, 1978.10, pp.1~19; 木村保男, 八代紀彦, "環境と利益衡量", 「環境權」, pp.131~156 참조. 日本判例로는 東京高裁 昭和 49年 4月 30日 判決世稱 "國立步道橋事件".

97) 서울高法 1972.9.6 判決 71 나 1620 事件.

98) 具然昌, 公害와 因果關係에 관한 判例硏究(上), 「法曹」 제 24 권 제 8 호, 1975.8, pp.72~85; 德本鎭, 鑛業賠償における因果關係, 公害法の硏究, pp.63~76; 澤井裕, 公害の私法的硏究, p.226; 加藤一郎, 「序論：公害法の現狀と展望」, 公害法の生成と展開, p.29 등 참조.

99) 大判 1974.12.10, 72 다 1774.

100) 金洪奎, 環境訴訟에 있어서의 立證上의 諸問題, 「法과 環境」, pp.193~198 참조.

多數者인 것이 보통으로 이들이 모두 訴訟에 참가한다면 訴訟節次의 遲延, 번잡을 초래하게 되어 美國에서의 class action과 市民訴訟(citizen suit) 등의 集團訴訟이 最近에 脚光을 받고 있다.[101] 環境汚染으로 인한 救濟에 관하여 環境權說을 취하면 環境을 汚染하는 行爲가 있는 경우에는 그것에 의하여 구체적인 被害가 발생했느냐 아니냐에 불구하고 그 자체가 環境에 대한 侵害로 되어 바로 不法行爲가 成立한다고 본다. 물론 環境權侵害에 있어서의 不法行爲의 成立에 있어서도 故意·過失이 필요하나, 그 故意·過失은 環境을 汚染했다는 事實의 認識 또는 그 豫見可能性으로 족하다고 본다.

(b) **留止請求**： 環境權을 侵害하는 環境汚染에 대하여는 그 豫防이나 排除를 요구하는 留止請求權을 行使하여 救濟받을 수도 있다. 이러한 留止請求權의 根據에 관하여는 ① 物權說(相隣權에 관한 民法 제217조, 物權的 請求權에 관한 同法 제214조, 제290조, 제301조, 제319조 등 참고), ② 人格權說, ③ 環境權說, ④ 不法行爲說 등이 있으나[102] 環境權說에 따르면 사람의 健康被害 또는 物的 被害의 발생을 기다림이 없이 자기에 관계 있는 環境破壞가 있으면 바로 留止(injunction)를 請求할 수 있으며, 現實的으로 環境破壞가 행해지지 않더라도 그 危險性이 있는 경우에는 豫防請求權을 인정할 수 있다.[103] 또 請求權者는 環境破壞에 관계가 있는 모든 사람에 擴大될 뿐만 아니라 그 對象으로 하는 環境의 범위도 飛躍的으로 擴大되게 된다. 또 加害者의 故意·過失을 필요로 하지 않으므로 각종 公害에 대해서 극히 빠른 段階에서 널리 留止請求를 認定하게 된다.

(c) **行政的 救濟**

① 行政爭訟： 行政은 적극적으로 環境을 侵害하고, 또는 第3者의 環境破壞에 加擔하는 일이 많다. 高速道路나 飛行場을 設置하여 騷音公害를 야기시키거나 産業基地를 造成하여 公害企業을 誘致하는 活動 등이 빈번히 행해지고 있다.[104] 이와 같이 行政廳에 의하여 그 環境을 침해받은

101) 吳錫洛, 公害訴訟의 節次的 課題, 「環境法硏究」 제 2 권, p.30 이하 참조.
102) 權龍雨, 公害의 豫防·排除請求, 「法과 公害」, pp.158~166 참조.
103) 상세한 것은, 生田典久, "米國における環境訴訟の特色(1)(2)(3)", 「ジュリスト」 No. 537, 538, 539 참조.

國民은 抗告訴訟의 當事者로서의 原告適格(stand to sue)이 인정되어야 할 것이다.[105] 이제까지는 反射的 利益의 侵害라고 보았기 때문에 原告適格이 인정되지 않았는데, 環境權이 보장되어 行政法上의 保護를 청구하는 住民의 利益은 보다 잘 保護될 것이다.[106]

또 行政廳의 認·許可에 의하여 環境破壞의 原因이 되는 事業活動開發行爲 등이 행해지는 경우에는 環境權에 따라 그 認·許可의 取消 또는 無效確認을 求하는 行政訴訟을 提起할 수 있을 것이다.[107]

그런데 立法의 不作爲에 의하여 環境이 侵害된 경우에도 訴訟에 의한 救濟가 可能할 것인가가 문제된다. 구체적인 立法이 없는 경우에 法院에 의한 權利의 實現 내지 救濟를 불가능하게 하는 理由로서 들어지는 것은 i) 環境保護政策의 選擇決定, 措置의 手段·基準·效果 등에 대하여서는 여러 가지 意見이 있을 수 있으며, 이들에 대해서는 모든 사람의 利益을 고려하여 立法者만이 決定할 수 있다. ii) 環境條件의 改善·整備에는 財政的 뒷받침이 필요하며, 國家의 財政經濟政策의 一環으로서 決定되지 않으면 안 될 문제이다. iii) 環境保護는 地域的·國家的 또는 地球的 規模로 실시되어야 할 것이며, 개인의 權利救濟만으로는 解決될 수 없는 문제이다. iv) 環境權의 具體化內容을 法院의 결정에 맡기는 것은 司法權에 立法機能을 행사케 하는 것으로 되어 法的 安全性을 해하며, 나아가 權力分立의 原理를 侵害한다고 하는 것이다.

그러나 불가피한 경우에는 法院의 決定에 맡기는 수도 있을 것이다.

② 그 밖의 行政的 救濟手段: 그 밖의 行政的 救濟에는 行政機關에 의한 調停, 仲裁, 和解仲介, 陳情, 民怨處理 등이 있을 것이다. 環境汚染

104) 行政上의 留止請求나 義務化訴訟에 관해서는 牛山積, 「公害裁判の展開と法理論」, pp. 153~161; カール・ヘルマン・ウーレ, "環境保護法における義務づけ訴訟", 「ジュリスト」 No. 525; 近幾辯護士聯合會, "環境汚染と義務づけ訴訟", 「ジュリスト」 No. 525; 原田尙彦, 「環境權と裁判」, 특히 pp. 126~210.

105) 美國에 있어서의 環境訴訟에 있어서의 Standing에 관해서는, Rogers, *Environmental Law*, pp. 23~30; 前揭, 生田典久氏의 諸論文 참조.

106) 상세한 것은, 特輯, "福祉政策과 社會保障", 「ジュリスト」 No. 502, 1972. 4. 1; 原田尙彦, 「環境權と裁判」, pp. 54~124.

107) 상세한 것은, 金元主, "環境權과 行政上救濟", 「韓泰淵博士回甲記念論文集」, pp. 549~572; 徐元宇, 前揭論文.

과 관련있는 調停으로는 環境保全法上의 環境紛爭調停, 海洋汚染防止法上의 海洋汚染紛爭調停, 鑛業法上의 鑛害調停, 水產業法上의 水質汚染에 의한 漁業被害調停, 原子力損害賠償法上의 原子力損害調停 등이 있다.

또 環境行政 내지는 公害行政에 대한 住民參加가 요구되고 行政節次의 適法性이 요망된다. 環境行政의 節次法이 制定되어야 할 것이요, 環境行政의 公開化로 인한 住民參加의 機會가 提供되어야 할 것이다. 公害行政에 대한 住民參加制度로서는 公害對策審議會, 環境保全諮問委員會 등이 있다. 뿐만 아니라 環境行政에 대한 Ombudsman 制度의 導入 등이 요망된다.[108] 請願權의 행사, 國家賠償請求 등에 의한 行政上救濟도 이를 기대해 볼 수 있을 것이다.[109)110)] 이에 관한 것은 여러 사람들의 論文에서 言及되고 있으므로 상세한 것은 생략한다.[111]

108) 環境行政에 관해서는, 日本環境廳, 昭和 52年版「環境白書」—"環境保全への新たな對應"; 成田賴明, "公害行政の法理",「公法研究」第32號; 室井力, "公害行政における指導と助成",「公法研究」第32號; U.S. Environmental Protection Agency, *Managing the Environment*, 1973 등 참조.

109) 公害補償으로서의 生業補償에 관해서는, 高原賢治, "公害補償としての生業補償",「ジュリスト」No. 532, 1973. 5. 15, pp. 47~48 참조.

110) 公害健康被害補償에 관해서는, 座談會, "公害健康補償法さめじつて",「法律時報」563號(1975. 3).

111) 例를 들어 보면, 韓昌奎, "公害賠償, 公害訴訟",「公法研究」제 6 호, pp. 117~135 참조.