

환경보호와 법치국가 원리의 충돌

- 독일의 판례와 학설을 중심으로 -

정 훈*

< 차 례 >

- I. 서 론
- II. 판례에 나타난 충돌하는 이익상황
- III. 법치국가원리의 파괴에 대한 경고
- IV. 결 론

I. 서 론

현행 각 개별 환경관련 법규 및 이러한 법규의 집행은 결과적으로 경제적인 측면에서 비효율을 나올 수도 있고¹⁾, 나아가 개인의 기본권을 제한하는 측면도 있다. 특히 기본권측면에서 내용상 경제적인 비효율을 감수하는 환경보호²⁾는 재산권이나 일반적인 자유로운 인격의 발현권과 갈등을 빚을 수 있다. 한편, 현대 민주주의 국가의 기본원리인 법치국가 원리는 국가권력으로부터 개인의 기본권을 보호하기 위해 법률에 의한 행정을 표방하고 있는 바, 이러한 법치국가원리의 근간은 역시 개인의 기본권보호에 있다고 할 것이다. 그러나 오늘 날 갈수록 환경에 대한 위해가 증가하고 있는 산업화시대에 환경보호에 대한 당위성이 강화되고 이에 부응하여 환경보호를 위한 각 개인의 재산권이나 영업의 자유에

* 전남대학교 강사, 법학박사

1) 이상한, 환경법의 경제학적 분석, 한국경제연구원, 1997, 11쪽 이하.

2) 소위 “러브호텔” 건축허가거부처분과 관련한 상고심에서 다수의견 중 보충의견은 “환경권이 헌법상의 기본권으로 보장되는 권리로서 재산권이나 영업의 자유보다 우위”라고 하였고(대법원 98두1857, 1999. 8. 19), 舊도시계획법제21조(개발제한구역) 관련 위헌소원에서 재판관 이영모는 “모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경권(헌법 제35조)은 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 실현에 기초가 되는 기본권이므로 사유재산권인 토지소유권을 행사하는 경제적 자유보다 우선하는 지위에 있다”는 반대의견을 피력했다(헌재결 89헌마214, 1998. 12. 24).

대한 제한도 강화되고 있는 실정이다. 이 경우에 충돌하는 두 법익, 즉 환경보호라는 공익과 개인의 재산권 등의 사익은 대립각을 세우게 되고 이러한 대립구도는 필연적으로 어느 일방의 희생을 통해서만 타방의 존속이 보장되는 어려운 선택을 강요하게 된다. 그러나 이처럼 대척점에 서 있는 듯이 보이는 두 관심사는 결코 어느 일방의 희생도 쉽게 감내되어서는 안 될 중요한 가치들이다. 따라서 이러한 갈등에 대한 실효적인 대책이 필요하고 이를 위한 심도있는 논의가 따라야 할 것이다. 한편, 이러한 법익충돌을 다른 각도에서 본다면 환경정책인 차원에서 개발과 보존이라는 문제를 생각할 수 있다. 이와 관련하여 소위 “持續可能한 開發(Sustainable Development)”이라는 환경법의 원리가 제시되기도 한다³⁾. 그러나 여기에서는 정책적인 거대담론보다는 법익으로서 환경이익(환경보호)과 개인의 재산권 등 주관적인 권리의 측면에 논의의 초점을 맞추고자 한다.

환경에 관한 담론이 그 어느 때보다 더 활발하게 전개되고 있는 이 때에 과연 환경문제는 궁극적으로 인류의 생존과 직결되는 문제로서 재산권 등 여타의 기본권이나 다른 어떠한 국가정책보다 우선하는 절대가치이며, 환경보호라는 절대적 당위 아래 모든 가치가 희생되어도 좋은 소위 “생태독재(Ökodiktatur)”의 보도는 아닌지 하는 아주 조심스런 의문이 있을 수도 있다⁴⁾. 자칫 활발한 환경보호 논의에 찬물을 끼얹을 수도 있을 이러한 의문은 단순히 환경보호가 우선 하느냐 아니면 여타의 다른 법익이 우선 하느냐의 문제에 국한되는 것이 아니다. 환경보호라는 국가적 과제를 수행하기 위해 법치국가적 원리를 소홀히 하는 것을 경계하는 데에 이러한 의문제기의 진정한 의미가 있는 것이다.

이 논문은 이러한 문제에 착안하여 충돌하는 두 가치 내지 두 법익간의 문제를 해결하기 위해 비교법적 차원에서 독일의 환경보호와 법치국가원리의 충돌 및 법치국가원리에 대한 파괴의 우려와 이에 대한 경고를 담은 논의를 소개한다. 특히 독일 연방행정법원과 州고등법원의 판례에서 문제가 되었던 사례와 이와 관련한 학설의 논의를 소개함으로써 더 실제적인 비교연구가 될 것이다. 이러한 독일의 논의를 통해서 나온 환경문제의 해법은 한국에서 환경보호와 개인의 기본권보호라는 일견 양립하기 어려운 듯 해 보이는 두 가지

3) “지속가능한 개발”에 대해서는, 홍준형, 환경법의 기본원리로서 지속가능한 개발의 원칙, 「공법연구」 제25집 제2호, 1997. 6, 한국공법학회, p.225이하.

4) 1991년 4월 정부는 강원도 영월의 동강에 댐(영월댐 또는 동강댐)건설계획을 발표했고, 1997년 9월 댐 건설 예정지역이 고시되었다. 그러나, 10년간에 걸친 환경단체와 주민들의 거센 반발로 결국 2000년 6월5일 환경의날에 김대중 대통령은 ‘동강댐 건설 백지화’를 발표했다. 또한 최근 정부는 수 개월 동안 온 나라를 소용돌이에 몰아넣었던 전라북도 부안군 핵폐기장건설에 대한 재검토를 발표하여 사실상 건설 백지화를 선언했다. 이러한 대형 국책 사업을 환경보호라는 데제 아래 무위로 돌아가게 만드는 것은 환경문제의 우선적 가치를 입증하는 예라고 할 것이다.

관심사를 양립가능하게 하거나 적어도 합리적인 조정을 통해 갈등을 완화시키는 계기가 될 것이다.

II. 판례에 나타난 충돌하는 이익상황

1. 개 관

이하에서는 환경보호를 위해 다른 기본권을 제한하는 문제를 내용으로 하는 세 판결과 이에 관한 학설상 논의를 소개하고자 한다. 첫째 사례는 독일 연방행정법원의 Glykol-결정인데, 동 법원은 보건 등 환경보호를 위해 직업의 자유를 제한할 수 있다는 취지의 내용이었고, 두 번째로 소개되는 Kassel 행정법원의 유전공학-결정은 생명과 신체의 불가침권을 보호하기 위해 유전공학제품생산시설을 불허할 수 있다는 내용이었다. 마지막 셋째 사례는 피혁공장에서 배출되는 오염물질을 처리하기 위한 폐기물매립장설치에 관한 계획확정결정이 문제가 되었다. 이에 대해 München 행정법원은 피혁공장은 전적으로 사익을 추구하는 것이므로 이를 위해 제3자(매립장 부지 소유자)의 재산권을 침해할 수 없다며 계획취소결정을 했다. 그러나 연방행정법원은 폐기물매립장설치는 환경보호를 위한 공익성이 강하므로 제3자의 권리를 제한할 수 있다고 하였다.

앞의 두 사례는 하나의 기본권이나 법익을 제한함으로써 이와 대립해 있는 다른 법익을 보호하는 소위 “制限에 의한 保護”라는 테제에 관한 것이고, 셋째의 사례는 독일 기본법이 환경에 관한 이용권이나 이익을 基本權(Grundrecht)으로 인정하지 않는 상황에서 어떻게 이를 헌법적으로 보호할 것인지와 관련하여 소위 「참여권(Teilhaberecht)」에 관한 내용이다.

2. 하나의 법익에 대한 제한을 통한 다른 법익의 보호

한편으로 環境保護라는 과제와 다른 한편으로 法治國家原理의 지침 사이에 잠재하는 긴

장관계는 독일에서 실제로 문제가 되었던 다음의 사례를 살펴봄으로써 명확하게 알 수 있다. 이러한 사례와 관련하여 많은 논란을 야기했던 다음의 두 법원의 결정은 환경보호와 법치국가원리 사이의 갈등을 나타내는 시범사례로 제시될 수 있다. 이 사례와 이에 대한 논의들은 환경보호와 관련하여 소위 “制限에 의한 保護(Schutz durch Eingriff)”라는 표어로 지칭될 수 있을 것이다⁵⁾.

(1) 판결1 : 연방행정법원의 Glykol-결정⁶⁾

연방행정법원의 Glykol-결정은 고권적인 형성수단으로써 정보공여(Information)의 문제와 관련된 것이다.

(가) 사실관계

연방 청소년·가족·보건부 장관(Bundesminister für Jugend Familie und Gesundheit: 이하 “보건부장관”으로 약칭한다)은 1985년의 소위 Glyko-스캔들과 관련하여 독일연방공화국 내에서 「디에틸렌글리콜(Diethylenglykol: DEG)」을 규율하는 『포도주와 기타 제조품에 대한 임시목록』을 발간했다. 이 목록에는 모든 포도주에 대해 제조자의 이름과 포도주의 특성을 표시하는 내용이 들어 있었다. 목록의 첫 페이지에는 개별 제조자에 상응하는 표시가 나타나 있고 DEG가 함유되지 않은 포도주만이 거래에 통용될 수 있다는 점과 목록에 등재된 포도주에 대한 상태표시(Lagebezeichnung)로부터 이 목록에 있는 모든 포도주가 DEG를 포함하고 있지 않다고 추론할 수 없다는 내용이 기술되어 있었다. 또한 소비자가 어떤 포도주에 대한 이의를 제기할 때 그로 하여금 당해 포도주의 동일성을 식별할 수 있도록 개별 제조자의 이름이 등재되어 있었다. 포도주 제조자인 A는 소송을 통해 자신의 이름과 자신이 제조한 포도주를 등재한 「DEG 함유 포도주목록」을 보건부장관이 유포할 권한이 없다는 사실에 대한 확인을 구했다.

(나) 판결요지

- 국가기관이 어떤 기업이나 제품에 부정적인 이미지를 갖게 하는 공표행위를 통해 기업의 직업 수행가능성이 계속해서 제한되는 경우에도 기본법 제12조 제1항⁷⁾의 보호영역에 대한 제한이 존재할 수 있다⁸⁾.

5) Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, Mohr Siebeck, 2001, S.12.

6) BVerwGE 87, S. 37ff.= DVBl. 1991, S. 699ff.

7) 기본법 제12조 제1항: 「모든 독일인은 직업, 직장, 직업훈련장을 자유롭게 선택할 권리는 갖는다. 직업 행사는 법률이나 법률에 의거하여 제한될 수 있다」

8) 그러나 Schoch가 적절하게 지적했듯이 동 판결의 말미에서 다소 혼란스런 모순을 보이고 있다. 즉 앞에

- 보건부장관이 개별 제조자에 대한 정보가 기재되어 있는 문체의 목록을 공표할 권한이 있다.
- 이러한 권한은 일반 공공에게 정보공여(Information)나 경고(Warnung)를 통해 헌법에 의해 정부에게 위임된 정치적 위기극복이라는 과제로부터 나온다.
- 소비자에 대한 기본권상 국가의 보호의무를 위해 포도주 제조자의 개인적 권리제한이 정당화 된다.

(다) 판결의 분석

- 기본권제한과 정부의 공표권한의 근거

연방행정법원은 이 사건에서 자신의 이전의 판결⁹⁾을 인용하며 실시하기를 “일반적인 견해에 의하면 공동체의 발전에 항구적으로 관심을 갖는 일, 그릇된 발전이나 기타 발생하는 문제를 가능한 신속하고 정확하게 진단하는 일, 그러한 문제를 사전에 방지하거나 적어도 제거하기 위한 가능성을 기획하는 일, 나아가 이를 위해 필요한 조치를 준비하는 일 등은, 이 외에 입법자에 의한 결정도 또한 필요로 하는지와 무관하게 결국 기본법에서 예정한 연방정부의 과제에 속한다”고 했다¹⁰⁾. 연방행정법원은 이러한 과제로부터 이에 상응하는 권한을 추론했다. 즉 “정부의 역할은 중요한 공동체이익을 위협하거나 이미 주민에게 강력한 불안을 야기하는 위기적인 상황이 전개되는 경우에 국가전체에 대한 자신의 책무에서 특별히 필요하게 된다. 그러한 경우에 특별히 기본권보장 안에 포함된 국가의 책무, 즉 기본권에 의해 보호된 법익이나 자유에 대한 제3자의 침해로부터 자신의 시민을 보호할 책무는 정부로 하여금 일정한 조치를 하도록 강제할 수 있다. 그러한 위기적인 상황을 극복하기 위해 정부에게 주어진 가장 중요한 수단 중의 하나가 사리에 타당한 설명작업(Aufklärungsarbeit)을 통한 공공에 대한 정보공여(Information)이다. 공공에 정보를 공여하거나 경고를 발함으로써 정부가 자신에게 위임된 정치적 위기를 극복하는 과제는 구체적인 기본권주체를 현존하는 위협상황의 야기자로 규정하고 이에 대한 대책을 강구할 권한도 포함해야 한다. 그에 반해 기본권은 무제한의 보호가 인정될 수 없고 되어서도 안된

서 행해진 심사와 달리 기본권제한이 아니기 때문에 법률유보가 문제되지 않는다고 했다. 그러나 이어지는 방론에서는 다시 기본권제한이 존재하며 이 제한이 정당화된다고 하기도 했다(*Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsrerheit - Das Urteil des BVerwG vom 18. 10. 1990(3C2/88) im Spiegel der Rechtsordnung, DVBl. 1991, S. 667(673)*).

9) BVerwGE 82, S. 76(80).

10) BVerwG, DVBl. 1991, S. 699(701); *Herzog*, in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Band I-V, München, 1999, Art. 20, Rn. 102.*

다”는 것이다¹¹⁾. 그러나 당해 조치는 이러한 과제수행을 위해 필요하고 비례적합성 원칙이 준수되는 경우에만 정당화 될 뿐이다¹²⁾.

이 결정에서 연방행정법원은 국가의 정보공여행위를 위한 수권을 직접 헌법 자체에서 도출함으로써 법률유보원칙에서 비켜서 있다는 것이 명백하다¹³⁾. 동 법원이 일단의 시민 그룹 - 이 사건에서는 소비자 - 에 대한 기본권상 국가의 보호의무를 원용하는 점에서, 법원은 이 의무를 다른 시민 그룹 - 이 사건에서는 포도주 제조자 - 의 개인적 권리제한을 위한 국가의 권한으로 파악한다. 이와 같이 이 판결에 포함된 경고(Warnung)의 보호기능에 관한 인용문은 궁극적으로 制限을 정당화하고 이 制限과 관련하여 기본권상 보호의무에 의해 의회법률의 대체를 정당화하고 있다¹⁴⁾.

(2) 판결2: Kassel 행정법원의 유전공학-결정(Gentechnik-Entscheidung)¹⁵⁾

(가) 사실관계

H 기업은 1985년 6월 24일 연방임미시온방지법(BImSchG)에 근거하여 연간 500톤규모의 유전자변형 박테리아로부터 추출된 인간의 인슐린과 단백질 합성물질인 생명공학 제품과 여기에 필요한 배양시설의 허가를 발급받았다. 동 기업은 1987년 10월 12일의 결정에 의해 종전의 시설허가를 합성단백질의 처리를 위한 시험시설의 허가까지 확장된 허가를 받았다. 한편, 이 시설로부터 8.5km 떨어져 사는 이웃 주민 N은 이 두 허가에 대해 소송을 제기했다.

(나) 판결요지

- 유전공학적 시설은 명시적인 법률에 근거해서만 설치되고 가동될 수 있다.
- H의 경제적 활동의 자유보다 N의 생명과 신체적 불가침의 자유가 우선한다.
- 양 기본권의 충돌시 입법자가 해결해야 한다.
- 입법의 흠결시 특정 기술과 관련한 위험성은 헌법에 의해 직접 저지될 수 있다.

11) BVerwG, DVBl. 1991, S. 699(701f.).

12) BVerwG, DVBl. 1991, S. 702.

13) Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, Mohr Siebeck, 2001, S. 13f.

14) 이 판례에 대한 상세한 평석으로는, Schoch, DVBl. S. 667ff.(672f.).

15) VGH Kassel, JZ 1990, S. 88ff. = NJW 1990, S. 336ff.

(다) 판결의 분석

1) 법률유보원칙의 천명

1993년 12월 16일의 유전공학법(GenTG)¹⁶⁾의 발효 이전에 내려졌던 이 사건의 결정은 대단한 파괴력(Brisanz)을 가졌다. 동 결정에 따르면 유전공학적 시설은 “단지 유전공학의 이용에 관한 명시적인 법률의 규정에 의해서만 설치되고 가동”될 수 있다. 그러나 Kassel 행정법원의 견해에 의하면 연방임미시온방지법도 다른 개별법도 유전공학 시설의 설치와 가동을 위한 허가의 발급에 관한 충분한 법적 근거를 제시하고 있지 않다는 점이다¹⁷⁾. 그리하여 결과적으로 모든 종류의 유전공학적 시설의 설치와 가동은 적법하지 않은 것으로 해석 되었다. 동 법원은 시설이 특별히 형식적인 법률에 의해 허용되지 않는 한, 法律留保, 특히 본질성이론(Wesentlichkeitstheorie)과 기본권상 보호의무를 조합한 이유를 제시하며 대규모의 잠재적인 위험이 추정되는 새로운 시설의 금지를 천명했다¹⁸⁾.

2) 이익충돌의 당사자와 국가의 3면관계

법원에게는 본 사례에서 문제가 되는 국가와 신청자인 H, 그리고 이웃주민인 N 사이의 3면관계에서 발생하는 관점이 결정적인 쟁점이었다. 동 법원은 제1단계로 연방헌법재판소의 Kalkar 결정에 의거하여 N의 생명과 신체적 불가침의 자유를 보호하기 위해 기본법 제2조 제2항 제1문으로부터 나오는 국가의 보호의무에 대해 기본법 제12조(직업의 자유), 제14조(재산권보장), 제5조 제3항(학문·예술의 자유)의 기본권에 의해 보호된 H의 경제적 활동의 자유를 더 이상 고려할 필요가 없다는 것을 명백히 했다. 그에 따라 고전적인 기본권이해에 의하면 일단 H가 원칙적으로 그러한 시설을 가동할 수 있도록 유전공학적 방법과 시설을 규율하고 있으나 흠결이 있는 법률규정은 N의 기본권상 보호청구권과 충돌하게 된다.

3) 입법자의 책무와 입법흡결시 문제

Kassel 행정법원은 제2단계로 입법자가 이러한 충돌을 해결해야 한다고 강조했다¹⁹⁾. N을 보호할 필요성과 그와 동시에 타당한 법률규정을 필요로 하는 다른 기본권 간의 충돌이 존재하는지 여부는 행정법원이 본질성이론에 의해 결정해야 한다. 이와 관련하여 이 사

16) BGBl. I S. 2066.

17) 이러한 견해에 대한 비판으로는, *Hirsch, Keine Gentechnik ohne Gesetz?*, NJW 1990, S. 1445(1446f.); *Sendler, Gesetzes- und Richtervorbehalt im Gentechnikrecht*, NVwZ 1990, S. 231(233).

18) 이에 대한 비판으로는, *Preu, Freiheitsgefährdung durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, JZ 1991, S. 265(266).

19) VGH Kassel, JZ 1989, S. 88(89).

례에서 계획된 유전공학을 사용함으로써 발생하는 구체적인 위험성은 중요하지 않다. 왜냐하면 새로운 차원의 위험과 잠정적인 위험 - 유전공학과 같은 정도의 위험을 내포하고 있는 원자력기술의 위험 - 의 불확실성에 대해 일정한 조치를 하는 개개의 경우에 입법자가 본질적인 결정, 특히 불가피한 위험을 감수할 수 있는지 혹은 어느 정도 감수할 수 있는지에 대해 스스로 결정해야 하기 때문이다. 즉 “이러한 기술을 허용할 것인지 「여부에 대한 결정(Ob)」에 관한 의회의 지도적 결정에 의해서 비로소 구체적인 경우에 「어느 정도(Wie)」가동할 것인지에 관한 문제가 제기된다”²⁰⁾. Kassel 행정법원은 이제 제3단계로 필요한 법률에 흠결이 있는 경우에 3면관계의 충돌을 어떻게 해결할 것인지의 문제에 답해야 했다. 즉 “한편으로 기본법 제5조 제3항, 제12조, 제14조의 기본권과 다른 한편으로 기본법 제2조 제2항의 기본권이 충돌하는 경우에 원칙적으로 연구의 자유·직업의 자유·영업의 자유와 생명과 신체의 불가침권의 특별한 의미에 비추어 특별한 이유에 의해 이러한 자유에 가해지는 제한 간의 비례관계는 유전공학기술의 이용이 인간에 미치는 광범위한 영향 때문에 특별한 허가를 필요로 하는 결과 진도된다”²¹⁾. Kassel 행정법원의 견해에 의하면 기본권 보호범위(Schutzdimension), 즉 타인의 기본권적 자유의 범위는 헌법에 의해 직접 제한된다. 그에 따라 필요불가결한 “보호법률”이 흠결된 경우 N이 입법자에 대해 청구권을 갖는 것이 아니라 직접적인 보호범위의 효력문제로 된다. 결국 행정법원이 필요하다고 판단한 법률, 즉 - 개별적인 경우에 모든 형성가능성을 가진 - 실질적인 내용 뿐만 아니라 제한의 권원(Eingriffstitel)으로서 선언적인 의미를 갖는 법률은 불필요한 것으로 된다²²⁾. 결론적으로 Kassel 행정법원은 헌법차원에서, 위험한 특정 기술과 관련하여 기본권상 보호의무로부터 입법자가 개개의 기술에 대한 허가제도를 통해 부과할 수 있는 행위 금지가 나온다는 식으로 허가유보적 금지(Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)를 밝혔다²³⁾. 그러나 고전적인 행정법상 허가유보와 달리 금지영역에 대한 구체적인 상세한 설명이 없이 “인간에 대해 광범위한 영향”을 끼치는 위험한 행위라는 불확정적인 개념표지를 제시하는데 그치고 있다²⁴⁾²⁵⁾. 이러한 논증에 관한 구체적인 사례는 존재하지 않으며, 1993년

20) VGH Kassel, 1989, S 88(90f.).

21) VGH Kassel, JZ 1989, S. 88(89).

22) *Wahl/Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553(555).

23) 이에 대한 비판으로는, *Wahl/Masing*, JZ 1990, S. 553(555).

24) VGH Kassel, JZ 1989, S. 88(89); 이에 대한 비판으로는 *Wahl/Masing*, JZ 1990, S. 553(555).

25) *Calliess*, 앞의 책, 16쪽.

Gelsenkirchen 행정법원에 의해 소위 전자파(Elektrosmog)와 관련하여 다시 한번 문제가 되었다²⁶⁾.

3. 기본권적 참여권으로서 환경이익(Umweltnutzung als grundrechtliche Te

환경이익을 기본권적 참여권으로 편입함으로써 환경법과 헌법의 근본적인 문제에서 연유하는 환경법의 체계 내적인 모순이 드러나게 되었다²⁷⁾. 이러한 문제점은 피혁공장사례에서 피혁공장에서 배출되는 汚泥를 처리하기 위한 폐기물매립장설치계획확정결정에 대한 München 행정법원²⁸⁾과 연방행정법원²⁹⁾이 각기 상반되는 결정을 함으로서 구체화되었다.

(1) 사실관계

U 기업은 피혁공장(Lederfabrik)을 설치하고자 한다. 피혁을 생산하는 과정에서 폐기물매립장(Abfalldeponie)에서 처리되어야 할 汚泥(Klärschlämme)가 발생한다. 그러나 근처에 적합한 매립장이 없기 때문에, U 기업의 폐기물을 처리할 의무가 있는 폐기물처리권한을 가진 조합(Zweckverband)이 폐기물매립장을 설치하기 위한 계획확정(Planfeststellung)을 신청했다. 계획된 폐기물매립장은 전적으로 설치하고자 하는 피혁공장에서 발생하는 汚泥만을 수용해야 한다. 한편, 폐기물매립장설치를 위해서 토지소유자인 E가 매각하려 하지 않는 토지가 필요하였다. 관할 국가기관은 해당 토지 안에 피혁공장을 입주시킴으로써 구조적으로 취약한 지역에서 지속적인 일자리를 창출할 것을 내용으로 하는, 폐기물매립장을 허가하는 계획확정결정을 확정했다. 요구된 토지의 소유자로서 E는 계획확정결정에 대한 취소소송을 제기했다.

(2) 판결요지

(가) München 행정법원의 결정요지

- 피혁공장은 순전히 사익을 추구하는 기업으로 이를 위해 제3자인 토지소유자의 재산권을 침해하는 계획확정결정은 취소되어야 한다.

26) VG Gelsenkirchen, ZUR 1993, S. 119ff.

27) Murswiek, Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht, DVBl. 1994, S. 77ff.

28) BayVBl. 1989, S. 272.

29) BVerwGE 85, S. 44.

(나) 연방행정법원의 결정요지

- 폐기물처리시설은 공공에 유익한 계획확정을 통해서만 가능하다.
- 폐기물처리는 생존배려, 환경보호, 전염병예방과 경관보호를 위한 과제로서 고도의 공공의 이익을 추구하는 것이다.
- 따라서 폐기물처리를 위한 계획확정결정은 공공에 유익한 것이다.
- 제3자의 권리제한은 정당화 될 수 있다.

(3) 판결의 해석

(가) 개관

사적으로 유익한 기업허가의 기능을 하는물관리법상 계획확정이 제3자의 권리제한을 정당화할 수 없다는 연방행정법원의 판례³⁰⁾에 의거하여 München 행정법원은 계획확정결정을 취소했다. 계획된 폐기물매립장은 폐기물법상 원인자책임원칙의 고려 하에 계획된 피혁공장에 귀속함으로써 문제의 중심에 놓이게 되었는데, 이는 특별히 동 폐기물매립장이 피혁공장에서 발생하는 汚泥만을 수용해야 하기 때문이다. 그에 대해 연방행정법원은 폐기물처리시설이 항상 공공복리를 이유로 해서 허가되고, 따라서 폐기물처리시설을 위해서는 원칙적으로 공공에 유익한 계획확정을 통해서만 가능하다고 실시했다. 폐기물처리(Abfallentsorgung)는 생존배려, 환경보호, 전염병예방과 경관보호를 위한 과제이고 따라서 고도의 의미 있는 공공의 이익을 추구한다는 것이다. 그에 따라 환경법상 폐기물처리가 공공의 복리에 기여한다면, 폐기물법상 계획확정도 공공에 유익한 것이어야 하고, 따라서 제3자의 권리제한은 - 사적으로 유익한 계획확정과 달리 - 계획법상 형량의 틀 안에서 정당화 될 수 있다고 한다³¹⁾. 이러한 고찰을 통해 U기업을 위해 존재하는 폐기물매립장을 위한 E의 토지의 사용(Inanspruchnahme)을 명령하는 계획확정결정은 헌법에 반하는 사적으로 유익한 수용이 아니라³²⁾, 원칙적으로 허용되는 공공에 유익한 수용을 의미한다³³⁾.

(나) Murswiek의 비평: 참여이론(Teilhabethese)³⁴⁾

1) 분리이론(Trennungsthese)의 문제점

Murswiek는 연방행정법원의 논증은 폐기물배출과 폐기물처리를 엄격히 분리함으로써

30) BVerwGE 55, S. 220; 78, S. 40(42).

31) BVerwGE 85, S. 44(45ff.).

32) BVerfGE 74, S. 264(286ff.).

33) Murswiek, DVBl. 1994, S. 77(78).

34) Murswiek, Privater Nutzen und Gemeinwohl im Umweltrecht, DVBl. 1994, S. 79ff.

사적으로 유익한 제품생산을 위해 제3자의 재산권을 사용할 수 있게 했다고 비판했다³⁵⁾. 즉 Murswiek는 “동 사업계획을 일련의 관계 속에서 고찰한다면, 이 경우에는 그것의 가동이 시장경제 시스템의 틀 안에서 누구도 공공에 유익하다고 여기지 않는 피혁공장과 관계가 있다. 汚泥의 배출은 피혁제조공정의 한 부분이고, 오니의 매립은 불가피한 결과이다. 그에 따라 오니의 배출과 매립은 마찬가지로 사적 기업목적에 귀속된다. 따라서 사적으로 유익한 것으로 평가되어야 한다”고 했다. 연방행정법원은 제품생산과정에서 폐기물이 배출되는 것은 사적으로 유익한 부분으로 간주했지만, 발생하는 폐기물은 공적 과제로서 환경보호를 위해 국가에 의해 권한이 주어진 매립장에서 처리되어야 한다고 하면서 폐기물배출과 폐기물처리라는 단일한 생활관계를 완전히 분리했다. 이러한 분리이론(Trennungsthese)은 사적으로 유익한 프로젝트(가령 피혁생산을 가능하게 해주는 폐기물매립장의 설치)를 공적으로 유익한 프로젝트로 변경함으로써 심지어 이를 위해 收用까지 허용하는 결과를 가져온다. 그러나 이러한 분리이론은 다른 한편으로, 자연이나 경관에 대한 중대한 침해 혹은 지하수의 오염위험이나 매립장가스에 의한 대기오염으로부터 바로 환경보호에 기여하게 될 프로젝트를 기획하기도 한다. 즉, 이처럼 폐기물배출과 폐기물처리를 따로 나누어 고찰함으로써 법적인 문제가 제거되기도 하는 것이다³⁶⁾.

2) 환경에 대한 참여권(Teilhaberecht)

그러나 Murswiek은 이러한 분리이론의 부분적인 순기능적 측면에도 불구하고 계속해서 분리이론에 대한 자신의 비판적 입장을 전개해 나갔다. 즉 그는 피혁공장사례에서 전개된 분리이론으로부터 다음의 언술에 근거를 제시하려고 했다. 즉 환경이익은 생존을 위해 결코 양보할 수 없는 필요불가결한 최소한의 가치이다. 따라서 환경이익의 수익자에게는 헌법에서 연원하는 참여(Teilhabe)와 별개로 국가가 임의로 처분할 수 없는 자원관리라는 측면에서 환경이용청구권(Umweltnutzungsanspruch)이 귀속한다는 것이다. 그의 논의는 경제적 활동의 자유를 전제조건으로 하고 있는데, 이 사례에서 피혁공장을 설치하고 가동할 자유는 원칙적으로 기본법 제12조 제1항에 의해 보호되는 자유이다. 물론 이로부터 국가의 자유제한에 대한 방어권이 도출되지만, 기업이 자신의 사업계획을 위해 타인의 토지를 사용하거나 국가가 자신을 위해 공공의 폐기물매립장에서 폐기물을 처리하도록 청구하는 권리가 도출되기도 한다. 피혁공장의 사례에서 처럼 기업이 자신의 생산활동에서 발생하는

35) 사인을 위한 수용의 허용성에 관한 상세한 논의에 대해서는, *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, Mohr Siebeck, 1999, S. 117ff.

36) *Murswiek*, DVBl. 1994, S. 77(79).

폐기물의 배출을 억제하거나 처리할 상태에 있지 않다면, 그에게 있어서 직업수행의 자유는 국가가 폐기물처리에 적합한 매립장을 갖추어서 폐기물을 처리할 때만 가능하게 된다. 그러나 국가가 헌법상 이러한 책무를 지지는 않으므로, 기업의 직업수행의 자유는 자신이 지배할 수 없는 요건에 좌우된다. 만일 국가가 폐기물처리를 하지 않는다면, 기업은 자신의 사업계획(본 사례에서는 피혁공장의 가동)을 실현할 수 없게 된다. 그러한 점에서 자유의 행사가 문제가 아니라 참여(Teilhabe)가 문제이다. 그럼에도 불구하고, Murswiek의 견해에 의하면, 분리이론은 양자가 서로 아무런 관계가 없는 것처럼 기본법 제12조 제1항에 의해 보호되는 생산의 영역과 그로 인해 환경에 미치는 결과를 분리하여 환경보호라는 공적 과제를 국가에게 위임하고 있는 분리이론은 이러한 점을 간과하고 있다³⁷⁾. 포괄적인 관점에서 보면, Murswiek의 견해에 의하면, 기업은 그에게 법적으로 귀속되지 않는 소위 공공의 환경재화(대기·물 등)에 유해물질을 배출하면서 기본법 제12조 제1항에 의거하여 자신의 활동을 위한 그 밖의 실질적인 조건을 요구한다. 그러나 희소한 공공재화의 이용과 관련하여 각 개인은 무제한으로 그리고 자신이 원하는대로 처분할 수 없다. 그렇지 않으면 타인의 이용을 배제하거나 심지어 환경재화를 심각하게 훼손하여 장래의 이용을 불가능하게 할 우려가 있기 때문이다. 그에 따라 희소한 공공재화의 이용을 위해 자유의 원리(Freiheitsprinzip)가 적용되는 것이 아니라, 평등한 참여(gleiche Teilhabe), 즉 기본법 제3조 제1항(일반적 평등조항)에 의거하여 사리에 적합한 관리결정에 의해 불가피하게 한정된 이용권능을 분배하는 원리가 적용된다. 이 경우 관리결정(Bewirtschaftungsentscheidung)은 공공의 대표자로서 규범정립자에 의해 일반적으로 또는 법률의 수권에 의해 그리고 법률상의 분배기준을 기초로 하여 관할 행정청에 의해 구체적으로 내려진다. 그에 따라 Murswiek에 의하면 자유권과는 정반대의 원칙이 적용된다. 즉 “자유가 원칙적으로 무제한이고 각 자유에 대한 제한은 정당성을 필요하는 반면, 자연에 참여하는 것은 사물의 이치상 항상 제한되고 원칙적으로 정당성을 필요로 한다”. 그에 따라 헌법에서 연원하는 환경관련 참여권(Teilhaberechte)은 인간이 자유로운 공동체 내에서 환경을 이용하기 위해 필요한 최소한의 것, 즉 호흡을 위한 공기의 이용이나 주거지역에서 난방을 위해 발생하는 불가피한 엠미시온(Emission)³⁸⁾ 등에 한정된다. 그 밖에 입법자는, Murswiek의 견해에 의

37) Murswiek, DVBl. 1994, S. 77(80f., 83f.).

38) 엠미시온(Emission)이란 임미시온방지법(Bundes Immissionsschutzgesetz) 제3조 제3항에 의하면 어떤 시설물로부터 나오는 대기오염, 소음, 진동, 빛, 열, 광선과 이에 유사한 현상을 말한다.

※ 임미시온(Immission)이란 동법 제3조 제2항에 의하면 인간, 동물, 식물, 토양, 물, 대기 및 문화재와 그 밖의 유형재산에 영향을 미치는 대기오염, 소음, 진동, 빛, 열, 광선과 유사한 환경영향을 말한다.

하면, 제품의 사회적 효용성에 대한 평가, 즉 공공복리에 기초하여 자신의 고유한 기준에 의해 내려지는 평가에 의거하여 환경이용권능의 분배를 결정해야 한다. 그러한 점에서 참여이론의(Teilhabethese)의 효력은 Murswiek의 견해에 의하면 다음과 같이 적절하게 표현할 수 있다. 참여이론은 그와 대립되는 기본권이 존재한다는 이유로 생태학적으로 불가결한 규율의 부작용을 정당화하지 못하게 한다. 또한 참여이론은 정책에서 환경과 관련한 집행결함에 대한 헌법적 정당성을 최종적으로 차단한다. 그러나 참여이론은 생태학적 적정성을 경제적으로 합리적인 방식에 의해 유지할 것을 입법자의 완전한 자유에 맡기고 있다³⁹⁾.

III. 법치국가원리의 파괴에 대한 경고

- 생태독재로 갈것인가? -

1. 판결에 나타난 법치국가원리의 파괴성

위에서 소개한 연방행정법원의 Glykol- 결정과 Kassel 행정법원의 유전공학- 결정은 법치국가적 관점에서 기본법의 구조상 법치국가원리를 잠식하고 있는 예로서 자주 비판적으로 인용되고 있다. 두 사례는 타방에 대한 제한을 통한 일방의 보호와 이 경우 국가의 역할이 핵심적인 문제가 되는 3면관계가 쟁점이 되었다. 이러한 관계는 어느 일방을 희생시켜야만 타방이 존속할 수 있는 것이다. 이러한 배경에는 한편으로 어떤 형식적인 법적 근거를 통해 “보호측면(Schutzseite)”과 “제한측면(Eingriffsseite)”을 조정할 수 있는지 하는 문제와 다른 한편으로는 그러한 조정이 어떻게 실체법적으로 추구될 수 있는지 하는 문제가 놓여 있다⁴⁰⁾. 이러한 문제와 관련하여 제기된 비판은 우선 확고한 3면관계에서 기본권적 보호의무가 어떻게 법치국가적 법률유보의 파괴를 위한 지렛대(Hebel)로 작용하는지에 집중되어 있다⁴¹⁾. 즉 이러한 경우에는 법률상 제한요건의 제시에 관한 행정청의 부담도

39) Murswiek, DVBl. 1994, S. 77(81f., 84).

40) Wahl/Masing, JZ 1990, S. 553.

41) Die Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat - Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel des Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994, S. 417; Wahl/Masing, JZ 1990, S. 555.

없고 구체적인 구성요건표지에 대한 구속도 없게 된다고 적절하게 지적된다. 그러나 무엇이 공공복리를 저해하고 무엇이 공공복리에 유익한지, 또 어떤 행위가 바람직 하고 어떤 행위가 바람직 하지 않은지에 관한 법률상 규정이 결여되었다면, 법치국가적 측면에서 우려할 만한 광범위한 자의가 행해질 수 있다는 점이다⁴²⁾. 요컨대 국가적 보호의무는 이러한 방식에 의해 리바이어단의 일반조항(leviathanischen Generalklausel)이 되는 것이다. 이러한 문제에 대해 Di Fabio는 법치국가적 권력분립원칙의 측면에서 “의회입법우선권의 찬탈(Usurpation parlamentarischer Vorrechte)”, “의회유보라는 부담을 덜기 위한 제2의 권력과 제3의 권력의 동맹”이라고 비판했다. 그가 “복지국가적 침해행정의 경향”이라고 확인한 이른바 발전(Entwicklung)이라고 하는 것은 “重商主義的 國家觀(kameralistisches Staatsverständnis)의 회상”을 일깨웠던 것이다⁴³⁾. 또한 법원의 결정에 나타난 경향, 즉 국가기관의 과제로부터 기본권제한에 관한 기관자신의 권한을 추론하는 것을 금지하는 원칙을 명확하게 준수하지 않는 법원의 경향도 역시 문제이다⁴⁴⁾.

그러나 무엇보다 비판의 핵심이 되는 것은 Kassel 행정법원의 유전공학-결정인데 여기에서 특히 문제가 되는 부분은 기본권상 보장된 자유에 대한 원칙적인 추정(prinzipielle Vermutung)⁴⁵⁾을 뒤집은 동 결정의 문구이다. 즉 동 법원은 입법자에 의해 특별히 허용되지 않으면 모든 유전공학적 활동은 금지된 것으로 본다고 결정했던 것이다. 동 결정에 대해 평석을 했던 거의 대부분의 문헌이 일치되게 주장하기를, 결국 입법자는 보호의무를 지렛대 삼아 자유주의적 법치국가를 구성하는 원칙을 제거할(aushebeln) 것이 아니라, 오히려 그 반대라고 하였다. 다시 말하면 기본권상 보장된 자유의 행사는 법률에 의해 명시적으로 금지되지 않는 한 허용되어야 한다는 것이다⁴⁶⁾.

한편, 연방행정법원의 피혁공장-결정과 관련하여 Murswiek에 의해 가정된 개념, 즉 환경이용은 단지 기본권상 참여권(Teilhabe)으로 이해되어야 한다는 주장에 대해 마찬가지로 학설에서 명백한 비판이 가해졌다. 이는 단지 서구의 헌법국가적 전통 안에서 이해되고 있는 기본권과 자유권과의 결별을 의미할 뿐 아니라, 논의의 과정에서 국가적 차원의 투자유

42) *Wahl/Masing*, JZ 1990, S. 555; *Kloepfer/Vierhaus*, Freiheit und Umweltschutz, in: Kloepfer, Anthropozentrik, Freiheit und Umweltschutz, Bonn 1995, S. 39.

43) *Di Fabio*, Risikoentscheidung im Rechtsstaat, S. 421.

44) *Schoch*, DVBl. 1991, S. 672f.; *Wahl/Masing*, JZ 1990, S. 555.

45) 각 개인은 자신의 자유의 근거를 증명할 필요가 없으나 국가는 개인의 자유를 제한할 경우 이를 정당화할 수 있는 근거를 제시해야 한다.

46) *Hirsch*, NJW 1990, S. 1445f.; *Wahl/Masing*, JZ 1990, S. 555f.; *Preu*, JZ 1991, S. 269f.

도를 떠올리게 하는 경제질서의 근본적인 변형을 자저울 수도 있다는 것을 의미한다. 특히 이 개념에는 공동체의 자유와 국가의 책임에 관한 기본법의 각기 상이한 기능을 고려하지 않는 전체주의적인 국가책임의 관념을 기초로 하고 있다⁴⁷⁾.

2. 법치국가파괴에 대한 경고: Kloepfer의 생태독재

Kloepfer는 자유와 환경보호 사이에 존재하는 긴장을 언급하며, 자유민주주의가 환경보호라는 국가적 과제를 수행하면서, 그 스스로 “생태독재(Ökodiktatur)”로 발전할 위험을 감수하고 있지 않은지에 관한 문제를 제기했다⁴⁸⁾. 환경보호가 자유와 기본권의 조건을 보장하는 것으로 이해될 수도 있지만, 환경에 부담을 주는 개인의 경제적인 활동에 대한 역제가 환경법을 통해 자유에 대한 다양한 제한이 될 수 있는 가능성은 무궁무진 하다. 이를 구체적으로 살펴보면 사전배려원칙(Vorsorgeprinzip)에 의거하여 국가에 의한 제한의 수준을 위험예방으로부터 순전한 위험감소로 까지 부단히 연장하는 것, 잠정적으로 환경재화(가령, 물·토양)에 대한 개인의 이용가능성을 점증적으로 침해하는 것, 그리고 환경재화(가령, 물)에 대한 특정한 이용권을 국가가 분배하는 것 등에 대해서는 법치국가원리에 의해서만 강하게 조종할 수 있을 것이다. 왜냐하면, 항상 직접적인 방식보다는 간접적인 방식으로, 즉 국가에 의한 행위유도의 형식(부과금, 제품생산의 정보공여와 경고)이 전체적으로 점차 더 이상 자주적으로 행동하는 인격체가 아니라 단지 생태적으로 행동하도록 자극된 국가의 공취질서(Zugriffsordnung)의 객체로 전락하게 된 개인에 대한 본질적인 자유의 제한으로 되기 때문이다. 그러한 점에서 개별 조치가 문제가 아니라 다양한 명령·부담부과·행위기대와 같은 통일되지 않은 다중적인 조치들에 의해 나타나는 시너지효과 즉 정치적·생태적 효력이 문제이다. 왜냐하면 기본권과 법치국가적 과잉금지원칙은 사안에 따른 개별적인 제한의 통제를 위해 적합한 것이지, 중첩되는 다중적 제한조치에는 적합하지 않기 때문이다⁴⁹⁾. Kloepfer의 관점에 의하면 환경이 - 최근에 와서야 의심 없이 얻어진 성과임에도 불구하고 - “만족할 만한 상태”에 있지 않다는 위험은 앞에서 언급한 위험과 대립해 있다. 그 때문에 미래의 국가는 오히려 환경에 대한 불체손을 자신의 과제 및 자신의

47) Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, Frankfurt a. M. 1998, S. 124.

48) Kloepfer, Droht der autoritäre ökologische Staat?, in: Baumeister, Hubertus(Hrsg.), Wege zum Ökologischen Rechtsstaat, Taunusstein 1994, S. 42ff.

49) Kloepfer, in: Baumeister, S. 43.

결정의 기준으로 삼고 중요한 행동의 목표로 까지 강화하려고 할 것이다. 따라서 자연적인 삶의 토대에 대한 책임을 부과하고 있는 소위 환경국가(Umweltstaat)는 여전히 다양하고 광범위한 규율, 가령 운송관계, 폐기물관계 등에 관한 규율을 제정해야 한다. Kloepfer는 경계하여 말하기를 “우리는 환경을 보호할 뿐만 아니라, 그와 동시에 전체주의적 지배형식을 야기하고 따라서 법치국가 내지 민주주의적 시민의 자유를 침해할 국가로 가고자 하는가? 우리는 전체주의적 생태주의 감독국가와 분배국가로 가는 길 위에 있는 자신을 보고자 하는가?” 그에 의하면 “생태독재”는 환경재화에 대한 결핍 때문에 - 어쨌든 환경상황의 위기가 첨예한 경우에는 - 사라질 수 없다. 즉 “국가가 생태적 혼돈에 빠져들게 되면, 그로 인해 생태-전체주의적 질서(ökologisch-autoritäre Ordnung)가 등장하게 된다”. 그럼에도 불구하고 그러한 상황과 무관하게 전체주의적-관료주의 내지 기술관료주의적 구조속에서, 생태주의적 엘리트의 전문가지배를 통해 구체화되고 자유를 압살하는 국가의 배려정책의 경향이 지배하는 “생태독재”의 강화된 형식도 생각해 볼 수 있다. 이와 관련하여 현행 헌법질서가 형식적으로 유지되는 한, 그러한 지배형식은 완만하고, 교묘하게 성장할 것으로 예상된다. 생태학적으로 행동하도록 자극된 전체국가로 가는 과정에서 우선 사실상 국가가 무력하게 되는 상황이 올 수도 있다. 즉 이러한 무력국가(Staatsschwächung)는 자국의 산업이익을 제대로 관철하지 못하고, 기술적-학술적 변화에 능동적으로 대처하지 못하며, 환경법의 만연은 더 이상 집행을 어렵게 만들게 될 것이다. 결국 무력국가는 그 후 국가우월주의(Staatsübermacht)로 흐르게 될 것이다⁵⁰⁾. Kloepfer의 이러한 견해로부터 국가의 환경보호 “과잉(Zuviel)”은 그가 생태독재라고 지칭하는 전체주의적 국가를 야기할 뿐만 아니라, 환경보호를 통해 자유와 기본권의 조건이 보장되기도 한다는 측면을 충분히 고려하지 못하는 국가의 환경보호 “과소(Zuwenig)”를 나올 수도 있다는 점은 명백해진다⁵¹⁾. 현대 헌법국가가 생태학적으로 새롭게 되는지 아니면 생태적 전체주의 지배구조로 전락하는지 여부는 환경위기를 극복할 수 있는지 혹은 개개의 경우에 어떻게 신속하게 극복할 수 있는지에 달려 있다. 효과적인 환경보호만이 현행 헌법질서와 공동체의 생활에 중요한 헌법적 합의를 보장하게 된다. 즉 당면하는 환경문제에 효과적으로 대응하면 할수록, 환경보호에 관한 법치국가적 비용은 적게 된다⁵²⁾.

50) Kloepfer, in: Baumeister, S. 45ff.

51) Kloepfer, in: Baumeister, S. 42; Breuer, Strukturen und Tendenzen des Umweltschutzrechts, Der Staat 1981, S. 393ff.; Murswiek, Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht, JZ 1988, S. 985ff.

52) Kloepfer, in: Baumeister, S. 49; Murswiek, JZ 1988, S. 993.

IV. 결 론

이상에서 독일의 환경보호에 관한 세 판결과 이에 관한 학설의 비평을 소개하였다. 그러나 학설들의 주된 비판이 연방행정법원의 Glykol-결정이나 Kassel 행정법원의 유전공학-결정의 실제적인 결론에 대해서 행해지지 않았다는 것은 주목할 만한 것이다. 즉 환경보호의 당위성에 대해서는 일단 공감하고 있다는 점이다. 오히려 Kassel 행정법원의 유전공학-결정에 대한 비판에서 알 수 있듯이 판결 이유 중 “입법자에 의해 특별히 허용되지 않는 한 모든 유전공학적 활동은 금지된 것으로 본다”는 문구에 집중적인 비판이 가해진 것이다. 즉 환경보호를 다른 기본권보다 우선했다기 보다 헌법질서 내의 법치국가원리를 파괴하는 법논리 전개에 더 우려를 한 것으로 보인다. 결국 위 들 사례에 대한 비판에서 결정적인 점은 원칙적으로 보호의무에 의해서 법치국가적 법률유보원칙에 대한 우려할 만한 배제가 행해질 수 있다는 점과 나아가 이러한 배제에 근거를 제시해주는 해석론적인 사고에 대한 것이다. 그럼에도 불구하고 인용된 두 판결은 법치국가적 측면에서 지나치게 문제가 되는 논리, 즉 법학계에서 선전문구 같은 - 부분적으로 과장된 면이 있지만, 경고적 성질로서 타당한 - 개념, 즉 “교육자적 국가(präzeptoralen Staat)”로부터 “보호국가(Schutzstaat)” · “생태적 경찰국가(ökologischen Polizeistaat)” · “생태독재(Ökodiktatur)” 등으로 치부되는 논리를 전개하는 측면이 강한 상징적인 사례라는 점을 간과해서는 안된다. 이상의 논의들에서는 법치국가적 자유의 보장과 환경보호 간의 긴장관계에 대한 문제를 2차원적으로 개관하였다. 왜냐하면 경고적 의미에서 생태독재로 지칭되는 전제주의 국가에 이르게 될 환경보호에 관한 과잉만이 아니라, 환경보호를 통해 자유와 기본권의 조건을 보장하는 차원이 배제된 국가적 환경보호의 과소도 문제가 될 수 있기 때문이다. 그에 따라 법치국가에서 보장되는 기본권적 자유는 환경보호라는 국가적 과제의 측면에서 여러 차원에서 조망되어야 한다. 그에 따라 법치국가로서 국가는 어느 하나를 포기해야만 다른 것을 유지할 수 있는 진퇴양난에 처해질 수 있다. 국가는 환경보호에 관한 자신의 국가적 책임을 수행하면서 자유를 제한하는 조치와 자유를 실현시키는 조치 사이에서 가능한 자유에 우호적으로 행동해야 하고 그로 인해 법치국가적 차원에서 갈등과 충돌하는 이익을 현실적으로 조정해야 한다. 환경보호의 영역 안에서 국가의 조치에 대해 이렇게 이중적인 장치가 마련된다면 환경보호가 법치국가에 대한 파괴로 나가지는 않을 것이다. 그에 따라 헌법의 주요한 지주

인 고전적인 법치국가원리는 환경문제에서도 여전히 중요한 지위를 차지하며 문제를 해결하는 핵심에 놓이게 될 것이다.

주제어 : 환경보호, 법치국가, 환경국가, 환경재화, 생태독재

【Zusammenfassung】

Umweltschutz versus Rechtsstaat

Jeong, Hoon

Interessant ist, daß überwiegend weder die Glykol-Entscheidung des BVerwG noch der Gentechnik-Beschluß des VGH Kassel in ihrem praktischen Ergebnis kritisiert werden. Entscheidend für die Kritik sind in der Regel dogmatische Erwägungen, die an der in der Tat rechtsstaatlich bedenklichen Aushebelung des Gesetzesvorbehalts durch die Schutzpflichten anknüpfen. Dennoch soll nicht verkannt werden, daß die beiden zitierten Urteile geradezu symbolhaft für Aspekte einer rechtsstaatlich überaus problematischen Entwicklung stehen, die von Teilen der Rechtswissenschaft mit plakativen - zum Teil zwar übertriebenen, aber ihrem Charakter als Warnungen entsprechenden - Begriffen vom präzeporalen Staat über den Schutzstaat oder ökologischen Polizeistaat bis hin zur Ökodiktatur belegt wird. Zum Teil wird in dieser Diskussion allerdings die zweidimensional angelegte Problematik des Spannungsverhältnisses rechtsstaatlicher Freiheitssicherung und Umweltschutz übersehen. Denn richtigerweise kann nicht nur ein Übermaß an staatlichem Umweltschutz, das die Dimension der Sicherung von Freiheits- und Grundrechtsvoraussetzungen durch Umweltschutz außer Acht läßt. Dementsprechend ist die im Rechtsstaat verbürgte grundrechtliche Freiheit mit Blick auf die Staatsaufgabe Umweltschutz mehrdimensional angelegt. Der Staat als Rechtsstaat ist damit in eine Zwickmühle. Er muß in Wahrnehmung seiner staatlichen Verantwortung für den Umweltschutz zwischen freiheitseinschränkenden und freiheitsermöglichenden Maßnahme einen möglichst freiheitsschonenden und damit rechtsstaatlichen Ausgleich bewirken. Muß diese doppelte Anforderung an staatliches

Handeln im Bereich des Umweltschutzes nicht zwangsläufig zu einem Verlust an Rechtsstaatlichkeit führen? Ist damit der klassische Rechtsstaat als tragende Säule der Verfassung endgültig in Frage gestellt?