

환경법과 입법자의 법률개선의무

최 윤 철*

<차 례>

- I. 들어가는 말
- II. 환경법의 성격
- III. 환경관련법규의 지속적인 개선의 필요성
- III. 헌법상의 환경관련법률 개선의무
- IV. 환경관련법률의 개선부작위의 효과
- V. 맺음 말

I. 들어가는 말

현대사회는 '위기의 사회'¹⁾(die Risikogesellschaft)로 특징 지워 불리고 있다. 과학기술의 발전과 이를 바탕으로 한 자연에 대한 인간의 도전과 정복은 인류에게 풍요를 가져다주었고 이러한 과학기술을 바탕으로 한 장래예측이 용이하여 질 것이라는 기대와 함께 앞으로도 더욱 번영과 발전을 약속하고 있는 듯하다. 그러나 인류의 현실은 오히려 더욱 불안정해지고 있는 것 같으며, 인류가 아직까지 격지 못하였던 새로운 위험과 과거 국지적인 위험으로만 머물던 위험들이 과학기술의 발전을 근거로 인류전체의 안전을 위협하는 지경에까지 이르게 되었다.

우리가 위기의 사회라고 부르는 현대사회는 그 이전시대에 비하여 외부로부터의 예측 불가능한 위험으로부터 벗어난 사회라고 표현되어 질 수 있다²⁾. 즉, 이전의 사회가 외부로부터, 생소하거나 인류외적인 위험요소들로부터 안전을 위협받았던 것과는 달리, 현대사회는 인류 스스로가 위험요소를 생산하고 그에 따른 위험에 직면하게 된 것이다. 종래 국지적이고 한 사회 내에서 제한적으로 생겨났던 위험요소들은 이제 핵, 환경과괴, 유전자 조작 등과 같은 것처럼 거대한 규모로 역시 인류가 개발한 각종 교통수단과 교류수단을

* 건국대학교 법과대학 조교수

1) U. Beck, Risikogesellschaft, auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a. M. 1986, S. 26 ff.

2) C. Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001, S. 2.

통하여 인류사회 전체에 제한이 없이 확산될 수 있게 되었다. 인류사회의 안전한 지속을 위해서 연구되고 개발되었던 각종 기술과 문명이 이제 거꾸로 인류사회의 안전을 가장 위협하는 요소로 부메랑이 되어서 돌아올 수 있는 상황에 놓인 것이다. 사회국가의 경향 또는 사회국가의 강조에 따른 국가과제의 확대는 국가로 하여금 이미 자신의 능력에 넘어서는 과도한 과제에 시달리게 만들었다는 견해들이 나타나고 있는 가운데, 위기사회라는 화두는 국가에게 예측 곤란한 위협에 대한 정확한 예측을, 나아가서 그에 대한 대책을 세우도록 하는 과제까지 요구하기에 이르렀다.

이 글에서는 위협예방과 자연의 지속성유지등과 관련한 환경관련 법제의 특징을 살펴보고 입법자의 의무중의 하나인 법률개선의무를 바탕으로 환경관련법제의 개선의무에 관하여 논하고자 한다. 마지막으로 입법자가 환경관련법제의 개선의무를 해태하거나 불이행하였을 경우의 효과에 대하여 살펴보기로 한다.

II. 환경법의 성격

1. 기본권으로서의 환경권

대한민국헌법은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하여(제35조 제1항) 세계 각국의 헌법에 비하여 비교적 이른 시기에 이른바 환경권을 국민의 기본권으로서 규정하여 이를 보장하고 있다³⁾. 다만 그 내용과 한계에 관한 사항은 법률에 유보하고 있다(동조 제2항).

환경권의 법적 성질에 관한 여러 견해의 차이에도 불구하고 이를 기본권으로 보는 한 입법자는 모든 국민이 건강하고 쾌적한 생활을 영위할 수 있도록 하기위하여 관련 법률들을 제정·

3) 국민의 기본권으로서의 환경권의 인정은 1980년 제8차 개헌에서(당시 헌법 제33조에 규정) 처음으로 이루어졌다. 다만, 당시 헌법개정을 주도하였던 정치세력이 환경보호 내지는 보전의 중요성과 국민의 기본권으로서의 환경권에 관한 진지한 고민과 결정을 하고 이를 헌법에 규정하였는지는 확실하지 않다. 환경권이라는 여타 기본권에 비해서는 비교적 새로이 등장한 기본권을 다른 나라에 비해서 일찍 헌법에 국민의 기본권 중의 하나로 규정하였다는 것이 바로 선진적인 헌법을 가지고 있다는 것을 의미하지는 않는다. 환경권 또는 환경에 관한 규정이 헌법에 없는 국가들이 오히려 환경보전을 위한 실질적인 노력을 하고 있는 경우는 수없이 보아왔다. 환경권에 관한 규정을 오래전부터 규정하고 있던 동구권의 국가들의 환경실태를 보라 - 우리나라에서의 기본권으로서의 환경권의 헌법상의 수용과정은 홍준형, 환경법, 서울: 박영사, 2001, 38쪽 이하 참조.

개선하거나 필요한 경우에는 기존의 법률들의 폐지를 할 의무를 부담하며(헌법 제35조 2항), 나아가서 국가는 환경보전을 위하여 노력을 하여야 하므로 입법자는 이를 위한 법체계를 정립할 의무를 부담한다고 본다⁴⁾. 입법자의 환경관련법률의 제정을 하여야 할 의무는 입법자의 입법형성의 재량을 구속하는 것으로 본다. 즉, 입법자는 환경관련법률을 입법형성권을 이유로 법률의 제정여부에서부터 법률의 내용 등에 관한 모든 것을 스스로 결정할 수 있는 권한을 가지는 것이 아니라 헌법 제35조 제1항에 따른 환경권 및 국가의 환경보호의무를 구체화하는 법률을 반드시 제정하여야 하고, 그러한 법률을 제정할 때에도 환경권의 내용에 관한 헌법해석에 구속되며, 그러한 범위 내에서 구체적인 법률의 내용을 어떻게 할 것인가에 대하여서만 입법형성의 자유를 가진다고 보는 것이 헌법 제35조 제2항의 취지에 부합한다고 본다⁵⁾.

2. 국가목표조항(Staatszielbestimmung)⁶⁾

우리나라 헌법 제35조를 독일 기본법 제20a조처럼 국가행위가 지속적으로 존중하고 충족하여야 하는 사실상의 목표로서 확정된 과제를 규정한 법적으로 구속적인 효력을 가지는 헌법규범으로서의 국가목표 규정으로 볼 수 있는가에 관하여서 우리나라의 통설은 기본권으로서의 환경권을 규정하고 있는 것이며, 환경관련규정을 국가목표규정으로 보고 있는 독일과는 그 성격을 달리한다고 본다⁷⁾.

독일의 기본법 체계를 보면 제1조부터 19조까지 기본권에 관한 장을 두고, 이른바 영구

4) 홍준형, 상거서, 42쪽.

5) 같은 의견, 정극원, “기본권으로서의 환경권과 국가목적규정으로서의 환경권”, 공법연구 제32집 제2호(2003.12), 536쪽 이하.

6) 독일에서 사용하는 이른바 “die Staatszielbestimmung”을 우리나라에서는 국가목적규정 또는 국가목표 규정 등으로 번역하고 사용하고 있는 데 우리말 표현의 차이점에도 불구하고 원어의 의미를 이해하는 데에는 동일한 것 같다. 그러나 “국가목적”(Staatszweck)과 “국가목표”(Staatsziel)의 의미는 결코 동일할 수 없다. 우리말의 ‘목적’에 해당하는 독일어표현은 “Zweck”이고 목표에 해당하는 말은 “Ziel”이다. 우리말에서 “목적”과 “목표”가 구별되어 쓰이고 있는 것처럼 독일어에서의 “Zweck”과 “Ziel”의 의미가 다르다는 것은 명백하다. 만약 환경보호를 “국가목적조항”으로 이해하게 된다면, 국가의 존재의의는 환경보호를 위해 있는 것이고, 환경보호만을 국가기관이 수행한다면 그 국가는 정당성(Legimitation)을 가지게 된다. 하지만 국가의 존재의의(목적)가 단순히 환경보호가 아니라는 점은 너무나도 당연한 것이고, 환경보호는 국가목적의 완성을 위해서 국가기관이 수행하여야 하는 수행목표(Handlungsziel)로 이해하여야 하는 것이 타당하다고 생각한다. 즉, 국가기관은 환경보호라는 목표를 달성함을 통하여 국가가 존재하는 목적(정당성)의 일부분을 충족하여야 하는 것으로 보고 그러한 의미에서 기본법 제20a조의 환경보호규정을 이해하여야 한다고 본다. 따라서 현재 우리나라에서 “Staatszielbestimmung”을 ‘국가목적규정’으로 번역하고 사용하고 있는 부분은 수정되어야 한다고 본다. 그러한 의미에서 고문헌, “독일에서의 환경보호”, 공법연구 제32집 제1호(2003.11), 357 쪽 이하는 정확한 용어의 사용을 하고 있다. 하지만 정극원, 상거논문(주 5)에서 사용하고 있는 “국가목적규정”이라는 용어는 수정되어야 할 것으로 본다.

7) 정극원, 위의 논문(주 5), 545쪽.

보장규정이라고 불리는 기본법 제79조 제3항에 의해서 개정할 수 없는 것으로 하고 있다. 환경에 관한 규정인 기본법 제20a조의 기본법예로의 수용과정을 살펴보면 환경규정을 국민의 기본권으로 이해할 것인가와 관련하여 많은 논란이 있었고, 결국은 기본권으로서의 환경권이 아닌 국가목표규정으로서의 환경조항을 두기로 하고 이를 연방 및 각 지방과 관련한 기본적 국가구조에 관한 장에 편성하기에 이르렀다⁸⁾.

독일의 학설은 기본법 20a를 국가목표규정으로 보고 있는데⁹⁾, 국가목표규정이란 독일의 연방내무성과 법무성에 따르면 “국가행위의 확정된 프로그램이며, 국가 활동의 지침과 지시가 되며, 아울러 입법과 행정입법의 해석근거¹⁰⁾”가 된다고 한다. 그러한 한 기본법 20a를 근거로 어떠한 주관적 공권도 주장할 수 없으며 환경과 관련한 결정에 대하여 소를 제기하거나 국가에 대하여 구체적인 급부요구도 할 수 없다. 국가목표규정은 전적으로 국가를 그 수범자로 하기 때문에 일반 국민은 환경과 관련한 국가의 작위 또는 부작위를 이유로 법원에 소를 제기할 수가 없다¹¹⁾. 따라서 환경보호는 헌법에서 보호하는 법익으로서 절대적인 법익이라기보다는 상대적인 법익에 속한다.

환경규정을 국가목표규정으로 보는 독일의 경우에도 환경규정의 기본권과의 관련성을 부인하지는 않는다. 즉 제20a조는 환경위험부담자의 입장에서는 기본권확장의 효과를 가지며, 환경위험제공자의 입장에서는 기본권 제한적 효과를 가지는 것으로 보고 있으며, 그에 따라서 현재는 헌법 직접적관계로서의 의미가 입법자에 의한 입법적 조치의 의미보다 더 강하다고 보고 있다¹²⁾.

3. 환경관련법률의 특징

(1) 입법자의 예측에 기초한 법률

환경관련법률들도 다른 분야의 법률과 마찬가지로 현재의 사실을 기초로 하여 제정되어 진다. 그러나 여타 일반적인 법률과 환경관련법률의 차이점은 환경관련법률의 상당수는 법률제정 당시에 아직 충분히 검증이 되지 않은 사실을 기초로 제정이 되며, 제정된 이

8) 기본법 제20a조의 기본법예로의 수용과정에 관한 연혁적인 내용은 M. Kloepfer/T. Brandner, a.a.O., S. 120 ff. 참조, 또는 정극원, 전계논문, 540 쪽 이하.

9) M. Kloepfer/T. Brandner, Umweltrecht, München 1998, S. 123 f.

10) Der Bundesminister des Innern/Der Bundesminister der Justiz(Hrsg.), Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, Rdnr. 7.

11) M. Kloepfer/T. Brandner, a.a.O., S. 123.

12) M. Kloepfer/T. Brandner, a.a.O., S. 124.

후에도 여타 조건의 변화에 따라 법률의 운명이 전혀 다르게 되어질 수 있다고 하겠다. 물론 모든 법률들이 법 현실과 밀접한 관련을 맺고 있고 상호 중요한 영향을 주고받지만, 대부분은 법 현실의 변화가 환경관련법률처럼 급격하지 않으며, 법 현실의 변화도 매우 장기간이 소요되며 실제로 법 현실의 변화를 입법자가 명확하게 포착하는 것이 용이하지 않다.

환경관련법률과 유사한 조건을 가지고 있는 법률들로는 정보통신, 각종 생명과학 관련 법률 등 현대 과학기술의 발전과 밀접한 관련을 맺고 있는 법률들을 들 수 있겠다. 이러한 분야를 규율하는 법률들의 특징은 법률이 규율하고자 하는 해당분야의 특성상 매우 전문적이면서 동시에 매우 유연할 수밖에 없다는 것이다. 법률이 유연하다는 것이 법률이 매우 추상적이거나 불확정 개념들로 이루어져서 입법자가 입법당시에 예정하지 못하였던 사실을 해당법률을 통하여 규율할 수 있게 하자는 것을 의미하는 것이 아니다. 환경관련법률은 환경과 관련한 법 현실 등의 변화로 해당 법률의 개정 가능성 등이 다른 법률들에 비하여 상대적으로 높다는 것을 의미한다. 따라서 입법자가 환경과 관련한 내용의 규제 또는 보호에 관한 법률을 제정하는 것과 동시에 그 대상의 불확정성 또는 유연성으로 인하여 벌써 개정을 생각하여야만 한다.

법률제정과정에서의 입법자의 지나친 불확정 개념의 채용과 사용은 법률의 명확성과 이해의 용이성 원칙에 반하는 것으로서 헌법에 반할 가능성이 높으므로 입법자가 법률제정에 있어서 지양하여야 하는 것이다. 그러나 예를 든다면 환경오염방지를 목적으로 하는 법률의 제정에 있어서 가장 중요한 문제는 현재 오염의 정도와 그러한 오염에 의해서 영향을 받고 오염을 감당하여야 하는 인간들과의 관계를 구체적이고 명확하게 설정하는 일이다.

(2) 위험예방

환경관련 피해는 그것이 발생하면 그 피해의 범위가 광범위할뿐더러, 원상회복 자체가 불가능한 것이 대부분이며 그 피해의 영향도 세대를 걸치는 장기적인 것이 특징이¹³⁾다. 예를 들면 구 소련의 체르노빌원자력 발전소의 관리 부실로 인해서 발생한 방사능 피해, 인도의 보팔의 주거지에 설치 가동되던 화학공장의 관리소홀로 인한 재앙, 다국적 하천에서의 하천상류의 폐수방출 및 관리 부실로 인한 국제하천의 오염, 수많은 대형 유조선의 좌초로 인한 해양 오염 등을 들 수가 있다.

현재 세계 각국이 체결하고 비준을 하고 있는 지구 온난화 방지를 위한 이산화탄소 규제 등에 관한 협정, 지구의 오존층 보존을 위한 국제 협력 등에서 예상하고 있는 피해의

13) 독일 기본법 제20조a는 환경보존을 다음세대에 대한 현세대의 책임으로 보고 이를 보전하는 것을 국가의 목표로 정하고 있다.

규모는 지구상의 특정지역에만 영향을 미치는 것이 아니라 인류생존 전체에 해당하고 있다. 따라서 각국의 환경관련 법규는 첫째, 대부분 발생사실에 대한 책임의 소재를 묻거나 회복을 위한 것으로부터 발생할 수 있는 피해를 사전에 예방하기 위한 것을 그 목적으로 하는 방향으로 전환되고 있다. 우리나라의 “환경정책기본법”도 예방원칙(das Vorsorgeprinzip)에 입각하고 있다(동법 제1조). 둘째, 자국내의 환경관련 피해예방에만 그치지 않고 날로 대량화되고 국제화되고 있는 환경오염에 대응하여 국가간 협력과 국제기구와의 협력을 강화하는 경향(die Solidarität)을 보이고 있다.

(3) 높은 사후적 위헌화(nachträgliches Verfassungswidrigwerden)의 가능성

독일 연방헌법재판소는 이미 법률이 제정당시에는 비록 합헌이라고 할지라도 사후에도 언제든 위헌이 될 수 있으며¹⁴⁾ 입법자는 어떠한 법률이 제정된 후에 해당 법률이 시행되고 있는 시점에서 계속 헌법에 합치되는지를 계속해서 관찰하고 필요한 경우에 해당 법률에 대하여 구체적인 조치를 취할 헌법상의 작위의무를 이행하여야 한다는 점을 밝히고 있다¹⁵⁾. 특히 기본권과 국가의 관계에 관한 최근 판례는 기본권을 국가에 대한 방어권으로만 이해하던 종래의 입장에서 벗어나 기본권보호 및 보장을 국가의 의무로 보고 있고, 입법자는 이러한 국가의 헌법상의 기본권보호 의무를 반드시 존중하여야 하고 구체적으로는 이를 효과적인 법으로서 구체화 하여야 한다는 입장을 취하고 있다¹⁶⁾. 보다 구체적으로 보면, 입법자는 새로운 기술의 발전과 산업의 발달과정에서 생겨날 수 있는 국민의 생명, 신체 및 건강을 침해할 수 있는 오염요소들이 생겨나지 않도록 사전에 이와 관련한 규정 등을 제정하여야만 하는 것이다¹⁷⁾.

위에서 지적한 바처럼 환경관련법률은 유동적인 법 현실과 과학기술 및 환경오염 측정기법의 발전에 따른 환경부담요인과 관련한 새로운 사실들의 발견 등에 의해서 새로운 환경 하에서 더 이상 법률의 효력을 효과적으로 주장할 수 없는 경우가 다른 법률에 비교하여 많이 발생하게 된다. 예를 든다면, 공항(민간 또는 군용 모두를 포함) 소음규제와 관

14) Vgl. BVerfGE 39, 169(187 ff.); 49, 89(130); 59, 336(357); R. Steinberg, Verfassungsrechtliche Kontrolle der "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers, Der Staat 26(1987), S. 169; Y. Choi, Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, Hamburg 2002, 144 ff.

15) Vgl. BVerfGE 25, 1 (12 f.); 49, 89(132 f.); 56, 54(82 f.); 88, 203(310) usw.

16) F. Ossenbühl, Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter, Wiesbaden 2000, S. 14.

17) Auch F. Ossenbühl, a.a.O., S. 15.

련한 법률이 제정될 당시에 공항 주변 주민들에 대한 소음으로 인한 피해를 최소화하기 위한 공향소음 최소허용기준은 법률이 시행되고 있는 현재의 시점에서는 더 이상 적용될 수가 없는 경우가 있을 수 있다¹⁸⁾. 보다 정밀하여지고 정확하여진 측정 장비와 소음과 관련하여 인간의 건강을 해하지 않는 정도에 관한 보다 정확한 자료들이 일반화된다면 과거 입법당시 제시되었던 기준을 법률이 시행되고 있는 현재에도 주민들에게 계속 주장할 수는 없을 것이고, 만약 오래된 기준을 법 현실이 바뀌어진 현재시점에도 계속 주장을 한다면 해당법률은 공항 주변 주민들의 기본권을 침해하는 위헌적인 법률이 되고 말 것이다¹⁹⁾.

III. 환경관련법규의 지속적인 개선의 필요성

1. 입법자의 입법예측에 대한 통제(die Kontrolle der gesetzgeberischen Prognosen)

이미 위에서 본 바와 같이 대부분의 환경관련법률들은 현재의 불확실한 자료를 바탕으로 미래에 대한 예측을 하고 그러한 예측에 근거하여 현재의 사실을 확정하여야 하기 때문에 입법자의 현재의 자료들에 대한 정확한 분석과 이를 기초로 한 예측이 매우 중요하다고 할 수 있다. 따라서 환경관련법률의 제정에 있어서 자료에 대한 중대한 분석의 오류나 중요사실이 제외되지 않는지에 관한 입법자의 결정과정에 하자가 있었는지를 통제할 필요가 생겨난다. 하지만 입법자의 입법예측에 대한 통제에 관하여는 부정적인 견해가 지배적이어서 독일의 연방헌법재판소의 경우도 입법자가 어떤 법률을 제정할 것인지에 관한 결정을 하기위해 행하는 입법자의 법률결과예측 등은 입법자의 고유한 권한에 관한 사항이며 정치적 사안에 해당되므로 결정절차에 중대하고 명백한 하자가 있는 경우를 제외하고는 그 결정내용에 관하여 통제를 하는 것은 헌법재판소의 권한이 아니라고 한다²⁰⁾.

그러나 입법예측에 관한 통제가 권력분립의 원칙 또는 입법예측의 정치적 성격으로 인한 사법부의 정치화의 우려로 인하여 가능하지 않다는 견해는 지나치게 도그마적인 견해라고 볼 수 있다. 연방헌법재판소가 스스로 밝힌 바처럼 비록 사법부의 입법자의 형성과정

18) 대표적인 예로서 독일 연방헌법재판소가 뒤셀도르프 공향소음에 관련하여 1981. 1. 14 내린 결정들을 수가 있겠다. - 연방헌법재판소 결정집 제56권 54쪽 이하(BVerfGE 56, 54).

19) Vgl. BVerfGE 56, 54(79 ff.).

20) Vgl. BVerfGE 49, 89(130); 30, 250(263 f.).

(결정과정)에서 중대하고 명백한 하자가 있는 경우는 가능하다고 볼 수 있으며, 또한 입법자 스스로가 입법을 위한 예측과 결정과정을 정형화하고 이를 법률제정절차의 중요한 부분으로 채용한다면 입법자의 입법예측과정에 대한 통제도 상당부분 가능하여 질 것으로 생각한다. 특히 환경과 관련한 분야, 컴퓨터 기술, 또는 유전자 관련분야 등 새로운 과학기술의 영향을 받는 분야와 같이 위협의 발생, 종류, 정도 및 그 영향에 대한 예측이 용이하지 않은 분야의 법률 제정과 관련하여서는 입법자의 능력에 한계가 있을 수밖에 없다. 따라서 이러한 분야를 규율하는 법률을 제정하는 경우에 관하여는 입법절차를 정형화하여 그러한 절차에 의거하여 법률의 제정이 이루어지게 할 필요가 있다. 예를 들면, 법률을 제정하기 위한 준비단계인 자료수집과 평가 단계뿐만 아니라 법률을 제정할 것인가의 여부를 판단하는 단계에서부터 전문가를 반드시 참여하게 하는 것 등을 들 수 있겠다. 만약 입법자가 입법준비 단계에 관하여 정하여진 절차가 있음에도 이를 이행하지 않고 법률을 제정하면 이를 입법절차의 중대한 하자로 보아 사법부로 하여금 이에 관한 통제를 할 수 있도록 하게 한다면 법률준비단계에서부터 법률제정후의 책임까지도 효과적으로 물을 수 있을 것으로 생각한다.

2. 위험방지 및 예방 - 입법자의 법률관찰(die Beobachtung von Gesetzen)

이미 위에서 밝힌 바처럼 환경관련법률 중 많은 법률들은 그 입법목적은 발생할 수 있는 피해를 사전에 예방하기 위한 것에 두고 있다(das Vorsorgeprinzip). 그러나 발생할 수 있는 위험의 예방을 위해 필수적으로 수반되어야 하는 것이 해당법률과 현실사이의 관계를 밝히는 입법자의 관찰이라고 하겠다.

입법자의 관찰이란 독일 연방헌법재판소가 결정을 통해 발전시킨 개념으로서 입법자는 법률제정이후에도 당해 법률이 변화하고 있는 법 현실에 대응하여 효력이 계속 유지되고 있는 지 등을 지속적으로 관찰하는 것을 의미하고 그러한 관찰의 결과 해당 법률이 현실의 변화에 따른 새로운 상황 하에서 더 이상 효력을 주장하지 못하게 되는 경우 해당 법률의 개선을 하여야 한다는 것²¹⁾으로 입법자가 부담할 헌법상 의무라고 하겠다.

독일 연방헌법재판소는 법률관찰을 의회유보와 관련시켜 다음과 같이 주장하고 있다. 즉, 의회 입법자는 본질적인(wesentlich) 결정은 행정부나 다른 국가기관에 위임할 수 없

21) Vgl. BVerfGE 25, 1(12 f.); 49, 89(132 f.); 53, 30(58); 56, 54(78); 88, 203(310) usw.

고 반드시 스스로 하여야 한다는 것으로, 본질적인 것의 의미는 일반적으로 국민들에게 직접영향을 미치는 사인들로서, 기본권을 제한하는 것이거나²²⁾ 국가의 기본권의 보호의무²³⁾ 그리고 기본권 실현에 중요한 국가의 과제수행과 관련되는 것²⁴⁾ 등을 의미하며, 이러한 기본적인 사항들에 관한 결정(법률의 제정)은 1회의 행위로서 완성되는 것이 아니라 그 이후에도 계속 진행되는 것이라는 것이 연방헌법재판소의 입장이다²⁵⁾.

특히 객관적인 법의무의 수범자로서 모든 국가기관이 준수하여야 하는 인간의 존엄에 비추어볼 때 입법자는 가속기 방식의 원자력 발전과 원자로의 가동 중에서 생겨나는 플루토늄에 대한 처리 등에 따른 예측할 수 있거나 예측할 수 없는 위험을 사전에 미리 인식하고 그에 따른 헌법적 수단을 마련하는 등 법률제정 이후에도 새로이 위험에 대처하는 행위를 하여야 한다²⁶⁾고 결정한 바 있다. 원자력발전소의 방사능 오염의 위험에 대한 노출 또는 끊임없이 늘어나는 항공교통량에 따른 공항소음의 증가로 인한 기본권의 침해 등, 삶의 질의 향상 또는 주거지의 확대로 인하여 오염물질 배출시설의 개량, 신설 또는 산업시설의 이주 및 이주압력에 따른 비용의 증가 등으로 인하여 발생하는 개인의 영업의 자유영역의 제한 등 국민의 기본권과 관련한 포괄적 위험과 이익사이의 형량의 문제에 대한 결정은 입법자만이 할 수 있으며 이러한 결정은 결정대상의 성격상 항상적일 수밖에 없다²⁷⁾.

III. 헌법상의 환경관련법률 개선의무

1. 입법자의 법률개선 의무

(1) 법률의 흐름

법률도 인간의 작품이며 시간의 흐름에 자유로울 수 없다. 입법자의 목표는 완벽한 법률이지만 그러한 법률은 처음부터 불가능하며 단지 상대적으로 좋은 법률을 제정하는 것

22) Vgl. BVerfGE 40, 237(249); F. Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, Tübingen 1976, S. 501.

23) Vgl. BVerfGE 39, 1(41); 46, 160(164); 49, 89(141), 56, 54(73) usw.

24) Vgl. BVerfGE 40, 237(249).

25) A. Roßnagel, Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Atomrecht, JZ 1985, S. 715.

26) Vgl. BVerfGE 49, 89(132).

27) Auch A. Roßnagel, a.a.O., JZ 1985, S. 717.

을 목표로 하고 있다²⁸⁾. 반대로 이야기 한다면 모든 법률은 입법자의 의도이던 또는 의사와 관계가 없던 여러 가지 형태의 하자(Mangel)를 가지고 제정되어 진다. 법률에서 생겨나는 하자에는 다시 법률의 결함(Gesetzesfehler)과 법률의 흠결(Gesetzeslücke)로 구분될 수 있다²⁹⁾. 여기서는 어떠한 사건을 해결하려고 하는 경우에 구체적인 적용법규가 없거나 법 전체관계 속에서 해당사건을 해결할 수 있는 법규를 찾지 못하게 되는 경우를 말하는 법률의 흠결을 중심으로 논의를 한다³⁰⁾. 왜냐하면, 우리의 주요관심사인 환경관련법률의 상당부분이 입법자의 전문성의 결여로 인하여 입법예측이 정확하지 못하거나 또는 규율하고자 하는 대상과 관련한 환경관련 피해 내지는 부담 등이 입법당시에는 아직 명확하게 파악되지 않았음에도 불구하고 법률이 제정되어 실제 사례에 구체적으로 적용하지 못하는 경우가 생겨날 가능성이 높거나 또는 법률제정 이후 입법당시에는 아직 알려지지 않았던 새로운 내용들이 규명되어 해당 법률로는 새로운 사실을 해결하지 못하는 사례가 생겨날 수 있는 데 이러한 경우들을 법률의 흠결에 해당하는 것으로 파악할 수 있기 때문이다.

(2) 사후적 부진정 입법부작위

일반적으로 우리나라에서의 학설과 판례는 입법부작위에를 법률의 제정여부에 대한 결정권한 전적으로 입법자에게 주어져 있고 법률제정의 필요가 없다는 입법자의 결정에 따라 법률을 제정하지 않는 단순입법부작위와 헌법에서 법률유보를 하였음에도 불구하고 입법자가 법률의 제정을 해태하거나 하지 않은 경우에 해당하는 진정 입법부작위, 헌법상 법률유보에 의해서 입법자가 법률을 제정하였으나 해당 법률이 결함이 있어서 사실상 법률로서의 기능을 하지 못하는 경우에 해당하는 부진정 입법부작위로 구분하고 있다³¹⁾.

독일 연방헌법재판소와 학설은 오래전부터 이미 법률은 입법당시에는 헌법에 합치되어 제정되었다 하더라도 법 현실의 변화³²⁾, 헌법개정³³⁾ 또는 헌법해석의 변화³⁴⁾에 따라서 해

28) Vgl. A. Burghart, Die Pflicht zum guten Gesetz, Berlin 1997; U. Karpen, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre, Baden-Baden 1989, S. 117; P. Noll, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973, S. 167 f.; Y. Choi, a.a.O., S. 38 ff.

29) 법률의 결함과 법률의 흠결의 구분에 관하여는 K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln 1997, S. 175 ff.; Y. Choi, a.a.O., S. 94 ff.

30) 참고, “입법자의 법률의 하자 제거의무”, 법조 561(2003.6), 156쪽 참조.

31) 현재 1989.3.17 88헌마1; 1996.10.31 94헌마204; 1999.3.25 97헌마99 등; 권영성, 헌법학원론, 서울 2003, 1115쪽 이하; 김철수, 헌법학개론, 서울 2004, 368쪽; 허영: 한국헌법론, 서울 2004, 292쪽; 정종섭, 헌법소송법, 서울 2004, 555쪽 이하; 정재황, 헌법재판개론, 서울 2003, 429쪽 이하.

32) Vgl. BVerfGE 39, 169(187 ff.); 49, 89(130); 59, 336(357); R. Steinberg, Verfassungsrechtliche Kontrolle der "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers, Der Staat 26(1987), S. 169; Y. Choi, a.a.O., 144 ff.

당 법률이 사후에 위헌이 될 수 있다는 견해를 밝혔다. 또한 입법자에게는 법률제정으로 자신의 의무가 종료되는 것이 아니라 해당 법률이 변하는 사회현실과 법 현실 속에서도 법률로서의 효력을 계속 유지할 수 있는 지를 지속적으로 관찰하고 필요한 경우에는 법률 개선을 통해서 해당 법률이 항상 헌법안에 머물게 할 법상 의무가 있다고 하였다³⁵⁾. 즉, 입법자는 법률관찰의무와 법률개선(교정)의무라는 헌법상 의무를 부담하여야 하는데 만일 입법자가 이를 부작위하거나 해태한 경우에도 이를 입법부작위로 보아야 하고, 그 성격은 입법자는 이미 헌법에 합치하는 법률을 제정하였었지만 사후에 생겨난 법률외적 현실(법률의 사후적 흠결)로 인하여 법률이 사실상 효력을 상실하거나 위헌인 상태가 되었지만 입법자가 이에 대한 조치를 취하지 않은 경우에 해당되므로 일종의 부진정 입법부작위로 보아야 할 것이다. 다만 지금까지 논의 되 오던 부진정 입법부작위와의 구별을 위하여 ‘사후적 부진정 입법부작위’ 라고 구분하고자 한다.

우리나라의 헌법재판소는 이미 초기 결정부터 부진정 입법부작위의 경우에 대하여 헌법소원의 가능성을 열어두고 있으나 이른바 ‘사후적 부진정 입법부작위’의 유형에 대해서는 아직 다루고 있지 않는 것으로 보인다. ‘사후적 부진정 입법부작위’의 경우에 있어서 부진정 입법부작위처럼 헌법소원이 인정되기 위해서는 두 가지의 전제조건이 충족되어야 하는데, 첫째는 해당 법률이 법률제정 이후 법 현실의 변화로 인하여 기본권을 침해할 개연성이 매우 높거나 기본권을 침해하는 위헌법률이 되는 상태가 될 것과, 입법자가 법률이 위헌에 이르지 않도록 항상 관찰하고 개선하여야 할 헌법상 의무가 있음에도 불구하고 입법자가 그에 대하여 아무런 조치를 취하지 않아야 한다는 조건들이 충족되어야 한다.

(3) 입법자의 법률개선 의무

입법자는 법률제정 이후에 입법당시에는 예측하지 못하였거나 또는 법현실의 변화와 새로운 상황의 출현으로 인하여 해당법률이 더 이상 효력을 유지할 수 없게 되거나 오히려 기본권을 침해할 가능성이 매우 높은 경우에 사전에 해당법률에 대한 작위를 할 헌법상 의무가 있는데 이를 입법자의 법률개선 의무라고 한다³⁶⁾.

33) Vgl. BVerfGE 33, 1.

34) Vgl. BVerfGE (58, 257(280).

35) Vgl. BVerfGE 25, 1; 49, 89; 56, 54, 88, 203 usw.

36) P. Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen, in: Gerog Müller (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 481 ff.; R. Steinberg, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers, Der

입법자의 법률개선 의무는 독일 연방헌법재판소의 결정 실무³⁷⁾를 통하여 발전하기 시작한 개념으로 현재는 입법자가 법률제정 이후 부담하여야 하는 헌법상 의무로 이해되고 있다. 다만 정확한 개념과 구체적인 헌법상의 성격, 효과 등에 관하여 논의가 미흡하여 아직은 정립되고 있는 개념의 하나라고 볼 수 있다³⁸⁾. 입법자의 법률개선 의무를 입법자에게 주어진 헌법상의 의무로 이해하는 경우 법률의 헌법적합성의 유지와 국민의 기본권 보장 및 보호의 측면에서 매우 유용할 것으로 생각된다. 다만 입법자에게 그러한 헌법상의 의무가 있음을 확인하기 위해서는 헌법의 어떠한 조항이 그 근거조항이 될 수 있으며, 또 이를 인정하는 경우 지금까지의 전통적인 원칙인 입법자의 형성의 자유와 어떻게 조화할 것이며, 입법자가 의무를 이행하지 않는 경우 이를 효과적으로 통제할 수 있는 수단이 있겠는가의 문제 등 매우 많은 문제들이 해결되어야만 한다. 그러나 여기서 법률개선 의무의 그러한 문제들을 논의하는 것은 이 글의 논지에서 벗어나므로 법률개선 의무에 관한 문헌들을 소개하는 데 그친다. 다만 이 글에서는 입법자의 법률개선 의무의 원인 또는 의무의 인정에 있어서 매우 중요한 부분을 차지하는 전제 즉, 입법자의 입법예측의 불완전, 새로이 발견된 사실과 이미 시행되고 있는 법률사이에서 발생한 괴리인 법률의 흠결 등의 문제와 모든 국가기관의 기본권 충실의무 등이 환경관련법률의 주요 특징과 밀접한 관련을 맺고 있다는 점을 착안하여 입법자는 환경관련법률의 개선에 관한 헌법상 의무를 부담하여야 하며, 입법자가 자신의 의무를 이행하지 않는 경우는 위에서 본 바와 같이 사후적 부진정 입법부작위에 해당된다고 보아야 한다.

2. 환경관련법률의 개선의무

(1) 독일 기본법과 법률개선 의무의 인정 여부

환경규정을 우리나라의 경우와 같이 국민의 기본권의 하나로 보는 경우이든, 독일의 경우처럼 국가목표 규정으로 보는 경우이던 기본권으로서의 환경권의 구체화를 위하여 입법자의 입법행위(헌법 제35조 제2항)와 국가목표의 구체화를 위한 입법자의 입법행위

Staat 26(1987), S.161 ff.; Bernd, Werner, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflicht, Diss., Mainz 1989; Y. Choi, a.a.O.; M. Eisele, Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlaß, Berlin 1999, S. 121 ff.

37) Vgl. BVerfGE 25, 1(12 f.); 49, 89(132 f.); 56, 54(79 f.); 88, 203(310 ff.) usw.

38) 이에 관하여는 줄고, “독일에 있어서의 ‘입법자의 법률개선 의무’에 관한 논의”, 공법연구 제31집 제3호(2003. 3), 365쪽 이하 참조; 또는 홍완식, “입법자의 법률개선 의무에 관한 연구”, 공법연구 제31집 제2호(2002.12), 281쪽 이하.

(Art. 20a GG, gesetzgeberische Umsetzung)가 있어야 한다는 것은 공통적이라는 것이다.

환경보호에 관한 사항을 국가목표규정으로 이해하고 있는 독일의 경우 입법자에게 환경보호에 관한 법률의 지속적인 관찰과 개선을 하도록 의무지우기는 기본권으로서 환경권을 인정하고 있는 우리나라의 헌법의 태도보다는 용이하여 보인다.

독일 기본법 제20a조는 개개인에게 책임을 지우거나 권한을 부여하는 대신 국가는 미래세대에 대한 현 세대의 책임으로서 자연적 생활기반과 동물의 보호를 하여야 하고 이를 위해서 입법자에게는 헌법질서 안에서 구체적인 법률의 제정(Gesetzgebungsauftrag)과 행정부와 사법부에는 이러한 법률(Gesetz)과 법(Recht)에 따른 기준에 따라 자연적 생활기반과 동물의 보호를 위한 책임을 부과하고 있다³⁹⁾. 이에 따르면 입법자는 기본법 제20a조의 최우선 수범자이어서 불명확하고 포괄적으로 규정되어 있는 기본법상의 환경보호에 관한 내용을 법률을 통하여 구체화하여야 할 과제를 부담한다(sog. Handlungsauftrag)⁴⁰⁾. 물론 입법자는 법률을 제정함에 있어서 광범위한 정치적 형성의 자유를 가진다. 이러한 광범위한 정치적 형성의 자유에는 국가적 보호의 과제와 충돌하지 않는 한 법률을 제정하지 않을 수 있는 것도 포함한다⁴¹⁾. 입법자는 이러한 광범위한 형성의 자유를 이유로 하여 개별적인 법률을 제정하지 않을 수는 있겠지만 ‘자연적 생활기반’이라는 문구 자체가 구체적인 법률제정을 주문하고 있고, 또한 가장 핵심적인 내용이므로 입법자는 이와 관련 하여는 반드시 법률을 제정하여야 할 의무를 부담한다고 보겠다. 또한 국가가 환경보호의 책임을 부담하는 것은 장래의 세대가 자연적 생활기반위에서 살 수 있도록 하기위한 현 세대의 의무이므로 입법자는 자신이 제정한 법률에 대하여 정기적인 관찰을 하여야 한다. 특히 현행 환경보호관련 법률들이 발전하고 있는 기술수준과 학문에 적응하고 있는 지 등을 주의 깊게 관찰하고 필요하다면 해당 법률을 개선을 하여 행정부와 사법부에게 새로운 행위영역을 열 수 있도록 하여야 할 의무를 부담한다⁴²⁾.

(2) 우리나라 헌법과 법률개선 의무의 인정 여부

기본권으로서 환경권을 인정하고 그 내용과 행사에 관하여서는 법률에 유보하고 있는 우리나라의 헌법의 입장에서 환경관련 법률에 대한 개선 의무를 입법자에게 부담시키는 것은 독일의 경우에 비교한다면 그리 용이하지는 않지만, 입법자를 다른 국가기관과 마찬가지로

39) M. Kloepfer/T. Brandner, a.a.O., S. 126 ff.

40) M. Kloepfer/T. Brandner, a.a.O., S. 128.

41) M. Kloepfer/T. Brandner, a.a.O., S. 128.

42) M. Kloepfer/T. Brandner, a.a.O., S. 129; R. Steinbeg, Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, S. 1985 f.

지로 기본권의 구체화와 확인의 의무자로 보는 관점에 선다면 충분히 가능하다고 본다. 헌법 제35조 제1항은 국가에게 환경보전을 위하여 노력하여야 한다고 규정하고 이에 따라 입법자에게 법률유보를 통해서 환경권의 구체화의 과제를 부과하고 있다⁴³⁾. 환경권을 입법자가 입법을 통해서 구체화하지 않는다면 이는 기본권 보호 및 보장을 그 존재이유로 하는 국가기관이 입법부작위를 통하여 국민의 기본권행사를 불가능케 하는 것으로 헌법소원의 대상이 된다는 것은 헌법재판소가 인정하고 있는 바이다. 하지만 입법자가 이미 환경권을 구체화하는 여러 가지 입법을 한 뒤에 법 현실이 변하여 이미 제정된 법률만으로는 환경권의 실현이 불가능하게 되거나 그러한 우려가 생긴 경우에도 입법자에게 그러한 장애상태를 제거할 적극적 의무가 있는 지, 만약 있다면 그러한 의무가 환경권의 입법형성을 통한 구체화를 규정한 헌법 제35조에서 도출 될 수 있는 지가 입법자의 법률개선 의무를 인정하는 데 있어서 관건이 된다고 하겠다.

환경권을 생존권적 기본권⁴⁴⁾ 또는 사회적 기본권⁴⁵⁾으로 보면서 그 성격을 입법방침규정이나 구체적 입법이 없는 경우에 법원에 의한 권리구제가 불가능한 추상적 권리라고 보는 다수설의 입장⁴⁶⁾에서는 입법자의 환경관련법률의 제정여부가 입법자의 자의적 판단에 따르게 될 것이고 따라서 법률제정 이후에 해당법률의 개선까지를 입법자에게 요구하거나 입법자의 의무로 볼 수가 없을 것이다. 그러나 환경권을 구체적 권리로 보는 입장⁴⁷⁾에서는 환경권의 구체적 실현을 위한 법률의 제정이 입법자의 의무가 되면서, 아울러 법률제정 이후에도 해당법률을 통한 환경권의 구체적 실현이 어려워지는 경우 입법자는 해당법률을 개선할 의무가 있다고 보게 된다.

헌법 제35조 제1항이 인간다운 생활의 영위를 통한 인간존엄의 유지를 위한 것으로서, 인간의 생래적 기본권의 하나로서 모든 사람에게 다같이 보장되는 보편적인 권리로서의 환경권을 선언한 것이라면⁴⁸⁾ 제2항은 이러한 환경권의 내용과 행사가 가능하도록 하기 위

43) 홍준형, 전계서, 54쪽.

44) 김철수, 전계서, 793쪽.

45) 권영성, 전계서, 646쪽 - 권영성 교수는 환경권을 사회적 기본권속에서 기술하면서 그 성격을 인간의 존엄성존중을 그 기초로 하면서 여럿가지 성격을 아울러 가진 총합적 기본권으로 본다; 정극원, 전계 논문, 532 쪽 - 정극원 교수는 환경권을 총합적 기본권성과 국가의 소극적 침해의 배제를 요구하는 자유권적 성격도 동시에 가지는 것이지만, 국가를 통한 보장을 주된 내용으로 한다는 점을 주목하여 사회권적 기본권으로 이해한다.

46) 홍준형, 전계서, 41쪽 이하 등; 대판 1995. 9. 15, 95다23378.

47) 예를 들면, 안용교, 한국헌법, 서울 1992, 565쪽.

48) 정극원, 전계논문, 535쪽,

한 국가의 의무로서 법률의 제정을 선언하고 있는 것이다. 환경권의 성격을 종합적 권리로 이해하던, 추상적 권리의 성격을 가지는 사회권적 기본권으로 이해하던, 입법자는 헌법 제 35조를 통해서 궁극적으로 실현하고자 하는 인간의 존엄성의 유지를 위한 구체적인 입법을 할 의무를 당연히 부담하여야 하는 것이다. 즉, 입법자가 그러한 입법의무를 부작위하거나 해태하는 경우는 입법자의 부작위를 이유로 한 헌법소원을 제기할 수 있다고 본다.

헌법 제35조 제2항의 의미상 입법자가 입법자의 형성의 자유를 주장한다 하더라도 법률의 제정여부에 대한 판단여부에 대한 결정까지 입법자에게 주어진 것은 아니라고 본다⁴⁹⁾. 또한 입법자가 환경관련법률을 제정하는 경우에도 국가공동체에 존재하는 다양한 이해관계를 정당하게 형량하여 기본권으로 보호받아야 하는 권리와 이익들을 규정하여야 하는 헌법기속의 범위를 일탈하여서는 아니 된다⁵⁰⁾. 이렇게 보는 한 입법자는 헌법질서에 합치하는 법률들만을 제정하여야 하고 또 해당 법률들이 계속해서 헌법안에 머무를 수 있도록 할 의무까지도 부담한다고 볼 수 있다.

IV. 환경관련법률의 개선부작위의 효과

1. 법률의 효력 상실

환경관련법제의 경우 입법자의 예측이 법률제정과정에서 매우 중요한 위치를 차지하고 있고 일단 법률이 제정된 이후에는 입법당시에 예측하지 못하였던 사실들이 나타남으로서 입법자의 입법의도와 다른 방향으로 법률이 기능할 수 있으며, 새로이 밝혀지거나 규명된 사실로 법률과 현실사이에 괴리(흠결)가 생겨날 가능성이 매우 높고 그에 따라 국민의 기본권을 침해하는 사례⁵¹⁾가 나타날 개연성이 높은 것이 그 특징이라고 할 수 있다. 이러한 경우 환경관련법률에 대하여 즉시 위헌, 무효를 선언하여 법률을 폐지시키는 것보다 입법자에게 일정한 작위의무를 부과하고 그에 따른 입법자의 적극적인 행위를 하도록 하는 법률개선 의무의 채용은 급격히 변화하거나 장애 발생할 수 있는 사실들에 대한 예측이 어려

49) 홍준형, 전거서, 42쪽; 정극원, 전계논문, 536쪽.

50) 정극원, 전계논문, 536쪽.

51) 대표적인 사례로 BVerfGE 56, 54 참조.

은 분야인 환경오염규제 등에 관한 분야를 규율하고자 하는데 있어서 적용될 수 있을 것이다.

환경오염물질 배출에 관한 규제 또는 그러한 물질로부터의 보호와 관련한 법률이 제정 당시에는 합헌이었던 법률도 법률의 개정과 같은 법률자체의 변화(이른바 개악)가 아니라 법률제정이후의 법률 외적 환경의 변화, 예를 든다면 규제대상물질의 유해성 정도에 대한 평가의 오류, 법률제정당시에는 알려지지 않았던 새로운 오염물질에 대한 제한규정의 흠결 또는 오염물질에 대한 피해의 정도 및 규모에 대한 예측의 오류 등에 의해서 해당법률의 합헌성이 의심됨에도 불구하고 입법자가 이에 대하여 구체적인 행위(법률개선)를 하지 않아서 결국은 기본권을 침해하여 위헌이 되는 경우가 생겨난다. 이처럼 사후에 나타난 사실로 인하여 법률에 하자(흠결)이 생겨난 경우에는 이미 위에서 논의한 바처럼 입법자에게 신속하게 해당법률에 대한 개선의무를 이행하도록 하고, 만일 그러한 흠결이 중대하고 명백하여서 입법자의 법률개선을 기다릴 수 없는 경우에만 예외적으로 해당 법률을 위헌, 무효로 처리하면 될 것이다⁵²⁾.

다만 추상적 규범통제를 인정하지 않고 구체적 규범통제만을 인정하고 있는 우리나라의 경우에 있어서는 법원의 위헌제청(헌법 제107조 제1항, 헌재법 제41조 제1항)이나 해당 법률의 하자로 인하여 기본권을 침해당했다고 주장하는 자에 의한 헌법소원(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌재법 제68조 제1항, 제2항)을 기다릴 수밖에 없다는 한계가 있다. 즉 해당 관련법규와 관련하여 입법자의 부작위로 인하여 자신의 기본권이 현재 침해되고 있다고 하는 자의 구체적인 행동을 기다려야만 한다는 것이다. 하지만 환경오염 및 피해와 관련한 많은 경험들을 살펴보면, 그 피해의 정도가 알려지거나 기본권 침해가 명백하게 된 시점은 이미 원상태로의 회복이 불가능하거나 피해에 대한 회복 및 기본권구제자체가 무의미한 경우가 많다는 것이 특징이다. 환경관련문제는 피해 및 침해에 대한 원상회복의 문제보다

52) 입법자의 법률개선 의무와 관련한 독일 연방헌법재판소의 태도를 살펴보면 입법자의 잘못된 입법예측이나 법률제정이후 생겨난 새로운 상황에 대한 법률의 위헌 가능성이 높은 경우에 해당 법률의 위헌 결정을 하는 대신, 대부분 헌법불합치 결정과 함께 법률개선을 위한 확정된 기한을 명시하거나 때로는 불확정기한을 통해 입법자에게 입법촉구를 하는 것으로 보인다. 이는 위의 해당 법률들이 제정될 당시에 결함(Fehler)이나 중요한 흠결(Lücke)없이 제정되었고 수법자들도 위의 법률들에 대한 신뢰를 하고 이에 근거하여 법률관계를 맺어왔기 때문에 그들의 신뢰를 보호할 이익이 존재하며, 바로 위헌을 선언하여 해당법률을 무효화시키는 것보다는 해당 법률을 그대로 둔 채 적용만을 배제시키고 입법자로 하여금 가능한 빠른 시간 내에 해당법률을 법률개선을 통하여 헌법으로 복귀시킬 수 있는 기회를 줌으로서 입법자의 입법권도 보호하고자 하는 취지로 이해된다. 그러나 법률의 흠결이 중대하여 헌법에 반하거나 기본권을 침해하는 것이 명백·현존하는 경우에까지 헌법불합치 결정을 내릴 수는 없을 것이며, 헌법재판소는 그러한 경우에는 예외적으로 해당법률의 위헌무효를 선언하여야 할 것이다 - 보다 자세한 내용은 Y. Choi, a.a.O., S. 144 ff.

는 그러한 위험의 사전 예방이 보다 중요하다고 한다면 입법자에게 해당 법률에 대한 정기적인 관찰 및 평가의 의무를 부담하게 하고 이를 부작위한 경우에는 해당법률의 개선부작위를 이유로 한 헌법소원을 인정하게 하는 것도 고려할 만 하다고 본다.

2. 헌법소원

(1) 법률개선을 위한 입법촉구기한을 도과한 법률의 효력

헌법재판소가 해당법률의 헌법불합치를 결정함과 동시에 이른바 입법촉구를 입법자에게 부과하게 되면 입법자는 헌법재판소가 제시한 기한까지 해당법률의 개선을 하여야만 한다. 그러나 실제에 있어서는 입법자가 헌법재판소에 의해 설정된 법률개선의 기한 내에 해당 법률에 대한 어떠한 행위도 하지 않는 경우가 많이 발생한다⁵³⁾. 이와 관련하여 입법자가 헌법재판소의 환경관련법률과 관련하여 헌법불합치결정을 내린 뒤 이 결정에 부가하여 내린 법률개선촉구를 이행하지 않아 입법촉구 기한을 도과한 경우 그러한 법률의 효력은 어떻게 되겠는가의 문제가 있을 수 있다.

헌법재판소가 설정한 기한이 도과하면 해당법률이 당연히 즉시 무효, 즉 해당 법률 또는 조문이 폐지가 되는 지 또는 효력만을 상실한 채 법률 또는 조문 그 자체는 입법자가 명시적인 폐지를 할 때까지 그대로 존속하는 지, 아니면 헌법재판소가 해당 법률 또는 조문에 대해서 최종적인 효력부인에 대하여서는 그러한 취지를 가진 별도의 위헌 결정을 하여야 하는 지 등의 의문이 제기된다. 이른바 입법촉구결정에서 입법촉구기한을 도과한 경우 법률의 운명에 관한 문제이다. 앞의 두 견해 중 해당 법률 또는 조문은 효력을 상실한다고 보는 것이 우리 헌법재판소가 주로 취하고 있는 태도로 보인다⁵⁴⁾. 다만 이러한 경우에도 헌법재판소가 정한 시한까지 입법자가 해당 법률의 위헌상태를 제거하는 구체적 행

53) 예를 들면 헌재1997.7.16 95헌가6-13 - 민법 제809조 동성동본금혼규정에 대한 헌법불합치결정에서 헌법재판소는 해당 조항을 1998년 12월 31일까지 개정하도록 하였으나 입법자는 이에 대한 개정을 하지 않았다. 물론 이 결정에서 헌법재판소는 입법자가 해당 기한까지 개정하지 아니하면 해당 조항은 1999년 1월 1일부터 효력을 상실한다고 하여 사실상 입법자를 대신하여 해당조문의 폐지하는 결정을 하였다. 또한 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92·240(병합) - 공직선거법 제25조 제2항에 의거한 별표 1의 국회의원지역선거구구역표에 대한 헌법불합치에서 헌법재판소는 선거구구역표는 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지만 적용한다고 하였다. 그러나 입법자는 2003년 12월 31일까지 이를 개정하지 않았고 따라서 선거구구역표가 개정되지 않는 한 새로운 선거를 실시할 수가 없었으나 최근 국회는 헌법재판소가 제시한 기한을 약 2개월 도과한 뒤 개정안을 의결하여 이에 의해서 선거가 치루어질 수 있게 되었다.

54) 헌재1997.7.16 95헌가6-13; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92·240(병합) 등.

위를 하지 않는 경우 법률의 공백이 생겨날 여지가 있다. 폐지된다고 보는 견해는 권력분립의 원칙상 받아들여지기 어려울 것으로 보인다⁵⁵⁾.

헌법재판소의 해당법률에 대한 위헌무효의 결정이 있기 전까지는 해당 법률은 여전히 유효하고, 따라서 헌법재판소가 그에 대한 별도의 결정, 즉 위헌·무효의 결정을 하여야만 한다는 입장과 일사부재리의 원칙(헌재법 제39조)에 반하기 때문에 헌법불합치결정을 선고한 헌법재판소는 더 이상 어떠한 조치를 취할 수 없다는 입장이 있을 수 있다. 일사부재리의 원칙에 반하지 않는다고 보는 경우에 있어서도 구체적 규범통제를 취하고 있는 우리나라의 경우 입법기한이 도과한 법률에 대하여 헌법재판소 스스로가 위헌·무효를 결정할 수 있는 지 아니면 헌법소원이나 위헌제청이 제기되는 것을 기다렸다가 헌법소원의 심리의 결과로서 해당 법률을 위헌·결정하는 것만이 이론상 가능할 것으로 본다. 다만 그러한 헌법소원의 경우 헌법소원의 대상이 되는 공권력이 입법자의 사후적 입법부작위인 지 또는 여전히 해당법률인지에 관하여 견해가 갈릴 수 있을 것이다.

해당법률에 근거한 원처분에 대한 헌법소원을 제기한 자나 또는 해당법률에 대한 위헌제청을 하였던 원심법원은 각각 헌법소원의 인용과 위헌 제청법률에 대한 헌법불합치 결정을 통하여 각각 권리의 구제와 해당법률의 적용거부를 통하여 각각 목적을 달성하였다. 그러므로 헌법소원의 원신청자나 원심법원은 결정이후에 발생한 새로운 상황인 입법자의 입법부작위에 의해서 다시 기본권이 침해되거나 해당법률을 적용할 필요가 없으므로 원신청자나 원심법원은 입법자의 입법부작위를 이유로 한 헌법소원이나 위헌법률 제청은 할 수 없다고 본다. 하지만 헌법불합치 결정의 효력은 법률의 적용만을 하지 않은 채 해당법률은 입법자가 해당법률에 대한 구체적인 행위가 있을 때까지 그대로 효력을 유지하는 것이 특징이어서 입법자가 해당법률의 개정, 폐지 또는 신법의 제정 등의 행위를 하기 전까지는 위헌의 원인이 되었던 해당법률의 하자는 치유되지 않아서 위헌상태는 그대로 존재하고 된다.

(2) 사후적 부진정 입법부작위에 대한 헌법소원

헌법재판소가 부진정 입법부작위를 이유로 한 헌법소원을 인용하게 되면, 입법자는 헌법재판소의 결정취지에 따라서 가능한 조속히 해당 법률을 제정하여야 한다. 하지만 이미 법률이 제정되어 시행되고 있는 상태에서 제기될 수 있는 사후적 부진정 입법부작위에 대한

55) Vgl. W. Rupp-von Brünneck, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: Theo Ritterspach/Willi Geiger(Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 355-378; H. P. Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2103-2111 usw.

헌법소원도 인정하여 입법자로 하여금 구체적 작위를 하도록 하게 할 수 있을 것인가에 관하여 살펴볼 필요가 있다. 만약 헌법재판소가 사후적 부진정 입법부작위에 대하여 헌법소원을 인정한다면 정태적 경향을 가지고 있는 법률과 매우 동적인 성격을 가지는 환경관련 상황들 사이에서 시의 적절한 국민의 기본권 보호에 많은 기여를 할 것으로 예상된다. 뒤셀도르프 공항 소음 결정에서 독일 연방헌법재판소는 이미 이러한 유형의 헌법소원이 가능함을 인정하였다⁵⁶⁾. 이를 인정하는 것이 기본권 보장에 충실할 것이다.

다만 독일 연방헌법재판소가 위의 결정에서도 밝힌 바처럼 입법자가 해당 법률이 새로운 법현실 속에서도 계속 자신의 효력을 주장하고 있는지를 관찰하였고, 그 관찰결과에 의해서 법률을 그대로 유지하였다고 판단하고, 또 그러한 판단은 입법자의 입법형성권에 속하는 입법자의 고유사항이라고 한다면 헌법소원의 신청이 받아들여 진다하더라도 헌법소원 신청인의 주장이 인용되는 경우는 매우 적을 것이다. 위에서 본 바처럼 입법자의 입법예측에 대한 통제가 어려운 것처럼 입법자가 해당 법률을 관찰하였는지, 나아가서 그러한 관찰이 실질적으로 이루어졌는지 등에 대한 통제가 사실상 어렵다는 것이 이러한 유형의 헌법소원이 인용될 수 있는 가능성이 적다는 이유가 될 것이다.

사후적 부진정 입법부작위에도 헌법소원을 인정하고 또 헌법소원이 인용되어 기본권보장이 실질적으로 가능하게 하기 위해서는 입법자에게 법률제정 이후에도 법률을 관찰하여야 하는 헌법상 의무가 있다는 것을 확인하고 이를 제도화하는 것이 하나의 방안이 될 수 있다(이른바 법률관찰의무의 문제⁵⁷⁾). 특히 환경관련법률과 같이 급변하는 현실에 항상 주목하여야 하는 법률분야에 있어서는 법률관찰의무의 인정과 제도화가 매우 의미가 있을 것이다. 예를 든다면, 환경오염규제에 관한 법률을 제정한 입법자에게 법률 제정 시에 설정한 환경오염 배출시설의 최소배출기준이 일정한 기간이 지난 후에도 새로운 현실 내에서 계속 유지하는 것이 적절한지, 배출기준이 지나치게 높아서 배출시설물 운영자들의 영업의 자유를 침해하지는 않는지, 배출물질 내에 포함되어 있는 물질 가운데 새로운 유해 요소는 없는지 등에 관한 자료 및 연구 성과 등에 관한 관찰을 정기적으로 실시하도록 하는 헌법상 의무를 부과한다면, 입법자가 이러한 의무를 해태하거나 부작위하는 동안 기본권이 침해당했다고 주장하는 모든 국민들에게 이를 근거로 헌법소원을 제기할 수 있고 그러한 헌법소원의 인용가능성도 매우 높을 것으로 생각한다.

56) Vgl. BVerfGE 56, 54(78 f.).

57) 법률관찰의무에 관하여는 S. Huster, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, Zeitschrift für Rechtssoziologie 24(2003) S. 1 ff. 참조.

V. 맺음 말

법률에 대한 신뢰와 준수는 민주적 법치국가의 헌법체계의 관점에서는 당연한 것이다. 19세기의 법률론에서는 법률을 정치적 발전과는 무관하게 법질서 내부에서 자신의 기능을 담당하는 것으로 보아왔다. 즉 법규범으로서 공동체의 지속적인 가치관과 원칙들이 법률속에 표현된 것으로 보아왔다⁵⁸⁾. 그러나 오늘날의 법은 더 이상 단순히 인간 행동의 사회 윤리적·법적 평가에 대한 정태적인 표시로서만 이해될 수 없다. 법률은 이미 사회국가, 특히 사회학적 인식과 예측에 따른 사회적 과정의 통제를 위한 수단이 되었다⁵⁹⁾. 특히 과학 기술의 시대로 표시되는 현대에 있어서의 법률은 이제 19세기 이래로 법률론을 지배하여 오던 전통적인 사고로는 설명하기 어려운 것들이 생겨나고 있으며 - 예를 들면 수많은 처분법률⁶⁰⁾(Maßnahmegesetze), 실험법률⁶¹⁾(Experimentelle Gesetze), 유예법률⁶²⁾(Moratoriumsgesetze) 또는 한시법(Befriste Gesetze) 등 - 이에 따른 법률에 대한 새로운 이해와 전통적 이해방식사이에서 불가피한 마찰이 생겨나고 있다.

위와 같은 경향은 특히 '장래' 생겨날 수 있는 위험에 대한 '예방'을 주요한 목적으로 하고 있는 환경관련법률에서 특징적으로 나타나고 있다. 환경관련법률의 특징은 환경보전 및 쾌적한 생활의 보호라는 목적의 달성이라는 성격상 상당히 많은 규제의 내용을 포함하게 되고 이러한 것이 개인의 영업의 자유 등을 침해하는 결과들이 나타나게 된다. 이와 관련하여 환경관련법률들과 기본권 제한에 있어서 엄격한 법정주의를 요구하는 법치국가원리와의 갈등이 생겨날 수 있다는 지적의 목소리가 높아져가고 있다⁶³⁾. 하지만 전통적인 법

58) F. Ossenbühl, a.a.O., S. 21.

59) Vgl. BVerfGE 39, 1(59).

60) 처분법률이란 입법자가 개별적 사안만을 규율하기 위하여 제정하는 법률로서 이미 법률 제정실제에서 익숙한 것이 되었다.

61) 실험법률이란 경험의 축적을 통해서 입법의 실질적 합리화를 목표로 하는 법률을 말하며 법 정립행위의 작용과 작용방식에 관한 중요한 자료들을 축적하여 계속 계획되어 있는 법규의 제정을 보다 합리적으로 할 수 있기 위해서 제정된다.

62) 유예법률이란 일정 조건이 성숙될 때까지는 일정행위를 금지시키고 있다가 조건이 성숙되거나 또는 장애가 제거되면 효력을 상실하게 하는 법률을 말한다. 신기술을 채용하는 새로운 에너지개발과 관련하여 그러한 것이 현실화 되었을 때 나타날 수 있는 부작용 또는 예측불가능한 위험 등에 대한 충분한 연구 및 대책이 아직 마련되어 있지 않거나, 그러한 기술에 대한 사회적 합의가 아직 이루어지지 않은 한 해당기술의 연구 및 상용화를 금지하다가 그러한 장애들이 제거되면 그러한 기술의 채용을 금지하고 있던 법률의 효력을 상실하게 함으로서 지금까지의 규제를 별도의 조치없이 철폐하는 형태의 법률을 말한다.

63) 환경국가와 법치국가 사이의 갈등문제에 관하여는 C. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen, 2001 참조; 국내문헌으로는 김성수, "독일 연방헌재의 폐기물법에 대한 결정과 환경법상 협

이론 또는 법 정립이론으로는 이러한 갈등을 해결하기에는 여러 가지 어려움이 따른다. 과거 지양하여야 하는 것으로 여겨졌던 개별적, 처분적 법률이나 또는 유예법률들의 필요성이 증대되고 있고 이러한 경향을 설득력이 있게 설명하기 위해서는 더 이상 전통 법 이론의 패러다임으로는 한계에 부딪힐 수밖에 없을 것이다. 그러나 새로운 법이론의 경향은 당연히 기본권의 신장과 생겨날 수 있는 기본권간의 갈등의 최소화라는 목적아래서 수용될 수 있는 것이지, 전통적인 법치국가의 틀을 깨는 방향으로 진행되어서는 않된다. 이러한 인식아래서 양자를 조화할 수 있는 방안이 입법자의 입법권자로서의 지위에서 입법의무자로서의 지위에 대한 인식의 전환과 이에 근거하여 입법자의 법률개선 의무 등과 같은 입법자의 작위의무를 헌법상의 의무로 인식하는 것이라고 본다.

주제어: 환경권, 국가목표조항, 법률관찰의무, 법률개선 의무, 사후적 부진정 입법부작위, 헌법소원

력의 원칙 - 과연 21세기 법치주의의 구조를 바꿀 것인가? -, 헌법판례연구(3), 박영사, 391 쪽 이하; 이덕연, “환경권 우선론? - 생활환경상 이익과 건축의 자유 -”, 헌법판례연구(2), 363 쪽 이하 참조.

【참 고 문 헌】

- Badura, Peter, Die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen, in: Gerog Müller (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktion in Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 481-492.
- Baumeister, Peter: Das Rechtswidrigwerden von Normen, Berlin 1996.
- Beck, Ulrich, Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a.M. 1986.
- Bernd, Werner, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten, Diss., Mainz 1989.
- Brughart, Axel, Die Pflicht zum guten Gesetz, Berlin 1996.
- Calliess, Christian, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001.
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz. 2. Aufl., Berlin 1983.
- Choi, Yooncheol, Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, Hamburg 2002.
- Eisele, Michaela, Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlaß, Berlin 1999.
- Huster, Stefan, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, Zeitschrift für Rechtssoziologie 24(2003), S. 1-36.
- Karpen, Ulrich, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre, Baden-Baden 1989.
- Kloepfer, Michael, Die europäische Herausforderung - Spannungslagen zwischen deutschem und europäischem Umweltrecht, NVwZ 2002, S. 645-657.
- Koch, H.-J./Prall, Ursula, Entwicklung des Immissionschutzrechts, NVwZ 2002, S. 666-675.
- Mayer, Christian, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 1996.
- Ossenbühl, Fritz, Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter, Wiesbaden 2000.

- Ossenbühl, Fritz, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, Tübingen 1976, 458-
- Rehbinder, Eckard, Das deutsche Umweltrecht auf dem Weg zur Nachhaltigkeit, NVwZ 2002, S. 657-666.
- Roßnagel, Alexander, Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Atomrecht, JZ 1985, S. 714-717.
- Schneider, Hans Peter, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2103-2111
- Steinberg, Rudolf, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers, Der Staat 26(1987), S. 161-186.
- Toepfer Klaus, Umwelt im 21. Jahrhundert - Herausforderung für die Industrieländer, NVwZ 2002, S. 641-645.
- Rupp-von Brünneck, Wiltraut, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: Theo, Ritterspach/Willi Geiger(Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 355-378.
- 고문현, "독일에서의 환경보호", 공법연구 제32집 제1호(2003.11), 357쪽-379쪽.
- 권영성, 헌법학원론, 서울;법문사, 보정판, 2003.
- 김철수, 헌법학개론, 서울;박영사, 제16판, 2004.
- 정극원, "기본권으로서의 환경권과 국가목적규정으로서의 환경권", 공법연구 제32집 제2호(2003.12), 527-546쪽.
- 정종섭, 헌법소송법, 서울;박영사, 제2판, 2004.
- 최윤철, "독일에서의 입법자의 법률개선의무에 관한 논의", 공법연구 제31집 제3호(2002.4), 365-384쪽.
- 최윤철, "입법자의 법률의 하자제거의무", 법조 통권 561호(2003.6), 143-166쪽.
- 허영, 한국헌법론, 서울; 박영사, 제4판, 2004.
- 홍성방, "현대사회에서의 기본권이론", 공법연구 30집 제1호(2001.12), 1-21쪽.
- 홍성방, "환경기본권 - 한국헌법 제35조에 대한 해석론적·입법론적 소고 -", 환경법연구 제22권(2000), 473쪽-490쪽.
- 홍완식, "입법자의 법률개선의무에 관한 연구", 공법연구 제31집 제2호(2002.12), 281-297쪽.
- 홍준형, 환경법, 서울; 박영사, 2001.

【Zusammenfassung】

Umweltrechtliche Wesen und die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers

Choi, Yoon Cheol

Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen verpflichtet, ein Gesetz zu beobachten und gegebenenfalls nachzubessern. Der optimale Grundrechtsschutz ist die wichtigste Aufgabe des Staats in der Gegenwart geworden. Der Gesetzgeber wird sowohl ein Rechtsinhaber als auch eine Pflichtträger wie andere Staatsorgane betrachtet. Er darf nur seine Rechte behaupten, ein Gesetz zu sprechen, wenn es zum Schutz der Grundrechte beitragen kann.

Die Veränderung der natürlichen Grundlage ist schnell und manchmal unverhersehbar, so dass ein Umweltgesetz unter Umständen rasch darauf reagieren. Ansonst kann die Diskrepanz zwischen der tatsächlichen Lage und dem Umweltgesetz so groß, dass es im Einklang mit dem Verfassungsrecht nicht mehr stehen kann. Um die bewegliche Zielscheibe genau zu treffen, versucht der Gesetzgeber immer mehr die befristeten Gesetze oder die Maßnahmegesetze zu erlassen. Aber ein Einzelfallgesetz, Maßnahmegesetz oder ein befristetes Gesetz ist nach der herkömmlichen Rechtslehre schwer hinzunehmen, weil es gegen die Allgemeinheit und Abstraktheit des Gesetzes verstößt.

Die Nachbesserungspflicht als ein effektives Mittel zur Vorbeugung eines Umweltgesetz, nachträglich verfassungswidrig zu werden. Der Gesetzgeber kann dadurch seine verfassungsrechtliche Pflicht erfüllen, die Grundrechte der Bürger zu schützen. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung, dass der Gesetzgeber sein Umweltgesetz mit der Form der Maßnahmegesetze nachbessern muss, könnte ohne Verstoß gegen die herkömmliche Rechtslehre als einen Lösungsweg hingenommen werden.