

# 우리헌법에서의 환경권조항의 의미

- 기본권 보장 또는 환경보호? -

최 윤 철\*

## 《 차 례 》

- I. 들어가는 말
- II. 환경보호와 다른 가치와의 관계
- III. 환경권의 법적 성질
- IV. 환경권조항의 문제점과 개선방안
- V. 맺는 말

## I. 들어가는 말

최근 커다란 사회적 관심을 불러왔던 경부고속철도 천성산 구간 터널공사 저지를 위한 100일여에 걸친 단식투쟁을 하였던 지울스님, 위도의 원자력발전소 폐기물처리장 건설을 둘러싼 부안군민들의 반대운동, 서울 외곽순환도로건설에 따른 북한산 지역의 자연환경과 괴에 대한 반대운동, 군 기지주변의 군용기 운항에 따른 소음 및 진동에 대한 지역 주민들의 항의 등 수많은 환경관련 사건이 발생하고 있다. 정부나 사업시행을 하는 업체들은 환경보호 때문에 국책사업의 효율적 집행 또는 재산권의 정당한 행사가 불가능하다고 주장하고 있는 것이 현실이다. 과거 70년대, 80년대초의 상황과 현재를 비교하면 격세지감이 느껴진다.

현행헌법은 제35조 제1항과 제2항에서 각각 ‘모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.’ ‘환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다’는 환경과 관련한 내용을 규정하고 있다. 위의 헌법규정은 당초 1980년 제8차 개헌 헌법 제33조에 처음으로 규정되어 지금에 이르고 있고 학계 및 판례도 헌법이 보장하는 환경권에 관하여 환경권을 인간존엄성의 실현을 위한 매우

---

\* 건국대학교 법학과 교수

중요한 요소라고 하는 견해 및 판결들을 내놓고 있다.

하지만 헌법이 환경권을 국민의 기본권으로 보장하여 국민들로 하여금 건강하고 쾌적한 생활을 영위할 수 있도록 보장하고 있음에도 불구하고 여전히 국민들은 국가의 환경보호 정책이 미흡하여 환경이 파괴되는 것을 방지하고 있다고 주장한다. 국가가 앞장서서 환경을 파괴하고 있다고 주장하기도 한다. 그러한 또 다른 한편에서는 지나친 환경보호우선정책으로 영업의 자유 등 다른 기본권이 중대한 제한을 받고 있다는 주장을 펴기도 한다. 그렇다면 우리나라의 헌법의 태도가 환경관련 문제에 있어서 타 국가들에 비해서 매우 획기적이고 주목할 만한 방법으로 환경문제에 접근하고 있음에도 환경관련 불만사항들이 쏟아져 나오는 것은 어떠한 이유인가? 헌법 제35조 각항에서 밝히고 있는 환경권의 의미 및 내용은 과연 무엇인가? 혹시 우리나라 환경권 조항은 단순히 우리 헌법의 우수성과 선진성을 포장하기 위한 장식에 불과한 것인가? 또는 헌법이 비록 환경권을 국민의 기본권으로 규정하고 있지만 그 내용이 지나치게 추상적이거나 불명확하여 해당 조항만으로는 누구를 위한, 무엇을 보호하고자 하는 지등을 알 수 없어서 국민들이 환경권을 주장하는 데 어려움을 겪는 것은 아닌 지? 등의 문제가 제기될 수 있다. 환경권의 이해 및 실현의 어려움에 관한 문제는 학설에서도 마찬가지로 경험하는 것이다. 즉, 헌법이 보호하고자 하는 환경에 대한 이해, 환경권의 의의, 환경권의 법적 성질, 환경권의 효력, 침해 시 구제방법 등에 관한 많은 논란이 있다.

이 글은 우선 환경보호와 다른 가치(기본권 등) 사이의 갈등관계를 조망하여 본다. 이어서 환경의 일반적인 의의와 헌법 및 환경정책기본법이 규정하고 있는 환경의 의의를 살펴본다. 다음으로 환경권의 법적 성질을 살펴본다. 환경권의 법적 성질에 관한 문제는 환경권의 효력의 문제와 직접 연관이 되는 문제이다. 이어서 헌법 제35조 제1항 후단을 환경권이라는 기본권과의 관계 속에서 어떻게 이해하여야 하는가의 문제를 살펴본다. 헌법 제35조 제1항 후단은 ‘국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다’라고 규정하는 데 이 조항의 의미가 독일 기본법의 태도처럼 국가목표조항으로 이해하여야 하는가의 문제이다. 헌법 제35조 제2항은 국민이 환경권의 구체적 실현하기 위해서 매우 중요한 의미를 가진다. 이와 관련하여 입법자가 부담하는 환경권 구체화 법률제정의무와 관련한 문제를 살펴보고, 나아가 환경권의 적극적 침해 및 소극적 침해의 경우에 각각 어떠한 방법으로 권리의 회복을 구할 수 있는 지에 관하여 살펴본다. 마지막으로 환경권을 국민의 기본권으로 인정하고 있는 우리나라의 헌법태도에 대하여 비판적으로 고찰하여 보고, 문제점이 있다면 이러한 문제를 해결하는 방안은 없는지를 살펴본다.

## II. 환경보호와 다른 가치와의 관계

현대 국가에 있어서 환경보호가 인간의 생존과 관련하여 얼마나 중요한 의미를 가지는지에 대해서는 이미 주지의 사실이 되었다. 종래의 고전적 기본권과는 상당히 다른 특질을 가지는 기본권으로써의 환경권도 주장이 되고 우리나라의 경우에는 헌법에 국민의 기본권으로까지 규정이 되었다. 그러나 기본권으로써의 환경권과 기본권의 실현을 위한 환경보호의 중요성이 강조되면서, 환경보호를 위해 국민의 다른 이익이 제한될 수밖에 없는 갈등현상이 생겨나고 있다. 이론적인 측면에서도 이른바 환경국가(Umweltstaat)와 고전적인 법치국가(Rechtsstaat) 사이에서의 갈등이 나타나고 있다.<sup>1)</sup>

각종 시설의 배출부담금, 개발제한 구역의 설정, 환경영향평가 등은 어떠한 시설을 특정한 장소에 하려는 다른 국민들에게 헌법이 보장하는 다른 기본권인 영업의 자유 및 재산권을 제한하거나 행사하지 못하도록 하는 기본권 행사에서의 중대한 제한을 의미하기도 한다. 환경보호가 환경권을 실현하는 전제이고 따라서 환경을 침해하거나 환경에 일정한 행위를 하는 행위는 환경권을 침해하기 때문에 금지된다는 주장은 환경권의 측면에서는 당연한 결론이다. 그러나 헌법은 기본권의 최대한, 최적 보장과 침해로부터의 보호를 규범적 바탕(법치국가)으로 하기 때문에 환경권과 다른 기본권의 보장 및 보호의 정도를 다르게 규정할 수는 없다. 기본권간의 우월관계가 부정되는 이유도 그러한 까닭이다. 결국 헌법은 기본권간의 갈등이 발생하는 경우 여러 가지의 방법을 통하여 그러한 갈등을 해결할 수밖에 없다.

환경보호 및 보전만을 최고의 선으로 삼는 주장을 이른바 생태주의라고 부른다. 그 중에서도 극단적 생태주의는 자연에 대한 인간의 일체의 행위를 부정(不正)으로 보고 이를 배척하는 경향을 보인다. 인간도 자연의 한 구성원에 불과할 뿐이며, 인간에게는 어떠한 경우에도 자연에 대한 우월적 지위도 인정할 수 없다고 한다. 이러한 입장에 따르면 자연에게 가하는 인간의 어떠한 행위도 정당화 될 수 없다. 극단적 생태주의는 우리 헌법에 합치되지 않음은 명백하다.<sup>2)</sup>

환경권과 다른 기본권과의 관계는 결국 환경보호를 통하여 무엇을 보호하기 위한 것인가의 문제로 귀결된다. 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있고, 헌법이 보장

1) 최근 독일의 논의를 보면 환경국가와 법치국가사이의 갈등에 관한 부분을 주목하는 연구들이 나오고 있다. 가장 잘 정리된 것은 Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Tübingen 2001.

2) 강현호 교수는 환경이라는 마녀의 수족이 되어서 국민의 기본권을 과도하게 제한하거나 박탈하는 것은 아닌지 심각하게 고려하여야 한다고 주장한다. 강현호, 「환경법의 기초에 관한 소고」, 『환경법연구』 제25권 제1호, 161면 참고.

하는 모든 기본권은 궁극적으로 인간의 존엄성 실현에 기여하는 것으로 해석하는 한 환경권도 인간의 존엄에 기여하는 때에 기본권으로써의 의미를 가진다고 본다.

### Ⅲ. 환경권의 헌법적 성질

#### 1. 환경의 의의

헌법이 보장하는 환경권의 내용을 파악하려면 우선 환경(環境, Umwelt, Environment)의 의미가 무엇인가에 대한 고찰이 있어야 한다. 환경을 이해하는 입장에 따라 환경권의 개념과 그 범위가 달라지므로 환경의 의미를 정하는 것은 그 의미가 있는 것이다. 환경은 그 표현대로 한다면 인간을 둘러싸고 있는 인간의 의사와는 원래부터 그곳에 있어왔던 것을 의미하고 그러한 의미에서 자연환경을 말한다고 할 수 있다. 환경을 자연환경으로만 이해하는 협의설<sup>3)</sup>, 자연환경과 생활환경을 포함한다는 주장<sup>4)</sup>도 있다. 다수설은 자연환경 속에서 살 권리, 즉 자연적인 청정한 대기에 관한 권리, 깨끗한 물에 관한 권리뿐만 아니라 보다 좋은 사회적 환경에서 살 권리(교육권, 의료권, 도로·공원 이용권까지 포함) 등을 포함하는 입장이다.<sup>5)</sup>

그러나 헌법 제35조의 환경의 의미를 사전적 의미 또는 넓은 의미의 환경으로 이해할 수는 없다. 우리 헌법은 환경을 어떻게 이해하고 있는 지는 환경보호에 관한 국가의 기본정책을 정한 환경정책기본법을 통해서 엿 볼 수가 있다. 환경정책기본법에 따르면 환경은 자연환경과 생활환경으로 구분하면서(제3조 제1호) “자연환경”은 지하, 해양을 포함하는 지표 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관을 포함)라고 정의하고 있다(법 제3조 제2호). “생활환경”은 대기, 물, 폐기물, 소음과 진동, 악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경(법 제3조 제3호)이라고 정의한다.

환경정책기본법이 말하는 생활환경은 본래 있어왔던 자연환경을 인간이 이차적인 작위를 가하여 산출해 낸 2차적 환경이라고 볼 수 있다. 또한 다수설 등이 주장하는 기타의 문화적, 사회적 환경 등을 모두 환경에 포함시켜 이해하면 인간과 관련한 모든 사항이 환

3) 홍성방, 헌법학, 현암사, 2005, 589면.

4) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 684면.

5) 김철수, 헌법학개론, 박영사 2004, 861면.

경의 개념 속에 포섭이 될 수밖에 없다. 그러한 경우 문화국가(제9조)에 관한 사항, 교육을 받을 권리(제31조) 등 모든 기본권 및 헌법적 가치들이 환경 속에서 이해되어야 하고 환경에 관한 권리를 규정한 환경권은 모든 기본권의 상위에 차지하는 지위를 가지게 될 것이다. 따라서 환경의 의미는 자연적 환경만을 의미한다고 보는 것이 타당하다고 본다.<sup>6)</sup>

## 2. 환경관련조항에 관한 비교법적 고찰

환경에 관한 권리를 기본권으로 인정하고 이를 헌법에 규정하고 있는 예는 외국의 헌법사례와 비교하여 볼 때도 매우 획기적인 것이다. 환경권은 신군부가 집권을 한 이른바 제5공화국헌법에서 처음으로 헌법(1980년 헌법 제33조)에 규정되었다. 당시 제5공화국 헌법개정을 주도하였던 신군부가 환경권이라는 당시에는 아직, 아니 지금도 그 성질에 관하여 이론이 분분한 환경권을 헌법에 규정하여 국민의 기본권으로 인정하였다는 것은 신군부가 가지고 있던 환경에 대한 의식은 차치하고 우리나라의 헌정사에서 매우 고무적인 것이라고 할 수도 있다. 환경보호의 선진국이라고 할 수 있는 독일의 경우에도 환경에 관한 내용이 기본법에 규정된 것은 1994년에 이르러서였다. 하지만 독일은 환경에 관한 내용을 기본권으로서, 즉 환경권으로써 규정하지 않고, 이른바 ‘국가목표조항’으로써 규정하여 개인이 가지는 기본권으로서의 환경권은 인정하지 않았다. 언뜻 보기에 적어도 환경과 관련한 부분에 있어서는 우리나라 헌법의 태도가 독일의 경우에 비해서 매우 획기적인 것이라고 볼 수도 있다. 그에 관한 여러 가지 구체적 차이점은 후술한다.

현재 유럽연합 회원국들 사이에서 비준절차가 진행되고 있는 유럽연합 헌법초안도 환경에 관한 규정을 두고 있는데 유럽연합헌법초안은 환경에 관한 문제를 기본권 헌장에서 특히 연대(Solidarität)에 관한 장속에 규정하고 있다.

그러나 유럽연합헌법은 환경에 관한 조항을 기본권장에 규정하면서도 그 내용은 유럽연합 시민 또는 회원국들의 권리로써 규정하지 않고 고도의 환경보호 수준, 환경의 질적 향상이 유럽연합 정책에 편입되어야만 하며, 지속발전의 원칙에 따라 안전하게 보전되어야 한다고 규정하고 있다(유럽연합 헌법초안 II-36조). 이러한 태도는 유럽연합 시민들에게 환경의 문제가 결국은 시민들이 질적으로 향상된 환경 속에서 생활할 수 있는 권리를 확 인함과 동시에(기본권 장에 편입한 이유), 환경보호의 문제는 일차적으로 유럽연합의 정책적 과제임을 선언한 것으로 볼 수 있다(규정의 내용). 또한 환경규정을 기본권헌장 속에서 연대(Solidarität)의 장에 규정하는 것은 환경의 문제는 개인의 주관적 이익보다는 사회

6) 같은 의견, 홍성방, 위의 책, 589면.

구성원의 연대에 의해서만 해결될 수 있다는 것을 선언한 것으로 이해할 수 있다(사회적 성격).

### 3. 우리나라 헌법 제35조 제1항의 성격

#### 1) 기본권으로 보는 견해

##### (1) 의의

헌법은 환경권을 국민의 기본권으로써 규정하고 있다. 환경에 관한 사항 -환경보호 등-을 규정한 헌법은 여러 국가의 사례에서 볼 수 있으나 이를 기본권으로 규정하고 국민들에게 보장하고 있는 우리나라의 헌법은 상대적으로 드문 경우에 속한다.<sup>7)</sup> 모든 국가들이 인간의 생존을 위한 기초로서의 환경의 중요성에 대하여 인식을 하고 있음에도 불구하고 여러 국가들이 환경에 관한 사항을 기본권으로 하지 않고 국가의 목표 또는 국가와 국민의 공동책임 등을 강조하는 태도를 보이고 있는 것은 환경권이라는 기본권의 성질을 명쾌하게 규정하기가 어렵다는 것을 역설적으로 보여준다.

우리나라 헌법은 제35조 전단에서 환경권을 국민의 기본권으로 규정하여 인정하고는 있으나 환경권의 개념 및 법적 성질을 둘러싸고 많은 견해의 대립이 보이고 있다.<sup>8)</sup> 환경권의 법적 성질을 밝히는 것은 각각의 견해에 따라 환경권의 구체적인 효력의 차이가 발생하기 때문에 매우 중요한 것이라고 할 수 있다.

##### (2) 환경권의 개념

환경권의 개념에 관하여는 좁은 의미로써 오염되거나 불결한 환경으로 말미암아 건강을 훼손당하거나 훼손당할 위험에 놓인 자가 오염되거나 불결한 환경에 대하여 책임이 있는 공권력이나 제3자에 대하여 그 원인을 예방 또는 배제하여 주도록 요구할 수 있는 권리라고 보는 견해가 있다. 이에 반하여 환경권을 넓은 의미로 파악하게 되면 위의 좁은 의미의 환경권은 물론 청정한 환경에서 쾌적한 생활을 누릴 수 있는 권리까지도 포함한다.<sup>9)</sup>

이러한 견해에 따르면 오염되거나 불결한 환경의 예방 및 배제의 소극적 측면과 청정한 환경을 보전하고 조성하여 줄 것을 국가에 대하여 요구할 수 있는 적극적인 측면 모두를 담게 된다. 대체로 학설<sup>10)</sup> 및 판례<sup>11)</sup>는 우리 헌법 제35조는 넓은 의미의 환경권으로

7) 환경보호를 헌법에 규정한 국가는 그리스, 인도, 이란, 스위스, 태국 등이 있고, 환경권을 직접 규정한 국가는 포르투갈, 스페인을 들 수 있다. 유럽연합 헌법초안도 환경권을 규장하고 있다.

8) 참조 홍성방, 앞의 책, 583면.

9) 권영성, 위의 책, 684면.

이해하고 있는 것으로 생각된다. 환경권을 헌법에 규정하고, 특히 환경권의 내용을 ‘건강하고 쾌적한’한 환경에서 생활할 권리라고 규정한 우리 헌법의 태도는 환경권을 넓은 의미에서 이해하고 있다고 본다.

그러나 그러한 견해들 중에서 환경권의 내용을 역사적, 문화적 유산인 문화적 환경뿐 아니라 사람이 사회적 활동을 하는 데 필요한 도로, 공원, 교량 등과 같은 사회적 시설로서 인간 생활상 필요불가결한 사회적 환경도 포함됨은 당연하고, 교육환경 역시도 사회적, 문화적 환경에 속한다고 보는 견해<sup>12)13)</sup>는 환경권의 내용을 지나치게 넓게 보는 것으로서 찬성하기 어렵다. 헌법 제35조의 환경권을 교육환경을 포함하여 문화적, 사회적 환경 모두를 포함하는 것으로 보게 되면, 환경권이 모든 기본권을 포괄하게 될 우려가 있다. 헌법이 보장하는 각 기본권은 각각의 성격과 의의가 있고 상호 보완하여 인간의 존엄성의 최적화에 기여하는 것이지, 기본권 상호간에 어떠한 기본권이 우위를 가져서 다른 기본권을 포섭하는 것은 인정할 수 없기 때문이다. 헌법 제35조의 환경권도 다른 기본권과의 관계에서 예외적일 수가 없다.

10) 권영성, 앞의 책, 684면 이하; 김철수, 위의 책, 858면; 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2005, 534면; 홍성방, 앞의 책, 583면 이하.

11) 예를 들면, 헌재 2001.01.18. 99헌마548 댐건설및주변지역지원등에관한법률 제35조 제1항 위헌 확인 - 헌법 제35조에서는 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하여 환경권을 보장하고 있다. 이를 환경을 구성하는 중요요소 중의 하나인 물과 관련하여 볼 때, 오염에서 해방된 깨끗한 물에 대한 권리는 물론, 인간으로서의 존엄을 유지하기 위하여 필요한 정도의 유량을 공급받을 권리도 이러한 환경권의 한 내용으로 이해할 수 있을 것이다.

또는 헌재 1999.07.22. 97헌바9 자연공원법 제16조 제1항 제4호 등 위헌소원 - 헌법은 제10조에서 헌법이 지향하는 최고의 가치로서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있고, 제35조 제1항에서는 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하여 국민의 환경권보장과 국가의 환경보전의무를 선언하고 있으며……

12) 예를 들면 성낙인, 위의 책, 534면; 정극원, 「기본권으로서의 환경권과 국가목적규정으로서의 환경권」, 『공법연구』 제32집 제2호, 531면; 부산고법1995.5.18 95카합5 등의 견해 등

13) 특히 부산고법1995.5.18 95카합5 참조 -

헌법상 규정된 환경권은 사람이 인간다운 생활을 영위함으로써 인간으로서의 존엄을 유지하기 위하여 필수적으로 요구되는 것이므로 인간의 생래적 기본권의 하나로서 모든 사람에게 다 같이 보장되는 보편적인 권리로서의 성질을 가진다 할 것이고, 이러한 환경권의 내용에는 공기, 물, 일광, 토양, 정온 등 자연적 환경을 비롯하여 자연적 경관도 포함되고, 이러한 자연적 환경 이외에 역사적, 문화적 유산인 문화적 환경뿐 아니라 사람이 사회적 활동을 하는 데 필요한 도로, 공원, 교량 등과 같은 사회적 시설로서 인간 생활상 필요불가결한 사회적 환경도 포함됨은 당연하고, 교육환경 역시 사회적, 문화적 환경에 속한다 할 것이다.

환경국가가 법치국가를 대체하려고 한다는 주장<sup>14)</sup>이 설득력을 얻을 수 있는 것도 환경 또는 환경권을 지나치게 넓게 보거나 환경에 대한 가치를 상대적으로 높게 두는데서 기인한다고 보인다. 헌법 제35조를 구체화하는 성격을 가지는 환경정책기본법도 “환경”을 자연환경과 생활환경으로만 구분하면서(제3조 제1호) “자연환경”은 지하, 해양을 포함하는 지표 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관을 포함)라고 정의하고 있다(법 제3조 제2호). 그리고 “생활환경”은 대기, 물, 폐기물, 소음과 진동, 악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경(법 제3조 제3호)이라고 하여 이른바 문화적, 사회적 환경은 환경권의 범위에서 배제됨을 소극적으로 보여주고 있다.

### (3) 환경권의 법적 성격

#### 가. 자유권적 기본권으로 보는 견해

우리 헌법 제35조의 규정 태도에 따르면 환경권의 자유권적 기본권성을 부정할 수는 없을 것으로 생각된다. 만약 환경권을 자연적 환경의 보호를 그 주요 내용으로 하면서 건강하고 쾌적한 생활의 의미를 자연적 환경 속에서 자신의 삶을 영위하는 순수한 개인의 자유권(소극적 방어권)이라고 본다면 국가가 자연의 변경을 가하는 적극적 개발행위(터널, 방조제, 택지개발 등)는 개인이 가지는 헌법상의 권리인 환경권을 침해하는 결과가 될 수 있고, 개인은 그러한 개발행위에 대하여 국가에 대한 부작위 청구를 할 수 있을 것이다.

#### 나. 사회적 기본권으로 보는 견해

사회적 기본권은 인권의 활성화를 위하여 경제적·사회적·문화적 조건을 창출하여 줄 것을 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 권리를 말한다.<sup>15)</sup> 즉 사회적 기본권은 그 실현이 국가의 급부형성에 의존하게 되며, 따라서 개인이 국가에 대하여 특정한 급부를 요구하는 청구권이 중심이 된다. 즉, 사회적 기본권은 국가에 대한 적극적 요구와, 이에 대응하는 국가를 통한 보장으로 구성이 된다. 헌법 제35조가 국민에게 보장하는 환경권도 사회적 기본권의 하나로 이해되고 있다.<sup>16)</sup>

14) Kloepfer, Umweltrecht, 2. Aufl., München 1998; 강현호, 위의 논문; 정훈, 「환경보호와 법치국가 원리의 충돌」, 『환경법연구』 제25권 제2호, 431면 등; 법치국가와 환경국가와의 관계에 관한 자세한 내용은 Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001 참조.

15) 홍성방, 위의 책, 535면.

16) 우리 헌법 제31조 이하 제36조에 규정된 기본권을 학설은 우리헌법상에서 국민에게 보장된 사회적 기본권이라고 보고 있다.

사회권적 기본권은 그 구체적 실현이 국민의 적극적 요구와 그에 상응하는 국가의 급부에 의해서 이루어지기 때문에 어느 일방의 조건의 충족만으로는 완전한 실현이 어렵다는 특징을 가진다. 이러한 사회권적 기본권의 특징과 관련하여 사회권적 기본권을 프로그램적 규정으로 보는 견해로부터, 추상적 권리로 보는 견해, 구체적 권리로 보는 견해 등 사회적 기본권의 법적 성질에 대한 다툼이 있다. 이는 환경권을 사회권적 기본권으로 보고 있는 우리의 경우에도 각 학설 및 판례에서도 여전히 보여 지고 있다.

환경권을 프로그램적 규정으로 보게 되면 환경권의 보장은 단지 선언적 의미만을 가지며, 그 구체적 실현은 단지 입법정책상의 문제에 불과하게 된다. 즉 국민들의 환경권 실현의 문제는 국가의 재량의 문제라는 결론에 도달한다. 환경권의 성격을 프로그램적 규정으로 보는 견해는 현재 찾아보기 어렵다. 국가가 환경권의 구체적 실현을 위한 어떠한 행위를 하지 않는 경우에도 국민은 국가에 대하여 어떠한 요구도 할 수 없다.

환경권을 추상적 권리라고 보는 입장에 따르면, 환경권은 국민이 추상적으로 환경권을 가진다는 것만을 규정하고 있고 그 구체적인 내용에 관하여는 아무런 규정이 없기 때문에 환경권의 구체적 실현을 위해서는 법적인 구체성, 즉 권리주체의 확정, 법익의 존재, 청구방법 등이 명확히 되어야만 환경권을 행사할 수 있다는 것이다. 따라서 환경권을 행사하기 위해서는 환경권의 실현수단 및 방법에 관한 내용을 정한 법률이 제정되어야만 한다고 본다.<sup>17)</sup> 대법원은 환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 개개의 국민에게 직접적으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체 대상 내용 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다고 하여 환경권을 추상적 권리로 보고 있다.<sup>18)</sup> 이에 대하여 환경권은 본질적으로 추상적 권리로서의 성격을 가지지만 국가가 최소한의 생존을 위한 환경, 최소한의 사회적 환경 등의 헌법적 의무를 이행하지 않은 경우에는 부작위를 이유로 헌법적 권리구제가 가능하다고 주장하는 절충적 입장도 있다.<sup>19)</sup> 이에 따르면 환경권은 추상적 권리의 성격은 헌법재판 또는 입법형성에 의하여 추상성이 제거되지만 하면 구체적인 실현을 이루는 권리를 의미한다고 한다.

반면에 환경권을 실정법적인 법규로써 현실적인 청구권이 인정되는 구체적 권리로 보게

17) 홍준형, 위의 책, 41면.

18) 대판 1995.9.15. 95다23378; 그 밖에도 대판 1997.7.22. 96다56153은 환경권은 명문의 규정이나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야만 인정되는 것이므로, 사법상의 권리로서의 환경권을 인정하는 명문의 규정이 없는데도 환경권에 기하여 직접 방해배제 청구권을 인정할 수 없다고 한다.

19) 예를 들면 정극원, 앞의 논문, 535면.

되면 헌법상의 환경권의 실현에 맞는 구체적인 입법의 제정을 입법자에게 의무지우고 그에 따른 예산조치를 하도록 하는 의무를 행정권에 지우며, 이러한 의무의 불이행에 대한 (입법부작위 또는 행정작용의 부작위) 위헌성을 법원에 청구할 수 있는 현실적·구체적 권리가 된다.

#### 다. 종합적 권리설

환경권을 기본권으로서 인간의 존엄과 가치·행복추구권에서 파생된 기본권으로서, 자유권적 성격과 사회권적 성격을 모두 가지는 종합적 기본권으로 본다. 하지만 환경권을 인간존엄성 존중을 이념적 기초로 하는 종합적 권리라고 보는 이러한 주장도 환경권의 주된 성격은 사회적 기본권이라고 본다.<sup>20)</sup> 다만 그 법적 성격을 둘러싸고 환경권이 추상적 권리인가 또는 구체적 권리인가에 관하여는 견해가 갈린다. 김철수 교수는 환경권을 자유권적 측면과 사회권적 측면을 나누어서 설명한다. 그에 따르면 환경침해배제청구권은 자유권으로부터 파생되므로 구체적 권리이지만, 환경개선청구권은 추상적 권리일 수밖에 없다고 본다.<sup>21)</sup> 반면 권영성 교수는 환경권은 사회적 기본권으로서 불완전하지만 구체적 권리라고 한다.<sup>22)</sup> 헌법재판소는 환경권을 헌법 제10조의 인간의 존엄성 유지를 위한 조건으로서 이해하고 있다.

### 2) 국가목표조항으로 보는 견해

#### (1) 국가목표조항의 의의

헌법이 규범으로서의 국가목표조항을 두는 이유는 지금은 확정할 수는 없지만 장래에 있어서 당면하게 되는 불확정의 현안문제들을 헌법적 차원에서 합리적으로 포섭하고 능동적으로 해결할 필요가 있는 경우에 이에 대한 이념적 방향설정과 구체적 내용결정의 필요성이 있는 경우이다.<sup>23)</sup> 그러나 국가목표조항을 장래에 발생할 수 있거나 예견할 수 있는 문제들에 대하여 규정하고 국가가 이를 확인한다는 정도의 선언적 의미로만 이해한다면 국가목표조항의 규정은 오히려 헌법의 규범력을 떨어뜨리는 효과만 가져올 것이다. 국가목표조항에 관한 이론적 기초를 제공한 독일의 경우에서도 그러한 점을 인식하여 국가목표조항은 단순히 선언적 의미를 가지는 것이 아니고, 어떠한 형태로든 국가행위에 대하여 명령과 지시로서 일정한 방향으로의 방향설정과 실질적 과제를 국가에 부여하는 것을 내

20) 김철수, 앞의 책, 859면; 권영성, 앞의 책, 686면.

21) 김철수, 앞의 책, 859면.

22) 권영성, 앞의 책, 686면.

23) 정극원, 앞의 논문, 541면 참조.

용으로 한다고 한다.<sup>24)</sup> 그에 따라 국가목표조항은 국가행위가 지속적으로 존중하고 충족하여야 하는 사실상의 목적으로 확정된 과제를 규정한 법적으로 구속적인 효력을 가지는 헌법규범으로 이해된다. 국가목적규정은 국가행위의 확정된 프로그램이며, 이는 국가 활동의 지침과 지시가 되면, 아울러 입법과 행정입법의 해석근거가 된다.<sup>25)</sup>

## (2) 독일의 경우 - 비교법적 고찰

### 가. 독일 기본법 제20a조의 성격 - 국가목표조항

#### 가) 의의

독일 기본법 제20a조는 국가는 또한 미래의 세대에 대한 책임을 지고 자연적 생활기반과 동물들을 헌법적 질서 범위 안에서 입법을, 법률과 법의 척도에 따라 행정 및 사법을 통하여 보호한다 라는 환경관련 기본 조항을 헌법에 규정하고 있다. 이 규정에 대하여 독일의 학설은 기본법 20a를 단순히 선언적 의미를 갖는 것이 아니고, 국가목표규정으로 보고 있다.<sup>26)</sup> 국가목표규정이란 국가행위의 확정된 프로그램이며, 국가 활동의 지침과 지시가 되며, 아울러 입법과 행정입법의 해석근거가 된다. 따라서 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 없다.<sup>27)</sup> 따라서 환경보호는 헌법에서 보호하는 법익으로서 절대적인 법익이라기보다는 상대적인 법익에 속한다.

#### 나) 환경조항 규정의 연혁

독일의 경우에도 1949년 헌법이 제정될 당시의 사람들은 생태 보호의무 등에 잘 알지 못했다. 기본법이 비록 환경법적인 면에 관한 면을 도외시 하지는 않았지만 그러한 인식은 환경보호를 일반적이고 실질적인 국가목표로써 헌법적인 표현으로 되어져야 하는 데에까지는 이르지 못하였다. 그러나 환경보전 및 환경 속에서 살아가는 인간에 관한 인식의 전환과 환경과과 및 오염의 심각성을 인식하기 시작한 때로부터 환경관련 문제를 기본법에 어떠한 형태로든 규정하여 한다는 합의에 도달하였다. 그에 따라 이미 1981년 가을 독

24) Vgl. Maunz-Dürig, GG Kommentar, Bd. III, München 2005, Art. 20a, Rn. 27 u. 68.

25) Der Bundesminister des Innern/Der Bundesminister der Justiz(Hrsg.), Staatszielbestimmungen/ Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, Rn. 130 ff.

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

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

일 연방 내무성과 법무성에 의해서 조직된 ‘국가목표조항/입법주문’을 위한 전문가위원회는 환경보호에 관한 사항을 기본법에 규정하고자 하는 것을 지지하였고 그 이후 1991년 3월 1일 구성된 연방상원(Bundesrat)의 헌법개혁위원회가 환경보호를 기본법에 규정하는 것에 관하여 언급한 바가 있었다. 연방의회와 연방 상원도 1980년대 2기의 회기(제10, 11 회기)에 걸쳐 환경보호를 기본법에 규정하고자 하는 입법정책적 시도를 하였다. 환경관련 조항의 헌법규정화에 대한 장기간에 걸친 시도<sup>28)</sup> 끝에 마침내 국가의 환경보호책임을 규정한 독일 기본법 제20a조는 1994년 10월 27일 헌법개정을 통하여 처음으로 기본법에 규정되고 1994년 11월 15일부터 그 효력이 발생하였다. 그 후 2002년 7월 26일 ‘자연적 생활기반’ 이외에 ‘동물들’을 추가하는 헌법개정을 하였다. 독일 기본법은 이 조항이 생기기 전까지는 기본권조항 또는 국가목적 조항 어느 곳에서도 국가의 환경보호의무에 관한 명시적 규정을 두지 않았다.

#### 다) 기본권으로서의 환경권의 부정

환경조항의 기본권으로서의 규정을 둘러싸고 어떠한 방식으로 규정하여야 할 것인가와 관련하여 많은 논란이 있었다. 녹색당은 주관적 공권으로서의 환경권을 기본법에 규정하기를 주장하였으나,<sup>29)</sup> 기본권으로서의 환경권을 인정하는 것은 기본권의 체계에 반한다는 이유로 연방의회와 연방참사원이 공동으로 구성한 헌법개정을 위한 공동위원회에서 거부되었다.

아울러 환경보호와 관련하여 생태계 보호 또는 생태학적 측면에서 개인들에게 환경보호에 고한 헌법상의 의무를 부과하는 시도도 거부가 되었다.

첫번째의 제안은 몇몇 주들이 제안한 것으로 기본권 행사의 생태적인 한계의 성격을 가지는 ‘생태계에 대한 주관적 의무’(subjektiven ökologischen Grundpflicht)에 관한 것이었다. 독일 기본법 제2조 제1항이 규정하고 있는 인격의 자유로운 발현도 자연적 생활기반을 침해하는 경우에는 생태적 기본권한계(ökologischen Grundrechtsschranke)의 관점에서 헌법상 직접 제한되어야 한다는 것이 주장의 주된 이유였다.<sup>30)</sup> 다음 제안은 독일 기본법 제14조의 소유권 보장에 생태적 유보(ökologischen Vorbehalt)를 명시하자는 것이었다. 즉 제2항의 ‘소유권 행사의 일반적 복리(Wohl der Allgemeinheit)적합성’의 의미에 ‘생명의 자연적 기반의 보호’를 포함시키자는 것이었다.<sup>31)</sup> 그러나 생태계에 대한 국가의 의무에 개

28) 기본권으로서의 환경권 규정시도와 국가목표조항으로서의 환경보호조항 신설에 관한 수많은 논의가 있었다.

29) Vgl. Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 20a Rdnr. 20.

30) Vgl. Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 20a, Rdnr. 21.

별 국민들에 대한 의무의 부과를 하려는 시도는 공동위원회에서 지지를 얻지 못하였다. 결국 독일 기본법은 환경관련 조항을 환경권 또는 개인의 환경보호의무 중 어느 형태로도 규정하지 않았다.

독일 기본법이 기본권으로서 환경권을 규정하지 않은 이유들을 살펴보면 우선 생태적 최저생존을 위협하는 극단적인 예외상황을 제외하고는 환경권을 의미가 있고 체계적합적인 하나의 기본권으로써 구성하기 위한 법적, 사실적 전제가 결여되어 있다<sup>32)</sup>라는 주장이 있다. 또한 현실적으로 실현성이 없는 것을 약속하지 않는 것이 헌법의 신용을 위하여 오히려 바람직하다는 주장도 있다. 또한 인간 존엄적 환경(menschenwürdigen Umwelt)의 보호법익을 확정하기가 어려워서 기본권의 개별성 내지 구체성과 맞지 아니한다는 주장도 있다. 즉, 기본권은 비구속적이고 직접적인 사법적 결정성과 실행가능성에 의존하고 (특징으로 하고) 있기 때문이다.

아울러 자연적 생활기반(natürlichen Lebensgrundlage)은 구체화할 필요가 있고 또 구체화 할 수 있으므로 국가목표로써 나름대로 설득력이 있으나 자연적 생활기반 자체도 기본권으로 보기에 는 무리가 있다. 기본권으로서의 환경권은 기본적으로 어떠한 급부가 그 구성요건이 된다. 즉, 사회적인 참여권(Teilhaberecht)으로서의 구성요건을 가진다. 국가가 구체적인 책임을 부담하는 환경에 대한 급부 또는 위험예방보장의 본질이 무엇인지? 어떠한 방식으로 책임을 물어야 하는지와 같은 사법적 형식으로는 해답을 내놓지 못하는 경우에는 기본권으로서의 의미를 가지지 못하는 한 환경권을 기본권으로 인정하기에는 어렵다고 하기도 한다.<sup>33)</sup>

#### 라) 국가목표조항

독일 기본법 제20a조가 기본권으로서의 환경권이 아니라 국가의 활동범위를 정하고 구속하는 효과를 가지는 국가목표규정으로 보는 것에 대하여 학설은 일치된 견해를 보인다.<sup>34)</sup> 따라서 기본법 제20a조를 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 없다.<sup>35)</sup> 따라서 환경보호는 헌법에서 보호하는 법익으로서 절대적인 법익이라기보다는 상대적인 법익에 속한다. 이러한

31) Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 20a, Rdnr. 21.

32) Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 20a, Rdnr. 12.

33) Vgl. Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 20a, Rdnr. 12 ff.

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

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

점은 독일 연방 행정재판소도 자연적 생존근거의 보호에 관한 의무는 다투어 질 수 있는 주관적 권리의 주장을 위한 근거가 아니다. 이는 환경보호단체에게도 마찬가지로 적용된다. 환경보호단체도 환경보호의무의 불이행을 이유로 한 어떠한 소송도 제기할 수 없다고 하고 있다.<sup>36)</sup>

그러나 독일 기본법 제20a조는 위에서 본 바와 같이 단순한 선언적 의미를 가지는 조항이 아니고 국가권력을 직접 구속하는 지침으로써 의미를 가진다. 즉 제20a조는 사회국가원리와 마찬가지로 입법자에게 변화하거나, 구체적인 상황 또는 사회상황의 요구에 따라 지속적이고 끊임없는 구체화할 과제를 부과한다. 또한 포괄적인 국가적인 과제, 형성과 질서화에 대한 위임 및 항상 새롭게 구체화하고 현재화할 것을 요구한다. 즉 국가는 모든 영역에서 스스로의 활동에 의하여 일정한 수준의 환경보전과 환경보호를 실현하여야 한다.

### (3) 우리 헌법 제35조 제1항 제2문의 국가목표조항 간주여부

#### 가. 선언적 의미

위에서 국가목표조항은 국가 활동의 지침과 지시여서, 국가를 구속하는 실질적인 효력을 가진 헌법규범으로 이해하였다. 그렇다면 우리 헌법 제35조 제1항 후단은 이와 같은 국가목표조항으로 이해할 수 있겠는가? 헌법 제35조 제1항 제2문은 ‘국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다’고 하여 국가와 국민 모두에게 환경보전에 노력할 것을 주문하고 있다. 이 조항에 따르면 환경보전은 국가만의 과제가 아니라 국민 모두가 부담하여야 하는 것으로 되어 있다. 환경정책 기본법 제24조는 헌법의 내용을 보다 구체화 하여 국가와 국민에게 자연환경의 보전이 인간의 생존 및 생활의 기본임을 인식하여 자연의 질서와 균형이 유지·보전되도록 노력할 것을 규정하고 있다.

해당 조문을 제정할 당시(1980년)의 헌법 개정자들이 헌법 제35조 제1항 제2문의 의미를 국가목표조항으로 인식하지는 않은 것으로 판단된다. 위에서 본 바와 같이 국가목표조항은 국가를 구속하는 효력을 가질 뿐이지 국민은 구속하지 않는다. 국민들도 국가목표조항을 근거로 자신의 주관적 권리를 주장하지 못한다. 따라서 국가와 국민 모두를 그 수범자로 정하고 규정하고 있는 헌법 제35조 제1항 제2문은 국가목표조항으로 볼 수 없다고 생각한다. 추측컨대 1980년 헌법개정자들은 동 조문을 통하여 환경보전이 오로지 국가를 포함한 모든 구성원의 연대가 없이는 불가능하다는 것을 인식하고 이를 헌법에 선언한 것으로 보인다.

36) BVerwG, NJW 1995, 2648(2649).

### 나. 헌법 제35조 제1항 제2문의 의미

만약 이 조문이 실질적 효력을 가진다면 이 조문은 국가가 국민에 대하여서도 환경보호의무 및 그 책무의 이행을 요구할 수 있는 헌법적 근거가 될 수 있는가? 만약 이 국민은 환경보전에 노력하여야 한다는 규정을 근거로 국민들에게 일정한 적극적 행위를 요구한다면 이 조문은 국민의 기본권을 제한하는 효과를 가져올 것이다. 만약 그러한 해석이 가능하다고 하더라도 국민에 대한 환경보호에의 노력을 주문하는 것은 법률로써만 가능할 것이며, 그러한 경우에도 헌법상의 자유와 법치국가에 근거하는 비례성의 원칙(과잉금지 원칙)이 그 한계가 될 것이다. 반대의 경우도 생각해 볼 수 있다. 국가는 환경보호를 위한 일차적인 책임을 지고 환경보호를 위한 법률 등의 제정과 집행을 하여야 한다. 그런데 국가가 환경보호를 위한 노력을 하지 않는 경우 국민들은 해당 조문을 근거로 국가에 대하여 일정한 작위 또는 부작위를 요구할 수 있는지도 문제가 될 것이다. 국가가 국민에게 환경보호의 노력을 요구할 수 있다면, 국민들도 국가에 대하여 더 높은 수준의 환경보호 노력을 요구할 수 있어야 할 것이다. 또한 국민들 사이에서도 국민 상호간 환경보호노력을 주문할 수 있을 런지도 관심의 대상이다. 환경규정을 국가목표규정으로 보는 독일의 경우에도 환경규정의 기본권과의 관련성을 완전히 부인하지는 않는다. 즉 제20a조는 환경위험부담자의 입장에서는 기본권확장의 효과를 가지며, 환경위험제공자의 입장에서는 기본권 제한적 효과를 가지는 것으로 보고 있으며, 그에 따라서 현재는 헌법 직접적한계로서의 의미가 입법자에 의한 입법적 조치의 의미보다 더 강하다고 보고 있다.<sup>37)</sup>

아울러 국가와 국민의 환경보호 노력을 규정한 동 조문이 국가가 국민에 대하여, 국민이 국가를 상대로 하여 또는 국민 상호간 의무관계를 확인하고 주장하는 근거로도 될 수 없을 것으로 생각된다. 환경권의 성격이 사회적 기본권 또는 자유권적 성격을 아울러 가지는 종합적 기본권이라고 보면, 사회적 기본권의 적극적 성격, 자유권적 기본권의 방어권적 성격 모두를 가지고 있으므로 그 기본권의 성격상 당연히 국가에 대한 적극적, 소극적 요구 내지는 방어를 할 수 있다. 다만 국민들이 국민 자신의 기본권 실현을 위해서 국가가 국민들에게 환경보전을 위한 구체적 작위를 할 수 있다고 본다면, 환경권의 실현(제35조 제1항 제1문)을 위하여 환경보호의무를 이행하여야 한다는, 즉 권리실현을 위하여 동종의 의무를 동시에 이행하여야 한다는 결론에 이르게 되고 이는 주관적 공권으로서의 기본권의 성격에 부합하지 않는다.

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

#### 다. 환경권의 효력

##### 가) 대 국가적 효력

환경권이 국민의 기본권으로 규정되어 있는 한 환경권은 기본권의 본질적 성격을 그대로 가진다. 즉, 자유권적 성격을 가지고 있는 환경권은 국가가 국민이 가지는 환경권을 법률적 근거가 없이 침해하는 경우 국민이 국가에 대하여 침해를 중지하는 등 침해배제를 요구할 수 있는 헌법적 근거가 된다. 예를 든다면 국가가 단지 공익적 목적을 위하여 정당한 법률적 근거가 없이 개인이 거주하는 지역의 자연환경을 훼손하는 경우에 개인은 국가에 대하여 그러한 훼손행위를 중단하고 원상회복을 요구할 수 있다고 보아야 한다. 침해배제요구는 헌법 제35조 제1항이 그 직접적 근거가 된다. 자유권의 성격상 당연한 결과이다.

환경권을 사회권적 기본권으로 보는 입장에서는 국민은 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경을 조성하여 줄 것을 요구할 수 있다.<sup>38)</sup> 국가가 국민들로 하여금 환경권을 구체적으로 실현하는 입법을 하지 않거나 입법이 불충분하여 환경권의 실질적 실현이 사실상 어려운 경우에는 입법자의 입법부작위를 이유로 한 헌법소원이 가능할 것이다. 행정부가 국민들에게 건강하고 쾌적한 환경을 조성하지 않아서 국민들이 환경권을 침해당하거나 실현할 수 없게 되는 경우에는 행정청에 대하여 환경권 실현을 위한 구체적 행위를 하여줄 것을 요구할 수 있을 것이다.

##### 나) 대 사인적 효력

현대 국가에서의 환경침해는 국가에 의한 침해보다는 오히려 사인들, 특히 이른바 거대 사인(대기업 또는 다국적 기업)에 의한 침해가 발생하는 것이 대부분이다. 환경권은 위에서 본 바와 같이 기본권의 주관적 성격이 약화되고 객관적 성질이 부각, 국가 및 개인들의 환경에 대한 권리와 상호간 의무가 부각되어 있는바 이러한 태도는 협력의 원칙을 확인한 것으로 볼 수 있다. 환경권의 객관적 성격은 사인에 의한 환경권의 침해의 경우 국가가 처음부터 개입할 수 있는 여지를 준다. 특히 환경훼손 또는 환경오염은 다른 개별 기본권의 침해와는 매우 다른 특징을 가지고 있다. 개별 기본권의 침해의 범위가 대부분 개별적 사인 또는 소규모인 반면에 환경권 침해의 경우는 침해의 범위, 피침해자의 수 등 그 침해의 양상이 대규모라는 점이다. 환경침해의 광범위 및 대량성은 환경침해가 그 회복이나

38) 쾌적하고 건강한 환경의 의미에는 문화적·사회적 환경은 포함되지 않는다. 아울러 쾌적하고 건강한 환경은 우선 1차적으로 자연환경을 의미하고, 생활환경의 오염(환경오염)으로 자연환경이 훼손된 경우에 이러한 오염원을 제거하여 자연환경을 회복하는 것을 의미한다.

권리의 구제가 처음부터 공공성을 가질 수밖에 없다는 것을 의미하며, 침해가 공공성을 가지는 한 국가가 개입할 여지가 있다. 실제 학설은 그러한 경우에 사인은 국가에 대하여 행정개입청구권을 통하여 행정청으로 하여금 환경침해의 주체에 대한 일정한 조치를 하여 줄 것을 요구할 수 있다고 본다.<sup>39)</sup> 예를 들면 배출시설에서 배출되는 오염물질의 농도가 배출허용기준을 초과하는데도 관할 행정청이 아무런 조치를 취하지 않아 권리를 침해받는 주민이 행정청을 상대로 하여 개선명령 내지 조업중지명령을 발동할 것을 청구할 수 있는 지가 문제될 수 있다. 법령이 행정청으로 하여금 일정한 행정권발동의무를 규정하고 있고, 그러한 법령의 규정이 공익의 보호뿐만 아니라 사익도 보호하는 경우에는 행정개입청구권을 인정할 수 있다.<sup>40)</sup>

#### 4. 환경 법률주의와 입법자의 입법형성의 한계 - 헌법 제35조 제2항

##### 1) 의의

헌법 제35조 제2항은 ‘환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다’고 규정하여 동 조 제1항에서 보장하는 환경권의 내용과 행사는 법률로 정한다고 하여 환경권의 구체적인 내용과 그 행사방법에 관하여는 입법자의 몫으로 남겨두고 있다. 그에 따라 입법자는 국민들이 환경권을 구체적인 기본권으로서 향유할 수 있도록 법률을 제정하여야 할 의무를 진다. 헌법에 환경권이 규정되기 이전에도 입법자는 환경관련 법률을 제정하여 시행하여 왔으나 환경권이 헌법에 국민의 기본권으로 규정되고 그 행사와 방법을 법률로 정하도록 입법자에게 의무지우고 있는 것을 살펴볼 때 입법자는 환경권의 적극적 실현을 위한 내용으로의 입법을 하여야만 할 것이다. 그러한 의미에서 환경권이 단지 선언적 의미만 가지는 프로그램적 규정이라고 보는 견해는 설득력을 잃게 된다. 만약 입법자가 헌법의 규정에도 불구하고 환경권의 구체적 실현을 위한 법률을 제정하지 않는다면 입법자의 입법부작위를 이유로 헌법소원을 제기할 수 있을 것이다. 환경권을 구체화 하는 입법자는 법률을 제정할 때 환경 입법의 원칙인 사전배려의 원칙(Vorsorgeprinzip), 원인자 책임배제의 원칙(Verursachepinzip), 협력의 원칙<sup>41)</sup>(Kooperationsprinzip)에 따라 하여야 한다.

39) 행정청이 법상 주어져 있는 권한을 행사하지 아니하여서 자신의 권익을 침해당한 자가 자신의 이익을 위하여 행정권의 발동을 청구할 수 있는 권리.

40) 강현호, 앞의 논문, 158면.

41) BVerfG, 2 BvR 1876/91 vom 07.05.1998, Absatz-Nr. (1-168), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980507\\_2bvr187691.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980507_2bvr187691.html)- 니더작센(Niedersachsen)주의 쓰레기방출에 관한 법률(Abfallabgabengesetz)에 관한 헌법소원심판사건; 환경보호는 국가경제 및 사회의 공동책임이며,

## 2) 헌법 제35조 제2항(환경법률주의)의 의미

입법자의 환경권 구체화 법률제정 의무는 입법자의 입법형성의 자유의 한계를 설정하는 의미를 가진다. 즉, 입법자는 환경권과 관련한 법률을 자신의 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 본다.<sup>42)</sup>

환경권을 구체화하는 법률을 제정하는 입법자는 비례의 원칙과 과소금지원칙에 따라 환경권 보장을 위한 최소한의 요구에 부합하는 규정을 두어야 한다.<sup>43)</sup> 그에 따라 제정된 또는 제정되어 질 환경관련 법률들은 헌법 제35조 제1항의 환경권을 구체화하고 있는데 결국 각 개별 법률들의 궁극적 목적은 첫 번째는 생활환경 및 자연환경을 침해·훼손으로부터 보호하는 것이어야 한다. 둘째, 이미 발생한 환경침해로 인한 피해와 불이익을 제거, 보전하고 환경분쟁을 해결하는 환경오염피해의 제거, 구제 및 환경 분쟁의 해결에 있다.<sup>44)</sup> 이러한 내용을 통하여 모든 국민에게 건강하고 쾌적한 환경을 보장함으로써 인간다운 생활을 영위할 수 있도록 하여 환경권이 실질적인 효과가 있도록 하여야 한다.

나아가서 입법자는 급변하는 사회현상, 새로이 알려지는 환경침해 내지 위험요소 등에

---

형성된 공동책임과 협력에 있어서 모든 참가자의 공동 작업을 요한다. 협력의 원칙에 대해서는 그 내용의 불확정성, 다의성 등으로 인하여 그 내용의 핵심적인 부분인 책임의 귀속 내지 분배에 있어서 문제점을 던져 준다. 국가와 사회, 특히 경제와의 공동책임에 있어서 책임의 범위를 여하히 결정하는 지가 문제된다는 비판이 있다(정남철, 『환경법상의 협동의 원칙』, 『환경법연구』 제25권 제1호, 379면).

42) 같은 의견, 정극원, 위의 논문 536쪽 이하; 우리나라 환경관련법의 일반법이라고 할 수 있는 환경정책기본법은 환경정책 기본법은 제2조는 환경의 질적인 향상과 그 보전을 통한 쾌적한 환경의 조성 및 이를 통한 인간과 환경과의 조화와 균형의 유지는 국민의 건강과 문화적인 생활의 향유 및 국토의 보전과 항구적인 국가발전에 필수불가결한 요소임에 비추어 국가, 지방자치단체, 사업자 및 국민은 환경을 보다 양호한 상태로 유지, 조성토록 노력하고 환경을 이용하는 모든 행위를 할 때에는 환경보전을 우선적으로 고려하며, 지구의 환경상 위해를 예방하기 위한 공동의 노력을 강구함으로써 현재의 국민들로 하여금 그 혜택을 널리 향유할 수 있게 함과 동시에 미래의 세대에게 계승될 수 있도록 함을 기본이념으로 한다고 한다.

43) 홍완식, 「헌법상 국가의 환경보전의무의 실현에 관한 고찰」, 『일감법학』 제6권, 건국대학교 법학연구소, 140면 이하.

44) 홍준형, 앞의 책, 68면.

의해서 심각하게 위협받는 국민들이 환경권을 실질적으로 향유할 수 있도록 해당 환경 관련 법률들을 관찰하고 필요한 경우 해당법률을 개선할 의무까지도 부담한다.<sup>45)</sup>

## IV. 환경권조항 문제점과 개선방안

### 1. 헌법 조문상의 문제점

#### 1) 조문간의 관계

헌법 제35조 제1항은 제1문은 국민의 권리로써 환경권의 보장을, 제2문은 국가와 국민에게 환경보전에 대한 노력을 규정하고 있다. 그에 따라 동 조항을 둘러싸고 환경권이 기본권이지만, 환경보전노력이라는 의무가 결부되어 있는 것으로 보아야 한다는 견해도 있을 수 있고, 환경권과 환경보전에 대한 국가목표를 동시에 규정한 것이라는 주장도 있을 수 있다.

헌법 제35조 제1항 제1문에서 말하는 ‘모든 국민에게 보장하는 환경권’을 자유권적 기본권으로 보는 견해, 사회적 기본권이라고 보아야 한다는 견해, 사회적 기본권성을 본질로 하는 종합적 권리로 보는 견해에서 공통적인 점은 공권으로서의 기본권(국가에 대한, 국가를 향한 권리)으로서의 성격과 기본권의 2중적 성격(주관적 성격과 객관적 성격)을 가지는 점을 인정한다는 것이다. 즉, 개인은 환경권을 근거로 국가의 침해에 대하여 침해배제를 요구할 수 있고, 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경을 조성하여 줄 것을 요구할 수 있다. 또한 국가 또는 사회 및 개인은 환경권의 객관성 또는 이종성으로 인하여 환경권의 의미를 인식하고 각자의 환경권을 존중 보호하여야 하므로 사인 상호간에도 환경권의 보장 및 침해를 하지 말 것이 요구되는 것이다.

국민이 환경권의 적극적 실현을 위한 행위를 하거나, 국가가 개인이 가지는 환경권을 보호·보장하기 위해서는 국민 및 국가는 환경보전을 위한 노력이 전제가 되지 않을 수 없다. 환경보전을 위한 노력을 국민 및 국가가 할 것을 헌법에 굳이 규정할 필요가 없지 않을까 하는 것이다. 구체적이고 강제적인 효력을 가지는 의무가 아니라 단지 선언적 의미에 불과하다면 더욱 그러하다. 독일에서 환경권의 신설과 기본권 조항에로의 편입에 대

45) 법률개선 의무와 법률관찰 의무는 Y. Choi, Die Pflicht zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, 2002, Hamburg; 최윤철, 「환경법제와 입법자의 법률개선 의무」, 『환경법연구』 제26권 제1호; 최윤철, 「입법자의 법률관찰 의무」, 『토지공법연구』 제21집 등 참조.

한 반대의견 중에서 그 실효성이 의문시 되는 사항을 규정하여 오히려 국민들로부터 헌법에 대한 신앙을 잃게 할 이유가 없다는 의견은 매우 시사적이라고 할 수 있다.

나아가서 국가와 국민의 환경보전 노력이 구체적인 구속력을 가지는 의무라고 한다면, 그리고 그것이 헌법제정권자의 의지라고 한다면, 기본권과 의무를 같은 조항에서 규정할 것이 아니라 의무에 관한 사항을 달리하여 규정하는 것이 바람직 할 것으로서 생각된다. 그러한 경우에도 국가의 환경보전의무를 규정하고 국민의 의무는 규정하지 않는 것이 바람직 할 것으로 생각된다. 환경보전의 일차적이고 최종적인 책임은 국가가 부담하는 것이 지 국민에게 전가하여서는 아니 된다. 국가와 국민의 동시책임을 규정하고 그에 대한 구속력을 인정하면 국가에 의해서 이루어진 환경권의 침해 행위임에도 환경침해의 특성상 국민들도 일정한 책임을 부담하여야 하는 경우가 생길 것이다. 그러한 국민들이 국가를 상대로 하여 환경권의 원상회복을 위한 주장의 근거가 약화되어, 국가의 책임이 희석되는 효과가 생기지 않을까 우려된다. 국민사이에서 발생할 수 있는 환경권침해는 환경권의 객관적 성질로부터 당연히 도출된다고 보기 때문이다.

## 2) 조문의 내용 - 특히 ‘건강하고 쾌적한 환경’의 의미

헌법 제35조 제1항 제1문은 모든 국민은 ‘건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리’를 환경권의 내용으로서 정의하고 있다. 그 구체적인 내용을 둘러싸고 여러 가지 견해가 있다.<sup>46)</sup> 모두 환경의 개념에 대한 이해의 차이에서 발생한다.

건강하고 쾌적한 환경은 본래부터 있어왔던 자연(Natur)으로서의 환경을 의미하는지 아니면 국가 또는 개인이 자연에 대하여 일정한 행위(개발 등)를 하여 생겨난 인공적 환경까지 의미하는가에 따라 환경권의 구체적 실현에 있어서 커다란 차이가 있다고 본다. 건강하고 쾌적한 환경의 의미를 인공적 환경과 사회·문화적 환경으로까지 범위를 넓혀서 이해하면 헌법 제35조 제1항의 환경권은 매우 포괄적이며 다른 기본권과의 중복 및 경우에 따라서는 우월적 지위를 가지게 된다.

첫째, 건강하고 쾌적한 환경이 인공적으로 조성된 환경을 포함하는 것으로 이해하면 국민은 스스로가 건강하고 쾌적한 환경 속에서 생활하기 위해 국가에 대하여 자연에 대한

46) 허영 교수는 “건강하고 쾌적한 환경에서 공해 없는 생활을 누릴 수 있는 권리”(『한국헌법론』, 박영사 2005, 439면), 권영성 교수는 “청정한 환경에서 건강하고 쾌적한 생활을 누릴 수 있는 권리”(위의 책, 684면), 김철수 교수는 “인간다운 환경 속에서 생존할 수 있는 권리”(위의 책, 854면), 홍성방 교수는 “환경권의 보호법익은 자연환경”(위의 책, 590면), 홍준형 교수는 “건강하고 안전하며 쾌적한 생활을 유지하는 조건으로서 양호한 환경을 향수할 권리”(위의 책, 41면)라고 각각 정의하고 있다.

적극적 행위까지를 포함한 일정한 행위를 요구(환경권의 적극적 성격)할 수 있는가? 예를 든다면, 유전자조작에 의한 농산물 또는 자연환경에 대한 변이, 자연개발행위를 통한 주거 및 생활환경의 조성 등이 건강하고 쾌적한 환경의 조성이라는 이름을 통하여 정당화 될 수 있는지의 문제가 생겨난다는 것이다. 둘째, 환경권과 기타의 기본권, 예를 든다면 타인의 재산권과의 갈등이 있는 경우 환경권이 대부분 우선하는 결과가 될 것이다.

개인적 의견으로 제35조 제1항 제1문의 문언을 “건강하고 쾌적한 환경”에서 “건강하고 쾌적한 자연환경”으로 하는 것이 환경권의 구체적 내용을 확정하여 환경권의 보호법익을 명확하게 할 수 있다고 생각한다. 그렇게 하여도 국가는 건강하고 쾌적한 자연환경을 위한 공해의 방지, 수질오염의 방지 등 각종 자연환경을 훼손하거나 침해하는 행위에 대한 대책의 수립 및 실행과 관련하여 여전히 효과적으로 대응할 수 있다. 오히려 보다 명확한 헌법적 근거를 가진다고 본다.

## 2. 입법자의 관찰의무 및 개선의무 확인

환경관련법의 시초는 1963년 11월 5일 제정된 공해방지법이다. 그러나 전문 21개조에 불과하였던 당시의 공해방지법은 규제내용의 미흡, 후속입법의 불비, 경제개발을 우선하는 구가 및 사회의 분위기 속에서 사실상 규범력을 관철할 수가 없었다. 이후 1977년 환경보전법이 제정·공포되었다. 이 법률도 규범력의 문제는 있었지만 환경보전에 관한 전반적인 내용을 다루는 등 입법의 태도에 있어서는 진일보한 법률이었다. 이후 1980년 이른바 제5공화국은 헌법 제33조에 환경권을 국민의 기본권으로 보장하기에 이르렀다. 1990년에는 환경보전법이 환경정책기본법, 대기환경보전법 등 각 분야별로 세분되어 입법이 되었다. 현재에는 환경관련법이 약 80여개에 이르고 있다.

헌법 제35조 제2항은 환경법률주의를 규정하여 환경권의 내용과 행사는 법률로 정하도록 하여 입법자에게 환경권의 구체적인 실현을 맡기고 있다. 헌법 제35조 제2항은 입법자를 직접 구속하는 효력을 가지며, 그에 따라 입법자는 환경권 구체화법률을 반드시 제정하여야 한다. 그러나 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 사례<sup>47)</sup>가 나타날 개연성이 높은 것이 그 특징이

47) 대표적인 사례로 BVerfGE 56, 54 - 뒤셀도르프 공항소음 결정 참조.

라고 할 수 있다. 또한 환경관련 법률들이 단순히 규제 또는 제정의 필요성만을 이유로 제정되거나, 이미 제정되어 있는 환경관련 법률들이 관할부서의 불명확, 부서간 이기주의 및 관료주의로 인하여 기존의 규범력이 약해지거나 상호간 모순을 일으키는 사례도 나타나고 있다.

입법자는 환경관련 법률을 제정한 것으로써 헌법적 의무를 다했다고 할 것이 아니라 법률의 제정 이후에도 해당 법률을 통하여 국민들이 환경권의 구체적 실현이 가능한 지를 항상 관찰할 의무가 있다. 입법자는 비체계적이고, 비효율적인 그리고 법현실을 따라가지 못하는 환경관련 법률 등에 대한 체계적인 정비를 하여 환경권의 실질적 실현이 이루어지도록 하여야 한다. 이러한 일련의 법률관찰의 결과에 따라 개선의 필요성이 확인되면 입법자는 환경권의 실질적 실현에 가장 적합한 방향으로 해당 법률을 개선할 의무가 있다. 개선의 구체적인 방법과 내용은 입법자의 형성의 자유의 영역에 속한다.<sup>48)</sup> 헌법 제35조 제2항의 환경입법에 관한 법률유보는 입법자의 환경권 구체화를 위한 법률제정뿐만 아니라 이미 제정된 법률의 관찰과 개선의 의미까지도 포함한다고 해석하는 것이 환경권의 실질적 실현과 이를 통한 인간존엄의 실현에 부합한다고 생각한다.

### 3. 대표소송 또는 단체소송 제도의 도입

#### 1) 환경소송의 특징

국가 또는 제3자에 의한 기본권의 침해의 대부분은 침해를 당한 자가 특징이 되고, 침해의 원인, 유형, 범위 등이 특징이 되어 법원의 판결이나 헌법재판소의 결정 등 헌법이나 법률이 정한 바에 의해서 권리의 구제 또는 회복이 가능하다. 그러나 환경관련 침해의 경우는 그 침해의 양상이 다른 기본권의 침해와 매우 다름을 볼 수 있다. 환경침해의 대부분은 그 침해가 매우 광범위하고(예, 구 소련의 체르노빌 원자력발전소 사건, 우리나라의 경우도 폐놀 방류사건, 각종 유조선의 유류누출, 대형 공장 등의 유해가스 및 유해물질 방류 등), 침해의 주체가 누구인 지 특징을 할 수 없는 경우도 있으며(예, 대형 하천의 오염 또는 대단위 공업단지의 대기오염 및 대도시의 자동차 배기가스 등), 누가 침해를 당했는지 또는 침해를 당한자의 범위를 특정하기가 매우 어려운 경우도 있다. 환경침해가 다른 기본권의 침해와 매우 다른 특징 중의 하나는 침해가 현재성을 띠는 경우보다 장래에 그 침해의 구체적인 결과가 나타나는 경우가 많다는 것이다(예, 오염된 하천의 어족류 섭취에 따

48) 참조, Y. Choi, Die Pflicht zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, 2002 Hamburg; 최윤철, 위의 논문, 『환경법연구』 제26권 제1호; 최윤철, 위의 논문, 『토지공법연구』 제21집 등 참조.

른 납을 비롯한 중금속 중독, 대기오염물질에 의한 호흡기 질환 등). 최근 우리나라에서 문제가 되었거나 되고 있는 것으로 국가가 시행하는 각종 개발사업(도로, 항만, 간척, 도시건설 등)의 결과가 생태계 및 인간의 생활환경에 어떠한 영향(부작용)을 가져올 것인지 등도 그러한 예일 수 있다.

## 2) 집단소송 또는 단체소송제도의 도입

누군가가 자신의 권리의 침해를 당했다고 하면, 침해된 권리의 회복을 구하기 위해 침해자에게 침해의 책임을 물을 수 있어야만 한다. 침해의 주체, 침해를 당한 자, 침해의 구체적 내용, 침해의 원인 등이 확정이 되어야 한다. 그러나 환경관련 침해의 경우는 위에서 본 바와 같이 일반적인 침해와는 성격을 달리하고 있다. 따라서 환경침해의 구제는 종래의 소송을 제기한 자에게만 판결의 효력이 미치는 소송형태로는 사실상 불가능하다. 실제로 환경소송의 경우는 그 피해 또는 침해의 정도에 따라 소송당사자의 수가 천문학적으로 늘어날 수 있는 특징을 지니므로 미국식의 단체소송(class action)이나 독일식의 집단소송(Verbandklage)의 소송방식을 통하는 것이 효과적일 것이다. 특히, 광범위한 환경침해나 훼손을 야기하는 자들의 대부분은 이른바 거대사인(대기업 집단 등)에 의해서 이루어지기 때문에 개인이 그러한 거대 사인에 대항하여 자신의 환경권과 환경을 보호하는 것이 사실상 어렵기 때문에 일정한 자격을 갖춘 단체(예를 들면 환경단체를 비롯한 시민단체)에게 소송자격을 부여하여 효과적인 환경보호 및 환경권의 구제를 할 수 있도록 하여야 한다.<sup>49)</sup>

집단소송의 경우 무분별하거나, 수많은 소송들이 법원에 폭주하여 법원은 환경소송 수행으로만 그 업무가 마비되고 그 결과 실제 권리구제를 필요로 하는 개인들의 권리구제가 어려워지므로 반대한다는 견해가 있다. 또한 환경소송의 결과가 경제에는 부정적 영향을 미친다는 주장도 있다. 그러나 집단소송 또는 단체소송을 실시하고 있는 국가들의 실제 경우를 살펴보면, 원고적격을 적절히 인정하여 소송이 남발을 막을 수 있었다고 한다.<sup>50)</sup> 환경관련 단체소송이나 집단소송이 경제에 악영향을 미친다는 주장도 설득력이 없다. 오히려 환경오염방지 및 보전시설의 설비 및 설치의 과정에서 생겨나는 환경산업은 내수 경제를 활성화시키는 계기가 될 것이며, 환경보호와 관련하여 날로 그 규제와 기준이 높아지는 것이 국제적인 추세임을 볼 때 그러한 기준에 맞는 생산설비 및 생산품은 오히려 보다 경제적일 수 있다. 특히 환경오염의 국제화와 그에 따른 국제책임의 문제가 대두되는 때에 예방적인 환경보호 설비는 경제의 입장에서 보다 효율적일 수 있다.

49) 홍완식, 위의 논문, 146면.

50) 김철용, 「우리나라 집단소송법 제정을 위한 독일공법분야의 단체소송 운영실태에 관한 고찰」, 『일감법학』 제3권, 건국대학교 법학연구소, 17면 이하.

## V. 마치는 말

기본권으로서 환경권이 우리 헌법에 규정된 것이 우리 헌법의 선진성(환경권은 이른바 제3세대 기본권의 대표적인 것이다)을 의미하는지에 관한 논의는 그다지 실익이 없다. 중요한 것은 기본권으로서의 환경권이 구체적인 효력을 가져서 국민들로 하여금 건강하고 쾌적한 자연환경을 실제로 향수할 수 있는 조건들은 무엇이고 어떻게 하면 그 조건들이 충족될 수 있는 지가 의미가 있다.

인간 중심의 건강하고 쾌적한 환경만을 강조하면 현재의 쾌적함을 위해서 자연환경에 대한 인간의 무제한적인 공격이 가해 질 수도 있으며, 결국은 장래의 세대는 현재의 세대가 만들어 놓은 인공적 환경에서만 자신들의 삶을 영위하여야 할지도 모른다. 물론 장래의 세대가 경험하게 될 환경(SF 영화에서 보듯)은 이미 그 세대 이전부터 있어왔던 또 하나의 자연환경이므로, 즉 인간에 의해 변한 상태로서의 자연환경에 적응하여 살아야 하고 필요하다면 장래세대 역시 자신에게 주어진 자연에 대하여 필요한 작위를 가하면 되며, 그것이 장래세대의 운명이라고 하는 입장에 선다면 현재의 모든 생태계에 대한 침해와 훼손은 정당화 될 수 있을 것이다. 그러나 생태계를 구성하는 다른 생물을 포함한 자연환경 역시 우리 인간 못지않게 중요한 존재들임을 깨달아 인간과 자연이 함께 살 수 있는 공존의 길을 모색하여야 한다는 함의는 이미 현재의 세대에도 이루어 있다. 또한 현재의 세대는 장래의 세대도 건강하고 쾌적한 자연환경을 향수할 수 있도록 할 책임을 부담하여야 한다는 점도 인식하고 있다(예, 독일 기본법 제20a조).

우리가 당면하고 있는 환경의 문제는 환경권이라는 단순히 개인의 권리만을 충족시키는 고전적인 자유권만도 아니며, 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경을 조성하여 줄 것을 요구하는 개인의 적극적 공권으로서의 차원도 넘어서고 있다. 오히려 국가 및 개인들의 환경보호 및 보전의 노력이 우리 헌법이 보장하는 환경권을 실질적으로 향유할 수 있도록 하여줄 것이며, 건강하고 쾌적한 자연환경을 장래의 세대에 대한 현 세대의 책무를 이행하는 것이 될 것이다. 환경권을 사회적 기본권 또는 제3세대 기본권으로 이해하여 개인의 측면보다는 구성원간의 연대를 중심으로 이해하는 까닭이다.

## 【참 고 문 헌】

권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2005.

김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2005.

허영, 『한국헌법학』, 박영사, 2005.

홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2005.

성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2005.

홍준형, 『환경법』, 박영사, 2001.

강현호, 「환경법의 기초에 관한 소고」, 『환경법연구』 제25권 제1호.

고문현, 「독일에서의 환경보호」, 『공법연구』 제32집 제1호.

김철용, 「우리나라 집단소송법 제정을 위한 독일공법분야의 단체소송 운영실태에 관한 고찰」, 『일감법학』 제3권, 건국대학교 법학연구소.

정극원, 「기본권으로서의 환경권과 국가목적규정으로서의 환경권」, 『공법연구』 제32집 제2호.

정훈, 「환경보호와 법치국가원리의 충돌」, 『환경법연구』 제25권 제2호.

\_\_\_\_\_, 「환경보호에 관한 헌법적 규율」, 『환경법연구』 제25권 제1호.

정남철, 「환경법상의 협동의 원칙」, 『환경법연구』 제25권 제1호.

전경운, 「생명공학의 위험성에 대한 적절한 규율」, 『환경법연구』 제26권 제1호.

최윤철, 「환경법제와 입법자의 법률개선 의무」, 『환경법연구』 제26권 제1호.

\_\_\_\_\_, 「입법자의 법률관찰의무」, 『토지공법연구』 제21집.

홍완식, 「헌법상 국가의 환경보전의무의 실현에 관한 고찰」, 『일감법학』 제6권, 건국대학교 법학연구소.

Calliess, Christian, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001.

Kloepfer, Michael, Umweltrecht, 2. Aufl., München 1998.

Maunz-Dürig, GG Kommentar Bd.III, München 2005. Art. 20a.

Pitcas, Rainer, Umweltpolitik und Umweltrecht in der Europäischen Union, 『환경법연구』 제24권 제2호, S. 1-36.

## 【Zusammenfassung】

### **Der Sinn des Artikel 35. Abs. 1 und Abs. 2 nach dem koreanischen Verfassungsrecht**

Choi, Yoon Cheol

Das Recht auf die gesunde und angenehme Umwelt' als ein Grundrechte ist auf dem koreanischen Verfassungsrecht seit 1980 (8. Verfassungsänderung) eingegliedert worden.

Gemäß Art. 35 Abs. 1 KorVerf. genießt jede Koreaner sog. Umweltgrundrecht. Aber es ist noch umstritten, welche Rechtsnatur das Umweltgrundrecht überhaupt hat. Hingegen nimmt Deutschland die Sache der Umwelt als eine Staatszielbestimmung vor. Der Staat ist gebunden, durch die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung die Umwelt zu schützen. Grundgesetz beauftragt den Staat, natürliche Lebnegrundlage und Tiere für die künftige Generation zu schützen.

Hier stellt sich eine Frage, ob die Umwelt nur ein Gegenstand ist, den die Menschen nach ihrem Bedarf willkürlich handhaben darf. Das Wort die (Um)welt bezeichnet es ganz deutlich, die Umwelt nur ein Gegenstand zu sein, so dass die Menschen als eine Kern oder ein Herr sie beherrschen darf. Aus solchem Gedanken ist es als ein subjektives Grundrecht betrachtet. Aber die Umweltgrundrecht lässt sich ohne die Solidarität nicht vorzustellen. Allein subjektiver Anspruch darauf hat es keinen Sinn.

Art. 35 Abs. 1 Satz 1 KorVerf. gewährt zwar den allen Koreaner ein Umweltgrundrecht, gesunde und angenehme Umwelt zu leben. Aber es ist dennoch unklar, was die Umwelt bedeute. Ob sie nur eine natürliche Lage darstellt, oder sie auch einschliesslich künstliche Lebenslage(die vom Menschen gestaltete bzw. veränderte Natur) bezeichnet, die die Menschen nach ihrem Bedarf vorgenommen haben. Um die Mißverständnisse zu vermeiden, sollte der Artikel noch engerer ausdrücken. Nämlich sollte der Inhalt des Artikels "gesunde und angenehme natürliche Umwelt", statt "gesunde und angenehme Umwelt" verändert werden.

Die Tragung der Verantwortung für den Umweltschutz vom Staat und Individuum gewährt uns das substantielle Umweltgrundrecht gemäß Verfassungsrecht. Gleichwohl tragen wir die Verantwortung für die künftige Generation, ihr die geschonnte Umwelt zu übergeben. Das Wesen des Umweltgrundrechts ist die Solidarität.

Key Words : Umweltgrundrecht, Staatszielbestimmung, Umweltschutz, Ökologie,  
Nachbesserungspflicht