환경권과 자연보호

- 환경기본권의 기본권의 기능적 측면에서의 검토 -

박 진 완*

차 례

Ⅰ. 서
Ⅱ. 국가목적의 단계적 발달의 결과로서 자연적 생활기반에 대한 국가의 보호의무
Ⅲ. 환경기본권의 보호대상으로서의 환경의 개념
Ⅳ. 환경권에 대한 헌법적 기대의 한계로서 환경권의 법적 성격
Ⅴ. 환경기본권의 기본권의 기능적인 측면에서의 분석
Ⅵ. 환경기본권의 급부기본권 혹은 참여권으로서의 이해
Ⅶ. 결론

Ⅰ. 서

우리 헌법은 제35조 제1항에서 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다」 고 규정함으로써 환경권을 기본권의 형태로서 보장하고 있고 더 나아가서 국가의 환경보전의 의무를 규정하고 있다. 동조 제2항에서는 「환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다」 고 규정함으로써 헌법적 권리인 환경권의 법률에 의한 구체화에 대하여 언급하고 있다. 그러나 동조 제3항은 「국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다」 고 규정함으로써 국가의 환경보호의 대상을 기본권으로서 환경권 그리고 국가의 환경보호의무의 주된 보호대상인

* 경북대학교 법과대학 교수, 법학박사

자연적 생활기반을 넘어서는 광의의 환경개념으로 확대하고 있다. 우리 헌법은 제35조 제3항에서 협의의 환경개념을 넘어서는 새로운 규범적 환경개념을 고려한 주택개발정책과 관련된 '쾌적한 주거환경'의 보장도 환경권의 보호대상으로 언급함으로써 환경개념에 대한 헌법해석적인 혼란을 초래하고 있다[1].

환경보호를 단순한 국가목표규정의 의미를 넘어서서, 기본권의 형태로 보장하는 것 즉 환경기본권(Umweltgrundrechte)을 헌법에 규정하는 것은 헌법학자들에게는 아주 민감한 문제이기 때문에, 이에 대해서는 우선적으로 이에 대한 매우 사려깊은 논의가 전개되어야만 한다. 이와 관련하여 가장 우선적으로 제기되는 의문은 과연 환경권을 기본권으로 보장할 수 있을까 하는 것이다. 물론 이러한 의문제기에 저변에는 환경권을 기본권으로 보장하려하는 정부의 태도에 대한 의심과 의혹이 자리잡고 있다[2]. 왜냐하면 기본권으로서 환경권의 보장의 문제는 이와 대립되는 다른 헌법적 가치 더 나아가서 토양, 공기, 물과 같은 자연적 생활기반(natürliche Lebensgrundlage)에 대한 개인의 처분가능성과 같은 인간의 지배가능성과 같이 해결하기 어려운 여러 가지 난제들이 도사리고 있기 때문이다. 이러한 까닭에 독일의 기본법(Grundgesetz), 미국의 연방헌법 그리고 일본의 경우에도 기본권으로서 환경권을 헌법에 규정하고 있지 않다[3].

국가의 환경보호의무의 실현을 국가적 개입의 정당화는 단순한 개인적 권리 즉 기본권의 보호영역에 해당되는 환경재(Umweltgüter)만에 한정되는 것이 아니라 인간의 자연적 생활기반으로 확대될 경우에만 가장 잘 실현될 수 있다. 이러한 까닭에 독일은 1994년 10월 27일의 기본법 개정을 통하여 제20a조에서 국가목표규정으로서 환경보호를 규정하고 있고, 국가의 환경보호의무의 대상을 자연적 생활기반(natürliche Lebensgrunlagen)으로 규정하고 있다[4]. 그럼에도 불구하고 독일의 경우에도 생명권, 건강권, 신체적 불훼손권, 일반적 인격권, 인간의 존엄 그리고 재산권을 통한 기본권

1) 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2008, 745쪽 참조.
2) Michael Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, Berlin・New York 1978, S. 10.
3) 계희열, 헌법학 (중), 박영사 2004, 772-773쪽 참조. 이러한 점을 고려해 볼 때 환경권을 기본권으로 규정한 것을 우리 헌법상의 중요한 특징이 된다. 홍준형, 환경법, 제2판, 2005, 34쪽.
4) 독일기본법 제20a조 국가는 또한 미래세대에 대한 책임을 인정하면서 헌법질서의 범위 내에서 입법을 통하여 그리고 법률과 법에 기준에 따르는 집행권과 사법에 의하여 자연적 생활기반을 보호한다.

적인 환경보호의 가능성이 여전히 존재한다[5]. 이와 관련하여 환경권을 환경기본권인 헌법적 권리로서 규정하고 있는 우리 헌법현실은 결과적으로 국가의 환경에 대한 적극적 개입의 정당화를 약화시는 것으로 작용할 수 있다는 점을 주요한 착안점으로 하여 국가의 환경보호의무의 대상이 환경기본권의 보호법익인 개인적 권리인 환경재에 한정되는 것이 아니라, 국가의 환경보호의무조항을 통하여 자연적 생활기반으로 확대되어야 한다는 논거를 제시한다.

환경기본권의 인정에 대한 이러한 비판적 태도에는 가능한 환경기본권 논의와 관련된 헌법적 혹은 헌법정책적 판단의 일괄화(Pauschalisierung)의 위험이 처음부터 도사리고 있다. 따라서 환경기본권의 인정여부와 관련된 헌법적 논의의 전개에 있어서 가장 중요한 전제조건은 이와 관련된 헌법적 인식의 다양성과 세분화의 보장이다. 헌법 제35조에서 기본권으로서 환경권으로 보장하고 있는 것과 동시에 국가의 환경보전의 의무도 아울러 규정하고 있는 우리 헌법의 특수성을 고려해 볼 때 우선적으로 기본권의 형태로 환경기본권으로 보장하는 것과 국가목표규정으로서 환경보호를 규정하는 것의 차이에 대한 구분이 행해져야 한다. 이러한 차이의 구분의 목적은 보다 환경에 대한 보다 광범위하고, 조밀한 보호를 위해서 국가목표규정으로서 환경보호와 기본권으로서 환경권의 보장의 역할분담에 대한 인식과 이를 통한 양자의 구체적인 보호범위와 보호강도의 확정이다. 물론 국가목표규정으로서 환경보호를 규정하고 있는 독일의 경우에 있어서 개인적 권리와 관련된 환경이익인 생명권, 건강권 그리고 재산권 보장을 통한 환경보호도 행해질 수 있지만, 이러한 기본권적인 보호는 단지 개인의 기본권 주체성이 인정되는 경우에만 행해질 수 있다는 점에서 본질적인 한계를 가진다. 이런 점에서 볼 때 단순하게 기본권으로 환경권 보호는 한계가 있기 때문에, 국가목표조항으로서 환경보호를 헌법적으로 규정하는 것에 대하여 우선적 가치가 부여될 수 있다. 그럼에도 불구하고 현실에 생활하면서 환경침해를 당하는 개인의 입장에서는 국가목표조항으로서 환경보호를 하는 것보다는 기본권으로서 환경권을 보호하는 것이 훨씬 더 유리하다[6]. 왜냐하면 환경보호를 국가목표의 형태로

5) Vgl. Hasso Hofmann, Umweltstaat: Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen und Schutz vor Gefahren und Risiken von Wissenschaft und Technik in staatlicher Verantwortung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band, Tübingen 2001, S. 877 f.; Dietrich Rauschning, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), S. 179.

서 보장하는 경우에는 이로부터 개인의 기본권을 도출해 낼 수 없기 때문이다. 이런 점을 고려해 볼 때 우리 헌법은 제35조 제1항에서 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다」 고 규정함으로써 환경권을 기본권의 형태로서 보장하고 있고 더 나아가서 국가의 환경보전의 의무를 규정하고 있는 것은 국가의 환경보호에 있어서 다양화와 세분화의 보장이라는 측면에서 매우 중요한 의미를 가진다.

Ⅱ. 국가목적의 단계적 발달의 결과로서 자연적 생활기반에 대한 국가의 보호의무

국가목적으로서 환경보호의 인정은 헌법질서의 새로운 정당화수준을 반영한 것이다. 국가목적규정으로서 독일 기본법 제20a조의 환경보호는 미래세대에 대한 책임 속에서 자연적 생활기반에 대한 보호를 규정하고 있다. 이러한 자연적 생활기반에 대한 국가의 보호의무는 민주주의, 법치국가, 사회국가 그리고 연방국가원리와 동등한 국가질서의 형성원리로서 기능한다. 이러한 국가의 의무는 헌법이전의 정당화근거(vorverfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage)를 가지지 않는다[7].

독일 기본법 제20a조의 환경보호는 직접적 효력을 가지는 구속력있는 헌법(unmittelbar geltendes verbindliches Verfassungsrecht)을 포함하고 있다. 이러한 환경보호의무는 객관적 효력을 가진다. 따라서 개별 시민은 기본법 제20조로 부터 주관적 공권적 요구들(subjektive öffentliche Rechtsansprüche)을 도출해 낼 수 없다. 그러한 까닭에 기본법 제20a조를 근거로 하여 특정한 환경적 결정에 대한 소송을 제기하거나 혹은 구체적인 급부적 요구를 도출해 낼 수 없다[8]. 환경국가원리의 기능은 모든 국가권력들이 자연적 기반에 대한 보호에 대하여 지속적인 관심을 가

6) 홍준형 교수 역시 헌법의 차원에서 환경권을 기본권으로 보장하는 것에 대해서 긍정적으로 평가하고 있다. 홍준형, 환경법, 33-35쪽 참조.

7) Helmut Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Bd. II, Tübingen 2006, Art. 20a Rn. 23.

8) Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl., München 2004, § 3 Rn. 9.

질 것을 호소한다. 환경보호는 그 외에도 교육적 기능(edukatorische Funktion)을 가진다.

1) 환경보호의 대상으로서 자연적 생활기반

독일 기본법 제20a조는 국가목적조항으로서 자연적 생활기반에 대한 보호를 규정하고 있다. 기본권과 달리 국가목적조항은 개인의 주관적 요구가 문제되는 것이 아니라, 국가의 객관적 의무부여(objektive Verpflichtung des Staates)가 문제된다. 이것은 단순한 불구속적인 프로그램적 원칙(unverbindlichen Programmsatz)이 아니라 의무부여이다[9]. 국가목표규정은 국가에 대하여 특정한 과제 혹은 특정한 목적의 수행을 미리 규정하거나 혹은 공동체의 특징적 표지들을 표현한 것이다[10]. 환경보호와 관련된 국가의 정당성은 국가가 충분히 이 과제를 충족할 능력이 있는지 여부에 달려있다. 독일기본법 제20a조는 환경보호라는 이러한 국가목적을 실정헌법 속에 규정하였고, 이를 통해서 명백히 자연적 기반의 보호에 특별한 의미를 부여하였다. 목적실현을 위한 수단의 선택은 자유이다. 따라서 불확정적으로 형식화된 목적의 구체화는 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다.

국가목표규정인 환경보호의 대상인 자연적 생활기반은 설사 인간에 의하여 심하게 변경된다할 지라도, 그것은 인간의 전체적인 자연적 환경을 의미한다. 자연적 생활기반은 인간 그리고 그 외에도 다른 생물들의 생물학적 기반 특히 환경매개물(Umweltmedien)에 해당하는 공기, 물, 지하수(Grundwasser), 토양 그리고 자신의 생활공간 속에서 서식하는 식물 뿐만 아니라 동물, 미생물(Mikroorganismen)도 포함된다[11]. 자연적 풍경(Landschaftsbild)도 여기에 포함된다[12]. 그 외에도 환경속에 존재하는 식물, 동물 그리고 환경의 생활공간 속의 미생물조직도 포함된다. 그 외에도 이러한

9) Dietrich Murswiek, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., München 2007, Art. 20a Rn. 12.

10) Vgl. Caspar/Martin Geissen, Das neue Staatsziel Tierschutz in Art. 20a GG, NVwZ 2002, S. 913 ff.

11) Michael Kloepfer, Umweltschutz als Verfassungsrecht. Zum neuen Art. 20a GG, DVBl 1996, S. 76; Simone Westphal, Art. 20a GG – Staatsziel Umweltschutz, JuS 2000, 342.

12) BVerwG, NJW 95, 2649.

요소들 사이의 관계도 포함된다. 기본법 제20a조의 환경구성요소는 개별적 동물, 식물 혹은 서식공간(구역)(Biotope) 그리고 종과 생태적 기능을 보호한다[13]. (넓은 의미의) 인간의 필요에 기여하는 자연적 생활기반만이 보호되는 여부에 대해서는 논의의 대립이 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 질문의 실제적 의미는 그렇게 크지 않다.

독일 기본법 제20a조의 위임(Auftrag)은 환경보호조치 그 자체가 주택과 같이 인간에 의하여 창조된 물적인 내지 인위적 환경(gegenständliche bzw. künstliche Umwelt)에 도움을 준다 한다 할지라도, 이와 관련성을 가지지 않는다. 예를 들면 사회적 혹은 문화적 제도와 같은 인간의 사회적 환경은 포함되지 않는다[14]. 기본법 제20a조의 자연적 생활기반 보호에 대한 의무부과는 우선적으로 국가가 환경에 대한 독자적인 침해를 중단할 것을 요구한다. 더 나아가서 이 의무부여는 독자적인 의미의 보호의무(Schutzpflicht)로서 포함될 수 있는 자연적 환경의 유지와 복구를 위한 조치들도 포함한다. 특히 국가는 사인에 의한 환경침해를 저지해야만 한다. 국가가 그러한 환경침해를 증진시키는 경우에는 독일 기본법 제20a조의 환경보호의무위반이 확정된다. 환경보호조직이나 단체에 의한 환경보호활동에 대해서는 국가는 우호적으로 대우해야만 한다[15].

독일 기본법 제20a조의 환경보호의무는 미래세대를 위한 책임, 즉 미래의 환경도 포함한다. 장기간의 발생가능한 위험(Langzeitrisiken)에 대한 고려는 당연히 배려(Vorsorge)와 지속성(Nachhaltigkeiten)에 의한 부분원리(Teilprinzipien)를 통한 장기간의 책임(Langzeitverantwortung)의 부담을 명령하는 것을 정당화시킬 수 있다[16]. 이러한 중단의무와 보호의무는 제한없이 효력을 발생한다. 독일 기본법 제20a조는 단순한 원리로서 처음부터 예외를 허용한다. 그 외에도 규범은 다른 헌법규정들에 의하여 제한된다. 궁극적으로 입법자에게 광범위한 형성영역이 인정된다[17].

독일 기본법 제20a조의 의무부여는 다양한 부분원리들 속에서 구체화되고 있다.

13) Hans D. Jarass, Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München 2006, Art. 20a Rn. 3.
14) Ebd., Art. 20a Rn. 4.
15) Ebd., Art. 20a Rn. 5.
16) Ebd., Art. 20a Rn. 6.
17) Ebd., Art. 20a Rn. 7.

우선적으로 기본법 제20a조는 우선적으로 환경에 대한 구체적 위험에 대한 방어 뿐만 아니라, 사전적 배려(Vorsorge)도 포함한다. 환경에 대한 부담(Umweltbelastungen)은 구체적인 잠재적 위험이 증명될 수 있는지 여부에 관계없이 광범위하게 예방되어져만 한다. 이러한 까닭에 사전적 대비는 미래의 문제, 위험의 극소화 그리고 자원보호에 대한 고려 때문에 필요하다[18]. 그 외에도 독일 기본법 제20a조는 원인제공자책임의 원칙(Verursacher-Prinzip) 결과비용에 대한 야기자의 부담(Belastung des Verursachers mit den Folgenkosten)을 그 내용으로 하고 있다. 원인제공자책임의 원칙은 순수한 책임의 은 아니다. 이 원칙은 일반적으로 원인제공자가 그것이 부분적인 환경침해의 방지, 제거 혹은 재정적인 조정을 통한 것이든 관계없이 원칙적으로 환경보호에 대한 물적인 그리고 재정적인 책임을 부담하여야 한다는 원칙이다[19].

2) 환경보호의 수준인정에 관련된 문제점들

독일기본법 제20a조는 단지 자연적 생활기반에 대한 보호만을 명하고 있고, 즉 목적만이 존재하고 있고, 요청된 보호의 수준에 대해서는 아무런 언급을 하고 있지 않다. 따라서 이 규정은 어느 정도까지의 자연적 생활기반에 대한 보호를 요구하는가 하는 질문이 제기된다. 이와 대한 대답으로서는 이 규정이 법적으로 매우 불확정적인 형태로 규정되어 있고, 단지 이러한 환경보호조항이 국가가 완전히 환경보호를 포기하지 못하도록 강제하는 효력은 있다는 점은 분명하게 제시될 수 있다. 따라서 이 조항에 의하여 어떠한 경우이든 어떠한 방식에 의하든 국가는 자연적 생활기반을 보호해야만 한다. 환경보호로부터의 후퇴금지(Verbot des Rückzuges aus dem Umweltschutz)는 도출할 수는 있다. 그러나 결코 유효한 법률에 대한 존속보장(Bestandsgarantie)을 의미하는 것은 아니다. 환경보호의 필요성에 직면하여, 초당파적인(중립적인) 기본적 합의를 고려해 볼 때 단지 이론적 의미만을 가진다[20]. 왜냐하면 국체적인 환경보호의 방법과 수단의 선택에 있어서는 입법자의 입법형성의 자유라는 형태로 다양성이 인정될 수 있기 때문이다.

---

18) Ebd., Art. 20a Rn. 8.
19) Kloepfer, Umweltrecht, § 4 Rn. 42.
20) Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20a Rn. 40.

환경보호의무의 실행을 위해서 어느 정도의 환경보호가 필요한가 하는 문제가 제기된다. 이에 대한 해답은 정치적인 견해에 따라 그 내용이 달라진다. 이 문제에 대해서는 독일기본법 제20a조는 아무런 대답을 제시하지 않고 있다. 독일 기본법 제20a조는 자연적 생활기반의 불가침성을 보호한다. 그럼에도 불구하고 제20a조는 명령된 불가침성의 판단기준(Integritätsmaßstab)의 수준에 대해서는 아무런 언급을 하고 있지 않다[21]. 목적, 생성사 그리고 다른 규정들과의 관련성을 고려해 볼 때 단지 매우 제한된 그럼에도 불구하고 매우 중요한 착안점들을 도출해 낼 수 있다.

첫 번째로 생활기반으로서 환경재화(Umweltgüter)들은 유지되어야만 한다[22]. 이로부터 오랫동안 인간생활의 전제조건이 된 모든 재화들은 유지되어야만 하고, 단지 매우 제한된 숫자의 사람이 아닌, 적어도 오늘날의 인구에 해당되는 수의 사람들이 이러한 기반 속에서 살 수 있을 정도의 범위 속에서 이러한 재화들은 유지되어야만 한다. 자신의 동물과 식물들은 자신의 원서식지에서 원래 자신이 살던 것과 동일한 조건에서 유지・보존되고 재생되어야만 한다.

두 번째로 최고의 환경보호(maximaler Umweltschutz)의 요청의 인정여부가 문제된다. 환경을 모든 인간적 침해로부터 보호하고, 모든 환경재산의 유해물질에 의한 침해(Schadstoffsbelastung)로부터 보호해주는 최고의 환경보호는 명백히 명령될 수 없다. 기본법 제20a조는 산업사회의 존재와 어느 정도의 환경에 대한 불편들(Umweltbelastungen)을 전제로 하고 있다. 왜냐하면 이러한 사회구조와 이와 결부된 삶의 형태가 이러한 정도의 환경에 대한 불편이 없이는 불가능하기 때문이다[23].

세 번째로 헌법을 개정하는 입법자의 의지에 의하면 제20a조의 국가목적규정은 환경적 상황의 개선(Verbesserung der Umweltsituation)을 이끌어 내야만 한다. 기본법 제20조a에 환경보호를 규정한 것은 한편으로는 헌법에 규정된 환경보호는 여전히 중대한 보호의 흠결을 유지하고 있고, 또 다른 한편으로는 국가목적의 도입의 결과로서 사실적으로 실행된 환경보호를 기대할 수 있다. 헌법을 개정하는 입법자가 제20a조를 단지 '상징적 정책(symbolische Politik)'을 실행하고 국민들이 효과적인 환경정책에 대한 대안으로서 내용이 공허한 행동을 하는 것을 그대로 인정한다면 헌법의

21) Ebd., Art. 20a Rn. 41.
22) Ebenda.
23) Ebd., Art. 20a Rn. 42.

기능(Funktion)과 존엄(Dignität)에 반하는 결과가 될 것이다. 더 나아가서 헌법을 개정하는 입법자는 예를 들면 환경보호의 개선을 위한 본질적인 것을 행하는 자신의 의도를 진지하게 받아들어야 한다[24]. 하여튼 독일기본법 제20a조로부터 일반적인 환경적 상황의 악화의 금지(Verschlechterungsverbot)를 도출해 낼 수 있다. 현재의 상황으로부터 일반적인 악화의 금지는 이 규범의 공포당시의 시점에서 존재하는 환경적 상황을 불만족스러운 것으로(unbefridigend) 이해하고, 제20a조가 환경적 상황의 개선이 필요한 것으로 보고 있다. 이러한 입장에서는 1994년의 환경적 상황 을 인용적 상황(Referenzlage)으로 볼 수가 있을 것이다. 이 규범을 근거로 하여 헌법적인 판단이 내려질 수 있다. 국가적 정책은 원칙적으로 이러한 상황을 개선하기 위하여 노력하는 의무를 부여하고 있다. 어떠한 경우이든 국가적 정책은 현재의 상태가 전체적으로 악화되지 않도록 노력하는 것을 명령하고 있다. 그럼에도 불구하고 악화의 금지는 어떠한 구체적인 환경적 재산(Umweltgut)과 관련성을 가지고 있지 않다. 모든 공사장내에서의 건축공사, 공장 등은 결과적으로 악화를 초래한다. 그럼에도 불구하고 이러한 개별적 악화에 대하여 적정한 조정(adäquater Ausgleich)이 행해진다면 즉 다른 장소에서 그러한 침해에 대한 개선이 행해진다면, 이러한 것들은 일반적인 악화의 금지 원칙들을 침해하지 않는다. 자연보호적인 제한규정(Eingriffsregelung)이 이러한 전망 속에서 일반법적인 구체적 헌법(einfachrechtlich konkretiesiertes Verfassungsrecht)으로서 나타나게 된다[25].

네 번째로 뒤를 잇는 후속세대의 계속적 이용과 관련된 지하자원과 같은 원료품, 미제품(Rohstoffen)의 사용과 이용과 관련하여 유럽공동체조약(EGV) 제6조 속에 규정된 (생태적) 지속성 원칙((ökologische) Nachhaltigkeitsprinzip)의 인정이 문제된다. 자연적 자원의 이용은 미래세대를 통한 이용가능성이 보장되는 한에서만 허용된다. 제20a조의 원칙적인 지향은 '생태적 지속성(ökologische Nachhaltigkeit)' 즉 '지속적인 환경적합적인 발전(nachhaltig umweltgerechte Entwicklung)'의 요구이다[26].

다섯째 보호법익의 불가침성에 대한 제한(Eingriffe in die Integrität der Schutzgüter)은 정당화가 필요하다. 이것은 제20a조는 하나의 목적이 아니라 하나의

24) Ebd., Art. 20a Rn. 43.
25) Ebd., Art. 20a Rn. 44.
26) Jarass, Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 20a Rn. 10.

보호법익(Schutzgut)을 규정한 것이기 때문이다. 설사 자연적 기반이 기본권의 보호법익(Schutzgüter der Grundrechte)과 마찬가지로 절대적으로 보호될 수 없다 할 지라도, 이러한 정당화는 반드시 필요하다. 그러나 모든 자연적 기반에 대한 제한은 공공복리를 근거로 행해질 때 내지 사적인 자유의 실현을 위한 필요성에서 행해질 경우에만 정당화될 수 있다. 또한 이러한 목적의 실현은 적합하고(geeignet) 필요한 것(erforderlich)이어야만 한다[27]. 이러한 까닭에 모든 회피가능한 환경침해는 원칙적으로 독일 기본법 제20a조의 침해가 된다[28].

Ⅲ. 환경기본권의 보호대상으로서의 환경의 개념

앞에서 언급한 바와 같이 우리 헌법 제35조 제1항은 우선적으로 기본권으로서 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 언급하고, 그 뒤에 바로 국가와 국민의 환경보전을 위하여 노력할 의무를 규정하고 있다. 개인적으로 이러한 조문의 내용의 배열은 잘못된 것이라고 생각해 본다. 국가의 환경보전의 의무를 먼저 언급하고, 환경기본권을 규정하는 것이 타당하다고 생각해 본다. 이에 대한 주된 논거는 환경권의 보호대상인 환경에 대한 기본권 주체 개인의 지배가능성의 한계이기 때문이다.

헌법적 차원에서의 환경기본권 보장의 필요성이 제기된 것은 1960년대말 이후이다. 따라서 환경기본권은 고전적인 천부인권적 자유권적 관념에 근거하여 주장된 것이 아니라, 환경기본권의 개념은 산업화와 더불어 진행되는 자연환경의 침해에 대항하기 위한 권리개념으로 등장한 것이다. 우리나라에서는 1960년 이후 진행된 산업화 과정의 결과로 인한 자연환경의 파괴를 인한 수질과 공기오염 등의 문제를 해결하기 위하여 197년대 이후 환경보전의 필요성이 강조되면서 환경권에 대한 논의가 시작되었다. 1978년 7월 1일부터 시행된 환경보전법은 '환경을 적정하게 보전함으로써 국민보건향상에 기여함'을 목적으로 하고 있었다.

제8차 헌법개정의 결과인 1980년 8월 15일의 헌법은 그 제33조에 다음과 같은 내

27) Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20a Rn. 46.
28) Ebd.,Art. 20a Rn. 47.

용의 환경권을 신설하였다: 「모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보호를 위하여 노력하여야 한다」. 그러나 현행헌법은 환경기본권의 보호대상인 환경을 '건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리'라고 규정함으로써 협의의 자연환경을 벗어나 광의의 사회적 환경으로 확대하는 경향을 보이고 있다[29]. 이와 관련하여 이렇게 환경권의 보호대상인 환경의 개념을 개념 자체가 애매모호한 문화적 환경이나 사회적 환경에 까지 확대하는 하는 것은 기본권으로서 환경권의 권리보장의 실효성을 약화시킨다는 점에서 협의설이 타당하다는 견해가 제기된다[30]. 이와 관련하여 기본권으로서 환경권의 보호대상인 환경의 개념에 대하여 살펴본다.

환경보호를 기본권의 형태로 보장하든 혹은 국가목표조항의 형태로 보장하는 양자 모두의 보호대상은 환경이다. 이러한 환경개념과 관련하여 광의의 환경개념(weiter (extensiver) Umweltbegriff)과 협의의 환경개념(enger (restriktiver) Umweltbegriff)으로 환경개념을 분류할 수 있다. 우리 환경정책기본법은 제3조에서 환경개념을 협의의 환경개념에 해당하는 자연환경과 광의의 자연환경개념에 상응하다고 볼 수 있는 생활환경으로 구분하고 있다[31].

1) 광의의 환경개념

가장 광범위한 환경개념에 의하면 환경(Umwelt)은 우리 동료인간들 그리고 사회적, 문화적 그리고 정치적 제도(Eingrichtungen)들을 포함한 우리의 전체 주위 환경(gesamte Umgebung)이다. 이러한 의미에서의 환경개념은 부분적으로 전문학문적인(특히 사회적인) 언어적 사용(Sprachgebrauch) 뿐만 아니라 일반적인 언어적 사용도 행해진다[32]. 보다 높은 추상적 단계에서는 환경은 예를 들면 동·식물의 특별한 주변환경에 대한 생명적 통일성의 상호관계의 복합체(Komplex von Beziehungen einer Lebenseinheit)로 정의될 수 있다[33]. 그러나 이러한 추상적인 환경개념은 다른

29) 성낙인, 헌법학, 법문사 2008, 711쪽.
30) 정종섭, 헌법학원론, 746쪽.
31) 환경정책기본법상의 환경의 개념적 분류에 대한 문제점에 대해서는 다음을 참조. 김춘환, 환경법강의, 조선대학교 출판부 2005, 91쪽.
32) Kloepfer, Umweltrecht, § 1 Rn. 15.

공적인 과제실현의 영역 속에서 환경보호를 위한 특별한 과제수행을 위한 대상의 윤곽을 충분히 명확하게 제시할 수 없다는 데 바로 문제점이 존재한다. 김철수 교수는 문화적 유산이라든가, 사회적 환경을 포함한 좋은 환경 속에서 살 권리를 광의의 환경개념에 근거한 광의의 환경권으로 개념정의하면서 환경권의 인격형성적 성격을 강조하고 있다. 이 문화적, 사회적 환경권에는 자연환경뿐만 아니라 인공적 환경, 즉 생활환경에 대한 청구권까지도 포함하는 것으로 보고 있다[34].

2) 협의의 환경개념

법학적 영역에서는 환경은 이른바 자연적 환경(sog. natürliche Umwelt)을 제한하는 축소적 개념이해가 지배적이다. 이러한 입장에 의하면 환경은 인간의 자연적 (기본적) 생활기반(natürliche (elementaren) Lebensgrundlagen), 즉 토양, 공기 그리고 물과 같은 환경매개물(Umweltmedien) 그리고 생물생활권(Biosphäre) 그리고 이러한 생물생활권 상호간 그리고 인간과의 관계를 의미한다[35]. 김철수 교수는 협의의 환경개념에 근거한 협의의 환경권을 건강한 환경 속에서 살 권리, 즉 생명과 건강에의 침해를 받지 않을 환경 속에서 살 수 있는 권리로 규정하고 있다. 이에 해당하는 권리 토지, 태양, 깨끗한 물, 맑은 공기, 자연경관 속에서 살 수 있는 권리를 들고 있다[36].

3) 규범적 환경개념

독일에 있어서 다양한 환경관련법률규정들은 개별적 사안에 매 경우마다 환경개념의 설정과 관련하여 다양한 광범위한 규범적 변형의 시도가 행해지고 있다. 독일의 경우 환경개념에 대한 최초의 법적인 개념정의는 협의의 제한적 환경개념에 의하여 행해졌지만, 현재 대단히 많은 (그러나 전체가 아닌) 환경에 대한 법적인 개념정의가 광의의 환경개념에 근거하여 행해지고 있다[37]. 이러한 각 개별적인 환경관련

33) Ebenda.
34) 김철수. 학설·판례 헌법학 (상), 박영사 2008, 1224쪽.
35) Kloepfer, Umweltrecht, § 1 Rn. 16.
36) 김철수. 학설·판례 헌법학 (상), 1224쪽.

법률규정 속에서 행해진 다양한 환경개념정의는 입법자에 의해서 행해지는 입법적 해석이라는 점에서 규범적 환경개념이 된다.

4) 환경개념의 문화적·사회적 환경개념에로의 확대에 반대하는 견해

우리 환경정책기본법은 제3조 제1호에서 환경을 자연환경과 생활환경으로 구분하면서 양자 모두 환경개념에 포함시키고 있다. 환경정책기본법은 제3조 제2호에서 자연환경에 대해서 다음과 같이 개념정의를 시도하고 있다: 「"자연환경"이라 함은 지하·지표(해양을 포함한다) 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관을 포함한다)를 말한다」. 이러한 환경개념은 협의의 환경개념에 해당한다고 볼 수 있다. 환경정책기본법 제3조 제3호에서 생활환경에 대해서는 개념정의를 내리고 있다: 「"생활환경"이라 함은 대기, 물, 폐기물, 소음·진동, 악취, 일조등 사람의 일상생활과 관계되는 환경을 말한다」. 이렇게 볼 때 우리 헌법상의 환경권 보장을 구체화하고 있는 환경정책기본법에 의하여 보호되는 환경개념에는 넓은 의미의 환경개념도 포함된다고 해석할 수 있다. 이를 우리 헌법 제35조 제1항에서 「건강하고 쾌적한 환경」이라고 표현하고 있다. 우리 헌법 제35조 제1항의 환경기본권을 보다 구체화하고 있는 환경정책기본법 제6조 제1항 역시 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다」라는 동어반복적 표현으로 이를 재확인하고 있다. 더 나아가서 우리 헌법 제35조 제3항은 주택개발정책과 관련된 '쾌적한 주거환경'의 보장도 환경권의 보호대상으로 언급함으로써 환경개념의 범위를 더욱 더 확대하고 있다.

이러한 환경개념의 사회적·문화적 환경에로의 확대와 관련하여 계희열 교수와 정종섭 교수가 이에 대한 반대의견을 개진하고 있다. 계희열 교수는 환경권의 보호대상을 교육제도 그리고 의료제도에 까지 확대시키는 것은 환경권의 보호대상을 지나치게 확대시키고, 이로 인하여 결과적으로 다른 기본권의 보호영역과의 구별이 곤란해지 때문에, 우리 헌법상의 환경개념은 자연환경을 기본으로 하여 물리적 인공환경도 그 대상이 되지만 사회적문화적 환경은 그 대상이 되지 않는다는 견해를 제시

37) Kloepfer, Umweltrecht, § 1 Rn. 17.

하고 있다[38]. 이러한 입장에서 그는 우리 헌법 제3항의 규정까지 고려하여 우리 헌법 제35조 제1항의 건강하고 쾌적한 환경에서 살 권리를 "(육체적·정신적) 건강을 해치지 않는 깨끗하고 좋은 자연환경과 인공환경에서 살 권리"라고 정의하고 있다[39].

특히 정종섭 교수는 독일과 같이 국가목표규정의 형식으로 환경보호의 과제를 규정하고 있는 경우에는 광의설과 같이 환경의 개념을 확대하는 것이 타당하다고 볼 수 있지만, 이와 달리 환경권을 기본권으로 보장하고 있는 경우에 환경의 개념을 그 내용 자체가 애매모호한 문화적 환경이나 사회적 환경에 까지 지나치게 확대하는 것은 환경권의 권리보장의 실효성의 약화를 초래할 수 있기 때문에 이러한 개념확대는 타당하지 않다는 의견을 개진하고 있다. 따라서 정종섭 교수는 환경개념과 관련하여 협의설을 지지하고 있다[40].

홍성방 교수는 다수설이 들고 있는 논거는 환경권이 헌법에 기본권의 형태로 규정된 점을 고려해 볼 때 여러 가지 이유에서 설득력이 없다고 다음과같이 비판하고 있다[41]. 이러한 비판을 근거로 그는 환경권이 보호하려는 보호법익은 자연환경에 국한

38) 계희열, 헌법학 (중), 775-776쪽.

39) 계희열, 상게서, 776쪽.

40) 정종섭, 헌법학원론, 746쪽.

41) 홍성방, 헌법학, 현암사 2007, 592-593쪽. "첫째, 환경권이 헌법 제35조에 규정되어 있는 이상 환경의 개념은 헌법 제35조의 해석을 통하여 추론되어야 한다. 곧 다수설이 환경을 통합적으로 이해하여야 한다고 하면서 들고 있는 조항들은 1980년 8월 15일 이전과 같이 환경권이 헌법에 규정되어 있지 않았던 때에는 고려의 대상이 될 수 있었을지도 모르나, 현행헌법과 같이 환경권을 규정하고 있는 경우에는 환경을 이해하기 위한 고려의 대상으로 끌어들일 수 없다. 둘째, 그렇기 때문에 광의설에서 환경의 부분으로 이해되는 문화적 유산은 헌법 제9조(전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 대한 국가의 노력의무)에 의하여, 교육시설은 헌법 제31조(교육을 받을 권리)에 의하여, 의료시설은 헌법 제36조 제3항(국민보건에 관한 국가의 보호)에 의하여 각각 보호·유지·개선되어야 한다. 그렇지 않고 환경의 개념에 이들을 모두 포함시켜 해석하는 경우 보호법익이 너무 방대해질 뿐만 아니라 헌법 제9조, 제31조, 제36조 제3항 등을 규정한 의미가 소멸될 염려가 있다. 더 나아가서 행정부서 사이의 책임회피를 가져올 수도 있으며 결국에는 환경권을 유명무실한 것이 되게 할 우려도 있다. 셋째, 현행헌법이 과거와는 달리 규정한 제35조에 다시 제3항을 신설하여 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있게끔 국가가 노력할 의무를 규정하고 있기 때문에 환경을 광의로 이해할 수 있는 근거가 된다는 견해에 대하여도 다음과 같은 이야기를 할 수 있다. 곧 주택문제는 전통적으로 사회보장의 대상이며 환경정책에 주택정책은 포함되지 않는다

되어야 한다는 견해를 제시하고 있다. 이 점은 위에서 언급한 독일의 자연적 생활기반에 대한 헌법적 보호가 설사 인간의 사회적 생활환경의 보호와 개선에 기여한다 할 지라도, 자연적 생활기반에 대한 헌법적 보호의 범위를 확대할 수 없다는 결론과 유사하다.

5) 제한적인 협의의 환경개념의 수정의 필요성

협의의 제한적인 환경개념의 의미 속에서 자연적 환경과 환경을 동일시하는 입장은 적어도 잘못 이해된 것이고, 현대사회에서 실현가능성이 희박하다. 자연보호와 관련하여 자연적 원래상태가 보호되는 것은 매우 드문 경우이고, 어떤 특정한 지방의 풍경과 같은 문화적 풍경 그리고 주거지역과 같이 일반적으로 인간적으로 형성된 공간에 까지 확대되고 있기 때문이다[42]. 이러한 까닭에 오늘날의 환경위험의 개념은 이미 광범위하게 받아들여진 자연적 환경 개념에만 한정된 것이 아니라 인간에 의하여 형성되고 건축된 환경으로 확장된다. 따라서 이러한 광의의 환경개념에 근거한 환경보호과제의 범람을 우려하는 자는 또한 환경보호법률이 광범위하게 정의된 환경을 자의적인 관점에서가 아닌, 단지 특별한 위험으로부터만 보호한다는 점을 고려해야만 한다[43].

이러한 제한적인 환경개념의 확대가능성과 관련하여 전광석 교수 역시 환경권을 (인공환경과 함께) 자연을 대상으로 하는 기본권으로 정의하면서 환경권은 인간의 행태와는 관계없이 환경 그 자체를 규율대상으로 하는 것이 아니며 환경과 관련된 인간의 행태를 규율하는 목적을 가지고 있다고 설명하고 있을 뿐 환경개념의 문화적·사회적 환경에로의 확대에 아무런 의견을 제시하고 있지는 않고 있다[44]. 어쨌든 전광석 교수는 이러한 환경개념의 확대에 적극적으로 반대하는 견해는 제시하고 있지 않고 있다. 김철수 교수는 문화적·사회적 환경에 대한 환경개념의 확대를 지지하는 적극적 입장을 보이고 있다. 일반적으로 환경보호의 중심적 대상은 항상 자연

는 것이 그것이다".

42) Kloepfer, Umweltrecht, § 1 Rn. 18.

43) Ebenda.

44) 전광석, 한국헌법론, 법문사 2007, 387쪽.

적 생활기반에 대한 조치의 효력과 이러한 조치의 인간에 대한 반작용의 문제이다. 결국 환경권의 규율대상인 환경은 의·식·주와 같은 인간의 기본적인 삶과 행태와 관련성을 가지고 있다고 본다면, 인간생활중심의 환경개념의 확대는 불가피하다고 본다.

6) 환경권의 보호대상으로서 손상되지 않은 자연

헌법상의 환경보호가 국가목표규정의 형식과 별도로 기본권의 형태로서 보장되기 위하여 우선적으로 검토해야 될 문제는 환경보호에 대한 이러한 세분화가 행해지기 이 전에 우선적으로 명확하게 해명해야될 문제는 도대체 손상되지 않은 환경(intakte Umwelt)이 법적인 보장의 대상이 될 수 있는가 하는 점이다. 이 문제는 단순한 헌법이론(Verfassungstheorie)과 헌법현실(Verfassungswirklichkeit)의 가능한 관련성의 문제가 아니라 헌법적 규범가능성의 한계의 표시의 문제라고 볼 수 있다[45]. 이와 관련하여 건강한 생태계(Ökosystem) 그 자체가 보장되어질 수 있는 것이 아니라, 공권력의 주체에 의한 강제력의 부과를 통한 인간의 행위의 통제, 즉 공권력이 강제력을 발동하여 최종적으로 손상되지 않은 자연을 유지하거나 혹은 복원하기 위하여 어떤 행위를 하는 것(작위) 혹은 어떤 행위를 하지 않는 것(부작위)을 요구하는 것이 정당화될 수 있는가 하는 점이다.

이러한 환경문제에 대한 국가적 강제력의 개입의 정당화 여부에 대한 문제해결의 중요한 판단기준은 자연적 환경은 자연법칙 그 자체를 따르지, 국가의 법률을 따르지 않는다는 자명한 진리에서 찾을 수 있다. 이러한 논리가 의미하는 것은 결국 이것은 인간의 행위에 의하여 자연 그 자체 즉 자연법칙에 의하여 순환되는 자연 그 자체가 손상된 경우에 한해서만, 국가가 자연보호를 위하여 인간의 행위를 통제하기 위하여 개입할 수 있다는 것이다. 물론 인간 역시 자연의 한 부분으로서 자연과의 상생관계를 유지하면서 살아가는 것이 전통적인 자연보호와 자연보호법의 출발점이 된다. 왜냐하면 인간은 자연의 살아있는 한 부분이고 물, 공기, 식량, 빛과 같은 자연의 자연적인 자원에 인간의 육체적 생존이 의존하고 있기 때문이다. 더 나아가서 인간의 정

45) Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, S. 13.

신적-영적인 측면에서도 자연과의 교감을 원하고 있다[46]. 이러한 점들을 고려해 볼 때 인간의 자연보호의 필요성은 인간의 육체적, 정신적, 영적인 생존과 성숙을 위해서 인정된다고 볼 수 있다.

법규정으로서 헌법 그 자체는 비행기의 소음을 줄인다거나, 산업배기가스를 무해하게 만든다거나, 수질개선을 통하여 오염된 하천 그 자체를 복구할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 헌법은 이러한 환경적 목적을 달성하기 위하여 우선적으로 국가에 의하여 행해지는 혹은 가능한 경우에는 이차적으로 사인에 의한 조치의 시행을 요구할 수 있다. 그럼에도 불구하고 헌법상의 환경권 규정은 이와 관련하여 어떤 조치가 실행될 것인지 여부 그리고 조치가 실행되어야 하는 경우에는 어떠한 조치가 실행될 것인지에 대해서는 결코 아무것도 결정하고 있지 않다. 왜냐하면 헌법은 전지전능한 힘의 세속화된 형식이 아니기 때문이다[47]. 헌법이환경보호를 위해서 결정할 수 있는 것은 다음과 같이 요약될 수 있다: 헌법이 손상되지 않은 자연 그 자체를 보호할 수 없다면, 헌법은 항상 손상되지 않은 자연을 위한 전제조건을 보장할 수 있다[48].

Ⅳ. 환경권에 대한 헌법적 기대의 한계로서 환경권의 법적 성격

헌법은 환경기본권과 관련하여 환경기본권이 해결할 수 없는 희망을 일깨워 주어서는 안된다. 왜냐하면 그 결과는 헌법에 규범력에 대한 실망 그리고 국민들의 헌법에 대한 신뢰의 추락으로 나타날 수 있기 때문이다. 가능한 환경기본권의 경우에 있어서 광범위한 감정적 경향에의 호소에도 불구하고 시민들의 적극적 행위의 결여는 환경기본권의 규범적 보장에 있어서 매우 치명적인 것이 된다. 헌법이 환경기본권 규정 그 자체로서 신성한 자연을 보장할 수 없다면, 결과적으로 환경기본권에 대한 모든 개인적인 참여적 기대(Teilhabeerwartungen)의 수준을 이러한 현실에 상응하게 낮추어야만 한다. 따라서 환경권의 주관적 권리성의 인정수준은 단지 국가의 환경과 관련된 현재의 법적 조치의 수준을 고려해서만 인정될 수 있다. 단순한 낙관적 기대

46) Vgl. Kloepfer, Umweltrecht, § 11 Rn. 1.
47) Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, S. 13.
48) Ebd., S. 14.

즉 행운에 대한 헌법적 요구권은 정당화될 수 없다.

대부분의 학설들은 환경권의 법적 성격과 관련하여 환경권의 사회적 기본권성을 인정하고 있다. 환경권의 법적 성격과 관련된 논의의 핵심은 왜 환경권에 사회적 기본권적 성격이 인정되어야만 하는 것과 환경권을 사회적 기본권으로 보는 경우에 환경권의 법적 효력에 대한 견해의 대립이다. 프로그램(입법방침) 규정설은 환경권은 입법권의 정치적, 도덕적 의무를 정하고 있을 뿐이며 법적 의무는 아니라고 한다. 국가의 의무달성에 대해서는 재판에 의해 법적 책임을 물을 수 없다고 보는 입장이다[49]. 추상적 권리설은 환경권은 인간다운 환경 속에 살 수 있도록 필요한 입법을 요구할 수 있는 법적 권리를 보장하고 있다고 보고 있다. 그러한 이 경우 환경기본권의 법적 효력은 추상적인 것이므로 환경기본권이 침해된 경우에, 재판을 통한 사법적 구제를 요구할 수 없다고 한다. 다만 이 경우에도 이 환경권이 입법에 의해 실현되고 그 구체적인 청구권으로서 정해진 경우에는 그 입법에 기하여 권리침해의 사법적 구제를 청구할 수는 있다. 성낙인 교수는 생존권으로서 환경권은 추상적 권리로서의 한계를 가진다고 언급하고 있다[50]. 구체적 권리설은 환경권은 법적 권리이기 때문에 환경기본권의 침해에 대해서는 재판 등을 통한 사법적 구제를 요구할 수 있고, 환경침해행위의 중지청구나 방해배제, 예방청구를 기초지우는 구체적 권리라고 보는 입장이다. 이러한 구체적 권리설도 총합적 기본권으로서 환경기본권은 주된 성격이 사회적 기본권성에 있기 때문에 불완전하나마 구체적 권리로 보고 있는 견해[51], Alexy의 원칙과 규칙 모델의 구분에 의하여 원칙규범으로서 환경권은 잠정적 권리(prima-facie-Recht)로서 형량을 거쳐서 확정되는 권리로 보는 입장[52], 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리는 기본권으로서의 성격을 가지지만 이외의 내용은 법률이 정하는 바에 따라서 정해지는 법률상의 권리라고 보면서, 이러한 권리들은 모두 구체적인 권리로 보는 입장 등으로 나누어 진다[53].

대법원의 판례는 헌법상의 환경권을 법적 권리로서 인정한 것도 있지만[54], "환경

49) 김남진・이강혁, 주제중심 헌법, 1982, 332쪽.
50) 성낙인, 헌법학, 712쪽.
51) 권영성, 헌법학원론, 698쪽.
52) 계희열, 헌법학 (중), 783-784쪽.
53) 정종섭, 헌법학원론, 747쪽.

권에 관한 위 규정만으로서는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 할 것이다". 고 하면서 직접적으로 헌법상의 환경권 규정만으로 권리성을 인정하지 않은 경우도 있다.[55]

환경권의 법적 성격에 대하여는 여러 가지 견해가 대립되고 있다. 홍성방 교수는 이러한 다양한 환경권의 법적 성격에 대한 논의를 세가지 학설로 분석하여 설명하고 있다. 그가 제1설로 들고 있는 김철수 교수의 견해는 환경권은 생존권적 기본권에 포함되면서도 자유권적 성격과 생존권적 성격을 아울러 가지는 것으로 보는 입장이다. 김철수 교수는 환경권은 자유권적 성격과 생존권적 성격을 아울러 가진다고 보면서 전자에서 환경침해배제청구권이 인정되며, 후자에서 환경보호보장청구권이 인정된다고 주장하고 있다. 환경침해배제청구권은 자유권으로서 구체적 권리이나, 국가에 대해 보다 좋은 환경을 조성해달라고 하는 환경개선·보호조치청구권은 입법에 의해서만 적극적으로 보장되는 추상적 권리로 해석하고 있다[56]. 홍성방 교수는 이러한 김철수 교수의 결론은 타당하다고 보면서 이러한 결론에 이르는 논증과정 그 자체에 대해서는 다음과 같이 비판을 제기하고 있다: "이 학설의 결론, 곧 환경권은 자유권적 성격과 생존권적 성격을 아울러 가진다는 결론은 타당하다. 그러나 환경권은 기본권으로서의 인간의 존엄과 가치·행복추구권에서 파생된 기본권이기 때문에 양면성을 가진다는 논증은 미흡 내지는 지나치게 불명료하다고 생각된다. 왜냐하면 인간의 존엄·행복추구권을 주기본권으로서 포괄적 기본권으로 보는 이 견해의 주장자의 생각을 따르면 환경권뿐만 아니라 다른 기본권으로 양면성을 가진다는 결론이 되기 때문이다. 따라서 이러한 비판에서 자유롭기 위해서는 제1설은 환경권이 양면성을 가지는 다른 이유를 설명해주어야 할 것이다".

홍성방 교수는 총합적 기본권이지만 주된 성격은 사회적 기본권이라고 보는 권영

54) 대판 '94. 3. 8, 92 누 1728.
55) 대판 '95. 5. 23, 94 마 2218; 대판 '97. 7. 22, 96 다 56153 등 참조.
56) 김철수, 판례학설 헌법학 (상), 1223쪽.

성 교수의 견해[57]에 대해서도 환경권의 복합적 성격을 설명하는 데 치중한 나머지 다음과 같은 사실을 간과하고 있다고 비판하고 있다: "곧 (자유권은 국가의 침해와 간섭으로부터 자유라는 의미에서 자유권이라는 것,) 인간다운 생활은 물질적·경제적·자연환경적 생활을 말한다는 것, 깨끗한 환경이 보건의 전제가 되기는 하겠지만 환경권과 보건권은 보호법익을 다르다는 것, 그리고 모든 기본권에 대한 침해는 인간의 존엄성과 행복추구를 침해한다는 것을 지나치고 있다".

허영교수는 환경권은 '기본권의 전제조건의 보호'로서의 의미를 갖는 한편 경제생활에 관한 기본권의 헌법적 한계로서의 의미도 함께 갖고 있으므로, 법적 성격도 이를 '자유권', '사회권', '인격권' 등 획일적으로 말할 수는 없다는 입장에 기초하여, 환경권은 '기본권의 전제조건을 보장'하는 기본권으로서의 성질과 기본권의 헌법적 한계로서의 성질을 함께 가지는 종합적 기본권이라고 보고 있다. 그는 더 나아가서 또한 환경권은 법률제도의 보장이라는 '제도적 보장'의 성질도 함께 내포하고 있다고 주장하면서, 환경법을 제정, 정비해야 할 국가적인 의무가 여기에서 나온다고 설명하고 있다[58].

이러한 허영교수의 주장에 대하여 홍성방 교수는 환경권의 법적 성격과 환경권의 의미를 혼동한 것이라고 전제면서, 환경권에 대한 제도적 보장의 성격을 부여하는 것에 대하여 비판하고 있다. 그는 환경권을국가와 국민을 수범자로 하여 부분적으로 방어권적 성격을 동시에 가지고 있는 사회적 기본권으로 이해하고 있다[59].

---

57) "환경권은 (오염되거나 불결한 환경으로부터의 자유라는 의미에서는 자유권이라 할 수 있고) 오염되거나 불결한 환경을 예방 또는 배제하여 주도록 청구할 수 있는 권리라는 의미에서는 청구권이라 할 수 있고, 오염되거나 불결한 환경은 인간다운 생활을 불가능하게 한다는 의미에서는 인간다운 생활권이라 할 수 있으며, 오염되거나 불결한 환경은 건강을 침해하는 것이라는 의미에서는 보건에 관한 권리라 할 수 있고, 오염되거나 불결한 환경은 인간의 존엄성을 해치고 인간을 불행하게 한다는 의미에서는 인간의 존엄성존중에 위배되고 행복추구권을 침해하는 것이라고 할 수 있기 때문이다. 이와 같이 환경권은 총합적 기본권이지만 그 주된 성격은 사회적 기본권에 있다 그리고 사회적 기본권으로서 환경권은 불완전하나마 구체적 권리로 이해해야 한다". 권영성, 헌법학원론, 697-698쪽.

58) 허영, 한국헌법론, 박영사 2008, 442-443쪽.

59) 홍성방, 헌법학, 588-599쪽. "첫째, 이 견해에서 환경권의 법적 성격을 기본권의 전제조건을 보장하는 기본권의 성격이라고 파악한 것은 환경권의 법적 성격과 환경권의 의미를 혼동한 것이다. 둘째, 이 견해에서 환경권의 법적 성격을 의무동반적 성격이라고 파악한 것은 환경권의 법적 성격과 환경권의 특성, 곧 환경

권은 다른 기본권에 비하여 의무성이 강하여 국가(경우에 따라서는 국민)의 능동적이고 적극적인 환경보전 의무의 이행을 통해서만 실현될 수 있는 특성을 혼동한 것이다. 셋째, 이 견해에서 환경권의 법적 성격을 제도적 보장의 성격이라고 말한 것은 환경권의 법적 성격에 대하여 아무것도 밝히는 바가 없다. 이 견해의 주장자가 제도적 보장을 슈미트 *C. Schmitt*적으로 이해하는지, 해벌레 *P.Häberle*식으로 이해하는지 또는 그 밖의 다른 관점에서 이해하는지는 정확하게 알 수 없다. 그러나 슈미트적으로 제도적 보장을 이해하고 있다면 이 주장은 환경권은 기본권이 아니다라는 이야기가 되겠고, 해벌레식으로 이해하고 있다면 환경권은 기본권이라는 이야기가 되어 결국 환경권의 법적 성격은 기본권이라는 재미있는 결론에 이르게 되기 때문이다.

다음으로는 새롭게 이야기되거나 또는 새롭게 분명해진 부분에 대해서 검토해 보기로 한다. 첫째, 이 견해의 주장자는 과거에는 환경권의 의미와 환경권의 법적 성격을 항을 달리하여 설명하면서 환경권의 의미 부분에서도 또한 환경권의 법적 성격에서도 '기본권의 전제조건을 보장하는 기본권'을 이야기하고 있었기 때문에 위와 같은 지적이 가능하였다. 그러나 환경권의 의미라는 항이 삭제된 지금에도 '다른 기본권의 전제조건을 보장하는 기본권'이라는 환경권의 법적 성격으로 보기 보다는 다른 기본권에 대한 환경권의 특성으로 보는 것이 더욱 합리적일 것이다. 왜냐하면 어떤 기본권의 법적 성격이 무엇이냐 하는 데는 이론이 있을 수 있으나, 일반적으로 기본권의 법적 성격에서 논의되는 것은 프로그램규정이냐 현실권리이냐 하는 것이기 때문이다. 둘째, 이 견해의 주장자는 환경권은 기본권의 헌법적 한계로서의 성질을 가지고 있다고 한다. 이 견해의 주장자에 따르면 기본권의 헌법적 한계는 헌법에서 국민의 기본권을 보장하면서 때때로 개별적인 기본권의 한계를 함께 기본권에서 명시하는 경우로서 헌법제정자에 의한 명시적인 제한을 말한다. 그리고 이 견해의 주장자는 그러한 한계의 예로서 ① 언론·출판의 자유를 보장하면서도, 언론·출판이 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하지 못하도록 그 한계를 명시한 것(제21조 제5항), ② 국민의 사유재산권을 보장하면서도 공공복리에 적합하게 재산권을 행사하도록 규정한 것(제23조 제2항), ③ 국민의 국가배상청구권을 보장하면서도 군인·공무원·경찰공무원 등의 배상청구권을 제한한 것(제29조 제2항), ④ 노동3권을 보장하면서도 공무원인 근로자는 부분적으로만 노동3권을 가질 수 있도록 제한하고 있는 것(제33조 제2항), ⑤ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되지 못하도록 투쟁적 민주주의의 수단을 헌법에서 마련해 놓고 있는 것(제8조 제4항)을 들고 있다. 그런데 이러한 예에 환경권은 들어 있지 않다. 뿐만 아니라, 다음을 환경권규정을 아무리 살펴보아도 위의 예에서 볼 수 있는 것과 같은 명시적인 표현은 없다. 다른 곳에서 이 견해의 주장자는 환경보호정책과 상충하는 기본권행사의 제한이라는 표현을 쓰고 있으나, 그곳에서는 "환경권은 특히 경제생활에 관한 기본권행사의 한계로서의 의의와 기능을 가지게 된다"라고 하고 있다. 환경권이 이러한 의의와 기능을 가지고 있음은 부인할 수 없지만, 그것은 해석의 결과이며, 헌법이 명시한 한계라고 볼 수는 없다. 셋째, 이 견해의 주장자는 환경권은 윤리적 인격체로서의 인간의 당연한 생활질서의 성질을 가진다고 한다. 그러나 이러한 성질은 환경권에만 고유한 것은 아니다. 따라서 이는 환경권의 법적 성격으로서 강조할 만한 성질의 것은 아니라고 생각한다. 넷째, 이 견해의 주장자는 환경권은 효과적인 환경보전정책 내지는 환경입법에 의해서만 그 실효성을 기대할 수 있기 때문에 '법률제도의 보장이라는 제도적 보장'의 성질도 함께 내포하고 있다고 한다. 이러한 설명으로

Ⅴ. 환경기본권의 기본권의 기능적인 측면에서의 분석

Hans D. Jarass교수는 기본권 도그마틱(Grundrechtsdogmatik)을 기본권 효력(Geltung)에 대한 의도적 적용방향(Anwendungsorientierung)이라고 정의하고 있다. 이에 반하여 기본권 이론(Grundrechtstheorie)은 기본권에 대한 철학적, 정치적, 비교법적인 사전문제(Vorfrage)를 다루기 있기 때문에 기본권 이론의 역할은 법적용, 기본권 적용에 있어서 기본권 적용과 결부된 문제점들을 극복하는 방향제시의 근거(Leitlinie)를 제공하는 것이라고 보고 있다. Jarass교수는 이러한 기본권도그마틱(Grundrechtsdogmatik)이란 가능한 최대로 모든 기본권에 타당해야 함에도 불구하고, 전통적인 기본권도그마틱은 이러한 요구를 잘 충족하지 못했기 때문에, 이러한 요구를 충족하기 위해서 새로운 기본권도그마틱의 중심은 기본권의 기능을 중심으로 전개되어야 한다고 주장하고 있다[60]. 이러한 문제의식에 근거하여 환경기본권을 기본권의 기능의 측면에서 분석해 본다.

모델로서 환경기본권을 논의하기에 앞서 우선적으로 다음의 문제가 제기된다: 어떻게 손상되지 않는 자연보호를 위한 전제조건의 보장을 단지 기본권 보장의 형식으로 (보장)관철할 수 있는가? 이와 관련하여 모든 기본권의 기능 – 방어적, 보호적, 급부적 기능, 평등기본권적 기능이 고려될 수 있다. 이러한 다양한 기본권의 기능에 대

써 자기가 가지고 있던 의문, 곧 이 견해의 주장자가 제도적 보장으로써 의미하는 바 해벌레적이라는 것이 이제 분명해졌다. 그러나 어떤 기본권이 정책 내지는 특히 입법에 의하여 실효성이 비로소 확보되는 경우는 환경권에 한정되지 않는다. 참정권도, 청구권도 그리고 환경권을 제외한 다른 사회적 기본권들도 입법에 의하여 실효성이 확보되기는 마찬가지라고 이야기할 수 있다.

그렇다면 환경권의 법적 성격은 어떻게 파악되어야 하는가? 우리 헌법이 보장하고 있는 환경권의 법적 성격을 파악함에 있어서도 헌법의 규정에 따라 파악하면 된다. 곧 우리 헌법은 환경권을 모든 국민의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리로 규정하고 있고, 환경권은 산업화의 결과 국민 개개인으로서는 어찌할 수 없는 환경오염과 환경파괴에 직면하여 국가에 대하여 환경의 유지·보존·개선을 요구할 수 있는 권리이기 때문에 사회적 기본권이다. 그러나 환경권은 다른 사회적 기본권과는 다른 특이한 면을 가지고 있다. 왜냐하면 다른 사회적 기본권들이 수범자를 국가에 한정시키고 있음에 반하여 (국가는…노력하여야 한다), 환경권의 경우에는 수범자가 국가와 국민으로 되어 있고(국가와 국민은…노력하여야 한다), 깨끗한 환경을 국가가 침해해서는 안 된다는 방어권적 측면도 가지고 있다. 따라서 환경권은 국가와 국민을 수범자로 하여 부분적으로 방어권적 성격을 동시에 가지고 있는 사회적 기본권이라 할 수 있다".

60) Hans D. Jarass, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), S. 347.

한 고려는 헌법제정권자를 통한 기본권 형성의 가능성 혹은 기본권 해석의 다양화의 보장을 통해서 이루어질 수 있다.

1) 방어권으로서의 환경기본권의 이해

기본권의 특성 즉 기본권의 법적 성격과 그 기능이 무엇인가에 대한 견해는 역사적 상황의 변화에 따라 변하고 있다. 기본권은 역사적인 측면에서 소극적·방어적 성격 국가에 대한 방어권으로서 개인의 주관적 공권에서 출발하고 있다. 방어권(Abwehrrecht)으로서 환경기본권의 개념은 전통적인 자유권적 기본권 이해와 잘 합치될 수도 있다. 그럼에도 불구하고 환경권을 자유권으로 보는 것은 전통적인 자유권의 보호과정과 아무런 역사적 관련성이 없다고 볼 수 있다. 자유주의적 헌법적 사고와 현대적인 국가의 과제로서 환경보호의 관념 사이에 선뜻 공통의 접점을 찾기가 쉽지 않다. 오늘날의 국가상을 고려해 볼 때 국가는 자유주의(Lieberalismus)적 입장에서 사회 내부에서의 조정과정에 대한 책임을 진다. 따라서 국가는 자연적 생태계의 기능에 대한 책임도 부담한다. 이러한 점을 고려해 볼 때 환경기본권은 또한 통제권 혹은 관리권(Bewirtschaftungsrecht)으로 볼 수 있다. 환경기본권을 통제 혹은 관리권으로 보는 기본시각은 높은 환경소비에 대한 기대(Umweltkonsumererwartungen)에 비하여 환경재산(Umweltgüter)의 희소성(Knappheit)과 같은 부조화를 조정하는 수단으로서 기능한다[61]. 이러한 부조화는 가장 다양한 도구들에 의하여 조정되어 진다. 이러한 부조화는 행정행위 형식 속의 허가 혹은 금지권한(Erlaubnis- und Verbotszuständigkeiten) (비용을 징수하는 부수적 규정(Nebenbestimmungen)의 가능성을 포함하여)을 의 가능성을 포함하여)을 통해서 일어난다. 사회적 부수적 비용의 내면화(Internalisierung)를 초래하는 조정적인 환경보호세의 부과(Umweltschutzabgaben)를 통하여 혹은 민법적인 소송 그리고 손해배상의 가능성 등을 통하여 조정된다. 이러한 환경권을 관리통제권(Bewirtschaftungsrecht)으로 보는 시각은 전통적인 자유권적 지위를 근거지우는 소극적 지위(status negativus)의 환경기본권 속에서의 인정과 관련된 문제점이 최종적으로 자유보장의 역사를 역사적인 측면에서 해석하고 근거지우는 기본권 도그마틱

61) Vgl. Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, S. 15.

(Grundrecthsdogamatik)에 근거한다고 보고 있다. 이러한 측면에서 볼 때 환경권을 관리통제권으로 보는 시각은 이러한 전통적인 자유권적 기본권 관념과 환경기본권의 부조화에 대안의 제시라는 측면이 있다고 판단해 본다.

방어권으로서 환경기본권은 전통적인 기본권 이론의 영역에서는 단지 침해금지(Eingriffsverot)의 의미 속의 오로지 허용되어진 기본권 제한의 범위를 넘어서서만 행해질 수 있는 환경손상 그리고 환경위험에 대한 방어권(Recht auf Abwehr von Umweltschäden und -gefahren)으로 이해될 수 있다[62]. 바로 임박한 환경에 대한 제한에 대한 제한으로서의 인정되는 환경위험에 대한 방어권적 고려는 공권력에 의한 공해발생에 의한 기본권 침해에 한정되지 말고, 사인에 의한 기본권 침해에도 확장되어야만 한다. 왜냐하면 주로 환경권 침해는 공권력이 아닌, 사인에 의하여 행해지기 때문이다. 환경권 침해는 주로 순수한 법적 침해(echter Rechtseingriffe)가 아닌 사실적 침해(faktische Beeinträchtigungen)에 의하여 행진다. 자유권적인 문제에 있어서 기본권 제한에 있어서 환경위험(Umweltgefährdungen)과 관련하여 어느 정도의 위험상태를 환경 기본권 제한으로 볼 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 이와 관련하여 기본권의 단수한 사실적 제한과 이와 관련된 시민의 수인명령(Duldungsgebot)과의 조화적 해석이 요구된다[63].

환경기본권의 방어권적인 개념설정의 어려움과 관련하여 다음의 세가지 문제가 제기될 수 있다: ① 기본권 주체의 문제, ② 기본권 객체의 문제, ③ 수인가능한 환경부담(Umweltbelastung)의 경계설정문제. 기본권 주체에 관한 문제는 환경기본권에 대한 논의의 가장 민감한 부분에 해당한다. 이와 관련하여 실질적 권리보장과 소송법적 권리주장권한(Rechtsverfolgunsbefugnis)은 별도로 제외한다.

환경권적인 헌법강화적인 침해금지(verfassungsstarke Eingriffsverbot)를 관철할 수 있기 위해서는 개인적인 기본권적인 법적 강제권(Rechtserzwingsmacht)을 어떠한 권리주체(Rechtssubjekte)에게 인정할 것인가? 환경기본권의 주체성의 인정과 관련하여 현재 살고 있는 자연인에만 한정할 것인가 아니면 미래의 자연인, 즉 미래세대에게 확장할 것인가 하는 문제가 제기된다. 이에 대하여 헌법전문에서 '우리들과 우리들의 자손의 안전

62) Ebenda.
63) Ebd., S. 16.

과 자유와 행복'을 구가하고 있으므로 우리들의 자손의 우리들의 자손의 환경보호청구권 자체를 인정하는 입장[64], 환경보호청구권 자체는 인정할 수 있지만, 미래세대가 직접 보호청구권을 행사할 수 없다는 입장[65]으로 견해는 나누어 진다. 건강보장 그리고 재산권 보장과 같은 전통적 기본권과 환경적 관심사가 서로 연관된 경우에 있어서 환경적 이해관계가 충분히 고려될 수 없기 때문에, 환경기본권에 대한 요구가 생겨난다.

환경권이 기본권으로 규정된 경우에 단지 주관적 공권성을 인정받는 것 외에 단지 환경권을 침해는 법률규정이나 이에 근거한 법적 조치의 헌법적합성을 판단하는 통제기준으로 작용할 수 있는가 하는 질문이 제기된다. 그러나 이에 대한 대답 아니오이다. 왜냐하면 헌법에 규정된 어떠한 기본권도 사법적 권리구제가능성이 보장되지 않는 경우에는 의미가 없기 때문이다. 왜냐하면 어떠한 기본권도 그 기본권 주체의 주관적인 권리주체성과의 연관성 없이 단지 객관적 법적합성(objektive Rechtsmäßigkeit)을 인정받을 수 없기 때문이다[66].

환경기본권의 기본권 주체성인정의 문제와 관련하여 제기되는 가장 본질적인 문제는 어떻게 자연적인 환경재(Umweltgüter)에 대한 개인의 지위(individuelle Position auf natürliche Umweltgüter)를 개념적 설정할 수 있는가 하는 문제이다. 이와 관련하여 재산권, 소유권, 임대차적, 소작적 지위 혹은 공법적 사용적 자위가 문제되는 경우에 그러한 권리의 행사에 관련된 환경기본권적 주체성의 인정의 문제는 쉽게 해결될 수 있다. 가장 중요한 문제는 자연적인 환경재인 물, 공기, 풍경(Landschaft)과 같은 것에 대하여 개인에게 기본권적으로 보호가능한 개인적 지위(Individualposition)를 어느 정도까지 허용할 수 있고 그리고 해야만 하는가 하는 문제이다. 이 문제는 최종적으로 국가의 환경보호조치와 관련된 자들(staatliche Umweltschutzmaßnahme)의 범위설정의 문제로 귀결된다[67]. 이 문제는 헌법상의 다른 기본권 보장규정에 대한 환경기본권의 보호영역의 독자성의 인정의 문제이다. 환경침해로 인하여 단지 자신의 건강이 위험상태에 처해진 자에게만 환경침해를 인정하는 하는 것은 환경보호의 범위를 축소시킨다.

64) 김철수, 판례학설 헌법학 (상), 1224쪽.
65) 홍성방, 헌법학, 590쪽.
66) Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, S. 17.
67) Ebd., S. 17 f.

환경훼손으로 인한 재산권 침해 혹은 자연적 풍경 침해와 관련하여 특히 환경손상적인 재산권 위험(unweltschädigende Eigentumsgefährdungen)으로 부터의 보호는 기본권의 전제조건의 보호로서 고려될 수 있는가 하는 질문이 제기될 수 있다. 보다 미학적인 환경적 가치를 고려해 볼 때, 자연풍경의 즐김과 같은 것은 기본권 보호의 전제조건으로서 고려될 수 없다, 왜냐하면 바이에른 헌법(Bayerische Verfassung) 제141조 제3항과 같은 자연적 미에 관한 기본권(Grundrecht auf Naturschönheit)은 헌법규정에서 도출될 수 없기 때문이다[68]. 이러한 기본권의 도출가능성은 가능한 환경기본권의 인정가능성과 마찬가지로 어렵다

모든 환경손상적 피해의 독자적인 윤곽설정은 관련당사자에게 맡겨져 있다. 환경손상의 입증책임의 문제와 관련하여 모든 환경손상의 가능한한 세분화 가능성의 여부에 관계없이 여기에서는 환경손상의 특정한 공간적으로 가까운 계기(Moment) 즉 근접성이 인정되는 형태의 간접증거기능(Indizfunktion)이 도입된다. 그럼에도 불구하고 최종적으로 침해강도(Eingriffsintensität) 혹은 침해자격(Eingriffsqualität)의 일반성에 대하여 관련당사자의 특별성에 대한 선별적 고려가 우선적으로 고려되게 된다. 이러한 과제는 강제적으로 개인적으로 보호되는 환경적 지위(Umweltposition)에 대하여 허용되어질 수 있는 혹은 허용될 수 없는 국가적 영향력의 경계설정의 문제와 연결되어 진다[69].

2) 사인에 대한 국가의 개입의 한계

환경관련적인 기본권적인 방어권은 국가에 의한 환경침해(Umweltbelastungen)보다는 오히려 고권적(hoheitlich) 혹은 행정사법적인(verwaltungsprivatrechtlich) 국가의 행위형식의 세분화된 구분과 관계없는 순수한 사인에 의한 환경침해에 대한 방어를 하게 된다. 환경기본권에 있어서 기본권 제3자적 효력의 불인정을 통한 사인에 의한 기본권 침해에 대한 국가의 기본권 보호의무의 불고려는 환경기본권의 효력 자체를 매우 불안정하게 만드는 것이 된다. 왜냐하면 대부분의 환경손상의 원인제공자

68) Ebd., S. 18.
69) Ebd., S. 19.

는 사인이기 때문이다. 따라서 환경기본권의 효력은 기본권의 제3자적 효력의 인정을 통하여 사인에게도 확대되어야만 한다. 이러한 기본권의 대사인적 효력을 통한 기본권의 적용범위의 확대가 사인에 의하여 야기된 환경손상에 대한 국가의 책임을 전적으로 배제하는 것은 아니다. 환경을 보호하는 국가는 가능한 한 제3자에 대하여 단호하게 개입할 의무를 지기 때문이다.

이러한 환경기본권의 보호를 위한 국가의 제3자에 대한 개입의 문제는 제3자에 의한 환경기본권 침해로부터 개인의 환경기본권의 확실한 보장을 위한 전제조건인 기본권 보호의무의 인정의 문제이다. 이러한 기본권 보호의무의 핵심적 내용은 기본권 보호의무의 인정의 전제가 되는 기본권 보호의 의미 속에서 제3자 즉 사인에 의한 환경권 침해를 당한 환경훼손을 당한 자(Umweltgeschädigten)의 행정관청에 대한 급부권적인 요구(leistungsrechtliche Anspruch)를 정당화 시킬 수 있는 법률적 근거의 보장이다. 물론 이러한 보호청구권은 법원의 판결을 통하여 인정될 것이다. 그것도 아주 제한적인 경우에 한하여 그러한 보호청구권은 도출될 것이다[70]. 환경문제의 사인에 대한 국가의 개입이 과연 어느 정도까지 정당화될 수 있는가? 방어권으로 개념설정된 환경기본권에 있어서 제기되는 최종적인 중요한 문제는 (법적으로 사인에 대하여 보장된) 환경재화(Umweltgüter)에 대한 국가의 허용된 그리고 허용되지 않은 영향력 사이의 경계설정(Abgrenzung)의 문제이다. 이와 관련하여 특히 다른 기본권과 유사한 두개의 분리형식(Ausgrenzungsformen)이 제시된다: 양적인 분리(quantitative Ausgrenzung)과 질적인 분리(qualitative Ausgrenzung)[71].

질적인 분리는 단순한 기본권위험(Grundrechtsbelästung), 즉 사소한 불편은 기본권 제한으로 인정되어질 수 없다는 것을 인정하는 데 있어서 매우 중요한 역할을 수행한다. 관찰할 수 있는 일반적인 제한형태의 유형화의 해체에도 불구하고, 유효한 기본권 제한으로 인정되고, 헌법 내지 헌법해석에 의한 부분적인 아주 세분화된 제한개념에 적합하기 위해서는 어느 정도의 기본권제한의 강도가 필요하다. 왜냐하면 헌법적으로 중요한 기본권 제한은 일정한 그럼에도 불구하고 아주 높게 설정된 제한강도(Intensitität)가 시작되기 경우에 인정될 수 있기 때문이다. 사소한 기본권적인 불

70) Vgl. Rauschning, VVDStRL 38 (1980), S. 183.
71) Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, S. 20.

편은 처음부터 기본권의 구성요건(Grundrechtstatbestand)에 포함되지 않는다. 환경기본권이 환경손상 그리고 환경위험에 대한 방어적 요구가 인정되었다면, 더 이상 구성요건에 들어가지 않은 사소한 기본권적인 불편의 개념은 이야기될 수 없다. 설사 이러한 많은 기본권적인 불편의 총합이 중대한 환경위험(Umweltgefährdung)을 야기할 수 있다할 지라도, 결론은 달라질 수 없다. 왜냐하면 방어권으로서 기본권은 항상 개인적인 영역에서의 해당 기본권 주체와 관련된 개별적인 불편만이 고려되기 때문이다[72].

따라서 이러한 사소한 기본권적인 불편의 총합으로 인한 환경침해의 가능성에 대해서는 기본권의 주관적 권리성과 다른 측면 기본권의 제도적 측면(institutionelle Grundrechtssicht) 등이 고려되어져야 할것이다. 따라서 사소한 생태적 불편함(ökologische Bagagtellbelastungen)에 관련된 과장된 환경적 민감성에 대한 기본권적 보호는 인정될 수 없다.

그러나 이러한 환경적 불편성에 대한 환경권적인 측면에서의 불고려가 사소한 가벼운 건강의 불편함으로 인한 국민의 건강권 보호에 대한 법적인 불고려와는 동일시될 수 없다. 이것은 최근의 미국산 쇠고기 수입과 관련된 건강적 불편함을 국민이 인내할 수 없다는 논리와 밀접한 관련성을 가진다. 인간의 건강에는 거의 아무런 영향을 미치지 않는 행해진 환경적 제한이 설사 인신의 불훼손 기본권(Grundrecht auf körperloiche Unversehrtheit)의 구성요건에는 해당하지 않는다 할 지라도, 가능한 한 환경기본권의 구성요건에는 해당할 수 있다. 왜냐하면 가장 강력한 환경적 위험이 직접적으로 인간의 건강을 침해하지는 않을 수도 있기 때문이다.

이러한 사소한 환경적 불편의 기본권구성요건의 불해당성의 문제와 관련하여 제기되는 문제는 도대체 어떠한 전제조건 하에서 제한(Eingriffe) (요구되어지는 최소한의 강도(Mindestintensität))이 허용될 수 있는가 하는 점이다. 수인가능성(Zumutbarkeitsgrenze)의 한계도 문제가 제기된다. 왜냐하면 상황에 따라서는 집중적인 수인불가능한 환경적 제한 (예를 들면 동시적 손실보상)이 전적으로 법적합성을 인정받을수도 있기 때문이다. 환경기본권제한의 정당화 문제와 관련하여 보다 높은 순위에 있는 법적 이익(Rechtsgüter)이 구체적으로 확정되어 있지 않고 있다. 따

72) Ebd., S. 21.

라서 이와 관련하여 헌법적 혹은 입법적인 구체화가 필요하다. 환경기본권 제한의 정당화와 관련해서는 비례성의 원칙(Verhältnismäßigkeitsprinzip)이 다른 기본권들과 마찬가지로 기본권 제한의 정당화에 있어서 중요한 조정적 기능을 기능한다. 권리의 제한으로서 환경의 제한에 대한 정당화요구와 형량요구가 받아들여지기 위해서 과잉금지원칙의 수단-목적 관계에 의하여 정당화심사를 거쳐야만 한다. 이러한 환경권 제한의 정당화심사과정에서 최종적으로 최소한의 생태적 생존조건(ökologisches Existenzminimum)은 (이미 헌법적 생명보호 때문에) 법적으로 불가침이다.

3) 제도적 보장으로서 환경기본권

헌법상의 기본권들의 조문의 문구로부터 기본권이 주관적 권리를 보장하는 것 뿐만 아니라, 기본권이 특정한 법제도(Rechtseinrichtungen)의 존속을 보장한다는 것이 도출될 수 있다. 이러한 기본권의 제도보장(Eingrichtungsgarantie)을 통하여 국가는 해당되는 기본권의 행사를 가능한 범위내에서 포괄적으로 증진하고, 그에 상응하는 조직을 창조하고, 유지하고 그리고 법위반적인 침해를 저지할 의무를 부담한다. 제도보장은 용어적 측면에서 제도보장(Insitutsgarantie)(사제도보장)과 제도적 보장(institutionelle Garanite)(공제도보장)으로 구분된다: 제도보장(Institutsgarantie)이란 기본권을 통한 사법의 법제도(Rechtsinstitut)의 보장을 의미한다.

제도보장으로 부터는 어떠한 추가적 권리도 이끌어내지 못한다. 그러나 제도보장은 방어권으로서 기본권의 심사의 영역 속에서 의미를 가진다. 이런 점에서 볼 때 환경권의 제도보장적 의미의 인정은 환경권의 방어권적 성격에서 파생된다. 따라서 법률유보를 통하여 가능한 그리고 그 밖의 헌법적으로 정당화된 환경권을 제한하는 국가적 조치가 환경권의 명칭을 더 이상 사용할 수 없는 법적 지위로 몰고갈 정도로 환경권을 침해하는 것은 우리 헌법 제35조의 환경권의 제도보장적 성격을 침해하는 것이다.

환경기본권의 제도보장적 성격과 관련하여 제기되는 가장 중요한 문제점은 일반적인 환경법이 이러한 환경기본권의 헌법적인 제도보장적 효력 때문에 그 내용이 경직되지 않는가 하는 의문이다. 환경기본권은 제도적 보장(institutionelle Garantie)으

로서 기능한다. Kloepfer는 환경적의 제도적 보장으로서의 기능을 법적인 제도적 고찰방법(recht-institutionelle Betrachtungsweise), 사실적 제도적 고찰방법(faktisch-institutionelle Betrachtungsweise), 사회적 제도적 고찰방법(sozial-institutionelle Betrachtungsweise)으로 분류하고 있다[73]. 법적인 제도보장 그리고 이러한 제도보장의 최대한 이해가능한 변형으로서 환경기본권은 헌법하위법적인 규범존속(unterverfassungsrechtlicher Normenbestand), 즉 유효한 환경보호법의 핵심적 내용의 존속(Kernbestand des geltenden Umweltschutzrechts)의 보장으로 이해된다. 제도적 보장으로서 환경기본권은 이러한 기본권적인 개념설정을 통하여 변화방지적 효력을 보인다.

환경의 향유(Umweltgenuß)가 사회적 현상(soziale Erscheinung), 즉 사회적 제도(soziale Institution)로서 이해된다면, 특히 예를 들면 휴가 그리고 자유시간의 형성이 환경의 향유의 형성형식 속에서 전개될 수 있다면, 환경기본권에 대한 사회적-제도적 이해(sozial-institutionelles Grundrechtsverständnis)가 행해질 수 있다. 이러한 사회적 현상 그리고 사회적 제도로서의 환경기본권의 이해는 여러 사람들의 다양한 개인적 노력을 통한 광범위한 사실적 효과들 속에서 환경기본권의 제도적 의미를 발견한다. 환경보호의 객관적 보장으로서 환경기본권의 개인을 넘어서는 사회적 효과의 관념이 환경기본권의 제도적 관념 속에서 사실적-제도적 의미(faktisch-institutionelle Deutung) 속에 반영되어 있다.

환경기본권의 제도보장적 성격과 관련하여 환경기본권의 내용을 구체화하는 일반적인 환경관련법률들이 이러한 환경기본권의 헌법적인 제도보장적 효력 때문에 그 내용이 경직되지 않는가 하는 의문이 제기될 수도 있다. 결국 문제점을 해결하는 유일한 기준은 문제점은 이러한 환경기본권의 제도적 보장의 의미를 넘어서는 헌법상의 환경기본권 규정의 개선과 보완을 할 수 있는 헌법제정기술의 적정성 보장이다.

Ⅵ. 환경기본권의 급부기본권 혹은 참여권으로서의 이해

73) Ebd., S. 22.

급부권으로서 기본권은 개인의 국가에 대한 적극적 지위(status positivus)를 전제로 하고 있다. 현대의 산업사회 속에서는 삶의 조건들이 전적인 자기부양(Selbstversorung)에 의해서만 충족되어질 수 없고, 타자에 의하여 부양(Fremd-Versorgt-Werden)에 의하여 충족되어 진다. 개인의 국가적 급부(staatliche Leistung)에 의존성은 특히 환경기본권의 경우에도 예외는 아니다. 개인의 국가적 급부에 대한 의존성을 통해서 환경기본권은 더욱 더 확실하게 보장될 수 있다. 이러한 까닭에 환경기본권의 내용은 국가적 제한에 대한 개인의 방어권(소극적 지위(stautus negativus))[74]으로서 뿐만 아니라, 급부권(Leistungsrechte) 내지 참여권(Teilhaberechte)(적극적 지위(status positivus))으로 확대되어야만 한다. 그럼에도 불구하고 우리 헌법상의 환경기본권 규정은 그에 대한 조문의 문구(Wortlaut)나 기능을 고려해 볼 때 이러한 기본권의 기능의 확대에 대한 구체적인 단서를 제공하지 있지 않고 있다.

1) 환경기본권의 사회적 기본권적 성격

사회적 기본권의 보장과 관련된 헌법의 소극적 대응은 급부청구(Leistungsansprüche)는 국가의 심각한 재정적 부담을 초래할 수 있다는 것과 예산고권(Budgethohheit)은 의회의 권한이다라는 두가지 원인에 근거하고 있다. 환경기본권이 그 법적 효과(Rechtsfolge)에 있어서 방어적 기능(Abwehrfunktion)을 가진다 할지라도, 종종 환경기본권은 또한 동시에 급부권(Leistungsrecht)도 될 수 있다. 환경기본권을 국가지향적일 뿐만 아니라, 사적인 처분권한(private Verfügungsmacht)이 허용되어 있는 환경적 이익(Umweltgüter)에 대한 사회내부적인 효력을 가지는 참여권으로 이해한다면, 환경기본권은 사회적 기본권에 유사한 것으로 볼 수 있다. 이러한 사회적 기본권으로서 환경기본권이 적용될 수 있는 영역은 처음부터 매우 제한적이다[75]. 사회적 기본권 보장은 개인의 문제, 특히 경제적 문제를 사회(문제)화 하여 이의 해결을 국가가 담당하는 형식인데 반하여, 환경은 공공재이기 때문에 처음부터

74) 지위이론(Statuslehre)은 Georg Jellinek에 의하여 근거지워졌다 Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919, S. 87, 94 ff.

75) Ebd., S. 24.

개인의 문제가 아닌, 공동체 이익의 성격을 가지고 있기 때문에 환경권을 기본권으로 포섭하는 것은 매우 어려운 작업이다. 그럼에도 불구하고 개인이 처분할 수 있는 환경이 환경을 함께 향유할 권리로 나타나는 경우에는 환경권을 사회적 기본권의 구조에 포섭하는 것은 부분적으로 가능하다[76]. 그러나 이러한 환경의 사회화 경향(Trend zur Sozialisierung)은 매우 제한적이다. 왜냐하면 대부분의 경우에 있어서 환경적 이익에 대한 사적인 참여권을 사회화하는 것이 아니라, 지금까지 광범위하게 법적으로 자유로운, 즉 특정한 법적 주체에 귀속되지 않은 환경적 이익에 대한 새로운 법적 규제를 하는 것이 문제된다. 환경재(Umweltgüter)가 국가적 처분권하에 놓이거나 그리고 궁극적으로 국가의 독점적인 분배질서 속에 포함되면, 기본권의 효력범위(Grundrechtshöhe) 속에서 순수한 환경관련 급부적 요구(echte umweltbezogene Leistungsansprüche)가 인정될 수 있다. 그럼에도 불구하고 이것은 현재의 법적 상황이 아니다. 많은 환경재(Umweltgüter)가 여전히 자유로운 즉 특정한 법적 주체에게 귀속되지 않은 재화(Güter)이기 때문이다.

공기의 경우에는 원칙적으로 사회적 기본권의 대상이 되는 환경재에 해당하지 않는다. 그럼에도 불구하고 공기와 같은 환경재에 대한 국가적인 처분권을 일반적으로 강화하는 경향은 두드러진다. 국가가 모든 공공건물 속에서 흡연금지를 통해서 비흡연자를 보호할 의무가 있는지 여부, 이와 관련하여 기본권 충돌의 해결을 선호하는지 여부 등에 대한 검토가 행해질 수도 있다. 무엇보다도 경찰의 행위의 일반적 요구의 영역속에서 기본권에서 도출된 제3자에 대한 관청의 개입요구에 대한 주관적 권리의 성립은 가능하다. 구체적으로 국가에 의하여 주도된 정치적 조치에 대한 헌법적 의무는 결코 존재할 수 없기 때문에, 환경프로그램과 환경법률의 제정에 대한 요구는 거부될 수 밖에 없다.

2) 조직과 절차를 통한 환경기본권 보호

기본권의 주관적-권리적 기능 그리고 객관적-법적 기능을 가로질러서 기본권의 조직적 그리고 절차적 국면(organisations- und verfahrensrechtliche Dimension)이 나타난

76) 전광석, 한국헌법론, 185-186쪽.

다. 행정절차(Verwaltungsverfahren) 내지 사법절차(Gerichtsverfahren)는 실체법적인 기본권 지위의 가치절하(Entwertung der materiellrechtlichen Grundrechtsposition)의 위험이 존재하지 않도록 형성되어야만 한다[77]. 이것은 무엇보다도 행정절차에 중요한 의미가 있다[78]. 환경기본권 역시 절차유보하에 있는 기본권(Grundrechte unter Verfarhensvorbehalt)으로 이해된다. 위험시설의 설치(예컨대 원자력 발전소)와 관련된 허가절차(Genehmigungsverfahren)에서 국가의 국민에 대한 환경권 보장을 위한 기본권 보호의무는 중요한 의미를 가진다. 허가관청이 입법자가 우리 헌법 제35조에 언급된 법익(Rechtsgüter)의 보호를 위하여 제정한 절차규정(Verfahrensvorschriften)을 전혀 참작하지 않는다면, 기본권의 절차법적인 차원의 침해가 행해진 것이고, 따라서 이에 대한 국가의 기본권보호의무가 고려되어 진다. 최근의 경주와 울산지역에 인근한 방폐장 설치와 관련된 헌법소원의 제기는 환경기본권의 이러한 측면을 일깨워 준다. 어떠한 경우이든 간에 법원은 허가결정에 대한 심사에 있어서 바로 원고적격이 있는 제3자(klagebefugter Dritter)의 절차규정의 유효화(Geltenmachung)에 대한 권한이 인정되지 않은 상태가 출발점이 되어서는 않된다[79].

조직과 절차에 대한 기본권은 다른 기본권들이 행정절차 그리고 사법절차의 형성에 있어서 각 개인에게 자신의 기본권보장을 위하여 효율적인 절차참여가 가능할 수 있도록 고려되어져야만 한다[80]. 따라서 환경보호적인 참여권으로서 환경기본권의 경우에도 이러한 효율적인 절차참여가 보장되어야만 한다. 인구조사절차의 경우에 자기정보결정권(informationelle Selbstbestimmung)이 보장되어야만 하는 것 처럼[81], 또한 강제집행법(Zwangsvollstreckung)의 규정들은 기본법 제14조 제1항(우리 헌법 제23조 제1항)의 규정 때문에 채무자의 재산이 집행을 통하여 필요이상의 헐값으로 팔리지 않도록 해석되어야만 하는 것처럼[82], 예술작품으로 이해될 수 있는 문학작품에서 청소년에 유익하지 않은 효과가 발생하는 지 여부에 대한 문제가 제기된 경우

77) BVerfGE 63, 131, [143].
78) BVerfGE 53, 30 [65 ff.].
79) BVerfGE 53, 40 [64 ff.].
80) 확고한 판례의 입장이다. vgl. 단지 BVerfGE 17, 108, [114 ff.]; 42, 212, [219 f.]; 46, 325, [334 f.].
81) BVerfGE 65, 1, [44].
82) BVerfGE 46, 325, [334 f.]; vgl. 또한 BVerfGE 51, 150, [156 ff.]

에 이 작품의 청소년의 청소년유해성을 확인하기 위한 절차는 기본법 제5조 제3항(우리 헌법 제22조의 예술의 자유)과의 형량과정이 예정되어 있는 것과 마찬가지로[83] 방폐장 설치와 관련된 인근지역의 환경권 주체들의 모든 이익과 불이익에 대한 형량과정이 조직과 절차에 관한 기본권의 형태로 보장되어야만 한다. 물론 사안에 따라서는 직업에 특유한 시험의 평가절차에서 설사 바로 법원에 의하여 심사될 수 없는 평가자의 독자적인 판단영역이 존재한다. 그럼에도 불구하고 당연히 기회의 평등(Chancengleichheit) 그리고 자의금지(Willkürverbot)의 측면에서 공정한 평가절차(faires Prüfungsverfahren)의 요구가 존재한다[84].

기본권의 절차법적인 차원에서 조직과 절차를 통한 적합한 보호에 대한 주관적 권리 그리고 이를 바탕으로 한 소송가능한 권리(einklagbares Recht)를 도출해 낼 수 있는지 여부에 대한 질문이 제기된다. 이 문제에 대해서는 인정하는 견해가 압도적이다. 기본권의 객관적 기능에 가능한 한 주관적 구성요소들을 부가시키는 현재의 일반적 경향 그리고 기본권의 객관적-법적 내용과 기본권의 급부권 그리고 참여권으로서의 기능 사이의 유동적으로 보여지는 경계설정으로부터 특정한 관점에서 절차적 지위의 구축을 위한 소송가능한 권리로서의 인정을 요구하는 고려가 필요하다. 이러한 요구는 공정한 절차 속에서 개인의 지위를 유효하게 만들고, 관철하는 데 그 목적이 있다[85]. 이러한 측면에서 조직과 절차에 관한 환경기본권으로부터 조직과 절차를 통한 적합한 보호에 대한 주관적 권리 그리고 이를 바탕으로 한 소송가능한 권리(einklagbares Recht)를 도출해 낼 수 있다.

Ⅶ. 결론

환경권을 기본권의 형태로 보장하기 위해서는 우선적으로 기본권으로서 환경권의 보호대상인 개인적인 환경재와 환경보호의무의 대상인 인간의 자연적 생활기반에 대

83) BVerfGE 83, 130, [136 ff.].

84) BVerfGE 84, 34, [49] 변호사 시험(Juristische Prüfung; 84, 59, 77 의사시험(Medizinische Prüfung); 88, 40, 59 초등학교 입학허가(Zualssung einer privaten Grundschule).

85) Vgl. 이에 대하여는 BVerfGE 33, 303, [329 ff.] 입학정원제(numerus clausus.

한 검토가 우선적으로 행해져야만 한다. 환경기본권 논의의 독자성을 위해서도 환경권과 헌법상의 다른 개별적·구체적 권리와 다른 포괄적 기본권을 통하여 도출가능한 권리의 구분이 필요할 뿐만 아니라, 순수한 기본권 혹은 국가목적규정(Staatszielbestimmungen) 혹은 헌법적 위임(Verfassungsaufträge)의 형태로 국가가 환경보호를 수행하는 것에 대한 적합성에 대한 검토도 아울러 행해져야 한다. 환경권의 보호대상이 자연적 생활기반이라면 기본권 이론의 한계상 국가의 환경보호의무 인정으로 무게중심이 옮겨가야만 한다. 이러한 점에서 볼 때 우리 헌법 제35조 제1항의 규정은 국가의 환경보전의 의무를 우선적으로 규정하고 뒤에 환경기본권을 인정하는 것이 바람직하다. 환경기본권이 가지는 기본권으로서 기능 중에서 중요한 환경정책적 결정이나 방폐장이나 핵발전소의 유치와 같은 중요한 의사결정과정에서 환경권의 참여권으로서 성격인정은 헌법의 적법절차의 원리보장과 더불어 매우 중요한 의미를 가진다. 환경권을 기본권으로서 헌법에 규정하고 있다 하더라도 결국 그 구체적 내용은 입법자의 법률에 의하여 구체화될 수 밖에 없다. 그럼에도 불구하고 헌법적 권리와 법률적 권리의 중요한 차이점은 하나의 주관적 권리를 헌법에서 직접적으로 보장하거나 다른 헌법규정에서 도출하는 것은 헌법에 보장된 그러한 권리를 입법에 의하여 폐기할 수 없는 그 기본권의 존속력의 보장이다. 이러한 점에서 우리 헌법 제35조에서 환경권을 기본권으로서 보장하는 의미는 부수적으로 언제든지 변경가능한 일반적 법률을 통한 환경권 보호와는 본질적인 차이가 존재한다. 하나의 기본권에서 도출된 유효한 환경보호법의 행정적 집행(Vollzug)의 요구가 입법자의 구체화적 형성유보(Vorbehalt gesetzgeberischer Konkretisierung) 하에서 실현될 수 있는 하나의 환경기본권과 결과적으로 동일하다할 지라도 이러한 차이는 존재한다[86]. 일반법률의 행정적 집행의 요구와 기본권의 보장의 요구는 다른 것이다.

86) Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, S. 11.

참고문헌

계희열, 헌법학 (중), 박영사 2004.
김철수. 학설·판례 헌법학 (상), 박영사 2008.
김춘환, 환경법강의, 조선대학교 출판부 2005.
박균성·함태성, 환경법, 박영사 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사 2008.
전광석, 한국헌법론, 법문사 2007.
정종섭, 헌법학원론, 박영사 2008.
허영, 한국헌법론, 박영사 2008.
홍성방, 헌법학, 현암사 2007.
홍준형, 환경법, 제2판, 박영사 2005.
Hasso Hofmann, Umweltstaat: Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen und Schutz vor Gefahren und Risiken von Wissenschaft und Technik in staatlicher Verantwortung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band, Tübingen 2001, S. 877
Hans D. Jarass, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), S. 873 ff.
Hans D. Jarass, Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München 2006.
Michael Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, Berlin·New York 1978.
Michael Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl., München 2004.
Dietrich Rauschning, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), S. 167 ff.
Helmut Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Bd. II, Tübingen 2006, Art. 20a.

<Abstract>

Enviromental Basic Right and Preservation of Nature

– Study on Functional Aspects of Environmental Basic Rights in Korean Constitutional Law –

Park, Zin-Wan

Article 35 (1) in the Korean Constitutional Law guarantees not only enviromental right as a form of basic rights (Grundrechte), but also a legal duty of state to protection of environment. Article 35 (2) refers to taking concrete shape of environmental right as constitutional rights by the statutory law. Article 35 (3) extends protected area over notion of enviroment in a broad sense besides protected objects of environmental basic rights and natural basis for life (die natürlichen Lebensgrundlagen) as contents of legal duty of state to environmental protection.

Considering discussion about acceptance of environmental basic rights the most important prerequisite is recognition of diversiy and differentiae in environmental constitutional cognition. Authorization of legal duty of state to environmental protection as direct valid binding constitutional law has an objective effect. Subjective public legal right (subjektive öffentliche Rechte) can not be deprived from this state's aim provision.

If unharmed, sound enviroment can not be protected through the constitution itself, all indiviudual expectation of the indiviual to participate in state benefits (Teilhabeerwartungen) must be correspondingly lowered. Constitution itself can always guarantee only prerequisite for intact enviroment, but not intact envoronment itself. If essential part of environmental protection of state is natural basis for life, a center of balance can move from environmental basic rights to legal duty of state to enviromental protection. Among the function of envoromental basic rights acceptance of function of environmental basic right as a basic right of the individual to participate in state benefits has a very important meaning for controversial environmental policy decision.

주 제 어 환경기본권, 국가의 환경보전의 의무, 국가목표, 자연적 생활기반, 환경개념, 조직과 절차를 통한 환경기본권 보호

Key Words Enviromental basic right(Umweltgrundrecht), State obligation to protection of environment, State objective, natural basis for life, Notion of environment, protection of environmental basic right through organisation and procedure