

# 헌법상 환경규정의 규범적 의의\*

김형성\*\*

## 《 차 례 》

- I. 문제의 제기
- II. 환경의 개념과 환경권의 본질
- III. 환경기본권과 환경사권
- IV. 환경국가원리의 모색과 정립
- V. 맺는 말

## I. 문제의 제기

시대적 배경에 따라 자연과의 다양한 관계 속에서 큰 어려움 없이 삶을 영위해 온 인간은 오늘날 환경으로부터의 심각한 도전에 직면해 있다. 이러한 변화의 근저에는 인간사회의 끊임없는 물질적 발전과 편리한 삶의 추구가 자리하고 있다.

특히 산업화와 공업화로 대변되는 우리의 20세기 현대사는 자연자원의 무분별한 희생 위에 비로소 가능했던 것이다. 그러나 최근 이로 인한 국토의 황폐화와 자연자원에 대한 훼손, 그리고 심각한 오염현상은 국민들의 건강하고 쾌적한 생활의 보장은 말할 것도 없거니와 부분적이고 국지적이긴 하지만 극심한 환경오염으로 인해 국민들의 건강마저 직접적으로 악화시키는 상황에 이르렀다. 오늘날 우리가 당면하고 있는 이러한 환경문제는 근본적으로 인구의 증가와 산업발전의 결과다. 즉 인구가 적고 오염물질의 배출량이 적어 자연과 조화되고 안정된 상태를 유지할 수 있었던 과거와는 달리 인구의 급격한 증가와 사회의 산업화·도시화로 오염물질의 배출량이 많아지고 그 종류가 다양해지면서 자정능력만으로는 배출물의 안정화가 곤란하게 되었다. 인간 삶의 전제인 자연환경이 이처럼 무분별하게 오염되자 국민들의 관심도 점차 고조되고 환경의식 또한 높은 수준에 이르러 우

\* 이 논문은 성균관대학교 63학술연구비의 지원을 받아 작성된 논문임.

\*\* 성균관대학교 법과대학 교수

리사회의 대다수 구성원들은 국가가 쾌적한 환경의 보호와 유지 그리고 오염된 환경의 회복을 위하여 적극적인 대책을 세우고 이를 강력히 실행해 주기를 바랐다.

이와 같은 현실적 필요성에 근거하여 1980년 이른바 제5공화국 헌법은 제33조에 환경권을 신설하게 되었다. 새 공화국의 출범에 즈음하여 ‘정의사회구현’을 정치적 슬로건으로 내 걸었던 당시의 상황에 더하여 환경보호의 필요성이 강조된 결과 기본권으로서의 환경권이 구체적으로 어떤 의미를 가지는가에 대한 충분한 검토 없이 환경권은 기본권으로서 규정되게 되었다.<sup>1)</sup> 그 후 1987년에 개정된 현행 헌법은 제35조에서 다음과 같이 규정하고 있다. “① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. ② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다. ③ 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.” 이런 과정을 거쳐 사회적 기본권의 위치에 자리한 환경규정은 환경과 환경기본권의 보호에 커다란 역할을 해 왔지만, 오늘날까지도 ‘환경’의 개념이나 권리의 본질 및 그 내용을 둘러싸고 다양한 해석론이 전개되고 있다.

따라서 이 글에서는 헌법 제35조의 규범적 의미를 재조명해 보고자 한다. 무엇보다도 헌법 제35조의 ‘환경’이 무엇을 의미하는지 그리고 환경권의 본질과 그 내용을 어떻게 파악해야 ‘환경보호’라는 규정의 취지도 살리고 현행헌법의 체계적·통일적 해석과 조화될 수 있는가에 대한 시도를 해 보고자 한다. 뿐만 아니라 사인사이의 환경기본권보호에 대해서도 적극적 입장을 정리하고자 한다. 나아가서 헌법 제35조의 규정은 헌법의 기본원리로서 즉 ‘환경국가원리’로서의 파악이 가능한지에 대한 검토도 함께 해 보고자 한다.

## II. 환경의 개념과 환경권의 본질

### 1. 환경의 개념

‘건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리’인 환경권의 해석론에 있어서 가장 우선적으로 밝혀져야 할 문제는 여기서 ‘환경’이 무엇을 의미하는가 이다. 광의로 환경이라 하면 인간을 둘러싸고 있는 주위(surrounding)의 일체, 즉 인간환경을 말하며, 인간환경은 형태적 가시성 여부에 의하여 물리적 환경(physical environment)과 사회적 환경(social environment)으로

1) 법제처, 헌법심의회자료 헌법연구반보고서, i-vi쪽, 155쪽 이하 참조.

구분할 수 있고, 또 그 창출의 인공성 여하에 따라 자연환경(natural environment)과 인공환경(manmade environment)으로 분류할 수 있다. 이 양 분류를 종합하면 환경은 자연환경, 물리적 인공환경, 사회적 환경으로 크게 3분할 수 있다.<sup>2)</sup>

환경을 좁게 보려는 입장<sup>3)</sup>에서는 자연환경과 물리적 인공환경을 환경의 내용으로 파악하려고 하는 반면, 넓게 해석하려는 입장<sup>4)</sup>에서는 환경을 사회적 환경을 포함하는 것으로 이해하고자 한다.

그러나 환경권 해석론상의 이런 입장과는 달리 환경권의 내용과 행사를 법률로 정하도록 하고 있는 헌법 제35조 제2항의 규정을 구체화하는 환경정책기본법상의 환경개념은 독특하다. 환경정책기본법 제3조의 규정에 따르면 ‘환경’을 ‘자연환경’과 ‘생활환경’으로 대별하고 자연환경이란 지하·지표(해양을 포함) 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관 포함)를 그리고 생활환경은 대기, 물, 폐기물, 소음·진동, 악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경을 말한다고 한다. 즉 환경정책기본법은 사회적 환경을 ‘환경’ 개념자체에서 배제하고 있다.

헌법상의 환경권 규정이 제1항에서 권리의 보장을 규정하고 제2항에서 환경권의 내용과 행사를 법률로 정하도록 하고 있는 것은 무엇이 구체적으로 환경권의 내용이 될 것인가 하는 문제는 헌법해석의 문제가 아니라 국회의 입법에 의해서 확정된다는 것이다. 물론 제1항의 환경개념과 제2항의 환경권은 분리해서 개념과약을 해야 한다고 생각할 수도 있다. 그러나 여기서 환경은 권리의 구체적 내용을 확정해 주는 요소로서 환경권과 분리된 독자적 개념과약은 헌법 제35조의 합리적 해석에 유용하지 못하다. 따라서 헌법 제35조 제1항의 ‘환경’은 ‘환경권’과의 연계 속에서 정확한 의미가 구체화 될 수 있고, 그런 의미에서 법률에 규정된 환경권의 내용은 헌법이 권리로서 보장하고 있는 환경이라고 간주된다.

그러므로 그 동안 펼쳐졌던 헌법해석론으로서의 환경개념에 대한 논란은 환경정책기본법이 환경개념을 구체적으로 적시하고 있는 오늘날의 현실에서는 특별한 의미를 갖기 어렵다. 다만 적극적 주장을 통하여 법률의 개정을 유도하는 효과를 가져 올 수도 있겠으나,

2) 김안제, 환경과 계획, 『환경논총』 제1권 제1호, 서울대학교 환경대학원, 1974, 246쪽.

3) 협의설은 헌법 제35조의 환경에 자연환경만을 의미한다고 하나 여기에 인공적 환경이 포함되는 지에 대해서는 명확하지 않다. 박일경, 『제5공화국 헌법』, 1980, 233쪽; 홍성방, 한국헌법 제35조 ‘환경권’에 관한 연구, 『한림대 논문집』 제8집, 1990, 307쪽; 계획열 교수는 환경권의 대상은 자연환경을 기본으로 하고 물리적 인공환경도 그 대상으로 하고 있다. 계획열, 『헌법학(중)』, 박영사 2004, 775쪽 이하.

4) 광의설은 자연환경과 문화적 유산은 물론 도로, 공원, 교육, 의료 등 사회적 환경을 포함한다는 견해로서 다수의 입장이다. 여기에는 김철수, 『헌법학개론』, 박영사 2003, 813쪽 이하.

역시 막연하고 불확실하다는 점에서 중요한 고려의 요소가 되지 않는 것이다. 이런 점들을 고려할 때 사회적 환경을 헌법 제35조가 말하는 ‘환경’의 개념 속에 포함시키는 것은 수긍하기 어렵다.<sup>5)</sup>

오히려 보다 중요한 것은 헌법해석론에서 일반적으로 환경을 자연환경과 인공환경으로 분류하는 것과는 다르게 환경정책기본법에서는 환경을 자연환경과 생활환경으로 구분하고 있는 점이다. 자연환경에 대해서는 특별한 차이가 없지만 인공환경과 생활환경은 반드시 일치하는 개념이라고 보기 어렵다. 인공환경은 공원, 교량, 도로, 학교, 전기·가스, 상·하수도 그리고 그 밖의 복리·후생시설과 같이 기술과 자본이 투자되어 이루어진 환경을 말한다. 이와는 다르게 생활환경은 대기, 물, 폐기물, 소음·진동, 악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경을 말한다고 환경정책기본법은 규정하고 있다. 즉 생활환경은 직·간접적으로 사람의 일상생활에 일정한 영향을 주는 환경으로 우리가 흔히 말하는 인공환경이 생활환경에 포함될 수 있는가는 의문이다. 인공환경이 교량, 학교 등과 같이 전적으로 사람에 의해서 만들어진 환경이라면 생활환경은 대기, 물 등과 같이 사람에 의해서 영향을 받고 주거나 폐기물, 악취 등과 같이 사람에 의해서 조성된 환경을 말하는 것으로 해석된다. 말하자면 생활환경은 인공적 자연환경 내지는 물리적 인공환경으로 파악된다. 생활환경을 이렇게 보면 모든 인공환경을 생활환경의 범주에서 이해하는 것은 무리라고 생각된다.<sup>6)</sup> 학교, 전기 등과 같은 것은 인공적이긴 하지만 교육환경으로서 오히려 사회적·문화적 환경에 더 가까운 것으로 볼 수도 있다. 말하자면 인공적·물리적 환경이라고 하여 모두가 환경정책기본법에서 말하는 생활환경의 범주로 볼 수 있는가는 의문이다. 과연 어떤 인공환경이 헌법적 권리의 보호대상이 되는 생활환경인가에 대한 판단이 따라야 하며, 그 판단 기준으로 크게 두 가지를 들 수 있다. 하나는 사람에 의해서 영향을 받은 자연환경이냐의 기준이고, 다른 하나는 인공적 환경이라 하더라도 사회적·문화적 환경에 포함되지 않는 환경인가의 기준이다. 물론 이러한 기준이 어떤 경우에는 확연히 드러나지 않는 경우도 있을 수 있지만, 나름의 역할을 할 수 있다고 생각된다.

지금까지의 논의를 요약하면, 헌법 제35조가 정하고 있는 환경권의 대상으로서의 환경은 환경정책기본법 제3조의 규정에 따른 자연환경과 생활환경으로 파악되고<sup>7)</sup> 생활환경 중에서도 사회적·문화적 환경에 해당되는 것은 제외되어야 한다.<sup>8)</sup> 즉 생활환경은 환경정책기본

5) 같은 결론으로 홍성방, 앞의 논문, 307쪽.

6) 김철수, 앞의 책, 813쪽: 여기에서 김철수 교수는 인공적 환경과 생활환경을 같은 것으로 보고 있다.

7) 같은 견해로서 권영성, 「헌법학원론」, 법문사 2003, 648쪽.

8) 같은 견해로서 김연태, 헌법상 환경권의 보호대상과 법적효력, 고려대판례연구 9(1998), 206쪽: “환경은 인간의 자연적 생활근거와 환경매체인 대기, 토양, 물 및 생물계와 그들 사이의 관계 및

법 제3조에서 예시하고 있는 바와 같이 넓은 의미가 아니라 좁은 의미로 해석되어야 한다.

## 2. 환경권의 본질

### 1) 권리의 법적 성격

환경권의 본질의 하나로서 권리의 법적 성격이 무엇인가에 대해서는 다양한 견해가 있다. 여기에는 환경권을 단순한 생존권적 기본권<sup>9)</sup>으로 보는 입장에서부터 총합적 기본권<sup>10)</sup>으로 파악하는 견해에 이르기까지 그 스펙트럼은 대단히 넓다.<sup>11)</sup>

이러한 견해들의 공통점을 보면, 어떤 견해에 따르거나 사회권적 또는 생존권적 성격을 전적으로 부정하는 입장은 찾아보기 어렵다. 또 단순한 생존권적 기본권으로 보는 입장을 제외하고는 인간의 존엄과 행복추구권, 인격권, 생존권, 전제적 기본권으로서의 성격 그리고 객관적 질서 내지는 제도 보장적 성격 등을 적절히 공유하는 것으로 보는 입장이 대부분이다. 어떤 견해는 기본권 그 자체로서의 측면과 기본권의 성격을 분리해서 다루지 못한 경우도 있다.

권리의 본질인 법적 성격을 파악하는데 있어서 이와 같은 혼란은 무엇보다도 환경권의 법적 성격을 기존의 틀 속에서 무리하게 찾으려 하는 데에 있다. 즉, 환경권이 가지고 있는 다양한 측면은 기존의 기본권을 크게 소극적 방어권으로서의 자유권과 적극적 권리로서의 사회권으로 양분하는 체계 속에서는 합리적 결론에 이르기 어렵게 한다. 그렇다면 우리가 의존하고 있는 현행 체계로서는 환경권의 법적 성격을 정확하게 파악할 수 없는 것인가? 나아가서 환경권에 고유한 독자적 성격으로의 파악은 불가능한가?

기본권의 법적 성격을 어떻게 볼 것인가는 기본권의 효력과 관련해서 대단히 중요한 의미를 가지고 있다. 특히 사회권은 주관적 공권성을 인정할 것인가 하는 점에 있어서 자유권과는 본질적으로 커다란 차이가 있다. 따라서 환경권의 법적 성격에 관한 논의도 이러한 실익을 전제로 해서 전개되어야 나름대로의 의미가 있다. 그런데 앞에서 언급한 바와 같이 문제의 출발은 사회권이든 사회권(물론 그런 견해도 있지만), 자유권이든 자유권으로 환경권을 보아야 하는데, 그렇지 못하다는 것이다. 두 가지의 성격을 모두 다 인정한다는 것은 구별된 성격으로 분류하는 의미 자체를 거의 영에 가깝게 깎아 내리는 결과를

그들과 인간과의 관계를 의미한다.”

9) 문홍주, 「제6공화국 헌법」, 해암사 1987, 317쪽.

10) 권영성, 앞의 책, 646쪽.

11) 두 입장 사이에 존재하는 다양한 견해에 대해서는 고문현, 헌법상 환경조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문 1999, 210쪽 이하 참조.

초래한다. 또 사회권을 구체적이고 현실적인 권리로서 자유권과 차이를 두지 않는다면 둘 다 헌법이 규정하고 있는 기본권으로서 굳이 구별해서 논할 필요는 없다.

근대사회와는 다르게 다원주의로 특징 지워지는 현대사회는 여러 가지 면에서 복잡한 구조를 띠고 있다. 이러한 사회적 현상은 법학의 분야에도 상응하는 영향을 미쳐, 전통적인 분류체계로서는 명확하게 구별될 수 없는 경우가 많이 나타나고 있다. 그 대표적인 것이 바로 환경권이다. 환경법이 공법인가 사법인가 하는 논쟁에 있어서도 마찬가지이다. 그런 점에서 우리 헌법의 기본권 규정은 독일이나 다른 나라와는 차이가 있는 체계와 분류를 필요로 한다.

따라서 사회권이나 환경권을 자유권, 청구권 등과 같이 기본권으로서 규정하고 있는 우리 헌법의 구조에서 볼 때, 환경권을 국가에 대한 요구권으로서의 사회권적 성격이나 자유권과 같은 방어권적 성격을 동시에 가지고 있는 독자적이고 독립된 성격의 권리로서 설정하는 것이 가능한지 검토해 볼 필요가 있다고 생각된다. 우리 헌법의 기본권체계는 헌법 제10조에 포괄적 기본권을 두고 모든 기본권에 전제적 성격을 갖는 평등권과 평등원칙을 규정하고 있으며 자유권, 참정권, 청구권 그리고 사회권을 규정하고 있다. 특히 포괄적 기본권은 실정화된 자연권으로서 모든 기본권을 포괄하는 것으로서 헌법에 규정되어 있지 않는 자연권적 권리를 포섭하고 있으므로 헌법 제37조 제1항의 규정은 사실상 독자적 의미를 가지는 것은 아니다. 이처럼 포괄적 기본권을 두고 있는 우리 헌법에서 어떤 권리가 구체적으로 실정화될 것인가는 적어도 형식적으로는 헌법제정권자나 개정권자의 몫이다. 어떤 권리가 어떤 기준에 의해서 어떤 유형의 규범으로 헌법에 규정되느냐에 따라서 그 권리의 성격이 정해지는 것이기 때문에 환경권의 법적 성격도 여기에 따라서 자연스럽게 파악될 수 있다.

이런 차원에서 접근한다면 환경권을 기존의 자유권이나 사회권과는 다른 독자적이고 독립된 권리로서 파악하는 것은 가능하다고 생각된다. 권리의 내용이나 성격으로 보더라도 환경은 기존의 자유나 사회·경제적 여건과는 사뭇 다른 것으로 파악되고, 수범자를 국가에 한정시키고 있는 사회권 규정과는 달리 환경권은 국가와 국민을 수범자로 하고 있는 점에서도 독특한 내용을 찾을 수 있다. 특히 오늘날 환경문제는 많은 경우에 삶의 질은 물론이고 나아가서는 생과 사를 가름하는 중요한 요소이기 때문에 사회적·경제적인 삶의 조건과 관련된 사회권과는 차원이 다른 내용을 담고 있는 즉, 방어권적, 청구권적, 사회권적 성격을 동시에 가지고 있는 환경기본권이다. 따라서 환경권 규정의 위치가 어디에 있는지 그리고 어떤 형식으로 규정되어 있는가 하는 것과는 별도로 독립적인 환경권의 성격을 인정하는 것이 오히려 우리 헌법의 기본권을 보다 더 체계적으로 그리고 내용적으로

풍부하게 할 수 있는 해석론이라고 생각한다.<sup>12)</sup> 그리고 미래세대에 대한 기본권 주체로서의 인정도 역시 이러한 입장에서 가능한 것으로 생각된다.<sup>13)</sup>

## 2) 환경권의 주관적 공권성

환경권을 사회권과는 다른 독자적 기본권으로 보게 되면 구체적 권리로서의 환경권을 인정하는 데에 어려움은 없다. 특히 환경권은 자유권의 특성인 방어적 성격도 함께 가지고 있는 권리로서 당연히 국가권력에 의한 환경침해에 대해서는 침해의 배제를 요구할 수 있는 것이다. 다만 이러한 권리의 행사대상이 되는 환경침해를 어떻게 정의할 것인가의 문제와 침해가 가능한 환경이라 하더라도 국가를 상대로 권리구제를 구체적으로 실현하기 위한 침해의 직접적 범위를 어느 정도로 할 것인가의 문제가 보다 중요하고 현실적인 문제로서 부각된다.

## 3) 환경권의 범위

### (1) 환경권의 대상

먼저 환경권의 대상으로서의 환경이 무엇이나 하는 문제는 앞에서 설명한 바와 같이 환경권의 행사와 내용은 법률로 정하도록 규정하고 있는 헌법 제35조 제2항에 따라서 그리고 환경정책기본법 제3조의 규정에 따라서 자연환경과 생활환경으로 설정된다. 환경정책기본법 제3조가 정하고 있는 자연환경과 생활환경의 개별적 내용에 있어 사회적, 문화적, 경제적, 교육적 환경 등에 대해서는 인정하기 어렵고, 이러한 유형의 환경이 교량, 학교 등과 같이 인공적 환경과 결부되어 있을 때도 인정하기 어렵다. 즉 구체적 권리로서 인정되기 위해서 환경권의 대상은 가능한 한 좁게 해석될 필요가 있다.

### (2) 침해의 직접성

오늘날 환경침해는 매우 다양한 형태로 일어난다. 과연 어떤 환경침해가 환경권의 보호

- 
- 12) 바로 이런 점에서 환경권의 주체는 개개인으로서의 국민뿐만 아니라 단체의 주체성 인정이 긍정적으로 논의될 수 있는 기본권이라 할 수 있다. 여기에 대해서는 연구된 결과가 아니라 앞으로 구체적으로 연구해야 될 과제로서 제시하고 다른 논문에서 자세한 내용을 검토하고자 한다.
- 13) 이종영, 방사성폐기물 영구처분시설의 허가기준으로 후세대보호, 『과학기술법연구』 제2집, 한남대학교 과학기술법연구소, 1996, 220쪽 이하 참조, 최근에 전개되고 있는 미래세대의 환경권 주체로서의 인정문제에 대해 권영성 교수는 기본권이라는 것이 과연 현존세대만의 기본권과 미래세대의 기본권으로 분류될 수 있는지, 또 그런 경우에도 환경권만이 미래세대의 기본권적 성격을 갖는 것인지 의문이라고 하면서 이것은 아마도 환경이 미래에 영향을 미친다는 사실과 기본권의 본질적 속성을 혼동한데서 나온 결과라고 한다. 권영성, 앞의 책, 646쪽 주1).

대상으로서 의미가 있는가 하는 문제는 유형으로서의 환경개념에 관한 것만 아니라 그 침해가 권리를 주장하는 사람과의 관계에 있어서 얼마나 밀접한 연관성을 갖느냐 하는 것이다. 여기에는 두 가지의 측면을 생각해 볼 수 있는데, 첫째가 시간적 근접성과 공간적·지역적 근접성의 문제이고 그 다음이 침해정도의 문제이다.

먼저 시간적 근접성에 대해서는 침해가 현재 진행형이어야 하는지 아니면 과거에 이미 침해의 직접적 행위가 종료된 경우에도 가능한 것인지 그리고 얼마나 먼 과거에 종료된 것인지 또 그런 경우에도 현재 그런 행위로 인해 일부 침해가 계속되고 있는 경우 등 복잡하고 다양한 침해유형이 있다. 예를 들어 이미 오래 전에 공사가 끝나 이용 중인 댐으로 인해 환경피해가 발생하고 있는 경우에 환경권의 행사로 댐의 해체와 복원을 요구할 수 있을 것인지 문제가 될 수 있다.

공간적·지역적 근접성과 관련해서는 좀 더 복잡한 문제가 야기 될 수 있다. 사람이 살지 않는 오지의 특정사업으로 인한 자연환경의 침해에 대해서 지역적으로 떨어진 곳에 사는 사람이 과연 권리 주장을 할 수 있을 것인지 또 어느 정도의 지역적 근접성이 전제되어야 권리행사가 가능할 것인지 등에 대해 명확한 기준을 제시하기는 매우 어렵다. 이것은 권리주체의 문제와도 함께 결부되어 있어서 타 지역에서 전개되고 있는 환경과피해에 대해서도 크게 보면 우리 지역까지 간접적 영향을 미치기 때문에 인정해야 할 것인지 하는 문제가 영향의 정도와 함께 고려되어야 할 문제로 부각된다. 말하자면 어떤 특정한 환경과피해적 공권력행사에 대해서 모든 국민이 누구나 기본권으로서의 환경권행사가 가능한가의 문제다.

마지막으로 침해정도의 문제인데, 이것은 가장 난해한 문제 중의 하나이다. 어느 정도의 침해가 환경기본권을 위헌적으로 침해했는가의 기준설정을 위해서는 무엇보다 우선적으로 원인행위와 결과발생 사이에 인과관계가 입증되어야 하는가이다. 많은 경우에는 현실적으로 인과관계의 입증에 매우 어려울 뿐만 아니라 누가 어떤 방식으로 접근하느냐에 따라서 그 결과가 크게 달라질 수밖에 없다는 점 또한 극복해야 될 과제다. 이 문제와 관련해서는 사법상의 환경분쟁해결원칙으로서 확립되어 있는 ‘수인한도론’<sup>14)</sup>이나 ‘개연성이론’<sup>15)</sup>을 비롯하여 최근 대법원 판례<sup>16)</sup>가 취하고 있는 바와 같이 ‘입증책임의 전환’을 통

14) 대법원 1991. 7. 23 선고 89다1275 판결; 대법원 1974. 6. 11 선고 73다1691 판결 참조.

15) 대법원 1979. 1. 23 선고 78다1653 판결; 대법원 1984. 6. 12 선고 81다558 판결 참조.

16) 대법원은 지난 2004년 11월 26일 여천공단 인근의 재첩양식업자 주모 씨 등이 “여천공단의 폐수 중 폐놀성분이 양식장에 흘러드는 바람에 양식을 망쳤다”며 13개 여천공단 입주업체를 상대로 낸 33억여 원의 손해배상청구소송에서 기업의 폐수방류가 피해를 발생시키지 않았다는 것을 기업이 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다는 판결을 내렸다. 이 판결은 대기 및 수질오염 등 공해로 인한 손해배상소송에서 가해자가 배출물질의 무해함을 입증하지 못하는 한 배상

한 방식을 고려해 볼 수 있겠으나, 사법적 관계와는 다르게 공법적 관계가 갖는 특수성으로 인해 이 역시 전면적 수용은 어려울 것으로 판단된다.

환경기본권이라는 권리주장의 전제요건으로서의 침해의 직접성에 대한 논의는 궁극적으로는 침해의 위헌성 문제의 핵심으로 연결되기 때문에 신중하게 접근할 필요가 있다. 실효성 없는 권리보장도 문제지만 기본권으로서의 광범위한 환경권보장은 자칫 무분별한 권리 주장으로 연결될 수 있다. 그러므로 환경침해의 직접성문제는 가능한 한 좁게 해석될 필요가 바로 여기에 있는 것이다. 물론 여기에서 배제되는 많은 환경침해의 문제는 기본권적 차원에서의 해결보다는 후술하는 환경국가원리의 실현에서 그 해결을 구하는 것이 바람직하다고 생각한다.

### Ⅲ. 환경기본권과 환경사권

#### 1. 환경기본권과 대사인적효력

다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제35조의 환경권은 국가에 의해서 뿐만 아니라 사인에 의해서도 침해될 수 있다. 기본권으로서의 환경권이 대국가적인 효력과 함께 사인사이의 관계에서도 효력을 갖는가의 문제는 기본권의 대사인적 효력에 대한 일반론적인 접근에 큰 무리가 없다고 판단된다.<sup>17)</sup> 즉 사인에 의한 환경권의 침해에 있어서는 공서양속의 원칙과 같은 사법의 일반조항의 해석을 통하여 간접적으로 적용된다. 그런데 여기서 발생하는 또 하나의 문제는 환경권이 갖는 특수한 성격으로 인해 사법적 관계에서 개인의 권리로서 인정될 수 있는지가 논란이 되고 있다. 환경권이 갖는 특수한 성격이란 오늘날 환경권은 재산권적인 성격을 띠고 있고 많은 경우 현실에서 환경피해는 재산피해로 연결된다. 헌법도 그런 측면에서 재산권규정과 비슷한 입법형식으로 규정하고 있다고 보여진다. 그러나 환경권을 사법상의 권리로서 인정을 할 것인가에 대해서는 아직도 분명한 부정적 입장이 판례의 일관된 태도다.<sup>18)</sup> 환경권과 같은 권리의 경우에는 국가에 의한 침해보다 오

책임을 면할 수 없다는 기존판례를 재확인 했다.

17) 다른 견해로는 권영성, 앞의 책, 651쪽: “헌법이 명문의 규정을 가지고 국민의 환경보전의무를 규정하고 있는 이상 환경권은 사인 상호간의 관계에도 직접 적용된다. 사인에 의하여 오염된 환경으로 말미암아 건강을 훼손 당할 경우에, 피해자는 국가에 대해서는 오염된 환경을 배제하여 주도록 청구할 수 있고, 당해 사인에 대해서는 헌법 제35조 제1항을 근거로 오염의 배제나 손해배상을 청구할 수 있다.”

히려 사인에 의해서 행해지는 침해가 훨씬 빈번하게 발생될 수 있으며, 따라서 사인에 의한 환경권 침해에 대한 구제가 제대로 이루어지지 못하면 헌법이 정하고 있는 환경권의 실질적 보장은 그 의미가 크게 축소될 수 있다. 그러므로 사법적 권리로서의 환경권을 인정할 것인가는 헌법 제35조 환경규정의 규범적 의미를 밝히는데 있어 대단히 중요한 요소다.

## 2. 판례의 입장

대법원 판례는 헌법 제35조의 사법적 권리성에 대해서 반복적으로 부인하는 분명한 입장을 밝히고 있지만, 하급심 판결에서는 환경권에 대해 사법적 권리로서의 구체적 권리성을 인정하고 있는 경우도 있다.<sup>19)</sup> 또 민법 제217조의 상린관계에 관한 규정과 환경이익의 인격권적 측면을 환경이익의 피보전권리로서 인정하기도 한다.<sup>20)</sup>

대한민국이 주식회사 강암주택을 상대로 낸 공사중지가처분 사건에서 부산고등법원은 “헌법 제35조 제1항은 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다」라고 규정하고 있는 바, 위 헌법상 규정된 ‘환경권’은 사람이 인간다운 생활을 영위함으로써 인간으로서의 존엄을 유지하기 위하여 필수적으로 요구되는 것이므로 인간의 생래적인 기본권의 하나로서 모든 사람에게 다 같이 보장되는 보편적인 권리로서의 성격을 가진다 할 것이고,”라고 판시하여 헌법상의 환경권을 생래적 인권의 하나로 인정하고 있다.

그리고 환경권의 법적 성질에 대해서는 “... 현재 환경이익을 누리는 구성원은 그 환경이 명백히 부당하게 파괴될 우려, 다시 말하면 환경이익이 명백히 부당하게 침해될 위험이 발생한 경우에는 그와 같은 부당한 침해를 사전에 거절하거나 미리 방지할 수 있는 권리, 이른바 ‘환경이익의 부당침해방지권’을 가진다고 봄이 상당하고”라고 판시하여 환경권이 사법상의 구체적 권리로서의 성격을 가지고 있음을 분명히 하였다. 그러나 이 사건 상고심에서 대법원은 환경권의 법적 성격과 관련하여 “환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고,

18) 대표적 판결로 대법원 1995. 9. 15 선고 95다23378 판결; 대법원 1997. 7. 22, 선고 96다56153 판결.

19) 사법적 권리성을 인정하는 대표적 하급심 판례로 부산고등법원 1995. 5. 18 선고 95카합5 판결; 서울고등법원 1996. 11. 21 선고 95나41804 판결; 청주지방법원 1998. 2. 26 선고 97카합613 판결.

20) 대법원 1995. 9. 15 선고 95다23378 판결; 청주지방법원 1998. 2. 26 선고 97카합613 판결.

사법상의 권리로서 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 …”라고 판시하여 고등법원과는 달리 헌법 제35조에 근거한 환경권은 구체적인 사법상의 권리가 아니라고 단언하고 있다.

대법원은 또 “… 대학교로서의 경관, 조망이 훼손되고, 조용하고 쾌적한 교육환경이 저해되며, 소음의 증가 등으로 교육 및 연구활동이 방해받게 된다면, … 그것이 민법 제217조 제1항 소정의 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것인지 여부를 떠나 그 소유권에 기하여 그방해의 제거나 예방을 청구할 수 있다 …”고 판시하여 민법 제217조의 상린관계에 관한 규정을 환경이익을 피보전권리의 하나로서 인정하고 있다.<sup>21)</sup>

봉은사사건에서도 대법원은<sup>22)</sup> 사법상의 권리로서 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야만 함으로 사법상의 권리로서의 환경권을 인정하는 명문의 규정이 없으므로 환경권에 기하여 직접 방해배제청구권을 인정할 수 없다고 한다. 또 어느 토지나 건물의 소유자가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망, 조용하고 쾌적한 환경 등이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 된다고 할 수 있으므로, 인접대지에 건물을 신축함으로써 그와 같은 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념상 일반적으로 수인 할 정도를 넘어선다고 인정되는 경우에는 토지 등의 소유자는 소유권에 기하여 방해의 제거나 예방을 위하여 필요한 청구를 할 수 있고, 이와 같은 청구를 하기 위한 요건으로서 반드시 건물이 문화재보호법이나 건축법 등의 관계규정에 위반하여 건축되거나 또는 그 건축으로 인하여 소유자의 토지 안에 있는 문화재 등에 대하여 직접적인 침해가 있거나 그 우려가 있을 것을 요하는 것은 아니라고 한다. 즉 사권으로서의 환경권은 부정하지만 소유권에 근거한 유지청구권은 인정하고 있다.

### 3. 사법적 권리로서의 환경권

판례의 입장은 한마디로 사법상의 권리로서의 환경권은 인정할 수 없으며, 생활이익이나 교육환경 등과 같은 것은 토지의 소유권에 기하여 방해배제청구권을 인정한다는 것이다. 말하자면 법률상의 명확한 권리규정이 없어 환경권은 인정하지 못하나 환경권의 재산

21) 대법원 1995. 9. 15 선고 95다23378 판결

22) 대법원 1997. 7. 22, 선고 96다56153 판결

권적 성격을 적극적으로 활용하여 실질적 내용을 인정하고자 하는 취지로 생각된다.

그러나 대법원<sup>23)</sup>이 환경권을 인정하지 못하는 근거는 권리부여에 관한 명문의 법률상의 규정이 없거나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수도 없다는 것인데, 이는 권리부여의 근거법률에 대해서 지나치게 좁게 보고 있는 것이 아닌가 생각된다. 대법원의 입장을 살펴보면 민법이나 민법의 특별법으로서의 사법이 환경권에 관한 분명한 근거규정을 가지고 있어야 인정할 수 있다는 취지인데, 사인관계에서 인정되는 권리부여의 근거법률이 반드시 민법 내지는 사법영역의 법률이어야 하는 것은 아니다. 왜냐하면 헌법의 환경권규정에 근거하여 권리의 구체적 내용을 정하는 법률이 반드시 민법이나 다른 사법이라야 한다면 오늘날 통용되고 있는 헌법과 법률의 체계를 전면적으로 부인하는 결과에 이르게 되기 때문이다. 즉 민법이나 민법의 특별법으로서의 사법은 헌법의 하위법으로서 기본적으로 공법적 영역의 법률이나 다른 영역의 법률들과 동위의 관계에 있으므로 법률에서 구체적으로 정하고 있는 경우가 아니면 효력상의 우열은 ‘신법우선의 원칙’이나 ‘특별법우선’의 원칙과 같은 일반적 원칙이 적용될 뿐이다. 또 국민이 가지는 권리가 반드시 어떤 특정 영역의 법률에 규정되어야만 할 이유도 없다. 특히 환경권과 같이 기존의 권리와는 본질적으로 다른 요소를 많이 가지고 있고 헌법이 직접 그 권리성에 대해서 언급하고 있는 경우에는 민법전 보다는 오히려 다른 방식으로 규정되는 것이 더 바람직하다고 할 수도 있다.

이처럼 법체계적인 그리고 입법론적인 측면 등을 고려할 때 현재 환경정책기본법 제6조에서 정하고 있는 국민의 환경권은 헌법 제35조의 단순한 반복이 아니라 사인사이에서도 통용되는 구체적 권리를 규정하고 있다고 보아야 한다. 구체적으로 그렇지 않다고 보아야 할 어떤 근거도 찾기 어려울 뿐만 아니라, 환경정책기본법 제29조의 분쟁조정에 관한 규정이나 제31조의 환경오염피해에 대한 무과실책임의 원칙 등의 규정은 사인사이에 발생하는 환경분쟁을 전제로 하고 있다는 점에서 환경정책기본법 제6조의 권리 규정을 사권과는 무관한 것으로 보려는 입장에는 동의하기 어렵다.

그러므로 환경권은 기본권으로는 물론이고 사법상의 권리로서 인정되는 것이 당연한 법 해석의 결과이며, 그렇게 되어야만 급증하는 환경분쟁시대를 맞아 올바른 환경권 보장을 할 수 있을 뿐만 아니라 불필요한 우회적 논리전개에서 올 수 있는 무리도 피할 수 있다.<sup>24)25)</sup>

23) 대법원 1995. 9. 15 선고 95다23378 판결

24) 국가의 환경보호의무에 대해서는 이종영, 21세기 환경기본권의 한계, 「헌법학연구」 제5권 2호, 107쪽 이하 참조.

25) 비슷한 취지로 김연태, 앞의 논문, 222쪽: “헌법이 기본권의 하나로 환경권을 보장하고 있다면

## IV. 환경국가원리의 모색과 정립

### 1. 헌법의 기본원리

법질서에는 법원칙 또는 근본원칙의 개념이 널리 사용되고 있으며, 그들은 일반적 성격을 가진 모든 법질서의 규범적 기초나 근본규범으로 통한다. 이러한 기초로서의 특성으로 인해 누구로부터도 법질서자체의 존재가 의심받지 않는 한 그들의 효력에 대한 의문은 내용적으로는 인간공동생활의 일반적이고 전형적인 상황이나 이해관계와 연관된다.<sup>26)</sup> 이러한 법원칙들은 구체적 구성요건에 따라 직접적 적용이 가능한 내용적 적확성이 결여되었다는 점을 통해 단순한 법문과 구분된다.<sup>27)</sup>

헌법에도 헌법질서의 주춧돌 내지는 기초가 되는 사항이나 원리들이 있다. 이것들을 우리는 헌법의 기본원칙, 헌법의 기본원리, 국가목표규정, 헌법의 지도원리 등으로 부른다. 특정국가의 헌법에서 무엇이 기본원리인가는 독일처럼 헌법에 표현되는 경우도 있지만, 우리 헌법처럼 명문화되어 있지 않으므로 헌법전문을 비롯한 헌법의 여러 규정들 속에서 도출해내야 하는 경우도 있다. 이렇게 도출되는 헌법의 기본원리는 헌법의 이념적 기초인 동시에 헌법을 지도하는 지배원리로서 입법이나 정책결정의 방향을 제시하며 공무원을 비롯한 모든 국민·국가기관이 헌법을 존중하고 수호하도록 하는 지침이 되며, 구체적 기본권을 도출하는 근거로 될 수는 없으나 기본권의 해석 및 기본권제한입법의 합헌성심사에 있어 해석기준의 하나로 작용한다.<sup>28)</sup> 나아가서 헌법개정에 있어서 헌법의 기본원리는 헌법개정의 한계가 되기도 한다. 헌법의 해석기준으로도 작용하는 헌법의 기본원리는 구성요건적 징표가 존재하면 법적 결과가 인용되어야 하는, 즉 all or nothing 이론의 형식에 의해 적용되는 개별 법문과는 다르다.<sup>29)</sup> 상충하는 원리들 사이의 갈등의 해소는 원칙의 특성인 파기가능성(Durchbrechungsmöglichkeit)을 통해 조화롭게 해결되어야 한다.<sup>30)</sup>

기본권을 통하여 보호되는 가치가 국가가 아닌 사인이나 사회적 집단에 의하여 침해되는 경우에도 국가는 이에 개입하여 기본권에 의하여 보장된 법익을 보호해야 한다. 즉 헌법상의 기본권으로부터 국가에 의한 침해의 방어권 뿐만 아니라 제3자에 의한 기본권의 제한을 방어해야 할 국가의 의무가 도출된다.”

26) K. Larenz, *Richtiges Recht*, 1979, 213쪽 이하; M. Ch. Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1985, 129쪽 이하 참조.

27) H-W. Rengeling, *Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1977, 105쪽.

28) 헌재 1996. 4. 25, 92헌바47 결정

29) R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, 71쪽 이하 참조.

우리 헌법에서 과연 무엇이 헌법의 기본원리에 해당하는가에 대해서는 여러 다양한 견해가 존재하지만,<sup>31)</sup> 어떤 입장에서든 부정되지 않는 원리로서 민주주의 원리, 법치국가 원리 그리고 사회국가원리를 들 수 있다. 그렇다면 여기에 더하여 환경국가원리가 헌법의 기본원리로 정립될 수 있을 것인지는 의문이다.

## 2. 환경국가원리의 모색

헌법의 기본원리는 헌법에 명문화되어 있지 않으므로 헌법의 기본원리로서 환경국가원리의 정립을 위해서는 먼저 헌법의 관련규정을 살펴볼 필요가 있다.

헌법은 제35조 제1항 전단에서는 환경권을 규정하고 있고 후단에서 국가와 국민이 환경을 위해서 다함께 노력해야 할 것을 규정하고 있다. 전단의 권리규정과는 달리 후단은 건강하고 쾌적한 환경을 국가와 국민 모두가 노력해서 달성해야 할 분명한 목표로서 제시하고 있다는 점에서 국가목표규정으로서의 요건을 충분히 갖추었다. 특히 헌법이 다른 규정이나 사회적 기본권과는 달리 목표달성을 위한 국가의 노력이나 의무만을 들지 않고 국민의 노력과 의무를 동시에 규정하고 있다는 것은 헌법이 추구해야 할 국가목표로서의 중요성을 특별히 강조하고 있는 것이다.

그리고 제2항에서는 환경권의 내용과 행사에 대해서 법률로 정하도록 규정하고 있는데, 권리의 행사에 대해서 법률로 규정하도록 하고 있는 것은 권리의 행사에 대해 국가가 보다 유연한 태도를 견지할 수 있게 한다는 차원에서 무엇보다도 국가목표규정 내지는 원리규정으로서의 특성을 내포하고 있다고 생각된다. 다른 어떤 규정에도 없는 규정방식으로 권리의 행사에 대해 법률로 규정하도록 하고 있는 것은 단순한 권리규정이 아니고, 여러 가지의 국가정책적 과제와 국민의 기본권보장이 고려되는 조화로운 권리행사를 예정하고 있으며 이것은 위에서 언급한 바와 같이 원리가 가지는 중요한 특성으로서 작용된다.

따라서 헌법상의 환경규정이 갖는 특수성과 그 의미를 종합하면 환경권규정은 환경기본권의 보장과 함께 국가목표규정으로서 파악될 수 있으며 이를 통해 환경국가원리의 도출이 가능하다고 생각된다.<sup>32)</sup>

30) C-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, 59쪽; 유사한 내용으로 R. Alexy, 위의 책, 71쪽 이하 참조.

31) 문홍주, 앞의 책, 128쪽 이하; 김철수, 앞의 책, 87쪽 이하; 권영성, 앞의 책, 132쪽 이하; 계획열, 「헌법학(상)」, 박영사 2004, 193쪽 이하; 허영, 「한국헌법론」, 박영사 2003, 129쪽 이하.

32) 김형성, 환경보전적 토지이용규제에 관한 검토, 「환경법연구」 제20권, 1998, 94쪽 이하 참조; 같은 입장으로 김상겸, 폐기물관련법제에 관한 헌법적 고찰, 「환경법연구」 제26권 3호, 29쪽.

헌법의 기본원리로서 환경국가원리의 도출은 헌법의 규정으로부터 만이 아니라 헌법원리의 역사적·시대적 변화를 조망해 볼 때 더욱 자연스러운 현상으로 받아들여진다. 헌법국가의 이념적 발전은 개인의 안전의 보장, 법치국가를 통한 개인의 자유와 평등의 보장, 국가통치의 민주적 질서 그리고 제2차 세계대전 이후 급속히 전개된 조정적, 급부적, 분배적 사회국가의 출현이라는 단계를 거쳐 왔다. 그러나 헌법국가의 발전은 이러한 네 단계로 끝난 것이 아니라 환경의 새로운 위협과 파괴로 인해 헌법국가의 새로운 답을 요구 받고 있다. 여기에 대한 해답으로서 헌법국가는 우선은 마지막 단계인 생태적 헌법국가의 단계로 진입하게 된다.<sup>33)</sup>

근대 이래 넘치던 자유주의는 산업혁명과 상승작용을 하여 자유방임적 자본주의로 변모하게 되었고, 이로 인한 부의 편재현상과 독과점의 출현은 결과적으로 불가피하게 사회국가원리를 불러왔다. 사회적·경제적 약자들의 현실적 어려움과 거기에 따른 사회적 갈등은 기존의 자유를 포기하지 않는 범위 내에서 치유되지 않으면 안될 상황에 직면했던 것이고, 헌법은 여기에 답해야 했다.

오늘날도 거의 유사한 상황을 맞고 있다. 인간이 발전의 과정을 통해 스스로의 자연적인 존재기반을 무너뜨리고 파괴함으로써 야기된 전지구적 환경위기의 확산은 헌법규범으로 하여금 이러한 현상에 눈감을 수 없도록 하고 있다.<sup>34)</sup> 어떤 의미에서는 오늘날 논의되어야 할 환경문제는 과거에 논의되었던 그 어떤 것보다도 심각한 문제를 던져주고 있다. 즉 민주, 자유, 사회적 보장 등의 문제는 어느 정도의 유보와 부분적 보장으로도 생존의 유지가 가능하지만 환경문제는 신체적 건강이나 생명에 직접적 영향을 주는 것이므로 훨씬 더 절실하게 요구되는 헌법적 이념이다. 나아가서 이렇게 심각한 문제에 대해서 다수결원리는 더 이상 아무런 역할을 할 수 없는 다수결원칙의 실패는 생태적 저항과 시민불복종을 불러올 수도 있다.<sup>35)</sup>

따라서 20세기의 사회국가출현과 마찬가지로 21세기 환경국가의 등장은 역사적 발전과정에서 불가피하게 수용해야 할 새로운 헌법적 가치이고 이념이라고 할 수 있다. 우리 헌법도 이러한 요청에 답하여 특수한 형태의 환경규정을 두고 있으며, 이는 헌법의 기본원리로서의 환경국가원리의 정립을 가능케 할뿐만 아니라 그렇게 되는 것이 합리적 귀결이라고 생각된다.

33) R. Steinberg, *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, 41쪽 이하

34) H. Hofmann, *Die Aufgabe des modernen Staates und der Umweltschutz*, in: *Umweltstaat*, hrsg. v. M. Kloepfer, 1989, 36쪽 이하.

35) R. Steinberg, 위의 책, 335쪽 이하 참조

### 3. 환경국가원리의 내용과 한계

#### 1) 환경국가원리의 내용

환경국가의 내용은 환경정의와 생태적 안전이라는 두 가지 요소로 압축될 수 있다. 환경정의는 환경국가원리로부터 추론되는 환경국가의 목표이다. 말하자면 환경정의는 환경국가적 활동이 지향해야 할 규범으로서 국가는 환경오염과 환경파괴에 대하여 적절한 대응을 할 것을 요구한다. 건강하고 쾌적한 환경의 유지를 위해서 다른 기본권이나 이념들과 합리적 조정이 이루어져야 한다. 특히 원인자책임의 원칙이 기본권적 자유와 조화를 이루어야 한다. 즉 자유는 다른 사람의 자유를 깨뜨리기 위해 사용되지 않을 때 존재할 수 있으며, 오늘날 이러한 자유는 자연적 생활기초의 훼손을 통해 침해될 수도 있다. 이것은 바로 자유에 있어서의 상호주의 원칙으로 이해될 수 있으며, 이미 칸트의 법개념 정의에서도 그 원형을 볼 수 있다.<sup>36)</sup>

다음으로 생태적 안전이란 국가가 자연생태계의 선순환을 유지할 수 있도록 사전예방적 그리고 사후교정적 모든 노력을 다할 것을 요구한다. 오늘날 자연의 파괴로 인한 생태적 재앙으로부터 개인과 사회의 안전을 확보하는 것이야말로 국가가 수행해야할 가장 중요한 과제 중의 하나가 되었다. 이와 같은 환경국가원리의 내용은 미래세대의 생존과 행복을 담보하고 있다는 점에 있어서 더욱 더 커다란 의미를 가진다.<sup>37)</sup>

#### 2) 환경국가원리의 한계

그러나 이러한 환경국가원리의 실현에도 여러 가지 방법적 한계가 있다. 첫째, 법치국가적 한계를 들 수 있다. 환경정의와 생태적 안전을 위한 수단이라 하더라도 법치국가적 한계, 즉 합법률적 그리고 합헌적 틀을 벗어나는 방법은 허용될 수 없다. 둘째, 환경국가의 실현에는 기본권적 한계가 있다. 비록 환경국가의 실현을 위한 것이라 하더라도 그 과정에서 기본권의 본질적 내용을 침해해서는 안되며, 다른 기본권과 충돌될 경우에는 조화적 정돈이 필요하다.<sup>38)</sup> 셋째, 환경국가의 실현이 국민경제의 성장에 장애가 되지 않아야

36) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, Kantwerke - Akademie Textausgabe, Band VI, Berlin 1968, 277 쪽: “Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.”

37) 이런 관점에서 고문현, 독일에서의 환경보호, 『공법연구』 제32집 제1호, 357쪽 이하 참조.

38) R. Steinberg, 앞의 책, 118쪽 이하 참조.

한다. 흔히 있을 수 있는 환경과 경제의 갈등관계가 극복될 수 있는 방법이 강구되어야 하며, 환경산업의 활성화와 친환경적 생산방식을 통해 문제의 해결이 가능할 것으로 생각된다. 마지막으로 환경국가의 실현은 막대한 재원을 필요로 하는 경우가 많기 때문에 국가의 자원조달능력에 좌우된다. 그렇기 때문에 합리적 환경세계의 도입 등을 통하여 재원의 확보와 깨끗한 환경의 확보를 동시에 달성할 수 있는 방안을 충분히 검토할 필요가 있다.

## V. 맺는 말

이상에서 살펴본 바와 같이 헌법의 환경권규정을 둘러싼 쟁점들에 대한 문제제기와 새로운 시각을 제시해 보았다. 각 쟁점들에 대한 결론은 다음과 같이 정리된다.

먼저 헌법 제35조가 정하고 있는 환경권의 대상으로서의 환경은 환경정책기본법 제3조의 규정에 따른 자연환경과 생활환경으로 파악되고 생활환경 중에서도 사회적·문화적 환경에 해당되는 것은 제외되어야 한다. 즉 생활환경은 환경정책기본법 제3조에서 예시하고 있는 바와 같이 넓은 의미가 아니라 좁은 의미로 해석되어야 한다.

다음으로 방어권적, 청구권적, 사회권적 성격을 동시에 가지고 있는 환경기본권의 법적 성격과 관련해서는 환경권을 기존의 자유권이나 사회권과는 다른 독자적이고 독립된 권리로서 파악하는 것이 가능하다고 생각된다. 환경권 규정의 위치가 어디에 있는지 그리고 어떤 형식으로 규정되어 있는가 하는 것과는 별도로 독립적인 환경권의 성격을 인정하는 것이 오히려 우리 헌법의 기본권을 보다 더 체계적으로 그리고 내용적으로 풍부하게 할 수 있는 해석론이라고 생각한다.

그리고 사법적 권리로 인정되는가의 문제에 있어서는 법체계적인 그리고 입법론적인 측면 등을 고려할 때 현재 환경정책기본법 제6조에서 정하고 있는 국민의 환경권은 헌법 제35조의 단순한 반복이 아니라 사인사이에서도 통용되는 구체적 권리를 규정하고 있다고 보아야 한다. 환경권은 기본권으로는 물론이고 사법상의 권리로서 인정되는 것이 당연한 법해석의 결과이며, 그렇게 되어야만 급증하는 환경분쟁시대를 맞아 올바른 환경권 보장을 할 수 있다.

끝으로 20세기의 사회국가출현과 마찬가지로 21세기 환경국가의 등장은 역사적 발전과정에서 불가피하게 수용해야 할 새로운 헌법적 가치이고 이념이라고 할 수 있다. 우리 헌법도 이러한 요청에 답하여 특수한 형태의 환경규정을 두고 있으며, 이는 헌법의 기본원

리로서의 환경국가원리의 정립을 가능케 할뿐만 아니라 그렇게 되는 것이 합리적 귀결이라고 생각된다. 이렇게 정립되는 환경국가원리는 환경정의와 생태적 안전을 그 핵심내용으로 하며, 여러 가지 방법에 의해서 실현되지만 법치국가적 그리고 기본권적 한계 내에서 국민경제의 성장과 조화를 이루어야 한다.

주제어: 환경권, 환경권의 본질, 사법적 권리로서의 환경권, 환경사권, 환경국가원리

## 【참 고 문 헌】

- 계희열, 「헌법학(상)」, 박영사, 2001.
- 고문현, 헌법상 환경조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1999.
- \_\_\_\_\_, 독일에서의 환경보호, 「공법연구」 제32집 제1호.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2003.
- 김상겸, 폐기물관련법제에 관한 헌법적 고찰, 「환경법연구」 제26권 3호.
- 김안제, 환경과 계획, 「환경논총」 제1권 제1호, 서울대학교 환경대학원, 1974.
- 김연태, 헌법상 환경권의 보호대상과 법적효력, 「고려대 판례연구」 9, 1998.
- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2003.
- 김형성, 환경보전적 토지이용규제에 관한 검토, 「환경법연구」 제20권, 1998.
- 문홍주, 「제6공화국 헌법」, 해암사, 1987.
- 박일경, 「제5공화국 헌법」, 일명사, 1980.
- 법제처, 헌법심의자료 헌법연구반보고서.
- 이종영, 방사성폐기물 영구처분시설의 허가기준으로 후세대보호, 「과학기술법연구」 제2집, 1996.
- \_\_\_\_\_, 21세기 환경기본권의 한계, 「헌법학연구」 제5권 2호.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2003.
- 홍성방, 한국헌법 제35조 ‘환경권’에 관한 연구, 「한림대 논문집」 제8집, 1990.
- R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986.
- C-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969.
- H. Hofmann, Die Aufgabe des modernen Staates und der Umweltschutz, in: Umweltstaat, hrsg. v. M. Kloepfer, 1989.
- M. Ch. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985.
- I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, Kantswerke - Akademie Textausgabe, Band VI, Berlin 1968.
- K. Larenz, Richtiges Recht, 1979.
- H-W. Rengeling, Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1977.
- R. Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998.

## 【Zusammenfassung】

### Normative Bedeutung des Umweltverfassungsgesetzes

Kim, Hyung Sung

Die Verfassung stellt zunehmende Bedeutung des Umweltschutz in Rechnung und schreibt das Umweltgrundrecht im Artikel 35 vor, daß alle Bürger das Recht haben, in einer gesunden und behaglichen Umgebung zu leben. Nach der herrschenden Meinung umfaßt die Umwelt nicht nur die natürliche Umwelt, sondern auch die künstliche Umwelt. Wenn man die herrschende Meinung teilt, ist man wegen der Unbestimmtheit und Vieldeutigkeit des Umweltbegriffs nicht fähig, Umwelt wirksam zu schützen. Darum ist der Begriff der Umwelt auf die Natürliche beschränken. Diese Untersuchung zeigt auch, daß der rechtliche Charakter des Umweltgrundrechts als ein eigentliches Grundrecht und als ein unmittelbar geltendes Recht zu qualifizieren ist. Dieses Umweltgrundrecht gilt sowohl bei den öffentlich-rechtlichen Verhältnisse als auch bei den privatrechtlichen Verhältnisse. Nachdem die Ziele der Sicherheit, der Rechtstaatlichkeit, der Demokratie und der Sozialstaatlichkeit in der Entwicklung des Verfassungsstaates Schritt für Schritt Gegenstand verfassungsrechtlicher Verbürgungen geworden sind, scheint mit der Aufnahme ökonomischer Zielsetzungen eine neue Stufe der Verfassungsentwicklung erreicht zu sein. Auf diesem Weg wird Umweltstaatsprinzip zu dem Grundsatz der Verfassung oder zu der Verfassungsdirektive, deren Inhalt Umweltgerechtigkeit und Sicherheit des ökologischen Systems begreift.