

# 환경보호에 관한 헌법적 규율

정 훈\*

## < 차 례 >

- I. 서 론
- II. 독일 기본법 제20조a의 환경보호에 관한 국가목적규정
- III. 한국 헌법상 환경권규정
- IV. 결 론

## I. 서 론

21세기에 인류가 붙잡고 궁구해야 할 두 가지 화두로 정보화와 환경 문제를 들기도 한다. 확실히 I.T.강국이라는 한국에서 정보화의 문제는 나름대로 세계적인 위상을 차지하고 있는 듯 하다. 그러나 특히 IMF이후 경제회생이라는 절박성에 밀려 환경문제가 다소 일반의 관심 밖에 놓여 있는게 아닌가 한다. 최근에 한국은 새만금 간척사업<sup>1)</sup>과 핵폐기물

---

\* 전남대학교 법학과 강사, 법학박사

- 1) 현재 새만금 간척사업과 관련하여 해당지역 주민과 사업시행기관 및 건설회사를 중심으로 계속적인 사업추진을 주장하는 측과 환경단체 등을 중심으로 즉각적인 사업시행을 중단할 것을 주장하는 측이 있다. 그러나 대다수 국민들은 정확한 정보부재와 환경에 대한 인식부족으로 입장을 정리하지 못한채 사태를 관망하고 있고, 정부는 명확한 환경마인드 부족으로 사태의 추이에 따라 입장을 표명하고자 하는게 아닌가 싶다.

처리장설치<sup>2)</sup>문제로 전국적인 내홍을 겪고 국론분열의 양상마저 빚고 있는 실정이다. 이러한 사실은 환경문제가 한 때의 경향이나 정책적 선택에 맡겨버릴 문제가 아니며, 결코 경제문제에 우선순위를 내줄 문제라 아니라 인류의 생존과 직결되는 문제라는 점을 말해주고 있다.

이러한 환경문제와 관련하여 국민의 기본권 차원에서 헌법에 환경보호에 관해 규율하는 것은 당연한 일이라 하겠다. 그러나 헌법상 환경보호의 정도와 관련하여 이를 국민의 기본권의 하나로 할 것인지 아니면 국가의 정책적 달성 목표로서 궁극적으로 도달해야 할 국가목적 내지는 선언적 의미의 환경보호를 규정할 것인지는 각 헌법제정자의 환경에 대한 인식이나 기본권의 규범성 정도에 따라 다를 수 있다. 가령 한국 헌법 제35조는 「환경권」이라 하여 기본권의 하나로 규정하고 있고, 독일 기본법 제20조a는 「자연적 생활토대(natürliche Lebensgrundlagen)」이라는 표제를 달아 환경보호(Umweltschutz)라는 국가목적규정(Staatszielbestimmung)을 두고 있다. 두 나라의 환경법 연혁이나 헌법상 기본권의 성질, 효력, 내용 등이 상이하므로 이 두 규정을 단순 비교하여 환경보호의 정도나 내용을 기술하는 것은 적절한 연구방법은 아닐 것이다. 그럼에도 불구하고 환경권이나 국가목적규정은 국민의 기본권보호를 위해 환경이라는 매체에 대한 헌법적 규율을 했다는 점에서 헌법제정자의 환경보호 의지를 엿볼 수 있을 것이다. 따라서 두 규정의 헌법적 의미를 밝혀 환경보호의 정도와 국가와 기본권 주체로서 국민에게 미치는 영향을 고찰하는 것은 의미 있는 일이라 하겠다.

그간 환경권에 관해 적지 아니한 연구성과가 축적되었다. 특히 환경권의 성질과 내용 및 효력에 관해 많은 연구가 진행되었다<sup>3)</sup>. 또한 독일

2) 전라북도 부안군 위도에 설치하고자 하는 핵폐기물처리장설치문제로 최근에는 해당 자치단체장이 장시간 구금상태에서 폭행을 당한 참담한 사태마저 발생했다.

기본법 제20조a의 국가목적규정에 관해서도 각 문헌의 내용에서 적지 않게 언급되었다<sup>4)</sup>. 이러한 연구는 환경권의 성질이 자유권인지 생존권인지, 혹은 그 효력면에서 구체적 권리인지 여부 및 내용을 다루고 있고, 독일의 국가목적규정에 대한 연구도 연혁이나 의미 및 다른 기본권과의 차이 등에 대해 주로 기술하고 있다. 따라서 이 연구는 일반적인 환경권에 관한 논의보다 헌법상 환경보호규정과 관련하여 독일과 한국의 헌법적 규율을 비교고찰하여 그 의미를 기술하고자 한다.

이하에서 이 논문을 기술하는 순서는 먼저 독일의 국가목적규정의 의미와 구성요건적 표지를 고찰하고, 이어서 한국 헌법상 환경권의 의미와 효력에 대해 간략하게 언급한 후 양 규정을 비교하여 異同을 기술하는 것으로 결론을 맺는다.

## II. 독일 기본법 제20조a의 환경보호에 관한 국가목적규정

### 1. 국가목적규정의 의의

#### (1) 일반론

국가목적규정은 직접 효력을 갖는 법으로써 규범상 단순한 입법프로

3) 비교적 최근에 나온 문헌을 소개하면 다음과 같다. 고문헌, 환경권, 「토지공법연구」 제13집, 한국토지공법학회, 2001; 김춘환, 공권적 환경권이론, 「공법연구」 제29집 제2호, 한국공법학회, 2001; 김해룡, 독일 기본법상의 환경보호 관련 규정에 관한 연구, 「토지공법연구」 제10집, 한국토지공법학회, 2000; 문광삼, 기본권으로서의 환경권과 국가목표로서의 자연환경, 「환경법연구」 제22권, 한국환경법학회, 2000; 홍성방, 현대사회에서의 기본권이론, 「공법연구」 제30집 제1호, 한국공법학회, 2001; 동 저자, 환경기본권, 「환경법연구」 제22권, 한국환경법학회, 2000.

4) 고문헌, 앞의 논문, 276쪽; 김해룡, 앞의 논문; 문광삼, 앞의 논문, 240쪽 이하.

그램이나 입법위임과 구별되어야 한다<sup>5)</sup>. 즉 전자는 구속력 있는 성질을 가지며, 후자는 입법자에게 개별적인 계획 - 일반적으로 또는 시점과 관련하여 - 을 의미하기 때문이다<sup>6)</sup>. 또 국가목적규정은, 기본권과 같이 헌법상 가치결정을 포함하고 있지만, 이에 상응하는 법적 청구권을 포함하고 있지 않다는 점에서 기본권과 구별된다<sup>7)</sup>.

국가목적규정은 국가기관에게 동 규정이 헌법상 효력을 갖도록 노력할 책무가 부여된 기본적인 목적을 제시하고 있는데, 이러한 목적의 달성은 역동적인 과정을 통해 이루어진다<sup>8)</sup>. 그러나 국가목적규정에는 靜的인 지침(statische Vorgaben)이라기 보다는 恒久的인 과제(ständige Aufgabe)로써 의미를 갖는 정도만의 법적 구속력이 귀속된다<sup>9)</sup>. 국가목적규정은 입법·행정·사법에 대해 행위의 위임근거와 형량기준 및 해석기준이 된다<sup>10)</sup>. 원칙적으로 동 규정은 객관적 효력만을 갖는다<sup>11)</sup>. 다시 말해 개인에게 유리하게도 불리하게도 작용하는 것이 아니며 그에 따라 어떤 주관적 공권의 근거가 되는 것은 아니다<sup>12)</sup>. 그에 따라 동 규

5) *Waechter*, Umweltschutz als Staatsziel, NuR 1996, 321(321f.); *Schütz, Artemis und Auroa vor den Schranken des Bauplanungsrechts - BVerwG*, JuS 1996, 498ff; *Hoppe/Beckmann/Kauch*, Umweltrecht 2.Aufl. 2000, S. 90.

6) *Bernsdorff*, Positivierung des Umweltschutzes im Grundgesetz(Art. 20a GG), NuR 1997, 328(329).

7) *Heinz*, Staatsziel Umweltschutz in rechtstheoretischer und verfassungstheoretischer Sicht, NuR 1994, 1(1f.).

8) *Murswiek*, Staatsziel Umweltschutz(Art. 20a GG). Bedeutung für Rechtssetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 1996, 222(223).

9) *Murswiek*, in: *Sachs*(Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 1999 Art. 20a Rdnr. 13, 17; *Geddert-Steinacher*, in: *Nida-Rümelin/v. d. Pfordten*(Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 31(52).

10) *Peters*, Art. 20a GG- Die neue Staatszielbestimmung des Grundgesetzes, NVwZ 1995, 555(556).

11) *Hesse*, in: *Benda/Maihofer/Vogel*(Hrsg.), Hdb. des VerfassungsR in der BRp. Dtl., Teil 1, 2. Aufl.(1995), §5 Rdnr. 34.

12) *Bernsdorff*, NuR 1997, 330; *Murswiek*, NVwZ 1996, 230; *Peters*, NVwZ 1995,

범은 위법 또는 위헌인 국가작용을 이유로 한 청구권의 근거가 되지 못하고 구체적인 이행청구권도 이끌어 내지 못한다<sup>13)</sup>. 따라서 생활토대 (Lebensgrundlage)와 관하여 최저생계의 유지에 관한 주관적 권리의 인정은 결국 기본법 제1조 제1항과 연계하여 인정할 수 밖에 없다<sup>14)</sup>.

그러한 점에서 국가목적규정은 구조상 사회적 기본권과 매우 유사하다<sup>15)</sup>. 즉 사회적 기본권과 마찬가지로 국가목적규정은 기본권 차원에서 보아 직접 개인이 법원에 소구할 청구권의 근거가 되지 못하다. 달리 말하면 국가목적규정은 개인의 주관적 권리의 성질을 가질 수가 없다. 동 규정은 이를 현실화하기 위해 국가에 대해 구속력 있는 의무를 지우는 경우에만 실제적이고 구체적인 의미를 갖게 된다. 그에 따라 입법자가 구체적인 입법을 할 때 비로소 범위가 특정되고 소구가 가능한 법적 청구권이 된다<sup>16)</sup>.

## (2) 기본법 제20조a

1994년 10월 27일 기본법개정법률에 의해 환경보호라는 국가목적은 기본법 제20조a 안으로 도입함으로써 환경보호는 헌법상 명백하게 인정되었지만, 일련의 문제 특히 동 규범의 의미와 적용에 관한 문제에 직면하게 되었다. 위에서 기술된 국가목적규정에 대한 일반적인 설명과

557; *Waechter*, NuR 1996, 321.

13) *Uhle*, Das Staatsziel "Umweltschutz" im System der grundgesetzlichen Ordnung, DÖV 1993, 947(951).

14) *Waechter*, NuR 1996, 321.

15) *Hesse*, 앞의 책, §5 Rdnr. 32.

16) *Geddert-Steinacher*, in: *Nida-Rümelin/v. d. Pfordten*(Hrsg.), *Ökologische Ethik und Rechtslehre*, S. 37; *Graf/Vitzthum/Geddert-Steinacher*, Jura 1996, 42(43); *Westphal*, Art. 20a GG - Staatsziel "Umweltschutz", JuS 2000, Heft 4. S. 339.

더불어 기본법 제20조a의 법원리적 성질이 헌법상 지위를 고려하여 파악되어야 한다. 우선 이 규범은 침해에 대한(靜的인) 방어를 통한 자연적인 생활토대의 보호만이 아니라, 이미 파괴되거나 침해된 자연의 복구(Wiederherstellung)라는 의미에서(力動的인) 재생(Erneuerung)도 의도하고 있다는 점을 견지하는 견해가 존재한다<sup>17)</sup>. 이러한 지도적이고 역동적인 성격은<sup>18)</sup> 현존하는 상태의 보장이 아니라 목적제시의 형성을 통한 장래의 국가작용의 과제와 방향의 확정도 포함한다.

동 규정은 국가조직규정과 해석론적 기능(기본법 제20조)에 가까이 있다는 점을 근거로 하여 오히려 기본권에 유사한 보장유형으로써 하나의 법원칙 또는 헌법원칙이다. 그에 따라 해석의 여지를 남겨둔 원칙 규범으로써 동 규정의 구현은 구성요건적 보호영역을 통해서가 아니라 개별적인 원칙을 통해서 이루어진다. 나아가 동 규정이 기본권에 유사한 보장유형을 위해 필요한 구체적인 작용명령도 제재위협도 포함하고 있지 않다는 것은 동 규정을 법원칙으로 분류하고 있다는 것을 말해주고 있다<sup>19)</sup>.

## 2. 다른 헌법규범과 기본법 제20조a의 관계

### (1) 헌법의 충돌

이 경우에 헌법의 충돌<sup>20)</sup>, 특히 자유권적 기본권과의 충돌 문제에 집중할 필요가 있다. 기본법 제20조a가 유보 없이 보장된 기본권과 충돌

17) Bernsdorff, NuR 1997, 330.

18) Uhle, DÖV 1993, 951.

19) Geddert-Steinacher, 앞의 책, S. 50.

20) Pieroth/Schlink, Grundrechte, 13. Aufl. (1997), Rdnm. 341ff.

한다면, 동 규범은 제한적으로, 소위 헌법 내재적인 한계로써 효력을 갖게 된다. 그러나 동 규범이 원칙적인 우위나 일반적으로 결정적인 의미를 갖는 것은 아니지만, 다른 국가목적과 국가조직원칙과 동등한 지위를 갖는다<sup>21)</sup>. 특별히 동 규범의 보호가치성은 그 위치로부터, 정확히 말하면 기본법 제20조<sup>22)</sup>와 가까이 있다는 점으로부터<sup>23)</sup>, 그리고 다른 헌법원칙이나 헌법상 법익과 달리 기본적인(fundamental) 것이기 때문에 인간의 생활토대 그 자체라는 점으로부터<sup>24)</sup> 나온다. 그에 따라 부당한 보호법익들 사이의 조정 및 비례원칙에 상응하는 환경이익과 다른 이익들 사이의 충돌의 해결(소위 실제적인 조화(praktische Konkordanz))이 모색되어야 한다. 나아가 기본법 제20조a의 보장은 법률유보의 틀 안에서, 따라서 유보 없이는 보장되지 않는 기본권과의 충돌 안에서 고려되어야 한다<sup>25)</sup>.

## (2) 다른 자유권적 기본권의 강화

나아가 기본법상 기본권의 보호영역이 이제는 기본법 제20조a라는 가치결정의 투입을 통해서도 결정되어야 하기 때문에, 기본법 제20조a

21) *Bernsdorff*, NuR 1997, 330.

22) 기본법 제20조(국가의 기본원리, 저항권)

제1항 : 독일 연방공화국은 민주적·사회적 연방국가이다.

제2항 : 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민의 선거와 투표에 의해 그리고 입법기관, 집행기관, 사법기관에 의해 행사된다.

제3항 : 입법은 헌법질서에 구속되고, 집행과 사법은 법률과 법에 구속된다.

제4항 : 모든 독일은 이러한 질서를 파괴하려고 기도하는 모든 자에 대해 다른 구제 수단이 없는 경우에는 저항할 권리를 갖는다.

23) *Meyer-Teschendorf*, *Verfassungsmäßige Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen*, ZRP 1994, 73(77).

24) *Murswiek*, NVwZ 1996, 228.

25) *Kuhlmann*, *Der Mitweltsschutz im gesamtdeutschen Grundgesetz*, NuR 1995, 10; *Bernsdorff*, NuR 1997, 331.

는 자유권적 기본권에 부분적으로 포함된 환경법상 부분보장<sup>26)</sup>을 (그 이상으로) 강화하는<sup>27)</sup> 방식으로 주관적 효력<sup>28)</sup>을 갖게 할 수 있다. 이는 자유와 재산에 대해 국가의 제한이 있는 경우에 관계인이 그 제한으로 인해 당해 기본권에 관련된 경우 뿐만 아니라 기타 개별적인 관점에 비추어 헌법상 관련된다는 점을 주장할 수 있는 주관적 권리를 갖는다고 해석되어야 한다. 따라서 그 제한 또는 제한을 수권한 규범이 기본법 제20조a에 위반했다는 점을 이유로 하여 재산권이나 자유에 대한 국가의 제한이 위법인지 여부를 소송을 통해 주장할 수 있다<sup>29)</sup>.

### 3. 기본법 제20조a의 구성요건

기본법 제20조a : 『국가는 미래 세대를 위한 책임을 위해서도 헌법질서 안에서 입법, 법률과 법이 정하는 바에 따라 행정과 사법을 통해 자연적인 생활토대를 보호한다』<sup>30)</sup>

26) *Michael Kloepfer/Thilo Brandner*, Umweltrecht, C.H.Beck, München 1998, S. 116 Rdnr. 10. 기본법 제2조 제2항, 제14조, 제2조 제1항과 같은 개별 기본권은 특별한 헌법상 환경보호규정은 아니지만, 간접적으로 환경을 보호하는 부분보장(Teilgewährleistungen)의미를 담고 있다.

27) *Peters*, NVwZ 1995, 556; *Waechter*, NuR 1996, 322; *Murswiek*에 의하면 (NVwZ 1996, 224), 기본법 제20조a가 헌법상 환경보호를 강화하기 때문에 기본권상 국가의 환경보호의 정도가 약한 것은 아니라고 한다.

28) *Erbguth/Wiegand*, Umweltschutz im Landesverfassungsrecht - dargestellt am Beispiel der Verfassung des Landes Mecklenburg Vorpommern-, DVBl 1994, 1325(1327).

29) *Murswiek*, NVwZ 1996, 230.

30) Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.



## (1) “국가는 보호한다”

“국가는 보호한다(Der Staat schützt)”는 법문은 국가에게 환경보호에 대한 위임(Schutzauftrag)을 의미한다. 그러나 이는 法文이 암시하는 바와 같이 현상의 존속보호만이 아니라, 보호하고 육성할 의무, 따라서 유지와 함께 지속적인 발전과 기존 상태의 향상을 위한 행위도 포함한다. 이처럼 “현존 상태(Ist-Zustand)”의 보호와 마찬가지로 “있어야 할 상태(Soll-Zustand)”의 달성도 보호위임에 포함된다<sup>31)</sup>. 그러나 이러한 환경보호의무는 법문에서 정치하게 규정되지 않고 있다. 즉 보호정도나 보호범위에 관한 언술이 명확하지 않다. 따라서 기본법 제20조a의 구성요건에서 어떤 의무가 포함될 수 있는지가 논구되어야 한다.

### 1) 존중의무와 보호의무/침해방지

우선 해석을 통해 국가의 존중의무와 보호의무는, 제3자에 의한 침해적 행위의 방지 및 국가가 그러한 침해행위를 하지 않도록 하는 것, 나아가 이미 행해진 침해에 대한 적극적인 제거작용과 인간의 행위가 없이는 유지될 수 없는 자연적인 생활토대의 보호 등으로 확인된다<sup>32)</sup>. 제1차적으로 침해의 방지를 생각한다면 위험예방 및 위험제거와 함께 위험수준 아래에 있는 위험의 제거도 여기에 해당된다고 할 것이다.

### 2) 자원의 절약

현 세대와 미래 세대의 관계를 고려한 관점에서 지지된 자연적인 생활토대의 보호에는 미래세대가 존속되도록 환경을 경제적으로 이용가능하게 형성하는 것이 포함된다. 그에 따라 기본법 제20조a에는 계속해

31) Waechter, NuR 1996, 327.

32) Murswiek, NVwZ 1996, 225; Bernsdorff, NuR 1997, 332ff.

서 채취할 수 있는 자원이 있는 지역에 대한 지속의 원칙과 새로 발굴할 수 없는 자원에 대한 절약원칙이 포함된다<sup>33)</sup>.

### 3) 환경침해의 조장금지

환경보호의무로부터 환경침해를 조장하는 것을 금지하는 의무가 나온다. 가령 그 자체로 사용한다면 비용을 발생시킬 수 있는 환경재화의 사용에 대해 국가가 직접 또는 간접적으로 환경재화의 사용을 지원하는 경우가 그러한 경우이다<sup>34)</sup>.

### 4) 보호정도

나아가 자연적인 생활토대의 유지를 위한 의무로부터 다음과 같은 수준의 보호에 대한 최소한의 요구가 나온다. 즉 인간적인 삶의 조건이 되는 모든 재화가 지속적으로 유지되어야 하고, 소수의 사람만이 아니라 적어도 실제의 주민에 상응하는 수의 사람이 삶을 연장하고 환경에 의해 제약된 중대한 건강침해 없이 살 수 있는 정도의 보호가 요구된다. 그에 따라 유지는 최대한의 환경보호가 아니라 단지 최적화명령(Optimierungsgebot)을 의미하는 것이다. 왜냐하면 자연적인 생활토대는 다만 이 것이 법적으로나 사실상 가능해야 하고 다른 공적 과제의 실현을 불가능하게 하지 않을 정도로 잘 보호되어야 하기 때문이다<sup>35)</sup>. 이는 또한 환경보호에 대한 결여된 우선효( fehlende Vorrangwirkung)로부터 나온다. 그 밖에 기본법 제20조a는 자연적인 생활토대의 개선을 위한 의무, 따라서 국가에 대해 전체적인 악화를 금하는 명령, 소위 일

33) Murswiek, NVwZ 1996, 225; “지속가능한 발전”의 원칙에 대한 기본법의 명시적인 인정에 대해서는 Bernsdorff, NuR 1997, S. 332.

34) Murswiek, NVwZ 1996, 225.

35) Murswiek, NVwZ 1996, 226.

반적인 악화금지의 근거가 되기도 한다<sup>36)</sup>.

## (2) “~도(auch)”

생활토대는 미래세대를 위해서 “도” 보호되어야 하기 때문에, 현세대는 당연히 보호영역에 포함된다. 기타의 견해 중에 자연 그 자체를 위한 보호에 까지 확대할 수 있다고 해석하는 것인지<sup>37)</sup>는 의문이다.

## (3) “미래 세대를 위한 책임에서”

“미래세대를 위한 책임에서(in Verantwortung für die künftigen Generationen)”라는 표현은 미래에 대한 책임, 즉 현세대와 미래세대를 포함하는 관점을 말한다. 그에 따라 이미 보호위임에 포함된 자원절약의 명령에 의거하여 계속해서 채굴할 수 있는 자원을 위한 지속의 원칙(Nachhaltigkeitsgrundsatz)<sup>38)</sup>과 새로 발굴할 수 없는 자원을 위한 절약원칙(Sparsamkeitsprinzip)<sup>39)</sup>이 헌법상 확립된다.

## (4) “자연적인 생활토대”

기본법 제20조a에 의해 적어도 인간의 자연적인 생활토대는 고유한 보호객체가 되었다. 그것의 보호범위는 국가목적이 인간을 중심으로 하는지 혹은 생태를 중심으로 하는지, 다시 말하면 자연적인 생활토대가 전적으로 인간을 위한 것인지(인간중심 anthropozentrisch) 또는 그것이

36) Murswiek, NVwZ 1996, 226.

37) Henneke, Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20a GG, NuR 1995, 329. 그러나 궁극적으로 인간으로부터 환경을 보호하는 것을 긍정하는 의미에서 생태중심의 해석을 하지는 않는다.

38) Murswiek, 앞의 책, Art. 20a Rdnrn. 32, 37; Peters, NVwZ 1995, 555.

39) Murswiek, NVwZ 1996, 225; Waechter, NuR 1996, 326.

고유한 법으로부터 보호하에 놓여지고, 거기에 인간의 지위에 버금가는 헌법상 위상이 인정되는지(생태중심 ökozentrisch)에 따라 결정된다<sup>40)</sup>.

### 1) 인간을 중심으로 할 것인가 혹은 생태계를 중심으로 할 것인가

기본법 제20조a의 목적 중의 어느 것이 여기에 적합한지는 해석을 통해 조사되어야 한다. 역사적인 관점, 특히 헌법개정을 위한 법률자료<sup>41)</sup>의 조사를 통해서 판단을 내리는 것은 불가능하다. 왜냐하면 기민당(CDU)과 기사당(CSU)의 법률안은 인간중심의 목적에 찬성하고<sup>42)</sup>, 이에 반해 사민당(SPD)의 법률안은 생태중심의 목적에 찬성하고 있으나<sup>43)</sup>, 이들 안의 어느 것도 헌법 개정에 필요한 다수를 점하고 있지 못하여, 결국 의결된 절충안은 이러한 案들 중의 어느 한 案도 명백히 반영하지 못하고 있기 때문이다<sup>44)</sup>.

여기에서 문법적 해석도 마찬가지로 타당한 방법이 되지 못한다. 왜냐하면 “~도(auch)”라는 표현을 삽입한 것은, 바로 다음 문구에만 관계되고 현재세대와 미래세대간의 관계에만 강조를 두고 있기 때문이다. 그래서 이러한 문법적 해석도 타당한 논거가 도출되지 못한다. 왜냐하면 미래세대도 인간에게 구체적인 이익이 되지 않는 그런 자연 환경에 관심을 가질 수 있기 때문이다<sup>45)</sup>.

40) *Bernsdorff*, NuR 1997, 331; *Geddert-Steinacher*, 앞의 책 S. 31ff.

41) 이 경우에 견해의 불일치는 역사적인 헌법제정자의 문제인식의 밖에 놓여있고 그에 따라 헌법개정을 위한 법률자료에만 의존하게 될 수 있다는 점이 고려되어야 한다. 同旨 *Geddert-Steinacher*, 앞의 책 S. 40.

42) “인간의 자연적인 생활토대는 국가의 보호하에 있다”

43) 이 案에 따르면 자연적인 생활토대는 국가의 “특별한 보호”하에 놓인다.

44) *Murswiek*, 앞의 책 Art. 20a Rdnr. 6; *Bernsdorff*, NuR 1997, 328f.

45) *Bernsdorff*, NuR 1997, 331; 이견 *Brohm*, *Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmung in der Verfassung*, JZ 1994, 213(219), *Peters*, NVwZ 1995, 55 다른 근거 없이 바로 이것을 인간중심의 목적을 위한 논거로 끌어온다.

따라서 체계적인 해석을 통해 개개의 법적사고를 전체 법질서의 맥락 안에 두거나 모든 법제도와 법적 규율을 하나의 커다란 단일체에 연결하는 내적인 연관성을 엮어낼 수 있다<sup>46)</sup>. 기본법 제1조의 배경이 인간을 중심으로 하고 있는 것과 관련하여 기본법 제20조a의 국가목적도 인간 중심의 맥락에 보아야 한다는 논거가 제시된다<sup>47)</sup>.

이것에 의해 “적절한(richtige)” 생태학적 윤리에 관한 견해의 대립이 해소될 수 있는지는 의문으로 보인다. 오히려 보호이익의 정의의 문제로부터 다른 법익과 충돌하는 경우에 환경보호의 순위의 문제로 옮겨 놓은 것처럼 보인다. 왜냐하면 그것은 본질상 법익충돌의 정의에 관한 방법론상 문제 및 헌법상 순위에서 환경보호와 다른 법익사이의 (순위) 관계의 문제이기 때문이다<sup>48)</sup>. 그러나 이 경우에도 구체적으로 인간에게 유익하지 않는 환경도 인간의 이익으로부터 보호되어야 한다는 것을 인정해야 한다. 이에 대한 가장 중요한 논거는 인간의 인식의 한계에 대해 오랫동안 경험을 통해 얻어진 지식이다. 즉 인간은 자신의 행위의 결과와 생태학적인 관련성을 충분하지 않게 파악할 수 있을 뿐이며, 이러한 사실이 인간으로 하여금 가능하면 자연에 대한 침해를 적게 하며 특히 영구적이고 불가역적인 침해를 피하도록 해야 한다는 점이다<sup>49)</sup>.

46) 이러한 연관성에 대해서는 *Uhle*, DÖV 1993, 953.

47) *v. d. Pfordten*, in: *Nida-Rümelin/v. d. Pfordten*, Ökologische Ethik und Rechtstheorie, S. 53(54); *Murswiek*, NVwZ 1996, 224; 이견 *Kuhlmann*, NuR 1995, 2ff.; *Waechter*(NuR 1996, 324)에 의하면 헌법제정자에 의해 문제의 논쟁이 명확하게 해결되지 않았다고 한다.

48) *Geddert-Steinacher*, 앞의 책 S. 36.

49) *Murswiek*, NVwZ 1996, 224; 유사한 견해 *Waechter*, NuR 1996, 324f. 그는 기본법 제20조a가 동시대의 환경보호를 국가적 과제로 만들 수 있어야 하고, 그러나 충돌의 경우에 기본법 제1조에 의해 인간의 정당한 이익이 원칙적으로 우선하는 영향을 해야 한다는 점에 찬성한다.

## 2) 자연적인 생활토대(natürliche Lebensgrundlage)

자연적인 생활토대의 보호는 절대적으로 불가결한 생활조건에만 한정되는 것이 아니라, 인간·동물·식물의 생활의 토대가 되는 모든 환경이익을 포괄하는 것이다. 그리고 이 경우 생활(Leben)은 어떤 하나의 존재에 국한되는 것이 아니라 생명체 일반의 자연적인 토대를 말한다<sup>50)</sup>. 또한 “자연적인(natürliche)”이라는 개념은 사회적·경제적·문화적 혹은 기술적 생활토대 또는 사회-심리학적 환경에 편입되지 않았다는 것을 의미한다<sup>51)</sup>.

“생활토대(Lebensgrundlagen)”는 환경(Umwelt)과 같은 의미로 쓰이는데, 대기<sup>52)</sup>·수질·토양·식물·동물·미생물 등 전체가 그들의 생활영역 안에서 그들 상호간에 혹은 그들과 인간의 관계, 나아가 모든 자연적인 생활수단, 즉 토양매장물·기후조건·오존층<sup>53)</sup> 등을 포함하는

50) Murswiek, NVwZ 1996, 224.

51) Murswiek, 앞의 책 Art. 20a, Rdnr. 28.

52) Waechter(NuR 1996, 324)에 의하면 대기 외에 소음도 기본법 제20조a의 보호영역에 포함된다.

53) Murswiek, NVwZ 1996, 224f.; 환경매체(Umweltmedien)에 관한 규정은 환경영향평가법(UVPG) 제2조 제1항 제2문 제1호내지 제2호에서 명료하게 나타나 있다. 즉 동 규정에 의하면 다음과 같은 환경매체에 직·간접으로 미치는 영향을 조사·기술·평가하게 되는데, 동 제1호는 인간, 동물, 식물을 열거하고 있고, 동 제2호는 토양, 수질, 대기, 기후, 경관을 열거하고 있다(Gesetz vom 5. September 2001, BGBl. I S. 2350).

Westfal(JuS 2000, Heft4, S. 342)은 생활토대에 관한 헌법상 개념의 내용은 헌법 자체를 통해서만 도출되어야 하고 개별법률에 의해서 기술될 수 없다는 점을 고려해야 한다고 한다.

한편, “자연적인 생활토대”라는 개념은 건축법전(BauGB)제1조 제5항 제1문도 규정하고 있다. 즉, 동 조항에 의하면 “건설기준계획(Bauleitpläne)은 지속적인 도시건설의 발전과 일반 공공의 이익에 상응하고 정당한 사회적 토지이용을 보장하고 이를 촉진하며, 인간의 존엄을 유지하는 환경을 보장하고 자연적인 생활토대(natürlichen Lebensgrundlagen)를 보호하고 발전시켜야 한다”고 정하고 있다(Gesetz vom 17. Dezember 1997, BGBl. I S. 3108).

것이다. 이러한 생활토대는 자연 그대로의 상태(unberührter Zustand)만이 아니라 인간에 의해 중대하게 변경된 경우도 포함된다.

### (5) “헌법질서 안에서 입법, 법률과 법이 정하는 바에 따라 행정과 사법을 통해”

이 구성요건표지는 “염려조항(AngstklauseI)”으로 불리는데, 즉 그 성격과 효력에 대해 논란이 일고 있다. 그러나 동 규범의 수범자가 입법, 집행, 사법이라는 데 대해서는 의문의 여지가 없다.

#### 1) 소위 “염려조항(AngstklauseI)”

이 조항의 도입의 배경에는 법원이 환경정책에 개입할지도 모른다는 우려가 있었다. 입법자는 헌법질서 안에서 법원의 깊은 개입이 없이 보호의 방법과 범위를 정해야 한다. 그러나 기본법 제20조a는 헌법질서에 속하기 때문에, 법원이 이러한 헌법질서의 유지를 위해 감독을 게을리해서는 안되고, 따라서 법원이 “방관자적 위치(Außenvorbleiben)”에 있어서는 안된다는 것을 주의해야 한다. 입법자는 본래 헌법상 기본권 보호를 위해 위임된 사항에 대해서만 법원의 통제에 놓이게 된다. 따라서 법원은 단독으로 환경정책을 수립할 수도 없고, 기본법 제20조a를 원용하여 입법자의 입장과 일치하지 않는 규정을 하도록 입법자에게 강요할 수 없다<sup>54)</sup>. 따라서 법원의 통제를 통한 규범적 구속력의 유지는 입법자가 구체화 하는 과정에서 명백한 위반이 있는 경우에만 한정된다<sup>55)</sup>.

54) Murswiek, NVwZ 1996, 223.

55) Hesse, in: Benda/Maihofer/Vogel(Hrsg.), Hdb. des VerfassungsR in der BRRep. Dtlid., Teil 1, 2. Aufl.(1995), §5 Rdnr. 35; Bernsdorff, NuR 1997, 330.

본래 현행 기본법상 동원칙의 도입은 전적으로 선언적인 성격만을 가지고 있고, 기본법 제20조a가 다른 헌법규범과 국가목적보다 우위에 있지 아니하며, 실제적인 조화의 원칙이 적용된다는 것을 다시 한번 명시한 것이다<sup>56)</sup>. 기본법 제20조a가 당해 조항을 편입했다고 해서 동 제20조 제2항<sup>57)</sup>과 마찬가지로 법률유보나 규율유보의 근거가 되지는 않는다<sup>58)</sup>. 다만 이 규범의 수범자로서 입법자의 우선적 지위만이 요청될 뿐이다<sup>59)</sup>. 이러한 의미에서 환경보호라는 국가목적은 입법유보(Gesetzgebungsvorbehalt)만을 의미할 뿐 법률유보(Gesetzesvorbehalt)를 말하는 것은 아니다<sup>60)</sup>.

## 2) “입법을 통해”

그러한 점에서 기본법 제20조a는 명시적으로 모든 영역에서 입법자를 염두에 두고 있다. 그러나 기본법 제20조a는 구체적인 지침을 포함하고 있는 경우에만 직접적인 구속력을 갖는다. 즉, 기본법 제20조a는 세부적인 입법적 전환을 필요로 하는 위임을 포함하고 있으나 정책적인 형성의 자유에 맡기고 있어서, 입법자는 그 시기와 수단에 대해 스스로 판단할 수 있다. 이 경우 시기의 선택에는 현 세대와 미래 세대간을 연계하는 측면에서만 제한적으로 주효하게 된다. 그러나 입법자에게 주어진 환경보호의무가 선제하는 권한질서를 변경하는 것은 아니라는

56) BT-Dr. 12/6000, S. 67f.; *Murswiek*, 앞의 책 Art. 20a, Rdnrn. 58f.; *Geddert-Steinacher*, 앞의 책 S. 43; *Kuhlmann*, NuR 1995, S. 5ff.

57) 기본법 제20조 제2항 : 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민의 선거와 투표에 의해 그리고 입법기관, 집행기관, 사법기관에 의해 행사된다.

58) 공동 헌법위원회 보고서 참조, BT-Dr. 12/6000, S. 66f.; *Bernsdorff*, NuR 1997, 332.

59) *Uhle*, DÖV 1993, 950.

60) *Bernsdorff*, NuR 1997, 334; *Steinberg*, Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, 1985(1991ff.); 異見 *Graf Vitzthum/Geddert-Steinacher*, Jura 1996, 44; *Waechter*, NuR 1996, 323.



점에 주의해야 한다<sup>61)</sup>).

### 3) “집행권과 사법을 통해”

행정의 구속은 좁은 의미에서 법률을 집행하는 질서행정이나 계획행정만이 아니라 급부행정이나 국고행정(Fiskalverwaltung)에 까지 미친다<sup>62)</sup>. 해석여지, 형량여지와/또는 행정의 재량여지를 구현하는 경우에, 예를 들면 구성요건이 공공의 이익이나 공적 이해에 관련되는 경우에 기본법 제20조a의 환경보호위임은 충분히 그리고 비중있게 고려되어야 한다. 나아가 미래세대와 관련된 준비를 위해 불확정 법개념이 사용된 경우, 가령 원자력법(AtomG) 제7조 제2항 제3호<sup>63)</sup>와 임미선방지법(BImSchG) 제5조 제1항 제2호<sup>64)</sup> 등과 같은 경우 그 해석을 함에 있어서 특히 미래 세대를 고려하여 해석해야 한다.

기본법 제20조a가 행정에게 자유나 재산권의 제한을 위한 수권근거로써 기여할 수는 없다는 점에 대해 주의해야 한다<sup>65)</sup>. 기본법 제20조a의 위임은 포괄적인 환경감시를 포함하여 법률발안과 그것의 준비에 관해서 뿐만 아니라 유럽연합 안에서 발의권에 관해서도 행정부에 의해 행해져야 한다. 법규명령과 행정규칙을 통해 법률상 요건을 구체화하고 상세하게 형성하는 일은 특별히 중요하다.

61) *Murswiek*, NVwZ 1996, 229.

62) *Waechter*, NuR 1996, 322; *Peters*, NVwZ 1995, 566, 여기에는 사법상 회사법에 따른 사법형식의 공기업의 설립도 해당한다.

63) 원자력법 제7조 제2항 제3호 : 시설의 설치와 가동을 통해 발생하는 위험에 대해 과학과 기술의 발전수준에 따라 필요한 대비가 취해지는 경우

64) 임미선방지법 제5조 제1항 제2호 : 위험한 환경영향과 기타 중대한 손해와 중대한 부담이 야기되는 위험에 대한 대비, 특히 기술의 발전 수준에 따른 상응하는 조치

65) *Klein*, in: *Schmidt-Bleibteru/Klein*, GG, 8 Aufl.(1995), Art. 20a Rdnr. 15.

기본법 제20조a가 직접 적용할 수 있는 권리인지가 문제이지만, 법원은 그러한 경우에 입법과 행정을 국가목적규정으로부터 나오는 자신들의 의무를 위반하는 경우, 가령 불확정법개념을 해석함에 있어 위에서 언급된 기본법 제20조a를 고려하지 않거나 불충분하게 고려하는 경우만을 판단할 수 있다. 따라서 문제해결을 위해 직접 법원이 기본법 제20조a를 인용하는 것은 인정되지 않고, 기본법 제20조a를 구체화하는 개별 법률을 적용해야 한다<sup>66)</sup>.

행정기관의 결정을 심사하는 경우에 종래 법원은 전문적인 행정위원회 평가에 대한 우선권을 존중해 왔다. 그럼에도 불구하고, 시험합격자 결정사건에서<sup>67)</sup> 불확정법개념에 대한 법원의 통제권과 관련한 연방헌재의 새로운 판결을 환경법 영역에 적용하는 것도 고려할 수 있을 것이다<sup>68)</sup>. 동 결정은 전문가의 상담을 통해 필요한 전문지식을 얻을 수 있는 한, 법원의 통제를 확대하는 입장을 표명하고 있다. 그에 따라 전문가의 의견을 참고로 하는 모든 결정은 심사대상이 될 수 있지만, 장애를 향한 합목적적인 결정이나 복수의 합법적인 대안에 대한 결정은

66) *Waechter*, NuR 1996, 323.

67) BVerfG, NJW 1991, Heft32 2005ff. 연방헌재는 동 결정에서 다음과 같이 판시했다.

1. 기본법 제12조 제1항에 의해 직업과 관련된 시험절차는 직업의 자유권이 효과적으로 보호되도록 진행되어야 한다. 수험자는 자신의 시험결과에 대해 이의를 제기할 권리를 갖는다. 논란이 된 시험성적에 대한 행정법원의 심리를 통해 전적으로 새로운 평가를 내릴 것이 요구되지 않는다.
2. 시험시행기관의 평가여지에 대한 행정법원의 판결은 시험에 특별한 평가가 문제되는 경우에만 기본법 제19조 제4항에 의해 관할권을 갖는다. 이에 대해 평가자와 수험자 사이의 개별적인 견해의 차이는 일반적으로 법원의 심사대상에서 제외되지 않는다.
3. 직업에 관련된 시험에 대해 상당하고 설득력 있는 논거에 의해 논리적인 근거를 갖는 해답은 잘못된 것으로 평가되어서는 안된다는 일반적인 평가원칙이 기본법 제12조 제1항으로부터 나온다.

68) *Westphal*, Art. 20a GG - Staatsziel "Umweltschutz", JuS 2000, Heft 4, S. 343.

전적으로 심사대상이 되는 것은 아니다. 그에 따라 법원은 여전히 “적절한(richtige)” 환경보호에 대한 자신의 관념을 행정결정에 대신할 수 없을 것이다<sup>69)</sup>. 나아가 국가목적규정은 법의총들의 해결 및 해석을 위한 방향제시기능 혹은 척도기능을 수행하기 때문에 법원에 의해 평가되어야 할 원칙규범으로 인용될 수 있다<sup>70)</sup>.

### (6) 동물보호

환경보호라는 국가목적규정의 편입으로 인해 동물보호의 범위에 관한 논쟁도 야기되었다. 기본법 제20조a에서 명시적인 근거를 찾을 수 없었기 때문에, 야생동물을 생존영역의 파괴로부터 보호하는 것과 種의 유지를 위한 동물보호는 단지 부분적인 헌법적 지위를 누리고 있을 뿐이다<sup>71)</sup>. 일부의 견해는 사육되는 동물, 특히 농장의 동물사육도 보호영역에 속한다고 한다<sup>72)</sup>. 그러나 기본법 제20조a 그 자체로부터는 인간의 자연적인 생활토대에 대한 침해가 부각되어야 한다<sup>73)</sup>.

## 4. 국가목적규정에 대한 제한

보호법익에 대한 위협이 가해지는 경우 국가목적에 대한 제한이라고 할 수 있다. 침해적인 행위 - 그와 더불어 보호법익에 대한 위협 - 는

69) *Murswiek*, NVwZ 1996, 229.

70) *Geddert-Steinacher*, 앞의 책, S. 47, 50.

71) 동물과 식물 그 자체를 고려하는 헌법개정에 관한 입장에 대해서는, *v.d. Pfordten*, in: *Nida-Rümelin/v. d. Pfordten*, *Ökologische Ethik und Rechtstheorie*, S. 55ff.

72) *Waechter*, NuR 1996, S. 323.

73) *Bernsdorff*, NuR 1997, 331.

국가에 의해서와 마찬가지로 私人인 제3자에 의해서도 행해질 수 있다<sup>74)</sup>. 경찰법 또는 질서법상 용어에 의하면 위험이란 가까운 장래에 현 세대 뿐만 아니라 미래세대와 관련하여 “자연적 생활토대”라는 보호법익에 대한 상당한 개연성 있는 침해가 발생하는 것을 말한다<sup>75)</sup>. 동 규범의 광범위한 보호위임과 관련하여 당시의 지식수준에 비추어 인과관계가 인정도 부정도 될 수 없는, 따라서 그러한 점에서 위험이 아니라 단지 위험의 의혹 또는 “잠정적인 불안(Besorgnispotential)”이 존재할 뿐이라는 이유만으로는 배제되지 않는 그러한 침해가능성도 포함된다<sup>76)</sup>. 그에 반해 어떤 행위가 중요하고 전통적인 이용행위인 경우에는 제한이라고 할 수 없다. 그럼에도 불구하고 그러한 행위는 그 자체로 보아 침해적인 효력을 발생하지 않으나, 오랜 시간 지속됨으로써 미래 세대에 대한 생활토대를 위협하는 개인의 행위와 구별되어야 한다<sup>77)</sup>.

## 5. 제한의 정당화

기본법 제20조a의 보호법익에 대한 그러한 제한은 보편타당한 비례 적합성원칙에 부합하는 경우 정당화 될 수 있다. 즉 그러한 제한은 공공의 목적이나 사인의 자유실현이라는 필요성에 의해 정당화 되어야 하는 데, 이러한 목적의 달성을 위해 적합성과 필요성 및 상당성을 충족해야 한다<sup>78)</sup>.

74) *Schmalz*, StaatsR, 3. Aufl. Rdnr. 225, 246.

75) *Götz*, Allg. Polizei- und OrdnungsR, 12. Aufl. 1995, §7.

76) *Wyhl-Urteil*, BVerwGE 72, 300(315).

77) *Schmalz*, Rdnr. 226.

78) *Murswiek*, NVwZ 1996, 227.

### Ⅲ. 한국 헌법상 환경권규정

#### 1. 헌법 제35조의 기본권적 위상

헌법 제35조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하고, 동 제2항에서는 “환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다”고 하고 있다. 이러한 헌법 규정으로부터 환경권은 「건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리」라고 정의할 수 있다.

1980년 제8차 헌법개정으로 신설된 환경권조항은 환경보호의 당위성만을 강조한 나머지 심도있는 논의를 생략한채 기본권형태로 명문화되어 현재까지 환경권의 기본권성에 관한 논쟁을 야기하고 있다<sup>79)</sup>. 그러나 헌법에 명문으로 환경권이라고 규정되어 있으므로 일단 기본권으로 보아야 할 것이며 다만 그 성질에 관하여 자유권으로 볼 것인지 아니면 생존권적 기본권 내지 사회적 기본권으로 볼 것인지, 또한 그 효력과 관련하여 구체적 권리로 볼 것인지 아니면 개별 입법을 통해 구체적 형성이 필요한 방침규정으로 볼 것인지는 해석의 여지가 있다. 아직까지 이러한 논의에 대해 통일된 입장의 정리는 이루어지지 않고 있다. 이러한 현상은 주지하다시피 현행 환경권이 명문화 과정에서 심도있는 논의가 이루어지지 않은채 환경보호의 당위성에만 의존하여 규정되었다는 점과 그럼에도 불구하고 실정 헌법의 테두리 안에서 헌법해석을 통해 문제를 해결하려는 결과이다. 이에 대해 일부 견해는 환경권

79) 환경권 조항의 신설과정에 관한 논의와 입법연혁에 관해서는, 고문현, 앞의 논문, 272쪽 이하 참조

규정에 대한 입법론으로 환경권 대신 독일과 같은 국가목적규정으로 전환하는 방법도 제시하고 있다<sup>80)</sup>.

## 2. 환경보호이익의 향유주체

### (1) 생태계 자체의 독자적인 보호이익향유여부

헌법 제35조에 의한 환경보호이익의 향유자가 누구인가가 문제될 수 있는데, 독일에서는 이와 관련하여 생태계 자체도 인간과 별도로 독립한 헌법적 보호를 누리는데 대해 논란이 있다. 그러나 한국 헌법상 환경보호이익의 향유자는 국민 즉 인간에만 한정된다. 즉 「환경정책기본법」 제1조는 “이 법은 …環境汚染과 環境毀損을 豫防하고 環境을 적정하게 관리·보전함으로써 모든 國民이 건강하고 快適한 삶을 누릴 수 있도록 함을 目的으로 한다”고 하고 있고, 「자연환경보전법」 제1조는 “이 법은 自然環境을 인위적 훼손으로부터 보호하고, 다양한 生態系를 보전하며, 野生動·植物의 滅種을 방지하는 등 自然環境을 體系的으로 보전·관리함으로써 國民이 쾌적한 自然環境에서 여유있고 건강한 생활을 할 수 있도록 함을 目的으로 한다”고 하고 있으며, 「독도등도서 지역의 생태계보전에 관한 특별법」 제1조는 “이 법은 特定島嶼의 다양한 自然生態系·地形 또는 地質등을 비롯한 自然環境의 보전에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 현재와 장래의 國民 모두가 깨끗한 自然環境속에서 건강하고 쾌적한 생활을 할 수 있도록 함을 目的으로 한다”고 규정하므로써 궁극적으로 생태계를 보전하여 이로 인한 국민 즉 인간의 삶을 풍요롭게 하고자 하는 데에 있다. 따라서 환경운동으로써 혹은 생

80) 홍성방, 환경기본권, 487쪽 이하.

대계보호운동 차원에서의 논의와는 별개로 헌법상 환경보호이익의 향유자는 인간에 한정된다고 볼 수 밖에 없을 것이다<sup>81)</sup>.

## (2) 미래 세대의 환경보호

독일 기본법 제20조a는 “미래세대를 위해서도…”라고 규정하여 명문으로 현재 세대 뿐만 아니라 미래세대의 환경도 보호하는 것을 헌법적 사명으로 하고 있다. 그러나 한국 헌법 제35조는 이러한 명문의 규정이 없다. 이에 대해 미래세대도 환경권의 주체가 될 수 있는지에 대해 논란이 있다. 대체로 긍정하는 입장인데<sup>82)</sup>, 기본권은 본질적으로 현존세대만을 위한 것이 아니라 미래세대를 위한 것이기도 하다는 것을 전제로 하여 특히 환경권의 특성으로 미래세대를 위한 기본권성을 드는 것에 대해 의문을 제기하는 견해도 있다<sup>83)</sup>.

1992년 “환경과 개발에 관한 Rio선언” 중의 한 원칙인 「지속가능한 개발(Sustainable Development)」의 원칙은 “미래세대가 그들의 필요를 충족시킬 수 있는 능력을 저해하지 않으면서 현세대의 필요를 충족시키는 개발”<sup>84)</sup>이라고 정의할 수 있다. 한국 헌법이 명문으로 미래세대를 위한 환경권에 관해 언급을 하고 있지 않지만 환경은 다른 기본권과 달리 후손들에게도 동일하게 향유되어야 할 재화이므로 현재세대는 미

81) 영화 “주라기공원”은 공룡을 보호하기 위해 공룡사냥꾼의 총에서 탄알을 제거하여 인간의 생명이 위태롭게 된 상황이 발생하는데 여기에서 인간의 안전과 공룡의 개체보전에 관한 견해의 대립을 볼 수 있다.

82) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2003, 426쪽; 홍성방, 현대사회에서의 기본권이론, 9쪽; 고문현, 앞의 논문, 283쪽 이하.

83) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2003, 646쪽 각주 1).

84) Development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. - 「환경과 개발에 관한 세계위원회」의 보고서 “우리의 공동미래(Our Common Future)” 중에서.

래세대를 위해 환경을 보호할 의무가 있다고 할 것이다. 한편, 개별법에  
서 미래세대를 위한 환경보호를 규정하고 있는 경우도 있다<sup>85)</sup>

### 3. 환경권의 성질 및 효력

#### (1) 환경권의 성질

환경권의 성질에 대해서 학자마다 분류하는 기준에 따라 자유권·사회권·생존권·생활권·인격권 등으로 말하기도 한다. 대체적인 견해는 어느 하나의 기본권에 귀속시키기 보다는 統合的 기본권, 綜合的 기본권 등으로 부르고 있다.

이러한 환경권이 침해되었을 때 혹은 환경권의 주장시에 권리주장 방법과 관련하여 환경권이 구체적인 권리인지 추상적 혹은 프로그램적 규정인지에 대해 논란이 있을 수 있으나, 대체로 방어권 내지 방해배제 청구권으로서 환경권은 자유권이며 구체적 권리성을 인정하고 있다. 그러나 이 경우에도 자유권이지만 순수한 자유권은 아니며 환경보호에 반하는 국가시책을 지양해 줄 것을 요구할 수 있는 성질을 강하게 내포하고 있는 것으로 보는 견해도 있다<sup>86)</sup>. 이에 반해 환경조성권으로서의 환경권은 사회권 또는 생활권으로 보아 입법적 조치를 요한다고 보는 것이 대체적인 견해이다.

85) 독도등도서지역의생태계보전에관한특별법 제1조 : “이 법은 特定島嶼의 다양한 自然生態系·地形 또는 地質등을 비롯한 自然環境의 보전에 관한 기본적 사항을 정함으로서 현재와 미래의 國民 모두가 깨끗한 自然環境속에서 건강하고 쾌적한 생활을 할 수 있도록 함을 目的으로 한다”

86) 허영, 앞의 책, 429쪽.



## (2) 환경권의 효력

환경권의 효력과 관련하여 대국가적 효력에 관해서는 환경권의 성질에 따른 차이를 제외하면 기본권효력 일반에 관한 논의와 크게 다르지 않다고 하겠다. 따라서 실제 생활에서 가장 많은 침해유형을 보이고 있는 대사인적 효력 혹은 사권으로서 환경권에 대해 언급하고자 한다.

이에 대한 대법원의 일관된 입장<sup>87)</sup>은 “환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 직접 사인간에 적용될 수 없으며, 사인간에 환경권(사법상 환경권)이 적용되기 위해서는 권리의 행사주체, 대상, 내용, 행사방법등이 관련법률에 명문으로 규정되어 있거나 규정의 취지 및 조리에 비추어 확정할 수 있어야 한다”는 것이다. 대법원이 환경관련 민사소송에서 원고의 주장을 인정했던 논거들을 보면, “교육환경이익을 침해하여 대학이 부지와 건물을 교육 및 연구시설로서 활용하는 것을 방해”<sup>88)</sup> 했다거나 “종교적 이익을 침해하여 토지소유권행사를 방해”<sup>89)</sup> 했다는 등, 환경이익 자체가 아니라 토지나 건물소유권에 기한 물권적 청구권, 손해배상청구권 혹은 상린관계에서 수인한도이론에 의한 것으로 이는 민법상 청구권에 기한 것이다.

한편 하급심에서는 대법원과 달리 토지나 건물과 별도로 환경이익 자체를 보호하려는 입장을 견지한 판결도 있다. 즉 “환경권은 인간으로서 존엄을 유지하기 위해 필수적으로 요구되는 것으로서 생래적 기본권의 하나이며 모든 사람에게 보장되는 보편적인 권리이며 환경이익은 법익으로서 정당하게 보호받아야 할 필요가 있고 이러한 이익에 대한 침해는 불법행위를 구성하며 이를 사전에 예방하거나 제거할 권리”<sup>90)</sup>

87) 대판 94마 2218, 95. 5. 23 공작물설치가처분

88) 대판 95다23378, 95. 9. 15

89) 대판 96다56153, 97. 7. 22

라거나 “토지자체의 지배 내지는 이용과는 별도로 그 토지 위에 영위하는 인간의 건강하고 쾌적한 생활이익”<sup>91)</sup> 혹은 “환경정책기본법 및 먹는물관리법의 각 규정취지에 비추어 조리상 오염되지 않은 식수를 음용할 구체적인 사법상의 권리”<sup>92)</sup> 등이 그것이다.

## VI. 결 론

- 기본권으로서의 환경권과 국가목적규정으로서 환경보호의 의미 -

### 1. 규정의 성질 및 효력

1) 독일의 국가목적규정은 직접 효력을 갖는 법으로써 규범상 단순한 입법프로그램이나 입법위임과 구별되어야 하고, 법적 청구권을 포함하고 있지 않다는 점에서 기본권과 구별되어야 한다고 한다. 그에 따라 생활토대(Lebensgrundlage)와 관련하여 최저생계의 유지에 관한 주관적 권리의 인정은 기본법 제1조 제1항과 연계해서만 가능하다고 한다. 그러한 점에서 국가목적규정은 구조상 사회적 기본권과 매우 유사하다. 그에 따라 입법자가 구체적인 입법을 할 때 비로소 범위가 특정되고 소구가능한 법적청구권이 된다.

그러나 자유권적 기본권에 포함된 환경법상 부분보장을 강화하는 방

---

90) 부산고등법원 95라4, 95. 4. 17

91) 서울민사지방법원 94카합6253, 95. 9. 7

92) 청주지판 97카합613, 98. 2. 26

식으로 주관적 효력을 갖게 할 수 있으며, 국가작용이나 수권규범이 기본법 제20조a에 위반하여 자유나 재산에 대한 제한이 존재하는 경우 위법인지 여부를 소송으로 주장할 수 있다고 한다.

2) 한국 헌법상 환경권은 자유권 및 사회권적 성질을 가지며, 방어권으로서의 자유권적 환경권은 구체적 권리로 볼 수 있을 것이다. 기타의 환경조성청구권은 입법적 조치가 수반되어야 한다.

3) 정리 : 독일 기본법상 모든 기본권이 직접 입법, 사법, 행정을 구속하는 구체적인 권리로 되어있는 점에 비추어 국가목적규정이 직접적인 효력을 갖지 않는 것은 당연한 것이라 하겠다. 그러나 국가목적규정도 다른 기본권에 녹아있는 부분적인 환경이익을 강화하는 방식으로 주관적 효력을 가질 수 있으며, 나아가 국가목적규정에 위반한 자유나 재산에 대한 제한의 위법여부를 소송으로 주장할 수 있다. 이러한 국가목적규정과 기본권으로 되어 있는 한국 헌법 제35조의 환경보호규정을 비교하면 양자는 그 성질이나 효력상 큰 차이는 없는 것으로 보인다. 다만 한국 헌법상 환경권이 방어권으로서 구체적인 권리성을 가질 수 있다는 점에서는 차이가 있지만 기본권이 아니라 국가목적규정으로 되어있는 점을 감안하면 양 규정상 환경보호의 정도는 큰 의미있는 차이는 없다고 할 것이다.

## 2. 환경보호의 향유주체

1) 독일 기본법상 국가목적규정은 미래세대에 대한 책임을 명문으로 규정하고 있으나, 한국 헌법은 이를 명문으로 규정하지 아니하여 미래세대가 환경보호이익의 향유자가 될 수 있는지에 대해 논란이 있을 수

있으나 대체로 인정하는 경향이다.

2) 인간과 별도로 생태계 자체의 헌법상 보호대상이 될 수 있는지에 대해 독일에서는 긍정하는 입장과 부정하는 입장의 대립이 있으나, 한국 헌법상 이에 대한 논의는 없지만 개별 실정법상 환경보호이익의 향유자로서 국민인 인간만을 염두에 두고 있다.

주제어 : 자연적 생활토대, 환경권, 국가목적규정, 환경보호 미래세대에  
대한 책임

## 【Zusammenfassung】

# Verfassungsrechtliche Regelung über Umweltschutz

Jeong, Hoon

Art. 20a GG und Art. 35 koreanisches Verfassungsrecht regeln Umweltschutz. Dieser bestimmt Umweltgrundrecht, letzteres Staatszielbestimmung Umweltschutz. Mit der Aufnahme des Staatsziel Umweltschutz in Art. 20a GG hat dieser zwar eine ausdrückliche Anerkennung erfahren, allerdings gehen mit der Verfassungsänderung eine Reihe von Fragen insbesondere über Bedeutung und Anwendung einher.

Danach wird der Rechtscharakter einer Staatszielbestimmung allgemein und für Art. 20a GG im Besonderen untersucht, um sodann das Verhältnis zu anderen Verfassungsnormen zu klären. Im Anschluß werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale erläutert sowie die Voraussetzungen für eine Beeinträchtigung dargestellt. Den Abschluß bilden Anmerkungen zur Rechtfertigung.

Im Grundgesetz sind Staatszielbestimmungen als unmittelbar geltendes Recht normativ zu unterscheiden vom (bloßen) Gesetzgebungsprogramm und vom Gesetzgebungsauftrag, da ersteres verbindlichen

Charakter zeitigt und letzterer dem Gesetzgeber die Regelung einzelner Vorhaben, sei es überhaupt oder mit Bindung in zeitlicher Hinsicht, vorschreibt. Von Grundrechten unterscheiden sie sich dadurch, dass sie wie diese zwar eine verfassungsrechtliche Wertentscheidung enthalten, aber nicht den entsprechenden Rechtsanspruch.

Im Anschluss an diese allgemein gehaltenen Ausführungen zu Staatszielbestimmungen soll der Rechtsprinzipcharakter von Art. 20a GG unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Stellung herausgearbeitet werden. Festzuhalten bleibt zunächst, dass es dieser Norm nicht nur um den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen durch eine (statische) Abwehr von Beeinträchtigungen geht, sondern auch um die (dynamische) Erneuerung im Sinne einer Wiederherstellung bereits zerstörter oder geschädigter Natur. Dieser dirigierende, dynamische Charakter beinhaltet nicht die Gewährleistung eines bestehenden Zustandes, sondern durch Schaffung von Zielvorgaben die Festlegung von Aufgabe und Richtung künftigen Staatshandelns.

Im koreanische Verfassung ist umstritten, ob Umweltgrundrecht Gesetzgebungsprogramm oder konkretes subjektives Recht ist.