

環境基本權

—韓國憲法 第35條에 대한 解釋論的·立法論的 小考—

洪性邦*

목차

- | | |
|----------------|---------------------------|
| I. 憲法規定 및 沿革 | VI. 環境權의 限界와 制限 |
| II. 環境權의 法的 性格 | VII. 環境權에 대한 侵害와 救濟 |
| III. 環境權의 主體 | VIII. 現行環境權規定에 대한 立法論的 考察 |
| IV. 環境權의 內容 | |
| V. 環境權의 效力 | |

I. 憲法規定 및 沿革

우리 헌법은 제35조에서 환경권을 다음과 같이 규정하고 있다. “①모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. ②환경권의 내용과 한계에 관하여는 법률로 정한다. ③국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”

우리나라에서 환경이라는 주제가 문제되기 시작한 것은 1970년대 초부터이다. 곧 1960년 이후 산업화과정에서 환경이 대규모로 파괴되어 그 부수결과로서 수질오염과 공기오염 등이 사회적으로 커다란 물의를 일으키면서 환경문제가 법적 차원의 문제로 대두되었다. 이에 대한 대응으로 4가지 안(안)을 놓고 논의한 결과 1980년 8월 15일의 헌법은 그 제33조에 다음과

* 서강대학교 법대 교수

같은 내용의 환경권을 신설하였다. “모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보호를 위하여 노력하여야 한다.”

이 규정은 환경권이 헌법에 규정되는 경우 국가의 인적·물적 부담이 많으며 배상사태로 국가부담 내지 예산집행상 어려움이 예상되고 경제발전이 둔화될 우려가 있다는 유력한 반대의견²⁾을 극복하고 도입된 것으로 환경보호를 헌법에 명문화시킨 국가가 적었던 당시로서는 대단히 진취적인 규정이었다.³⁾

우리 헌법의 환경권도입과정에서는 환경보호의 필요성이 지나치게 강조된 나머지 그것을 기본권으로 헌법에 규정하게 되면 어떠한 문제가 발생할 것인가에 대하여는 거의 논의가 이루어지지 않았다. 그 결과 환경권에 대한 문제는 전적으로 (헌법)이론의 문제로 남게 되었다.

II. 環境權의 法的 性格

환경권의 법적 성격에 대하여는 여러 가지 견해가 대립되고 있다. 제1설은 환경권은 생존권적 기본권에 포함되면서도 자유권적 성격과 생존권적 성격을 아울러 가지는 것으로 본다.⁴⁾ 그러나 이 학설은 타당한 결론, 곧 환경권은 자유권적 성격과 생존권적 성격을 아울러 가진다는 결론에도 불구하고, 환경권은 기본권으로서의 인간의 존엄과 가치·행복추구권에서 파

1) 환경권 명문화를 둘러싸고 제안된 4가지 안은 다음과 같다. (a) 공화당안: 제30조 ④ 국민은 환경 오염으로부터 보호받을 권리를 가진다. (b) 신민당안: 제35조 ① 모든 국민은 보다 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 권리를 가진다. ② 국가는 환경의 적당한 이용·관리 및 보전을 위하여 노력하여야 한다. ③ 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. (c) 대한법협안: 제34조 ② 모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며 국가는 이를 보호할 의무를 가진다. (d) 6인연구회안: 제36조 ① 모든 국민은 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다. ② 국가는 환경을 청결하게 유지하고, 국민의 건강과 위생을 위협하게 하는 오염을 제거하며, 산업공해를 방지해야 한다.

2) 헌법연구반보고서, 1980년 3월, 155·156쪽

3) 각국 헌법상의 환경관련규정에 대해서는 고운현, 헌법상 환경조항에 관한 연구, 서울대 박사학위 청구논문(1999. 2), 55-59쪽 및 366-379쪽 참조.

4) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1999, 739쪽

생된 기본권이기 때문에 양면성을 가진다는 논증은 미흡내지는 지나치게 불명료하다고 생각된다. 왜냐하면 인간의 존엄·행복추구권을 주기본권으로서 포괄적 기본권으로 보는⁵⁾ 이 견해의 주장자의 생각을 따르면 환경권 뿐만 아니라 다른 기본권들도 양면성을 가진다는 결론이 되기 때문이다. 따라서 이러한 비판에서 자유롭기 위해서는 제1설은 환경권이 양면성을 가지는 이유를 설명해주어야 할 것이다.

제2설은 환경권은 총합적 기본권이지만 주된 성격은 사회적 기본권이라고 한다. 곧 이 견해는 “환경권은 (오염되거나 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 때문”에 환경권은 종합적 기본권이지만 그 주된 성격은 사회적 기본권이라고 한다.⁶⁾

그러나 이 견해는 환경권이 가지는 복합적 성격을 설명하는데 치중한 나머지 다음과 같은 사실을 지나치고 있다고 보아야 한다. 곧 (자유권은 국가의 침해와 간섭으로부터 자유라는 의미에서 자유권이라는 것,) 인간다운 생활은 물질적·경제적·자연환경적 생활을 말한다는 것,⁷⁾ 깨끗한 환경이

5) 김철수, (주 4), 355쪽. 이 견해에 대한 비판은 홍성방, 행복추구권, 헌법학연구 제5권 제2호(1999. 10), 200쪽 이하, 특히 207쪽 참조.

6) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1999, 604·605쪽. () 부분은 1989년, 561쪽에는 들어있었으나 지금은 삭제된 부분

7) 필자는 이전에 인간다운 생활은 물질적·경제적인 생활을 말한다고 쓴 바 있다(홍성방, 한국헌법 제35조 '환경권'에 관한 연구, 한림대논문집 제8집, 1990. 291쪽 이하, 309쪽). 그러나 그 후 그러한 견해를 견해를 수정하였다(홍성방, 환경권의 해석과 관련된 몇 가지 문제점, 고시연구 1996년 3월, 67쪽 이하, 76쪽, 각주 36참조).

보건의 전제가 되기는 하겠지만 환경권과 보건권은 보호 법의이 다르다는 것 그리고 모든 기본권에 대한 침해는 인간의 존엄성과 행복추구를 침해한다는 것을 지나치고 있다.⁸⁾

제3설은 과거에는 환경권은 기본권의 전제조건을 보장하는 기본권의 성격과 의무동반적 권리로서의 성격과 제도적 보장의 성격을 함께 내포하고 있다고 하다가⁹⁾ 이제는 기본권의 전제조건을 보장하는 기본권으로서의 성질과 기본권의 헌법적 한계로서의 성질을 함께 가지고 있는 종합적인 기본권이라고 하면서 윤리적 인격체로서의 인간의 당연한 생활질서로서의 성질과 법률제도의 보장이라는 제도적 보장의 성질도 함께 내포하고 있다고 한다.¹⁰⁾

같은 주장자의 이전 견해에 대해서는 이미 살핀 바 있다. 곧“첫째, 이 견해에서 환경권의 법적 성격을 기본권의 전제조건을 보장하는 기본권의 성격이라고 파악한 것은 환경권의 법적 성격과 환경권의 의미¹¹⁾를 혼동한 것이다. 둘째, 이 견해에서 환경권의 법적 성격을 의무동반적 성격이라고 파악한 것은 환경권의 법적 성격과 환경권의 특성, 곧 환경권은 다른 기본권에 비하여 의무성이 강하여 국가(경우에 따라서는 국민)의 능동적이고 적극적인 환경보전업무의 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. Schmitt적으로 이해하는지, 해벌레 P. Häberle식으로 이해하는지 또는 그밖의 다른 관점에서 이해하는지는 정확하게 알 수 없다. 그러나 슈미트적으로 제도적 보장을 이해하고 있다면 이 주장은 환경권은 기본권이 아니다라는 이야기가 되겠고, 해벌레식

8) 홍성방, (주 7의 두 번째 논문), 76쪽

9) 허영, 한국헌법론, 박영사, 1993, 426·427쪽

10) 허영, 한국헌법론, 박영사, 1999, 421쪽

11) 허영, (주 9), 425쪽 참조

으로 이해하고 있다면 환경권은 기본권이라는 이야기가 되어 결국 환경권의 법적 성격은 기본권이라는 재미있는 결론에 이르게 되기 때문이다.”¹²⁾ 때문에 이곳에서는 새롭게 이야기되거나 또는 새롭게 분명해진 부분에 대해서만 검토하기로 한다. 첫째, 이 견해의 주장자는 과거에는 환경권의 의미와 환경권의 법적 성격을 항(項)을 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 것을 환경권의 법적 성격으로 보기보다는 다른 기본권에 대한 환경권의 특성으로 보는 것이 더욱 합리적일 것이라는 지적을 여전히 할 수 있을 것이다. 왜냐하면 어떤 기본권의 법적 성격이 무엇이나 하는 데는 이론이 있을 수 있으나, 일반적으로 기본권의 법적 성격에서 논의되는 것은 프로그램규정이냐 현실적 권리냐 하는 것이기 때문이다.¹³⁾ 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 말

12) 홍성방, (주 7의 두 번째 논문), 75쪽. 제도보장에 대하여 자세한 것은 홍성방, 헌법, 현암사, 1999, 212-219쪽 참조.

13) 헌법을 둘러싼 토론에서 기본권의 법적 성격이 처음 언급된 것은 독일제국헌법제정을 위해 1848년 5월 18일 프랑크푸르트 바오르교회 *Frankfurter Paulskirche*에 모인 ‘독일국민회의’(Die Deutsche Nationallversammlung)에서 사회적 기본권의 도입여부가 문제되었을 때 사회적 기본권도입에 대한 반대논거로서 볼 Robert von Mohl이 사회적 기본권은 직권(법원에) 제소할 수 없다는 논거를 편 것이 처음이다. 그에 이어 기본권의 법적 성격이 본격적으로 논의된 것은 바이마르헌법에 규정된 사회적 기본권을 놓고 그것이 프로그램규정이냐 현실적 권리이냐에 대한 논의였다. 그러나 이제 독일에서는 기본권의 법적 성격에 대한 논쟁은 없다. 왜냐하면 사회권의 헌법도입과 환경보호의 헌법도입을 둘러싼 논의에서 이들을 실정화하는 여러 규범유형이 논의되고 있고, 결국 사회권이나 환경보호를 헌법제정자가 어떤 유형의 규범으로 헌법에 규정하느냐에 따라 그 법적 성격은 자연히 결정될 것이라고 생각하고 있기 때문이다. 사회적 권리를 실정화하는 여러 유형의 규범에 대해서는 S.-B. Hong, *Soziale Rechte auf der Verfassungsebene und auf der gesetzlichen Ebene*, Diss. Köln 1986, S. S. 42ff. 참조.

한다.¹⁴⁾ 그리고 이 견해의 주장자는 그러한 한계의 예로서 ①언론·출판의 자유를 보장하면서도, 언론·출판이 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하지 못하도록 그 한계를 명시한 것(제21조 5항), ②국민의 사유재산권을 보장하면서도 공공복리에 적합하게 재산권을 행사하도록 규정한 것(제23조 2항), ③국민의 국가배상청구권을 보장하면서도 군인·공무원·경찰공무원 등의 배상청구권을 제한한 것(제29조 2항), ④노동3권을 보장하면서도 공무원인 근로자는 부분적으로만 노동3권을 가질 수 있도록 제한하고 있는 것, ⑤정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되지 못하도록 투쟁적 민주주의의 수단을 헌법에서 마련해 놓고 있는 것(제8조 4항)을 들고 있다. 그러나 우선 이러한 예에 환경권은 들어 있지 않으며, 다음으로 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.¹⁵⁾ 환경권이 이러한 의의와 기능을 가지고 있음은 부인할 수 없지만, 그것은 해석의 결과이며, 헌법이 명시한 한계라고 볼 수는 없다. 셋째, 이 견해의 주장자는 환경권은 윤리적인 격체로서의 인간의 당연한 생활질서의 성질을 가진다고 한다. 그러나 이러한 생각은 환경권에만 고유한 것은 아니며, 그러한 한에서 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 설명으로써 필자가 가지고 있던 의문, 곧 이 견해의 주장자가 제도적 보장으로써 의미하는 바가 법률제도의 보장이라는 것이 이제 분명해졌다. 그러나 어떤 기본권이 정책 내

14) 허영, (주 10), 271쪽

15) 허영, (주 10), 419쪽

지는 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? 개인적으로는 우리 헌법이 보장하고 있는 환경권의 법적 성격을 파악함에 있어서도 헌법의 규정에 따라 파악하면 된다고 생각한다. 그리고 우리 헌법은 환경권을 모든 국민의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리로 규정하고 있고, 환경권은 산업화의 결과 국민 개개인으로서서는 어찌할 수 없는 환경오염과 환경파괴에 직면하여 국가에 대하여 환경의 유지·보존·개선을 요구하고 있는 권리이기 때문에 사회적 기본권이다.¹⁶⁾ 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 안된다는 방어권적 측면¹⁷⁾도 가지고 있다. 따라서 환경권은 국가와 국민을 수범자로 하며 부분적으로 방어권적 성격을 동시에 가지고 있는 사회적 기본권이라 할 수 있다.¹⁸⁾

16) 사회적 기본권에 대하여는 홍성방, 사회권이란 무엇인가, 고시연구(1994. 2.), 81쪽 이하 참조

17) W. Schmidt, Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der BRD, in: Beiheft zu "Der Staat", Heft 5, S. 9ff.(23).

18) 판례: "환경권에 관한 위 규정만으로는 그 보호대상인 환경권의 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"(대법원 1995. 5. 23. 94 마 2218 판결).

III. 環境權의 主體

환경권의 주체는 원칙적으로 자연인에 한정되며, 법인의 경우 주체성이 부정된다. 환경권의 주체와 관련하여 미래세대, 곧 아직 태어나지 않은 세대에 환경보호청구권을 인정할 것인가라는 문제가 부분적으로 논의되고 있고, 필자도 자연환경은 인류가 생존할 수 있는 전제조건을 이룬다는 점에서 찬성한 바 있다.¹⁹⁾ 그러나 이 이야기를 미래세대가 직접 보호청구권을 행사할 수 있다는 의미로 해석해서는 안 될 것이다. 아직 태어나지 않은 세대는 출생을 전제하고 태아에게 인정되는 극소수 예외를 제외하고는 헌법상으로는 권리주체성이 인정되지 않는다. 따라서 이 이야기는 국가는 현재 살고 있는 사람을 보호해야 할 의무가 있는 것처럼 장래에 살게 될 세대를 보호할 의무가 있다는 것, 곧 현재 살고 있는 우리는 오늘 발생시킨 위험에 대하여 ‘후세대를 보호할 의무’(eine Pflicht zum Nachweltsschutz)가 있기 때문에²⁰⁾ 미래의 세대가 충분히 그들의 깨끗한 환경에 대한 권리를 누릴 수 있도록 모든 노력을 다해야 한다는 의미로 이해하면 될 것이다.²¹⁾

IV. 環境權의 內容

1) 環境의 概念

환경권은 헌법 제35조 1항의 “건강하고 쾌적한 환경”이라는 부분의 “건강하고 쾌적한”이라는 표현을 어떻게 이해하느냐에 따라 “좋은 환경을 향

19) 홍성방, (주 7의 첫번째 논문), 308쪽

20) 예컨대 환경보전의무를 단순한 도덕적·윤리적 의무가 아닌 세대간 계약적인 기속의무로 이해하려고 하고 있는 H. Hofmann, *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*, 1981, S. 258-293 참조. 또한 D. Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, S. 206ff. 참조.

21) P. Saladin/Chr. A. Zenger, *Rechte künftiger Generation*, 1988, S. 12. 미래세대의 권리와 관련하여 자세한 것은 홍성방, 환경보호의 법적문제, 서강대학교출판부, 1999, 51쪽 이하(특히 55쪽-75쪽) 참조.

유할 권리”,²²⁾ “건강한 환경 속에서 생활할 권리 또는 인간다운 생활을 할 수 있는 권리”²³⁾, “인간다운 환경 속에서 생존할 수 있는 권리”,²⁴⁾ “좋은 환경을 향유하고 또한 이것을 지배할 수 있는 권리, 곧 인간이 건강한 생활을 유지하고 쾌적한 생활을 향유하는 권리”,²⁵⁾ “오염되거나 불결한 환경으로 말미암아 건강을 훼손당하거나 훼손당할 위험에 놓인 자가 오염되거나 불결한 환경에 대하여 책임이 있는 공권력이나 제3자에 대하여 그 원인을 예방 또는 배제하여 주도록 요구할 수 있는 권리”,²⁶⁾ “건강하고 쾌적한 환경에서 공해없는 생활을 누릴 수 있는 권리”²⁷⁾ 등으로 정의되고 있다. 그러나 그 어느 것 하나 환경권의 핵심을 찌르지 못한 채 뉘앙스의 차이만을²⁸⁾ 나타내고 있다. 결국 환경권의 개념규정에서 관건이 되는 것은 환경권의 대상인 환경을 어떻게 이해하는가 하는 것일 것이다.

환경을 이해하는 데에는 자연환경만을 의미한다는 협의설,²⁹⁾ 자연환경과 생활환경을 포함한다는 견해,³⁰⁾ 자연환경 속에서 살 권리, 즉 자연적인

22) 구연창, “환경과 사상”, 『법과 공해』, 한국교수회편, 1974, 356쪽

23) 문홍주, “환경권 서설”(상), 『고시연구』, 1977, 8, 12쪽; 안용교, “환경권의 범위”, 『건국대학교 학술지』, 제25집(1), 1981, 182쪽.

24) 김철수, (주 4), 738쪽

25) 구병삭, 헌법학원론, 박영사, 1988, 583쪽

26) 권영성, (주 6), 602쪽

27) 허영, (주 10), 418쪽

28) 독일의 환경보호논의에서도 “최고로 가능한”(K. -H. Flach u.a., *Die Freiburger-thesen der Liberalen, rororo aktuele*, Bd. 1545, 1972, S. 109f.), “예상할 수 있는”(G.Lücke, *Das Grundrecht des einzelnen gegenüber dem Staat auf Umweltschutz*, DöV 1976, S. 289ff.(292), “인간의 존엄에 적합한”(H. J. Dellmann, *Zur Problematik eines “Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt”*, DöV 1975, S. 388ff.(388)), “인간적인”(P. Häberle, *WDSIRL Heft 30*, S. 100 FN 245), “건강한”(Umweltbericht 1976 der Bundesregierung, BT - Drucks. 7/5684 TZ. 110), “무해한”(H. H. Rupp, *Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes*, JZ 1971, S. 401ff.(402), “침해되지 않고 위험하지 않은”(M. Kriele, *Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Erwägungen*, in: Duden(Hg.), *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft für Umweltschutz und Umweltgestaltung*, 1972, S. 141ff. (145f.)) 등의 수식어가 제기된 바 있으나, 이러한 것들은 뉘앙스의 차이에 지나지 않는다는 판단하에 1994년 10월 27일 새롭게 신설된 헌법 20a조에서는 결국 수식어 없이 “자연적 생활기반”이라고 표현하고 있다. 독일 기본법상의 환경보호의 수용과정에 대해서는 홍성방, (주 21), 특히 115쪽 이하 참조.

29) 홍성방, (주 7의 첫 번째 논문), 307쪽; 환경권에 의해서 보장하려는 환경은 우선 자연환경을 말한다고 하고 있는 허영, (주 10), 418쪽도 협의설에 속한다고 할 수 있다.

청정한 대기에 관한 권리, 깨끗한 물에 관한 권리뿐만 아니라 보다 좋은 사회적 환경에서 살 권리, 즉 교육권, 의료권, 도로·공원이용권 등도 포함된다는 광의설,³¹⁾ 자연환경과 문화적 유산을 의미한다는 견해³²⁾ 등이 있으며, 광의설이 다수설이다.

다수설이 환경을 광의로 이해하는 이유는 환경권에서 말하는 환경은 헌법 제10조 1문(인간의 존엄과 가치 및 행복추구권), 제35조 3항(국가의 주택개발정책 등을 통한 쾌적한 주거생활에의 노력), 제34조 1항(인간다운 생활을 할 권리) 및 제36조 3항(국민의 보건에 관한 국가보호)을 통합적으로 이해하여야 하기 때문에 광의의 환경을 의미한다고 한다.³³⁾

그러나 다수설이 들고 있는 논거는 여러 가지 이유에서 설득력이 없다. 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 수도 있었을지 모르나, 현행헌법과 같이 환경권을 규정하고 있는 경우에는 환경을 이해하기 위하여 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 3항(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, 31조, 36조 3항 등을 규정한 의미가 소멸될 염려가 있다. 더 나아가서 행정부서 사이의 책

30) 권영성, (주 6), 606쪽

31) 김철수, (주 4), 741쪽; 구병석, (주 25), 584쪽; 유경춘·김운용, "환경보전에 관련된 공법상의 문제", 『강원법학』, 제1권(1985), 221쪽

32) 김영훈, "환경권과 공법상 구제", 『법학논총』, 승전대학교법학연구소, 1985, 31쪽.

33) 권영성, (주 6), 606쪽 참조

임회피를 가져올 수도 있고, 그것은 결국 환경권을 유명무실한 것이 되게 할 우려도 있다. 셋째, 현행헌법이 과거와는 달리 환경권을 규정한 제35조에 다시 3항을 새롭게 신설하여 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있게끔 국가가 노력할 의무를 규정하고 있기 때문에 환경을 광의로 이해할 수 있는 근거가 된다는 견해에³⁴⁾ 대하여도 다음과 같은 이야기를 할 수 있다. 곧 주택문제는 전통적으로 사회보장의 대상일 뿐만 아니라 환경정책에 주택정책은 포함되지 않는다³⁵⁾는 것이 그것이다. 따라서 환경권이 보호하려는 보호법익은 자연환경에 국한된다.³⁶⁾

2) 環境權의 內容

환경권의 내용에 대해서도 견해의 대립이 있다.³⁷⁾ 그러나 환경권의 내용은 환경권의 개념정의와 법적 성격으로부터 추론되어야 한다. 앞에서 환경을 자연환경에 한정했기 때문에 환경권의 내용은 환경부담과 환경위험을 회피하고 최소화하기 위한 조건의 총체,³⁸⁾ 곧 자연적 생활기반을 복구·유지·개선하고 피해를 회피하거나 제거하며 자연자원을 보호하는 것을 목적으로 하는 조치의 총체³⁹⁾에 대한 권리를 내용으로 한다고 할 수 있다. 또한 앞에서 환경권의 법적 성격을 사회권적 성격과 자유권적 성격을 함께

34) 김철수, (주 4), 741쪽; 권영성, (주 6), 607쪽

35) D. Rauschnig, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL Heft 38(1980), S. 167ff.(169)은 환경정책의 커다란 부분으로서 다음의 7가지를 들고 있다. ① 물관리 ② 공기청정도유지 ③ 경관보호 ④ 자연보호 ⑤ 소음, 누출열(漏出熱), 방사능의 형태로 나타나는 에너지통제 ⑥ 식용품에 섞인 이물질통제 ⑦ 쓰레기처리.

36) 독일의 경우 환경은 자연환경이라는 데 의견이 일치되어 있다. 환경의 개념에 대하여 자세한 것은 홍성방, (주 21), 84-88쪽 및 그곳에 인용된 문헌 참조

37) 김철수, (주 4), 741·742쪽은 환경권의 내용으로서 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리, 쾌적한 주거생활에 관한 권리, 일조권·조망권·경관권, 방어권으로서의 공해배제청구권, 생존권으로서의 생활환경조성권을, 권영성, (주 6), 606·607쪽은 공해예방청구권(환경보전청구권), 공해배제청구권(환경복구청구권), 쾌적한 주거생활권을, 허영, (주 10), 국가의 환경침해에 대한 방어권, 공해배제청구권, 생활환경조성청구권을 들고 있다.

38) W. Hoppe/M. Beckmann, *Umweltrecht*, 1989, S. 15.

39) R. Stober, Umweltschutzprinzip und Umweltgrundrecht, JZ 1988, S. 426ff.(427).

병유하는 것으로 보았기 때문에 결국 환경권의 내용은 이러한 조치를 국가에 대하여 요구할 수 있는 권리(사회권적 측면)와 국가(또는 국민)가 자연환경을 파괴하거나 이러한 조치에 대하여 방해할 때 그것을 배제할 수 있는 청구권(자유권적 측면)을 그 내용으로 한다고 할 것이다. 전자를 환경복구·유지·개선청구권, 후자를 환경침해배제청구권이란 용어로 표현할 수 있을 것이다.

V. 環境權의 效力

환경권은 대국가적 효력과 간접적 대사인적 효력을 가진다. 논자에 따라서는 국민의 환경보전의무규정(제35조 1항 2문)을 근거로 환경권이 직접적 대사인적 효력을 가진다는 견해⁴⁰⁾도 있으나, 헌법의 규정에서 직접 사법상의 환경권이 나오는 것이 아니라는 다수설과 판례의 입장⁴¹⁾이 옳은 것으로 생각된다.

40) 권영성, (주 6), 609쪽

41) 판례 : *헌법 제35조 제1항은 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다고 규정하여 환경권을 국민의 기본권의 하나로 승인하고 있으므로 사법(私法)의 해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록 배려하여야 할 것임은 당연하다고 할 것이나, 헌법상의 기본권으로서의 환경권에 관한 위 규정만으로는 그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기에 어렵고, 또 사법적 권리인 환경권을 인정하면 그 상대방의 활동의 자유와 권리를 불가피하게 제약할 수밖에 없는 것이므로, 사법상의 권리로서 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 할 것이다. 그것은 환경의 보전이라는 이념과 산업개발 등을 위한 개인활동의 자유와 권리의 보호라는 상호대립하는 법익중에서 어느 것을 우선시할 것이며, 이를 어떻게 조성조화시킬 것인가 하는 점은 기본적으로 국민을 대표하는 국회에서 법률에 의하여 결정하여야 할 성질의 것이라고 보아야 할 것이기 때문이다. 헌법 제35조 제2항에서 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다고 규정하고 있는 것도 이러한 고려에 근거한 것이라고 여겨진다" (대법원 1995. 5. 23. 94 마 2218 판결).

VI. 環境權의 限界와 制限

환경권은 절대적 권리가 아니므로 헌법 제37조 2항에 따라 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 법률로써 제한될 수 있다. 그러나 환경은 일단 파괴되면 그 회복에는 엄청난 시일과 경비가 소요된다는 점을 감안하여 그 제한에는 극히 신중을 기하여야 할 것이다. 또한 환경권은 합리적인 이유가 있고 경미한 침해인 때에는 이를 수인하고 감수하여야 한다. 그렇다고 해서 생명·건강에 별로 영향을 미치지 않는 환경침해라 하더라도 무조건 수인해야 하는 것은 아니다. 왜냐하면 환경권의 본질적 내용은 제한할 수 없으며, 비례의 원칙에 위반한 침해는 환경권의 본질적 내용에 대한 침해가 되기 때문이다.

VII. 環境權에 대한 侵害와 救濟

환경권은 국가권력과 국민(특히 사기업)에 의하여 침해될 수 있다. 우선, 국가권력에 의하여 환경권이 침해될 경우에는 국가에 대한 청원권의 행사, 행정소송의 제기, 헌법소원, 국가배상청구 등에 의하여 구제받을 수 있을 것이다. 또 행정청의 인·허가의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송을 제기할 수 있을 것이다. 다음으로, 사인에 의한 환경권의 침해에 대하여는 손해배상 청구의 방법이 있다.

그러나 이렇듯 환경침해에 대하여 권리구제의 방법이 있으나, 환경권침해에 대한 권리구제는 그 사법적 권리구제절차에서 소의 이익 내지 원고적격을 정하는데 어려움이 있다. 사법적 구제절차는 어디까지나 개인의 주관적 공권을 보호하기 위한 것이지, 객관적 법질서의 보호를 위한 것이 아니다. 따라서 소송기술적으로 사법적 권리구제절차에서는 누구든지 자기 자신의 권리를 이유로 해서만 소송을 제기할 수 있기 때문에, 원고적격은 오염된 환경에 의하여 직접 피해를 입은 자에 한정된다고 할 것이다.⁴²⁾

이렇듯 환경권침해에 대한 권리구제는 그 당사자적격의 문제뿐만 아니라 인과관계의 입증에서도 어려움이 많기 때문에, 환경산업의 육성·발전에 의한 사전적·예방적 권리보호가 강조되고 있다.⁴³⁾

이와 병행하여 환경파괴에 의한 인권의 대량침해·대량파괴는 기존의 기본권개념만 가지고는 대응할 수가 없고, 이에 대처하기 위해서는 환경파괴라고 하는 새로운 기본권침해에 대응할 새로운 적극적인 이론구성이 필요하다라는 주장이 있다. “그 한 가지 방안으로 생명권·환경권(보건권)의 재산권·영업권 등에 대한 우위론이라는 기본권해석론이 있다. 사실 인간의 존엄과 가치 그리고 행복추구권을 규정한 헌법 제10조를 최고의 헌법적 가치로 보고, 또 환경권을 총합적 권리로 해석한다면, 생명권·환경권(보건권)의 재산권·영업권 등에 대한 우위성을 충분히 인정할 수 있을 것이다”라는 주장⁴⁴⁾이 그것이다.

그러나 이러한 주장에 대하여는 다음과 같은 반론을 제기할 수 있다. 우선 기본권들 사이에 서열질서를 추론해내려는 여러 가지 시도가 없는 것은

42) 이에 대하여 원고 적격을 널리 오염된 환경과 관계있는 자로 보아야 한다는 견해가 있다. 김철수, (주 4), 745쪽. 그러나 “널리 오염된 환경과 관계있는 자”란 개념은 불확정 개념이기 때문에 원고적격을 정하는 데 도움이 되지 못할 것이다. 오히려 환경침해에 대한 권리구제를 충분히 하기 위해서는 “오히려 오염된 환경에 의하여 직접피해를 입은 자”의 범위를 확대하는 것, 곧 단체소송의 도입에 대한 검토가 합리적일 것이다. 독일에서는 효율적인 환경보호를 위하여 단체소송을 도입하는 것이 바람직한가라는 문제가 환경법의 연구와 같이 시작되었다. 단체소송의 도입여부에 대한 독일에서의 논의에 대한 개관은 홍성방, (주 21), 216-222쪽 참조.

43) 허영, (주 10), 427·428쪽

44) 권영성, (주 6), 605쪽. 이 견해의 주장자는 과거에 이러한 주장에 더하여 “이러한 입장에서 본다면, 경제적·재정적 조치가 불필요한 환경보존권은 자유권적 기본권의 경우처럼, 헌법규정만으로 법원에 제소할 수 있는 것으로 이해하는 것이 마땅하다. 그렇게 보아야만 환경권에 관하여 구체적 입법이 없을지라도 법원에 제소(주민소송의 방식으로)할 수 있을 것이기 때문이다”(1989년 판, 566쪽)라고 한 바 있다. 이에 대하여 필자는 “경제적·재정적 조치가 불필요한 환경보존권이 있다 하더라도 그것이 전체환경권 내부에서 차지하는 비중은 미소할 것이며, 이러한 이론구성을 하지 않더라도 환경권에는 방어권적 성격이 있기 때문에 헌법규정만으로 법원에 제소하는 데는 어려움이 없다. 오히려 환경권의 특성, 곧 다른 기본권의 전제조건인 보장이라는 특성 때문에 환경권침해가 동시에 다른 기본권을 침해하는 경우가 있을 수 있으나, 이 경우에도 기본권의 결합이론에 따라 권리구제가 행해질 수 있기 때문에 사법적 구제의 어려움은 발생하지 않을 것이다”(홍성방, 주 7의 두 번째 논문, 79·80쪽)라고 그 문제점을 지적한 바 있다.

아니지만, 45) 모든 기본권들은 하나의 대전제로부터 연역된 개별 권리가 아니라 그 자체가 나름대로의 역사적 배경을 가지고 있는 독립된 보장규정들이기 때문에 원칙적으로 동등한 서열에 있다. 따라서 기본권규정들 사이에 서열의 차이는 예외적인 경우에만 인정된다 할 것이며 46) 이러한 예외가 생명권·보건권과 재산권·영업의 자유에 대하여 적용될 하등의 여지는 없다고 보아야 한다. 그것은 헌법 제10조를 한국헌법에서 최고의 헌법적 가치로 보고-이에 대하여는 전혀 이의가 없다-또 환경권을 총합적 기본권으로 보는-이는 잘못이다-경우에도 마찬가지이다. 요컨대 실효성 있는 환경권보호와 기본권들 사이의 서열문제는 별개의 것이라 하겠다.

Ⅶ. 現行環境權規定에 대한 立法論的 考察

환경문제는 인류의 생존조건을 좌우하는 문제라는 점에서 매우 중요한 문제이다. 그러나 인류는 계속해서 환경을 오염시키고 파괴해왔다. 그 결과 1960년대 초부터 환경문제의 심각성을 지적하는 글들이 나타나기 시작했다. 그러나 환경문제에 대한 헌법적 논의는 1970년대에 들어서야 시작되었다.

우리 나라의 경우 이렇다 할 논의없이 1980년 헌법에서 환경보호를 기본권의 형태로 수용하였다. 그러나 현행 환경권규정은 몇 가지 문제점을 가지고 있다. 첫째, 제35조 1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며 …”라고 하여 “건강하고 쾌적한 환경”을 환경권의 객체로 규정하고 있다. 그러나 “건강하고 쾌적한”이라는 표현은 더욱 함축적인 표현으로 바꾸는 것이 필요하며, 환경도 환경보호의 대상이 주로 자연환경이라는 점을 감안하여 “자연환경”으로 제한함이 필요하다. 뿐만 아니

45) 예컨대 R. Krüger, Die bewußte Tötung bei polizeilichen Schußwa-fengebrauch, NJW 1973, S. 1ff.(3) 참조

46) P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1967, S. 461f.

라 제34조의 인간다운 생활권과의 오해를 피하기 위하여 “에서 생활할”을 “을 향유할”로 바꾸는 것도 생각해 보아야 한다. 곧 제35조 1항은 “모든 국민은 깨끗한(또는 인간다운) 자연환경을 향유할 권리를 가지며”로 바꾸는 것이 바람직하다. 둘째, 제35조 2항의 “환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다”는 표현은 “환경권의 내용에 관하여는 법률로 정한다”라고 바꾸는 것이 바람직하다. 왜냐하면 국민이 환경권을 가지는 이상 그 기본권의 내용(이것은 법률로써 구체적 범위가 정해질 것이다)에 따른 행사는 당연한 것으로 법률로써 환경권의 행사를 구체화할 어떤 이유도 없기 때문이다. 셋째, 현행헌법 제35조 3항은 환경정책과 사회보장정책을 혼동한 것이다. 왜냐하면 전통적으로 주택문제는 사회보장의 대상이기 때문이다. 우리 나라의 주택사정을 고려할 때 현행헌법 제35조 3항과 같은 내용의 규정은 반드시 필요하다. 그러나 그 위치는 환경권을 규정한 제35조가 아니라 사회보장의 근거규정인 제34조였어야 할 것이다.

다음으로 환경보호를 현행헌법에서처럼 사회적 기본권형태의 환경기본권으로 규정한 것으로 충분인가에 대하여도 검토해 보아야 한다. 사회적 기본권의 여러 가지 문제점을 차치하더라도 사회적 기본권은 호경기인 경우라고 하더라도 그 최소한이 보장될 뿐이며, 불경기인 경우에는 그나마 무시되는 것이 일반적인 경험이다. 그런가 하면 예외적인 경우라 하지만 주택건설을 핑계로 자연환경을 해하는 경우도 있고, 산이나 강가에 특히 고층아파트를 건설함으로써 자연경관을 파괴시키는 경우도 있으며, 이 때 환경기본권만으로는 무력하다. 따라서 현행의 환경기본권 외에 환경보호를 헌법의 기본원리⁴⁷⁾ 또는 국가목표규정⁴⁸⁾으로 다시 규정하는 것을 검토할 필요가 있다. 그를 위해서는 헌법전문에 “안으로는 국민생활의 균등한

47) 계획법, 헌법학(삼), 박영사, 1995, 177·178쪽은 “이러한 상황에서 우리도 제35조의 규정을 헌법의 기본원리로 격상시키는 문제를 신중하게 검토할 필요가 있다”고 한다.

48) 국가목표규정에 대한 최근의 중요한 연구로는 K.-P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997이 있다.

향상을 기하고 밖으로는”의 부분을 “안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 환경보호에 힘쓰며 밖으로는”으로 표현하는 방법, 헌법 제9조에 항을 신설하여 국가의 환경보호의무를 선언하는 방법, 헌법 제9조의 앞이나 뒤에 새로운 조항을 신설하여 국가의 환경보호의무를 선언하는 방법 등을 생각해 볼 수 있다. 이렇게 환경보호를 환경기본권 외에 객관적 법규범으로 규정하는 경우 중복을 피하기 위하여 헌법 제35조 1항 후단의 “국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”는 부분은 “국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”로 바꾸어야 할 것이다. 그러나 어떠한 경우에도 환경기본권을 삭제하고 그 대신 환경국가만을 선언하는 방법은 바람직하지 않다 하겠다. 왜냐하면 국가목표규정으로부터는 국민의 주관적 권리가 추론될 수 없으며, 그 결과 최악의 경우에는 헌법에 규정된 환경보호가 유명무실한 것으로 될 수도 있기 때문이다.