

최근 환경헌법 개정의 방향 및 법적 효과*

A Study on the Legal Effects of the Environmental Constitutional Amendment

한상운** · 서은주***

Sangun Han · Eunju Seo

요약: 본 논문은 현행 환경권 규정의 한계를 보완하기 위한 헌법적 대안을 제시하고, 그 법적효과를 검토하였다. 헌법적 대안은 2018년도에 보고된 '대통령 개헌안', '국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 조문시안', 그리고 '2018 KEI 환경헌법포럼 개헌안'의 환경조항을 비교·검토하여 도출하였고, 주요국 헌법의 환경조항도 검토하였다. 환경헌법 개정방향은 크게 '헌법 총강', '헌법 전문', '헌법 환경권'으로 구분하여 제시하였으며, 주요 결과는 다음과 같다. 첫째, 「헌법」상 기본원리로서의 환경국가원리를 헌법 총강에 수용할 것을 제안하였다. 이에 따른 법적 효과로는 헌법적 차원에서 사회통합이 강화되고, '객관화'된 가치로서의 환경보호가 가능해지며, 재판에 의한 환경보호 구현이 실현될 수 있다는 점 등을 제시하였다. 둘째, 생태적으로 지속가능한 발전의 원칙을 헌법 전문에 도입할 것을 제안하였다. 이에 따른 법적 효과로는 헌법 총강의 환경국가원리와 해석상 연계되어 모든 국가기관을 헌법적으로 구속하고, 미래세대의 환경권을 침해하는 정책의 시행이 어려워진다는 점 등을 제시하였다. 마지막으로, 환경권의 법률유보조항을 삭제하여 독자성과 구체성을 확보할 것을 제안하였다. 이에 따른 법적 효과로는 환경권 '행사'의 실효성 확보를 위한 환경집단소송·대표소송·시민소송 등 도입과 원고적격 확대 등의 입법임무가 도출되고 결과적으로 환경권의 개별적·독자적 권리성이 강화될 수 있음을 제시하였다.

핵심주제어: 개헌, 환경국가원리, 환경권 강화, 지속가능발전, 사회통합

Abstract: This study was conducted to derive and present the legal effects of the amendment of the environmental constitution in a proactive manner to provide guidelines for desired environmental constitutional amendment by comparing the Presidential Constitutional Amendment Bill, the proposal of the Constitutional Reform Advice Committee, and the proposal of the Forum on the Environmental Constitution of 2018. The desired revision of the environmental constitution is proposed as 'General Provisions of Constitution,' 'Preamble of Constitution,' and 'Environmental Rights Clause.' The results of the research were as follows. Firstly, the study suggested that the Principle of the Environmental State should be included in the constitutional amendment. The aforementioned constitutional amendment leaves a legal footprint that will strengthen the social integration at the constitutional level, allow environmental protection to become an 'objective' value, and implement environmental protection on the basis of a trial. Secondly, the study suggested that the principle of ecologically

* 이 논문은 한국환경정책·평가연구원이 2018년 수행한 「환경부문 개헌의 법적 효과에 관한 연구」 보고서의 내용을 논문화하여 수정·보완한 것입니다.

** 주저자, 한국환경정책·평가연구원 선임연구위원

*** 교신저자, 한국환경정책·평가연구원 연구원

sustainable development should be incorporated into the preamble of the constitution. The legal effects of this measure can be described as making all national institutions legally binding in accordance with the Principle of the Environmental State and stand against the implementation of a policy that may violate future generations' environmental rights. Lastly, the study suggested that the legal-reservation clause of environmental rights should be deleted to secure the identity and specificity of the environmental rights. The legal effects of this measure can be described as ensuring that the environmental rights will be exerted with reference to the introduction of an environmental class action, expansion of the standing to sue, and strengthening of environmental rights as an individual and independent right.

Key Words: Constitutional Amendment, Principle of Environmental State(UmweltStaatsprinzip), Strengthening Environmental Rights, Sustainable Development, Social Integration

I. 들어가며

1987년에 마지막으로 개정된 현재의 「헌법」은 지난 30년 동안의 변화한 사회적 가치와 시대상황을 담지 못하고 있다. 정부와 국회는 개헌의 필요성을 공감하고 각각 시민단체, 학계, 그리고 연구단체에서 추천받은 각 분야의 전문가로 구성된 위원회를 운영하였고, 그 결과 정부는 지난 3월 26일 국민헌법자문특별위원회에서 작성한 국민헌법 자문안을 토대로 대통령 개헌안을 발의하였다. 「헌법」에 환경의 어떠한 내용을 담을 것인가는 단순한 환경영역 내의 문제가 아니라 미래 한국사회의 방향을 정하는 매우 중요하고도 핵심적인 사안이다. 특히 규범력이 매우 약한 것으로 평가되는 현행 「헌법」상 환경권 조항을 재논의하고, 기본권 조항과는 또 다른 차원의 헌법원리로서 환경국가원리 조항이 필요한 시점이라고 판단된다. 따라서 지난 6.13 지방선거와 동시에 실시하는 것을 목표로 하였던 개헌안에 대한 국민투표는 무산되었지만, 환경분야 헌법조문 개정의 필요성과 현재까지 논의된 개정방안을 정리하고, 개정의 법적 효과를 사전에 검토·제시함으로써 향후 전개될 「헌법」 개정과정에서 환경분야의 시대적 요구사항을 반영하여 미래 국가구조의 친환경적 변화에 일조하고자 한다. 이 글은 그동안 정부, 국회, 그리고 학계에서 제시된 환경분야 「헌법」 개정조문을 검토하여, 바람직한 「헌법」 개정방향을 제시하고, 환경헌법 개

정에 따른 입법, 행정, 사법 등 국가정책 및 판례, 그리고 사회통합의 변화 가능성 등 법적·사회적 효과에 관하여 논의 토대를 제공하는 것을 목적으로 한다.

이 글의 주요내용은 다음과 같다. 첫째, 현행 환경분야 헌법규정을 검토하고, 그 법적 효과와 문제점을 주요 학설과 판례를 중심으로 검토한다. 둘째, 주요국 환경헌법 등 관련 규정을 확인하여 우리 환경헌법 개정을 위한 정책적 시사점을 확인한다. 셋째, 환경국가원리의 헌법규정과 환경권 강화, 지속가능발전 원칙 등 한국사회의 변화를 고려한 환경헌법의 바람직한 개정방향을 제시하고, 그에 따른 법적 효과가 무엇인지 기왕의 국내의 판례와 입법례를 중심으로 입법, 행정, 사법(헌법재판 포함)의 변화 가능성을 중심으로 검토한다.

II. 환경헌법 개정의 방향

1. 「헌법」상 기본원리로서의 환경국가원리 수용

헌법국가의 이념적 발전은 통상 개인의 안전의 보장, 법치국가를 통한 개인의 자유와 평등의 보장, 국가통치의 민주적 질서 확보 그리고 제2차 세계대전 이후의 분배적 사회국가의 출현이라는 네 단계를 거쳐 왔다고 평가된다.¹⁾ 그리고 기후변화, 에너지 고갈, 쓰레기 폐기물 등의 글로벌 환경위기는 이 이후 단계로 발전해야 할 필요가 있다.²⁾ 이에 따라 국제적으로 ‘자연의 권리’를 제도화하려는 노력이 진행 중이다. 에콰도르(Ecuador)는 2008년, 세계 최초로 “자연과 조화하면서 자연의 권리를 인정” 할 것을 명문화한 「헌법」을 채택했고,³⁾ 「니카라과(Nicaragua) 헌법」은 “최고의

1) Steinberg, R., 1998, *Der ökologische Verfassungsstaat*, p.41 이하; 김형성, 2017, “헌법원리로서의 환경국가원리,” 『한국환경법학회 제130회 정기학술대회』, p.7에서 재인용.

2) 김형성, 2017, 앞의 글, p.7.

3) *Republic of Ecuador constitution of 2008*.

그리고 보편적인 공통 선으로서, 또한 그 밖의 다른 모든 선의 전제조건으로서 어머니 지구”⁴⁾를 인정하고 있다.⁵⁾ 또 뉴질랜드에서는 원주민인 마오이족이 신성시하는 자연하천인 황거누이강(Whanganui River)을,⁶⁾ 인도에서는 갠지스강(Ganges River)과 야무나강(Yamuna River)⁷⁾에 대해 법적으로 인간과 동등한 법인격(legal personality)을 인정하고 있다.

이렇듯 많은 국가에서 미래세대를 포함한 인간과 그 밖의 다른 생명체들의 존재 기반인 자연가치의 위협에 대응하여, 자연환경 그 자체의 가치를 보존하려는 노력이 진행 중이지만, 우리의 「헌법」은 그에 대한 답을 제시하지 못하고 있다. 따라서 현행 「헌법」 환경권 조항의 구조적·법적 한계를 보완하고, 생명공동체의 구성원으로서 자연에 내재하는 근본가치를 책임을 다하여 수호하기 위하여 국가의 자연환경보호 의지를 「헌법」의 원리로 규정해야 한다.

「헌법」의 원리는 법질서의 규범적 기초 내지 근본규범을 뜻하며 일반적으로 ‘기본원리’, ‘지도원리’, ‘국가목표규정’ 등 다양한 방식으로 불린다. 우리 「헌법」은 「헌법」의 기본원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만,⁸⁾ 학계에서는 통상 ‘민주주의원리’(제1조), ‘사회국가원리’(전문(前文), 제10조, 제31조~36조, 제119조 등), ‘법치국가원리’(제12~13조 등), ‘권력분립원리’(제3~6장), ‘자유주의원리’(전문(前文), 제4조, 제12조, 제14~22조, 제37조 등) 등을 「헌법」을 지도하는 원리로 보고 있다.⁹⁾

우리 헌법재판소는 「헌법」의 기본원리에 대하여 “헌법의 이념적 기초

4) “The supreme and universal common good, and a precondition for all other goods, is mother earth” (Nicaragua’s Constitution of 1987 with Amendments through 2014, Article 60).

5) 박태현, 2018b, 환경보호와 헌법: 비교헌법적 관점에서, 『제3차 2018 환경헌법포럼』, p.15.

6) TIME, 2017.3.16., “New Zealand’s Whanganui river has been granted the same legal rights as a person,” KEVIN LUI.

7) The Guardian, 2017.3.21., “Ganges and Yamuna rivers granted same legal rights as human beings,” Michael Safi and agencies.

8) 김형성, 2017, 앞의 글, p.5.

9) 이종영, 2010, “환경보호에 관한 헌법의 개정방안”, 『국민과 함께하는 개헌이야기 1권』, 국회미래한국헌법연구회, p.786; 김형성, 2017, 앞의 글, p.6.

인 동시에 헌법 전반을 지도하는 지배원리로 기능하여 입법이나 정책결정의 방향을 제시하고, 공무원은 물론 모든 국민과 국가기관이 이들 원리를 존중하고 수호하도록 하는 지침이 된다. 또한 구체적인 기본권을 도출하는 근거로서는 부족하나 기본권을 해석하고 기본권 제한입법의 합헌성 심사 경우에 해석기준의 하나로 작용한다”¹⁰⁾라고 해석하고 있다. 이에 따르면, 우리 「헌법」의 기본원리로서 환경보호를 규정하는 환경국가원리를 도입한다면, 주관적 권리로서 환경권의 보호대상인 ‘환경’의 범위를 실현 가능한 범위로 실질화하고, 자연환경이나 생태계 등 객관적 가치로서 ‘환경’보호를 위한 국가의 환경보호의무를 강화할 수 있을 것이다. 환경권 규정 역시 인간은 물론 생태계, 자연환경까지 보호하는 환경국가원리에 의하여 그 실체적 권리성이 보다 강화될 수 있다.¹¹⁾

우리 학계에는 제35조 제1항 후단에서 ‘건강하고 쾌적한 환경’을 위하여 ‘국가와 국민이 환경보전을 위해 노력해야 할 의무’를 규정한 것이 환경보전을 목표로 제시한 것이고, 따라서 국가목표규정이라고 해석할 수 있다는 견해가 있다.¹²⁾ 이에 따르면 현행 환경권 규정은 환경 기본권의 보장뿐만 아니라 국가목표규정으로 파악될 수 있고, 이를 통해 환경국가원리가 도출된다.¹³⁾ 이 견해는 또한 「헌법」 제35조 제2항이 ‘권리 행사에 대해 법률로 정하도록’ 함으로써 국가가 보다 유연한 태도를 가질 수 있게 함과 동시에 여러 국가 정책적 과제와 국민의 기본권 보장이 고려되는 조화로운 권리행사를 예정하고 있다고 해석하여 환경권 규정이 단순한 권리행사규정이 아니라 국가목표 조항 내지 원리규정으로서의 특징을 내포한다고 보고 있다.¹⁴⁾ 그러나 이러한 헌법 해석론과 달리 헌법재판소를 비롯한 법원실무에서는 제35조를 국가목표 조항으로 보고 있지 않으므로 헌법 개정을 통해 환경국가원리를 국가목표조항 형태로 명시적으로 규정

10) 헌법재판소, 1996.4.25., 92헌바47 결정.

11) 한상운, 2017, “환경권 보장과 헌법개정,” 『KEI 포커스』, 5(10), p.18.

12) 김형성, 1998, “환경보전적 토지이용규제에 관한 검토,” 『환경법연구』, 20, p.94 이하; 김형성, 2017, 앞의 글, p.6에서 재인용.

13) 김형성, 2017, 앞의 글, pp.6-7.

14) 김형성, 2017, 앞의 글, p.6.

하는 것이 중요하다. 그리고 그 위치를 「헌법」상 ‘총강’ 조항에 두어, 조문의 편제상 ‘국제평화주의’(제5조)와 ‘국제법질서존중주의’를 선언하고 있는 「헌법」 제6조에 이어서 「헌법」 제7조에 환경국가원리 조항을 신설하는 것이 바람직하다고 판단된다.¹⁵⁾

2. 환경권의 독자성과 구체성 확보

현행 「헌법」상 환경보호가 1980년 제8차 개헌 때 도입되어 환경권 형식으로 지난 40여 년 동안 수용되어 온 이상, 일단 이를 유지하는 것이 현저히 불합리하다는 합의가 없다면 환경권 규정 자체를 삭제하는 것은 헌법 규범적으로나 헌법 정책적으로 바람직하지 않다.¹⁶⁾ 그러나 현행 환경권 규정은 다음과 같은 점을 고려하여 개정할 필요성이 있다.

첫째, 환경권은 자유권과 사회권과는 본질적으로 다르므로, 환경권을 사회권의 일종으로 해석할 수 있는 가능성을 차단하기 위하여 환경권 조항을 기본권 규정 편제상 사회권에 관한 조항과 함께 규정하지 않도록 이전 또는 개정을 고려해야 한다. 일반적으로 특정 기본권이 다른 기본권에 포섭되기 위해서는 기본권 간에 본질적인 공통성이 있어야 하지만 환경권은 자유권이나 사회권과는 본질적으로 같지 않다. 환경권은 개인의 환경권은 물론 인간 생존의 기초가 되는 자연환경과 생태계를 보호할 것을 요구한다는 점에서 사회권과 다르다고 보아야 한다. 또한 환경권은 환경에 영향을 미치는 인간(또는 국가)의 행위를 규제함으로써 실효성을 가질 수 있기 때문에 다른 기본권의 제한을 전제로 하는 기본권으로 이해해야 한다. 환경권을 사회권 또는 생존권으로 보는 학설은 대부분 현행 헌법규정의 구조상 환경권이 사회권 조항에 규정되어 있음을 암묵적으로 전제하여 환경권을 최소한의 인간다운 생활의 보장에 포함시켜 이해하고 있다.¹⁷⁾

15) 한상운, 2017, 앞의 글, pp.18-19.

16) 박태현, 2017, “생태헌법의 제안,” 『헌법, 환경을 어떻게 담을 것인가? 토론회』, pp.20-21.

17) 한상운, 2017, 앞의 글, p.15.

그러나 20세기 후반부터 중요하게 부각되고 있는 현대의 환경문제는 삶의 질은 물론이고, 생과사를 가름하는 중요한 요소인 경우가 많으므로 20세기 초에 나타나는 경제적·사회적 삶의 조건과 관련된 사회권과는 차원이 다른 내용을 담고 있다.¹⁸⁾ 따라서 환경권은 사회권과 구별되는 독자적 기본권으로서 인정되어야 하며, 그 침해 양태와 관련하여 구체적 권리로 인정될 수 있어야 한다.

둘째, 환경권의 구체적 권리성을 확보하기 위해서 이를 부인하는 근거 규정으로 이용되는 현행 「헌법」 제35조 제2항의 법률유보조항을 삭제하거나 주요 내용과 행사는 헌법사항으로 개정할 필요가 있다. 이 조항은 입법자에 환경권 보장과 실현과 관련된 입법을 시행할 일종의 의무를 부과하고 있는 조항이지만, 동시에 법률이 정하지 않는 한 환경권 조항은 단지 추상적 권리에 지나지 않는다는 것으로도 해석할 수 있다. 따라서 환경권의 행사와 환경권의 주요 내용은 「헌법」에 보다 명확하게 규정하고 구체적인 내용을 법률규정사항으로 유보하거나, 혹은 법률유보조항 자체를 삭제해야 한다.

셋째, 「헌법」 제35조 제3항의 ‘쾌적한 주거생활’ 보장 조항은 주택문제를 규정한 것으로서, 이는 사회보장의 대상이므로, 사회보장의 근거규정인 제34조 등으로 조문위치를 바꾸어야 한다.¹⁹⁾

3. 생태적으로 지속가능발전 원칙 도입

과학의 발달과 소비의 성장으로 지구환경 자체의 위기가 도래한 오늘날, 현세대의 인간중심주의적 헌법가치질서를 완화하고 인류사회의 지속가능성을 확보하기 위해 「헌법」에 지속가능발전의 원칙이 수용될 필요가 있다.

‘지속가능발전(Sustainable Development)’이란 지속가능성에 기초하여

18) 한상운, 2017, 앞의 글, pp.15-16.

19) 정극원, 2010, 환경권의 바람직한 개헌방향, 『국민과 함께하는 개헌이야기 1권』, 국회미래한국헌법연구회, p.816.

경제의 성장, 사회의 안정과 통합 및 환경의 보전이 균형을 이루는 발전을 의미한다.²⁰⁾ 이 개념은 1987년 발표된 유엔(UN)의 ‘우리 공동의 미래(Our Common Future, Brundtland Report)’에서 처음 등장하였으며, 여기에서는 현재 세대의 필요를 충족시키기 위하여 미래세대가 사용할 경제·사회·환경 등의 자원을 낭비하거나 여건을 저하시키지 아니하고 서로 조화와 균형을 이루는 것으로 정의되었다.²¹⁾ 지속가능발전 개념은 이 이후에도 1992년의 리우선언, 2002년의 지속가능발전세계정상회의(WSSD)의 요하네스버그 선언, 2012년 UN 지속가능발전회의(UNCSD)의 UN 지속가능발전목표(SDGs) 설정 합의, 2015년 제70차 UN 총회에서 지속가능발전목표(SDGs) 채택과정에서 재확인 및 확산되고 있다.²²⁾

이러한 지속가능발전 개념이 「헌법」의 전문(前文)이나 환경권 조항에 수용되면, 지속가능사회 구현에 반하는 입법행위나 정책의 추진, 그리고 경제활동을 제재하는 근거가 될 수 있다. 그러나 우리나라에서는 경제성장의 지속성을 높인다는 전략적 수단으로서의 ‘녹색’ 개념을 차용하였던 전례가 있어, ‘지속가능발전’이라는 용어를 「헌법」에 그대로 수용할 경우, 인류사회의 지속성을 목표로 하고 환경과 경제, 그리고 사회의 통합균형을 범위로 하는 지속가능발전 개념이 아니라, 경제발전을 목표로 하고 환경은 그저 수단에 지나지 않는 것으로 왜곡하여 해석할 우려가 있다. 따라서 환경적으로 지속가능한 발전을 추구한다는 의미를 새기기 위하여, 예컨대 “생태적으로 지속가능한 발전을 추구한다” 등으로 수용할 것을 제안하는 바이다.

20) 관계부처합동, 2016, 『제3차 지속가능발전 기본계획(2016-2035)』, p.4.

21) UN, 1987, *Our common future*, pp.3-27; 관계부처합동, 2016, p.4에서 재인용.

22) 관계부처합동, 2016, p.4; 맹학균, 2018, “지속가능발전과 헌법,” 『제2차 2018 환경헌법포럼』, pp.11-14.

Ⅲ. 개정의 헌법적 효과

1. 헌법적 차원에서의 사회통합 강화

총강에 규정하는 「헌법」 개정안에는 “국가는 국민의 건강을 보호하고 자연환경을 보전하기 위한 정책을 추진한다”라고 규정하여 환경국가원리가 「헌법」상 기본원리로 기능하도록 하여 진정한 사회통합의 헌법적 토대가 구축될 수 있도록 하였다.

1) 환경갈등의 심화·확대

최근에 한국의 사회갈등을 조사한 보고서에 의하면 사회갈등의 상당수가 환경영역에서 발생하는 환경갈등이라고 한다. 인천 쓰레기 소각장 및 매립장 반대, 4대강사업이나 새만금사업 반대운동, 보령, 서천 등 대규모 화력발전소 운영중단 요구, 원자력발전소 건설이나 가동중단, 생태계 파괴, 종다양성 확보, 기후변화대응을 위한 온실가스배출 규제, 미세먼지 대응을 위한 교통과 산업시설의 규제, 수량과 수질 확보를 위한 지역 간 이해당사자 간의 갈등, 해양환경오염의 심화와 해양폐기물 처리의 책임분배, 토양환경의 오염과 정화 책임, 플라스틱 남용에 따른 심각한 환경오염, 생활방사능 물질 규제, 가습기살균제 등 화학물질 사용에 따른 환경보건상의 위험, 원자력발전소의 방사능 폐기물처리 문제, 환경부정의의 심화 등 아직도 우리 사회가 합의를 통하여 해결해야 될 심각한 과제가 전 사회영역에 산적해 있다.

이와 같은 환경갈등은 사회적·경제적 환경의 급속한 변화로 인하여 개발중심의 사고에서 사회가치의 다양성이 존중되는 환경·문화가치로 확대되어 종래의 정부 주도 대규모 국책개발사업 등은 추진력을 얻기 힘들게 되었다. 환경의식의 변화와 관련하여 최근 조사보고에 의하면 국민의 절대 다수는 경제개발보다는 환경개선을 중시하고 있음을 알 수 있는데, 그럼에도 불구하고 「헌법」과 법률 등 환경관련 법제도와 국가정책은 종래의

입장에서 큰 변화가 없다.

그러나 「헌법」상 환경국가원리를 규정하게 됨에 따라 국가적 차원의 환경보호를 위한 장기적인 환경정책의 일관성 있는 사업추진을 지속할 수 있게 하는 일관된 지침이나 거시적인 국가목적을 담아낼 수 있다. 환경국가원리는 ‘법원리(Prinzip)’로서 이것은 원리가 담고 있는 내용이 현실적은 물론, 법적으로 실현 가능한 범위 내에서 최대한 실현되어야 할 것을 명하는 규범이다. 즉 환경국가원리는 관련된 실정 법규법들과 연계되어 현실적인 조건 내에서 환경국가원리가 담고 있는 환경보전이 가능한 한 최대로 실현될 것을 요청하고 있는 이상적 당위(ideales Sollen)의 성격을 가진다. 즉 환경국가원리의 실현이 규범적·현실적으로 주어진 조건에 따라서 다양한 정도(degree)로 실현될 것을 의미하며, 그 실현을 위해서는 현실적 가능성뿐만 아니라 법적 가능성이 있어야 함을 의미한다.²³⁾

그리고 「헌법」상 환경국가원리는 국가구조원리이자 지도원리로서, 다른 「헌법」상 기본원리와 가치형량되어 국가정책의 구체적 방향과 내용을 형성하게 하는 지침이 된다. 위의 한국사회에서 발생하는 환경갈등의 사례에서 보았듯이 환경국가원리와 충돌되는 원리(예를 들면 법치국가원리)가 있는 경우에는 특정 환경갈등과 관련된 비중의 우열(dimension of weight) 또는 중요성의 정도(importance)에 따라 비중 또는 중요성이 큰 법원리를 적용함으로써 「헌법」차원에서 해결을 모색할 수 있다. 이제 헌법적 차원에서 가치형량을 통하여 그 해결의 커다란 방향을 제시할 수 있어야 한다.

2) 국가원리의 역사적 발전단계

국가원리는 역사의 흐름에 따라 다음과 같이 단계적으로 발전해 왔다.

첫째, “자유주의적 법치국가”에 따른 사회통합(제1단계)이다. 1789년 프랑스 혁명 이후 근대국가의 출현은, 그 시대의 사회갈등을 자유주의와

23) 문흥주·김형성, 1989, “비례성원칙과 기본권,” 『대한민국 학술원 논문집(인문사회과학편)』, 28, p.138.

법치주의라는 새로운 가치를 도입하여 사회통합의 방향을 제시한 자유주의적 법치국가가 헌법적 차원에서 사회통합의 제1단계라고 할 수 있다. 근대국가의 기본원리로서 법은 개인의 자유보장을 위한 수단으로서, 국가 목적을 위한 개인의 자유는 법에 의해서만 제한될 수 있다고 하여 자의적인 공권력 행사를 배제하고 있음은 오늘날의 시각에서도 매우 소중한 핵심적인 헌법가치이다. 그리고 개인의 자유보장을 위한 전제가 되는 기본권으로서 재산권보장사상도 오늘날에도 여전히 중요한 가치이다. 연혁적으로 환경보호를 위한 환경국가는 자유주의를 보장하기 위한 법치국가와 갈등구조로서 출발한다. 근대 입헌주의 국가에서는 자유보장의 전제로서 재산권은 절대불가침이라고 보았다. 그 이유는 개인의 자유는 법치주의에 의해서 보장되므로 의회에서 제정한 법률에 의해서 제한될 수 있기 때문이다. 그렇지만 재산권은 자유의 전제가 되는 기본권으로서(“재산 없이 자유 없다”) 재산권은 법률로서도 제한될 수 없도록 입헌주의를 채택하여 「헌법」에 그 불가침성을 명시하였다. 그 당시 민주주의에 의거하여 선출된 의회다수세력이라도 법률로서 자본가의 재산을 제한할 수 없도록 법률의 상위법인 「헌법」에 명기하는 것이다(헌법주의). 환경국가는 본질적으로 환경보호를 위하여 개인의 자유와 재산권의 행사를 제한할 수밖에 없다는 점에서 역사적으로 개인의 자유보장 수단으로서 출발한 법치국가(이를 “형식적 법치국가”라 한다)와 구조적으로 갈등관계일 수밖에 없다.

둘째, “사회적 법치국가”에 따른 사회통합(제2단계)이다. 개인의 자유도 인간다운 삶을 위한 최소한의 생존조건이 충족되지 않는다면 자유주의적 법치국가의 가치는 더 이상 존속될 수 없음을 알 수 있다. 그리하여 오늘날 법치국가는 사회적 법치국가일 수밖에 없다. 이것은 역사적으로 볼 때, 사회통합의 제2단계로서 사회정의를 추구하는 사회국가원리의 헌법적 수용으로 나타나며, 이를 통해 현대국가의 구조와 방향이 「헌법」상 정해진다. 현행 헌법재판소도 “결국 우리 헌법은 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서 사회국가원리를 수용하여 실질적인 자유와 평등을 아울러 달성하려는 것을 근본이념으로 하고 있는 것이다”²⁴⁾ 또는 “사유재산제를 바탕으

로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다”²⁵⁾라고 하였다. 1919년 독일의 바이마르공화국 「헌법」에서 확인할 수 있듯이 사회국가원리가 최초로 「헌법」에 수용된 이래로 자유주의적 법치국가는 최소한의 인간다운 삶을 보장하기 위한 사회적 법치국가(이를 “실질적 법치국가”라 한다)로 전환되었다. 즉 노동자의 생존을 보장하기 위하여 자본가의 재산권과 자유 제한은 불가피하며(재산권의 상대성), 이를 헌법적으로 뒷받침하고 있는 것이 사회국가원리이다. 오늘날 사회국가원리가 「헌법」상 기본원리로 편입(1919년 「바이마르 헌법」)된 이래로 100년이 경과되었지만 국민의 생존권 보장을 위한 사회적 법치국가의 길은 순탄하지 않았다. 그럼에도 사회정의 구현을 위한 헌법국가의 노력이 어느 정도 결실을 맺어 모범적인 사회통합을 이룬 국가들도 있다(대표적으로 북유럽국가). 만일 100년 전에 사회국가원리를 헌법원리로 수용하지 않았다면 기존의 전통적 법치국가들은 더 이상 유지존속이 어려웠을 지도 모른다. 역사적으로 살펴보았을 때 세계사적 이데올로기 흐름에 거역하는 국가나 사회는 퇴보하거나 종래에는 역사적 흔적으로만 남는다.

3) 환경·사회적 법치국가의 도래

오늘날 사회통합을 위하여 요구되는 국가원리는 “환경·사회적 법치국가”로서, 이에 의하여 환경갈등의 심화·확대에 따른 제3단계 사회통합이 이루어진다. 인간다운 삶을 살기 위한 최소한의 생존조건에 노동조건이 주된 관건인 시기가 20세기 초반이라면, 아직 이 시기에는 산업화로 인한 환경오염이 부분적으로 심각하였지만 노동자의 생존문제가 더욱 절실하

24) 헌법재판소, 1998.5.28., 선고 96헌가4 결정; 헌법재판소, 1998.8.27., 선고 96헌가22 결정; 헌법재판소, 2002.7.18., 선고 2001헌마605 결정; 헌법재판소, 2002.11.28., 선고 2001헌바50 결정 등.

25) 헌법재판소, 1996.4.25., 선고 92헌바47 결정 등.

였고, 환경문제에 대한 사회의식이 본격화되지 못하였다. 이와 같은 20세기의 사회적 법치국가도 자본주의에 기초한 시장경제질서를 앞세운 산업화로 인하여 소득수준은 어느 정도 향상되었지만 그 대가로 대기, 수질, 토양 등 환경오염이 심화되고 인간의 생존기반인 환경과 생태계가 파괴되었다. 그러나 20세기 중후반에 들어서자 노동문제와 더불어 환경문제가 새롭게 사회문제로 추가되면서 대부분의 국가에서는 환경보전의 필요성을 인식하고 다양한 환경정책을 시행하게 되었다. 그러나 '전통적인 환경보전이나, 개발로 인한 경제성장이나?'의 갈등은 단순한 사회 내 일부영역에 국한된 것이 아니라 오늘날 전국가적 영역에서 심각한 사회갈등으로 표출되고 있다. 21세기 현대 사회국가와 환경국가는 부정적인 시장주의의 확대에 따른 문제점 완화라는 공통의 과제를 부여받고 있다.²⁶⁾

환경은 인간생활의 기반을 이루는 물, 공기, 토양 등을 그 요소로 한다는 점에서, 심각한 환경오염은 인간의 생활을 기저에서 파괴하는 것이고, 생활기반이 무너진 상태에서는 개인의 삶에 핵심적이라고 할 수 있는 의식주와 자유보장의 문제가 사실상 아무런 의미를 가질 수 없다. 다시 말해 환경보전은 현대의 사회적 법치국가의 전제가 되는 가치라는 점에서 환경국가원리는 사회국가원리 및 법치국가원리와 분리되어 해석될 수 없다. 개인의 자유와 노동(조건), 복지의 보장은 국가나 사회적 강자로부터 사회적 약자에 대한 자유와 노동과 복지의 보장이어야 한다. 그렇다면 환경피해 역시 사회적 약자에게 집중되고 있는 현실은 환경부정의의 심화를 초래하고, 이를 타파하기 위해 현대의 환경국가는 정책적으로 사회적 약자를 주된 보호와 배려대상으로 한다는 점에서 종래의 사회국가의 사회정의와 연계될 수 밖에 없다(사회국가와의 연대).²⁷⁾ 최소한의 인간다운 삶을 영위하기 위한 조건으로서의 물, 대기 등의 환경보전은 환경국가원리의

26) Duit, A., 2016, "The four faces of the environmental state: environmental governance regimes in 28 countries," *Environmental Politics*, 25(1), pp.69-91.

27) 물론 환경국가는 인간세계의 영역만이 아닌 비인간적 영역인 생태계의 보전까지, 그리고 국내적 차원을 넘어 지구적 차원까지 고려하여 국가과제로서 다루어야 한다는 점에서는 기존의 자유국가나 사회국가와 그 차원을 달리한다.

본질적이고 핵심적 가치로서, 이것은 기존의 사회국가나 법치국가의 전제가 된다는 점에서 당연히 다른 헌법적 원리보다 우월한 가치를 갖는다. 다만 환경국가원리의 본질적이고 핵심적 가치가 훼손되지 않는 범위 내에서 다른 「헌법」상의 기본원리와 가치형량되어 구체적이고 통일된 헌법체계를 구축하게 된다.

이와 같이 「헌법」상 환경국가원리를 통하여 헌법체계가 구축될 때 비로소 진정한 의미의 헌법적 차원에서의 사회통합의 3단계로 나아갈 수 있다. 이를 일응 현재의 사회적 법치국가와 구별하여 “환경·사회적 법치국가” 또는 “환경적 법치국가”²⁸⁾라고 할 수 있으며, 이미 이와 같은 통합을 이룬 모범국가군으로는 북유럽국가 등이 있다.

환경갈등은 자본주의로 인하여 발생하는 문제에 대한 대응이라는 점에서 역사적으로 19세기에 자본과 노동의 대립갈등과 본질적으로 궤를 같이한다. 따라서 초기 자유주의의 배경이념인 전통적 법치국가원리는 역사적 시대 순으로 노동갈등의 배경이념인 사회국가와의 갈등 구조에서 그 해결책으로 “사회적 법치국가”로 수정되었고, “사회적 법치국가”는 환경갈등의 배경이념인 환경국가와의 갈등을 해결하기 위하여 “환경·사회적 법치국가”로 수정되어야 한다. 오늘날 헌법국가는 종래의 자유국가와 사회국가의 단계를 넘어서 환경국가로서의 과제까지 수행해야 하는 단계에 이르렀다. 이와 같은 “환경·사회적 법치국가”에 터 잡은 환경갈등에 관한 해결방향의 정립은 기존의 불필요한 이념적 갈등구조를 극복할 수 있으며, 그럼으로써 현대사회의 다양한 환경갈등을 극복하고 진정한 사회통합으로 나아가는 기반을 구축하는 토대를 형성할 수 있다.

28) 환경적 법치국가는 환경국가를 전제로 하는 법치국가를 의미한다. 환경국가원리가 인간의 생존기반으로서 물, 공기, 토양 등의 환경 이외에도 인간 이외의 생태계 지속성 확보라는 측면까지 고려하고 있으므로, 종래의 인간생존을 의미하는 노동조건 및 복지문제와는 차원을 달리하며, 광의로는 최소한의 생존권 보장을 위한 사회국가원리를 포함하고 있다고 볼 수 있다.

2. 「헌법」상 국가의 ‘환경’보호의무 강화

일반적으로 환경보호는 주관적 권리로서의 ‘환경권’ 보호와 객관화된 가치로서의 ‘환경’보호로 구별된다. 다만 종래까지의 법해석론에 의하면 환경보호의 문제는 주관적 권리로서의 ‘환경권’을 중심으로 그 보호에 관하여 논의되고 있다고 본다. 그러나 오늘날 환경문제에 적절히 대응하기 위해서는 주관적 권리로서의 ‘환경권’보호도 중요하지만, 그것보다는 공동체의 생존기반으로서의 ‘환경’을 중심으로 그 보호에 관한 논의가 더욱 중요하게 다루어져야 한다. 예를 들면 현행 환경책임과 관련하여 개인의 환경피해에 대한 피해배상책임과 구제를 다루고 있는 환경피해구제법이 시행(2016)되고 있지만 대규모 자연환경 훼손에 대한 배상책임 및 복구에 관한 법제는 입법흡결로서 시급히 추진되어야 할 입법사항이다.

현행 「헌법」상 국가의 환경보호의무와 관련하여 살펴보면, 첫째, 현행 「헌법」상 국가의 환경보호의무는 「헌법」 제35조 제2항에 의하여 명시적으로 인정되고 있다. 다만 국가의 「헌법」상 환경보호의무가 국가기관으로서 입법기관 이외에 행정·사법기관까지 구속되는지 문제가 될 수 있다.

독일은 “국가는 미래의 세대들에 대한 책임을 인식하고 헌법적 질서의 범위에서 입법을 통해, 그리고 법률과 법에 정해진 바에 따라 집행 및 사법을 통해 자연적 생활기반과 동물을 보호한다”라는 독일 「기본법」 제20조 a를 1994년 연방의회에서 가결시켰다. 개정 당시 연방의회보수파는 제20조 a는 헌법 적합적 질서의 범위 내에서 「헌법」상의 다른 가치와 동위로서 인정되며, 입법자는 이에 구속되지만 행정 및 사법권은 법률에 따라야 하며 헌법규정으로부터 독자적 판단을 도출할 수 없다고 하였다.²⁹⁾

한국의 현행 「헌법」 제35조 제1항은 “... 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”라고 규정하여, 독일 「기본법」과 같은 입법과 행

29) 개정 당시 연방의회 보수파는 입법자만 구속한다고 보았지만 이에 대해서 사민당(SPD) 등 야당은 입법자뿐만 아니라 행정과 사법 등 모든 국가기관을 구속하는 규정이라고 주장하였다(한상운, 2006b, “현행 헌법상 환경국가원리에 관한 연구,” 『공법연구』, 34(4), p.287-308).

정·사법을 구분하고 있지 않음에도 불구하고 독일과 마찬가지로 입법자의 환경보호 입법의무만 강조하고 있어 행정·사법은 사실상 「헌법」상 제 35조 제2항에 직접 구속되지 아니하는 태도를 유지하고 있다. 행정·사법은 환경보호를 위한 법규범의 존부에 따라 당해 법규범의 해석 여하와 그 적용에 관하여 소극적으로 집행과 판단을 하고 있을 뿐 환경보호를 위한 적극적 의무이행을 고려하고 있지 않다.

더구나 현행 「헌법」상의 환경보호를 위한 입법의무에 관해서도 헌법적 통제는 대단히 약화되어 있다. 입법의무 이행 여부와 관련하여 환경보호를 위한 특정 영역의 입법이 전혀 되어 있지 않는 극히 예외적인 “진정입법부작위”인 경우 헌법재판소는 이를 위헌이라고 판단할 여지가 있지만, 그 외의 입법은 되어 있지만 일정 부분 미진한 경우인 대부분의 “부진정입법부작위”인 경우에는 너무 적게 보호하고 있는 경우에 한정하여 의무위배라고 보는 “과소보호금지원칙”에 따라서 판단하고 있어³⁰⁾ 사실상 전적으로 입법자의 입법재량에 의존하고 있다고 평가된다.

환경문제는 개인 간의 단순한 사익충돌에 따른 사인 간의 분쟁을 본질로 하는 것이 아니라 환경보호라는 공익과 개인의 직업의 자유나 재산권 등 사익의 충돌의 문제라는 점에서 환경사법에 의한 해결로서는 한계가 있으며, 환경문제의 해결을 위해서는 환경공법, 즉 포괄적으로 환경보호를 위한 환경헌법이나 환경행정부에 의해 규율될 필요가 있다. 더구나 환경위험의 평가와 관리에 대해서는 보다 합리적으로 결정할 수 있는 행정부의 적극적 역할이 필요하다. 또한 환경보호라는 문제는 장기간에 걸쳐 일어나며 복잡하고 해결이 어렵다는 특징이 있으므로 법적 분쟁해결보다는 행정기관 상호간의 유기적인 협조를 통해 환경행정의 효율적 집행이 이루어져야 한다. 그럼에도 불구하고 경제정책을 입안하는 경제부처에 의하여 환경이익이 충분히 고려되지 않고 있어서 개발관련 사업의 계획이나 인·허가권이 경제부처의 권한에 속하므로 환경보호를 주관하는 환경부처

30) 환경권 보호를 위한 입법이 없거나 현저히 불충분하여 국민의 환경권을 과도하게 침해하고 있다면 헌법재판소에 그 구제를 구할 수 있다(헌법재판소, 2008.7.31., 선고 2006헌마711 결정).

의 주장은 소홀히 다루어지고 있는 것도 현실이다.

그러나 환경국가원리가 「헌법」에 규정된다면 「헌법」상 기본원리이므로 단순한 국가의 환경보호의무와 달리 입법기관은 물론이고 행정·사법기관을 포함한 기타의 모든 국가기관과 지방자치단체 및 기타의 공공기관도 구속할 수 있다. 「헌법」상 환경국가원리규정은 입법·행정·사법부가 환경에 대한 재량권을 행사하거나 또는 불확정 법개념을 해석할 때 근본적인 가치를 결정하는 직접적인 근거도 될 수 있다.³¹⁾ 환경국가원리에 따른 환경보전과 환경권의 최대한 보장원칙은 이를 위해 노력해야 할 국가의 헌법적 의무를 보다 더 강화된 형태로 변화시키고, 특히 환경규제의 정당성을 뒷받침해 주는 헌법적 근거로서 작동하며, 동시에 규제완화의 한계를 「헌법」상 엄격하게 설정해 주는 규범적 척도가 된다.³²⁾

국가적 차원의 환경보호를 위한 환경정책의 일관성 있는 지속적인 사업 추진을 위해서도 주관적 가치 보장을 전제로 한 환경권 규정은 일관된 지침이나 거시적인 국가목적을 담아낼 수 없고, 공공재로서의 객관적 가치를 지니고 있는 ‘환경’보호를 위한 기본원리에 의하여 거시적인 환경보전이라는 국가목적에 따라 일관된 환경정책이 이루어질 수 있다.

그리고 환경국가원리 규정은 행정영역으로 볼 수 있는 계획행정, 질서행정, 급부행정에 대해서도 환경보전을 위한 광범위한 영향력을 가지게 된다.³³⁾ 환경보호를 위한 계획입법은 「헌법」상 환경국가원리의 구현을 위한 기본적 사항이므로 「헌법」상 부과된 입법의무라고 보아 기본적인 환경계획입법을 하지 아니하면 「헌법」상 의무위반이라고 본다. 또한 환경입법이 마련된 뒤에도 환경위험의 사전예방을 위해서 입법자는 반드시 환경법률이 환경 현실에 대응하여 그 효력이 계속 유지되고 있는지 관찰할 의무가 있다. 이것을 독일 연방헌법재판소가 판례이론으로서 발전시킨 입법자의 「헌법」상 의무로서 ‘법률관찰(Beobachtung von Gesetzen)’이라고

31) 환경·에너지 법정책 센터, 2010, 『환경피해에 대한 권리구제를 위한 법리와 법정책·제도 연구』, p.41.

32) 환경·에너지 법정책 센터, 2010, 앞의 보고서, p.41.

33) 환경·에너지 법정책 센터, 2010, 앞의 보고서, pp.41-42.

한다. 이것은 현실에 있어서 급격한 과학기술의 발전으로 환경법률이 실효성을 갖지 못하는 경우에는 입법자가 해당 법률을 개선할 「헌법」상의 의무를 부담해야 한다는 것이다.³⁴⁾ 이와 같은 환경국가원리는 입법자에게 보다 구체적이고 강력한 환경보호를 위한 입법의무 및 목표를 제시함으로써 환경보호입법에 대한 입법자의 기본적 인식 전환을 요구한다. 즉 입법자는 현행 우리 「환경정책기본법」이나 「환경영향평가법」 등에 의해서 구체화되어 있지만 개별의 관련법규범에 환경보호를 위한 사전배려원칙과 원인자 부담의 원칙, 협력의 원칙 등의 보다 구체적이고 기본원리에 따라 입법의무를 수행하여야 할 의무를 부담한다.

오늘날 대규모 개발사업으로 인한 심각한 자연환경침해에 대한 환경보호는 위에서 언급한 「헌법」상 환경국가원리의 실현을 위한 구체적 원칙에 헌법 해석에 의하여 채워지고 이에 근거하여 보다 엄격한 위헌심사기준을 충족하는 경우에 한정하여 비로소 가능하다.

구체적 사례로서 4대강 사업은 특별법 등 법적 근거를 마련하지 않고 ‘마스터플랜’이라고 하는 일종의 행정계획에 의하여 시행되었는데, 대법원은 이와 관련하여 시민단체 등 국민이 제기한 법적 쟁점에 대하여 청구 기각을 함으로써 4대강이라는 대규모 환경침해적 사업에 대한 일종의 면죄부를 제공한 바 있다.³⁵⁾ 헌법재판소는 “4대강 사업 및 낙동강 사업은 단순히 하천의 점검·정비를 의미하는 ‘유지·보수’ 차원을 넘어 하천의 신설·증설·개량 및 보수를 의미하는 ‘하천공사’뿐만 아니라 하천 주변의 기타 부대공사 등을 포함하는, 국가하천을 둘러싼 종합개발사업으로서 ‘전체적으로 하나의 국가사무’”라고 하였다.³⁶⁾

대법원은 2009년 11월 제기되었던 4대강 사업 집행정지 신청사건에 대하여 2011년 4월 11일에 토지소유권 수용 등으로 인한 손해는 금전으로 보상할 수 없거나 금전보상으로는 참고 견디기 어려운 손해에 해당하지

34) BVerfGE 25, 1(12 f.); 49, 89(132 f.); 53, 30(58); 56, 54(78); 88, 203(310).

35) 감사원, 2018, 『4대강 살리기 사업 추진실태 점검 및 성과분석』, pp.1-2 참조; 대법원, 2015.12.10., 선고 2011두32515 판결.

36) 경상남도와 정부 간의 권한쟁의사건(헌법재판소, 2011.8.30., 2011헌라1 결정).

않는다는 사유 등으로 집행정지 신청을 ‘기각’하였고, ‘4대강 살리기 마스터플랜’에 대해서는 마스터플랜이 행정처분에 해당하지 않는다는 사유로 각하하였다. 또 ‘하천공사시행계획’ 등과 관련한 「하천법」, 「한국수자원공사법」, 「문화재보호법」, 「환경영향평가법」, 「국가재정법」 위반 및 재량권 일탈·남용 주장에 대해서는 기각한 바 있다. 2018 감사원의 감사결과 정부는 정당한 사유 없이 관계법령이나 규정을 위배하여 하천기본계획 수립과 환경영향평가 검토, 예비타당성 조사업무를 적절하게 수행하지 않았다고 하여 관련부처에 주의조치를 취하였고, 당시 국토부는 준설·보는 수자원 확보의 근본 대안이 되지 않는다고 검토하였음에도 이를 설치한 바 있다.³⁷⁾ 이와 같은 감사결과 등을 고려할 때 4대강 사업은 「헌법」상 환경국가원리(행정부의 4대강 등 환경보호의무 위배 등)와 법치국가원리(의회유보원칙 위배와 절차상 중대한 하자로 인한 적법절차 위배 등) 등에 위배될 소지가 매우 큰 사업이었음에도 불구하고 헌법 위반의 판단도 제대로 받지 않은 상태에서 국가가 주도하여 이를 시행하였다는 점에서 중대한 헌법 위반의 대규모 정책개발사업의 사례로 남게 되었다.

관련된 내용으로서 친수구역의 지정을 통한 하천공간의 활용은 「하천법」에 따라 입안하여 시행하는 것이 타당함에도 불구하고 「친수구역 활용에 관한 특별법」 제3조에 등에 따라 수변구역이 친수구역 지정에 따라 하수도정비기본계획 승인을 전제로 자동 해제됨으로써 4대강수계를 보전하기 위한 수계법을 사실상 무력화시켰다. 이는 하천의 개발을 하천 보전에 앞세우는 것으로, 환경국가원리에 따른 국가의 환경보호의무에 위배될 소지가 많다.³⁸⁾

오늘날 환경보호는 사전예방적 보호가 무엇보다 중요하고 이를 위한 국가의 환경정책은 국민 입장에서 가능한 범위 내에서 충분히 예측가능하여야 한다는 점에서 개별적 권리 규정만으로는 한계가 있다. 사전배려원칙은 환경국가원리의 실현원칙으로서 핵심적 가치를 지니고 있는데, 운하건

37) 감사원, 2018, 앞의 보고서, pp.11-20.

38) 박태현, 2018a, “환경분야 개헌의 필요성과 그 내용,” 『제1차 2018 환경헌법포럼』, p.15.

설의 신속성을 보장하기 위하여 환경영향성 및 재해영향성 검토절차를 간소화하는 특별규정을 두고 있는 「한반도대운하특별법(안)」이나, 개발사업의 인허가기관이 환경부장관을 대신하여 환경영향평가협의까지 할 수 있도록 정하고 있는 것은 환경영향평가에 대한 제3자에 의한 독립적 검토 및 협의라는 원칙을 무너뜨려 환경영향평가제도를 사실상 무력화함으로써 사전예방원칙이라는 환경국가원리의 핵심내용을 위반하고 있는 것으로 보인다.³⁹⁾

이와 관련하여 오래된 일본의 사례에서 하급심이지만 판시사항은 우리의 4대강 사업에 대하여 시사하는 바가 크다고 본다. 일본 에도(江戸)시대에 닛코우토쇼구(日光東照宮)에 심어진 높이 30m에 달하는 삼나무 가로수의 입구에 있는 으뜸삼나무와 그 부지를 수용하여 도로를 확장하는 사업에 대하여 닛코우토쇼구(日光東照宮)가 원고로서 제기한 일명 “으뜸삼나무 사건”에서 제1심법원은 “본건 토지가 가진 문화적 가치는 귀중한 것이며, 이것은 대체성이 없으며, 일단 상실되면 아무리 고액의 비용을 들이더라도 인간의 창조력만으로는 이를 복원시키는 것은 곤란한 반면, 도로사업에는 대체방법이 있다는 점, 그리고 행정편의주의적 도로확장사업으로 인하여 국민 공통의 이익이라고 할 만한 경관적·풍치적·종교적·역사적·학술적 문화가치의 중대성을 간과하였다고 하여 본사업인정은 위법한 것으로서 취소되어야 한다”라고 판시하였다(항소심도 위법하다고 판시).⁴⁰⁾ 이 사건의 판시사항에 따르면 4대강 사업은 졸속추진과 그로 인하여 잃는 4대강의 경관과 생태, 수질, 문화적 가치는 대체가능성이 없어서, 일단 상실되면 아무리 고액의 비용을 들이더라도 인간의 창조력만으로는 이를 복원시키는 것은 불가능함에도 국가주도의 행정편의적 사업수행으로 인하여 국민 공통의 이익이라고 할 만한 경관적·풍치적·종교적·역사적·학술

39) 「제18회 동계유니버시아드대회 및 제4회 동계아시아경기대회지원법」 제20조 위헌 확인 심판청구사건(헌법재판소, 1996.7.10., 96헌마220 결정); 박태현, 2018a, 앞의 글, pp.14-15에서 재인용.

40) 일본 우쓰노미야 지방법원(宇都宮 地裁), 1969.4.9., 판결; 일본 도쿄고등법원(東京高裁), 항소심 1973.7.13., 판결; 김세규, 2006, “우리 판례상에 나타난 자연환경보호에 관한 고찰,” 『공법학연구』, 7(4), pp.332-333에서 재인용.

적 문화가치의 중대성을 간과하였음을 이유(비례성 심사)로 환경국가원리에 정면으로 위반될 가능성이 있다.

3. 환경권 실현을 위한 소송상 권리구제 강화

헌법재판소에 의하면 현행 「헌법」상 “환경권은 건강하고 쾌적한 생활을 유지하는 조건으로서 양호한 환경을 향유할 권리이고, 생명·신체의 자유를 보호하는 토대를 이루며, 궁극적으로 ‘삶의 질’ 확보를 목표로 하는 권리이다. 환경권을 행사할 때 국민은 국가로부터 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 수 있는 자유를 침해당하지 않을 권리를 행사할 수 있고, 일정한 경우 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 요구할 수 있는 권리가 인정되기도 하는바, 환경권은 종합적 기본권의 성격”을 지닌다.⁴¹⁾

환경보호와 관련된 국가의 환경정책이 「헌법」에 위배되는지 여부에 관한 헌법재판은 위헌법률심판이든 헌법소원심판이든 그 유형을 불문하고 2가지로 구별할 수 있다. 첫째는 환경정책을 결정하는 과정에서 절차적 적정성을 위배하는 경우이고, 둘째는 환경정책이 실제적 적정성을 위배하는 경우이다.

먼저 절차적 적정성의 문제는 환경과 관련된 이해관계자에 대한 고지·통지나 청문절차에 위배되는 경우로서 이것은 현행 실정법상 「행정절차법」이나 「공공기관의 정보공개법」, 「환경영향평가법」, 「방사성폐기물관리사업의 촉진 및 주변지역의 지원에 관한 법률」 등에 규정된 주민의 절차참여 및 알권리보장에 관한 규정들에 의하여 규율된다. 이와 달리 실제적 적정성의 위배 여부가 문제되는 경우로는 i) 환경보호를 위한 각종 규제입법이 국민의 경제적 활동의 자유나 재산권을 과도하게 제한하는 경우, ii) 환경보호를 위한 입법 등이 지극히 상징적이고 추상적이어서 환경보호를 위한 실효성이 의심되는 경우나 환경침해를 방치하는 행정부작위

41) 헌법재판소, 2014.6.26., 2011헌마150 결정 등 참조.

인 경우이다. 전자의 경우에 해당하는 대표적 사례가 「도시계획법」 제21조의 그린벨트 조항에 대한 헌법불합치 결정이다.⁴²⁾

그러나 문제가 되는 것은 주로 후자의 경우라고 보아야 한다. 환경보호에 관한 상당수의 입법이 매우 상징적이고 추상적이어서 이를 그대로 시행할 수 없는 경우가 대부분이기 때문이다. 환경입법이 상징성을 강하게 띠고 있는 이유는 환경보호를 위한 과학기술적 정보의 부족과 과도한 비용부담, 그리고 경제성장에 많은 부담을 준다는 점 등을 고려하여 입법이 이루어지기 때문이다.⁴³⁾ 이와 같은 입법에 대해서 국민이 환경보호를 위하여 강구할 수 있는 실정법적 수단은 국가의 환경보호의무와 관련된 입법부작위를 이유로 헌법소원을 청구할 수밖에 없다.

그러나 헌법소원의 요건으로서 기본권 침해성이나 자기관련성 등의 요건을 충족하기가 어렵고, 더구나 환경권 자체의 구체적 권리성이 인정되지 않는 상황에서는 더욱이 침해되는 환경권을 인정하기란 거의 불가능하다. 게다가 환경보호에 관한 입법자의 광범위한 형성재량까지 고려한다면 헌법재판에 의한 환경보호의 구현이라는 국가적 과제는 실현하기가 대단히 어려운 실정이다.

대법원은 “환경권은 명문의 법률규정이나 관계 법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야만 인정되는 것이므로 「헌법」 제35조의 환경권을 근거로 방해배제청구권 등을 인정할 수 없다.”⁴⁴⁾라고 판시하면서 환경권의 구체적 권리성을 부인하고 있다. 그리고 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자가 해당 처분에 의해 자신의 환경상 이익이 침해받거나 침해받을 우려가 있다는 이유로 취소나 무효 확인을 구하는 경우에는 자신의 환경상 이익이 그 처분의 근거법규 또는 관련법규에 의하여 개별적·직접적·구체적으로 보호되는 이익, 즉 법률상 보호되는 이익임을 입증해야 원고적격이 인정

42) 헌법재판소, 1998.12.24., 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 결정.

43) 조홍식, 1999, “환경법 소묘 : 환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰,” 『서울대학교법학』, 40(2), p.338.

44) 대법원, 1999.7.27., 선고, 98다47528 판결.

된다고 판시한다.⁴⁵⁾ 다만, 그 행정처분의 근거법규 또는 관련법규에 그 처분으로써 이루어지는 행위 등의 사업으로 환경상 침해를 받을 것으로 예상되는 영향권의 범위가 구체적으로 규정되어 있는 경우에는 그 영향권 내의 주민들에 대해서는 특단의 사정이 없는 한 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 법률상 보호되는 이익으로 보아 원고적격을 인정하고 있으며(물금 취수장 공장설립 사건),⁴⁶⁾ 그 영향권 밖의 주민들에 대해서는 당해 처분으로 인해 자신의 환경상 이익에 대한 침해 또는 침해 우려를 입증해야만 법률상 보호되는 이익으로 인정되어 원고적격을 인정할 수 있다고 판시했다(레미콘공장 설립허가취소 사건).⁴⁷⁾ 이와 같이 관련 시설물의 설치로 인해서 인근 주민의 주거의 안녕과 생활환경에 구체적이고 직접적인 위해를 주는 경우, 즉 위험시설이나 혐오시설과의 거리나 위험발생의 가능성 등을 고려하여 원고적격성을 판단하고 있다.

현행 「헌법」상 판례에 의하면 구체적 입법 없이는 사인간의 환경침해에 대한 환경보호청구가 「헌법」상 기본권 규정으로서의 환경권에 관한 규정만으로는 인정되기가 어렵다. 더구나 「헌법」 제35조 제2항에서는 환경권의 ‘내용’뿐만 아니라 ‘행사’에 대해서도 법률유보로 규정하고 있어서 이를 권리제한적 법률유보나 ‘행사’ 여부 자체가 입법자에게 유보된다고 해석하여 환경권을 더욱 약화시킬 우려가 있다. 그리고 현행 소송제도는 개인주의적 분쟁을 전제로 하고 있어서 환경침해 등 집단적 분쟁해결에 구조적 한계가 있을 수밖에 없다. 이것은 환경분쟁이 소송제도에 의하여 해결되기보다는 집단시위 등으로 나타나게 되는 원인이기도 하다.⁴⁸⁾

그러나 개정안에서 제시한 환경국가원리는 환경보호와 환경권 보장을 그 핵심적 내용으로 한다. 따라서 환경국가원리의 수범자로서 헌법재판소

45) 대법원, 1997.7.22., 선고, 96다56153 판결; 대법원, 2006.3.16., 선고 2006두330 판결 등.

46) 대법원, 2010.4.15., 선고 2007두16127 판결.

47) 대법원, 2007.6.1., 선고 2005두11500 판결.

48) 집단분쟁의 실태에 대해서는 홍준형, 1995, “특집: 집단분쟁의 실태와 분쟁해결의 문제점-열린 사회를 위한 분쟁해결제도의 모색-,” 『법과 사회』, 12(1), pp.16-45 참조.

는 환경보호에 관한 국가의무규정에 대해서 그 구체적인 범위와 내용을 구체적 사례유형에 따라 제시함으로써 향후 헌법재판에 의한 환경보호의 기준정도는 제시되어야 한다고 본다.

또한 주관적 권리인 '환경권' 보호를 위한 헌법소원심판에 있어서는 장기적 계획입법이나 기술법적 특성을 띠고 있는 환경법 자체의 특성과 이러한 입법에 근거한 공권력 행사 또는 불행사는 구체적인 개인의 기본권 침해적 성격을 요구하는 헌법소원의 대상적격을 충족하기 어렵고, 설혹 충족한다고 하더라도 청구인 입장에서 특정의 공권력 행사나 불행사가 자기 자신의 환경권과 관련하여 침해의 직접성이나 자기관련성, 또는 현재성 등의 청구요건을 충족하기가 어렵다. 그러나 환경국가원리 실현을 위한 환경권 보장강화는 헌법소원 심판에 의한 환경권침해의 구제를 확대하기 위해 입법자는 대상적격성이나 당사자적격성, 청구요건에 대한 보다 완화된 심사가 가능하도록 입법개선을 하거나 환경문제에 적합한 독자적 소송구조를 정립할 입법과제를 부여받는다.

또한 입법자의 입법과 별개로 「헌법」상 환경국가원리에 따라서 사법부와 헌법재판소는 주관적 권리로서 환경권의 본질적 사항에 관해서는 입법의 유무와 내용에 상관없이 「헌법」상 구체적 권리성을 인정하여야 한다. 이와 달리 현행 「헌법」상 보충적·단계적으로 환경권의 구체적 기본권성을 인정하여야 한다고 주장하는 견해도 있는데, 이 견해에 의하면 1단계로 강행법규를 기준으로 문리적 해석상 환경권 성립의 요소를 검토하여 강행법규에서 당연히 보호되어야 할 제3자의 이익이 법규정의 흠결로 보호되지 않는 경우에, 제2단계로 당해 강행법규의 헌법합치적 목적론적 해석을 통해 입법흠결을 보충하고, 제3단계로 이와 같은 법규범의 해석을 통해서도 흠결을 치유할 수 없어서 제3자의 생명, 신체, 보건, 환경상의 중대한 법익이 침해되는 것을 방지할 수 없을 때에는 보충적으로 「헌법」상의 기본권 조항을 직접 적용하여야 한다.⁴⁹⁾

49) 장경원, 2011, “환경행정소송과 제3자의 원고적격(대법원, 2010.4.15., 선고 2007두 16127 판결을 중심으로),” 『환경법연구』, 33(2), p.371.

환경권의 행사와 관련하여 ‘행사’에 대한 법률유보 현행 규정상의 문구를 삭제하고 환경침해의 특수성을 고려하여 집단적 연대권의 특성을 드러낼 수 있도록 개정안을 제안하였다. 이는 환경권의 규정 자체가 함축하는 근본적인 내용이나 행사는 헌법적 보호사항으로서 국민이 환경권을 가지는 이상 그 기본권의 내용에 따른 행사는 당연한 것이므로 법률로써 환경권의 행사 여부를 구체화할 어떤 이유도 없기 때문이다.⁵⁰⁾ 또한 환경침해 특성을 고려하여 환경권 ‘행사’의 실효성을 확보하기 위한 환경집단소송, 대표소송, 시민소송 등의 도입을 위한 입법의무도 도출된다.

4대강 사건에서 보 설치 및 준설 공사로 인하여 수생태계와 자연환경 습지가 파괴되고 수달 등 보호종의 멸종이 예상된다는 생태계 파괴로 인한 손해 등에 대하여 “법률상 보호되는 특정인의 개별 이익에 대한 침해라고 인정될 수 있으려면 단순히 국토환경이나 생태계의 악화로 인한 환경상 이익의 침해라는 정도로는 부족하고 좀 더 구체적이고 직접적인 이익 침해나 침해의 우려가 있다고 할 수 있는 객관적 연관성이 제시되어야 한다. 그런데 신청인들에게 그러한 이익침해의 구체적 연관성이 있다는 점에 대한 소명이 없다”⁵¹⁾라고 하여 사실상 생태계 등 환경 자체의 훼손에 대해서는 누구도 사법구제를 청구할 수 없다는 입장이다. 그리고 「대기환경보전법」 제57조 등 위헌확인심판청구사건에서 헌법재판소는 이륜자동차에 운행자배출 허용기준을 설정하지 않아 환경권 침해라는 주장에 대하여 상위법령 위임에 따른 행정입법은 고도의 전문적 또는 기술적 정책사항이므로 행정청에 일정한 정책 형성의 재량이 인정되므로 환경권 침해를 부인한 바 있다.⁵²⁾

그러나 좀 더 환경권 침해구제를 강화하기 위해서 환경권에 관한 개정안에서는 “모든 사람”은 보다 건강하고 쾌적한 환경을 “함께 누릴 권리를 가지며”라고 하여, 첫째, 현행 「헌법」상 ‘국민’으로 한정하고 있는 부분을 ‘외국인’도 포함하여 그 주체성을 인정하도록 하였다. 이것은 앞에서 현재

50) 홍성방, 2005, 『헌법학』, 현암사.

51) 서울고등법원, 2010.6.25., 선고 2010루121 결정.

52) 헌법재판소, 2013.11.28., 2011헌마850 결정.

가 판시한 대로 환경권은 “생명·신체의 자유를 보호하는 토대를 이루며, 궁극적으로 ‘삶의 질’ 확보를 목표로 하는 권리”⁵³⁾라고 하였듯이, 환경권은 국가재정상태 등을 고려하여 기본권 주체를 ‘국민’으로 한정하고 있는 사회권과 구별되며, 더 나아가 생명·신체의 자유를 보호하는 토대로서 환경권의 독자적 권리성을 인정하고, 만인이 누려야 할 천부인권성을 「헌법」상 명시적으로 선언한 것이다. 둘째, 생태계나 쾌적한 환경에 관한 환경권의 개별적 권리성은 물론, “집단적으로 향유”하는 권리로서의 성격을 의미하는 개정안을 제안함으로써 개인으로서의 ‘인간’뿐만 아니라 단체도 환경권의 주체가 될 수 있도록 하여 개인뿐만 아니라 단체소송 등이 도입될 수 있도록 「헌법」상 근거를 마련함으로써 입법자에서 소송법 개정을 통하여 원고적격을 확대하도록 입법강제를 하기 위함이다.⁵⁴⁾

4. 미래세대를 위한 생태적으로 지속가능한 사회의 실현

환경국가원리의 실현을 위하여 국가의 환경보호의무와 환경권 강화는 자본주의에 따른 시장경제질서와 사유재산제도와와의 갈등을 일으킬 수 있는데, 이것은 국내적으로는 헌법원리적 차원에서 가치형량을 통하여 해소할 수 있으며, 전 세계적으로는 세계환경개발위원회(WCED)가 ‘우리의 공동미래’에서 정립한 ‘지속가능발전원칙’⁵⁵⁾에 의하여 해소할 수 있다. 즉 “미래세대가 스스로의 필요를 충족시킬 수 있는 능력을 저해하지 않으면서 현세대의 필요를 충족시킬 수 있는 발전”이라고 요약할 수 있다.

개정안 전문에는 “... 우리들과 미래세대의 생태적으로 지속가능한 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서”라는 규정을 명시함으로써 미래세대를 위한 생태적으로 지속가능한 국가의 환경보전의무를 헌법 해석에 의존하지 않고 보다 분명히 규정함으로써 국제사회의 합의로서

53) 헌법재판소, 2014.6.26., 2011헌마150 결정 등 참조.

54) 박태현, 2018a, 앞의 글, p.16.

55) WCED는 홍준형, 1997, “환경법의 기본원리로서 지속가능한 개발의 원칙,” 『공법연구』, 25(2), p.230 참조.

지속가능한 사회를 위한 헌법적 토대를 제공하였다.

미래세대의 지속가능성을 확보하기 위한 전문상의 개정안은 환경국가 원리와 해석상 연계되어 모든 국가기관을 헌법적으로 구속한다. 국가는 미래세대를 위한 환경정책을 집행할 의무를 부담하므로, 정권유지적 차원에서 현세대만을 위한 환심성 환경정책을 남발할 수 없고, 현세대 국민의 기본권을 침해하지 않더라도 미래세대의 환경권 침해적 정책을 시행할 수 없다.⁵⁶⁾

새만금간척사업 사건에서 법원은 “정부의 새만금사업과 관련하여 처분 당시 태어나거나 아직 태어나지 아니한 18세 미만의 미성년자들이 원고로서 처분취소를 구하는 소송에서 원고적격의 판단기준을 근거법규의 보호목적에 두고 자연환경보전법, 습지보전법 등은 처분 당시에는 제정되어 있지도 아니하므로 당해 처분의 근거법규 또는 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들의 근거법규에 해당될 수가 없고, 환경권은 명문의 법률규정이나 관계법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없어 법률상 보호되는 이익으로 인정될 수 없으며, 원고들이 주장하는 국제기구 선언, 국제협력 등은 처분의 근거법규 또는 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련 처분들의 근거법규에 해당하지 않는다”라는 이유로 원고적격을 부인했다.⁵⁷⁾

지속가능한 발전을 위해서 산업발전도 화석연료의 사용을 자제하고 효율성이 높은 에너지사용이 요구된다는 점에서 친환경산업의 활성화 또는 친환경적 생산방식의 정책적 도입 등이 강화되어야 한다.⁵⁸⁾

또한 환경국가원리에 의하여 생태적 환경지속을 국가과제로 한다는 점에서 종래의 생태적 환경국가로의 질적인 변화를 초래한다. 전통적인 국

56) Schulze-Fielitz, H., 1998, In H. Dreier Grundgesetz, Art. 20a Rdnr. 31.

57) 서울행정법원, 2001.7.25., 선고 2000구12811 판결.

58) 환경친화적 기술의 발전과 환경보호와의 긍정적 관계에 관해서는 Volker Hassemer, 1997, “Förderungspolitik der Umweltindustrie und der Verwaltungspraxis von Umweltfragen,” pp.127-138 참조.

가과제로서의 환경보호는 인간중심주의에 입각하여 경찰행정으로서의 환경정책수단이 인간의 생명·신체·자유라는 법익보호를 목적으로, 인간의 행태를 규율대상으로 삼는다. 이에 대해서 환경국가원리가 수용되면 자연을 위하여 인간의 행태뿐만이 아니라 자연 자체를 규율대상으로 삼는다는 점에서 종래의 인간중심 법태두리를 벗어나 생태적 헌법국가로서의 특성을 띠 수밖에 없다.

이와 같은 의미의 환경국가원리와 더불어 개정안 전문에 미래세대의 “생태적”으로 지속가능성을 확보하기 위해서 인간 이외의 생명체 등에 대한 동등한 헌법적 가치를 부여할 수 있는 제도적 장치가 헌법적 차원에서 제시되었다고 본다.

현행 「헌법」상 대법원은 자연이나 동물의 권리주체성과 관련하여 천성산 도롱뇽사건에서 “천성산 일원에서 서식하고 있는 자연물인 도롱뇽은 현행법상 자연 그 자체로서는 소송을 수행할 당사자능력을 인정할 수 없다”⁵⁹⁾라고 판시했다.

미국의 사례를 살펴보면, 미국은 국가환경정책법(NEPA)에서 “모든 미국인은 안전하고, 건강하며, 생산적이고 또한 윤리적, 문화적으로 쾌적한 환경을 보장을 받으며” 정부는 “... 중요한 ... 우리들의 국가적 유산인 자연을 유지하기” 위하여 “미래세대를 위한 환경의 수탁자로서 각각의 세대의 책임을 다할” 의무를 지고 있다(동법 제101(b)조)고 하고 있다. 또한 미국 사법부는 멸종위기종 보호를 위해 이들의 원고적격을 인정한 바 있다. 미국 연방대법원은 댐(Tellico) 건설로 인한 snail darter라는 어종의 멸종가능성이 「멸종위기종보호법」에 위반된다고 판단하고 엄청난 비용이 소요되어 마무리 공사 중이었던 댐 공사의 중지청구를 인용하였고,⁶⁰⁾ 하와이 주 연방지방법원은 하와이 주 정부가 하와이 섬에 위치하는 멸종위기 조류종인 팔리야(palila)의 서식지 내에 수렵용으로 많은 수의 야생염소와 양을 유지하기로 한 결정이 팔리야의 생존을 위협한다고 하여 시에라클럽

59) 대법원, 2006.6.2., 선고 2004마1148,1149 판결.

60) Tennessee Valley Auth. v. Hill, 437 U.S. 153. 1978.

등이 팔리야와 공동원고가 되어 주 정부를 상대로 제소한 사건에서 원고들의 청구적격성을 인정하고 인용 결정을 내린 바 있다.⁶¹⁾ 또한 캘리포니아 주 연방지방법원은 바다쇠오리(marbled murrelet)의 서식지인 태평양 목재회사 사유지 숲 벌목 허가에 대하여 환경정보보호센터(EPIC)이 바다쇠오리와 공동원고가 되어 제기한 벌목허가계획의 취소 소송에서 「멸종위기종보호법」을 근거로 바다쇠오리의 원고적격을 인정하고, 희귀종인 바다쇠오리의 생존에 위해를 줄 수 있는 방식으로 벌목해서는 안된다고 판시하였다.⁶²⁾

이와 같이 자연의 권리 등에 당사자 능력은 현행 법체계상 인정되기 어렵지만 환경권 개정안 제2항에는 “국가는 법률이 정하는 바에 따라 동물을 포함한 생명체를 보호하여야 한다”라고 규정함으로써 동물을 포함한 생명체의 국가보호의무를 명시하여 동물보호 등에 관한 헌법적 근거를 제공하였다. 더 나아가 입법자가 이와 같은 「헌법」상의 의무를 강력하게 추진하기 위하여 동물 등 자연의 권리에 대하여도 소송당사자 능력을 인정하는 입법개선의 헌법적 근거도 제공하였다. 다만 인간 이외의 동물 등 생명체에 대한 국가보호의무에 관해서는 환경국가원리와 연계되어 현행과 같이 최소한의 입법의무만이 아니라 가능한 범위 내에서 최대한 보장될 수 있도록 입법의무를 부과하는 것이다.

IV. 결론

이상의 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 「헌법」상 기본원리로서의 환경국가원리를 헌법 총강에 수용하여야 한다. 환경국가원리가 헌법 총강에 수용되면 모든 국가원리규정들이 그러하듯 국회의 입법행위와 전체 행정부처의 정책과정을 기속하는 효과

61) Palila v. Hawaii Department of Land and Natural Resources, 852 F. 2d 1106, 9th Cir. 1988.

62) Marbled Murrelet v. Pacific Lumber Co, 83 F.3d 1060, 9th Cir. 1996.

를 발휘하여, 국가는 모든 정책을 추진함에 앞서 공동체의 생존기반으로서의 ‘환경’을 고려하게 된다. 따라서 헌법적 차원에서 사회통합이 강화되고, ‘객관화’된 가치로서의 환경보호가 가능해지며, 재판에 의한 환경보호 구현이 실현될 수 있다. 현행 환경부 소관의 환경법령이 수백개⁶³⁾에 달하지만, 전 부처를 기속하는 법규가 없어 최근 전 국민적 현안인 미세먼지, 기후변화, 가습기 살균제, 라돈, 미세플라스틱 등과 같은 부처 경계를 넘나드는 문제를 환경부 소관법령만으로 대처하는 데에도 한계가 있으며, 관련하여 수많은 입법적 흠결과 하자가 산재되어 있다. 따라서 국회의 입법행위와 전체 행정부처의 정책과정을 기속하고, 이를 위반시 위헌으로 선언할 수 있을 헌법적 근거 규정으로서 “환경국가원리”의 헌법적 수용이 필요하다.⁶⁴⁾

둘째, 환경권의 법률유보조항을 삭제하고 환경권의 독자성과 구체성을 확보하여야 한다. 이는 환경권 ‘행사’의 실효성 확보를 위한 환경집단소송·대표소송·시민소송 등 도입과 원고적격 확대 등의 입법의무가 헌법상 도출되는 효과가 있다고 본다. 한국은 1970년대 이후 무분별한 국토이용 개발, 도시화정책 등으로 환경오염피해가 급증하기 시작하였고, 오늘날 환경분쟁이 심각한 사회문제로 대두되고 있다. 환경분쟁과 관련하여 먼저 국가 등 공공기관이 침해주체인 경우에는 공법적 구제수단이 작동될 수 있는데, 현행법상 「청원법」상의 청원이나 「헌법재판소법」 제68조에 따른 헌법소원, 「행정소송법」이나 「행정심판법」에 따른 행정쟁송, 또는 「국가배상법」에 따른 손해배상소송이나 손실보상, 그리고 환경형벌 법규에 의한 형사소송, 환경분쟁조정제도 등이 있다.⁶⁵⁾ 사법적 구제수단으로서는, 민사소송을 통해 불법행위에 따른 손해배상청구나 미래 오염발생이 예측

63) 2018년 7월 기준으로 환경부 소관의 수질·대기질·폐기물·화학물질·토양·자연환경 등 분야의 환경법령은 모두 231건에 달함(국가법령정보센터, 환경부 소관 법령, [2019.2.10]).

64) 고문현, 2017, “헌법상 환경권 개정안,” 『헌법, 인간과 동물, 환경을 담다, 환경권 개헌 토론회』, p.29.

65) 한상운, 2006a, “生態的 環境國家原理에 관한 研究：憲法解釋論을 中心으로,” 성균관대학교 박사학위논문, p.144.

되는 경우에 방해 배제 또는 예방 청구, 즉 유지청구(留止請求) 등이 있다.⁶⁶⁾ 그러나 환경침해 사례에서 이들 수단을 통한 구제에는 한계가 있다. 국가기관 등의 도로, 골프장 또는 리조트 개발사업에 따른 환경피해나 생태계 파괴를 예방하기 위해 이들 사업의 인허가의 취소를 구하는 행정소송에서, 법원은 원고적격성을 엄격하게 해석하여 소제기 자체를 거의 차단하고 있고, 제소대상의 처분성이나, 이행소송과 예방적 부작위청구, 집단소송과 주민소송의 문제 등과 관련하여 적절한 해답을 제시하지 못하고 있다.⁶⁷⁾ 민사소송의 경우에는 소송비용이 너무 높고, 오염배출원과 인과관계의 입증이 어려우며, 환경피해의 위법성을 인정받기가 어려운 문제 등이 있어 환경침해 및 피해구제 문제를 해결하는 데 한계가 있다.⁶⁸⁾ 학설은 종래의 법 이론과 비교하여 새로운 이론들이 제기되고 있으나, 아직까지 대법원이나 헌법재판소의 판례는 종래의 법 이론만을 수용하고 있는 것이다.⁶⁹⁾

이는 「헌법」상 환경권 규정 자체에 내재한 한계점과 환경권의 효력과 범위에 대한 판례의 입장이 소극적인 것과 무관하지 않다. 예를 들어 사법적 구제와 관련하여서 환경침해가 사인에 의하는 경우가 일반적이라고 보면, 헌법적 측면에서도 기본권으로서 환경권의 대국가적 효력보다 대사인 효가 더욱 중요하다고 보이지만 구체적 입법이 없는 경우라면 사인에 의한 환경침해가 있어도 기본권으로서 환경권에 의하여 구제되지 못한다.⁷⁰⁾ 따라서 구체적 입법이 없는 경우라면 국가 등 공법인이나 사인에 의한 환경침해가 발생하여 이로 인해 국민이 환경권 침해를 받았더라도 「헌법」상 환경권에 근거하여 구제되기 어렵다.⁷¹⁾

“「헌법」 제35조 제1항의 환경권을 기본권의 하나로 승인하고 사법의

66) 한상운, 2017, 앞의 글, p.7.

67) 한상운, 2010, 『환경책임과 환경피해보험제도의 제도화 방안에 관한 연구』, 한국환경정책·평가연구원, p.33.

68) 한상운, 2010, 앞의 보고서, pp.30-33.

69) 한상운, 2017, 앞의 글, p.8.

70) 한상운, 2017, 앞의 글, p.8.

71) 한상운, 2017, 앞의 글, p.8.

해석과 적용에 있어서도 이러한 기본권이 충분히 보장되도록”하기 위해서는 환경권의 “보호대상인 환경의 내용과 범위, 권리의 주체가 되는 권리자의 범위 등을 「헌법」에 명확히”⁷²⁾ 규정해야 하지만 추상성을 갖추고 있어야 한다는 헌법의 특성과 입법기술상의 한계가 있다. 환경권침해구제와 관련하여 「환경정책기본법」이나 「환경오염피해구제법」 등 개별법에 명문화하는 방법이 가능하지만 종래의 법원의 소극적 판단에 비추어 보건대, 환경 관련 헌법조문을 좀 더 구체적으로 개정하는 방법과 더불어 오늘날 기본권으로서의 환경권에 대한 헌법재판소와 사법부의 인식을 보다 더 시대에 맞게 전향적으로 재검토되어야 한다고 본다.⁷³⁾

■ 참고문헌 ■

- 감사원, 2018, 『4대강 살리기 사업 추진실태 점검 및 성과분석』, (감사보고서), 서울: 감사원.
- 고문헌, 2017, “헌법상 환경권 개정안,” 『헌법, 인간과 동물, 환경을 담다, 환경권 개헌 토론회』, 국회의원회관.
- 관계부처합동, 2016, 『제3차 지속가능발전 기본계획(2016-2035)』, 서울: 관계부처 합동.
- 김세규, 2006, “우리 판례상에 나타난 자연환경보호에 관한 고찰,” 『공법학연구』, 7(4), pp.327-359.
- 김형성, 1998, “환경보전적 토지이용규제에 관한 검토,” 『환경법연구』, 20, pp.84-116.
- _____, 2017, “헌법원리로서의 환경국가원리,” 『한국환경법학회 제130회 정기학술대회』, 국회 입법조사처 대회의실 (국회도서관) 421호.
- 대법원, 1995.5.23., 선고 94마2218 판결.
- _____, 1997.7.22., 선고 96다56153 판결.
- _____, 1999.7.27., 선고, 98다47528 판결.
- _____, 2006.3.16., 선고 2006두330 판결.
- _____, 2006.6.2., 선고 2004마1148,1149 판결.
- _____, 2007.6.1., 선고 2005두11500 판결.
- _____, 2010.4.15., 선고 2007두16127 판결.
- _____, 2015.12.10., 선고 2011두32515 판결.
- 맹학균, 2018, “지속가능발전과 헌법,” 『제2차 2018 환경헌법포럼』, 서울 프레지던트호텔.

72) 대법원 1995.5.23. 선고 94마2218 판결.

73) 한상운, 2017, 앞의 글, pp.8-9.

- 문홍주·김형성, 1989 “비례성원칙과 기본권,” 『대한민국 학술원 논문집(인문사회과학편)』, 28, pp.121-157.
- 박태현, 2017, “생태헌법의 제안,” 『헌법, 환경을 어떻게 담을 것인가? 토론회』, 월드컬처 오픈코리아 W스테이지.
- _____, 2018a, “환경분야 개헌의 필요성과 그 내용,” 『제1차 2018 환경헌법포럼』, L타워.
- _____, 2018b, “환경보호와 헌법: 비교헌법적 관점에서,” 『제3차 2018 환경헌법포럼』, 프레지던트 호텔.
- 서울고등법원, 2010.6.25., 선고 2010루121 결정.
- 서울행정법원, 2001.7.25., 선고 2000구12811 판결.
- 이종영, 2010, “환경보호에 관한 헌법의 개정방안,” 『국민과 함께하는 개헌이야기 1권』, (pp.775-800), 서울: 국회미래한국헌법연구회.
- 일본 도쿄고등법원(東京高裁), 항소심 1973.7.13., 판결.
- 일본 우쓰노미야 지방법원(宇都宮 地裁), 1969.4.9., 판결.
- 장경원, 2011, “환경행정소송과 제3자의 원고적격(대법원 2010.4.15. 선고 2007두16127 판결을 중심으로),” 『환경법연구』, 33(2), pp.359-388.
- 정극원, 2010, “환경권의 바람직한 개헌방향,” 『국민과 함께하는 개헌이야기 1권』, (pp.801-818), 서울: 국회미래한국헌법연구회.
- 조흥식, 1999, “환경법 소묘: 환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰,” 『서울대학교법학』, 40(2), pp.320-357.
- 한상운, 2006a, “生態의 環境國家原理에 관한 研究: 憲法解釋論을 中心으로,” 성균관대학교 박사학위논문, 서울.
- _____, 2006b, “현행 헌법상 환경국가원리에 관한 연구,” 『공법연구』, 34(4), pp.287-308.
- _____, 2010, 『환경책임과 환경피해보험제도의 제도화 방안에 관한 연구』, (연구보고서; 2010-22), 서울: 한국환경정책·평가연구원.
- _____, 2017, “환경권 보장과 헌법개정,” 『KEI 포커스』, 5(10), pp.1-18.
- 헌법재판소, 1996.4.25., 선고 92헌바47 결정.
- _____, 1996.7.10., 선고 96헌마220 결정.
- _____, 1998.5.28., 선고 96헌가4 결정.
- _____, 1998.8.27., 선고 96헌가22 결정.
- _____, 1998.12.24., 선고 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 결정.
- _____, 2002.7.18., 선고 2001헌마605 결정.
- _____, 2002.11.28., 선고 2001헌바50 결정.
- _____, 2008.7.31., 선고 2006헌마711 결정.
- _____, 2011.8.30., 선고 2011헌라1 결정.
- _____, 2013.11.28., 선고 2011헌마850 결정.

_____, 2014.6.26., 선고 2011헌마150 결정.

홍성방, 2005, 『헌법학』, 서울: 현암사.

홍준형, 1995, “특집: 집단분쟁의 실태와 분쟁해결의 문제점 -열린 사회를 위한 분쟁해결 제도의 모색-,” 『법과 사회』, 12(1), pp.16-45.

_____, 1997, “환경법의 기본원리로서 지속가능한 개발의 원칙,” 『공법연구』, 25(2), pp.225-267.

환경·에너지 법정책 센터, 2010, 『환경피해에 대한 권리구제를 위한 법리와 법정책·제도 연구』, 과천: 환경부.

BVerfGE 25, 1(12 f.); 49, 89(132 f.); 53, 30(58); 56, 54(78); 88, 203(310).

Duit, A., 2016, “The four faces of the environmental state: Environmental governance regimes in 28 countries,” *Environmental Politics*, 25(1), pp.69-91, DOI: 10.1080/09644016.2015.1077619.

Marbled Murrelet v. Pacific Lumber Co, 83 F.3d 1060, 9th Cir. 1996.

Nicaragua's Constitution of 1987 with Amendments through 2014.

Palila v. Hawaii Department of Land and Natural Resources, 852 F. 2d 1106, 9th Cir. 1988.

Republic of Ecuador constitution of 2008.

Schulze-Fielitz, H., 1998, In H. Dreier Grundgesetz, Art. 20a Rdnr. 31.

Steinberg, R., 1998, *Der ökologische Verfassungsstaat*, Frankfurt: Suhrkamp.

Tennessee Valley Auth. v. Hill, 437 U.S. 153. 1978.

TIME, 2017.3.16., “New Zealand's Whanganui river has been granted the same legal rights as a person,” KEVIN LUI, <http://time.com/4703251/new-zealand-whanganui-river-wanganui-rights/>.

The Guardian, 2017.3.21., “Ganges and Yamuna rivers granted same legal rights as human beings,” Michael Safi and agencies, <https://www.theguardian.com/world/2017/mar/21/ganges-and-yamuna-rivers-granted-same-legal-rights-as-human-beings>.

UN, 1987, *Our common future*, New York: United Nations.

Volker Hassemer, 1997, “Förderungspolitik der Umweltindustrie und der Verwaltungspraxis von Umweltfragen” .

국가법령정보센터, “환경부 소관 법령,” [2019.2.10]

한상운: 성균관대학교에서 법학 박사학위를 취득하고, 현재 한국환경정책·평가원에 선임연구위원으로 재직 중이다. 환경권, 환경정의, 기후정의, 지속가능발전, 지방분권 등이 주요 관심분야이며, 이와 관련된 연구를 수행 중이다(swhan@kei.ac.kr).

서은주: 연세대학교에서 법학 학사 및 석사학위를 취득하고, 동대학 행정학 박사과정을 수료하였다. 현재 한국환경정책·평가연구원에서 연구원으로 재직 중이다. 주요 관심분야는 환경규제, 환경정의, 정책평가, 성과관리 등이다(seoeunju@kei.re.kr).

투 고 일: 2019년 06월 05일
심 사 일: 2019년 06월 10일
게재확정일: 2019년 06월 27일