인권정보자료실
G1.138.4

이 자료집은 콘라드 아데나워 재단의 후원으로 제작되었습니다

□ 연속기획 <헌법 다시보기> □

제4회

생명과 환경의 눈으로 헌법 다시보기

일시 : 2005년 9월 14일(수) 오후 2시
장소 : 국가인권위원회 배움터
주최 : 함께하는 시민행동 (http://www.action.or.kr)
후원 : 콘라드-아데나워 재단 (http://www.kaskorea.org)

주한독일콘라드아데나워재단
Konrad-Adenauer-Stiftung
전화 : 02-790-4774 팩스 : 02-793-3979
주소 : (140-210) 서울시 용산구 한남동 66-1 수영빌딩 301호
웹사이트 : http://www.kaskorea.org E-mail : kas@kaskorea.org

함께하는 시민행동 Citizens' Action Network
전화 : 02-921-4709 팩스 : 02-6280-7473
주소 : (136-045) 서울시 성북구 삼선동5가 100-4 시민공간 여울 2층
웹사이트 : http://www.action.or.kr E-mail : action@action.or.kr
후원 : 조흥 325-01-167213 (함께하는 시민행동)

G1.1384

❑ 연속기획 <헌법 다시보기> ❑

제4회

생명과 환경의 눈으로 헌법 다시보기

일시 : 2005년 9월 14일(수) 오후 2시

장소 : 국가인권위원회 배움터

주최 : 함께하는 시민행동 (http://www.action.or.kr)

후원 : 콘라드-아데나워 재단 (http://www.kaskorea.org)

개 요

연속기획 <헌법 다시보기>

제4회 "생명과 환경의 눈으로 헌법 다시보기"

- 일시 : 2005년 9월 14일(수) 오후 2시
- 장소 : 국가인권위원회 배움터
- 주최 : 함께하는 시민행동 (http://action.or.kr)
- 후원 : 콘라드 아데나워 재단 (http://www.kaskorea.org)

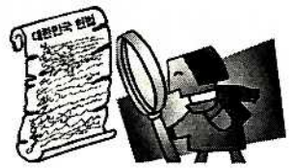
사회 : 김환석 (국민대 사회학과 교수, 시민과학센터 대표)

발표 : 1. 우리 헌법에서의 환경권 조항의 의미 -기본권 보장 혹은 환경보호?
: 최윤철(건국대 법대 교수)

2. 87년 헌법과 경제적 논의의 틀
- 경제민주주의로부터 후퇴할 것인가 전진할 것인가?
: 우석훈(초록정치연대 정책실장, 경제학 박사)

토론 : 1. 박태현 (환경운동연합 부설 환경법률센터 부소장, 변호사)

2. 김종남 (대전환경운동연합 사무처장, 여성환경연대 으뜸지기)



목 차

우리 헌법에서의 환경권 조항의 의미 : 최윤철 2

87년 헌법과 경제적 논의의 틀 : 우석훈 28

환경과 인간복지와의 연계성 : 박태현 45

부록 1 : 다른 나라 헌법의 생명·환경 관련 조항 47
아메리카합중국 헌법 47
독일연방기본법 47
일본국 헌법 50
스위스 헌법 51
조선민주주의인민공화국 헌법 58
유럽연합 기본권헌장 60

부록 2 : <헌법 다시보기> 무엇을, 왜 하나요? 62

부록 3 : 연속기획 <헌법 다시보기>의 주요 계획 66

우리헌법에서의 환경권조항의 의미
- 기본권 보장 또는 환경보호? -

최윤철 (건국대 법학과 교수)

I. 들어가는 말

최근 커다란 사회적 관심을 불러왔던 경부고속철도 천성산 구간 터널공사 저지를 위한 100일여에 걸친 단식투쟁을 하였던 지율스님, 위도의 원자력발전소 폐기물처리장 건설을 둘러싼 부안군민들의 반대운동, 서울 외곽순환도로건설에 따른 북한산 지역의 자연환경파괴에 대한 반대운동, 군 기지주변의 군용기 운항에 따른 소음 및 진동에 대한 지역 주민들의 항의 등 수많은 환경관련 사건이 발생하고 있다. 정부나 사업시행을 하는 업체들은 환경보호 때문에 국책사업의 효율적 집행 또는 재산권의 정당한 행사가 불가능하다고 주장하고 있는 것이 현실이다. 과거 70년대, 80년대 초의 상황과 현재를 비교하면 격세지감이 느껴진다.

현행헌법은 제35조 제1항과 제2항에서 각각 '모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.' '환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다' 는 환경과 관련한 내용을 규정하고 있다. 위의 헌법규정은 당초 1980년 제8차 개헌 헌법 제33조에 처음으로 규정되어 지금에 이르고 있고 학계 및 판례도 헌법이 보장하는 환경권에 관하여 환경권을 인간존엄성의 실현을 위한 매우 중요한 요소라고 하는 견해 및 판결들을 내 놓고 있다.

하지만 헌법이 환경권을 국민의 기본권으로 보장하여 국민들로 하여금 건강하고 쾌적한 생활을 영위할 수 있도록 보장하고 있음에도 불구하고 여전히 국민들은 국가의 환경보호정책이 미흡하여 환경이 파괴되는 것을 방치하고 있다고 주장한다. 국가가 앞장서서 환경을 파괴하고 있다고 주장하기도 한다. 그러한 또다른 한편에서는 지나친 환경보호우선정책으로 영업의 자유 등 다른 기본권이 중대한 제한을 받고 있다는 주장을 펴기도 한다. 그렇다면 우리나라의 헌법의 태도가 환경관련 문제에 있어서 타 국가들에 비해서 매우 획기적이고 주목할 만한 방법으로 환경문제에 접근하고 있음에도 환경관련 불만사항들이 쏟아져 나오는 것은 어떠한 이유인가? 헌법 제35조 각항에서 밝히고 있는 환경권의 의미 및 내용은 과연 무엇인가? 혹시 우리나라 환경권 조항은

단순히 우리 헌법의 우수성과 선진성을 포장하기 위한 장식에 불과한 것인가? 또는 헌법이 비록 환경권을 국민의 기본권으로 규정은 하고 있지만 그 내용이 지나치게 추상적이거나 불명확하여 해당 조항만으로는 누구를 위한, 무엇을 보호하고자 하는 지등을 알 수 없어서 국민들이 환경권을 주장하는 데 어려움을 겪는 것은 아닌 지? 등의 문제가 제기될 수 있다. 환경권의 이해 및 실현의 어려움에 관한 문제는 학설에서도 마찬가지로 경험하는 것이다. 즉, 헌법이 보호하고자 하는 환경에 대한 이해, 환경권의 의의, 환경권의 법적 성질, 환경권의 효력, 침해 시 구제방법 등에 관한 많은 논란이 있다.

이 글은 우선 환경보호와 다른 가치(기본권 등)사이의 갈등관계를 조망하여 본다. 이어서 환경의 일반적인 의의와 헌법 및 환경정책기본법이 규정하고 있는 환경의 의의를 살펴본다. 다음으로 환경권의 법적 성질을 살펴본다. 환경권의 법적 성질에 관한 문제는 환경권의 효력의 문제와 직접 연관이 되는 문제이다. 이어서 헌법 제35조 제1항 후단을 환경권이라는 기본권과의 관계 속에서 어떻게 이해하여야 하는가의 문제를 살펴본다. 헌법 제35조 제1항 후단은 '국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다' 라고 규정하는 데 이 조항의 의미가 독일 기본법의 태도처럼 국가목표조항으로 이해하여야 하는 가의 문제이다. 헌법 제35조 제2항은 국민이 환경권의 구체적 실현하기 위해서 매우 중요한 의미를 가진다. 이와 관련하여 입법자가 부담하는 환경권 구체화 법률제정의무와 관련한 문제를 살펴보고, 나아가 환경권의 적극적 침해 및 소극적 침해의 경우에 각각 어떠한 방법으로 권리의 회복을 구할 수 있는 지에 관하여 살펴본다. 마지막으로 환경권을 국민의 기본권으로 인정하고 있는 우리나라의 헌법태도에 대하여 비판적으로 고찰하여 보고, 문제점이 있다면 이러한 문제를 해결하는 방안은 없는 지를 살펴본다.

II. 환경보호과 다른 가치와의 관계 - 갈등?

현대 국가에 있어서 환경보호가 인간의 생존과 관련하여 얼마나 중요한 의미를 가지는 지에 대해서는 이미 주지의 사실이 되었다. 종래의 고전적 기본권과는 상당히 다른 특질을 가지는 기본권으로써의 환경권도 주장이 되고 우리나라의 경우에는 헌법에 국민의 기본권으로까지 규정이 되었다. 그러나 기본권으로써의 환경권과 기본권의 실현을 위한 환경보호가의 중요성이 강조되면서, 환경보호를 위해 국민의 다른 이익이

제한될 수 밖에 없는 갈등현상이 생겨나고 있다. 이론적인 측면에서도 이른바 환경국가(Umweltstaat)와 고전적인 법치국가(Rechtsstaat)사이에서의 갈등이 나타나고 있다.[1)]

각종 시설의 배출부담금, 개발제한 구역의 설정, 환경영향평가 등은 어떠한 시설을 특정한 장소에 하려는 다른 국민들에게 헌법이 보장하는 다른 기본권인 영업의 자유 및 재산권을 제한하거나 행사하지 못하도록 하는 기본권 행사에서의 중대한 제한을 의미하기도 한다. 환경보호가 환경권을 실현하는 전제이고 따라서 환경을 침해하거나 환경에 일정한 행위를 하는 행위는 환경권을 침해하기 때문에 금지된다는 주장은 환경권의 측면에서는 당연한 결론이다. 그러나 헌법은 기본권의 최대한, 최적 보장과 침해로부터의 보호를 규범적 바탕(법치국가)으로 하기 때문에 환경권과 다른 기본권의 보장 및 보호의 정도를 다르게 규정할 수는 없다. 기본권간의 우월관계가 부정되는 이유도 그러한 까닭이다. 결국 헌법은 기본권간의 갈등이 발생하는 경우 여러 가지의 방법을 통하여 그러한 갈등을 해결할 수밖에 없다.

환경보호 및 보전만을 최고의 선으로 삼는 주장을 이른바 생태주의라고 부른다. 그 중에서도 극단적 생태주의는 자연에 대한 인간의 일체의 행위를 부정(不正)으로 보고 이를 배척하는 경향을 보인다. 인간도 자연의 한 구성원에 불가할 뿐이며, 인간에게는 어떠한 경우에도 자연에 대한 우월적 지위도 인정할 수 없다고 한다. 이러한 입장에 따르면 자연에게 가하는 인간의 어떠한 행위도 정당화 될 수 없다. 극단적 생태주의는 우리 헌법에 합치되지 않음은 명백하다.[2)]

환경권과 다른 기본권과의 관계는 결국 환경보호를 통하여 무엇을 보호하기 위한 것인가의 문제로 귀결된다. 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있고, 헌법이 보장하는 모든 기본권은 궁극적으로 인간의 존엄성 실현에 기여하는 것으로 해석하는 한 환경권도 인간의 존엄에 기여하는 때에 기본권으로써의 의미를 가진다고 본다.

1) 최근 독일의 논의를 보면 환경국가와 법치국가사이의 갈등에 관한 부분을 주목하는 연구들이 나오고 있다. 가장 잘 정리된 것은 Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001.

2) 강현호 교수는 환경이라는 마녀의 수족이 되어서 국민의 기본권을 과다하게 제한하거나 박탈하는 것은 아닌지 심각하게 고려하여야 한다고 주장한다. 참고, 강현호, 「환경법의 기초에 관한 소고」, 『환경법연구』 제25권 제1호, 161면.

III. 환경권의 헌법적 성질(의미)

1. 환경의 의미

헌법이 보장하는 환경권의 내용을 파악하려면 우선 환경(環境, Umwelt, Environment)의 의미가 무엇인가에 대한 고찰이 있어야 한다. 환경을 자연환경으로만 이해하는 협의설[3)], 자연환경과 생활환경을 포함한다는 주장[4)]도 있다. 다수설은 자연환경 속에서 살 권리, 즉 자연적인 청정한 대기에 관한 권리, 깨끗한 물에 관한 권리뿐만 아니라 보다 좋은 사회적 환경에서 살 권리(교육권, 의료권, 도로·공원 이용권까지 포함) 등을 포함하는 입장이다.[5)]

그러나 헌법 제35조의 환경의 의미를 사전적 의미 또는 넓은 의미의 환경으로 이해할 수는 없다. 우리 헌법은 환경을 어떻게 이해하고 있는 지는 환경보호에 관한 국가의 기본정책을 정한 환경정책기본법을 통해서 엿 볼 수가 있다. 환경정책기본법에 따르면 환경은 자연환경과 생활환경으로 구분하면서 (제3조 제1호) "자연환경"은 지하, 해양을 포함하는 지표 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관을 포함)라고 정의하고 있다(법 제3조 제2호). "생활환경"은 대기, 물, 폐기물, 소음과 진동, 악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경(법 제3조 제3호)이라고 정의한다.

환경을 이해하는 입장에 따라 환경권의 개념과 그 범위가 달라지므로 환경의 의미를 정하는 것은 그 의미가 있는 것이다. 환경은 그 표현대로 한다면 인간을 둘러싸고 있는 인간의 의사와는 원래부터 그곳에 있어왔던 것을 의미하고 그러한 의미에서 자연환경을 말한다고 할 수 있다. 환경정책기본법이 말하는 생활환경은 본래 있어왔던 자연환경을 인간이 이차적인 작위를 가하여 산출해 낸 2차적 환경이라고 볼 수 있다. 또한 다수설 등이 주장하는 기타의 문화적, 사회적 환경 등을 모두 환경에 포함시켜 이해하면 인간과 관련한 모든 사항이 환경의 개념 속에 포섭이 될 수밖에 없다. 그러한 경우 문화국가(제9조)에 관한 사항, 교육을 받을 권리(제31조) 등 모든 기본권 및 헌법적 가치들이 환경 속에서 이해되어야 하고 환경에 관한 권리를 규정한 환경권은 모든 기본권의 상위에 차지하는 지위를 가지게 될 것이다. 따라서 환경의 의미는 자연

3) 홍성방, 헌법학, 현암사, 2005, 589면.

4) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 684면.

5) 김철수, 헌법학개론, 박영사 2004, 861면.

적 환경만을 의미한다고 보는 것이 타당하다고 본다.[6]

2. 환경관련조항에 관한 비교법적 고찰

환경에 관한 권리를 기본권으로 인정하고 이를 헌법에 규정하고 있는 예는 외국의 헌법사례와 비교하여 볼 때도 매우 획기적인 것이다. 환경권은 신군부가 집권을 한 이른바 제5공화국헌법에서 처음으로 헌법(1980년 헌법 제33조)에 규정되었다. 당시 제5공화국 헌법개정을 주도하였던 신군부가 환경권이라는 당시에는 아직, 아니 지금도 그 성질에 관하여 이론이 분분한 환경권을 헌법에 규정하여 국민의 기본권으로 인정하였다는 것은 신군부가 가지고 있던 환경에 대한 의식은 차치하고 우리나라의 헌정사에서 매우 고무적인 것이라고 할 수도 있다. 환경보호의 선진국이라고 할 수 있는 독일의 경우에도 환경에 관한 내용이 기본법에 규정된 것은 1994년에 이르러서였다. 하지만 독일은 환경에 관한 내용을 기본권으로서, 즉 환경권으로써 규정하지 않고, 이른바 '국가목표조항'으로써 규정하여 개인이 가지는 기본권으로서의 환경권은 인정하지 않았다. 언 듯 보기에 적어도 환경과 관련한 부분에 있어서는 우리나라 헌법의 태도가 독일의 경우에 비해서 매우 획기적인 것이라고 볼 수도 있다. 그에 관한 여러 가지 구체적 차이점은 후술한다.

현재 유럽연합 회원국들 사이에서 비준절차가 진행되고 있는 유럽연합 헌법초안도 환경에 관한 규정을 두고 있는데 유럽연합헌법초안은 환경에 관한 문제를 기본권 헌장에서 특히 연대(Solidarität)에 관한 장속에 규정하고 있다. 그러나 유럽연합헌법은 환경에 관한 조항을 기본권장에 규정하면서도 그 내용은 유럽연합 시민 또는 회원국들의 권리로써 규정하지 않고 고도의 환경보호 수준, 환경의 질적 향상이 유럽연합 정책에 편입되어야만 하며, 지속발전의 원칙에 따라 안전하게 보전되어야 한다고 규정하고 있다(유럽연합 헌법초안 Ⅱ-36조). 이러한 태도는 유럽연합 시민들에게 환경의 문제가 결국은 시민들이 질적으로 향상된 환경 속에서 생활할 수 있는 권리를 확인함과 동시에(기본권 장에 편입한 이유), 환경보호의 문제는 일차적으로 유럽연합의 정책적 과제임을 선언한 것으로 볼 수 있다(규정의 내용). 또한 환경규정을 기본권헌장 속에서 연대(Solidarität)의 장에 규정하는 것은 환경의 문제는 개인의 주관적 이익보다는 사회구성원의 연대에 의해서만 해결될 수 있다는 것을 선언한 것으로 이해할 수 있다(사회적 성격).

6) 같은 의견, 홍성방, 위의 책, 589면.

3. 우리나라 헌법 제35조 제1항의 성격

(1) 기본권으로 보는 견해

가. 의의

헌법은 환경권을 국민의 기본권으로써 규정하고 있다. 환경에 관한 사항 - 환경보호 등 - 을 규정한 헌법은 여러 국가의 사례에서 볼 수 있으나 이를 기본권으로 규정하고 국민들에게 보장하고 있는 우리나라의 헌법은 상대적으로 드믄 경우에 속한다.[7] 모든 국가들이 인간의 생존을 위한 기초로서의 환경의 중요성에 대하여 인식을 하고 있음에도 불구하고 여러 국가들이 환경에 관한 사항을 기본권으로 하지 않고 국가의 목표 또는 국가와 국민의 공동책임 등을 강조하는 태도를 보이고 있는 것은 환경권이라는 기본권의 성질을 명쾌하게 규정하기가 어렵다는 것을 역설적으로 보여준다.

우리나라 헌법은 제35조 전단에서 환경권을 국민의 기본권으로 규정하여 인정하고는 있으나 환경권의 개념 및 법적 성질을 둘러싸고 많은 견해의 대립이 보이고 있다.[8] 환경권의 법적 성질을 밝히는 것은 각각의 견해에 따라 환경권의 구체적인 효력의 차이가 발생하기 때문에 매우 중요한 것이라고 할 수 있다.

나. 환경권의 개념

환경권의 개념에 관하여는 좁은 의미로써 오염되거나 불결한 환경으로 말미암아 건강을 훼손당하거나 훼손당할 위험에 놓인 자가 오염되거나 불결한 환경에 대하여 책임이 있는 공권력이나 제3자에 대하여 그 원인을 예방 도는 배제하여 주도록 요구할 수 있는 권리라고 보는 견해가 있다. 이에 반하여 환경권을 넓은 의미로 파악하게 되면 위의 좁은 의미의 환경권은 물론 청정한 환경에서 쾌적한 생활을 누릴 수 있는 권리까지도 포함한다.[9] 이러한 견해에 따르면 오염되거나 불결한 환경의 예방 및 배제의 소극적 측면과 청정한 환경을 보전하고 조성하여 줄 것을 국가에 대하여 요구할 수 있는 적극적인 측면 모두를 담게 된다. 대체로 학설[10] 및 판례[11]는 우리 헌법 제

7) 환경보호를 헌법에 규정한 국가는 그리스, 인도, 이란, 스위스, 태국 등이 있고, 환경권을 직접 규정한 국가는 포르투갈, 스페인을 들 수 있다. 유럽연합 헌법초안도 환경권을 규정하고 있다.

8) 참조 홍성방, 앞의 책, 583면.

9) 권영성, 위의 책, 684면.

10) 권영성, 앞의 책, 684면 이하; 김철수, 위의 책, 858면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2005, 534면; 홍성방, 앞의 책, 583면 이하.

35조는 넓은 의미의 환경권으로 이해하고 있는 것으로 생각된다. 환경권을 헌법에 규정하고, 특히 환경권의 내용을 '건강하고 쾌적한' 한 환경에서 생활할 권리라고 규정한 우리 헌법의 태도는 환경권를 넓은 의미에서 이해하고 있다고 본다.

그러나 그러한 견해들 중에서 환경권의 내용을 역사적, 문화적 유산인 문화적 환경뿐 아니라 사람이 사회적 활동을 하는 데 필요한 도로, 공원, 교량 등과 같은 사회적 시설로서 인간 생활상 필요불가결한 사회적 환경도 포함됨은 당연하고, 교육환경 역시도 사회적, 문화적 환경에 속한다고 보는 견해[12][13]는 환경권의 내용을 지나치게 넓게 보는 것으로서 찬성하기 어렵다. 헌법 제35조의 환경권을 교육환경을 포함하여 문화적, 사회적 환경 모두를 포함하는 것으로 보게 되면, 환경권이 모든 기본권을 포괄하게 될 우려가 있다. 헌법이 보장하는 각 기본권은 각각의 성격과 의의가 있고 상호 보완하여 인간의 존엄성의 최적화에 기여하는 것이지, 기본권 상호간에 어떠한 기본권이 우위를 가져서 다른 기본권을 포섭하는 것은 인정할 수 없기 때문이다. 헌법 제35조의 환경권도 다른 기본권과의 관계에서 예외적일 수가 없다. 환경국가가 법치국가를 대체하려고 한다는 주장[14]이 설득력을 얻을 수 있는 것도 환경 또는 환경권을 지나치게

11) 예를 들면, 헌재 2001.01.18. 99헌마548 댐건설및주변지역지원등에관한법률 제35조 제1항 위헌확인 - 헌법 제35조에서는 "모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다."고 규정하여 환경권을 보장하고 있다. 이를 환경을 구성하는 중요요소 중의 하나인 물과 관련하여 볼 때, 오염에서 해방된 깨끗한 물에 대한 권리는 물론, 인간으로서의 존엄을 유지하기 위하여 필요한 정도의 유량을 공급받을 권리도 이러한 환경권의 한 내용으로 이해할 수 있을 것이다.
또는 헌재 1999.07.22. 97헌바9 자연공원법 제16조 제1항 제4호 등 위헌소원 - 헌법은 제10조에서 헌법이 지향하는 최고의 가치로서 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다."고 규정하고 있고, 제35조 제1항에서는 "모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다."고 규정하여 국민의 환경권보장과 국가의 환경보전의무를 선언하고 있으며.....

12) 예를 들면, 성낙인, 위의 책, 534면; 정극원, 「기본권으로서의 환경권과 국가목적규정으로서의 환경권」, 『공법연구』 제32집 제2호, 531면; 부산고법1995.5.18 95카합5 등의 견해 등

13) 특히 부산고법1995.5.18 95카합5 참조 -
헌법상 규정된 환경권은 사람이 인간다운 생활을 영위함으로써 인간으로서의 존엄을 유지하기 위하여 필수적으로 요구되는 것이므로 인간의 생래적 기본권의 하나로서 모든 사람에게 다 같이 보장되는 보편적인 권리로서의 성질을 가진다 할 것이고, 이러한 환경권의 내용에는 공기, 물, 일광, 토양, 정온 등 자연적 환경을 비롯하여 자연적 경관도 포함되고, 이러한 자연적 환경 이외에 역사적, 문화적 유산인 문화적 환경뿐 아니라 사람이 사회적 활동을 하는 데 필요한 도로, 공원, 교량 등과 같은 사회적 시설로서 인간 생활상 필요불가결한 사회적 환경도 포함됨은 당연하고, 교육환경 역시 사회적, 문화적 환경에 속한다 할 것이다.

넓게 보거나 환경에 대한 가치를 상대적으로 높게 두는데서 기인한다고 보인다. 헌법 제35조를 구체화하는 성격을 가지는 환경정책기본법도 "환경"을 자연환경과 생활환경으로만 구분하면서 (제3조 제1호) "자연환경"은 지하, 해양을 포함하는 지표 및 지상의 모든 생물과 이들을 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계 및 자연경관을 포함)라고 정의하고 있다(법 제3조 제2호). 그리고 "생활환경"은 대기, 물, 폐기물, 소음과 진동, 악취, 일조 등 사람의 일상생활과 관계되는 환경(법 제3조 제3호)이라고 하여 이른바 문화적, 사회적 환경은 환경권의 범위에서 배제됨을 소극적으로 보여주고 있다.

다. 환경권의 법적 성격

1) 자유권적 기본권으로 보는 견해

우리 헌법 제35조의 규정 태도에 따르면 환경권의 자유권적 기본권성을 부정할 수는 없을 것으로 생각된다. 만약 환경권을 자연적 환경의 보호를 그 주요 내용으로 하면서 건강하고 쾌적한 생활의 의미를 자연적 환경 속에서 자신의 삶을 영위하는 순수한 개인의 자유권(소극적 방어권)라고 본다면 국가가 자연의 변경을 가하는 적극적 개발행위(터널, 방조제, 택지개발 등)는 개인이 가지는 헌법상의 권리인 환경권을 침해하는 결과가 될 수 있고, 개인은 그러한 개발행위에 대하여 국가에 대한 부작위 청구를 할 수 있을 것이다.

2) 사회적 기본권으로 보는 견해

사회적 기본권은 인권의 활성화를 위하여 경제적·사회적·문화적 조건을 창출하여 줄 것을 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 권리를 말한다.[15] 즉 사회적 기본권은 그 실현이 국가의 급부행성에 의존하게 되며, 따라서 개인이 국가에 대하여 특정한 급부를 요구하는 청구권이 중심이 된다. 즉, 사회적 기본권은 국가에 대한 적극적 요구와, 이에 대응하는 국가를 통한 보장으로 구성이 된다. 헌법 제35조가 국민에게 보장하는 환경권도 사회권적 기본권의 하나로 이해되고 있다[16]().

14) Kloepfer,Umweltrecht, 2. Aufl., München 1998; 강현호, 위의 논문; 정훈, 「환경보호와 법치국가원리의 충돌」, 『환경법연구』 제25권 제2호, 431면 등; 법치국가와 환경국가와의 관계에 관한 자세한 내용은 Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001 참조.

15) 홍성방, 위의 책, 535면.

16) 우리 헌법 제31조 이하 제36조에 규정된 기본권을 학설은 우리헌법상에서 국민에게 보장된 사회

사회권적 기본권은 그 구체적 실현이 국민의 적극적 요구와 그에 상응하는 국가의 급부에 의해서 이루어지기 때문에 어느 일방의 조건의 충족만으로는 완전한 실현이 어렵다는 특징을 가진다. 이러한 사회권적 기본권의 특징과 관련하여 사회권적 기본권을 프로그램적 규정으로 보는 견해로부터, 추상적 권리로 보는 견해, 구체적 권리로 보는 견해 등 사회적 기본권의 법적 성질에 대한 다툼이 있다. 이는 환경권을 사회권적 기본권으로 보고 있는 우리의 경우에도 각 학설 및 판례에서도 여전히 보여 지고 있다.

환경권을 프로그램적 규정으로 보게 되면 환경권의 보장은 단지 선언적 의미만을 가지며, 그 구체적 실현은 단지 입법정책상의 문제에 불과하게 된다. 즉 국민들의 환경권 실현의 문제는 국가의 재량의 문제라는 결론에 도달한다. 환경권의 성격을 프로그램적 규정으로 보는 견해는 현재 찾아보기 어렵다. 국가가 환경권의 구체적 실현을 위한 어떠한 행위를 하지 않는 경우에도 국민은 국가에 대하여 어떠한 요구도 할 수 없다.

환경권을 추상적 권리라고 보는 입장에 따르면, 환경권은 국민이 추상적으로 환경권을 가진다는 것만을 규정하고 있고 그 구체적인 내용에 관하여는 아무런 규정이 없기 때문에 환경권의 구체적 실현을 위해서는 법적인 구체성, 즉 권리주체의 확정, 법익의 존재, 청구방법 등이 명확히 되어야만 환경권을 행사할 수 있다는 것이다. 따라서 환경권을 행사하기 위해서는 환경권의 실현수단 및 방법에 관한 내용을 정한 법률이 제정되어야만 한다고 본다.[17] 대법원은 환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 개개의 국민에게 직접적으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체 대상 내용 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다고 하여 환경권을 추상적 권리로 보고 있다.[18] 이에 대하여 환경권은 본질적으로 추상적 권리로서의 성격을 가지지만 국가가 최소한의 생존을 위한 환경, 최소한의 사회적 환경 등의 헌법적 의무를 이행하지 않은 경우에는 부작위를 이유로 헌법적 권리구제가 가능하다고 주장하는 절충적 입장도 있다.[19] 이에 따르면 환

적 기본권이라고 보고 있다.

17) 홍준형, 위의 책, 41면.

18) 대판 1995.9.15. 95다23378 ; 그 밖에도 대판 1997.7.22. 96다56153은 환경권은 명문의 규정이나 관계법령의 규정취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야만 인정되는 것이므로, 사법상의 권리로서의 환경권을 인정하는 명문의 규정이 없는데도 환경권에 기하여 직접 방해배제 청구권을 인정할 수 없다고 한다.

경권은 추상적 권리의 성격은 헌법재판 또는 입법형성에 의하여 추상성이 제거되기만 하면 구체적인 실현을 이루는 권리를 의미한다고 한다.

반면에 환경권을 실정법적인 법규로써 현실적인 청구권이 인정되는 구체적 권리로 보게 되면 헌법상의 환경권의 실현에 맞는 구체적인 입법의 제정을 입법자에게 의무지우고 그에 따른 예산조치를 하도록 하는 의무를 행정권에 지우며, 이러한 의무의 불이행에 대한(입법부작위 또는 행정작용의 부작위)위헌성을 법원에 청구할 수 있는 현실적·구체적 권리가 된다.

3) 종합적 권리설

환경권을 기본권으로서 인간의 존엄과 가치·행복추구권에서 파생된 기본권으로서, 자유권적 성격과 사회권적 성격을 모두 가지는 종합적 기본권으로 본다. 하지만 환경권을 인간존엄성 존중을 이념적 기초로 하는 종합적 권리라고 보는 이러한 주장도 환경권의 주된 성격은 사회적 기본권이라고 본다.[20] 다만 그 법적 성격을 둘러싸고 환경권이 추상적 권리인가 또는 구체적 권리인가에 관하여는 견해가 갈린다. 김철수 교수는 환경권을 자유권적 측면과 사회권적 측면을 나누어서 설명한다. 그에 따르면 환경침해배제청구권은 자유권으로부터 파생되므로 구체적 권리이지만, 환경개선청구권은 추상적 권리일 수밖에 없다고 본다.[21] 반면 권영성 교수는 환경권은 사회적 기본권으로서 불완전하지만 구체적 권리라고 한다.[22] 헌법재판소는 환경권을 헌법 제10조의 인간의 존엄성 유지를 위한 조건으로서 이해하고 있다.

(2) 국가목표조항으로 보는 견해

가. 국가목표조항의 의의

헌법이 규범으로서의 국가목표조항을 두는 이유는 지금은 확정할 수는 없지만 장래에 있어서 당면하게 되는 불확정의 현안문제들을 헌법적 차원에서 합리적으로 포섭하고 능동적으로 해결할 필요가 있는 경우에 이에 대한 이념적 방향설정과 구체적 내용결정의 필요성이 있는 경우이다.[23] 그러나 국가목표조항을 장래에 발생할 수 있거나

19) 예를 들면, 정극원, 앞의 논문, 535면.

20) 김철수, 앞의 책, 859면 ; 권영성, 앞의 책, 686면.

21) 김철수, 앞의 책, 859면.

22) 권영성, 앞의 책, 686면.

23) 정극원, 앞의 논문, 541면 참조.

예견할 수 있는 문제들에 대하여 규정하고 국가가 이를 확인한다는 정도의 선언적 의미로만 이해한다면 국가목표조항의 규정은 오히려 헌법의 규범력을 떨어뜨리는 효과만 가져올 것이다. 국가목표조항에 관한 이론적 기초를 제공한 독일의 경우에서도 그러한 점을 인식하여 국가목표조항은 단순히 선언적 의미를 가지는 것이 아니고, 어떠한 형태로든 국가행위에 대하여 명령과 지시로서 일정한 방향으로의 방향설정과 실질적 과제를 국가에 부여하는 것을 내용으로 한다고 한다.[24] 그에 따라 국가목표조항은 국가행위가 지속적으로 존중하고 충족하여야 하는 사실상의 목적으로 확정된 과제를 규정한 법적으로 구속적인 효력을 가지는 헌법규범으로 이해된다. 국가목적규정은 국가행위의 확정된 프로그램이며, 이는 국가 활동의 지침과 지시가 되면, 아울러 입법과 행정입법의 해석근거가 된다.[25]

나. 독일의 경우 - 비교법적 고찰

1) 독일 기본법 제20a조의 성격 - 국가목표조항

가) 의의

독일 기본법 제20a조는 국가는 또한 미래의 세대에 대한 책임을 지고 자연적 생활기반과 동물들을 헌법적 질서 범위 안에서 입법을, 법률과 법의 척도에 따라 행정 및 사법을 통하여 보호한다 라는 환경관련 기본 조항을 헌법에 규정하고 있다. 이 규정에 대하여 독일의 학설은 기본법 20a를 단순히 선언적 의미를 갖는 것이 아니고, 국가목표규정으로 보고 있다.[26] 국가목표규정이란 국가행위의 확정된 프로그램이며, 국가활동의 지침과 지시가 되며, 아울러 입법과 행정입법의 해석근거가 된다. 따라서 기본법 20a를 근거로 어떠한 주관적 공권도 주장할 수 없으며 환경과 관련한 결정에 대하여 소를 제기하거나 국가에 대하여 구체적인 급부요구도 할 수 없다. 국가목표규정은 전적으로 국가를 그 수범자로 하기 때문에 일반 국민은 환경과 관련한 국가의 작위 또는 부작위를 이유로 법원에 소를 제기할 수가 없다.[27] 따라서 환경보호는 헌법에서

24) Vgl. Maunz-Dürig, GG Kommentar, Bd. III, München 2005, Art. 20a, Rn. 27 u. 68.

25) Der Bundesminister des Innern/Der Bundesminister der Justiz(Hrsg.), Staatszielbestimmungen/ Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, Rn. 130 ff.

26) M. Kloepfer/T. Brandner, Umweltrecht, München 1998, S. 123 f.

27) M. Kloepfer/T. Brandner, a.a.O., S. 123.

보호하는 법익으로서 절대적인 법익이라기보다는 상대적인 법익에 속한다.

나) 환경조항 규정의 연혁

독일의 경우에도 1949년 헌법이 제정될 당시의 사람들은 생태 보호의무 등에 잘 알지 못했다. 기본법이 비록 환경법적인 면에 관한 면을 도외시 하지는 않았지만 그러한 인식은 환경보호를 일반적이고 실질적인 국가목표로써 헌법적인 표현으로 되어져야 하는 데에 까지는 이르지 못하였다. 그러나 환경보전 및 환경 속에서 살아가는 인간에 관한 인식의 전환과 환경파과 및 오염의 심각성을 인식하기 시작한 때로부터 환경관련 문제를 기본법에 어떠한 형태로든 규정허여 한다는 합의에 도달하였다. 그에 따라 이미 1981년 가을 독일 연방 내무성과 법무성에 의해서 조직된 '국가목표조항/입법주문' 을 위한 전문가위원회는 환경보호에 관한 사항을 기본법에 규정하고자 하는 것을 지지하였고 그 이후 1991년 3월 1일 구성된 연방상원(Bundesrat)의 헌법개혁위원회가 환경보호를 기본법에 규정하는 것에 관하여 언급한 바가 있었다. 연방의회와 연방상원도 1980년대 2기의 회기(제10, 11회기)에 걸쳐 환경보호를 기본법에 규정하고자 하는 입법정책적 시도를 하였다. 환경관련 조항의 헌법규정화 에 대한 장기간에 걸친 시도[28] 끝에 마침내 국가의 환경보호책임을 규정한 독일 기본법 제20a조는 1994년 10월 27일 헌법개정을 통하여 처음으로 기본법에 규정되고 1994년 11월 15일부터 그 효력이 발생하였다. 그 후 2002년 7월 26일 '자연적 생활기반' 이외에 '동물들' 을 추가하는 헌법개정을 하였다. 독일 기본법은 이 조항이 생기기 전까지는 기본권조항 또는 국가목적 조항 어느 곳에서도 국가의 환경보호의무에 관한 명시적 규정을 두지 않았다.

다) 기본권으로서의 환경권의 부정

환경조항의 기본권에로의 규정을 둘러싸고 어떠한 방식으로 규정하여야 할 것인가와 관련하여 많은 논란이 있었다. 녹색당은 주관적 공권으로서의 환경권을 기본법에 규정하기를 주장하였으나[29], 기본권으로서의 환경권을 인정하는 것은 기본권의 체계에 반한다는 이유로 연방의회와 연방참사원이 공동으로 구성한 헌법개정을 위한 공동위원회에서 거부되었다.

아울러 환경보호와 관련하여 생태계 보호 또는 생태학적 측면에서 개인들에게 환경

28) 기본권으로서의 환경권 규정시도와 국가목표조항으로서의 환경보호조항 신설에 관한 수많은 논의가 있었다.

29) Vgl. Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 20a Rdnr. 20.

보호에 고한 헌법상의 의무를 부과하자는 시도도 거부가 되었다. 첫 번째의 제안은 몇몇 주들이 제안한 것으로 기본권 행사의 생태적인 한계의 성격을 가지는 '생태계에 대한 주관적 의무' (subjektiven ökologischen Grundpflicht)에 관한 것이었다. 독일 기본법 제2조 제1항이 규정하고 있는 인격의 자유로운 발현도 자연적 생활기반을 침해하는 경우에는 생태적 기본권한계(ökologischen Grundrechtsschranke)의 관점에서 헌법상 직접 제한되어야 한다는 것이 주장의 주된 이유였다.[30] 다음 제안은 독일 기본법 제14조의 소유권 보장에 생태적 유보(ökologischen Vorbehalt)를 명시하자는 것이었다. 즉 제2항의 '소유권 행사의 일반적 복리(Wohl der Allgemeinheit)적합성' 의 의미에 '생명의 자연적 기반의 보호' 를 포함시키자는 것이었다.[31] 그러나 생태계에 대한 국가의 의무에 개별 국민들에 대한 의무의 부과를 하려는 시도는 공동위원회에서 지지를 얻지 못하였다. 결국 독일 기본법은 환경관련 조항을 환경권 또는 개인의 환경보호의무 중 어느 형태로도 규정하지 않았다.

독일 기본법이 기본권으로서 환경권을 규정하지 않은 이유들을 살펴보면 우선 생태적 최저생존을 위협하는 극단적인 예외상황을 제외하고는 환경권을 의미가 있고 체계적합적인 하나의 기본권으로써 구성하기 위한 법적, 사실적 전제가 결여되어 있다[32] 라는 주장이 있다. 또한 현실적으로 실현성이 없는 것을 약속하지 않는 것이 헌법의 신용을 위하여 오히려 바람직하다는 주장도 있다. 또한 인간 존엄적 환경(menschenwürdigen Umwelt)의 보호법익을 확정하기가 어려워서 기본권의 개별성 내지 구체성과 맞지 아니한다는 주장도 있다. 즉, 기본권은 비구속적이고 직접적인 사법적 결정성과 실행가능성에 의존하고(특징으로 하고) 있기 때문이다. 아울러 자연적 생활기반(natürlichen Lebensgrundlage)은 구체화할 필요가 있고 또 구체화 할 수 있으므로 국가목표로써 나름대로 설득력이 있으나 자연적 생활기반 자체도 기본권으로 보기에는 무리가 있다. 기본권으로서의 환경권은 기본적으로 어떠한 급부가 그 구성요건이 된다. 즉, 사회적인 참여권(Teilhaberecht)으로서의 구성요건을 가진다. 국가가 구체적인 책임을 부담하는 환경에 대한 급부 또는 위험예방보장의 본질이 무엇인지? 어떠한 방식으로 책임을 물어야 하는 지와 같은 사법적 형식으로는 해답을 내놓지 못하는 경우에는 기본권으로서의 의미를 가지지 못하는 한 환경권을 기본권으로 인정하기에는 어렵다고 하기도 한다.[33]

30) Vgl. Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 20a,Rdnr. 21.
31) Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 20a, Rdnr. 21.
32) Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 20a, Rdnr. 12.

라) 국가목표조항

독일 기본법 제20a조가 기본권으로서의 환경권이 아니라 국가의 활동범위를 정하고 구속하는 효과를 가지는 국가목표규정으로 보는 것에 대하여 학설은 일치된 견해를 보인다.[34] 따라서 기본법 제20a조를 근거로 어떠한 주관적 공권도 주장할 수 없으며 환경과 관련한 결정에 대하여 소를 제기하거나 국가에 대하여 구체적인 급부요구도 할 수 없다. 국가목표규정은 전적으로 국가를 그 수범자로 하기 때문에 일반 국민은 환경과 관련한 국가의 작위 또는 부작위를 이유로 법원에 소를 제기할 수가 없다[35]. 따라서 환경보호는 헌법에서 보호하는 법익으로서 절대적인 법익이라기보다는 상대적인 법익에 속한다. 이러한 점은 독일 연방 행정재판소도 자연적 생존근거의 보호에 관한 의무는 다투어 질 수 있는 주관적 권리의 주장을 위한 근거가 아니다. 이는 환경보호단체에게도 마찬가지로 적용된다. 환경보호단체도 환경보호의무의 불이행을 이유로 한 어떠한 소송도 제기할 수 없다고 하고 있다.[36]

그러나 독일 기본법 제20a조는 위에서 본 바와 같이 단순한 선언적 의미를 가지는 조항이 아니고 국가권력을 직접 구속하는 지침으로써 의미를 가진다. 즉 제20a조는 사회국가원리와 마찬가지로 입법자에게 변화하거나, 구체적인 상황 또는 사회상황의 요구에 따라 지속적이고 끊임없는 구체화할 과제를 부과한다. 또한 포괄적인 국가적인 과제, 형성과 질서화에 대한 위임 및 항상 새롭게 구체화하고 현재화할 것을 요구한다. 즉 국가는 모든 영역에서 스스로의 활동에 의하여 일정한 수준의 환경보전과 환경보호를 실현하여야 한다.

다. 우리 헌법 제35조 제1항 제2문의 국가목표조항 간주여부

1) 선언적 의미

위에서 국가목표조항은 국가 활동의 지침과 지시여서, 국가를 구속하는 실질적인 효력을 가진 헌법규범으로 이해하였다. 그렇다면 우리 헌법 제35조 제1항 후단은 이와 같은 국가목표조항으로 이해할 수 있겠는가? 헌법 제35조 제1항 제2문은 '국가와 국

33) Vgl. Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 20a, Rdnr. 12 ff.
34) M. Kloepfer/T. Brandner, a.a.O., S. 123 f.
35) M. Kloepfer/T. Brandner, a.a.O., S. 123.
36) BVerwG, NJW 1995, 2648(2649).

민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다' 고 하여 국가와 국민 모두에게 환경보전에 노력할 것을 주문하고 있다. 이 조항에 따르면 환경보전은 국가만의 과제가 아니라 국민 모두가 부담하여야 하는 것으로 되어 있다. 환경정책 기본법 제24조는 헌법의 내용을 보다 구체화하여 국가와 국민에게 자연환경의 보전이 인간의 생존 및 생활의 기본임을 인식하여 자연의 질서와 균형이 유지·보전되도록 노력할 것을 규정하고 있다.

해당 조문을 제정할 당시(1980년)의 헌법 개정자들이 헌법 제35조 제1항 제2문의 의미를 국가목표조항으로 인식하지는 않은 것으로 판단된다. 위에서 본 바와 같이 국가목표조항은 국가를 구속하는 효력을 가질 뿐이지 국민은 구속하지 않는다. 국민들도 국가목표조항을 근거로 자신의 주관적 권리를 주장하지 못한다. 따라서 국가와 국민 모두를 그 수범자로 정하고 규정하고 있는 헌법 제35조 제1항 제2문은 국가목표조항으로 볼 수 없다고 생각한다. 추측컨대 1980년 헌법개정자들은 동 조문을 통하여 환경보전이 오로지 국가를 포함한 모든 구성원의 연대가 없이는 불가능하다는 것을 인식하고 이를 헌법에 선언한 것으로 보인다.

2) 헌법 제35조 제1항 제2문의 의미

만약 이 조문이 실질적 효력을 가진다면 이 조문은 국가가 국민에 대하여서도 환경보호의무 및 그 책무의 이행을 요구할 수 있는 헌법적 근거가 될 수 있는가? 만약 이 국민은 환경보전에 노력하여야 한다는 규정을 근거로 국민들에게 일정한 적극적 행위를 요구한다면 이 조문은 국민의 기본권을 제한하는 효과를 가져올 것이다. 만약 그러한 해석이 가능하다고 하더라도 국민에 대한 환경보호에의 노력을 주문하는 것은 법률로써만 가능할 것이며, 그러한 경우에도 헌법상의 자유와 법치국가에 근거하는 비례성의 원칙(과잉금지의 원칙)이 그 한계가 될 것이다. 반대의 경우도 생각해 볼 수 있다. 국가는 환경보호를 위한 일차적인 책임을 지고 환경보호를 위한 법률 등의 제정과 집행을 하여야 한다. 그런데 국가가 환경보호를 위한 노력을 하지 않는 경우 국민들은 해당 조문을 근거로 국가에 대하여 일정한 작위 또는 부작위를 요구할 수 있는지도 문제가 될 것이다. 국가가 국민에게 환경보호의 노력을 요구할 수 있다면, 국민들도 국가에 대하여 더 높은 수준의 환경보호노력을 요구할 수 있어야 할 것이다. 또한 국민들 사이에서도 국민 상호간 환경보호노력을 주문할 수 있을 런지도 관심의 대상이다. 환경규정을 국가목표규정으로 보는 독일의 경우에도 환경규정의 기본권과의 관련성을 완전히 부인하지는 않는다. 즉 제20a조는 환경위험부담자의 입장에서는 기본권확장의 효과를 가지며, 환경위험제공자의 입장에서는 기본권 제한적 효과를 가지는 것으로 보고 있으며, 그에 따라서 현재는 헌법 직접적한계로서의 의미가 입법자에 의한 입

법적 조치의 의미보다 더 강하다고 보고 있다.[37]

아울러 국가와 국민의 환경보호 노력을 규정한 동 조문이 국가가 국민에 대하여, 국민이 국가를 상대로 하여 또는 국민 상호간 의무관계를 확인하고 주장하는 근거로도 될 수 없을 것으로 생각된다. 환경권의 성격이 사회적 기본권 또는 자유권적 성격을 아울러 가지는 종합적 기본권이라고 보면, 사회적 기본권의 적극적 성격, 자유권적 기본권의 방어권적 성격 모두를 가지고 있으므로 그 기본권의 성격상 당연히 국가에 대한 적극적, 소극적 요구 내지는 방어를 할 수 있다. 다만 국민들이 국민 자신의 기본권 실현을 위해서 국가가 국민들에게 환경보전을 위한 구체적 작위를 할 수 있다고 본다면, 환경권의 실현(제35조 제1항 제1문)을 위하여 환경보호의무를 이행하여야 한다는, 즉 권리실현을 위하여 동종의 의무를 동시에 이행하여야 한다는 결론에 이르게 되고 이는 주관적 공권으로서의 기본권의 성격에 부합하지 않는다.

(3) 환경권의 효력

가. 대 국가적 효력

환경권이 국민의 기본권으로 규정되어 있는 한 환경권은 기본권의 본질적 성격을 그대로 가진다. 즉, 자유권적 성격을 가지고 있는 환경권은 국가가 국민이 가지는 환경권을 법률적 근거가 없이 침해하는 경우 국민이 국가에 대하여 침해를 중지하는 등 침해배제를 요구할 수 있는 헌법적 근거가 된다. 예를 든다면 국가가 단지 공익적 목적을 위하여 정당한 법률적 근거가 없이 개인이 거주하는 지역의 자연환경을 훼손하는 경우에 개인은 국가에 대하여 그러한 훼손행위를 중단하고 원상회복을 요구할 수 있다고 보아야 한다. 침해배제요구는 헌법 제35조 제1항이 그 직접적 근거가 된다. 자유권의 성격상 당연한 결과이다.

환경권을 사회권적 기본권으로 보는 입장에서는 국민은 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경을 조성하여 줄 것을 요구할 수 있다.[38] 국가가 국민들로 하여금 환경권을 구체적으로 실현하는 입법을 하지 않거나 입법이 불충분하여 환경권의 실질적 실현이 사실상 어려운 경우에는 입법자의 입법부작위를 이유로 한 헌법소원이 가능할 것이다. 행정부가 국민들에게 건강하고 쾌적한 환경을 조성하지 않아서 국민들이 환경권을 침

37) M. Kloepfer/T. Brandner, a.a.O., S. 124.

38) 쾌적하고 건강한 환경의 의미에는 문화적·사회적 환경은 포함되지 않는다. 아울러 쾌적하고 건강한 환경은 우선 1차적으로 자연환경을 의미하고, 생활환경의 오염(환경오염)으로 자연환경이 훼손된 경우에 이러한 오염원을 제거하여 자연환경을 회복하는 것을 의미한다.

해당하거나 실현할 수 없게 되는 경우에는 행정청에 대하여 환경권 실현을 위한 구체적 행위를 하여줄 것을 요구할 수 있을 것이다.

나. 대 사인적 효력

현대 국가에서의 환경침해는 국가에 의한 침해보다는 오히려 사인들, 특히 이른바 거대 사인(대기업 또는 다국적 기업)에 의한 침해가 발생하는 것이 대부분이다. 환경권은 위에서 본 바와 같이 기본권의 주관적 성격이 약화되고 객관적 성질이 부각, 국가 및 개인들의 환경에 대한 권리와 상호간 의무가 부각되어 있는바 이러한 태도는 협력의 원칙을 확인한 것으로 볼 수 있다. 환경권의 객관적 성경은 사인에 의한 환경권의 침해의 경우 국가가 처음부터 개입할 수 있는 여지를 준다. 특히 환경훼손 또는 환경오염은 다른 개별 기본권의 침해와는 매우 다른 특징을 가지고 있다. 개별 기본권의 침해의 범위가 대부분 개별적 사인 또는 소규모인 반면에 환경권 침해의 경우는 침해의 범위, 피침해자의 수 등 그 침해의 양상이 대규모라는 점이다. 환경침해의 광범위 및 대량성은 환경침해가 그 회복이나 권리의 구제가 처음부터 공공성을 가질 수 밖에 없다는 것을 의미하며, 침해가 공공성을 가지는 한 국가가 개입할 여지가 있다. 실제 학설은 그러한 경우에 사인은 국가에 대하여 행정개입청구권을 통하여 행정청으로 하여금 환경침해의 주체에 대한 일정한 조치를 하여 줄 것을 요구할 수 있다고 본다.[39] 예를 들면 배출시설에서 배출되는 오염물질의 농도가 배출허용기준을 초과하는데도 관할 행정청이 아무런 조치를 취하지 않아 권리를 침해받는 주민이 행정청을 상대로 하여 개선명령 내지 조업중지명령을 발동할 것을 청구할 수 있는 지가 문제될 수 있다. 법령이 행정청으로 하여금 일정한 행정권발동의무를 규정하고 있고, 그러한 법령의 규정이 공익의 보호뿐만 아니라 사익도 보호하는 경우에는 행정개입청구권을 인정할 수 있다.[40]

4. 환경 법률주의와 입법자의 입법형성의 한계 - 헌법 제35조 제2항

(1) 의의

헌법 제35조 제2항은 '환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다' 고 규정

39) 행정청이 법상 주어져 있는 권한을 행사하지 아니하여서 자신의 권익을 침해당한 자가 자신의 이익을 위하여 행정권의 발동을 청구할 수 있는 권리.

40) 강현호, 앞의 논문, 158면.

하여 동조 제1항에서 보장하는 환경권의 내용과 행사는 법률로 정한다고 하여 환경권의 구체적인 내용과 그 행사방법에 관하여는 입법자의 몫으로 남겨두고 있다. 그에 따라 입법자는 국민들이 환경권을 구체적인 기본권으로서 향유할 수 있도록 법률을 제정하여야 할 의무를 진다. 헌법에 환경권이 규정되기 이전에도 입법자는 환경관련 법률을 제정하여 시행하여 왔으나 환경권이 헌법에 국민의 기본권으로 규정되고 그 행사와 방법을 법률로 정하도록 입법자에게 의무지우고 있는 것을 살펴볼 때 입법자는 환경권의 적극적 실현을 위한 내용으로의 입법을 하여야만 할 것이다. 그러한 의미에서 환경권이 단지 선언적 의미만 가지는 프로그램적 규정이라고 보는 견해는 설득력을 잃게 된다. 만약 입법자가 헌법의 규정에도 불구하고 환경권의 구체적 실현을 위한 법률을 제정하지 않는다면 입법자의 입법부작위를 이유로 헌법소원을 제기할 수 있을 것이다. 환경권을 구체화 하는 입법자는 법률을 제정할 때 환경 입법의 원칙인 사전배려의 원칙(Vorsorgeprinzip), 원인자 책임배제의 원칙(Verursacheprinzip), 협력의 원칙[41](Kooperationsprinzip)에 따라 하여야 한다.

(2) 헌법 제35조 제2항(환경법률주의)의 의미

입법자의 환경권 구체화 법률제정 의무는 입법자의 입법형성의 자유의 한계를 설정하는 의미를 가진다. 즉, 입법자는 환경권과 관련한 법률을 자신의 입법형성권을 이유로 법률의 제정여부에서부터 법률의 내용 등에 관한 모든 것을 스스로 결정할 수 있는 권한을 가지는 것이 아니라 헌법 제35조 제1항에 따른 환경권 및 국가의 환경보호의무를 구체화하는 법률을 반드시 제정하여야 하고, 그러한 법률을 제정할 때에도 환경권의 내용에 관한 헌법해석에 구속되며, 그러한 범위 내에서 구체적인 법률의 내용을 어떻게 할 것인가에 대하여서만 입법형성의 자유를 가진다고 보는 것이 헌법 제35조 제2항의 취지에 부합한다고 본다.[42] 환경권을 구체화하는 법률을 제정하는 입법자

41) BVerfG, 2 BvR 1876/91 vom 07.05.1998, Absatz-Nr. (1 - 168), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19980507_2bvr187691.html - 니더작센(Niedersachsen)주의 쓰레기방출에 관한 법률(Abfallabgabengesetz)에 관한 헌법소원심판사건; 환경보호는 국가·경제 및 사회의 공동책임이며, 형성된 공동책임과 협력에 있어서 모든 참가자의 공동 작업을 요한다. 협력의 원칙에 대해서는 그 내용의 불확정성, 다의성 등으로 인하여 그 내용의 핵심적인 부분인 책임의 귀속 내지 분배에 있어서 문제점을 던져 준다. 국가와 사회, 특히 경제와의 공동책임에 있어서 책임의 범위를 여하히 결정하는 지가 문제된다는 비판이 있다(정남철, 「환경법상의 협동의 원칙」, 『환경법연구』 제25권 제1호, 379면).

42) 같은 의견, 정극원, 위의 논문 536쪽 이하; 우리나라 환경관련법의 일반법이라고 할 수 있는 환

는 비례의 원칙과 과소금지원칙에 따라 환경권 보장을 위한 최소한의 요구에 부합하는 규정을 두어야 한다.[43] 그에 따라 제정된 또는 제정되어 질 환경관련 법률들은 헌법 제35조 제1항의 환경권을 구체화하고 있는데 결국 각 개별 법률들의 궁극적 목적은 첫 번째는 생활환경 및 자연환경을 침해·훼손으로부터 보호하는 것이어야 한다. 둘째, 이미 발생한 환경침해로 인한 피해와 불이익을 제거, 보전하고 환경분쟁을 해결하는 환경오염피해의 제거, 구제 및 환경 분쟁의 해결에 있다.[44] 이러한 내용을 통하여 모든 국민에게 건강하고 쾌적한 환경을 보장함으로써 인간다운 생활을 영위할 수 있도록 하여 환경권이 실질적인 효과가 있도록 하여야 한다.

나아가 입법자는 급변하는 사회현상, 새로이 알려지는 환경침해 내지 위험요소 등에 의해서 심각하게 위협받는 국민들이 환경권을 실질적으로 향유할 수 있도록 해당 환경 관련 법률들을 관찰하고 필요한 경우 해당법률을 개선할 의무까지도 부담한다.[45]

Ⅳ. 우리나라 환경법 체계의 문제점과 개선방안

1. 헌법 조문상의 문제점

(1) 조문간의 관계

헌법 제35조 제1항은 제1문은 국민의 권리로써 환경권의 보장을, 제2문은 국가와

경정책기본법은 환경정책 기본법은 제2조는 환경의 질적인 향상과 그 보전을 통한 쾌적한 환경의 조성 및 이를 통한 인간과 환경과의 조화와 균형의 유지는 국민의 건강과 문화적인 생활의 향유 및 국토의 보전과 항구적인 국가발전에 필수불가결한 요소임에 비추어 국가, 지방자치단체, 사업자 및 국민은 환경을 보다 양호한 상태로 유지, 조성토록 노력하고 환경을 이용하는 모든 행위를 할 때에는 환경보전을 우선적으로 고려하며, 지구의 환경상 위해를 예방하기 위한 공동의 노력을 강구함으로써 현재의 국민들로 하여금 그 혜택을 널리 향유할 수 있게 함과 동시에 미래의 세대에게 계승될 수 있도록 함을 기본이념으로 한다고 한다.

43) 홍완식, 「헌법상 국가의 환경보전의무의 실현에 관한 고찰」, 『일감법학』 제6권, 건국대학교 법학연구소, 140면 이하.

44) 홍준형, 앞의 책, 68면.

45) 법률개선의무와 법률관찰의무는 Y. Choi, Die Pflicht zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, 2002 Hamburg; 최윤철, 「환경법제와 입법자의 법률개선의무」, 『환경법연구』 제26권 제1호; 최윤철, 「입법자의 법률관찰의무」, 『토지공법연구』 제21집 등 참조.

국민에게 환경보전에 대한 노력을 규정하고 있다. 그에 따라 동 조항을 둘러싸고 환경권이 기본권이지만, 환경보전노력이라는 의무가 결부되어 있는 것으로 보아야 한다는 견해도 있을 수 있고, 환경권과 환경보전에 대한 국가목표를 동시에 규정한 것이라는 주장도 있을 수 있다.

헌법 제35조 제1항 제1문에서 말하는 '모든 국민에게 보장하는 환경권'을 자유권적 기본권으로 보는 견해, 사회적 기본권이라고 보아야 한다는 견해, 사회적 기본권성을 본질로 하는 종합적 권리로 보는 견해에서 공통적인 점은 공권으로서의 기본권(국가에 대한, 국가를 향한 권리)으로서의 성격과 기본권의 2중적 성격(주관적 성격과 객관적 성격)을 가지는 점을 인정한다는 것이다. 즉, 개인은 환경권을 근거로 국가의 침해에 대하여 침해배제를 요구할 수 있고, 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경을 조성하여 줄 것을 요구할 수 있다. 또한 국가 또는 사회 및 개인은 환경권의 객관성 또는 이중성으로 인하여 환경권의 의미를 인식하고 각자의 환경권을 존중 보호하여야 하므로 사인 상호간에도 환경권의 보장 및 침해를 하지 말 것이 요구되는 것이다.

국민이 환경권의 적극적 실현을 위한 행위를 하거나, 국가가 개인이 가지는 환경권을 보호·보장하기 위해서는 국민 및 국가는 환경보전을 위한 노력이 전제가 되지 않을 수 없다. 환경보전을 위한 노력을 국민 및 국가가 할 것을 헌법에 굳이 규정할 필요가 없지 않을까 하는 것이다. 구체적이고 강제적인 효력을 가지는 의무가 아니라 단지 선언적 의미에 불과하다면 더욱 그러하다. 독일에서 환경권의 신설과 기본권 조항에로의 편입에 대한 반대의견 중에서 그 실효성이 의문시 되는 사항을 규정하여 오히려 국민들로부터 헌법에 대한 신망을 잃게 할 이유가 없다는 의견은 매우 시사적이라고 할 수 있다.

나아가서 국가와 국민의 환경보전 노력이 구체적인 구속력을 가지는 의무라고 한다면, 그리고 그것이 헌법제정권자의 의지라고 한다면, 기본권과 의무를 같은 조항에서 규정할 것이 아니라 의무에 관한 사항을 달리하여 규정하는 것이 바람직 할 것으로서 생각된다. 그러한 경우에도 국가의 환경보전의무를 규정하고 국민의 의무는 규정하지 않는 것이 바람직 할 것으로 생각된다. 환경보전의 일차적이고 최종적인 책임은 국가가 부담하는 것이지 국민에게 전가하여서는 아니 된다. 국가와 국민의 동시책임을 규정하고 그에 대한 구속력을 인정하면 국가에 의해서 이루어진 환경권의 침해 행위임에도 환경침해의 특성상 국민들도 일정한 책임을 부담하여야 하는 경우가 생길 것이다. 그러한 국민들이 국가를 상대로 하여 환경권의 원상회복을 위한 주장의 근거가 약화되어, 국가의 책임이 희석되는 효과가 생기지 않을까 우려된다. 국민사이에서 발생할 수 있는 환경권침해는 환경권의 객관적 성질로부터 당연히 도출된다고 보기 때문

이다.

(2) 조문의 내용 - 특히 '건강하고 쾌적한 환경'의 의미

헌법 제35조 제1항 제1문은 모든 국민은 '건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리'를 환경권의 내용으로서 정의하고 있다. 그 구체적인 내용을 둘러싸고 여러 가지 견해가 있다.[46] 모두 환경의 개념에 대한 이해의 차이에서 발생한다.

건강하고 쾌적한 환경은 본래부터 있어왔던 자연(Natur)으로서의 환경을 의미하는지 아니면 국가 또는 개인이 자연에 대하여 일정한 행위(개발 등)를 하여 생겨난 인공적 환경까지 의미하는가에 따라 환경권의 구체적 실현에 있어서 커다란 차이가 있다고 본다. 본래부터 있어왔던 환경(Natur), 즉 자연환경만을 헌법이 예정하고 규정하였다면, 국민은 국가에 대하여 각종 공해 및 인공적으로 발생한 자연환경을 훼손하는 요소 및 요인들을 제거하여 국민으로 하여금 건강하고 쾌적한 자연환경 속에 살 수 있도록 요구할 수 있을 것이다. 그러나 건강하고 쾌적한 환경의 의미를 인공적 환경과 사회·문화적 환경으로까지 범위를 넓혀서 이해하면 헌법 제35조 제1항의 환경권은 매우 포괄적이며 다른 기본권과의 중복 및 경우에 따라서는 우월적 지위를 가지게 된다. 첫째, 건강하고 쾌적한 환경이 인공적으로 조성된 환경을 포함하는 것으로 이해하면 국민은 스스로가 건강하고 쾌적한 환경 속에서 생활하기 위해 국가에 대하여 자연에 대한 적극적 행위까지를 포함한 일정의 행위를 요구(환경권의 적극적 성격)할 수 있는가? 예를 든다면, 유전자조작에 의한 농산물 또는 자연환경에 대한 변이, 자연개발행위를 통한 주거 및 생활환경의 조성 등이 건강하고 쾌적한 환경의 조성이라는 이름을 통하여 정당화 될 수 있는지의 문제가 생겨난다는 것이다. 둘째, 환경권과 기타의 기본권, 예를 든다면 타인의 재산권과의 갈등이 있는 경우 환경권이 대부분 우선하는 결과가 될 것이다.

개인적 의견으로 제35조 제1항 제1문의 문언을 "건강하고 쾌적한 환경"에서 "건강하고 쾌적한 자연환경"으로 고치는 것이 환경권의 구체적 내용을 확정하여 환경권의 보호법익을 명확하게 할 수 있다고 생각한다. 그렇게 하여도 국가는 건강하고 쾌적

46) 허영 교수는 "건강하고 쾌적한 환경에서 공해없는 생활을 누릴 수 있는 권리"(한국헌법론, 박영사 2005 면), 권영성 교수는 "청정한 환경에서 건강하고 쾌적한 생활을 누릴 수 있는 권리"(위의 책 면), 김철수 교수는 "인간다운 환경속에서 생존할 수 있는 권리"(위의 책 면), 홍준형 교수는 "건강하고 안전하며 쾌적한 생활을 유지하는 조건으로서 양호한 환경을 향수할 권리"(앞의 책, 41면)라고 각각 정의하고 있다.

한 자연환경을 위한 공해의 방지, 수질오염의 방지 등 각종 자연환경을 훼손하거나 침해하는 행위에 대한 대책의 수립 및 실행과 관련하여 여전히 효과적으로 대응할 수 있다. 오히려 보다 명확한 헌법적 근거를 가진다고 본다.

2. 입법자의 관찰의무 및 개선의무 확인

환경관련법의 시초는 1963년 11월 5일 제정된 공해방지법이다. 그러나 전문 21개조에 불과하였던 당시의 공해방지법은 규제내용의 미흡, 후속입법의 불비, 경제개발을 우선하는 구가 및 사회의 분위기 속에서 사실상 규범력을 관철할 수가 없었다. 이후 1977년 환경보전법이 제정·공포되었다. 이 법률도 규범력의 문제는 있었지만 환경보전에 관한 전반적인 내용을 다루는 등 입법의 태도에 있어서는 진일보한 법률이었다. 이후 1980년 이른바 제5공화국은 헌법 제33조에 환경권을 국민의 기본권으로 보장하기에 이르렀다. 1990년에는 환경보전법이 환경정책기본법, 대기환경보전법 등 각 분야별로 세분되어 입법이 되었다. 현재에는 환경관련법이 약 80여개에 이르고 있다.

헌법 제35조 제2항은 환경법률주의를 규정하여 환경권의 내용과 행사는 법률로 정하도록 하여 입법자에게 환경권의 구체적인 실현을 맡기고 있다. 헌법 제35조 제2항은 입법자를 직접 구속하는 효력을 가지며, 그에 따라 입법자는 환경권 구체화법률을 반드시 제정하여야 한다. 그러나 환경관련법제의 경우 입법자의 예측이 법률제정과정에서 매우 중요한 위치를 차지하고 있고 일단 법률이 제정된 이후에는 입법당시에 예측하지 못하였던 사실들이 나타남으로서 입법자의 입법의도와 다른 방향으로 법률이 기능할 수 있으며, 새로이 밝혀지거나 규명된 사실로 법률과 현실사이에 괴리(흠결)가 생겨날 가능성이 매우 높고 그에 따라 국민의 기본권을 침해하는 사례[47]가 나타날 개연성이 높은 것이 그 특징이라고 할 수 있다. 또한 환경관련 법률들이 단순히 규제 또는 제정의 필요성만을 이유로 제정되거나, 이미 제정되어 있는 환경관련 법률들이 관할부서의 불명확, 부서간 이기주의 및 관료주의로 인하여 기존의 규범력이 약해지거나 상호간 모순을 일으키는 사례도 나타나고 있다.

입법자는 환경관련 법률을 제정한 것으로써 헌법적 의무를 다했다고 할 것이 아니라 법률의 제정 이후에도 해당 법률을 통하여 국민들이 환경권의 구체적 실현이 가능한 지를 항상 관찰할 의무가 있다. 입법자는 비체계적이고, 비효율적인 그리고 법현실을 따라가지 못하는 환경관련 법률 등에 대한 체계적인 정비를 하여 환경권의 실질적

47) 대표적인 사례로 BVerfGE 56, 54 - 뒤셀도르프 공항소음 결정 참조.

실현이 이루어지도록 하여야 한다. 이러한 일련의 법률관찰의 결과에 따라 개선의 필요성이 확인되면 입법자는 환경권의 실질적 실현에 가장 적합한 방향으로 해당 법률을 개선할 의무가 있다. 개선의 구체적인 방법과 내용은 입법자의 형성의 자유의 영역에 속한다.[48] 헌법 제35조 제2항의 환경입법에 관한 법률유보는 입법자의 환경권 구체화를 위한 법률제정뿐만 아니라 이미 제정된 법률의 관찰과 개선의 의미까지도 포함한다고 해석하는 것이 환경권의 실질적 실현과 이를 통한 인간존엄의 실현에 부합한다고 생각한다.

3. 대표소송 또는 단체소송 제도의 도입

(1) 환경소송의 특징

국가 또는 제3자에 의한 기본권의 침해의 대부분은 침해를 당한 자가 특정이 되고, 침해의 원인, 유형, 범위 등이 특정이 되어 법원의 판결이나 헌법재판소의 결정 등 헌법이나 법률이 정한 바에 의해서 권리의 구제 또는 회복이 가능하다. 그러나 환경관련 침해의 경우는 그 침해의 양상이 다른 기본권의 침해와 매우 다름을 볼 수 있다. 환경침해의 대부분은 그 침해가 매우 광범위하고(예, 구 소련의 체르노빌 원자력발전소 사건, 우리나라의 경우도 페놀 방류사건, 각종 유조선의 유류누출, 대형 공장 등의 유해가스 및 유해물질 방류 등), 침해의 주체가 누구인 지 특정을 할 수 없는 경우도 있으며(예, 대형 하천의 오염 또는 대단위 공업단지의 대기오염 및 대도시의 자동차 배기가스 등), 누가 침해를 당했는지 또는 침해를 당한자의 범위를 특정하기가 매우 어려운 경우도 있다. 환경침해가 다른 기본권의 침해와 매우 다른 특징 중의 하나는 침해가 현재성을 띠는 경우보다 장래에 그 침해의 구체적인 결과가 나타나는 경우가 많다는 것이다(예, 오염된 하천의 어족류 섭취에 따른 납을 비롯한 중금속 중독, 대기오염물질에 의한 호흡기 질환 등). 최근 우리나라에서 문제가 되었거나 되고 있는 것으로 국가가 시행하는 각종 개발사업(도로, 항만, 간척, 도시건설 등)의 결과가 생태계 및 인간의 생활환경에 어떠한 영향(부작용)을 가져올 것인 지 등도 그러한 예일 수 있다.

48) 참조, Y. Choi, Die Pflicht zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, 2002 Hamburg; 최윤철, 위의 논문 『환경법연구』 제26권 제1호; 최윤철, 위의 논문, 『토지공법연구』 제21집 등 참조.

(2) 집단소송 또는 단체소송제도의 도입

누군가가 자신의 권리의 침해를 당했다고 하면, 침해된 권리의 회복을 구하기 위해 침해자에게 침해의 책임을 물을 수 있어야만 한다. 침해의 주체, 침해를 당한 자, 침해의 구체적 내용, 침해의 원인 등이 확정이 되어야 한다. 그러나 환경관련 침해의 경우는 위에서 본 바와 같이 일반적인 침해와는 성격을 달리하고 있다. 따라서 환경침해의 구제는 종래의 소송을 제기한 자에게만 판결의 효력이 미치는 소송형태로는 사실상 불가능하다. 실제로 환경소송의 경우는 그 피해 또는 침해의 정도에 따라 소송당사자의 수가 천문학적으로 늘어날 수있는 특징을 지니므로 미국식의 단체소송(class action)이나 독일식의 집단소송(Verbandklage)의 소송방식을 통하는 것이 효과적일 것이다. 특히, 광범위한 환경침해나 훼손을 야기하는 자들의 대부분은 이른바 거대사인(대기업 집단 등)에 의해서 이루어지기 때문에 개인이 그러한 거대 사인에 대항하여 자신의 환경권과 환경을 보호하는 것이 사실상 어렵기 때문에 일정한 자격을 갖춘 단체(예를 들면 환경단체를 비롯한 시민단체)에게 소송자격을 부여하여 효과적인 환경보호 및 환경권의 구제를 할 수 있도록 하여야 한다.[49]

집단소송의 경우 무분별하거나, 수많은 소송들이 법원에 폭주하여 법원은 환경소송 수행으로만 그 업무가 마비되고 그 결과 실제 권리구제를 필요로 하는 개인들의 권리구제가 어려워지므로 반대한다는 견해가 있다. 또한 환경소송의 결과가 경제에는 부정적 영향을 미친다는 주장도 있다. 그러나 집단소송 또는 단체소송을 실시하고 있는 국가들의 실제 경우를 살펴보면, 원고적격을 적절히 인정하여 소송이 남발을 막을 수 있었다고 한다.[50] 환경관련 단체소송이나 집단소송이 경제에 악영향을 미친다는 주장도 설득력이 없다. 오히려 환경오염방지 및 보전시설의 설비 및 설치의 과정에서 생겨나는 환경산업은 내수 경제를 활성화시키는 계기가 될 것이며, 환경보호와 관련하여 날로 그 규제와 기준이 높아지는 것이 국제적인 추세임을 볼 때 그러한 기준에 맞는 생산설비 및 생산품은 오히려 보다 경제적일 수 있다. 특히 환경오염의 국제화와 그에 따른 국제책임의 문제가 대두되는 때에 예방적인 환경보호 설비는 경제의 입장에서 보다 효율적일 수 있다.

49) 홍완식, 위의 논문, 146면.

50) 김철용, 「우리나라 집단소송법 제정을 위한 독일공법분야의 단체소송 운영실태에 관한 고찰」, 『일감법학』 제3권, 건국대학교 법학연구소, 17면 이하.

V. 마치는 말

기본권으로서 환경권이 우리 헌법에 규정된 것이 우리 헌법의 선진성(환경권은 이른바 제3세대 기본권의 대표적인 것이다)을 의미하는지에 관한 논의는 그다지 실익이 없다. 중요한 것은 기본권으로서의 환경권이 구체적인 효력을 가져서 국민들로 하여금 건강하고 쾌적한 자연환경을 실제로 향수할 수 있는 조건들은 무엇이고 어떻게 하면 그 조건들이 충족될 수 있는 지가 의미가 있다.

인간 중심의 건강하고 쾌적한 환경만을 강조하면 현재의 쾌적함을 위해서 자연환경에 대한 인간의 무제한적인 공격이 가해 질 수도 있으며, 결국은 장래의 세대는 현재의 세대가 만들어 놓은 인공적 환경에서 삶을 영위하여야 할지도 모른다. 물론 장래의 세대가 경험하게 될 환경(SF 영화에서 보는)은 이미 그 세대이전부터 있어왔던 또 하나의 자연환경이므로 그 현실에 적응하여 살아야 하고 그것이 장래세대의 운명이라고 하는 입장에 선다면 현재의 모든 생태계에 대한 침해와 훼손은 정당화 될 수 있을 것이다. 그러나 생태계를 구성하는 다른 생물을 포함한 자연환경 역시 우리 인간 못지않게 중요한 존재들임을 깨달아 인간과 자연이 함께 살 수 있는 공존의 길을 모색하여야 한다는 합의는 이미 우리세대에도 이루어 있다. 또한 현재의 세대는 장래의 세대도 건강하고 쾌적한 자연환경을 향수할 수 있도록 할 책임을 부담하여야 한다는 점도 인식하고 있다(예, 독일 기본법 제20a조).

우리가 당면하고 있는 환경의 문제는 환경권이라는 단순히 개인의 권리만을 충족시키는 고전적인 자유권만도 아니며, 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경을 조성하여 줄 것을 요구하는 개인의 적극적 공권으로서의 차원도 넘어서고 있다. 오히려 국가 및 개인들의 환경보호 및 보전의 노력이 우리 헌법이 보장하는 환경권을 실질적으로 향유할 수 있도록 할 것이며, 건강하고 쾌적한 자연환경을 장래의 세대에 대한 현 세대의 책무를 이행하는 것이 될 것이다.

참고문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사 2005.

김철수, 헌법학개론, 박영사 2005.

허영, 한국헌법학, 박영사 2005.

홍성방, 헌법학, 현암사 2005.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2005.

홍준형, 환경법, 박영사, 2001.

강현호,「환경법의 기초에 관한 소고」,『환경법연구』제25권 제1호,

고문현,「독일에서의 환경보호」,『공법연구』제32집 제1호, 357면-379면.

김철용,「우리나라 집단소송법 제정을 위한 독일공법분야의 단체소송 운영실태에 관한 고찰」,『일감법학』 제3권, 건국대학교 법학연구소,

정극원,「기본권으로서의 환경권과 국가목적규정으로서의 환경권」,『공법연구』제32집 제2호, 527면-546면.

정훈,「환경보호와 법치국가원리의 충돌」,『환경법연구』제25권 제2호, 431면-450면.

정훈,「환경보호에 관한 헌법적 규율」,『환경법연구』제25권 제1호, 433면-462면.

정남철,「환경법상의 협동의 원칙」,『환경법연구』제25권 제1호, 375면-400면.

전경운,「생명공학의 위험성에 대한 적절한 규율」,『환경법연구』제26권 제1호, 277면-310면.

최윤철,「환경법제와 입법자의 법률개선의무」,『환경법연구』제26권 제1호, 311면-334면.

최윤철,「입법자의 법률관찰의무」,『토지공법연구』제21집, 466면-486면.

홍완식,「헌법상 국가의 환경보전의무의 실현에 관한 고찰」,『일감법학』제6권, 건국대학교 법학연구소, 133면-150면.

Calliess, Christian, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001.

Kloepfer, Michael, Umweltrecht, 2. Aufl., München 1998.

Maunz-Dürig, GG Kommemtar Bd.III, München 2005. Art. 20a.

Pitchas, Rainer, Umweltpolitik und Umweltrecht in der Europäischen Union,『환경법연구』제24권 제2호, S. 1-36.

87년 헌법과 경제적 논의의 틀 : 경제민주주의로부터 후퇴할 것인가 전진할 것인가?

우석훈 (초록정치연대, 경제학 박사)

Ⅰ. 들어가는 말

경제학 내에서 법경제학이라는 특수한 분야가 일종의 영역분야로서 자리를 잡기 시작한 것은 80년대 후반의 일이다. 그만큼 경제학에서 법은 약간 특수한 분야인데, 그렇다고 해서 법경제학이 법조문 자체를 일일이 연구하는 분야인 것은 아니고, 제도경제학의 특수분야에 보다 더 가깝다.

법에 대해서 경제학자들이 조금 더 관심을 가진 시점은 GATT 체계의 등장 시점과 WTO 체계에 의한 GATT 체계의 대체라는 국제 통상법적 흐름과 함께 하는 경향이 있다. 그렇지만 여전히 많은 경우 경제학자들은 법률이 제정되거나 변경되는 과정에 참여하는 것을 그다지 영광스럽지 않게 생각하는 경향이 있다. 표준 경제학의 핵심을 형성하는 왈라스의 '일반균형 이론' 내에서는 시장 그 자체가 일종의 제도이며 가장 상층에 해당하는 '기준'을 형성하기 때문에 법으로 인해서 생겨나는 '사회적 환경' 보다는 시장의 작동원리로부터 현실적인 평가기준을 직접 도출하는 경향이 있다. 경제학적 시각에서는 법률이 세상을 작동시킨다고 이해하기 보다는 시장의 원리가 각 국가나 사회에 따라서 조금씩 수정되고 변형되면서 법률이 생겨나는 것으로 이해하는 경향이 있다.

그렇다면 경제학에서 헌법과 일반법률을 특별히 구분하는가? 일반인들이 생각하는 것보다는 경제학자들은 헌법에 대해서 그닥 중요하지 않게 여기는 경향이 있다. 헌법이 시장경제의 원리를 규정하는 것이 아니라 시장경제의 원리가 오히려 헌법의 큰 내용들을 형성한다고 믿는 경향이 있다.

현실적인 하나의 '국민경제 시스템'을 구성하는 대한민국의 특징을 규정하고 만드는 것이 법률체계 중 가장 상위에 있는 헌법이라는 데에는 의심할 여지가 없지만 사실 모든 현실들은 반드시 헌법상의 규정에 의해서 결정되는 것은 아니고, 소위 '상식(common sens)'이라고 규정할 수 없는 수 없는 시대의 '이해'에 의해서 많은 사항들이 '해석'되고 새로운 의미를 가지게 된다.

국제적으로는 EU의 통합 헌법 논의가 진행되면서 헌법이 가지고 있는 '적극적'인 역할에 대해서 보다 폭넓은 권한을 부여하는 경향이 있는 것이 사실이다. EU 헌법은 각 개별국가들의 일반적 헌법 보다는 '역내'의 경제적 이해와 국가들의 요구를 보다 강력하게 반영하는 경향이 있는데, 각 국가가 수행하는 다양한 문화보호 정책에 대한 법률적 근거를 부여하기 위해서 '문화 주권'의 개념을 EU 헌법에 반영하고자 하는 노력은 지금까지 제시된 어느 헌법 보다도 가장 강력하게 WTO 체계에서 포괄적인 문화협상에 대한 예외를 형성하게 될 것이다. 만약 이 EU 헌법이 정상적으로 출범하게 된다면 영화산업 등의 교류를 활성화시키기 위하여 스크린쿼티제를 철폐하기 위한 조치들은 헌법 위반에 해당하는 중대한 범죄 행위로 형성된다. 국제협정과 국내법이 동등한 지위를 갖지만, 특수법이 일반법에 우선한다는 원칙에 의해서 많은 경우 통상법을 비롯한 국제협약들은 일반인들이 생각보다 강력한 권한을 갖는 경향이 있지만, 그렇다고 해서 헌법에 우선하기는 어렵다. 그래서 헌법에 한 사회가 지키고자 하는 특별한 경제적 절차를 담고 있는 것은 경제학적으로는 단순한 의지의 표명만이 아니라 하위법에서의 방향을 지시하는 일종의 '법철학'을 제시하는 특수기능이 있다고 할 수 있을 것이다.

우리나라에는 개헌헌법이 만들어진 이후 총 9번의 헌법 개정이 있었는데, 헌법개정과 그 주요취지는 다음과 같다.

제1공화국(이승만 대통령)
(1차) 1952. 발췌개헌 - 대통령직선제로 개헌
(2차) 1954. 사사오입 개헌 - 초대대통령에 한하여 연임제한 철폐

제2공화국(장면정부)
(3차) 1960. 내각제개헌
(4차) 1960. 3.15 부정선거 관련자에 대한 소급 처벌을 위한 소급헌법 개정

제3공화국(박정희 대통령)
(5차) 1964. 대통령제 개헌
(6차) 1969. 3선개헌을 위하여 연임철폐 제한

제4공화국(유신정권)
(7차) 1972. 유신개헌

제5공화국(전두환 대통령)
(8차) 1980. 완화된 대통령제

제6공화국 (노태우 대통령)
(9차) 1987. 대통령 직선제 및 대통령의 권한을 견제하기 위하여 국회권한 강화

이러한 헌법 체계 중 실질적으로 경제적인 중요성을 가지고 있는 헌법은 사회주의와 자유주의 요소를 절충한 가장 선진적인 헌법으로 일반적인 평가를 받고 있는 개헌헌법과 유신헌법이라는 이름을 가지고 있는 1972년의 7차 개헌 그리고 '87년 체계'라는 이름으로 불리는 9차 개헌이 중요한 특징을 가지고 있다고 거론할 수 있을 것이다.

이러한 시기 분석은 약간은 자의적인 측면을 가지고 있는데, 개헌헌법이 작동하던 시기와 '73년 체계'로 부를 수 있는 유신체계에서 1987년까지는 하나의 연장선상에서 같은 시기로 구분할 수 있을 것이다. 유신체계가 성립된 제4공화국과 전두환 정권의 제5공화국을 동일한 하나의 '헌법적 경제체계'로 분류할 수 있을 것인가에 대해서는 경제사적인 규명이 필요할 것이다. 한국 경제의 성장률만을 놓고 보면 성장률이 0에 도달한 적은 딱 두 번이 있는데, 그 첫 번째가 79년에서 80년까지 진행된 79년 공황의 시기이고, 이 시기에 전두환 정권의 출범 이후 실제로 한국 자본에 대한 나름대로의 재조정이 일어나게 된다. 공황에 의한 경제의 재조정이라는 관점에서 80년을 기준으로 시기를 별도로 구분할 수도 있고, 경제개발계획이라는 관점에서 계획경제가 계속해서 진행되었다는 관점에서는 연속적인 한 체계로 분류할 수도 있을 것이다.

경제 이데올로기적인 측면에서 유신헌법과 8차 개헌 헌법을 비교하면, 약간의 차이가 존재하기는 한다.

유신헌법에서는 국민들의 여러 가지 기본권에 대한 중대한 제한을 가했는데, 이 중에 노동3권도 경제발전을 위해서 긴급히 제한되는 국민의 권한 중의 하나로 처리되고 있다.

1980년에 진행된 8차 개헌에서는 유신헌법과 비교하여 몇 가지 중요한 경제적 진전이 있었는데, 행복추구권과 함께 환경권이 이 때 헌법에 반영되었고, 경제질서에 대한 '공법적' 개념들이 이 8차 개헌에 반영되게 된다. 독과점에 대한 규제와 조정이 헌법 차원에서 반영되었고, 소비자 보호의 개념과 함께 중소기업에 보호가 직접적 헌법 규정으로 8차 개헌안에 반영되는 일이 벌어진다.

그러나 경제적 조항이 체계적으로 헌법에 반영된 것은 1987년의 9차 개헌 때 벌어

진 일인데, 제9장인 경제항에 해당하는 119조에서 127조의 8개항이 경제조항으로 직접 분류되어 있다.

크게 보면 87년 헌법은 우리나라에서 가장 민주주의에 대한 요구가 높았던 시기에 작성된 헌법으로서, 노동자와 관련된 노동3권 등의 일반적 권리는 32조, 33조의 노동권에 관한 특수항목으로 별도 규정하고, 농민 등 또 다른 집단의 요구를 모아서 경제조항을 만든 것으로 이해할 수 있다.

이 87년 헌법은 사실상 가장 급진적인 성격을 담고 있던 개헌헌법의 정신을 나름대로 승계하고 있으며, 또한 각 경제적 주체의 민주화에 대한 기여를 인정해주는 역할을 하고 있다고 할 수 있으며, 정치에 대한 논의와 달리 경제 분야에 있어서도 미완성의 헌법인가에 대해서는 조금은 생각할 필요가 있을 것 같다. 왜냐하면 현 시점에서 헌법을 개정한다고 하면 환경권을 비롯한 일련의 경제적 권한들이 오히려 축소되거나 삭제될 가능성이 높지, 87년 헌법 보다 민주화를 위해서 더 나은 규정들로 새롭게 대체될 가능성은 그렇게 높아보이지 않는다.

본고에서는 이러한 87년 헌법의 여러 가지 경제적 측면의 의미를 살펴보고, 보다 발전적인 논의의 단초를 제공하는 것을 목적으로 하고 있다.

II. 87년 헌법의 경제조항의 구조

87년 헌법의 경제조항의 기본 체계는 10조의 행복추구권을 중심으로 모든 사람이 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있다는 것이 규정된다.

제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

이러한 행복추구권의 관점에서 각 국민이 개별적으로 가지고 있는 교육의 권리와 노동권 그리고 환경권과 사회보장권에 대해서 규정하는 것은 31조에서 37에 이르기까지 국민의 경제적 권한이 규정되어 있다. 그리고 38조에서는 납세의 의무를 그리고 39조에서는 국방의 의무를 규정하고 있다.

그리고 여러 경제 주체중 노동권에 대해서는 별도의 항목인 32조와 33조에 대해서

는 매우 세밀하게 규정되는데, 이는 73년 체계인 유신체계로부터 벗어나는 매우 직접적인 선언이며, 또한 87년 민주화운동의 한 주체인 노동자들에 대한 세밀한 배려로 해석할 수 있을 것이다.

제32조 ①모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.

②모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의 원칙에 따라 법률로 정한다.

③근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.

④여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.

⑤연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.

⑥국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.

제33조 ①근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

②공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

③법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

그리고 실제로 제 9장인 경제항에 의해서 몇 가지 원칙들이 새롭게 천명되는데, 특기할 사항은 121조에 '경제유전의 원칙' 이 제헌의회 때부터 '소작금지' 라는 형태로 존재하다가, 이 9차 개정에 이르러서 규정 자체가 반영된 것은 매우 강력한 시대의지의 표명이었다고 할 수 있을 것이다.

119조는 "경제민주화" 라는 단어를 직접적으로 언급하고 있으며, "국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배" 와 함께 "시장의 지배와 경제력의 남용을 방지" 하는 것을 경제 민주화의 실질적인 내용으로 규정하고 있다. 그와 함께 '국민경제' 라는 개념을 사실상 헌법상의 용어로 규정하면서 그 방향은 "균형" 의 방향으로 가야 한다고 규정하고 있다. 이 119조의 경제에 대한 9차 개헌의 규정은 재벌과 독과점

체계에 의한 부의 전횡과 같은 상황을 방지해야 한다는 것을 명시하고 있으며, 국가에게 이를 시정할 책무를 부여하고 있는 셈이다.

120조에서는 자원의 활용 및 국토의 개발에 관한 내용을 규정하고 있는데, 국가의 "균형있는 개발과 이용" 에 관한 계획을 수립할 것을 내용으로 담고 있다.

제9장 경제

제119조 ①대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.

②국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

제120조 ①광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다.

②국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다.

제121조 ①국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다.

②농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하거나 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 임대차와 위탁경영은 법률이 정하는 바에 의하여 인정된다.

제122조 국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.

제123조 ①국가는 농업 및 어업을 보호·육성하기 위하여 농·어촌종합개발과 그 지원등 필요한 계획을 수립·시행하여야 한다.

②국가는 지역간의 균형있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다.

③국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다.

④국가는 농수산물의 수급균형과 유통구조의 개선에 노력하여 가격안정을 도모함으로써 농·어민의 이익을 보호한다.

⑤국가는 농·어민과 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장한다.

제124조 국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.

제125조 국가는 대외무역을 육성하며, 이를 규제·조정할 수 있다.

제126조 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.

제127조 ①국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다.

②국가는 국가표준제도를 확립한다.

③대통령은 제1항의 목적을 달성하기 위하여 필요한 자문기구를 둘 수 있다.

"행복추구권 → 노동권, 교육권 및 '인간다운 생활을 할 권리' → 농업, 중소기업, 자원 및 국토, 그리고 과학기술 등에 관한 경제규정"의 3가지 층위에 의해서 형성된 87년 헌법은 경제적인 관점에서는 당시의 국민소득 수준이나 87년의 우리나라의 경제에 대한 이해에 비하면 대단히 선진화된 경제헌법으로서 국가의 적극적 역할과 함께 국민들의 경제적 행복에 관한 보장을 폭넓게 반영하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

III. 87년 헌법이 한계를 가지고 있는가?

물론 87년 헌법은 오랫동안의 헌법 논의를 거쳐서 만들어진 것이라기보다는 대통령 직선제를 실제로 민중들이 쟁취하는 과정에서 길게는 73년 체계 짧게는 전두환 대통령의 5공 체계를 붕괴시키는 과정에서 만들어졌고, 그 속에서 실제로 이 정치적 민주

주의의 각 주체들이 희망을 한 가지씩 반영하는 과정에서 이루어진 것이기 때문에 노동자들과 농민에 대해서 약간의 세밀한 배려가 이루어진 셈이고, 환경권이나 기타 조항들은 선험적인 당위성 차원에서 포함되어 있다는 인상을 지우기 어렵다.

가장 정확하게 87년 헌법이 제정된 시대상을 재현하자면, 민중들이 유신헌법에 대해서 체제상의 승리를 얻어내고, 이 과정의 승리를 '경제 민주화'라는 개념으로 구연하고, 그 실질적 내용을 "행복추구권"으로 집약시키는 과정이라고 할 수 있을 것이다. 사실 헌법이 경제적인 관점에서 개개인에게 보장할 수 있는 것을 "행복"보다 더 높게 규정할 수 있을까? 그리고 이렇게 획득된 경제민주화에 대한 보장에 대한 안전장치로 유신헌법이 제한하였던 노동3권을 국민의 기본권의 수준으로 격상시켜서 별도의 항목으로 격상시킨 것과 가끔은 실패한 조치라고 평가받기도 하는 초대 정부의 토지개혁의 정신인 "경자유전의 원칙"을 명문으로 헌법에 포함시킨 것은 이러한 작은 배려라고 할 수 있을 것이다.

환경이라는 관점에서는 환경권을 규정하는 35조는 약간은 지나치게 축소되어 있다는 느낌을 지우기는 어렵다.

제35조 ①모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.

②환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.

③국가는 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.

위의 조항은 "건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리"로서의 환경권을 규정하고 있는데, 이는 환경에 대한 생활권으로서만 환경을 이해하게 하는 역할을 하는데, 보다 포괄적인 의미에서의 "소유권" 관점에서의 환경권에 대한 이해를 제한하고 있다. 현재 우리나라 환경정책이 가지고 있는 지나친 절차법으로서의 편향은 이 35조 항목이 가지고 있는 제한된 성격 때문이라고 할 수 있을 것이다.

만약 이 35조의 "생활"이라는 단어가 "향유" 혹은 유사한 단어로 바뀌어 있는 경우와 어떠한 차이가 있을까? '생활권'으로서의 환경은 "주민"이라는 법적 용어의 헌법적인 의미에서의 진원지라고 할 수 있는데, 여러 가지 환경소송에서 당사자 적합에 대한 판단에서 법원이 "주민"을 행정소재지역의 거주민 혹은 생활권 내에 있는 사람으로 좁게 해석하는 것은 우리나라의 환경권이 일종의 생활권의 연장으로 이해하고 있기 때문이다.

또 다른 측면에서는 '국토의 효율적 이용' 이라는 개념이 87년 체계에는 경제적 개념으로서 약간은 다른 활동에 비해서 강조되어 있는데, 여기에 댓구되는 개념으로서의 "국토의 생태적 측면" 의 결여는 이 체계의 한계라고 지적될 수 있을 것이다.

이런 몇 가지 점을 볼 때 87년 체계의 개편이 언젠가는 필요할 수 있고, 또한 변화된 시대 상황과 시대 인식을 반영하기 위한 대대적 개편이 전혀 필요 없다고 이야기하기는 곤란하다.

그렇지만 보다 본질적인 문제는 지금 헌법에 대한 개정 논의가 87년 헌법의 "경제민주화" 체계보다 나아질 것이라고 볼 가능성이 별로 없다는 점에 있을 것이다. 지금은 정치적으로 더 민주화되었기 때문에 지금 만든다면 더 나은 헌법을 만들 수 있을 것인가? 어려울 것 같다.

Ⅳ. 개헌 논의에서 빠져 있는 점

헌법에서의 경제권 및 경제적 활동에 관한 규정들은 다분히 추상적이고 일종의 수사학적인 성격을 갖는다는 지적은 옳다. 사실 헌법이 선진화된다고 해서 국가가 선진화되는 것도 아니고, 헌법이 경제 민주주의를 규정한다고 해서 사회적으로 경제 민주주의가 나아지는 것도 아니다.

87년 이후의 흐름 중에서 실제 헌법에서 경제에 대해서 가장 큰 역할을 한 조항들에 대해서 평가를 해보자.

33조 3항의 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 자에 대한 단체행동권에 대한 제한과 같은 규정들은 분명한 법률적 효과를 가지고 있고, 실제로도 수사학적인 측면이 아니라 현실상의 효력을 발휘한다. 물론 이러한 부수적인 활동에 대한 단서조항까지 일일이 규정하는 약간은 특수한 87년 헌법 구조에서 사실상 가장 큰 역할을 한 것은 121조 항목이라고 할 수 있을 것이다.

헌법 121조는 경자유전의 원칙을 규정하고 있는데, 이는 우리나라 국토의 70%에 해당하는 농지에 대한 소유 방식에 대한 큰 원칙을 규정하고 있다. 물론 이 규정도 법률적인 단서조항을 가지고 있어서, 실제로 경자유전에 의한 토지 소유가 헌법대로 움직이지는 않지만, 농지법 개정 등 농업의 전반적인 흐름 내에서 비농민의 전격적인 투기적 이유의 토지 보유를 제한해주는 상황에서 농지의 투기화를 사실상 막아주고 있던 규정이 이 121조라고 할 수 있을 것이다.

생태적인 관점에서 환경권이 제한되어 있는 현 헌법 구조에서 실제로 '생태계' 에 대한 규정을 가름한 것이 바로 이 121조라고 평가해도 지나치게 무리한 해석은 아닐 것이다. 이 121조는 농민만을 보호한 것이 아니라 전체 농지의 50%가 약간 안되는 농업진흥지역이 나름대로 국토 생태의 마지막 안전판으로서 버틸 수 있도록 정부의 역할을 규정하고 있던 셈이다.

물론 '도시자본' 을 유입하여 농민들의 소득 수준을 향상시킨다는 대명제 하에 농지 소유제도를 개방하기 위한 정부의 시도가 전혀 없었던 것은 아니지만, 87년의 9차 헌법 개정에서 비로서 "명문화" 되어 헌법으로 삽입된 이 경자유전의 원칙은 거의 20년 동안 다른 어떤 헌법 조항보다 실질적인 역할을 했다고 평가할 수 있을 것이다.

만약 현 상태에서 개헌 논의가 시작된다면 가장 먼저 87년 헌법체계에서 빠져나갈 조항이 이 121조이다. 이 사회는 87년에 사회민주화의 노동계와 함께 두 축 중 하나로 이해하였던 농업을 더 이상 이 사회 발전의 중요한 축으로 인정하고 있는 것 같아 보이지는 않는다.

아마 농민진영에서는 이 121조를 강화시키거나 혹은 최소한 '존치' 시키고자 노력할 것이지만, 그 노력이 그렇게 효과적으로 진행될 것 같아 보이지는 않는다.

보다 근본적인 문제점인 경제항목의 전언에 해당하는 119조의 경제 민주화라는 개념 자체가 새롭게 논의되는 개헌 논의에서 버틸 수 있을 것인가라는 점이다.

암묵적으로 87년 체계는 정치민주화는 대통령 직선제를 통해서 어느 정도 이룩한 셈이고, 그 다음에 해야할 일은 경제민주화라는 의미를 부여하며 별도로 '경제항' 들을 독립시킨 것인데, 그 항목들의 실질적 역할은 차지하고라도 경제민주화라는 포괄적 개념들이 현 상황에서 유지될 수 있는지 조차가 사실상 의문의 대상이다.

사실상 경제민주화라는 헌법상의 선언이 있었다고 하더라도 IMF 이후 그리고 노무현 정권의 출범 이후 우리나라에서는 점차적으로 경제민주화라는 개념 자체가 헌법상에 존재했는지에 대해서도 사회적으로 잘 알려지지 않은 상태에서 논의가 진행되고 있는 현 상황을 고려하면, 변화된 상황을 전면적으로 반영하기 위해서 이 119조 역시 삭제될 가능성이 높다.

국민들의 행복추구권과 경제민주화를 양 축으로 각 경제주체들이 원하는 방향에 대해서 규정하고 있는 87년 체계는 사실상 한국 민주주의가 내용상 가져야 할 방향을 규정하고 있는 셈인데, 아무래도 현재의 개헌 논의상 적어도 경제적인 측면에서는 새로운 논의가 87년 체계를 약화시켜 보다 강화된 신자유주의의 정신을 반영할 가능성이 그렇지 않을 가능성보다 높다.

정리하면 87년 체계에 규정된 경제 민주주의가 나름대로의 발전을 하여 보다 나아

진 체계로 갈 가능성 보다는 87년 체계가 약화되고, 오히려 개별 경제주체들의 '자유'를 강화할 가능성이 더욱 높다. 왜냐하면 지금까지 진행된 그 어떤 개헌 논의에서도 87년 체계가 가지고 있는 '정치적' 불완전성에 대해서만 논의가 집중되어 있지, 사실상 우리나라의 민주주의에 대한 요구가 사회적으로 가장 높았던 이 시기에 만들어진 개념들이 가지고 있는 "경제 민주주의"에 대한 몇 가지 장치에 대해서는 전혀 언급이 없기 때문이다.

사실상 경제의 원칙들이 대통령제와 의원내각제 혹은 단임제나 중임제와 관련되어 있지는 않다. 현재 사회주체들이 경제에 대한 요구 수준과 이해수준을 고려할 때, 만약 개헌논의가 시작된다면 그야말로 정치적인 부분에 대해서 제한적으로 진행하는 것이 낫지, 나머지 경제 부분까지 포괄적인 개헌을 해서는 현 상황보다 더욱 곤란해질 것 같다.

경제 민주주의에 대한 사회적 요구는 사실상 87년에 비교해서 많이 후퇴한 수준이기 때문이다.

V. 그래도 절차적 경제 민주주의를 보완하기 위해서 추가해야 할 것이 있다면?

헌법은 경제적으로는 특별하고 정확하게 규정된 121조와 같은 경우를 제외하면 하위법을 규정할 정도로 힘을 갖지는 않는다. 만약 헌법에 '고용의 의무'를 규정한다고 해서 혹은 아무런 단서조항없이 명령권에 해당하는 고용의 의무가 규정되어 있다고 해서 실제 경제 생활에 대해서 그대로 이행되거나 실체에 대한 변화가 발생하지는 않을 가능성이 높다.

그럼에도 불구하고 새로운 개헌 논의가 시작된다면, 경제적으로 87년 체계를 보완하기 위해서 우선적으로 논의되어야 할 몇 가지 원칙들에 대해서 생각해볼 요소들은 존재한다.

1. 국민투표 발의권

87년에 비해서 우리 사회가 가장 많이 변한 것이 있다면, 주민들을 포함한 국민들의 참여에 관한 직접 민주주의의 요소가 변화하였다는 점을 거론할 수 있을 것이다. 학교급식조례의 경우에서 보듯이 아직은 제한되어 있지만, 지방자치단체의 몇 가지 활

동에 대해서 주민들이 직접 의사를 반영할 수 있는 조례권에 관한 변화가 실제로 변화된 상황이다.

87년 체계에서는 국민투표에 관한 발의권을 대통령에게 제한하고 있다.

제72조 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.

친환경농업이나 에너지체계과 같이 국가적 차원의 결정이 필요할 때 국민들이 직접 의사를 표명할 수 있는 국민투표는 유럽 국가들이 포괄적으로 인정하고 있는 국민의 고유권한에 해당하는데, 이러한 절차가 대통령에게 귀속되어 있는 현 상황에서는 모든 경제적 의사결정이 기본적으로는 정치적 논의를 통하도록 되어있다.

국민 유권자의 1%와 같이 국민투표에 대한 발의권을 비록 원칙적이지만, 국민들에게도 개방하는 것은 국가가 특별한 경제정책을 강행하는 것을 적절하게 제어하거나 혹은 다른 제도를 도입할 수 있는 논의의 절차를 열어준다는 면에서 경제적 조항은 아니지만, 사실상 경제운용의 원칙에 가장 큰 효과를 미치는 역할을 할 것이다.

2. 토지공개념에 관한 논의

87년 체계 내에서 토지공개념에 관한 논의를 가장 앞에까지 끌고 갔던 시기는 노태우 정부와 김영삼 정부 시절의 일인데, 헌법에 위배된다는 이유로 제도가 시행되지 못하였다는 점은 잘 알려져 있다.

보다 강화된 토지공개념이 존재할 수 있고, 또 정책적으로는 완화된 형태의 토지공개념이 존재할 수 있는데, 2000년 이후로 실제로 '생산 경제'에서 '지대 경제'로 이전하고 있는 우리나라 경제의 구조적 문제점들을 감안할 때, 개헌에 대한 논의 시기는 실제로 국민들이 무엇을 원하느냐에 대한 포괄적 의사를 반영하는 시기이기 때문에, 정해진 헌법 체계 내에서 하위에 해당하는 법률들이 헌법의 원칙에 맞느냐는 것을 결정하는 시기와는 분명히 다른 초법적인 논의 공간이 존재한다.

헌법 차원에서 토지공개념이 반영된다면, 유럽 수준까지는 가지 않더라도 최소한 미국 수준의 국토 및 토지관리 수준이 가능할 수 있을 것이며, 토지에 과도하게 붙어있는 투기적 요소를 국민경제 차원에서 해소하는데 상당한 기여를 할 것이다.

국민들이 토지공개념을 실제로 원하는 것인가 아닌가에 대해서 물어볼 수 있는 시기는 현 87년 체계에서는 사실상 개헌 논의의 시기 밖에는 없는 것이, 이미 토지공개

념은 헌법에 합치하지 않는다는 대법원 판례가 존재하기 때문이다.

3. 고용에 관한 원칙

79년 경제위기를 제외하면 우리나라 경제는 사실상 완전고용에 가까운 상태를 유지하였고, 87년 체계가 형성되던 시기도 고용에 대해서 사회적인 논의는 노동자의 권리와 농업에 대한 정책적 틀의 형성에 비해서 우선순위가 뒤쳐진 상황에 있었고, 이러한 이유로 87년 체계는 고용이라는 개념을 담고 있지 않다.

국가가 강제로 고용에 대한 조정권을 가질 수 있을 정도의 강력한 고용에 대한 규정과 국가가 여러 가지 경제 행위를 할 때 고용을 늘릴 수 있을 것을 권고하는 정도의 권고 규정 사이에는 다양한 조합이 가능할 것이다.

그러나 어떠한 이유에서이든 새로운 헌법에 대한 개정 논의가 시작될 때에는 고용에 대한 원칙의 논의가 필요할 것이다.

실제로는 해고를 자유롭게 할 수 있게 해주는 '노동의 유연성'을 헌법에서 보장받고자 하는 현실적 흐름과 공적 영역으로서의 고용 관리를 희망하는 두 흐름 사이에 고용의 원칙을 둘러싼 전면적 충돌이 예상된다.

4. 지역균형과 지역교부금 제도

87년 체계는 지역 간에 '균형'이라는 언급 외에는 불균형을 해소하기 위한 장치를 적극적으로 가지고 있지는 않다. 이러한 문제점은 실제로 지자체 사이에 경제적 능력의 차이에 따른 심각한 문제점들을 발생시키고 있는데, 각 지역에 대한 지원은 중앙정부의 그야말로 재량에 따르도록 하고 있으며, 이에 따라 소위 국책사업과 각종 지역개발사업의 형태로 지역 사이의 재정 재분배 메카니즘이 작동하고 있다.

이러한 문제점을 해소하기 위해서는 생태교부금이나 지역교부금 등 다양한 형태로 공평하고 투명한 지역재정 사이의 불균형을 해소하기 위한 최소한의 장치나 원칙에 대한 규정이 필요할 수 있다.

5. 생태적 원칙과 지속가능성

87년 체계는 극단적인 성장주의를 채택하기 보다는 분배에 보다 강조점을 두고 있는 체계로 해석할 수 있는데, 부른트란트 보고서가 UN에 제시된 해인 87년에 만들어

진 이 헌법체계는 90년대의 생태 논의들에 대해서는 생활권의 연장으로 제시된 환경권 이외의 내용을 가지고 있지는 않다.

국토의 이용만이 아니라 생태적 보존에 해당하는 원칙이 필요하며, 또한 지속가능성의 개념에 대한 포괄적 이해, 그리고 소유권으로서의 환경권의 확장에 대한 원칙이 필요할 것이다.

6. 지역경제와 경제적 약자들의 협동조합제도

경제 민주주의의 실질적 수단으로 경제적 약자들이 결성하게 되는 협동조합을 헌법적 실체로 인정할 것인가 아닌가에 관한 논의는 사실상 우리나라 경제가 앞으로 나아가게 될 방향을 이해하는 그야말로 경계선에 있다고 할 수 있을 것이다.

87년 체계는 사실상 재벌체계와 중소기업이라는 두 가지 경제주체를 인정하고 있는데, 사실상 재벌의 독과점 체계에 의한 경제활동의 왜곡에 대해서 반대하고 있으며, 중소기업의 활동에 대해서는 최대한 보장한다는 뜻을 119조 2항과 123조 3항에서 규정하고 있다.

제119조 ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

제123조 ③ 국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다.

그런데 123조 5항에는 이러한 두 가지 경제주체 외에 또 다른 경제주체인 "자조조직"이라는 개념을 제시하고 있다.

제123조 ⑤ 국가는 농·어민과 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장한다.

이 자조조직인 사실상 "기업"과 "중소기업"이라는 두 가지 경제주체 외에 또 다른 형태의 경제주체가 존재할 수 있다는 것을 의미하며, 농민과 중소기업의 "자조조직"으로 규정되는 이 특수한 형태의 경제주체는 사실상 협동조합의 실체를 인정하고 있다고 해석될 수 있으며, 국가는 이 주체를 인정할 뿐만이 아니라 육성할 의무와

함께 보장의 의무를 가지고 있다고 헌법은 규정하고 있는 셈이다.

소비자협동조합과 생산자협동조합이 기업 외에 실질적 경제주체로서의 일종의 사회적 안정망을 형성하고 있는 유럽형 경제의 특징의 하나인 이 협동조합을 87년 체계가 '자조조직' 이라는 이름으로 인정하고 있다는 점은 대단히 특기할 사항이다.

지역경제와 경제적 약자들의 경제적 보호를 위해서 한국 자본주의가 협동조합을 어떻게 간주할 것인가가 향후 대한민국 경제의 새로운 질문점이라는 점을 고려한다면, 123조 5항의 '자조조직' 은 별도의 항으로 보다 적극적으로 해석하는 방향으로 논의가 진행되어야 할 것이다. 물론 이러한 논의없이 개헌 논의가 진행된다면, 실질적 '사문' 으로 해석되어 사라질 확률이 높은 조항 중에 하나이다.

7. 통일경제에 대한 원칙

87년 체계는 북한에 대해서 어떠한 규정이나 원칙도 제시하고 있지 않은데, 정치적 이해와는 별도로 통일된 이후의 북한 경제와 소유권과 같은 북한 체계에 대해서 어떠한 관점을 가질 것인가가 새로운 헌법 논의에서는 분명히 포함되어 있어야 할 것이다. 경제협력에 관한 세부적인 사항은 법률 사항으로도 큰 문제가 없을 것 같아보이지만, 소유권 체계에 분명히 차이를 가지고 있는 북한 경제와의 원할한 협력관계와 충돌을 방지할 수 있는 최소한의 통일경제에 관한 원칙들이 논의에 포함되어야 할 것이다.

VI. 맺는 말

국민들에게 국민투표 발의권이 없는 현 헌법 체계에서 경제에 관한 가장 상위의 귀속권은 헌법에 있으며, 사실상 87년 체계에 처음 도입된 헌법재판소에서의 결정이나 대법원의 판례가 경제행위에 대한 궁극적인 판결권을 가지고 있다. 토지공개념에 대한 위헌결정과 같이 분명히 87년 체계에 대해서 보완될 부분이나 더 상세한 논의가 필요한 부분들이 분명히 존재하는 것은 사실이다.

그러나 헌법은 사실상 일반 법률과는 달리 언제 어느 때나 필요한 사회적 요구가 제시되면 바꿀 수 있는 대상은 아니다. 헌법에 반드시 포함되어야 할 최소한만을 남겨두고 있는 체계와는 달리 우리나라 헌법은 적어도 경제적인 측면에서는 누구에게는 단체행동권을 제한한다거나 어떤 사람들이 토지를 보유하는 것이 좋다 혹은 경제민주

주의를 이 사회는 추구하도록 하라는 방법까지를 알려주는 상세한 헌법체계라고 말할 수 있을 것이다.

사실상 87년에 비교하면, 2005년 한국 사회는 훨씬 더 보수화되어 있고, 경제적인 의미에서의 민주주의와는 거리가 먼 상황에서 '2만불 경제' 라는 경제기조가 의미하듯이 보다 더 극우파되어 있는 상태이고, 게다가 농업에서는 규모농 일부를 제외하면 전면적인 철수를 눈 앞에 두고 있는 시점이다.

현 상황에서 만약 개헌 논의가 진행된다면 어떠한 미사여구를 사용하더라도 최소한 경제적인 측면에서는 87년 체계에 비해서 더 열악한 상황으로 갈 확률이 그렇지 않은 상황에 비해서는 훨씬 높다. 따라서 포괄적인 의미에서의 개헌 논의는 최소한 경제적인 측면은 제외하고 진행되는 것이 보다 바람직하다는 것이 나의 어리석은 생각으로부터 나온 결론이다.

만약 '경제 민주주의' 라는 정신이 87년 체계가 가지고 있는 헌법 119조의 정신이라고 한다면, 현재의 개헌 논의는 이 119조와는 아무런 상관이 없는 대단히 보수적인 정치주의의 관점에서 진행되고 있는 논의라고 규정할 수 있을 것이다. 87년의 논의는 이와는 확실히 절차가 달랐다. 각 경제주체가 민주화를 원했고, 이 87년 투쟁의 결과가 헌법에서 각 주체들이 '소망사항' 이 반영된 '경제 민주주의 체계' 를 만들어낸 것이 현 시점에서의 논의와의 차이점이다. 그래서 때때로 기업의 포괄적 대변인들이 이 87년 체계를 사회주의 헌법보다 더 문제가 있다고 지적하는 일이 종종 벌어지게 된다.

이 87년 체계가 불완전하다는 지적은 사실상 모든 헌법에 대해서 적용될 수 있는 말이다. 그럼에도 불구하고 시급하게 87년 헌법을 개정해야 할 이유가 경제적인 관점에서 존재하는 것일까? 그렇지는 않아 보인다. 만약 87년 체계가 불완전하고 '지역구도' 를 만들어내었다고 한다면, 이는 헌법과는 사실상 상관없이 정치영역에서 벌어진 일인데 지역감정을 만들 수 있는 어떠한 요소도 경제적으로는 87년 헌법은 가지고 있지는 않다.

그런데 이러한 정치 영역의 문제점을 해결하겠다는 것을 명분으로 87년 체계의 경제 민주주의를 후퇴시키기 위한 시도들은 정치적 민주주의를 앞으로 내세우면서 경제 민주주의를 후퇴시키기 위한 시도로 규정할 수 있을 것이다.

우리는 두 가지를 선택할 수 있다.

① 87년 체계의 정치적인 부분에 대한 부분 개헌

② 경제 민주주의를 규정하는 119조를 포함한 경제 부분을 포함한 전면 개헌.

물론 2번째의 경우에도 상황이 지금보다 진전되는 헌법안이 전혀 불가능하지는 않

지만, 실제로 87년만큼 경제 민주주의를 위한 사회적 요구와 힘이 존재하는가에 대해서 질문하지 않을 수 없다.

현재의 요구수준과 논의수준에서는 10차 헌법개정이 전면개정의 형태가 된다면, 이 헌법은 72년 유신헌법을 '국가동원경제주의 헌법' 과는 또 다른 대척점에 서 있는 '강화된 신자유주의 헌법' 혹은 유신체계와의 적당한 혼합의 형태가 될 가능성이 높다.

세계에서 최초로 학교급식에 자국 농산물을 사용하는 국내 조치에 대해서 WTO 규정 위반이라는 대법원 판결을 내리는 사회적 분위기에서 87년 체계보다 나은 경제민주화 체계가 등장할 수 있을까? 현재의 논의 구도라면 세계에서 가장 강력한 신자유주의 헌법이 될 확률이 오히려 높아 보이며, 여기에 72년 헌법에 등장했던 개별 경제주체들의 경제적 권리 제한이 포함된, 최악의 조합이 등장할 가능성이 높아 보인다.

현실적으로는 119조와 121조를 지키는 형태로 개헌 논의가 진행될 가능성이 높은데, 열린우리당의 지금까지의 당론과 개헌파들의 논의 구도를 고려한다면, 이 두 조항을 지키는 것도 힘에 버거워 보인다. 그런 면에서 87년 체계의 불완전성을 지적하는 개헌론자는 사실상 87년 체계의 '경제 민주주의' 에 대한 배신자일 가능성이 높다.

환경과 인간복지와의 연계성

박태현 (환경법률센터 부소장, 변호사)

Ⅰ. 환경에 대한 권리는 자연과 인간과의 구체적 관계 속에서 자신을 드러낸다

울창하고 아름다운 숲이 있다. 나는 숲이 언제까지나 존속되기를 바란다. 그런데 누군가가 당국의 허가를 받아 숲을 벌목하려 한다. 나는 과연 숲의 다원적 기능 등 나름대로의 보존논리를 근거로 환경권을 주장하며 벌목의 중단을 법적으로 요구할 수 있을까? 만약 내가 숲이 제공하는 의식주와 관계된 물질들에 의존하여 살아가는 원주민이라면 어떨까.

내가 숲이라는 자연환경과 구체적 관계를 맺고 있는 경우라면, 숲의 존속에 대한 나의 청구는 법적으로 보호받을 수도 있을 것이다.

Ⅱ. 환경에 대한 권리는 구체적 관계 속에서 자신을 드러내되 결코 자기 이름만으로 드러내지 아니한다

그런데, 숲의 존속에 대한 나의 청구가 법적으로 보호받을 수 있게 된다면 그것은 숲에 대한 나의 일반적 권리 때문이 아니라 내가 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하면서 건강하고 행복하게 살아갈 권리를 보장받기 위해서는 숲의 유지, 존속이 불가결하기 때문에 그런 것이다. 따라서, 핵심은 환경에 대한 권리가 있는가 없는가 하는 일반론이 아니라 인간다운 지속가능한 삶의 유지와 숲의 존속이 상관성을 가지느냐 가진다면 어느 정도인가 하는 것이다. 깨끗한 대기환경에 대한 나의 권리의 핵심도 나의 건강권이다.

이처럼 환경에 대한 권리는 인간다운 삶의 유지(생존권) · 생명권 · 신체에 대한 안전권 혹은 건강권 등을 통하여 자신을 드러낸다. 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다는 대법원

판례(대법원 94마2218)의 취지도 이런 맥락에서 파악할 수 있다.

III. 따라서, 환경에 대한 권리는 수단으로서의 권리 또는 방법으로서의 권리이다

환경이란 인간이 인간답게, 건강하고 안전하게 살아가기 위한 구체적 기반조건이므로 환경에 대한 권리는 인간으로서의 존엄과 가치를 핵심으로 하는 기본권들을 실현하기 위한 수단적 또는 방법적 권리라 하겠다.

IV. 환경보호임무가 국가에 공공신탁되었음을 헌법에 명시하는 것이 좋겠다

그런데, 구체적 관계 속에서 드러나는 환경에 대한 권리는 환경에 대한 부분적이고 제한적인 관점에서 인정될 수밖에 없다. 따라서, 총체로서의 환경보호는 마땅히 국가목표로 설정되어야 한다. 즉 국가는 "환경(Ecosystem)과 인간복지(Human well-being)" 와의 연계성을 전체적 관점에서 바라보는 가운데 환경보호문제를 다루어야 한다

이를 위하여 "국가는 환경보전을 위하여 노력하여야 한다" 는 현행 헌법규정은 그 내용성이 강화되는 것이 바람직하다. 공동체의 존속에 필요불가결한 자연환경에 대한 관리임무는 국가에게 공공신탁되었음이 헌법에 명시되는 것이 좋겠다.

V. 아울러, 국가가 공공신탁에 따른 선량한 관리자의 주의의무(선관의무)를 해태하고 있는 경우 이를 시정할 수 있는 법제적 수단을 도입할 필요가 있다

새만금간척사업은 공공신탁에 따른 선관의무를 해태한 전형적인 사례이다. 현행 법제하에서 환경에 대한 권리를 내세워 간척중단을 말할 수 있는가 시민은 극히 제한적이다. 따라서, 일반시민이 국가의 현명하지 못한 관리에 개입할 수 있는 권리를 법적으로 부여하는 것이 바람직한데 그 중 하나가 바로 환경시민단체에 소송당사자자격을 인정하는 것이다.

● 부 록 1 ●

다른 나라 헌법의 생명·환경 관련 조항

아메리카합중국 헌법

수정 제14조(공민권)

제 1 절 합중국에서 출생하고 또는 귀화하고, 합중국의 관할권에 속하는 모든 사람은 합중국 및 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 합중국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다.

독일 기본법

제 2 조【일반적 인격권】

②누구든지 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 갖는다. 신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거하여서만 침해될 수 있다.

제11조【이전의 자유】

①모든 독일인은 모든 연방지역에서 이전의 자유를 누린다.

②이 권리는 법률에 의해서만 또는 법률에 근거하여서만 제한될 수 있다. 그리고 충분한 생활근거가 없고 이로 말미암아 일반에게 특별한 부담을 지우는 경우나 연방 또는 어떤 州의 존립이나 그 자유민주적 기본질서를 위협하는 위험을 방지하기 위하여 전염병의 위험·자연재해 또는 특별히 중대한 사고를 극복하기 위하여, 소년을 방치로부터 보호하기 위하여 또는 범죄행위의 예방을 위하여 필요한 경우에만 제한될 수 있다.

제13조【주거의 불가침】

①주거는 불가침이다.
③그 밖에도 침해와 제한은 공동의 위험이나 개인의 위험을 방지하기 위해서만 법률에 근거하여 공공의 안전과 질서에 대한 급박한 위험을 방지하기 위해서 특히 주택난을 덜기 위해서 전염병의 위험을 극복하기 위해서 또는 위험에 처한 소년을 보호하기 위해서도 행해질 수 있다.

제15조【사회화】
토지 자연자원 및 생산수단은 사회화를 목적으로 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의해서 공유재산 또는 다른 형태의 공동관리경제로 옮겨질 수 있다. 보상에 관하여는 제14조 제3항 3문과 4문이 준용된다.

제20a조【자연적 생활기반의 보호】
국가는 장래의 세대에 대한 책임으로서 헌법질서의 범위 내에서 입법에 의거하거나 법률과 규범에 따른 행정과 판결을 통하여 자연적 생활기반을 보호한다.

제35조【법적 구조와 직무상의 지원】
②공공의 안전과 질서의 유지나 회복을 위하여 한 州는 특별히 중대한 경우 경찰이 연방국경수비대의 힘과 시설의 지원없이는 임무를 수행할 수 없거나 현저한 어려움하에서만 수행할 수 있는 때에는 경찰에 대한 지원을 요청할 수 있다. 자연재해 또는 특히 중대한 사고의 경우 그 구호를 위하여 州는 다른 州의 경찰력 다른 행정청과 연방국경수비대 및 군대의 힘과 시설을 요청할 수 있다.
③자연재해나 사고가 한 州 이상의 영역을 위협할 때에 효과적인 극복에 필요한 한에서 연방정부는 州정부에게 다른 州의 경찰력을 사용하도록 지시할 수 있으며 또한 경찰력을 지원하기 위하여 연방국경수비대와 군대의 부대들을 투입할 수 있다. 1문에 따른 연방정부의 조치는 연방참의원의 요구가 있을 때는 항상 그리고 그밖에도 위험이 제거된 후에는 지체없이 폐지되어야 한다.

제74조【경합적 입법사항】
①경합적 입법은 다음 분야를 그 대상으로 한다.
11. 경제(광업, 공업, 동력산업, 수공업, 영업, 상업, 은행 및 주식제도,사법상의 보험제도)에 관한 법
11a. 평화적 목적을 위한 핵에너지의 생산과 이용, 위 목적을 위한 시설의 설치와

운영, 핵에너지의 자유화 또는 전리방사선에 의해서 야기되는 위험의 방지, 방사능 물질의 제거
15. 토지, 천연자원 및 생산수단의 공유재산 또는 그밖의 공동관리경제형태로의 전환
16. 경제력의 남용예방
17. 농·휴업생산의 진흥, 식량의 확보, 농·수산물의 수출입, 원양어업과 연해어업 및 연안보호
18. 토지거래, 토지법(보상액에 관한 권리 제외) 및 농업상의 임차제도 이주 및 정착제도
19. 인간과 가축 모두에게 위험한 그리고 전염성이 있는 질병에 대한 조치, 의료업 및 그밖의 치료업의 허가, 약품, 약제 및 마취제와 독극물의 거래
19a. 병원의 경제적 안전과 병원치료비의 규제
20. 식량, 기호품, 생활필수품, 사료 농·임업용의 종자 및 묘목의 거래의 보호, 식물의 병해로부터의 보호 그리고 동물의 보호
21. 원양과 근해항해 및 선로표지, 내수항행, 기상업무, 해수항로 및 일반운수에 이용되는 내수항로
22. 도로교통, 자동차제도, 장거리교통을 위한 州도로의 건설과 유지, 자동차에 의한 공로이용과의 징수와 분배
24. 오물제거 대기정화 및 소음방지
26. 인공수정, 유전자정보(Erbinformation)의 연구와 인공적 변경, 장기이식의 규율
②제1항 제25호에 관한 법률은 연방참의원의 동의를 요한다.

제75조【대강규정】
①연방은 제72조의 조건하에서 다음 사항에 관하여 대강규정을 제정할 권한을 갖는다.
3. 수렵제도, 자연보호 및 풍치조성
4. 토지분배, 공간정서 및 물의 관리
②대강규정은 예외적인 경우에 한하여 개별적으로 적용되거나, 직접 효력규정을 허용한다.
③연방이 대강규정을 제정하는 경우 州는 법률로 규정된 적당한 기간내에 필요한 州法을 제정하여야 한다.

제87c조【핵에너지의 생산과 이용에 관한 규정】

제74조 11a호에 근거하여 제정되는 법률은 연방참의원의 동의를 얻어 그 법률이 연방의 위임에 따라 州에 의해 수행된다는 것을 규정할 수 있다.

제89조【연방수로】
①연방은 종래의 제국수로의 소유자가 된다.
②연방은 자신의 관청을 통해 연방수로를 관리한다. 연방은 한 州의 영역을 넘어서는 내수항행의 국가적 임무와 법률로 연방에 이양되는 해양항행의 임무를 수행한다. 연방은 한 州의 영역 내에 위치한 한 연방수로의 행정을 위임행정으로서 신청에 따라 2州에 이양할 수 있다. 수로가 여러 州에 걸쳐 있으면 연방은 관련된 州의 신청에 따라 州에 위임할 수 있다.
③수로의 행정, 확장 또는 신설에 있어서 토지경작과 영리의 수요가 州들과 협의해서 보존되어야 한다.

제90조【연방도로】
①연방은 종래의 제국고속도로와 제국도로의 소유자가 된다.
②州 또는 州法에 의해 관할권을 가진 자치행정단체가 연방의 위임에 따라 연방고속도로와 그밖의 장거리교통용을 위한 연방도로를 관리한다.
③연방은 州의 신청에 따라 연방고속도로와 그밖의 장거리교통용연방도로를 그 도로들이 그 州의 영역내에 있는 때에는 연방고유행정으로 맡을 수 있다.

일본국 헌법

제13조 모든 국민은, 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복 추구에 대한 국민의 권리에 관해서는, 공공의 복지에 반하지 않는 한, 입법 기타의 국정의 위에서, 최대한 존중된다.

제25조
① 모든 국민은, 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 갖는다.
② 국가는, 모든 생활 국면에 대해서, 사회 복지, 사회 보장 및 공중위생의 향상 및 증진에 노력하지 않으면 안 된다.

제31조 누구도 법률이 정하는 절차에 의하지 않고는 그 생명 내지는 자유를 침해받지 않으며 또한 기타의 형벌을 부과받지 않는다.

스위스 연방헌법

전 문

전능하신 신의 이름으로
스위스국민과 주(Kanton)는,
창조주에 대한 책임을 자각하고,
세계에 대한 연대와 개방적 정신으로 자유, 민주주의, 독립 및 평화를 강화하기 위하여 동맹을 새로이 할 것을 결의하고,
타자의 존중과 공정속에서 다양하게 생활할 것을 결의하고,
장래세대에 대한 공동의 성과와 책임을 자각하며,
자기의 자유를 행사하는 자만이 자유이며, 국민의 강력함은 약자의 복지를 척도로 평가되는 것임을 확신하면서 이하의 헌법을 제정한다.

제10조(생명 및 인격적 자유의 권리)
①모든 인간은 생명에 대한 권리를 가진다. 사형은 금지한다.

제26조(재산권 보장)
①재산권은 이를 보장한다.
②공용수용 및 공용수용에 상당하는 재산권제한을 하는 경우에는 완전한 보상을 하여야 한다.

제41조
①연방 및 주는 자기책임과 개인의 능동성을 보완하여 다음 사항을 확보하도록 노력한다.
b. 모든 사람이 그 건강을 위하여 필요한 의료를 받는다.
③연방 및 주는 헌법상의 권한과 모든 능력의 범위내에서 사회목적의 달성을 위하여 노력한다.

④사회목적을 이유로 개인이 국가의 급부를 직접 청구하는 권리를 도출하는 것은 허용되지 아니한다.

제54조(대외관계)
①대외관계는 연방의 관할사항이다.
②연방은 스위스의 독립의 유지를 위하여 또한 인권의 존중, 민주주의의 촉진, 국민의 평화적 공존 및 자연자원의 보전을 위하여 기여한다.

제73조(지속성)
연방 및 주는 자연의 지속적인 균형, 특히 그 재생능력과 인간에 의한 이용을 확립하도록 노력한다.

제74조(환경보전)
①연방은 인간 및 자연환경을 유해 또는 불쾌한 작용으로부터 보호하는데 관하여 규칙을 제정한다.
②연방은 전항에서의 작용을 회피하기 위한 주의를 환기한다. 회피 및 제거에 소요되는 비용은 오염을 배출한 자가 부담한다.
③규칙의 집행은 법률에서 연방에 유보되어 있지 아니하는 한 주가 행사한다.

제75조(국토계획)
①연방은 국토계획(Raumplanung)에 관한 원칙을 설정한다. 그것은 주에 관련된 것이며 또한 토지의 적절하고 적정한 이용과 질서있는 거주에 이바지하는 것이어야 한다.
②연방은 주의 노력을 장려하고 조정하며 주와 협력한다.
③연방 및 주는 자기의 임무수행에 있어서 국토계획의 필요성을 감안한다.

제76조(물)
①연방은 그 권한의 범위내에서 수자원의 적절한 이용 및 보호에 관하여, 그리고 물의 위험한 작용의 방지에 관하여 주의를 환기한다.
②연방은 수자원의 보전 및 이용, 에너지생산 및 냉각목적의 물이용과 물의 순환에의 기타개입에 관하여 원칙을 정한다.
③연방은 물의 보호, 적절한 잔수량의 확보, 치수공사, 댐설비의 보안 및 강수에 관련하는 조치에 관하여 규칙을 제정한다.

④주는 수자원을 이용한다. 주는 수리권(Wassernutzung)에 관하여 연방법률의 범위내에서 사용료를 부과할 수 있다. 연방은 교통목적을 위하여 물을 이용할 권리를 가진다. 연방은 그에 관하여 사용료 및 보상금을 지불한다.
⑤국제적인 수자원 및 그에 관계하는 사용료에 관하여 연방은 관계주와 협의하여 이를 결정한다. 국제적인 수자원을 둘러싼 권리에 관하여 관계주간의 일치가 되지 아니하는 경우에는 연방이 결정한다.
⑥연방은 그 임무를 수행하는데에는 수원지가 존재하는 주의 이익을 감안한다.

제77조(삼림)
①연방은 삼림이 그 보호적, 경제적 및 사회적 기능을 완수하도록 주의를 기울인다.
②연방은 삼림의 보호에 관한 원칙을 정한다.
③연방은 삼림의 유지를 위한 조치를 장려한다.

제78조(자연 및 향토의 보전)
①자연 및 향토의 보전은 주의 권한이다.
②연방은 자기의 임무수행에 있어서 자연 및 향토의 보전의 목적을 감안한다. 연방은 경관, 토지상황, 사적과 자연적 기념물 및 문화적 기념물을 보호한다. 연방은 공적 이익의 관점에서 필요한 경우에는 원상태로 보존한다.
③연방은 자연 및 향토의 보전을 위한 노력을 지원하고, 국가적 중요성을 지닌 대상을 계약에 의하여 또는 공공수용의 방법으로 취득 또는 확보할 수 있다.
④연방은 동물 및 식물의 보호를 위하여 또한 자연환경과 다양성을 유지하기 위한 규칙을 제정한다. 연방은 멸종의 위기에 직면하고 있는 종을 보호한다.
⑤특별한 미관과 국가적 중요성을 가지는 호수 및 온천을 보호한다. 그곳에 있어서는 시설을 건축하는 것도 어떠한 형태로 건조물을 변형하는 것도 허용되지 아니한다. 다만, 보존목적 또는 장래의 농업이용에 이바지하는 시설은 그러하지 아니하다.

제79조(어획 및 수렵)
연방은 어획 및 수렵에 관하여 특히, 어류, 야생의 포유류 및 조류의 다양성의 보존을 위하여 원칙을 정한다.

제80조(동물의 보호)
①연방은 동물의 보호에 관하여 규칙을 제정한다.

②연방은 특히 다음 사항에 관하여 규칙을 정한다.

a. 동물의 보호 및 취급
b. 동물실험 및 동물생체에의 개입
c. 동물의 이용
d. 동물 및 동물제품의 수입
e. 동물의 거래 및 동물의 수송
f. 동물의 도살

③규칙의 집행은 법률에서 연방에 유보되어 있지 아니하는 한 주가 행사한다.

제81조(공공공사)

연방은 국가의 전부 또는 대부분의 이익을 위하여 공공공사를 실시하고 공사결과를 활용하거나 그러한 실시를 지원할 수 있다.

제82조(도로교통)

①연방은 도로교통에 관하여 규칙을 제정한다.

②연방은 국가적 중요성을 가지는 도로를 감독한다. 연방은 어느 통과도로를 교통을 위하여 개방해 둘 것인가를 정할 수 있다.

③공공도로의 사용은 무료이다. 연방의회는 예외를 인정할 수 있다.

제83조(국도)

①연방은 국도망의 건설과 그 이용에 주의를 기울인다.

②주는 연방의 규칙에 따라 또한 그 감독하에서 국도를 건설하고 유지한다.

③연방 및 주는 국도의 필요경비를 공동으로 부담한다. 각기 주의 비용분담은 국도의 현상, 당해주의 관여의 크기 및 그 재정능력에 따라 결정한다.

제84조(알프스통행)

①연방은 알프스지역을 교통의 유해한 영향으로부터 보호한다. 연방은 교통에 의한 손해를 사람, 동물 및 식물과 그와 생존환경에 있어서 유해하지 아니한 범위로 한정한다.

②알프스를 걸친 국경으로부터 국경으로 가로지르는 통과운송은 철로에 의하여 행한다. 연방내각은 필요한 조치를 강구한다. 사정이 불가피한 경우에 한하여 예외를 인정한다. 이 예외에 관하여는 법률로서 상세히 정하여야 한다.

③알프스지방의 통과허용량은 증가시켜서는 아니된다. 부락(Ortschaften)을 통과하는 도로의 부담경감을 위한 우회도로(Umfahrungsstrassen)는 이 제한에서 제외한다.

제85조(중량차량세)

①연방은 중량차량(Schwerverkehr)에 대하여 그 성능 또는 사용실적에 상응한 공과금을 중량차량의 통행에 의하여 발생하는 추가적 비용중 다른 납부금 또는 공과금으로 보전되지 아니하는 한도내에서 징수할 수 있다.

②전항의 공과금의 순수입은 도로교통과 관련을 가지는 비용의 보전에 충당하여야 한다.

③주는 순수입의 일부를 수령한다. 이 할당액의 산정에 즈음하여 산악지역 및 변경지역에서 위 공과금을 징수하는 것이 지닌 특별한 영향을 감안하여야 한다.

제86조(자동차연료소비세 및 기타 통행세)

①연방은 자동차연료에 대하여 소비세를 부과할 수 있다.

②연방은 중량차량세의 과세대상이 아닌 자동차 및 트레일러에 의한 국도의 사용에 대하여 공과금을 부과한다.

③연방은 자동차연료소비세의 순수입의 반액 및 국도사용공과금의 순수입을 도로교통에 관련한 다음의 목적 및 비용에 충당한다.

a. 국도의 건설, 유지 및 관리
b. 철도와의 결합통행, 철로에 의한 차량수송 또는 도로교통으로부터 분리하여 철로수송을 행하기 위한 조치
c. 주요도로건설을 위한 부담
d. 자연재해로부터 수호하기 위한 피난처의 건설, 도로교통에 불가결한 환경 및 경관의 보호를 위한 조치를 강구하는 부담
e. 자동차를 통한 고속국도에 관한 주의 부담과 도로관계의 재정균형을 위한 부담
f. 국도을 가지지 아니한 주 및 국제적 교통에 기여하고 있는 알프스도로를 가진 주를 위한 비용

④전항의 제반 조치가 불충분한 경우에는 연방은 소비세를 할증하여 징수한다.

제87조(철도 및 기타 교통기관)

철도교통, 케이블카운행, 선박항행, 항공 및 우주비행에 관한 입법은 연방의 관할사항이다.

제88조(소도 및 보도)
①연방은 보행 및 산보를 위한 도로망에 관한 원칙을 정한다.
②연방은 전항의 도로망의 건설 및 유지를 위하여 하는 주의 조치를 지원하거나 조정할 수 있다.
③연방은 자기의 임무를 수행하는데 있어서 보행 및 도보를 위한 도로망을 감안하고, 연방이 폐지하여야 하는 도로에 관하여 대체조치를 강구한다.

제89조(에너지정책)
①연방 및 주는 각자의 권한의 범위내에서 충분하고 다양하며 신뢰할 수 있고 또한 경제적이며, 나아가 환경보전과 경제적이고 효율적인 에너지소비가 수반되는 에너지공급에 노력한다.
②연방은 국내의 재생가능한 에너지이용과 경제적이고 효율적인 에너지소비에 관하여 원칙을 정한다.
③연방은 시설, 차량 및 기계의 에너지소비에 관한 규칙을 제정한다. 연방은 특히 에너지의 절약과 재상가능에너지의 분야에 있어서 에너지기술의 발달을 촉진한다.
④주택내의 에너지소비에 관한 조치에 관하여는 제1차적으로는 주가 이를 관할한다.
⑤연방은 자기의 에너지정책에 있어서 주, 자치단체 및 경제계의 노력을 감안한다. 연방은 국내의 개별 지역의 상황 및 경제적 부담능력을 감안한다.

제90조(원자력 에너지)
원자력에너지의 영역에 있어서 입법은 연방의 관할사항이다.

제91조(에너지의 수송)
①연방은 전력의 수송과 공급에 관한 규칙을 제정한다.
②액체 또는 기체의 연료의 배관수송에 관한 입법은 연방의 관할사항이다.

제104조(농업)
①연방은 농업이 지속적이고 시장적합적인 생산을 통하여 다음에 열거하는 사항을 위하여 대폭적인 기여를 하도록 주의를 기울인다.
a. 전주민에 대하여 확실한 공급을 하는 것
b. 자연자원을 보전하고 향토의 경관을 유지하는 것
c. 국토전체에 분산하여 거주하는 것

②연방은 통상 기대할 수 있는 자조노력을 보완하여 또한 부득이한 경우에는 경제적 자유의 원칙에서 벗어나 농민에 의한 토지의 개척을 장려한다.
③연방은 농업이 다수의 기능을 발휘하기 위한 조치를 고안한다. 연방은 특히, 다음의 권한 및 과제를 가진다.
a. 연방은 환경보호의 원칙에 대처하는 것이라면 노동에 상응하는 보수를 농민에게 얻어지게 하기 위하여 직접적 지불에 의하여 농민의 수입을 보완한다.
b. 연방은 특히, 자연에게 친밀하고 환경 및 동물에 친숙한 생산방법에 의한 경제적 자극을 장려한다.
c. 연방은 식료품에 관하여 그 원산지, 품질, 제조방법 및 가공공정을 명시하는데 관한 원칙을 제정한다.
d. 연방은 비료, 화학약품 및 기타 보조재료의 과도한 사용에 의한 손해로부터 환경을 보호한다.
e. 연방은 농업에 관한 연구, 카운셀링 및 교육을 장려하고 투자에 대하여 조성할 수 있다.
f. 연방은 농민의 토지소유를 안정화하기 위한 규칙을 제정할 수 있다.
④연방은 전항에 제시한 과제를 달성하기 위하여 농업분야 및 연방의 일반적 자금으로부터 필요한 투자를 한다.

제118조(건강의 유지)
①연방은 그 권한의 범위내에서 건강의 유지를 위한 조치를 강구한다.
②연방은 다음 사항에 관하여 규칙을 제정한다.
a. 식료의 소비와 치료법, 마약제, 미생물, 화학약품 및 건강에 유해한 물질의 이용
b. 인간 및 동물에 전염되고, 널리 확산되거나 악질적인 질병의 극복
c. 이온화 방사선으로부터의 보호

제119조(인간의 영역에 있어서 생체의학 및 유전자기술)
①인간의 생체의학(Fortpflanzungsmedizin) 및 유전자기술(Gentechnologie)의 남용으로부터 보호한다.
②연방은 인간의 생체 및 유전형질의 이용에 관한 규칙을 제정한다. 연방은 이 경우 인간의 존엄, 인격 및 가족의 보호에 주의를 기울인다. 특히, 다음의 원칙들을 존중한다.
a. 인간의 생식체 및 태아의 유전형질에 대한 개입 및 클론(Klonens)이용은 금지한

다.
b. 사람이외의 생체의 생식체, 유전형질을 이식하는 것 및 그것과 합체하는 것은 금지한다.
c. 인공적 방법을 사용한 수태는 불임 또는 중대한 질병을 방지하기 위한 것이 아니면 행하여서는 아니된다. 또한 태아의 특정한 자질을 발전시키기 위하여 또는 그 연구를 위하여 행하여서는 아니된다. 모체외에서의 수정은 법률로서 인정된 경우이외에는 하여서는 아니된다. 여성의 체외에서의 수정은 그것을 즉시 여성에게 이식하는데 필요한 이상으로 하여서는 아니된다.
d. 태아의 증여 기타 어떠한 형태의 대리모행위도 하여서는 아니된다.
e. 인간의 생식형질 및 수정란으로부터 생기는 어떠한 결과도 거래하여서는 아니된다.
f. 사람의 유전형질은 당인의 동의가 있거나 법률로 정하는 방법에 의한 것이 아니면 분석, 등록 및 정보공개를 하여서는 아니된다.
g. 누구든지 그 선조에 관한 정보를 얻을 권리를 가진다.

제119a조(장기이식 : Transplantationsmedizin) <1999.3.23 개정>
①장기, 조직 및 세포의 이식에 관하여 연방을 규칙을 제정한다. 이 경우 인간의 존엄, 인격 및 건강의 확보에 유의한다.
②연방은 특히 장기의 올바른 배분을 위한 기준을 정한다.
③장기, 조직 및 세포의 제공은 무료이다. 장기의 상거래는 금지한다.

제120조(인간이외의 영역에 있어서 유전자기술)
①인간 및 그 환경은 이를 유전자공학의 남용으로부터 보호한다.
②연방은 동물, 식물 기타 유기체의 생식 및 유전형질이용의 대책에 관하여 규칙을 제정한다. 이 경우 연방은 창조의 존엄과 사람, 동물 및 환경의 보전을 감안하고 동·식물품종의 유전적 다양성을 보호한다.

조선민주주의인민공화국 헌법

제21조 국가소유는 전체 인민의 소유이다.
국가소유권의 대상에는 제한이 없다.

나라의 모든 자연부원, 철도, 항공, 운수, 체신 기관과 중요 공장, 기업소, 항만, 은행은 국가만이 소유한다.
국가는 나라의 경제발전에서 주도적역할을 하는 국가소유를 우선적으로 보호하며 장성시킨다.

제22조 사회협동단체소유는 해당단체에 들어있는 근로자들의 집단적소유이다.
토지, 농기계, 배, 중소 공장, 기업소 같은것은 사회협동단체가 소유할수 있다.
국가는 사회협동단체소유를 보호한다.

제25조 조선민주주의인민공화국은 인민들의 물질문화생활을 끊임없이 높이는것을 자기 활동의 최고원칙으로 삼는다.
세금이 없어진 우리 나라에서 늘어나는 사회의 물질적부는 전적으로 근로자들의 복리증진에 돌려진다.
국가는 모든 근로자들에게 먹고 입고 쓰고 살수 있는 온갖 조건을 마련하여준다.

제27조 기술혁명은 사회주의경제를 발전시키기 위한 기본고리이다.
국가는 언제나 기술발전문제를 첫자리에 놓고 모든 경제활동을 진행하며 과학기술발전과 인민경제의 기술개조를 다그치고 대중적기술혁신운동을 힘있게 벌려 근로자들을 어렵고 힘든 로동에서 해방하며 육체로동과 정신로동의 차이를 줄여나간다.

제28조 국가는 도시와 농촌의 차이, 로동계급과 농민의 계급적차이를 없애기 위하여 농촌기술혁명을 다그쳐 농업을 공업화, 현대화하며 군의 역할을 높이고 농촌에 대한 지도와 방조를 강화한다.
국가는 협동농장의 생산시설과 농촌문화주택을 국가부담으로 건설하여준다.

제33조 국가는 생산자대중의 집체적힘에 의거하여 경제를 과학적으로, 합리적으로 관리운영하는 사회주의경제관리형태인 대안의 사업체계와 농촌경리를 기업적방법으로 지도하는 농업지도체계에 의하여 경제를 지도관리한다.
국가는 경제관리에서 대안의 사업체계의 요구에 맞게 독립채산제를 실시하며 원가, 가격, 수익성 같은 경제적공간을 옳게 리용하도록 한다.

제50조 국가는 과학연구사업에서 주체를 세우며 선진과학기술을 적극 받아들이고 새

로운 과학기술분야를 개척하여 나라의 과학기술을 세계적수준에 올려세운다.

제51조 국가는 과학기술발전계획을 바로 세우고 철저히 수행하는 규률을 세우며 과학자, 기술자들과 생산자들의 창조적협조를 강화하도록 한다.

유럽연합기본권헌장

전 문

우리 유럽 각국의 국민들은 더욱 긴밀한 연합체를 결성하기 위해 공통의 가치를 토대로 평화로운 미래를 공유하기로 결의한다. 우리는 정신적, 종교적 그리고 도덕적인 유산에 유념하면서 인간존엄성, 자유, 평등, 연대라는 불가분적·보편적 가치를 토대로 유럽연합을 설립한다.

유럽연합은 민주주의와 법치국가의 원칙들에 토대를 둔다. 유럽연합은 유럽연합시민권 및 자유롭고, 안전하며, 정의로운 영역을 창설함으로써 인간을 그 활동의 중심으로 삼는다. 유럽연합은 유럽 각국의 문화와 전통의 다양성, 각 회원국의 국가적 정체성과 국가·광역·지역 차원의 국가권력조직을 존중하여 전술한 공동가치의 유지와 발전에 기여하고자 한다. 지속적인 균형발전을 촉진하고 개인, 재화, 용역, 자본의 자유로운 이동과 기업설립의 자유를 보장하고자 한다.

이를 위해서는 사회의 변화, 사회적 진보, 과학·기술의 발전 추세에 맞추어 헌장을 통해 기본권을 더욱 명확히 함으로써 기본권보호를 강화할 필요가 있다. 본 헌장은 공동체와 유럽연합의 권한 및 과제, 보충성의 원칙을 존중하고, 특히 각 회원국의 공통된 헌법적 전통과 국제적 의무, 유럽연합조약, 공동체조약, 인권 및 기본권보호를 위한 유럽협약, 공동체와 유럽평의회가 채택한 사회헌장, 유럽공동체법원과 유럽인권법원의 판례로부터 나오는 권리들을 재확인한다. 이러한 권리의 행사는 타인, 나아가 인류공동체와 미래세대에 대한 책임과 의무를 수반한다. 그리하여 유럽연합은 다음과 같은 권리와 자유 및 원칙을 승인한다.

제2조 생명권

① 모든 사람은 생명권을 갖는다.
② 어느 누구도 사형언도를 받거나 사형집행의 대상이 되어서는 안된다.

제3조 신체를 훼손당하지 아니할 권리
① 누구나 자신의 신체적·정신적 온전성을 침해받지 아니할 권리를 갖는다.
② 의학과 생물학의 영역에서는 특히 다음 각호의 사항이 존중되어야 한다.
1. 법률에 확정된 절차에 따라 사전설명 후에 이루어진 당사자의 자유로운 동의
2. 우생학적 처치, 특히 사람의 선별을 위한 우생학적 처치
3. 인간의 신체 및 그 부분을 이익을 목적으로 이용하는 행위의 금지
4. 인간복제의 금지

제35조 보건
모든 사람은 각 회원국의 국내법 및 관행에 따라 예방의료 이용권과 치료를 받을 권리를 갖는다. 유럽연합의 모든 정책과 조치를 확정하고 집행함에 있어서 높은 수준의 건강보호가 확보되어야 한다.

제37조 환경보호
높은 수준의 환경보호 및 환경의 질적 개선은 유럽연합의 정책에 반영되어야 하고, 지속가능한 발전의 원칙에 따라 보장되어야 한다.

● 부록 2 ●

<헌법 다시보기> 무엇을, 왜 하나요?

왜 헌법을 다시 보나요?

지난 해 대통령 탄핵이나 행정수도 위헌판결 같은 몇 가지 중요한 사건들을 겪으면서, 미처 몰랐던 헌법의 중요성에 주목한 것이 사실입니다. 국가보안법이나 양심적 병역거부, 지문날인제도 같이 시민사회에 중대한 영향을 미치는 사항들이 헌법재판관 몇 사람에 의해 결정되는, '헌재에 물어보는 사회'로의 경향에 대한 문제의식 역시 헌법을 다시보는 중요한 계기 중 하나입니다.

그러나 그것은 <헌법 다시보기>의 문제의식의 한 부분에 불과합니다. <헌법 다시보기>가 주목하는 더 근본적인 측면은 우리가 살아가는 대한민국이라는 나라가 엄청난 변화를 겪고 있다는 사실입니다. 지구화와 정보화라는 거대한 변화가 그것입니다. 또한 성과 생태, 평화와 문화를 중심으로 하는 시민사회의 가치 변화가 그것입니다.

1987년 이후 한국사회는 '구조적' 차원에서뿐만 아니라 개인/'국민'의 일상생활·정서·의식 구조·사고방식에서 급격한 변화를 경험하고 있다. 2004년 한국보건사회연구원의 보고서에 의하면, 오는 2020년에는 자녀 없이 부부만 살거나 혼자 사는 가구가 전체 가구의 40%를 넘어설 것이라고 한다. 특히 1인가구 중 독거노인 가구의 점유율은 40% 이상이 될 것으로 전망했다. 이같은 현상은 고령사회 진입, 기존의 남성가부장 중심의 가족 해체, 이혼율 증가 양상 등이 두드러지면서 부부와 자녀가 동거하는 '정상'가정이 급속히 줄어들 것임을 뜻한다. '가정을 사회의 기본단위로 삼는' 다시 말하면, 가정 내 여성노동을 성역할 이라는 이름으로 착취하는 현재의 사회구조가 근본적으로 흔들릴 것이라는 의미다.

2005년 현재 한국사회의 각종 지표를 살펴보자. 여성 가구주는 전체 가구주의 19.5%인 370만 6천명으로 20년 전 보다 3.6배 증가했고, 1인가구가 15.5%, 부부가구 14.8%, 어머니나 아버지 한 명과 자녀로 이루어진 '한(single)부모' 가구가 9.4%이다. 결혼하는 사람 100명 가운데 8명은 국제결혼이다. 우리나라는 OECD 국가 중 이혼율 3위이다. 지난 34년간 인구 1천 명당 이혼 건수는 7배 증가했지만, 혼인 건수는 30% 이상 줄었다. 작년에 이혼한 부부 중 동거기간이 20년 이상인 황혼 이혼 비중은 18.3%로, 23년 사이에 4배 증가했다. 여성 1인당 출산율은 1.15~1.17명으로 전세계적으로 당대 최저이자, 근대 국민국가 역사상 최저이다. 현재의 출산율이 지속될 경우, 2100년 한국의 인구는 1,621만명으로 감소된다. 한국은 2004년말 현재 42만명의 외국인이 취업하고 있는 유엔이 정한 이민국가다(유엔은 이주노동자를 이민으로 정의하고 있다). 그러나 이 모든 수치는 '공식' 통계이기 때문에, 실제는 이보다 더 많을 것이라고 전문가들은 추정한다. 특히, 이주노동자는 100만명을 훨씬 넘는다. 이러한 변화의 원인은 산업구조, 지구화, 여성의식의 변화 등을 들 수 있을 것이다. 그러나 잘 살펴보면, 이 모든 변화들을 주도하는 것은 여성이다. 이제 여성들은 더이상 "엄마처럼 살지 않는다." '집안' 일과 '바깥' 일, 육아의 삼중노동을 당연하게 여기지 않으며, '현모양처 겸 커리어우먼'이 되라는 이중 메씨지 사이에서 분열과 고통을 감수하지 않는다. 전세계에서 이혼율이 가장 낮은 국가는 인도인데, 대신 인도는 기혼여성의 자살율이 가장 높은 나라이다. 한국 여성들은 자살하느니 이혼을 선택하는, '합리적인' 사람들이다.

- 정희진, <헌법의 탈식민화와 '현실화'를 위하여 - 한국헌법의 남성성과 국가주의의 문제>, 창비-시민행동 공동 심포지엄 [87년체제의 극복을 위하여 - 헌법과 사회구조의 비판적 성찰] 자료집 중

헌법은 곧 국가입니다. <헌법 다시보기>가 주목하는 것은 영토와 국민, 주권 등 모든 영역에서 도전에 직면한 국가, 그리고 보장받아야 하고 확대되어져야 할 새로운 정체성들과 새로운 가치들입니다. 그 정체성들과 가치들 사이의 새로운 합의 혹은 공동의 꿈, 그리고 그 합의와 꿈에 기반해 거듭나는 새로운 정치 공동체를 찾아나서는 길찾기입니다.

〈헌법 다시보기〉의 지향과 목표

헌법, 누구의 목소리인가?

우리 헌법은 '모든 국민'의 목소리로 이야기하고 있습니다. 〈헌법 다시보기〉는 그 '모든 국민'이 실제로 누구인지를 살펴봅니다. 아동과 청소년, 여성과 다양한 성 소수자들, 장애인과 지역민들 또한 '모든 국민'에 실제로 포함되고 있는지를 되짚어 보려 합니다.

또 〈헌법 다시보기〉는 '모든 국민'만으로 충분한지도 되짚어봅니다. 조선족들, 이주노동자들, 난민들 같은 다양한 이방인들, 지구촌을 살아가는 모든 사람들, 심지어 아직 태어나지 않은 미래세대들과 뭇생명들의 목소리를 헌법은 어떻게 담고 있는지 확인하려 합니다.

헌법, 절대적인가?

많은 사람들이 헌법을 절대적인 것, 최상의 법규범이라고 합니다. 그러나 〈헌법 다시보기〉는 바로 그 절대성에 대한 수많은 의문을 갖고 있습니다. 과연 헌법은 〈세계인권선언〉이나 〈환경과 개발에 관한 리우선언〉보다 우선해도 좋을까요? 헌법에 규정된 수많은 '보편적' 권리들은 정말 '보편적'일까요?

다른 한 편에서는, 헌법을 통한 문제해결 과정은 엘리트들의 것이 될 수밖에 없으므로 보통 사람들의 참여를 통한 문제해결 과정인 정치적 영역을 더 중시해야 하며 헌법은 간명하게 최소한의 기준만을 담아야 한다고 합니다. 그러나 헌법을 두려워하고 논의의 대상에서 배제하는 것이야말로 헌법을 절대화하는 것입니다. 헌법을 문제삼지 않는 정치는 결국 헌법 / 국가 테두리 내에서의 정치일 수밖에 없습니다.

〈헌법 다시보기〉는 헌법을 절대화하는 것이 아닙니다. 절대적이지 못한 지금의 헌법을 고쳐 절대적일 수 있는 헌법을 만들려는 것도 아닙니다. 〈헌법 다시보기〉는 오히려 마지막 성역이었던 헌법을 일상 정치의 영역으로, 사회적 논의의 대상으로 끌어내리는 것입니다. 헌법을 끊임없이 재검토하고 재해석하고 재규정하면서, 과도하게 절대적인 것으로 인식되었던 헌법에게 제 자리를 찾아주려는 것입니다.

새로운 합의 혹은 공동의 꿈

〈헌법 다시보기〉가 헌법의 문제점을 파헤치는 것만을 목표로 하는 것만은 아닙니다. 성과 생태, 평화와 문화 등 시민사회의 다양한 정체성들과 가치들 사이의 새로운 합의 혹은 공동의 꿈을 만들어가는 작업이기도 합니다. 또한 그 새로운 합의는 지구화

와 정보화라는 변화에 대응할 수 있는 것이기도 해야 할 것입니다. 더 확장된 시민권, 더 민주적인 정치, 경제질서 등이 모두 〈헌법 다시보기〉의 고민 영역입니다.

그러나 이것이 절대적인, 초월적 헌법을 새로 만들겠다는 것은 아닙니다. 새로운 합의는 제 몫을 알고 있는 합의, 소통가능한, 즉 계속적으로 재검토와 재해석, 재규정이 가능한 열린 합의가 되어야 할 것입니다.

또한 이 과정은 1~2년 내에 이루어질 수 있다고 생각하지 않습니다. 정치권의 개헌 논의에 새로운 가치들을 '선언'적으로 끼워 맞추는 것은 결국 헌법을 다시 박제화하는 것에 불과합니다. 오히려 정말 제대로 된 헌법에 들어 갈 내용이 담긴 사회적 아젠다에 대한 논의를 통해 우리 사회의 변화를 인식하고 그에 대한 사회적 공감대를 넓혀 보자는 것이고 그럴 때만 실제 의미있는 개헌이 가능할 것입니다. 그렇게 논의하는 과정 자체가 우리 사회가 지향해야 할 가치나 과제에 대한 사회적 공감대를 넓혀가는 '정치적' 과정이 될 것입니다.

헌법과 현실 사이

그래서 〈헌법 다시보기〉는 헌법을 고치는 것에 조급해하지 않습니다. 오히려 새로운 합의들을 만들어가고 그 합의들이 현실 속에 반영되게 하는 것을 중시합니다. 게다가 우리 헌법에는 더욱 발전시켜가야할 많은 조문이 있습니다. 새로운 합의의 내용들이 현실과 헌법 해석에 반영될 수 있도록 여러 가지 논의와 실천을 해나갈 것입니다.

● 부 록 3 ●

연속기획 <헌법 다시보기>의 주요 계획

공개 토론회

이미 지난 7월 15일(금) 창비와 공동으로 진행한 심포지엄 <87년 체제의 극복을 위하여 - 헌법과 사회구조의 비판적 성찰>에서 발표한 세 편의 글을 통해 <헌법 다시보기>의 취지와 지향하는 바를 일부나마 드러내보았습니다.

이어 올 하반기에는 다양한 영역별, 관점별로 헌법을 다시 보는 공개 토론회가 연속적으로 개최됩니다. 7월 27일 제1회 <문화의 눈으로 헌법 다시보기>, 8월 말에는 제2회 <평화의 눈으로 헌법 다시보기>와 제3회 <여성의 눈으로 헌법 다시보기>에 이어, 진행됩니다. 이후 9월 중 제4회 <생명·환경의 눈으로 헌법 다시보기>와 제5회 <자치·분권의 눈으로 헌법 다시보기>가 열립니다.

제5회 "자치·분권의 눈으로 헌법 다시보기"	제6회 "인권의 눈으로 헌법 다시보기"
● 일시 : 2005년 9월 27일(화) 오후 2시 ● 장소 : 배제학술지원센터 회의실	● 일시 : 2005년 10월 7일(금) 오후 2시 ● 장소 : 배제학술지원센터 회의실

※ 일시 / 장소는 변경될 수도 있습니다. 추후 http://www.action.or.kr/constitution에서 확인하세요.

웹사이트 <헌법 다시보기>

<헌법 다시보기> 웹사이트를 운영하고 있습니다. 이 웹사이트는 <헌법 다시보기>의 활동 소식과 자료들을 신속하게 전달할 것입니다. 비단 <헌법 다시보기> 활동만이 아니라 시민사회에서 진행되는 다양한 헌법 관련 논의들을 소개하고 각종 논문 및 자료,

뉴스들을 모을 것입니다. 또 <주목! 이 판례>나 <생활 속의 헌법>, <해외 헌법 풍경> 등의 코너를 통해 작은 헌법 교육의 장을 만들어가려 합니다.

웹사이트 주소 : http://www.action.or.kr/constitution

헌법 다시보기 주요 소식
헌법 다시보기 활동 소식 및 시민사회의 다양한 논의에 관한 소식을 소개합니다.

주목! 이 판례
어쩌면 추상적인 헌법 조문보다 더 강력한 것은 헌법재판소의 해석일 것입니다. 주목할 만한, 혹은 논쟁의 대상으로 삼을 만한 헌법 판례들을 살펴봅니다.

생활 속의 헌법
우리 주변에서 벌어질 수 있는 여러 가지 사건을 헌법의 관점에서 살펴보는 코너입니다. 네티즌들이 재판관이 되는 모의 헌법재판의 형식으로 진행됩니다.

해외 헌법 풍경
해외의 주요 헌법들을 살펴보고 특징이나 변화의 모습들을 소개하는 코너입니다.

논문/칼럼 모음
뉴스 클리핑
해외 헌법 DB
헌법 정보 링크

책 발간

심포지엄과 공개토론회의 성과들을 모아 단행본을 출판할 예정입니다. 우리 사회 헌법 개혁의 의제를 제안하는 책이 될 것입니다.