

環境權의 法的 性質에 관한 研究

조 은 래*

<목 차>

- I. 序說
- II. 環境權法理의 展開
- III. 環境權에 대한 各國의 動向
- IV. 環境權의 法的 性質과 權利性(效力)
- V. 結論

I. 序說

인간은 사회적 동물인 동시에 환경을 떠나서 살아 갈 수는 없다. 지구상에 존재하는 모든 생명체의 생명활동은 환경과의 상호작용에 의해서 이루어진다. 환경과 生命體의 이러한 상호작용은 과거는 물론 미래에도 지속될 것임은 명백하다. 인간의 삶은 환경과의 調和 또는 維持의 관계이며, 이러한 관계의 연속이 인류의 역사의 과정이라 하여도 과언은 아닐 것이다. 인류는 태초부터 자연의 威脅에 대결하여 이것을 개발하고 이용함으로써 오늘날의 文明의 기초를 쌓아 올려왔으며, 文明의 역사는 자연환경의 개발의 역사이며, 인류의 생존을 위하여 인간은 이러한 自然資源을 유효하게 이용하여 왔다. 이와 같이 인간은 환경으로부터의 유익한 이익들을 享有해 왔음을 부인할 수 없다. 오늘날에 와서는 이러한 環境利益들을 法的인 權利로서 구체화하여 環境權

* 부산외국어대학교 비교법연구소 선임연구원, 법학박사.

이라는 인간의 基本的 權利로 발전시켜 왔다. 環境權은 어떤 사상가에 의해서 체계적으로 주장된 것이 아니고, 1960년대 이후의 산업발달에 따른 公害에 의하여 인간의 生活環境이 파괴됨으로써, 인간다운 생활을 영위할 수 있는 環境上的 權利로 주장되어 온 것이다. 따라서 環境權의 發想은 環境破壞로 인한 地球環境을 보호하고 동시에 인류의 생존을 위하여 요망된 것이라고 할 수 있을 것이다. 環境權이라 함은 환경의 이익을 享有할 權利로서 사람이 건강할 생활을 할 수 있는 쾌적한 환경과 자연현상의 쾌적한 환경을 享有할 수 있고, 環境侵害로 인한 財産과 身體 또는 生命의 侵害를 排除할 수 있는 排他的인 權利를 의미한다.¹⁾

環境權의 개념은 1960년대 후반 미국 미쉬건 대학의 J. L. Sax 교수에 의해 제시되어 큰 관심의 대상이 되었으며, 環境權概念을 처음으로 제기한 미국의 경우에 그 근거의 하나로 생각할 수 있는 것은 英美法上の 전통적인 不法妨害(Nuisance)의 法理를 들 수 있다. 그러나 쾌적한 生活環境을 보전하고 적당한 휴양시설을 유지할 주민의 이익을 지키는 데에는 종래의 전통적인 法理만으로는 미흡한 점이 적지 아니함에 따라, 자연보호단체의 적극적인 환경보호활동을 통하여 종전의 不法妨害(Nuisance)로부터 環境權에로의 判例의 발전을 이끌어 낸 것이다.²⁾ 環境權은 국민이 自然生態界의 상황과 자연경관 또는 공기·물·햇빛·땅 등의 쾌적한 환경을 현상상태 그대로 享有할 수 있는 自然環境의 利益과 사람이 쾌적한 환경에서 건강한 일상생활을 유지할 수 있는 生活環境의 利益으로 나눌 수 있다. 또한, 環境權은 社會的 環境權, 經濟的 環境權, 政治的 環境權 등을 포함하여 지나치게 추상적인

1) 具然昌, 環境法論, 法文社, 1993, 75면 이하; 金哲洙, "環境權", 環境法研究 第3卷, 韓國環境法學會, 1981, 22면; 徐元宇, "環境權의 性質과 效力", 法學(서울大學校)第57号, 1984. 5, 27면; 李尙圭, 日本에 있어서의 環境權論의 展開, 環境問題研究論叢 II, 大韓辯協, 1992, 14면; 全昌祚, "環境權의 確立", 法과 環境, 韓國法學教授會編, 三英社, 1977, 208면; 千炳泰·金明吉, 環境法論, 三英社, 1997, 73면.

2) 李尙圭, 環境法論, 法文社, 1998, 29면. 英美法上の 不法妨害(nuisance)의 法理에 관하여는 拙稿, "環境汚染被害에 대한 民事的 救濟의 比較法的 研究, 比較法學 第9輯, 釜山外國語大學校 比較法研究所, 1998. 2, 182면 이하 참조.

權利로 확대하거나, 生活環境만으로 축소하려는 見解³⁾도 있으나, 環境權은 인간의 環境侵害로부터 인간을 보호하기 위하여 필연적으로 인정되는 權利이며, 環境權이 구체적 權利로 인정되고 보호되기 위해서는 쾌적한 自然環境을 보호할 수 있고, 인간이 건강한 일상생활을 유지함과 동시에 財産과 身體 또는 生命을 보호할 수 있는 인간의 생활과 불가결한 범위에서 인정되어야 할 것이다.⁴⁾

環境權은 태초에 인간이 태어날 때부터 享有할 수 있는 權利로서⁵⁾ 누구도 침해할 수 없으며, 인류 모두에게 環境保全을 위하여 노력하여야 하는 義務를 부여하고, 또한 환경을 침해한 者는 環境侵害로 발생한 環境保全이나 環境侵害의 排除를 위하여 필요한 모든 費用을 부담하여야 하며, 國家는 受託者로서 환경을 管理·保全할 義務가 있으며 이에 따라 국민은 국가에 대하여 인간의 생활조건에 적합한 環境保全을 요구할 수 있는 있다. 따라서 인간은 環境權을 침해한 국가 또는 개인에게 環境保全을 요구할 수 있으며, 環境權侵害의 豫防이나 排除 그리고 損害賠償을 請求할 수 있는 排他的 權利를 가진다고 할 것이다. 이러한 環境權의 法理는 전통적인 市民法體系에 대한 하나의 혁명을 의미한다. 만약 이 法理가 現行法體系 내에서 인정되면 사업자의 汚染輩出行爲를 違法한 것으로 판단할 수 있고, 事業者에게 자기의 汚染排出을 억제할 義務와 그 억제에 소요되는 費用을 부담할 義務를 부과할 수 있다. 아울러, 環境權의 인정은 국가로 하여금 汚染防止 내지 環境保全의 責任과 義務를 지움과 동시에 이를 국민이 촉구할 수 있게 하는 길을 열어 주게 된다. 또한 環境汚染으로 인한 被害救濟를 용이하게 할 수도 있다. 따라서 環境權의 인정은 法的 측면에서 볼 때, 환경문제의 해결을 위한 하나의 훌륭한 방안이 될 뿐만 아니라, 環境權의 法理가 바로 環境法の 指導原理가 된다는 점에서 環境權은 環境

3) 金基洙, “公害의 私法的 救濟의 方向과 相隣關係法的 構成”, 環境法研究 創刊號, 韓國環境法學會, 1979, 121면. 李尙圭, 앞의 論文, 15면.

4) 趙鍾炫, “環境權의 民事法理”, 債權法에 있어서 自由와 責任, 金亨培教授華甲紀念論文集, 1994, 673면.

5) 金哲洙, 앞의 論文, 5면에서 環境權은 天賦人權으로서 주장된 것은 아니라고 한다.

法으로 하여금 독자적인 法領域을 구축할 수 있는 계기를 마련해 주는 기능을 가진다고 할 수 있다.⁶⁾

II. 環境權法理의 展開

1. 環境權의 發展背景

1) 環境危機에 대한 生態學的 認識

環境權의 발전은 인류의 환경위기에 대한 생태학적 인식에서 시작되었다. 종래로부터 인간의 경제활동과 발전은 인간을 포함한 生態界의 안에서 행하여져 왔으며, 이에 따른 環境破壞는 자연생태계 스스로 어느 정도까지는 해결할 수 있었다. 그러나 20세기 후반 이후의 급격한 과학기술의 진보와 이에 동반한 工業化의 진전은 영구히 自然界의 순환작용의 안에서 還元되어지지 않은 다량의 물질을 생산하여 자연생태계의 自淨能力의 한계를 초월하는 다량의 有害物質들을 배출하여 自然環境에 누적되어 왔다. 이 때문에 지구상의 環境汚染은 급속도로 악화되고 급기야는 인류의 생존을 위협하게 되었다. 이처럼 환경위기에 대한 生態學的 인식이 최근에 들어서 마침내 인류의 현실적 문제로서 인식되어지기 시작하였다.⁷⁾

2) 自然環境에 대한 經濟學的 認識

과거에는 맑은 공기, 깨끗한 물 등의 이른바 자연환경자원을 無限的으로 존재하는 것으로 여겨, 경제학상 自由財(free goods)로서 가치를 부여하지 않았다. 그러나 무한적으로 존재한다고 믿어왔던 自然環境은 현재에는 有限的인 것으로 되어가며 점차로 稀少성을 가지게 되었다. 이에 따라 近代法 이래 이른바 自由財로 취급되어 온 環境素材인 공기·물·일광·자연경관 등을 新資材(new resource elements)로서 취

6) 千炳泰·金明吉, 앞의 책, 73면.

7) 八代紀彦, “環境權”, 現代損害賠償法講座 5, 日本評論社, 1973, 313면.

급하게 되어 국가와 국민은 그 保全 및 保護가 강화될 필요가 있음을 인식하였다. 自然環境을 경제학상의 財産材로서 승인할 필요가 있음을 경제학자들에 의하여 주장되어 왔다. 自然環境을 財産材로 승인한다면 종래의 상품의 시장가격 외에 自然環境이라고 하는 사회적 費用을 고려하여 상품가치에 이것을 포함하지 않으면 안되게 되었다. K. W. Kapp교수는 環境汚染은 기업이 생산활동에 필요한 사회적 비용의 일부를 사회에 전가한 것으로서 이 비용은 당연히 기업이 부담하여야 한다고 주장하였다. 이러한 입장에서는 공기나 물을 이용하는 權利에 財産的 가치를 인정하여 환경에 대한 지배관계를 일종의 權利關係로 파악하고 環境權을 財産權의 하나로 인식하게 되었다.⁸⁾ 또 경제학자인 Ezra J. Mishan교수는 環境權과 유사한 便益權(amenity right)이란 思想을 주장하고 있다. 그는 靜穩과 淸淨한 공기와 같은 환경은 일반 상품과 같이 專有할 수 없다고 할지라도, 이에 대하여 가치를 구하는 者에게 대하여는 그 소모나 파괴는 補償의 대상이 될 수 있다고 강조하고 있다.⁹⁾ 사실 지금까지 공기나 물을 汚染시키는 것이 他人의 權利를 침해하지 않는 한 適法한 것으로 허용되어 온 것은 近代法의 原理가 그러한 환경의 素材를 權利의 客體로 하고 있지 않기 때문이다. 이러한 문제를 근래에 와서 權利濫用理論의 확장으로써 해결해 보려 했던 노력도 역시 근본적인 것이 될 수 없었다. 여기에 보호하고자 하는 환경의 素材에다 所有權이나 占有權과 같은 權利를 인정하는 法理를 구상하게 되었으며 이것이 바로 環境權法理인 것이다.

3) 從來의 法制度의 缺如認識과 새로운 環境法秩序의 生成

개인의 활동의 자유를 강하게 보장해온 근대사회 및 근대의 市民法秩序 하에서는 기업의 자유로운 생산활동을 보장하는 한편, 생산활동에 따른 대량의 汚染物質의 처리에 대한 기업의 責任을 묻지 않았다. 즉 汚染物質의 排出을 경제발전에 수반되는 必要惡으로 보아 環境汚染의 規制도 경제발전과 조화하는 범위 내에서 제한하려는 경제체제

8) 全昌祚, 앞의 論文, 202-203면.

9) 都留重人, 公害의 政治經濟學, 岩波書店, 1972, 142면.

하에서는, 環境汚染에 대한 公法上的의 規制가 對症的 또는 소극적 規制에 그칠 수밖에 없었다. 이것은 기본적으로는 좋은 환경을 享有할 수 있는 인간의 權利를 존중하는 인간본위의 理念의 結여에 기인한다고 할 수 있다. 또한 環境汚染被害에 대한 私法的인 救濟에 있어서도 기본적으로 過失責任主義의 전통적인 市民法原理에 의한 처리에서 벗어나지 못하였다. 그러나 環境汚染의 현상은 大量的, 集團的 현상이며, 加害者와 被害者의 地位의 非交換性, 불균형한 경제적 관계 등, 종래의 市民法 法理에 의하여 해결하기에는 너무나 많은 한계적 요소를 지니고 있었으며, 특히 環境汚染被害와 같은 새로운 權利侵害의 유형을 예상치 못하였던 종래의 不法行爲法理나 相隣關係의 法理는 이러한 侵害를 처리하기에는 그 규제대상이 너무나 특이하고 광범위하다고 할 것이다. 이처럼 종래의 사회제도와 법제도가 오늘날 심각한 環境破壞를 가져왔음을 인식하지 않을 수 없다. 따라서, 環境法 분야에 있어서도 새로운 環境侵害의 유형에 적용하기 위하여 學說 및 判例 등에 의하여 法理의 修正이 진행되어 왔다. 그러나 이러한 姑息的인 修正으로는 環境汚染現像을 다룰 수 없는 한계가 있으며,¹⁰⁾ 여기에 環境問題만을 규율의 대상으로 하는 새로운 環境法秩序가 생성되어야 할 필요성이 있는 것이다.¹¹⁾ 環境權은 環境問題에 관련하여 公·私法 전반에 타당한 理念과 法理에 의하여 구성되어야 하며, 勞動法秩序에 있어서 勞動權이 중심개념인 것과 같이 環境法秩序에 있어서는 環境權이 그 중심개념으로 될 것이다. 이러한 인식은 현재에 와서 國際的으로도 일반화되어 있으며, 또한 環境權法理의 배경으로 된 것이다.

2. 環境權法理의 發展

1) 環境共有의 法理

環境權法理는 로마법상의 環境은 본래 萬人의 共有에 속한다고 하는 사상 이른바 環境共有의 사상에서 시작되었다. 즉 공기·물·일

10) 森田康, 法の未來學, 學陽書店, 1971, 187면.

11) 東孝行, 公害訴訟의理論と實務, 有信堂, 1971, 5면.

조·통풍 등의 自然環境素材는 인간의 생존에 필요한 불가결한 것으로 인식하면서도 不動產利用에 수반되는 은혜로서 주어진 것이며, 그 지배의 기능은 오로지 不動產所有權 相互의 關係로 여겨져 왔다. 環境共有의 法理는 이러한 사고 방식에 대한 반성으로 自然資源은 不動產所有權에 수반한 利益으로부터 일탈하여 萬人이 함께 享有함을 보장해야 한다고 하는 당연한 사실로 인정되어 왔다. 環境權의 발상은 이러한 環境共有의 法理를 전제로 하여 주민에게 環境資源의 享有를 보장하기 위해서는, 環境破壞에 대항할 수 있는 權利를 주민에게 인정하는 것이 가장 효과적인 것으로 여겨져 왔다. 이러한 環境共有의 法理는 단순히 법사상의 영역에 그치지 않고, 環境權法理에 밀접하게 결부되어 왔다.¹²⁾ 이를테면 環境共有의 法理를 기초로 해서 環境共有者의 한 사람이 他人의 共有者 全員の 승낙을 얻지 않고 環境을 독점적으로 지배하고 이용 또는 파괴하는 것은 다른 共有者에 대한 權利侵害로 되어, 다른 共有者는 그 侵害의 排除를 구하는 權利, 즉 環境權을 가진다는 것이다.¹³⁾

2) 公共信託理論(Public Trust Doctrine)

公共信託理論은 1960년대 미국의 環境保護論者들에 의하여 확장된 理論으로써, 강이나 해안 및 대기와 같은 일반 국민에게 보편적인 생활環境資源은 국민 전체에게 매우 중요하기 때문에, 국가가 비록 이를 소유하고 있더라도 公共에 信託되어 있어서, 국가는 그 受託義務에 위반하여 이러한 資源을 自意로 處分하거나 管理하지 못한다는 것이다.¹⁴⁾ 즉 보호할 가치가 있는 生活環境을 포함하는 環境上의 權利는 국가에 信託되어 있으며, 따라서 국가는 公共利益의 受託者로서 環境의 保存·管理·利用에 관하여 善管義務가 있으며 環境이 汚染된 경우에는 善管義務의 위반으로 되는 것이다.¹⁵⁾ 이 法理의 역사적 개념의

12) 八代紀彦, 앞의 論文, 314-315면.

13) 徐元宇, 앞의 論文, 27면.

14) J. Sax. Defending the Environment, Alfred A. Knopf, 1971, p.163.

15) Comments, Equity and the Echo-System : Can Injunction Clear the Air. 68

변천은 주로 물가 특히 海岸의 사용을 두고 발전되었으며, 1970년에 Michigan大學의 Joseph L. Sax교수가 公共信託理論을 전반적인 환경 문제 및 자원활용문제에 널리 적용시키자고 주장하였다.¹⁶⁾ 그는 公共信託理論을 발전시켜 可航水域이나 公共用地와 같은 일부 제한된 生活環境에만 적용할 것이 아니라, 大氣汚染·水質汚染·殺蟲劑撒布·放射能·騒音 기타 널리 環境汚染 일반에 대해서도 적용되어야 한다고 주장하였다.¹⁷⁾ 公共信託理論은 그 본질과 미국에 있어서의 발전과정으로 보아서 環境權의 基本理論으로 발전할 수 있는 論理的 근거를 제공한 것이라고 볼 수 있을 것이다.

3) 法的 權利로서의 環境權

環境汚染이 자연의 淨化能力에 의하여 회복되던 근대까지의 環境權은 인간의 基本的 權利로 인식되지 못하고, 生活의 妨害를 받지 않을 정도의 權利로 이해되어 왔다. 그러나 현대에 와서 環境侵害로 인한 주민의 生活妨害가 심각하게 나타나고, 財産과 健康 또는 生命까지 침해받게 되자 環境權은 이러한 生活妨害의 救濟를 위한 權利로서 발전하였다. 특히 英美法上의 生活妨害(Nuisance)는 개인의 生活妨害를 救濟할 수 있는 私的 生活妨害(Private Nuisance)와 不特定多數人이나 주민의 生活妨害를 救濟할 수 있는 公的 生活妨害(Public Nuisance)로 구별하여 環境權의 法理를 수용하였다.¹⁸⁾ 이에 따라 環境權은 주민이 건강하고 쾌적한 生活環境을 享有하며, 또 이것을 지배할 수 있는 排他的 權利로 발전하여 주민이 천부적으로 갖고 있는 環境權의 侵害 또는 危險이 있으면 주민의 生命·健康·財産에 대하여 구체적인 侵害를 받은 일이 없어도 바로 環境權侵害의 防止請求를 할 수 있고, 또한 주민의 生命·健康·財産에 구체적인 侵害를 받은 環境權의 侵害

Mich. L. Rev. 1254(1970).

16) 李相敦, 環境政策法, 亞細亞文化社, 1985, 155면; 全昌祚, 앞의 論文, 204면.

17) J. Sax, op. cit, p. 172

18) 鄭萬朝, 美國의 環境法, 環境訴訟概說, 公害問題와 裁判, 裁判資料 第2集, 法院行政處, 1979, 187-193면; 趙鍾炫, 앞의 論文, 674면.

도 救濟할 수 있는 環境權論을 주장하게 되었다.¹⁹⁾

英美法上の 이러한 環境權의 法理는 實定法的인 근거가 없다는 비판 속에서도 독일과 일본 등 전세계에 확산되어, 수차의 환경에 대한 국제 심포지움을 개최하고 인간의 尊嚴과 價値 및 幸福追求權 또는 生存權的인 基本의 人權으로서의 人間環境을 선언하여, 環境權은 萬人의 權利로서 인정되지 않으면 안되게 되었다.

4) 環境權의 憲法上的의 保障

環境權法理의 발전은 環境破壞로부터 인류의 생존을 위하고 地球環境을 보호하기 위한 세계각국의 의지는 實定憲法으로 나타나기 시작하였다. 그리하여 環境權을 국민의 基本權으로 인정하여²⁰⁾, 明示的 條項을 둔 實定憲法은 개인의 건강한 환경에 대한 權利와 環境保護를 위한 합리적인 規制와 制限 또는 政府와 국민은 權利를 행사할 수 있다는 1970년의 미국의 일리노이州 憲法 第11條 第3項과 1971년의 펜실베니아州 改正憲法 第27條가 있다. 그리고 남아프리카공화국 憲法 第24條, 러시아 憲法 第42條, 불가리아 憲法 第55條, 우크라이나 憲法 第50條, 포르투갈 憲法 第66條 第1項, 스페인 憲法 第45條 등에서도 環境權을 明文化하고 있다. 또한 환경보호를 憲法上 明文으로 규정한 立法例로서는 1972년의 獨逸聯邦改正憲法 第74條 第24項, 그리스 憲法 第24條, 인도 憲法 第48 A, 第49條, 이란 憲法 제50條, 스위스 憲法 第24條의 7, 태국 憲法 第65條를 들 수 있다. 이외에도 憲法에 環境權을 규정하지 않은 미국연방과 일본을 비롯한 많은 국가들은 環境權을 憲法에 열거되지 않은 權利라고 해서 否認되거나 輕視될 수 없다고 하여 국민의 留保的 權利, 혹은 인간의 尊嚴과 幸福追求權 또는 인간의 生活權에서 環境權의 憲法的 근거를 찾고 있으며, 또한 각종의 環境關聯法規를 制定하여 사실상 環境權을 인정하고 있다.²¹⁾

19) Siera Club v. EPA. 540 F. 2d 1114, 6 ELR 20669(1976) ; Siera Club v. Drain, 5 ELR 20435(D.C. Nob. 1975)

20) 世界各國의 憲法上的의 環境權의 형태에 관하여는 고문현, “環境條項에 관한 比較憲法的 研究”, 公法研究 第28集 第2號, 韓國公法學會, 2000, 184면 이하 참조.

21) 各國의 環境權에 대한 憲法條項은 생략함. 고문현, 앞의 論文, 184-188면 참조

우리 나라는 現行憲法 第35條와 環境政策基本法 第6條에서 環境權을 국민의 權利로 규정하고 있으며, 環境保全을 국가나 公共團體의 責務 또는 국민의 義務로 규정하고 있다. 종전의 우리 나라의 학자들은 종래의 環境保全法²²⁾이 "大氣汚染·水質汚染·土壤汚染·騒音·振動 또는 惡臭 등으로 인한 보건위생상의 危害를 방지하고 環境을 적정하게 保全함으로써 國民保健향상에 기여함을 目的으로 한다"고 하면서 국가의 公害防止義務와 環境保護를 위한 政策樹立 및 監督의 責任, 行政的 規制措置 및 生命·身體의 被害에 대한 無過失責任까지 規定(同法 第69條)하였기 때문에, 바로 이것이 우리 나라에서는 이미 環境權 또는 健康權이 實定法的 근거를 확보한 것이라고 주장하였다.²³⁾ 그리고 憲法上으로는 憲法全文이나 인간의 尊嚴성과 價値에 관한 憲法 第8條, 인간다운 생활을 할 권리에 관한 憲法 第30條, 건강한 생활을 할 權利의 憲法 第31條, 그리고 憲法에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다는 規定(헌법 제32조 제1항)등을 들어 第4共和國 憲法 하에서도 環境權이 인정된다고 보는 것이 多數說이었으나, 위와 같은 규정만으로는 충분한 明文規定을 결한다는 反論도 만만치 않았던 것이 사실이다. 이러한 사정을 감안하여 1980년 10월 27일 시행된 第8次 改正憲法 第33條에서는 "깨끗한 環境에서 생활할 권리" 라고 하여 環境權을 국민의 基本的 權利로 明文化하였고, 1987년 12월 29일에 개정된 第9次 改正憲法, 즉 現行憲法 第35條 第1項에 "모든 국민은 건강하고 쾌적한 環境에서 생활할 권리를 가지며 국가와 국민은 環境보전을 위하여 노력하여야 한다" 고 개정하여 環境權은 인간의 尊嚴性 유지와 幸福追求에 필요불가결한 基本權임을 구체적으로 천명하고, 同條 第2項에서는 "그 內容과 行使에 관한 사항을 環境權의 內容과 行使에 관하여는 法律로 정한다" 고 하여 明示的 憲法委任에 의한 法律留保條

; 金白庚, "環境權과 權利保護制度", 成均館法學 第6号, 成均館大學校法學研究所, 1995, 48면 이하; 金哲洙, 앞의 論文, 14면 이하; 趙鍾炫, 앞의 論文 675면.
22) 1977年 12月 法律 第3078號로 制定됨. 1990年 8月 法律 第4257號로 制定된 現行的 環境政策基本法으로 전환됨.

23) 金哲洙, 앞의 論文, 21면 이하.

項 즉 “基本權 形成的 法律留保條項”으로 하고 있다.²⁴⁾

III. 環境權에 대한 各國의 動向

1960년대 이후 세계각국의 環境問題가 급격히 심각화·다양화하게 되자 이의 해결을 위한 法的 측면으로부터의 바람직한 방안이 될 수 있는 環境權에 관한 주장이 점차 고조되기 시작하였다. 예컨대 1972년 6월에 스톡홀름(Stockholm)의 UN人間環境會議(United Nations Conference on the Human Environment)에서 채택된 環境原則(Principle) 第1項은 “인간은 품위 있고 행복한 생활을 가능케 하는 환경 속에서 자유·평등과 충족할 만한 수준의 생활을 향유할 기본적 권리를 가진다...”고 하여 環境權이 인간의 基本的 權利임을 선언하기에 이르렀다. 이와 같은 추세에 따라 環境破壞로부터 인간환경을 보전하기 위하여 환경에 대한 국민의 권리를 최대한으로 보장하려는 움직임이 세계각국에서 서서히 제도화 되어왔다.²⁵⁾ 이러한 동향은 環境權을 憲法上的 權利로서 제창하고 나아가 環境權을 立法化시키는 현상으로 나타나고 있다. 環境權에 대한 各國의 立法化 動向을 살펴보면 다음과 같다.

1. 美國

1) 環境權의 憲法上的 根據

미국은 1872년의 Yellow stone 公園法制定 이후 1916년의 國立公園法制定으로 자연경관의 보존을 위한 여러 法律을 제정하는 등, 자연의 환경을 보전하고 적당한 recreation 시설을 확보하려는 주민운동이 활발히 전개되었다. 제2차 세계대전 이후에는 자연보호운동이 성행하여 Siera Club을 비롯한 자연보호단체는 公害訴訟뿐만 아니라, 環境訴訟으로 자연보호운동을 벌였다. 이러한 단체는 그 목적을 法律的으로 달

24) 金白庚, 앞의 論文, 47-48면.

25) 具然昌, 앞의 책, 80면.

성하기 위하여 行政機關을 상대로 集團訴訟(class action)을 提起하여 行政機關의 결정의 取消나 職務執行命令을 求하는 訴訟 등을 제기하였다.²⁶⁾ 자연보호단체의 자연보호를 목적으로 한 법적 구제절차의 추구는 환경상의 권리를 내세워 行政機關의 자연환경에 관한 일정한 결정의 取消를 구하는 형식을 밟은 것이 보통이었는데, 法院은 이들의 環境上의 이익의 주장에 대하여 그 이익을 “法律上 보호할 가치가 있는 利益”임을 확인하면서, 電力·道路 등이 가지는 경제적 이익과 자연의 경관, 역사 또는 레크리에이션가치 등의 비경제적 이익에 대한 正當한 衡量이 이루어져야 함을 判示하였다.²⁷⁾

미국에서는 環境權을 憲法上의 基本的 權利의 일종으로 인정하고 있으나, 美國聯邦憲法에 명문의 규정이 없기 때문에 그 근거를 어디에서 찾을 것인가에 대해서는 學說이 대립되고 있다. 첫 번째 學說은 일반적으로 環境權은 修正憲法 第5條나 第9條에서 環境權의 憲法的 근거를 찾는 것이 보통이다. 修正憲法 第5條에 의하면 “누구든지 적법절차에 의하지 않고서는 그 생명·자유·재산에 박탈당하지 아니한다”고 규정하고 있는데, 환경의 침해를 곧 국민의 生命·自由·財産에 대한 침해로 본다는 것이다.²⁸⁾ 또 修正憲法 第14條에서는 州가 適法節次에 의하지 아니하면 生命·自由·財産을 박탈할 수 없다고 규정하고 있다. 이 學說에 따르면 環境訴訟의 原告는 修正憲法의 條文이 열거한 生命·自由·財産이 環境汚染 등에 의하여 침해되었다는 立證을 하지 않으면 안되게 될 것이다. 오늘날 環境汚染으로 인한 시민의 건강 및 안전에 대한 위협이 증대하고 있는 것을 인식할 때, 修正憲法 第5條의

26) 대표적인 例로서 Hudson 지구에 있어서의 水力發電所의 設置許可의 取消를 구한 事例이다. Scenic Hudson River Preservation Conference, F.P.C. 354 F. 2d, 608(1967) ; Hudson 고속도로건설에 반대하는 지역주민단체가 고속도로의 건설이 자연경관상의 資源을 파괴하는 것으로서 그 執行停止를 구한 事例, Road Review League, Town of Bedford v. Boyd, 270F. Supp 1. 650(1967) 등이다.

27) 生田典久, “美國における環境權(environmental right)にもづく公害訴訟の新動向”, *ジュリスト* 第467號, 1971, 41면. 第468號, 146면 참조; 李尙圭, 앞의 책, 環境法論, 30면.

28) 金哲洙, “環境權考”, *憲法論叢* 第6集, 憲法裁判所, 1995, 75면.

規定에서만 環境權의 근거를 찾을 수는 없을 것이다.²⁹⁾ 또 다른 學說은 環境權의 근거를 修正憲法 第9條에서 찾기도 한다. 修正憲法 第9條는 국민에게 保有되어 있는 權利, 즉 自然權이 있음을 명백히 하고 있다. 따라서 새로운 基本權인 環境權은 privacy의 權利와 마찬가지로 이러한 여러 適法節次條項의 反影(penumbra)에 포함되어 있다고 본다.³⁰⁾ 바꾸어 말하면, 어떤 權利들이 憲法에 규정되어 있다는 사실은 국민이 보유하고 있는 다른 權利, 즉 여기서의 環境權이 否認되거나 경시되는 근거는 될 수 없다는 것이다.³¹⁾

2) 環境權의 立法化

최근 미국에서는 환경의 위기를 극복하기 위한 대전제로서 주민의 環境權을 立法化하는 경향이 현저하다. 그 실현의 하나로서 괄목할 만한 것이 1969년에 제정된 國家環境政策法(National Environmental Policy Act, NEPA라고 칭함)이다.³²⁾ 학자들은 이 법을 환경의 權利章典(Environmental Bill of Rights)이라고 일컫고 있다. 이 법은 “인간과 환경과의 생산적이며 향유할 수 있는 조화를 증진시킬 국가정책을 선언하고 환경 및 生産圈에 미치는 피해를 방지 또는 제거함으로써 인간의 건강과 복지의 향상을 증진하며, 生態學的 體制와 국민에 중요한 천연자원에 대한 이해를 풍요케 함에 그 목적이 있다”³³⁾고 한다. 또한 이 법은 “議會는 모든 개인이 건강한 환경을 향유할 수 있음과

29) Roberts, The Fight to a Decent Environment, 55 Cornell Law Review, 674.

30) Pettigrew, A Constitutional Right of Freedom from Ecocide, Environmental Law, Winter 1971, p.5.

31) Roberts, op. cit., p. 163. 美國聯邦大法院 判事인 Goldberg 判事는 Griswold v. Connecticut 事件(381 U. S. 479. 1966)에서 Warren 大法院長 및 Brennan 大法院判事와 공동으로 개별적 찬성의견 중에서 反影理論을 받아들여 修正憲法 第9條를 어디에도 특별히 기재되어 있지 않는 基本的人權(fundamental personal rights)의 독립된 근거로 보고 있다. 金哲洙, “環境權考”, 75-76면.

32) 具然昌, “美國國家環境政策法の 制定背景, 法的 性格 및 發展”, 現代法の 課題(全昌祚博士古稀記念論文集), 1987, 97면 이하 참조 ; 서울市政開發研究院, 美國의 主要環境法, 1995.

33) NEPA 第2條 참조.

모든 개인은 환경의 보전과 증진에 기여할 책임이 있음을 확인한다”³⁴⁾고 규정함으로써 環境權에의 의지를 더욱 명백히 하고 있다. 環境權에 관한立法 가운데 또 하나 중요한 것은 1970년의 大氣淨化法(Clean Air Act, CAA라 칭함)이다. 이 법에서 볼 수 있는 현저한 특색은 污染源이 排出基準 등을 준수하지 아니할 때에는 이에 대하여 市民訴訟(citizen suit)을 제기할 수 있는 權利를 모든 시민에게 인정한 것³⁵⁾과 管轄行政廳이 法定의 規制措置를 태만히 할 때에는 管轄行政廳을 상대로 法院에 規制措置를 청구할 수 있도록 한 점³⁶⁾이다. 후자는 이른바 不作爲訴訟을 明文化한 것으로서 環境權의 確立의 한 지표라고도 할 수 있다.³⁷⁾

한편 미국에 있어서 環境權에 관한 또 다른 현저한 특징은 各州가 憲法改正을 통하여 環境權의 憲法的 근거를 부여하고 있다는 점이다. 예를 들면, Illinois州는 憲法 第11條에서 “州의 공공정책 및 各人의 의무는 현재 및 장래 세대의 이익을 위하여 건전한 환경을 유지하는 것이다. 州議會는 이러한 公共政策을 실시하고 집행하기 위한 法律을 制定하여야 한다”(同條 第1項), 또 “各人은 건전한 환경에 대한 권리를 가진다. 各人은 그것이 政府이든 私人이든 모든 당사자에 대하여 합리적인 제한 및 法律에 의한 규제에 따르면서 적절한 法的 節次를 통하여 이러한 權利를 집행 할 수 있다”(同條 第2項)라고 규정하여 州憲法에 環境權 條項을 明文化한 것이다.³⁸⁾

각주의 憲法에 명시된 環境權 조항의 行政罰的 내용은 ① 環境權 선언을 통한 環境權의 보장, ② 環境權의 구체적 실현을 위하여 州議會에 대하여 法律制定義務를 부과하거나 政府의 環境配慮義務의 부과를 통한 公共政策의 선언, ③ 환경에 대한 公共信託의 선언, ④ 市民訴訟 등 새로운 紛爭處理節次의 도입, ⑤ 環境保全을 위한 각종 조치에 대한 財政的 補助를 인정하는 것 등으로 되어 있다.³⁹⁾ 아울러 各州에서

34) NEPA 第101條 c項 참조.

35) CAA 第304條 a項 (1) 참조.

36) CAA 第304條 a項 (2) 참조.

37) 具然昌, 環境法論, 83-84면.

38) 千炳泰·金明吉, 앞의 책, 84면.

39) 姜在圭, “美國法上の 環境權”, 自治研究 制3卷 4號, 1993, 66면 이하.

는 州憲法의 環境權의 내용 등을 보다 구체화하기 위하여 環境保全을 위한 特別法의 制定을 다투는 듯이 하고 있는 것이 미국의 최근 70년대 이후의 傾向이다. 州의 環境법으로서 대표적인 것으로는 미시간(Michigan) 州의 環境保護法(Michigan Environmental Protection Act of 1970), 미네소타(Minnesota) 州의 環境權法(Minnesota Environmental Rights Act of 1971) 등을 들 수 있다.⁴⁰⁾

2. 獨逸

독일에서도 60년대 이후 大氣汚染·水質汚染·騒音 등이 인간의 생존을 위협하게 되자 역시 環境權에 관한 理論이 등장하기 시작하였다. 미국의 1963년의 大氣淨化法(Clean Air Act)과 자동차 排出가스 規制法(Motor Vehicle Pollution Control Act)이 국민의 향상된 環境의식에 따라 제정되었는데, 독일의 현대 環境法은 60년대의 이러한 미국의 사정에 따라 영향을 받은 것이다.⁴¹⁾ 獨逸基本法에서는 직접 環境權을 보장하는 明文規定이 없으므로, 環境權을 憲法上的 權利로서 인정하여야 한다는 주장이 提起 되었으나,⁴²⁾ 聯邦議會는 環境基本權에 관한 規定을 두는 것을 기피하였다.⁴³⁾ 그러나 憲法規定은 국민에게 環境保全의 義務를 부과하고 있기 때문에 客觀적 질서로서 環境保全義務를 강조하고

40) 강재규, “美國環境法制와 司法의 役割”, 釜山大大學院博士學位論文, 1995, 70면 이하 참조; 具然昌, “環境權 思想”, 法과 公害, 三英社, 1974, 345-346면.

41) 그 출발점은 1962년 출판된 카슨(Rachel Carson)의 “침묵의 봄”(The Silent Spring, 1971년 독일어로 번역됨: Der stumme Frühling)이다. 독일의 環境法의 발전에 대하여는 Michael Kloepfer, “獨逸環境法の 發展과 手段”, 公法研究 第25集 第2號, 韓國公法學會, 1997, 97면 이하참조.

42) Rupp, “Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes”, Juristenzeitung, 1971, Nr. 13, SS. 401-404. 1973년 1월 18일 브란트(Brandt)首相은 聯邦會議에서 “인간은 모두 인간에 적합한 環境에 대한 基本的 權利(elementares Recht auf einemenschenw rdige Umwelt)를 가지며 이는 憲法水準의 權利”라고 선언한 바 있었으나, 인간에 적합한 環境을 구할 基本權을 규정하고자 하는 憲法改正은 구체화되지 못하고 1972년 4월의 環境保護를 위한 第30次 基本法改正에서는 ‘쓰레기의 제거·공기의 청정유지 및 소음의 방지’를 추가함에 그쳤다. 金哲洙, 現代憲法論, 博英社, 1979, 459면 참조.

43) Püttner/Achterberg, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II. S. 567.

있을 뿐이다. 또한 1994년의 憲法改革法(Verfassungsreformgesetz, 1994)에서 第20 a條⁴⁴⁾를 추가하여 국가의 環境保全의 義務를 규정하였다. 하지만 이것이 곧 環境權이 보장되었다고는 할 수 없다.⁴⁵⁾

독일의 경우 基本法에 環境權의 規定을 新設하기는커녕 環境보호를 국가목표의 하나로 규정하려는 시도조차 學界의 완강한 저항으로 지체되어 오다가, 통일 이후인 1994년의 기본법 개정을 통해서 비로서 관철될 수 있었다. 물론 독일에서도 憲法에 環境權을 明文化할 것을 오래 전부터 시도해 왔지만 “현실적으로 실현성이 없는 것을 약속하지 않는 것이 憲法의 信用을 위하여 오히려 바람직한 일”이라는 관점과 그리고 獨逸基本法上の 基本權은 “직접적으로 효력을 갖는 法으로서 立法, 行政, 裁判權을 구속”하는 것임으로 環境權을 基本權으로서 明文化할 때 생길 수 있는 문제들을 고려하지 않을 수 없다는 문제로 反論이 제기되어 왔다. 뿐만 아니라 環境保護를 국가목표로 규정하는 문제⁴⁶⁾는 비록 일부의 州들이 이를 州憲法에 명시적으로 도입했음지라도 내용상 상대적이고, 사회 국가적 임무부과의 수준을 넘지 못하는 따라서 法的으로 무의미한 단순한 선언적 규정을 됴으로써, 主觀主義的이고 독단적인 해석경쟁을 초래할 뿐 아니라, 이에 관한 정치적 분쟁해결은 결국 法院에 전가하게 되는 결과가 될 뿐이라는 비판에 처하고 있다. 이러한 비판에도 불구하고 獨逸聯邦議會는 基本法改正에 의해 環境保護를 國家目標(國家任務)로 선언하도록 하는 정치적 의향을 고수했지만(90. 9. 21), 이러한 시도는 基本法 第79條 第2項에 의한 정족수 미달로 좌절되고 말았다. 이후 독일의 통일의 가져온 1990년 8월 31일의 統一條約(Einigungsvertrag) 第5條가 環境보호를 國家目的

44) 基本法 第20條 a는 “국가는 또한 후 세대에 대한 책임을 다하기 위하여 이 헌법에 적합한 질서의 범위에서 입법, 그리고 법률과 법이 정하는 바에 따라 행정 및 사법을 통하여 자연적인 생활여건을 보호한다”고 規定하고 있다.

45) 金哲洙, “環境權考”, 77면.

46) 이를 위하여 「자연적인 생활의 기초를 국가의 특별한 보호 하에 두는」案(사민당의案, BT-Drucks. 11/10)과 “경제적 요구”에 대하여 “생태적 이해관계”에 일반적인 우월성을 부여하는案(녹색당의案, BR-Drucks. 11/663)이 각각 提起되었다.

條項으로서 도입하도록 규정하였고, 이후 基本法이 改正됨으로써 1994년 11월 15일부터 환경보호에 대한 國家目的條項이 效力을 발생하기에 이르렀다.⁴⁷⁾

한편, 獨逸基本法에는 직접적인 環境權의 規定은 없지만, 環境權의 근거로서 인간의 尊嚴權과 防禦權 그리고 人格權과 財産權 등의 憲法規定에서 이끌어 내고 있다. 이를 구체적으로 살펴보면 첫째, 인간의 尊嚴성에 관한 규정이다. “인간의 尊嚴은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 國家權力의 義務이다”(第1條 第1項)라는 規定은 최소한의 生存配慮를 보장하는 것이나, 동시에 生態學上의 생존의 최소한을 享受하는 權利를 포함한다고 해석되고 있다. 그러나 인간의 尊嚴은 環境權까지를 포함하는 것은 아니라고 해석하는 反論도 있다. 둘째, 生命·身體不可侵에 관한 規定이다. “누구든지 生命과 身體를 침해당하지 않을 權利를 가진다. 人身의 자유는 불가침이다. 이 權利들은 法律에 의해서만 침해될 수 있다”(第2條 第2項)라는 規定은 生命·身體에 危害를 가져올 環境侵害는 이 防禦的 權利의 침해를 의미한다. 環境權을 양호한 환경에 대한 權利로 보는 한, 環境權은 바로 이 防禦的 權利에서 이끌어 낼 수 있다. 이들은 基本法 第1條와 관련하여서 최저한도의 環境權을 인정하고 있다.⁴⁸⁾ 獨逸聯邦憲法裁判所는 基本法 第2條 第2項의 規定을 국가행위에 대한 防禦權으로서 뿐만 아니라, 國家機關이 이들 生命權, 身體不可毀損權 등을 보호하고 신장해야 할 義務를 지는 것으로 보아 건강보호와 환경보호도 이 規定에 근거할 수 있음을 判示하였다.⁴⁹⁾ 셋째, 人格의 자유로운 發現에 관한 규정이다. 獨逸基本法 第2條 第1項은 “누구든지 他人의 權利를 침해하지 않고 憲法的 질서 또는 道德律에 반하지 않는 한 그 人格의 자유로운 表現을 목적으로 하는 權利를 가진다”라고 規定하여 이것은 포괄적 人格

47) 洪準亨, “環境法의 基本原理로서 持續 가능한 開發의 原則”, 公法研究 第25集 第2號, 韓國公法學會, 1997, 250-251면.

48) Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 1978, S.28 ; Steiger, Mensch und Umwelt-zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrecht, 1975, S.64ff.

49) BVerfGE 56, 54(73ff).

權을 보장하는 것으로서 아름다운 경관의 유지에 관한 權利, 騒音·惡臭·汚染 등이 전혀 없는 환경을 누릴 權利 등을 이에 포함시킬 수 있다. 이 權利는 일반적 行動自由權에 관한 規定이므로 第1條 第1項과 연결됨으로써 인간다운 환경에서 살 權利를 보장한다고 한다. 넷째, 財産權에 관한 규정이다. 環境權의 私인에 의한 침해는 국가의 許可·認可·承認 등에 의하여 행해질 수 있는데, 이 때 국민은 財産權에 기하여 이에 抗議할 수 있다. 예컨대 土地에 대한 日照侵害 등은 政府의 건축허가에 의하여 이루어지므로 이에 대하여는 土地財産權에 의한 防禦請求權이 인정된다. 또 私人の 環境權侵害에 대해서는 相隣權 등에 의하여 대항할 수 있다고 한다.⁵⁰⁾ 독일의 各州憲法에서도 環境權思想이 立法化되고 있다. 대표적으로 바이에른(Bayern)州 憲法은 第141條 第3項에서 “개인은 국가의 자연경관을 享受할 權利와 야외에서 여가를 구할 權利를 가지고 있다.”고 규정하고 있으며, 1984년부터 1986년까지 各州는 憲法을 改正하여 憲法에서 자연 및 경관을 보호하고 증진할 것을 명령하거나 政府에 義務化하고 있다.⁵¹⁾

3. 日本

일본의 憲法에도 環境權을 明文으로 규정한 것은 없다. 環境權이라는 새로운 權利가 제창되기 이전에, 모든 環境權의 발상을 수용한 두 개의 權利 선언적 문서가 발표되었는데, 그 하나는, 1969년에 공포된 東京都 公害防止條例⁵²⁾이고, 다른 하나는 1970년 3월에 열린 국제사회

50) Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989, S.58 이하.

51) 예를 들면, Baden-Württemberg憲法 第86條, Bremen憲法 第11 a條, 第26條 第5號, Hamburg憲法全文, Nordrhein-Westfalen憲法 第29 a條 등이 그것이다.

52) 東京都 公害防止條例의 前文의 第1原則은, 都民의 「건강하고 안전 및 쾌적한 생활을 영위하는 권리」를 강조하고, 이 權利를 公害에 의해 함부로 侵害당해서는 안 된다는 것과, 第2原則은 모든 都民은 他人에 관한 權利를 존중하는 義務를 지는 것과, 第3原則은, 東京都는 관련된 都民의 權利를 보장하는 최대한의 義務를 진다고 하고 있다. 여기에는 당시의 위기적인 公害상황을 반영한 生存權에 뒷받침된 새로운 權利思想을 파악할 수 있다. 富井利安의 2인, 環境法の新たな展開, 法律文化社, 1994, 55면 참조.

과학평의회주최의 동경 심포지엄의 선언문이다. 이 선언문에서는 “보다 중요한 것은 인간이며 누구든지 건강이나 복지를 침해하는 요인이 없는 환경을 享受할 權利와 장래의 세대에 현재의 세대가 남길 유산으로서 自然美를 포함한 천연자원을 보존할 權利를 基本的人權의 일종으로서 가진다는 원칙을 法體系 가운데 확립하는 것이 요청된다”고 선언하고 있다. 즉, 환경을 파괴로부터 지키기 위해서는 이에 대항하는 權利를 주민의 손에 돌려줄 필요가 있음을 주장하고, 이를 위하여 環境權이라는 새로운 權利의 확립을 제창한 것이다.⁵³⁾ 이러한 環境權은 所有權이나 債權과 같은 성질의 權利가 아니라 憲法上的 基本權의 일종으로 이해할 것으로 강력히 주장되었다.⁵⁴⁾ 일본에서의 環境權의 憲法的 근거로서 제시되고 있는 것은 다음과 같다.

첫째, 日本憲法 第25條는 “모든 국민은 건강하고 문화적인 최저한의 생활을 영위할 권리를 가진다”고 규정하며, 이것은 모든 인간에게 인간다운 生存을 보장하려는 福祉國家의 이상을 나타낸 것이라고 한다.⁵⁵⁾ 둘째, “生命·自由 및 幸福追求에 대한 국민의 權利”를 존중할 것을 정하고 있는 憲法 第13條에서 그 근거를 찾기도 한다. 이것은 일본에서 정착을 본 Privacy權은 이 幸福追求權을 근거로 하여 인정된

53) 大阪辯護士會環境權研究會, 環境權, 日本評論社, 1973, 66면.

54) 具然昌, 앞의 책, 87면. 1970年 9月, 新潟市에서 日本辯護士聯合會 第13會 人權 會議에서 오오사카 辯護士會 소속의 한 辯護士는 「公害對策基本法의 問題點」이란 제목으로 보고하면서 처음으로 「環境權」을 제창했다. 즉, 「…… 環境破壞로부터 인간을 지키기 위해서 우리들에게는 환경을 지배하고 좋은 환경을 享受 할 수 있는 權利가 있고, 함부로 환경을 오염시키거나 쾌적한 생활을 방해하고, 혹은 방해하려고 하고 있는 者에 대해서는 이 權利에 기초해서 生活環境의 妨害의 排除 또는 豫防을 請求할 수 있는 權利가 있다는 것을 提言하고 싶다. 우리들은 이 權利를 『環境權』이라 부르며, 이 環境權의 確立은 금후의 公害의 法律學에 맡겼던 重要과제의 하나이다 고 생각한다」고 하면서 보고자는, 환경에 대한 支配權能은 지역주민의 共有에 속하고, 모두가 自由 및 平等하게 이용하고 얻는 것이며, 環境權은 憲法 第25條의 生存權規定에 뿌리내렸던 基本的人權의 하나이고, 人格權의 하나로써 파악해야만 하는 것이라고 서술하고 있다. 이 새로운 權利概念의 提唱은, 매스컴에 주목되고, 주민운동의 담당자, 法學界 등 각 방면에 큰 反響을 불러일으켰다. 富井利安, 앞의 책, 56-57면.

55) 仁藤一·池尾隆良, “環境權の法理”, 法律時報, 第43권 3號, 1971, 166면.

다고 하는 주장이 유력한 바,⁵⁶⁾ 그것과 같이 環境權도 이로부터 도출해 내려는 것이다. 셋째, 憲法 第97條가 “이 憲法이 국민에게 보장하는 基本的人權은 인류의 다년간에 걸친 자유획득을 위한 노력의 성과이며, 이러한 權利는 과거 많은 시련을 이기고 현재 및 장래의 국민에 대하여 침해할 수 없는 영구적 權利로서 信託된 것이다”라고 선언하고 있음은 環境權의 性質에 적합한 것이라고 한다.⁵⁷⁾

오늘날 일본에서의 대부분의 學者들은 環境權의 근거를 憲法 第13條와 第25條에서 찾고 있다. 따라서 環境權은 憲法 第13條와 第25條에 의하여 二重으로 보장되어 있다. 즉 第13條에 의하여 보장되는 環境權은 생활환경파괴에 대한 防禦權으로서 기능하고, 인간의 쾌적하고 건강한 환경에서의 생활을 영위하기 위한 환경을 확립하기 위하여 국가의 적극적인 행위를 請求하는 權利는 第25條에서 보장된다고 한다.⁵⁸⁾ 이 밖에도 公害對策基本法 등 公害防止 및 被害의 救濟, 또는 環境保護를 위한 여러 가지의 法律이 있으며, 그 중에서 1993년에 環境法の 모태라고 할 수 있는 環境基本法을 制定하여, 그 목적을 “환경의 보전에 관한 시책을 종합적이고 계획적으로 추진하고 그로써 현재 및 장래의 국민의 건강과 문화적 생활의 확보에 기여함과 동시에 인류의 복지에 공헌할 것을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다.⁵⁹⁾

4. 韓國

우리 나라에서 環境權이 憲法上的 基本權으로 제창된 배경은 1960, 70년대의 고도경제성장정책 하에서 公害 및 環境問題가 심각하게 대두되었다는 요인을 들 수 있다. 1970년대 이후 우리 나라에도 環境權理論이 도입되어⁶⁰⁾ 第5共和國 이전의 舊憲法上에서도 環境權에 관한

56) 小林直樹, “憲法の環境權”, *ジュリスト臨時創刊特輯*, 1971, 226-227면.

57) 具然昌, 앞의 책, 87면; 千炳泰·金明吉, 앞의 책, 86-87면.

58) 金哲洙, “環境權考”, 83-84면.

59) 環境廳企劃調整局企劃調整課 編, *環境基本法の解説*, *ぎょうせい*, 1995, 115면 이하 참조.

60) 우리 나라에서 최초로 環境權 개념을 소개 한 것은 金哲洙 教授이며(金哲洙,

明文規定은 없지만, 미국이나 일본에서와 같은 관계규정에서 그 憲法的 근거를 찾았다. 그 근거규정으로서는 舊憲法 第8條·第30條·第31條 또는 第10條 등이 제시되었다. 環境權을 건강한 생활을 할 權利로 보는 경우에는 舊憲法 第31條에서 그 淵源을 찾았으며, 다른 한편 環境權을 인간다운 환경 속에서 생존할 수 있는 權利라고 해석하는 경우에는 舊憲法 第30條 第1項의 生活權 規定에서 그 근거를 찾을 수 있었다.⁶¹⁾ 그리고 독일에서와 같이 環境權의 근거를 인간의 尊嚴權을 선언하고 있는 舊憲法 第8條에서 찾기도 하였다. 인간의 尊嚴權은 인간다운 환경에서 생활할 수 있는 權利를 당연히 포함한다고 보아야 하기 때문이다. 또한 環境權의 근거를 獨逸基本法 第2條 第1項의 경우와 같이 우리 舊憲法 第10條의 身體의 自由에 관한 規定에서 찾기도 하였다.⁶²⁾ 이 후에 環境權의 解釋論的 논의과정을 거쳐 環境權을 憲法的으로 확립시켜야 한다는 요청에 따라 第5共和國 憲法은 第33條에 “모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 權利를 가지며, 국가와 국민은 環境保全을 위하여 노력하여야 한다.”라고 하여 이른바 環境權을 基本權의 하나로 규정하였고, 現行憲法은 이를 보다 구체화하여 第35條 第1項에서 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 權利를 가지며, 국가와 국민은 環境保全을 위하여 노력하여야 한다”라고 규정하고, 第2項에서 “環境權의 내용과 행사에 관한 사항은 法律로 정한다”라고 하여 環境權의 구체적인 내용과 행사에 관한 사항을 法律에 留保하고 있다.

環境權은 그 概念, 法的 性質 및 效力에 관하여 學說이 분분하지만, 대체로 “건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 權利”로서, 自由權의 성격 뿐만 아니라 인간의 尊嚴과 價値·幸福追求權으로부터 도출되는 生存權 또는 社會的 基本權으로서의 성격을 갖는 綜合的 基本權이라는 것이 지배적인 見解라 할 수 있다. 다만 環境權의 效力에 관해서는 크게

憲法學, 志學社, 1965, 290면), 環境權의 法理를 최초로 소개한 것은 全昌祚 博士이다(全昌祚, “環境權의 法理”, 새法政 第3卷 1호-2호, 1973).

61) 金哲洙, 憲法學概論, 博英社, 1992, 467-468면.

62) 具然昌, 앞의 책, 89면 ; 千炳泰·金明吉, 앞의 책, 87-88면.

環境權을 국민 개개인이 직접 法院에 청구할 수 있는 구체적인 法的權利로 보는 입장(具體的 權利說)과 環境權은 환경에 대한 침해가 있을 때 그 排除를 직접 請求할 수 있는 구체적 權利로서의 측면(自由權的 侵害排除請求權), 또는 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 환경의 造成이나 維持에 대한 추상적 權利로서의 측면(抽象的 權利說)이라는 兩面性을 지닌다고 보는 입장(兩面的 權利說)⁶³⁾ 및 環境權은 어디까지나 立法이나 行政의 적극적 조치와 관련되지 않는 한 실효성을 가지지 않는 지도 이념적인 權利로 보는 입장(프로그램적 權利說)이 대립되고 있다.⁶⁴⁾ 環境權을 憲法에 명시한 立法例는 드물다. 그런 의미에서 環境權의 이례적인 명시적 보장은 우리 憲法의 특색이라고 할 수 있다.

IV. 環境權의 法的 性質과 權利性(效力)

1. 序說

環境權의 法的 性質을 규명하기 위해서는 우선 그것이 基本權의 분류상 어떠한 곳에 위치하는지를 아는 것이 필요하다. 당초 基本權이라는 것이 憲法典에 편제될 때에는 대개 같은 속성의 權利는 같은 곳에 규정함으로써, 그 基本權에 관련된 여러 가지 것을 일률적으로 선언하는 것이기 때문에 당장 그 체계적인 위치만으로도 많은 것을 알 수 있게 된다. 그러나 環境權에 대해서는 단지 그것이 規定된 위치가 여타 다른 社會的인 基本權과 같은 위치에서 규정되었으면서도, 그것의 발현형태가 워낙 다양하고 또 깊이 인간의 본질적인 문제와 관련되다 보니 社會的인 성격을 인정함과 아울러 기타 여러 가지 중점사항에 따라 그 밖의 權利의 속성도 아울러 가진 權利로 분류하고 있다.⁶⁵⁾ 우

63) 洪準亨, 앞의 책, 34면.

64) 李康熾, “憲法的 視覺에서의 環境問題”, 憲法論叢 第6集, 憲法裁判所, 1995, 130-134면 참조.

65) 千炳泰·金明吉, 앞의 책, 91면.

리 나라에서는 環境權의 法的 性質과 權利性(效力)에 대하여는 많은 見解가 대립되고 있다. 우리 憲法에는 獨逸基本法 第1條 第3項과 같은 規定이 없기 때문에, 環境權은 國家機關을 직접 羈束하는 效力을 갖는 것으로 볼 수 있는가가 문제된다. 環境權은 다른 基本權과는 달리 여러 特性을 가지고 있기 때문에 그 法的 性質을 파악함에 있어 많은 어려움이 있는 것이다. 즉 環境權은 첫째, 환경 그 자체는 權利의 대상이 아닌 환경에 영향을 미치는 인간의 행위를 규제함으로써 实效性을 나타낼 수 있기 때문에, 다른 基本權의 制限을 전제로 하는 基本權이다. 둘째, 環境權은 다른 어느 基本權보다도 그 義務性이 강해서 環境保全의 履行, 相隣關係의 존중 등을 통해서만 비로소 실현될 수 있는 基本權이다. 셋째, 環境權은 외형상 산업발전으로 인한 環境汚染과 상극의 관계가 있는 것처럼 보이기 때문에, 산업발전을 억제하거나 산업체활동을 제약하는 경제성장의 장애요인으로 기능 할 수도 있다. 넷째, 環境權은 현재 살고 있는 世代만의 基本權이 아니라 미래세대의 基本權의인 성격을 아울러 가지고 있다⁶⁶⁾는 점등의 特性을 가지고 있다.

環境權의 法的 性質에 관하여는 憲法上の 基本權的 性質의 측면과 權利性의 측면, 즉 實定法上の 效力으로 나누어 생각할 수가 있다.

2. 環境權의 基本權的 性質

1) 自由權的 基本權說

環境權은 自由權的 基本權의 경우처럼 憲法規定만으로도 環境權의 침해에 대해서 法院에 提訴할 수 있다고 한다. 즉 環境權은 汚染되거나 불결한 환경으로부터의 자유를 의미하며,⁶⁷⁾ 국민이 국가나 공공단체 또는 개인에게 그리고 국가 또는 공공단체가 국민에게, 環境權의 침해로 生命·身體·財産에 損害를 발생할 염려가 있거나 발생한 때, 그러한 環境權侵害의 豫防과 排除를 請求할 수 있는 防禦請求權 또는 損害賠償을 請求할 수 있는 賠償請求權의 성격을 갖는 排他的 支配權

66) 李康熾, 앞의 論文, 129-130면.

67) 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 1992, 696면.

이라고 한다. 또한 憲法 第35條에 環境權을 국민의 權利와 義務로 규정하고 있고, 環境政策基本法 第30條에서 環境汚染被害의 救濟, 同法 第31條에서 損害賠償의 無過失責任과 連帶責任, 그리고 民法 第205條-第206條에서 占有權의 請求權, 同法 第214條에서 物權의 請求權, 同法 第217條에서 相隣權의 生活妨害責任 및 同法 第750條에서 不法行爲責任을 規定하여 環境權을 구체적 權利와 義務로 申明하고 있다. 따라서 국민이 環境權의 侵害者에게 環境權侵害의 防止를 請求할 수 있는 防止請求權과 環境權侵害의 損害賠償을 請求할 수 있는 賠償請求權을 포함하는 구체적 權利라고 할 수 있다.⁶⁸⁾ 環境權은 이와 같은 自由權的 基本權의 성격에서 구체적 權利인 環境權侵害排除請求權이 있으며,⁶⁹⁾ 국가에 대하여 보다 좋은 環境을 조성해 달라고 하는 環境改善 保全請求權은 立法에 의해서만 적극적으로 보장되므로 추상적 權利가 있다고 한다.⁷⁰⁾

2) 生存權的 基本權說

環境權은 국가에 대하여 쾌적한 環境을 요구할 수 있는 權利이므로 인간다운 생활을 보장하기 위한 生活權的 基本權이다⁷¹⁾라고 한다. 즉 環境權은 보다 적극적으로 국가에 대하여 좋은 環境의 확보를 요구하는 權能을 가진 權利라는 점에서 生存權的 基本權으로서의 一面을 지니고 있다는 것이다.⁷²⁾ 생존의 기본조건인 공기·물과 같은 環境소재에 대한 파괴와 環境汚染은 건강하고 쾌적한 생활을 영위할 權利를

68) 趙鍾炫, 앞의 論文, 677면.

69) 金哲洙, 앞의 책, 493면.

70) 丘秉朔, 新憲法原論, 博英社, 1988, 588면.

71) 文鴻柱, 韓國憲法, 海巖社, 1987, 317면.

72) 徐元宇教授는 環境權은 財產權보다는 오히려 人格權에 가까운 權利고 한다 그러나 環境權은 적극적으로 국가나 地方自治團體에 대하여 좋은 環境의 확보를 요구할 수 있는 權能을 내포하는 權利라는 점에서는 生存權的 基本權으로서의 一面도 아울러 가지는 것이며, 결국 종래에 알려져 있지 않은 새로운 基本權의 하나로서 이해해야 한다는 것이다. 그리하여 憲法上的 基本權인 生存權이나 인간의 尊嚴性保障, 幸福追求權과 밀접 불가분의 관계가 있는 權利라는 것이다. 徐元宇, 앞의 論文, 28면 참조.

침해하는 것은 너무나 명백하며, 따라서 環境權의 보장 없이는 生存權 자체가 위협을 받으며 보호받지 못하게 되는 것이다. 이러한 環境權은 環境權侵害의 救濟를 法律로 制定할 수 있는 立法方針을 규정할 뿐, 국가의 義務違反에 대하여 정치적 또는 司法的 責任을 물을 수 없다는 立法方針說과 環境保全에 대하여 국민은 추상적 權利를 갖고, 국가는 추상적 義務가 있으므로, 국민은 국가에 대하여 環境保全을 위한 立法措置를 요구할 수 있는 權利를 가질 뿐, 국가의 義務違反에 대하여는 司法的 責任을 물을 수 없다는 抽象的 權利說, 또는 環境權을 침해한 때에는 環境保全과 賠償請求를 할 수 있다는 具體的 權利說로 나누어 주장되었다. 또한 환경의 개선과 개선보장을 위한 環境保全請求權은 生存權의 성격에서 立法에 의해 적극적으로 보장되고, 環境權侵害豫防과 排除를 위한 防止請求權은 自由權의 성격이므로 具體的 權利라고 설명하기도 한다.⁷³⁾ 따라서 環境保護請求權은 立法方針規定이고 다만 環境權에 대한 侵害排除請求權은 직접적 權利라고 한다. 그리고 국가의 不作為에 의한 침해에 대하여는 일반적으로 私法的 救濟가 부정되지만, 憲法 第35條의 環境的 人格權의 침해에 대하여는 私法的 救濟를 請求할 수 있다고 한다.⁷⁴⁾ 이 說은 인간의 생존자체에 위협이 되고 있는 環境侵害라는 새로운 상황에 적합하도록 憲法을 실천적 目的論的으로 해석하여야 할 것이라면, 環境權의 성질을 生存權의 基本權에서 구하는 것이 타당한 해석이라고 한다.⁷⁵⁾

3) 兩面的 基本權說

環境權의 基本權의 성질은 인간의 尊嚴과 價値, 幸福追求權에서 파생된 基本權으로서 生存權의 基本權이라고 한다. 環境權은 基本權으로서의 인간의 尊嚴과 價値, 幸福追求權에서 파생되는 人格權인 동시에 生存權의 基本權에 포함된다고 보아야 한다. 즉 環境權은 人格權으로서의 自由權의 성격과 環境生存權으로서의 生存權의 성격을 아울러

73) 金哲洙, 앞의 책, 497-498면.

74) 千炳泰·金明吉, 앞의 책, 94면.

75) 全昌祚, 앞의 論文, 212면.

가진다고 보아야 할 것이다. 그리하여 自由權의 성격에서 環境侵害排除請求權이 인정되며, 生存權의 성격에서 環境保護保障請求權이 인정된다고 할 것이다. 따라서 環境侵害排除請求權은 自由權으로서 구체적 權利이나, 국가에 대하여 보다 좋은 환경을 조성해 달라고 하는 環境改善·保障措置請求權은 生存權의 基本權이기 때문에 그 權利性에 많은 다름이 있다고 한다.⁷⁶⁾

4) 複合的 社會的 基本權說

環境權은 社會的 基本權과 人格權의 성질을 아울러 가지는 複合的 基本權으로 보는 見解와,⁷⁷⁾ 그리고 環境權은 그 본질에 있어서 국가에 대하여 環境 파괴의 豫防·沮止·回復·改善 등 環境의 보호와 개선을 적극적으로 청구할 수 있는 社會的 基本權에 속한다는 見解⁷⁸⁾와 동시에 自由權의 성격과 請求權의인 성격도 가진 複合的인 基本權이라고 보는 見解⁷⁹⁾도 있다. 이러한 見解에 의하면 다만, 環境權은 그 주된 성격이 어디까지나 社會的 基本權性에 있으므로 社會的 基本權의 범주에 포함시켜야 할 것이므로, 環境權이 社會權으로서 가지게 되는 공통적인 理論이 여기에서도 적용되게 된다고 한다. 즉 環境權도 결국은 社會權 중의 하나이기 때문에 環境權 고유의 法的 性格을 가짐과 동시에, 그것이 社會權으로서의 일반적으로 갖게 되는 공통의 法的 性格도 아울러 가지게 된다는 것이다. 그러므로 環境權에 대해서도 그것이 구체적·현실적인 權利가 아니라 국가의 社會政策的 目標 내지 政治的 綱領을 선언한 것에 불과하다고 보아, 국가가 그 權利의 실현에 필요한 立法 또는 시설을 하지 아니하는 한, 그에 관한 憲法規定만으로는 국가에 대하여 그 義務行爲를 裁判上 請求할 수 없는 Programm적 權利인지, 아니면 일단 憲法에서 權利가 있음을 명시한 이상 法的 權

76) 金哲洙, 앞의 論文, “環境權考”, 88-89면.

77) 丘秉朔, 앞의 책, 583면.

78) 洪性邦, “環境 基本權”, 環境汚染의 法的 救濟와 改善策(한림과학원총서 47), 小花, 1996, 66면.

79) 千炳泰·金明吉, 앞의 책, 92면.

利로서의 성격은 인정하여야 하는지에 관한 점, 또한 法的 權利의 성격을 인정하는 경우에도 그것만으로 바로, 環境權의 侵害時 法院에 訴求할 수 있는가에 관한 점에 대해서는 見解가 일치하지 않지만, 環境權은 국민이 건강하고 쾌적한 환경 속에서 살 수 있도록 필요한 立法을 요구할 수 있는 法的 權利이지만, 국가의 義務違反時 裁判을 통하여 救濟 받을 수는 없고 立法에 의하여서만 구체적 請求權이 발생하는 것으로 본다. 다만, 環境權을 구체화하기 위한 法律의 制定은 立法權의 義務이며 그 法律의 내용형성에 있어서만 裁量이 인정된다고 보아 環境權은 단순한 立法裁量의 문제가 아니라 “憲法에 의한 立法拘束에 있어서 立法裁量의 問題”로 보고, 立法이 없거나 불충분한 경우 法院에 不作為違憲確認의 訴를 提起할 수 있는 “불완전한 구체적 權利”로 보아야 한다⁸⁰⁾고 하고 있다. 또 環境權은 산업화의 결과 국민 개개인으로서의 어찌할 수 없는 環境汚染과 環境破壞에 직면하여 국가에 대하여 環境의 維持·保存·改善을 요구하고 있는 權利이기 때문에 社會的 基本權이다. 그러나 環境權은 다른 社會的 基本權과는 다른 특이한 면을 가지고 있다. 왜냐하면 다른 社會的 基本權들이 수범자를 국가에 한정하고 있음에 반하여(국가는 …노력해야한다), 環境權의 경우에는 수범자가 국가와 국민으로 되어 있고(국가와 국민은 …노력하여야 한다), 깨끗한 환경을 국가가 침해해서는 안 된다는 防禦權的 측면도 가지고 있기 때문이다. 따라서 環境權은 국가와 국민을 수범자로 하여 부분적으로 防禦權的 성격을 동시에 가지고 있는 社會的 基本權이라고 한다.⁸¹⁾

5) 綜合的 基本權說

環境權은 인간의 尊嚴性 존증을 그 이념적 기초로 하면서 自由權, 請求權, 生活權 등의 여러 가지 성격을 가지는 綜合的 基本權의 성질을 가진다고 한다. 즉 環境權은 오염되거나 불결한 환경을 예방 또는 배제하여 주도록 청구할 수 있는 權利라는 의미에서 請求權으로써의

80) 安溶教, 韓國憲法, 考試研究社, 1989, 565면.

81) 洪性邦, 앞의 論文, 66면.

성질을 가지며, 오염되거나 불결한 환경은 인간다운 생활을 할 수 없게 하고 건강을 침해한다는 점에서 인간다운 生活權이요, 保健에 관한 權利라 할 수 있고, 오염되고 불결한 환경은 인간의 尊嚴性을 해치고 불행하게 만든다는 의미에서 인간의 尊嚴性 존중에 위배되고 幸福追求權을 침해하는 것이라고 할 수 있다고 한다. 또 環境權은 綜合的 基本權이지만 그 주된 성격은 社會的 基本權性에 있으며, 이러한 성격의 環境權은 불완전하나마 구체적 權利로 이해하여야 한다⁸²⁾고 한다. 또 環境權은 국가와 국민의 環境保全義務를 전제로 하는 權利와 義務의 복합형태로서 基本權으로서의 성질과 基本權의 憲法的 限界로서의 성질을 동시에 가지는 綜合的 基本權이라고 하면서, 環境權은 많은 基本權의 實效性 確保를 위해서 그 보장이 불가피한 일종의 基本權의 전제조건인 보호로서의 의미도 함께 가지고 있기 때문에, 그 法的 性格도 自由權, 社會權, 人格權 등 획일적으로 말할 수 없다고 하며, 뿐만 아니라 環境權은 효과적인 環境保全政策 내지는 環境立法에 의해서만 그 實效성을 기대할 수 있기 때문에 法律制度의 保障이라는 制度的 保障의 성질도 함께 내포하고 있다. 環境法을 制定·整備해야할 국가의 義務가 여기에서 나온다고 한다.⁸³⁾

3. 環境權의 權利性

環境權의 法的 權利性, 이른바 法的 效力에 대해서는 여러 學說들이 대립되고 있다. 權利란 본래 “자기의 이익을 법률상으로 주장할 수 있는 힘”, 즉 法律上的 利益을 말한다. 그와 같은 權利의 완전한 모습은 보통 他人에게 일정한 作爲·不作爲 또는 給付·忍容 등을 요구할 수 있는 請求權(受益權)에서 발견할 수 있다. 그러나 모든 權利는 모두 동일한 내용과 성질 또는 효력을 가지는 것은 아니다. 바로 權利는 請求權 이외에도 어떠한 침해가 있는 경우에 그의 排除만을 요구하는 權利 등으로 분류할 수가 있다. 따라서 憲法上的 基本權인 環境權의

82) 權寧星, 憲法學原論(新版), 1993, 法文社, 604-605면.

83) 許營, 憲法理論과 憲法, 博英社, 1995, 568-569면.

法的 權利性에 대해서는 앞에서 살펴본 環境權의 性質에 따라 각각 분류될 수 있을 것이다. 이에 대한 學說을 살펴보면 다음과 같다.

1) 프로그램적 規定說(立法方枕規定說)

環境權의 權利性에 있어서 環境權의 保障은 개인에 대하여 일정한 環境保護·改善措置를 요구할 수 있는 權利를 실질적 또는 구체적으로 보장한 것이 아니고, 立法者에 향하여 효과적인 環境保護의 포괄적 조치를 취하도록 義務化 한 것이라고 본다⁸⁴⁾는 說이다. 따라서 立法者에게 環境保護나 環境改善을 위한 法을 제정하도록 法的 義務를 지운 것에 불과한 것일 뿐만 아니라, 국민의 구체적 請求權規定여부에 있어서도, 다만 국가의 裁量에 의하여 제한을 받는 立法政策의 문제로서만 인식하고 있다.

이 說은 소극적 프로그램 規定說과 적극적 프로그램 規定說로 대립되고 있다. 消極說은 立法權의 政治的·道義的 義務를 정하고 있을 뿐이며, 法的 義務는 아니라고 한다. 그러므로 국가의 環境權保護에 관한 義務違反에 대해서는 그 정치적인 책임을 물을 수가 있어도, 裁判을 통하여 訴求할 수 있는 국민의 직접적인 請求權의 근거가 될 수는 없으므로 그 法的 責任을 물을 수가 없다고 본다.⁸⁵⁾ 이에 대하여 積極的 프로그램설은 生存權의 規定 등은 문화적 최저한도의 생활을 영위하는데 필요한 立法을 요구할 수 있는 法的 權利를 보장하고 있다고 본다. 그러나 이 權利는 추상적인 것임으로 그것이 침해되는 경우에는 憲法 第36條에 근거하여 직접 그 違憲性を 裁判을 통하여 請求할 수는 없다고 한다. 다만 生存權이 立法에 의하여 실현되고 구체적인 請求權으로서 정해진 경우에는 그 立法에 기하여 權利侵害의 救濟를 法院에 請求할 수 있다고 본다.⁸⁶⁾ 그러나 自由權的 基本權이 국가권력에 대한 자유를 의미하는 소극적 現狀維持的 權利인데 대하여 生存權的

84) 徐元宇, 앞의 論文, 42면 ; Rubert Scholz, Niehtraucher contra Raucher, JuS, 1976, S. 234.

85) 安溶教, “環境權”, 考試研究, 1981. 5, 34-35면.

86) 金哲洙, “環境權考”, 90면.

基本權은 모든 이익의 조화와 형평, 모든 국민의 복지에의 평등한 요청, 생존을 위하여 긴급히 요구되는 국가적 給付의 배분을 요청할 수 있는 權利로서 오늘날 국가의 최대목표인 福祉國家秩序의 原理로서 기능하고 있다. 따라서 모든 인간의 생존을 위한 전제조건으로 되는 環境要素의 保全은 生活配慮의 일환으로 보아야 하며, 環境保全에 관한 立法은 단순한 정치적 義務에 그치는 것이 아니고 국가에 대한 강력한 法的 義務로 보아야 한다⁸⁷⁾는 見解가 있다. 또한 憲法上的 諸規定은 公權뿐만 아니라 동시에 私權도 성립시키는 二面的 效力을 가지며 私人相互간에 직접효력이 있다고 하는 基本的人權에 관한 직접적 第三者效力說이 복지국가의 이념의 발전에 따라 유효하게 주장되고 있다⁸⁸⁾는 점으로 보아 프로그램설 자체에 대한 비판의 여지도 있다. 한편 大法院은 “憲法上的 基本權으로서의 環境權에 관한 위 規定만으로는 그 보호대상인 環境의 內容과 範圍, 權利의 主體가 되는 權利者의 범위 등이 명확하지 못하여 이 規定이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 私法上的 權利를 부여한 것이라고 보기는 어렵다”고 判示⁸⁹⁾하여 環境權을 프로그램적 효력을 인정하고 있다.

이와 같은 大法院의 입장은 環境보호를 基本法에 수용할 것인가를 둘러싸고 행해진 독일에서의 논의에서 環境權에 특유한 문제점으로 지적된 사항과 相通한 것으로 보여진다. 즉, 인간의 尊嚴에 적합한 환경이라는 保護法益은 충분히 규정될 수 없고, 공기와 물, 자연경관과 동·식물의 종류의 다양성과 같은 保護法益들은 개인적 法益이 아니므로, 環境보호라는 과제를 主觀的 權利를 보장함으로써 해결하려는 것은 잘못이라는 등의 논거가 바로 그것이다.⁹⁰⁾ 따라서 不特定多數人

87) 全昌祚, 앞의 論文, 210면.

88) 東京大學社會科學研究所編, 基本的人權 1 總論, 東京大學出版會, 1971, 256면. 258면.

89) 大法院 1995. 5. 23. 宣告, 94마2218 判決; 大法院 1995. 9. 15. 宣告, 95다 23378 判決; 大法院 1997. 7. 22. 宣告, 96다56153 判決; 大法院 1999. 7. 27. 宣告, 98다47528 判決.

90) Rolf Stober, "Umweltschutzprinzip und Umweltgrundrecht-Zum gegenwärtigen Diskussion -sstant auch aus ökonomischer Sicht-", JZ, 1988, S. 430.

에게 분산된 不可量의 價値 내지 環境利益을 효과적으로 보호하기 위해서는 集團訴訟制度를 도입할 필요가 있다고 한다.⁹¹⁾

2) 抽象的 權利說

抽象的 權利說은 프로그램적 規定說이 社會權에 관한 憲法規定을 지나치게 과소평가 하는 것에 對抗하여 더욱 적극적으로 環境權의 法的 效力을 인정해보려는 의도에서 제기된 理論이다. 이 理論은 社會權에 관한 憲法규정이 확실히 개별적·구체적인 權利를 직접적으로 설정하고 있지는 않지만, 국가에 대하여 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 하기 위한 立法 내지는 기타 國家政策上 필요한 조치를 강구할 것을 요구하는 추상적인 權利를 인정한 것이고, 국가는 이에 대하여 추상적 義務를 갖는다고 해석하고 있다.⁹²⁾ 즉 抽象的 權利說에 따르면 環境權의 보장은 모든 국민이 인간다운 생활에서 살 수 있도록 필요한 立法을 요구할 수 있는 法的 權利를 보장한 것으로 본다. 그러나 이 權利는 추상적인 것이므로 이 權利를 구체화하는 立法·豫算措置가 있을 때에야 비로소 국민은 그 法律에 따라 국가에 대하여 구체적 環境保護·改善措置를 요구할 수 있다고 본다. 즉 국민은 국가에 대하여 抽象的 權利를 가지며, 국가는 立法 기타 國政上 필요한 조치를 강구할 추상적 義務를 진다고 보는 見解이다.⁹³⁾

抽象的 權利說도 法律이 있을 때 環境權의 실질적이고 구체적인 法的 權利性이 보장된다는 의미에서는 프로그램적 規定說보다는 진보적이며 적극적인 의미를 가지고 있으나, 具體的 權利의 인정여부는 立法政策 내지 立法方針으로 본다는 의미에서 立法方枕規定說이라고도 불리는 프로그램적 規定說과 실질적으로 별로 다를 바 없다고 한다.⁹⁴⁾

憲法の 차원에서는 環境權은 抽象的 權利로 이해되고 있으므로 구

91) 고문현, 앞의 論文, 192면.
 92) 池田政章, “프로그램規定における消極性と積極性”, 立教法學 第7號, 1965, 37면; 金白庚, 앞의 論文, 53면.
 93) 安溶教, 앞의 論文, 37면.
 94) 金啓煥, 憲法學講義, 博英社, 1988, 477면; 朴一慶, “環境權”, 考試研究, 1981, 2, 24면.

체적이고 충분한 내용의立法이 없는 한 현실적인權利로서 주장할 수 없다는 것이 지배적 입장이다.

3) 具體的 權利說

이 說은 環境權을 生存權의 일종으로 보면서 具體的 權利임을 인정하려는 것으로서 국민 개개인이 직접 法院에 環境權, 즉 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 權利를 직접 請求할 수 있다는 學說이다.⁹⁵⁾ 즉 環境權은 法的 權利로서 그 침해에 대하여 法院에 직접 訴求할 수 있는 具體的 權利라고 주장한다. 憲法 第35條의 規定은 行政權을 직접으로 구속할 수 있을 만큼 명백하고 상세한 것은 아니나, 立法權과 司法權을 구속할 수 있을 정도로 충분히 명백한 내용을 가지고 있다고 본다. 따라서 環境權은 국민이 立法權에 대하여 그 權利의 내용에 적합한 立法을 행하도록 청구할 수 있는 구체적인 權利라고 한다. 그리하여 立法權이 義務를 履行하지 않는 것에 의하여 생기는 環境權의 侵害에 대해서는 그 不作爲가 違憲인 것의 확인을 憲法裁判所에 請求할 수 있다고 본다. 나아가 環境保護請求를 訴訟을 통하여 주장할 수 있다고 한다.⁹⁶⁾ 또한 구체적으로 環境權을 명시하는 制定法規가 없다고 하더라도 實定法 전체의 해석에 의하여 環境權을 具體的 權利로 인정하는 구성은 가능하다고 보아야 할 것이다.⁹⁷⁾

環境破壞에 의한 人權의 大量侵害·大量破壞는 기존의 社會權의 개념을 가지고는 대응할 수 없다. 왜냐하면 公害企業이 환경을 一方的·獨占적으로 이용하면서도 營業의 自由, 財產權의 자유로운 行使를 내세워, 이러한 論理에 따라 자행하는 일방적인 環境破壞行爲에 대해서는 종래의 基本權觀念을 가지고는 대응할 수가 없기 때문이다. 이에 대처하기 위해서는 環境破壞라고 하는 새로운 基本權侵害에 대응할 적극적인 理論構成이 이루어지지 않으면 안 된다. 그 한 가지 방안으로 生命權·環境權(保健權)의 財產權·營業權 등에 대한 優位論이라

95) 김종민, 環境法, 行法社, 1993, 94면.

96) 大須賀明, 社會權の法理, 公法研究 第34號, 120-131면.

97) 崔相鎬, 環境權, 螢雪出版社, 1998, 85면.

는 基本權解釋論이 있으며, 인간의 尊嚴과 價値 그리고 幸福追求權을 規定한 憲法 第10條를 최고의 憲法的 價値로 보고, 또 環境權을 總合的 權利로 해석한다면, 生命權·環境權(保健權)의 財產權·營業權 등에 대한 優越성을 충분히 인정할 수 있을 것이라고 한다.⁹⁸⁾

이러한 具體的 權利說에 입각하면 環境侵害行爲에 대한 留止請求權, 妨害排除請求權, 豫防請求權 등의 具體的 權利가 발생한다.⁹⁹⁾ 물론 우리 大法院의 입장은 앞에서 본바와 같이 環境權의 權利性을 부인하고 있지만, 최근의 下級審 判決에서는 環境權의 具體的 權利性을 인정하고 있다. 아울러 民法 第217條의 相隣關係에 관한 규정¹⁰⁰⁾과 環境利

98) 權寧星, 앞의 책, 605면.

99) 尹明善, “環境權”, 月刊考試, 1993. 8, 75면.

100) 釜山高等法院은 “民法 第217條의 전통적인 相隣關係의 규정취지에 비추어 보더라도 이러한 教育환경에 있어서 日照, 靜穩, 眺望 및 통풍의 확보, 環境 유지를 위한 騒音의 防止, 압박감 없는 상태의 유지 등은 쾌적하고 건강한 教育환경의 享受를 위하여 필요 불가결한 넓은 의미의 生活利益인 것은 명백하고, 이는 자연으로부터 부여받은 萬人共有의 資源으로서 所有權 觀念과는 관계없이 萬人에게 公평하게 分배되어 져야 하기 때문에 이러한 生活利益으로서의 日照, 통풍의 확보, 소음의 방지 등은 이와 충돌하는 다른 制限利益과의 조화를 고려하여 가능한 한 法的 保護를 부여하여야 하고, 이러한 日照, 통풍 등을 포함한 일체의 教育환경에 대한 방해 등이 被害者의 忍容 限度를 초과하는 것으로 인정될 때에는 당해 土地의 所有者는 이웃 土地의 그와 같은 生活利益을 보호하기 위한 適當한 조치를 취할 義務가 있다고 할 것이므로 民法 第217條의 生活妨害禁止의 規定에 의거하여 被害者는 이러한 방해에 대한 禁止(留止)請求權이 있다고 할 것이다”라고 判示하여 民法 第217條의 相隣關係의 規定을 環境이익의 被保全權利의 하나임을 인정하였다. 釜山高法 1995. 4. 17 宣告, 95라4 判決. 이러한 취지는 大法院에 의하여 “부산대학교 구내의 그 판시 첨단과학관에서의 教育 및 研究활동에 커다란 지장이 초래되고, 위 첨단 과학관 옥상에 설치된 자동기상관측장비 등의 본래의 기능 및 활용성이 극도로 害되므로, 위 부산대학교의 大學校로서의 景觀, 眺望이 훼손되고, 조용하고 쾌적한 教育環境이 害되므로, 소음의 증가 등으로 教育 및 研究활동이 害받게 된다면, 위 부산대학교의 부지 및 건물을 教育 및 研究시설로서 활용하는 것을 害받게 되는 그 所有者인 申請人으로서의 위와 같은 害가 社會通념상 일반적으로 受忍할 정도를 넘어선다고 인정되는 한 그것이 民法 第217條 第1項 소정의 害, 열기체, 액체, 음향, 진동 기타 이에 유사한 것인지 여부를 떠나 그 所有權에 기하여 그 妨害의 除去나 豫防을 請求할 수 있다 할 것이므로, 적어도 原審이 所有權에 기한 妨害排除請求權을 이 사건 假處分의 被保全權利로 삼은 부분만큼은 正當하

益의 人格權의 측면¹⁰¹⁾을 環境權의 被保全權利로 인정하고 있다.

고”라는 判示를 통하여 지지되고 있다. 大法院 1995. 9. 15 宣告, 95다23378 判決. 나아가, 서울 民事地方法院은 “한편 民法 第214條는 ‘所有者는 所有權을 妨害하는 者에 대하여 妨害의 除去를 請求할 수 있고 所有權을 방해할 罣려가 있는 行爲를 하는 者에 대하여 그 豫防이나 損害賠償의 擔保를 請求할 수 있다.’ 고 규정하고, 第217條는 ‘土地所有者는 매연, 소음, 진동 등, 기타 이에 유사한 것으로서 이웃 土地의 사용을 방해하거나 이웃 居住者의 생활에 고통을 주지 아니하도록 적당 한 조치를 할 義務가 있다.’ 고 규정하고 있는 바, 이는 土地 其 자체의 지배 내지 이용과는 별도로 그 土地 위에 영위하는 人間의 健康하고 쾌적한 生活利益이 소음, 진동, 매연 등으로 인하여 적극적으로 침해되었을 때에는 生活利益의 침해를 土地所有權의 침해와 동일시하여 土地所有權에 터잡아 이러한 生活利益의 損害行爲에 대한 被害排除請求權을 행사할 수 있음을 인정한 것이다” 라고 判示하여 民法 第217條의 相隣關係에 관한 규정 이외에 民法 第214條의 所有權에 관한 규정을 被保全權利의 근거로 인정하고, “그리고 앞서 본 일조, 통풍, 靜穩, 조망 등 사회적 環境을 포함한 주거環境도 넓은 의미의 ‘토지’ 위의 ‘자원’으로 보고 이러한 주거環境은 자연으로부터 부여받은 萬人共有의 공동자원이기 때문에 어느 한 사람의 土地所有者만의 獨占物로 하는 것은 不當하고 相隣地 土地所有者 상호간에 民法의 위 규정에서 정한 相互配應義務를 부과시키고, 동시에 이러한 環境利益이 이웃 土地의 통상의 용도에 적당하지 않음으로 인하여 사회통념상 受忍할 수 있는 정도를 초과하여 침해당하거나 방해 당할 罣려가 있을 때에는 당해 土地의 所有者는 그 土地의 所有權에 기하여 위 침해나 방해행위에 대하여 妨害排除請求權을 가진다고 할 것이다”라는 判示를 통하여 이러한 취지를 분명히 하고 있다. 서울地法 1995. 9. 7 宣告, 94가 합6253 判決.

- 101) 釜山高等法院은 “뿐만 아니라 위와 같은 교육環境을 포함한 生活利益은 개인 生命, 自由, 名譽와 마찬가지로 其 자체로 法的으로 保護할 가치가 있는 것이고 이를 일반의 財產權과 대비하여 人格權에 속한다 할 것이므로, 이러한 生活利益에 대하여 심각한 生活妨害가 계속적, 반복적으로 행하여지는 경우에는 其 구제수단으로 이미 발생한 損害의 填補를 위한 不法行爲에 의한 損害賠償을 請求할 수 있으나, 이것만으로는 被害者의 보호에 충분하지 않기 때문에 침해행위 其 자체의 排除를 구할 수 있는 禁止請求權이 일정한 요건 아래에서 인정되어야 하고, 이 경우 禁止請求權의 法的 根據로서는 妨害排除請求權이 인정되는 所有權 기타 物權에 근거할 수 있지만, 物權을 갖지 않는 者라 하더라도 이러한 生活利益은 物權과 마찬가지로 동등하게 보호받아야 하는 것이기 때문에 人格權에 대하여도 이에 대한 침해를 배제 할 수 있는 권능을 인정하고 人格權에 기한 禁止請求를 할 수 있다고 봄이 상당하다” 라고 判示하여 人格權 또한 環境利益의 被保全權利의 근거가 될 수 있음을 분명히 하고 있다. 이러한 취지는 서울 民事地方法院에서도 “民法 第217條 소정의 生活妨害나 앞서 본 주거環境의 침해는 土地所有權의 침해

4) 兩面的 權利說

이는 環境權의 權利性은 自由權의 측면에서 環境에 대한 침해가 있을 때 그의 排除를 法院에 請求할 수 있는 具體的 權利로서의 效力을 가지며, 生存權의 측면에서는 건강하고 쾌적한 環境에서 生活環境의 造成·維持에 대한 抽象的 權利로서의 效力을 가지는 兩面性을 가진다는 學說¹⁰²⁾이다. 다만 그 내용과 행사에 관한 사항을 法律에 留保하고 있기 때문에 그 범위 내에서 立法的 형성의 여지가 있다고 보는 것이 합리적이다. 바꾸어 말하면 "건강하고 쾌적한 環境에서 생활할 권리"는 구체적 내용에 따라 憲法 第35條 第2項에 의하여 부여된 立法權者의 立法形成權은 第1項의 憲法的 決定을 구체화하고 또 그것에 위배되지 않는 범위 내에서만 인정되는 것이라고 보는 것이다. 이러한 해석은 같은 條項에서 부과된 環境保護를 위하여 노력해야 할 국가의 義務를 통해서도 지지될 수 있다¹⁰³⁾고 한다.

국민은 국가의 環境侵害行爲에 대해서는 직접 排除請求權을 가지며, 국가에 대해서 보다 좋은 環境을 조성해 달라는 環境改善·保護措置請求權은 우리 憲法의 環境權法定主義에 따라 立法에 의해서만 적극적으로 보장된다고 본다. 또 環境權을 生存權의 측면에서만이 아니고 生命·健康에 대한 自由權의 침해에 대한 排除請求權이라고 파악하는 경우에만 그 자체로서 국가의 侵害에 대한 防禦的 성격을 가지

의 범주에 넣어 볼 수 있는 것이지만, 그 주된 被害法益은 인간의 건강하고 쾌적한 生活利益으로서 이러한 주거환경의 이익은 그 法益의 法的 性格으로 보아 종래의 生命, 身體, 自由, 名譽, 貞操, 肖像權, 信用權 등과 마찬가지로 人格權의 일종에 속한다고 보아야 하고, 이러한 人格權의 支配權 내지 絕對權의 성격으로부터 物權的 請求權에 준하는 妨害排除請求權이 인정되고 있다. 따라서 위 生活妨害나 주거환경의 침해는 실질적으로는 신체적 자유 내지 정신적 자유의 침해에 속하는 것이고, 이 경우 일정한 한도를 초과하는 침해에 대하여는 妨害排除請求權이 인정되는 土地所有權 기타 物權을 가지고 있지 않은 者라고 하더라도 바로 人格權의 침해를 이유로 人格權에 터잡아 妨害排除 또는 妨害豫防請求權을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다" 라고 判示하여 동일한 見解를 취하고 있다.

102) 金道稔, 一般行政法論(下), 靑雲社, 1992, 519면.

103) 洪準亨, 앞의 책, 35면.

게 될 것이다. 그리하여 環境權의 被害者는 私法的 救濟를 請求할 수 있을 것이다. 環境行政의 분야에 있어서도 중점을 侵害行政에서 給付·保護行政으로 履行하고 있다. 따라서 국가에 대해서 環境保護·改善措置를 구한다고 하는 적극적 측면이 더욱 중시되어야 할 것이다.¹⁰⁴⁾

環境權을 국가에 대한 環境保護·改善請求라는 生存權으로 파악하는 경우에는 국가의 不作為에 의한 侵害에 대해서 司法的 救濟가 일반적으로 부정되고 있다. 그러나 憲法 第10條와 第36條의 環境의 人格權, 健康權의 침해에 대해서는 司法救濟도 請求할 수 있다고 본다.¹⁰⁵⁾ 이것이 현재의 多數說이다.¹⁰⁶⁾

5) 財産權說 및 人格權說

環境權은 그 객체인 공기·물·토양·일조 등 환경의 이용을 하나의 사회적 비용으로 생각하고 이에 財産的 가치를 인정하는 입장에서 보면 環境權을 일종의 財産權으로 파악할 수 있다. 독일에서는 배기가스, 악취, 소음 등으로 財産權을 침해하거나 태양, 일광, 전망 등을 박탈함으로써 財産權을 침해당한다고 보아 公害排除請求權을 財産權에서 이끌어 내려고 한다. 따라서 公害排除請求權으로 보아 環境權을 私權으로 보려는 것도 일리가 없는 것은 아니지만, 국가권력에 대한 防禦權은 人格權에서 도출되므로 財産權으로 볼 필요는 없다¹⁰⁷⁾고 한다. 그러므로 環境權을 財産權的인 것으로 보려는 시각은 오히려 環

104) 生存權의 法的 性格에 있어서 抽象的 權利說에서 具體的 權利說로 변환하고 있는 것이 우리 나라의 學說이다. 그 이유는 憲法訴願制度가 있기 때문에 立法促求決定이나 損害賠償을 請求할 수 있다고 보기 때문이다. 따라서 國家가 環境保護立法을 하여야 함에도 불구하고 立法을 하지 않는 경우에는 憲法訴願으로서 이를 請求할 수 있고 憲法裁判所는 立法促求決定을 할 수 있다고 한다. 金哲洙, “環境權考”, 주 83) 참조.

105) 金哲洙, 앞의 論文, 91-92면.

106) 丘秉朔, 앞의 책, 582면; 權寧星, 앞의 책, 605면; 金哲洙, 憲法學概論, 博英社, 1994, 496면; 金東熙, 行政法Ⅱ, 博英社, 1998, 417면; 李尙圭, 新行政法論(下), 法文社, 1991, 528면.

107) 金哲洙, 위의 論文, 87면.

境權의 본질을 손상하게 하는 결과가 되는 것이라고 아니할 수 없다¹⁰⁸⁾고 한다. 특히 경제학자들은 환경의 이용을 하나의 사회적 비용으로 생각하고 이에 財産的 가치를 인정하려는 입장에 있다.¹⁰⁹⁾ 그러나 環境權의 財産權의 성격을 인정한다 할지라도 所有權이나 賃借權 등과 같은 보통의 財産權과는 그 성격을 달리한다. 所有權과 같은 私法上의 權利는 일정한 개인적 排他的 利益을 法律이 승인한 個人本位의 權利인데 반하여 環境權은 환경이 萬人에게 共有됨을 대전제로 하며, 따라서 環境權의 處分可能性은 원칙적으로 인정되지 않는다. 이에 대하여는 대기·물·토양·경관·문화적 유산 또는 사회적 시설과 같이 이에 대한 지역주민의 權利가 重疊的이며, 共有狀態라 생각되어 불가분적인 것에 대하여는 처분은 생각할 수 없다¹¹⁰⁾고 한다. 또한 環境權은 萬人共有에 속하는 환경을 일체로서 전원이 누구도 독점함이 없이 共有하면서 다만 享受한다는 점에서는 마치 농촌지방 등에서의 入會權이나 總有的 地役權에 가까운 성격도 가진다고 한다.¹¹¹⁾ 그리고 環境權은 그 환경의 이용 자체보다 앞서 환경이 '좋은 환경'이라는 일정상태의 유지에 중점을 두고 있다. 더구나 環境權에 의하여 보호받는 法益은 사람의 건강하고 쾌적한 생활 그 자체이며, 결코 경제적 이익에 있는 것이 아님을 생각하면 環境權은 人格權의 성격을 가진다고 할 수 있다.¹¹²⁾ 그러므로 環境權은 財産權과 人格權의 양 영역에 걸쳐

108) 李尙圭, 앞의 책, 34면.

109) 澤井裕, "差止請求と利益較量", 法律時報 第43卷 8號, 日本評論社, 1971, 15면.

110) 大阪辯護士會環境權研究會, 앞의 論文, 72면.

111) 柳田幸男, 環境法入門, サイマル出版會, 1972, 39-40면.

112) 仁藤一, "環境權の提唱", JURIST 第492號, 1971, 231면. 일본의 大阪高等裁判所는 "무릇 개인의 生命, 身體의 安全, 精神的 自由는 인간의 生存에 가장 기본적인 사항으로서 法律上 절대적으로 보호되어야 할 것은 의문의 여지가 없으며, 또 인간으로서 생존하는 이상 平穩, 자유로운 인간으로서의 尊嚴에 상응하는 생활을 영위하는 것도 최대한 존중되어야 할 것으로서 憲法 第13條는 그 취지에 입각하는 것이며 憲法 第25條도 반면에서 이를 立證하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 이러한 개인의 生命, 身體, 精神 및 생활에 관한 利益은 各人の 人格에 본질적인 것으로서 그 총체를 人格權이라 할 수 있으며, 이러한 人格權은 누구도 함부로 이를 侵害하는 것이 허용되지 않으며, 이 侵害에 대해서는 이를 排除할 기능이 인정되지 않으면 안 된다고 하

거나 또는 그 어느 영역에도 포함되지 않는 부분이 있다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 입장은 環境權이 인정되지 않는 경우의 補充的 方案이라는 점에서 특별한 의미를 부여할 필요가 없다¹¹³⁾ 고 한다.

6) 支配權說

環境權은 그 객체인 환경을 생활상 필요로 하는 모든 사람이 이를 평등하게 共有하는 것으로 본다. 따라서 각 共有者는 각각 독립하여 환경 전체에 대하여 高유의 權利를 가지며, 환경의 침해에 대하여 다른 第三者에 대하여는 물론 어떤 共有者 1人的 침해에 대하여도 이를 豫防 내지 排除하는 權能을 행사할 수 있다.¹¹⁴⁾ 즉, 排他性을 가진다. 이것은 環境權의 權利性을 강화하여 그 보호를 철저히 기하기 위해서는 당연한 論理的 歸結이다. 다만 그 排他的 성격은 자기 자신을 위한 것보다 오히려 共有者 전체를 위한 경향이 훨씬 강하다는 점에서 일반 私法上的 支配權과는 차이가 있다¹¹⁵⁾고 한다. 또한 實定法的으로는 環境權은 支配權으로서 排他性을 가지며 各自의 權利는 자기와 관계가 있는 환경전체에 미치며, 具體的인 侵害가 누구에게 발생하는가와 관계없이 행사할 수 있다는 것이다. 물론 대상이 되는 환경의 종류에 따라 權利의 구체적인 범위는 달라질 것이며 대기, 물, 토양과 같이 지역주민의 共有狀態에 있고, 또한 불가분의 성질을 가지는 것에 대해서는 처분이라는 것은 사실상 생각할 수 없지만, 반면 日照에 관한 環境權은 讓渡, 拋棄 등의 처분이 가능하다. 그러나 環境權은 財產法上的 共有, 準共有와는 달리 各人은 단지 持分을 가지는데 그치지 않고 각각 독립하여 高유한 環境權을 가지는 것으로 생각하여야 한다는 것이다. 이러한 環境權은 憲法上的 基本權일 뿐만 아니라 民法, 行政法, 등 實定法上的 具體적인 權利라는 것을 주장하고 있다.¹¹⁶⁾

고 있다. 大阪空港公害訴訟抗訴審判決(大阪高判, 昭和50. 11. 27)

113) 千炳泰·金明吉, 앞의 책, 80면.

114) 仁藤一, 앞의 論文, 231면.

115) 具然昌, 앞의 책, 93면.

116) 徐元宇, 앞의 論文, 28면.

4. 綜合的 檢討

이상의 學說을 종합하여 검토하여 보면, 우선 環境權의 基本權의 性質에 대하여는 인간의 尊嚴權과 幸福追求權과 生存權이 복합되어 있다는 見解와 人格權의 성격을 동시에 가지고 있다는 見解는 인간의 尊嚴權, 幸福追求權, 生存權, 人格權 등은 基本權의 성격을 나타내는 것이 아니라 그 자체 基本權을 가리키고 있는 것을 간과하고 있으며, 또한 인간의 尊嚴權과 幸福追求權은 구체적인 權利가 아니라 모든 基本權의 이념적 기초가 되거나, 모든 基本權이 제대로 보호되고 기능함으로써 비로소 지켜진다는 사실과, 또한 그러한 한에서 環境權뿐만 아니라 모든 基本權과 관련되어 있다는 점을 간과했다고 하며, 綜合的 基本權說에 대하여는 環境權이 가지는 복합적 성격을 설명하는데 치중한 나머지, 自由權은 국가의 침해와 간섭으로부터 자유라는 의미에서의 自由權이라는 것과 인간다운 생활은 物理的·經濟的·自然環境的 생활을 말한다는 것, 깨끗한 환경이 보건의 전제가 되기는 하겠지만 環境權과 保健權은 保護法益이 다르다는 것, 그리고 모든 基本權의 침해는 인간의 尊嚴성과 幸福追求權을 침해한다는 것을 지나치고 있다고 한다.

그리고 基本權의 전제조건을 보장하는 基本權의 성격과 義務 동반자적 權利로서의 성격과 制度的 保障의 성격을 함께 내포하고 있다는 見解에 대해서는 첫째, 環境權의 法的 性格을 基本權의 전제조건을 보장하는 基本權의 성격이라고 파악한 것은 環境權의 法的 性格과 環境權의 의미를 혼동한 것이며, 둘째 環境權의 法的 性格을 義務 동반적 성격이라고 파악한 것은 環境權의 法的 性格과 環境權의 특성, 즉 環境權은 다른 基本權에 비하여 義務性이 강하여 국가 또는 국민의 능동적이고 적극적인 環境保全義務의 履行을 통해서만 실현될 수 있는 특성을 혼동한 것이며, 셋째 環境權의 성격을 制度的 保障의 성격이라고 말한 것은 環境權의 法的 性格에 대해서 아무 것도 밝히는 바가 없다고 한다.¹¹⁷⁾

117) 環境權을 制度的 保障의 성격이라고 한 見解에 대해서 制度的 保障을 슈미

한편, 環境權의 權利性에 대하여는 憲法的 차원에서 環境權을 生存權, 生活權, 혹은 社會的 基本權으로 파악하면 環境權은 抽象的 權利인 것처럼 보이지만 현행 憲法이 이미 第35條 第1項에서 環境權을 綜合的 基本權으로 明示적으로 인정하고 있는 이상, 環境權은 自由權의 基本權 및 生存權의 基本權의 측면에서도 訴求가능한 權利(具體的 權利)라고 할 수 있기 때문에,¹¹⁸⁾ 兩面的 權利說이나 더 나아가 具體的 權利說이 상당히 설득력을 가진 學說이라고 할 수 있다.¹¹⁹⁾ 다만 環境權은 다분히 相隣關係의인 權利로서의 성격이 많기 때문에 합리적 이유가 있고, “경미한 침해”인 경우에는 이를 忍容해야 할 義務, 즉 忍容義務를 함께 내포하고 있는 權利다. 따라서 국가에 의한 環境侵害의 경우에는 물론이고 국가 이외의 第三者의 생활영역에서 발생하는 環境汚染의 경우도 그 정도가 경미한 때에는 이에 대한 防禦權과 公害排除請求權이 인정될 수 없다.¹²⁰⁾ 다만 어느 정도 忍容해야 하는가 하는 것은 그때 그때의 구체적 사정에 따라 결정해야 할 것이다. 그리고 環境權의 權利性에 대한 구체적인 立法 없이 法院에 의한 環境保護·改善措置를 請求할 수 없다 할지라도, 環境權의 구체적인 權利를 전면적으로 否定할 수는 없을 것이다.¹²¹⁾ 왜냐하면 현대적 環境權의 형성상황과 憲法의 規範論理的 기능으로 보아 環境權은 단순한 立法政策 내지 立法裁量의 문제가 아니라, 憲法에 의한 立法拘束에서의 立法裁量으로 보아야 하기 때문이다.¹²²⁾ 이러한 의미에서 오늘날 環境權의 적

트(C. Schmitt)적으로 이해한다면 環境權은 基本權이 아니라는 이야기가 되며, 해벌레(P. Häberle)식으로 이해하고 있다면 環境權은 基本權이라는 이야기가 되어 결국 環境權의 法的 性格은 基本權이라는 結論에 이르게 된다고 하는 문제가 있다고 한다. 홍성방, 앞의 論文, 63-65면.

118) 洪準亨, 앞의 책, 35면.

119) 金白庚, 앞의 論文, 54면.

120) J. Lücke, DÖV 1976, S. 291 ; Michael Klöpfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 1978, S. 20 f.

121) 安裕教, 앞의 論文, 37면.

122) 이에 대하여는 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 입법구속에서의 立法裁量の 條件·範圍의 경우만 하더라도 忍容限度를 넘는 환경조건의 기준설정이나 기준은 준수되어도 環境保護·改善이 되지 않는 경우에는 그 기준의 違法性을 다룰 수 있어야 할 것이다. 環境權의 실현은 그 사회의 생산적 수준에 영

극적 權利性을 용인하는 것은 현대적 사회상황의 필요적 요청에 적극적·능동적으로 부응하는 것일 뿐만 아니라, 生存權의 측면에서의 環境權을 구체적 權利로 파악하는 적극적인 理論構成에 있어서도 매우 중요하다고 할 것이다.¹²³⁾ 따라서 環境權의 具體的 權利性은 憲法 第 35條에 規定되어 있는 環境權에 근거하여 그 權利救濟의 방법을 강구해야 하지만, 그 權利救濟의 가능성과 구체적인 방법은 필수적으로 環境關係法規를 종합적으로 檢討·分析하여 모색하여야 할 것이다.¹²⁴⁾

V. 結論

현재의 環境破壞와 미래에 다가올 예측할 수 없는 環境汚染의 惡化 등으로서 인간이 더 이상 쾌적한 환경에서 생존할 수 없게 된다는 점을 미루어 볼 때, 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 權利로서의 環境權은 그것이 憲法에 명시되어 보장된 權利이던, 그렇지 않던 간에 인간의 생존을 위하여 필요한 自由權의 성격과 人間의 尊嚴과 價値·幸福追求權으로부터 도출되는 生存權, 또는 社會的 基本權으로서의 성격을 갖는 綜合的인 基本權으로 보아야 할 것이다. 環境權이 憲法에 基本權으로서 보장되어 있다는 것은 국민의 環境利益이 憲法이라고 하는 法에 의해 보호되고 있음을 의미하는 까닭에, 그 자체로

향을 받으면서 정책을 매개로 변화·발전되는데 그것은 環境權의 內容 즉 環境保護·改善의 措置 또는 擴充이라는 양적 변화를 의미하고 그 權利의 法的 性格의 변화를 의미하는 것이 아님을 알아야 할 것이며, 또한 環境行政의 경우에도 그 중점이 規制行政으로부터 給付·保護行政으로 이행되고 있으며, 人權의 침해실태나 態樣도 國家權力뿐만 아니라 準國家的 勸力을 가지는 사회단체 내지는 압력단체에 의한 개인적 基本權에 대한 侵害나 혹은 국가의 立法不作爲에 의한 자유의 空洞化가 심각한 문제로 되고 있는 오늘날, 環境權의 積極的 權利性을 용인하는 것은 현대적 사회상황의 필요적 요청이라고 한다. 韓相範, “人權으로서의 環境權의 法理”, 考試研究, 1981. 1, 61면.

123) 金白庚, 앞의 論文, 56면.

124) 李康燾, 앞의 論文, 142-143면.

서의 일정한 法的 效果가 발생한다고 할 수 있다. 본래 憲法上의 基本 權은 對國家的 效力을 가지는 것이므로 무엇보다 국가는 국민의 環境 權 즉 “건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리”를 침해해서는 안 된다. 물론 環境權의 具體的 效力에 대해서는 논란의 여지가 있겠지만, 어떠한 국민의 環境權을 國家的 權力이 侵害할 때에는 국민은 行政訴 訟을 통하여 그 侵害의 排除를 請求할 수 있으며(憲法 第29條), 適法 한 公權力으로 인하여 침해당한 경우에도 補償을 請求할 수 있다(憲法 第23條 第3項). 行政訴訟法과 國家賠償法은 바로 그와 같은 국민의 權利를 실현할 수 있는 수단과 방법을 구체적으로 정해놓고 있다. 특히 損失補償에 관하여는 現行憲法에서 第23條 第3項을 직접효력규정으로 규정해 놓고 있으므로, 구체적인 法律規定이 없는 경우에도 직접 憲法에 근거하여 국가 또는 지방자치단체에 대하여 補償을 請求할 수 있는 것으로 해석하는 것은 環境權의 效力을 인정하고 있다고 보아야 할 것이다. 국민의 權利가 憲法에 明文으로 보장되어 있을 때에는 적어도 國家的 權力에 의한 侵害로부터 보장된다는 점, 즉 그 侵害의 排除를 請求할 수 있으며, 또한 그 侵害로 인한 生命, 健康 및 身體 또는 財産上의 被害에 대한 補償 또는 賠償을 請求할 수 있다는 것은 일반적으로 인정되고 있다. 그러나 적극적으로 그 憲法上의 權利를 보장받기 위하여 국민이 국가의 적극적인 활동을 請求할 수 있는 가에 대해서는 論難이 있다. 이에 대한 지배적인 見解는 적극적으로 憲法上의 權利를 보장받기 위해서는 구체적인 法律의 制定이 필요한 것으로 보고 있다.¹²⁵⁾ 이러한 의미에서 環境權保障에 대해서는 현재 1990년에 制定된 環境政策基本法을 중심으로 여러 環境關係法令이 制定되어 있으므로, 이러한 法律에 입각하여 구체적인 環境權에 대한 權利行使가 가능하며, 동시에 權利救濟를 받을 수 있을 것이다. 즉 環境權은 그 權利의 性質로 보아 누구도 침해할 수 없고 不特定多數人의 누구에게나 대항할 수 있는 絕對權이라고 할 수 있다. 그러므로 누구도 他人의 環境權을 침해할 수 없을 뿐만 아니라, 環境權의 침해는 違法한 行爲이

125) 李康熾, 앞의 論文, 151-152면.

고 環境權을 침해한 사람은 違法行爲에 責任이 있으므로, 環境權의 침해를 防止하거나 損害를 賠償하여야 한다. 또 特定人 또는 特定地域의 구체적인 環境權의 침해가 아니라 하더라도 객관적인 環境權의 침해만 존재하면, 責任성과 違法성을 인정하여 環境權의 救濟를 용이하게 하여야 한다.¹²⁶⁾ 環境政策基本法 第31條에서 環境權의 침해에 대한 責任을 無過失責任으로 규정한 것은 環境權이 絕對權임을 立證한 것이라고 할 것이다.¹²⁷⁾

環境權에 대한 對國家關係나 私法關係에 있어서 具體的 權利性を 인정하는 것은 법기술상 어려움이 수반될 것이지만, 環境汚染과 環境破壞로 인한 인간의 基本權에 대한 侵害가 위협적으로 증가하는 이때에, 環境權의 구체적 權利性を 否認하는 것은 環境權生成의 역사적 필연성에 눈을 감는 것이 되며 立法의 不作爲에 의한 人權侵害의 결과마저 우려된다. 따라서 프로그램적 規定說에 의하더라도 새로운 긴급상황에 적용할 立法을 조속히 기대할 수 없는 상황에서는 憲法的 이념으로서의 環境權을 구체적 상황에 적용시키는 法的 기술을 통하여 私法的 영역에 있어서 구체화하는 것은 가능하며 또 필요하다고 본다.

미국에 있어서는 環境權이 立法的 定立 이전에 실제의 裁判을 통하여 環境權이 확인되었고, 일본에 있어서는 判例 중에는 超實定法的으로 해석에 의하여 環境權을 인정하였다고 볼 수 있는 判例가 상당수에 달하고 있다. 이러한 判例의 누적은 私法上 環境權概念을 沈澱시키고 있으며, 구체적 權利로서의 環境權을 더욱 뚜렷이 부각시키고 있다. 環境權의 구체적 權利性的의 확립은 立法을 통하는 것이 바람직하나, 오늘날 解釋論 또는 判例를 거쳐서 이미 環境法秩序의 중심으로 정착할 수 있을 정도로 성숙한 環境權에 대하여는 프로그램적 權利로

126) 私法上으로는 環境權을 인정하는 規定이 없다고 볼 수 있겠지만, 현실적으로 判例가 環境權이 침해된 경우에 民法 第217條에 의하여 妨害排除請求權을 인정하며, 民法 第750條에 의하여 損害賠償請求權을 인정하고 있는 점을 고려하여 보면, 이러한 規定들이 環境權의 法的 根據라고 한다. 崔相鎬, 앞의 책, 87면.

127) 趙鐘炫, 앞의 論文, 697면.

부터 한 걸음 더 나아가서 具體的 權利性을 부여함으로써 환경위기를 극복하는 기능을 발휘하도록 하여야 한다¹²⁸⁾고 여겨진다. 따라서 環境權이 침해된 때에는 環境關聯法이 정하는 바에 따라 국가에게 環境權의 침해시설의 許可의 禁止나 侵害防止를 請求 할 수 있고, 財産權이나 人格權이 침해된 때에는 民事法이 정하는 바에 따라 侵害者에게 防止(留止)請求나 損害賠償請求도 할 수 있는 具體的 權利¹²⁹⁾로 파악해야 할 것이다. 또한, 行政訴訟上의 當事者 適格에 대한 大法院의 判例¹³⁰⁾도 環境利益에 대한 權利性을 反射的 利益으로 보지 않고 넓은 의미로서의 法律上의 利益으로 보는 見解¹³¹⁾를 취한 것은 곧 環境權에 대한 權利性을 구체적인 權利로 인정한 것이 아닌가 생각되어진다. 그리고 오늘날 憲法上의 環境權을 실질적으로 보장하기 위한 國家環境保全政策의 기본이념과 방향을 제시한 環境政策基本法을 중심으로 大氣·水質·土壤·騒音 등에 관한 각종의 單行法이 制定되어 있으므로, 오직 憲法規定만 가지고 環境權의 具體的 權利性을 논의함은 그 實益이 적다고 할 것이다. 특히 각종의 環境關係法의 모든 規定은 직

128) 同旨, 全昌祚, 앞의 論文, 211-212면.

129) 同旨, 趙鐘炫, 앞의 論文, 697면.

130) 大法院은 “住居地域 내에 거주하는 사람이 住居의 安寧과 生活環境을 보호 받을 利益은 단순한 反射的 利益이나 사실상의 利益이 아니라 바로 法律의 보호에 의하여 보호되는 利益이라 할 것이다”라고 判示하여 生活環境의 利益을 法律上의 權利로 인정하고 있다. 大判, 1975. 5. 13, 73누96.

131) “...都市計劃法 第12條 第3項의 委任에 따라 제정된 都市計劃施設基準에 관한 規則 第125條 第1項이 火葬場의 구조 및 설치에 관하여는 埋葬 및 墓地에 관한 法律이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있어 도시계획의 내용이 火葬場의 설치에 관한 것일 때에는 都市計劃法 第12條 뿐만 아니라 埋葬 및 墓地에 관한 法律施行令 역시 그 根據法律이 되므로, 같은 法 施行令 第4條 第2號에서 公設火葬場은 20호 이상의 人家가 밀집한 지역, 학교 또는 公衆이 수시 집합하는 시설 또는 장소로부터 1천미터 이상 떨어진 곳에서 설치하도록 제한을 가하고 第9條에서 國民保健上 危害를 끼칠 우려가 있는 지역, 都市計劃法 第17條의 規定에 의한 住居地域, 商業地域, 工業地域 및 綠地地域안의 풍치지구 등에의 公設火葬場 설치를 금지함에 의하여 보호되는 주민들의 利益은 위 都市計劃決定處分の 根據法律에 의하여 보호되는 法律上 利益이므로 주민들인 原告는 위 處分の 取消을 求할 當事者適格이 있다.”라고 判示하였다. 大判 1995. 9. 26, 94누14544. 과거의 大法院判例들은 이와 유사한 경우 原告適格을 否認함으로써 法院의 심판대상에서 제외시켰다.

접·간접적으로 국민의 環境權을 구체화하고 있기 때문에, 環境權의 具體的 權利性에 대한 論議는 再言할 필요가 없다고 본다.

그러나 이러한 法律들은 裁判規範으로서의 성격이 약한 것이 흠이라고 할 수 있다. 예컨대 環境政策基本法이 第6條에서 국민의 環境權을 規定하고 “국가 및 지방자치단체의 環境보전시책에 협력하고 環境보전을 위하여 노력하여야 한다”고 規定하고 있어 法的 規制의 근거 조항이 될 수 있을지가 의문이며, 또 同法 第3條에서 環境을 自然環境과 生活環境만으로 규정하고 生活環境도 大氣, 廢棄物, 騒音, 振動, 惡臭 등 사람의 일상생활과 관계되는 環境만을 한정하여 規定하고 있어 문제이고, 이의 具現을 위한 法的 救濟手段에 관한 規定이 없어 문제이다. 또한 여러 法律들이 被害救濟의 訴訟節次에 관한 規定을 두지 않고 있어 문제이다.¹³²⁾ 이러한 문제들은 앞에서 살펴보았듯이 憲法에 보장된 環境權에 근거하여 직접 裁判規範으로서 인정하여 해결할 수도 있을 것이며, 더욱 구체적으로는 각종의 環境關係法은 強制規範性을 갖도록 訴訟節次를 規定하여 當事者 適格의 緩和, 故意·過失 또는 因果關係의 立證의 轉換, 集團訴訟이나 懲罰的賦課金の 導入 등 環境訴訟制度를 본격적으로 規定하여야 할 것이다. 또한, 環境訴訟에 있어서 특례가 인정되도록 環境訴訟法 및 環境責任法 등을 制定하거나, 行政訴訟法을 改正하여 集團訴訟 등을 시급히 도입하여야 할 것이며, 憲法上的 環境權規定이 選言的 의미에만 그치지 않도록, 국가와 국민 모두가 環境權保障을 위하여 노력하여야 할 것이다.

132) 金哲洙, 앞의 論文, 115-117면.