

헌법상 환경보호의 비교헌법적 분석

박진완*

〈국문초록〉

환경문제들에 각 국가들의 정부의 헌법 및 관련 법률에서의 환경문제에 대한 법적인 규율방식 및 대응방식은 다양하게 나타날 수 있다. 이것은 각 국가들의 환경보호수준 및 환경정책의 강도가 다양한 형태로 나타날 수 있다는 것을 의미한다. 어떤 국가들은 환경문제에 대하여 헌법적 차원에서 규율하면서 매우 강한 수준의 환경적 보호를 지향하는 데 반하여, 어떤 나라들은 헌법적 차원이 아닌 단순한 법률적 보호의 수준에서 환경문제에 대한 규제를 하고 있다.

오늘날 이 권리는 대부분의 국가들의 법과 국제법 속에서 인정되고 있다. 이러한 구체적인 인권 혹은 헌법적 권리로서의 권리보장 기간의 짧음에도 불구하고, 이 권리는 세계의 90개국 이상의 헌법 속에도 인정되고 있다. 이러한 헌법규정들은 환경법 그리고 법원의 판결에 중요한 영향을 미치고 있다.

스톡홀름 선언 이후 40년이 흐른 2012년의 수준에서 193개의 UN가입국들 중에서 177개국들이 그들의 헌법 속에서 환경권을 헌법적 권리로 인정하고, 환경입법, 법원의 결정 그리고 환경에 관한 국제적 합의에 대하여 비준하고 있다.

이와 관련하여 환경권을 헌법적 권리로 보장하는 것이 아무런 법적효과를 발생시키지 않는 탁상공론에 그칠 것인가? 아니면 미래의 좋은 환경 속에서는 지속가능한 발전을 가능하게 만드는 강력한 법적 규제 수단으로서의 기능을 할 것인가? 이런 질문들에 대한 해답은 환경권을 헌법적 권리로 보장하는 국가들에 대한 비교헌법적 연구에서 그 해답을 찾을 수 있다.

좋은 환경에 관한 권리를 헌법적 권리로 보장하는 것은 우선적으로 환경법의 효력강화와 환경권 위반으로부터 이 권리를 지키는 법원의 결정의 증가라는 두가지 강력한 결과를 초래한다. 환경권을 헌법적 권리로서 보장함으로써 위에서 언급한 다른 장점들은 그대로 현실화되는 데 반하여, 위에서 언급한 단점들은 구체화되지 않다는 것이 여러 가지 증거들을 통해서 증명되고 있다.

주제어 : 건강한 환경에 관한 권리, 높은 환경보호수준, 지속가능한 발전, 유럽연합의 기본권 헌장 제37조, 환경적 정의, 기본권 도그마틱의 측면에서의 환경권의 분석

• 투고일 : 2018.06.29. / 심사일 : 2018.07.18. / 게재확정일 : 2018.07.19.

* 경북대학교 법학전문대학원 교수

I. 서

전 세계의 모든 나라들은 공통적으로 지속적인 경제발전을 추구하는 과정에서 발생하게 되는 여러 가지 생태학적인 환경문제들에 직면하고 있다. 이러한 환경문제들에 각 국가들의 헌법 및 관련 법률에서의 환경문제에 대한 법적인 규율방식과 대응방식은 다양하게 나타난다. 이것은 각 국가들의 환경보호수준 및 환경정책의 강도가 다양한 형태로 나타날 수 있다는 것을 의미한다. 어떤 국가들은 환경문제에 대하여 헌법적 차원에서 규율하면서 매우 강한 수준의 환경적 보호를 지향하는 데 반하여, 어떤 나라들은 헌법적 차원이 아닌 단순한 법률적 보호의 수준에서 환경문제에 대한 규제를 하고 있다. 이와 관련하여 유럽연합의 기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union/Charta der Grundrechte der Europäischen Union) 제37조는 「높은 환경보호수준 그리고 환경의 질(Umweltqualität)적인 개선은 유럽연합의 정책속에서 고려되어야만 하고, 지속적 발전의 원칙(Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung)에 의하여 보장되어야만 한다」고 규정하고 있다. 환경보호와 관련하여 유럽연합의 기본권 헌장 기본권 헌장 제37조는 우선적으로 높은 수준의 환경보호를 요구한다. 이러한 유럽연합의 기본권 헌장 제37조는 기본권 헌장 주석(Charta-Erläuterungen)에 의하면 유럽연합조약(Treaty of European Union/Vertrag über die Europäische Union(EUV)) 제3조 제3항 그리고 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제11조, 제191조에 근거하고 있다. 환경보호를 위한 국제적 권한은 유럽연합조약(EUV) 제21조 제2항 문자(lit.) f 속에 언급되고 있다¹⁾. 특히 유럽연합의 기능에 관한 조약(Treaty on the Functioning of the European Union/Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union(AEUV)) 제11조는 유럽연합의 정책과 처분의 확정과 실행에 있어서 환경보호의 필요성은 특히 지속적 발전의 증진(Förderung einer nachhaltigen Entwicklung)에 대한 고려가 있어야만 한다고 규정하고 있다. 이것은 환경보호에 있어서 지속적 발전의 증진은 반드시 고려해야만 되는 중요한 개념이라는 것을 밝히고 있다. 이것은 환경보호에 있어서 미래세대의 보호를 위한 세대간 정의(Generationengerechtigkeit)를 고려해야만 한다는 것을 의미한다.

유럽연합의 기본권 헌장에서의 높은 환경보호수준의 개념은 유럽연합의 기

1) Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2016, Art. 37 Rn. 1.

능에 관한 조약(AEUV) 제191조 제2항 의미로 이해되어야만 한다. 따라서 높은 환경보호수준의 확정에 있어서 유럽연합의 기능에 관한 조약 제191조 제2항 제1하부항(UAbs.)에 따라 유럽연합의 개별국가들의 다양한 현실들이 고려될 수 있다²⁾.

환경개념은 환경매개물(Umweltmedien)인 공기, 토양 그리고 물 및 식물과 동물 그리고 또한 인간까지 포함한다. 그 외에도 인간에 의하여 형성된 자연환경도 포함된다³⁾. 동물보호는 단지 야생의 살아있는 동물의 경우에만, 기본권 헌장 제37조의 환경보호의 범위에 포함된다. 가축은 포함되지 않는다. 유럽연합의 기능에 관한 조약 제192조 제2항의 의미 속의 높은 환경보호수준이 기본권 헌장 제37조의 환경보호수준으로 고려된다. 유럽연합의 기능에 관한 조약 제191조 제2항 제1하부항(UAbs.) 제2문 속의 원리들이 이러한 환경보호의 구체화로서 고려되어질 수 있다: 예방적 원리(Vorbeugeprinzip), 사전적 배려의 원리(Versorgeprinzip), 근원의 원리 (Ursprungsprinzip), 원인제공자책임의 원리(Verursahcerprinzip). 그 외에도 이미 침해되어진 환경의 질적인 복원과정에서 당연히 환경의 질(Umweltqualität)의 개선이 나타날 수 있다. 따라서 법원칙 혹은 법적인 권리 보장의 문제로서 환경보호는 기본권 헌장 제37조의 조문에 명백히 제시된 바와 같이 지속가능한 발전의 원칙(Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung/sustainable development)을 지향하고 있다.

독일의 경우 1994년 이래로 환경보호를 국가목적(Staatsziel)으로 규정한 것의 적합성 여부에 대하여 많은 논의가 행해지고 있다. 환경보호를 국가목적으로 보장하는 것에 대한 이의들은 우선적으로 정치적 그리고 헌법적 구조 속에서 정치적인 환경보호의 강조에 대한 회의적 입장 그리고 입법자의 자유로운 입법형성을 통해서 야기될 수 있는 불평등한 결과발생에 대한 우려들에 근거한다. 이러한 까닭에 국가목적으로 형태로 환경보호를 헌법에 규정하고 있는 경우에는 각각의 현실적인 환경보호를 위한 모든 국가목적 그리고 국가적 과제의 확정과정에서 어떻게 항상 새롭게 입법자의 활동영역에 대한 한계를 설정할 것인가에 대한 의문이 제기된다. 왜냐하면 입법자는 미래의 자신의 결정과정에서 이전에 설정된 관점들을 준수하려고 하지 않기 때문이다⁴⁾. 이와 관련하여 독일은 1994년 10월 27일의 기본법 개정법률(Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27. 10. 1994)⁵⁾을 통해서 기본법 제20 a조 속에 미래세

2) Jarass, 위의 책, Art. 37 Rn. 6.

3) Jarass, 위의 책, Art. 37 Rn. 6.

4) Vgl. Michael Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 12 Rn. 2.

대에 대한 책임의 고려 속에서 자연적 생활기반(natürliche Lebensgrundlagen)을 보호할 국가의 의무를 규정하고 있다. 이 기본법 규정은 자연적 생활기반에 대한 국가의 보호의무 실행에 있어서 경제적 발전과 자연자원의 사용이 미래 세대의 권리와 이익에 대한 침해의 위험성을 초래하지 않고, 즉 미래세대의 자신의 독자적인 필요성을 만족시킬 가능성을 위태롭게 함이 없이 현재세대의 필요성을 충족시켜야만 한다는 지속적 발전의 원칙(Grundsatz der Nachhaltigkeit)을 헌법 속에 고려하는 결과를 초래하였다⁶⁾. 왜냐하면 자연적 생활기반에 대한 국가의 보호의무 그 자체는 국가의 현재세대의 자연적 생활기반의 유지뿐만 아니라 미래세대의 자연적 생활기반의 보호와 유지까지도 고려한 것이기 때문이다⁷⁾.

따라서 매 단계보다 새롭게 설정된 국가목적으로서 환경보호에 대한 입법적 위임의 구체적 실현내용들은 다른 기본권의 해석 그리고 보호영역의 확정 및 기본권의 제한에 있어서 고려되어진다. 환경보호를 단순한 국가목표규정의 의미를 넘어서서, 기본권의 형태로 보장하는 것 즉 환경기본권(Umweltgrundrechte)을 헌법에 규정하는 것은 헌법학자들에게는 아주 민감한 문제이기 때문에, 이에 대해서는 우선적으로 이에 대한 매우 사려 깊은 논의가 전개되어야만 한다. 이와 관련하여 가장 우선적으로 제기되는 의문은 과연 환경권을 기본권으로 보장할 수 있을까 하는 것이다. 물론 이러한 의문제기에 저변에는 환경권을 기본권으로 보장하려하는 정부의 태도에 대한 의심과 의혹이 자리 잡고 있다⁸⁾. 왜냐하면 기본권으로서 환경권의 보장의 문제는 이와 대립되는 다른 헌법적 가치 더 나아가서 토양, 공기, 물과 같은 자연적 생활기반(natürliche Lebensgrundlage)에 대한 개인의 처분가능성과 같은 인간의 지배가능성과 같이 해결하기 어려운 여러 가지 난제들이 도사리고 있기 때문이다. 이러한 까닭에 독일의 기본법(Grundgesetz), 미국의 연방헌법 그리고 일본의 경우에도 기본권으로서 환경권을 헌법에 규정하고 있지 않다⁹⁾.

국가의 환경보호의무의 실현을 국가적 개입의 정당화는 단순한 개인적 권리

5) BGBl. I S. 3146.

6) Stefan Huster/Johannes Rux, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, München 2018, Art. 20 a Rn. 16.

7) Huster/Rux, 앞의 책, Art. 20 a Rn. 16.

8) Michael Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, Berlin · New York 1978, S. 10.

9) 김철수, 학설판례 헌법학(상), 박영사 2007, 1220-1221쪽. 계희열, 헌법학 (중), 박영사 2007, 793-794쪽 참조. 이러한 점을 고려해 볼 때 환경권을 기본권으로 규정한 것을 우리 헌법상의 중요한 특징이 된다. 홍준형, 환경법, 제2판, 박영사 2005, 34쪽.

즉 기본권의 보호영역에 해당되는 환경재(Umweltgüter)만에 한정되는 것이 아니라 인간의 자연적 생활기반으로 확대될 경우에만 가장 잘 실현될 수 있다. 이러한 까닭에 독일은 1994년 10월 27일의 기본법 개정을 통하여 제20 a조에서 국가 목표규정으로서 환경보호를 규정하고 있고, 국가의 환경보호의무의 대상을 자연적 생활기반(natürliche Lebensgrundlagen)으로 규정하고 있다¹⁰⁾. 그럼에도 불구하고 독일의 경우에도 생명권, 건강권, 신체적 불쾌손권, 일반적 인격권, 인간의 존엄 그리고 재산권을 통한 기본권적인 환경보호의 가능성이 여전히 존재한다¹¹⁾.

우리 헌법은 제35조 제1항에서 「모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다」고 규정함으로써 환경권을 기본권의 형태로서 보장하고 있고 더 나아가서 국가의 환경보전의 의무를 규정하고 있다. 동조 제2항에서는 「환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다」고 규정함으로써 헌법적 권리인 환경권의 법률에 의한 구체화에 대하여 언급하고 있다. 그러나 동조 제3항은 「국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다」고 규정함으로써 국가의 환경보호의 대상을 기본권으로서 환경권 그리고 국가의 환경보호의무의 주된 보호대상인 자연적 생활기반을 넘어서는 광의의 환경개념으로 확대하고 있다. 우리 헌법은 제35조 제3항에서 협의의 환경개념을 넘어서는 새로운 규범적 환경개념을 고려한 주택개발정책과 관련된 ‘쾌적한 주거환경’의 보장도 환경권의 보호대상으로 언급함으로써 환경개념에 대한 헌법해석적인 혼란을 초래하고 있다¹²⁾.

II. 헌법적 권리로서 환경권 보장에 대한 비교헌법적 분석

1947년 이탈리아(Italy) 헌법 제9조 속에서 자연경관(natural landscape)에 대

10) 독일기본법 제20a조 국가는 또한 미래세대에 대한 책임을 인정하면서 헌법질서의 범위 내에서 입법을 통하여 그리고 법률과 법에 기준에 따르는 집행권과 사법에 의하여 자연적 생활기반을 보호한다.

11) Vgl. Hasso Hofmann, Umweltstaat: Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen und Schutz vor Gefahren und Risiken von Wissenschaft und Technik in staatlicher Verantwortung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band, Tübingen 2001, S. 877 f.; Dietrich Rauschning, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), S. 179.

12) 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2016, 890쪽 참조; 박진완, 환경권과 자연보호, 환경법연구 제 30권 3호, 한국환경법학회 2008, 3-4쪽.

한 보호규정이 규정된 이래로, 전세계의 196 개국의 헌법 중에서 148개의 헌법이 환경보호와 관련된 규정을 두고 있다¹³⁾. 이러한 환경헌법주의(environmental constitutionalism)의 국제적인 발전과정과 관련하여 헌법상의 환경보호에 관한 규정들은 환경과 관련된 도덕적 그리고 윤리적 의무를 확립하는 한 방법으로서 그리고 국가의 이러한 의무의 실행을 위한 법적 근거제공을 위한 법규범적 내용을 헌법에 규정한 것으로서 이해할 수 있다¹⁴⁾. 환경문제를 인권을 통해서 해결하는 방식에 대한 비판들은 다음과 같다¹⁵⁾: 누가 환경권의 주체가 되는가? 어떻게 환경권을 미래세대에 대하여 집단적 권리로 귀속시킬 수 있는가? 그리고 인권과 환경의 연계성을 명확히 하고, 이를 더욱 강화시키기 위해서 어떠한 조치들이 필요한가? 국제법은 독자적 권리로서 건강한 환경에 대한 권리를 인정하고 있는가? 그렇지 않다면 이를 보장해야만 하는가? 그 외에도 국제적 인권보장체제와 환경보호체제 사이의 관련성을 증가시키기 위한 공정성의 원리와 같은 공통적 원리가 존재하는가?

인권으로서 건강한 환경에 관한 권리(right to a healthy environment)가 인정될 수 있고, 또 인정되어야만 하는가? 개인이 깨끗한 공기, 안전한 식수 그리고 건강한 환경에 관한 권리를 가질 수 있는가? 불과 50년 전만해도 인권으로서 건강한 환경에 관한 권리는 매우 참신한, 심지어 급진적인 관념으로 인정되었다. 오늘날 이 권리는 대부분의 국가들의 법과 국제법 속에서 인정되고 있다. 이러한 구체적인 인권 혹은 헌법적 권리로서의 권리보장 기간의 짧음에도 불구하고, 이 권리는 세계의 90개국 이상의 헌법 속에도 인정되고 있다. 이러한 헌법규정들은 환경법 그리고 법원의 판결에 중요한 영향을 미치고 있다¹⁶⁾.

헌법적 권리로서 건강한 환경에 관한 권리는 그 지역고유의 법체계의 중요한 주춧돌로서 기능하고 있음에도 불구하고, 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights (1948)), 시민적 그리고 정치적 권리에 관한 국제규약(the International Covenant on Civil and Political Rights (1966)), 혹은 경제적, 사회적 그리고 문화적 권리에 관한 국제규약(the International Covenant on

13) Roderic O’Gorman, Environmental Constitutionalism: A Comparative Study, 6 Transnational Environmental Law 436 (2017).

14) Louis J. Kotzé, Arguing Global Environmental Constitutionalism, 1 Transnational Environmental Law 210 (2012).

15) Rebecca Bratspies, Do We Need a Human Right to a Healthy Environment?, 13 Santa Clara Journal of International Law 38 (2015).

16) David R. Boyd The Constitutional Right to a Healthy Environment, 54 Environment: Science and Policy for Sustainable Development 3 (2012).

Economic, Social, and Cultural Rights (1966)) 속에는 포함되지 않았다. 단지 건강한 환경에 관한 권리와 관련성을 가지고 청구될 수 있는 생명권, 건강권 그리고 프라이버시권이 보편적인 국제적 인권보장 그리고 지역적 인권보장 수준에서 규정되었다¹⁷⁾.

하나의 인권으로서 건강한 환경에 관한 권리(a human right to a healthy environment)가 보장되어야만 한다고 규정한 최초의 성문의 문서는 1962년에 발간된 Rachel Carson의 Silent Spring이다¹⁸⁾. 그녀는 권리장전(Bill of Rights) 속에 개인 혹은 공무원에 의하여 배분되는 치명적인 독에 대한 안전을 보장받을 권리가 규정되어 있지 않는다면, 그 이유는 그것은 확실히 우리들의 선조들의 상당한 지혜, 선견지명에도 불구하고, 그들이 그러한 문제점들을 인식하지 못했기 때문이라고 밝히고 있다¹⁹⁾.

첫 번째 건강한 환경에 관한 권리의 첫 번째 공식적 인정은 1972년의 선구적인 세계적-환경정상회의인 스톡홀름 선언(Stockholm Declaration)²⁰⁾이다. 그 당시에 건강한 환경에 관한 권리가 공식적으로 국제적 법적 문서 속에서 규정되지 않았음에도 불구하고, 시민사회와 국가들은 이 권리의 인정의 필요성을 주장하였다. 스톡홀름 선언의 원칙(principle) 1은 인간은 존엄과 복리(well-being)가 유지되는 삶을 가능하게 만드는 질적인 수준이 보장되는 환경 속에서 자유, 평등 그리고 적절한 삶의 조건에 대한 근본적 권리를 가지고, 현재 세대와 미래 세대의 환경의 보호와 증진에 대한 엄숙한 책임을 부담한다고 규정하고 있다. 스톡홀름 선언에서 인정된 각 개인에게 인정되는 권리로서 환경권은 환경의 권리, 즉 자연의 권리와 같이 환경 그 자체를 독자적 가치를 가지는 보호대상으로 본 것이 아닌, 인간생존의 중요성의 측면에서 환경에 대한 권리의 보호를 인정한 것이었다²¹⁾.

환경운동이 시작된 1960년대 이후 건강하고 안전하며 만족할 만한 혹은 지속가능한 것으로 특징지워지는 환경에 관한 권리를 처음으로 채택한 헌법은 1976년의 포르투갈(Portugal) 헌법이다. 포르투갈은 처음으로 ‘건강하고, 생태

17) Sueli Giorgetta, The Right to a Healthy Environment, Human Rights and Sustainable Development, International Environmental Agreements: 2 Politics, Law and Economics 177 (2002).

18) Rachel Carson, Silent Spring 12-13 (Boston: Houghton Mifflin, 1962); Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 4.

19) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 4.

20) Stockholm Declaration (Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment), 1972, UN Doc. A/Conf.48/14/Rev.1.

21) O’Gorman, 앞의 논문 (주 13), pp. 439-440.

적으로 균형 잡힌 인간환경에 관한 헌법적 권리를' 채택하였다. 그 이후 약 100개국이 자신의 헌법 속에서 이와 유사한 권리를 헌법 속에서 보장하고 있다²²⁾. 포르투갈(Portugal)과 스페인(Spain)은 각각 1976년과 1978년에 처음으로 건강한 환경에 관한 권리를 헌법 속의 권리로 보장한 국가가 되었다. 포르투갈 헌법 제66조는 “모든 건강한 그리고 생태적으로 균형 잡힌 환경에 대한 권리를 가지고, 이를 방어할 의무를 진다(Everyone has the right to a healthy and ecologically balanced environment and the duty to defend it)고 규정하고 있다²³⁾. 1970년대 중반이래로 92개국이 환경권을 헌법적 권리로 인정하고 있다. 헌법전문가들은 이러한 헌법적 권리로서 환경권에 대한 인식의 증가가 다른 어떤 인권들보다도 빠르게 진행하고 있다고 분석하고 있다²⁴⁾. 스톡홀름 선언 이후 40년이 흐른 2012년의 수준에서 193개의 UN가입국들 중에서 177개국들이 그들의 헌법 속에서 환경권을, 환경입법, 법원의 결정 그리고 환경에 관한 국제적 합의의 기준을 통해서 인정하고 있다²⁵⁾. 이러한 흐름에 참가하지 않고 저항하는 국가들로서 미국(the United States), 캐나다(Canada), 일본(Japan), 오스트레일리아(Australia), 뉴질랜드(New Zealand), 중국(China), 오만(Oman), 아프가니스탄(Afghanistan), 쿠웨이트(Kuwait), 브루나이(Brunei Darussalam), 레바논(Lebanon), 라오스(Laos), 미얀마(Myanmar), 북한(North Korea), 말레이시아(Malaysia), 그리고 캄보디아(Cambodia)를 들고 있다²⁶⁾. 이들 국가들 중에서 몇몇 미국의 6개주, 캐나다의 5개 지역들(provinces and territories)은 환경권을 인정하고 있다²⁷⁾.

1970년대 이래로 지역적 인권합의서(regional human rights agreements)들이 독자적인 권리로서 건강한 환경에 관한 권리를 인정하였다. 이에 해당하는 예로서 1981년의 아프리카 인간과 인민의 권리헌장(African Charter on Human and

22) John H. Knox, Preface United Nations Mandate on Human Rights and the Environment, in *New Frontiers in Environmental Constitutionalism* 15 (New United Nations Environment Programme 2017).

23) Constitution of Portugal. In Rüdiger Wolfrum and Rainer Grote, *Constitutions of the Countries of the World*, Giesbert Flanz, ed. emeritus (New York: Oceana Law, 1976), 2012.

24) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 5.

25) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 4.

26) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 4.

27) 미국의 6개주는 Hawaii, Illinois, Massachusetts, Montana, Pennsylvania, and Rhode Island. 캐나다의 5개의 지역들(provinces and territories)들은 Ontario, Quebec, the Yukon, Nunavut, and the Northwest Territories. Cities include Pittsburgh, Santa Monica, and Montreal이다.

People's Right), 1988년의 아메리카 인권협약 추가의정서(Additional Protocol to the American Convention on Human Rights) 그리고 2004년의 아랍인권헌장(Arab Charter on Human Rights)을 들 수 있다²⁸⁾. 이에 반해서 유럽인권협약(ECHR/ERMK)은 처음부터 환경권에 대한 명문규정을 두고 있지 않아서, 이른바 패치워크 접근방법(patch work approach)²⁹⁾을 통해서 환경권을 보장하고 있다. 이러한 패치워크 접근방법은 유럽인권협약 속에 규정된 생명권, 불해손권(Recht auf Unversehrtheit), 재산권 그리고 사생활을 침해받지 아니할 권리들의 공동적용을 통한 해석적 확장을 통해서 인권으로서 환경권을 보장하고, 이를 통해서 특정한 환경보호를 실행하고는 것이다³⁰⁾.

건강한 환경에 관한 권리를 인정하는 유럽, 아시아, 아메리카, 카리브해, 아프리카 그리고 중동의 지역적 인권 협약(regional human rights agreement)에 130 개국이 넘는 나라들이 가입하고 있다. 미주인권위원회(Inter-American Commission on Human Rights), 미주인권법(the Inter-American Court of Human Rights), 아프리카 인간과 인민의 권리 위원회(the African Commission on Human and Peoples Rights), 유럽인권법원(the European Court of Human Rights), 유럽사회권 위원회(the European Committee on Social Rights)는 이 권리가 포함된 사례들에 대해서 결정을 내리고 있다. 이러한 지역적 인권협약체제 속에서 국제법은 환경권의 보장에 있어서 매우 중요한 역할을 하고, 최종적 법적 구제자로서 기능을 하고 있지만, 환경권의 보장과 실현을 위한 대부분의 행위들은 개별 국가들 차원에서 행해지고 있다³¹⁾.

이러한 환경권의 국제적 보장을 위한 노력에도 불구하고, 여전히 건강한 환경에 관한 권리를 전세계적 차원에서 인정하는 세계기구(global instrument)는 존재하지 않고 있다. 그 대신에 인권위원회, 인권보장을 위한 특별절차 그리고 조약감독기구들을 포함한 UN의 인권보장기관들은 환경문제와 관련된 생명, 건강, 식량, 물 그리고 주거에 관한 권리를 포함한 기존의 인권의 녹색화(greening)에 전념하고 있다³²⁾.

28) Knox, 앞의 서문 (주 22), p. 15.

29) Karen Morrow, After the Honeymoon: The Uneasy Marriage of Human Rights and the Environment under the European Convention on Human Rights and in UK Law under the Human Rights Act 1998 43 *Revue générale de droit*. 317 (2013).

30) Morrow, New Frontiers: Europe, Human Rights, and the Environment - The Continuing Need for Innovation, in *New Frontiers in Environmental Constitutionalism* 38 (New United Nations Environment Programme 2017).

31) Boyd, 앞의 논문 (주 16), pp. 4-5.

32) Knox, 앞의 서문 (주 22), p. 15.

이러한 진전에도 불구하고, 이 권리의 보장범위 그리고 잠재적 유용성에 대한 논의들이 계속 진행되고 있다. 환경권을 헌법적 권리로 보장하는 것을 지지하는 연구자들은 헌법적 권리로서 다음과 같은 장점을 가지고 있다고 설명하고 있다³³⁾:

① 강력한 환경법과 정책들의 실행, ② 개선된 행정적 법집행과 법의 사법적 효력관철, ③ 환경적 결정과정에 대한 시민참가기회의 증가, ④ 환경적 책임의 증가, ⑤ 환경적 부정의(environmental injustices)의 감소, ⑥ 사회적 그리고 경제적 권리의 차원에서의 환경권의 효력보장, ⑦ 보다 나은 환경권의 실행의 보장.

이에 반해서 이에 대한 비판론자들은 헌법적 권리로서의 환경권의 다음과 같은 문제점들을 지적하고 있다³⁴⁾:

① 헌법적 권리로서 적용함에 있어서의 지나친 모호성, ② 이미 존재하는 많은 인권과 환경법들을 고려해 볼 때, 권리보장의 과다성, ③ 입법으로부터 사법으로의 권력이동을 통한 민주주의의 위협, ④ 사법적 실행의 어려움, ⑤ 소송의 홍수를 초래할 가능성, ⑤ 권리보장의 비효율성.

이와 관련하여 환경권을 헌법적 권리로 보장하는 것이 아무런 법실무적 효과를 발생시키지 않는 탁상공론에 그칠 것인가? 아니면 미래의 좋은 환경 속에서는 지속가능한 발전을 가능하게 만드는 강력한 법적 규제 수단으로서의 기능을 할 것인가? 이런 질문들에 대한 해답은 환경권을 헌법적 권리로 보장하는 국가들에 대한 비교헌법적 연구에서 그 해답을 찾을 수 있다.

좋은 환경에 관한 권리를 헌법적 권리로 보장하는 것은 우선적으로 환경법의 효력강화와 환경권 위반으로부터 이 권리를 지키는 법원의 결정의 증가라는 두 가지 강력한 결과를 초래한다. 환경권을 헌법적 권리로서 보장함으로써 위에서 언급한 다른 장점들은 그대로 현실화되는 데 반하여, 위에서 언급한 단점들은 구체화되지 않다는 것이 여러 가지 증거들을 통해서 증명되고 있다³⁵⁾.

1. 환경법의 효력강화

환경권이 헌법 속에서 보장되면, 국가는 국민들을 환경침해로부터 보호하기 위한 의무를 부담하게 된다. 이러한 국가의 의무는 다음의 세 가지 범주로 요

33) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 5.

34) Boyd, 앞의 논문 (주 16). p. 5.

35) Boyd, 앞의 논문 (주 16). p. 6.

약될 수 있다³⁶⁾: ① 절차적 의무(procedural obligations), ② 실체적 의무(substantive obligations), ③ 특히 환경침해에 대한 취약한 사람들에 대하여 강화된 국가의 보호의무. 절차적 의무는 다음의 의무들을 포함하고 있다³⁷⁾: ① 일반대중의 환경영향과 환경정보에 대한 접근을 보장할 의무, ② 언론·출판의 자유와 집회·결사의자유와 같은 표현의 자유의 보장을 포함한 환경적 의사결정에 대한 대중의 참여를 용이하게 할 의무, ③ 환경적 손해에 대한 사법적 구제청구권을 보장할 의무.

David R. Boyd는 92개국 중 78개국은 건강한 환경에 관한 권리가 헌법적 지위를 획득한 후, 환경법의 효력이 강화되었다고 주장하고 있다. 많은 법들이 환경권 및 환경정보에 대한 접근권, 정책결정에 대한 참가권, 사법적 구제청구권에 초점을 두고 개정되었다. 이러한 국가들은 동유럽의 모든 국가들(19개국 중 19개국), 서유럽의 대부분의 국가들(9개국 중에서 9개국), 라틴 아메리카와 카리브 해의 대부분의 국가들(18개국 중 16개국), 아시아의 대부분의 국가들(14개국 중 12개국) 그리고 아프리카의 다수의 국가들(32개국 중 23개국)이다³⁸⁾.

헌법적 권리로서 환경권의 영향이 미미한 몇몇 나라들 중에서 자메이카(Jamaica-2011), 모로코(Morocco-2011) 그리고 콩고공화국(Democratic Republic of the Congo) 같은 나라들은 자연재해와 정치적 격랑을 겪고 있는 국가들이다. 그리고 14개국 중에서 9개국들이 아프리카에 소재한 국가들이다.

환경권을 헌법적 권리로 도입한 1994년의 아르헨티나(Argentina)의 헌법과 같이 몇몇 국가들 속에서는 헌법적 권리로서 좋은 환경에 관한 권리는 전체 환경법과 환경정책에 영향과 효력을 미치는 통합적 원리가 되었다. 아울러 이들 국가들 속에서는 환경보호입법이 강화되었다³⁹⁾. 1994년 이후, 아르헨티나는 환경권의 헌법적 효력을 강화시키기 위하여 새로운 광범위한 환경법을 제정하였다. 이 법은 환경정보에 관한 접근권, 산업폐기물부터 시작해서 깨끗한 물에 이르기까지의 광범위한 환경적 주제에 대한 최소한의 기준법 등을 포함하고 있다⁴⁰⁾. 이러한 국가들의 헌법은 주헌법과 같은 지역적 헌법(provincial

36) Knox, 앞의 서문 (주 22), p. 17.

37) Knox, 앞의 서문 (주 22), p. 17.

38) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 6.

39) Juan Rodrigo Walsh, "Argentina's Constitution and General Environmental Law as the Framework for Comprehensive Land Use Regulation," in Nathalie J. Chalifour, Patricia Kameri-Mbote, Lin Heng Lye, and John R. Nolon, eds., *Land Use Law for Sustainable Development*, 505 (Cambridge: Cambridge University Press, 2007); Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 6.

40) Daniel A. Sabsay, "Constitution and Environment in Relation to Sustainable

constitutions)의 환경권 수용을 위한 개정의 촉진제가 된다. 이를 통해서 지역적 환경법들이 환경권을 지도적 원리로서 받아들이는 법개정 작업이 행해진 예로서 리오 니그로의 환경영향평가법(Rio Negro's Environmental Impact Assessment Law)⁴¹⁾을 들 수가 있다⁴²⁾.

이러한 헌법적 권리로서 환경권은 포르투갈(Portugal), 코스타리카(Costa Rica), 브라질(Brazil), 콜롬비아(Colombia), 남아프리카 공화국(South Africa) 그리고 필리핀(the Philippines)을 포함한 다른 국가들 속의 환경법 속에 포괄적인 종합적 영향을 미치고 있다. 이와 유사한 중요한 변형 중의 하나가 2005년 1월 3일의 헌법개정법률을 통해서 환경헌장을 헌법전문 속에 받아들인 프랑스의 환경헌장(Charter for the Environment)의 제정이다⁴³⁾.

환경헌장은 2004년에 채택되고, 2005년에 프랑스 헌법 속에 편입되었다. 프랑스는 헌법전문에 대한 헌법개정을 통해서 환경헌장을 전문 속에서 언급함으로써 환경헌장을 헌법 속에 편입시켰다. 그동안 환경문제의 헌법화, 즉 환경헌법주의는 많은 국제적 헌법 혹은 유럽의 헌법들의 헌법개정의 주요관심사가 되었고, 프랑스는 환경적 권리장전(bill of rights)의 형태로 환경인권을 선언하는 헌법화를 시도한 첫 번째 국가가 되었다⁴⁴⁾.

각 나라들의 헌법속에 환경권을 인권의 형태로 규정하는 것만이 환경헌법주의를 실현시키고, 환경법의 효력을 강화시키는 유일한 수단은 아니다. 유럽연합(European Union)의 환경권의 보장과정은 동유럽의 환경보장강화에 중요한 영향을 미쳤다. 그 외에도 UN의 환경프로그램(UN Environment Programme)과 자연보존에 관한 국제연합(International Union for the Conservation of Nature (IUCN))과 같은 국제기구로 부터의 국제적 지원도 중요한 의미를 가진다⁴⁵⁾.

Arnold Kreilhuber는 환경헌법주의 즉 환경적 법의지배(environmental rule

Development,” in Maria Eugenia Di Paola, ed., Symposium of Judges and Prosecutors of Latin America: Environmental Compliance and Enforcement 33-43 (Buenos Aires: Fundacion Ambiente y Recursos Naturales, 2003); Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 6.

41) Rio Negro Law No. 3266, 16 December 1998.

42) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 6.

43) David Marrani, “The Second Anniversary of the Constitutionalisation of the French Charter for the Environment: Constitutional and Environmental Implications,” 10 Environmental Law Review 25 (2008).

44) Marrani, Reinforcing Environmental Rights: The French Charter for the Environment, 25 Revista Europea de Derechos Fundamentales 383-84 (primer semestre 2015).

45) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 6.

of law)를 효율적으로 실현시키기 위해서는 환경적 법의 지배 속에는 다음의 내용들이 포함되어야만 한다고 주장하고 있다⁴⁶⁾: ① 공정하고, 명확한 그리고 실행가능한 환경법, ② 리오 선언의 원칙(principle of the Rio-Declaration) 10에 상응한 환경문제에 대한 결정과정에 대한 공적인 참여 그리고 이에 대한 사법적 구제와 정보에 대한 접근의 보장, ③ 적극적인 환경적 업무의 실행과 이에 대한 감독을 통한 기관과 의사결정자의 책임성과 업무의 건전성의 보장, ④ 환경적 조정 그리고 혁신적인 환경적 절차와 사법적 구제절차에 대한 전문적 지식의 개발을 포함한, 접근가능한, 공정한, 공평한, 신속한 그리고 즉각 대처할 수 있는 분쟁해결메커니즘, ⑤ 인권과 환경 사이의 강화된 상호간의 연관성에 대한 인식, ⑥ 환경법에 대한 특별한 해석기준들.

2. 헌법규정에 의한 사법적 심사

각 국가들은 전세계적으로 다양한 형태로 환경문제에 대한 사법적 처리를 행하고 있다. 50개국이 넘는 나라들이 특별한 환경법원(courts)이나 환경재판소(tribunals)를 두고 있다⁴⁷⁾. 헌법적 권리로서 환경권은 국내의 모든 환경관련 법률과 규제가 헌법에 위반되지 않을 것을 요구하고, 이를 규범통제와 같은 법률과 다른 법적규제조치들의 위헌성 여부에 대한 사법적 심사과정을 통해서 관찰하고 있다. 프랑스의 헌법평의회(the Constitutional Council)도 이러한 관련규범들에 대한 사전적 위헌성 심사를 한다.

2004년에 채택된 프랑스의 환경헌장은 헌법개정법률인 a loi constitutionnelle를 통해서 헌법 속에 편입되었다. 이 헌법개정법률은 프랑스 헌법 제89조 속의 특별절차에 의하여 채택되어야만 한다, 헌법 제89조는 이 헌법개정법률은 의회의 양원의 승인을 요구하고 있다⁴⁸⁾. 2005년 3월 1일 프랑스 의회(French Congress (하원(National Assembly)과 상원(the Senate)을 포함한) 531 대 23의 압도적인 표결로 환경헌장(Charter for the Environment)을 승인하였다⁴⁹⁾. 환경헌장은 입

46) Arnold Kreilhuber, New Frontiers in Environmental Constitutionalism, in New Frontiers in Environmental Constitutionalism 15 (New United Nations Environment Programme 2017).

47) Kreilhuber, 위의 책, p. 28.

48) Christian Dadomo, The “Constitutionalisation” of French Environmental Law under the 2004 Environmental Charter in New Frontiers in Environmental Constitutionalism 156 (New United Nations Environment Programme 2017).

49) Boyd. 앞의 논문 (주 16), p. 7.

법, 정부정책, 법원의 결정 그리고 학교교육체계에도 영향을 미치고 있다⁵⁰⁾. 2011년 프랑스는 환경현장의 원용을 통해서 지하의 암반으로부터 천연가스를 추출하는 수압방식의 환경파괴적인 방법(hydraulic fracturing, or fracking, the environmentally destructive method)을 금지하는 첫 번째 국가가 되었다. 프랑스의 최고행정법원(the highest administrative court)인 국가위원회(Council of State)는 원자력 문제부터 산중호수의 보호에 이르기 까지 환경현장에 근거한 많은 결정들을 내리고 있다. 이러한 점들을 고려해 볼 때 환경현장은 프랑스 법에 있어서 환경적 문제의 우선성과 중요성을 강조하는 주요한 법적 근거가 된다⁵¹⁾. 이렇게 프랑스 환경현장의 주요 규정들은 모든 프랑스 법원들, 헌법재판소 그리고 최고행정법원(Conseil d'État)에 의하여 해석되고 적용된다. 특히 인권으로서 환경권의 효력을 보장하기 위한 환경입법의 헌법적합성에 대한 심사기준으로서 중요한 의미를 가진다⁵²⁾.

3. 환경권의 완전하고 꼼꼼한 보호망으로서 헌법상의 환경권 조항

환경권을 비인간적인 자연에 대한 인간의 상호작용에 대한 일련의 대응으로서 이해하는 Luis E. Rodriguez-Rivera는 권리로서 환경권은 서로 다른 목적을 지향하는 다음의 세 가지의 분리된 구성요소들로 구성된다고 설명하고 있다⁵³⁾: ① 환경절차적 권리(environmental procedural rights), ② 환경의 권리(right of environment), ③ 환경에 대한 권리(right to environment). 환경절차적 권리는 의사결정에 대한 참여권, 정보에 대한 접근권 그리고 사법적 구제에 대한 접근권을 포함한다. 이에 반해서 가장 급진적인 환경권인 환경의 권리는 환경에 대한 인간의 이익의 범위를 넘어서서, 환경 그 자체를 독자적 가치를 가지는 하나의 선(a good)으로 보고 있다⁵⁴⁾. 에쿠아도르(Ecuador)는 2008년의 헌법개정의 한 부분으로서 자연에 대한 장(a chapter on nature 혹은 Pachamama)⁵⁵⁾을 헌법 속에 삽입하는 것으로 통해서, 세계에서 최초로 환경의

50) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 7.

51) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 7.

52) Dadomo, 앞의 책 (주 48), pp. 158-59.

53) Luis E. Rodriguez-Rivera, Is the Human Right to Environment Recognized Under International Law? It Depends on the Source, 12 Colorado Journal of International Environmental Law and Policy 9-16 (2012).

54) O'Gorman, 앞의 논문 (주 13), p. 439.

55) 에쿠아도르 헌법 제71조-74조.

권리를 헌법 속에 규정한 국가가 되었다⁵⁶⁾.

환경에 대한 권리, 즉 기본권으로서 환경권 인정의 출발점은 인간의 존엄에 바탕을 둔 일반적 인격권으로부터 도출되는 개인적 자기결정의 원칙(Grundsatz individueller Selbstbestimmung)이다. 이러한 개인적 자기결정권 속에는 인간이 독자적으로 자신의 삶과 운명을 자기책임하에서 독자적으로 형성할 권리가 포함된다⁵⁷⁾. 이러한 자기결정권의 보호영역 속에 사생활의 영역에 관한 자기결정권도 포함된다. 따라서 국가권력의 간섭을 받지 않고 환경보호 속에서 사생활을 형성할 자유 역시 중요한 자기결정권의 보호영역에 포함된다⁵⁸⁾. 그럼에도 불구하고 대부분의 환경침해는 사생활, 다른 사인, 즉 제3자와 관계 속에서 발생한다.

수평적인 사인간의 법률관계 속에서 발생하는 자유권 침해는 기본권의 방어적 기능을 통해서 극복될 수 없다. 왜냐하면 이러한 사인에 의한 환경에 관한 자기결정권 침해는 일반적으로 타인의 환경에 대한 자기결정권을 침해하는 특정한 형태의 사인의 자유의 행사에 대한 적극적인 가치적 판단과 결정을 요구하는 국가의 적극적인 개입을 요구하기 때문이다. 이러한 사인에 의한 환경침해에 대한 국가의 기본권 보호적인 개입의 요구는 전통적인 기본권의 방어적 기능을 근거로 하여 정당화할 수 없다. 사인에 의해서 유발된 공해로 인하여 피해를 보고 있는 관련당사자는 이러한 사인에 대하여 직접적으로 기본권을 행사할 수 없다⁵⁹⁾. 그럼에도 불구하고, 사인에 의한 환경침해를 국가가 국가의 기본권 제한(Grundrechtseingriffe)으로 고려할 수 있는 가능성 자체가 완전히 배제된 것은 아니다.

이 문제는 특히 예를 들면 독일의 연방공해법률(BImSchG, Bundes-Immissionsschutzgesetz), 핵에너지의 평화적 사용과 그 위험에 대한 보호에 관한 법률(AtG, Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren), 유전공학기술의 규제에 관한 법률(GenTG, Gesetz zur Regelung der Gentechnik) 혹은 수분대사의 조정에 관한 법률

56) Louis J. Kotze and Paola Villavicencio Calzadilla, Somewhere between Rhetoric and Reality: Environmental Constitutionalism and the Rights of Nature in Ecuador, 6 Transnational Environmental Law 401-33 (2017); O'Gorman, 앞의 논문 (주 13), p. 439.

57) BVerfG, Beschl. v. 11. 10. 1978, 1 BvR 16/72, BVerfGE 49, 286, 298.

58) Winfried Erbguth/Sabine Schlacke, Umweltrecht, 6. Aufl., Baden-Baden 2016, § 4 Rn. 12.

59) Andreas Voßkuhle, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, S. 1, 6; Klaus Ferdinand Gärditz, in: Martin Beckmann/Wolfgang Durner/Thomas Mann/Marc Röckl nghausen (Hrsg.), Landmann/Rohmer Umweltrecht, Bd. I, München 2017, GG Art. 20 a Rn. 74,

(WHG, Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts)에 의한 시설의 인가(Genehmigung)와 같이 국가가 고권적 허가(hoheitliche Zulassung)를 통해서 환경침해를 적법화거나, 예를 들면 보조금 지원을 통해서 환경침해를 촉진시키거나 혹은 사인에 의한 환경침해를 전적으로 허용한 경우에 제기된다⁶⁰⁾.

단지 개인의 사적인 자유행사의 파생적 결과로서 발생하는 사적인 환경오염의 허용 혹은 수용은 기본권의 제한이 될 수 없다. 단순한 개인의 자유로운 권리행사를 어떤 경우에서든지 간접적-사실적 기본권 제한(mittelbar-faktische Grundrechtseingriffe)으로 의미를 전환시키는 것은 국가중심적인 기본권 보호 기능을 다시 끄집어내거나, 기본권을 그 기능을 마비시켜 국가의 후견적 복지 부양에 대한 일반적 위임으로 다시 주조하는 것이 될 수 있기 때문이다⁶¹⁾.

이러한 국가중심적 기본권 보장체계 하에서는 기본권은 기본권 제한의 근거로 돌연변이를 하게 되고, 원래의 기본권 보장의 목적과 전혀 방향으로 기본권의 기능이 행사되어지게 된다. 이로부터 어떠한 경우이든 다른 기본권 주체에 대한 불이익과 권리침해를 야기하게 만드는 개별적 인가(Genehmigung)는 기본권 제한의 한계를 넘어서는 안된다는 것을 도출할 수 있다⁶²⁾. 인가와 관련된 간접적인 기본권 제한(mittelbar-faktische Grundrechtseingriffe)은 국가가 기본권의 보호법익과 관련된 환경침해(Umweltbelastungen)를 적극적으로 촉진시킨 경우에만 고려된다. 이러한 점들을 고려하여 독일연방헌법재판소(BVerfG)는 사인의 환경침해적 조치에 대해서는 국가가 개입할 수 없다는 것을 원칙적인 기본적 전제로 하고 있다⁶³⁾. 이에 대한 예외는 인가된 시설로부터 발생된 위험에 대한 국가적 공동책임을 발생시키는 원자력법과 관련된 인가(atomrechtliche Genehmigungen)에 대해서만 유효하게 적용되어야만 한다⁶⁴⁾.

독일연방헌법재판소(BVerfG)는 국가의 인가부여가 개인의 기본권으로서 주관적 방어권을 제한하는 것이 가능하고 보더라도, 인가구성요건(Genehmigungstatbestand)이 인가를 통해서 그리고 인가의 결과로 인하여 기본권 침해가 발생하지 않았다는 것을 나타내는 한에서는 구체적인 기본권 제한은 인정되지 않는다⁶⁵⁾. 법원은 무엇보다도 원자력 에너지의 사용이 경제적인

60) Gärditz, 위의 책, GG Art. 20 a Rn. 74.

61) Gärditz, 위의 책, GG Art. 20 a Rn. 74.

62) Gärditz, 위의 책, GG Art. 20 a Rn. 74.

63) vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1998, Beschl. v. 26. 5. 1998, 1 BvR 180/88, NJW 1998, 3264.

64) BVerfG, Beschl. v. 20. 12. 1979, Beschl. v. 20. 12. 1979, 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30, 57 f.

측면에서 타당성이 있는 조건이 될 수 있다는 국가의 재정적 책임의 강조가 다른 시설허가의 요건들에 그대로 적용될 수 없다는 점을 고려하여, 원자력법에 대한 기본권 도그마틱 적용에 있어서의, 원자력법의 애매한 특별적 지위를 근거지웠다. 따라서 이와 관련하여 국가의 원자력 지원의 강도에 따라서 기본권의 간접적-사실적 제한의 한계위반이 인정될 수 있다. 구체적인 환경침해에 대한 국가의 인가는 국가의 개별적 인가에 의하여 초래된 환경침해가 상당성의 단계(Erheblichkeitsschwelle)를 넘어선 경우에만 명백히 간접적-사실적 기본권 제한으로 인정될 수 있다. 대부분의 환경침해는 다양한, 개별적으로 분산된, 대개 예측가능하지 않은 개별적 공해물질의 누적을 통해서 나타난다. 인가로 인하여 발생한 환경침해로 인하여 야기된 손해의 부분을 양적으로 완전히 잘 측정할 수 없기 때문에, 인가로 인하여 발생한 개별적 환경침해부분에 대한 현저한 환경침해의 원인 전체를 모두 국가에 귀속시킬 수 없다. 독일의 경우 국가의 국가환경보호의무의 근거가 되는 기본법 제20 a조가 설사 다른 기본권 제한의 정당화 근거로 인정된다면, 기본권 제한에 대한 설명과 증명의 책임은 국가에게 부여된다⁶⁶⁾.

헌법상의 환경권 조항은 환경법에 의한 환경보호를 강화시키는 핵심동력으로 서 기능한다. 헌법상의 환경권 조항은 법원이 법 적용과정에서 환경법상의 법적인 흠결을 보충하는 중요한 헌법적 근거가 된다. 예를 들면 코스타리카(Costa Rica)와 네팔(Nepal)의 법원들은 정부가 어업보호와 공기오염의 감축과 같은 환경보호를 위한 입법을 하라고 명령하였다⁶⁷⁾. 법원들은 법률의 구체적 내용을 제시하지는 않았지만, 정부의 환경보호의무의 이행을 위해서 특정한 법률이 필요하다는 것은 명백히 하였다. 다른 국가들 속에서는 법원은 자신의 판결을 통해서 정부의 어떤 입법의 실행을 강제하지는 않았지만, 조심스럽게 우간다(Uganda)의 플라스틱백(plastic bags), 인도(India)의 흡연(smoking), smoking in India, and air quality standards in 스리랑카(Sri Lanka)의 공기수준을 규제하는 입법과 같은 입법에 영향을 주었다⁶⁸⁾.

65) BVerfG, Beschl. v. 8. 12. 1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 140 f.; BVerfG-K, Beschl. v. 12. 11. 2008, 1 BvR 2456/06, BVerfGK 14, 402, 407; Beschl. v. 10. 11. 2009, 1 BvR 1178/07, BVerfGK 16, 370, 375; Gärditz, 앞의 책, GG Art. 20 a Rn. 75.

66) Horst Sendler, Gesetzes- und Richtervorbehalt im Gentechnikrecht, NVwZ 1990, 231 ff.; Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 77.

67) Suray Prasad Sharma Dhungel v. Godavari Marble Industries and others (1995), WP 35/1991, Supreme Court of Nepal. Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente y otros (2009), Costa Rican Constitutional Court; Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 7.

68) Lalanath de Silva v. Minister of Forestry and Environment (1998), Fundamental Rights

그러나 모든 국가들의 법원들이 법률상의 흠결을 보충을 적극적으로 보충하려고 하는 것은 아니다. 필리핀 대법원(Supreme Court of the Philippines)은 모터차량(motor vehicles)에 의한 대기오염이 건강에 심각한 위협이 됨에도 불구하고, 모든 모터 차량들을 압축천연가스로 전환하는 것을 거부하였다. 왜냐하면 필리핀 대법원은 이것은 입법권과 집행권의 권한에 대한 개입이라고 판단하였기 때문이었다⁶⁹⁾.

4. 환경보호수준의 약화방지

인간에 의한 환경침해가 국가의 환경침해가 아니지만, 다른 기업 혹은 개인에 의한 환경침해에 대한 국가의 보호조치의 부족 혹은 부적절성의 문제가 제기될 때, 우선적으로 국가의 기본권 보호의무 위반의 문제가 제기된다. 이러한 기본권 보호의무의 법적 근거는 독일의 경우 “인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다”라고 규정하고 있는 기본법 제1조 제1항 제2문의 보호책임에 그 근거를 찾을 수 있다.

Andreas Voßkuhle는 독일연방헌법재판소는 1975년의 임신중절(Schwangerschaftsabbruch) 결정이래로 기본권 보호의무 도그마틱을 계속적으로 발전시키지 않았기 때문에, 지금까지 어떠한 사례들 속에서 - 환경법적인 영역 속에서 뿐만 아니라 다른 법영역 속에서도 보호의무 위반을 인정하지 않았다는 점을 지적하고 있다⁷⁰⁾.

독일의 경우 환경보호의 영역에서 보호의무구상은 우선적으로 입법자의 입법을 통해서 생태적 지속성의 유지를 보장하고, 이를 통해서 집행권과 사법권의 직접적인 환경보호책임에 대한 좁은 한계를 설정하는 기본법 제20 a조를 통한 국가의 환경보호의무의 상대화를 전제로 한다⁷¹⁾. 환경보호영역에서의 헌법화를 저지하고, 입법자에게 환경보호의 우선적 책임을 부여하는, 의도적인

Application 569/98, Supreme Court of Sri Lanka. Greenwatch v. Attorney General and National Environmental Management Authority, (2002), Miscellaneous Application 140 of 2002 (Uganda). Murli S. Deora v. Union of India (2001) 8 SCC 765 (Supreme Court of India); Boyd. 앞의 논문 (주 16), p. 7.

69) Hilarion M. Henares, Jr. et al. v Land Transportation Franchising and Regulatory Board et al, (2006), G.R. No. 158290, 23 October 2006, Supreme Court, Third Division, Philippines. See also Anjum Irfan v LDA (2002), PLD 2002 Lahore 555 (Pakistan); Boyd. 앞의 논문 (주 16), p. 7.

70) Voßkuhle, 앞의 논문 (주 59), S. 1.

71) Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 80.

기본적 헌법정책적 결정의 틀이 기본권 보호의무의 원용을 통해서 극복되어질 수 없다.

미래세대의 환경보호와 관련하여 기본법 제20 a조와 별도로 보호의무는 아무런 독자적 의미를 가지지 않는다. 이와 반대로 현재의 환경보호가 문제되는 한에서는, 즉 구체법인 보호이익이 바로 생태적 위험에 처하게 된다면, 보호의무는 독자적 입장을 유지하게 된다⁷²⁾.

국가는 기본권에 의하여 보호되는 법익을 적극적으로 보호할 의무를 부담한다. 이와 관련하여 보호의무는 기본권 제한에 대한 법치국가적 그리고 민주주의적 요구들, 즉 충분하게 확정된 제한의 정당화 근거의 요구조건들의 충족부담을 완화시키지 않는다. 따라서 기본권 보호의무가 기본권 제한의 독자적인 정당화 근거가 될 수 없다⁷³⁾.

독일연방헌법재판소(BVerfG)는 기본권 보호의무를 우선적으로 생성중에 있는 생명보호와 관련하여 발전시켰다⁷⁴⁾. 그 후 이러한 기본권 보호의무의 적용영역은 다른 법익들과 기본적 침해적 위험적 상황들에 대해서 확대되었다⁷⁵⁾. 이와 관련하여 기본권 주체는 사인의 환경침해를 통한 자신의 생명, 건강 혹은 재산에 관한 권리를 침해당하는 것을 소극적으로 감수해서는 안된다. 일반적인 견해에 의하면 기본권 보호의무는 기본권의 객관적-법적 기능(objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte)으로부터 도출된다⁷⁶⁾.

기본권 보호의무에서 도출되는 효과적인 기본권 보호의 최소한의 요구조건들이 충족될 수 없다면, 기본권 보호의무는 구체적-개별적 관련당사자가 국가의 고권적인-개입에 대한 청구권(Anspruch auf hoheitliches Einschreiten)을 가지는 것을 인정하는 형태로 그 내용이 강화될 수 있다. 이러한 한에서는 기본권 보호의무는 다시 주관적 권리로서의 성격이 인정되는 형식으로 전환된다. 환경과 관련된 기본권 보호의무의 인정을 위하여 우선적으로 건강과 재산에 관한 기본권이 고려될 수 있다⁷⁷⁾.

독일과 같이 기본권의 이중적 성격 혹은 기본권 보호의무와 관련된 기본권

72) Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 80.

73) Wahl/Masing, JZ 1990, 553 ff.; Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 81.

74) BVerfG, Urt. v. 25. 2. 1975, 1 BvF 1/74 u. a., BVerfGE 39, 1, 42.

75) vgl. 환경법과 기술법의 영역에 대하여 BVerfG, Beschl. v. 8. 12. 1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 ff.; Beschl. v. 20. 12. 1979, 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30 ff.; Beschl. v. 14. 1. 1981, 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 ff.; Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 82.

76) Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 82.

77) Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 82.

도그마틱 혹은 기본권 해석이론이 발달하지 않은 국가들 속에서도 환경권을 기본권으로 보장하는 가장 중요한 장점 중의 하나는 장래의 환경법이나 환경정책의 실행에 의한 환경보호수준의 악화 이른바 rollback를 막을 수 있다는 점이다. 법원은 정부의 환경법이나 환경정책의 실행에 있어서 기본권으로서 환경권에 근거한 최소한의 환경보호수준을 더욱 더 발전시키고 강화시킬 의무를 부담시키고 확인할 수 있어도, 이러한 보호수준을 악화시키는 것을 허용할 수 없다⁷⁸⁾. 이러한 기본적 입장은 벨기에(Belgium)에 있어서 확고한 법원칙이다. 이러한 법원칙은 헝가리(Hungary), 남아프리카 공화국(South Africa), 라틴 아메리카의 많은 국가들 속에서도 인정되고 있다. 이 원칙은 프랑스에서는 래치 효과(“ratchet effect”) 혹은 악화금지(“nonregression”)로 인정되고 있다⁷⁹⁾. 벨기에 정부는 특별한 강제적인 공익적 요구가 인정되는 제한적인 상황 외에는 환경보호수준의 악화를 인정하지 않는다⁸⁰⁾. 예를 들면 모터 차량 경주를 증진시키기 위한 제안은 공기오염과 소음공해 때문에 거부되었다⁸¹⁾.

헝가리 헌법재판소(Hungary’s Constitutional Court)는 공용공원을 사유화하는 시도를 인정하지 않았다. 왜냐하면 사유지에 대해서는 보다 악화된 환경보호수준이 인정되기 때문이었다⁸²⁾. 확고한 법원칙은 지속적인 발전의 추구에 있어서 유일한 실행가능한 명령은 보다 강력한 환경법과 정책의 실행이다.

5. 환경법과 정책의 실행과 집행의 개선

환경권을 권리로 보장하는 것은 환경법의 증가된 실행과 집행을 더욱 더 용이하게 만든다. 유럽, 라틴아메리카 그리고 아시아 속에서의 시민, 공동체, 비정부조직(NGOs)들은 환경법 위반사례들에 대한 감시 그리고 환경모니터링 그리고 보호를 위한 부수적 자원들의 효율적 배분을 위한 지원을 한다. 브라질

78) Luc Lavrysen, “Presentation of Aarhus-Related Cases of the Belgian Constitutional Court,” 2 Environmental Law Network International Review 5-8 (2007); Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 7.

79) Michel Prieur, “De L’urgente Necessite de Reconnaître le Principe de Non Regression en Droit de l’environnement,” IUCN Academy of Environmental Law E-Journal 1 (2011): 26-45; Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 7.

80) Lavrysen, 위의 논문, pp. 5-8; Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 7.

81) Jacobs v. Flemish Region (1999), Council of State No. 80.018, 29 April 1999. Venter (1999), Council of State no. 82.130, 20 August 1999; Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 7.

82) Constitutional Court of Hungary. 1994. Judgment 28, V. 20 AB, p.1919; Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 7.

(Brazil)에서의 주요한 민관협력 사례는 환경권과 환경법 위반에 신고할 수 있는 독립된 공적소송기관(body of independent public prosecutors)인 독립된 Ministério Público의 운영이다⁸³⁾.

브라질의 경우 연방헌법(Bundesverfassung) 제225조의 인권법적인 형성을 통해서 자연인의 최소한의 생태적 생존(ökologisches Minimum)에 대한 주관적 권리가 인정된다. 그럼에도 불구하고 브라질 헌법은 생태적 개인소원(ökologische Individualbeschwerde)을 인정하지 않고, 환경문제와 관련하여 이 권리의 적용범위 속에 제한된 민중소송(Popularklage)을 인정하고 있다⁸⁴⁾. 이와 별도로 브라질 연방헌법은 이후의 헌법개정을 통해서 헌법 제129조 제3항 속에 검사의 집단소송(Kollektivklage)의 청구권을 인정하고 있다. 이를 넘어서서 Ministério Público는 공적유산과 사회적 유산, 환경 그리고 다른 분산된 그리고 집합적 이익(diffuser und kollektiver Interesse)의 보호를 위한 민간조사절차(Zivilermittlungen)를 실행할 수 있다. 이러한 민간조사절차(Inquérito Civil)는 검사가 형사절차와 마찬가지로 기소의 준비를 위한 독자적인 사실조사를 하는 것을 가능하게 만든다⁸⁵⁾.

이 Ministério Público는 신고사항에 대하여 조사, 민사소송 그리고 기소까지 할 수 있다. 브라질의 1988년 헌법개정은 Ministério Público에게 헌법적 권리인 환경권의 집행권을 부여하였다. 이 헌법개정은 환경법 집행의 극적인 증가를 초래하였다⁸⁶⁾. 이와 관련하여 브라질 법원은 수많은 헌법적 권리로서 환경권 보호와 관련된 판례들을 양산하게 되었다⁸⁷⁾. 상파울로 주(state of São Paulo) 속에서만도 1984년부터 2004까지 Ministério Público는 삼림벌채부터 공기오염에 이르는 약 4,000건이 넘는 민중민사소송(public civil actions)을 제기하였다⁸⁸⁾. 2,500개가 넘는 브라질의 각 재판관할구역들 속에 적어도 한명의 검

83) Boyd. 앞의 논문 (주 16), pp. 7-8 저자는 최근 2018년 1월 6일 경북대학교와 중국 인민 대학교와의 학술교류행사에서 중국의 검사의 공익소송제도 도입논의에 대한 토론을 통해서 브라질의 Ministério Público와 연관성 여부 등에 대한 의견을 개진한 바 있다.

84) Steffen Kommer, Diffuse Umweltrechte in Brasilien, ZUR 2012, S. 461.

85) Kommer, 위의 논문, S. 462.

86) Lesley K. McAllister, Making Law Matter: Environmental Protection and Legal Institutions in Brazil (Stanford, CA : Stanford University Press, 2008); Boyd. 앞의 논문 (주 16), p. 8.

87) Vladimir Passos de Freitas, "The Importance of Environmental Judicial Decisions: The Brazilian Experience," in M. E. Di Paola, ed. Symposium of Judges and Prosecutors of Latin America: Environmental Compliance and Enforcement 62 (Buenos Aires: Fundacion Ambiente y Recursos Naturales, 2003); Boyd. 앞의 논문 (주 16), p. 8.

88) Boyd. 앞의 논문 (주 16), p. 8.

사(promotor de justiça)는 분산된 분산된 그리고 집합적 권리(diffuse und kollektive Rechte)의 보장에 대한 관할권을 가진다. São Paulo 주 속에서 전적으로 환경법만 전담하는 6명의 검사들(promotores)이 있다⁸⁹⁾.

6. 환경적 거버넌스의 실행과 관련된 공중의 개입의 증가

헌법상의 환경보호규정들은 실질적으로 환경적 거버넌스 실행에 있어서 공중(the public)의 역할의 증가를 초래하게 만들었다. 국내적 NGO들은 환경헌법주의와 관련된 여러 법규정들과 정책들에 대하여 공중의 의사를 결집하고 전달하는 것을 통해서, 공중의 관심이 집중되는 환경분야에 대한 국가의 관심과 개입을 요구한다. 1980년대 서독에서는 환경문제가 다양한 사회운동들과 결합하여 정치문제로 부각되었다. 이 시기 동안 환경관련조항을 헌법에 도입하는 세 번의 시도가 행해졌지만, 성공하지 못하였다⁹⁰⁾. 독일은 재통일 이후 깨끗한 환경에 관한 개인의 독자적 권리를 헌법 속에 규정하는 제안이 논의되기 하였지만, 결과적으로 받아들여지지 않았다⁹¹⁾. 구 동독지역의 환경보호와 관련된 공중과 정당의 의사가 반영되어 1994년 10월 27일의 기본법 개정법률(Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27. 10. 1994)⁹²⁾을 통해서 제20 a조가 우선적인 순수한 생태계지향적인 국가의 환경보호과제 확정을 위한 목적으로 추가되었다⁹³⁾. 그 후에 기본법 제20a조는 보호목적으로 동물보호(Tierschutz)를 추가하는 2002년 7월 26일의 기본법 개정법률(Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 26. 7. 2002)⁹⁴⁾을 통해서 보충되었다. 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제11조(지속가능한 개발의 원칙), 제13조(동물의 복지)와 같이 기본법 제20 a조는 원칙적으로 헌법의 모든 영역의 규정들과 관련성을 가지는 개괄적 규정이다⁹⁵⁾. 그와 동시에 기본법 제20 a조는 정치적 프로그램원칙

89) McAllister, 위의 책 (주 86), p. 79; Kommer, 위의 논문 (주 84), S. 462.

90) Ernst Brandl & Hartwin Bungert, Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: A Comparative Analysis of Experiences Abroad, 16 Harvard Environmental Law Review 23-30 (1992).

91) BT-Drs. 10/990; BT-Drs. 11/663; Helmuth Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl. Tübingen 2006, Art. 20 a Rn. 4 ff.

92) BGBl. I S. 3146.

93) Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 1.

94) BGBl. I S. 2862.

95) Astrid Epiney, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz, 6. Aufl. München 2010, Art. 20 a Rn. 77; Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG

(Programmsatz)일 뿐만 아니라, 무엇보다도 제도적인 권한배분적 기능을 가지는 강제적 규범이다⁹⁶⁾.

건강한 환경에 관한 권리(right to a healthy environment)는 일관되게 환경에 관한 소송절차적 권리 뿐만 아니라, 정보에 대한 접근권, 결정과정에 대한 참여권, 법원에 소송제기권까지 포함하고 있다. 일반시민들은 이러한 권리들의 주체가 되기 때문에 이러한 권리들의 헌법적 보장은 환경적 거버넌스 실행에 있어서 공중의 역할을 증대시키는 중요한 법적 근거가 된다.

환경적 거버넌스(environmental governance)의 실행에 있어서 공중의 역할을 증가시키는 또다른 중요한 원인은 시민사회의 중요성의 증가, 특히 인터넷을 포함한 통신기술의 발전 그리고 많은 국가들 속에서의 폐쇄적인 권위적 정부형태로부터 개방적 참여적 민주주의(open, participatory democracy)로의 전환이다. 건강한 환경에 관한 권리를 헌법적 권리로 인식하고 있는 많은 국가들 속에서는 행정절차 그리고 사법절차의 운영이 전통적인 개별적인 경제적 이해 관련성은 가지고 있지는 않지만, 건강한 환경에 관한 사회의 총체적 이익(collective interest)의 보호를 주장하는 시민들에게 개방된다⁹⁷⁾.

코스타리카(Costa Rica), 콜롬비아(Colombia), 아르헨티나(Argentina) 그리고 브라질(Brazil)과 같은 몇몇 라틴 아메리카 국가들은 환경권에 대한 사법적 구제를 강화시키고 있다. 환경권과 관련된 소송절차적 개혁조치들은 건강한 환경에 관한 권리를 포함한, 환경에 관한 헌법적 권리의 사법적 보호를 주장하는 시민, 공동체 그리고 비정부조직의 지속적인 역량의 증가를 불러일으켰다. 소송비용의 감소, 소송절차지연의 축소 그리고 소송상의 위험부담을 약화를 발생시킨 이러한 소송절차의 개혁은 환경문제에 대한 사법적 권리구제의 실행의 지속적인 추구의 결과이다⁹⁸⁾. 환경적 기소(litigation)와 관련된 특별규정을 가지고 있는 필리핀(the Philippines) 역시 이러한 방향으로 진행하고 있다⁹⁹⁾.

7. 책임의 증가

환경권을 헌법적 권리로서 보장하게 되면 환경법의 효력이 강화되면서 환경

Art. 20 a Rn. 1.

96) Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 1.

97) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 8.

98) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 8.

99) Supreme Court of the Philippines, Resolution A.M. No. 09-6-8-SC, Rules of Procedure for Environmental Cases (Manila: Supreme Court, 2010); Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 8.

법의 집행을 강화시킨다. 이것은 결과적으로 국가나 사회가 환경문제를 해결할 수 있는 안전망을 구축하게 만든다. 그 외에도 헌법상의 기본권으로서 환경권은 환경보호수준의 약화방지, 환경보호를 위한 민주주의와 책임성의 강화를 초래한다. 왜냐하면 입법자 혹은 다른 국가기관들의 헌법적 권리로서 환경권에 대한 환경법의 보다 엄격한 실행과 법적인 집행을 통해서 환경에 대한 국가기관과 정부의 책임성이 증가된다. 강한 환경에 관한 헌법적 권리의 보장을 통한 정부나 단체에 대한 환경에 대한 책임성의 강화의 한 중요한 판단지표는 이 권리에 근거한 법원의 결정의 증가이다.

독일 역시 최근 환경권의 권리보호와 관련된 판례의 변화가 감지되고 있다. 독일공법상의 권리보호는 항상 주관적 공권(subjektives öffentliches Recht) 법개념에 의한 개인적 권리보호가 중심이 되었다. 이러한 개인의 주관적 권리가 침해받은 자는 법적인 보호청구권(Anspruch auf Rechtsschutz)을 가진다. 독일의 경우 특히 환경법의 경우에는 오랫동안 유럽의 영향으로 인하여, 개인에게 원래 구속된 법익(Rechtsgüter)과의 관련성 여부에 관계없이 이익보호(Interessen(ten)schutz)에 치중하는 경향을 보여왔다. 2013년의 다름슈타트 대기유지계획(Darmstädter Luftreinhalteplan)에 대한 독일연방행정재판소(Bundesverwaltungsgericht)의 판결¹⁰⁰⁾ 속에서 특히 전통적인 주관적 공권이론을 바탕으로 한 권리보호의 필요성을 명백히 나타나고 있다. 연방행정법원의 논거는 유럽사법체제와의 연결망 속에서 유럽법 차원에서의 주관적 권리보호의 필요성을 강조하고 있다¹⁰¹⁾.

건강한 환경에 관한 권리의 보호를 옹호하는 법원의 판결은 적어도 세계의 92개국 중 42개 국가들 속에서 만들어 지고 있고, 그 빈도와 중요성이 계속적으로 증가하고 있다. 이러한 경향들은 서유럽의 9개의 조사국들 중에 8개국에서, 라틴 아메리카와 카리브 해의 18개국의 조사국들 중에서 13개국에서, 동유럽의 19개국의 조사국들 중에서 12개국에서, 아시아에서 14개국의 조사국들 중에서 6개국에서 그리고 아프리카의 32개의 조사국들 중에서 5개국에서 나타나고 있다¹⁰²⁾. 적어도 46개국 속에서 나타나고 있는 사법적 권리구제의 어려움과 결부된 헌법적 권리로서의 환경권의 최근의 법적 성격에 논의들이 건강한 환

100) BVerwG, Urt. v. 5.9.2013 - 7 C 21/12, BVerwGE 147, 312.

101) Christoph Sennekamp, in: Michael Fehling/Berthold Kastner/Rainer Störmer (Hrsg.), Kommentar Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 42 VwGO Rn. 43; Christoph Enders, Subjektiv-rechtliche Fundierung des Umweltschutzes: Das Bundesverwaltungsgericht als Motor der Rechtsaktualisierung im Zeichen des Europarechts. ZEU 2016, S. 387.

102) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 8.

경권에 근거한 많은 소송제기들을 과소평가하게 만드는 근거될 수는 없다¹⁰³⁾.

라틴아메리카, 인도 그리고 유럽의 자료들에 의하면, 건강한 환경에 관한 헌법적 권리에 근거한 소송들의 대부분이 승소하였다¹⁰⁴⁾. 브라질의 경우 민중환경소송(environmental public civil actions)의 67.5%의 사건에서 승소하였다¹⁰⁵⁾. 콜롬비아에서는 1991년부터 2008년 사이에 제기된 건강한 환경에 관한 권리에 근거한 식수와 관련된 53%의 사건에서 승소하였다¹⁰⁶⁾. 코스타리카에서는 건강한 환경권 위반주장과 관련된 사건들 중 대략 66%가 승소하였다¹⁰⁷⁾.

인도(India)의 법학과 헌법체계는 건강한 환경에 관한 권리를 인권인 근본적 권리의 한 부분으로 인정하고 발전적으로 적용하였다. 인도헌법 제21조, 제41A조 그리고 제51A(g)조는 건강한 환경에 관한 권리를 보호하기 위한 노력과 조치를 취할 것을 요구하고 있다¹⁰⁸⁾. Jariwala는 1999년까지 인도에서 제기된 환경소송들의 거의 80%가 승소하였다고 평가하고 있다¹⁰⁹⁾. 이러한 통계수치들은 환경행동주의자들이 환경소송을 남발하여 경제적 발전을 저해하게 만든다는 주장에 대한 중요한 반박 근거가 된다¹¹⁰⁾.

법원은 건강한 환경에 관한 헌법적 권리가 정부에 대하여 다음의 세 가지 의무를 부과한다고 판시하였다: 국가행위를 통한 이 권리의 침해방지를 통한

103) Stephen Stec, "Environmental Justice through Courts in Countries in Economic Transition," in Jonas Ebbesson and Phoebe Okowa, eds., *Environmental Law and Justice in Context* 158-175 (Cambridge: Cambridge University Press, 2009); Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 8.

104) Nicolas de Sadeleer, Gerhard Roller, and Miriam Dross, *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs: Empirical Findings and Legal Appraisal* (Groningen: Europa Law Publishing, 2005); Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 8.

105) Kathryn Hochstetler and Margaret E. Keck, *Greening Brazil: Environmental Activism in State and Society* (Durham, NC: Duke University Press, 2007), p. 55; Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 8.

106) Defensoria del Pueblo, *Diagnostic del cumplimiento del derecho humano al agua en Colombia* (Bogota: Defensoria del Pueblo, 2009); Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 8.

107) Boyd, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment* (Vancouver: University of British Columbia Press, 2012).

108) Normawati Binti Hashim, *Constitutional Recognition of Right to Healthy Environment: The way Forward*, 105 *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 206 (2013).

109) C. M. Jariwala, "The Directions of Environmental Justice: An Overview," in S. K. Verma and K. Kusum, eds., *Fifty Years of the Supreme Court of India: Its Grasp and Reach* (New Delhi: Oxford University Press, 2000), pp. 469 - 494; Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 8.

110) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 8.

이 권리의 존중의무, (규제, 실행 및 사법적 집행이 필요하게 될 수 있는) 제3자를 통한 이 권리의 침해에 대한 보호의무 그리고 이 권리를 실현하기 위한 조치를 취할 의무 (예를 들면 깨끗한 식수, 공중위생 그리고 폐기물 관리를 위한 서비스 제공과 같은). 그 외에도 법원은 건강한 환경에 관한 권리에 위반되는 법률, 규제 그리고 행정처분 등은 무효 혹은 폐지되어야 한다는 입장을 일관되게 유지하고 있다¹¹¹⁾.

이것은 한국(South Korea), 스페인(Spain), 체코공화국(the Czech Republic), 슬로바키아(Slovakia) 그리고 파라과이(Paraguay) 속에서 나타난 것임에도 불구하고, 법원이 건강한 환경에 관한 권리가 사법적 집행이 불가능하다고 결정하는 것은 매우 드문 일이다. 이들 국가들 속에서 법원은 이 권리는 오로지 관련 법률규정이 존재하는 경우에만 사법적 집행이 가능하다고 판시함으로써 헌법적 권리의 법적 효력을 제한하고 있다. 따라서 이들 국가들 속에서 건강한 환경에 관한 권리가 환경보호를 위한 보다 더 두드러진 역할을 수행하게 만들기 위하여, 이 권리의 보장과 관련된 헌법적 원리들이 법원이 이 권리의 보장을 위한 법적 근거를 제공하게 만들어야 한다¹¹²⁾.

8. 환경적 정의의 강조

인권과 건강한 환경에 관한 권리와 관련된성은 여러 가지 다른 관점에서 검토될 수 있다. Malgosia Fitzmaurice는 이러한 양자의 관계에 대하여 세가지 학파가 존재한다고 주장하고 있다. 첫 번째 학파는 환경권 없이 인권은 존재하지 않는다는 입장을 지지하는 학파이다¹¹³⁾. 두 번째 학파는 환경권을 이미 존재하는 권리로 이해하거나 혹은 많은 의문이 제기되는 제안들을 내포하고 있는 최근에 인정된 권리로 보는 입장이다¹¹⁴⁾. 세 번째 학파는 생명권, 건강권 혹은 정보에 대한 권리와 같은 다른 인권들로부터 도출되는 건강한 환경에 관한 권리의 존재를 인정하는 견해이다¹¹⁵⁾. 어떠한 형태로든 이러한 환경권의 인

111) Boyd, 앞의 논문 (주 16), p. 8.

112) United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean, The Sustainability of Development in Latin America and the Caribbean: Challenges and Opportunities (Santiago, Chile: United Nations, 2002), p. 163; Boyd, 앞의 논문 (주 16), pp. 8-9.

113) Malgosia Fitzmaurice, The Right of the Child to a Clean Environment 23 Southern Illinois University Law Journal 612 (1999).

114) Fitzmaurice, 위의 논문, p. 612.

115) Fitzmaurice, 위의 논문, p. 613.

권과의 관련성의 강조는 오늘날 환경생태계의 침해의 문제는 인간의 복리와 인권의 완전한 향유에 대한 위협이 된다는 것에 대한 자각의 반영이라고 볼 수 있다. 따라서 이것은 환경권 보장의 문제가 인권보장의 문제 즉 정의실현의 문제와 관련성을 가진다는 것을 의미한다.

기본권으로서 건강한 환경에 관한 권리는 그 사회의 구성원들에게 최소한의 기본적 환경보호수준(a minimum standard of environmental quality)을 제공함으로써 환경적 정의를 증진시키게 된다. 특히 정치적 영향력의 행사가 어렵고, 사회적으로 소외된 소수자들의 공동체는 사법적 구제를 통하여 그들의 건강한 환경에 관한 권리를 법적으로 보장받을 수 있다. 따라서 건강한 환경에 관한 권리를 원용하는 법적인 소송은 환경적 정의실현에 대한 공동체의 지원을 동원하고 가속화시키기는 중요한 수단이 된다¹¹⁶⁾. 실제적인 환경권을 침해하는 다양한 형태의 환경침해적 손해로부터 환경을 보호하는 수단으로서 인권의 형태로 구체화된 소송절차적 권리로서 환경권은 소송절차적 요구조건의 충족에 관계없이 최소한의 환경보호수준을 보장하게 만드는 중요한 법적 근거가 된다¹¹⁷⁾.

독일의 경우 인간다운 최소한의 생존보장의 요구권(Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum)이 독일연방헌법재판소의 판례를 통하여 인정되고 있다¹¹⁸⁾. 환경침해로 인간의 육체적 혹은 정신적 완전무결성이 침해되고, 존엄한 삶의 영위가 방해되는 한에서는, 적절한 견해에 의하면 최소한의 보장(Existenzminimum)은 생태적 최저수준을 전제로 한다¹¹⁹⁾. 인간의 존엄의

116) Boyd, Constitutional Recognition fo the Right to a Healthy Environment: Making a Difference in Canada, David Suzuki Foundation 22 (2013).

117) John Knox, U.N. Human Rights Council, Report of the Independent Expert on the Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, Preliminary Report, ¶ 40, 43 U.N. Doc. A/HRC/22/43 (Dec. 24, 2012); Bratspies, 앞의 논문 (주 15), p. 61.

118) BVerfG, Beschl. v. 18. 6. 1975, 1 BvL 4/74, BVerfGE 40, 121, 133; Urt. v. 21. 6. 1977 - 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, 228; Beschl. v. 29. 5. 1990, 1 BvL 20/84, BVerfGE 82, 60, 85; Beschl. v. 10. 11. 1998, 2 BvL 42/93, BVerfGE 99, 246, 259; Beschl. v. 8. 6. 2004, 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, 412, 433 f.; Urt. v. 7. 6. 2005, 1 BvR 1508/96, BVerfGE 113, 88, 108 f.; Beschl. v. 13. 2. 2008, 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125 (154); Urt. v. 9. 2. 2010, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175, 222; Urt. v. 18. 7. 2012, 1 BvL 10/10 u. a., NVwZ 2012, 1024, 1029 f.

119) 생태적 최소한의 생존보장에 대해서는 Christian Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001, S. 300; Felix Ekardt/Larissa Steffenhagen, Kohlekraftwerkbau, wasserrechtliche Bewirtschaftungsziele und das Klimaschutzrecht, NuR 2010, S. 705, 710; Kay Waechter, Umweltschutz als Staatsziel, NuR 1996, 321; 이를 인정하지 않는 견해 Voßkuhle, 앞의 책, S. 1, 6; Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 78.

근본적 성격을 고려해 볼 때, 인간의 존엄에 근거한 생태적 최소한의 보장수준은 단순한 인간의 무사한 편안한 상태 혹은 제한된 범위 속에서의 건강을 침해하는 도처에 존재할 수 있는 환경침해에 대한 보호가 아닌, 인간의 존엄을 박탈하는 환경적 조건으로 부터의 보호를 제공할 수 있다¹²⁰⁾. 그렇지만 독일의 경우 특히 생태적 최적화 혹은 침해받지 않는 환경에 대한 요구권(Anspruch auf ökologische Optimierung oder unbelastete Umwelt)은 처음부터 이로부터 도출될 수 없다. 특수 폐기물 처리장과 같은 특별한 환경침해가 야기되는 장소의 경우에는 대피가능성이 고려되어야만 한다¹²¹⁾.

특히 라틴 아메리카의 소송사례들은 깨끗한 물, 하수처리 그리고 적절한 폐기물 처리와 관련성을 가진다. 환경문제는 중류계층 혹은 상류계층 보다는 하위계층의 삶의 개선문제와 더 밀접한 관련성을 가지게 된다. 헌법적 권리로서 건강한 환경에 관한 권리의 보장으로 인하여 국가가 건강하고 깨끗한 물 공급을 위한 기본시설에 대한 투자를 하게 된다. 이로 인하여 많은 사람들이 깨끗한 물을 마실 수 있다.

많은 사례들 속에서 좋은 환경에 관한 권리를 원용하는 것을 통해서 환경적 부정의(environmental injustices)가 드러나게 된다. 또 다른 측면에서 환경침해 혹은 환경오염으로 인하여 고통을 겪고 있는 공동체는 건강한 환경에 관한 권리를 원용함으로써 입법이나 정책결정과정에 영향을 미칠 수 있다.

9. 사회적 그리고 경제적 권리의 보장과 관련된 환경권의 효력강화

환경적 문제를 강조하는 수단으로서 인권으로서의 환경권의 인정은 환경문제와 인권과의 상호연관성의 강화에서 찾아야만 한다. 이러한 양자의 강화된 상호관련성은 1992년의 리오-선언을 통해서 환경보호를 위한 환경과 관련된 정보에 대한 접근권, 환경적 의사결정과정에 대한 공적인 참여권 그리고 환경적 손해에 대한 사법적 구제가능성의 보장을 통해서 명백히 드러났다.

이러한 자유권적인 환경인권의 보장 외에도 헌법적 권리로서 환경권 보장의 또 다른 장점은 사회적 그리고 경제적 권리의 보장과 관련된 환경권의 효력강화이다. 왜냐하면 기본권으로서 환경권 조항은 재산권과 같은 다른 기본권 행사의 제한근거가 된다. 많은 국가들의 법원이 공적인 이익으로서 환경권 보장이 사적

120) Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 78.

121) Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 78.

인 이익으로서 재산권 보장보다 우선한다는 것을 근거로 하여 그들의 재산권이 환경법이나 환경정책을 통해서 침해되었다는 원고들의 주장을 기각하고 있다.

주관적 권리로서 환경기본권의 보장을 포기한 독일의 경우에도 기본법 제20 a조의 환경보호는 기본권 도그마틱의 주제(ein Thema der Grundrechtsdogmatik)가 된다. 왜냐하면 환경보호는 한편으로는 다른 기본권 제한의 정당화 논거로서 기능하고, 또 다른 한편으로는 환경보호는 일반적 기본권 기능의 범위 내에서 법적인 효력을 발생할 수 있기 때문이다¹²²⁾. 아주 일반적으로 기본법 제20 a조는 다른 기본권 제한의 정당화 근거로서 강하게 원용될 수 있다¹²³⁾. 환경보호문제로서 자연적 생활기반의 보호 혹은 동물보호는 기본권 제한의 정당화 근거로서 뿐만 아니라, 특히 비례성 심사의 영역에 있어서 중요한 형량적 이익이 된다¹²⁴⁾. 이를 넘어서서 기본법 제20 a조는 헌법내재적인 기본권의 한계(verfassungsimmanente Grundrechtsschranke)로서 기능한다. 이러한 까닭에 기본권과 객관적으로 충돌되는 기본법 제20a조 속의 헌법적 내용의 원용을 통해서 법률유보 없이(vorbehaltlos) 보장되는 기본권의 제한을 정당화하는 것도, 원칙적으로 가능하다.

사회적 기본권 보장은 개인의 문제, 특히 경제적 문제를 사회(문제)화 하여 이익의 해결을 국가가 담당하는 형식인데 반하여, 환경은 공공재이기 때문에 처음부터 개인의 문제가 아닌, 공동체 이익의 성격을 가지고 있기 때문에, 환경권을 기본권으로 포섭하는 것은 매우 어려운 작업이다. 그럼에도 불구하고 개인이 처분할 수 있는 환경이 환경을 함께 향유할 권리로 나타나는 경우에는 환경권을 사회적 기본권의 구조에 포섭하는 것은 부분적으로 가능하다¹²⁵⁾.

그럼에도 이러한 환경의 사회화 경향(Trend zur Sozialisierung), 환경권의 사회적 기본권으로서의 성격인정은 매우 제한적이다. 왜냐하면 대부분의 환경과 관련된 사례들의 경우에는 환경적 이익에 대한 사적인 참여권을 사회화하는 것이 아니라, 지금까지 광범위하게 법적으로 자유로운, 즉 특정한 법적 주체에 귀속되지 않은 환경적 이익에 대한 새로운 법적 규제를 하는 것이 문제된다. 환경재(Umweltgüter)가 국가적 처분권 하에 놓이거나 그리고 궁극적으로 국가의 독점적인 분배질서 속에 포함되면, 기본권의 효력범위(Grundrechtshöhe) 속에서 순수한 환경관련 급부적 요구(echte umweltbezogene Leistungsansprüche)가 인정될 수 있다. 그럼에도 불구하고 이것은 현재의 법적 상황이 아니다. 많은 환경

122) Gärditz, 앞의 책 (주 59), GG Art. 20 a Rn. 67.

123) BVerfG, Urt. v. 24. 11. 2010, 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1, 38 ff.

124) BVerfG, Beschl. v. 12. 10. 2010, 2 BvF 1/07, BVerfGE 127, 293, 328.

125) 전광석, 한국헌법론, 집현재 2011, 199쪽.

재(Umweltgüter)가 여전히 자유로운 즉 특정한 법적 주체에게 귀속되지 않은 재화(Güter)이기 때문이다¹²⁶⁾.

III. 유럽연합의 기본권 헌장에서의 환경보호

유럽연합조약(TEU/EUV) 제3조는 보다 높은 생활유지와 생활의 질을 보장하는 환경상황을 유럽연합조약의 목적 속에 포함시키고 있다. 유럽연합의 기능에 관한 조약(TFEU/AEUV) 제114조 제3항 제1문 그리고 제191조 제2항 제1문 속에서의 보다 높은 환경보호수준의 보장은 인간의 환경에 대한 영향과 이로 인한 인간의 건강침해의 반작용의 최소화의 요구가 반영되어 있다¹²⁷⁾. Martin Nettesheim은 유럽연합의 환경정책의 세부적 내용을 ① 환경의 유지, ② 환경의 보호, ③ 환경의 질의 개선, ④ 인간의 건강보호, ⑤ 자원의 이용, ⑥ 특히 기후변화와 관련하여 환경문제의 세계화로 제시하고 있다¹²⁸⁾. 유럽연합의 기본권 헌장 제37조는 「높은 환경보호수준 그리고 환경의 질(Umweltqualität)적인 개선은 유럽연합의 정책속에서 고려되어야만 하고, 지속적 발전의 원칙(Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung)에 의하여 보장되어야만 한다」고 규정하고 있다. 유럽연합의 기본권 헌장에 대한 법적인 구속력 인정에도 불구하고, 기본권 헌장은 환경보호를 기본권의 형태가 아닌 국가목적과 유사한 형태의 규정을 통해서 보장하고 있다¹²⁹⁾. 유럽연합의 기본권 헌장 제37조의 환경보호규정은 기본권 헌장제정회의의 주석(Charter-Erläuterungen)에 의하면 유럽연합조약(EUV) 제3조 제3항 und Art.11, 191 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제11조, 제191조에 근거하고 있다¹³⁰⁾. 특히 지속가능한 발전에 관한 원칙을 규정하고 있는 유럽연합의 기능에 관한 조약 제11조의 유럽연합차원에서의 일정한 수준의 보호를 요구하고 있다. 유럽연합조약 제21조 제2항 문자(lit.f) 속에서는 환경보호에 대한 국제적 구성요소에 대하여 언급하고 있다¹³¹⁾.

유럽연합조약 제3조 제3항 제1하부항(UAbs.)에서 강조한 바와 같이 높은 수

126) Kloepfer, 앞의 논문 (주 8), S. 24; 박진완, 앞의 논문 (주 12), 34쪽.

127) Martin Nettesheim, in: Eberhard Grabitz/ Meinhard Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, München 2017, AEUV Art. 191 Rn. 60.

128) Nettesheim, 위의 책, AEUV Art. 191 Rn. 66-79.

129) Voßkuhle, 앞의 논문 (주 59), S. 2.

130) Vgl. Charter-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/27; Jarass, 앞의 책, Art. 37 Rn. 1.

131) Jarass, 앞의 책 (주 1), Art. 37 Rn. 1.

준의 환경보호와 환경의 질적상황의 개선과 관련된 환경보호는 우선적 법(Primärrecht/primary law)의 중심적 관심사이다. 유럽법원(EuGH)은 공동체의 본질적 과제(wesentliche Aufgabe)로 고려하고 있다¹³²⁾. 환경보호의 영역에 속하는 특정한 권리들에 대한 유럽인권법원(EGMR)의 결정내용들도 또한 간접적으로 중요한 의미를 가진다. 이러한 점들을 고려해 볼 때 기본권 헌장 제37조에 규정된 내용들은 실질적으로 그리고 본질적인 측면에서 볼 때 이미 기본권 헌장이 효력을 발생하기 이전부터 유효한 우선적 법(Primärrecht)으로 인정되었다.

무엇보다도 기본권 헌장 제37조는 유럽헌법제정회의의 의장단 회의가 확인한 바와 같이 단지 하나의 원칙(Grundsatz)만을 포함하고 있지, 어떠한 직접적인 소송의 제기가 가능한 권리(kein unmittelbar einklagbares Recht)를 포함하고 있지 않다¹³³⁾. 기본권 헌장에 규정된 내용을 하나의 직접적으로 유효한 주관적 권리(ein unmittelbar geltendes subjektives Recht)로 보기에 그 내용이 너무나 불확정적이다. 그 외에도 이를 환경기본권으로 이해하는 경우에는, 기본권은 아주 광범위한 재정적 지출을 초래할 수 있다. 기본권 헌장 제37조는 그 기능에 있어서 우선적으로 보호의무의 변형으로서 인정되는 급부보장(Leistungsgewährleistung)이 문제된다.

환경침해가 신체적 그리고 정신적 불쾌손성에 대하여 부정적 효과를 야기하는 한에서는, 기본권 헌장 제3조의 불쾌손성의 보호에 대한 기본권(Grundrecht auf Schutz der Unversehrtheit)이 적용된다. 그 외에도 기본권 헌장 제7조의 사생활의 존중 기본권으로부터 특정한 환경보호요소를 이끌어 낼 수 있다. 이것은 매우 중요한 의미를 가진다. 왜냐하면 기본권 헌장 제37조와 달리, 기본권 헌장 제3조 그리고 제7조는 (직접적으로 소송의 제기가 가능한) 기본권((unmittelbar einklagbare) Rechte)을 포함하고 있기 때문이다.

환경권은 많은 국제조약들 속에서 언급되고 있지만, 이 권리의 법적인 의미는 여전히 불명확하다. 이에 반해서 유럽인권협약(ERMK)은 생명권, 신체적 불쾌손권(Recht auf Unversehrtheit), 재산권 그리고 유럽인권협약 제8조의 사생활을 침해받지 아니할 권리의 해석적 확장을 통해서 환경권을 인권으로 보고 있고, 이를 통해서 특정한 수준의 환경보호를 촉진하고 있다¹³⁴⁾. 이러한 인권으로서

132) EuGH, Rs. 195/90, Slg. 1992, I-3141 Rn. 29; Rs. 213/96, Slg. 1998, I-1777 Rn. 32; Rs. 284/95, Slg. 1998, I-4301 Rn. 64; Rs. 513/99, Slg. 2002, I-7213 Rn. 57.

133) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/35; Jarass, Der neue Grundsatz des Umweltschutzes im primären EU-Recht, ZUR 2011, 563 f.

134) Joachim Scherer/Sebastian Heselhaus, in: Manfred A. Dauses/Markus Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, München 2017, O. Umweltrecht Rn. 65.

환경권의 보장에 있어서 환경권에 대한 명백한 침해의 확정의 경우를 제외하고는 환경권 보호와 관련된 처분의 실행에 있어서 일반적으로 행정관청은 어느 정도의 재량적 결정영역이 허용된다. 리스본 조약에 의하여 법적인 구속력을 획득한 유럽연합의 기본권 헌장은 제37조 속에 환경보호를 규정하고 있다.

1. 유럽연합의 기본권 헌장 제37조

기본권 헌장 제37조는 우선적으로 높은 환경보호수준 즉 높은 수준의 환경보호를 요구한다. 이와 관련하여 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제191조 제2항을 모범으로 하여 유럽연합의 개별적 지역들의 다양한 현실적 상황(unschiedlichen Gegebenheiten)을 고려해야만 한다. 그 외에도 언급된 규정들의 원리들이 구체화로서 고려되어질 수 있다: 예방적 원리(Vorbeugeprinzip), 사전적 배려의 원리(Versorgeprinzip), 근원의 원리(Ursprungsprinzip), 원인제공자책임의 원리(Verursaherprinzip). 그 외에도 이미 환경의 질에 대한 침해가 이루어져, 손상되어진 환경의 질이 복원되어진 경우에는 환경의 질(Umweltqualität)이 개선되어질 있다¹³⁵⁾. 환경개념(Umweltbegriff)은 환경매개물(Umweltmedien)인 공기, 토양 그리고 물 그와 동시에 식물 그리고 동물 그러나 또한 인간까지도 포함한다. 그 외에도 인간에 의하여 형성된 자연적 환경도 보호된다. 동물보호(Tierschutz)는 야생동물이 문제되어지는 한에서만 이에 대한 포함될 수 있다. 왜냐하면 가축(Haustier)은 기본권 헌장 제37조의 범위에 들어갈 수 없기 때문이다¹³⁶⁾.

환경보호는 기본권 헌장 제37조의 조문에 명백히 제시된 바와 같이 지속가능한 발전의 원칙(Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung / sustainable development)을 지향하고 있다. 지속적 발전은 특히 미래의 이해관계를 고려한다. 지속적 발전은 무엇보다도 다음을 요구한다: (1) 목재 혹은 물고기의 수량과 같이 복구가능한 자연재(erneuerbare Naturgüter)는 오랫동안 그 재생능력의 범위내에서 사용되어야만 한다, (2) 복구불가능한 자연재는 그것이 다른 재료 혹은 에너지를 통하여 대체되어질 수 없는 한에서만 단지 사용될 수 있다, (3) 에너지 그리고 물질의 방출은 오랫동안 기후 혹은 숲과 같은 생태계의 적응능력(Anpassungsfähigkeit der Ökosysteme)보다 중요하게 다루어

135) Jarass, 앞의 책 (주 1), Art. 37 Rn. 6.

136) Jarass, 앞의 책 (주 1), Art. 37 Rn. 6.

질 수 없다¹³⁷⁾.

기본권 헌장 제37조는 원칙으로서 기본권 헌장 제51조 제1항 제1문의 의미 속의 기본권의 객체인 유럽연합과 유럽연합의 기관 그리고 유럽연합법의 실행의 영역에 있어서 유럽연합의 구성국가와 구성국가의 기관들에 대하여 의무를 부과한다. 이러한 기본권의 객체들은 이에 상응하는 권한을 행사하고 있는 한에서는, 높은 환경보호수준과 환경의 질의 개선에 대하여 노력해야만 한다. 그 외에도 기본권 헌장 제37조의 규정은 이와 관련된 이차법적인 해석(Auslegung des einschlägigen Sekundärrechts) 그리고 구성국가의 국내법 해석과정에서도 고려되어야만 한다. 또한 기본권 헌장 제37조는 이 규정의 목적을 증진하는 실행조치들(Durchführungsakte)의 정당화 근거를 형성한다¹³⁸⁾. 이와 관련하여 이 규정은 광우병(BSE-Krankheit)에 대한 유럽연합과 유럽연합의 구성국가들의 조치들을 정당화시킨다¹³⁹⁾.

기본권 헌장 제37조에 규정된 원칙에 해당되는 내용들은 기본권의 객체에 대하여 원칙의 법적 성격에 상응하게 중요한 형성영역을 인정하는 것을 통하여 상대화되어 진다. 기본권 헌장 제37조에 의한 의무부여는 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제11조의 일정한 보호수준을 유지하는 규정(Querschnittsklausel)을 인정하고 있는 우선적 법(Primärrecht)의 결합되는 법익들과의 형량이 필요하다¹⁴⁰⁾.

유럽연합의 기능에 관한 조약 제191조는 직접적으로 적용될 수 없기 때문에, 이 규정은 유럽연합의 시민의 환경보호수준강화를 위한 입법적 행위 청구권을 보장해 줄 수 없다. 따라서 유럽연합의 기본권 헌장 역시 이에 상응하는 기본권을 보장할 수 없다. 그러므로 기본권 헌장 제37조는 보다 높은 환경보호수준의 확보를 위한 환경의 질의 개선을 목적화한 것이다¹⁴¹⁾. 기본권 헌장 제37조는 단지 원칙만을 포함하고 있기 때문에, 사법적 효력부여의 요구는 단지 제한적으로만 가능하다. 따라서 실행조치(Durchführungsakte)가 명령되었다 할 지라도, 실행조치의 이행을 요구하는 소송의 제기가능성은 인정되지 않는다. 그 외에도 이 규정이 손해배상청구권(Schadenersatzansprüche)의 근거로 인용될 수 없다. 또 다른 측면에서 객관적 법통제의 영역에 있어서 법규정과 기본권 헌장 제37조의 원칙적 내용과의 합치여부에 대한 심사가 행해질 수 있다.

137) Jarass, 앞의 책 (주 1), Art. 37 Rn. 7.

138) Jarass, 앞의 책 (주 1), Art. 37 Rn. 4.

139) Vgl. EuGH, Rs. 393-01, Slg. 2003, I85405 Rn. 42.

140) Jarass, 앞의 책 (주 1), Art. 37 Rn. 9.

141) Nettesheim, 앞의 책, (주 127) AEUV Art. 191 Rn. 64.

이와 관련하여 Karen Morrow는 유럽인권협약(ECHR/ERMK)환경권에 대한 패치워크 접근방법(patch work approach)을 고려해 볼 때 기본권 헌장 제37조는 유럽연합의 기본권 헌장 속에 규정된 (또한 유럽인권협약 속에서도 규정되어 있는) 생명권(제2조), 사생활과 가족생활의 존중(제8조), 표현과 정보의 자유(제11조), 집회와 결사의 자유(제12조) 그리고 재산권(제17조) 그리고 특별히 제1조의 인간의 존엄과의 연결을 통해서 환경권에 대한 패치워크 해석방법의 법적 근거가 될 수 있다고 보고 있다¹⁴²⁾.

2. 유럽연합법 속의 환경보호권한과 행위형식

유럽연합에서의 환경정책에 실행에 관한 주요한 법적 근거는 유럽연합의 기능에 관한 조약이다. 유럽연합의 기능에 관한 조약 제191조 제1항-제3항은 유럽연합의 환경정책의 목적과 원칙들에 대하여 규정하고, 제192조는 환경영역에서의 유럽연합의 행위권한을 근거지우고 있다. 독일기본법 제20a조와 다르게 유럽연합의 기능에 관한 조약 제191조 제2항 제2문은 유럽연합의 환경정책의 원리들에 대하여 언급하고 있다: 사전적 배려와 사전적 예방의 원칙(Grundsätze der Vorsorge und Vorbeugung), 원인제공자책임부담의 원칙의 우위를 근거로 한 침해방지의 원칙(Grundsatz der Bekämpfung von Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung und das Verursacherprinzip). 유럽연합의 구성국가들은 현재의 강화된 환경보호수준을 유지하고, 각 유럽연합의 이차적 법 EU-Sekundärrecht 속에서 확정된 생태적 환경 보호수준으로부터 위로 가는 것만 허용하는 유럽연합의 기능에 관한 조약 제193조의 이른바 보호수준강화조항(Schutzverstärkungsklausel)으로부터 자유로울 수 없다 (이른바 opting up)¹⁴³⁾.

유럽연합의 환경법 속에서의 가장 중요한 행위형식은 지침(Richtlinie)이다. 이와 관련하여 Flora-Fauna-Habitat-지침(Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie), die 공해처리지침(Emissionshandelsrichtlinie)과 폐기물범위지침(Abfallrahmenrichtlinie) 등이 언급될 수 있다¹⁴⁴⁾.

142) Morrow, 앞의 책 (주 29), p. 46.

143) Voßkuhle, 앞의 논문 (주 59), S. 2.

144) Kloepfer, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. München 2011, § 7 Rn. 26; Voßkuhle, 앞의 책 (주 59), S. 2.

IV. 결론

환경권을 기본권의 형태로 보장하기 위해서는 우선적으로 기본권으로서 환경권의 보호대상인 개인적인 환경재와 환경보호의무의 대상인 인간의 자연적 생활기반에 대한 검토가 우선적으로 행해져야만 한다. 환경기본권 논의의 독자성을 위해서도 환경권과 헌법상의 다른 개별적·구체적 권리와 다른 포괄적 기본권을 통하여 도출가능한 권리의 구분이 필요할 뿐만 아니라, 순수한 기본권 혹은 국가목적규정(Staatszielbestimmungen) 혹은 헌법적 위임(Verfassungsaufträge)의 형태로 국가가 환경보호를 수행하는 것에 대한 적합성에 대한 검토도 아울러 행해져야 한다. 환경권의 보호대상이 자연적 생활기반이라면 기본권 이론의 한계상 국가의 환경보호의무인정으로 무게중심이 옮겨가야만 한다. 이러한 점에서 볼 때 우리 헌법 제35조 제1항의 규정은 국가의 환경보전의 의무를 우선적으로 규정하고 뒤에 환경기본권을 인정하는 것이 바람직하다. 환경기본권이 가지는 기본권으로서 기능 중에서 중요한 환경정책적 결정이나 방폐장이나 핵발전소의 유치와 같은 중요한 의사결정과정에서 환경권의 참여권으로서 성격인정은 헌법의 적법절차의 원리보장과 더불어 매우 중요한 의미를 가진다. 환경권을 기본권으로서 헌법에 규정하고 있다 하더라도 결국 그 구체적 내용은 입법자의 법률에 의하여 구체화될 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 헌법적 권리와 법률적 권리의 중요한 차이점은 하나의 주관적 권리를 헌법에서 직접적으로 보장하거나 다른 헌법규정에서 도출하는 것은 헌법에 보장된 그러한 권리를 입법에 의하여 폐기할 수 없는 그 기본권의 존속력의 보장이다. 이러한 점에서 우리 헌법 제35조에서 환경권을 기본권으로서 보장하는 의미는 부수적으로 언제든지 변경가능한 일반적 법률을 통한 환경권 보호와는 본질적인 차이가 존재한다. 하나의 기본권에서 도출된 유효한 환경보호법의 행정적 집행(Vollzug)의 요구가 입법자의 구체화적 형성유보(Vorbehalt gesetzgeberischer Konkretisierung) 하에서 실현될 수 있는 하나의 환경기본권과 결과적으로 동일하다 할 지라도 이러한 차이는 존재한다¹⁴⁵⁾. 일반법률의 행정적 집행의 요구와 기본권의 보장의 요구는 다른 것이다.

145) Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, S. 11.

[참고문헌]

- 고문현, 환경헌법의 모델연구, 울산대학교 출판부 2005.
- 계희열, 헌법학 (중), 박영사 2007.
- 김철수, 학설판례 헌법학(상), 박영사 2007, 1220-1221쪽.
- 박진완, 환경권과 자연보호, 환경법연구 제30권 3호, 한국환경법학회 2008, 3-39쪽.
- 성낙인, 헌법학, 법문사 2018.
- 전광석, 한국헌법론, 집현재 2011.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사 2016.
- 홍준형, 환경법, 제2판, 박영사 2005.
- Chrstoph Enders, Subjektiv-rechtliche Fundierung des Umweltschutzes: Das Bundesverwaltungsgericht als Motor der Rechtsaktualisierung im Zeichen des Europarechts. ZEU 2016, S. 387 ff.
- Astrid Epiney, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz, 6. Aufl. München 2010, Art. 20 a.
- Klaus Ferdinand Gärditz, in: Martin Beckmann/Wolfgang Durner/Thomas Mann/Marc Röckinghamen (Hrsg.), Landmann/Rohmer Umweltrecht, Bd. I, München 2017, GG Art. 20 a.
- Stefan Huster/Johannes Rux, in: Volker Epping/Chrstian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, München 2018, Art. 20 a.
- Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2016, Art. 37.
- Michael Kloefer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, Berlin · New York 1978.
- Michael Kloefer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011.
- Steffen Kommer, Diffuse Umweltrechte in Brasilien, ZUR 2012, S. 459 ff.
- Martin Nettesheim, in: Eberhard Grabitz/ Meinhard Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, München 2017, AEUV Art. 191
- Joachim Scherer/Sebastian Heselhaus, in: Manfred A. Dausen/Markus Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, München 2017, O. Umweltrecht.
- Andreas Voßkuhle, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, S. 1 ff.
- David R. Boyd The Constitutional Right to a Healthy Environment, 54

- Environment: Science and Policy for Sustainable Development 3-14 (2012).
- Rebecca Bratspies, Do We Need a Human Right to a Healthy Environment?, 13 Santa Clara Journal of International Law 31-69 (2015).
- Christian Dadomo, The “Constitutionalisation” of French Environmental Law under the 2004 Environmental Charter in New Frontiers in Environmental Constitutionalism 146-159 (New United Nations Environment Programme 2017).
- Lucretia Dogaru, Preserving The Right To A Healthy Environment: European Jurisprudence, 141 Procedia - Social and Behavioral Sciences 1346 - 1352 (2014).
- Malgosia Fitzmaurice, The Right of the Child to a Clean Environment 23 Southern Illinois University Law Journal 611-656 (1999).
- Sueli Giorgetta, The Right to a Healthy Environment, Human Rights and Sustainable Development, International Environmental Agreements: 2 Politics, Law and Economics 173-194 (2002).
- Normawati Binti Hashim, Constitutional Recognition of Right to Healthy Environment: The way Forward, 105 Procedia - Social and Behavioral Sciences 204-210 (2013).
- John H. Knox, Preface United Nations Mandate on Human Rights and the Environment, in New Frontiers in Environmental Constitutionalism 14-23 (New United Nations Environment Programme 2017).
- Louis J. Kotzé, Arguing Global Environmental Constitutionalism, 1 Transnational EnKaren Morrow, After the Honeymoon: The Uneasy Marriage of Human Rights and the Environment under the European Convention on Human Rights and in UK Law under the Human Rights Act 1998 43 Revue générale de droit. 317 (2013). vironmental Law 199-233 (2012).
- Arnold Kreilhuber, New Frontiers in Environmental Constitutionalism, in New Frontiers in Environmental Constitutionalism 24-29 (New United Nations Environment Programme 2017).
- Karen Morrow, After the Honeymoon: The Uneasy Marriage of Human Rights and the Environment under the European Convention on Human Rights and in UK Law under the Human Rights Act 1998 43 Revue générale de droit. 317-368 (2013).

Karen Morrow, New Frontiers: Europe, Human Rights, and the Environment - The Continuing Need for Innovation, in New Frontiers in Environmental Constitutionalism 36-47 (New United Nations Environment Programme 2017).

Roderic O'Gorman, Environmental Constitutionalism: A Comparative Study, 6 Transnational Environmental Law 435-462 (2017).

[Abstract]

A Comparative Constitutional Analysis on Environmental Protection under the Constitution

Park, Zin-Wan*

Environmental issues can be expressed in a variety of ways in each country's government's constitution and associated legislation in terms of its legal rules and response to environmental issues. This means that the level of environmental protection and the strength of environmental policies for each country can be represented in different forms. While some countries are governed by the constitutional provision on environmental issues and seek to protect the environment at a very strong level, some are not at the Constitutional level but rather on the simple level of regulatory protection.

Today, right to a healthy environment is recognized in the law of most countries and international law. Despite the short period of guarantee for this particular human rights or rights as a constitutional right, right to a healthy environment is recognized under the constitutions of more than 90 countries around the world. These constitutional provisions are having a major impact on environmental laws and court rulings in each country.

Is guaranteeing environmental right as a constitutional right in this regard a mere empty talk that has no legal and practical effect? Or will it function as a strong regulatory tool to enable sustainable development in a better future environment? The answers to these questions can be found in comparative constitutional studies of countries that guarantee the environment as a constitutional right. Ensuring that the right to a good environment is guaranteed first with two strong consequences: strengthening the effectiveness of the environmental law and increasing court decisions to protect it from

* Professor, Kyungpook National University Law School

violation of environmental rights.

Keywords : right to a healthy environment, high level of environmental protection, sustainable development, Article 31 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union , environmental justice, analysis of environmental rights in terms of fundamental right dogmatics