성균관대학교 법학연구원『성균관법학』 10.17008/skklr.2023.35.1.002
제35권 제1호(2023. 3.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.35. No.1 (March 2023) pp. 33 - 61

‘깨끗한 공기를 향유할 권리’의 인정 기준에 관한 연구*

허창환**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. ‘깨끗한 공기에 관한 권리’의 내용
1. 해외에서의 논의
2. 깨끗한 공기에 관한 권리의 구체적 내용
Ⅲ. 헌법에 열거되지 아니한 기본권에 관한 논의
1. 헌법적 근거
2. 새로운 기본권의 인정기준에 관한 논의
3. 검토 및 사견
Ⅳ. '깨끗한 공기를 향유할 권리'의 창설 가능성
1. 사회변화
2. 국민적 법의식 차원의 합의
3. 기본권으로서의 헌법적 가치
4. 독자성 내지 구체성
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

최근 미세먼지라는 새로운 위협에 따라 ‘깨끗한 공기’에 관한 권리를 인정해야 한다는 국민적 공감대가 형성되고 있다. 다만, 현행 헌법에서 깨끗한 공기에 대한 명시적인 기본권을 규정하고 있지는 않아, 헌법의 해석론으로 ‘깨끗한 공기’에 관한 권리를 새로운 기본권으로 인정할 수 있는지가 문제 된다. 헌법 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”라고 규정하고 있어 명시

* 이 글은 저자가 2020년 2월 정재황 교수님의 지도아래 성균관대학교 법학전문대학원에 제출한 박사학위 논문의 주요내용을 공법학회와 환경법학회에서 각 각 발표하고, 그것을 수정·보완하여 학술논문으로 재구성한 것입니다. 논문지도에 힘써 주신 정재황 교수님께 존경과 감사의 인사를 전해 올립니다.
** 헌법박사, 법무부 사무관, 변호사

적으로 규정하지 않은 권리에 대해서도 기본권으로 인정될 수 있으나, 기본권을 창설하기 위해서는 다음과 같은 기준에 부합할 필요가 있다.

첫째, 사회적 변화라는 사정 변경이 있어야 한다. 둘째, 보호법익에 대한 국민적 공감대가 형성되어야 한다. 셋째, 새로운 기본권은 '기본권'으로서의 헌법적 가치를 가져야 한다. 넷째, 기본권의 개념과 구체적인 내용이 명문의 기본권과 중복되지 않아야 하고, 중첩되는 영역이 있더라도 최소한 이를 구체화하는 내용을 담고 있어야 한다.

국제사회에서 논의되는 '깨끗한 공기를 마실 권리'는 국민이 국가에 대해 미세먼지와 같은 대기오염물질을 배출하지 않도록 요구할 수 있는 권리 및 이미 대기오염물질이 배출된 경우 이를 제거하도록 요청할 수 있는 권리라고 정의할 수 있다. 미세먼지와 같은 대기오염물질의 위협은 '사회변화'에 해당한다고 볼 수 있고, 「미세먼지법」이 제정될 만큼 국민적 공감대가 형성되었다는 점은 충분히 인정된다. 또한 깨끗한 공기로 호흡하여 정신적·신체적인 안녕을 유지하고 깨끗한 대기환경을 누리고 가질 수 있는 권리는 헌법적 가치를 갖는 것으로 볼 수 있다.

따라서 현행 헌법에서 '깨끗한 공기를 향유할 권리'를 기본권으로 창설하여, 그 보장을 위해 입법·행정·사법의 영역에서 법률과 정책을 시행하고, 사법권은 국민의 기본권을 보장한다는 관점에서 행사되어야 할 것이다.

Ⅰ. 서론

지난 2019년 2월 「미세먼지 저감 및 관리에 관한 특별법(이하 '미세먼지법' 이라고 한다)[1]」이 시행될 정도로 미세먼지에 대한 국민의 우려는 매우 큰 상황이었다. 이와 관련하여 최근 미세먼지 등으로 인해 '깨끗한 공기에 관한 권리(Right to Clean Air)를 인정하여야 한다는 주장이 제기되고 있다. 예컨대, 국제연합(이하 'UN'이라고 한다)의 David R. Boy

1) 미세먼지법 제2조 제1호에서는 미세먼지란 '대기환경보전법 제2조 제6호상의 먼지(대기 중의 입자상물질) 중 ① 입자의 지름이 10마이크로미터 이하인 먼지(PM-10:미세먼지) ② 입자의 지름이 2.5마이크로미터 이하인 먼지(PM-2.5 : 초미세먼지)라고 규정하였다.

d[2]는 "깨끗한 공기를 마실 권리가 인간의 권리로서 인정되어야 한다."라고 주장[3]했다. 우리나라에서도 '깨끗한 공기에 관한 권리'를 '미세먼지법'에서 인정하여야 한다는 견해[4]가 제기됐고, 2019년에는 행정부 수반인 대통령 역시 '깨끗한 공기가 국민의 권리'라는 입장[5]을 표명했다. 미세먼지 문제는 단기간에 해결될 수 없는 문제이고, 국민의 생명·건강, 환경과 직결된 사항이므로, 그러한 주장에 동조하는 입장은 늘어날 것으로 보인다. 그렇다면 '깨끗한 공기에 관한 권리'라는 새로운 기본권을 현행 헌법의 해석론으로 도출할 수 있는지가 문제 된다.

현행 헌법 제37조 제1항은 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다."라고 규정한다. 헌법에 구체적인 기본권을 모두 열거하는 것은 기술적으로 쉽지 않다. 따라서 헌법에 명문으로 규정되어 있지 않더라도, 선험적인 기본권들을 인정할 필요가 있다. 예컨대 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 생명권[6]이 그러하다. 한편, 사회변화에 따라 탄력적으로 적응할 수 있도록 '개방적'인 특성을 가지는 최고규범에 모든 권리규정을 두는 것이 바람직하다고 볼 수도 없다. 이처럼 당연한 권리를 '확인'하는 것뿐만 아니라, '사회변화'에 따라 새로운 권리를 현행 헌법의 해석론으로 '창설'하는 것도 가능하다는 것에는 이견이 없다[7].

그렇다면 헌법에 열거되지 아니한 새로운 기본권은 누가, 어떠한 근거와 기준을 가지고 창설하는 것인가? 헌법재판관 개개인의 양심에 따라 새로운 기본권을 인정하도록 하는 것은 기본권이 가지는 헌법적 의미에 비추어 볼 때, 바람직하다고 볼 수 없다. 기본권으로 인정된다면, 다른 법규

---

2) Special Rapporteur on the human rights and the Environment

3) UN Human Rights Council, "The Right to Breathe Clean Air", 2019. 2. 8p.

4) 강현호, "미세먼지법에 대한 분석적 고찰", 성균관법학 제32권 제2호, 성균관대학교 법학연구원(2020). 128-129면.

5) "문 대통령, 깨끗한 공기, 국민의 권리..추경안 조속한 국회 처리 촉구", 시사저널이코노미(2019. 6. 5.), http://www.sisajournal-e.com/news/articleView.html?idxno=201290

6) 헌법재판소는 생명권에 대해 "헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재 목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권(헌법재판소 1996. 11. 28. 95헌바1)"이라고 판시했다.

7) 성낙인, 헌법학, 법문사(2019), 989면.

범들은 그 권리를 침해할 수 없으며 이를 보장하기 위한 법령이 마련되어야 하는 등, 우리 전체 법규범과 사회에 미치는 영향력이 법률상의 권리와 비교할 수 없을 만큼 크기 때문이다. 즉, 헌법상 기본권으로 인정될 것인지를 결정하는 기준은 최고법규범, 권력제한규범이라는 헌법의 본질적인 특성[8]에 비추어 볼 때, 심도 있게 다루어져야 할 문제이다.

그렇다면 헌법상 새로운 권리로서 '깨끗한 공기에 관한 권리'를 인정할 수 있는 것인지와 관련하여, 국·내외에서 '깨끗한 공기에 관한 권리'의 내용이 무엇인지를 살펴본 뒤, 새로운 기본권의 인정기준은 무엇인지에 대한 연구가 선행될 필요가 있다. 따라서 이 글에서는 '깨끗한 공기에 관한 권리'의 내용과 새로운 기본권의 인정 '기준'에 관하여 연구한 뒤, '깨끗한 공기에 관한 권리'를 우리 헌법상 새로운 기본권으로 인정할 수 있는지를 고찰하고자 한다.

Ⅱ. '깨끗한 공기에 관한 권리'의 내용

1. 해외에서의 논의

'깨끗한 공기에 관한 권리'를 인정할 것인지를 판단하기 위해서는 우선 그 기본권의 내용이 무엇인지가 확정되어야 한다. 따라서 현재 국제사회에서 논의되고 있는 권리의 내용을 살펴볼 필요가 있다.

우선, 영국의 경우 ClientEarth라는 환경단체에서 제기한 'ClientEarth v. Defra' 소송과정[9]을 참고할 수 있을 것이다. 이 소송에서 유럽사법재판소(European Court of Justice, 이하 'ECJ'라고 한다)는 「유럽연합 대기질 및 청정 대기에 관한 지침[10]」과 관련하여, ① 회원국이 대기질 계

8) 헌법의 규범적 특성에 관해서는 양건, 헌법강의, 법문사(2021), 16면을 참조하라.

9) 영국 정부는 유럽연합지침에 따른 이산화질소 한계 수치를 2010년 1월 1일까지 달성하지 못하였으며, 5년의 유예기간 이후에도 몇몇 지역은 달성하지 못할 것이라는 보고서를 작성하였다. 이에 ClinetEarth가 2011년 영국의 16개 도시와 지역에서 당국이 한계지침을 준수하지 아니하였다는 이유로 영국의 환경식품농림부(Department for Environment, Food & Rural Affairs, 이하 'Defra'라고 한다)에 대해 소송을 제기하였다.

획을 수립하였다는 사실만으로 유럽연합지침 제13조 제1항[11]에 따른 의무를 완전하게 이행할 것이라는 견해는 받아들일 수 없으며, ② 회원국이 2010년 1월 1일 이후 제한치 초과로 직접적인 관련이 있는 자연인 또는 법인은 필요한 경우 관할 당국에 제23조 제1항에 따른 대기질 계획을 수립하도록 요구할 수 있다고 판단[12]하였다. 영국의 최고법원은 Defra에 대해 유럽연합지침 제23조 제1항에 따르는 '교통통제, 혼잡세 징수, 주차료 차등 등의 구체적인 조치를 포함하는 대기환경계획을 수립·시행'하라는 명령을 내렸다. ClientEarth에서는 법원이 "깨끗한 공기를 마실 권리[13]"를 인간의 기본적 권리로 인정하였다고 주장하고 있다.

독일도 영국과 유사한 사례가 존재한다. 독일 뮌헨에 있는 란트후터 알레(Landshuter Allee)에서는 2004년 또는 2005년 무렵 해당 지역의 미세먼지 수치가 유럽연합지침 기준치를 초과하는 일이 년간 35회 발생하였다. 이와 관련하여 ECJ는 ① 각 회원국은 유럽연합 지침의 한계치를 준수하기 위한 실현 조치에 대한 재량권을 가지고 있으나, 그 재량권은 한계치를 초과하는 위험을 줄이기 위한 '지침의 전체적인 목표'에 의하여 제한되는 것이고, ② 대기오염으로 인한 직접적인 영향을 받는 사람들은 관할 국가 당국에 국내법에 따른 대기질의 조치 계획을 작성하도록 요구할 수 있으며, ③ 관할 국가의 법원에 사법적 통제를 요구할 권리가 있다고 결정[14]했다. 독일의 환경단체에서는 Janecek v. 바이에른에 대한 판결에 대해 법원이 '깨끗한 공기를 향유할 권리(Recht auf saubere Luft)'를 인정하였다고 평가[15]하였다. 위와 같은 독일에서의 논의를 기초로, '깨끗한 공기를 향유할 권리'를 깨끗한 공기를 향유하기 위해 국가 등에

10) Directive 2008/50/EC on ambient air Quality and clean air for Europe, 이하 '유럽연합지침'이라고 한다.

11) 위 지침 제13조 제1항은 "회원국들은 미세먼지(PM-10) 농도가 부속서 XI의 연평균 40㎍/㎥를 1년에 35회를 초과하지 않아야 한다"고 규정하고 있다.

12) 이 판결문의 전문은 'Right to Clean Air' 홈페이지를 참조하라, https://www.right-to-clean-air.eu/fileadmin/Redaktion/PDFs/Download/2014-11-19_ECJ-Judgment.pdf, (최종검색 : 2019. 12. 6.).

13) Clientearth 홈페이지, https://www.clientearth.org/you-have-a-right-to-breathe-clean-air/, (최종검색 : 2019. 11. 7.).

14) Janecek v Bayern (n3) [39], ECJ, Case NO : CO/4922/2017.

15) Das Forum für Umwelt- und Planungsrecht, "Rechtsanspruch auf saubere Luft?", 2005. 4.

대해 법령상 조치를 요청하는 권리라고 이해하여, 이를 미세먼지법에 규정하여야 한다는 견해[16]도 존재한다.

프랑스의 NGO 단체인 '지구의 친구들(Les Amis de la Terre)'은 2010년 5월 파리에서 대기질 지침이 한계치를 크게 초과한다는 이유로 소송을 제기하였다. 이 사건에서 프랑스 최고행정법원은 2017년 7월 12일 ECJ의 판결에 따라서 "유럽연합지침 제23조를 준수하기 위한 환경법 L221-1조에 설정된 대기질 지침상의 의무에 대한 재량권은 사법심사의 대상이 된다"며, "2018년 3월 31일까지 새롭고 효과적인 대기질 계획을 채택하여 유럽위원회에 전달하여야 하며, 지구의 친구들에게 3,000유로를 지급할 것"을 명령[17]하였다.

2. 깨끗한 공기에 관한 권리의 구체적 내용

'깨끗한 공기'와 관련된 기본권의 명칭과 관련하여 국제사회에서는 깨끗한 공기를 '마실' 권리(Right to Breath Clean Air), 내지는 '깨끗한 공기권(Right to Clean Air)', '깨끗한 공기를 즐길(향유할) 권리(Right to Enjoy Clean Air)라는 용어를 혼재하여 사용하고 있다. 그런데 UN과 유럽의 주요 환경단체들이 '깨끗한 공기를 마실 권리'라는 용어를 사용하는 것은, 대기오염물질들이 인체에 유해하다는 점에 주목하고 있기 때문이다. 즉, 위 두 개념은 모두 '대기오염물질'로부터의 자유를 통해 '생명·건강'에 대한 보호의 측면에서 접근하는 개념이라고 볼 수 있다. 이상의 해외 사례 및 용어 사용례에 비추어 볼 때, '깨끗한 공기에 관한 권리'는 국민이 깨끗한 상태의 공기를 마시기 위하여 국가에 대해 미세먼지와 같은 대기오염물질을 배출하지 않도록 요구할 권리이자, 이미 대기오염물질이 배출된 경우에는 이를 적극적으로 제거하도록 요청할 수 있는 권리라고 정의할 수 있다.

그러나 환경권을 명문의 기본권으로 인정하고 있는 우리나라에서 인정

16) 강현호, 앞의 글, 128-129면.

17) 판결문(Décision N°394254) 출처 : 최고행정법원 홈페이지, https://www.cjoint.com/doc/19_01/IAootvEE8lh_codedelennvironnement2019.pdf, (최종 검색 : 2019. 12. 15.).

할 수 있는 '깨끗한 공기에 관한 권리'란 위와 같은 개념에서 '환경권의 개념 요소가 추가'된 내용으로 이해할 필요가 있다. 즉, 생명과 신체 보호의 관점에서 한 걸음 더 나아가서 미세먼지의 환경 유해성에 따라 건강하고 쾌적한 환경 그 자체에 대한 유해성을 방지하는 등, '맑은 하늘을 볼 권리'와 같은 환경권 침해 문제를 포섭할 필요가 있다. 깨끗한 공기를 '마시는 것'과 누리어 가진다는 '향유'하다는 개념과 비교해 본다면, '깨끗한 공기를 향유할 권리'의 개념이 다른 개념들에 비해 '환경의 가치'를 포함하는 가장 넓은 개념이라고 볼 수 있다. 물론, 과거 헌법재판소가 인정한 '혐연권'과 유사한 권리로서 미세먼지를 흡입하지 아니할 권리의 일종으로 '미세먼지로부터 자유로울 권리'라는 용어를 사용할 수도 있을 것이다. 그러나 이는 대기오염물질을 모두 포섭하지 못하는 명칭이다.

헌법재판소는 최근 "환경권은 생명·신체의 자유를 보호하는 토대를 이루며, 궁극적으로 '삶의 질'의 확보를 목표로 하는 권리"[18]라고 하는 등, 환경권에 대한 추상적인 논의를 벗어나 구체적 권리로서의 환경권을 일응 인정하는 것처럼 볼 수 있는 판시를 하고 있다. 따라서 우리나라에서는 생명·건강·환경의 문제를 포섭하는 개념인 '깨끗한 공기를 향유할 권리'라는 용어[19]를 사용하는 것이 적절하다고 생각한다. 즉 '깨끗한 공기를 향유할 권리'란 깨끗한 공기로 호흡하여 정신적·신체적인 안녕을 유지하고, 대기오염물질로 인해 혼탁해지지 아니한 맑은 하늘 아래에서 생활하는 등 깨끗한 대기환경을 누리고 가질 수 있는 권리라고 정의할 수 있다.

---

18) 헌법재판소 2019. 12. 27. 2018헌마730

19) 해외에서는 '깨끗한 공기를 마실 권리(Right to Breathe Clean Air)'라는 표현을 사용하는 경우가 많다. UN의 보고서, 영국의 환경단체 ClientEarth에서는 미세먼지와 관련하여 "깨끗한 공기를 마실 권리"를 인간의 기본적 권리로 주장하고 있다(UN Human Rights Council, op.cit. 10p). 프랑스 환경법 제L220-1조는 '모든 사람은 건강에 해를 끼치지 않는 공기를 마실 권리가 있다'라고 규정하고 있다. 인도와 파키스탄 등의 국가에서는 법원이 깨끗한 공기를 마실 권리(Right to breathe Clean Air)가 인간의 생명과 건강에 대한 권리의 필수 구성요소이기 때문에 헌법적으로 보호되고 있다는 점을 해석론으로 제시하고 있다(UN Human Rights Council, Ibid 16p). 한편, 독일의 환경단체들은 유럽 사법재판소(European Court of Justice, 이하 'ECJ'라고 한다)가 '깨끗한 공기를 향유할 권리(Recht auf saubere Luft)'를 인정하였다고 주장하거나 "Right to Clean Air Project"의 일환으로 유럽 전역에서 미세먼지 소송을 제기하고 있다. 레바논은 공기 질 관리를 위한 국가 전략에서 "모든 국민은 깨끗한 공기를 향유할 권리(Every citizen has the right to enjoy clean air.)"가 있다는 규정을 두고 있다.

Ⅲ. 헌법에 열거되지 아니한 기본권에 관한 논의

이하에서는 '깨끗한 공기를 향유할 권리'를 우리 헌법상 새로운 기본권으로 인정할 수 있는지를 고찰하기 전에, 헌법에 열거되지 아니한 기본권에 관한 논의를 살펴보고자 한다.

1. 헌법적 근거

헌법에 열거되지 아니한 기본권의 헌법적 근거가 무엇인지가 문제 된다. 이에 대해 헌법 제10조와 헌법 제37조 제1항을 근거로 하는 견해[20], 헌법 제10조 전문의 행복추구권이 근거 규정일 뿐, 헌법 제37조 제1항은 국민의 권리를 직접적으로 보장하는 기본권조항이 아니라 헌법해석의 지침을 담고 있는 것이라는 견해[21], 헌법 제10조는 헌법에 열거되지 아니한 기본권에 대한 내용적인 근거 규정이고, 헌법 제37조 제1항은 효력적 근거라는 견해[22] 등이 제시되고 있다.

헌법재판소는 '생명권'은 자연법에서 그 근거를 도출[23]하였고, 그 외의 경우에는 헌법 제10조 내지 헌법 제37조 제1항, 그 외에 개별적인 기본권을 근거로 하고 있다. 헌법재판소가 헌법 제10조 및 제37조 제1항을 직접적인 근거 규정으로 언급한 사례로는 부모의 자녀교육권[24] 및 자녀

20) 장영수, 헌법학, 홍문사(2019), 554면.

21) 김현철, "미국 헌법상 근본적 권리와 한국 헌법상 열거되지 아니한 자유와 권리의 도출 근거", 법학논총 제20권 제2호, 조선대학교 법학연구원(2013), 290면. ; 한수웅, 헌법학, 법문사(2018), 539-540면 ; 김일환, "성적 자기결정권의 헌법상 도출 근거에 관한 비판적 검토", 헌법학연구 제12권 제2호, 한국헌법학회(2006), 127면.

22) 김대환, 헌법 제37조, 헌법주석서Ⅱ, 법제처(2010), 434면. ; 김선택, "행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권 체계적 해석", 안암법학 제1권 제1집, 안암법학회(1993), 202면. ; 표명환, 표명환, "헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 관한 체계적 고찰", 공법학연구 제12권 제2호, 한국비교공법학회(2011), 85면.

23) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1

24) 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가1

양육권[25], 자녀학교선택권[26] 평화적 생존권[27] 등이 있다. 헌법재판소가 헌법 제10조와 헌법 제17조를 근거로 한 경우는 개인정보자기결정권[28] 등이 있다. 그 외의 경우에는 헌법 제10조 전단의 '인간의 존엄과 가치'에서 도출되는 '인격권'을 도출[29]하였으며, 성적자기결정권[30], 낙태의 자유[31]는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에서, 휴식권[32], 일반적인 행동의 자유권[33], 마실 물을 선택할 자유[34], 학생의 자유롭게 교육을 받을 권리(학교를 선택할 권리)[35] 등은 헌법 제10조 제2문의 행복추구권에서 도출된다고 보고 있다.

이와 관련해서 우리나라와 유사한 규정을 둔 미국의 사례를 참고할 필요가 있다. 미국 수정헌법 제9조는 "헌법에 어떤 종류의 권리가 열거되어 있다고 하여 국민의 그 외의 권리를 부인하거나 경시하는 것으로 해석할 수 없다"라고 규정[36]하고 있다. 우리 헌법 제37조 제1항 규정 역시 미국 수정헌법 제9조에 영향을 받은 것으로 평가[37]되고 있다. 다만, 미국의 연방 대법원은 새로운 헌법상의 권리를 수정헌법 제9조가 아닌, 제5조의 개인의 권리 규정, 제14조의 적법절차 규정, 평등 보호 원칙의 해석을 통해 도출[38]하고 있다. 이상과 같이 다수의 견해는 헌법 제37조

25) 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2005헌마1156.
26) 헌법재판소 2009. 4. 30. 선고2005헌마514.
27) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌마268.
28) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513, 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2008헌마257.
29) 헌법재판소 1991. 4. 1. 89헌마160.
30) 헌법재판소 1990.9.10. 선고 89헌마82
31) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402.
32) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마159.
33) 헌법재판소 1992. 4. 14. 선고 90헌바23
34) 헌법재판소 1998. 12. 24. 98헌가1.
35) 헌법재판소 2012. 11. 29. 2011헌마827.
36) Amendment IX (9th Amendment – Unenumerated Rights) The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people. (https://constitutionus.com/)
37) 김하열, 헌법강의, 박영사(2021), 319면.
38) 김지영, "미국 헌법상 새로운 기본권 도출의 근거와 판단기준", 유럽헌법연구 제39호, 유럽헌법학회(2022), 254면, 258면. ; 김현철, 앞의 글, 268-269면. ; 김대환, 앞의 글, 30면.

제1항을 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 헌법적 근거로 삼는 것을 지양하고 있다.

생각건대, 헌법 제37조 제1항은 헌법이 명문으로 규정하고 있지 아니한 기본권이 존재한다는 것을 전제로 하는 규정이고, 다만 그러한 기본권에 대해 경시되어서는 아니 된다는 헌법해석의 지침을 제시하는 것이라고 보아야 할 것이다. 즉, 헌법 제37조 제1항은 헌법상 기본권을 도출하는 직접적인 근거로 볼 수는 없다. 따라서 헌법에 열거되지 아니한 기본권은 헌법 제10조의 '인간의 존엄'과 행복추구권이 직접적인 도출의 근거가 되는 것이며, 개별적 기본권이 헌법 제10조와 함께 그 근거가 될 수 있다고 보아야 한다.

2. 새로운 기본권의 인정기준에 관한 논의

사회변화에 따라 새로운 기본권을 인정하는 '기준'은 무엇인지가 문제가 된다. 이에 대해 아래와 같은 견해들이 제시되고 있다.

첫째, 새로운 기본권은 '헌법적·독자적인 의미가 있는 것이어야 하며, 개인에게 귀속되는 주관적인 권리여야 할 것이며, 여기에는 자유권뿐만 아니라 생존권도 포함된다.'라는 견해[39]가 있다. 반면, 천부인권적인 성격을 가지는 자유권에 국한된다는 견해[40]도 존재한다.

둘째, 인간의 존엄과 가치의 실현 관련성과 새로운 기본권으로서의 필요성(내지 독립성), 권리 내용의 '명확성'과 구체적 '권리성'이 필요하다는 견해[41]가 있다.

셋째, '내용적·상황적' 요건을 요구하는 견해[42]가 있다. '내용적 요건'으로는 기본권으로서의 이념과 목적으로서의 인간의 존엄과 가치를 실현

39) 김대환, "불문헌법으로서 열거되지 아니한 자유와 권리", 세계헌법연구 제15권 제3호, 세계헌법학회 한국학회(2009), 47면. 29면.

40) 한수웅, 앞의 책, 198면.

41) 박문석, "인권의 헌법적 보장과 한계", 영남대학교 법학연구소, 영남법학 제38권, 영남대학교 법학연구소(2014), 35-36면. ; '인간의 존엄'을 구체화한 것인지만으로 판단하는 견해로는 장영수, 앞의 책, 570면.

42) 표명환, 앞의 글, 90-91면.

하기 위한 이익, 국민으로부터 정당성을 인정받을 것, 내용의 명확성, 침해 시 구제 수단 및 가능성의 존재, 헌법 제37조 제2항에 따라 제한이 가능한 이익이어야 한다는 것이다. '상황적 요건'은 '기본권으로 인정해야 할 필요성이 특별히 인정되어야 하고, 기본권의 내용이 명문으로 규정되어 있는 기본권과 중복되는 경우가 아니어야 한다는 것'이다.

넷째, '형식적·내용적·상황적' 요건을 요구하는 견해[43]가 있다. '형식적'으로는 권리성을, 내용상으로는 기본권으로서 인정될 수 있는지, '상황적'으로도 그 인정의 필요성이 요청되는 것인지를 기준으로 삼아야 한다는 것이다.

다섯째, 기본권을 새롭게 인정할 필요성이 인정되어야 하고, 그 권리 내용이나 보호영역이 명확하여 기본권으로서의 실체를 가지고, 기본권이 침해되면 재판을 통한 구제가 가능하여야 한다는 견해[44]가 있다.

헌법재판소는 권리를 도출할 필요성, 기본권으로서의 권리성의 기준을 제시[45]하며, 그 기본권의 보호법익이 법률이 아닌 '헌법'에 의해 보장[46]되어야 한다고 한다. 그러한 전제에서 '평화적 생존권[47]'과 '논리적이고 정제된 법률의 적용을 받을 권리[48]'는 기본권이 아니라고 판시하였다.

---

43) 이재희, "사회변화와 새로운 기본권으로서 기본소득의 헌법적 보장 가능성", 헌법학연구 제25권 제4호, 헌법학회(2019), 129면.

44) 성낙인, 앞의 책, 989면.

45) 헌법재판소는 '평화적 생존권'을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리 내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어렵다고 결정하였다(헌법재판소 2009. 5. 28. 2007헌마369).

46) 헌법재판소는 "지방자치법상의 주민투표권은 입법에 따라 채택되었을 뿐, 헌법에 따라 보장되고 있는 것은 아니라는 이유로 주민투표권을 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 권리의 하나로 보기 어렵다"라고 하였다(헌법재판소는 2005. 12. 22. 2004헌마530)

47) 헌법재판소는 "평화적 생존권이라는 이름으로 관련 공권력 행사를 중지시키려는 것은 실효적으로 보호받을 가능성을 긍정하기 쉽지 않다."라는 이유에서 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어렵다고 한다.

48) 헌법재판소는 '논리적이지 않고 정제되지 않은 법률조항이라고 하더라도 일반적 법률해석으로 이를 해소할 수 있다는 점, 그것이 불가능하더라도 위헌 선언이 가능하다는 점에서 기본권을 새로이 인정할 필요성이 없고, 논리성과 정제성을 부인하는 기준이 명확하지 않다는 점에서 국민이 그 조항의 적용을 배제해달라고 요구할 힘을 갖는다고 인정하기 어렵다는 이유에서 구체적 권리로서 실효적으로 보호받으리라는 가능성도 긍정하기 어렵다고 판시하였다(헌재2011.8.30. 2008헌마477).

각 견해마다 조금씩의 차이가 있으나 ① 명문의 기본권과 구별되는 '독자성'을 가져야 한다는 점(독자성), ② 구체적인 '권리성'을 가져야 한다는 점(권리성), ③ 그 권리를 헌법적 차원에서 보장할 필요성(헌법성)이 필요하다는 점에서는 대체로 일치하는 것으로 보인다.

미국에서도 새로운 기본권의 인정 기준에 관한 논의가 있으며, 미국 대법원은 미국 역사와 전통에서 깊이 뿌리 내리고 있는 권리여야 하며, 당해 권리 내용이 구체적으로 적시 되어야 한다는 기준을 제시[49]하고 있다. 종래 미국 대법원은 Roe v. Wade 판결[50]을 통해, 헌법상 임산부의 낙태할 수 있는 자유를 미국 헌법이 보호한다는 판결을 하였다. 그런데 최근 미국 연방 대법원은 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 사건에서, 20세기 후반까지 '낙태할 자유'가 미국 법에서 전혀 규정되어 있지 않았고, 수정헌법 제14조가 채택되던 당시에도 주의 4분의 3이 낙태를 범죄로 처벌했다는 점에서 미국의 역사와 전통에 깊이 뿌리내리고(deeply rooted in this Nation's history and tradition) 자유의 개념에 내재한(implicit in the concept of ordered liberty)것이 아니라는 이유에서 '낙태할 권리'는 헌법상의 권리로 인정하지 않는다고 판시[51]하였다.

그 외에도 Griswold v. Connecticut 사건에서의 골드버그 대법관이 작성한 보충 의견[52]을 참조할 수 있을 것이다. 이 사건은 결혼한 부부에게 의사가 피임기구나 약을 처방하여 코네티컷 법률[53]에 의하여 유죄판

49) 김지영, 앞의 글, 270-271면.

50) Roe v. Wade, 410 US 113 (1973), 이 사건은 낙태가 불법인 텍사스에서 세번째 아이를 임신한 여성이 낙태를 원하면서, 미국 연방 법원에 낙태를 금지하는 것이 위헌이라는 취지의 소송을 제기한 사건이다. 이 사건에서도 미국 대법원은 미국 수정 헌법 제14조의 적법절차 조항이 '사생활 보호권'을 인정하는 것이라는 취지에서 여성의 건강과 태아의 생명을 보호하려는 정부의 이익이 균형을 이루어야 한다고 판결했다.

51) Dobbs v. Jackson Women's Health organization, 이 사건은 미시시피주에서 의학적 응급사태 등의 예외를 제외하고 임신 15주 이후 낙태를 금지하는 법의 합헌성이 문제 된 사안이다(https://constitutioncenter.org/the-constitution/supreme-court-case-library/dobbs-v-jackson-womens-health-organization, 최종검색 : 2023. 2. 3.).

52) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 1965. 6. 7. 486p. ; 미국 수정헌법 제9조에서도 "헌법에 특정 권리가 명문화되었다는 이유로 국민이 보유한 다른 권리가 부인되거나 제한적으로 해석되어서는 아니된다"라고 규정하고 있다.

결을 받았는데, 미국의 최고법원이 미국의 권리장전 개정안에서 결혼한 부부의 '프라이버시권'을 도출할 수 있으며, 코네티컷 법령이 결혼한 부부의 프라이버시권을 침해한다고 판단[54]한 사건이다. 이 사건에서 골드버그 대법관이 무엇이 헌법에 열거되지 아니한 기본권인지를 판단하면서 제시한 기준은 다음과 같다. ① 법관들이 개인적·사적인 관념이 아니라 '국민의 양심'을 고려하여야 하고, ② 모든 시민적·정치적 제도에 바탕을 둔 자유와 정의의 원칙을 침해하지 않고서는 부인될 수 없는 성격이어야 한다는 것이다. 그러나 두 번째 기준에 대해서는 "그 권리를 침해하게 되면 곧바로 자유와 정의가 침해되는 경우라는 점에서 동어반복에 불과하다"라는 비판적 견해[55]도 있다. 위 기준들은 헌법재판소가 제시하는 '헌법적 의미'를 가져야 한다는 기준과는 크게 다르지 않다. 다만, 독자적인 기본권을 판단하는 기준은 헌법재판관 개개인의 양심이 아니라, 새로운 위협에 대한 헌법적 권리 차원에서의 보호 필요성에 대한 '국민적 공감대가 형성'되었는지를 기준으로 하여야 한다는 점을 시사한다.

3. 검토 및 사견

헌법에 열거되지 아니한 기본권은 크게 두 가지로 분류할 수 있다. 우선, 헌법 제정권력이 특정한 권리를 헌법상 권리로 인식하고 있었음에도 '당연히 전제된 것'으로 이해하여 명문화할 필요성조차 없어 규정하지 않은 경우다. 다음으로는 헌법이 제·개정될 당시에는 헌법상 권리로 인식하지 못하고 있었으나, 과학기술의 발전 등, '사회변화'에 따라 종전에는 '권리'로 인식하지 않았던 것들이 현재는 헌법적 가치를 가지는 경우이다. 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 인정하는 기준을 제시함에 있어,

---

53) 당시 코네티컷 법률은 "임신을 예방하기 위해 약물, 의약품 또는 기구를 사용하는 사람은 50달러 이상 벌금형을 받거나 60일 이상 1년 이하의 징역형을 받거나 벌금형에 처한다"라고 규정하고 있었다.

54) 이 사건의 판결문 전문은 미국의 국회도서관 홈페이지 참조, https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep381/usrep381479/usrep381479.pdf, (최종검색 : 2022. 8. 20.).

55) 김대환, 앞의 글, 47면.

위 두 경우 모두 같은 기준이 적용된다고 볼 수는 없다.

이는 전자의 대표적인 기본권인 '생명권'의 분석을 통해 알 수 있다. 우리 헌법은 독일 기본법과 달리[56] 헌법에서 '생명권'을 명문으로 규정하고 있지 않다. 그렇다면 '생명권' 역시 헌법에 열거되지 아니한 권리이므로 그 인정 기준을 충족시켜야 기본권으로 인정될 수 있는 것인지가 문제 된다. 다수의 견해[57]는 '인간의 존엄'을 규정한 헌법 제10조에서 '생명권'의 근거를 찾고 있을 뿐, 생명권이 '헌법에 열거되지 아니한 기본권'의 인정 기준을 충족하는 것인지를 논의하지 않고 있다.

헌법재판소 역시 새로운 권리의 창출 기준을 제시하면서도, '생명권'에 대해서는 그러한 기준을 충족하는지를 판단하고 있지는 않다. 즉, 헌법재판소는 생명권은 '비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 생존본능과 존재 목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다'라고 판시[58]하고 있을 뿐, ① 새롭게 인정할 필요성과 ② 구체적 권리로서의 실질에 부합할 것이라는 기준을 충족하는지에 대해서는 별도로 판단하지 않고 있다.

이는 '생명권', '자유롭게 행동할 권리'와 같은 선험적이고 자연적인 권리의 경우, 학설이나 헌법재판소를 통해 재차 '확인'되는 것일 뿐, '사회변화'에 따른 필요성에 의해 새롭게 '창출'되는 것으로 볼 수는 없기 때문[59]인 것으로 보인다. '생명권', '일반적 행동의 자유', '자기결정권'과 같은 권리 역시 헌법재판소의 해석에 의해 새롭게 '창출'된 권리로 보는 견해[60]도 존재한다. 그러나 '생명권'이라는 자연적이고 선험적인 권리가 '새롭게 창출'되었다고 볼 수는 없고, 처음부터 존재하던 권리를 '확인'한

---

56) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 2 (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden

57) 양건, 앞의 책, 375면. ; 정재황, 헌법학, 박영사(2021), 792면.

58) 전원재판부 2004헌바81, 2008. 7. 31

59) 김학성·최희수, 헌법학원론, 피앤씨미디어(2019), 408면 이하에서는 "생명권이 자연법적 권리로서 너무나 당연한 것으로 여겨져 헌법에 굳이 명문화할 필요가 없었다"고 지적하고 있다 ; 같은 취지로 장영수, 앞의 책, 570면 참조.

60) 표명환, 앞의 글, 92면.

것으로 보아야 할 것이다. 이처럼 헌법 제정 당시부터 헌법적 차원에서 인정되어야 하는 권리임에도 불구하고 당연히 '전제된 기본권'이기 때문에 헌법에서 굳이 명문의 규정을 두지 않은 기본권의 경우, 사회변화에 따라 '새롭게 인정될 필요성'과 같은 기준은 필요하지 않다. 즉, 헌법에 열거되지 아니한 기본권이라고 하더라도, '당연히 전제된 기본권'과 '사회변화에 따라 새롭게 필요하게 된 기본권'의 인정기준은 서로 다를 수 밖에 없다. 그러한 전제 하에서 헌법에 열거되지 아니한 '새로운 기본권'을 창출하기 위해서는 다음과 같은 기준에 부합하여야 할 것이다.

첫째, '사회변화'로 인한 새로운 위협의 '인식'이라는 '사정변경'이 발생하여야 한다. 예컨대, 과학·의료기술의 발전은 종전에 인식하지 못했거나 필요하지 않았던 '개인정보자기결정권', '잊혀질 권리', '혐연권' 등, 새로운 헌법적 차원의 문제를 야기한다.

둘째, 새로운 기본권 보호법익의 보호 필요성에 대한 인식을 공유하는 '국민적인 공감대'가 형성되어야 한다[61]. 물론, 현행 헌법해석을 통해 새로운 기본권을 최종적으로 확인하는 것은 헌법적 유권해석을 내리는 헌법재판소가 될 수밖에 없다. 그러나 적어도 새로운 기본권을 창출하는 것은 헌법재판관 개개인의 양심이 아니라, '국민적 양심'의 관점에서 판단하여야 할 것이다.

셋째, 새로운 기본권은 '기본권'으로서의 '헌법적 가치'를 가져야 한다. 즉, 새로운 기본권은 그 개념이 비교적 명확하여야 하고, 규범의 상대방인 국가에 대해 요구하는 힘이 있어야 하며, 그 실현이 방해될 때는 사법적 통제를 통하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적인 기본권으로서의 실질에 부합하여야 한다. 또한 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 실현을 위한 것이어야 할 뿐만 아니라, 개별적 기본권과 헌법원리 등 모든 헌법적 관점에서 비추어 볼 때, 헌법적 차원에서 규범성을 가지고 보장해야 할 기본권으로서의 헌법적 의미가 있어야 한다. 따라서 법률적인 수준에서 보호되는 법익의 경우에는 기본권으로 인정되기는 어렵다.

---

61) 헌법재판소법 제4조에 따라 헌법재판관은 새로운 위협에 따른 보호법익의 보호 필요성에 대한 국민적 공감대가 형성되었는지를 양심에 따라 판단하여야 한다. 다만, 독자적인 기본권으로 인정될 것인지를 판단하는 기준은 개별 헌법재판관의 개인적 양심이 아닌 '국민적 양심'에 따라야 한다는 점에서 양자는 구별된다고 보아야 한다.

넷째, 기본권의 개념과 구체적인 내용이 헌법에 명문으로 규정되어 있는 기본권 및 헌법의 해석론으로 이미 인정받고 있는 열거되지 아니한 기본권들과 중복되지 않거나, 중첩되는 보호법익이 존재하더라도 적어도 이를 구체화하는 내용을 담고 있어야 한다.

Ⅳ. '깨끗한 공기를 향유할 권리'의 창설 가능성

이하에서는 '깨끗한 공기를 향유할 권리'가 현행 헌법상 새로운 기본권을 인정하는 기준을 충족하는지에 대해 고찰하기로 한다.

1. 사회변화

미세먼지와 같은 대기오염물질로 인한 '대기오염'이 헌법상 새로운 기본권을 인정하기 위한 '사회변화'에 해당하는지가 문제 된다. 그런데 사실 미세먼지와 같은 대기오염물질은 과거부터 현재까지 실존하는 위협에 해당한다. "우리나라는 산업화 시기였던 1980년대부터 2000년대까지의 기간 동안 미세먼지 문제가 가장 심각했으나, 현재는 차츰 개선되고 있는 상황"이라는 지적[62]도 있다. 그러나 1980년대부터 2000년대까지는 '미세먼지의 위해성'에 대한 자연과학적 분석이 이루어지지 않았고, 그러한 지식이 국민에게 널리 알려지지 않았기 때문에 그 위협을 인지하지 못하고 있었을 뿐이다.

1967년에 완공된 울산 공업탑의 울산도약 치사문(致辭文)에는 "산업생산의 검은 연기가 대기 속에 뻗어나가는 그날엔 국가 민족의 희망과 발전이 이에 도래하였음을 알 수 있을 것입니다. 빈곤에 허덕이는 겨레 여러분"이라고 기재되어 있다. 대기오염물질이 확산하는 것을 '발전의 희망'으로 여기고 경제발전의 미덕으로 평가했다는 사실만 보더라도, 그 당시에는 대기오염물질의 인체 유해성 등에 대한 지식을 알지 못하여 환경문제를 중요하게 여기지 않았다는 점을 알 수 있다.

62) 장재연, 공기 파는 사회에 반대한다, 동아시아(2019), 16면.

미세먼지에 대한 국민적 관심이 높아진 것은 미세먼지의 위해성 연구가 진행되면서부터다. 국제암연구센터(International Agency for Research on cancer)는 2013년 10월 미세먼지를 1군[63] 발암물질로 분류하였고, 질병관리본부에서는 초미세먼지(PM2.5) 농도가 10㎍/㎥ 증가할 때마다 폐암 발생률이 9% 증가하였고, 미세먼지(PM-10)의 경우에는 8%가 증가하는 것으로 나타났다[64]고 한다. 미세먼지와 같은 대기오염물질은 생물학적 다양성과 생태계에 부정적인 영향을 미치는 등, 환경 그 자체를 오염시키기도 한다. 초미세먼지(PM-2.5)의 농도가 높아지면 빛이 먼지에 의해 산란하거나 먼지에 흡수되면서 대기를 혼탁하게 만들어 가시거리가 감소[65]된다. 한편, 미세먼지가 식물의 잎 표면, 농작물의 표면에 쌓이게 되면 식물의 광합성을 저해하여 신진대사를 방해함으로써 농작물 등 식물의 생육을 지연시키거나, 공기 중에서 카드뮴 등 중금속이 미세먼지에 묻어도 농작물, 토양, 수생생물에 피해[66]를 주거나 산성비의 원인이 된다.

이처럼 최근에 미세먼지 문제가 국민적 관심사가 된 것은 미세먼지의 위해성에 대한 국내·외의 연구 결과들이 누적되면서 그 지식이 국민에게 널리 알려지기 시작하였기 때문이다. 이처럼 미세먼지의 위해성은 과거에도 존재하였으며, 오히려 최근에는 미세먼지의 위협은 줄어들고 있다고 볼 여지도 있다.

그러나 미세먼지의 위해성이 새로운 위협인지 여부를 판단하는 데 반드시 자연적 현실과 규범적인 대응의 필요성이 일치할 필요는 없다. 예컨대, 400년 전 유럽의 의사들은 담배가 '만병통치약'이라고 하여 일반인들에게 적극 권장[67]하였다고 한다. 그런데 20세기 중반에 흡연의 건강 유해성이 실증적 연구를 기초로 널리 알려지기 시작[68]하면서 규범적 통

63) IARC 홈페이지, https://monographs.iarc.fr/agents-classified-by-the-iarc, (최종검색 : 2019.11.20.).

64) 질병관리본부(연구자 : 정성환), "미세먼지 황사 건강피해 예방 및 관리 권고지침 개발연구(호흡기질환)", 질병관리본부(2015), 30면.

65) 환경부, "바로 알면 보인다. 미세먼지, 도대체 뭘까?", 환경부(2016), 30면.

66) 환경부, 위의 연구자료, 28면.

67) "흡연자는 사양합니다", 매일경제(2003. 7. 4.), https://n.news.naver.com/mnews/article/009/0000302749?sid=102

68) 오피니언, "미국 흡연 유해 테리 보고서 20세기 최대 보건뉴스", 한국일보(2016. 1. 11.), h

제가 이루어지기 시작했다. 만약 '미세먼지는 종전부터 존재하였고, 오히려 현재는 나아지고 있다'라는 관점에서 특별한 규제의 필요성이 없다고 주장한다면, 이는 흡연의 건강 유해성은 처음부터 존재하였으므로 담배 연기를 새로운 위협으로 판단하지 아니하여 헌법적 차원에서는 대응할 필요성이 없다고 보는 것과 마찬가지이다.

따라서 미세먼지가 종래부터 존재하던 위협이고 오히려 최근에는 감소하는 추세에 있다고 하더라도 그 위해성을 인지하기 시작한 시점부터는 이를 규범적인 관점에서의 새로운 위협으로 판단할 수 있다고 보아야 한다. 그렇다면 미세먼지는 '깨끗한 공기를 향유할 권리'를 도출하게 할 만한 새로운 위험원이라고 인정할 수 있다

2. 국민적 법의식 차원의 합의

'깨끗한 공기에 관한 권리'가 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 인정되기 위해서는 헌법재판관 개개인이 아니라 '국민적 합의 내지 공감대의 형성'의 관점에서 판단할 필요가 있다. 즉, 국민이 국가에 대해 국가가 '깨끗한 공기를 누리는 행위'를 침해하는 것을 금지하도록 요구하거나 이미 배출된 오염원을 제거하도록 요구할 수 있는 '권리'라는 것에 대한 국민적 법의식 차원의 공감대가 형성되어야 한다.

우리나라에서 '미세먼지법'이라는 전례 없는 특별법이 제정된 이유[69]는, 미세먼지의 위해성을 국민들이 인식하기 시작하면서 그로 인하여 국민의 일상생활에 많은 불편함을 가져다주었고, 결국 미세먼지 문제해결이 국민적 열망이 되었기 때문이다. 예컨대, 미세먼지로 인해 프로야구 경기가 2018년 4월 6일 역사상 최초로 취소[70]됐으며, 초·중·고등학교의

---

ttps://www.hankookilbo.com/News/Read/201601110450171051

69) 미세먼지법의 제정이유는 "오늘날 미세먼지는 국민건강을 위협하는 가장 중요한 문제로 인식되고 있으며 지난해 정부가 특별대책을 발표하고 각종 정책을 시행하고 있음에도 불구하고 여전히 개선의 기미가 보이지 않음에 따라갈수록 국민의 불안을 증폭시키고 있는 상황이며, 또한 이에 따라 미세먼지를 줄이기 위한 특단의 대책 마련에 대한 요구가 갈수록 커지고 있으며"라고 밝히고 있다. 출처 : 법제처 홈페이지, http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=204195&ancYd=20180814&ancNo=15718&efYd=20190215&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202&ancYnChk=0#0000

체육·야외활동 역시 빈번하게 취소[71]되고 있다. 또한 국민은 매일 미세먼지 예보를 확인하고 마스크를 준비하며, 공기청정기를 구입하여 창문을 닫고 미세먼지 유입을 차단하고 있다. 중국발 미세먼지에 대한 문제가 드러나면서 이민을 생각하는 사람이 늘어나고 있다는 보도[72]와 미세먼지 수치가 낮은 지역으로의 이사를 고민한다는 보도[73]가 있을 정도로, 국민이 미세먼지로 인하여 느끼는 불편함은 매우 심각한 상황이다.

또한, 국민이 미세먼지의 심각성을 인지하는 것에서 나아가, 국민은 '깨끗한 공기'를 누릴 수 있도록 국가에 대해 소송을 제기하는 등, 깨끗한 공기를 누리는 것이 '권리'라고 인식하는 것으로 보인다. 최근 미세먼지 저감 정책을 시행하는 것을 요구하거나 경찰의 오토바이가 미세먼지를 배출하는 것을 금지해달라는 것을 내용으로 하는 소송[74]이 제기됐으며, 국가와 중국 정부에 대해 외국에서 유입되는 미세먼지로 인한 국민의 손해를 배상하라는 소송을 제기[75]하거나 국민청원도 제기[76]되고 있

---

70) "미세먼지를 막아라, KBO 관중 위해 마스크 75만 개 제공", 연합뉴스(2019. 3. 6), https://www.yna.co.kr/view/AKR20190306138300007?input=1195m, ; KBO는 2018년 미세먼지로 총 4번의 경기를 취소하였고, 2019년에는 경기 예정 시간에 미세먼지가 일정 농도 이상이면 취소를 할 수 있도록 규정하였다.

71) "최악 미세먼지에 서울 각급 학교 실외수업 금지", 키즈맘(2019. 3. 5), https://kizmom.hankyung.com/news/view.html?aid=201903052405o

72) "초미세먼지에 노출되면 정신질환 위험", (연합뉴스, 2019. 2. 23.), https://www.yna.co.kr/view/AKR20190221077400797?input=1195m

73) "10명 중 8명 미세먼지 때문에 이민 생각", (시사저널 2019. 3. 29.), http://www.sisajournal.com/news/articleView.html?idxno=183004. ; "부모 55% 미세먼지 때문에 이민 생각해봤다", 조선일보, (2019. 5. 28.), http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2019/05/28/2019052801327.html?utm_source=naver&utm_medium=original&utm_campaign=news

74) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2011다7437 판결, 서울고등법원 2011. 2. 15. 선고 2007나18883 판결, 헌법재판소 2018. 2. 6. 2018헌마56, 헌법재판소 2016. 12. 27. 2016헌마1077, 헌법재판소 2019. 4. 30. 2019헌마349, 등 ; 특히 2017년 5월 한국과 중국 정부에 1인당 300만 원씩 배상하라고 청구하는 미세먼지 소송 과정에서 원고들은 "깨끗한 공기를 향유할 권리"를 침해했다고 주장하기도 했다(1인당 300만 원씩 보상하라..한중 상대 미세먼지 소송 패소, 서울경제(2020. 12. 12.), 출처 : https://www.sedaily.com/NewsView/1ZBNKU8TDL)

75) "정부 중 정부에 미세먼지 책임 못 물어...면죄부 주나", 세계일보(2019. 7. 8.), http://www.segye.com/newsView/20190708510957?OutUrl=naver

76) "연일 최악사태에 중국 책임론 지적, 청 국민청원 폭증", 이데일리(2019. 3. 6.), https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=01331686622420696&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y

다. 위와 같은 '미세먼지 문제해결'에 대한 국민적 열망에 따라, 지난 2017년 대선에서 대선주자들은'미세먼지 문제의 해결책 제시'를 모두 주요 공약으로 제시[77]하였다. 지난 2018년 6월 13일 지방선거의 공약에서 '숨 쉴 권리'로서 미세먼지 문제의 해결이 여야를 불문하고 최대의 화두[78]가 되었다. 이러한 국민의 열망에 따라, 정부도 2019년 2월 미세먼지법[79]을, 4월 25일 '국가기후환경회의규정'을 각각 제정·시행하고 있는 것이다. 다만, 코로나19 사태가 시작된 2020년 이후 미세먼지 농도가 줄어들면서 미세먼지의 위해성에 대한 국민적 관심이 다소 줄어든 것은 사실이다. 그런데 최근 미세먼지 수치가 감소한 원인은 바로 코로나19로 인한 경제활동의 제한에 따른 인위적 배출 감소의 영향이 큰 것이라는 연구 결과[80]도 있다. 그렇다면 코로나 사태가 종결된 이후에 미세먼지는 그 위해성으로 인해 다시금 국민의 일상을 위협할 가능성이 높다.

생각건대, '미세먼지 문제해결'이라는 국민 여론이 형성된 후 미세먼지법이 제정·시행된 것이라는 점, 국민이 정부에 대해 적극적인 미세먼지 저감 정책을 추진할 것을 요구하고 있다는 점, 국민이 정부나 중국 정부에 대해 적극적인 소송까지 제기하였다는 점 등에 비추어 볼 때, '깨끗한 공기'는 더 이상 공공재나 자연적 현상이 아니라, 이를 국가에 대해 요구할 수 있는 권리로서의 '국민적 인식의 변화'가 인정된다고 평가할 수 있다.

---

77) "봄 바람 불어오면...더 끌리는 미세먼지 주", 헤럴드경제(2017. 3. 14.), http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20170314000121

78) "6.13. 공약 대결, 숨 쉴 권리 미세먼지 최대 화두..여야, 저감 대책에 방점", 이데일리(2018. 6. 5.), https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=123&oid=426&aid=0000006174 ; '미세먼지 공약 관련 보도자료', "숨쉴 권리, 환경이 건강해야 사람이 건강합니다", 정의당 보도자료 (2018. 4. 8.), https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=123&oid=426&aid=0000006174

79) 미세먼지법의 제정이유는 "오늘날 미세먼지는 국민건강을 위협하는 가장 중요한 문제로 인식되고 있으며 지난해 정부가 특별대책을 발표하고 각종 정책을 시행하고 있음에도 불구하고 여전히 개선의 기미가 보이지 않음에 따라갈수록 국민의 불안을 증폭시키고 있는 상황이며, 또한 이에 따라 미세먼지를 줄이기 위한 특단의 대책 마련에 대한 요구가 갈수록 커지고 있으며"라고 밝히고 있다. 출처 : 법제처 홈페이지, http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=204195&ancYd=20180814&ancNo=15718&efYd=20190215&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202&ancYnChk=0#0000, (최종 검색 :2019. 12. 22).

80) Yoon-Hee Kang 외 9명, "The impacts of COVID-19, meteorology, and emission control policies on PM2.5 drops in Northeast Asia", scientific reports, 2020. 12.

3. 기본권으로서의 헌법적 가치

'깨끗한 공기를 향유할 권리'가 법률이 아닌 헌법적 차원에서 인정받고 보호받는 권리에 해당하는지가 문제 된다. 기본권은 헌법 차원에서 보장하는 권리이므로, 공동체의 근본적 가치를 포함[81]한다. 따라서 '깨끗한 공기를 향유할 권리'가 공동체의 근본적 가치를 포함하여 헌법 차원에서 보장될 필요가 있는지의 관점에서 판단할 필요가 있다.

그런데 '깨끗한 공기'는 사람의 생명·건강뿐만 아니라 인간의 존엄성을 유지하는 데 필수적이다. 미세먼지 등 대기오염물질에 노출되는 사람들의 '생명'과 '건강'을 위협한다. 또한 미세먼지와 같은 대기오염물질은 '쾌적한 환경'에 해로운 영향을 미치고 삶의 질을 낮추는 요인으로 작용한다. 이처럼 '깨끗한 공기를 향유할 권리'는 인간의 존엄과 생명, 건강, 환경 등, 복수의 기본권조항과 결부되는 국가공동체의 근본적 가치를 포함하는 권리에 해당한다고 볼 수 있다. 즉, '깨끗한 공기를 향유할 권리'의 헌법적 근거는 헌법 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 더하여 생명권, 건강권과 환경권 조항을 근거로 인정될 수 있다. 다만, '깨끗한 공기'는 모든 공동체의 이익이 될 뿐, 개인이나 공동체가 소유할 수 있는 것은 아니라는 점[82]에 비추어 볼 때, 재산권으로부터 도출된다고 볼 수는 없을 것이다. 결론적으로 '깨끗한 공기를 향유할 권리'는 복수의 기본권조항이 결부되어 법률적 수준이 아니라 헌법상 기본권으로서의 헌법적 가치를 가진다.

4. 권리의 독자성 내지 구체성

'깨끗한 공기에 관한 권리'가 인정되기 위해서는 명문의 기본권과 구별되는 독자성을 가지거나 일정한 보호법익이 중첩되는 영역이 존재하더라도 적어도 이를 구체화시키는 내용을 포함하고 있어야 한다. 미세먼지의

81) 김하열, 앞의 책, 185면.

82) Jestske Bouma et al, "Ecosystem Services Form Concept to Practice 11", Jetske Bouma & Pieter Van Buekering eds., 2015

위해성과 관련된 기본권으로는 생명권, 환경권, 건강권이 문제가 될 수 있다. '깨끗한 공기를 향유할 권리'는 아래와 같은 이유에서 각 기본권과 구별되는 독자성이 인정되거나 적어도 중첩되는 영역을 구체화하는 권리로 이해할 수 있다.

첫째, '깨끗한 공기를 향유할 권리'는 생명권과 구별된다. 생명권에 대한 제한의 문제는 국가 내지 제3자의 직접적인 생명권 침해행위가 직접적인 사인(死因)이 되는 경우들이다. 그러나 사람이 미세먼지를 흡입하여 직접적으로 사망하는 경우는 매우 드문 것이고, 미세먼지로 인하여 질병이 발생하고 상당한 시간이 지난 후에 조기사망에 이르는 경우가 대부분이므로, 미세먼지가 직접적인 사인이 된다고 보기는 어렵다. 다만, 미세먼지가 조기 사망률을 높인다는 점에서 생명권의 보호법익에 해로운 영향을 미치는 것은 사실이다. 또한 런던스모그 현상과 유사하게 고농도 미세먼지 현상으로 인한 호흡곤란 등으로 인하여 직접 사망할 가능성이 전혀 없는 것이 아니라는 점에서 생명권에 대한 침해의 문제를 완전히 배제할 수도 없다. 따라서 미세먼지의 위해성으로부터 '생명권에 대한 보장'만으로는 미세먼지 문제의 본질적인 접근이 용이하다고 볼 수 없다. '깨끗한 공기를 향유할 권리'는 생명 유지라는 생명권의 보호영역에 속한다고 보기는 어려우면서도 그 침해 가능성을 완전히 배제할 수 있는 것은 아니라는 점에서 생명권과 구별되는 보호영역이 존재한다.

둘째, '깨끗한 공기에 관한 권리'는 건강권과도 구별된다. 미세먼지가 조기 사망률을 높이고 각종 질병의 원인이 된다는 것과 특히 취약계층인 노인·아동·임산부 또는 실외 근로자들의 조기 사망률의 증가 및 각종 질병의 원인이 된다는 것은 통계적으로 증명된[83] 것으로 보인다. 그러나 '깨끗한 공기에 관한 권리'는 국민의 생명과 건강만을 보호하기 위한 기본권이라고 볼 수는 없다. 독일을 비롯한 유럽의 주요 국가들은 '환경권'을 규정하지 않고 있으므로 미세먼지의 문제를 '환경권'보다는 '생명·건강'에 대한 권리의 차원에서만 접근하고 있다. 그러나 우리나라는 환경권

83) UN Human Right Council, op. cit, 9~10p 이하에서는 UN의 보고서에서도 "대기오염으로 인한 건강권을 침해당한 사람들은 수십억 명이며, 60만 명 이상의 어린이를 포함하여 매년 7백만 명의 조기 사망을 초래한다."라고 하여 미세먼지와 같은 대기오염물질로 인하여 사람의 건강권이 침해되는 것을 강조하고 있다.

을 명문으로 기본권으로 규정하고 있어서 대기오염으로 인한 사람의 건강침해가 일어나면서도 건강권과 구별되는 영역이 인정된다고 해석할 필요가 있다. 즉 미세먼지는 국민의 생명과 건강뿐만 아니라, 쾌적한 환경에도 유해하다는 이유에서, 생명과 건강권에 대한 보장의 관점만으로는 미세먼지의 위해성으로 인한 기본권침해의 공백이 발생할 수 있는 것이다.

셋째, '깨끗한 공기에 관한 권리'는 환경권과도 구별되거나 적어도 이를 구체화하는 것으로 볼 수 있다. 국민은 미세먼지로 인하여 건강하고 쾌적한 자연환경에서 살아갈 환경권을 침해당하는 것으로 볼 수 있다. 그런데 대기오염으로 인하여 국민이 질병에 걸린 것과 같이, 환경권·건강권과 같은 복수의 기본권에 대한 침해가 문제가 된 경우에도 '환경권'에 대한 침해에 해당하는지가 문제가 된다. 이에 대해 '국민의 생명이나 신체에 결정적인 위협을 주는 환경권 제한이 환경권에 대한 침해에 해당한다.'라는 견해[84]와, 건강에 관한 권리에 대한 본질적 제한이지 환경권에 대한 본질적 제한은 아니라는 견해[85], 관련된 기본권을 함께 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다는 견해[86], 중복적 보장을 부정할 이유가 없다는 견해[87] 등이 대립하였다. 헌법재판소는 "환경권에 대한 국가의 보호의무 위반도 궁극적으로는 생명·신체의 안전에 대한 침해로 귀결된다.[88]"라고 하여, '생명·신체에 대한 안전의 권리'의 보호의 문제로 판단하였다. 예컨대, 미세먼지로 인하여 국민의 기본권이 침해되었다는 이유로 헌법소원심판을 청구하는 경우, 건강권과 환경권에 대한 침해를 주장한다면, 헌법재판소는 '생명·신체에 대한 안전에 보호 의무 위반여부'의 위헌성 심사하게 될 것이다. 그러나 헌법이 환경권을 헌법상의 기본권으로 규정하고 있다는 이유로 건강권과의 중복보장을 부정할 이유는 없다. 따라서 대기오염물질 등으로 인하여 국민의 건강이 침해되었으면 건강권뿐만 아니라 환경권의 독자적인 보호법익이 침해되었다고 보아야 할 것

84) 김학성, 앞의 책, 748면.

85) 한수웅, 앞의 책, 1067-1068면 이 견해는 선거의 소음 등으로 인한 생활 소음으로 인하여 침해되는 법익은 환경이 아니라 개인의 건강권이라고 한다.

86) 강현호, 환경국가와 환경법, 새문사(2015), 86면

87) 한상운, "환경행정쟁송에서의 원고적격 판단시 근거법으로서의 환경권 원용 가능성", 환경법연구 제36권 제1호, 한국환경법학회(2014), 194면.

88) 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2013헌마384 결정

이다. 그렇다면 미세먼지가 자연환경(대기, 물, 토양)과 인공적인 생활환경에 대한 해로운 영향을 미친다는 점에서, 국민의 건강하고 쾌적한 자연환경에서 살아갈 권리를 침해하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 '깨끗한 공기를 향유할 권리'는 비단 '환경권'에 대한 침해만을 초래하는 것이 아니라, 그 위해성으로 인하여 인간의 존엄과 가치가 훼손되어 국민의 생명권이 위협당하고, '건강권'에 대한 침해 문제를 일으킨다. 즉 '깨끗한 공기를 향유할 권리'는 미세먼지로 인하여 혼탁해지지 아니한 깨끗한 대기 속에서 살아가는 환경권뿐만 아니라, '깨끗한 공기를 마시는' 생명과 건강권의 보호 내용을 포함하는 것이다. 따라서 미세먼지의 위해성으로부터 환경권만을 보장하는 것은, 그 문제해결이 용이하지 않다는 점에서, '깨끗한 공기를 향유할 권리'는 환경권과 구별되거나 적어도 생명과 건강, 환경권의 보호법익이 중첩되는 영역을 구체화한다고 보아야 한다.

Ⅴ. 결론

자연과학이 발전함에 따라 새로운 환경정보들이 발견되고 전파되면서, 종래 당연하게 여겨지던 것들이 새로운 위협으로 여겨지기도 한다. 미세먼지 역시 자연과학의 발달로 인해 그 위해성이 국민에게 알려지기 시작하면서, 새로운 위협으로 등장한 것으로 볼 수 있다. 앞으로도 초미세먼지가 아니라, PM-0.1의 더욱 미세한 먼지와 같은 대기오염물질들에 대한 연구결과들이 공개될 것이다. 그러한 대기오염물질들은 국민의 생명권·건강권·환경권에 중대한 위협으로 여겨지게 될 것이다. 헌법은 최고규범으로서 모든 국가권력을 기속할 뿐만 아니라, 위와 같은 환경위기에 대응하는 법률·정책들의 지침이 되고, 사후적인 통제규범으로도 작용한다. 그렇다면 미세먼지와 같은 새로운 환경위협에 대해, 헌법적 차원에서 선제적으로 대응할 필요가 있다. 따라서 현행 헌법상의 해석론으로 '깨끗한 공기를 향유할 권리'를 도출하고, 그 보장을 위해 입법·행정·사법의 영역에서 미세먼지 문제해결을 위한 중·장기적인 법률과 정책이 시행되고, 국민의 기본권보장 관점에서 사법권이 행사되어야 할 것이다.

(논문투고일: 2023.3.6., 심사개시일: 2023.3.9., 게재확정일: 2023.3.24.)

허창환

깨끗한 공기권, 깨끗한 공기를 마실 권리, 깨끗한 공기를 향유할 권리, 미세먼지법, 헌법에 열거되지 아니한 권리

【참 고 문 헌】

강현호, “미세먼지법에 대한 분석적 고찰”, 성균관법학 제32권 제2호, 성균관대학교 법학연구원(2020).

강현호, 환경국가와 환경법, 새문사(2015)

김대환, “불문헌법으로서 열거되지 아니한 자유와 권리”, 세계헌법연구 제15권 제3호, 세계헌법학회 한국학회(2009)

김대환, 헌법 제37조, 헌법주석서II, 법제처(2010)

김선택, “행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권 체계적 해석”, 안암법학 제1권 제1집, 안암법학회(1993)

김일환, “성적 자기결정권의 헌법상 도출 근거에 관한 비판적 검토”, 헌법학연구 제12권 제2호, 한국헌법학회(2006)

김지영, “미국 헌법상 새로운 기본권 도출의 근거와 판단기준”, 유럽헌법연구 제39호, 유럽헌법학회(2022),

김하열, 헌법강의, 박영사(2021)

김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어(2019)

김현철, “미국 헌법상 근본적 권리와 한국 헌법상 열거되지 아니한 자유와 권리의 도출 근거”, 법학논총 제20권 제2호, 조선대학교 법학연구원(2013)

박문석, “인권의 헌법적 보장과 한계”, 영남대학교 법학연구소, 영남법학 제38권 0호, 영남대학교 법학연구소(2014)

성낙인, 헌법학, 법문사(2019)

이재희, “사회변화와 새로운 기본권으로서 기본소득의 헌법적 보장 가능성”, 헌법학연구 제25권 제4호, 헌법학회(2019)

장영수, 헌법학, 홍문사(2019)

장재연, 공기 파는 사회에 반대한다, 동아시아(2019)

정재황, 헌법학(제2판), 박영사(2021)

표명환, “헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 관한 체계적 고찰”, 공법학연구 제12권 제2호, 한국비교공법학회(2011)

한상운, “환경행정쟁송에서의 원고적격 판단시 근거법으로서의 환경권

원용 가능성", 환경법연구 제36권 제1호, 한국환경법학회(2014)
한수웅, 헌법학, 법문사(2018)
Yoon-Hee Kang 외 9명, "The impacts of COVID-19, meteorology, and emission control policies on PM2.5 drops in Northeast Asia", scientific reports, 2020. 12.
Judgment of the Bundesverwaltungsgericht of 29 March 2007 - BVerwG 7 C 9.06 - BVerwGE 128, 278.
Harald Doerig, "The German Courts and European Air Quality Plans", Journal of Environmental Law Advance Access published March 17, 2014.Das Forum für Umwelt- und Planungsrecht, "Rechtsanspruch auf saubere Luft?", 2005. 4.
Conseil d'État, 6ème / 1ère SSR, 10/06/2015, 369428, Inédit au recueil Lebon
UN Human Rights Council, "The Right to Breathe Clean Air", 2019. 2.
Jestske Bouma et al, "Ecosystem Services Form Concept to Practice 11", Jetske Bouma & Pieter Van Buekering eds., 2015

Abstract

Study on Unenumerated Rights in the Constitution

– Focused on Right to clean Air –

ChangHwan, Hur

Recently, a public consensus has been formed that the right to "clean air" should be recognized as a constitutional right following the new threat of fine dust. However, since the current Constitution does not stipulate the right to clean air as a constitutional right, it is a question of whether the right to "clean air" can be recognized as a new basic right according to the interpretation of the current Constitution.

Article 37 (1) of the Constitution stipulates that "Freedoms and rights of citizens shall not be neglected on the grounds that they are not enumerated in the Constitution". Thus, there is room for rights that are not explicitly stipulated to be recognized as basic rights. To acknowledge a new basic right, it is necessary to meet the following criteria.

First, there should be a social change. Second, social consensus on the value that the basic right is trying to protect should be formed. Third, the new basic rights should have constitutional value. Fourth, the concept and contents of basic rights should not overlap with the other basic rights, and even if there are overlapping areas, the new basic right should specify the existing basic rights.

The "right to clean air" that is discussed in the international community can be defined as the right to ask the state not to emit air pollutants and to actively remove air pollutants if they have already been discharged. The threat of air pollutants such as fine dust can be seen as "social change,".

Also, a national consensus has been formed in the way that the Fine Dust Act was enacted. In addition, the right to breathe clean air to maintain mental and physical well-being, and to enjoy clean air can be recognized as constitutional values.

Therefore, the current Constitution should recognize the "right to enjoy clean air" as a basic right, and to assure the right the judiciary must exercise judicial power in terms of protecting these rights as constitutional rights.

ChangHwan, Hur

Right to Clean Air, Right to breath clean Air, Right to enjoy clean Air, Clean Air, Right to life, Right to health, Right to Environment, Special Act On The Reduction And Management Of Fine Dust, Fine Dust, unenumerated rights