

# 배출권 할당처분에 관한 판례의 검토와 제언

— 2015구합55592판결 —\*

김성배\*\*

## 차 례

- I. 서론
- II. 사건의 개요와 판결내용분석
- III. 배출권거래제와 환경법의 기본원칙 및 배출권관련 지도이념
- IV. 직접배출과 간접배출에 관한 쟁점검토
- V. 결론

### [국문초록]

본 사건은 배출권거래법이 시행되어 구체적인 배출권할당이 있은 후, 제기된 소송 중에서 제일 먼저 확정된 판결이라는 의미를 가지고 있다. 본 소송에서 표면적인 쟁점이 되었던 것은 ①직접배출량 산정식의 오적용여부, ②증설된 시설에 대한 고려여부, ③신뢰보호의 원칙적용여부 등이었다. 구체적인 산정방식과 기준은 배출권거래법령과 녹색성장기본법령의 위임에 따라 환경부장관이 고시한 할당지침과 운영지침에 기반한 것이지만, 본 사건의 법원은 전통적인 행정법이론에 따라 행정규칙의 법규성여부를 직접적으로 다룬 것이 아니라, 할당지침이 정하고 있는 기준과 방식이 합리적인지, 구체적 타당성을 도모하고 있는지, 그리고 원고인 A회사가 이런 내용을 알고 있었는지 등 현실적 기준을 대입하여 A회사에 대한 환경부장관의 할당량 배정처분은 재량권을 일탈·남용하지 않았다고 판단하였다.

이런 법원판단의 과정이나 결론에 필자는 동의한다. 다만, 신청한 허용량보다 적게 배정받은 경우, 과소배정된 할당처분에 대하여 취소소송을 제기할 것이 아니라 신청한 할당량중 배정받지 못한 할당량에 대하여 거부처분으로 구성하여 거부처분 취소소송으로 다루어야 생각한다.

\* 한국환경법학회 제125회 학술대회(2016.3.25.) 발표 논문을 토대로 수정·변경됨.

\*\* 국민대학교 법과대학 부교수.

배출권할당은 침익적 처분이 아니라 수익적 처분이므로 과소 할당되었다고 주장하는 원고는 과소 할당된 부분에 대해 할당처분이 있을 때, 신청한 부분중 반영되지 않은 부분에 대해서 거부처분취소소송을 제기해야 할 것이다. 본 소송의 경우에는 제소기간이 종료되는 마지막에 소송을 제기하였는데, 할당처분에 대해서 이의신청을 하였다고 하여도 제소기간의 기산은 원처분인 할당처분이 통지된 날부터 기산해야 될 것이므로 개별기업들은 이런 점을 고려해야 할 것이다.

본 사건의 판결의 영향은 개별 기업들에게 환경관련사건에서 정책이 마련되는 초기부터 법률전문가의 조력이 필요하다는 점을 인식시켰다는 것을 들 수 있다. 즉, 배출권거래제에 있어서 구체적 할당처분이 내려진 시점에서 행정쟁송을 제기해도, 기술적·전문적이 내용들이 구체적인 행정규칙이나 비전형적 행정입법의 형태로 마련되어 있고 이런 기준들이 상위법령에 위배되지 않고 절차적으로 정당성을 확보하는 방식으로 마련되었으며 산업계와 각종 전문가의 의견을 반영하여 마련된 것이라면 이런 기준에 대해 위법성을 주장하거나 재량권일탈·남용을 주장하기 힘들다는 것이다. 결국, 기업들은 자신에게 유리한 기준들이 반영되도록 제도설계 초기 단계와 기준마련 당시에 적극적으로 참여해야 하고, 각종 신청이나 자료편성의 단계에서도 법률전문가의 검토를 받아서 향후 법률분쟁에 대비해야 했다.

배출권의 할당단계에서 구체적 할당량을 공격하는 것은 국제상황이나 국내 총감축량 등이 정해진 상황에서 쉽지 않을 것이다. 또한 배출권거래제의 특수성을 감안하면, 행정청의 재량권일탈을 이유로 구체적 할당처분을 취소시키는 것은 사법부에 엄청난 부담이 될 것이다. 그래서 분쟁의 조기확정과 분쟁에방적 차원에서 할당계획이나 업종별·산업별 할당량이 정해지는 단계에서 할당계획이나 업종별 할당배정을 대상으로 소송을 제기할 수 있는 길을 열어 둘 필요가 있으며, 그에 대한 전제요건으로 배출권거래제소송에서 원고적격을 확대할 필요성이 존재한다.

## I. 서론

이명박정부 당시 환경법인지 환경을 가장한 경제발전법인지 논란이 되었던 「저탄소 녹색성장 기본법(2010. 4.13. 제정 이하 녹색성장기본법)」의 제정과정에서도 배출권거래제는 도입여부가 쟁점이 되었지만 동법 제46조(총량제한 배출권 거래제 등의 도입)에서 배출권거래제 도입할 근거를 마련하고 구체적인 실시를 위한 사항들은 다른 법률로 정하도록 타협을 하였다.<sup>1)</sup> 이에 따라 2012. 5. 14. 「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률(이하 배출권거래법)」이 제정되고 2011. 11. 15. 시행되었고

동법 시행령이 2012. 11. 25. 제정되어 동년 동월 29일부터 시행되었다. 배출권거래제는 우리나라의 독자적인 제도가 아니라 기후변화에 대한 세계 각국의 이해관계를 조정하는 가운데 출발한 것이다. 교토의정서를 대처하는 이른바 신기후체계의 시작을 알렸다고 평가되는 2015. 12. 12. 채택된 파리협약은 아직 최종적으로 발효되지는 않았지만, 파리협약에 전 세계 195개국이 참여하여 변화된 국제정세를 보여주고 있다. 파리협정에서는 ①산업화 이전에 비하여 지구평균기온 상승을 2도씨보다 상당히 낮은 수준으로 유지하는 목표, ②지구 평균기온 상승을 1.5도씨 이내로 제한하기 위한 노력을 경주한다는 것을 목표로 제시하였고 ③기후변화 적응력을 강화하고 기후회복력을 증진시키며 온실가스 배출저감과 ④기후회복력복원을 위한 재원조정을 마련한다는 목표를 세웠다.<sup>2)</sup> 또한 2015. 6. 30. 정부는 온실가스감축목표를 ‘2030년 배출전망치 (Business As Usual: BAU) 대비 37%를 감축한다는 계획을 발표하였다.<sup>3)</sup> 자국의 이해관계를 최대한 반영하면서도 기후변화대응을 더 이상 미룰 수 없다는 공감대가 확대된 결과, 기후변화로 인한 재앙을 막기 위한 전세계의 노력은 이번 파리협정으로 소정의 결실을 맺었다. 그런데 우리의 경우 배출권거래제법에 의해 개별 사업체에게 할당량을 배정하고 난 이후, 환경부장관을 상대로 수십 건의 소송이 제기되고 있다.<sup>4)</sup> 본 논문을 작성할 당시에는 비록 1심법원의 판결이기는 하지만 배출권거래제가 시행되고 난 후, 최초의 판결이면서 패소한 원고가 항소하지 않아서 확정된 판결이 존재한다(2015구합55592판결). 이하에서는 본 판결이 대법원의 종합법률정보사이트에서 검색되지 않는 관계로 우선 사건개요와 판결내용을 상세히 다룬 후, 본 판결에서 쟁점된 부분을 중심으로 환경법상의 기본원리, 배출권거래의 기본원리와 본제도의 도입취지를 고려한 판단이 될 수 있도록 쟁점을 분석해 보고자 한다.<sup>5)</sup>

1) 김성배, 배출권거래제와 지방자치단체의 대응, 공법연구 제38집 제1호, 2009, 185-187면 참조

2) 환경부, e-환경뉴스, ‘제20차 유엔기후변화협약 당사국총회’ 폐막, 2014.12.15. <http://m.me.go.kr/home/web/board/read.do?menuId=284&boardMasterId=108&boardId=467680&boardCategoryId=>

3) 환경부, e-환경뉴스, 2030년 온실가스 감축목표 확정, 2015.6.30. <http://m.me.go.kr/home/web/board/read.do?menuId=284&boardMasterId=108&boardId=534140&boardCategoryId=>

4) 본 논문이 작성되었을 시점인 2016.3월10일경에는 17건의 소송이 환경부장관을 상대로 제기된 것으로 조사되었다.

5) 본 판결은 누구나 열람복사 신청을 할 수는 있지만, 1심법원판례이고 최근 판례이므로 종합정보시스템에서는 검색되지 않고 있다. 배출권거래제 전문가라고 하더라도 판례번호를 모르는 상태에서 본 판례를 입수하기 힘든 것을 고려하여, 본 논문에서 학술적 논의가 심층적으로 진행될

## II. 사건의 개요와 판결내용분석

### 1. 사건의 개요

원고는 전기로 제강을 통하여 철근 등을 생산·판매하는 철강회사(A회사)로서 「배출권거래법」 제8조 제1항6)에 따라 온실가스 배출권의 할당대상업체로 지정되었다. 환경부장관은 계획기간마다 할당계획에 따라 할당대상업체에 해당계획기간의 총 배출권과 이행연도별 배출권을 동법 제12조에 따라 할당하는데, 1차 계획기간은 2015. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지이다.(부칙 제2조) 원고는 2014. 10. 31. 환경부장관에게 1차 계획기간에 대한 온실가스 배출권 할당을 신청하였고, 환경부장관은 2014. 12. 1. 원고에게 이행연도 2015년에 대해서는 19,009,133 이산화탄소 상당량톤(tCO<sub>2</sub>-eq; 이하 톤), 이행연도 2016년도에 대해서는 18,904,863톤, 2017년에 대해서는 18,538,301톤 등 계획 기간 내 56,452,297톤을 총할당량으로 배정함을 통지하였다. 이에 대해서 원고인 A회사는 환경부장관에게 할당처분에 대하여 이의신청을 하였으나, 2015. 2. 6.기각되었으며, 2015. 3. 2. 환경부장관을 상대로 온실가스배출권 할당 처분 취소의 소를 제기하게 된다.

### 2. 원고의 주장

#### (1) 직접배출량의 과소산정 (월배출산정 기준시점과 방법)

A회사는 △△공장 3고로를 증설하여 2013. 9. 13.부터 가동을 시작하였으나, 2013. 9. 13.부터 2013. 9. 30.까지는 시설이 정상 가동되지 않았다고 주장하면서 환경부장

수 있도록 될 수 있는 한 원 판례를 그대로 살려서 언급하도록 하겠다.

- 6) 제8조(할당대상업체의 지정) ① 대통령령으로 정하는 중앙행정기관의 장(이하 “주무관청”이라 한다)은 매 계획기간 시작 5개월 전까지 제5조제1항제3호에 따라 할당계획에서 정하는 배출권의 할당 대상이 되는 부문 및 업종에 속하는 온실가스 배출업체 중에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업체를 배출권 할당 대상업체(이하 “할당대상업체”라 한다)로 지정·고시한다.
  1. 기본법 제42조제5항에 따른 관리업체(이하 “관리업체”라 한다) 중 최근 3년간 온실가스 배출량의 연평균 총량이 125,000 이산화탄소상당량톤(tCO<sub>2</sub>-eq) 이상인 업체이거나 25,000 이산화탄소상당량톤(tCO<sub>2</sub>-eq) 이상인 사업장의 해당 업체
  2. 제1호에 해당하지 아니하는 관리업체로서 할당대상업체로 지정받기 위하여 신청한 업체

관이 그럼에도 위 기간 동안의 온실가스 배출량을 포함하여 월평균 배출량 및 연간배출량을 산정함으로써 결과적으로 배출가스 할당의 기준이 되는 A회사의 온실가스 직접배출량을 과소 산정하였다고 주장하였다. 그래서 2013. 9월의 배출량을 제외하고 2013. 10월부터 2013. 12월까지의 배출량을 기준으로 월평균량 및 연간 배출량을 다시 산정하여야 한다고 주장하였다.

### (2) 간접배출량의 과소산정 (증설인정기준 및 신뢰보호)

A회사가 2013. 9월 △△공장의 3고로를 증설함으로써 고로시설 등에 대한 전력사용시설인 □□번 시설의 전기사용량 및 그에 따른 간접배출량이 증가되었다고 주장하면서, 그럼에도 불구하고 환경부장관은 □□번 시설이 별도로 분리 보고되지 아니한 사업장 단위 전력사용시설이라는 이유로 증설을 인정하지 않고 2013년 온실가스 배출량으로 간접배출량을 산정하였고, 그로 인하여 증설된 시설에 대한 간접배출량이 제대로 반영되지 못했다고 주장하였다. 또한 A회사는 분리보고 전력시설에 대한 할당량 산정방식이나 증설기능 등에 대하여 환경부장관으로부터 충분한 설명을 듣지 못하였을 뿐만 아니라, 환경부장관이 할당신청서를 심사하는 과정에서 A회사에게 분리보고 시설로 변경하는 절차를 거칠 필요가 없다는 신뢰를 부여하였으므로 그 신뢰에 반하여 증설을 인정하지 않는 것은 신뢰보호의 원칙에 반한다고 주장하였다.

## 3. 인정사실과 판결내용

### (1) 인정사실

#### (가) 직접배출에 관한 인정사실

「배출권거래법」 제12조 제2항은 할당대상업체의 이행연도별 배출권 수요, 할당대상업체 간 배출권 할당량의 형평성 등을 고려하여 할당기준을 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 시행령 제12조 제1항은 주무관청은 배출권거래법 제12조 제2항 각 호의 사항 및 국가 온실가스 감축목표, 업종별 배출권 할당량, 해당 할당대상업체의 과거 온실가스 배출량, 계획기간 중의 해당 업종 또는 할당대상업체의 예상성장률 등을 고려하여 할당대상업체별 배출권 할당량을 결정하도록 규정하고 있다.

시행령 제12조 제2항의 위임에 따라 배출권 할당량의 산정방법 등에 대한 세부사항을 규정하기 위하여 온실가스 배출권의 할당, 조정 및 취소에 관한 지침(이하 할당지침)이 마련되어 있다.

기준연도의 변동시설의 온실가스 배출정보 작성방법에 의하면 월평균 온실가스 배출 기준에 관하여 2013년도에 증설한 시설의 연 온실가스 배출량 산정을 위한 월평균 온실가스 배출량 활용정보 기준으로 '2013년 월평균' 또는 '2014년 월평균'을 선택하도록 하고, 2013년도 월평균 온실가스 배출량이 2014년도의 연속되는 3개월 이상의 월평균 온실가스 배출량에 대비하여 50% 이하인 경우나 2013년 증설되어 가동개시된 이후의 기간이 3개월 이하인 경우에는 2014년 월평균을 선택할 수 있도록 되어 있다.

또한 위 작성방법은 월평균 온실가스 배출량에 관하여 월평균 온실가스 배출량 기준으로 ①'2013년 월평균'을 선택하였을 경우에는 증설 이후 온실가스 배출량과 가동개시일의 월을 포함하여 산정한 월평균 온실가스 배출량을 기입하고, ②'2014년 월평균'을 선택하였을 경우에는 검증기관의 검증을 받은 2014년도의 연속되는 3개월 이상의 월평균 온실가스 배출량을 기입하도록 하고 있다.

환경부장관은 증설된 해당 시설에 관하여 2013년 9월 온실가스 배출량을 산정함에 있어 아래와 같이 2013. 9. 1.부터 2013. 9. 12.까지의 온실가스 배출량을 증설 이후인 '2013. 9. 13.부터 2013. 9. 30.까지의 일평균 온실가스 배출량 X 12일로 환산하여 적용하였고, 2013. 9월부터 2013. 12월까지 사이의 온실가스 배출량을 기준으로 월평균배출량을 산정하였다.

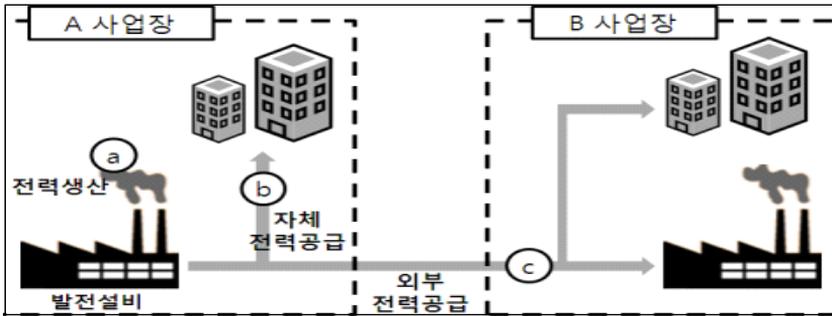
#### (나) 간접배출관련 인정사실

2010. 1. 13. 「녹색성장기본법」이 제정됨에 따라 온실가스 배출 및 에너지소비에 관하여 목표관리제가 시행되었고(법 제42조) 이에 따라 관리업체로 지정된 업체는 설정된 목표를 준수하여야 하며, 그 실적을 정부에 보고하여야 하였다.(법 제42조 제5항 및 제6항)

A회사는 2010년 「녹색성장기본법」 부칙 제2조에 따라 2007년부터 2009년까지의 온실가스 배출량 및 에너지 소비량에 대하여 명세서를 작성하여 보고하였고, 2011년부터는 매년 전년도의 온실가스 배출량 등에 대하여 명세서를 작성하여 보고 왔다.

「온실가스·에너지 목표관리 운영 등에 관한 지침(이하 운영지침)」의 [별표 16] 배출활동별 온실가스 배출량 등의 세부산정방법 및 기준<sup>7)</sup> 37. 외부에서 공급전기사용 2. 보고 대상 배출시설에 따르면, 외부에서 공급된 전기사용에 따른 간접배출량의 산정·보고 범위는 배출시설 단위가 아닌 사업장 단위로 정하였다. 다만, 제품생산 용도가 아닌 업무용 건물, 폐기물처리시설, 전력 다소비 시설인 전기로에 대해서는 전기사용량과 이에 따른 간접배출량을 구분하여 산정·보고 하도록 하였다. 기타 전력량계(법정계량기와 내부관리용 계량기 포함)가 부착되어 있는 배출시설의 경우 배출 시설별로 전기사용량 등을 구분하여 보고할 수 있도록 하였다.

<표> 외부전력공급의 경우 사업장 단위보고 (별표 16 참조)



A회사가 2014년 환경부장관에게 보고한 2013년 △△공장의 간접배출(외부전기사용)에 대한 명세서에서 A회사는 냉연 1공장의 전력사용시설을 3개(06◇, 0◇1, 06□)로 분리 보고하였고, 고로시설 등에 대한 전력사용시설인 □□번 및 냉연 2공장의 전력 사용시설인 ▽▽▽번은 사업장 단위 전력사용시설로 보고 하였다.

「할당지침」 [서식 제6호] 2-1 기준연도의 기존시설의 온실가스 배출정보 작성방법에 의하면, 변동시설 유형(16)은 2011 ~ 2013년 기간 동안 시설의 변동이 발생한 경우 변동시설(증설, 13년 신설, 배출시설 변동 등)을 신청하되 ‘증설’ 또는 ‘13년 신설’을 선택한 배출시설은 2-2 기준연도의 변동시설의 온실가스 배출 목록에 자동으

7) 별표16의 내용판 A4 253면에 이를 정도로 방대하고 기술적이고 전문적인 상세한 내용을 담고 있다.

로 기입되고, 증빙자료 번호(18)는 변동시설 유형에 ‘배출시설 변동 등’을 선택한 경우 해당 내용을 입증할 수 있는 증빙자료 번호를 기입하되, ‘증설’ 또는 ‘13년 신설’을 선택한 배출시설은 2-2 기준연도의 변동시설의 온실가스 배출정보에서 해당 내용을 증빙하도록 되어 있었다.

A회사는 2014. 10. 31. 환경부장관에게 제출한 배출권 할당신청서에 기재된 △△공장에 대한 ‘기준연도의 기존시설의 온실가스 배출정보’중 고로시설 등이 포함된 전력사용시설인 □□번에 관한 부분에서 변동시설 유형(16)이 배출시설 변동 등으로 기재되어 있고 증빙자료 번호(18)에 90번으로 기재되어 있으며, ‘기준연도의 변동시설의 온실가스 배출정보’에는 □□번 관련 기재가 없었다.

「할당지침」 [별표 1] ① 5)기타 시설의 해당 이행연도 예상 온실가스 배출량에 따르면, 기준연도 내에 별도로 분리 보고되지 아니한 사업장 단위 전력사용시설의 해당 이행연도 예상 온실가스 배출량은 해당 시설의 기준연도 마지막 연도 온실가스 배출량으로 산정하고, 기준연도 내에 별도로 분리 보고된 전력사용시설의 해당 이행연도 예상 온실가스 배출량은 기준연도 내 지속가동 시설, 기준연도 내 신설 시설, 기준연도 내 증설시설, 기준연도 내 폐쇄 시설의 해당 이행연도 예상 온실가스 배출량 산정방법을 적용하여 산정한다고 규정되어 있다. 다만, 기준 연도 내에 별도로 분리 보고 되지 아니한 사업장 단위 전력 사용시설의 기준연도 마지막 연도 온실가스 배출량이 기준연도 연평균 온실가스 배출량에 대비하여 100분의 50 이하인 경우에는 기준연도 연평균 온실가스 배출량을 해당 이행연도 예상 온실가스 배출량으로 산정할 수 있도록 하였다.

환경부장관은 2013. 12. 12. 상설협의체 제7차 분과회의에서 A회사에게 할당량 산정단위와 관련하여 명세서 기준 시설단위 배출량을 고려하고, 명세서상 분리 보고되지 않은 간접배출시설은 2013년 명세서 기준 통합배출량을 고려한다는 취지의 설명을 하였고, 이에 대하여 A회사는 환경부장관에게 시설단위별 배출량 산정은 세부 설비별 다수의 계측기 설치가 요구되어 경제적 비용 및 운영관리 부담이 발생하므로 시설단위별보다는 사업장별 배출권 할당을 건의한다는 취지의 검토의견을 제시하였다.

환경부장관은 고로시설 등에 대한 전력사용시설인 □□번이 미분리보고 사업장 단위 전력사용시설이라는 이유로 해당 시설의 기준연도 마지막 연도(2013년) 온실가스 배출량으로 예상 온실배출량을 산정하였다.

## (2) 법원의 판단

### (가) 직접배출관련

동법원은 “원고의 증설시설에 대한 피고의 직접배출량 산정방식 및 그에 따른 배출량 할당처분은 적법하고, 이와 다른 전제에서 2013년 9월 배출량을 제외하고 2013년 10월부터 2013년 12월까지의 배출량을 기준으로 월평균 배출량 및 연간 배출량을 다시 산정하여야 한다는 원고의 주장은 이유 없다”고 보았다.

원고의 주장을 배척한 이유에 대해서 살펴보면, 동법원은 지침을 규정에 대해서 분석하면서, 2011년 증설시설 및 2012년 증설시설의 경우 각 그 직후 연도부터 2013년까지의 연평균 배출량을 기준으로 함에 반하여, 2013년에 증설된 시설의 경우 배출권 할당신청시점인 2014년 10월경을 기준으로 검증된 2014년 연평균 배출량 자료를 확보할 수 없기 때문에 가동개시일 이후의 연평균 배출량을 활용한 연 온실가스 배출량을 기준으로 배출량을 산정하도록 한 것으로 보인다고 하였다.

동법원은 환경부장관이 증설된 해당 시설에 관한 2013년 9월 온실가스 배출량을 산정함에 있어 2013. 9. 1.부터 2013. 9. 12. 까지의 온실가스 배출량을 증설 이후인 ‘2013. 9. 13.부터 2013. 9. 30.까지의 일평균 온실가스 배출량 X 12일’로 환산하여 적용한 것은 증설 이후의 배출량을 정확히 반영하기 위한 것으로 그 산정방법의 합리성을 인정하였다.

또한 동 법원은 동 지침에는 구체적 타당성을 도모하기 위한 장치가 마련되어 있다고 평가하였으며, A회사가 자신에게 유리하다고 판단하여 월평균 온실가스 배출량 확보정보 기준으로 2014년 월평균을 선택하였고 검증기관의 검증을 받은 자료를 제출하였다면, 2014년의 연속되는 3개월 이상의 월평균 온실가스 배출량을 활용한 연 온실가스배출량을 기준으로 배출량을 산정할 수도 있었을 것이라고 보았다.

또한 동법원은 A회사가 할당신청서에 ‘2013년 월평균’을 선택하는 것으로 기재하였고 별도로 검증기관의 검증을 받은 2014년도의 연속되는 3개월 이상의 월평균 온실가스 배출량을 제출하지 않은 점을 지적하고 있다.

### (나) 간접배출량 과소산정 관련

동법원은 간접배출량 산정방식과 관련한 지침 및 이에 근거한 배출권 할당처분이

재량권을 일탈·남용한 위법한 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

동법원은 A회사가 □□번 시설을 미분리보고 사업장 단위 전력사용시설로 보고하여 왔던 점, 증설한 3고로시설에 대하여 개별적인 전력량계를 설치하지 않았고 당 시설에 대한 전기사용량 및 간접배출량을 분리보고하지 않았다는 점을 지적하였다.

「운영지침」에 따르면 기타 전력량계가 부착되어 있는 배출시설의 경우 배출시설별로 전기사용량 등을 구분하여 보고할 수 있다고 규정되어 있으나, A회사가 □□번 시설에 대하여 개별 전력량계를 부착하지도 않았고 분리보고하지 않았다고 판단하였다.

동법원은 지침이 간접배출량 산정에 있어 미분리보고 사업장 단위 전력사용시설과 분리보고 전력사용시설을 구분하여 예정 온실가스 배출량 산정방법을 달리 규정한 것은 합리적 근거가 있다고 판단하였다.

동법원은 A회사의 주장과 같이 □□번 시설이 분리보고 전력사용시설에 해당한다고 하더라도 A회사가 증설요건을 입증할 수 있는 객관적 자료를 제출하지 못하여 증설을 인정받지 못한 것으로 판단하였으며, A회사가 당진고장 전력사용시설을 5개로 분리하여 보고하였기에 전력사용시설을 분리 보고한 것으로 보아야 한다고 주장하지만 지침의 규정을 근거로 분리보고 한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

A회사는 미분리보고 전력사용시설에 대한 할당량 산정방식이나 증설기준 등에 대하여 환경부장관으로부터 충분한 설명을 듣지 못하였다고 주장하였으나, 환경부장관이 A회사가 주장하는 정도의 구체적인 설명의무가 있다고 보기 어렵다고 판단하였으며, 또한 상세한 설명이 되어 있는 배출권 할당신청서 작성 가이드라인, 명세서 작성 가이드라인 등이 마련되어 있고, A회사가 상설협의체 제7차 분과회의에서 환경부장관의 설명에 대해서 구체적인 검토의견서를 제출하였다는 등의 사실을 비추어 미분리보고 전력사용시설에 대한 할당량 산정방식을 인식한 것으로 보았다.

환경부장관이 A회사의 배출권 할당신청을 심사하는 과정에서 □□번 시설의 설계용량 등 증설요건 충족에 관한 증빙자료의 보완을 요구함으로써 A회사로 하여금 □□번 시설에 대하여 분리보고 시설로 변경하는 절차를 거칠 필요가 없이 증설 가능하다는 신뢰를 주었기에 이에 반하여 □□번 시설에 대하여 증설을 인정하지 않는 것은 신뢰보호원칙에 위반된다는 A회사의 주장에 대해서, 환경부장관이 A회사의 할당신청서의 적절성을 검토하는 과정에서 A회사에게 □□번 시설의 증설요건 충족에

관한 증빙자료를 요구하였다는 것만으로 □□번 시설이 분리보고 시설에 해당하거나 분리보고 시설로 변경할 필요 없이 증설을 인정하겠다는 공적 견해를 표명한 것으로 보기 어렵다고 판단하였다.

### Ⅲ. 배출권거래제와 환경법의 기본원칙 및 배출권관련 지도이념

배출권거래제가 도입되고 수십 건의 소송이 제기 되고 있지만, 위 사건은 비록 하급심 판결이지만 최초의 법원의 판결이면서 원고가 항소를 포기함으로써 최초로 확정된 판결이라는 의미를 가지고 있다. 배출권거래제의 도입취지와 배경을 이해하여 야지만 배출권거래와 관련한 소송에서 정당한 결론을 도출할 수 있을 것이다.

#### 1. 배출권거래제

배출권거래제는 우리나라의 독자적인 정책결정에 따라 도입된 제도가 아니라, 온실가스로 인한 지구의 기후변화에 대처하기 위한 인류의 공동 노력의 타협물이다.<sup>8)</sup> 기후변화에 대한 국제적 노력의 결과로서 1997년 기후변화협약 제3차 당사자총회에서 교토의정서가 채택되었고, 우리나라는 2002년 이를 비준하였다. 우리나라는 부속서I 국가에 해당하여 의무감축국가는 아니었지만, 의무감축국가가 되는 것은 시간문제라는 인식하에, 온실가스저감방안에 대한 논의가 활성화되었다.<sup>9)</sup> 온실가스저감방안으로 고려되는 것은 ①온실가스배출권거래제, ②탄소세, ③온실가스에너지목표관리제 등이 있었으나 그중에 산업계가 가장 선호한 것은 시장메커니즘을 이용하고 유연성이 있는 온실가스배출권거래제였다. 녹색성장기본법을 입안할 당시에도 온실가스저감방안으로 온실가스배출권거래제도입이 활발히 논의되었지만 녹색성장기본

8) 환경법학에서 배출권거래제는 지구온난화에 대한 배출권거래제보다 미국의 이산화황거래제도등 일반적 배출권거래제를 소개하면서 시작되었다. 김홍균, 배출권거래제와 한국에서의 적용 가능성, 법조, 50권12호, 2001, 150면이하.

9) 조홍식, 우리나라 기후변화대책법의 전망, 환경법연구 30권2호, 한국환경법학회, 2008, 311면 이하 참조.

법에는 총량제한 배출권 거래제가 운영될 수 있다는 기본골격 조항만 두게 되었다. 녹색성장기본법 이후 2010.11.17. 국무총리실은 온실가스배출거래제에 대한 법률안을 최초로 입법예고하였지만, 산업계의 반발과 이해관계의 조정 등으로 2차례에 걸쳐 수정되어 최종적으로 2012.5.2. 국회를 통과하였고 2012.5.14. 공포되었다.<sup>10)</sup>

최초의 입법예고안과 비교하면 국회를 통과한 배출권거래법은 시행시기 등 구체적인 시행관련 쟁점에서 산업계의 의견이 다수 반영된 결과물이다. 배출권거래제는 도입이유와 목적에 방점을 두면, 전형적인 환경법에 속하지만, 전통적인 매체별 환경개별법령에 비하여 산업계에 직접적인 영향을 미치는 효과로 인하여 국가경제적 고려와 개별 산업에 대한 영향도 고려해야 하는 특징을 지니고 있다.

## 2. 환경법의 기본원칙

배출권거래법은 환경법의 일종으로 분류가 된다. 배출권거래제는 국제적 협력과 협의를 통해 도출되고 국내에 적용되는 제도이므로 국내법적 질서를 넘어서는 원리나 국제정치적 고려가 투영되기도 한다. 하지만 국내법적으로 한정하면, 우리 헌법의 환경권이나 행복추구권 등을 위시한 국민주권주의와 평등권, 국제평화주의 등 기본권과 헌법정신을 기반<sup>11)</sup>으로 배출권거래제는 평가되고 해석되어야 할 것이다.<sup>12)</sup> 환경법은 헌법, 민법, 상법, 형법과 달리 단행법형태로 존재하는 것이 아니라 무수한 환경법령과 환경부 고시 등 행정규칙의 형식으로 존재하고 있다.<sup>13)</sup> 배출권거래법령은 무수한 환경법령중 하나이므로 헌법상의 원칙뿐만 아니라 환경법상의 기본원칙(원리)을 충실히 반영할 수 있도록 해석되고 집행되어야 할 것이다.

환경정책법상의 환경법의 기본원리로 언급되는 것 중에 민법이나 형법, 상법 등 다른 법분야와 진정으로 구별되는 환경법의 특유의 기본원리로 내세울 것이 무엇인지

10) 김성배, 기후변화대응 정책과 법제도 연구, 토지공법 제68집, 2015, 410면.

11) 배출권거래제와 헌법적 쟁점에 대해서 검토한 대표적 논문으로 한상운, 온실가스 배출권거래제의 헌법적 정당성에 관한 사례분석, 공법연구, 제39집 제2호, 2010, 440면 이하 참조.

12) 기후변화와 헌법상의 해석에 대해서는 김성배, 기후변화대응 정책과 법제도 연구, 토지공법 제68집, 2015, 390면 이하 참조.

13) 현재 환경부소관법령의 단순한 숫자는 171개에 이르고 법제처 분류상 환경분야로 분류되는 법령은 172개에 이르고 있다. 법제처 법령정보센터 참조 <http://www.law.go.kr/lsAstSc.do?menuId=9&tabNo=1#AJAX>

에 대한 고민은 계속되어야 하겠지만<sup>14)</sup>, 배출권거래제와 관련된 환경법상의 기본원리는 사전배려의 원칙, 협력의 원칙, 지속가능성의 원칙 등을 언급할 수 있다.<sup>15)</sup>

### (1) 사전배려의 원칙(Precautionary Principle)

사전배려의 원칙은 위험이 불확실한 경우에도 그 위험으로 인한 손해가 중대하고 회복할 수 없는 경우에는 그 위험이 확실하게 되기 이전에도 그 위험을 방지하거나 축소하는 사전배려조치를 취할 수 있다는 법원칙을 의미한다.<sup>16)</sup> 사전배려의 원칙은 사전예방의 원칙과는 구별되는 개념이며, 사전예방의 원칙은 환경정책기본법에도 규정되어 있지만 과연 환경법의 독자적인 특징적 기본원리가 될 수 있는지 개인적으로는 회의를 가지고 있다. 사전배려의 원칙은 과학적 불확실성이 존재함에도 불구하고<sup>17)</sup>, 최소한의 과학적 근거가 있다면, 중대한 환경피해나 인간의 생명과 인간의 삶에 영향을 주는 경우에는 미리 그 위험을 방지하거나 최소화하는 조치를 취할 수 있다는 환경법상의 특유의 원칙으로 자리 잡아 가고 있다. 사전배려의 원칙은 과학기술의 한계를 인정하는 것에서 출발하며 불확실에도 불구하고 환경이라는 중요한 법익보호를 위해서 기존의 권리제한이론이나 침해이론이 수정되어야 한다는 기본적 전제를 내포하고 있다.<sup>18)</sup> 배출권거래제를 해석함에 있어서 기후변화라는 인류에 대한 위협에 능동적으로 대처해야 하는 환경법상 기본원리는 바로 사전배려의 원칙이며, 기존의 다른 행정쟁송이나 분쟁과 달리 배출권거래제 관련 소송에서는 사전배려의 원칙을 염두에 두고 법제도를 설계하고 해석해야 한다는 점을 재판부는 인식하여야 할 것이다.

14) 환경법의 기본원칙은 환경법에 특유한 기본원칙이거나 적어도 다른 법분야보다는 더 강조되는 법원칙이어야 한다. 그러므로 원인자부담의 원칙은 환경법의 기본원칙이라기보다는 법의 일반원칙일 것이다. 만약 원인자부담의 원칙이 환경법의 기본원칙의 지위를 확보하려고 하면, 다른 법분야보다 강조되는 원칙이거나 특유한 점이 존재하여야 한다. 최근에는 환경법의 기본원칙을 재검토하려는 저자의 주장과 유사한 주장이 등장하기도 한다. 김환학, 환경행정법의 기본원칙에 대한 재검토, 공법연구 제40집 제4호, 2012, 119면 이하.

15) 김성배, 토양오염사건과 환경정의, 환경법연구 제35권 2호, 2014, 46면. 각주66번 참조

16) 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2015, 64면.

17) 류권홍, 국제환경법상의 사전배려의 원칙, 원광법학, 제23집 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2007, 121면

18) 사전배려의 원칙의 발전과 수용에 대한 소개와 적용요건을 분석한 논문으로는 박종원, REACH 규칙과 사전배려원칙, 환경법연구, 31권3호, 한국환경법학회, 2009, 112면 이하 참조

## (2) 협력의 원칙

환경법분야는 다양한 이해관계자가 존재하며, 환경피해는 종종 시차를 두고 심각한 피해를 야기하지만, 가해자와 피해자가 명백하게 규명되지 않으며 중국에는 모두가 환경피해로 인해 영향을 받는다는 점에서 다른 법분야보다 더 적극적인 협력이 필요하게 된다. 또한 전통적인 명령·통제방식(commend and control)적 행정통제방식의 환경행정의 접근은 한계가 있게 된다. 결국, 잠재적 가해자이자 피해자인 사업자, 환경보호와 환경정책수립과 집행의 책임을 진 행정기관<sup>19)</sup>, 다양한 환경오염을 유발하면서 중국적인 환경피해의 객체가 되는 국민뿐만 아니라 각종 사회단체나 국경을 넘어선 국가 간의 협력 및 국제단체와의 협력이 필요하게 된다. 소위 말하는 거버넌스적인 접근<sup>20)</sup>이 필요한 것이 환경법분야이며 특히 배출권거래제의 경우에는 당장 배출권거래제의 도입으로 인하여 경제적 압박이나 경제적 피해가 예상되는 경제계의 참여가 거버넌스적 차원차원에서 입법전 단계에서부터 집행의 단계에 이르기까지 중요하게 된다. 물론, 거버넌스적 접근이 전통적인 행정법(공법)이 출발점으로 삼은 법치행정을 약화시킬 수 있다는 우려는 존재하지만<sup>21)</sup>, 배출권거래제소송에 있어서도 전통적인 법해석학적 법치행정원리가 아닌, 거버넌스적 접근과 과정에서 참여와 토론의 질로서 배출권거래제도나 처분의 위법성을 평가해야 할 부분이 분명 존재한다는 것을 염두에 두어야 할 것이다.<sup>22)</sup>

## (3) 지속가능성의 원칙

- 19) 협력의 원칙이 적용된 사례를 분석한 논문에서는 광명시와 서울시 구로구간의 쓰레기소각장설치건을 예로 들고 있다. 윤영채, 환경정책의 기본원칙과 관련사례 연구, 사회과학연구, 충남대학교 사회과학연구소, 2007, 84-85면.
- 20) 정치학이나 사회학에서는 거버넌스에 대한 논의가 많이 성숙되어 있지만, 독일식 개념법학에 익숙한 문화에서는 거버넌스라는 개념과 분석이 이질적일 수도 있다. 국내 공법학자중에서 거버넌스와 공법이론의 분석을 시도한 대표적 논문으로 전광석, 공공거버넌스와 공법이론, 공법학연구, 제38집 제3호, 2010, 165면, “역동적 거버넌스이론이 규범적 기초를 상실하거나 이탈하는 경우 근대 헌법의중요한 성과인 가치의 안정성과 통치의 제도화가 상실된다는 위협에 대한 인식이 필요”하다고 밝히고 있다.
- 21) 거버넌스와 법치주의를 분석한 글로는 차동욱, 의회민주주의, 법치주의, 그리고 거버넌스적 참여, 정치와 평론, 제2권, 한국정치평론학회, 2008, 51면 이하 참조.
- 22) 협력의 원칙은 배출권거래제가 시작되는 녹색성장기법의 기본원칙중 하나로 채택되어 있다. 녹색성장기본법 제3조(저탄소 녹색성장 추진의 기본원칙) 8. 정부는 국민 모두가 참여하고 국가 기관, 지방자치단체, 기업, 경제단체 및 시민단체가 협력하여 저탄소 녹색성장을 구현하도록 노력한다.

지속가능성의 원칙은 대체로 지속가능한 개발 내지 발전(Sustainable Development Principle)으로 소개하는 원칙을 의미하지만 개발에 방점을 찍는 것이 아니라 환경에 방점을 찍거나 적어도 경제발전과 환경사이의 균형을 현재적 관점뿐만 아니라 미래적 관점에서도 맞추는 원칙이다.<sup>23)</sup> 일반적으로 지속가능한 발전은 환경의 향유 또는 자원이용에 있어서 세대 간의 형평성의 보장, 현 세대에 있어서 개발과 환경의 조화를 내용으로 하고 있다고 소개된다.<sup>24)</sup> 환경법상 지속가능한 개발개념이 들어 온 것도 경제발전과 환경의 조화를 이루고자 하는 의도에서 들어 온 것인데, 지속가능한 발전이 1987년 4월 세계환경개발위원회가 우리의 공동의 미래라는 보고서를 발표할 당시에는 매우 추상적이었고 국제적 합의도 없었지만 2002년 남아프리카 공화국 요하네스버그에서 열린 지속가능한 발전에 관한 정상회의에서 지속가능한 발전의 주요한 요소가 경제, 환경, 사회라고 제시하였다.<sup>25)</sup> 배출권거래제는 국제경제협력확보차원의 경제발전과 전 지구적 기후변화대응이라는 환경보호 그리고 시민사회의 참여를 전제로 한 가버너스적 구조에서 마련된 제도이므로 지속가능성의 원칙도 중요한 제도 해석과 법적용원리로 작용해야 한다.

### 3. 현행 배출권거래법상의 원칙

현행 배출권거래법은 제3조에서 명시적으로 5가지 기본원칙을 천명하고 있으며, 정부는 배출권의 할당 및 거래에 관한 제도를 수립하거나 시행할 때 5가지 기본원칙에 따르도록 하고 있다.

#### (1) 국제협약의 준수와 국제협상고려

「기후변화에 관한 국제연합 기본협약」 및 관련 의정서에 따른 원칙을 준수하고, 기후변화 관련 국제협상을 고려할 것을 규정하고 있다. 기후변화에 관한 국제연합

<sup>23)</sup> 김광수, 지속가능사회의 법해석과 사법, 환경법연구, 제37권 3호, 한국환경법학회, 2015, 85면 개발과 보전의 조화를 강조하고 있다.

<sup>24)</sup> 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2015, 7면.

<sup>25)</sup> 김성배, 녹색성장과 지방자치법제에 대한 공법적 고찰, 법학논고 제33집, 경북대학교 법학연구소, 2010, 212-213면 참조

기본협약 및 의정서의 원칙을 준수하는 것은 본 조항이 아니더라도 헌법 제6조의 국제조약의 효력조항이나 국제법규의 국내법적 효력을 인정하는 학설을 근거로도 충분히 도출될 수 있는 당연한 조항이다. 하지만, 기후변화 국제협상을 고려할 것이라고 한 것은 분명히 2중적 의미가 담겨 있다. 즉, 수출위주의 산업구조를 갖고 있는 우리나라가 기후변화대응을 이유로 국제협상의 기준보다 더 엄격하고 강력한 온실가스감축을 할 필요가 없다는 현실 정치적 고려가 투영된 조문이다. 본 사건과 같이 배출권할당이 쟁점이 된 사건에서도 국제협약의 준수와 국제협상의 정도와 국제적 상황을 고려해야 한다는 것이다.

## (2) 경제부분의 국제경쟁력고려

배출권거래제는 탄소세와 같은 전통적인 명령·통제수단은 아니지만, 개별 기업이나 산업부분에는 상당한 부담이 될 수 있는 제도이므로 지나치게 낮은 무상할당비율이나 유상할 당시 높은 기준가격이 제시되어 산업계에 부담이 되거나 국제경쟁력약화로 이어지는 것을 방지위해 들었던 조문으로서, 배출권을 산업별로 할당하거나 개별기업에 할당하는 기준을 세울 때도 고려할 요소 중 하나가 된다.

## (3) 시장기능의 최대한 활용

배출권거래제가 조기에 안착하고 원제도 설계시 제시된 방향으로 제도가 작동되기 위해서는 감축된 온실가스배출량이 시장에서 안정적으로 거래되어야 하고 그 가격이 시장메커니즘에서 확정되어야 한다. 무상할당비율이 높으면 높을수록 시장기능을 활용한 감축목표달성은 요원해지므로 본 원칙을 감안하면 무상할당비율을 최소화하지만 경제부분의 국제경쟁력을 고려해야 한다는 결론으로 귀결된다. 그런데 시장기능의 최대한 활용은 본 사건과 같이 개별 기업에 배출권을 할당하는 단계에서는 상관관계가 떨어지는 원칙이다.

## (4) 공정하고 투명한 거래

배출권의 거래가 일반적인 시장 거래 원칙에 따라 공정하고 투명하게 이루어지도록 배출권의 할당과 제도운영을 해야 한다. 배출권의 할당보다는 향후 탄소시장의 운영과

관련된 기본원칙이다.

#### (5) 국제적 기준에 적합한 정책운영

배출권거래제는 건정하고 활력 있는 국내 거래시장의 성립을 기반으로 온실가스 감축목표를 효과적으로 감축하는 것이 목표이지만, 탄소거래시장은 국제적 거래의 영향을 받지 않을 수 없으며 국제시장의 거래와 연계하는 것이 중요하기에 도입된 원칙으로 개별기업에 배출권을 할당하는 시점과는 거리가 존재한다.

#### (6) 소결

「배출권거래법」은 제1조 목적에서도 밝히고 있듯이 「녹색성장기본법」이 온실가스 배출권을 거래하는 제도를 도입하였기에 입법된 것이며, 궁극적인 목표는 국가의 온실가스 감축목표를 달성하는 것이다. 「배출권거래법」상의 기본원칙 중 배출권의 할당과 관련된 원칙은 국제적 원칙을 준수하고 기후변화관련 국제협상을 고려할 것, 그리고 경제부분의 국제경쟁력에 미치는 영향을 고려하는 것 등이다. 결국 배출권거래법시행령과 각종 관련 고시에서 상위법상의 고려원칙을 반영하였는지를 심사하여야 한다는 것이 된다.

### 4. 배출권할당에서 고려되어야 하는 원칙

#### (1) 배출권할당과 계획들의 특징

배출권거래제는 개별 기업에 배출권이 할당이 되는 시점에서 구체적으로 법적 쟁점화 되고 소송이 제기되는 등 문제가 되겠지만, 배출권거래제는 단순히 국내법적 차원이 아니라 국제적 협약과 이행 그리고 국제적으로 합의되고 제시된 감축목표의 달성이 중요하므로 개별 업체에 배출권을 할당하는 시점이 아니라 배출권거래제 기본계획을 수립(법 제4조)하거나 국가 배출권 할당계획을 수립(법 제5조)하는 단계부터 중요함을 지니게 된다. 즉 배출권거래제 기본계획에서 경제성장과 부문별·업종별 신규 투자 및 시설확장 등에 따른 온실가스 배출 전망에 관한 사항, 국가온실가스감축목표를 고려한 배출권거래제 계획기간의 운영에 관한 사항이 포함되며, 특히 국가 배출권

할당계획을 수립할 때 이행연도별 배출권의 할당기준 및 할당량에 관한 사항, 부문별·업종별 배출권의 할당기준 및 할당량에 관한 사항 등 개별 업체의 할당의 중대한 한계가 되는 사항들이 결정되어 진다. 또한 부문별·업종별 배출권의 할당기준 및 할당량이 먼저 결정되기 때문에 특정 개별기업의 할당량조정은 바로 다른 기업의 할당량조정으로 연계되어 있어서, 마치 경업자 관계와 유사한 관계를 나타내는 특징이 있다.<sup>26)</sup> 다만, 개별기업할당이 취소된다고 하더라도 그 취소된 할당량이 다른 기업의 할당량증가로 바로 연결되지는 않기에 전통적인 경업자 관계를 형성하지는 않는다.

## (2) 명확성과 예측가능성의 확보

배출권거래제는 아직 도입되어 시행되는 초기 단계이며, 기업의 입장에서는 결국 배출권거래제의 도입은 비용이며, 또 다른 형태의 광의의 규제에 받아들이기 때문에 할당량의 배분의 기준을 명확히 하고 기업들이 예측가능한 형태로 고시하고 정보를 순환시킬 필요성이 존재한다.

## (3) 형평성의 확보

국가온실가스감축목표를 고려한 총배출허용량을 설정하면, 그 총배출허용량 안에서 산업별·부분별·업종별 할당량에 관한 사항이 결정되어지므로 중간단계에서는 산업별·부분별·업종별로의 형평성이 문제될 뿐만 아니라, 배출권을 개별 기업이 할당하는 단계에서는 동일업종간 개별기업의 형평성문제는 끊임없이 제기될 수 있는 문제이므로 배출권의 할당에 있어서 형평성을 도모할 장치가 마련되어야 하며, 배출권 제도를 설계할 때는 물론이고 시행하고 해석하는 단계에서도 형평성은 중요한 요소로 고려되어야 한다.<sup>27)</sup>

형평성을 확보하는 방식중에 하나가 배출권제도를 설계함에 있어서 관련 산업체를

26) 배출권거래제는 아니지만, 이동통신사업용주파수의 할당을 둘러싼 경업자 소송의 가능성을 검토한 논문이 있다. 계경문, 이동통신사업용주파수의 할당을 둘러싼 경업자 소송의 가능성, 외법논집, 제27집, 2007, 701면 참조.

27) 형평이라는 개념은 중요한 법의 정신이지만 다의적으로 해석될 수 있는 개념이다. 배출권거래제와 과 형평을 다각도에서 검토한 논문이 존재한다. 윤효영, 배출권거래제도, 한국경영법률학회, 제24집, 2013, 17면 참조.

단순한 피규제자 아니라 제도를 설계하는 설계자로 능동적으로 참여시키고 객관성을 확보할 수 있는 기준을 마련하는 것이 중요하다. 즉 배출권할당처분의 분쟁에 있어서도 할당기준의 형평성과 객관성이 있는지는 제도설계과정의 참여와 객관적 자료의 활용 및 기준의 공표여부를 중요한 기준으로 삼아야 할 것이다.

#### (4) 방관자의 비극에 대한 대처

배출권거래제에 대하여 방관자로서 일관하여 방관자의 비극이나 공유지의 비극<sup>28)</sup>이 발생되지 않도록 제도가 운영되어야 할 것이다. 즉, 배출권거래제는 목표가 아니라 경제적 유인을 기반으로 한 온실가스 감축 수단으로 채택된 제도라는 것을 인식해야 한다. 배출권거래제는 온실가스의 효과적 저감달성이 목표이므로 배출권을 지나치게 무상으로 할당할 수도 없으며 ‘공기’는 무상이었으며 공유물이므로 ‘배출의 권한’도 기본권으로 존재하였다는 주장도 배출권거래제에서는 수용하기 힘들다. 배출권거래의 성패는 진지한 참여를 바탕으로 한 상호신뢰의 구축이다.

#### (5) 객관적·신뢰가능한 측정·보고·검증시스템

배출권의 할당의 기준을 적용함에 있어서 객관적·신뢰가능한 자료가 필수적이며 허용량의 사용에 대한 측정·보고·검증확정(MRV)<sup>29)</sup>은 상호신뢰의 전제가 되는 중요한 메커니즘이다. 사업자측면에서는 기존에는 아무런 대가없이 배출하던 온실가스나 전기료만 지불하고 사용하던 전력사용에 대하여 온실가스배출허용량이라는 새로운 규제가 도입되었다고 인식하면서 각자 경제적 이윤의 추구를 위하여 국가경쟁력이나 기업경쟁력확보라는 미명아래에서 온실가스배출저감량을 자의적으로 조작하거나 기존의 실적을 부풀릴 가능성이 존재한다. 그래서 공신력 있는 제3의 기관에 의한 온실가스 할당량의 전제조건들과 저감량 등을 객관적으로 측정하고, 그것이 환경부등

<sup>28)</sup> 공유지의 비극도 존재하지만, 사유화의 비극도 존재한다. 배출권거래제는 공유제의 비극에서 사유제의 비극이 초래될 수 있다는 주장이 제기된다. 김윤상, 공유지의 비극과 사유화의 비극, 국가정책연구, 제24집 3호, 중앙대학교 국가정책연구소, 2010, 89면 이하. “무엇보다도 큰 문제는 배출권거래제가 야기할 불로소득의 문제다.”

<sup>29)</sup> 측정·보고·검증제도의 내용에 관한 상세한 소개는 조현진, 배출권거래제 도입의 선결과제, 법학연구, 제23권2호, 연세대학교 법학연구원, 2013, 106면 이하 참조.

관할행정청에게 적시에 보고되고 보고된 측정량은 검증될 수 있도록 하여야 하며, 개별 사업체별 형평성과 기준의 명확성을 제고하기 위하여 반드시 검증된 자료를 바탕으로 온실가스할당량이 결정될 수 있어야 한다. 결국, 개별 소송에서 객관적·신뢰가능한 자료를 바탕으로 행정청의 할당량 결정이 이루어졌는지를 수소법원은 심사하여야 하며, 할당량을 신청한 개별 사업체가 법령에 따라 객관적·신뢰가능한 자료를 충실히 제출했는지 여부를 판단해야 할 것이다.

## (6) 사법심사의 한계

배출할당량의 결정과정에는 국제적 합의나 국제적 동향을 고려하는 국제정세적 판단과 국가경쟁력 및 기업경쟁력에 대한 고려라는 정책적인 판단뿐만 아니라, 온실가스배출허용량을 배분하기 위한 기준을 각 산업별·부분별로 마련한다는 것은 고도의 과학적·기술적 판단이 작용하게 된다. 전통적 행정법영역에서는 법규명령과 행정규칙을 구분하고 있으며 행정규칙에 대해서는 대사인적 효력이나 재판규범의 성격을 부인하고 있으며 예외적으로 독일계통의 규범구체화적 행정규칙론<sup>30)</sup> 혹은 법령보충적 행정규칙을 통한 규범력을 인정하고 있다.<sup>31)</sup> 그런데, 배출권의 할당에 있어서 헌법을 위시한 「녹색성장기본법」, 그리고 「배출권거래법」과 같은 형식적 법률이 법률우위의 효력을 가지고 있지만 배분과 필요한 실질적이고 구체적 기준들은 기존의 법규명령 형식에 담아내기가 입법기술상 불가능하거나<sup>32)</sup> 전문적·기술적 내용이라서 관련전문가들조차도 이해의 폭이 상이할 수 있는 부분이 다수 존재한다. 결국 이런 부분의 사법심사는 기존의 행정법이론에 의한 심사라기보다는 행정규칙형식이거나 비전형적

30) 규범구체화적 행정규칙과 법령보충적 행정규칙을 구분하지 않는 견해도 존재하며, 엄격히 구분하는 견해도 존재한다. 구분하는 견해는 통상 법령의 명시적 위임에 따라서 훈령, 고시 등의 행정규칙의 형식을 취하는 경우를 법령보충적 행정규칙이라고 칭하고 있다. 송동수, 규범구체화 행정규칙과 법규법체계의 정비, 토지공법연구 제39집, 2008, 289면 이하.

31) 법령보충적 행정규칙의 용어와 이에 대한 도피현상의 문제점을 지적하는 논문도 존재한다. 김해룡, 행정법규법체계연구 I, 공법연구 제35집 제3호, 2007, 225면. “행정규칙제정에서의 탈피현상”, 즉 의회나 행정기관이 엄격한 절차규정이 요구되는 법규명령의 제정 대신에 비교적 제정절차가 간소하고, 그 개폐가 쉬운 행정규칙으로 제정하고자 하는 유희를 불러일으키는 현상으로서 우려되는 점이다”

32) 예를 들면, 다수의 배출권관련 고시중 하나인 온실가스·에너지 목표관리 운영 등에 관한 지침의 별표16의 내용만 A4 253면에 이를 정도로 방대하고 기술적이고 전문적인 상세한 내용을 담고 있다.

인 행정입법형식이라고 하더라도 그 기준 도출과정의 정당성과 합리성 그리고 투명성·참여가능성 등을 가지고 심사할 수밖에 없을 것이다.<sup>33)</sup>

### (7) 온실가스허용량연결성(배출량생태계)

기업체에서는 개별기업에 할당된 온실가스허용량을 다투는 행정쟁송을 제기하겠지만, 배출할당량과 관련된 쟁점은 배출권의 권리성 여부<sup>34)</sup>와 개별 배출허용량은 국가 내의 배출허용총량이 정해진 한도 내에서 상대적으로 결정될 수밖에 없다는 연결성고려와도 연결된다. 또한 개별기업의 경우 신청한 배출량보다 많게 배정받은 경우 재송하는 경우는 현실적으로 불가능하므로 결국 신청한 배출량보다 과소하게 배정받은 경우 행정쟁송을 제기하게 되는데, 결국 소송대상인 처분이 무엇이지도 쟁점이 될 수 있으며, 의무이행소송을 인정하지 않는 현행 판례의 태도에 비추어 신청한 배출량보다 적게 받은 부분을 다투기 위하여 신청량 보다 적은 부분을 대상으로 거부처분취소소송을 제기해야 할지, 할당된 배출허용량전체를 취소를 구하는 취소소송을 제기해야 할지도 문제가 된다. 결국, 편의상 배출허용량전체의 취소를 구하는 취소소송을 제기하게 되면, 수익적 행정처분에 해당하는 배출허용량 배분에 대하여 취소소송을 제기하는 것이 되므로 학설상·판례상 과소배정받은 부분을 배정받기 위한 목적으로 배정받은 부분의 취소를 구하는 것이 허용될지 여부도 쟁점이 될 수 있다. 무엇보다도 온실가스배출량은 총량이 정해진 테두리 내에서 객관적 기준이 마련되어 있지만 결국 개별기업별 상대적으로 배정될 수 밖에 없는 한계를 지니게 되며, 특정기업의 허용량을 사법부가 쟁송을 통해서 취소하게 되면 그 허용량이 다른 기업에게로 배정될 지 여부와 반대로 과소부분을 여유분이나 다른 기업에게 배정된 할당량에서 재분배할

33) 경제정책에 대한 사법심사의 기준을 제시하고 사법심사의 한계를 도출하는 논문으로 양천수, 경제정책에 대한 사법심사 가능성, 기준 및 한계, 공법학연구, 제11집 1호, 한국비교공법학회, 2010, 121면. 본 논문에서는 해석상의 한계, 권한상의 한계, 기능상의 한계를 언급하고 있다.

34) 배출권의 법적 성격은 학자들마다 ①권리, ②권한, ③제3의 존재 등 여러 견해가 제기되고 있고 아직까지 다수설이라고 평가받을 수 있는 의견은 형성되지 않고 있다. 미국은 대체로 배출권에 대한 재산권을 인정하지 않으려는 경향을 보이며, 프랑스는 탄소배출권을 동산의 일종으로 파악하고 있다. 독일에서는 권리성을 인정하는 견해와 부정하는 견해의 대립이 존재한다. 최봉경, 독일의 탄소배출권거래제도에 관한 소고, 환경법연구, 제32권1호, 2010, 446면; 최경진, 배출권거래에 관한 민사법적 연구, 가천법학, 가천대학교 법학연구소, 2013, 53면; 강현호, 탄소배출권거래제도에 대한 법적 고찰, 환경법 연구, 제32권 제2호, 한국환경법학회, 2010, 112면.

수 있는지도 쟁점이 될 것이다.

## IV. 직접배출과 간접배출에 관한 쟁점검토

위에서 언급한 환경법의 기본원리, 현행 「배출권거래법」상의 원칙 및 배출권할당에서 고려해야할 원칙 등을 감안하여 직접배출량과 간접배출량의 과소할당주장을 검토하도록 하겠다.

### 1. 직접배출과 간접배출의 구분의 근거와 합법성

본 사건의 원고는 자신의 직접배출량과 간접배출량이 과소산정되었다고 주장하였을 뿐만 아니라 간접배출량을 산정하는 방식을 직접배출량과 달리 규정한 것은 행정청의 재량권의 범위를 이탈·남용한 위법이 있다고 주장하였으므로 직접배출과 간접배출을 구분하는 법적 근거와 합법성을 검토해야 한다.

「배출권거래제법」에서는 직접배출과 간접배출을 따로 정의하여 구별하고 있지 않은 것처럼 보이지만, 「녹색성장기본법」 제2조 10호는 “온실가스 배출”이란 사람의 활동에 수반하여 발생하는 온실가스를 대기 중에 배출·방출 또는 누출시키는 직접배출과 다른 사람으로부터 공급된 전기 또는 열(연료 또는 전기를 열원으로 하는 것만 해당한다)을 사용함으로써 온실가스가 배출되도록 하는 간접배출을 말한다.”고 규정하여 ①사람의 활동에 수반하여 발생하는 온실가스를 대기 중에 배출·방출 또는 누출시키는 직접배출과 ②다른 사람으로부터 공급된 전기 또는 열을 사용함으로써 온실가스가 배출되도록 하는 간접배출로 구분하고 있다. 또한 배출권거래법 제2조 2호에서 “온실가스 배출이란 기본법 제2조제10호에 따른 온실가스 배출을 말한다.”라고 규정하고 있다. 즉 직접배출과 간접배출은 배출권거래제를 도입하기로 결정한 녹색성장기본법에서 출발하는 구분이다. 녹색성장기본법에서 도입한 목표관리제의 운영을 위해서 마련된 「온실가스·에너지 목표관리 운영 등에 관한 지침(이하 운영지침)」 제85조 제2항에서 관리업체는 온실가스 직접배출과 간접배출로 온실가스 배출유형을 구분하여 온실가스 배출량 등을 산정하도록 하였다.

결국, 관련 법률에서 직접배출과 간접배출을 명시적으로 구분하고 있는 이상, 상위 법령에서 직접배출과 간접배출을 구별하여 측정·산정하는 것을 금지하고 있지 않기 때문에, 행정청은 하위 행정입법이나 고시 등을 통해서 직접배출과 간접배출량 산정을 달리 정할 수 있지만 그 구별의 합리성을 입증하면 될 것이다.

## 2. 직접배출의 과소배출에 대한 검토

「배출권거래법」 제12조(배출권의 할당) 제2항은 할당의 기준으로 8가지를 사항을 예시하면서 구체적인 고려사항은 대통령령으로 위임하고 있으며 시행령 제12조 제1항은 법률에서 제시된 사항 및 대통령령에서 새롭게 제시된 8가지 사항을 고려하여 할당대상업체별 배출권 할당량을 결정하도록 하고 있다. 결국 환경부장관에 의한 배출권 할당에 대한 다툼은 환경부장관이 가진 재량권행사의 일탈·남용을 심사하는 것인데, 그 기준은 배출권거래법 제12조 제2항의 사항과 시행령 제12조 제1항의 각 사항을 환경부장관이 모두 고려해서 개별 사업체에 배정하였는지가 쟁점이 된다. 그런데, 시행령 제12조 제2항은 배출권 할당량의 산정 방법 등에 관한 세부 사항은 관계 중앙행정기관의 장과의 협의를 거쳐 주무관청이 정하여 관보에 고시하도록 하고 있다. 결국 실질적으로 개별 할당을 결정하는 기준과 공식은 고시의 형태로 마련되어 있다는 것이다. 전통적 행정법이론에는 고시는 대세적 효력이 부인되는 행정규칙으로 분류되지만 기술적·전문적 분야나 법령에 근거가 있는 경우에는 규범구체화적 행정규칙으로서 법규성을 인정받고 있는 실정이다. 법령보충적 행정규칙 혹은 규범구체화적 행정규칙을 인정하던지, 나아가서 행정규칙(고시)의 재판규범성을 인정하던지 학술적 쟁점과 상관없이 실무적 관점에서는 마련된 고시가 합리적인지, 어떤 방식에 의해 마련되었는지, 투명성과 객관성이 보장되었는지가 여부에 따라서 그 효력을 인정하거나 부인하게 될 것이다. 기존의 판례이론에 따르더라도 배출권할당의 기준을 마련한 고시는 단순히 행정부 내부적 효력만 있는 행정규칙이 아니라 대세적 효력이 인정되는 법규명령적 효력을 지닌다고 인정될 것이다.<sup>35)</sup> 즉, 시행령 제12조 제2항에 근거하여

35) 미국에서는 행정재량의 통제에 있어서 법률의 해석문제에 대해서는 Chevron원칙이 적용되며, 행정입법에 대해서는 Skidmore준증이 적용된다. 김성배, 최근 미국 행정판례의 동향 및 분석 연구, 한국행정관례연구회, XIX-2, 2014, 232면 참조. 한국식 Chevron원칙의 개발을 주장하는

환경부장관이 고시한 「할당지침」의 전체의 법규성여부를 따지는 것이 아니라, 쟁점이 된 조문에서 합리적 이유가 존재하는지, 고시가 객관적이고 개방적이며 투명한지를 판단할 것이다.

배출권의 구체적 할당은 법기술적으로 법률이나 시행령에 담기에는 부적절한 부분이 분명히 존재한다. 결국 시행령의 위임을 받아 마련된 고시에서 구체적 할당기준과 산정방법이 결정되는데 대부분 소송에서 이 기준과 산정방법이 명시적으로 상위법에 반하는 지가 쟁점이 아니라 합리성이 있는 기준인지 구체적 타당성을 도모한 기준과 산정방법인지가 쟁점이 될 것이다.

그래서 재판부는 고시의 법규성이 있는지를 이론적으로 먼저 판단하는 것이 아니라, 고시를 기준으로 할당량을 배분하는 것을 검토하여 합리적 기준인지를 판단하게 될 것이다.

환경부의 담당공무원의 측면에서는 비록 고시가 이론상 내부적 효력만을 지닌다고 하더라도 구체적 할당량을 결정할 때 관련 고시와 지침을 적용하여 할당량을 결정할 수밖에 없다.

2013. 9. 13. 가동을 시작한 시설의 경우 직접배출량을 측정할 때, 증설된 당해 월을 계산식에 포함할지 여부가 쟁점이 된다. 담당공무원의 경우 9. 13.부터 9. 30.까지의 A회사의 배출량을 도출한 다음, 증설된 시설이 가동되지 않은 12일 동안의 배출량을 계산하기 위해서 그 총량을 일일 배출량으로 환산하기 위하여 18일로 나누었으며 다시 도출된 일일 배출량 X 12일로 계산하여 12일간의 배출량을 도출하였다.

담당 공무원이 이런 복잡한(?) 계산방법을 사용한 이유는 2013년에 증설된 시설의 경우 배출권 할당신청시점인 2014년 10월경 제3의 기관에서 검증된 객관적 연평균자료를 확보할 수 없어서 가동개시일 이후의 월평균 배출량을 활용한 연 온실가스 배출량을 기준으로 배출량을 산정한 것이다. 지침 제10조 제1항 1호 마목은 “기준연도의 마지막 연도에 증설된 시설: 해당 시설의 기준연도 **마지막 연도의 월평균 온실가스 배출량을 활용한 연(年) 온실가스 배출량**(다만, 할당대상업체가 제5조제2항제4호에 따른 증빙자료를 제출한 경우에는 기준연도 직후 연도의 연속되는 3개월 이상의 월평균 온실가스 배출량을 활용한 연(年) 온실가스 배출량으로 산정할 수 있다)”고 규정하

논문으로는 허성욱, 행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고, 공법연구 제41집 제3호, 2013, 527면 이하 참조.

고 있다. 그런데 지침도 마지막 연도의 월평균 온실가스 배출량을 어떻게 산정하는지 침묵하고 있기 때문에, 결국 본 사건에서는 9.13.에 가동을 시작한 증설시설에 대한 월평균 온실가스 배출량을 계산함에 있어서, 가동개시된 날이 매월 1일 0시가 아닌 이상, 그 증설된 날이 속하는 달을 제외하고 계산해야 하는지가 문제가 된다. 법령과 지침에 규정이 명시적 규정이 없다면, 결국 모법의 취지와 본 제도의 취지를 감안한 합리적 기준이었던지를 검토해야 하는데, 9.13. 증설가동된 시설의 월평균 배출량을 산정하면서 환경부 공무원이 택한 방법은 합리적인 방법이라는 법원의 결론을 수긍이 간다. 또한 지침은 증설된 시설이 정상가동되지 않는 등 비정상적인 예외적 상태가 있을 수 있다는 점에서 예외를 마련하고 있다. 즉, 할당업체가 증빙서류를 제출하면 기준연도(2013) 직후 연도(2014)의 연속되는 3개월이상의 월평균 온실가스 배출량을 활용한 배출량을 활용한 연 온실가스 배출량을 산정할 수 있도록 했기에 구체적 타당성을 도모하는 조치를 마련했다고 평가된다. 결국, A회사의 경우, 가동개시후 비정상적 가동상황이 발생하였다면, 별도의 검증기관의 검증을 받은 2014년도의 연속되는 3개월 이상의 월평균 배출량을 제출하여서 자신들이 주장하는 배출허용량을 할당받을 수 있는 기회가 존재하였다는 것이다.

### 3. 간접배출량 과소산정에 대한 검토

#### (1) 간접배출량의 산정근거와 합법성

간접배출량의 산정방식은 「배출권거래법」이 시행된 이전에 「녹색성장기본법」에 의해 시행된 온실가스 배출 및 에너지소비에 관한 목표관리제가 시행된 시기(법 제42조)부터 사용된 방식이다.

녹색성장기본법 제42조와 동법 시행령 제30조 (관리업체에 대한 목표관리 방법 및 절차) 제31조(등록부의 관리)를 통해서 제34조의(명세서)를 보고하도록 하고 있었고 동시행령 제34조는 과거 3년간의 온실가스 배출량 및 에너지 소비량에 관한 명세서를 작성하여 검증기관의 검증 결과를 첨부하여 관할기관에 전자적으로 제출하도록 하고 있었다. 또한 동시행령 제34조 제5항은 시행령에 규정된 사항이외의 명세서의 작성 방법, 보고절차 등을 환경부장관이 정하여 관보에 고시하도록 하였다. 이에 따라

마련된 「운영지침」 별표 16에 따르면, 외부에서 공급된 전기사용에 따른 간접배출량의 산정·보고 범위는 배출시설 단위가 아닌 사업장 단위로 하고 전력량계가 부착되어 있는 배출시설의 경우 배출시설별로 전기사용량을 구분하여 보고할 수 있도록 하고 있었다. 간접배출량의 산정근거는 법령의 위임에 의해서 마련된 환경부 지침에 규정된 것이다. 고시된 환경부 지침의 법규성문제를 이론적으로 긍정할 수 있지만, 이론적으로 법규성을 부정한다고 하더라도 지침의 내용이 환경부장관의 재량권행사 범위 내라고 하면 위법한 재량권행사가 아니게 되어 합법적인 권한행사가 된다. 전문적 기술적 부분에 대한 법원의 심사는 결국 기준의 합리성 즉 적절한 이유와 근거가 제시되었는지가 중요한 기준이 될 것이다.

## (2) 미분리보고 전력사용시설과 분리보고 시설의 구분의 합리성

미분리보고 전력사용시설은 하나의 전력량계에 다수의 시설이 연결되어 전력사용량을 측정하는 시설을 의미하는데, 하나의 전력량계에 다수의 시설이 연결되어 있기에 미분리시설의 경우 분리시설과 달리 단순히 전력량계의 숫자가 증가하였다는 것이 특정시설의 증설의 증거라고 볼 수 없다는 현실적 한계가 존재한다.

「할당지침」이 간접배출량산정에서 미분리보고 사업장 단위의 전력사용시설과 분리보고 전력사용시설을 구분하여 예상 온실가스배출량 산정방법을 달리 한 것이 합리적(reasonable) 근거가 있는 선택인지가 쟁점이 되는데, 미분리 보고 전력사용시설은 배출시설별로 전력소비량을 측정할 수가 없어 특정 배출시설의 증설로 인한 전력소비량의 증가인지, 아니면 기존시설의 가동시간이나 효율 등의 변화로 생긴 전력소비량 증가인지를 객관적으로 증명하고 검증하기에 곤란하다는 현실적·실무적 상황을 고려한 선택이므로 표면적으로는 차별적 조치로 보일지 몰라도 환경부장관의 조치는 합리적 근거를 가지고 있으므로 재량권의 범위를 일탈·남용하였다고 판단하기 어렵다. 또한 「할당지침」이 예외적 상황을 대비하여 구체적인 타당성을 도모할 수 있는 규정(지침 제10조 제1항 제1호 마목 단서 등)을 두고 있어서 동 지침에 의한 할당이 비합리적이거나 재량권을 남용한 것이고 주장하기 힘들다.

## (3) 분리보고 전력시설판단과 증명책임

A회사는 □□번 시설이 분리보고 전력시설에 해당한다고 주장하였다. 분리보고 전력시설에 해당하려면, □□번시설이 분리보고 전력시설의 요건을 갖추어야 하지만 그러하지 못하였고, 설사 분리보고 시설에 해당한다고 하더라도 A회사는 □□번 시설에 대하여 증설 전후의 설계용량 증빙자료 등 개관적으로 증설을 입증할 자료를 제출하지 않았으므로, □□번 시설의 전력사용량이 증가하였기에 증설이라고 주장하는 A회사의 주장은 상관성이 떨어지므로 □□번 시설이 증설에 해당하지 않는다는 환경부장관의 결정은 위법한 결정이 아니다. 분리보고 전력시설이 되려면, 분리보고시설의 갖추어야 할 요건은 이를 주장하는 A회사가 증빙자료를 제출하는 등 적극적으로 입증했어야 할 부분이다.

#### (4) 미분리보고 전력시설에 대한 할당방식의 설명의무의 정도

A회사는 미분리보고 전력사용시설에 대한 할당량 산정방식이나 증설기준에 대해서 담당자로부터 충분한 설명을 듣지 못했다고 주장하지만, 일반적으로 법령과 법령에 근거를 가지고 고시된 지침이 마련되어 있고 지침에 규정된 사항에 대하여 특정한 개인에 대하여 구체적 설명의무가 행정청에게 부여되어 있다고 보기 어려우므로 A회사의 주장은 설득력이 약하며, 또한 인정사실에 비추어 보면, 상설협의체 제7차 분과 위원회에서 A회사는 오히려 자신에게 유리한 구체적인 검토의견을 제출한 것이 사실이므로 미분리보고 전력사용시설에 대한 할당량 산정방식을 인식하고 있었다고 판단하는 것이 합리적일 것이다.

#### (5) 증설요건 증빙자료 보완요구의 법적 성격

A회사가 □□번 시설의 설계용량 등 증설요건을 증빙하는 서류를 제출하지 않자 환경부장관은 증설증빙자료의 보완을 요청하였다. 이 보완요청이 □□번 시설에 대한 분리보고 시설로 변경하는 절차를 거칠 필요가 없이 증설이 가능하든 신뢰를 형성했다고 A회사는 주장하였다. 결국 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서 환경부장관이 한 증설요건 증빙자료 보완요구가 공적 견해표명인지 여부가 쟁점이 된다. 환경부장관이 한 ‘보완요청’은 공적견해표명에 해당할 수는 있지만, 과연 단순히 미제출된 서류를 보완하여 제출하라고 한 것이 본 사건에서 A회사가 주장하듯이 ‘□□시설에 대하여

분리보고 시설로 변경하는 절차를 거칠 필요가 없이 증설가능하다는 신뢰를 형성'할 수 있는 공적견해표명인지가 쟁점인데 판례는 일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는, 첫째, 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째, 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째, 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째, 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 마지막으로 위 견해표명에 따른 행정처분을 할 경우 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아니어야 한다(대법원 2001. 9. 28. 선고 2000두8684 판결, 2006. 2. 24. 선고 2004두13592 판결 등 참조)고 판단하고 있으며 신뢰보호의 요건의 하나인 행정청의 공적 견해표명이 있었는지의 여부를 판단하는 데 있어서는 담당자의 조직상의 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적인 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성 등에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다(대법원 1997. 9. 12. 선고 96누18380 판결 참조)고 판결하고 있으므로, A회사가 증빙자료 보강요구를 받았다고 해서 환경부장관이 증설을 인정하겠다고 한 취지의 신뢰를 형성했다는 주장은 신뢰가능성이 없다고 판단하는 것이 합리적인 것이다.

## V. 결론

본 사건은 배출권거래법이 시행되어 구체적인 배출권의 할당이 있는 후, 제기된 소송중에서 제일 먼저 확정된 판결이라는 의미를 가지고 있다. 본 소송에서 표면적인 쟁점이 되었던 것은 ①직접배출량 산정식의 오적용여부, ②증설된 시설에 대한 고려여부, ③신뢰보호의 원칙적용여부 등이었다.

본 사건의 쟁점이 된 구체적인 산정방식과 기준은 배출권거래법령과 녹색성장기본법령의 위임에 따라 환경부장관이 고시한 할당지침과 운영지침에 기반한 것이지만, 전통적인 행정법이론에 따라 행정규칙의 법규성여부를 직접적으로 다룬 것이 아니라, 본 사건의 법원은 할당지침이 정하고 있는 기준과 방식이 합리적인지, 구체적 타당성

을 도모하고 있는지, 그리고 원고인 A회사가 이런 내용을 알고 있었는지 등 현실적 기준을 대입하여 A회사에 대한 환경부장관의 할당량 배정처분은 재량권을 일탈·남용하지 않았다고 판단하였다. 이런 법원판단의 과정이나 결론에 필자는 동의한다. 다만, 신청한 허용량보다 적게 배정받은 경우, 과소배정된 할당처분에 대하여 취소소송을 제기할 것이 아니라 신청한 할당량중 배정받지 못한 할당량에 대하여 거부처분으로 구성하여 거부처분 취소소송으로 다루었어야 생각한다.<sup>36)</sup> 또한 예비적 청구로서 적극적 변경소송 혹은 의무이행소송을 주장해보는 것도 한 방법일 수 있다.<sup>37)</sup> 정확히 모르겠지만 환경부는 수익적 처분인 할당처분의 취소소송에 대해서 적극적으로 소의 이익의 부재를 이유로 소각하를 주장할 수도 있었겠지만, 유사한 소송이 다수 제기될 것이기에 조기에 배출권할당관련 소송을 종결하고 법적 안정성을 확보하고자 하는 측면에서 소송과정에서 적극적으로 주장하지 않았을 것으로 보인다. 또한 본 소송에서 재판부가 석명권을 행사하여 할당량 전체에 대한 취소소송을 제기할 것이 아니라 과소배정된 부분이라고 주장하는 부분에 대해서 거부처분취소소송으로 소변경하지 않고 재판을 진행하거나 소각하를 하지 않은 것은 거부처분취소소송의 경우는 원고의 입장에서 대상처분을 확정하기 용의하지 않았을 것이라는 점, 거부처분취소소송으로 진행하더라도 동일한 결론이 도출될 것이므로 소송경제상 이유로 전체할당처분 취소소송으로 진행하였다고 판단된다.<sup>38)</sup> 하지만, 배출권할당은 침익적 처분이 아니라 수익적 처분이므로 과소할당되었다고 주장하는 원고는 과소할당된 부분에 대해 할당처분이 있을 때, 신청한 부분중 반영되지 않은 부분에 대해서 거부처분취소소송을 제기해야 할 것이다. 본 소송의 경우에는 제소기간이 종료되는 마지막에 소송을 제기하였

36) 만약, 원고가 승소한다고 하여도 현행 소송제도하에서는 원고의 원래의도한 것처럼 과소할당받은 부분을 할당받을 수 있는 것이 아니라, 적지만 배정받은 부분이 취소되는 효과가 있으므로 법령개정등으로 인하여 원고가 당초 원했던 결과를 얻지 못할 뿐만 아니라 오히려 소송하기 전보다 더 못한 상태에 빠질 위험성도 존재한다.

37) 물론, 이론적으로 적극적 변경소송이나 의무이행소송이 가장 적합한 소송형태이지만, 현재 판례가 완강히 범정의항고소송을 인정하고 있지 않는 현실에서 소송을 맡은 실무변호사가 의무이행소송이나 적극적 변경소송을 제기하는 것은 거의 불가능에 가까운 모험일 수도 있다.

38) 원고가 수익적 처분에 대한 취소를 구하여 승소판결을 받으면, 기판력뿐만 아니라 기속력에 의해서 원고의 당초 소송의 취지를 감안하여 취소판결의 이유와 취지에 환경부장관은 기속되었지만 여전히 법령의 개폐나 사실관계의 변동 등으로 인하여 원고의 지위는 취약한 부분이 존재할 수 있다. 취소소송의 기속력에 대한 상세한 논의는 김창조, 취소소송에 있어서 판결의 기속력, 법학논고 제42집, 2013, 95면 이하 참조.

는데, 할당처분에 대해서 이의신청을 하였다고 하여도 제소기간의 기산은 원처분인 할당처분이 통지된 날부터 기산해야 될 것이므로 개별기업들은 이런 점을 고려해야 할 것이다.<sup>39)</sup>

본 사건의 판결의 영향은 개별 기업들에게 환경관련사건에서 정책이 마련되는 초기부터 법률전문가(실무가와 법학자)의 조력이 필요하다는 점을 인식시켰다는 것을 들 수 있다. 즉, 배출권거래제에 있어서 구체적 할당처분이 내려진 시점에서 행정쟁송을 제기해도, 기술적·전문적이 내용들이 구체적인 행정규칙이나 비전형적 행정입법의 형태로 마련되어 있고 이런 기준들이 상위법령에 위배되지 않고 절차적으로 정당성을 확보하는 방식으로 마련되었고 또한 업체등 산업계와 각종 전문가의 의견을 반영하여 마련된 것이라면 이런 기준에 대해 위법성을 주장하거나 재량권일탈·남용을 주장하기 힘들다는 것이다. 결국, 개별기업들은 자신에게 유리한 기준들이 반영되도록 제도 설계와 기준마련 시 적극적으로 참여해야 하고, 각종 신청이나 자료편성의 단계에서도 법률전문가의 검토를 받아서 향후 법률분쟁에 대비해야 한다는 것이다.

본 논문에서 상세히 다루지는 않았지만, 개별 기업이 배출권의 할당단계에서 구체적 할당량을 공격하여 원하는 것을 달성하는 것은 국제상황이나 국내 총감축량 등이 정해진 상황을 고려하면 힘들 것이다 또한 배출권거래제의 특수성을 고려하면, 행정청의 재량권일탈을 이유로 구체적 할당처분을 취소시키는 것은 사법부에 엄청난 부담이 될 것이다. 그래서 분쟁의 조기적 확정과 분쟁예방적 차원에서 할당계획이나 업종별·산업별 할당량이 정해지는 단계에서 할당계획이나 업종별 할당배정을 대상으로 소송을 할 수 있는 길을 열어 둘 필요성이 있으며, 그에 대한 전제요건으로 배출권거래제 소송에서 원고적격을 확대할 필요성이 존재한다.

논문투고일 : 2016. 3. 30. 심사일 : 2016. 4. 11. 게재확정일 : 2016. 4. 29.

<sup>39)</sup> 배출권법상의 이의신청은 행정심판에 해당하는 이의신청이 아니라 단순한 이의신청이며 배출권 거래법의 취지와 구조로 볼 때 이의신청의 거부를 기준으로 취소소송의 제소기간을 기산하는 것이 아니라 원래의 처분을 기준으로 제소기간을 산정해야 할 것이다.

## 참고문헌

- 강현호, 탄소배출권 거래제도에 대한 법적 고찰, 환경법 연구, 제32권 제2호, 한국환경법학회, 2010.
- 계경문, 이동통신사업용주파수의 할당을 둘러싼 경업자 소송의 가능성, 외법논집, 제27집, 2007.
- 김광수, 지속가능사회의 법해석과 사법, 환경법연구, 제37권 3호, 한국환경법학회, 2015.
- 김성배, 기후변화대응 정책과 법제도 연구, 토지공법 제68집, 2015.
- 김성배, 녹색성장과 지방자치법제에 대한 공법적 고찰, 법학논고 제33집, 경북대학교 법학연구소, 2010.
- 김성배, 배출권거래제와 지방자치단체의 대응, 공법연구 제38집 제1호, 2009.
- 김성배, 최근 미국 행정판례의 동향 및 분석 연구, 한국행정판례연구회, XIX-2, 2014.
- 김성배, 토양오염사건과 환경정의, 환경법연구 제35권 2호, 2014.
- 김창조, 취소소송에 있어서 판결의 기속력, 법학논고 제42집, 2013.
- 김해룡, 행정법규범체계연구 I, 공법연구 제35집 제3호, 2007.
- 김홍균, 배출권거래제와 한국에서의 적용 가능성, 법조, 50권12호, 2001.
- 김환학, 환경행정법의 기본원칙에 대한 재검토, 공법연구 제40집 제4호, 2012.
- 류권홍, 국제환경법상의 사전배려의 원칙, 원광법학, 제23집 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2007.
- 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2015.
- 박종원, REACH규칙과 사전배려원칙, 환경법연구, 31권3호, 한국환경법학회, 2009.
- 송동수, 규범구체화 행정규칙과 법규범체계의 정비, 토지공법연구 제39집, 2008.
- 양천수, 경제정책에 대한 사법심사 가능성, 기준 및 한계, 공법학연구, 제11집 1호, 한국비교공법학회, 2010.
- 윤영채, 환경정책의 기본원칙과 관련사례 연구, 사회과학연구, 충남대학교 사회과학연구소, 2007.
- 윤희영, 배출권거래제도, 한국경영법률학회, 제24집, 2013.
- 전광석, 공공거버넌스와 공법이론, 공법학연구, 제38집 제3호, 2010.

- 조현진, 배출권거래제 도입의 선결과제, 법학연구, 제23권2호, 연세대학교 법학연구원, 2013.
- 조홍식, 우리나라 기후변화대책법의 전망, 환경법연구 30권2호, 한국환경법학회, 2008.
- 차동욱, 의회민주주의, 법치주의, 그리고 거버넌스적 참여, 정치와 평론, 제2권, 한국정치평론학회, 2008.
- 최경진, 배출권거래에 관한 민사법적 연구, 가천법학, 가천대학교 법학연구소, 2013.
- 최봉경, 독일의 탄소배출권거래제도에 관한 소고, 환경법연구, 제32권1호, 2010.
- 한상운, 온실가스 배출권거래제의 헌법적 정당성에 관한 사례분석, 공법연구, 제39집 제2호, 2010.
- 허성욱, 행정재량에 대한 사법심사기준에 관한 소고, 공법연구 제41집 제3호, 2013.

**[Abstract]****Case Analysis on the Allocation of Greenhouse-Gas Emission Permits****- 2015GUHAP55592 Decision -**

Kim, Sung Bae

(Professor, Kookmin University)

Emission of greenhouse gases was prescribed on Framework Act on Low Carbon, Green Growth BON, Which is both direct emission of greenhouse gases, which emits, discharges, or leaks greenhouse gases generated as a consequence of human activities, and indirect emission of greenhouse gases, which discharges greenhouse gases by using electricity or heat (limited to those from a heat source generated with a fuel or electricity) supplied by another person. To achieve national targets for reducing greenhouse gas effectively Korean government adopts a system for trading greenhouse-gas emission permits through market mechanisms pursuant. 2015GUHAP55592 case (Minister of Environment Department v. H Steel Co.) is related to the allocation of greenhouse-gas emission permits. Plaintiff argue that the minister misunderstand the law and applied wrong formula calculation so that she got less emission permits. The Government shall comply with the following fundamental principles when it establishes or implements a system for the allocation and trading of emission permits ①The Government shall comply with the principles set forth in the United Nations Framework Conventions on Climate Change and relevant protocols and shall consider international negotiations on climate change; ②The Government shall consider the impact of an emissions trading system on the international competitiveness of economic sectors; ③The Government shall make the most of market mechanisms to achieve national greenhouse gas reduction targets effectively; ④The Government shall ensure that emission permits are traded in a fair and transparent manner in accordance with general trading rules; ⑤The Government shall implement policies in conformity with international standards, considering the link with international carbon

markets. The Government shall establish a ten-year master plan for the emissions trading system (hereinafter referred to as “master plan”) every five years, which shall define the objectives of, and basic direction for, medium- to long-term policies on the emissions trading system. (2) Master plans shall include the following: ①Matters regarding the current status and projections for the domestic and international markets for the emissions trading system; ② Matters regarding the basic direction for the operation of the emissions trading system; ③matters regarding the operation of commitment periods for the emissions trading system, considering national greenhouse gas reduction targets; ④Matters regarding projections for greenhouse gas emissions produced as a consequence of economic growth, new investment in each sector and type of business, and the expansion of facilities (referring to places of business producing greenhouse gases or part of such places of business; hereinafter the same shall apply); ⑤Matters regarding economic implications, such as the fluctuation of prices of energy and other commodities following the operation of the emissions trading system; ⑥Matters regarding measures for supporting domestic industries, considering international trade intensity, carbon intensity, etc.; ⑦Matters regarding schemes for the link with international carbon markets and international cooperation; ⑧Other matters regarding the effective operation of the emissions trading system, including financing, the nurturing professional human resources, education, and public relations, etc.

**주 제 어** 배출권거래제, 배출권 할당, 할당처분, 국가계획, 온실가스, 배출권거래법, 신기후체계

**Key Words** Carbon emission, Greenhouse-gas, Trading system, Emission of greenhouse gases, Allocation, National Plan, New Climate Change