

배출권의 정의 및 재산권성에 대한 법적 고찰

강 현 호*

차 례

- I. 서설
- II. 온실가스목표관리제와 배출권거래제도
- III. 배출권할당거래법(안)의 제정
- IV. 배출권의 법적 의미
- V. 배출권의 재산권성
- VI. 배출권 할당과 법치국가원칙의 요청
- VII. 결론

[국문초록]

교토의정서를 기점으로 온실가스의 배출권을 거래하는 체제가 전세계적인 차원에서 한단계 한단계 나아가고 있다. 우리나라도 이에 발맞추어 배출권거래제도를 도입하고 배출권할당거래법(안)까지 마련하게 되었다. 다가오는 2013년 혹은 그 얼마 후부터 세계 8위의 이산화탄소 배출국이자 OECD 회원국인 우리나라는 국제 질서에서 차지하는 위상이나 기술의 발전 정도를 고려할 때 세계적인 배출권 거래 시장에 의무적으로 참여하여야 하리라는 것은 쉽게 짐작할 수 있다. 이런 흐름에서 우리나라는 보다 앞서고 세계를 리더할 수 있는 배출권할당거래법(안)을 제정하여 국제사회에서 우뚝서는 것이 요청된다.

그러한 길로 나아가는 첩경은 다름아니라 곧 배출권할당거래법(안)이 법치국가적인 원칙에 부합되도록 제정하는 것이다. 이를 위해서는 첫째로 배출권의 정의를 분명하게 하는 것이 요청된다. “배출권이란 1톤의 이산화탄소 또는 이산화탄소 1톤에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권리를 말한다”라고 법적으로 명백하게

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수

정의하는 것이 요청된다. 둘째로 배출권의 재산권성을 긍정하는 것이 요청된다. 배출권의 재산권성을 부정할 이유는 절대적인 것이 아니라 행정목적 달성의 효율성에 기초한 것인데, 이는 먼저 재산권성을 긍정하고 행정의 효율성은 보완하는 순서로 나아가야 할 것이다. 셋째로 배출권의 할당과 관련하여 중요성설에 입각하여 특히 할당기준은 '의회유보사항'으로서 의회가 직접 법률에 담아야 할 사항이다. 할당기준을 원칙적으로 대통령령으로 정하도록 규정한 것은 헌법상 범치국가 원칙에 위반되어 위헌의 문제를 야기할 소지가 크다.

이런 점들이 보완된다면 앞으로 배출권 거래제도와 관련하여 우리나라가 보다 선진적이고도 효율적인 체계를 구축할 수 있을 것이다.

I. 서론

지구온난화의 문제는 이제 우리 인류가 반드시 해결하여야 할 절대절명의 과제가 되었다. 우리가 생존의 터전으로 삼고 있는 지구가 시간이 지날수록 온난화되고 있는데, 그 메커니즘을 살펴보면, 태양으로부터 도달하는 방사능 및 열을 포함하는 광선이 지구에 도달한 후 다시금 외계로 되돌아가야 함에도 불구하고, 이러한 순환을 막는 온난화가스로 인해서 지구상에 머무르게 되면서 지구가 더워지게 되는 것이다. 이러한 온난화에 직접적인 영향을 주는 가스로는 이산화탄소, 메탄, 아산화질소, 수소불화탄소, 과불화탄소, 육불화황 등을 들고 있다. 온실가스의 부작용으로는 다음의 것들이 지적된다: ① 기후의 변동이 확대된다. ② 홍수, 폭염, 한냉 현상등이 심화된다. ③ 사막화가 급속히 진행된다. ④ 특히 고지대의 물부족이 심화된다. ⑤ 빙하가 녹고, 육지의 저지대가 침수된다. ⑥ 해충이 많아지고 식량문제가 심화된다. ⑦ 생태계의 파괴와 생물의 다양성이 훼손된다. ⑧ 지진, 지구의 자전축 변화, 남·북극의 자기장 파괴 등 기타 지구의 생태계에 강한 충격을 준다. ⑨ 결국 지구의 멸망이 도래된다.

어떤 학자들은 지구온난화의 증거가 없지 않는가 반문하지만, 그러나 지구온난화는 현재 발표된 자료들보다 훨씬 심각할 수도 있다. 특히 2011년 11일 오후 2시 46분 경 일본 도호쿠 지방 부근 해저에서 발생한 규모 약 9의 강한 지진이 지구온난화

와 관련이 있을 수도 있다는 사실은 지구온난화에 대처하는 우리의 자세에 경종을 울리기에 충분하다. 약 1만 여명의 사망자와 1만 7천 여명의 실종자를 야기하였을 뿐만 아니라, 나아가 일본의 원자력 발전소를 강타하여 지구 역사상 최악의 원자력 발전소 사고로 기록되었던 체르노빌 사건을 능가하는 위험을 야기하고 있다.

이러한 사태의 근간에는 바로 지구온난화 현상이 자리잡고 있을 수도 있다. 그 이유는 다음과 같다: 지구는 몇개의 지각판으로 이루어져 있으며, 이러한 판들은 평소에도 조금씩 움직이고 있다. 지각판들이 크게 움직이는 경우에 커다란 지진이 발생하게 된다. 지구온난화로 인해서 극지방의 빙하가 급속도로 녹게 되면 그 지역을 누르고 있던 무게가 줄어들고 이로 인해서 지각판의 이동원인이 발생하게 된다.¹⁾

아무튼 지구온난화를 방지하여서 나쁜 것은 없는 고로 우리나라를 포함하여 전세계는 온난화 방지를 위하여 최선을 다할 의무를 부담하고 있다. 이러한 움직임의 시발점으로는 1979년 G. 우델과 G. 맥도날드 등의 과학자들이 지구온난화를 경고한 이래로, 1987년 제1차 세계기상회의에서 정부간기후변화패널(Intergovernmental Panel on Climate Change: IPCC)을 설치하였고, 1988년 캐나다 토론토에서 주요국 대표들이 지구온난화를 방지하기 위한 국제협약체결을 주창하였다. 그 후 1990년 제2차 세계기후회의를 거쳐 1992년 리우 데 자네이로에서 '지구를 건강하게, 미래를 풍요롭게'라는 구호 아래 개최된 유엔환경개발회의(United Nations Conference on Environment and Development: UNCED)에서 기후변화협약(UNFCCC)을 체결하게 되었다. 동협약은 1994년 3월 21일자로 발효되었으며, 처음에는 194개국이 참여하였다. 기후변화협약을 이행하기 위하여 협약의 최고기구로서 당사국총회(COP/MOP: Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties, 최근에는 COP라고만 칭해짐)가 개최되었으며, 1997년 제3차 당사국총회에서 온실가스 농도 감축에 대한 법적 구속력이 있는 교토의정서(Kyoto Protocol)가 채택되었다.

교토의정서는 어느 나라가 얼마만큼 온실가스의 배출을 감축할 것인가와 관련하여 국가별 감축목표를 부과한 의정서로서 특히 온실가스 감축에 대해 구체적인 절차와 방안이 규정되어 있다는 점에서 주목을 받았다. 그 후에 1998. 3. 16~1999. 3. 15 뉴욕의 유엔본부에서 서명을 받아 채택되었고, 각 협약 당사국들은 의정서가 발효될

1) <http://newsroh.com>, 2011. 03. 17.: 지구온난화가 지진을 유발한다?

수 있도록 비준을 위해 노력하였다. 그러나 최대 온실가스 배출국인 중국, 인도 등의 개발도상국들이 의무감축대상에서 빠져있고, 미국은 2001년 자국의 경제에 큰 피해를 줄 수 있다는 이유를 들어 탈퇴하였다. 그러나 2004년 11월 러시아가 비준서를 제출함에 따라 교토의정서 발효조건이 충족되어 2005년 2월 마침내 교토 의정서가 발효되었다.²⁾

교토의정서의 주요내용은 다음과 같다:

첫째, 기후변화협약의 Annex 1 국가(38개국)은 1차 의무이행기간(2008~2012) 중에 1990년을 기준으로 온실가스(이산화탄소 기준) 평균 5.2% 감축목표를 이행하여야 한다.³⁾

둘째, 온실가스 감축 목표를 달성하기 위해 교토메커니즘 즉 ① 공동이행제도(JI: Joint Implementation), ② 청정개발체제(CDM: Clean Development Mechanism) ③ 배출권거래제(Emission Trading)를 도입한다.⁴⁾

II. 온실가스목표관리제와 배출권거래제도

1. 온실가스목표관리제

기후학자들은 2050년까지 전세계적으로 약 80%의 온실가스를 감축하여야 하며, 아프리카에서 일인당 탄소배출량인 0.5톤이 세계적인 기준이 되어야 한다고 주장한다.⁵⁾ 우리나라는 현재로서는 기후변화협약의 비부속서 I 국가에 포함되어 있으나, 제

2) 박덕영, 국제법기본조약집, 2010, 651면; 교토의정서 제25조 제1항: 이 의정서는 부속서 1의 당사자들의 1990년도 이산화탄소 총 배출량 중 55% 이상을 차지하는 부속서 1의 당사자를 포함하여 55개국 이상의 협약당사자가 비준서·수락서·승인서·가입서를 기탁한 날로부터 90일째 되는 날 발효한다.

3) 교토의정서 제3조 제1항.

4) 교토의정서 제4조, 제12조, 제17조 등.

공동이행제도란 Annex 1 국가들이 협조하여 주어진 공약사항(commitment)을 공동으로 이행할 수 있도록 하는 규정이다. 청정개발체제란 교토의정서 제12조에 따라 선진국이 개발도상국의 온실가스 감축사업에 자본과 기술을 투자하는 체제를 말한다.

5) Felix Ekardt: Wie weiter im globalen Klimaschutz? – zugleich zur Kritik und Neukonzeption des Emissionshandels ZRP 2010, 230.

2차 의무이행기간(2013~2017)에는 의무감축국에 포함될 가능성이 높으므로 이에 대한 충분한 준비가 필요한바, 특히 이명박 정부에 들어오면서 녹색성장을 기치로 내걸고 이에 대한 준비를 착실하게 하고 있다. 이러한 준비로서 2009년 11월 17일 개최된 국무회의에서 2020년까지 온실가스의 중기적인 감축목표로 2005년 대비 4% 수준으로 정하였다. 그리고 2010년 1월 13일 저탄소 녹색성장 기본법을 제정하였으며, 온실가스 감축목표 달성을 위하여 기본적으로 온실가스·에너지 목표관리제를 실시토록 하고, 나아가 배출권거래제도의 근거를 규정하였다.⁶⁾ 목표관리제는 에너지목표관리업체별로 온실가스·에너지 감축목표를 설정하고 목표 달성 여부를 평가하여 위반 시에 개선명령을 발하고 과태료를 부과하는 제도이다. 배출권 할당대상업체에 대해서는 목표관리제가 적용되지 않는다.⁷⁾ 목표관리제는 2012년 시행을 앞두고 있는바, 각 부문별 관장기관별로 목표관리제 적용대상 관리업체의 지정을 하였다.⁸⁾ 그리고 환경부는 2010년 11월 12일 지정된 관리업체에 대한 목표설정 및 온실가스 배출량 및 에너지 소비량의 산정·보고 및 검증(Monitoring, Reporting and Verification: MRV)을 위한 구체적인 세부기준을 규정한 '목표관리운영지침(안)'을 입법예고하였다.

6) 저탄소녹색성장기본법: 이하 '기본법'이라 칭함.

제1조(목적) 이 법은 경제와 환경의 조화로운 발전을 위하여 저탄소(低炭素) 녹색성장에 필요한 기반을 조성하고 녹색기술과 녹색산업을 새로운 성장동력으로 활용함으로써 국민경제의 발전을 도모하며 저탄소 사회 구현을 통하여 국민의 삶의 질을 높이고 국제사회에서 책임을 다하는 성숙한 선진 일류 국가로 도약하는 데 이바지함을 목적으로 한다.

제46조(총량제한 배출권 거래제 등의 도입) ① 정부는 시장기능을 활용하여 효율적으로 국가의 온실가스 감축목표를 달성하기 위하여 온실가스 배출권을 거래하는 제도를 운영할 수 있다. ② 제1항의 제도에는 온실가스 배출허용총량을 설정하고 배출권을 거래하는 제도 및 기타 국제적으로 인정되는 거래 제도를 포함한다. ③ 정부는 제2항에 따른 제도를 실시할 경우 기후변화 관련 국제협상을 고려하여야 하고, 국제경쟁력이 현저하게 약화될 우려가 있는 제42조제5항의 관리업체에 대하여는 필요한 조치를 강구할 수 있다. ④ 제2항에 따른 제도의 실시를 위한 배출허용량의 할당방법, 등록·관리 방법 및 거래소 설치·운영 등은 따로 법률로 정한다.

7) 녹색성장위원회의 자료에 의하면, 에너지목표관리업체 중 약 70% 정도가 배출권거래제를 실시할 것으로 예측된다. 저탄소녹색성장기본법 부칙 제3조에서는 제1차 계획기간의 최초 이행연도의 직전 연도에 목표관리제 하에서 목표를 받은 자에 대해서는 배출권을 할당받은 것으로 간주하도록 하는 경과규정을 두고 있다.

8) 지식경제부 관장의 산업·발전 분야에서 374개, 환경부 관장의 폐기물 분야에서 23개 업체, 국토해양부 관장의 건설·교통분야에서 46개 업체, 농림식품수산부 관장의 농업·축산·식품분야에서 27개 업체를 포함한 총 470개의 업체가 목표관리제 적용대상 관리업체로 지정되었다.

2. 배출권거래제

배출권거래제는 탄소를 배출할 수 있는 권리를 거래하도록 하는 제도이다. 거래하도록 하는 이유는 시장메커니즘을 도입하여 가장 효율적인 자원의 배분을 도모하는 것이다. 이는 정부의 일방적인 규제가 갖고 있는 문제를 극복하고 자원배분의 적정화를 기하려는 것이다. 거래의 전제조건으로서 거래의 가치를 지니는 재화의 탄생이 요청되는데, 이는 곧 법령에 의거하여 이루어진다. 법령에 의거하여 조건을 설정하고 조건이 충족되는 경우에만 특정의 행위를 하도록 함으로써 조건의 충족이 가치를 지니는 재화탄생의 기초가 되는 것이다.

여기서 법적으로 조건의 충족이라는 제한을 가하기 위해서는 특별한 이유가 요청되는데, 우리 헌법에서는 제37조 제2항에서 국민의 기본권을 국가안전보장, 질서유지 그리고 공공복리를 위하여 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 법률이라는 형식에 의거하여서만 할 수 있으며 또한 제한할 수 있다손치더라도 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없도록 규율하고 있다. 이러한 공익적 요청을 위하여 제한하는 경우를 상정한 행정법적 시스템이 바로 허가제도이다. 따라서 배출권거래제도는 원칙적으로 행정법상의 허가라는 메커니즘을 기저로 하고 있다.⁹⁾

그렇다면 왜 이처럼 법상의 전제조건을 제시하는가를 생각하면, 이는 탄소의 배출이라는 것이 과거와는 달리 국가와 사회의 발달과 더불어 각국가의 산업화·도시화로 인하여 이제는 규제를 할 필요성을 느끼게 되었기 때문이다. 특히 환경과 관련된 재화들은 속성상 무한정이라고 전제를 하고 누가 서로 더 많이 이용하는가에만 관심을 가져왔고, 그로 인하여 그 가치에 대해서는 거의 공짜에 가깝다고 여겨왔다. 그러나 1960년대 고도의 경제성장을 이루면서 환경재에 대한 사용폭주가 이루어졌고, 이로 인하여 환경재의 부족현상을 예견한 학자들이 다양한 경고를 하기 시작하였다. 특히 Garrett Hardin은 ‘공유재의 비극(The Tragedy of the Commons)’라는 논문을 발표하면서 환경재의 감소와 오염의 문제는 공용자원에서 만들어지는 외부불경제로부터 유발되므로, 환경재에 대한 접근 내지 사용이 규제되지 아니할 때 희소한 자원들이 중국적으로는 오염·감소 그리고 고갈된다고 하면서, 이러한 비극을 방지하는

9) 강현호, 탄소배출권 거래제도에 대한 법적 고찰, 환경법연구 제32권 2호, 116면 이하.

방법론으로는 환경재를 사유화하거나 정부가 적절하게 규제를 하는 것이라고 하였다.¹⁰⁾ 또한 Ronald Harry Coase도 1960년에 발표한 ‘사회적 비용의 문제(The Problem of Social Cost)’ 논문에서 환경재를 포함한 특정재화에 대한 외부효과(externality)의 문제는 불명확한 재산적 권리로 인하여 발생하게 된다고 주장하였으며, J. H. Dales도 1968년 ‘오염, 재산 그리고 가격(Pollution, Property and Prices)’이라는 저서에서 산업폐수로 인한 바닷물의 오염을 방지하기 위하여 오염권 거래를 위한 시장을 설치하는 것을 제안하였다.¹¹⁾

이처럼 환경재에 재산적 가치를 부여함으로써 기존에 누구의 것도 아닌 영역에 속 하였던 환경재에게 주인을 찾아주어서 소중하게 다루도록 할 뿐만 아니라 그 이용에 있어서도 최적의 배분이 이루어질 수 있도록 함과 동시에 탄소의 배출을 감소시키자는 것이 바로 탄소배출권 거래제도이다.¹²⁾

탄소배출권 거래제의 기본구도를 상정해보면, 먼저 탄소를 배출하는 기업들의 탄소배출량을 상당한 기간 면밀하게 조사를 한다. 물론 이를 위해서 이러한 조사를 객관적으로 할 수 있는 체계를 구축하고 탄소배출을 인증할 수 있는 기관도 필요하다. 다음으로는 세계적으로나 국지적으로 또는 개별국가적 차원에서 감축할 탄소배출량 즉 탄소배출 감축목표를 설정한다. 교토의정서에서는 1990년 대비(예를 들면 100억 톤이라고 가정하자) 2012년까지 5% 감축목표(이 경우에는 5억톤이 될 것이다)를 정한다. 이러한 감축목표에 부합되도록 총량을 정하고 이를 전세계적으로 배분한다. 여기서는 95억톤을 기업들에게 배분한다고 가정하고 또한 특정기업 甲에게 1억톤이 배분되었다고 한다면, 갑은 할당된 1억톤을 사용할 것인가 아니면 기업활동의 어느 부분에서 보다 감축할 여지는 없는가 등에 대해서 구상을 한다. 만약 시장에서 배출권을 1톤당 30,000원을 받고 팔 수 있다고 가정한다면, 甲이 9,900만톤을 이용하고 100만톤을 남기는 경우, 갑은 300억원의 이익을 창출할 수 있다. 이런 경제적 효과가 수반되므로, 갑은 기업의 어느 부분을 어떻게 탄소친화적으로 바꿀 수 있는가 부단히 궁리할 것이고 그리고 이러한 변경에 소요되는 비용은 얼마인가를 계산한다. 만약에

10) Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, Science, 162(3859), pp. 1243.

11) <http://de.wikipedia.org/wiki/Emissionsrechtelandel>.

12) 김용건, 「온실가스 배출권 거래제도 동향분석 및 국내 도입방향 연구」, 한국환경정책·평가연구원, 1999, 1면.

100만톤을 줄이는데 약 50억원이 소요된다면 갑은 기꺼이 이를 지출 할 것이다. 왜냐하면 250억원의 이익이 발생되기 때문이다. 갑은 반드시 자신의 기업내에서만 탄소배출을 감축할 필요는 없고 다른 곳에서 탄소배출을 저감하여 인정받을 수도 있다. 만약 그곳에서 100톤의 탄소배출을 감축하는데 비용이 5억원이 소요된다면 갑의 경제적 이익은 더욱 증대될 수도 있다.

반대로 만약 갑의 기업활동이 잘 되고 이윤이 많아서 도리어 배정받은 1억톤보다 100만톤을 더 필요로 한다면, 갑은 이를 시장에서 구매하여 활용할 수도 있다. 이런 경우에 제3의 기업 역시 갑과 같은 고려를 통하여 탄소배출을 감축하고 이를 시장에서 팔아서 경제적 이득을 취할 수 있다.

이러한 배출권 거래제도 하에서는 국가를 포함한 외부로부터의 직접적인 명령이나 지시가 없더라도 개개의 사업자는 스스로 배출량을 줄여서 경제적인 이익을 취할 동기를 부여받게 된다. 또한 사업자들은 환경보호를 위한 기술개발에도 부단한 노력을 경주하게 될 것이다.¹³⁾

물론 탄소배출권 거래제도가 가지는 부작용도 있을 수 있을 것이지만, 그러나 이 제는 제도의 존재의미 내지 도입여부에 대해서 논의할 시점은 도과하였으며, 다만 제도를 시행하면서 이러한 부작용들을 하나씩 보완하는 것이 필요한 시점이 되었다.¹⁴⁾

Ⅲ. 배출권할당거래법(안)의 제정

우리나라는 온실가스 배출권의 거래와 관련하여 먼저 초안으로서 「온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률(안)」¹⁵⁾을 마련하였으나 산업계의 반발로 기존의 내용을 보

13) 강현호, 탄소배출권 거래제도에 대한 법적 고찰, 환경법연구 제32권 2호, 116면.

Martin A. Beckmann/ Andreas Fisahn, Probleme des Handels mit Verschmutzungsrechten- eine Bewertung ordnungsrechtlicher und marktgesteuerter Instrumente in der Umweltpolitik, ZUR 2009 Heft 6, S. 301.

14) 탄소배출권 거래제도의 정당성 여하에 대해서는 다음 기회에서 다루기로 한다. 왜냐하면 이에 대해서는 보다 근본적인 고찰이 요청되는바, 본고에서 이를 다루기에는 적합하지 않기 때문이다. 참조: 조홍식, 기후변화의 법정책, 기후변화와 법의 지배, 박영사, 2010, 17면 이하.

15) 이하 '배출권거래법'이라 약칭함.

완하여 새로이 수정안으로서 「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률(안)」¹⁶⁾을 준비하였다.

배출권거래법(안)의 초안에 따르면 정부는 배출권거래제도를 설계함에 있어서 먼저 5년 단위의 배출권 거래제 계획기간을 정하고, 계획기간에 대한 배출권 할당 계획을 수립한 후, 매 계획기간의 시작 전까지 배출권 할당 대상업체를 지정한다. 그리고 국가는 배출권 할당 대상업체로부터 배출권을 신청 받아서 심사한 후 계획기간의 총 배출권 및 계획기간 내 각 이행연도(1월 1일부터 12월 31일까지)별 배출권을 할당한다. 배출권 할당 대상업체는 에너지목표관리업체로 지정된 업체 중 6대 온실가스 배출량이 대통령령으로 정하는 기준량 이상인 업체 및 배출권 거래제에 자발적으로 참여하고자 하는 업체이다.¹⁷⁾

초안에 의하면 배출권의 할당과 관련하여 제1차 계획기간(2013년 1월 1일~2015년 12월 31일) 중에는 전체 할당량 중 90%를 무상할당으로 하고, 제2차 계획기간(2016년 1월 1일~2020년 12월 31일) 중에는 제1차 계획기간에 대한 평가를 토대로 무상할당 비율이 대통령령으로 정해지고, 제3차 계획기간(2021년 1월 1일 이후)부터는 모두 경매방식에 의한 유상으로 할당되도록 하였고, 할당 대상업체가 제출한 배출권이 온실가스 배출량 보다 부족한 경우 그 부족분의 이산화탄소 1톤당 100만원의 범위 내에서 당해 배출권 평균 시장 가격의 5배 이하의 과징금이 부과되고, 배출권을 제출하지 않은 자에 대하여는 5,000만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다. 그러나 동 초안에 대해서는 온실가스 배출권거래제를 하나의 산업으로 보아야 하고 경제성장에서 중요한 역할을 할 수 있다는 점에서 긍정적인 제도라는 정부의 입장과 배출권거래제 도입으로 발생하는 비용이 예상보다 클 것이고 전세계적으로 배출권거래제 도입을 재고하는 상황에서 우리나라만 강행하는 것은 바람직하지 않다는 산업계의 입장이 팽팽하게 맞섰다.¹⁸⁾ 이에 정부는 준비기간 및 제도의 유연성 강화가 필요하

16) 이하 '배출권할당거래법'이라 약칭함.

17) 우리나라의 경우 연간 이산화탄소를 약 25,000톤 이상 배출하는 업체가 배출권거래제의 적용을 받을 것으로 예상되는데, 이 경우 최대 약 700여개 사업장이 해당될 것으로 여겨진다. 이 중 상위 50대 온실가스 배출사업장이 전체 제조업 배출량의 약 48%를 차지한다. 이런 경우 소수 사업장이 전체 배출량의 상당부분을 차지하게 되므로, 시장 형성에 필요한 유동성을 확보하는 것이 중요하다.

18) <http://www.hankyung.com/news/2011031156381>: 탄소배출권 거래제도의 도입과 관련하여, “한 대기업의 최고경영자(CEO)는 이런 우려를 표명했다. 입법안에 의하면 할당위원회가 배출권의 할당계획과

다는 산업계의 의견을 반영하고 무엇보다도 동 법률(안)의 이해당사자인 산업계의 경쟁력 여건과 제반 준비 상황 등을 종합적으로 고려하여 수정안을 마련하여 2011년 2월 28일 입법예고를 다시 실시하였다.¹⁹⁾ 2011년 4월 12일 법명을 「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률」로 개정하고 2015년부터 배출권거래제를 도입하는 것을 주요 내용으로 하여 국무회의에서 의결하였다. 배출권거래제도는 단순히 온실가스 감축이라는 의미를 넘어서 경제주체에게 녹색성장의 필요성을 부각시키고 국가의 녹색경쟁력을 확보하려는 의미를 담고 있다.²⁰⁾

초안과 비교할 때 수정안의 주요 내용은 다음과 같다:

첫째, 배출권 거래제 계획기간(안 제2조 제4호): 초안은 온실가스 감축목표를 달성하기 위하여 5년 단위의 배출권 거래제의 계획기간에 대하여 국가 배출권 할당계획을 수립하도록 하였으나, 수정안은 5년의 범위내에서 국가 배출권 할당계획을 수립하도록 함으로써 계획기간이 보다 유동적으로 변경되었다.

둘째, 배출권 할당위원회의 설치 등(안 제7조 제2항): 초안에는 배출권 할당위원회의 위원장이 명시되어 있지 않았으나, 수정안에서는 환경부장관이 위원장이 경우 산업계에 대한 규제가 심해질 수 있다는 산업계의 우려로 인해 위원장을 기획재정부 장관으로 명시하였다.

셋째, 목표관리제와의 관계(안 제10조): 초안은 온실가스 에너지목표관리업체로 지정된 업체 중 6대 온실가스 배출량이 대통령령으로 정하는 기준량 이상인 업체를 할당대상업체로 지정함으로써 목표관리제와 배출권거래제의 중복 규제 논란이 있었으나, 수정안은 배출권 할당 대상업체로 지정될 경우 목표관리제의 적용을 배제함으로써 중복규제의 문제를 해소하였다.

조정을 맡고 정부는 구체적인 할당 대상업체의 지정, 할당조치, 취소 등을 할 수 있다. 배출권을 운용하는 일부 정부 부서가 기업의 생산과 투자를 좌우할 수 있게 된다는 얘기가. 예컨대 배출권 할당을 얻지 못하면 신규 사업 참여는 불가능해질 수 있다. 여태 공장을 잘 운영해 오던 기업이라도 배출권 할당이 취소된다면 수천억원에서 수조원짜리 생산시설을 멈춰야 하는 상황을 맞을 수 있게 된다는 것이다. 탄소배출권이 기업의 생사여탈권을 쥐게 되는 셈이다.”라고 하면서 탄소배출권에 대해서 우려를 표명하였다.

19) <http://www.pmo.go.kr/>: 정부가 일방적으로 밀어붙이기 식으로 추진하기 보다는 보다 신중한 제도 설계를 통해 이해당사자인 산업계의 의견을 보다 적극적으로 수렴하여 배출권 거래제를 차질 없이 추진해 나가기 위한 것이다.

20) <http://www.pmo.go.kr/>.

넷째, 할당의 방법(안 제12조 제3항): 초안은 제1차 계획기간 중의 무상할당 비율을 전체 할당량의 90% 이상으로 하는 것으로 규정하였으나 수정안은 국내 산업의 국제경쟁력에 미치는 영향 등을 고려하여 대통령령(제1차 계획기간은 95% 이상)으로 정하도록 하였다.

다섯째, 배출권 거래참여(안 제22조 제3항): 수정안은 배출권 거래에 참여하는 자에 대해서는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률의 각 규정을 배출권 거래시장에서의 거래의 성질에 부합되게 준용하도록 하고 있다. 이를 통해 향후 온실가스 배출권이 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 상 금융투자상품의 형태로 거래될 수 있는 기반을 마련하고 있다.

여섯째, 배출권의 이월 및 차입(안 제28조 제1항): 초안은 할당 대상업체가 배출권을 제출한 후 배출권을 초과로 보유하고 있는 경우 그 초과분을 계획기간 내의 다음 이행 연도에만 사용할 수 있도록 하였고 계획기간 간의 이월은 허용하고 있지 않았으나, 수정안은 초과분을 다음 이행연도 및 차기 계획기간의 최초이행연도에 사용할 수 있도록 함으로써 기업들이 보다 탄력적으로 배출권을 운용할 수 있도록 하였다. 다만, 제1차 계획기간의 배출권은 제2차 계획기간으로 이월할 수 없다(안 부칙 제4조).

일곱째, 금융·세계 상의 지원 등(안 제35조 제1항): 초안은 배출권 거래제 도입으로 인한 기업 경쟁력 감소 방지를 위한 제도로 저탄소녹색기금의 설치만을 규정하였으나, 수정안은 저탄소녹색기금 설치와 관련된 규정을 삭제하고 온실가스 감축설비에 대한 지원 등 대통령령이 정하는 사업에 대하여 금융·세계상의 지원 또는 보조금의 지급, 그 밖에 필요한 지원을 할 수 있도록 하였다.

여덟째, 과징금(안 제33조), 과태료(안 제42조): 초안은 할당 대상업체가 제출한 배출권이 인증된 온실가스 배출량보다 부족한 경우에는 그 부족분의 이산화탄소 1톤당 100만원 범위 내에서 당해 배출권 평균 시장 가격의 5배 이하의 과징금 및 배출권의 제출을 하지 않은 자 및 허위로 보고한 자 등에 대하여 5,000만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다. 수정안은 이산화탄소 1톤당 당해 이행연도의 배출권 평균 시장가격의 3배 이하의 과징금을 부과할 수 있도록 하였고, 배출권의 제출을 하지 않은 자 및 허위로 보고한 자 등에 대하여 1,000만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다.

아홉째, 청정개발체제사업 관련(안 제30조): 정부는 교토의정서상 청정개발체제(CDM)를 위하여 주무관청의 인증과 관리에 필요한 제도를 운영할 수 있도록 하였다.

열번째, 제1차 국가할당계획기간(안 부칙 제2조): 초안에는 2013년부터 배출권거래제를 시행하려고 하였으나 산업계의 의견을 받아들여 수정안은 최초로 시작되는 계획기간은 2015년 1월 1일부터 대통령령으로 정하는 기간으로 하였다.

이러한 수정안을 초안과 비교하면 다음의 도표와 같다.

항목	초안	수정안
배출권 거래제 계획기간 (안 제2조 제4호)	5년 단위	5년 이내 범위에서 대통령령으로 정하는 기간
배출권 할당위원회 위원장 (안 제7조 제2항)		기획재정부 장관(신설)
목표관리제와의 관계 (안 제10조)	중복 규제	배출권거래제만 적용
제1차 계획기간 중 무상할당 비율 (안 제12조 제3항)	90% 이상	95% 이상
배출권 거래참여 (안 제22조 제3항)		자본시장법 규정의 적절한 준용(신설)
배출권의 이월·차입 (안 제28조 제1항) (안 부칙 제4조)	이행연도 간 : 이월 허용 계획기간 간 : 이월 불허	이행연도 간: 이월 허용 제1차 계획기간: 계획기간 간 이월 불허 제2차 계획기간 이후: 계획기간 간 이월 허용
금융·세제상의 지원 (안 제35조 제1항)	저탄소녹색기금 설치	대통령령이 정하는 사업에 대하여 금융·세제상의 지원 또는 보조금의 지급, 그 밖에 필요한 지원
배출권 부족분 과징금(안 제33조)	1톤당 배출권 평균 시장가격의 5배 이하	1톤당 배출권 평균 시장가격의 3배 이하
배출권 미제출 등 과태료 (안 제42조)	5,000만원 이하	1,000만원 이하
청정개발체제사업 (안 제30조)		CDM 관련 사업의 정부승인과 관리에 필요한 제도 운영 가능(신설)
제1차 국가할당계획기간 (안 부칙 제2조)	2013.1.1.~ 2015.12.31.	2015.1.1. 부터 대통령령으로 정하는 기간

러한 국가의 법안에 대해서 환경운동연합은 다음과 같은 비판적 주장을 하였다: 이미 배출권 거래제를 시행하고 있는 유럽의 예를 볼 때 첫째, 배출권 거래제가 오염자부담 원칙을 거스르는 인센티브 제도라는 한계가 있고, 둘째, 직접 규제 방식보다 시장체제를 도입하는 방식의 효과가 미미하며, 셋째, 배출권 거래제 허용 범위와 대상에 따라 오히려 지역 공동체와 환경파괴가 일어날 수 있으며 그리고 넷째, 유상할당 정도 등 세부 디자인에 따라 효과가 달라질 수 있다. 특히, 한국은 BAU(기준 전망)값을 기준으로 감축 목표를 할당하고 있는바, 에너지수요전망(BAU)값이 특정 업종과 업체의 이해관계에 의해 의도적으로 조정될 수 있기 때문에 할당치에 대한 신뢰성이 떨어진다. 더구나 산업체의 온실가스 감축을 관리하는 지식경제부가 직접 규제 방식인 에너지목표관리제에서 과태료를 1천만원으로 지극히 낮게 산정하고 있고, 배출량과 목표치에 대한 정확한 산출 및 검증 등이 어렵다. 또한 국내 탄소 시장 참여자가 500여개도 되지 않는 상황에서 시장실패가 일어날 가능성이 높다. 따라서, 온실가스 배출 감축 목표 기준을 2005년 기준으로 하던지 BAU 산정 기관을 이관하는 등 신뢰성을 확보해야 하고, 배출권 할당을 유상으로 하고 나아가 건물, 병원, 대학 등의 시장 참여자를 늘리는 등의 사전 조건을 충족시켜야 한다.²¹⁾

배출권할당거래법의 구분과 주요내용 ²²⁾	
구 분	주요내용
제1장 총칙	목적, 정의, 기본원칙
제2장 배출권거래제 기본계획의 수립 등	배출권거래제 기본계획의 수립 국가 배출권 할당계획의 수립 배출권 할당위원회의 설치
제3장 할당대상업체의 지정 및 배출권의 할당	할당대상업체의 지정 목표관리제의 적용 배제 배출권의 할당, 무상할당비율의 결정 조기감축실적의 인정 배출권 할당의 조정, 취소
제4장 배출권의 거래	배출권의 거래, 배출권 거래계정의 등록 배출권 거래의 신고 배출권 거래소 배출권 거래시장의 안정화

21) <http://www.kfem.or.kr>.

제5장 배출량의 보고·검증 및 인증	배출량의 보고·검증 배출량의 인증
제6장 배출권의 제출, 이월·차입, 상쇄 및 소멸	배출권의 제출 배출권의 이월 및 차입 상쇄 및 외부사업 온실가스 감축량의 인증 배출권의 소멸 과징금
제7장 보칙	금융·세제상의 지원 국제 탄소시장과의 연계 등 실태조사, 이의신청, 수수료 등
제8장 벌칙	벌칙, 과태료
부칙	1차 계획기간의 기간 및 무상할당비율에 관한 특례 배출권 거래제정 등록에 관한 특례 배출권 이월에 관한 특례

IV. 배출권의 법적 의미

배출권할당거래법(안)²³⁾의 주요 내용을 고찰하고 또한 법적으로 쟁점사항들에 대해서 고찰할 필요가 있다. 아직까지 동법안이 완성된 것은 아니고 국회에서의 심사와 의결이 요구되므로 이러한 과정에서 보다 가다듬어질 필요가 있다. 특히 동법안이 헌법상의 법치국가의 원칙에 비추어 그 정당성이 유지되고 또한 내용적으로 헌법이 요구하는 각종의 원칙들이 준수되어야 한다. 특히 배출권의 정의 및 배출권의 재산권성에 대해서 논의가 요청되며, 배출권의 할당과 관련하여 헌법상의 명확성의 원칙이 관철되어야 할 것이다.

배출권거래제도의 성패 내지 성공적 운영은 배출권을 법적으로 어떠한 의미를 부여하는가로부터 시작된다. 왜냐하면 배출권 거래제도는 결국 배출권을 거래에 붙여서 그 시장메커니즘이 가지고 있는 효율성과 탄력성을 활용하여 결국 온실가스의 배출을 감축하자는 것이기 때문이다.

22) <http://www.pmo.go.kr/>.

23) 이하 '법(안)'이라 칭함.

배출권의 법적 의미를 파악하기 위해서는 배출권의 탄생연원으로 거슬러 올라가는 것이 필요하다. 배출권은 환경재인 온실가스에 대해서 재산적 권리를 결부시켜 주는 것에서 출발하였다. 물론 그 이전에는 환경재는 공급이 무한하고 그 가치는 거의 없는 것으로 평가되었다. 그러나 산업의 발전, 도시화로 인한 환경용량의 초과, 전세계적인 개발의 폭주 등 시대적 상황의 변화로 인하여 환경재도 유한한 것이요 인류의 건강하고도 쾌적한 삶을 위하여 이용을 제한하여야 할 필요성을 느끼게 되었다. 이를 위하여 환경재에 어느 정도의 재산적 가치를 결부시킴으로써 그 중요성을 깨닫고 소중히 여기며 특히 온실가스와 같은 것은 지구환경에 미치는 영향이 심대하므로 이를 감축하여야 하는 고로, 그 방법론적 수단으로서 일방적·명령적 수단보다는 경제적·유인적 수단을 동원하자는 것이다. 이런 배경하에서 나타난 것이 바로 배출권거래제도이다.

여기에서 배출권의 탄생의 모습은 민사법으로는 더 이상 설명할 수 없거나 설명하기에 지극히 난해한 것이다. 왜냐하면 배출권은 유체물 또는 관리가능한 자연력에 포함할 수 없으므로 민사법 상의 물건으로 볼 수 없기 때문이다.²⁴⁾ 나아가 배출권은 민사법에 의하여 출생한 권리가 아니라 공법인 배출권할당거래법(안)에 의거하여 탄생한 공권으로서 이는 더 이상 민사법에 의거하여 설명하려고 해서는 아니되며 공법적인 고려하에서 새롭게 해석되고 규명되어야 한다.²⁵⁾ 이러한 어려움은 최경진 교수의 “결과적으로 민법상 물건 및 물건객체의 요건에 대하여 일원론을 취하든 이원론

24) 민법 제98조(물건의 정의) 본법에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다.

25) 공법의 태동과 관련된 판례로서 소위 Blanco 판결을 들 수 있다: Tribunal des conflits, 1873. 2. 8.: 국가가 공공사업에 고용한 사람의 과실로 私인에게 가한 손해는 사인과 사인의 관계를 규정하는 민법의 제원칙으로 규제할 수는 없고 그 성질상 행정법원 관할에 해당된다. 왜냐하면 ① 국가의 책임은 사인간의 관계를 위한 민법전의 원칙에 의하여 규정되지 아니하며 ... 공공서비스의 필요성과 국가의 권리와 사인의 권리를 적정하게 조정하여야 하는 필요성에 따라 달라지는 특별법규이며, ② 국가의 책임은 사인간의 관계와 다르게 규정되어야 하고, ③ 공공서비스의 필요성 및 국가의 권리와 사인의 권리를 조정할 필요성 등에 따라 다르게 취급되어야 하기 때문이다.

김광수, 독일 공법상의 재산권보장과 국가책임 확장이론, 1994, 서울대학교 박사학위논문, 22면 이하: 민법상의 재산권의 객체는 원칙적으로 물건에 한정되어 있지만, 공법상의 재산권 개념은 이보다 넓어서, 재산가치 있는 모든 권리로 확장된다는 것이 일반적인 학설이다. 공법상의 재산권 개념이 민법의 그것과 동일하지 않다는 것은 다시말하면 민법상의 재산권이 공법에서 액면 그대로 통용되지는 아니한다는 것이다.

을 취하든 배출권을 물권적 권리로 인정하기 위해서는 입법적 노력이 필요하다”는 주장에서도 민사법적인 접근의 난해성을 잘 시사하고 있다.²⁶⁾

그러므로 배출권의 기저로서는 공법상의 허가의 메커니즘을 기초로 하여야 한다.²⁷⁾ 사실 인간이나 기업의 기본적 활동은 모두 탄소²⁸⁾의 배출을 전제로 하고 있다. 인간이 호흡을 하고 경제 생활을 영위하며 또한 개개의 기업들이 활동을 영위함에 있어서 탄소의 배출을 전제로 하지 않는 것은 상상하기 어렵다. 탄소의 배출은 우리 인간 세상의 삶 그 자체라고도 할 수 있다. 그렇다면 우리가 탄소를 배출하는 것은 지금까지 헌법적으로 규정을 두지 않았을 뿐이지, 아마도 너무나도 당연하기 때문에, 우리가 가지는 기본적 인권으로 상정할 수 있다. 탄소배출권은 건강권이나 자유행동권과 같이 원래 자연적 상태에서 인간에게 존재하는 권리였으나 다만 인간 사회의 한계적인 상황으로부터 수면 위로 떠오른 새로운 권리라고 할 수 있다. 기본권으로서 탄소배출권은 국가를 향한 주관적 공권이자 우리 사회의 객관적 법질서를 형성하고 있다.

탄소배출권은 기본권으로서 누구나 자유롭게 향유할 수 있지만 다만 특정한 공익을 위하여 제한받을 수 있는 권리라고 할 것이다. 이러한 시각에서 배출권을 바라보아야만 현대 법치국가적 요청에 부합되는 배출권 거래제도를 도입할 수 있을 것이고 또 그래야만 지속가능한 배출권 거래시스템을 형성·발전시켜 나갈 수 있을 것이다.²⁹⁾

이러한 시각에서 현재의 법(안)을 바라보면 법치국가적 요청의 측면에서 많은 문제를 야기하며, 나아가 위헌 내지 헌법불합치적인 요소를 포함하고 있다고 할 수 있다. 법(안) 제3조 제3호에 의하면 “배출권”이란 기본법 제42조제1항제1호에 따른 온실가스 감축 목표를 달성하기 위하여 온실가스 배출허용총량의 범위에서 개별 온실가스 배출업체에 할당되는 온실가스 배출허용량을 말한다고 정의하고 있는바, 배출권을 이처럼 정의하는 경우에는 이는 누대의 탈을 쓴 양과 같은 것이라고 하지 아니할 수 없다. 오히려 배출권이라는 용어보다는 ‘배출허용량’이라는 제목하에 그렇게 정

26) 최경진, 배출권의 법적성질, 비교사법 제17권 제1호(통권48호), 443면.

27) 강현호, 탄소배출권 거래제도에 대한 법적 고찰, 환경법연구 제32권 2호, 116면 이하.

28) 온실가스 등을 의미하지만 여기서는 논의의 편의상 탄소라고 칭한다.

29) 강현호, 탄소배출권 거래제도에 대한 법적 고찰, 환경법연구 제32권 2호, 117면 이하.

의하는 것이 타당하다. 법(안)의 초안에서는 “배출권”이란 일정 기간 동안 1톤의 이산화탄소 또는 이산화탄소 1톤에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권한을 말한다고 규정하였던바, 동 정의에서는 온실가스를 배출할 수 있는 법적인 권능 내지 힘이라는 것을 포함하고 있으므로 배출권에 대한 정의에 부합한다고 볼 수 있다. 다만, 여기서 권한이라고 표현한 것은 아마도 공법적인 의식이 없는 즉 민사법적인 사고에 기초하여, 사인이 어떤 일을 행할 수 있는 힘을 권한으로 표현한 것으로 보인다. 그러나 ‘권한’이란 특히 동 법(안)과 같은 공법의 영역에서는 특정의 행정기관에게 임무의 범위 내에서 구체적인 조치를 취할 수 있는 힘을 부여하는 것을 말하며, 이러한 구체적인 힘을 부여하는 규범을 권한규범이라고 하며, 행정기관이 가진 권한에 대한 다툼을 권한쟁의라고 한다. 그렇다면 행정기관이 아닌 사인이 탄소를 배출할 수 있는 배출권을 권리라고 표현하지 아니하고, 권한으로 표현한 것은 부적절하다. 사인이 가지는 어떤 행위를 할 수 있는 법적 힘은 권리이지 권한이 아니다. 수정안에서는 배출권을 온실가스 배출허용총량의 범위에서 개별 온실가스 배출업체에 할당되는 온실가스 배출허용량을 말하고, 이러한 배출권은 온실가스를 대통령령으로 정하는 바에 따라 이산화탄소 1톤으로 환산한 단위로 거래한다(법(안) 제19조 제2항).

법치국가적 관점에 바라볼 때, 수정안은 오히려 초안보다 훨씬 더 개악되었다고 볼 수 있다. 배출권거래제도에서 참가당사자 사이에서 거래되는 것은 ‘배출허용량’ 그 자체가 아니라 배출을 할 수 있는 ‘권리’이다. 그리고 이러한 권리는 탄소 1톤에 상응하는 것으로 구분되어 있는 것이다. 배출권 거래제의 도입과 관련하여 배출권이 아니라 ‘배출허용량’을 거래한다고 하는 것은 탄소 1톤에 상응하는 온실가스가 얼마만큼인지도 명확하지 아니하다는 점은 차지하고서라도 보이지 아니하고 권리도 가능하지 아니한 것을 거래한다는 점에서 심각한 문제점을 지니고 있다.

배출권의 개념을 분석함에 있어서 비교법적으로 고찰해 볼 필요가 있는데, 미국의 경우는 “배출권(allowance)”이란 이 부속장 하에서 행정관청에 의하여 상응하는 단위로 할당된 특정한 기간 동안 1톤의 이산화탄소를 배출할 권리(authorization)를 의미한다.³⁰⁾ 그리고 1990년 대기청정법(CAA) 제403조 (f)항은 ‘배출권의 본질(Nature of

30) 미국의 clean air act에서 나온 allowance, authorization의 역어로서, 배출권과 배출할 권리로 사용하였다. 물론 이를 할당량과 권한 내지 권한의 부여 등으로 번역할 수도 있겠지만 여기서 이처럼 번역한 이유는 동일한 내용을 다름에 있어서 다른 단어를 사용하는 경우에 비교·분석하기가 용이하지

allowances)’이라는 제하에 ‘이 부속장에 따라서 할당된 배출권은 본 부속장의 규정들에 부합되게 이산화황을 배출하는 제한적 권리(authorization)이고, 재산적 권리를 창설하지는 아니한다. 이 부속장에서 혹은 다른 어떠한 법률의 규정들에 있어서도 그러한 권리를 제한하거나 박탈시키는 연방정부의 권한을 제한하는 것으로 해석될 수 없다.’라고 규정하고 있다.³¹⁾ 미국법에서 배출권을 ‘권리’로서 규정하면서도 재산적 권리를 창설하지 아니한다고 규정한 것은, 국가가 배출권의 제한 내지 박탈을 보상없이도 가능하게 하려는 것이다. 프랑스에서는 배출권(quotas d’émission)의 법적 성질을 두고 금융증서(titres financiers)로 보는 견해, 재산권(droit de propriété)으로 보는 견해 그리고 동산(biens meubles) 혹은 무체동산(biens incorporels)로 보는 견해가 주장되고 있었으나, 환경법전(Code De L’Environnement) 제L229-15조에서 배출권은 제L229-16조에 규정된 국가등록부에 있는 배출권 소지자의 계정에 기입됨으로써 배타적으로 구체화되는 동산(biens meubles)이라고 규정하였다.³²⁾ 독일에서는 온실가스 배출권거래법(Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, TEHG)에서는 배출권(Berechtigung)이라는 개념을 사용하면서, 정의하기를 ‘특정한 기간 동안 이산화탄소 1ton의 등가물을 배출할 수 있는 권리(Befugnis)’라고 한다. 호주에서 배출권거래를 규정하는 법률인 ‘Carbon Pollution Reduction Scheme Bill 2009’에서 배출권은 개인적 재산이고 법령이나 유언에 의하여 양도가 가능하다고 규정하고 있다.

이상의 다양한 나라들의 입장을 함께 고려하면서 우리나라의 ‘배출권’의 법적 의미

않기 때문이다.

U.S. Code, TITLE 42, CHAPTER 85, SUBCHAPTER IV-A, § 7651a Definitions

(3) The term “allowance” means an authorization, allocated to an affected unit by the Administrator under this subchapter, to emit, during or after a specified calendar year, one ton of sulfur dioxide.

31) U.S. Code, TITLE 42, CHAPTER 85, SUBCHAPTER IV-A, § 7651b. Sulfur dioxide allowance program for existing and new units,

(f) Nature of allowances

An allowance allocated under this subchapter is a limited authorization to emit sulfur dioxide in accordance with the provisions of this subchapter. Such allowance does not constitute a property right. Nothing in this subchapter or in any other provision of law shall be construed to limit the authority of the United States to terminate or limit such authorization. ...

32) 최경진, 배출권의 법적성질, 비교사법 제17권 제1호(통권48호), 431면.

를 분석할 때, 우리는 배출권을 일정 기간 동안 이산화탄소 1톤에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 '권리'라고 명확하게 정의하는 것이 요청된다. 배출권에 대해서 권리성을 부여한다는 의미는 배출을 할 수 있는 지위를 법적으로 보호하고 방해를 받는 경우에는 방해를 제거하며 국가나 다른 주체에 대해서 이러한 권리를 주장할 수 있다는 것이다. 탄소배출권의 법적 성질을 명확히 하고 그 내용에 대해서 법적인 안정성 내지 예측가능성이 존재하여야만 배출권을 활용한 메커니즘이 원활하게 작동할 수 있다. 나아가 탄소배출권의 권리성을 부여하는 것이 국제적인 차원에서 세계 각국의 다양한 거래소에서 이루어지는 거래의 안전과 원활을 도모할 수 있다. 따라서 배출권의 법적 정의를 다음과 같이 하는 것이 타당하다: “배출권이란 1톤의 이산화탄소 또는 이산화탄소 1톤에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권리를 말한다.”

V. 배출권의 재산권성

배출권의 재산권성을 긍정하는가와 관련하여 세계 각국의 입장이 다양하며, 특히 미국의 입법에서는 재산권성을 부인하는 명문의 규정을 두기도 한다. 배출권의 재산권성을 긍정하는 경우에는 재산권에 부여되는 법적 보호로 인하여 추후에 유연한 행정정책의 수행이 어렵다는 고려하에서 재산권성을 부인하고자 하는 것이다. 즉 배출권의 할당 이후 할당을 취소 내지 철회하여야 할 필요성이 있을 수도 있고, 또는 기왕에 할당한 배출권을 보상없이 박탈할 필요성도 존재하므로 재산권성을 부정하려고 한다. 그러나 재산권성의 긍정 여부와 행정목적 달성의 유연성 내지 효율성은 항상 상반되는 것은 아니며, 특히 배출권 거래제도의 기초가 바로 재산적 가치가 없는 환경재에 재산적 가치를 부여함으로써 소중히 아끼고 재산적 가치가 지나는 융통성 그리고 시장적 거래메커니즘을 통한 효율적 분배 나아가 이러한 효율성을 기초로 탄소의 배출을 감축하고자 하는 것인바, 배출권의 재산권성을 부인하는 경우에는 초기의 행정목적 달성에는 어느 정도 이바질 할 수 있을 지는 모르지만 결국 제도의 실패로 귀결될 수 밖에 없을 것이다.

처음에는 어느 정도 어려움이 있을 수 있지만 그러나 법치국가의 원리, 법적 안정

성의 보호, 법적인 절차의 준수 등 법적인 장치들이 결국에는 행정의 효율에 이바지 한다는 것이 법치주의자들의 신념이요 또한 역사적으로 증명되어 온 것이다. 배출권의 재산권성을 긍정할 것인가 부정할 것인가에 대해서 정책적인 결단의 영역으로 보기 보다는 법리적으로 정치하게 논의해 볼 필요가 있다.³³⁾ 이러한 논의를 전개함에 있어서는 공법상의 재산권의 개념은 민법상의 재산권의 개념보다는 확장되어 있으므로 공법적인 사고에 의하여 접근하여야 한다는 것이다.

1. 재산권의 법적 의의

재산권이란 무엇인가를 고찰할 때, 재산권은 재산적 가치를 지니는 권리로서 우리 헌법 제23조 제1항³⁴⁾ 및 제13조 제2항³⁵⁾에 의하여 보호되는 재산권은 '재산적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리'이다.³⁶⁾ 오늘날 헌법이 보호하는 재산권의 범위가 소유권 등 사법상 권리에 한정되지 아니하고, 다양한 공법상의 권리에까지 확대된 까닭은 무엇보다도 생활양식 및 사회경제구조의 변화 그리고 사회국가의 경향 때문이라고 할 것이다.³⁷⁾ 이때 재산권보장에 의하여 보호되는 재산권은 '사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리를 의미하고, 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업 활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권보장의 대상이 아니다. 사적유용성이 인정되기 위해서는 그 권리가 권리주체에게 귀속되어 그 주체의 이익을 위해 이용가능해야 하며, 원칙적 처분권이란 자신의 의사에 따라 처분할 수 있어야 함을 의미한다. 사적유용성과 원칙적 처분권이 재산권의 징표라고 본다면, 재산가치는 그와 같은 사적유용성과 원칙적 처분권 등 재산성이 인정될 만한 가치가 있는 것을 의미하는 것이다.³⁸⁾

33) 이만창, 재산권 이론의 정책학적 기어에 관한 소고 : 이론적 함의를 중심으로, 행정논총 44권2호 (2006/06), 282면: 재산권은 누가 무엇을 할 수 있으며 만약 어떤 손해가 발생했다고 한다면 누구에게 그 손해를 배상해 줄 것인가를 결정하는 게임의 규칙(제도)이다.

34) 헌법 제23조 제1항: 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

35) 헌법 제13조 제2항: 모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다.

36) Helmut Rittstieg, Grundgesetz und Eigentum, NJW 1982, S. 721.

37) 허영, 한국헌법론, 2003, 457면.

독일 연방헌법재판소의 판례에 따르면 그러한 권리가 법주체에게 사적효용이 있는 것으로 배타적으로 귀속되어 있고, 자신의 노력과 자본이 투하되는 등 적지 않은 자신의 기여로 그러한 지위를 이룩했으며, 그것이 자신의 생존에 이바지할 수 있을 때, 재산권에 준하는 보호를 받을 수 있다고 한다.³⁹⁾ Maurer 교수도 특정한 공법상의 지위 내지 권리가 귀속된 귀속자에게 소유자와 마찬가지로의 법적 지위를 부여하고 있고, 이에 대한 보상없이 그러한 지위 내지 권리를 박탈하는 것이 헌법상 법치국가 원리에 반할 경우에는 헌법상 재산권에 포함된다고 하면서, 중요한 것은 그러한 지위 내지 권리가 국가의 행정행위가 아니라, 개인의 노무나 자본투입 등과 같은 특별한 희생으로부터 발생하였는가의 여부라고 한다.⁴⁰⁾

그런데 어떠한 권리나 법적 지위를 재산권으로 인정하여 헌법상의 보호를 부여할 것인가의 여부는 대단히 신중하게 결정하여야 할 것이며, 단지 국가의 경제적인 재정 능력에만 의존하여 판단을 하여서는 아니될 것이다. 왜냐하면 프랑스의 「인간과 시민의 권리선언」 제17조에서 밝히고 있듯이 재산권은 초국가적 인권으로서의 성격을 가짐과 동시에, 현대 국가에서 재산권은 국민에게 단지 물질적인 기초만을 보장하는

38) 헌법재판소 2010. 4. 29. 2007헌바40; 헌법재판소 2009.4.30. 선고 2007헌마103 전원재판부 【게임산업진흥에관한법률제32조제1항제6호등위헌확인】 : 청구인들은 경품용상품권제도의 폐지로 인하여 더 이상 중전의 방식으로 게임제공업을 영위할 수 없어 적법하게 운영해온 영업장을 폐쇄해야 하므로, 신뢰보호원칙과 과잉금지원칙에 위배되는 재산권의 침해라고 주장한다. 그러나 경품용상품권제도의 폐지에 의하여 청구인들이 소유하는 시설이나 장비 등 재산권 보장의 보호를 받는 구체적인 권리가 침해되는 것은 아니다. 또한, 청구인들의 영업활동은 국가에 의하여 강제된 것이 아님은 물론이고, 일정한 경제적 목표를 달성하기 위하여 취한 국가의 경제정책적 조치에 의하여 유발된 사경제의 행위가 아니라, 원칙적으로 자신의 자유로운 결정과 계획, 그에 따른 사적 위험부담과 책임 하에 행위하면서 법질서가 반사적으로 부여하는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다고 할 것이므로, 청구인들이 주장하는 폐업으로 인한 재산적 손실은 헌법 제23조 제1항의 재산권의 범위에 속하지 아니한다.

39) BVerfGE 69, 272(299ff.).

BVerfGE 1, 264(278): 독일 연방헌법재판소의 소위 굴뚝청소원결정에 의하면, 연방법률(das Gesetz zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens vom 22. Januar 1952)이 굴뚝청소원(Schornsteinfeger) 단체에 대하여 새롭게 규율하면서, 지금까지는 종신토록 직업수행을 보장받았던 굴뚝청소원의 정년이 70세로 결정되었는바, 이러한 제한은 기본법 제14조가 보장하는 재산권에 대한 침해라고 주장하면서 굴뚝청소원들의 장인들(Schornsteinfegermeister)이 동법률에 대해서 위헌심판을 신청하였다. 이에 연방헌법재판소는 재산권으로 인식되어 침해로부터 보호할만한 가치가 있는 재산권이란 자신의 노력과 자본투하로 획득한 것이어야 한다고 결정하였다.

40) H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27 Rn. 44.

것이 아니라, 나아가 개개의 국민이 각자의 인간다운 생활을 자주적으로 형성함과 동시에 자유로운 활동을 하는데 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 중요한 기능을 수행하기 때문이다.⁴¹⁾

2. 재산권으로서의 배출권

가. 부정설

김성수 교수는 자신의 논문에서 배출권이 법률안에 규정된 할당처분이라는 정부의 행정행위를 통하여 발생하는 일정한 범위에서 온실가스를 배출할 수 있는 공법상의 지위 내지 자격이라는 점에서 주관적 권리와는 달리 직접적으로 재산적 가치가 있는 권리라고 보기 어렵다고 한다. 배출권은 할당 대상 업체가 재산권으로 보유한 시설이나 지적 재산권 등을 사용하는 일종의 재산사용권 일부의 내용을 이루는 것으로 볼 수 있다고 한다.⁴²⁾ 김교수는 독일 연방헌법재판소의 결정과 같이 개인의 특정한 권리를 헌법상 보호되는 재산권으로 인정하기 위해서는 자신의 비용과 노력에 의한 기여분이 필요하다고 보아서, 배출권이 자신의 노력과는 무관하게 국가가 행정절차와 행정처분을 통하여 부여한 공법상의 지위에 불과하므로 재산권으로서 보호받기는 어렵고, 따라서 무상할당의 경우에는 재산권으로서의 성격이 희박하다고 평가한다.⁴³⁾

우리나라의 헌법재판소는 구 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제30조 제3항 등 위헌소원에 대한 결정에서 법상 사업계획승인라는 행정처분을 통하여 발생하는 자격 내지 법적 지위는 첫째, 어떠한 재산적 가치가 내포되어 있다고 보기 어렵고,

41) BVerfGE 24, 367(389); 31, 229(239); 50, 290(339); 헌법재판소 1998. 12. 24. 89헌마214. 김형성, 재산권, 기본권의 개념과 범위에 관한 연구 제6권(1995), 385면 이하.

42) Kobes, Engel, Der Emissionshandel im Lichte der Rechtsprechung (Teil 1) NVwZ 2011, S. 210: Die Emissionsbefugnis sichert lediglich die Benutzbarkeit der dem Anlagenbetreiber eigentumsrechtlich zugeordneten Gegenstände seiner Anlage oder den Fortbestand des von ihm eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs.

43) 김성수, '온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률안'상의 온실가스 배출권의 법적 성격과 할당의 법적 과제 - 독일의 경험을 참고하여 -, 토지공법연구 제52집(2011/2), 228면.

둘째, 나아가 공법상 수급권과는 달리 그 처분을 통해 어떠한 재산적 가치를 설정하거나 부여하고자 하는 행정주체의 의사가 표현되어 있다고 보기도 곤란하므로 헌법상 보호되는 재산권이 아니라고 보고 있다.⁴⁴⁾

독일 연방최고법원은 국가가 발급한 택시면허로 발생한 권리는 관할 행정청이 행정절차와 행정처분에 따라 특정인에게 부여한 법적 지위에 불과하기 때문에 그 자체로서는 재산적 가치가 있는 권리가 아니며 결과적으로 기본법 제14조 제1항에 의한 재산권으로 보호받는 것은 아니라고 판시하였다.⁴⁵⁾

이상의 논거를 고찰할 때 개인의 희생이나 노력, 자기자본의 투하 등이 없이 그냥 국가로부터 주어진 법적 지위에 대해서는 재산권성을 긍정할 수 없는바, 배출권은 국가로부터 무상으로 주어졌으므로 재산권성을 부인하고 있다.

나. 긍정설

배출권의 재산권성을 긍정하는 견해는 배출권의 탄생에 착안하기 보다는 배출권이 실제적인 거래시장에서 반대급부를 받고 양도되므로 사적유용성과 처분가능성의 표식을 지니므로 재산권성을 긍정한다.⁴⁶⁾

Burgi 교수에 의하면 배출권거래지침에 의하면, 독일에 있어서 배출권은 그 소유자에게 재산적 가치를 지니는 주관적 지위와 함께 기본법 제14조 제1항의 재산권으로서 보아야 할 것이라고 한다.⁴⁷⁾

김성수 교수는 유상으로 배출권을 취득하는 경우는 재산권성을 긍정하며, 나아가 무상으로 배출권을 취득한 경우에도 배출권 등록부의 계정에 등록하여 거래참여자가 되는 경우에는 할당으로 발생하는 배출권능과는 다른 법적 지위를 인정할 수 있다고

44) 헌법재판소 2010. 4. 29, 2007헌바40.

45) BGHZ 108, 364 (371).

46) 김태호, 독일의 기후변화 대응 법체계, 기후변화와 법의 지배, 박영사, 195면; 전종익, 탄소배출권의 헌법적 성격과 거래제도, 기후변화와 법의 지배, 박영사, 257면 이하.

47) Martin Burgi: Emissionszertifikate als Eigentum im Sinne von Art. 14 GG. LSK 2004, S. 29: Nach der Emissionshandelsrichtlinie liegt es nahe, die Zertifikate in Deutschland ihren Inhabern als vermögenswerte subjektive Positionen des Privatrechts, und mithin als Eigentum i.S.d. Art. 14 I GG zuzuordnen.

하면서, 등록부에 등록절차를 마치고 시장에서 완전한 거래의 대상이 되는 경우에는 배출 대상 업체가 배출권에 대하여 완전한 사적유용성과 처분가능성을 가진 권리를 유상으로 양도하는 것이므로 이 경우에는 헌법상 재산권으로서 보호받을 수 있다고 한다.⁴⁸⁾

헌법재판소의 구 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제30조 제3항 등 위헌소원에 대한 결정에서 ‘별개의견’에 의하면 어떤 권리가 사적 유용성이 있다고 인정되는 것은 그 권리가 권리주체에게 귀속되어 그 주체의 이익을 위해 이용 가능하다는 것을 의미하는바, 이 사건에서의 사업계획승인권이 그 권리자에게 귀속되는 것임은 명백한 점, 이 사건 법률 개정 이전의 경제거래 현실에서 기존의 사업계획승인권자는 자신의 위 승인을 타인에게 양도하는 경우 그 대가로서의 양도대금을 취득하여 왔고, 이러한 거래 및 양도대금의 수수 등이 대법원의 판결(대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다49836 판결 등)을 통하여 뒷받침되어 온 점 등을 종합하여 볼 때, 사업계획승인권이 사적 유용성을 결여하고 있다고는 볼 수 없다고 결정하였다. 또한 원칙적 처분권이란 자신의 의사에 따라 처분할 수 있어야 함을 의미하는바, 비록 이 사건에서와 같이 기존의 사업계획승인권자가 체육시설 중 필수시설의 소유권을 상실한 상태가 됨으로써 사업계획승인권을 양도할 상대방을 선택하거나 그 조건을 정할 자유가 상당히 제약되게 되었다 하더라도, 양도계약의 체결 여부 및 조건의 약정 등에 있어서 처분의 자유가 전혀 없어졌다고는 할 수 없다.⁴⁹⁾

이상을 요약하면 배출권은 배출권 거래시장에서 매매 등을 통하여 거래될 수 있으므로 사적유용성과 처분가능성을 가지고 있으므로 재산권성을 긍정한다.

다. 소결

배출권이라는 권리는 그동안 수면하에 잠복하여 있다가 그 시대를 맞이하여 새롭게 출생하게 된 권리라고 할 수 있으며, 배출권의 재산권성을 긍정하는가 여부는 그 중요한 표식으로 사적유용성과 처분가능성을 들 수 있는데 배출권은 이러한 표식을

48) 김성수, ‘온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률안’상의 온실가스 배출권의 법적 성격과 할당의 법적 과제 - 독일의 경험을 참고하여 -, 토지공법연구 제52집(2011/2), 229면.

49) 헌법재판소 2010. 4. 29. 2007헌바40.

모두 충족시킨다고 사료된다. 부정설은 배출권이 자신의 노력과는 무관하게 국가가 행정절차와 행정처분을 통하여 부여한 공법상의 지위에 불과하므로 재산권성을 부정하고 있다. 그러나 이러한 입장은 시대에 뒤떨어진 것이라고 할 수 있다. 헌법상 보장되는 재산권이라는 것이 절대불변의 것이 아니라 그 시대와 상황에 따라서 탄생되었다가 성장하고 또 사망할 수도 있는 것이다. 또한 재산권의 탄생에 가장 크게 이바지 하는 것이 바로 국가이며 재산권의 대상 역시 동산에서 부동산으로, 유체재산에서 무체재산으로, 심지어 소위 '새로운 재산(new property)'으로 까지 확대되고 있다.⁵⁰⁾ 재산권과 관련하여 독일의 Sachs 교수는 독일 기본법 제14조의 재산권 보장에는 재산적 가치가 있는 것의 법적 주체에게의 법적인 귀속을 보호하고 있는데, 어떠한 재산적 가치가 있는 법적 지위를 보장하는가는 헌법의 전체적인 체계 하에 그 의미를 고려하여 재산권보장의 기능과 목적에 따라서 결정된다고 하면서, 특히 이때 무엇보다도 재산법적 영역에서 사적인 영역과 경제적인 활동을 위하여 관계자에게 보장되고, 그의 존속을 신뢰할 수 있는 자유영역을 보장하며, 그와 함께 그에게 개성발현과 자기책임적 생활형성을 가능하게 하는 그 기능에 착안하는 것이 중요하다고 한다.⁵¹⁾ 이러한 입장에서 볼 때 헌법재판소의 구 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제30조 제3항 등 위헌소원에 대한 결정에서 '별개의견'이 적절하게 지적하듯이 국가의 공권력 행사로 인하여 발생한 법적 지위라고 하여 재산권성을 부정할 수는 없다.⁵²⁾ 비교법적으로 고찰할 때에도 배출권의 재산권성을 부정하는 이유는 재산권성을 긍정하는 경우에 보상의 문제 등으로 인하여 발생하게 될 행정목적의 효율적 수행에 어려움을 극복하기 위함에 있다.

그러나 이 경우에도 배출권의 재산권성을 긍정하고 다만 이러한 재산권성을 긍정함으로 인하여 발생할 수 있는 행정목적 달성에의 어려움을 극복하거나 행정정책적 목적에서 배출권의 재산권성에 대한 제한이 필요한 경우에는 헌법 제23조 제2항과

50) 조홍식, 유치청구 허용 여부에 관한 소고, 민사관례연구 XXII (2000년) 민사관례연구회, 50면 이하; Reich 교수는 국가에 의하여 여러 가지 대상에 재산권을 설정하고 있다고 주장하면서, 그 예로 직업(jobs), 영업면허, 독점판매권(franchise), 계약, 정부보조금, 공공자원과 공공서비스 사용 등을 제시한 바 있다.

51) Sachs, Michael, GG Kommentar, Art. 14 Rn. 21.

52) 헌법재판소 2010. 4. 29, 2007헌바40.

제3항으로서 해결하는 것이 헌법합치적인 길이다. 그렇지 아니하고 미국을 포함한 타입법에서 볼 수 있듯이 행정정책적인 이유로 배출권의 재산권성을 부인하는 것은 법치국가적 헌법의 체계를 부인하는 것으로서 본말이 전도된 것이라고 하지 아니할 수 없을 것이다.⁵³⁾

VI. 배출권 할당과 법치국가원칙의 요청

배출권의 권리성을 긍정할 때 배출권을 할당하는 것은 권리를 수여하는 행위로서 할당대상업체의 법적 지위에 중대한 영향을 미치게 된다. 배출권을 얼마만큼 어떠한 방식으로 할당받는가는 개개 기업에 있어서는 장래 운명을 결정할 수도 있는 중요한 변수로 작용하므로 이에 대한 규율은 기본권과 관련하여서 중요한 사항에 해당된다. 그러므로 배출권의 할당에 있어서는 법치국가적 요청에 부합되어야 한다. 즉 배출권 할당계획의 수립, 할당대상업체의 지정 그리고 배출권의 구체적 할당 등에 대해서는 명확성의 원칙, 예측가능성의 원칙 그리고 사법심사를 통한 통제메커니즘이 원활하게 작동되어야 할 것이다.⁵⁴⁾ 이러한 통제메커니즘은 할당의 권한을 가지는 국가를 향해서 이루어지기도 하고 또는 다른 사인을 향하기도 할 것이다.⁵⁵⁾

53) 김성수, '온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률안상의 온실가스 배출권의 법적 성격과 할당의 법적 과제 - 독일의 경험을 참고하여 -', 토지공법연구 제52집(2011/2), 229면; 김성수 교수도 결국에는 거래단계에 이른 배출권은 시장참여자가 자신의 책임하에 사적 효용을 실현하기 위하여 양도 또는 양수하는 것이므로 헌법상 재산권으로서의 요건을 모두 갖춘 것으로 볼 수 있으며, 다른 재산권과 마찬가지로 수익과 처분의 대상이 되는바, 결국 배출권 거래 제도를 통하여 재산권의 대상이 되는 사법상의 또 다른 권리가 성립하는 것이라라고 주장하고 있다.

54) Astrid Epiney, Zur Entwicklung des Emissionshandels in der EU, ZUR 2010 Heft 5, S. 239.

55) Foroud Shirvani, Rechtsschutz gegen Zuteilungsentscheidungen im Emissionshandelsrecht NVwZ 2005, S. 872: 본 논문은 배출권을 둘러싼 행정송송법적 제문제에 대해서 잘 다루고 있다. 강현호, 탄소배출권 거래제도에 대한 법적 고찰, 환경법연구 제32권 2호, 119면: 탄소배출권과 관련하여 개인이 행정주체에 대해서 가지는 권리로서, 첫째 행정주체로서 탄소배출권의 할당주체 乙이 특정 사업자 甲에게 일정량의 탄소배출권을 할당하는 경우에 그것이 부족하다고 하여 다투는 내용(취소소송) 내지 일정량의 탄소배출권을 부여해 줄 것을 요청하는 내용(의무이행소송), 둘째, 할당주체 乙이 사업자 甲에게 일정량의 탄소배출권을 할당한 경우에 사업자 丙이 그러한 할당량에 대해서 다투는 내용(인인소송), 셋째, 사업자 甲이 할당주체 乙이 주관하는 탄소배출권의 할당절차에 참여하기를 원

배출권의 할당에 있어서 할당계획은 할당과 관련하여 대강의 밑그림을 그리는 차원을 넘어서서 할당의 중요한 기준들을 포함하고 있으므로 할당계획의 수립에 있어서 이미 법치국가적 요청들이 반영되어야 한다. 특히 할당계획이 매우 구체적으로 작성되어야 하며 이해관계인들의 참여가 실질적으로 보장되어야 할 것이다. 법(안) 제5조(국가 배출권 할당계획의 수립 등)에 의하면 정부는 국가온실가스감축목표를 효과적으로 달성하기 위하여 계획기간별로 다음 각 호의 사항이 포함된 국가 배출권 할당계획을 매 계획기간 시작 6개월 전까지 수립하여야 한다: 1. 국가온실가스감축목표를 고려하여 설정한 온실가스 배출허용총량에 관한 사항, 2. 배출허용총량에 따른 해당 계획기간 및 이행연도별 배출권의 총수량에 관한 사항, 3. 배출권의 할당 대상이 되는 부문 및 업종에 관한 사항, 4. 부문별·업종별 배출권의 할당기준 및 할당량에 관한 사항, 5. 이행연도별 배출권의 할당기준 및 할당량에 관한 사항, 6. 제8조에 따른 할당대상업체에 대한 배출권의 할당기준 및 할당방식에 관한 사항, 7. 제12조제3항에 따라 배출권을 유상으로 할당하는 경우 그 방법에 관한 사항, 8. 제15조에 따른 조기감축실적의 인정 기준에 관한 사항, 9. 제18조에 따른 배출권 예비분의 수량 및 배분기준에 관한 사항, 10. 제28조에 따른 배출권의 이월·차입 및 제29조에 따른 상쇄의 기준 및 운영에 관한 사항, 11. 그 밖에 해당 계획기간의 배출권 할당 및 거래를 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항.

배출권 할당계획은 배출권 거래제도에 있어서 대단히 중요한 사항으로서 할당계획에 의하여 이미 앞으로의 진행경과가 상당한 정도로 구속을 받게 된다. 할당계획이 명확하고도 구체적으로 수립될수록 이러한 장래구속력은 보다 강화될 것이다. 할당계획에 대한 법치국가적 요청은 고로 할당계획 그 자체에 대해서 이의제기 내지 행정쟁송의 제기로 구현된다. 할당계획은 개별 기업의 재산적 이익, 경쟁력 및 영업의 자유에 커다란 영향을 끼치므로 행정쟁송법상의 행정처분으로 보아야 할 것이다.

배출권의 할당대상업체로 지정되는 것은 배출권이라는 권리를 부여받음과 동시에

하는 경우에 행정절차에 참여하는 내용(절차참여권), 넷째 사업자 甲이 할당 내지 양도받은 탄소배출권을 특정지역에서 행사하려고 하는 경우에 이에 대해서 관할 지방자치단체 丁이 자신의 지역 내에서는 탄소배출권을 행사하지 못하도록 방해하는 경우에 甲이 가진 법적인 힘의 내용(방해배제권), 다섯째, 할당주체 乙이 탄소배출권 할당을 위해서 기준을 마련한 경우나 특정의 방식을 도입하는 경우에 사업자 甲이 이러한 기준에 대해서 다투는 내용(규범통제신청권) 등을 포함한다.

의무를 부담하게 된다. 따라서 할당대상업체로 지정된 경우에는 법(안)이 규정하는 다양한 의무를 이행하여야 하며 그 불이행의 경우에는 벌칙을 부과받아야 하고, 경우에 따라서는 배출권을 취득하기 위하여 비용을 지불하여야 한다. 따라서 할당대상업체의 지정은 개별 기업의 법적 지위에 일방적 변동을 가져오는바 행정처분으로 볼 수 있다. 판례에 따르면 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상의 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위를 말하므로, 할당대상업체의 지정은 이러한 처분에 해당한다고 할 것이다.⁵⁶⁾

적절한 시점이 되면 주무관청이 할당대상업체에 대해서 배출권을 할당하게 된다. 법(안) 제12조(배출권의 할당) 제1항에 의하면 주무관청은 계획기간마다 할당계획에 따라 할당대상업체에 해당 계획기간의 총배출권과 이행연도별 배출권을 할당한다. 이러한 할당은 배출권이라는 권리를 부여하는 전형적인 행정행위로서 강학상의 허가에 해당된다고 볼 것이다. 할당을 강학상의 특허로 볼 여지도 없는 것은 아니지만, 특허로 보는 경우에는 할당의 여부가 국가의 정책적 목적에 좌우될 소지가 크므로 배출권이 지니는 기본권성과 부합되기 어렵다. 탄소배출권 거래제도를 도입하는 이유가 행정권의 일방적인 명령적 규제적 시스템을 탈피하여 개별 행위주체에게 탄소의 배출을 감축하도록 자발적인 동기를 부여하는 경제적·유인적 시스템으로 나아가고자 하는 것인데, 잘못하면 탄소배출권 거래제도가 더욱 강한 규제의 효과를 가져올 수도 있으며, 또한 보다 경직된 규제시스템으로 인하여 개개의 기업이 가지는 융통

56) 대법원 2009.12.24. 선고 2009두12853 판결 【방산물자지정취소처분취소】 : 방위사업법 제35조 제1항에서 방산업체로 지정되기 위해서는 방산물자를 생산하고자 하는 자이어야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제42조에서 방산업체의 시설기준에 관하여 방산물자의 생산에 필요한 일반시설 및 특수시설, 품질검사시설, 기술인력 등의 인적, 물적 시설을 갖출 것을 요건으로 하고 있는 점에 비추어, 방산물자 지정이 취소되는 경우 당해 물자에 대한 방산업체 지정도 취소될 수밖에 없다고 보아야 한다. 그렇게 되면 방위사업법에서 규정하는 방산물자 등에 대한 수출지원(제44조)을 받을 수 없을 뿐 아니라 방산업체로서 방위사업법에 따라 누릴 수 있는 각종 지원과 혜택을 상실하게 되고, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제26조 제1항 제6호 (다)목에서 규정한 '방위사업법에 의한 방산물자를 방위산업체로부터 제조·구매하는 경우' 수의계약에 의할 수 있는 지위도 상실하게 되므로, 결국 방산물자 지정취소는 당해 방산물자에 대하여 방산업체로 지정되어 이를 생산하는 자의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.

성, 자유 그리고 창의성을 말살할 수도 있다. 특히 할당으로 인하여 경쟁 제한적이거나 경쟁왜곡적인 체계를 형성하게 된다면 이는 법치국가 발전에 큰 장애가 된다.⁵⁷⁾

그러므로 탄소배출권의 중요한 내용은 법률로서 규정을 하여야 하며, 이를 포괄적으로 하위법령에 위임하여서는 아니되며, 특히 배출권의 할당과 관련한 '기준'은 원칙적으로 법률에서 규정되어야 할 의회유보사항이고, 예외적으로 기술적이거나 시대상황에 적절한 대응이 필요한 경우에만 위임할 수 있다. 그럼에도 법(안) 제12조 제2항은 배출권의 할당기준을 원칙적으로 대통령령으로 정하도록 규정하고 있는바 이는 헌법상 법치국가적 원칙에 위반될 소지가 크다고 할 것이다. 동조 제2항에 의하면 다음과 같은 각호의 사항을 고려하여 대통령령으로 정한다고 규정하고 있으나, 이들은 다만 고려요소일 뿐이고 할당기준 자체를 대통령령으로 정하도록 하는 것은 문제가 심각하다.⁵⁸⁾

나아가 배출권의 할당과 관련하여 유상 또는 무상으로 하는 방식 그리고 무상으로 할당하는 배출권의 비율을 국내 산업의 국제경쟁력에 미치는 영향, 국제적 동향, 물가 등 국민경제에 미치는 영향 및 직전 계획기간에 대한 평가 등을 고려하여 대통령령으로 정하도록 하는 법(안) 제12조 제3항 역시 위헌적인 소지가 다분하다. 할당량은 매우 중요한 사항으로서 특히 무상할당 비율은 '의회유보사항'에 해당된다.⁵⁹⁾ 나

57) Foroud Shirvani, Rechtsschutz gegen Zuteilungsentscheidungen im Emissionshandelsrecht NVwZ 2005, S. 874 f.

58) 동지: 김성수, '온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률안'상의 온실가스 배출권의 법적 성격과 할당의 법적 과제 - 독일의 경험을 참고하여 -, 토지공법연구 제52집(2011/2), 222면: 법률안의 경우 온실가스에 대한 총량제의 실시에 따라서 배출권을 획득하려는 다수의 대상 업체 상호간은 물론 신규진입자들 간의 극심한 경쟁관계가 예상되기 때문에 이들 간에는 전형적인 경원자관계가 형성되고 특정 대상업체에 배출권을 할당하는 경우에는 다른 경쟁자들의 권리를 침해하게 경우가 흔히 발생할 수 있다. 따라서 할당은 할당대상자들은 물론 할당을 받지 못하는 다른 경쟁자들의 기본권 실현에 본질적이고 중대한 사안에 해당하기 때문에 할당과 관련된 조항들은 최대한 국회가 법률로서 규율할 것이 요구되며, 포괄적인 위임이 금지되는 것으로 보아야 한다.

법(안) 제12조 ② 제1항에 따른 배출권 할당의 기준은 다음 각 호의 사항을 고려하여 대통령령으로 정한다. 1. 할당대상업체의 이행연도별 배출권 수요 2. 제15조에 따른 온실가스 조기감축실적 3. 제27조에 따른 할당대상업체의 배출권 제출 실적 4. 할당대상업체의 무역집약도 및 탄소집약도 5. 할당대상업체 간 배출권 할당량의 형평성 6. 부문별 및 업종별 온실가스 감축 기술 수준 및 국제경쟁력 7. 할당대상업체의 시설투자 등이 국가온실가스감축목표 달성에 기여하는 정도 8. 기본법 제42조제6항에 따른 관리업체의 목표 준수 실적.

59) 유럽의 경우 2013년부터 무상할당과 경매와 관련하여 유럽 전체에 동일한 기준 적용하기로 하였으며,

아가 할당방식도 중요한 사항에 속하며, 할당방식으로 경매를 행한다고 할 때 투명하고도 공개된 경매절차가 요청되며, 이 경우 경제적으로 보다 약한 기업들이나 시장에서 경쟁적 지위가 형성되지 아니한 기업들에게 미치는 영향, 경매가 가지는 위험성 그리고 국가는 경매를 통하여 본래의 목적보다 재정확충을 도모하기 쉽다는 점 등을 고려할 때 이러한 사항은 법률에서 직접 규율하여야 할 것이다.⁶⁰⁾

VII. 결론

교토의정서를 기점으로 온실가스의 배출권을 거래하는 체제가 전세계적인 차원에서 한단계 한단계 나아가고 있다. 우리나라도 이에 발맞추어 배출권거래제도를 도입하고 배출권할당거래법(안)까지 마련하게 되었다. 다가오는 2013년 혹은 그 얼마 후부터 세계 8위의 이산화탄소 배출국이자 OECD 회원국인 우리나라는 국제질서에서 차지하는 위상이나 기술의 발전 정도를 고려할 때 세계적인 배출권 거래시장에 의무적으로 참여하여야 하리라는 것은 쉽게 짐작할 수 있다. 이런 흐름에서 우리나라는 보다 앞서고 세계를 리더할 수 있는 배출권할당거래법(안)을 제정하여 국제사회에서 우뚝서는 것이 요청된다.

그러한 길로 나아가는 첩경은 다름아니라 곧 배출권할당거래법(안)이 법치국가적인 원칙에 부합되도록 제정하는 것이다. 이를 위해서는 첫째로 배출권의 정의를 분명하게 하는 것이 요청된다. “배출권이란 1톤의 이산화탄소 또는 이산화탄소 1톤에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권리를 말한다”라고 법적으로 명백하게 정의하는 것이 요청된다. 둘째로 배출권의 재산권성을 긍정하는 것이 요청된다. 배출권의 재산권성을 부정할 이유는 절대적인 것이 아니라 행정목적 달성의 효율성에 기초한 것인데, 이는 먼저 재산권성을 긍정하고 행정의 효율성은 보완하는 순서로 나아가야 할 것이다. 셋째로 배출권의 할당과 관련하여 중요성설에 입각하여 특히 할당기준은

배출권거래 의무시설들은 매년 1.74% 감축의무를 부과하기로 결정하였다. 그리고 전력생산에 대해서는 무상할당을 폐지하고, 경매를 통해서만 구매하도록 하였다.

60) Mario Martini/ Jochen Gebauer, Alles umsonst?« Zur Zuteilung von CO₂-Emissionszertifikaten: Ökonomische Idee und rechtliche Rahmenbedingungen, ZUR 2007, 231.

‘의회유보사항’으로서 의회가 직접 법률에 담아야 할 사항이다. 할당기준을 원칙적으로 대통령령으로 정하도록 규정한 것은 헌법상 법치국가원칙에 위반되어 위헌의 문제를 야기할 소지가 크다.

이런 점들이 보완된다면 앞으로 배출권 거래제도와 관련하여 우리나라가 보다 선진적이고도 효율적인 체계를 구축할 수 있을 것이다.

논문투고일 : 2011. 3. 31. 심사일 : 2011. 4. 15. 게재확정일 : 2011. 4. 22.
--

참고문헌

- 강현호, “탄소배출권 거래제도에 대한 법적 고찰”, 『환경법연구』 제32권 2호, 2010.
- 김광수, “독일 공법상의 재산권보장과 국가책임 확장이론”, 서울대학교 박사학위논문, 1994.
- 김성수, “온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률안상의 온실가스 배출권의 법적 성격과 할당의 법적 과제 - 독일의 경험을 참고하여 -”, 『토지공법연구』 제52집, 2011.
- 김태호, “독일의 기후변화 대응 법체계”, 『기후변화와 법의 지배』, 박영사, 2010.
- 오오구시 타쿠야 저/ 박명섭 · 권현준 역, 『탄소배출권 거래와 시장』, 아카데미프레스, 2009.
- 조홍식, “기후변화에 대한 환경법적 대처방안”, 제91회 한국환경법학회 국제학술대회.
- 조홍식, “기후변화의 법정책”, 『기후변화와 법의 지배』, 박영사, 2010.
- 조홍식 · 이재협 · 허성욱, 『기후변화와 법의 지배』, 박영사, 2010.
- 전종익, “탄소배출권의 헌법적 성격과 거래제도”, 『기후변화와 법의 지배』, 박영사, 2010.
- 최경진, “배출권의 법적성질”, 『비교사법』 제17권 제1호(통권48호), 2010.
- Astrid Epiney, “Zur Entwicklung des Emissionshandels in der EU” ZUR 2010 Heft 5.
- Felix Ekardt, “Wie weiter im globalen Klimaschutz? - Zugleich zur Kritik und Neukonzeption des Emissionshandels” ZRP 2010.
- Gerald Torres, “development dialogue september 2006” - Carbon Trading.
- Helmut Rittstieg, “Grundgesetz und Eigentum”, NJW 1982.
- Jungnickel/Dulce, “Die Zulässigkeit der (teilweisen) Versteigerung von Emissionsberechtigungen aus europarechtlicher Sicht”, NVwZ 2009.
- Kobes, Engel, “Der Emissionshandel im Lichte der Rechtsprechung (Teil 1)”, NVwZ 2011.

- Mario Martini/Jochen Gebauer, “Alles umsonst? Zur Zuteilung von CO₂-Emissionszertifikaten: Ökonomische Idee und rechtliche Rahmenbedingungen”, ZUR 2007.
- Martin A. Beckmann/Andreas Fisahn, “Probleme des Handels mit Verschmutzungsrechten- eine Bewertung ordnungsrechtlicher und marktgesteuerter Instrumente in der Umweltpolitik”, ZUR 2009 Heft 6.
- Michael Bothe, “Rechtliche Voraussetzungen für den Einsatz von handelbaren Emissionszertifikaten am Beispiel von SO_v2”, NVwZ 1995.
- Pohlmann, Markus, 「Kyoto Protokoll: Erwerb von Emissionsrechten durch Projekte in Entwicklungsländern」, D&H, 2004.
- Rebentisch, “Rechtsfragen der kostenlosen Zuteilung von Berechtigungen im Rahmen des Emissionshandelsrechts”, NVwZ 2006.
- Jonathan Donehower, “ANALYZING CARBON EMISSIONSTRADING: A POTENTIAL COST EFFICIENT MECHANISM TO REDUCE CARBON EMISSIONS”, Environmental Law Winter 2008.
- Juliet Howland, “Not ALL CARBON CREDITS ARE CREATED EQUAL : THE CONSTITUTION AND THE COST OF REGIONAL CAP-AND-TRADE MARKET LINKAGE”, UCLA Journal of Environmental Law and Policy 2009.

[Abstract]

A legal study on the definition of emissions right and its nature as property right

Kang, Hyunho

Since Kyoto Protocol has come on effect, the emissions trading scheme goes forward step by step. Korea has prepared for the carbon regime and made an act on allocation and trading of greenhouse gas emissions rights.

Maybe after upcoming carbon emissions trading period or not long after that period, Korea, which is a member of OECD and the big carbon emitting country ranked 8th in the world, would be an obligatory country to introduce the emissions rights trading scheme. For this process we can easily guess, when we think over Korea's development niveau in technology and its position and stance in international order. In this megatrend it is a good chance to be a leading country in this new international regime through issuing the most developed act on allocation and trading of greenhouse gas emissions rights.

For this purpose it is the shortest way that the proposed act on allocation and trading of greenhouse gas emissions rights should be enacted properly in accordance with constitutional principles and due process of law. To guarantee this the following suggestions should be fulfilled: Firstly, it is necessary to define the meaning of the term of the act 'emissions rights' clearly. It is strongly recommended to make the meaning of the term in legal aspect apparently that 'emissions rights' are rights to emit in the air 1 ton of carbon or rights to emit the equivalent to 1 ton of carbon. Secondly, it is needed to accord the nature as property rights to 'emissions rights'. The reason to deny the character of 'emissions rights' as property rights comes not from absolute legal theories but is based on the administrative effectiveness related to compensation. In this standpoint it is the suitable flow of legal discussion that the character of 'emissions rights' as property rights should be accepted first

and then the supplementary methods to promote the administrative effectiveness should be found. Thirdly, according to the essential theory in the area of delegation of power for the administrative action the allocation of 'emissions rights' should be written in the formal law itself, especially the guidelines for the allocation of 'emissions rights'. But the proposed act allowed to rule the guidelines for the allocation through administrative legislation. These kinds of delegation of power to the administrative branches bring about the legal problem concerning constitutionality.

I think that Korea might be a leading country in the new regime of trading of 'emissions rights', if we supplement these disputes regarding the proposed act.

주 제 어 온실가스, 목표관리제, 배출권, 배출권거래제, 재산권, 할당, 법치국가원칙
Key Words greenhouse gases, target management system, emissions rights, emissions trading
scheme, property rights, allocation, due process of law