탄소배출권 거래제도에 대한 법적 고찰

강 현 호*

차 례

Ⅰ. 들어가는 글
Ⅱ. 온실가스에 대한 국제적 대응
Ⅲ. 탄소배출권 거래제도
Ⅳ. 탄소배출권의 법적 고찰
Ⅴ. 탄소배출권 거래제도와 법치주의의 요청
Ⅵ. 탄소배출권 거래소의 법적 성격
Ⅶ. 결론

[국문초록]

탄소배출권 및 탄소배출권 거래제도의 탄생은 환경보호와 관련하여 새로운 지평을 여는 커다란 의미가 있다. 이는 환경법상 기본원칙인 원인자책임의 원칙을 실제 법실무에 구현하는 제도임과 동시에 그동안 일방적 규제위주의 체제에서 경제적 유인책을 실현하는 것이기 때문이다. 그렇지만 탄소배출권이 가지는 경제적 효과 내지 행정목적 달성을 위한 수단적 의미만이 강조되고 있는 경향이 강하여 법적인 접근보다는 경제학적인 접근이 만연하고 있는데, 이제는 탄소배출권이 권리로서의 성질을 가지는가 이러한 권리의 내용은 무엇인가 그리고 탄소배출권을 둘러싸고 전개될 수 있는 법치국가적 문제점들이 부각되어야 할 시점이 되었다.

탄소배출권은 그 용어상 권리임에 틀림없으며 내용이 매우 함축적인 의미를 지니고 있다. 탄소배출권 그 자체를 탄소를 배출할 수 있는 Credit 내지 계정 혹은 증서 등으로 보는 견해도 있지만, 그러나 탄소배출권은 하나의 권리로서 특히 주관적 공권으로서의 의미를 지니고 있다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 부교수

탄소배출권 거래제도를 도입함으로 인하여 시장경제를 근간으로 하는 메커니즘에 커다란 타격을 가할 수도 있는바, 법치국가에 부합되는 탄소배출권 거래제도를 도입하는 것이 매우 중요하다. 이를 위해서는 탄소배출권의 기저가 행정법상 허가라는 사전적 행위규제 시스템에 있다는 것을 파악하는 것이 중요한데, 즉 자연적 자유에 해당되는 것을 행정목적 달성을 위해서 잠시 금지시켰다가 행정목적 내지 공익을 위한 위해요소가 사라지는 경우에는 허용하는 시스템으로 나아가야 하는 것이다. 그렇지 아니하고 이를 특허라는 행정적 규제시스템에 근거지우는 경우에는 탄소배출권을 남용하여 법치주의와 자유로운 시장경제를 파괴하는 괴물의 탄생을 우려하지 않을 수 없을 것이다. 그러므로 본고를 통하여 탄소배출권에 대한 규제에 있어서 새로운 시각을 형성할 필요가 있다.

Ⅰ. 들어가는 글

최근 미국 멕시코만(Gulf of Mexico)에서 BP(British Petroleum)사의 해저석유시추선이 폭발하여 해저로 가라앉으면서 시추를 위한 유정으로부터 막대한 양의 원유가 유출되고 있으며, 금번 사고는 지금까지 최악으로 알려진 1989년 미국 알라스카에서 좌초한 엑손 발데스호로부터 유출된 기름양을 능가하고 있다.[1] 이러한 원유유출로 인해서 멕시코만의 생태계가 파괴되고 그 여파는 해류를 따라서 미국의 동부해안으로도 나타날 전망이며, 파괴된 생태계를 복원하는데는 엄청난 시간과 비용을 요구한다. 또한 원유유출로 인한 피해는 환경에만 머무르지 아니하고 인간에게도 해악을 끼쳐서 현재까지 약 71건의 인적 피해가 보고 되었다.[2] 이러한 환경재앙을 바라보면서 왜 석유시추를 위한 유정을 폭발로부터 보호하는 장치를 마련하지 아니하였는가 의문이 제기됨과 동시에, 환경보호를 위해서는 무엇보다도, 물론 어느 정도 비용적인 면에서 비효율성이 나타난다고 하더라도, 사전적이고도 예방적인 조치들이 최선인 것을 다시 한번 확인하게 된다.

현재적으로 환경보호를 위해서 다양한 수단들이 마련되어 있는바, 환경행정의 성질

1) http://www.cnn.com/2010/US/05/30/gulf.oil.spill.developments.
2) http://www.oilspillsyndrome.com/. June 10th 2010.

에 따라서 입법적 수단, 계획적 수단, 처분적 수단 등으로 나눌 수 있고, 환경행정의 강제성 여하에 따라서 강제적 수단, 지도적 수단 그리고 유인적 수단 등으로 구분할 수 있으며, 그리고 환경행정의 수행절차와 관련하여 환경적성평가 또는 환경영향평가 등을 들 수 있다. 입법적 수단으로는 환경기준 및 배출허용기준 등 각종의 기준들의 설정이 있을 수 있고, 계획적 수단으로는 환경보호지역의 지정 등 다양한 행정계획을 수립하는 것이 있고, 처분적 수단으로는 직접적인 명령이나 과태료나 벌금부과 등 각종 징벌적 규제수단을 들 수 있다. 예를 들면 환경을 불법적으로 훼손하는 자에게 금지명령을 발급하거나, 배상책임을 부담시키거나 또는 형벌을 가할 수도 있고, 환경보호를 위한 각종의 규제를 위반하는 경우에 행정적인 제재를 가할 수도 있다.[3)]

이처럼 다양한 조치들 중에서 특히 환경보호를 위해서는 상기에서 보았듯이 환경은 침해되기 전에 보호하는 것이 최선이므로 사전적인 조치들이 중요하다. 사전적인 조치 중에서도 특히 관계자들의 동기유발을 불러 일으키기 위하여 경제적인 유인책을 제공할 수 있는데, 이의 대표적인 수단의 하나로서 거론되는 것이 바로 탄소배출권(emissionsright) 거래제도이다.[4)] 이는 탄소를 배출하는 권리를 개별주체에게 부여하고 이러한 권리의 행사여부를 경제적 이익과 관련시킴으로써 결과적으로 탄소배출의 감소를 도모하는 것을 목적으로 하는 제도이다.[5)] 탄소배출권 거래제도는 기존에 거의 무상으로 이용하던 환경재에 대해서 경제적 가치를 결부시킴으로 인하여 그 가치를 인식시킴과 동시에 국제법적으로나 국내법적으로도 이러한 가치를 인정받을 수 있는 체제를 구축하고자 한다.

이러한 탄소배출권거래제도의 기본구상과 관련하여 Ronald Harry Coase는 1960년에 '사회적 비용의 문제(The Problem of Social Cost)'에 관한 논문에서 환경재를 포함한 특정재화에 대한 외부효과(externality)[6)]의 문제는 불명확하거나 또는 정의되

3) 한귀현, "지구온난화와 배출권거래 – 독일의 배출권거래법제를 중심으로 –", 「환경법연구」, 제29권 제2호, 2007, 577면.

4) Jonathan Donehower, *ANALYZING CARBON EMISSIONS TRADING: A POTENTIAL COST EFFICIENT MECHANISM TO REDUCE CARBON EMISSIONS*, Environmental Law Winter 2008, p. 190: The U. S. Acid Rain Program estimated cost savings at $20 billion, or a fifty-seven percent cost reduction below the estimated command-and-control alternative.

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

지 아니한 재산적 권리(property right)로 인하여 발생하게 되므로 환경재에 대해서 재산적 권리성을 결부시켜 줌으로써 경제주체간 자발적인 협상을 유도할 수 있고 이러한 방법을 통해서 환경문제를 효율적으로 해결할 수 있다고 주장하였으며, 그 후에 캐나다의 경제학자인 J. H. Dales도 1968년 그의 '오염, 재산 그리고 가격(Pollution, Property and Prices)'이라는 저서에서 산업폐수로 인한 바닷물의 오염을 방지하기 위하여 오염권을 위한 시장을 설치하는 것을 제안하였던 바, 이를 위해서는 특정의 오염물질을 위하여 구체적인 지역과 기한을 정하고 배출총량이 결정되어야 하며, 이러한 배출총량에 기초하여 소위 환경인증이 발급되어야 한다는 것[7] 등에서 찾아볼 수 있다.

이러한 탄소배출권 내지 그 거래제도에 대한 관심이 높아져서 이제 우리나라에서도 많은 연구와 논의들이 시작되고 있다.[8] 이 시점에 와서는 이제 탄소배출권이라는 제도에 대해서 법적인 측면에서 고찰할 때가 되었다고 사료된다. 탄소배출권이라는 제도가 환경보호를 위한 수단으로서 고안되었으나 이러한 제도가 우리 사회에 성공적으로 정착하기 위해서는 법치국가적인 요청에 부합되어야 할 것이다.

환경보호를 위해서 경제학적인 관점을 결부시킴으로써 탄생한 탄소배출권이라는 제도는 일면으로는 환경문제에 대해서 대처하는 하나의 효과적인 방안이 될 수도 있겠지만, 타면으로는 이러한 제도가 우리 사회 그리고 국민과 기업의 실제 생활에 어떠한 영향을 미치는가에 대해서 법적인 관점에서 적절한 통제가 요청된다. 탄소배출권이라는 용어는 외국으로부터 도입되었지만 현행법상 그 권리의 성질이 인정될 수 있는가 인정될 수 있다면 그 권리의 내용은 무엇인가 부터 시작하여 과연 공권으로서 규명될 수 있는가 나아가 이러한 권리의 기저에는 어떠한 법적 근거가 존재하고 있는가 등 많은 쟁점들을 내포하고 있다.[9]

---

6) 외부효과 내지 외부성이란 특정한 경제주체 갑의 생산·소비 또는 분배행위가 시장에 참여하지 않는 다른 경제주체 을에게 유리하거나 또는 불리한 영향을 끼치는 효과를 말한다. 이러한 외부효과에는 을에게 이득을 줌으로써 경제활동의 편익이 갑에 의해 충분하게 흡수되지 아니하는 외부경제와, 을에게 손해를 줌으로써 갑의 비용이 사회적인 비용보다 작은 외부불경제의 두가지 유형이 있다.

7) http://de. wikipedia. org/wiki/Emissionsrechtehandel.

8) 현재 한국에서는 환경보호와 관련된 주제로 탄소배출권 내지 탄소배출권 거래제도에 대한 연구 내지 발표들이 전성기를 맞이하고 있다: 가장 최근에는 한국탄소법학회에서 탄소배출권에 대해서 세미나를 개최하였다.

본고에서는 첫째 온실가스에 대한 국제적 대응의 과정을 고찰하고, 둘째 탄소배출권 거래제도에 대해서 살펴본 연후에, 셋째 탄소배출권의 법적 성질과 넷째로 탄소배출권 거래소의 법적 성격에 대해서 하나의 시론적인 고찰하기로 한다.

Ⅱ. 온실가스에 대한 국제적 대응

1979년 경부터 과학자들이 지구온난화를 경고한 이래로 기후변화에 대한 국제적인 논의가 진행되었다. 대기 중의 온실가스에 대한 국제적인 노력으로서는 먼저 1985년 오존층의 보호에 관한 비엔나협약과 몬트리올 협정을 들 수 있으며, 나아가 본격적인 국제적 대처방안으로 기후변화협약을 들 수 있다. 기후변화협약(United Nations Framework Convention on Climate Change)은 1992년 5월 브라질의 수도 리우데 자네이로에서 유엔이 주최하는 환경개발회의(UNCED: United Nations Conference on Environment and Development)에서 이산화탄소, 프레온가스를 포함한 온실가스의 방출을 제한하여 지구온난화를 방지하는 것을 목적으로 체결되었다. 우리나라는 1993년 12월 47번째로 동 협약에 가입을 하였다.

이러한 기후변화협약의 이행을 위하여 1995년 3월에 제1차 당사국총회(COP: Conference of the Parties)가 개최되었고, 특히 1997년 12월 일본 교토에서 제3차 당사국총회가 되었는데, 여기서는 선진국들의 온실가스 감축목표를 설정한 교토의정서를 채택하였다.[10] 다만 개도국들의 감축의무에 대해서는 추후 논의하기로 하였다. 교토의정서의 주된 내용은 의무이행 대상국으로서 선진국인 38개 국가(Annex I)가 2008년~2012년 사이에 온실가스 총배출량을 1990년 수준보다 평균 5.2% 감축하는 것이다. 각국의 감축 목표량은 국가별로 차등을 두어서 예를 들면 EU는 −8%, 일본은 −6% 감축의무를 부담하는 등 −8 ~ +10% 정도의 차별적 감축목표를 두었으며, 그리고

9) Tessa Schwartz et., *LEGAL ISSUES FOR CARBON-RELATED TRANSACTIONS: REGULATIONS, MARKETS, TECHNOLOGY & ENHANCING VALUE*, Practising Law Institute 2009, pp. 97-101; 이선화, "배출권거래제 도입 논의, 충분한가", keri칼럼 in http://www. keri. org.

10) Kim, Yong gun et., *Domestic Greenhouse Gas Emissions Trading Schemes*, KEI 2003 WO-04, 「정책보고서」, p. 1.

1990년 이후에 일어난 토지이용의 변화와 산림에 의한 온실가스의 감축상황도 감축량에 포함되도록 하였다.

우리나라는 기후변화협약에서 비부속서(Non-Annex I) 국가로 분류되어 온실가스의 배출량을 감축하기 위한 국가전략을 자체적으로 수립·시행하고 이를 공개함과 동시에 온실가스의 배출량과 흡수량에 대한 국가적인 통계와 정책적인 이행에 관한 보고서인 국가보고서를 작성하여 당사국총회(COP: Conference of the Parties)에 제출하는 등 공통적인 의무사항들만 이행하면 족하다.[11]

최근에는 2009년 12월 7일부터 18일까지 제15차 UN기후변화협약 당사국총회가 덴마크 코펜하겐에서 개최되었다.[12]

[당사국총회의 진행경과]

당사국총회 (연도 및 개최도시)	주요내용
제1차 당사국총회 (1995년 베를린)	2000년 이후 온실가스감축을 위한 협상그룹 설치
제2차 당사국총회 (1996년 제네바)	미국과 EU 감축목표에 대하여 법적인 구속력 인정
제3차 당사국총회 (1997년 교토)	선진 38개국이 2008년~2012년 온실가스배출량을 1990년 수준보다 5.2% 감축 의무화 및 공동이행 제도[13], 청정개발체제[14], 배출권 거래제도 등 도입
제4차 당사국총회 (1998년 부에노스아이레스)	교토의정서의 세부이행절차 마련 위한 행동계획 수립 아르헨티나와 카자흐스탄이 비부속서 국가로서 온실가스 감축의무부담 표명

11) http://me. go. kr/kor/notice/: 우리나라는 일본과는 달리 기후변화협약상 비부속서 I 국가로서 국제사회에 국가인벤토리 보고서(NIR)를 제출할 의무는 없으며, 단순히 온실가스 통계 결과만을 국가보고서를 통해 발표하고 있는 실정이다. 현재로서는 국내에서는 환경(폐기물) 분야가 유일하게 선도적으로 2008년부터 인벤토리 보고서를 작성하고 있다. 따라서 환경부는 국가온실가스 인벤토리의 발전을 위해 환경 부문 인벤토리 보고서 작성 경험을 토대로 향후 정부차원에서 전 부문을 포괄하는 국가인벤토리 보고서 작성을 준비할 필요가 있다는 입장이다. 이에 차기 회의에는 타 부문의 협조를 통해 상호검토 분야가 더욱 확대되기를 희망한다고 환경부 관계자는 밝혔다.

12) 제15차 당사국총회에서는 교토의정서를 대체하는 새로운 기후변화협약을 도출하고자 하였으나, '지구의 기온상승을 2°이내로 제한하고 선진국은 2010년 1월 말까지 2020년 온실가스감축목표를 제시한다'는 것을 주된 내용으로 하는 '코펜하겐협정'을 마련하였으나, 승인되지 못하였다. 그리하여 2010년 말까지 법적으로 구속력이 있는 새로운 협정을 마련하기로 함에 그쳤다.

제5차 당사국총회 (1999년 본)	개발도상국의 온실가스 감축 의무부담 문제
제6차 당사국총회 (2000년 헤이그, 본)	2002년 교토의정서 발효 위한 상세운영규정 확정
제7차 당사국총회 (2001년 마리케쉬)	교토의정서, 의무준수체제, 흡수원 등에 대한 마라케시 합의 도출
제8차 당사국총회 (2002년 뉴델리)	뉴델리 각료선언(The Delhi Ministerial Declaration)
제9차 당사국총회 (2003년 밀라노)	기후변화협약 이행, CDM, 기후변화 특별기금(Speacial Climate Change Fund) 운용방안
제10차 당사국총회 (2004년 부에노스아이레스)	제1차 공약기간(2008년~2012년) 이후의 의무부담문제
제11차 당사국총회 (2005년 몬트리올)	2012년 이후 기후변화체제협의회 구성
제12차 당사국총회 (2006년 나이로비)	선진국들의 제2차 공약기간(2013년~2017년) 온실가스 감축량 설정 논의 개도국들의 의무감축 참여 문제
제13차 당사국총회 (2007년 발리)	측정·기록·검증 가능한 방법으로 온실가스감축 수행
제14차 당사국총회 (2008년 포즈난)	CDM의 지역적 불균형 해소방안 개도국의 기후변화 지원기금 사용절차
제15차 당사국총회 (2009년 코펜하겐)	제1차 기간 이후의 대응방안 코펜하겐 협정(Copenhagen Accord)
제16차 당사국총회 (2010년 멕시코시티)	제1차 공약기간 이후의 체제(Post 2012 체제)에 대한 협상

EU에서는 교토의정서에 의해 의무적으로 부과된 온실가스감축을 달성하기 위하여 2003년 10월 공동체에 있어서 온실가스배출권 거래시스템 및 위원회의 지침

13) 공동이행제도(JI: Joint Implementation)는 감축의무를 지닌 국가간 특정국가가 타국가의 온실가스감축사업에 투자하여 얻어진 감축량을 특정국가의 감축실적으로 인정하는 제도이다.

14) 청정개발체제(CDM: Clean Development Mechanism)는 온실가스 감축 의무대상국(부속서 I 국가)이 그 외의 국가에서 온실가스감축 사업을 통해서 이룩한 온실가스감축량 중 일정량에 대해서 이를 감축분으로 인정해 주거나 또는 개도국 단독으로도 온실가스감축사업을 하여 의무부담국에 감축분을 판매하는 체제이다.

96/61/EG[15]의 개정을 위한 유럽연합지침 2003/87/EG(EU배출권거래지침)[16]이 제정되었으며, 또한 온실가스규제에 있어서 선두주자 역할을 하는 독일에서는 2004년 7월 15일 온실가스배출권거래법(Treibhausgas – Emissionshan delsgesetz: TEHG)과 배분법(Zuteilungsgesetz: ZuG)이 발효되어 2005년 1월 1일부터 배출권거래제도가 시행되고 있다.[17]

일본에서는 1998년 지구온난화대책의 추진에 관한 법률이 제정되었는바, 동법에 의하여 온실가스를 다량으로 배출하는 사업자에 대해서 사업소마다 온실가스의 배출량을 산정하여 사업소관대신에게 보고할 의무를 부과하였고 또한 그 온실가스의 배출량을 보고하도록 하는 온실가스배출량산정·보고·공표제도가 도입되었다. 나아가 할당량구좌부제도가 규정되었고 또한 산정할당량의 거래규칙이 제정되어서 배출권거래제도의 실시를 준비하고 있다.

미국에서도 온실가스에 대해서 그동안의 입장과는 달리 전향적으로 보아 다양한 법안들을 제안하기 시작하였으며[18], 연방대법원에서도 2007년 4월 2일 Massachusetts v. EPA Case에서 온실가스규제와 관련하여 온실가스는 청정대기법(Clean Air Act)상의 대기오염물질이고, 만약 온실가스가 공중의 건강과 공공복리(public health or welfare)를 위협한다면 EPA가 규제할 수 있다는 판결을 내렸으며[19], 연방환경보호청(EPA)은 이산화탄소를 포함한 6개 온실가스를 규제대상 오염물질로 규정하는 시행령을 공포하였다.

---

15) Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24. September 1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung.

16) Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates.

17) 한귀현, 전게논문, 2007, 576면.

18) Arnold W. Reitze, Jr., *FEDERAL CONTROL OF CARBON DIOXIDE EMISSIONS: WHAT ARE THE OPTIONS?* Boston College Environmental Affairs Law Review 2009, pp. 26-27: 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, pp. 419-423.

19) Massachusetts v. E. P. A., 549 U. S. 497 (2007); Eric J. Mayer, *GLOBAL WARMING AND THE REGULATION OF CARBON DIOXIDE EMISSIONS*, Texas Bar Journal 2008, p. 381.

우리나라도 이러한 국제사회의 움직임에 동조하여 준비를 하고 있으며[20], 2009년 11월 17일 이명박 대통령 주재로 열린 제49회 국무회의에서 2020년 국가 온실가스 감축 목표를 BAU 대비 30%를 감축하는 것으로 결정하였다. 또한 저탄소 녹색성장 기본법에서 탄소배출권거래제도의 도입에 대해서 규정하고 있다.[21][22]

Ⅲ. 탄소배출권 거래제도

1. 도입과 그 전제

탄소배출권 거래제도를 도입하려는 주된 이유로서는 기존에 대가를 지불하지 아니하고 이용하던 환경재(environment goods)[23]에 대해서 원인자책임의 원칙(Polluter pays principle)을 관철할 수 있다는 기본적인 이유 외에도 무엇보다도 배

20) 기획재정부, 보도자료 2008. 4. 29: 참고로 OECD 회원국 중에서 의무감축국이 아닌 나라는 한국과 멕시코 두 나라 뿐이며, 우리나라는 2009년 GDP 규모가 세계 제15위로서 지난 10년간(1990년~2000년) 온실가스의 누적배출량이 세계 11위, 지난 15년간(1990년~2005년) 온실가스의 배출증가율은 99%로 OECD 회원국 중 1위다.

21) 저탄소 녹색성장 기본법: 제정 2010. 1. 13 법률 제9931호 시행일 2010. 4. 14.
저탄소 녹색성장 기본법 제46조(총량제한 배출권 거래제 등의 도입) ① 정부는 시장기능을 활용하여 효율적으로 국가의 온실가스 감축목표를 달성하기 위하여 온실가스 배출권을 거래하는 제도를 운영할 수 있다. ④ 제2항에 따른 제도의 실시를 위한 배출허용량의 할당방법, 등록·관리방법 및 거래소 설치·운영 등은 따로 법률로 정한다.

22) 중요한 점은 우리나라의 수도권에 대해서는 이미 배출권거래제도를 제한적으로나마 이미 시행하고 있다는 것이다. 수도권대기환경개선에관한특별법 제16조와 제18조를 살펴보면 배출총량제와 배출량의 할당 그리고 그 거래 등에 대해서 규정을 두고 있다.
수도권대기환경개선에관한특별법 제16조(배출허용총량의 할당 등) ① 환경부장관은 제14조제1항에 따른 사업장설치의 허가 또는 변경허가를 받은 자와 같은 조 제3항에 따라 사업장설치허가를 받은 것으로 보는 자(이하 "사업자"라 한다)에게 제8조제2항제8호에 따른 배출허용총량의 할당기준에 따라 5년마다 연도별로 구분하여 총량관리대상 오염물질의 배출허용총량을 할당한다. 제18조(배출허용총량의 이전) ① 총량관리사업자는 할당받은 연도별 배출허용총량의 일부를 총량관리대상 오염물질별로 그 연도 내에 다른 총량관리사업자에게 매매 등을 통하여 이전할 수 있다.

23) http://terms.naver.com: 소비자가 어떤 재화를 이용하여 소비하였을 때 오염물질이 적을뿐만 아니라 모든 사람들이 공동으로 즐기는 재화. 예를 들면, 깨끗한 물, 깨끗한 공기, 아름다운 경치 등이 있다.

출권거래에 참여하는 사업자들에게 자발적인 탄소배출감축을 유도하는데 있다. 환경재의 특징상 환경보호를 위해서는 당사자들의 자발적인 참여가 가장 중요하므로 이를 유발하기 위하여 인센티브를 부여하고자 하는 것이다. 인센티브 중에서는 경제적인 이득이 가장 중요한 위치를 점하는바, 특정사업자가 탄소배출을 감축시킨 경우에 그에 해당하는 만큼의 탄소배출권을 부여받아서 이를 시장에 내다 팔아 경제적인 이득을 향유하도록 하는 것이다. 이러한 시스템은 나아가 사업자들에게 탄소배출을 감축시키는 기술을 개발하도록 유도하는 기능도 함께 수행한다.

이러한 탄소배출권 거래시스템 하에서는 특정사업자는 탄소배출과 관련하여 오염방지기술의 개발 내지 체제변경을 통해 온실가스를 감축할 것인지 아니면 배출권을 매입하여 사용할 것인지 사이에서 어느 것이 자신에게 유리한 지를 부단하게 고려하게 된다. 만약 배출권의 가격이 상대적으로 높다면 사업자는 여러 가지 오염방지기술들을 개발하거나 운영시스템의 변경을 통하여 탄소배출량을 줄임으로써 경제적인 이득을 취하고자 할 것이고 배출권의 가격이 상대적으로 낮다면 사업자는 탄소배출량을 줄이기 보다는 기존의 배출권을 구입하여 사용하고자 할 것이다. 즉 배출권 거래제도 하에서는 외부로부터의 직접적인 명령이나 지시가 없더라도 사업자는 스스로 배출량을 줄여서 경제적인 이익을 취할 동기를 부여받게 될 뿐만 아니라, 환경보호를 위한 기술들도 경제적인 가치를 인정받게 되어서 비교적 활발하게 개발될 수 있을 것이다.[24]

물론 배출권거래제도가 가지는 여러가지 부작용도 나타날 수 있다. 예를 들면 탄소배출권만 있으면 탄소를 배출할 정당한 권리가 있는 것으로 비춰질 수도 있으며, 배출권의 이전을 통해서 특정한 지역에서 집중적으로 온실가스가 배출될 수도 있으며, 배출권에 대한 가치를 어떻일로 리고 어느 정도로 유지시킬 것인가도 문제가 될 수 있으며, 탄소배출권의 가격이 낮게 유지되는 동안에는 탄소배출량을 줄일 동기가 줄어들 수 있고, 배출권을 배분하는 방식에 있어서도 난제가 있을 수 있으며, 탄소배출권을 무상으로 할당하는 경우에 이의 양소배출통해서 경제적 이익을 취할 수 있다면 탄소배출권 할당에 있어서 어떠한 수단을 동원하든지 보다 많은 할당을 받기 위

24) Jonathan Donehower, *ANALYZING CARBON EMISSIONSTRADING: A POTENTIAL COST EFFICIENT MECHANISM TO REDUCE CARBON EMISSIONS*, Environmental Law Winter 2008, pp. 189-190.

하여 더욱 더 첨예하게 대립하게 될 것이고, 탄소배출권의 할당이 경쟁하는 기업군에 있어서는 특정기업에 대하여 마치 보조금을 지급하는 효볼출권가져올 수 있으며, 또한 배출권거래제도의 도입으로 배출권의 배분과 가격유지에 있어서 기존의 시장메커니즘을 위협할 정도로 정부의 인위적인 개입이 있을 수도 있다는 문제도 있다. 이러한 부작용들을 적절하게 제어하면서 배출권거래제도가 가지는 장점들을 극대화하는 것이 요청된다.

이러한 점들을 고려할 때, 배출권거래제도의 도입에 있어서 중요한 전제로는 첫째 개별사업자들의 탄소배출량이 정확하게 파악할 수 있는 시스템이 도입되어야 하고, 둘째 배출권의 할당이 개별사업자들에게 적절하게 이루어져야 하며, 셋째 배출권의 가격이 적정한 상태로 유지될 수 있는 가격안정시스템이 확보되어야 하며, 넷째 배출권거래제도의 도입목적을 달성할 수 있는 적절한 규제시스템이 확보되어야 하고, 다섯째 이러한 배출권거래제도 시스템이 법치국가원칙에 부합되어야 한다.[25]

2. 배출권 할당방식

배출권거래제도에 있어서 가장 중요한 문제가 바로 배출권의 할당방식이다. 왜냐하면 배출권을 여하히 분배하느냐에 따라서 사업자들의 온실가스배출에 대한 감축동기가 좌우되기 때문이다. 배출권을 무상으로 과다하게 할당(allocation)하는 경우에는 탄소배출량을 감축하도록 유인하는 기능을 할 수 없고, 반대로 배출권을 유상으로 과소하게 분배하는 경우에는 사업자들에게 과다한 부담을 지우게 되고 배출권의 가격이 비정상적으로 급등하여 부작용을 가져올 수 있다. 배출권의 할당을 적절한 가격에 적절한 양을 누구에게 분배할 것인가에 따라서 배출권거래제도의 성패가 달려 있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

---

25) Jonathan Donehower, *ANALYZING CARBON EMISSIONS TRADING: A POTENTIAL COST EFFICIENT MECHANISM TO REDUCE CARBON EMISSIONS*, Environmental Law Winter 2008, p. 182: Donehower 는 성공적인 탄소시장의 전제조건으로 1) 충분한 배출총량, 2) 배출권의 가격을 보장할 능력, 3) 유연성, 4) 일정기간 동안 규제의 확실성 그리고 5) 투명성을 들고 있다(A successful carbon market requires 1) a sufficient emissions cap, 2) ability to guarantee compliance, 3) flexibility, 4) regulatory certainty over time, and 5) transparency).

배출권의 할당방식과 관련하여 먼저 할당되는 배출권의 총량을 설정할 것인가와 관련하여 총량을 인정하는 총량제한방식(Cap & Trade)과 그렇지 아니한 기준인정방식(Baseline & Credit)으로 구분할 수 있다.

총량제한 방식은 일정한 지역 나아가 특정 권역에 대해서 총배출량을 미리 설정하고 이에 해당하는 배출권을 사업자들에게 할당하는 방식으로서 유럽연합이나 일본의 배출권 할당방식이다.[26] EU와 일본은 2008년부터 2012년의 기한내에 1990년 배출량 대비 5.2%를 줄이고자 계획하여 총배출량을 설정하고 있으며, 미리 할당된 배출량을 남긴 경우에는 이를 소유한 사업자는 배출권을 다른 사업자에게 양도할 수 있도록 하고 있다. 기준인정방식은 개별국가나 사업자들에 대해서 총량을 설정하는 대신에 기준배출량을 설정한 연후에, 기준배출량보다 적게 배출한 경우 이를 양도할 수 있도록 하는 방식이다.

또한 탄소배출권을 무상으로 할당할 것인가 유상으로 할당할 것인가 아니면 이를 혼합하여 할당할 것인가도 문제된다.

그리고 배출량을 할당하는 경우에 어떠한 기준에 근거하여 할당할 것인가와 관련하여 첫째 Grandfathering(기준연도 불변 실적기준 분배), 둘째 Updating(기준연도 조정 실적기준 분배), 셋째 Auction(경매) 등이 있다.

첫째로 Grandfathering 방식은 과거기준연도(기간)의 배출량/투입열량/산출물(kWh 등) 등의 평균 또는 최고치(혹은 최고치 2년~3년의 평균)를 기준으로 할당하는 방법이다. 프랑스의 경우를 들면 Grandfathering 방식에 의거하여 관할행정청이 2005년 1월 1일부터 3년에 걸쳐서 배출권을 배분하기 위한 전국적 계획을 수립하였으며 이에 따라서 관할행정청은 배출권거래에 참가할 기업들에 대해서 배출한도를 결정하여 사업자들에게 배출권을 할당하였다. 할당된 배출권을 초과하여 배출한 사업자는 이에 상응하는 배출권을 구매하거나 아니면 과태료를 납부하여야 하며, 반대로 배출권이 남아 있는 사업자는 이를 거래시장에서 판매할 수 있다.[27]

이러한 방식은 과거의 온실가스배출량을 근거로 배출권을 할당하므로 기존사업자

---

26) Kim, Yong gun et., *Domestic Greenhouse Gas Emissions Trading Schemes*, KEI 2003 WO-04,「정책보고서」, p. 11.

27) 모랑 드빌레, "프랑스 환경법상 대기오염방지와 기후온난화대책", 제91회 한국환경법학회 국제학술대회, 30면 이하.

의 부담을 최소화하는 장점이 있는 반면에, 기존에 배출량이 많은 사업자에게 많은 배출권을 할당하는 점이 문제로 지적된다. 이러한 방식하에서는 특정사업자는 전략적으로 배출량을 늘려서 할당량을 늘릴 수도 있다. 그리고 배출자에게 배출권을 무상으로 부여하는 경우에는 배출자에게 부당한 이익이 발생할 수도 있다.

둘째로 Updating 방식은 할당대상연도 대비 전년도(기간) 또는 당해 연도의 투입열량/산출물에 비례하여 할당하는 방식이다. 당해연도투입열량/산출물 등에 비례하여 배출권을 할당하는 경우 배출원단위에 대하여 지속적인 개선을 유인한다는 장점이 있으나, 상호간 차이가 있는 배출자의 특성을 고려할 수 있는 배출원단위에 대한 기준설정의 문제가 있다. 그 외에도 배출권을 산출물 규모에 비례하여 무상으로 할당하는 경우 산출물 자체를 증가시키려는 동인을 제공하므로, 원단위의 하락에도 불구하고 배출총량이 증가하는 효과(산출보조금효과)가 나타날 수도 있다.

셋째로 Auction 방식은 배출권을 경매를 통해서 할당하는 방식을 의미한다. 즉 사업자가 필요한 온실가스 배출권을 정부로부터 경매를 통해서 구입한다. 여기에는 배출삭감량 경매방식(incentive auction)도 포함될 수 있는데, 이는 정부가 배출권을 무상으로 할당한 연후에 특정사업자가 배출권을 남긴 경우에는 정부가 경매를 통해 그 남긴 배출권을 구매하는 방식이다.

김홍균 교수에 의하면 경매방식을 선호하는데 그 이유로서는 환경비용의 내부화, 오염원인자책임원칙의 실현, 배출권거래제도가 가지는 윤리적, 도덕적 결함의 극복 등을 들고 있다. 그에 의하면 경매제도는 가격조작 또는 독과점에 따른 폐해를 방지하면서 경락자에게 이전할 수 있는 배출허용총량을 가장 비싼 값으로 경매함으로써 적정가격을 창출할 수 있을 것이고, 이러한 가격형성은 각 사업장에게 유인을 제공함으로써 시장거래를 촉진할 것이며 나아가 사업장은 끊임없는 기술혁신을 시도하게 될 것이다.[28]

이상의 고찰에 의거할 때 배출권의 할당방식과 관련하여서 원칙적으로는 총량제한방식을 근거로 기준인정방식을 보완하여 사용할 것이며, 배출권 할당의 유상성과 관련하여서는 배출권거래제도의 도입초기에는 무상할당 내지 혼합할당을 하다가 점차적으로

28) 김홍균, "수도권대기질 개선을 위한 총량관리제 – 배출권거래제도를 중심으로 –", 「저스티스」, 통권 제91호, 2000. 06, 161면.

유상으로 할당하는 방향으로 나아가는 것이 제도 도입에 있어서 순리적이라고 할 것이고, 할당의 기준과 관련하여서는 원칙적으로 경매의 방식을 취하되 Grandfathering 방식과 Updating 방식을 보완적으로 사용하는 것이 합리적이라고 할 것이다.[29]

Ⅳ. 탄소배출권의 법적 고찰

1. 탄소배출권의 권리성

탄소배출권이란 문언적으로 해석할 경우에 탄소를 배출할 수 있는 권리를 의미한다.[30] 그렇지만 탄소배출권을 권리로 보기보다는 어떤 Credit 즉 잔고를 증명하는 유가증권 정도로 보기도 한다. 그러나 여기서 탄소배출권이란 일응 권리 그 자체와 이를 표시하는 유가증권으로 구분할 수 있는데, 여기서 유가증권에 대해서는 다루는 것이 아니다. 이런 의미에서 탄소배출권을 잔고증명 내지 유가증권으로 보는 견해는 탄소배출권이라는 권리 그 자체와 이를 화체한 유가증권과는 명백히 구별되어야 할 것이다.[31]

아무튼 탄소배출권의 권리성에 대해서 고찰해 볼 필요가 있는바, 통상적으로 권리란 일정한 이익을 누릴 수 있도록 법이 인정하는 힘이라고 보는 것이 지배적이다(권리법력설). 탄소배출권거래제도에 있어서 등장하는 탄소배출권을 특정인이 자신의 자유 내지 기본권을 영위하기 위하여 탄소를 외부의 세계로 배출하면서 이익을 누릴 수 있도록 법이 인정하는 힘이라고 할 수 있는가라고 의문을 제기할 때, 탄소배출권

29) 동지: Jonathan Donehower, *ANALYZING CARBON EMISSIONSTRADING: A POTENTIAL COST EFFICIENT MECHANISM TO REDUCE CARBON EMISSIONS*, Environmental Law Winter 2008, p. 192.

30) Elmar Altvater, *Das Ende des Kapitalismus wie wir ihn kennen*, S. 53 f. : Elmar Altvater에 의하면 탄소배출권은 대기를 오염시킬 수 있는 것을 권리로 고양시킨 것인데 다만 이러한 배출권을 포기할 때 가치가 현실화 된다.

31) http://www.keco.or.kr/cms/upload/board/B0028/44_1266390497632_2010_021716_0814_962.pdf: 이지훈 삼성경제연구소(SERI) 수석연구원은 탄소배출권은 온실가스의 배출권리를 명시한 일종의 유가증권이라는 주장을 하고 있으나, 이는 탄소배출권 그 자체에 대한 이해의 부족으로부터 나오는 것으로 사료된다.

거래제도가 정착된 연후에는 탄소배출권은 이러한 권리성을 지닌다고 볼 수 있을 것이다. 특히 이러한 권리성은 그 행사를 방해받는 경우에 방해배제를 청구할 수 있는 힘으로 나타난다고 할 것이(권리설). Gerald Torres 교수에 의하면 탄소배출권거래제도에 있어서 배출자는 법적으로 배출량을 할당량의 수준으로 줄일 의무가 부여됨과 동시에 또한 법적으로 그 할당량을 배출할 권리를 지닌다고 하면서 법적 권리를 부여하는 것이 탄소배출권 거래제도의 보편적 전제라고 주장한다.[32]

법상 권리는 크게 내용에 따라 인격권·재산권·가족권·사원권으로 구분되고, 작용에 따라 지배권·청구권·형성권·항변권으로 나뉘며, 주장할 수 있는 범위에 따라 절대권·상대권으로 대별되고, 이전의 가능성에 따라 일신전속권·비전속권 등으로 분류된다고 본다면, 탄소배출권은 내용적으로는 재산권으로, 작용상은 지배권으로, 주장할 수 있는 범위에 따라서는 절대권으로 그리고 이전가능성에 따라서는 비전속권으로 분류될 수 있을 것이다. 이에 더하여 탄소배출권은 사권을 넘어서 공익을 담보하는 공권으로서의 성격도 지니고 있으므로 그 권리의 성질이 명쾌하게 정의되기 어려운 면도 있다.

탄소배출권이라는 개념에 대해서는 권리라는 성격을 부여하는 것에 대해서 비판적인 견해도 주장되고 있으며 이러한 견해에서는 탄소를 배출할 수 있는 권리라는 개념 대신에 Credit(계정 내지 증명)이라는 개념을 사용하기도 한다. 왜냐하면 탄소를 배출할 수 있는 권리라는 개념은 너무나도 생소하기 때문이고, 탄소를 배출할 수 있는 권리는 존재할 수 없기 때문에 오히려 권리로 정의하기 보다는 탄소를 배출할 수 있는 계정 내지 증명 정도로 보는 것이 낫기 때문이라고 한다(계정설).

그러나 탄소를 배출할 수 있는 권리로서 탄소배출권은 법상 긍정되는 권리로서 그 권리성을 긍정하여야 할 것이다. 최봉철 교수에 의하면 X에 대해 권리가 있다는 말을 X에 대해 권리주체의 통제 혹은 결정이 우선되어야 한다고 풀이하고 있는바[33], 이러한 입장에 의하면 탄소배출권은 탄소배출에 대해서 권리주체의 통제 혹은 결정이 우선되어야 한다는 것이다.

---

32) Gerald Torres, development dialogue september 2006 - 「Carbon Trading」: 'an emitter is not only legally obligated to reduce emissions down to the limit specified on its permit; it is also legally entitled to emit up to that amount'.

33) 최봉철, "권리의 개념에 관한 연구", 「법철학연구」, 제6권 제1호, 2003. 05, 75면.

계정설은 권리의 생성과정 및 권리의 형상에 대한 이해가 부족함에 기인하는 것으로 보이며, 예를 들면 자유권이나 일조권 역시 그 자체로서는 권리주체에게 내재되어 있음에 불과하고 즉 어떻게 보면 계정 상태에 있음에 불과하지만, 권리의 속성상 그 행사에 방해를 받는 경우에 이를 제거하는 힘이 발생하는 것이다. 아무튼 탄소배출권이란 그 권리의 소유자에게 단순히 탄소를 배출할 수 있는 계정을 가졌다는 의미가 아니라, 탄소배출에 대해서 권리주체에게 이익을 누릴 수 있도록 법이 힘을 부여하고 있다는 것이라고 보아야 할 것이다.

2. 탄소배출권의 양면성

탄소배출권을 권리로 규정지우는 경우에 그 권리의 성질을 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 물론 이러한 권리의 성질은 다음의 탄소배출권의 기저와 관련된 논의 즉 탄소배출권이 허가라는 법적 제도에 의하여 근거지워지는가 아니면 특허라는 법적 제도에 의하여 근거지워 지는가라는 논의와 밀접한 관련이 있다.

이와 관련하여 탄소배출권은 첫째 자연권설, 둘째 실정법적 권리설, 셋째 자연권과 실정법적 권리가 혼재하는 양면설 등이 주장될 수 있다.

자연권설에 의하면 탄소배출권을 인간의 존엄과 가치, 자유 또는 평등 등과 같이 자연권으로 보는 견해이다. 탄소배출권은 행복을 추구할 권리나 생존권 혹은 직업의 자유와 같이 국민들의 자연적 자유에 해당하는 것이라고도 볼 수 있다. 왜냐하면 탄소를 배출하는 행위를 하지 아니하고는 인간은 생활을 영위할 수 없고 각종의 활동을 하는 법인들도 존립할 수가 없기 때문이다.

지금까지 탄소배출권이라는 권리가 명시적으로 언급되지 않고 논의의 대상이 되지 아니한 이유는 너무나 당연한 권리로서 학문적 논의의 장 아래에 머물러 있었기 때문이다. 원래 자연권이란 다양한 견해들이 주장되고 있지만 말 그대로 실정법 이전에 자연상태에서부터 존재하는 권리라는 의미라고 할 때, 탄소배출권도 그 어떤 법적인 기초 이전에 자연적으로 존재하는 권리라는 견해이다.

실정법적 권리설은 탄소배출권은 권리이기는 하지만 자연권은 아니고 법에 의하여 창조된 것이라는 전제하에, 그 권리의 성질이 자연적으로 도출된다고 보기 보다는

법령에 의하여 특정한 경우에 이를 향유하도록 함으로 인하여 발생하는 것으로 본다.

양면설에 의하면 탄소배출권은 이상의 두가지 성질이 혼합된 것이라는 견해이다.

결론적으로 탄소배출권이란 양면적인 성질을 가진다고 할 수 있다. 탄소배출권은 원래 자연적 상태에서 인간에게 존재하는 권리였으나 다만 인간 사회의 한계적인 상황으로부터 수면 위로 떠오른 권리라고 할 수 있다. 탄소를 배출하는 것은 종전에는 권리로서 설정되어야 할 필요성을 느끼지 못했으나 사회가 발달함에 따라서 환경오염과 지구온난화[34]라는 문제상황이 발생하고 우리가 살고 있는 세상에서 탄소의 배출을 규제할 필요성이 나타났으며, 이제는 경우에 따라서는, 탄소의 배출을 일반적으로 금지하면서 특정한 경우에 한하여 실정법적으로 허용되는 범위내에서 탄소를 배출할 수 있는 시스템을 구축하게 되었다.

물론 이러한 현상은 비단 탄소배출권에 한정되는 것은 아니지만, 특히 법적인 측면에서 바라볼 때 우리 지구가 처해 있는 환경자원의 한계로부터 도출된다. 기존에는 환경재는 무한하므로 누구나 자유롭게 이용할 수 있다는 환경무료주의 내지 환경공동책임주의에 기초하고 있었다면[35], 이제는 유한한 환경재에 대해서 원인자책임의 원칙을 보다 철저하게 적용할 필요가 나타나게 되었으며 환경을 보호하기 위하여 탄소배출이라는 행위에 대해서 일반적인 금지를 설정하여 놓은 다음에 탄소를 배출하기 위해서는 실정법적인 권리를 요구하게 되었다. 즉 환경을 오염시키는 탄소 등 물질에 대해서 지구의 대기 상으로 배출하기 위해서는 국가의 공적 행위인 등록 내지 인증 또는 허가나 특허를 발급받아야만 허용되는 시스템으로 정착시켜 나가게 되었다.[36] 다시 말하자면 탄소배출권은 이전에는 자연적인 권리로서 논의조차 되지 아니한 권리였으나, 탄소가 지구온난화의 주범으로서 부각되면서 법령에 의하여 구체화되어진 권리라고 할 수 있다. 이러한 논의의 핵심은 탄소배출권이라는 권리의 성격은 매우 복잡하고 다양한 면을 지닌다는 점을 부각하는데 있다.

---

34) http://www.gihoo.or.kr/portal/index.jsp.

35) 조홍식, "기후변화에 대한 환경법적 대처방안", 제91회 한국환경법학회 국제학술대회, 356면.

36) 독일의 온실가스배출권거래법 제4조 제1항에 의하여에 의하면, [부록 1]에 언급되어 있는 활동으로부터 배출되는 이산화탄소의 방출에는 허가를 요한다.

3. 탄소배출권의 기저

탄소배출권 거래제도는 경제학적인 관점을 환경법에 접목시킨 것으로서 기존의 환경재에 대한 관점을 크게 바꾸어 놓았다. 기존에는 '환경재'를 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 것으로 보았다. 그러나 1968년 Garette Hardin이 "공유지의 비극(The Tragedy of the Common)"에서 폐쇄된 생태계폐쇄된 생의 제한적인 이익추구가 어떠한 결과를 초래할 지에 대해서 경고한 것처럼, 환경재 역시 자유로운 이용에 더 이상 둘 수 없다는 각성이 시작되었다. 그리하여 원인자책임의 원칙이 환경법의 중요한 원칙으로 자리잡게 되었고 이러한 흐름에서 '환경재'에 대해서도 이용대가를 지불하도록 함과 동시에 반대급부로서 그 절약 내지 보호에 대해서는 경제적 인센티브를 주는 방안으로서 탄소배출권 거래제도가 도입되었다.

탄소배출권은 환경재로서 대기에 대한 기존의 자유로운 이용을 일단 일반적으로 금지(Verbot)를 시키고 특정한 경우에 즉 여기서는 탄소배출권을 가지고 있고 이를 행사하는 경우에 탄소배출을 허용하는 시스템으로 만드는 제도라고 할 수 있다. 이러한 탄소배출권은 마치 기존의 자유롭게 영위할 수 있던 영업의 자유에 대해서 일반적으로 금지를 한 연후에, 특정의 조건을 갖춘 경우에 영업을 할 수 있도록 해 주는 행정법상의 규제제도의 모습을 지니게 된다.[37] 예를 들면 음식점 영업을 하는 것은 헌법상 보장된 인간의 존엄성과 가치, 행복추구권 그리고 영업의 자유 등에 의하여 보장되는 자연적 권리라고 할 것이지만 공익을 위해서, 여기서는 특히 공중의 위생 및 안전을 위하여, 일단 이러한 행위를 금지시킨 연후에 일정한 조건을 충족시키는 경우에 한하여 행정주체의 허락을 통하여 영업을 하도록 하는 것이다. 탄소배출권이라는 권리의 생성 역시 기존의 자유로운 탄소의 배출로부터 이제는 탄소배출권을 득하여야만 탄소를 배출할 수 있도록 한다는 의미에서 탄소배출권은 크게 보아서 사전적 예방적 행위규제로서의 범주에 속하는 법제도를 기저로 하고 있다고 볼 수 있다.

이러한 탄소배출권의 기저를 국가의 규제의 큰 틀에 있어서 이를 허가로 볼 것인가 아니면 특허로 볼 것인가가 문제될 수 있다. 물론 허가와 특허의 구별이 상대화

37) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 2010, 328면.

되는 경향이 있기는 하지만, 허가와 특허는 그 법적 기초가 동일할 수는 없고 오히려 이를 명확하게 구분하는 것이 법치국가적 요청이라고 할 수 있을 것이다. 왜냐하면 양자 중 어떠한 기저(Foundation)에 탄소배출권을 구축하는가에 따라서 국가의 관여 정도, 탄소배출권을 할당받은 사업자의 권리의 내용, 탄소배출권 제도에 대한 국가의 규제강도, 탄소배출권 거래제도에 대한 법적 구성 등이 다르게 나타나기 때문이다.

허가와 특허라는 국가규제 시스템의 양대 메커니즘을 구분하는 중요한 기준으로는 자연적 자유에 대한 금지가 존재하는가의 여부이다. 허가라는 법제도는 국민이 향유하고 있던 기존의 자연적 자유를 공익상의 목적으로 사전적 예방적으로 금지를 시킨 연후에, 공익을 위태롭게 할 여러 요인들이 제거된 경우 행정주체가 국민에게 자연적 자유를 누리도록 허용하는 시스템이라고 할 것이고, 특허제도는 어떠한 행위를 하는 것이 국민의 자연적 자유에 속하는 사항은 아니지만 국가의 행정정책상 특정 국민에게 향유하도록 특별한 권리를 부여하는 시스템이라고 할 것이다.[38] 그러므로 허가와 특허의 구별기준으로는 자연적 자유에 대한 금지가 존재하는가의 여부로 보아야 할 것이다.[39]

탄소배출권 거래제도가 그러면 자연적 자유에 대한 금지인가 아닌가에 대한 고찰이 필요하다. 이러한 고찰을 하는 이유는 탄소배출권 거래제도를 운영함에 있어서도 그 근본적 시각을 달리하기 때문인데, 탄소배출권 거래제도가 자연적 자유에 대한 제한에 근거하는 경우에는 할당에 있어서도 비교적 관대한 할당이 이루어져야 할 것이며, 또한 이러한 탄소배출권제도를 통하여 이루고자 하는 환경공익상의 목적도 비교적 제한적으로 한정되어야 할 것이고, 탄소배출권의 행사 내지 양도에 있어서도 공익상의 위험이 제거된 경우에는 그 행사 내지 양도를 과도하게 제한할 수 없게 될 것이다. 그렇지 아니하고 탄소배출권 거래제도가 법령에 의하여 생성된 권리인 경우에는

38) 참조, 홍정선, 전게서, 2010, 339면, 각주 1): 홍정선 교수는 허가와 특허의 기저를 구분하는 기준으로 개인의 자유영역과 관련되는가 아니면 국가의 고유영역과 관련되는가를 들고 있으며, 개인택시운송사업면허도 국가의 고유영역이라고 보기 어렵고 또한 개인의 택시영업의 자유를 회복시켜 주기도 하므로 이를 특허로만 보기는 어렵다고 주장한다. 그런데 홍정선 교수가 제시한 기준은 구별기준으로 보기는 어려운 점이 있다. 왜냐하면 개인의 자유영역과 국가의 고유영역은 분리개념이 아니라 중첩개념이기 때문이다.

39) 물론 이에 대하여 다양한 견해들이 주장될 수 있으나 이에 대해서는 추후 다른 논문에서 발표하기로 한다.

이에 대한 제한이 비교적 확대될 수 있을 것이며 또한 다양한 공익상의 이유로 이에 대한 규제를 정당화 할 수 있을 것이다. 탄소배출권에 대한 이러한 기저에 대한 기본적 입장이 정립되어야만 추후 이에 대한 다양한 규제시스템을 일관성 있게 구축할 수 있다. 그렇지 아니한 경우에는 탄소배출권 내지 그 거래 시스템은 마치 건강한 인체의 혈액순환을 방해하는 혈관질환처럼 기존의 시장메커니즘에 보이지 아니하는 독소를 투여할 수도 있게 될 것이다. 생각컨대 탄소배출권에 대한 규제메커니즘은 허가라는 기저에 기초하여 구축하여야 할 것이다. 왜냐하면 탄소배출이라는 행위는 자연적 자유에 해당되는 것임을 긍정하여야 할 것이며, 탄소의 배출이라는 우리 인간과 기업들에게 필수불가결한 행위에 대한 규제는 매우 신중하게 이루어져야 하고, 탄소배출권이라는 권리가 인간과 기업의 삶에 과도한 제한을 가하는 방향으로 발전하여서는 아니되기 때문이다.

4. 탄소배출권의 공권성

탄소배출권의 법적 성질을 규명하는 경우에 그 법적 성질을 사법상의 권리로만 보기 쉽지만, 그러나 탄소배출권은 기존의 사권으로만 평가하기에는 어려운 점들을 지니고 있다. 탄소배출권을 특정의 사업자가 소유하는 경우에 탄소배출권은 이를 사용내지 행사하지 아니한 경우에는 장차 이를 탄소시장에 내다 팔거나 양도를 통하여 재산적 가치를 현실화 할 수 있는 등 재산권으로서의 의미를 지니므로 사권으로서 평가할 수 있지만, 그러나 공익적인 측면도 함께 지니고 있다는 점을 도외시 할 수 없다. 즉 탄소배출권은 순전히 사권으로서의 의미만 지니는가 아니면 공권으로도 규정될 수 있는가가 문제된다. 이러한 논의가 의미를 가지는 이유는 탄소배출권의 공권성을 긍정하는 경우에는 공권에 부여되는 각종의 특징들 예를 들면 양도가능성의 제한 내지 금지, 권리의 포기 제한, 단기의 소멸시효 등의 공권 특유의 효과가 따르기 때문이다.

탄소배출권의 법적 성질과 관련하여 공권설에 의하면 탄소배출권은 배출가스의 규제라는 공익적 관점을 지니고 있으며 또한 배출권거래법상 의무규정 내지 제재규정을 근거로 한다.[40] 사권설에 따르면 사업자는 자신의 이익을 위하여 탄소배출권을

활용하며, 자유롭게 타인에게 양도할 수 있다는 것을 근거로 든다. 그리고 절충설에 의하면 탄소배출권을 사권이나 공권 어느 하나로 분류하기는 어렵고 복합적인 성질을 지닌다고 한다.[41]

먼저 공권과 사권의 구분에 대해서 나아가 공권과 사권 사이에 구태여 구별할 필요가 없다는 견해 등 다양한 견해들이 주장되고 있으나, 일단 공권과 사권의 구별을 긍정하는 입장에서 볼 때 탄소배출권은 공권의 성질도 함께 지닌다고 볼 것이다. 공권이란 특정인이 공법관계에서 자기를 위하여 일정한 이익을 주장할 수 있는 법적인 힘이라고 할 때, 탄소배출권은 때로는 사인간의 관계 뿐만 아니라 공익을 위하여 행정주체에 대해서 자신의 이익을 주장할 수 있다는 점에서 공권의 특성을 지닌다고 볼 수 있다. 또한 여기의 공권성에는 탄소배출권자가 가지는 주관적 공권성도 포함하고 있는바, 이러한 주관적 공권성은 탄소배출권과 관련하여 개인이 행정주체에 대해서 가지는 권리로서, 다음과 같은 여러가지 내용을 포함할 수 있을 것이다. 첫째로 행정주체로서 탄소배출권의 할당주체 乙이 특정사업자 甲에게 일정량의 탄소배출권을 할당하는 경우에 그것이 부족하다고 하여 다투는 내용[42], 둘째, 할당주체 乙이 사업자 甲에게 일정량의 탄소배출권을 할당한 경우에 사업자 丙이 그러한 할당량에 대해서 다투는 내용, 셋째, 사업자 甲이 할당주체 乙이 주관하는 탄소배출권의 할당절차에 참여하기를 원하는 경우에 행정절차에 참여하는 내용, 넷째 사업자 甲이 할당내지 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, 다섯째, 할당주체 乙이 탄소배출권 할당을 위해서 기준을 마련한 경우나 특정의 방식을 도입하는 경우에 사업자 甲이 이러한 기준에 대해서 다투는 내용 등을 포함한다. 이러한 내용에 대해서는 현재까지 연구된 공법상의 일반적 공권이론에 기초하여 해결을 도모할 수도 있을 것으로 사료되지

40) Adam, Michael; Hentschke, Helmar; Kopp-Assenmacher, Stefan: *Handbuch des Emissionshandelsrecht*, S. 149.

41) Wagner, Gerhard, *Handel mit Emissionsrechten; Die privatrechtliche Dimension*, ZBB, 2003, S. 412 f.

42) 독일의 경우를 보더라도 배출권거래법 제9조 제1항에 의하면 사업의 책임자는 탄소배출권의 국내할당계획에 관한 법률에 따라서 배출권의 배분을 요구할 권리를 가진다.

만, 아무튼 탄소배출권과 관련된 다양한 문제에 대해서 앞으로도 계속 연구가 필요할 것이다.

5. 탄소배출권의 양도가능성

탄소배출권 거래제도 탄생의 기본전제는 그 양도가능성에 있다고 해도 과언이 아니다. 왜냐하면 특정사업자가 가진 탄소배출권을 환경기술의 개발이나 시스템의 개선을 통해서 행사하지 않아도 되는 경우에 이를 시장에 내다 팔아서 경제적 이익을 취하도록 하려는 것이 탄소배출권 거래제도의 기본구도이기 때문이다.

그런데 이러한 양도가능성은 무제한적으로 허용될 수 있는가가 문제될 수 있다. 왜냐하면 공익상의 이유로 양도가능성이 제한을 받아야 하는 경우가 발생할 수 있기 때문이다. 예를 들면 사업자 甲이 할당받은 탄소배출권을 경제적인 이유로 낙후되고 환경오염이 심화된 A지역에 소재하는 사업자 丙에게 양도하려고 하는 경우에 이를 허용하여야 할 것인가가 문제될 수 있다. 탄소배출권의 양도가능성에 전혀 제한을 두지 않는다면 이러한 양도도 가능하겠지만 그러나 이런 경우에는 A지역에 거주하는 주민들의 환경상의 이익 내지 인간다운 생활을 할 권리 등과의 충돌이 나타나게 될 것이고 사업자 甲의 이익보다 더 큰 이익이 희생될 수도 있다.

생각컨대, 탄소배출권의 양도가능성에 대해서 일장일단이 있으므로 다양한 견해들이 주장될 수 있으나, 기본적으로 탄소배출권의 양도가능성은 그 법적 성질로부터 도출되어야 할 것이다. 즉 탄소배출권을 사권으로 볼 것인가 아니면 공권으로 볼 것인가에 따라서, 탄소배출권의 공익과의 관련성을 강조하거나 그 공권성을 중요시 하는 경우에는 양도가능성에 대해서 보다 강한 제한을 가할 수 있을 것이다. 왜냐하면 사권으로 분류되는 경우에는 양도의 금지 내지 제한의 정도는 부정되거나 미약할 것이고, 반대로 공권으로 분류되는 경우에는 공권의 특징상 양도가 금지 내지 제한되는 정도가 클 것이며, 탄소배출권의 양도에 대해서도 여러가지 규제를 하는 것이 보다 쉽게 합리화 될 수 있을 것이다.[43] 탄소배출권은 아니지만 이와 관련이 있는 현행법

43) 김홍균, 전게논문, 2000. 6, 160면: 독일의 배출권거래법 제16조에 따르면 탄소배출권의 양도요건으로 '등기'뿐만 아니라 '합의'도 규정하고 있다.

상 수도권대기환경개선에관한특별법시행규칙, 반대환경부장관으로 하여금 배출허용총량의 이전으로 인 배출대기관리목표 달성에 차질이 발생할 우려가 있는 경우에는 대기관리권역 반대부지역에 대 배출다른할 것으로부터 배출허용총량이 이전되는 욇총량제한할 수 있으며, 배출허용총량의 이전총량제한할 수 있는 것의 범위는 형, 기상조건 등 당해 것의 대기환경관리 여왝총량고려하여 환경부장관이 정하여 고시한다(제17조)고 규정을 두고 있는바 이러한 규정은 배출허용총량의 이전가능성에 대한 중대한 제한으로 작용할 것인바, 이러한 제한가능성은 배출허용총량의 이전으로 인해서 발생하게 될 공익에 대한 침해를 예방하기 위한 것이다. 이러한 예를 통해서 볼 때 탄소배출권은 공권으로서의 성질도 지니므로 공익과 관련된 범위 내에서는 양도에 대한 제한을 긍정할 수 있을 것이다.[44]

특히 탄소배출권을 유상으로 양도할 수 있는가에 대해서 다음과 같은 다양한 견해들이 주장된다.[45] 첫째 탄소배출권을 유상으로 양도할 수 없다는 견해, 둘째 특정의 배출권은 유상으로 양도할 수 있다는 견해, 셋째 모든 탄소배출권을 유상으로 양도할 수 있다는 견해 그리고 넷째 탄소배출권은 유상으로만 양도될 수 있다는 견해 등이 주장된다.

탄소배출권의 양도시에 유상성의 문제는 탄소배출권의 재산권성, 일신전속성 그리고 그 공권성과 중요한 관련이 있다. 탄소배출권을 유상으로 양도할 수 없다는 견해는 탄소배출권 거래제도의 기초와 일치하지 아니하므로 택하기 어렵고, 탄소배출권은 유상으로만 양도될 수 있다는 견해도 예외적인 상황을 고려하지 아니하는 문제가 있는바, 원칙적으로 모든 탄소배출권은 유상으로 양도할 수 있다는 견해가 타당하다고 할 것이다. 그리고 탄소배출권을 무상으로 양도하는 경우에는 이를 증여로 볼 수 있을 것이고, 이러한 경우에는 세법상 그리고 경쟁법상의 문제를 야기하게 될 것이다.

---

44) 김홍균, 전게논문, 2000. 6, 162면: CAA §181, §182: 미국의 대기정화법은 오존에 대한 대기환경기준 미달성 지역에 대한 규제프로그램으로써, 미달성 지역을 오염 정도에 따라 5지역으로 구분하고 오염정도가 심한 지역으로의 등급 이동에 따라 허가조건이 엄격해지고, 오염배출의 상쇄율이 증가하는 등 규제가 강화된다.

45) 프란츠 요셉 파이네, "독일의 배출권거래법의 최근 동향, 김명용·김현준 역, 「환경법연구」, 제30권 제2호, 2008. 8, 125면: 기업들은 배출증서를 무상으로 교부 받음에도 가액상승이 될 수도 있는 배출증서를 유상으로 양도하는 것이 법적으로 허용되는가 하는 문제가 뜨겁게 논의되고 있다.

Ⅴ. 탄소배출권 거래제도와 법치주의의 요청

탄소배출권 거래제도는 법치주의과 관련하여 많은 문제들을 던지고 있다. 환경문제에 대해서 경제학적인 접근을 통하여 생성되는 다양한 제도는 단순히 경제적인 영역에만 영향을 미치는 것이 아니라 우리 인간의 삶과 나아가 기업의 활동과 관련하여 커다란 영향을 끼치고 있다. 우리 사회를 포함하여 국제사회를 운영하는 자들은 행정 내지 정치를 하려고 하지만, 행정이나 정치의 속성은 야생마와 같은 속성도 지니고 있으므로 반드시 법치주의의 측면에서 재갈이 요청된다. 물론 이러한 재갈은 행정이나 정치를 고의로 방해하려는 의도가 아니라 국민의 존엄하고 인간다운 삶, 행복추구권 그리고 공공복리를 추구하기 위한 것이다.

법치주의란 사람의 지배가 아닌 법이 지배한다는 뜻으로서, 주된 원칙으로서는 행정이나 정치가 명확성원칙과 예측가능성원칙 그리고 기본권 존중원칙에 부합하여야 한다는 것이다. 나아가 헌법상의 기본원칙인 평등원칙, 과잉금지의 원칙, 비례의 원칙, 적정절차의 원칙, 부당결부금지의 원칙 등에 상치되지 아니하여야 한다. 그러므로 탄소배출권 거래제도 역시 법치주의의 기본원칙들을 통과하여야만 현대 법치국가에서 존립이 가능한 것이다.

법치국가원칙의 중요한 내용이 바로 예측가능성에 있는바, 탄소배출권 거래제도의 운영과 관련하여 예측가능성이 담보되어야 할 것이다. 이는 향후의 운영계획들이 적절하게 미리 공표되어야 함을 의미한다. 그리고 이러한 제도의 내용들이 명확하게 표현되어야 한다. 법치국가의 중요한 기본원칙으로 또한 평등의 원칙을 들 수 있다. 이는 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 취급하여야 한다는 원칙으로서 입법, 행정 그리고 사법분야 모두에 적용되는 중요한 원칙이다. 탄소배출권 거래제도와 관련하여 탄소배출권 거래제도에 참여하는 인적 범위를 어떻게 한정할 것인가의 문제 그리고 탄소배출권을 어떻게 공평하게 평등의 원칙에 부합되게 할당 내지 배분할 것인가 등이 평등의 원칙과 관련된 문제이다. 특히 배출총량이 만약 100으로 결정된 이후에 일단의 사업자들에게 이미 95라는 탄소배출권이 배분된 경우에 후발적으로 탄소배출권을 필요로 하는 사업자들을 어떻게 평등하게 대우할 것인가도 문제이다. 그리고 탄소배출권의 배분의 문제는 이를 할당받는 사업자의 입장에서는 사업의 사활이 걸

려 있을 수도 있을 만큼 중요하므로, 배분하는 과정도 투명하고 적정절차를 거쳐야 한다. 그러므로 정부, 지방자치단체, 사업자, 거래소 등 모든 이해관계자들이 참여하는 절차가 마련되어야 할 것이다.

특정사업자가 사업을 영위함에 있어서 탄소배출권을 구입하여야 하는 경우에는 사업의 경비가 증가하게 되므로, 동일한 사업을 영위하는 특정사업자에게 탄소배출권의 과다한 배분은 그 사업을 영위하는 다른 사업자와의 관계에서 보조금을 지급하는 효과를 지닐 수도 있으므로, 공정경쟁을 원칙으로하는 우리 헌법에 배치가 될 수도 있는 등 경쟁법적인 관점에서도 많은 문제를 던지고 있다. 그리고 배출권거래제도를 통하여 오염의 이전이 가능하게 되므로 결과적으로 환경적으로 더 오염이 된 지역에 더 많은 탄소배출을 가져올 수도 있는 부작용의 가능성이 있으므로 정의의 원칙에 기초하여 보완이 요청된다.[46]

또한 특정사업자가 다양한 노력을 통해서 탄소배출권을 행사하지 아니하고 이를 절감한 경우에 그 가치를 어떻게 적절하게 담보할 것인가도 문제이다.[47] 만약에 국가의 환경보호정책에 부합하면서 절감된 탄소배출권의 거래가능성을 염두에 두고서 탄소배출권에 막대한 투자를 하였으나, 과당할당 등 할당주체의 관리·감독의 실패로 탄소배출권가격이 폭락하여 손해를 본 경우에 국가가 이를 배상하여야 하는가의 문제도 제기될 수 있다.

Ⅵ. 탄소배출권 거래소의 법적 성격

탄소배출권 거래제도가 정상적으로 작동하기 위해서는 그 거래를 주관하는 기관으로서 가칭 '탄소배출권거래소'가 설치되어야 하는바,[48] 이러한 기관이 설치되는 경

46) 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, pp. 414-417.

47) Jonathan Donehower, *ANALYZING CARBON EMISSIONSTRADING: A POTENTIAL COST EFFICIENT MECHANISM TO REDUCE CARBON EMISSIONS*, Environmental Law Winter 2008, p. 191.

48) 저탄소녹색성장기본법 제46조 ④ 제2항에 따른 제도의 실시를 위한 배출허용량의 할당방법, 등록·

우에 그 법적 성격을 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 거래소의 법적 성격을 공행정조직으로 할 것인가 아니면 민간조직으로 할 것인가, 조직의 구성에 있어서도 행정조직의 내부로 편입시킬 것인가 아니면 독립된 법인격을 부여할 것인가, 독립된 법인격을 부여한다면 이를 공법인으로 할 것인가 또는 사법인으로 할 것인가 등이 문제될 수 있다. 이러한 문제를 다룸에 있어서는 먼저 거래소가 수행하는 업무의 성질이 무엇인가에 대해서도 고찰이 필요하다. 독일의 경우 연방환경청이 배출권거래의 주무관청이고 배출권 거래 업무를 수행하는 배출권 거래소를 설치하였는데, 동 기관은 배출권거래와 관련된 모든 업무를 관할하는 성격을 가진다. EU의 경우 인증의 수여, 양도 및 말소에 관한 독립적인 거래기록을 작성할 '유럽 중앙관리소'를 두도록 하고 있다. 유럽의 경우는 유럽배출권거래소에서 유럽국가간의 거래를 포함하여 모든 배출권 거래에 대해서 승인을 하는 임무를 수행하는바, 이러한 배출권 거래소가 수행하는 업무는 단순히 사적인 차원을 넘어서서 공적인 규제의 영역 즉 공공의 안녕과 복리 그리고 환경의 보호를 위하여 국민가 기업의 활동을 규제하는 역할을 수행하고 있다.

이러한 탄소배출권 거래소의 법적 성질을 어떻게 자리매김할 것인가가 중요하다. 우리의 경우도 탄소배출권 거래소에서 거래와 관련된 여러 업무를 수행함에 있어서 경우에 따라서는 배출권 거래를 금지하거나 또는 일시적으로 중단시키거나 거래를 승인하는 업무를 수행할 수 있을 것으로 보인다. 특히 탄소배출권 거래에 있어서는 배출권의 양도에 있어서 공익상의 이유로 제한을 가하여야 하는 경우가 예상되는바, 이런 경우에 탄소배출권 거래소에서 이러한 업무를 수행하게 되는 경우 이는 공적인 업무로 보아야 할 것이고, 따라서 원칙적으로 탄소배출권 거래소가 수행하는 업무는 공공서비스로 자리매김하여야 할 것이다.

다음으로는 공적인 업무를 수행하는 기관에 대해서 법인격을 부여할 것인가 아니면 행정조직 내부의 기관으로 둘 것인가 등이 문제될 수 있다. 이는 기관이 수행하는 업무의 독립성, 전문성 그리고 유연성 등과 밀접한 관련이 있다. 기관을 설치함에 있어서 행정조직 내부에 설치하는 경우에는 그 기관의 종사자들의 법적 지위와도 관련이 있으며 또한 운영에 있어서도 행정조직 전반의 운영과 조화를 이루어야 한다. 그리하여 이로부터 비교적 자유로운 형태로 기관을 설치하는 경우에 법인격을 부여하

관리방법 및 거래소 설치·운영 등은 따로 법률로 정한다.

게 된다. 그리하여 업무의 전문성, 인적 자원의 유동성, 업무의 효율성 그리고 외부로부터의 독립성 등을 담보하게 된다. 탄소배출권의 거래와 관련된 업무는 그 성격상 독립성과 전문성이 요청될 것으로 보이고 또한 경제성 등의 여러가지 고려요소로 인하여 탄력성도 요청되므로 독립된 법인으로 설치하는 것이 바람직할 것이다.

이러한 이유로 인해서 탄소배출권 거래소에 대해서 법인격을 부여하는 경우에 먼저 이를 사법인으로 설치할 것인가 혹은 공법인으로 설치할 것인가가 문제이다. 탄소배출권 거래소의 법적성질이 중요한 이유는 공법인과 사법인은 첫째, 소송절차와 관련하여 공법인의 경우는 행정소송절차에 의하고, 사법인의 경우에는 민사소송절차에 따르며, 둘째, 구성원으로부터 각종 부담을 징수하는 절차와 관련하여 공법인의 경우에는 국세징수법에 의한 강제징수절차를 따르고, 사법인의 경우에는 민사소송법에 의한 강제집행절차에 따르며, 셋째, 법인의 불법행위책임과 관련하여 공법인의 경우는 국가배상법상의 배상책임을 지고, 사법인의 경우에는 민법상의 불법행위책임을 지며, 넷째, 구성원의 범죄와 관련하여 공법인의 경우에는 직무에 관한 범죄가 성립하고 사법인의 경우에는 일반범죄가 성립하며, 다섯째, 문서위조와 관련하여 공법인의 경우에는 공문서위조죄가 성립하고 사법인의 경우에는 사문서위조죄가 성립한다는 등에 있어서 커다란 차이가 있기 때문이다.[49]

독일의 예를 들면 탄소배출권 거래소에서 배출권 거래의 양도가능성 내지 인증 여부까지도 관할하고 있으므로 또한 이러한 규제를 어기는 경우에는 그에 따르는 과태료 등 일방적 부담적 조치도 가할 수 있도록 하고 있으므로, 이를 공법인으로 규정하는 것이 낫다고 사료된다. 나아가 탄소배출권 거래소의 운영을 위하여서는 필요한 경비[50]를 마련하기 위하여 거래소를 이용하는 자들로부터 수수료를 징수하여야 할 것이고 만약 이용자가 이를 부담하지 아니하는 경우에는 이를 사법상의 강제집행을 할 것인지 아니면 행정법상의 의무이행확보수단을 활용할 것인지도 문제되는바, 이

49) 서울행정법원, "한국증권업협회는 사법인인가, 공법인인가", 「행정재판실무편람(Ⅱ)」, 2002, 159면 이하; 박해식, "한국증권업협회가 한 협회등록취소결정의 법적 성격", 「월간법조」, 제51권 제3호 통권 제546호, 2002. 3, 52면; 강현호, "公法人과 私法人의 구별에 대한 기초적 논의", 「公法硏究」, 제32집 제1호, 2003, 433면.

50) 탄소배출권의 거래비용에는 거래참여자 및 집행기관에게 발생하는 정보수집비용, 교섭비용 및 집행비용 등을 포함한다.

러한 비용의 징수에 있어서도 탄소배출권 거래소의 법적 성질을 공법인으로 자리매김하는 것이 타당할 것으로 사료된다.

Ⅶ. 결론

탄소배출권 및 탄소배출권 거래제도의 탄생은 환경보호와 관련하여 새로운 지평을 여는 커다란 의미가 있다. 최근에 이루어지는 환경보호와 관련하여 많은 연구들이 탄소배출권을 중심으로 이루어지고 있다. 그렇지만 탄소배출권이 가지는 경제적 효과 내지 행정목적 달성을 위한 수단적 의미만이 강조되고 있는 경향이다. 본고에서는 탄소배출권이 권리로서의 성질을 가지는가 이러한 권리의 내용은 무엇인가 그리고 탄소배출권을 둘러싸고 전개될 수 있는 법치국가적 문제점들을 고찰하였다.

탄소배출권은 그 용어상 권리임에 틀림없으며 내용이 매우 함축적인 의미를 지니고 있다. 탄소배출권 그 자체를 탄소를 배출할 수 있는 Credit 내지 계정 혹은 증서 등으로 보는 견해도 있지만, 그러나 탄소배출권은 하나의 권리로서 특히 주관적 공권으로서의 의미를 지니고 있다.

탄소배출권 거래제도를 도입함으로 인하여 시장경제를 근간으로 하는 메커니즘에 커다란 타격을 가할 수도 있는바, 법치국가에 부합되는 탄소배출권 거래제도를 도입하는 것이 매우 중요하다. 이를 위해서는 탄소배출권의 기저가 행정법상 허가라는 사전적 행위규제 시스템에 있다는 것을 파악하는 것이 중요한데, 즉 자연적 자유에 해당되는 것을 행정목적 달성을 위해서 잠시 금지시켰다가 행정목적 내지 공익을 위한 위해요소가 사라지는 경우에는 허용하는 시스템으로 나아가야 하는 것이다. 그렇지 아니하고 이를 특허라는 행정적 규제시스템에 근거지우는 경우에는 탄소배출권을 남용하여 법치주의와 자유로운 시장경제를 파괴하는 괴물의 탄생을 우려하지 않을 수 없을 것이다.

논문투고일 : 2010. 7. 31. 심사일 : 2010. 8. 9. 게재확정일 : 2010. 8. 20.

참고문헌

강현호, “공법인과 사법인의 구별에 대한 기초적 논의”, 「공법연구」, 제32집 1호, 한국공법학회, 2003.

기획재정부, 보도자료 – 외국의 기후변화 대응 현황과 정책적 시사점, 2008.

김용건, “온실가스 배출권 거래제 도입 방향”, 「환경법연구」, 제30권 제2호, 한국환경법학회, 2008.

김홍균, “수도권대기질 개선을 위한 총량관리제 – 배출권거래제도를 중심으로 –”, 「저스티스」, 통권 제91호, 한국법학원, 2000.

_____, “배출권거래제도와 한국에서의 적용 가능성”, 「법조」, 제50권 제12호 통권 제543호, 법조협회, 2001.

모랑드빌레, “프랑스 황경법상 대기오염방지와 기후온난화대책”, 제91회 한국환경법학회 국제학술대회, 2008.

박해식, “한국증권업협회가 한 협회등록취소결정의 법적 성격”, 「법조」, 제51권 제3호 통권 제546호, 법조협회, 2002.

서울행정법원, “한국증권업협회는 사법인인가, 공법인인가”, 「행정재판실무편람(Ⅱ)」, 2002.

오준근, “기후변화협약에 따른 환경산업관련법제의 개선에 관한 입법론적 고찰”, 「환경법연구」, 제30권 제3호, 한국환경법학회, 2008.

이선화, “배출권거래제 도입 논의, 충분한가”, 「keri칼럼」, 한국경제연구원 in http://www.keri.org. 2010.

이유봉, “정의의 관념에서 바라본 지구온난화와 배출권제도”, 「환경법과 정책」, 제3집, 강원대학교 비교법학연구소, 2009.

조홍식, “우리나라 기후변화대책법의 전망”, 「환경법연구」, 제30권 제2호, 한국환경법학회, 2008.

최봉철, “권리의 개념에 관한 연구”, 「법철학연구」, 제6권 제1호, 한국법철학회, 2003.

프란츠 요셉 파이네, “독일의 배출권거래법의 최근 동향”, 「환경법연구」, 제30권 제2호, 한국환경법학회, 2008.

한귀현, "지구온난화와 배출권거래 – 독일의 배출권거래법제를 중심으로 –",「환경법연구」, 제29권 제2호, 한국환경법학회, 2007.
홍정선,「행정법원론(상)」, 박영사 2010.

Adam, Michael; Hentschke, Helmar; Kopp-Assenmacher, Stefan: Handbuch des Emissionshandelsrechts, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2006.
Arnold W. Reitze, Jr., FEDERAL CONTROL OF CARBON DIOXIDE EMISSIONS: WHAT ARE THE OPTIONS?, Boston College Environmental Affairs Law Review 2009.
BMU, Emissionshandel mehr Klimaschutz durch Wettbewerb, 2009.
David A. Super, FROM THE GREENHOUSE TO THE POORHOUSE: CARBON-EMISSIONS CONTROL AND THE RULES OF LEGISLATIVE JOINDER, University of Pennsylvania Law Review, 2010.
Eric J. Mayer, GLOBAL WARMING AND THE REGULATION OF CARBON DIOXIDE EMISSIONS, Texas Bar Journal 2008.
Gerald Torres, development dialogue september 2006 - Carbon Trading.
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.
Kim, Yong gun et., Domestic Greenhouse Gas Emissions Trading Schemes, KEI 2003 WO-04, 정책보고서, 2003
Rebentisch, Rechtsfragen der kostenlosen Zuteilung von Berechtigungen im Rahmen des Emissionshandelsrechts, NVwZ 2006.
Tessa Schwartz et., LEGAL ISSUES FOR CARBON-RELATED TRANSACTIONS: REGULATIONS, MARKETS, TECHNOLOGY & ENHANCING VALUE,

Practising Law Institute 2009.
http://de.wikipedia.org/wiki/Emissionsrechtehandel.
http://me.go.kr/kor/notice.
http://terms.naver.com.
http://www.cnn.com/2010/US/05/30/gulf.oil.spill.developments.
http://www.gihoo.or.kr/portal/index.jsp.
http://www.keco.or.kr/cms/upload/board/B0028/44_1266390497632_2010_021716_0814_962.pdf.
http://www.oilspillsyndrome.com/. June 10th 2010.

[Abstract]

A legal study on the carbon emissionsright trading system

Kang, Hyun Ho

The increasing concern in carbon emissionsright trading system reflects on a dramatic increase of greenhouse gas (GHG) emissions which is threatening the world with dramatic climate change. Carbon emissionsright and its trading system have important role in regard to environmental protection, because they changed our present viewpoint toward environmental protection. Recently there are many articles and researches related to the carbon emissionsright and its trading system. But till now the emphasis of those articles and researches lies in the economic effect or in the fulfilment of the administrative purpose. In this article it is studying whether carbon emissionsright has the character as legal right, what are contents of this right and what are legal problems from the viewpoint of due process of law.

Carbon emissionsright is a kind of legal right and has very compressed legal meaning. There is also an opinion that carbon emissionsright is not legal right but just credit, account or certificate, but carbon emissionsright is apparently a legal right and especially is a subjective public right, which provides people with the right to ask the governmental body to do something for themselves.

By introducing carbon emissionsright trading system into the environmental protection system, the mecanism which is built on the basis of free market economy might be brocken by misusing of the carbon emissionsright trading system, therefore it is very important to make carbon emissionsright trading system applicable and suitable for the due process of law. For this it is necessary to acknowledge that the foundation of the carbon emissionsright should be laid on the precautionary controll ke carbystem which makes specific act stop before the administrative agency issues a permit and do after it issues a permit. This system is so-called a permit system from the viewpoint of the administrative law. Ic aontrast with this permit system there is a licenserbystem

which gives a specific person new rights and enables him to do something new.

Through this article it is suggested that the carbon emissionsright should be based on the permit system not on the license system, because the latter might bear a monster child which misuses his power to destroy a free market economy system proclaimed by the constitution.

주 제 어 탄소, 탄소배출권, 할당, 공권, 주관적 공권, 법치주의, 탄소배출권 거래소
Key Words Carbon, Emissionsright, allowances, Public right, Subjective public right, Due process of law, Emissionsright trading center