

탄소배출권할당에 관한 소송에서의 법적쟁점*

— 최근의 소송상 현출된 쟁점에 대하여 —

최 승 필**

차 례

- I. 들어가는 말
- II. 배출권거래제도의 경과
- III. 서울행정법원 2017.2.2. 선고 2015구합55370 판결
- IV. 대법원 2018.6.15. 선고 2018두38185 판결과 서울고등법원 2018.2.9. 선고 2017누39763 판결
- V. 서울행정법원 2017.2.2. 선고 2015구합55431 판결
- VI. 서울행정법원 2017.2.2. 선고 2015구합55622 판결 및 2015구합55493 판결
- VII. 쟁점의 정리와 의미 - 나가는 말에 갈음하여

【국문초록】

온실가스 배출권 할당 이후 소송이 꾸준히 제기되고 있으며, 판례 역시 축적되고 있다. 판례에서 다루고 있는 각 개별사건상의 쟁점은 거의 유사한 패턴을 보이고 있다. 이는 절차상 하자나 실체적 하자 모두에게서 공통적으로 나타나고 있다.

절차상 하자에 대하여 선결적으로 논의되었던 사항이 할당처분의 성격이다. 판례는 이를 수익적 행정처분으로 보았으며, 이에 따라 절차상 하자에서 주로 주장되는 사전통지 및 의견제출절차를 거치지 않아 위법하다는 주장은 받아들여지지 않았다. 처분의 이유제시에 관한 사항 역시 그간의 정책적 협조과정에 더해 상당한 정도로 이유가 제시되었고, 가장 중요하게는 행정구제절차로 나아가는데 별다른 지장을 주지 않았으므로 이유제시의 하자는 인정하지 않았다.

형식적 공청회로 인해 충분한 의견이 개진되지 못했음을 주장한 것에 대해서 그간 이해관계자가 참여하는 수차례의 의견교환 및 설명의 기회가 있었다는 사실

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.
(NRF-2016S1A3A2925230)

** 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수.

인정을 통해 절차상 하자가 없다고 보았다. 배출권거래제의 시행을 위해 필요한 계획의 수립, 지정 및 고시 등과 관련한 기간이 미준수된 것에 대해서 해당 기간은 혼시적인 것으로 처분의 효력에 직접 영향을 미치지 않다고 보았다.

실체적 하자의 주장에 대한 핵심적인 쟁점은 행정계획이 가지고 있는 형성의 자유였다. 법원은 행정청이 할당계획에 대한 광범위한 형성의 자유를 가지고 있다고 전제하고 통상의 재량권보다 넓은 범위의 재량영역을 인정하였다. 형량의 하자가 존재가 하지 않는 한 재량권의 일탈·남용으로 볼 수 없다고 보았다. 행정청의 전문적·정책적 판단에 대해 재량적 판단영역이 인정된 구체적 사안으로는 배출허용총량 산정기준이 되는 BAU의 연도선정, 업종별 예상성장률의 반영여부, 업종별 감축률의 책정, 가동률 증가의 고려여부 등이 있다.

할당지침의 성격도 다루어졌다. 법원은 할당지침은 상위법령에서 위임한 구체적·기술적 사항을 규정한 것으로 법령보충적행정규칙에 해당하며, 이에 따른 처분은 적법한 처분으로 보았다.

소송법상의 쟁점도 문제되었다. 사전할당이 완료된 후에 취소를 구할 법률상 이익이 있는가의 문제에 대해서 국가할당계획이 예비분을 보유하도록 정하고 있고 해당 예비분을 통한 조정이 가능하다는 점에서 법률상이익이 있다고 보았다. 그리고 과소할당된 경우 해당 할당처분을 전부취소를 구해야 하는지 아니면 일부취소가 가능한지의 문제가 있었다. 명확하게 할당해야 할 배출량이 산출이 되는 경우에는 일부취소, 그렇지 않은 경우에는 전부취소로 보았다.

4개의 서울행정법원 판례, 서울고등법원의 판례에서 나타난 쟁점 및 법리를 중심으로 탄소배출권할당처분 취소의 소에서의 법적문제를 살펴보았다. 대법원에서 법리검토가 이루어졌으면 보다 정밀한 법리가 도출되었을 수 있으나 아쉽게도 상고기각 되었다.

각 사건을 살펴보았을 때, 유사한 패턴의 절차적·실체적·소송법적 쟁점이 나타나고 있다는 점에서 향후의 배출권 할당시에는 이를 고려하여 할당한다면 쟁송이 상당부분 줄어들 것으로 생각된다. 쟁송이전에 수용성 높은 처분이 이루어질 수 있도록 행정청의 노력이 더욱 필요한 부분이다. 물론 과거 독일의 할당분쟁사례에서처럼 과소할당 이외에도 경쟁자소송, 정보공개청구소송 등 다양한 유형의 사례도 나타날 것이다. 현재의 소송사례검토 외에도 다양한 쟁송가능성에 대한 검토도 지속적으로 이루어질 필요가 있다.

I. 들어가는 말

온실가스 배출권할당이 시작된 지 6년이 흘렀다. 온실가스 배출량이 높은 미국과 중국 등이 온실가스협약의 이행에 미온적인 태도를 보이면서 온실가스 배출권 제도가 제도적 관심권에서 벗어나 있지만, 우리나라를 비롯한 기후변화협약 당사국들은 계속하여 국제협약에 따라 온실가스할당과 저감을 위한 정책을 실시하고 있다. 그리고 과거 할당처분에 대해서 당시 제기된 소송의 결과가 순차적으로 나오면서 소송의 과정에서 현출된 법적 쟁점들도 명확해지고 있다.

온실가스배출권 거래제도는 제1차계획기간 이후에도 여전히 지속되는 바, 기존의 할당대상뿐만 아니라 신규업종에 대한 할당으로 확대되게 된다. 따라서 제1차할당 당시 문제되었던 법적쟁점은 향후 할당에 있어서도 동일한 쟁점으로 부각될 가능성이 높다. 이에 따라 사전에 해당 법적쟁점을 미리 정리하고 살펴봄으로써 국회는 입법을 통해 분쟁가능성을 줄일 수 있는 명확한 기준제시를, 행정의 입장에서는 분쟁소지를 미리 고려한 할당정책을 펼칠 수 있고, 사법에서는 해당 쟁점에 대한 검토를 통해 보다 정치한 법리구성을 준비할 수 있다는 의미가 있다. 이 연구에서는 이 점을 고려하여 할당과 관련한 주요한 소송에서 현출되었던 법적쟁점들을 - 사건별로 중복이 있더라도 - 각각 살펴보고자 한다.

II. 배출권거래제도의 경과

1. 제도적 기반

기후변화협약에 따른 의무를 이행하기 위하여 2010년 1월 13일 저탄소녹색성장기본법이 제정되었다. 법 제정이전, 2009년에 이미 우리나라는 2020년 국가온실가스 총배출량을 2020년 온실가스 배출전망치 대비 30% 감축하기로 발표함 바 있다.¹⁾ 저탄소녹색성장기본법 제42조 제1항은 온실가스 감축목표를 정하는

1) 우리나라의 2020년 국가감축목표는 배출전망치(776.1백만tCO₂-eq) 대비 30% 감축하는 것으로 감축목표로 달성시 배출량은 543.0백만tCO₂-eq이다.

근거를 두고 있다. 저탄소녹색성장기본법 시행령 제26조에 의거하여 온실가스 목표관리제가 도입되었으며, 동 시행령 제29조에 따라 일정기준량 이상의 온실가스를 배출하는 업체 및 에너지 소비업체를 목표관리하기 시작하였다.

온실가스의 배출량을 할당하고 거래제도의 기반을 조성하기 위하여 2012년 5월 14일 온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률이 제정되었다. 그리고 환경부장관은 이 법 제8조에 의거하여 할당대상업체를 지정하였다. 그리고 이 법 시행령 제3조 제8항은 계획기간의 할당대상부문과 업종, 배출권총수량, 업종별 할당량 및 업체별 할당기준 등에 관한 국가배출권 할당계획을 공고하였다.

2. 배출권거래와 배출권할당의 기본구조

국가온실가스감축목표가 정해지면서 이를 고려하여 배출권거래제가 구성된다. 즉, 감축목표를 달성하기 위해서는 부문별 배출비중과 감축률을 정하여야 한다. 우리나라의 경우 2020년 국가온실가스배출량 예측치는 776백만톤CO₂로 산업부문에서 439백만, 건물 166백만, 수송 100백만으로 예측하고 있으며, 감축목표는 30%수준이다.

정부는 할당과 감축을 위하여 행정계획으로서 기본계획과 할당계획을 수립하게 된다. 기본계획은 10년을 단위로 5년마다 수립하게 되며, 제1기는 2015년부터 2017년, 제2기는 2018년부터 2020년, 제3기는 2021년부터 2025년까지의 기간이다. 기본계획은 배출권거래제에 대한 운영원칙, 지원대책 등 중장기적인 방향을 정하고 있는 반면, 할당계획은 순수 할당에 해당하는 것으로 온실가스배출허용총량, 할당기준, 할당방식, 이월·차입·상쇄 등 배출권거래제의 세부적인 기준을 정하고 있다. 행정계획의 성격에 따른 분류를 기준으로 볼 때 기본계획은 구속력이 인정되지 않아 이를 다룰 수 없으나, 할당계획은 구체성을 가지고 있어 처분성을 전제로 쟁송으로 다룰 수 있다. 이후 사례검토에서 원고가 할당계획의 하자가 할당처분으로 연결되었다고 보고 하자의 승계를 주장한 것도 이러한 법리에 따른 것이다.

제1차 계획기간의 할당대상부문 업종은 5개 부문, 23개 업종이었다. 할당은 사전할당, 예상하지 못했던 신증설을 위한 추가할당으로 구성되며, 이하에서 다루

게 되는 할당분쟁은 제1차계획기간에 해당하는 것으로 해당기간 동안 우리나라의 연도별 국가온실가스 감축목표 및 배출전망은 다음과 같다.

연도별 국가 온실가스 배출전망치(BAU) 및 감축목표

연도	14년	15년	16년	17년
배출량 전망치 (단위 : 백만 tCO ₂ -eq)	694.5	709.0	720.8	733.4
국가감축률 (BAU 대비, 단위 : %)	5.1	10.0	13.8	16.2
국가 목표배출량 (단위 : 백만 tCO ₂ -eq)	659.1	637.8	621.2	614.3
전년대비 감축률(단위 : %)	-	3.2	2.6	1.1

* BAU : Business As Usual, 배출전망치

** 출처 : 환경부

Ⅲ. 서울행정법원 2017.2.2. 선고 2015구합55370 판결²⁾

1. 사건의 쟁점

구 온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률 시행령 제3조 제8항에 따라 국가배출권 할당계획³⁾이 수립되었으며, 이에 근거하여 석유화학업종에 대해서 탄소배출권이 할당되었다. 15개 석유화학회사들은 산업통상자원부장관을 상대로 배출권할당 거부처분 취소소송을 제기하였다. 원고가 다수인 상황에서 15개사의

2) 해당 1심 판결에 대해서 원고들의 항소가 있었으며, 항소법원인 서울고등법원(서울고등법원 2018.2.9. 선고 2017누39763)에서 일부쟁점에 대한 재해석과 법리검토가 있었다. 이에 대해서는 IV.에서 살핀다. 그리고 이후 일부 원고들이 서울고등법원의 판결에 불복하여 상고(대법원 2018.6.15. 선고 2018두38185)하였으나 기각되었다. 따라서 이들 판결들을 고찰하는 순서로서 가장 쟁점이 많은 1심법원의 판결을 먼저 살펴보고, 이들 쟁점 중 일부가 다루어진 고등법원의 판결 그리고 상고기각된 대법원 판결의 순으로 검토하였다.

3) 국가할당계획에는 계획기간의 할당대상 부문과 업종, 배출권의 총수량, 업종별 할당량 및 업종별 할당기준 등을 정하고 있다.

상황을 개별적으로 모두 설명하기 보다는 이를 유형별로 재분류하여 정리하였다.

(1) 절차상 하자에 대한 원고들의 주장

원고들은 할당계획의 수립과정에서 업종별·업체별 할당량 결정방식과 이 결정에 사용되는 수치가 구체적으로 설명되지 않아 충분한 의견을 제시할 기회가 없었으며, 할당계획의 수립기간이 있음에도 불구하고 주무관청은 그 기간을 준수하지 못하여 할당과정상의 절차상 하자를 주장하였다. 특히 배출권거래법 제5조 제4항은, 정부는 할당계획을 수립하거나 변경할 때에는 미리 공청회를 개최하여 이해관계인의 의견을 들어야 한다고 규정하고 있음에도 불구하고 공청회를 형식적으로 개최함으로써 의견을 제출할 기회가 실질적으로 박탈되었다고 주장하였다. 또한 원고들은 정부가 배출권거래법과 그 시행령에서 정하고 있는 할당업체 지정·고시, 할당량 통보 기간을 준수하지 않아 할당에 대비한 충분한 조치를 준비할 수 없었다고 절차상 하자를 주장하였다.

이외에도 원고들은 할당처분의 내용을 사전에 통보하지 않았으며, 온실가스 배출권 할당 신청량 중 일부에 대해서는 할당을 거부했음에도 불구하고 관할 행정청이 그 근거와 이유를 충분히 제시하지 않아 처분의 이유제시의무를 위반하였다고 주장하였다.

(2) 실체적 하자에 대한 원고들의 주장

원고들은 먼저 공통된 실체적 하자로 주무관청이 온실가스 배출권 할당기준을 위반하여 할당처분을 하였으며, 이 과정에서 형평의 원칙 등을 위반하는 등 재량권의 일탈·남용이 있다고 주장하였다. 이들 주장을 구체적으로 살펴보면, 첫째, 정부는 2009년 국가 온실가스배출량 전망치(BAU)를 기초로 사용했는데 이 전망치의 근거는 2009년을 기준으로 5년이전 자료를 기반으로 하고 있어 2015년에 행해지는 배출권 할당에 사용하기에는 적절하지 않다고 주장하고 있다.

둘째, 형평의 원칙을 위반하였다는 주장의 주요한 이유로 들고 있는 것으로 석유화학업종의 예상성장률을 고려하지 않았다는 것이다. 이외에 정부의 감축목표가 석유화학업종에서는 달성 불가능한 것인데도 이를 고려하지 않았다는 주장이 추가되었다.

셋째, 각 공장의 신증설 및 운영상 다양한 형태가 있음에도 불구하고 이를 고려하지 않고 예외없이 기준을 적용한 비합리성을 주장하였다. 먼저 과거실적을 적용함에 있어 3개년만을 기준으로 한 것은 불합리하고, 할당지침상의 증설이 사실상 플랜트 시설을 중심으로 하는 석유화학업종에서는 적용여지가 작다는 것이다. 또한 그간 운영되어 오던 목표관리제에서는 직접 배출량과 간접배출량을 구분하지 않았는데 할당지침에서는 간접배출량과 직접배출량을 분리하여 보고하도록 제도변경을 하면서 적절한 보고를 하지 못해 제대로 된 배출량을 할당받지 못했다고 주장하였다. 이외에도 신증설에 대해서 조정계수를 통한 방식이 한계가 있다는 점에서 조정계수 대신에 추가할당이 있어야 했다는 주장이 제기되었다.

2. 법적 쟁점의 검토

(1) 배출권 무상할당 처분의 법적성격 - 수익적 처분인가, 침익적 처분인가?

배출권할당처분은 그로 인해 기존 배출량이 제한받는다든 점에서 침익적인 면이 있지만, 다른 한편으로는 시장에서 실제 거래되고, 금전적 가치가 있는 배출권을 무상 할당하는 것은 수익적 처분에도 해당하여 그 성격의 논란이 있다.⁴⁾

배출권의 법적성격을 침익적인가 수익적인가로 따져보는 의미는 원고들이 주장하는 행정절차법상의 하자를 인정할 수 있는가로 귀결되기 때문이다. 행정절차법은 제21조 내지 제22조에 사전통지와 의견제출제도를 두고 있는데 이를 흠결한 경우 독자적취소사유가 될 수 있는가를 두고 학설상 견해차이가 있지만⁵⁾, 판례는 일관되게 침익적 처분인 경우에서만 해당 절차를 거치도록 하고 있다. 즉, 판례의 입장에 따를 경우 수익적 행정처분의 경우에는 사전통지를 할 필요가 없다는 것이다.

서울행정법원은 배출권할당처분을 수익적처분으로 본 것에 대해서 몇 가지 근거를 제시하고 있다. 먼저 환경권을 규정한 헌법 제35조 제1항은 개개 국민들에

4) 1차 계획기간의 배출권 할당은 100% 무상할당으로 이루어졌으며, 2차 계획기간은 97%, 3차 계획기간은 90% 무상할당이 시행된다. 기획재정부, 2차배출권거래제 기본계획안, 2017, 8면

5) 당사자가 신청을 하였고, 신청에 따른 처분을 기대하고 있으므로 실질적 권익침해가 이루어졌다는 견해인 적극설과 신청은 했지만, 당사자에게는 권익이 부여된 바 없으므로 이를 거부하여도 침해가 발생하지 않는다는 소극설이 있다. 박균성, 행정법강의 제16판, 박영사, 2019, 446면

게 환경보전에 대한 노력의무를 부과하고 있고, 환경정책기본법 제7조는 오염자 책임의 원칙을 규정하고 있어 환경을 오염시키는 자는 복구 및 구제에 드는 비용을 부담할 책임이 있다고 보았다. 그런데 배출권거래제가 시행되면 사업자는 할당 받은 배출권의 범위 내에서는 오염에 대한 제재를 받지 않게 되어 책임을 면제받는 효과를 누리게 된다고 보았다. 그리고 이러한 오염에 대한 권리는 헌법 또는 법률상 당연히 인정되는 권리가 아니라 배출권거래법이 제정되면서 법령에 의해 생성된 권리라는 점을 들었다.

생각건대, 환경권은 그에 따른 의무가 존재하는 것이고 그 의무는 환경보전의 의무와 오염 또는 훼손시 그 복구의 형태로 나타나게 된다. 그 기본이 되는 것이 헌법 제35조 제1항에서 정하고 있는 국가와 국민의 환경보전의무이며, 이를 구체화한 것이 환경정책기본법 제7조의 오염자책임의 원칙이다. 산업이 유지되고 재화를 생산하기 위해서는 일정한 정도의 환경훼손을 피할 수 없다. 그렇다고 해도 환경훼손 또는 오염에 대해서 완전한 면책을 인정하기도 어렵다. 결국 적정수준의 환경수준을 유지하기 위해 필요한 국가의 통제하에 일정한 정도의 불가피한 훼손 및 오염이 필요한 것이며 이를 당사자의 신청에 의해 국가가 승인한 구조라고 할 수 있다. 따라서 기존에 존재하고 있던 이익이 감소상태로 변화한 것이 아니라 아무런 기초적 권리가 없는 상태에서 증가상태로의 변화에 대한 거부와 승인의 형태로 구조가 갖추어지고 있다는 점⁶⁾에서 이는 수익적 처분으로 보는 것이 합리적일 것이다.

(2) 처분의 이유제시의무 위반 여부

원고들은 온실가스 배출권 할당 신청량 중 일부에 대해서는 할당을 거부했음에도 불구하고 그 근거와 이유가 충분히 제시되지 않아 처분의 이유제시의무를 위반하였다고 주장하였다. 행정절차법 제23조 제1항은 이를 정하고 있는 바, 어느 정도의 수준까지 그 이유를 제시할 경우 해당 의무를 다했는지는 판례의 입장에 따르면 있다.

판례의 입장을 살펴보면, 업무정지처분취소사건에서 “행정절차법 제23조 제1

6) 같은 취지의 판결 : 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두674

항은 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있고, 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제 절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는데 취지가 있다. 따라서 처분서에 기재된 내용과 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하여, 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다고 하더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것으로 된다고 할 수는 없다.”고 판시⁷⁾한 바 있다. 관련 판례⁸⁾의 입장도 이와 크게 다르지 않는 바, 이를 정리해보면 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어졌고 이를 특정할 수 있어 불복절차의 쟁점으로 삼을 정도로 이유제시 된 경우라면 이유제시의 하자는 없다는 것이다. 만약 이유제시의 하자가 인정되는 경우라면 취소사유⁹⁾가 된다.

그렇다면 본 사안에서 할당처분의 근거와 이유가 어떠한 것인지 그리고 이를 쟁점으로 하여 불복이 가능한 정도로 할당대상기업에게 인식이 되었는지의 사실 여부를 검토해볼 필요가 있다. 이 사안에서 판례가 인정한 사실관계에 따른 경우 이미 할당신청의 근거규정 및 할당계획 등에 대한 설명회와 공청회의 개최, 업체 대상 할당신청교육, 할당처분 후 구체적 할당내역자료의 송달이 이루어진 것을 고려하여 이유제시의 위법은 없는 것으로 판시하였다. 실제로 탄소배출권거래제가 최초 시행되면서 제도의 정착을 위해 여러 차례 이해당사자들이 참여하여 관련 공청회 및 할당기준 등에 대한 논의가 이루어졌고, 이를 통해 할당처분의 기준이 제시되었다는 점에서 이유제시가 상당한 정도에 이르지 않았다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

(3) 형식적 공청회의 절차적 위법여부

인정사실을 기준으로 보면, 배출권할당계획안은 이해관계자의 의견이 반영될 수 있도록 분야전문가, 시민단체, 연구관계자 등이 참여하여 작성되었다는 점,

7) 대법원 2015.9.10. 선고 2015두2024; 대법원 2013.11.14. 2011두18571

8) 대법원 2017.8.31. 2016두44186

9) 대법원 1985.4.9., 84누431

설명회와 공청회 참석자들에게 제공된 자료에는 할당기준을 포함한 배출권 거래제의 주요사항이 모두 포함되어 있다는 점, 추가적으로 산업계를 위한 세부설명회를 개최하여 할당량 세부산정방식, 수치를 설명하고 의견을 수렴하였고 의견을 반영한 조정을 계획을 반영한 점이 인정되었다. 그리고 이러한 사실을 비추어볼 때 형식적 공청회로 인하여 배출권거래법 제5조 제4항에서 정하고 있는 공청회를 통한 의견제출기회가 박탈되었다는 원고의 주장을 배척하였다. 생각건대, 어느 정도의 수준으로 기회가 주어졌을 때 절차적 하자를 구성하지 않는가에 대한 일률적 기준을 제시하기는 어렵다. 따라서 결국 사회통념적으로 상당한 수준을 따를 수 밖에 없는 바, 설명회 또는 공청회의 개최여부, 관련자료의 배포여부, 관련자료의 구체성, 의견수렴여부 등을 고려하여 종합적으로 판단할 수 밖에 없을 것이다.

(4) 법령상 정해진 기한의 미준수와 규정의 법적성격

배출권거래법 시행령 제2조 제1항에 따른 경우 기획재정부장관은 배출권거래제 기본계획을 계획기간 시작 전 1년 전까지 수립해야 하며, 배출권거래법 제5조 제1항에 따라 구체적인 국가할당계획은 계획기간 시작 전 6개월 전까지 그리고 이 법 제8조 제1항에 따라 계획기간 시작 5개월 전까지 배출권할당 대상업체를 지정·고시하고, 배출권거래법 시행령 제17조 제1항에 따라 업체별 할당량을 계획기간 시작 2개월 전까지 대상업체에 통보하도록 하고 있다. 그런데 이러한 기간이 준수되지 않은 배출권 할당을 위법·취소할 수 있을 것인가가 문제된다.

법리적인 측면에서 볼 때 이 기간이 효력규정인지 아니면 단순한 훈시적 규정인지에 따라 그 결과가 갈린다. 효력규정인 경우라면 해당 기간을 준수하지 않은 할당처분은 위법하여 취소할 수 있다는 점에서 원고들의 주장이 인용될 수 있다. 그러나 이를 단순한 훈시규정으로 볼 경우에는 행정청 내부적으로 준수를 요구하는 하나의 기준에 불과하고 이와 별도로 개인이 권리나 이익을 보호하려는 목적을 가지고 있지 않기 때문에 해당 처분을 위법하다고 볼 수 없으며, 역시 처분의 효력에도 영향을 주지 않는다.

판례가 어떠한 경우에 효력규정으로 보고 어떠한 경우에 훈시규정으로 보는가에 대한 입장을 살펴보면, 먼저 공장설립불승인처분취소사건에서 “산업집적활성

화 및 공장설립에 관한 법률 시행규칙 제6조 제3항에 의하면, 시장 등은 공장설립 등의 신청을 받은 날부터 20일 이내에 승인 여부를 결정하도록 되어 있지만, 위 규정은 가능한 한 조속히 그 승인사무를 처리하도록 정한 훈시규정에 불과할 뿐 강행규정이나 효력규정이라고 할 수는 없다. 따라서 시장 등이 위 기한을 경과하여 공장설립 등의 승인신청을 거부하는 처분을 하였다고 해서 그 거부처분이 위법하다고 할 수는 없고, 나아가 위 기한을 경과함으로써 승인이 있는 것으로 간주되는 것도 아니다.”고 판시¹⁰⁾한 바 있다.

주택건설사업거부처분취소사건에서 “주택건설촉진법시행령 제32조의2 제2항, 제3항의 규정에 의하면 주택건설사업계획의 승인 여부는 정당한 사유가 없는 한 신청수리 후 60일내에 결정하도록 되어 있지만, 위 규정은 가능한 한 조속히 그 승인사무를 처리하도록 정한 훈시규정에 불과할 뿐 강행규정이나 효력규정이 라고 할 수는 없으므로, 피고가 위 기간을 경과하여 이 사건 거부처분을 하였다고 해서 그 거부처분이 위법하다고 할 수는 없다.”고 판시¹¹⁾하였다.

개발부담금부과처분 취소사건에서는 “법 제14조 제1항 본문은 “건설부장관은 부과종료시점부터 3월 이내에 개발부담금을 결정·부과하여야 한다.”고 규정하고 있는바, 개발부담금제도의 취지나 조문형식 및 내용, 관련법규 등을 종합하여 볼 때, 위 조문은 개발부담금 부과권 행사의 제척기간을 규정한 것이 아니라 단지 행정청에 대한 직무상의 훈시규정이라고 할 것이므로 피고가 이 사건 개발사업의 부과종료시점인 1993. 12. 21.부터 3월이 경과한 후에 이 사건 처분을 하였다고 하여 이 사건 처분이 법 제14조 제1항의 규정과 조세법률주의와 신뢰의 원칙에 위반된 것으로서 위법하다고 할 수 없다.”고 판시¹²⁾하였다.

이를 종합하여 보면, 배출권거래법과 배출권거래법 시행령 등에서 기한미준수 시 법적효과에 대해서 별다른 규정을 두고 있지 않으며, 법령의 취지 및 기한을 둔 이유가 단순히 절차를 조속히 시행하도록 정한 것으로 볼 수 있으므로 해당 규정을 훈시규정으로 본 판례의 입장은 타당하다고 할 수 있다. 그러나 여기에서 반드시 고려해야 할 점은 제도의 시행에 있어서 이해당사자의 의견을 반영할

10) 대법원 2017. 3. 16. 선고 2016두54084

11) 대법원 1996. 8. 20. 선고 95누10877

12) 대법원 1999. 9. 21. 선고 97누1211

수 있는 기회가 차단되고 일방적인 처분의 대상이 되는 것은 현대행정의 흐름과 부합하지 않으며, 오히려 현대행정에서는 당사자들의 참여를 통한 처분의 수용성 제고를 중시한다는 점이다. 따라서 단순히 형식적 취지를 기준으로 하여 훈시규정 여부를 판단할 것이 아니라 실질적인 권익침해의 우려가 있는지 여부까지를 고려하여 훈시규정인지 효력규정인지를 판단할 필요가 있을 것이다.

(5) 할당계획상의 하자과 할당처분에의 승계여부

1) 하자승계의 조건

이미 언급한 바와 같이 원고들은 석유화학업종의 할당계획이 업계의 사정을 합리적으로 고려하지 않아 재량권의 일탈·남용의 하자가 있다고 주장하였다. 이에 따라 원고들은 할당계획에 고유의 하자가 있으며, 할당처분에는 독자적 하자가 존재하지 않으나, 선행처분의 하자가 있었고, 선행처분에는 불가쟁력이 발생한 바, 할당계획상의 하자를 이유로 할당처분의 취소를 구하는 하자의 승계를 주장하였다.

하자가 승계되기 위해서는 가장 중요한 것이 선행처분과 후행처분이 동일한 행정목적은 달성하기 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행해지고 이를 통해 하나의 법률효과가 발생하는지의 여부이다. 이러한 요건을 충족하는 경우라면 선행처분에 불가쟁력이 생겼고, 후행처분에 고유의 하자가 없다 하더라도 후행처분을 위법한 처분으로 보아 취소소송의 제기가 가능하다.¹³⁾ 그렇다면 할당계획에 하자가 있었는지의 여부가 관건이 된다.

2) 할당계획하자의 존부 - 형량하자가 있는가?

배출권할당처분은 배출권할당계획에 의거하여 이루어진 사실을 알 수 있다. 따라서 양자는 하자의 형식적 승계요건을 갖추고 있다는 데는 이의가 없다. 그렇다면 남는 것은 과연 할당계획에 하자가 있는가이다. 할당계획에 하자가 있는지의 여부는 형량명령에서 요구하고 있는 요건을 제대로 준수하고 있는가가 핵심이다.

행정계획의 경우, 행정청은 계획의 수립과정에서 비교적 광범위한 형성의 자

¹³⁾ 대법원 1993.2.9., 선고 92누4567

유, 즉 계획형성의 재량(Planerischer Gestaltungsspielraum)을 갖는다. 그러나 이러한 형성의 자유는 관련된 자들의 이익(Belange)을 공익 및 사익에 걸쳐 비교 교량하여야 하는 일종의 형량의무를 전제로 하며, 이를 형량명령(Abwägungsgebot)이라고 한다. 형량명령을 통해 행정청은 제한된 자원을 최적화(Optimierung) 활용되도록 결정한다.¹⁴⁾ 그러나 형량의 과정에서 하자가 발생할 수 있는 바, 독일연방행정재판소의 판례¹⁵⁾를 통해서 발전된 하자의 유형은 크게 형량누락(Abwägungsausfall), 형량결함(Abwägungsdefizit), 형량오판(Abwägungsfehleinschätzung), 형량의 불비례(Abwägungsdisproportionalität)가 있다.

가. 2009년 BAU 사용상의 하자여부

원고는 오래전인 2009년 국가 BAU를 국가배출허용총량 산정기준으로 사용함으로써 현재의 상황을 반영하지 못한 할당을 하여 형량하자가 있다고 주장하였다. 이에 대해서 법원은 다음과 같은 근거를 들어 “이익형량을 전혀 행하지 아니하였거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락하였거나 또는 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여되었다고 보기 어렵다”고 판시하였다. 판례가 형량하자를 수용한 이후 일관되게 취해 온 형량하자의 인정기준에 대한 입장을 취하고 있다.

구체적으로 첫째, 2009년 BAU는 녹색성장위원회를 중심으로 하여 여러 국책 연구기관이 참여하였고, 44회에 걸친 공청회와 간담회를 거쳐 설정·수립된 신뢰 가능한 자료라는 점, 둘째, 정부가 UN에 제출한 자료에도 2009년 BAU와 같은 국가 BAU가 포함되어 신뢰유지가 필요한 점, 셋째, 원고가 기준으로 주장하는 2013년 BAU에서의 2020년 온실가스배출량 예상치가 2009년 BAU에 의한 것과 3.6% 차이만을 보이고, 2009년 BAU 기준과 2013년 BAU를 기준으로 한 배출권 할당량 사이에 차이가 크지 않아 원고에서 불리하거나 부당한지가 명백하지 않다는 점, 넷째, BAU의 결정 자체가 정책적 판단사항이라는 점을 들고 있다.

14) 최승필, 행정계획에서의 형량, 토지공법연구 제73집 제1호(2016), 234면

15) BVerwGE 48,56

나. 석유화학업종 예상성장률 미반영에 따른 하자의 존부

원고는 배출권 할당계획 중 ETS BAU 산정시 2011년부터 2013년도까지의 배출량 평균치를 사용함으로써 예상성장률이 반영되지 않았다고 주장하였다. 그러나 법원은 2011년부터 2013년도까지의 온실가스 변동폭을 반영하여 계획기간 이행연도별 온실가스 예상 배출량을 산정하였으므로 업종의 성장세가 이행연도 별로도 반영되었다고 판단하였다. 어떠한 기준으로 성장률을 반영할 것인가의 여부는 합리성을 기준으로 판단할 수 밖에 없다. 여기에 일종의 제한된 자원으로 서 배출권의 유한성을 고려하여 결정을 내려한다. 이를 고려할 때 업종별 미래 순수 성장률은 예측치라는 점에서 변화가능성뿐만 아니라 예측방식에 대한 논란의 여지가 있는 반면, 과거 변동폭은 나름의 객관성을 견지할 수 있다고 볼 수 있을 것이며, 법원의 입장 역시 이러한 맥락에서 있는 것으로 보인다.

다. 업종별 감축률 적용 관련 하자의 존부

할당계획은 온실가스 감축률을 2015년부터 2017년까지 각각 2.8%, 3.6%, 4.6%로 확정하였는데 해당 감축률에 형량하자가 있다는 원고측 주장이 있었다. 법원은 이러한 감축률의 산정과정에서 산업계, NGO를 상대로 한 설명회 등을 거쳤다는 점, 석유화학업종은 저탄소산업구조로의 전환이 특히 필요함에도 불구하고 이해관계자들의 의견을 적극 반영한 결과석유화학업종의 감축률은 국가감축률, 산업계 평균감축률보다 낮은 수준으로 책정되었다는 점을 들어 형량하자로 해당 업종이 피해를 입었다고 보기 어렵다고 판시하였다.

라. 가동률 증가 미고려의 재량하자 존부

기준연도를 3개연도한 것에 대해서는 일시적 현상에 의한 산업활동량의 변동을 제외하고 업체의 일반적 상황에 따른 산업활동량을 기반으로 산출되었으므로 기준연도 설정은 적정하다고 보았다. 과거배출량기반 할당방식의 적용에 예외가 폭넓게 인정되지 않다는 점에 대해서 예외를 인정할 경우 업종내 대부분의 업체가 예상배출량이 동시에 증가하게 되고, 이 경우 조정계수¹⁶⁾가 낮아지게 되어 예외

¹⁶⁾ 조정계수 = 업종별 할당량 ÷ 업종 내 모든 할당대상업체 신청량 중 인정량. 조정계수의 최대치는 1이다.

를 두지 않은 것과 큰 차이가 없을 것으로 보는 것은 합리적이라고 보았다.

한편, 신증설 등과 관련하여서는 크게 두 가지가 문제되었다. 설계용량의 증가와 가동률의 증가이다. 설계용량의 증가를 증설로 인정해달라는 주장에 대해서, 설계용량의 증가가 곧바로 온실가스 배출량의 증가로 보기는 어려우며 실제배출량을 기준으로 보겠다는 입장도 합리적 범위를 벗어나지 않았다고 보았다.

할당지침 제2조 제16호는 증설에 대하여 “기존시설에 생산활동에 직접적으로 기여하는 물리적 변경을 추가함으로써 변경 이전에 대비하여 기존시설의 설계용량이 100분의 10 이상 증가하고, 온실가스 배출량이 100분의 5 이상 증가하는 것”으로 정의하고 있다. 이와 관련하여 신증설시설에 대한 에너지 공급을 위해 기존 에너지시설의 가동률이 증가하는 경우 이는 전형적인 신증설은 아니지만 온실가스 배출량의 증가로 보고 있다.¹⁷⁾ 항소심에서 승소한 회사의 사례를 살펴보면 다음과 같다.

D 회사는 자신의 사업장에 EO/EG 시설을 신설하였는데 해당 시설에 대한 스팀공급은 기존의 보일러 시설을 통해 이루어지게 되어 일종의 간접배출이 이루어졌다. 그러나 주무관청은 이 사건 보일러 시설의 스팀공급에 따른 계획기간 예상 간접배출량은 해당 보일러 시설의 단순 가동률 증가에 불과하므로 증설에 해당하지 않는다고 보아 배출권을 할당하지 않았다. 판례는 보일러 시설의 가동률 증가가 온실가스배출권의 할당, 조정 및 취소에 관한 지침 제2조 제16호의 ‘증설’¹⁸⁾에 해당하지는 않지만, 온실가스 배출량의 증가가 당연히 예측 또는 예상되는 가동률의 증가에 대해서 배출량을 고려·인정하지 않은 것은 합리적인 이유없

17) EO(Ethylene Oxide, 에틸렌옥사이드)/EG(Ethylene Glycol, 에틸렌글리콜) 시설의 신설에 따라 스팀사용분을 기존시설의 보일러 시설로부터 공급받은 경우이다. 당시 법원은 배출량에 이를 고려하지 않은 처분의 하자를 인정하였는데 근거로서 객관적 자료로 인정됨에도 불구하고 이를 고려하지 않았다는 점을 지적하였다.

18) 온실가스배출권의 할당, 조정 및 취소에 관한 지침 제2조 제16호 : “증설”이란 기존시설에 생산활동에 직접적으로 기여하는 물리적 변경을 추가함으로써 변경 전에 대비하여 기존시설의 설계용량이 100분의 10 이상 증가하고, 온실가스 배출량이 100분의 5 이상 증가하는 것을 말한다. 다만, 할당계획에서 정하는 벤치마크 할당 방식을 적용하는 배출시설[이하 “벤치마크 적용시설(배출시설의 일부나 다수 배출시설 또는 다수 배출시설의 일부에 대해 벤치마크 할당 방식을 적용하는 경우에는 해당 부분을 말한다. 이하 같다)”이라 한다]의 경우에는 기존시설에 생산활동에 직접적으로 기여하는 물리적 변경을 추가함으로써 변경 전에 대비하여 기존시설의 설계용량이 100분의 10 이상 증가하고, 활동자료량이 100분의 5 이상 증가하는 것을 말한다.

는 차별로 평등의 원칙에 반하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 보았다.

법원은 신설 또는 증설의 경우 온실가스 배출량이 당연히 증가하는 것으로 보는 것처럼, 시설신설이 있었고, 해당 시설에 에너지를 공급하기 위해 필요한 기존 에너지공급시설의 가동률 증가로 인한 온실가스 배출량 증가 역시 객관적 자료에 의해 입증되고 있음에도 불구하고, 새로운 시설에 스팀을 공급하기 위해 연결된 기존 보일러 시설의 가동률 증가를 인정하지 않는 것은 합리적이지 않다고 본 것이다 따라서 해당 보일러 시설의 배출량 증가분을 예상 온실가스 배출량에 포함시키는 것은 오히려 배출권 할당의 기준을 제시하고 있는 배출권거래법 제12조 제2항의 취지에 부합한다고 보았다. 판례는 배출권거래법 제12조 제2항의 어느 호를 정하여 설명하고 있지는 않지만, 제1호 할당대상업체의 이행연도별 배출권 수요, 제5호 할당대상업체간 배출권 할당량의 형평성이 이에 해당할 것으로 보인다.

결국 사안은 형량의 고려대상에 포함시켜야 할 보일러 가동률 증가에 따른 객관적으로 예상되는 배출량을 고려하지 않았으므로 할당처분이 위법하다고 본 것이다.¹⁹⁾ 핵심은 가동률 증가에 따른 배출량의 증가가 객관적으로 입증될 수 있는지의 여부이며, 이를 입증할 경우에 추가적인 쟁점은 없다고 할 수 있다.

(6) 할당지침²⁰⁾의 법적성격과 지침적용상의 쟁점

원고는 행정청이 할당지침을 적용하면서 기준연도내 연평균 배출량만을 기준으로 하면서 시설보수 등으로 인한 예외를 고려하지 않았다는 점, 지침이 사업장별 분리보고에서 사업장 단위 분리보고제로 변경하면서 분리보고되지 않은 사업장단위 전력사용시설의 예상온실가스배출량을 기준연도 중 마지막 연도로 정함에 따라 결과적으로 과소할당을 받게 되었다는 점, 신증설시설의 예상 온실가스 배출량을 추가할당이 아닌, 사전할당함으로써 조정계수상 과소평가되었다는 점을 들었다.

19) 재량권의 일탈·남용과 본질적 구조가 유사한 형량명령의 경우에서도 이익형량의 고려대상에 당연히 포함되어야 할 사항을 누락하거나 이익형량을 하였으나 정당성과 객관성이 결여된 경우에는 이를 형량하자로 보고 있다. 대법원 1996.11.29. 선고 96누8567; 최승필, 앞의 논문, 234, 240면

20) 온실가스 배출권의 할당 조정 및 취소에 관한 지침

먼저 할당지침의 규범성을 확인하기 위해 그 법적성격을 검토할 필요가 있다. 배출권거래법 제12조 제1항은 할당계획에 따라 배출권할당을 정하고 있으며, 제2항은 할당의 기준²¹⁾을 정하고 있으나 그 내용은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다. 한편, 동법 시행령 제12조는 국가 및 부문별 온실가스 감축목표, 부문별·업종별 배출권 할당량, 기술수준 등을 고려하여 할당량을 정하고, 할당량의 산정방법 등은 관계 중앙행정기관과의 협의를 거쳐 주무관청이 정한다고 정하고 있다. 이에 따라 제정된 할당지침은 배출권 할당량의 산정방법 및 절차에 관하여 정하고 있다. 따라서 상위법령의 위임에 따라 행정규칙의 형식으로 정해진 할당지침은 대외적 구속력을 가진 법령보충적행정규칙에 해당하며, 그 법규성을 인정할 수 있다.

원고들은 이 지침에 따라 사업장단위보고제에서 시설별보고제로 변경하여 할당한 것은 일종의 소급적용에 해당하며, 할당지침이 소급적용을 정하고 있는 것은 위헌·위법이라고 주장하였다. 그러나 사업장단위보고와 분리가능할 경우 시설별로 보고할 것인가의 여부는 업체의 선택에 달려있었다는 점에서 소급적용의 위법주장을 배척하였다.

(7) 소송법상 본안전 판단의 쟁점

1) 사전할당 완료 후 취소를 구할 법률상 이익의 존부

환경부는 배출권의 사전할당이 이미 이루어졌으므로 원고회사가 과소할당된 부분에 대해 거부처분 취소소송을 제기하더라도 그 법률상 이익을 인정하기 어렵다고 주장하였다. 법률상이익의 개념과 관련하여 권리구제설, 법률상 보호되는 이익구제설과 보호할 가치 있는 이익구제설 그리고 적법성보장설이 있다. 이 중에서 다수견해는 법률상 보호되는 이익이 침해된 경우에 소로서 권리를 구제받을 수 있는 것으로 보고 있다. 판례 역시 같은 입장으로 “당해 처분의 근거법규 및 관련법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우”²²⁾ 그

21) 이행연도별 배출권 수요, 조기감축실적, 대상업체의 배출권제출실적, 무역집약도 및 탄소집약도, 업체간 할당량의 형평성, 부문별·업종별 온실가스 감축기술 수준 및 국제경쟁력, 할당대상 업체의 시설투자 등이 국가온실가스감축목표 달성에 기여하는 정도, 관리업체의 목표준수실적

22) 대법원 2006.3.16. 선고 2006두330 전원합의체

보호의 필요성을 인정하고 있다.

그렇다면 취소를 구할 권리가 보호될 필요가 있는지 그리고 보호의 수단은 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 권리보호이익이 존재하더라도 보호수단이 없다면 소익이 존재하지 않기 때문이다. 법원은 취소를 구할 법률상 이익을 인정하면서 두 가지 논거를 제시하였다. 첫째, 배출권은 거래가 가능하며, 만약 배출권이 배출량보다 적은 경우 과징금 등의 행정제재를 받는다는 점, 둘째, 취소판결이 인용된다면 그 처분에 의해 발생한 위법상태를 원상회복시키는 방법이 있다는 점이었다. 배출권거래법 제18조는 주무관청이 총배출권의 일정비율을 예비분으로 보유하도록 하고 있고, 같은 법 제5조 제1항 제9호는 국가배출권할당계획에 배출권 예비분의 수량 및 배분기준에 관한 사항을 포함하도록 하고 있어 취소청구에 따른 할당량 조정도 가능하다고 본 것이다. 예비분의 확보목적이 신증설에 대한 대응을 포함하여 추가적인 할당수요에 대응하기 위한 것이라는 점에서 권리구제의 필요성과 권리구제의 수단 양자가 모두 존재하므로 법률상 이익을 인정한 법원의 입장은 수긍할만 하다.²³⁾

2) 처분취소시 취소의 범위 - 인용판결에서의 변경의 범위와 일부취소의 가능성
과소할당된 경우에 제기된 처분취소의 소에서 처분이 취소되는 경우 그 범위를 어디까지로 해야 하는가 문제된다. 이때 핵심적인 사항이 거부되는 부분에 대한 정확한 산정이 가능한가의 여부이며, 이 사안에 적용해보면, 재판에서 현출된 자료만으로 해당 배출량을 산정할 수 있는가의 여부이다. 거부된 부분만큼의 할당이 이루어지기 위해서는 보일러 시설로부터 배출될 것이 예상되는 온실가스 배출량이 산정되고 여기에 조정계수를 적용하여 추가할당량을 산출하게 되나, 판결문에서 실시하고 있는 바를 보면, 주무관청이 갑 회사가 제출한 자료의 객관성도 검토하지 않은 것으로 보아 자료부족으로 인해 일부취소의 판결을 내리기는 현실적으로 어려웠던 것으로 보인다. 결국 일부취소의 판결을 통해 추가할당을 하기는 어려우며, 기존시설, 신증설시설 그리고 신증설시설을 가동하기 위한 기존보일러

23) 독일의 경우, 최초 할당의 법적근거인 할당법 제6조에 예비분에 대한 근거를 두고 있으며, 여기에서는 소송의 결과에 의해 할당되어야 할 부분도 포함되어 있다. 소송의 결과에 의해 처분되는 부분에 대해서는 이를 '소송리저브(Prozessreserve)'라고 부르기도 한다. 최승필, 탄소배출권의 할당과 분쟁에 관한 법적검토, 한국법제연구원, 2013, 43면

시설의 증가된 가동률 등을 종합적으로 고려해야 한다는 점에서 할당처분 전체를 취소해야 하며, 판례 역시 갑 회사에 대한 할당처분 전체를 취소하였다.

취소소송에서 일부취소가 가능한가의 문제의 핵심은 일부취소의 대상이 되는 부분의 분리취소 가능성과 분리 취소되는 부분의 명확한 확정성이다. 만약에 분리취소가 가능하고 분리 취소할 수 있는 부분이 명확히 확정될 수 있다면 일부취소를 할 수 있다. 판례가 일부취소를 인정한 경우에는 기속행위로서 객관적 부과금 산정이 가능한 조세부과처분취소²⁴⁾가 있으며, 일부취소를 부인한 경우에는 재량행위로서 과징금부과처분취소²⁵⁾가 있다.²⁶⁾ 그런데 본 사안은 배출권할당상의 하자를 재량권의 일탈·남용으로 보았으므로 배출권할당처분을 재량행위로 보아야 할 것이나, 배출권거래제법의 취지와 당해 판례의 입장을 살펴볼 때 객관적으로 입증된 예상 온실가스 배출량은 사실상 할당이 기속적으로 이루어진다는 점에서 일부취소의 법리를 적용할 수 있을 것이다.

처분의 취소와 관련하여 독일의 경우에는 우리와 달리 행정소송법상 의무이행소송(Verpflichtungsklage)을 두고 있어 탄소배출권 과소할당과 관련하여 거의 대부분 의무이행소송의 형태로 이루어지고 있다. 그러나 우리나라는 의무이행소송을 받아들이고 있지 않아 과소할당시 이를 미할당된 부분을 거부처분으로 보고 해당 거부처분을 취소하는 방식으로 운영하고 있다.²⁷⁾

IV. 대법원 2018.6.15. 선고 2018두38185 판결과 서울고등법원 2018.2.9. 선고 2017누39763 판결

1. 사건의 개요

원고 D가 환경부장관(경정전 산업통상자원부 장관)을 상대로 배출권 할당신청

²⁴⁾ 관련판례 : 대법원 2000.6.13. 선고 98두5811; 대법원 2004.7.22. 선고 2002두868; 대법원 2016.7.14. 선고 2015두4167

²⁵⁾ 관련판례 : 대법원 1982.9.28. 선고 82누2; 대법원 1998.4.10. 선고 98두2270; 대법원 2009.6.23. 선고 2007두18062

²⁶⁾ 박균성, 행정법론(상), 제16판, 2017, 1373-1375면

²⁷⁾ 최승필, 앞의 책, 62-63면

에 대한 거부처분을 취소해달라는 소를 제기한 것으로 대법원에서는 상고심절차에 관한 특례법 제4조 제1항 각호에서 정하고 있는 사유를 포함하지 않거나 이유가 없는 것으로 보아 기각판결을 내렸다. 제1항에서 정하고 있는 사항은 원심판결의 부당한 판단 및 기존 대법원판례와 상반된 해석, 중대한 법령위반 등을 들고 있다.²⁸⁾ 따라서 구체적인 사실관계에 대해서는 고등법원 판결을 통해 이를 확인할 수밖에 없다.

2. 서울고등법원 2018.2.9. 선고 2017누39763

당시 고등법원판결에서는 원고는 D회사뿐만 아니라 O회사도 공동원고였다. 원고들의 청구취지는 환경부장관이 원고 D에 대하여 한 온실가스 배출권 613,120tCO₂-eq 부분과 원고 O에 대하여 한 2,099,065tCO₂-eq의 부분의 할당거부처분을 모두 취소해 달라는 것이었다.

(1) 본안전 판단의 쟁점

주무관청이 환경부(경정 전 산업통상자원부)는 이미 배출권의 사전할당이 완료되었음을 이유로 원고들에게 할당취소를 구할 법률상 이익이 없다고 주장하였다. 그러나 법원은 다음의 두 가지 사항을 근거로 법률상 이익을 인정하였다. 첫째, 배출권거래법 제19조와 제33조 제1항에 근거하여 배출권의 매매가 가능하며, 만약 할당범위를 넘어서 온실가스를 배출하는 경우 이행연도의 배출권 평균 시장가격의 3배 이하의 범위 내에서 과징금 등 행정제재를 받을 수 있다는 점, 둘째, 원고들이 할당거부처분취소판결을 받는 경우, 비록 주무관청에서는 배출권할당이 종료되었다고 주장하지만, 여전히 처분에 의해 발생한 위법적 상태를 회복할 수 있다는 점을 들었다.

첫 번째 쟁점인 실제 배출량보다 배출권 제출량이 부족한 경우 과징금 처분을 받을 수 있다는 점에서 소를 통해 거부된 배출권을 구할 수 있는 이익이 있다는

28) 상고심절차에 관한 특례법 제4조 제1항 1. 원심판결이 헌법에 위반되거나, 헌법을 부당하게 해석한 경우, 2. 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 경우...

점은 법률상 이익을 인정하는데 큰 이의가 없다. 다만 후자의 경우, 이미 배출권 할당이 종료되었다는 점에 대해서 논란이 있을 수 있었다. 그러나 이는 배출권의 할당계획을 통해 추가적인 할당조정이 가능한가에 달려있었다.

먼저 배출권거래법 제18조는 주무관청이 신규진입자에 대한 배출권 할당 및 시장의 불안정시 개입을 통한 안정화조치를 취할 수 있도록 추가 할당분을 보유하는 등 배출권 예비분의 확보를 규정하고 있다. 또한 법 제5조에 따른 경우 국가 배출권할당계획에는 배출권 예비량 및 기준에 대한 사항을 정하도록 하고 있고 실제 국가할당계획에는 예비분을 확보하고 있으며, 여기에는 할당 이의신청에 따른 할당조정분이 포함되어 있다²⁹⁾고 인정할 수 있으므로 법률상 이익은 여전히 존재한다고 할 수 있다.

(2) 본안판단의 쟁점

1) 배출권할당처분은 수익적 처분인가 침익적 처분인가의 여부

고등법원은 원심인 서울행정법원의 판결에서 적시하고 있는 배출권할당처분의 법적성격에서 이를 수익적 처분으로 보는 이유를 대체적으로 받아들이면서 일부 사항을 추가·수정을 한 바, “할당업체에게 온실가스 배출권을 무상으로 할당하는 경우에는 온실가스 배출행위에 대한 비용부담원칙에 대한 일종의 예외를 두는 셈이어서 온실가스 배출행위에 대한 허용한도라는 측면을 고려하더라도 이를 침익적이라고 보기는 어렵다.”고 판시하였다. 여기에 더해 국제적으로 국가온실가스감축목표를 정하고 그 범위 내에서 산업별로 온실가스 배출권을 배분한다는 점에서 배출권할당을 침익적으로 보기는 어렵다고 보았다.

2) 특수사정 및 조기감축실적 과소인정 등과 재량권의 일탈·남용 여부

본안에서 주요하게 문제가 된 것들은 온실가스 산정기준에 포함된 제반요소예 오차가 있었거나 중요한 사항을 고려하지 않았거나 그리고 조기감축실적을 과소하게 인정한 것으로 모을 수 있다. O회사의 경우 변전소정전으로 인해 공장 공정의 일부가 22일간 가동하지 못하였는데 간접배출량 산정시 이러한 사정을 고려하

²⁹⁾ 당시 재판에서 을제1호증의 1인 국가할당계획안에 이러한 사항이 포함되어 있음을 인정하여 법률상 이익의 존재를 인정한 바 있다.

지 않았다고 주장하였다.

먼저 전력계량장치의 부적합으로 인해 전력사용량이 잘못 산정되었음에도 불구하고 업체가 이를 근거로 보고하여 명세서가 만들어져 위법이 있다고 주장한 건에 대해서는 위법이 없다고 판시하였다. 그 근거는 다음과 같다. 첫째, 업체가 제출한 명세서를 기준으로 처분할 수 밖에 없다는 점, 둘째, 당시 배출권거래제의 배출량보고 및 인증에 관한 지침³⁰⁾에 따른 경우 계량장치부적합에 의한 계량누락은 배출량보고 수정대상이 아니라는 점, 셋째, 전력량 오차에 대한 객관적 수치가 없다는 점, 넷째, 일정기간 가동중단이 있다하더라도 이를 고려하지 않은 것이 형평성과 구체적 타당성을 결여하였다고 인정하기 어렵다는 입장이었다. 그 구체적인 논거로 해당 공장의 전력사용시설이 기준연도 내에 별도로 보고되지 않은 시설이었고, 이 경우 할당지침에 따르면 기준연도 마지막 연도 온실가스 배출량이 기준연도 연평균 온실가스 배출량에 비하여 100분의 50이하인 경우에는 기준연도 연평균 배출량을 해당 이행연도 예상 온실가스 배출량으로 산정할 수 있다는 예외를 두고 있으나 금번 공장시설의 경우에는 이러한 사유에 해당하지 않았다는 점을 볼 때 전체적으로 22일에 불과한 가동중단이 전체배출량의 산정에 영향을 주지 않았다고 보았다. 다만 지침에서 제시하고 있는 기준인 100분의 50이 과연 합리적인가에 의문은 계속 남는다. 즉 100분의 50에 이르지 못한 경우라면 일률적으로 이행연도 예상 온실가스 배출량에 중대한 영향을 미치지 않았다고 볼 것인 지이다. 물론 이 기준을 제시한 것은 지침이고 이러한 지침의 법적 성격이 상위법령에서의 위임한 근거한 행정규칙인 고시라는 점에서 법령보충적 행정규칙의 성격이 있고 따라서 법규성이 인정된다는 점에서 법원의 입장에서는 지침에서 정한 범위 내에서 판단할 수 밖에 없었던 것으로 보인다.

3) 조기감축실적의 과소산정에 대하여

O회사는 조기감축행동으로 인해 배출량이 감소되었음에도 조기감축실적의 1/2만 인정함으로써 감축행동을 하지 않은 업체에 비해 불합리하게 취급되어 비례의 원칙을 위반하였다고 주장하였다. 이 사안은 실체법적 사안에 대한 주장을 하였으나 법원은 조기할당에 대한 추가할당은 비록 1차 계획기간 배출권으로

30) 2016.6.8. 환경부고시 제2016-103호로 폐지·제정되기 전의 지침

할당했다고 할지라도 사전할당과는 구분한 별도의 처분이라고 보아야 하는 입장을 취했다. 처분을 두 개로 보는 것은 별도의 조기감축분에 대한 추가할당처분만을 별도로 다루거나 별도로 행정심판을 제기할 수 있는 의미가 있다.

그러나 사전할당 당시 조기감축분에 대한 명세서를 이미 제출한 경우이어서 사전할당과 추가할당은 하나의 할당처분이라고 보는 견해도 있을 수 있다. 사실 법리적으로 어느 하나가 명확하게 결론지어 지는 것은 아니다. 조기감축분에 대해서 추가할당을 통해 이를 반영할 수 있다는 점에서 별도의 처분이라고 보더라도 할당분 자체가 감소되지는 않으므로 권리침해 자체가 발생한다고 볼 수는 없다. 다만 사전할당처분에 추가할당을 포섭하여 하나의 처분으로 본다면 과소할당시 이미 할당받은 처분자체까지도 다루어야 한다는 부담이 있어 사전할당과 추가할당을 별도의 처분으로 보아 다룰 수 있도록 하는 것이 수단적 측면에서 권익구제에 유리한 점이 있을 것이다.

V. 서울행정법원 2017.2.2. 선고 2015구합55431 판결³¹⁾

1. 사건의 개요 및 쟁점

석유화학업종을 영위하고 있는 원고는 제1차계획기간에 환경부장관(경정전 피고인)에게 387,349tCO₂-eq의 할당을 신청하였으나, 주무관청은 원고에게 335,691KAU(Korea Allowance Unit)를 할당함으로써 원고가 신청한 것과의 차이인 51,658KAU에 대해서 거부처분을 한 것이다. 그리고 원고가 이에 대해서 제기한 이의신청은 2015년 2월에 기각되었다.

2. 법적쟁점

(1) 절차상 하자

³¹⁾ 서울행정법원 2017.2.2. 선고 2015구합55431

1) 원고의 주장

원고(E 회사)는 해당 할당처분의 법적성격을 침익적 처분으로 보았다. 즉, 배출권 할당량을 초과하는 온실가스를 배출하는 경우에는 금전적 지출을 통해 배출권을 구입하여 제출하여야 하기 때문이라는 이유였다. 이를 기반으로 원고는 사전통지를 결한 절차상 하자를 주장하였으며, 이외에도 처분의 근거와 이유를 제시하지 않은 하자를 주장하였다.

배출권거래법 제5조 제4항은 할당계획수립시 공청회를 거치도록 하고 있다. 공청회를 개최하는 이유는 할당계획의 주요내용 및 할당량 결정방식 등에 대한 설명을 하기 위함이다. 그러나 원고는 공청회에서 해당사안이 충분히 설명되지 않았고, 의견제출기회 조차 없이 형식적으로 진행되어 법에서 정하고 있는 공청회의 목적을 달성하지 못한 채 할당이 이루어져 위법하다는 입장이었다. 또한 배출권거래법과 온실가스배출권의 할당 및 거래에 관한 법률 시행령에는 기본계획 및 할당계획의 수립기한을 정하고 있었으나, 이를 준수하지 못했다는 주장을 하였다.

2) 법원의 판단

법원은 앞서 판결에서 이미 다룬 바와 같이 일관되게 배출권 할당을 수익적 처분으로 보았다. 따라서 사전통지 및 의견제출절차를 거칠 필요가 없어 절차위반의 하자는 인정되지 않았다. 둘째로 공청회의 개최 여부는 사실인정의 문제로 법원은 이미 할당계획의 수립전 정부관계 부처·산업계·시민단체 등 이해관계인이 참여한 가운데 오랜 기간 걸쳐 수립되었다고 인정하여 형식적 공청회 개최로 인한 절차위반은 인정하지 않았다.

원고들이 주장한 배출권거래법의 시행을 위한 계획 및 업체 지정 및 고시 기간 위법에 대해서, 실제 원고가 주장한 바처럼 그 기간을 준수하지 못하였다고 인정하였다. 그런데 배출권거래법과 배출권거래법 시행령은 기간 미준수시 그 효력에 대해서 규정을 두지 않고 있어 별도의 효력여부를 다루는 것은 어렵다. 결국 법원은 해당 기간은 효력규정이 아니라 훈시규정이라고 보았으며, 기간미준수로 인한 위법주장을 배척하였다.

(2) 실제적 하자

1) 원고의 주장

원고는 피고가 할당처분을 하면서 재량권을 일탈·남용했다고 주장하였다. 첫째, 할당량 산정시 5년전 자료인 2009년 BAU를 기초로 하여 최근의 동향을 반영하지 못한 점, 둘째, 원고는 업체는 석유화학업종 내에서도 온실가스의 배출 및 감축방법이 다른데 이를 반영하지 않고 석유화학업종의 일괄기준 적용한 점, 셋째, 더 나아가 업종별·업체별 예상성장률, 업종별 온실가스 감축기술수준을 고려하지 않은 점, 넷째, 업체별 차이를 고려하지 않고 석유화학업종에 동일한 조정계수를 적용한 점, 다섯째, 간접배출비중에 상응하는 배출권을 할당하지 않은 점을 들었다.

2) 법원의 판단

원고가 실제적 하자로 주장하는 할당상 고려해야 할 요소에 대한 사항은 배출권거래법 제12조 제1항과 제2항에 의하여 대통령령으로 정하도록 하고 있고, 이를 받아 시행령은 구체화된 할당량 결정요소들을 정하고 있다. 시행령 제12조 제1항은 주무관청이 할당대상업체의 과거 온실가스 배출량을 중심으로 기술수준 등을 고려하여 업체별 배출권 할당량을 정하도록 하고 있으며, 제2항은 보다 세부적인 기술적 사항에 대한 사항을 관계 중앙행정기관의 장과의 협의를 거쳐 관보에 고시할 수 있도록 하고 있으며, 이를 할당지침이라고 한다. 그리고 이 할당지침은 할당량의 산정방법 및 절차에 대해서 규정하고 있다. 따라서 실질적으로 할당에 관한 가장 실무적이고 주요한 기준은 해당 산정방법 및 절차에서 규정하고 있는 바, 해당 지침의 범규성이 문제가 된다. 해당 지침은 법률에서 시행령을 거쳐 제정된 행정규칙으로 법령의 위임에 따라 각 법령규정들을 보충하는 것이므로 법령보충적행정규칙의 성질을 가지고 있다고 볼 수 있다. 그렇다면 위법의 문제는 두 군데서 논의할 수 있는 바, 하나는 애초의 할당계획상 하자가 있었던 경우와 지침에서 정한 사항을 위반한 경우의 두 가지이다.

법원은 배출권할당의 방법은 기술적이고 이미 정해진 전망치에 일정비율을 곱하는 등의 방법으로 이를 산정³²⁾하는데, 해당 사안에서의 배출권은 지침의 산정방법을 준수하여 작성하였다고 보았다. 그리고 남은 위법가능성을 살피기

위해 할당계획상의 하자를 검토하였다. 할당의 위법을 검토함에 있어서 전제가 되는 것이 행정계획에서의 광범위한 형성의 자유와 그 형성의 자유의 한계로서 형량명령이다.

법원이 할당계획의 검증항목으로 제시하여 검토한 것은 다음과 같다. 첫째, 국가 BAU 산정방식 및 특정연도의 BAU 적용상의 하자였다. 이에 대해서 국가 BAU의 산정은 이해관계자 및 전문가의 참여를 전제로 하였고, 2013년도 BAU를 적용하지 않고 2009년도 BAU 적용상 결과면에서 큰 차이가 없어 2009년도 BAU를 전제로 한 할당이 수인한도를 넘는 침해를 가져왔다고 보지 않았다.

둘째 업종분류의 위법에 대해서, 전문적·정책적 판단이 개입됨에 따라 이를 위법하다고 판단하기 어렵다는 점 및 개별업체의 배출특성을 모두 감안한 기준을 제시하기 어렵다는 점을 들어 위법을 인정하지 않았다. 여기에서 주목할만한 점은 행정계획에서의 광범위한 형성의 자유에 더해 소위 판단여지의 영역에 속하는 전문적·정책적 판단에 대한 사법적 판단의 개입을 자제하고 있다는 점이다.

셋째, 업종별·업체별 예상성장률을 고려하지 않아 위법하다는 주장에 대하여, 할당계획에 업체별 예상 성장률은 신·증설시설에 대해서만 고려한다고 정하고 있으며, 할당지침에는 배출권할당을 신청할 때 신·증설이 예상되는 시설의 배출 정보를 기재하도록 하고 있어 이를 고려하여 배출권을 산정하였다면 예상성장률이 반영된 것으로 보아야 한다고 보았다.

넷째, 업종별 온실가스 감축기술 수준의 반영이 잘못되어 과소할당이 이루어졌다는 주장에 대하여, 원고의 업종인 석유화학업종의 배출량 감축률은 국가전체감축률과 산업체평균감축률에 비해 현저히 낮은 정도로 책정되어 있음을 볼 때 석유화학업종의 감축기술을 반영하여 이를 산정한 것으로 보았다.

다섯째, 모든 업체에게 동일한 조정계수³³⁾를 적용한 것이 위법하다는 원고의

32) 법원은 판결문에서 산정프로세스를 다음과 같이 요약하고 있다. 1. 연도별 국가온실가스 배출량 전망(15년-17년) 산정, 2. 연도별 배출권거래제 적용대상의 온실가스 배출량 전망산정, 3. 연도별·업종별 온실가스 배출량 전망 산정, 4. 연도별·업종별 배출허용총량 산정, 5. 1차계획기간 배출허용총량산정, 6. 1차계획기간예비분 규모산정, 7. 1차 계획기간 배출권 총 사전할당량 산정, 8. 1차 계획기간 연도별·업종별 사전할당량 산정, 9. 1차 계획기간 연도별 할당량 산정의 순이다.

33) 업종별 할당량 ÷ 업종 내 모든 할당대상업체의 신청량 중 인정량의 총합이다. 이러한 조정계수는 할당량 산정시 곱하지는 것으로 업체별 배출권 할당량 = (할당대상업체의 직접대상배출량

주장에 대하여, 조정계수는 산식에 따라 업종내 업체의 현황에 따라 변할 수 있다는 점과 만약 산식이 아닌 임의적으로 특별한 조정계수를 부여하기 위해서는 법령상 근거 내지는 특별한 배려의 정당화 근거가 필요하나 석유화학업종에 대해서는 이와 같은 사항이 없다고 보아 조정계수 동일적용의 위법성을 부인하였다.

여섯째, 간접배출 비중에 따른 배출권 미할당의 위법성에 대하여, 간접배출의 비중이 높음에도 불구하고 비례적으로 배출권을 할당하지 않은 것은 석유화학업종의 할증률이 1을 넘고 있어 간접배출 비중이 높을 경우 간접배출을 하지 않은 업체에 비해 그 할당량이 많아지게 됨에 따라 이를 비례적으로 하지 않은 전문적인 정책적 판단에 의한 것으로 그 자체를 위법하다고 단정하기 어렵다는 입장을 취하였다.

VI. 서울행정법원 2017.2.2. 선고 2015구합55622 판결 및 2015구합55493 판결

1. 사건의 쟁점 및 개요

서울행정법원의 온실가스 배출권 할당처분 취소의 건들은 그 쟁점과 판시사항이 거의 유사하고 이미 일부 서울행정법원의 판례를 자세히 살펴본 바 있으므로 여기에서는 비교적 최근의 판결 두건에 대해 지금까지 다루어지지 않았던 쟁점위주로 살핀다.

(1) 서울행정법원 2017.2.2. 선고 2015구합55622

이 건은 과소할당을 이유로 배출권할당처분의 취소를 구했던 사안이다. 원고는 2014.9.15.부터 10.14. 사이에 배출권 할당을 신청하였으나 2014.12.1. 환경부장관은 해당 H업체에 대하여 신청량보다 적은 27,460,884tCO₂-eq를 할당하였고, 이에 원고는 할당받은 부분을 제외한 미할당분에 대해서 행정청의 거부처분이 있는 것으로 보아 거부처분 취소소송을 제기하였다.

+ 할당대상업체의 간접대상배출량 × 업종별 할증률) × 업종별 조정계수이다.

1) 절차상 하자에 대한 검토

절차하자에 대한 부분은 이미 검토한 여타 사건과 거의 유사한 쟁점을 가지고 있다. 원고는 역시 기본계획과 할당계획 수립기간 미준수, 사전통지의무위반, 불복가능여부 미고지를 주장하였다. 불복가능여부 미고지를 제외하고는 기존 사건과 동일한 쟁점이다.

행정절차법 위반사건의 대부분이 사전통지 및 의견제출절차를 거치지 않은 것인데 비해, 불복가능여부 미고지에 따른 위법주장은 그 사례가 많지는 않다. 우리 행정절차법 제26조에 따를 때 행정청은 처분시 그 처분에 대하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그밖에 필요한 사항을 알려야 한다. 이에 대해서 이러한 절차를 거치지 않은 경우에는 상대방의 방어권을 제한하고 있다는 점을 들어 절차위법으로 독립취소사유가 되어야 한다는 견해가 있을 수 있고, 다른 한편으로는 실제로 불복의 절차에 영향을 미쳤는지를 살필 필요가 있다는 견해가 있을 수 있다. 즉, 처분의 상대방이 별다른 지장없이 불복기간 내에 심판이나 소송을 제기하였다면 굳이 행정절차의 무용한 반복을 초래할 필요가 없다는 입장이다.

행정청의 처분은 비교적 전문성을 갖춘 기업 등에만 부과되는 것이 아니라 개인을 비롯한 모든 국민에게 부과될 수 있는 반면, 국민 중의 상당수는 해당 불복절차에 대해서 잘 알 수 없다는 점, 특히 불복기간이 지나면 불가쟁력이 발생하여 더 이상 다투지 못한다는 점에서 처분이 이루어지고 불복기간의 기산이 시작되는 처음부터 해당 기간의 이익을 충분히 향유하도록 하기 위해서는 이와 같은 불복방법의 고지가 이루어지지 않았다면 비록 행정의 무용한 반복이 이루어지더라도 이를 취소사유로 다룰 필요가 있다. 행정청의 입장에서는 처분이 서면으로 이루어진다는 점에서 처분서 양식에 미리 이를 기재하여 둘 경우 행정상 투입 비용이 추가적으로 발생하지 않는다는 점도 고려할 필요도 있다. 국민의 방어권에 미치는 영향에 비해 행정력의 소요가 크지 않다는 점이 그 논거가 될 수 있을 것이다. 판례³⁴⁾는 불복기간 및 수단의 미고지에 대해 고지의무의 위반만으로 당해 처분의 취소사유가 된다고 보기 어렵다는 부정설의 입장을 취하고 있다.

34) 대법원 2016.10.27. 선고 2016두41811

2) 실체적 하자에 대한 검토

실체적 하자에 대하여 먼저 해당 업체가 가연성 폐기물인 부생가스를 이용한 전력생산을 통해 국가전체적으로 온실가스배출량을 줄이고 있는데 이를 반영하지 않았다는 점을 주장하였다. 그리고 이와 관련하여 원고는 부생가스를 이용함에 따라 온실가스배출을 오히려 줄이고 있음에도 불구하고 온실가스에 의한 오염책임을 다른 업체와 마찬가지로 부과하고 있어 오염자책임의 원칙을 규정한 환경정책기본법 제7조를 위반하였다고 주장하였다. 또한 부생가스에 포함되어 있는 온실가스 발생요소 때문에 정부가 제시한 감축률을 준수하기는 어려우며, 부생가스는 열효율이 낮아 다른 석탄연료이용 업체와 다른 감축률을 적용했었어야 함에도 불구하고 차이를 고려하지 않는 일률적 감축률 적용은 위법하다고 주장하였다.

법원은 부생가스를 이용을 통한 온실가스배출감축 기여분에 대한 고려가 필요함을 전제하였다. 배출권거래법 시행령 제12조 제1항은 배출권할당량 결정시 고려사항에 대해서 법률에서 정한 사항 이외의 것들 추가적으로 정하고 있는바, 같은 항 7호에서 ‘화석연료 대신 가연성 폐기물을 활용하여 국가온실가스감축에 기여한 정도’를 고려하도록 명시적으로 정하고 있기 때문이다. 그러나 본 사안에서 법원은 이를 고려하지 않은 것에 대해 두 가지 이유로 위법하지 않은 것으로 보았다. 첫째, 원고는 2020년 국가온실가스배출량 감축과 관련하여 부생가스 사업을 한 것이 아니고 이미 2007년 4월부터 해당 사업을 영위하여 오고 있어 국가온실가스감축목표달성을 위한 것으로 보아 특별한 혜택을 부여할 정도에 이르는 것으로 보기는 어렵다는 점, 둘째, 부생가스 소각열 판매업자가 해당 조항의 대상이 아니라 기존 화석연료 사용사업자가 이를 부생가스 소각열로 대체함으로써 국가온실가스배출량의 감축에 기여한 경우에 비로소 고려의 대상이 된다고 본 것이다.

한편, 오염자책임위반 여부에 대하여, 온실가스배출권의 할당은 직접적으로 환경상책임을 가리는 것이 아니라는 점에서 그 직접관련성을 부인하였다. 오히려 환경책임의 문제는 할당량을 초과하여 온실가스를 배출할 때 시작된다고 판시하였다. 부생가스라는 내재적 한계를 이유로 한 일률적 감축률 적용상 하자에 대해서는 비록 기술적 요인에 의한 감축률 달성이 어렵더라도 감축률은 목표수준이므로 현재 기술상의 제한을 반드시 감축목표에 반영할 필요는 없으며, 이는 전문적·

기술적 사항으로 행정청의 특별한 판단을 존중할 필요가 있다고 보았다.

실체적 하자의 대부분의 유형은 타업종 또는 타업체에 비해 불이익처분을 받아 형평성 위반 또는 비례의 원칙 위반을 주장한다. 판례는 이러한 위반주장에 대해서 매우 유의미한 결론을 도출하고 있다. 이를 풀어서 정리하면, 배출권거래제에 따른 할당은 일종의 ‘제로섬(Zero-sum) 게임’으로 하나의 업종 또는 하나의 업체에 대한 할당량의 산정은 다른 업종 또는 다른 업체의 할당량에 필연적으로 영향을 미치게 된다는 점에서 구체적인 입증의 충분이 이루어져야 한다는 점을 강조하였다. 일종의 제3자효 행정행위에서 법률상이익이 인정되기 위해서는 단순한 기대이익을 넘어서 구체적·직접적 이익을 요구하는 것과 유사한 맥락을 가지고 있다.

(2) 서울행정법원 2017.2.2. 선고 2015구합55493

이 건 역시 과소할당을 이유로 배출권할당처분의 취소를 구했던 사안이다. 원고는 2014.10.14. 1,681,562tCO₂-eq 배출권 할당을 신청하였으나 2014.12.1. 환경부장관은 해당 S업체에 대하여 신청량보다 적은 1,278,349tCO₂-eq를 할당하였고, 이에 원고는 과소부분인 403,213tCO₂-eq에 대해 할당을 거부한 것으로 보아 거부처분 취소소송을 제기한 것이다.

1) 절차상 하자

원고는 행정청이 관계중앙행정기관의 장과의 협의 및 할당결정심의위원회의 심의·조정을 거쳐 할당량을 결정해야 함에도 불구하고 이를 거치지 않았으며, 처분의 근거와 이유를 제시하지 않았다고 주장하였다. 당시 이러한 절차상의 하자는 법리적인 측면이 아니라 사실인정에 대한 것으로 법원은 위와 같은 주장사실을 받아들이지 않았다.

2) 실체적 하자

실체적 하자 역시 할당계획의 위법이 주장되었는바, 이미 살펴본 사건과 유사하게 국가 BAU 산정의 위법, 업종별 할당량 산정시 해당 사업의 비중 및 성장전망이 고려되지 않고 산정되었다는 것이다. 그리고 해당 처분 자체의 위법으로

사업계획 변경에 따른 예상 성장률 미반영상의 위법, 할당신청서에 연료 등 소비 계획과 그 계획실행에 따른 온실가스 증감예상치, 조정계수의 일률적 적용상의 위법, 할당지침에서 증설요건을 정한 위법 및 이 증설요건을 충족했음에도 이를 반영하여 산정하지 않은 위법을 주장하였다.

할당계획의 위법에 대해서 행정청은 광범위한 형성의 자유를 가지고 있다는 것을 전제로, 각 증거들을 종합한 결과, 각 업종별 예상성장률을 포함한 제반 요소들이 반영되어 있다고 보아 위법을 인정하지 않았다. 한편 온실가스 배출량 증가가 예상됨에도 이를 반영하지 않았다는 주장에 대하여서는 사업계획의 변경으로 인한 배출량 증가는 사전할당의 대상이 아니고, 단지 신증설에 대해서만 고려하므로 이를 반영하지 않아도 위법이라고 볼 수 없다고 보았다. 이유는 신·증설의 경우에는 객관적 예측이 가능하지만, 단순한 사업계획의 변경은 여전히 변화 가능성이 있고 사업계획이 변경된 경우 배출권거래법 제17조에서 정한 할당취소 사유에 해당하지 않아 특혜할당의 가능성이 있다는 점을 들었다.

VII. 쟁점의 정리와 의미 - 나가는 말에 같음하여

판례에서 다루고 있는 각 개별사건상의 쟁점은 거의 유사한 패턴을 보이고 있다. 이는 절차상 하자나 실체적 하자 모두에게서 공통적으로 나타나고 있다.³⁵⁾ 따라서 이러한 소송상 쟁점을 찾아 정리하는 것은 행정청의 입장에서는 향후 계획기간에서의 할당처분시 분쟁의 가능성을 줄일 수 있으며, 법원의 입장에서는 쟁점의 정리를 통해 정치하고도 일관된 법리구성을 할 수 있는 기회를 제공할 수 있다.

그리고 이러한 패턴화된 분쟁해결의 결과는 아직 우리나라에서는 검토되고 있지 않으나 독일의 경우 할당처분에 대한 불복쟁점과 패턴이 유사하다는 점에 착안하여 대표판례를 형성하고 이를 근거로 일종의 ADR 형식의 합의방식으로

35) 우리의 사례에 비해 독일의 경우 비교적 다양한 소송유형을 보이고 있다. 1. 과소할당, 2. 경쟁자에 대한 과대할당에 대해 경쟁자소송, 3. 조기행동인정분에 대한 소송, 4. 사업장 신증설에 대한 할당량의 추가할당, 5. 허위보고 등에 의한 배출권 취소에 대한 취소, 6. 경쟁자 할당분에 대한 정보공개소송 등이 있다. 최승필, 앞의 책, 53-54면

법적분쟁사항에 대한 타협점을 찾아 분쟁을 해결하는 방안을 취하고 있다.³⁶⁾

구체적으로 각 쟁점들을 정리해보면 다음과 같다. 먼저 절차상 하자에 대하여 선결적으로 논의되었던 사항이 할당처분의 성격이다. 즉, 할당처분이 침익적 처분인지 또는 수익적 처분인지의 문제로, 판례는 이를 수익적 행정처분으로 보았다. 이에 따라 절차상 하자에서 주로 주장되는 사전통지 및 의견제출절차를 거치지 않아 위법하다는 주장은 배척하였다. 처분의 이유제시에 관한 사항에서는 그간의 판례의 입장처럼 행정구제절차로 나아가는데 별다른 지장을 주지 않을 정도로 상당한 이유를 제시한 경우로 보아 역시 이유제시의 하자는 인정하지 않았다.

형식적 공청회로 인해 충분한 의견을 개진되지 못했음을 주장한 것에 대해서 그간 충분히 이해관계자가 참여하는 수차례의 의견교환 및 설명의 기회가 있었다는 사실인정을 통해 절차상 하자가 없다고 보았다. 배출권거래제의 시행을 위한 필요한 계획의 수립, 배출권할당의 대상업체 지정 및 고시 그리고 업체별 할당 등을 위한 정해놓은 기간이 미준수되었음을 이유로 절차상 하자를 주장한 것에 대해 해당 기간은 단순히 훈시규정에 불과한 것으로 보아 기간 미준수를 처분의 하자로 보지 않았다. 그러나 이에 대해서는 실질적으로 권리제한적이고 침익적인지 여부를 함께 검토하여 하자여부를 가릴 필요가 있을 것이다.

실체적 하자의 주장에 대한 핵심적인 쟁점은 행정계획이 가지고 있는 형성의 자유였다. 법원은 행정청이 할당계획에 대한 광범위한 형성의 자유를 가지고 있다고 전제하고 통상의 재량권보다 넓은 범위의 재량영역을 인정하였다. 형량의 하자가 존재가 하지 않는 한 재량권의 일탈·남용으로 볼 수 없다고 보았다. 행정청의 전문적·정책적 판단에 대해 재량적 판단영역이 인정된 구체적 사안으로는 배출허용총량 산정기준이 되는 BAU의 연도선정, 업종별 예상성장률의 반영여부, 업종별 감축률의 책정, 가동률 증가의 고려여부 등이 있다.

배출권거래법 및 그 시행령이 정하고 있는 사항을 구체화하고 실질적인 할당의 기준이 된 할당지침의 성격도 다루어졌다. 할당지침에서 정하고 바에 따라 처분한 경우 그 처분이 적법한가의 문제였다. 법원은 할당지침은 상위법령에서 위임한

36) 최승필, 앞의 책, 89-90면. 제1차 할당기간동안 독일에서는 총 602건의 할당처분에 대한 불복이 있었는데, 이 중 484건이 협약에 의해 분쟁이 해결되었다. 이에 대한 독일문헌으로는 UmweltBundesamt, Emission Trading - Evaluation of the first trading period 2005-2007, 2009.1, pp. 37-38.

구체적·기술적 사항을 규정한 것으로 법령보충적행정규칙에 해당하며, 이에 따른 처분은 적법한 처분으로 보았다.

소송법상의 쟁점도 문제되었던 바, 사전할당이 완료된 후에 취소를 구할 법률상 이익이 있는가의 문제에 대해서 국가할당계획이 예비분을 보유하도록 정하고 있고 해당 예비분을 통한 조정이 가능하다는 점에서 법률상이익이 있다고 보았다. 그리고 과소할당된 경우 해당 할당처분을 전부취소를 구해야 하는지 아니면 일부 취소가 가능한지의 문제가 있었다. 법원은 현출된 자료만으로 할당되어야 할 정확한 할당량 산정이 가능한 경우라면 할당되지 않은 부분을 행정청이 거부한 것으로 보고 이 부분에 대한 거부처분을 취소한 것으로 볼 수 있으나 명확하게 할당해야 할 배출량이 산출이 되지 않는 경우에는 전부취소하는 것으로 보고 있다. 이는 지금까지 법원이 취해온 일부취소의 법리와 같은 맥락이라고 할 수 있다.

4개의 서울행정법원 판례, 서울고등법원의 판례에서 나타난 쟁점 및 법리를 중심으로 탄소배출권할당처분 취소의 소에서의 법적문제를 살펴보았다. 이미 언급한 바와 같이 대체적으로 유사한 패턴의 절차적·실체적·소송법적 쟁점이 나타나고 있다는 점에서 향후의 배출권할당시에는 이를 고려하여 할당한다면 쟁송이 상당부분 줄어들 것으로 생각된다. 그러나 재량권의 일탈·남용부분에서는 처분 대상업체의 입장에서는 여전히 다루고 싶은 실체적 사안들이 존재할 수 있다는 점에서 처분전 행정청과의 충분한 교감을 통해 처분의 수용성을 증가시키고 쟁송의 가능성을 낮추기 위한 노력을 강화할 필요가 있을 것이다. 비록 훈시규정으로 보아 위법성을 부인했지만, 할당계획 및 고시 등과 관련된 기간을 준수하고 그 기간 내에 충분한 자료를 제공함으로써 쟁송 이전에 수용성 높은 처분이 이루어 질 수 있도록 행정청의 노력이 더욱 필요한 부분이다.

논문투고일 : 2019. 7. 31. 심사일 : 2019. 8. 20. 게재확정일 : 2019. 8. 26.

참고문헌

기획재정부, 2차배출권거래제 기본계획안, 2017.

박균성, 행정법강의 제16판, 박영사, 2019.

_____, 행정법론(상), 제16판, 박영사, 2017.

최승필, 탄소배출권의 할당과 분쟁에 관한 법적검토, 한국법제연구원, 2013.

최승필, 행정계획에서의 형량, 토지공법연구 제73집 제1호(2016)

UmweltBundesAmt, Emission Trading – Evaluation of the first trading period
2005-2007, 2009.1

【Abstract】**Administrative legal issues in litigation regarding
the allocation of carbon credits**

— On the outstanding issues in the recent litigations —

Choi, Seung Pil

Law School, Hankuk University of Foreign Studies

Since the allocation of greenhouse gas emission rights, lawsuits have been filed steadily, and precedents have also been accumulated. The issues in each case presented in the case are almost similar patterns. This is common to both procedural and substantive defects.

The matters discussed in advance about procedural defects are the nature of the allocation. The court held that the case was regarded as a profitable administrative order, and accordingly, it was not accepted that it was illegal not to go through the preliminary notice and opinion submission process. In addition to the policy coordination process, the reasons of the administrative order were also presented to a considerable extent.

The period concerned with the establishment of the necessary plan for the implementation of the emission trading system, the designation and the notification of the non-compliance with the period, was considered to be a recommended period and did not directly affect the effect of the allocation.

The main issue of the substantive defamation argument was the freedom of formation of the administrative plan. The court assumed that the administrative agency had broader room for formation in the allocation plan and accepted a wider range of discretionary areas than ordinary discretion.

Specific cases where the discretionary judgment area was recognized for the administrative organs' professional and policy decisions included the selection of the BAU year as the emission allowance calculation standard, whether to reflect the expected growth rate by industry, the emission reduction rate by industry.

The nature of the allocation guidance was also addressed. The court stated that the allocation guidelines stipulate the concrete and technical matters

entrusted by the act and decree, and correspond to the supplementary administrative regulation.

The issue of the procedural law was also problematic. The National Allocation Plan has reserved emission allowance. It is possible to make adjustments through the reserve according to the result of the lawsuit. And if there is under-allocation, there is a problem of whether it is necessary to cancel all of the allocation or whether the cancellation of the not allocated portion is possible. If the emissions to be clearly allocated are calculated, partial cancellations can be made, otherwise they should be all canceled.

I examined the legal matters in the case of the cancellation of the allocation of carbon emission rights, focusing on the four Seoul Administrative Court cases and the Seoul High Court case. If the Supreme Court reviewed the case, a more accurate judicial review might have been drawn, but the appeal was dismissed.

When we look at each case, similar patterns of administrative procedural, substantive, and litigation issues are emerging, and if these issues would be considered before allocation, much of the controversy would be reduced. The administrative agency needs more efforts to ensure that a high level of acceptance is achieved prior to the dispute. Of course, as in the case of Germany in the past, various types of cases such as competitor litigations, information disclosure claims, in addition to reviewing current litigation cases, it is necessary to continuously review the possibility of various issues.

주 제 어 탄소배출권, 할당, 할당취소소송, 서울행정법원, 기후변화

Key Words Carbon Credit, Carbon Emission Right, Allocation, Litigation for Revocation of Allocation, Seoul Administrative Court, Climate Change