

# 독일의 탄소배출권거래제도에 관한 소고

- 민사법적 관점을 중심으로 -

최 봉 경\*

## 차 례

- I. 서
- II. 독일의 탄소배출권제도의 발전연혁
- III. 독일의 배출권거래법 및 배출권할당법
- IV. 탄소배출권거래의 사법(私法)적 측면
- V. 결론

## [국문초록]

본 논문은 독일의 탄소배출권거래제도를 소개하고 그 사법적 측면을 고찰하는 것을 목적으로 하고 있다. 이를 위해 먼저 유럽연합에서 탄소배출권거래제도를 도입하게 된 연혁을 간략하게 살펴보고(II.1. 및 2. 「탄소배출권거래체계에 관한 입법지침」) 독일에서 배출권거래에 참여하는 방법을 규제하고 주된 법률인 배출권거래법 및 배출권할당법을 소개하였다. 여기에서 특히 배출권 및 배출권 양도행위의 법적 성질에 관한 독일의 논의를 다루었다. 전자와 관련하여 공법적 성격과 사법적 성격의 혼합물임을 설시하고, 후자와 관련하여서는 공법상의 계약으로 보더라도 민법규정에 따른 양도가 가능함을 확인하였다. 나아가 배출권거래에 대한 법률요건도 검토한다(III.). 먼저 의무부담행위로서의 배출권의 매매는 민법상 권리의 매매에 준하여 생각할 수 있지만 그 실익은 크지 않으며, 처분행위로서 배출권양도의 합의와 등기 요건을 살펴보았다. 나아가 독일 배출권거래법 제16조 제2항은 민법상의 선의 취득보다 한 단계 강화된 거래안전보호망을 구축하고 있음을 볼 수 있었다.

\* 서울대학교 법과대학 · 법학전문대학원 부교수

다음으로 독일에서 인증모델을 채택하게 된 이유를 논한 후 인증거래의 법적 성질을 살펴보았다(IV. 1. 및 2.). 이때 배출권을 사인 간에 거래의 대상으로 삼을 경우 이러한 배출권은 '사법상의 새로운 재산권'의 일종으로, 보다 정확히 말하자면 물권에 유사하다고 판단하였다. 물론 민법상의 다른 물권들과 다른 속성을 지니고 있어 물권법정주의에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있지만 물권법정주의는 계약자유의 원칙에 대한 제한이기는 하지만 거래안전을 해하지 않는 한 거래계의 수요에 부합하는 관습물권의 자연스러운 형성을 금지하는 것은 아니다. 따라서 개별 법률에 의해 특정한 형태의 재산권을 만들어 낼 수도 있는 것이다. 결국 '배출권'은 재산권으로서 「일정한 기업의 생산시설 일체와 관련된 권능」이라는 틀에서 이해할 수 있을 것이다. 그렇다면 사인 간의 인증거래는 사법상의 법률관계로 규율하는 것이 바람직하다고 생각된다.

또한 실제 분쟁과 관련하여서는 배출권의 법적 성격과 소송상의 문제점 및 배출권 거래를 법적으로 어떻게 구성할 것인가에 관한 몇 가지 논점을 다루어 보았다. 배출권의 취득요건이나 질권설정의 가능성, 장부에 대한 공신력 부여여부, 압류가능성 및 방법에 관한 논의는 우리에게 시사하는 바가 적지 않았다(IV.3.). 덧붙여 배출권제도의 운영비용과 관련하여 중요한 것은 거래비용을 최소화하면서 정적 거래안전의 보호와 동적 거래안전의 보호 간에 적절한 균형추를 찾아내는데 있다고 마무리하였다.

## I. 서

2009년 12월 29일 국회를 통과한 [저탄소 녹색성장 기본법]이 올해 1월 13일자 법률 제9931호로 제정, 공포되어 4월 14일자로 시행에 들어갔다. 동법은 '배출권거래제도'를 명문으로 도입하고 있다.<sup>1)</sup>

- 1) 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·관리방법 및 거래소 설치·운영 등은 따로 법률로 정한다(밑줄은 필자가 가한 것이다)

이 글은 우리에게서 위 법에도 불구하고, 아직 생소한 하지만 유럽을 중심으로 한 많은 나라에서 주요 정책으로 채택하고 있는 온실가스감축을 출발점으로 하여 독일에서 운용되고 있는 탄소배출권제도를 소개하고 특히 그 민사법적 관점을 분석, 정리하는데 목적이 있다.

「탄소배출권」 및 「배출권의 양도」의 법적 성질과 배출권 거래시에 상정될 수 있는 민사적 쟁점을 세세히 살펴보는 것도 중요하지만, 먼저 도대체 탄소배출권이 왜 문제가 되며 어떠한 논의과정을 거쳐 오늘날에 이르게 된 것인지를 간단히 살펴보고자 한다. 나아가 실제로 어떠한 방식으로 거래가 이루어지고 거래의 안전성을 보호하기 위해 창설한 법제도들은 어떻게 운용되고 있는지 그 실태를 논구하는 것도 필요하다.

먼저 제도적 연혁을 거슬러 올라가 유럽연합의 「탄소배출권거래체계에 관한 입법 지침」(EH-Richtlinie)의 기본구조를 살펴본다. 이는 유럽연합 회원국의 탄소배출권제도에 관한 공통된 지침으로 그 일견은 필수적으로 생각된다. 또한 장부시행법(RegisterVO)도 배출권거래의 이해를 위해 빠질 수 없다. 그 밖에 독일의 기후변화대처프로그램 및 연방임시온보호법의 기본적인 내용을 소개한다(II.).

다음으로 독일의 배출권거래에 관한 주요한 법적 근거인 배출권거래법(TEHG)과 배출권할당법(ZuG)에 관해 서술한다(III.). 그리고 탄소배출권거래를 둘러싸고 일반적으로 전개가 예상되는 이론적 쟁점들을 사법적 측면을 중심으로 논할 것이다(IV.). 결론(V.)에서는 탄생 중인 탄소배출권제도를 독일을 중심으로 살펴 본 것을 정리한 후 간략한 소회를 덧붙이기로 한다. 말미에 이해의 편의를 돕기 위해 <약어표>를 첨부하였다.

## II. 독일의 탄소배출권제도의 발전연혁

### 1. 입법연혁

배출권거래제도와 관련하여 유럽연합 회원국에게 가장 결정적인 계기가 된 것은 2003년 10월 25일자로 발효한 유럽연합의 「탄소배출권거래체계에 관한 입법지침」

(EH-Richtlinie)(RL 2003/87/EG)이다. 이 입법지침은 교토의정서의 합의내용을 유럽 연합이 입법지침의 형태로 회원국에게 하달한 것인데, 회원국의 국내법 전환의무를 명시하고 그 이행시기를 2004년 3월 31일까지로 못 박고 있었다. 이에 따라 독일은 그 마지막 날에 당시 연방환경부장관이었던 위르겐 트리틴의 발표로 이른바 「독일 탄소배출권할당계획(NAP)(이하 NAP로 약칭한다)」을 세상에 내놓았다. 이로서 독일의 청사진이 공개된 것이다. 당시 독일 환경부의 야심찬 계획이었던 NAP(Nationaler Allokationsplan)는 그 후 공식적인 정부안이 2004년 4월 21일 연방정부내각(Bundeskabinett)을 통과하면서 몇 가지 변경이 뒤따랐다. 그리고 2004년 7월 8일자로 소위 배출권거래법(TEHG)(BGBl. I S. 1578)이 발효하기에 이르렀다. 동년 8월 31일(발효일)에는 배출권할당법(ZuG 2007)(BGBl. I S. 2211)이 모습을 드러냈다.

이하에서는 위에서 언급한 「탄소배출권거래체계에 관한 입법지침」(EH-Richtlinie), NAP, 배출권거래법 및 배출권할당법의 주요내용을 간략하게 개관한다. 이들은 독일의 탄소배출권거래제도의 운용실태를 파악하기 위해 필수적인 학습자료들이다.

## 2. 「탄소배출권거래체계에 관한 입법지침」

### 1) 목적

이는 교토의정서<sup>2)</sup>의 본격적인 시행에 앞서 회원국, 특히 유럽회원국들이 이에 대처하기 위하여 마련한 입법지침이다. 유럽공동체협약(EG-Vertrag) 제249조 제4항에 따른 이른바 ‘공동부담결정(Burden Sharing-Entscheidung<sup>3)</sup>); Lastenverteilungs-Entscheidung’

2) 「기후변화에 관한 유엔협약을 위한 교토의정서」(1997년 12월 11일), 독일에서 비준된 것은 2002년 4월 27일이다.

3) 「교토의정서 승인여부에 관한 2002년 4월 25일자 유럽위원회결정」(2002/358/EG)을 말한다(교토의정서가 효력을 발하기로 예정되었던 2005년 2월보다 이른 시기로 유럽연합차원에서 발 빠르게 대처하였음을 알 수 있다). 참고로 이러한 유엔공동체 협약 제249조 제4항의 「결정(Entscheidung)」은 「의견표명(Stellungnahme)」이나 「권고(Empfehlung)」와는 달리 회원국에 대해 법적인 구속력이 있다. 이 결정에 따르면 독일은 온실가스배출량을 1990년 대비 21% 감축하여야 한다. 하지만 이것이 구속력을 갖게 되는 것은 2008년 이후이고, 2012년까지만 전술한 목표치를 달성하면 된다. 교토의정서가 장래

에 기해 모든 유럽연합 회원국 간에 부담이 분배되었다. 핵심은 유럽연합차원에서의 온실가스의 '효율적'인 감축이다(당시 유럽연합의 목표치는 온실가스 8% 감축이었다). 한편 이러한 '효율성'은 각 회원국의 경제발전 및 고용시장의 최소한의 희생 하에 추구하도록 되어 있다(입법지침서 입법이유 (5) 참조<sup>4)</sup>).

## 2) 기본구조

### a) 배분방식

위 입법지침은 각국의 탄소배출량의 절대적 상한선(Cap)을 설정한 후 이것을 다시 각국의 기업에 배분하는 구도를 취하고 있다(제9조<sup>5)</sup>). 그리고 그 '기준단위'로 도입한 것이 소위 '인증(Zertifikat)'이라는 것이다(제3조<sup>6)</sup>). 이는 '장부(Register)'에 등재하게 되어 있다. 이것은 일정 기간 내의 '이산화탄소 1ton 배출권'에 상응하는 것이다. 제10조는 제1차 시행단위인 2005년-2007년 3년 동안은 이 전체 '인증' 중 95%를 무상으로 배분하도록 정하고 있다(grandfathering). 2008년 1월 1일부터 시작되는 2차 5개년 시행단위부터는 90%를 무상으로 배분한다. 결국 각 5~10%의 '인증'은 각국 정부가 유상매각 또는 경매할 수 있는 셈이다(auctioning).

좌절되고 다른 협약이 탄생할 경우 위의 의무들이 그대로 지켜질지는 두고 볼 일이다. 당시 벨기에 7.5% 감축, 덴마크 21% 감축, 영국 12.5% 감축 등의 감축분담이 배분되었다.

4) 동 입법지침은 입법이유로 총 서른 가지를 명시하고 있다.

5) 제1항: 회원국은 제11조 제1항과 제2항에 정한 기간에 대해 각국의 배분계획을 확립한다. 이 계획은 이 기간동안 각 국이 배분하고자 하는 인증의 규모와 배분방법을 포함한다. 이 계획은 부칙 III에 정한 기준을 포함, 여튼을 적절히 감안하여, 객관적이고도 투명한 기준에 따라 확립되어야 한다...(이하 생략).

6) 이 입법지침에서 쓰이는 개념규정은 다음과 같다. a) 인증(Zertifikat), 정해진 기간 동안 1 톤의 이탄 등기물을 배출할 수 있는 권능을 말한다; 이는 이 입법지침의 지시를 이행하기 위한 한도 내에서 그러하며 동 입법지침의 정함에 따라 양도된다; b) 배출(Emission), 생산시설의 일부(Quelle)에서 대기 중으로 온실가스를 배출하는 것을 의미한다. c) 온실가스, 부칙 II에서 정한 가스들을 의미한다. d) 온실가스배출허가, 제5조와 제6조에 따라 수여되는 허가를 말한다. e) 생산시설(Anlage), 부칙 I에 나열된 단수 또는 복수의 행위 및 다른 이와 직접적으로 연관된 행위가 행해지는 정착된 기술적 생산단위(ortsafeste technische Einheit)를 말한다, 이 행위들은 이곳에서 행해진 행위와 기술적 연관성이 있으며 배출 및 환경오염에 영향을 미칠 수 있는 것이다. f) 운영자(Betreiber), 생산시설을 운영하거나 점유하거나 또는 - 각 국의 국내법에서 규정하는 것을 전제로 하여 - 생산시설의 기술적 운영에 관한 결정적인 경제적 대리권을 가진 자를 말한다. g) 인(Person), 자연인 또는 법인을 말한다...(기타 생략).

## b) 허가/인증

위와 같은 배분방식을 현실화시키기 위하여 지침서는 두 가지 기본개념을 도입하였다. 하나는 위에서 본 '인증(Zertifikate/Allowances)'제도이고 다른 하나가 '허가'(Genehmigung/ Permit)제도이다. 말하자면 해당 기업이 '인증'을 신청할 경우 일정한 기간 동안 일정한 탄소를 배출할 수 있는 '허가'를 취득한다. 물론 위에서 본 '배출권'의 범위 내에서의이다. 말하자면 '배출허가'를 얻는 것이다. 물론 신청한 모든 기업이 '허가'를 받는 것은 아니다. 기업 자체가 '통제능력'을 보유하여야 한다. 이 '통제능력'은 기업이 운영하는 생산시설이 얼마나 탄소를 배출하는지 측정하고 감독하여 그에 관한 보고서를 작성할 수 있는 능력을 말한다.<sup>7)</sup> 그 여부에 관해 판단할 관할관청이 필요함은 물론이다(입법지침 제6조 제1항 제1문).

## c) 예치, 차입, 매매

허가기간 내에 다 사용하지 않은 '인증'은 '예치'하였다가 다음 해에 사용할 수 있다. 하지만 2차 5개년 시행단계(2008년-2012년)가 종료한 후 4개월이 지나면 미사용 '인증'은 관할당국에 의해 말소되도록 되어 있다(제13조 제2항 제1문). 그런데 회원국은 1차 시행단계에 사용되지 않았던 '인증'들을 새로운 인증으로 대체해 줄 것을 요구할 수 있다(동조 동항 제2문). 말하자면 회원국에 상당한 재량을 부여한 셈이다. 이를 Banking(예치)제도라고 한다(동조 제3항 제2문은 3차 5개년 시행단계에서도 이러한 '예치'제도를 인정하고 있다). 다른 한편 장래에 사용할 '인증'을 미리 사용할 수는, 말하자면 '차입(Borrowing)'할 수는 없다.<sup>8)</sup>

나아가 할당받은 '배출량(물론 할당된 인증의 규모에 따른다)'보다 많이 탄소를 배출하고자 하는 기업은 '배출허가'를 아직 모두 사용하지 않았거나 시설개선 등으로 사용할 필요가 없어진 기업으로부터 '배출권'을 매수할 수 있다(buying). 시설개선을 통해 이산화탄소배출량을 스스로 감축할 것인지 아니면 타 기업 등으로부터 배출권

7) '감독' 및 '보고'에 관한 원칙들은 위 입법지침 부칙(Annex) IV에 규정되어 있다. 관할관청의 심사기준들도 V에 열거되어 있다. 이에 대해 Timo Hohmuth, Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht, 2006, 85면 참조.

8) 일정한 예외가 가능하다는 분석으로 Schlüter, NVwZ(Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht) 2003, 1215면, 각주 25 참조.

을 매수할 것인지는 각 기업이 '이해타산'을 따져본 후 결정할 일이다. 배출시설개선을 위해 투자하는 비용이 그리 큰 재정적 희생이 아니라고 판단하는 기업은 점차 이 길을 택할 것이고 '배출권'의 총량은 정해져 있기에 - 더불어 '배출권'에 대한 수요가 증가한다면 - '배출권'가격은 상승할 수밖에 없을 것이다. 이로서 더욱 많은 기업들이 '환경친화적인 시설개선'쪽으로 방향을 돌릴 것이고 이는 '탄소배출량의 감축'이라는 입법지침서의 제정목적 달성에 긍정적인 신호임에 분명하다. 적어도 이러한 밑그림을 위 입법지침의 아버지들은 그리고 있었을 것이다.

요컨대 배출권시장의 효율성은 각 기업들의 '비용계산'과 '시장의 자율기능'에 의해 담보된다고 할 수 있다. 각 회원국은 자국의 기업들의 '환경친화시설' 및 그 '개선정도' 등을 고려하여 일정량의 '배출권'을 유보시킬 수 있다(Commitment Period Reserve, CPR). 필요로 하는 기업에 비해 팔리지도 않을 '배출권'을 너무 많이 시장에 내놓아 '배출권'가격을 폭락시켜서는 곤란하기 때문일 것이다. 물론 그 반대의 경우도 생각해 볼 수 있다.

#### d) 배출권거래시장의 작동방법

일단 각 회원국이 허용할 전체 배출권규모를 결정한다. 그리하여 배출권할당계획을 발표한다. 배출권가격은 시장의 자율기능에 의해 조절되어 기업들을 더욱 환경친화적 생산설비를 선택하도록 유도하는 선에서 형성되어야 할 것이다. 각 회원국 내에서의 배출권거래는 필연적이다. 회원국 간의 배출권거래도 가능하지만 일정한 제한이 있을 수밖에 없다. 위에서 본 Burden Sharing 결정도 있거니와 각 회원국에게 할당된 배출권총합이 회원국 간 거래를 통해 왜곡되어서는 아니 되기 때문이다.<sup>9)</sup>

9) 장부시행법(Register-Verordnung)(유럽의회 또는/그리고 유럽위원회의 Verordnung(법령)은 회원국의 국내법 전환 없이도 직접 적용되는 점에서 Richtlinie(입법지침)와 다르다) 제18조 제2항은 관할 관청이 배출권의 국가간 양도를 금지하여야 하는 경우를 규정하고 있다. 즉 소위 CPR이 교토의정서에 의해 각 회원국에 할당된 전체 배출량(AAU: Assigned Amount Unit)의 90%이하로 떨어질 수 있는 경우 당해 국가간 양수도를 금지하도록 명시하고 있다.

## e) 각 회원국의 할당계획(NAP)

입법지침 제9조에 따르면 각 회원국은 제1차 3개년 시행단위 및 제2차 5개년 시행단위, 제3차 5개년 시행단위 등에 관해 각 국의 배분계획을 확립하도록 정하고 있다. 이 할당계획은 해당 기간 동안 각 회원국이 배분할 총 인증의 규모와 배분방법을 포함하여야 한다. 즉 일단 각 회원국의 총 인증규모(Gesamt-Cap)를 확정하고 이것을 그 회원국 내에서 어떻게 할당할 것인지를 확정하는 것이다. 앞서 본 바와 같이 유럽 차원에서 이미 「교토의정서 승인여부에 관한 2002년 4월 25일자 유럽위원회결정」(2002/358/EG)을 통해 독일은 온실가스배출량을 1990년 대비 21% 감축하도록 되어 있다. 하지만 이것이 구속력을 갖게 되는 것은 2008년 이후이고, 2012년까지만 전술한 목표치를 달성하면 되는데, 독일 연방정부는 이미 2000년 10월 18일자 발표한 「기후보호프로그램」에서 이산화탄소 25% 감축이라는 목표치를 제시한 바 있다. 또 동조 제1항 제2문은 여론을 적절히 감안하도록 하고 있다.

한편 각국의 할당계획은 확정 후 해당 위원회에 통지하여야 한다. 제1차 3개년 시행단위를 위해서는 2004년 3월 31일까지, 그 밖의 시행단위를 위해서는 각 시행기간의 시작 18개월 전까지 할당계획을 공표하고 위원회와 타 회원국에 통지하여야 한다. 독일은 제2차 5개년 시행단위를 위해 2006년 6월 30일까지 독일의 인증할당계획을 확정, 통지하였다. 입법지침 제9조 제2항은 이러한 할당계획을 통지받은 위원회(유럽위원회 결정 93/389/EG 제8조에 의해 설립된 기후변화위원회(Climate Change Committee)를 말한다)의 심의를 거치도록 되어 있다. 동조 제3항은 3개월의 심의를 통해 제출된 계획의 승인 또는 거부 여부를 결정할 권한을 위 위원회에 부여하고 있다.<sup>10)</sup>

상술한 바와 같이 위와 같은 내용과 절차는 2008년 이후 구속력을 갖게 되므로 그 전까지는 각 회원국의 재량에 맡겨졌다.<sup>11)</sup>

10) 회원국 숫자에 비해 심의기간이 짧아 결과발표가 지연될 가능성도 예상되고 있다.

11) 이때 어떤 회원국이 그 국가에 배당된 인증보다 많은 온실가스를 배출할 수밖에 없을 때 타 회원국이 인증을 양도하여 도와줄 수 있는가 하는 문제와 이때 이러한 인증의 양도가 유럽공동체협약 제87조와 제88조에 정한 '국가보조(Beihilfe)'에 해당하는가 하는 또 다른 문제에 대해서는 Timo Hohmuth, 앞의 책, 81면 이하 참조.

### 3. 장부시행법<sup>12)</sup>

위와 같은 입법지침을 현실화시키기 위하여 「장부시행법」이 2004년 12월 21일자로 제정되었다(발효일자는 동년 12월 30일). 탄소배출권이 유럽 전체에서 통일된 체계 하에 안정적으로 거래될 수 있도록 뒷받침하고자 인증을 등록하고 거래내역을 기입하는 장부 및 계좌체계를 확립하고자 함이 그 입법목적이라 할 것이다. 물론 각 회원국도 위 장부시행법에 따라 각국의 국내장부를 설치하여야 한다(2004년 12월 31일이 시한이었다. 동법 제3조 참조). 입법지침 제20조는 인증의 수여, 양도 및 말소에 관한 독립적인 거래기록을 작성할 ‘유럽 중앙관리소’를 두도록 하고 있다. 배출권을 보유하고 있는 자는 누구나 위 관리소에 ‘계좌’를 개설할 수 있음은 물론이다. 그리고 모든 배출권은 일련번호에 의해 쉽게 인식가능한 전자식별단위를 부여받는다. 각 회원국도 인증의 수여, 점유, 양도 및 말소에 관한 정확한 기록을 담당할 ‘장부’를 설치하고 관리하여야 한다. 유럽 중앙관리소가 어떤 비정상적인 단서를 발견했을 경우 해당 회원국에게 당해 배출권을 배출권장부에 등록하지 말도록 통지하게 되어 있다(동조 제3항).

유럽연합 위원회는 그 밖에 독립된 배출권거래부(Community Independent Transaction Log - CITL)를 작성하여 배출권의 양도 및 말소와 관련된 비정상적인 문제들을 검사한다. 대중에게도 제한된 범위 내에서 배출권거래장부에 대한 열람권이 인정되고 있다.

장차 표준화된 전자데이터베이스(standardised electronic database)가 완벽하게 구비된다면 배출권거래는 유럽 전체에서 원활하게 이루어질 수 있을 것이다.

그 밖에도 유럽위원회는 위 입법지침에 부가적으로 소위 ‘연결입법지침(Linking Directive)’을 통과시켰는데(2003년 7월 23일), 교토의정서의 실천을 위한 유럽연합의 여러 정책들간에 탄력적인 메카니즘을 구축하기 위한 것이라고 한다. 이는 본고에서 논의로 한다.

12) Commission Regulation for a Standardised and Secured System of Registries, 2216/2004/EC. 독일어로는 Verordnung der Kommission für ein standardisiertes und sicheres System von (nationalen) Registern, Verordnung 2216/2004/EG.

#### 4. 독일의 기후변화대처프로그램 및 연방임및시온보호법

##### 1) 「기후변화프로그램」

독일은 2000년 10월 18일에 이미 연방정부가 기후보호프로그램을 공표한 바 있다. 이는 2005년 7월 12일자로 연방정부가 가결한 기후보호프로그램<sup>13)</sup>에서 계속되고 있다. 후자는 제1차 3개년 시행기간이 시작된 후에 발표된 것으로 전자와 연속선상에 놓인 것이다. 이 보고서에는 독일연방정부의 기후변화에 대한 대처 목표 및 방안이 제시되어 있다. 총 7 가지 목표가 열거되어 있는바, 에너지절약법의 제정, 이산화탄소감축촉진프로그램의 개발, 독일 경제단체의 기후보호참여선언, 교통관련대책마련, 연방정부의 자발적 탄소배출감축선언, 추가적인 온실가스배출감소방안설립 등이 그것이다.

실제로 2000년 11월 9일과 2001년 6월 25일에 연방정부와 경제단체 간에 기후보호 참여선언(Selbstverpflichtungserklärung der Wirtschaft) 및 이산화탄소감축합의가 있었다. 여기에는 총 19개 산업, 경제단체가 참여했었다. 하지만 이러한 선언에 법적 구속력은 없었다(이른바 gentlemen's agreement). 어쨌거나 위 선언에 따르면 참여 단체들은 2010년까지 1998년 대비 총 4천 5백만 t의 이산화탄소를 감축하게 되어 있었고, 이는 유럽공동체 차원에서 고무적으로 받아들여졌고 또 환영받은 것은 사실이다.<sup>14)</sup>

그런데 법적 구속력 차원에서, 특히 '법'에 의한 기후보호의 차원에서, 주목을 받은 것은 오히려 아래의 법률일 것이다.

##### 2) 연방임및시온보호법(BImSchG)<sup>15)</sup>

근대에 접어들어 산업기술의 발전과 더불어 대기 중에 배출되어 온 환경오염물질

13) BT-Drucks. 15/5931 참조.

14) 1997년 7월 17일자 유럽의회 결의(ABl. EG, Nr. C 286 S. 254) 및 1997년 10월 7일자 유럽참사원(Rat)결의(ABl. EG, Nr. C 321 S. 6) 참조.

15) 원래 법률명은 Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundesimmissionsschutzgesetz)이지만 BImSchG로 줄여 인용하기로 한다(연방임및시온방지법)(2002년 9월 26일자 BGBl, I S. 3830).

은 그 종류와 양을 정확히 측정할 수 없을 만큼 막대하고 이로 인해 기후변화에 미친 영향은 실로 심중하다.

독일에 이에 대해 연방입맛시온보호법을 제정하여 대처해 왔다. 이 법은 기본적으로 대기오염물질을 배출하는 산업시설에 대한 설립 및 운영을 '허가'의 형식을 통해 규제한다. 동법은 '기후-보호'도 목적으로 하는지를 명시적으로 규정하지는 않는다. 동법 제1조 제1항은 대기(Atmosphäre), 물(Wasser), 대지(Boden)를 보호대상으로 정하고 있을 뿐이다. 여기에서 대기란 수 천킬로미터 상공을 아우르는 지표면 위의 전체 대기를 의미한다. 넓은 의미의 대기(Luft)에는 기후(Klima)도 포함된 것이라는 견해가 지배적이다.<sup>16)</sup> 여기서 '기후'란 정해진 지리적 공간과 정해진 시간적 범위 내에서의 기상관계를 뜻한다.<sup>17)</sup>

이와 같이 본다면 동법 제1조에 따른 '대기'에는 '기후에 영향을 미치는 오염물질의 배출'도 포함된다고 해석할 수 있을 것이다.

동법의 기본구조를 보면 허가를 요하는 산업시설(제4조 내지 제21조)과 요하지 아니하는 산업시설(제22조 내지 제25조)을 구별하여 규율하고 있음을 알 수 있다. 전자에 해당하는 산업시설은 독일 전역에 약 총 5만개가 있다고 한다. 대표적으로 제4조 제1항은 다음과 같은 시설의 설치, 운영을 위해 허가가 필요하다고 규정한다: 즉 그 성상이나 운영으로 인해 유해한 환경오염을 야기하거나 다른 방법으로 공중이나 이웃을 위험하게 하고, 현저하게 불이익을 주거나 현저하게 교통을 끼치는데 특히 적합한 시설들 또는 폐기물의 저장 또는 취급을 위한 정착된 폐기물처리시설들은 허가를 요한다. '유해한 환경오염'에 대해서는 동법 제3조 제1항이 정의하고 있다. 이에 따르면 종류, 정도 및 지속기간에 따라, 공중이나 이웃에게 위험, 현저한 불이익 또는 현저한 교통을 야기하기에 적합한 입맛시온(Immission)을 '유해한 환경오염(schädliche Umwelteinwirkung)'이라고 한다. 대표적인 예로 연기, 먼지, 가스, 증기 또는 향신물질로 인한 공기오염을 생각해 볼 수 있다.<sup>18)</sup>

16) 입법이유서에는 이러한 목적이 언급되지 않았는데, 당시 대기와 기후 간의 교차효과에 대해 정의할 수 없었기 때문이라고 한다. BT-Drucks. 11/6633, 33면 참조.

17) Jarass, BImSchG, 5. Aufl., 2008, 방주 4(제1조).

18) 이하 이 법에 대한 자세한 내용은 Jarass, 앞의 책을 참조하라.

이하에서는 이제 위 「탄소배출권거래체계에 관한 입법지침」을 독일 국내법으로 전환하여 기후변화에 대한 대응방안이라는 관점에서 일대 혁신을 불러일으킨 배출권 거래법 및 배출권할당법을 살펴본다.

### III. 독일의 배출권거래법 및 배출권할당법

#### 1. 배출허가와 배출권(능)의 구별

독일 배출권거래법(TEHG)은 제4조의 배출허가(Emissionsgenehmigung)와 동법 제3조 제4항<sup>19)</sup>의 배출권(능)<sup>20)</sup>을 구별하고 있다. 기업을 운영하는 자는 원칙적으로 ‘배출허가’ 없이 합법적 운영을 할 수 없다. 반면 ‘배출권’은 기업운영자가 위 배출권 거래법 제6조 제1항<sup>21)</sup>의 제출의무의 이행을 통해 그 구체적인 배출행위들을 합법화시키기 위해 필요로 하는 것이다. 가령 예상보다 많은 배출이 있었다면 그에 맞추어 추가적으로 배출권을 매수한 후 이를 제출하면 되는 것이다.

배출권은 배출권거래의 대상으로 재화(Handelsgut)로 본다. 배출권은 자연인과 법인 모두 보유할 수 있다. 자연인과 법인 모두 위 배출권거래법 제14조 제1항 제3문에 따라 「독일 배출권거래소」에 계좌를 개설할 수 있다. 하여 책임자(Verantwortliche)

19) 이 법에서 권능(자격)(Berechtigung)은 일정한 시기에 1톤의 이산화탄소등가물(이하 이탄등가물이라 약칭)의 배출권(능)을 의미한다. 1톤의 이탄등가물이란 1톤의 이산화탄소 또는 그에 준하는 대기온난화의 잠재력을 지닌 다른 온실가스의 일정량을 의미한다. 연방정부는 연방상원(Bundesrat)의 동의를 필요로 하지 않는 법령을 통해 국제기준의 범위 내에서 각 온실가스에 대한 이탄등가물을 규정할 수 있다.

20) 이는 권리(Recht)에 해당하는 개념이 아니며 위 배출권거래법의 개념정의에 따르면 권능(Befugnis)에 해당한다(제3조 제4항). 일단은 배출권이라고 번역한다. 입법지침에서는 인증(Certificate)이란 표현을 사용하였으나, 독일 배출권거래법은 ‘배출권(Berechtigung)’이란 표현을 쓰기로 하였다. 이것은 위 입법지침에서 함께 사용된 allowance의 개념에 보다 가깝기 때문이라고 한다. Frenz, Emissionshandelsrecht, 2.Aufl., 2007, 방주 15-20(제3조).

21) 책임자(본문의 기업운영자를 의미한다)는 매년 4월 30일까지, 2006년을 기점으로, 기업의 활동을 통해 지난 해에 발생된 배출가스에 상응하는 배출권(Berechtigungen)을 관할관청에 제출하여야 한다.

또는 운영자(각각은 동의어로 이해해도 무방하다)라고 하여 언제나 배출권의 보유자는 아닌 것이다.

책임자 또는 운영자에게 특유한 권리는 오직 이들만이 위 배출권거래법 제9조 제1항<sup>22)</sup>의 배출권 최초 무상분배 청구권<sup>23)</sup>을 가진다는 것이다. 이 점은 헌법상의 근거에 입각하여 필요하다고 인정된다. 모든 인(人)이 배출권거래에 참여할 수 있지만 모든 인이 전술한 무상분배청구권을 가지지는 않는다는 것이다. 즉 (책임자 또는 운영자가 아닌) “그 밖의 참여자”들은 배출권 거래에 참여하고자 할 경우 일단 배출권을 취득하여야만 하는 것이다.

## 2. 배출권과 그 양도행위의 법적 성질

배출권거래법 제16조는 배출권의 양도를 허용하고 있다. 이는 입법지침 제12조 제1항의 내용을 독일 국내법으로 수용한 것이다. 하지만 배출권 및 그 양도행위의 법적 성질에 관한 독일의 학설은 통일되어 있지 않다. 배출권과 그 양도행위의 법적 성질을 어떻게 규정할 것인가 하는 문제는 권리구제 및 외국관련 사안에서 준거법을 결정하는데 중요한 역할을 한다.

나아가 교토의정서를 비준하지 않은 국가의 사람들(자연인, 법인 불문)도 얼마든지 배출권을 구매할 수 있게 되어 있다. 물론 배출권장부에 등기할 수도 있다. 배출권거래법 제16조는 동법에서 매우 중요한 지위를 차지하는 조문이지만, 입법지침이 허용한 넓은 입법재량을 충분히 활용하지 않은 채 역시 포괄적 규정만을 두고 있을

22) 책임자는 이 법률상의 모든 행위에 대해 배출권할당법(ZuG)의 기준에 따른 배출권배분청구권을 가진다.

23) 독일 탄소배출권할당계획(약칭 NAP), 환경부, 2004년 3월 31일, 5면, 2003년 10월 25일자로 발효한 유럽연합의 「탄소배출권거래제도에 관한 입법지침」(EH-Richtlinie) 제10조에 따르면 회원국은 2005-2007 즉 3년 동안 인증서의 95%를 무상으로 배분하게 되어 있다: Nationaler Allokationsplan für die Bundesrepublik Deutschland 2005-2007, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Berlin, 31. März 2004(<http://www.bmu.de/emissionshandel/doc/5721.php>에서 확인할 수 있다. 최종방문 2009년 11월 4일). 독일이 구상하고 있는 청사진인 위 계획이 2004년 3월 31일에 발표된 것은 위 입법지침의 국내법 전환 시기를 같은 날까지로 못 박고 있기 때문이다.

뿐 양도세 문제 등 개별적인 문제들에 대한 해법을 제시하지 않고 있다.<sup>24)</sup>

독일 세법상 배출권양수도가 있을 경우 양도세가 부과된다. 물론 최초 '무상'배분된 배출권은 예외이다. 하지만 그 후의 유상 양도행위는 독일 양도세법(USTG) 제3조의 a 제1항 제4호의 '카탈로그급부(Katalogleistung)'로서 '특정한 권리의 양도'에 해당하기 때문에 양도세 부과의 대상이라고 한다. 배출권의 매수인이 기업일 경우 그 기업의 소재지가 세법상의 기준으로 삼는 '급부장소'가 된다.<sup>25)</sup> 따라서 그 소재지 관할 지자체에 징수권이 있다고 볼 것이다. 문제는 국가간 거래 특히 교토의정서 비준국이 아니거나 유럽연합 회원국이 아닌 제3국과 배출권거래가 있을 경우 양도세의 부과기준 및 부과주체 등의 문제는 해결되어 있지 않은 것 같다.

이하에서는 배출권의 성질에 관한 독일의 견해들을 살펴본다.

#### 1) 배출권의 법적 성질

기본적으로 3가지 견해가 대립하고 있다.

제1설(공법설)에 따르면 배출권은 공법상의 성질을 지니고 있다고 한다. 배출권거래법 제6조 제1항에 따라 책임자(der Verantwortliche)는 2006년부터 4월 30일까지 그 전년도에 그의 활동을 통해 야기된 배출량에 상응하는 배출권을 관할당국에 제출하여야 한다. 그리고 동법 제18조 제1항은 책임자가 동법 제6조 제1항에 따른 의무를 다하지 아니하여 배출권을 취득, 제출하지 못할 경우 제재(초과하는 1t의 이탄등가물에 대해 100 Euro의 벌금-1차 3개년 시행단위동안은 40 Euro)를 받을 수 있는 점에 주목한다. 즉 배출권은 배출가스의 규제라는 관점에서 볼 때 국가적인 경제운영체계의 문제로서 공법적으로 다루어야 할 소재라는 것이다. 그리고 물건법정주의를 존중해야 한다고 한다. 즉 배출권을 물건 유사의 권리로 이해할 경우 물건법상의 물건법정주의를 해친다는 것이다.<sup>26)</sup>

24) 당시 입법에 대한 시간적 압박이 있어서 이러한 세별적 문제를 다룰 여유가 없었다고 한다. Frenz, 앞의 책, 방주 2(제16조).

25) Michael Adam/Helmar Hentschke/Stefan Kopp-Assenmacher, Handbuch des Emissionshandelsrecht, 2005, 168면 참조.

26) Frenz, 앞의 책, 방주 6(제16조);동지. Michael Adam/Helmar Hentschke/Stefan Kopp-Assenmacher, 앞의 책, 149면 참조(역시 배출권거래법 제6조 제1항의 제출의무를 이행하는 기능을 '배출권'이 수행하는 점에 주목하고 있다).

제2설(절충설)은 사법이나 공법 어느 한 곳으로 분류하는 것은 불가능하다고 한다. 그리고 배출권이란 [잡종(hybrid)]일 수밖에 없다고 한다. 공법설이 행정절차법 제62조 제2문이 민법(즉 사법)을 준용하고 있는 점만을 근거로 들고 있는 것도 문제라고 한다.<sup>27)</sup>

제3설(사법설)은 배출권은 사법적 성질을 띤다고 주장한다. 공장을 목하 운영 중인 책임자는 당장은 배출권이 필요없다고 한다(즉 매년 4월 30일까지 배출권을 제출하는 시점에서 이를 구비하고 있으면 된다는 것이다). 그리고 운영자(Betreiber)와 국가 사이에서도 배출권이란 '독자적인 통화'<sup>28)</sup>처럼 투입된 것이라고 한다. 하지만 이러한 공법적 관계는 '배출권'이 위 배출권거래법상의 '책임자'가 아닌 제3자(동법 제6조 제1항의 제출 의무도 부담하지 않는다)에게 '양도'되는 순간부터 (사법적 관계로) 변질된다고 한다. 더구나 이 제3자가 제3국의 사람일 경우 독일과 공법적 관계에 있다고 볼 수는 없다는 것이다. 나아가 이 자가 독일에 대하여 독일 대기 중에 자신이 양수한 배출권의 규모에 부합하는 양만큼 이산화탄소를 배출할 권능을 주장할 수도 없는 것이다. 물론 제3자가 독일에 대해 배출권거래법 제6조 제1항의 배출권제출의무를 부담하지도 않는다. 따라서 이러한 배출권의 양도행위는 사법적 규정에 따라 처리하여야 한다고 한다.<sup>29)</sup>

제3설은 '배출권'의 본질 문제를 '양도'행위의 본질문제와 혼동하고 있다는 비판을 받고 있다. '배출권'을 공법상의 권리로 본다고 하더라도 그 '양도'행위까지도 공법상의 문제로 규정될 필요는 없기 때문이다. 결국 양자는 개념적으로도 구별되고 그 취급에 있어서도 구별되어야 한다는 것이 비판의 요지라고 할 수 있다.<sup>30)</sup>

향후 배출권거래제도가 어떻게 발전해 갈 것인지 완전하게 예상할 수 없는 상황에서 필자의 管見으로는 이것은 거래안전보호, 사후적인 권리구제수단, 국제사법적 준거법결정문제, 배출권양도의 합의와 그 등기의 성격, 관련 법규의 내용 등을 그 유기적 관계를 고려하여 종합적으로 판단할 문제이다.

27) Wagner, Handel mit Emissionsrechten: Die privatrechtliche Dimension, ZBB, 2003, 411면 이하(412면).

28) 이는 마치 특정한 허가를 내주고 그 대가로 일정한 금원을 국가에 지불하는 경우에 비유하는 것이다.

29) Theuer, in: Frenz, 앞의 책, 방주 18-20(제3조). Frenz는 물론 견해가 다르다.

30) Michael Adam/Helmar Hentschke/Stefan Kopp-Assenmacher, 앞의 책, 149면 참조.

## 2) 배출권 양도행위의 법적 성질

Frenz는 배출권 자체도 공법적 성격을 가진 것일 뿐만 아니라 배출권의 양도행위도 공법상의 계약으로 보아야 한다고 주장한다. 사인 간에도 얼마든지 공법상의 계약을 체결할 수 있으며, '공기'라는 재화도 '공공재'이므로 '이러한 공기 중에 온실가스를 배출할 수 있는 - 국가에 의해 허가된 - 권능'으로서의 배출권의 거래행위는 공법상의 계약이라고 한다. 그에 따르면 동법 제16조 제1항의 '합의(Einigung)'는 '공법상의 계약'에 다름 아니라고 한다.<sup>31)</sup>

하지만 이에 대한 비판도 만만치 않다. 먼저 독일 행정절차법 제54조 이하에서 사인들이 공법상의 계약을 체결할 수 있는 것은 그에 대한 특별법상의 위임이 있었기 때문이라고 한다. 가령 도로청소의무의 인수 내지 수질법(Wasserrecht)상 어떤 수로의 (청결)유지의무의 인수처럼 계약상 인수한 의무가 공법적 성격을 지녀야 한다는 것이다. 그런데 배출권양도행위를 통해 어떤 공법상의 의무를 이행하는 것이 아니라고 비판한다. 그리고 소위 주관적 공권이라는 것도 법률이 허용하는 한<sup>32)</sup> 민법상의 규정에 따라 양도될 수 있다고 강조한다. 또한 배출권양도와 관련된 소송은 민사법원에서 처리되어야 한다는 것이다.

## 3. 배출권거래참여와 거래방법

배출권거래에 참여하고자 하는 자는 장부관리소에 계좌를 개설하여야 한다. 독일에서는 독일 배출권거래소(DEHSt)가 이를 담당한다. 배출권거래장부는 전자적 정보저장매체를 이용한 등기부이다. 여기에는 원래 배출권을 무상배분 받았던 자, 그로부터 양수한 자 등 및 그 거래내역이 기재된다. 이는 마치 인터넷 뱅킹을 연상하게 한다. 인터넷을 통해 자기 계좌의 금원을 타인의 계좌로 송금할 수 있듯이 전자장부의 계좌상의 거래가 가능하다. 먼저 온라인으로 양수인 계좌를 확인한 뒤 그 계좌로 일정한 양의 배출권을 일정한 시기에 양도할 수 있다. 전자장부에 입력이 완료됨과 동

31) Frenz, 앞의 책, 방주 6(제16조).

32) 우선 Westermann, MK, 방주 5(제453조).

시에 CITL(Community Independent Transaction Log, 유럽연합 위원회에 의해 운영된다, 유럽장부시행법 제5조 참조)에 의해 심사를 거친다. 국가 간의 거래의 합법적 운영을 위해 특히 CITL과 같은 기구의 역할이 클 것이다. 위 입력 후 24시간이 지나도록 CITL의 심사가 끝나서 확인이 되지 않으면, 계좌보유자에게 이 사실이 통지되고, 계좌보유자는 다시 한 번 거래행위를 시도하는 불편을 감수해야 한다. 거래안전을 도모하기 위한 조치로 보인다.

그런데 이러한 인터넷 거래에 있어서 커다란 주의가 요구된다. 일단 배출권장부에 기입을 완료하면, 양도이든 말소이든, 취소할 수 없기 때문이다. 수동으로 전환하여 정정할 수도 없고 장부관리소에 정정문의를 할 수도 없다. 더구나 거래내역의 인쇄도 허용하지 않고 있다. 그야말로 관련 기업들이 자체적으로 오류를 방지할 소프트웨어를 개발하든지 아니면 입력 시점에 고도의 주의를 기울이는 수밖에 없게 되어 있다.

독일 배출권거래법 제14조 제1항 제1문과 제4항은 소위 배출권거래장부의 창설을 규정하고 있다. 동 조문은 2004년 12월 21일자 유럽연합 법규 2216/2004호를 준용하고 있다. 동 법규는 배출권거래에 관한 입법지침서 및 유럽의회와 참사원의 280/2004/EG 결정(유럽연합-배출권거래장부규정)에 따른 표준화된 안전 장부체계를 규정하고 있고, 이것은 배출권거래장부의 설치에 관한 지침들을 담고 있다. 유럽연합-배출권거래장부규정은 다음에 관한 구체적인 지침들을 담고 있다: 장부의 내용, 통제, 과정, 양도, 담보, 인증, 접근권, 정보접근권과 그 신뢰성 그리고 기록 및 수수료 등이 그것이다. 이에 관한 상술은 지면관계상 생략한다.

#### 4. 배출권거래에 대한 법률요건의 검토

##### 1) 의무부담행위

우선 배출권거래는 민법상의 권리의 매매<sup>33)</sup>로 볼 수 있다. 일반적인 견해에 따르

33) 물건매매에 관한 규정이 권리매매에 준용되고 있다(독일 민법 제453조 제1항, 제433조 이하).

면 주관적 공권도 권리매매의 대상이 될 수 있다.<sup>34)</sup> 위에서 본 배출권 및 배출권양도행위의 법적 성질에 대해 시중일관 공법설을 취하는 견해(Frenz)도 배출권매매를 민법상의 권리매매로 이해한다. 배출권양도와는 달리 배출권매매계약을 통해 당사자가 부담하는 의무는 아직 어떠한 공법적 성격도 지니지 않으며, 단지 당사자간에 배출권을 양도할 의무와 그에 대한 대금을 지급할 의무만을 성립시킨다는 것이다. 이에 따라 야기되는 이원화 문제, 즉 의무부담행위는 사법상의 법률행위로, 처분행위(양도행위)는 공법상의 법률행위로 이원적으로 이해하는 것도 문제가 되지 않는다고 한다. 동일한 생활관계에 대해 청구권의 근거에 따라 상이한 법원에 관할권이 인정되는 것은 아무런 문제가 되지 않는다는 것이다.

생각건대 배출권의 매매를 민법상의 권리매매로 보더라도 큰 무리는 없어 보인다. 하지만 다른 한편 실익도 커 보이지 않는다. 왜냐하면 독일의 경우 권리매매의 매도인의 담보책임이 문제되면 결국 민법 제437조 이하에 따라 해결할 것인데(제437조는 다시 일반 급부장애법을 준용하고 있다), 그 매매대상인 권리, 즉 배출권에 하자가 있을 경우(Rechtsmangel), 가령 매도인이 아니라 다른 사람이 진정한 인증보유자였던 경우, 하자담보책임을 (독일은 이 부분이 2002년 1월 1일을 기점으로 광범위하게 일반 급부장애법(우리의 일반 채무불이행법에 상응하는 것임)으로 포섭되었다) 적용할 수 없다. 배출권거래법 제16조 제2항의 '선의취득보호규정'에 의해 거의 완전한 보호를 받고 있기 때문에 일반 급부장애법의 적용은 사실상 배제된다.<sup>35)</sup>

이러한 권리의 매매계약 자체는 의무부담행위로서 처분행위와는 구별된다. 권리의 발생 및 양도와 관련하여 발생된 비용은 원칙적으로 매도인이 부담한다(독일 민법 제453조 제2항). 하지만 1차 3개년 시행단위에서는 이 원칙이 적용되지 않았다. 배출권거래비용법(EHKostV 2007)이 배출권양도시 어떤 수수료(Gebühr)도 부과되지 않는다고 명시하였기 때문이다. 유럽의 몇몇 단체가 탄소배출권거래에 관한 표준계약서의 개발을 제안하고 있는데 향후 표준계약서의 사용이 일반화된다면 관련된 분쟁을 최소화할 수 있을 것으로 기대되지만 두고 볼 문제이다.

34) Wagner, 앞의 논문, 420면.

35) Frenz, 앞의 책, 366면.

## 2) 처분행위

위 배출권거래법 제16조 제1항 제1문에 따라 배출권의 양도는 배출권 양도에 대한 '합의'와 배출권거래장부상의 양수인 계좌로의 '등기'를 요건으로 한다. 따라서 여기에서의 [등기]는 배출권의 귀속이라는 관점에서 '창설적 효과'를 갖는 것이다. 즉 '등기'를 통해서야 비로소 배출권의 양도가 완료된 것이며 의무부담행위가 종국적으로 이행되는 것이다. 이하에서는 '합의' 및 '등기'요건을 좀 더 상세히 살펴본다.

## a) 배출권양도의 합의(Einigung)

독일의 배출권거래법 제16조가 배출권양도의 요건으로 '등기'뿐만 아니라 '합의'도 규정한 것에 대해 '장부시행법(RegisterVO)' 위반이라는 견해와 그렇지 않다는 견해의 대립이 있다.

먼저 전자의 견해는 장부시행법 제35조를 근거로 든다. 당시 이른바 '최소기준해법(minimalistische Lösung)'으로 불리는 동조의 입법목적은 '배출권거래에 있어서 장부계좌등기가 있을 때마다 매번 이에 선행한 '합의'의 효력을 따져서 배출권양도의 효력이 좌우되게 한다면 이는 배출권거래제도의 안정적 운용을 저해할 것이므로 '합의'는 요건에서 제외한다는 데 있었다. 그럼에도 불구하고 독일이 국내법상 '합의'도 요건으로 정한 것은 유럽법위반(europarechtswidrig)이라는 것이다. 더구나 유럽공동체협약 제249조 제2항에 따라 장부시행법과 같은 법령(Verordnung)은 회원국에 직접 효력을 미치도록 되어 있는데 독일은 이에 부합하지 못하고 있다는 주장이다.

이러한 견해에 따르면 배출권의 양도는 장부계좌등기로서 종국적, 불가역적으로 (complete and irreversible) 유효하게 이루어진 것으로 보며, 설사 이에 선행하는 배출권양도에 대한 물권적 합의가 결여된 경우에도 양수인의 배출권취득은 완전한 것이 된다. 나아가 거래 당사자 간에는 합의의 결여를 이유로 부당이득반환청구가 가능하다. 하지만 이는 어디까지나 거래 당사자 간에 채권법적으로 해결할 문제에 불과하며 양수인의 배출권취득에는 아무런 영향도 미쳐서는 아니된다는 것이다. 따라서 무권리자로부터의 선의취득과 같은 규정도 불필요하다고 본다. 어차피 장부에 기재된 배출권보유자를 진정한 보유자로 보기 때문이다.<sup>36)</sup>

이에 대해 후자의 견해는 위 배출권거래법 규정이 유럽법위반이 아니라고 본다. 유럽장부시행법 제35조의 취지는 배출권거래의 제3자보호에 있으며, 이는 독일 배출권거래법 제16조제2항 제1문의 '사실부합간주(Fiktion der Richtigkeit)'에 의해 충분히 달성되고 있다는 것이다. 일단 장부에 기재된 내용이 옳은 것으로 간주하고 있기 때문이다. 이로써 외부적 관계에서는 배출권양도가 중국적으로 완료되지만, 내부적 관계에서는 그렇지 않다고 한다. 즉 내부적 관계에서는 여전히 '합의'가 필요하다고 본다. 따라서 위 배출권거래법상의 '합의'요건은 유럽법위반이 아니므로 그대로, 즉 독일법의 일반법리에 따라, 해석, 적용되어야 한다고 한다. 이에 따라 독일 민법 제413조, 제398조(전자는 채권이 아닌 다른 권리의 양도에 대해서 법률의 다른 정함이 없는 한 후자를 준용하고 있다)가 적용된다. 배출권의 취득으로 국가에 대한 어떤 구체적인 채권을 취득하는 것은 아니므로, 배출권은 이 규정의 의미에서의 '다른 권리'에 해당한다는 것이다. 결국 배출권양도를 위해 양도계약을 필요로 하고 이는 당사자간의 '합의'를 전제로 하는바, 이 합의에 '하자'가 있다면, 의사표시의 하자에 관한 일반 이론에 따라 해결하는 것으로 된다. 즉 당사자 간에도 부당이득에 의한 청산으로 끝나는 것이 아니라, 일반 계약법의 법리가 그대로 적용된다는 것이다.<sup>37)</sup> 이때 타 회원국과의 법리의 통일을 전제로 하지 않을 경우 단순하게 해결되지 않을 것이다.

#### b) 등기(Eintragung)

상술한 바와 같이 독일도 입법지침에 따라 '등기'를 요건으로 하고 이에 '창설적' 효력을 부여하였다. 이러한 등기의 창설적 효력은 독일 민법 제873조 제1항에 기한 부동산거래와 관련하여 잘 알려진 법리이므로 독일에서 수용하기에 전혀 문제가 없었던 것으로 판단된다. 나아가 입법지침 제20조 제3항에 따라 CITL이 당해 배출권거래에 비정상적(Anomalien)인 점이 발견되면 이것이 제거될 때까지 장부계좌등기를 정지시킬 수 있다. 더구나 유럽 중앙관리소까지 정상적인 배출권거래를 위해 관여하고 있다. 이로써 적어도 유럽에서의 탄소배출권거래는 그 법적 안정성이 상당 부분 확보된 것으로 생각된다. 거래에 관심있는 사람들은 탄소배출권장부를 열람하여 배

36) Michael Adam/Helmar Hentschke/Stefan Kopp-Assenmacher, 앞의 책, 160-161면; Wagner, 앞의 논문, 418면.

37) Frenz, 앞의 책, 362-363면 참조.

출권의 원래 수배분자, 그 후의 양수도 관계, 현재의 보유자를 낱낱이 확인할 수 있고 이를 신뢰할 수 있는 것이다. 이러한 신뢰는 곧 배출권거래시장에 대한 신뢰로 이어질 것이며, 이로써 시장불신으로 야기되는 사회경제적 비용들을 절감할 수 있다. 장부의 개설 및 유지와 관련된 비용은 앞의 이익들에 비해 감내할 만하다. 나아가 배출권거래법 제15조에 따라 탄소배출권거래는 독일의 금융감독기구의 통제를 받지 않도록 되어 있다. 배출권거래와 관련하여 이미 충분한 검증시스템이 갖추어져 있다는 자신감이 그 이면에 깔려 있을 것이다.

### 3) 선의취득

앞서 보았듯이 배출권거래법 제16조 제2항은 '배출권이 등기되어 있는 한 장부의 내용은 사실에 부합한다(richtig)고 본다. 단 배출권 피할당자가 할당 당시 그 오류(Unrichtigkeit)를 알고 있는 경우에는 그러하지 아니하다'고 규정한다.

이 조항의 의미는 일견 배출권 양수인의 선의취득을 보호하는 규정으로 보이지만 민법상의 선의취득제도와는 상당한 차이가 있으며 제3자보호의 강도도 훨씬 높다.

독일은 우리나라와 달리 부동산 등기의 공신력을 인정하고 있는데(제892조), 위 조항을 통한 제3자보호는 한 차원 높은 것이다. 즉 일단 배출권거래장부에 '인증(배출권)'이 등기되면 그 등기는 사실에 부합하는 것으로 간주된다. 이때 장부에 기재된 양도인이 무권리자여도 무방한 점에서는 민법상의 선의취득과 동일하나 독일 민법 제892조와 달리 처분행위 자체가 유효할 필요가 없다. 즉 처분행위에 하자가 존재하여도 제3자는 이와는 관계없이 배출권을 유효하게 취득한다. 나아가 제3취득자가 선의일 필요도 없다. 즉 제3자가 설사 장부의 오류를 알고 있다고 하더라도 배출권취득에 지장이 없다. 위 조항의 제2문에서 인정된 예외는 어디까지나 배출권을 처음 할당할 당시 할당받을 자격이 없는 자가 의도적으로 허위의 자료를 제출하고 그에 기해 배출권을 할당받았던 자에 대해서만, 그것도 그 자의 취득만을 무효로 하고 있을 뿐임에 유의할 것이다. 즉 이 최초 피할당자로부터 양수한 자는 또 다시 제1문에 따른 보호를 받는 것이다.<sup>38)</sup>

38) Michael Adam/Helmar Hentschke/Stefan Kopp-Assenmacher, 앞의 책, 162-163면; Frenz, 앞의 책, 365면.

그런데 위 조항 제2문은 배출권거래법의 체계에 비추어 볼 때 ‘이물질(Fremdkörper)’이라는 견해가 유력하다. 우선 동 조항 제1문이 법률행위에 의한 제3취득자의 보호에 관한 규정인데, 제2문은 최초취득행위의 무효, 즉 처음에 국가가 배출권을 할당할 당시 그 최초 피할당자의 취득행위만을 무효로 하고 있다. 다시 말해 배출권의 무상 할당이라는 국가의 고권행위(행정행위)에 의해 배출권을 취득한 경우로서, 일반적인 ‘법률행위’에 의한 취득과는 전혀 다른 맥락의 문제라는 것이다.

따라서 이 제2문의 의미는 제1문과의 원칙/예외라는 맥락이 아니라, 오히려 독일의 행정절차법 제48조 제3항에 대한 특별법(les specialis) 내지 후법(lex posterior)으로서 전자의 적용을 배제하는데 있다고 한다.<sup>39)</sup>

이하에서는 독일의 배출권할당법을 본다. 민사적 쟁점과는 거리가 있으나 독일의 탄소배출권제도를 소개함에 있어서 빠뜨릴 수 없는 부분이기여 골자만을 보도록 한다.

## 5. 독일의 배출권할당법

ZuG 2007에 이어 ZuG 2012가 발효되었다. 전자는 2004년 5월 28일 독일하원을 통과하여<sup>40)</sup> 동년 8월 31일 발효한 후 2005년부터 2007년까지 1차 3개년 시행기간 동안 적용되었다. 물론 이러한 배출권할당법의 근거는 배출권거래법(TEHG) 제7조 제2문과 제9조 제1항이다(이는 제6조 제2항이 재차 준용하고 있다). 매 시행단위마다 새로운 법률을 제정, 시행하도록 되어 있다. 후자는 2008년 1월 1일부터 2012년 12월 31일까지 총 5개년 동안 적용된다. 이는 2006년 11월 29일 있었던 유럽위원회의 ‘통지(Mitteilung)’<sup>41)</sup>의 내용을 반영한 것이다. 이 통지는 독일이 동 위원회에 2차 5개년 시행단위에 대한 배출권할당계획(NAP)을 전달한 후 위원회가 이를 검토할 결

39) 행정절차법 제48조 제3항에 따르면 허위의 자료 등을 제출하여 부당하게 수혜적 행정행위의 혜택을 본 자는 혜택을 회수하지만, 그러한 분배행위 자체를 무효로 보지는 않고 있다. 이에 대해서는 더 이상 상론하지 않는다. 이 논문이 주로 다루고자 하는 민사적 쟁점이 아니기 때문이다.

40) BR-Drucks. 424/04.

41) KOM(2006) 725.

과이다. 이산화탄소배출량의 상한선을 4억 8천 2백만 t에서 4억 5천 3백만 t으로 감축할 것을 권고하였다. 물론 이 통지에 대응하여 독일 정부는 2007년 4월 18일 배출권할당계획을 수정하였다. 이 배분계획 자체는 법적 구속력이 없다. 독일의 탄소배출의 규모에 대한 법적 근거로 작용하는 것은 주로 배출권거래법(TEHG)과 배출권할당법(ZuG)이라고 할 것이다.

ZuG 2012가 ZuG 2007과 비교할 때 크게 변경된 부분은 먼저 여러 지엽적인 문제를 다루었던 특별규정들이 상당부분 삭제되었다. 그럼에도 불구하고 여전히 '뒤죽박죽(verschachtelt)'이라는 평가를 받고 있다.<sup>42)</sup> 규제대상인 기업 및 생산시설의 유형이 워낙 다종다양하기 때문일 것이다. 그 밖에 산업시설(Industrieanlage)과 에너지 시설(Energieanlage)을 구별하여 다루고 있다. 유럽의 국내시장 상황을 감안하여 각 시설의 특징에 맞는 배출권의 규모를 정하고자 하는 것이다. 여전히 배출권할당법의 규제를 이행하기 위한 비용이 큰 부담이 되는 중소기업에 대해서는 이행요소를 삭제하였다. 그렇다고 전체 배출권거래시스템에서 제외된 것은 아니다.

이상과 같은 독일의 배출권할당법은 유럽연합 차원에서는 통일적 장부등기시스템의 구축 등 공동 작업과 노력으로 온실가스 감축이라는 전세계적 목표에 한 발짝 다가서는데 기여하고 있다. 하지만 보다 근본적인 해법은 미국, 중국 등의 협력과 보다 많은 국가들이 참여할 수 있도록 교토의정서 체계를 개선하는데 있다고 생각된다.

이하에서는 탄소배출권거래제도를 유럽연합 회원국의 국내법을 통해 운영할 경우 예상되는 일반적인 문제점, 특히 사법적 측면에서의 문제점을 짚어본다.

#### IV. 탄소배출권거래의 사법(私法)적 측면

##### 1. 인증모델의 채택과 그 이유

먼저 「탄소배출권거래체계에 관한 입법지침」은 왜 '인증제도'를 채택하였는지에

42) Frenz, 앞의 책, 62면.

대한 기본적인 의문을 품지 않을 수 없다. 간편하게 생각하여, 다소 관료주의적으로 들리기는 하겠지만, 온실가스를 배출하는 모든 생산시설을 일률적으로 규제하여 일정량 이상의 탄소배출을 금지하고 이를 위반할 경우 무거운 벌금을 부과할 수도 있을 것이다. 이러한 규제방법을 택할 경우 규제의 편의성, 탄소배출감축효과의 단기적 가시화 등과 같은 이점도 있을 수도 있다. 이른바 속전속결 전략인 셈이다.

그럼에도 불구하고 유럽연합이 탄소배출권거래의 모델로서 [인증제도 내지 인증모델]을 채택한 이유는 무엇인가?

우선 이는 위와 같은 규제에 따르기 위하여 시설을 개선할 경우 지출해야 하는 비용이 적지 않은 부담이 되는 기업에게 기존 방식으로 운영을 계속할 수 있는 가능성을 열어 두고 있다는 점에서 그 특징을 찾을 수 있다. 이러한 모델은 인증거래가 가능하다는 전제하에서 그 순기능을 발휘할 수 있다. 즉 할당된 기준을 초과하는 배출량(이 길을 선택할 수밖에 없는 기업도 적지 않을 것이다)에 상응하는 인증을 구입하면, 적어도 단기적으로 또는 과도기적으로, 기존의 생산량(또 배출량)을 계속하여 유지할 수 있다. 만약 초과인증매수비용이 기존생산시설을 유지한 상태에서의 이익보다 커질 경우 당해 기업은 시설개선을 위한 투자를 고려하지 않을 수 없게 될 것이다.

결국 인증거래제도를 어떻게 구상하고 어떻게 운영해 나갈 것인가가 인증모델의 성공여부를 좌우한다고 생각된다. 인증거래비용을 최소화시키는 것도 매우 중요한 의미가 있을 것이다.

인증거래비용은 구체적으로 보면, 인증거래참여자 및 집행기관에게 발생하는 정보 수집비용, 교섭비용 및 집행비용을 의미한다. 이 비용이 크면 클수록 인증거래부터 취하게 되는 수익이 줄어드는 것은 자명한 사실이다. 따라서 이 비용을 가능한 적게 유지하는 것이 인증거래제도의 성공적 정착을 위해 필수적이라고 생각된다. 시장기능이 정상적으로 원활하게 작동하고, 인증거래장부를 비롯한 배출권거래제도의 시행 및 감시, 감독을 효율적으로 행하여 나간다면 비용은 최소한으로 유지할 수 있을 것이다.<sup>43)</sup>

43) 보다 상세한 것은 Gleis Lutz, Das deutsche Emissionshandelsrecht auf dem Prüfstand, 2005, 56면.

## 2. 인증거래의 법적 성질

생각건대 이론적으로 중요한 문제는 인증거래를 공법의 문제로 볼 것인가 아니면 사법의 문제로 볼 것인가이다. 그 결과에 따라 인증거래에 관하여 공법 또는 사법의 적용이 가능하다.

1) 먼저 공법과 사법의 구별은 법의 개념이나 이념으로부터 선형적으로 이끌어 낼 수 있는 법개념이 아니라, 역사적·연혁적인 것이고 또한 상대적인 것임에도 불구하고, 그 구별에 관하여 보편타당성 있는 기준을 찾으려고 시도들이 있었고 혼란이 없지 않았다. 특히 노동법, 경제법, 사회보장법과 같은 이른바 '사회법' 영역은 그 중 어디에 편속시키기도 곤란한 특징들을 내포하고 있다.

본 논문에서는 우선 개인이 자유롭게 법률관계를 형성할 수 있는 여지가 큰 영역이 사법영역임을 확인하고 이른바 [주체설]을 출발점으로 삼아 검토하고자 한다. 즉 법률관계의 주체만을 따져서는 여전히 그 본질이 의심스러울 경우, 보호하려는 법익을 따져서, 사회전체의 이익이 결정적이면 공법적 규정으로 보고, 반대로 제1차적으로 개인의 이익을 보호하려는 것이면 사법적 규정으로 보는 것이다.<sup>44)</sup>

위와 같은 입장을 취할 경우 사법은 사인 상호간의 사회생활관계를 규율하는 법으로서, 1차적으로 개인의 이익을 보호하는 법으로 이해할 수 있을 것이다.

2) 한 가지만 부언하자면 공법과 사법의 교차영역이 늘어남에 따라 어떤 법규가 주로 적용되어야 하는가에 대해 논란이 있을 것이다. 규제가 강화될수록 '사법의 공법화 또는 공법에 의한 사법의 지배'와 같은 특징이 나타날 수 있으나, 자율의 영역이 늘어날수록 그 반대의 현상, 즉 '공법의 사법화 내지 사법에 의한 공법의 지배'가 두드러질 수 있는 것이다.

또한 가령 각종 조약이나 헌법 등에 의해 제도적으로 각종 사법적 법률관계에, 법률유보 등의 명분 하에, 공법적 요소가 개입될 여지가 보장된 경우도 있다. 이로써 공법과 사법은 점차 그리고 더욱 접근해갈 것은 분명하다. 다만 사법적 관계에 대한

44) 우선 박윤직, 민법총칙, 7판, 2002년, 5-6면.

공법의 개입은 필요하고도 적절한 범위에 그쳐야 한다. 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙이 이러한 맥락에서 자신의 입지를 다지고 있음은 주지의 사실이다.

3) 일반적인 견해에 따르면 순수한 사인 간의 계약도 공법상의 계약이 될 수 있다. 당해 계약의 대상이 오로지 공법상의 권리, 의무만이라면 그렇다고 볼 수 있다. 이것은 어떤 공법상의 성격을 띤 것이라고 볼 수 있는, 권능(Befugnis)이 매매대상이 될 경우에도 그러하다고 할 것이다.

예컨대 독일의 「핵에너지의 평화로운 사용과 그 위험의 방지를 위한 법률」(이하 원자력법(AtG)으로 약칭함)에 따르면 일정한 원자력발전소에 의해 생산된 전기 중 남은 양은 다른 생산시설에 양도할 수 있는데(제7조 1a항) 이것을 ‘권능의 양도(Übertragung der Berechtigung)’로서 설명한다. 환경오염물질인 원자력에너지를 생산해 낼 수 있는 권능은 일응 공법적 성격을 띤 것으로 생각된다. 공익을 위하여 이러한 유해물질의 생산이 허용되었음이 분명하기 때문이다. 그럼에도 위 ‘권능의 양도’를 민법상의 처분행위로 간주하자는 견해는 이 ‘양도’를 민법상의 ‘처분행위(Verfügung)’와 동일시하거나 공법규정에 이러한 처분행위의 전제조건이나 법효과에 대한 규정이 없다는 데에서 그 근거를 찾을 것이다. 하지만 이를 공법상의 행위로 보더라도 민법의 채권양도규정을 준용하거나 물권법 및 유가증권법의 규정들을 유추적용하는 것이 금지된다고 하기는 어렵다.<sup>45)</sup>

그런데 위와 같이 ‘원자력에너지를 생산할 수 있는 권능(허가)’과 ‘탄소를 대기 중에 배출할 수 있는 권능(허가)’은 공히 공익적 성격을 띤 것으로 보인다. 그리고 이러한 ‘권능(허가)’의 양도(이는 곧 인증의 양도를 의미한다)도 일응 공법적 행위로 판단될 소지도 있다.

요컨대 양도의 대상인 ‘권능’이 사법상의 이용권으로 볼 수 있을지 아니면 공법상의 권능으로 볼 수 있느냐가 관건이지만 순전히 전자의 성격만을 가지고 있다거나 반대로 후자로만 볼 수 있다는 주장은 설득력이 없다. 이 문제를 좀 더 자세히 살펴보자.

45) Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, 방주 50; Meyer/Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1982, 방주 14; Wagner, 앞의 논문, 411면 참조.

4) 환경오염물질, 즉 온실가스를 대기 중에 배출할 수 있는 권능(배출권)이란 무엇을 의미하는가? 종래 특별한 법률의 규제를 받지 않는 한 대기를 사용할 수 있는 권리는 누구에게나 인정되었다. 하지만 지구온난화로 인한 환경파괴는 이미 한도에 이르렀고 조속한 시일 내에 지구촌 모든 국가가 특단의 조치를 취하지 않는 한 후손들에게 비극적이고도 불가역적인 상황을 물려줄 개연성이 매우 높아졌다. 그리하여 지구온난화의 주범인 이산화탄소배출량을 감축하는데 전세계가 보조를 함께 하고자 힘쓰고 있는 것이다.

이에 따라 교토의정서의 취지를 살려 각국에서 탄소배출량의 규제를 위해 이른바 탄소배출권거래제도를 도입한 것이다. 그리고 이때 '탄소배출의 허가'를 전제로 하여 그에 상응하는 '인증'을 배분하는 방식으로 각 국에서 배출하는 '온실가스'의 총량을 규제하려는 것이다. 그렇다면 이러한 '인증'이란 일정한 양의 탄소를 공기 중에 배출할 수 있는 권능을 의미한다. 그리고 이러한 권능은 「국가」의 「허가」에 의해 인정된다. 「허가」를 표창하고 있는 '인증'도 「국가」에 의해 할당된다. 즉 과거와는 달리 「공기를 이용할 수 있는 권능」이 탄소배출권거래제도의 도입을 통해 국가의 통제를 받게 된 것이다. 독일의 배출권거래법에 의한 통제와 규제는 이를 법제화한 것이다. 이러한 점들에 비추어 볼 때 '배출권(능)'은 '공법적 성격의 이용권'으로 보아야 하지 않을까 생각된다.

특히 초기단계에는 배출권을 무상할당하도록 되어 있는바, 이는 법률상의 요건을 충족시킨 관계자들이 배출권의 할당을 청구할 수 있는 권리를 가지고 있다고 해석할 수 있다(이른바 Vergabeanspruch). 배출권의 규모와 그 수여여부를 결정하는 것은 공법적 결정이며, 앞의 할당청구권도 공법적 성질의 것으로 생각된다. 이러한 공법상의 청구권도 양도가능하다고 본다.<sup>46)</sup> 양도방식은 독일 민법 제398조 이하에 따른 것이다(상세는 상술한 III. 2. 참조). 배출권거래법에 이를 금지하는 규정은 없다.

5) 그러나 다른 한편 생산시설의 소유자 내지 운영자의 시각에서 볼 때 위와 같은 규제(국가에 의한 탄소배출권의 허가제도)는 '사소유권에 대한 규제'를 의미한다(독일 기본법 제14조는 소유권행사의 자유를 명시하고 있다). 이들은 사법상의 권리와 의무의

46) Roth, MK, 방주 9(398조).

주체임에 분명하다. 그리고 대기 중에 탄소를 배출하는 자유의 향유는 본디 모든 사인에게 허용되었다.<sup>47)</sup> 이러한 관점에서 볼 때 탄소배출권은 분명 '사법상의 권리'의 속성을 지니고 있다. 탄소를 배출하는 사업체는 대부분 사법상의 주체들이고 이들이 배출권을 행사하는 것은 '생산시설의 이용과 관련된 권능'에 포괄될 수 있기 때문이다. 이러한 속성이 이제 국가에 의한 배출권'허가'제도를 도입하였다고 해서 바로 전면적으로 공법적인 성격으로 탈바꿈한다고 보기는 어렵다. 따라서 배출권을 사인 간에 거래의 대상으로 삼을 경우 이러한 배출권은 '사법상의 새로운 재산권'의 일종으로 이해할 수 있을 것이다. 굳이 보다 정확히 말하라고 한다면 물권에 유사하다고 생각된다.<sup>48)</sup> 그런데 민법상의 다른 물권들과 다른 속성을 지니고 있어 물권법정주의에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다. 하지만 물권법정주의는 계약자유 원칙에 대한 제한이기는 하지만 거래안전을 해하지 않는 한 거래계의 수요에 부합하는 관습물권의 자연스러운 형성을 금지하는 것은 아니며 개별 법률에 의해 특정한 형태의 재산권을 만들어 낼 수도 있는 것이다. 또한 '배출권'은 물권법상의 일물일권주의와는 차이가 있기 때문에 「일정한 기업의 생산시설 일체와 관련된 권능」이라는 틀에서 이해할 수 있을 것이다. 그렇다면 사인 간의 인증거래는 사법상의 법률관계로 규율하는 것이 바람직하다고 생각된다. 공법상의 문제로 볼 경우 공법 어디에도 구체적 해결책을 찾을 수 없다.

이상을 종합해 보면 '인증'으로 표창되는 (구체적으로 말하자면, 인증을 장부에 등록하고 그 보유가 기입된 계좌로 거래되는) '탄소배출권'을 둘러싼 법률관계가 공법상의 법률관계인지 아니면 사법상의 법률관계인지는 양자택일의 방법으로 규정하기는 어렵다. 결국 어떤 형태로든 간에 양자의 혼합(hybrid)이 불가피해 보인다. 유럽 연합의 입법지침과 연결입법지침 및 장부시행법 등은 몇 가지 커다란 몸체만을 제시할 뿐 지엽적인 문제에 대한 구체적인 해법을 제시하지는 않고 있다. 아래에서는 이제 구체적으로 예상되는 문제들 중 몇 가지만을 살펴보기로 한다.

47) 이것은 마치 독일기본법 제14조에 의해 '건축의 자유(Baufreiheit)'가 보장되는 논리와 유사하다. 즉 오늘날 건축허가를 받아야 건축행위를 할 수 있지만 건축허가에 의하여 '건축의 자유'가 보장되는 것은 아니라는 논리이다.

48) 말하자면 탄소를 배출하는 기업이 배출권을 할당받을 경우 그 배출권은 기업의 재산권의 일부가 이루어질 것이다. 이러한 재산권은 전통적인 소유권이나 용익물권과는 성격을 달리함이 분명하다.

### 3. 배출권분쟁의 몇 가지 문제

#### 1) 거래대상으로서의 '배출권'

행정법적 계약을 전제로 할 경우 그 허용여부나 유효여부에 관한 규정들은 행정절차법에 규정되어 있다. 하지만 '배출권'을 거래의 대상으로 할 경우 거래를 둘러싼 사인간의 계약관계, 담보설정관계, 부당이득관계 등에 대해서는 행정법에 특별한 규정을 두고 있지 않다. 한편 독일 행정절차법 제62조 제2문이 독일 민법을 준용하고 있는 점은 시사하는 바가 있다. 이 밖에도 배출권의 거래를 둘러싼 법률문제는 사법상의 법규의 도움을 받아 해결하여야 할 경우가 많을 것이다.

#### 2) 소송

독일 행정법원조직법 제40조 제2항 제1문<sup>49)</sup>을 보면 공법상의 계약은 그 당사자가 사인임에도 불구하고 행정법원에 제소할 수 있음을 알 수 있다(반대추론의 결과이다). 하지만 탄소배출권거래행위가 「사인간의 이익추구를 위한 사법상의 법률행위」라고 본다면 민사법원의 관할에 속할 것이다. 그 밖에도 배출권거래행위는 다양한 사법적 성격을 가지고 있다. 채권법, 물권법, 유가증권법 등에서 목격할 수 있는 것과 유사한 성격의 문제들이 제기될 소지가 크다. 나아가 전혀 '공익적 성격'을 보이지 않는 사인간의 분쟁에 대해서는 민사소송의 원칙을 적용하고 또 민사법원에 그 관할을 인정할 필요가 있다. 입법기술적으로는 독일의 연방국도보호법(BBodSchG) 제24조 제2항 제6문<sup>50)</sup>과 같이 명문의 규정을 두는 방법도 생각해 볼 수 있다.

49) (2) Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben; dies gilt nicht für Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Artikels 14 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes.

50) Für Streitigkeiten steht der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

탄소배출권은 자유롭게 처분할 수 있는 재산권이다. 거래는 장부를 통해 일어난다. 회원국들은 공통된 탄소배출권거래장부를 설치, 운영하여야 한다(입법지침 제19조 제1항). 거래장부는 계좌로 구성되어 있다. 배출권을 보유한 자는 계좌상 말하자면 대변에 자신의 권리를 기입하고 양도나 말소 등으로 배출권이 소멸할 경우 이러한 사실을 말하자면 계좌 차변에 기재하며, 양수인의 대변에는 양수한 배출권이 인증의 형태로 기입될 것이다. 주의할 점은 이러한 배출권거래시장은 모든 자연인과 법인에게 개방되어 있다는 점이다. 즉 배출권을 할당받은 생산시설의 소유자들이 인증을 일반 사인에게 임의로 매도할 수 있다는 의미이다. 이 경우 이러한 인증은 사인의 이름으로 개설된 거래장부에 기입되어 그의 재산권으로 인정된다. 경우에 따라서는 환경단체들도 이러한 인증의 구매에 관심을 가질 것으로 생각된다. 거래를 원하는 사람은 누구나 탄소배출권거래소에 등록하고 계좌를 개설할 수 있으며 그 경우 전자적 형태의 장부<sup>51)</sup>에 자신이 구매한 인증의 기입을 요구할 수 있다. 이러한 거래 형태를 전제로 한다면 이는 요물계약으로 볼 수 있다. 이러한 배출권거래의 법적 성질은 설령 배출권거래를 둘러싼 분쟁이 행정법원에서 해결되는 길을 택하더라도 차이가 없다고 본다. 나아가 중재합의를 통해 행정소송을 배제할 수도 있을 것이다. 물론 사인간의 사익에 관한 분쟁이 문제됨을 전제로 한다. 그리고 탄소배출권거래행위는 사인 간에 사적 이익을 처분하는 행위이므로 중재의 대상이 될 수 있다고 생각된다.

### 3) 배출권거래의 법적 구성

우선 네 가지 문제를 생각해보자. 배출권의 취득요건, 배출권의 유효요건, 담보설정의 가능성 및 강제집행가능성이 그것이다. 이하 차례로 본다.

#### a. 취득요건

먼저 어떠한 요건 하에서 재산권의 성격을 지닌 '탄소배출권'을 취득할 수 있는가. 배출권거래당사자들은 무엇을 합의하여야 하는가. 탄소배출권장부(배출권거래법 제

51) 전자적 정보저장매체를 이용하는 장부로 이해된다(배출권거래법 제14조 참조). 그렇다면 이에 포함된 전자적 정보와 자료를 보호하기 위하여 가령 해킹에 대비한 안전한 전자거래시스템을 구축하는 것이 성공의 관건이라고 생각된다.

16조<sup>52)</sup>)내 계좌의 등기를 요할 경우 그러한 등기의 의미는 무엇인가.

독일 민법 제413조는 '채권의 양도에 관한 규정은 다른 정함이 없는 한 다른 권리의 양도에 준용된다'고 규정하고 있다. 따라서 채권양도에 관한 제398조 이하가 배출권의 양도행위에도 준용된다고 할 수 있다. 즉 양도인과 양수인 간의 합의만 있으면, 양도사실을 장부에 기입하지 않았더라도, 배출권의 양도가 가능해 보인다. 또한 배출권거래법 제16조의 장부등기가 '선언적 효력'만을 가진다고 해석한다면, 이른바 배출권 점유자(Besitzer)<sup>53)</sup>는 원래 관할당국으로부터의 정상적으로 할당받았다거나 그 후의 양도행위가 모두 유효하게 이루어졌다는 것을 증명한 경우에만 배출권을 합법적으로 취득하게 될 것이다. 하지만 이러한 경우 장부에 기입된 내용을 믿고서 거래하는 자는 보호받지 못하게 되고 만다. 나아가 배출권거래제의 공신력도 떨어지고 말 것이다. 그리고 이는 입법지침에 정면으로 반하는 결과를 낳을 것이다. 그렇다면 배출권거래의 법적 안정성과 동적 거래의 안전을 도모하기 위해서라도 그 취득요건은 '합의'와 '등기'라고 하고 이 '등기'는 창설적 효력을 갖는다고 해석할 필요가 있다. 이는 독일의 경우 부동산소유권취득요건과 같은 것이다(독일 민법 제873조 참조).<sup>54)</sup>

#### b. 장부기입의 공신력

독일은, 우리나라와 달리, 부동산등기의 공신력을 인정한다. 부동산거래의 동적 안전을 국가가 담보하는 제도를 구비한 것이다. 이를 위해 등기심사관에게 실질적 심사권을 부여되어 있고 부동산등기내용과 지적도 및 부동산대장의 기재내용을 일치시키기 위한 광범위한 실사작업이 국가에 의해 선행되었음을 알 수 있다.

장부와 관련하여 부동산거래에서 발생할 수 있는 문제점은 탄소배출권거래에서도 비슷하게 나타날 것이다. 가령 장부에 기재된 자가 진정한 권리자가 아닌 경우(예컨대 배출권거래가 무효나 취소로 판명)가 적지 않을 것이다.

52) 제1항: 배출권의 양도는 당사자 간의 합의와 제14조 제2항에 정한 취득자 계좌에의 등기를 통해 행해진다. 등기는 매각자가 자신의 계좌에서 취득자의 계좌로 배출권을 양도할 것을 장부관리소에 지시함으로써 행해진다. 제2항: 배출권은 등기되어 있는 한 장부의 내용은 옳다고 간주한다. 단 양수인이 양도 시점에 그 오류를 알고 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

53) 이 개념은 반드시 명확한 것은 아니지만, 일단 장부에 등기된 자로서 아직 그 실제적 권리관계의 존재를 입증하지 못한 자를 의미한다.

54) 보다 상세한 것은 III. 4.

국가에 의해 주도되어 도입되는 ‘탄소배출권의 허가 및 거래제도’는 국가에 의해 그 동적 거래안전이 보장되어야 이용자의 신뢰를 확보하고 나아가 제도의 효율적 운용을 담보할 수 있을 것이다.

특히 거래 당사자 간에 거래의 효력을 상실시키는 사유가 존재함이 밝혀질 경우 당사자 간에서는 그러한 거래행위의 하지를 증명하여 장부명의를 말소 및 회복 그리고 거래대금의 반환을 요구할 수 있어야 할 것이다. 하지만 그 사이에 이미 제3자로 재양도가 된 경우 장부에 기입된 바를 믿은 제3자의 신뢰를 보호할 필요가 있다. 더구나 탄소배출권제도를 도입하여 관련 기업은 매년 자기가 배출한 온실가스배출량을 신고하고 이를 커버하는 인증을 보유하고 있음을 보고하여야 하는바, 할당된 양을 초과하여 생산 활동을 하고자 결정하고 이를 커버할 수 있는 만큼의 인증을 매수하였는데 이러한 인증의 매수가 무권리자부터의 취득이었던 경우 이를 무효로 한다는 것은 위 제3매수인이 공적 장부를 믿을 수 없다(또는 믿어서는 아니 된다)는 것과 동시에 감독관청으로부터 법적 제재를 받을 수도 있음을 의미한다. 이것은 부당하다고 생각된다. 국가가 도입한 제도 하에서 국가가 주관·감독하는 장부의 등기를 믿은 사람에게 법적 제재를 가한다는 것은 다소 비약하여 말하자면 ‘국가 스스로의 자기모순행위’라고 할 것이다. 더구나 이로써 야기되는 ‘제도운용의 비효율성’은 심중하다고 하지 않을 수 없다.<sup>55)</sup> ‘공적’ 장부를 매년 막대한 행정력을 동원하여 작성하고 관리하면서 이용자들에게 ‘믿을 필요가 없다(믿어서는 아니 된다)’고 광고하는 것과 마찬가지로이기 때문이다.

#### c. 질권설정의 가능성

부동산소유권자가 자기 소유의 부동산에 담보물권을 설정할 수 있음은 물론이다. 이는 등기부에 공시되어 누구나 열람이 가능하다. 이러한 담보물권의 설정, 특히 권리질권의 설정을 가능하게 할 것인가의 문제이다(독일 민법 제1273조, 제1274조; 우리 민법 제345조, 제346조 참조).

55) 이로써 불필요하게 발생되는 거래비용은 거래대상의 탐색비용(Search Cost), 교섭비용(Bargaining Cost), 계약비용(Contracting Cost), 집행비용(Enforcement Cost) 등으로 세별할 수 있다. 이러한 비용 요소는 효율성 (efficiency) 판단에 영향을 미칠 수 있으며 입법정책을 선택함에 있어서도 고려할 필요가 있다. 이에 대해 우선 A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 3. ed., 2008, 13-6면 참조.

‘탄소배출권’에 투자한 자금을 선환용하고자 하는 사람에게 이는 일용 유용해 보인다. 거래안전도 질권설정을 ‘배출권장부’에 기재함으로써 보장될 수 있을 것이다. 동시에 ‘배출권거래’는 활발해질 것이다. ‘질권설정’을 가능하게 하기 위해 추가적인 관리 및 그에 따른 비용이 필요한 것은 사실이다. 하지만 현재 부동산 등기부의 관리시스템이 증명하듯 전자적 문서에 의해 많이 대체되어가고 있으며 그 확인도 온라인상으로 비교적 용이하게 가능하기 때문에 그다지 큰 비용을 요구하지는 않을 것이다. 더구나 예상되는 비용에 대비한 공적 이익의 창출 및 확대는 적지 않을 것이다. 또한 이로써 ‘탄소배출권거래’의 신속성과 유연성에 대한 우려도 있으나 표준화된 전자데이터베이스를 이용한다면 크게 문제되지는 않을 것으로 생각된다.

하지만 유럽의 경우를 보면 유럽연합 회원국간의 배출권거래가 가능하기 때문에 국경을 넘어선 거래의 경우 그 비용과 위험을 최소화시키기 위해 철저한 관리에 유의할 필요가 있다.

또한 ‘배출권담보’라는 제도는 기존의 물권법체계상 인정된 물권이 아니기 때문에 물권법정주의와의 조화문제도 고려해보아야 한다. 각국은 담보거래시장을 안정적으로 운용하기 위하여 법적으로 승인된 담보물권의 종류를 법정해 놓았다. 따라서 회원국 간에 ‘배출권담보’ 제도의 안정적 운용을 위하여 유럽연합차원에서 그 형식과 내용을 통일할 필요가 있다고 할 것이다. ‘인증거래’와 관련하여서는 일종의 ‘장부질권(Registerpfandrecht)’을 신설하자는 제안도 있다.<sup>56)</sup> 이는 유럽 각국의 물권법, 강제집행법 및 도산법체계와의 조화를 전제로 한다. 비용이 적지 않게 들 것임을 엿볼 수 있다.<sup>57)</sup>

요컨대 질권의 부담을 안고 있는 ‘탄소배출권’의 구매에 관심이 있는 자가 당해 ‘장부질권’의 내용과 위험에 대해 알 수 있어야 하며 이것을 어떻게 규율하여야 실제 ‘구매’로 유인될 수 있을 것인가를 중점적으로 연구할 필요가 있다.

장부질권도 선의취득의 대상이 될 수 있는가는 또 다른 연구를 필요로 하나 만약 장부질권제도를 도입한다면 이도 일용 긍정할 수 있다고 생각된다. 질권자가 아직

56) Wagner, 앞의 논문, 416면 이하.

57) 유럽통일민법 스터디 그룹의 연구성과는 이에 관한 많은 시사점을 던지고 있다. 특히 유럽동산담보법의 통일의 필요성에 대해서는 이전부터 많은 지적이 있어 왔다. 가령 Thilo Rott, Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten, 1999.

장부에 질권등기를 하지 않은 상태에서 당해 탄소배출권을 취득한 자는, 장부에 대한 신뢰를 보호받아야 하므로, 질권의 부담이 없는 탄소배출권을 취득한다고 볼 것이다. 등기를 질권의 성립요건으로 본다면 질권설정등기가 경료되기 전에는 질권 자체가 존재하지 않는 것이다. 다만 채무자의 담보제공의무의 불이행으로 인해 채권자가 기한이익의 상실을 주장할 수 있는 가능성은 열려 있지만 이는 별개의 문제이다.

한편 위와 같은 권리질권설정의 가능성을 등기가 불가능하다는 이유로 부인하는 견해가 있다. 독일 민법 제1274조 제1문은 권리질권의 설정은 그 권리의 양도에 관한 방법에 의하도록 정하고 있는데(이는 우리 민법 제346조와 같은 내용이다), 배출권거래법 제16조는 배출권의 양도를 위해 합의와 등기라는 방식을 요구하고 있으므로, 배출권에 대한 질권설정도 질권설정의 합의와 그 등기를 필요로 한다. 그런데 독일의 등기부체계상 3편(Abteilung III)의 형식에 따라 질권설정의 등기를 하여야 하는데, 이것이 배출권거래장부체계에서는 불가능하다는 것이다. 그리하여 배출권에 대한 질권설정을 실체화하려면 결국 유럽공통의 담보법이 탄생하길 기다려야 하고 그 길은 아직 요원해 보이므로 현재로서는 부인하여야 한다는 주장이다.<sup>58)</sup>

#### d. 압류가능성 및 방법

독일에서 배출권의 압류(Pfändung)는 민사소송법 제857조에 근거하고 있다. 동조는 다시 채권압류에 관한 제828조 이하를 준용하고 있다. 즉 압류의 대상이 부동산 강제집행의 대상이 아닌 다른 재산권일 경우 채권압류규정을 준용하는 것이다. 이에 따르면 압류나 전부명령은 집행채무자 뿐만 아니라 제3채무자에게도 송달되어야 한다. 그러나 제3채무자가 존재하지 않는 경우에는(이 경우가 대부분일 것이다) 집행채무자와 현재의 인증보유자에게 송달하면 그것으로 유효하다고 볼 것이다.

압류의 구체적 방법에 대해서는 ‘특허권’ 및 독일 민법상의 소위 ‘등기부저당권(Buchhypothek)’을 참조할 수 있을 것이다.<sup>59)</sup> 독일 민사소송법 제830조 제1항 제3

58) Michael Adam/Helmar Hentschke/Stefan Kopp-Assenmacher, 앞의 책, 163면.

59) 독일은 증권저당(Briefhypothek)과 등기부저당(Buchhypothek)으로 저당제도가 나누어져 있는데, 후자의 경우, 즉 저당증권이 교부되지 않는 저당을 등기부저당이라고 하며 등기가 되어야 저당권의 성립이 인정되며, 따라서 피담보채권의 ‘압류’도 등기되어야 한다고 본다(우리 민법 제348조도 참조하라). 이 점에서 특허권압류의 경우와 구별된다. 즉 독일에서 특허권을 압류할 경우 특허청에 비치된

문은 등기부처당에서 피담보채권의 압류는 등기부에 등기되어야 하며 이는 압류결정과 함께 행해진다고 규정하고 있다.<sup>60)</sup>

위와 같은 독일집행법체계를 참조할 때, 배출권의 양도요건으로 ‘합의’와 ‘등기’를 필요로 한다면, 압류도 등기를 하여야 선의의 제3자에게 대항할 수 있다고 볼 것이다.

그런데 독일의 현행 법제상 배출권압류사실을 배출권거래장부에 등기할 수 있는 근거규정은 없다. 등기가 용이하지 않다면 배출권압류는 채권자들에게 그리 매력적 없을 수밖에 없다. 거래장부에 대한 공신력이 인정되는 한 제3자는 항상 보호받을 것이기 때문이다. 따라서 어떤 경우든 압류가 제도상 등기될 수 있다는 전제 하에서 위 논의가 유의미하다고 생각된다. 나아가 채권자의 만족을 위한 환가를 어떻게 할 것인가도 문제이다. 임의매각 또는 경매를 통한 환가를 허용해야 비교적 수월하게 제도가 운용될 수 있을 것이다.<sup>61)</sup>

따라서 배출권을 압류할 수 없는 대상으로 규정하는 방법은 배제되어야 한다고 생각한다.

압류직전에 몰린 배출권자들이 재산도피수단으로 배출권제도를 악용할 가능성을 원천적으로 봉쇄할 필요가 있기 때문이다. 이는 이론적 가능성인데 실제로 그리 될 것인지는 기다려 보아야 할 문제이다.

#### 4) 장부관리소의 등기통제

다음으로 배출권장부관리소에서 장부를 관리한다면 장부관리소의 등기관에게 어떤 권한을 부여할 것인가 하는 문제가 제기될 수 있다.

특허권등록원부(Patentrolle)에 등기해도 법적 효력이 인정되지 않는다. 압류사실을 특허청에 통지하는 관행이 있다고 하나 이 역시 법적 효력을 수반하지는 않는 것이다. 그 이유는 독일 특허법상 특허권등록원부에 등록하는 것이 특허권의 취득요건이 아니기 때문이다.

60) Ist die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen, so ist die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich; die Eintragung erfolgt auf Grund des Pfändungsbeschlusses.

61) Michael Adam/Helmar Hentschke/Stefan Kopp-Assenmacher, 앞의 책, 164면.

이는 마치 부동산등기와 관련하여 등기관에게 형식적 심사권을 부여하는데 그칠 것인가(우리나라의 경우) 아니면 실질적 심사권을 부여할 것인가(독일의 경우)의 문제와 동일해 보인다.

구체적인 예를 들자면 가령 장부관리소 등기관이 배출권거래 당사자 간에 '양도의 합의'가 결여되어 있다거나 '양도행위에 중대한 하자'가 있음을 발견한 경우 이를 이유로 '등기를 거절'할 수 있을 것인가의 문제이다.<sup>62)</sup>

만약 상술한 바와는 달리 배출권의 취득요건을 '합의'와 '등기'가 아니라 '등기'만이라고 법정한다면, 배출권의 양도는 등기만으로 유효하게 행해질 수 있을 것이다. 이렇게 취득요건을 단순화할 경우 선의취득여부를 고민할 필요가 없게 된다. 등기명의자가 곧 진정한 권리자로 간주되기 때문이다. 물론 '등기'에 선행하는 '합의'가 없다면, 부당이득반환관계의 성립여부를 따져서 청산하게 될 것이다(그 밖의 논점에 대하여 III. 4. 참조).

위와 같은 취득요건의 단순화는 문제를 단순화하기 보다는 복잡하게 만들 공산이 커 보인다. 배출권의 양도행위에 명백한 하자가 있음에도 불구하고 등기가 있었다는 이유만으로 진정한 권리자의 배출권을 박탈하고 부당이득반환청구로 만족하라고 하는 것은 정당한 제도운영으로 생각되지 않기 때문이다. 이로써 득을 보는 자는 아마도 장부상 명의자의 채권자들일 것이다. 이들이 배출권압류를 시도할 때 진정한 권리자는 아무런 권리(가령 제3자의의의소, 부인권 등)도 행사할 수 없게 된다. 이는 타당한 해법이라고 하기 어렵다.

그렇다면 배출권의 취득요건을 '합의'와 '등기'로 보고, '합의'가 결여된 경우 또는 양도행위에 하자가 존재하는 경우, 장부명의자가 아니라 진정한 권리자를 배출권의 보유자로 인정할 필요가 있다고 생각된다.

따라서 위와 같은 경우 진정한 권리자의 배출권을 긍정하여야 할 것이다. 물론 이

62) 이해관계자가 의심할 만한 자료를 제출한다면 등기관은 그러한 의심이 해소될 때까지 등기를 거절할 수 있어야 하지 않을까? 이로써 배출권거래에 대한 신뢰가 제고되어 더욱 거래가 활성화되지 않을까? 더구나 국가 간에도 배출권거래가 가능하도록 구상되어 있는데 이 정도의 '통제권'은 장부관리소 측에서 행사할 수 있어야 최소한의 거래안전이 담보될 수 있을 것이다. 이에 관해 우선 Wagner, 앞의 논문, 419면 참조.

경우 문제될 수 있는 동적 거래안전의 보호는 상술한 '선의취득의 가능성'에 의해 도모하면 되리라 생각된다.<sup>63)</sup>

위와 같이 배출권제도를 구상하고 운영할 경우 적지 않은 비용이 소요될 것이다. 그렇지만 지금까지의 경험으로 미루어 보건대 선의, 무과실의 거래상대방의 신뢰를 보호하지 않을 경우 부가적으로 발생하는 사회경제적 비용, 즉 상실된 신뢰를 대체하기 위한 비용은 이보다 훨씬 막대할 것이다.

결론적으로, 비록 원론적으로 들리지만, 중요한 것은 거래비용을 최소화하면서 정적 거래안전의 보호와 동적 거래안전의 보호 간에 적절한 균형추를 찾아내는데 있다고 생각한다.

참고로 유럽 연합의 회원국 간에 배출권거래가 있을 경우 유엔물품매매에 관한 협약(CISG)은 적용되지 않는다. 동 협약은 국경을 넘어서는 '물건'의 매매에 적용되고, 여기서 '물건'이란 '유체동산'인데, '탄소배출권'은 유체물이라고 할 수 없기 때문이다.

그 밖에도 배출권제도의 실질적인 운용과 관련하여 좀 더 검토하고 싶은 쟁점들이 있지만 향후의 운영과정에서 실제로 드러나는 문제점들을 관찰한 후 우리의 사법적 체계 내에서의 해석론을 구체적으로 전개할 수 있기를 희망한다.

## V. 결론

이상에서 간략히 살펴본 바에 따르면 탄소배출권제도를 운영하기 위해 막대한 행정력과 비용이 소모될 것이 예상되는데 이러한 문제들을 향후 어떻게 극복해 나갈 것인지 주목해 보아야 할 것이다. 유럽의 입장에서도 탄소배출권거래제도는 일종의 실험(Experiment)<sup>64)</sup>이라고 볼 수 있는데 이러한 실험의 경과와 결과가 흥미진진하다. 최근 한국수자원공사가 국내에서는 처음으로 탄소배출권 거래의 주인공이 되었다고 한다. 우리에게도 탄소배출권은 더 이상 남의 이야기가 아니게 되었다. 따라서

63) 이는 이론적 가능성일 뿐이다. 배출권거래법은 그 제16조에 강력한 보호수단을 마련하고 있기 때문이다. 상세는 III. 4. 3) 부분 참조.

64) Schlüter, 앞의 논문, 1216면.

우선 유럽의 예를 타산지석으로 삼아 속히 한국적 탄소배출권제도의 청사진을 제시할 수 있어야 할 것이다.

필자는 본고로서 배출권거래를 둘러싸고 전개가 예상되는 민사법적 쟁점들을 독일의 예를 빌어 미리 일견해 보는 기회를 가지고자 하였다. 우리와는 민법상의 제도를 포함하여, 여러 가지 제도를 달리 하는 독일이지만 유럽연합의 차원에서 공동으로 이끌어가는 거대한 실험프로젝트에서 주도적 역할을 하고 있기에 그 속살을 들여다보는 것은 흥미로울 뿐만 아니라 우리의 미래를 대비하는 의미도 있다고 생각한다.

이 논문 모두에서 적은 바와 같이 2010년 4월 14일자로 저탄소 녹색성장 기본법이 시행되기 시작하였다. 그 구체적 시행령도 거의 마무리단계에 있다고 하며 관련 기업들도 철저한 준비를 위해 만전을 기하고 있다. 총량제한 배출권 거래제도의 출범을 얼마 남겨 두지 않은 현 시점에서 향후 21세기 녹색성장의 주축을 형성하게 될 '탄소배출권제도'가 합리적이고도 튼실하게 확립되고 운영되기를 기대하면서 결론에 갈음하고자 한다.

논문투고일 : 2010. 4. 9

심사일 : 2010. 4. 16

게재확정일 : 2010. 4. 23

## 약어표

- Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61 EG des Rates) ⇒ EH-RL로 인용한다(탄소배출권거래제도에 관한 입법지침)(2003년 10월 13일자 ABl. L 275 vom 25.10.2003, S. 32)
- Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundesimmissionsschutzgesetz) ⇒ BImSchG로 인용한다(연방입맛시온방지법)(2002년 9월 26일자 BGBl. I S. 3830).
- Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen ⇒ TEHG로 인용한다(온실가스배출권거래법: 배출권거래법이라 약칭)(2004년 7월 8일자 BGBl. I, S. 1578)
- Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 (Zuteilungsgesetz 2007) ⇒ ZuG 2007로 인용한다(탄소배출권의 국내배분계획에 관한 법률: 배출권할당법이라 약칭)(2004년 8월 26일자 BGBl. I, S. 2211). 2008년부터 2012년까지 적용되는 배출권할당법은 ZuG 2012로 인용한다.
- Münchener Kommentar/저자 ⇒ MK/저자, 방주 번호(민법 조문)로 인용한다.
- Bundestags-Drucksache ⇒ BT-Drucks. 번호, 면수로 인용한다.
- Deutsche Emissionhandelsstelle ⇒ DEHSt(독일 탄소배출권거래소)로 인용한다.

- Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren ⇒ Atomgesetz(원자력법)으로 인용한다.
- Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (Bundes-Bodenschutzgesetz) ⇒ BBodSchG(연방국토보호법)로 인용한다.

## 참고문헌

- 곽윤직, 민법총칙, 7판, 2002.
- Timo Hohmuth, Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht, 2006
- Jarass, BImSchG, 5. Aufl., 2008
- Gleis Lutz, Das deutsche Emissionshandelsrecht auf dem Prüfstand, 2005
- Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002
- Meyer/Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1982
- Wagner, Handel mit Emissionsrechten: Die privatrechtliche Dimension, ZBB, 2003, 411면 이하
- Nationaler Allokationsplan für die Bundesrepublik Deutschland 2005–2007, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Berlin, 31. März 2004(<http://www.bmu.de/emissionshandel/doc/5721.php>)
- Michael Adam/Helmar Hentschke/Stefan Kopp-Assenmacher, Handbuch des Emissionshandelsrecht, 2005
- Frenz, Emissionshandelsrecht, Kommentar zum TEHG und ZuG, 2. Aufl., 2007
- Münchener Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl., 2008.
- Legal Aspects of Implementing the Kzoto Protocol Mechanisems: Making Kyoto Work, Ed. David Freestone/Charlotte Streck, 2005.
- Kobes, Emissionshandel 2008–2012, NVwZ 2007, 857
- Martini/Gebauer, Alles umsonst? Zur Zuteilung von CO<sub>2</sub>-Emissionszertifikaten: ökonomische Idee und rechtliche Rahmenbedingungen, ZUR 2007, 225
- Rebentisch, Rechtsfragen der kostenlosen Zuteilung von Berechtigungen im Rahmen des Emissionshandelsrechts, NVwZ 2006, 747
- Schlüter, Emissionsrechtehandel ante portas, NVwZ 2003, 1213
- A. Mitchell Polinsky, An Introduction to Law and Economics, 3. ed., 2008
- Thilo Rott, Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten, 1999

**[Abstract]**

Über das deutsche Handelssystem mit Emissionsrechten  
– mit privatrechtlichen Schwerpunkten –

Prof. Bongkyung Choi

Die koreanische Industrie wird in Kürze für den Betrieb ihrer Anlagen nicht nur eine staatliche Anlagengenehmigung, sondern auch Emissionszertifikate.

Der Aufsatz handelt, wie der Titel hinweist, vom deutschen Recht über den Handel mit Emissionsrechten. Vor allem geht es um die Einführung in die europäische Grundlage(S. näher II.) und das deutsche Recht mit Emissionszertifikaten. Dabei analysiert er zuerst das TEHG(III. 1.–4.) und, wenn auch kurz, das ZuG(III.5.).

Dann nimmt er die allgemeine Frage über die Qualifikation von Emissionshandel unter die Lupe und weiter die Tatbestände für den Erwerb des Emissionsrechts, Gutgläubiger Erwerb von Nichtberechtigten, Kreditsicherung, Pfändung, Transaktionskosten usw. werden näher untersucht. Dadurch wünscht sich der Auffasser einige Hinweise für die Entwicklung des koreanischen Emissionshandelsrechts gewinnen zu können(Näher IV.).

Das Grundgesetz für die Grüne Entwicklung in Korea trat am 14. April in Kraft und hofft der Aufsatz eine kleine Hilfe dazu beizutragen.

주 제 어 탄소배출권, 인증모델, 배출권거래제도, 독일배출권거래법, 배출권거래의 사법적 측면  
Key Words Emissionsrecht, Zertifikatmodel, Handelssystem des Emissionsrechts, das deutsche TEHG, Privatrechtliche Aspekte des Emissionshandels