

탄소배출권의 할당과 분쟁해결에 관한 법적검토

– 독일의 제1차, 제2차 할당과정상의 경험을 통하여 –

최 승 필



녹색성장 연구 13-23-⑰

글로벌법제연구실 | 법제와 정책 연구

탄소배출권의 할당과 분쟁해결에 관한 법적검토

- 독일의 제1차, 제2차 할당과정상의 경험을
통하여 -

최 승 필



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

탄소배출권의 할당과 분쟁해결에 관한 법적검토

- 독일의 제1차, 제2차 할당과정상의 경험을 통하여 -
A study on alternative dispute resolution of
certified emission reductions allowance
- A case study the first and second of allocation
process in Germany -

연구자 : 최승필(한국외대 법학전문대학원 교수)
Choi, Seung-Pil

2013. 9. 30.

요약문

I. 배경 및 목적

- 현재 정부는 로드맵에 따라 2015년부터 탄소배출권 제도를 시행하는 제도를 유지하고 있음. 시행일정의 조급성 논란에도 불구하고 탄소배출권 제도에 대한 기반연구가 가속화되고 있음.
- 그러나 주요한 연구는 탄소배출권의 거래에 집중되어 있으며, 할당과 이에 따른 분쟁에 대한 연구는 매우 부족한 상태임.
- 독일의 사례를 비추어 보건데, 향후 할당이 본격적으로 이루어지면, 할당과 관련된 분쟁이 뜨거운 이슈로 떠오를 것으로 보임. 따라서 어떠한 형태의 분쟁이 발생하며, 어떠한 구제절차를 통해 권리구제가 이루어지는지를 독일의 경험을 통해 살펴볼 필요가 있음.

II. 주요 내용

- 유럽연합의 탄소배출권 할당방식은 제1단계(2005-2007) 무상할당, 제2단계(2008-2012) 무상할당과 일부 경매방식, 제3단계(2013-2020) 경매방식확대로 구성되어 있음. 그리고 제1단계와 제2단계는 국가할당이며, 제3단계는 EU단위 할당임.

- 독일의 할당방식은 제1차 할당시에는 grandfathering에 의한 무상할당, 제2차 할당시에는 benchmarking에 의한 무상할당, 제3차 할당은 EU차원의 할당으로 기본방식은 경매이며 점차 비중을 늘려나감.
- 할당의 신청은 연방환경청(배출권거래국)에 서면으로 신청. 할당시 행정청은 신규진입자를 위한 할당분과 특정산업에 대한 배려, 배출권 거래제 시행에 따른 행정비용 충당을 위해 예비분을 확보하게 됨. 따라서 전량 할당은 이루어지지 않음. 한편, 소송을 통해 권리구제를 받게 된 청구인을 위한 소송리저브(Prozessreserve)의 개념도 요구됨.
- 조기행동(early action)에 대한 배려로 할당계수 1이 적용됨. 한편, 경영곤란(Härtefall)의 적용을 위해서는 생산량이 기준년도에 비해 10% 이상 증가하여야 함. 할당법 2012하에서 경영곤란조항의 원용은 73건이었으나, 추가할당은 39건만이 이루어짐.
- 탄소배출권의 할당은 기존 연방오염방지법(BImSchG)에 의해 배출허가를 받은 시설물에 대해서 이루어짐. 이는 온실가스배출시설이 연방오염방지법상의 오염물질 배출허가 시설과 중첩하고 있어 별도의 허가를 득하도록 할 경우 중복규제로 인한 불편이 가중될 것을 고려한 것임.
- 할당에 있어서는 행정절차법이 적용되며, 할당에 불복시 행정적 권리구제절차로서 이의신청(Widerspruch)을 할 수 있음. 한편, 이와 같은 이의신청이 없이도 행정청은 스스로

할당에 대해 사후검토할 수 있으며, 부적법한 할당일 경우 이를 취소(Aufhebung)할 수 있음.

- 이의신청에서 주로 다루어지는 것들은 사실관계에 대한 오인과 잘못된 규정에 근거한 할당임. 이의신청의 남발을 막고자 일정한 비용을 부과하고 있음.
- 소송을 통한 할당의 경우, 헌법소원과 행정소송이 있음. 행정소송의 경우 항고소송으로서 취소소송과 의무이행소송이 주로 이용되며, 특히 의무이행소송의 활용도가 높음
- 헌법소원을 통해 직업의 자유, 영업의 자유, 평등권 침해를 주장. 탄소배출권제도가 직업의 자유와 재산권 보장을 침해했다는 소원제기에 대하여 연방헌법재판소는 동 제도가 헌법에 합치된다고 판시.
- 항고소송의 경우, 주로 의무이행소송이 이용되고 있음. 이와 동시에 임시적 구제수단으로서 가명령제도(einstweilige Anordnung)도 활용가능하나 “기존상태의 변경에 의하여 신청인의 권리의 실현이 불가능하게 되거나 또는 현저히 곤란하게 될 위험이 있는 때” 라는 엄격한 요건을 충족시켜야 함.
- 행정소송이 제기된 사례 : 1) 이행계수의 적법성을 다툰 것으로 합헌으로 판시, 2) 경영상 곤란조항을 원용한 건으로 콘제른에 속해 있는 기업의 경우 경영곤란조항의 적용기준은 전체 콘제른이라고 판시, 3) 조기행동에 대한 배려를 평등권 위반으로 소 제기한 사안으로 국가정책적인 측면과 공공의 이익이라는 면에서 조기행동 배려의 필요성을 인정, 4) 연방오염방지법과 탄소배출권의 할당의 관계에 대한 사안으로 연방오염방지법상의 시

설허가와 탄소배출권의 할당이 상호 연계되어 있음을 확인, 5) 탄소배출권량의 부족으로 인한 비례삭감이 헌법위반이라고 소 제기된 사안에서 국가배출총량을 준수하기 위한 비례삭감은 적법하다고 판시, 6) 가명령에 따른 배출권 추가할당에 대해서 요건미비로 이를 거부, 7) 제3자에 대한 할당에 대해 해당 정보를 요구한 사안에서 해당 사항을 비밀로 하여 시설운영자가 얻을 이익이 없다는 이유로 정보공개거부처분을 취소. 그러나 이에 대해서는 논란 가능성이 있음.

- 경쟁자소송의 가능성이 있으나, 탄소배출권의 할당에 있어서 현실적으로 경쟁자간 구체적 권리의 침해를 인정하기 어려움에 따라 그 가능성은 낮다고 할 수 있음.
- 보유하고 있는 배출권량을 초과한 배출에 대해서는 초과배출부과금이 부과되며, 일정기간 동안 해당 초과배출이 지속될 경우 영업정지 및 사업장 폐쇄가 가능. 해당 배출량이 할당된 배출량의 범위 내에 존재한다는 입증책임은 배출당사자가 부담.
- 배출권 할당과 발생하는 비용에 대해서는 할당을 받는 수익자에게 부담시키고 있음. 이에 대해서도 소제기가 이루어졌던 바, 법원은 대표적 사례만을 판결하고, 행정청은 해당 소송과 유사한 사례에 대해서는 동일한 처분을 하겠다는 협약을 체결.
- 우리나라의 경우도 헌법소원을 통한 권리구제, 행정심판을 이용한 권리구제, 항고소송을 이용한 권리구제가 이루어질 수 있음.

- 우리는 항고소송 중 의무이행소송을 두고 있지 않은 바, 취소소송이 이용가능한 주요한 소송형태임. 다만, 현재 제출된 행정소송법 개정안에 의무이행소송이 포함되어 있어 해당 법률안이 국회를 거쳐 발효될 경우 의무이행소송의 이용이 가능함.
- 가구제제도의 경우, 현행 행정소송법에는 임시처분 또는 가명령에 준하는 제도가 없음. 그러나 행정소송법 개정안에는 가처분제도를 포함하고 있어 국회통과시 이용이 가능함. 다만 독일과 마찬가지로 요건 충족상의 어려움으로 인해 실제 활용도는 그리 높지 않을 것으로 보임.
- 배출권의 할당은 재산권 보장, 직업의 자유, 평등권, 정보공개 등 다양한 이슈와 연결되고 있으며, 향후 분쟁가능성 또한 높음. 따라서 할당에 따른 분쟁유형과 권리구제절차에 대한 연구 검토가 보다 활발히 이루어져야 할 필요가 있음. 금번 연구가 할당분쟁에 대한 후속 연구에 조금이나마 기여 할 수 있기를 바랍.

III. 기대효과

- 탄소배출권의 할당과 관련한 후속연구의 기초자료로 활용이 가능하며, 아울러 탄소배출권의 할당과 관련하여 정부 및 국회에서의 정책자료로도 활용이 가능함.
- 특히 제시된 독일에서의 실제 사례와 이에 대한 판례의 입장은 매우 유용한 자료가 될 것으로 보임.

▶ 주제어 : 온실가스, 탄소배출권, 할당, 할당분쟁, 연방환경청, 배출권거래국

Abstract

I . Background and Objective

- The government is maintaining a system implementing the carbon emission right system from 2015 pursuant to a road-map. Despite the debate on the hasty implementation schedule, base researches on the carbon emission system are being accelerated.
- However, the main researches are focused on trading of carbon emission rights, while there are an extreme lack of researches on the allocation and disputes arising from rights.
- Based on a case in Germany, if the allocation starts in full-scale in the future, disputes relating to allocation will likely arise as a hot issue. Thus, there is a need to examine the forms of disputes that may arise and the method and procedure for claiming rights through Germany's experience.

II . Main Contents

- The allocation method of carbon emission rights by the European Union is composed of free allocation in Phase 1 (2005-2007), free allocation and partial auctioning in Phase 2 (2008-2012),

and increase of auctions in Phase 3 (2013-2020). Phase 1 and 2 are allocated per nation, and Phase 3 is allocated per EU unit.

- Germany's allocation method is composed of free allocation based on grandfathering during Phase 1, free allocation based on benchmarking during Phase 2, and allocation in the EU level during Phase 3. The basic method of allocation is through auctions, which will gradually increase its proportion.
- Applications for allocation are received in writing by the federal environment agency (UmweltBundesAmt) and Bureau of trading emission rights(DEHst). Upon allocation, the administrative agency procures reserves to meet the administrative costs arising by implementing the emission right trading system by considering particular industries and allocation amount for new enterers. Thus, allocation of the entire amount is not available. On the other hand, a concept of litigation reserve (Prozessreserve) for claimants claiming for their rights through litigations is required.
- The allocation coefficient 1 is applied by considering early action. On the other hand, the output must increase by 10% or more compared to the base year to apply management difficulties (Härtefall). The number of claims based on the management difficulty provision under the Allocation Act 2012 were 73 cases, however, additional allocations were provided for only 39 cases.

- The allocation of carbon emission rights is provided for facilities receiving emission permits under the existing federal pollution prevention law (BImSchG). This is based on the consideration that inconvenience based on overlapping regulations may increase pressure, when requiring to obtain a separate permit, since the greenhouse gas emission system overlaps with the pollutant emission permit system under the federal pollution prevention law.
- The administrative procedure law is applied for allocation, and when objecting to the allocation, formal objections (Widerspruch) are allowed as an administrative relief procedure. On the other hand, even if there are no formal objections, the administrative agency may voluntarily review the allocation afterwards, and the allocation may be cancelled when it is determined to be unlawful (Aufhebung).
 - The matters mostly dealt with in formal objections are allocations based on mistaken facts or faulty regulations. A certain amount is imposed to prevent the overuse of formal objections.
- For allocations through litigations, there is a constitutional appeal and administrative litigation available. For administrative litigations, revocation litigations or actions for mandatory injunction are mostly used for the appeals, and in particular, the use rate of actions for mandatory injunction is high.

- It is possible to argue on the infringement on the freedom to occupation, right to conduct business, and right to equality through a constitutional appeal. The federal constitutional court (Bundesverfassungsgericht) has held that raising appeals that the carbon emission right system has infringed the freedom to occupation and guarantee of property rights is in accordance with the constitution.
- For appeals litigations, actions for mandatory injunction are mostly used. At the same time, as a temporary relief method, a provisional order system (einstweilige Anordnung) may be used, however, such method may only be used when meeting the strict requirement of “when redeeming the claimant’s right is not possible due to change in the existing condition or when redeeming such right has the risk of becoming extremely difficult.”
- Cases where administrative litigations have been raised: 1) In a case dealing with the lawfulness of the implementation coefficient, the court held that it was constitutional; 2) In a case using the management difficulty provision, the court held that for companies belonging to a company group, the application standard of such provision is to the entire group of companies; 3) In a litigation on the breach of the right to equality regarding the consideration for early action, the court acknowledged the need to consider early actions from a national policy perspective and public interest perspective; 4) In a case on the relationship between the allocation of carbon emission rights and federal pollution prevention laws, the court confirmed that the allocation of carbon emission rights and facility permits under the federal pollution prevention laws are

interconnected; 5) In a litigation alleging that the proportional reduction due to lack of quantity for carbon emission is unconstitutional, the court held that proportional reduction is lawful to comply with the national gross emission volume; 6) The court rejected the additional allocation of emission rights pursuant to a provisional order based on failure to satisfy the requirements; 7) In a case demanding relevant information on the allocation to a third party, the court cancelled the information disclosure refusal order based on the reason that there was no benefit to the facility operator by keeping the pertaining information as confidential, however, this matter may be controversial.

- Although litigations by competitors may be likely, because it is difficult to acknowledge the detailed matters of infringement of rights between competitors in reality regarding the allocation of carbon emission rights, such likelihood is low.
- Regarding the amount of emissions exceeding the scope of emission rights owned, a fine for the exceeding amount is imposed, and when such excess is continued for a certain amount of period, measures such as business suspension or workplace shutdown may be taken. The responsibility to prove that the pertaining emission amount is within the allocated scope is on the emitting party.
- The allocation of emission rights and the cost arising from such allocation is imposed on the beneficiary of the allocation. A litigation has been raised on such matter, where the court


only held on the representative issues, and the administrative agency entered into an agreement to make the same decisions on issues similar to the pertaining litigation.

- In Korea, rights may be claimed by using administrative judgments, appeals litigations and constitutional appeals.
- Since Korea does not have an action for mandatory injunction among the appeals litigations, revocation litigations are the main form of litigations that may be used. However, actions for mandatory injunction is included in the amendment to the Administrative Litigation Act that is currently submitted, thus, if the pertaining legislative bill becomes effective by passing the National Assembly, an action for mandatory injunction may be available for use as well.
- Regarding provisional relief systems, there is no system conforming to a provisional order or temporary disposition under the current Administrative Litigation Act. However, a provisional disposition system is currently included in the bill to amend the Administrative Litigation Act, thus, it may be used once passing the National Assembly. However, as in Germany, the system will not likely be used as much in reality due to the difficulty in satisfying the requirements.
- The allocation of emission rights is connected to various issues, such as guarantee of property rights, freedom to occupation, right to equality, and information disclosure, thus, there is a

high likelihood of disputes in the future. Thus, researches and reviews on the dispute types pursuant to the allocation and relief procedures for such rights should be conducted more actively. Hopefully, this Research will be able to contribute to subsequent researches on allocation disputes.

III. Expected Effect

- This Research may be used as a base material for subsequent researches relating to the allocation of carbon emission rights, and may also be used as policy materials relating to allocation of carbon emission rights by the National Assembly or the government.
- In particular, the case study in Germany and the position of the case law on such issue will likely be an extremely useful material.

 **Key Words** : greenhouse gas, carbon emission right, allocation, allocation dispute, UmweltBundesAmt, DEHst

목 차

요 약 문	3
Abstract	9
제 1 장 들어가는 말	21
제 2 장 연구의 방법 및 전개방식	25
제 1 절 연구의 방법	25
제 2 절 연구의 전개방식	26
제 3 장 탄소배출권의 본질과 권리	29
제 1 절 탄소배출권의 개념과 법적성질	29
제 2 절 탄소배출권 할당과 권리실현	30
제 4 장 독일에서의 탄소배출권의 할당	33
제 1 절 할당의 기본원칙	33
제 2 절 할당방식	34
1. 유럽연합의 할당방식	34
2. 독일의 할당방식	36
제 3 절 할당의 절차 및 관할행정청	38
1. 할당의 신청	39
2. 할당신청서의 검증과 할당사항의 공표	39
3. 할당관청	41

4. 예비분의 확보	42
5. 조기행동(early action)의 고려	43
6. 경영곤란(Härtefall)조항의 적용	44
7. 연방오염방지법(BImSchG)과의 관계	45
제 4 절 할당에 있어서 행정절차의 적용과 이의신청 (Widerspruch)	47
제 5 장 소송을 통한 할당분쟁의 해결	53
제 1 절 할당관련 분쟁 가능 분야	53
제 2 절 주요한 소송의 형태별 검토	55
1. 유럽사법재판소(ECJ) 관할 소송	55
2. WTO 규범위반과 관련한 중재재판의 가능성	57
3. 헌법소원	57
4. 행정소송으로의 항고소송	60
제 3 절 권리구제와 관련한 이슈 검토	80
1. 할당된 배출량의 취소와 이에 대한 불복	80
2. 경쟁자 소송(Konkurrentenklage)의 가능성	81
3. 단체소송의 가능성	82
4. 배출권 이전에 관한 승인의 거부	82
5. 할당 잔여분의 무효화와 사전할당	83
6. 할당된 배출량을 초과한 배출과 제재	85
7. 배출권 할당과 관련한 비용의 부과	89

제 6 장 우리나라의 온실가스배출권 할당 및 거래에 관한 법률상의 불복제도에 대한 검토	91
제 1 절 온실가스배출권의 할당 및 거래에 관한 법률상의 분쟁가능성 유형과 불복	91
1. 할당량에 관한 사항	91
2. 과징금 및 과태료의 부과와 징수	92
제 2 절 권리구제의 방식	93
1. 헌법소원을 통한 권리구제	93
2. 행정심판을 통한 권리구제	93
3. 행정소송을 통한 권리구제	95
4. ADR의 활용가능성?	97
 제 7 장 맺음말	 99
 참 고 문 헌	 101

제 1 장 들어가는 말

교토의정서의 발효 이후 탄소배출권제도에 대해 많은 관심들이 높아졌다. 탄소배출권 제도의 주축이라고 할 수 있는 유럽에서도 재정 위기로 인한 경기침체로 인해 탄소배출권제도의 정착이 다소간 주춤하고 있지만, 여전히 탄소배출권제도는 중요한 관심사항이라고 할 수 있다. 최근에는 미국에서 탄소배출권제도에 대한 관심이 제고되면서 논의가 다시 활발해지고 있다. 우리의 경우 정부가 탄소배출권제도 시행의 로드맵에 따라 2015년부터 동 제도를 실시하겠다는 계획을 유지하고 있어, 시행일정의 조급성에 대한 논란에도 불구하고, 동 제도에 대한 기반연구가 더욱 가속화되고 있다.

탄소배출권 제도에 대한 많은 연구들 중 국가정책을 다루는 전문연구기관을 제외한 학자나 실무에서의 주요한 관심은 배출권 거래에 집중되고 있다. 즉 배출권이 할당된 후 시장에서 어떠한 형식으로 이를 거래할 것인가, 어떠한 방식으로 권리를 표창할 것인가, 이를 금융상품의 형태로 어떻게 구성할 것인가의 문제들이다. 하지만 그 이전에 중요한 것들이 탄소배출권의 할당이며, 할당된 탄소배출권 및 감축된량만큼의 배출권의 인증 및 등록을 위한 기본적 연구는 학자들 사이에서는 거래 자체의 시스템에 비해 비교적 큰 연구성과를 거두지 못했다고 할 수 있다.

특히 그 중에서도 할당에 관한 문제는 할당의 결과에 따른 많은 분쟁발생이 예견되고 있음에도 불구하고 지금까지의 선행연구는 거래 등에 비해 매우 부족한 상태이다. 독일의 경우 제1차 할당기간동안 약 1,850건의 할당이 이루어졌으며, 그 중 1/2에 해당하는 건이 분쟁의 대상이 된 바 있다. 그럼에도 불구하고 우리의 경우 할당에 관한 주요 선행연구로는 한국법제연구원에서 수행한 환경부 용역보고서인 「해외 배출권거래제 할당동향 및 법제연구」(2010.11)와 할당분쟁의 사

례로 독일의 경우를 다룬 현준원, 『온실가스 배출권거래제도 관련 소송사례와 시사점』¹⁾이 있는 정도이다. 그러나 할당된 탄소배출권은 하나의 재산적 가치를 가진 권리라는 점에서 할당 역시 매우 중요한 문제라고 할 수 있다. 이러한 첨예한 이해관계가 함께 함에 따라 과소 할당을 중심으로 할당문제는 향후 우리나라가 본격적인 탄소배출권을 할당하는 과정에서 뜨거운 이슈로 떠오를 것으로 보인다. 따라서 탄소배출권이 할당될 경우에 어떠한 분쟁이 발생할 것이며, 이를 해결하기 위한 분쟁해결절차에는 어떠한 것이 있는지에 대해서 살펴볼 필요가 있다.

이 연구를 위해서 우리와 유사한 공법체계를 갖추고 있고, 탄소배출권제도에서 선도국가인 독일을 모델로 하여 이를 검토하였다. 또한 독일의 경우 두 번의 배출권 할당을 경험한 국가로서 비교적 참고할 만한 분쟁 이슈별 해결사례가 존재한다는 점에서 외국법제에 대한 연구의 의의를 가지고 있다고 할 수 있다. 그러나 우리나라와 독일의 공법적 권리구제체제가 유사하지만 일부 다른 점이 존재함에 따라 독일의 제도를 그대로 우리에게 적용할 수는 없다. 따라서 권리구제수단에 대한 연구에 있어서 두 가지 선택이 존재하였다. 하나는 독일에서 어떠한 구조로 할당이 이루어졌고, 어떠한 것들이 주요한 이슈가 되었으며, 그 해결은 어떻게 이루어졌는지에 대한 접근, 또 다른 하나는 독일에서의 공법적 권리구제와 우리나라에서의 권리구제가 어떻게 다른가 하는 쟁송법적 측면에서의 접근이다. 후자의 경우 일반 행정법학에서도 빈번히 이루어졌던 연구라는 점 그리고 권리구제수단에 대한 법리적 논쟁을 다룰 경우 정작 새롭게 검토해야 할 탄소배출권 할당을 둘러싼 주요 분쟁이슈를 비교적 폭 넓게 다루지 못하게 될 수 있었다. 따라서 본 연구에서는 공법적 권리구제에 대한 비교법적 측

1) 현준원, 온실가스 배출권거래제도 관련 소송사례와 시사점 - 독일의 사례를 중심으로 -, 환경법연구 제32권 제3호

면에서의 법리적 논쟁이 아닌 지금까지 다루어지지 않았던 독일에서의 탄소배출권의 할당과 그 법적쟁점이라는 점에 주안을 두고 독일의 경험을 중심으로 검토하였음을 밝힌다.

제 2 장 연구의 방법 및 전개방식

제 1 절 연구의 방법

탄소배출권 할당제도에 대해서는 우리나라는 아직까지 경험이 없으며, 이에 대한 연구 또한 거의 이루어지지 않았다는 점에서 연구의 진행에 많은 어려움이 있었다. 특히 독일을 제외한 미국 등 다른 나라의 경우 할당이슈 자체가 크게 문제되지 않을 만큼 배출권 제도가 발달하지 않았으며, 배출권 제도를 시행하고 있는 다른 유럽국가의 경우에는 자료 접근에 한계가 있어 독일을 선택하였다. 특히 독일은 우리와 법률시스템이 유사하다는 점에서 그 의미가 더욱 크다고 할 수 있다.

독일법상에서 검토의 대상은 탄소배출권 할당 제도와 할당의 실시 에 따른 분쟁의 발생, 각 분쟁이슈와 그 쟁점, 이에 대한 권리구제 수단 을 살펴보았다. 이러한 이슈에 대한 기초자료는 문헌연구에 의존할 수밖에 없었으며, 국내에 발표된 이미 언급한 기존 두 가지의 국내문헌을 기반으로 하여 독일 환경부, 연방환경청, 배출권거래국, 연방의회, 연방행정법원, 연방헌법재판소를 비롯한 각급 법원 판례의 원문을 입수하여 이를 번역하여 그 쟁점을 소개·요약하는 방법으로 진행하였다. 그러나 각각의 자료들이 기술된 시점 당시의 법률을 기준으로 하고 있어 이후 수많은 개정을 거친 현재 기준의 법령의 조문과 대조해 두지는 못하였다.

탄소배출권 할당은 행정청이 상대방의 신청을 기반으로 하여 일방적으로 행하는 권력적 행정행위로서 그 분쟁의 해결은 주로 공법상 소송인 항고소송을 통해서 이루어지게 된다. 한편 할당권의 분쟁시 소송의 방법이 아닌 ADR에 의한 방식을 생각해 볼 수 있으나, 한정된 재화를 할당하는 탄소배출권 할당의 특성상, 추후에 기술하겠지만,

ADR의 적용상 한계가 있어서인지, 이에 대한 자료는 찾아보기 어려웠다.

본 연구를 진행함에 있어 문헌적 연구가 가지는 한계를 극복하기 위하여 독일 현지에서 공행정정책에 참여하고 있는 학자 및 관련인사와의 인터뷰를 통한 아이템의 정리 및 설명 내용을 본문의 기술에 반영하고자 하였으나, 독일 현지에서도 역시 탄소배출권을 연구하는 많은 학자들이 할당보다는 거래에 집중하고 있어 자료를 충분히 획득하는 데는 제한적이었다. 아울러 본 연구는 탄소배출권 할당과 관련한 수많은 법령 및 행정절차법, 행정소송법 등을 총 망라하는 것으로 매우 제한된 시간 내에 탄소배출권 제도의 관련 법령조차 제대로 파악하기 어려웠으며, 특히 배출권제도의 운영과정에서 현실적인 문제를 반영한 수많은 개정이 이루어진 바, 각각의 문헌에서 적시하고 있는 조문과 현재의 조문간에 상이한 점이 다수 발견되었음에도 불구하고 이를 완전하게 정리하지 못하였음에 아쉬움이 크다. 따라서 많은 오류가 있을 수 있을 것으로 생각된다. 추후 동 보고서를 이용하고 연구자들에게 양해를 구한다. 다만 한 가지 의의를 삼는다면 향후 이어질 연구자들의 추가적인 연구에서 보다 문제의 핵심에 쉽게 접근할 수 있도록 배출권 할당분쟁연구의 개괄적인 틀을 보여주고 있다는 점에서 그 의미를 두고자 한다.

제 2 절 연구의 전개방식

연구의 전개방식은 탄소배출권의 본질과 개념에 대한 사항을 살펴보고, 이를 바탕으로 권리 추구가능성을 검토하였다. 그리고 탄소배출권 할당 분쟁에 대한 검토의 전제로 독일의 할당제도에 대한 검토를 수행하였으며, 구체적으로 탄소배출권 할당과 관련한 기본적인 개념적 요소 및 관련 문제를 살펴보고, 현실적으로 이슈가 되었던 쟁점을 주로 검토의 대상으로 하였다.

한편, 중요한 점 중의 하나가 우리에게 주는 시사점으로, 우리의 경우, 탄소배출권 할당과 관련한 쟁점이 어떻게 다루어질 것인가를 살펴해보아야 하는 바, 우리나라의 행정쟁송체계를 개괄적으로 간단히 살펴보았다. 그러나 이미 언급한 바와 같이 우리의 제도와 독일의 제도는 다른 점이 있는 바, 특히 독일의 탄소배출권 할당분쟁에서 유용하게 사용된 권리구제수단으로서의 의무이행소송은 현행 우리 행정소송법에는 없는 것이다. 그러나 현재 법무부 안으로 행정소송법 개정안이 마련되었는 바, 동 개정안에서는 독일의 행정소송체계와 매우 유사하게 의무이행소송과 가처분 제도 등이 도입되는 것을 예정하고 있다. 행정소송법 개정안의 주요 내용은 지난 2006년부터 논의되어 왔던 이슈들이 재차 논의되어 성안이 된 것으로 법무부, 대법원, 변협, 학계의 의견이 조율된 것으로 향후 그 입법화 가능성이 높다는 점에서 이를 포함하여 우리나라에서의 권리구제에 대한 시사점 부분을 기술하였다.

제 3 장 탄소배출권의 본질과 권리

제 1 절 탄소배출권의 개념과 법적성질

탄소배출권이라함은 온실가스를 대기 중에 배출할 수 있는 권리를 의미한다. 여기에서 “온실가스”란 이산화탄소(CO₂), 메탄(CH₄), 아산화질소(N₂O), 수소불화탄소(HFCs), 과불화탄소(PFCs), 육불화황(SF₆)을 의미하는 것으로 적외선 복사열을 흡수하거나 재방출하여 온실효과를 유발하는 대기 중의 가스 상태의 물질을 말한다.²⁾

배출권의 법적성질은 할당의 대상으로서 법률관계의 출발점이라는 의미를 갖는다. 그러나 지금까지 이러한 배출권의 법적 성질에 대해서는 국가마다 그 의미가 다르게 정의되고 있다. 현재까지 나온 배출권에 대한 일반적 법적성격은 첫째, 재산적 가치가 있는 무체물로서 재산으로서의 성질을 가지고 있다는 견해(재산설), 둘째, 관리대상으로 등록부상에 존재하는 단순한 수치에 불과하다는 견해(수치설), 셋째, 조약에 기하여 국가의 배출량을 세분화한 단위 또는 자격(단위 또는 자격설), 넷째, 국가로부터 창설된 권리로서 공권³⁾과 시장에서 거래되는 환경이용권이라는 사권으로서의 성격 양자를 가지고 있다는 견해(권리설), 재산적 가치를 가지고 있는 물권 또는 채권(재산권설 또는 법적지위설) 등의 견해가 있다.⁴⁾

시장에서 배출권이 거래가 되는 경우에는 사법(私法)적 측면의 정의가 유용하게 되나, 그 전 단계에서 국가에 의해서 할당이 이루어지는 경우에는 오염물질을 할당할 수 있는 공권으로서의 권리적 성격이 주로 문제가 된다. 왜냐하면 할당은 할당행정청과 사인간의 관계이며, 분

2) 저탄소녹색성장기본법 제2조 9호상의 정의

3) 최승필, 독일의 탄소배출권 설계에 관한 법제도적 검토 - 유럽의 탄소배출권제도를 통한 고찰을 중심으로 -, 환경법연구 제31권 제2호, 125면

4) 환경부, 해외배출권거래제 할당동향 및 법제연구, 2010.11, 125면

쟁해결방식에 있어서도 행정소송을 통한 해결이 수반되기 때문이다. 이러한 할당과 관련한 공권으로서의 탄소배출권의 성격은 행정쟁송과정에서 원고적격 및 대상적격을 결정하게 되는 바, 매우 중요한 문제라고 할 수 있다. 이후 살펴보는 독일의 사례를 볼 때 독일은 탄소배출권을 할당하는 행정청의 행위를 처분으로 보고 있으며, TEHG(Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen, 온실가스배출거래제법 이하 TEHG) 제9조에 온실가스를 배출하는 배출시설을 보유하고 있는 당사자는 유럽연합지침인 Richtlinie 2003/87/EG Art. 10a 제1항 내지 제5항과 제7항 그리고 제11항 내지 제20항 그리고 유럽집행위 결정(Entscheidung)인 2011/278/EU (2011.4.27)에 따라 무상으로 배출권을 할당받을 수 있음을 정하고 있어 당사자가 신청한 바에 따른 배출권을 할당받지 못한 경우에는 해당 배출권을 할당을 구하는 원고적격을 갖는다고 할 수 있다.

제 2 절 탄소배출권 할당과 권리실현

할당의 결과로 부여된 탄소배출권은 탄소배출권 자체만으로 하나의 재화로서 재산권의 일부분을 형성하게 된다. 탄소배출권이 생산에 투입된 경우에 무상으로 할당된 탄소배출권을 제조원가로 계상하기는 어려울 수 있으나, 시장에서 추가적인 배출권을 매입한 경우에는 제조원가의 일부분을 구성한다. 아울러 할당된 탄소배출권을 시장에 매각할 경우에는 손익계산서상 수익으로 이를 파악할 수도 있다. 따라서 탄소배출권은 사실적, 반사적 이익이 아닌 개별적 구체적인 권리로서 법률상 이익을 구성한다. 법률상이익의 개념은 행정소송법 제12조상의 원고적격과 관련하여 개념적 논쟁이 있다. 권리회복설, 법률상 보호되는 이익설, 보호가치 있는 이익구제설, 적법성 보장설이 있으며, 이는 원고적격의 확대문제와 맥락을 같이한다. 현재 우리의 통설은 법률상 보호되는 이익설의 입장을 취하고 있으며, 판례는 “....법률

상 이익은 당해 처분의 근거법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 있는 경우를 말하고, 다만 공익보호의 결과로 국민 일반이 공통적으로 가지는 추상적, 평균적, 일반적 이익과 같이 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는데 불과한 경우는 여기에 포함되지 않는다.”⁵⁾ 이러한 법률상 이익에 대한 원론적인 개념적 논의는 현실적으로 과소할당이 되는 경우에 그리고 할당과 관련한 과태료 등의 제재적 처분을 받을 경우에 이를 취소하거나 이행을 청구할 수 있는 원고적격과도 연관성을 갖는다.

보다 큰 틀에서 탄소배출권의 할당문제는 헌법상 기본권의 문제와 직접적으로 그 맥락을 같이한다. 후에 살펴볼 독일에서의 사례와 같이 탄소배출권의 할당 문제는 과소할당의 경우, 재산권 및 직업자유 침해, 경쟁자에 대한 과대할당의 문제는 평등권의 문제를 야기시킬 수 있다. 더 나아가 기타 기본권으로서 행복추구권의 문제까지 헌법소원에서 그 기본권적 근거가 제기되고 있다. 한편, 탄소배출권 자체의 문제는 아니나 탄소배출권의 할당과 관련하여 권리구제 절차를 밟는 과정에서 정보공개청구권이 알권리 실현의 한 형태로 등장하고 있다.

그러나 개인의 권리는 국가전체적인 배출량의 조절이라는 면에서 계획과 계획의 규범화된 형태인 개별 법령과의 사이에서 내재적 한계를 가질 수 밖에 없다. 즉 ‘공공의 이익(öffentliches Interesse)’에 의한 한계이다. 특히 탄소배출권의 할당과 관련하여서는 행정청의 고권적 행위로서 여기에는 개별기본권의 총합으로서의 공공의 이익과 사익간의 이익형량(Abwägung)의 개념이 도입되게 된다. 결국 할당분쟁은 탄소배출권의 할당청구권과 관련하여 각 개별 당사자의 이익을 권리에 대응하여 충족시키는 마이크로(micro)한 면과 국가 전체적인 측면에서 탄소배출권의 조화적 할당과 온실가스배출량의 감축이라는 두 가지 목표를 달성하기 위한 매크로(macro)적 측면의 조정이 가해지게 된다.

5) 대법원 2007.6.15, 2005두9736

제 4 장 독일에서의 탄소배출권의 할당

제 1 절 할당의 기본원칙

탄소배출권의 할당은 국가할당계획에 의하여 각 기간별 배출허용량을 분할하며, 또한 매년 당해 국가의 각 개별산업에 어느 정도 규모로 할당할 것인가에 대해서 결정해야 한다. 그리고 이러한 구체적인 할당의 이행에 있어서는 몇 가지 기본원칙이 적용된다.⁶⁾

첫째, 유연성의 문제로 너무 많은 할당이 이루어질 경우 배출권의 가격이 낮게 유지됨에 따라 배출량을 줄이고자 하는 의도보다는 초과배출에 대한 저항 없이 용이하게 기준을 도과한 초과배출이 가능하기 때문에 탄소배출권의 가격동향에 따라서 양적인 조절이 가능하도록 유연성을 가져야 한다. 예컨대 유럽의 재정위기로 인해 산업생산량이 급감함에 따라 탄소배출권의 가격이 폭락한 경우를 예로 들 수 있는 바, 이와 같은 상황에 대응할 수 있는 유연성이 필요한 것이다.

둘째, 명확성의 원칙으로 탄소배출권거래제도에 대한 규정의 명확성 그리고 이에 계획 면에 있어서도 장기적인 투자계획 및 행동계획의 수립을 위한 명확한 지침의 제시가 필요하다. 특히 배출권이 거래되고, 이를 기초자산으로 한 금융상품이 나올 경우 이는 투자의 대상이 됨에 따라 이들 투자를 활성화하기 위해서는 명확성은 중요한 요소라고 할 수 있다.

셋째, 투명성이다. 할당지침 및 할당의 과정에서의 투명한 의사결정과 절차 그리고 권리구제의 전제로서의 탄소배출정보의 공개이다. 이하에서 살펴볼 수 있는 바와 같이 탄소배출권의 할당은 할당 총량의

6) 환경부, 전게서, 12면 이하 참조. 그러나 본고에서는 이러한 원칙에는 동의하나 그 해석에서는 의미를 달리한다. 한편 효율성 역시 할당방식에서의 효율성으로서 환경부 문헌상의 효율성의 경우에는 할당 이후의 시장의 효율성을 의미한다고 할 수 있다. 따라서 양자 간에는 차이가 있다.

범위 내에서 해당 할당이 이루어짐에 따라 경쟁자에 의한 정보공개청구가 발생할 가능성이 높으며, 이에 따라 행정청이 보유하고 있는 할당관련 정보 특히 제3자의 정보에 대한 정보공개청구의 경우 개인정보 및 경영상의 비밀과의 충돌로 인하여 정보공개에 제한이 존재한다.

넷째 형평성이다. 사전에 제시된 기준에 따라 배출권이 할당되고 있으나 과소할당에 대해서는 평등권의 이슈가 지속적으로 문제되며, 특수한 경우로서 이후 논의되어지는 판례에서 찾아볼 수 있듯이 조기감축조치를 취하였던 자들과 그 반대자가 얻은 이익간의 조화를 도모할 필요가 있으며, 조기행동에 대한 보상 역시 그 하나의 예라고 할 수 있다.

제 2 절 할당방식

1. 유럽연합의 할당방식

유럽연합에서 탄소배출권의 할당은 3단계로 나누어져 있으며, 1단계와 2단계에서는 회원국에 의해 이루어지는 국가할당이, 3단계에서는 역내 공동으로 이루어진다. 한편, 제1단계 할당에서는 무상할당이 이루어지나 2단계에서부터 일부 량에 대해서 경매가 도입되며, 3단계에서는 경매가 확대된다. 제1단계(phase I)의 경우 배출권의 95%이상을 무상으로 할당하며, 제2단계(Phase II)에서는 배출권의 90% 이상을 무상으로 할당하였다. 독일의 경우에는 무상할당을 원칙으로 하며, 무상할당과 별개로 매년 약 4,000만톤은 유상경매방식으로 판매하도록 하였다.⁷⁾ 그러나 모든 산업에 대해서 일률적으로 무상할당 비율이 동일하게 적용되는 것은 아니며 각 산업별로 무상할당 비율은 달리 적용되었다. 2차 할당기간이었던 2008년부터 2012년 기간 동안 각 산업별 할당비율은 다음과 같다.

7) 환경부, 전계서, 136면

영역	Lignite Power Stations	Black Coal Power Stations	National Gas CHP Stations	Industrial Installations	Small Emitters
무상할당 비율	50%	82%	92%	98.75%	100%

출처 : UmweltBundesAmt(DEHst), Emissions Trading and the responsibilities of the German Emissions Trading Authority, 2010. 7, p. 14

할당에 있어서 이를 무상할당으로 할 것인가 유상으로 할 것인가의 문제는 정책적 선택의 문제로 일견 보기에는 논란의 이슈가 되어 보이지 않지만, 일종의 환경오염권을 무상으로 할당하다는 점 역시 국가의 정책목표 및 유럽연합의 환경보호와 관련한 정책목표와 일부 이념적 측면에서 상충된다는 점에서 논란은 여전히 계속되고 있다.⁸⁾

유럽연합의 탄소배출권 할당방식

구분	제1단계	제2단계	제3단계
기준년도	2002년 기준 평균치	2005년 기준 평균치	연간 1.7% 감축
적용기간	2005-2007	2008-2012	2013-2020
할당방식	무상할당 (grandfathering)	무상할당 (benchmarking) 일부 경매방식 도입 (10%)	경매방식 비중 증가
국가단위 할당	국가할당계획 I	국가할당계획 II	EU 공동
할당기준	과거배출량 기준 및 업종별 성장률 반영	과거설비 : 과거배출량 기준 현재설비 : BAT 기준	유상경매

출처 : 에코시안 리포트, 유럽연합 산업계 배출권 할당방식의 주요특징, 2009. 5.27

8) EuG, Urt. v. 7.3.2013 - T370/11, Art. 10 a der RL 2003/87/EG와 관련하여 판례 참조

2. 독일의 할당방식

유럽연합의 할당계획에 근거하여 독일의 경우 제1단계 및 제2단계에 적용되는 각각의 할당법을 제정하였으며, 이를 근거로 할당이 이루어졌다. 유럽차원의 할당계획 속에서 각 회원국은 국가할당계획을 수립하였다. TEHG 제7조는 “연방정부는 각각의 할당기간에 대한 국가할당계획을 수립한다. 이것은 할당법의 기초가 되며, 동법에 기초하여 할당이 이루어진다. 할당계획은 할당기간 동안 할당될 배출권의 총량 확정 및 배출권의 총량을 배출책임자에게 개별적인 활동에 대하여 할당·부여하는 규율에 관한 내용을 담는다...”⁹⁾고 규정하고 있다.

동 국가할당계획에 의하여 각각 할당기간별 할당법이 제정되며, 아울러 할당될 배출권의 총량 및 구체적인 할당절차가 정해진다. 동 할당계획은 할당기간이 개시되기 전 18개월 전까지 연합에 통보해야 한다. 그러나 이와 같은 할당에 관한 사항은 국민의 권리 및 의무에 큰 영향을 미침에 따라 계획수립절차상의 절차를 따르게 된다. 연방정부 내에서는 예컨대 연방경제기술부 등 관련 부처의 의견을 수렴하고 각 주의 의견을 아울러 수렴한다. 주의 의견이 수렴된 최종안은 유럽연합에 제출하기 전에 연방관보에 고시 및 6주간 연방환경부 홈페이지에 공시하고 일반의 의견제출 절차를 밟게 된다.¹⁰⁾

9) 환경부, 전게서, 126면에 해당 조항의 번역되어 있는 바, 이를 따랐으며 원문을 참조하여 그 일부 보완·수정하였다. 이하 제8조도 마찬가지이다.

10) 환경부, 전게서, 127면 “TEHG 제8조(계획수립 및 고시절차) (1) 연방환경부는 정부에서 결정된 제2차 및 이후의 각 할당기간을 위한 할당법안을 주의 의견을 청취한 후 늦어도 제3항에서 정한 시점으로부터 3개월 전에 연방관보에 고시하여야 하며, 6주간 연방환경부의 인터넷 홈페이지에 게시하여야 한다. 인터넷 게시기간 3일 후까지 누구든지 법안에 대한 의견을 개진할 수 있다. 제2문에서 정한 기간 내에 개진된 의견은 고려되어야 한다. (2) 연방환경부는 제7조 제1문에 의한 결정에 연방경제기술부의 동의를 받아 제9조의 할당결정을 가정하여 각각의 활동에 예견되는 할당량을 명시하는 목록을 덧붙일 수 있다. (3) 제2항의 목록을 포함한 두 번째 및 그 이후의 할당기간 동안의 할당계획은 각각의 할당기간의 시작 18개월 전에

독일의 할당목표는 2012년까지 1990년 대비 총 온실가스 배출량의 21%를 감축하고, 2020년까지 1990년 대비 총 온실가스 배출량의 40%를 감축하는 것으로 예정하고 있다. 1기의 경우 무상으로 배출허용량의 100%를 분배하고, 2기 동안 독일은 각 영역별 허용량의 100%를 무상으로 배분할 계획이다. 1기 동안 독일국가할당계획은 특정한 산업과 시설을 포함하는 바, 1기의 대상은 에너지와 산업부분에 해당한다. 할당분량의 산정방식으로는 배출권 거래제 도입시점인 2005년을 기준으로 하여 5년 전부터 2년 전까지 당해시설이 배출한 평균온실가스 배출량에 배출계수를 곱하여 산출한다. 여기에서 배출계수는 제1차 할당기간에는 0.9709, 제2차 할당기간에는 0.9875로 산정되었다.¹¹⁾ 이는 기존의 배출량 대비 각각 97.09%와 98.75%의 할당을 의미한다. 이때 신규시설이나 시설확장이 있었던 경우에는 예외적 요소를 고려하여 산정하였다. 이러한 할당계수의 적용은 탄소배출권 거래제도 자체가 기존의 배출탄소량을 감축하는 것을 목적으로 하는 것을 반영한 것으로서, 사업자의 입장에서는 기존 배출량보다 적은 량임에 따라 가급적 가장 많은 할당을 받으려고 하지만, 실제 할당은 기대치보다 적게 이루어지게 되어 분쟁의 주요한 원인이 되기도 하였다.

독일의 1차, 2차, 3차 할당기간동안의 할당방식

구분	제1차	제2차	제3차
기간	2005-2007	2008-2012	2013-2020
독일의 할당 총량(연간)	499 Mio. ton	452 Mio. ton	EU 집행위 할당/연간 1.74% 감축
참가시설	1,850 에너지 및 산업시설	1,650 에너지 및 산업시설	1,820 에너지 및 산업시설

유럽공동체의 집행위원회와 회원국에 통보되어야 하며, 늦어도 이 시점에는 연방공보와 인터넷에 게시되어야 한다.

11) TEHG 제6조 제1항

구분	제1차	제2차	제3차
할당방식	grandfathering 에 기반한 무상 할당	benchmarking 에 기반한 무상 할당	기본방식 : 경매/ 무 상 할 당 비 중 은 2013년 80%에서 2020년 30%, 2027년 0%

출처 : UmweltBundesAmt, European Emissions Trading in 2013-2020, 2013.1, p. 1

이러한 할당의 기본적인 외연은 당연히 유럽공동체법의 적용을 받는다. TEHG 제9조 제1항은 국가할당계획 및 집행이 유럽공동체법상의 규율을 받고 있다는 점을 정하고 있는 바, 온실가스배출시설운영자는 유럽공동체지침(2003/87/EG) 제10a조 제1항부터 제5항, 제7항 그리고 제11항부터 제20항에 의하여 무상으로 배출권을 할당받을 수 있음을 규정하고 있다.¹²⁾ 그리고 제3항에 근거하여 행정청은 임시할당량을 산정하고 법률에서 정한 바에 따라 연방관보 등을 통해 잠정할당량을 공개하고 리스트를 유럽집행위에 보고한다. 아울러 지침은 할당량의 결정과 동 결정에 대한 법적구제절차가 마련되어야 함을 정하고 있다.

제 3 절 할당의 절차 및 관할행정청

할당법 2012(ZuG 2012 : Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012)상의 할당의 절차 및 조직법적 측면에서 관할 행정청에 대해 살펴보면 다음과 같다.¹³⁾

12) Richtlinie 2003/87/EG über ein System fuer den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft im Sinne der projektbezogenen Mechanismen des Kyoto-Protokoll / Richtlinie 2004/101/EG

13) 이에 대해서는 환경부, 전계서에서 잘 정리해두고 있는 바, 이를 참조하여 요약

1. 할당의 신청

배출책임자가 관할관청에 서면으로 신청하며, 서면 신청은 전자적 방식에 의한 신청을 포함한다.(TEHG 제4조 제2항) 신청기간은 ZuG 2012 발효 후 3월 이내이다.(법 제14조 제1항) 만약 동 시설이 새로운 시설인 경우에는 시설의 가동 전 까지 할당신청을 완료해야 한다.(법 제14조 제2항) 해당 배출시설 및 사용기술, 온실가스 배출을 야기시키는 원자재와 부자재, 계획된 감시와 보고를 위한 관련 조치 등의 내용이 신청서에 포함되게 된다.¹⁴⁾ 한편, TEHG 제9조 제2항 역시 신청에 관한 사항을 정하고 있는 바, 할당을 위해 할당의 내역이 연방관보에 게재되기 최소 3개월 전에 신청서를 제출하여야 하며 관보게재는 할당에 관한 법규명령(Verordnung) 제10조에 의해 이루어지게 된다. 기간을 도과한 신청에는 무상할당이 실시되지 않는다. 할당의 신청시에는 필요한 서류들이 함께 첨부되어야 한다. 서류에 적시된 해당 요건의 충족여부는 담당전문기관에 의해서 인증을 거치게 된다.

2. 할당신청서의 검증과 할당사항의 공표

유럽연합의 할당지침에 따르면, 환경평가인은 할당신청상의 기재내용을 확인하고, 관할 행정청은 할당기간 시작 이전까지 할당에 관한 사항을 결정하여 공표한다. 관할 행정청은 동일한 사업장 내의 하나 이상의 시설에 대하여 배출허가를 발급할 수 있으며, 허가시에는 회사의 명칭, 주소, 시설의 운영과 배출에 관한 사항, 모니터링 방법 및 빈도, 보고요구사항, 배출권 반납의무사항들을 기재하도록 의무화하고 있다.¹⁵⁾ 동 허가는 만약 시설의 성격 또는 기능의 변경 및 확장이 있

정리하고 법률 원문을 찾아 이를 수정·보완하였다. 자세한 할당공식에 대해서는 동 자료의 50-52면 참조할 것.

14) Art. 5, Directive 2009/29/EC

15) Art. 6, Directive 2009/29/EC

는 경우 이를 관할 행정청에 보고하고 허가를 갱신하도록 하고 있다.¹⁶⁾

이러한 유럽연합지침상의 이와 같은 배출허가에 관한 사항은 TEHG 제4조 및 제5조 등을 통해 국내법화 되었는데, 제4조 (배출허가) 제1항은 이 법에 규정된 활동으로 인한 온실가스의 배출은 허가를 요한다. 제2항은 허가는 배출책임자가 자신의 활동에 기인한 배출에 대하여 조사하고 이를 보고하는 것을 요건으로 한다. 매년 해당 시설물은 전년도 배출량을 다음해 3월 31일까지 연방환경청 내 배출권거래국에 제출해야 하며, 4월 30일까지 배출량에 상응하는 탄소배출권을 제출하여야 한다. 이를 위반한 경우 배출권당 일정금액을 곱하여 벌금을 부과하게 된다. 이러한 제재조치에 대해서는 이의신청과 취소소송으로 대응할 수 있다. 그러나 배출권거래제도의 시작 이후 이러한 의무 위반과 제재는 점점 줄어들고 있으며, 각 사업장 역시 새로운 제도에 적응해가는 모습을 보이고 있다.

보고 및 배출권 제출의무 위반에 대한 제재건수 추이

연도	2005	2006	2007	2008
건수	180	58	32	21

출처 : UmweltBundesAmt(DEHst), Emissions Trading and the responsibilities of the German Emissions Trading Authority, 2010. 7, p. 15

할당의 신청은 2차 할당의 예를 들면, 할당법 2012 제14조에 의하여 발효 후 3개월 이내에 신청해야 하며, 새로운 시설의 경우 시설가동 전까지 할당을 신청해야 한다. 신청서에 대해서는 환경평가인이 신청서를 검증하고 관할관청은 할당기간 시작 이전까지 할당에 관한 사항을 결정하고 이를 공표하여야 한다. 할당시기는 매년 2월 28일까지이다.

16) Art. 7, Directive 2009/29/EC

TEHG 제5조는 배출조사 및 보고를 배출허가의 요건으로 하고 있다고 정하고 있는 바, 이의 법적성격이 부관으로서의 성격을 지니고 있는지, 허가사항에 대한 사후적 규제로서의 기능을 하고 있는지에 대해서 견해가 갈릴 수 있다. 배출조사와 보고는 허가의 존속을 유지하기 위한 결합적 요소라고 할 수 있으므로 특정목적에 위해 목적 또는 원인관련성하에 관련성을 유지시키는 부관과는 그 성격 면에서 차이를 보인다고 할 수 있다. 따라서 이는 사후규제의 요건을 정한 것으로 볼 수 있으며, 일단 허가의 효력은 발생하되 사후규제적 요건을 미준수할 경우 그때부터 이를 해지할 수 있는 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

3. 할당관청

할당관청은 분쟁해결절차에서 심판 또는 소의 상대방이라는 점에서 누가 관할(권한있는) 행정청(zuständige Behörde), 즉 주무관청인가를 명확히 구분할 필요가 있다. 우리의 경우에는 큰 문제가 없으나, 독일의 경우 연방과 주(州)간의 주도적 권리 및 잔여적 권리 구조를 통한 권력의 분점을 이루고 있어 이를 구분하는 것이 필요하다.

TEHG 제20조는 행정관할에 대해서 정하고 있는 바, 제4조(허가)와 제5조(허가에 대한 사후규제 및 제재)의 집행을 위한 관할 행정청이 만약 연방오염방지법 제4조 제1항 3문에 의한 주의 허가를 요하는 시설인 경우에는 주법에 의하여 권한이 있는 관청이 이를 관장한다. 그리고 이와 같은 특정한 경우 이외에 일반적으로는 연방환경청이 이를 관할한다. 할당법(ZuG) 2012 제23조는 “이 법에서 관할관청이라 함은 온실가스 배출권거래에 관한 법(TEHG) 제20조 제1항 제2문의 관청을 의미한다.”고 정하고 있어 연방환경청(UBA)이 그 관할 행정청임을 밝히고 있다. 그러나 실제적으로는 연방환경청 내에 설립된 2060년까지의 한시적 조직인 배출권거래국(DEHst)이 할당절차와 관련된 행정업

무를 처리하고 있어 양자 모두가 관할 행정청이라고 할 수 있다. 연방환경청(배출권거래국)은 탄소배출권의 할당과 거래에 관한 권한을 가진다. 다만 이미 언급한 바와 같이 연방오염방지법상 주행정청이 가지던 권한을 침해할 수는 없다.

4. 예비분의 확보

배출권의 할당에 있어 연방환경청(배출권거래국)은 당해 배출권을 전액할당하지 않으며, 신규진입자를 위한 할당¹⁷⁾을 고려하거나 정책적 이유에 따른 특정산업에 대한 배려¹⁸⁾ 또는 배출권 거래제 시행을 위한 행정소요비용을 충당하기 위한 목적으로 일부를 유보하여 사용하게 된다. 독일의 제2기 할당의 경우 할당법 제5조에 근거하여 총할당량의 초과대응, 비용소요충당 등의 목적으로 매년 2천3백만 톤을 예비분으로 확보한 바 있다.¹⁹⁾

예비분의 과소비측은 신규진입자에게 충분한 할당량을 배정할 수 없다는 문제가 있으며, 이는 헌법상 보장되는 경제적 기본권에 대한 침해를 야기시키며, 시장경쟁적 측면에서도 경쟁제한적 상황을 조장한다는 점에서 분쟁의 대상이 될 수 있다. 물론 예비량을 어느 정도 수준까지로 할 것인가의 여부는 미래예측적 판단여지(Prognosenspielraum)의 문제이며, 여기에서는 사법심사가 자제될 수 있다.

17) Art. 11, Directive 2003

18) Art. 3f, Directive 2009

19) ZuG 2012 제5조 (환경부, 전게서, 150면에 따름) “(1) 매년 2천3백만의 권한은 2008년부터 2012년까지의 할당기간을 위한 예비분으로 보유된다. (2) 예비분은 제3항의 유보아래 다음 청구의 이행을 위한 것이어야 한다 : 1. a) 제9조의 새로운 시설물에 대한 b) 청구가 할당절차에 따라 적법하게 이루어지고, 이 청구가 본래 할당량을 넘는 경우에 있어서의, 권한의 할당 및, 2. 할당법 2007(ZuG 2007) 제6조 제3항 제2문에 의한 권한의 이전. (3) 배출권거래에 관하여 연방이 부담하는 업무로 인해 연방에 발생한 비용은 2008년부터 2012년까지의 할당기간 동안 권한의 양도를 통해 예비분으로 부담된다. 제21조는 준용된다. 행정비용의 정산은 이에 영향을 미치지 않는다.”

신규진입자를 위한 예비분인 일반적인 리저브와 달리 추가적인 할당 판결이 이루어지는 경우 이러한 소송수요에 대응하여 국가는 예비량을 보유해야 할 필요가 있다. 즉 독일 행정절차법(VwVfG) 제48조에 따른 경우, 할당의 과정에서 위법이 발견되면 절차에 따라 해당 행정행위는 취소되어야 하며, 이러한 취소는 기속력에 의해 반복금지의무 및 재처분의무를 수반하게 되기 때문이다. 물론 이미 언급한 바와 같이 배출권 예비량과 관련하여 국가는 할당법에 근거하여, 예컨대 할당법 2007의 경우 할당법 제6조 제1항과 제2항을 두고 있으나, 이러한 리저브의 경우에도 소위 소송의 결과로 필요한 리저브의 개념을 함께 가질 필요가 있어, 이를 ‘소송 리저브(Prozessreserve)’라고 부르기도 한다.

5. 조기 행동(early action)의 고려

조기행동의 문제는 탄소배출권 거래제도 시행이전에 배출권 감소노력을 제고한다는 점 때문에 할당량의 편성에 있어서 조기행동사항을 고려할 필요가 있다. 독일은 무상할당에 있어서 이행계수를 1미만으로 하였지만, 1993년 이후 기존시설의 개선을 통하여 조기행동을 실시한 시설에 대해서는 이행계수를 1로 하여 배출량을 산정하고 있다. 그러나 배출량이 감소한 경우라도 생산감소로 인한 배출량의 감축, 법적의무의 이행으로 인한 시설개선이 이루어져 배출량이 감소한 경우는 자발적인 조기행동이 아님에 따라 이를 인정하지 않고 있다.²⁰⁾ 그러나 조기행동분에 대한 고려는 무한정이지 않으며, 시설개선이 이루어진 시점으로부터 12년까지만 인정하고 있다.

20) 독일에서의 조기행동이 인정되는 기준으로는 1994년까지는 7%이상 감축한 경우를 조기행동으로 인정하고, 1995년까지는 8%이상, 1996년까지 9%이상 감축, 1997년까지 10%이상 감축, 1998년까지는 11%이상 감축, 1999년까지는 12%이상 감축, 2000년까지는 13%이상 감축, 2001년까지는 14%이상 감축, 2002년까지는 15%이상 감축된 경우 이를 인정하였다.

6. 경영곤란(Härtefall)조항의 적용

경영곤란을 이유로 한 추가적인 할당이 가능한 경우는 두 가지로 나눌 수 있다. 할당법 2012를 기준으로 할 때 할당법 제6조 제6항에서 규정하고 있는 시설운영상 비정상적인 이유에 의한 경제적 위기를 겪게 되는 상황과 제12조에서 규정하고 있는 특별한 경우로서 생산량이 기준년도에 비해 10% 이상 증가하여 경영상 곤란을 겪는 경우이다. 그리고 후자의 경우에는 그 추가적인 할당을 할 수 있는 총량이 1.6 Mio. 톤으로 제한되어 있다. 그리고 추가적인 할당이 그 상한을 초과할 경우에는 기존에 추가할당분에 대해서 이를 비례적으로 삭감할 수 있도록 하고 있다. 따라서 추가적인 할당과 문제되는 것들은 대부분 제6조 제6항에 의한 경우가 아닌 제12조에 의한 것들이다.

할당법 2012하에서는 73건의 추가적인 할당이 신청되었으나, 그 중 39건만이 추가할당이 이루어졌으며, 추가 할당분은 총 470,000 배출권에 달한다. 할당법 2012 제12조에 의한 할당신청의 사례와 승인된 건은 아래와 같다.

할당법 2012 제12조에 의한 추가할당의 신청과 승인

영역	신청건수	승인건수
Energy Generation	38	15
Natural Gas Compressor	3	2
Steelworks	4	2
Cement	4	3
Lime	2	1
Glass	5	3
Mineral Fibre	3	3
Ceramics	3	3

영역	신청건수	승인건수
Paper	11	7
Total	73	39

출처 : UmweltBundesAmt(DEHst), Emissions Trading 2008-2012 : Allocation of Certificates for the Second Trading Period - Press Briefing on the Allocation of Emission allowances 1,625 Installations, p. 18

할당법 2007에 의한 경영권관조항의 적용

적용법조	승인	추가할당량(톤)
제7조 제10항	26	1,257,979
제7조 제11항	9	1,626,472
총계	35	2,884,451

출처 : UmweltBundesAmt(DEHst), Emission Trading - Evaluation of the First Trading Period 2005-2007, 2009.1, p. 33

7. 연방오염방지법(BImSchG)과의 관계

우리 환경법상의 대기환경법 및 수도권 대기환경개선에 관한 법률 역시 기존 대기오염물질의 배출권한을 부여하고 있는 바, 이처럼 기존에 존재하고 있는 대기오염물질의 배출을 규정하고 있는 법률과 할당과의 관련성이 문제될 수 있으며, 이는 기존 법률상의 배출구조가 새롭게 적용되는 할당체계에서도 활용될 수 있는가의 문제이다. 독일의 경우 연방오염방지법은 이미 오염물질에 대한 배출허가제를 시행하고 있으며, 탄소배출권의 할당과정에서 기존 연방오염방지법에 의해 배출허가를 받은 경우 이를 기준으로 해당 시설물에 배출권을 할당하고 있다.²¹⁾

21) Walter Frenz, Emissionshandelsrecht-Kommentar zum THEG und ZuG, Springer,

독일의 온실가스거래제법(TEHG) 상에서도 역시 연방오염방지법상 오염물질의 배출허가를 받은 경우에는 탄소배출권의 배출허가 있는 것으로 간주한다. 구 TEHG 제4조 제6항은 연방오염방지법 제4조의 허가를 요하는 시설에 대한 오염방지법상의 허가는 탄소배출권 할당 시설로 간주하는 규정을 두고 있었다. 이는 온실가스배출시설이 연방오염방지법상의 오염물질 배출허가 시설과 중첩하고 있어 별도의 허가를 득하도록 할 경우 중복규제로 인한 불편을 가중시킬 수 있다는 점을 고려한 것이다.²²⁾ 그러나 할당과 관련하여 연방오염방지법에 의해 통합적으로 배출허가를 받은 시설들이 각 개별사업장별로 별도 할당을 신청하였다가 거부된 사건과 관련하여 동 규정은 보다 명확하게 개정되었으며, 현재 TEHG 제4조 제4항은 연방오염방지법의 규정에 의하여 2013년 1월 이전에 허가를 받은 시설의 경우에는 TEHG 상의 배출허가를 받는 시설로 보며, 제1항에서 규정하고 있는 특별한 요건을 충족한 경우에만 분리하여 할당을 받을 수 있음을 정하고 있다.

한편, 연방오염방지법 제5조 역시 TEHG와의 관련성을 규정하고 있는 바, 제5조 제1항과 새로 추가된 제2문에서 4문까지는 양자의 관련성하에서 시설운영자의 의무를 정하고 있다. 연방오염방지법 제5조 제1항 1문 제2호는 허가배출시설을 규정하고 있으며, 이들 시설은 TEHG의 관련규정에 근거하여 온실가스배출에 대해서도 적용된다. 결국 온실가스를 배출하기 위해서는 TEHG와 연방오염방지법상의 규정 양자를 충족시켜야 하며, 권리구제와 관련하여 양법 모두 행정청의 허가(Genehmigung)²³⁾을 필요로 하는 바, 이에 대한 허가를 받지 못한 경우에는 행정소송을 통해 권리구제를 받을 수 있다.²⁴⁾

2008, S. 300

22) 환경부, 전게서, 110-111면

23) 독일어 Genehmigung의 경우 원문의 의미에 따르면 허가보다는 인가에 가까운 의미이나, 독일의 경우 역시 우리나라에서의 허가, 인가, 특허의 강학상 용어 혼란과 마찬가지로 Genehmigung, Erlaubnis 등이 혼재되어 사용되고 있다. 여기에서는 제도의 취지와 문언의 내용을 감안하여 허가로 번역 사용한다.

제 4 절 할당에 있어서 행정절차의 적용과 이의신청(Widerspruch)

할당은 TEHG 제9조 제4항에 의해 행정절차법상의 절차를 따르게 된다. 행정절차법은 별도의 특별법에서 고유의 절차를 규정하고 있는 경우 이에 따르나, 이미 언급한 바와 같이 현재 TEHG가 별도로 명문의 규정으로 정하고 있지 않는 한, 행정절차법을 따르도록 하고 있어 동 절차를 준수하지 않은 할당처분의 경우 절차법 위반으로 위법을 구성하게 된다. 그러나 해당 위법사항은 절차법상의 절차위반임에 따라 행정청이 절차를 지켜 재차 동일한 할당량을 부과한 경우에는 해당 처분은 유효한 것으로 할당량 자체에 대한 불복이 있는 경우에는 할당처분의 과정에서 실체법 위반 및 재량권의 일탈남용이 쟁송의 대상이 된다.

현재 할당에 대한 이의신청은 그 기간을 1월로 정하고 있으며, 기산일은 해당 결정이 당사자에게 통보가 되는 시점부터이다. 통상의 행정심판에 비해 비교적 짧은 이의신청 기간을 둔 것은 할당의 지체를 방지하고 배출권 할당을 조기에 정착시키기 위한 의도로 보인다. 통상의 경우 전산망에 의한 통보가 이루어지는 바, 당사자의 전산망에 도달한 시점부터 기산된다. 불복의 방식에는 특별한 형태의 제한이 있지는 않으며, 전산방식을 통한 불복, 그리고 서면에 의한 불복을 통해 제기할 수 있다. 물론 불복의 이유로 관련 증빙이 제출되어야 한다. 불복서면의 통상적인 표현은, 예컨대

“Hiermit legen wir gegen Ihren Zuteilungsbescheid vom 20. Dezember 2004 Widerspruch ein. Die Begründung des Widerspruchs werden wir nachreichen.”

24) 이에 대한 판례로는 BVerwG, Urteil vom 30.6.2005 - 7 C 26/04 - NVwZ 2005, 1178ff.

“2004년 12월 20일에 있는 귀 기관의 할당통보에 대해서 불복합니다.” (추후 불복의 이유가 제시되는 경우) “불복의 이유에 대해서는 추후 제출합니다.”

TEHG 제12조는 일종의 행정심판(Vorverfahren) 절차에 해당하는 이의신청절차를 규정하고 있음으로써 소송전 권리구제방법을 정하여 두고 있다. 독일의 행정심판제도는 행정법원법 제69조 내지 제73조, 그리고 행정절차법 제79조²⁵⁾에 근거를 두고 있으며, 그 종류로는 취소심판과 의무이행심판을 두고 있다. 따라서 TEHG상의 이의신청을 일종의 행정심판절차로 볼 때 취소심판과 의무이행심판 양자가 가능함에 따라 이를 통해 권리구제가 가능하다. 그런데 이와 같은 이의신청을 특별행정심판 기능으로 볼 때 필요적 전치인가 아니면 임의적 전치인가가 문제될 수 있다. 왜냐하면 독일의 행정심판제도는 원칙적으로 필요적 전치를 취하고 있기 때문이다. 필요적 전치인지의 여부는 TEHG 상에도 명확히 나타나 있지 않다. 그렇다고 해서 행정심판의 원칙인 필요적 전치주의로 단정짓기 어려운 것이 실제로 최상급 연방 또는 주의 행정청의 행정행위에 대해서는 행정심판을 거치지 않도록 되어 있으며, 아울러 연방 또는 주의 각 개별법령에 필요적 전치의 예외를 다수 두고 있기 때문이다.²⁶⁾

이의신청 절차 그리고 나아가서 소송을 통한 권리구제 절차와 함께 검토해야 하는 것이 TEHG 제11조상의 할당결정의 심사와 제15조상의 할당취소에 따른 반납의무의 이행이다. 할당결정 즉 오염배출허가가 적법 및 정당하게 이루어져 있는가를 확인한 후 이를 기반으로 반환의무가 발생하게 된다.

25) 행정절차법 제79조(행정행위에 대한 권리구제, Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte)
“행정행위에 대한 정식의 권리구제에 대해서는 법률에 특별한 규정이 없는 한, 행정법원법과 동 법의 시행을 위해 제정된 법규를 적용한다. 그 이외의 경우에는 동 법의 규정을 적용한다.”

26) 황해봉, 독일의 행정심판제도(I), 법제 2004. 1, 59면

제11조는 관할 행정청은 할당절차안에서 이루어진 할당결정을 이의 신청이 없이도 해당행정청이 사후적으로 이를 검토할 수 있으며, 시장에서의 경쟁제한적 부작용의 발생여부도 고려요소에 포함된다. 이러한 사후적인 요소(ex-post facto)를 통한 검증은 각 배출시설이 제출한 배출량 평가상의 오류 등으로 인하여 실제 생산에 필요한 배출량보다 과도 또는 과소하게 할당된 경우를 방지하기 위함이며, 한정된 재화의 효율적 사용을 위한 조정의 과정이라 할 수 있다. 조정대상 그룹은 6개로 첫째, 할당법 제7조에 의한 옵션률의 적용에 따른 신규진입자와 동일한 적용을 받은 기존사업장, 둘째, 과거 배출실적 데이터와 부합하지 않는 생산능력, 셋째, 경영곤란조항을 적용받은 사업장, 넷째 신규시설과 확장시설, 다섯째, 열병합(CHP)생산시설에 대한 추가할당분, 여섯째, 폐쇄된 사업장으로부터 할당량을 이전받은 시설이 그 대상이다.²⁷⁾

사후검토의 결과 부적법한 할당의 경우 이를 취소(Aufhebung)할 수 있으며, 이러한 취소는 후에 살펴보는 바와 같이 배출권 할당분쟁과 관련한 사례를 구성하고 있다. 취소권이 행사된 할당량에 대해 이를 반납하지 않을 경우에는 최고 500,000유로의 강제금(Zwangsgeld)이 부과된다. 그러나 반납되지 않은 배출권의 할당분과 강제금의 수준이 비례적 함수로 대응하지는 않는다. 따라서 이러한 강제금의 부과 목적은 반환되지 않은 배출권의 가치를 충족하기 위한 것이 아니며, 의무 이행을 간접적으로 강제하기 위한 수단이라고 할 수 있을 것이다.²⁸⁾ 한편, 동 조항은 ‘할 수 있다(kann)’로 이를 표현하고 있어 이러한 사후적 검토의 여부는 행정청의 재량영역에 속한다고 할 수 있다. 사후적인 검토를 통해서 행정절차법 제48조에 의한 위법한 행위의 취소와 제49조상의 적법한 행위의 철회가 적용되게 된다.

27) UmweltBundesAmt, Emission Trading - Evaluation of the first tradig period 2005-2007, 2009.1, pp. 37-38

28) Walter Frenz, a.a.O., S. 292, 296

이 경우 빈번하게 문제가 되는 것이 행정절차법 제48조 제2항에서 규정하고 있는 신뢰보호의 원칙(Vertrauensschutzprinzip)과의 관계이다. 그러나 탄소배출권의 할당에 있어서는 신뢰보호의 원칙에 따른 권리구제가 제한적으로 이루어지는 것으로 해석되고 있다.²⁹⁾ 즉, 헌법적 원칙 중 비례의 원칙은 탄소배출권 할당과 관련하여 매우 강하게 작용하는 원칙인 반면, 신뢰보호의 원칙은 온실가스감축이 가지는 공공적 성격과 공기라는 공동의 재화에 대해 사익이 가지는 이익이 공공의 이익보다 큰 경우를 찾아보기 어려우므로 이를 제한적으로 인정하고 있는 경향이 있다.³⁰⁾

이상과 같이 행정청의 검토절차를 둔 것은 할당의 방식이 매우 기술적이고, 비교적 넓은 범위의 전문적인 판단이 있어야 한다는 점, 그리고 향후 탄소배출권의 동향 및 산업투자 동향을 종합적으로 판단하여 미래예측적 고려까지를 포함해야 한다는 점에서 행정청의 사후검토를 포함시킨 것으로 보인다. 따라서 행정청의 할당검토에 따른 할당량 조정에 대해서는 일부 신뢰보호의 원칙을 제한하고 있는 것으로 해석되나, 구체적인 경우에는 결국 소송을 통한 법원의 결정에 의해 해석되어야 하는 문제이다.

한편, 이의신청을 통한 불복에 포함되어야 할 사항은 두 가지로 나눌 수 있는 바, 하나는 사실관계의 오인의 문제이며, 또 다른 하나는 잘못된 규정에 근거한 할당이다. 첫째의 경우, 과거 실적의 잘못된 산정 또는 인정에 기인하는 경우가 대부분이며, 후자의 경우에는 각 개별 산업 등에 적용되는 기준을 잘못 적용한 경우가 해당된다. 불복과 관련한 근거의 제출 역시 불복 제기기간인 1월 이내에 반드시 제출되어야 하는가가 문제된다. 이의신청은 1월 이내에 이루어지되, 관련 근

29) Walter Frenz, a.a.O., S. 293, 295

30) Matthias Diehr, Rechtsschutz im Emissionszertifikate-Handelssystem, Duncker&Humblot, 2006, 242

거 증빙 역시 1월 이내에 제출하여야 하는가이다. 그러나 관련 법령은 이에 대해서 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 유추컨대, 행정법원법 제75조상의 기간에 대한 규정을 비추어 볼 때 3개월의 시간이 도과되도록 응답이 없는 경우에는 부작위위법확인소송의 제기가 가능하거나, 의무이행소송의 제기가 가능하도록 하고 있어 이를 고려하여 그 제출기간은 다소 탄력적으로 운용될 수 있을 것으로 보인다.

한편, 명확한 근거없이 행하여지는 이의신청의 남발을 막고 행정손실을 방지하기 위하여 추가적인 업무처리비용의 보전명목으로 일정한 비용(gebühre)을 부담시키고 있다. Kostenverordnung zum Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz und zum Zuteilungsgesetz 2007의 예를 보건데, 그 비용은 각각의 사안별로 다른 바, 할당량의 불복에 대한 경우 약 50유로에서 최대 4,000유로까지의 비용을 부담해야 한다.³¹⁾ TEHG 제 22조 제2항의 경우도 “할당결정 및 보고의무 불이행에 대한 벌금 또는 과태료의 결정 등에 대한 이의신청이 전체 또는 부분적으로 기각된 경우에는 지출된 행정비용에 상응하여 50유로 이상 2,000유로 이하를 비용으로 청구할 수 있으며, 단 이의가 제기된 후에 절차의 종료 전에 철회된 경우에는 청구비용의 25% 이상을 감면”하도록 하고 있다.³²⁾ 그러나 동 수수료의 부과와 관련하여 과다하게 산정된 수수료 자체에 대해서도 불복이 발생할 가능성이 있으며, 실제로 행정청으로부터 부과되는 수수료의 과다를 이유로 한 소송³³⁾이 제기된 바 있다.

31) www.emissionsrechthandel.de/services2.html (2013.4.28 방문)

32) 할당법(ZuG) 2007 제23조 참고

33) OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. 11. 2005 - 12 S 9/05

제 5 장 소송을 통한 할당분쟁의 해결

제 1 절 할당관련 분쟁 가능 분야

할당분쟁으로 인하여 소송이 제기된 경우는 예컨대, 제1차 할당기간의 경우 배출권거래국에 의해 할당이 이루어진 1,849건 중 805건에서 소송이 제기되었다. 분쟁대상은 첫째, 과소할당과 경쟁자에 대한 과대할당, 둘째, 사업장 신·증설 등 고려요소의 반영거부, 셋째, 허위보고 등으로 인한 할당의 취소와 할당취소기준의 위법, 넷째, 배출권 이전 시 정부의 승인을 요건으로 하는 경우, 배출권 이전 승인의 거부, 다섯째, 경쟁자에 대한 할당이 자신의 사업장 보다 과대하다는 전제하에 해당 경쟁자의 신청내용에 대한 정보공개청구와 그의 거부, 여섯째, 할당량을 초과한 배출에 대한 초과배출부과금의 산정 및 부과, 일곱째, 관련 행정상 의무위반에 대한 과태료 부과처분에 대한 불복으로 나누어 볼 수 있다. 비록 많은 소송이 제기되었고 지루하고 복잡한 법리논쟁이 있었지만, 이러한 소송을 통한 분쟁해결은 배출권 할당과 관련한 수많은 법령해석상의 통일성을 기하고 문제되는 이슈를 정리함으로써 탄소배출권제도의 정착에 기여했다는 평가를 받고 있다. 제도의 정착에 있어 판례의 역할을 볼 수 있는 부분이다.

할당관련 분쟁의 유형 및 내용과 특징

분쟁유형	분쟁내용	분쟁해결 기관	특징
할당량	과소할당	UBA(DEHst) 행정법원	
할당량	경쟁자에 대한 과대할당	"	경쟁자소송의 가능성
할당량	조기행동 인정	"	조기행동 인정기준 및 인정결 과에 대한 소송

제 5 장 소송을 통한 할당분쟁의 해결

분쟁유형	분쟁내용	분쟁해결 기관	특징
할당량	배출권 변경	''	사업장의 신증설에 따른 배출권 할당량의 추가할당
영업제한	배출권 취소	''	허위보고 등으로 인한 배출권 취소
영업제한	사업장 폐쇄	''	배출허용량 초과 후 시정명령 위반
배출권 이전	이전에 대한 행정청의 불허	''	배출권 이전을 행정청의 승인 사항으로 할 경우 승인처분 거부에 대한 소송
정보공개	공공기관 보유 정보의 공개	''	경쟁자 관계에서 행정청이 가지고 있는 정보의 공개 청구 거부시
부과금 부과	초과배출부과금의 부과	''	부과금의 액수/부과일의 기산
과태료 등 부과	행정상 의무위반에 대한 부과	''	
비용부과	배출권 할당관련 비용부과	''	

독일 연방환경청(배출권거래국)이 발표한 제1차 할당기간 평가보고서에 따르면 소송의 형태를 다음과 같이 구분하고 있다.

유형	내 용
유형1	TEHG Appendix 1에 적시하고 있는 탄소배출활동의 유형에 따른 시설물 구분과 그 적용에 대한 불복
유형2	기존시설물에 대한 배출권 할당에 대한 불복
유형3	EHKostV(Emission Trading Cost Ordinance) 2007에 의한 비용부과에 대한 불복

유형	내 용
유형4	정의조항의 해석 및 적용에 대한 불복
유형5	환경정보의 공개와 관련한 청구 및 불복
유형6	배출권거래국이 피고가 아닌 것으로 배출권 관련 지방행정법원, 연방 행정법원, 유럽사법재판소 관할 사건

출처 : UmweltBundesAmt, Emission Trading - Evaluation of the first trading period 2005-2007, 2009.1, pp. 43-44

제 2 절 주요한 소송의 형태별 검토

1. 유럽사법재판소(ECJ) 관할 소송

유럽에서의 특수한 상황으로 각 국가의 할당계획은 유럽연합의 규범에 부합하여야 하며, 이에 위반될 경우에는 해당 국가의 할당계획(NAP)이 유럽사법재판소에서의 소의 대상이 될 수 있다. 통상의 경우 집행위와 회원국가간 분쟁으로 ECJ에 계류된 사안은 국가배출권 총량에 대한 승인, 유럽공동체 지침의 국내법적 변용, 즉 지침(Richtlinie)의 국내법화(Umsetzung) 과정에서 오류 발생을 집행위가 지적한 것에 대한 분쟁이 대부분이다.

탄소배출권거래지침으로 불리우는 유럽공동체의 2003/87지침 제9조 제1항에 의하여 각 회원국들은 각 할당기간이 시작되기 전에 집행위에 국가할당계획(NAP : National Zuteilungsplan)을 작성하여 제출해야 한다. 그리고 이러한 할당계획에는 매년 할당량의 총량과 대강의 할당의 규칙을 포함하고 있다.³⁴⁾ 이러한 국가할당 계획에 대해서 집행위는 해당 계획이 지침에 위반되었다고 판단할 경우, 3개월 이내에 이를 거부하거나 부분적 거부결정을 내릴 수 있다. 이에 대해서 각

34) Martin Burgi, Grundprobleme des deutschen Emissionshandelssystems : Zuteilungskonzept und Rechtsschutz, NVwZ 2004, S. 1162

회원국들은 유럽법원 제1심 재판소(EuG erster Instanz)에 이를 회부하여 권리구제를 받을 수 있다.

하지만 이와 같은 소송보다 중요한 것이 사인(기업)과의 소송이다. 동 사례는 유럽법원에 사인이 직접 제소한 사안으로 주로 유럽전역을 대상으로 하는 유럽기업이 제소한 사안이다. 바덴뷔템부르크의 전력회사인 EnBW와 유럽집행위와의 소송에서 당시 동 회사는 독일의 국가할당계획 I에 대한 유럽집행위의 결정에 대해 불복하여 소송을 제기하였다.

당시 소송(EuG Beschl. v. 30. 4. 2007 - T 387/04) 상의 주요내용을 살펴보면 다음과 같다. 독일 할당법 2007 제10조는 새로운 시설에 대한 할당에 대해 규정하면서 비교가능한 시설과 비교를 통해 할당량을 결정한다는 규정을 두고 있었다. 그리고 이러한 규정은 유럽연합의 지침이 소위 “Übertragungsregel”에 의하여 국내법에 이수된 것이었다. 할당법 2007은 비교대상이 되는 기존시설의 배출기간규정이 시장에서의 경쟁자인 RWE AG에 일방적으로 유리한 결과를 가져왔으며, 반대로 자신에게는 불리한 결과를 가져왔다고 주장하였다. 무엇보다도 RWE는 기존의 구형 전통적인 시설을 사용하고 있는 반면, EnBW는 새로운 현대화된 시설을 사용하고 있으며, 이러한 새로운 시설의 구비는 자발적인 것으로 이에 대해서 국가할당계획 I은 적정한 보상책을 주고 있지 않다는 것이다. 그리고 이를 간과한 집행위의 승인 결정은 공동체법상의 보조금 지침을 실질적으로 위반한 것이라는 주장을 하였다.³⁵⁾

그러나 해당기업이 제기한 이의신청인 추가적인 보정(Ex-post-Korrekturen) 요구에 대하여 유럽집행위는 이를 받아들이지 않았다. 이후 해당 기업은 소송을 제기하였는 바, 유럽사법재판소는 해당 기업이 원고적격의 이슈(견해에 따라 대상적격의 이슈)에 해당하는 법적보

35) Julia Günter / Jörn Schutenhaus, Die Rechtsprechung zum Emissionshandelsrecht, NVwZ, 2007, S. 1142

호이익(Rechtschutzbedürfnis)를 가지고 있지 않다고 판시하였다. 이유는 당시 해당 기업이 주장했던 것은 이행조항의 문제점을 적시한 것으로 이는 해당 소송으로 달성할 수 있는 것이 아니며, 해당 기업은 집행위의 각 개별적 결정에 대해서 이를 다투어야 한다는 것이다.³⁶⁾ 여기에서 우리가 관심을 갖는 것은 유럽연합의 법체계 내지 유럽사법재판소에서의 쟁송법적 요건에 대한 것이 아니라 그 내용상의 쟁점에 관한 사항이다.

2. WTO 규범위반과 관련한 중재재판의 가능성

일국이 특정 산업에 대한 지원을 위하여 해당 산업분야 혹은 해당 산업의 주도적 기업에 대한 과도한 할당이 이루어진 경우 이를 WTO 협정상 보조금 협정위반으로 구성할 수 있느냐가 관건이 될 수 있다. 그러나 통상의 보조금의 경우, 유럽공동체조약 제87조 제1항을 보더라도 보조금의 핵심은 “국가로부터 직접적 또는 간접적 수단에 의한 지원”이 있어야 하며, 중국적으로는 재정상의 부담과 견련성이 있어야 하는 바, 무상으로 할당되는 탄소배출권의 할당은 이러한 후자의 조건을 충족시키지 못하고 있다. 따라서 WTO 협정상 보조금 협정 위반을 구성할 것인가에 대해서는 논란의 여지가 있으나, 중재재판의 가능성은 낮은 것으로 보인다.³⁷⁾

3. 헌법소원

헌법소원을 통해 주요 이슈가 되는 기본권은 독일 기본법 제12조 제1항의 직업영위의 자유(Berufsausübungsfreiheit)와 제14조 제1항의 영업의 자유(Gewerbebetriebsfreiheit) 그리고 제3조 제1항의 평등권

36) Julia Günter / Jörn Schutenhaus, a.a.O., S. 1142

37) Foroud Shirvani, ForoudShirvani, Rechtsschutz gegen Zuteilungsentscheidungen im Emissionshandelsrecht NVwZ, 2005, S. 872-873

(Gleichbehandlung)이다. 그리고 이러한 기본의 침해의 형태는 각각이 별도의 침해를 구성하는 것이 아니라 하나의 문제가 전체 기본권을 통합적으로 침해한다는 점에서 해당 기본권들은 대체로 종합적으로 인용되게 된다.

독일에서 헌법소원의 경우에는 기타 법적 구제수단을 모두 거친 후에 인정되는 소송의 형태로 보충성의 원칙에 따라 통상 행정법원에서 할당처분에 대한 불복절차를 거친 후 연방헌법재판소에 기본권 침해를 이유로 소가 제기된다. 그러나 통상의 경우 기본권의 보호와 공익간의 비교형량이 이루어지는 바, 탄소배출권제도가 가지는 목적을 고려하여 볼 때 개인의 기본권 침해성을 인정하는 사례는 많지 않은 것으로 보인다. 그러나 각각의 판결에서는 기본권 침해성을 인정하지 않더라도 그 과정에서 기본권 침해를 인정할 수 있는 한계와 범위 및 중요고려 요소를 언급하고 있는 바, 이는 참고할만하다. 예컨대 평등권의 침해가 쟁점 중의 하나였던 사례³⁸⁾에서 유럽사법재판소는 평등권의 경우 단순한 평등의 고려가 아니라, 해당 시설에서 사용하고 있는 연료의 종류, 상황이 고려되어야 하며, 아울러 연합차원의 조화된 조치로서 경쟁제한적이거나, 하나의 시설에 우월한 이익을 부여하는 방식의 할당은 지양해야 한다는 점을 밝히고 있다.

아울러 탄소배출권 거래제도가 국제적인 합의와 EU 규범에 입각하여 그 외연과 구조가 정해졌으며, 국내법적으로 이를 준수해야 할 의무가 있지만, 이러한 의무가 국내 헌법적 문제에게 소위 ‘자유통행권’을 주는 것은 아니며, 여전히 헌법적 원칙에 근거한 검토가 필요하고, 새로운 제도의 시행으로 기존에 향유해오던 권리가 제한되는 상황이 발생하는 만큼 구체적인 수단의 집행에 있어서도 헌법적 심사가 이루어져야 함은 꾸준히 지적되어오고 있는 문제이다.³⁹⁾

38) EuG, Urt.v.7.3.2013-T-370/11

39) 탄소배출권의 헌법적 이슈에 대해서는 Lars Diederichsen, Verfassungsrechtliche

사례 : BVerwGE 124, 47; BVerfG ZUR 2007, 579

원고는 시멘트 회사를 운영하는 자로서 기존의 제도 하에서는 연방 오염방지법(BImSchG)에 의한 허가처분에 의해 대기가스를 배출하고 있었는데, 새로운 탄소배출권 거래제도가 시행됨으로써 자신에게 보장되는 권리가 침해되었다고 주장하였다. 당시 원고는 법률상 규정이 별도의 처분을 거치지 않더라도 직접적으로 자신의 기본권을 침해하고 있다는 주장을 하였다. 즉 THEG 제5조(배출조사보고의무)와 제6조 제1항(배출권 반납의무)가 직접적으로 기본법 제14조 제1항상의 재산권 및 기본법 제12조 제1항상의 직업의 자유를 침해하였다고 주장하였다. 아울러 배출권거래제법 제4조 제7항 제1문이 온실가스배출허가 대상시설의 경우 THEG상의 배출조사 및 보고의무, 배출권 반납의무를 연방오염방지법상의 허가요건으로 정하고 있어, 결국 양법의 관계에 의해 자신이 지금까지 누려온 권리가 침해되었다는 것이다.⁴⁰⁾

당시 연방행정법원은 기본권 침해 심사에서 배출권거래제도는 유럽 연합의 2차 규범인 지침 2003/87/EG가 국내법화 된 것으로 이에 대한 기본권 심사의 대상이 되는 기본권은 연합차원의 기본권 해석을 그 기반으로 하며, 그 결과 TEHG상의 허가가 오염방지법상의 허가과 상충되지 않음에 따라 기본권을 침해하지 않았다고 판시하였다. 한편, 원고는 위의 주장과 관련하여 기존에 누려왔던 권리가 새로운 제도에 의해서 침해당한 경우임에도 불구하고 적절한 보상이 이루어지지 않았음을 이유로 보상규정 없는 수용의 개념을 원용하였다. 그러나 공기는 어느 누구의 소유가 될 수 없으며, 이를 보호하는 것이 공공의

Fragen bei der Zuteilung von Emissionsberechtigungen, in Hartmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang Kahl, Andreas Vosskuhle(Hrsg.), Wirtschaft im Offenen Verfassungsstaat, C.H.Beck, 2006 참조

40) 현준원, 전개논문, 363면상의 내용을 정리

이익과 부합하므로 이는 수용이 아닌 적법한 침해라고 판시하였다.⁴¹⁾ 하지만 적법한 침해라 할지라도 침해의 정도에 있어서 비례의 원칙과 과잉금지원칙이 적용되는 바, 제1차 할당기간에는 95% 이상, 제2할당기간 중에는 90%이상 무상으로 할당이 이루어진 점을 고려할 때, 이는 재산권의 내재적 한계 내에 있는 침해에 해당한다고 판시하였다.⁴²⁾

동 사건은 보충성의 원칙에 따라 연방헌법재판소에서 다시 제소되었다. 연방헌법재판소는 역시 탄소배출권을 할당하는 TEHG 제20조상의 권한규정은 헌법에도 합치된다고 판시하였다. 특히 온실가스배출권제의 도입 자체가 수용에 해당하는 효과를 가져오지 않았으며, 재산권의 제한에 있어서도 비례의 원칙을 준수하고 있다고 판단하였다. 그리고 온실가스배출거래제법(TEHG) 역시 직업의 자유와 상충될 여지가 있으나 역시 기본법과 합치된다고 실시하였다.⁴³⁾

이미 언급한 바와 같이 본 사건은 헌법상 보장된 기본권 특히 직업의 자유에 대한 직접적인 침해를 야기함에 따라 기본법 제100조에 의하여 보충성의 원칙의 충족 하에 연방헌법재판소가 개입한 경우이다. 물론 독일의 경우에는 추상적 규범통제도 가능하나 각 할당기간별 할당법 그리고 TEHG 모두 헌법적합성에 대한 심사를 거친 후이므로 해당 할당 법률에 대한 추상적 규범통제의 건은 크게 문제되지 않았다.⁴⁴⁾

4. 행정소송으로의 항고소송⁴⁵⁾

소송의 원인별 유형을 살펴보면, 크게 3가지 측면으로 살펴볼 수 있다. 첫째, 행정청이 할당공식을 잘못 적용하는 경우, 둘째, 행정청이 재량판단을 잘못하는 경우, 셋째, 이의신청을 통한 재결에서 있어서

41) BVerwG, NVwZ 2005, 1178 = NJW 2005, 3736

42) 현준원, 전제논문, 364면상의 내용을 정리

43) BVerfG, NVwZ 2007, 942

44) Walter Frenz, a.a.O., S. 320-321

45) ForoudShirvani, a.a.O.를 요약 정리하였음.

오류이다.⁴⁶⁾ 그러나 할당의 과정이 정형화된 공식에 의해서 이루어져 있다는 점에서 할당과 관련하여 문제가 되는 것이 실제로는 매우 협소한 재량영역이 주어졌음에도 불구하고 행정청의 재량적 고려사유의 적용에서 주요한 문제가 생기고 있다는 점이다. 따라서 계량화되기 어려운 재량적 판단에 대해서 향후 우리의 경우에도 사회적 합의를 기반으로 수용성이 높은 세부적인 지침을 세워두는 일은 분쟁발생을 사전에 방지하기 위해 필요한 부분이며, 매우 중요한 시사점 중의 하나라고 할 수 있다.

(1) 소송의 주요형태

소송대상의 형태는 할당법 자체의 문제와 할당 결정에 대한 문제로 나눌 수 있다. 첫째, 이미 언급한 바와 같이 할당법 자체의 문제로는 헌법위반에 대한 연방헌법재판소의 할당법 조항의 무효화 문제가 있을 수 있다. 둘째, 각각의 할당에 대하여 취소소송(Anfechtungsklage)이나 의무이행소송(Verpflichtungsklage)으로 대응하는 것을 말한다.⁴⁷⁾ 이는 할당결정으로 인해 각 개별 배출시설 운영자의 주관적 공권(subjektive-öffentliche Rechte)이 침해되었음을 전제로 한다. 따라서 배출권 허가를 받은 시설 주변에 거주하는 인근 주민들의 권리침해에 대해서 TEHG 제12조를 근거로 제소는 불가능하며, 연방오염방지법상의 조항에 근거하여 권리구제를 받을 수 있다.

권리구제의 수단으로서 주로 이용되는 것은 취소소송과 의무이행소송으로 그 중 주요한 것이 의무이행소송(Verpflichtungsklage)이며, 실제로도 의무이행소송의 빈도가 가장 높다고 할 수 있다.⁴⁸⁾ 물론 의무이행소송이외에도 취소소송 역시 이용가능하나, 특정량의 탄소배출권

46) Martin Burgi, a.a.O., S. 1167

47) Raimund Koerner / Hans-Peter Vierhaus, Widerspruchsverfahren gegen Zuteilungsbescheid, 2004.12.16, <http://www.emissionsrechtehandel.de/services2.htm>

48) 행정법원법 제40조 제1항

할당을 요구하는 것이므로 별도의 취소소송에 의할 필요없이 의무이행소송을 통해서 권리구제를 받는 것이 보다 효율적일 수 있다. 취소소송과 의무이행소송에 관한 사항들은 행정법원법 제42조⁴⁹⁾ 이하를 따른다. 한편, 의무이행소송과 취소소송의 관계에서 양자를 병합하는 것은 허용되지 않는다.

문제는 제3자와의 관계이다. 즉 경쟁자에 대해 제3자가 취소소송(Drittanfechtungsklage gegen einen Konkurrenten)을 제기할 가능성이 논의될 수 있다.⁵⁰⁾ 그러나 현실적으로 제3자에 대한 할당취소를 구하는 소송은 관철되기 어렵다. 왜냐하면 행정청의 무상할당 자체가 제3자의 권리를 침해하는 것과는 명확한 견련성이 가지고 있지 않으며, 법적 해석에 있어서도 TEHG와 할당법 역시 제3자 보호 규범을 명시적으로 포함하고 있지 않기 때문이다. 따라서 통상의 소송은 제3자의 권리를 취소하는 것이 아닌 단순히 자신에 대한 배출권의 할당을 요구하는 것에 그치게 되는 것이 일반적이다. 이와 관련하여 유럽연합에서 제시한 할당공식에 이미 제3자에 대한 배려를 이미 포함하고 있기 때문에 별도의 제3자 보호규정을 둘 필요가 없었다는 견해들도 제시되고 있다.⁵¹⁾ TEHG 제20조 제3항에 기하여 제3자가 제기한 소송에서 판례의 동향은 탄소배출권의 할당은 행정청과 시설운영자간의 관계에 대한 것으로 제3자의 권리보호를 전제로 하지 않고 있으므로 이에 대해서 소송을 제기한 것에 대해서는 부적법한 소로 판시하고 있다.⁵²⁾

의무이행소송은 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분이나 부작위에 대해서 처분을 할 것을 구할 법적 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 그리고 법원은 당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이

49) 제42조 “소송을 통하여 행정행위의 폐지(취소소송)를 그리고 거부되었거나 부작위하고 있는 행정행위의 발동(의무이행소송)을 위한 판결을 구할 수 있다.”

50) Walter Frenz, a.a.O., S. 299; ForoudShirvani, a.a.O., S. 879

51) Walter Frenz, a.a.O., S. 299, 308

52) Walter Frenz, a.a.O., S. 311; Thorsten Müller, Emissionhandel in Christoph Germer, Helmut Loibl, Energierecht, Erich Schmid Verlag 2007, Rn. 71

법령상 명백하고 그 의무를 이행하게 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청에게 그 의무를 이행하도록 선고한다. 만약, 행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 남용이 있다고 인정하는 경우에는 행정청에게 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고한다. 의무이행소송은 해당 청구에 대한 거부가 있었던 경우 거부처분의 취소를 포함하게 된다.

우리나라의 경우 의무이행소송이 소송의 일 형태로 도입되어 있지는 않으나, 법무부가 제출한 행정소송법 개정안에는 그 도입이 포함되어 있다. 그러나 의무이행소송을 택하든 취소소송을 택하든 결국 소송을 통한 분쟁해결은 기존의 할당을 취소하고 새로운 할당을 받는데 목적이 있으므로 취소소송을 통하여 이를 취소하고 새로운 할당을 받는 우회적인 방법을 배제하는 것은 아니다. 이외에도 TEHG 제20조는, 활용성의 문제는 차치하더라도, 무효 등 확인소송 역시 그 권리구제방법의 하나로 적시하고 있다.

소송을 제기하기 위해서는 쟁송법적인 요건을 충족하여야 하는 바, 첫째, 토지관할의 경우 TEHG 제19조 제2항, 할당법의 경우에는 각 할당법, 예컨대 할당법 2007의 경우에는 제22조에 의하여, 연방행정청에 대해 소를 제기하고, 연방행정청(배출권거래국)이 해당 행정처분을 하였으므로 소재지 각급 행정법원이 이를 관할하게 되므로 1심법원은 베를린 지방행정법원(VG Berlin)이 이를 담당하였다.⁵³⁾ 할당행위는 당사자의 신청에 기한 일방적인 고권적 행위로서 처분(Verwaltungsakt)의 형식으로 이루어지며, 원고적격의 충족여부는 TEHG 제9조 제1항 그리고 행정법원법 제42조 제2항 및 각 할당법과의 관련성하에서 검토될 수 있다. 쟁점은 침해당한 권리와 관련하여 할당청구인에게 반사

53) Matthias Diehr, a.a.O., S. 298. 한편, TEHG 제19조 제1항에 따르면 관할 행정기관으로 3가지를 상정하고 있는 바, 연방오염방지법과 이에 근거한 주법에 의해 주 행정청이 관할하는 경우, 항공분야의 경우에는 연방항공청, 그리고 일반적인 경우로서 연방환경청이 있다.

적 이익이 아닌 개별 구체적인 법률상 이익이 있는가의 여부이다.

한편, 탄소배출권 할당의 경우 각 할당기간이 정해져 있음에 따라 장기간의 소송이 이루어져서는 안되며, 조기에 배출권 거래제도의 정착을 위해 지금까지 관할 법원은 집중심리절차를 활용하여 조기에 분쟁을 해결해왔다.⁵⁴⁾

(2) 판단여지와 재량

쟁송법적 요건에 대한 문제가 아닌 실체법적인 문제에 있어서의 위법의 문제는 주로 기술적 요소에 대한 재량권의 일탈·남용의 문제와 관련을 이루고 있다. 할당공식에 따라 할당이 이루어지더라도 그 세부적인 요소의 적용에 있어서는 판단여지가 인정될 수 밖에 없기 때문이다.

각 회원국들은 연합에서 할당받은 할당총량에 구속되며, 이를 기반으로 국가할당계획을 작성하게 된다. 그리고 이러한 총량은 각 기간별 할당법에 규정되게 되며, 그 총량은 재판의 과정에서 고려될 수 밖에 없다. 즉 각 사업자의 할당요구에 무제한적으로 대응할 수 없으므로 유럽연합의 할당체계 안에서 독일이 가지고 있는 할당총량의 범위 내에서 이를 조정할 수 밖에 없기 때문이다.⁵⁵⁾ 즉 소송을 통한 개별적 할당처분을 조정하는 과정이 이루어진다고 하더라도 결국 총량은 독일이 할당받은 국가총량을 초과할 수 없음에 따라 권리구제의 정도 역시 제한받을 수 밖에 없다.⁵⁶⁾

배출권의 변경에 대하여 할당법 2012 제9조는 “신설된 시설의 경우에는 시설의 생산력으로 계산된 생산량, 각 시설에 적용되는 기준 하중계수, 매 산출된 생산단위의 배출계수 및 조업의 개시 이후 할당

54) UmweltBundesAmt(주27), *ibid*, p. 44

55) Foroud Shirvani, a.a.O., S. 870

56) Martin Burgi, a.a.O., S. 1162

기간의 연도 수에 상응하는 배출권을 할당”⁵⁷⁾하도록 하고 이에 대한 자세한 공식을 별첨 1의 공식 8에 적시하고 있다. 이에 대한 법적쟁점은 신설된 시설에 적용될 각 항목에 대한 행정청의 인정여부라고 할 수 있다. 만약 해당 적용항목에 대해서 행정청이 이를 인정하지 않을 경우 결국 과소할당의 문제로 귀결된다. 그러나 배출권 할당과 관련하여 행정청은 해당 공식상의 각 항목에 해당하는 사항의 인정여부에 대해서, 비록 실제로는 협소하나마, 재량영역을 가지고 있어 이 경우 분쟁의 주요한 쟁점은 재량권의 일탈·남용의 문제라고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 따라서 소송을 통해 행정법원법 제114조(재량결정의 심사)에서 규정하고 있는 바와 같이 재량이 법률상의 한계를 일탈하였거나 또는 재량이 수권목적에 상응하지 않은 방식으로 행사되었는가의 여부에 대해서 심사하게 된다.

한편, 행정청이 할당정책에서 추가적으로 반드시 고려해야 할 사항이 경쟁제한의 해소와 경쟁조성이라는 점에서 이를 산정하고 평가하는 판단여지 영역도 필요하다.⁵⁹⁾ 이처럼 정책적인 측면에서는 판단여지의 인정필요성이 있으나, 실제에서는 할당법상 매우 정지(精緻)한 공식을 가지고 있음에 따라 실제 적용상 판단여지의 영역은 협소하다고 할 수 있다.⁶⁰⁾

(3) 임시적 구제수단의 가능성

탄소배출권 할당과 관련하여 임시적 지위를 확보하기 위한 수단으로 가구제제도가 이용될 수 있다. THEG 제12조는 취소소송의 제기와 이

57) 할당법 2012에 대한 조문은 환경부, 전게서에 적시된 경우 해당 조문을 원문과 비교하여 특별한 문제가 없는 경우 동 번역문을 사용하였으며, 별도의 적시된 번역 조문이 없는 경우에는 원문을 번역하여 사용하였다. 동 조문은 환경부, 전게서상의 번역 부분(제163면)을 사용함.

58) 현준원, 전계논문, 361면; Bundestag, Begründung des Gesetzentwurfs von SPD und Bündnis 90 / Grünen vom 13.1.2004, BT-Druck. 15/2328, S. 13

59) ForoudShirvani, a.a.O, S. 870

60) Matthias Diehr, a.a.O., S. 289

에 따른 행정법원법 제80조상의 가구제제도가 이용될 수 있음을 정하고 있다. 그러나 분쟁의 본질은 할당을 구하는 것으로 주요한 소송방식은 의무이행소송의 형태를 띄게 됨에 따라 가명령제도하에서의 가처분 신청이 주요한 대상이 된다. 이는 행정법원법(VwGO) 제123조 제1항에 의하며, 그 요건으로는 당시 ‘예측하지 못했던 사정(überspringen Erfolgsaussichten)’과 ‘특별한 급박성(besonderen Dringlichkeit)’을 충족하여야 한다.

할당분쟁과 관련하여 이의신청을 제기하거나, 취소의 소를 제기하는 경우 배출권 할당의 결정이 정지되는가가 논의될 수 있다. 그러나 불복절차의 과정에서 각 개별 사안에서 할당을 정지하는 경우에는 할당이 해당기간의 시작 전에 이루어지지 못해 탄소배출권제도가 제대로 작동하지 못하게 된다는 점에 이를 인정하기는 어렵다. 따라서 배출권 할당결정에 대하여 이의신청이나 취소소송의 제기는 정지효를 발생시키지 않도록 하고 있다.⁶¹⁾ 행정법원법 제80조 역시 부담적 행정행위, 권리형성적 행정행위, 확인적 행정행위의 경우 정지효를 갖지만, 연방법률로서 달리 규정된 예외적인 경우와 행정행위의 즉시집행이 공익을 위하여 필요하거나 또는 관계자의 중대한 이익에 관련되어 특히 그 집행을 명하는 경우 등에는 예외로 함을 정하고 있다.

행정법원법 제123조에 기한 가명령제도(einstweiligen rechtschutz)는 과소할당에 대한 불복으로 보다 많은 할당을 요구하는, 즉 행정법원법 제113조 제5항상의 의무이행소송에서 의미를 갖는다.⁶²⁾ 따라서 보다 많은 추가적인 할당이 필요한 경우에 대하여 임시적으로 일부에 대해서 해당 배출권을 할당해줄 것을 청구할 수 있을 것이다. 다만, 이 경우에도 행정법원법 제123조 제1항이 규정하고 있는 바와 같이 “기존상태의 변경에 의하여 신청인의 권리의 실현이 불가능하게 되거나 또는 현저히 곤란하게 될 위험이 있는 때”라는 요건을 갖추어야 한다. 만약

61) Walter Frenz, a.a.O., S. 309; 현준원, 전제논문, 361면; Matthias Diehr, a.a.O., S. 316
62) Matthias Diehr, a.a.O., S. 305

일단 일부에 대해서 추가 할당이 이루어지고 이후 원고에게 추가적인 할당을 요구할 수 없는 것이 입증된 경우, 해당 할당량만큼을 해당 기업이 보유한 배출권을 반납하도록 하며, 원고가 보유분을 모두 사용한 경우에는 이에 탄소배출권 가격만큼에 상응하는 금전적 부담을 부과할 수 있을 것이다. 따라서 가명령에 의한 할당을 일종의 ‘차입(Borrowing)’의 개념으로 파악하는 견해도 있다.⁶³⁾ 그러나 여전히 이러한 임시적인 권리구제의 경우에도 전체 국가 할당량을 초과할 수 없는 한계 내에서 인정될 수 있는 제한적 권리라는 한계가 존재한다.

(4) 입증책임과 조사의무

소송에 있어서 당사자는 조사의무와 입증책임이라는 책임을 분담하게 된다. 즉 원고는 자신에게 보다 많은 할당이 이루어졌어야 함을 입증해야 하는 입증책임(Beweislast)을 부담하게 되며, 행정청은 배출권을 할당하기 이전에 TEHG 제11조 제5항 및 예컨대, 할당령(ZuV) 2007 제14조 제1항에서 규정한 바와 같이 해당 영업활동을 위해 소요되는 할당량에 대해서 사실에 부합함을 조사할 사전적인 의무를 진다. 일단 원고에 의해 제기된 청구와 이를 입증할 자료가 제출된 경우, 행정청은 조사된 사실을 바탕으로 원고가 제출한 자료가 근거 없음을 밝히는 책임을 부담하게 된다.⁶⁴⁾

(5) 행정소송 판례검토

사례 1 : BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2005, NVwZ 2005, 1178, 1181

과소할당이 문제된 사례로서 에너지사업을 영위하는 원고는 자신이 증빙서류를 첨부하여 신청한 할당량에 비해 할당된 탄소배출권이 과

63) Matthias Diehr, a.a.O., S. 305

64) BVerwGE 18, 168(171); Matthias Diehr, a.a.O., S. 300

소하다는 이유로 소송을 제기하였다. 소송상의 청구요지는 할당법 2007 제4조 제4항이 공동체 지침에 위반되었으며, 헌법 제12조상의 직업영위의 자유 또한 침해하고 있다는 것이었다. 원고는 자신이 과거 배출했던 량을 증명하고 이를 바탕으로 정당하게 할당량을 청구하였음에도 불구하고 행정청이 지금까지 과도하게 할당을 한 결과 495 Mio. 톤이 넘어서게 되어 할당총량을 조절하기 위해(할당법 2007 제4조 제2항에 따를 경우 에너지 등 산업에 대해서 505 Mio. 톤으로 상한을 설정하고 있다.) 제11조에서 규정하고 있는 신규시설 등에 대한 할당량을 제외하고, 이미 할당받은 량을 안분하여 일괄 감축하겠다고 하는 것은 직업영위의 자유를 침해함과 아울러 각 개별적 탄소배출 요구량에 대한 고려가 없었다는 것이다. 아울러 원고는 동법 제4조 4항은 기본법 제14조상의 재산권의 보장도 침해하고 있으며, 법률에 의해 국민의 법률상 지위를 행정청의 의사에 따라 자의적으로 변동시킬 수 있도록 허용하고 있어 헌법 제20조 제3항상의 법치국가원리도 침해하고 있다고 주장하였다. 따라서 이를 근거로 연방환경청(배출권거래국)이 기존 할당결정을 취소하고 새로운 결정을 내려줄 것을 청구하였다.

그러나 연방환경청은 탄소배출권 거래제도 목표 자체가 탄소배출량을 감축시키고자 하는 것이며, 할당량이 상한에 도달할게 될 경우 이와 같은 조치는 불가피하다는 점을 제시하고 할당량에 대한 수정이 가해지게 되는 것 역시 필요하다는 점을 주장하였다. 따라서 이와 같은 점을 고려할 때 할당법 2007 제4조 제4항은 합헌적인 법률규정이라고 주장하였다. 연방행정법원은 원고의 청구를 기각하였는 바, 연방환경청(배출권거래국)의 처분은 유럽법은 물론 독일헌법상의 기본권을 침해하지 않았다고 판시하고 원고의 청구를 기각하였다.

법원은 판시를 통하여 몇 가지 사항을 지적하였는 바, 첫째, 공기는 개인에 의해 소유될 수 있는 재산권의 대상이 아니므로 탄소배출권

거래제도는 재산권을 침해하지 않았다는 점, 둘째, 탄소저감을 위한 배출권 거래제도는 유럽법에 의해서도 승인되었으며, 탄소배출권의 할당량의 결정은 전체 배출권 시스템을 고려하여 결정되어야 한다는 점, 탄소배출권거래제도는 공공의 이익을 위한 것이라는 점, 넷째, 탄소배출권 거래제도는 직업의 자유를 침해하지 않았다는 점을 지적하였다. 동 판결은 독일 연방환경청이 들고 있는 대표판례로서 이러한 취지의 판결은 이후의 판례에서 지속적으로 확인되었다.⁶⁵⁾

아울러 판례는 할당에 대한 사후적인 교정(Ex-Post-Korrektur)은 행정청의 판단여지가 인정되는 영역에서 발생할 수 있는 바, 이로 인한 침해의 위험이 있는 경우에는 제한되어야 하나, 교정조치는 본격적으로 할당량을 사용하기 전에 이루어진 조치로서 권리침해의 위험이 현저히 줄어든 것이라는 점에서 원고가 주장하는 기본권침해에 따른 헌법위반의 문제는 야기시키지 않았다고 판시하였다.

사례 2 : VG Berlin : Urteil vom 13.04.2010 - 10 K 128.09, 10 K 128/09

탄소배출권 할당과 관련하여 기본권의 이슈 중 하나가 평등권(Gleichbehandlung)이다. 같은 업종 내에서 평등권의 문제는 현실적인 객관적 자료 즉, 기존의 일정기간 동안의 해당 기업의 배출량에 의존하지만, 만약 정부가 특정 산업에 대해 특별한 전략적 할당을 계획함에 따라 이로 인해 타 업종에 비해 불리한 처우를 받았다고 주장하는 경우에는 사업자 단체가 제기하는 평등권의 침해가 논의될 수 있다.

할당법 2012의 제19조, 제4조, 제5조 등에서 언급되어지는 예비량, 적용되는 이행계수, 전체비용충당을 위한 연방보유분과 같은 특정한 목표치의 설정은 행정청의 재량영역에 속하는 것으로, 적시되어 있는 수치가 직접인 적법성 심사의 대상은 아니다. 왜냐하면 이들 목표치의 설정에 있어서는 행정청의 일정한 판단여지의 영역이 인정되기 때

65) UmweltBundesAmt(주27), ibid, p. 46

문이다. 실제로 감축되는 이행계수가 문제되었던 사례로서 제2할당기간에 감축된 이행계수로서 0.844001906이 적용된 것에 대해서 해당 이행계수의 적법성에 대해 이를 다룬 사례가 있었다.⁶⁶⁾

당시 법원은 2009년 12월에 있었던 연방헌법재판소의 결정(Kammerbeschluss vom 10. Dezember 2009; 1 BvR 3151/07, S. 18 ff. Beschlussabschrift)을 참조하였는 바, 연방헌법재판소는 제1차 할당기간 동안 적용되었던 할당법 2007, 특히 제4조에 규정되어 있던 감축된 이행계수의 적용에 대한 적법성 심사에서 행정청의 판단여지(Beurteilungsspielraum)를 인정하였다. 동 판례의 입장과 마찬가지로 베를린 행정법원은 할당법 2007 제4조에 의한 감축이행계수는 헌법을 위반하지 않았다고 판시하였다. 해당 조항은 할당법 2012 제20조에 의하여 제2차 할당기간에도 동일한 구조로 운영되고 있으며 이와 같은 사항은 제2차 할당기간을 규율하는 할당법 2012의 제7조, 제8조, 제12조에 이어지고 있다.

입법자는 법률을 통해 해당 행정청에서 개별·구체적인 사항에서의 법적용에 대해서 판단권을 부여한다. 이러한 권한은 보다 근본적으로는 기본법 제74조 제1항 24호(대기오염방지)에 대한 입법제정권에서도 출되며, 그 기반 하에 할당법 2012상의 제19조와 제20조에 구현되어 있다고 할 수 있다.⁶⁷⁾ 물론 이들 법적용에 있어서 판단의 적법성을 판단하기 위하여 개별적인 상황적 요건이 적법하게 고려되었는지, 평가방식에 있어서 일반적으로 받아들여지는 방식이 사용되었는지의 여부에 대해서는 심사할 수 있으나, 이외의 구체적인 기술적 사항에 대해서는 일정부분 판단여지의 영역을 인정할 필요가 있음을 실시하였다.

동 사건에서도 언급하고 있지만, 탄소배출권 거래제도가 시행됨으로써 지금까지 그와 같은 침해가 없었던 것을 가정하고 향유하고 있던

66) VG Berlin : Urteil vom 13.04.2010 - 10 K 128.09, 10 K 128/09

67) VG Berlin : Urteil vom 13.04.2010 - 10 K 128.09, 10 K 128/09, BecksRS 2010, 51663, S. 6, 2.2.1

이익이 침해당한 경우 이러한 권리를 침해와 관련하여 주관적 공권으로 이를 인정할 수 있는가의 문제 그리고 이러한 권리침해가 소위 보상없는 침해, 또는 자갈채취사건에서 볼 수 있는 바와 같은 수용유사적 침해를 구성하는 것인가가 문제될 수 있다. 그러나 판례는 일관된 입장으로서 공기나 물과 같은 것은 사적소유권의 대상이 될 수 없는 것으로 이들은 탄소배출권 거래제도의 도입 때 까지는 공공의 재화라 할 수 있다. 그러나 탄소배출권 제도가 도입되면서 이러한 특성이 일부 상실되었으며, 이들 공공의 재화들이 완전하지는 않지만 사적소유권에 준하는 성질을 가진다고 보았다. 하지만 동시에 이러한 사소유권적 성격은 탄소배출권제도가 시행됨에 따른 부수적 효과에 불과하며, 탄소배출권이 거래되는 경우 배출권이 사적소유권의 대상이 되는 것뿐이지 동 제도가 본격적으로 공기의 경제적 재화화를 예정한 것은 아니라는 것을 분명히 하였다.

사례 3 : VG Berlin : Urteil vom 23. 02. 2011 - VG 10 k 320.09

원고는 2008년 2월 14일 연방환경청(Umweltbundesamt)이 행한 할당 처분을 취소하고 새로운 처분을 내려줄 것을 청구하였다. 원고는 Baden-Württemberg 주 Freiburg에서 1998년 이래 GuD Anlage WVK 전력사업을 영위하는 자로서 콘제른에 소속되어 있는 에너지 기업이다. 원고는 할당법 2012 제12조에 근거하여 현재 할당받은 탄소배출권으로는 추가적인 시설의 운영이 불가능하다는 이유로 경영배려조항을 근거로 추가적인 할당이 필요함을 주장하였으며, 제5조에 의한 다른 삭감요소하에서의 필요한 새로운 계산요소가 있었음에도 불구하고 이를 고려하지 않아 해당 할당은 하자를 보유하고 있으며, 이러한 하자로 인하여 생산에 충분한 탄소배출권을 할당받지 못해 전력생산을 감축하고 있다고 주장하였다. 당시 소송의 형태는 추가적인 할당 의무를 이행하라는 의무이행소송(Verpflichtungsklage)으로 법원은 원고가 할당법

2012 제12조의 경영곤란조항에 기한 청구는 이유가 없다고 판시하였다.

할당법 2012 제12조는 경영상 곤란(Härtefall, unacceptable hardship)에 대한 배려조항을 두고 있다. 2005년-2006년의 생산량이 2000년-2004년 대비 10% 증가한 경우 2008년-2012년의 할당시 이를 증가시킬 수 있는 여지를 두고 있다. 그러나 이러한 조항을 적용하기 위해서는 해당 기업이 생산하는 모든 제품의 생산량의 총합이 기준년도 대비 10% 증가하여야 하며, 만약 해당 회사가 회사법상의 요건을 갖춘 자회사를 가지고 있거나 콘체른 형태의 기업구조를 가지고 있는 경우 해당 기업군 전체를 대상으로 하여 경영곤란상의 조항이 적용되도록 하였다.

THEG 제9조 제5항에 따르면, 시설운영자의 예측할 수 없었던 경영상의 곤란은 제10조상의 할당규칙에 의하여 전체회사를 상대로 결정해야 하는 바, 이는 자본 또는 회사법상의 회사인지가 전제가 되며, 경제적 위험(Risiko)이 입증되어야 한다고 정하고 있다. 아울러 관할 행정청은 사업자의 신청에 의하여 적정한 양을 추가적으로 할당할 수 있으며, 이는 지침 2003/78의 제11조 제3항에 위반되지 않는 범위 내이어야 함을 규정하고 있다. 따라서 결국 동 회사의 경우 콘체른 전체의 할당량을 고려하지 않은 경영상 곤란 배려조항의 원용으로 경제적 위험이 충분히 입증되지 못하였다고 판시하고 원고의 청구를 기각하였다.

결론적으로 동 상황에서 2005년-2006년 사이의 생산량은 2000년-2004년의 생산량을 10% 초과하였다는 것을 인정할 수 없으며, 또한 할당법 2012 제12조는 매 탄소배출시설에 대해서 신청서를 요구하고 있는 바, 여기에서의 탄소배출시설이라고 하면 하나의 회사의 속해있는 경우 통합된 시설물을 의미하며, 이러한 통합시설을 전체를 판단하여 할당의 여부가 결정되게 된다. 따라서 생산량이 10% 증가하였다고 한다면, 전체 회사의 총합적 시설을 고려하여 10%가 증가하는 경우이어야 한다. 그리고 해당 기업이 영위하는 사업이 에너지 사업이

면서 전기, 증기, 온수, 동력 등이 하나의 일련의 과정으로 파악할 수 있는 생산구조라면 이를 하나의 생산체(Produkteinheit)로 간주하여 하나의 단위로 보게 된다.

또한 일반적으로 추가적인 할당이 이루어져야 하는 경우는 추가수요를 할당 신청시에는 예측할 수 없는 경우이어야 한다. 그러나 독일은 할당법 2012 제12조 제2항에서 보듯이 경영곤란조항을 적용하여 최대한 할당할 수 있는 총량이 매년 1.6 Mio. 톤으로 제한되어 있고, 이는 전체 할당량의 고려 하에서 정하여진 것으로 경영곤란조항의 적용에 있어서 외연적 한계로 작용한다. 따라서 이러한 한계는 기존의 행정소송이 권리충족을 위한 재화가 전체 사회적으로는 제한되지 않았던 것에 비해서 새로운 제한이 설정됨으로써 법원의 판결 역시 신중한 입장을 취하지 않을 수 없게 만드는 요소라고 할 수 있다. 그렇다 할지라도 헌법적 측면에서는 여전히 단순한 비례적 원칙의 적용이 아닌 개별·구체적 사안에서의 기본권 보호성의 문제에 대한 심사가 이루어져 하며, 여기에 대응하여 행정청의 미(微)조정(Feinststeuerung)이 필요함이 강조되고 있다.⁶⁸⁾

사례 4 : BVerwG 7 C 8.10 - Urteil vom 10. Okt. 2012

의무이행소송의 형태로 이루어진 과소할당에 대한 불복사건이다. 이와 같은 유형에 대한 최근의 판례로는 BVerwG 7 C 8.10 - Urteil vom 10. Okt. 2012, BVerwG 7 C 9.10 - Urteil vom 10. Okt. 2012, BVerwG 7 C 10.10 - Urteil vom 10. Okt. 2012, BVerwG 7 C 11.10 - Urteil vom 10. Okt. 2012를 들 수 있다. 이들 사건에서 연방행정재판소의 판결은 원고의 청구를 기각하였는 바, 공통적인 주요한 이유는 탄소배출권의 할당의 과정상 오류가 없는 한, 기존의 생산량에 비해 할당한 배출량이 적은 이유는 탄소배출권제도 자체가 탄소배출량을 줄이기 위한 것

68) Lars Diederischen, a.a.O., S. 852

으로 이는 국제적인 그리고 연합차원에서의 규범에 기초하고 있다는 점을 들었다. 아울러 헌법적 측면의 위반의 문제 역시 TEHG와 할당법에 의한 할당은 공공의 이익과 기본권의 조화성, 그리고 침해의 정도와 방법에 있어서도 비례의 원칙을 준수하고 있음을 그 근거로 적시한 바 있다. 구체적인 판결례를 보면 다음과 같다.

사례 5 : BVerfG U. v. 13. 3. 2007 - 1 BvF 1/05

탄소배출을 억제하기 위해 사전에 시설을 교체한 사안으로 탄소배출량이 감축된 현대화된 시설을 갖추고 있는 구 서독지역의 기업들에게 이를 보상하기 위하여 12년 동안의 조기감축에 대한 인센티브를 주어 이행계수를 0.9709가 아닌 1로 계산하여 할당해 준 사건이다. 이에 구 동독지역의 주인 Sachsen-Anhalt는 1994년 이후 비로소 현대화를 시작하였던 구 동독지역의 경우 실질적인 차별을 받은 것으로 헌법상 평등권이 침해당했다고 주장하였다. 그러나 법원은 할당법 2007 제12조는 합헌적인 것으로 이러한 인센티브를 부여하지 않을 경우 할당기간이 시작되기 전에 배출량을 감소시키려는 노력이 이행되지 않을 것이라는 점을 고려하여 국가정책적인 측면과 공공의 이익의 면에서 그 필요성을 인정하였다.⁶⁹⁾

실제로 구 동독지역에 대한 차별이라는 주장은 사실에 근거하지 않은 것으로 발표되었는 바, 할당법 2007 제12조에 의한 ‘Early Action’을 원용하여 인센티브를 획득한 시설은 구동독지역에서 202개(총 279.6 Mio. EUAs)였으며, 구 서독지역은 194개에 그쳤다. 특히 서독의 경우 배출 시설물이 동독지역에 비해 많음에도 불구하고 194개 시설(총 54.3 Mio. EUAs)이 인센티브를 받는데 그쳐 전체 시설대비 비율 상으로는 13%만이 조기행동조치의 대상이 되었다.⁷⁰⁾

69) 현준원, 전제논문, 11-12면

70) UmweltBundesAmt(주27), *ibid*, p. 34

사례 6 : U. v. 2. 2. 2007 - VG 10A 262.06

연방오염방지법에 의한 배출시설의 허가과 탄소배출권의 할당과 관련하여 양법과의 관계를 정립한 초기판례이다. 당시 에너지 회사를 운영하고 있는 원고는 복수의 지역에 각각의 발전소를 운영하고 있었다. 그러나 이들 각각의 발전소의 배출시설은 연방오염방지법상 하나의 시설로 통합되어 배출허가를 받은 상태였다. 원고는 배출권의 할당신청에 있어서 각각의 시설에서 별도로 할당받는 것이 유리할 것으로 판단하고 각각의 시설에 대해 개별적으로 할당을 신청하였다. 그러나 배출권거래국은 할당은 연방오염방지법상의 시설허가와 연계되므로 각각의 할당을 거부하고 통합적으로 할당하였는 바, 결국 원고는 신청한 할당량보다 적은 양을 할당받게 되었고 이에 불복하게 된 것이다.

베를린 지방행정법원은 개정 전 TEHG 제4조 제6항(현 제4조 제3항)에 의해 연방오염방지법상의 배출시설허가와 할당이 상호 연계되어 있는 바, 즉 연방오염방지법상의 배출허가가 선행되고 이후 배출허가가 이루어지므로 이 배출허가를 TEHG가 준용하고 있는 것으로 해석하고, 이들 허가를 자의적으로 분리하여 집행할 수는 없으며, 따라서 기존 배출허가와 마찬가지로 통합적으로 할당을 하는 것이 타당하고 판시하였다.⁷¹⁾ 동 판결은 연방오염방지법과 TEHG의 관계를 명확하게 설명해주는 판례로 평가되고 있으며, 이와 같은 분리할당의 문제를 보다 명확히 해결하기 위하여 동 조항은 분리할당에 대한 사항을 명시하는 방향으로 개정되어 오늘에 이르고 있다. 그러나 연방오염방지법과 TEHG 상의 허가와의 상호 연계의 문제는 동 판결이전에도 연방헌법재판소에 의하여 양자가 상호배타적인 것이 아니며, 기 획득된 연방오염방지법상의 허가를 통해 탄소배출권의 할당이 이루어지고 양자가 상호적으로 작용한다는 점이 이미 확인⁷²⁾된 바 있다.

71) 현준원, 전제논문, 12면; UmweltBundesAmt(주27), *ibid.*, p. 48

72) BVerwG, Urt. v. 30.2005 - 7 C 26/04 - NVwZ 2005, 1178ff.; Harmut Bauer, Detlef

사례 7 : BVerwG Urt. v. 16.10.2007 - 7 C 33.07 / BVerfG Urt. v. 10.12.2009 - 1 BvR 315/07

할당법 2007 제4조 제4항은 제11조에 의해 할당될 배출권의 총합이 495 Mio. 톤을 넘을 경우에는 이행계수를 반영하여 배출권을 비례적으로 삭감함을 정하고 있었다. 그러나 이에 대해 비례삭감의 대상이 된 시설운영자들은 자신의 귀책사유에 의하지 않고 배출권의 양이 일률적으로 삭감된 것은 헌법위반이라고 불복하였다. 이에 대해 연방행정법원은 국가배출총량을 지키기 위해 비례삭감은 불가피하고, 적법하며, 공동체법과 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.⁷³⁾

동 판결의 결과에 불복하여 원고는 헌법위반을 이유로 연방헌법재판소에 제소한 바, 연방헌법재판소는 비례삭감은 필수불가결한 경우로 한정되어야 하며, 동 사건의 경우에는 적법한 비례삭감이라고 판시하였다. 그러나 동 판결은 관할행정청이 배출예측량에 따라 비례삭감하였지만, 그 구체적인 삭감요소 등에 대해서는 심사의 필요성이 있음에도 불구하고 연방행정법원의 판결은 국가배출총량의 준수만을 내세워 적법성 판단을 한 것은 기본법 제19조 제4항에서 규정하고 있는 “공권력에 의하여 권리를 침해당한 자에게는 권리구제절차가 열려 있다”고 한 조항의 취지를 위반한 것으로 해당 법원은 관할 행정청이 비례삭감과 관련한 요소를 적법하게 확정하였는지를 먼저 판단해야 한다고 설시하였다.⁷⁴⁾

사례 8 : VG Berlin, Beschluß vom 16.11.2005 - 10 A 153/05

원고는 전력생산회사로서 전력생산을 위한 시설물들을 소유하고 있으며, 2003년부터는 가스를 이용하여 전력과 난방을 공급해왔다. 2004년

Czybulka, Wolfgang Kahl, Andreas Vosskuhle, Wirtschaft im Offenen Verfassungsstaat, C.H. Beck, 2006, S. 839

73) UmweltBundesAmt(주27), ibid, pp. 48-49

74) 현준원, 전개논문, 14면

9월 15일 원고회사는 1차 할당계획기간에 할당법 2007 제8조와 제14조에 의거하여 할당신청을 하였는 바, 여기에서 신청한 할당량은 예측치로 5개 발전시설블록의 최대량을 고려한 것으로서 매년 4,425,827톤을 감안하여 할당기간동안 총량 13,277,482톤을 신청하였다. 그러나 이러한 신청은 2004년 12월 20일 연방환경청(배출권거래국)에 의해 거부되었으며, 그 처분의 이유로 원고가 신청한 탄소배출량에 상응하는 충분한 입증을 하지 못했다는 것을 제시하였다. 이에 대응해서 원고는 2005년 1월 12일 이의신청을 제기하였다가 2005년 6월 1일 가명령제도를 신청하였다. 그러나 원고가 신청한 가명령은 거부되었는바, 행정법원법 제123조상의 요건을 충족하지 못하였기 때문이다.

독일의 가명령제도를 살펴보면 다음과 같다. 행정법원법 제123조상의 가명령제도는 보전명령과 규율명령으로 구분되는 바, 제1항 제1문상의 보전명령(Sicherungsanordnung)은 가명령 신청인의 ‘권리실현이 좌절되거나 어렵게 되는 경우’에 법원은 본안소송 전에 가명령을 발할 수 있다. 동 보전명령의 대상이 되는 것은 수익적 행정처분이나 부작위 청구, 위법한 사실상태의 제거청구 등이 주요한 대상이 된다. 제1항 제2문 규율명령(Regelungsanordnung)의 경우에는 그 전제가 계속되는 법률관계로서 해당 법률관계를 기반으로 하여 법적분쟁이 제기되고 신청인에게 불이익한 상황이 발생한 경우, 이를 잠정적으로 규율하기 위하여 법원이 발하는 가명령으로 공법상의 신분관계, 공법상 계약으로 인한 법률관계가 그 대상이 된다.⁷⁵⁾

가명령제도는 당사자의 신청을 기반으로 하며, 가명령신청 후 일정기간 내에 본 소송을 제기해야 한다. 만약 본 소송을 제기하지 않은 경우에는 손해배상의 책임을 부담할 수 있다. 그리고 가명령의 신청에 대하여 법원은 구비요건을 갖춘 경우 반드시 가명령을 발령해야 한다. 이러한 가명령제도는 의무이행소송, 일반적인 이행소송, 확인소

75) 김성수, 독일행정소송법상 가구제 및 예방적 권리구제제도, 고시계, 1994.11, 123면

송 그리고 행정소송법 제47조 제8항에 의한 규범통제의 경우에 적용되며,⁷⁶⁾ 주로 할당을 청구하는 소송이 이행소송의 형태를 띤다는 점을 고려할 때 취소소송을 대상으로 하는 집행정지보다는 탄소배출권 할당분쟁상의 가구제에 이용될 가능성이 높다고 할 수 있다. 그러나 과연 가구제 제도를 인정할 수 있을 것인가에 대해서 그 가능성을 열어둘 필요가 있지만 실지로 해당 할당량을 인정하지 않음으로써 가명령의 요건을 충족시키는 상황이 발생할 수 있는지는 각 개별적인 사정에 따라 판단할 수 밖에 없다.

사례 9 : BVerwG U. vom 24. Sep. 2009 - 7 C 2.09

공공기관이 보유하고 있는 정보의 공개는 탄소배출권의 할당과 밀접한 관련을 갖는다. 이러한 소송의 유형은 크게 두 가지로 나뉘는바, 첫째, 자신에게 할당되었던 할당량의 과소로 인하여 할당의 결정 과정에 있었던 관련정보의 공개를 청구하는 경우, 둘째, 제3자와의 경쟁관계 하에서 제3자에게 탄소배출권을 할당했던 자료의 공개를 구하는 소송이다. 그러나 실제 정보공개청구가 이루어지는 대부분의 경우는 후자의 경우로서 그 대표적인 사례를 검토하면 다음과 같다.

동 사건은 유리제조회사를 운영하고 있는 원고가 제1차 할당기간(2005-2007)동안에 할당법 2007에 의하여 할당을 신청하였으나, 자신의 경쟁회사보다 과소한 할당을 받게 되자 경쟁회사의 할당관련 정보를 공개하라는 청구를 하였고, 행정청이 이를 거부하자 베를린 행정법원에 소를 제기하였다. 당시 베를린 행정법원은 온실가스의 배출량과 종류는 소위 배출에 대한 환경정보로 평가하여 공개할 수 있으나, 이와 관련된 확장된 모든 정보가 배출관련 환경정보로 볼 수는 없는 것으로 이러한 정보는 환경정보법(UIG) 제9조 제1항이 정하고 있는 비공개사유로서 영업상 및 경영상의 비밀(Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse)

76) 김성수, 전제논문, 115면

에 해당하며, 따라서 공개의 거부는 적법하였다고 판시하였다.⁷⁷⁾ 즉, 탄소배출권 할당과 관련한 환경정보의 공개는 온실가스를 배출하는 것에 대한 데이터에 국한된 것으로서 비록 해당 회사의 시설 및 생산능력이 이를 가늠할 수 있는 자료가 된다하더라도 이를 정보공개 대상에 포함할 수는 없다고 판시하였다.⁷⁸⁾ 원고는 동 판결에 불복하여 베를린-브란덴부르크 고등행정법원에 항소하였으며, 동 법원 역시 동일한 취지의 판결을 내렸다.⁷⁹⁾ 이에 원고는 연방행정법원에 상고하였다.

연방행정법원의 판시사항을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 온실가스 배출권의 할당은 처분으로서 환경정보법 제2조 제3항 3호에서 보호의 목적으로 하고 있는 대기환경보호와 동일한 목적을 가지고 있다. 둘째, 제9조 제1항 2문에서 말하고 있는 환경정보는 시설 내에서의 공정에 관한 정보로서 배출되는 가스 또는 이와 관련한 사항을 의미한다. 셋째, 비공개대상으로서 영업상 및 경영상의 비밀은 이것이 공개되었을 때 부정적인 영향을 미치는 경우를 말한다. 넷째, 공개할 수 있는 정보인지의 여부는 각각의 개별적인 상황에 따라 판단해야 한다. 다섯째, 정보의 공개에 있어서 공공의 이익의 원용은 실지로 공공의 이익에 영향을 미치는지의 여부를 판단해서 이루어져야 한다. 이러한 사항을 근거로 법원은 시설의 생산능력에 대한 정보는 이미 연방오염방지법에 의해 제출되도록 하고 있고, 이를 비밀로 한 경우라도 시설운영자가 얻을 이익이 없다는 점에서 비공개로 할 이유가 없다고 판시하였다.⁸⁰⁾ 그러나 정보공개에 대한 사항에서 새로운 기술의 적용 또는 신공정이 이루어지는 경우에는 비공개 사유가 존재할 수 있음에 따라 실제의 적용례에서는 분리가능성을 기준으로 하여 이를 판단될 것으로 보인다.

77) VG Berlin vom 17.11.2006 - 10 A 6.06

78) 현준원, 전계논문, 369면

79) OVG Berlin-Brandenburg vom 17.12.2008 - 12 B 23.07

80) BVerwG, U. vom 24. Sep. 2009 - 7 C 2.09; 현준원, 전계논문, 369면

제 3 절 권리구제와 관련한 이슈 검토

1. 할당된 배출량의 취소와 이에 대한 불복

배출권 할당의 취소는 할당분쟁에서 매우 중요한 사항이라고 할 수 있다. 해당 배출권의 할당이 취소될 경우 영위하는 행위자체가 금지될 수 있기 때문이다. 그리고 이러한 사항은 헌법적인 측면에서 재산권 보장, 영업의 자유, 평등권 등의 제반 기본권과도 밀접한 관련을 지닌다.

유럽탄소배출권제도의 기반을 이루는 EU 지침인 Directive 2009/29/EC 제12조⁸¹⁾는 할당의 철회에 대한 근거를 두고 있으나, 배출권 신청 당시의 허위사실을 보고함으로 할당받은 배출권의 취소에 대한 사항은 두고 있지 않다. 따라서 이는 각 국내법의 규정방식에 따라 처리되게 된다.

독일의 할당분에 대한 철회와 취소를 살펴보면 다음과 같다. 먼저 철회의 경우 할당법 2012 제10조에 의하면 해당 사업을 폐업한 경우에 배출책임자는 이를 지체없이 관할관청에 신고해야 하며, 관할관청은 할당결정을 철회하게 된다. 그러나 할당신청의 과정에서 과거 배출실적 등을 허위로 제출한 경우에는 취소사유에 해당하게 된다. 취소와 관련하여서 TEHG 제11조는 할당결정의 심사 및 반납의무의 이행에 대해서 정하고 있는 바,

“제1항 : 관할관청은 할당절차에서 제출된 내용의 사실여부를 추후에도 심사할 수 있다. 특히 할당결정이 사실이 아닌 정보에 기한 정황이 있는 경우에는 이러한 심사가 진행되어야 한다.”⁸²⁾

“제2항 : 각 할당기간에 대한 할당법의 규정에 의하여 또는 행정절차

81) 제12조 Transfer, surrender and cancellation of allowance

82) 환경부, 전게서, 164면상의 번역을 일부수정

법에 의하여 할당결정이 취소되어 배출책임자가 지나치게 많이 할당된 배출권에 대하여 반환의무를 지는 경우에 관할 관청은 행정상 강제집행에 적용되는 규정에 의하여 의무이행을 강제할 수 있다. 의무불이행에 대한 과태료는 50만유로까지 부과할 수 있다.”⁸³⁾

이와 관련하여 연방헌법재판소의 판례들은 연방환경청(배출권거래국)이 이러한 보고의 접수권한을 가지고 있으며, 보고의 미비 및 허위 보고가 이루어질 경우 이에 대해서 제재할 수 있고, 아울러 배출권의 반납을 명할 수 있는 권한이 있음을 확인하여 주고 있다.

2. 경쟁자 소송(Konkurrentenklage)의 가능성

경쟁자소송은 탄소배출권 할당에서 분쟁의 발생 가능성이 있는 분야이다. 동종업종에서 경쟁관계에 있는 기업이 자신의 기업보다 많은 배출권을 할당받는 경우 이는 곧 생산능력, 나아가 시장점유율에 직접적인 영향을 줌에 따라 침해한 이해관계가 존재하기 때문이다.⁸⁴⁾ 경쟁자소송에서 중요한 점은 해당 제3자에게 법률상 이익이 존재하는가의 여부이다. 제3자에게 권리구제를 구할 수 있는 원고적격이 인정되는가의 문제는 개별·구체적으로 살펴보아야 한다. 중요한 점은 경쟁자 소송에서 청구를 할 수 있는 자는 단순한 경쟁관계의 입증이 아닌 구체적인 권리가 침해되었음을 입증하는 것을 전제로 한다.⁸⁵⁾

경쟁자소송에서 원고가 구하는 청구의 궁극적인 귀결은 자신에게 특정한 할당을 해달라는 것을 구함과 동시에 제3자에게 할당된 할당량을 취소해달라는 것도 포함될 수 있다. 그러나 이미 언급한 바와

83) 환경부, 전게서, 164면상의 번역을 일부수정

84) Foroud Shirvani, a.a.O, S. 872

85) Martin Burgi, a.a.O, S. 1167

같이 단순한 경쟁관계의 입증에 아님 구체적인 권리가 침해되었음을 입증해야 하는 것으로 정치한 공식에 의해 무상할당되는 탄소배출권의 경우 다수의 관계 속에서 행하여지는 권리부여 행위로서 현실적으로 구체적 권리의 침해를 인정하기는 어려우며, 따라서 이러한 탄소배출권의 할당에서는 경쟁자 소송이 인정되기는 현실적으로 어렵다고 할 수 있다.⁸⁶⁾

3. 단체소송의 가능성

특정업역에서 유사한 생산구조를 가지고 있는 사업자들이 해당 업역에 대한 탄소배출권 할당의 과소를 이유로 단체소송을 제기할 가능성도 있다. 이 경우 해당 업역 전체에 적용되는 고려요소에서의 판단의 부적정 또는 잘못된 지표의 사용 등이 주로 문제가 될 수 있다. 그러나 국가의 산업전략에 따른 특정 산업에 대한 할당가중치의 적용 등의 문제가 헌법적 측면에서 평등권의 문제를 야기시킬 수는 있으나, 행정소송에서의 단체소송의 가능성은 낮을 것으로 보인다. 다만, 헌법적 측면에서의 평등권의 문제 역시도 타 영역에 비해 단순히 불리한 조건이라는 것만을 증명하는 것으로는 권리구제가 쉽지 않을 것으로 생각된다. 결국 개별적인 할당의 과소 등을 이유로 한 개별적 소송이 주요한 수단이 되고 있는 것으로 보인다.⁸⁷⁾

4. 배출권 이전에 관한 승인의 거부

할당받은 배출권은 각 개별당사자 사이에 거래될 수 있으며, 일부 회원국에서는 승인을 통한 제한을 전제로 하여 이를 허용하고 있다. 배출권 이전이 시장에 혼란을 줄 경우에는 일정한 조정이 가능하도록

86) Matthias Diehr, a.a.O., S. 332

87) Seh. Raimund Körner / Hans-Peter Vierhaus, a.a.O.

하기 위함이다. 독일의 배출권 이전에 관한 사항은 TEHG 제16조에 근거하여 당사자의 합의에 의해 양수인의 계정에 등록함으로써 배출권이 이전된다. 동 계정의 관리는 배출권거래국(DEHst)이 담당한다. 등록의 법적성질은 일방당사의 의사표시로 그 법률효과가 발생하는 준법률행위로서 별도의 행정청의 수리행위나 실체적 요건에 대한 심사는 필요하지 않다. 따라서 현행 독일 TEHG상으로는 이전에 특별한 문제는 발생하지 않는다. 다만 할당된 배출권의 거래를 일정한 요건 하에 규제하게 되는 경우 이를 위반한 거래는 사법상의 거래라 하더라도 이를 무효로 할 수 있을지의 여부에 대해서는 논란이 있을 수 있다.

5. 할당 잔여분의 무효화와 사전할당⁸⁸⁾

매우 특수한 문제로서 할당잔여분의 무효화와 사전할당의 문제도 생각해 볼 수 있다. 제1차 할당기간의 종료 후 2008년 4월 30일에 이루어질 것이 예정되어 있던 탄소배출권의 말소조치에 대한 사전적 권리구제 절차에 대한 사항이다. 할당법 2007 제20조 2문에 따라 2008년 4월 30일 제1차 할당기간이 종료됨에 따라 해당 종료일을 앞두고 사전적 권리구제절차가 논의된 바 있다. 제1차 할당기간에 받았던 잔여배출권이 무효화됨에 따라 사업의 연속성을 유지하기 위하여 제2차 할당이 완료되기 이전에 사전적으로 무효된 만큼을 미리 할당 받을 수 있느냐의 여부이다. 그러나 여기에는 이전 할당기간 동안 사용하지 못하였던 미사용 잔여배출권을 차후 할당기간으로 이월시키는 것은 원칙적으로 제한되어 있으며, 할당의 경우에도 사전할당이 금지(Vorwegnahme Verbot)되어 있다는 문제가 있었다.

88) Marcel Bongard, Maître en droit, Vorläufiger Rechtsschutz gegen die Löschung der Emissionberechtigungen am 30. 4. 2008, NVwZ 2007, S. 1362상의 주요 내용을 정리하였음.

가정컨대, 만약에 사전할당이 이루어졌음에도 불구하고 후에 이에 반하는 최종적인 할당결정이 내려졌을 경우 이러한 결정이 사전할당을 무효화하고 이를 역진할 수 있는 가역성(Reversibilität)를 가지는가가 문제된다. 특히 제1차 할당기간동안에 과도하게 할당되었고 이를 미사용한 부분에 대해 제2차 할당기간에 미사용분을 근거로 사전할당이라는 조치를 취해줄 경우 부당 또는 위법한 할당의 효과를 지속적으로 연장시키는 효과를 가져오기 때문이다. 할당자체가 일방적인 고권적 행위로 이루어지게 됨으로써 잔여배출권을 처리하지 못하게 될 경우 이를 보상의 대상으로 할 수 있는가도 함께 다루어질 가능성 또한 존재한다.

1차 배출권 할당기에 할당되었던 잔여 배출권을 2차 배출권 할당시기에 새로운 할당권으로 대체하는 것은 할당법 2007 제20조에 의하여 원칙적으로 배제되어 있다. 할당법 2007 제20조는 TEHG 제6조 제4항(2004년 7월 버전)에 따라 2005년부터 2007년까지의 기간동안 할당된 배출권은 다음 할당기간으로 이월되지 못하며, 배출권은 2008년 4월 30일자로 말소됨을 정하고 있기 때문이다.

가명령제도(einstweilige Anordnung)를 통해 제2할당기간 전에 사전적으로 필요한 할당을 받는 방법을 생각해볼 수 있다. 그러나 행정법원법 제123조에 규정된 가명령제도의 요건은 회복할 수 없는 손해를 회피하기 위한 급박성의 요건을 요구하고 있음에 따라 요건을 충족하지 못하는 경우 할당은 이루어질 수 없으며, 현실적으로 제1차 할당기간 동안에 잔여 배출권을 가지고 있었다가 이월되지 못하고 말소되어 더 이상 사용할 수 없어 생산에 지장을 받는다는 사실과 가명령제도의 요건을 어떻게 연결시키느냐가 관건이 되는 문제이다.

6. 할당된 배출량을 초과한 배출과 제재

보유하고 있는 배출권량을 초과한 배출에 대해서는 제재가 이루어지게 되는 바, 먼저 초과배출부과금이 부과되게 된다. 그리고 일정기간 동안 해당 초과배출이 지속될 경우에는 영업정지 그리고 사업장 폐쇄가 가능하게 된다. 초과배출부과금의 부과 및 제재조치의 선행조치가 배출량에 대한 보고이다. 각 사업장은 일정기간 통상 연단위의 배출총량에 대한 보고의무를 이행하게 된다. 이때 해당 배출량이 할당된 배출량의 범위 내에 존재한다는 입증책임은 배출당사자가 부담하게 된다.

구체적인 내용을 살펴보면 배출사업장은 익년 3월 1일까지 관할관청(주 환경부, 주 환경청 또는 연방환경청)에 배출상황을 보고하여야 하며, 보고될 배출량은 사전에 전문검증자격을 가진 환경평가인에 의해 검증되어야 한다. 한편 보고된 사항에 대해서 해당 행정청은 이를 무작위로 검증할 수 있으며, 해당 결과는 주 환경부 또는 주환경청의 경우 3월 31일까지 연방환경청에 보고해야 한다. TEHG 제5조에 따르면 배출조사 및 보고를 정하고 있는 바⁸⁹⁾, 다음과 같다.⁹⁰⁾

“제1항 : 배출책임자는 2005년 1월 1일 이후 별표 2 제1장에서 요구된 바와 같이 자신의 활동으로 인하여 당해연도에 야기된 배출된 증명하여야 하며, 이 법의 별표2 제2장이 정하는 바에 따라 관할관청에 다음해 3월 1일까지 배출에 대하여

89) TEHG 제17조와 제18조에서 규정하고 있는 배출권 관련 사항에 대한 사업자의 보고의무 위반에 대한 제재와 아울러 제5조상의 의무위반시에도 제재조치가 가능한 바, 실제로 동 의무위반에 따른 제재조치가 연방헌법재판소에 계류된 바 있다. 그러나 연방헌법재판소는 이러한 행정청의 권한 행사는 합헌이라는 입장을 일관되게 유지하고 있다. UmweltBundesAmt(주27), *ibid*, p. 46

90) 환경부, 전게서, 165-166면 번역문의 일부를 원문의 취지에 맞게 수정하였음.

보고하여야 한다. 연방정부는 이 법의 별표 2 제1항이 정하는 바에 따라 조사하여야 하는 배출의 확정에 관한 개별적 사안을 연방상원(Bundesrat)의 동의를 받아 시행령으로 정할 수 있다.....제3항 : 제1항에 의한 배출보고는 그 제출 전에 관할 관청에 의하여 고시된 전문가에 의하여 이 법의 별표3의 요건에 따라 검증되어야 한다. 전문가의 고시는 제4문의 규정에도 불구하고 이 법의 별표4의 요건을 채우는 경우에 신청인의 신청으로 이루어진다.” 다음의 경우에는 별도의 심사절차 없이 신청에 의하여 고시된다.

1. 독립적인 환경평가사 또는 환경감사법에 따라 허가를 받았으며, 그 허가의 범위안에서 제1항의 진술의 검증을 위한 자격이 있는 환경평가기관
2. 이 법의 규정에 상응하여, 또는 이 법에 기초하여 영업법 제36조 제1항에 의하여 배출보고의 검증에 관한 공식적인 전문가로 인정된 자

연방정부는 연방상원의 동의를 요하는 시행령으로 검증의 요건과 절차 및 관할관청에 의한 전문가의 통지요건과 절차를 자세히 규율할 권한을 갖는다.

제4항 : 관할관청은 제1항에 의한 배출보고와 제3항에 따른 검증에 대한 보고를 무작위로 검토하며, 제20조 제1항 제2문의 관할관청에 늦어도 제1항에서 말하는 다음해 3월31일까지 통보한다.“

아울러 TEHG 제18조는 해당보고의 제출의무를 이행할 것을 규정하고 있는 바, 제2항은 “배출책임자가 그의 활동으로 인하여 야기된 배출을 관련 법령에 위반하여 보고하지 않은 경우에는 관할관청은 그의

활동으로 인하여 전년도에 야기된 배출을 추산한다. 이러한 추산은 제6조 제1항의 의무에 관한 기초자료가 된다. 배출책임자가 초과배출금 부과처분에 관련한 청문시 자신의 보고의무를 적법하게 이행하는 경우에는 이와 같은 추산은 중지된다.”⁹¹⁾고 정하고 있다. 보고의무를 미이행한 사업장에 대해서는 제17조에 의하여 해당 배출권 할당 계정을 폐쇄할 수도 있다.⁹²⁾ 한편, 배출책임자는 제6조 제1항에 의하여 매년 4월 30일까지 전년도에 자신이 배출한 배출량만큼 배출권을 연방환경청에 제출하여 이를 상쇄시켜야 한다.

그러나 한 가지 특별한 경우로서 국가적인 필요에 의하여, 전략물자 및 필수에너지시설 등, 해당 재화의 생산이 지속되어야 하는 경우 해당 시설물에서 배출이 배출권량을 초과하였다면 사업장 폐쇄에 이를 수 있을 것인가는 여전히 의문이며, 그렇다고 현재의 경우와 같이 일종의 변형과징금 제도를 두게 되는 경우 탄소배출권 제도의 구조상 맞지 않다. 즉 기존의 변형과징금 제도의 경우에는 국가 간 협약을 통한 상호간 의무부과가 없는 순수한 국내적인 문제에 불과하였기 때문에 가능하였지만, 현재 탄소배출권 제도 하에서는 결국 국가가 보유하고 있는 예비분의 활용만이 가능하기 때문에 변형과징금제도는 의미를 갖기 어려우며, 결국 시장에서 탄소배출권을 구입하여 사용하는 것으로 귀결되게 될 것으로 보인다.

온실가스를 배출한 배출사업장은 매년 4월 30일까지 자신이 배출한 배출량 만큼 배출에 상응한 탄소배출권을 반납하여야 하며, 이를 위반한 자에 대해서는 제18조 제4항에 근거하여 배출책임자의 성명을

91) 환경부, 전게서, 167면 번역문의 일부를 수정한 것임.

92) 이러한 보고의무는 보고의무를 기반으로 한 추후 처분의 기초가 되지만, 그 자체로서도 소송의 대상이 되기도 한다. 그 사례로는 BVerwG, U. v. 18.02.2010 - 7 C 10.09가 있는 바, 동 사건은 탄소배출량의 보고, 검증, 인증의 과정에서 해당 회사가 제출한 자료를 인증하는 것을 행정청이 거부하였으며, 이에 대응하여 원고가 행정청을 상대로 소를 제기하였다.

연방관보에 게재하여 공개할 수 있도록 하고 있다. 매년 4월 30일까지 자신이 배출한 양만큼의 배출권을 반납하지 못한 사업장은 해당 부분에 대하여 초과배출부과금을 부과받게 된다. TEHG 제18조는 배출권의 제출의무를 규정하고 있는 바,

“제1조 : 배출책임자가 제6조 제1항의 의무(배출량에 상응하는 배출권의 반납)를 위반하는 경우에 관할 관청은 배출책임자가 배출권을 제출하지 않고 배출한 이산화탄소 매 톤마다 100 유로의 지불의무(제1차 할당기간은 40유로)를 부과한다. 배출책임자가 제6조 제1항의 의무를 공권력의 발동으로 인하여 이행할 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다.”⁹³⁾ 고 정하고 있다.

이때 부과되는 부과금은 배출과 직접적인 관련성을 가지고 특정한 목적을 위해 해당 사업을 영위하는 자에게 오염에 상응하는 비용을 부담시키는 것이므로 일반적인 배출부과금의 성격을 가지고 있다고 할 수 있으며, 단순한 행정상 의무위반에 대한 제재 내지는 위법한 행위에 의하여 얻은 수익을 환수하기 위한 것이 주요한 목적은 아니다. 그러나 실제로 부과금의 수준은 통상의 배출권 가격보다 높은 수준으로 책정됨에 따라 배출부과금의 성격에는 과태료의 요소가 혼합된 것으로 파악된다.

한편, TEHG 제19조 역시 “배출허가 없이 온실가스를 배출한 자, 배출허가를 위한 자료에 허위가 있거나 부실한 자료를 제출한 자, 시설 운영의 변동이 배출에 영향을 미칠 수 있는 경우 그 실행 한달 전에 관할관청에 신고할 의무를 이행하지 않거나 부실하게 신고한 자, 배출책임자가 변경된 경우에 지는 신고의무를 이행하지 않거나 부실하

93) 환경부, 전계서, 208면상의 번역문

게 신고한 자, 배출조사를 위한 자료제출의무를 이행하지 않거나 부실하게 이행한 자”⁹⁴⁾에 대하여 최대 5만 유로 이하의 벌금을 부과할 수 있음을 정하고 있다.

TEHG 뿐만 아니라 할당법 역시 할당신청 보고상의 고의 또는 과실로 인한 허위사실의 제공 등에 대한 제재를 규정하고 있다. 예컨대, 할당법은 행정상 의무위반에 대하여 과태료적인 성격의 벌금을 부과하고 있는 바, 할당법 2007 제21조 제1항의 경우, 제8조상의 할당신청과 관련하여 할당신청에 필요한 증빙을 제출하지 않거나, 증빙이 사실이 아닌 경우 등의 경우에 대하여 5만유로의 벌금(Geldbuß)을 부과하고 있다. 아울러 제9조에서 정하고 있는 새로운 시설물의 설치에 따른 할당의 신청에 대해서도 해당 내용이 사실과 상이한 경우 등에 대해서 역시 벌금을 부과하고 있다. 그리고 이와 같은 제재에 대한 불복의 수단은 통상 해당 금전적 제재처분에 대한 취소소송의 형태로 진행된다.

7. 배출권 할당과 관련한 비용의 부과

각 할당기간별 EHKostV(Emission Trading Cost Ordinance)에 의해 탄소배출권의 할당과 관련하여 비용이 발생한 경우 이를 수익자에게 부과하도록 하고 있다. 이러한 비용부과에 대해서도 실제 많은 소송사례가 발생한 바 있다. EHKostV 2007에 의한 비용부과에 대한 불복의 경우, 제1차 할당기간 동안 602건의 불복이 발생하였다. 따라서 당시 소제기가 이루어졌던 행정법원들과 연방환경청(배출권거래국)은 소송을 효율적으로 수행하기 위하여 일부 대표적인 사례에 대해서 소송을 수행하고 그 결과를 소송을 제기했던 원고들에게 제시하였으며, 해당 소송과 유사한 사례에 대해서는 동일한 처분을 하겠다는 일종의 협약(agreement)을 체결하였다. 이로서 당시 소송을 제기했던 602건 중 484

94) 환경부, 전게서, 210면상의 번역문

건이 동 협약에 의해 분쟁이 종료되었다. 이와 같은 상황은 상급법원인 Berlin-Brandenburg 고등행정법원에서도 활용된 바 있다.⁹⁵⁾ 비교적 정형화된 형태의 쟁점과 사례에서 이와 같은 협약방식의 조화적 활용은 우리에게도 시사해주는 바가 크다고 할 수 있다.

95) UmweltBundesAmt(주27), *ibid*, p. 45

제 6 장 우리나라의 온실가스배출권 할당 및 거래에 관한 법률상의 불복제도에 대한 검토

제 1 절 온실가스배출권의 할당 및 거래에 관한 법률상의 분쟁가능성 유형과 불복

1. 할당량에 관한 사항

할당량에 대한 주요한 분쟁은 신청한 바에 비해 과소하게 할당되었다는 것이다. 우리나라 역시 과소할당의 문제는 피할 수 없는 분쟁의 대상이 될 것으로 보인다. 우리의 경우도 할당과 관련한 분쟁의 해결을 위하여 온실가스배출권의 할당 및 거래에 관한 법률 제38조는 이의신청을 두고 있는 바, 할당처분에 대하여 이의가 있는 자는 각 개별사안의 기산점을 기준으로 30일 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 소명자료를 첨부하여 주무관청에 이의를 신청할 수 있다.

이의신청의 기준일

조문의 내용(제38조)	관련 조문
제8조 제1항 및 제9조 제1항에 따른 지정이 있는 경우에 고시된 날	제8조 : 할당대상업체의 지정 제9조 : 신규진입자에 대한 할당대상업체의 지정
제12조제1항에 따른 할당: 할당받은 날	제12조 제1항 : 할당계획에 따른 계획기간내 총배출권과 이행연도별 배출권 할당
제16조에 따른 배출권 할당의 조정: 배출권이 추가 할당된 날 또는 이행연도별 배출권 할당량이 조정된 날	제16조 : 할당계획변경에 따른 배출허용총량의 증가, 계획기간 중 시설의 신설 또는 증설 등으로 조정이 필요한 경우

조문의 내용(제38조)	관련 조문
제17조에 따른 배출권 할당의 취소: 배출권의 할당이 취소된 날	제17조 : 할당계획변경, 할당대상업체의 시설폐쇄, 할당대상업체가 정당한 사유없이 시설가동예정일로부터 3개월 이내에 시설을 가동하지 않은 경우, 할당대상업체의 시설가능이 1년이상 정지된 경우, 거짓이나 부정한 방법으로 배출권을 할당받은 경우
제25조제1항에 따른 배출량의 인증: 인증받은 날	제25조 제1항 : 할당대상업체의 실제 온실가스배출량 인증
제33조제1항에 따른 과징금 부과 처분: 고지받은 날	제33조 제1항 : 할당받은 업체가 제출한 배출권이 온실가스배출량보다 적은 경우

2. 과징금 및 과태료의 부과와 징수

제33조는 할당대상업체가 제출한 배출권이 인증된 온실가스 배출량보다 적은 경우에는 그 부족한 부분에 대하여 이산화탄소 1톤당 10만원의 범위에서 해당 이행연도의 배출권 평균 시장가격의 3배 이하의 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있으며, 이러한 침익적 처분에 대해서는 행정절차법상의 절차와 동일한 규정을 두고 있는 바, 당사자 또는 이해관계인의 의견을 청취하도록 하고 있다. 그리고 과징금의 납부의무자가 납부기한까지 과징금을 납부하지 않은 경우에는 가산금을 부과할 수 있으며, 국세체납의 예에 따른다.

제 2 절 권리구제의 방식

1. 헌법소원을 통한 권리구제

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 침해된 기본권을 구제하기 위하여 헌법소원제도를 두고 있다. 또한 헌법 제10조는 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정함으로써 국가에 대하여 기본권의 보장의무를 부여하고 있다. 따라서 이미 독일의 사례에서 본 바와 같이 탄소배출권의 할당을 둘러싸고 헌법 제11조 평등권, 제15조 직업의 자유, 제23조 재산권 보장 등의 기본권 침해가 문제될 수 있다.

그러나 헌법소원은 제68조 제1항 단서에 의하여 다른 구제절차가 존재하는 경우, 해당 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없음에 따라 독일의 경우처럼 행정소송을 통해서 권리구제를 받지 못한 경우가 이에 해당하게 된다.

2. 행정심판을 통한 권리구제

(1) 행정심판의 이용가능성

온실가스배출권의 할당 및 거래에 관한 법률에 따른 경우 할당에 불복한 경우 행정심판절차에 의하여 권리구제를 받을 수 있는지의 여부에 대해서는 불분명하다. 동 법은 권리구제절차에 대해서 명확한 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 한 가지 생각해 볼 수 있는 가능성은 제38조에 이의신청을 두고 있으므로 이를 표준지공시지가에 대한 불복시 국토교통부에 이의신청을 할 수 있는 절차와 유사한 것으로 보아, 전문적인 판단이 필요한 경우 일반적인 행정심판절차가 아닌 해당 주무관청이 다시 판단하는 특별한 형태의 불복절차를 둔 것으로

볼 수도 있다.⁹⁶⁾ 그러나 현재의 규정이 명확하게 행정심판을 배제하고 있지 않다는 점, 행정심판법 제3조 제1항이 행정심판의 대상으로 “행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다는 점 그리고 국토교통부가 전담해 온 표준지공시지가에 대한 이의신청이 행정심판의 대상이 된다는 2012년 3월 13일의 중앙행정심판위원회의 재결에 비추어 볼때 행정심판의 가능성은 여전히 열려있다고 보아야 할 것이다.

그렇다면 이러한 특별한 불복절차가 필요적 전치이어야 하는가 아니면 임의적 전치여도 무방한가의 여부가 남는 바, 국민의 선택의 폭을 넓게 하기 위해서는 이를 반드시 필요적 전치의 대상으로 삼을 필요는 없는 것으로 보인다. 그러나 탄소배출권제도의 조기정착과 법원으로 소송의 폭주를 방지한다는 점에 주안을 둔다면 입법정책적으로 필요적 전치를 둘 수도 있을 것이다.

(2) 행정심판법상 가구제제도의 활용 - 집행정지와 임시처분제도의 활용 가능성

이의신청이 행정심판에 준하는 절차로 정하여지거나 또는 행정심판이 개별적으로 가능하다고 보았을 때 행정심판법상의 가구제제도로써 집행정지와 임시처분제도의 활용가능성이 문제될 수 있다. 가장 빈번

96) 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제8조(표준지공시지가에 대한 이의신청) ① 표준지 공시지가에 대하여 이의가 있는 자는 표준지 공시지가의 공시일로부터 30일 이내에 서면으로 국토해양부장관에게 이의를 신청할 수 있다. ② 국토해양부장관은 제1항의 규정에 의한 이의신청 기간이 만료된 날부터 30일 이내에 이의신청을 심사하여 그 결과를 신청인에게 서면으로 통지하여야 한다. 이 경우 국토해양부장관은 이의신청의 내용이 타당하다고 인정될 때에는 제3조 및 제5조의 규정에 따라 당해 표준지 공시지가를 조정하여 다시 공시하여야 한다.
부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제19조(중앙부동산평가위원회) ① 다음 각호의 사항을 심의하기 위해 국토해양부장관 소속하에 중앙부동산평가위원회를 둔다.....4. 제8조의 규정에 의한 표준지 공시지가에 대한 이의신청에 관한 사항

히 발생하는 과소할당의 예를 볼 때, 집행정지는 탄소배출권의 할당 지체와 정착에 부정적인 영향을 줄 수 있다는 점에서 타당하지 않을 수 있으며, 독일의 경우에도 집행정지를 인정하지 않고 있다. 다만, 과징금의 경우 그 부과액이 클 경우 해당 업체가 집행정지를 신청하고 집행정지의 요건을 충족할 경우 이를 인정하는 것은 그 의미가 있을 것으로 보인다.

한편, 독일의 예에서 보는 바와 같이 탄소배출권 할당과 관련된 분쟁의 대부분은 이행을 구하는 것으로 그 권리구제의 형태는 의무이행 심판이며, 이 경우 적용될 수 있는 것은 임시처분제도이다. 그러나 독일의 경우에 있어서도 임시적으로 사전적 할당을 하는 것에 대해서 부정적인 경향을 보이고 있으며, 실지로 이러한 사전적 할당이 일반적으로 이루어지고 있지 않다는 점에서 그 활용가능성은 낮을 것으로 보인다.

3. 행정소송을 통한 권리구제

(1) 소송의 형태

행정소송을 통한 권리구제에서 현재 우리나라의 항고소송체계에서는 취소소송이 주요하게 이용될 것으로 보인다. 즉 위법한 할당에 대한 취소소송을 제기하고 승소판결을 받은 후 기속력에 의한 반복금지의 무, 재처분의무를 통해 새로운 할당을 받는 방법이다. 물론 이에 대해서 당사자소송의 이용가능성도 존재하지만, 배출권의 할당이 일종의 공법적 권리로서의 국가가 고권적 행위를 통해 오염권을 부여한 것이라는 점에서 대등 당사자간의 공법적 관계로 이를 파악하기는 어려우며, 항고소송을 통한 권리구제가 이루어지는 것이 타당하고 생각된다.

한편, 지난 3월에 제출된 법무부의 행정소송법 개정안에 의할 경우 안 제4조, 제41조 내지 제47조에 의무이행소송을 도입하는 것을 포함

하고 있다. 의무이행소송의 경우에는 특정한 할당량의 할당을 요구하고 행정청이 이를 거부한 경우 취소소송에 의하지 않고 곧바로 해당 의무의 이행을 명하는 판결을 받을 수 있으며, 현행 소송법상의 부작위위법확인소송의 불완전성 역시 해소할 수 있다는 장점이 있다. 만약 의무이행소송의 도입될 경우 독일에서의 예와 같이 의무이행소송이 할당분쟁에서의 주요한 소송수단이 될 것으로 보인다.

개정법률안상의 의무이행소송의 구조는 독일의 것과 크게 다르지 않다. 안 제41조는 의무이행소송의 원고적격을 규정하고 있는 바, “의무이행소송은 처분을 신청한 자로서 행정청의 거부처분이나 부작위에 대해서 처분을 할 것을 구할 법적 이익⁹⁷⁾이 있는 자가 제기할 수 있다”고 정하고 있다. 아울러 안 제44조에 의하여 “당사자의 신청에 따른 처분을 할 의무가 있음이 법령상 명백하고 그 의무를 이행하게 하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 행정청에게 그 의무를 이행하도록 선고한다”.(제1호) 또한 행정청이 그 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우에는 행정청에게 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고“(제2호) 할 수 있도록 하고 있다. 이러한 의무이행판결은 안 제45조에 기하여 행정청에게 당사자의 신청에 따른 처분을 이행하도록 선고하거나 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고한 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속하도록 하고 있다.

(2) 가구제제도의 활용가능성

행정심판에서의 경우와 마찬가지로 현재 우리 행정소송법은 집행정지를 두고 있으나 이와 달리 가처분 제도는 두고 있지 않다. 한편, 우리 행정소송법은 집행부정지의 원칙을 취하고 있는 바, 이러한 집행부정지원칙의 채택문제는 행정의 신속성·실효성을 중시할 것인지,

97) 현행 법률상이익을 개정안 제12조에서는 법적이익으로 변경하였다.

아니면 국민의 권리보호를 중시할 것인지에 대한 입법정책적인 문제라고 할 수 있다. 물론 견해에 따라서는 행정처분이 실정법상 적법성의 추정을 받기 때문에 권한 있는 기관에 의하여 취소되기 전까지는 처분의 집행력은 상실하지 않는다는 입장이 들어지고 있다.

행정소송법 개정법률안은 제26조를 통해 수익적 행정처분에 대한 사전적 권리구제에 충실하기 위하여 가처분제도를 두는 것을 그 내용으로 하고 있다. 그리고 그 요건으로 처분 등이나 부작위가 위법하다는 현저한 의심이 있는 경우로서 첫째, “다툼의 대상에 관하여 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 그 권리를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있어 다툼의 대상에 관한 현상을 유지할 긴급한 필요가 있는 경우”(제1항 제1호) 둘째, “다툼이 있는 법률관계에 관하여 당사자의 중대한 손해를 피하거나 급박한 위험을 피하기 위하여 임시의 지위를 정하여할 긴급한 필요가 있는 경우“를 들고 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 사전할당 역시 배출권 할당의 원활한 운영에 부정적인 영향을 줄 수 있다는 점에서 동 제도들을 활용할 가능성은 실제로 높지 않을 것으로 보인다.

4. ADR의 활용가능성?

ADR 기구의 활용가능성도 제기될 수 있다. 그러나 할당량은 유한하게 정해진 것으로 이를 ADR을 통해 재할당을 하거나 추가분을 산정할 경우 결국 예비량 또는 타 할당량의 재조정을 통해서 가능한 것으로 양당사자간의 ADR을 통해서는 처리하기에는 부적합하다. 또한 ADR을 통한 각기 다양한 결과의 도출은 탄소배출권 할당 초기에 많은 혼란을 가져올 수 있다는 점에서 부적합하다.

물론 법원형 ADR에 의해서 소송 전 합의를 도출할 수는 있을 것으로 보인다. 그리고 특히 독일의 예에서 본바와 같이 비용청구에 대한

불복의 경우에는 대표 판례를 형성하고 이를 바탕으로 소를 제기한 자들과 조정성격의 협약을 체결하여 이를 해결하는 방법을 활용할 수 있을 것으로 보이며, 할당이라는 본질적인 문제가 아닌 부수적이고 기술적인 문제를 해결하는 데는 유용할 것으로 보인다.

제 7 장 맺음말

교토의정서 이후 국제적인 합의에서 국내적인 정책과 규범으로 그 모습이 구체화되어가고 있는 탄소배출권제도는 이제 우리에게 현실적인 문제의 하나로 자리매김하였다. 비록 전세계적으로 탄소배출권제도의 정착이 아직까지는 요원하기는 하나 계속되는 지구온난화 현상 속에서 모두가 피할 수 없는 현실임은 공감하고 있다.

이미 언급하였듯이 탄소배출권제도에 대한 많은 연구들이 있어왔으나, 주로 거래에 집중되어 왔으며, 공법적인 측면에서의 할당에 대한 부분에 집중된 연구는 매우 적었다. 그러나 탄소배출권의 할당은 탄소배출권의 거래 이전에 우리가 맨 먼저 거쳐야 하는 것으로서 이미 배출권의 할당을 경험한 독일의 사례에서 보듯이 수많은 복잡한 분쟁들이 발생하고 있다. 따라서 이에 대한 사전적인 연구와 검토는 매우 의미있는 것이라고 할 수 있다.

그러나 그 연구의 방향성에 있어서 어떠한 방식으로 연구가 이루어져야 하는가에 대해서는 각기 의견이 다를 수 있다. 하나는 외국의 사례에 집중하여 이를 검토하는 것이고, 또 다른 하나는 국내법 체계에 주안을 두고 법리적 쟁점에 집중하여 이를 논하는 것이다. 그러나 양자는 탄소배출권 할당분쟁에 대한 연구에 있어서 이질적인 것이 아닌 하나의 연장선상에 서 있는 것이라고 할 수 있다. 즉 먼저 배출권의 할당을 경험한 외국의 사례를 우선적으로 살펴보고, 이를 기반으로 각각의 쟁점들에 대해서 국내법체계에 주안을 두고 심도있는 법리적인 검토가 이루어져야 하는 것이다. 금번 연구는 양자 중 전자에 해당하는 연구라고 할 수 있으며, 후속 연구가 뒤따라야 함은 분명하다.

배출권의 할당은 재산권보장의 문제, 직업영위의 자유의 문제, 평등권의 문제, 공공기관이 보유하고 있는 정보에 대한 접근의 문제 등 다양한 형태로 나타나고 있다. 그리고 이에 대한 권리구제 방법 역시

이의신청, 취소소송, 의무이행소송 아울러 임시적인 구제제도 등 다양한 방식으로 전개되고 있다. 그러나 탄소배출권의 할당과 관련한 법적분쟁은 지금까지의 여타 분쟁과는 사뭇 다른 것으로 국제적 합의에 의해 배출권 자체가 유한한 재화로 구성되어 있다는 점, 인류의 생존을 위한 공기의 보존이라는 공익적 성격이 강하게 나타나고 있다는 점, 그리고 매우 기술적인 문제라는 점이다. 따라서 배출권 할당의 분쟁 사례에 흐르는 기조는 공공의 이익을 위한 권리의 제한이 전제가 되어 있다. 따라서 권리구제 역시 기존의 권리구제의 결과보다는 다소간 제한적일 수 밖에 없는 특성이 있다.

그러나 이와 같은 제약요소 속에서도 여전히 각 사업자가 누려야 하는 주관적 공권은 보장되어야 하며, 따라서 정치하고도 명확한 할당의 기준, 일관된 기조, 신속한 분쟁의 해결이 필요하다고 할 수 있다. 따라서 금번의 연구는 독일에서의 탄소배출권 할당상의 제반 문제에 대해서 살펴보고 이를 통해 할당분쟁이라는 이슈에 대한 연구의 단초의 일부를 확충하였다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있으며, 이를 기반으로 향후 보다 구체적이고 깊은 연구가 진행되기를 기대한다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 김성수, 독일행정소송법상 가구제 및 예방적 권리구제제도, 고시계, 1994.11
- 에코시안 리포트, 유럽연합 산업계 배출권 할당방식의 주요 특징, 2009.5.27
- 최승필, 독일의 탄소배출권 설계에 관한 법제도적 검토 - 유럽의 탄소 배출권제도를 통한 고찰을 중심으로 -, 환경법연구 제31권 제2호
- 환경부, 해외 배출권거래제 할당동향 및 법제연구, 2010.11
- 황해봉, 독일의 행정심판제도(I), 법제, 2004. 1
- 현준원, 온실가스 배출권거래제도 관련 소송사례와 시사점 - 독일의 사례를 중심으로 -, 환경법연구 제32권 제3호

2. 외국문헌

- Bundestag, Begründung des Gesetzentwurfs von SPD und Bündnis 90 / Grünen vom 13.1.2004, BT-Druck. 15/2328
- Foroud Shirvani, Rechtsschutz gegen Zuteilungsentscheidungen im Emissionshandelsrecht NVwZ, 2005
- Harmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang Kahl, Andreas Vosskuhle, Wirtschaft im Offenen Verfassungsstaat, C.H. Beck, 2006
- Julia Günter / Jörn Schutenhaus, Die Rechtsprechung zum Emissionshandelsrecht, NVwZ, 2007
- Lars Diederichsen, Verfassungsrechtliche Fragen bei der Zuteilung von Emissionsberechtigungen, in Hartmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang

참 고 문 헌

- Kahl, Andreas Vosskuhle(Hrsg.), Wirtschaft im Offenen Verfassungsstaat, C.H.Beck, 2006
- Matthias Diehr, Rechtsschutz im Emissionszertifikate-Handelssystem, Duncker & Humblot, 2006
- Marcel Bongard, Maître en droit, Vorläufiger Rechtsschutz gegen die Löschung der Emissionberechtigungen am 30. 4. 2008, NVwZ 2007
- Martin Burgi, Grundprobleme des deutschen Emissionshandelssystems : Zuteilungskonzept und Rechtsschutz, NVwZ 2004
- Raimund Koerner / Hans-Peter Vierhaus, Widerspruchsverfahren gegen Zuteilungsbescheid, 2004.12.16, <http://www.emissionsrechthandel.de/services2.htm>
- Thorsten Müller, Emissionhandel in Christoph Germer, Helmut Loibl, Energierecht, Erich Schidmt Verlag 2007
- UmweltBundesAmt, European Emissions Trading in 2013-2020, 2013.1
- UmweltBundesAmt(DEHst), Emissions Trading and the responsibilities of the German Emissions Trading Authority, 2010. 7
- UmweltBundesAmt(DEHst), Emissions Trading 2008-2012 : Allocation of Certificates for the Second Trading Period - Press Briefing on the Allocation of Emission allowances 1,625 Installations
- UmweltBundesAmt(DEHst), Emission Trading - Evaluation of the First Trading Periode 2005-2007, 2009.1
- Walter Frenz, Emissionshandelsrecht-Kommentar zum THEG und ZuG, Springer, 2008
- www.emissionsrechthandel.de/services2.html (2013.4.28 방문)

이외 독일 연방헌법재판소, 연방행정법원 등 각급법원 판례