

‘온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률안’상의  
온실가스 배출권의 법적 성격과 할당의 법적 과제<sup>\*1)</sup>  
- 독일의 경험을 참고하여 -

Rechtliche Qualifizierung von Emissionsberechtigungen und rechtsoplitische  
Aufgabe der Emissionszuteilung

김 성 수 (연세대학교 법학전문대학원교수)  
Prof. Dr. Kim, Sung-Soo / Yonsei Law School

- I. 문제의 제기 - 온실가스 배출권에 대한  
국제적 배경과 우리나라의 법적 대응
- II. 할당과 거래 등의 법적 근거
- III. 배출권과 헌법상 기본권과의 관계
- IV. 할당방법과 부담금의 법적 성격
- V. 맺는 말

국문초록

최근 전 지구적으로 기후변화 문제가 여태까지 인류가 당면한 최대의 과제 중의 하나이며, 이 문제를 해결하기 위해서는 온실가스의 감축이 반드시 필요하다는 점에 대해서는 이견이 없는 것으로 보인다. 한국도 이러한 국제적 노력에 동참하기 위하여 그 동안 꾸준한 법과 제도의 정비를 이루어 왔으며, 그 중 대표적인 것이 2010년 4월 14일 시행에 들어간 저탄소 녹색성장 기본법(기본법)이다. 기본법 제46조 제1항은 녹색성장의 전략수단으로서

\* 이 논문은 2009년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2009-413-B00026).

시장기제를 통하여 온실가스를 감축한다는 목표를 실현하기 위하여 배출권 거래제도의 도입을 규정하고, 제4항에서 이러한 제도의 실시를 위한 배출허용량의 할당방법, 등록·관리 방법 및 거래소 설치·운영 등은 따로 법률로 정하도록 규정하여, 배출허용량의 할당이나 거래 등에 대하여는 별도의 후속입법이 예정되었다. 이에 따라서 정부는 2010년 11월 17일 ‘온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률안’(법률안)을 입법예고하였다. 법률안 제16조는 할당 대상업체가 인증을 받아 이미 사용하여 그 효력이 소멸한 온실가스 배출량에 해당하는 배출권을 정부에 제출할 의무를 부과하고 제출의무에 위반 또는 미달한 경우 그에 대하여 과태료 또는 과징금을 부과하고 있다(법률안 제31조, 제33조 제1호). 그런데 이러한 제출의무는 환경법 체계에서 전통적인 질서법상의 의무이행수단으로서 할당 대상업체인 시장참여자의 재산권 또는 직업의 제유를 제한하는 것이다. 우리나라의 다수설은 할당처분을 통하여 성립한 배출권 자체를 공법상의 권리로 인정하고 있으나, 할당처분 단계를 지나서 실제로 배출권 등록부에 등록하여 양도의 대상이 되는 단계에 이르게 되어야 비로소 배출권을 권리 내지 재산권으로 볼 수 있을 것이다. 할당의 방식과 관련하여 제도 시행의 초기에는 무상으로 배출권을 할당하는 방안이 바람직하며, 후술하는 바와 같이 법률안도 이러한 점을 고려하여 초기에는 무상할당원칙을, 점차적으로 유상할당 비율을 늘려나가는 방안을 제시하고 있다. 유상할당 시 사업자가 지불하는 비용은 일종의 유도적 목적부담금으로 헌법적 정당성을 가질 수 있을 것이다.

### Zusammenfassung

Mittlerweile bestehen weltweit weniger ernsthafte Zweifel daran, dass der Klimawandel eine der größten Herausforderungen in der menschlichen Geschichte ist und dass der Schlüssel zu einer erfolgreichen Klimaschutzmaßnahme in der Reduktion der Treibhausgasemissionen liegt. Dafür hat der koreanische Gesetzgeber ‘das Rahmengesetz für niedrigen Kohlenstoff und grünes Wachstum’; Das Grüne Wachstumsgesetz, GWG; Framework Act on Low Carbon, (Green Growth) verabschiedet, das am 14.04. 2010 in Kraft trat. Nach § 46 Abs. 1 GWG wurde als eine Strategie für die Grünentwicklung das Treibhausgas-Emissionshandelssystem eingeführt, damit der Staat mit den Marktmechanismen die Treibhausgasreduktion effektiv erzielen kann. Entscheidende Bedeutung hat im Hinblick auf die Einführung des Treibhausgas-Emissionshandelssystems der § 46 Abs. 4 GWG, wonach die Zuteilungsmethode, Eintragung, Überwachung, Berichterstattung und die Errichtung bzw. der Betrieb der Treibhausgas-Emissionshandelsstelle durch ein Gesetz (Zuteilungsgesetz) geregelt werden. Bei der Erfüllung der rechtspolitischen Aufgabe zum Zuteilungsgesetz hat der Gesetzgeber

nach der Wesentlichkeitstheorie alle wesentlichen Regelungen, einschließlich der Abgabepflicht von zertifizierten Emissionsreduktionen selbst zu treffen, die insbesondere mit der Ausübung oder Verwirklichung der Berufs- und Eigentumsfreiheit der Anlagenbetreiber in einem unmittelbaren Zusammenhang steht. Die Einführung des Emissionshandelssystems stellt in Bezug auf bestehende Anlagen eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art.2 3 Abs. 1 S. 2 der koreanischen Verfassung und in Bezug auf künftige Neuanlagen als eine Berufsausübungsbeschränkung im Sinne des Art. 15 der koreanischen Verfassung dar, wobei es der Verhältnismäßigkeitsprüfung in vollen Umfang standhalten muss. Der eigentumsrechtliche Charakter von Emissionsberechtigungen ist um ihrer selbst willen zwar grundsätzlich zu verneinen. Etwas anders gilt aber, wenn sie aus Eigenleistung wie Versteigerung und sonstigen entgeltlichen Zuteilungen resultieren und sich dem Privatrecht entsprechend auf dem Markt als handelsfähig darstellen. Die Frage, ob die Zuteilung unentgeltlich oder entgeltlich erfolgt, bezieht sich nicht nur auf die rechtspolitische Aufgabe, sondern vielmehr auf die politische Entscheidung. Deshalb wäre die Einführung eines entgeltlichen Zuteilungssystems nur stufenweise zu bevorzugen und besonders in der Anfangsphase nicht akzeptabel. Die entgeltliche Zuteilung der Emissionsberechtigungen ist sowohl als eine Vorteilsabschöpfungsabgabe, als auch als eine Lenkungsabgabe zu qualifizieren.

(주제어) 배출권(Emissionsberechtigung), 배출권거래제(Emmissionshandelssystem), 할당(Zuteilung), 녹색성장(grünes Wachstum), 부담금(Sonderabgabe)

## I. 문제의 제기 - 온실가스 배출권에 대한 국제적 배경과 우리나라의 법적 대응

기후변화에 따르는 온실효과, 이에 대응하는 저탄소 사회와 녹색성장전략은 이제 더 이상 생소한 용어가 아니며, 어떻게 보면 다소 진부한 느낌마저 주는 우리사회의 화두로서 등장하였다. 경제와 환경의 조화로운 발전을 위하여 저탄소(低炭素) 녹색성장에 필요한 기반을 조성하고 녹색기술과 녹색산업을 새로운 성장 동력으로 활용함으로써 국민경제의 발전을 도모하며 저탄소사회 구현을 통하여 국민의 삶의 질을 높이고 국제사회에서 책임을 다하는 성숙한 선진 일류국가로 도약하는 데 이바지함을 목적으로 하기 위하여 제정된 ‘저탄소녹색성장기본법’(이하 ‘기본법’이라 한다)은 후술하는 바와 같이 이른바 시장메커니즘을 활용하여 기본법의 목적을 달성하기 위하여 온실가스 배출권이라는 입법전략을 도입하

였다. 그런데 기후변화로부터 시작하여 온실가스 배출권이라는 제도가 도입되기까지는 상당한 시간이 소요되었으며, 이는 우리나라만의 자발적인 노력과 전략이라기보다는 국제적으로 여러 나라들의 지루한 힘겨루기의 산물이라고 할 수 있다. 국제사회가 기후변화 문제에 대하여 의미 있는 공조작업을 시작한 것은 1979년 스위스 제네바에서 세계기후학회(World Meteorological Organization : WMO)가 국제회의를 개최하면서 부터라고 할 수 있다. 1988년 UN총회는 기후변화가 전체 인류에 지대한 영향과 결과를 미칠 수 있다는 사실을 인식하고, 인류사회가 이 문제에 대하여 보다 적극적으로 대처할 것을 주문하였다.<sup>1)</sup> 이러한 일련의 노력은 1992년 브라질의 리우에서 UN기후변화협약(United Nations Framework Convention on Climate Change : UNFCCC)으로 그 결실을 맺게 되었으며, 동협약은 1994년 3월 21일 발효되었다.<sup>2)</sup> 그 후 UN기후변화협약을 보다 구체화하기 위하여 1997년 일본의 교토에서 교토의정서가 채택되었으며, 그 동안 동의정서는 여러 나라간의 첨예한 이해관계가 대립되어 난항을 거듭하다가 2005년 2월 16일부터 효력을 발생하였다.<sup>3)</sup>

교토의정서의 부속서1 국가들은 2008년부터 2012년 사이에 1990년 대비 5%의 온실가스 감축의무를 부담하는 것에 비하여 한국은 동의정서에 의하여 개발도상국으로 분류되어 이러한 감축의무를 부담하지 않는다. 다시 말하자면 한국은 이론적으로 기존에 배출하던 양만큼 온실가스를 배출할 수 있음은 물론 그 양을 증가시킬 수도 있다. 유감스럽게도 한국은 현재 OECD 국가 중에서 6번째로 많은 온실가스를 배출하며, 10번째의 이산화탄소 배출국이라는 오명을 가지고 있다.<sup>4)</sup> 하지만, 국제사회와 일반적인 예측과 한국 자체의 계획에 따라서 한국은 2013년부터 교토의정서 부속서1 국가에 포함되어 단계적으로 온실가스를 감축할 것이라는 전망이 우세하다. 그러나 한국은 온실가스의 감축과 이를 통하여 기후변화 문제에 보다 적극적으로 대처하고 있는 국제사회의 다각적인 노력을 고려하고 그의 책임 있는 일원으로서 문제해결에 동참하기 위해서 지난 수년간 그에 상응하는 법적인 준비를 꾸준히 진행하여 왔다. 온실가스과 기후변화 문제와 관련하여 주목할 수 있는 입법적 조치들은 주로 시장메커니즘을 활용하여 문제의 해결에 집중하였다.

- 1) Giesbert/Hilf, Handel mit Emissionszertifikaten - Regelungsrahmen für einen künftigen Markt, 2002, 방주 52.
- 2) Lars, Periodenübergreifende Zuteilungsregeln im Emissionshandelssystem, 2009, 27면 이하.; Mühlbauer, Emissionshandel - System und öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz, 2008, 32면 이하.; Hoffmann, Herausforderung Klimaschutz, 2007, 50면 이하.
- 3) 교토의정서 제25조 제1항에 의하면 의정서 효력발생요건으로 부속서1 국가 중 55% 이상, 의정서를 채택한 모든 국가의 50%이상의 동의라는 이른바 이중동의조항에 따르는 동의절차를 요구하였다. Hoffmann, 상계서, 52면; Zenke/Fuhr/Bornkamm, CO<sub>2</sub>-Handel aktuell, 2009, 5면.
- 4) 최문희, “탄소배출권 거래의 금융법상 쟁점”, 녹색성장과 법적기반구축학술대회(연세대학교 법학연구원 글로벌 비즈니스와 법센터, 2010.6.18.), 33면.

이러한 일련의 입법적 정비와 관련하여 가장 중요하고 기본적인 의미를 갖는 것이 2010년 4월 14일부터 시행에 들어간 기본법이다.<sup>5)</sup> 기본법 제46조 제1항과 제3항에 따라서 정부는 시장기능을 활용하여 효율적으로 국가의 온실가스 감축목표를 달성하기 위하여 온실가스 배출권을 거래하는 제도를 운영할 수 있으며, 이와 같은 제도를 실시할 경우 기후변화 관련 국제협상을 고려하여야 하고, 국제경쟁력이 현저하게 약화될 우려가 있는 관리업체에 대하여는 필요한 조치를 강구할 수 있다. 또한 기본법은 제46조 제4항에서 이러한 제도의 실시를 위한 배출허용량의 할당방법, 등록·관리방법 및 거래소 설치·운영 등은 따로 법률로 정하도록 규정하여, 배출허용량의 할당이나 거래 등에 대하여는 별도의 후속입법이 예정되었다. 이에 따라서 정부는 2010년 11월 17일 ‘온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률안’(이하 ‘법률안’이라 한다)을 입법예고하였다. 입법예고 된 법률안에 대해서는 쟁점과 관련하여 논하겠지만 정부와 국회는 기후변화와 온실가스의 감축을 위한 배출권 거래제도라는 비교적 생소한 입법적 과제에 직면하게 된 것이다. 물론 우리나라에서는 이미 지난 2005년 제정된 ‘수도권 대기환경개선에 관한 특별법’에 의하여 총량관리제를 도입하고 이를 위한 할당과 배출권거래제도를 시행하고 있으나, 규모나 내용면에 있어서는 온실가스에 대한 배출권과는 비교하기 어렵다.

온실가스 배출권의 거래에 대해서는 법률안이 입법예고 되었으나 위 법률안이 가지고 있는 기술적인 측면들(예를 들어 할당, 거래, 양도, 인증, 측정, 검증 등)을 고려하여 입법권을 가진 국회가 어느 정도까지 직접적으로 법률을 통하여 규율하여야 하는 것인지 문제가 우선 제기될 수 있다. 다시 말하자면, 법률안이 가지고 있는 규율대상의 특성으로 인하여 상당 부분 정부가 위임입법을 통하여 규율할 필요성이 크다는 점을 고려한다면 그러한 위임의 한계가 구체적으로 어느 정도인지 논의가 필요하다는 것이다. 이 문제는 법률안에 나타난 내용을 바탕으로 그에 대한 평가가 내려져야 할 것이다.

둘째, 법률안 제16조는 할당 대상 업체가 인증을 받아 이미 사용하여 그 효력이 소멸한 온실가스 배출량에 해당하는 배출권을 정부에 제출할 의무를 부과하고 제출의무에 위반 또는 미달한 경우 그에 대하여 과태료 또는 과징금을 부과하고 있다(법률안 제31조, 제33조 제1호). 그런데 이러한 제출의무는 환경법 체계에서 전통적인 질서법상의 의무이행수단으로서 할당 대상 업체인 시장참여자의 재산권 또는 직업의 제유를 제한하는 것이다. 다시 말하자면, 배출권의 제출의무는 이미 사업활동을 하고 있는 할당 대상업체에게는 재산권을 제한하는 조치로서 헌법 제23조 제1항 제2문에 따라 재산권의 내용과 한계규정으로서의 의미를 가지며, 신규로 할당받을 대상업체(법률안은 이들을 ‘신규진입자’라고 지칭하고 있

5) 한국에서 녹색성장이라는 개념은 ‘모든 사람들의 복리를 위한 환경적으로 지속가능한 경제성장’이라는 의미로 사용되고 있다(www.greengrowth.org).

다)에게는 헌법 제15조에 보장된 직업수행의 자유를 제한하는 규정이다. 따라서 할당 그 자체는 대상 업체가 온실가스를 배출할 수 있는 權原을 창설하는 것으로서 수익적 행정처분으로서의 성격을 가질 수 있지만, 사용한 배출권을 제출할 의무는 원래 대상 업체가 기존에는 아무런 제한 없이 온실가스를 배출할 수 있는 권리 내지 영업의 자유 등을 제한하는 측면이 분명히 존재한다. 경제행정법, 환경법적으로 보면 수익적 행정과 침해적 행정작용에 혼재되고 있는 영역이라고 볼 수 있는 것이다. 따라서 법률안의 제출의무가 재산권이나 영업의 자유를 과도하게 제한하는 경우에는 기본권에 대한 침해 문제를 발생시킬 수 없으며, 실제로 할당 대상업체들은 그러한 주장을 제기할 가능성이 크다. 따라서 과잉금지 원칙 등 심사기준에 따라서 법률안의 제출의무에 대해 평가하는 것이 필요하다.

셋째, 배출권의 할당과 관련하여 가장 어렵고 중요한 문제 중의 하나는 할당의 방법을 어떻게 정할 것인가, 다시 말하자면 대상 업체에게 배출권을 무상 혹은 경매 등 유상으로 할당할 것인가를 법률적으로 결정하는 것이다. 할당방법을 결정하는 것은 법적인 문제인 동시에 할당 대상 업체의 현황, 배출권 제도의 정착 여부, 국가 전체의 경제적 상황 및 온실가스규제에 대한 국제적인 기준 등을 고려하여야 하는 고도의 정책적 함의가 포함되어 있다. 법률안은 법률안 시행 이후 5년간의 1차 계획기간 중에는 무상할당비율을 100분의 90이상, 제2차 계획기간 중에는 제1차 계획기간에 대한 평가를 토대로 무상할당비율을 대통령령으로 정하며, 제3차 할당계획기간부터는 모두 경매방식에 의한 유상할당을 예정하고 있다. 이는 대체로 독일 등 선진국의 할당방식과 유사한데, 이와 관련하여 정책적으로 바람직한 방안이 무엇인지 검토한다.

마지막으로 넷째, 법률안이 규정하는 바에 따라서 일부 또는 전부의 유상할당이 이루어지는 경우에 할당 대상 업체의 입장에서 보면 기존에 무상으로 온실가스를 배출할 수 있던 것에 비하여 재산권이나 직업의 자유를 제한하는 일종의 신종 금전납부의무를 부과하는 것이다. 따라서 그 법적 성격이 국가가 관리하는 희소한 자원인 대기의 사용에 대한 대가인지 아니면 부담금관리기본법이나 헌법재판소의 결정에 나타나는 부담금 내지 특별부담금에 해당하는 것으로서 그 법률적·헌법적 정당화 요건을 갖추고 있는 것인지 검토할 필요가 있다. 본 연구에서는 위에서 언급한 법적 쟁점을 대상으로 법률안의 내용과 문제점 및 배출권의 법적 성격에 논의하고자 한다. 물론 법률안 제3장에서는 배출권의 거래에 대해서 규정하고 있어서 이와 관련된 법적 쟁점이 중요한 고찰대상이기는 하지만 배출권 거래에 대한 사법적 측면은 제외하고 그와 관련된 헌법 또는 행정법적인 문제에 국한하여 검토하기로 한다.

## II. 할당과 거래 등의 법적 근거

### 1. 본질성이론

이미 언급한 바와 같이 기본법 제46조 제4항은 배출권 거래제도의 실시를 위한 배출허용량의 할당방법, 등록·관리방법 및 거래소 설치·운영 등은 따로 법률로 정하며, 이에 따라서 법률안이 입법예고 되었다. 그런데 법률안에서는 위 규정에서 요구하는 사항 이외에 특히 배출 대상 업체를 비롯하여 배출권 거래시장의 신규참여자 등 이해관계 있는 제3자의 기본권 실현을 위하여 중요하고 본질적인 사항들은 법률안에서 직접 규정하는 것이 필요하다. 이른바 의회유보 또는 본질사항유보는 일반적인 법률유보원칙이 특별한 의미와 내용으로 표현된 형태로 보고 있으며, 국가행정작용 중에서 공익과 개인의 기본권 실현과 관련하여 직접적인 연관성이 없거나 단순히 기술적인 문제 등은 법률적인 근거가 요구되지 않는다는 것이다. 우선 본질사항유보는 법적 근거가 필요한 행정작용의 범위를 결정함에 있어서 당해 행정작용의 법적 효과와는 관계없이 그러한 행정작용이 관련되는 국민의 기본권 실현을 위하여 본질적이며 중요한 사안이라면 반드시 법적 근거, 즉 법률유보를 요구한다. 바꾸어 말한다면 본질사항유보는 우선 법률유보의 횡적인 범위를 결정함에 있어서 그 기준을 기본권과의 관련성 속에서 찾고 있기 때문에 본질사항유보의 횡적인 측면을 기본권관련유보(*grundrechtsrelevanter Vorbehalt*)라고 부를 수 있을 것이다.<sup>6)</sup>

그러나 본질사항유보는 기본권관련유보라는 횡적 측면과 동시에 입법부와 행정부 간에 입법권능을 배분하는 종적인 측면을 포함하고 있음을 간과할 수 없다. 본질사항유보는 법률로서 규율하는 사안이 공동체와 개인에게 근본적이며 중요한가의 여부에 따라서 의회입법의 필요성을 결정하는 것이므로 그 이외의 사항은 행정부의 위임입법에 의한 위임의 대상이 될 수 있다. 그러므로 본질사항유보는 법률과 위임입법의 규율사항을 구분하는 원리로서 그 중요성이 크며, 이러한 의미에서 종적 의미의 본질사항유보는 의회유보와 같은 의미로 사용된다. 본질성이론 내지 본질사항유보에 따라서 법률안이 직접 규율하여야 하는 사항으로는 기본법 제46조 제4항에 규정하는 대상을 포함하여 무엇보다 기존의 할당 대상 업체 또는 신규진입자의 재산권이나 직업의 자유 등을 실현하기 위해서 중요한 의미를 갖는 배출권의 할당, 제출, 등록, 보고, 검증 및 인증 등과 관련된 규정들이다. 물론 이와 같은 사항들에 대한 법적 근거가 마련되었다고 하여도 법률안이 헌법 제75조와 의회유보에 따라서 당해 규정들에 대한 위임밀도의 준수, 즉 포괄위임금지의 원칙을 위반하고 있는 지 여부를 검토할 필요가 있다.

6) 김성수, 일반행정법 제5판, 홍문사, 42면.

## 2. 법률안에 대한 검토

본질성이론에 의하면 특정 법률규정이 수범자에게 권리 제한적 효과를 가지는 경우에는 특히 의회유보적 관점이 중요한 의미를 갖는다. 또한 법률안의 경우 온실가스에 대한 총량제의 실시에 따라서 배출권을 획득하려는 다수의 대상 업체 상호간은 물론 신규진입자들 간의 극심한 경쟁관계가 예상되기 때문에 이들 간에는 전형적인 경원자관계가 형성되고 특정 대상업체에 배출권을 할당하는 경우에는 다른 경쟁자들의 권리를 침해하게 경우가 흔히 발생할 수 있다. 따라서 할당은 할당대상자들은 물론 할당을 받지 못하는 다른 경쟁자들의 기본권 실현에 본질적이고 중대한 사안에 해당하기 때문에 할당과 관련된 조항들은 최대한 국회가 법률로서 규율할 것이 요구되며, 포괄적인 위임이 금지되는 것으로 보아야 한다. 할당과 더불어 이미 사용한 배출권을 제출하는 의무 역시 할당과 표리의 관계에 있는 것으로서 대상자의 직업수행의 자유 및 재산권에 대한 제한을 의미할 수 있으므로 역시 의회유보 내지 종적 의미에서 위임입법의 한계를 엄격하게 준수하여야 한다. 이에 비하여 배출권 거래 및 거래소의 설립과 지정 등의 경우에는 거래에 참여하는 자에 대하여 참여의 제한, 방법 등과 관련하여 영업의 자유나 재산권 등(특히 유상할당의 경우에)에 대하여 다양한 형태의 기본권 제한행위가 가능하지만 이는 배출권거래가 가지고 있는 기술적인 측면과 더불어 이를 통한 온실가스의 감축이라는 고양된 공익을 실현하기 위한 것으로서 입법자의 형성권이 광범위하게 인정될 수 있는 분야라고 할 수 있다. 따라서 이 경우의 의회유보 또는 포괄적 위임금지 여부를 심사함에 있어서는 입법자의 합리적인 재량권 행사 여부에 국한될 가능성이 크다.<sup>7)</sup>

7) 헌법재판소는 규율대상의 성격과 관련하여 의회유보원칙과 포괄적 위임의 허용여부가 차별적으로 적용되는 이른바 2중 기준이 존재할 수 있음을 여러 차례 결정을 통하여 밝힌 바 있다. “사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 조세부과에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 경제현실의 변화나 전문적인 기술의 발달에 즉시 대응하여야 할 필요 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 법률로 규정하여야 할 사항에 관하여 국회 제정의 형식적인 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 위임함이 허용된다고 할 것이다(헌재 1996.6.26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 532 참조). 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 ……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다. 이와 같이 입법을 위임할 경우에는 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 둬으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법과 법치주의의 원칙을 달성하고자 하는 헌법 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다 할 것이고, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 또 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 그리고 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 규

법률안은 제2장에서 배출권의 할당, 제3장에서 배출권의 거래, 제4장에서 배출권의 보고·검증 및 인증에 대하여 규정하고 있다. 그런데 법률안이 할당 대상 사업자의 지정(제7조), 할당의 방법(제8조), 할당의 신청(제9조) 및 할당처분(제10조), 할당의 취소(제11조), 거래참여자의 범위(제12조), 배출권 거래의 방법 및 양도 등의 효력(제13조), 배출권의 이월 및 차입(제14조), 배출권의 제출(제16조), 배출권의 보고 및 검증(제20조), 배출권의 인증(제22조) 등과 관련하여 할당 대상자인 사업자 내지 그와 경쟁관계에 있는 신규진입자 등 제3자의 직업의 자유나 재산권 등 기본권 실현을 위하여 중요한 사항에 대해서는 대부분 법률로서 직접 규정하고 있다. 그러나 법안은 위 사항과 관련한 구체적인 절차나 방법 등 주로 기술적인 문제에 대해서는 대통령령에 위임하는 방식을 취하고 있는데, 이는 본질사항유보나 헌법 제75조에 따르는 포괄위임금지에 비추어 헌법적으로 문제가 될 여지는 없는 것으로 보인다.

다만, 법률안 제8조는 할당방법과 관련하여 제1차 계획기간 중에는 무상할당 비율을 90% 이상, 제3차 계획기간부터는 모두 경매방식으로 할당하는데 비하여 제2차 계획기간 중 무상할당비율은 국제적 동향과 제1차 계획기간에 대한 평가를 토대로 대통령령으로 정하도록 위임하였다. 그런데 후술하는 바와 같이 할당방식은 관련 산업계 전체는 물론 온실가스를 배출하는 개별 사업자의 직업의 자유나 재산권에 막대한 영향을 미치는 중요한 사항이기 때문에 구체적인 기준이나 비율을 법률에 직접 규정하는 것이 필요하다.

### III. 배출권과 헌법상 기본권과의 관계

#### 1. 국내 문헌상의 논의

##### (1) 배출권의 재산권성

우리나라에서는 입법 예고된 법률안이나 기본법에서 규정한 배출권의 법적 성격, 더 나아가 배출권이 헌법상 보장된 재산권의 보호범위에 속하는 것인가의 문제에 대하여 본격적인 논의가 이루어지지 못하였다. 그 이유는 기본법이 제정되고 기본법 제46조에서 배출권의 도입과 거래를 예정하는 규정을 두고 있었지만 배출권 거래를 위한 법률안이 신속하게 예고되고 입법화되는 과정을 밟지 못하였기 때문에 기존의 배출권에 대한 학문적 연구는 주로 이 제도를 먼저 도입한 외국의 사례를 중심으로 하는 비교법적인 검토에 머무른

부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다(헌재 2006.4.27. 2005헌바69, 판례집 18-1상, 561, 568-569; 헌재 2006.11.30. 2006헌바36등, 판례집 18-2, 488, 506 등 참조).

것이다.<sup>8)</sup> 기존의 문헌연구에 따르면 공법적 측면에서 배출권은 헌법상 보장된 재산권 내지 적어도 개별 법률에 의하여 할당 대상 업체가 온실가스를 배출할 수 있는 주관적인 권리를 보장하고 있다는 점에 대해서는 일정한 합의가 성립하고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>9)</sup> 이와 같이 배출권에 대하여 헌법상 재산권 내지 법률상의 주관적 권리성을 인정하고 있는 가장 큰 이유는 배출권이 시장에서 거래의 대상이 됨으로써 일정한 재산적 가치가 인정될 수 있기 때문이다. 국가가 기후변화에 대응하는 중요한 정책적 수단으로 도입한 배출권은 우선 이산화탄소를 중심으로 하며, 이후에 다른 온실가스도 포함시키며 점차 그 외연을 확대해갈 수 있다는 점을 고려할 때 초기에 도입하는 배출권이 시장에서 어떠한 저항이나 심리적인 부담 없이 원활하게 거래되는 것이 국가의 입장에서 보면 중요한 문제이다.

이러한 측면에서 보면 온실가스배출권 또는 배출자격이라는 것은 국가가 관련 법률을 통하여 재산권으로서의 성격을 의도하는 것으로서 다분히 의제적인 측면이 있음을 부인할 수 없으며, 그렇기 때문에 그 자체가 원래부터 헌법상 재산권으로 보호되는 다른 일반적인 개인의 재산과는 그 성격상 구별된다. 온실가스배출권이 우리 헌법 제23조 제1항에서 규정하는 재산권으로서의 성격을 가지기 위해서는 헌법재판소의 많은 결정례들이 밝히고 있는 바와 같이 사적 유용성과 그에 대한 원칙적인 처분권을 포함하는 재산적 가치 있는 구체적인 권리로서 인정받아야 한다. 이와 같은 측면에서 본다면 비록 배출권 내지 배출자격이 기본법이나 입법 예고된 법률안과 같이 형식적 의미의 법률에 의하여 인정되는 권리라고 하여도 사적 유용성과 처분권이라는 재산권으로서의 요소를 충족하고 있는 경우에는 헌법상 재산권으로서의 성격을 부여받는데 지장을 초래하는 것은 아니다. 만약 국가가 법률을 통하여 배출권의 요건을 규정하고 이를 충족하는 개별 대상 업체에게 주관적 권리로서 귀속시켰음에도 불구하고 국가 스스로 그 재산권적 성격을 부인하거나 배출권이 거래되는 시장에서 참여자들이 그 권리성을 인정하지 않는 경우에는 배출권과 그 거래제도가 원활하게 정착되기는 어렵다. 특히 배출권을 할당 받는 대상자가 이를 위하여 스스로 일정한 비용을 지출한 경우에는 재산권으로서의 성격이 보다 공고화된다. 여기에서 할당 대상자가 일정한 비용을 지출한다는 의미는 배출권을 할당하기 위한 방식을 의미하는 것으로서 무상할당이 아닌 시장에서의 매매방식 또는 경매 등을 통하여 이를 획득하는 것을 의미한다.

그러나 배출권이 대상 업체에게 무상할당 (이른바 grandfathering 방식)되는 경우에는

8) 특히 사법상 배출권의 법적 성격에 대한 논의는 최경진, “배출권의 법적 성격”, 비교사법 제17권 1호(통권48호), 415면 이하.

9) 김태호, “독일의 기후변화 대응 법체계”, 기후변화와 법의 지배, 박영사, 195면; 전종익, “탄소배출권의 헌법적 성격과 거래제도”, 동서, 257면 이하. 전교수는 배출권이 법률에 의하여 설정되는 것이라도 하여도 설정된 이후 개별적으로 인정된 배출권은 재산적 가치가 있는 것으로서 헌법상 재산권으로 인정될 수 있는 것으로 보고 있다. 258면.

재산권으로서의 성격이 희박하기 때문에 할당 이후 할당처분을 취소 또는 철회하거나 할당한 배출권 자체를 무상으로 박탈하는 경우에도 헌법 제23조 제3항에 의한 재산권에 대한 수용은 아니기 때문에 그에 대한 보상이 이루어진다고 보기 어렵다. 한편 온실가스배출권을 헌법상 보장된 재산권으로 인정하려는 견해에 대해서는 이른바 공공재인 대기에 대하여 개인에게 배타적인 권리를 설정하는 것이라는 이유에서 상당한 비판이 제기되는 것도 사실이다. 특히 이러한 배타적인 이용권을 설정하고 여기에 더하여 사적 효용성과 원칙적인 처분권을 인정하는 것은 ‘환경에 대한 오염권’을 국가가 재산권으로 보호하는 근본적인 모순에 직면한다는 것이다.<sup>10)</sup>

## (2) 배출권과 직업의 자유 등

일반적으로 배출권에 대한 총량규제와 할당처분은 원래 개인이 아무런 제한 없이 대기 중에 온실가스를 배출할 수 있는 자유를 제한하는 측면을 가지고 있다. 여기에서 할당처분 등을 통하여 제한되는 개인의 기본권으로는 일반적 행동자유권 내지 행복추구권, 거주이전의 자유와 더불어 배출권 할당과 가장 밀접한 관련을 가지는 직업의 자유를 언급할 수 있다. 그 이유는 인간의 생존이나 생산 활동에는 필연적으로 이산화탄소를 포함하는 온실가스를 배출하는 것이므로 총량규제 등을 통하여 이를 규제하는 것이 정당한 것인지, 그 범위와 한계는 어디까지 인지 등과 관련하여 법적인 문제가 제기된다. 우리 헌법 제37조 제2항에 의하여 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으며, 조리상 한 개인의 기본권 행사가 타인의 기본권을 침해하는 경우에는 국가가 이를 규제하거나 일정한 한계를 설정할 수 있다. 다만, 이 경우에도 과잉금지의 원칙을 준수하여 사업자가 자신의 영업활동을 계속할 수 있는 최소한의 배출권은 어떠한 경우에도 규제 대상이 될 수 없다.

다만, 우리 헌법 제35조 제1항에 의하면 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 환경권으로서 가진다는 점을 고려한다면 지구의 기후변화에 상당한 영향을 미치는 온실가스를 배출하여 환경을 침해할 수 있는 배출권을 독립적인 권리로 인정하는 것은 상당한 자기모순일 수 있다.<sup>11)</sup> 또한 헌법상 환경권과 독립한 기본권으로서의 배출권이 충돌하는 경우에는 당연히 환경권이 우선하는 것으로 보아야 한다. 이와 같이 배출권을 헌법상 독립한 권리 내지 기본권으로서 인정하는 것은 법리적으로나 현실적으로 어려운 점이 있다. 따라서 온실가스배출권은 직업의 자유, 그 중에서도 직업수행이나 영업을 자유의 내용에 포함되는 것으로 볼 수 있으며, 위에서 언급한 바와 같이 할당에 대한 법률안 규정이

10) 전종익, 상계서, 156면.

11) 同旨, 김홍균, “수도권대기질 개선을 위한 총량관리제 - 배출권거래제도를 중심으로”, 저스티스 제91호 (2006), 151면 이하.

온실가스 배출을 통한 직업의 자유수행을 과도하게 제한하는 경우에는 위헌의 문제가 발생할 수 있다.

## 2. 사 건

### (1) 배출권은 그 자체로서 헌법상 재산권으로서 보호받기 어렵다

법률안이 규정하고 있는 온실가스 배출권 내지 배출자격은 배출 대상 업체가 소유한 생산시설이나 배출시설과 분리하여 독립하여 그 자체로서 헌법 제23조 제1항에 의한 재산권에 해당하는가에 대해서는 의문이 제기될 수 있다. 다만, 이미 언급한 바와 같이 우리나라 문헌상의 다수 견해는 배출권이 발생하는 공법적인 과정이나 시장에서 거래의 대상이 되는 사법적 측면을 고려할 때 헌법상 재산권 내지 적어도 개별 법률에 의하여 발생하는 공법상 또는 사법상의 권리라는 점을 인정하고 있다. 그러나 이와 같은 다수 견해는 배출권이 법률안에 규정된 할당처분이라는 정부의 행정행위를 통하여 발생하는 공법상의 지위 내지 자격이라는 점을 간과하고 있다는 점을 지적할 수 있다. 다시 말하자면 법률안에 의하면 온실가스 배출권을 확보하려는 할당 대상 업체는 할당계획기간의 시작 전에 검증기관의 검증을 받은 직전연도 명세서와 배출권 배분신청서를 작성하여 대통령령이 정하는 바에 따라 전자적 방식으로 정부에 신청하고(제9조 제1항), 정부는 배출권의 신청을 받은 경우 제5조의 할당계획, 제8조에 따른 할당의 방법 및 기타 대통령령이 정하는 바에 따라 할당 대상업체에게 계획기간의 총 배출권과 이행연도별 배출권을 할당한다(제10조 제1항).

독일의 경우에는 할당처분 이전에 사업자가 온실가스를 배출하기 위한 별도의 배출허가를 관할 행정청으로부터 받도록 하는 법적 체계가 구축되어 있으나, 우리나라의 경우에는 온실가스는 대기환경보전법상 대기오염물질(대기오염물질<sup>12)</sup>에 해당하지 아니하여 대기환경보전법에 의한 별도의 배출허가를 필요로 하지 않는다. 그러므로 법률안에 따라 정부가 대상 업체에게 배출권을 할당하는 행위는 온실가스에 대한 배출허가와 할당처분을 일원화

12) 제2조 규정된 대기오염물질은 다음과 같다. 1. 입자상물질, 2. 브롬 및 그 화합물, 3. 알루미늄 및 그 화합물, 4. 바나듐 및 그 화합물, 5. 망간화합물, 6. 철 및 그 화합물, 7. 아연 및 그 화합물, 8. 셀렌 및 그 화합물, 9. 안티몬 및 그 화합물, 10. 주석 및 그 화합물, 11. 텔루륨 및 그 화합물, 12. 바륨 및 그 화합물, 13. 일산화탄소, 14. 암모니아, 15. 질소산화물, 16. 황산화물, 17. 황화수소, 18. 황화메틸, 19. 이황화메틸, 20. 메르캅탄류, 21. 아민류, 22. 사염화탄소, 23. 이황화탄소, 24. 탄화수소, 25. 인 및 그 화합물, 26. 붕소화합물, 27. 아닐린, 28. 벤젠, 29. 스틸렌, 30. 아크롤레인, 31. 카드뮴 및 그 화합물, 32. 시안화물, 33. 납 및 그 화합물, 34. 크롬 및 그 화합물, 35. 비소 및 그 화합물, 36. 수은 및 그 화합물, 37. 구리 및 그 화합물, 38. 염소 및 그 화합물, 39. 불소화물, 40. 석면, 41. 니켈 및 그 화합물, 42. 염화비닐, 43. 다이옥신, 44. 페놀 및 그 화합물, 45. 베릴륨 및 그 화합물, 46. 프로필렌옥사이드, 47. 폴리염화비페닐, 48. 클로로포름, 49. 포름알데히드, 50. 아세트알데히드, 51. 벤지딘, 52. 1,3-부타디엔, 53. 다환 방향족 탄화수소류, 54. 에틸렌옥사이드, 55. 디클로로메탄, 56. 테트라클로로에틸렌, 57. 1,2-디클로로에탄, 58. 에틸벤젠, 59. 트리클로로에틸렌, 60. 아크릴로니트릴, 61. 히드라진.

한 결합된 행정처분이라고 할 수 있다. 그런데 온실가스 배출허가와 할당처분을 분리하여 고찰하던 아니면 일원화된 결합처분으로 보던 관계없이 배출허가와 할당처분의 법적 성격은 의심의 여지없이 강학상 행정행위이며 행정심판법과 행정소송법에 의한 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다. 또한 정부가 대상 업체에게 할당처분을 함에 있어서는 다수의 경쟁관계에 있는 대상 업체들의 신청을 전제로 하므로 이들 간에는 전형적인 경원자관계가 성립하기 때문에 정부가 신청에 대한 거부처분을 행하는 대상 업체에게 할당처분을 다룰 수 있는 법률상 이익을 인정하는 등 권리보호의 측면을 소홀히 할 수 없다.

그런데 문제가 되는 것은 일반적으로 할당처분과 같은 행정처분에 의하여 발생하는 자격 내지 권능은 법률이 행정청에게 특정인의 이익을 위하여 일정한 법률상의 힘을 부여하는 주관적 권리와는 달리 직접적으로 재산적 가치가 있는 권리라고 보기 어려운 측면이 있다. 예를 들어 헌법재판소는 지난 2010년 4월 29일 체육시설법상 사업계획승인라는 행정처분을 통하여 발생하는 자격 내지 법적 지위가 다음과 같은 이유에서 헌법상 보호되는 재산권이 아니라고 보고 있다. “사적유용성과 원칙적 처분권이 재산권의 징표라고 본다면, 재산가치는 그와 같은 사적유용성과 원칙적 처분권 등 재산성이 인정될 만한 가치가 있는 것을 의미하는 것이다. 그런데 골프장 사업계획승인은 골프장 영업을 할 수 있게 하는 행정처분에 불과한바, 그 처분은 해당 체육시설이 법령에서 정한 시설기준을 갖추 수 있는지를 비롯한 제반 사업수행능력에 대한 승인에 해당하므로, 여기에 어떠한 재산적 가치가 내포되어 있다고 보기 어렵고, 나 아가 공법상 수급권과는 달리 그 처분을 통해 어떠한 재산적 가치를 설정하거나 부여하고자 하는 행정주체의 의사가 표현되어 있다고 보기도 곤란하다. 그렇다면, 사업계획승인권 자체에는 헌법상 재산권으로 인정되기 위해 필요한 필수적인 요건들이 결여되어 있다고 할 것이다. 그렇다면, 이상의 내용과 같이 이 사건에서 청구인이 주장하는 사업계획승인에 대한 권리는 헌법상 재산권으로 보호되기 어려우므로, 사업계획승인권이 골프장 필수시설의 경락과 함께 경락인에게 승계됨을 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 재산권을 제한하는 규정이라 할 수 없다”<sup>13)</sup>

일반적으로 개의 특정한 권리를 헌법상 보호되는 재산권으로 인정하기 위해서는 자신의 비용과 노력에 의한 기여분이 필요하다는 요건을 충족하여야 한다면 위에서 언급한 바와 같이 자신의 노력과는 무관하게(할당을 받기 위한 신청 정도를 자신의 기여분으로 보기는 어려울 것이다) 국가가 행정절차와 행정처분을 통하여 부여한 공법상의 지위로서의 배출권은 헌법 제23조 제1항에서 말하는 재산권으로서 보호받기는 어려울 것이다. 또한 헌법상 재산권으로 보호받기 위한 요건으로서의 사적 유용성과 그에 대한 원칙적인 처분성을 고

13) 헌재 2010.04.29, 2007헌바40.

려할 때 할당 대상 업체가 잉여 배출권을 처분하는 것은 가능하지만 할당처분으로부터 발생한 권능 내지 법적 지위 자체를 거래의 대상으로 할 수는 없기 때문에 그러한 권능이나 지위는 재산권의 보호객체라고 할 수 없다. 다만, 할당처분에 의하여 발생한 온실가스 배출권, 권능 내지 자격은 헌법상 직업의 자유, 특히 직업수행의 자유나 영업의 자유의 보호 대상은 될 수 있을 것으로 보인다. 독일의 경우에도 연방최고법원은 국가가 부여한 택시면허는 관할 행정청이 행정절차와 행정처분에 따라 특정인에게 부여한 법적 지위에 불과하기 때문에 그 자체로서는 재산적 가치가 있는 권리가 아니며 결과적으로 기본법 제14조 제1항에 의한 재산권으로 보호받는 것은 아니라는 견해를 제시하고 있다.<sup>14)</sup>

이와 같은 점들을 고려하여 볼 때 법안이 규정하고 있는 배출권은 일정한 범위에서 온실가스를 배출할 수 있는 권능 내지 법적 지위를 인정한 것에 불과한 것으로서 헌법 제23조 제1항 상의 재산권으로서 보호받기 어려우며, 할당 대상 업체가 재산권으로 보유한 시설이나 지적 재산권 등을 사용하는 일종의 재산사용권 일부의 내용을 이루는 것으로 볼 수 있다. 이러한 의미에서 정부가 할당한 배출권은 헌법 제23조 제1항 제2문에 의한 재산권의 내용규정에 해당하는 것으로서 이를 형성하고 제한함에 있어서 입법자는 광범위한 입법재량권을 가지고 있다고 할 수 있다. 이에 따라서 입법자는 헌법 제37조 제2항에 따라 잉여 배출권을 거래하는 제도를 도입함에 있어서도 거래행위에 대한 각종의 규제를 통하여 할당 대상 업체의 직업의 자유를 상당한 정도로 제한할 수 있다. 그러나 입법자는 할당 처분이라는 재산권의 내용형성과 거래에 대한 규제 등을 규율함에 있어서는 당연히 과잉 금지의 원칙을 준수하여야 한다. 특히 기존에 조업활동을 위하여 불가피하게 일정한 양의 온실가스를 배출할 수밖에 없었던 중소기업의 할당 대상업체의 직업의 자유를 보장하기 위하여 일정량을 우선할당 할 수 있는 예외적 수혜조항의 필요성도 진지하게 검토하여야 한다.<sup>15)</sup>

## (2) 유상으로 취득한 배출권과 그 거래

할당처분이라는 정부의 행정처분에 의하여 부여된 온실가스의 배출자격 내지 권능 그 자체가 헌법 제23조 제1항에서 규정하는 재산권의 보호범위에 속하지 않는다는 일반론은 할당 대상 업체가 배출권을 취득하기 위하여 일정한 비용을 투입하는 경우에는 그 수정이 불가피하다. 즉 할당 대상업체가 자신의 비용으로 배출권을 시장에서 매수하거나 경매절차를 통하여 경락받은 경우에는 그 배출권에 재산적 가치가 있는 것이므로 헌법상 재산권으로 보호하는 것이 가능해진다. 예를 들어 국가가 행정처분 등을 통하여 특정인에게 일정한

14) BGHZ 108, 364 (371).

15) 그러나 법률안에서는 이와 같이 배출권에 대한 할당에 있어서 특히 중소기업의 상급자를 배려하는 조항을 발견할 수 없는데, 이는 입법적 불비로서 향후 입법시에 보완이 요구된다.

법률상 지위나 권능을 설정하여 순수하게 국가의 재정으로 사회보장적 급부를 지급하는 경우에는 재산권적 성격을 인정할 수 없으나, 이러한 사회보장적 급부행위에 수급권자의 기여분이 포함되어 있는 경우에는 그에 상응하는 재산권적 성격을 인정할 수 있는 것과 같은 논리이다.<sup>16)</sup>

온실가스배출권의 할당을 받기 위하여 대상 업체가 자신의 비용을 투하하는 경우로는 위에서 언급한 배출권의 매수 또는 경락과 같은 방법 외에도 자신이 소유하고 있는 생산시설 중에서 온실가스를 배출하는 부분에 대하여 이를 저감할 수 있도록 기술개발을 위한 투자를 행하거나 조업활동을 축소하여 온실가스의 배출을 저감시키는 경우 등의 노력을 하는 것들을 들 수 있다. 또한 할당 대상 업체가 위와 같은 노력이나 투자 등비용과 시간을 투입하지 않고 단순히 할당처분을 통하여 무상으로 배출권을 취득한 경우에도 법안이 규정하고 있는 바와 같이 배출권 등록부의 계정에 등록하여 거래참여자가 되는 경우에는 할당처분으로 발생하는 배출권능과는 다른 법적 지위를 인정할 수 있다. 다시 말해서 할당처분이라는 행정처분을 통하여 온실가스를 배출할 수 있는 법적 지위만을 인정받은 단계에서 더 나아가 이제 등록부에 등록절차를 마치고 시장에서 완전한 거래의 대상이 되는 경우에는 배출 대상 업체가 배출권에 대하여 완전한 사적유용성과 처분가능성을 가진 권리를 유상으로 양도하는 것이므로 이 경우에는 헌법상 재산권으로서 보호받을 수 있다.<sup>17)</sup>

법률안은 할당처분 단계에서 배출권을 소유하는 자를 할당 대상 업체라고 부르는데 비하여 이 단계에서는 거래참여자라는 용어를 사용하고 있다. 배출권 거래참여자가 보유한 배출권은 법안 제18조에 따라서 설립되는 배출권거래소 등을 통해 양도 또는 양수의 방법으로 거래할 수 있다(제13조 제1항). 거래단계에 이른 배출권은 시장참여자가 자신의 책임 하에 사적 효용을 실현하기 위하여 양도 또는 양수하는 것이므로 헌법상 재산권으로서의 요건을 모두 갖춘 것으로 볼 수 있으며, 다른 재산권과 마찬가지로 수익과 처분의 대상이 된다. 결국 배출권 거래 제도를 통하여 재산권의 대상이 되는 사법상의 또 다른 권리가 성립하는 것이다.<sup>18)</sup>

16) 현재 2003.9.25, 2001헌마93(“보험료라고 볼 수 있는 공무원의 기여금의 납부가 법률에 의하여 강제되는 특성을 가지고 있으며, 특히 공무원연금법상 퇴직연금수급권은 경제적 가치 있는 권리로서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권으로서의 성격을 가진다”).

17) Burgi, Emissionszertifikate als Eigentum im Sinne von Art. 14 Grundgesetz, RdE 2004, 34면, Wieland, GG-Kommentar (hrsg. von Dreier), Art. 14 Rn. 56.

18) Mehrbrey, Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes handelbarer Emissionsrechte, 2003, 52-53면.

#### IV. 할당방법과 부담금의 법적 성격

##### 1. 독일의 경우

###### (1) 무상할당인가 유상할당인가?

온실가스배출권을 무상으로 할당할 것인가 아니면 매매나 경매 등 유상으로 배분할 것인가의 문제를 놓고 독일에서는 지난 수년간 커다란 논쟁이 이루어졌다.<sup>19)</sup> 할당방법과 관련하여 유럽연합 차원에서 회원국에게 일정한 지침을 준 것은 유럽의회준칙 2003/87과 배출권거래를 위한 2003년 10월 13일 유럽평의회준칙이다. 이와 같은 준칙들은 유럽연합 환경법에 일대 체제변화를 예고한 것이었으며, 배출권거래제도의 조직, 할당기준 및 방법에 대하여 대강을 정하고 있다는 점에서 큰 의미를 가지고 있다. 이에 따라 독일에서는 할당법이 배출권 할당의 방법을 세 단계로 구축하였다. 우선 첫 단계인 2005~2007년에는 최고 5%의 유상할당을 예정하였으나 실제로는 무상할당의 방법을 택하였으며, 2단계인 2008~2012년까지는 최고 10%까지 매매 등을 통한 유상할당을, 2013년부터는 경매를 통한 전면적인 유상할당을 규정하였다. 물론 할당법은 유상할당의 경우 가격을 고정하지는 않았으며, 배출권이 거래되는 시장상황에 따라서 자연스럽게 가격형성을 유도하여 이른바 시장메커니즘을 활용한 온실가스 배출저감효과를 극대화하고자 하였다.<sup>20)</sup>

일반적으로 법학자들은 무상할당을 선호하는 반면에 경제학자들은 배출권 거래제도가 가지는 시장기능에 착안하여 유상할당이 이루어지는 경우에 한하여 온실가스배출 저감을 통하여 기후변화에 적극적으로 대처할 수 있음을 강조하였다. 경제학자들은 무상할당방법이 배출권 거래시장의 규모를 축소시키고 시장참여자들의 도덕적 해이를 유발시켜서 배출권 거래제도의 비효율성과 시장기능의 와해를 불러올 것이라고 비판하였다. 그러므로 무상할당은 배출권 거래제도의 제도적 의의를 몰각시키고 온실가스를 무절제하게 배출하는 사업자에게 불로의 이득을 창출하는 결과를 야기할 것이라는 점을 경고하고 있다. 반면에 무상할당을 주장하는 법학자들은 기존에 아무런 제한 없이 온실가스를 배출할 수 있었던 사업자들에게 총량규제를 통하여 지극히 제한된 범위 안에서 온실가스를 배출할 수 있는 권

19) Voßkuhle, in: Hender, (Hrsg.), Rechtsfragen der Einführung von Emissionszertifikaten, Energierecht zwischen Umweltschutz und Wettbewerb; Burgi, Verfassungswidrigkeit einer entgeltlichen Zuteilung von Emissionszertifikaten, 61면; Rebentisch, Rechtsfragen der kostenlosen Zuteilung von Berechtigungen im Rahmen des Emissionshandelsrechts, NVwZ, 2006, 747면 이하. 753면; Sacksofsky, Versteigerung von Zertifikaten im Emissionshandel, Führ/Wahl/von Wilmowsky (Hrsg.), Umweltrecht und Umweltwissenschaft, Festschrift für Eckard Rehinder, 607면.

20) Dulce, Die Zulässigkeit der (teilweisen)Versteigerung von Emissionsberechtigungen aus europarechtlicher Sicht, NVwZ 2009, 623면.

리만을 부여하는 것만으로도 사업자의 재산권이나 직업의 자유를 상당한 정도로 제한하는 것으로 보고 있다. 그런데 여기에 더하여 온실가스 배출권을 유상으로 할당하는 경우에는 특히 중소 영세사업자에게는 기대가능한 것이 아니므로 수인한도를 넘는 것이며, 이는 결과적으로 재산권이나 직업의 자유를 과도하게 제한하여 위헌의 문제를 야기할 수 있다고 보고 있다.

## 2. 우리나라의 입법적 과제

### (1) 단계적 유상할당

배출권 거래와 관련하여 배출권 할당을 무상으로 할 것인지 아니면 경매 등유상할당의 방식을 취할 것인지의 여부는 특히 배출권 거래의 초기에 상당히 예민하고 중요한 문제이며, 궁극적으로 배출권 거래를 통한 온실가스의 저감이라는 정책 및 입법목적을 달성하는데 상당한 영향을 미친다. 이미 언급한 바와 같이 주로 경제학자들을 중심으로 국가가 관리하는 일종의 공공재로서 대기에 배출되는 온실가스의 배출을 저감시키기 위하여 배출권 거래 제도를 활용하는 것이 일반화된 것이라면 우리나라에서는 이미 거래제도의 도입 초기부터 유상으로 배출권을 할당하는 것이 가능하고 또한 바람직한 측면이 있다. 아직까지 우리나라에는 교토의정서를 포함하여 온실가스의 저감에 대한 국제법적 의무는 부과되고 있지는 않지만, 한국이 이른바 녹색성장을 표방하며 이 분야에서 세계적으로 선도적인 역할을 수행하겠다는 의욕을 보이고 있는 점을 고려한다면 일단 배출권 거래제도를 도입할 이상 처음부터 매매나 경매와 같은 유상할당의 방법을 취하는 것이 전혀 불가능해 보이지는 않는다.

물론 우리나라에서는 이미 ‘수도권 대기환경 개선에 관한 특별법’에서 배출권 거래 제도를 도입하고는 있으나 아직 본격적으로 이 제도가 정착된 상태는 아니기 때문에 법적인 측면에서는 물론 정치적·정책적인 차원에서도 배출권 거래는 여전히 새로운 영역이라고 할 수 있다. 따라서 특히 새로운 제도의 시행으로 인하여 경제적으로 타격을 받을 수 있는 중소기업의 사업주들에 대한 배려를 위하여 특히 시행 초기에 부작용을 최소화 할 수 있는 방안을 찾는 것이 중요하다. 그러므로 독일의 경우와 같이 최초 3년이나 5년간 등 제도 시행의 초기에는 무상으로 배출권을 할당하는 방안이 바람직한 것으로 보이며, 후술하는 바와 같이 법률안도 이러한 점을 고려하여 초기에는 무상할당원칙을, 점차적으로 유상할당 비율을 늘려나가는 방안을 제시하고 있다.

이와 같은 점진적인 유상할당방안을 통하여 충격을 가장 많이 받게 될 중소기업이 새로운 제도의 시행으로 인한 구조적인 변화를 수용하도록 지원하고 장기적으로 온실가스의

저감을 위한 투자환경을 조성하는데 유리한 입지를 확보할 수 있도록 입법적인 배려가 요청된다. 그럼에도 불구하고 한국이 2013년 이후 교토의정서의 부속서 1 국가에 포함되는 경우에는 국제협약을 준수한다는 차원에서 유상할당이 속도를 낼 가능성도 크다. 이와 관련하여 법률안은 5년 단위의 배출권 거래제도의 계획기간 중 제1차 계획기간 중에는 무상할당 비율을 전체 할당량의 100분의 90 이상으로 하며, 제2차 계획기간은 국제적 동향과 제1차 계획기간에 대한 평가를 토대로 무상할당 비율을 대통령령으로 정하도록 하고, 제3차 할당계획기간부터는 모두 경매방식에 의한 유상할당을 하도록 규정하고 있다(제8조 제1항). 이러한 점진적 유상할당 방식은 제도의 시행으로 인한 충격을 완화하는 방식으로 보이며, 다만 이미 언급한 바와 같이 제2차 계획기간의 경우에도 유상할당 비율의 기준이나 비율의 대강을 법률로서 직접 규정하는 것이 바람직하다.

## (2) 대기의 사용에 대한 대가인가 혹은 특별부담금인가

### 1) 대기사용료

위에서 언급한 바와 같이 배출권 거래제도 도입 초기에는 무상할당이 이루어진다고 하더라도 점차적으로 유상할당이 늘어나는 것을 피하기 어려운 상황에서 만약 배출권이 유상으로 할당되는 경우 할당대상자가 지급하는 비용에 대해서는 적지 않은 법적인 문제가 발생할 수 있다. 다시 말하자면, 기존에 할당대상 사업자는 아무런 비용을 지불하지 않고 온실가스를 배출할 수 있었으나 할당에 대하여 일정한 비용을 부담하는 경우 그 비용부담의 법적 성격이 어떠한 것인가에 대해 정부가 그 정당성과 적법성에 대하여 일정한 답을 주어야 한다는 것이다. 이러한 비용부담은 물론 조세를 포함하여 사용료와 수수료, 특별부담금 등 이른바 공과금법상 어느 하나로서 헌법적인 정당성을 갖추는 경우에 한하여 정부가 납부의무자에게 그 납부를 요구할 수 있다. 할당 대상 사업자가 온실가스 배출에 대하여 지불하는 비용의 법적 성격으로 우선 생각해 볼 수 있는 것은 ‘대기’라는 국가가 관리하는 (자연)공물의 사용에 대한 반대급부로서 지불하는 일종의 사용료로서의 성격이다. 즉 국가는 온실가스의 대량방출로 인하여 기후변화에 미치는 부정적인 영향을 방지하기 위하여 공물인 대기를 관리하는 것이 필요하고, 이를 위하여 공공재정을 투입한다. 그런데 온실가스의 저감과 대기의 질적인 관리의 필요성에도 불구하고 특정한 사업자에게 이를 “오염시킬 수 있는 권리”를 부여하고 이러한 권리를 할당 받은 사업자는 온실가스를 배출함으로써 사업 활동을 보장받는다든 점에서 일정한 혜택을 누리는 것이므로 공물의 이용관계(할당처분을 통한 허가사용으로서 특별사용)에 사용료를 납부하여야 한다는 논리이다.<sup>21)</sup> 그러나 이러한 견해에 대해서는 모든 사람들에게 접근이 가능하고 깨끗한 공기를 호흡할 수 있는 국민의 환경권에 대립되는 오염권을 인정하는 것이 법리적인 면에서는 물론 윤리

21) Sacksofsky, 전계논문(각주 19), 606면.

적으로도 문제가 될 수 있다는 점에서 비판이 제기된다. 또한 대기가 과연 국가가 설치하여 관리하고 국민의 일반적인 이용관계에 공여하는 공물인지, 이용관계를 설정하기 이전에 공용지정행위(Widmung)가 이루어진 것인지 등이 법적으로 문제될 수 있다.

## 2) (특별)부담금

위에서 언급한 바와 같이 배출권을 유상으로 할당하는 경우 대상자가 지불하는 비용을 대기에 대한 사용료 개념으로 파악하는데 어려움이 있다면 다음으로 우리나라 헌법재판소와 독일연방헌법재판소가 판례를 통하여 발전시킨 부담금 내지 특별부담금으로서 헌법적 정당화 요건을 구비하고 있는지 검토할 필요가 있다. 우리나라의 경우 부담금의 양산으로 인한 국민과 기업의 부담을 완화시키기 위하여 제정한 부담금관리기본법이라는 실정법이 존재하기 때문에 독일 연방헌법재판소의 판례와 다소 차이점이 있으나<sup>22)</sup> 대체로 양국의 헌법재판소는 특별부담금에 대하여 중요한 부분에서 유사한 견해를 제시하고 있다. 대다수의 부담금 내지 특별부담금의 경우 재정수입을 목적으로 하는 재정목적부담금과는 달리 일정한 사회정책적·경제정책적 목적을 실현하기 위하여 납부의무자들의 행태를 유도·조정하는 이른바 유도목적부담금으로 분류할 수 있다. 전자의 경우에는 특히 국민이 일반적으로 납부하는 조세와 경쟁관계에 서게 되고 부과권자는 조세저항을 회피하기 위하여 위장된 조세로서의 부과되는 경우가 많이 있기 때문에 납부의무자인 국민의 재산권은 물론 납부의무자들을 다른 국민에 비하여 합리적인 근거 없이 차별할 위험성도 상존한다. 따라서 양국의 헌법재판소는 특히 재정목적 부담금의 경우에는 과잉금지의 원칙과 함께 부담금에 대한 엄격한 합헌성 심사기준으로서 납부의무자들의 집단적 동질성, 부담금 사용의 집단적 효용성, 부담금 부과목적에 대한 납부의무자들의 집단적 책임성과 객관적 근접성의 요건을 충족하는 경우에 한하여 합헌으로 판단하고 있다. 다만, 양국의 헌법재판소는 유도목적 부담금의 경우에는 집단적 동질성과 집단적 효용성의 요건을 절대적으로 요구하지 않으며, 다만 이러한 요건을 갖추는 경우에는 부담금의 헌법적 정당성이 보다 제고될 수 있음을 밝히고 있다.<sup>23)</sup>

배출권의 유상할당의 경우 할당대상자는 가능한 한 자신에게 할당된 배출권을 절약하여 이를 거래소에서 양도함으로써 경제적 이익을 창출할 유인이 존재하며, 바로 이 점에서 거래제도의 목적이 있는 것이기 때문에 이를 유도목적의 부담금으로 볼 여지가 크다. 특별부담금의 헌법적 정당화 요건을 고려해 볼 때 유상할당의 경우 비용부담자들이 사회적으로 다른 집단과 성격상 구별될 수 있는 집단적 동질성이 있어야 하며, 배출권의 유상할당을 통하여 실현하려는 목적, 즉 가격기능과 시장원리에 기반을 둔 비용효과적인 방식으로 온

22) 우리나라 현재의 부담금의 심사기준에 대한 상세한 분석은 이대근, “부담금의 헌법적 정당화 요건 - 헌법재판소 판례에 나타난 심사기준의 분석 -”, 헌법논총 제20집(2009), 321면 이하.

23) 현재 2009.4.30, 2006헌마603); 2008.11.27, 2007헌마860.

실가스 감축을 추진하고 국내 탄소시장을 활성화하는 목적에 비추어 우리사회의 다른 집단에 비하여 보다 근접해 있음으로써 객관적 근접성과 집단적 책임성 요건을 충족하며, 마지막으로 유상할당을 통하여 염출된 재원을 비용부담자들의 집단적 이익을 위하여 사용하여야 한다는 집단적 효용성의 요건을 충족하여야 한다. 다만, 이미 언급한 바와 같이 배출권에 대한 유상할당제도가 시장원리를 적극 반영하여 온실가스의 배출을 저감시키려는 유도적 목적을 지향하는 경우에는 집단적 효용성과 집단적 동질성 요건을 절대적으로 고집할 필요는 없다.

우선 집단적 동질성 요건에 대하여 보건대, 국가로부터 유상할당을 받는 대상자들은 공통적으로 자신들의 조업활동을 위하여 온실가스를 배출하는 사업자라는 점에서 이해관계를 가지고 있다. 이렇게 볼 때 할당대상자들인 사업자들은 그들의 직업 활동을 위해서는 필연적으로 온실가스를 배출할 수밖에 없다는 점에서 우리사회의 현실적 여건을 고려하여 볼 때 공통의 이해관계를 가지는 자들이라고 할 수 있으며, 이러한 의미에서 우리사회의 다른 집단과 구별되는 특징을 구비하고, 특히 상호간에 배출권을 거래하는 상대방이라는 점에서 법적으로 특별하게 區劃된 영역에서 활동하는 자들이다. 그러므로 배출권 할당대상자들과 배출권 거래에 참여하는 자들은 집단적 동질성의 요건을 갖춘 것으로 판단할 수 있다. 둘째, 비용부담의 목적과 비용부담의무자간의 객관적 관련성에 대하여 검토하면, 기후변화에 대응하기 위한 조치 중의 하나인 배출권 거래제도는 온실가스배출로 인하여 기후변화가 야기되고, 이것이 거꾸로 배출권을 할당받고 조업활동 중인 사업자에게 직접적으로 부정적인 영향을 미친다는 점에서 비용부담의 목적에 대해 우리사회의 다른 누구보다도 비용부담자들이 객관적으로 보다 근접해 있다는 사실을 부인할 수 없다. 셋째, 객관적 근접성과 표리의 관계에 있는 것으로서 집단적 책임성의 요건과 관련하여 보면, 유상할당의 경우 일정한 비용을 지불하고 이를 할당받은 사업자는 자신의 조업활동 중 가능한 최소한도로 온실가스를 배출하여야 하는 유인을 갖게 되며, 배출권거래 제도를 통하여 온실가스의 저감과 기후변화에 대한 능동적인 대처라는 목적에 대하여 우리사회의 어느 개인이나 집단보다도 특별한 책임을 지고 있다.

마지막으로 넷째, 유상할당을 통하여 조성된 재원이 할당대상자들의 집단적인 이익을 위하여 사용되는가에 대하여 보면, 법률안은 제28조에서 저탄소녹색기금을 설치하고 기금재원의 하나로서 배출권 경매 수익금을 예정하고 있다.<sup>24)</sup> 기금은 반드시 유상할당 대상자

24) 법안 제28조 제1항에 따라서 정부는 온실가스 감축, 에너지 절약 및 저탄소 녹색산업의 진흥을 위하여 저탄소녹색기금을 설치한다. 또한 기금은 다음의 사업을 위하여 사용한다. 1. 배출시설의 온실가스 감축설비에 대한 지원, 2. 신재생에너지 등의 연구개발 사업에 대한 지원, 3. 저탄소 녹색산업의 조사·연구·홍보에 관한 지원, 4. 배출권 거래소의 운영 또는 설립에 대한 지원, 5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 저탄소 녹색성장 촉진과 관련한 중요한 사업(제2항) 그리고 기금의 재원은 배출권의 경매 수익

인 사업자의 집단적인 이익을 위해서만 사용되는 것은 아니지만, 기금의 조성이나 대상 사업에 대하여 오로지 할당대상자만이 전적으로 재원을 염출하는 것은 아니기 때문에 자신의 책임범위를 벗어나는 사업에 대하여는 비용을 면제받는다는 측면이 있기 때문에 역으로 일정 부분 집단적인 이익을 보호받고 있다고 볼 여지도 있다. 따라서 비용의 일부가 비용부담자의 집단적 이익을 위하여 사용된다는 점에서(특히 배출시설의 온실가스 감축설비에 대한 지원) 집단적 효용성의 요건도 충족한 것으로 평가할 수 있다. 이미 언급한 바와 같이 배출권 거래제도는 시장메커니즘을 이용하여 온실가스를 배출하는 사업자들에게 그 저감효과를 유도하고 기후변화에 적극적으로 대처하는 목적을 수행하는 것이기 때문에 유상할당제도에 수반되는 비용은 일종의 유도적 부담금으로서의 성격을 가지고 있다. 따라서 위에서 언급한 합헌성 심사기준에 비추어 볼 때 집단적 효용성의 요건을 보다 완화해서 적용한다면 유상할당에 소요되는 비용은 유도적 부담금으로 그 성격을 규정하기에 무리가 없는 것으로 보이며, 일부 사업자의 집단적 이익을 위하여 사용되는 부분으로 인하여 그 헌법적 정당성이 보다 제고될 수 있다.

## V. 맺는 말

법률안은 온실가스 배출권과 관련한 핵심적인 문제인 배출권의 할당과 거래에 대하여 할당 대상 사업자의 지정, 할당의 방법, 할당의 신청 및 할당처분, 할당의 취소, 거래참여자의 범위, 배출권 거래의 방법 및 양도 등의 효력, 배출권의 이월 및 차입, 배출권의 제출, 배출권의 보고 및 검증, 배출권의 인증 등에 대하여 광범위한 내용을 규정하고 있다. 그러나 온실가스에 대한 총량제를 정하고 배출권을 필요로 하는 경쟁관계의 다수 사업자에게 할당하는 것은 법적인 측면에서 상당히 어렵고 예민한 문제이다. 할당과정에서는 다수의 신청자가 속출하여 실제로 할당에 대한 거부처분을 받는 경원자는 할당처분에 대하여 불복하여 그 취소나 무효확인을 구하는 항고소송을 제기함은 물론 본안소송과 함께 그에 대한 집행정지 등을 구할 가능성이 크다. 이런 상황에서 법원은 할당신청의 거부처분에 대한 처분성의 인정 여부는 물론 거부처분에 대한 집행정지의 적법성을 인정할 것인지 결정하게 된다. 또한 이미 언급한 바와 같이 할당처분을 통하여 성립한 배출권 자체를 공법상의 권리로 인정할 것인지, 아니면 할당처분 단계를 지나서 실제로 배출권 등록부에 등록하여 양도의 대상이 되는 단계에 이르게 되어야 비로소 배출권을 권리 내지 재산권을 볼 수 있을 것인지는 단순히 법리상의 논쟁을 넘어서서 정부가 일단 할당된 배출권을 재

금, 배출권 거래소의 수익금, 배출권을 거래하거나 배출권 등록부의 열람 또는 그 사본의 발급을 청구하는 경우에 부과하는 수수료 등으로 조성한다.

조정하거나 회수하는 경우 등에 법적인 문제를 제기할 수 있다. 더 나아가 배출권의 무상 또는 유상할당의 입법적 과제를 포함하여 유상할당 시에 중소기업자를 보호하는 규정을 구체적으로 어떻게 입법적으로 실현할 것인가의 문제와 더불어 유상할당의 비용을 (특별) 부담금의 법리로 설명할 수 있을 것인지 해명이 필요하다. 배출권 거래제도는 경제적 이익을 추구하는 관련 업계에는 일종의 블루오션인지는 모르지만 법학자나 실무가에게는 법리적·입법정책적으로 난제를 부여하고 있으며, 만족할만한 수준의 설명을 요구하고 있다. 이러한 과제에 대한 충분하고 철저한 연구가 선행되지 않는다면 시장기제를 통하여 온실가스를 감축하고 기후변화에 대하여 대응한다는 배출권 거래 본래의 제도적 취지는 퇴색하고 인간의 경제적 탐욕이 또 다른 경제위기를 부를 수 있음을 명심해야 할 것이다.

(투고일 : 2011. 2. 9. / 심사일 : 2011. 2. 20. / 확정일 : 2011. 2. 22.)

## 참 고 문 헌

- 김성수, 일반행정법, 홍문사, 2009.
- 김태호, “독일의 기후변화 대응 법체계”, 기후변화와 법의 지배, 박영사, 2010.
- 김홍균, “수도권대기질 개선을 위한 총량관리제 - 배출권거래제도를 중심으로”, 저스티스 제91호, 2006.
- 이대근, “부담금의 헌법적 정당화 요건 - 헌법재판소 판례에 나타난 심사기준의 분석 -”, 헌법논총 제20집, 2009.
- 전종익, “탄소배출권의 헌법적 성격과 거래제도”, 기후변화와 법의 지배, 박영사, 2010.
- 최경진, “배출권의 법적 성격”, 비교사법 제17권 1호, 통권48호.
- 최문희, “탄소배출권 거래의 금융법상 쟁점”, 녹색성장과 법적기반구축학술대회, 2010.
- Burgi, Emissionszertifikate als Eigentum im Sinne von Art. 14 Grundgesetz, RdE 2004.
- Dulce, Die Zulässigkeit der (teilweisen)Versteigerung von Emissionsberechtigungen aus europarechtlicher Sicht, NVwZ 2009.
- Giesbert · Hilf, Handel mit Emissionszertifikaten - Regelungsrahmen für einen künftigen Markt, 2002.
- Hoffmann, Herausforderung Klimaschutz, 2007.
- Lars, Periodenübergreifende Zuteilungsregeln im Emissionshandelssystem, 2009.
- Mehrbrey, Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes handelbarer Emissionsrechte, 2003.
- Mühlbauer, Emissionshandel - System und öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz, 2008.
- Rebentisch, Rechtsfragen der kostenlosen Zuteilung von Berechtigungen im Rahmen des Emissionshandelsrechts, NVwZ, 2006.
- Sacksofsky, Versteigerung von Zertifikaten im Emissionshandel, Führ/Wahl/von Wilmowsky (Hrsg.), Umweltrecht und Umweltwissenschaft, Festschrift für Eckard Reh binder, 2004.
- Zenke · Fuhr · Bornkamm, CO2-Handel aktuell, 2009.

