

배출권거래제 도입에 따른 자본시장법의 적용상 한계와 개선방안*

김 도 경(법무법인 율촌 변호사)

윤 용 희(법무법인 율촌 변호사)

【초 록】

우리나라는 교토의정서 체제가 종료된 이후인 2013년부터 온실가스 의무감축국이 될 가능성이 매우 높고, 그 연장선상에서 2010년 1월 13일 「저탄소 녹색성장 기본법」을 제정하였다. 「저탄소 녹색성장 기본법」에서는 온실가스를 감축하는 방법으로서 온실가스 배출허용총량을 설정하고 배출권을 거래하는 제도(이하 '배출권거래제')의 실시를 위한 배출허용량의 할당방법, 등록·관리방법 및 거래소 설치·운영 등은 따로 법률로 정하도록 하고 있으므로(제46조), 현재 녹색성장위원회를 중심으로 배출권거래법의 제정에 힘쓰고 있다. 그러나 배출권거래제를 도입함에 따라 검토해야 할 법률적인 쟁점들은 헌법·행정법·조세법 등 공법분야, 민법·상법·도산법·국제사법·자본시장법 등 사법분야, 나아가 국제법을 비롯한 거의 모든 법 체계에 산재해 있고 각 법적 쟁점들은 서로 긴밀하게 연결되어 있기도 하다. 필자들은 이와 같이 배출권거래제가 기존의 법체계에 미치는 다양한 영향 중 특히 자본시장법에 미치는 영향을 중점적으로 검토하였다.

또한 배출권거래제가 기존에 존재하지 않았던 새로운 법제도라는 점에 착안하여 '배출권거래제'에 대한 전반적인 설명과 함께 자본시장법상 논점 정리를 위한 기초

* 이 논문은 2009년도 한국증권법학회 제2차 논문공모에 당선되어, 그 연구비 지원에 의해 연구되었음.
이 논문을 쓸 수 있도록 권유하고 격려하여 주신 故 김형진 변호사님께 감사사를 드립니다.

이자 모든 사범영역에 있어서 논의의 전제가 되는 ‘배출권의 개념설정과 법적 성질의 검토’에 자본시장법상의 쟁점과 함께 많은 지면을 할애하였다. 필자들은 자본시장법상 논의의 전제가 되는 배출권의 개념은 “배출권거래법에 따라 배출허가를 받은 배출시설에서 특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소 또는 이에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권한(으로서 양도될 수 있는 것)”으로, 배출권의 법적 성격은 “배출권거래법에 의하여 창설되는 새로운 무체재산권으로서 물권 유사의 보호가 필요한 권리”로 결론지었다.

또한 자본시장법상 배출권이 금융투자상품에 해당하는지에 관한 국내 학자들의 견해를 종합한 뒤, 이 글에서 결론을 내린 배출권의 정의와 법적 성격 전제하에서, 배출권은 자본시장법상 금융투자상품의 요건을 충족하기는 하나 증권이 되기는 어렵기 때문에 결론적으로 금융투자상품이 될 수 없다는 결론에 이르렀고, 현행법의 해석론상으로는 배출권을 파생결합증권이나 파생상품의 기초자산으로 보기도 어렵다는 결론에 이르렀다. 이러한 결론과 더불어 입법론적인 제안으로 배출권은 금융투자상품이 아니라는 점을 명확히 할 필요가 있다고 생각하고, 새로 제정될 배출권거래법과 자본시장법의 개정을 통하여 배출권이 기초자산의 범위에 속하도록 할 필요가 있음을 피력하였다.

이러한 전개에 부수하여 자본시장법상 추가적인 쟁점들인 배출권과 관련된 금융업무의 범위, 집합투자 및 신탁대상 자산의 해당 여부, 한국거래소의 위치에 대하여 추가적으로 살펴보고 입법론적인 제안을 하였다.

주제어: 탄소배출권 / 배출할당량 / 배출권 / 배출권거래제 / 배출권의 법적 성격 / 자본시장법 / 금융투자상품 / 증권 / 기초자산

논문투고일: 2010. 3. 3 / 논문심사일: 2010. 3. 23 / 게재확정일: 2010. 4. 3

【차 례】

I. 머리말	1. 논점의 정리
1. 문제의 소재	2. 외국에서의 논의
2. 논의의 범위	3. 민사법상 배출권의 법적 성격에 대한 분석
II. 배출권거래제의 개요	4. 배출권거래제 관련 민사법상 쟁점
1. 배출권거래제 도입을 위한 법률제정의 필요성	IV. 자본시장법의 적용상 한계 및 개선방안
2. 배출권의 개념설정	1. 자본시장법상 배출권의 금융투자상품 해당 여부
3. 교토메커니즘에서의 ‘배출권거래제’의 모습	2. 기타 배출권과 관련한 자본시장법상 쟁점들
4. 우리나라 배출권거래제 설계상 주요 쟁점	V. 맺음말
III. 배출권의 법적 성격 및 민사법상 논점	

I. 머리말

1. 문제의 소재

국제사회는 현재 지구온난화로 인한 기후변화가 야기하는 것으로 보이는 수많은 재앙을 목격하고 있다. 과거에 비하여 홍수와 가뭄의 빈도가 많아지고, 해수면 상승으로 베트남이나 방글라데시와 같은 저지대 국가들은 국토의 상당부분이 침수될 위험에 처해 있을 뿐만 아니라 매우 강력한 태풍 및 쓰나미 등이 발생하고 있으며, 곡물 수확량이 감소되어 수억의 인구가 식량난에 빠질 위험에 처해 있다.¹⁾ 그리고 이와 같은 재앙은 위험통제시스템이 미약한 후진국에서 더욱 심각한데, 물 부족, 식량 부족, 질병의 확산 등의 문제들이 혼합되고 증폭되어 더 큰 재앙으로 발전할 수 있는 가능성이 상존해 있는 상황이다. 물론 이와 같은 자연재해가 모두 지구온난화로 인한 것인지, 지구온난화의 주범이 과연 인간이 배출하는 온실가스인지에 대하여 자연과학적 논쟁이 있어 왔으나, 최근에는 온실가스와 기후변화의 상관성을 긍정하는 견해가 보다 일반적인 것으로 보인다.

1) 예를 들어, 우리나라의 경우 제주특별자치도 서귀포시 대정읍 산방산 앞에 위치한 용머리해안이 밀물시 바닷물에 잠겨 더 이상 용머리해안 관광을 하기 어려운 실정이다. KBS 환경스페셜, “1g의 전쟁, 탄소,” 2009년 12월 30일자 방영 참조.

이와 같은 지구온난화에 따른 기후변화의 심각함에 대한 공통된 인식을 가지고 국제연합은 1992년 6월 리우환경회의에서 기후변화에 관한 국제연합 기본협약(UNFCCC: United Nations Framework on Climate Change, 이하 ‘기후변화협약’)을 공식 채택하였고, 한국은 1993년 12월 위 기후변화협약을 비준하였다. 기후변화협약은 기후변화의 원인이 되는 지구온난화 방지를 위한 온실가스 배출 억제에 관하여 여러 국가간 약속한 다자간 조약이다. 기후변화협약은 협약 당사국 중 부속서 I · 부속서 II · 비부속서 국가로 구분하여 서로 다른 의무를 부담하도록 하였다. 즉 역사적 책임을 이유로 부속서 I 국가는 온실가스 배출량을 1990년 수준으로 감축하기 위한 노력을 부담하는데, 산업혁명 당시 경제적 성장을 이룬 국가들이 주를 이룬다. 한편 부속서 II 국가는 감축노력과 함께 온실가스 감축에 대한 재정 및 기술이전의 의무를 지는데, 주로 OECD 회원국으로 구성되고 동구권 국가 중 경제가 붕괴된 국가는 제외되었다. 한국은 1992년 기후변화협약 채택 당시 부속서 I 국가에 포함되지 않고 개도국의 지위를 인정 받았고, 1996년 12월 OECD에 가입하면서 교토의정서의 의무감축국 편입이 핵심 이슈가 되었으나, 1차 공약기간(2008~2012년) 동안은 개도국 지위를 유지하기로 하였다.

이와 같이 기후변화협약이 지구온난화 문제를 대처하기 위하여 국제사회의 자발적인 참여를 명문화하였다면, 기후변화협약에 대한 교토의정서(Kyoto Protocol to the United Nations Framework on Climate Change, 이하 ‘교토의정서’)는 당사국의 구체적인 의무감축 목표를 설정하고²⁾ 그 이행방법 등을 규정하고 있다.³⁾ 교토의정서의 내용 중 핵심내용으로 여겨지는 것이 교토메커니즘인데, 선진국들이 온실가스 감축의무를 자국 내에서 모두 이행하기에는 물리적 · 경제적으로 한계가 있다는 점을 인정하고 시장원리에 기초한 신축적인 온실가스 감축수단들을 마련한 것이다(제6조, 제12

2) 부속서 I 국가들은 제1차 공약기간 동안(2008년-2012년) 온실가스 배출량을 1990년 대비 5.2% 감축하도록 정하고 있다.

3) 교토의정서는 1997년 12월 일본 교토에서 열린 기후변화협약 제3차 당사국총회(COP3)에서 채택되었다. 교토의정서는 55개국 이상의 비준과 Annex I 국가 전체의 1990년 온실가스 배출량의 55%를 차지하는 Annex I 국가들의 비준시에 발효되는 이중발효요건을 요구하고 있다. 한국은 2002년 11월에 교토의정서를 비준하였으며, 2004년 11월 18일 온실가스 배출량의 6.2%를 차지하는 러시아가 교토의정서의 비준서를 국제연합에 기탁함으로써 90일 후인 2005년 2월 16일 교토의정서는 발효되었고, 우리나라에 대하여는 2005년 2월 16일 조약 제1706호로 발효되었다. 그러나 미국은 기후변화에 관한 과학적 불확실성, 개도국의 불참 및 자국 경제에 미치는 부정적 영향 등을 이유로 2001년 3월 교토의정서의 비준을 거부하였고, 미국의 비준 거부로 인하여 교토의정서의 실효성은 상당한 타격을 입었다.

조, 제17조).⁴⁾ 이 교토메커니즘에는 배출권거래제(ETS: Emission Trading Scheme), 청정개발체제(CDM: Clean Development Mechanism), 공동이행제도(JI: Joint Implementation)가 포함된다.⁵⁾

우리나라는 교토의정서체제가 종료된 이후인 2013년부터는 의무감축국이 될 가능성이 매우 높고, 그에 따라 우리나라는 현재 「저탄소 녹색성장 기본법」 시행일인 2010년 4월 14일을 앞두고, 동법 시행령 제정안이 2010년 2월 17일 입법예고되었다.⁶⁾ 또한 「저탄소 녹색성장 기본법」 제46조에서는 온실가스 배출허용총량을 설정하고 배출권을 거래하는 제도(이하 '배출권거래제')의 실시를 위한 배출허용량의 할당방법, 등록 · 관리방법 및 거래소 설치 · 운영 등은 따로 법률(이하 '배출권거래법')로 정하도록 하고 있다. 이러한 배출권거래법의 제정을 앞두고, 기존에 논의되지 않았던 새로운 개념을 현행 법체제로 도입하려다 보니 수많은 법적 쟁점이 제기되고

4) 다만, 교토의정서는 “국제민간항공기 및 국제해사기구에서의 활동을 통하여 항공기용 및 선박용 연료로부터 각 발생하는 온실가스(몬트리올의정서에 의하여 규정되는 것 제외) 배출량의 제한 · 감축을 촉구한다”라고만 되어 있어(교토의정서 제2조 제2항), 위 온실가스가 교토의정서에 의한 직접 규제의 대상은 아닌 것으로 보인다. 선박 등에 의하여 발생하는 온실가스에 대하여는 종래 국제기구인 MARPOL(International Convention for the Prevention of Pollution From Ships, 1973 as modified by the Protocol of 1978)에 위임되어 있다. 이에 대한 자세한 내용은 김태운, “교토의정서상 선박용 연료사용으로 인한 온실가스 배출량의 감축규제의 국제법적 적법성,” 『해사법연구』, 제21권 제3호(2009. 11) 참조.

5) 기후변화협약 및 교토의정서의 배경, 전개과정, 주요 내용에 관해서는 양승룡, 『국제탄소시장의 이해』(집문당, 2009), 23-46면 참조. 한편 영국을 비롯한 선진국들이 기후변화 문제의 심각성을 깨닫고 적극적인 입장을 취하게 된 중요한 계기 중 하나로서 2006년 11월 30일 발표된 ‘기후변화의 경제학에 관한 스턴보고서’(Stern Review on the Economics of Climate Change)가 언급된다. 김형진 · 황형준, “영국의 기후변화법과 스턴보고서,” 『경제적 효율성과 법의 지배』(서울대학교 법학연구소 법의 지배센터, 2009), 433-463면 참조. 스턴은 약 700면에 이르는 방대한 보고서를 통해서, 기후변화로 인한 최악의 상황을 피하기 위해서는 매년 전 세계 GDP의 1%의 투자가 필요한 반면, 만일 이를 행하지 않는다면 기후변화로 인하여 실제 GDP가 예상 GDP보다 약 20% 낮아질 수 있다는 결론을 제시하여 세계적으로 큰 반향을 일으켰다. Nicholas Stern, *The Economics of Climate Change: Stern Review*, Cambridge University Press, 2007 참조.

6) 2007년 12월 제13차 기후변화협약 당사국총회에서 채택된 발리로드맵(Bali Roadmap)에 따르면, 우리나라는 2013년부터는 의무감축국에 속하게 될 가능성이 크다. 이와 같은 관점에서 많은 사람들이 2009년 12월 덴마크 코펜하겐에서 열린 제15차 기후변화협약에서는 2012년 만료되는 교토의정서를 대체할 수 있는 구속력 있는 협약이 마련될 것을 기대하였고, 특히 우리나라가 2013년 이후 의무감축국으로 편입되는 내용으로 결정될 것을 예상했었다. 그러나 기대와 달리 코펜하겐 당사국총회에서는 구속력 있는 협약을 도출하는 데 실패하였고 우리나라의 의무감축국 신규편입에 관한 결정이 이루어지지 않았으며, 2010년말 멕시코에서 열리는 제16차 기후변화협약 당사국총회에서 논의를 계속하기로 하였다. 김유진, “코펜하겐 기후변화협약의 주요 내용과 국내산업에 미치는 영향,” 『월간 하나금융』, 1월호(2009), 32-33면 참조. 한편 정부는 2009년 11월 17일 국무회의에서 2020년 국가 온실가스 감축목표를 개도국 최대 감축 수준, 즉 2020년의 온실가스 배출 전망치 대비 30% 감축(2005년 배출량 대비 4% 감소)하기로 최종 결정했다. 매일경제신문, “온실가스 감축목표 설정 배경과 의미,” 2009. 11. 17일자 기사 참조.

있다. 현재까지 제기된 많은 논점들은 주로 배출권거래제의 대상인 '배출권'의 법적 성질에 관한 것이고, 배출권거래제의 가장 큰 논의의 쟁점은 '배출권'의 본질에 있음은 필자들도 충분히 공감하는 바이다. 하지만 법적 성질을 넘어서 배출권거래법의 제정이 현재 시행되고 있는 개별 법령에 미치는 영향에 대한 논의는 많지 않은 실정이다. 그에 따라 필자들은 배출권거래법의 제정이 현행 개별 법령에 미치는 영향 중 금융관련 법령, 특히 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 '자본시장법')에 미치는 영향에 대하여 논의하고자 한다.

2. 논의의 범위

국내 법체계에 없던 새로운 제도를 받아들이기 위해서는 해당 제도의 내용에 관한 정확한 이해가 선행되어야 한다. 또한 이를 바탕으로 기존 법체계의 관점에서 새로운 제도가 야기할 수 있는 다양한 법적 쟁점들을 면밀히 검토하여 기존 법률에 관한 해석론을 통해서 해결할 수 있는 부분과 입법을 통해서 정리해야 하는 부분을 구분하는 작업은 매우 중요하다. 한편 배출권거래제를 도입함에 따라 검토해야 할 법적 쟁점들은 헌법·행정법·조세법 등 공법분야, 민법·상법·국제사법·자본시장법 등 사법분야, 나아가 국제법을 비롯한 거의 모든 법체계에 산재해 있고⁷⁾ 각 법적 쟁점들은 서로 긴밀하게 연결되어 있기도 하다.

다만 본 논문에서 필자들은 배출권거래제 도입에 따른 자본시장법상 법적 쟁점

7) 예를 들면, 헌법적 논점의 경우, 배출권을 헌법상 자유권적 기본적으로 볼 수 있는지(아니면 법률에 의해 설정된 재산적 가치 있는 권리로 볼 것인지), 배출권거래법에 따른 배출허용량 할당이 헌법상 영업의 자유, 재산권을 침해하는 것은 아닌지, 배출허용량 할당방법 결정 등 배출권거래제 운용과정에서 헌법상 평등원칙에 위반될 여지는 없는지, 가격상한의 설정 등 정부의 개입이나 사후의 배출권거래제도의 변경으로 인하여 기업이 손실을 입은 경우에 헌법상 재산권에 대한 손실보상을 해주어야 하는지 등 다양한 쟁점이 제기될 수 있다. 또한 행정법적 논점의 경우, 배출권의 할당행위를 행정법상 처분으로 볼 수 있는지, 이 할당행위에 대한 하자를 다룰 수 있는 방법을 어디까지 인정할 수 있는지, 이와 같은 분쟁을 전문적으로 처리할 수 있는 행정심판절차를 별도로 마련할 필요가 있는지, 배출권의 할당행위 과정에서 청문 등 이해관계인의 참여절차를 어느 정도 인정해야 행정의 절차적 적법성을 확보할 것인지 등이 있을 수 있다. 한편 조세법적 논점의 경우 배출권을 부가가치세의 대상이 되는 재화나 용역의 공급으로 볼 수 있는지 여부, 탄소세 또는 기후변화세의 도입 여부 등을, 국제법적 논점의 경우 교토의정서가 국제적인 강행규범으로서 구속력을 미칠 수 있는지 여부, 기후변화체제와 WTO체제와의 충돌 가능성 등을, 도산법적 논점의 경우 배출권을 소유한 기업이 파산하여 해산될 때까지 해당 배출권이 처분되지 않는 경우, 배출권은 지급청구권을 가지는 것이 아니므로 그대로 소멸되는 것인지, 해산되는 경우 기존에 할당되었던 배출허용량은 어떻게 처리될 것인지 등을 들 수 있다.

들을 중심으로 검토하고자 한다. 우선 배출권 또는 배출권거래제라는 새로운 권리 내지 제도에 관한 명확한 이해가 확립되지 않고서는 개별 법령상의 논의를 제대로 진행할 수 없으므로, 본 논문에서는 배출권의 정의, 배출권거래제의 개념·도입배경·유형 등 배출권거래제의 내용에 상당한 지면을 할애하여 필자들의 견해를 제시하고자 한다. 기존의 법체계의 관점에서 배출권의 법적 성질을 규명하는 것은 배출권거래제를 설계함에 있어서 가장 기본이 되는 논의이다. 배출권에 대한 법적 성질을 규명함이 없이는 배출권 및 배출권거래제가 자본시장법에 어떠한 영향을 미치는지에 관하여 논의할 수 없기 때문이다. 또한 이를 토대로 배출권거래제 시행시 예상할 수 있는 여러 민사법상 기본적 쟁점들을 간단히 검토함으로써 우리나라가 도입할 배출권거래제의 전체 그림을 조금이라도 더 명확히 제시하고자 한다.

더 나아가 위의 배출권거래제에 관한 전반적인 이해를 바탕으로 배출권거래제를 도입함으로써 인하여 발생하는 자본시장법상의 쟁점들을 분석하는 동시에 관련된 외국에서의 논의 및 입법례를 살펴봄으로써 현재의 자본시장법상 해석론을 제시하고, 해석론을 넘어 입법에 의한 해결이 필요한 쟁점에 관해서는 올바른 입법 방향에 대하여 제시하고자 한다. 필자들은 이상의 논의들이 자본시장법, 상법, 민법 등 민사법체계에서 배출권거래제 도입에 따른 다양한 법적 쟁점들을 검토하고 토론함에 있어서 작은 밑거름이 되었으면 하는 바람이다.

II. 배출권거래제의 개요

1. 배출권거래제 도입을 위한 법률제정의 필요성

(1) 배출권거래제의 이론적 배경

배출권거래제는 환경기준이나 행정명령과 같은 직접적 규제제도가 아니라 ‘시장유인제도’(market-incentive mechanism)에 해당한다. 이와 같은 시장메커니즘은 환경문제를 포함한 외부성의 문제는 해당 재화에 대한 재산권이 불명확하게 설정되어 있을 때 발생한다는 코즈정리(Coasian Theorem)를 기초로 하고 있다. 즉 개별 오염원에게 일정량의 오염물질을 배출할 수 있는 권리를 인정해 주고 오염원들 간에 이

러한 권리를 서로 양도, 양수할 수 있게 하면 사회 전체적으로 감축비용을 최소화할 수 있게 된다는 것이다. 기업의 목적은 기본적으로 이윤극대화에 있으므로 배출권 거래제도가 마련되면 기업은 이를 통하여 자기의 오염물질처리 한계비용이 배출권 가격과 같아질 때까지 배출권을 사거나 팔면서 이윤을 극대화하려고 할 것이기 때문이다.⁸⁾

한편 배출권거래제를 비롯한 교토메커니즘은 국제환경법의 일반원칙인 동시에 국제환경법의 일반원칙으로 평가되는 사전배려의 원칙에 기초하였다⁹⁾고 평가할 수 있다. 온실가스의 배출량을 결정하는 여러 요소들의 존재 여부 및 그 정도에 관하여 불확실성이 있기 때문에 향후 탄소배출량 및 대기중 농도에 대하여 과학적 불확실성이 존재하고, 이러한 온실가스가 언제, 어떠한 규모로 기후변화 및 인류번영에 영향을 미칠지에 관해서도 어느 정도 과학적 불확실성이 존재한다. 이와 같은 일부 과학적 불확실성에도 불구하고 규제를 하지 않는다면 회복할 수 없는 심각한 환경 파괴 및 인류에 피해를 가져올 가능성이 있는 경우에는 그 결과의 발생에 대한 과학적 입증이 존재하지 않거나 미약한 경우에도 사전배려의 차원에서 일정한 조치가 취해지거나 금지가 내려져야 한다는 것이 사전배려의 원칙이다. 배출권거래제의 경우에도 엄밀히 따지면 각 사업장에서 나오는 온실가스의 양, 그 온실가스가 기후변화에 미치는 영향의 정도 및 과정, 이 기후변화와 일련의 재난과의 관련성 등에 관하여 과학적으로 모두 입증되었다고 보기 어려운 부분이 있으나, 사전배려의 원칙이 이론적 배경으로 작용하였다고 볼 수 있다. 이와 같은 관점에서 기후변화조약 제3조 제3항도, “과학적 확실성이 충분히 존재하지 않음을 이유로 … 예방적 조치의 강구를 연기할 이유로 하여서는 안된다.”¹⁰⁾라고 규정하고 있는 것이다.

8) 박정호, “한국의 배출권거래제 설계에 대한 고찰,” 서울대학교 석사학위논문(2009), 9면.

9) 사전배려의 원칙의 내용은 1992년의 리우선언 원칙15에서 확인할 수 있다. “원칙15: 환경보호를 위하여 각국은 자신의 능력에 따라서 ‘사전배려적 접근법’(precautionary approach)을 폭넓게 사용하여야 한다. 심각하거나 돌이킬 수 없는 손해의 위험이 존재하는 경우에는, 완전한 과학적 확실성이 존재하지 않는다는 사정은 환경적 손실을 방지하기 위한 비용효과적인 조치들을 연기하는 이유로써 원용되어서는 안된다”(The precautionary approach shall be widely applied by states according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation). 한편 우리나라는 1999년 12월 환경정책기본법을 개정하면서 제7조의2(환경오염 등의 사전예방)를 신설함으로써, 국제적으로 일반화된 사전배려의 원칙을 도입한 것이라고 평가되고 있다. 사전배려의 원칙에 대한 상세한 내용은 윤용희, “환경정책기본법 제7조의 해석에 관한 연구,” 서울대학교 석사학위논문(2008), 15-24면 참조.

10) Article 3(PRINCIPLES): 3. The Parties should take precautionary measures to anticipate, prevent

(2) 국내법률 제정의 필요성

그러나 기후변화협약, 교토의정서 등 국제환경조약은 체결과 함께 국내법으로 자동적으로 수용되는 ‘자동집행(self-executing)조약’이 아니다. 각 계약국은 조약의무를 국내에서 이행하기 위한 국내법을 제정·시행함으로써 그 조약의 목적·내용을 실현해야 할 법적 의무가 있는 것이다.¹¹⁾ 한편 교토의정서상 탄소배출권거래는 국가간의 거래에 한정되고 개인이나 법인 등 사경제주체가 탄소배출권을 보유하고 거래하기 위해서는 개별 국가의 법제도가 필요하므로, 우리나라에서 배출권거래제를 전면적으로 실시하기 위해서는 별도의 국내법으로서 배출권거래법을 제정해야 한다.

우리나라는 1999년부터 기후변화에 대한 종합대책을 마련하여 나뭇의 온실가스 감축 성과를 거두었으나, 그 동안의 대처노력에는 기후변화에 대응하기 위한 중장기 전략 및 목표가 부재하였다는 평가가 있어 왔다.¹²⁾ 이와 같은 국가 차원의 전략 또는 비전의 부재는 법제적 측면에서 가장 큰 영향을 미쳤고, 예컨대 정부는 1999년 처음으로 환경부 주관하에 ‘지구온난화대책법안’을 성안하였지만, 산업계에 대한 과도한 부담을 줄 수 있는 시기상조의 입법이라는 의견에 부딪쳐 입법에 이르지 못했으며, 그 이후에도 2004년까지 3차례의 의원발의를 통해 제시된 법률안들도 위와 같은 사회적 분위기를 극복하지 못하고 입법에 성공하지 못했다.

그 후 대·내외적 환경의 변화로 인하여 배출권거래제 등 온실가스 감축제도를 포함하는 법률의 제정이 더욱 시급해졌다. 즉 우리나라가 2013년 이후에는 어떤 형태로든 온실가스 감축을 요구 받을 것이 예측되고 있는 상황에서 선진국들의 선제적인 기후변화 대응 강화노력, 우리나라의 녹색산업의 성장동력의 확보 필요성 등에 비추어 볼 때, 기후변화 대응과 관련한 입법이 조속히 추진될 필요성이 대두되고 있다.¹³⁾ 이와 같은 배경 아래, 국회에는 기후변화대책과 관련하여 국회의원이 발

or minimize the causes of climate change and mitigate its adverse effects. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing such measures, taking into account that policies and measures to deal with climate change should be cost-effective so as to ensure global benefits at the lowest possible cost. (후략).

11) 조홍식, “우리나라의 기후변화대책법의 전망,” 『환경법연구』, 제30권 제2호(한국환경법학회, 2008), 315면.

12) 위의 논문, 316-317면.

13) 기후변화대책특별위원회 수석전문위원, 『기후변화대책 및 녹색성장관련 제정법률안 4건에 대한 검토보고서』(2009. 4), 1면.

의한 3개의 법률안 및 정부가 발의한 1개의 법률안(저탄소 녹색성장 기본법안)이 접수되어 기후변화대책특별위원회에서 함께 심사되었으나,¹⁴⁾ 정부발의안을 중심으로 「저탄소 녹색성장 기본법」이 2010년 1월 13일 제정되었다.

그러나 「저탄소 녹색성장 기본법」은 그 목적(제1조)¹⁵⁾에서 알 수 있듯이 기후 변화 문제를 당시 최대 현안인 경제성장 문제와 결부시켜 녹색성장이라는 정책방향에 주안점을 두고 있고, 그 결과 배출권거래제에 관해서는 동법 제46조에서 근거규정을 두고 있을 뿐이며, 제도의 실시를 위한 구체적인 사항에 관해서는 따로 법률로 정하도록 하고 있다.¹⁶⁾ 이에 따라 정부는 현재 녹색성장위원회를 중심으로 배출허용량의 할당방법, 등록·관리방법 및 거래소 설치·운영 등 배출권거래제 실시를 위해서 필요한 구체적인 내용을 담은 별도의 법률안을 준비하고 있다.

2. 배출권의 개념설정

배출권거래제를 설계함에 있어서 가장 먼저 직면하는 어려움은 배출권의 개념을 어떻게 정의할 것인가이다. 「저탄소 녹색성장 기본법」 제46조에서는 ‘온실가스 배출권’이라는 용어를 사용하고 있으나, 이에 관한 정의규정을 두고 있지는 않다. 다만, 법규성이 없는 행정규칙이지만 환경부고시인 ‘지역단위 온실가스 배출권 거래제도 시범사업 운영규정’¹⁷⁾에서는 배출권의 정의규정을 찾아 볼 수 있다. 동 고시에

14) 김성곤 의원이 2008년 11월 7일 대표발의한 기후변화대책기본법안(2009년 4월 13일 국회 회부), 배은희 의원이 2008년 11월 25일 대표발의한 기후변화 대응 및 온실가스 감축지원에 대한 기본법안(2009년 4월 2일 국회 회부), 이인기 의원이 2009년 1월 14일 대표발의한 기후변화대책기본법안(2009년 4월 2일 국회 회부), 정부가 2009년 2월 27일 발의한 녹색성장법안(2009년 4월 2일 국회 회부)이 국회에 각각 제출되어 심사되었다.

15) 제1조(목적) 이 법은 경제와 환경의 조화로운 발전을 위하여 저탄소(低炭素) 녹색성장에 필요한 기반을 조성하고 녹색기술과 녹색산업을 새로운 성장동력으로 활용함으로써 국민경제의 발전을 도모하며 저탄소 사회 구현을 통하여 국민의 삶의 질을 높이고 국제사회에서 책임을 다하는 성숙한 선진일류국가로 도약하는데 이바지함을 목적으로 한다.

16) 제46조(총량제한 배출권 거래제 등의 도입) ① 정부는 시장기능을 활용하여 효율적으로 국가의 온실가스 감축목표를 달성하기 위하여 온실가스 배출권을 거래하는 제도를 운영할 수 있다.

② 제1항의 제도에는 온실가스 배출허용총량을 설정하고 배출권을 거래하는 제도 및 기타 국제적으로 인정되는 거래제도를 포함한다.

③ 정부는 제2항에 따른 제도를 실시할 경우 기후변화 관련 국제협상을 고려하여야 하고, 국제경쟁력이 현저하게 약화될 우려가 있는 제42조제5항의 관리업체에 대하여는 필요한 조치를 강구할 수 있다.

④ 제2항에 따른 제도의 실시를 위한 배출허용량의 할당방법, 등록·관리방법 및 거래소 설치·운영 등은 따로 법률로 정한다.

따르면, 배출권이란 시범사업 참여기관들이 ‘일정 기간 동안 온실가스를 배출할 수 있는 권리’를 말하며, 기준배출량에서 삭감목표량(최소 2%)을 뺀 값을 의미하는데, 단위는 이산화탄소 1톤(1ton CO₂)으로 정하고 있다(제2조 제6호).

한편, 우리나라 배출권거래법이 배출권에 관하여 어떤 개념을 선택할 것인가의 문제는 기본적으로 어느 정도 입법재량에 속하는 것으로 본다. 그러나 각국의 배출권거래제가 기본적으로 기후변화협약 및 교토의정서에 뿌리를 두고 있고, 배출권의 ‘국제적’ 거래가 예정되어 있어 외국에서의 배출권의 개념을 참고할 필요가 있다는 점을 고려하면, 기후변화협약 등 국제규범 및 독일, 프랑스, 일본 등 외국의 배출권 거래법에서의 배출권에 대한 정의를 검토하는 작업이 필요하다. 이와 같은 작업을 통하여 국제적으로 통용되는 ‘배출권에 대한 공통개념’을 추출할 수 있을 것이고, 이것은 우리나라 배출권거래법 제정시 입법재량의 가이드라인으로서 작용할 수 있다고 본다.¹⁸⁾

우선 배출권거래제의 도입에 관한 가장 기본적인 국제규범인 기후변화협약에서는 배출권에 관한 정의규정을 두지 않은 채 제1조(정의)에서 ‘배출’(Emissions)이라는 용어를 사용하고 있고, “특정 지역에 특정 기간 동안 온실가스 및/또는 그 전구 물질을 대기중으로 배출하는 것”이라고 정의하였다.¹⁹⁾ 교토의정서는 위 개념을 기초로 후술하는 바와 같이 배출권거래제에 관하여 규정하고 있으나, 배출권에 관한 별도의 정의규정은 두고 있지 않다.

다음으로 독일, 프랑스 등 유럽연합(이하 ‘EU’) 회원국의 배출권거래제의 가이드라인 역할을 하는 ‘EU 공동체 내의 온실가스 배출권거래제도 설립에 관한 유럽 의회 및 이사회 지침’(Directive 2003/87/EC of the European Parliament and the Council of 13 October 2003, 이하 ‘2003년 EU 배출권거래지침’)²⁰⁾에서는 온실가스의 배출허가(Emissions

17) 제2009-259호, 환경부고시, 2009년 11월 16일 제정. 동 고시는 환경부와 광역자치단체 공동으로 대기환경보전법 제11조 및 제81조에 따라 대기환경 개선을 위하여 공공기관, 건물 등을 대상으로 일정 기간 시행하는 온실가스 배출권거래제도의 시범적인 시행을 위하여 필요한 사업운영 방법 및 절차 등을 담고 있다.

18) 물론 다양한 외국의 입법례와 논의를 참고하더라도 대륙법체계가 영미법체계가 가진 근본적인 이질성을 고려하여 해당 국가의 법체계적 특징을 함께 고려하여 선별적으로 참고하여야 할 것이다.

19) ARTICLE 1(DEFINITIONS): 4. “Emissions” means the release of greenhouse gases and/or their precursors into the atmosphere over a specified area and period of time. 최경진, “배출권의 법적 성질,” 『한국환경법학회 제99회 학술대회 배출권거래의 법적 과제』(한국환경법학회 · 경원대학교 법학연구소, 2010. 2), 54면.

20) Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council

Permit)라는 개념과 구별하여 배출허용량(Emission Allowances)의 개념을 규정하고 있다.²¹⁾ 즉, ‘배출허용량’이란 “특정 기간 동안 동 지침의 요건을 충족시키기 위한 목적으로만 유효하고 동 지침의 규정에 따라 양도 가능한 1톤의 이산화탄소 등가물의 배출허용량을 의미한다”고 규정되어 있다.²²⁾ 이러한 지침에 따른 유럽연합의 배출허용량 거래체계를 EU Emissions Allowances Trading Scheme(이하 ‘EU ETS’)라 하며, EU ETS에 따른 배출허용량을 EU Allowance라 한다. 교토의정서를 비준한 각 유럽연합 국가는 EU Allowance의 개념을 다시 자국의 입법체계에 맞게 반영하도록 되어 있다.²³⁾

2003년 EU 배출권거래지침을 기초로 만들어진 독일의 ‘온실가스 배출권거래에 관한 법률’(Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur von Treibhausgasen: Treibhausgas-Emissionhandelsgesetz, 이하 ‘독일 배출권거래법’)에서는 제4조의 배출허가(Emissionsgenehmigung)의 개념과 구별하여 제3조 제4항에서 배출권(Berechtigung)이라는 개념을 채용하면서 “특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소에 상응하는 것을 배출할 수 있는 권한(Befugnis)”²⁴⁾으로 정의하고 있다(제3조 제4항).²⁵⁾ 그리고 같은 EU 회

Directive 96/61/EC. 2003년 EU 배출권거래지침은 지침(Directive)에 불과하므로 배출권거래제의 틀만 제시하고 있고, 각 회원국은 위 지침을 존중하면서 일정한 입법재량을 행사하여 2005년 1월 1일부터 국내법을 제정·시행할 의무를 지게 되었다. 한편 EU는 2003년 EU 배출권거래지침에 이어서 2004년, 2008년, 2009년 등 3회에 걸쳐 수정지침을 의결하였고, 특히 2009년 수정지침은 EU-ETS의 3단계 기간(Phase III: 2013년 이후)을 예정하여 의결되었으므로, EU 회원국들은 2012년 12월 31일까지 국내 법령을 위 수정지침에 맞추어 개정할 의무를 진다.

21) 최경진, 앞의 논문, 55면.

22) Article 3(Definitions) For the purposes of this Directive the following definitions shall apply:

- (a) “allowance” means an allowance to emit one tonne of carbon dioxide equivalent during a specified period, which shall be valid only for the purposes of meeting the requirements of this Directive and shall be transferable in accordance with the provisions of this Directive;
- (b) “emissions” means the release of greenhouse gases into the atmosphere from sources in an installation;
- (c) “greenhouse gases” means the gases listed in Annex II;
- (d) “greenhouse gas emissions permit” means the permit issued in accordance with Articles 5 and 6… (후략).

23) Matthieu Wemaere, Charlotte Streck and Thiago Chagas, “Legal Ownership and Nature of Kyoto Units and EU Allowances,” *Legal Aspects of Carbon Trading-Kyoto, Copenhagen, and Beyond* (edited by David Freestone And Charlotte Streck), Oxford University Press, 2009, pp.36-37.

24) Berechtigung im Sinne dieses Gesetzes ist die Befugnis zur Emission von einer Tonne Kohlendioxidäquivalent in einem bestimmten Zeitraum. 여기서 Befugnis는 (주관적) 권리(Recht)에 해당하는 개념이 아니고, 권한 내지 권능의 의미로 사용된 것으로 보인다. 한국법제연구원, 『독일법령용어집』(2008), 110, 625, 741면 참조.

25) 최경진, 앞의 논문, 55면. 한편 독일에서는 배출권거래와 관련하여 두 가지의 법률이 입법되었다. EU

원국인 프랑스는 환경법전(Code De L'Environnement)에 배출허용량(quotas d'émission)의 개념을 채용하면서 “제L229-16조에 규정된 국가등록부에 있는 배출권 소지자의 계정에 기입됨으로써 배타적으로 구체화되는 동산(biens meubles)”이라고 정의하고 있다(제L229-15조).²⁶⁾

우리나라와 유사한 법제를 가지고 있는 일본의 경우, 지구온난화 대책의 추진에 관한 법률(이하 ‘온난화대책추진법’)에서 ‘산정할당량’의 개념을 사용하면서, 교토의정서상의 거래대상(AAUs, CER, ERU, RMU²⁷⁾)을 국내법에서도 그대로 인정하는 것을 전제로 하여 “이산화탄소 1톤을 나타내는 단위에 의해 표기되는 것”이라고 정의할 뿐(제2조 제6항),²⁸⁾ 별도의 추상적 정의규정은 두고 있지 않다. 또한 미국의 경우 후술하는 바와 같이 최근 하원을 통과한 Waxman-Markey 법안(The American Clean Energy and Security Act of 2009, 이하 ‘ACES’)은 §700에서 배출권(emission right)이 아닌 배출허용량(emission allowance)이라는 용어를 사용하고 있다.

이상에서 본 바와 같이, 각 나라의 배출권거래법에 대한 입법례를 살펴보면, 배출권과 관련하여 선택된 용어뿐만 아니라 그 개념 사이에도 미묘한 차이가 존재함을 알 수 있다. 반면 상술한 국가들이 기본적으로 기후변화협약 및 교토의정서에서 예정하고 있는 배출권거래제를 바탕으로 배출권거래법을 제정하였으므로, 그 용어에 상관 없이 기본적으로 ‘특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소에 상응하는 것을 배출할 수 있는 권한 내지 지위’라는 공통개념을 가지고 있다.²⁹⁾ 그리고 앞서 언급한 환

의 배출권거래지침의 시행을 위한 일반법으로 제정된 배출권거래법과 개별 시설의 배출허용량 배분 방법을 정하기 위한 국별배분계획법(Gesetz über den Nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007: 이하 ‘독일 국별배분계획법’)이 그것이다. 독일 배출권거래법 제7조에 의하면 추후 EU의 승인에 의해 확정되는 국가할당계획(NAP)을 수립하여야 하고, 법적 구속력이 있는 이 국가할당계획이 ‘배출권한에 관한 세부적 사항을 규율하고 있는’ 국별배분계획법에 의해 법률의 형태를 갖추게 된 것이다. 그 외 관련법으로는 2005년 9월 30일부터 유효한 ‘프로젝트 메커니즘법’(BGBl. I S. 2826)으로서, 교토의정서상 청정개발체제, 공동 이행제도를 토대로 외국에서 취득한 크레딧의 국내승인을 규율하고 있다. 김진현, “독일의 온실가스 배출권거래제도,” 『최신외국법제정보』, 제1호(한국법제연구원, 2009), 75면; 조홍식, 앞의 논문, 332면.

26) 이광윤, “프랑스 배출권거래제의 현황과 시사점,” 『한국환경법학회 제99회 학술대회 배출권거래의 법적 과제』(한국환경법학회 · 경원대학교 법학연구소, 2010. 2), 3면; 한국법제연구원, 『프랑스법령용어집』(2008), 124, 523면 참조.

27) RMU란 선진 각국이 신규 식림(植林), 재식림 등 흡수원에 관련된 순흡수량으로부터 산정하여 각국이 발행하는 산정할당량을 말한다.

28) 최경진, 앞의 논문, 56면.

29) 위의 논문, 57면.

경부고시(지역단위 온실가스 배출권거래제도 시범사업 운영규정)에서 규정하고 있는 배출권의 개념도 위 공통개념을 가지고 온 것으로 보인다.

우리나라 배출권거래법 또한 기본적으로 기후변화협약 및 교토의정서에 기초하고 있고 배출권의 국제적 거래가 예정되어 있기 때문에, 우리나라가 해외 각국의 배출권거래제와 연계하여 효율적으로 온실가스를 저감하기 위해서는 우리나라 배출권거래법에서 배출권을 정의함에 있어서도 위 공통개념을 포함시키는 것이 논리적으로 일관된 것으로 보인다. 따라서 필자들은 배출권이라는 용어가 일반화되어 있고 무엇보다 「저탄소 녹색성장 기본법」에서도 배출허용량과 구별하여 위 용어를 채용하고 있으므로 배출권이라는 용어를 사용하면서, “배출권거래법에 따라 배출허가를 받은 배출시설에서 특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소 또는 이에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권한(으로서 양도될 수 있는 것)”이라고 정의하고자 한다. 다만, 용어 자체에 ‘권(權)’이라는 말이 붙어 있음에도 불구하고, 이것이 어떤 권리로서의 법적 성격을 갖는지에 대해서는 후술하는 바와 같이 논의가 뜨겁다.

3. 교토메커니즘에서의 ‘배출권거래제’의 모습

상술한 바와 같이 우리나라가 도입해야 하는 배출권거래제는 기본적으로 교토의정서에 기초할 수밖에 없으므로, 현재 우리나라의 배출권거래법이 없는 상황에서 우리나라의 배출권거래제의 모습을 확인하기 위해서는 교토의정서가 예정하고 있는 배출권거래제의 내용을 살펴볼 필요가 있다. 교토의정서의 논의 당시 배출권거래제의 구체적인 모습에 관하여 다양한 유형들이 제시되었고, 그 중 대표적으로 논의된 것이 총량제한 배출권거래제(Cap & Trade)와 삭감인증권 거래제(Baseline & Credit)였다.

우선 총량제한 배출권거래제라 함은 온실가스 감축목표 달성을 위하여 배출허용량을 할당한 후(Cap) 사업장의 감축활동에 의하여 배출권이 발생되어 거래되는(Trade) 유형을 말한다.³⁰⁾ 즉, 자국의 기업별, 부문별로 배출허용량을 할당하고 기업들은 할당된 온실가스 감축의무를 이행하지 못할 경우 다른 기업으로부터 배출허용량을 매입할 수 있고, 반대로 의무감축량을 초과로 달성했을 경우에는 다른 기업에게

30) 최승필, “탄소배출권 제도설계에 대한 법제도적 검토-유럽의 탄소배출권제도를 통한 고찰을 중심으로-”, 『환경법연구』, 제31권 제2호(한국환경법학회, 2009), 174면.

이를 매도할 수 있는 것이다. 이와 같이 배출허용량 할당을 통해서 발생하는 배출권 유형을 배출할당량(AAUs: Assigned Amount Units)이라고 한다. 반면, 삭감인증권 거래제라 함은 참여자가 청정개발체제, 공동이행제도 등 온실가스 감축 프로젝트를 통해 발생한 온실가스 감축분에 관하여 검증 및 인증과정을 거쳐 유엔(United Nations)으로부터 크레딧(Credit)을 발급 받아 이를 거래할 수 있도록 하는 시스템이다.³¹⁾

그러나 교토의정서는 교토메커니즘의 하나로서 배출권거래제를 도입하면서 어느 하나의 유형을 명시적으로 선택하지 않았다. 즉 교토의정서 제17조는 “당사자총회는, 특히 검증·보고·책임 등에 관한 것을 비롯하여, 배출량거래에 관한 원칙·방식·규칙·지침을 규정한다. 부속서 B의 당사자는 제3조의 규정에 의한 공약을 이행하기 위하여 배출량거래에 참여할 수 있다. 이러한 모든 거래는 제3조의 규정에 의한 수량적 배출량의 제한·감축을 위한 공약의 이행을 위한 국내조치의 보조수단으로 활용되어야 한다”³²⁾라고 규정하고 있을 뿐, 구체적으로 어느 유형의 배출권거래제를 염두에 두고 있는 것인지에 관해서는 언급하고 있지 않다. 따라서 교토의정서상 배출권거래제에서는 총량제한 배출권거래제상 배출할당량(AAUs)만이 거래되는 것이 아니라, 공동이행제도, 청정개발체제 등 프로젝트를 통해서 발생하는 크레딧(ERU, CER 등)도 거래될 수 있는 가능성이 열려 있다.³³⁾

앞서 본 바와 같이, 배출권거래제는 교토의정서에서 정한 교토메커니즘의 하나로써, 위 교토메커니즘에는 공동이행제도, 청정개발체제가 포함된다. 공동이행제도는 부속서I 국가들 사이에 온실가스를 감축하는 사업을 공동으로 수행하는 것을 인정하는 것으로, 한 국가가 다른 국가에 투자하여 온실가스를 감축하고 이를 확인 받아 발급 받은 인증배출감소분의 일부분을 투자국의 감축실적으로 인정하는 제도이다(제6조).³⁴⁾ 여기서 나오는 크레딧을 ERU(Emission Reduction Unit)라고 한다.

31) 총량제한 배출권거래제에 따른 배출권을 거래하는 시장을 할당량 거래시장(Allowance-based Market), 삭감인증권 거래제에 따른 배출권을 거래하는 시장은 프로젝트 거래시장(Project-based Market)이라고 구별하여 부르기도 한다(최승필, 위의 논문, 174면 참조).

32) Article 17: The Conference of the Parties shall define the relevant principles, modalities, rules and guidelines, in particular for verification, reporting and accountability for emissions trading. The Parties included in Annex B may participate in emissions trading for the purposes of fulfilling their commitments under Article 3. (후략).

33) 이와 같이 프로젝트를 통한 크레딧도 배출권거래의 대상으로 인정하게 되면 자연스럽게 크레딧과 배출할당량(AAUs)의 가치를 어느 정도 동일하게 처리할 것인지를 결정해야 하고, 이 크레딧 또한 탄소배출 감축의무 달성에 활용할 수 있도록 하여 상호 배출권의 단위간의 전용과 상쇄(offset)를 할 수 있는 제도의 필요성이 제기된다.

34) Article 6

한편 청정개발체제는 부속서 I 국가가 비부속서 국가(Non-Annex I 국가)에 투자하여 얻게 되는 인증배출감소분을 선진국의 감축실적으로 인정 받는 제도이다(교토의정서 제12조).³⁵⁾ 부속서 I 국가는 비부속서 국가에서 청정개발체제를 통해 적은 비용으로 온실가스를 감축할 수 있는 사업을 수행하고, 그 결과 발생한 온실가스 배출감소분에 대한 크레딧을 자국의 배출감소분으로 인정 받고, 개도국은 선진국의 자본을 유치하거나 기술이전을 받음으로써 지속가능한 발전에 기여할 뿐만 아니라 크레딧 수익의 일부를 제공 받을 수도 있다. 청정개발체제에서 나오는 크레딧 유형이 바로 CER(Certified Emission Reduction)이다.³⁶⁾ 한편 청정개발체제는 공동이행제도와는 달리 1차 공약기간(2008년~2012년) 이전의 조기감축활동(Early Action)을 인정함으로써 2000년~2007년 발생한 CER을 소급하여 해당 국가의 크레딧으로 인정해 줄 수 있도록 하였다.

청정개발체제는 위 정의에서 알 수 있는 바와 같이, 부속서 I 국가가 개도국에 투자하는 것을 전제로 하고 있으나, 청정개발체제의 활성화를 위해서 현재에는 개도국이 독자적으로 추진하는 일방적 CDM사업(Unilateral CDM Project)도 인정하고 있다. 따라서 교토의정서에 의하면 현재 개도국의 지위를 인정 받고 있는 한국의 경우에는 교토메커니즘 중 청정개발체제에만 참여할 수 있고, 그 결과 많은 국내기업 및 지방자치단체 등이 국내외에서 청정개발체제 사업에 투자하는 과정에서 자연스럽게 CER지분을 갈등 등 관련분쟁도 발생하고 있다.³⁷⁾

-
1. For the purpose of meeting its commitments under Article 3, any Party included in Annex I may transfer to, or acquire from, any other such Party emission reduction units resulting from projects aimed at reducing anthropogenic emissions by sources or enhancing anthropogenic removals by sinks of greenhouse gases in any sector of the economy, provided that: (후략)

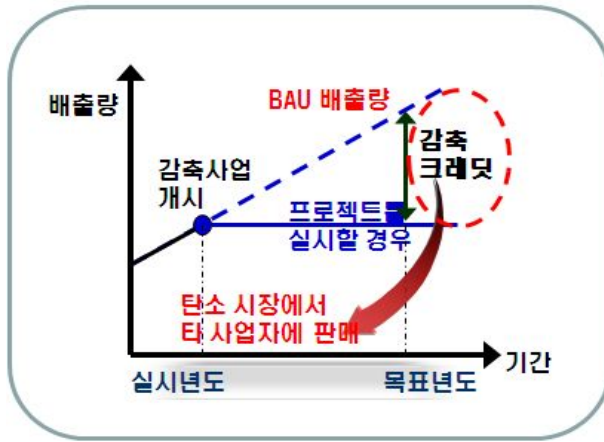
35) Article 12

1. A clean development mechanism is hereby defined.
2. The purpose of the clean development mechanism shall be to assist Parties not included in Annex I in achieving sustainable development and in contributing to the ultimate objective of the Convention, and to assist Parties included in Annex I in achieving compliance with their quantified emission limitation and reduction commitments under Article 3. (후략)

36) 따라서 정확히 표현하면 교토의정서상 배출권거래제의 대상이 되는 배출권에는 배출할당량(AAUs)뿐만 아니라 청정개발체제, 공동이행제도 등 프로젝트를 통해서 발생하는 크레딧(CER, ERU 등)도 포함된다. 하지만 CER 또는 ERU도 종국적으로는 AAUs로 전환되어 온실가스를 배출하는 기업에 의하여 소비될 것이기 때문에 이하에서 배출권이라 함은 주로 좁은 의미의 배출권, 즉 배출할당량(AAUs)으로서의 배출권을 말하는 것임을 미리 밝혀 둔다.

37) 청정개발체제 사업의 경우에는 사업등록 및 CER 발급 등에 있어서 많은 불확실성이 존재하여 사업 참여자의 입장에서는 사업의 성공 가능성 및 이로 인한 수익의 정도 등에 관하여 예견 가능성이 부족하다는 비판이 존재한다(구체적인 비판 내용에 관해서는 이재협, “교토의정서상 청정개발체제(CDM)

[그림 1] 삭감인증권 거래제의 개요³⁸⁾



한편 우리나라 배출권거래제를 설계함에 있어서도 총량제한 배출권거래제와 삭감인증권 거래제 중 어느 유형의 배출권거래제를 받아들일 것인지, 또는 어느 유형의 그것을 기본으로 할 것인지를 결정해야 한다. 기본적으로 양 유형의 장단점을 살펴 결정해야 하지만, 배출권이 국제적으로 거래될 수 있는 가능성이 이미 국제조약을 통해서 열려 있다는 점을 감안할 때, 우리나라에서만 특유한 유형의 배출권거래제는 효율적이지 않고 세계적으로 배출권거래제의 급변하는 상황에 대비하는데도 불리하다고 판단된다. 그 결과 다른 나라에서 어떤 유형을 선택하였는지를 파악하고, 궁극적으로는 이것과의 조화로운 방향이 무엇인지를 찾는 것이 가장 중요하다고 본다. 그렇다면 영국, 독일, 프랑스, 호주, 일본, 미국 등 대부분의 부속서I 국가에서 총량제한 배출권거래제를 기본방식으로 도입하였거나 도입할 예정이라는 점을 고려할 때,³⁹⁾ 정도의 차이는 있을 수 있지만 기본적으로 총량제한 배출권거래제를 선택하는 것은 피할 수 없을 것으로 보인다.⁴⁰⁾

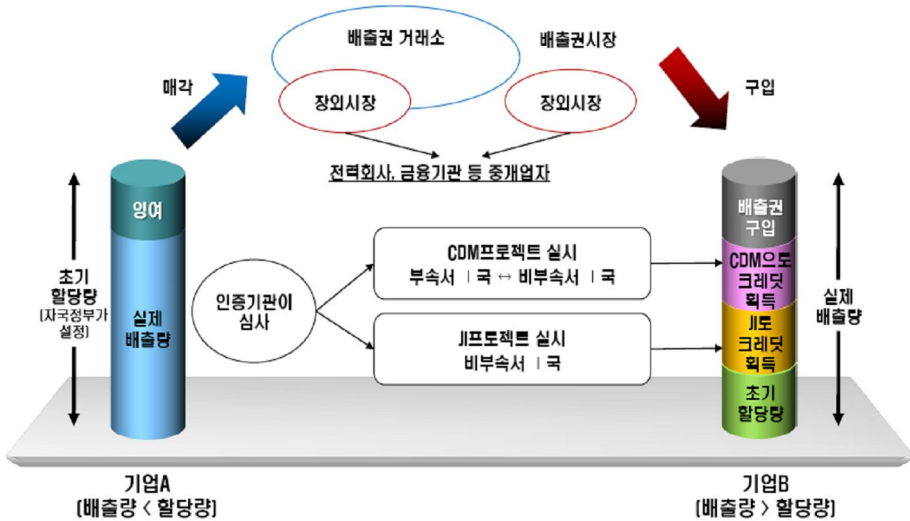
사업의 법적 문제,” 『환경법연구』, 제29권 제1호(한국환경법학회, 2007) 참조]. 이와 관련하여 2013년 이후 한국이 의무감축국으로 지정될 경우에도 현재 한국에서 진행중인 청정개발체제 사업들을 [그것이 이미 CDM 집행위원회(CDM EB)에 등록되어 있다고 하더라도] 그대로 인정해 줄 것인가 불명확하고 이것이 향후 쟁점이 될 것으로 보인다[한국수출입은행, 『해외 CDM사업 전문가이드』 (2009. 5), 4면 참조]. 필자들 또한 실무에서 청정개발체제에서 나오는 CER의 거래(분쟁 포함)에 관한 법률자문을 하면서 청정개발체제 사업에 많은 불확실성이 존재하고, 그만큼 법률가들이 적극적으로 도와 주고 개입할 부분이 많다는 사실을 알 수 있었다.

38) 기후변화대책특별위원회 수석전문위원, 앞의 보고서, 41면.

39) 최승필, 앞의 논문, 175-187면.

이와 같은 배출권거래제에 관한 전반적인 이해를 기초로 우리나라에 도입될 가능성이 높은 배출권시장의 모습에 관하여 아래 그림과 같이 표현할 수 있을 것이다.

[그림 2] 배출권시장의 운영 메커니즘⁴¹⁾



4. 우리나라 배출권거래제 설계상 주요 쟁점

(1) 배출허용량의 할당방식

1) 할당방식의 유형의 선택

총량제한 배출권거래제가 시행되기 위해서는 각 사업자에 대한 배출허용량의 할당이 이루어져야 한다. 행정행위인 배출허용량의 할당은 배출권의 발생과 밀접하게 연관되어 있어 뒤에서 살펴보는 ‘배출권의 법적 성격’을 검토하기 위해서도 이에 대한 이해가 필수적이다. 한편 배출허용량 할당이 제대로 되지 않는 경우에는 배출

40) 이와 같은 관점에서 「저탄소 녹색성장 기본법」 제46조 제2항에서도 배출권거래제의 기본유형으로서 총량제한 배출권거래제를 채택하면서 이에 삭감인증권 거래제를 가미할 수 있는 여지를 열어 둔 것으로 보인다. 따라서 이하에서는 특별한 설명이 없으면 ‘배출권거래제’는 총량제한 배출권거래제를 기본으로 하는 그것을 의미하는 것임을 미리 밝혀 둔다.

41) 삼성경제연구소, “탄소시장의 부상과 비즈니스 모델,” 『CEO Information』, 제630호(2007. 11. 21), 제3면에서 인용하여 일부 편집함.

권거래제가 온실가스 감축에 기여를 하지 못하거나 환경적으로 해로운 사업에도 이익이 돌아가는 등의 문제점이 발생할 수 있다. 배출권의 할당방식으로는 무상배분(grandfathering), 경매를 통한 유상배분(auction) 및 이 두 방식을 혼합한 형태(hybrid)가 주로 논의된다.⁴²⁾

우선 무상배분 방식은 과거 기준연도의 배출량, 투입열량, 산출물 등의 평균 또는 최고치를 기준으로 사업자의 금전지출 없이 할당하는 방식이다. 이 방식의 장점으로는 기업들의 반발을 최소화할 수 있고 배출권 규모에 대한 불확실성을 제거할 수 있으며, 정치적·행정적으로 간단하다는 점을 들 수 있다. 반면 단점으로는 신규 참여자에 대한 진입장벽으로 작용할 수 있고 배출을 많이 한 사업자일수록 이익을 얻게 되는데, 이러한 정책이 예견될 경우 사업자는 전략적으로 배출을 늘리는 왜곡된 형태를 보일 수 있을 뿐만 아니라 이 방식에 의할 경우 배출자의 자산이 늘어나고 오히려 배출자가 우발이익을 얻을 수 있는 문제점 등이 제기된다.

다음으로 경매방식은 초기에 배출허용량을 규제대상 사업간의 경매를 통해서 유상으로 배분하는 방식이다. 이 방식은 환경법상 일반원칙인 오염자부담원칙에 충실하여 공정하다고 볼 수 있고, 경매를 통한 가격신호가 시장의 효율적인 작동을 촉진하게 되며, 경매수입은 저탄소기술 개발을 위한 재원으로 쓰일 수 있다는 장점이 있다. 반면 단점으로는 유상배분에 따른 기업의 비용부담으로 인한 저항을 들 수 있고, 이 점 때문에 세계에서 배출량의 100%를 경매방식으로 할당한 사례를 찾아보기 어렵다.⁴³⁾

위와 같은 각 방식의 장단점 및 EU, 독일 등의 예를 참고할 때, 스펙트럼은 다양할 수 있으나 초기에는 기본적으로 유상배분과 유상배분의 혼합방식을 취하되 점진적으로 유상경매 방식을 확대하는 것이 타당할 것으로 보인다. 한편 유상경매를 통해서 조성된 재원은 MRV(Monitoring, Reporting, Verification) 구축, 온실가스 저감기술의 개발 등 온실가스 저감 내지 배출권제도와 관련된 비용으로 쓰이는 것이 타당할 것이다.

42) 조홍식, 앞의 논문, 332-333면.

43) EU-ETS의 경우 1단계에서는 배출허용량에 대한 무상할당이 이루어졌는데, 무상할당에 따른 발전업체의 우발이익과 전력가격 상승 및 이에 따른 소비자, 산업체의 부담 가중이 심각한 문제로 대두되었다. 이러한 점이 고려되어 3단계에서는 전체 배출권의 60% 이상을 경매를 통해서 할당하고, 특히 발전산업에 대해서는 100% 유상경매방식을 취할 것을 고려하고 있다고 한다.

2) 배출허용량 할당 관련 법적 쟁점

배출허용량 할당방식을 정함에 있어서 가장 논란이 될 수 있는 쟁점은 ‘형평성’이다.⁴⁴⁾ 무상배분이 피배분자의 기존의 분배상태에 비례하는 방식이라면 경매방식은 배분지향적 평등을 지향하는 방식이므로, 기득권을 인정하는 무상배분의 방식을 취할 것인지, 아니면 경매방식을 택할 것인지에 따라 관련 당사자들의 이해관계가 크게 갈리기 때문이다.

이와 관련하여 2004년부터 배출권거래법을 시행하고 있는 독일의 경우,⁴⁵⁾ 배출허용량 할당에 대한 수많은 법적 분쟁이 제기되고 있다.⁴⁶⁾ 1,849건의 배출권의 배분통지에 대해 816건의 불복신청이 있었고, 이 중 350건 정도가 재산권 침해, 영업의 자유침해 등을 이유로 행정소송으로 이어졌다. 배출권거래제 자체가 기본권을 침해하여 위헌이라는 소송을 비롯하여, 시설운영자가 자신에게 부과된 할당처분 및 경쟁시설운영자에게 부과된 할당처분의 취소를 구하는 항고소송 등 다양하게 제기되고 있다. 한편 과거의 배출실적 등을 기준으로 무상배분하는 방식은 환경정책기본법상 오염자부담원칙과 충돌할 가능성이 있다. 다만 위 오염자부담원칙의 법적 성격 내지 효력이 무엇인지에 따라서 위와 같은 충돌상황의 문제해결 방안이 달라질 수 있을 것이다.⁴⁷⁾

(2) 배출권의 예치 및 차입

배출권의 예치(banking)는 배출량의 달성목표보다 보유한 배출권의 양이 많은 경우, 해당 초과 배출권을 예치하였다가 다음 이행기간에 사용하는 것을 말하고, 배출권 차입(borrowing)은 미래에 발행될 배출권을 빌려와 현재 이행기간의 배출권 청

44) 조홍식, 앞의 논문, 332-333면 참조.

45) 독일 국별배분계획법은 2007년까지 유효한 한시법인데, 위 법률 공포후 3주 동안 사업자로부터 배출허용량 신청을 받아 이에 기초해 2004. 12월 중순경 배분계획이 책정되고 2005년 초부터 제도가 시행되기 시작하였다. 신청기간에 2,060개의 사업소로부터의 신청이 이루어졌고 이에 대한 배분통지는 1,849건 행해졌다고 한다. 조홍식, 앞의 논문, 332면. 여기서 주목할 것은 배출 감축목표 일정에 따라 법령도 개정되어 왔다는 점이다. 1단계 시험운영기간(2005년~2007년)에는 위와 같이 운영되었고, 현재 2단계 기간(2008년~2012년)에는 국별배분계획법 2012가 제정되어 운영되고 있으며, 3단계 기간(2013년~2020년)에는 다시 국별배분계획법 2020이 제정될 예정이다.

46) 이 부분은 大塚直, “地球温暖化対策推進法の改正と国内排出枠取引制度の胎動,” 『NBL』, No. 844(2006. 11. 1), 29-31면; 조홍식, 앞의 논문, 332-333면 참조.

47) 이처럼 독일에서 발생하고 있는 다양한 법적 분쟁이 한국에서도 거의 그대로 재현될 것이고, 배출권거래제법을 제정함에 있어서 이에 대한 심도 있는 검토가 필요하다. 다만 본 논문의 목적상 이 부분에 관한 구체적인 논의는 다음으로 미루기로 한다.

산에 활용하는 것을 말한다. 배출권 예치가 과도하게 이루어질 경우 배출권 가격의 상승과 시장의 유동성을 제한할 우려가 있으나, 적절한 정도의 예치는 참여자에게 시간적 유연성 및 조기 감축을 위한 유인책 제공 등의 이점이 있어, 적정범위 내에서는 이를 인정할 필요성이 있다. 반면 차입은 예치와 달리 현재 가능성에 불과한 미래의 배출권을 사용하는 것이고, 차입을 무제한으로 허용할 경우 감축을 위한 실질적인 노력 없이 차기 이행기간의 배출권을 가지고 이전 이행기간에서의 감축의무를 달성하는 것을 허용하는 결과가 되므로 일정한 한도를 설정하는 것이 필요할 것이다. 외국의 입법례에서도 예치는 대부분 허용하고 있는 반면, 차입에 관해서는 보다 제한을 가하고 있다.⁴⁸⁾

(3) 배출권의 상쇄

상쇄(Offset)는 구속적인 감축의무가 없는 당사자가 자발적으로 온실가스를 줄이는 활동을 하고 그 때 생성되는 크레딧(ERU, CER, KCER⁴⁹⁾ 등을 구속적 감축의무를 지는 사업자가 감축의무를 이행하는 데 사용하는 것을 허용하는 제도이다. 상쇄의 허용으로 배출권시장의 안정화 내지 효율성을 가져올 수 있고, 다양한 분야에서의 자발적인 온실가스 감축을 도모할 수 있고, 특히 우리나라의 많은 기업들이 다양한 청정개발체제에 참여하여 CER을 획득하고 있으므로 우리나라에서도 배출권의 상쇄를 인정할 필요성이 있다. 다만 이를 무한정 인정할 경우 의무감축사업자가 본래의 감축사업을 위하여 투자할 유인이 줄어들고, 상대적으로 낮은 가격의 크레딧으로 인하여 배출권거래 가격이 불안정해질 수 있는 등의 문제가 예상되므로, 그 인정범위를 한정하는 것이 중요한 것이다.

독일, 영국, 일본, 미국 등 대부분의 국가에서 국내의 프로젝트를 통해서 획득한 크레딧에 대한 배출권의 상쇄를 인정하고 있으나, 여러 크레딧 중 어느 크레딧까

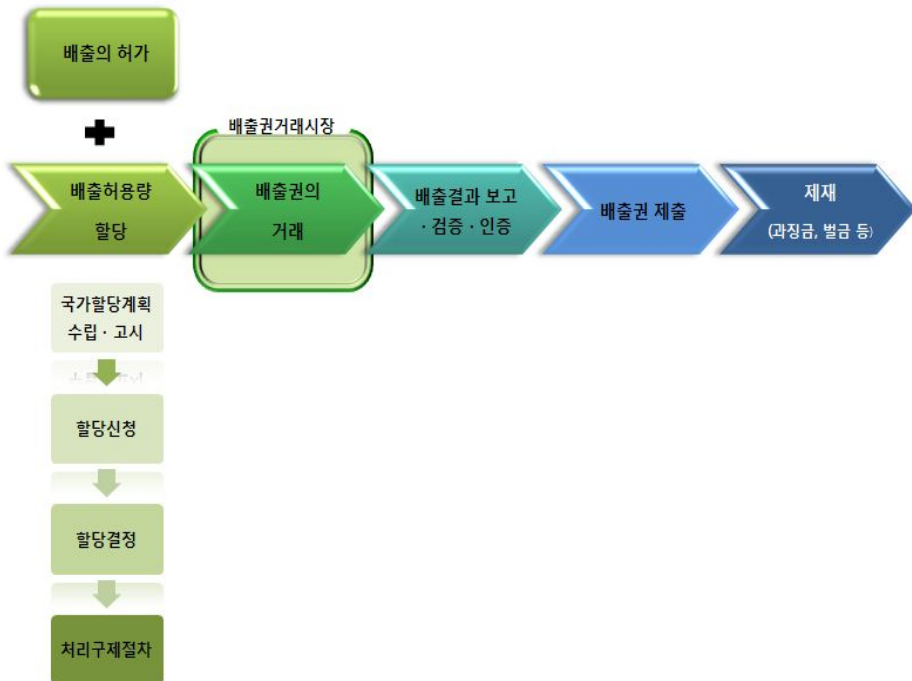
48) 예를 들면, 미국 ACES의 경우 배출권은 사용가능연도(vintage year) 또는 다음 연도를 위하여 예치할 수 있는 반면(ACES §725(a)), 사용가능연도의 바로 전 연도를 위해 사용할 수 있어 차입은 허용하나 이행기간의 1년에서 5년 후의 연도까지의 배출권으로 사용가능연도내 배출량의 15%까지만 충당할 수 있는 제한이 있다(ACES§725(c)).

49) 우리나라는 현재 온실가스 의무감축국이 아니지만, 국가 차원에서 에너지관리공단을 중심으로 산업체의 자발적인 온실가스 감축 유도를 위한 정책으로 온실가스 감축실적 등록사업을 실시하고 있고, 이를 통해 발행되는 크레딧이 KCER이다. 그러나 과연 이것이 통상의 CER처럼 국제기준에 부합할 정도로 객관성 및 신뢰성을 가지고 있고 따라서 국제 탄소배출권시장에서 통용될 수 있는가라는 의문이 제기되는 등 KCER을 배출권거래제와 연계하는 것에 대해서는 우려도 존재한다.

지 배출권 상쇄를 인정할 것인지, 의무감축량 중 몇 %까지 크레딧을 통한 배출권의 상쇄를 인정할 것인지 등에 관해서는 각 나라마다 조금씩 다른 입장을 가지고 있다.⁵⁰⁾ 배출권의 국제거래의 특성상 우리나라 배출권거래제의 경우에도 외국 법제의 경향에 따라 배출권의 상쇄를 인정해야 할 것으로 보이나, 위와 같은 쟁점들에 관하여 어느 입장을 취할 것인지에 관해서는 더 많은 연구와 논의가 필요할 것이다.

이상의 논의를 기초로 우리나라 배출권거래법에 담길 주요 내용을 정리하면 아래 그림과 같다.

[그림 3] 배출권거래제의 주요 내용⁵¹⁾



50) 예를 들면, 독일의 경우 1단계 할당기간(2005년~2007년)에서는 CER만을, 2단계 할당기간(2008년~2012년) 이후는 ERU까지 인정하되, 독일 국가할당계획은 2단계 할당기간 동안의 인정범위를 12%까지로 규정하였으나, 여기서 토지이용, 토지이용변경 및 임업의 영역에서 발생한 CER, ERU는 상쇄의 대상으로 인정하지 않고 있다(독일 배출권거래법 제6조). 한국법제연구원, “온실가스 배출권거래에 관한 법률-독일,” 『글로벌법제연구센터 녹색법령자료 10-01』(2010. 2), 10면 참조.

51) 위 그림은 독일 배출권거래법의 내용을 기초로 작성되었다. 한국법제연구원, 위의 자료 참조.

Ⅲ. 배출권의 법적 성격 및 민사법상 논점

1. 논점의 정리

후술하는 배출권 관련 법적 쟁점들의 출발점에는 배출권의 법적 성격을 어떻게 규정할 것인가라는 문제가 선결문제로 위치하고 있다. 배출권의 법적 성격에 따라 배출권의 구체적 양도방법, 제3자에 대한 대항력의 문제, 질권 등 담보설정의 방법, 선의취득의 인정 여부 등이 달라질 수 있다. 뿐만 아니라 배출권거래제와 관련하여 자본시장법이 적용될 수 있는지, 적용된다면 그 법령 해석과 관련하여 배출권이 금융투자상품의 개념으로 포섭될 수 있는지, 금융투자업자가 배출권 거래업무를 취급할 수 있는지, 탄소배출권 투자에 따른 투자자 보호문제를 어떻게 해결할 것인지 등의 문제도 배출권의 법적 성격이 어떻게 결정되는지에 따라 달라질 수 있는 문제이다.

총량제한 배출권거래제를 원칙으로 하는 배출권거래제에서 배출권은 일반적으로 정부의 온실가스 배출시설에 대한 배출허용량 할당 내지 허가⁵²⁾에서 유래하지만, 그 이후에는 배출권이 배출사업자로부터 절연되어 사적으로 전전 유통될 수 있는 재산적 가치 있는 거래대상이 된다. 이와 같은 배출권의 특성은 앞서 정리한 “배출권거래법에 따라 배출 허가를 받은 배출시설에서 특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소 또는 이에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권한(으로서 양도될 수 있는 것)”이라는 배출권의 개념에도 투영되어 있다. 따라서 배출권 또는 배출권거래제는 태생적으로 공법적 규율과 사법적 규율이 혼재되어 있는 영역이고, 이와 같은 점 때문에 배출권의 법적 성격에 관하여 후술하는 바와 같이 각 나라마다 입장이 다르고 학설의 대립도 존재한다.⁵³⁾ 이하에서는 배출권의 법적 성격에 관한 외국에서의 입

52) 물론 행정법적 측면에서 정부의 배출허용량 할당행위가 강학상 허가에 해당하는지, 아니면 특허 등 다른 행정행위에 해당하는지에 대한 논의도 가능하겠으나, 본 논문에서는 논문의 목적상 이에 대한 검토 및 결론을 유보한 채 논의를 이어가겠다.

53) 필자들은 여기서 주로 배출권의 법적 성격을 민법의 관점에서 검토할 예정이지만, 한편 논의의 층위를 한 단계 올려, 헌법적 성격에 대한 검토도 필요할 것으로 본다. 왜냐하면 배출권거래제도를 설계하고 법을 만들기 위해서는 ‘배출권과 기본권의 관계’ 등 헌법적 차원에서 선결적으로 검토가 필요하고, 그러한 전제에 따라 후술하는 다양한 법적 쟁점들을 일관성 있게 검토하고 해석·정리할 수 있을 것이기 때문이다. 이와 관련하여 ① 탄소 등 온실가스 배출행위 자체를 직업수행의 자유 등 개별

법제 및 학설상 논의를 살펴보고, 이를 기초로 우리나라 민법의 관점에서 배출권의 법적 성격을 어떻게 볼 수 있는지에 관하여 검토한다.

2. 외국에서의 논의

(1) EU

앞서 본 바와 같이 2003년 EU 배출권거래지침에서는 배출허가(Emissions Permit)라는 개념과 구별하여 배출허용량(Emission Allowances)의 개념을 사용하면서, “특정 기간 동안 동 지침의 요건을 충족시키기 위한 목적으로만 유효하고 동 지침의 규정에 따라 양도 가능한 1톤의 이산화탄소 등가물의 배출허용량을 의미한다”라고 규정되어 있으나, 배출허용량의 법적 성격에 관해서는 명시적으로 언급되어 있지 않다. 다만 위 지침에 따라 만들어진 EU-ETS에서의 실제 운영상황을 보면, 배출허용량의 법적 성격을 어느 정도는 추론해 볼 수 있을 것인데, 배출권이 시장가격에 따라 자유롭게 거래되고 있는 모습 등에서 (할당 이후의 거래 대상이 되는) 배출허용량은 최소한 재산적 가치가 있는 지위 또는 권한으로 다루어지고 있는 것으로 보인다.

(2) 독 일

2003년 EU 배출권거래지침에 기초한 독일 배출권거래법에서도 배출 허가(Emissionsgenehmigung)의 개념과 구별하여 배출권(Berechtigung)이라는 개념을 채용하면서 “특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소에 상응하는 것을 배출할 수 있는 권한(Befugnis)”으로 정의하고 있으나(제3조 제4항), 배출권한의 법적 성격에 관하여는 특별히 규정하고 있지 않다. 한편 독일 배출권거래법은 배출권의 양도를 허용하면서 배출권을 양도하기 위해서는 양도에 대한 ‘합의’와 배출권거래장부상의 양수인 계좌로의 ‘등록’을 요건으로 하고 있다(제16조 제1항). 또한 “배출권거래장부에 배출권이

기본권 조항, 헌법 제10조, 제37조 제1항을 근거로 ‘자유권적 기본권’이라는 보는 입장, 반면 ② 탄소 배출 행위가 기본권으로 보장된다고 할 수 없고 배출권은 단지 법률에 의하여 설정된 재산적 가치 있는 권리라고 보는 입장 등이 있을 수 있다. 그리고 이와 같은 입장들에 따라서 배출허용량 할당에 대한 법적 평가, 배출권거래에 대한 이론구성 등에 있어서 차이가 있을 수 있다. 위 헌법적 성격에 관한 논의는 본 논문의 범위를 벗어나므로, 이에 대한 검토는 하지 않겠다. 다만 위 논쟁에 있어서 하나의 입장을 선택하여 그 입장에 따라 배출권에 관한 수많은 논점들을 해석하는 것은 그 논리 일관성의 장점도 있으나, 얽힌 여러 논점들을 검토하고 선택하는 과정에서 많은 미세조정이 필요하고 그만큼 정책적 유연성이 필요하다는 점도 무시하기 어려울 것이다.

등록되면 그 등록은 사실에 부합하는 것으로 보고, 다만 배출권의 피배분자가 배분 당시 배출권에 하자가 있다는 점을 알고 있었던 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하여(제16조 제2항) 배출권의 선의취득도 인정하고 있다.

우선 독일에서는 독일 배출권거래법상 배출권의 법적 성격에 관하여 공권의 성질을 갖는다는 견해(공권설), 사권의 성질을 띠는다는 견해(사권설), 배출권은 복합적 성질을 지니고 있으므로 공권 또는 사권 중 어느 하나에 분명히 귀속시킬 수는 없고 엄밀히 구분할 수도 없다면서 종국적으로 권리의 성질을 밝히는 명시적인 입법이 필요하다는 견해(절충설)가 대립되고 있다고 한다.⁵⁴⁾ 어느 견해에 따르느냐에 따라서 배출권거래가 사법상 법률행위인지 또는 공법상 계약인지가 문제되고, 독일에서는 이와 관련한 분쟁에 대하여 민사법원 및 행정법원 중 어느 법원이 관할권을 갖는지가 달라질 수 있어 논의의 실익이 있다고 한다.

한편 배출권이 민법상 물건인가에 관하여, 독일 민법상 물건은 유체물에 한정되는데(제90조), 독일 배출권거래법상 배출권이 유체물이 아니라는 이유로 물건이 아니라는 견해가 지배적이라고 한다.⁵⁵⁾ 그 연장선장에서 (앞서 언급한 배출권의 법적 성격에 관한 견해 대립과 상관 없이) 배출권의 양도는 독일 민법상 물건의 매매(Sachkauf)는 아니라고 하더라도 독일 민법 제453조 제1항에 따라 물건매매에 관한 규정이 준용되는 권리의 매매(Rechtkauf)에는 해당한다고 보는 것이 다수의 견해라고 한다.⁵⁶⁾

(3) 프랑스

프랑스는 환경법전(Code De L'Environnement)에 배출허용량(quotas d'émission)의 개념을 사용하면서 “제L229-16조에 규정된 국가등록부에 있는 배출권 소지자의 제정에 기입됨으로써 배타적으로 구체화되는 동산(biens meubles)”이라고 정의하고 있고(제L229-15조), 이것은 배출허용량에 관한 권리(배출권)를 프랑스 민법상 동산물권(droit réel mobilier)으로 취급하기로 입법적 결단을 내린 것이라고 한다.⁵⁷⁾

54) Burgi, Grundprobleme des deutschen Emissionshandelssystems: Zuteilungskonzept und Rechtsschutz, NVwZ, 2004, 1162 및 Schweer/v. Hammerstein, Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz(TEHG), 2004(최문희, “온실가스 배출권 거래의 금융법상 논점,” 『비교사법』, 제15권 제3호(2008), 98면에서 재인용) 참조.

55) 최문희, 위의 논문, 96면.

56) S. Wagner, Beschaffung von Emissionszertifikaten durch öffentliche Auftraggeber, NZBau, 2007(최문희, 위의 논문, 97면에서 재인용).

(4) 미 국

미국 ACES는 §700에서 배출권(emission right)이 아닌 배출허용량(emission allowance)이라는 용어를 사용하면서, §721(c)에서 배출허용량이 재산권(property right)이 아니라고 명시하고 있다.⁵⁸⁾ 그러나 배출허용량이 재산권이 아니라는 것은 배출사업자와 정부 사이의 관계, 예를 들면 배출허용량이 재산권이 아니므로 정부가 보다 쉽게 배출허용량을 철회·제한할 수 있고, 정부가 이후에 법령 개정을 통하여 배출사업자의 배출허용량의 재산적 가치에 손해를 가져왔다고 하더라도 정부는 이에 대하여 보상할 의무가 없다는 점 등에 방점을 두고 있는 것으로 보인다. 반면 배출허용량을 허가 받은 사업자는 이를 자유롭게 처분할 수 있다는 점(§724) 등 실제의 배출권거래제의 내용을 살펴보면 배출허용량이 (최소한 거래 당사자들 사이에서는) 어느 정도 재산적 가치가 있는 것으로 볼 수 있고 이에 대하여는 상법 등 관련 법령이 적용될 것임을 부인하기는 어려울 것이다.

(5) 호 주

반면 호주의 탄소배출 감축을 위한 입법은 11개의 법안으로 구성된 패키지 형태로 구성되어 있고, 이 중에서 배출권거래제를 규율하는 가장 기본적인 법안이 Carbon Pollution Reduction Scheme Bill 2009(이하 ‘호주 배출권거래법안’)이라고 한다.⁵⁹⁾ 호주 배출권거래법안에서는 총량제한 방식의 배출권거래제를 도입하면서, 배출권이 사적 재산임을 명시하고 있다.⁶⁰⁾

57) 최경진, 앞의 논문, 64-65면; 이광윤, 앞의 논문, 3면; 한국법제연구원, 『프랑스법령용어집』(2008), 124, 523면 참조. 위와 같은 입법이 이루어지기 전에는 프랑스에서도 배출허용량의 법적 성질에 관하여 금융증권(titres financiers)로 보는 견해, 동산(biens meubles) 또는 무체동산(biens incorporels)으로 보는 견해, 재산권(droit de propriété)으로 보는 견해가 대립하고 있었다고 한다. 또한 유럽 국가들 중 스웨덴의 경우 배출허용량을 금융투자상품으로 보고 있고, 이탈리아, 폴란드, 포르투갈 및 스페인 역시 금융규제 목적상 배출허용량을 ‘거래 가능한 상품’(tradable commodities)으로 보고 있다고 한다. Matthieu Wemaere, Charlotte Streck and Thiago Chagas, 앞의 논문, 51면 참조.

58) … does not constitute a property right. 한편 미국은 이전에 청정대기법(Clean Air Act)에서 산성비 방지 프로그램을 실시하면서, 아황산가스(SO₂)에 대한 배출권거래를 하였는데, 이 배출권의 성격에 관해서도 재산권(property right)이 아닌 배출허가권(license to emit)이라고 규정하였다. 재단법인 시장경제연구원, 『탄소배출권 거래시장의 인프라 구축방안』, 증권예탁결제원 연구용역보고서(2007. 12), 40-41면 참조.

59) 최경진, 앞의 논문, 65-66면. 호주 배출권거래법의 입법추진 현황 등은 호주기후변화청(Australian Climate Change Regulatory Authority)의 웹사이트에서 확인할 수 있다. <http://www.climatechange.gov.au/government/initiatives/cprs/cprs-progress/>

(6) 일본에서의 논의

1) 학설상 논의

일본의 경우 2006년 온난화대책추진법이 제정되기 전부터 배출권의 법적 성격에 관한 견해 대립이 있었다. 물론 일본에서의 논의가 우리나라에 그대로 적용될 수 있는 것은 아니지만, 우리나라와 유사한 민법체계를 가지고 있는 일본에서의 논의는 우리에게 다양한 시사점을 줄 수 있으므로, 이와 같은 관점에서 간단히 살펴보고자 한다.

우선 수치설은, 배출권은 교토의정서상의 삭감의무를 이행하기 위한 것으로서 국가별 배출권등록부상에 존재하는 단순한 수치에 불과하고, 따라서 소유권의 객체인 유체물이 아니고 법정된 무체재산권도 아니라는 견해이다.⁶¹⁾

단위자격설은, 배출권을 ‘조약에 기하여 선진국의 배출량을 세분화한 단위’ 또는 ‘국내법에 기한 제재를 피하기 위한 세분화된 자격’을 표창하는 것으로 보는 견해이다.⁶²⁾ 그러나 배출량이 선진국에게 할당된 전체 배출량의 세분화된 단위라는 것은 배출량의 실체에 대하여 정확히 설명하고 있는 것은 맞으나, 위 설명은 배출량이나 배출권의 법적 성격을 설명하고 있다고 보기 어렵다.⁶³⁾

법률상 지위설은, 배출권을 규제대상 온실가스를 규율하는 조약 등 국제법규 또는 국내법에 의해 주어지는 법률상 지위라는 견해이다.⁶⁴⁾ 이 견해는 배출권에 권리라는 속성을 부여하기 위해서는 대상 온실가스의 배출을 규제하는 내용의 국제법규나 국내법령 등이 전제되어야 한다는 점에 착안하여, 교토의정서상 배출권은 조약상 지위라고 하고, 국내법상 배출권은 국가에 대한 권리와 의무가 일체화된 법률상 지위로 이해한다고 한다. 그러나 위 견해에서 법률상 지위라는 것은 ‘권리의 속

60) 호주 배출권거래법안 제94조는 다음과 같이 규정하고 있다. An Australian emissions unit is personal property.

61) 経済産業省, CDM/JI 標準教材 Version 2.0, 平成18年3月, 75頁(최경진, 앞의 논문, 69면에서 재인용). 大塚塚에 의하면 산정할당량은 종래 온난화대책추진법에 규정되기 전에는 단순한 수치로 여겨졌다고 평가한다. 大塚塚, 앞의 논문, 26면.

62) 西村綜合法律事務所, 『ファイナンス法大全(上)』(商事事務所, 2003), 581頁(武川丈士・西川淳也・作間智穂, “排出権取引に関する法的考察(1),” NBL, No. 808(2005. 5. 1), 51면 각주 (5)에서 재인용).

63) 최문희, 앞의 논문, 101면.

64) 武川丈士・西川淳也・作間智穂는 교토의정서상 배출권은 조약 등 국제법상 지위와 각국의 국내법상의 지위를 종합한 것으로 볼 수 있다고 하면서, 국내법상의 지위보다는 국제법상 지위를 강조하는 것이 타당하다는 입장을 밝히고 있다. 武川丈士・西川淳也・作間智穂, 앞의 논문, 51면.

성을 가진 것'을 의미하는 것으로 보이나, 우리가 궁금한 것은 더 나아가 위 '권리의 속성 내지 법률상 지위'가 구체적으로 어떤 의미 내지 성질을 가지는지인데, 이에 대하여는 위 견해가 답을 하고 있지 않다. 따라서 위 견해는 배출권의 법적 성격을 규명했다고 보기는 어렵고 배출권의 근거규범을 명확히 하고 있는 것에 불과한 것으로 보인다.⁶⁵⁾

물권설은, 교토의정서상 배출권이 재산적 가치가 있다는 점에서 더 나아가 배출권을 채권적인 것이 아닌 물권적인 성격을 가진 것이라고 보는 견해이다.⁶⁶⁾ 즉 물권은 권리자가 물건을 지배해서 이익을 얻는 배타적 권리인데, 배출권은 일종의 특권적 이익에 대한 독점권이라고 평가할 수 있다고 한다. 배출권을 물권이라고 한다면 어떠한 대상 물질에 대한 배타적 지배권을 갖는다고 하여야 할 것이나, 배출권에 이와 같은 배타적 지배권이 확립되어 있다고 보기 어렵고 소유권, 담보물권과 같이 통상의 물권에서와 같은 성질을 갖는다고 보기 어렵다는 비판이 존재한다.⁶⁷⁾

특수재산권설은, 배출권을 일정량의 탄소를 배출할 수 있으며 국가 이외의 타인에게 양도할 수 있는 것을 내용으로 하는 민사법상의 특수한 재산권으로 이해하는 견해이다.⁶⁸⁾ 후술하는 재산설이 배출허용량 자체에 중점을 둔 견해라면, 위 특수재산권설은 배출허용량에서 연유된 '배출권'에 중점을 두고 파악한 견해로 보인다.

재산설은, 배출권은 재산적 가치가 있는 무체물로서 재산으로서의 성질을 갖는다고 보는 견해이다.⁶⁹⁾ 독일과 달리 무체물도 물건으로 인정하고 있는 일본에서는 산정할당량을 무체물로 볼 수 있다는 것이 일반적인 견해인 바,⁷⁰⁾ 그 연장선상에서 재산설에서는 산정할당량을 재산적 가치가 있는 무체물, 즉 동산 유사의 것으로 취급하고 있는 것으로 보인다.⁷¹⁾ 이 견해에 따르면 산정할당량이 국제적으로 거래되

65) 최경진, 앞의 논문, 70면.

66) 経済産業省産業構造審議会地球環境部会地球環境小委員会, 第5回市場メカニズム専門委員会資料5「インフラ整備に関する論点について」(2003. 5), 2頁(최경진, 앞의 논문, 70면에서 재인용).

67) 武川丈士・西川淳也・作間智穂, 앞의 논문, 51면 각주 (5) 참조. 大塚直 또한 배출권이 통상의 물권과 같은 성질을 갖는지에 관해서는 명확하지 않다는 입장을 제시한다. 大塚直, 앞의 논문, 26면. 한편 배출권이 채권적 성격을 갖는다는 주장은 존재하지 않는가? 필자들이 확인한 바로는 “이론적으로는 배출권이 채권적 성격을 갖는다는 주장이 있을 수 있다”는 언급은 있으나, 이를 실제로 주장하는 학자는 없는 것으로 보인다. 大塚直, 앞의 논문, 26면 참조.

68) 国内排出量取引制度の法的課題に関する検討会, 国内排出量取引制度の法的課題について(第二次中間報告), 平成22年(2010年)2月13日, 21頁(최경진, 앞의 논문, 71면에서 재인용).

69) 大塚直, 앞의 논문, 26면.

70) 위의 논문, 27면 각주 (7).

71) 위의 논문, 26면.

기 때문에 권리이전 방법의 간이성·명확성, 거래안전의 확보라는 관점을 중시하여 산정할당량을 동산과 동일한 법적 규율을 하는 것이 적당하다는 것이다. 이런 관점이 반영되어 일본 온난화대책추진법에 산정할당량의 개념이 들어왔고, 후술하는 바와 같이 산정할당량의 양도를 인정하고, 계좌에 대한 기록을 양도의 효력발생요건으로 하며, 산정할당량을 선의취득 및 신탁의 대상으로 인정하고 있는 것이므로,⁷²⁾ 재산설은 일본 온난화대책추진법의 내용에 가장 부합하는 견해로 평가할 수 있을 것이다.

2) 온난화대책추진법의 규율내용

일본 온난화대책추진법에서는 ‘산정할당량’의 개념을 사용하면서, 교토의정서상의 거래대상(AAUs, CER, ERU, RMU)을 국내법에서도 그대로 인정하는 것을 전제로 하여 “이산화탄소 1톤을 나타내는 단위에 의해 표기되는 것”이라고 정의할 뿐(제2조 제6항), 별도의 추상적 정의규정은 두고 있지 않다는 점은 앞서 본 바와 같다. 또한 온난화대책추진법은 배출권의 법적 성격에 대해서도 명시적으로 규정하지 않았고, 다만 이를 간접적으로 추론할 수 있는 “산정할당량의 법적 취급에 관한 규정들”을 두고 있을 뿐이다.

산정할당량을 양도할 수 있고(제34조), 양도의 방법은 할당량 계좌부 내의 양수인의 관리계좌에 당해 양도에 관한 기록을 하는 것이며, 이와 같은 기록은 양도효력 발생요건이다(제35조). 뿐만 아니라 산정할당량은 선의취득의 대상도 되고(제39조), 수탁자가 관리계좌에 산정할당량이 신탁재산임을 기록하는 방법으로 산정할당량을 신탁할 수 있으며 이 경우 제3자에게 대항할 수 있다(제37조). 다만 위 법률은 산정할당량을 질권의 목적으로 할 수 없도록 규정하였다(제36조).⁷³⁾ 이와 같은 규율내용에 비추어 보면, 온난화대책추진법은 산정할당량을 기본적으로 재산적 가치 있는 무체물로서 동산과 유사한 것으로 취급하고 있는 것으로 보인다.⁷⁴⁾

72) 위의 논문, 26-27면.

73) 다만 일본에서는 배출권에 대한 담보설정의 방법으로 양도담보는 가능하고, 다만 이 경우에도 계좌상에 (별도로 양도담보의 취지가 기록되는 것이 아니라) 통상의 양도로서 기록된다고 한다. 최경진, 앞의 논문, 69면; 재단법인 시장경제연구원, 앞의 보고서, 44면 참조.

74) 재단법인 시장경제연구원, 앞의 보고서, 44면.

3. 민사법상 배출권의 법적 성격에 대한 분석

(1) 분석의 필요성

배출권은 우리나라 민법상 물건의 분류나 권리의 분류가 예상하지 못한 새로운 거래대상이므로, 기존의 법체계 및 해석론을 전면적으로 적용하는 것은 어려울 뿐만 아니라 바람직하지 않을 수 있다. 또한 배출권의 개념을 자세히 분석해 보면, 초기에는 배출허용량 할당 내지 허가라는 ‘공법적 요소’와 그 이후에 전전 유통되는 거래대상이 된다는 ‘사법적 요소’가 혼재되어 있고 미묘한 차이가 있는 배출허용량과 배출권한이라는 두 가지 개념도 배출권의 개념에 밀접하게 녹아 있어서, 공법적 요소 대 사법적 요소 또는 배출허용량의 개념 대 배출권한의 개념 중 각 어디에 주안점을 두는가에 따라서 배출권의 법적 성격을 바라보는 관점 내지 입법의 방향이 달라질 수 있을 것이다. 따라서 ‘배출권의 개념’에서 논의했던 것처럼 ‘배출권의 법적 성격’을 설정함에 있어서도 기본적으로 어느 정도 입법재량이 허용될 수 있을 것이다. 다만 여기 입법재량을 행사함에 있어서도 적절한 지침이 필요한데, (우리나라가 가입한) 기후변화협약 및 교토의정서에서 예정하고 있는 배출권거래제의 내용도 하나의 지침으로 작용할 수 있을 것이고, ‘현행 민법의 관점에서 배출권의 법적 성격을 분석하고 그 결과 입법에 의해 결단해야 하는 부분을 가려내는 작업’도 위 입법재량의 행사 지침으로 활용될 수 있을 것이다.

(2) 국내에서의 논의

현재 국내에서는 민법상 배출권의 법적 성격에 관한 체계적이고 전면적인 연구가 부족한 실정이지만, 아래에서 보는 바와 같이 논의의 기초로 삼거나 참고할 만한 가치가 있는 주장들이 있어 이를 소개하고자 한다.

우선 배출권을 종래의 민법상 권리나 물건의 분류에 따라 어느 한 유형에 들어맞는 것으로 위치시키는 것은 곤란할 뿐만 아니라 바람직하지 않고, 다만 배출권에 대해 어떠한 규제를 가하는 것이 옳은지에 대한 (입법정책적) 고려는 필요하다고 전제한 후, 배출권은 국가로부터 받은 배출 허가과 라이선스적 성질을 지니고 아울러 이것을 유통할 수 있다는 점에서 재산으로서의 가치도 있다는 점을 근거로 “배출권은 권리와 의무가 일체화된 법적 지위”로 파악하는 견해가 있다.⁷⁵⁾

한편 배출권은 공법상 허가과 사법상 특수한 재산권이 결합된 권리이고, 이때 특수한 재산권의 성격이 물권과 유사한 정도의 강력한 권리인지 여부 및 그 정도는 향후 배출권거래제를 어떻게 설계하는가에 따라서 좌우된다는 점을 지적하면서, 배출권을 물권과 유사한 정도의 강력한 권리로 만들고자 한다면, 민법상 물권법 규정을 배출권에 맞게 수정하여 입법해야 한다는 견해가 있다.⁷⁵⁾ 왜냐하면 배출권의 객체로서 배출허용량은 배출허가로서 공법상 허가에 바탕을 둔 성질을 가지고 있으나 ‘배출허용량에 대한 권리(배출권)’를 거래시장에서 유통시키는 단계에서는 사적 권리로서의 성격을 가지고, 한편 배출허용량은 민법 제98조의 물건에 해당하고⁷⁷⁾ 이에 따라 배출권을 물권적 권리로 인정할 수 있지만 물권법정주의(민법 제85조)에 의한 제약으로 별도의 법률상 근거가 마련되어야 하기 때문이라는 것이다. 이 입장은 기본적으로 일본에서의 특수재산권설과 유사한 위치에 있는 것으로 보인다.

한편 탄소배출권을 일정량의 탄소를 배출할 수 있는 권리라고 정의하는 경우 그 법적 성격은 상법상 유가증권에 해당되는 것으로 판단할 수 있다는 견해도 있다.⁷⁸⁾ 그리고 탄소배출권의 경우 국가가 허가의 형식으로 권리를 창설하고 그 권리는 ‘대물적 허가에 따른 권리로서 이전이 가능한 재산권’으로서의 성격을 가지고 있다는 입장을 조심스럽게 제시하면서 위 입장은 추후 더 연구해야 할 과제임을 밝히고 있는 견해도 있다.⁷⁹⁾

(3) 재산적 가치 있는 새로운 형태의 무체재산권

앞서 개진한 바와 같이 배출권은 “배출권거래법에 따라 배출 허가를 받은 배출 시설에서 특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소 또는 이에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권한(으로서 양도될 수 있는 것)”이다. 배출권의 핵심적인 요소로서 각국에서 어떠한 입법체계를 취하든 피할 수 없는 두 가지 요소는 ① 배출권을 취득하는 자

75) 최문희, 앞의 논문, 101-102면.

76) 최경진, 앞의 논문, 84면.

77) 위 중간 결론은 ‘민법상 물건의 요건을 물권의 객체에 요구되는 요건과 일치시켜 볼 것인가’에 관하여 이를 종래 통설에 따라 일원적으로 보지(일원론) 않고, 양자를 분리하여 이원적으로 파악하는 견해(이원론)에 따른 결론이다. 최경진, 앞의 논문, 74-75면. 반면 필자들은 뒤에서 보는 바와 같이 이에 관하여 통설인 일원론에 따라 논의를 이어가고자 한다.

78) 고동원, “탄소배출권 거래법제,” 증권예탁결제원에서 2008. 9. 25일 개최한 저탄소 녹색성장, 탄소배출권 인프라 구축 로드맵 제2세션 발표자료.

79) 최승필, 앞의 논문, 174-175면.

는 해당 배출권에 상응하는 양의 온실가스를 배출할 수 있는 권한을 취득하고, ② 이러한 권한은 일정한 조건하에 타인에게 대가를 지불 받고 양도될 수 있다는 점이다. 각국의 입법체계에서 이러한 배출권의 본질적인 두 가지 요소의 대전제 아래 배출권의 법적 성격을 규명하고 있고, 필자들 역시 이러한 관점에서 배출권의 법적 성격을 검토하고자 한다.

우선 문제되는 것이 배출권이 민법상 '권리'에 해당한다고 볼 수 있는지, 아니면 권리의 구별개념인 '권한, 권능, 반사적 효과'에 불과한 것인지⁸⁰⁾를 결정하는 것이다.⁸¹⁾ 물론 기존 민법체계의 개념도구를 기준으로 새로운 거래대상인 배출권을 분석하는 것이 무리라는 반론도 가능하겠지만, 중국적으로 최소한 바람직한 입법방향을 제시하기 위해서라도 위 작업은 필수적이라고 본다. '일정한 이익을 누릴 수 있게 하기 위하여 법이 인정하는 힘'이라는 권리의 개념(권리법력설⁸²⁾에 배출권의 개념["배출권거래법에 따라 배출 허가를 받은 배출시설에서 특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소 또는 이에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권한(으로서 양도될 수 있는 것)"]을 대입하여 분석해 보면, 필자들은 배출권은 권리에 해당한다고 평가할 수 있고 '특별한 사정이 없는 한' "권리로서의 배출권"을 전제로 배출권거래제를 설계할 수 있다고 본다.

다음으로 배출권은 민법상 재산권에 속하는가의 문제를 따져야 한다. 권리는 먼저 그 내용에 따라서 분류하면 공법상의 권리(공권)와 사법상의 권리(사권)로 구별할 수 있고, 민법상의 권리는 사권에 속한다.⁸³⁾ 사권을 그 내용이 되는 사회적 생활 이익을 기준으로 하여 나눈다면 재산권·인격권·가족권(신분권)·사원권으로 나눌 수 있고, 여기서 '재산권'이란 경제적 가치가 있는 이익을 누리는 것을 목적으로 하

80) 권한이라 함은 타인을 위하여, 그 자에 대하여 일정한 법률효과를 발생케 하는 행위를 할 수 있는 법률상 자격(예: 대리인의 대리권, 법인의 이사의 대표권 등)을 말하고, 권능이라 함은 권리의 내용을 이루는 하나하나의 법률상 힘(예: 소유권의 내용인 사용권, 수익권, 처분권 등)을 말하며, 반사적 효과관 법률이 특정인 또는 일반인에게 어떤 행위를 명하는 경우에 다른 특정인이나 일반인이 어떤 이익을 누리게 되는 수가 있는데, 이때 그 이익을 말한다. 박윤직, 『민법총칙』, 제7판(박영사, 2002), 78면 참조.

81) 배출권의 법적 성격에 관하여 언급하고 있는 문헌들을 살펴보면, 권리, 권한, 권능, 자격 등의 용어가 혼재되어 사용되어 있으나, 위 용어들이 민법상 개념분류에 기초하여 정치하게 사용되고 있는지는 의문이다. 그러나 용어들을 정확하게 구분하여 사용하지 않으면, 주장에 대한 정확한 이해가 어렵고 불필요한 오해가 발생한다.

82) 권리의 본질에 관해서는 위 견해 이외에도 의사설, 이익설 등이 존재하나, 여기서는 가장 유력한 견해라고 평가되는 권리법력설에 기초하여 설명한다. 박윤직, 앞의 책, 77면 참조.

83) 박윤직, 앞의 책, 79-87면; 김상용, 『민법총칙』(화산미디어, 2009), 98-109면 참조.

는, 따라서 금전으로 평가할 수 있는 권리를 통틀어서 일컫는 것으로서, 가장 주요한 것으로 물권·채권·무체재산권을 들 수 있다. 이 중 물권은 권리자가 물건을 직접 지배해서 이익을 얻는 배타적 권리이고, 우리 민법이 인정하는 물권은 소유권, 점유권, 지상권, 지역권, 전세권, 유치권, 질권, 담보권 등 8가지에 한정되고 임의로 창설하지 못한다(민법 제185조: 물권법정주의). 그리고 채권은 채권자가 채무자에 대하여 일정한 행위(금부)를 요구하는 권리이고, 무체재산권은 지적재산권을 포함하는 재산적 가치를 가지는 무형의 권리⁸⁴⁾이다.

앞서 정리한 바와 같이 배출권이란 “배출권거래법에 따라 배출 허가를 받은 배출시설에서 특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소 또는 이에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권한(으로서 양도될 수 있는 것)”을 말한다. 이와 같은 배출권의 개념뿐만 아니라 기후변화협약 및 교토의정서, 외국의 배출권거래법의 내용 및 EU-ETS 등 외국의 실제 배출권거래시장에서의 거래 모습 등을 종합적으로 고려할 때, 이와 같이 시장가격을 기준으로 전전 유통되는 배출권이 “경제적 가치가 있는 재산”⁸⁵⁾일 뿐만 아니라 “경제적 가치가 있는 이익을 누리는 것을 목적으로 하는 재산권”임을 인정할 수 있고, 배출권이 우리나라 헌법 제23조의 기본권(재산권)에도 포섭되는 것으로 보인다.⁸⁶⁾

84) 박윤직, 앞의 책, 80-81면에 따르면 무체재산권은 독일의 Josef Kohler가 만든 Immaterialgüterrecht를 번역한 용어로서 결국 지적재산권과 동일한 용어인 것으로 해석하고 있다. 하지만 지적재산권 이외에도 물권이나 채권 이외에 다른 재산적 가치가 있는 무형의 재산권은 얼마든지 존재할 수 있다고 보며, 무체재산권과 지적재산권이 동일하다는 견해는 타당하지 않은 것으로 판단된다. 지적재산권의 경우 개별 관련 법령(저작권법, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 등)에 의하여 그 권리가 실체화되었다는 점이 다를 뿐이다.

85) 재산이란 어떤 주체를 중심으로 또는 일정한 목적하에 결합한 금전적 가치 있는 물건 및 권리·의무의 총체나 개개의 물건과 결합되어 있는 권리·의무 내지 고객관계를 모두 포괄하는 것이고, 일반적으로 재산을 구성하는 것은 물건, 물권, 채권, 지적재산권, 형성권 등이 주요한 것이나, 그 밖에 영업상 이익, 고객관계와 같은 무형의 이익도 포함되는 바(박윤직, 앞의 책, 245-246면), 시장에서 형성되는 가격에 따라 사법상 거래되는 배출권이 (비록 어느 정도 공법적 성격이 있고 무체물로서 민법상 물건에는 해당하지 않지만) 경제적 가치 있는 재산에 해당된다는 점에 관해서는 이론이 있긴 힘들 것이다.

86) 헌법 제23조의 재산권이라 함은 경제적 가치(재산가치)가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 말하고, 그 재산가액의 다과는 묻지 않는다. 권영성, 『헌법학 원론』, 개정판(법문사, 2008), 550면; 허영, 『헌법학 원론』, 전정4판(박영사, 2008), 471면 참조. 헌재결 1992.6.26. 90헌바26도 같은 취지로 판시하고 있다. 다만 위 논의의 평면은 사인간에 거래되는 배출권이 재산적 가치가 있는지, 헌법상 보호되는 재산권에 속하는지에 관한 것이지만, 배출권으로 법적 구성하기 이전의 평면, 즉 “탄소 자체를 배출할 수 있는 자유가 헌법상 기본권인가”라는 헌법상 논점이 있고, 위 논점 또한 배출권거래법을 만들기 위해서는 반드시 검토하고 넘어가야 할 만큼 중요하다는 점에 관해서는 앞서 언급한 바와 같다.

한편, 배출권의 객체인 배출허용량의 본질 및 실제의 배출권의 개념 등을 고려하여 배출권을 기존 민법상 내용에 따른 재산권의 분류에 대응시켜 보면, 배출권은 물권·채권에 속하지 않고 무체재산권에 가까운 재산권이라고 본다. 물론 우리 민법은 일본과 달리 전기 기타 관리할 수 있는 자연력 이외의 무체물을 물권의 객체로 보고 있지 않기 때문에 개별 무체재산권에 대한 권리관계를 설정하기 위해서는 개별 입법이 불가피하며 그러한 의미에서 배출권은 “입법에 따라 창설되는 새로운 형태의 무체재산권에 해당한다”고 본다. 다음으로 작용(효력)에 따라서 분류하면, 배출권은 청구권이나 형성권, 항변권으로 보기는 어렵고 지배권에 유사한 권리라고 판단된다. 왜냐하면 배출권이란 배출허용량에 대하여 직접 지배력을 발휘할 수 있는 권리이기 때문이다. 다만 후술하는 바와 같이 새로운 입법에 의하여 배출권을 거래의 관점에서는 물권 유사의 권리로 보호할 필요성이 있는 것으로 판단되는 바, 이하에서는 먼저 배출권이 현행 민법상 물권과 어느 정도 유사한 성격을 갖는지에 관하여 자세히 분석하고자 한다.

(4) 물권 유사의 새로운 무체재산권

필자들은 서론에서 (배출권의 객체인) 배출허용량의 개념과 구별하여 배출권이라는 용어를 선택하고 그 개념을 정의한 바 있다. 한편 통상 민법 제98조의 총칙상 물건의 요건과 물권의 객체의 요건을 동일한 것으로 보므로(일원론),⁸⁷⁾ 민법 제98조의 물건에 해당하면 민법상 물권에 인정되는 권리를 향유할 수 있다.⁸⁸⁾ 그 결과 기존에 민법에 명시적 규정이 없었던 새로운 거래대상인 배출권이 물권과 유사한 성격을 갖는지 확인하기 위해서는 배출권의 객체인 배출허용량이 물건에 해당하는지를 검토해야만 한다. 왜냐하면 배출권거래제에서 거래의 대상이 되는 것은 (영어)배출허용량 자체가 아니라, 이에 관한 권리, 즉 배출권이기 때문이다.⁸⁹⁾⁹⁰⁾

87) 박윤직, 앞의 책, 240면; 지원립, 『민법강의』, 제3판(홍문사, 2002), 122면 등.

88) 최경진, 앞의 논문, 74면.

89) 위의 논문, 74면.

90) 권리는 일정한 사회적 이익을 누릴 수 있는 법률상의 힘이고, 여기서 ‘일정한 사회적 이익’이 ‘권리의 내용 또는 목적’이라고 한다. 그리고 이 권리의 내용 또는 목적이 성립하기 위해서는 일정한 대상이 필요로 하고, 이를 ‘권리의 객체’라고 한다. 예를 들면, 물권은 일정한 물건을 직접 지배하는 것이 그것의 목적 내지 내용이고, 일정한 물건은 그 객체인 것이다. 또한 채권은 채권자가 채무자에게 특정의 행위(금부)를 할 것을 청구해서 그 행위에 의한 이익을 누릴 수 있는 권리이고, 따라서 여기서는 채무자의 행위가 채권의 객체가 되는 것이다. 박윤직, 앞의 책, 240면. 위 논의를 배출권에 대입해 보면, 배출권이라는 권리에 있어서는 (영어) 배출허용량에 대응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권능 내지

결론적으로 배출허용량은 민법 제98조의 물건의 요건을 충족하지 못하는 것으로 보인다. 우선 민법 제98조에 관한 일반적 해석론에 따르면, 물권의 객체 및 물건에 관한 요건으로서 ① 유체물이거나 전기 기타 관리할 수 있는 자연력, ② 배타적 지배(관리) 가능성, ③ 비인격성, ④ 독립성을 충족해야만 한다.⁹¹⁾ 배출허용량이 비인격적이라는 데는 이론이 없을 것이고, 배출권등록부제도 등 제도의 설계에 따라 ② 및 ④의 요건 또한 충분히 충족시킬 수 있을 것으로 보인다. 하지만 배출허용량은 ‘유체물 또는 전기 기타 관리할 수 있는 자연력’에 해당된다고 보기 어려우므로 민법상 물건에 해당되지 않는다.⁹²⁾ 따라서 현재의 민법하에서는 배출권을 물권으로 인정할 수 없을 것으로 보인다. 하지만 배출권은 아래에서 살펴보는 바와 같이 물건 유사한 권리로 취급하여 보호할 만한 가치는 충분하다고 판단되며, 이를 위해서 배출권거래법에서 명시적으로 규정할 수 없는 배출권의 요소에 대하여는 민법상 물권의 개념을 준용하든지 아니면 입법을 통해서 배출권 자체를 물권의 일종으로 규정할 필요성이 있다.⁹³⁾

배출권은 “배출권거래법에 따라 배출 허가를 받은 배출시설에서 특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소 또는 이에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권한(으로서 양도할 수 있는 것)”을 말하는데, ‘시장메커니즘을 통한 효율적 온실가스 감소’라는 교토의정서상 배출권거래제의 취지를 달성하기 위해서는 배출권이 국제적·국내적으로 자유롭게 전전 유통될 수 있도록 제도를 설계하는 것이 제일 중요한 정책목표가 되어야 할 것이고, 그에 맞게 배출권의 법적 성격을 규정해야만 한다. 위 정책목표

권한’이 권리(배출권)의 내용 또는 목적이고, 배출허용량이 권리(배출권)의 대상, 즉 권리의 객체라고 볼 수 있으며, 따라서 배출권거래제에서 거래의 목적이 되는 것은 바로 배출권 자체인 것이다.

91) 박윤직, 앞의 책, 241-244면 등.

92) 최경진, 앞의 논문, 75면. 구 민법 제85조는 유체물만을 물건으로 보았기 때문에 사물을 인식하는 과학기술의 발달에 따라 권리의 객체로 포섭할 필요성이 있는 전기, 음향, 열, 에너지 등 무체물을 구 민법 아래에서는 물건으로 보기 어렵다는 비판이 있었고[박윤직, 『민법주해 제2권』(박영사, 2002), 28-29면], 이와 같은 배경에서 제한적이지만 일정한 무체물을 물건에 포함시키는 내용으로 현재의 민법 제98조가 만들어졌다는 입법취지까지 고려해 보면, (국가의 허가 및 규제에 따라서 발생하는) 배출할당량이 전기와 같이 ‘자연력’에 해당한다고 보는 것은 문리해석의 범위를 벗어나는 것으로서 받아들일 수 없다.

93) 예를 들어, 입법상 목적에 의하여 그 법적 성질과는 맞지 않는 측면이 많음에도 불구하고, 사회기반 시설에 대한 민간투자법에서는 사회기반시설관리운영권을 물건이라고 선언하여 새로운 형태의 물권을 창설하고, 부동산에 관한 규정을 준용하고 있다(사회기반시설에 대한 민간투자법 제27조 제1항). 또한 광업법상 광업권이나 수산업법상 어업권이 민법에 법정된 물건이 아니지만 다른 자를 물리치고 독점적으로 물건을 취득할 수 있는 권리로서 보호할 필요성에 착안하여 별개의 법률에서 물건에 준하여 취급하고 있다(광업법 제3조 제3호; 수산업법 제2조 제8호).

를 달성하기 위해서는 무엇보다 거래의 안전이 중요한데, 이를 확보하기 위해서는 부동산등기제도와 유사한 등록부제도와 같은 명확한 공시제도를 마련하고 등록부 기록에 공신력을 인정하며, 선의취득을 인정하는 등 배출권거래를 명확하게 하고 배출권양도의 효력이 반복되지 않는 방향으로 배출권거래법을 제정하는 것이 필요할 것으로 판단된다. 이는 결국 배출권을 물권과 유사한 정도의 강력한 권리로 취급해야 할 정책적 이유가 될 수 있다.

지금까지 검토한 바를 종합하면 배출권의 법적 성격은 “배출권거래법에 의하여 창설되는 새로운 무체재산권으로서 물권 유사의 보호가 필요한 권리”라고 보는 것이 바람직하다고 판단된다. 따라서 이하에서 배출권거래제와 관련한 민법상 쟁점들을 검토함에 있어서도 위와 같은 관점을 견지하고자 한다.

4. 배출권거래제 관련 민사법상 쟁점

여기에서는 지금까지의 논의를 토대로 배출권거래제 시행시 예상할 수 있는 민사법상 기본적 쟁점들을 살펴보고 그 입법방향을 제시함으로써, 우리나라가 도입할 배출권거래제의 기본적인 모습을 보여 주고자 한다. 이와 같은 논의는 다음 장의 ‘자본시장법상 논점’으로 넘어가는데 디딤돌로써도 필요하다.

(1) 배출권의 양도의 효력발생요건

우선 배출권의 보유자, 보유수량 등을 공시할 수 있는 제도가 무엇이어서 하는지에 대한 고민이 필요하다. 선박, 항공기, 건설기계 등과 같이 동산임에도 현실적 필요성 때문에 등기나 등록제도를 취하고 있는 것처럼 정책적 필요성이 있다면 얼마든지 등록부와 같은 공시제도를 갖추는 것은 가능할 것이다. 또한 배출허용량에 대한 국가적 관리의 필요성, 거래의 명확성·간결성 등 물권 유사의 권리로서 보호할 필요성 등을 고려할 때 배출권을 기재하여 한눈에 볼 수 있는 ‘배출권등록부’를 두는 것은 필수불가결한 것으로 보인다. 상술한 바와 같이 일본, 독일 등 배출권거래법을 둔 대부분의 국가에서 배출권의 취득, 보유 및 이전을 기록하는 등록부 내지 장부를 도입하였다.⁹⁴⁾

94) 예를 들면, 일본 온난화대책추진법에 따르면, 환경대신 및 경제산업대신은 교토의정서 제7조의4에 근거하는 할당량의 계산방법에 관한 국제적인 결정에 따라, 할당량계좌부를 작성해, 산정할당량의

다음으로 배출권등록부의 기재를 거래의 성립요건으로 할 것인가(물권변동의 성립요건주의) 아니면 대항요건으로 할 것인가(물권변동의 대항요건주의)도 문제된다. 이 문제도 배출권거래가 국제적으로 이루어진다는 점에서 외국에서의 입법례를 무시할 수 없을 것인데, 일본, 독일을 포함한 많은 국가들이⁹⁵⁾ 물권변동의 성립요건주의를 채택하고 있다⁹⁶⁾는 점을 고려할 때 우리나라의 배출권거래제에 있어서도 성립요건주의를 취하는 것이 향후 배출권거래제의 운용에 있어서 불필요한 혼란을 피할 수 있는 방안이 될 것으로 판단된다.

(2) 선의취득의 인정 여부

우리나라 민법상 부동산물권변동에서와 달리 동산물권변동에서는 점유의 공신력이 인정되고 있다. 즉 어떤 동산을 점유하는 자를 권리자로 믿고 평온·공연하게 선의·무과실로 그 동산을 취득한 경우에, 비록 양도인이 정당한 권리자가 아니더라도 양수인은 그 동산에 관한 권리(동산물권)⁹⁷⁾를 취득한다(민법 제249조). 이처럼 양도인의 점유라는公示방법을 신뢰한 양수인을 보호하여 거래의 안전을 확보하는 것이 동산 선의취득제도의 취지이다.⁹⁸⁾ 따라서 배출권거래의 안전을 확보할 필요성이 강하다는 정책적 판단이 선다면 입법을 통해서 이에 대한 선의취득을 인정하는 것도 가능할 것이다. 특히 국가에 의해 주도적으로 도입되고 국가의 배출허용량 할당을 기초로 운영되는 배출권거래는 국가에 의해 적극적으로 그 동적 거래안전이 보호되어야만 참가자들이 배출권거래에 관하여 신뢰를 가질 수 있고 나아가 제도의 효율적 운용 및 조기 정착이 가능할 것이므로, 기본적으로 배출권에 관한 선의취득을 인정하는 것이 타당하다고 본다.⁹⁹⁾

취득, 보유 및 이전을 행하기 위한 계좌를 개설하도록 하고 있다(제29조).

95) 예를 들면, 일본 온난화대책추진법에 따르면, 산정할당량의 귀속은 할당량계좌부의 기록에 의해 정해지는 것으로 하고(제30조), 산정할당량의 취득 및 이전(이하 '대체')은 환경대신 등이 할당량계좌부에 대하여 해당 산정할당량에 대한 감소 또는 증가의 기록을 하는 것으로써 실시하며(제34조 제1항), 산정할당량의 양도는, 제34조에 따른 대체에 의해, 양수인이 그 관리계좌에 해당 양도와 관련된 산정할당량의 증가의 기록을 받지 않으면, 그 효력을 일으키지 않는다(제35조 제1항).

96) 최문희, 앞의 논문, 90면. 일본은 민법상 물권변동의 대항요건주의의 특칙을 규정한 것인데, 이러한 특칙을 둔 이유는 산정할당량이 국제적으로 이전될 수 있는 바, 다른 많은 국가에서는 성립요건주의를 취하고 있으므로 양 주의의 혼재로 인한 문제가 발생할 수 있다는 점을 고려한 것이라고 한다.

97) 구체적으로 소유권 또는 질권이다. 동산물권으로 유치권·점유권도 있으나, 유치권은 법정담보물권이라는 점에서, 점유권은 사실적 지배에 의하여 당연히 발생하는 권리라는 점에서 각 선의취득의 대상이 되지 못한다. 지원립, 앞의 책, 415면.

98) 지원립, 앞의 책, 413면.

한편 민법상 선의취득을 위해서는 양수인의 점유가 선의·무과실이어야 하는데, 상술한 바와 같이 배출권의 동적 거래안전이 매우 중요한 정책목표라는 측면에서 마치 수표의 경우 양수인에게 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 선의취득을 인정하는 것처럼(수표법 제21조) 이 요건을 완화할 필요가 있을 것으로 보인다. 또한 민법상 선의취득에 관한 다른 일반법리들¹⁰⁰⁾을 배출권의 선의취득의 경우에도 그대로 유지시킬 것인가에 대한 의문이 있을 수 있다. 이 부분은 동적 거래안전과 정적 거래안전(진정한 권리자의 보호) 중 어디에 더 무게를 둘 것인가와 관련된 문제이고 많은 고민과 연구가 필요할 것이지만, 상술한 배출권거래의 특성에 비추어 보면 기본적으로 '배출권의 동적 거래안전'에 더 중점을 두고 제도를 설계하는 것이 바람직할 것으로 보인다.¹⁰¹⁾

(3) 배출권에 대한 담보물권 설정의 가능성

배출권에 대하여 담보물권을 설정하는 것을 허용할 필요가 있는가? 이를 허용한다면 어떤 담보물권이 가능하고, 이에 대하여 어떻게 공시함으로써 거래 참가자의 예측 가능성을 높이고 거래안전을 확보할 것인가? 배출권에 대한 담보물권 설정의 가능성과 관련하여 보통 (권리)질권의 허용 여부가 논의되고 있으나, 담보물권 설정을 허용할 필요성이 있는가라는 문제는 그리 간단한 문제가 아니다. 우선 배출권에 투자한 자금을 다시 융통하고자 하는 참가자의 경우와 같이 담보물권을 설정함으로써 조기에 투자자금을 인출하려는 수요가 있을 수 있고, 배출권에 관한 담보물권을 인정하는 것이 더 많은 참가자들이 더 다양한 동기를 가지고 배출권거래에 참

99) 독일, 일본의 경우에도 배출권의 선의취득을 인정하고 있다. 일본 온난화대책추진법에 의하면, 제34조의 대체에 의해 그 관리계좌에 대해 산정할당량의 증가의 기록을 받은 국가 또는 계좌명의인은, 해당 산정할당량을 취득하고, 다만 국가 또는 해당 계좌 명의인에게 악의 또는 중대한 과실이 있을 때는 그러하지 아니하다(제39조)고 하여 배출권의 선의취득을 인정한다. 그리고 국가 또는 계좌명의인은, 그 관리계좌에 있어서의 기록이 된 산정할당량을 적법하게 보유하는 것이라고 추정해 준다(제38조).

100) 예를 들면, “유효한 거래행위에 의한 권리의 승계취득(특정승계에 한함)”의 경우에만 인정되고, 따라서 상속이나 사실행위에 의한 원시취득에 대해서는 민법 제249조가 적용되지 않으며, 양도인이 무권리자인 점을 제외하면 아무런 흠이 없는 거래행위여야 하고 그 결과 거래행위가 무효이거나 취소되면, 선의취득은 성립되지 않는 등의 법리를 말한다.

101) 한편 채무불이행책임, 매도인의 담보책임 등 배출권거래상 다양한 하자과 그에 따른 규율방향 또한 검토가 필요한 논점이다. 이 부분에 대해서도 향후에 다양하고 심층적인 연구가 이루어져야 하겠으나, 우선은 배출권의 법적 성격에 비추어 ‘물건의 하자’보다는 ‘권리의 흠결’에 대한 민법의 규율을 준용하여 처리하는 것이 더 적합할 것으로 생각한다.

가할 수 있도록 하여 배출권거래제의 확대와 조기 정착에 도움을 줄 수 있다는 점을 강조하는 입장에서는 배출권에 관한 담보물권설정을 찬성할 것이다. 반면 배출권은 원래 특정 기간 동안 온실가스 감축의무 달성을 목적으로 존재하는 것이므로 담보물권설정의 수요가 크지 않을 것인데 반하여, 배출권거래장부에 별도의 담보물권설정을 위한 기재항목을 추가하는 경우 행정비용이 발생할 뿐만 아니라, 이것이 배출권거래 촉진의 관점에서 바람직하지 않을 수 있다는 입장에서는 담보물권설정을 인정할 의의가 없다고 주장할 것이다.¹⁰²⁾

배출권의 국제거래까지 고려한다면, 각 나라마다 담보물권에 대한 법제도가 다른 상황에서 각 나라마다 자신들의 법제에 맞게 담보물권제도를 만든다면 배출권거래의 안정에 큰 장애가 될 수 있다는 취지에서 배출권에 대한 담보물권설정에 관해서는 국제적 배출권거래시장과의 연계문제에 관한 국제적인 논의를 거쳐 통일된 방향을 설정하고, 우리나라도 이를 따르는 방향이 타당하다는 견해가 있다.¹⁰³⁾ 일본 온난화대책추진법 또한 위와 같은 견지에서 국제적인 논의를 거칠 필요가 있는 상황에서 일본만 돌출된 제도를 인정할 수 없다는 점을 강조하여, 산정할당량을 질권의 목적으로 하는 것을 금지했다(제36조). 다만 일본에서는 전술한 바와 같이 배출권에 대한 양도담보는 가능한 것으로 보고 있다.

하지만 이러한 견해는 유럽연합의 경우라면 현재 설득력이 있을지 몰라도 한국에서는 설득력이 있는 견해라고 보기 어렵다. 현재 유럽연합의 경우 현재 배출권 자체는 각국의 입법 하에서 관할되고 있지만 유럽연합 내에서 국가간에 거래가 이루어지고 있다. 따라서 담보에 관하여도 각국이 입법을 하게 되는 경우 유럽연합 내의 국가간의 거래에 장애가 되기 때문에 담보에 관하여는 각국이 입법을 자제하고 있는 것이다. 하지만 유럽연합 내부적으로 담보권과 관련된 별개의 조약의 입법을 추진하고 있는 점에 비추어 보아 담보설정의 필요성은 분명히 존재한다고 보이며, 우리나라나 일본의 경우 아직 유럽연합과 같은 국제적인 거래는 상정하지 않고 있는 점을 고려한다면 유럽연합 내의 국가들이 개별적으로 담보권설정에 관한 입법을 자제하는 것이 우리나라의 법 제정상 담보권과 관련된 입법을 금지할 논거는 되지 못한다고 생각한다. 또한 배출권은 각국의 입법례에 따라서 그 법적 성질이 결정되고,

102) 国内排出量取引制度の法的課題に関する検討会, 国内排出量取引制度の法的課題について(第二次中間報告), 平成22年(2010年)2月13日, 52頁(최경진, 앞의 논문, 69면에서 재인용).

103) 최경진 교수 또한 이와 같은 취지에서 국제적인 배출권거래시장과의 연계 및 호환도 고려하여야 하기 때문에 추후 충분한 검토가 필요하다고 서술하고 있다. 최경진, 앞의 논문, 84면.

그에 따른 권리관계가 결정되는 점에 비추어 볼 때, 유독 담보설정에 한하여만 국제적인 거래를 고려하여 일본과 같이 질권설정을 금지할 필요는 없다고 본다. 국제적인 거래를 고려하여 입법을 자제한다면 배출권 자체도 법적 성질을 결정할 수 없을 것이고, 결국 사법체계 자체에 혼동을 줄 뿐이다. 또한 현재 진행되고 있는 배출권 거래법에서 배출권에 대한 구체적인 법적 성격을 명시하지 않고, 담보권에 관해서도 침묵하는 경우, 배출권이 어떠한 성질을 지니는지에 대한 견해 차이에 따라 담보권의 설정방법도 달라질 것이고, 이러한 불명확성은 결국 거래안전을 해치는 결과를 초래할 것이라고 본다. 이러한 점에 비추어 오히려 배출권에 대하여는 필자들이 주장한 배출권 정의에 부합하도록 담보물권을 인정해 주어야 한다.

물론 배출권의 국제적인 거래를 고려할 경우 문제점이 없는 것은 아니나, 이는 배출권에 국적을 부여함으로써 해결될 수 있고, 국제적인 배출권거래의 경우 별도의 다자간 조약에 의하여 해결할 수 있을 것으로 생각한다. 필자들이 생각하는 배출권과 가장 유사한 국내외 물건설정 및 변동제도는 항공기에 대한 그것이다. 항공기의 경우 국제적으로 항행에 사용되고, 각 항공기별 국적을 가지며, 국제사법상 항공기에 관한 물권은 그 국적소속국법에 의하여 결정된다(국제사법 제20조). 따라서 항공기가 한국에 등록하여 한국국적을 취득하는 경우 국내 항공법에 따라 물건설정 및 변동(입차권설정 포함)이 이루어진다. 또한 한국은 아직 가입하지 않았지만, 국제적인 항공기에 대한 등록과 담보제도를 통일하기 위한 목적에서 케이프타운협약과 항공기의정서가 여러 국가 사이에 체결되어 국제적인 물건설정 및 변동에 관한 규범으로 역할을 하고 있다.¹⁰⁴⁾ 이러한 입법구도는 배출권에도 동일하게 적용될 수 있으리라 생각된다. 즉, 배출권에도 국적을 부여하고, 국내에서 거래되는 국제배출권은 국내법을 따르며, 다자간 배출권거래 및 담보설정에 관한 조약에 따라 등록되는 배출권은 해당 조약에 따라 거래되는 형식이다. 국제배출권으로 등록하고자 하는 경우 국내배출권등록부에서 해당 배출권을 말소한 뒤 국제배출권으로 등록하고, 해당 조약에서 정하는 바에 따라 국제배출권에 대한 담보설정이 가능할 수 있으리라 생각된다. 또한 해당 배출권을 실제 온실가스 배출권으로 사용하기 위해서는 별도로 다시 자국법에 따른 배출권으로 국적을 취득하여 자국내 배출권등록부에 등록하여야 할 것이다.¹⁰⁵⁾

104) 케이프타운협약과 항공기의정서에 대한 자세한 설명은 석광현, “항공기에 대한 국제적 담보거래-케이프타운협약과 항공기의정서를 중심으로-”, 『국제거래법연구』, 제12집(2004. 2) 참조.

(4) 국제사법상의 배출권의 위치

국제사법상 동산 및 부동산에 관한 물권 또는 등기하여야 하는 권리는 그 목적물의 소재지법에 의한다(국제사법 제19조 제1항). 따라서 배출권거래법에 의하여 배출권을 동산 또는 부동산에 관한 물권으로 규정하거나 등기하여야 하는 권리로 규정하는 경우 그 목적물의 소재지법에 의하게 될 것이다. 하지만 여기서 문제되는 점은 권리의 ‘그 목적물’이 배출권의 경우 배출허용량인데, 이것은 물건이 아니고 소재지도 없다는 점이다. 따라서 배출권거래법이 제정되는 경우 국제사법을 개정하여야 할 것인데, 국제사법 제19조 제1항에서 의미하는 ‘그 목적물’의 경우 배출권거래법상의 ‘배출허용량’을 포함하며 소재지는 해당 배출허용량을 할당하는 국가를 의미한다는 내용으로 개정하는 것이 하나의 방안이 될 수 있다.

(5) ‘국제물품매매계약에 관한 유엔협약’의 적용 가능성

‘국제물품매매계약에 관한 유엔협약’(The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하 ‘CISG’)¹⁰⁶⁾은 국제적으로 거래되는 물품의 매매계약의 경우(contracts of sales of goods)에 적용되는데(제1조), 배출권에 대한 국제거래에 있어서 배출권을 위 협약상 물품(goods)로 볼 수 있고, 그 거래의 법적 성격을 협약상 물품의 ‘매매계약’(contracts of sales of goods)으로 평가할 수 있다면, 배출권에 대한 국제거래에 대하여 위 CISG가 적용될 수 있다는 주장이 가능할 것이다.

여기서는 특히 거래의 대상인 배출권이 CISG상의 goods에 해당하는지가 문제 될 것으로 보인다. CISG에 따르면, goods에 대한 추상적인 정의를 하고 있지는 않고 소극적으로 주식, 지분, 투자증권, 유통증권 또는 통화, 선박, 항공기, 전기의 매매를 위 협약의 적용대상에서 제외시키고 있다(제2조). 선박과 비행기에 대한 적용을 배제한 이유는 이에 대해 각국이 등록제도를 두고 있기 때문에 법 적용의 충돌을 피하기 위해서이고, 전기에 대한 적용을 배제한 이유는 물품으로 보기 어려운 면

105) 국가간의 배출권거래 연계방안에 대한 자세한 논의는 Matthieu Wemaere, Charlotte Streck and Thiago Chagas, 앞의 논문, 108-133면, Michael Mehling 작성 부분 “Linking of Emissions Trading Schemes” 참조.

106) 우리 정부가 2004년 2월 CISG의 가입신청서를 국제연합 사무총장에게 기탁함으로써, 2005년 3월 1일부터 이 협약이 우리나라에서도 효력을 발생하게 되었다.

이 있고 각국에서 특별한 매매조건을 부가하고 있기 때문이라고 한다.¹⁰⁷⁾ 결국 goods의 개념에 관해서는 해석이 필요할 것인데, 보통 유체물인 동산이 이에 해당할 것이고 따라서 부동산이나 채권, 지적재산권 등은 이에 해당하지 않을 것으로 보인다.¹⁰⁸⁾ 위 문제에 대하여 단정적으로 말하기는 어렵지만, 배출권은 “배출권거래법에 의하여 창설되는 새로운 무체재산권으로서 물권 유사의 보호가 필요한 권리”이고 공시의 필요성이 크다는 점 등에 비추어 볼 때, CISG에서 명시적으로 그 적용을 배제하고 있지는 않으나, 해석상 이를 배제하는 것이 옳은 것으로 보인다.

IV. 자본시장법의 적용상 한계 및 개선방안

1. 자본시장법상 배출권의 금융투자상품 해당 여부

(1) 비교법적 고찰

본 논문의 작성 목적이 비교법적 검토에 있는 것은 아니므로¹⁰⁹⁾ 아래에서 간략하게 다른 국가들에서는 어떻게 배출권을 취급하고 있는지, 증권 내지 금융투자상품으로 취급하고 있는지 검토한 뒤에 자본시장법상의 취급에 대하여 논의하고자 한다.

1) EU

배출권의 금융투자상품 해당 여부와 관련하여, EU에서는 배출권은 증권에 해당하지 않는다고 보지만, 배출권 관련 파생상품은 금융투자상품에 해당한다는 것이 다수 입법례의 태도이다.¹¹⁰⁾ 특히 EU의 ‘금융상품시장 지침’(Markets in Financial Instruments Directive)은 배출권을 기초자산으로 하는 선도, 옵션, 또는 스왑거래 등의 파생상품을 금융상품으로 간주한다는 규정을 두고 있고,¹¹¹⁾ 후술하는 독일과 프

107) 최홍섭, 『국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설』, 제1판(법무부, 2005), 12-13면.

108) 위의 책, 3면.

109) 비교법적인 검토에 대하여는 이미 최문희, 앞의 논문을 비롯하여 이광윤, 앞의 논문; 최경진, 앞의 논문; 최승필, 앞의 논문; 한국법제연구원, 앞의 녹취자료 등 이미 국내에 많은 연구 자료들이 있는 것으로 확인된다.

110) 최문희, 앞의 논문, 103면.

랑스도 이 지침을 국내법으로 수용한 것이라고 한다.

2) 독 일

독일 배출권거래법은 배출권이 은행법(Kreditwesengesetz: KWG)과 증권거래법(Wertpapierhandelsgesetz: WpHG)상 유가증권 등 금융상품이 아니라는 점을 분명히 하고 있다(제15조).¹¹²⁾ 배출권이 은행법상 금융상품이 아니므로 배출권의 자기매매 또는 중개는 독일 연방금융감독청의 감독을 받지 않는다. 반면 EU지침에 따라 독일 은행법(제1조 제11항 제4문 제2호)과 증권거래법(제2조 제2항 제2호)은 배출권을 기초로 한 선물거래가 파생금융상품에 해당한다는 점을 명시하고 있다. 따라서 이들 거래는 독일 연방금융감독청의 감독을 받는다.

3) 프랑스

이와 관련하여 프랑스도 독일과 마찬가지로, 통화금융법(Code Monétaire et Financier)에서 명문으로 배출권은 금융상품(instruments financier)에는 해당되지 않으나, 배출권 관련 선물을 금융선물거래(instruments financiers á terme)의 범위에 포함시키고 있다(Article L211-1).¹¹³⁾ 즉 금융상품에 선물거래를 포함시키고(제1항 제4호), 선물거래에 해당하는 거래로서 배출권에 관한 선물거래를 포함시키고 있다(제2항 제4호).

4) 일 본

배출권이 유가증권이나 금융상품이 아니라는 명시적인 법규정은 없으나, 금융상품거래법 시행령에 배출권을 유가증권이나 금융상품으로 추가 지정하지 않고 있다. 따라서 유가증권이나 금융상품이 아니라고 보고 있는 것으로 짐작되나, 배출권 관련 파생상품거래만큼은 파생상품으로 취급하는 것으로 보인다.¹¹⁴⁾ 다만, 2007년 9월부터 시행되고 있는 금융상품거래법 및 같은 법 내각부령에 따르면, 배출권 현물 거래 및 배출권 파생상품거래를 금융상품거래업자(다만, 제1종 금융상품거래업자와 투

111) Directive 2004/39/EC Annex I Section C.

112) 최문희, 앞의 논문, 104면; 한국법제연구원, 앞의 자료, 16면 참조.

113) 이광윤, 앞의 논문, 3면; 최경진, 앞의 논문, 65면; 최문희, 앞의 논문, 105면.

114) 최문희, 앞의 논문, 106면; 고재중, “탄소배출권거래에 관한 법규제의 동향-일본을 중심으로-”, 『최신의국법제정보』(한국법제연구원, 2009. 9), 95면.

자운용업자에 한함)의 신고업무의 범위에¹¹⁵⁾ 포함시키고 이들 업무를 취급할 수 있도록 하였다(금융상품거래법 제35조 제2항 제7호; 동법 시행령 제68조; 금융상품거래법 등에 관한 내각부령 제71조 제16호, 제17호).¹¹⁶⁾ 신고업무로 규정된 것은 산정할당량의 취득·양도계약의 체결 또는 그 중개·주선·대리업무(금융상품거래법 등에 관한 내각부령 제71조 제16호), 배출권과 관련된 선도거래·옵션거래 등 파생상품거래 또는 이러한 거래의 중개·주선·대리업무(동조 제17호)이다. 그리고 배출권에 관한 자문업무(컨설팅업무)도 금융상품거래업자의 부수업무에 포함된다고 해석되고 있다고 한다(금융상품거래법 제35조 제1항).

(2) 자본시장법의 해석

1) 금융투자상품의 개념 및 분류

자본시장법에서 ‘금융투자상품’이란 이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로[제1요건: 목적] 현재 또는 장래의 특정(特定) 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것을 지급하기로[제2요건: 금전 등의 지급 약정함으로써 취득하는 권리로서[제3요건: 약정함으로써 취득하는 권리, 그 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전 등의 총액(판매수수료 등 금액을 제외한다)이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전 등의 총액(해지수수료 등 금액을 포함한다)을 초과하게 될 위험이 있는 것[제4요건: 투자성을 말한다(제3조 제1항, 이하 위 4가지 요건을 ‘금융투자상품 4요건’¹¹⁷⁾]. 그리고 위 금융투자상품은 그 특성에 따라 증권, 장내파생상품, 장외파생상품으로 분류된다(같은 조 제2항).

자본시장법상 ‘증권’이란 내국인 또는 외국인이 발행한 금융투자상품으로서 투자자가 취득과 동시에 지급한 금전 등 이외에 어떠한 명목으로든지 추가로 지급의무(투자자가 기초자산에 대한 매매를 성립시킬 수 있는 권리를 행사하게 됨으로써 부담하게 되는 지급의무를 제외한다)를 부담하지 아니하는 것을 말하고(제4조 제1항), 증권에는 채무증권, 지분증권, 수익증권, 투자계약증권, 파생결합증권, 증권에탁증권이 포함된다(같은 조 제2항). 그리고 위 증권 중 ‘파생결합증권’이란 기초자산의 가격·이자율

115) 신고업무란, 신고업무의 범위에 속한 업무를 행하게 되었을 때 내각부령이 정한 바에 따라 지체 없이 그 뜻을 내각총리대신(금융청장)에게 신고하여야 하는 업무이다(금융상품거래법 제35조 제3항).

116) 재단법인 시장경제연구원, 앞의 보고서, 47면; 최문희, 앞의 논문, 106-107면.

117) 사단법인 한국증권법학회, 『자본시장법 [주석서 I]』(박영사, 2009. 10. 20), 10-15면 참조.

· 지표 · 단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등의 변동과 연계하여 미리 정하여진 방법에 따라 지급금액 또는 회수금액이 결정되는 권리가 표시된 것을 말한다(같은 조 제7항).

또한 자본시장법은 위 파생결합증권의 기초자산의 범위를 매우 넓게 정의함으로써 증권 시장의 사정거리를 확대하고 있다(같은 조 제10항). 즉 기초자산에 금융투자상품, 통화(외국의 통화를 포함한다), 일반상품(농산물 · 축산물 · 수산물 · 임산물 · 광산물 · 에너지에 속하는 물품 및 이 물품을 원료로 하여 제조하거나 가공한 물품, 그 밖에 이와 유사한 것을 말한다), 신용위험(당사자 또는 제삼자의 신용등급의 변동, 파산 또는 채무재조정 등으로 인한 신용의 변동을 말한다)뿐만 아니라 “그 밖에 자연적 · 환경적 · 경제적 현상 등에 속하는 위험으로서 합리적이고 적절한 방법에 의하여 가격 · 이자율 · 지표 · 단위의 산출이나 평가가 가능한 것”까지 포함시키고 있다(같은 항 제1호 내지 제5호). 이상에서 제1호 내지 제4호까지의 기초자산은 기존 증권거래법령에서도 인정되고 있었던 것이고, 제5호는 자본시장법에서 새로 추가된 것이다.

한편 자본시장법상 파생상품은 거래소에서 거래되는 장내파생상품과 거래소 외에서 거래되는 장외파생상품으로 구분된다(제5조 제2항, 제3항). 여기서 파생상품은 선도, 옵션 또는 스왑 중 하나에 해당하는 계약상 권리를 말한다(제5조 제1항 제1호 내지 제3호).¹¹⁸⁾ 그리고 파생상품의 기초자산의 범위는 앞서 정리한 파생결합증권의 기초자산의 범위와 동일하다.¹¹⁹⁾

2) 배출권의 금융투자상품 해당 여부와 관련된 쟁점

(가) 현재까지의 논의

첫째로, 배출권을 자본시장법상 금융투자상품, 특히 증권으로 볼 수 있는가의 문제를 살펴본다. 이 문제는 배출권의 현물거래의 가능성과 관련되어 있다.¹²⁰⁾ 현

118) 즉, 기초자산이나 기초자산의 가격 · 이자율 · 지표 · 단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 장래의 특정 시점에 인도할 것을 약정하는 계약(선도계약), 당사자 어느 한쪽의 의사표시에 의하여 기초자산이나 기초자산의 가격 · 이자율 · 지표 · 단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 수수하는 거래를 성립시킬 수 있는 권리를 부여하는 것을 약정하는 계약(옵션계약), 장래의 일정기간 동안 미리 정한 가격으로 기초자산이나 기초자산의 가격 · 이자율 · 지표 · 단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전 등을 교환할 것을 약정하는 계약(스왑계약)으로 구성된다.

119) 파생상품과 파생결합증권의 기초자산의 범위가 동일하나, 두 가지를 구별하는 기준은 추가지급의무의 존재 여부이다. 즉 추가지급의무가 부존재하는 범위까지는 파생결합증권이고 추가지급의무가 존재하면 파생상품으로 보게 된다. 김건식 · 정순섭, 앞의 책, 44면 참조.

제까지의 국내의 학자나 실무자들 사이에서 배출권을 자본시장법상 금융투자상품으로 볼 수 있는지에 관한 견해는 일치되어 있지 않은 것으로 보인다. 현재까지 필자들이 확인한 자료들에 따르면 국내의 견해는 크게 배출권은 금융투자상품에 해당하지 않는다는 견해¹²¹⁾와 배출권은 금융투자상품에 해당할 수 있다는 견해¹²²⁾로 나뉘며, 금융투자상품에 해당하지 않는다는 견해는 다시 ① 단순히 금융투자상품에 해당하지 않는다는 견해, ② 금융투자상품의 요소를 갖추고 있으나 정책적 이유에서 금융투자상품으로 볼 필요성은 없다고 하는 견해¹²³⁾ 및 ③ 금융투자상품의 정의에 포섭할 수는 있으나 자본시장법이 열거하고 있는 증권의 종류가 열거적이므로, 배출권은 특정 증권의 범위에 해당하기 어렵다는 견해¹²⁴⁾로 분류할 수 있다.

우선 배출권이 금융투자상품에 해당되지 않는다는 견해가 제시하는 근거는 다음과 같다. 첫 번째로 자본시장법이 추구하는 투자자 보호의 목적으로부터 설명될 수 있다고 하면서, 일반상품이나 재산은 고유의 용도가 있다는 점에서 그 자체에 가치가 있는 것으로 볼 수 있는 반면에, 증권은 ‘무엇인가에 대한 권리’를 표창하는 것으로서 그 가치는 전적으로 그 ‘무엇’의 가치에 의존하는데, 배출권에는 일반증권이 발행기업의 기업가치와 연동되는 바와 같은 가치평가의 불확실성이 존재하지 않으므로 그 거래의 위험 측면에서 볼 때 배출권은 증권보다는 본질적으로 그 성격상 일반상품과¹²⁵⁾ 유사하다는 주장¹²⁶⁾(이하 ‘제1주장’), 두 번째로 배출권 자체를 금융투자상품으로 취급할 정책적 필요가 없다는 주장¹²⁷⁾(이하 ‘제2주장’), 세 번째로 배

120) 외국의 사례를 보면, 배출권의 현물거래(spot transactions)가 많이 이루어지지 않고 있어서 우리나라의 경우에도 그 현물거래의 규모가 크지 않을 것으로 예상되는데, 어쨌든 이론적으로는 논의의 필요성이 있다는 지적이 있다. 재단법인 시장경제연구원, 앞의 보고서, 67면 참조.

121) 최문희, 앞의 논문, 112면; 최경진, 앞의 논문, 79면.

122) 재단법인 시장경제연구원, 앞의 보고서, 61-70면; 최승필, 앞의 논문, 193면(단, 특별한 근거를 제시하고 있지는 않다).

123) 정순섭, “환경친화적 녹색금융을 위한 법적 과제,” 『환경법연구』, 제31권 제2호(한국환경법학회, 2009), 104-105면. 정순섭 교수는 금융투자상품의 요소를 갖추고 있는 점만 언급하고 있고, 구체적으로 증권에 해당하는지 여부에 대하여는 추가적인 검토를 하고 있지 않다. 따라서 어떠한 견해를 취하였다고 정확히 이야기하기는 어렵다. 또한 김필규, 앞의 논문에서는 위 정순섭 교수의 글을 인용하면서 배출권을 금융투자상품으로 보기 어렵다고 하고 있으므로 해당 글은 독립적인 견해로 보기 어렵다.

124) 따라서 실질적으로는 배출권이 금융투자상품이 아니라는 견해로 판단된다. 고동원, 앞의 발표자료.

125) 최문희 교수는, 여기서 상품은 법적으로 정의된 개념은 아니지만 여기에는 상행위의 대상이 될 수 있는 모든 목적물이 포함된다고 정의하고 있다. 최문희, 앞의 논문, 112면 각주 92) 참조.

126) 최문희, 앞의 논문, 112면.

127) 정순섭, 앞의 논문, 104-105면.

출권거래의 경우 정보의 비대칭성 문제가 심각하지 않아서 투자자 보호의 필요성이 아직은 크지 않으며, 일반증권이 발행기업의 가치와 연계하여 변화하는 것과 같은 가치평가의 불확실성이 존재하지 않기 때문이라는 주장¹²⁸⁾(이하 ‘제3주장’)으로 요약된다.

반면, 배출권을 금융투자상품으로 볼 수 있다는 견해가 제시하는 근거는 배출권은 금융투자상품 4요건을 모두 갖추고 있으며,¹²⁹⁾ 증권의 범위와 관련한 자본시장법 제4조 제2항의 6가지 유형의 증권은 열거적이 아니라 예시적인 것에 불과하므로 배출권은 자본시장법상 증권으로 볼 수 있다는 주장으로 요약된다.¹³⁰⁾

(나) 사건 및 자본시장법의 개선방안

① 기본시각

결론적으로 필자들은 앞에서 논의한 바와 같이 배출권이 “배출권거래법에 따라 배출 허가를 받은 배출시설에서 특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소 또는 이에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권한(으로서 양도될 수 있는 것)”으로서 “배출권거래법에 의하여 창설되는 새로운 무체재산권으로서 물건 유사 보호가 필요한 권리”라는 전제하에서 배출권은 금융투자상품 4요건을 갖추기는 하였으나, ‘증권이나 파생상품에 해당하지 않아’ 자본시장법상의 금융투자상품으로 보기는 어렵다는 입장이다.

② 기존 견해들의 문제점

먼저 결론은 동일하나 위에서 살펴본 배출권이 금융투자상품에 해당하지 않는다는 주장은 각 다음과 같은 이유로 그 논리적 근거가 부족하다고 판단된다. 물론 아래의 비판은 배출권의 개념과 법적 성격을 필자들의 그것으로 전제한 것이기 때문에 배출권의 개념과 법적 성격을 달리 보는 경우 타당하지 않을 수 있다.

제1주장의 핵심은 배출권은 ‘무엇’의 가치에 의존하는 연동성이 부족하고, 가치평가의 불확실성이 존재하지 않으므로 거래의 위험 측면에서 볼 때 일반상품과 유사하다는 점이다. 하지만 이러한 주장은 다음과 같은 점에 비추어 타당하지 않다. 배출권에 해당하는 ‘무엇’은 배출허용량으로 볼 수 있다. 배출허용량은 기후변화협약 및 교토의정서를 비롯하여 국제연합의 지침 및 배출권거래법과 하위 시행규정들

128) 최경진, 앞의 논문, 79면.

129) 정순섭, 앞의 논문, 104-105면; 재단법인 시장경제연구원, 앞의 보고서, 61-70면.

130) 재단법인 시장경제연구원, 앞의 보고서, 61-70면.

의 직접적인 영향을 받게 되고, 이러한 배출허용량의 변화는 배출권의 가격에 직접적인 영향을 미치게 된다. 즉, 주식의 가치는 그것을 발행하는 주식회사의 수익성이나 성장 전망에, 사채의 가치는 발행회사의 재정 상태에, 배출권은 기후변화협약, 교토의정서, 국제연합의 지침, 배출권거래법과 하위 시행규정들의 변화, 정부의 정책 변화에 따른 배출허용량의 변화 및 배출허용량을 초과하는 온실가스 배출에 대한 국가의 제재의 정도(형사벌, 행정벌 등)에 좌우되며 그 가치평가의 불확실성은 어느 것이 더 크다고 단정할 수 없다.

다음으로 제2주장의 핵심은 정책적인 이유에서 배출권 자체를 금융투자상품으로 취급할 필요가 없다는 내용이나, 가사 정책적으로 배출권 자체를 금융투자상품으로 취급할 필요가 없다고 하더라도, 이러한 정책적인 이유는 입법의 단계에서 고려될 수는 있을지언정, 기존 법령의 해석에 있어서 자본시장법의 문리적 해석, 체계적 해석보다 우선하는 것은 아니라고 생각한다.

마지막으로 제3주장의 핵심은 배출권의 경우 정보의 비대칭성의 문제 및 가치평가의 불확실성이 존재하지 않고, 상대적으로 다른 금융투자상품에 비하여 투자자 보호의 필요성이 적다는 점이다. 하지만 배출권의 가격을 결정하는 요인은 매우 다양하다. 우선 수요요인(가격상승)의 측면에서 보면 석유·석탄·천연가스 등 화석연료의 가격상승, 경기확장으로 인한 에너지 소비량 증가 등의 펀더멘탈적 요인이, 이와 관련된 기업 및 정부의 매수우위, 탄소프로그램의 확대, CER 보유한도 확대와 같은 제도적 변경요인, 그리고 이에 더하여 외생변수로 날씨 악화, 대체에너지 개발비용의 상승, 탄소배출 감축기술의 저조가 있을 수 있다. 또한 공급요인(가격하락)의 측면에서 보면 화석연료의 가격하락, 경기위축으로 인한 에너지 소비량 감소 등의 펀더멘탈적 요인, 제도적 요인으로 배출허용량의 과잉 할당, 청정개발체제 사업 증가, CER 예치 불가능 등의 요인, 마지막으로 날씨 평온, 대체에너지 개발비용의 하락, 탄소배출 감축기술의 발달 등의 외생변수를 들 수 있다. 게다가 이러한 각종 변수에 더하여 배출권 관련 파생상품들에 대한 헤지펀드들의 투자 및 투기가 배가되는 경우, 배출권은 오히려 어느 다른 금융투자상품보다도 정보의 비대칭성 및 가치평가의 불확실성이 커질 수도 있다.¹³¹⁾ 따라서 배출권에 대한 투자자 보호 필요성

131) 김태선, 앞의 논문, 86-101면. 2010년 2월 9일 금융투자협회 주최로 개최된 녹색금융 교육연구발표회에서 주요 주제발표자들과 논의한 바에 따르면 배출권은 현재 시장에서 거래되고 있는 어떤 상품보다 그 예측이 어렵다고 한다.

은 다른 금융투자상품보다 크지 않다고 쉽게 단정할 수 없으며, 이러한 측면에서 제3주장은 타당하지 않은 것으로 판단된다.

배출권을 금융투자상품 중 증권으로 볼 수 있다는 견해는 배출권의 범위와 관련한 자본시장법 제4조 제2항을 예시적 규정으로 해석함에 따른 결과로 이해되는데, 이에 대한 필자들의 반대견해는 아래 자본시장법 해석에 대한 검토로 뒷받침하고자 한다.

③ 자본시장법의 해석

현행 자본시장법상 배출권이 금융투자상품인지를 살펴보기 위하여, 먼저 배출권이 금융투자상품 4요건을 갖추었는지 살펴본다. 제1요건인 ‘목적’과 관련하여 배출권 취득의 목적이 소비목적이 아닌 투자목적인 경우, 즉 배출권을 직접 사용하여 자신의 배출허용량을 충족시키기 위한 목적이 아니라 배출권을 매매하여 매매차익을 얻을 목적이라면 투자목적의 요건을 갖춘 것으로 볼 수 있다. 다만, 이러한 목적은 구매대상의 객관적인 성질로 결정되는 것이 아니라 보유자와 구매자의 주관적인 용도에 따라 달라질 수 있으므로 일률적으로 판단하기에는 다소의 어려움이 있다. 제2요건으로 ‘현재 또는 장래의 특정 시점에 금전 등을 지급하기로 약정’, 제3요건으로서의 ‘약정함으로써 취득하는 권리’로 인정될 수 있는지를 살펴본다.

먼저 ‘금전 등을 지급하기로 하는 약정함으로써 취득하는 권리’의 의미는 두 가지로 해석될 가능성이 있다. 즉, 금융투자상품의 취득자 입장에서 취득의 대가를 지급한다는 의미로 해석하거나, 금융투자상품의 발행자 입장에서 어느 시점에서 금전 등을 지급하기로 약정한다는 의미로 해석될 수 있다. 전자의 입장에서는 경우 배출권의 최초 탄생은 국가기관에 의한 배출허용량 할당이라는 공법적 행위에 의하여 발생한 것이므로 배출권의 승계취득은 별론으로 하고, 원시취득은 ‘금전 등을 지급하기로 하는 약정’으로 보기 어렵다는 주장이 있을 수 있다. 하지만 이와 관련하여서는 기존의 채무를 면제해 주고 그 대가로 새로운 증권을 받는 경우 이를 ‘금전 등’을 ‘지급’한 것으로 볼 수 있는지 의문의 여지가 있고,¹³²⁾ 출자지분증권의 종류 중 하나인 합자회사 또는 사모투자전문회사의 유한책임사원의 출자지분 중 아직 출자의무가 이행되지 않은 약정출자지분은 그 자체로서 가치가 있고, 사원협약이나 정관에서 규정하는 바에 따라 출자의무가 기 이행된 출자지분과 별도로 양도될 수 있

132) 사단법인 한국증권법학회, 앞의 책, 12면 참조.

고, 지분증권의 일종으로서, 혼하지는 않지만 금융투자상품으로 취급되어 거래가 되는 경우도 간혹 존재하지만 이러한 약정출자지분을 최초로 취득하는 시점에서는 별도의 '금전 등'의 '지급'을 수반하지 아니하는 점에 비추어 보면 위 요건 자체가 타당하지 않은 점을 부인할 수 없다. 또한 가사 위 요건을 엄격하게 해석한다고 하더라도 초기에 배출허용량의 할당이 경매의 방식으로 진행되는 경우 위 요건을 갖춘 것으로 볼 수 있다.

다음으로 금융투자상품의 발행자 입장에서 어느 시점에서 금전 등을 지급하기로 약정한다는 의미로 제2, 3요건을 해석하는 경우 과연 배출권이 그 발행자 입장에서 어느 시점에서 금전등을 지급하기로 약정하는 의미로 해석될 수 있을지는 의문의 여지가 있다. 왜냐하면 배출권은 그 자체로서 어떤 금전 등을 지급할 수 있는 것이 아니기 때문이다. 하지만 제2, 3요건을 금융투자상품의 발행자 입장에서 어느 시점에 금전 등을 지급하기로 약정한다는 의미로 해석하는 것은 자본시장법 제3조 제1항의 전체 문장의 취지와 반하는 해석으로 판단된다. 왜냐하면 제1, 2, 3, 4요건의 주체는 모두 동일인이 주체로 해석되는데 제1요건과 제4요건은 명백히 금융투자상품에 투자하는 투자자를 주체로 하고 있고, 문맥의 해석상 동일한 문장에서 제2, 3요건만 발행인을 주체로 한다는 것은 법규정과 맞지도 않고, 이해하기도 힘들기 때문이다. 따라서 일응 배출권은 제2, 3요건 역시 갖춘 것으로 판단된다.

마지막 제4요건인 투자성요건과 관련하여서도 국내 도입될 배출권의 가격은 배출허용량 목표를 준수하지 못하였을 경우 부과되는 벌금에 미달되는 가격의 범위 내에서 위에서 살펴본 여러 가지 가격결정요인에 의하여 그 가격하락 가능성이 존재하므로 투자성의 요건까지 모두 갖춘 것으로 판단된다. 따라서 배출권은 자본시장법상 금융투자상품의 개념에 포섭된다고 볼 여지가 많다.

하지만 그렇다고 하더라도 배출권이 금융투자상품 중 증권이나 파생상품에 해당할 수 없다면 사실상 현행 자본시장법의 해석상으로는 배출권을 금융투자상품으로 보기 어렵다고 생각한다. 즉, 자본시장법이 금융투자상품의 정의에 있어서 포괄주의를 취하고 있기는 하나 그 종류를 증권과 파생상품으로 한정함으로써¹³³⁾ 사실상 자본시장법상 금융투자상품에 해당하기 위하여는 ① 금융투자상품 4요건을 충족하여야 하며, 이에 더하여 ② 증권 또는 파생상품 중 어느 하나에 범위에 속하여야

133) 위의 책, 9면.

한다는 2가지 테스트를 모두 통과하여야 한다. 물론 금융투자상품의 종류를 증권과 파생상품으로 한정하여야 하는지, 자본시장법 규정을 예시적으로 해석할 수 있는지의 논의가 있으나 현행 자본시장법은 금융투자상품을 증권과 파생상품으로 '구분한다'고 하여 증권과 파생상품이 아닌 제3유형의 금융투자상품의 인정 가능성을 부인하고 있는 것으로 판단된다. 또한 실무적으로도 현재와 같은 자본시장법 문언 아래에서는 증권과 파생상품이 아닌 금융투자상품을 인정할 가능성은 거의 없다고 하더라도 과언이 아닐 것이다.

다음으로 배출권이 현재 자본시장법상 열거된 증권의 종류 중 하나에 포섭될 수 있는지를 살펴본다.¹³⁴⁾ 자본시장법상 증권의 종류는 채무증권, 지분증권, 수익증권, 투자계약증권, 파생결합증권, 증권예탁증권으로 구분된다. 파생결합증권은 파생상품의 성격을 갖는 특수한 증권이므로 배출권의 현물거래에 맞는 증권의 유형으로는 보기 어렵고, 배출권은 어떠한 출자지분을 표시하는 것이 아니므로 지분증권에 해당하지도 않으며, 신탁의 수익권이 표시된 것도 아니므로 수익증권에도 해당하지 않는다. 또한 공동사업에 금전을 투자하여 주로 타인이 수행한 공동사업의 결과에 따른 손익을 귀속 받는 계약상 권리가 표시된 것도 아니므로 투자계약증권도 아니며, 증권예탁증권과도 맞지 않는다.

물론 자본시장법상 채무증권, 지분증권 및 수익증권에는 '그 밖에 이와 유사한 것'을 포함하도록 하여 포괄성의 길을 열어 주고 있지만, 채무증권은 그 밖에 이와 유사한 것으로서 '지급청구권이 표시된 것'이어야 하고, 지분증권은 그 밖에 이와 유사한 것으로서 '출자지분이 표시된 것'이어야 하고, 수익증권은 그 밖에 이와 유사한 것으로서 '신탁의 수익권이 표시된 것'이라는 추가 요건을 충족시켜야 한다. 배출권에 출자지분이 표시되거나 신탁의 수익권이 표시되지 않는다는 점에는 의문의 여지가 없다. 또한 배출권의 법적 성격은 위에서 살펴본 바와 같이 배출허용량에 대한 지배권에 해당하고, 가사 지배권에 해당하지 않는다고 하더라도 청구권으로도 볼 수 없으므로 지급청구권이 표시된 채무증권으로 볼 수도 없다. 물론 극단적으로 해석하여 배출권을 대기중에 온실가스를 배출할 수 있는 국가에 대한 청구권을 표시된 것으로 볼 수 있지 않느냐는 주장이 있을 수 있지만, 위에서 살펴본 바와 같이 배출권이란 국가에 대하여 적극적으로 온실가스를 배출할 수 있는 청구권이 아니라

134) 배출권에 투자한 투자자는 추가지급의무를 부담하지 아니하여 파생상품에 해당하지 아니함은 명확하므로 별도로 배출권이 파생상품에 해당하지 않는지에 대한 검토는 추가적으로 하지 않는다.

배출허용량에 대한 지배권으로서 배출권을 보유하고 있는 경우에는 ‘배출허용량 이상의 온실가스를 배출하여 해당 기업이 받게 되는 제재조치’를 받지 않게 해줄 수 있는 것이므로 적극적인 청구권으로 해석하기는 어렵다. 결국 배출권은 현행 자본시장법 해석하에서는 증권으로 볼 수 없고, 따라서 금융투자상품으로 해석하기 어렵다고 본다.

참고로 이와 관련하여 현재까지 배출권을 자본시장법상 열거된 증권의 종류 중에서 하나에 해당할 수 있다는 견해는 없는 것으로 보인다. 그런데 이 열거와 예시의 문제는 증권의 종류에서도 다시 제기된다. 즉, 자본시장법상 열거된 증권의 종류는 예시에 불과한가의 문제이다. 자본시장법상 열거된 증권의 종류가 예시에 불과하다면 배출권을 자본시장법상 증권으로 볼 수 있을 것이다. 그런데 자본시장법은 위에서 살펴본 금융투자상품의 구분과 같이 증권 역시 다음 각호와 같이 ‘구분한다’고 규정되어 있어 원칙적으로 자본시장법에서 열거하고 있는 6가지 종류의 증권 이외에 새로운 증권의 인정 가능성은 부인하고 있는 것으로 판단된다. 실무에서도 채무증권, 지분증권 및 수익증권에는 ‘그 밖에 이와 유사한 것’을 포함하도록 하여 포괄성의 길을 열어 주고 있지만, 그 범위를 넘어서는 6가지 종류의 증권에 속하지 않는 새로운 유형의 금융투자상품을 증권의 범위에 포섭할 수 있다는 견해를 찾기는 쉽지 않다.

④ 자본시장법의 개선방안

그렇다면 과연 새로운 입법을 통해 배출권을 증권의 개념에 포섭할 실익이 있는가? 자본시장법 개정을 통하여 배출권을 증권의 개념에 포섭시키는 경우 자본시장법이 추구하는 투자자 보호 규정의 적용, 동 거래에 따르는 매매·청산·결제 등의 현재 시스템 이용에 따른 비용절감 등의 효과, 그리고 금융투자회사의 동 거래업무의 취급 등의 면에서 효율성을 도모할 수 있다는 점¹³⁵⁾은 부인하기 어렵다. 하지만 이러한 입법정책을 결정함에 있어서는, 시스템 구축을 위한 경제적 효율성 측면에서만 그 도입 여부를 결정할 문제는 아니라고 판단된다. 즉, 배출권 실물거래에 대한 국내수요가 얼마나 되고, 얼마 동안이나 지속될 수 있을 것인지를 예측하고 나서 그에 기반해서 판단해야 한다. 또한 배출허용량에 대한 기후변화협약이나 교토의정서 및 향후 제정될 여러 가지 국제연합의 정책이 어떠한 방향으로 흘러갈 것인

135) 재단법인 시장경제연구원, 앞의 보고서, 70면.

지도 사전에 고려하여야 하며, 배출권이 국제적으로 통용될 수 있음을 감안할 때 이미 앞서 살펴본 것처럼 다른 나라 입법체계(대륙법체계 및 영미법체계)상의 취급 역시 염두에 두어야 한다.

다만, 필자들은 당장에 수요예측이나 지속 가능성 예측, 정책 예측을 정확하게 할 수 없는 점을 고려하여, 다른 입법체계상의 취급과 국내 민사법체계 및 법이론만을 순수하게 고려의 대상으로 하는 경우, 위에서 이미 살펴본 바와 같이 배출권을 증권의 개념으로 포섭하는 형식의 입법보다는 별도의 배출권거래법 입법으로 해결하는 것이 국내 민사법체계 및 자본시장법의 해석에 부합하고, 국제적인 입법 추세에도 부합하는 것이라고 판단된다. 정보의 비대칭성 및 그로 인한 투자자 보호의 문제 등은 새로운 입법의 다른 장치를 통해서도 충분히 해결할 수 있는 문제이고, 이 점이 배출권을 증권으로 포섭시킬지 여부를 결정할 요소는 아니라고 본다. 따라서 입법론적으로 제안하자면, 이러한 논란으로 야기되는 소모적인 논쟁을 사전에 불식시킨다는 의미에서 배출권거래법에서 배출권의 법적 성격을 명확히 규정짓고, 자본시장법에 배출권을 자본시장법상 증권으로 보지 않는다는 점을 명시하는 것이 바람직하다고 본다.¹³⁶⁾ 다만, 배출권에 대한 투자자 보호, 금융투자업자가 배출권과 관련된 업무를 ‘업’으로 영위할 수 있는지 여부 및 배출권거래소와 관련된 부분에 대하여는 아래에서 살펴보는 바와 같이 적절히 기존의 자본시장법을 준용하면 될 것이라고 본다.

3) 배출권을 기초자산으로 하는 파생결합증권 또는 파생상품의 가능성과 관련된 쟁점

(가) 현재까지의 논의

배출권을 자본시장법상 파생결합증권 또는 파생상품의 기초자산으로 볼 수 있다는 점에 대하여 국내에서는 특별히 이를 반대하는 의견은 존재하지 않는 것으로 보인다.¹³⁷⁾ 대부분의 견해는 배출권을 자본시장법상 파생결합증권 또는 파생상품의 기초자산 중 “그 밖에 자연적·환경적·경제적 현상 등에 속하는 위험으로서 합리

136) 나아가 금융투자상품 4요건을 갖추었으나 증권 또는 파생상품의 요건을 충족시키지 못하는 다양한 권리들은 금융투자상품으로 보지 않는다는 명시적인 규정의 제정이 필요하다고 생각한다.

137) 여러 문헌에서 이를 인정하는 입장을 발견할 수 있다. 김건식·정순섭, 앞의 책, 50면; 최문희, 앞의 논문, 112-113면; 재단법인 시장경제연구원, 앞의 보고서, 67면; 정순섭, 앞의 논문, 16면; 최경진, 앞의 논문, 81면 등 참조.

적이고 적절한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한 것”(자본시장법 제4조 제10항 제5호)에 포함될 수 있음을 그 이유로 든다. 또한 배출권을 자본시장법상 일반상품으로 보는 국내 견해는 없는 것으로 보이고, 그 주된 이유는 미국의 선물규제법인 상품거래소법(1936 Commodity Exchange Act)과 자본시장법의 차이에 기인한 것으로 판단된다. 즉, 미국 상품거래소법상 상품(commodity)의 정의는 법률상 열거되어 있는 농산물과 다른 물품, 그리고 현재 또는 장래에 그에 대한 선물거래가 이루어질 모든 용역, 권리 그리고 이익(all services, rights, and interests in which contracts for future delivery are presently or in the future dealt in)을 포함한다고 하여(7 USC 1a(c)) 유체물 이외의 무체물도 포함하고 있지만, 자본시장법상 일반상품의 정의는 “농산물·축산물·수산물·임산물·광산물·에너지에 속하는 물품 및 이 물품을 원료로 하여 제조하거나 가공한 물품, 그 밖에 이와 유사한 것”이라고 하여 유체물임을 명확히 규정하고 있다.¹³⁸⁾

(나) 사건 및 자본시장법의 개선방안

① 기본시각

결론적으로 앞에서 논의한 바와 같이 필자들이 주장하는 배출권이 “배출권거래법에 따라 배출 허가를 받은 배출시설에서 특정 기간 동안 1톤의 이산화탄소 또는 이에 상응하는 온실가스를 배출할 수 있는 권한(으로서 양도될 수 있는 것)”으로서 “배출권거래법에 의하여 창설되는 새로운 무체재산권으로서 물권 유사 보호가 필요한 권리”라는 전제하에서 배출권은 현재 자본시장법상 파생결합증권이나 파생상품의 기초자산으로 보기는 어렵다고 판단한다.

② 기존 견해의 문제점

기존 견해 중 배출권이 자본시장법상 파생결합증권이나 파생상품의 기초자산으로 볼 수 있다는 근거를 제시하면서 구체적으로 배출권의 본질과 결부하여 설명하는 예는 찾아보기 힘들다. 물론 배출권의 성격에 대한 논의 자체가 활발히 이루어지지 않은 탓도 있지만 배출권의 법적 성격에 대한 독립된 견해를 제시하고 있는 글에서도 배출권의 성격과 연관시키지 않고, 배출권은 ‘그 밖에 자연적·환경적·경제적 현상 등에 속하는 위험으로서 합리적이고 적절한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한 것’에 포함될 수 있다고 단정적으로 결론

138) 고동원, 앞의 발표 자료; 정순섭, 앞의 논문, 105-106면.

짓고 있다. 하지만 이미 언급한 바와 같이 배출권의 법적 성격과 연관짓지 않고서 이러한 결론을 내리는 것은 그 논리적 일관성이나 근거가 부족하다고 판단되고, 어떠한 논리에서 해당 결론에 이르게 된 것인지 추가적인 논의가 필요할 것으로 생각한다.

③ 자본시장법의 해석

이미 논의한 바와 같이 배출권은 배출권거래법에 의하여 창설될 새로운 무체재산권으로서 물건 유사 권리이며, 금융투자상품에는 해당하지 아니한다. 또한 배출권은 통화에는 해당하지도 않고, 신용위험에 해당하지도 않는다. 따라서 배출권이 ① 일반상품 중 ‘그 밖에 이와 유사한 것’에 해당할 수 있는지 또는 ② ‘그 밖에 자연적·환경적·경제적 현상 등에 속하는 위험으로서 합리적이고 적정한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한 것’에 포함될 수 있는지가 쟁점이다.

먼저 배출권을 농산물·축산물·수산물·임산물·광산물·에너지에 속하는 물품 및 이 물품을 원료로 하여 제조하거나 가공한 물품과 유사한 것으로 볼 수 있는가? 즉, 이는 배출권을 물건으로 볼 수 있는가의 문제이다. 하지만 위에서 이미 언급한 바와 같이 배출권은 물건이 아니고, 배출권의 객체인 배출할당량 역시 물건에 해당하지 않는다. 따라서 배출권은 일반상품과 유사한 것으로 볼 수 없다.

다음으로 배출권을 그 밖에 자연적·환경적·경제적 현상 등에 속하는 위험으로서 합리적이고 적정한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한 것으로 볼 수 있는가? 이는 두 가지의 요건으로 나누어 살펴 보아야 한다. 즉, ① 배출권이 자연적·환경적·경제적 현상 등에 속하는 위험에 해당하는지 여부와 ② 합리적이고 적정한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한지 여부이다. 배출권거래법에 의하여 도입될 배출권은 공개된 시장에서 매매될 것이고, 그 여러 가지 가격형성 요소는 위에서 살펴본 바와 같으므로 합리적이고 적정한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한 점은 의문의 여지가 없다.

다만, 배출권을 자연적·환경적·경제적 현상 등에 속하는 위험에 해당하는지 여부(이하 ‘5호 기초자산’)가 문제된다. 5호 기초자산의 경우 자본시장법의 시행으로 새롭게 도입된 기초자산으로 객관적인 방법에 의하여 현금흐름의 산출이 가능한 것은 모두 기초자산으로 인정하겠다는 취지에서 작성된 것이라고 하며, 5호 기초자산

으로 포함될 수 있는 예로 재난이나 자연재해와 같은 자연적 현상, 탄소배출 등 환경적 현상, 물가상승률 등 경제적 현상 등이 예시된다.¹³⁹⁾ 또한 자본시장법상 기초자산의 정의는 가격산출의 합리성과 적정성이 보장되는 모든 위험을 포함하는 포괄적인 개념으로 이해되어야 하고, 그에 따라 자본시장법상 기초자산의 정의의 핵심적인 기준은 산출방법의 객관성에 있지 위험의 종류에 있는 것은 아니라는 근거에 따라 배출권은 자본시장법상 기초자산의 정의에 포함되어야 한다는 견해도 있다.¹⁴⁰⁾

그렇다면 ‘객관적인 방법에 의하여 현금흐름의 산출이 가능한 것은 모두’ 5호 기초자산에 해당하는지는 의문이다. 만약 객관적인 방법에 의하여 현금흐름의 산출이 가능한 것을 모두 기초자산이라고 한다면 자본시장법상 다른 기초자산의 존재의 미가 무색해질 뿐만 아니라 이와 같이 해석하는 경우 실체를 가진 일반상품뿐만 아니라 모든 무형의 자산도 5호 기초자산에 포섭되게 되어 버린다. 따라서 5호 기초자산의 취지는 자본시장법상 다른 기초자산에 해당하지 않는 ‘무형의 위험’ 중에서 객관적인 방법에 의하여 현금흐름의 산출이 가능한 모든 것을 의미한다고 보는 것이 타당하다. 즉, 위에서 예시하고 있는 지진이나 자연재해와 같은 자연적 현상이라든지, 지구온난화로 인한 해수면 상승이라든지, 환율변동의 위험이라든지, 객관적인 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한 여러 가지 무형의 위험이 5호 기초자산에 포함될 수 있을 것이고, 직접적인 재산권을 5호 기초자산으로 포함하기는 어려울 것으로 판단된다.

하지만 필자들이 제시하는 배출권거래법상의 배출권은 배출권거래법에 따라 창설되는 새로운 무체재산권으로서 물권과 유사한 재산권이지 자연적·환경적·경제적 현상 등에 속하는 위험에 해당하지는 않는다. 따라서 배출권은 5호의 기초자산으로 보기 어렵다고 본다. 다만, 정부정책에 따라 배출허용량이 어떻게 할당될 것 인지는 ‘자연적·환경적·경제적 현상’은 아니지만, ‘정책적인 위험’으로서 ‘자연적·환경적·경제적 현상 등’에서 ‘등’에 해당하는 포괄적인 위험에 해당할 수 있을 것이라고 판단된다. 또한 이를 합리적이고 적정한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능할 것이기 때문에, 배출허용량의 할당과 관련한 정책적인 위험은 파생결합증권이나 파생상품의 기초자산이 될 여지는 있다. 하지만 배출허용량의 초기할당량에 대한 위험을 기초자산으로 볼 수 있다는 것과 배출권

139) 김건식·정순섭, 앞의 책, 50면.

140) 정순섭, 앞의 논문, 105면.

자체를 기초자산으로 볼 수 있는지의 문제는 배출허용량과 배출권을 이원화해서 판단하는 관점에서는 별개의 문제이고, 따라서 배출허용량 할당과 관련한 정책적인 위험을 기초자산으로 볼 수 있다고 하더라도 배출권이 기초자산으로 될 수는 없다. 물론 이러한 견해는 이 글에서 규정한 배출권 개념과 연동된 것이므로 일반화될 수 없는 측면은 있지만, 배출권거래법을 설계하는 경우에 자본시장법과 연동하여 반드시 고려해야 할 점이다.

④ 자본시장법의 개선방안

위에서 살펴본 바와 같이 배출권은 자본시장법상 기초자산의 범위 중 어느 것에도 정확하게 포섭될 수 없는 위치에 있다. 따라서 배출권거래법을 제정하는 경우 배출권거래법에서 자본시장법 제4조 제10항의 기초자산을 해석함에 있어서 배출권은 금융투자상품에 해당한다고 규정하거나, 배출권거래법의 제정에 맞추어 자본시장법 제4조 제10항 제1호를 개정하여, 기초자산으로 금융투자상품뿐만 아니라 자본시장법에 따른 증권이나 파생상품의 구분에 속하지 아니하면서 금융투자상품 4요건을 갖춘 '금융투자상품과 유사한 것'을 기초자산의 범위에 속하도록 할 필요가 있을 것이다. 물론 위 두 가지를 병행하여 배출권거래법에서 배출권은 개정된 자본시장법 제4조 제10항 제1호의 금융투자상품과 유사한 것에 해당한다고 선언하는 것도 한 방법이 될 수 있겠다.

2. 기타 배출권과 관련한 자본시장법상 쟁점들

(1) 배출권과 금융업무 범위 및 자본시장법의 개선방안

일본의 은행법은 산정할당량을 취득하거나 양도하는 것을 내용으로 하는 계약의 체결 또는 그 중개, 주선, 대리를 하는 업무로서 내각부령에서 정하는 것을 겸영업무로 규정하고 있고, 산정할당량을 기초자산으로 하는 장외파생상품 거래를 은행의 업무로 규정하고 있다.¹⁴¹⁾ 국내 대부분의 견해도 배출권 자체의 거래는 본질상 금융업무로 취급하기 어렵고, 현재는 부수업무나 겸영업무로 보기 어려우나 법 개정을 통하여 부수업무¹⁴²⁾로서 또는 겸영업무¹⁴³⁾로서 향후 은행, 금융투자업자 그리

141) 위의 논문, 107면.

142) 최문희, 앞의 논문, 115면. 다만, 현재 '은행업무 중 부수업무의 범위에 관한 지침'상 배출권 자체의 거래는 부수업무의 범위에는 속하지 아니한다.

고 보험업자가 취급할 수 있도록 하여야 한다는 의견인 것으로 확인된다. 또한 배출권과 관련한 파생상품 거래는 현행 자본시장법상 배출권을 기초자산으로 볼 수 있다면 다른 파생상품과 다를 바가 없으므로 다른 큰 논의의 실익은 없는 것으로 보인다. 물론 필자들은 현행 자본시장법의 해석만으로는 배출권을 기초자산으로 볼 수 없다고 생각하기 때문에 견해가 다르기는 하나, 필자들도 궁극적으로는 입법을 통해 배출권을 기초자산으로 편입시킬 수 있도록 하여야 한다고 보기 때문에 특별히 본 논문에서 배출권 관련 파생상품과 관련된 금융업무 범위에 대한 논의를 전개할 실익은 많지 않은 것으로 생각한다. 또한 필자들은 배출권을 굳이 증권으로 편입시켜야 할 법적적인 실익은 없다고 판단되나, 배출권을 증권으로 편입시킬 것인지의 문제와 은행, 금융투자업자 또는 보험업자가 배출권 자체의 거래를 부수업무 또는 겸영업무로서 영위할 수 있는지의 문제는 별개의 문제라고 보며, 결론적으로 은행, 금융투자업자 또는 보험업자가 배출권 자체의 거래를 영위할 수 있어야 한다고 본다. 다만, 이러한 당위성을 뒷받침하는 근거들은 이미 다른 글들에서 다루어졌고, 필자들도 공감하는 바이기 때문에 추가적인 논의는 과하도록 한다. 그리고 배출권 거래법에 따른 배출권 자체의 거래는 기존의 은행, 금융투자업자 또는 보험업자의 업무에 부수한 업무라기보다 별개의 업무라고 판단하는 것이 타당하다고 생각되며 그에 따라 자본시장법 및 관련 하위규정들의 개정을 통하여 배출권 자체의 거래업무를 겸영업무로 허용하는 것이 더 타당할 것으로 생각한다.

(2) 집합투자 및 신탁대상 자산으로서의 배출권 및 자본시장법의 개선방안

배출권 자체 및 배출권을 기초자산으로 하는 파생결합증권 또는 파생상품이 자본시장법상 집합투자대상자산에 해당하는가? 현행 자본시장법상 집합투자의 투자대상자산은 '재산적 가치가 있는 투자대상자산'으로 다른 제한이 없다(자본시장법 제6조 제5항). 배출권은 위에서 살펴본 바와 같이 재산적 가치가 있는 자산이므로 자본시장법상 투자대상자산에 해당함에는 의문이 없고,¹⁴⁴⁾ 배출권을 기초자산으로 하는

143) 정순섭, 앞의 논문, 107면.

144) 구 간접투자자산운용법상 간접투자의 대상자산은 열거되는 형식이었고, 달리 배출권을 간접투자의 대상자산으로 볼 만한 규정은 없었다(구 간접투자자산운용법 제2조 제1호; 동법 시행령 제3조). 다만 구 간접투자자산운용법감독규정에서 "온실가스(에너지기본법 제2조 제10호에서 정의된 것을 말한다)를 배출할 수 있는 권리로써 정부, 국제기구, 외국정부 및 외국지방자치단체에 의하여 공인된 권리"를 자산운용수단으로 추가하고 있었다(동 규정 제2조의2).

파생결합증권 또는 파생상품도 마찬가지이다.

하지만 입법론적으로 배출권 자체를 배출허용량을 충족시키기 위한 목적이 아니라 순수하게 매매를 통한 차익실현의 대상으로 보아 집합투자의 대상이 될 수 있도록 할 필요성이 있는지는 별개로 판단할 문제이다. 즉, 배출허용량을 할당 받은 기업이 자신이 기존에 배출하던 온실가스에 비하여 배출허용량이 턱없이 부족한 경우, 해당 기업은 국가로부터 제재조치를 받지 않기 위하여 시장에서 배출권을 매입하여야 할 터인데, 배출권이 투자의 대상이 되는 경우, 이는 유동성을 공급함과 동시에 배출권 가격상승의 효과를 수반할 가능성이 많으므로, 이는 배출권을 구입하여야 하는 기업의 재무상황에 악영향을 미칠 수 있고, 배출권을 구입하지 못하여 국가로부터 제재조치를 받는 경우 해당 기업의 평판가치에도 악영향을 미칠 수 있다 (특히, 국가로부터 제재조치를 받기 직전에는 배출권에 대한 수요의 증가로 배출권의 가격이 상승할 가능성이 높다). 또한 사실상 배출허용량을 초과하는 온실가스 배출에 대한 국가의 제재 정도가 배출권 가격의 상한선이라고는 하나, 해당 국가의 제재조치가 해당 기업에 미치는 영향은 단순히 형사벌이나 행정벌에 해당하는 금액의 다과만으로 판단할 문제는 아니라고 본다. 이러한 관점에서 가사 현재 자본시장법상 배출권을 집합투자의 대상자산으로 유지시키더라도 배출허용량이 필요하여 배출권을 매수하여 소비하여야 하는 기업에 악영향을 미치지 않도록 별도의 입법적인 안전조치가 필요할 것으로 보인다. 하지만 이러한 안전조치를 취한다고 하더라도 이를 다시 역으로 이용할 가능성도 배제할 수 없기 때문에 신중한 접근이 필요하다고 판단된다. 즉, 일반적인 증권의 경우에는 보호할 투자자의 종류가 본질적으로 다르지는 않지만, 배출권의 경우 보호할 투자자의 종류는 단순한 투자자와 실제 배출허용량이 필요한 투자자로 구분되며, 각각의 투자자들을 보호할 별도의 입법이 요구된다. 다른 금융투자상품과 달리 취급되어야 하는 이유는 배출허용량을 할당 받은 기업은 한정되어 있을 것이고, 해당 기업들은 배출허용량과 관련하여 국가로부터 제재조치를 받을 수 있다는 점에서 다른 일반 투자자들과는 소비의 목적에 있어서 그 이해관계가 일치하지는 않기 때문이다.

다음으로 배출권이 자본시장법상 신탁업자의 수탁가능재산에 속한다고 볼 수 있는지가 문제된다. 현행 자본시장법 제103조 제1항 제7호에서 수탁재산으로 '무체 재산권(지적재산권을 포함한다)'을 열거하고 있는 이상 필자들이 주장하는 배출권의 정의와 부합하므로 수탁가능재산이 될 수 있음은 의문의 여지가 없다.¹⁴⁵⁾

(3) 배출권거래시장의 운영주체로서 역할 및 한국거래소

필자들이 주장하는 배출권의 개념 및 법적 성질 아래에서는 배출권은 파생결합증권이나 파생상품의 기초자산이 될 수 없다. 하지만 추가적인 입법조치와 자본시장법 개정을 통하여 배출권을 기초자산의 범위에 포함하는 경우, 배출권을 기초자산으로 하는 파생결합증권이나 파생상품은 금융투자상품으로서 한국거래소에서 거래될 수 있는 점은 의문의 여지가 없다. 하지만 앞에서 살펴본 바와 같이 배출권 자체는 증권에 해당하지 않고, 따라서 금융투자상품에 해당하지 아니한다. 또한 필자들은 향후 배출권거래법 개정을 통하여 배출권이 금융투자상품의 범위에 해당하지 않는다고 명확하게 명시하는 것이 타당하다는 의견이므로 현행 자본시장법을 유지하는 한도 내에서는 한국거래소의 업무범위에 배출권거래가 속하지는 않는다고 생각된다.

이와 같은 상황에서 여러 가지 입법적인 대안이 제시될 수 있다. 첫째, 한국거래소에 현물시장 개설을 허용하여 현물과 파생상품을 한국거래소에서 모두 거래하도록 하는 방안, 둘째, 한국거래소 이외의 자로 하여금 현물시장만을 설립하도록 하는 방안, 셋째, 거래소 외의 자로 하여금 현물뿐만 아니라 파생상품시장을 설립하도록 하는 방안 등이 그것이다. 먼저 세 번째 견해는 자본시장법의 규정(제379조, 제386조)과 모순될 뿐만 아니라 새로운 입법이 필요하다는 단점이 있으며, 설립에 따르는 비용과 한국거래소와 별도로 파생상품시장을 개설·운영할 경우 불필요한 업무 혼선, 새로운 거래소에 가입하여야 하는 투자자 및 금융기관들의 불편함도 예상된다. 첫 번째 견해는 현물과 선물의 연계 운영으로 인한 시너지효과를 기대할 수 있다.¹⁴⁶⁾ 반면 이 방안은 정부부처간에 형평성 문제를 비롯하여 부처간 실질적인 이해관계 대립문제를 발생시킬 수 있다. 한편 두 번째 견해에서는 이미 온실가스 감축실적의 등록 및 관리를 담당하고 있는 주체에게 시장개설 업무를 맡기게 될 경우 업무의 효율성을 도모할 수 있다는 주장도 가능하다. 현재 에너지합리화법에 따르면 에너지관리공단이나 온실가스 배출의 감축실적의 등록·관리 및 온실가스 배출 감

145) 정순섭, 앞의 논문, 108면에서는 신탁업자의 수탁재산을 집합투자대상 자산과 같이 '재산적 가치'가 있는 투자대상자산'으로 포괄적으로 규정하여야 한다고 주장하고 있으며, 김건식·정순섭, 앞의 책, 440면도 마찬가지로 일본의 신탁업법은 수탁가능재산의 범위제한규정을 폐지하고 신탁법에 따라 요건을 갖춘 재산이면 모두 신탁재산이 될 수 있는 포괄주의로 변경되었다고 하며, 수탁가능재산의 범위 제한을 철폐할 필요가 있다고 한다.

146) 최문희, 앞의 논문, 124-125면. 최문희 교수는 첫 번째 견해를 취하고 있다.

축사업을 시행하고 있다(제14조의2, 제76조).

필자들은 이러한 장단점을 비교하였을 때 먼저 한국거래소 안에 배출권거래 현물시장을 개설하는 견해에 원칙적으로 동의한다. 하지만 부서간의 이해관계 및 기존에 온실가스와 관련된 업무를 처리하였던 기관이 있었던 점을 감안하여 자본시장법에서 온실가스 감축실적의 등록 및 관리 등 기존에 업무를 영위하던 기관이 있는 경우 해당 업무에 대하여는 배출권거래법이 정하는 바를 따른다고 하고, 배출권거래법에서 기존에 업무를 처리하던 기관이 해당 업무는 계속하여 영위하되 한국거래소가 해당 업무를 기존의 업무처리기관에 위탁하는 것으로 간주하는 방식이 기존 당사자들의 이해관계를 조율하고, 부처간의 이해관계도 조율하면서 경제성이 있는 방안이 아닐까 생각해 본다. 물론 여러 기관이 업무를 나누어서 하게 됨으로 인한 비효율이 발생할 수 있지만 그러한 비효율성은 부처간의 협의를 통해서 충분히 극복해 나갈 수 있다고 믿는다.

V. 맺음말

배출권거래제가 기존에 우리나라에 존재하지 않았던 새로운 법제도라는 점 때문에 자본시장법상 논점 정리를 위한 글에서 무리하게 다른 논점들에 대한 논의를 전개하여 논문이 너무 장황해진 측면이 있다. 하지만 배출권거래제 및 배출권시장에 대한 충실한 이해가 전제되지 않는 한 자본시장법상의 쟁점을 분석하기는 어렵다고 판단하고, 현재 자본시장법상 논의의 전제가 되는 배출권의 개념과 배출권의 법적 성격의 규명 없이 자본시장법상 쟁점들을 논의하는 것은 앞뒤가 맞지 않는 논의라고 생각한다. 물론 일부 논점에 관해서는 무리하게 사건을 피력한 점을 부인할 수 없으나, 새로운 제도를 한 나라의 법체계 안으로 도입하기 위해서는 다양한 견해 대립이 있어야 하고, 견해 대립을 통한 토론을 바탕으로 하였을 때 비로소 다수의 사람들이 환영할 수 있는 타당한 제도가 도입될 수 있다고 믿는다. 필자들의 연구 부족으로 다른 분들의 의견을 충분히 이해하지 못하고 비판한 점이 있다면 이를 깨우쳐 주시기 바라며, 이 글이 우리나라의 배출권거래제 도입과 자본시장법 발전에 조금이나마 도움이 되었으면 하는 바람이다.

■ 참고문헌

- 고동원, “탄소배출권 거래법제,” 『저탄소 녹색성장, 탄소배출권 인프라 구축 로드맵 제2세션 발표자료』(증권예탁결제원, 2008. 9. 25).
- 고재중, “탄소배출권거래에 관한 법규제의 동향-일본을 중심으로-,” 『최신외국법제 정보』(한국법제연구원, 2009. 9).
- 기후변화대책특별위원회 수석전문위원, 『기후변화대책 및 녹색성장관련 제정법률안 4건에 대한 검토보고서』(2009. 4).
- 곽윤직, 『민법주해 제2권』(박영사, 2002).
- 곽윤직, 『민법총칙』, 제7판(박영사, 2002).
- 권영성, 『헌법학 원론』, 개정판(법문사, 2008).
- 김상용, 『민법총칙』(화산미디어, 2009).
- 김성배, “배출권거래제와 지방자치단체의 대응,” 『공법연구』, 제38집 제1호 제2권(사단법인 한국공법학회, 2009. 10).
- 김유진, “코펜하겐 기후변화협약의 주요 내용과 국내 산업에 미치는 영향,” 『월간 하나금융』, 1월호 (2009).
- 김진현, “독일의 온실가스배출권거래제도,” 『최신외국법제정보』, 제1호(한국법제연구원, 2009).
- 김태선, 『탄소시장의 비밀』, 제1판(경문사, 2009. 10).
- 김태운, “교토의정서상 선박용 연료사용으로 인한 온실가스배출량의 감축규제의 국제법적 적법성,” 『해사법연구』, 제21권 제3호(2009. 11).
- 김필규, “탄소배출권 관련 금융상품화를 위한 법적 과제,” 『환경법연구』, 제31권 제2호(한국환경법학회, 2009).
- 김형진 · 황형준, “영국의 기후변화법과 스톡홀름보고서,” 『경제적 효율성과 법의 지배』(서울대학교 법학연구소 법의 지배센터, 2009).
- 박정호, “한국의 배출권거래제 설계에 대한 고찰,” 서울대학교 석사학위논문(2009).
- 사단법인 한국증권법학회, 『자본시장법 [주석서 I]』(박영사, 2009. 10. 20).
- 삼성경제연구소, “탄소시장의 부상과 비즈니스 모델,” 『CEO Information』, 제630호(2007. 11. 21).
- 석광현, “항공기에 대한 국제적 담보거래-케이프타운협약과 항공기의정서를 중심으로-,” 『국제거래법연구』, 제12집(2004. 2).
- 양승룡, 『국제탄소시장의 이해』(집문당, 2009).
- 윤용희, “환경정책기본법 제7조의 해석에 관한 연구,” 서울대학교 석사학위논문(2008).
- 이광윤, “프랑스 배출권거래제의 현황과 시사점,” 『한국환경법학회 제99회 학술대회 배출권거래의 법적 과제』(한국환경법학회 · 경원대학교 법학연구소, 2010. 2).
- 이재협, “교토의정서상 청정개발체제(CDM) 사업의 법적 문제,” 『환경법연구』, 제29권 제1호(한국환경법학회, 2007).
- 정순섭, “환경친화적 녹색금융을 위한 법적 과제,” 『환경법연구』, 제31권 제2호(한국환경법학회, 2009).
- 재단법인 시장경제연구원, 『탄소배출권 거래시장의 인프라 구축방안』, 증권예탁결제원 연구용역보

- 고서(2007. 12).
- 조홍식, “우리나라의 기후변화대책법의 전망,” 『환경법연구』, 제30권 제2호(한국환경법학회, 2008).
- 지원림, 『민법강의』, 제3판(홍문사, 2002).
- 최경진, “배출권의 법적 성질,” 『한국환경법학회 제99회 학술대회 배출권거래의 법적 과제』(한국환경법학회 · 경원대학교 법학연구소, 2010. 2).
- 최문희, “온실가스 배출권 거래의 금융법상 논점,” 『비교사법』, 제15권 제3호(2008).
- 최승필, “탄소배출권 제도설계에 대한 법제도적 검토-유럽의 탄소배출권제도를 통한 고찰을 중심으로-,” 『환경법연구』, 제31권 제2호(한국환경법학회, 2009).
- 최홍섭, 『국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설』, 제1판(법무부, 2005).
- 한국수출입은행, 『해외 CDM사업 전문가이드』(2009. 5).
- 한국법제연구원, 『독일법령용어집』(2008).
- 한국법제연구원, “온실가스 배출권거래에 관한 법률-독일-,” 『글로벌법제연구센터 녹색법령자료 10-01』(2010. 2).
- 한국법제연구원, “온실가스 배출권거래제도의 도입과 입법적 과제,” 『배출권거래제 국제회의의 녹취자료』(2009. 9).
- 한국법제연구원, 『프랑스법령용어집』(2008).
- 매일경제신문, “온실가스 감축목표 설정 배경과 의미,” 2009. 11. 17일자.

Jonathan Denton, Practical Derivatives, Globe Business Publishing Ltd, 2006.

Legal Aspects of Carbon Trading Kyoto, Copenhagen, and beyond, Edited by David Freestone And Charlotte Streck, OXFORD University Press, 2009, Matthieu Wemaere, Charlotte Streck and Thiago Chagas.

Nicholas Stern, the Economics of Climate Change: Stern Review, Cambridge University Press, 2007.

Sonia Labatt and Rodney R. White, Carbon Finance, John Wiley & Sons, Inc., 2007.

大塚直, “地球温暖化對策推進法の改正と国内排出枠取引制度の胎動,” 『NBL』, No. 844(2006. 11. 1).

武川丈士 · 西川淳也 · 作間智穂, “排出権取引に関する法的考察(1),” 『NBL』, No. 808(2005. 5. 1).

On the Proposed Emission Trading Act
- *Evaluations with Suggestions in Light of the Financial Investment Services*
***and Capital Markets Act* -**

Kim, Do Kyung · Yoon, Yong Hee

ABSTRACT

After the expiration of Kyoto Protocol, Korea is highly likely to be designated as a member of Annex I countries. To this end, Korea promulgated ‘Master Act for Low Carbon and Green Development’ on January 13, 2010 (the “LCGD Act”). LCGD Act established a permissible emission rate for green house gases as a means to reduce the green house gases. LCGD Act also calls for an implementation of trading of emission rights (the “Emission Rights Trading”) and requires allocation method of permissible emission rate, registration and application method, and establishment and operation of a trading exchange for the Emission Rights Trading to be governed by a separate set of laws. Currently, Green Development Committee is putting much efforts into enacting laws regarding the Emission Rights Trading. In adopting the Emission Rights Trading, however, there are a number of issues that need to be resolved, from public laws such as constitutional law, administrative law and tax law as well as private laws such as civil law, commercial law, insolvency law and international private law. Among the various areas of laws which will be impacted by the Emission Rights Trading, this article will review the Emission Rights Trading specifically in light of Financial Investment Services and Capital Markets Act (“FSCMA”).

Given that the Emission Rights Trading is a newly introduced concept, this article will first review the Emission Rights Trading in general, followed by the issues arising from the FSCMA. Simply put, this article has summarized the concept of an emission right

to be “a transferable right to emit carbon dioxide or its equivalent green house gases of up to 1 metric ton within a certain period by an authorized emission facility in accordance with Emission Trading Act. In legal terms, an emission right is “an intangible right newly created in accordance with Emission Trading Act” that requires legal protection applicable to a real property right (“*mool-kwon*” in Korean) or its equivalent.”

This article will also discuss various views from scholars and commentators on whether an emission right under the FSCMA qualifies as a financial investment product. This article reached a conclusion that an emission right cannot be classified as a financial investment product in light of the legal concept and the terms reviewed in this article, and also reached a conclusion that an emission right cannot be the underlying asset of a derivatives product or derivatives-linked securities. With these conclusions, this article makes suggestions, as a legislative matter, that it is necessary to clarify that an emission right does not qualify as a financial investment product and that it is necessary to include the emission right within the scope of underlying assets under the Emission Trading Act and through an amendment to the FSCMA.

Additionally, this article will identify and discuss some issues arising under the FSCMA in connection with the emission right including whether emission rights trading falls within the scope of financial services, how the Korean exchange market for emission rights should be established, and whether the emission right qualifies as a trust asset or collective investment asset, together with several legislative suggestions.

Key Words: Carbon Emission Right, Allowance, Emission Right, Emissions Trading Scheme, Legal Nature of Emission Right, Financial Investment Services and Capital Markets Act, Financial Investment Product, Securities, Underlying Asset