

배출권거래제에서의 부당내부거래 규제 가능성에 대한 연구

A Study on Intra-group Trading in Emission Permits in Korea

김정욱* · 위서연** · 유성희***

Kim, Jung-Wook · Wi, Suh-Yeon · Yoo, Seong-Hee

목 차

- I. 서론
- II. 배출권 내부거래의 법적 쟁점
- III. 배출권 장내외 거래 현황 및 가격 분석
- IV. 결론

국문초록

배출권거래제는 온실가스를 감축하여 기후변화에 대응하고자 장기적인 감축 방안으로 제시된 환경정책 중 하나이다. 다만 2017년 말에 1차 계획기간이 종료되면서, 종전에 배출권을 무상할당 받았던 기업들이 이제는 배출권 중 일부를 경매로 구입해야 하는 부담이 발생하였다. 이와 동시에, 가격 상승을 예상하여 배출권을 시장에 내놓지 않거나 투기의 대상으로 여기는 기업으로 인하여 수급 불균형이 일어나고 있다. 이에 따라 기업들은 기업 또는 소속계열회사의 배출권

논문접수일 : 2019.06.14.

심사완료일 : 2019.07.23.

게재확정일 : 2019.07.23.

* 경제학박사 · 한국개발연구원 규제연구센터 선임연구위원

** 한국개발연구원 규제연구센터 전문연구위원

*** 법학박사 · 한국개발연구원 규제연구센터 연구원

이 부족한 경우에 제3자와의 거래보다는 해당 기업의 계열회사와의 내부거래를 선호하는 현상이 발생하는 것이다. 특히 우리나라의 경우, 기업이 재벌구조로 이루어진 특성을 갖고 있어 내부거래행위의 발생 가능성이 크다.

그러나 모든 내부거래 행위가 긍정적인 효과를 내지는 않는바, 편법적인 경영권 승계의 수단으로 사용하거나 소수 기업집단에 경제력이 집중되는 등 거래 질서가 저해되는 문제가 발생할 수 있다. 구체적으로 회사 계열사 간 거래를 통해 배출권을 시장가격보다 싸게 혹은 비싸게 거래함으로써 영업이익이 과소 또는 과대하게 나타나는 문제가 발생할 수 있다.

내부거래 행위에 대한 통계분석의 결과를 보더라도 ‘그룹 내 협의 거래’에서의 가격이 비협의 거래에 비하여 7% 정도 높은 것으로 나타나면서 정상가격과 상당한 차이를 보일 가능성이 크다. 즉, 배출권거래제에서도 공정거래법상의 부당내부거래 행위 금지에 관한 규정이 적용되고, 일정한 제한 요건을 충족하면 동법에 저촉할 수 있다는 점을 시사한다.

이러한 점을 바탕으로 하여, 본고는 ‘시장메커니즘을 통한 효율적 온실가스 감소’라는 배출권거래제의 궁극적인 목표를 달성하기 위한 세부방안으로서, 배출권시장의 거래질서를 보호하고 배출권 가격을 안정화하기 위하여 배출권거래 제상의 부당내부거래 행위가 공정거래법상 규제의 대상이 될 수 있는지 여부에 관하여 법학적 및 경제학적 시각에서 분석·검토해본다.

주제어 : 배출권거래제, 부당내부거래, 불공정거래행위, 배출권 규제, 배출권 내부거래

1. 서론

2009년 코펜하겐 협의(Copenhagen Accord)에서 우리나라의 탄소 배출 감축 목표는 2020년 배출전망치(BAU: Business As Usual) 대비 30%였으나, 정부는 2015년 6월 30일 국무회의에서 2030년 국가 온실가스 감축목표를 BAU 대비 37% 감축하는 것으로 최종 결정하였다. 기후변화에 적극 대응하는 국정기조를

유지하기 위하여 기존 감축목표 30%보다 강화된 안을 건의한 것으로 이해할 수 있다.

“2030 국가 온실가스 감축 기본로드맵”은 이러한 감축목표를 달성하기 위한 근간이 되는 감축방안을 포괄적으로 제시하고 있으며 주요 분야의 감축 목표를 구체적으로 제공하고 있다. 전환(발전) 부문에서 가장 많은 64.5백만톤을 감축(감축률 19.4%)하며 산업 부문은 두 번째로 많은 56.4백만톤(감축률 11.7%)을 감축할 것으로 제시되었다. 각 분야의 온실가스 감축은 산업계에 큰 영향이 있다는 점을 감안하여, 온실가스 감축목표 이행과정에서 발생하는 산업계 부담을 완화하기 위해 산업부문 감축률이 12%를 초과하지 않도록 설정하여 국가 경제에 미치는 영향을 최소화하고자 하였다.

한편 정부는 2015년 온실가스 배출권제도를 도입하여 온실가스 감축을 유도하고 있다. 배출권거래제(ETS, Emission Trading System)는 시장의 메커니즘을 기반으로 하고 있어 공급과 수요 구조에 의해 배출권 가격이 결정되며 이로써 해당 산업의 혁신을 유인하게 된다. 배출권거래제는 시장기반 온실가스 감축 기제로서 온실가스 배출 총량(cap)을 정하고 일정기간 동안 모든 할당량을 청산하도록 함으로써 수요와 공급에 의해 배출권의 가격이 결정되는 구조이다.

배출권의 가격은 시장 참여자의 제품 생산비용과 제품의 가격에 영향을 주기 때문에 할당업체에게 배출권 가격은 한계비용으로 작용한다. 그러므로 기업은 배출량이 적은 저탄소 생산방식에 투자할 유인을 가지게 된다. Burtraw et al. (2002)에서는 배출권이 무상으로 제공되는 시장에서도 남은 배출권으로 수익을 창출할 수 있기 때문에 감축 인센티브가 존재한다고 제시하였다. 소비자 입장에서는 탄소 소비가 많은 제품의 가격이 상승하기 때문에 전체 시장이 탄소 효율적인 공정과 기술을 촉진하여 제품의 가격 상승을 억제하는 것을 지향하게 된다. 즉, 배출권거래제의 도입은 온실가스 저감에 대한 유인을 제공함으로써 온실가스 배출량을 억제하는 효과가 있다.

하지만 배출권거래제에 대한 이러한 기대 효과는 구체적인 배출권거래제의 시행 제도 및 거래 관행에 따라 상이하게 나타날 수 있다. 우리나라에서 배출권거래제는 아직까지 성숙기에 접어들었다고 보기 어려우며 해당 시장의 활성화가 절실히 요구되는 상황이다. 배출권거래제 도입의 기대효과를 구현하기 위

해서는 배출권거래가 수요와 공급에 의해 가장 합리적인 가격에 이루어질 필요가 있다. 특히 배출권거래시장의 미성숙도로 인하여 상당한 양의 배출권이 내부 거래에 의해 이루어지고 있는 상황이다. 공정거래법의 적용을 받는 부당내부거래가 포착될 가능성도 있다. 이에 본 연구는 배출권거래제에서의 내부거래에 대한 법적 쟁점들을 살펴보고 공정거래법상의 규제 가능성에 대해 고찰하고자 한다. 또한 배출권거래 자료 분석을 통해 내부거래의 특성 및 제재 가능성을 가늠하는 것을 시도한다. 배출권거래제 하에서의 내부거래에 대한 연구는 그간 이루어지지 않은바, 본 연구는 배출권의 내부거래에 대한 정책적 시사점을 최초로 제공할 것으로 기대한다.

II. 배출권 내부거래의 법적 쟁점

배출권 거래제는 할당대상 업체별로 배출권¹⁾(permit)을 할당하고 그 범위 내에서 온실가스를 배출하되, 여분·부족분은 타 업체와 거래할 수 있도록 한다.²⁾ 이때 타 업체와 거래할 수 있는 배출권의 거래에서 일부 기업들은 제3자³⁾와의 거래보다 소속 계열회사와의 거래를 통해 거래비용을 줄이거나 계열사를 지원할 수 있는 배출권 내부거래를 하고 있다. 특히 배출권 거래시장에서 거래가

- 1) 한국에서는 자본시장법 제3조 제1항에 따라 배출권을 금융투자상품으로 해석할 수 있으나, 금융투자상품 중 어느 증권에 해당하는지는 불분명하다. 또한, 일부 국가에서는 배출권을 파생상품(장내파생상품과 장외파생상품)으로 취급하기도 한다. 우리나라의 경우 배출권 시장 도입 당시에 시장참여자 수가 적고 시장 경험이 부족하여 투기세력으로 인한 가격 급등락에 취약할 수 있다는 점에서 참여대상업체들의 가격 변동성 위험을 줄여주기 위해 2020년까지 파생상품의 도입을 금지하였다.
- 2) 배출권거래제는 점차적인 배출허용총량의 감소를 전제하고 있는데, 배출허용총량의 감소는 배출권의 가격을 인상할 가능성이 있다. 예컨대 과잉 배출권은 배출권의 가격 폭락으로 이어지고 있다(김홍균, “온실가스 규제를 위한 방안 -탄소세인가? 배출권거래제인가?”, 「저스티스」 통권 제141호, 한국법학원, 2014, 133면).
- 3) 배출권거래제 대상범위에 포함되지 않는 제3자도 원칙적으로는 거래에 참여 가능하지만 투기적 세력에 의한 시장 교란행위를 방지한다는 차원에서 제2차 계획기간(~2020년)까지는 4대 공적금융기관(한국산업은행, 정책금융공사, 중소기업은행, 한국수출입은행)에 대해서만 참여가 허용된다(심성희·이지용, “우리나라 배출권거래제의 시장 왜곡 요인과 정책적 함의”, 「에너지경제연구」 제14권 제2호, 에너지경제연구원, 2015, 186면).

특정 시점에 집중되며, 시장참여자가 제한적이고 배출권 공급이 비탄력적이라는 점에서 내부거래가 발생할 가능성이 상당하다.

이러한 배출권 내부거래는 한 해 동안 쓰고 남은 잉여배출권을 거래시장에 내놓지 않고 다음 해로 이월하는 배출권 거래시장의 관행과도 연관된다.⁴⁾ 향후 배출권이 부족해질지 모르는 불안함과 규제 당국이 배출권을 어느 수준으로 할당할지에 대한 확실성이 없기 때문에, 기업들은 잉여배출권을 배출권 시장에 내놓기보다는 보유하는 쪽을 선호하고 있다.⁵⁾ 다만 기업 혹은 소속계열회사의 배출권이 부족한 경우 등 배출권 거래가 필요한 상황에서 일부 기업들은 제3자와의 거래보다는 해당 기업의 계열회사와의 내부거래를 선호할 수 있다.

일반적으로 내부거래는 보통 기업집단에 유리하게 활용될 수 있다는 점에서 선호된다. 수직적 계열화 등 전후방의 관련 산업의 통합과 연계를 통해 경영을 안정적으로 유지할 수 있으며, 거래 또는 정보수집 비용 등을 절약하여 자금조달을 용이하게 할 수 있다. 계열회사들도 내부거래를 통해 기업집단이 보유하는 자금, 인력, 네트워크 등을 활용하여 단기에 경쟁력을 확보할 수 있다. 그러나 모든 내부거래 행위가 긍정적인 효과를 내지는 않는다. 그룹 총수가 주주 또는 채권자의 희생 하에 사익을 추구하여 편법적인 경영권 승계의 수단으로 사용되기도 하고, 소수 기업집단에 경제력이 집중되는 등 거래질서가 저해되는 문제점도 발생한다.⁶⁾

4) 배출권 이월을 제한하기 위하여 정부는 ‘이월 제한’하는 새로운 규제를 내놓았다. 잉여물량을 시장에 많이 내놓을수록 다음 해에 더 많이 배출권을 할당하는 방식이다. 그러나 이 규제에 대해서도 배출권 가격이 안정되기는 어려울 것이라는 의견이 많은 상황이다(김경민, “[규제 OUT] (6) 탄소배출권 규제에 신음하는 기업들-가격 폭등해도 정부 무대책...기업만 ‘헉헉’”, 매경이코노미 2019.03.04., <http://news.mk.co.kr/v2/economy/view.php?year=2019&no=128955>).

5) 또한 한국 정부가 기업에게 할당한 탄소 배출권이 많이 부족하다는 점, 기업이 배출권의 가격의 상승을 기다리기 때문에 배출권을 판매하지 않는 것도 거래량이 적은 이유 중 하나이다(채종오·박선경, “한국의 탄소배출권 거래제 시행 1년 후 현황과 개선방안 -EU 배출권 거래제와 비교를 통하여-”, 『한국기후변화학회지』 제7권 제1호, 한국기후변화학회, 2016, 46면). 한국환경공단에 따르면 2017년의 경우 총 잉여물량 중 2018년으로 이월된 물량은 2천만톤 안팎이며, 2015년부터 2017년 10월까지 한국거래소에서 거래된 탄소배출권 물량은 총 3809만톤이다. 따라서 2015년 이후 대략적인 잉여물량은 1억1800만톤(자체 이월물량 약 8천만톤, 시장거래물량 약 3천8백만톤)에 이른다고 파악된다(조계완, “탄소가격 발견 못하는 배출권 거래제... 온실가스 감축투자 유인 미흡”, 한겨레, 2018.12.12., http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/874169.html).

이에 따라 일반적으로 기업집단의 내부거래 행위가 부당하거나 방만하게 이루어지는 등 공정한 거래질서를 저해하면서, 법에서 금지하는 일정한 요건에 해당하는 경우에는 규제를 받도록 하고 있다.⁷⁾ 대표적으로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 함)은 공정한 자유경쟁을 촉진하고자 다양한 형태의 규제를 하고 있다. 그 중에서도 자유로운 시장경쟁을 저해할 수 있는 불공정거래행위 금지규정을 통하여, 불공정거래행위(공정거래법 제5장)의 한 유형으로 규정되어 있는 기업의 부당내부거래 행위를 규제하고 있다.⁸⁾ 예컨대, 개별 기업의 내부거래 행위가 경쟁 질서를 해치는 경우 즉, 부당한 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등의 지원 등에 해당하는 불공정거래행위인 경우에는 해당 행위가 금지되며 이를 위반할 시 처벌받게 된다.

배출권의 거래 역시 일반적인 내부거래 행위는 문제시되지 않는다. 다만 경쟁 질서를 저해하는 등 내부거래가 부당하게 이루어지는 경우에는 관련 법령에 따라 규제될 수 있다. 예컨대, 배출권 거래에서 발생하는 불공정거래의 금지에 대한 사항은 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’이라 함)을 준용하도록 규정하고 있으며, 「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률」(이하 ‘배출권거래법’이라 함)에서도 해당 행위의 금지규정을 두고 있다. 이 밖에도 대규모 기업집단의 내부거래는 세법, 상법 등⁹⁾의 법령에 의해서 규제된

6) 헌법재판소는 부당지원행위 규제의 위헌성 여부가 문제 된 사건에서 부당지원행위의 폐해에 대하여, ① 퇴출되어야 할 효율성이 낮은 부실기업이나 한계기업을 계열회사의 형태로 존속케 함으로써 당해 시장에서 경쟁자인 독립 기업을 부당하게 배제하거나 잠재적 경쟁자의 신규 시장 진입을 억제함으로써 시장의 기능을 저해, ② 계열회사 간에 이루어지는 지속적인 부당 내부거래는 독과점적 이윤을 상호간에 창출시키게 되고, 그 결과 대기업집단 소속 계열회사들의 독점력을 강화함으로써 경제력 집중의 폐해를 야기, ③ 부당내부거래는 우량 계열기업의 핵심역량이 부실 계열기업으로 분산·유출되어 우량기업의 경쟁력이 저하됨에 따라 기업집단 전체가 동반 부실화할 위험을 초래, ④ 부당내부거래는 또한 기업의 투명성을 저해하고 주주, 특히 소액주주와 채권자 등의 이익을 침해하게 된다고 보았다(헌재 2003.7.24. 2001헌가25 결정).

7) 부당지원행위는 공정한 거래질서의 확립과 경제력집중의 방지에 그 입법 취지가 있다(대법원 2004.10.14. 선고 2001두2881 판결).

8) 공정거래법 제23조에서는 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 ① 부당한 거래거절 및 차별적 취급행위, ② 부당한 경쟁사업자 배제행위, ③ 부당한 고객유인 또는 강제행위, ④ 거래상지위 남용행위, ⑤ 구속조건부거래행위 및 다른 사업자 사업 활동 방해 행위, ⑥ 부당지원행위(부당 내부거래행위) 등을 불공정거래행위로 규정하고 이를 금지하고 있다.

다. 다만, 배출권의 거래는 거래신고제 및 등록제를 시행하고 있기 때문에 부당 지원행위에 해당하지 않는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 공정거래법상의 규제는 거래의 방식을 제한하지 않고, 거래로 인하여 발생하는 실질적 이익의 귀속, 즉 거래에 따른 결과를 규제대상으로 하고 있으므로, 배출권의 거래 역시 공정거래법의 적용대상이 될 수 있다.

이하에서는 기업의 내부거래행위에 대하여 직접적으로 규제하고 있는 공정거래법 및 자본시장법을 중심으로 하여 부당한 내부거래 행위유형 및 관련 규제 내용을 살펴보고, 배출권 거래에서도 발생할 수 있는 부당한 내부거래 행위에 대하여 관련 법령의 적용 가능성을 고찰하고자 한다.

1. 공정거래법상 규제

기업집단이 내부거래행위¹⁰⁾를 하는 경우 공정거래법상 금지하고 있는 일정한 요건에 해당하지 않는다면 규제대상이 되지 않는다. 다만 기업집단 내부거래가 부당하거나 방만하게 이루어지면 내부거래를 통해 지원을 받는 계열회사가 다른 비계열 독립기업보다 경쟁상 우위를 차지하는 등 시장에서의 공정한 경쟁을 저해하기도 한다. 그렇기 때문에 기업의 성과가 가격, 품질 등의 경쟁력이 아닌, 기업집단과의 관련성에 좌우되는 것을 방지하기 위하여 공정거래법을 통하여 부당내부거래 행위를 규제하고 있다.

구체적으로 공정거래법에서는 내부거래 행위와 관련하여 부당지원행위(법 제 23조 제1항 제7호) 및 사익편취행위(법 제23조의2)로 구분하여 각각의 행위를

9) 세법은 부당행위계산의 부인(법인세법 제52조), 특수관계법인과 거래를 통한 이익의 증여 의제(상속세 및 증여세법 제45조의3), 과세가격 결정의 원칙(관세법 제30조 제3항)에 대해 규제하고 있으며, 상법 제398조는 이사 등과 회사 간의 거래 등을 규제하고 있다.

10) 공시대상기업집단(자산총액 5조원 이상, 60개 집단) 소속 계열회사 1,779개의 작년 2017년 기간 중 2018년 공시대상기업집단의 내부거래 금액은 총 191조 4,000억 원이고 비중은 전체 매출의 11.9%를 차지하였다. 2017년과 2018년에 공통적으로 분석 대상에 포함된 집단 27개의 경우 내부거래 비중이 12.2%에서 12.8%로, 내부거래 금액은 152.5조원에서 174.3조원으로 증가했다. 특히, 총수 있는 상위 10대 집단(삼성·현대차·SK·LG·롯데·GS·한화·현대중공업·신세계·두산)에서 내부거래 비중(12.9%→13.7%) 및 금액(122.3조원→142조원)이 크게 증가했다(장한서, “공정위, 공시대상기업집단 내부거래 현황 공개... ‘60개 대기업 집단 191조’”, 미디어SR, 2018.10.10., <http://www.mediasr.co.kr>). (검색일: 2019.04.17.)

금지하고 있으며 그 성립 요건을 달리하고 있다. 예컨대, 부당지원행위의 경우, 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하는 행위를 금지하며, 모든 사업자에게 적용되고 있다. 따라서 총수일가 지분보유비율이 낮은 계열회사와의 내부거래가 문제 되는 경우, 사익편취행위의 규율대상에 해당하지 않더라도 해당 내부거래행위가 부당지원행위 요건에 해당한다면, 해당 행위는 법 제23조 제1항 제7호 규정에 따라 금지되는 것으로 본다.

이하에서는 기업의 내부거래 행위와 관련하여 공정거래법상 금지규정에 적용될 수 있는 부당지원행위 및 사익편취행위를 중심으로 각 행위의 성립요건과 특징을 살펴보도록 한다.

가. 부당지원행위(법 제23조 제1항 제7호)

‘부당지원행위’는 동일 기업집단 내의 계열회사 간에 내부거래를 통해 이루어진다는 점에서 ‘부당 내부거래’라고도 하며, 대규모기업집단에 소속된 회사가 계열회사 또는 비계열 회사와 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 계열회사를 지원할 목적으로 거래하는 행위를 말한다. 부당지원행위는 회사의 핵심역량이 유출되어 경쟁력이 감소될 우려뿐만 아니라 지원객체의 경쟁상 지위를 제고하는 결과로 도출되어 공정한 거래를 저해할 우려가 있다는 점 등을 근거로 공정거래법을 통하여 규제하고 있다. 다만 법적으로 독립적인 사업자라 하더라도 경제적으로 사실상 하나의 사업자라면, 해당 공정거래법의 적용은 배제되는 것으로 본다.

부당지원행위는 크게 ① 부당한 자금지원, ② 부당한 자산·상품 등 지원, ③ 부당한 인력지원, ④ 부당한 거래단계 추가 등 4가지 유형으로 구분된다(공정거래법 시행령 별표1의2 제10호). 이 중 ①, ②, ③에 해당하는 지원행위는 직접거래¹¹⁾에 해당하며, ④는 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위로서 소위 ‘통행세’를 의미하는 중개행위로 볼 수 있다.

11) 직접거래는 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위를 의미한다.

〈표 II-1〉 부당지원행위의 유형

유형	내용
부당한 자금지원	특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금 등 자금을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하는 행위
부당한 자산·상품 등 지원	특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하는 행위
부당한 인력지원	특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 인력을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하는 행위
부당한 거래단계 추가 등	1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위 2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 그 특수관계인이나 다른 회사에 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 행위

부당하게 계열사 또는 자회사에 현저한 규모(현저히 낮거나 높은 대가)로 물량을 제공하여 과도한 경제상 이익을 제공하는 ‘부당지원행위’는 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 따라 금지되고 있으며, 이는 간접손해를 끼친 경우도 포괄한다.

한편, 법 제23조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당하는 불공정거래행위 유형은 직접손해를 끼친 경우에 한정되어 배출권 거래에 적용하기에는 어려움이 존재한다. 시장이 경직되거나 위축될 수 있다는 점에서 해당 규정은 불공정거래 행위 유형을 엄격하게 판단하고 있다. 특히 제1호 내지 제5호는 직접손해를 끼친 경우에 한정되어 배출권의 내부거래에 적용하기는 어렵다. 배출권의 내부거래는 기업 및 계열회사 간에 이루어지는데 이로 인하여 다른 기업이 직접적인 손해를 보았다고 인정하기 어렵기 때문이다. 따라서 여기에서는 제7호를 중심으로 부당지원행위의 적용 여부를 살펴보도록 한다.

〈표 II-2〉 불공정거래행위 금지규정

공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지)

- ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “不公正去來行爲”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.
1. 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위
 2. 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위
 3. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위
 4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위
 5. 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위
 6. 삭제
 7. 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위
가. 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
나. 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위
 8. 제1호 내지 제7호이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위

법 제23조 제1항 제7호에 해당하기 위해서는 크게 지원행위성, 상당성, 부당성 등 3가지 요건으로 보고 있으나, 지원행위성과 상당성의 요건을 연계하여 ① 지원행위성, ② 부당성의 요건으로 구분하여 해당 요건의 인정여부를 판단하기도 한다. 과거에는 「부당한 지원행위의 심사지침」을 통해 ① 현저한 규모의 거래, ② 정상적인 가격수준에 비해 ‘상당히 유리한 조건’의 거래, ③ 이를 통해 지원객 체에게 ‘과다한 경제상의 이익 제공’이 인정되고 나아가 ‘공정거래를 저해할 우려¹²⁾’라는 성립요건이 구체화된 바 있다. 이에 따라 규제대상이 되는 부당지원행위가 성립하기 위해서는 크게 지원행위성, 현저성, 부당성의 요건을 충족하여야

12) 지원행위로 인하여 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부에 따라 부당지원행위 여부를 판단하고 있다(대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두1186 판결).

했다. 이후 현저한 규모가 어느 정도 규모를 말하는 것인지에 대한 명확한 기준이 없었기 때문에 현실적으로 ‘현저성¹³⁾’을 입증하기가 어렵다는 지적 등에 의해, 2013년 8월에 개정된 공정거래법(2014.2.14.시행)에서 부당내부거래 행위의 성립 요건을 ‘상당성’으로 완화하였다.¹⁴⁾

〈표 II-3〉 부당지원행위의 성립요건

요건		성립여부의 판단	
지원행위성	거래를 통해 경제상 이익을 제공할 것	<ul style="list-style-type: none"> • 지원주체에서 지원객체에게 지원 	정상가격과 거래가격의 차이로 판단
상당성 (구 ‘현저성’)	정상적인 가격수준에 비해 ‘상당히 ¹⁵⁾ 유리한 조건’의 거래	<ul style="list-style-type: none"> • 상당히 낮거나 높은 대가 • 상당한 규모의 거래 • 과도한 경제상의 이익 	
부당성	지원객체에게 ‘과다한 경제상의 이익 제공’이 인정 및 ‘공정거래를 저해할 우려’	<ul style="list-style-type: none"> • 지원주체와 지원객체의 관계 • 지원행위의 목적과 의도 • 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성 • 경쟁사업자의 경쟁능력 • 시장개방의 정도 등 고려 	경제력 집중 또는 공정거래 저해성을 판단

부당지원행위의 성립요건을 구체적으로 살펴보면, 「부당한 지원행위의 심사 지침」상 지원행위성을 판단하는 기본원칙은 정상가격¹⁶⁾과 거래가격의 차이로 판단하고 있다. 이때 정상가격을 산정하는 방법은 지침을 통해 비교적 상세히

13) 자금거래의 경우, 실제 적용금리가 정상금리와 최소한 2~3% 이상 차이가 나고 정상금리와 실제 적용금리의 차이가 정상금리와 비교하여 대략 20%p 이상의 차이가 있는 경우에 현저성을 인정할 수 있다는 하급심 판결이 있다(서울고법 2008.1.24. 선고 2006누29142 판결).

14) 개정 이전에는 공정거래법상 부당내부거래가 여러 불공정거래행위 중의 한 유형으로 분류되어 규제되고 있어, 부당내부거래를 규제하기 위해서는 현저성 요건 및 부당성(경쟁제한성) 요건을 공정거래위원회가 입증해야 했다. 이와 더불어, 개정 공정거래법은 제23조 제1항 제7호의 나목을 신설하여, 소위 ‘통행세’ 관행까지도 규제할 수 있는 근거를 마련하였다.

15) 기존에는 ‘현저히’ 유리한 조건이어야 했으나, 이제는 ‘상당히’ 유리한 조건으로도 거래하지 못하도록 하고 있음. 즉, 구 법령의 현저성 요건을 완화하기 위한 것이다.

16) 정상가격은 지원주체와 지원객체 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격을 말한다(「부당한 지원행위의 심사지침」 참고).

규정하고 있으며, 지원행위의 세부유형별로 정상가격 산정기준을 제시하고 있다.¹⁷⁾ 지침에 따라 정상가격을 산정한 후, 정상가격과 7% 이상 차이 나는 경우에 정상적인 거래행위가 아니라고 판단하고 있다. 특히 배출권과 같이 무체재산권의 성격을 가지고 있는 거래대상에 대해서는 무상으로 또는 정상가격보다 낮은 가격으로 제공하거나 정상가격보다 높은 가격으로 제공받는 것을 지원행위로 보고 있다. 이러한 지원행위에 있어 정상가격과 거래가격의 상당한 차이가 발생한 경우, 이를 부당지원행위로 간주하는 것이다.

부당지원행위의 성립요건 중 거래의 '부당성'은 위법성 판단요건으로 전제하고 있으며, 부당성이 인정되어야만 과징금 등의 처분이 가능하다. 보통 지원주체와 지원객체의 관계, 지원행위의 목적과 의도, 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원성 거래규모와 지원행위로 인한 경제상 이익 및 지원기간, 지원객체가 속한 시장에서의 경쟁제한이나 경제력 집중의 효과 등을 종합적으로 고려하여 “당해 지원행위로 인하여 지원객체의 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려¹⁸⁾” 또는 “지원객체가 직접 또는 간접적으로 속한 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력이 집중되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려¹⁹⁾”가 있는지 여부에 따라 판단하고 있다.²⁰⁾ 즉, 부당성 판단의 요소로서 관련시장에서 ‘경쟁을 저해할 우려’ 또는 ‘경쟁을 실질적으로 제한²¹⁾’하는 행위가 있는지 여부를 중점으로 판단하고 있으며, 실질적으로 경쟁이 감소되어 시장기능이 제대로 작동하는지를 보는 것이다. 그렇기 때문에 단순한 사업경영상의 필요 또는 거래상의 합리성 내지 필요성만으로는 부당성이 부정되지 않는다.

17) 정상가격을 산정하기 어렵거나 비교 기준이 정상가격으로 삼기에 적절하지 않은 경우에는 비교기준이나 참고가 되는 다른 지표를 종합적으로 고려하여 지원행위성을 판단하기도 한다.

18) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13441 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결.

19) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364판결.

20) 자금지원의 경우에 부당성 유무는 오로지 공정거래질서라는 관점에서 평가해야 한다고 보고 있다(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결).

21) 공정거래법 제2조 제8의2호에서 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’를 일정한 거래 분야의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위로 보고 있다.

부당성이 인정되는 대표적인 유형으로는 지원객체가 당해 지원행위로 인하여 일정한 거래분야에 있어서 유력한 사업자의 지위를 형성·유지 또는 강화할 우려가 있는 경우, 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 당해 지원행위로 인하여 경쟁사업자가 배제될 우려가 있는 경우, 지원객체가 당해 지원행위로 인하여 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건이 상당히 유리하게 되는 경우, 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 당해 지원행위로 인하여 지원객체의 퇴출이나 타 사업자의 신규진입이 저해되는 경우, 관련 법령을 면탈 또는 회피하는 등 불공정한 방법 또는 절차를 통해 지원행위가 이루어지고 이로 인하여 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는 경우 등이 있다(「부당한 지원행위의 심사지침」 참고).

이러한 지원행위의 부당성이 인정되면, 지원주체는 시정조치(법 제24조), 지원주체의 매출액 100분의 5 미만 범위 내의 과징금(법 제24조의2), 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금(법 제67조 제2호) 등의 제재를 받을 수 있다.²²⁾

나. 사익편취행위(법 제23조의2)

사익편취행위는 일감몰아주기 등을 통해 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익을 제공하는 행위’를 말한다. 모든 내부거래가 총수일가에 부당한 이익의 귀속으로 이어지는 것은 아니기 때문에²³⁾ 공정거래법 제23조의2 역시 내부거래 자체를 금지하는 것은 아니다. 그래서 동 규정은 내부거래의 목적을 고려하여, 총수일가에 부당한 이익이 귀속되는 내부거래로서 ① 상당히 유리한 조건의 거래, ② 사업기회의 제공, ③ 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래 등의 유형

22) 부당내부거래의 대표 사례로 LS그룹 과징금 처분을 다음과 같이 제시한다. 2018년 6월 공정위는 LS가 그룹 내 계열사 간 전기동 거래에 LS글로벌인코퍼레이티드를 끼워 넣고 이윤을 추가해 통행세를 몰아줬다며 공정거래법 위반으로 판단했다. 이에 따라 (주)LS와 LS니꼬동제련, LS전선 및 LS글로벌인코퍼레이티드에 총 259억 6,000만원의 과징금을 부과하였다(백주연, “‘내부거래’ 혐의 LS, 공정위 260억원 과징금에 불복해 오늘 첫 재판”, 서울경제, 2018. 11.30., <https://www.sedaily.com/NewsView/1S7E1RJKFX>). (검색일: 2019.4.15.)

23) 수직계열화, 거래비용 절감, 범위의 경제 등 효율성 목적을 위한 내부거래도 존재하기 때문이다.

에 해당하는 경우 등에만 규제하고 있다.

먼저, 사익편취행위의 지원주체는 상호출자제한기업집단에 속하는 회사일 것이 요구된다. 지원주체는 공정거래법 제14조의 규정에 따라 지정되는 기업집단을 가리키되, 동법 제21조 제2항에 따라 자산총액이 10조원 이상인 기업집단을 의미한다.²⁴⁾ 다만, 상호출자제한기업집단 중 동일인이 자연인이 아닌 기업집단(동일인이 회사나 조합인 기업집단²⁵⁾)은 규율대상에서 제외된다.

〈표 II-4〉 사익편취행위 금지규정

공정거래법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)

- ① 공시대상기업집단(동일인이 자연인인 기업집단으로 한정한다)에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다. 이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.
 1. 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
 2. 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위
 3. 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
 4. 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위
- ② 기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 거래는 제1항제4호를 적용하지 아니한다.
- ③ 제1항에 따른 거래 또는 사업기회 제공의 상대방은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 하여서는 아니 된다.
- ④ 특수관계인은 누구에게든지 제1항 또는 제3항에 해당하는 행위를 하도록 지시하거나 해당 행위에 관여하여서는 아니 된다.

24) 2018년 기준, 상호출자제한기업집단은 모두 32개에 해당하며, 소속회사의 수는 1,332개이다 (공정거래위원회 참고 www.ftc.go.kr).

25) 예컨대, 기업집단 포스코(동일인 포스코), 기업집단 농협(동일인 농협협동조합중앙회), 기업집단 케이티(동일인 케이티) 등을 들 수 있다.

사익편취행위의 거래상대방인 지원객체는 공정거래법 시행령 제38조 제2항에서 ‘특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정)’ 또는 ‘특수관계인이 발행주식 총수의 100분의 30(비상장 회사의 경우 100분의 20) 이상의 주식을 보유하고 있는 계열회사’ 일 것이 요구된다. 즉, 기업집단 소속 회사 A가 계열회사 a(지원객체)와 거래하는 경우, a의 지분이 20%(상장사인 경우 30%) 이상 총수일가(특수관계인)에게 속해 있을 때, 해당 규정의 적용대상이 된다. 이때의 특수관계인은 ① 당해 기업집단을 사실상 지배하고 있는 자(동일인), ② 동일인관련자 중 친족(배우자, 6촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척²⁶⁾)으로 한정된다.²⁷⁾

한편, 공정거래법 제23조의2 제1항에서 규제하는 행위유형은 4가지로 구분되며, 세부유형별 금지행위의 성립요건을 충족하여야 한다.²⁸⁾²⁹⁾

- 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
- 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위
- 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
- 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위

4가지 유형 중 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건(정상가격)보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위는 총수일가 사익편취행위

26) 공정거래법 제3조 제1호 가목.

27) 동법 시행령 제11조에 따른 특수관계인의 범위로는 ① 당해 회사를 사실상 지배하고 있는 자, ② 동일인관련자, ③ 경영을 지배하려는 공동의 목적을 가지고 당해 기업결합에 참여하는 자를 말한다.

28) 각 호에서 정한 행위는 「상법」에 도입되어 있는 대주주의 사익추구 규제에 관한 조항(기회유용 금지, 이사의 선관주의의무, 업무집행지시자의 책임 등)에 의해서도 규제 대상이 될 수 있다. 다만 「상법」에서는 위반행위에 관여한 이사 및 업무집행 지시자에 대한 책임 추궁을 하게 된다.

29) 세부적인 내용은 [별첨1] 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위의 유형 또는 기준을 참조할 수 있다.

중 제1호 및 제3호의 ‘상당히 유리한 조건의 거래’에 해당할 소지가 있다. 예컨대, 지원주체가 광고 판매 수익을 창출한 후 지원 객체로 하여금 합리적인 이유 없이 그 수익의 전부 또는 일부를 얻게 한 경우가 이에 해당한다. 다만, 기간, 시기, 규모, 종류, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계인이 아닌 자와 정상적으로 거래할 경우에 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건(정상가격)과의 차이가 7% 미만이고, 거래당사자 간 해당 연도 거래 총액이 50억원(상품·용역의 경우에는 200억원) 미만인 경우에는 상당히 유리한 조건에 해당하지 않는 것으로 본다.³⁰⁾

제2호에 해당하는 ‘사업기회의 제공’ 유형에는, 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회로서 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 제공하는 행위가 해당될 수 있다. 다만, ① 회사가 해당 사업기회를 수행할 능력이 없는 경우(가목), ② 회사가 사업기회 제공에 대한 정당한 대가를 지급받은 경우(나목), ③ 그 밖에 회사가 합리적인 사유로 사업기회를 거부한 경우(다목)에는 그 적용을 면제한다(동법 시행령 별표1의3 제2호).

마지막으로, 제4호에 해당하는 ‘합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래’(소위, 일감몰아주기) 유형이 있다. 해당 유형은 거래상대방 선정 및 계약체결 과정에서 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등 해당 거래의 의사결정에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고, 이를 객관적·합리적으로 검토하거나 다른 사업자와 비교·평가하는 등 해당 거래의 특성상 통상적으로 이루어지거나 이루어질 것으로 기대되는 거래상대방의 적합한 선정과정 없이 상당한 규모로 거래하는 행위를 말한다.³¹⁾ ‘상당한 규모로 거래’에 해당하는지 여부는 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 거래 당시 지원객체의 경제적 상황, 지원객체가 얻은 경제상 이익, 여타 경쟁사업자의 경쟁능력 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단한다. 다만, 거래당사자간 상품·용역의 해당 연도 거래총액(2 이상의 회사가 동일한 거래상대방과 거래하는 경우

30) 즉, 거래조건 차이와 거래총액 요건을 모두 충족하는 경우에 적용제외 범위에 해당하는바, ① 거래총액은 적으나 정상적인 거래조건과의 차이가 많은 경우, 또는 ② 정상적인 거래 조건과의 차이는 작으나 거래총액이 많은 경우에는 법적용 제외요건에 해당하지 않는다.

31) 공정거래법 시행령 별표 1의3 “특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위의 유형 또는 기준”

에는 각 회사의 거래금액의 합계액이 200억원 미만이고, 거래상대방의 평균매출액의 12% 미만인 경우에는 상당한 규모에 해당하지 않는 것으로 본다(동법 시행령 별표 1의3 제4호). 또한 제4호에 해당하는 행위라 하더라도 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우에는 법적 용의 예외를 인정하고 있다.³²⁾ 즉, 동법 시행령 별표 1의4에서 열거하고 있는 거래의 유형에 해당하여야 하며, 크게 ① 효율성 증대효과가 있는 거래, ② 보안성이 요구되는 거래, ③ 긴급성이 요구되는 거래가 있다. 이때, 예외사유에 해당하는지 여부에 대한 입증책임은 예외사유를 주장하는 해당 사업자에 있다.

이러한 세부유형별 금지행위에 해당하고 그 결과 총수일가에게 부당한 이익이 귀속되었다는 것이 입증되는 경우, 동 규정에서 금지하는 사익편취행위에 해당하는 것으로 판단된다. 즉, 법 제23조 제1항 제7호에서 행위요건과 더불어 부당성(공정거래저해성) 요건을 입증하여야 하는 것과는 차이가 있다. 다만, 동 조항에서 규정하고 있는 행위유형은 동법 제23조 제1항 제7호에서 규정하는 부당내부거래 행위 유형과 일부 중복되는 특징을 가지고 있다. 예컨대, ‘상당히 유리한 조건의 거래행위’(법 제23조의2 제1항 제1호, 제3호)는 부당내부거래행위 중 ‘상당히 유리한 조건의 거래행위’와 중복된다. 그러나 이 외의 유형, 즉 ‘사업기회의 제공’(법 제23조의2 제1항 제2호) 및 ‘합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래 행위’(동조 동항 제4호)의 경우에는 부당내부거래 행위 유형과는 다른 요건을 갖고 있다고 볼 수 있다.

한편, 사익편취행위로 인정되는 경우, 해당 특수관계인 또는 회사는 관련매출액³³⁾의 5% 범위 안에서 과징금이 부과될 수 있으며(법 제24조의2 제2항), 해당 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 중지 및 재발방지를 위한 조치, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 받을 수 있다(법 제24조). 지원객체 또한 지원을 받는 행위를 하지 않아야 할 의무를 부담하며, 부당지원행위에 대해 과징금이 부과되고 시정조치의 대상

32) 사익편취행위의 금지유형 중 제4호에 해당하는 일감몰아주기에 한하여 적용된다.

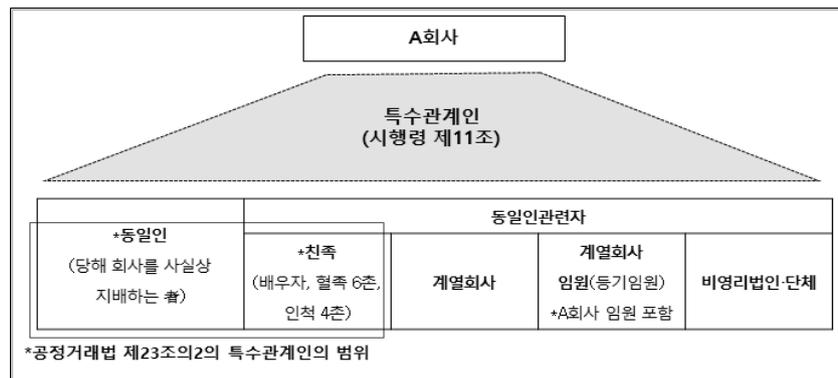
33) 공정거래법상 관련매출액은 위반사업자가 위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액을 말한다. 다만, 위반행위가 상품이나 용역의 구매와 관련하여 이루어진 경우에는 관련 상품이나 용역의 매입액을 말하고, 입찰담합 및 이와 유사한 행위인 경우에는 계약금액을 말한다(「공정거래법 시행령」 제9조 제1항).

이 될 수 있다(법 제23조 제2항, 제24조, 제24조의2).

다. 부당지원행위와 사익편취행위의 비교

공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위와 동법 제23조의2의 사익편취행위는 국내에서 재벌의 경제력 집중을 억제한다는 취지에서 서로 보완적인 관계에 있고, 실제로 행위유형의 대부분이 겹치기도 한다. 그렇기 때문에 다소 유사한 것으로 보이지만,³⁴⁾ 실질적으로 규제의 목적 및 규제대상, 위법성 요건 등에서 차이가 있다.

첫째, 법 제23조 제1항 제7호(부당지원행위)는 경제력 집중을 억제하고 경쟁 저해행위를 방지하는 것이 규제목적인 반면, 법 제23조의2(사익편취행위)는 대기업집단 총수일가의 사익편취행위를 규제하는 것이 규제목적이라는 점에서 차이가 존재한다. 둘째, 법 제23조의2(사익편취행위)의 규제대상이 일반적인 특수관계인의 범위보다 협소하다. 부당지원행위는 사업자 일반이 수범자인 반면, 법 제23조의2(사익편취행위)에서 사익편취행위의 주체는 상호출자제한기업집단에 속하는 회사이어야 하므로, 국내 회사들의 자산총액의 합계액이 10조원 이상인 기업집단만이 해당된다.



[그림 II-1] 공정거래법 제23조의2의 특수관계인의 범위³⁵⁾

34) 또한 2개의 규제가 '일반-특별'의 관계가 있는 것이 아니라, 규제 내용이 다른, 병렬적 관계가 있는 것으로 해석되는 것이 일반적이다.

셋째, 2개의 규정에서 정하는 행위유형에서 중복되는 ‘상당히 유리한 조건의 거래’는 법 제23조 제1항 제7호(부당지원행위)에서 ‘상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하는 행위’와 ‘과다한 경제상 이익을 제공’하는 것을 의미하는 반면, 법 제23조의2(사익편취행위)에서는 ‘정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하는 행위’를 의미한다. 즉, 법 제23조의2(사익편취행위)의 경우 ‘상당한 규모로 제공 또는 거래하는 행위’와 ‘과다한 경제상 이익을 제공’하는 행위가 해당되지 않는다.

〈표 II -5〉 부당지원행위와 사익편취행위의 비교(차이)

구분	부당지원행위(제23조제1항7호)	사익편취행위(제23조의2)
규제목적	경제력집중 억제	사익편취행위 규제
규제내용	다른 회사를 부당한 방법으로 지원하는 행위 금지	총수일가에 부당한 이익을 제공하는 행위 금지
규제대상	모든 기업	상호출자제한기업집단 소속회사
지원객체	특수관계인 또는 다른 회사 (계열회사 요건 불필요)	총수일가 또는 총수일가가 일정비율 이상 지분 (상장사 30%, 비상장사 20%)을 보유한 계열사
금지행위 유형	① 정상가격에 비해 상당히 유리한 조건의 거래 ② 거래상 실질적인 역할이 없는 회사를 매개로 거래(소위 통행세 행위)	① 정상가격에 비해 상당히 유리한 조건의 거래 ② 사업기회 제공 ③ 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래
안전지대 여부	해당없음	① 상당히 유리한 조건의 거래: 정상가격과의 차이가 7% 미만이고, 연간 거래금액이 50억원(상품·용역의 경우에는 200억원) 미만인 경우 ② 상당한 규모의 거래: 연간 거래총액이 200억원 미만이고, 거래상대방 평균매출액의 12% 미만인 경우
위법성 판단요건	지원행위의 부당성 (공정거래저해성 또는 경제력집중 우려)	지원행위 (부당성에 대한 별도입증 불필요)

35) 2013.4 국회 법률안심사소위원회 심사 자료를 바탕으로 재구성하였다.

마지막으로, 실무적인 측면에서 가장 큰 차이는 법 제23조의2(사익편취행위)는 부당성 요건이 필요 없다는 점이다. 이익의 부당성은 보통 지원 금액에서 나타나는 것으로 「부당한 지원행위의 심사지침」에서 정하는 기준인 7% 이상일 경우 부당한 것으로 간주하고 있다. 하지만 법 제23조의2(사익편취행위)는 동일한 일가에게 부당한 이익이 귀속되었다는 점이 입증되면 행위 자체의 부당성에 대한 입증 없이도 제재대상으로 삼을 수 있다. 즉 부당성(공정거래저해성)에 대한 입증 요건이 필요하지 않고 지원행위의 발생 자체가 규제대상이 되는 것이다. 하지만 7% 기준이 충족될 경우에만 대상이 되므로, 실질적으로는 부당성을 동일한 기준으로 판단하고 있다.

2. 배출권거래법상 규제

가. 배출권 거래의 개요

지난 2010년 제정된 「저탄소 녹색성장기본법」을 근거로 하여 2012년 5월에 배출권거래법(이하 함)이 제정되었고, 이에 근거하여 2015년부터 한국거래소 내에서 배출권거래가 시행되었다.³⁶⁾

배출권은 거래의 대상이 되는 일종의 재산권³⁷⁾의 성격을 가지고 있으며, 할당대상 업체에 할당된 온실가스 배출허용량인 ‘할당배출권(KAU: Korean Allowance Units)’과 배출권거래법 제29조에 따라 외부사업 온실가스 감축량에서 전환된 배출량인 ‘상쇄배출권³⁸⁾(KCU: Korean Credit Units)’, 그리고 ‘외부

36) 최근 3년간 온실가스 배출량 또는 자발적 참여 신청 업체를 거래에 포함하고 있다(임호선 외, “국내 배출권거래제 도입에 따른 주요 쟁점사항 및 정책적 시사점 -국내 반도체 산업을 중심으로-”, 「한국기후변화학회지」 제5권 제2호, 한국기후변화학회, 2014, 183면).

37) 배출권은 사적유용성과 처분가능성이라는 재산권의 두 가지 요소를 모두 충족하고 있으므로 헌법상 재산권으로서의 성격으로 갖고 있는 것으로 볼 수 있다. 다만 배출허용량의 본질 및 실제 배출권의 개념 등을 고려할 때 배출권거래법에 의해 새롭게 창설된 무체재산권의 일종으로 보아야 한다.

38) 상쇄배출권은 외부사업을 통해 인증된 KOC를 제출 가능한 배출권으로 전환한 배출권을 의미하며, 인증실적 1 이산화탄소 상당량 톤(tCO₂ eq)을 상쇄배출권으로 전환 시에는 1 상쇄배출권(KCU)으로 전환되고 1 할당배출권(KAU)과 동일한 효력을 갖는다.

사업 인증실적((KOC: Korea Offset Credit) 등 3가지로 구분할 수 있다.³⁹⁾ 이 때, 배출권의 할당은 ‘온실가스 감축 로드맵’(14.1월), ‘배출권거래제 제 1차 기본계획(2014)’, ‘배출권거래제 제 2차 기본계획(2017)’에서 제시된 국가 감축목표 및 배출허용총량 산정원칙에 따라 산정되며, 국가 배출권 할당계획에서 정하도록 하고 있다.

〈표 II-6〉 배출권종별 특징⁴⁰⁾

구분	할당배출권(KAU)	상쇄배출권(KCU)	외부사업 인증실적(KOC)
개념	- 정부로부터 할당받은 배출권	- KOC를 전환한 배출권	- 외부사업을 통하여 인증한 실적
보유가능업체	- 할당대상업체	- 할당대상업체	- 외부사업 사업자 - (할당대상업체 포함)
보유 유연성	- 이월, 차입 가능	- 이월, 차입 가능	- 보유기한 없음
거래유형	- 장내, 장외거래	- 장내, 장외거래	- 장내, 장외거래

배출권은 일반적으로 매매나 그 밖의 방법으로 거래할 수 있으며, 배출권의 거래는 장내시장(exchange)과 장외시장(OTC: over-the-counter)에서 이루어지는 거래로 나뉜다.

장내시장의 경우 한국거래소에 개설된 배출권거래소 내에서 표준화된 상품을 거래하는 시장이며, 대부분 거래소 운영규정으로 정하고 있다.⁴¹⁾ 장내시장은 거래 참여자들의 호가를 기준으로 경쟁방식에 따른 거래가 이루어지는 경쟁매매 뿐만 아니라, 거래 쌍방의 상호 협의를 통한 협의매매도 가능하다. 장내거래 중

39) 배출권거래제는 크게 ‘배출권거래제 할당제도’와 더불어, 외부사업자가 외부사업을 통해 발행된 인증실적(KOC)을 배출권거래제 할당대상 업체 등에게 판매하고, 할당대상 업체는 구매한 외부사업 인증실적을 상쇄배출권(KCU)으로 전환하여 배출권거래제도에서 배출량을 상쇄하거나 또는 상쇄배출권으로 거래할 수 있는 ‘배출권거래제 상쇄제도’로 구분된다(국토교통부·한국에너지공단, “건물부문 온실가스 배출권거래제 상쇄제도 외부사업”, 2018, 6면).

40) 오주홍, “국내 탄소시장 전망 및 배출권 거래 전략”, 한국기후변화대응연구센터 자료 참고, http://www.bodacompany.co.kr/crik/201605/201605_report01-1.pdf

41) 운영규정에는 회원제도, 매매방법, 청산결제방법, 시장관리, 시장감시, 분쟁조정 방법 및 초기 할당을 위한 경매 방안 등이 포함된다.

경쟁매매에 의한 거래는 호가 제출 시스템을 이용하여 매수자는 거래 전 거래 대금 및 수수료(거래대금의 0.1%)에 상당하는 금액을 거래소 내 가상계좌에 사전입금하고 매도자는 거래 수수료를 제외하고 대금을 입금하는 방식으로 이루어진다. 이러한 경쟁매매 방식은 보통 정상가격에 의한 거래로 추정되어, 공정거래법상 부당지원행위 등이 적용될 가능성이 매우 낮다.

〈표 II-7〉 배출권 시장에 따른 특징 비교⁴²⁾

구 분	장외(중개거래)시장	장내시장
거래 대상	발행시장 크레딧 유통시장 크레딧 할당량(일부)	유통시장 크레딧 할당량(일부)
거래 방식	협의를거래	경쟁매매 협의를거래
장점	유연한 거래 조건	거래의 안전성, 신속성 시장의 높은 유동성
단점	높은 거래 비용	연회비/수수료 유연한 거래조건 불가

반면 협의매매는 Bulletin Board나 배출권 중개자를 이용하여 거래 상대자 계좌번호, 호가가격/수량을 입력하여 거래하고, 장 마감 후 배출권 등록부(ETRS)를 통하여 배출권을 확인하는 방식으로 한다. Bulletin Board는 장외거래를 장내거래로 유도하는 제도적 장치로서, 1,000톤 이상의 배출권을 매매하고자 하는 회원은 해당 게시판에 희망 가격과 매수·매도 수량 등을 게시하고 다른 회원과 협상을 진행할 수 있다. 게시판을 통해 회원들의 주문 제출 시 발생하는 거래 부담이나 협의매매를 위한 거래상대방을 탐색하는 비용을 절감하는 효과가 존재한다. 협상을 통한 Bulletin Board의 거래방식으로 인하여, 협의매매는 부당지원행위 및 내부거래행위로 판단될 가능성이 있다.

배출권 거래는 거래소 플랫폼 외에서 이루어지는 시장인 장외시장에서의 거래도 가능하다. 장외거래에 대한 세부사항은 「온실가스 배출권의 거래 및 감독

42) (주)에코시안 홈페이지 참고, <http://www.ecosianrc.com/bbs/content.php?pageid=1310>

에 관한 고시」에서 정하고 있으며,⁴³⁾ 이는 자본시장법 제166조 및 동법 시행령 제177조(장외거래 방법)와 유사한 조항이다.

장외시장에서의 거래는 기본적으로 계약의 유연성으로 인해 거래당사자의 거래 목적에 맞는 다양한 형태로 계약이 가능하다는 특징을 가지고 있다. 배출권 장외시장에서는 보통 거래 쌍방의 상호 협의 하에 단일의 매도자와 매수자 간에 매매하는 방식⁴⁴⁾으로 거래가 이루어지며, 발행시장 크레딧(pCER 등), 유통시장 크레딧(sCER 등), 할당량(EUA 등)이 모두 거래될 수 있다. 다만 발행시장 크레딧은 오직 장외시장에서만 거래되는 것이 특징이다.

〈표 II -8〉 2015~2017년 연도별 배출권 장내·장외 거래현황⁴⁵⁾

(단위: tCO₂ eq, %)

구분	장내거래					장외거래		총계
	소계	협의매매	경쟁매매					
'15년	1,242,097	1,191,000	21	51,097	1	4,491,702	78	5,733,799
'16년	5,107,657	3,025,521	25	2,082,136	18	6,790,992	57	11,898,649
'17년(10월)	12,284,056	8,481,848	39	3,802,028	17	9,544,044	44	21,828,100
총계	18,633,810	12,698,369	32	5,935,261	15	20,826,738	53	39,460,548

국내에서는 배출권 거래제 시행 초반에 전체 거래량의 62%가 장외에서 거래될 만큼 장외거래가 더 활발했다. 이는 할당배출권의 거래가 부진한 가운데 청정개발체제(CDM: Clean Development Mechanism) 사업을 통해 다량의 배출권을 보유하고 있던 업체들이 이를 외부사업 인증실적(KOC)으로 인정받아 거래에 참여했기 때문인 것으로 판단된다.⁴⁶⁾ 그러나 2차 이행연도 배출권 시장에서는 할당배출권의 거래량이 큰 폭으로 늘어났으며, 협의대량매매⁴⁷⁾의 급증에

43) 배출권거래법 제19조 제3항 및 동법 시행령 제25조 제3항에서 배출권 거래에 관한 세부사항을 고시에서 정하도록 위임하고 있다.

44) 「온실가스 배출권의 거래에 관한 고시」 제26조(배출권 장외거래의 방법).

45) 한국거래소, www.krx.co.kr 온실가스종합정보센터 http://www.gir.go.kr 참고.

46) 김길환·심성희, “우리나라 온실가스 배출권거래제 진단과 개선방안”, 에너지경제연구원 보고서, 2017, 4면.

47) 협의대량매매는 사실상 장외거래를 장내거래로 이전한 성격의 거래를 말하며, 이러한 거래의

따라 장내거래 규모가 크게 증가되었다는 특징이 있다.

나. 배출권 거래와 부당내부거래 행위

현행 배출권거래법은 온실가스 배출권 거래에서 발생할 수 있는 불공정거래에 관하여 자본시장법을 준용하도록 하고 있다. 예컨대, 배출권거래법 제22조는 “배출권 거래소에서의 거래와 관련된 시세조종행위 등의 금지 및 배상책임, 부정거래행위 등의 금지 및 배상책임 등”에 관하여는 자본시장법 제176조부터 제179조까지 및 제383조의 시세조종행위 금지 및 배상책임 규정을 준용하도록 규정한다. 특히 부당내부거래 행위가 포함되는 불공정거래행위와 관련하여 자본시장법 제176조 제1항부터 제3항까지 준용하도록 하고 있다. 즉, ① 누구든지 배출권의 매매에 관하여 그 매매가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나, 그 밖에 타인에게 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 행위를 하여서는 안 되며, ② 누구든지 배출권의 매매를 유인할 목적으로 행위를 하여서는 안 된다. 또한 ③ 누구든지 배출권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 그 배출권에 관한 일련의 매매 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위를 하여서는 안 된다.

〈표 II-9〉 자본시장법 준용규정

배출권거래법 제22조(배출권 거래소 등)

③ 배출권 거래소에서의 거래와 관련된 시세조종행위 등의 금지 및 배상책임, 부정거래행위 등의 금지 및 배상책임, 정보이용금지에 관하여는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제176조제1항·제2항 및 제3항 각 호 외의 부분 본문, 제177조(「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제176조제1항·제2항 및 제3항 각 호 외의 부분 본문을 위반한 경우만 해당한다)부터 제179조까지 및 제383조제1항·제2항을 각각 준용한다. 이 경우 “상장증권 또는 장내파생상품” 또는 “금융투자상품”은 “배출권”으로, “전자증권중개회사”는 “배출권 거래를 중개하는 회사”로, “거래소”는 “배출권 거래소”로, “금융투자업자 및 금융투자업관계기관”은 “배출권 거래소 회원”으로 본다.

증가는 시장의 매매수요가 있다는 사실을 입증한다.

다만 ‘배출권 거래소에서의 거래’ 즉, 장내거래에만 적용될 수 있는 조문 형식을 취하고 있어, 배출권 장외시장에서 발생하는 불공정거래에 대하여 자본시장법의 준용에 문제가 될 가능성이 있다.

(1) 장내시장에서의 부당내부거래 행위 가능성

장내시장의 경우 한국거래소에 개설된 배출권거래소 내에서 표준화된 상품을 거래하는 시장이며, 장내시장은 거래 참여자들의 호가를 기준으로 경쟁방식에 따른 거래가 이루어지는 경쟁매매뿐만 아니라 거래 쌍방의 상호 협의를 통한 협의매매도 가능하다.

장내시장에서 부당내부거래 행위가 발생할 가능성이 있는 경우는 협의매매에 한정된다. 협의매매⁴⁸⁾란 당사자 간 협의를 하고, 호가시스템을 통해서 매수인 및 매도인이 시스템을 통해 호가를 제출하면 거래소가 거래를 체결하는 방식이다. 거래량은 실시간으로 공개하고 총 거래대금은 장 종료 이후 공개된다. 정보가 공개된다고 하여도 협의 호가의 설정이 기준가격의 $\pm 10\%$ 이내로 가능하기 때문에, 현행 부당지원행위의 객관적 요건인 7% 이상에 해당될 수 있다. 다만 이때 해당 협의매매 시점에서의 공정가격에 따라 부당지원행위 등에 해당하는지 판단될 수 있다. 협의매매를 위한 호가 접수 시간은 10:00~11:30이며, 해당 거래정보가 실시간으로 공개되기 때문에 시장가격형성에 영향을 줄 수 있다. 예를 들어, 협의매매를 기준가격의 +10%로 하였다면, 배출권거래시장 가격은 전반적으로 상승하게 된다. 이 경우 시장가격과 협의매매가격 간 차이가 7% 미만으로 조정될 가능성이 높다. 이를 감안하여 정상가격의 설정이 바람직하다. 익명인 Bulletin Board를 통해 협의매매를 진행하는 경우 상대방이 특정되지 않기 때문에 부당지원행위로서 판단하기 어렵다. 다만, 협의 진행과정 중에서 상대방을 특정할 수 있고, 거래 일방이 특정 상대방을 찾기 위한 노력을 하는 등의 행위가 있었다면 Bulletin Board를 활용한 협의매매라고 하더라도 거래상대방을 특정할 수 있다. 정상가격의 적절한 설정 이후 7% 요건을 충족하였다고 하더라도 부당내부거래로서 부당지원행위에 해당하려면 부당성 요건을 충족해야 한다.

48) 한국거래소 규정제도 협의매매 참고, <http://regulation.krx.co.kr/contents/RGL/04/04030303/RGL04030303.jsp>

또한 거래 양 당사자의 관계가 공정거래법 제23조의2에서 규정하는 요건을 충족하여야 한다. 다만, 목적요건이기는 하나, 「부당한 지원행위의 심사지침」상 부당지원행위 판단기준에 해당하는 경우 부당성이 추정되고 있다. 7% 요건을 충족했다면 Bulletin Board를 통한 거래는 거래당사자간 관계요건에 관한 인지 여부를 주장하는 측인 공정거래위원회에서 입증하여야 한다.

(2) 장외시장에서의 부당내부거래행위 가능성

배출권 거래는 장외시장에서 이루어질 수 있는데, 이 경우에도 장내거래와 마찬가지로 배출권 등록부에 거래내용을 등록하여야 한다. 장외거래는 호가제한이 없기 때문에 당사자 간에 합의된 가격에 의하여 거래가 이루어진다. 거래가격의 상·하한 제한이 없고 합의에 의해 거래가 이루어지므로 정상가격의 산정 기준이 쟁점이 될 수 있다. 장외거래에서 정상가격을 산정하는 기준시점은 당사자 간 거래계약을 체결 시점으로 하는 것이 합리적이다. 정상가격의 기준가격은 한국거래소의 거래가격으로 하며, 거래소의 가격이 변하기 때문에 종가를 기준으로 하는 것이 적절할 것으로 판단된다.

장외거래의 경우에는 실제 수요자와 공급자에 대한 정보를 취득하기 어렵다. 즉, 거래의 익명성이 보장된다는 측면에서 투자자의 거래 편익을 제고한다는 장점이 있다. 장외거래에서는 비상장, 비정형적인 거래의 특성으로 인해 규제가 약하고, 거래당사자들의 필요를 충족시키는 다양한 형태의 계약관계 구성이 가능하기 때문이다. 이러한 측면에서 장외거래는 바람직하지 않은 방식으로 이루어지고 그로 인하여 강한 규제가 필요한 것으로 사료된다.

다만, 장외거래의 경우에도 개별 상황에 따라 공정거래법상의 규제를 받는 행위로 판단될 가능성이 있다. 배출권의 경우 직접손해를 끼칠 가능성은 크지 않으나, 장외거래를 통해 계열사 간 거래가 횡행할 경우 영세한 업체만 배출권 시장에서 거래를 하게 된다. 따라서 거래가 축소되고 거래물량이 부족하여 배출권 시장이 위축되는 문제가 발생할 수 있으므로 거래의 세부내용에 따라 부당 지원행위에 해당할 가능성이 있는 것이다. 이때 장외거래에서 7% 요건을 충족한 경우, 법 제23조 제1항 제7호(부당지원행위)의 경우에는 부당성을, 법 제23조의2(사익편취행위)의 경우에는 당사자 간 관계요건을 충족한다면 각 규제의

대상이 된다.

다음 두 가지 예시를 통하여 내부거래로 인한 법적 문제 발생 가능성과 적용 법령에 대해 살펴보고자 한다.

〈예시 1〉

A기업과 B기업(A기업과 B기업은 특수관계인의 관계가 아님)은 2018년 △월 △일에 배출권 가격의 인상과 공급량 등을 정하기로 합의하였다. 또한 2019년 ○월 ○일에는 B기업의 배출권 가격을 사전에 정해놓고 거래를 체결하여, 가격의 변화가 자유로운 공개경쟁시장에서의 자율적인 수요공급에 따른 정상적인 것인 양 타인을 오도하였다. 이러한 행위는 통정거래(통정매매)로서 부정거래행위에 해당한다고 볼 수 있으며, 배출권 시장의 건전성을 해할 수 있는 행위로서 자본시장법 제176조(시세조종행위 등의 금지) 제1항을 준용하여 배출권거래법 제22조(배출권 거래소 등) 제3항에 따라 금지된다. 따라서 이를 위반한 자는 배출권거래법 제41조(벌칙) 제1항에 따라 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 1억원을 초과하는 경우에는 그 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

* A기업(매수인), B기업(매도인)

〈예시 2〉

C기업(모회사)과 C기업이 100% 출자한 D기업(자회사)이 배출권을 장외거래하였다. 거래 시점의 배출권의 정상가격이 30000원이었고, C기업이 D기업에 32500원에 배출권을 매도하였다⁴⁹⁾. 이는 공정거래법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항에 위반되나, 장외에서 거래를 한 경우로서 배출권거래법에 위반되는 것은 아니다.

49) 위의 사례에서는 정상가격보다 약 8.3% 높게 거래한 경우이며, 정상가격보다 7%를 초과하여 낮게 거래하는 경우도 7% 요건에 위반된다.

〈예시 1〉은 통정거래로서 배출권거래법에는 위반되나 특수관계인이 아닌 A, B기업 간의 거래이므로 공정거래법에는 저촉되지 않는다고 볼 수 있다. 〈예시 2〉는 특수관계인인 C, D기업의 거래이며 7% 요건에 위반되므로 공정거래법에는 저촉된다. 반면, 배출권거래법 제22조에서 ‘배출권 거래소에서의 거래’ 즉, 장내거래에만 적용될 수 있는 조문 형식을 취하고 있어, 배출권 장외시장에서 발생하는 불공정거래행위에 대해서는 적용하기 어렵다. 따라서 공정거래법과는 달리 배출권거래법에는 저촉되지 않을 수 있다.

3. 소결

배출권 거래제는 배출권을 할당받은 업체들이 온실가스를 배출하기 위하여 배출권의 초과분 혹은 부족분에 대해서 거래할 수 있는 제도이다. 기업들은 타 업체와 배출권을 거래할 수 있지만, 특수 관계에 있는 계열사와 거래하는 등 내부거래행위도 하나의 거래방식으로 나타난다. 우리나라의 경우, 해외와 달리 재벌구조로 이루어져 있기 때문에 내부거래행위의 발생 가능성이 크다. 이에 따라 회사 계열사 간 거래를 통해 배출권을 시장가격보다 싸게 혹은 비싸게 거래함으로써 영업이익이 과소 또는 과대하게 나타나는 문제가 발생할 수 있다. 따라서 본 장에서는 배출권 거래에서도 발생할 수 있는 부당내부거래 행위의 규제 가능성을 검토하여, 기존 공정거래법상의 규제가 적용될 가능성이 있음을 확인하였다. 즉, 배출권 거래시장에서 나타나는 부당내부거래 행위 역시 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 동법 제23조의2에서 금지하고 있는 부당지원행위와 사익편취행위에 해당하며 관련 규정이 적용될 여지가 있다.

특히 배출권 거래제는 장내시장 및 장외시장의 거래에서 부당내부거래행위가 발생할 수 있으므로, 각 시장에서의 거래를 구분할 필요가 있다. 장내시장에서의 거래는 협의매매 과정에서 부당내부거래 행위가 발생할 여지가 존재한다. 해당 거래가 7% 요건을 위반한 경우, 부당성 요건 또는 관계요건을 충족한 경우에 공정거래법 제23조 제1항 제7호 또는 동법 제23조의2에서 정하는 규제대상이 될 수 있다. 일반 금융시장에서의 법리를 이용하여 배출권 거래에 입증하기 어렵기에 해당 법령을 적용할 수 있을지에 대한 논의가 다소 있으나, 이론상으

로는 고려해볼 수 있다고 사료된다. 다만 배출권거래법 제22조의 해석상 장외 거래에 적용되지 않는 것으로 보이므로, 장외시장에서의 거래 시 부당내부거래 행위를 어떻게 규제할지의 문제가 존재한다.

Ⅲ. 배출권 장내외 거래 현황 및 가격 분석

배출권 거래는 한국거래소 내에서 이뤄지는 장내거래와 당사자 간 합의로 이뤄지는 장외거래를 통해 가능하다. 지난 제1차 이행연도인 2015년 1월 거래가 시작된 시점부터 2017년 10월까지의 데이터를 기반으로 살펴보면 장내거래는 1,116건(80.1%), 장외거래는 278건(19.9%)으로 총 1,394건이 발생하였다. 또한 전체 거래량은 3,936만 톤으로 장내거래의 경우 1,834만 톤(46.6%), 장외거래의 경우 2,102만 톤(53.4%)이 거래되어, 주로 장외거래의 비중과 건당 평균 규모가 컸음을 알 수 있다. 할당배출권(KAU), 상쇄배출권(KCU), 외부사업 인증 실적(KOC)의 거래 양상을 살펴보면, 장내거래일 경우 KAU의 거래가 79.3%를 차지하여 가장 많고 장외거래일 경우 대부분이 KOC 거래로 이뤄지고 있다. KOC는 특히 2016년 5월 말에 한국거래소에 상장되면서 제2차 이행연도에 와서 주로 거래가 활성화되었다.

1. 배출권 거래량 분석

연도별로 살펴보면 2015년에 126건, 총 573만 톤, 2016년에는 491건이며 1,183만 톤, 2017년 1월부터 10월 27일까지 777건, 2,179만 톤이 거래되어 지속적으로 증가하고 있다. 각 연도에 거래된 배출권 총량은 2015년(장외거래 78.3%), 2016년(56.8%)에 장외거래가 더 큰 비중을 차지하다가 2017년에 들어 45.0%까지 감소하여 배출권 시장 개장 이후 어느 정도의 적응기 이후 장내거래가 비교적 활성화된 것으로 판단할 수 있다.

〈표 Ⅲ-1〉 배출권 종류 및 시기별 거래량 (전체/장내/장외)

(단위: 건, 만톤)

	전체			장내거래			장외거래		
	건수	평균 거래량	표준편차	건수	평균 거래량	표준편차	건수	평균 거래량	표준편차
전체	1,394	28,233	85,442	1,116	16,431	51,174	278	75,610	152,831
KAU	949	23,216	79,373	885	15,684	50,513	64	127,349	217,225
KCU	149	22,912	68,471	147	21,277	65,646	2	143,075	188,196
KOC	296	46,997	106,892	84	15,806	19,374	212	59,356	123,637
2015	126	45,506	102,182	63	19,716	71,579	63	71,297	120,728
2016	491	24,092	61,643	332	15,385	40,563	159	42,274	88,575
2017	777	28,049	94,679	721	16,626	53,445	56	175,117	255,640

자료: 한국거래소 거래 자료를 통해 저자 작성

장내거래의 경우 거래참여자들이 시장의 호가를 기준으로 거래하는 경쟁매매와 상호 협의를 통한 협의매매가 가능하다. 건수를 기준으로 할 때 경쟁매매가 86.3%(963건), 협의매매가 13.7%(153건)로 경쟁매매가 훨씬 큰 비중을 차지하고 있다.

〈표 Ⅲ-2〉 장내거래 중 경쟁매매와 협의매매 거래량

(단위: 건, 톤)

	전체	경쟁매매	협의매매
거래건수	1,116 (100%)	963 (86.3%)	153 (13.7%)
평균 거래량	16,431	6,141	81,197
총 거래량	18,336,996 (100%)	5,913,783 (32.3%)	12,423,141 (67.7%)

자료: 한국거래소 거래 자료를 통해 저자 작성

협의매매의 평균 거래량은 81,197톤(전체 1,242만 톤)이고 경쟁매매의 평균 거래량은 6,141톤이며, 전체 거래량은 각각 1,242만 톤, 591만 톤으로 협의거래가 약 2배 이상 많게 나타났다.

2. 배출권 거래가격 분석

다음으로, 배출권 거래가격의 양상을 살펴보면 <표 Ⅲ-3>과 같다. 우선 2015년 평균 가격이 11,063원/톤으로 나타나는 데 비해 2016년에는 17,099원/톤, 2017년 20,948원/톤으로 증가 추세에 있으며, 이와 같은 추세는 장내·외거래 모두에서 나타난다. 장내거래와 장외거래를 비교하면 장내거래의 가격이 2015년을 제외하면 다소 높으나, 표준편차는 장외거래에서 주로 좀 더 높게 나타나 변동성이 다소 높음을 확인할 수 있다.

<표 Ⅲ-3> 배출권 종류 및 시기별 평균 톤당 거래가격 (전체/장내/장외)

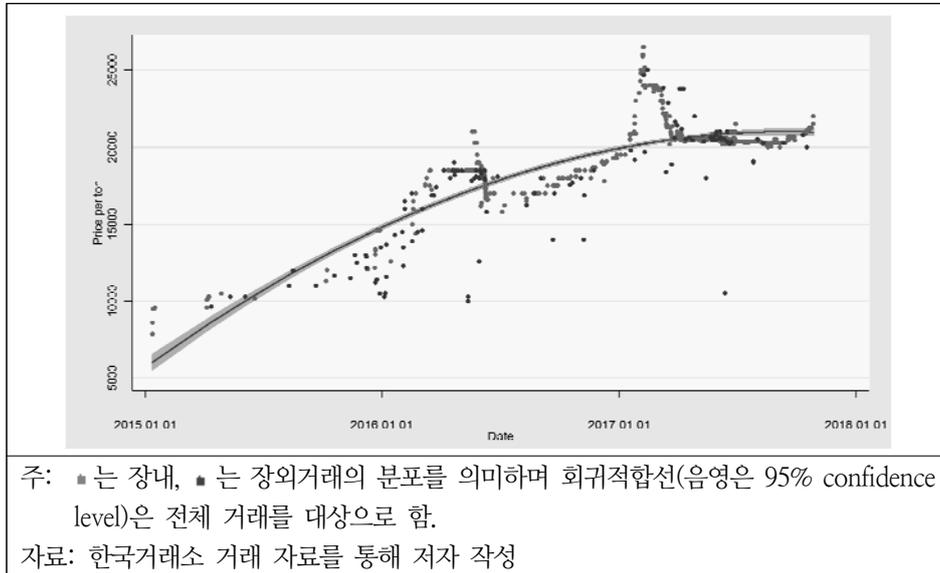
(단위: 건, 원/톤)

	전체			장내거래			장외거래		
	건수	거래가격	표준편차	건수	거래가격	표준편차	건수	거래가격	표준편차
전체	1,394	18,699	3,391	1,116	19,467***	2,807	278	15,616***	3,766
KAU	949	19,731***	2,663	885	19,795***	2,597	64	18,855***	3,349
KCU	149	16,992***	3,297	147	17,059***	3,265	2	12,125*	2,227
KOC	296	16,247***	3,887	84	20,227***	1,797	212	14,670***	3,325
2015	126	11,063***	1,533	63	10,898***	2,018	63	11,228***	780
2016	491	17,099***	2,006	332	17,824***	1,074	159	15,586	2,579
2017	777	20,948***	1,251	721	20,972***	1,175	56	20,637***	1,981

주: *는 10%, **는 5%, ***는 1% 유의수준에서 해당 그룹을 제외한 그룹의 평균 거래가격과 다름을 의미함.

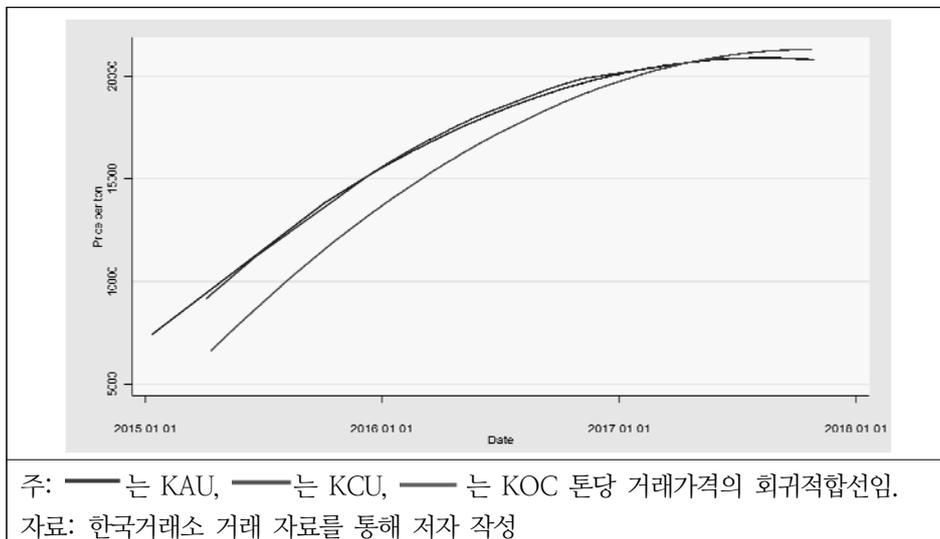
자료: 한국거래소 거래 자료를 통해 저자 작성

거래가격의 추이는 [그림 Ⅲ-1]과 같이 나타난다. 위의 통계에서 확인한 바와 같이 톤당 거래가격은 점차 증가하고 있으며, 특히 거래가 2016년 4~6월과 2017년 상반기에 집중적으로 발생하며 가격이 다소 형성되는 현상을 확인할 수 있다. 4월에서 6월은 지난 이행연도의 명세서 제출 이후부터 최종 정산까지의 기간으로 배출권 부족 업체가 진입하면서 가격이 상승하였으며, 정부의 시장 개입으로 가격이 다시 안정화되는 것으로 볼 수 있다. 2017년에도 전년도와 비슷한 현상을 관찰할 수 있다.



[그림 Ⅲ-1] 배출권 거래가격 추이

KAU, KCU, KOC 각각의 톤당 거래가격 추이는 다음과 같으며, 2017년 상반기에 거의 일치하는 것을 확인할 수 있다.



[그림 Ⅲ-2] 배출권 유형별 거래가격 추이

당사자의 쌍방 합의에 의하거나 중개사를 통한 장내 협의매매의 톤당 거래가격을 살펴보면 18,987원/톤으로 전체 그룹의 평균 거래가격에 비해 낮으며, 경쟁매매의 경우 19,543원/톤으로 다소 높은 수준으로 나타난다. 협의매매와 경쟁매매 두 그룹의 평균은 유의하게 다른 것으로 나타난다. 이를 통해 당사자 간의 협의를 통한 장외거래뿐만 아니라, 장내 협의매매에서도 시장의 호가와 다른 수준에서 거래가 이뤄지고 있음을 확인할 수 있고, 이는 시장 가격의 시그널링(signaling) 효과가 크지 않다는 점을 유추할 수 있다. 규모의 차이가 약 2배 이상 나타나는 것을 감안하면(〈표 Ⅲ-2〉 참고) 가격을 반영한 거래 규모는 두 집단 간에 더욱 크게 차이가 나기 때문에 장외거래뿐만 아니라 장내 협의매매에 대해서도 중요하게 분석할 필요가 있다.

〈표 Ⅲ-4〉 장내거래 중 경쟁매매와 협의매매 평균 거래가격

(단위: 건, 원/톤)

	전체	경쟁매매	협의매매
평균 거래가격	19,467	19,543 (2,837)	18,987 (2,562)

* 주: 괄호 안은 표준편차이며, t-test 결과 $p(\text{경쟁매매}-\text{협의매매})=0.0114$ 임.

자료: 한국거래소 거래 자료를 통해 저자 작성

가격을 고려한 전체 배출량 시장의 규모를 살펴보면, 분석기간 전체에 대해 약 7,151억원으로 나타난다.⁵⁰⁾ 그 중 1,116건의 장내거래 규모는 3,549억원, 장외거래는 3,614억원으로 거의 비슷한 규모로 나타나고 있다. KAU, KCU, KOC 각각의 규모는 4,384억원, 538억원, 2,232억원으로 나타난다. 2015년에는 장내·외 전체 거래의 규모가 631억원, 2016년에 2,008억원, 2017년에 4,522억원으로 나타나, 2017년 11~12월에 같은 추세로 거래가 이뤄진다고 가정하면 매해 약 3배까지 거래 규모가 확장되는 것으로 나타났다.

장내거래는 2015년에 139억원, 2016년에 906억원, 2017년에 2,502억원으로, 장외거래는 492억원, 1,102억원, 2,022억원으로 각각 증가한 반면, 장외거래의

50) 약 3년의 기간을 대상으로 하여 가격은 불변가격을 대상으로 하였다.

비중은 78.0%, 54.9%, 44.7%로 감소하였다.

〈표 Ⅲ-5〉 배출권 종류 및 시기별 거래 규모 (전체/장내/장외)

(단위: 건, 억원, %)

	전체		장내거래			장외거래		
	건수	규모	건수	규모	비중	건수	규모	비중
전체	1,394	7,151	1,116	3,549	49.6	278	3,614	50.1
2015	126	631	63	139	22.0	63	492	78.0
2016	491	2,008	332	906	45.1	159	1,102	54.9
2017	777	4,522	721	2,502	55.3	56	2,022	44.7

자료: 한국거래소 거래 자료를 통해 저자 작성

3. 배출권 부당지원행위 실증적 분석

지금까지는 2015년 1월 배출권 거래 시장이 개시된 이후부터 2017년 10월 말까지 장내거래와 장외거래, KAU, KCU, KOC 거래의 평균 가격 및 거래량과 연도별 추이를 살펴보았다. 다음에서는 앞서 살펴본 배출권 거래 부당지원행위의 가능성에 대한 법적 검토에 이어 실증적 분석을 제시하고자 한다.

매도기업과 매수기업이 같은 그룹 내에 포함된 경우는 장외거래 10건, 장내거래 27건이며 장내 중 협의매매의 경우는 22건으로 그룹 내 당사자 간 합의에 의해 거래가 이뤄졌던 경우는 전체 32건으로 파악된다. 경쟁매매이면서 그룹 내 거래인 5건에 대해서는 가격의 조정 여지가 없는 것으로 판단하여 분석에서 제외하였다. 본 절에서 사용하는 ‘그룹 내 협의 거래’는 매도기업과 매수기업이 같은 그룹에 포함된 장내 협의매매이거나 장외거래인 경우를 의미하며, ‘비협의 거래’는 그 밖에 모든 거래를 의미한다.

그룹 내 협의 거래의 톤당 거래가격은 19,847원/톤이며 비협의 거래의 톤당 거래가격은 18,672원/톤으로 나타나 전자의 경우 다소 높게 나타난다. 거래 비중은 그룹 내 협의 거래가 2016년에 6.3%, 2017년에 7.8%를 차지하며 가격을

고려한 거래규모의 비중은 2016년에 6.7%, 2017년에 7.7%로 나타난다.

〈표 III-6〉 거래 당사자 유형별 전체 거래량 및 톤당 평균 거래가격

(단위: 건, 만톤, 원/톤)

	전체			그룹 내 협의 거래			비협의 거래		
	건수	거래량	거래가격	건수	거래량	거래가격	건수	거래량	거래가격
전체	1,394	3,936	18,699	32	245	19,847	1,362	3,690	18,672
2015	126	573	11,063	-	-	-	126	573	11,063
2016	491	1,183	17,099	8	75	17,175	483	1,108	17,098
2017	777	2,179	20,948	24	170	20,738	753	2,009	20,955

자료: 한국거래소 거래 자료를 통해 저자 작성

본격적으로 여기에서는 그룹 내 기업 간에 협의한 배출권 거래가 시장의 거래에 비해 어떤 다른 특성을 가지는지 살펴보고자 한다. 앞서 법적 쟁점을 논의한 바와 같이, 기업 간 부당지원행위는 정상가격의 7% 수준을 벗어나는지 여부로 판단한다. 우선 그룹 내 협의 거래일 경우에는 그렇지 않은 경우보다 거래 규모(average treated effect)가 약 49,600톤⁵¹⁾ 정도 많은 것으로 나타났다. 마찬가지로 방법(average treated effect)으로 톤당 거래가격을 살펴보면, 그룹 내 협의 거래의 경우 1,175원/톤⁵²⁾ 높게 형성되었다. 이는 전체 평균 톤당 거래가격인 18,699원/톤의 6.3% 수준에 해당한다. 거래가격에 가격 추이의 비선형성을 감안하여 변수에 로그(log)를 취해 회귀분석(OLS)하는 경우에는 계수가 7.7% (0.0775³⁾)로 나타났다.

관측 수가 적어⁵⁴⁾ 이행연도별로 분석한 차이는 유의하지 않게 나타나기 때문에 위와 같은 결과에 해석에는 유의할 필요가 있으나, 회귀분석을 통해 2017년 10월 말까지의 배출권 거래 중 그룹 내 특수관계인 기업 간 거래에서는 비협의

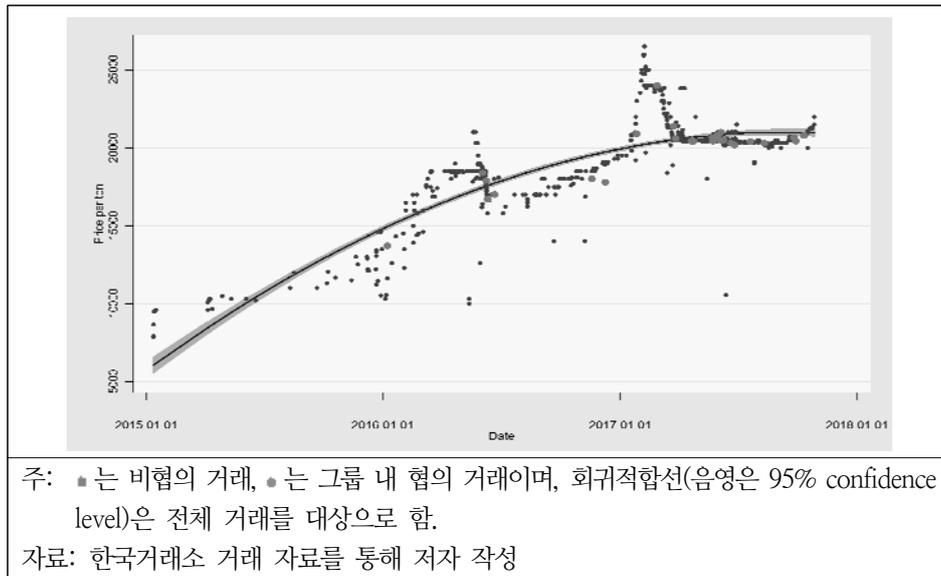
51) $T_{ATE} = E(Y(treated)) - Y(notreat)|X)$, p-value: .003

52) p-value: .000

53) p-value: .044

54) 거래 건수로 비교하면 약 2.3%이나 거래가격을 반영하면 6~7%이므로 유의미한 규모라고 할 수 있다.

거래의 톤당 거래가격보다 다소 높은 수준에서 가격이 형성되는 것을 확인할 수 있다. 이는 [그림 Ⅲ-3]과 같이 나타나며, 그룹 내 협의 거래의 경우 회귀선을 따라서 혹은 그 위에서 형성되었다.



[그림 Ⅲ-3] 그룹 내 협의 거래의 가격

IV. 결론

본 연구에서는 배출권 거래에서도 발생할 수 있는 부당내부거래 행위의 규제 가능성을 검토하였다. 먼저 공정거래법상의 규제가 적용될 가능성에 대하여 살펴본 결과, 배출권 거래시장에서 나타나는 부당내부거래 행위는 부당지원행위와 사익편취행위에 해당할 수 있다. 이에 따라 회사 계열사 간 거래를 통해 배출권을 시장가격보다 높거나 낮은 가격으로 거래함으로써 영업이익이 과소 또는 과대하게 나타나는 문제가 발생할 수 있다. 특히 장내시장 거래에서 해당 내부 거래가 7% 요건을 위반한 경우, 부당성 요건 또는 관계요건을 충족한 경우에 규제대상이 될 수 있다. 반면 장외시장에서의 거래 시 부당내부거래 행위에 대

해서는 뚜렷한 규제 수단을 발견할 수 없었다.

내부거래의 특성을 고찰하기 위해 전체 거래의 7% 내외를 점유하고 있는 ‘그룹 내 협의 거래’, 즉 매도기업과 매수기업이 같은 그룹에 포함된 장내 협의 매매이거나 장외거래인 경우를 특정하였다. 분석 결과 거래가격 원자료를 사용할 경우 그룹 내 협의 거래는 비협의 거래에 비해 6.3% 높게 가격이 형성되는 것으로 나타났다. 하지만 거래가격의 비선형성을 감안하여 로그를 적용한 후 분석한 결과에서는 그룹 내 협의 거래에서의 가격이 7.7% 높은 것으로 제시되었다. 즉, 현행 배출권거래제 하에서 이루어지는 일부 혹은 다수의 내부거래에서 7%의 기준을 초과하여 정상가격과 상당한 차이를 보일 가능성이 크다. 이는 배출권의 내부거래에 대한 규제 가능성 및 규제 필요성을 시사하는 것으로 해석할 수 있다.

향후 배출권거래제의 유상할당이 늘어나고 배출권의 가격이 높아지면, 내부거래를 통해 회사의 영업이익을 조작할 유인이 증가한다. 또한 배출권 거래시장에서 물량이 부족하거나 배출권 가격이 안정화되지 않는다면 배출권의 거래 또한 큰 의미를 가질 수 없다. 따라서 단일품목인 배출권 거래 시장을 활성화하고 배출권 시장 운영의 안정화를 위해 부당내부거래 행위가 지양될 필요가 있으며, 장외거래와 협의매매에 대한 모니터링이 엄격해지는 것이 바람직하다. 더 나아가, 장기적으로는 장외거래에 대한 부당내부거래 행위를 규제할 수 있는 근거 규정을 마련하여, 배출권 시장의 투명한 거래질서를 강화할 필요가 있다.

참고문헌

- 국토교통부·한국에너지공단, “건물부문 온실가스 배출권거래제 상쇄제도 외부사업”, 2018.
- 김길환·심성희·이지웅, “우리나라 온실가스 배출권거래제 진단과 개선방안”, 에너지경제연구원 보고서, 2017.
- 김남욱, “온실가스 배출권에 관한 공법적 검토”, 「공법학연구」 제18권 제3호,

- 한국비교공법학회, 2017.
- 김도경·윤용희, “배출권거래제 도입에 따른 자본시장법의 적용상 한계와 개선방안”, 「증권법연구」 제11권 제1호, 한국증권법학회, 2010.
- 김홍균, “온실가스 규제를 위한 방안 -탄소세인가? 배출권거래제인가?”, 「저스투스」 통권 제141호, 한국법학원, 2014.
- 심성희·이지웅, “우리나라 배출권거래제의 시장 왜곡 요인과 정책적 함의”, 「에너지경제연구」 제14권 제2호, 에너지경제연구원, 2015.
- 오주홍, “국내 탄소시장 전망 및 배출권 거래 전략”, 한국기후변화대응연구센터 자료, <http://www.bodacompany.co.kr/crik/201605/201605_report01-1.pdf>
- 윤효영, “배출권거래제도의 현황과 개선 방안 -탄소세와의 비교를 중심으로-”, 「강원법학」 제45권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015.
- 이덕연, “온실가스 배출권의 재산권화 및 상품화에 대한 비판적 고찰 -정치경제학, 생태철학 및 윤리학의 관점에서-”, 「강원법학」 제54권, 강원대학교 법학연구소, 2018.
- 임호선 외, “국내 배출권거래제 도입에 따른 주요 쟁점사항 및 정책적 시사점 -국내 반도체 산업을 중심으로-”, 「한국기후변화학회지」 제5권 제2호, 한국기후변화학회, 2014.
- 채종오·박선경, “한국의 탄소배출권 거래제 시행 1년 후 현황과 개선방안 -EU 배출권 거래제와 비교를 통하여-”, 「한국기후변화학회지」 제7권 제1호, 한국기후변화학회, 2016.

공정거래위원회 www.ftc.go.kr

한국거래소 www.krx.co.kr

(주)에코시안 홈페이지 참고, <http://www.ecosianrc.com>

[Abstract]

A Study on Intra-group Trading in Emission Permits in Korea

Kim, Jung-Wook

Senior Fellow, Korea Development Institute

Wi, Suh-Yeon

Senior Research Associate, Korea Development Institute

Yoo, Seong-Hee

Research Associate, Korea Development Institute

The Emission Trading Scheme is one of the environmental policies proposed as a long-term reduction plan to reduce greenhouse gas emissions, in response to climate change. Since expiration of the primary planning period at the end of 2017, companies that had previously been granted free chartering, are burdened to purchase a portion of their emissions credits. At the same time, supply and demand imbalances exist due to companies that hold onto the emission permits or consider it as a means of speculation, in anticipation of permit price increases. Therefore, when a company or its subsidiary company does not have sufficient emission permits, it often prefer to trade permits with their own subsidiary companies rather than with third parties.

However, not all intra-group tradings have positive effects. It may be used as a means of expedient succession of management rights, or provide concentrated economic power to a small number of companies. The results of the statistical analysis on the intra-group trading behavior show that the price in the ‘intra-group negotiated trading’ is 7% higher than the non-

negotiated trading, and it is likely to show a significant difference from the normal price. In other words, unfair intra-group trading within the emission trading scheme may be applied to Fair Trade Act and be concluded unlawful should it not conform with all the necessary fair trade requirements.

In order to achieve the ultimate goal of the emission trading scheme, which is to 'efficiently achieve GHG reduction through the market mechanism', this paper analyzes the emission trading scheme with legal and economic aspects of unfair intra-group trading practices, and whether such practices can be subject to regulations under the Fair Trade Act.

Key words : Emission Trading Scheme, Intra-group Trading, Intra-group Trade Practices, Restriction on Emission Trading, Fair Trade Act