



‘성경적 모델론’에서 바라본 경쟁정책

중앙대학교 법학전문대학원 교수 | 서 헌 제*

1. 글머리에

법실증주의가 풍미했던 근대에 들어와 법은 신(神)이나 초월자(超越者)에 의해 지시되었거나 계시된 것이라는 생각과 결별하면서 입법자는, 한편으로는 법이 고정적이며 자명한 권위를 가진 것임을 증명해야 하는 반면, 다른 한편으로는 법이 무한하고 변화무쌍한 인간의 욕구에 따라 끊임없이 조정되며, 때로는 급격한 변화를 거쳐야 하는 상반되는 요구와 직면하게 된다.¹⁾ 이에 따라 법은 궁극적으로 입각해야 할 가치체계를 상실한 채 그때그때 입법자의 의도에 따라 자신을 합리화하는 물가치(沒價値)적 상태에 직면하게 되었다. 이러한 상황에 대응해서 한편으로는 기존 질서를 절망적으로 받아들이거나 또는 한 유형의 부정의(不正義)에서 다른 형태의 부정의로의 목적 없는 이동을 용인하거나,²⁾ 다른 한편으로는 인간 본질에 내재하는 선(善)과 존재의 궁극적인 조화에 대한 신뢰를 바탕으로 ‘법 없이 이루어지는 정의’라는 이상향으로의 패러다임(Paradigm) 도약을 보이는³⁾ 극단적으로 상반되는 이론적 스펙트럼을 보이고 있다.

이러한 양극단의 입장에 대해 법의 자율성과 보편성(Autonomy And Generality In Law)의 이념에 대한 기초를 초월자에 대한 신앙 특히, 성경에서 발견되는 신적 계시와 자연법에 두는 성경적 모델론(Biblical Model)이 제시되고 있다.⁴⁾ 법적 · 정책적 사안의 분석을 위한 성경적 모델론의 기초는, 창조주 하나님은 모든 법의 원천이며 인류에 대한 하나님의 법의 계시는 그의 창조 질서⁵⁾와 기록된 말씀인 성경⁶⁾을 통해서 이루어진다는 믿음을 기초로 하고 있다. 하나님은 모든 창조물의 주

* 필자는 현재 공정거래위원회 경쟁정책자문위원으로, 대한 예수교 장로회 한국총공회 목회자양성원(신학교) 수료하기도 했다.

1) ROSCOE POUND, AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW 3 (1922).

2) ROBERTO M. UNGER, LAW IN MODERN SOCIETY: TOWARD A CRITICISM OF SOCIAL THEORY (1976).

3) Jeffrey C. Tuomala, Christ's Atonement as the Model for Civil Justice, 38 AM. J. JURIS. 221, 244-55 (1993).

4) HERBERT W. TITUS, GOD, MAN, AND LAW: THE BIBLICAL PRINCIPLES 31-47, 100-01 (1994).

5) 로마서 1:19-20(이는 하나님을 알 만한 것이 저희 속에 보임이라 하나님께서 이를 저희에게 보이셨느니라 창세로부터 그의 보이지 아니하는 것들 곧 그의 영원하신 능력과 신성이 그 만드신 만물에 분명히 보여 알게 되나니 그러므로 저희가 평계치 못할지니라)

골로새서 1:16-17(만물이 그에게 창조되되 하늘과 땅에서 보이는 것들과 보이지 않는 것들과 혹은 보좌들이나 주관들이나 정사들이나 권세들이나 만물이 다 그로 말미암고 그를 위하여 창조되었고 또한 그가 만물보다 먼저 계시고 만물이 그 안에 함께 섰느니라).

6) 시편 147:19-20(저가 그 말씀을 야곱에게 보이시며 그 울레와 규례를 이스라엘에게 보이시는 도다 아무 나라에게도 이같이 행치 아니하셨나니 저희는 그 규례를 알지 못하였노다 할렐루야)

디모데후서 3:16(모든 성경은 하나님의 감동으로 된 것으로 교훈과 책망과 바르게 함과 의로 교육하기에 유익하니)

권자이므로 그의 법은 모든 세계를 구속한다는 것이다.

성경적 모델론은 영미법의 기초를 제공하였던 블랙스톤(Blackstone, Sir William)경의 다음과 같은 언급에도 나타나고 있다. 즉 “하나님에 의해 지시되고, 인류에게 주어진 자연법은 다른 모든 의무에 우월한다. 자연법은 지구상의 모든 나라, 모든 시대를 구속한다. 따라서 하나님의 법에 배치되는 인간의 법은 효력이 없으며, 상위법으로부터 연원되지 않은 어떠한 인간의 법도 효력을 가지지 아니한다”라고 하였다.⁷⁾

하나님의 법이 가지는 구속력은 하나님의 성품과 일치한다. 그는 불변하시며 그의 불변성은 그의 법이 가지는 정당성에 반영되어 있으며, 이러한 특성은 히브리어의 ‘제데크(Tsedeq)’에 해당한다. 또한, 그의 보편타당성이라는 성품은 하나님의 법이 가지는 보편적 적용성 즉, 사람과 상황에 관계없이 통일적으로 적용되는 특성에 반영되어 있으며, 이러한 특성은 히브리어 ‘미쉬파트(Mishpat)’에 해당한다.

성경적 모델론은 계약, 불법행위, 조세, 형벌제도 등 중요한 법제도의 기초와 그 타당성 분석을 위한 이론적 도구로 원용(援用)되고 있다.⁸⁾ 이 글에서는 성경적 모델론의 내용을 살펴보고, 이를 적용하여 경쟁정책을 분석해보기로 한다.

2. 성경적 모델론

성경적 모델론은 다음과 같은 세 가지를 그 구성요소로 한다. 첫째, 무엇이 법과 정의의 요소인가이며, 이는 성경적 모델의 근거이다. 즉, 성경이 제시하는 법과 정의의 요소를 확인하고 구체적인 실정법상의 제도가 과연 이러한 요소를 구비하고 있는 여부를 분석하는 것이 성경적 모델론의 핵심이다.⁹⁾ 둘째, 어떠한 행위를 할 수 있는 권한 즉, 관할(管轄)의 문제이다. 하나님은 창조주이시므로 모든 것을 다 할 수 있는 권한을 가지고 있지만, 각국 정부 또는 기관은 하나님이 부여하는 관할권의 범위 내에서만 그 정당성을 부여받을 수 있다. 따라서 어떠한 정부나 기관이 제정한 법이나 제도의 정당성 여부를 성경에 나타난 관할권의 범위 내에 속하는지를 분석하는 것이 성경적 모델론이다.¹⁰⁾ 셋째, 이스라엘 사례의 적용이다. 하나님의 이스라엘에 대한 관계는 그의 성민(聖民)으로 특별한 부르심에 기초하지만, 성경은 하나님이 자신의 법을 이스라엘에 나타내신 것은 다른 국가

7) 1 BLACKSTONE'S COMMENTARIES 41 (St. George Tucker ed., 1803).

8) Roger Bern, A BIBLICAL MODEL FOR ANALYSIS OF ISSUES OF LAW AND PUBLIC POLICY: WITH ILLUSTRATIVE APPLICATIONS TO CONTRACTS, ANTITRUST, REMEDIES AND PUBLIC POLICY ISSUES, 6 Regent U. L. Rev. 103(1995).

9) Roger Bern, op. cit., 111.

10) Ibid.

들에게 하나의 본보기로 간주해 이스라엘 사례를 분석하는 것이 성경적 모델론의 세 번째 내용이다.¹¹⁾

2.1. 법과 정의의 요소 – Tsedeq, Mishpat, Meshar

시편(詩篇) 기자는 하나님의 법이 가지는 완전성과 법에 대한 그의 사랑을 찬미하고,¹²⁾ 그 심판의 정당성을 선포하고 있다.¹³⁾ 성경이 제시하는 하나님의 법과 공의(公義, 정의)의 요소는 히브리어로 ‘Tsedeq’ ‘Mishpat’ ‘Meshar’ 세단어로 요약할 수 있다.

Tsedeq는 종종 ‘정의’ (Justice)로 번역되지만 ‘정당성’ (Righteousness) 또는 ‘의로움’으로 번역하는 것이 가장 적절한 것으로 보인다. Tsedeq는 윤리적 또는 도덕적 기준의 준수를 의미하는데, 성경에 따르면 그 기준은 물론 하나님의 뜻(Will) 또는 본성(Nature)을 말한다.¹⁴⁾ 한편 Mishpat은 ‘판단’ (Judgment) ‘정당성’ (Right) ‘정의’ (Justice) 등으로 다양하게 번역되는데, 법의 영역에서는 일반적으로 사회적 · 신분적 지위에 상관없이 공평한 대우를 하는 것을 의미한다.¹⁵⁾ 이러한 공정한 대우는 법의 통일적 적용과 관련을 가진다.

Tsedeq와 Mishpat의 구별은 성경에서 말하는 수직 및 수평적 맥락에서 가장 쉽게 이해될 수 있다. 즉, 법의 수여자인 창조주 하나님과 사람간의 수직적 관계와 사람과 사람간의 수평적 관계에서, Tsedeq는 하나님의 법이 수직적 관계에서 가지는 정당성이나 윤리적 기준을 의미하는 한편, Mishpat는 하나님의 법이 사람과 사람간의 수평적 관계에서 공평하게 적용되는 것을 의미한다.

한편 ‘메사르’ (Meshar)는 Tsedeq 및 Mishpat와 자주 연계되는데, 보통 ‘형평성’ (Equity)으로 번역된다.¹⁶⁾ Tsedeq 및 Mishpat는 법의 본질 및 적용과정을 의미하는데 비해, Meshar는 그 적용 결과의 형평성을 의미한다고 보면 될 것이다. 즉, 정당성을 지닌(Tsedeq) 법의 보편타당한 적용 (Mishpat)과 그 결과로 얻어지는 형평성(Meshar)이 성경이 말하는 법과 정의의 요소라고 하겠다.

11) Ibid.

12) 시편 19:7-11(여호와의 율법은 완전하여 영혼을 소성케 하고 여호와의 증거는 확실하여 우둔한 자로 지혜롭게 하며 여호와의 교훈은 정직하여 마음을 기쁘게 하고 여호와의 계명은 순결하여 눈을 밝케 하도다 여호와를 경외하는 도는 정결하여 영원까지 이르고 여호와의 규례는 확실하여 다 의로우니 금 곧 많은 정금보다 더 사모할 것이며 꿀과 송이꿀보다 더 달도다 또 주의 종이 이로 경계를 받고 이를 지킴으로 상이 크니 이다)

13) 시편 9:7-8(여호와께서 영영히 앉으심이여 심판을 위하여 보좌를 예비하셨도다 공의로 세계를 심판하심이여 정직으로 만민에게 판단을 행하시리로다)

14) 시편 145:17(여호와께서는 그 모든 행위에 의로우시며 그 모든 행사에 은혜로우시도다)

요한계시록 15:3(하나님의 종 모세의 노래 어린 양의 노래를 불러 가로되 주 하나님 곧 전능하신 이시여 하시는 일이 크고 기이하시도다 만국의 왕이시여 주의 길이 의롭고 참되시도다)

15) 래위기 19:15(너희는 재판할 때에 불의를 행치 말며 기난한 자의 편을 들지 말며 세력 있는 자라고 두호하지 말고 공의로 사람을 재판할지며) 신령기 1:17(재판은 하나님께 속한 것인즉 너희는 재판에 의로를 보지 말고 귀천을 일반으로 듣고 사람의 낮을 두려워 말 것이며 스스로 결단하기 어려운 일이거든 내게로 돌리라 내가 들으리라 하였고)

16) 시편 9:7-8; 시편 99:4(왕의 능력은 공의를 사랑하는 것이라 주께서 공평을 견고히 세우시고 야곱 중에서 공과 의를 행하시나이다)

2.2. 관할권의 정당한 행사

성경적 모델론의 네 번째 요소는 관할권(管轄權) 즉, 어떠한 사항을 결정할 권한의 정당한 행사 여부이다. 하나님은 만물의 창조주이므로 만물에 대한 관할권을 가지고 있지만, 모든 피조물은 하나님이 정해준 권한의 범위가 정해져 있다. 따라서 하나님의 심판에는 ‘관할권의 행사가 정당하였는가’ 하는 것이 중요한 요소로서 포함된다.

모든 피조물 중에서 사람은 하나님의 형상대로 지음을 받았으며, 하나님으로부터 부여받은 재능 (Talent, 달란트)과 삶을 다 기울여 하나님의 영광을 위해 만물을 ‘지키고-다스릴’ (Stewardship-dominion) 권한과 의무를 위임받았다.¹⁷⁾ 이러한 지키고-다스릴 의무는 달란트의 취득뿐만 아니라 이를 유지하고, 사용하며, 이전하는 모든 단계에 적용된다.

한편, 하나님은 가족, 교회, 정부와 같은 제도와 기구를 만들어 그 각각에 대한 권한과 의무를 부여하였다. 따라서 각 개인은 이러한 기구들이 그들에게 부여한 권한의 범위 내에서 작용할 경우에는 이러한 권한에 복종해야 한다.¹⁸⁾ 다만, 이를 법실증주의의 근거로 혼동해서는 안 된다. 이들 기구들이 하나님이 금하는 행동을 명할 때에는 그 명령 자체가 불법적인 것이고, 따라서 그 법은 법이 아니며 복종할 필요는 없다.¹⁹⁾ 나아가 이들 기구들이 하나님이 명하는 것을 금지할 경우에도 이는 불법으로, 그 법은 법이 아니며 이에 복종할 필요는 없다. 그러므로 국가의 관할권에도 하나님이 정한 일정한 한계가 있다. 이러한 세속국가의 제한적 관할권은 하나님의 아들 예수그리스도가 “가이사의 것은 가이사에게, 하나님의 것은 하나님에게 드리라”는 말씀에서도 확인되고 있다.²⁰⁾

하나님이 각 개인이나 국가 등에게 부여한 권한과 의무는 개인과 개인, 개인과 기구간의 적절한 관계 설정의 기초를 제공한다. 따라서 어떠한 개인이나 기구, 국가도 타인이 하나님으로부터 부여 받은 의무를 이행하는 것을 방해해서는 안 되며, 하나님에 대한 의무를 위반하는 것은 죄이다.

모든 죄는 불법(Lawlessness)이며,²¹⁾ 죄를 범한 자는 비록 그것이 행동으로 나타나지 않은 경우에도 하나님에게 책임을 져야 한다. 왜냐하면, 하나님은 모든 것 즉, 인간의 마음까지도 주관하고 있기 때문이다. 그러나 국가는 모든 죄를 관할할 수 없고 죄형법정주의의 원칙상 형법전에 정해진

17) 창세기 1:27-28(하나님이 자기 형상 곧 하나님의 형상대로 사람을 창조하시되 남자와 여자를 창조하시고 하나님이 그들에게 복을 주시며 그들에게 이르시되 생육하고 번성하여 땅에 충만하라 땅을 정복하라 바다의 고기와 공중의 새와 땅에 움직이는 모든 생물을 다스리라 하시니라)

18) 로마서 13:1-2(각 사람은 위에 있는 권세들에게 굴복하라 권세는 하나님께로 나지 않음이 없나니 모든 권세는 다 하나님의 정하신 바라 그러므로 권세를 거스리는 자는 하나님의 명을 거스립니니 거스리는 자들은 심판을 자취하리라)

베드로전서 2:13-14(인간에 세운 모든 제도를 주를 위하여 순복하되 혹은 위에 있는 왕이나 혹은 악행 하는 자를 징벌하고 선행하는 자를 포장하기 위하여 그의 보낸 방백에게 하라)

19) 출애굽기 1:15-21(하브리산파들이 이스라엘의 남아들을 죽이라는 파라오(바로)의 명을 거역하였으며 하나님은 이들을 축복하였다)

출애굽기 2:1-3(모세의 부모는 파라오의 명을 거역하고 모세를 살렸다)

20) 마태복음 22:21

21) 요한서 3:4(죄를 짓는 자마다 불법을 행하나니 죄는 불법이라)

죄에 대해서만 벌할 수 있다.

3. 성경적 모델의 경쟁정책 적용

경쟁법은 부당하게 거래를 제한하는 합의를 금지한다. 경쟁법은 기업들이 활동할 건전한 경쟁풍토를 조성하고, 이러한 경쟁으로부터 초래되는 혜택을 소비자들이 누리도록 고안되었다.²²⁾ 경쟁법의 원조라고 할 수 있는 미국의 연방대법원은 “독점금지법은 자유기업의 대현장(Magna Carta)이다. 독점금지법이 경제적 자유와 자유기업시스템 유지에 있어서 가지는 중요성은, 마치 권리장전(Bill of Rights)이 개인의 기본권 보호에 있어서 가지는 중요성과 마찬가지이다. 기업의 규모와 관계없이 각 기업에게 보장된 자유는 기업들이 가지고 있는 경제적인 능력, 재능, 상상력, 열정 등을 쏟아 경쟁을 할 자유이다”라고 설파하였다.²³⁾ 이러한 연방대법원의 판시는 많은 부분 성경적 모델론에서 말하는 ‘각자는 하나님으로부터 부여받은 능력, 재능, 자원, 상상력 등을 하나님의 영광을 위해 지키고-다스릴(Stewardship-dominion) 의무가 있다’는 것과 일맥상통한다. 이에 대해서는 다음의 두 가지 가상적 사례를 통해 좀 더 상세하게 분석하기로 한다.

3.1. 경쟁자들간의 합의(수평적 합의)

[가상적 사례] 수평적 가격담합에 대한 형사소추 :

제조업자 A와 B, 그리고 C는 교복을 제조하는 경쟁사업자들이다. 그들은 신학기에 출시하는 남학생 교복을 20만 원 이하로는 판매하지 않기로 합의하였다. 경쟁당국에서 이들간의 모의를 알게 되어 시정조치 및 과징금 부과와 함께 검찰에 고소하였다.

A, B, C는 동일한 수준에서 제조업을 영위하고 유사한 제품을 생산하고 있으므로 이들간의 관계는 이른바 수평적(Horizontal) 관계이다. 이러한 가격담합은 카르텔 중에서도 가장 죄질이 나쁜 유형으로,²⁴⁾ 각국의 경쟁법에서는 모두 당연위법(Per Se Illegal)으로 처리하며 대부분 형사처벌까지 부과한다.²⁵⁾ 가격담합은 가격경쟁을 제거함으로써, 이러한 담합이 없었다면 소비자에게 전가될 이

22) 독점규제및공정거래에관한법률 제1조는 “이 법은 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업 활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다”라고 규정한다.

23) City of Lafayette, La. v. La. Power & Light Co., 435 U.S. 389 (1978).

24) 이른바 경성카르텔(Hardcore Cartel)에 해당한다.

25) 다만, 우리 공정거래법상으로는 연성카르텔과 경성카르텔을 명시적으로 구분하지 않고 단지 ‘부당한 공동행위’로 표현하고 있으나, 다수 견해는 경성카르텔에 대해서는 당연위법론의 취지를 반영할 필요가 있다고 보고 있다.

익을 가로채는 행위이기 때문이다.²⁶⁾

공공정책의 기초를 하나님에 대한 의무에 초점을 두는 성경적 모델론의 분석은, 경쟁자들간에 교환된 약속이 그들이 하나님에 대해 부담하는 '지키고-다스릴' 의무의 수행을 지원 또는 촉진시켰는가 하는 점에 초점이 모아진다.²⁷⁾ 각자의 의무는 하나님의 영광을 위해 자신들에게 주어진 기술, 자원, 능력 등을 다 기울이는 것이다. 이 사례에서 보면, 그 의무는 자기가 가진 모든 자원들을 동원해서 가장 저렴한 가격으로 가장 질 좋은 교복을 만들어 판매하는 것이다. 만일 A가 가장 싼 가격에 가장 좋은 교복을 생산할 수 있는 뛰어난 기술과 자원 등을 보유하고 있다고 가정할 경우, 그는 자기의 경쟁자들인 B와 C보다 경쟁력이 있는 제품을 생산해서 그들보다 많이 판매할 수 있을 것이다.

그러나 이 사례에서, 만일 A가 최고 품질의 교복을 생산해 충분한 이윤을 남기고도 18만 원에 판매할 능력을 보유한다고 가정할 경우, A는 그렇게 해서 판매량을 늘리고 이윤을 취득하는 것이 그의 '지키고-다스릴' 의무를 다하는 것이 된다. 그러나 20만 원으로 가격담합을 할 경우는 B와 C는 자신의 기술이나 능력보다 더 많이 판매할 수 있고, 이는 비효율적인 생산자에게 더 많은 보상을 하여, 결과적으로 효율성을 마비시키게 된다.

그렇다면 왜 A는 이러한 가격담합에 참여하게 되는 것일까? 아마도 A는 현재와 장래의 가격경쟁에서 벗어나 보다 편한 삶을 누리고 싶고, 그가 가진 자원과 기술을 개발하는데 늘 긴장하지 않아도 될 수 있기를 바랐을지도 모른다. 물론, B와 C는 A의 약속을 경쟁압력으로부터의 보호처를 제공하는 수단으로서 선호한다.

A, B, C 간의 가격담합 약속은 각자의 '지키고-다스릴' 의무의 이행에 역행하는 목적을 위해 사용되고 있음을 알 수 있다. 이는 하나님이 부여한 각자의 기술과 능력을 가지고 최선을 다할 인센티브(Incentive)를 없애는 것이다.²⁸⁾ 따라서 이러한 유형의 합의는 공공정책에 반하고, 국가에 의해 그 집행이 보장되어서는 안 된다.

다음으로는 '이들간의 합의가 국가의 처벌을 받을 정도의 범죄(Evildoing)를 구성하는가' 하는 점이 문제가 된다. 생각해보건데, 그 합의는 담합사실을 모르고 그들이 지불하는 가격이 경쟁적으로 책정된 것으로 믿고 있는 소비자들을 기만하는 성질을 가진다. 나아가 경쟁적인 상태였다면 더 낮게 책정되었을 가격보다 높은 가격으로 판매함으로써, 결국 소비자들을 상대로 도적질하는 것이다. 이러한 합의는 타인(구매자)이 하나님으로부터 부여받은 '지키고-다스릴' 의무의 이행을 방해하는 것으로서, 형사처벌의 정당성을 가지게 된다.

26) United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).

27) Bern, op. cit., 156.

28) American Crystal Sugar Co. v. Mandeville Island Farms, Inc., 195 F.2d 622, cert. denied, 343 U.S. 957 (1952); United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 427 (2d Cir. 1945)

3.2. 제조업자와 유통업자간의 합의(수직적 합의)

[가상적 사례] 유통업자가 제조업자의 상표 제품을 제한적 지역 범위 내에서만 판매하기로 하는 수직적 합의 :

제조업자 S는 자신의 상표가 부착된 TV를 판매점인 R에게 공급하면서 일정한 지역 내에서만 이를 판매하도록 하는 합의를 하였다. 그런데 R이 공급받은 제품의 일부를 자신의 지역 밖으로, S의 다른 판매점인 X의 지역으로 판매하였다. 이에 X는 R을 상대로 손해배상 청구와 함께 R의 지역외 판매를 금지하는 거처분 신청을 하였다.

이 가상적인 사례에서는 ‘판매지역제한 합의’가 경쟁법상 허용되는 행위로서 집행이 가능한가’ 하는 점이 문제된다. 1967년 미국 연방대법원은 물품에 대한 소유권이 판매점에게 이전된 이상, 이를 제한하는 합의는 당연위법이라고 판시한 바 있다.²⁹⁾ 그러나 10년 후 연방대법원은 당연위법 입장을 포기했고,³⁰⁾ 이후에는 이러한 합의가 사실상 합법적으로 추정되며 집행 가능하다는 견해가 힘을 얻고 있다.³¹⁾ 우리 공정거래법 하에서 위의 사례와 같은 수직적 합의는, 주로 불공정거래행위로서 구속조건부거래의 하나인 거래지역 또는 거래상대방의 제한에 해당하지만, 경우에 따라서는 시장지배적 지위남용행위 또는 재판매가격유지행위에도 해당한다. 따라서 수직적 합의에 대한 위법성 판단기준은 그 합의가 어느 유형에 해당하는가에 따라 달라진다.

위의 사례에 성경적 모델론을 적용하기 위해서는, 우선 R이 자신이 소유하고 있는 재산과 관련해서 ‘지키고-다스릴’ 의무를 다하였는가 하는 점을 검토해야 한다. S가 R로부터 받아낸 약속의 핵심은 R이 지정된 지역 외에서 아무리 효율적인 영업을 통해 판매할 수 있는 길이 있다고 하더라도 이를 하지 않겠다는 것이다. 이는 R 자신이 소유하는 재산과 그의 사업에 대해 가지고 있는 ‘지키고-다스릴’ 의무를 다할 능력을 제한하는 것이다. 나아가 이러한 합의는 S가 R의 영업적 결정을 지배하려는 것으로, 만일 R이 자신의 영역 내에서 TV를 다 판매하지 못할 경우에는 그 손실은 R이 모두 부담하게 된다. 더 나아가 이는 S의 상표를 판매하는 판매점간의 경쟁도 제한하게 된다.

기술한 바와 같이 Schwinn 사례³²⁾에서 미국 연방대법원은 물품의 소유권이 제조업자로부터 판매점으로 이전되었다는 것을 근거로, 이를 부당한 거래제한으로 판시하였다. 그러나 이후의 판결

29) United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967).

30) Continental T.V. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977).

31) HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE (Hornbook Series) 431 (1994).

32) United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967), 378-80.

은 이를 '쓸 데 없는 형식론이며 잘못된 역사인식'이라고 평가절하하였다.³³⁾

그러나 성경적 모델론에 의하면, 소유권의 이전은 소유권에 관하여 소유자가 가지는 책임의 이전을 동반하므로 단순한 형식론의 문제가 아니다. 즉, R에게는 그가 소유하고 있는 재산의 재판매에 있어서, 그가 최선을 다하지 아니한 것은 하나님에 대한 '지키고-다스릴' 의무를 하지 않은 것이 된다. 한편, S에게는 그가 소유하지 않은 R의 소유물에 대해 '지키고-다스릴' 의무와 권한을 가지지 않는다. 따라서 S가 R에 대해 지역 외의 판매를 제한하는 것은 R이 가진 '지키고-다스릴' 의무의 이행을 방해하는 동시에, 자신에게 부여된 것 보다 더 많은 권한을 행사하는 것으로서 월권(越權)인 셈이다. 물론, S가 이런 월권을 행사할 수 있는 것은 그 만큼의 시장지배력을 가지고 있기 때문이다. 따라서 이러한 합의는 국가에 의해 그 집행이 보장되어서는 안 된다고 본다. 다만, R이 S에 대한 약속을 파기하는 것이 성경적 모델론에 의하여 정당화될 수 있는지 여부는 별개의 문제이다.

4. 글을 맷으면서

이상에서 간단하게 성경적 모델론을 살펴보고, 두 가지 가상적 사례를 중심으로 경쟁정책에 적용하여 보았다. 앞에서도 살펴본 바와 같이 성경적 모델론은, 하나님은 만물의 창조자이며 그가 선포하고 성경에 계시한 법은 인간 법과 사법제도의 존재 근거인 동시에 한계를 긋는 것이라는 믿음을 전제로 한다. 따라서 이러한 믿음이 없을 경우, 성경적 모델론은 우스꽝스러운 가설에 지나지 않을 것이다.

그러나 지나친 법실증주의가 풍미함으로써 '무엇이 법이 궁극적으로 추구해야 할 가치인지'가 불명해진 현 시대에서 성경적 모델론은 중요한 해결책을 제시해주고 있는 새로운 시도인 것만은 분명하다.

33) Continental T.V. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977), 40.