법령의 조문은 대개 'A에 해당하면 B를 해야 한다.'처럼 요건과 효과로 구성된 조건문으로 규정된다.

"대개"라는 부사를 통해 이러한 케이스가 다수를 차지하지만 예외도 있다는 점까지 알 수 있다. 또한 조문에서 A에 해당하면.. 부분이 요건이고 B를 해야한다.. 부분이 효과인 것도 짚고 가야한다.

하지만 그 요건이나 효과가 항상 일의적인 것은 아니다.

일의적이다는 단어는 다의적이라는 단어의 반대이다. 즉 다양한 의미를 가지고 있다는 말이다.

법조문에는 구체적 상황을 고려해야 그 상황에 맞는 진정한 의미가 파악되는 불확정 개념이 사용 될 수 있기 때문이다.

법령의 조문이라는 단어가 법조문이라는 단어로 대체되었다. 이러한 변화를 느끼기 위해서는 의도적으로 앞서 나온 내용과 연결 지으면 읽는 노력이 필요하다.

또한, "때문이다"라는 서술어가 등장했다. 이는 보통 이유를 설명하는 서술어인데, 무엇에 대한 이유인가? 그렇다. 요건과 효과가 일의적이지 않은 이유에 대한 설명이다.

즉, 불확정개념이 사용되었기 때문에 법조문은 일의적이지 않다는 말이다.

그렇다면 사례로 이해해보자. 형법에는 위험한 물건이라는 단어가 등장한다. 어디까지가 위험한 물건인가? 이처럼 법률에는 명확하지 않은 부분이 등장한다.

개인 간 법률관계를 규율하는 민법에서 불확정 개념이 사용된 예로 '손해 배상 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.'라는 조문을 들 수 있다.

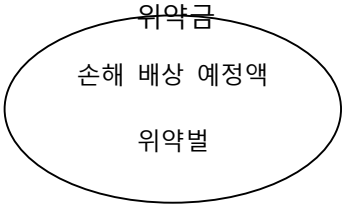
마침 여기에서도 예를 들어주고 있다.

이때 법원은 요건과 효과를 재량으로 판단할 수 있다.

여기서 요건과 효과를 대응시켜 보자. 요건은 "손해 배상 예정액이 부당히 과다한 경우"이고 효과는 "법원은 적당히 감액할 수 있다" 부분이다. 여기서 부당히 과다하다는 표현은 실로 다의적이다. 어느 정도가 과다하는 말인가? 그러한 판단은 법원이 재량으로 한다는 것이다.

손해 배상 예정액은 위약금의 일종이며, 계약 위반에 대한 제재인 위약벌도 위약금에 속한다.

중요하다. 손해 배상 예정액, 위약금, 위약벌의 포함관계를 머릿속에 그릴 수 있어야한다.



위약금의 성격이 둘 중 무엇인지 증명되지 못하면 손해 배상 예정액으로 다루어진다.

디폴트가 손해 배상 예정액이라는 뜻이다. 자세히 설명하면 위약금의 성격의 상태에는 3가지가 존재할 것이다. 손해 배상 예정액으로 증명된 경우, 위약벌로 증명된 경우, 둘 중 어느 것으로도 증명되지 못한 경우이다. 이중에서 증명되지 못한 경우에도 손해 배상 예정액으로 다룬다는 말이다.

채무자의 잘못으로 계약 내용이 실현되지 못하여 계약 위반이 발생하면, 이로 인해 손해를 입은 채권자가 손해 액수를 증명해야 그 액수만큼 손해 배상금을 받을 수 있다.

채무자와 채권자의 개념은 당연히 알고 있어야 한다. 여기서 손해 배상금이라는 단어가 나왔는데, 앞의 문장에서는 손해 배상 예정액이라는 단어가 나왔다. 두 단어는 분명히 다르다. 아마 손해 배상금이라는 단어가 더 익숙할 것인데, 뜻도 대충 알고 있을 것이다. 그렇다면 손해 배상 예정액이라는 단어의 의미도 추론해 볼 수 있다.

미래의 손해에 대비해서 당사자 들의 합의로 예정해 놓은 금액이 손해 배상 예정액이다.

이렇게 까지 생각을 하고 들어가야 비로소 다음 문장과의 연결이 보인다.

그러나 손해 배상 예정액이 정해져 있었다면 채권자는 손해 액수를 증명하지 않아도 손해 배상 예정액만큼 손해 배상금을 받을 수 있다.

정리하면, 손해 배상 예정액이 정해져 있지 않다면, 계약위반이 발생했을 때, 채권자가 자신의 손해를 증명해야 **손해 배상액**을 받을 수 있다. 하지만 손해 배상 예정액이 정해져 있었다면 계약 위반이 발생했을 때, 증명하지 않아도 **손해 배상 예정액**만큼 **손해 배상액**을 받을 수 있다.

여기서 만약 문제가 어렵게 나올 경우 중요한 포인트는 **채무자가 지불한 금액은 손해 배상 예정액만큼의 손해 배상액이라는 것이다. 손해 배상 예정액을 지불한 것이 아니다.**

이때 손해 액수가 얼마로 증명되든 손해 배상 예정액보다 (손해 배상금을) 더 받을 수는 없다.

무엇을 받는가? 손해 배상금이다. 여기서 목적어가 생략되었다. 문제로 내려는 의도가 보인다. 만약 손해 액수가 100만원 이더라도, 손해 배상 예정액이 50만원 이었다면 50만원만 받아야 한다는 것이다. 그렇다면 반대 케이스도 생각해보자. 손해 배상 예정액이 100만원이고, 손해 액수가 50만원인 케이스는 어떤가?

한편 위약금이 위약벌임이 증명되면 채권자는 위약벌에 해당하는 위약금을 받을 수 있고, 손해 배상 예정액과는 달리 법원이 감액할 수 없다.

왜 한편인가? 대부분의 케이스에서 위약금은 손해 배상 예정액으로 다뤄진다고 생각해 볼 수 있고, 지금까지 손해 배상 예정액에 대해 다뤘다. 이제 위약금이 위약벌로 증명된 케이스에 대해 살펴보는 것이다. 손해 배상 예정액과는 달리~ 달리라는 단어로 강조를 하고 있다. 심지어 1문단에서 법조문의 보여줬기 때문에 재진술에 해당한다. 문제에 반드시 출제된다는 시그널이다. 위약벌은 감액이 불가능하다.

이때 채권자가 손해 액수를 증명하면 손해 배상금도 받을 수 있다.

손해 배상 예정액과 손해 배상금이 다르다는 사실을 짚고 넘어갔다면 당연하다고 생각할 수 있다.

위약금이 위약벌인 경우 위약벌의 금액과 함께 손해배상액도 받을 수 있다.

만약 위약금이 손해 배상 예정액인 경우에는 손해 배상 예정액만큼의 손해 배상액만 받을 수 있는 것이다.

여기까지 보면 왜 디폴트가 손해 배상 예정액인지 알 수 있다. "불리할 때는 피고인의 이익으로"라는 문장처럼 무죄추정의 원칙이 적용된 것이다. 만약 디폴트가 위약벌이라면 피고인은 손해 배상액까지 이중적인 부담을 져야하는 경우가 많아진다.

불확정 개념은 행정 법령에도 사용된다.

"에도" 보조사에 주목해보자. 앞에서는 민법에 불확정 개념이 적용된 예를 보여줬다. 이번에는 민법이 아닌 행정 법령에 적용된다는 사실을 보여주는 것이다. 그렇다면 자연히 민법과 어떻게 다른지 정도를 미리 염두하고 읽어야 할 것이다.

행정 법령은 행정청이 구체적 사실에 대해 행하는 법 집행인 행정 작용을 규율한다.

민법은 개인간의 법률관계를 규율했다면 행벙 법령은 행정 작용을 규율한다.

법령상 요건이 충족되면 그 효과로서 행정청이 반드시 해야 하는 특정 내용의 행정 작용은 기속 행위이다. 반면 법령상 요건이 충족되더라도 그 효과인 행정 작용의 구체적 내용을 고를 수 있는 재량이 행정청에 주어져 있을 때, 이러한 재량을 행사하는 행정 작용은 재량 행위이다.

요건과 효과... 어딘가 익숙하다. 그렇다. 조건문, 법령의 조문, 법조문이다. 요건이 충족되었을 때, 효과가 반드시 발동하는 것은 기속 행위이다. 반면 요건이 충족되었을 때, 효과의 내용을 고를 수 있는 재량이 행정청에 있다면 재량 행위인 것이다.

법령에서 불확정 개념이 사용 되면 이에 근거한 행정 작용은 대개 재량 행위이다.

생각해보면 당연하다. 불확정 개념이라는 말은 판단의 일정 부분을 판단하는 주체의 자의에 맡긴다는 뜻이다. 자연스럽게 재량 행위가 될 수 밖에 없다.

행정청은 재량으로 재량 행사의 기준을 명확히 정할 수 있는 데 이 기준을 재량 준칙이라 한다.

재량으로 재량 행사의 기준을 명확히 한다.. 아주 어지럽다. 예를 들어 이전의 위험한 물건의 예를 들어보자. 행정청의 재량으로 위험한 물건의 리스트를 정하는 것이다.

재량 준칙은 법령이 아니므로 재량 준칙대로 재량을 행사하지 않아도 근거 법령 위반은 아니다.

애초에 재량 행위였기 때문이다.

다만 특정 요건하에 재량 준칙대로 특정한 내용의 적법한 행정 작용이 반복되어 행정 관행이 생긴 후에는, 같은 요건이 충족되면 행정청은 동일한 내용의 행정 작용을 해야 한다. 행정청은 평등 원칙을 지켜야 하기 때문이다.

재량 준칙을 정한 후에, 그대로 반복되어 관행이 생긴 경우라면 이를 지켜야 한다는 의미이다.

10. 윗글의 내용과 일치하지 않는 것은?

① 법령의 요건과 효과에는 모두 불확정 개념이 사용될 수 있다.

하지만 그 요건이나 효과가 항상 일의적인 것은 아니다. 즉, 불확정 개념이 사용될 수 있다는 말이다.

② 법원은 불확정 개념이 사용된 법령을 적용할 때 재량을 행사할 수 있다.

③ 불확정 개념이 사용된 법령의 진정한 의미를 이해하려면 구체적 상황을 고려해야 한다.

④ 불확정 개념이 사용된 행정 법령에 근거한 행정 작용은 재량 행위인 경우보다 기속 행위인 경우가 많다.

불확정 개념이 사용되면 재량 행위인 경우가 대부분이다.

여기까지가 1차적인 질문이고, 그렇다면 불확정 개념이 사용된 법령과 그렇지 않은 법령을 모두 합쳐서 법령이라고 할 때, 법령에 근거한 행정 작용은 대개 재량 행위인가? 그것은 알 수 없다.

⑤ 불확정 개념은 행정청이 행하는 법 집행 작용을 규율하는 법령과 개인 간의 계약 관계를 규율하는 법률에 모두 사용된다.

11. ㉠에 대한 이해로 가장 적절한 것은?

① 재량 준칙은 법령이 아니기 때문에 일의적이지 않은 개념으로 규정된다.

말이 굉장히 헷갈린다. 재량 준칙이 법령이 아닌 것은 맞다. 그런데 그것 때문에 일의적이지 않은 개념으로 규정되는가? 그러면 말을 좀 더 명확하게 해보자. 일의적이지 않다는 것은 불확정 개념을 사용한다는 것이다. 법령이 아니기 때문에 불확정 개념을 사용하는가? 이번엔 대우를 걸어보자. (~법령 -> 불확정 개념) 불확정 개념을 사용하지 않으면 법령인가?

(~불확정 개념 -> 법령) 개소리다.

② 재량 준칙으로 정해진 내용대로 재량을 행사하는 행정 작용은 기속 행위이다.

③ 재량 준칙으로 규정된 재량 행사 기준은 반복되어 온 적법한 행정 작용의 내용대로 정해져야 한다.

재량 준칙대로 반복되어 온 행정 작용을 행정 관행이라고 한다.

④ 재량 준칙이 정해져야 행정청은 특정 요건하에 행정 작용의 구체적 내용을 선택할 수 있는 재량을 행사할 수 있다.

⑤ 재량 준칙이 특정 요건에서 적용된 선례가 없으면 행정청은 동일한 요건이 충족되어도 행정 작용을 할 때 재량 준칙을 따르지 않을 수 있다.

12. 윗글을 바탕으로 <보기>를 이해한 내용으로 가장 적절한 것은? [3점]

> 갑은 을에게 물건을 팔고 그 대가로 100을 받기로 하는 매매 계약을 했다. 그 후 갑이 계약을 위반하여 을은 80의 손해를 입었다. 이와 관련하여 세 가지 상황이 있다고 하자.
>
> (가) 갑과 을 사이에 위약금 약정이 없었다.
>
> (나) 갑이 을에게 위약금 100을 약정했고, 위약금의 성격이 무엇인지 증명되지 못했다.
>
> (다) 갑이 을에게 위약금 100을 약정했고, 위약금의 성격이 위약벌임이 증명되었다. (단, 위의 모든 상황에서 세금, 이자 및 기타 비용은 고려하지 않음.)

(가)의 케이스는 채권자가 손해 액수를 증명해야 손해 배상금을 그만큼 받을 수 있고, 감액은 설명한 바 없다.

(나)의 케이스는 위약금의 성격은 손해 배상 예정액으로 간주되고, 채권자가 손해 액수를 증명하지 않아도 손해 배상 예정액만큼 손해 배상액을 받을 수 있으면 법원이 감액할 수 있다.

(다)의 케이스는 위약금의 성격은 위약벌이며, 법원이 감액할 수 없고 채권자가 손해 액수를 증명하면 그만큼 손해 배상액을 받을 수 있다.

① (가)에서 을의 손해가 얼마인지 증명되지 못한 경우에도 갑이 을에게 80을 지급해야 하고 법원이 감액할 수 없다.

② (나)에서 을의 손해가 80임이 증명된 경우, 갑이 을에게 100을 지급해야 하고 법원이 감액할 수 있다.

③ (나)에서 을의 손해가 얼마인지 증명되지 못한 경우, 갑이 을에게 100을 지급해야 하고 법원이 감액할 수 없다.

④ (다)에서 을의 손해가 80임이 증명된 경우, 갑이 을에게 180을 지급해야 하고 법원이 감액할 수 있다.

⑤ (다)에서 을의 손해가 얼마인지 증명되지 못한 경우, 갑이 을에게 80을 지급해야 하고 법원이 감액할 수 없다.