

법령용어 □□

2006
독일 법령용어 해설집

법령용어정비사업팀

법령용어 □□

2006
독일 법령용어 해설집

법령용어정비사업팀

2006. 10.

집필진(가나다 순)

강현철(부연구위원)

김상중(서강대 법대 교수)

김은경(한국외대 법대 교수)

박기병(관동대 법대 교수)

유성재(중앙대 법대 교수)

이시우(서울여대 행정학과 교수)

장병일(부연구위원)

정승환(아주대 법대 교수)

일 러 두 기

- ☐ 이 해설집은 현재 독일에서 사용되는 법령용어 중 600여개를 우리나라에서 번역 사용함에 있어서 혼란을 야기할 수 있는 표현이나 독일의 고유한 제도 및 중요 개념을 선별하여 그 의미와 내용을 보다 이해하기 쉽게 집필함으로써 관련 전문가는 물론 법률실무가와 일반인에게 유용한 법령용어자료로 활용하고자 함을 그 목적으로 한다.
- ☐ 이 해설집은 알파벳순서인 A, B, C, 순서로 배열하였으며, 기본적 해설 방향은 먼저 해당 표제어의 내용을 개괄하여 설명하고, 우리나라의 법령용어와 비교하여 설명하였으며, 가능한 한도에서 독일어 원문의 표현을 중심으로 서술하였으나, 필요에 따라 내용에 맞게 의역하였음을 미리 알려둔다. 또한, 독일 법령이나 규정의 원문표시는 법령 약어를 사용하고, 해설집에 별도의 약어표를 붙여 참고하도록 하였으며, 약어의 표현은 독일에서 일반화된 법령과 조문의 약어표기방법에 따랐음을 밝힌다.
- ☐ 법령이나 규정은 별도의 표시가 없는 한 원칙적으로 독일의 법령이나 규정을 원용한 것이며, 해설에 있어서 용어간에 비교할 필요한 경우나 중복해설을 피하기 위하여 참고지시(□□)를 사용하여 같은 의미 또는 관련 있는 용어를 추가로 표시하였다.
- ☐ 이 해설집은 기존 법령용어정비사업의 일환으로서 참고자료로서 활용하기 위하여 한국법제연구원의 법령용어정비사업팀과 학계 및 관련전문가 등이 공동으로 작성한 것으로 어떠한 공식적인 해석지침이 될 수 없음을 밝혀둔다.

목 차

▣ 약어표	1
PART. A	7
PART. B	67
PART. C	109
PART. D	113
PART. E	137
PART. F	167
PART. G	183
PART. H	217
PART. I	235
PART. J	249
PART. K	255
PART. L	283
PART. M	293
PART. N	313
PART. O	331
PART. P	347
PART. Q	371
PART. R	375
PART. S	395
PART. T	433
PART. U	449
PART. V	461
PART. W	491
PART. Z	513
▣ 용어색인	525

Abkürzungsverzeichnis (약어표)

1. 법령약어표

AFG	: Arbeitsförderungsgesetz, 고용촉진법
AG	: Amtsgericht, 지방법원
AGBG	: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftse- nungen, 약관법
AktG	: Aktiengesetz, 주식법
AMG	: Arzneimittelgesetz, 약품법
AnfG	: Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens, 채권자취소권법
ArbGG	: Arbeitsgerichtsgesetz, 연방노동법원법
AtomG	: Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie, 원자력 이용법
AÜG	: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 근로자파견법
AuslInvestmG	: Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile, 외국 투자지분의 매각에 관한 법률
AWG	: Außenwirtschaftsgesetz, 대외거래법
BauGB	: Baugesetzbuch, 건축법
BBiG	: BerufsbildungsG, 직업훈련법
BeschFG	: Beschäftigungsförderungsgesetz, 직업장려법
BetrVG	: Betriebsverfassungsgesetz, 경영협의회법
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch, 민법
BImSchG	: Bundes-Immissionsschutzgesetz, 연방임미시온보호법
BPerVG	: Bundespersonalvertretungsgesetz 공공부문종업원평의회법
BSeuchenG	: Bundes-Seuchengesetz, 연방전염병예방법
BtMAHV	: Betäubungsmittel-Außenhandelsverordnung, 마약류국제거래규칙
BtMG	: Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln, 마약류관리법
BtMVV	: Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung, 마약류처방규칙

BUrlG	: Bundesurlaubsgesetz, 연방휴가법
BVerfGG	: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 연방헌법재판소법
BVFG	: Bundesvertriebenengesetz, 연방난민법
EGStGB	: Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, 형법시행법
ErbbauVO	: Verordnung über das Erbbaurecht, 지상권법
FGG	: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 비송사건법
FGO	: Finanzgerichtsordnung, 연방재정법원법
FStrG	: Bundesfernstraßengesetz, 연방도로법
GBO	: Grundbuchordnung, 부동산등기법
GmbHG	: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 유한회사법
GewStG	: Gewerbesteuergegesetz, 영업세법
GG	: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 독일연방공화국 기본법
GOBT	: Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, 연방의회의사규칙
GVG	: Gerichtsverfassungsgesetz, 법원조직법
GWB	: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 경쟁제한법
HAG	: Heimarbeitsgesetz, 가내근로법
HGB	: Handelsgesetzbuch, 상법
HöfeO	: Höfeordnung, 농지령
HPfIG	: Haftpflichtgesetz, 책임의무법
InsO	: Insolvenzordnung, 파산법
JGG	: Jugendgerichtsgesetz, 소년법원법
KAGG	: Gesetz über Kapitalanlagegesellschaft, 자본투자회사법
KronzG	: Kronzeugegesetz, 공범증인법
KSchG	: Kündigungsschutzgesetz, 해고보호법
KVO	: Kraftverkehrsordnung für den Kfz-Güterfernverkehr, 원거리화물운송법

LuftVG	: Luftverkehrsgesetz, 항공교통법
MitbestG	: Mitbestimmungsgesetz, 공동결정법
OrgKG	: Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität, 조직범죄방지법
OWiG	: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 질서위반법
PatG	: Patentgesetz, 특허법
PrALR	: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5.2.1794, 프로이센 일반 란트법
RVO	: Reichsversicherungsordnung, 제국보험법
SchG	: Scheckgesetz, 수표법
SchuModG	: Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, 채권법현대화법
SexualdelBekG	: Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und andere gefährlichen Straftaten, 성범죄방지법
SGB	: Sozialgesetzbuch, 사회법
SGG	: Sozialgerichtsgesetz, 연방사회법원법
StGB	: Strafgesetzbuch, 형법
StPO	: Strafprozeßordnung, 형사소송법
StVG	: Straßenverkehrsgesetz, 도로교통법
StVollstrO	: Strafvollstreckungsordnung, 형집행법
StVollzG	: Strafvollzugsgesetz, 행형법
TVG	: Tarifvertragsgesetz, 단체협약법
TzBfG	: Gesetz über Teilzeit und befristete Arbeitsverträge 단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률
UKlaG	: Unterlassungsklagengesetz, 부작위소송법
UrhG	: Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 저작권법
UVPG	: Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, 환경영향평가법
UWG	: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 부정경쟁방지법
VAG	: Versicherungsaufsichtsgesetz, 보험감독법

VerbrkrG	: Verbrauchercreditgesetz in der bis 31. Dezember 2001 geltenden Fassung, 소비자신용법
VerkaufsprospektG	: Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz, 유가증권매각 사업서책 임에 관한 법률
VVG	: Gesetz über den Versicherungsvertrag, 보험계약법
VWGO	: Verwaltungsgerichtsordnung, 연방행정법원법
VwVfG	: Verwaltungsverfahrensgesetz, 연방행정절차법
WaStrG	: Bundeswasserstraßengesetz, 연방수로법
WG	: Wechselgesetz, 어음법
WHG	: Wasserhaushaltsgesetz, 수자원관리법
WpHG	: Gesetz über den Wertpapierhandel, 증권거래법
WV	: Weimarer Verfassung(Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919), 바이마르공화국헌법
ZPO	: Zivilprozeßordnung, 민사소송법

2. 기타 약어표

Abs.	: Absatz, 항
Art.	: Artikel, 조
BGH	: Bundesgerichtshof, 연방최고법원
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, 연방최고법원 민사판례집
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht, 연방헌법재판소
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 연방헌법재판소판례집
BVerwG	: Bundesverwaltungsgericht, 연방행정법원
BVerwGE	: Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, 연방행정법원판례집
c.i.c.	: culpa in contrahendo, 계약교섭상의 과실

CMR-Übereinkommen	: (Convention Relative au Contract de Transport Inter-national de Merchandise Par Route)-Übereinkommen = Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr-Übereinkommen, 국제 화물운송협약승인
DAG	: Deutsche Angestellten-gewerkschaft 사무직근로자노동조합
DGB	: Deutscher Gewerkschaftbund 독일노동조합연합
f.	: folgende, 이어진 쪽
ff.	: folgende Seiten, 다음 쪽들
GmbH	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 유한회사
i. e. S.	: im engeren Sinne, 협의의
i. S. m(v)	: im Sinne mit (von), -의 의미상
lat.	: lateinisch, 라틴어로 하면
LG	: Landgericht, 주(州)법원
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 신형법지(誌)
OHG	: Offene Handelsgesellschaft, 개방회사
OLG	: Oberlandesgericht, 주고등법원
RG	: Reichsgericht, 제국법원
S.	: Satz, 문
S.	: Seite, 쪽

[A]

◇ Abandon 【보험위부】

abandon은 일반적으로 일정한 권리 또는 재산을 포기하거나, 일정한 대상을 위탁한다는 의미로 사용된다. 이러한 보험위부는 채무자가 일정한 경우에 자신의 채무를 면하기 위하여 재산이나 권리를 넘겨주는 것을 의미한다. 주로 위부권(Abandonsrechte)은 상법에서 쓰이는 용어로 보험해상법에서는 이를 보험위부라 한다.

해상보험에서 전손이 아니라도 전손과 동일하게 보아야 할 경우 또는 전손이 있다고 추정되기는 하지만, 그 증명이 곤란한 경우 등에 이것을 법률상 전손과 동일시하여 피보험자가 그 보험의 목적에 대한 모든 권리를 보험자에게 위부하고 보험자에 대하여 보험금의 전액을 청구할 수 있는 제도이다. 이는 손해보험의 일반원칙과는 다르게 이해되는 부분이다.

◇ Abdingbarkeit 【특약가능성】

특약가능성이란 당사자 사이의 합의에 의하여 법규정 또는 단체협약과 다른 계약의 체결 가능성을 말한다. 따라서 계약자유 원칙에 따라 당사자간의 별도의 약정이 허용되는 것을 특약가능성이라고 하고, 그렇지 못한 것을 특약배제성(Unabdingbarkeit)이라고 한다.

□□ Dispositivität 【특약가능성】

◇ Abfindungsanspruch 【일시보상 청구권】

권리상실 등의 불이익을 입게 된 자가 상대방에 대해 일회적인 금전지급 또는 물건급여의 방법으로 그 불이익을 전보해 줄 것을 청구할 수 있는 권리이다. 가령 농지령은 농업의 안정적이고 건실한 지속의 목적을 달성하기 위하여 농지가 상속의 과정에서 여러 상속인들에게 분할되는 경우 일정한 요건에 따라 그 중 일인의 상속인에게만 상속되도록 하는 규정을 갖고 있다. 이를 통해 농지가 그 경영의 목적을 달성하기 어려울 정도로 분산되는 것을 방지하기 위한 것으로서, 이 때 농지의 상속과정에서 제

외되는 상속인은 그에 대신하여 일시보상금의 지급을 청구할 수 있는 권리를 갖게 된다(HöfeO § 7). 또한 일시보상 청구권은 근로관계의 종료와 관련해서도 해고보호법(KSchG) 제 9 조에서 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 근로관계가 해고에 의하여 해소되지는 않았으나 근로자에게 그 존속이 더 이상 기대될 수 없거나(제 1 항) 또는 사용자가 경영상의 이유로 인해 근로자와의 근로관계를 지속시킬 수 없다는 사유를 제시하는 경우(제 2 항) 법원은 당사자의 신청에 따라 판결을 통해 근로관계를 종료시킬 수 있는데, 이때 법원은 근로관계의 종료에 따른 근로자의 불이익을 전보해 주기 위해 사용자에게 적절한 일시보상금의 지급을 명하게 된다.

◇ Ablehnung von Richtern 【법관의 기피】

법관의 기피는 법관의 제척(□□ Ausschuß von Richtern)사유가 있는데도 해당 법관이 재판에 관여하거나 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 경우에 당사자의 신청에 의해 그 법관을 직무집행에서 탈퇴하게 하는 제도를 말한다. 형사소송법 제24조 이하에서 규정하고 있으며, 한국형사소송법 제18조와 비교된다. 제척사유가 있는 경우 법원은 법률에 의해 해당 사건으로부터 배제되지만 제척사유가 불분명하거나 법원이 이를 간과한 경우 당사자가 법원에 청구하여 제척사유의 존부를 심리하게 할 수 있다. 이 경우 기피결정은 제척사유의 존재를 확인하는 의미를 갖는다. 더불어 형사소송의 당사자는 법관이 불공정한 재판을 할 염려가 있을 때 법관의 기피를 신청할 수 있다. 법관이 불공정한지의 여부는 전적으로 기피신청자의 입장에서 판단한다. 법관이 실제로 불공정한지의 여부는 문제되지 않는다. 소송당사자는 그가 알고 있는 사실을 합리적으로 평가하여 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있다고 볼 수 있는 근거가 있을 때 기피신청을 할 수 있다. 제척사유가 있을 때 기피신청의 시기에는 제한이 없으나, 불공평한 재판을 할 염려 때문에 기피신청을 할 때에는 형사소송법 제25조에 따라 그 시기가 제한된다. 즉, 변론이 시작된 후에는 기피사유를 나중에 발견하는 등의 특별한 사유가 없는 한 기피신청이 제한된다. 이는 한국의 민사소송법 제43조 제 2 항과 같은 내용이나, 한국의 형사소송법에서는 기피사유를 막론하고 기피신청시기에 대한 특별한 제한규정이 없다.

◇ Abschlussprüfer 【 검사인 】

Abschlussprüfer는 Abschluß와 Prüfer가 결합된 합성어로 Abschluß는 체결 또는 결산의 의미이며, Prüfer는 조사인을 뜻한다. 상법(HGB) 제316조 이하에 따라 주식회사나 중대형의 유한회사와 같은 물적 회사의 재산상황, 예컨대 재무제표 등의 조사와 같이 회계에 관한 것 등을 조사할 수 있다. 조사의 결과에 대하여는 그 조사보고서를 제출해야 하는데 제321조에 의거 조사 방법, 범위 및 결과를 서면으로 명백하게 보고하여야 한다. 우리나라의 경우는 주식회사의 설립절차 또는 회사의 업무나 재산상황을 조사할 임무가 있는 임시적 기관으로 법원이나 주주총회에 의해 선임되는 자를 뜻한다. 법원이 검사인을 선임하는 경우로는 주식회사 설립시 변태설립사항을 조사하기 위하여 이사 또는 발기인의 청구가 있는 경우, 주식의 할인발행의 인가여부를 결정하기 위하여 회사의 재무 상태를 파악하기 위하여 직권으로 선임하거나 신주발행시 현물출자를 검사하기 위하여 이사의 청구가 있는 경우 또는 업무집행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음을 의심할 사유가 있는 때에 소수주주의 청구가 있는 경우 등이 해당한다.

◇ Absehen von Strafe 【 형벌면제 】

독일형법 제60조는 범죄행위의 결과가 범죄자에게 이미 과중한 것이어서 형벌을 부과하는 것이 명백하게 불필요할 때에는 형벌을 면제하도록 규정하고 있다. 다만 형벌의 면제는 1년 이하의 자유형에 해당하는 범죄에 한정된다. 한국형법에서도 형벌면제에 관한 개별적 규정은 있지만 독일의 경우처럼 일반조항으로 존재하지는 않는다. 즉, 한국형법에서는 중지미수와 불능미수의 경우 형벌을 면제하거나 면제할 수 있다고 규정하고 있지만, 특정유형의 범죄행위자에 대해 포괄적 형벌면제를 규정하고 있는 것은 아니라는 점에서 차이가 있다. 이 규정의 적용범위는 특별한 예외적 경우에 한정되지만 반드시 경미한 책임을 의미하는 것은 아니다. 예컨대 행위자 스스로 교통범죄를 통해 중상해를 입거나, 동반자살을 시도한 연인 중에서 한 사람만 살아남은 경우, 실화(失火)로 인해 행위자가 막대한 재산상의 손해를 입은 경우, 어머니가 과실로 자기 아이를 사망케

한 경우 등이 이 규정의 적용범위에 해당한다. 심지어 고의로 사람을 살해한 경우에도 이 규정의 적용대상이 될 수 있다. 행위자가 행위로 인해 얻은 과중한 결과는 정신적인 것은 물론 경제적인 것도 포함된다. 더불어 한국형법과 같은 개별적 형벌면제 규정은 독일형법에서 훨씬 광범위하게 분포되어 있다. 예를 들어 총칙에서는 제23조 제3항의 불능미수의 경우와 제46a조에서 정하는 가해자-피해자-화해(□□ Täter-Opfer-Ausgleich) 및 원상회복(□□ Wiedergutmachung)이 이루어진 경우가 있으며, 각칙에서는 제83a조의 내란죄에 대한 적극적 중지(□□ Tätige Reue)행위, 제157조의 강요에 의한 위증행위, 제218a조의 낙태행위에 대한 형벌면제 규정 등 여러 곳에 규정되어 있다.

◇ Absicht 【 의도 】

의도는 형법상 고의(□□ Vorsatz)의 내용 중에서 의욕의 요소가 가장 강한 경우를 의미한다. 독일의 다수 견해에 의하면 고의는 인식(Wissen)과 의욕(Wollen)의 요소로 구성된다(물론 이에 대해서는 고의의 내용은 인식일 뿐이라는 ‘인식설’도 상당수 학자의 지지를 받는다). 의욕의 요소가 매우 강한 형태의 고의인 의도는 행위자가 행위결과를 원했을 때를 말한다. 다수견해는 행위자가 행위의 결과를 원하거나 그 결과를 중요시했다는 것만으로는 고의가 성립할 수 없고 이러한 의도와 더불어 결과실현의 가능성에 대한 인식이 있어야 한다고 한다. 독일 형법각칙의 많은 곳에서 ‘Absicht’ 또는 ‘absichtlich’의 표현을 사용하여 행위자의 의도를 범죄구성요건으로 규정하고 있다(제87조 내지 제90b조, 제94조, 제96조, 제97b조 등등). 한국형법에서 ‘~할 목적으로’, ‘~을 위하여’라고 규정하는 것과 비교될 수 있다. 한국의 문헌에서는 종종 이 표현을 ‘고의’로 번역하지만 일반적 의미의 고의와 구별하기 위해 ‘의도’로 번역하는 것이 바람직할 것이다. 경우에 따라서는 ‘의도’의 요소가 매우 미약하거나 - 일부 견해에 의할 때 - ‘의도’가 존재하지 않는 ‘고의’도 인정될 수 있기 때문이다. 예컨대 독일 형법 제87조에서는 ‘absichtlich oder wissentlich(의도적으로 또는 알면서)’라는 표현을 찾아볼 수 있다. 말하자면 의도와 고의는 동일한 것이 아니라는 것이다.

◇ Absonderungsrecht 【 별제권(別除權) 】

‘어떤 집합으로부터 분리해 낸다’는 뜻을 갖고 있는 absondern 이라는 표현으로부터 파생된 용어로서 별제권으로 번역되고 있다. 별제권이란 강제집행의 대상이 되는 목

적물로부터 만족을 받을 수 있는 권리를 갖고 있는 채권자로 하여금 그 목적물을 파산재단(Insolvenzmasse)에서 분리하여 그 목적물로부터 다른 채권자에 비하여 우선적으로 변제 받을 수 있도록 하는 권리를 뜻한다 (§§ 49, 50 InsO). 파산법 제51조에 따르면 별제권이 인정되는 채권자는 제49조와 제50조에서 정하고 있는 채권자, 즉 부동산(unbewegliche Gegenstände) 으로부터 만족을 얻을 수 있는 채권자와 질권(□□ Pfandrecht)에 의해 담보되는 채권자 이외에 더 나아가 동산에 관한 양도담보권자, 목적물에 대하여 지출한 비용의 상환청구권을 이유로 목적물에 관한 반환거절권(□□ Zurückbehaltungsrecht) 을 갖는 채권자도 해당한다. 우리나라의 경우에도 채무자회생및파산에관한법률 제 411조 이하에서 별제권을 규정해 두고 있다.

◇ Abstrakte Normenkontrolle 【 추상적 규범통제 】

규범통제(Normenkontrolle)란 법규범의 유효성에 관한 법원의 심사를 말한다. 이러한 규범통제제도에는 두 가지 유형이 있는데, 하나는 구체적 규범통제제도(Konkrete Normenkontrolle)이고 다른 하나는 추상적 규범통제제도이다.

추상적 규범통제란 법률의 합헌성에 대한 의문이 제기되거나 다툼이 생긴 경우에 정부 또는 국회소수당의 신청에 의해서 헌법재판기관이 법률의 위헌 여부를 심사하고 위헌이라고 판단되는 경우에는 그 법률의 효력을 일반적으로 상실시킴으로써 위헌법률에 의한 기본권의 침해로부터 기본권을 직접 보호하는 제도를 말한다. 우리 헌법은 이 제도를 채택하지 않고 있지만 독일의 경우에는 기본법(GG) 제93조 제 1 항 제 2 호에서 연방정부, 주정부 또는 연방의회의 재적의원 1/3의 신청에 의해서 연방법이나 주법이 기본법과 형식적, 내용적으로 일치하는지의 여부 또는 주법이 연방법과 형식적 내용적으로 일치하는지의 여부에 관하여 연방헌법재판소(BVerfG)가 추상적 규범통제를 하도록 규정하고 있다. 연방헌법재판소가 해당 법률을 위헌이라고 판단하여 위헌결정을 내리는 경우에는 그 법률은 무효가 되며, 연방헌법재판소의 결정은 법률적 효력을 갖는다.(BVerfGG 제31조) 무효선언으로 인하여 법규정의 공백이 생기는 경우에는 연방헌법재판소가 위헌 규범을 일정기간 존속시키고 입법자로 하여금 일정기간 동안에 연방헌법재판소의 결정 취지에 따라 새로운 규정을 제정하도록 하는 헌법 불합치결정을 내리기도 한다.(조문 : GG Art. 93 (1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: 2. bei Meinungs- verschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und

sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages; 연방헌법재판소는 다음 사항을 결정한다: 2.연방정부, 주정부 또는 연방의회 재적의원 3분의 1의 신청이 있을 때 연방법이나 주법의 기본법에 대한 형식적·실질적 일치여부 또는 주법의 연방법과의 일치여부에 관한 의견차이나 의심의 경우)

Konkrete Normenkontrolle 【구체적 규범통제】

◇ **abstraktes Geschäft** 【무인(無因)의 법률행위】

법률행위의 한 종류로서 그 법률행위 자체로 급부의 보유를 위한 법적 원인(Rechtsgrund)이 되지 못하여 급부 보유가 부당이득으로 되지 않기 위하여 별도의 법적 원인을 필요로 하는 행위이다. 유인의 법률행위(kausales Geschäft)와 반대되는 개념으로서 대부분의 처분행위가 무인의 법률행위에 해당한다. 예를 들어 물건의 소유권이전행위나 채권의 양도행위는 처분행위(Verfügungsgeschäft)로서 무인의 법률행위에 해당하는데, 이들 행위로부터는 어떠한 목적을 위해 그 같은 처분행위가 행해졌는지 나타나지 않고 단지 의무부담행위(Verpflichtungsgeschäft)가 그 원인을 이루게 된다. 대체로 처분행위가 무인의 법률행위에 해당하지만 여기에 예외가 없는 것은 아니다. 즉, 가령 채무약속(Schuldversprechen)이나 채무승인(Schuldanerkenntnis)과 같은 의무부담행위의 경우에는 무인의 법률행위에 해당할 수 있으며, 또한 처분행위에 해당하지만 이를 위한 별도의 법적 원인을 필요로 하지 않는 행위도 있다. 예를 들어 소유권의 포기(Dereliktion §§ 928, 959 BGB)가 이에 해당한다. 무인의 법률행위를 통해 급부를 수령하였으나 그 급부보유에 관한 법적 원인이 존재하지 않는 경우 급부수령자는 이를 부당이득으로 반환하여야 한다. 독일의 경우에는 물권이나 채권의 처분행위와 관련하여 무인성 원칙(Abstraktionsprinzip)이 확립되어 있는 관계로 무인의 법률행위라는 개념이 널리 사용되고 있으나, 우리나라의 경우에는 특히 물권의 처분과 관련하여 판례와 다수설이 무인성의 원칙을 따르지 않는 관계로 무인의 법률행위가 인정되는 거래영역은 비교적 한정되어 있다. 채권의 양도, 특히 어음·수표행위에 대하여 무인의 법률행위가 인정되고 있는 정도이다.

◇ Abstraktionsprinzip 【 무인성(無因性) 원칙 】

처분행위(□□ Verfügungsgeschäft)가 그 기초로 되는 의무부담행위(□□ Verpflichtungsgeschäft)의 유효 여부와 관계없이 별도로 효력을 가질 수 있다는 원칙을 말한다. 다른 외국법계에서는 쉽게 찾기 어려운 독일의 고유한 법리이다. 물론 의무부담행위와 처분행위가 법적으로 서로 그 운명을 달리하게 된다는 것은 실제 거래현실에서의 관념과 반드시 부합하지는 않는다. 예를 들어 매도인과 매수인 사이의 의무부담행위로서 매매계약이 불합의(□□ Dissens) 등을 이유로 효력을 갖지 않는 경우에는 매도인이 물건을 제공하더라도 이를 통해 매수인이 소유권을 취득할 수 없다고 보는 것이 거래관념에 적합해 보인다. 그러나 민법은 가령 채권양도에 관한 제398조, 부동산물권변동에 관한 제873조, 그리고 동산물권변동에 관한 제929조 등에서 그 의무부담행위의 유효성을 처분행위의 유효성에 관한 요건으로 언급하지 않음으로써 무인성 원칙을 분명하게 채택하고 있다. 민법전이 무인성 원칙을 채택하고 있는 것은 거래질서의 원활화와 안정성을 추구하기 위한 고도의 법기술로 이해되고 있다. 즉, 타인으로부터의 권리의 승계취득은 원칙적으로는 처분자가 처분대상에 관해 권한이 있을 경우에만 유효하게 행해질 수 있다. 따라서 타인으로부터 권리를 취득하려는 자는 이를 위해 그 전주(前主)의 권리상태에 관해 확인해야만 하고, 그 전주 역시 타인으로부터 권리를 승계취득하였던 경우 그 자의 권리 여부 역시 확인되어야 한다. 그런데 이러한 권리상태는 바로 그 전주 등이 유효한 의무부담행위를 통해 권리를 취득하였는가를 검토함으로써 확인될 수밖에 없게 되는데, 이런 번잡한 확인의 과정을 바로 무인성 원칙이 회피할 수 있도록 해 주고 있다. 그러나 독일 민법학계 내에서는 무인성 원칙에 대한 법정책적 의문이 끊임없이 제기되고 있으며 더 나아가 거래안전이라는 실제적 의미도 그다지 크지 않다고 지적되고 있다. 왜냐하면 처분행위의 원인이 되는 의무부담행위가 효력을 갖지 않는 한 각 당사자는 수령한 급부를 부당이득으로서 반환해야만 하며, 또한 선의취득제도(§§ 892, 932 BGB)와 같이 일정한 요건에 따라서는 권한자 이외에 무권한자로부터의 권리취득 역시 가능하기 때문이다. 또한 사기나 강박에 의한 의사표시의 경우와 같이 의무부담행위 이외에 처분행위의 유효성에도 영향을 미치는 사유가 인정되는 경우, 즉 ‘하자의 동일성’(Fehleridentität)이 인정되는 경우 의무부담행위 이외에 처분행위 역시 효력을 상실하는 등 무인성 원칙의 효력에는 그 한

계가 있기 때문이다. 우리나라의 경우 물권변동과 관련하여 민법전 제정 이래 무인성 원칙을 둘러싸고 끊임없이 논란이 되어 오고 있는데, 현재의 판례와 다수설은 주지하듯이 무인성 원칙을 따르지 않고 있다. 다만 채권양도, 특히 어음·수표행위에 관해서는 무인성 원칙에 입각해 있다.

◇ Abtretungsverbot 【양도금지】

Abtretungsverbot는 Abtretung과 Verbot가 결합된 것으로 Abtretung은 양도 또는 위임이라는 의미로 Verbot는 금지의 의미로 쓰여 이는 양도금지로 정의할 수 있다. Abtretung은 Zession이라는 단어로 대체되어 쓰이기도 하는 데, 이는 구체적으로 권리를 양도하는 경우에서 양도의 의미를 지닌다. 예컨대 계약을 통하여 구채권자로부터 신채권자에게의 양도가 가능한 권리나 청구권의 양도 등을 말하는 것이다. 이 같이 청구권이 양도가 되려면 그 내용이 확정적인 것이거나 적어도 확정할 수 있는 것이어야 한다. 그러나 이 같은 권리의 양도가 금지되는 경우를 Abtretungsverbot라 하여 양도금지라고 한다. 보험금청구권의 양도는 보험법의 일반규정에 의거하여 제한되거나 금지된다. 보험계약법(VVG) 제15조 및 제98조에서는 Abtretungsverbot를 정하고 있다. 이 제15조에 의하면 보험이 압류할 수 없는 물건에 대한 것이라면 보험계약자에게 파손되거나 멸실된 물건의 보상을 위하여 다른 물건을 제공했던 보험계약자의 채권자에게만 보험으로부터 도출된 청구권이 양도되어질 수 있음을 밝히고 있다. 또한 제98조에는 화재보험에서 보험계약자가 피보험의 목적물의 재건축을 위하여 보험금을 신청하는 경우, 목적물의 재건축을 위해 노무를 제공했거나 물건을 납품했던 보험계약자의 채권자나 그 목적물이 속해 있는 토지의 취득자에게만 보험으로부터 지급되는 보상금에 대한 채권이 양도되어질 수 있음을 정하고 있다. 그러므로 보험금청구권과 같이 보험으로부터 도출된 청구권을 양도대상으로 하는 데에 일정한 자에게만 이를 허락하여 양도의 가능성을 제한하고 있다. 또한 재건축을 목적으로 현금으로 선불을 했던 채권자에게의 보험금청구권의 양도도 그 선불의 사용이 재건축을 위하여 행하여진 경우라면 유효하다. 우리나라에는 보험에 대한 청구권의 양도를 금지한다는 취지의 명문 규정은 없다.

◇ Abwehranspruch 【 방어청구권 】

Unterlassungsanspruch

◇ Abwehrrechte 【 방어권 】

역사적으로 볼 때 인간 및 시민의 권리로서의 기본권은 우선은 국가권력에 대한 방어권을 의미한다. 이러한 권리들은 국가권력에 의한 개인의 헌법상 지위의 부당한 침해에 대해 개인이 법적 수단으로 방어하는 것을 가능하게 한다. 역사적으로 기본권은 주관적 권리로서 개인이 국가권력의 기본권에 대한 부당한 침해에 대한 방어권적 성격을 내포하고 있다.

독일의 공법학자인 C. Schmitt는 기본권의 본질을 ‘국가로부터의 자유’라고 이해하고 또한 기본권은 인간의 ‘천부적’이고 ‘선국가적’인 자유와 권리를 뜻한다고 하면서 이러한 고유한 의미의 기본권을 ‘자유 영역’으로 이해하고 이 ‘자유 영역’으로부터 국가권력에 대한 ‘방어권’이 나온다고 설명한다. 자유적 헌법질서에서 오늘날에도 이러한 방어권이 필요한 이유는, 민주주의도 인간에 대한 인간의 지배이고 이런 지배는 권력남용의 유혹을 받기 때문이며, 또한 국가권력은 법치국가 아래서도 불법을 행할 가능성이 있기 때문이다.

Subjektives öffentliches Recht 【 주관적 공권 】

◇ actio negatoria 【 부인소권(否認訴權) 】

물권에 대한 포괄적이고 절대적인 보호의 한 내용으로서, 소유권이나 점유에 기한 물건의 지배가 점유침탈(Besitzentzug) 이외의 방법으로 침해되는 경우 침해결과의 제거청구권(Beseitigungsanspruch)과 장래 침해활동을 예방하기 위한 부작위청구권(Unterlassungsanspruch)을 그 내용으로 하고 있다. 부인소권은 물건의 소유권이나 사용·수익의 지위가 타인에 의해 방해받는 상태로부터 벗어나 자유롭게 되는 것을 내용으로 한다는 점에서 독일어식 표현으로는 Eigentumsfreiheitsklage라는 표현이 사용되기

도 한다. 민법은 소유권에 관하여는 제1004조에서, 그리고 점유에 관해서는 제862조에서 각각 부인소권을 명시적으로 규정하고 있으며, 더 나아가 물건에 관한 물권적 용익권(□□ Nießbrauch), 동산에 관한 질권, 지역권(□□ Grunddienstbarkeit), 그리고 지상권(□□ Erbbaurecht)에서 이들 규정을 준용하고 있다(§§ 1065조, 1227, 1027 BGB, § 11 ErbbaurechtsVO). 부인소권의 권리보호 기능은 인간생활의 공간적인 상린성(相隣性)과 기술의 발전 등에 따른 생활방해(Immission)의 빈번함으로 인해 강조되고 있으며, 최근에는 물건에 한정하지 않고 개인의 인격적, 사적 생활영역에 대한 침해가능성에 대한 보호를 위해서도 그 유추적용을 인정해 가고 있다(준 물권적 보호 □□ quasi-negatorischer Schutz). 부인소권은 우리나라 민법전에서도 특히 점유에 관한 제205조, 소유권에 관한 제214조에서 규정되어 있다.

◇ actio Pauliana 【 파울루스 소권 】

□□ Gläubigeranfechtung

◇ Adhäsionsverfahren 【 배상명령절차 】

배상명령절차는 공소제기된 범죄로 인하여 피해자에게 재산상의 손해가 발생한 경우 피해자의 신청에 의해 가해자인 피고인에게 민사상의 손해배상을 명하는 절차를 말한다. 이 절차를 통해 피해자는 별도의 민사절차에 의한 노력 없이 형사절차에서 자신의 민사상 권리를 실현할 수 있다. 오스트리아 법의 영향을 받아 독일의 형사소송법 제403조 이하에 규정되었으며, 한국의 경우는 형사소송법이 아닌 소송촉진 등에 관한 특례법(소촉법) 제25조에 규정되어 있다. 한국의 일부분헌에서는 이를 ‘부대소송(附帶訴訟)’ 또는 ‘부대사소(附帶私訴)’로 번역하여 사용하지만 이는 흔히 ‘부대공소(附帶公訴)’라 번역되는 ‘공소참여(□□ Nebenklage)’와 혼동되는 용어이므로 글자 그대로의 의미보다는 그 내용에 따라 한국의 법률용어인 ‘배상명령절차’로 해석하는 것이 바람직할 것이다.

1) 배상명령절차의 신청권자는 피해자와 그 상속인이다. 이는 한국의 소촉법과 동일하지만 한국의 소촉법 제25조 제 2 항은 법원의 직권에 의한 배상명령도 가능하도

록 하였다는 점에서 독일의 절차와 구별된다. 배상명령의 범위는 피고사건으로 인해 직접 발생한 물적 피해에 제한되며, 다른 절차에 의한 손해배상청구가 법원에 계속(繫屬)중인 경우에는 배상신청을 할 수 없다.

2) 독일법에서는 배상명령의 대상범죄를 제한하지 않고 있으나 한국의 소촉법은 배상명령신청이 가능한 범죄의 유형을 다섯 가지 범주로 한정하고(소촉법 제25조 제1항), 나머지 범죄에 대해서는 법원의 직권에 의한 배상명령이 가능하도록 규정하고 있다. 독일법에서는 피해자의 권리실현을 돕기 위해 피해자에게 형사절차의 진행에 대해 가능한 한 신속하게 통지하도록 하고, 더불어 배상명령절차를 안내하도록 규정하고 있으며(§403 II StPO), 필요한 경우 소송비용의 보조를 청구할 수 있도록 하고 있다(§404 V StPO).

3) 배상명령절차의 신청은 민사소송의 제기와 같은 효력이 인정되며, 확정된 배상명령이 기재된 유죄판결서의 정본은 민사소송법에 의한 강제집행에 관하여 집행력 있는 민사판결 정본과 같은 효력이 있다(§406 StPO). 그러나 피고인에게 무죄가 선고되거나 배상명령신청이 근거 없는 경우, 그리고 배상명령의 신청이 부적법하거나 형사절차의 진행에 부적절한 때, 배상명령절차의 심리가 형사절차를 지연시킬 때에는 결정으로 이를 각하하여야 한다(§405 StPO).

◇ Aktienbezugsobligation 【 신주인수권부사채 】

흔히 신주인수권부사채는 Wandelschuldverschreibungen mit Bezugsrecht auf Aktien이라고 부르는 것이 보통이다. 신주인수권부사채란 기채회사에 대하여 신주발행을 청구하고 이에 따라 기채회사가 신주를 발행하면 그 신주에 대하여 당연히 주주가 되는 권리인 신주인수권이 부여된 사채를 말한다. 흔히 Wandelschuldverschreibungen는 전환사채를 뜻하는 데 여기에 선매권 또는 신주인수권이라는 의미의 Bezugsrecht가 붙어 신주인수권부사채라고 한다. 주로 회사에 대하여 담보력과 확정된 이자채권을 가지고 있는 사채권자의 선택에 따라 회사의 발전정도가 양호한 경우에 주식으로 교환하거나 신주인수권의 실행에 참가하게 되는 양태를 띠게 된다. 이 같은 단어의 조합을 대신할 다른 단어가 곧 Aktienbezugsobligation인데 Aktien은 주식으로, Bezug은 선매 또는 신주인수의 뜻으로 또한 Obligation은 채무 또는 사채의 뜻이므로 이를 조합하여 신주인수권부사채라 칭하는 것이다. 이 신주인수권부사채는 주식회사법(AktG) 제221

조 제 1 항 전단과 우리 상법 제418조 제 1 항에서 그 근거를 찾을 수 있다. 특히 주식회사법의 취지는 전환사채에는 위의 설명과 같은 신주인수권(Bezugsrecht)이 부여된 전환사채와 전환청구권(Umtauschrecht)에 의거한 전환사채로 구분한 두 가지 양태를 정하고 있다. 그러므로 광의의 개념으로서의 전환사채는 신주인수권부전환사채와 전환청구권에 근거한 협의의 전환사채로 구분되어진다. 여기에서 신주인수권부전환사채를 전환사채의 관점에서 Wandelschuldverschreibungen mit Bezugsrecht auf Aktien로 혹은 Aktienbezugsobligation라고 부르고 있다.

◇ Akzessorietät 【 부종성(附從性) 】

‘어떤 주된 것에 부가 또는 부수하는’(뜻을 가진) akzessorisch라는 표현으로부터 파생된 용어로서 부종성으로 번역되고 있다. 부종성은 채권과 그 담보수단으로 설정된 담보권(Sicherungsrecht) 사이의 관계에서 특히 중요한 문제로 빈번히 제기되고 있다. 피담보채권에 대한 담보권의 부종성이란 표현은 양 권리 사이의 법적 결합관계, 즉 담보권의 성립, 존속 또는 그 내용에서 피담보채권의 성립 등에 의존하는 현상을 설명하고 있다. 가령 부종성에 따라 질권은 담보의 대상인 채권과 함께 소멸한다거나(§ 1252 BGB) 보증인의 보증채무에 관해서는 주채무의 내용이 기준으로 된다(§ 767 BGB). 다만 민법에서 인정되는 담보권 중에서도 일정한 담보권의 경우에는 피담보채권에 대한 부종성을 갖지 않거나 또는 부종성이 완화된다는 점에 유의해야 한다. 무엇보다 토지채무(□□ Grundschuld)나 소유권의 양도담보(□□ Sicherungsübereignung)가 그런 예에 해당하는데, 이 경우 이들 담보권은 채권과의 관계에서 부종성을 갖지 않으며 따라서 채권이 성립하지 않는다는 것이 곧바로 담보권의 존재에 영향을 미치지 않는다. 그렇지만 이 경우에도 피담보채권의 성립이나 존속은 담보설정계약의 정지조건(□□ aufschiebende Bedingung)이나 해제조건(□□ auflösende Bedingung)으로 해석될 수 있으며 이를 통해 비록 진정한 의미의 부종성은 아니더라도 담보권의 채권과의 결합성은 여전히 유지되고 있다. 피담보채권에 관한 담보권의 부종성은 우리나라의 경우에도 담보권의 원칙적 특성으로 인정되고 있으며, 다만 계속적으로 발생하는 채권의 담보를 목적으로 하는 근저당이나 근보증과 같은 경우 부종성을 완화하여 인정하고 있다.

◇ aliud 【 다른 종류의 급부 】

‘다른 것’이라는 라틴어 표현으로서 계약상 정해진 급부목적물과 다른 종류에 해당하는 목적물을 제공한 경우에 사용되는 용어이다. 독일어의 고유한 표현으로는 Falschlieferung이라는 표현이 사용되기도 하는데, 다른 종류의 급부는 민법상의 하자담보책임(Gewährleistung)의 적용 여부와 관련하여 구민법 시기에 많은 논의의 대상이 되었다. 왜냐하면 계약에서 정해진 바와 다른 상태의 물건을 제공하는 것이 다른 종류의 급부에 해당하는가 아니면 같은 종류이지만 하자있는, 그럼으로써 불완전한 이행(Schlechterfüllung, peius)에 속한다고 해석하는가에 따라 그 같은 급부장애(Leistungsstörung)에 대해 적용될 법규가 달라지며 이로써 권리행사기간 등의 법률효과의 측면에서 현저한 차이를 가져올 수 있었기 때문이다. 다시 말해 불완전한 이행의 경우에 해당하는 한 매수인은 구민법 제480조 제1항에 따라 해제(wandeln), 대가감액 또는 추완 이행을 청구할 수 있을 뿐이며 이들 권리는 구민법 제477조에 따라 단기의 소멸시효의 대상으로 되었다. 또한 그로 인한 손해배상 역시 구민법 제463조와 제480조에 따라 매도인이 하자를 악의로 고지하지 않은 경우 또는 성상(性狀)의 존재를 보증한 경우에 한정하여 인정될 뿐이었다. 이에 반하여 다른 종류의 급부로 인정될 경우에는 일반적인 채무불이행의 문제가 발생하기 때문에 매수인은 구민법 제195조에 따라 30년의 소멸시효 기간의 적용을 받는 이행청구권을 갖게 되며 더 나아가 그에 따른 손해배상청구권 역시 동일한 기간의 경과로 소멸할 뿐이었다. 결국 불완전한 이행인가 다른 종류의 급부인가의 구별은 매도인의 권리행사 기간과 관련하여 큰 의미를 갖고 있었다. 또한 상사(商事) 매매의 경우 이 같은 구별은 권리행사 기간의 실익을 넘어 상법 제377조에서 정한 매수인의 하자고지의무 준수와 관련하여서도 의미를 갖고 있었다. 즉 동 규정에 따르면 매수인은 매도인에 대해 제공된 물건의 하자를 즉시 고지하여야만 하며 그렇지 않은 경우 담보책임을 물을 수 없도록 되어 있는데, 다른 종류의 급부에 해당하는 한 이 규정의 적용 없이 여전히 매도인에 대한 책임을 물을 수 있기 때문이다. 그러나 다른 종류의 급부를 둘러싼 이런 법률문제는 채권법현대화법률(SchuModG)에 따라 개정된 현행 민법에서는 입법적으로 해결되어 있다. 즉 하자의 개념에 관한 민법 제434조는 제3항에서 매도인이 다른 종류물을 급부한 경우 물건의 하자가 있는 경우와 동일하게 취급한다고 규정하고 있다.

◇ Alleinvertriebsvertreter 【독점판매대리상】

Alleinvertrieb은 독점판매로 Vertreter는 대리인 내지 대리상을 의미하여 Alleinvertriebsvertreter는 독점판매대리상의 의미로 쓰인다. 독점판매에 관하여 일반적으로 제조자와의 독점판매에 관한 계약을 통하여 대리상인이 해당제조물 등을 판매하는 권리를 취득하게 되는 데 계약의 내용을 이루는 독점판매관계(Alleinvertriebsbindungen), 즉 독점판매약관의 내용에 따라 일정지역 내에서의 독점판매권을 보장하게 되고 물품의 제조자 내지 공급자는 해당영역에 약정물품을 공급하고 그 지역에서는 여타의 다른 판매계약을 체결하지 아니할 의무를 부담하게 된다. 이는 한편으로는 제조자의 물품에 대한 판매제한을 의미하고 또 다른 면에서는 제조자와 대리상인 사이에 당해 계약영역에서는 독점적인(ausschliesslich) 상거래관계를 창출해내는 것으로 경쟁제한법(GWB) 제16조의 취지와 부합하는 것이다. 그러므로 제조자 내지 공급자는 이 계약영역에서는 직판을 하거나 그의 영업소나 지점을 운영할 수 없는 것이 통상적이다. 이에 대하여 EC가 제공한 독점판매대리상에 대한 규칙 67/67 제 2 조 제 1 항 등의 취지에 비추어 제조자 내지 공급자와의 영업상의 신뢰를 위하여 독점판매대리상은 제조자가 공급한 물품과 경쟁관계에 있는 물품 등을 판매하지 아니할 의무인 영업금지의무를 준수해야 할 것이다.

◇ Allgemeine Handlungsfreiheit 【일반적 행동의 자유】

일반적 행동의 자유는 독일 기본법 제 1 조 제 1 항에서 규정하고 있는 인간의 존엄과 가치(□□ Menschenwürde)라는 기본권과 밀접한 연관성을 가지고 있는 기본권이다. 그리고 독일 기본법은 제 2 조 제 1 항에서 누구든지 타인의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 발현할 권리를 가진다고 규정하고 있다. 독일에서 제 2 조 제 1 항의 기본권은 도덕적으로 책임 있는 인간들의 인격적 핵심영역만을 보장해 주는 것은 아니며, 오히려 그 보다 더 포괄적인 의미를 갖는 기본권으로 본다. 그러므로 독일 기본법 하에서 제 2 조 제 1 항 규정은 헌법에는 명문규정이 없지만 인정이 되고 있는 헌법상의 특별 기본권들, 예를 들면 이주의 자

유(Auswanderungsfreiheit; BVerfGE 6, S.41)나 계약의 자유(Vertragsfreiheit; BVerfGE 8, S.328)와 같은, 자유권들에 대한 일반규정으로서 기본권 규정의 틈을 메워주는 그런 포괄적 성격을 갖는 기본권으로서 기능하고 있다. 그러므로 독일에서는 기본법 제 2 조 제 1 항을 일반적 행동의 자유의 근거 규정으로 이해한다.

그에 반해 기본법 제 2 조 제 1 항과 같은 규정을 가지고 있지 않으며 오히려 행복추구권을 인간의 존엄과 가치와 같이 제 10 조 제 2 문에서 규정하고 있는 우리 헌법의 경우에는, 우리 헌법재판소에 따르면 행복추구권을 하나의 구체적이고 독자적인 기본권으로 인정하는 입장을 취하면서 행복추구권 속에 일반적 행동의 자유권과 개성의 자유로운 발현권 등이 함축되어 있다고 이해한다. 또 사적자치권과 계약의 자유도 일반적 행동의 자유권에서 파생된다고 설명하는 등 행복추구권이 하나의 포괄적 기본권으로서의 성질을 가진 것으로 판시하고 있다.(헌재결 1998.5.28. 86 헌가 5; 헌재결 2003.5.15. 2001 헌바 98) 우리 헌법재판소는 일반적 행동자유권이라는 용어를 사용하고 있는데, 독일의 경우에는 기본법에 별도의 규정을 두고 있는 점을 감안하여 일반적 행동의 자유라고 번역하는 것이 기본권적 자유의 용례에 더 부합한다고 본다.(GG Art. 2 (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. 누구든지 타인의 권리를 침해하지 않고 그리고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한 자신의 인격을 자유롭게 발현 할 권리를 가진다.)

◇ Allgemeiner Gleichheitssatz 【일반적 평등원칙】

일반적 평등원칙은 오늘날 민주적, 법치국가적 헌법의 기본원칙 중의 하나이다. 독일 기본법 제 3 조 제 1 항은 “모든 사람은 법 앞에 평등하다”라고 천명하고 있다. 우리 헌법은 제 11 조 제 1 항 제 1 문에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”라고 천명하고 있다. 독일과 우리나라의 이 두 조문들이 일반적 평등원칙을 규정한 조문들이다. 이 두 조문의 차이점은 주어가 하나는 사람이고 다른 하나는 국민이라는 점에 있다. 이는 문리적 해석을 통해 보면, 독일 기본법은 일반적 평등원칙에 근거한 평등권의 주체가 독일 국민뿐만 아니라 외국인 등 모든 사람이라는 것을 밝혀주고 있다는 것이고, 우리 헌법은 대한민국 국적을 가진 대한민국 국민에게만 일반적 평등원칙에 근거한 평등권의 주체성이 인정 된다는 것으로 이해될 수도 있다. 그러나 해석론으로는

원칙적으로 우리 헌법도 국내거주 외국인의 평등권 주체성을 인정한다는 견해가 다수이다.

독일 기본법상의 일반적 평등원칙에 따르면 모든 사람은 법 앞에서 평등하게 취급 받을 것을 주장할 수 있을 뿐만 아니라 법을 통한 평등한 취급도 역시 주장할 수 있다는 것이다. 그리고 이 원칙은 본질적으로 평등한 것을 불평등하게 그리고 본질적으로 불평등한 것을 평등하게 취급하는 것을 금지하며, 기본법 제 1 조 제 3 항에 따라 특히 입법자를 포함한 모든 국가권력에 대하여 평등하게 취급하거나 불평등하게 취급하는데 있어서 그때마다 공정한 기준에 따라야 할 과제를 부여한다. 이런 기준은 일반적·추상적으로 확정될 수는 없는 것이며, 항상 규율되어야 할 구체적 사례를 고려하여 확정될 수 있는 것이다. 무엇이 공정한 것인가, 즉 무엇이 평등한 것이고 무엇이 불평등한 것인가의 문제는 독일의 경우 그 고찰 방식에 있어서 해당 규율이 자의적인 것인가를 기준으로 삼고 있다. 입법자는 자의금지(□□ Willkürverbot)라고 하는 한계를 통해 사법적 통제를 받는 것이라고 하겠다.

일반적 평등원칙은 일반적 평등권으로도 부를 수 있으며, 그에 반해 모든 생활 영역에서의 차별대우 금지, 사회적 특수계급 부인, 영전에 따른 특권 인정 금지, 혼인과 가족생활에의 남녀평등, 교육의 기회균등 보장, 선거권 평등, 경제질서에서의 사회적 평등 등은 법 앞의 평등이라는 일반적 평등권의 구체적이면서도 특별한 효과에 해당되는 것으로서, 일반적 평등원칙 내지 일반적 평등권과 구별하는 의미에서 특별 평등원칙(Besonderer Gleichheitssatz) 내지 특별 평등권 또는 개별적 평등권으로 불려진다.

□□ Willkürverbot 【자의금지】

◇ Allgemeines Persönlichkeitsrecht 【일반적 인격권】

독일에서 일반적 인격권은 개인의 사적 영역, 비밀영역 및 자신만의 영역을 보장하는 기본권이자 또한 개인의 인격적 명예에 관한 권리뿐만 아니라 정보에 관한 자기결정권(informationelle Selbstbestimmung)까지도 보장하는 기본권이다. 그리고 일반적 인격권은 독일기본법 제 1 조 제 1 항 인간의 존엄과 가치(□□ Menschenwürde)에 관한 규정과 제 2 조 제 1 항 일반적 행동의 자유(□□ Allgemeine Handlungsfreiheit)에 관한 규정을 통해 보장되고 있다고 본다. 그러나 우리나라에서는 독일기본법 제 2 조 제 1 항과 같은 인격의 자유발현권이 규정되어 있지 않기 때문에 일반적 인격권은 헌법 제10조

인간의 존엄과 가치 규정에서 나온다고 보아야 할 것이다. 일반적 인격권은 명예권, 성명권, 초상권을 포함하는 개념으로 이해되며, 또한 인격에 대해서 소극적으로 침해 받지 않을 권리와 적극적으로 보호를 받을 권리를 포함하는 것으로서 사생활의 보호, 사적 비밀에 대한 보호, 생활상의 보호 등도 이에 속할 수 있다. 그러나 우리 헌법상 사생활의 비밀과 자유에 대해서는 제17조의 독립된 조항이 있기 때문에 여기에 포함시킬 필요는 없다.(GG Art. 2 (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. 누구든지 타인의 권리를 침해하지 않고 그리고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한 자신의 인격을 자유롭게 발현할 권리를 가진다.)

◇ Allgemeinverbindlicherklärung 【일반적 구속력선언】

일반적 구속력선언이란 노동부장관의 선언에 의하여 기존에 단체협약의 구속을 받지 않는 당사자에게 단체협약의 적용을 확대하는 것을 말한다. 이 제도의 근본적 취지는 조합원이 아닌 자들에게도 단체협약에 따른 근로조건을 보장하는 데 있다. 즉, 사용자와 근로자가 단체협약에 정한 임금 이하의 조건으로 일을 시키거나 일을 하는 것을 방지하기 위한 제도이다. 단체협약(□□ Tarifvertrag)은 단체협약의 구속을 받는 당사자 간에만 적용되는 것이 원칙이다. 일반적 구속력선언을 하기 위해서는 근로자 50% 이상이 단체협약에 기속된 사용자에게 고용되어 있고, 공공의 이익을 위하여 필요하여야 한다(§ 5 IV TVG).

◇ Allgemeinverfügung 【일반처분】

연방행정절차법(VwVfG) 제35조 제 2 문은 일반처분에 대하여 정의하고 있다. 이에 의하면 “일반처분이란 행정작용의 일반적 징표에 따라 특정되거나 특정 가능한 범위의 다수의 사람을 대상으로 하는 행위, 특정 물건의 공법적 특색을 결정하는 행위, 공물 등의 일반적 이용을 규율하기 위하여 발령되는 행정행위이다(Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder

bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.)” 행정청의 고권적이고 일방적인 법적 행위는 일반적·추상적 규율인 법규명령과 개별적·구체적 규율인 행정행위로 나눌 수 있으나, 이에 국한되는 것은 아니고 개별적·추상적 규율과 일반적·구체적 규율도 있다.

연방행정절차법이 제정되기 전까지 통설은 일반처분을 행정작용의 일반적인 징표에 따라 특정되거나 특정 가능한 범위의 다수의 사람을 대상으로 하는 행위만으로 인식하였으나, 이 법의 제정으로 소위 물적 행정행위까지 포함하는 것으로 확대되었다.

일반처분은 행정행위이므로 원칙적으로 일반적인 행정행위와 동일한 규율을 받으나, 일반처분의 특성상 행정행위와는 달리 규율되는 부분도 있다. 첫째 연방행정절차법 제28조 제2항 제4호에 따라 당해 관청은 당사자에 대한 의견제출 요구를 생략할 수 있고, 둘째 같은 법 제41조 제3항 제2문에 따라 일반처분을 당사자에게 통지하는 것이 어려운 경우에는 이를 공포할 수 있으며, 셋째 같은 법 제39조 제2항 제5호에 따라 공포하는 일반처분은 행정행위임에도 처분의 근거를 제시하지 않을 수 있다.

우리나라에서도 학설상 일반처분의 행정행위적 성격을 인정하고 있으며, 판례는 명시적으로 일반처분이라는 용어를 사용하고 있지는 않으나, 토지에 대한 과세기준이 되는 과세표준으로서의 개별공시지가결정의 처분성을 인정하고 있다.(대판 1993.1.15. 92누12407)

◇ Amtshaftung 【 직무배상(공무원의 배상책임) 】

민법(BGB) 제839조 제1항은 “공무원이 고의 또는 과실로 제삼자에 대한 직무의무를 위반한 경우 그는 그로부터 발생한 손해를 배상하여야 한다. 공무원이 단지 과실에 의하여 손해를 가한 경우에는 피해자가 다른 방법으로 손해배상을 받을 수 없는 경우에만 공무원에게 배상을 요구할 수 있다(Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.)”라고 규정하고 있다.

독일의 국가배상제도는 공무원이 위법한 직무행위를 통하여 개인에게 손해가 발생된 경우 국가가 가해자로서 직접 책임을 지는 자기책임의 원리가 아니라 공무원의 개인에 대한 손해배상무역을 국가가 대신한다는 대위책임의 원리에 입각하고 있다.

독일의 절대주의 국가시대에 있어서는 국가무책임사상이 지배하였고, 국가와 공무원의 관계는 사법상의 위임계약관계로 간주되어 공무원이 적법하게 직무수행을 한 경우에만 그 법적 효과가 국가에 귀속되고, 위법하게 직무수행을 한 경우에는 위임의 한계를 일탈한 것으로 공무원 개인이 책임져야 한다는 법리에서 공무원 개인의 배상책임제도가 확립되었으며, 이를 규정한 것이 민법 제839조 제1항 제1문이다. 이는 공무원의 직무수행의 위축을 초래하였으며 공무원 개인을 보호하기 위하여 제2문의 규정을 두게 되었다. 그러나 20세기에 들어서서 국가기능이 확대되고 공무원의 직무상의 불법행위로 인하여 개인이 심각한 손해를 보는 경우가 증대함에 따라 이에 대한 개혁이 요구되었다. 이후 1981년 국가배상법(Staatshaftungsgesetz, Gesetz v. 26. 6. 1981. BGBl. I. S.553)이 제정되었으나 연방헌법재판소는 1982년 10월 16일 동 법률을 기본법(GG) 제70조의 연방과 주의 입법관할권을 위반한 것으로 위헌이라 판시하였다(BVerfGE 61, 149). 따라서 현재도 국가배상책임제도는 민법(BGB) 제839조에 의한 공무원 개인의 배상책임을 기본법(GG) 제34조에 의하여 국가로 이전하는 구조를 취하고 있다. 그러나 독일은 통일 후 1994년 기본법개정을 통하여 제74조 제1항 제25호에 국가배상에 관한 입법권을 연방과 주가 경합적으로 가질 수 있도록 하였으므로 이제는 연방차원의 국가배상법을 제정하는 것이 가능해졌다.

◇ **Änderungskündigung** 【 변경해지 】

변경해지란 근로계약(□□ Arbeitsvertrag)이나 임대차계약과 같은 계속적 계약관계에서 계약조건의 변경을 목적으로 하는 해고를 말한다. 노동법에서의 변경해지는 사용자가 종래의 근로계약을 해지함과 동시에 새로운 근로조건 하에서의 근로관계의 계속을 신청하는 제도이다. 즉, 사용자가 일정한 이유를 들어 기존 근로조건의 변경이 불가피함을 근로자에게 통지하면서 동시에 특정 기간 내에 근로자가 이러한 변경에 수락하지 않는 경우에는 해고할 것을 고지하는 것을 의미한다. 사용자가 변경해지를 고지하면, 근로자는 변경해지를 무조건 수락을 할 것인지 아니면 거절할 것인지에 관하여 선택하여야 한다. 변경해지를 수락하면 근로계약은 합의에 의하여 변경되게 된

다. 그러나 근로자가 변경해지를 거부하면 사용자는 근로자를 해고하게 되고, 근로자는 부당해고의 구제를 신청을 할 수 있게 된다. 독일 해고제한법(KSchG)은 사용자의 근로조건 변경요구 또는 해고가 사회적 정당성(soziale Rechtfertigung)을 갖춘 경우에는 변경된 근로조건에서 근무하고, 사용자의 근로조건 변경요구 또는 해고가 사회적 정당성을 갖추지 못한 경우에는 종전의 근로조건으로 계속 근무할 것을 조건으로 하는 변경해지에 대하여 수락할 수 있게 하는 제도를 마련하고 있다. 즉, 독일 해고제한법 제2조는 “사용자가 근로관계를 해지하고 이와 동시에 해지와 관련하여 다른 근로조건으로 근로관계의 존속을 신청하면 근로자는 근로조건의 변경이 사회적으로 정당하지 않은 것이 아니라 유보 하에 이 신청을 승낙할 수 있다”고 규정하고 있다. 이러한 변경해지제도는 1969년 해고제한법의 개정에 의해 새로이 규정된 것이기는 하지만, 동 규정이 신설되기 전에도 판례에 의해 이미 변경해지제도가 인정되고 있었다. 우리나라에서는 ‘변경해약고지’로 번역하기도 하지만 일반적으로 ‘변경해지’로 번역하고 있다. *Änderungskündigung*은 ‘변경’이라는 의미의 ‘*Änderung*’과 ‘해고’라는 의미의 ‘*Kündigung*’이 결합된 단어로 직역한다면 변경해고가 될 것이다. 그러나 노동법상의 해고에 관한 규정이 민법상 해지에 대한 특별규정이라는 점에서 변경해지라고 하여도 의미전달에 무리가 없고, ‘변경해지’가 일반적으로 승인되고 정착된 번역이라는 점에서 굳이 변경해고로 번역할 필요는 없다고 본다. 따라서 불필요한 혼란을 예방하기 위해서는 *Änderungskündigung*은 일반의 용례에 따라 변경해지로 번역하는 것이 바람직하다고 본다.

◇ *Aneignung(srecht)* 【 선점(권) 】

일반적으로 번역을 하면, (불법적으로) 제 것으로 만드는 것을 말한다. 일반적 예문의 사용례는 ‘*du hast dir das Buch widerrechtlich angeeignet*(너는 그 책을 불법적으로 네 것으로 만들었다)’로 사용된다. 법률용어로서는 누구 누구의 것으로 만드는 것을 말하므로 소유취득, 선점 등을 생각할 수 있다. 그러나 예를 들면, 민법 제958조 제1항에서는 ‘*Wer eine herrloses bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache*(무주의 동산을 자주점유하는 자는 그 물건에 대한 소유권을 취득한다)’라고 규정하고 있으며, 그 표제에서 ‘*Aneignung*’이라고 표현되어 있음에 따라 ‘(무주물)선점’으로 번역할 수 있다. 이러한 선점은 소유권포기(*Eigentumsaufgabe*)

와는 달리 법률행위가 아닌 사실행위이므로 행위능력이 필요하지 않다. 여기에 대해서는 약간의 학설다툼이 존재하고 있다. 그리고 이러한 선점은 자연보호법의 규정에 의해 금지하고 있거나 또는 타인의 권리(예를 들면 사냥 또는 어업권자의 권리 등)를 침해하는 경우에는 소유권취득으로 인정되지 않으며, (제958조 제 2 항) 부동산이 주인이 없는 경우에는 등기를 통해서 국고에 귀속되게 된다. 선점권(Aneignungsrecht)은 예를 들면 사냥권과 같이 자주점유라는 행위에 의한 주관적 권리이다. 밀렵꾼에 의한 선점권 침해의 경우, 그는 어떠한 소유권도 취득하지 못한다. 왜냐하면 선점권자는 밀렵꾼에 대하여 이미 소유권에 기한 반환청구권을 가지고 있기 때문이다. 반면에 제삼자는 선의취득이 가능하다. 이 경우 항상 주인없는 물건들이 선점권자에게서 분실된 상태가 아니기 때문이다. 이 때 주인이 없는 물건인가 아닌가에 대해서도 여전히 학설의 다툼이 있다.

◇ an Erfüllungs Statt 【 이행에 갈음하여 】

채무자가 본래의 채무내용과 다른 급여를 제공하여 본래의 채무를 소멸하도록 하는 변제의 방법을 뜻한다. 채무자가 본래의 급부와 다른 내용을 제공하는 경우는 3가지 의미로 해석될 수 있다. 먼저, 제공된 다른 급부가 단지 담보의 목적으로 (sicherungshalber) 행해진 경우를 들 수 있는데, 이 경우 본래의 급부는 제공된 다른 급부에 의해 영향을 받지 않으면서 여전히 존속하고 이행되어야만 한다. 다만 본래의 채무의 이행이 없을 경우 채권자는 제공된 목적물의 환가를 통해 채권의 만족을 받을 수 있는 권리를 갖게 된다. 소유권의 양도담보(□□ Sicherungsübereignung)나 질권(Pfandrecht) 설정을 위한 목적물의 제공이 여기에 해당한다. 둘째, 다른 목적물이 이행을 위하여(□□ erfüllungshalber) 제공된 경우가 있는데, 이 경우에도 본래의 채권은 소멸하지 않고 여전히 존속한다. 다만 채권자는 채무자에 대해 우선 본래의 채권을 주장하지는 못하고 이행을 위하여 제공된 목적물을 통해 만족 받도록 시도해야 한다. 셋째의 경우가 바로 이행에 갈음하여 다른 목적물이 제공된 경우인데, 이 경우에는 채권자가 그 대물(代物)을 수령함으로써 본래의 채권이 소멸하게 된다(§ 364 BGB). 이행에 갈음하여 제공된 다른 목적물의 수령에 따른 채권소멸의 효과와 관련하여 그 제공된 목적물에 하자가 있을 경우 그 변제제공자의 책임이 문제되는데, 민법은 제 365조에서 그 변제제공자에 대해 매도인과 동일한 하자담보책임을 부과해 두고 있다.

우리나라의 민법도 채권자의 승낙에 따라 이행에 갈음하여 다른 급여를 행한 경우에는 대물변제의 효과가 발생한다고 명시적으로 규정해 두고 있다(제466조).

◇ Anfechtung 【 취소 】

사법상 법률행위의 효과를 사후적으로 파기하기 위한 권리의 행사를 말한다. 취소할 수 있는 법률행위의 경우에 취소의 권리가 행사되기 이전까지는 유효하다. 취소는 형성권이며, 법률행위는 처음부터 무효가 된다. 표시상의 착오, 전달의 착오, 내용의 착오, 성상의 착오의 경우에 취소권이 주어진다. 또한 의사표시가 사기 또는 위법한 강박에 의해 이루어진 경우에도 이를 취소할 수 있다. 취소권자는 취소가 가능함에도 불구하고 그 법률행위를 계속 유효하게 하거나, 또는 취소를 통해 그 효력을 정지시킬 수 있다. 이와 같이 취소권자는 선택권을 가진다. 이러한 취소는 그 상대방에 대한 의사표시에 의하여 이루어진다. 취소의 의사표시에 대해서는 특별한 방식이 없다. 따라서 취소권자는 ‘취소’라는 단어를 사용할 필요 없이, 그가 그 법률행위를 더 이상 유효하지 않게 한다는 그의 의사표시를 알게 함으로써 충분하다고 한다. 유효한 취소에 의해 법률행위는 처음부터(□□ ex tunc) 무효로 된다. 따라서 그 법률행위는 처음부터 무효로 간주된다 (§ 142 Abs. 1 BGB). 취소자는 상대방이 있는 의사표시의 경우에는 상대방에 대하여, 기타의 경우에는 제삼자에 대하여, 상대방이나 제삼자가 의사표시의 유효를 믿음으로 인하여 입은 손해를 배상하여야 한다(§122 Abs. 1 BGB). 그러나 그 배상액은 상대방이나 제삼자가 의사표시의 유효에 대하여 가지는 이익의 액을 넘지 못한다.

◇ Anfechtungsklage 【 취소소송 】

취소소송은 행정행위의 취소를 청구하는 소송으로 가장 전형적인 행정소송이다. 연방행정법원법(VWGO) 제42조 제 1 항은 “소송으로 행정행위의 취소(취소소송) 또는 거부되거나 부작위인 행정행위의 발령에 대한 판결(의무화소송)을 청구할 수 있다 (Durch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts (Anfechtungsklage) sowie die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts (Verpflichtungsklage) begehrt werden.)”라고 규정하고 있다. 취소소송은 위법한 행정행위의 취소를 목적으로 하므로 일종의 형성적 소송이며, 행정행위의 존재를 전제로 한

다. 행정행위의 개념은 연방행정절차법(VwVfG) 제35조에 규정되어 있다. 연방행정절차법 제35조는 “행정행위란 행정청이 공법영역에 있어서 구체적 사실을 규율하고 외부적으로 직접적인 법률효과를 발생시키는 모든 처분, 결정 또는 고권적 행정작용이다. 일반처분이란 행정작용의 일반적 징표에 따라 특정되거나 특정 가능한 범위의 다수의 사람을 대상으로 하는 행위, 특정 물건의 공법적 특색을 결정하는 행위, 공물 등의 일반적 이용을 규율하기 위하여 발령되는 행정행위이다(Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.)”라고 규정하고 있다. 취소소송의 대상에는 위법한 행정행위 뿐만 아니라 무효인 행정행위도 포함된다. 원칙적으로 무효인 행정행위에 대하여는 연방행정법원법(VWGO) 제43조의 규정에 의한 확인소송을 제기하여야 하지만, 단순히 위법한 행정행위인지 또는 무효인 행정행위인지를 구별하는 것이 쉽지 않기 때문이다.

연방행정법원법(VWGO) 제68조 제 1 항에 따라 특별히 예외적인 경우를 제외하면 일반적으로 취소소송을 제기하기 위해서는 전심절차인 행정심판(Widerspruch)을 거쳐야 한다. 취소소송은 같은 법 제74조 제 1 항에 따라 재결서의 송달 후 1월내에 제기하여야 하며, 같은 법 제80조에 따라 행정심판이나 취소소송이 제기되면 당해 행정행위는 집행이 정지된다.

◇ **Angehen gegen eigenes Handeln wird niemandem zugestanden** 【금반언원칙】

□□ Venire contra factum proprium = Verbot der Zuwiderhandlung gegen das eigene frühere Verhalten = estoppel(英) : 금반언원칙을 의미하는 다른 표현들

◇ **Angestellter** 【사무직 근로자】

사무직 근로자는 블루칼라(blue color)로 표현되는 육체근로자(□□ Arbeiter)에 상대되는 개념으로 화이트칼라(white color) 근로자를 의미한다. 사무직 근로자는 근로자(□□

Arbeitnehmer)의 하위개념으로, 근로자에는 육체근로자와 사무직 근로자가 있다. 그리고 사무직 근로자는 다시 일반 사무직 근로자와 중견간부(□□ leitende Angestellte)로 구별된다. 일반 사무직 근로자와 달리 중견간부는 사용자를 위하여 행동하는 자로 노동법의 일부규정이 적용되지 않는다. 사무직 근로자라는 개념은 역사적으로 형성된 개념으로 그 법적의미가 경감되었음에도 불구하고 사회적으로는 아직도 근로자들을 집단화 시키는 중요한 기준의 하나로 작용하고 있다. 예를 들어 아직 사무직 근로자들로 구성된 노동조합(DAG)이 존재하고, 종업원평의회(Betriebsrat)의 대표자를 구성함에 있어서도 사무직 근로자와 육체근로자의 비율이 반영되고 있다(§§ 27 ff. BetrVG). 1990년 이전까지 육체근로자와 사무직 근로자에 대하여 적용되는 법규정이 따로 있는 경우가 많았다. 그러나 연방헌법재판소가 1990년 5월 30일 양자를 구별하는 법규정은 평등권을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다는 결정(BVerfG 30. 5. 1990 E 82, 126)을 함으로써 법적으로는 양자를 구별할 의미가 감소하게 되었다. 그러나 아직도 일부 법률에는 양자를 구별하는 규정들이 남아 있다(§§ 5, 98 BPerVG, § 15 II und III MitbestG).

◇ Ankaufrecht 【 매매완결권 】

일본의 영향을 받아서 매취권(買取權)으로 번역되어 사용되고 있다. 이는 우선매입권(□□ Vorkaufrecht)과 달리 미래의 매입자가 일정 기간 내에 응낙하는 매도인의 구속력 있는 청약이다. 해석에 따라서 예약(□□ Vorvertrag)에서 다루는 경우 또는 매수권한자의 의사표시에 의한 연기조건부 매매계약으로 다루는 경우가 있을 수 있다. 토지의 경우, 매매완결권자의 청구권은 가등기에 의하여 보전될 수 있다. 환매(□□ Wiederkauf)에 관한 규정(제456조 이하)은 여기에 준용되지 않는다.

◇ Annahme der Berufung 【 항소허가 】

형사소송법 제313조에 의하면 법원은 일정한 경우 항소(□□ Berufung)에 대한 허가여부를 먼저 결정한다. 법원이 허가할 때에만 항소는 허용된다. 그러한 경우로는 ① 제1심에서 15일수 이하의 벌금형 또는 과료가 선고된 경우와 15일수 이하의 벌금형에

대한 선고유예의 경우, ②검사가 30일수 이하의 벌금형을 구형한 사건에 대해 무죄나 공소기각의 판결이 내려진 경우이다. 이러한 경우 법원은 항소사유의 부존재가 명백할 때에는 항소를 허용하지 않는다. 그렇지 않을 때에는 항소를 허용하여야 한다. 항소의 허용여부에 대한 결정은 불복이 허용되지 않으며, 허용할 때에도 그 근거를 제시할 필요가 없다. 물론 제313조에 정한 사유에 해당하지 않는데도 항소를 허가하지 않는다면 이는 즉시항고의 대상이 된다. 한국에는 항소에 대한 허가제도가 없다는 점에서 비교의 대상이 된다.

◇ **Anscheinsbeweis** 【 추정증거 】

(형법) 추정증거는 확실성이 아니라 개연성에 근거하여 행하는 사실의 입증이다. 형사법에서는 일반적으로 ‘일응의 추정 증거’로도 번역된다. 그러나 증거방법 중의 하나이므로 추정증거라는 표현이 더 나올 것이다. 추정증거는 민사소송에서는 ‘표현 증명’이라는 용어도 사용되고, 증거로서 허용되지만 형사소송에서는 배제된다. 즉 형사소송에서는 자유심증주의(□□ Freie Beweiswürdigung)의 한계를 논할 때 법관의 자유로운 심증이라 할지라도 추정, 즉 개연성에 근거한 심증은 곤란하고 의심의 여지없는 확신에 이를 것을 요구한다.

(민법) 증거사실에 관한 법원의 자유로운 심증을 형성하는 과정에서 일반적인 경험칙(Erfahrungsgrundsatz)에 비추어 어떠한 사실로부터 주요한 다른 사실을 추단해 내는 증명방법을 뜻한다. 이때 적용될 경험칙은 법원으로 하여금 주장된 사실에 대해 확신을 갖도록 하기에 적당해야 하는데, 이러한 경험칙의 도움을 통해 입증과정에서 구체적 자료나 정보의 결함을 극복하게 함으로써 입증부담의 완화를 도모한다. 표현증명은 ‘일응의 증명’(prima facie-Beweis)이라고도 하는데, 특히 현대적인 불법행위책임 유형에서 과실과 인과관계의 입증과 관련하여 큰 의미를 갖고 있다. 예를 들면, 자동차가 보도에까지 진입해서 통행인을 상해했음이 입증된 경우 운전사의 과실이 추정되는 경우를 일컫는 것이다. 이는 원고가 과실이나 결함의 기초가 되는 사실 또는 경험칙상 과실이나 결함을 추인케하는 간접증거를 제출하고 이에 대해서 피고가 반증을 제시하지 못하면 과실이 있는 것으로 추정하는 증거법리를 말한다. 영미법의 사실상 추정칙을 수용해서 독일 판례가 발전시킨 이론이다. 독일에서는 1915년 합성염사건

(Brunnensalz) 이래로 제조물책임소송에서도 인정된다. 경험칙에 의한다는 점에서 영미법상의 사실상 추정과 같으나 표현증명이 과실과 인과관계의 입증에 대해서 정형적인 사상경과에 한정되고 구체적 내용을 특정하지 않는 점에서 사실상 추정과 다른 점이다. 표현증명은 우리나라에서도 널리 인정되고 있으며 특히 의료책임, 환경책임, 제조물책임 소송 등에서 적용되어 가해자와 피해자 사이에 놓인 입증자료의 구조적 불균형을 해소하는 기능을 하고 있다.

◇ **Anscheinsvollmacht** 【 표현수권(表見授權) 】

무권대리인의 행위에 대하여 본인이 이를 실제 알지 못했더라도 충분한 주의를 기울였더라면 알 수 있었으며 또한 방지할 수 있었을 경우에 본인이 상대방에 대해 책임을 뜻한다. 민법전은 대리제도에 따른 상대방 보호와 거래질서의 안정을 위하여, 가령 본인이 대리권을 수여하였으나 이후 소멸하게 됨으로써 더 이상 대리권이 존재하지 않는 때에도 상대방이 여전히 대리권의 존재를 신뢰한 경우 대리권이 존속하는 것으로 취급하는 개별 규정을 두고 있다(§§ 170-173 BGB). 그러나 예를 들어 본인이 애초부터 대리권을 수여되지 않았으나 대리권이 존재한다는 외관이 형성된 경우와 같이 위의 규정들이 적용되지 않는 경우에도 상대방이 보호되어야 할 필요가 있을 수 있다. 이때 본인이 그 같은 대리권 존재의 외관형성에 대하여 일정한 기여를 한 경우 판례는 상대방에 대한 본인의 책임을 발전시켜 왔다. 그 경우의 하나가 인용수권(□□ Duldungsvollmacht)이며, 또 다른 경우가 표현수권에 해당한다. 가령 처(妻)가 부(夫)에게 대리권수여증서를 작성·교부하면서 대리권을 수여하였다가 그 증서를 끝이어서 반환받으면서 수권행위를 철회하였으나 부(夫)가 처(妻)에 의해 부주의하게 보관된 대리권수여증서를 재차 습득하여 처(妻) 명의로 타인과 법률행위를 한 경우에 연방법원은 표현수권의 존재를 인정하고 있다(BGHZ 65, 13). 표현수권에 따른 법률효과로서 판례와 학설은 무권대리인이 마치 대리권을 갖고 있었던 것과 같이 취급하여 본인에 대한 상대방의 이행청구권을 인정하고자 한다. 그렇지만 학설의 일부는 표현수권의 경우에는 단지 상대방의 손해배상청구권 행사만으로 족하다고 파악하고 있다. 표현수권은 민법 제170조 이하 및 인용수권과 함께 무권대리행위에 따른 상대방을 보호한다는 점에서 우리나라 민법에 규정된 표현대리제도(제125조, 제126조, 제129조)와 유사한 기능을 행하고 있다.

◇ **Anspruchsgrundlage** 【 청구권근거규범 】

다른 말로는 청구권규범(Anspruchsnorm)이라고도 하며, 한국말로로는 청구권기초라고 번역하고 있는데, 이는 타인에게 어떠한 것의 작위 또는 부작위를 요구하는 법률효과를 규정짓는 법규범으로서의 법률규정을 말한다. 통상적으로 법조문상에서 “청구할 수 있다”, “반환해야 한다”, “배상할 책임이 있다”라는 표현으로 나타난다. 이는 채권자가 의욕하는 바를 근거지을 수 있는 법규정 또는 법원칙으로, 각각의 사안 및 문제 제기 방식에 따라 검토되어야 한다. 이러한 것들은 여러 가지 형식으로 나타나는데, 예를 들면 무엇을 “청구하다(fordern, §241, §2174)”, 또는 “요구하다 (verlangen, §250 II, §257, §280 I, §437 Nr. 1, 3, §§861, 862 등)” 라는 규정과 그리고 무엇을 할 “의무가 있다” (verpflichtet, §346, §433 I, II, §488, §535, §598, §607, §611 I, §631 I, §813, §823 등) 또는 어떠한 급부를 “이행해야 한다(eine Leistung zu erbringen hat, §§258, 259, §701, §824)”라는 형식으로 나타난다. 이들 법률효과를 통해서 청구규범들은 다른 규범들과의 사이에서 그 다양한 법률효과에서 차이가 나타나게 된다. 이처럼 각각의 규범은 법률효과는 예정하고 있지만, 각각의 규범 모두가 청구규범을 가지는 것은 아니다. 예를 들자면, 제 1 조는 사람의 권리능력은 언제 시작하는가에 대하여, 제 2 조는 언제 성년이 되는가, 제362조 제 1 항은 채권관계에서 채권으로서 해제됨을 규정하고 있다. 또한 제387조는 상계를 위한 권리를 형성권으로서 보장하고 있고, 제 119조, 제123조는 취소권을 보장하고 있으며, 제314조, 제488조, 제489조, 제542조 제 1 항, 제543조, 제605조 또는 제608조는 계약해제권을 규정하고 있다. 제903조는 소유권자에게 자기의 물건을 임의로 처분할 수 있음을, 제1922조 제 1 항은 상속인에게 재산이전의 법률효과를 규정하고 있다. 이러한 모든 법률효과는 어떠한 청구권을 포함하고 있지 않고 있다. 따라서 이들 규범들은 청구권발생근거가 될 수 없는 것이다.

◇ **antezipierte Einigung** 【 예정된 물권변동의 합의 】

동산 물권변동을 위한 인도의 요건이 충족되기 이전에 당사자 사이에 미리 물권변동을 위한 합의(Einigung)가 행해진 상태를 의미한다. 물권변동을 위해서는 물권변동

을 위한 합의 이외에 물권변동에 관한 외부적 공시를 필요로 한다. 이때 외부적 공시 수단으로는 동산의 경우 인도(Übergabe)를, 그리고 부동산의 경우에는 등기(Eintragung)를 필요로 한다(§§ 929, 873 BGB). 이 중 동산물권의 변동을 위한 인도의 요건과 관련하여 민법은 권리취득자가 이미 물건의 점유를 취득하고 있는 경우에는 단지 물권적 합의(Einigung)만으로 권리변동의 효과를 인정하고 있다(§ 929 II BGB). 그런데 이 같은 경우를 넘어서 권리취득자가 합의 당시가 아니라 장래에 물건을 취득할 수 있는 경우에 예정된 물권변동의 합의만으로 민법 제929조 제 2 항에 따라 물권변동의 효력을 인정할 수 있는지가 한 때 문제되었다. 현재 일반적인 견해는 예정된 물권변동의 합의가 있는 경우 그 합의가 점유취득 당시에 철회되지 않는 한 그 같은 합의만으로도 물권변동의 효력을 인정하고 있다. 가령 A가 B에게 책을 빌렸는데 그 책을 더 이상 찾지 못하게 되자 B에 대해 그 가치를 변상해 준 후 ‘그 책을 찾게 되는 경우 그 책은 A가 보유한다’고 합의하는 경우에 예정된 물권변동의 합의에 따른 물권변동의 효력을 인정할 수 있다. 선취된 물권변동의 합의라고 번역되기도 하나 표현의 순화를 위하여 예정된 물권변동의 합의라고 국역한다.

◇ **antezipierte Sicherungsübereignung** 【 예정된 담보양도 】

Sicherungsübereignung

◇ **antezipiertes Besitzkonstitut** 【 예정된 점유개정 】

Besitzkonstitut

◇ **Antragsdelikte** 【 친고죄 】

친고죄는 피해자의 고소(Strafantrag)에 의해서만 형사소추가 가능한 범죄들을 말한다. 이는 한국의 경우와 동일하다. 다만 독일에서는 친고죄라 할지라도 일정한 범죄의 경우 형사소추에 대한 공공의 특별한 이해관계가 있어 수사기관이 직권으로 개입할 필요가 있다고 판단될 경우 예외적으로 고소 없이 소송을 제기할 수 있도록 하고

있다. 이러한 경우를 ‘제한적 친고죄’ 또는 ‘부진정친고죄’로 명명할 수 있을 것이다. 형사소추에 대한 공공의 특별한 이해관계가 있는지에 대한 판단은 검사의 재량에 맡겨져 있으며, 독일의 다수견해와 판례는 이 재량을 법원의 심사를 받지 않아도 되는 자유재량으로 인정하고 있다. 하지만 최근의 유력한 견해는 법원이 공판개시 여부를 결정할 때 검사의 공소제기가 재량의 한계를 일탈했는지를 심사해야 하는 기속재량으로 본다. 몇몇 판례에서 공공의 이익의 존재가 소송의 전제조건이 되며, 그 존재여부에 대해서는 법원이 독자적으로 판단하여 검사의 입장과 달리 이를 부정할 수 있다는 견해를 제시하고 있는 것이다. 이와 같은 ‘부진정친고죄’에 해당하는 경우로는 단순고의나 과실에 의한 상해죄 (§232 I StGB), 저가의 재물에 대한 절도 및 횡령 (§248a StGB), 손괴죄 (§303 StGB), 전자정보손괴죄 (§303a StGB) 등이 있다. 반면에 ‘진정친고죄’라 할 수 있는 경우, 즉 어떠한 경우라도 피해자의 고소 없이 형사소추가 불가능한 경우로는 주거평온침해죄 (□□ Hausfriedensbruch §123 StGB), 친족간 절도죄 (§247 StGB), 친족간 사기죄 (§263 IV StGB), 약취죄 (§182 StGB) 등이 있다. 독일의 친고죄가 한국과 다른 또 한 가지는 친고죄라 하더라도 고소 이전에 수사가 가능하며, 나아가 고소가 없더라도 구속영장의 발부나 긴급구속이 허용된다는 것을 명문으로 정하고 있다는 점이다 (§§127 III, 130 StPO). 한국에서는 고소 이전에 수사가 가능한지에 대해 명문의 규정이 없으며 학설과 판례는 고소가능성이 있으면 수사가 가능하다는 입장이다.

◇ Antreffungsvermerk 【 원본보지자표시문언 】

원본보지자표시문언(Antreffungsvermerk)이란 어음의 등본에 원본의 소지인 내지 보지자를 지칭하는 표시이다. 어음은 원본(Urschrift)을 등사하여 등본(Abschrift)으로 유통될 수 있는데 이는 어음의 유통성을 조장하거나 어음의 분실 등의 위험을 피하기 위하여 인정된 것으로 어음법(Wechselgesetz) 제67조 제1항에 의하여 어음의 소지자는 등본을 작성할 수 있음을 정하고 있고, 제2항에 따라 원본에 기재된 배서와 일체의 다른 기재된 것을 정확하게 다시 기재하여야 한다. 특히 이 제68조 제1항에는 등본에 원본의 보지자가 누구인지를 표시할 수 있다고 하며 이어 그 보지자는 등본의 정당한 소지인에게 원본을 교부할 의무가 있음을 규정하고 있다. 한국 어음법 제68조 제1항에도 같은 취지로 규정되어 있으나 독일 어음법 제68조에는 기재에 대한 선택

적 규정으로 그 가능성을 열어놓은 반면, 한국 어음법 제68조는 원본의 보지자가 누구인지를 표시하여야 한다는 의무적 규정을 두었다. 그러나 원본의 보지자표시가 없다고 하여 등본의 효력이 없는 것은 아니다. 즉 등본에의 원본소지인의 기재가 등본의 유효요건은 아닌 것이다.

◇ Anwartschaftsrecht 【 기대권 】

채권이나 물권 등의 권리 취득에 대한 기대를 갖는 지위(Anwartschaft)가 이미 확고한 정도에 이르러 마치 그 권리가 종국적으로 취득된 것과 같이 취급해 주는 법적 지위를 뜻한다. 기대권은 장래의 완전한 권리(Vollrecht)에 대한 선행단계로서 그 완전한 권리와 본질적으로 유사한 것으로 취급되며 따라서 완전한 권리에 적용되는 규정의 유추적용을 통하여 보호된다. 기대권이 인정되는 유형으로는 무엇보다 정지조건(□□ aufschiebende Bedingung)이 부착된 권리이전행위, 가령 민법 제449조 제 1 항에 따른 소유권유보부 매매(□□ Eigentumsvorbehalt)에 따라 장래 대금의 완불을 조건으로 한 정지조건부 소유권이전합의를 들 수 있다. 이 경우 소유권유보부 매매로부터 취득한 기대권은 민법 제823조 제 1 항의 절대적 권리로 취급되며 더 나아가 그 기대적 지위에 대한 타인의 침해에 대해 기대권자는 소유물반환청구권에 관한 제985조와 방해제거·예방청구권에 관한 제1004조에 의해 보호된다. 또한 부동산물권변동과 관련해서도 기대권이 인정되고 있는데, 부동산 물권변동을 위한 합의가 민법 제873조 제 2 항에 따라 구속력을 갖게 되고 더 나아가 그 합의에 따라 권리를 취득할 자가 등기소에 등기를 신청해 놓았거나 또는 취득자를 위한 가등기(Vormerkung)가 행해진 경우이다. 우리나라 민법의 경우에도 조건부 법률행위에 따라 권리를 취득한 자에 대하여 조건의 성취 이전에도 일정한 보호를 부여함으로써(제149조) 기대권을 인정해 두고 있다. 그렇지만 부동산물권변동과 관련한 부동산매수인의 기대권은 다수설에 따르면 인정되지 않고 있다.

◇ Apothekenurteil 【 약국판결 】

이것은 1958년 6월 11일 연방헌법재판소의 판결로 연방헌법재판소 판례집 제7권 377면에 수록되어 있다(BVerfGE 7, 377). 이 사건은 Karl-Heinz R. 이라는 약사가

Bayern주의 Traunreut라는 지역에 약국개설허가를 신청하였으나 당해 행정청이 당시의 약국법(Das bayerische Gesetz über das Apothekenwesen vom 16. Juni 1952 in der Fassung des Gesetzes vom 10. Dezember 1955(GVBl. S.267)) 규정에 따라 약국개설허가를 거부한 처분에 대하여 약국법의 당해 규정이 기본법(GG)의 직업의 자유를 침해하는 위헌적인 것이라고 헌법소원을 제기한 것으로 비롯된 사건이다. 이 판결을 통하여 직업의 자유를 제한하는 법률의 합헌성판단의 기준이 되는 단계이론(Stufentheorie)이 정립되었으며, 오늘날에는 학설과 판례가 모두 이 이론을 수용하고 있다. 연방헌법재판소는 직업의 자유에 대한 제한이 불가피한 경우 다음과 같은 3단계로 구분하여야 한다고 판시하였다.

우선 제 1 단계로 침해의 진지성이 가장 작은 직업행사의 자유를 제한하여야 한다. 즉 공공복리의 관점에서 합리적이고 합목적적이라고 판단되는 필요 불가결한 최소한의 범위 내에서 직업행사의 자유를 제한할 수 있다. 이러한 요건의 충족 여부는 비례의 원칙에 따라 판단하여야 한다.

다음 단계로 직업선택의 자유를 제한하여야 하는 경우에는 이를 다시 둘로 나누어 주관적인 요건의 설정과 객관적인 요건의 설정으로 구분하여야 한다. 즉, 제 2 단계로 직업선택의 자유를 일정한 주관적 사유를 이유로 제한하는 것이다. 직업의 성질상 그 직업수행이 일정한 전문성·기술성 등을 요하는 경우 그 직업의 정상적인 수행을 위하여 일정한 주관적 사유 또는 전제조건과 결부시키는 것이다. 그러나 이러한 주관적 사유나 전제조건은 기본권주체 스스로가 충족시킬 수 있어야 하며, 이점이 제 3 단계의 제한과 구별되는 것이다. 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한은 달성하려는 공공의 목적과 제한하는 방법 사이에 합리적인 비례관계가 유지되는 범위 내에서만 정당화될 수 있다.

제 3 단계의 제한은 기본권주체와는 무관한 객관적인 사유로 직업선택의 자유를 제한하는 것이다. 객관적인 사유는 기본권주체의 개인적인 능력이나 자격과는 관계가 없고 기본권주체가 그 조건충족에 아무런 영향력도 미칠 수 없는 것이므로 직업의 자유에 대한 침해의 진지성이 가장 크다. 따라서 엄격한 요건을 갖춘 예외적인 경우에만 허용된다. 즉 명백하고 현존하는 위험의 원칙에 따라 직업의 자유보다 더 중요한 공공의 이익에 대한 위험을 방어하기 위해서만(nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut) 허용된다. 우리나라에서도 헌법재판소가 헌재결 1993.5.13. 92헌마80. 사건에서 이 이

론을 수용하고 있다.

◇ Arbeiter 【 육체근로자 】

육체근로자는 화이트칼라(white color)로 표현되는 사무직 근로자(□□ Angestellte)에 상대되는 개념으로 블루칼라(blue color) 근로자를 의미한다. 육체근로자는 근로자(□□ Arbeitnehmer)의 하위개념으로, 근로자에는 육체근로자와 사무직 근로자가 있다. 따라서 Arbeiter를 근로자로 번역하는 것은 Arbeitnehmer와 혼동될 위험이 있어 바람직하지 않다. 육체근로자와 사무직 근로자는 직업군을 중심으로 역사적으로 형성되어 온 개념이기 때문에 육체근로자와 사무직 근로자를 법적으로 구별할 수 있는 통일된 기준은 존재하지 않는다. 독일의 경우 과거에는 육체근로자에 관한 규정과 사무직 근로자에 관한 규정이 별도로 존재하는 경우가 많았다. 그러나 1990년 5월 30일 연방헌법재판소는 육체근로자와 사무직 근로자를 차별하는 법규정은 평등권을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다는 결정(BVerfG 30. 5. 1990 E 82, 126)을 하게 된다. 이에 따라 육체근로자와 사무직 근로자를 구별하는 대부분의 규정들이 정비되게 됨으로 인하여, 양자를 구별할 실익도 감소하게 되었다. 하지만 사회보장법(§§ 125 ff. SGB VI)과 공동결정에 관한 법률(§§ 5, 98 BPerVG, § 15 II und III MitbestG)의 일부에서는 아직도 육체근로자와 사무직 근로자라는 용어가 계속 구별되어 사용되고 있다. 우리나라에서는 근로자라는 용어만을 법령에 사용하고 육체근로자와 사무직 근로자는 법령에 사용하지 않고 있다.

◇ Arbeitnehmer 【 근로자 】

근로자는 사용자의 지시에 따라 인적 종속성 하에서 노무를 제공하는 자를 말한다. 근로자는 노무를 제공하고 급여를 받지만 인적 종속성(□□ persönliche Abhängigkeit)이 인정되지 않는 자영업자(□□ Selbständige)와 구별된다. 근로자는 근로계약을 체결한 자로, 협의의 고용계약(Dienstvertrag im engeren Sinne)이나 도급계약을 체결한 자를 말한다. 노동법은 원칙적으로 근로자에게만 적용되고 자영업자에게는 적용되지 않는다는 점에서 양자를 구별할 필요가 있다. 독일은 개별적 근로관계를 통일적으로 규율하는 독립된 법률을 가지고 있지 않기 때문에, 개별적 근로관계법상의 또는 노동법 전

반에 적용될 수 있는 근로자의 개념이 법률에 의하여 정의되어 있지 않다. 근로자의 개념은 지금까지 판례에 의하여 규율되어 왔으며, 판례는 인적 종속성(persönliche Abhängigkeit)을 기준으로 근로자성을 판단하고 있다. 근로자는 사무직 근로자(□□ Angestellter)와 육체근로자(□□ Arbeiter)를 모두 포괄하는 개념이다. 독일의 일부 법률에서는 사무직 근로자(Angestellter)와 육체 근로자(Arbeiter)를 구별하여 규율하고 있다. 그러나 정당한 사유없는 차별적 규정은 평등권 위반으로 무효가 된다. 우리나라에서는 근로자라는 용어만을 사용하고, 사무직 근로자 및 육체 근로자라는 용어를 실정법에서 사용하지는 않고 있다. 독일에서는 또한 ‘근로자와 유사한 자(□□ arbeitnehmerähnlicher Person)’라는 개념도 사용되고 있다. ‘근로자와 유사한 자’는 원칙적으로 자영업자이지만 법률의 규정에 의하여 노동법의 일부규정(단체협약법, 노동법원법, 연방휴가법 등)이 적용되는 자를 말한다. ‘근로자와 유사한 자’로 인정되기 위해서는 ‘경제적 종속성(wirtschaftliche Abhängigkeit)’이 인정되어야 한다.

□□ Arbeitsvertrag 【 근로계약 】 ,

□□ Dienstvertrag 【 고용계약 】

◇ Arbeitnehmerähnlicher Person 【 근로자와 유사한 자 】

‘근로자와 유사한 자’란 독일 단체협약법(TVG) 제12조a에 정의된 개념으로 근로자가 아님에도 불구하고 실정법 규정에 의하여 노동법의 적용을 받게 된 자를 말한다. 즉, 근로자로 인정되기 위해서는 인적 종속성(□□ persönliche Abhängigkeit)과 경제적 종속성(□□ wirtschaftliche Abhängigkeit)이 모두 인정되어야 하는 데, ‘근로자와 유사한 자’란 경제적 종속성만 인정되고 인적 종속성이 인정되지 않음에도 불구하고 노동법의 적용을 받는 자를 말한다. ‘근로자와 유사한 자’라는 개념은 단체협약법(TVG) 제 12a조는 물론 노동법원법(ArbGG) 제 5 조 제 1 항 제 2 문, 연방휴가법(BUrlG) 제 2 조 제 2 문에서도 사용되고 있다. 우리나라에서는 arbeitnehmerähnlicher Person을 ‘근로자와 유사한 자’ 또는 ‘유사근로자’로 번역하고 있다. arbeitnehmerähnlicher Person를 ‘유사근로자’로 번역하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 왜냐하면 ‘유사근로자’는 ‘근로자’라는 말로 마무리되어 근로자성이 인정된 근로자들 중의 일부로 오해될 위험이 크기 때문이다. 따라서 원칙적으로는 근로자가 아니지만 근로자와 유사하게 보호받는다는 의미를 보다 명확하게 하기 위하여 ‘근로자와 유사한 자’로 번역하는 것이 바람

직하다고 본다 (예문 TVG § 12a Arbeitnehmerähnliche Personen (1) Die Vorschriften dieses Gesetzes gelten entsprechend 1. für Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen), wenn sie auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen tätig sind, die geschuldeten Leistungen persönlich und im wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen und a) überwiegend für eine Person tätig sind oder b) ihnen von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zusteht, das ihnen für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht; ist dies nicht voraussehbar, so sind für die Berechnung, soweit im Tarifvertrag nicht anderes vereinbart ist, jeweils die letzten sechs Monate, bei kürzerer Dauer der Tätigkeit dieser Zeitraum, maßgebend, 2. für die in Nummer 1 genannten Personen, für die arbeitnehmerähnlichen Personen tätig sind, soweit für die zwischen ihnen und den arbeitnehmerähnlichen Personen durch Dienst- und Werkverträge begründeten Rechtsverhältnisse; 단체협약법 제12a조 (근로자와 유사한 자) (1) 본법의 규정들은 다음과 같은 자에 대하여도 적용한다. 1.경제적으로 종속되고 근로자와 마찬가지로 사회적 보호 필요성이 있는 자. 다만, 그가 고용 또는 도급계약에 의하여 타인을 위하여 활동하고, 노무급부를 인격적으로 또한 주로 근로자들의 협력 없이 다음과 같이 수행하는 경우여야 한다. a)주로 1인을 위하여 활동하거나 또는 b)평균적으로 자신의 전체 보수의 2분의 1 이상이 어떤 1인으로부터 지급되는 경우. 이를 예측할 수 없는 경우에는 단체협약에 달리 정함이 없는 한 과거 6개월간 이보다 단기로 활동하는 경우에는 그 활동기간이 산정기준이 된다. 2.제 1 호에 언급된 ‘근로자와 유사한 자’를 위해 활동하는 자 및 이들과 ‘근로자와 유사한 자’ 간에 근로계약 또는 도급계약으로 근거지워진 법률관계에 있는 자).

◇ Arbeitnehmer-Entsendgesetz 【 근로자송출법 】

근로자송출법은 건축현장에서 외국인 근로자들을 저임금으로 사용하는 것을 방지하기 위하여 1996년 2월 26일 제정된 법으로 근로자파견(□□ Arbeitnehmerüberlassung)과는 무관한 법이다. 근로자파견법(AÜG)은 계약체결 당사자와 지시권을 행사하는 자가 분리되는 파견근로관계를 적용대상으로 하는 데 반하여, 근로자송출법은 일반적인 근로관계를 적용대상으로 하고 파견근로관계로 적용대상을 한정하고 있지 않다는

점에서 양자는 구별된다.

◇ Arbeitnehmerüberlassung 【 파견근로 】

파견근로란 사용자가 근로자를 고용한 후 고용관계를 유지하면서 타인의 지휘·명령에 따라 노무를 제공하게 하는 근로관계를 말한다. 즉, 근로자는 파견사업주(Verleiher)와 근로계약을 체결하고 사용사업주(Entleiher)의 지휘·명령에 따라 노무를 제공한다는 점에서, 고용계약을 체결한 사용자의 지휘·명령에 따라 노무를 제공하는 통상의 근로관계와 구별되어진다. 따라서 사용자에게 고용되어 타인의 사업장에서 일을 하는 경우에도 계약을 체결한 당사자의 지시를 받아 업무를 수행하는 경우에는 파견근로가 아니다. 그리고 파견사업주와 파견근로자(Leiharbeiter)가 근로계약을 체결한다는 점에서 제삼자와의 계약체결을 중개하는 직업소개(□□ Arbeitsvermittlung)와 구별되어진다. 독일은 1995년 2월 3일 근로자파견법(AÜG)을 제정하여 근로자파견에 관한 사항을 규율하고 있다. 2003년 이전까지 독일은 소위 상용형 근로자파견제도를 운영하였었다. 상용형 근로자파견제도는 파견사업주와 파견근로자가 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하는 것을 원칙으로 하는 근로자파견제도를 말한다. 상용형 근로자파견제도 하에서는 파견사업주와 파견근로자가 체결한 근로계약의 기간을 파견사업주와 사용사업주가 체결한 근로자파견계약의 기간을 일치시키는 것이 금지된다. 이러한 독일 근로자파견제도의 특징은 2003년 12월 31일 개정을 통하여 폐기되었다. 즉, 하르쯔 개혁의 일환으로 이루어진 동 개정을 통하여 독일의 근로자파견제도는 상용형 근로자파견제도에서 상시고용을 전제로 하지 않는 모집·등록형 근로자파견제도로 전환되게 되었다. 근로자파견법과 구별하여야 할 유사한 명칭을 가진 법으로는 근로자송출법(□□ Arbeitnehmer-Entsendegesetz)이 있다. 근로자송출법은 건축현장에서 외국인 근로자들을 저임금으로 사용하는 것을 방지하기 위하여 1996년 2월 26일 제정된 법으로 근로자파견과는 무관한 법이다.

□□ Leiharbeitsvertrag 【 파견근로계약 】

◇ Arbeitsförderungsgesetz 【 고용촉진법 】

고용촉진법은 실업보험을 포함한 소극적 고용정책에 관한 내용과 함께 실업예방

및 직업교육을 포함한 적극적 고용정책에 관한 내용을 규율하고 있는 법률이다. 이 법은 과거 “직장알선 및 고용보험에 관한 법률(Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung)”에서 규율되던 내용에 적극적 고용정책을 새로이 추가하여 1969년 제정한 법률이다. 이 법은 1997년 개정을 통하여 소기업 창업시의 채용지원과 같은 새로운 정책수단을 도입하였으며, 확대된 업무를 원활하게 수행하기 위하여 연방고용청을 신설하였다.

◇ Arbeitsgericht 【 노동법원 】

노동법원은 노동사건에 관한 재판권을 행사하는 기관을 말한다. 행정법원(Verwaltungsgericht), 재정법원(Finanzgericht), 사회법원(Sozialgericht)과 함께 독일의 일반법원의 하나이다. 우리나라의 경우에는 특별법원의 관할 사항도 최종심은 모두 대법원이 담당하도록 하고 있으나, 독일의 경우에는 각 법원의 최종심을 연방노동법원(BAG), 연방사회법원(BSG), 연방재정법원(BFH), 연방행정법원(BVerwG)가 담당하도록 하고 있다는 점에서 차이가 있다. 그리고 연방노동법원(BAG)의 경우에는 3명의 노동법원(□□ Arbeitsgericht)과 州노동법원(Landesarbeitsgericht)의 경우에는 1명의 직업법관과 근로자측과 사용자측에서 임명된 2명의 명예법관(ehrenamtlicher Richter)이 재판부를 구성하게 된다. 명예법관은 직업법관과 동일한 법적 지위를 가지고 재판과정에 실질적으로 참여하게 된다. 즉, 참심제가 운영되고 있다. 독일의 노동법원은 권리분쟁에 한하여 관할권을 행사하도록 하고 있다. 독일의 이러한 노동법원은 미국, 일본, 우리나라에 도입되어 있는 노동위원회와 구별되어 진다. 노동법원은 사법부의 일부로서 판결을 내릴 수 있으나, 노동위원회는 행정부의 일부로 명령만을 발할 수 있다. 따라서 노동법원의 결정은 판결로서 강제집행이 가능하지만, 노동위원회의 결정은 강제집행이 불가능하다. 물론 노동위원회는 신속하고 저렴한 비용으로 심판을 받을 수 있는 장점이 있다.

◇ Arbeitskampf 【 쟁의행위 】

쟁의행위란 노동관계당사자가 자신의 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 그에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다. 따라서 업무의

정상적인 운영이 저해되지 않는 집단적인 행위는 단체행동에는 해당되지만 쟁의행위에는 해당되지 않는다. 나아가 사용자 또는 근로자에 의하여 발생한 업무의 정상적인 운영에 대한 저해만이 쟁의행위에 해당된다. 따라서 근로자가 아닌 자들의 집단행동에 의한 업무의 정상적인 운영 저해는 쟁의행위가 아니다. 대표적인 근로자측의 쟁의행위에는 노무제공을 거부하는 파업(Streik)이 있고, 대표적인 사용자측의 쟁의행위에는 노무수령을 거부하는 직장폐쇄(□□ Aussperrung)가 있다. 독일은 집단적 근로관계에 관한 독립적이고 통일된 법률을 가지고 있지 않다. 집단적 근로관계를 규율하는 대표적인 법으로는 단체협약법(TVG)이 있지만, 이 법은 단체협약의 효력에 대해서만 규율하고 있다. 따라서 쟁의행위에 대한 일반적인 사항을 규율하는 법률도 없다. 따라서 쟁의행위의 개념이나, 정당한 쟁의행위의 요건에 관한 법규정이 존재하지 않는다. 쟁의행위의 개념과 그 정당성은 판례에 의하여 규율되고 있다. 쟁의행위가 정당하기 위해서는 평화의무(□□ Friedenspflicht)를 준수하여야 하며, 최수의 수단(ultima ratio)으로 행사되어야 한다. 국가는 쟁의행위에 대하여 중립의무를 진다.

◇ Arbeitslosenversicherung 【 고용보험 】

고용보험은 실업의 발생에 대하여 현금급여 지급을 위주로 하는 소극적 고용정책을 담당하는 사회보험의 하나이다. 실업보험제도는 1969년 고용촉진법(AFG)이 제정되면서 실업을 예방하고, 직업교육의 촉진에 중점을 두는 적극적 고용정책이 추가되게 되었다. 따라서 적극적 고용정책과 소극적 고용정책을 모두 포함한 고용촉진법에 의한 보험제도는 실업보험을 넘어 고용보험으로서의 기능을 담당하게 되었다. 이러한 점에서 Arbeitslosenversicherung은 실업보험보다는 고용보험으로 번역하는 것이 바람직하다. 독일의 고용보험제도에는 실업수당, 실업부조 등 소득보장급여 지급을 위주로 하는 소극적 노동시장정책과 직장알선 및 직업상담, 직업교육, 고용유지 및 고용창출지원, 자영업 및 소기업 창업지원 등 적극적 노동시장정책과 노동시장 및 직업연구 등이 있다. 실업수당(Arbeitslosengeld)은 실직한 자가 받을 수 있는 1차적 소득보장제도인데, 고용보험에 가입한 자 중 일정한 요건을 갖춘 자에게 지급되는 보험적 성격의 급여이다. 실업부조(Arbeitslosenhilfe)는 실업수당 수급기간이 만료된 자와 보험료 납부기간 부족으로 실업수당을 받지 못했지만 실업 전 12개월 중 150일 이상 보험료를 납부했거나 이와 동등하게 인정되는 곳에 종사한 자가 받을 수 있다. 실업부조

는 실업수당과는 달리 자산조사를 통해 경제적 어려움을 측정해서 지급여부를 결정하며, 자산이 일정금액 이상일 때에는 실업부조의 지급액을 감액하게 된다. 고용보험도 사회보험이기 때문에 법률에 의하여 가입이 강제된다. 모든 근로자는 고용보험의 의무가입 대상자에 속한다. 그러나 자영업자, 자체보상제도를 가지고 있는 공무원, 생활을 영위할 수 있을 정도로 취업활동을 하지 않는 근로자는 의무가입대상자 아니다. 고용보험의 비용은 원칙적으로 근로자와 사용자가 반씩 부담한다. 그러나 근로자의 월별 실질소득이 각출료(Beitrag)산정 한계선의 10분의 1을 초과하지 못할 경우에는 사용자가 단독으로 각출료를 지불한다. 취업장려비용의 일부와 고용보험에서 발생하는 적자는 연방정부가 부담한다.

◇ Arbeitsvermittlung 【 직업소개 】

직업소개라 함은 구인 또는 구직의 신청을 받아 구인자와 구직자 간에 고용계약의 성립을 알선하는 것을 말한다. 이러한 직업소개는 직업소개업자와 근로자가 근로계약을 체결하지 않는다는 점에서 파견사업주와 근로계약을 체결하고 사용사업주의 지시를 받는 파견근로(□□ Arbeitnehmerüberlassung)와 구별되어 진다. 독일의 경우 직업소개는 원칙적으로 고용촉진법(AFG)에 따라 노동청(Arbeitsamt)에 의하여 실시되는 것이 원칙이다. 그러나 일정한 요건을 갖춘 경우에는 그 직업과 인적 대상을 특정하여 노동청이 그 업무를 다른 기관이나 개인에게 위탁할 수 있도록 하고 있다.

◇ Arbeitsvertrag 【 근로계약 】

우리나라에서는 근로계약과 고용계약을 동일하다고 보는 견해가 통설과 판례의 입장이다. 그러나 독일에서는 근로계약과 고용계약은 동일한 계약이 아니다. 독일의 고용계약(□□ Dienstvertrag)은 협의로 사용될 때와 광의로 사용될 때가 있다. 광의의 고용계약(Dienstvertrag im weiteren Sinne)은 협의의 고용계약과 근로계약을 모두 포함하는 개념이다. 독일에서의 협의의 고용계약(Dienstvertrag im engeren Sinne)은 우리나라의 유상위임계약을 말한다. 독일에서는 유상의 위임계약이 허용되지 않는다(§ 611 BGB). 따라서 우리나라의 유상위임계약을 독일에서는 협의의 고용계약으로 부르게

된다. 근로계약은 우리나라에서와 같은 의미로 사용된다. 근로계약이란 일방 당사자가 노무를 제공하고 상대방은 약정된 보수를 지불할 의무를 부담하는 쌍무계약이다(§ 611 BGB). 근로계약은 근로자가 어떤 기업에 편입됨으로써 노무의 제공시 사용자의 감독 하에 놓이게 된다는 점에서 협의의 고용계약 및 도급계약과 구별된다. 또한 근로계약은 일의 완성을 전제로 하지 않는다는 점에서 도급계약(Werkvertrag)과 구별된다. 근로계약과 근로관계(Arbeitsverhältnis)의 관계에 대해서는 계약설(□□ Vertragstheorie)과 편입설(□□ Eingliederungstheorie)이 대립하고 있다. 계약설은 근로계약이 성립되면 근로관계도 동시에 형성된다는 견해로 이 견해에 따르면 직장에 편입되어 노무를 제공하기 전이라도 근로계약이 유효하게 성립되면 노동법의 적용을 받을 수 있게 된다. 이에 반하여 편입설은 근로관계는 근로계약의 성립으로는 부족하고 조직에 편입되어 노무를 제공함으로써 형성된다는 보는 견해로 이 견해에 따르면 노동법의 적용은 계약의 성립여부가 아니라 조직에 편입되어 실제 노무를 제공하였는지 여부에 의하여 결정되게 된다. 또한 근로계약은 다른 계약과 달리 계약이 취소 또는 무효가 되는 경우에도 그 효력이 소급하여 발생하지 않는 특수성을 가진다.

◇ Asylrecht 【 망명권 】

망명권은 정치적으로 박해를 받는 자가 누리는 비호청구권을 의미한다. 외국인에 대하여 정치적 망명을 인정하는 규정은 우리 헌법이나 법률에는 없다. 그에 반해 독일 기본법은 제16a조 제 1 항에서 기본권으로서 정치적 망명권을 인정하는 규정을 두고 있다. 그리고 독일은 2000년 기본법을 개정하여 제16a조 제 2 항에서 유럽연합(EU) 시민에게는 정치적 망명권을 인정하지 않고 있으며, 또한 독일에서는 경제적 사유로 인한 난민들이 정치적 망명권을 악용하는 사례가 많아져 정치적 사유로 인한 망명권으로 그 적용을 엄격히 제한하는 경향에 있다. 정치적 망명권이 인정되는 경우에는 추방금지 및 송환금지의 원칙이 적용된다. GG Art. 16a (1) Politisch Verfolgte genießen Asylrecht. (정치적 박해자는 망명권을 향유한다.)

◇ Atypisches Arbeitsverhältnis 【 비정규근로 】

비정규근로란 계약기간이 정해져 있는 기간제근로(befristetes Arbeitsverhältnis), 소정

근로시간이 다른 근로자에 비하여 짧은 단시간근로(Teilzeitarbeit), 근로계약상의 사용자가 아닌 제삼자의 지시를 받아 노무를 제공하는 파견근로(□□ Arbeitnehmerüberlassung)를 통칭하는 개념이다. 그러나 이들의 근로자성은 당연히 인정된다는 점에서 근로자성이 문제되는 ‘근로자와 유사한 자(Arbeitnehmerähnliche Personen)’와 구별되어진다. 기간제근로와 단시간근로에 대해서는 『단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률(TzBfG)』에 의하여 규율되고 있다. 이 법은 2000년 12월 21일 제정되었다. 이 법에 의하면 기간제근로에 대한 계약을 체결하기 위해서는 ‘정당한 사유(sachlicher Grund)’가 있어야 한다(§ 14 I TzBfG). 그러나 최장 3회에 걸쳐 연장된 계약기간의 합이 2년을 초과하지 않는 경우에는 ‘정당한 사유’없이도 기간제근로에 대한 계약을 할 수 있도록 하고 있다(§ 14 II TzBfG). 단시간근로에 대하여 이 법은 사용자의 균등처우의무 (§ 5 TzBfG) 및 정보제공의무(§ 7 TzBfG)에 대한 규정을 두고 있다. 파견근로에 대하여는 1972년 제정된 근로자파견법(AÜG)에 의하여 규율되고 있다. 이 법에 의하면 파견사업주는 연방노동청(Bundesanstalt für Arbeit)의 허가를 받아야 한다. 이 법은 파견기간을 12개월로 제한하고 있었으나, 2002년 12월 23일 개정에 의하여 기간제한이 폐지되었다. 이 법은 2002년 개정을 통하여 균등처우에 관한 규정을 신설하였다. 이 법은 또한 파견근로자들의 사용사업주의 사업장에서의 종업원평의회법상의 권리도 보장하고 있다.

□□ Befristeter Arbeitsvertrag 【기간의 정함이 있는 근로계약】

◇ Auffangtatbestand 【잔여사안포섭규정】

‘이동 중이거나 떨어지는 무엇인가를 손으로 쥐거나 통으로 모은다’는 의미를 갖고 있는 auffangen 이라는 동사를 구성요건 또는 규정으로 번역되는 Tatbestand 와 합성하여 만든 복합어로서, 잔여사안포섭규정으로 의역된다. 잔여사안포섭규정이란 체계적·기능적 관련성을 갖는 여러 법규정들 가운데 구성요건 해당성에 비추어 다른 규정들이 적용될 수 없는 사안을 포섭할 수 있도록 형성해 둔 규정을 뜻한다. 가령 불법행위책임과 관련하여 민법은 중요한 세 개의 규정을 두고 있는데, 먼저 제823조 제 1 항은 고의나 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 경우를, 그리고 제823조 제 2 항은 타인의 보호를 목적으로 하는 법률(Schutzgesetz)을 위반한 경우를 규정하고 있다. 그러나 이들 규정은 타인의 절대적 법

익에 대한 침해와 보호법률에 위반하는 행위를 각각 구성요건으로 규정해 둬으로써 다음과 같은 경우, 즉 가해자가 실정 보호법률에 대한 위반 없이 피해자의 절대적 법익에 해당하지 않는 채권 등과 같은 단순한 재산적 지위를 침해하여 손해를 야기한 경우에는 적용될 여지가 없게 된다. 이 경우 제823조 제 1 항이나 제 2 항과 같은 내용의 구성요건상의 제한을 두고 있지 않는 민법 제826조가 적용되어 피해자의 순수 재산상 손해(reine Vermögensschäden)에 대한 배상근거로 기능 하게 된다(다만 제826조는 고의에 기한 양속위반의 가해행위를 구성요건으로 하기 때문에 이 같은 잔여사안 포섭 규정으로서의 기능을 단지 제한적으로만 수행할 수 있을 뿐이라고 지적되고 있다).

◇ aufgedrängte Bereicherung 【강요된 부당이득】

부당이득의 반환과 관련하여 타인이 법적 원인 없이 비용지출의 행위를 하였으나 그 결과가 반환의무를 부담하게 될 자의 주관적 의도에 부합하지 않는 경우 그 지출 비용에 관한 부당이득 반환의무의 범위를 제한하려는 개념구성이다. 부당이득법에 따르면 수익자는 부당이득의 과정을 통해 취득한 바 자체를 반환하여야만 하고 원물의 반환이 불가능한 경우 그 가액을 반환할 의무를 부담하게 된다 (§§ 812, 818 I, II BGB). 이때 수익자의 이득에는 수익자의 재산적 증가라는 적극적 이익뿐만 아니라 부당이득의 사태로 인해 지출을 면하게 된 소극적 이익 역시 포함된다. 가령 대규모 농원을 경영하는 A가 자신의 농장이라고 생각하면서 B의 농장에까지 농약을 살포한 경우 B는 A의 이러한 농약살포행위로 인해 자신 스스로 농약을 살포함에 따른 비용의 지출을 면하게 되었고 바로 그 지출절약 비용을 부당이득으로서 A에 대해 가액으로 반환할 의무를 부담하게 된다. 그러나 이 경우 예를 들어 B는 농약을 살포하지 않는 재배방법을 택해 오고 있음으로써 A의 농약살포 행위가 B의 주관적 의도나 사정에 부합하지 않아 B에게 아무런 이익이 되지 않는 때에도 그 비용 전액에 대한 반환의무를 인정하는 것은 B에 대해 그가 원하지 않았던 이익을 강요하는 것으로 된다. 따라서 이러한 강요된 이득의 경우 지배적 견해에 따르면 제818조 제 2 항에 의한 가액반환의 범위를 수익자의 주관적 상황에서 현실적으로 얻어진 이익의 한도 내에서만 인정함으로써 수익자로 하여금 부당한 이득반환을 강요당하지 않도록 하고 있다. 강요된 부당이득은 특히 비용부당이득(□□ Aufwendungskondiktion)에서 문제되고 있다.

◇ Aufholfusion 【회복결합】

유대관계가 그다지 강하지 않던 경쟁자를 시장주도자에게 접근하게 하는 기업결합 형태를 일종에 회복결합이라고 한다. 즉 상호간에 시장에서의 관계가 원활하지 않은 기업 중 한 기업이 시장을 주도하고 있는 다른 기업에 결합되어 기업의 경쟁력을 회복시키거나 그 기업의 시장에서의 역할에 상승작용을 가하려는 정책적이고 자의적인 목적을 띤 기업결합의 한 형태이다. 이는 Aufholen이라는 ‘회복하다’ 또는 ‘만회하다’ 의미의 동사와 Fusion, 즉 결합이라는 명사가 합쳐진 것으로 이 같은 결합형태는 경쟁의 동태적인 측면보다는 시장구조를 우선적으로 고려하고 대칭상태에 있는 과점을 경쟁법상 과대평가하고 있는 경우가 보통이어서 비판의 대상이 되는 기업결합의 한 형태이다. 실제로 회복결합을 통해서 경쟁조건이 개선되고 그러한 개선이 오히려 시장에서의 손실을 최소화하는 것으로의 기회제공이라는 측면이 있어 이를 두고 상승결합이라고도 하지만 효과에 대하여는 회의적인 측면이 많다. 회복결합 내지 상승결합은 경쟁제한법 제23a조 제 2 항에 근거한 것이다.

◇ Aufklärungspflicht 【설명의무】

Informationspflicht

◇ Auflage 【부담】

부담은 수익적 행정행위에 부수하여 상대방에게 작위·부작위·급부·수인 등의 의무를 부과하는 부관(Nebenbestimmung)이다. 연방행정절차법(VwVfG) 제36조 제 2 항 제 4 호는 “수익자에게 작위, 수인 또는 부작위를 부과할 수 있는 부관(einer Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird(Auflage))” 이라고 규정되어 있다.

부관의 종류 중 기한(Befristung)이나 조건(Bedingung)은 주된 행정행위의 구성요소를 이루고 있어서 행정행위의 효과의 발생 또는 소멸과 직결되어 있지만, 부담은 주된 행정행위에 추가하여 상대방에게 의무를 부과하는 것으로써 그 자체가 별도의 행

정행위의 성격을 갖고 있다. 그러나 부담도 주된 행정행위에 관련되어 있고, 부담의 존속여부도 주된 행정행위의 효력에 의존하는 부종성으로 인하여 부관으로서의 성격이 부인되는 것은 아니다. 실무상으로 부담은 조건으로 표시되는 경우가 많아서 조건과의 구별이 용이하지 않다. 그러나 정지조건부 행정행위는 일정한 사실의 성취가 있어야 효력이 발생하는 반면 부담부 행정행위는 처음부터 효력이 발생한다는 점, 해제조건부 행정행위는 조건이 되는 사실의 성취에 의하여 주된 행정행위의 효력이 당연히 소멸하는 반면 부담부 행정행위는 부담을 이행하지 않더라도 주된 행정행위의 효력이 소멸되지 않는다는 점, 부담부 행정행위의 경우 상대방이 부과된 의무를 이행하지 않는 경우 행정청은 주된 행정행위를 철회하거나 부과된 의무를 강제집행할 수 있다는 점 등에서 차이가 있다. 양자의 구별이 용이하지 않은 경우에는 최소침해의 원칙에 따라 개인에게 상대적으로 유리한 부담으로 보는 것이 타당하다.

◇ **Auflassung** 【 토지소유권이전합의 】

제925조는 제 1 항에서 “제873조에 의하여 토지소유권양도에 요구되는 양도인과 양수인간의 합의(토지소유권이전합의)는 두 당사자가 동시에 출석하여 관할기관 앞에서 표시하여야 한다. 기타 다른 기관의 관할과는 관계없이 모든 공증인 누구나 토지소유권이전합의를 접수할 권한이 있다.” 그리고 제 2 항에서는 “조건부 또는 기한부 토지소유권이전합의는 효력이 없다”고 규정하고 있다. 이처럼 물권적 권리변동에는 통상 무형식의 합의(Einigung)만이 요구되는 반면에, BGB 제925조에 의하여 소유권이전의 합의(Auflassung)에 대하여 어떤 특별한 형식을 규정하고 있다. 이러한 요식적 행위를 ‘토지소유권이전합의’라는 하나의 요식행위로 보아야 할 것이다. 따라서 등기 공무원이 등기를 행하기 이전에, 이러한 형식에 대하여 특별한 검토의무를 부과하고 있다. 이러한 특별한 형식을 우리 학계에서는 물권적 합의의 단계로 보고 있다. 따라서 물권행위의 무인성을 인정하기 위한 전제로서 이러한 단계의 독립성을 인정하여야 하는데, 이를 물권행위의 독자성(□□ Trennungsprinzip)이라고 부르고, 이러한 물권행위는 의무부담행위인 채권행위의 이행행위로서, 따로 떨어져 있다고 본다. 실제 현실에서는 물권행위와 채권행위가 합체되어 나타나지만, 토지와 같은 부동산의 경우에, 이러한 특별한 형식절차가 있음으로 인하여 독립된 단계가 존재함을 인정하게 되는 것이다.

◇ auflösende Bedingung 【 해제조건 】

법률행위의 효력발생을 장래의 불확실한 사정에 따르도록 하는 조건(Bedingung)의 한 종류로서 해당 법률행위가 조건의 성취로 인해 그 효력을 상실하도록 하는 조건을 뜻하는데, 대체로 해제조건이라고 번역되어 사용되고 있다. 예를 들어 A가 사망하면서 유언을 통해 자신의 조카 B에게 앞으로 술을 마시지 않을 것을 조건으로 하여 자신 재산의 일부를 증여한다고 한 경우, 이 같은 조건은 제2075조의 해석규정(Auslegungsregel)에 따라 특별한 사정이 없는 한 해제조건으로 해석된다. 이로 인해 조카 B는 유언의 효력이 발생함에 따라 즉시 재산을 취득할 수 있으나 조건의 성취(음주)를 통해 그 효력은 상실된다. 이 경우 당사자 사이의 관계는 법률행위 이전의 상태로 회복되어야 하며(§ 158 I BGB) 그 반환내용의 구체적 내용에 관해서는 부당이득법 (§ 812 BGB)이 적용된다. 해제조건부 법률행위가 그 상실하는 경우 부당이득법에 따라 반환관계가 정해진다는 이와 같은 점을 고려할 때, 또한 해제조건부 법률행위의 경우 계약해제(Rücktritt)와 달리 당사자의 해제권 행사라는 일방적 의사표시를 필요로 하지 않는다는 점에서, 위 용어의 국역으로 해제조건이라는 표현보다는 법률행위의 효력이 소멸하게 된다는 점만을 표현해 줄 수 있는 해소조건이라는 표현이 더욱 적절할 듯 하다. 다만 민법 제147조 제2항이 이를 해제조건이라고 법 규정에서 표현하고 있는 한 해제조건이라는 표현을 그대로 따르도록 한다.

◇ Aufopferungsanspruch 【 희생보상청구권 】

(공법) 희생보상청구권이란 공공의 이익을 실현하는 과정에서 발생한 개인의 특별한 희생에 대하여 보상을 청구할 수 있는 권리를 말한다. 독일에서 수용유사침해이론 또는 수용적 침해이론 그리고 비재산적 법이익에 대한 손실보상 문제의 논의는 독일의 판례와 학설에서 발전하였다. 전체적 손실보상이론은 희생보상(犠牲補償)청구권에 근거하여 18세기에는 실정법에 근거가 마련되지 않았던 때이므로 자연법을 근거로 하여 영주(Landesherr)에 의해 행해지는 희생 즉 재산권박탈행위에 대하여 희생보상청구권에 근거하여 손실보상이 주장되었다. 그후 1794년의 프로이센(Preussen)王國에서

일반법에 의하여 수용되었다가(제74조, 제75조) Weimar헌법 제153조에서 손실보상에 서만 재산권 박탈이나 제한을 허용하는 내용을 규정하였다. 제 2 차대전 후 연방기본 법 제14조에 새로이 재산권 박탈 및 제한행위는 법률에 의해서만 가능하도록 하고 이 때 손실보상에 관한 규정을 포함하도록 하는 내용을 정하였다. 이를 불가분조항(不可分條項)이라 한다. 실정법인 기본법 제14조 제 3 항의 유추적용과 제14조 제 1 항의 근거에 의하여 당사자에 대한 사실상의 효과면에서 수용의 경우와 유사하다는 의미에서 “수용유사침해”라고 하였다. 초기에는 위법하지만 무책(無責)의 행위유형에 대한 보상이었지만 위법(違法)·유책의 행위에 대해서도 확대 되었다. 또한 적법한 행정작용의 비정형적이고 이형적이며 예상하지 않은 부수적인 효과로 나타나는 재산권제한 행위에 대하여도 손실보상을 인정하여 이것을 수용적침해라고 하고 “특별희생”을 의미하는 손실보상 대상이 되는 것으로 보았다. 1981년 7월 15일 연방헌법재판소의 자갈채취사건의 판결 (Naßauskiesungsbeschuß)에서 이때까지의 연방통상법원이 내렸던 판례와 달리 연방헌법 제14조 제 3 항 제 2 문에 따른 손실보상이 인정되기 위하여는 그에 관한 법률의 근거가 있어야 하고 재산권을 박탈, 제한을 주는 경우에 보상규정이 없으면 위법이며, 이에 따른 행정작용도 위법이라고 하였으며 이때, 당사자는 손실보상 규정이 없으므로 손실보상청구를 할 수 없으며 취소소송만을 제기할 수 있다는 것이다. 이러한 연방헌법재판소의 판결에서 희생보상이나 헌법의 간접적용에 의한 수용유사침해와 수용적침해의 법제도가 더 이상 인정될 수 없다는 견해였다.

(민법) ‘보다 높은 목적이나 가치를 위해 희생한다’는 뜻을 갖는 aufopfern 으로 과생된 표현으로서, 직역하면 희생책임으로 되겠으나 아래에서 설명하는 바와 같이 책임주체의 위법한 행위 여부를 묻지 않는다는 점에서 보상책임이라고 번역할 수 있다. 희생보상책임이란 보다 우월한 또는 동일한 법익의 보호를 위하여 자신의 법익침해를 감수해야만 하는 경우 비록 그 법익침해가 적법하게 이루어진 경우에도 그 침해로 인해 야기된 손해에 대해 보상할 책임을 말하며, 희생보상책임에 따라 피해자가 갖는 청구권을 희생보상청구권(□□Aufopferungsanspruch)이라고 한다. 희생보상책임은 위 공법분야에서의 해설에서 보여주듯이 역사적으로는 공법분야에서 비롯되었으며 이런 연유에서 일정 정도 공익의 실현이라는 목적이 내재되어 있다. 민사법에서는 긴급피난(Notstand, § 904 BGB), Immission으로부터의 보호(BImSchG § 14)의 경우 희생보상책임이 빈번히 문제된다. 예를 들어 홍수로 인한 제방의 붕괴위험에 직면한 경우 그 위험을 방지하기 위해 인근 거주자의 소유물을 사용한 경우 또는 공중을 위한 청정시

설의 설치로 인해 불가피한 소음이 발생한 경우 그 피해자는 자신의 소유권 침해나 생활방해를 감수함에 따라 발생하는 불이익에 대하여 보상을 청구할 수 있는 권리를 가질 수 있다. 이 경우 희생보상책임의 근거는 불법행위책임(§§ 823 ff. BGB)의 경우와 같이 위법한 침해행위에 놓여 있는 것이 아니라 다른 사람의 보다 높은 이익을 위해 법익침해를 감수한 자에게 그 희생에 따른 보상이 행해져야 한다는 데에서 찾을 수 있다. 우리나라 민법의 경우에도 상린관계에 관한 많은 규정들에서 희생보상청구권을 규정해 두고 있다.

◇ aufschiebende Bedingung 【 정지조건 】

법률행위의 조건(Bedingung)의 한 종류로서 법률행위가 그 성립과 함께 효력을 갖는 것이 아니라 조건의 성취로 비로소 효력을 발생하게 하는 조건을 뜻한다. 이미 효력을 발생하고 있던 법률행위가 조건의 성취로 그 효력을 상실하게 되는 해제조건(□□ auflösende Bedingung)과 반대되는 조건의 일종이다. 정지조건부 법률행위의 예로는 민법 제455조에서 정하고 있는 소유권유보부 매매(□□ Eigentumsvorbehalt)에 따른 소유권 이전의 합의를 들 수 있다. 소유권유보부 매매의 경우 소유권 이전이라는 법률효과는 장차 매매대금의 완급이라는 시기나 성취 여부가 불확실한 조건의 달성에 의해 비로소 발생하기 때문이다. 이 경우 정지조건의 성취에 따라 법률효과는 사후적 동의인 추인(Genehmigung/□□ Zustimmung)의 경우(§ 183 BGB)와는 달리 법률행위의 성립 시점으로 소급하지 않고 단지 그 성취시점에서 발생할 뿐이다. 다만 정지조건부 법률행위의 내용에 따라 조건성취의 효력이 그 성취 이전의 시점에 연결되어 있는 경우 당사자들은 조건성취가 이미 그 이전의 시점에 발생하였더라면 놓여 있었을 상태를 상호간에 부여해 주어야만 한다(§ 159 BGB). 따라서 가령 소유권유보부 매매계약의 경우 정지조건의 성취 이전에 이미 목적물이 인도된 경우에는 그 목적물에 대한 위험이전(Gefahrübergang)이 먼저 행해질 수 있다. 또한 정지조건부 법률행위가 조건성취의 시점에 비로소 효력을 갖게 되더라도 정지조건의 성취가 미정인 동안에도 법률행위 자체에 따른 기대권(□□ Anwartschaftsrecht)을 통해 권리자는 보호된다. 즉, 정지조건부 법률행위로 타인에게 목적물을 처분한 자가 조건성취의 불확실한 동안 다른 자에게 처분행위를 행한 경우 조건이 성취됨으로 인해 그 처분행위는 효력을 상실하게 된다 (§ 161 I BGB).

◇ aufschiebende Wirkung 【 집행정지 】

aufschiebende Wirkung을 직역하면 정지적 효력이라고 하여야 하지만 이는 우리나라에서의 집행정지제도와 같으므로 집행정지로 번역하는 것이 타당할 것이다.

연방행정법원법(VWGO) 제80조 제 1 항 제 1 문은 “행정심판과 취소소송은 정지적 효력이 있다(Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung.)”라고 규정하여 행정심판을 청구하거나 취소소송을 제기하는 경우에 당해 행정행위는 집행할 수 없다. 단 같은 조 제 2 항 각호의 규정에 의하여 1.공조공과 및 비용의 청구, 2.경찰 집행관의 유예할 수 없는 명령 및 처분, 3.연방법률에 다른 규정이 있는 경우, 4.공익 또는 관련 당사자의 우월한 이익을 위하여 행정행위를 발한 행정청이나 혹은 행정심판의 재결청에 의하여 특별히 긴급집행이 명해진 경우 등에는 정지적 효력은 발생하지 않는다. 그러나 같은 조 제 5 항 제 1 문의 규정에 따라 본안이 계속 중인 법원은 당사자의 신청에 의하여 같은 조 제 2 항 제 1 호 내지 제 3 호의 경우에는 정지적 효력의 전부 또는 일부를 명할 수 있으며, 제 2 항 제 4 호의 경우에는 그 전부 또는 일부를 회복시킬 수 있다.

독일이 행정심판과 취소소송의 경우에 집행정지의 원칙을 취하고 있는 것은 기본법 제19조 제 4 항의 규정에서 연유한다. 기본법 제19조 제 4 항의 포괄적 권리구제제도는 법치국가원리의 당연한 요청이며, 경험상 행정소송절차는 상당한 시간을 필요로 하는 바 행정행위가 정지적 효력이 배제된 상태에서 집행될 경우에는 기성사실이 창조되어 권리구제를 박탈당할 위험이 있다. 따라서 법원은 소의 정지적 효과가 위법하게 폐지되고 그것에 의해 기본법에 합치되는 권리구제의 보장이 위험에 노출되는 경우에 이를 방지할 의무가 있다는 것이다. 그런데 같은 조 제 1 항은 단순히 “정지적 효력(aufschiebende Wirkung)”이라고만 규정되어 있어서 이것이 무엇을 의미하는 것인가 하는 문제에 대하여는 학설이 일치하지 않는다. 즉 일부의 견해는 이를 행정행위의 효력의 정지(Wirksamkeitstheorie)라고 하는 반면에 다른 일부에서는 행정행위의 효력에는 아무런 영향이 없고 단지 당해 행정행위의 집행력만이 정지된다(Vollzugstheorie)고 주장한다. 행정행위 중에서 일방적이고 부담적인 행위의 경우에는 두 이론이 결과에 있어서 실질적인 차이가 발생하지는 않는다. 그러나 행정행위의 상대방에게는 수익적이지만 제삼자에게는 부담을 주는 소위 이중 효과적 행정행위(Verwaltungsakt mit

Doppelwirkung)의 경우에는 (예컨대 건축허가의 경우) 행정청에 의한 집행이 존재하지 않는다. 따라서 행정행위의 효력을 정지하지 않으면 제삼자는 권리구제를 받지 못하는 결과가 야기될 수 있다.

우리나라의 경우에는 독일의 경우와 달리 행정소송법 제23조 제1항에서 “취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니 한다”라고 규정하여 집행부정지의 원칙을 취하고 있다. 단 같은 조 제2항에서 “취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다”고 규정하여 예외적인 집행정지를 규정하고 있다.

◇ Aufsichtsrat 【 감사회 】

감사회는 독일의 주식회사에 설치되는 필요적 감독기관으로 핵심적 임무는 이사의 업무집행을 감독하는 것이다. 또한 주식법은 감사회에게 이사의 선임·해임권과 이사에 대한 회사대표권 등의 권한을 부여하고 있다. 감사회의 구성과 규모는 주로 주식법에 의하여 규율되지만, 기업의 규모와 업종에 따라 근로자의 공동결정에 관한 특별법이 적용되기도 한다. 종업원평의회법(BetrVG)이나 공동결정법(MitbestG)이 적용되는 주식회사의 감사회는 주주대표감사와 근로자대표감사로 구성되어 이른바 기업경영에 있어서 근로자의 공동결정제도가 실시되는 데, 이러한 공동결정제도의 목적은 기업의 정책결정과정에 근로자를 참가시킴으로서 기업목적의 실현함에 있어서 자본과 노동의 상호협력을 제고하려는 데 있다. 1952년의 종업원평의회법 제76조에 의하면 근로자 2,000명 이하를 고용하고 있는 주식회사의 경우에는 전체 감사 가운데 3분의 1은 근로자대표감사, 3분의 2는 주주대표감사로 구성된다. 근로자대표감사는 해당 사업장의 근로자들에 의하여 선출된다. 2,000명 이상의 근로자를 고용하고 있는 주식회사는 1976년 공동결정법의 적용을 받게 되고 감사회는 노사 동수의 감사로 구성되게 된다. 회사의 사업목적이 석탄이나 철강의 생산에 있는 소위 몬탄기업의 경우에는 몬탄공동결정법(Montan-Mitbestimmungsgesetz)이 적용되게 된다. 감사는 자신을

선임한 주주 또는 근로자들의 이익을 대변하는 자가 아니라 회사의 기관인 감사회의 구성원으로서 충실의무를 지게 된다. 따라서 모든 감사는 주주대표이든 근로자대표이든 불문하고 그 직무를 수행함에 있어서는 기업이익을 우선적으로 고려하여야 한다. 독일 감사제도의 특징은 감사회를 통하여 근로자의 경영참여를 가능케 하는 공동결정제도가 실현된다는 점이다. 즉, 감사회는 독일 종업원평의회법(BetrVG)에 의하여 설치가 강제된 종업원평의회에 의한 공동결정과 함께 독일의 공동결정권을 행사하는 기구의 하나이다. 종업원평의회는 종업원평의회법에 의하여 같은 법 제87조에 열거된 사회적 사항(soziale Angelegenheiten), 같은 법 제92조에 열거된 인사에 관한 사항(personelle Angelegenheiten) 및 같은 법 제106조에 열거된 경제적 사항(wirtschaftliche Angelegenheiten)에 대한 결정에 참여할 수 있는 권한을 가진다. 이러한 독일의 종업원평의회는 사업장별로 구성되고, 협력적 근로관계에 관한 사항과 관련하여 근로자의 이익을 대표한다.

◇ Auftrag 【 위임 】

위임은 위탁된 사무를 타인을 위하여 처리하는 것을 말한다(§§ 662 BGB). 우리 민법상의 위임과 구별되는 점은 독일 민법은 위임들 반드시 무상으로 하도록 하고 있는데 반하여, 우리 민법은 특별한 약정이 없으면 보수를 청구하지 못하지만, 당사자의 특약을 허용하고 있어 유상의 위임도 가능하다. 따라서 우리나라의 유상의 위임에 해당하는 개인병원의 의사 및 변호사들이 체결하는 계약은 독일 민법상으로는 협의의 고용계약(Dienstvertrag i. e. S.)에 해당하게 된다.

Dienstvertrag,

Arbeitsvertrag

◇ Aufwendungskondiktion 【 비용부당이득 】

부당이득의 한 유형으로서 손실자가 자기 자신의 이익을 위한다고 오인(誤認)하거나 또는 애초부터 타인을 위할 목적으로 법적 원인 없이 재화나 노무의 지출을 통해 타인에게 이득을 발생하게 하는 경우에 문제되는 부당이득이다. 부당이득제도에 관

해 각 유형별로 나누어 설명하려는 소위 분리설(Trennungstheorie)이 지배적 견해로 되어 있는 관계로 부당이득은 그 유형에 따라 급부부당이득(Leistungskondiktion), 침해부당이득(□□ Eingriffskondiktion), 비용부당이득, 구상부당이득(□□ Rückgriffskondiktion)으로 나뉘어지고 있다. 그 가운데 비용부당이득은 가령 A가 자신의 농지인 줄 알고 농약을 살포하였으나 실제 그 농지는 A가 아니라 B의 소유인 경우 A에 의한 비용의 지출로 인해 B에게 이득이 발생한 경우 문제된다. 이 같은 경우에는 농약살포를 통해 비용을 지출한 A는 이를 통해 B의 재산을 증가하게 해 주려는 의식과 목적을 갖고 있지 않았던 관계로 급부부당이득이 문제되지 않는다. 반면 수익자 B는 A의 농약살포로 인해 원래 A에게 귀속되어야 할 노무나 재산상의 이득을 취득하고 있으므로 침해부당이득과 유사한 측면을 갖고 있다. 그렇지만 B의 재산상 이득이 A의 자발적인 출연행위(비용 □□ Aufwendung)를 통해 증가하였다는 점에서 위의 경우와 침해부당이득이 문제되는 경우는 또 다시 구별된다. 비용부당이득이 문제되는 경우에도 부당이득의 효과에 관한 규정들(§§ 817 ff. BGB)에 따라 반환의무가 인정되는데, 다만 그 비용이 수익자의 의사에 반하는 결과인 경우 강요된 부당이득(□□ aufgedrängte Bereicherung)의 문제가 발생한다. 민법 제994조 이하에서 점유자의 회복자에 대한 비용상환청구권은 비용부당이득에 관한 특별규정으로 이해되고 있다. 비용부당이득의 개념은 부당이득제도에 관한 분리설을 전제로 형성된 것으로서 이러한 유형을 구별하지 않고 부당이득제도를 공평의 관념에 입각하여 통일적으로 설명하려는 통일설(Einheitstheorie)이 지배하는 우리나라의 경우에는 대체로 비용부당이득이라는 개념을 별도로 논의하지는 않고 있다. 다만 최근 문헌은 분리설에 따라 부당이득제도를 설명하면서 그 유형의 하나로 비용부당이득을 인정하고 있다.

◇ Auskunftspflicht 【 정보제공의무 】

Auskunftspflicht는 정보제공의무 내지는 협조의무라고 한다. 일부에서는 이에 대하여 설명의무라고 표기하기도 하는데 단순한 설명의무에 한정하는 것이 아니고 보험법과 주식회사법의 취지에 의하면 적극적으로 정보를 제공하고 정보를 요구하는 자를 위하여 협조를 해야 할 의무로 그 범위가 다소 넓다. 독일보험법 제158조의d 제 3 항에

의하면 보험자는 손해사고의 확정과 손해액의 산정에 필수적이라면 피해자인 제삼자에게 손해사건과 관련하여 정보제공을 요구할 수 있다. 이에 덧붙여 그 제삼자에게 증거자료나 서류의 제출의 요구가 적절하다고 여겨질 때에도 마찬가지로 그 제삼자는 이에 협조해야한다고 정하고 있다.

주주총회의 의사일정과 관련하여 총회의 사안을 판단하는 데에 필수적인 것인 경우 주주는 이사회에 회사의 업무에 대한 정보 등의 제공을 요구할 수 있다. 이는 주식회사법 제131조 제 1 항의 취지로 이를 주주에 대한 이사회에 정보제공의무라고 한다. 그러나 이 정보제공은 이 조 제 2 항에 따라 다음과 같은 사유의 경우에는 거절될 수 있다. 즉 상인적인 판단에 의거 그 정보의 제공이 회사나 다른 관련 기업에 상당한 불이익으로 될 경우, 해당정보가 세제상의 문제이거나 특정 세금의 정도와 관련이 있는 경우, 대차대조표상의 계산과 주주총회에서 확정된 연말결산과 차이가 날 경우, 상업장부에 관한 규정인 제264조 제 2 항의 의미에 따라 회사의 재산 및 재무상태와 수익현황에 대한 사실관계에 상응하는 정보를 제공하기 위하여 이미 충분히 제공된 결산방법과 평가방법에 대한 정보의 경우(단 주주총회가 연말결산을 확정하는 경우에는 이는 해당되지 않는다), 정보의 제공으로 이사회가 법에 저촉이 되는 경우, 신용기관에 의하여 적용된 결산방법과 평가방법 및 연말결산, 상황보고, 콘체른결산이나 콘체른상황보고 등에서 이미 실행된 계산에 대한 보고가 될 필요가 없는 경우 등에 대한 정보의 요구는 그것을 제공할 의무가 없다.

□□ Informationspflicht

◇ Auskunftsrecht 【 정보요구권 】

정보요구권(Auskunftsrecht)은 정보제공의무(Auskunftspflicht)의 반대가 되는 권리로 정보요구권 내지 설명청구권이라고 한다. 이 정보요구권은 주식회사에서 주주에게 부여된 주주제안권 외에 주주권 중 자익권적인 요소로서 독일과 일본에서 인정되는 것이다. 이 정보요구권을 설명청구권이라 부르기도 하지만 단순한 설명의 차원이 아니고 어원적으로 어떠한 것으로부터 이끌어내기 위한 방법이나 수단의 의미로 쓰이는 것이 Auskunft로서 일정한 정보를 의미하는 것으로 설명 이상의 것을 의도한 것이

다. 주주권의 일종인 정보요구권이 반드시 주주총회를 통하여 행사될 필요는 없다는 것은 주식회사법 제131조 제 4 항에 의하여 미루어 짐작할 수 있는 것이다. 이에 따르면 주주는 주주로서의 자신의 지위로 인하여 정보를 주주총회 밖에서 얻은 경우라면, 다른 주주들의 요구에 의하여 그것이 비록 의사일정상 안건에 대하여 적정한 판단을 하게하는 필수사항이 아닐지라도 주주총회에서 그 정보는 제공되어질 수 있다. 정보 제공권에 의거하여 주주가 요구한 정보의 제공이 거절되어졌다면 어떠한 근거 하에서 그것이 거절되어진 것인지를 회의의 의사록에 기입할 것을 요구할 수 있다. 또한 이 법 제132조 제 1 항에 의하면 이사회가 정보를 제공해야만 하는지는 회사의 본점이 속해있는 곳의 지방법원이 청구에 의거하여 단독으로 결정하는 것이다. 이 제 2 항에는 법원에 정보요구권과 관련하여 청구할 수 있는 자로서 각 주주를 정하고 있다. 즉 청구권자는 요구한 정보가 제공되지 못한 주주로서 정보제공이 거절되었던 주주총회 후 2주간 안에 정보의 제공을 법원에 청구를 하여야 한다.

◇ Auslobung 【 현상광고(縣賞廣告) 】

일정한 행위, 특히 결과의 완성에 대하여 불특정 다수에게 광고를 통해 보수지급을 약속하는 채권관계를 뜻한다. 가령 잃어버린 물건이나 동물을 찾아주는 자 또는 사고 현장을 목격하여 그 상황을 설명해 주는 자에게 보수지급을 약속하는 경우, 또는 설계나 건설공사에 관해 가격공모(Preisausschreiben)를 행하는 경우가 이에 해당한다. 현상광고는 민법 제657조 이하에 규정되어 있는데 그 장(障; Abschnitt)에 규정된 채권관계들의 경우, 계약(Vertrag)에 해당하는 것과 달리 일정한 행위를 실행하는 자에 대해 광고를 통한 현상광고자의 보수지급 약속이라는 일방적 의무부담행위로 성립하는 단독행위(einseitiges Rechtsgeschäft)의 성질을 갖고 있다. 이는“광고를 통하여 어느 행위, 특히 결과의 달성에 대하여 보수를 지급할 것을 약속한 자는 그 행위를 완료한 자에 대해 보수를 지급할 의무를 부담하며 그 행위를 완료한 자가 광고사실을 알지 못하고 한 경우에도 마찬가지이다”고 정한 민법 제657조를 통해 분명히 표현되고 있다. 현상광고의 경우 광고에서 지정된 행위에 착수한 자는 그 행위를 완료하기 이전에는 보수지급청구권을 취득하지 못하므로 광고자와의 관계에서 선이행 의무를 부담하게 되며, 이에 따른 행위자의 보호가 문제된다. 민법은 이를 위해 광고의 철회를 제한하거나 또는 경우에 따라 배제하고 있으며(§ 658 BGB), 더 나아가 지정된 행위나 결과가

여러 사람에 의해 완료된 경우 보수의 분배에 관한 규정을 두고 있다(§§ 659, 660 BGB). 우리나라 민법의 경우에도 제675조 이하에서 위와 유사한 내용으로 현상광고를 규정하고 있다. 다만 현상광고의 법적 성질에 관해 우리나라의 다수의 입장은 계약으로 파악하고 있다.

◇ **Ausrüster** 【선박임차인】

Ausrüster는 타인소유의 선박을 임차하여 이것을 자기의 해상기업에 이용하는 자를 의미한다. 선박을 임대하는 선주는 Schiffseigner, Schiffseigentümer 또는 Reeder라고 한다. 일반적으로 선박임차인이란 광의의 의미로 타인의 선박을 단순히 임차한 자를 총칭하는 경우도 있으나, 상법상 선박임차인이란 선박으로 해상기업에 이용하는 자이므로 이와는 구별되어야 한다. 선박임차인과 비교되는 용선자(Charterer)는 해상물건운송계약에서 해상물건운송인(Verfrachter)에게 운송을 부탁하는 계약의 상대방을 의미한다. 주로 용선자는 용선계약을 통하여 선박의 전부 또는 일부를 전세내어 물건 또는 여객을 운송하게 한다. 용선계약의 방식에 따라 임대차계약으로 또는 단체여행을 위한 여객운송계약으로 다루어질 수도 있다. 물론 근본적으로 이는 차이가 있기는 한데 선박의 임대차라 함은 선박의 소유자가 선박 자체를 대여하는 것이며 임차인은 스스로 선장을 선임하여 선박을 운행시키고 스스로 해상기업자로서의 권한을 가지는 것인 반면, 용선계약의 경우 해상기업자는 선박을 빌려준 선박소유자인 것이어서 근본적으로 선박임차인과 용선자는 당사자가 하는 계약적 성질에 의하여 구별이 된다.

◇ **Ausschließliche Gesetzgebung des Bundes** 【연방의 전속적 입법】

연방국가인 독일에서 기본법은 입법에 관한 권한들을 연방의 전속적 입법(Ausschließliche Gesetzgebung des Bundes), 경쟁적 입법(Konkurrierende Gesetzgebung), 대강입법(Rahmengesetzgebung), 원칙입법(Grundsatzgesetzgebung)으로 구별하여 배분하고 있다.

연방의 전속적 입법(기본법 제73조)은 연방만이 배타적으로 권한을 갖는 입법영역을 의미한다. 따라서 이를 연방의 배타적 입법 또는 독점적 입법이라 부르기도 한다. 이 경우 지방의 주는 연방법률에서 명문으로 수권하는 경우에만 입법권을 갖는다.(기본법 제71조) 경쟁적 입법(기본법 제72조 및 제74조)은 연방과 주가 경합적으로 경쟁

하여 권한을 갖는 입법영역을 말한다. 따라서 이를 경합적 입법이라 부르기도 한다. 이 경우에는 연방이 그 입법권을 행사하지 않는 때에 주가 입법권을 가진다. 따라서 주의 입법권한은 연방이 그 권한을 행사하는 때에는 소멸한다. 대강입법(기본법 제75조)은 경쟁적 입법의 경우와 같이 연방과 주가 경쟁적으로 권한을 갖는 입법영역이지만, 경쟁적 입법과 다른 점은 연방이 입법권을 행사하는 경우에 연방법률에서 정한 기간 내에 반드시 필수적인 주법률을 제정해야 한다는 것이다. 원칙입법에 관하여 기본법은 연방과 주의 예산법과 경기에 적합한 예산운영 및 수년에 걸치는 재정계획(기본법 제109조 제3항) 그리고 공동과제(Gemeinschaftsaufgabe)의 수행(기본법 제91a조 제2항 제2문)의 경우에 인정하고 있다. 원칙입법은 대강입법에 가깝다.(GG Art. 71. Im Bereiche der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetze ausdrücklich ermächtigt werden. 연방의 전속적 입법영역에 있어서는 연방법률이 명시적으로 권한을 위임한 경우에만 그리고 그 범위 내에서만 주가 입법권을 가진다.) 그리고 Art. 72 (1) Im Bereiche der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. 경합적 입법영역에 있어서는 연방이 자신의 입법관할을 법률을 통해 행사하지 않는 경우에 그 범위 내에서 주가 입법권을 가진다.)

◇ Ausschluß des Verteidigers 【 변호인의 제척 】

독일형사소송법에서는 변호인의 제척을 인정한다는 점에서 한국형사소송법과 차이가 있다. 변호인이 형사절차에 대한 참여에서 제척되는 사유로는 다섯 가지가 있다. 첫째, 변호인이 의뢰인의 범죄에 공범으로 참여하였다는 현저한 혐의와 충분한 혐의가 있을 때, 둘째, 변호인이 구속 중인 의뢰인과의 교통을 범죄의 기회로 남용하였다는 충분한 혐의가 있을 때, 셋째, 변호인이 의뢰인과의 교통을 구금시설의 안전에 대한 심각한 위협을 야기하도록 남용하였다는 충분한 혐의가 있을 때, (§138a I StPO) 넷째, 국가의 안전을 위협하는 범죄에 대한 형사절차에서 변호인의 참여가 연방공화국의 안전을 위협하게 할 때 (§138b StPO), 다섯째, 테러단체조직죄 (§129a StGB)에 대한 형사절차에서 변호인이 의뢰인과 공범으로 함께 범죄에 참여하였다고 의심할 만한 사유가 있을 때가 그것이다.

변호인의 제척에 대해서는 주고등법원(OLG)에서 관할하며 경우에 따라서는 연방 최고법원에서 결정한다. 검사가 변호인제척을 청구하면 사실심 법원은 반드시 사건을 주고등법원에 송부하여야 한다. 즉 사실심 법원에서는 검사의 청구를 기각할 수 없다. 변호인 제척사건에서는 구두심문이 이루어지며 해당 변호인이 소환되고 피고인과 변호사협회 회장에게 제척사건이 통지된다(§138d StPO). 법원의 제척결정에 대해 변호인은 즉시항고할 수 있지만, 제척을 거부하는 결정에 대해서는 항고할 수 없다(§138d IV StPO). 변호인의 제척은 아래와 같은 경우 해제된다. 즉, ①그 사유가 해소되거나, ②변호인이 제척의 사유가 된 혐의사건에 대한 공판에서 무죄선고를 받거나, ③제척사건과 관련하여 변호인의 범죄가 될 만한 의무위반을 법원이 확인하지 못했을 때 등이다(§138a III StPO).

◇ Ausschluß von Richtern 【법관의 제척】

법관의 제척은 법관이 구체적 사건과 특별한 관계에 있는 때 그 사건에 관한 직무의 집행에서 그 법관을 배제하고 공정한 재판을 보장하기 위한 제도이다. 법관의 기피(□□ Ablehnung von Richtern)는 당사자의 신청에 의해 불공정한 재판을 할 염려가 있는 법관을 직무에서 배제하지만 법관의 제척은 법률의 규정에 의해 자동적으로 직무에서 배제된다는 점에서 차이가 있다. 법관의 제척사유는 한국형사소송법과 같이 네 가지로 분류할 수 있다. 즉, ①법관이 피해자인 때, ②법관이 피해자 또는 피고인과 가까운 친족관계에 있는 때, ③법관이 사건에 관하여 검사, 경찰관, 변호인의 직무를 행하거나 증인 또는 감정인으로 이전의 절차에 참여한 때, ④법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때이다(§22 StPO). 법관이 제척된다는 것은 모든 직무에서 제외된다는 것을 의미한다. 제척되어야 할 법관이 판결을 내렸을 경우 절대적 항소이유가 된다(§338 II StPO).

◇ Außerordentliche Kündigung 【즉시해고】

즉시해고란 해고예고기간이 필요없이 근로관계를 소멸시킬 수 있는 해고를 말한다. 해고(□□ Kündigung)란 근로관계의 종료에 대한 사용자의 일방적 의사표시이고, 해고를

하기 위해서는 원칙적으로 정당한 사유가 있어야 하지만, 정당한 사유가 있는 경우에도 일정한 기간이 경과하여야 비로소 효력이 발생하는 것이 원칙이다. 이 기간을 해고예고기간이라 하며, 해고예고기간을 준수하여야 하는 해고를 일반해고(ordentliche Kündigung)라 한다. 즉시해고는 독일 민법(BGB) 제626조가 근거규정이고 동규정은 “중대한 사유가 있는 때에는 각 당사자는 예고기간을 지키지 아니하고 고용관계를 종료시킬 수 있다”고 규정하고 있다. 이때 중대한 사유란 사용자에 대한 폭행, 절도 등과 같이 예고기간의 경과까지 근로관계를 지속할 수 없는 경우를 말한다. 그러나 중대한 사유가 반드시 상대방의 과실을 전제로 하는 것은 아니다.

◇ Aussetzung des Strafrestes 【가석방】

가석방은 글자 그대로의 의미로는 ‘잔형집행유예’ 또는 ‘잔형유예’라 번역되지만 한국법의 용어에 따라 가석방으로 번역한다. 다만 가석방의 요건은 한국과 독일의 법제에서 차이점이 있다. 독일형법상 가석방의 요건은 ①선고된 형의 3분의2, 최소한 2개월 이상을 경과하고, ②공공의 안전에 해가 되지 않으며, ③수형자가 동의할 때이다(형법 제57조 제1항). 다만 ①수형자가 처음으로 자유형을 집행받았고 그 형이 2년 미만이거나, ②수형자가 저지른 범죄와 그의 성향, 그리고 행형 중 그의 발전과정을 종합적으로 고려하여 특별한 사정이 있을 때에는 형기의 절반, 최소한 6개월을 경과했을 때 가석방을 선고할 수 있다(§57 II StGB). 무기징역의 경우 ①15년이 경과하고, ②수형자의 범죄책임이 특별히 중하지 않으며, ③공공의 안전에 해가 되지 않고, ④수형자가 동의할 때 가석방을 선고할 수 있다(§57a StGB). 이러한 요건은 무기징역은 10년, 유기징역은 형기의 3분의1이 경과한 후 가석방을 할 수 있는 한국의 경우와 비교된다.

한국에서는 행정처분으로 가석방을 결정하지만 독일의 경우 법원에 의한 사법적 결정으로 가석방을 선고한다. 가석방에 대한 결정은 형사법원의 형집행부(□□ Strafvollstreckungskammer)에서 담당한다. 또한 한국의 경우 가석방은 교도소장의 신청으로 심사가 이루어지지만 독일에서 가석방은 형법이 정한 요건이 주어지면 법원이 직권으로 심사한다(§454 StPO). 한국에서는 가석방이 가능한 형기이수기간이 짧은 반면 가석방의 신청이 수형자가 아닌 교도소장에 의해서만 가능하기 때문에 실제적으로 가석방이 잘 이루어지지 않거나 가석방 권한이 행정부에 의해 남용되는 문제가

있는 반면, 독일의 경우 가석방이 가능한 형기이수기간은 한국보다 엄격하나 요건이 되면 법원이 직권으로 가석방 여부를 심사하고 형사정책적으로 가석방을 확대하려 하기 때문에 한국보다 가석방이 훨씬 확대되어 시행되고 있다.

◇ **Aussonderungsrecht** 【 환취권(還取權) 】

‘어떠한 집합으로부터 찾아내어 밖으로 빼낸다’는 의미를 갖는 *aussondern*에서 파생한 표현으로 환취권이라고 번역되고 있다. 환취권은 파산관재인(*Insolvenzverwalter*)이 현실적으로 점유·관리하는 파산재단(*Insolvenzmasse*) 가운데 파산자에게 귀속되지 않아 그 재단에 속하지 않는 재산이 혼입되어 있는 경우 그 재산에 대해 인적 또는 물적 권리를 주장할 수 있는 제삼자가 그 특정재산을 파산재단으로부터 환취할 수 있는 권리를 뜻한다. 환취권을 갖는 자는 파산채권자(*Insolvenzgläubiger*)에 해당하지 않는데, 환취권은 일정한 목적물에 관한 권리의 실체법적 효력에 따른 것으로서 어떠한 권리를 갖는 자가 환취권을 주장할 수 있는지 여부는 파산절차가 아니라 그 권리를 부여한 실체법 규정에 따라 판단된다(§ 47 InsO). 소유자는 환취권을 가지며 소유권유보부 매매에 따른 매도인 역시 환취권을 갖는다. 그렇지만 양도담보권자의 경우에는 소유자이지만 양도담보 설정자가 파산한 경우 단지 별제권(□□ *Absonderungsrecht*)을 가질 뿐 환취권을 갖지는 않는다. 한편 환취권은 환취권의 목적인 재산이 양도 등에 의해 이미 처분되어 파산재단에 현존하지 않는 이상 그 재산의 환취 자체가 인정되지 않는 것이 원칙이다. 다만 이 경우에도 환취될 재산이 파산절차의 개시 이전에 채무자 또는 파산절차 개시 후에 파산관재인에 의해 권한없이 처분된 경우 환취권자는 대상적 환취권(*Ersatzaussonderungsrecht*)을 행사하여 그 양수인이 반대급부를 아직 이행하지 않고 있는 한 반대급부청구권의 양도를 구할 수 있다(§ 48 InsO).

◇ **Aussperrung** 【 직장폐쇄 】

직장폐쇄란 집단적 분쟁에 있어서 사용자가 그의 주장을 관철하기 위하여 근로자들의 노무수령을 거절하는 것을 말한다. 직장폐쇄도 쟁의행위의 하나이기 때문에 정당성을 갖추기 위해서는 비례의 원칙(□□ *Verhältnismäßigkeit*)을 준수하여야 한다. 또한

직장폐쇄는 최후의 수단(ultima-ratio)으로 사용하여야 한다는 점에서 공격적 직장폐쇄(Angriffaussperrung)는 허용되지 않는다. 즉, 직장폐쇄는 방어적 수단으로만 행사되어야 한다. 합법적인 방어적 직장폐쇄로 인하여 노무를 제공할 수 없는 근로자에 대하여 사용자는 임금지급의무를 지지 않는다. 이에 반하여 직장폐쇄의 대상이 되지 않았으나, 쟁의행위로 인하여 노무를 제공하지 못한 근로자는 임금청구권을 가진다. 직장폐쇄로 사용자는 근로자의 노무에 대한 수령을 거부하지만, 쟁의행위가 종료하면 노무의 수령이 거부되었던 근로자들을 다시 취업시킨다는 점에서 해고와 구별되어 진다.

◇ Authentische Interpretation 【 유권해석 】

학자에 따라서는 법정해석(□□ Legalinterpretation)과 같다고 보는 견해도 있으나, 그 견해와 달리 법규의 제정자에 의한 해석이라 보는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 법률제정자, 즉 입법자(예컨대, 국민이 선출한 국회)가 다수인 경우에는, 그러한 국민대표에 의하여 유권해석을 일률적으로 이루는 것이 어렵지만, 제정자가 행정기관인 경우에는 유권해석이 가능하며, 이러한 것이 해석기준으로 되기도 한다(□□ ergänzende Auslegung).

[B]

◇ Bagatellschäden 【 경미한 손해 】

Bagatelle은 사소한 일이란 뜻을 가진 외래어에서 시작된 것이다. 비교적 경미한 것이란 뜻으로 이에 불법행위(Delikt) 또는 사건(Fall)이 붙으면 질서위반, 손해(Schaden)가 붙으면 자동차사고에서의 경미한 손해를 뜻한다. Bagatellklausel은 Bagatelle란 사소한 일과 Klausel은 약관, 조건 또는 조항이라는 의미가 합쳐서 간이약관 내지 간이조항이라는 의미로 쓰인다. Bagatellschäden은 보험자에게 특별한 비용부담을 가져오는 정도의 작은 손해를 의미한다. 이 경미한 손해에 대한 사항은 각종 보험영역에서 합리화의 관점으로 여러 가지 모양새로 활용되어지고 있다. 예컨대 프랜차이즈 약정을 통하여 경미한 손해의 범위를 정하여 계약당사자의 이해관계에 적합한 해결방법을 모색하기도 하고 또는 일부에서는 경미한 사고에 대하여는 보험계약자의 이해관계를 고려하여 사고통지를 하지 않거나 자력으로 해결하여 자신의 무사고할인의 기회를 잃지 않으려 하거나 무사고기간 경과 후 보험료환불 등의 이익을 계속 유지할 수 있게 한다. 경미한 손해가 발생한 경우 자동차보험약관 제7조 제1항 제2호에 따라 보험계약자나 피보험자의 통지의무는 더 이상 고려되지 않는다. 즉 스스로 자력에 의하여 손해를 해결하거나 사고의 통지를 하지 않음으로써 무사고경력을 유지하여 보험료인하를 기대하는 경우에 그 해당자에게는 보험계약법에서 정한 사고의 통지를 보험자에게 이행할 의무가 없게 되는 것이다.

◇ Baubetreuungsvertrag 【 건축관리계약 】

일본용어상으로는 건설관리계약이라고 번역되어있고, 그 내용에서 큰 차이가 없지만, 통상 Baurecht를 건축법이라고 함에 따라 건축관리계약으로 번역하는 것이 옳다. 건축관리계약(Baubetreuungsvertrag)은 통상 도급계약성질을 가진 사무관리계약으로 본다. 이러한 계약에 의하여 건축업자는 건축주를 대리하며, 그로 인하여 건축시공자에 대한 관계에서 직접적으로 집의 설립과 함께 건축구조와 재정적으로 해결할 급부 이행 의무를 진다. 이러한 것은 계약당사자가 그에게 속하는 토지에 자신의 이름으로 미래의 상속인들 위하여 건축계획을 세우는 경우에 존재한다. 이에 대하여 건축시공계약(Bauträgervertrag) 시에는 부동산중개업자와 건축업자에 관한 규칙(Makler und

Bausträgerverordnung; BGBl. I 2479 m. Änd.)이 적용되어 있다. 이 때 주의해야 할 것은 이 규칙에는 부동산구입자보호를 위하여 강제규정을 담고 있다는 것이다. 그 강제 규정이란, 특히 안전과 공고(Absicherung und Information)의 의무가 그것이다. 위의 건축관리계약은 일종의 민법상 도급계약이다. 독일의 영업규칙(Gewerbeordnung) 제34c 조에 의하면, 영업상의 신탁적 건축 또는 영업상의 건축관리의 경우에는 영업규칙상의 허가(Gewerbezulassung)를 필요로 한다. 건축관리인 또는 그러한 건축에 대한 신탁을 받은 사람이 필요한 허용요건을 갖추고 있지 않은 경우에는, 그 허가는 거부된다. 독일 민법상 도급규정들은 여러 종류의 업무유형에 적용된다. 그렇지만 물건의 변경 또는 생산, 그 중에서도 주로 손으로 업무를 이행하는 것에 맞춰져 있다고 볼 수 있다. 그래서 종종 도급계약들의 특별한 이해관계를 볼 때, 충분한 규정들이 존재하지 않는 관계로 입법자들로 하여금 도급계약의 특별규정들의 제정에 대한 필요성을 야기시키게 된 것이었다. 그 예로서 상법(Handelsgesetzbuch, HGB) 제383조 이하의 중개계약(□□ Kommissionsvertrag, Kommissionsgeschäft), 운송주선계약(Speditionsvertrag, §407 ff. HGB, □□ Frachtvertrag), 화물운송계약(Frachtvertrag) 그리고 출판계약(Verlagsvertrag; Verlagsgesetz 제1조 이하) 등과 같은 특별한 규정들이 제정되게 되었다.

◇ Beamter 【 공무원 】

공무원은 연방정부, 주정부, 지방정부 및 공법상의 단체, 영조물, 재단에 종사하는 자를 말한다. 그러나 이러한 기관에 종사하는 모든 자가 공무원은 아니다. 왜냐하면 이러한 기관에 종사하는 자에는 공무원뿐만 아니라 공공부문근로자(Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes)도 있기 때문이다. 독일의 경우 연방정부, 주정부, 지방정부 및 공법상의 단체, 영조물, 재단에 의하여 고용된 경우에도 ‘주권업무(hoheitsrechtlicher Aufgaben)’ 또는 ‘국가 또는 공공생활의 안전을 위하여 사법(私法)상의 고용관계에 있는 자에게 전속적으로 위임될 수 없는 업무’를 수행하는 자만이 공무원으로 임용되고, 이를 제외한 업무를 수행하는 경우에는 공무원이 아닌 공공부문근로자로 임용된다.

◇ Bedingung 【 조건 】

조건이란 행정행위의 효력의 발생·소멸을 장래에 발생여부가 불확실한 사실에 의존시키는 부관(Nebenbestimmung)이다. 연방행정절차법(VwVfG) 제36조 제2항 제2호

는 “수익 또는 부담의 시작이나 종료의 발생여부가 불확실한 사실에 의존하는 부관(einer Bestimmung, nach der der Eintritt oder der Wegfall einer Vergünstigung oder einer Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt (Bedingung))”이라고 규정되어 있다. 장래에 발생여부가 불확실한 사실에 행정행위의 효력발생을 의존시키는 조건은 정지조건(aufschiebende Bedingung)이라고 하며, 장래에 발생여부가 불확실한 사실에 행정행위의 효력의 소멸을 의존시키는 조건은 해제조건(auflösende Bedingung)이라고 한다. 또한 조건과 관련하여 어떠한 사실의 발생이 행정행위의 상대방의 의사에 달려 있는 것은 부진정조건(unechte Bedingung)이라 한다. 행정행위의 효력을 행정행위의 상대방의 장래의 행위에 의존시키는 경우 이는 Potestativbedingung 이라고 한다(예컨대 주차장시설의 확보를 조건으로 하는 건축허가).

◇ Bedrohung 【협박】

형법 제241조는 “사람에 대하여 또는 그의 가까운 지인(nahestehende)에 대하여 범죄를 저지르겠다고 협박한 자는 1년 이하의 징역이나 벌금형에 처한다”고 규정하고 있다. 협박의 내용이 형법상의 범죄의 실현과 관련한 것이어야 한다는 점에서 단지 ‘사람을 협박한’ 것을 구성요건으로 하는 한국형법의 협박죄와 비교된다. ‘가까운 지인’은 그에 대한 위협이 피해자 자신에 대한 위협과 동일한 압박으로 느껴질 만큼 가깝게 관련되어 있는 사람을 의미한다. 이러한 협박은 형법 제240조의 강요(□□ Nötigung)죄와 구별된다. ‘Bedrohung’과 ‘Nötigung’은 사전적으로 모두 ‘협박’으로 번역되기도 하지만 법률적으로는 각각 ‘협박’과 ‘강요’로 구별하여 번역하여야 할 것이다. 형법 제240조의 강요죄는 폭행과 협박으로 사람으로 하여금 어떠한 행위를 하게 하거나 무엇을 감내하게 하거나 하지 못하도록 할 때에 성립하는 범죄이다.

◇ Befristeter Arbeitsvertrag 【기간제근로계약】

‘기간제근로계약’이라 함은 계약기간을 특정한 근로계약을 말한다. 이러한 ‘기간제근로계약’은 기간의 경과로 ‘해고(□□ Kündigung)’와 같은 별도의 의사표시 없이 자동적으로 소멸되게 된다. 따라서 계약기간이 종료한 후 계약을 다시 갱신할 것인지를 관련해서는 해고제한규정의 적용을 받지 않게 된다. 따라서 ‘기간제근로계약’을 체결

한 근로자의 고용은 매우 불안한 상태에 놓이게 된다. 사용자들이 이러한 점을 이용하여 해고제한규정의 적용을 피하는 것을 방지하기 위하여 독일 판례는 일찍부터 ‘정당한 사유(sachlicher Grund)’없이 ‘기간제근로계약’을 체결할 수 없도록 하였다. 이러한 상태는 1985년 『취업촉진법(BeschFG)』 제정될 때까지 계속되었다. 이 법은 5년간의 한시법으로 제정되었으나 2차에 걸쳐 그 효력기간이 연장되어 2000년 12월 28일 『단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률(TzBfG)』이 제정될 때까지 효력이 유지되었다. 두 법은 모두 ‘기간제근로계약’의 체결을 ‘정당한 사유(sachlicher Grund)’가 있는 경우로 제한하고 있다. 그러나 계약기간이 2년을 초과하지 않거나 3회 이내에 걸쳐 연장된 계약기간의 합이 2년을 초과하지 않을 경우에는 ‘정당한 사유’없이도 ‘기간제근로계약’을 체결할 수 있도록 하고 있다. 『단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률(TzBfG)』은 기간제근로자에 대한 사용자의 균등처우의무와 정보제공의무에 대해서도 명문의 규정을 두고 있다.

□□ Atypisches Arbeitsverhältnis

◇ Befristung 【 기한 】

기한이란 행정행위의 효력의 발생·소멸을 장래에 발생여부가 확실한 사실 즉 장래의 특정시점에 종속시키는 부관(Nebenbestimmung)이다. 연방행정절차법(VwVfG) 제 36조 제 2 항 제 1 호는 “수익 또는 부담이 특정 시점에 시작되거나 끝나거나 또는 일정 기간 동안 효력을 갖는 부관(einer Bestimmung, nach der eine Vergünstigung oder Belastung zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnt, endet oder für einen bestimmten Zeitraum gilt(Befristung))”이라고 규정되어 있다.

당해 사실의 발생으로 행정행위의 효력이 발생하는 경우의 기한은 시기라 하고, 당해 사실의 발생으로 행정행위의 효력이 소멸하는 경우의 기한을 종기라 한다.

기한은 행정행위의 효력의 발생·소멸을 도래가 확실한 장래의 사실에 의존시키는 부관이라는 점에서 도래가 불확실한 장래의 사실에 의존시키는 조건과 구별된다.

우리나라의 경우 판례와 다수설은 대상사업의 성질상 지나치게 짧은 종기가 붙은 경우에 이를 행정행위의 존속기간으로 보기보다는 허가조건의 개정기간 즉 행정행위의 내용의 갱신기간으로 보고 있다.

◇ Belegpflicht 【 증거자료제출의무 】

보험자가 보험금을 지급함에 있어 보험사고를 조사하고 보험의 종류에 따라 그것이 정액보험이면 보험계약시 약정한 보험금을 지급해주고 손해보험과 같이 부정액보험이면 손해의 정도에 따라 보험금이 정해져서 지급될 것이다. 보험계약법 제34조 제1항에는 보험사고를 확정하기 위하여 보험계약자에게 보험사고나 보험자의 이행의 범위를 확정하기 위하여 필요하다면 이와 관련한 일정정보를 제공하여 줄 것을 요청할 수 있는데 이를 정보제공의무(Auskunftpflicht)라고 하는데 대하여 이 조 제2항에서는 보험계약자에게 적정하다고 여겨지는 경우 즉 필요에 의해 보험자는 보험계약자에게 증거자료 내지 서류의 제출을 요구할 수 있음을 정하고 있다. 이 증거자료제출요구가 곧 Belegpflicht인 것이다. 우리 보험법의 경우 이에 관한 명문규정은 없고 단지 책임보험에 관한 규정 제724조에서 보험자는 제삼자에게 피보험자가 책임을 질 사고로 인하여 생긴 손해에 대하여 제삼자가 보험자에게 직접 보상을 청구하여 이행 책임을 지게 될 경우 피보험자에게 보험계약법 제34조 제2항의 취지와 유사한 사항을 요구할 수 있다. 즉 피보험자는 보험자의 요구가 있을 때에는 필요한 서류, 증거의 제출, 증언 또는 증인의 출석에 협조해야 한다고 정하고 있다. 이를 피보험자의 협조의무라고도 한다.

◇ Beleidigung 【 모욕 】

모욕은 고의로 타인에 대한 무시나 경멸을 공포함으로써 그의 명예를 침해했을 때 성립하는 범죄이다. 형법 제185조에 규정되어 있다. 보통 모욕은 구두로, 문자로, 그림으로, 상징적 행위로 가능하지만, 폭력적 행위로(tätliche) 모욕하는 경우에는 가중처벌된다. 폭력적 행위란 타인에 대한 신체적 접촉을 의미한다. 예컨대 수염을 자르거나 얼굴에 침을 뱉는 경우를 말한다. 모욕은 사실을 적시하지 않는다는 점에서 명예훼손(□□ Üble Nachrede, Verleumdung)과 구별된다. 또한 사람이 아닌 국가기관이나 국가적 상징물의 가치를 훼손하는 ‘모독’(□□ Verunglimpfung)과도 구별된다. 뿐만 아니라 형법상의 범죄구성요건이 아니라 구성요건상의 행위방식의 하나로 기술되는, ‘모욕’

이나 ‘욕설’의 의미를 지니는 ‘Beschimpfung’과도 구별된다. ‘Beschimpfung’은 예컨대 국가원수나 국가 상징물에 대한 모독죄의 행위방법으로 규정되어 있다.

◇ Berufsausbildungsverhältnis 【 직업훈련관계 】

직업훈련관계란 인적종속관계(□□ persönliche Abhängigkeit) 하에서 노무를 제공한다는 점에서 근로관계가 인정되지만, 교육목적으로 노무를 제공한다는 점에서 교육생의 신분을 동시에 가진 자를 말한다. 직업훈련생의 법적 지위에 대해서는 1969년 제정된 직업훈련법(BBiG)에 의하여 규율되고 있다. 직업훈련생은 노동법원법(ArbGG)상 근로자이며, 사용자는 직업훈련법에 의하여 직업훈련생에 대한 교육의무, 보호의무 및 최소한의 급여를 지급할 의무 등을 부담하게 된다. 직업훈련생은 시용기간을 거치게 되는데, 그 기간은 1월에서 3월에 달한다. 이 기간 동안 직업훈련생은 언제든지 즉시 해고될 수 있다. 이 기간이 경과하게 되면 직업훈련생은 ‘중대한 사유가 있는 경우’와 ‘다른 직업교육을 받거나 직업교육을 포기한 경우’ 외에는 해고되지 아니한다(제15조). 그리고 사용자는 직업훈련생에 대하여 증명서를 발급한 의무를 진다.

◇ Berufsbeamtentum 【 직업공무원제도 】

직업공무원제도는 국가와 공법상의 근무 및 충성관계를 맺고 있는 직업공무원에게 국가의 정책집행기능을 맡기고 그리고 공무원의 원칙적 종신주의, 국가의 공무원 생활부양의무, 공무원 임명·보직·승진시 능력주의, 공무원의 정치적 중립성, 공무원의 신분보장, 민주적 지시계통, 공무원의 직무상 불법행위에 대한 국가의 배상책임과 같은 구조적 요소를 제도화 해 줌으로써 안정적이고 능률적인 정책집행을 보장하려는 공직구조에 관한 제도적 보장을 말한다. 그러므로 직업공무원제도는 15세기경부터 지금까지 오랜 시간에 걸쳐 역사적으로 확립되어 온 국가기관의 구성원리중의 하나이자 동시에 권력분립적 기능을 가지고 있는 헌법상의 제도이다. 결국 직업공무원 제도는 공무원법의 핵심내용이 되는 국가기관 구성원리이자 정태적이고 지속적인 행정조직이, 동태적이고 한시적인 정치세력을 견제하고 통제하는 중요한 권력분립적 기능을 동시에 가지고 있는 헌법상 제도라고 할 것이다.(GG Art. 33 (5) Das Recht

des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln; 공직근무에 관한 법은 직업공무원제의 제원칙들을 고려하여 규정되어야 한다.)

◇ Berufsfreiheit 【 직업의 자유 】

직업의 자유는 직업, 직장 그리고 직업교육장을 자유로이 선택할 수 있는 헌법상의 기본권으로서 특히 경제생활과 근로생활을 형성하는 데에 있어서 중요한 의미를 가지고 있다. 우리 헌법은 직업의 자유에 관하여 보장하면서 직업선택의 자유라는 표현을 쓰고 있는데, 이는 직업의 선택만을 보호하는 직업선택의 자유(Berufswahlfreiheit)라는 의미로 좁게 해석하는 것 보다는 그뿐만 아니라 직장 선택과 직업교육장 선택 그리고 더 나아가서는 직업행사의 자유(Berufsausübungsfreiheit)까지도 포함하는 것이라 하겠다. 독일 기본법 제12조 제 1 항은 우리 헌법 제15조와는 달리 직업의 자유의 이런 의미들을 잘 풀어서 규정하고 있다.(GG Art. 12 (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden; 모든 독일인은 직업, 직장 및 직업교육장을 자유롭게 선택할 권리를 가진다. 직업행사는 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 규제될 수 있다.)

◇ Berufsgenossenschaft 【 동업조합 】

동업조합은 재해보험(□□ Unfallversicherung)의 운영주체로 구성원과 경영자 구별되지 않는 직역별로 조직된 조합의 형식을 지닌 조직을 말한다. 동업조합으로는 선원재해보험조합(See-Berufsgenossenschaft) 또는 농민재해보험조합(Landwirtschaftliche Berufsgenossenschaft) 등이 있다.

◇ Berufsverbot 【 취업금지 】

취업금지는 보안처분(□□ Maßregel der Besserung und Sicherung)의 하나이다(§61 Nr.6 StGB). 취업금지에 관한 형법 제70조 제 1 항의 규정을 보면 ①자신의 직업이나 영업

행위를 남용하거나 직업과 관련한 의무를 심각하게 침해하여 저지른 불법 때문에 ② 유죄판결을 받거나 오로지 책임무능력이 입증되어서 또는 이를 배제할 수 없다는 이유만으로 유죄선고를 받지 않은 자에 대해 ③그 행위자와 행위에 대한 전체적 평가에서 그가 계속해서 직업이나 영업을 영위할 경우 이미 나타난 것과 같은 심각한 위법행위를 저지를 위험이 드러났을 때에는 ④법원은 1년에서 5년까지 직업이나 영업의 영위를 금지할 수 있다. 취업금지의 상한기간이 행위자의 위험성을 방지하는데 충분하지 않다고 예상되는 경우에는 영구적으로 취업을 금지할 수 있다. 취업금지가 발효 중인 동안 피선고자는 다른 사람을 위한 직업활동이나 영업을 할 수도 없고 자신의 지시에 종속되는 사람을 통해 자신의 직업이나 영업을 영위할 수도 없다(같은 조 제 3 항).

◇ Berufung 【 항소 】

항소는 제 1 심 법원의 종국판결에 대해 불복할 때 제 2 심 법원에 상소하는 절차이다. 제 2 심 법원의 종국판결에 대해 최고법원에 상소하는 상고(□□ Revision)와 구별되며, 판결에 대한 불복절차라는 점에서 결정에 대한 불복절차인 항고(□□ Beschwerde)와 구별된다. 항소의 대상이 되는 판결은 지방법원(AG)의 판결, 즉 지방법원 형사단독판사 및 참심법원(□□ Schöffengericht)의 판결이다. 이러한 판결에 대한 항소심 담당법원은 언제나 소(小)형사부(□□ Kleine Strafkammer)가 된다. 대형사부(□□ Große Strafkammer)나 대참심법원(□□ Schwurgericht), 주고등법원(OLG)이 제 1 심 법원으로 재판한 판결은 항소의 대상이 되지 않는다. 이러한 법원에서 담당하는 형사사건은 중대하고도 중요한 사건임에도 이러한 법원이 제일심으로 판결한 사건에 대해 항소를 허용하지 않아 제 2 의 사실심 기회를 허용하지 않는 것은 얼핏 보아 모순으로 비쳐진다. 그러나 이러한 법원은 많은 수의 법관에 의해 구성되므로 판결에 신중을 기한다고 보아 제 2 의 사실심이 불필요하다고 보는 것이다. 또한 이러한 법원의 관할사건에 대한 소송준비 절차에서 소송대상사건에 대한 조사가 철저하게 이루어진다는 것도 제 2 의 사실심을 허용하지 않는 이유가 된다. 반면에 지방법원이 관할하는 일상적인 사건들에 대한 절차는 상대적으로 요약적인 것이 된다. 물론 이러한 논거에 대한 반대의견, 즉 위 법원의 관할사건들에 대해서도 제 2 의 사실심이 필요하다는 주장도 존재한다. 한편으로 경미한 사건에 대한 항소는 법원의 항소허가(□□ Annahme der Berufung)에 의해서만 허용된다. 항소제기절차는 한국의 경우와 동일하다. 즉, 제일심의 판결을 통보받은 후

일주일 내에 제일심 관할법원에 항소를 제기하여야 한다. 형사소송의 상고(§344 StPO)나 민사소송의 항소(§519 ZPO)에서는 상소이유를 제시하여야 하지만 형사소송의 항소에서는 항소이유의 제시가 필수적인 것이 아니다(§317 StPO). 항소제기절차에 위법이 있을 때에는 항소법원이 이를 기각할 수 있다(§322 I StPO). 이에 대해서는 즉시항고를 통해 다룰 수 있다(§322 II StPO).

◇ Beschäftigungsförderungsgesetz 【취업촉진법】

취업촉진법은 ‘기간제근로’와 ‘단시간근로’의 활성화를 위하여 1985년 5월 1일부터 시행된 법률이다. 이 법은 원래 5년의 유효기간을 가진 한시법이였으나, 2차에 걸쳐 연장됨으로써 2000년 12월 28일 『단시간근로 및 기간제근로에 관한 법률(TzBfG)』이 제정될 때까지 그 효력이 유지되었다. 취업촉진법(BeschFG)은 기간제근로와 단시간근로의 활성화를 내용으로 하고 있는 데 반하여 고용촉진법(AFG)은 직업소개, 직업교육 및 실업보험과 같이 취업촉진에 관한 사항을 다루고 있다는 점에서 양자는 구별되어 진다.

- Arbeitsförderungsgesetz,
- Atypisches Arbeitsverhältnis

◇ Beschleunigtes Verfahren 【신속절차】

신속절차는 검사가 ①이를 청구하고, ②사건의 사실관계가 단순하거나 증거가 명백하여 즉각적인 심리에 적합하며, ③1년 미만의 자유형이 선고될 때 형사단독판사나 참심법원에 의해 허용된다(§§417, 419 I Nr.2 StPO). 법원은 사건이 신속절차에서 심리하기에 적당하다고 판단될 때에는 검사의 청구를 받아들여야 하며, 그렇지 않을 경우 기각할 수 있다. 법원의 기각결정에 대해서는 항고할 수 없다. 신속절차의 특성은 다음과 같다. 즉, ①구두로 공소를 제기할 수 있으며(§§417조, 418 III StPO), ②공판준비절차가 생략된다(§418 I StPO). ③소환기간이 24시간으로 단축되는데, 피고인이 스스로 출석하거나 인치되었을 때에는 소환절차가 불필요하다(§418 II StPO). ④6개월 이상의 자유형이 선고될 것으로 예상될 때에는 변호인이 선임된다(§418 IV StPO). ⑤증거조사절차가 완화된 예컨대 증인이나 감정인, 공범 등에 대한 신문은 신문조서로 대신할 수 있는데, 다만 이 경우 공판에 출석중인 피고인이나 변호인, 검사의 동

의가 있어야 한다(§420 StPO).

이러한 신속절차는 한국의 약식절차(형사소송법 제448조 이하)와 유사하지만 한국의 약식절차는 벌금형 이하의 형벌이 부과될 때 허용되며, 구두심리 없이 서면심리만으로 판결을 선고한다는 점에 양자의 차이가 있다. 신속절차는 다툼 없는 사건에 대한 신속한 결정을 통해 소송경제의 이익을 도모하고 피고인에게도 절차에 오래 얽매이지 않도록 하는 등의 장점이 있지만, 절차적 정형성을 훼손하고 피고인의 개인적 상황에 대한 조사와 그에 근거한 양형이 실제로 불가능하다는 문제점을 안고 있다. 그렇기 때문에 이러한 신속절차는 충분한 증거조사 가 필요하지 않고 사안이 도식적으로 결정될 수 있는 경우에 한해 바람직한 절차가 된다.

◇ **Beschränkte persönliche Dienstbarkeit 【제한적 인역권(制限的 人役權)】**

제한물권으로 역권(役權□□ Dienstbarkeit)의 일종이다. 그 내용으로 보면 지역권과 비슷하다. 통상적으로 지역권규정을 준용한다. 반면에 이러한 제한적 인역권은 각각의 토지소유자에게 속하는 것이 아니라, 특정 사람에게 귀속되는 것이다(BGB 제1090조). 따라서 제한적 인역권은 양도, 이전, 제한, 상속할 수 없다. 그러나 가스, 전기, 물, 기름 또는 원료를 공급하기 위한 설비(그 공급을 직접 보조하는 모든 부속설비를 포함), 통신설비, 하나 또는 수 개의 사기업 또는 공기업의 영업소 간의 생산물 운송을 위한 설비 또는 전차나 철도의 설비를 위하여 어떠한 토지를 이용할 수 있는 제한적 인역권이 법인 또는 법인격 있는 인적 회사에 속하는 경우에는, 그 인역권은 양도 가능하다(BGB 제1092조). 이러한 제한적 인역권의 특별한 형식으로서는 물권적 주거권(dingliche Wohnungsrecht)을 들 수 있다. 이는 BGB 제1093조에 규정되어 있는데, 건물 또는 건물의 일부에 대하여 소유자를 배제하여 주거로 이용하는 권리도 제한적 인역권으로 볼 수 있다.

◇ **Beschwerde 【항고】**

항고는 법원의 결정(Beschluß)이나 재판장의 명령(Verfügung)에 대해 불복하여 제기하는 상소이다. 법원의 판결에 대한 상소인 항소(□□ Berufung) 및 상고(□□ Revision)와

구별된다. 항고는 성질에 따라 보통항고·즉시항고(sofarige Beschwerde)로, 심급에 따라 최초항고·재항고(weitere Beschwerde)로 나눌 수 있다. 보통항고는 원칙적으로 허용되지만 특별한 규정이 있는 때에는 인정되지 않는다(§304 I StPO). 보통항고에는 항고제기기간이 없으며, 재판집행이 정지되는 효력이 없다(§307 I StPO). 반면에 즉시항고는 명문의 규정이 있을 때에만 제기할 수 있고 일주일 이내에 제기하여야 하며 (§311 II StPO), 항고제기로 재판집행이 정지되는 효력이 있다. 즉시항고 규정을 두고 있는 경우는 당사자의 중대한 이익에 관련된 사항이나 소송절차의 원활한 진행을 위하여 신속한 결론을 얻는 것이 필요한 사항 등이다. 예컨대 감정유치 결정에 대해 즉시항고를 허용하고 있는 것이 그러하다(§81 IV StPO). 재항고는 항고법원의 결정에 대한 상소, 즉 주법원(LG)이나 주고등법원(OLG)의 결정에 대한 상소로서 예외적인 경우에만 허용된다(예컨대 §310 StPO).

◇ Besitzkonstitut 【 점유개정(占有改定) 】

동산권리 변동을 위해 필요한 인도의 한 형태로서 처분자가 물건에 관해 직접점유(unmittelbarer Besitz) 또는 드물게는 간접점유(mittelbarer Besitz)를 통해 여전히 점유를 유지하면서 취득자는 처분자와 임대차, 사용대차 또는 임차계약 등과 같은 일정한 법률관계를 합의하여 간접점유를 취득함으로써 인도(Übergabe)의 요건을 대신하는 형태이다(§ 930 BGB). consitutum possessorium 이라고도 표현되는 점유개정은 처분자의 자주점유(Eigenbesitz)가 타주점유(Fremdbesitz)로 변환된다는 데 그 특색이 있다. 가령 자주점유자인 소유자가 점유개정을 통해 타주점유자(Fremdbesitzer)인 임차인으로 변경되는 경우가 이에 해당하며, 이 경우 민법 제929조 제 2 항에 의한 간이인도(brevi manu traditio; Übergabe kurzer Hand)의 경우와 정반대의 현상이 나타난다. 점유개정의 방법은 물권법상의 공시의 원칙(□□ Publizitätsgrundsatz), 즉 물권적 변동에 관한 외부의 인식가능성에 대한 중요한 예외를 이루고 있다. 왜냐하면 점유개정을 통한 동산소유권의 양도는 직접적인 점유자가 변경되지 않으며 따라서 외부의 제삼자에게 그 변동과정이 인식될 수 없기 때문이다. 한편 점유개정은 물건에 관한 처분자의 점유를 전제로 한다. 그러나 처분자가 동산물권변동에 관한 합의 당시 아직 점유를 취득하지 않고 이후에 취득할 것을 예정하고 있는 경우에도 인정되는데, 이를 예정된 점유개정(antizipiertes Besitzkonstitut)이라고 한다. 예정된 점유개정은 간접대리(mittelbare Stellvertretung)에서

간접대리인이 간접본인의 계산으로 취득할 물건에 대한 간접본인의 소유권 취득을 위하여, 또는 연장된 소유권유보(verlängerter Eigentumsvorbehalt □□ Eigentumsvorbehalt)의 매매관계에서 매수인이 유보된 소유권의 목적물을 처분함으로써 얻게 될 대상(代償 □□ Surrogate)에 관한 매도인의 권리 취득을 위해서도 활용된다. 그리고 더 나아가 예정된 점유개정은 동산 소유권을 목적으로 한 양도담보(□□ Sicherungsübereignung)의 경우에도 빈번히 활용되고 있으며, 이를 통해 계속적으로 증감 변동하는 담보목적물, 가령 창고재고에 관한 양도담보의 설정이 가능하게 된다. 점유개정의 방법은 우리나라 민법의 경우에도 제189조에서 명시적으로 인정하고 있다.

◇ **Besitzrecht** 【 점유할 수 있는 권리 】

□□ Recht zum Besitz

◇ **Besonderer Gleichheitssatz** 【 특별 평등원칙 】

□□ Allgemeiner Gleichheitssatz 【 일반적 평등원칙 】

◇ **besonderes Gewaltverhältnis** 【 특별권력관계, 특별신분관계 】

특별권력관계는 특수한 행정목적의 달성을 위하여 필요한 범위 내에서 특별한 공법적 원인에 의하여 성립하고 특정한 범위의 행정객체에게 행정주체가 포괄적 지배권을 행사하는 법률관계를 말한다.

특별권력관계론은 19세기 독일의 입헌군주제의 배경에서 성립되었다. 후발 근대국가로서의 독일이 강한 군대와 관료에 대한 군주의 일방적인 지배권을 확보하기 위한 것이었다. 특별권력관계론은 Otto Mayer나 Paul Laband 같은 학자에 의하여 이론적으로 구성되었으며, 이들은 국가와 국민의 법률관계를 일반권력관계와 특별권력관계로 구분하고, 일반권력관계에서는 법치주의원리에 따라 법률유보의 원칙이 적용되므로 국민의 자유와 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하고자 하는 경우에는 법률의 형식을 필요로 하고 사후적인 통제로 사법심사가 가능하지만, 특별권력관계에 있어

서는 이러한 원칙이 적용되지 않고 국가의 절대적인 지배권이 인정되어 법률의 형식 대신에 내부적인 관계를 규율하는 행정규칙으로 충분한 것으로 이론을 구성하였다.

이러한 특별권력관계론은 제 2 차 세계대전 후 독일의 기본법(GG)이 시행되면서 서서히 수정을 요구받게 되었다. 특히 1957년 Carl Hermann Ule 교수가 발표한 논문(Ule, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15(1957), S. 133ff.)에서 소위 기본관계에 대한 사법심사의 가능성이 인정되면서 체계화되었다. 이후 1972년 3월 14일 연방헌법재판소는 소위 재소자결정(Strafgefangenenfall, BVerfGE 33, 1)에서 재소자의 기본권을 제한하고자 하는 경우에도 법률에 의하거나 법률에 근거가 있어야 한다는 결정에 따라 전통적인 특별권력관계론은 이론적 기반을 상실하였다.

그러나 전통적으로 특별권력관계의 영역에 포함되었던 공무원관계, 군복무관계, 국·공립학교의 재학관계, 재소자의 수감관계, 영조물의 이용관계 등은 국가의 존립과 기반을 위해서 현재도 필요한 제도들이다. 따라서 법치주의 및 기본권의 적용배제 그리고 사법심사의 배제라는 전통적인 특별권력관계는 오늘날 더 이상 성립될 수 없으나, 이들 관계들이 일반적인 권력관계와는 달리 어느 정도의 고유성과 특수성을 가지고 있는 것도 부인할 수 없는 실정이다. 오늘날 이를 인정할 것인가 하는 문제에 대하여 학계에서는 전면적 부정설에서부터 상대적·제한적 긍정설 등 학설이 나뉘어 있다. 특히 일반권력관계와는 다른 특수성과 고유성을 이유로 이를 인정하는 경우에도 더 이상 특별권력관계라는 용어는 사용을 자제하고, 대신에 특별신분관계(Sonderstatusverhältnis) 또는 행정법상의 특별관계(verwaltungsrechtliches Sonderverhältnis) 등의 용어를 사용한다.

◇ Bestandskraft 【 (행정행위의) 존속력 】

연방행정절차법(VwVfG)은 제43조 이하를 규정하는 제 3 장 제 2 절(Teil III, Abschnitt 2)의 제목으로 행정행위의 존속력(Bestandskraft des Verwaltungsakte)이라는 용어를 사용하고 있으나, 제43조 이하 어느 조항에서도 이 용어를 사용하고 있지는 않다.

행정행위가 행해지면 이를 근거로 많은 법률관계가 형성되므로 법적 안정성과 관계인의 신뢰보호 차원에서 당해 행정행위의 자유로운 취소나 변경은 바람직하지 않다. 따라서 일단 발하여진 행정행위를 유지시키기 위하여 인정되는 것이 행정행위의 존속력이다. 행정행위의 존속력은 다시 형식적 존속력과 실질적 존속력으로 구분된다.

행정행위의 형식적 존속력(formelle Bestandskraft)은 불가쟁력(Unanfechtbarkeit)이라고 하며, 행정행위의 상대방이나 기타 이해관계인은 행정행위에 하자가 있는 경우라도 일정한 불복신청기간 내에 행정쟁송을 통하여 이를 다투지 않으면 더 이상 다툴 수 없게 되는 효력을 말한다. 이러한 형식적 존속력은 행정법관계의 조속한 안정과 능률적인 행정목적의 수행을 위하여 인정되는 것이다. 불가쟁력은 쟁송제기기간의 경과, 법적 구제수단의 포기, 쟁송수단을 다 거친 후 더 이상 다툴 수 없게 된 경우에 발생하고, 무효인 행정행위는 쟁송제기기간의 제한을 받지 않으므로 불가쟁력은 발생하지 않는다.

불가쟁력에 대한 예외로 연방행정절차법 제51조는 재심제도를 규정하고 있다. 같은 조 제 1 항은 다음과 같이 규정하고 있다. 행정청은 다음 각호의 1의 경우 당사자의 신청에 의하여 불가쟁적인 행정행위의 취소나 변경을 결정하여야 한다. 1.행정처분의 근거가 되는 사실 또는 법령의 규정이 당사자 등에 유리하게 변경된 경우 2.당사자 등에 유리한 결정을 초래할 만한 새로운 증거가 제출된 경우 3.민사소송법(ZPO) 제 580조에 상응하는 재심사유가 발생한 경우

실질적 존속력(materielle Bestandskraft)은 불가변력(Unabänderlichkeit)이라고 한다. 행정행위는 원시적인 하자가 있거나 후발적인 사유가 있는 경우 이를 취소 또는 변경하는 것이 행정의 법률적합성의 원칙에 합당하는 것이다. 그러나 행정행위는 비록 행정청에 의하여 일방적으로 발하여지지만 이는 행정행위의 상대방뿐만 아니라 행정청도 구속한다. 따라서 일정한 행정행위의 경우에는 처분청도 당해 행위에 구속되어 더 이상 직권으로 취소 또는 변경하지 못한다. 행정행위의 실질적 존속력은 행정행위의 취소 또는 변경을 허용하지 않음으로써 법적 안정성을 도모하기 위한 것이다.

◇ Betäubungsmittel 【 마약류 】

‘Betäubungsmittel’은 사전적 의미로는 ‘마취제’의 의미이지만 법률적 개념으로는 ‘마약류’로 번역하는 것이 타당할 것이다. 독일의 ‘마약류관리법(BtMG)’은 1929년 제정된 아편법(Opiumgesetz)을 1971년 12월에 전면개정하여 1972년 1월에 공포한 것으로, 한국에서도 2000년 1월에 이전의 마약법·향정신성의약품관리법 및 대마관리법

을 폐지하고 『마약류 관리에 관한 법』을 제정한 것을 고려하면 한국법의 용어에 상응하게 ‘마약류’로 번역하는 것이 타당하다. 독일의 마약류관리법(BtMG) 제 1 조는 마약류를 동법의 ‘첨부1, 2, 3에 제시되어 있는 약품 및 처방’으로 정의하고 있고, 첨부에 서는 각각 ‘유통이 금지되는 마약류’, ‘유통은 허용되지만 처방이 금지되는 마약류’, ‘유통과 처방이 허용되는 마약류’를 상세하게 규정하고 있다. 한국의 마약류관리법 제 2 조는 제 1 호에서 마약류를 ‘마약, 향정신성의약품 및 대마’를 말한다고 정의하고, 제 2 호 이하에서 각각의 정의에 대해 상세하게 규정하고 있다. 독일의 마약류관리법 제29조 이하에서는 허가 없이 마약류를 식재하거나 제조하거나 거래하거나 수입·수출하거나 양도하거나 전달하거나 기타 방법으로 유통하는 행위, 구입하거나 알선하는 행위, 점유하거나 불법으로 처방하는 행위 등에 대한 처벌규정을 두고 있다. 그리고 처벌규정에 대한 보충규범이 되는 규칙들로서 ‘마약류국제거래규칙(BtMAHV)’, ‘마약류국내거래규칙(BtMBinHV)’, ‘마약류처방규칙(BtMVV)’ 등을 두고 있다.

◇ Bestimmtheitsgrundsatz 【 특정성 원칙 】

Spezialitätsgrundsatz라고도 표현되는데, 모든 물권은 개별적인 물건에 대해서만 성립할 수 있다는 원칙이다. 즉, 물권변동을 목적으로 하는 법률행위는 일정한 개별화될 수 있는 물건에 대해서만 인정될 수 있다는 원칙이다. 물권에 관해 특정성원칙이 인정된다는 것은 채권행위의 경우 종류채무(Gattungsschuld)의 합의를 통해 일정한 종류나 품질의 물건에 관한 급부를 약정할 수 있는 것과 대비된다. 왜냐하면 장래 이행의 합의와는 달리 단지 관념 속에만 존재할 뿐 아직 구체적으로 존재하지 않는 물건에 대한 지배권이란 생각할 수 없기 때문이다. 특정성 원칙에 따라 가령 도서관, 창고 재고 등과 같은 물건의 집합에 대해 포괄적으로 지배하는 물권은 원칙적으로 존재할 수 없으며 단지 그 집합에 속하는 개별 물건에 대한 물권만이 성립할 수 있다. 개별적인 물건이 물권에 의해 지배될 때 이는 원칙적으로 그 물건의 변화하는 부분에 대해서도 미치게 된다. 왜냐하면 물건의 본질적 구성부분(wesentliche Bestandteile)은 별개의 물권적 권리의 대상으로 될 수 없기 때문이다(§ 93 BGB). 따라서 가령 한 주택 건물의 부분들에 관하여 여러 사람에게 소유권이 인정될 수 없게 되며, 이를 통해 물건의 본질적 구성부분들은 물권법적으로 운명을 같이 하게 된다. 이 역시 예를 들어 임대차계약에 따른 임차권이 그 부분들에 한하여 인정되는 것과 대비된다. 특정성 원

칙에 따라 주택의 건설과 같이 다른 물건의 본질적 구성부분에 속하는 물건에 관한 소유권유보는 무효로 된다. 물론 아파트건물과 같은 경우 구분소유권의 형태를 통해 특정성 원칙에 대한 예외가 인정되고 있다. 특정성 원칙이란 표현은 물권변동과 관련한 물건의 특정성 이외에 채권에 관한 담보권의 설정에서도 담보권설정을 위한 채권의 특정성을 의미하기 위해서도 사용되고 있다. 다만 이 경우에도 특정성 원칙은 일괄담보(□□ Globalsicherheiten)나 장래 채권에 관한 담보가 보여 주듯이 완화되어가고 있다.

◇ **Beteiligtenfähigkeit** 【 (소송의) 당사자능력 】

당사자능력이란 소송상 당사자가 될 수 있는 능력, 즉 원고, 피고, 참가인 등 소송법관계의 주체가 될 수 있는 능력을 말한다. 행정법원법(VWGO)상의 당사자능력은 민사소송법(ZPO) 제50조 제 1 항의 당사자능력에 상응하는 개념이지만 이에 국한되는 것은 아니다. 민사소송법 제50조 제 1 항은 “권리능력이 있는 자는 당사자능력이 있다(Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist)”라고 규정하고 있지만, 연방행정법원법 제61조는 다음과 같이 규정하고 있다. “(소송)절차에 참가할 능력이 있는 자는 1.자연인과 법인, 2.권리가 귀속될 수 있는 단체, 3.주범이 당사자능력이 있다고 정한 관청(Fähig, am Verfahren beteiligt zu sein, sind 1. natürliche und juristische Personen, 2. Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zu stehen kann, 3. Behörden, sofern das Landesrecht dies bestimmt.)”

제 1 호에서 규정하고 있는 법인은 공법인이나 사법인의 구별이 필요치 않으며, 제 2 호의 경우는 일반적으로 권리능력 없는 사단을 의미한다. 제 3 호의 경우 일반적으로 관청은 권리능력을 보유하지 못하기 때문에 당사자능력이 인정되지 않는다. 예컨대 취소소송의 당사자는 당해 행정행위를 발령한 행정청이 아니라 공법상의 법인인 것이 원칙이다. 따라서 이에 대한 예외를 인정한 것이며 같은 법 제78조 제 1 항 제 2 호의 경우도 동일하다.

◇ **Betrieb** 【 사업 】

사업이란 법주체가 설정한 특정한 목적(Zweck)의 추구를 위한 인적·물적·비물질적 수단의 결합을 말한다. 사업의 개념은 기업(□□ Unternehmen)과 어떻게 구별할 것인가와 관련하여 많은 논의가 있어 왔다. 일반적으로 사업을 “기업가가 혼자 또는 근로

자와 협력하여 물적·비물질적 수단을 이용하여 특정한 노동기술적 목적을 계속적으로 추구하는 조직적 통일체”라고 보는데 반하여, 기업은 “조직적으로 결합된 다수의 사업 도는 특정한 사업이 추구하는 경제적 목적에 의해 특정되는 조직적 통일체”라고 보고 있다. 양자의 근본적인 차이는 경제적 목적인가 노동기술적 목적인가에 있다. 즉, 이윤추구의 단위가 기업이고, 생산단위가 사업인 것이다.

◇ Betriebsaufspaltung 【 기업분할 】

법률적으로 독립적인 두 개의 회사, 즉 소유회사(Besitzunternehmen)와 경영회사(Betriebsunternehmen)로 분할되는 것을 기업분할(Betriebsaufspaltung)이라고 한다. 개인 회사나 인적회사와 같은 소유회사가 생산이나 판매를 담당하는 경영회사에 고정자산을 임대하는 방식을 취하는 경우가 기업분할의 일반적인 양태이다. 이 때 경영회사는 주로 경영유한회사(Betriebs-GmbH)라고 불린다. 이 같은 기업의 운영방식은 경영회사가 도산한 경우에도 임차한 고정자산이 파산재단에 속하지 아니하기 때문에 책임제한문제에 있어서 유리하다. 소유회사가 적어도 경영회사에 실제적인 운영의 토대를 임차해주고 양 회사는 동일한 인적조직을 통하여 움직여진다면 이 기업분할은 세제상으로도 유리하다.

기업분할과는 반대로 기업합병은 사업재편법 제 2 조에 근거하여 법인(Rechtsträger)이 청산하지 않고 해체하여(unter Auflösung ohne Abwicklung) 결합하는 것인데 방법론상 같은 조 제 1 호에 의하면 하나 또는 여러 개의 법인(übertragende Rechtsträger)이 자기자산을 이미 존재하는 다른 법인(übernehmender Rechtsträger)에게 양도하여 포괄적으로 인수(Aufnahme)하는 방법으로 이를 흡수합병이 있다. 또한 제 2 호에 따라 두 개 또는 여러 개의 법인(übertragender Rechtsträger)이 재산의 양도를 통하여 새로운 설립(Neugründung)의 방식으로 법인이 합쳐지는 방법으로 신설합병이 있는데, 이 두 가지의 방법의 합병을 기업합병(Verschmelzung)이라고 한다.

◇ Betriebsbedingte Kündigung 【 경영상 이유에 의한 해고 】

경영상 이유에 의한 해고이란 독일 해고제한법(KSchG)상의 해고의 한 유형이다. 독일 해고제한법은 해고를 ‘일신상 사유에 의한 해고(□□ personenbedingte Kündigung)’,

‘행태상 이유에 의한 해고(□□ verhaltensbedingte Kündigung)’ 및 ‘경영상 이유에 의한 해고(betriebsbedingte Kündigung)’로 구분하고 있다. 그리고 같은 법 제 1 조 제 1 항에 따라 사회적 정당성(soziale Rechtfertigung)을 갖추지 못한 해고는 무효이다. 경영상 이유에 의한 해고가 ‘사회적 정당성’을 갖추기 위해서는 먼저 “근로자를 계속하여 고용하기 힘든 긴박한 경영상의 필요(dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen)”가 있어야 한다 (§ 1 II S. 1 KSchG). 그리고 ‘긴박한 경영상의 필요’가 인정된다고 하여도 ‘대상자 선정의 공정성(Sozialauswahl)’이 확보되지 않은 해고는 효력이 없다고 하고 있다 (§ 1 III S. 1 KSchG). 즉, 사용자가 경영상 이유에 의한 해고로 대상자를 선정함에 있어 근로자의 사회적 측면(soziale Gesichtspunkte)을 충분히 고려하지 않은 해고는 무효이다. 그러나 지식, 자격, 능력이 출중하거나 기업의 균형 있는 인사구성을 위하여 필요한 경우에는 특정 근로자를 해고대상자에서 제외할 수 있도록 하고 있다 (§ 1 III S. 2 KSchG). 특히, 2003년에는 경영상 이유에 의한 해고무효확인소송이 합의금분쟁으로 변질된 현실을 반영하고 동시에 해고를 둘러싼 다툼을 노동법원으로까지 가지 않고 당사자 선에서 종결시킬 목적으로 해고합의금청구권(Abfindungsanspruch)에 관한 규정을 신설하였다. 해고합의금청구권은 경영상 이유에 의한 해고에 대하여 인정되며, 근로자가 3주의 제소기간 동안 소를 제기하지 아니한 경우에 인정된다 (§ 1a KSchG). 우리 근로기준법 제31조가 독일 해고제한법 제 1 조와 유사한 내용을 담고 있다는 점에서 ‘경영상 이유에 의한 해고’ 또는 ‘정리해고’라고 번역할 수 있지만, 법령상의 용어인 ‘경영상 이유에 의한 해고’로 번역하는 것이 바람직하다고 본다.

□□ Kündigung

◇ Betriebsführungsgesellschaft 【 경영관리회사 】

경영관리위임회사와 기업경영에 대한 위임계약을 체결하여 일정한 보수를 받고 기업의 경영을 대신하여 주는 회사를 일컬어 경영관리회사라 한다. 경영관리회사(Betriebsführungsgesellschaft)는 달리 Verwaltungsgesellschaft(관리회사)라고도 불린다. 경영관리위임회사가 기업의 경영을 자기의 명의로 계산으로 행할 것을 다른 회사인 경영관리회사에 위임하고 이에 대하여 보수를 지급할 것을 합의하는 계약인 경영관리계약

(Betriebsfuehrungs- vertrag)에 의하여 위임관계가 발생한다. 즉 이는 재산회사인 경영관리위임회사가 기업의 경영을 자기의 명의로 계산으로 행할 것을 다른 회사인 경영관리회사에 위임하고 이에 대하여 보수를 지급할 것을 내용으로 하는 위임계약에 의하여 성립하는 것이다. 이에 따라 상인자격은 위임인이 갖고 수임인인 경영관리회사는 경영권의 주체로서 이를 대리행사하는 것이다. 일반적으로 경영관리회사가 갖는 대리권한은 위임인이 수여한 대리권의 범위와 내용에 따라 정해지므로 궁극적으로 양 당사자 간의 계약의 내용에 의할 것이다. 경영관리계약은 경영위임계약(Betriebsüberlassungsvertrag)과는 달리 위임인이 영업이익의 제1차적인 지위를 갖고 위임인은 단지 경영권행사의 주체로서의 지위만을 갖는다. 여기에서 경영관리계약과 구별해야 할 것은 영업의 임대차이다. 영업의 임대차는营业을 임차한 임차인이 상인의 자격으로서 营业을 하는 것인 반면, 경영관리계약은 경영관리회사가 상인인 위임인의 이름으로 营业을 대신하여 주는 것이므로 그 주체와 법률귀속의 효과에서 차이가 난다.

◇ Betriebshaftpflichtversicherung 【 영업책임보험 】

보험계약법 제151조 제1항에 의하면 보험계약자가 행하는 營業으로부터 야기된 사고의 발생에 대하여 배상책임을 지는 것을 보험의 목적으로 하는 책임보험을 영업책임보험(Betriebshaftpflichtversicherung) 내지 사업책임보험이라고 한다. 영업책임보험에서는 개인책임보험에서 보험보호가 제외되어졌던 營業상의 위험을 보험의 대상으로 한 것이다. 여기에서 營業 내지 사업이란 보험계약자가 인적, 물적 설비를 갖추어 하는 경제활동 일반을 말하므로 반드시 이익을 창출해야 하는 것과는 직접적인 연관이 있는 것은 아니다. 더욱이 이 영업책임보험은 경영주인 보험계약자의 책임이 최우선으로 보험의 대상이 되는 것이다. 이에 덧붙여 이 조 제1항 제1문에 의하면 배상책임은 보험계약자뿐만 아니라 보험계약자의 대리인, 營業의 전부나 일부에 대한 감독이나 이행을 위하여 고용되어진 피용인의 배상책임에까지 확대된다. 이 같은 취지에 의하여 영업책임보험은 타인을 위한 보험(Versicherung für fremde Rechnung)이라고 제2문은 정하고 있다. 보험계약자가 경영주라는 지위에 의거 제삼자에게 배상청구를 받은 경우에 바로 關連사건은 손해를 직접 야기했던 자가 객관적으로 직무상 업무수행으로 발생한 것으로 다루어 질 것인가의 여부와 무관하게 營業으로 인한 책임으

로 되고 그에 따라 영업책임보험의 보험사고로 된다. 이 조 제 2 항에는 제 1 항의 경우에 회사가 제삼자에게 매각되었거나 용익권, 임대차계약 또는 이에 유사한 관계에 근거하여 제삼자에게 넘겨졌다면, 보험계약자를 대신하여 그 제삼자에게 권한이 부여되는 동안 보험관계에 의하여 생겨난 권리와 의무가 제삼자에게 생기는 것이라고 정하고 있다. 그러므로 제69조 제 2 항과 제 3 항에 의하여 보험계약자와 제삼자는 보험료납입과 관련하여 연대책임을 지게 되고 제삼자를 위한 보험관계를 제삼자가 알고 있었다면 보험관계에 근거하여 그 자에게도 보험계약자에게 대항할 수 있는 사유로 대항할 수 있는 것이다. 보험법상 보험자의 책임범위를 확대하려는 것은 기업경영의 안전을 도모하기 위한 것으로 영업책임보험이 가지는 법적, 경제적 특징인 것이다.

◇ Betriebspachtvertrag 【 영업임대차계약 】

Betriebspachtvertrag은 Pachtvertrag에 Betrieb 이라는 영업을 뜻하는 단어가 조합된 형태로서 영업임대차계약으로 정의된다. 특히 주목할 것은 Pachtvertrag의 의미인데 이는 임대차계약을 의미한다. 이와 유사한 개념인 Mietvertrag도 우리말에 의하면 임대차계약이라고 불린다. 해석상 우리말로 동음으로 번역되지만 이에는 다음과 같은 차이가 있다. Pachtvertrag은 일명 용익임대차계약이라고 하는 데 임대인이 약정된 용익차임을 대가로 임차인에게 임차목적물의 사용 및 용도에 적합한 이용을 통해 발생한 과실의 수취를 보장해야 할 의무를 부담하는 쌍무적 채권계약을 뜻한다. 반면에 Mietvertrag은 사용임대차계약으로 임대인은 임차인에게 임차물의 일시적 사용을 위해 이를 인도할 의무를 부담하고, 임차인은 약정한 사용차임을 임대인에게 지불할 의무를 부담하는 쌍무계약으로 이 사용임대차에 의해 계속적 채권관계가 성립한다. 영업임대차계약과 관련하여 Pachtvertrag의 구체적인 의미는 임대기업이 소정의 임대료를 받고 영업을 임차기업에 제공하고 차임기업은 임대기간 중 자기의 명의로 계산으로 임대기업의 영업을 이용할 권리를 가지는 것을 내용으로 하는 계약이다. 일반적으로 영업임대차계약이 존재하는 경우 임차기업은 영업에 중대한 변경을 가함이 없이 영업을 인수하고 임대차 당시의 영업의 상태, 조직, 고객관계 등이 그대로 영업의 기초로 된다. 또한 임대기업은 계약기간 중에는 경업피지의무를 부담하나 기간경과 후에는 영업을 반환받아 스스로 경영할 수 있다. 따라서 이러한 영업임대차계약이 체결되더라도 민법상 임대차관계에서와 마찬가지로 임차기업은 자기의 명의로 임대기업

의 영업을 이용할 권리를 취득하는 데 불과하기 때문에 임차기업과 임대기업 간에 기업결합관계가 생기는 것은 아니다. 간혹 임대기업이 자기의 영업만을 임대하고 그 대가로 일종의 임대료를 지급받는데 그친다면 이는 기업결합과 무관한 형태의 것이고 영업주체의 단순교체에 불과한 것이다. 그러나 영업임대차계약이 임대기업으로부터 임차기업에 대하여 지속적으로 기업경영과 관련한 주요사항의 결정에 영향을 미치고 영업상 집행과 관련하여 영향력행사의 근간을 이룬다면 이 같은 영업임대차계약은 일종의 기업결합의 연속성에서 이해해야 할 것이다. 이는 영업임대차계약의 형식을 빌어 임대기업의 영업을 임차기업에 편입시키는 형태의 것에서 등장하는 예이다. 결국 이 같은 경우의 영업임대차계약에 의하여 임대기업은 임차기업의 종속회사가 되는 것이 보통이고 임대기업과 임차기업간의 관계는 영업임대차계약을 통하여 기업결합의 목적을 달성하는 것으로 이 같은 임대차계약은 기업결합을 위한 하나의 방법론 내지 법적 기초로 작용한 것이다.

◇ Betriebsrat 【종업원평의회】

독일의 종업원평의회는 노동조합(□□ Gewerkschaft)와 함께 근로자의 이익을 대변하는 기구이다. 그러나 양자는 서로 다른 각자의 기능을 수행하고 있다. 독일의 경우 대부분의 노동조합이 산업별로 구성되어 해당 산업에 종사하는 근로자의 이익을 대변하고 있다면, 종업원평의회는 사업장 단위로 구성되어 사업장과 관련된 결정에 있어서 근로자들의 이익을 대변하는 역할을 담당하고 있다. 또한 노동조합이 임금, 근로시간과 같이 투쟁적으로 쟁취할 수밖에 없는 근로조건에 관한 사항을 다루고 있다면, 종업원평의회는 이미 확정된 근로시간을 어떻게 배치할 것인가(예: 작업시작시간 및 종료시간의 결정)와 같은 사용자와 근로자가 협력할 수 있는 사항을 다루고 있다. 나아가 노동조합정은 임의로 결성된 조직이지만, 종업원평의회는 법에 의하여 설치가 강제되는 기구이다. 즉, 종업원평의회는 독일 종업원평의회법(BetrVG)에 의하여 설치가 강제된 기구로 공동결정법(MitbestG)에 의한 공동결정과 함께 독일의 공동결정권을 행사하는 기구의 하나이다. 종업원평의회가 공동결정권을 행사할 수 있는 사안에는 종업원평의회법(BetrVG) 제87조에 열거된 사회적 사항(soziale Angelegenheiten), 같은 법 제92조에 열거된 인사에 관한 사항(Personelle Angelegenheiten) 및 같은 법 제106조에 열거된 경제적 사항(wirtschaftliche Angelegenheiten)이 있다. 이러한 독일의 종업원

평의회는 사업장 별로 구성되고, 협력적 근로관계에 관한 사항과 관련하여 근로자의 이익을 대표한다는 점에서 우리나라의 노사협의회와 유사하지만 우리나라의 노사협의회가 노사 동수로 구성되는 반면 독일의 종업원평의회는 근로자로만 구성된다는 점에서는 차이가 있다. Betriebsrat는 경영 또는 사업장이라는 뜻을 가진 Betrieb과 회의, 협의회 또는 평의회라는 의미를 가진 Rat가 결합하여 만들어진 복합어로 직역하여 경영협의회로 번역하기도 한다. 이처럼 종업원평의회를 경영협의회로 번역하게 되면 종업원평의회가 마치 경영에 관한 사항을 결정하는 기구로 오해될 위험성이 있다. 즉, 종업원평의회는 협력적 노사관계에 관한 사항에 대한 결정에 참여하여 하는 기구이기는 하지만, 사용자의 고유한 경영권을 행사하는 기구는 아니다. 이러한 점을 고려한다면 경영협의회보다는 종업원평의회로 번역하는 것이 바람직하다고 보여 진다.

◇ Betriebsüberlassungsvertrag 【 경영위임계약 】

Betriebsüberlassungsvertrag은 경영위임계약으로 이 중 Überlassungsvertrag은 위탁, 양도 내지 위임계약을 의미한다. 주식회사법 제292조 제1항 제3호에 의해 인정되는 경영위임계약은 상인이 타인에게 그 영업의 경영을 위탁하는 계약을 말하는 것으로써 그 영업의 경영은 위임인의 명의로 행하여지나 계산은 위임인에게 귀속하는 경우와 수임인에 귀속하는 경우로 나뉜다. 후자인 수임인에게 경영권 행사주체로서의 지위뿐만 아니라 경영이윤의 제1차적 귀속자로서의 지위를 함께 부여하는 형태를 흔히 협의의 경영위임계약이라 한다. 그리고 보편적으로 전자를 경영관리계약(Betriebsführungsvertrag)라 한다. 경영위임계약에 따라 수임인은 자기의 계산 하에서 그 경영을 할 것을 인수하고 위임인에 대하여 일정한 보수를 지급하거나 일정비용의 배당보증을 하게 되어 실제적으로는 영업임대차와 유사한 법률관계를 가지는 면도 있으나 영업을 위임인의 명의로 한다는 측면에서는 영업임대차와는 전혀 다른 법률상의 성질을 가지고 있다. 경영위임계약으로 위임인이 보수를 받기 때문에 그에 상응하는 의무로서 경쟁폐지의무(Konkurrenzverbot, Wettbewerbsverbot)를 가진다고 본다. 더욱이 상인자격은 여전히 위임인에게 있으므로 영업활동에 의한 권리의무는 위임인에게 귀속하는 것이고 오로지 광범위한 경영상의 대리권이 수임인에게 부여된 형태이므로 대외적인 측면에서의 책임문제가 중요한 법률문제가 되기도 하다.

◇ Betriebsvereinbarung 【 경영협정 】

경영협정이란 사용자와 종업원평의회(□□ Betriebsrat)가 체결한 사법상(私法上)의 계약을 말한다. 경영협정은 종업원평의회법(BetrVG) 제77조 제 4 항에 의하여 직접적·강제적 효력을 가진다. 종업원평의회는 전체 근로자를 대표하는 단체이기 때문에 경영협정은 노동조합의 가입여부와는 무관하게 전체 근로자에게 효력이 있다. 단체협약과 다른 경영협정에 대해서는 유리한 조건우선의 원칙(□□ Günstigkeitsprinzip)이 적용된다(§ 4 III TVG). 그러나 종업원평의회법 제77조 제 3 항 제 1 호는 임금과 같이 관례적으로 단체협약에 의하여 결정되는 사항에 대한 경영협정의 체결을 금지하고 있다. 즉, 이러한 사항에 대하여는 유리한 조건의 우선의 원칙이 적용되지 않고, 이러한 경영협정은 그 효력이 인정되지 않는다. 이는 경영협정을 통한 단체협약의 잠식을 방지하기 위한 규정이다. 따라서 경영협정상 임금보다 유리한 경우에도 근로자는 경영협정에 의한 임금을 요구할 수 있다. 그러나 단체협약에서 보충적 경영협정의 체결을 허용한 경우에는 그러하지 아니하다(§ 77 III BetrVG). 따라서 단체협약에서 보충적 경영협정의 체결을 허용한 경우에는 유리한 조건의 우선의 원칙이 다시 적용되게 된다.

◇ Betriebsverfassungsgesetz 【 종업원평의회법 】

종업원평의회법은 근로자의 경영참가를 규정한 법률 가운데 하나이다. 독일에서 근로자의 경영참가에 관한 법률로는 종업원평의회법 이외에도 대표자위원법(Sprecher-ausschußgesetz), 공동결정법(MitbestG) 및 광산업공동결정법(Montan-Mitbestimmungsgesetz) 등이 있다. 종업원평의회법은 1952년 제정되어 1972년, 1988년 및 2001년 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다. 독일의 종업원평의회는 노동조합(□□ Gewerkschaft)과 함께 근로자의 이익을 대변하는 기구이다. 그러나 양자는 서로 다른 각자의 기능을 수행하고 있다. 독일의 경우 대부분의 노동조합이 산업별로 구성되어 해당 산업에 종사하는 근로자의 이익을 대변하고 있다면, 종업원평의회는 사업장 단위로 구성되어 사업장과 관련된 결정에 있어서 근로자들의 이익을 대변하는 역할을 담당하고 있다.

종업원평의회법 제 1 조에 따라 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업장에는 종업원평의회를 설치할 수 있다. 사용자가 종업원평의회(□□ Betriebsrat)를 설치할 의무를 지는 것은 아니지만, 종업원평의회 설립을 방해한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 벌금에 처해지게 된다(§ 119 I BetrVG). 독일의 종업원평의회는 투쟁적 노사관계에 관한 사항(예: 임금, 근로시간)이 아니라 협력적 노사관계에 관한 사항(예: 작업시작시간과 작업종료시간)을 담당한다는 점에서 우리나라의 노사협의회와 유사하지만, 우리나라의 노사협의회가 노사 동수로 구성되는 데 반하여 독일의 종업원평의회는 근로자들로만 구성된다는 점에서 차이가 있다. 종업원평의회는 “사회적 사항(Soziale Angelegenheit)”, “인사에 관한 사항(Personelle Angelegenheit)”, “경영적 사항(Wirtschaftliche Angelegenheit)”의 결정에 참여를 하게 된다. 이들 사항은 다시 종업원평의회가 의결권(Mitbestimmungsrecht)을 가진 사항과 협의권을 가진 사항(Mitspracherecht) 및 정보권(Informationsrecht)만을 가진 사항으로 구별된다. 종업원평의회가 의결권을 가진 사항에 대해서는 사용자가 종업원평의회 동의 없이 이를 집행할 수 없다. 의견의 일치가 불가능한 경우에는 중재기구(□□ Einigungsstelle)에 이송하여 그 기구로 하여금 결정하고, 노사 당사자는 이 결정에 따라야 한다. 이에 반하여 종업원평의회가 협의권만을 가진 사항에 대해서는 종업원평의회가 사용자에게 대하여 일정한 의견을 제시할 수 있으나 사용자가 반드시 종업원평의회 의견에 따라야 하는 것은 아니다. 나아가 종업원평의회가 알권리만을 가진 사항에 대하여는 사용자가 그에 관한 정보를 제공하는 것으로 충분하다. 어떠한 사항이 의결사항이고, 어떠한 사항이 협의사항 또는 보고사항인지에 대하여는 사안별로 종업원평의회법이 규정하고 있다.

◇ Beurlaubung des Angeklagten 【 피고인 출석면제 】

형사소송법 제231c조는 다수의 공범에 대한 공판에서 일부 피고인이 공판의 일정 부분에 대한 출석면제를 신청할 경우 법원은 해당공판절차가 이들과 관련이 없을 때 결정으로 이를 허가할 수 있다고 규정하고 있다. 사건이 필요적 변호사건인 경우 해당 피고인들의 변호인도 신청에 의해 출석을 면제할 수 있다. 출석면제 결정을 할 때에는 면제대상이 되는 공판의 부분을 명시하여야 하며, 출석면제는 언제나라도 취소가 가능하다. 이러한 규정은 여러 공범이 연루된 사건에서 자기와 관련 없는 부분에 대한

공판에까지 공동피고인들의 출석의무를 계속 요구하는 것은 피고인들에게 불필요한 부담을 줄 수 있고 의미 없는 시간낭비가 될 수 있다는 인식에서 비롯된 것이다. 이러한 출석면제 제도가 없을 경우 불필요한 변론의 분리와 병합을 반복하는 편법이 사용될 수도 있다. 변론의 분리와는 달리 출석면제만 허용할 경우 해당피고인이 증인이 될 수 없다는 것도 이 제도에서 의미 있는 점이다.

출석면제는 청구에 의해서만 가능하다. 청구는 일반적으로 공판정에서 구두로 할 수 있으며, 사전에 서면으로 제출하는 것도 가능하다. 청구권자는 피고인과 변호인이다. 변호인이 다수일 경우 각자 독립적으로 청구할 수 있다. 필요적 변호사건에서 피고인과 변호인이 각각 별개로 출석면제를 신청할 수도 있다. 출석면제를 신청할 때에는 해당 공판부분을 명시하여야 한다. 청구된 부분에 대해서만 출석면제가 가능하기 때문이다. 판결 선고 공판에 대한 출석면제는 허용되지 않는다. 출석면제의 기간에는 특별한 제한이 없다. 법원은 출석면제 청구가 있을 경우 검사의 의견을 청취한 후 결정을 하여야 한다. 출석면제의 허가여부는 법원의 재량사항이며 법원의 결정에 대해서는 항고가 불가능하다. 다만 출석면제를 허가할 때에는 그 이유를 제시할 필요가 없지만 이를 기각할 때에는 그 이유를 제시하여야 한다.

◇ **Bewährung** 【 보호관찰 】

‘Bewährung’은 사전적 의미로는 ‘증명, 검증’의 의미이지만 형사법적으로는 경우에 따라 ‘보호관찰’ 또는 ‘집행유예’로 번역된다. 이는 집행유예(□□ Strafaussetzung zur Bewährung)의 원래 의미가 직역하면 ‘검증을 위한 형벌중지’인데 ‘Strafaussetzung’과 ‘Bewährung’의 두 단어가 함께 집행유예의 내용을 구성하는 데서 비롯된다. 또한 집행유예에는 보호관찰이 수반되는 데 이 두 단어에는 어디에도 ‘보호관찰’에 해당하는 내용이 없기 때문에 ‘Bewährung’을 경우에 따라 ‘집행유예’나 ‘보호관찰’로 번역하여야 하는 것이다. 예컨대 ‘Bewährungszeit’나 ‘Bewährungsauflage’는 직역하면 각각 ‘검증기간’, ‘검증조건’ 썸 되겠지만 법률의 의미에 따라 ‘집행유예기간’, ‘집행유예조건’으로 번역된다. 하지만 ‘Bewährungshilfe’나 ‘Bewährungshelfer’는 각각 ‘보호관찰보조’, ‘보호관찰관’으로 번역하여야 한다.

◇ Beweisaufnahme 【 증거조사 】

증거조사는 공판절차의 일부로서 법원의 직권으로 또는 당사자의 신청에 의해 제출된, 법률적으로 허용된(증거능력이 있는) 증거수단들을 통해 과거 또는 현재의 사실을 확인하는 절차이다. 형사소송법 제244조는 제 1 항에서 “피고인 신문 이후에 증거조사를 실시한다”고 규정하여 피고인신문과 증거조사를 구별하고 있다. 그러나 피고인의 진술도 넓게 보아 증거수단의 하나가 된다. 형사소송의 중심적 과제는 실제적 진실의 발견이며, 이를 위해서 법원은 재판관을 위해 의미 있는 모든 사실과 모든 증거능력 있는 증거들을 조사하여야 할 의무가 있다(§244 II StPO). 다만 증거조사가 허용되지 않는 증거들이 있는데, 이와 관련하여 법원은 당사자의 증거신청(Beweisantrag)에 대해 이를 허용하거나 기각하는 결정을 내려야 한다. 이러한 법원의 결정을 증거신청에 대한 결정(Entscheidung über Beweisanträge)이라 하는데, 한국 형사소송법에서는 ‘증거결정’이라는 생략된 형태의 용어를 사용한다. 법원의 증거결정은 결정의 형식으로 이루어져야 한다. 형사소송법 제244조 제 3 항과 제 4 항에서는 법원이 당사자의 증거신청을 기각할 수 있는 경우를 열거적으로 규정하고 있다. 여기에는 먼저 증거제출이 허용되지 않는 증거가 있다(§244 III S.1 StPO). 구체적으로는 증거신청절차를 위반하여 제출된 증거(예컨대 증거신청권자가 아닌 자에 의해 신청된 증거), 형사소송법에서 증거수단으로서 허용되지 않는 증거(예컨대 공범을 증인으로 신청하는 경우), 위법하게 수집된 증거 등을 들 수 있다. 다음으로 자명한 사실, 의미 없는 사실, 이미 증명된 사실과 관련된 증거 및 증거수단으로 부적합하거나 수집불가능한 증거, 그리고 오로지 소송지연만을 목적으로 하는 증거의 신청은 기각대상이 된다(§244 III S.2 StPO). 나아가 감정인신문의 신청에 대해 법원이 이미 필요한 전문지식을 확보하고 있거나, 이미 이전의 감정의견서를 통해 감정인신문을 통해 주장하려는 사실의 반대되는 사실이 증명된 경우 등에는 법원은 증거신청을 기각할 수 있다(§244 IV StPO). 이러한 사유 이외의 사유를 근거로 법원이 증거신청을 기각할 수 있는지에 대해서는 논란이 있다. 그러나 법원은 요증사실(要證事實 Beweistatsache)의 반대되는 사실이 이미 증명되었다거나, 증거제출이 어떠한 성과도 보장하지 못한다는 것을 이유로 증거신청을 기각할 수 없다는 것이 판례의 입장이다. 이를 ‘증거예단(證據豫斷)의 금지(Verbot der Beweisantizipation)’라고 한다. 즉, 법원은 신청된 증거수단이 주장하려는 사실을 증명할 수 없다고 미리 가정하거나, 요증사실이 증명불가능하다는 전

제를 가지고 출발해서는 안 된다는 것이다. 법원의 증거결정에 위법이 있을 때에는 절대적 상고이유가 된다(§338 Nr.8 StPO).

◇ Beweislast 【입증책임, 증명책임】

입증책임은 증명책임이라고도 하며, 소송상 일정한 사실의 존부가 확정되지 아니한 경우에 불리한 판단을 받게 되는 일방 당사자의 불이익 또는 위험을 의미한다. 법원은 각 당사자의 주장에 의하여 실체적 진실을 발견하기 위한 심증을 형성하므로 대부분의 사실관계는 당사자의 주장에 따라 그 존재여부나 진위여부가 가려지고 경우에 따라서는 법원이 직권으로 증거조사를 하거나 석명권의 행사를 통하여 사실관계가 가려진다. 그러나 이러한 일련의 절차를 통하여도 사실관계가 확정되지 않을 경우 이에 대한 입증을 누구에게 부담시킬 것인가 하는 문제가 발생한다. 이러한 진위불명의 경우 이를 주장한 자는 법적 불이익을 받게 되며 이를 입증책임이라고 한다.

민사소송에 있어서는 변론주의(Verhandlungsgrundsatz)가 적용되므로 민사소송법(ZPO) 제138조, 제282조, 제288조 등에 따라 판결에 결정적인 영향을 주는 사실관계의 주장이나 이에 대한 입증은 당사자에게 맡겨져 있다. 이에 비하여 행정소송은 연방행정법원법(VWGO) 제86조 제1항에 따라 직권탐지주의(Untersuchungsgrundsatz)가 적용된다. 따라서 판결에 결정적인 영향을 주는 사실관계에 대한 조사는 법원에 맡겨져 있다. 그러나 사실관계의 진위불명상태는 변론주의 하에서만 발생하는 것은 아니며 직권탐지주의의 경우에도 동일하다. 연방행정법원법에는 이 문제를 해결하기 위한 규정이 존재하지 않으므로 민사소송에 적용되는 일반원칙이 적용된다. 따라서 자신에게 유리한 것을 주장한 당사자는 그 사실에 대한 입증책임을 부담한다.

◇ Bewilligung 【허가, 승인】

Erlaubnis

◇ Bezugsindossament 【권한배서】

Bezugsindossament는 권한배서 또는 위임배서라고 하는데 배서인이 피배서인에게

어음상의 권리를 행사할 권한을 부여할 목적으로 하는 배서를 말한다. 흔히 추심위임배서라고 하고 이에 따라 Prokuraindossament, Vollmachtindossament 또는 Inkassionindossament라고도 한다. Prokura는 대리권 중에서도 전권대리권을 의미하여 Vollmacht와 동일한 뜻을 가진 것이며 Inkasso는 추심권으로 정의되어 각각 Prokuraindossament 또는 Vollmachtindossament는 대리배서로, Inkassionindossament는 추심배서라고 불린다. 전체적으로 이는 어음상의 권리를 행사하게 할 목적으로 권한이 부여된 배서로 추심위임배서라고 함이 가장 일반적이다. 추심위임배서의 피배서인은 어음상의 권리를 취득하지 않고 그 권리행사 대리권만을 취득하지만 그 대리권은 포괄적인 대리권이다. 그리하여 어음상의 권리를 행사하는 데 필요한 재판상 및 재판외의 모든 행위를 할 수 있다. 어음상의 권리는 피배서인에게 이전하지 않으므로 피배서인이 어음금을 청구하더라도 어음채무자는 그 추심위임배서인에 대한 인적항변으로 그 피배서인에게 대항할 수 있다. 그러나 피배서인에 대한 인적항변으로는 대항할 수 없다. 추심위임의 피배서인이 스스로 대리권을 행사하지 않고 다시 추심위임배서를 함으로써 다른 사람에게도 그 권리를 행사하게 할 수 있다. 추심대리권은 추심위임배서를 말소하거나 추심위임배서인이 그 어음을 환수하여야 소멸한다. 이 경우 추심위임배서인은 어음을 환수하여 직접 권리를 행사할 수 있다. 또 피배서인은 자격수여적 효력에 따라 자신에 이르기까지의 배서가 연속하면, 그 추심권한을 증명하지 않더라도 적법한 추심위임자로 추정된다. 따라서 채무자도 이러한 자에게 지급했을 때에는 사기 또는 중대한 과실이 없는 한 면책된다. 그러나 추심위임배서에는 선의취득의 규정은 적용되지 않는다.

◇ Bezugsrecht 【 신주인수권 】

Bezugsrecht는 선매권 또는 신주인수권이라고 불리는 것으로 주식회사법 제186조에 따라 주식회사가 자본증가를 목적으로 신주를 발행하는 경우에 주주는 종래에 가지고 있었던 주식의 수에 비례하여 새로운 주식을 우선적으로 배당받을 법적인 권한을 부여 받았는데 이를 신주인수권이라 한다. 이 신주인수권은 원칙적으로 일정한 요건에 부합하는 경우 주주에게 부여되는 법정권리이지, 정관이나 이사회에 결정에 따라 제한되는 권리는 아니다. 이 신주인수권을 실행함에 있어서 적어도 2주간의 기한을 정해야만 하고 이 조 제 2 항에 따라 이사회는 발행가액을 회사관보에 공시하여야 한다. 제

3 항에 신주인수권은 단지 주식자본증가에 대한 결의(Beschluß über die Erhöhung des Grundkapital)에서만 일부 또는 전부에 대하여 제외시킬 수 있음을 정하고 있다. 이 경우 자본증가를 위하여 법이나 정관에 정해진 필수적인 요건 외에도 위 결의는 적어도 의결시에 참여한 주식의 수의 4분의 3이 찬성을 해야 하는 특별결의사항이지만 이 결의와 관련하여 정관은 이보다 더 특수한 결의조건을 정할 수 있다. 신주인수권의 제외는 현금출자에 대한 자본의 증가가 주식자본의 100분의 10을 넘지 않고 발행가액이 거래소시세를 미달하지 않는다면 특별히 허용된다. 제 4 항에 의해 신주인수권에 대하여 전부 또는 일부를 제외하려는 결의는 반드시 명시적이며 규정에 맞게 공포되어야 한다. 그리고 이사회는 주주총회에 신주인수권의 전부 또는 부분적 제한에 대한 근거를 담고 있는 서면상의 보고를 하여야 한다. 이 때 제안이 되었던 발행가액을 반드시 명시해야 한다. 또한 제 5 항에서는 결의에 따라 신주가 금융기관으로부터 주주에게 그 신주를 우선적으로 제공해야만 하는 의무를 가지고 인수되었다면 이 경우는 신주인수권의 제외로서 간주되어지지 아니한다.

신주인수권의 실제행사방법으로 다음과 같은 절차와 방법에 의하여야 한다. 즉 신주인수권을 가지는 주주가 그 권리를 행사하려면 통지 또는 공고에 기재된 청약기일까지 회사에 대하여 주식인수의 청약을 하여야하고 만일 청약기일까지 그 청약을 하지 아니하면 주주는 신주인수권을 상실하게 된다. 일반적으로 청약은 주식청약서에 의하여 하는 것이지만 신주인수권증서가 발행되어 있는 때에는 신주인수권증서에 의하여 한다.

◇ Bindungswirkung 【 구속력 】

연방행정절차법(VwVfG) 제43조 제 3 항에 따라 무효인 행정행위를 제외하면, 제43조 제 2 항에 따라 행정행위는 행정청에 의하여 취소, 철회되거나, 법원의 판결에 의하여 취소되거나, 기한부 행정행위의 경우 기간이 도과하거나 또는 다른 방법으로 해소되지 않는 한 유효한 행정행위로서 효력을 갖는다.

행정행위의 효력에는 공정력, 구속력, 존속력, 집행력 등이 있다. 행정행위의 구속력이란 행정행위에 의하여 형성된 행정상의 법률관계는 당사자, 이해관계인뿐만 아니라 당해 행정행위를 발령한 행정청도 구속하는 힘을 말한다. 행정행위의 구속력이 특히 문제가 되는 것은 대규모시설의 허가에서 볼 수 있는 다단계행정절차에서 특히

중요한 의미가 있다. 다단계행정절차에 있어서는 사업의 부분적인 시설설치에 대한 부분허가(Teilgenehmigung)나 개개의 승인요건에 대하여 미리 결정하는 사전결정(Vorbescheid) 등이 행해진다. 이 경우 처분청은 일차결정에 반하는 이차결정을 할 수 없다. 예를 들면 처분청이 사전결정을 통하여 시설의 입지적합성에 대하여 이미 승인하였다면 그 후속조치인 시설운영에 대한 허가결정에서 입지적합성을 다시 문제 삼을 수는 없다.

◇ Briefhypothek 【증서저당권】

□□ Hypothek

◇ Bruchteilseigentum 【지분적 소유권】

공유(□□ Miteigentum)의 한 종류로서 하나의 물건이 여러 사람들에 의해 공동으로 소유되는 경우 각 자의 지분(Bruchteil)에 따라 소유하는 형태이다. 지분소유권에 의한 공동소유의 형태를 지분적 공동소유(Miteigentum nach Bruchteilen), 즉 공유(共有)라고 한다. 민법 물권편의 공동소유에서는 공유에 관한 규정만을 두고 있으며(§§ 1008 ff. BGB), 공유에 따른 법률관계는 물권편의 규정 이외에 지분에 의한 권리공동체(Gemeinschaft nach Bruchteilen; Bruchteilsgemeinschaft)에 관한 규정(§§ 741 ff. BGB)이 적용된다. 이들 규정에 따르면 각 공유자는 공동소유에 속하는 물건에 대해 일정한 지분을 갖고 있으며 다른 공유자의 공동사용을 침해하지 않는 한 그 물건을 사용할 수 있는 권리를 갖는다(§ 743 II BGB). 또한 물건의 관리는 공유자 전원에게 공동으로 귀속되며(§ 744 I BGB), 이를 위해 의결이 필요할 경우 다수결(Stimmenmehrheit)에 따른다(§ 745 I BGB). 다만 물건을 보존하는데 필요한 조치는 각 공유자가 단독으로 취할 수 있으며(§ 744 II BGB), 공유자는 공유물에 대한 자신의 지분을 자유로이 처분할 수 있다(§ 747 S. 1 BGB). 그렇지만 공유물 자체에 대한 처분은 공유자 전원이 공동으로 행해야만 한다(§ 747 S. 2 BGB). 그리고 각 공유자는 대외적 관계에서 자기 자신만을 위하여 소유권에 기한 청구권을 행사할 수 있으나(§ 1011 BGB), 공유자 전원에게 대하여 물건의 반환을 요구할 수 있을 뿐이다(§ 432 BGB). 우리나라의 민법도 공동소유에 관한 절에서 공유관계를 그 한 형태로 인정하면서 상세한 규정(제

262조 이하)을 두고 있다.

◇ **Buchersitzung** 【등기부취득시효】

□□ Ersitzung

◇ **Bundeskanzler** 【연방수상】

독일은 연방국가(Bundesstaat)이자 의원내각제 정부형태를 가지고 있는 나라이다. 기본법상 연방수상은 연방정부(Bundesregierung)의 사무를 지휘하는 실질적인 집행부의 최고 책임자로서 다음과 같은 두 가지 두드러진 헌법상 기능을 가지고 있다. 하나는 조각권으로서 연방수상은 연방장관(Bundesminister)을 선임하며, 연방대통령(Bundespräsident)을 구속하는 장관임면의 제청을 행한다.(기본법 제64조 제1항) 연방의회는 이점에 있어서 직접적 영향력을 갖지 않는다. 그리고 연방수상은 연방장관의 수 및 이들의 직무영역의 확정과 한계를 결정한다. 또 다른 하나는 실현가능하고 필요한 지도노선의 수행이라는 의미를 가진 정책의 지침을 결정하는 권한을 연방수상이 가지고 있다. 이를 연방수상의 정책지침원리(Kanzlerprinzip)라고 한다. 여기서 정책의 지침은 정부조직의 원칙적 문제도 포함할 수 있다. 그러나 정책의 지침은 개별적 지시의 형태를 취해서는 안 되며 또한 정책의 지침을 정할 권한에 의하여 개별 소관사무에 개입할 수는 없다. 연방장관은 소관사무의 지휘에 있어서 그리고 내각은 합의에 의한 결정에 있어서 정책의 지침에 구속된다. 후자에 관한 이런 연방수상의 기능적 특징을 독일식 의원내각제의 특징이라고 하면서 특별히 수상제민주주의(Kanzlerdemokratie)라고 말하기도 한다.(GG Art. 65. Der Bundeskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik und trägt dafür die Verantwortung. Innerhalb dieser Richtlinien leitet jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung. Über Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bundesministern entscheidet die Bundesregierung. Der Bundeskanzler leitet ihre Geschäfte nach einer von der Bundesregierung beschlossenen und vom Bundespräsidenten genehmigten Geschäftsordnung; 연방수상은 정책지침을 정하고 이에 대한 책임을 진다. 모든 연방장관은 이 지침 내에서 그 소관사무를 자주적으로 그리고 자기책임 하에서 처리한다. 연방장관들 사이의 의견차이에 관하여는 연방정

부가 결정한다. 연방수상은 연방정부가 의결하고 영방대통령의 재가를 얻은 직무규칙에 따라 사무를 처리한다.)

Bundespräsident, Bundesregierung, Bundesstaat

◇ **Bundesknappschaft 【연방광부공제조합】**

연방광부공제조합은 사회보험의 한 갈래인 광부건강보험과 광부연금보험의 운영주체를 말한다. 광부조합보험에는 광산업에 관련된 산업에 종사자를 가입대상으로 하고 있다. 광부건강보험법은 제국보험법(RVO)에 의하여 도입되게 되었으며, 광부연금보험은 광부연금을 비롯하여 장애연금, 유족연금, 재활사업 등 일반 근로자에게 적용되는 사회보험법과 유사한 기능을 하고 있다.

◇ **Bundesländer 【독일의 16개 주】**

연방국가인 독일에 있어서 지분국가(Gliedstaat)들에 해당하는 16개의 주(Land)들을 Bundesländer라고 한다. 16개 주는 Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein 그리고 Thüringen이다.

Bundesstaat 【연방국가】

◇ **Bundespräsident 【연방대통령】**

독일 기본법은 이전의 바이마르 헌법과 비교해 볼 때 행정권력의 중심을 연방대통령과 공화국의회의 이원적 구조에서 연방정부, 특히 연방수상에게로 이전시키고 있다. 그러므로 기본법 하에서 연방대통령은 독일연방공화국의 국가원수로서 국제법적으로 연방을 대표하지만 그의 임무는 능동적 형성으로서의 의미를 갖지는 않는다. 그러나 연방대통령은 국가적 통일성을 보여주고 유지해 줌으로써 통치의 기능을 특히 분명하게 구현하는 기관이다. 이런 국가적 통일성을 연방대통령은 대외적, 대내적으로 대표한다. 국가적 통일성을 보전하는 자로서 연방대통령에게는 중립적 권능체로

서의 역할이 부여되어 있다.(기본법 제55조 제 1 항 및 제 2 항)

연방대통령은 연방회의(Bundesversammlung)에서 5년의 임기로 선출되며, 1회에 한하여 연임이 가능하다.(기본법 제54조 제 1 항 및 제 2 항) 연방회의는 연방의회(Bundestag) 의원과 비례선거의 원칙에 따라 각 주의 국민대표가 선출한 연방의회의원수와 동수의 구성원으로 구성된다. 연방대통령은 국제법상 연방을 대표하며, 연방의 이름으로 외국과 조약을 체결하고 그리고 외교사절을 신임하고 접수한다.(기본법 제59조 제 1 항) 또한 연방대통령은 연방의회에서 선출된 연방수상을 임명하며(기본법 제63조 제 2 항), 법률에 다른 규정이 없는 한 연방법관, 연방공무원, 장교 및 하사관을 임명하고, 그리고 연방을 위하여 개별적인 경우에 사면권을 행사한다.(기본법 제60조 제 1 항 및 제 2 항) 연방대통령의 명령과 처분이 유효하려면 연방수상이나 소관 연방장관의 부서가 필요하다.(기본법 제58조) 연방대통령 유고시 또는 임기만료 전에 궐위된 경우에 그 권한은 연방참사원(Bundesrat) 의장이 행사한다.(기본법 제57조)(GG Art. 54 (1) Der Bundespräsident wird ohne Aussprache von der Bundesversammlung gewählt. Wählbar ist jeder Deutsche, der das Wahlrecht zum Bundestage besitzt und das vierzigste Lebensjahr vollendet hat; 연방대통령은 연방회의에서 토론 없이 선출된다. 연방의회 선거권을 갖는 만 40세 이상의 모든 독일인은 피선거권을 가진다. (2) Das Amt des Bundespräsidenten dauert fünf Jahre. Anschließende Wiederwahl ist nur einmal zulässig; 연방대통령의 임기는 5년이다. 연임은 1회에 한한다.)

Bundeskanzler, Bundesrat, Bundesregierung, Bundesstaat. Bundestag

◇ Bundesrat 【 연방참사원 】

독일 기본법상의 권력분립제도의 중요골격은 국가기능을 특정기관에 배정하고 기능을 조정하여 권력간의 균형을 유지시키려는 데에 있는데 이를 담보하는 중요한 제도적 장치 중의 하나가 바로 기본법이 담고 있는 연방국가적 질서이다. 그리고 독일 기본법상의 의회 조직은 양원제이다. 독일 의회는 국민의 직접 선거에 의해 선출되는 의원들로 구성되는 연방의회(Bundestag)와 독일 16개 각 주의 대표들로 구성되는 연방참사원(Bundesrat)으로 구성되어 있다. 이 중 연방참사원은 바로 지방의 주들이 연방에 대하여 영향을 행사하는 매개체로서 중요한 지방의 연방참여적 기관이자 권력분립적 실효성을 발휘하는 기관이다.

연방참사원을 통해 지방의 각 주들은 연방의 입법과 행정에 참여한다.(기본법 제50조) 그리고 연방참사원은 지방의 각 주정부가 임명하고 해임하는 주정부 구성원들로 구성되며, 이들은 그 정부의 다른 구성원들에 의해 대리될 수도 있다.(기본법 제51조 제1항) 지방의 각 주는 최소한 3표를, 200만명 이상의 인구를 가진 주는 4표를, 600만명 이상의 인구를 가진 주는 5표를, 그리고 700만명 이상의 인구를 가진 주는 6표를 가진다.(기본법 제51조 제2항) 또한 지방의 각 주는 표수와 동수의 구성원을 파견할 수 있으며, 주의 투표는 통일적으로만 행사되고 출석한 구성원이나 그 대리인에 의해서만 행사될 수 있다.(기본법 제51조 제3항)

그러나 독일의회가 미국식의 전통적인 의미의 양원제는 아니며, 역시 연방참사원이 미국식의 상원도 아니다. 왜냐하면 우리나라에 독일의 상원이라고 소개되고 있기도 한 연방참사원은 연방의회와는 위에서 살펴본 구성의 측면뿐만 아니라 성격도 전혀 다르기 때문이다. 위에서 본 바대로 각 주는 연방참사원에서 그들이 인구비례에 따라 내보낸 대표 수에 상응하는 투표권을 갖는데 각 주의 대표들은 그들의 투표권을 각자 임의로 행사할 수 있는 것이 아니라, 그들을 파견한 주정부의 지시에 따라 통일적(einheitlich)으로만 행사할 수 있기 때문에 소속 주정부와 철저한 명령적 위임관계에서 있다고 할 수 있다. 따라서 독일의 연방참사원은 선거된 국민의 대표자가 아니라 임명된 주정부의 대표자로 구성되며, 또한 연방참사원 구성원은 연방의회의원과는 달리 위임과 지시에 구속되므로, 결코 전통적인 양원제국가에서 볼 수 있는 이른바 ‘상원’의 위치에 서 있지 않다. 이 점은 독일의 연방참사원이 주와 이해관계가 있는 연방입법에 참여하는 입법기능 이외에 연방의 주에 대한 행정적인 권능행사에 폭넓게 관여할 수 있는 이른바 집행기능까지를 수행토록 되어 있다는 점에서 더욱 뚜렷하게 나타난다.(기본법 제50조 참조) 연방참사원을 ‘제2 정부(zweite Regierung)’라고 부르는 학자가 있는 것도 그 때문이다. 이렇게 볼 때 독일의 연방참사원을 ‘상원’, ‘제2원’, ‘참의원’ 등으로 부르는 것은 옳지 못하다. 그러나 독일의 연방참사원이 비록 전통적인 의미의 상원은 아니라 하더라도 독일의 정부형태에서 빼놓을 수 없는 특징적인 기구일 뿐 아니라 독일의 정치발전과 민주화에 결정적으로 기여한 헌법기관임을 잊어서는 아니 된다. 특히 독일의 헌정사가 보여 주듯이 연방의회 내지 연방내각의 정당별 세력분포와 각 주의회 내지 주정부의 정당별 세력분포가 반드시 일치하지 않는 상황 속에서는 연방참사원은 연방의회 내지 연방내각에 대해 명실공히 강력한

견제기구로서 기능할 수 있다는 점을 주목해야 한다.(GG Art. 50. Durch den Bundesrat wirken die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mit; 지방의 각 주는 연방참사원을 통하여 연방의 입법 및 행정에 참여하며 그리고 유럽연합의 사무에 참여한다.)

◇ **Bundesrecht 【 연방법 】**

연방국가인 독일에서 연방법은 연방에서 제정한 법을 의미하며, 연방법에는 연방헌법인 기본법(Grundgesetz), 연방법률 및 연방법규명령 등이 포함된다. 이런 연방법에 대비되는 개념이 지방의 주법(Landesrecht)인데, 이는 지방의 주에서 제정한 법으로 주헌법, 주법률 및 주법규명령 등이 여기에 속한다. 연방국가의 구조적 특성 상 연방법은 지방법에 우선한다.(기본법 제31조) 이는 연방국가질서의 불가결한 조건이다. 그러므로 이에 의하면 정당한 권한에 기초한 어떠한 단계의 연방법도 내용상 이와 합치하지 않는 지방의 주법에 우선한다.

GG Art. 31. Bundesrecht bricht Landesrecht.(연방법은 지방법에 우선한다.)

◇ **Bundesregierung 【 연방정부 】**

연방국가(Bundesstaat)인 독일의 연방정부는 연방수상(Bundeskanzler)과 연방장관(Bundesminister)들로 구성된 연방기관으로서, 연방의회(Bundestag)의 신임에 의존하고 있기는 하지만 연방정부에 부여된 기능에 따르면 다른 연방기관 특히 의회의 지시에 구속되지 않는 독립된 최고의 연방기관이다. 기본법은 연방정부 구성원의 수를 규정하고 있지는 않지만, 연방수상이 연방장관 중 1인을 그의 권한대행자로 임명하여야 한다는 것(기본법 제69조 제 1 항) 만을 규정하고 있다. 연방정부의 업무규칙에 관하여 기본법은 연방정부가 스스로 업무규칙을 제정하고 연방대통령(Bundespräsident)의 재가를 받아 시행하도록 하고 있다.(기본법 제65조 제 3 문)(GG Art. 62. Die Bundesregierung besteht aus dem Bundeskanzler und aus den Bundesministern; 연방정부는 연방수상과 연방장관으로 구성된다.)

□□ Bundeskanzler, □□ Bundespräsident, □□ Bundesstaat

◇ Bundesstaat 【연방국가】

독일 기본법 제20조 제 1 항은 독일연방공화국을 연방국가라고 표현하고 있다. 독일에서 연방국가라 함은 복수의 국가조직 및 법질서의 총체, 더 정확히 말하면 통상 주(Land)로 불려지는 지분국가(Gliedstaat)와 전체국가(Gesamtstaat)의 조직과 법질서의 총체를 의미한다. 연방국가의 구조를 이해하는 데 있어서 연방국가를 전체국가, 상위국가(Oberstaat) 및 지분국가라는 3원적 구조를 가진 질서로 이해하는 3원적 구조설과 연방국가를 진정한 국가들(지분국가와 전체국가)로 구성되는 하나의 국가라고 이해하는 지배적 견해라 할 수 있는 2원적 구조설의 대립이 있다.

결국 기본법상의 연방국가는 하나의 국가만을 인정한다고 할 수 있다. 그러나 연방국가는 입법·집행·사법이, 지역적으로 세분되고 자기책임 하에 작용하며 그 작용에 있어서 상호 조정되어 있는 복수의 조직에 분배되어 있다는 점에서 단일국가(Einheitsstaat)와는 구별된다고 하겠다.(GG Art. 20 (1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat; 독일연방공화국은 민주적, 사회적 연방국가이다.)

◇ Bundestag 【연방의회】

독일 기본법상 연방의회는 보통·평등·직접·자유·비밀선거의 방법으로 선출되는 4년 임기의 연방의회의원들로 구성되는 국민대표기관으로서, 법률을 의결하고 연방수상을 선출하며 헌법상 규율되어 있는 그 밖의 권능을 수행하고 또한 자신의 사무를 스스로 규율하고 다른 어떤 국가기관의 감독도 받지 않고 어떠한 지시에도 구속되지 않는 독립된 최고의 국가기관이다.

독일에는 연방 입법기관으로서 연방의회와 연방참사원(Bundesrat)이 있는데, 연방의회는 입법의 중심기관이라 할 수 있다. 연방의회의 권한에 대해서 보면 그것은 연방참사원보다 강하며, 특히 법률은 그 의결에 의해서만 성립한다. 기타 권한으로 주된 것으로 선거쟁송심판권(기본법 제41조 제 1 항), 대통령탄핵심판제청권(기본법 제61조 제 1 항) 및 연방수상에 대한 건설적 불신임투표권(기본법 제67조) 등이 있다.

연방의회는 다양한 정치적 지향세력들을 대표하고 정형화함으로써 자신의 정치적 기능성을 발휘하고 또한 정부와 행정에 영향력을 미치고 통제함으로써 국내외 정책의 형성에 국민의 의사를 반영하는 역할도 가져야 한다. 그리고 연방의회가 정당을 매개로 하여 만들어내고 보장해야 할 여론형성이나 정치적 의사의 예비형성을 통하여 정치생활의 제도화된 형태와 제도화되어 있지 않은 형태를 결합시키는 것도 역시 연방의회의 중요한 기능중의 하나이다. 또한 연방의회는 구민에게 생활의 기본문제를 의식하게 하고, 해결책 내지 대안을 개발하며, 이렇게 함으로써 정치적 참여, 동의 및 비판을 일깨우고 통합하는 작용을 하는 과제도 가지고 있다. 이런 연방의회의 기능과 과제들은 위의 구체적인 다른 권능들에 못지않게 중요하다.

결국 독일 헌법상의 연방의회는 독일연방공화국의 정치생활 제도상의 중심점으로서 그리고 공동체의 기본문제에 관한 결정이 맡겨지고 그 안에서 비판이나 대안이 주장되어야 하는, 자유·평등·보통의 선거에 의하여 직접적으로 정당화되는 연방의 국민대표기관이지 최고의 국가기관이라고 할 것이다.(GG Art. 38 (1) Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen; 독일 연방의회의 의원은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀투표에 의하여 선출된다. 이들은 국민전체의 대표자이며, 명령과 지시에 기속되지 않으며 그리고 자신의 양심에만 따른다.)

Bundesrat, Konstruktives Mißtrauensvotum

◇ Bundestreue 【 연방신뢰 】

연방신뢰란 연방국가에서 연방과 지방의 주 사이는 물론 지방의 주 상호간에 상호의 권능과 주체성을 서로가 존중하고 보호해야 한다는 정신을 말한다. 이는 제도적으로뿐만 아니라 실제적으로도 지켜져야 한다. 따라서 연방국가에서 연방과 지방의 각 주들은 자신의 권능을 주장하고 관철하는 데 있어서 언제나 상대방의 입장을 존중하고 고려할 줄 아는 상호신의적인 자세가 필요하다. 특히 독일에서 연방신뢰는 연방국가질서의 내용에 속하는 불문헌법의 원칙으로서 특별히 연방우호적 태도의 요청으로 기능하는데, 이 요청에 의하면 헌법은 연방과 주에 대하여 국법상의 의무를 외관상 정확하게 이행할 것을 요구할 뿐만 아니라 연방우호적인 선린관계를 부단하게 추구

하고 확립할 것도 요구한다. 이런 연방신뢰를 연방충성이라 부르기도 한다.

◇ **Bund-Länder-Streit 【연방국가적 쟁송】**

독일에서 연방국가적 쟁송이란 연방국가적 구조에서 오는 연방과 지방의 주, 또는 지방의 주 상호간의 관할권에 관한 다툼을 조정하고 해결하기 위한 헌법재판을 말한다. 연방국가적 쟁송은 그 성격과 기능이 기관쟁송(Organstreit)과 비슷한 점이 많기 때문에 기관쟁송에 관한 절차규정이 준용되는 경우가 많다. 독일의 연방국가적 쟁송은 다시 두 가지 유형으로 나눌 수 있는데, 하나는 연방법을 주정부가 집행하는 과정 또는 주정부에 대한 연방정부의 행정감독의 과정에서 발생하는 연방과 주의 분쟁(기본법 제93조 제 1 항 제 3 호)이고, 다른 하나는 연방과 주간, 여러 주들 사이 또는 한 주 내부에서 발생하는 다른 쟁송수단이 존재하지 않는 기타의 공법상의 분쟁이다. 어느 경우를 막론하고 연방정부와 주정부만이 소송당사자가 된다. 연방국가적 구조를 가지는 미국·독일·오스트리아·스위스 등의 나라에서는 매우 중요한 의미를 가지는 제도이지만, 중앙집권적 단일국가인 우리나라에서는 문제가 되지 않는다.(GG Art. 93 (1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: 3. bei Meinungs- verschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder, insbesondere bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und bei der Ausübung der Bundesaufsicht; 4. in anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bunde und den Ländern, zwischen verschiedenen Ländern oder innerhalb eines Landes, soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist; 연방헌법재판소는 다음 사항을 결정한다: 3.연방과 각 주의 권리와 의무에 관한, 특히 각 주에 의한 연방법의 집행과 연방감독의 행사에 있어서의 의견차이; 4.다른 쟁송수단이 없는 경우, 연방과 각 주 사이, 각 주 상호간 또는 한 주 내부에서의 기타 공법상 쟁의)

Organstreit 【기관쟁송】

◇ **Bürgermeisterverfassung 【지방자치단체 내부의 기관조직】**

Gemeindeverfassung

◇ Bürgschaft auf erstes Anfordern 【즉시 이행의 보증】

보증채무의 한 형태로서 보증인은 채권자의 이행청구에 따라 즉시 지체 없이 이행할 것, 즉 주채무자의 항변사유를 원용함이 없이 채권자의 이행청구에 응할 것을 내용으로 하는 보증채무이다. 직역한다면 ‘첫 번째 요청에 일단 응할 것을 내용으로 하는 보증’이라고 하겠으나 그 내용에 비추어 ‘즉시 이행의 보증’이라고 의역하였다. 즉시 이행의 보증은 연대보증(Selbstschuldbürgschaft)의 강화된 형태로서 보증인이 주채무자의 항변사유를 채권자와의 관계에서 원용할 것을 포기함으로써 성립한다. 따라서 채권자는 주채무가 도대체 존재하는가에 대해 입증할 필요 없이 보증인에 대해 보증채무의 이행을 청구할 수 있다. 이 같은 즉시 이행의 보증은 보증채무의 주채무에 대한 부종성(□□ Akzessorietät)을 통한 보증인의 보호를 실질적으로 완화시키면서 채권자의 담보이익을 강화하여 보호하는 기능을 하고 있다. 물론 즉시 이행의 보증에서도 채권자의 실제적 권한이 명백히 결여되어 있는 경우에는 보증인에 대한 채권자의 이행청구는 권리남용으로서 인정되지 않을 수도 있다. 보증인이 즉시 이행의 보증에 따라 채권자에게 그 의무를 이행한 때에는 비로소 주채무자의 항변사유를 원용할 수 있고 경우에 따라서는 보증채무의 급부를 반환할 것을 청구할 수도 있다. 즉시 이행의 보증은 초기의 판례에 따르면 금융기관에 대해서만 적용해 왔으나 현재에는 계약자유의 원칙에 비추어 인적 적용범위의 측면에서 일반적으로 인정되고 있다. 다만 즉시 이행의 보증에 따른 보증인의 보증위험의 증대에 따라 약관을 사용한 합의는 허용되지 않는다. 우리나라의 경우에도 양 당사자의 합의에 의한 즉시 이행의 보증을 인정할 수도 있겠으나 거래 실무에서 관행화 되어 있지는 않다.

[C]

◇ **cessio legis** 【법률규정에 의한 채권양도】

□□ Zession

◇ **Chartervertrag** 【용선계약】

Chartervertrag, 즉 용선계약은 선박운송계약의 특별한 양태로 선박의 전부나 적절한 일부분이나 또는 특정하게 지정된 부분을 임대하여 여객이나 물건을 운송하는 것을 인수하는 계약을 말하고 이를 선복운송계약(Raumfrachtvertrag)이라고도 한다. 이 계약은 특정의 시간을 위해 또는 특정의 여행을 위해 계약을 체결할 수 있다. 과거 범선을 이용하던 시대에 체결했던 용선계약은 일정한 장소를 오가는 큰 기선을 이용하는 다수의 하구와 여객이 체결한 개품운송계약이나 개별운송계약에 의하여 그 의미가 많이 상실되었지만 아직까지 상법상의 명문규정으로 그 존재가치가 있다. 용선에 대한 서면상의 계약을 상법 제557조에 따르면 **Chartepartie**라고 한다. 이 증권은 유가증권은 아니고 증거증권으로서의 성질을 가진다. 용선계약은 항공기와 관련해서도 체결될 수 있는데 보통은 한 개의 항공기 전체와 몇몇 또는 특정수의 항공여행구간에 대하여 용선계약이 체결될 가능성이 있다. 용선계약의 방식에 따라 임대차계약으로 또는 단체여행을 위한 여객운송계약으로 다루어질 수도 있다. 물론 근본적으로 이는 차이가 있기는 한데 선박의 임대차라 함은 선박의 소유자가 선박 자체를 대여하는 것이며 임차인은 스스로 선장을 선임하여 선박을 운행시키고 스스로 해상기업자로서의 권한을 가지는 것인 반면, 용선계약의 경우 해상기업자는 선박을 빌려준 선박소유자인 것이다. 이 이외에도 일반 용선계약과 정기용선계약의 경우도 구별이 되는 데 정기용선계약은 정기간 선박 전부를 선장과 함께 대여하는 계약이며, 선장의 임면권이 선주에게 있는 것은 일반 용선계약에 유사하나 선장에 대한 지위권이 정기용선자에 있는 점과 정기용선자가 해상기업자로 된다는 점은 선박의 임대차와 유사한 취지의 것이다.

◇ **culpa in contrahendo** 【계약교섭상의 과실책임】

계약의 교섭단계에서 발생하는 의무에 대한 유책한 위반이라고 할 수 있으며, 약어로 **c. i. c.**라고 표시한다. 지금은 제311조 제 2 항에서 규정되어 있지만(§ 311 Abs. 2 i.

V. m. § 280 Abs 1 BGB), 독일에서 2002년 채권현대화까지 법률로 규율하지 않았던 이 개념은 주로 판례를 통하여 발달되었다. 이것을 주장한 학자는 유명한 법학자인 예링(Rudolf Jhering)이다. 이는 계약 외의 (신뢰에 의한) 손해배상에 관한 문제를 주대상으로 하는 판례이론이었다. 이러한 손해배상청구권은 전형적인 채권관계의 구조로부터 신뢰를 불러일으킬 계약교섭의 특수한 과정 중에 발생하게 되는데, 여기서 ‘신뢰를 불러일으키는 계약교섭’은 계약 또는 특별한 법률규정에서 발생하는 것이 아니라, 계약의 성립여부에 상관없이 계약논의가 시작되는 것에 의하여 발생할 수 있다. 이러한 ‘계약교섭상의 과실책임’에 관한 법이론적 근거는 계약체결의 이전단계에서 이미 상대방에게 법익에 대하여 영향을 미칠 가능성이 농후하다는 것이다. 그래서 보호와 유통성보장에 대한 의무가 존재하기 때문에, 그러한 것에 대한 침해는 배상 의무를 발생하게 한다는 것에서 출발하게 된다. 예를 들면, 어떤 사람이 슈퍼마켓에서 돌아다니다가 청소원이 규정에 따른 그의 의무를 이행하지 않았거나, 판매담당이 물건을 불필요하게 높이 놓아 둔 결과로 인하여 다친 경우에, 여기서 슈퍼마켓 측의 계약에 의한 책임이 발생할 수 있는 것이다. 이 경우에 불법행위책임으로 구성하려는데 책임 있는 종업원을 구체적으로 찾을 수 없거나, 그 종업원이 손해를 배상할 만한 자격이 없고, 슈퍼마켓 주인에게는 그 종업원의 하자 있는 행위책임을 면제할 계약상의 규정은 통상적으로 없다. 이러한 경우에는 계약교섭상의 과실은 항상 그 책임이 다른 책임제도에 비하여, 특히 불법행위법에 대하여, 더 넓은 보호를 제공한다는 점에서 특별한 의미가 있다. 그 실익은 무엇보다도 (책임자의 책임조각가능성의 분야가 아닌) 책임귀속 및 상대방이 책임을 증명해야 하는 책임의 추정(입증책임의 전환 ; § 280 Abs. 1, S. 2 BGB) 분야 있다고 할 수 있다.

[D]

◇ Datenabgleich 【 정보조회 】

경찰은 수사에서 검사의 보조자로서 활동한다. 경우에 따라 경찰은 범죄행위를 직접 인지했을 경우 독자적으로 수사를 개시할 수 있지만, 피의자에 대한 직접적 개입 권한은 검사에게 위임되어 있다. 특히 피의자의 기본권을 침해하는 수사활동은 경찰이 독자적으로 행할 수 없다. 그러나 경찰의 수사상 권한의 한계가 어디까지인지를 결정하는 것은 쉽지 않다. 이와 관련하여 특히 문제되는 것은 현대적인 수사방법들이다. 독일에서는 1992년 조직범죄투쟁법(OrgKG)이 제정되면서 이러한 수사방법들이 법률에 의해 규정되었다. 그 중 문제되는 것이 검색수사(□□ Rasterfahndung)와 정보조회 등의 기술적 수사방법들이다. 정보조회는 형사소송법 제98c조에 규정되어 있다. 이 규정에 의해 수사과정에서 형사절차와 관련한 개인정보를 다른 정보들, 즉 형사소추나 형집행과정에서 수집된 정보와 비교할 수 있다. 이러한 정보조회는 이미 수집된 정보만을 이용하기 때문에 검색수사와는 달리 법원의 영장이라든가 대상범죄의 제한, 보충성의 원칙 등 특별한 전제조건에 얽매이지 않는다. 정보조회가 가능한 경우로는 범죄혐의를 밝히기 위한 경우와 특정인(예컨대 피고인, 증인, 참고인 등)의 소재 파악을 위한 경우가 있다(§98c StPO).

◇ Datowechsel 【 발행일자후정기출급어음 】

Datowechsel은 발행일자후정기출급어음 또는 지불일명시어음이라 하여 발행일자로부터 어음에 기재한 확정기간을 경과한 날을 만기로 하는 어음을 말한다. 기간이 발행일자로부터가 아니고 후의 일정한 시점으로부터 경과한 때로부터 한다면, 이 기간은 발행인으로부터 정해지고 어음에 날짜로 기입되어진다. 이 같은 어음을 Nachdatowechsel이라 하는데 이는 확정일출급(Tagwechsel)으로 된다. 그러므로 발행일자후정기출급어음은 실질적으로 확정일출급어음과 다를 바 없다고 할 수 있고 단지 기간을 구분하는 차이가 있을 뿐 실제로 어느 일정한 날이 만기가 되는 것에는 같다. 기간이 일로써 정해진 경우에는 초일을 산입하지 아니하므로 발행일의 익일을 기산일로 한다. 발행지와 지급지의 세력이 다른 경우에는 어음의 문언 기타의 기재에 의하여 다른 의사가

있지 않으면 발행일자를 지급지의 세력의 대응일로써 환산하고 그에 의하여 만기를 정한다.

◇ Dauerarrest 【 장기구류 】

Jugendarrest

◇ Dauerfrachtvertrag 【 계속운송계약 】

Dauerfrachtvertrag은 지속 또는 기간이라는 뜻의 Dauer와 운송계약인 Frachtvertrag이 합쳐진 것으로 계속운송계약이라는 의미의 해상운송계약이다. 계속운송계약은 해상 운송인이 송하인에 대하여 일정한 기간에 일정한 운임율로 일정한 종류의 적하에 대한 불특정다수량을 수시로 또는 부분적으로 계속하여 운송할 것을 약정하고, 매 번의 적하의 수량, 선적의 때와 장소, 양륙항의 결정 등을 보통 송하인에게 유보하는 것을 내용으로 하는 운송계약을 말한다. 이러한 양태의 운송계약은 빈번히 해상운송을 이용하며 주로 대규모의 무역거래를 하는 자에 의하여 비교적 저율의 운임체계 하에서 계속적이며 안정적으로 운송을 하려는 취지로 이용된다. 계속운송계약에 대하여 가장 일반적인 경우가 개품운송계약(Stückgüterfrachtvertrag)으로 이는 운송인이 선박소유자 등이 개개의 물건을 운송할 것을 인수하고 상대방이 이에 대하여 운임을 지급할 것을 약정하는 해상운송계약이다.

◇ Deckungsverhältnis 【 보상관계 】

【민법】 ‘덮다 또는 씌우다’라는 본래의 뜻에서 유래한 의미인 ‘손실 등을 보상하다’라는 decken에서 파생된 표현이다. 보상관계는 특히 3인 사이의 관계에서 그 중 1인이 타인에게 재화나 노무 등의 급부를 이행하는 경우(이행관계; Vollzugsverhältnis) 그 출연에 대한 보상의 지급관계를 의미한다. 보상관계는 공법관계나 사법관계 모두에서 문제되겠으나, 후자의 경우에는 제삼자를 위한 계약(Vertrag zugunsten Dritter), 어음이나 수표 등과 같은 지시관계(Anweisung)에서 자주 사용되고 있다(어음·수표법 분

야에서의 해설에 관하여는 아래 해당부분 참조). 가령 채무자인 낙약자(Versprechender)가 채권자인 요약자(Versprechensempfänger)와의 관계에서 그 계약상의 급부를 제삼자인 수익자(Drittbegünstigter)에게 이행할 것을 약정하는 제삼자를 위한 계약(§ 328 BGB)의 경우, 낙약자가 계약내용에 따라 수익자에 대해 급부를 이행하는 것에 대한 보상을 요약자가 낙약자에 대해 이행해야 할 관계가 바로 보상관계에 해당한다. 보상관계 자체는 2인 사이의 관계이겠으나 3인 사이의 전체적 관계와의 관련성을 갖고 있기 때문에 보상관계에서 발생하는 사유가 다른 관계에 대해 어떤 영향을 주는가 하는 것이 자주 문제된다. 예를 들어 낙약자가 요약자의 채무불이행 등을 이유로 요약자와의 보상관계로부터 항변사유를 갖게 된 경우 이를 수익자와의 관계에서 주장할 수 있는가의 문제이다. 이 경우 그 항변사유는 제삼자와의 관계에서 관철될 수 있는데(§ 334 BGB), 왜냐하면 제삼자를 위한 계약에서 제삼자의 권리는 낙약자와 요약자의 관계로부터 이끌어 지기 때문이다. 이런 연유에서 제삼자를 위한 계약의 경우 보상관계는 우리나라의 판례나 일부 문헌에 따르면 기본관계라고 표현되기도 한다.

【보험법】 Deckungsverhältnis는 보험계약법에서는 보상관계로, 어음수표법에서는 자금관계로 정리되는데 이는 쌍무계약상 반대급부와 의 견련관계를 의미하는 것으로 일종의 원인이 되는 법률관계를 말한다. 흔히 자금관계라 함은 환어음과 수표의 지급인이 환어음의 인수 또는 환어음과 수표의 지급을 하는 원인이 되는 법률관계를 말한다. 이는 환어음과 수표의 지급인과 발행인 사이에 존재하는 실질관계를 말한다. 자금관계는 발행인이 미리 그 자금을 지급인에게 공급하여 두는 경우가 보통이지만 이와는 달리 지급인이 지급한 뒤에 발행인에 대하여 보상을 구하는 경우의 보상관계도 있다. 이를 특별히 보상관계(Revalorierungsverhältnis)라 한다. 약속어음에 있어서는 발행인 자신이 지급인에 해당하므로 자금관계가 존재하지 않는다.

보험에서는 책임보험의 경우 보험자와 보험계약자 내지 피보험자와의 보험관계를 일반적으로 보상관계라고 한다. 책임보험은 다른 경우와는 달리 삼면관계 즉 보험자와 피보험자와의 관계인 보험관계(Versicherungsverhältnis), 피보험자인 가해자와 피해자인 제삼자와의 책임관계(Haftungsverhältnis) 및 보험자와 제삼자와의 관계인 간접관계(mittelbares Verhältnis)를 이룬다. 여기에서 보험계약 외적인 존재인 제삼자인 피해자에게 보험금 지급을 하게 하는 피해자의 직접청구권의 행사는 보험자와 피보험자간의 보험관계인 보상관계에 의하여 이루어지는 것이다.

◇ Demokratieprinzip 【 민주주의 원리 】

민주주의(Demokratie)의 개념만큼 여러 가지로 해석되고 있는 헌법적 개념은 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 그리고 민주주의원리가 헌법적 질서를 우선적으로 특징 지워 줌에도 불구하고 민주주의가 무엇인가에 대해서는 다양한 견해가 존재하고 대립하고 있다. 우리나라의 헌법이나 독일 헌법도 모두 민주주의를 완비되고 완전한 모델로 규정하고 있는 것도 아니다. 민주적 질서의 기능을 위해 불가결한 규정을 만들어 내고 이 질서의 기초와 기본구조를 헌법상 확보하고자 함으로써 개별적 골격만을 규정하고 있다. 우리 헌법과 독일 헌법은 모두 이와 같은 기본 테두리 내에서 민주주의의 내용에 관한 문제를 자유로운 정치적 투쟁에 맡기고 있다. 따라서 이들 헌법들은 민주주의에 관한 상이한 관념들을 실현시킬 여지를 부여하고 있는 것이다.

헌법규정에 국한하여 볼 때 민주주의원리는 국가권력이 창설되고 국가권력이 작용하게 되는 정치과정의 질서에 관한 지도원리라고 할 수 있다. “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 규정하고 있는 우리 헌법 제 1 조 제 2 항은 국민주권의 원리를 의미하고 동시에 민주주의원리의 기본적인 내용을 담고 있다. 이는 독일 기본법 제20조 제 2 항 제 1 문도 마찬가지다. 일응 헌법상 민주주의 원리는 국가권력의 창설뿐만 아니라 국가 내에서 행사되는 모든 국가권력 작용의 전 과정에 있어서 국민의 정치적 합의에 정당성의 근거를 두고 있어야 한다고 하는 헌법상의 기본원리라고 할 수 있다.(GG Art. 20 (1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat; 독일연방공화국은 민주적, 사회적 연방국가이다. (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus; 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다.)

◇ Demokratische Legitimation 【 민주적 정당성 】

우리 헌법 제 1 조 제 2 항 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”는 국민주권의 원리는 국가권력의 정당성이 국민에게 있고, 모든 통치 권력의 행사를 최후적으로 국민의 의사에 귀착시킬 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 이를 국가권력의 민주적 정당성이라고 한다. 이는 국민이 직접 주권을 행사하는 예외

적인 경우 외에는 통치권의 담당자가 궁극적으로 국민의 의사에 의해 정당화 될 것을 요구하는 것이다. 주권자인 국민이 선거권을 행사해서 국가기관을 선출하고, 국민투표 등을 통해서 국가의 의사결정에 직접 참가하는 것 등은 모두가 주권자로서 국가기관을 창조하고 국가정책의 결정에 민주적 정당성을 부여해 주기 위한 국민주권원리의 표현이지 그 자체가 국가기관으로서의 행위를 뜻하는 것은 아니다. 국민은 그 전체로서 하나의 기관을 구성해서 하나의 통일된 행동을 할 수 있는 속성을 지니고 있지 못하다. 국민은 다양한 개성과 능력과 이해관계를 가지는 무수한 인간의 집단을 상징적으로 표현하기 위한 하나의 관념적 크기에 지나지 않기 때문이다. 민주적 정당성을 국민적 정당성이라고 부르기도 하는 것은 바로 이런 이유에서다.

◇ Deutscher Beamtenbund 【독일공무원연합】

독일공무원연합은 공무원들로 구성된 단체이다. 일반적으로 노동조합은 Gewerkschaft라는 명칭을 사용하는 데 반하여 독일공무원연합은 Bund라는 명칭을 사용하고 있다. 이는 독일 노동법상의 근로자로 인정되기 위해서는 사법상(私法上)의 계약에 근거하여야 하기 때문에 독일법상 공무원은 근로자가 아니고, 근로자가 아닌 공무원들의 모임에 대하여 근로자들의 단체에 사용하는 노동조합이라는 용어를 의도적으로 사용하지 않은 것으로 보여 진다. 하지만 연방공무원법(Bundesbeamtengesetz) 제91조 제 1항 제 1 문은 “공무원은 결사의 자유에 의거하여(aufgrund der Vereinigungsfreiheit) 노동조합 또는 직능단체를 결성할 권리를 갖는다”고 하여 단결권(□□ Koalitionsfreiheit)이 아닌 결사의 자유에 근거한 단체에 대하여 노동조합(□□ Gewerkschaft)라는 용어의 사용을 허용하는 것처럼 규정하고 있다. 그러나 독일공무원연합은 노동조합이 아니라는 점에서 단체교섭권과 단체행동권이 인정되지 않는다. 그러나 독일공무원연합은 단체교섭권에 대신하여 자신들의 근로조건에 관련된 입법과정에 참여하여 의견을 개진할 수 있는 권리를 보장받고 있다. 한편 독일공무원연합은 운영에 있어서는 노동조합과 유사하게 전임자제도를 운영하고 있다. 주의할 것은 연방, 주, 지방정부 및 공법상의 단체, 영조물, 재단에 종사하는 자에는 공무원이외에도 공공부문근로자(Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes)가 있다는 점이다. 이들은 연방, 주, 지방정부 및 공법상의 단체, 영조물, 재단에 종사하는 자하고 있지만, 노동법적으로 일반근로자와 동일한 노동기본권을 누리게 된다. 따라서 이들은 독일공무원연합(DBB)이 아니라, 일반 근로자

들과 같이 공공·운수노동조합(ÖTV) 또는 사무직근로자노동조합(DAG)에 가입하게 된다.

◇ Dienstbarkeit 【역권(役權)】

제한물권 중의 한 유형으로서, 지역권(Grunddienstbarkeit), 제한적 인역권(□□ beschränkte persönliche Dienstbarkeit), 용익권(□□ Nießbrauch)을 총칭하는 개념이다. 이는 토지소유자로 하여금 자신의 토지에 대한 이용을 제한 하는 것이다. 심지어 그의 이웃을 위하여 그의 토지 상에 통행권으로서 토지등기부에 등기되는 경우에는, 이것은 역권자의 권리청구로 지역권이 된다. 지역권은 요역지(herrschende Dienstbarkeit)의 소유자가 개별적 관계에서 승역지(dienende Dienstbarkeit)를 이용하거나, 승역지에서 일정한 행위를 하는 것을 금지하거나, 또는 일정한 상리권의 행사를 배제하는 형식으로 토지(승역지)에 부담을 가하는 것이다. 제한적 인역권(□□ beschränkte persönliche Dienstbarkeit)은 내용상으로는 지역권과 비슷하지만, 차이점은, 권리자가 요역지의 소유권자 일반이 아니라, 어떤 특정한 한 사람이라는 것이다.

◇ Dienstvertrag 【고용계약】

독일의 고용계약은 광의로 사용될 때도 있고 협의로 사용될 때도 있다. 광의의 고용계약(Dienstvertrag im weiteren Sinne)에는 협의의 고용계약(Dienstvertrag im engeren Sinne)과 근로계약(□□ Arbeitsvertrag)에 포함되게 된다. 독일의 경우 위임계약(□□ Auftrag)은 반드시 무상이어야 하기 때문에 우리나라의 유상의 위임계약에 해당하는 계약이 독일에서는 협의의 고용계약으로 분류되게 된다. 따라서 독일에서의 협의의 고용계약은 인적 종속성을 전제로 하지 않는다. 또한 고용계약은 일의 완성을 요건으로 하지 않는다는 점에서 도급계약(Werkvertrag)과 구별된다. 우리나라에서는 독일의 협의의 고용계약을 위임계약으로 분류하고, 고용계약과 근로계약을 동일한 것으로 보는 것이 통설과 판례의 입장이다. 따라서 고용계약(Dienstvertrag)은 독일 민법의 특수성을 반영하여 고용계약으로 번역하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 독일법상 광의의 고용계약은 근로계약을 포함하지만, 협의의 고용계약은 근로계약과 명백히 구별되기 때문이다.

◇ Differenzierungsklauseln 【 격차조항 】

격차조항은 사용자로 하여금 일정한 단체협약상의 급부에 대하여 조합원과 비조합원 사이에 일정한 격차를 유지할 의무를 지게 하는 단체협약상의 조항을 말한다. 이는 노동조합에 가입하지 않은 근로자 또는 특정조직 이외의 근로자에게는 단체협약상의 이익의 전부 또는 일부를 사용자로 하여금 부여하지 못하도록 하는 단체협약배제조항(Tarifausschlußklauseln)의 특수한 형태이다. 이와 같은 조항들은 근로자들이 협약상의 혜택을 받으려면 노동조합에 가입하지 않을 수 없도록 하자는 데 그 취지가 있으므로 단결강제의 문제가 발생한다. 격차조항의 합헌성과 관련하여 특정 노동조합의 조합원이 아닌 근로자에 대해서는 일정한 격차를 유지할 의무를 부과하는 제한적 격차조항에 대해서는 적극적 단결권을 위반하였기 때문에 무효라는 견해가 지배적이다. 그러나 특정 노동조합이 아니라 어떠한 노동조합에도 가입하지 않은 자에 대해서만 일정한 격차를 유지할 의무를 부과하는 일반적 격차조항에 대해서는 의견이 대립하고 있다. 소극적 단결권(□□ negative Koalitionsfreiheit)을 인정하는 입장에서는 일반적 격차조항의 효력을 부정하는 데 반하여, 소극적 단결권을 부정하는 입장에서는 일반적 격차조항의 효력을 인정하고 있다.

◇ Dinglicher Arrest 【 형사 압류 】

형사 압류는 형사소송법상의 대물적 강제처분의 하나로서, 피고인의 국가에 대한 지불의무이행을 확보하기 위한 제도이다. 글자 그대로의 의미는 ‘물권적 압류’ 또는 ‘물적(物的) 압류’이지만 민사절차상의 압류와 구별되는 형사절차상의 제도이므로 ‘형사 압류’로 번역한다. 형사소송법 제111d조는 “몰수와 추징, 벌금형 또는 장차 발생할 수 있는 소송비용과 관련하여 형사상 압류를 명할 수 있다”고 규정하고 있다. 벌금형이나 장차 발생할 수 있는 소송비용을 위한 형사 압류는 피고인에 대해 형이 선고되었을 때 명할 수 있다. 또한 몰수나 추징을 위한 형사 압류는 이미 수사절차에서부터 부과될 수 있다. 이때에는 피고인의 범죄혐의가 현저한 경우이어야 한다. 형집행비용을 확보하기 위한 압류나 소액을 확보하기 위한 압류는 허용되지 않는다

(§111d I StPO). 소액을 확보하기 위한 압류가 허용되지 않는 것은 피고인의 이익을 위해서라기보다는 압류를 집행하기 위한 비용이 압류를 통해 확보하려는 액수와 적정한 비례관계에 있지 않기 때문이다.

벌금형 또는 소송비용과 관련한 압류명령이 있을 때 피고인이 자신의 변호나 자신과 가족의 생활을 위해 필요한 비용을 조달하기 위한 담보물이 필요한 경우에는 피고인의 청구에 따라 압류의 집행을 취소할 수 있다(§111d III StPO). 압류를 위해서는 민사소송법 제917조 이하의 규정이 준용되는데, 그에 의하면 압류는 장래의 집행이 회피되거나 본질적으로 곤란해질 염려를 전제로 한다(§917 I ZPO). 압류는 공소제기 전에는 검사의 청구에 의해, 공소제기 후에는 법원의 직권에 의해 가능하다. 법원은 결정으로 압류여부를 정한다. 압류명령은 법관의 관할사항이지만, 긴급한 경우 검사가 명할 수 있다(§111e I StPO). 검사가 압류를 명하였을 때에는 일주일 이내에 법관의 승인을 청구하여야 한다(§111e II StPO). 압류명령은 피해자가 확인된 경우 그에 즉시 통지되어야 한다(§111e III StPO).

◇ Diskriminierungsverbot 【 차별금지 】

모든 사람은 법 앞에 균등하게 대우받으며 성, 혈통, 민족성, 언어, 출신지역, 신앙, 종교적 또는 정치적 견해를 이유로 차별 받거나 우대되어서는 안 되며 장애를 이유로 차별되어서도 안 된다(GG Art. 3)는 것을 의미한다. 차별금지의 법원칙은 각종 행정법규나 근로관계를 규율하는 여러 노동관계 법률의 규정들(예를 들어 BetrVG § 75, TzBfG § 4)에서 구체화되고 있음은 주지의 사실이다. 그런데 최근에는 이들 법 영역을 넘어 일반 민법의 적용영역에서도 차별금지의 법원칙이 개별 규정에 따라 직접적으로 또는 기본법 규정의 간접적 효력에 따라 보다 강화되어 고려되는 경향을 나타내고 있다. 이는 무엇보다 유럽연합 지침 Richtlinie 2000/43/EG와 Richtlinie 2000/78/EG에서 비롯된 것으로서, 이 지침들에 의하면 종교나 세계관, 장애, 연령 또는 성적 취향을 이유로 취업이나 직업에서 차별을 금지하고 있으며(Richtlinie 2000/43/EG), 더 나아가 인종이나 인종적 출신을 이유로 하여 일반에게 제공되는 재화나 노무에 대한 접근이나 공급에 있어서 차별되어서는 안 되며 이런 차별이 금지된 재화에는 주거공간도 포함하고 있다(Richtlinie 2000/78/EG). 이 같은 사법 영역에서의 차별금지는 이미 성을 이유로 한 남녀 근로자의 차별과 관련해서는 민법 제611 a조가 명문으로 규정해

두고 있다. 금지된 차별에 따른 사법적 법률효과로는 개별적 판단에 따라 인격권의 침해를 이유로 하여 차별적 행위를 하지 말 것을 내용으로 하는 부작위청구(□□ Unterlassungsanspruch)나 손해배상 청구(§§ 823 I, 826 BGB)가 인정되고 있으며 더 나아가 경우에 따라서는 계약의무(Abschlußpflicht)의 부과가 고려되기도 한다.

◇ Dispositionsmaxime 【 처분권주의 】

처분권주의란 소송의 개시나 종료 또는 소송의 대상이나 범위 등에 대하여 당사자(특히 원고)에게 주도권을 인정하여 그의 임의의 처분에 따르도록 하고 있는 것을 말한다. Dispositionsmaxime 라는 용어 대신에 Verfügungsgrundsatz라고 표현하기도 한다.

이에 비하여 소송의 개시나 종료 또는 소송의 대상이나 범위 등에 대한 결정이 당사자의 임의의 처분이 아닌 국가기관에 맡겨져 있는 경우는 직권주의(Offizialmaxime)라고 한다. 직권주의가 적용되는 것으로는 형사소송법(StPO)과 비송사건절차법(FGG)을 들 수 있다.

민사소송법(ZPO), 연방행정법원법(VWGO), 연방노동법원법(ArbGG), 연방사회법원법(SGG), 연방제정법원법(FGO) 등에서는 모두 처분권주의를 취하고 있다.

행정소송과 관련하여 처분권주의는 연방행정법원법(VWGO)의 여러 규정에서 찾아볼 수 있다. 같은 법 제42조 제 1 항, 제43조, 제47조, 제48조, 제50조 제 1 항, 제80조 제 5 항, 제123조 등에서도 같이 법원은 당사자의 신청 또는 소의 제기에 의하여 소송을 시작할 수 있으며, 제88조의 규정에 따라 법원의 심리는 청구의 범위를 넘지 못하고, 제91조에 의한 소의 변경, 제92조에 의한 소의 취하 등의 규정은 소의 제기 또는 신청 후에도 소송절차의 계속여부가 당사자의 처분에 맡겨져 있음을 전제로 하는 규정들이다.

◇ Dispositivität 【 특약가능성 】

특약가능성이란 당사자 사이의 합의에 의하여 법규정 또는 단체협약과 다른 계약의 체결 가능성을 말한다. 따라서 계약자유 원칙에 따라 당사자간의 별도의 약정이 허용되는 것을 말한다.

□□ Abdingbarkeit

◇ Dissens 【 불합의 】

계약의 성립을 위한 양 당사자의 의사표시 사이에 불일치가 발생한 경우를 뜻한다. 불합의의 존재 여부는 양 당사자의 진의(wirklicher Wille)나 표시의 객관적 의미가 합치하는지에 관한 의사표시의 해석을 통하여 판단된다. 불합의는 특히 당사자의 의사표시가 객관적으로 여러 의미를 갖고 있는 경우, 예를 들어 매도인이 단지 ‘달러’라고만 매매가격을 표시하였는데 거래상황 등에 비추어 그 달러가 미국달러인지 아니면 캐나다달러인지 여부를 확정할 수 없는 경우에 문제된다. 불합의는 당사자가 이를 인식하고 있는지 여부에 따라 공연한 불합의(offener Dissens)와 숨은 불합의(versteckter Dissens)로 나뉘어진다. 불합의의 효과와 관련하여 먼저 전자의 공연한 불합의의 경우 그 불합의의 내용이 계약의 본질적 구성부분(□□ essentialia negotii; wesentliche Vertragsbestandteile)을 이루고 있는 한 계약을 성립시킬 수 없게 된다. 그러나 예를 들어 이행의 장소나 시기, 배달 여부와 같은 계약의 부수적 또는 비본질적 부분(□□ accidentalia negotii)에 관한 불합의의 경우에는 당사자의 의사에 따라 판단된다. 즉 부수적 부분에 관한 합의가 없더라도 계약의 체결을 의욕하고 있었는가 아니면 계약의 체결이 부수적 부분에 관한 합의에 의존되어 있었는가에 관한 해석을 통해 계약성립 여부가 판단된다. 이 경우 부수적 부분에 관한 합의가 없더라도 계약의 성립을 의욕하였다고 해석되는 경우 실제로 합의가 행해지지 않은 부분은 보충적 계약해석(□□ ergänzende Vertragsauslegung)이나 임의적 법률규정(dispositives Gesetzesrecht)의 적용을 통하여 그 흠결을 보충하게 된다. 반면 당사자는 상호 의사표시의 합치가 있었다고 생각하였으나 실제로는 그렇지 않은 경우가 있을 수 있다. 가령 A가 B에게 “50대의 TV 조속 구매 원함”이라고 서신을 보내자 B가 “동의함”이라고 답신하였는데, 이때 A와 B 모두 TV를 판매한다고 생각한 경우를 들 수 있다. 이와 같이 당사자가 불합의의 사실을 인식하지 못한 경우가 숨은 불합의에 해당하는데, 그에 따른 계약의 성립 여부에 관한 판단은 기본적으로 공연한 불합의의 경우와 동일하다. 즉, 계약의 본질적 구성부분에 관한 숨은 불합의의 경우에는 계약의 성립을 이끌지 못하게 되며, 비본질적 구성부분의 경우에는 의사표시의 해석에 따라 판단한다. 우리나라의 민법 해석론에서도 최근에는 위와 동일한 내용으로 불합의의 문제를 논의하고 있다.

◇ Distanzwechsel 【 원거리어음, 이지어음 】

지급지와 발행지가 동일지로 되어 있지 아니한 어음을 어음법 제1조 제5호 및 제7호에 따라 이지어음 또는 원거리어음(Distanzwechsel)이라고 하고, 반면에 지급지가 곧 발행지인 어음을 동지어음(Platzwechsel)이라고 한다. 더불어 구별해야 할 것은 지급지와 지급인의 주소지가 동일한 어음을 동지지급어음이라 하고, 지급지와 지급인의 주소지가 동일하지 아니한 경우의 어음을 타지지급어음(Domizilwechsel)이라고 한다. 타지지급어음인 경우에는 발행인이 지급지내의 지급담당자를 기재하는 것이 보통이고 발행인이 지급담당자를 기재하지 않은 경우에는 지급인이 인수를 할 때에 이를 기재할 수 있다. 위의 구별은 지급지를 기준으로 한 어음의 분류 중의 하나이다.

◇ Dividendenanspruch 【 이익배당청구권 】

Dividende은 이익배당의 의미로 이익배당이라 함은 회사의 이익을 주주에게 배분하는 것을 말한다. 주로 이익배당은 현금으로 배당하는 것으로 이익배당을 하려면 이익배당에 사용할 수 있는 재원인 배당가능이익이 있어야 하므로 현실적으로 회사가 이익이 있어야 배당이 가능하다. 이익배당은 주식회사법 제58조 제4항에 따라 순수이익으로부터 단지 주주에게만 분배되도록 허용된다. 정관에 이익배당의 방법에 대하여 다른 것을 정하고 있지 않다면 이 법 제60조에 따라 주식의 액면가에 따라 할당한다. 이 Dividende에 합성된 Anspruch는 청구권의 의미로 ansprechen이라는 동사에서 온 것으로 요구하다, 청구하다의 뜻에서 온 것이다. Anspruch는 일종의 권리로 일방이 타방에 무엇인가 할 것에 해당하는 작위(Tun)에 해당하는 일정한 행위, 의사의 표시, 이행 등을 요구할 권리나 일정한 부작위(Unterlassen)를 요구할 권리를 포함하는 것이다. Dividende와 Anspruch를 합친 Dividendenanspruch은 이익배당청구권으로 회사에 이익이 있는 경우에 주주총회에서 이익잉여금처분의 결의가 있으면 주주가 확정금 즉 이익의 배당을 청구할 권리를 취득하게 되는 데 이를 배당금지급청구권이라고도 한다.

이익배당청구권(Dividendenanspruch)은 동음이의어로 번역이 되는 이익배당청구권(Dividendenrecht)으로부터 기인한다. Dividendenanspruch과 Dividendenrecht에서 전자는

주주총회가 이익잉여금처분의 결의를 하면 주주는 회사에 대하여 채권적 성질을 가진 구체적인 청구권을 취득하게 경우가 이익배당청구권(Dividendenanspruch)이고, 주주권의 내용을 이루는 권리로서 주주의 지위와 불가분의 관계에 있고 개별적으로 처분하지 못하는 주주의 기본권적 권리로서의 주주의 자익권 중에서 가장 본질적이고 핵심적이며 추상적인 이익배당청구권(Dividendenrecht)이다. 즉 후자는 권리 그 자체인 형식적이며 추상적 의미의 권리로 주주권의 내용을 이루고 있어서 그것 자체만이 독립하여 양도 또는 입질 등의 대상이 되지 못하는 것이 특징이다. 그러나 이 권리에 근거하여 현실적이고 구체적으로 실행되어지는 채권적 성질의 권리가 이익배당청구권(Dividendenanspruch)인데 이는 독립한 금전채권이므로 주식과는 별개로 양도, 압류 또는 입질의 대상이 된다. 총회의 결의에 의한 확정 전의 배당금지금청구권을 양도하거나 확정 전의 배당금지금청구권을 압류하여 확정 후에 전부명령을 얻는 것도 가능하다. 그러므로 이 배당금지금청구권을 가진 권리자는 이익배당청구권의 결의 당시에 주주명부에 기재된 주주 내지 주주명부의 폐쇄 또는 기준일에 주주인자이다.

◇ Dividendenrecht 【 이익배당청구권 】

□□ Dividendenanspruch 【 이익배당청구권 】

◇ Domizilwechsel 【 타지지급어음 】

어음법 제 4 조의 해석에 따르면 Domizilwechsel은 즉 발행인 또는 지급인과 같은 관련자(Bezogener)에 의해서 지급되는 것이 아닌 제삼자에 의하여 지급되어지는 어음을 말한다. 진정(순수) Domizilwechsel은 발행인이나 지급인과 같은 관련자의 주소지가 아닌 제 3 의 주소지에서 지급되어지는 것을 말하고, 부진정 Domizilwechsel은 지급장소가 관련자의 주소지에 있는 경우를 말하고 이를 Zahlstellenwechsel이라고 한다. 이러한 취지에 의하면 우리나라에서 Domizilwechsel을 타지지급어음이라고 하고 Zahlstellenwechsel을 제삼자방 지급어음이라고 하는데 엄밀하게 말한다면 Zahlstellenwechsel은 Domizilwechsel 중 부진정Domizilwechsel을 의미한다고 보인다. 지불하게 되는 제삼자는 Domizilant라 하고 지불장소의 고시는 지불장소기입(Domizilvermerk)이라고 한다.

◇ Doppelchakter der Grundrechte 【 기본권의 이중적 성격 】

기본권은 한편으로는 개인의 주관적 권리로서 그리고 다른 한편으로는 공동체의 기본요소라고 할 수 있는 객관적 질서로서의 성격을 가지고 있다. 이를 기본권의 이중적 성격이라고 하며, 기본권의 양면성 내지 이중성이라고 부르기도 한다.

여기서 주관적 권리라는 의미는 기본권이 인간 및 시민으로서의 개개인의 헌법상의 기본적 권리라는 것을 말한다. 주관적 권리는 서양의 헌법국가에 있어서 근대 시민혁명적 역사와 같은 전통 속에서 초실정적 법원칙이 되었으며 법의식의 기본적 요소가 되었다. 그러므로 인간 및 시민의 권리에 의하여 보장된 자유와 권리 등을 채택하지 않고 있는 법질서는 그 정당성을 주장할 수 없다. 이런 점에서 주관적 권리로서의 기본권의 성격은 우선 국가권력에 대한 방어권적 의미를 가지는 주관적 공권(Subjektives öffentliches Recht)이다. 기본권의 대 국가적 효력도 주관적 공권으로서의 성격에서 나온다.

그리고 객관적 질서(Objective Ordnung)라는 의미는, 기본권은 개인을 공동체에 편입하는 객관적 질서의 요소로서 국가권력뿐만 아니라 모든 공동체 구성원들이 준수해야 할 공동체 법질서의 기초를 구성하는 것이라는 것을 말한다. 따라서 기본권을 보호하는 것은 기본권의 객관적 질서로서의 성격적 요소로부터 볼 때 확실히 국가권력의 의무라고 할 수 있으며, 이로부터 국가권력은 기본권을 구체화 할 임무도 갖게 되는 것이다. 그 밖에 기본권의 사인간의 효력을 인정하는 이론적 근거는 기본권의 이중적 성격에 있으며, 특히 모든 공동체 구성원들이 준수해야 할 공동체 법질서의 기본적 요소가 기본권 질서이므로 이런 객관적 질서로서의 성격에서부터 기본권의 사인간의 효력의 근거가 나오게 된다.

Abwehrrechte, Subjektives öffentliches Recht(Subjektiv-öffentliches Recht)

◇ Doppelwirkung von Verwaltungsakten 【 複效的 行政行爲, 二重效果的 行政行爲 】

복효적 행정행위는 이중효과적 행정행위라고도 하며 하나의 행위에 수익과 부담이라는 두 가지 효과가 발생하는 경우를 의미한다. 하나의 행정행위가 동일인에게 수익

적 효과와 부담적 효과를 발생시키는 경우 이를 混合的 行政行爲(Verwaltungsakt mit Mischwirkung)라고 하며, 행정행위의 상대방에게는 수익적 효과가 발생하나 제삼자에게는 침해적 효과가 나타나는 경우에는 이를 第三者效的 行政行爲(Verwaltungsakt mit Drittwirkung)라고 한다. 전자의 예로는 수익적 행정행위에 부가된 부관에 따라 특정인에게 수익적 효과와 더불어 부관에 의한 권리의 제한 또는 의무의 부과가 동시에 이루어지는 경우를 들 수 있으며, 후자의 예로는 건축허가나 영업허가 등으로 인하여 행정법관계의 직접 당사자가 아닌 제삼자에게 침해적 효과가 발생하는 경우를 들 수 있다. 일반적으로 수익적 행정행위의 직권취소나 철회는 상대방의 신뢰보호의 관점에서 제한되고 있다. 그러나 제삼자효적 행정행위는 상대방의 신뢰보호뿐만 아니라 제삼자의 권익도 아울러 고려하여야 한다. 따라서 상대방의 신뢰보호를 근거로 행정행위의 직권취소나 철회를 제한하는 규정은 제삼자효적 행정행위에 대하여는 적용되지 않는다. 연방행정절차법(VwVfG) 제50조는 “제48조 제 1 항 제 2 문, 제 2 항 내지 제 4 항 및 제 6 항 그리고 제49조 제 2 항, 제 3 항 및 제 5 항은 수익적 행정행위가 제삼자에 의하여 제기된 행정심판청구 또는 취소청구가 인용되어 전심절차나 행정법원의 재판 절차에서 취소된 경우에는 적용되지 아니한다(§48 Abs.1 Satz2, Abs.2 bis 4 und Abs.6 sowie §49 Abs.2, 3 und 5 gelten nicht, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt, der von einem Dritten angefochten worden ist, während des Vorverfahrens oder während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben wird, soweit dadurch dem Widerspruch oder der Klage abgeholfen wird.)”라고 규정하고 있다.

◇ Dreiseitiger Vertrag 【 3 당사자 계약 】

여러 명의 당사자가 하나의 계약을 통해 상호간에 이행의 의무를 부담하는 계약을 뜻한다. 가령 A는 자신의 물건을 C가 갖고 있는 물건과 교환하고 싶어하는데, C는 A의 물건과 교환할 생각을 갖고 있지 않으나 대신에 B가 갖고 있는 물건과 교환하고 싶어하는 반면 B는 A의 물건과 교환하고자 하는 경우, A·B·C 세 사람이 서로 합의하여 A가 B에게 그 물건의 소유권을 이전하고 B는 그 대가로 C에게, C는 A에게 각 자의 물건의 소유권을 이전하는 계약의 형태를 들 수 있다. 3 당사자 계약이 민법에서 문제되는 배경은 민법전이 두 사람 사이의 채권관계(bilaterales Schuldverhältnis)를 기본적 규율모델로 설정해 두고 있다는 것에서 비롯된다. 가령 3 당사자 계약이라

는 다면적 채권관계(multilaterales Schuldverhältnis)에 대해서도 쌍무계약(gegenseitiger Vertrag)에서 적용되는 급부의 동시이행(□□ Zug-um-Zug-Leistung)에 관한 규정을 적용할 수 있는지, 또는 3 당사자 계약관계의 급부장애가 발생한 경우 어떻게 해결할 수 있는지 하는 것이 문제된다. 이에 대해 3 당사자 계약에서도 각 당사자는 원칙적으로 자신에게 이행되어야 할 급부를 제공받지 않은 상태에서 먼저 일방적으로 이행해야 할 의무를 부담하지 않으므로 자신에게 반대급부가 제공되지 않는 한 자신의 의무이행을 거절할 수 있을 것을 인정하고 있다. 가령 위의 예에서 A는 C가 자신에 대해 소유권이전의무에 관한 이행을 하지 않는 한 B에 대해 자신의 급부를 거절할 권한을 갖게 된다. 3 당사자 계약은 현실 거래실무에서는 매도인과 매수인 사이의 매매계약에 필요한 매매대금을 매수인이 신용제공기관으로부터 제공받는 경우에 그 매매계약과 금전소비대차계약이 하나의 동일한 법적 관계로 이해될 수 있는 때에 그 항변관계의 해결을 위해 논의되고 있다.

◇ Drittschadensliquidation 【 제삼자손해 청산제도 】

상대방의 채무불이행에 따른 손해배상청구권을 갖고 있는 계약 당사자에게는 손해가 발생하지 않는 반면 그 당사자와 일정한 관계에 있는 제삼자에게 손해가 발생하는 사례 유형에서 계약당사자로 하여금 피해자인 제삼자의 손해를 채무자에게 주장할 수 있도록 하는 제도로서 판례를 통해 형성·발전된 제도이다. 가령 위탁매매업(Kommissionsgeschäft; HGB § 383)과 같이 간접대리가 문제되는 경우 위탁매수인과 매매계약을 체결한 매도인이 그 의무를 이행하지 않거나 이행을 지체하더라도 위탁매수인에게는 아무런 손해가 발생하지 않는다. 왜냐하면 위탁매수인은 단지 위탁자의 계산으로 매매계약을 체결하였기 때문이다. 오히려 매도인의 채무불이행은 매도인과는 계약관계에 있지 않는 위탁자에게만 발생할 뿐이다. 이 경우 매도인의 의무위반에 따라 위탁자에게 발생한 손해에 대한 배상을 매도인과 계약관계에 있는 위탁매수인으로 하여금 매도인에 대해 청구할 수 있도록 하는 제도가 바로 제삼자손해 청산제도이다. 이 제도는 손해배상법의 원칙, 즉 책임 구성요건을 충족하는 자만이 가해자에 대해 손해배상을 청구할 수 있다는 구성요건 원칙(Tatbestandsprinzip)에 대한 예외로서 판례에 의해 인정되고 있다. 왜냐하면 제삼자손해 청산제도를 인정하지 않을 경우 가해자는 청구권자와 피해자 사이의 특별한 관계로 인하여 자신의 의무위반행위가 청구권을

갖지 않는 피해자에게만 손해를 야기하였다는 사정으로 말미암아 의무위반행위에 따른 아무런 제재를 받지 않을 수 있기 때문이다. 판례에 따르면 제삼자손해 청산제도는 간접대리 유형 이외에 송부매매(Versendungskauf), 제삼자인 소유자의 물건에 대한 보관의무(Obhutspflicht), 그리고 신탁관계(□□ Treuhand)의 유형에서도 인정되고 있다. 우리나라의 학설은 제삼자손해 청산제도와 관련하여 특히 간접대리의 유형에서는 대체로 긍정적으로 검토하고 있다.

◇ **Drittwirkung von Grundrechten** 【 기본권의 사인간의 효력 】

기본권의 사인간의 효력이란 기본권이 사인의 법률행위나 사인간의 법률관계에도 적용되는가의 여부에 관한 문제이다. 기본권의 이중적 성격(Doppelchakter der Grundrechte)에서 살펴본 것처럼 기본권은 국가에 대하여 효력이 있으며 기본권을 보호할 의무도 국가에게 있다. 그러므로 그런 한에 있어서는 기본권이 공권력을 의무 지운다. 그런데 기본권이 사인에 대해서도 효력을 미치는가의 문제는 개인 대 국가의 문제가 아니라 개인 대 개인, 즉 사인 대 사인의 문제이므로 또 다른 과제를 제기해 준다.

기본권의 사인간의 효력 여부에 관한 특별한 헌법 규정은 없다. 그러므로 이 문제는 헌법적 질서에 있어서 기본권이 가지고 있는 과제와 기능에 비추어서만 답변될 수 있는 것이다. 주관적 권리로서의 기본권이 국가권력에 대한 방어권의 의미라고 한다면 이는 분명히 사인간의 효력의 근거가 되지 않는 못한다. 또한 기본권이 적극적인 실행을 과제로 하고 있다는 점도 헌법상의 실행은 자유로운 실행을 전제하기 때문에 이로부터 사인간의 효력을 추론하기도 어렵다. 따라서 공동체의 전체 법질서의 기본요소로서의 기본권이 사인간의 법률관계에 있어서 근거와 기준이 되는가의 문제가 남게 된다. 결국 모든 공동체 구성원들이 준수해야 할 공동체 법질서의 기본적 요소가 기본권 질서이므로 이런 객관적 질서로서의 성격에서부터 기본권의 사인간의 효력의 근거가 나오게 된다.

그리고 전체 법질서의 객관적 질서원리로서의 기본권이 사인간의 법적 관계의 형성에 미치는 효과는 구체적인 쟁송절차를 통해 나타나는 문제이므로 사법권의 일부로서의 법원이 기본권에 구속된다는 것은 의심의 여지가 없지만, 소송당사자와 국가, 즉 법원과의 관계가 아니라 소송당사자와 다른 소송당사자, 즉 제삼자와의 관계에서 미치는 기본권 효과는 사법질서의 기능적 고려 때문에 직접적 효과보다는 방사효과

(Ausstrahlungswirkung)라고 하는 간접적 방법으로 나타난다. 이런 이유로 기본권의 사 인간의 효력을 기본권의 제삼자적 효력이라고 부르기도 한다.

Doppelcharkter der Grundrechte 【 기본권의 이중적 성격 】

◇ Drittzahlerwechsel 【 제삼자방지급어음 】

제삼자방지급어음은 지급인의 주소지와 지급지가 같은 경우는 물론이고(이 경우는 동지지급어음), 지급인의 주소지와 지급지가 다른 경우(우리나라 개념의 타지지급어 음)를 포함하여 지급하는 어음으로 어음의 지급인 자신의 주소에서가 아니라 제삼자의 주소에서 지급되는 어음을 말한다. 여기에서 제삼자는 주로 지급인과 구별되는 것으로 지급담당자(Zahlungsleister) 또는 지급장소로서의 지급지와 다른 지급장소로서의 은행을 말한다. 이 제삼자방지급어음을 타소지급어음이라 한다. 지급담당자는 인적 요소를 의미하는 것이고 지급지는 지급지(Zahlstelle)인 장소적 요소이다.

제삼자방지급어음에 있어서는 원칙적으로 제삼자가 그 주소에서 지급하나, 지급인 자신이 제삼자의 주소에서 직접 지급하여도 무방하다. 제삼자방지급어음은 지급인이 자기의 거래은행을 지급장소로 기재하거나, 환어음의 지급인이 자기의 채무자를 지급담당자로 기재하거나 지급담당자를 보통 은행으로 기재함으로써 제삼자의 주소에서 지급하는 등으로 동지지급어음 및 타지지급어음의 어느 어음에서도 가능한 형태이다.

Domizil und Zahlstellenwechsel 【 제삼자방지급어음 】

◇ Druckkündigung 【 강요된 해고 】

강요된 해고란 사용자가 고객, 노동조합 또는 근로자의 강요에 의하여 특정 근로자를 즉시해고(außerordentliche Kündigung)하는 것을 말한다. 이 경우 당해 근로자를 즉시해고 해야 할 ‘중대한 사유’가 있는 경우에는 문제가 없다. 문제는 즉시해고 해야 할 ‘중대한 사유’가 없는 경우이다. 독일의 판례는 사용자가 근로자의 해고를 피하기 위한 조치를 하였음에도 불구하고 결과적으로 자신의 손해를 피할 수 있는 다른 적절한 방법이 없는 경우에 한하여 강요된 해고를 할 수 있다고 보고 있다(BAG AP Nr. 1, 3, 8, 10 § 626 BGB Druckkündigung).

Kündigung

◇ Duldungsvollmacht 【인용수권 (認容授權)】

대리인으로 행위한 자가 실제로는 대리권을 갖고 있지 않았으나 일정한 요건에 따라 대리인이 마치 대리권을 갖고 있었던 것과 마찬가지로 본인에게 그 효과를 귀속시키려는 제도 중의 하나이다. 인용수권은 표현수권(□□ Anscheinsvollmacht)과 마찬가지로 무권대리인의 행위로부터 상대방과 거래질서의 보호를 목적으로 하는데, 표현수권의 경우와는 달리 본인이 권한 없는 대리인의 대리행위를 인식하면서도 이를 인용해 준 경우에 인정된다. 가령 A 회사에서 전화교환원으로 근무하는 B가 오래 전부터 고객의 주문 전화가 올 경우 그 업무를 담당하는 C에게 연결해 주지 않고 직접 주문을 접수하여 처리해 왔으며 A 역시 이를 알면서도 내버려 둔 경우 B가 비록 A로부터 그 업무를 위한 권한의 수여를 받지 않았으나 무권대리행위에 대한 A의 인식과 인용을 통하여 B의 행위는 권한 있는 대리행위로 취급된다. 즉, 인용수권은 본인의 인용을 통해 대리권 존재의 외관을 창출한 본인에 대해 대리행위에 따른 결과를 귀속시키는 것이다. 표현수권의 경우에는 본인의 책임내용이 대리행위에 따른 이행의무를 부담하는지 아니면 단지 손해배상의무만을 부담하는지 논란이 없지 않으나, 인용수권의 경우에는 상대방에 대한 본인의 이행의무를 그 내용으로 한다. 인용수권은 개별 사례에 따라 묵시적 수권과 구별하기 쉽지 않은 경우가 있는데, 그에 따른 법적 효과와 관련하여 양자의 구별은 현실적 의미를 갖지 않는다. 왜냐하면 양 경우 모두 상대방에 대한 본인의 이행의무가 문제될 뿐이기 때문이다. 따라서 일부 견해는 인용수권을 묵시적으로 수여된 대리권으로 구성하기도 한다. 인용수권이 문제되는 경우 우리나라에서는 인용수권이라는 별도의 개념을 인정하지는 않으나 제125조 등의 표현대리를 통하여 동일한 내용으로 해결하고 있다.

◇ Durchfrachtvertrag 【통운송계약】

Durchfrachtvertrag은 통운송계약(通運送契約) 내지 연락운송계약(連絡運送契約)으로 해상운송인이 자기담당 구간의 운송뿐만 아니라 전운임을 받고 이것과 연락있는 다른 운송인의 운송수단에 의하여 목적지에 이르기까지의 전체운송을 인수하는 계약을 말한다. 이는 복수운송인의 연락운송이라는 특징을 가지고 있어 순차운송과 유사한

성격을 가지고 있고, 복수의 운송수단에 의하여 운송하는 점에서 환적약관부단순운송(換積約款附單純運送) 내지 적체약관부단순운송(積滯約款附單純運送)과도 유사하다. 그러나 순차운송이나 환적약관부단순운송은 각각의 계약에 의하여 복수의 운송수단이 연결되어 예정되어 있는 반면, 통운송계약은 하나의 계약에 의하여 복수의 운송수단이 예정되어 있다는 데에 그 차이가 있다.

◇ Durchgangserwerb 【 통과취득 】

각각의 독자적인 법률관계가 하나의 물건과 관련하여 연결되어 있는 때에 일정한 사례유형의 경우 최종적인 자가 그 중간자에 의한 순간적인 소유권취득을 통하여 궁극적으로 소유권을 순차적으로 취득하게 되는 형상을 설명하기 위한 개념구성이다. 통과취득은 간접대리(verdeckte Stellvertretung) 유형이나 예정된 점유개정(□□ antizipiertes Besitzkonstitut)의 방법을 통한 양도담보의 설정에서 문제되고 있다. 가령 간접대리의 형상에서 계약상대방이 간접대리인에게 제공한 물건에 관하여 간접본인은 (직접)대리의 경우와 달리 곧바로 소유권을 취득할 수 없고, 우선 간접대리인에 의한 소유권의 취득 및 그 후 간접본인에 대한 소유권양도의 과정을 거쳐야 한다. 이때 이 같은 절차에 따른 간접본인의 소유권취득 가능성을 번잡하지 않게 하기 위하여 간접대리인이 그 물건에 대한 점유를 취득하기 이전에 간접본인과의 사이에 예정된 점유개정(antizipiertes Besitzkonstitut)의 방법을 통한 소유권이전의 합의를 구성하고, 이 같은 합의는 간접본인과 간접대리인 사이에 사무처리를 위한 계약을 맺음과 동시에 이루어지는 것으로 파악하는 방식이다. 이 때 간접본인에 대한 소유권의 이전을 위하여 간접대리인이 순간적으로 소유권을 취득하고 이후 간접본인에게 이전되는 이러한 형상을 통과취득이라고 한다. 통과취득은 특히 가령 창고물품에 관한 예정된 양도담보(antizipierte Sicherungsübereignung)의 경우에 현실적으로 자주 문제된다. 예를 들어 A가 자신의 창고에 있는 물품들을 B에게 양도담보로 제공하였는데 이후 C로부터 물품을 구입하여 그 창고에 보관해 둔 경우, 그 물품에 대한 B의 담보목적에 위한 소유권의 취득 이전에 순간적으로 A의 통과취득에 의한 소유권취득이 인정된다. 이 같은 통과취득 여부는 특히 A에게 다른 채권자가 존재할 경우 A의 순간적인 소유권취득을 통해 그 채권자에 대해 책임재산의 지위를 가질 수 있다는 점에서 큰 의미를 갖는다.

◇ Durchgriffshaftung 【 실체파악에 의한 책임 】

‘무엇을 뚫고 또는 파헤쳐 잡아내다’라는 의미를 갖고 있는 durchgreifen으로부터 파생한 표현으로서 실체파악에 의한 책임으로 의역된다. 법인(juristische Person)은 법인격의 독자성이 인정되기 때문에 법인의 재산은 원칙적으로 사원 또는 그 기관의 재산과 상호 분리되어 있다. 이러한 분리의 원칙 또는 독자성 원칙(□□ Trennungsprinzip)에 반하여 일정한 예외적인 경우, 특히 그 법인격이 남용되는 경우 법인의 채권자는 법인에 대하여 갖고 있는 채권을 그 사원에 대해서도 주장하고 그 실현을 위하여 사원의 재산에 대해서도 강제집행할 수 있는 경우가 있다. 이때 사원이 법인의 채권자에 대해 자기의 재산을 가지고 책임을 지는 것을 바로 실체파악에 의한 책임이라고 한다. 물론 예를 들어 법인, 특히 1인 유한회사(Einmann-GmbH)의 사원이 회사 명의로 타인과 계약을 체결한 경우 채권자는 채무의 이행을 위하여 원칙적으로 법인의 재산에 대해서만 집행할 수 있으며, 이는 법인의 재산이 부족하게 된 경우에도 마찬가지이다. 그렇지만 회사의 사원이 회사 채권자에게 불이익을 가하고 이를 통해 이익을 취득할 목적으로 법인격을 남용한 경우 회사채권자는 분리의 원칙에 대한 예외로서 사원의 재산에 대해 책임을 물을 수 있게 된다. 결국 실체파악에 따른 책임은 법인격이 남용된 경우 법인격부인론 또는 실체파악이론(Durchgriffslehre)에 따라 법인의 배후에서 그 실체를 이루고 있는 사원에 대해 법인활동에 따른 의무를 귀속시키기 위한 법리이다. 다만 실체파악에 따른 책임은 어디까지나 법인에서 지배하는 분리의 원칙에 대한 예외로서 엄격한 요건에서만 인정될 수 있을 뿐이다. 우리나라의 경우에도 최근에는 법인격부인론을 인정해 가고 있다.

◇ Durchgriffskondiktion 【 부당이득의 직접청구 】

다수인 사이의 부당이득관계에서 무효 또는 취소 등의 하자를 갖는 법률관계의 직접적인 당사자 이외의 관계에서 부당이득의 반환청구를 인정하는 경우를 표현하기 위한 개념구성이다. 부당이득의 직접청구는 특히 하나의 급부와 관련한 두 개의 법률관계에서 그 법률관계 중 하나 또는 둘 다 무효·취소 등의 하자를 갖고 있는 경우에

이미 급부를 현실적으로 실현한 자가 그 급부의 사실상 수령자에 대해 취득한 바를 부당이득으로 반환청구할 수 있는가를 둘러싸고 논란이 되고 있다. 예를 들어 C가 B에 대하여 일정한 급부를 청구할 수 있는 권리를 갖고, B는 A에 대해 이와 동일한 종류의 급부를 청구할 수 있는 경우, 이들 3자 사이의 결제의 간편화를 위하여 B가 A에 대해 C에게 일정한 출연(出捐)을 할 것을 지시하는 상황을 생각해 볼 수 있다. 이때 B와 A 사이의 관계는 A가 C에 대해 재산을 출연하는 것에 대한 보상을 그 내용으로 하므로 보상관계(□□ Deckungsverhältnis)라고 하며, B와 C 사이의 관계는 A에 대한 지시의 원인을 이루고 있으므로 원인관계(□□ Valutaverhältnis)라고 한다. 그런데 이 같은 관계에서 가령 B와 A 사이의 보상관계나 B와 C 사이의 원인관계가 무효·취소 등의 하자를 갖고 있는 경우 A가 그 급부를 사실상 수령한 C에 대해 직접적으로 부당이득의 반환을 구할 수 있는가 하는 것이 문제된다. 그런데 이와 같은 경우 부당이득의 직접청구는 원칙적으로 인정되지 않고 있다. 왜냐하면 부당이득의 직접청구를 인정할 경우에는 하자있는 법률관계의 당사자(B와 A, C와 B) 사이에 존재하는 항변권 행사의 가능성이 직접청구(C에 대한 A의 부당이득반환청구)에 의하여 박탈될 수 있으며 더 나아가 계약당사자 사이에서 분배되어야 할 무자력 위험이 계약 당사자 이외의 자에게 전가될 여지가 있기 때문이다. 그러나 지시관계에 따른 다수인 사이의 부당이득관계에서도 예를 들어 유효한 지시 자체가 존재하지 않은 경우에는 다수의 견해에 따르면 사실상의 수령자에 대한 부당이득의 직접청구를 인정하고 있다.

[E]

◇ Ehrenannahme 【참가인수】

Ehrenannahme 또는 Ehrenakzept라고 하는 참가인수는 참가(Ehreneintritt)의 일종으로 만기 전의 소구를 저지하기 위하여 어음을 지급할 것을 약속하는 어음행위를 말한다. 참가를 하는 자를 보통 참가인(Honorant, Intervenant)이라고 하는데 특히 참가인수를 하는 자를 참가인수인이라고 한다. 참가인수인이 될 수 있는 자는 제삼자, 지급인, 환어음의 경우 발행인, 배서인 및 보증인이 가능하다. Ehre의 영예, 신용 표창이라는 단어적 의미로부터, 또한 참가는 어음의 불명예로운 상태(Nichthonorierung)에서 어음의 명예를 회복하는 것이라는 배경적 의미로부터 이 참가인수를 영예인수라고도 한다. 참가인수가 행하여지면 참가인수인은 어음소지인 및 피참가인의 후자에 대하여 피참가인과 동일한 어음상의 의무를 지며, 소지인은 피참가인 및 그 후자에 대하여 만기 전의 소구권(遡求權)을 잃는다. 피참가인의 전자는 참가인수가 있어도 상환의무를 면하지 못한다. 또 참가인수인이 후에 참가지급을 한 때에는 피참가인은 이에 대하여 상환을 하지 않으면 안 된다. 참가인수는 어음의 신용을 회복시키는 동시에 상환절차 진행 중에 그 비용이 증대되거나, 전자가 자력이 없어 재소구의 기회를 잃는 불이익을 막는 것을 목적으로 한 제도로 독일의 경우 참가제도가 제법 이용되는 편이다.

참가인수는 어음의 소지인이 만기 전에 소구권을 행사할 수 있는 모든 경우에 할 수 있지만 인수를 위한 제시를 금한 어음에는 할 수 없다. 참가인수는 어음자체에 기재하여야 한다. 어음금액의 일부에 관한 참가인수는 인정되지 않는다. 그러나 일부인수에 관한 경우에는 그 잔액에 대한 참가인수는 인정된다. 참가인수가 행해지면 피참가인 및 그 후자에 대한 만기 전의 소구는 소멸한다. 피참가인이 전자는 참가인수에 의해 상환의무에서 벗어나지만 참가인수인이 참가지급을 행한 후에는 피참가인도 이것에 대한 상환의무를 진다. 그러므로 피참가인과 그 전자는 참가인수에 불구하고 소지인에 대하여 소구금액의 지급과 상환으로 어음의 교부를 청구할 수 있다.

◇ Ehreneintritt 【어음참가】

어음이 인수되어지지 않거나 지급이 거절될 경우에 어음법 제56조에서 제58조에 따른 참가인수(Ehrenannahme)와 이 법 제59조에서 제63조에의 참가지급(Ehrenzahlung)

의 형태 안에서 허용되는 것으로 소구권의 행사를 저지하기 위하여 제삼자가 참가하는 것을 어음참가(Ehreneintritt) 또는 명예참가라고 한다. 이를 통하여 이 법 제55조에 의거 특정의 어음의무자(Wechselverpflichteten)에 대한 소구가 제지되어진다. 어음참가는 제삼자에 의하여, 또한 어음관계자뿐만 아니라 어음의무자와 어음인수인 등에 의하여 발생된다.

제삼자가 어음관계에 가입하여 어음의 신용을 유지하는 점에서는 어음보증과 유사하지만, 보증은 사전적인 예방조치인 반면에 어음참가는 사후조치라는 점에서 결정적인 차이가 있다. 참가제도는 수표에는 없는 어음만의 특수한 제도이다.

◇ Eigentümergeellschaft 【 재산회사 】

한 회사가 기업의 경영을 자기의 명의로 계산으로 행할 것을 다른 회사에 위임하고, 이에 대하여 보수를 지급할 것을 합의하는 계약인 경영관리계약(Betriebsführungsvertrag)에서 경영관리를 위임하는 회사를 재산회사(Eigentümergeellschaft)라 하고 이를 경영관리위임회사라고도 한다. 이에 대하여 경영관리위임회사와 기업경영에 대한 위임계약을 체결하여 일정한 보수를 받고 기업의 경영을 대신하여 주는 회사를 일컬어 경영관리회사(Betriebsführungsgesellschaft)라 한다.

◇ Eigentumsfreitheitsklage 【 부인소권 (否認訴權) 】

□□ actio negatoria

◇ Eigentumsgarantie 【 재산권보장 】

독일 기본법은 제14조 제 1 항에서 “재산권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”라고 규정함으로써 재산권과 상속권을 헌법적으로 보장하고 있는데, 재산권의 이런 헌법적 보장을 재산권보장이라고 한다. 우리 헌법도 제23조 제 1 항에서 마찬가지로 재산권을 보장하고 있다.

헌법상 재산권보장은 기본권으로서 일차적으로는 개인의 자율적 생활형성의 전제가 되는 사유재산권(Privateigentum)을 보장하는 내용을 담고 있다. 이는 재산권보장의

방어권적 성격에 비추어 볼 때 우선은 국가권력에 대한 것이다. 그리고 재산권보장은 객관적 규범질서로서 사유재산제도를 보장하는 내용도 포함하고 있다. 따라서 사유 재산제도를 공동체의 구조적 원리로 보장하지 않는 사회시스템의 도입은 헌법위반이 되는 것이다.

헌법상 재산권보장은 의무도 수반하고 있다. 우리 헌법 제23조 제2장과 독일 기본법 제14조 제2항은 공히 재산권 행사의 공공복리적합의무를 규율하고 있다. 또한 재산권에 대한 공용수용 및 제한에 관하여 기본법은 제14조 제3항에서, 공용수용은 공공복리를 위해서만 허용되며, 공용수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는 법률에 근거해서만 행하되 보상은 공공의 이익과 관계자의 이익을 공정하게 형량하여 정해져야한다고 규정하고 있다. 그리고 보상액 때문에 분쟁이 발생하는 경우에는 정규법원에 제소할 수 있는 길을 명문으로 열어 놓고 있다. 우리 헌법도 제23조 제3항에서 유사하게 규정하고 있는 데, 이 조항을 불가분조항(□□ Junktim- Klausel)이라고 한다.(GG Art. 14 (1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt; 재산권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.)

□□ Junktim-Klausel 【불가분조항】

◇ Eingliederungstheorie 【편입설】

편입설이란 근로계약과 근로관계의 상호관계에 관한 학설로 근로관계가 형성되기 위해서는 근로계약의 체결만으로는 충분하지 못하고, 근로자의 경영조직으로의 편입(Eingliederung)이라는 사실적 요소가 추가적으로 필요하다는 견해이다. 이에 반하여 계약설(□□ Vertragstheorie)에 의하면 근로관계의 성립은 근로계약의 유효한 체결로 충분하다. 편입설에 의할 경우 채용내정자와 같이 근로계약을 체결하고 아직 경영조직에 편입되지 아니한 자와 사용자 사이에는 아직 근로관계가 유효하게 형성되지 못했으므로 노동법의 적용될 수 없게 된다. 이에 반하여 계약설에 의하면 근로계약의 유효한 성립과 함께 계약당사자 사이에는 이미 근로관계는 형성되었으므로 이들에게 노동법은 당연히 적용되게 된다.

◇ Eingriffskondiktion 【 침해부당이득 】

타인에게 귀속되어야 할 재화로 인하여 이득을 얻은 경우 그 이득을 권리자에게 부당이득으로서 반환하여야 하는 부당이득의 한 유형이다. 침해부당이득은 타인의 재산을 침해하는 행위를 통하여 얻은 이익의 반환이라는 점에서, 급부자(손실자)가 의식적·목적지향적 급부를 실현하여 수령자에게 이익이 발생하는 급부부당이득의 유형과 구별된다. 반면 침해부당이득은 타인의 권리에 대한 침해라는 점에서 불법행위(Delikt)와 유사한 측면을 갖고 있으나, 침해부당이득의 경우 침해의 위법성(Rechtswidrigkeit)이나 침해자의 고의·과실을 묻지 않고 인정된다. 더 나아가 불법행위의 경우 피해자에 대한 손해(Schaden)의 배상이 문제되나, 침해부당이득의 경우에는 수익자로 하여금 타인에게 귀속되어야 할 권리로부터 취득한 이익(Bereicherung)의 반환문제를 다루고 있다. 침해부당이득의 인정근거와 보호법익의 내용에 대하여는 현재 대개의 견해는 법질서에 의해 인정되는 재화나 권리의 귀속내용(□□ Zuweisungsgehalt), 즉 타인의 재화나 권리를 침해하는 이익이 그 권리 등의 성질에 비추어 마땅히 권리자에게 귀속되어야 하는 경우 그 이득을 부당이득으로 반환하여야만 한다는 재화 귀속내용에 따라 설명하고 있다. 침해부당이득의 경우 수익자의 침해행위로 인한 이득발생이 있으면 족하고 다수 견해에 따르면 반드시 반환청구자의 손실발생을 요건으로 하지는 않는다. 따라서 예를 들어 A소유의 비어있는 별장건물을 B가 무단으로 사용한 경우 이로 인해 A에게 아무런 손해가 발생하지 않았더라도 수익자는 그 사용에 따라 취득한 이익을 침해부당이득으로서 반환하여야만 한다.

◇ Eingriffsverwaltung 【 침해행정 】

국민에게 미치는 법적 효과를 기준으로 행정작용의 종류를 분류하면 침해행정과 수익행정으로 나눌 수 있다. 이 중에서 침해행정은 행정주체의 활동수단이 개인의 법적 보호영역을 침해하는 행정으로서 국민의 자유와 권리를 제한하거나 국민에게 새로운 의무나 부담을 부과하는 등 국민의 입장에서 불리한 법적 효과를 야기하는 행정작용을 말한다. 교통제한, 영업금지, 토지수용, 조세부과 등이 여기에 속하며 침해행정의 주요한 행정수단은 명령과 강제이다.

침해행정과 수익행정의 구별은 법률유보의 범위, 수익적 행정행위의 취소나 철회에 있어서 상대방의 신뢰보호를 위한 취소권 및 철회권제한의 문제 등에서 중요한 의미를 갖는다.

◇ Eingriffsvorbehalt 【 침해유보설 】

침해유보설은 법률유보의 원칙의 적용범위에 관한 학설이다. 법률유보의 원칙(Grundsatz des Gesetzesvorbehalts)이란 행정작용은 국민의 대표로 구성되는 의회가 제정한 형식적 법률에 의하거나 또는 법률의 근거가 있어야 한다는 원칙이다. 이 원칙은 법치행정의 원리의 핵심적인 내용을 이루는 것이지만 그 적용범위를 둘러싸고 상당한 견해차가 존재한다. 대표적인 것으로는 침해유보설, 전부유보설, 급부유보설, 본질사항유보설 등이 있다.

이 중 침해유보설은 국가행정작용 중에서 국민의 자유와 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 침해행정작용은 반드시 법적 근거를 필요로 하지만, 국민의 자유와 권리를 신장시키거나 의무를 면제하는 등의 수익적 행정작용은 법적 근거가 없이도 행할 수 있다는 이론이다. 따라서 침해유보설에 의할 경우 침해행정작용에 법적 근거가 결여되면 이는 법률유보의 원칙에 대한 위반으로 위법한 것이 되지만, 수익적 행정작용의 경우에는 법적 근거가 결여된 경우라도 법적으로 아무런 흠결도 발생하지 않는다.

침해유보설은 19세기 후반 독일의 입헌군주국가시대에 유래하는 것으로 당시의 국가행정은 자유주의사상의 배경 하에 질서유지를 목적으로 하는 소극적 행정이 주종을 이루고 있었다. 그러나 오늘날의 행정작용은 침해행정작용뿐만 아니라 국민의 생존을 배려하는 광범위한 급부행정이 양적으로나 질적으로 확대되었다. 따라서 침해유보설은 법률유보의 원칙의 적용범위를 설정하는 이론으로서의 타당성은 상실하였다고 보는 것이 타당하다.

◇ Einigungsstelle 【 노사공동위원회 】

노사공동위원회란 중업원평의회법(BetrVG)에 의하여 사용자와 중업원평의회(□□ Betriebsrat) 사이의 의견이 일치하지 않는 사안의 처리를 위하여 설치된 기구를 말한다.

노사공동위원회는 원칙적으로 영속적인 기구가 아니라 개별적인 사안에 따라 구성된다. 노사공동위원회는 사용자와 중업원평의회 측에서 보통 2명씩의 위원을 임명해서 구성하고 양측의 합의에 의하여 중립적인 의장을 임명하도록 되어 있다. Einigungsstelle를 조정기구 또는 조정위원회라고 번역하기 하지만, 노사양측의 위원으로 구성된다는 점과 Einigungsstelle가 조정기능만을 담당하는 것은 아니라는 점에서 노사공동위원회라고 번역하는 것이 바람직하다고 본다.

□□ Schlichtung

◇ Einigungsvertrag 【 통일조약 】

1990년 10월 3일 서독과 동독 사이에 분단 독일의 통일이 이루어졌는데, 서독과 동독 사이의 이런 통일을 합의하는 내용을 담은 조약을 통일조약이라고 한다. 1990년 통일독일의 헌법제정절차는 하나의 특이한 유형에 속한다. 한 민족 두 국가로 평가되어 온 서독과 동독이 1990년 10월 3일 하나의 국가로 통일함에 있어서 동독을 구성하고 있던 5개의 주가 독일연방공화국인 서독의 지방국인 주로 편입하는 형식을 취함으로써 새로운 통일헌법을 제정하는 절차를 밟지 않았기 때문이다. 이처럼 독일 통일의 실질적인 내용은 흡수통일이었지만 그 형식은 어디까지나 서독과 동독이라는 구 국가간의 조약체결에 의한 것이었다. 그리고 이 통일조약에 서독기본법 6개 조문의 개정내용이 포함되어 있었고, 이 통일조약이 서독기본법 제79조의 개정절차에 따라 서독의 연방의회와 연방참사원에서 각각 그 재적의원 2/3 이상의 찬성으로 확정되었기 때문에 통일 전의 서독기본법은 이 6개 조문만이 개정된 형태로 통일독일의 헌법으로 여전히 그 효력을 갖게 되었다. 그렇지만 이 헌법은 그 제146조에 의해 독일국민이 새 헌법을 제정할 때에는 그 효력을 상실하는 임시헌법으로서의 성격을 띠고 있다.

◇ Einlöschungsklausel 【 실효약관 】

보험계약법 제38조 제1항에 따르면 제1회의 보험료나 일시보험료(einmalige Prämie)를 제때에 납입하지 아니하면 보험자는 계약을 해제할 권한이 있다. 보험료에 대한 청구권이 납기일로부터 3개월 안에 재판상 주장되어지지 않는다면 이는 해제(Rücktritt)한 것으로 간주한다. 또한 제2항은 보험료가 보험자의 책임이 개시되는 시기까지 지불

되어지지 않는다면, 보험자는 이행의 책임을 면한다. 일반적으로 이 조 제 2 항을 실효약관(Einlösungsklausel) 내지 실효조항이라고 한다. 즉 보험의 효력은 보험료의 납입 또는 최초보험료의 납입과 함께 발생하고 설령 추후에 납입하였다면 보험은 소급적으로 적용되는 것이 아니고 오히려 납입한 날에서야 그 효력이 발행한다는 뜻을 담고 있다. 이 실효조항에는 물질적인 보험개시(materieller Versicherungsbeginn)을 염두에 둔 것으로 보험의 개시는 보험자가 책임을 지게 되는 시기로 보험료납부시점을 기준하고 있음을 알 수 있다. 그러므로 보험보호를 위하여 보험계약자는 청구된 보험료를 지체없이 납입해야 한다는 것을 말한다. 이에 대하여 연방최고법원(BGH VersR 63. 376)에서 지체없이란 책임없이 지체하지 않는 것이고 최고가 전제되어지지 않는다는 것을 의미한다(Ohne Verzug heißt “ohne schuldhaftes Zögern” eine Mahnung ist nicht vorausgesetzt)고 판시한 바 있다. 우리나라에서 실효약관도 제 2 회 이후의 보험료는 그 납입기일로부터 일정한 기간의 유예기간을 정하여 놓고, 그 기간 내에 보험료를 지급하지 않으면 보험계약은 자동적으로 실효된다고 하는 취지로 설명하고 있다. 즉 이러한 취지의 실효약관은 최고의 의사표시가 없고 계약의 해지의 의사표시도 없음에도 불구하고 일정한 기간의 경과만으로 계약이 실효가 된다는 것이다.

◇ Einlösungsrückgriff 【 재소구 】

Einlösungsrückgriff는 재소구 또는 재상환으로 해석되며 Einlösungsrückgriff 내지 Remboursregreß라고도 한다. 재소구란 어음 또는 수표의 소지인 또는 자기의 후자에 대하여 상환을 하고 어음, 수표를 환수한 상환의무자가 다시 자기의 전자에 대하여 상환을 청구하는 것을 말한다. 재소구에서 상환자가 어음의 계속적인 양도 전에 가지게 되는 원천적인 권리가 주장되어질 수 있다. 어음법 제49조에 따라 청구권은 상환 금액과 상환한 금액으로부터 연 6% 이율에 의한 법정이자가 가산되고 지출한 경비(Auslagen)와 1/3% 수수료가 가산되어 구성되어진다. 수표법(SchG)도 제46조에서 같은 취지를 정하고 있다.

재소구권을 행사하기 위한 실질적인 요건은 상환의무자가 상환의무를 유효하게 이행하고, 유효한 어음을 환수하는 것이다. 따라서 환수한 어음이 시효 등으로 어음상의 권리가 소멸했거나 상환의무자가 무권리자에게 상환의무를 이행하고 어음을 환수

한 경우 등은 재소구권을 취득하지 못한다. 재소구권을 위한 형식적 요건은 상환의무자가 어음, 거절증서 및 영수를 증명하는 기재를 한 계산서를 상환권자로부터 교부받아 소지하고 있어야 한다. 이러한 서류들을 자기의 전자에게 교부하여야 재소구권을 행사할 수 있기 때문이다.

Remboursregreß 【 재소구 】

◇ Einrede 【 항변 】

Einrede는 어음법에서 일반적으로 항변이라는 의미로 쓰인다. 마찬가지로 Einwendung도 항변이라는 뜻으로 해석되는데 실제로 Einwendung이 넓은 범위의 어음항변이라고 한다. 원칙적으로 Einrede는 주관적인 권리로서의 항변권을, Einwendung은 방어수단으로서의 성격을 가진다. 즉 Einrede는 타인의 권리행사를 저지할 수 있는 자의 주관적 권리관계 내에서 특정한 개인에 대하여 가지는 권리이다. 반면 Einwendung은 청구권의 성립을 방해하거나 이미 성립한 청구권을 사후적으로 소멸시킴으로써 결국 청구권이 존재하지 않게 하는, 청구를 받은 자의 방어수단을 말한다. 특별히 어음법에서 어음항변이란 어음채무자가 제출하는 것으로서 어음의 소지인에 대하여 어음상의 권리의 행사를 거절하기 위해 제출할 수 있는 모든 항변을 말한다. 어음항변은 상대방에 청구권이 있다는 것을 전제로 하여 그 이행을 거절하는 좁은 의미의 어음항변(Einrede)은 일종의 이행거절권(Leistungsverweigerungsrecht)과 상대방의 청구권 자체를 부정하는 넓은 개념의 어음항변(Einwendung)으로 이는 청구권을 무효로 만드는 상황으로서 설명될 수 있다. 학자에 따라서는 Einrede를 소송법상의 항변, 실체법상의 항변권 또는 권리항변으로 Einwendung은 실체법상의 항변 또는 사실항변이라고 하고 또 다른 일각에서는 Einrede는 항변권으로 Einwendung은 항변으로 부르기도 한다.

◇ Einrichtungsgarantie 【 제도적 보장 】

Institutionelle Garantie 【 제도적 보장 】

◇ **Einstweilige Unterbringung** 【 긴급수용 】

긴급수용은 형사소송법상 대인적 강제처분의 하나이다. 형사소송법 제126a조는 “심신상실 또는 심신미약(§§20, 21 StGB)의 상태에서 불법행위를 한 자가 정신병원이나 급단요양소(□□ Unterbringung in einer Entziehungsanstalt)에 수용될 개연성이 매우 높은 경우에는 법원은 공공의 안전을 위해 필요한 때에 수용영장(Unterbringungsbeehl)을 통해 이러한 시설에의 긴급수용을 명할 수 있다”고 규정하고 있다. ‘수용영장’의 내용은 구속영장에 관한 규정(§114 StPO)이 준용된다. 다만 범죄행위 대신에 불법행위가 명시되고, 구속사유 대신 공공의 안전을 위해 긴급수용이 필요하다는 사실이 적시되어야 한다. 긴급수용은 그 사유가 해소되거나 법원이 치료감호 등을 선고하지 않았을 때에는 취소된다(§126a III StPO). 법원의 긴급수용명령이나 수용영장의 기각에 대해서는 항고 및 재항고를 통해 다룰 수 있다. 한국의 경우 이러한 수용절차가 없다는 점에서 비교의 대상이 된다. 즉 한국에서는 피의자 또는 피고인의 심신상태를 감정하기 위해 감정유치를 할 수 있지만 이는 심신상실 여부를 확인하기 위한 절차일 뿐이고, 심신상실이 확인되었을 때에는 치료감호 처분이 내려진다. 예컨대 피의자 또는 피고인이 심신상실상태에 있음이 확실한 경우 치료감호 처분이 내려질 때까지 이들을 수용할 수 있는 형사법적 절차가 없다는 것이다.

◇ **Einwendungsdurchgriff** 【 항변의 관철 】

두 당사자 사이에 발생하는 항변사유가 그 당사자 관계를 넘어 제삼자와의 관계에서도 주장·관철될 수 있는 법률관계를 설명하기 위한 개념이다. 법에 의해 규율되는 생활관계인 법률관계(Rechtsverhältnis)는 무수한 관련성을 갖는 연속된 실재의 생활관계를 두 당사자 관계로 분리·차단함으로써 합리적인 법 발견을 추구하고 있다. 이는 특히 채권관계(Schuldverhältnis)에서 뚜렷이 나타나고 있다. 하나의 급부를 지향하는 채권자와 채무자라는 두 사람 사이의 채권관계 실현과 관련하여, 현실의 실재에서는 제삼자 역시 중요한 이해관계를 가질 수 있다. 가령 채무자가 채권자에 대해 일정한 급부를 약속한 경우, 그 채권자에 대해 부양청구권을 갖는 제삼자의 이해관계는 채무

자의 급부이행에 따른 부양의무자인 채권자의 급부능력이 증가함에 의해 영향을 받을 수 있다. 그렇지만 채권자와 채무자 사이의 관계는 원칙적으로 이 같은 제삼자의 이해관계를 고려하지 않고 판단하게 된다. 이러한 원칙에 대한 예외로서 민법전과 판례는 두 당사자 사이에서만 효력을 갖는 항변을 일정한 경우에는 제삼자에게도 그 효력을 확대시키고 있다. 가령 민법 제546조 제 2 항에 따르면 임대차계약이 종료한 경우 임대인은 임차인으로부터 목적물의 사용을 양도받은 제삼자에 대해서도 목적물의 반환을 청구할 수 있도록 정하고 있다. 항변의 관철과 관련한 중요한 법리는 특히 타인으로부터 금용을 용자받은 할부계약의 유형에서 발전되었다. 즉, 금전소비대차계약에 의해 타인으로부터 매매자금을 용자받아 매매계약을 체결한 매수인은 일정한 요건에 따라 매매계약으로부터 발생한 항변, 가령 목적물의 하자를 이유로 한 계약해제와 같은 항변사유를 금전소비대차계약의 대주(貸主)에 대한 관계에서도 주장할 수 있도록 허용하고 있다. 판례에 의하여 발전된 이 같은 항변관철의 법리는 소비자신용계약법 (VerbrkrG) 제 9 조에 규정되어 있다가 현재에는 민법 제358조 이하에 편입·규정되기에 이르렀다. 우리나라의 경우에도 가령 할부거래에 관한 법률 제 7 조에서 할부거래 매수인이 매도인과의 계약을 철회한 경우 그 효력을 신용제공자에 대해 대항할 수 있도록 함으로써 항변의 관철을 인정하고 있다.

◇ Einwilligung 【(사전적) 동의】

Zustimmung

◇ enteignender Eingriff 【수용적 침해】

수용적 침해란 공공의 필요에 의하여 이루어진 적법한 공권력의 행사가 예상하지 못한 부수적이며 비정형적인 결과를 야기하여 개인의 재산권에 직접적인 피해를 주는 경우 이를 특별한 희생으로 보아 손실보상을 인정하는 이론이다.

원칙적으로 적법한 공권력의 행사로 인한 경미한 피해는 헌법상 재산권의 사회적 기속성에 의하여 이를 수인하여야 하지만, 그러한 피해의 정도, 종류, 규모, 지속성 등이 심대하여 관계인에게 수인의 한도를 넘는 일종의 특별한 희생이 발생하는 경우 이

에 대하여 손실보상이 인정되어야 한다는 것이다. 수용적 침해이론은 수용유사침해이론과 더불어 연방최고법원(BGH)의 판례를 통하여 성립·발전하였다(BGHZ 57, 359; 64, 220).

수용적 침해이론은 1981년 7월 15일 연방헌법재판소(BVerfG)의 결정인 자갈채취사건(NaBauskiesungsbeschluß, BVerfGE 58, 300)으로 법적근거에 대하여 근본적으로 수정되었으며, 적용범위도 축소되었다. 또한 연방헌법재판소(BVerfG)가 의무납본사건(Pflichtexamplar, BVerfGE 58, 137) 등을 통하여 제시한 “보상과 조절을 요하는 재산권의 내용과 한계에 대한 규정(ausgleichspflichtige Inhalts und Schrankenbestimmung)”이라는 이론과 관련하여 준립기반이 협소해졌다.

보상을 요하는 재산권의 내용규정이란 재산권에 대한 공용침해행위가 기본법(GG) 제14조 제1항 제2문에 해당하는 재산권의 내용과 한계를 규정하는 범주에 속하는 한 국가는 보상의무가 없지만, 예외적으로 기본권주체의 수인한도를 넘는 경우에는 법률에 의하여 보상의무가 요구된다는 것이다. 이 이론은 논리구조에 있어서 수용적 침해이론과 상당한 유사성을 가지고 있다. 그러나 수용적 침해는 공권력행사의 결과가 예상치 못한 비정형적인 형태로 나타나지만 일종의 특별한 희생이므로 보상규정의 존재 여부와 상관없이 보상을 요한다는 것인데 차이가 있다.

따라서 수용적 침해이론은 사전에 예상이 불가능한 부수적이고 비정형적인 피해의 발생에 대해서는 여전히 적용될 수 있다.

◇ enteignungsgleicher Eingriff 【수용유사침해】

수용유사침해란 헌법상 공용침해행위로 인하여 개인에게 특별한 재산적 희생이 발생하였음에도 불구하고 보상규정이 결여되어 있는 위법한 침해인 경우에 이를 수용행위와 유사한 공용침해로 보아 손실의 보상을 인정하는 이론이다.

이 이론은 연방최고법원(BGH)의 판례를 통하여 형성된 이론으로 수용적 침해이론과 더불어 독일의 행정상 손해전보제도의 미비점을 보완하고자 한 것이다. 즉 손실보상제도는 적법·무책한 행위를 전제로 개인의 재산상의 희생을 전보하는 제도이고, 국가배상제도는 위법·유책한 행위를 전제로 개인의 재산상의 손해를 전보하는 제도이다. 따라서 그 중간영역에 속하는 적법·유책한 행위나 위법·무책한 행위를 전제로 하여 발생한 개인의 재산적 희생은 전보할 수 있는 제도가 마련되어 있지 않으며,

이를 보완하기 위한 것이다.

초기에 연방최고법원(BGH)은 수용유사적 침해로 인한 손실보상의 법적 근거로서 과거 제국법원(Reichsgericht)이 제시한 프로이센일반란트법(PrALR) 총칙 제74조, 제75 조상의 일반적 희생보상청구권의 법리와 더불어 기본법(GG) 제14조 제 3 항의 재산권 조항을 거론하였다(BGHZ 6, 270).

이후 1960년대에 들어와 연방최고법원은 공용침해의 위법성은 손실보상을 위한 보상청구권의 본질적인 구성요건을 이루는 것으로 보아, 공용침해의 위법성이 보상규정의 결여에 의한 것이거나 여타의 실정법규정의 위반에 기인한 것이거나를 불문하였다(BGHZ 32, 208). 이에 따라 수용유사적 침해이론은 특별한 희생에 대한 손실보상의 성격을 넘어 재산권의 위법·유책한 침해에 대한 배상청구권에까지 확대적용되었다.

이러한 수용유사침해이론은 1981년 7월 15일 연방헌법재판소(BVerfG)의 결정인 자갈채취사건(Naßauskiesungsbeschuß, BVerfGE 58, 300)으로 근본적인 수정을 보게 되었다.

이를 계기로 연방최고법원(BGH)은 수용유사적 침해로 인한 손실보상청구권의 법적 근거를 과거와 같이 기본법(GG) 제14조 제 3 항에서 찾는 것이 아니라 프로이센일반란트법(PrALR) 제74조와 제75조의 규정에 근거한 일반적 희생보상청구권이라는 일종의 관습법으로 인정하고 있다. 이로써 수용유사적 침해와 수용적 침해제도는 존속하나 그 법적 근거는 바뀌었으며, 적용범위도 축소되었다.

◇ Entgeltfortzahlung 【 급여계속지급법 】

급여계속지급법이란 과실 없이 발생한 질병이나 휴일의 임금지급에 관한 사항을 통일적으로 규율하는 법률이다. 이 법은 임금계속지급법(Lohnfortzahlungsgesetz) 등 과거 근로자집단별로 구분·분산되어 있었던 사용자의 급여계속지급의무에 관한 규정을 통합하여 1994년 제정한 것이다. 이 법 제 3 조에 따라 질병으로 인한 근로능력 상실기간이 6주 이내인 경우에 근로자는 계속하여 사용자로부터 임금을 지급받을 수 있는 권리를 가지게 된다. 이러한 임금계속지급청구권은 근로관계가 중단없이 4주 이상 지속된 경우에만 인정된다. 질병으로 인한 근로능력 상실이 6주 이상 계속되는 경우 근로자는 질병보험자로부터 질병보조금(Krankengeld)을 받게 된다.

◇ Entziehung der Fahrerlaubnis 【 운전면허박탈 】

운전면허박탈은 형법상 보안처분(□□ Maßregel der Besserung und Sicherung)의 하나로서 자유제한적 보안처분이 된다(§61 Nr.4 StGB). 운전면허박탈은 ①자동차의 운행과 관련하여, 또는 자동차 운전자의 의무를 위반하여 저지른 불법행위로 인해 유죄선고를 받거나, 그러한 불법행위가 있었지만 오로지 책임무능력이 입증되거나 이를 배제할 수 없다는 이유로 유죄선고를 받지 않은 경우 ②행위자의 불법행위로부터 그가 운전이 적합하지 않다는 것이 드러났을 때 부과된다(§69 I StGB). 그리고 행위자의 불법행위가 1.도로교통위험야기(§315c StGB), 2.음주운전(§316 StGB), 3.교통사고로 사람이 사망하거나 심한 상해를 당했거나 타인의 재물이 심각하게 손상되었음을 알았거나 알 수 있었던 상황에서의 사고현장무단이탈(§142 StGB), 4.위 1부터 3의 행위와 관련된 완전주취 또는 환각상태(Vollrausch) 야기(§323a StGB)에 해당할 때에는 일반적으로 운전이 적합하지 않다고 간주된다(§69 II StGB). 판결의 확정과 더불어 운전면허는 취소되며, 독일 관청에서 발행된 면허증은 즉시 압수된다(§69 III StGB). 운전면허를 박탈할 때에는 동시에 6개월 내지 5년 이내에 새로운 면허가 발급될 수 없음을 결정한다(면허발급정지; §69a I S.1 StGB). 그러나 5년 이내의 기간 동안 면허발급을 정지하는 것이 행위자의 위험성을 방지하는 데 충분하지 않다고 예견될 때에는 영구적으로 면허발급을 정지할 수 있다(§69a I S.2 StGB). 행위자가 면허증을 소지하지 않고 있을 때는 면허발급정지만을 선고한다(§69a I S.3 StGB). 다만 법원은 보안처분의 목적을 해치지 않을 특별한 사정이 있을 때에는 특정 유형의 자동차에 대한 면허발급정지를 제외할 수 있다(§69a II StGB). 또한 법원은 행위자가 운전행위에 적합하다고 판단될 때에는 발급정지 후 3개월이 경과하면 조기에 면허발급정지를 해제할 수 있다(§69a VII StGB).

◇ Erbbaurecht 【 지상권 】

지상권은 토지에 대한 부담 내지는 제한으로서, 지표면 또는 지표 하에 어떤 건조물을 가질 수 있는 양도와 상속이 가능한 권리이다. 1919년 1월 15일 지상권규칙에

의해 규율되어 있다. 그 규칙이 BGB의 제1012조 이하를 대신하면서, 보충하는 역할을 하고 있다. 반복적인 이행기마다 일정한 지료를 지급함으로써 (이러한 지료는 일시에 지불할 수도 있고, 또한 사정의 변화에 따른 지료변경도 정할 수 있다), 일정기간동안 어느 한 토지면에 특정 건조물을 설치할 수 있는 물권적 권리를 취득한다. 지상권설정은 관계인의 합의와 등기부예의 등기를 필요로 한다. 토지소유권이전합의(□□ Auflassung) 규정은 여기에 준용되지 않는다. 지상권은 (강제집행에 대한 보호를 위하여) 항상 등기부상 제 1 번으로 설정된다. 지상권은 부동산유사의 권리이다. 따라서 원칙적으로는 토지처럼 양도되고, 저당권, 토지채권 또는 기타 제한물권설정이 가능하다. 이러한 물권적 권리들은 토지에 대해서가 아니라, 지상권 자체에 대해서만 제한물권 설정할 수 있다. 통상 합의된 기간의 종료로 지상권은 해지되며, 설치된 건물에 대한 소유권은 자동적으로 토지소유자에게 넘어 간다. 지금까지의 지상권자는, 그 토지등기부에 1번으로 등재된 권리에 대한 권리로서 그 가치에 대응하는 보상청구권을 가진다. 더욱이 지상권자에 의하여 토지소유자의 동의와 함께 지상권이 폐지될 수 있다. 이에 따라 지상권자의 의무, 즉 특정 전제 조건들의 개입 시에 지상권이 토지소유권자에게 넘겨야 할 의무가 존재한다(Heimfall; 지상권의 귀속). 이러한 지상권의 귀속청구권은 계약에 의하여 정해질 수 있다. 예를 들면 지상권자의 2년분 지료지급을 지체한 경우. 기간 경과의 경우와는 달리, 지상권의 귀속(Heimfall)이 이루어지는 경우에는 지상권은 소멸하지 않는다. 오히려 지상건조물과 여기에서 근거하는 부담이 토지소유자에게 넘어가서, 지상권이 새로이 양도되어질 수 있다. 그 때까지의 지상권자는 지상건조물과 관련하여 어떠한 수거권(Wegnahmerecht)도 가지지 못한다. 지상권자는 적당한 보상을 토지소유자로부터 받게 된다.

◇ erfüllungshalber 【이행을 위하여】

채무자가 채권자와의 사이에서 이행에 갈음하여(□□ an Erfüllungs Statt) 급부한다는 약정(§ 364 I BGB)을 하지 않은 채 원래 채권관계에서 정해진 채무내용과 다른 급부를 행하면서, 채권자의 원래 채권이 여전히 유지되지만 채권자가 그 이행대상물(Erfüllungssurrogat)을 수령하면서 그 대상으로부터 채권의 만족을 얻도록 시도한다고 합의하는 급부의 방법이다. 예를 들어 채무자가 매매대금 지급채무의 이행과 관련하여 채권자에게 수표(Scheck)나 어음(Wechsel)을 교부한 경우가 이행을 위한 급부의 일

반적인 예에 해당한다. 이행을 위한 방법으로 대물(代物)을 급부한 경우에는 이행에 갈음하여 행해진 경우와는 달리 원래의 채권이 곧바로 소멸하지는 않는다. 그렇지만 채권자는 자신에게 이행을 위하여 제공된 목적물로부터 채권의 만족을 얻도록 시도해야만 하고 이를 통해 채권의 만족을 얻은 경우 원래의 채권은 비로소 소멸하게 된다. 반면 대물에 의한 채권 만족이 행해지지 않은 경우, 채권자는 여전히 존속하는 원래의 채권을 실행할 수 있다. 다른 한편 채권자는 이행을 위하여 제공된 대물(代物)의 보관이나 환과과정에서 주의의무를 부담하며, 그 의무를 유책하게 위반한 경우 채권자는 채무자에 대해 손해를 배상할 책임을 진다.

◇ ergänzende Auslegung 【보충적 해석】

규범에 대한 해석(Interpretation) 방법 중의 하나이다. 즉, 헌법, 법률, 규칙, 정관 등과 같은 법률규범의 경우에 여러 가지 방법들이 서로 적용된다. 우선적으로 크게 법규정에 의한 해석방법과 학설에 의한 방법으로 나눌 수 있다. 법률에서 규정하고 있는 예로서는 민법(BGB) 제133조에서 의사표시의 해석에 관하여, “의사표시의 해석에 있어서는 실제의 의사가 탐구되어야 하며, 표현의 문자적 의미에 구애되어서는 안된다”고 규정하고 있다. 또한 제157조에서는 “계약은 신의성실이 거래관행을 고려하여 요구하는 대로 해석되어야 한다”고 규정하고 있다. 또한 학설에 의한 해석방법으로서 문자해석(□□ Wortauslegung), 문법적 해석(grammatikalische Interpretation)과 논리해석(logische Interpretation)가 있다. 논리해석은 목적론적, 체계적, 역사적, 성립사적 연구의 방법을 취하고 있다(광의의 의미로 논리해석이라 할 때는 문법적 해석을 포함한다). 이러한 논리해석을 도우는 수단으로서 보충적 해석의 형식을 취하게 되는데, 이 부분을 가리켜 보충적 해석(ergänzende Auslegung)이라고 한다. 이처럼 학설에 의한 해석방법을 제외한 법정해석(□□ Legalinterpretation) 유권해석(□□ Authentische Interpretation) 등이 존재한다.

◇ Ergänzungsschulen 【보충학교】

□□ Ersatzschulen 【대체학교】

◇ Erlaubnis 【허가】

허가는 공익상 특정한 행위를 법률에 따라 일반적·상대적으로 금지하고 특정한 경우에 이를 해제하여 적법하게 할 수 있도록 하는 행정행위이다. 허가는 공익침해의 우려 특히 공공의 안녕질서에 대한 우려가 있기 때문에 일정한 행위를 법률로 금지시켰다가 개인이 법률에서 정하고 있는 요건을 충족하는 경우 더 이상 공익침해의 위험이 없으므로 금지를 해제하는 것으로 상대적 금지의 해제를 의미한다. 따라서 절대적 금지사항은 허가의 대상이 될 수 없다.

허가의 대상이 되는 행위는 원래 인간의 자유영역에 속하는 사항이기는 하지만 공익목적의 달성을 위하여 잠정적으로 제한되는 예방적 금지에 해당하는 것이다. 이 점에서 예외적 승인(Ausnahmebewilligung)과 구별된다. 예외적 승인은 억제적 금지를 해제하여 주는 것으로서 행위 그 자체가 사회적으로 유해한 것이어서 법률에 의하여 일반적으로 금지된 행위를 예외적으로 허용하는 것이다. 따라서 예외적 승인은 절대적 금지는 아니지만 예외적인 사유가 없는 한 금지의 해제를 허용하지 않는 것이므로 허가에 비하여 행정청이 금지의 해제시 상당한 재량권을 갖는다. 허가에 해당하는 용어는 Erlaubnis 라는 용어 이외에 Genehmigung, Gestattung, Ausnahme, Befreiung, Konzession, Verleihung이라는 용어 등이 혼용되고 있다.

이들 용어의 사용례가 명확히 구별되어 있는 것은 아니지만 Erlaubnis, Genehmigung, Gestattung 등은 주로 당사자가 허가를 청구할 수 있는 경우에 사용되며, Ausnahme, Befreiung 등은 주로 일반적인 경우에는 반드시 지켜야 하는 실체법적인 규정을 사안에 따라 면제하는 경우에 사용되며, Konzession, Verleihung 등은 주로 당사자에게 청구할 수 있는 권리가 없는 경우에 사용한다. 가장 대표적인 것으로는 연방건축법(BauGB)에 의한 건축허가(Baugenehmigung), 음식점법(GastG) 제 2 조에 의한 음식점영업허가(Gaststätenerlaubnis) 등을 들 수 있다.

◇ Erlebensfallversicherung 【생존보험】

Erlebensfallversicherung은 Erleben이라는 ‘생존하다’라는 의미의 동사와 사건, 사고 또는 경우라는 의미인 명사 Fall과 보험의 뜻을 가진 Versicherung이 결합한 것으로 생

존보험으로 정의할 수 있다. 보통 생명보험(Lebensversicherung)은 생존보험(Erlebensfallversicherung), 사망보험(Todesfallversicherung) 및 혼합보험(gemischte Versicherung)로 나뉜다. 생명보험은 보험자가 피보험자의 생명에 관한 보험사고가 생길 경우에 약정한 보험금액을 지급하기로 하는 인보험인데 여기에서 생명에 관한 보험사고에 대한 관점에서 일정한 보험기간까지 생존하는 경우를 생존보험이라 하고, 반면에 피보험자의 사망을 보험사고로 하여 보험금을 지급하는 것을 사망보험이라 한다. 또한 일정한 보험기간까지의 생존과 사망 모두를 보험사고로 하는 것을 혼합보험이라 한다. 즉 일정한 보험기간까지 피보험자의 사망을 보험사고로 한 경우에 보험사고인 사망의 결과가 발생하지 아니하고 보험기간이 끝난 때에도 보험자의 보험금액의 지급책임이 생기는 것으로 생존보험과 사망보험을 혼합한 형태의 것이다. 생존보험에는 교육보험, 혼인자금보험 등이 있는데 이의 특수한 형태가 일종의 연금보험인 것이다.

◇ Ermessen 【재량】

행정행위는 법규의 기속 정도에 따라 기속행위와 재량행위로 나누어진다. 재량행위란 행정행위의 근거법규가 법률상 일정한 요건이 충족되었을 때 행정청으로 하여금 일정한 행위를 하거나 하지 않을 수 있는 여지를 부여하거나, 행위의 여지가 있을 때 다양한 수단 중에서 어느 하나를 선택할 수 있는 가능성을 부여하는 것을 말한다.

재량행위를 규정하는 법률은 ‘재량(Ermessen)’이라고 직접 표현하는 경우도 있으나 대부분의 경우 ‘kann’, ‘darf’, ‘ist befugt’ 등의 용어를 사용한다. 이에 비하여 기속행위의 경우에는 ‘muß’, ‘ist zu …’, ‘darf nicht’ 등의 용어를 사용한다. 과거에는 자유재량행위라는 용어를 사용하여 법적으로 아무런 한계나 제한이 없는 상태에서 재량권을 행사할 수 있는 것으로 이해되었으나, 오늘날 이러한 재량행위는 존재하지 않는다. 오늘날의 재량은 법적 의무에 합당한 재량(pflichtmäßiges Ermessen)이며, 이러한 한계를 일탈한 재량권의 행사는 위법한 것으로서 사법적 통제의 대상이 된다.

연방행정절차법(VwVfG) 제40조는 “행정청이 재량에 따라 행위할 수 있는 경우에 행정청은 수권의 목적에 합당하도록 하여야 하며 법적인 한계를 준수하여야 한다 (Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.)”라고 규정하고 있다. 법률이 행정청에 재량권을 부여하고 있다

라도 경우에 따라서 기본권규정이나 기타 다른 헌법규정이 개입되는 경우에는 당해 행정청은 오로지 한 가지의 선택가능성만 남게 되는 경우도 있다. 이를 재량권의 영으로의 수렴(Ermessensreduzierung auf Null)이라고 하며, 이러한 경우에는 기속행위와 같은 결과가 된다.

◇ Ermittlungsrichter 【 수사법관 】

수사법관은 수사과정의 중요한 결정에 참여하고 검찰의 수사를 통제하는 역할을 담당하는 법관을 말한다. 원래는 검사가 수사의 주재자로서 실체적 진실의 규명과 국가형벌권 실현을 위해 필요한 모든 처분을 담당하지만, 특별히 피의자·피고인의 권리를 심각하게 침해하는 처분은 법관에게 유보되어 있다. 수사법관은 이러한 처분에 대한 결정을 관할한다. 형사소송법 제162조는 ‘수사법관’이라는 제목 아래 “검사가 법관에 의한 수사활동이 필요하다고 판단할 때에는 관할 지방법원에 이를 신청하여야 한다”고 하여 수사법관의 개념을 법률에 규정하고 있다. 이 규정에 따라 수사법관은 신청된 수사활동의 허용 여부를 심사한다. 구체적으로 수사법관이 담당하는 업무로는 공소시효의 정지(§78c StGB), 수사상의 증거보전(§§251, 254 StPO), 수사상의 증인신문 및 감정인신문(§§161a I, 65 StPO), 면허정지처분(§111a I StPO), 압수·수색 영장 발부(§§98 I, 111n I StPO), 구속영장 및 긴급수용영장 발부(§§114 I, 126a StPO), 신원확인을 위한 자유박탈의 허용여부 및 기간 결정(§163c I), 혈액검사 및 신체검사 영장발부(§§81a II, 81c V StPO), 통신감청 및 기타 기술수사 영장발부(§100b StPO), 비밀수사관의 투입결정(§110b II StPO), 검문소설치 및 검색수사 영장 발부(§§111 II, 98b StPO) 등 매우 광범하다. 뿐만 아니라 수사법관은 긴급한 경우에는 검사의 청구 없이 직권으로 수사활동에 개입할 수 있다. 형사소송법 제165조는 이러한 경우를 ‘긴급검찰(Notstaatsanwalt)’이라 하여 긴급한 사안에서 검사와 연락이 되지 않는 경우 법관은 검사의 청구 없이 필요한 수사활동을 할 수 있다고 규정하고 있다. 물론 이러한 경우에도 검사의 수사권을 보장하기 위해 사후의 조치들은 검사가 담당하도록 하고 있다(§167 StPO조). 한국에는 수사활동과 관련한 법관으로 ‘영장전담법관(형사소송규칙 제96조의5)’이 있지만, 독일처럼 수사활동에 포괄적으로 개입하는 법관에 대한 통일적 개념이 없으므로 참고의 대상이 된다.

◇ Ersatzaussonderungsrecht

□□ Aussonderungsrecht

◇ Ersatzfreiheitsstrafe 【노역장유치】

‘Ersatzfreiheitsstrafe’는 직역하면 ‘대체자유형’ 또는 ‘자유형대체’ 쯤 되겠지만 그러한 용어는 이 제도의 내용에 대한 오해를 불러올 수 있으므로 한국의 상응하는 제도인 ‘노역장유치(한국형법 제70조)’로 번역한다. 노역장유치는 ‘체납유치’라고도 하는데, 벌금 또는 과료를 납부하지 않은 자에 대해 부과되는 환형처분(換刑處分)이다. 한국형법 제70조는 “벌금 또는 과료를 선고할 때에는 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다”고 규정하고 있다. 독일형법에서는 제43조에 “벌금형을 납부하지 않을 때에는 자유형을 집행한다. 1일수(日數)는 1일의 자유형에 해당한다. 노역장유치의 최소한은 1일이다”라고 규정되어 있다. 노역장유치는 환형처분이라고 하지만 실질적 형벌에 해당한다. 즉 벌금형을 강제하기 위한 강제수단에 그치는 것이 아니라는 것이다. 그러므로 노역장유치가 집행되면 벌금형은 집행된 것으로 본다. 노역장유치의 집행조건은 벌금이 납부되지 않는 것이다. 하지만 벌금형을 선고받은 자가 벌금을 납부할지 아니면 노역장유치로 대신할지를 선택할 수 있는 것은 아니다. 그러므로 벌금이 납부되지 않으면 우선 벌금형이 집행되도록 시도하여야 한다. 경우에 따라서는 반복하여 시도하여야 한다. 또한 수형자가 벌금납부를 회피하려는 의도를 가진 것으로 보이지 않을 경우에는 노역장유치에 2주간의 유예기간을 두어 벌금을 납부할 기회를 줄 수도 있다. 노역장유치의 집행기관은 검찰이다. 검찰은 벌금을 납부되지 않을 경우 유죄확정자에게 청문의 기회를 준 후 노역장유치를 집행한다(§459e StPO). 법원은 노역장유치의 집행이 유죄확정자에게 지나친 고통이 될 때에는 그 전부 또는 일부에 대해 집행을 면제할 수 있다(§459f StPO).

◇ Ersatzschulen 【 대체학교 】

독일 기본법 제 7 조 제 4 항 제 2 문에 따르면 국·공립학교를 대체하는 사립학교는 국가의 인가를 필요로 하며 또한 주법률에 따른다고 하고 있다. 대체학교란 국·공립학교를 대체해야만 하는 학교 또는 국·공립학교를 대체하기에 객관적으로 적합한 학교라고 간략히 설명되기도 하지만, 통상은 학교설립과 그에 따른 교육목표에 따라 기존의 학교체제 내에서 현재 각 주에 존재하고 있거나 또는 기본적으로 그 존재가 예견되어지는 그런 기존의 학교를 대체하는 것으로 기능해야만 하는 학교라고 할 수 있다. 예를 들면 기존의 고등학교(Gymnasien)를 대체하는 사립고등학교(Private Gymnasien)와 같이 그 명칭도 기존의 학교체제에 따른 명칭을 그대로 사용하면서 기존의 국·공립 고등학교를 대체하는 기능을 가진 사립 고등학교를 말한다.

이에 반해 보충학교(Ergänzungsschulen)란 대체학교가 아닌 사립학교로서 기존의 공적인 학교체제의 틈을 메워주는, 즉 보충적 성격의 학교를 말한다. 이런 보충학교의 예로서는 기존의 학교체제 밖에 있는 것으로서 통상 직업형성학교의 성격을 갖는 학교로서 ‘어학교육을 위한 학교(Sprachschulen)’나 ‘체육학교(Gymnastikschulen)’들이 여기에 해당된다. 그밖에도 영업적으로 설립·운영되면서 학교라는 명칭은 사용하지만 직업활동적인 성격이 강한 자유로운 수업시설의 형태를 지닌 우리의 학원과도 같은 ‘무도학교(Tanzschulen)’나 ‘자동차운전학교(Fahrschulen)’들도 여기에 속한다고 할 수 있다.

독일에서 대체학교와 보충학교 사이의 중요한 법적인 차이점은 그 설립행위와 학교 이용관계의 특성에서 찾아 볼 수 있다. 먼저 대체학교로서의 사립학교는 기본법 제 7 조 제 4 항 제 2 문에 따라 국가의 인가를 요하며, 여기서의 인가는 국·공립학교와 같은 가치를 가지게 된다는 의미의 ‘동가치성’을 부여하는 의미를 갖는 것이다. 따라서 인가를 받아 국·공립학교와 같은 동가치성을 인정받은 대체학교는 그 교육이 국·공립학교에서의 교육수준에 결코 뒤지지 않는다는 것을 인정받은 것이며 또한 동가치성이란 결코 국·공립학교에서의 교육수준에 뒤떨어져서도 안 된다는 것을 의미하는 것이다. 여기서 유의해야 할 사항으로는 인가의 조건으로서 국·공립학교와 비교하여 교육목표, 교수계획이나 교사의 교육정도 등이 일치할 것을 의미하는 소위

‘동질성’을 요구하는 것은 아니라고 하는 것이다. 왜냐하면 이런 동질성 요구는 국·공립학교에 대한 교육적 대안의 형태라고도 할 수 있는 사립학교의 기본사상에 반한다고 볼 수 있기 때문이다. 동가치성이 대체학교의 첫 번째 요건이라면, 다른 요건으로는 학부모의 재산상태에 따라 학생을 차별하지 않으며 그리고 교사의 경제적·법적 지위가 충분히 보장되어 있어야 한다는 것을 들 수 있다. 이상의 요건들은 기본법 제 7 조 제 4 항 제 3 문과 제 4 문에서 명시적으로 규정하고 있다. 그밖에도 기본법 제 7 조 제 5 항에서는 ‘사립의 초등학교(Private Volksschule)’에 대해서는 특별히 교육관청이 특별한 교육상의 이익을 인정하는 경우 또는 교육권자의 신청을 근거로 종파의 구별이 없는 연합학교, 특정의 종파학교 또는 세계관학교로서 설립되어야 할 경우, 그리고 이런 유형의 국·공립학교가 그 지역에 없는 경우에만 이런 사립의 초등학교가 인가된다고 하는 특별규정을 두고 있다. 마지막으로 대체학교 및 보충학교는 권위적 학교제도에 대한 대안적 학교운동이라고 할 수 있는 소위 대안학교(Alternativschulen)와는 구별된다.(GG Art. 7 (4) Das Recht zur Errichtung von privaten Schulen wird gewährleistet. Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Staates und unterstehen den Landesgesetzen; 사립학교를 설립할 권리는 보장된다. 국·공립학교를 대체하는 사립학교는 국가의 인가를 필요로 하며 또한 주법률에 따른다.)

◇ Ersitzung 【 취득시효 】

‘앉아 있다’라는 뜻을 가진 sitzen 이라는 동사에 결과나 생산을 표현하는 비분리 전철 ‘er’를 결합한 표현으로 ‘단순히 오래 지속하였다는 것만으로 무엇인가를 얻다’라는 뜻을 갖고 있는데, 취득시효로 국역된다. 취득시효에 의한 소유권취득은 동산과 부동산 모두에 대해서 인정되고 있으며, 민법은 우리나라 민법의 구성방식과는 달리 부동산에 관한 등기부취득시효(Buch- oder Tabularersitzung)에 대해서는 제900조에 서, 그리고 동산에 관한 점유취득시효에 관해서는 제937조 이하에서 별도로 규정해 두고 있다. 부동산에 관한 등기부취득시효의 경우 그 요건으로는 취득자가 등기부에 소유자로 기대된 채 30년간의 자주점유가 있어야 하며(§ 900 I BGB), 이는 부동산소유권 이외에 등기부에 기재되는 부동산에 대해 점유할 권리, 가령 지상권(□□ Erbbaurecht), 구분소유권(Wohungseigentum) 또는 역권(□□ Dienstbarkeit)에 대해서도 준용된다(§ 900 II BGB). 다음으로 동산에 관한 점유취득시효는 취득자의 자주점유

(Eigenbesitz)와 선의(guter Glaube), 그리고 10년의 시효기간 완성을 요건으로 하고 있다(§ 937 BGB). 취득시효의 완성으로 인해 취득자는 목적물에 관한 소유권을 원시취득(originärer Erwerb)하게 되며, 소유권을 상실하게 되는 원래의 소유자에 대해 소유권 취득에 따른 부당이득의 반환의무를 부담하지 않는다. 동산에 대해서만 선의취득을 인정하는 우리나라의 민법(제249조)과 달리 독일 민법은 부동산에 대해서도 등기부에 공신력을 인정하여 선의취득(gutgläubiger Erwerb)을 인정하고 있으나(§ 892 BGB), 그 시효기간의 길이와 관련하여 취득시효에 의한 소유권취득은 현실적으로 중요한 의미를 갖지는 않는다. 단지 선의취득이 인정되지 않는 경우, 가령 유실물(abhandend gekommene Sache)의 취득, 양도행위의 하자가 소유권의 결여가 아닌 처분권의 제한과 같은 다른 사정에 놓여 있는 경우, 또는 소유자가 자신의 소유권취득의 원인을 증명할 수 없는 경우에 취득시효에 의한 소유권취득이 문제될 뿐이다.

◇ Erstprämie 【 최초보험료 】

보험계약이 체결되면 보험계약자는 보험료납입의무를 진다. 보험료는 보험자가 보험금지급책임을 지는 대가로서 보험계약자가 지급하는 금액이다. 일반적으로 보험료는 일시납이 원칙이지만 예외적으로 분납을 하기도 한다. 그러한 관계로 보험계약성립시에 납부하는 보험료와 그 이후에 내는 보험료로 구분이 되는데 보험료지급의 유예없이 보험자의 책임을 시작하게 하는 보험료를 최초보험료(Erstprämie)라고 한다. 이 최초보험료에 대하여 상대적인 개념을 계속보험료(Folgeprämie)라고 하는데 이는 일단 시작한 보험자의 책임을 계속 이어가게 하는 보험료이고 Nachprämie라고도 한다. 여기에서 최초보험료와 계속보험료 사이에서 다시 구분해야 할 것이 제 1 회 보험료(die erste Prämie)와 제 2 회 이후의 보험료(die folgende Prämie)이다. 제 1 회 보험료란 첫 번째 지급하는 보험료를 말하고 제 2 회 이후의 보험료란 그 후에 지급하는 보험료를 의미한다. 최초보험료는 보험자의 책임을 개시시키는 보험료로서 이는 언제나 제 1 회 보험료가 된다. 그러나 제 1 회 보험료가 항상 최초보험료가 되는 것은 아닌데 이는 제 1 회 보험료의 지급을 유예하는 경우에는 보험료 지급 이전에 책임이 개시되고 그 후에 제 1 회 보험료의 지급이 있게 되는 것이다. 이 경우에는 제 1 회 보험료가 계속보험료가 된다. 물론 제 2 회 이후의 보험료는 언제나 계속보험료이다. 그러므로 제 1 회 보험료는 지급의 유예가 없는 보통의 경우라면 최초보험료가 될 것이

고 지급의 유예가 있는 특별한 경우라면 계속보험료가 되는 것이다.

□□ die erste Prämie 【 제 1 회의 보험료 】

◇ Erstrisikoversicherung 【 제 1 차위험보험 】

제 1 차위험보험(Erstrisikoversicherung)은 손해보험으로서 첫 번째 위험에 대한 보험이라고 한다. 즉 보험자와 보험계약자 사이의 특약으로써 보험금액의 범위 내에서 전체 손해액을 지급할 것을 약정하는 보험을 제 1 차위험보험(Erstrisikoversicherung, Versicherung auf erstes Risiko)이라고 하는데 이를 실손보상계약이라고도 한다. 흔히 화재보험에서 많이 이용되는 것이다. 손해보험, 특히 적극보험(Aktiven Versicherung)에서 손해사고의 경우에 보험금액뿐만 아니라 보험가액을 통해서도 그 정도에 따라 보험자의 이행은 제한된다. 보험가액이 보험금액보다 크다면 일부보험(Unterversicherung)이 될 것이다. 그러나 계약에 따라 각각의 손해를 보험가액을 고려하지 않고 보험금액의 한도까지 보상하는 경우를 곧 제 1 차 위험보험이라 한다. 이 같은 제 1 차위험보험은 부분손해(Teilschäden)에 있어서 특별히 중요하다. 소극보험(Passivenversicherung)이 그 본질에 따라 제 1 차위험보험인 경우가 보통인데, 이는 소극보험에서는 피보험이익을 미리 평가할 수 없으므로 보험가액이라는 조정요소가 존재하지 않기 때문이다. 제 1 차위험보험을 ‘Erstrisikoversicherung’이라고 부르기도 하고 또는 ‘Versicherung auf erste Gefahr’라고 칭하기도 한다.

◇ Erziehungsbeistandschaft 【 보호후견 】

보호후견은 소년법원법(JGG)의 제재수단 중 보호처분(□□ Erziehungsmaßnahmen)의 하나이다. 보호후견은 아동 및 소년보호법(KJHG)상의 제도가 소년법절차에서 보호처분의 하나로 부과되는 것이다. 그러나 보호처분으로서는 큰 의미를 갖지 못하고 다만 범죄소년을 소년보호법의 보호대상으로 인도하는 기능을 담당하고 있다. 소년보호법 제30조에 의하면 보호후견인의 과제는 소년이 성장과정에서의 문제점을 극복하고 홀로 설 수 있도록 돕는 것이다. 보호후견의 대상은 특히 소년의 부모-자식-관계와 그 밖의 사회적 관계, 그리고 교육과 직업에서의 문제점들이다. 이러한 보호후견이 시설보호(□□ Heimerziehung)에 비해 갖는 장점은 소년이 자신의 사회적 환경에 여전히 남

아서 사회적 관련그룹과 관계인, 즉 부모나 친구 등과 변함없이 접촉을 유지할 수 있다는 점이다. 이러한 보호후견이 소년법원법상의 보호처분으로 부과되기 위한 요건은 아래와 같다. 첫째, 보호처분의 일반적 요건(□□ Erziehungsmaßregeln)이 갖추어져야 한다. 보호후견에서는 특히 비례성의 원칙이 중요하다. 둘째, 행위자가 소년(Jugendlicher)이어야 한다. 보호후견은 장기간에 걸쳐 이루어지기 때문에 소년이 17세 이상이면 보호후견을 부과하지 않도록 하는 것이다. 셋째, 소년의 복지에 상응하는 교육은 보장되지 않는다. 이는 보호후견이 민법상의 후견제도와는 달리 하나의 제재로서 부과되기 때문이다. 넷째, 보호후견의 부과를 위해서는 ‘보호의 필요성’이 존재하여야 한다. 즉 보호후견이 다른 제재수단에 비해 가정 적합하고 필요한 도움이 되어야 한다는 것이다. 다섯째, 소년국(Jugendamt)과 의견의 일치를 보아야 한다. 소년법원법 제12조는 보호후견의 부과에 앞서 소년국의 의견을 청문하도록 규정하고 있다. 이와 같은 요건이 갖추어지면 소년법원이 보호후견을 부과하며, 보호후견은 소년이 성년에 도달하는 때에 종료된다.

◇ Erziehungsmaßregeln 【 보호처분 】

보호처분은 소년법원법(JGG)의 제재수단이다. 소년법원법에 의하면 소년범죄에 대한 제재는 크게 보호처분(§9 JGG)과 훈육처분(□□ Zuchtmittel), 소년형벌(Jugendstrafe)의 세 가지로 구별된다(§5 JGG). 훈육처분과 소년형벌은 보호처분으로 부족하다고 판단될 때 부과되는 보충적 수단이 된다(§5 II JGG). 소년범죄에 대한 제재수단으로는 소년법원법상의 세 가지 제재 이외에 형법상의 보안처분이 가능하다(§7 JGG). 이러한 제재수단들 중에서 보호처분은 다시 훈시(□□ Weisungen: §10 JGG), 보호후견(□□ Erziehungsbeistandschaft: §12 JGG), 시설보호(□□ Heimerziehung: §12 JGG)의 세 가지로 구성된다. 보호처분은 소년범죄에 대한 제재에서 ‘교육적 사고의 우선’을 제한 없이 반영하는 제도이다. 보호처분은 순전히 교육적 목적에서 부과되어야 하며 형벌적 성격을 배제해야 한다는 것이 다수의 견해이다. 보호처분을 부과하기 위한 요건으로는 첫째, 범죄행위(Straftat)가 있어야 하며, 둘째, 범죄행위가 ‘교육의 부족’ 때문에 나타난 것으로 볼 수 있어야 하며, 셋째, 비례성의 원칙에 부합하여야 한다(§5 JGG). 구체적으로는 보호처분은 속죄를 목적으로 부과되어서는 안 되고, 합법적 행위를 일깨울 것을 목적으로만 부과되어야 한다는 것이다. 이와 같은 보호처분은 한국 소년법상의

보호처분과 차이가 있다. 본질적인 내용은 유사하지만 구체적으로 보면 한국소년법상의 보호처분 중에서 보호자 또는 후견인에 대한 감호위탁(소년법 제32조 제 1 항 제 1 호), 보호관찰(같은 항 제 2 호, 제 3 호), 복지시설 등에의 위탁(같은 항 제 4 호), 요양소 등에의 위탁(같은 항 제 5 호) 등은 독일의 보호처분에 상응하는 반면, 소년원수용(같은 항 제 6 호, 제 7 호)은 독일의 보호처분과는 전혀 다른 내용이므로 구별하여 이해하여야 한다. 한국소년법상의 소년원수용은 독일 소년법원법의 제재수단 중 소년형벌에 가까운 것으로 보아야 한다.

◇ **essentialia negotii** 【 법률행위의 본질적 내용 】

이는 라틴어로서 독일어로 번역된 문장은 ‘wesentliche Bestandteile eines Rechtsgeschäfts (Hauptinhalt eines Rechtsgeschäfts)’이다. 그러니까 간단하게 ‘법률행위의 주 내용’이라고 할 수 있다. 법률행위 자유의 원칙 속에는 내용형성의 자유(inhaltliche Gestaltungsfreiheit)가 포함되어 있으며, 이러한 내용형성의 자유는 당사자들 자신의 책임 하에 권리관계의 형성을 결정할 수 있도록 한다. 따라서 계약체결의 자유와 내용형성의 자유는 겹칠 수 있다. 법률행위의 내용은 그 본질적 내용(essentialia negotii)으로 구성되어 있다. 그 본질적 내용에는 이행되어질 급부와 그에 대한 반대급부 및 그 사이의 상당관계가 존재한다. 거기에 계약해결을 위하여 중요한 부수적 내용(Nebenbestimmungen eines Rechtsgeschäfts)이 더해진다. 이러한 법률행위의 본질적 내용은 원칙적으로 당사자들에 의하여 확정되어야 한다. 자본주의경제의 법률에서는 그 계약이행의 대상에 대하여, 즉 자동차, 토지, 책 또는 다른 것들에 대하여, 또한 소유권 또는 일시적인 점유의 이전 그리고 그것들을 위하여 얼마를 지불해야 하는지도 구체적으로 지정하지 않는다. 결론적으로 계약 체결의 자유는 내용에 대한 형성의 자유를 의미하며, 그 내용에 대해서는 법률이 그 본질적 내용에 대한 규제형식은 위에서 언급한 원칙만이 적용된다. 법률행위의 부수적 내용이란 계약의 주된 본질적 내용을 제외한 법률행위의 내용을 의미하게 되며, 법률행위의 변경 가능한 구성부분(naturalia negotii (natürliche, aber änderbare Bestandteile des Rechtsgeschäfts))과 비본질적 부분(accidentalia negotii (unwesentliche Bestandteile eines Rechtsgeschäfts))으로 나눌 수 있다. 이와 반대로 법률행위의 부수적 내용(naturalia negotii (natürliche, aber änderbare Bestandteile des Rechtsgeschäfts))과 비본질적 부분(accidentalia negotii(unwesentliche Bestandteile eines

Rechtsgeschäfts))은 법률에 의하여 형성된다. 입법자는 이에 관하여 채권법에서 여러 방면으로 규정하고 있다. 그것이 계약에 관여한 당사자의 권리나 이익에 관한 것인 한, 그들의 이익들을 원칙적으로 자신들의 책임으로 규정하고 있다. 이에 따라 법률 규정은 채권법분야에서는 원칙적으로, 당사자의 합의에 의하여 실효시킬 수 있는 그리고 다른 규정이 없는 한도 내에서, 처분적 권리로 분류하고 있는 것이다.

◇ Eviktionshaftung 【추탈담보책임】

‘보다 우월한 권리에 의해 점유를 빼앗긴다’라는 외래어 Evition의 복합표현으로서 추탈담보책임으로 번역된다. 추탈담보책임은 매수인이 매매목적물에 관해 그 보다 우월한 권리를 주장하는 제삼자에 의해 점유를 추탈(追奪)당하고 이로써 목적물을 용익할 수 없게 된 것에 대한 매도인의 책임을 뜻한다. 추탈담보책임은 원래 로마법시대로부터 기원한 것으로서, 당시의 관념에 따르면 매도인은 매수인에 대해 소유권을 이전하기 위한 행위를 할 의무를 부담하나 그 결과에 대해서는 의무를 부담하지 않는다고 이해되었다. 그렇지만 매도인은 매수인에 대해 일단 취득하게 된 점유를 제삼자에 의해 추탈당하지 않을 것에 대한 보장을 제공해야만 한다고 이해되었다. 이에 따라 만약 제삼자가 매수인에 대해 소유권 또는 점유할 권리(□□ Recht zum Besitz)를 소송상 주장하는 경우 매도인은 그 소송에 참가하여 매수인을 보호하여야 하고, 만약 매수인이 제삼자에게 물건을 반환해 주어야 할 경우 매도인은 매수인에 대해 손해배상의 책임을 부담해야만 하였다. 이때 그 책임의 근거는 매도인이 매수인에게 그 의무에 반하여 소유권을 조달해 주지 못한 것에서 찾아졌던 것이 아니라 매도인이 매수인에 대해 매매계약에서 보장하였던 점유가 박탈당하게 되었던 것에서 찾았고, 따라서 추탈담보책임이라는 표현을 얻게 되었다. 그러나 민법은 이와 관련하여 추탈담보책임의 내용을 단지 매수인의 점유상실과 연결하지 않고 매도인으로 하여금 타인의 권리에 의한 부담이 없는 상태, 즉 완전한 소유권의 조달의무로 확대해 두고 있다(§§ 433, 435 BGB). 따라서 매수인이 타인에 의해 점유를 상실 당한 경우 이외에 제삼자를 위해 설정된 질권이나 저당권 등의 담보권에 의해 일단 취득했던 소유권 자체를 상실하게 되는 경우, 즉 권리의 하자(Rechtsmangel)에 대하여도 매도인은 매수인에 대해 책임져야만 한다. 이 때 매수인은 매도인에게 해제(Rücktritt), 대금감액(Minderung), 그리고 매도인의 과책이 있을 경우에는 손해배상을 청구할 수 있으며 더 나아가 추완

이행(Nacherfüllung)도 청구할 수 있다(§ 437 BGB).

◇ **ex nunc (=Von jetzt an) 【지금부터 미래를 향하여】**

이는 미래의 효과에서 그 의미를 가진다. 형성권(예를 들면 해지(Kündigung))행사의 경우에 그 효과는 미래를 향해서 가진다. 소급효(□□ ex tunc)가 있는 경우와 반대의 개념이다. 예컨대 임대차계약(Mietvertrag)의 경우에, 임대차관계의 해지(Mietkündigung)라는 의사표시에 의한 시점 이후부터 해지의 효과가 발생하게 된다.

◇ **ex tunc 【소급효가 있는】**

이는 독일어의 ‘거꾸로 효력을 미친다(Rückwirkend)’는 의미의 라틴어이다. 특정효과에 대하여 거슬러서 효력을 미친다는 의미이다. 취소된 계약은 소급되어 애당초 처음부터 체결되지 않은 것으로 본다. 반대의 의미로서는 ‘ex nunc’ 라는 용어를 사용하고 있다. 예를 들면, 해제에 의하여 계약은 처음부터 있지 않았던 것과 같은 효과가 생긴다. 즉, 해제는 소급효가 있다. 따라서 아직 이행하지 않은 채무는 소멸하고 이미 이행한 것은 법률상의 원인을 잃게 되어 각 당사자는 원상회복의 의무를 부담하게 된다. 이처럼 계약의 해제는 소급효가 있으나 임대차·고용·위임·조합 등의 이른바 계속적 계약에 있어서는 채무불이행 등을 이유로 계약관계를 도중에서 소멸시키더라도 이미 완전히 목적을 달성하고 있는 기왕의 부분까지도 이를 처음부터 없었던 것과 같이 할 필요나 이유가 없다. 이때에는 이행되지 않은 부분을 이후에 한하여 장래에 향하여(□□ ex nunc) 소멸시키는 것으로 충분하다. 이와 같이 소급효 없이 장래에 향하여 계약관계를 소멸(종료)시키는 것을 민법은, 특히 ‘해지’라고 한다.

[F]

◇ Fachplanung 【 부문계획 】

부문계획은 전문계획, 특정계획 또는 전문적 계획이라고도 한다. 행정계획을 계획 대상의 종합성 또는 개별성에 따라 분류하면 종합계획(Gesamtpannung)과 부문계획으로 구분한다. 종합계획은 특정 사안의 종합적이고 전체적인 목표를 설정하는 행정계획이며, 부문계획은 종합계획을 바탕으로 구체적인 사안의 실현 또는 각 행정부문의 특정한 사업 및 목적을 실현시키기 위한 계획을 말한다.

◇ falsa demonstratio non nocet 【 잘못된 표시는 해(害)가 되지 않는다 】

의사표시의 해석 및 그에 따른 효력과 관련하여 표의자가 비록 잘못 표시하였더라도 상대방이 표의자의 진의(wirklicher Wille)에 부합하는 내용으로 표의자의 표시를 이해하고 있는 한 그 법률행위는 표의자의 진의에 따라 성립한다는 법리를 표현한다. 독일어로는 'Falschbezeichnung schadet nicht'라고 표현되는 이 법리는 오표시무해(誤表示無害)의 원칙으로 번역되기도 한다. 이 법리는 의사표시의 해석에 관한 자연적 해석(natürliche Auslegung)의 전형적인 적용례로 이해되고 있다. 즉 자연적 해석이란 표의자의 표시 내용과 관계없이 내심의 진의에 따라 의사표시를 해석하는 방법인데, '잘못된 표시는 해가 되지 않는다'는 법리가 적용되는 경우와 같이 상대방이 표의자의 진의를 알고 있는 한 표시내용과는 달리 상대방이 이해한 바에 따라 표의자의 의사를 해석하더라도 상대방에게 어떠한 불이익을 가져다주지는 않기 때문이다. 가령 A와 B가 매매계약을 체결하면서 그 목적물을 통상적으로 표현되는 명칭과 달리 두 사람에게만 통용되는 용어로 표현하는 경우(합의에 의한 잘못된 표시) 또는 이와 같은 의도는 없었으나 가령 토지매매에서 토지의 지번을 착각으로 잘못된 표시한 경우 양 당사자 모두가 매매계약의 목적물로 다른 물건을 의도하고 있었던 한 바로 '잘못된 표시는 해가 되지 않는다'는 법리에 따라 양 당사자 사이에서는 표시된 바가 아니라 의도하였던 물건에 관한 계약이 성립한 것으로 인정된다. 이 같은 경우에는 의사표시의 해석을 통해 양 당사자의 의사가 상호 일치하고 있으므로 불합의(□□ Dissens)는 문제 되지 않는다.

◇ Falschaussage 【 허위진술죄 】

허위진술죄(Falsche uneidliche Aussage)는 증인이나 감정인에 대해 선서를 받고 신문을 행하는 법원이나 기타 기관에서 증인이나 감정인으로서 선서하지 않고 허위의 진술을 했을 때 성립하는 범죄이다(§153 StGB). 이는 선서 후 허위진술을 행하는 위증(Meineid: §154 StGB)과 구별된다. 또한 한국형법에는 없는 범죄구성요건이므로 참고의 대상이 된다. ‘선서를 받고 신문을 행하는 기관’에 검찰과 경찰은 해당하지 않는다. 따라서 검찰이나 경찰에서의 허위진술은 이 죄의 구성요건에 해당하지 않는다. 또한 민사소송에서 선서하지 않고 고의로 허위진술한 한쪽 당사자의 행위도 이 조항의 구성요건에 해당하지 않는다. 여기서의 진술은 선서하지 않은 모든 진술을 의미하며, 범죄에 대해 진술하지 않는 부작위도 포함된다. 허위진술죄의 고의는 객관적 허위를 진술한다는 인식과 진술을 하는 곳이 선서를 받고 신문하는 기관이라는 것에 대한 인식을 모두 요구한다. 허위진술죄는 진술을 마침으로써 기수가 된다.

◇ Familiendiebstahl 【 친족상도 】

형법 제247조는 “절도 또는 횡령죄에서 가족, 후견인 또는 보호자가 피해자이거나, 피해자가 행위자와 가정공동체(häusliche Gemeinschaft)에서 함께 살고 있을 때에는 고소에 의해서만 소추가 가능하다”고 규정하고 있다. 이를 한국형법의 경우와 비교하여 ‘친족상도’로 번역할 수 있을 것이다. 그러나 독일에서 친족상도는 친고죄이지만 한국의 경우 인적처벌조각사유가 된다는 점(제328조 제1항), 그리고 친족의 범위에서 다소 차이가 있는 점 등은 구별하여야 할 것이다. 친족(Angehöriger)의 범위는 형법 제11조 제1호에 규정되어 있는데, 자신과 배우자의 직계혈족, 배우자, 약혼자, 형제자매, 형제자매의 배우자, 배우자의 형제자매, 그리고 양부모와 양자가 친족이 된다. 가정공동체는 자유로운 결정에 따라 일정한 기간 공동으로 살림을 하거나 함께 거주하는 공동체를 말하는데, 예컨대 기숙사, 수도원, 양로원 등의 공동체가 여기에 해당한다. 그러나 군대의 군인이나 감옥의 죄수 등은 여기에 해당하지 않는다. 이와 같은 가정공동체에서의 절도죄 및 횡령죄의 문제를 독일형법은 이른바 ‘가정상도(Hausdiebstahl)’라고

표현하고 있다. 이렇게 보면 독일형법은 한국형법보다 친족의 범위를 넓게 인정하면서 친족상도를 친고죄로 하고 있는 특징이 있다. 친족관계와 가정공동체는 행위 당시에 존재하면 되고, 행위 후 이러한 관계가 해소되더라도 친고죄 규정은 여전히 적용된다.

◇ Feststellungsklage 【 확인소송 】

확인소송은 법률관계의 존부에 대한 확인을 구하는 소송이다. 연방행정법원법(VWGO) 제43조 제 1 항은 “원고가 즉각적인 확인에 대한 정당한 이익이 있는 경우에는 소송으로 법률관계의 존재 또는 부존재 또는 행정행위의 무효에 대한 확인을 구할 수 있다 (Durch Klage kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat(Feststellungsklage))”라고 규정하고 있다. 그러나 같은 조 제 2 항의 규정에 따라 원고가 자신의 권리를 형성소송(Gestaltungsklage)이나 이행소송(Leistungsklage)으로 소구할 수 있거나 또는 있었던 경우에는 확인소송은 제기하지 못한다. 단, 행정행위의 무효확인소송은 이러한 예외가 인정되지 않는다. 이에 비하여 민사소송법(ZPO) 제256조 제 1 항은 “원고가 법률관계 또는 문서의 진위여부에 대하여 즉각적인 법원의 판결을 구할 법적 이익이 있는 경우에는 법률관계의 존부, 문서의 진정성, 문서의 부진정성에 대하여 소송을 제기할 수 있다(Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.)”라고 규정하고 있다.

◇ Feststellungswirkung von Verwaltungsakten 【 행정행위의 확인적 효력 】

확인적 효력이란 행정행위의 효력 중 하나로 처분청 이외의 다른 행정청이나 법원은 특정한 행정행위에 근거가 되었던 사실적 및 법적 확인에 기속된다는 효력이다. 이러한 확인적 효력은 연방난민법(BVFG) 제16조와 같이 예외적으로 명시적 규정이 있는 경우에만 인정된다.

확인적 효력과 개념상 구별하여야 하는 것으로 구성요건적 효력(Tatbestandswirkung)이 있다. 구성요건적 효력이란 유효한 행정행위가 존재하는 한 그것이 취소할 수 있는 행위인가를 불문하고 모든 국가기관이 당해 행정행위의 존재와 법적 효과를 인정해야 하고 그 내용에 구속된다는 것을 말한다. 즉 특정한 행정행위의 존재와 내용은 당해 행정행위와 관련이 있는 다른 행정기관이나 법원의 결정에 구성요건요소가 되는 것을 의미한다. 예컨대 법무부장관이 특정인의 귀화를 허가하는 행정행위를 발한 경우에 다른 행정기관이나 법원은 비록 당해 귀화허가에 위법의 의심이 있더라도 귀화허가의 존재를 전제로 하여야 한다는 것이다.

◇ fiduziarisches Geschäft 【신탁행위】

Treuhand

◇ Folgebeseitigungsanspruch 【결과제거청구권】

결과제거청구권은 행정청의 공권력행사로 인하여 발생한 위법한 상태를 침해이전의 상태로 다시 회복시켜줄 것을 청구하는 일종의 원상회복청구권이다.

결과제거청구권에 관한 법리는 독일의 국가배상제도나 손실보상제도의 결함을 보완하기 위하여 학설과 판례에 의하여 발전된 것이다. 즉 금전적인 손해의 전보를 구하는 국가배상제도나 손실보상제도와 이들 제도의 결함을 보완하기 위한 수용유사침해이론과 수용적 침해이론으로도 구제되지 못하는 영역에서 개인의 권리구제에 크게 기여하고 있는 제도이다. 그러나 이 청구권의 법적 근거, 법적 성격, 내용 등에 대하여 아직 완전히 해결되지 않고 다양한 학설이 제기되고 있다. 법적 근거에 대하여는 민법(BGB) 제1004조, 제12조, 제862조의 유추적용, 정의의 원칙, 법치국가원리, 행정의 법률적합성의 원칙, 법률유보의 원칙, 자유권적 기본권, 포괄적 권리보호를 규정한 기본법(GG) 제19조 제4항 등 다양한 의견이 제시되고 있다. 법적 성격에 대하여는 공법상의 방해제거청구권(negatorischer Beseitigungsanspruch)로 보는 견해와 손해배상청구권의 한 형태인 원상회복청구권(Naturalrestitution)으로 보는 견해로 나누어져 있다. 결과제거청구권이 성립하기 위한 요건으로는 고권적 침해행위에 의하여 재산권과 같

은 주관적 권리에 위법한 상태가 초래되고 이러한 상태가 지속되고 있어야 한다.

결과제거청구권은 청구권의 구조상 일정한 한계가 있다. 첫째 결과제거청구권은 침해 이전의 상태를 회복하는 것이므로 원상회복이 가능하고 적법하며 기대가능한 것 이어야 한다. 따라서 실제로 원상회복이 가능하더라도 지나치게 많은 비용이 소요되는 경우에는 기대가능성이 결여된 것으로 이 청구권은 인정되지 않는다. 둘째 위법한 상태가 발생은 했으나 이러한 위법이 적법한 것으로 대치된 경우에도 결과제거청구권은 행사할 수 없다. 즉 위법한 처분이 있었으나 이것이 취소되고 새로이 적법한 처분으로 대치된 경우가 여기에 해당한다. 셋째 결과제거청구권의 행사가 불가능한 경우에는 보충적으로 손해의 배상이나 손실보상을 청구할 수 있다. 그러나 이는 결과제거청구권으로부터 직접 연유하는 청구권은 아니며 일반적 손해진보에 관한 법리가 적용되는 것이다.

◇ Folgeprämie 【 계속보험료 】

die folgende Prämie, Erstprämie

◇ Fortsetzungsfeststellungsklage 【 계속확인소송 】

계속확인소송은 사후적 확인소송(nachträgliche Feststellungsklage)이라고도 한다. 계속확인소송은 취소소송(Anfechtungsklage)의 소제기 이후 종국판결 전에 당해 소송의 대상인 행정행위가 해소되어 더 이상 취소소송을 계속할 수 없는 경우에 행정행위가 위법하였다는 것을 확인하는 소송을 말한다.

행정법원법(VWGO) 제113조 제 1 항 제 4 문은 “행정행위가 이미 취소 또는 다른 방법으로 해소된 때에는 원고의 신청에 따라 그가 확인에 대하여 정당한 이익이 있는 경우에 법원은 판결로서 당해 행정행위가 위법했음을 선언한다(Hat sich der Verwaltungsakt vorher durch Zurücknahme oder anders erledigt, so spricht das Gericht auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat.)”고 규정하고 있다.

취소소송의 계속 중에 당해 행정행위가 취소되면 소송의 대상이 사라졌으므로 더 이상 취소소송을 계속할 수 없게 된다. 이 경우 원고는 행정법원법(VWGO) 제161조

에 따라 본안이 해결되었음을 선언하고 소송비용에 대한 결정을 청구하거나 또는 행정행위의 취소를 구하는 원래의 취소소송을 확인소송으로 전환하여 이미 해소된 행정행위가 위법하였음을 확인 받을 수 있다.

행정법원법(VWGO) 제113조 제 1 항 제 4 문의 “취소 또는 다른 방법으로 해소된 때 (durch Zurücknahme oder anders erledigt)”라는 의미는 우선 당해 행정행위를 발한 행정청이나 또는 권한 있는 기관에 의하여 취소소송의 대상이 된 행정행위가 취소 또는 철회된 경우나 또는 다른 행정행위로 대체된 경우 등을 들 수 있다. 이 이외에도 행정행위가 효력을 상실하게 되는 경우도 포함된다. 예컨대 일신전속적인 권리에 대한 다툼에서 당사자가 사망한 경우가 이에 해당한다. 그러나 행정행위의 단순한 집행은 “다른 방법으로 해소된 때”에 해당하지 않는다. 그 이유는 행정법원법 제113조 제 1 항 제 2 문이 “(위법한) 행정행위가 이미 집행된 경우에는 법원은 집행의 취소와 어떻게 집행을 취소할 것인가를 판결한다”라고 규정하고 있기 때문이다.

◇ Frachtvertrag 【 운송계약 】

운송인(Frachtführer)과 송하인(Absender) 사이에 유상으로 재화를 운송할 것을 목적으로 하는 일종의 도급계약(Werkvertrag)을 운송계약(Frachtvertrag)내지 화물운송계약이라 한다. Fracht는 화물, 선적 또는 운임의 뜻을 가지고 있는데 이와 유사한 의미로 Spedition은 화물의 운송 또는 운송회사라는 의미로 쓰인다. 이와 같은 의미를 지닌 단어에 계약의 개념인 Vertrag이 합쳐져서, Frachtvertrag은 운송계약 내지 화물운송계약으로, Speditionsvertrag은 운송주선계약으로 된다. 여기서 운송주선계약이란 송하인을 위한 물품의 운송이라는 측면에서 사무처리를 목적으로 하는 도급계약이지만 예외적으로 고용계약일 수도 있다. 운송주선계약은 자기의 명의로 물건운송의 주선을 영업으로 하는 자가 타인의 계산으로 자기의 명의로 운송계약을 체결하는 것을 말한다. 운송주선인은 물품의 인도를 받아 운송준비를 하고 운송의 방법과 종류를 선택하고 필요한 운송계약을 체결한다. 운송주선인이 운송의 주선을 하는 대상은 물건인데 반하여 운송계약에 의하여 운송의 대상이 되는 것은 물건뿐만 아니라 여객의 운송도 그 객체가 된다. 운송계약은 운송이라는 일의 완성을 목적으로 하므로 도급계약이다. 또한 운송물의 수령인(Empfänger)이 이로부터 직접적인 권리를 획득하므로 이 운송계약은 민법 제328조의 제삼자를 위한 계약(Vertrag zugunsten eines Dritten)이다.

운송계약의 특별한 양태중의 하나가 철도운송계약이다. 운송계약은 상법 제425조 이하에서 제450조에 정하고 있다. 여기에 우체국을 통한 재화운송은 이 규정 하에 놓이지 않는다. 운송인은 이 법 제435조에 의해 운송물을 인도받은 곳으로부터 정한 곳 에까지 운송을 하고 수령인에게 넘겨줄 의무가 있다. 운송인은 원칙적으로 정규적인 상인의 주의의무를 통하여 피할 수 있는 것이었다면 운송 중 또는 운송지체로 인한 재화의 멸실 또는 손괴에 대한 손해를 배상할 책임이 있다. 이 책임의 범위에 관해서는 상법 제429조에서 제431조 및 제442조에서 정하고 있는데 자동차장거리운송의 경우에는 특별규정에 의하므로 이는 자동차운송특별규정(KVO) 제29조에서 제40조가 적용되고 유럽공동체 회원국 내에서의 국경을 넘는 운송의 경우에는 1956년 7월 22일의 국제도로화물운송조약 (CMR-Übereinkommen, BGBl. I. 1550) 제17조 이하를 적용한다.

◇ Fraktionen 【 원내교섭단체 】

원내교섭단체는 원칙적으로 동일 정당 소속의 국회의원으로 구성되는 국회의 원내 정당 내지 원내정파이다. 우리나라는 국회에 20인 이상의 소속의원을 가진 정당이 하나의 원내교섭단체를 구성한다. 정당단위가 아닐지라도 다른 교섭단체에 속하지 않는 20인 이상의 의원들도 따로 교섭단체를 구성할 수 있다.(국회법 제33조 제 1 항) 원내교섭단체마다 의원총회와 대표의원을 둔다. 대표의원은 그 정당의 대표가 아니라 교섭단체를 대표하는 의원으로 통상 원내총무라고 부른다. 원내총무는 소속의원의 명부를 국회의장에게 제출하고, 소속의원의 의견을 종합하여 국회에서의 의사진행과 의안에 대한 태도를 결정한다.

독일의 경우에도 원내교섭단체는 동일정당 또는 동일방향의 목적을 기초로 하며, 어떤 지방의 주에서도 상호 경쟁관계에 서 있지 않는 정당에 소속하는, 적어도 연방 의회의원 5%로 이루어지는 원내정당을 말한다. 독일에서는 동일정당 구성원이 아닌 의원 또는 5%의 한계선에 달하지 못한 정당의 의원에 의한 교섭단체 구성도 가능하지만, 이런 경우에는 연방의회의 동의를 필요하다.(연방의회의사규칙 제10조 제 1 항)(GG Art. 53a (1) Der Gemeinsame Ausschuß besteht zu zwei Dritteln aus Abgeordneten des Bundestages, zu einem Drittel aus Mitgliedern des Bundesrates. Die Abgeordneten werden vom Bundestage entsprechend dem Stärkeverhältnis der Fraktionen

bestimmt; 공동위원회는 연방의회의원 3분의 2, 연방참사원 구성원 3분의 1로 구성된다. 위원회에 속하는 연방의회 의원은 교섭단체의 세력에 비례하여 연방의회에 의해 결정된다.)

◇ Franchisevertrag 【 프랜차이즈계약 】

Franchise 내지 Franchising은 경제용어로서 독점판매권이라는 의미를 가진다. 여기에 계약이라는 의미의 Vertrag이 붙어 하나의 복합명사가 되었는데 외래어로서 그 본래의 뜻을 내국어로 바꾸지 않고 보통은 프랜차이즈계약으로 부른다. 이 프랜차이즈계약은 리스계약(Leasingvertrag)이나 팩토링계약(Factoringvertrag)과 같은 계약형식을 가지는 데 비전형계약으로 혼합계약(gemischter verkehrstypischer Vertrag)이다. 이 프랜차이즈계약은 용익임대계약(Pacht)과 같은 요소를 띠고 있는데 프랜차이즈인수자가 프랜차이즈제공자의 상호·상표·서비스표 등의 영업표지나 기술적 설비를 자기의 영업을 위하여 이용하되, 자기의 영업과 관련하여 프랜차이즈제공자의 지도와 통제를 받고, 이에 대하여 일정한 대가를 지급할 것을 내용으로 하는 계속적 채권계약(Dauerschuldverhältnis)을 말한다. 프랜차이즈제공자의 상호를 프랜차이즈인수자가 사용할 수 있는 점에서 상법상의 명의대여계약의 요소가 있고, 상표를 사용하는 면에서 상표사용권의 설정계약의 요소가 있으며, 경영의 지도 내지 통제를 하는 점에서는 노무의 제공의 성질을 가지게 된다. 그러나 구체적으로는 프랜차이즈계약이 어떤 계약의 내용을 포함하는 혼합계약인가에 따라 프랜차이즈종류도 달라진다. 프랜차이즈제공자는 규칙적으로 자신의 경험 내지 노하우를 사용할 수 있게 제공해야할 뿐만 아니라 프랜차이즈체계를 현대적으로 계속 발전시켜야 한다.

◇ Freie Beweiswürdigung 【 자유심증주의 】

자유심증주의는 형사소송법의 여러 원칙 중에서 증거의 원칙이며, 증명력에 관한 원칙이다. 형사소송법 제261조는 “증거조사의 결과에 대해” - 즉 사실에 대해 - “법관은 자유로운, 변론의 전체취지에서 나오는 확신에 따라 결정한다”고 규정하고 있다. 이 규정의 의미는 법관이 특정의 사실관계에 대해 의심 없이 진실이라고 확신하여야 한다는 것이다. 자유심증주의와 대비되는 개념은 증거법정주의(gesetzliche Beweisregel)

이다. 과거의 법체제에서는 증거에 대한 평가를 법관의 자유심증에 맡기지 않고 법에 정한 요건에 따라 사실을 인정하도록 하였다. 예컨대 피고인의 자백, 또는 둘 이상의 하자 없는 증인의 증언은 유죄인정의 충분한 증거가 되었다. 한사람의 하자 없는 증인은 절반의 증거가 되어 고문을 적용할 수 있는 근거가 되었다. 이러한 규칙을 미리 정함으로써 법관의 자의를 방지하려 하였던 것이다. 그러나 이러한 증거법정주의는 실제적 진실발견의 목적에 적합하지 않았다. 18세기 중반 프로이센에서 고문을 폐지 하면서 자유심증주의의 출발점이 되었다. 이어 19세기에 배심법원이 도입되면서 자유심증주의는 독일 형사소송법에 본격적으로 자리 잡게 되었다. 오늘날 자유심증주의는 한편으로 법관의 잘못된 확신으로부터 피고인을 보호해야 한다는 요청을 받게 된다. 따라서 법관은 증거의 조사에서 미진함이 없이 가능한 모두 조사하여야 하며, 재판의 과정을 사후에 다른 법관이 공감할 수 있도록 하여야 한다. 법관의 주관적 확신은 단순한 추측에 근거해서는 안 되며, 사실관계에 대한 높은 객관적 개연성을 지녀야 한다. 이와 같은 ‘자유로운’ 심증의 ‘객관화’를 위해 자유심증주의는 “의심스러울 때는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)”의 원칙, 무죄추정의 원칙 등에 의해 일정한 제한을 받는다.

◇ Freie Mitarbeiter 【자유협업자】

자유협업자란 방송국의 프로그램제작자와 같이 자기노동력에 대한 처분성은 상실하지 아니한 채, 스스로 정한 목표에 의하여 자기의 책임 및 자기의 위험으로 노동력을 시장에서 이용하지 않는 자를 말한다. 독일에서는 이들의 근로자성과 이들이 체결한 ‘기간제근로계약’의 효력이 문제되고 있다. 연방헌법재판소(BVerfG)은 방송국과 자유협업자 사이에 체결한 기간제근로계약은 정당성이 있다고 보았다(BVerfGE 59, S. 231). 그러나 연방헌법재판소의 결정이 자유협업자의 근로자성을 인정한 것이냐에 대해서는 의견이 대립하고 있다. 일부에서는 헌법재판소가 위 결정을 함에 있어 먼저 근로자성을 판단하고 그 근로자성의 유무에 따라 기간제근로계약의 허용여부를 달리 판단하고 있다고 보고 있다. 반면 일부에서는 연방헌법재판소는 위 결정에서 자유협업자의 근로자성에 대하여는 아무런 언급을 하지 않았다고 보고 있다. 연방노동법원(BAG)은 후자의 견해를 따르고 있다.

◇ Freiheitsberaubung 【 감금죄 】

‘Freiheitsberaubung’은 글자그대로는 ‘자유강탈’ 짚으로 해석되지만 형법상의 구성요건은 감금죄의 내용을 담고 있다. 형법 제239조 제 1 항은 “사람을 가두거나 다른 방법으로 자유를 박탈한” 행위를 감금죄로 규정하고 있으며 제 3 항, 제 4 항에서 “1주일 이상 자유를 박탈하거나 자유박탈행위로 인해 피해자에게 중상해, 사망을 야기하였을 때”는 가중처벌하도록 규정하고 있다. 감금치상, 감금치사를 가중처벌하는 것은 한국형법(제281조)과 같지만, 1주일 이상의 자유박탈을 가중처벌하는 것은 구성요건에서 차이가 나는 점이다. 구성요건에서 감금(Einsperrung)하는 것은 사람을 일정한 장소에 가두어 다른 장소로 옮겨가는 것을 막는 것이며, 다른 방법으로 자유를 박탈한다는 것은 협박과 폭행, 마취, 차량을 고속으로 주행하여 내리지 못하게 하는 행위, 결박 등을 통해 신체의 자유를 박탈하는 행위를 의미한다. 감금은 부작위로도 가능하다. 예컨대 누군가의 실수로 감금된 자를 사정을 알면서도 구해주지 않는 보호의무 있는 자의 행위, 위증을 통해 구속상태가 유지되도록 하는 행위 등이 부작위에 의한 감금죄를 구성할 수 있다.

◇ Freistellungsanspruch 【 면책청구권 】

면책청구권이란 근로자가 업무로 인하여 제삼자에게 손해를 발생시켜 손해배상책임을 부담하게 되는 경우, 근로자는 사용자에 대하여 그 책임을 면할 수 있게 해 줄 것을 청구할 수 있는 권리를 말한다. 판례는 근로자가 업무로 인하여 사용자 또는 자신의 재산에 손해를 발생시킨 경우 근로자는 사용자에 대하여 책임의 감면 또는 자신의 손해에 대한 배상을 청구할 수 있도록 하고 있다. 이러한 근로자의 책임제한의 법리는 그 손해가 제삼자에게 발생하여도 동일하게 적용되어야 한다는 관점에서 근로자가 제삼자에게 손해를 배상한 경우에는 그 배상액을 사용자에게 청구할 수 있는 권리를 말한다. 과거에는 근로자의 이러한 책임제한의 원리가 위험한 작업(□□ gefahrgeneigte Arbeit)에만 적용되었으나, 지금은 업무로 인한 손해이면 족하고 반드시 위험한 작업에 의하여 손해가 발생하였을 것을 요구하지 않고 있다.

◇ Freizeichnungsklausel 【 면책약정 】

채무불이행이나 불법행위에 따라 부담하게 될 손해배상책임에 관하여 당사자가 사전에, 즉 손해를 야기하는 사태가 발생하기 이전에 면책 또는 그 제한을 약정하는 것을 뜻한다. 면책약정은 채권법에서 지배하는 계약자유(Vertragsfreiheit)에 따라 원칙적으로 유효하다. 그러나 면책합의는 적지 않은 경우 무효로 되는 경우가 있는데, 가령 고의에 의해 야기된 가해의 경우(§ 276 III BGB) 또는 약관(allgemeine Geschäftsbedingungen)을 이용하여 약관 사용자 자신의 중과실 또는 이행보조자의 고의나 중과실에 대한 책임면제의 합의의 경우(§ 309 Nr. 7 b BGB)가 무효의 면책약정에 해당한다. 또한 피해자의 생명, 신체 또는 건강이 침해되는 경우에는 그 침해법익의 중요성에 비추어 약관 사용자는 자신의 과실 또는 이행보조자의 고의나 중과실에 대해 유효한 면책합의를 행할 수는 없다(§ 309 Nr. 7 a BGB). 더 나아가 숙박업자(Gastwirt)가 자신의 책임을 법률에서 정한 최고액을 하회하는 내용으로 면책하려는 사전적인 합의는 무효이며(§ 702 a BGB), 사용자가 노무자의 생명이나 건강에 관하여 배려해야 할 의무(§§ 617, 618 BGB) 역시 강행적 성격을 갖고 있으므로 면책합의의 대상으로 되지 않는다(§ 619 BGB). 이와 같은 제한에 위배되지 않는 한도에서 손해배상책임의 배제나 제한에 관한 합의는 유효하게 행할 수 있는데, 이 경우 책임면제나 제한의 약정은 급부의무(Leistungspflicht) 이외에 부수적 행태의무(weitere Verhaltenspflicht)의 위반에 따른 책임에 대해서 적용될 뿐만 아니라 더 나아가 계약상의 의무위반이 동시에 불법행위에 따른 책임을 야기하는 경우에도 - 우리나라의 판례 태도와는 달리 - 원칙적으로 적용된다.

◇ Freizeitarrest 【 주말구류 】

Jugendarrest

◇ Friedenspflicht 【 평화의무 】

평화의무란 단체협약의 유효기간 중 단체협약의 변경 또는 폐지를 요구하는 쟁의 행위를 하지 않을 의무를 말한다. 이러한 평화의무는 기존의 단체협약의 효력의 폐지

또는 변경을 요구하는 쟁의행위를 하지 않을 상대적 평화의무(relativen Friedenspflicht)와 단체협약의 유효기간 중에는 기존의 단체협약의 폐지·변경을 요구하는 쟁의행위뿐만 아니라 단체협약 종료 후에 적용될 새로운 단체협약의 체결을 위한 쟁의행위까지도 하지 않을 절대적 평화의무(absolute Friedenspflicht)로 구분된다. 절대적 평화의무는 특약이 있는 경우에만 인정되며, 이러한 특약의 효력에 대해서는 학설이 대립하고 있다. 절대적 평화조항은 헌법이 보장한 단체행동권을 제한하는 결과를 발생시키기 때문이다. 그러나 상대적 평화의무는 단체협약의 평화적 기능에 내재한 본래적 의무라고 파악하는 것이 일반적 견해이다.

◇ Führungsaufsicht 【보안관찰】

보안관찰은 형법상 보안처분(□□ Maßregel der Besserung und Sicherung)의 하나이다. 글자 그대로는 ‘행태감시’로 번역되지만 보안처분의 하나이므로 ‘보안관찰’로 번역하는 것이 타당하다. 일부 문헌에서 ‘보호관찰’로 번역하지만 이는 집행유예나 가석방에 부과되는 보호관찰(□□ Bewährung)과 혼동되므로 바람직하지 않다. 보호관찰은 그 본질상 보안처분이라 할 수 없다. 국내의 일부 견해는 보호관찰을 보안처분의 하나로 이해하지만, 보호관찰은 이미 저질러진 범죄에 대해 부과되며 자유형의 집행을 완화하기 위한 것이므로 장래의 범죄를 예방하기 위해 부과되는 보안처분과는 본질상 차이가 있다. 또한 보호관찰과 보호관찰이 수반되는 집행유예나 가석방은 자유형에 대한 대안으로 등장한 대안적 제재수단의 의미를 갖는다는 점에서도 보안처분과는 구별되어야 한다. 한국형법에서는 특별법인 보안관찰법에서 보안관찰을 규정하고 있는데 이는 사상범에 대한 보안처분의 성격을 갖는다. 과거 사회안전법에서 보안처분으로 보안감호와 보안관찰을 규정하였는데, 이 법이 헌법재판소의 위헌판결로 폐지되면서 보안관찰만 따로 떨어져 나와 보안관찰법에 의한 보안처분으로 유지되고 있는 것이다. 사상범만 따로 보안처분을 부과하는 것은 시대상황에 맞지 아니하므로 보안관찰법도 폐지되어야 할 것이다. 독일의 형법 제61조에 정한 보안처분(□□ Maßregel der Besserung und Sicherung)의 6가지 종류 중에서 제 4 호의 보안관찰은 자유제한적 보안처분의 하나이다. 보안관찰의 목적은 중범죄를 저지르고 범죄예측에서 부정적으로 진단되는 범죄자에 대해서도 형집행 이후 자유박탈에서 자유로운 생활로 이행하는데 도움을 주고 그를 이끌며 감시하려는 데 있다. 이는 형사정책적으로 매우 중요

한 시도로서 중범죄를 저지르지 않고 범죄예측에서 긍정적으로 진단되는 행위자에 대해서만 부과되는 집행유예(□□ Strafaussetzung zur Bewährung)와 대비되는 것이다. 보안관찰의 전제조건은 법률에서 보안관찰을 부과할 수 있도록 규정한 범죄로 인해 6개월 이상의 자유형을 선고 받은 자가 또 다시 범죄할 위험이 있을 때이다 (§68 StGB). 보안관찰을 선고받은 자에 대해서는 보안관찰 기간 동안 보호관찰소(Aufsichtsstelle)와 보호관찰관(Bewährungshelfer)이 지정되고, 보호관찰관과 보호관찰소는 서로 협력하여 피선고자를 원조하고 후견하여야 한다 (§68a StGB). 법원은 보안관찰 피선고자에게 거주 장소 등에 대한 지시사항들을 명할 수 있다 (§68b StGB). 보안관찰의 기간은 최소 2년에서 최장 5년까지이다. 법원은 상한기간을 줄일 수 있지만, 한편으로 피선고자의 재범위험성이 높고 피선고자가 보안관찰의 지시사항을 위반하였을 때에는 상한기간을 초과하여 기한 없는 보안관찰을 부과할 수도 있다 (§68c StGB). 보안관찰의 최소기간이 경과한 후 피선고자가 재범할 위험이 없다고 판단되는 때 법원은 보안관찰을 종료한다 (§68e StGB).

◇ Fünf-Prozent-Klausel 【 5%조항 】

□□ Sperrklausel 【 봉쇄조항 】

◇ Fusion 【 합병 】

합병(Fusion)은 하나 또는 복수의 회사가 적극, 소극 재산전부를 청산을 거치지 아니하고 해산의 방법에 의하여 다른 회사에 이전하여 해산회사의 주주에 대하여 존속 또는 신설회사의 주식 또는 합병교부금을 교부하는 것을 말한다. 합병과정에서 존속 회사가 있는 경우를 흡수합병, 신설회사가 있는 경우를 신설합병이라고 한다. Fusion 이 라틴어에서 그 어원을 찾을 수 있다면 동일한 의미의 Verschmelzung은 verschmelzen 이라는 동사의 명사형으로 순수 독일어이다.

합병과 유사한 개념으로서 구분하여야 할 것이 분할(Spaltung)과 양도(Einbringung)인데 분할은 하나의 회사가 적극 및 소극재산을 청산수단을 밟지 않는 해산의 방법에 의하여 복수의 취득회사 또는 신설회사에 이전하고 해산회사의 주주에게 취득회사

또는 신설회사의 주식 또는 분할교부금을 교부하는 것을 말한다. 취득회사가 있는 경우를 합병분할이라고 하는 반면 신설회사가 있는 경우를 신설분할이라고 한다. 이는 법리적인 개념으로 실제로 경제적인 기능은 상호간 매우 유사하다. 또한 양도는 부분기업의 양도 및 주식의 양도로 나눌 수 있는데 이 경우 회사의 전 재산이 이전하는 것이 아니라 일부만이 이전의 객체로 되는 점이 합병과의 차이라고 할 것이다. 이도 분할과 마찬가지로 경제적 기능이 합병과 유사하기 때문에 EC 합병조세지침에서는 함께 다루고 있다.

[G]

◇ **Garantieindossament** 【 담보배서 】

어음의 지급능력을 높이기 위하여 어음을 양도할 의사 없이 단지 담보의 목적으로 하는 배서로서 어음법에는 규정이 없고 독일의 통설이나 판례를 통하여 이 같은 배서를 인정하고 있는 추세이다. 이 담보배서는 권리이전적 효력은 없고 오직 담보적 효력만이 있는 것이 특징이다. 흔히 배서는 권리이전적 효력과 담보적 효력 및 자격수여적 효력을 가지고 있는 것인데 담보배서는 담보만을 목적으로 하므로 권리이전적 효력은 배제된다. 물론 담보적 효력을 통하여 자격수여적 효력은 기본적으로 나타나게 된다. Garantie는 보증 내지 담보를 의미하는 데 이에 배서의 의미인 indossament를 붙여 보증배서라는 것으로 풀이하기보다는 담보배서로 하는 것이 어음보증과의 구별을 위하여 적합하다. 어음보증(Wechselbürgerschaft)은 어음채무를 담보할 목적으로 하는 부속적 어음행위인데 이는 인적 담보를 부가하는 것으로 보증인이 어음자체, 등본 또는 보전에 어음채무자를 피보증인으로 표시하여 보증의 뜻을 기재하고 기명날인 또는 서명함으로써 성립하는 것이다. 반면에 담보배서는 어음의 이면에 한 단순한 기명날인 또는 서명을 통하여 담보하는 것으로 일종의 양도배서이며 담보배서인은 자신의 후자의 어음소지인에 대하여만 어음채무를 부담한다. 실제로 이 담보배서는 어음보증과 유사한 기능을 수행하는데, 어음보증이 있게 되면 그 자체로 어음채무자의 지급능력을 불신하는 인상을 주기 때문에 어음보증 대신에 이 담보배서를 이용하게 된다.

◇ **Gefährdungshaftung** 【 위험책임 】

법적으로 허용된 위험원(Gefahrenquelle)에 의해 타인에게 손해가 야기된 경우 그 위험원을 지배·관리자에 대해 손해배상책임을 부담시키는 책임귀속원리를 뜻한다. 불법행위책임(Deliktshaftung)이 위법한 가해행위(unerlaubte Schädigungshandlung)에 대한 책임의 귀속이라고 한다면, 위험책임은 위험원의 지배·관리를 통해 타인에 대해 손해를 야기할 수도 있는 가능성을 열어두면서 그 활동으로부터 이익을 향유하고 있는 위험원 관리자에게 가해행위의 위법성(Rechtswidrigkeit)과 유책성(Verschulden)을 묻지 않고 책임을 귀속시키는 법리이다. 위험책임은 이와 같이 무과실책임의 일종인데, 책

임의 정당성은 법적으로 허용된 위험에 대한 이익향유와 더불어 그로 인한 불이익도 위험원 관리자에게 귀속되어야 한다는 사고와 더불어 현대 사회의 배분적 정의관념에서 찾고 있다. 위험책임은 불법행위책임에 관한 규정과 마찬가지로 민법전 내에서 일반규정(Generalklausel)을 갖고 있지는 않으며 민법전 및 개별 특별법에서 일정한 책임구성요건을 통하여 한정적으로 인정되고 있을 뿐이다. 가령 민법 제833조는 동물에 의해 인간이 사망하거나 신체 또는 건강이 침해된 경우 그 보유자는 그로 인한 손해를 배상하도록 규정하면서, 동물 관리에 관한 보유자의 과실 여부를 묻지 않고 책임을 인정하고 있다. 동물보유자 이외의 경우 위험책임은 대체로 현대적 기술발달에 의해 야기되는 위험원에 관해 인정되고 있는데, 무엇보다 자동차보유자의 책임(§§ 7 ff. StVG), 철도사업자의 책임(§ 1 HPflG), 항공기 사고에 관한 책임(§ 37 LuftVG), 에너지시설과 배관에 관한 책임(§ 2 HPflG), 원자력시설로부터 야기된 손해에 대한 책임(§§ 25 ff. AtomG), 그리고 약품에 관한 책임(§ 84 I AMG) 등을 그 예로 들 수 있다. 이러한 위험책임은 피해자에 관한 현실적 손해전보 및 배상의무자의 사회적 활동 유지를 위하여 책임보험제도에 의하여 뒷받침되고 있으며, 최근에는 일반조항에 의한 포괄적 규율방식이 입법정책적 측면에서 제시되기도 한다.

◇ Gefahrgeneigte Arbeit 【 위험작업 】

위험작업이란 근로자의 사용자에게 대한 책임이 제한되는 업무를 말한다. 즉, 위험작업이란 근로자가 어느 정도의 주의를 하면 그 작업 특유의 손해의 발생을 미연에 방지할 수 있지만, 인간의 불완전성으로 인하여 근로수행 중의 실수를 회피할 수 없는 작업환경을 말한다. 이러한 위험작업에 대하여 판례는 근로자의 책임을 경감하여 왔다. 위험작업에 대하여 책임을 경감하는 근거에 대해서는 사용자의 배려의무(Fürsorgepflicht), 경영위험(Betriebsrisiko) 등이 제기되고 있다. 배려의무설에 의하면 사용자는 근로자에 대하여 보호·배려의무(Schutz und Rücksichtspflicht)를 부담하기 때문에 위험작업에 종사하는 근로자의 책임을 면제 또는 경감하는 것도 궁극적으로 이와 같은 보호·배려사상을 기초로 하는 것이라고 한다. 이에 반하여 경영위험설은 위험작업의 수행에 있어서 근로자의 실수로 인한 손해의 발생은 경영위험에 속하는 것이고, 이는 마치 경영시설이나 기계가 고장을 일으키는 경우와 같기 때문에 위험작업에 종사하는 근로자의 책임을 면제 또는 경감하여야 한다고 한다. 그러나 위험작업은 더 이상 근로

자의 책임제한 또는 경감의 요건으로 작용하지 않고, 단지 이익교량의 기준으로 고려되고 있을 뿐이다(BAG AP Nr. 98 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers).

Freistellungsanspruch

◇ **Gefahrstandspflicht** 【 위험유지의무 】

보험계약법 제23조 제 1 항에 따르면 보험계약자는 계약이 체결된 이후에 보험자의 동의 없이 보험계약당시의 위험을 증가시키거나 제삼자를 통하여 위험을 증가시키는 일을 해서는 안 된다고 한다. 더욱이 이 조 제 2 항에서는 보험계약자가 보험자의 동의 없이 보험계약자로부터 착수되거나 가능하게 된 위험의 변화가 곧 위험을 증가시키는 것이라면 이를 지체 없이 보험자에게 통지하여야 하는 것을 정하고 있다. 위 제 1 항은 위험유지의무에 해당하는 것이고 제 2 항은 위험변경증가의 통지의무를 일컫는 것이다. Gefahrstandspflicht에서 Stand는 stehen에서 온 명사로 유지, 상태, 상황이라는 의미에 따라 위험의 Gefahr와 연결되어 위험유지의무라고 불리는 것이다. 보통의 경우 이를 위험변경증가의 금지의무라고 하는데, 구체적으로 보험계약자뿐만 아니라 피보험자 또는 보험수익자가 보험자의 동의 없이 보험기간 동안에 그의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 보험사고발생의 위험을 현저하게 변경하거나 증가시키지 않을 의무를 부담한다는 것이다. 보험계약법 제23조의 취지에 의하면 위험유지의무와 위험변경증가의 통지의무는 간접의무 또는 자기의무적 성격을 가진다. 위험유지의무를 고의로 위반한 경우에는 보험자는 제24조 제 1 항에 따라 기한에 제한 없이 보험계약 관계를 해지하고 위 의무의 위반이 보험계약자의 책임에 의하여 아니한 경우라면 보험자가 위험이 증가되었음을 안 날로부터 1개월 내에 한하여 보험계약을 해지할 수 있다. 반면에 우리나라의 경우는 보험기간 중에 보험계약자 등이 고의 또는 중대한 과실로 인하여 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 때에는 보험자는 그 사실을 안날로부터 1월 내에 보험료의 증액을 청구하거나 계약을 해지할 수 있다.

◇ **Gefälligkeitsverhältnis** 【 호의(好誼)관계 】

‘우정 등에 따라 기꺼이 도울 준비가 되어 있는’이라는 뜻을 가진 gefällig로부터 파생한 표현으로 호의관계로 국역되고 있다. 호의관계는 법적 생활관계(Rechtsverhältnis)

와 반대되는 개념으로서 가령 파티에의 초대나 이웃의 휴가 중에 이웃집 식물을 관리 해 주는 사교적 생활관계에서 발생하는 법외적 관계(außerrechtliche Beziehungen)를 뜻한다. 호의관계가 전제되는 한 아무런 계약관계도 존재하지 않게 되며, 따라서 법원에 그 이행을 소구(訴求)할 수 있는 청구권(klagbarer Anspruch)이 발생하지도 않는다. 왜냐하면 호의관계는 법률행위(Rechtsgeschäft)에 따른 법적 생활관계와 달리 당사자 사이에서 법적으로 구속받으려는 의사(Rechtsbindungswille)가 존재하지 않기 때문이다. 결국 호의관계에 따른 행위(Gefälligkeitshandlungen)인가 법률행위에 해당하는가 여부는 당사자 사이에서 법적 구속의사가 존재하는가에 달려 있는데, 그 판단은 여러 징표(Indizien)들을 통한 해석의 작업을 거치게 된다. 판례와 문헌에서 인정하고 있는 해석의 표지로는 예를 들어 해당 행위에 관한 대가성의 유무, 타인에게 맡겨진 재화의 높은 가치 및 그에 관한 위험의 정도, 해당 행위의 법적 또는 경제적 의미와 직업 관련성 여부 등이 활용되고 있다. 다만 주의할 것은, 호의관계에서는 법률행위에 기한 청구권이 발생하지는 않으나 불법행위에 따른 손해배상책임이 문제될 수는 있다는 점이다. 가령 친구의 자동차에 호의로 동승하게 된 자가 자동차사고로 신체의 침해를 받은 경우 피해자는 비록 호의관계에 따른 동승이라고 하더라도 그로 인한 손해를 민법 제823조 제 1 항에 따라 가해자에 대해 배상청구할 수 있다. 다만 호의동승자가 예를 들어 가해자인 운전자의 음주나 무면허상태와 같이 위험증가적 상황을 인식하고 동승한 경우에는 공동과실(□□ Mitverschulden)이나 위험을 자초한 행위(□□ Handeln auf eigene Gefahr) 법리에 따라 가해자의 손해배상책임이 감면될 수 있다.

◇ Gegenseitigkeitsversicherung 【 상호보험 】

Gegenseitigkeitsversicherung은 상호보험이란 뜻으로 흔히 ‘Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit(VVaG)’ 라고도 한다. 여기서 핵심이 되는 것이 곧 Gegenseitigkeit인 ‘상호’, ‘쌍방’ 이고 여기에 보험의 의미인 Versicherung가 붙은 복합명사이다. 상호보험은 보험가입자를 구성원으로 하여 상호간에 보험을 운영하는 것이다. 이 보험은 보험가입자가 동시에 보험자인 보험단체의 구성원 곧 사원이며, 이 단체의 수지차액은 사원인 보험가입자에 귀속되고, 또한 단체의 업무 운영에 대하여 발언할 수 있는 것이 특징이다. 상호성의 원칙에 따라 구성원의 상호이익을 위하여 보험을 운영하는 것을 목적으로 하는 것으로 영리보험회사가 주식회사 형태로 하는 것에 비하여 보험감독

기관으로부터 허가를 받은 상호회사의 형태로 운영이 된다. 이는 경제적 사단관계를 기초로 하여 보험계약자가 피보험자인 동시에 보험자인 단체를 이루는 것이 근본적인 특징이다. 그렇다고 하여 주식회사가 운영하는 영리보험과 상호회사가 운영하는 상호보험은 단지 법적 구성에서만 차이가 있을 뿐 보험의 원리에서는 차이가 없다. 상호보험에 관한 관련법규는 보험감독법(VAG) 제15조-53b이다. 이 상호회사는 언급한 바와 같이 보험주식회사와 공보험 외에 유일하게 허용되는 회사의 형태로 이에 관한 근거는 이 법 제 7 조 제 1 항에 의한다. 흔히 대규모와 소규모의 상호보험으로 구분하는 데 영업을 위한 허가 외에도 상업등기를 하여야 한다. 또한 창업자본이 필수적이며 상인으로 취급되어진다. 상호회사라 할지라도 비구성원이 보험료를 지불하는 경우에는 이 법 제21조 제 1 항의 동등취급의 원칙에 따라 제한 없이 보험보호가 보장되어진다. 상호회사의 기관은 이사회(Vorstand), 감사회(Aufsichtsrat), 대표기관(oberste Vertretung), 회계검사인(Prüfer) 등 외에도, 대규모의 구성원으로 인하여 대표자회의(Vereinerungsversammlungen)와 같은 기관이 있을 수 있다.

◇ Geheißerwerb 【 지시된 사람에게의 인도에 따른 소유권취득 】

‘구두의 지시 또는 명령’이라는 뜻을 가진 Geheiß라는 고어(古語) 표현과의 복합단어로서, 직역하자면‘명령취득’이라고 하겠으나‘지시된 사람에게의 인도에 따른 소유권취득’이라고 내용적으로 의역한다. 지시된 사람에게의 인도에 따른 소유권취득의 형태는 동산의 소유권이전과 관련하여 동산 양수인이 양도인으로 하여금 점유보조자(Besitzdiener)나 직접점유자(unmittelbarer Besitzer)에 해당하지 않으면서도 자신에 의해 지시된 사람(Geheißperson)에게 물건을 인도하도록 하여 제929조 제 1 항에 따라 소유권을 취득할 수 있도록 하는 법적 구성이다. 이 같은 소유권취득의 방식은 판례에 의해 발전·승인된 인도방식으로서, 무엇보다 연쇄된 계약관계(Kettengeschäfte)에서 계속된 인도과정의 번잡함을 회피하고 단 한 번의 인도로 여러 계약관계의 이행을 실현하는 경우에 적용된다. 가령 A가 B와 매매계약을 체결하고 B 역시 그 물건을 C에게 매도하였는데, A가 B의 지시(Geheiß)에 따라 C(Geheißperson)에게 직접 물건을 인도하는 경우를 생각할 수 있다. 이 때 C에 대한 A의 인도는 채권법적으로는 A와 B 사이의 계약관계, B와 C 사이의 계약관계에 대한 이행으로 되는데, 이 과정에서 물권법적으로 소유권이전의 관계는 분명하지 않다. 이를 위해 먼저 직접적으로 인도가 행해진

자, 즉 A와 C 사이의 소유권이전의 합의를 생각해 볼 수도 있다. 그러나 이런 구성은 만약 B가 C에게 소유권을 이전하려고 하지 않고 단지 소유권유보부 매매계약만을 체결하려고 했던 경우에는 오히려 B의 지위를 어려움에 빠뜨리게 할 수 있다는 점에서 A에게 그 같은 소유권이전의 의사는 존재한다고 해석할 수 없다. 따라서 이 같은 형상에서 결국 C를 통한 B의 통과취득(Durchgangserwerb)으로 구성하여야 하며, 이 경우에만 A와 B, 그리고 B와 C 사이의 법률관계의 특수성이 고려될 수 있다. 그러나 B의 동산소유권에 관한 통과취득으로 구성하기 위해서는 원칙적으로 B에 대한 A의 인도가 있어야 하나, 위와 같은 단축급부 형태에서는 단지 A의 C에 대한 인도만이 있을 뿐이다. 그렇다고 C는 B의 점유보조자도 아니며 더 나아가 B는 C에게 인도된 물건에 관한 간접점유도 취득한 바가 없다. 따라서 판례는 이미 간접점유에서도 확인되는 바와 같이 점유에 관한 공시의 원칙(□□ Publizitätsgrundsatz)을 완화하면서 B에 의해 지시된 C에게의 인도를 마치 B에게 현실적 인도가 행해진 경우와 동일하게 취급하면서 위와 같은 법리를 발전시켜 왔다.

◇ Gekreuzter Scheck 【 횡선수표 】

영국에서 관습적으로 사용하여 유래된 횡선수표인 crossed cheque를 독일어로 옮겨 cross라는 의미의 kreuzen을 과거분사형으로 연결하여 만든 용어가 곧 Gekreuzter Scheck인 횡선수표이다. 이 횡선수표는 수표법 제37조 제2항에 의하면 수표 표면상에 2개의 평행선을 긋는 것이어서 그 모양새에 따라 이름이 명명되어진 것으로 수표의 제시인을 은행 또는 지급인의 거래처에 한정하여 절취자나 습득자가 수표의 지급을 부정하게 받는 것을 방지하기 위하여 고안해 낸 것이다. 이 조 제2항 2문에 따르면 횡선은 일반적으로 또는 특별하게 그을 수 있는데, 제3항 전문에 따라 평행선 사이에 아무런 지정표시가 없거나 은행(Bankier) 또는 은행도(ein gleichbedeutender Vermerk)라고 기재한 것을 일반횡선수표(ein allgemein gekreuzter Scheck)라고 하는 반면, 제2항 후문에 따라 평행선 사이에 은행 명칭을 기재한 것을 특정횡선수표(ein besonders gekreuzter Scheck)라 하는데 전자는 일반은행에서 후자는 지정된 은행에 일단 입금한 후가 아니면 현금화할 수 없다. 또한 이 조 제3항에 의하면 일반횡선수표를 특정횡선수표로 변경할 수 있으나, 특별횡선수표를 일반횡선수표로 변경할 수는 없다. 더욱이 제5항에 의하여 횡선을 말소하거나 지정된 은행의 이름을 말소하는 것

은 그것을 하지 아니한 것으로 본다. 이 수표에 횡선을 그을 수 있는 자는 수표법 제 37조 제 1 항에 의거 발행인 또는 소지인뿐이다.

수표법 제38조는 횡선의 효력에 대하여 정하고 있는데 제 1 항에 의하여 일반횡선 수표에서 지급인은 은행 또는 지급인의 거래처(Kunde des Bezogenen)에게만 지급할 수 있는 반면, 이 조 제 2 항에 의해 특별횡선수표에서는 지정된 은행이나 또는 그 지정된 은행이 지급인인 경우에는 자신의 거래처에게만 지급할 수 있다. 물론 지정된 은행이 다른 은행에게 수표의 추심(Einzichung des Schecks)을 위하여 신탁할 수 있음을 이 항 제 2 문에서는 정하고 있는데 이는 지정된 은행이 추심위임배서를 하거나 수표의 이면에 추심위임의 기재를 하여 다른 은행을 통하여 추심할 수 있다는 것을 의미한다. 은행은 이 조 제 3 항에 의하여 횡선수표를 단지 자신의 거래처나 다른 은행으로부터만 취득할 수 있으며 이와 같이 거명된 자 외의 자를 위하여 추심할 수 없다. 만일 한 장의 수표에 수개의 특별한 횡선이 있는 경우에는 그 횡선이 두 개보다 많지 않고 어음교환소(Abrechnungsstelle)에서 추심할 목적으로 그 중 하나의 횡선이 있는 경우라면 지급인은 지급할 수 있다고 제 4 항은 밝히고 있다. 그러나 제 5 항은 이상에 언급한 규정에 반하여 지급한 지급인 또는 은행이 이로 인하여 발생한 손해를 수표금액의 한도 내에서 책임을 지게 된다고 정하고 있다.

위 영국식의 횡선수표와 동일한 효과를 지닌 것에는 독일에서 발달한 계산수표(Verrechnungsscheck)가 있는데, 이는 수표 표면에 단지 ‘계산을 위하여(nur zur Verrechnung)’라는 문자나 이와 동일한 의의가 있는 문언을 기재하여(durch einen gleichbedeutenden Vermerk) 현금의 지급을 금하는 것으로서, 대체(Überweisung)·어음교환(Ausgleichung) 등의 방법에 의해서만 결제가 가능하다. 이 계산수표에 관하여는 수표법 제39조가 정하고 있다. 수표법 제37조와 제38조에는 구체적으로 횡선수표의 모양새와 횡선의 효력 등에 대하여 정하고 있지만 결정적으로 동법 제37조와 제38조는 1933년 8월 14일의 수표법시행을 위한 경과법(Einführungsgesetz zum Scheckgesetz vom 08.11. 1933-RGBl. I S. 605) 및 1933년 11월 28일의 시행령(RGBl. I S. 1019)에 따라 아직까지는 법률상 효력이 없다.

◇ Geldbuße 【 범칙금 】

범칙금은 질서위반행위(□□ Ordnungswidrigkeit)에 부과되는 제재이다. 범칙금은 형벌의 성격을 지니지는 않지만 형사법적 불법행위에 부과되는 제재라는 점에서 행정적

징계인 과태료(□□ Ordnungsgeld)와 구별된다. 질서위반법(OWiG)에 의하면 범칙금의 최소액은 5유로(Euro)이며, 최고액은 다른 법률의 규정이 없는 한 1,000유로에 한정된다(§17 I OWiG). 과실에 의한 질서위반행위에 대해서는 고의에 의한 경우의 절반에 해당하는 범칙금을 부과할 수 있다(§17 II OWiG). 범칙금의 양정(量定)은 질서위반행위의 의미와 행위자에 대한 비난의 정도를 기초로 하며, 행위자의 경제적 사정도 함께 고려한다(§17 III OWiG). 다만 매우 경미한 질서위반행위에서는 행위자의 경제적 사정을 고려하지 않는다. 범칙금은 행위자가 질서위반행위로부터 취득한 경제적 이익을 상회하는 정도이어야 하며, 법정 상한액이 여기에 못미칠 때에는 법정상한액을 넘어서 부과할 수 있다(§17 IV OWiG). 범칙금의 양정을 위한 지침은 범칙금목록(Bußgeldkatalog)에 규정되어 있다. 범칙금을 납부하지 않을 때에는 이행강제구금(Erzwingungshaft)을 부과할 수 있다(§96 OWiG).

◇ Gemeindeverfassung 【 지방자치단체 내부의 기관조직 】

Gemeindeverfassung은 지방자치단체 내부의 기관을 어떻게 조직할 것인가 하는 것으로 der interne Gemeindeaufbau라고도 한다. 기본법(GG)에서는 제28조 제 1 항 제 2 문에 주와 지방자치단체는 각각 주민들의 보통, 직접, 자유, 평등, 비밀선거에 의하여 구성되는 대표기관을 두어야 한다는 것과 제 2 항에 지방자치단체에 자치권이 보장되어야 한다는 것만 규정하고 있다. 또한 제70조, 제73조 및 제74조의 규정에 따라 지방자치에 관한 입법권은 각 주에 부여되어 있으므로 각 주마다 지방자치법(Gemeindeordnung)이 제정되어 있다. 각각의 지방자치단체 내부의 기관조직은 각 주의 지방자치법의 규정에 따라 다르고, 특히 역사적 발달과정에 따라 상당한 차이를 보이고 있으며, 이에 따라 기관의 명칭이나 권한도 다르다.

공통적인 것으로는 모든 지방자치단체가 기본법 제28조 제 1 항 제 2 문에 따라 지방의회를 구성하고 있다는 것이다. 그러나 그 명칭은 Gemeinderat, Stadtverordnetenversammlung, Stadtrat, Rat, Ortsgemeinderat 등으로 불려진다. 또한 지역적으로 상당히 작은 지방자치단체는 주민의 대표기관을 두는 대신에 유권자들 전체로 구성되는 Gemeindeversammlung 을 두기도 한다. 이러한 기관들은 조례(Satzung)를 제정할 수 있는 권한이 부여되어 있으며 주에 따라서는 약간의 행정적 권한도 가지고 있다.

지방자치단체의 집행기관인 자치단체장은 Bürgermeister, Gemeindedirektor, Magistrat 등으로 불려진다. 지방자치단체 내부의 기관조직에 대해서는 대체로 다음의 5 가지 형태가 있다. 즉 die norddeutsche Ratsverfassung, die Bürgermeisterverfassung, die Magistratsverfassung, die süddeutsche Ratsverfassung, die Kommunalverfassung 이다.

◇ Geringfügige Beschäftigung 【 저소득자 】

저소득자라 함은 사회보험의 가입의무를 면하는 일정 소득 이하의 자를 말한다. 독일 사회법전(SGB) 제 4 편 제 8 조는 월평균 급여가 평균 400유로를 넘지 않는 자와 연간 2개월 또는 50일 이하로 일하고 월평균 급여가 400유로를 넘지 않는 자를 저소득자로 정의하고 있다. 사회보장법의 의무가입자는 근로자(□□ Arbeitnehmer)가 아니라 취업자를 뜻하는 Beschäftigte라는 용어를 사용하고 있다. 사회보험의 의무가입자인 취업자(Beschäftigte)에는 근로자, 근로자와 유사한 자(□□ Arbeitnehmerähnliche Personen)를 비롯하여 위장자영업자(□□ Scheinselbständige)를 모두 모두 포함하는 개념이다.

◇ Gesamtbetriebsrat 【 전체종업원평의회 】

전체종업원평의회란 하나의 기업에 소속된 다수의 사업장에 종업원평의회가 설치된 경우, 기업 내 전체 근로자의 이익을 대표하기 위하여 설치되는 조직을 말한다(§§ 47, 53 BetrVG). 전체종업원평의회는 근로자에 의하여 선출된 위원으로 구성되는 것이 아니라, 개별 사업장의 종업원평의회에서 파견된 위원으로 구성된다. 전체종업원평의회는 개별 종업원평의회 상위의 단체가 아니기 때문에 전체 기업에 관련된 사항, 여러 사업장에 관련된 사항 및 개별 종업원평의회에 의하여 해결할 수 없는 사항만을 다루게 된다(§ 50 I S. 1 BetrVG).

◇ Gesamtschuld 【 연대책무 】

수인의 채무자가 하나의 급부에 대해 각자 전부를 이행할 의무를 부담하며 채권자는 각 채무자에 대해 채무 전부 또는 일부를 이행할 것을 청구할 수 있는 다수 채무

자의 채무부담 형태이다(§ 421 BGB). 가령 A, B, C 3인이 D에 대해 연대채무자로서 1000 유로의 지급의무를 부담하는 경우 D는 각 채무자에 대해 1000 유로의 지급을 청구할 수 있는데, 어떤 채무자이든 간에 1000 유로를 지급한 경우 나머지 채무자는 D에 대한 관계에서 면책되며, 그 일부가 지급된 경우에도 그 상응하는 부분에 한하여 면책의 효력이 발생한다. 그렇지만 D는 A, B, C 사이의 내부관계에서 각 채무자가 채무에 대해 서로간에 부담하는 비율을 고려할 필요 없이 채무 전액을 청구할 수 있다는 점에서 담보적 효력을 갖고 있다. 다수 채무자의 관계에 대해 법률상 명시적으로 연대채무로 규정해 둔 경우로는 먼저 부부가 공동으로 주택을 임차하거나 금전을 빌리는 경우와 같이 금전지급의무 등의 가분적 급부(teilbare Leistung)에 관해 여러 사람이 계약을 통해 공동으로 의무를 부담하는 경우가 해당한다(§ 427 BGB). 또한 계약이 공동으로 체결되지 않고 별도로 체결되었다더라도 공동보증인(Mitbürgen) 등의 경우에도 법률규정(§ 769 BGB)에 의해 연대채무 관계에 놓이게 된다. 그리고 불법행위에 기해 여러 사람이 각자 발생한 손해에 대해 책임을 지게 되는 경우에도 그 배상의무자들은 연대채무를 부담한다(§ 840). 더 나아가 여러 사람이 불가분의 급부(unteiltbare Leistung)에 대해 채무를 부담하는 경우에도 연대채무로서 책임을 지게 된다(§ 431 BGB). 한편 학설의 일부에서는 위와 같이 법률규정이 정해 두고 있는 경우들 이외에 더 나아가 부진정연대채무(unechte oder scheinbare Gesamtschuld)를 인정하려는 시도가 있다. 이 시도에 따르면 연대채무에 관한 종래의 요건, 즉 각 채무자가 법적 목적공동체(rechtliche Zweckgemeinschaft)라는 의미의 내적 관련성(innerer Zusammenhang) 또는 각 의무의 지위 동일성(Gleichstufigkeit; Gleichrangigkeit)을 필요로 하지 않는다고 이해하고 있다. 단지 민법 제421조의 규정에서 정해진 요건, 즉 각 채무자가 채무 전부를 이행할 의무가 있는 반면 채권자가 그 전액의 만족을 받을 경우 채권이 소멸하는 것만으로 연대채무의 요건이 갖추어 진다고 이해하고 있다. 이를 통해 연대채무에 관해 정해진 법률규정, 특히 구상권에 관한 규정(§ 426 BGB)을 확대하여 적용하려고 한다.

◇ **Geschäft, wen es angeht(=Geschäft für den, den es angeht) 【 현명(顯名) 되지 않은 타인에게의 귀속행위 】**

‘행위 관련자를 위한 법률행위’로 직역되는 ‘현명 되지 않은 타인에게의 귀속행위’란 법리는 당사자의 개성을 중요하게 여기지 않는 거래에서 그 법률행위의 효과를 직

접 거래행위를 행한 자가 아니라 그 본인에게 발생하도록 하는 제도이다. 이는 우리나라 민법 제114조 제1항과 마찬가지로 대리행위에서 본인의 현명(Offenbarung)을 필요로 하는 독일 민법 제164조 제1항에 대한 예외로서, 가령 일상생활에서 빈번히 행해지는 현찰매매와 같이 거래행위의 상대방이 누구인가 하는 것이 무의미한 경우에 인정하고 있다. 더 나아가 민법 제1357조는 부부 일방이 가족 생활의 필요를 적절히 충족할 목적으로 상대 배우자를 위해서도 효력을 갖는 법률행위를 할 수 있다고 규정함으로써 현명주의의 예외를 인정하고 있다. 우리나라 민법의 해석에서도 명문 규정이 없으나 일상가사대리(제827조)에서 현명주의의 예외를 인정하고 있으며 더 나아가 거래관계의 간편화 등을 이유로 독일과 마찬가지로 현명 되지 않은 타인에게의 귀속행위를 인정할 수 있다는 견해가 주장되고 있다.

◇ Gesellschaft 【 이익사회 】

Gesellschaft는 이익사회 내지 집합사회라고 불려 실제로 Gemeinschaft인 공동체, 협동체 내지 공동사회에 상대가 되는 개념이다. 전형적인 이익사회의 예가 주식회사법에서의 회사가 그것이다. 그래서 Gesellschaft는 그 쓰임새에 따라 널리 이익사회라 부를 수도 있지만 단순히 사회라고도 불리고 구체적인 사안에서는 주식회사, 조합 내지는 협회 등을 일컫기도 한다. 예를 들어 “Gesellschaft des bürgerlichen Rechts”는 “민법상의 조합”으로 최소한 2인 이상이 공동으로 추구하는 목적을 촉진하기 위해 계약에 기초에 결합한 것을 의미하고, “Gesellschaft mit beschränkter Haftung” 일명 GmbH는 “유한회사”를 말하는 것으로 인적회사와 유사한 형태를 가지고 있어서 회사의 채무에 대하여 그 회사의 사원은 채무에 대하여 개인적으로 책임을 부담하지 않으나 법인으로서의 유한회사만이 회사재산의 범위 내에서 책임을 지는 자본회사인데 이러한 측면에서 유한회사도 Gesellschaft의 한 형태인 것이다. 일반적으로 Gesellschaft에 인칭형 어미인 er을 붙이면 이익사회의 구성원인 사원 내지 조합원으로 해석된다.

반면 Tönis에 의하면 Gemeinschaft란 생득적인 본질의지에 기초를 둔 것으로 풍속, 종교 등의 자연적이며 전통적인 것을 gemeinschaftlich 즉 ‘공동체적인’ 또는 ‘연대적인’이라고 풀이한다. 물론 이에 대하여 정치적이고 여론적인 측면이 강하며 후천적인 선택의 의지에 의하여 형성된 성격의 것을 gesellschaftlich 즉 사회적인 또는 사교적인 의미로 이해한다. Gemeinschaft는 여기에 recht가 붙어 복합명사가 되면 일반적으로

유럽공동체법을 의미한다고 보고, 또 다른 예로 Gemeinschaft에 Gefühl이라는 감정의 뜻이 붙어 연대의식 내지 협동심이라고 하는 정신적인 사회의식 내지 공공심을 나타내어 본질적이고 내부적인 의미가 강한 반면 Gesellschaft는 사회적이며 외형적인 상징성을 포함하고 있다.

□□ Gemeinschaft 【 공동체 】

◇ Gesetzesvorbehalt 【 법률유보 】

법률유보의 원칙이란 행정작용은 의회에서 제정된 형식적 법률에 의하거나 또는 법률에 근거가 있어야 한다는 원칙이다. 이 원칙은 자유민주주의원리, 법치주의원리 그리고 국민의 기본권보호라는 헌법적 근거에서 유래하는 것이다. 자유민주주의원리는 국민에 의하여 선출되고 따라서 직접적인 민주적 정당성을 보유하는 의회가 국가 공동체의 본질적인 문제에 대하여 결정할 것을 요구한다. 따라서 행정작용은 의회가 유보하고 있는 사항에 관하여 법률을 통하여 수권이 있는 경우에만 가능하다. 법치주의원리는 국가와 국민간의 관계가 투명하고 예측가능한 일반적 법률에 의하여 규율될 것을 요구한다. 그리고 국민의 기본권보호를 위하여 국민의 모든 자유와 권리를 제한하는 경우에는 반드시 법률에 의하거나 또는 법률에 근거가 있는 경우에 가능하다. 이 원칙은 법률우위의 원칙(Vorrang des Gesetzes)과 더불어 법치행정의 근간을 이루는 것이다. 법률우위의 원칙이 소극적으로 행정작용이 성문법에 위반되는 것을 금지하는 것인데 비해 법률유보의 원칙은 적극적으로 행정작용이 행해지기 위해서는 법적인 근거를 요구하는 것이고, 법률우위의 원칙이 모든 행정작용을 대상으로 하는데 반하여 법률유보의 원칙은 그 적용범위를 둘러싸고 상당한 견해차를 보이고 있다.

법률유보의 원칙의 적용범위에 관한 대표적인 학설로는 침해유보설, 급부유보설, 전부유보설, 본질사항유보설 등이 있다.

◇ Gesetzgebung 【 입법 】

입법이란 법규범의 정립작용을 말한다. 그런데 전통적으로 그리고 오늘날에도 지배적인 견해는 입법의 개념을 분리하여 그 의미를 이해하고 있다. 즉 형식적 의미의 입

법은 입법기관에 의하여 입법절차에 따라 법률의 형식으로 규범을 제정하는 것을 말하고, 실질적 의미의 입법은 국가의 권위에 의하여 법규범을 정립하는 것을 말한다. 법규범이란 일반적이고 추상적인 구속력을 가지고 국가의 강제력에 의해서 그 효력이 담보되는 국가의 의사표시를 말한다. 불문의 관습법도 법규범으로서의 성질을 갖지만 그것은 오랜 기간에 걸친 반복적인 관행을 전제로 하는 것이기 때문에 입법의 개념에서 제외된다. 입법은 매우 포괄적인 개념으로서 실질적 의미로는 모든 법규범의 정립작용을 총칭하는 것이기 때문에 제정주체에 관한 한 중립적인 성질을 갖는다. 따라서 법률·명령·규칙·조례제정이 모두 입법에 포함된다. 국회입법·행정입법·사법입법·자치입법 등의 개념이 성립하는 이유도 여기에 있다.

◇ **Gesetzmäßigkeit** 【 법률적합성 또는 합법률성 】

□□ **Legalität** 【 합법성 】

◇ **Gestaltungsformen der Leistungsverwaltung** 【 급부행정의 행위형식 】

급부행정영역에 있어서 행정주체는 법규에 특별히 정함이 없는 경우에 사안에 가장 합리적인 행위형식을 선택할 수 있는 행위형식 선택의 자유(Formenwahlfreiheit)가 부여되어 있다. 따라서 행정주체는 공법적인 방법, 사법적인 방법, 또는 두 가지를 혼합한 방법 등 어느 것이라도 선택할 수 있다.

침해행정영역에 있어서는 당사자의 자유와 권리를 제한하는 경우가 많으므로 행정주체의 자의적인 침해행위를 방지하는 것이 중요한 과제가 되고, 따라서 대부분의 경우 법규에 공법적인 행위형식으로 할 것이 정해져 있다.

행위형식의 선택권을 인정하여야 하는 이유로는 급부행정을 수행하는 행위형식으로 공법상 규정되어 있는 것은 극히 제한적인데 비하여 사법에는 이를 수행할 수 있는 여러 가지 다양한 행위형식이 존재한다는 것이다.

급부행정영역에서 행위형식을 자유롭게 선택할 수 있도록 인정하고 있다고 해서 행정주체가 공법적인 규율에서 완전히 벗어나는 것은 아니다. 소위 “공법적 제한을 피하기 위한 사법으로의 도피”는 인정되지 않는다. 특히 현대 행정에 있어서 제삼자의

보호는 필수적인 것이고, 행정소송에서도 행정법관계의 직접적인 당사자가 아닌 제삼자에 의한 소송이 - 경쟁자소송(Konkurrentenklage) 또는 이웃주민의 소송(Nachbarklage) 등 - 확대되어 가고 있는 점도 고려되어야 한다.

행정주체가 행위형식을 사법적(私法的) 형식으로 행하는 경우에 이를 행정사법(Verwaltungsprivatrecht)이라고 하며, 이는 제한된 범위 내에서만 인정되는 것이므로 기본권보장과 행정법의 일반원칙 등 일련의 공법적 규율에 예속된다는 특수성이 있다.

◇ **Gestaltungsklage, (allgemeine) 【(일반적) 형성소송】**

형성소송은 일정한 법률관계의 변동(발생, 변경, 소멸)을 가져오는 형성판결을 구하는 소송이다. 형성판결에 의한 법률관계의 변동은 판결의 효력에 의하여 직접 발생한다. 형성판결은 형성요건의 충족을 전제로 하지만, 형성요건사실의 충족에 그치지 않고 이를 근거로 직접 법률관계의 형성을 가져온다는 점에서 창설적 효과를 가진다. 형성소송은 소송비용의 문제를 제외하고는 이행소송과 달리 판결의 집행은 문제가 되지 않는다.

행정행위의 위법을 이유로 이의 취소를 구하는 소송에서 인용판결이 나는 경우 행정법원에 의하여 당해 행정행위는 취소되므로 달리 행정청의 행위를 필요로 하지 않는다. 따라서 이것은 전형적인 형성소송에 속하지만 연방행정법원법 제42조에 따라 취소소송(Anfechtungsklage)이라는 별개의 소송형태가 마련되어 있다.

◇ **Gewaltenteilungsprinzip 【권력분립의 원리】**

권력분립의 원리란 국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 국가권력을 입법권·집행권·사법권으로 분할하고, 이들 권력을 각각 분리·독립된 별개의 국가기관들에 분산시킴으로써, 특정의 개인이나 집단에게 국가권력이 집중되지 않도록 함은 물론 권력 상호간에 권력적 균형관계가 유지되도록 하는 헌법상 통치구조의 조직적 구성 원리를 말한다.

역사적으로 권력분립은 근대 법치국가에 있어서의 통치기구의 조직원리로서 가장 중요한 근대시민적 민주정치的基本원리라고 하겠다. 권력분립론으로는 이권분립론

및 삼권분립론 등이 있으나, 근대헌법의 기반을 이룬 것은 삼권분립론이라고 하겠다. 그러므로 전통적 권력분립론 내지 삼권분립론은 국가작용을 입법·행정·사법의 3개의 다른 작용으로 나누어, 각 작용을 각기 다른 구성을 가진 독립기관이 담당하게 하여 기관 상호간의 견제와 균형을 유지하도록 함으로써 국가권력의 집중과 남용을 방지하고 국민의 자유를 보호하기 위한 헌법상 자유주의적인 정치조직의 구조적 기본 원리이다.

반면에 오늘날 현대적인 권력분립의 원리는 전통적인 구조적 권력분립의 원리에서 볼 수 있는 형식적 권력분립에서 협동과 통제라고 하는 목적지향적이며 유동적인 기능적 권력분립으로 그 중심이 이동하고 있다. 이는 권력분립의 주안점이 이제는 입법·집행·사법의 형식적인 권력분립에서 실질적인 기능적 권력분립으로 옮겨지고 있다는 것을 의미한다. 오늘날 지방자치제도, 직업공무원제도, 복수정당제도, 헌법재판제도, 연방국가제도 및 중앙은행의 독립성제도 등이 실질적인 기능적 권력분립의 관점에서 새로운 권력분립원리의 내용적 모델로 인식되는 것은 이러한 현대적 경향을 나타내주고 있는 것이다.

◇ Gewerkschaft 【노동조합】

노동조합은 근로자들이 근로조건 향상을 위하여 자주적으로 결합한 단결체를 말한다. 노동조합은 기본법(GG) 제 9 조 제 3 항에 의하여 일반 단체(Vereinigung)와는 다른 특별한 보호를 받는다. 즉 단결권(□□ Koalitionsfreiheit)의 주체가 된다. 노동조합은 사용자 또는 사용자단체와 교섭할 권한과 단체협약을 체결할 권한을 가진다. 노동조합에는 산별노동조합, 기업별노동조합, 직종별 노동조합, 지역별 노동조합 등 다양한 형태가 있다. 독일은 대부분의 노동조합이 산별형태를 취하고 있다. 그러나 체신노조나 철도노조와 같이 기업별로 구성된 노동조합도 예외적으로 존재한다. 즉, 독일의 노동조합은 산업별노조원칙(Industrieverbandprinzip)에 따라 조직되어 있다. 특히, 독일 노동조합연합(DGB)은 정관에 따라 이 단체에 가입한 개별 노동조합들의 교섭권이 중복되지 않도록 산업별노조원칙에 따라 조직대상을 달리하고 있다. 산업별 노동조합이란 동일한 산업에 종사하는 모든 근로자들이 하나의 노동조합을 결성하는 것을 말한다. 즉, 산업별 노동조합에서는 서로 다른 사용자에게 고용된 근로자들이 하나의 노동조합을 결성하거나 이 노동조합에 가입하게 되는 것을 말한다. 그러나 이러한 산업

별 노동조합은 노동조합들의 모임인 연합체와는 구별되어야 한다. 노동조합연합체의 구성원은 독립된 개별 노동조합이지만, 산업별 노동조합의 구성원은 개별 근로자이다. 우리나라와 일본의 경우에는 기업별 노동조합이 주를 이루어 왔으나, 최근 산업별 노동조합으로의 전환이 활발히 진행되고 있다. 독일의 경우 기업의 특수성은 노동조합이 아니라 종업원평의회(□□ Betriebsrat)을 통하여 반영하게 된다. 노동조합과 종업원평의회 모두 근로자로 구성된다. 그러나 노동조합은 임금, 근로시간과 같이 투쟁적 근로관계에 관한 사항에 대하여 교섭을 통하여 단체협약으로 규율하는 데 반하여, 종업원평의회는 작업의 시작 및 종료 시간, 임금의 지불시기 및 지불방법과 같이 협력적 사안에 대하여 사용자와 교섭하여 경영협정(□□ Betriebsvereinbarung)을 체결한다는 점에서 차이가 있다. 노동조합의 결성은 자유·선택 사항이지만 종업원평의회 경우에는 구성이 강제된다는 점과 노동조합이 체결한 단체협약은 조합원에 대해서만 효력이 발생하는 것이 원칙이지만, 종업원평의회가 체결한 경영협정은 모든 근로자에게 적용되는 점도 차이가 있다. 즉, 노동조합은 조합원을 대표하는 단체인데 반하여, 종업원평의회는 전체 근로자를 대표하는 조직이라는 점에서도 차이가 있다.

◇ Gewerkschaftliche Vertrauensleute 【노동조합신임자】

노동조합신임자란 사업장 내에서 노조의 정책과 선전·홍보활동, 조직력 강화를 위하여 활동하는 자이다. 독일의 경우 대부분의 노동조합이 산업별로 구성되어 있어 개별 사업장에서의 노동조합 업무를 처리하기 위하여 활동하는 자로, 통상 사업장 내 노동조합 조합원들에 의하여 선출된다. 노동조합신임자제도는 법적 근거를 가진 조직이 아니라, 기업 내 노동조합 활동을 강화할 목적으로 1960년대에 도입된 제도이다. 따라서 노동조합신임자의 임금 및 노동조합이 실시하는 교육의 참가보장 등에 관한 사항은 주로 단체협약에 의하여 규율되게 된다.

◇ Gewinnschuldverschreibung 【이익참가부사채】

이익참가부사채란 사채권자에게 사채의 이윤에 의한 확정지자를 지급하는 외에 배당가능이익이 있는 경우에는 이익배당에도 참가할 수 있는 권리를 부여한 사채를 말

한다. 이 이익참가부사채는 전환사채(Wandelschuldverschreibung)와 함께 주식회사법 제221조에 그것을 정의하고 있다. 전환사채는 사채권자에게 기채회사의 전환청구권(Umtauschrecht)이나 신주인수권(Bezugsrecht auf Aktien)이 인정된 사채를 말하는 것으로 이 조 전문에 밝히고 있으며 후문에는 이익참가부사채를 정하고 있으면서 동시에 두 사채는 주주총회의 결의에 근거하여서만 부여됨을 단서화하고 있다. 이 조 제 1 항 제 2 문에 따르면 이 같은 특별사채의 인정을 위해서 주주총회의 결의는 적어도 특별결의(die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals) 즉 결의시에 출석한 주식의 4분의 3 이상의 다수결을 요한다고 한다. 물론 정관을 통하여 다른 방식의 다수결을 정할 수 있음도 더불어 정하고 있다. 또한 이익참가부사채, 전환사채 및 향유권(Genußrechte)에 대하여 이 조 제 4 항에 따라 주주가 우선권을 가지고 있음을 명시하고 있다. 이익참가부사채는 위에 언급한 전환사채와 신주인수권부사채와 같이 주식과 사채의 중간형태로서 의미가 있는 것이고 특히 회사의 자금조달의 편의를 위하여 인정된 제도이다.

◇ Gläubigeranfechtung 【 채권자취소권 】

채무자가 자신의 재산을 무상의 처분행위에 의해 감소시키며 이로써 채무자의 책임재산으로부터 채권을 만족받을 수 있는 채권자의 기회가 악화되는 경우 채권자가 일정한 기간 내에 채무자에 의해 행해진 처분행위를 채권자 자신과의 관계에서 무효로 되도록 취소하면서 채무자에 의해 처분된 목적물을 채권자 자신의 채권만족을 위해 수령자로부터 반환받을 수 있는 권리를 뜻한다. 채권자취소권을 통해 채무자가 강제집행의 개시 이전에 책임재산으로부터 일탈하게 하였던 목적물을 일정한 요건에 따라 다시 채권자에 의한 환가의 대상이 될 수 있도록 하는 책임재산으로서의 지위를 회복하도록 하는 제도이다. 채권자취소권은 파산절차 개시 뒤에 파산관재인이 행사하는 파산부인(Insolvenzanfechtung)에 관해서는 파산법 제129조 이하에서 규정하고 있으며, 파산절차 밖의 과정에서 채권자가 행사하는 채권자취소권에 관해서는 별도의 채권자취소권법(AnfG) 제 3 조, 제 7 조에서 규정되어 있다. 양 취소권 모두는 로마법 시대에 채무자의 사해행위에 대해 인정되어 오던 파울루스 소권(actio Pauliana)을 파산부인과 파산외 부인으로 각각 나누어 입법화한 것이다. 채권자취소권은 가령 착오 (§ 119 BGB)나 사기·강박 (§ 123 BGB) 등에 의해 영향받은 의사표시를 취소하여 그

효력을 무효로 만드는 본래적 의미의 취소권(Anfechtungsrecht)과는 아무런 관계가 없다. 독일법이 채무자의 사해행위에 대한 파산절차 밖의 과정에서 채권자에 의한 사해행위 취소권을 별도의 특별법에서 규정하고 있는 반면, 우리나라의 경우에는 민법 제 406조에서 규정해 두고 있다.

◇ Gläubigerverzug 【채권자지체 또는 수령지체】

채권자가 채무자의 급부제공을 수령하지 않고 있는 경우를 말하고, 이 때 채무자의 책임은 경감이 된다. 총칙편에서 채권자지체의 요건·효과에 관해 일반적인 규정을 두고, 매매·도급·고용에 관하여 특별규정을 가지고 있다. 채권채무관계에 있어서 채권자도 채무자와 같이 지체에 빠질 수 있는데, 그것은 정상적으로 제공된 급부를 수령하지 않은 경우에 채권자에게 발생한다(BGB §293 (Der Gläubige kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt)). 그 요건으로서는 그 급부가 불능이지 않고, 채무자의 급부제공이 있을 것과 사실상 효력이 발생될 수 있도록 채권자에게 제공되어야 한다(현실제공 (Realangebot)). 채권자가 이미 그 급부를 수령하지 않겠다는 의사표시를 한 경우(예를 들면, 근로관계 종료 후의 근로의무로부터의 자유) 또는 채권자의 협조가 필요한, 예를 들면 채권자가 물건을 가져와야 하는 것(추심채무(Holschuld))과 같은 경우에는 구두제공(Verbalangebot)만으로 충분하다. 여기서 기간을 력(曆)으로 정해진 경우, 채권자가 정당한 시기에 행위를 했다면, 구두 제공만이 필요하다. 채권자지체는 - 채무자지체와는 달리 - 채권자의 과실을 전제조건으로 하지 않으며, 반면 채무자가 이행을 적당한 시기에 미리 통지한 경우에는, 어떠한 임시적인 장애의 경우에만 지체에 들어간다. 채권자가 어떤 그에 해당하는 반대급부(동시이행 □□ Zug um zug)가 이루어지지 않은 경우에는, 비록 수령의 용의가 있음에도 불구하고 수령지체가 개시된다. 수령은 의무(채무)가 아니다. 개별사안에서 즉, 매매 또는 도급에서의 인수와 같이 여러 번 요구되어졌던 경우, 매수인이 매매물을 인수하지 아니하면, 채무자지체의 경우와 같이 채권자지체에 이르게 된다. 그러나 그 전제조건은 엄격하게 구별되어야 한다. 효력으로서 채무자는 채권자지체 동안 이행대상물과 관련해서는 단지 고의와 중대한 과실이 있는 경우에만 책임 있다(§300 I. BGB). 금전채무의 경우 이자지급의무는 없다(§301 BGB).

□□ Annahmeverzug

◇ Gleichheitssatz 【 평등조항 】

□□ Allgemeiner Gleichheitssatz 【 일반적 평등원칙 】

◇ Gleichstellung von Männern und Frauen 【 남녀평등 】

독일 기본법은 우리 헌법과는 달리 남녀평등에 관한 명문규정을 두고 있다. 기본법 제 3 조 제 1 항은 “남자와 여자는 동등한 권리를 가진다. 국가는 실제로 관철되는 남녀평등을 조성하고 그리고 남아 있는 차별의 제거에 노력한다.”고 규정하고 있다.

그리고 차별대우금지와 관련하여 기본법 제 3 조 제 3 항은 누구든지 성별, 가문, 종족, 언어, 고향과 출신, 신앙, 종교적 또는 정치적 견해 때문에 불이익을 받거나 특혜를 받지 않는다는 평등에 관한 특별조항도 남녀평등에 관련이 있다. 우리 헌법도 제 11조 제 1 항 제 2 문에서 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받아서는 아니 된다는 것을 규정하고 있다. 우리 헌법에 규정된 차별대우 사유와 생활영역은 하나의 예시규정에 불과하기 때문에 인종·출신지역 등을 이유로 하는 차별대우도 마땅히 금지된다. 또한 우리 헌법은 고용·임금 및 근로조건에 있어서의 여자근로자의 차별도 특별히 금지하고 있다(제32조 제 4 항). 차별대우금지의 효과는 구체적으로 차별입법의 금지, 행정재량권의 한계, 조세평등의 원칙, 교육의 기회균등, 병역평등, 병역평등 등으로 나타난다. 그러나 차별대우금지는 합리적인 사유와 기준에 의한 차별대우까지도 금지하는 것은 아니기 때문에 병역평등에도 불구하고 남녀를 구별하는 것이나, 차별입법의 금지에도 불구하고 사회국가원리의 정신에 따라 부양가족이 있는 근로자와 부양가족이 없는 근로자 사이에 세율을 차등적으로 정하는 것, 남녀차별금지에도 불구하고 여자근로자를 특별히 보호하는 근로조건을 마련하는 것 등은 차별대우금지에 어긋나지 않는다고 할 것이다.(GG Art. 3 (2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin; 남자와 여자는 동등한 권리를 가진다. 국가는 여자와 남자의 동등한 권리의 실질적 관철을 조성하고 그리고 존재하는 차별적 불이익의 제거에 영향을 미쳐야 한다.)

◇ Globalsicherheiten 【 일괄담보 】

채무의 담보를 위하여 채무자가 현재 또는 장래에 갖게 되는 담보 목적물을 일괄적으로 채권자에게 제공하는 담보형태이다. 가령 은행 A가 B에 대해 금전을 대부해 주면서 B가 그 날 이후 영업활동을 통해 얻게 될 모든 채권을 양도해 주기로 하는 담보 형태이다. 일괄담보는 특히 채권의 일괄양도(Globalzession)와 소유권의 예정된 양도담보(antizipierte Sicherungsübereignung, □□ Sicherungsübereignung)의 형태로 행해지고 있다. 일괄담보와 관련해서는 많은 법적 문제가 있는데, 특히 담보권의 피담보 목적물의 특정성 원칙(□□ Bestimmtheitsgrundsatz)의 준수와 과도담보(Übersicherung)의 여부가 문제된다. 이와 관련하여 먼저 담보목적물의 특정성 요건의 경우 가령 채권의 일괄양도에서는 그 요건은 비교적 완화된 형태로만 인정되고 있다. 즉 일정한 영업활동을 통해 얻게 되는 장래의 일체의 채권 또는 일정한 채무자 또는 일정한 채무자군(群)에 대해 취득할 장래의 모든 채권의 경우 특정성의 요건을 충족하는 것으로 해석해 오고 있다. 그렇지만 일괄담보가 과다담보로서 무효로 되는지 여부에 대해서는 많은 논란이 있어 왔다. 한 때 연방법원은 담보계약에서 특정한 환원규정(qualifizierte Freigabeklausel)을 담고 있는 경우에만 유효할 뿐 그렇지 않으면 전부무효(Gesamtnichtigkeit)로 판단한 바 있었다. 즉, 담보목적물에 의해 담보될 수 있는 한도액(Deckungsgrenze)의 확정, 위 한도액을 넘어서는 담보가치에 관한 담보권자의 반환의무, 그리고 이 같은 반환의무에 관한 재량 없는 내용형성을 갖추고 있는 특정한 환원규정을 담고 있지 않는 한 그 담보약정은 처음부터 전부무효로 판단해 왔다(§ 138 BGB, 채권법현대화법률 이전의 구 민법 적용 당시 § 9 AGBG). 이 같은 판례가 결국 과도담보로부터 채무자를 보호하기 위한 시도라는 점에서는 의문이 없다. 그렇지만 그 법적 논거에 대해서는 많은 비판이 행해져 오다가, 연방법원의 대심원(Großer Senat)은 담보약정에서 환원규정을 두고 있지 않은 경우에도 법원에 의해 정해진 환원청구권을 인정하면서(§§ 133, 157, 242 BGB) 과도담보의 규율에 대한 약정 없이 행해진 권리양도에 관한 유효성을 인정하기에 이르렀고, 이 같은 판결 태도는 현재에도 유지되고 있다.

◇ grammatikalische Interpretation 【 문법적 해석 】

□□ ergänzende Auslegung

◇ Gratifikation 【 상여금 】

상여금은 일정한 동기에 기하여 지급하는 금품이다. 상여금은 주로 성탄절·휴가·개점기념일 등에 단체협약(□□ Tarifvertrag)이나, 경영협정(□□ Betriebsvereinbarung), 근로계약(□□ Arbeitsvertrag) 또는 경영관행(betriebliche Übung)에 근거하여 지급된다. 상여금은 과거의 성과 또는 공로에 대한 대가로 지급되기도 하고, 장래의 활동을 독려하기 위한 수단으로 지급되기도 한다.

◇ Große Strafkammer 【 대(大)형사부 】

대형사부는 주(州)법원(LG: Landgericht)의 형사부 중 하나이다. 주법원 형사부는 소(小)형사부(Kleine Strafkammer)와 대형사부로 나누어진다. 소형사부는 1명 또는 (예외적으로) 2명의 법관과 2명의 참심원(시민법관)으로 구성되며, 지방법원(AG) 단독판사와 참심법원(□□ Schöffengericht)의 판결에 대한 항소심을 전담한다(§§74 III, 76 OWiG). 반면에 대형사부는 제일심법원으로서 아래의 사건을 관할한다: 즉, 1)대참심법원(□□ Schwurgericht)으로서 고의살인죄와 사망을 야기한 각종 범죄 및 특별히 중대하고 공공에 위험이 되는 범죄(형법 제307조, 310b조, 311조 등)를, 2)경제형사부(Wirtschaftsstrafkammer)로서 법원조직법 제74c조에 규정된 경제범죄를, 3)공안형사부(Staatschutzkammer)로서 법원조직법 제74a조에 규정된 경미한 공안범죄를, 4)기타 지방법원(AG)나 주고등법원(OLG)이 제일심법원으로 관할하지 않는 모든 범죄사건과 지방법원의 관할사건이지만 검사가 사건의 중대성을 고려하여 대형사부에 기소하거나 지방법원이 스스로 관할할 수 없는 사건이라 판단하여 이송한 사건을 담당한다(§§74, 76 GVG). 대형사부가 일심법원으로 관할하는 사건에 대해서는 항소심이 인정되지 않으며 연방대법원에 의한 상고심만 허용된다(§135 GVG). 대형사부는 3명의 법관과 2명의 참심원(시민법관)으로 구성되는데(§76 I GVG), 대참심법원으로서 관할하는 사건이 아니고 사건의 규모나 난이도를 고려할 때 세 번째 법관이 필요하지 않다고 판단될 때에는 공판을 개시할 때 2명의 법관과 2명의 참심원이 참여하는 것으로 결정할 수 있다(§76 II GVG).

◇ Grunddienstbarkeit 【지역권(地役權)】

이는 어느 한 토지의 용익을 위하여 다른 토지의 소유권에 대한 제한, 즉 어느 한 토지의 용익을 위하여 다른 토지에 대한 제한을 설정한 것이다. 이는 토지소유권의 확장과 동시에 또한 제한으로서 역할을 하는 제한물권 중의 하나이다. 다른 토지의 용익에 기여하는 토지를 승역지(承役地, dienendes Grundstück), 그러한 승역지를 요구하는 토지를 요역지(要役地, herrschendes Grundstück)라고 한다. 승역지소유자의 입장에서는 소유권에 대한 제한이 됨과 동시에 요역지 소유자에게는 자기토지소유권의 확장이라고 볼 수 있다. 이러한 지역권에는 BGB 제1018조의 내용에 의하여 3개의 특징을 가진다. 첫째, 지역권자는 다른 토지를 특정 목적(통행·통과권)으로 사용해도 되며, 둘째, 승역지에서는 요역지를 위하여 특정 행위가 행해져서는 안된다(승역지상에 주유소건설금지, 특정 영업영위 금지 등). 셋째로는 지역권 설정된 토지소유권에서 연유하는 권리행사는 제외된다. 지역권의 설정, 양도 그리고 해소는 토지법 일반원칙을 규정하고 있는 BGB 제873조 이하 규정이 적용된다. 따라서 지역권소유자는 그 침해 시에 소유권방어청구에 상응하는 방해제거청구권, 그리고 부작위청구권을 가진다 (제1027조, 제1004조 BGB).

◇ Grundgesetz 【기본법】

독일에서 기본법(Grundgesetz)이란 개념은 독일의 현행 헌법(Verfassung)을 의미한다. 독일의 현행 헌법에 있어서 기본법이라는 개념은 과거의 독일적 전통에서 사용되던 기본법 개념과는 완전히 다르게 1945년 독일의 항복 후의 상황으로부터 국가질서를 창설하기 위하여 생겨난 특수성을 표현하는 것이라고 할 수 있다. 독일의 분단이 헌법제정작업에 의하여 심화되거나 혹은 영구화되어서는 안 된다는 인식이 독일의 헌법제정권자에게 있었던 것이다. 그런 상황 하에서 당초에는 완전한 헌법이 아니라 가능한 한 간결한 조직규약이 고려되었지만, 헌법제정회의(Parlamentarischer Rat)의 심의가 진행됨에 따라 이런 의도는 자취를 감추게 되었다. 그러나 독일의 상황에서 헌법제정작업이 잠정적이라는 것이 표명되어야 했다. 결국 새 헌법은 기본법 제146조에서 독일국민의 자유로운 결정으로 의결될 헌법을 유보해 두고 만들어졌고, 그런 의미에서 당시 새 헌법은 헌법이 아니라 단지 기본법이라는 표현을 쓰게 된 것이다. 그러

나 기본법은 독일의 통일이 이루어진 현재도 여전히 그 명칭을 유지하고 통일 독일의 헌법으로서 기능하고 있다. 기본법은 이미 이전의 바이마르헌법 보다도 독일의 국가 발전과 민주주의 발전에 기여하며 강한 생명력을 나타내고 있다. 따라서 용어상의 차이는 실체상의 본질적인 차이를 설명하는 근거로는 되지 않는다. 따라서 독일의 기본법은 독일의 헌법이다.(GG Art. 146. Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist; 독일의 통일과 자유의 완상 후에도 전체 독일 국민에게 유효한 이 기본법은 독일 국민이 자유로운 결정으로 의결한 헌법이 효력을 발생하는 날에 그 효력을 상실한다.)

◇ Grundpfandrechte 【부동산에 관한 담보물권】

부동산에 관한 제반의 담보물권, 즉 저당권(□□ Hypothek), 토지채무(□□ Grundschuld), 그리고 토지채무의 변형된 형태로서 토지로부터 정기적으로 금전을 지급받을 수 있는 정기토지채무(Rentenschuld)를 총칭하는 표현이다. 이 개념은 민법전에서는 발견되지 않는 표현으로서, 동산에 관한 담보물권인 동산담보권(Mobiliarpfand)과 대비된다. 부동산에 관한 담보물권은 금전채권이 실현되지 않는 경우 그 권리자가 부동산으로부터 강제집행(Zwangsvollstreckung)의 방법을 통해 채권의 만족을 얻을 수 있다는 점을 그 특징으로 하고 있다. 이러한 특징은 이들 권리에 관한 민법 규정(§§ 1113, 1191, 1199 BGB)에서 ‘일정한 금액을 부동산으로부터 지급 받도록 한다’는 표현을 통해 분명히 되고 있다. 구체적으로 말해 이들 권리자는 채무가 실현되지 않는 한 담보목적물인 부동산 자체나 이용을 강제로 처분하여 자신의 채권 만족에 충당할 수 있는 환가권(Verwertungsrecht)을 갖고 있으며 채무자가 파산한 경우에는 별채권(□□ Absonderungsrecht)을 행사할 수 있다(§ 49 InsO). 이 같은 환가의 과정에서 부동산에 관한 제반의 담보물권자가 다른 일반채권자에 비하여 우선적으로 변제 받을 수 있음은 물론이다. 부동산에 관한 제반의 담보물권의 경우에도 다른 물권과 마찬가지로 그 권리가 외부로公示되어야 하는 관계로 등기부에 기재됨으로서 비로소 성립할 수 있는데, 이 경우 권리자는 등기부에 기재된 사항을 신뢰할 수 있으며 그 신뢰에 대해서는 법적 보호가 부여된다(§§ 892, 893 BGB). 그런데 독일에서 인정되는 부동산에 관한

담보물권은 우리나라와는 달리 등기부예의 기재 이외에 저당권증서(Hypothekenbrief)나 토지채무증서(Grundschuldbrief)의 발행에 의해서도 공시되는 것을 인정되며, 더욱이 원칙적으로 이들 증서의 형태로 성립된다(§ 1116 I BGB). 따라서 증서 형태의 담보물권은 증서의 교부를 통한 이전방법에 의해 그 유통성이 확보되어 있다.

◇ Grundrecht 【 기본권 】

우리 헌법에는 기본권이라는 개념이 사용되고 있지 않고 있으며, 제 2 장에서 기본권적인 자유와 권리를 국민의 권리와 의무라고 총괄하여 규율하고 있다. 반면에 독일 기본법은 제 1 장 타이틀로 기본권(Grundrechte)이라는 표현을 쓰고 있다. 따라서 기본법상 기본권이란 기본법이 기본권이라고 표시하고 있는 권리들이라고 할 수도 있을 것이다. 그러나 이런 기본권개념은 형식적인 것이기 때문에 이런 개념으로는 기본권의 실질적 의미와 특성을 나타낼 수는 없다.

기본권을 인권 내지 인간의 권리(Menschenrecht)와 동일한 개념으로 이해하기도 한다. 인권 내지 인간의 권리란 인간이 인간으로서 당연히 누리는 권리를 말한다. 그러나 엄밀한 의미에서 인권 내지 인간의 권리와 기본권은 동일한 개념은 아니다. 인권 내지 인간의 권리는 인권사상을 바탕으로 하여 인간이 인간이기 때문에 당연히 누리는 인간의 생래적·천부적 권리를 의미하지만, 기본권은 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리를 의미하기 때문이다. 그러므로 기본권은 무엇이며 기본권은 어떠한 의의와 기능을 가지고 있는 것인가에 대한 대답은 결국 기본권을 이해하는 시각 즉 기본권이론에 따라 다르다고 하겠다. 독일의 기본권이론들에 따르면 자유주의적 기본권이론(Liberale Grundrechtstheorie), 기본권의 가치이론(Werttheorie der Grundrechte), 제도적 기본권이론(Institutionelle Grundrechtstheorie), 민주주의적·기능적 기본권이론(Demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie) 및 사회국가적 기본권이론(Sozialstaatliche Grundrechtstheorie) 등에 따라 그 의미와 성격 그리고 기능을 다르게 이해하고 있다.

◇ Grundrechtimmanente Schranken 【 기본권의 내재적 한계 】

기본권의 내재적 한계란 헌법이 명시적으로 법률유보(Gesetzesvorbehalt)하에 두고 있지 않은 기본권이더라도 그것은 절대적 기본권으로 여겨지는 것이 아니라 개념본

질적으로 당연히 기본권 안에 일정한 한계가 들어 있다고 하는 것을 말한다. 우리 헌법은 제37조 제2항에서 모든 기본권은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 일반적 법률유보조항을 두고 있기 때문에 법률유보가 없는 기본권은 없다고 하겠다. 따라서 일반적 법률유보조항이 헌법상에 없는 독일 기본법과는 다르다. 그러므로 기본권의 내재적 한계이론은 독일에서 법률유보가 없는 기본권들을 제한할 필요성에서 전개되기 시작한 것이라고 할 수 있다. 독일에서는 법률유보가 없는 기본권이라 하더라도, 기본법 제2조 제1항 인격의 자유발현권 규정에서 한계로 명시한 타인의 권리·헌법질서·도덕률 세가지가 모든 기본권의 내재적 한계라고 하는 3한계이론과, 법률유보가 없는 기본권이라고 하더라도 그 기본권의 행사에 의하여 타인의 기본권 또는 헌법이 보호하고 있는 다른 가치와 충돌이 생기는 경우 헌법의 통일성과 헌법이 추구하는 전체적인 가치질서의 관점에서 그 기본권에 대한 개별적인 관계에서의 제한이 불가피하다고 하는 규범조화적 한계이론을 통해 기본권의 내재적 한계를 설명하고 있다. 독일의 학설과 판례의 경향은 후자의 이론에 있다고 평가할 수 있다.

◇ Grundrechtliche Schutzpflicht 【 기본권 보호의무 】

개인의 기본권적 자유와 권리는 국가에 의해서뿐만 아니라 다른 개인 또는 비국가적 세력이나 단체에 의해서도 위협을 받을 수 있다. 현대에 있어서는 후자의 경우가 국가에 의한 것보다도 더 위협적일 수도 있다. 그러나 기본권적인 자유와 권리가 실효성 있게 보장되기 위해서는 이것이 단지 강자만의 자유와 권리로 되어서는 안 될 것이다. 그러므로 헌법상 보장된 개인의 기본권적인 자유와 권리는 사회적 침해로부터도 보호될 필요가 있다.

이런 과제는 과거에는 단지 일반 법률이나 절차법적인 내용으로 수행되어 왔으나, 오늘날에는 기본권을 보호해야 하는 국가의 의무와 관련하여 그리고 기본권의 사인간의 효력이 인정됨으로써 기본권 효력의 확장으로 전개되고 있다.

여기서 기본권 보호의무는 국가의 기본권 보호의무로서, 기본권을 실현하기 위하여 모든 것을 다 하도록 국가에 의무를 지우는 객관적 질서의 원리로서 기본권을 이해할 때 가능하다. 즉 기본권의 이중적 성격 중에서도 객관적 질서로서의 성격으로부터 국가의 기본권 보호의무가 도출될 수 있는 것이다. 이에 따라 기본권으로부터 직접, 기

본권에 의하여 보호된 법익을 타인의 위법한 침해로부터 보호하고 지켜 줄 국가의 의무가 나올 수 있는데, 이를 국가의 기본권 보호의무라고 한다. 이런 보호의무가 어떻게 수행되어야 하느냐는 권한 있는 국가기관의 몫이다. 이 경우 국가기관에 광범위한 형성의 여지가 부여된다. 이런 국가의 보호의무가 실제로 의의를 갖는 영역은 생명권, 신체의 자유, 환경권 등을 들 수 있다. 우리 헌법 제10조 제2 문은 국가의 기본권 보호의무를 규정하고 있다.

독일에서는 연방헌법재판소가 특히 국가는 기본권을 보호해야 할 헌법상의 의무를 지고 있다고 계속적으로 강조하고 있는데(BVerfGE 39,1(42ff.); 46, 160(164);53, 30(57); 56, 54(73)), 기본권의 보호 내지 기본권침해에 대한 권리구제는 기본권의 본질에 당연히 속하는 것으로 볼 수 있기 때문에 독일연방헌법재판소의 태도는 당연한 것이라고 하겠다.

◇ Grundrechtsfähigkeit 【 기본권능력 】

헌법상 보장된 기본권을 향유하는 자인 기본권주체(Grundrechtsträger)가 헌법상 보장된 기본권을 향유할 수 있는 능력을 기본권능력 내지 기본권의 주체능력(Grundrechtsfähigkeit)이라고 말한다. 그리고 기본권능력을 가진 기본권주체가 기본권을 구체적으로 행사할 수 있는 능력을 기본권의 행사능력이라고 말한다. 모든 기본권주체는 기본권능력을 갖지만, 기본권능력을 가진 모든 기본권주체가 다 기본권의 행사능력을 갖는 것은 아니다. 그러므로 기본권능력과 기본권의 행사능력이 언제나 일치하는 것은 아니기 때문에 이 구별은 이론상뿐만 아니라 실제로도 의미가 있다.

□□ Grundrechtsmündigkeit 【 기본권의 행사능력 】

◇ Grundrechtskollisionen 【 기본권상충 】

기본권상충이란 서로 상이한 기본권주체가 서로 상충하는 이해관계의 다툼에서 각자 상충하는 권익을 실현하기 위하여 나름대로의 기본권을 주장하는 경우에 이들 각각의 기본권 사이의 관계를 말한다. 사인들 간의 사적인 이해관계의 다툼에서 당사자들은 일단 국가권력을 상대로 자신들의 기본권 효력을 주장하게 된다. 이때 국가권력

은 이들 각각의 기본권의 보호범위와 효력을 비교하여 이익형량 함으로써 문제해결을 하거나, 아니면 각각의 기본권이 모두 존중될 수 있는 해결책을 찾아 문제해결을 해야 한다고 하는 헌법적 의무가 발생하게 된다.

법익형량(Rechtsgüterabwägung) 내지 이익형량(Interessenabwägung)에 의한 기본권상충의 해결방법은 기본권에도 상위의 기본권과 하위의 기본권이 있다고 하는 기본권 사이의 위계질서의 인정을 전제한다. 그래서 상위의 법익을 가진 기본권을 상충관계에서 우선적으로 보호하는 해결방법인 것이다. 그러나 이익형량에 의한 방법은 헌법적으로 나름대로의 기능과 작용을 가지고 있는 하위의 법익을 가진 다른 기본권을 전혀 인정하지 않는 단점을 가진 해결방법이다.

이런 문제를 극복하기 위한 기본권상충 문제의 해결방법으로 규범조화(Praktische Konkordanz)에 의한 해결방법이 제시되고 있다. 이는 헌법의 통일성을 유지하기 위해서 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있는 조화로운 방법을 실제적으로 찾아 해결하려는 것이다. 결국 기본권상충을 해당 기본권들이 최적으로 실현될 수 있도록 해결하는 것이 중요하다고 할 것이다. 그리고 기본권상충을 기본권충돌이라고 표현하기도 하는데, 이는 기본권경쟁과 기본권상충을 포괄하는 상위 개념의 의미로 기본권충돌(Grundrechtskonflikte)이란 용어를 사용하기도 하기 때문에 구별하는 것이 바람직하다고 본다.

□□ Praktische Konkordanz 【 규범조화 】

◇ Grundrechtskonkurrenzen 【 기본권경쟁 】

기본권경쟁이란 동일한 기본권주체가 국가권력에 대하여 또는 일정한 공권력작용에 대하여 동시에 여러 가지 기본권의 효력을 주장하는 경우에 이들 복수의 여러 가지 기본권 사이의 관계를 말한다. 따라서 기본권경쟁은 국가나 기타 공권력주체에 대한 기본권의 효력이 문제가 되며 그리고 어느 기본권에 어느 정도 만큼의 효력을 인정할 것이냐가 문제가 된다. 해결방법으로 최약효력설은 헌법상 제한의 가능성과 정도가 보다 큰 기본권, 즉 효력이 보다 약한 기본권이 우선적으로 적용된다는 이론이다. 그에 반해 최강효력설은 헌법상 제한의 가능성과 정도가 보다 작은 기본권, 즉 효력이 보다 강한 기본권이 우선적으로 적용된다는 이론이다. 결국 문제가 되어진 특정사안에 있어서 진지성이 가장 강하며 직접적인 관계가 있는 기본권을 중심으로 최강

효력설에 따라 판단하는 것이 바람직하다 하겠다. 우리 헌법재판소는 기본권경쟁을 기본권경합이라고 표현하고 있기도 하다.(헌재결 1998.4.30, 95헌가16)

◇ Grundrechtsmündigkeit 【기본권의 행사능력】

헌법상 보장된 기본권을 향유할 수 있는 능력을 기본권능력 내지 기본권의 주체능력(Grundrechtsfähigkeit)이라고 말하고, 기본권능력을 가진 기본권주체가 기본권을 구체적으로 행사할 수 있는 능력을 기본권의 행사능력이라고 말한다. 모든 기본권주체는 기본권능력을 갖지만, 기본권능력을 가진 모든 기본권주체가 다 기본권의 행사능력을 갖는 것은 아니다. 그러므로 기본권능력과 기본권의 행사능력이 언제나 일치하는 것은 아니기 때문에 이 구별은 이론상뿐만 아니라 실제로도 의미가 있다.

실제로 기본권의 행사능력이 제한되는 경우는 두 가지가 있는데, 하나는 3살 된 영아가 집회의 자유를 주장할 수 없는 경우와 같이 기본권의 성격상 기본권의 행사능력이 제한되는 경우이다. 그리고 다른 하나는 국회의원과 지방의회의원 및 자치단체장의 선거권과 피선거권을 각각 19세와 25세로 정한 공직선거법 제15조 및 제16조 규정처럼, 법으로 기본권의 행사능력 자체를 제한하는 경우이다. 기본권의 행사능력이 헌법의 위임이나 개별 법률 규정에 의하여 법으로 제한되는 것은 입법권자의 입법형성권에 근거한 것이라 하겠다.

◇ Grundrechtsträger 【기본권 주체】

헌법상 보장된 기본권을 향유하는 자를 기본권주체라고 한다. 그런데 기본권주체의 헌법적 문제는 헌법이 보장하는 기본권을 자연인, 법인, 외국인 등 누가 일반적으로 향유할 수 있다는 것인가에 있다. 헌법상 보장된 기본권을 자연인인 국민이 향유할 수 있다고 하는 점에 대해서는 이론이 없다. 그러나 법인과 외국인에게도 기본권주체성을 인정할 수 있는가 하는 점에 대해서는 이론적 논쟁이 있다. 개개의 기본권 하나 하나마다 그리고 구체적 사례에 따라 개별적으로 판단하는 것이 필요하다.

□□ Grundrechtsfähigkeit 【기본권능력】

◇ Grundschild 【 토지채무 】

토지채무를 설정 받은 권리자가 토지로부터 일정 금액의 지급을 청구할 수 있는 토지에 대한 부동산 담보물권(□□ Grundpfandrecht)의 일종이다(§ 1191 BGB). 토지채무는 그 존재가 채권과의 법적 결합관계를 이루지 않고 있다는 점에서 저당권과 구별된다. 다시 말해 토지채무는 그 원인과는 단절된 추상적 토지부담(abstrakte Grundstückbelastung)으로서 그 경제적 원인이나 목적과 분리되어 있다. 물론 타인을 위해 토지에 대해 부담을 설정하려는 자가 아무런 원인 없이 이를 행해지는 않을 것인데, 토지채무의 경우 대체로 장기간의 금전채권의 담보를 위한 담보목적의 토지채무(Sicherungsgrundschild)로서 행해지고 있다. 그렇지만 이 경우에도 채권과 토지채무에 따른 물권적 권리 사이에는 위와 같은 무인성(無因性)으로 인해 아무런 법적 관련성을 갖지 않고 있다. 토지채무의 성립은 저당권과 마찬가지로 등기부 토지채무(Buchgrundschild) 이외에 증서형 토지채무(Briefgrundschild)로도 인정되고 있다. 어떤 경우에도 토지채무는 그 원인된 채무와의 부종성(□□ Akzessorietät)의 성질을 갖고 있지 않으므로 그 원인 채권을 밝힐 필요는 없으며, 단지 토지채무로부터 만족 받을 금액과 이율에 대해서만 기재하면 족할 뿐이다. 또한 토지채무는 무기명 토지채무(Inhabergrundschild, □□ Inhaberpapiere), 더 나아가 소유자 자신을 위한 소유자토지채무(Eigentümergrundschild)로도 성립할 수 있다. 소유자토지채무의 방식을 통해 소유자는 언제라도 타인에게 신용을 제공받을 수 있도록 토지채무의 자유로운 처분 가능성을 남겨둘 수 있게 된다. 토지채무는 비록 담보되는 채권의 존재로부터 독립해 있으며 따라서 그 채무의 성립이나 유효성 여부와 관계없이 성립하며 그 채권발생의 원인관계로부터 발생한 항변 역시 토지채무의 실행에 관한 항변사유로 기능하지 못한다. 다만 토지채무의 경우에도 그 성립을 위해 담보약정을 필요로 하므로, 만약 담보약정의 무효나 토지채무의 실행에 관한 유예와 같이 담보약정 자체에서 발생한 하자나 항변은 토지채무에 대한 항변으로 작용하게 된다. 또한 담보약정이 무효로 되거나 효력을 상실하게 된 경우 제공자인 소유자는 제812조 제 1 항 제 1 문에 따라 그 토지채무에 대한 권리를 급부부당이득(Leistungskondiktion)으로서 반환청구할 수 있다. 한편 토지채무에 의해 담보되는 채무가 변제되는 경우에도 토지채무는 피담보채무에 대한 부종성을 갖고 있지 않으므로 여전히 존속하게 된다. 다만 소유자는 이 경우 권리자에 대해 토지채무의 반환을 청

구할 수 있게 된다. 토지채무는 우리나라에서는 인정되지 않는 담보제도로써 결국 피담보채무와의 부종성을 배제하여 담보가치를 증대시키는 기능을 하고 있다.

◇ Gruppenlebensversicherung 【단체생명보험】

주로 단체보험(Groupenversicherung)의 형식으로 피보험자의 생명에 관한 보험사고를 보험의 대상으로 하는 것을 단체생명보험(Groupenlebensversicherung)이라고 한다. 협회나 고용자 또는 고용자협회 등 단체의 장이 피보험의 구성원이나 피고용인에게서 보험료를 거두어들이고 보험자에 이를 지불하는 방식의 계약을 통하여 운영되는 것으로 사람의 집합체를 보험목적으로 한 보험이다. 이 집합체의 수가 보험료산정의 기초가 되는 것이고 주로 모든 사람이 표시되거나 일반적으로 표시된 단체에 등록이 된 자들이 피보험자가 되는 것이다. 이러한 단체보험에서는 구성원이 단체에 가입, 탈퇴함으로 당연히 피보험자의 자격을 취득하거나 상실하며, 이러한 피보험자의 교체에도 불구하고 보험계약은 동일성을 갖는다는 점을 특징으로 한다. 단체보험에서는 보통 단체의 구성원이 피보험자이고 그 피보험자나 구성원의 가족이 보험수익자이고 단체의 대표자가 구성원의 복리후생을 위하여 보험계약을 체결함으로 타인을 위한 생명보험계약(Lebensversicherung für fremde Rechnung)이 보편적이지만 보험계약자 자신인 고용인을 보험수익자로 하는 자기를 위한 생명보험계약(Lebensversicherung für eigene Rechnung)으로도 체결할 수 있다. 단체생명보험의 또 다른 특징으로는 피보험자의 사망을 보험사고로 하는 경우에도 피보험자의 서명상의 동의를 필요로 하지 않는다는 것이며 보험증권은 보험계약자에게 교부한다는 것이다. 흔히 단체보험은 생명보험분야에서 일상적인 것으로 단체생명보험이지만 상해보험(Unfallversicherung), 책임보험(Haftpflichtversicherung), 자동차보험(Kraftfahrtversicherung)도 예컨대 스포츠 행사나 스포츠박람회 등 일시적인 위험에 대한 보상을 위한 단체보험계약(Groupenversicherungsverträge zu einer vorübergehenden Gefahr)과 피고용인이나 단체구성원의 사고에 대한 보상 및 이들에 대한 책임과 관련한 보상을 위한 단체보험계약이 체결될 수도 있다. 의료보험(Krankenversicherung)의 경우에 단체보험계약의 가능성은 단지 감독청이 운영하는 규정의 범위 안에서만 존재한다. 이를 위하여 독일연방보험감독청은 단체보험과 집합보험의 여러 가지 형태를 위한 개괄적업무계획을 공시한 바 있다.

◇ **Günstigkeitsprinzip** 【 유리한 조건 우선의 원칙 】

‘유리한 조건 우선의 원칙’이란 단체협약보다 유리한 합의, 특히 근로계약이 단체협약에 우선하여 적용되는 것을 말한다(§ 4 III TVG). 그러나 유리한 조건 우선의 원칙은 단체협약과 경영협정(□□ Betriebsvereinbarung) 사이에서는 적용되지 않는다. 왜냐하면 종업원평의회법(BetrVG) 제77조 제 3 항이 단체협약에 의하여 규율되고 있거나 관행적으로 규율되어 왔던 사항은 경영협정의 대상에서 제외하고 있기 때문에 이들 양자 사이의 충돌은 발생하지 않기 때문이다. 근로자에게 불리한 합의는 단체협약에서 허용한 경우에 한하여 그 효력이 인정된다(§ 4 III TVG).

[H]

◇ Haftbefehl 【 구속영장 】

구속영장은 피의자를 구속하기 위해 법관이 문서로 내리는 명령이다. 구속영장의 발부는 법관에게 유보되어 있다(§104 GG). 형사소송법 제114조는 “미결구금(□□ Untersuchungshaft)은 법관의 구속영장에 의해 집행된다(제 1 항)”고 규정하고 있다. ‘Haft’는 종종 ‘체포’로도 번역되지만 ‘구속’이 더 적합한 번역이다. 또한 ‘Haftbefehl’을 ‘체포영장’으로 번역하는 것은 잘못된 번역이다. 한국은 피의자의 신병확보를 위해 체포영장과 구속영장의 이중적 영장제도를 운영하고 있지만, 독일은 체포영장이 따로 존재하지 않고 구속을 위해 하나의 영장제도만을 운영하므로 ‘구속영장’으로 번역하는 것이 타당하다. 1)구속영장의 내용은 ①피고인, ②피고인에게 현저한 혐의가 있는 범죄행위, 범죄행위의 시간과 장소, 적용법조, ③구속사유, ④현저한 혐의와 구속사유를 뒷받침하는 사실 등으로 구성된다(§114 II StPO). 구속영장의 내용은 피고인에게 고지되어야 하며, 긴급한 경우 우선 혐의사실만을 고지하고 사후에 즉시 구속영장의 내용을 고지하여야 한다(§114a StPO). 2)피고인의 구속 및 구속의 계속 등의 결정에 대해서는 피고인의 가족이나 신뢰관계인에게 즉시 통지하여야 한다(§114b I StPO). 뿐만 아니라 미결구금의 목적을 해하지 않는 범위 내에서 구속된 피고인이 가족이나 신뢰관계인에게 구속사실을 알리도록 기회를 주어야 한다(§114b II StPO). 구속영장에 의해 피고인이 구속되면 피고인을 즉시 담당법관에게 인치하여야 하고, 법관은 피고인이 인치된 후 늦어도 1일 이내에 피고인의 상태에 대해 심문하여야 한다 (§115 I, II StPO). 심문 후에 법관은 구속을 계속할 것인지 아니면 석방할 것인지, 또는 구속의 집행을 유예할 것인지를 결정한다. 3)이와 같이 먼저 서면으로 구속영장을 발부하고 그 후 구속된 모든 피고인을 법관이 심문하여 구속의 계속 여부를 결정하는 이른바 실질심사를 행하는 것은 한국의 제도와 차이가 있다. 즉 한국에서는 서면으로 구속영장을 발부하기 전에 피의자를 소환하여 구속여부를 심사하는 실질심사 제도를 운영하는데, 이는 ‘구속 전’ 실질심사이며 모든 피의자에 대해 행하는 것이 아니라 피의자가 실질심사를 신청하는 경우와 법원이 직권으로 심사하는 경우에만 행하는 이른바 ‘임의적’ 심사라는 점에서 ‘구속 후’ 모든 피고인에 대해 ‘필요적’으로 심사하는 독일의 경우와 구별된다. 또한 독일에서는 구속에 대해서도 집행유예(□□ Haftverschonung) 제도를 두고 있다는 것도 한국의 경우와 다른 점이다.

◇ Haftgrund 【구속사유】

구속사유는 미결구금(□□ Untersuchungshaft)의 실체적 전제조건이 된다. 형사소송법 제112조는 구속의 전제조건으로 현저한 혐의(dringender Tatverdacht)와 구속사유가 필요하다고 규정하고 있다(제 1 항). ‘현저한 혐의’는 피고인이 어떠한 범죄의 정범이나 공범일 개연성이 매우 높은 경우를 말한다. 상대적으로 평가할 때 구속에 필요한 혐의의 정도는 공판개시의 요건이 되는 ‘충분한 혐의(hinreichender Verdacht)’보다 높은 정도의 혐의이다. 이러한 혐의와 더불어 구속사유가 있어야 하는데, 구체적 구속사유는 우선 형사소송법 제112조 제 2 항이 정하고 있는 ‘①피고인이 도주하거나 스스로를 은닉했음이 확인된 경우, ②개별사례를 종합적으로 평가할 때 도주의 위험(Fluchtgefahr)이 있거나, ③피고인의 행위에서 증거인멸의 위험(Verdunkelungsgefahr)이 있다고 의심할 만한 현저한 사유가 있을 때’이다. 또한 형사소송법 제112조 제 3 항은 몇몇 중대범죄에 대해서는 위의 구속사유가 존재하지 않더라도 구속이 가능하다고 규정하고 있다. 여기서의 중대범죄는 테러단체조직(§129a StGB), 살인(§§211, 212 StGB), 중상해죄(§226 StGB), 다수의 중상해를 야기한 방화와 방화치사(§§306b, 306c StGB)이다. 나아가 형사소송법 제112a조는 추가적인 구속사유를 규정하고 있는데, ‘혐의범죄의 중대성’과 ‘재범의 위험(Wiederholungsgefahr)’이 그것이다. 형사소송법 제112조의 구속사유는 한국형사소송법의 구속사유와 유사하지만, 형사소송법 제112a조에 의해 추가된 구속사유는 한국형사소송법에는 없는 구속사유이다. 이 추가된 구속사유는 형법을 통한 위험방지라는 형사정책적 요구에서 비롯된 것으로 여러 가지 논란을 야기하고 있다. ‘혐의범죄의 중대성’이란 피고인의 행위가 매우 중대한 범죄일 때 구속사유가 된다는 것인데, 중대한 범죄로는 형법 제174조의 피보호자에 대한 성폭행죄, 제174a조의 재소자나 피감호자, 환자 등에 대한 성폭행죄, 제176조 내지 제179조의 아동성폭행죄, 아동성폭행치사, 강제추행 및 강간, 강제추행치사 및 강간치사, 저항능력 없는 자에 대한 성폭행죄 등이다. 이와 같이 중대범죄를 저지른 경우와 폭동, 상해, 절도 등의 재산범죄, 방화, 마약범죄 등의 범죄에서 재범의 위험성이 있는 경우를 구속사유로 규정한 것은 이른바 ‘보안구금을 위한 예방적 조치(vorbeugende Maßnahme der Sicherungshaft)’라는 비판을 받고 있다.

◇ Haftprüfung 【 구속적부심 】

형사소송법 제117조 제1항은 “피고인은 미결구금 중에 있는 동안 언제든지 구속 영장의 철회 또는 제116조에 의한 구속의 집행유예에 대한 법원의 심사를 청구할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이는 한국형사소송법의 구속적부심(제214조의2)에 해당하는 개념이다. 일부 문헌에서 단어의 원뜻에 맞춰 ‘구속심사’로도 번역하지만 한국법제에 상응하는 개념으로 ‘구속적부심’으로 번역하는 것이 타당하다. 구속이 집행된 피고인은 구속적부심 이외에 항고(□□ Beschwerde)를 제기할 수 있다. 하지만 구속적부심을 청구했을 때에는 항고를 제기할 수 없다(§117 II StPO).

구속적부심의 청구권자는 피고인과 법정대리인, 변호인 및 소년법상의 후견인이다. 법정대리인이나 변호인의 피고인의 의사에 반해 구속적부심을 청구할 수 없다(§118b StPO). 피고인에게 변호인이 없을 때에는 구속기간이 3개월 이상이고 검사나 피고인, 피고인의 법정대리인이 청구하면 미결구금기간 동안 피고인에게 변호인이 선임된다. 이를 위해 피고인에게 변호사선임청구권이 있음을 고지하여야 한다(§117 IV StPO). 또한 피고인이 구속된 후 구속적부심을 청구하거나 항고를 제기하지 않은 채 3개월이 지난 경우에는 법원의 직권으로 구속적부심을 시행한다(§117 V StPO). 다만 피고인에게 변호인이 있는 경우에는 그렇지 않다. 말하자면 법원의 직권에 의한 구속적부심은 피고인 보호를 위한 두 가지 필요성을 전제로 하는데, 3개월 이상 구속되어 있어야 하고 그런 상황에서 자신을 방어하기 위한 적절한 조언을 해줄 변호사를 만나지 못해야 한다는 것이다. 구속적부심에 대한 결정은 서면조사만으로도 가능하지만 피고인이 요청하거나 법원이 필요하다고 판단할 때에는 구두변론 이후에 결정한다 (§118 StPO). 법원은 서면조사 또는 구두변론 이후 구속의 계속, 철회, 또는 집행유예를 결정한다. 법원의 결정에 대해서는 항고 및 재항고가 가능하다. 한국형사소송법상 구속적부심은 피의자만 청구할 수 있고, 법원의 직권에 의한 구속적부심은 인정되지 않는다는 점에서 독일의 제도와 구별된다.

◇ haftungsausfüllende Kausalität 【 책임충족적 인과관계 】

손해배상청구권을 발생하게 하는 가해자의 법익침해로부터 발생하게 된 손해, 즉 법익침해와 발생한 현실손해 사이의 인과관계를 뜻한다. 손해배상법에서의 일반적

통설은 가해행위에 따라 발생한 손해 사이의 인과관계를, 먼저 가해행위와 법익침해 그 자체, 그리고 법익침해와 손해 사이의 인과관계라는 두 단계로 나누어 전자의 경우에는 책임발생적 또는 성립적 인과관계(haftungsauslösende oder haftungsbegründene Kausalität)로, 그리고 후자의 경우에는 책임충족적 인과관계로 명명하고 있다. 예를 들어 건물 베란다에 설치해 둔 시설이 잘못하여 떨어짐으로써 지나가던 행인이 신체상의 상해를 입게 된 경우 과실로 시설을 떨어뜨리게 된 가해행위와 행인의 부상이라는 법익침해 사이의 인과관계가 책임발생 또는 성립적 인과관계로 되며, 법익침해로 인한 행인의 치료비부담, 수입상실 등의 발생한 손해 사이의 관계가 책임충족적 인과관계로 된다. 이 같은 구별은 가해자의 행위와 발생한 법익침해 사이에는 책임성립요건(가령 § 823 I BGB)이 갖추어져야 하는 반면, 법익침해와 그 이후의 손해 사이에는 발생한 손해에 대해 단순히 배상범위를 확정하는 것만이 문제된다는 점에서 그 의미를 갖고 있다. 따라서 책임설정 또는 발생적 인과관계는 계약상의 약정 또는 타인의 법익을 침해했다는 의무위반이 문제되는 반면, 책임충족적 인과관계에서는 규범위반이 문제가 아니라 손해배상의 범위 확정을 위한 별도의 판단기준을 필요로 하게 된다. 각각의 인과관계에 관한 판단기준을 위해서는 여러 견해가 대립하고 있는데, 책임설정 내지 발생적 인과관계를 위해서는 다수의 견해에 따르면 단지 '원인된 사실이 없었더라면 결과가 발생하지 않았을 것이다'는 의미의 조건관계(condicio sine qua non)를 충족하면 족할 뿐이라는 사실적 인과관계에 의해 판단된다. 반면 책임충족적 인과관계의 경우 이 같은 사실적 인과관계를 개연성에 의해 한정하려는 상당인과관계(Adäquanz)에 따라 판단하면서 가해행위를 통해 위반된 규범의 목적(Normzweck)을 보충적으로 고려하고 있다. 우리나라의 학계에서도 이 같은 인과관계의 구별은 알려져 있으나 다수설과 판례는 그 구별을 행하지 않은 채 판단하고 있다.

◇ haftungsauslösende Kausalität 【 책임발생적 인과관계 】

□□ haftungsausfüllende Kausalität

◇ Haftverschonung 【 구속집행유예 】

형사소송법 제116조에 의하면 법관의 구속의 집행을 유예(Aussetzung des Vollzugs)할

수 있는데, 그 사유는 주로 구속보다 피고인의 권리를 덜 침해하는 수단으로도 구속의 목적을 달성할 수 있을 때이다.1) 먼저 도주의 위험 때문에 구속해야 할 경우 보다 완화된 방법으로 도주를 방지할 수 있다면 구속의 집행을 유예한다(§116 I StPO). 이를 위해 법관은 구속의 집행을 유예하면서 피고인에게 일정한 지시사항(Anweisungen)을 부과할 수 있는데, 제116조 제1항에서 예시적으로 규정한 지시사항은 1.정해진 시간에 법관이나 형집행관 또는 이들이 정한 기관에 신고할 것, 2.법관이나 형집행관의 허락 없이는 주소나 거소, 또는 정해진 구역을 벗어나지 말 것, 3.집을 벗어날 때에는 특정인의 감시를 받을 것, 4.피고인이 적정한 보석금(Sicherheitsleistung)을 지불할 것 등이다. 2)다음으로 증거인멸의 위험 때문에 구속해야 할 경우 구속보다 완화된 다른 방법으로 증거인멸의 위험을 방지할 개연성이 높다면 구속의 집행을 유예할 수 있다(§116 II StPO). 예컨대 공범이나 증인, 감정인 등과의 접촉을 금지하는 지시사항을 전제로 집행유예를 할 수 있다. 3)범죄의 중대성과 재범위험성으로 인한 구속(형사소송법 제112a조에 정한 사유)의 경우에도 법원은 일정한 지시사항을 부과하여 구속의 목적을 달성할 수 있다면 그러한 지시사항을 부과하고 구속의 집행을 유예할 수 있다(§116 III StPO). 4)만약 피고인이 1.구속집행유예에 부과되는 지시사항을 위반하거나, 2.법절차에 의한 소환에 정당한 이유 없이 응하지 않는 등 그에 대한 신뢰를 배반하거나, 3.새로운 상황에 의해 구속이 필요하게 된 경우에는 집행유예를 취소할 수 있다(§116 IV StPO). 5)이와 같은 구속집행유예는 인신구속에서 비례성원칙을 구체화한 것이다. 이는 한국형사소송법의 보석제도와 유사한 점이 있고 독일형사소송법 제116조 제1항 제4호와 제116a조에 의해 보석금을 지불하고 구속의 집행을 유예하는 것은 한국형사소송법의 보석제도와 같다. 그러나 다른 지시사항을 전제로 집행을 유예하는 것은 보석제도와 다르므로(물론 입법론으로 보석의 조건으로 금전적 보증이 아닌 다른 방법을 도입하자는 주장은 국내에도 존재한다.) 독일 형사소송법 제116조 전체를 ‘보석’으로 이해하거나 번역할 수는 없고, 한국에서도 구속집행유예라는 새로운 제도를 입법화하거나 보석의 조건을 다양화함으로써 구속의 집행유예와 유사하게 운영할 필요가 있을 것이다.

◇ Hagelversicherung 【 우박보험 】

Hagelversicherung은 우박보험으로 자연재해보험(Elmentarschadenversicherung)의 일종이다. 폭풍, 우박, 홍수, 돌풍에 의한 범람, 침수, 산사태, 지진 등과 같은 자연재해에

대하여 보험을 체결하는 것을 자연재해보험이라고 한다. 순수한 자연재해보험의 운영은 특별히 장소적인 요소와 보험기술상의 조건이 부합해야한다. 이러한 자연재해보험의 특징을 가진 우박보험은 농업보험의 한 양태로 보험계약법 제108조에 따라 보험자는 우박으로 인한 피보험농작물에 생긴 손해를 보상할 책임이 있는 것이다. 모든 경제적으로 유용한 농작물이나 과실류에 보험을 붙이는 것이다. 손해의 확정은 협회의 일정한 절차에 따라 철저히 정해진 평가절차에서 이루어진다. 보험계약은 일반적으로 수년, 최대 10년의 보험기간으로 체결되어지나 예외적으로 계속계약으로 하는 특별형태의 보험계약도 있다. 무사고할인 외에 장기 보험계약에서 장기할인성이 존재한다. 우박에 대한 위험은 주택보험(Wohngebäudeversicherung)과 결합되어, 또는 폭풍보험과 가재도구손해보험(Hausratversicherung) 등과 결합하여 보험의 대상이 되는 경우도 있을 수 있다. 우박보험과 관련하여 많은 위험요소를 포함하고 있는 원예보험(Gärtnerversicherung)이 운영되고 있다. 즉 원예작물이 우박, 화재, 폭풍 등에 의한 부패 내지 변질손해(Verderbsschäden)의 경우 원예보험의 경우 보험자가 보상을 담보하는 것이다.

보험사고에 대한 통지의무는 보험계약법 제110조에 따라 보험사고가 발생한 후 4일 내에 이행하면 된다. 손해의 확정을 위하여 보험계약자는 일반적으로 손해가 발생한 보험사고 현장을 변화시키면 안 되지만, 일정한 원칙에 따라 우박을 맞은 당해 농산물에 도저히 시간적으로 지체할 수 없고 미룰 수 없는 변화(예컨대 손해를 최소화하기 위하여 떨어진 낙과를 수거하여 그중 상품의 가치가 있는 것을 추려내는 일 등)가 보험자의 동의 없이 이루어질 수 있음을 이 법 제111조는 정하고 있다. 제114조에 따라 보험사고발생 후에 다시 새로운 보험사고가 발생한다면 보험금액의 남은 금액 안에서 발생한 손해를 보험자는 보상하여야 한다.

◇ Handeln unter fremdem Namen 【본인으로 행세한 법률행위】

‘타인 명의를 이용한 거래행위’로 직역되는 ‘본인으로 행세한 법률행위’란 표현은 행위자인 대리인이 마치 본인인 것처럼 행세하여 법률행위를 하는 경우를 뜻한다. 가령 대리인 B가 대리인임을 밝히지 않은 채 마치 본인 A인 것처럼 행세하여 자신을 매도인 A라고 표시하면서 A 소유의 부동산에 대해 다른 사람과 매매계약을 체결하는 경우이다. 본인으로 가장하면서 행세하는 이 같은 법률행위는 엄격한 의미에서는

‘타인 이름을 밝히면서 행하는 거래’(Handeln unter falscher Namenangabe), 예를 들어 숙박계약의 경우 자신의 투숙사실을 밝히기 꺼려하여 타인의 명의를 사용하여 계약하는 경우와는 구별된다. 왜냐하면 후자의 경우에는 타인 명의를 이용한 자가 그 행위를 통하여 타인에게 그 법률행위의 효과로서 권리와 의무를 귀속시키려고 하지는 않았고 단지 자신의 명의를 숨기고자 의도했을 뿐이기 때문이다. 오히려 이 경우 직접 대면한 자를 거래상대방으로 하려는 당사자의 의사에 비추어 그 행위의 효과는 단지 타인의 이름을 제시한 본인에게 발생할 뿐이다. 그러나 본인으로 행세한 법률행위는 위의 A 소유의 부동산 처분행위와 같이 사용된 타인 명의가 일정한 자를 지적하게 되고 바로 그 명의자를 구속하려는 목적을 갖고 있으며, 따라서 이 경우 대리행위에 관한 법률효과가 (유추)적용된다고 해석한다. 즉, 행해진 법률행위가 대리권의 범위 내에 있는가 또는 그 행위에 관해 본인의 추인(Genehmigung)이 있는가 등에 따라 본인에게 그 행위의 효과가 귀속되거나 무권대리인의 계약이행 또는 손해배상책임(§ 179 BGB)이 문제된다. 우리나라에서도 본인으로 행세한 법률행위의 경우 대체로 독일 민법의 해석론과 유사한 결론을 따르고 있다.

◇ **Hauptinhalt eines Rechtsgeschäfts** 【 법률행위의 주 내용 】

essentialia negotii

◇ **Hausdiebstahl** 【 친족상도 】

Familiendiebstahl

◇ **Hausfriedensbruch** 【 주거평온침해죄 】

형법 제123조는 “타인의 주거나 사무실, 기타 평화롭게 점유하는 공간이나 공공의 업무나 교통을 위해 공여된 닫힌 공간에 불법적으로 침입한 자, 또는 권한 있는 자의 퇴거요구에도 불구하고 정당한 이유 없이 불응하는자”를 주거평온침해죄로 처벌하고 있다. 이는 한국형법 제319조의 ‘주거침입, 퇴거불응’의 죄와 유사한 내용이지만 독일 형법에서 이 두 가지 범죄유형을 하나로 묶어 규정하고 있으므로 이에 대한 통합적

용어인 ‘주거평온침해죄’로 번역하였다. 한편 한국형법이 이 죄를 개인적 법익을 침해하는 죄로 규정하고 있지만 독일형법은 이 죄를 ‘공공질서를 침해하는 죄’의 장에 규정한 것도 특기할만하다. 그러나 해석에서는 이 구성요건의 보호법익이 일차적으로 주거권(Hausrecht)이고 이차적으로 공공의 질서라는 견해가 다수이다. 즉 개인적 법익, 특히 법적으로 보호되는 공간을 자유롭게 사용할 수 있는 개인적 자유를 보호하려는 것이라고 이해한다. 구성요건 중에서 ‘평화롭게 점유하는 공간(das befriedete Besitztum)’이란 주거와 밀접한 공간이라는 의미보다는 ‘울타리를 둘러친(eingehegt)’ 공간이란 의미가 더 강하다. 즉 집에서 좀 멀리 떨어져 있더라도 보호되는 공간으로 표시를 해 놓았다면 주거평온침해의 대상이 된다는 것이다. 예컨대 교회의 묘지나 울타리를 친 목초지 등이 그 예이다. 그러나 반드시 울타리를 쳐야 한다는 것 보다는 일정한 경계를 표시해야 한다는 것을 의미하며, 경계표시의 유무는 사실적으로 판단한다. 반드시 완전하게 차단할 것을 필요로 하는 것은 아니다. 다음으로 ‘공공의 업무나 교통을 위해 공여된 닫힌 공간’에서 닫혔다는 의미는 울타리를 둘러쌌다는 의미와 상응하는 건축적 개념이다. 그러나 닫힌 공간이라 하더라도 예컨대 감옥의 감방이나 학교의 교실은 여기에 해당하지 않는다는 것이 판례의 태도이다. 주거권을 외부의 침입자로부터 보호하려는 것이므로 감옥에서 죄수가 잘못 들어간 방에서 나가려 하지 않거나, 학교에서 교사가 교장의 퇴거명령에 응하지 않는 것 등은 주거평온침해에 해당하지 않는다는 것이다. ‘주거평온침해’라고 번역하지만 단순한 주거침입행위나 퇴거불응행위가 아닌 방해행위, 예컨대 문이나 창문을 두드리거나 심야에 초인종을 울리는 행위 등은 주거평온침해행위에 해당하지 않는다. 한편으로 여럿이 무리를 지어 사람이나 사물에 대해 합동하여 폭력행위를 행사할 의도로 타인의 주거나 공공의 공간에 침입하였을 때에는 이를 가중처벌한다(§124 StGB).

◇ Haushalt 【 예산 】

헌법상 예산이라 함은 1회계연도에 예상되는 총세입과 총세출을 총괄적으로 계상·편성하여 국회의 의결을 얻은 국가재정작용의 준칙규범을 말한다. 따라서 예산은 한 회계연도를 단위로 편성되는 세입과 세출의 예정계획서이기도 하다. 그런데 독일에서는 여기서의 국가를 넓은 의미로 이해하여 좁은 의미의 국가뿐만 아니라 기타 공법상의 법인의 예산까지도 포함하는 국가예산으로 이해하며, 그렇지 않고 공법상의 법인을 제외한 좁은 의미의 국가예산으로 국한시켜 사용할 때에는 예산(Budget)이

라는 용어를 사용하기도 한다.

그리고 예산법(Haushaltsrecht)이란 국가재정작용의 준칙규범인 예산의 확립에 관한 규정들의 총체를 말한다. 우리나라와는 달리 미국, 영국, 프랑스와 함께 예산법률주의를 채택하고 있는 독일에서는 법률의 형식으로 예산을 의회에서 통과시키는데 이런 법률을 예산법률(Haushaltsgesetz)이라고 한다.

◇ Heilung rechtswidriger Verwaltungsakten 【 하자있는 행정행위의 치유 】

하자있는 행정행위의 치유란 행정행위의 절차나 형식에 하자가 있는 경우 이를 사후에 보정하여 하자를 제거하고 완전한 효력을 발생하게 하는 것이다. 행정행위에 하자가 있는 경우에는 그 정도에 따라 무효가 되거나 또는 취소하는 것이 법치행정의 원칙에 타당할 것이다. 그러나 행정행위에 대한 이해관계인의 신뢰보호, 행정법관계의 안정성 및 공공복리의 도모, 행정행위의 불필요한 반복의 배제라는 관점에서 경미한 절차나 형식상의 하자는 이를 보정하여 완전한 효력을 인정하는 것이 바람직하다.

연방행정절차법(VwVfG) 제45조가 “절차상의 하자과 형식상의 하자의 치유(Heilung von Verfahrens und Formfehler)”라는 제목 하에 이를 규정하고 있다. 같은 조 제 1 항은 연방행정절차법 제44조에 의하여 무효인 행정행위를 제외하고 절차규정이나 형식규정을 위반한 행위는 ①행정행위의 발부에 필요한 신청이 사후에 제출된 경우, ②필요한 이유부기가 사후에 행해진 경우, ③필요한 관계인의 청문이 사후 행해진 경우, ④행정행위의 발부에 필요한 위원회의 결정이나 협력이 사후에 행해진 경우, ⑤필요한 다른 행정청의 협력이 사후에 행해진 경우에는 하자가 제거되는 것으로 규정하고 있다.

이러한 사후보정은 제 1 호의 경우를 제외하면 전심절차의 종료 이전에 행해져야 하며, 전심절차를 요하지 않는 경우에는 행정법원에 소송을 제기하기 전까지 행해져야 한다.

◇ Heimarbeiter 【 가내근로자 】

가내근로자란 자신이 정한 주거 또는 작업장에서 영업자의 위임을 받아 독자적으로 혹은 가족구성원과 함께 근로하는 자를 말한다. 가내공업경영자(Hausgewerbetreibende)는 타인을 보조원으로 고용하여 협동하여 노무를 제공한다는 점에서 가내근로자와

구별되어진다. 가내근로자와 가내공업경영자에 대하여는 가내근로법(HAG)가 적용되게 된다. 가내근로자의 법적 지위는 원칙적으로 근로자가 아니라, 근로자와 유사한 자(□□ arbeitnehmerähnliche Personen)에 속하게 된다. 따라서 가내근로자는 연방휴가법(BUrlG), 노동법원법(ArbGG) 및 단체협약법(TVG)이 적용을 받는다.

◇ Hochschulautonomie 【 대학의 자치 】

독일 기본법은 대학의 자치에 관한 명문 규정을 두고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 대학의 자치에 관한 지금까지의 해석적 논의에 따르면, 대학에 관한 명문 규정이 없어도 기본법 제 5 조 제 3 항의 학문의 자유(Wissenschaftsfreiheit)에 관한 규정을 통해 역시 대학의 자치가 보장되는 것이라고 보고 있다. 그리고 대학의 자치란 일반적으로는 국가나 외부로부터의 간섭이나 지시에 기속됨이 없이 대학이 자신의 고유한 기관을 통하여 자신의 책임으로 대학의 임무를 유지·달성할 수 있는 자유를 의미하는 것이라고 할 수 있다. 그러므로 기본권으로서의 학문의 자유는, 학문연구와 교수활동기관으로서의 대학이라고 하는 기관조직과 직접 연관시켜볼 때, 사유필연적으로 대학의 자치와 자치행정을 전제하고 있는 것이라 하겠다. 즉 대학의 자치와 대학의 자치행정은 학문의 자유의 기관조직적 표현이라 하겠다. 따라서 대학의 자치는 학문연구와 교수활동을 행하는 그런 기관조직적 제도들을 보호하고 촉진시키는 방향으로 형성되어야 하는 것이다.

역사적으로 볼 때에도 대학의 자치의 헌법적 보장은 일반적으로 인정된다. 즉 학문의 자유의 역사적 전개과정을 보면, 국가에 대한 개인적 방어권으로서의 주관적인 학문의 자유를 보장하는 데서부터, 학문이라고 하는 자유로우면서도 고유한 사항영역을 객관적으로 또는 제도적으로 보장한다고 하는 방향으로까지 학문의 자유도 진전하고 있다 할 것이다. 그러므로 자유로운 학문연구와 교수에 관한 공동체적 요청을 충족시켜주고 있는 학문기관으로서의 대학에 대한 자율성의 보장은 필연적인 것이라 할 것이다. 이와 같은 학문의 자유에 관한 객관적, 제도적 관점에 대한 인식은 A.Köttgen에 의해서 “대학의 기본권(Das Grundrecht der Universität)”으로까지 발전되었던 것이다. 학문의 자유에 관한 이와 같은 헌법적 이해를 통해 볼 때, 학문의 자유에 관한 헌법규정은 대학의 전래되어온 형태를, 즉 전래되어온 대학의 구조적 형태를 보장하는 것이 아니라, 자유로운 연구와 교수와 같은 학문 활동에 관한 공동체적 요청

을 충족시켜주는 그런 기관 조직적 제도로서의 대학의 자유로운 발현을 보장해 주는 것이라 할 것이다.

학문은 오늘날 그 본질상 국가로 부터 주어지는 급부적 관점을 생각해 보면 더 이상 개인적 운영이나 기여 등에 의존하는 형태로 이루어 질 수 있는 것이 아니고, 주로 학문적 요청에 기여하는 조직 내지 제도시설에 의해 이루어질 수밖에 없다고 볼 때, 개인적 권리의 보장을 넘어 이젠 조직적 형태의 보장이 학문영역에 있어서 기본 권적 자유의 실현을 위해 이루어져야 한다. 그러므로 국가는 학문에 대한 헌법적 보장을 통해서, 대학을 일종의 복지시설처럼 취급하는 것이 아니라, 오히려 일정한 거리를 유지하면서 학문영역에 대한 직접적인 조정자로서의 역할을 행사하지 않는다고 하는 것을 확인시켜 주어야 하는 것이다. 따라서 대학은 국가적 간섭으로부터의 자유를 주장할 수 있을 뿐만 아니라 국가를 통한 보호와 조성도 주장할 수 있는 것이다. 결과적으로 이처럼 대학의 특별한 기능과 의미에 근거해 볼 때는 역시 광의의 자치개념이 유효하다 하겠다. 광의의 개념 하에는 대학의 규칙제정권 뿐만 아니라, 연구와 교수에 사항적으로 밀접한 관련 하에 있는 모든 행정조치들을 자신의 고유한 기관을 통하여 자신의 책임으로 또한 지시에 기속됨이 없이 유지할 수 있는 권능이 대학의 자치 내용에 포함된다.

대학의 자치는 규칙제정권을 내용으로 한다. 대학은 자신의 과제를 수행하기 위하여 교수와 연구를 위한 사항을 역시 규칙(Satzungen)을 통해 규율해야만 한다. 즉 대학은 규칙제정권(Satzungsgewalt)을 가지며 이를 통해 고유한 기본질서들을 마련한다. 일반적인 국가행정과 대학의 기능영역이 분리된다고 볼 때, 규칙제정권은 기본적으로 대학의 과제로서 연구와 교수의 자유에 관계되는 영역에 미친다. 대학이 규칙들을 통해 넓은 의미에서의 이런 국가적 사무를 규율하고자 한다면 이를 위한 특별한 법률적 수권이 있어야 한다. 그리고 대학의 규칙제정권도 국가의 영향으로부터 완전히 자유로운 그런 일종의 절대적인 자율권이 아니라는 것은 당연하다 하겠다. 그리고 대학의 자치행정(Akademische Selbstverwaltung) 역시 대학의 자치에 속하는 것이다. 대학의 자치가 대학이 자신의 고유한 기관을 통하여 자신의 책임으로 또한 국가적 지시에 기속됨이 없이 대학의 임무를 유지하고 달성할 수 있는 자율적 권능을 포함하는 것이라고 볼 때, 대학의 자치행정이 대학의 자치의 본질적인 내용을 형성한다는 것은 당연하다 하겠다. 그러나 여기서의 자치행정은 헌법상 학문이라고 하는 사항영역과 밀접한 연관성이 있는 그런 개개의 사항들을 자신의 책임 하에 어떤 국가적 지시에도

기속되지 않은 채 유지할 수 있는 것을 의미하는 것이다. 그런 의미에서 대학의 행정과 국가의 행정은 기본적으로 분리되어 지는 것이다. 그러므로 대학의 자치행정은 대학의 자치 내지 자율성 그리고 궁극적으로는 학문의 자유로부터 유도되어지는 제도적, 조직적 기본권 작용의 직접적인 논리적 귀결이라 할 것이다. 결국 헌법에서 규정하고 있는 학문의 자유는 학문이라고 하는 사항영역의 고유성을 개인적 관점에서 그리고 역시 제도적, 조직적 관점에서 보장해 주는 것이다. 따라서 대학의 자치행정을 보장한다고 하는 것은 대학 내의 모든 학문 관련 중요사항들에 있어서 학문연구와 교수활동에 관여하는 자들의 일종의 자기 결정권과 그리고 이와 관련되는 행정적 활동까지도 포함하는 것이라 하겠다. 그러므로 대학 내에서의 연구계획 및 교수계획 그리고 학문적 프로젝트의 수립과 집행 등에는 국가의 법률이나 행정이 관여할 수 있는 여지는 없는 것이다. 단지 현실적으로 볼 때 대학의 고유한 자치행정과 국가의 업무사항에 해당할 수 있는 국가행정의 영역을 대학 - 특히 국립대학의 경우 - 에서 이원적으로 분리하여 조직하고 집행하는 것은 어렵기 때문에 독일에서는 통일행정의 원리 하에서 일원적 조직체계하에서 처리토록 하는 대학기본법(HRG)상의 규정을 두고 있기도 하다. 그럼에도 불구하고 대학행정은 국가와의 관계에 있어서는 자주적인 조직통일체이자 행정작용적 통일체인 것이다. 이렇게 보는 것이 학문의 자유의 헌법적 보장과 대학의 자치 내지 자율성보장의 제도적, 조직적 기능의 관점에서 볼 때 논리적인 대학자치행정의 모습이라 사료된다.

◇ Höchststimmrecht 【최고의결권】

주식회사법 제134조는 의결권(Stimmrecht)에 대하여 명시하고 있다. 흔히 의결권은 주식회사법 제12조에 따라 주주가 주주총회에 출석하여 결의에 참가할 수 있는 권리를 말하고 근본적으로 이 법 제134조 제 1 항 제 1 문의 취지에 따라 주주가 가진 주식의 수(Aktiennennbeträgen)에 따라 이것이 행사된다. 그러나 한 명의 주주에게 다수의 주식이 속한 경우 정관은 최고한도액의 설정(Festsetzung eines Höchstbetrags)이나 등급의 확정(Festsetzung von Abstufungen)을 통해서 의결권은 제한될 수 있음을 같은 항 제 2 문은 정하고 있다. 여기에서 최고한도액에 따라 의결권의 행사가 제한되는 것이 곧 최고의결권(Höchststimmrecht)이다. 보편적으로 주식회사의 경우 지분다수와 의결권다수가 일치하는 것이 통상적이거나 이미 명시한 바와 같이 정관(Satzung)을 통하여 한

주주가 행사할 수 있는 의결권의 수를 제한하여 최고한도를 정하여 행사할 수 있는 의결권을 최고의결권이라고 하는 것이다. 그 외에도 이 조 제 2 항에서는 의결권행사의 조건을 제한하고 있으며 그 제한의 범위가 우리나라의 경우보다는 구체적이고 광범위하다. 이 같이 정관을 통하여 의결권 행사를 제한하는 방법인 최고의결권제도는 회사의 지배, 종속관계의 성립, 즉 콘체른의 형성을 사전에 차단하는 우수한 수단으로 쓰이기도 한다. 1998년 개정 주식회사법에서는 이 최고의결권제도를 비상장회사에 한하여 이를 제한적으로 허용하고 있다.

◇ Holdinggesellschaft 【지주회사】

Holdinggesellschaft 내지 Kapitalverwaltungsgesellschaft는 지주회사를 의미하는데 전자인 Holdinggesellschaft은 영어인 holding company에서 영향을 받아 조합된 용어로 이 회사의 형태가 미국에서 처음으로 발생하여 발전되었으므로 직접적으로 용어를 전수하여 쓴 영향이고 이를 순수하게 독일어로 표현하면 Kapitalverwaltungsgesellschaft이다. 흔히 주식의 소유를 통하여 국내회사의 사업내용을 지배하는 것을 주된 사업으로 하는 회사형태를 말하고 이도 일종의 주식회사형태나 유한회사의 형태를 띤 상업회사(Handelsgesellschaft)이다. 이 지주회사는 계열회사를 통괄하는 모회사(Dachgesellschaft)로서 콘체른(Konzern)의 범위 안에서 다른 회사의 영업지분(Geschäftsanteil) 내지 출자지분이나 종속회사의 주식(Aktien der abhängigen Unternehmen)의 소유를 통하여 다른 회사의 사업활동을 지배하거나 콘체른을 통일적으로 이행하는 것을 목적으로 하는 경우의 회사를 의미하여 순수하게 Kapitalverwaltungsgesellschaft로 부르고 이를 자본관리회사라고 한다.

□□ Kapitalverwaltungsgesellschaft 【지주회사】

◇ Hypothek 【저당권】

금전채권의 담보를 위하여 부동산에 대해 점유를 수반하지 않은 채 성립하는 부동산을 대상으로 물건적 담보제도(□□ Grundpfandrecht)의 일종이다. 점유를 상실하지 않는다는 점에서 담보목적물의 소유자에 의해 손쉽게 제공될 수 있으며, 또한 담보물을

여러 채권자에게 제공할 수 있다는 점에서 담보목적물을 효율적으로 활용할 수 있다. 독일의 저당권은 우리나라의 경우와 마찬가지로 피담보채권의 성립이나 존속에 대한 부종성(□□ Akzessorietät)을 그 기본적 성질로 하고 있다. 따라서 피담보채권이 성립하지 않는 한 저당권은 성립할 수 없으며, 피담보채권과 저당권은 함께 양도될 수 있을 뿐 그 각각이 별도의 양도대상으로 되지는 않는다. 그런데 독일의 저당권은 우리나라와 비교하여 훨씬 다양한 형태로 인정되면서, 저당권의 부종성을 완화하거나 유통성을 증가시켜 두고 있는 형태들이 많다. 먼저 통상적인 형태의 저당권은 유통저당권(Verkehrshypothek)의 형태로 인정되고 있는데, 이는 피담보채권에 관한 부종성을 완화하는 결과를 가져오고 있다. 즉, 민법 제1138조에 따르면 저당권에서도 부동산등기부에 관한 공신력을 인정하는 민법 제892조를 포함한 제891조 이하의 규정을 적용하고 있으며, 이로써 저당권의 취득자는 등기부에 기재된 사실을 신뢰하며 피담보채권의 존재를 별도로 확인할 필요가 없게 된다. 따라서 피담보채권이 존재하지 않는 경우에도 선의의 자는 등기부에 기재된 저당권을 취득할 수 있게 된다. 이 같은 유통저당권의 형태는 결국 저당권의 유통을 본질적으로 용이하게 하고 있으며 그런 의미에서 통상의 저당권이 '유통'저당권으로 표현되고 있다. 그러나 저당권은 위와 같은 민법 제1138조에 따른 등기부상 기재된 채권의 내용에 관한 공신력이 인정되지 않는 방식인 보전저당권(Sicherungshypothek)의 형태로도 성립할 수 있다. 이 경우 채권자가 저당권에 기한 권리를 주장하고자 할 때에는 채권 존재에 관한 입증을 위해 등기부상 저당권이 기재된 사실을 주장할 수 없게 된다(§ 1184 I BGB). 다시 말해 보전저당권의 경우 저당권부 채권자의 권리는 단지 채권에 의해서만 정해질 수 있을 뿐이며, 따라서 채권이 존재하지 않거나 더 이상 존속하지 않는 경우 그 채권을 위해 기재된 저당권은 더 이상 채권자에게 귀속되지 않게 된다. 다른 한편 독일의 저당권은 저당권의 성립을 위해 그 권리가 화체(Verbriefung)된 증서의 발행이나 양도를 필요한 지 여부 따라 증서저당권(Briefhypothek)과 등기부저당권(Buchhypothek)으로 나뉘고 있는데, 저당증권의 발행이 배제되어 있지 않는 한 저당증서의 발행이 행해지므로 증서저당권을 원칙으로 하고 있다(§ 1116 I BGB). 당사자의 합의로 증서발행을 하지 않기로 한 경우 이는 등기되어야 한다(§ 1116 III BGB). 증서저당권의 경우에는 증서의 양도 또는 등기소에 대한 저당증서의 교부를 청구할 수 있는 권리를 채권자에게 부여한다는 합의가 있을 때에 채권자는 비로소 저당권을 취득하게 된다(§ 1117 I, III BGB). 특히 증서의 양도를 통해 비로소 저당권의 취득을 인정함으로써 저당권은 저

당 목적물의 소유자나 채권자 모두에게 유익한 담보수단으로 기능하게 된다. 왜냐하면 증서의 교부와 대차 목적물인 금전의 지급이 서로 동시이행(□□ Zug um Zug Leistung)의 관계에 놓이게 되기 때문이다. 끝으로 독일의 저당권제도는 우리나라에서 찾아보기 어려운 소유자저당권(Eigentümerhypothek)을 인정하고 있으며 이로써 저당권의 부종성을 완화하는 한편 목적물의 효율적 활용을 촉진하고 있다. 소유자저당권이란 토지소유자가 타인을 위한 저당권으로서가 아니라 소유자 자신을 위해 저당권을 설정하는 저당권을 뜻한다. 소유자저당권은 채권이 일단 유효하게 저당권자를 위해 설정되었으나 그 원인이 되는 채권이 성립하지 않은 경우 또는 존재하였던 채권이 이후 소멸하게 된 경우에 인정되는데, 이로 인해 저당권자와 소유자가 동일인으로 된 경우 그 채권자의 저당권은 토지채무(□□ Grundschuld)로 변경된다(§ 1177 I BGB). 이 같은 다양한 종류의 저당권은 결국 피담보채권과의 부종성의 완화를 도모해 가면서 우리나라의 저당권제도와 비교하여 저당권을 하나의 투자 객체로 하여 금융시장에 유통시킬 것을 목적으로 하는 근대적 색채를 강하게 나타내고 있다.

[I]

◇ Idealverein 【공익법인】

ideal은 ‘이상적인’이라는 의미를 지닌 형용사이고 Verein은 법인을 뜻하여 이를 합성한 복합명사형태로써 공익법인 내지 비영리법인(nichtwirtschaftlicher Verein)이라고 하는데 이를 ideale Verein로 표현하는 사례도 있으나 이처럼 형용사변화를 하여 쓰는 경우는 아주 드물다. 주로 재단법인 또는 사단법인으로서 사회일반의 이익에 공여하기 위하여 학자금, 장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인을 말한다. 일반적으로는 공익법인과 비영리법인으로 구별하지만 법률 등에서는 주로 비영리법인과 영리법인으로 상대적인 구별을 하는 것이 보통이다. 실제적으로 비영리법인에는 공익법인과 다시 민법이나 상법 이외의 특별법에 의해 설립되는 협동조합이나 상호보험회사와 같은 특수법인으로 나뉘므로 공익법인은 협의의 개념의 비영리법인이다. 이 공익법인에 관한 법적 근거는 민법 제21조에 의하는데 이에 의하면 영리적인 사업을 목적으로 하지 아니하는 법인으로 소재지 해당관청의 법인등기부에 등록을 하여 권리능력을 획득한 자를 말하는 것이다. 공익법인의 구성원은 적어도 7인 이상이어야 하고 법인의 목적이나 구성 등 서면상 최소내용을 규정한 정관, 즉 구성원의 가입과 탈퇴, 출자금의 정도, 이사회 임명 및 사원총회의 소환 등을 내용으로 정관이 제출되고 행정관청이 이의를 제기하지 않는다면 반드시 이 공익법인은 등록되어야 한다.

◇ Individuelles Arbeitsrecht 【개별적 근로관계법】

개별적 근로관계법은 개별 근로자와 사용자와의 관계를 규율하는 법영역이다. 노동조합과 사용자 또는 사용자단체와의 관계를 규율하는 집단적 근로관계법(□□ Kollektives Arbeitsrecht)에 상대되는 개념이다. 독일의 경우 개별적 근로관계법을 규율하는 통일·독립된 실정법은 존재하지 않는다. 개별적 근로관계법은 해고제한법(KSchG), 연방휴가법(BUrlG), 급여계속지급법(Entgeltfortzahlungsgesetz)과 같은 수많은 특별법과 판례에 의하여 규율되고 있다. 개별적 근로관계법에는 근로관계의 성립에 관한 사항, 근로관계의 내용에 관한 사항, 근로관계의 변경, 근로관계의 이전 및 근로관계의 종료에 관한 사항

이 포함되게 된다. 근로관계의 성립과 관련해서는 채용과정에서의 사용자의 질문권의 내용과 한계, 균등처우에 관한 문제 및 시용기간, 채용내정, 기간제근로계약에 관한 문제 등이 다루어지고 있다. 근로관계의 내용과 관련해서는 근로시간, 임금, 휴가(Urlaub), 경업피지의무, 징계 및 근로자의 책임제한(Haftung des Arbeitnehmers)등에 관한 사항이 다루어지고 있다. 근로계약의 이전에서는 소위 사업양도에 관한 내용이 다루어지고 있다. 마지막으로 근로관계의 종료와 관련해서는 해고(□□ Kündigung), 해고예고, 정년, 합의해지, 변경해지(□□ Änderungskündigung), 계속근로청구권(□□ Weiterbeschäftigungsanspruch)에 관한 문제 등이 다루어지고 있다. 독일에서는 민법전 제정을 준비하던 1896년부터 개별적 근로관계를 규율할 통일·독립된 법률의 제정이 논의되었으며, 특히 독일의 통일계약서(Einigungsvertrag) 제30조이 조속히 통일·독립된 근로계약법을 제정하도록 하고 있어 법제정에 관한 논의가 활발하였음에도 불구하고 아직도 통일·독립된 근로계약법은 제정되지 못하고 있다.

◇ Indossament ohne Obligo 【 무담보배서 】

무담보배서란 배서인이 어음상의 담보책임 즉 소구의무를 부담하지 않는다는 뜻을 기재한 배서를 말한다. 어음법 제15조 제1항에 따라 “인수나 지급에 모순되는 기재가 없는 경우에는 배서인은 책임을 져야한다(Der Indossant haftet mangels eines entgegenstehenden Vermerks für die Annahme und die Zahlung)”라고 정하고 있다. 즉 우리 어음법 제15조 제1항의 취지와 같이 배서인은 반대의 문언이 없으면 인수와 지급을 담보한다고 하는 것과 동일한 취지의 것이다. 더불어 어음법 제15조 제2항은 배서금지배서를 명시하고 있는데 배서인이 배서를 다시 할 때에 다시 배서하는 것을 금지하는 뜻의 기재를 한 경우의 배서를 의미한다.

배서인은 일반적으로 인수담보책임과 지급담보책임을 부담하는 것인데 이 책임 모두나 또는 일부에 대하여 무담보(ohne Obligo)의 문언을 기재하다면 담보책임을 면할 수 있는 것이다. 흔히 어음의 배서인이 단순히 무담보라고만 기재하였다면 이는 인수와 지급 모두에 대하여 무담보배서를 한 것으로 해석하는 것이 일반적이다. 무담보배서인은 직접 피배서인 뿐만 아니라, 후자 전원에 대하여 담보책임을 부담하지 않는다. 또한 무담보의 효력은 그 표시를 한 배서인에 관해서만 발생하고 그 전후의 배서인의 담보책임에는 영향이 없다.

◇ **informales Verwaltungshandeln** 【비공식적 행정작용, 비정식적 행정작용】

행정행위, 공법상의 계약, 행정입법 등과 같은 전통적인 행정작용에 있어서는 그 요건, 효과, 절차 등이 법에 의하여 정하여지고 법적 구속력을 갖는다. 이를 공식적 행정작용 또는 정식적 행정작용이라고 한다. 이에 비하여 비공식적 행정작용은 협의, 협상, 조정, 사전절충 등 그 요건, 효과, 절차가 법에 정하여져 있지 않고 따라서 법적 구속력을 갖지 않는 일련의 사실행위를 말한다. 이는 *informelles Verwaltungshandeln* 또는 *informelles Hoheitshandeln*이라는 용어를 사용하기도 한다. 이러한 일련의 사실행위들은 행정실무에 있어서는 이미 빈번히 사용되고 있으나, 행정법학에서는 새로운 것으로 논의의 대상이 되고 있다. 따라서 아직 이에 대한 법적인 정의는 정립되어 있지 않다. 비공식적 행정작용은 행정주체와 국민의 사전접촉으로 법적 불확실성을 제거하고, 행정의 능률성과 탄력성을 제고하는 역할을 하므로 이를 허용하여야 한다는 것에 대하여는 이의가 존재하지 않는다. 이를 허용하는 근거로는 첫째 행정의 행위형식은 제한되어 있는 것이 아니고, 둘째 헌법상 행정청은 청문의무가 있으며 (여기서의 청문은 단순한 의견청취에 그치는 것이 아니라 상대방과 중요한 관점에 대하여 논의하고 설명하도록 하는 의무를 포함하는 것임), 셋째 행정청의 광범위하고 철저한 조사 의무는 많은 경우 관련자와의 접촉 없이는 불가능하다는 점 등을 들 수 있다.

비공식적 행정작용은 법적 구속력을 갖지 않는 사실행위에 지나지 않으므로 신뢰보호의 원칙이나 신의성실의 원칙 또는 행정의 자기구속의 원칙도 적용되지 않는다. 비공식적 행정작용이 허용된다고 해서 무제한하게 인정되는 것은 아니다. 실체법적으로 위법한 허가나 상태로 귀결될 사항을 행정청과 상대방이 양해사항으로 할 수 없고, 관할 및 권한규정도 준수되어야 하며, 평등의 원칙, 부당결부금지의 원칙 및 제삼자에게 불이익을 주는 내용 등은 합의할 수 없다. 또한 절차법적으로도 행정청의 사실관계에 대한 포괄적인 조사 의무를 축소시키거나 제삼자의 청문권이나 참가권을 배제하기 위한 수단으로도 사용될 수 없다.

◇ **Informationsfreiheit** 【정보의 자유】

정보의 자유는 독일 기본법 제 5 조 제 1 항 제 1 문 후단에서 규정하고 있는 기본권으로 이해한다. 이에 따르면 정보의 자유라 함은 일반적으로 접근할 수 있는 정보원

으로부터 방해 받지 않고 정보를 얻을 수 있는 자유를 말한다. 일반적으로 접근할 수 있는 정보원에는 신문, 잡지, 라디오, TV, 인터넷, 공공도서관 등이 대표적으로 포함된다고 하겠다. 그리고 정보의 자유는 의사표현의 자유(Meinungsäußerungsfreiheit)와 밀접한 연관성 아래 있다. 정보의 자유에 의해 취득한 정보는 자신의 의사형성의 바탕이 되어지고 의사표현의 근거가 되기 때문이다. 그러므로 정보의 자유에는 의사형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하는 자유와 소극적으로 정보에 접하는 자유가 모두 포함된다. 이와 같은 정보의 자유를 알권리라고 부르기도 한다.(GG Art. 5 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten; 누구든지 말, 글 그리고 그림으로 자유로이 자신의 의사를 표현하고 전파하며 그리고 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해 받지 않고 정보를 얻을 권리를 가진다.)

□□ Meinungsäußerungsfreiheit 【의사표현의 자유】

◇ Informationspflicht 【정보제공의무】

원래의 표현 자체에만 따를 경우 정보에 관한 제반 의무를 포함하는 광의의 개념이다. 공법적 차원에서 국가의 개인정보의 보호나 개인에 대한 정보제공에 관한 의무를 포함하는 것은 물론이나, 최근에는 사인들 사이의 관계, 특히 계약관계에 있는 당사자 사이의 정보제공의무가 많이 논의되고 있다. 계약관계에서의 정보제공의무는 먼저 그 의무의 발생근거와 관련하여, 가령 의뢰인의 위탁에 따라 흥신소 직원이 필요한 정보를 제공하는 경우처럼 정보제공의무가 계약의 주된 급부의무(Hauptleistungspflicht)에 해당하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우 정보제공의무는 여타의 급부의무와 마찬가지로 소송을 통해 그 이행을 구할 수 있다. 그렇지만 계약관계에서의 정보제공의무는 대개 민법 제242조의 신의성실(Treu und Glaube)의 원칙으로부터 근거 지워지는 법률상의 의무로 인정되고 있다. 이 경우 정보제공의무는 그 형태나 내용에 따라 설명의무(Aufklärungspflicht)와 고지의무(Auskunftspflicht)로 나누어 설명되기도 한다. 고지의무가 상대방의 요청에 따라 필요한 사정을 알려주어야 할 의무라고 할 수 있는 반면, 설명의무는 그 같은 요청 없이도 당사자가 자발적으로 제공해야 하는 의무라고 개념 구성 되기도 한다. 그러나 그 같은 구별이 언제나 명확한 것은 아니며 오히려 최근에는 양 의무의 유형을 정보제공의무로 포괄하여 표현하고 있기도 하다. 계약관계에서

의 정보제공의무는 특히 계약교섭의 단계에서 중요한 의미를 갖게 되는데, 무엇보다도 대체 언제 정보제공의무가 인정될 수 있는가 하는 판단의 문제이다. 왜냐하면 계약 당사자는 모두 계약관계를 통해 자기 자신의 이익을 향유하고자 하는데, 상대방에게 계약 관련의 일정한 사정을 알리도록 하는 것은 이러한 이해관계의 실현에 배치되기 때문이다. 따라서 계약교섭 과정에서의 정보제공의무는 정보의 중요성, 정보취득의 용이성, 당사자의 지위와 계약관계의 특성 등을 고려하여 단지 예외적으로 인정되고 있을 뿐이다. 또한 정보제공의무를 위반한 경우 그에 따른 법적 구성 및 법률효과도 문제되는데, 고의가 인정되는 경우에는 사기에 의한 의사표시(§ 123 BGB)를 이유로 한 계약의 취소나 불법행위에 따른 책임(§ 826 BGB)이 적용될 수 있다. 그런데 최근 판례나 학설은 고의의 경우 이외에 단지 정보제공의 의무를 부담하는 자가 과실로 그 의무를 위반한 경우에도 계약교섭상의 과실책임(□□ culpa in contrahendo)에 따른 계약 해소와 손해배상책임을 인정해 가고 있다.

◇ Ingerenz 【 선행위험행위 】

선행위험행위는 형법의 부작위범(Unterlassungsdelikt)에서 보증인적 지위(Garantenstellung)가 형성되는 근거 중의 하나이다. 부작위범이 성립하기 위해서는 행위자에게 결과발생을 방지할 의무가 있어야 하는데, 이러한 의무는 전통적인 견해에 의하면 법령이나 계약, 그리고 선행위험행위(vorangegangenes gefährdendes Tun)에서 비롯된다. 선행위험행위란 자신의 행위로 인해 침해가 발생할 위험을 야기한 자에게 그 침해의 발생을 방지할 의무가 있다는 것이다. 전형적인 예로는 자전거를 타고 가는 행인을 과실로 치어 중상을 입힌 운전자가 그대로 두면 피해자가 사망할 줄 알면서도 그대로 두는 경우이다(BGH NStZ 1992, 125). 만약 피해자가 사망하면 과실범죄 이외에 고의에 의한 살인범죄가 문제된다. 이 경우 고의의 살인범죄는 부작위의 형태로 성립한다. 그런데 이러한 선행위험행위로 인한 보증인적 지위의 발생은 법률에 명문으로 규정된 것이 아니고 관습법적으로 타당한 법원칙으로 인정된다. 부작위범에 관한 독일형법 제13조는 “형법의 구성요건적 결과의 발생을 방지하지 않은 자는 법률에 의해 그 결과의 발생을 방지할 의무가 있고 구성요건적 결과의 실현을 방지하지 않은 것이 작위행위에 상응할 때에 한해 처벌한다”고 규정하고 있다. 이 법문에서는 선행위험행위에 대한 직접적 근거를 찾을 수 없는 것이다. 그렇기 때문에 선행위험행위로 인한 보증

인적 지위는 그 원칙이나 구체적 요건에서 논란의 여지를 낳고 있다. 반면에 한국의 형법에서는 선행위험행위로 인한 보증인적 지위의 발생이 명문으로 규정되어 있다. 즉, 한국형법 제18조는 ‘부작위범’의 제하에 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생한 결과에 의하여 처벌한다”고 규정하는데, ‘자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자’는 선행위험행위에 해당한다. 그런데 국내의 문헌에서 선행위험행위는 ‘선행행위’로 표현된다. ‘선행행위’로 표현할 경우 의무위반적(pflichtwidriges) 선행행위 뿐만 아니라 ‘우연한 선행행위’에 의해서도 작위의무가 발생하게 된다는 문제점이 있다. 독일의 학계와 판례에서는 오직 의무위반적 선행행위만이 보증인적 지위를 발생시킨다는 견해가 지배적이다. 따라서 정확하게는 선행위험행위로 이해하는 것이 타당할 것이다. 다만 최근에는 의무위반적, 법위반적 선행행위 뿐 아니라 허용된 위험을 지닌 선행행위(erlaubte Risikovorhandlungen)에 의해서도 위험방지의무가 발생할 수 있다는 견해가 등장하고 있다.

◇ Inhaberaktie 【 무기명주식 】

주식의 분류방법은 여러 가지가 있지만 주식에 주주의 이름이 기재되어있느냐의 여부에 따라 기명주식(Namensaktie)과 무기명주식(Inhaberaktie)로 나뉜다. 즉 기명주식은 주주의 성명이 주권과 주주명부에 표시되어 있는 주식을 말하는 반면, 주주의 성명이 주권과 주주명부에 표시되지 않는 주식을 무기명주식이라고 한다. 주식회사법 제10조 제 1 항은 “주식은 무기명으로도 기명으로도 발부될 수 있다(Der Aktien können auf den Inhaber oder auf Namen lauten)”고 정하여 법적으로 무기명주식의 가능성을 인정하고 있어서 우리의 경우 원칙적으로 기명주식을 발행하도록 정하고 있는 상법 제357조 제 1 항과는 다소 내용을 달리 한다. 우리의 경우 정관이 정한 경우에 예외적으로 무기명주식의 발행을 인정하고 있기 때문이다. 그런데 독일의 경우도 주식회사법 제10조 제 4 항에 의해 중간증권인 가증권(Zwischenschein)을 무기명으로 한 경우는 무효로 하고 있는 것이 특징이다. 이 같은 가증권의 발행 또는 교부로 인하여 손해가 발생한 경우 이 증권의 교부자(Ausgeber) 내지 유통자들은 이 주식의 점유자(Inhaber)에게 연대책임(Gesamtschuldner)을 져야한다. 주식회사법 제24조에 따라 주주의 요구로 무기명주식을 기명주식으로 또는 기명주식을 무기명주식으로 전환할 수

있음을 정관에 정할 수 있다고 명시하고 있다. 무기명주식의 양도는 양도의 합의와 주권의 교부로 하게 된다.

◇ Inhaberpapiere 【 무기명증권 】

증서의 정당한 소지인에게 증서상의 채무를 이행하도록 하는 유가증권(Wertpapier)의 일종이다. 무기명주식(Inhaberaktie)이나 소지인출급식 채무약속(Inhaberschuldverschreibung; §§ 793 ff. BGB)이 전형적인 경우에 해당한다. 무기명증권은 증서에 일정한 자를 채권자로 확정해 두지 않고 있다는 점에서 유가증권의 다른 형태인 기명증권(Namenpapier; Rektapapier)이나 지시증권(Orderpapier)과 구별된다. 기명증권은 저당증서(Hypothekbrief)와 같이 증서상 권리자로 될 자를 특별히 지정하고 있으며, 지시증권의 경우에는 어음이나 수표와 같이 증서상 권리자로 지정된 자 또는 그가 지시하는 자에게 증서상의 채무를 이행하는 유가증권의 형태이다. 무기명증권의 이 같은 발행형태로 인하여 기명증권이나 지시증권과 비교하여 가장 유통성이 크다. 또한 증권상에 화체된 권리의 이전방식도 지시증권의 경우에는 배서와 교부의 방식을 통해 행해지는 반면, 무기명증권은 증서의 교부, 즉 증서의 동산소유권 양도의 방식만으로 충분하다. 무기명증권 역시 유가증권의 일종이므로 채무자는 증서의 소지인에 대해 변제함으로써 채무를 면하게 되며, 증서의 소지인은 정당한 권리자로 추정된다(가령 § 793 I BGB). 또한 발행자인 채무자는 발행의 무효, 증서 내용으로부터 주어지는 사유만을 소지인에 대해 항변할 수 있을 뿐이며 다른 사유에 기한 항변의 경우 원칙적으로 배제되며(§§ 794, 796 BGB) 이로써 무기명증서를 전득(轉得)하여 소지하게 된 자를 보호하여 유통성을 확보하고 있다. 무기명증권에 대해서는 동산소유권의 이전방식(§§ 929 ff. BGB)이 적용되므로 선의취득이 인정됨은 물론이다.

◇ Inkassoindossament 【 추심배서 】

Inkasso라는 접두어는 명사로서 징수, 회수, 수급이라는 의미로 쓰이는 데 여기에 indossament, 즉 배서라는 의미의 명사가 합성되어 추심배서라고 부른다. 이 용어의 정확한 것은 Prokuraindossament 또는 Vollmachtindossament로 추심위임배서라고 하여

배서인이 피배서인에게 어음상의 권리를 행사할 권한을 부여할 목적으로 하는 배서를 말한다. 어음법 제18조 제 1 항에는 배서에 회수하기 위하여(Wert zur Einziehung), 추심하기 위하여(zum Inkasso), 대리를 위하여(in Prokura) 또는 다른 사람에게 단순히 대리권을 수여를 표시하는 문언(einen anderen nur eine Bevollmächtigung ausdrückenden Vermerk)을 포함하고 있다면 어음의 소지인은 어음으로부터 생기는 모든 권리를 주장할 수 있음을 정하고 있다. 이 항 단서에는 그러나 이 소지인은 다시 추심위임배서를 함으로써 어음을 배서양도할 수 있음을 규정하고 있다. 어음법 제18조 제 1 항과 동일한 취지의 것으로 수표법 제23조 제 1 항이 있다. 또한 어음법 제18조 제 2 항과 수표법 제23조 제 2 항에 따라 어음 및 수표채무자는 그 추심위임배서인에 대한 항변으로 그 피배서인에게 대항할 수 있다. 추심위임배서에 포함된 권리는 추심위임배서인이 사망하거나 행위능력무능력상태가 되더라도 소멸하지 않음을 이 조 제 3 항에서 정하고 있다. 추심대리권은 추심위임배서를 말소하거나 추심위임배서인이 그 어음 또는 수표를 환수해야 없어지는 권리이기 때문이다. 또 피배서인은 자격수여적 효력에 근거하여 자신에 이르기까지 배서가 연속한 경우에 그 추심권한을 증명하지 않더라도 적법한 추심위임자로 추정받는다.

◇ Inkassoession 【 신탁적 채권양도 】

□□ Zession

◇ Inquisitionsmaxime 【 직권탐지주의 】

직권탐지주의는 Untersuchungsgrundsatz라고도 하며 변론주의(Verhandlungsgrundsatz)에 대한 반대개념으로 소송자료 즉 사실과 증거의 수집 및 제출에 관하여 전적으로 법원이 책임을 지고 직권으로 조사하여야 하는 것을 말한다. 따라서 법원의 심리는 당사자의 주장이나 증거제출에 기속되지 않는다. 민사소송은 민사소송법(ZPO) 제138조, 제282조, 제288조 등에 따라 변론주의가 적용되는데 비하여 행정소송은 연방행정법원법(VWGO) 제86조 제 1 항에 따라 직권탐지주의가 적용된다. 제86조 제 1 항 제 1 문은 “법원은 사실관계를 직권으로 조사한다(Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen)”라고 규정하고 있다.

우리나라 행정소송법 제26조는 “법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거 조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이 규정이 독일과 같은 직권탐지주의를 규정한 것인가에 대하여는 학설이 갈리고 있다. 일부에서는 이를 독일과 같은 직권탐지주의로 보는 반면, 다른 일부의 학설과 판례(대판 1986. 6. 24. 85누321)는 우리나라 행정소송은 변론주의를 원칙으로 하며 보완적으로 직권심리주의를 가미한 것으로 보고 있다.

◇ **Insichgeschäft** 【 자기계약 】

대리인이 한편으로는 본인을 대리(Stellvertretung)하고, 다른 한편으로는 자기 자신의 자격으로 혼자서 본인·대리인 사이의 계약을 맺는 것을 말한다. 민법 제181조에서는 “대리인은 달리 허용되지 아니하는 한, 자신과 법률행위를 하거나, 제삼자의 대리인으로서 법률행위를 하지 못한다. 그러나 법률행위가 단지 채무의 이행일 뿐인 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다(□□ Insichgeschäft). 이는 채무의 이행을 대리하여도 타인의 이익을 해할 우려가 없기 때문이다. 자기계약은 특히 간접대리인에게의 소유권양도인 경우에 중요하다. 더욱이 후견인이 피후견인에게 속하는 물건을 자기에게 스스로 판 경우에 나타난다. 우선 이러한 법률행위의 두 당사자에 있어서 같은 사람에 대한 영향력은 자신의 이익과 대리인의 이익 사이에 이익충돌이 아니라, 민법 제181조의 보호 목적, 즉 자기계약이 근본적으로 인정되지 않는다는데 있다. 한국의 경우, 자기계약은 쌍방대리와 더불어 금지되어 있다(민124). 그것은 본인의 이익이 침해될 위험이 있기 때문이다. 따라서 본인의 이익을 해치지 않는 경우에는 금지되지 않는다. 민법은 그 예로써 채무의 이행을 들고 있으나(민124), 그에 한하지 않고 주식명의를 개서·친권자의 미성년자에 대한 증여등도 본인의 이익을 해치지 않기 때문에 금지되지 않는다. 또, 본인이 사전 또는 사후에 자기계약을 허락한 경우에는 그 계약은 물론 유효하다.

□□ Selbstkontrahieren 【 자기계약 】

◇ **Institutionelle Garantien** 【 제도적 보장 】 및 **Institutsgarantie** 【 제도보장 】

제도적 보장(Institutionelle Garantien)은 일정한 공법적 제도를 그 전래된 구조적 핵심틀 내에서 헌법적으로 보장하는 것을 말하며, 제도보장(Institutsgarantie)은 사회질서

상의 전통적인 일정한 사법적 제도를 헌법적 효력을 갖도록 하는 방법으로 보장하는 것을 말한다. 이들 개념들은 C. Schmitt에 의해 확립된 것으로, C. Schmitt는 ‘자유는 제도가 아니다’라는 명제 하에 그의 제도적보장이론을 전개하고 있다. 즉 C. Schmitt에 의하면 설령 기본권으로 규정된 사항이라 할지라도 그것이 자유의 보장을 위한 것이라기보다는 어떤 ‘공법상의 제도 그 자체’를 헌법적으로 보장하기 위한 것이거나 또는 ‘전형적이고 전통적인 사법상의 제도’를 헌법적으로 보장하기 위한 것인 경우에는 기본권과 구별하는 의미에서 ‘제도적 보장’이라고 부르는 것이 옳다고 하였다.

일부 논란의 여지는 있으나 독일 기본법상 제도적 보장의 예로는 직업공무원제도(기본법 제33조 제 5 항), 지방자치제도(기본법 제28조 제 2 항), 대학의 자치제도(기본법 제 5 조 제 3 항), 국가의 학교감독제도(기본법 제 7 조 제 1 항) 등을 들 수 있으며, 제도보장의 예로는 사적자치제도 및 계약의 자유(기본법 제 2 조 제 1 항), 혼인 및 가족제도(기본법 제 6 조 제 1 항), 사유재산제도 및 상속권보장(기본법 제14조 제 1 항), 자유언론제도보장(기본법 제 5 조 제 1 항 제 2 문) 등을 들 수 있다. 그러나 오늘날 공사법구별의 어려움이 일반적으로 인정되는 경향에 있으며, 또한 공사립대학의 공존 현상 내지 공영언론과 민영언론의 혼재현상 등에 비추어 볼 때 공법상 제도적 보장과 사법상 제도보장의 구별은 큰 의미는 없다고 하겠다. 그런 이유로 독일에서는 이 두 개념을 합하여 제도적 보장(Einrichtungsgarantie)이라고 부르는 경향에 있다. 제도적 보장의 헌법적 의미는 제도의 존재보장(Bestandsgarantie)에 있으며, 제도의 존재보장은 입법으로 제도의 존재를 폐지하는 것은 위헌이라는 것이며 또한 제도의 본질적 내용을 폐지하는 것도 위헌이라는 것을 뜻한다.

◇ **Interessenabwägung** 【 이익형량 】

Rechtsgüterabwägung 【 법익형량 】

◇ **Interesstheorie** 【 이익설 】

이익설은 공법과 사법을 구별하는 기준에 관한 학설의 하나로 로마시대의 법학자인 울피아누스(Ulpianus)에 의하여 주장되었다. 이 학설은 법이 규율하는 목적에 기준

을 두어 공익을 실현하기 위한 법은 공법이고, 사익을 실현하기 위한 법은 사법이라고 구분한다. 이 학설은 공·사법 구별의 본질적인 측면을 파악하고 있기는 하지만, 공법규정의 상당수가 사익보호를 목적으로 하고 있으며, 아울러 사법규정의 상당수가 공익보호도 목적으로 하고 있다는 점을 간과하고 있다.

◇ Interimwechsel 【가어음】

Interimsschein 내지 Zwischenschein을 가증권이라고 한다. 여기서 발전하여 어음예약이 서면으로 된 것을 가어음이라 하여 Interimwechsel 또는 Zwischenwechsel이라고 지칭한다. 비록 가증권일지라도 이도 또한 유가증권의 일종으로 보아 주식으로부터 어음으로부터 생기는 구성원의 권리가 사전적으로 서면화되어지는 것이다. 실제로 어음과 관련하여 원인관계와 어음관계의 중간에서 어음행위의 내용에 관한 것으로 예컨대 어음금액, 만기 등에 관하여 어음관계의 발생의 준비로서 하게 되는 계약이 어음예약인데 이를 서면화한 것이 곧 가어음으로 이 어음예약의 내용인 가어음의 내용을 위반하여 발행된 어음의 경우 그 어음자체가 무효가 되는 것이 아니라 이 위반은 당사자 간에 인적 항변사유로 작용하게 된다.

◇ Inventar 【재산목록】

재산목록(Inventar)은 일정한 시기에 기업의 총재산에 각각의 개별가액을 붙여서 기재하는 명세표 내지 목록을 말한다. 상법 제240조에는 재산목록과 관련하여 구체적으로 이를 규정하고 있는데 제 1 항에 따라 상인은 개업시에(zu Beginn eines Handelsgewerbes) 또는 회사의 성립시 자신의 부동산(Grundstücke), 채권(Forderungen)과 채무(Schulden), 현금액 및 기타 그의 재산 등을 정확히 기록하고 이때 개별적인 재산의 가치와 채무를 기재해야 한다. 또한 제 2 항에 따라 각 영업년도 말에(für den Schluß eines jeden Geschäftsjahrs) 이러한 재산목록을 작성해야 한다. 영업년도의 기간(die Dauer des Geschäftsjahrs)은 12개월을 넘을 수 없다. 재산목록 작성은 정규적인 영업경과에 상응하는 시간 안에 실행되어 질 수 있다. 제 3 항에 의해서 물적 설비재산의 재산상황(Vermögensgegenstände des Sachanlagevermögens)뿐만 아니라 원료(Rohstoffe),

보조원료(Hilfsstoffe) 및 기계 설비 등의 가동용 원료(Betriebsstoffe) 등이 규칙적으로 보충되고 그 추가치가 회사를 위하여 최종적인 의미를 가진다면 동일한 양과 동일한 가치로 산정될 수 있다. 물론 이는 재고품(Bestand)이 크기(Größe)면, 가치(Wert)면 그리고 구성(Zusammensetzung)면에서 지극히 사소한 변동이나 변화가 있었던 경우에 한해서이다. 그러나 보통은 3년마다 구체적으로 재고품조사(körperliche Bestandsaufnahme)를 실행되어진다. 마지막으로 제 4 항에서는 비축재산(Vorratsvermögen)에 관한 동일한 재산상태뿐만 아니라 다른 동일한(gleichartig) 또는 대략적으로 동가치의(annähernd gleichwertig) 동산과 채무 등도 하나의 그룹으로 통합하고 측정된 평균가치(Durchschnittswert)를 산정된다. 이상의 방법으로 작성된 재산목록은 기업의 일정시기에 있어서의 재산의 정태적 상황을 명시하는 것에 그 목적이 있는 점에서 그 동태를 명백히 할 것을 목적으로 하는 일기장 또는 회계장부와는 다르고 기업의 재산명세표라는 측면에서 기업재산의 개괄표인 대차대조표와는 비교되는 것이다.

[J]

◇ Jugend und Auszubildendenvertretung 【 청소년 및 교육생 대표 】

‘청소년 및 교육생 대표’란 18만 미만의 근로자 또는 25세 미만의 교육생이 5인 이상인 사업장에 설치되는 종업원평의회법상의 기구이다. 청소년 및 교육생 대표는 법률에 의하여 별도의 경영참가권을 가지고 있는 기구는 아니다.

◇ Jugendarrest 【 소년구류 】

소년구류는 소년범죄에 대한 소년법원법(JGG)의 제재수단 중 훈육처분(□□ Zuchtmittel)의 하나이다. 훈육처분은 다시 경고(Verwarnung), 의무부과(Auflage), 소년구류의 세 가지로 구성되는데, 소년구류는 훈육처분 중에서 가장 강한 제재이며, 소년형벌을 제외하면 소년법원법의 제재수단 중에서도 가장 강한 제재수단이 된다. 소년구류는 최소 2일에서 최장 4주에 해당하는 단기간의 자유박탈로서, 형벌의 효과를 실현하는 것은 아니다. 독일형법에는 1월 미만의 자유형이 존재하지 않기 때문에 소년구류는 형벌의 의미를 지니지 않는다는 것이다. 그런데 성인범의 경우 예컨대 6주간의 자유형에 처해진다면 예외 없이 집행유예를 받겠지만 소년범은 길어야 4주간인 소년구류에 대해 집행유예의 처분은 불가능하기 때문에(§87 I JGG) 모순이라는 지적이 나오고 있다. 다만 소년구류는 판결 이후 상황이 변화하여 교육상 집행을 면제하는 것이 정당하다고 판단될 때에는 소년법관이 그 전부 또는 - 이미 집행 중인 경우 - 일부의 집행을 면제할 수 있다(§87 III JGG). 소년구류에는 주말구류(Freizeitarrrest)와 단기구류(Kurzarrest), 장기구류(Dauerarrest)의 세 가지 유형이 있다(§16 I JGG). 1)주말구류는 글자 그대로는 휴일구류라고도 하는데, 주말동안만 소년을 구류하는 것으로 한 번 또는 두 번의 주말 동안 구류를 부과할 수 있다(§16 II JGG). 한 번의 주말은 토요일과 일요일의 이틀을 의미하므로 한 번의 주말구류는 2일, 두 번의 주말은 2일씩 두 번 구류되는 것이다. 이러한 주말구류는 소년의 학업과 직업에 대한 부정적 영향을 피할 수 있다는 장점이 있다. 2)단기구류는 주말구류 대신 선고되는 것으로 함께 집행하는 것이 교육의 목적에 부응하고 소년의 학업이나 직업에 영향을 주지 않을 때 부과한다. 예컨대 방학이나 휴가 중인 경우가 그러하다. 이 경우 2일의 단기구류는 한 번의

주말구류에 해당한다(§16 III JGG). 그러므로 두 번의 주말구류는 4일간의 단기구류로 대신할 수 있는데, 경우에 따라서는 3일간의 단기구류가 2회의 주말구류를 대체하기도 한다. 3) ‘Dauerarrst’는 단기구류에 대응하는 개념이기 때문에 ‘장기구류’로 번역하지만, 실제로 구류기간이 장기간에 걸치는 것이라고는 할 수 없다. 장기구류의 기간은 최소 1주일에서 최장 4주일까지이다(§16 IV JGG).

소년구류는 주(州)법무부의 소년구류시설이나 주말구류소에서 집행하며, 집행은 관할법원의 소년법관이 지휘한다(§90 II JGG). 소년구류의 집행은 교육적으로 구성되어야 하며, 소년이 범죄를 저지르는 데 원인이 된 어려움을 극복하는 데 도움이 되어야 한다(§90 I JGG).

◇ Jugendgerichtshilfe 【소년사법보조인】

소년사법보조인은 소년법관(Jugendrichter), 소년참심원(Jugendschöffen), 소년검찰(Jugendstaatsanwalt)과 함께 소년법원 및 소년형사절차의 한 축을 담당한다. 소년법원법 제38조에 의하면 소년사법보조인은 소년국(Jugendamt)과 함께 협력하여 소년보조(Jugendhilfe)의 업무를 수행한다(§38 I JGG). 구체적으로 소년사법보조인은 소년사법절차에서 교육적, 사회적, 원호적 관점이 관철되도록 기여하여야 한다. 이를 위해 소년사법보조인은 소년의 성격, 성장과정, 환경 등을 조사하여 소년법원 관계자들에게 적절한 제재조치에 대한 의견을 제시한다(§38 II JGG).

한국소년법의 소년분류심사원에 소속된 ‘분류심사관(소년법 제25조)’과 유사한 업무를 수행하지만 분류심사관보다 포괄적인 업무를 수행하며, 그 권한이 더 크다는 점에서 원래 단어의 의미에 따라 ‘소년사법보조인’으로 번역하였다. 즉, 소년사법보조인은 소년에 대한 조사와 적정한 제재수단에 대한 의견표명 이외에 소년들이 지시(□□ Weisungen)사항이나 의무부과(Auflage)사항을 준수하는지를 감독하는 기능과 소년들을 후견·원조하는 기능도 담당한다. 감독기능과 후견기능을 동시에 수행하는 것이 갖는 모순에 대해서는 여러 가지 지적이 제기되고 있다. 이 점에서 소년사법보조인의 업무는 보호관찰관(Bewährungshelfer)의 업무와 명확하게 구별되지 않는다. 두 기관에서 동시에 담당하는 업무는 해당 소년이 현재 보호관찰기간에 있는지 아닌지에 따라 구별된다고 한다. 즉, 보호관찰이 시작되면 감독과 원조, 후견의 기능은 보호관찰관의

업무가 된다는 것이다. 업무상 보호관찰관과 밀접한 관련이 있는 소년사법보조인은 이 기간 동안 보호관찰관을 돕는 기능을 수행한다. 이와 같은 기능을 수행하는 소년사법보조인은 특정한 법률상의 권한과 의무를 갖는 독자적인 소송기관(Prozeßorgan eigener Art)이 된다. 즉 검찰의 보조기관도 아니고 소년들의 변호인이나 대리인도 아니다. 증거수단, 즉 증인이나 감정인으로서의 기능을 갖는 것도 아니지만 다수견해는 진실발견을 위해 예외적으로 증인으로 신문을 받을 수 있다고 한다. 소년사법보조인은 필수적인 소송참여자(참석)는 아니므로 그에게 공판에의 참석의무를 강제할 수 없다. 그렇지만 그에게는 전체 절차에 참여할 수 있는 권한이 있다. 이를 위해 소년절차가 시작되면 가능한 한 빨리 소년사법보조인을 참여시켜야 한다. 즉, 소년에 대한 수사가 개시되면서부터 이들의 참여가 보장되어야 한다는 것이다. 물론 수사절차에서 소년의 혐의가 충분하고도 현저하게 드러난 후에 참여함으로써 소년에 대한 사생활침해와 무죄추정원칙에 대한 위반을 방지할 수 있도록 한다.

◇ Junktim-Klausel 【불가분조항】

재산권에 대한 수용·사용 및 제한 그리고 보상은 반드시 법률로서 하되, 그 법률 속에는 재산권의 이런 제한사항과 보상의 기준과 방법 등이 함께 규정되어야 한다는 조항을 불가분조항이라고 한다. 독일 기본법 제14조 제3항 제2문이 불가분조항에 해당된다. 그러므로 예를 들어 공용수용에 관한 법률이 보상을 규정하고 있지 않거나, 그 법률이 정하는 보상이 헌법상 불가분조항의 요청에 부합하지 않는 경우 그 법률은 위헌이 된다. 그리고 공용수용 등 재산권에 대한 제한은 보상의 방법과 범위를 규정하고 있는 법률(입법적 수용)에 의하여 또는 법률에 근거(행정적 수용)해서만 행할 수 있다. 재산권을 제한하기 위한 법률에 제한사항만을 규정해 하지 않고 보상에 관한 사항을 함께 두게 하는 것은 재산권보호의 의미도 있지만, 재산권을 제한하려는 법률집행자에게 재산권제한의 결과라고 할 수 있는 재정부담에 대해서 경고하는 의미도 함께 내포하고 있다.

Junktim이란 라틴어 iunctim에서 유래하는 단어로 ‘결부된’이나 ‘결합된’ 또는 ‘부대(附帶)된’이라는 의미의 ‘verbunden’을 뜻한다. 이런 의미에서 불가분조항을 ‘결부조항’이나 ‘결합조항’ 내지 ‘부대조항’이라 부르기도 한다.(GG Art. 14 (3) Eine Enteignung

ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt; 공공수용은 공공복리를 위해서만 허용된다. 공공수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는 법률에 근거해서만 행하여진다.)

[K]

◇ **Kampfparität** 【쟁의대등성】

쟁의대등성란 교섭과 쟁의행위에 있어서 단체교섭의 당사자 간에 충분한 힘의 균형이 보장되는 것을 말한다. 따라서 쟁의행위의 일방 당사자만이 투쟁의 종류와 정도를 결정할 수 있고, 상대방에게는 대항행위를 금지한다면 쟁의대등성은 인정될 수 없다. 예를 들어 근로자에게는 쟁의행위를 인정하면서도, 사용자의 직장폐쇄를 인정하지 않는다면 쟁의대등성이 보장되었다고 볼 수 없게 된다. 쟁의대등성을 무기의 대등성(Waffengleichheit)이라고도 한다.

◇ **Kanzlerprinzip** 【연방수상의 정책지침원리】

□□ Bundeskanzler 【연방수상】

◇ **Karenzzeit** 【지불정지기간】

지불정지기간이란 근로자가 자신의 귀책사유 없는 질병으로 인하여 노동능력을 상실한 경우 원칙적으로 6주 동안 사용자에게 임금의 계속지급을 청구할 수 있는 데 근로자들의 남용이나 사용자의 재정적 부담을 이유로 임금계속지급의무를 면하게 하는 기간을 말한다. 우리나라 산업재해보상보험법 제41조는 업무상 사유로 인하여 부상을 당하거나 질병에 걸린 근로자에게 요양으로 인하여 취업하지 못한 기간에 대하여 휴업급여를 지급하되, 취업기간이 3일 이내인 때에는 이를 지급하지 않고 있는 데, 이러한 것이 지불정지기간이다. 독일에서는 법령 또는 단체협약으로 이러한 제도를 도입할 것인지에 대한 논의가 활발하였으나 아직까지는 도입되지 않고 있다.

◇ **Kartellrecht** 【카르텔법】

카르텔(Kartell)이라 함은 공동의 목적을 추구하는 기업이나 기업연합의 결합이나 합의를 말한다. 즉 시장경쟁에 영향을 미치기 위해 동종의 기업들이 결합한 것이다.

여기에서 사용된 기업(Unternehmen)이란 의미는 매우 광범위한 개념으로 넓은 개념의 기업이 결합함에 있어서 서로 간에 수평적인 경제적 단계에 있을 때에나 동종 내지는 공동의 목적을 서로 공유할 수 있는 것이어서 상호간에 시장에서의 극심한 차이를 가지고 있는 경우에는 카르텔이라는 용어가 적용되지 아니한다. 카르텔이라는 용어는 실제로 경쟁사업자들 간에 그들의 경쟁을 부분적 또는 전면적으로 배제하기 위하여 서로 협정을 맺고 함께 최저가격을 정하거나 목표시장을 분할하거나 그들의 전체 수요와 공급을 포괄하는 공동구매장 내지 판매장을 설립하는 등의 현상으로부터 비공식적으로 사용하던 것을 법영역에서 이 용어를 사용하기 시작하면서부터 공식적인 개념으로 되었다. 카르텔을 규제하는 취지에서부터 생성되어진 것이 곧 카르텔법(Kartellrecht)인데 이는 다시 독일의 경우에 경쟁제한법(GWB)인 카르텔법과 유럽공동체의 카르텔법으로 나뉜다. 카르텔법은 카르텔에 의한 침해로부터 경제적 자유경쟁을 보호하기 위한 법규범의 총체로 광의의 경쟁법을 의미하기도 하고, 때로는 경쟁제한법의 범주 안에서 협의적 개념 하에서 이해되기도 한다. 구체적으로는 기업법과 일반규제법인 가격법, 국가보조법과 함께 일반경제법의 가장 중요한 부분임과 동시에 보험, 금융, 에너지, 운송 등과 같은 특별경제법의 영역에 속하기도 하는 것으로 시장을 교란시키는 경쟁제한으로부터 경제적 자유경쟁을 유도하는 것 그 자체를 목적으로 하는 법이다.

◇ Kaskoversicherung 【차량보험, 선체보험】

Kasko라 함은 선체 또는 차량을 의미하는 것으로 운송용구를 지칭한다. Kaskoversicherung은 운송수단에 관련한 보험의 일종으로 보험의 대상이 자동차인 경우는 차량보험, 선체(船體)나 기체(氣體)인 경우 선체보험 또는 기체보험이라 한다. 구체적인 경우 적하(Ladung)에 반대되는 개념으로서의 운송수단에는 항해선(航海船), 강선(江船), 스포츠보트, 기차의 수화물을 받는 차량(Bahnwagen), 가구운반차(Möbelwagen), 화물차량(Waagons), 비행기 등의 속하는 데 이를 보험목적으로 하여 체결하는 보험이 차량보험 내지 선체보험으로 보험계약체결이 강제되지 아니한 임의보험이다. 흔히 자동차보험에서 자기 자동차의 손해사고에 든 보험이 이 경우에 속하는데 자신의 자동차보험과 관련하여 완전한 종합보험 형태로 보험계약을 체결했으나 일부분의 손해에 대한 부보를 대상으로 보험계약을 체결했으나에 따라 자동차종합보험(Fahrzeug-

vollkaskoversicherung)과 자동차일부보험(Fahrzeugteilkaskoversicherung)으로 구분한다. 자동차종합보험으로는 피보험자의 손해분담이 거의 완전하게 가능하며, 자동차의 손상, 훼손, 전채손실, 절취, 화재, 폭발, 악천후 피해에 의한 모든 손해를 다 부보한다. 그러나 보험계약자가 보험사고를 고의나 중과실로 발생시킨 경우에는 보험계약법의 취지에 따라 부보하지 아니한다.

◇ Kassationsklausel 【 파훼(破毀)문구 】

어음수표법에서 Kassation하면 문서의 폐기 또는 무효화를 의미하는데 이에 따라 Kassationsklausel를 ‘파훼(破毀)문구’라고 정의한다. Kassationsklausel는 ‘kassatorische Klausel’ 라고 기재하기도 하는데 그 뜻은 동일하다. 어음법 제65조 제 1 항과 수표법 제50조 제 1 항에는 “이 복본의 지급으로 다른 복본은 효력을 잃는다는 문언을 기재하지 않았을지라도 복본의 한통에 대하여 지급이 있으면 모든 복본으로부터의 권리는 효력을 잃는다(Wird eine Ausfertigung bezahlt, so erlöschen die Rechte aus allen Ausfertigungen, auch wenn diese nicht den Vermerk tragen, daß durch die Zahlung auf eine Ausfertigung die anderen ihre Gültigkeit verlieren. Jedoch bleibt der Bezogene aus jeder angenommenen Ausfertigung, die ihm nicht zurückgegeben worden ist, verpflichtet)”로 규정하고 있는데 이 중에서 “이 복본의 지급으로 다른 복본은 효력을 잃는다는 문언 (den Vermerk tragen, daß durch die Zahlung auf eine Ausfertigung die anderen ihre Gültigkeit verlieren)”이 곧 파훼문구이다. 우리 어음법 제65조 제 1 항과 수표법 제49조 제 1 항에서 언급한 파훼문구는 “이 지급이 다른 복본을 무효로 한다는 기재”의 부분으로 동일한 취지의 것이다. 어음과 수표의 복본의 각 통은 동일한 권리관계를 표창하고 동일한 어음목적 달성을 위한 수통이어서 증권 자체가 복수일지라도 권리관계는 하나이므로 이 파훼문구를 명시적으로 기재하지 않았다고 하더라도 그 중 한 통에 대하여 권리가 행사되었다면 나머지 복본의 효력이 없는 것은 당연한 것이다.

◇ Kauf nach Probe 【 견본매매 】

매매에 있어서 단지 작은 물건을 하나 매도한 경우에는, 이로써 매수인은 그 물건의 특성 및 형상을 알게 된다. 이러한 경우를 시험매매(□□ Kauf zur Probe)라고 한다.

이러한 경우에는 어떠한 법적인 특수함이 존재하지 않는다. 따라서 시험매매와 견본매매 사이에는 법적인 의미에서 약간의 차이가 존재하게 된다. 이러한 시험매매를 근거로 하여 또는 보내온 견본을 근거로 하여, 매수인이 같은 물건을 더 많이 구입하고자 결심을 한 경우(Kauf nach Probe)에는, 시험매매 물건 또는 보내온 견본의 특성 및 형상이 확정되었다고 간주된다. 민법 제454조 제 1 항에서는 “시험매매(Kauf auf Probe) 또는 점검매매(Kauf auf Besicht)에서 매매목적물의 인정은 매수인의 뜻에 의한다. 의심스러운 경우에는 이러한 인정을 정지조건으로 하여 체결된다.” 그리고 이어서 제 2 항에서는 “매도인은 매수인에게 목적물의 검사를 허용할 의무를 진다”고 규정되어 있다. 즉, 이러한 확정은 물건의 흠결(하자)을 위한 보증을 위하여 중요한 역할을 한다.

◇ Kauf zur Probe 【 시험매매 】

□□ Kauf nach Probe

◇ Kaufmännische Angestellte 【 상업사용인 】

상업사용인란 근로계약에 기초하여 상인을 위하여 상사업무를 행하는 사무직 근로자를 말한다. 다른 근로자와 달리 이들은 법률에 의한 경업피지의무(Wettbewerbsverbot)를 진다(§ 60 HGB). 이러한 경업피지의무는 계약에 의하여 근로계약이 종료 후까지 연장될 수 있다. 그러나 이러한 계약이 유효하기 위해서는 적절한 보상이 이루어져야 한다(§ 74 HGB). 상업사용인은 다른 영업행위자를 위하여 거래를 중개하거나 다른 영업행위자의 이름으로 계약을 체결하는 업무를 지속적으로 행하는 상인이지만 독립적인 영업을 하는 대리상(Handelsvertreter)과 구별되어 진다.

◇ kausales Geschäft 【 유인(有因)의 법률행위 】

당사자가 정한 일정한 목적을 위한 권리와 의무를 설정하는 목적지향적 행위(zweckbestimmtes Geschäft)로서, 무인의 법률행위(□□ abstraktes Geschäft)와 대비되는

법률행위의 일종이다. 대부분의 채권계약이 유인의 법률행위에 해당하는데, 예를 들어 매매계약의 경우 매수인은 계약체결을 통해 매도인에 대해 매매대금의 지급의무를 부담하는데(§ 413 II BGB), 이는 매매목적물에 관한 반대되는 청구권을 획득하기 위한 목적에서 그 근거를 갖고 있다. 다른 유형의 쌍무계약(*gegenseitiger Vertrag*)도 이와 마찬가지로, 무상의 채권계약(*unentgeltlicher Schuldvertrag*)의 경우에는 반대급부(*Gegenleistung*)의 추구가 단지 무상(無償)의 의사에 의해 대체되어 있을 뿐이다. 즉 이들의 경우 당사자에 의해 정해지고 법질서에 의해 승인된 급부목적(*causa; Leistungszweck*)이 바로 본질적 목적으로 되며, 그 목적의 달성이 일정한 내용의 권리와 의무의 존립과 내용을 결정하게 된다. 따라서 쌍무계약의 일방당사자가 계약을 통해 추구하는 급부목적이 더 이상 달성될 수 없거나 그 이행을 기대할 수 없는 등의 경우 반대급부에 대한 상대방의 의무 역시 목적달성의 불능을 이유로 소멸하게 된다 (§ 275 BGB). 그렇지만 이러한 급부 목적을 넘어서 당사자가 법률행위를 통해 추구하려는 여타의 목적은 법적 근거(*Rechtsgrund*)를 이루지 않는다. 가령 자동차를 구입하여 이를 운행하려고 했던 자가 운전면허를 취소당하게 되는 경우 자동차의 구입이라는 목적(급부목적) 이외에 운행이라는 목적은 대개의 경우 급부 목적을 이루지 않게 되며 따라서 계약의 존속 등에 원칙적으로는 영향을 미치지 않게 된다. 이 같은 사정은 단지 조건(*Bedingung*)이나 행위기초 법리(*□□ Lehre der Geschäftsgrundlage*)에 의해 예외적으로 고려될 수 있을 뿐이다.

◇ Kautelarjurisprudenz 【 예방적 법학 】

로마법상의 개념이다. Kautelar란 라틴어로 *cautela*로 해석된다. 이러한 *cautela*의 의미는 ‘계약 등의 체결 시에 주의·예방규정’을 의미하게 된다. *jurisprudenz*는 ‘법률학’ 또는 ‘법학’을 의미한다. 따라서 이것은 미리 앞선 보장을 통하여 사전의 보호에 종사하는 법학의 활동이라고 이해할 수 있다. 우선적인 이들의 과제는 발생 가능한 법적 문제점들을 미리 인식하며, 그에 상응하는 보호를 통하여 미리 그 문제점들을 차단하는 것이다. 예를 들면, 계약 또는 약관에의 체결 시, 청약에 대한 자문을 한다. 이렇게 되면 법률을 통한 규정이 보다 수월하게 되는 것이다. 이 개념은 오늘날 일반적으로 미리 계획된 합의 또는 일반적 법률행위조건의 적용에 의한 법률관계의 형성의 경우에 사용되는데, 법정에서의 업무와는 반대로 예를 들면 특허, 공증인, 변호사 그리고

경제법학자들에 의해 형성되고 적용되는 활동에 이용된다.

□□ Salvatorische Klausel

◇ Kellerwechsel 【 허무어음, 공어음, 빈어음 】

Kellerwechsel을 흔히 허무어음 또는 단어 그대로의 의미대로 지하실어음이라고 한다. 이는 어음의 상대방이 없는 것으로 어음의 당사자가 실재하지 않는 경우의 허무인(虛無人)으로 하여 발생한 어음을 일컫는 것이다. 이보다 조금 넓은 개념으로 빈어음 내지 기승어음(騎乘어음, Reitwechsel)이 있는데 이는 만기에 어음금을 지급할 능력이 없는 자들이 상호간에 융통어음을 발행하고 각자는 동어음을 타인으로부터 할인받아 자금을 조달하는 경우의 것을 지칭하는 바, 이 빈어음이나 허무어음을 일종의 융통어음(Finazierungswechsel)이라고 한다. 융통어음은 어음발행의 원인에 현실적인 상거래가 없이 오직 자금융통의 목적으로 발행된 어음을 모두 포괄하는 것인데 그러한 차원에서 이를 Kreditwechsel이라고도 한다. 이 융통어음의 상대가 되는 것을 상업어음(Handelswechsel)이라고 한다. 보통은 이 Kellerwechsel 즉 허무어음도 빈어음이라고 하기도 하므로 양자 간에 굳이 차이를 두어 구별하려고 하지 않는다. 이 허무어음은 지급인이 지불능력이 없거나(zahlungsunfähig) 또는 가장된(fingiert) 경우의 것이다. 이 허무어음은 융통어음이므로 근본적으로는 유효하지만 경우에 따라 사기(Betrug)에 속할 수도 있다.

◇ Kettenarbeitsvertrag 【 연쇄적 근로계약 】

‘연쇄적 근로계약’이란 수차에 걸쳐 반복·갱신된 근로계약을 말한다. 연쇄적 근로계약의 체결을 무제한 허용하게 되면 해고제한규정이 형해화될 위험이 있다. 왜냐하면 기간제근로계약은 기간의 경과로 해고와 같은 별도의 의사표시 없이 자동적으로 소멸하기 때문이다. 즉, 기간제근로계약에서 기간이 경과한 후 계약의 연장과 관련해서는 해고제한규정이 적용되지 않는다. 과거에는 연쇄적 근로계약에 관한 사항이 판례에 의하여 규율되었으며, 판례는 정당한 사유 없이 연쇄적 근로계약의 갱신을 거절할 수 없다고 하였다. 그러나 2000년 12월 28일 『단시간근로 및 기간제 근로에 관한

법률(TzBfG)』이 제정되어 지금은 이 법의 규율을 받고 있다.

□□ Befristetes Arbeitsvertrag

◇ **Kinder-Nachversicherung 【어린이추가보험】**

신생아가 출생한 당일에 적어도 부모중의 일인이 의료보험을 체결하고 있는 상태 라면, 보험계약법 제179d조에 따라 보험자에게는 신생아에 대하여 출생 이후부터 별도의 위험에 대한 할증(Risikozuschläge)없이 그리고 지체 없이 보험을 체결해 줄 의무가 있는데 이렇게 체결된 보험을 어린이추가보험(Kinder-Nachversicherung)이라고 한다. 보험자의 이 같은 의무는 신생아에 대하여 청구된 보험보호가 피보험자인 부모의 보험보호의 경우보다 높지 않고 포괄적이지 않을 경우에만 존재한다. 입양된 어린이가 미성년자의 경우라면 입양의 경우도 출생의 경우와 동일하게 취급한다. 일반적이지 아니한 정도의 상대적으로 높은 위험이 존재한다면 위험할증에 대한 합의는 허용된다. 신생아나 입양아를 위한 보험보장과 관련한 전제조건으로서 일방 부모측이 최소한의 보험기간을 충족할 것을 약관 등을 통하여 정할 수 있지만 이 기간이 3월을 넘을 수는 없다.

◇ **Klagebefugnis 【원고적격】**

연방행정법원법(VWGO) 제42조 제 2 항은 제 1 항의 취소소송 및 의무화소송과 관련하여 “법률에 다른 규정이 없는 한 원고가 행정행위 또는 그의 거부나 부작위에 의하여 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 경우에만 소송이 허용된다(Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.)”고 규정하고 있다. 이를 Klagebefugnis라고 한다. 이의 개념과 관련하여 독일에서는 소권(Klagerecht), 제소자격(Klageberechtigung), 취소권(Anfechtungsbefugnis), 소송수행권(Prozeßführungsbefugnis), 권리보호의 주장(Rechtsschutzbehauptung), 정당한 원고(Aktivlegitimation) 등 다양하게 불려 왔다. 이 규정은 소위 민중소송(Popularklage)을 배제하기 위한 것이다. 민사소송상 이와 유사한 기능을 하는 것이 소송수행권

(Proteßführungsbefugnis)이므로 일부 견해는 Klagebefugnis를 소송수행권으로 보기도 하지만, 이와 구별해야 한다는 견해가 타당하다. 또 어느 정도 구체적으로 권리침해를 주장해야 하는가에 대해서도 견해가 갈리고 있다. 대체로 단순주장설(Behauptungstheorie), 가능성(개연성)설(Möglichkeitstheorie), 구체성설(Schlüssigkeitstheorie) 등이 제시되어 있고, 이 중에서 가능성설이 다수설이다. Klagebefugnis는 우리나라에서 제소권이라고 번역하기도 하지만, 우리나라 행정소송에 있어서 본안판단요건으로 제소권이라는 것은 존재하지 않으며 원고적격에 해당하는 것이다. 따라서 원고적격으로 번역하는 것이 타당할 것이다.

◇ Klageerzwingungsverfahren 【 기소강제절차 】

기소강제절차는 피해자의 입장에서 검찰이 기소법정주의(□□ Legalitätsprinzip)를 준수하고 있는지를 독립된 법원에 의해 심사하도록 하는 절차이다. 검찰은 원칙적으로 최고법원의 판결에 구속되지 않고 업무상 법원으로부터 독립된 기관이지만, 여기에서는 예외적으로 스스로의 의사에 반하는 공소제기를 강제당하는 것이다. 이 절차는 기소독점주의와 기소법정주의에 의해 제한당하는 범죄피해자의 주관적 공권을 보호하려는 데 그 목적이 있다. 그렇기 때문에 개인적 피해자가 발생하지 않는 국가적 법익에 대한 범죄에 대해서는 기소강제절차가 인정되지 않는다.

기소강제절차의 전제조건은 검찰의 불기소처분 통지이다. 검찰이 공소를 제기하지 않을 때에는 형사소송법 제171조에 따라 고소인에게 그 사유를 통지하여야 한다. 더 불어 고소인이 피해자인 경우에는 불기소처분에 대한 불복절차를 고지하여야 한다 (§171 S.2 StPO). 이와 같은 통지를 받은 피해자인 고소인은 2주 이내에 해당 검찰의 상급 검찰청에 항고를 제기할 수 있다 (§172 I StPO). 상급 검찰청에서 항고를 기각할 경우 고소인은 기각 통보를 받은 후 한 달 이내에 법원의 결정을 청구할 수 있다 (§172 II StPO). 다만 피해자가 사인소추(私人訴追 □□ Privatklage)를 통해 다룰 수 있는 범죄만이 절차의 대상인 경우 기소강제절차는 허용되지 않으며, 검사가 형사소송법 제153조(경미한 범죄), 제153a조(조건부불기소처분), 제153b조(형벌면제 □□ Absehen von Strafe)에 의한 불기소 등의 사유로 불기소한 경우에도 기소강제절차는 허용되지 않는다 (§172 II S.3 StPO). 법원의 결정을 청구할 때에는 그 사유와 증거를 제시하여야 한다 (§172 III StPO).

기소강제 청구에 대한 결정은 주고등법원(OLG)에서 관할한다(§172 IV StPO). 법원은 검찰에 지금까지의 심리과정을 제출하도록 요청할 수 있고, 피의자에게 기소강제 절차가 청구된 것을 통지할 수 있다(§173 I, II StPO). 또한 법원은 결정에 앞서 수사를 명령하고 이를 수명법관이나 수탁판사에게 위임할 수 있다(§172 III StPO). 법원이 공소를 제기할 만한 사유를 발견하지 못했을 때는 청구를 기각하고 이를 피해자, 검사, 피의자에게 통지한다. 기소강제 청구가 기각되었을 때에는 새로운 사실과 증거가 발견되지 않는 한 공소를 제기할 수 없다(§174 StPO). 그러나 법원이 피의자를 심문한 후 기소강제 청구에 근거가 있다고 판단할 때에는 공소제기 결정을 하고, 공소의 제기는 검사가 담당한다(§175 StPO).

◇ **Kleine Strafkammer** 【 소(小)형사부 】

□□ Große Strafkammer

◇ **Knebelungsvertrag** 【 속박적 계약 】

‘재갈을 물리다’는 의미를 갖는 *knebeln* 으로부터 파생한 표현으로서, 속박적 계약으로 번역한다. 계약 자체나 그 개별 조항이 개인의 인격적, 경제적 자유를 과도하게 제한하고 이로써 계약의 일방 당사자가 사실상 상대방에게 내 맡겨지게 되는 결과를 가져오는 계약을 표현하는데, 이는 민법 제138조 1항에 따라 무효로 되는 선량한 풍속에 반하는 법률행위(*sittenwidriges Rechtsgeschäft*)의 유형을 구체화시키고 있다. 속박적 계약 유형의 경우 선량한 풍속에 반하는 행위는 일차적으로 그 거래상대방에게 향해 지겠으나 더 나아가 부수적으로는 경제질서나 직업질서 자체의 침해를 야기하게 된다. 가령 양도담보의 합의를 통해 담보설정자의 전 재산이 담보물로 제공되고 이로써 담보권자 이외의 다른 채권자에 대해 채권의 만족을 얻을 수 없도록 하고 더 나아가 담보설정자의 영업활동의 존속을 위한 재산조차 남겨지지 않는 경우에는 속박적 계약에 해당할 수 있다. 다만 최근의 판례는 양도담보계약의 경우 전체 무효로 판단해 왔던 이전의 경향으로부터 벗어나 과잉담보(*Übersicherung*)의 경우에는 담보목적을 초과하는 부분에 대한 담보설정자의 환원의무(*Freigabepflicht*)의 인정을 통해 속박적 계약의 적용을 제한해 가고 있다. 그렇지만 과잉담보 이외에 채무자의 자유를 속박하

는 다른 조항이 담겨진 경우에는 여전히 속박적 계약으로 인정되고 있다. 또한 음식점 주인이 양조회사와 장기간에 걸친 맥주납품계약을 맺어 그 음식점 주인이 인적 자유나 영업활동을 위한 자유를 극심하게 제한받게 되는 경우(BGHZ 54, 145)에도 속박적 계약에 해당할 수 있다. 물론 이 같은 판단을 위해서는 계약의 전체적인 사정을 고려해야 하는데, 판례는 위와 같은 경우 허용되는 계약기간의 한계를 대략 15년 또는 20년으로 정하고 있다.

◇ Koalitionsfreiheit 【 단결권 】

단결권이란 근로자가 작업환경의 유지·개선을 실현시키기 위해서 자주적으로 단체를 조직할 수 있는 권리를 말한다. 근로자의 이러한 단결권은 결사의 자유(Vereinigungsfreiheit)에 대한 특별법적 성질을 가진다. 단결권은 독일 기본법(GG) 제 9조 제3항에 의하여 보장되고 있다. 단결권은 다시 적극적 단결권(□□ positive Koalitionsfreiheit)과 소극적 단결권(□□ negative Koalitionsfreiheit)으로 구분할 수 있다. 적극적 단결권은 노동조합을 결성하거나 노동조합에 가입할 수 있는 권리를 말하고, 소극적 단결권은 단결체에 가입하지 않거나 탈퇴할 수 있는 권리를 말한다. 일반적으로 단결권이라 하면 적극적 단결권을 의미한다. 소극적 단결권과 단결선택권의 인정 여부에 대하여 학설이 대립하고 있다. 단결권의 주체는 개별 근로자뿐만 아니라 노동조합도 포함된다. 단결권의 내용은 노동조합 자체의 존립에 관한 권리와 노동조합의 활동에 관한 권리로 나누어 생각할 수 있다. 단결체의 존립에 관한 보호는 노동조합의 설립·운영 및 발전 등과 같이 일반적으로 단결체의 존립 자체를 위하여 필요한 보호를 말하며 단결의 활동에 관한 보호는 특히 단결체로서의 활동에 관한 보호를 말하는 것으로, 특히 협약자치가 그 핵심이 된다.

◇ Kollektivegesellschaft 【 합명회사 】

법적으로 합명회사라고 하면 상법 제105조 이하에서는 Offene Handelsgesellschaft(OHG)라고 하는데 이를 또 다른 표현으로 Kollektivegesellschaft라고도 부른다. 제105조 제1항에 의하면 공동의 회사구조 하에서 상업적 영업을 목적으로 하는 회사가 회사채권자에 대하여 사원의 책임이 무제한이라면 이는 합명회사라고 정하였다. 또한 제

2 항에 따르면 상법 제 1 조 제 2 항에 따른 영업을 업무로 하지 않거나 고유의 재산을 관리하는 회사가 만일 기업이 상업등기부에 등록이 되었다면 이도 일종의 합명회사라고 한다. 이 합명회사라는 명칭을 Kollektivegesellschaft라고 부르는 데에는 kollektive의 의미가 ‘공동의’ 또는 ‘집단의’에서 비롯된 것으로 총사원의 성명을 집합표시하여 회사의 상호로 한다는 취지에서 위 의미가 포함된 단어로 조합이 되었다. 상법에서 지칭하는 합명회사인 Offene Handelsgesellschaft의 정확한 의미는 ‘공연상사회사’이어서 일종의 익명조합(stille Gesellschaft)과 상대적으로 구별하기 위한 의도에서 총사원의 성명을 외부에 공개하는(offen) 것으로, 즉 나타낸다는 취지로 조합된 명칭이다. 원칙적으로 합명회사는 전형적인 인적회사(Personengesellschaft)로서 자본의 결합보다는 인적결합을 내용으로 하여 기능적으로 접근한 형태의 것이므로 기본적인 신뢰관계를 바탕으로 설립되는 것이 보통이다. 합명회사의 사원과 회사사업과는 밀접한 관계가 있으므로 회사의 이익을 위하여 엄격한 정도의 경업금지의무가 부과되어 있다. 설립 절차는 물적회사에 비하여 비교적 간단하여 2인 이상이 정관을 작성하고 제106조에 의거 설립등기를 마치면 회사는 설립한다. 형식적으로는 회사(Gesellschaft)라는 용어를 쓰고 있으며 사단법인으로 규정되어 상법의 적용을 받지만 그 실질은 조합의 성질을 가지고 있어 내부적으로는 민법의 조합에 관한 규정 제705조 이하를 준용한다.

□□ Offene Handelsgesellschaft 【 합명회사 】

◇ Kollektives Arbeitsrecht 【 집단적 근로관계법 】

‘집단적 근로관계법’이란 노동조합 또는 종업원평의회와 사용자 또는 사용자 단체와의 법률관계를 다루는 법 분야를 말한다. 개별 근로자와 사용자 사이의 법률관계를 다루는 개별적 근로관계법(□□ Individuelles Arbeitsrecht)에 상대되는 개념이다. 집단적 근로관계법의 주된 부분은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체와의 관계에 관한 영역이다. 독일의 경우 노동조합과 사용자 사이의 관계를 규율하는 통일·독립된 법령은 존재하지 않는다. 따라서 노동조합의 요건, 단체교섭의 대상, 쟁의행위의 정당성 요건 등 대부분의 집단적 근로관계가 관례에 의하여 규율되고 있다. 노동조합과 사용자 또는 사용자단체의 관계에 관한 실정법으로는 단체협약법(TVG)이 있다. 하지만 단체협약법은 단체협약의 당사자와 단체협약의 효력에 관한 최소한의 법규정만(12개 조항)으로 이루어진 법령이다. 일부 학자들에 의하여 쟁의행위에 관한 법률(Arbeitskampfgesetz)

의 제정이 제안되었으나, 아직 결실을 보지 못하고 있다. 집단적 근로관계법의 주요 내용으로는 단결권과 관련하여 노동조합의 요건, 노동조합의 활동, 노조전임자 등에 관한 사항이 있고, 단체교섭과 관련해서는 단체교섭의 주체, 대상 등에 관한 사항이 있고, 단체행동권과 관련해서는 쟁의행위의 정당성 요건, 직장폐쇄(□□ Aussperrung)의 정당성 요건 등에 관한 사항이 있고, 단체협약과 관련해서는 단체협약과 다른 법원(경영협정, 경영관행 또는 개별근로계약)과의 관계, 단체협약의 해석, 단체협약의 규범적 효력 등에 관한 사항이 있다. 집단적 근로관계의 또 다른 영역은 중업평의회와 사용자와의 관계에 관한 부분으로, 이 부분은 중업원평의회법(BetrVG)에 의하여 규율되고 있다. 중업원평의회법에서는 중업원평의회 구성 및 그 권한에 관한 사항을 규율하고 있다. 중업원평의회는 중업원평의회법에 의한 공동결정권을 행사하는 기구로 사업장 별로 구성되며 전체 근로자를 대표한다.

◇ Kommissionsvertrag 【중개계약】

중개(Kommission)는 어떤 한 상인(중개인(객주), Kommissär)이 자신의 이름으로 다른 사람의 책임으로 법률행위를 할 의무를 부담하는 계약이다. “다른 사람의 책임으로”라는 것은 법률행위의 효과가 중개인, 즉 수탁자에게 계약체결에 의하여 주문을 한 위탁자(Kommittent), 에게 귀속됨을 의미한다. 중개라는 것은 일종의 숨겨진 대리(Stellvertretung)의 한 사례라고 볼 수 있다. 중개인은 경제적으로 볼 때 중간상인이다. 중개계약은 일종의 사무관리이며, 개별 법률행위의 경우에는 도급계약이다. 다음과 같은 전제조건 하에서 상법 제383조 이하의 중개계약을 적용할 수 있다. ①어떤 사람이 물건 또는 유가증권의 매매를 자신의 이름으로 그리고 타인의 책임으로 업무상 양수했을 때, 그리고 그는 상법 제 1 조에서 말하는 상인이어야 한다. ②반대로 어떤 상인이 자신의 영업운영상 물건 또는 유가증권 구입을 하지 않는 다른 업무에 종사하는 경우(§406 I 1 HGB), ③상법 제383조의 의미상 중개인이 아닌 상인이 자신의 영업운영상 위와 동일한 종류의 업무를 인수한 경우에 적용된다. 위의 모든 경우에 있어서 주의할 점은 모두가 상인이라는 점이다. 이러한 중개계약은 쌍무계약으로서 중개인과 위탁자 사이에 서로 권리와 의무관계가 성립한다. 한국의 경우에는 타인간의 상행위를 중개함을 영업으로 하는 자(상93). 특히 상행위의 중개라고 하더라도 실제상은 매매중개가 중심이 되어 있다. 중개인과 거래의 중개를 의뢰한 자와의 사이에 제

결한 위탁계약을 중개계약이라고 한다. 이 중개계약에는 두 가지 종류가 있다. 그 하나는 일방적 중개계약으로서 수탁자인 중개인은 적극적으로 중개하여야 할 의무를 부담하지 않고, 다만 계약이 성립하면 보수를 청구할 수 있는 것이다. 이것은 민법상의 도급계약(민664 이하)에 준하는 계약이다. 또 다른 하나는 쌍방적 중개계약의 경우인데, 수탁자인 중개인이 적극적으로 중개할 의무를 부담하는 경우로서 이것은 비법률행위적 사무의 위탁인 까닭에 민법상 위탁계약(민680)의 일종이다. 그러나 당사자의 의사해석에 의하여 중개계약은 특별한 사정이 없을 때에는 원칙으로 쌍방적 중개계약이라고 해석하는 것이 타당하다. 중개계약은 특약이 없으면 원칙으로 쌍방적 중개계약이므로 위임에 관한 민법의 규정(민680 이하)에 준하고, 또 일방적 중개계약에 있어서는 도급에 관한 민법의 규정(민664 이하)에 준하여 각각 결정하는 것이지만 상법은 이것에 관하여 약간의 특칙을 두고 있다(상94 이하).

◇ **Kommunale Selbstverwaltung** 【 지방자치 】

지방자치란 지방자치단체(Gemeinde)가 지역공동체의 모든 사무를 법률의 테두리 내에서 자신의 책임아래 규율하고 수행하는 것을 말한다. 특히 독일 기본법은 제28조 제2항에서 지방자치제도를 규정하고 있다. 이에 따르면 지방자치단체조합(Gemeindeverbände)도 법률상 척도에 따른 법률적 과제의 범위 내에서 자치권을 가진다. 그리고 지방자치제도의 보장은 지방자치단체가 자신의 고유한 조세원을 가진다고 하는 고유한 재정적 책임에 관한 기본적인 사항도 포함하는 것이다.

지방자치는 헌법상 민주주의원리에 따라 필연적인 것으로 인정되고 있다. 그러므로 오늘날 지방자치는 민주주의의 학교로 간주되고 있으며 또한 풀뿌리 민주주의라고도 말하여진다. 또한 지방자치는 권력분립원리의 중요한 기능도 가지고 있다. 지방자치가 이루어짐으로써 중앙정부와 지방정부 사이의 기능적 권력통제 시스템이 가능해지기 때문이다.

◇ **Kommunalverfassung** 【 지방자치단체 내부의 기관조직 】

Gemeindeverfassung

◇ **Konkrete Normenkontrolle** 【구체적 규범통제】

규범통제(Normenkontrolle)란 법규범의 유효성에 관한 법원의 심사를 말한다. 이러한 규범통제제도에는 두 가지 유형이 있는데, 하나는 구체적 규범통제제도이고 다른 하나는 추상적 규범통제제도(Abstrakte Normenkontrolle)이다. 규범통제를 특별히 다른 법원이 하도록 정하고 있는 경우(특히 헌법재판소에 의한 추상적 규범통제)를 제외하고는 원칙적으로 모든 법원은 소송절차적으로 제기된 법규범의 형식적 유효성 및 실질적 유효성에 관한 심사를 할 권한과 의무가 주어진다. 독일 기본법 제100조 제1항에 따르면 법원이 재판에서 그 효력이 문제되는 법률을 위헌이라 생각할 때에는 그 절차를 중지하고, 주헌법에 대한 침해가 문제가 될 때에는 그 주의 헌법소송 관할권을 가진 법원의 판결을 구해야 하고, 연방헌법인 기본법에 대한 침해가 문제가 될 때에는 연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다고 규정하고 있다. 또한 이는 주법의 기본법에 대한 침해가 문제되거나 주법률의 연방법률과의 불합치성이 문제가 될 때에도 적용된다. 이런 제도를 구체적 규범통제제도라고 한다.

일반적으로 위헌법률에 의한 기본권의 침해로부터 가장 직접적으로 기본권을 보호할 수 있는 방법이 바로 구체적 규범통제이다. 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 그 법률의 위헌 여부를 심사하고 위헌법률의 적용을 거부함으로써 위헌법률에 의한 기본권의 침해로부터 기본권을 직접적으로 보호하게 된다. 우리나라의 경우에는 법원에게는 법률에 대한 ‘위헌심사권’을 인정하고, ‘위헌결정권’은 헌법재판소에 전담시키고 있다(헌법 제107조 제1항). 결국 법원에게는 법률에 대한 위헌심사권과 위헌결정제청권만이 부여되고 있다. 그에 반해 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.(헌법 제107조 제2항)(GG Art. 100 (1) Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die

Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetze handelt; 법원이 재판에서 그 효력이 문제되는 법률을 위헌이라고 여길 때에는 그 절차를 중지해야하며, 그리고 주헌법의 침해가 문제될 때에는 그 주의 헌법재판소에 관해 관할권을 갖는 법원의 재판을 구해야 하고, 이 기본법의 침해가 문제가 될 때에는 연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다. 이는 주법에 의한 이 기본법의 침해가 문제되거나 또는 주법률의 연방법률과의 불일치성이 문제되는 경우에도 적용된다.)

□□ Abstrakte Normenkontrolle 【 추상적 규범통제 】

◇ Konkurrentenklage 【 경쟁자소송, 영업자소송 】

경쟁자소송이란 고권적 행위의 직접적인 상대방과 경쟁관계에 있는 제삼자가 당해 행위에 의하여 자신의 권리가 침해되었다는 것을 이유로 당해 행위에 대하여 행정청을 상대로 소송을 제기하는 것을 말한다. 경쟁자소송은 구조적으로는 건축법상의 인근주민에 의한 소송(Nachbarklage)과 같은 것으로 제삼자의 이해관계가 관련된 소송이며 주로 第三者效的 行政行爲(Verwaltungsakt mit Drittwirkung)와 관련하여 제기되는 소송이다. 경쟁자소송은 주로 경제행정법과 공무원법에서 많이 나타나게 된다. 경제행정법 분야에서는 원고와 경쟁관계에 있는 제삼자에 대한 영업허가라든가, 특정 경제활동에 행정주체가 직접 참여하거나 특정 기업에게 참여를 허용하는 경우 또는 경쟁관계에 있는 제삼자에게 보조금을 지급하는 경우에 경쟁자소송이 제기될 수 있다. 공무원법 분야에서는 임용이나 승진에서 탈락한 자가 제기하는 소송이 있을 수 있다. 경쟁자소송은 내용적으로 소극적 경쟁자소송(negative Konkurrentenklage)와 적극적 경쟁자소송(positive Konkurrentenklage)으로 나눌 수 있으며, 전자는 경쟁관계에 있는 제삼자에 대한 수익적 행위를 배제하기 위한 것이고, 후자는 경쟁관계에 있는 제삼자와 동등한 수익적 행위를 받기 위한 것이다. 일반적으로 1960년대 초반까지는 “소위 경쟁자소송은 현행 행정소송제도에 있어서는 원칙적으로 행정법원에 제소할 수 없다”는 입장을 견지하였으나(BVerwGE 17, 306), 1968년부터 그동안의 판례를 변경하여 이를 허용하고 있다(BVerwGE 30,191; 30, 242; 30,347). 경쟁자소송에서 주로 문제가 되는 것은 소송법적으로는 원고가 고권적 행위의 직접적인 상대방이 아니므로 원고적격을 인정할 수 있는가 하는 것과 실체법적으로는 원고가 주장하는 침해된 권리를 무엇을 근거로 인정할 것인가 하는 것이다.

◇ **Konkurrierende Gesetzgebung 【경쟁적 입법】**

□□ Ausschließliche Gesetzgebung des Bundes 【연방의 전속적 입법】

◇ **Konnexität der Forderungen 【채권의 견련성(牽聯性)】**

‘결합하다’는 의미를 갖고 있는 라틴어의 ‘connectere’에 관한 독일어식 표현으로서 ‘결합성’ 또는 ‘관련성’의 뜻을 갖고 있는데, 우리나라에서 관행화 된 견련성으로 번역한다. 채권의 견련성은 민법 제273조 제1항의 급부거절권(□□ Zurückbehaltungsrecht)의 행사요건 중의 하나로서, 채무자가 채권자의 이행청구를 거절하기 위해서는 채무자가 채권자에 대해 그 의무를 부담하게 된 동일한 법률관계로부터 채권자에 대한 반대채권을 취득하여야 하는데 바로 채권 사이의 이 같은 관계를 견련성으로 표현하고 있다. 견련성의 요건은 판례에 의하면 넓게 인정되고 있다. 즉, 내적으로 관련성을 갖는 통일된 생활관계(Lebensverhältnis)에 기해 양 채권이 발생하였고 이 경우 그 하나의 채권을 상대방의 채권을 고려함이 없이 주장하거나 실행할 수 있도록 한다면 신의와 성실(Treu und Glaube)에 반하는 것으로 보이면 족하다고 판단하고 있다. 따라서 민법 제273조 제1항에 따른 급부거절권의 행사와 관련해서는 양 채권을 발생시킨 계약관계가 유효할 필요가 없고, 계약관계가 처음부터 무효였거나 또는 이후에 무효로 된 경우에도 이미 각 당사자에게 이행된 급부에 대한 부당이득반환청구권(Bereicherungsanspruch) 역시 민법 제273조에 따라 이행되어야 한다. 또한 채권의 발생에 관한 법적 기초가 다르더라도 동일한 생활관계로부터 발생함으로써 양 채권의 일정한 관련성을 인정할 수 있는 경우, 가령 혼인에 따른 청구권과 이혼에 의해 발생하는 권리 사이에도 견련성을 인정하고 있다. 즉, 혼인 당시 부(夫)가 처(妻)에게 이혼을 해제조건(□□ auslösende Bedingung)으로 하여 자신 소유 부동산의 지분 절반을 증여하였는데 이후 이혼을 하게 되어 처(妻)에게 그 지분에 대한 반환청구권을 행사한 경우, 판례는 부(夫)에 대한 처(妻)의 혼인 후 증가재산에 대한 분배청구권(Zugewinnausgleichanspruch)을 이유로 처(妻)의 급부거절권의 주장을 인용한 바 있다. 이 경우 부(夫)와 처(妻)의 청구권은 한편으로는 증여계약에 따른 반환청구권, 그리고 다른 한편으로는 혼인해소에 관한

재산법적 규정에 따른 청구권으로서 엄격하게 서로 다른 법률관계에 따른 것이지만 그 내적인 관련성을 고려하여 민법 제273조의 적용을 긍정하였다. 채권의 견련성과 관련하여 특히 의미 있는 규정으로는 민법 제273조 제 2 항에 따라 목적물의 반환청구권과 그 목적물에 대해 지출한 비용의 상환청구권 또는 목적물에 의해 손해가 야기됨에 따른 손해배상청구권 사이에서 견련성을 인정하고 있다.

◇ **Konsensprinzip** 【 합의원칙 】

계약체결 당사자의 의사표시가 상호 일치한다는 **Konsens** 와 복잡한 표현으로서, 표현 자체에만 따를 경우 두 의사표시의 합치를 원칙으로 하는 모든 영역에서 사용될 수 있겠는데 특히 등기부예의 등기사항 기재에 관한 합의원칙이라는 표현으로 자주 사용되고 있다. 이 경우 합의원칙은 또 다시 형식적 합의원칙(formelles Konsensprinzip)과 실제적 합의원칙(materielles Konsensprinzip)으로 나뉘고 있다. 이와 관련해 부동산등기법(GBO) 제19조에 따르면 등기부예의 기재는 그 등기에 의해 자신의 권리가 영향받는 자의 승락(Bewilligung)이 있을 경우에만 가능하도록 규정하고 있다. 이는 등기공무원이 등기사항을 기재함에 있어서 단지 등기관계인의 양해의 표시(Einverständniserklärung)만으로 족하고 실제법적으로 필요로 한 물건적 합의(Einigung)가 있었는지에 관해서도 확인해야 할 필요가 있지 않다는 것을 말해 주고 있다. 이때 전자와 같이 단지 등기관계인의 양해의 표시만으로 족하다고 하는 것을 바로 형식적 합의원칙이라고 하고, 후자의 경우와 같이 실제법적으로 합의를 필요로 하는 것을 실제적 합의원칙이라고 한다. 부동산등기법이 제19조에서 형식적 합의원칙을 담고 있는 배경에는 등기관계인이 등기를 취득하게 되는 상대방과 실제로 합의하였기 때문에 그 같은 양해의 표시를 행하게 될 것이라는 생각이 깔려 있다.

◇ **Konstruktives Mißtrauensvotum** 【 건설적 불신임제도 】

독일의 연방의회는 그 재적의원 과반수로 후임자를 선출하고 연방대통령에게 연방수상의 해임을 요청하는 방식으로만 연방수상에 대한 불신임을 표명할 수 있으며, 연방대통령은 이 요청에 반드시 따라야 하고 또 선출된 후임자를 새 연방수상으로 임명

해야만 한다.(기본법 제67조 제 1 항) 연방수상에 대한 이러한 독일식 불신임제도를 건설적 불신임제도라고 한다.

의회가 그 재적의원 과반수의 찬성으로 수상에 대한 불신임을 결의하면 수상이 먼저 물러나고, 후임수상의 선출은 그 다음에 또 다른 정치적 절충과 타협에 의해서 이루어지는 전통적인 불신임제도와는 다르기 때문에, 이를 특히 건설적 불신임제도라고 부르는 것이 보통이다. 건설적 불신임결의의 발의는 연방의회 재적의원 1/4이상이 연기명으로 특정인물을 새 연방수상으로 선출할 것을 제안함으로써 이루어지는데 이 발의와 투표 사이에는 최소한 48시간이 지나야 한다(기본법 67조 제 2 항, 독일국회법 제97조). 이같은 건설적 불신임제도가 의원내각제의 결점으로 지적되고 있는 내각의 불안정과 정치적 공백기를 제도적으로 봉쇄할 뿐 아니라 수상을 중심으로 한 내각의 정치적 안정에 크게 기여하고 있는 것은 독일의 헌법현실이 웅변으로 증명해 주고 있지만, 이를 지나치게 과대평가하는 것은 금물이라는 소리에도 귀를 기울일 필요가 있다. 독일기본법질서 아래서 통일 전(1990년)까지 건설적 불신임이 두 번 시도되었으나 한번만이 성공했었다. 건설적 불신임제도를 구성적 불신임제도라고 부르기도 한다.(GG Art. 67 (1) Der Bundestag kann dem Bundeskanzler das Mißtrauen nur dadurch aussprechen, daß er mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen Nachfolger wählt und den Bundespräsidenten ersucht, den Bundeskanzler zu entlassen. Der Bundespräsident muß dem Ersuchen entsprechen und den Gewählten ernennen; 연방의회는 그 재적의원 과반수로 후임자를 선출하고 연방대통령에게 연방수상의 해임을 요청하는 방법으로서만 연방수상에 대한 불신임을 표명할 수 있다. 연방대통령은 이 요청에 따라야 하고 선출된 자를 임명하여야 한다. (2) Zwischen dem Antrage und der Wahl müssen achtundvierzig Stunden liegen; 이 동의와 선거는 48시간 안에 이루어져야 한다.)

◇ Konzern 【콘체른】

콘체른(Konzern)의 개념에 대해서는 통일적인 개념이 존재하지는 않지만 주로 지배기업과 종속기업이 지배기업의 통일적 지휘에 의하여 결합되고 있는 경우를 말하는 것이 유럽주식회사규칙 1975년 초안이 나타내고 있는 바와 같다. 일반적으로 콘체른은 단일한 재산영역을 기초로 그 모든 경제적 활동을 원칙적으로 단일한 의사와 단일한 경제적 계획 하에 이끌어가고 경제적 합일체를 형성하여 법적으로 독립한 기업의 복합체를

의미하는 것이다. 주로 콘체른이 형성되는 양태는 자본참가(Kapitalbeteiligung), 기업계약(Unternehmensvertrag)이 있고, 다시 기업계약에는 지배계약(Beherrschungsvertrag), 경영임대차계약(Betriebspachtvertrag), 경영위임계약(Betriebsüberlassungsvertrag), 경영관리계약(Betriebsführungsvertrag), 경영공동체계약(Gewinngemeinschaftsvertrag, Interessengemeinschaftsvertrag) 등이 있다. 콘체른의 종류는 종속관계의 유무에 따라 지배종속관계에 있는 수직콘체른(Unterordnungskonzern)과 동급관계에 있는 수평콘체른(Gleichordnungskonzern)으로 분류되고, 수직콘체른은 다시 지배계약의 체결 또는 편입의 실행에 의하여 자치적으로 이루어지는 계약상의 콘체른(Vertragskonzern)과 지배계약 또는 편입이 없는 경우라도 다수참가와 같은 사실상의 상황에 의하여 성립하는 사실상의 콘체른(Faktischer Konzern)으로 나뉜다.

◇ Konzernbetriebsrat 【 그룹종업원평의회 】

그룹종업원평의회는 전체종업원평의회(□□ Gesamtbetriebsrat)의 결정에 의하여 그룹 내에 설치하는 종업원평의회를 말한다(§§ 54 ff. BetrVG). 그룹종업원평의회는 그룹에 속한 전체 기업에 관련된 사항, 그룹에 속한 여러 사업장에 관련된 사항 및 개별 종업원평의회에 의하여 해결할 수 없는 사항만을 다루게 된다(§ 58 I S. 1 BetrVG).

◇ Konzession 【 인허 】

□□ Erlaubnis

◇ Kooperationsprinzip 【 협동의 원칙 】

협동의 원칙은 환경법의 기본원칙 중의 하나로 국가는 환경보전의 과제를 달성하기 위하여 관련된 모든 사회적 부문(기업, 환경단체 등)과 협동하여야 한다는 원칙이다. 협동의 원칙을 통하여 참여자의 환경 관련 정보가 증대되고, 국가는 사회의 전문 기술을 사용할 수 있으며, 행정비용의 지출을 감소시킬 뿐만 아니라 국민들이 환경정책적 결정을 쉽게 받아들여서 환경보전의 실현이 극대화될 수 있다. 협동의 원칙은

정보공개 및 주민참여 등을 통하여 그 실효성이 확보될 수 있다. 따라서 환경 관련 정보가 공개되고, 환경정책의 형성과정에 주민들의 참여가 보장되어야 협동의 원칙이 실현될 수 있다.

◇ Koppelungsverbot 【 부당결부금지 】

부당결부금지의 원칙이란 행정기관의 행정작용은 그와 실질적인 관련이 없는 반대급부와 결부시켜서는 안된다는 원칙이다. 이 원칙은 법치국가원리에서 도출되는 것이다. 이 원칙은 주로 부관, 공법상의 계약, 행정의사의 실효성 확보수단과 관련하여 문제가 된다. 부관과 관련하여 연방행정절차법(VwVfG) 제36조 제3항은 “부관은 주된 행정행위의 목적에 반하지 못한다(Eine Nebenbestimmung darf dem Zweck des Verwaltungsaktes nicht zuwiderlaufen.)”라고 규정하고 있다. 공법상의 계약과 관련하여 연방행정절차법(VwVfG) 제56조 제1항 제2문은 교환계약의 경우 행정청의 급부와 행정객체의 반대급부는 비례관계에 있어야 하며 실질적인 관련이 있어야 한다고 규정하고 있다.

◇ Körperverletzung 【 상해 】

독일형법상 상해의 유형은 일반적인 상해(Körperverletzung; §223 StGB)와 위험한 상해(gefährliche Verletzung ; §224 StGB), 중상해(schwere Verletzung ; §226 StGB)의 세 가지로 구별된다. 그런데 일반적인 상해죄의 내용은 한국형법 제260조의 폭행죄의 내용을 포함하고 있다. 즉, 한국형법은 상해죄이외에 폭행죄를 따로 규정하고 있지만 독일형법은 폭행(Gewalt)을 별개의 구성요건으로 규정하지 않고 있다. 폭행은 강요죄(□□ Nötigung) 등에서 행위의 한 방법으로 규정될 따름이다. 따라서 독일형법상의 ‘Körperverletzung’은 그 내용상 폭행의 의미도 있다. 하지만 상해와 폭행을 구별하는 한국형법의 입법태도가 타당하지 못한 측면이 있기 때문에 단어의 의미에 따라 ‘상해’로 번역하는 것이 타당하다. 상해죄의 보호법익은 신체의 온전함과 건강이다. 구성요건을 유형별로 보면 아래와 같다. 1)독일형법 제223조에서 정하는 상해죄의 내용은 ‘타인의 신체를 함부로 다루거나(mißhandeln) 타인의 건강을 손상’하는 행위이다.

‘타인의 신체를 함부로 다룬다’는 것은 신체적 건재나 온전함을 침해하는 불쾌하거나 부적당한 행동을 말한다. 예컨대 따귀를 때리거나(Ohrfeige), 얼굴을 주먹으로 치거나, 피해자에게 충격을 주려고 멱살을 잡는 행위 등이 여기에 해당한다. ‘타인의 건강을 손상’한다는 것은 일시적으로라도 병적인 상태를 야기하거나 악화시키는 행위를 말한다. 따라서 공기나 물을 독성물질로 오염시키는 것처럼 신체를 직접 접촉하지 않는 방법으로도 가능하다. 그러나 예컨대 자는 사람을 자꾸 깨우는 것처럼 정신적 건강을 해치는 단순한 심리적 작용은 건강의 손상에 해당하지 않는다. 2)형법 제224조에 규정된 ‘위험한 상해죄’는 “1.독약이나 기타 건강을 해치는 물질을 이용해서, 2.무기나 기타 위험한 도구를 사용해서, 3.교활한 기습을 통해, 4.다른 공범과 합동하여, 5.생명을 위협하게 하는 방법으로 타인에게 상해를 야기”했을 때 성립한다. 한국형법에서 종종 등장하는 ‘특수’에 해당하는 행위방식이지만, 한국형법에는 ‘특수상해’의 규정이 없으므로 단어의 의미에 따라 ‘위험한 상해’로 번역한다. 3)형법 제226조에 규정된 중상해죄는 “상해의 결과 피해자가 1.한쪽 또는 양쪽 눈의시력이나, 청력, 언어능력, 생식능력을 상실하게 된 때, 2.신체의 중요 부분을 상실하거나 영구히 사용할 수 없게 된 때, 3.매우 심한 흉터를 갖게 되거나 중병, 마비, 정신병, 불구에 빠지게 된 때”에 성립한다. 이러한 중상해는 한국형법 제258조의 중상해죄와 같은 범죄유형이지만 그 구성요건이 보다 구체적이라는 차이점이 있다.

◇ Krankenversicherung 【질병보험】

질병보험은 질병이라는 위험에 대한 사회보험의 하나이다. 여성의 임신과 분만은 질병보험 상의 질병은 아니지만 질병의 경우와 마찬가지로 소득활동의 중단을 가져오고, 의사의 의료조치를 필요로 한다는 점에서 질병보험의 적용대상이 된다. 질병보험의 급여에는 요양급여와 질병보상금이 있다. 요양급여란 질병을 진단, 치료하고, 질병으로 인한 고통을 경감시키기 위해서 필요한 현물로 제공하는 것을 말한다. 질병보상금은 질병으로 인하여 근로를 할 수 없는 경우에 소득상실을 보상하기 위하여 지급되는 임금 대체적 성격을 가진 급여이다. 그러나 질병으로 인한 노동능력상실의 경우에도 최초의 6주에 대해서는 급여계속지급법(Entgeltfortzahlungsgesetz)이 적용되어 사용자가 임금을 지급하여야 한다. 따라서 질병보험법에 의한 질병보상금은 질병으로 인한 노동능력상실이 6주 이상 계속된 경우에 지급되게 된다. 독일의 질병보험법은

현물제공을 통하여 피보험자를 질병으로부터 보호하고 있다. 따라서 필연적으로 의 사회, 병원, 약국 등 의료전달자가 질병보험 급여관계의 중요한 한 당사자로 등장하게 된다. 이들 사이의 법률관계는 세 단위로 조직되어 있는 질병보험조합연합회와 보험연합회간의 계약에 의해 규율되게 된다. 질병보험은 사회보험의 하나로 사용자와 피보험자가 지불한 보험료에 의하여 재정을 충당하게 되며, 모든 근로자는 의무적으로 질병보험에 가입하여야 한다. 의무가입자의 경우에는 사용자와 근로자가 보험료를 반씩 부담하고, 임의가입자의 경우에는 전액을 피보험자가 부담하여야 한다. 독일의 질병운영주체는 질병보험조합이다. 질병보험조합은 자치운영의 원칙에 따라 조직·운영되고, 부분적으로 국가의 감독을 받는다.

◇ Kreditwechsel 【 융통어음 】

융통어음은 빈어음, 대어음(貸어음), 차어음(借어음), 재정어음(財政어음) 또는 신용어음(信用어음) 등을 일컫는 것으로 광의의 개념으로는 타인의 자금유통의 목적으로 인수, 배서, 보증 등의 부속적 어음행위를 포함한 경우를 말하나, 협의의 융통어음은 타인의 자금유통의 목적으로 어음을 발행하는 것을 의미한다. 흔히 융통어음이라고 하면 후자인 협의의 융통어음만을 지칭하는 것으로 이 융통어음을 Kreditwechsel이라고 하는 데 다른 표현으로는 Finazierungswechsel 또는 Finanzwechsel이라고도 한다. Kredit는 ‘신용’이라는 의미로 Finazierung나 Finanz는 ‘재정’의 의미를 가지고 있어서 실제로 자금의 지급을 위하여 발행되는 보통의 상업어음과는 달리 신용을 제공한다는 취지가 더 본질적인 것임을 알 수 있다. 융통어음의 경우 채권자 등이 채무자로부터 변제를 받고 이 융통어음을 채무자에게 반환하고 채무자가 다시 이 어음을 융통어음의 발행인에게 교부하면 법률상 문제가 발생하지 아니하나 채권자 등이 채무자로부터 변제를 받지 못하여 이 어음에 기하여 발행인에게 어음상의 권리를 행사하거나 또는 제삼자에게 이 어음을 양도한 경우에는 법률문제가 발생하는 것이다. 융통어음은 상업어음의 상대가 되는 어음으로 원칙적으로 금지하는 것은 아니지만 위와 같은 법률문제가 발생할 수 있어 주의를 요하는 측면이 많다.

Finazierungswechsel, Finanzwechsel 【 융통어음 】

◇ Kreuzverhör 【 교호신문 】

교호신문은 형사소송에서 증인과 감정인에 대해 소송당사자가 차례로 교차하여 신문하는 방식이다. 형사소송법 제239조 제1항은 “재판장은 검사와 변호인이 함께 청구할 경우 검사와 피고인이 신청한 증인과 감정인에 대한 신문을 검사와 변호인에게 위임할 수 있다. 검사가 신청한 증인과 감정인은 검사가, 피고인이 신청한 증인과 감정인은 변호인이 먼저 신문할 권리를 갖는다”고 규정하고 있다. 재판장은 검사와 변호인의 신문 후 증인과 감정인에게 사실의 규명을 위해 필요하다고 판단되는 질문을 할 수 있다(§239 II StPO).

이러한 규정방식은 독일의 형사소송이 영국이나 미국에서와 같은 당사자주의가 아닌 직권주의적 구조를 지니고 있기 때문이다. 즉 교호신문은 당사자주의적 소송구조에서 비롯된 것으로, 영국과 미국의 교호신문에서는 법원이 직권으로 증인신문을 행하지도 않을 뿐만 아니라 검사와 변호인의 증인신문에 개입하지도 않는다. 그러나 독일의 경우 형사소송법의 규정에도 불구하고 실무에서는 이러한 교호신문이 거의 이루어지지 않는다. 형사소송에서 중요한 것은 법원에 의한 진실발견이기 때문에 검사와 변호인은 자신들이 신청한 증인에 대한 신문을 완전히 위임받는 것에 관심도 없고 또 그럴 준비도 되어 있지 않다고 한다. 실제로는 재판장이 증인의 증언을 들은 다음 먼저 검사에게, 그리고 변호인에게 질문을 하도록 하고, 그 후 필요하면 다시 재판장이 질문을 하는 방식으로 신문이 이루어진다. 말하자면 독일에서는 아직도 공판의 진행에서 재판장이 직권적 권한을 매우 강하게 행사하고 있다는 것이다. 그밖에 재판장은 배석판사가 요청할 경우 그에게 피고인, 증인, 감정인에게 질문하도록 할 수 있으며, 검사와 피고인, 변호인, 참심원에게 질문하도록 할 수 있다. 그러나 피고인이 공동피고인에게 직접 질문하는 것은 허용되지 않는다(§240 StPO). 한국의 증인신문에서는 당사자들이 주도해서 교호신문의 방식으로 증인을 신문하고 재판장은 보충적으로 직권증인신문을 할 수 있다는 점에서 독일식과 영미식의 중간에 위치하는 제도라고 할 수 있다.

◇ Kronzeuge 【공범증인】

공범증인은 문제가 되는 범죄에 스스로 공범으로 참여하거나 다른 범죄로 인해 기소 또는 구속된 자가 해당범죄나 다른 공범에 대해 증언하고 그 대가로 자신은 처벌을 감면받는 자를 말한다. 주로 영미법체제에서 시행되는 제도이고 대륙법계에서는 인정되지 않았지만 독일에서는 1989년 형법 등 개정법(정확하게는 형법, 형사소송법, 집회법의 개정과 테러범죄에서 공범증인규정의 도입을 위한 법. 약칭 공범증인법: KronzG)을 통해 공범증인 규정이 도입되었다.

공범증인법 제 4 장의 제 1 조는 “형법 제129a조에 정한 죄(테러단체조직) 또는 이와 관련 있는 죄의 정범이나 공범이 스스로 또는 제삼자를 통해 형사소추기관에 범죄사실에 대해 알고 있는 것을 진술하고, 그 지식이 1.그러한 범죄의 실행을 방지하거나, 2.그러한 범죄사실 또는 자신이 공범인 경우 자신의 범죄부분을 넘어서는 범죄사실을 규명할 수 있도록 하거나, 3.그러한 범죄의 정범이나 공범들을 체포하는 데 적합하며, 그 진술이 갖는 의미가 특히 장래의 범죄를 방지한다는 관점에서 진술자 자신의 범죄를 정당화할 수 있을 때에는 연방검찰은 연방대법원 형사부의 동의를 얻어 형사소추를 면제할 수 있다”고 규정하고 있다. 이와 관련하여 법원은 형벌면제를 선고하거나 재량에 의해 형벌을 감경할 수 있는데, 이 경우 법정최저형을 선고하거나 자유형을 벌금형으로 감형할 수 있다. 또한 법원이 공소를 기각해야 한다고 판단할 때에는 연방검찰의 동의를 받아 기각할 수 있다(Art.4 §2 KronzG). 그러므로 독일에서 공범증인으로 형을 감면받을 수 있는 자는 스스로 테러범죄와 관련 있는 자에 한정된다. 그리고 이러한 자의 진술이 범죄방지와 범죄사실 규명, 그리고 범죄자체포에 적합한 것이어야 하는데, 이는 이러한 목적달성이 가능하도록 하는 정도이면 족하고 반드시 이러한 목적이 성공하여야 하는 것은 아니다. 이 경우 형사소추의 면제 여부는 연방검찰의 재량에 맡겨져 있다. 다만 집단살해범죄(□□ Völkermord)나 살인죄의 기수범인 경우에는 이 규정의 적용이 제한된다.

연방검찰의 결정을 연방대법원 형사부가 승인하면 연방검찰은 불기소처분을 내리지만, 연방대법원이 승인을 거부하면 검찰은 해당 범죄자를 기소하여야 한다. 불기소처분이 내려진 경우 피해자에 의한 기소강제절차(□□ Klageerzwingungsverfahren)는 적

용되지 않는다. 형사소추가 면제된 자는 공판에서 증인이 되는데, 공범증인을 보호할 필요성이 있을 때에는 형사소송법 제96조에 따라 증언하지 않고 그 진술내용을 비밀로 할 수도 있다. 공범증인이 증언했을 경우 그 이후 공범증인의 보호에 대해서는 아직 특별한 규정이 마련되어 있지 않고, 다만 일반적으로 증언한 증인을 보호할 국가의 의무가 인정될 뿐이다.

◇ Kündigung 【(계약의)해지】

단독행위이고, 미래를 향하여 효력 있는 계속적 채권관계의 종료를 해지라고 한다. 해지는 상대방 있는 단독행위이다. 따라서 해지의사표시는 계약상대방에게 도달해야 효력이 발생하게 되며, 원칙적으로 조건이 붙을 수 없다. 유효한 해지의 요건은 해지권자에게 정당한 해지권(형성권)이 있어야 한다는 것이다. 사안에 따라서 형식과 기간을 유의해야 한다. 이것은 장래에 한하여 법률관계를 소멸시키는 점에서 해제의 소급적 효력과는 구별해야 한다. 예를 들어, 계속적 계약인 임대차에 있어서는 이미 경과한 사실관계를 전복한다는 것(원상회복)은 타당하지 않으므로 이미 경과한 사실관계는 그대로 두고 장래를 향하여 계약(법률관계)을 실효케 하는 것이다.

◇ Kündigung 【해고】

노동법에서 해고는 근로관계를 종결시키는 사용자의 일방적 의사표시이다. 해고에는 일반해고(ordentliche Kündigung)과 특별해고(□□ außerordentliche Kündigung)이 있다. 일반해고는 해고예고기간이 경과하여야 근로관계가 종료되는 데 반하여(§§ 620 II, 622 BGB), 특별해고는 근로관계가 즉시 소멸된다(§ 626 I BGB)는 점에서 차이가 있다. 일반해고에 대해서는 해고제한법(KSchG)의 적용을 받게 된다. 해고제한법에는 해고를 ‘일신상 이유에 의한 해고(□□ personenbedingte Kündigung)’, ‘행태상 이유에 의한 해고(□□ verhaltensbedingte Kündigung)’ 및 ‘경영상 이유에 의한 해고(□□ betriebsbedingte Kündigung)’로 구분하고 있다. ‘일신상 이유에 의한 해고’와 ‘행태상 이유에 의한 해고’는 해고의 원인이 근로자 측에서 발생하였다는 공통점을 가지고 있다. 그러나 전자는 피아니스트가 사고로 손가락을 잃은 경우와 같이 개선이 불가능한 경우에 행하

는 해고를 말하고, 후자는 반복된 지각과 같이 개선이 가능한 경우에 행하는 해고를 말한다. 따라서 ‘행태상 사유에 의한 해고’를 하기 위해서는 사전에 경고(*Abmahnung*)를 하였을 것을 해고의 유효요건으로 하지만, 일신상 사유에 의한 해고에 대하여는 경고가 해고의 유효요건이 아니다. ‘경영상 이유에 의한 해고’란 “근로자를 계속하여 고용하기 힘든 긴박한 경영상의 필요”가 있는 경우(§ 1 I S. 1 KSchG)에 근로자의 귀책사유와 무관하게 사용자의 일방적 의사표시에 의하여 근로관계를 종료시키는 것을 말한다. ‘경영상 이유에 의한 해고’는 앞의 두 해고 유형과 달리 해고의 원인이 근로자리에 의하여 발생되지 않았음에도 불구하고, 사용자의 일방적 의사표시에 의하여 근로관계를 종료시키게 된다는 점에서 좀 더 엄격한 요건이 요구되게 된다. 해고의 일반적 유효요건은 ‘사회적 정당성(*soziale Rechtfertigung*)’이다(§ 1 I KSchG). 따라서 사회적 정당성을 갖추지 못한 해고는 무효이다. 또한 해고제한법은 변경해지(*Änderungskündigung*)에 관한 별도의 규정을 두고 있다. 변경해지란 근로계약이나 임대차 계약과 같은 계속적 계약관계에서 계약조건의 변경을 목적으로 하는 해고를 말한다. 노동법에서의 변경해지는 사용자가 종래의 근로계약의 해지함과 동시에 새로운 근로조건 하에서의 근로관계의 계속을 신청하는 제도이다. 독일 해고제한법 제 2 조는 “사용자가 근로관계를 해지하고 이와 동시에 해지와 관련하여 다른 근로조건으로 근로관계의 존속을 신청하면 근로자는 근로조건의 변경이 사회적으로 정당하지 않은 것이 아니라 유보 하에 이 신청을 승낙할 수 있다”고 규정하고 있다. 사회적 정당성이 없는 해고에 대하여 근로자는 해고통지로부터 3주 이내에 노동법원에 소송을 제기할 수 있다(해고제한법 제 4 조). 제소기간이 경과한 경우에는 해고는 처음부터 유효한 것으로 간주된다(해고제한법 제 7 조).

◇ Kurzarrest 【 단기구류 】

□□ Jugendarrest

[L]

◇ Ladenschlußgesetz 【 폐점법 】

점포 및 상점의 개폐점시간에 관한 사항을 정한 법률인 폐점법은 원 법명이 ‘Gesetz über den Ladenschluß’이다. 이 법은 1956년 11월 28일에 제정되어 추후 여러 차례의 개정이 있었던 법으로 일종의 노동보호법이다. 이 법은 노동계의 저항이나 시민들의 요구 또는 각 시대마다의 경제상황 등이 시기적으로 반영이 되어 개정이 이루어진다. 이 법에 의하면 모든 종류의 소매점, 주유소, 가관점, 매점 및 이와 유사한 것으로 일반인에게 지속적으로 물건을 판매하기 위하여 정한 자리에 설치된 시설 등의 판매소(Verkaufsstelle)에서 일정시간에 그 판매소를 열고 닫는 일에 관한 것을 지정하여 주고 있다. 이 법이 제정되던 당시에는 제 3 조에 따라 일요일과 공휴일뿐만 아니라 평일인 월요일에서 금요일까지는 오전 7시부터 오후 6시 30분까지, 그러나 매주 목요일에는 오전 7시부터 오후 8시 30분까지, 매주 토요일은 오전 7시부터 오후 2시까지이 되 4월부터 9월 사이의 첫 번째 토요일은 오전 7시부터 오후 4시까지, 그리고 나머지 달과 격주에는 성탄절전의 네 번의 잇닿은 토요일에는 오후 6시까지 상점을 열 수 있었다. 또한 제 4 조에서는 폐점시간일지라도 상점에 고객이 머물고 있으면 더 서비스를 제공할 수 있으며, 빵집, 약국, 신문가관점, 주유소, 물건자동판매기, 전철역사의 판매점, 20만 명 이상의 주민이 있는 도시 중 인근도시로의 교통연계지나 도시교통의 중심지, 비행장 내지 차량도선항(車輛渡船港), 외국으로부터 들어오는 교통량이 많은 휴양지 또는 요양지 등에서는 다소 예외적으로 적용될 수 있음도 이 법 제 4 조에서 제10조 사이에 정하고 있다. 이 법의 준수여부는 이 법 제22조에 따라서 노동보호와 유관한 각 주정부의 해당관청에서 감시되어진다. 이 법에 반하는 행위는 제24조에 따라 불법(Ordnungswidrigkeiten)으로 보고, 그 일부에 대하여 제25조에 따라 범죄행위(Straftaten)로 처벌한다.

◇ Landesrecht 【 주법 】

□□ Bundesrecht 【 연방법 】

◇ Landesverfassungen 【주헌법】

독일은 Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein 그리고 Thüringen이라고 하는 16개의 주로 구성된 연방국가이다. 그러므로 개개의 주들은 자신들의 주에서 유효한 헌법을 가지고 있으며 이를 주헌법이라고 한다. 주헌법도 헌법이므로 주 내에서는 헌법적 규범으로서 기능한다. 그러나 각 주의 헌법도 연방헌법인 기본법에서 규율하고 있는 공화제적, 민주적 그리고 사회적 법치국가의 제원리에 합치되어야 한다.(기본법 제28조 제1항) 이는 연방국가의 원리상 당연한 것이라 하겠다.

Bundesrecht, Bundesstaat

◇ Legalinterpretation 【법정해석】

법률의 규정에 의하여 명확하게 된 해석. 그 예로서는, “물건(Sache)이라 함은 유체물이다”고 규정한 민법 제90조(BGB §90)을 들 수 있다.

ergänzende Auslegung

◇ Legalität 【합법성】

합법성은 일정한 행위 및 조치들이 현행법과 일치하는 것을 말한다. 그런데 이런 개념은 일정한 국가의 행위나 사인의 행위가 실정법과 단순히 형식적으로 일치한다는 형식적 합법성의 의미로 사용되기도 하지만, 형식적으로는 합법적이지만 실질적으로는 범위반인 ‘합법적 불법(legales Unrecht)’의 경우도 존재할 수 있기 때문에 실질적 합법성의 의미도 고려해야 할 것이다.

또한 합법성은 예를 들어 국가의 정당성 내지 국가의 법질서가 보다 상위의 기본원리들에 부합되어야 한다고 하는 것과 같은 정당성(Legitimität) 개념과 대비되는 개념이다. 합법성에 관한 통제는 합법성심사로 행해지는데, 이를테면 행정청의 행정행

위에 대한 상급행정청이나 법원 또는 의회에 의한 합법성심사가 그것이다. 합법성(Legalität)은 종종 합법성(Rechtmäßigkeit) 또는 합법률성(Gesetzmäßigkeit)과 같은 의미로 사용되기도 한다.

◇ Legalitätsprinzip 【 기소법정주의 】

기소법정주의는 한편으로 범죄혐의가 있을 때 검찰이 수사에 착수해야 한다는 것과, 다른 한편으로 수사 결과 충분한 범죄혐의가 있을 때에는 기소할 의무가 있다는 것을 의미하는 소송법상의 원칙이다. 이에 반대되는 원칙은 기소편의주의(Opportunitätsprinzip)로서, 이는 수사결과 피의자가 범죄행위를 저질렀을 높은 개연성이 존재하더라도 검찰이 공소제기 또는 불기소처분 중에서 선택할 수 있는 재량이 있는 것을 의미한다. 독일 형사소송법은 제152조 제 2 항에서 범죄혐의 있을 때의 수사의 의무를, 제170조 제 1 항에서 충분한 혐의가 있을 때의 기소의 의무를 규정하여 기소법정주의를 취하고 있다. 또한 이러한 기소법정주의를 보다 확실하게 하기 위해 형사소송법 제172조 이하의 기소강제절차(□□ Klageerzwingungsverfahren)와 형법 제258a조의 공무원의 형벌방해죄(□□ Strafvereitelung)를 규정하고 있다.

하지만 기소법정주의에도 예외는 있다. 특히 경미한 범죄에 대해서는 실제적으로 기소편의주의가 적용되고 있다. 형사소송법이 범죄혐의가 있음에도 불구하고 불기소처분을 할 수 있도록 규정하는 경우는 크게 네 가지 유형으로 나눌 수 있다. 즉 ①범죄혐의가 경미하여 형사소추의 이익이 없는 경우, ②형사소추의 이익이 다른 방법으로 충족되는 경우, ③형사소추에 앞서는 국가적 이해관계가 있을 경우, ④피해자 스스로 형사소추를 진행하는 경우로 나누어진다. 기소법정주의를 취하고 있는 독일형사소송법에 이와 같은 기소편의주의적 규정이 확대되고 있는 것은 결국 기소법정주의와 기소편의주의가 실제에서는 큰 차이를 갖지 않는다는 것을 의미한다. 기소편의주의에서도 검사의 자의적 공소권행사를 방지하려는 여러 가지 견제장치들이 있기 때문이다. 기소법정주의의 또 다른 내용은 한 번 제기된 공소는 법원에 의해 공판이 개시된 후에는 취소할 수 없는 공소불변경주의(Immutabilitätsprinzip)이다(형사소송법 제156조). 이는 공판 개시 후 검사에 의한 공소취소를 인정하지 않는 것으로 검사에게 소송물(訴訟物)에 대한 처분권을 인정하지 않는 원칙의 표현이다. 반면에 기소편의주의에서는 공소취소를 인정하는 공소변경주의를 취하고 있다.

◇ Legitimationspapier 【 면책증권 】

채무자가 증권을 제시하는 자에게 이행을 하면 면책적 효력(befreiende Wirkung)이 있다는 증권을 면책증권(Legitimationspapier)내지 면책증권성이라 하고, 책임을 입증한다는 취지에서 Ausweispapier라고도 한다. 채무자는 증권의 소지인(Inhaber der Urkunde)이 실질적인 권리자인지를 조사할 필요없이 증권을 제시하는 자에게 이행하는 것을 통하여 보호가 된다. 그러므로 비록 소지인이 정당한 권리자가 아니더라도, 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 채무를 면하는 효력을 가진 것이어서 채무자의 이익을 보호하기 위해 인정된 것이다. 면책증권은 권리를 표창하는 것이 아니므로 그 자체(reine Legitimationspapier)가 유가증권은 아니지만 대부분의 유가증권은 동시에 면책증권이다. 민법 제808조에서 언급한 파행적 무기명증권(跛行的 無記名證券) 내지 본래의 면책증권(qualifizierte Legitimationspapier)은 채권자를 지명해 놓은 증서에 다시 증서 중에 약정한 급부를 누구든지 소지자에게 이행할 수 있음을 기재하여 발행된 증서를 말하는 것으로 채무자는 이에 따라 증서를 소지한 소지인에게 급부를 하면 이행을 면하게 되는 것이다. 이에 속하는 것으로 질권증서(Pfandschein)나 수탁증권(Depotschein) 등이 있다. 그러나 면책증권성은 있으나 유가증권이 아닌 지극히 단순한 면책증권(einfache Legitimationspapier 또는 Legitimationszeichen)에는 휴대품보관증이나 옷보관표과 같은 것이 있다.

□□ Ausweispapier 【 면책증권 】

◇ Legitimität 【 정당성 】

□□ Legalität 【 합법성 】

◇ Lehrling 【 도제 】

도제란 수공업규정(HandwerksO)상의 직업훈련생(□□ Berufsausbildungsverhältnis)을 의미한다. 법적 지위는 일반 직업훈련생과 동일하다. 즉, 직업교육법(BBiG)의 적용을 받게 된다.

◇ Leiharbeitsvertrag 【 파견근로계약 】

파견근로계약은 파견근로관계(Leiharbeitsverhältnis)를 형성하기 위한 계약을 말한다. 파견근로에 대하여는 근로자파견법(AÜG)의 적용을 받게 된다.

Arbeitnehmerüberlassung

◇ Leistungsklage, allgemeine 【 일반적 이행소송, 일반적 급부소송 】

이행소송은 원고의 실체법상의 이행청구권(Leistungsanspruch)의 존재를 전제로 법원에 대하여 피고에게 일정한 행위(작위, 부작위, 급부, 수인)를 하라고 명하는 이행명령을 발해 줄 것을 구하는 소송이다. 이행소송은 확인소송과 달리 이행청구권의 확정 그치는 것이 아니라 이를 전제로 이행명령(Leistungsbefehl)의 선고를 목적으로 한다. 또한 이행소송은 형성소송과 달리 직접 법률관계의 변동을 초래하지 않으며, 이행명령을 통하여 강제집행가능성을 유보함으로써 피고에게 일정한 이행의무를 부과하는 것이다. 연방행정법원법(VWGO)상 행정행위의 발급을 구하는 소송은 일종의 이행소송이지만, 이는 일반적 이행소송이 아닌 의무화소송(Verpflichtungsklage)에 의하도록 하고 있다. 따라서 일반적 이행소송은 행정행위발급 이외의 행위 또는 급부등을 구하는 소송이다. 연방행정법원법은 이행소송에 대하여 적극적으로 규정하고 있지는 않으나 제43조 제 2 항에서 확인소송은 원고가 형성소송이나 이행소송으로 자신의 권리를 추구할 수 있는 경우에는 제기하지 못하도록 하여 간접적으로 규정하고 있다. 우리나라 행정소송법 제 3 조 제 2 호는 당사자소송을 행정청의 처분등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이라고 정의하고 있다. 따라서 당사자소송이 이행소송의 성질만을 지니는 것은 아니지만, 그것이 일정한 이행명령을 목적으로 하는 한도 내에서는 이행소송에 해당된다고 볼 수 있다.

◇ Leistungsstörung 【 이행(급부)장애 】

급부장애 (positive Vertragsverletzung)는 채권채무관계(채무자에 의하여 채권자에 대하여 특정 급부의 이행을 필요로 하는 관계)의 당사자들이 그 채권관계의 목적처럼

행동하지 않는 여러 다양한 사안들을 지칭하며, 법학에 있어서 어떤 상위 개념이라 할 수 있다. 이 개념은 1936년 하인리히 슈톨(Heinrich Stoll)의 ‘급부장애에 관한 학설(Die Lehre von den Leistungsstörungen)’이라는 책에서 연유한다. 특히 이행불능, 채권자 및 채무자지체, 불완전이행이 이러한 급부장애에 속한다. 급부장애 중 개별적으로 명확한 구별을 할 수 있는 통일성은 아직 없다. 이행불능은 예를 들면, 채무자가 채권채무 관계에 근거하여 의무 지워진 급부를 더 이상 이행할 수 없는 경우에 존재한다. 즉 자동차를 매도한 자는 매입자에게 이 자동차를 인도하여 소유권을 이전할 채무를 지고 있는데, 그 자동차가 교통사고로 전손 처리되어 버린 경우에, 채무이행이 불가능하게 되는 것이다. 그런데 채무자가 그의 채무이행이 가능하고 또 최고에 의하여 그 이행을 요구하였음에도 불구하고 그 이행을 하지 않고 있으면, 이행지체로 된다. 이러한 사안은 위의 자동차 매입자가 매도인에게 매매대금의 지불을 요구하였음에도 대금을 지불하지 않은 경우에 발생한다. 또한 예를 들어 매도인에 매입자에게 계약에 따라서 자동차를 배달하였으나, 매입자가 그 자동차의 인수를 받지 않은 경우에는 채권자지체에 해당하게 된다. 판매된 자동차가 사실은 매수인과 합의된 그 자동차가 제공되었지만, 엔진손상이 발생하여 사용할 수 없는 경우에는 불완전이행이라는 문제가 발생하게 된다. 이러한 급부장애에 대하여 민법(BGB)은 제275조부터 제304조까지 그리고 제320조부터 제326조까지에서 자세히 규정하고 있다. 그리고 특수한 계약의 경우, 불완전이행에 대한 특별규정은 제434조 이하의 매매계약과 제633조 이하의 도급계약상의 하자담보책임을 규정하고 있다. 2001/2002 채권개혁의 범위에서 급부장애 법은 많은 개정을 이루었다. 새로운 규정의 핵심은 몇몇 급부장애에 관한 형태들에 대한 의무위반의 상위개념의 도입이다.

◇ Leitende Angestellte 【중견간부】

중견간부는 사무직 근로자(□□ Angestellte)의 하위개념이다. 근로자(□□ Arbeitnehmer)에는 사무직 근로자와 육체근로자(□□ Arbeiter)가 있고, 사무직 근로자에는 중견간부와 일반 사무직 근로자가 있다. 즉, 중견간부는 근로자에 속하나 사용자로서의 기능을 수행하는 자를 말한다. 종업원평의회법(BetrVG) 제 5 조 제 3 항에서는 중견간부를 “사업장이나 사업장 내의 각 분과에서 근로자를 독자적으로 채용하거나 해고할 수 있는 권한을 가진 자”, “포괄적 대리권을 가지는 자 또는 사용자와의 관계에서 중요한 역

할을 하는 지배인(Prokuristen)” 또는 “통상적으로 기업이나 사업의 존립과 발전에 중요한 의미를 가지거나 그 이행을 위하여 특별한 경험과 지식을 전제로 하는 임무를 수행하는 자”라고 정의하고 있다. 이들 중견간부에 대하여는 노동법의 일부규정이 적용되지 아니한다(§ 5 III, IV BetrVG, § 3 III Nr. 2 MitbestG, § 22 II ArbGG, § 16 IV Nr. 4 SGG). 왜냐하면 이들은 상승된 사회적 지위와 특별한 능력을 가지고 있어 일반 근로자와 동일한 정도의 보호가 필요하지 않기 때문이다. 그러나 중견간부를 사용자와 동일한 의미로 이해하여서는 아니 된다. 예를 들어 주식회사의 이사나 유한회사의 지배인은 중견간부가 아니라 사용자이다.

◇ Letter of Intent 【 계약의향서 】

장래에 체결할 계약에 관한 일방 또는 쌍방 당사자 사이의 예비적 합의나 양해를 반영하는 계약체결 이전 단계에서 사용되는 서면을 뜻한다. 이 표현은 영미법계의 용어가 독일에서도 수용되어 그 내용에 관한 독일어 표현인 Absichtserklärung에 대신하여 관행화 되어 있다. 계약의향서는 거래 과정의 복잡화와 장기간의 국제계약 등에서 주로 사용되고 있는데, 협상 진행중인 계약의 주된 내용 이외에도 가령 협상일정, 노력의 범위, 비용부담 등과 같이 장래 협상의 구도를 정하고 있기도 한다. 계약의향서의 주된 기능의 하나는 이 같이 예비적 합의나 부분적 합의 등을 기록하는 것으로서, 계약의향서는 어디까지나 계약의 전단계일 뿐이지 계약 자체는 아니기 때문에 곧바로 그 자체에 대해 계약의 효력을 부여할 수는 없다. 그렇지만 계약의향서를 통해 장래 협상에 관한 의도의 진지성이 표현되고 있으므로 개별 내용에 따라서는 법적 효력을 가질 수도 있다. 이 경우 비록 의욕했던 계약의 체결이 무위(無爲)로 그치게 되더라도 그에 따른 비용의 지출자는 자신이 입은 불이익을 손해배상 등에 의해 상대방으로부터 전보받을 수 있게 된다. 이 경우 비용지출자의 배상청구권의 기초로 계약교섭상의 과실책임(□□ culpa in contrahendo)이 논의되고 있다.

◇ logische Interpretation 【 논리해석 】

□□ ergänzende Auslegung

◇ Lohnfortzahlungspflicht 【 임금계속지급의무 】

임금계속지급의무란 근로자가 질병, 휴가 등 특별한 사정에 의하여 노무를 제공하지 못한 경우에도 사용자에게 급여를 계속하여 지급해야 하는 의무를 말한다. 어떠한 경우에 사용자가 급여계속지급의무를 부담하는 지에 대하여는 1994년 제정된 급여계속지급법(Entgeltfortzahlungsgesetz)에 의하여 규율되고 있다. 임금계속지급의무에 대하여는 1969년 제정된 임금계속지급법(Lohnfortzahlungsgesetz)를 비롯하여 근로자 집단별로 구분·분산되어 규율되고 있었다. 이들 규정을 통합하여 제정한 법이 급여계속지급법이다.

◇ Loyalitätspflicht 【 성실의무 】

□□ Treuepflicht

◇ Loyalitätspflichten 【 충실의무 】

주식회사의 이사가 가지는 의무에는 선관의무(die im Verkehr erforderlich Sorgfaltspflichten)와 충실의무(Loyalitätspflichten)가 있는데 이 충실의무는 영미법적 색채를 가진 것이다. 선관의무가 선량한 관리자로서 그 사람의 직업 및 사회적 지위에 따라 거래상 보통 요구되는 정도의 주의의무를 말한다면, 충실의무는 이사가 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 의무를 일컫는다. 특별히 우리 상법은 1998년 개정상법을 통하여 제382조의3에서 이사의 책임강화를 통한 건전한 기업운영을 촉진한다는 목적으로 이사의 충실의무를 새롭게 정한 바 있는데, 이는 기존 제382조의2에서 회사와 이사와의 관계는 위임관계라고 정한 것에 근거하여 민법 제681조에 따라 선량한 관리자의 주의의무인 선관의무 외에 이사의 충실의무를 도입하였다.

[M]

◇ Magistratsverfassung 【 지방자치단체 내부의 기관조직 】

□□ Gemeindeverfassung

◇ Mandat 【 위임관계 】

헌법상 위임관계란 선거를 통하여 국회의원(Abgeordnete)에게 부여된 위임관계를 말한다. 구체적 사용례로서는 freies Mandat(자유위임관계), imperatives Mandat(명령적 위임관계) 등이다. 독일 기본법은 제38조 제 1 항에서 이에 관한 기본사항을 규정하고 있다. 즉 국회의원은 국민전체의 대표자이며, 명령과 지시에 기속되지 않으며 그리고 자신의 양심에만 따르도록 하고 있다. 그러므로 국회의원은 의회의 투표에서 자신이 속한 정당의 결정이나 지시에도 구속되지 않으며 또한 자신을 뽑아준 유권자들에게도 구속되지 않는다. 독일 헌법이 규율하고 있는 이런 위임관계를 자유위임관계라고 하며, 우리 헌법 제46조 제 2 항도 자유위임관계를 규율한 것으로 본다.

그에 반해 국회의원이 자신을 뽑아준 유권자들이나 정당의 일정한 명령이나 지시에 기속되며 또한 앞으로의 자신의 지위의 존속여부도 이들 수권자들의 의사에 달려있다고 하는 위임관계를 명령적 위임관계라고 한다. 독일 기본법은 위에서 살펴본 바대로 이런 명령적 위임관계를 규정하고 있지 않다. 이는 우리 헌법도 마찬가지이다. 국회의원은 국민전체의 대표자이지 지역 유권자들의 대표가 아니기 때문이다. 그리고 이런 명령적 위임관계를 명령이나 지시가 강제력을 가진다는 의미에서 강제적 위임관계라고 부르기도 한다.(GG Art. 38 (1) Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen; 독일 연방의회의 의원은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀투표에 의하여 선출된다. 이들은 국민전체의 대표자이며, 명령과 지시에 기속되지 않으며 그리고 자신의 양심에만 따른다.)

◇ Mankohaftung 【 결손책임 】

결손책임이란 업무와 관련하여 상품창고, 현금잔고 또는 이와 유사한 것을 관리해야 하는 근로자의 결손에 대한 책임을 말한다. 재고 또는 현금의 결손에 대하여 사용

자의 손해배상청구가 인정되기 위해서는 근로자에게 귀책사유가 있어야 한다(§ 276 I S. 2 BGB). 따라서 제삼자에 의한 절도의 경우에도 근로자가 주의의무를 위반하지 않았다면, 근로자에게는 책임이 없다. 독일의 판례는 사용자에게 입증책임을 부담시키거나, 과실상계를 인정함으로써 근로자의 책임을 완화하고 있다(BAG AP Nr. 20, 64, 67 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers). 또한 귀책사유와 무관하게 근로자가 결손에 대하여 책임을 부담(eine schuldunabhängige Verantwortlichkeit)하기로 하는 당사자의 합의는 사회상규(§ 138 BGB)에 위반되어 무효라고 하고 있다. 귀책사유와 무관하게 근로자가 결손에 대하여 책임지기로 하는 합의가 유효하기 위해서는 결손위험수당과 같은 사용자의 적절한 반대급부가 있어야 한다(BAG AP Nr. 4, 54 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers).

◇ Mantelgesetz 【기본틀법】

이는 언제든지 개정을 할 수 있는, 즉 형성가능성(Gestaltungsmöglichkeit)이 있는 법률을 말한다. 종종 Artikelgesetz(조항법)이라고도 불리운다. 기본틀법의 형식은 내용적으로 관련이 있는 여러 가지의 주된 변경내용(개정내용)이 여러 근본 법률(Stammgesetz)들과 관련있는 경우에는 선택되어야 하는데, 그러기 때문에 개별 수정법(개정법률)의 형식은 후속수정 시에 고려되지 않는다. 기본틀법의 형식은 보통 광범위한 개정계획 또는 개혁을 위하여 선택된다. 여러 가지 입법과정들은 서로 연결될 수 있어서, 그것들은 입법과정에서 자문역할과 입법활동에서 결정된다. 개별적인 주된 개정들은 상관관계가 있어야 한다. 기본틀법은 법률이라는 모든 근본적인 형식에서 통일되어야 한다. 그것은 그의 개별 조문들 속에서 하나의 큰 제목 하에서 ①수많은 근거법률(Stammgesetz)을 수정할 수 있거나 또는 ②근거법률(Stammgesetz)을 분리하여 동시에 다른 것들을 수정할 수 있거나 ③근거법률과 분리하여 또는 수정과 함께 첫째규정을 연결(기속)할 수 있다. 게다가 기본틀법에서 수정되거나 새로이 만들어진 조문들과 나머지 법과의 일치성을 지키기 위하여 필요한 경우에는 다른 법률의 후속적 개정형식을 취할 수 있다. 근거법률(Stammgesetz), 분리법률(Ablösungsformen) 그리고 개별 수정법률들을 위한 추천들도 그것이 규정형식을 취하고 있는 한, 기본틀법으로 본다. 기본틀법은 항상 상투적인 서두와 결말 그리고 시행조문을 가지고 있다. 이들은 개별 구성요건이 아닌 입법행위에 속한다. 기본틀법은 근거법률(Stammgesetz)과 함께 새로

이 만들어지거나 또는 분리되는 경우일지라도, 단지 유일한 입법행위를 나타낸다.

◇ Manteltarifvertrag 【개괄적 단체협약】

‘개괄적 단체협약’이란 해고예고기간, 휴가, 야간근로와 같이 비교적 장기간에 걸쳐 적용될 사항에 대하여 교섭당사자가 체결한 단체협약을 말한다. 이처럼 개괄적 단체협약에서는 근로조건에 기본적인 사항을 주로 규율한다는 점에서 Rahmentarifvertrag 이라고도 부른다. 교섭당사자들은 이러한 개괄적 단체협약들을 보충하기 위하여 임금에 관한 단체협약(Lohntarifvertrag)과 같이 상대적으로 단기기간의 적용기간을 가진 단체협약들을 체결하게 된다.

◇ Markenrecht 【상표권】

1994년 10월 25일에 제정된 ‘상표법(Markengesetz)’에 근거하여 기업의 신용 확보와 부정경쟁의 방지를 목적으로 제정된 상표를 보호하기 위하여 인정된 것이 상표권(Markenrecht)이다. 이 상표권을 Warenzeichenrecht로 표기하기도 한다. 상표권의 내용을 담고 있는 위 상표법은 유럽연합의 상표권에 관한 지침(EG-Markenrichtlinie)을 국내법으로 전환을 했을 뿐 만 아니라, 동시에 지금까지의 상표보호에 대한 규정과 그 외의 기호를 통일화했다. 이 법에 의거 상표, 영업상의 명칭(geschäftlich Bezeichnungen)과 원산지표시(geographische Herkunftsangaben) 문제 등이 보호대상으로 되고 있다. 이 법의 규정은 국제등록상표(international registrierte Marken)에도 상응하여 적용된다. 이 법에 따라 상표란 모든 표시, 특히 이름을 포함한 단어, 삽화, 문자축약, 숫자, 상징, 청각적 표시, 3차원의 구성물, 상품의 형태나 포장 및 포장으로서의 개폐장치, 색채 등이 속하여 보호의 대상이 되는 데 더불어 물건이나 다른 회사와는 구별되는 한 회사의 서비스도 그것이 적절한 경우에는 보호의 대상이 된다. 그러나 모든 종류의 표시가 다 보호의 대상이 되는 것은 아니어서 형태가 물건의 양식 그 자체를 전제하고, 기술적인 발전의 도달을 위하여 필수적인 형태이거나 물건의 양식이 실제적인 가치를 부여하는 것인 경우에는 제외가 된다. 상표보호는 단지 영업경영자(Gewerbetreibenden)뿐만 아니라 각 자연인이나 법인 등과 연관된 것이다. 상표의 보호를 위해서는 이 법 제 4조에

따라 해당관청에 상표등록을 하여야 하는데 이미 신청일(Anmeldetag)에 등록에 대한 권리(Anwartschaft auf Eintragung)가 존재하는 것이어서 상표보호가 개시된다. 상표권의 획득으로 소지자에게는 양도할 수 있거나 입질가능하거나 그에 부분적인 일체 권리 등이 보장된다. 그러므로 상표권자의 동의없이 제삼자가 영업적으로 상품이나 서비스에 대하여 동일하거나 유사한 표시를 사용하는 것은 금지된다. 상표의 등록이나 사용에 근거한 권리는 특별히 허가 내지 인가계약(Lizenzvertrag)의 대상이 될 수 있고 상표권소지자가 채무의 이행을 위하여 이를 채권법적으로 양도할 수 있는데 이는 일종의 영업입대차(Betriebsverpachtung)의 범위 안에서 가능하다. 상표권(Markenrecht)의 위법한 침해에 대해서 해당 규정에 따라 정보청구권과 중지청구권(Ansprüche auf Auskunft und Unterlassung)이 인정되고, 과실의 경우에는 손해배상청구권이 생기며, 더욱이 근본적으로 상표권을 침해 한 물품의 폐기청구권(Ansprüche auf der die Marken beeinträchtigenden Gegenstände)이 발생한다. 경우에 따라서는 법규위반으로 형벌의 대상이 되기도 한다.

Markengesetz, Warenzeichenrecht

◇ Massenverfahren 【(다수인을 대상으로 하는) 대량절차】

다수인이 관련되는 행정절차를 대량절차라고 표현하지만 이는 행정절차법상 특별한 절차유형은 아니다. 연방행정절차법(VwVfG)은 대량절차의 기술적 문제를 해결하기 위하여 몇 가지 특칙을 규정하고 있을 뿐이다.

연방행정절차법 제17조와 제18조에서는 50인 이상이 참가하는 대량절차의 경우에 대표자를 선정하도록 하고 있고, 제69조 제 2 항에서는 행정행위의 송달과 관련하여 300인 이상에게 동일한 내용을 송달하여야 하는 경우에는 공고로 대신할 수 있다는 것을 규정하고 있다.

행정계획확정절차와 관련하여서는 제73조 제 5 항 제 4 호와 제 6 항, 제74조 제 5 항에 300인 이상을 대상으로 하는 경우의 특칙이 규정되어 있다.

우리나라 행정절차법에서는 제11조에서 선정대표자제도를 규정하고 있고, 제14조 제 1 항에서 대표자에 대한 송달을 규정하고 있다.

◇ Massenverwaltungsakt 【(다수인을 대상으로 하는) 행정행위】

다수인을 대상으로 하는 행정행위의 경우에도 일반적인 행정행위와 다를 것은 없으나 행정행위의 형식에 있어서 특칙이 규정되어 있을 뿐이다. 연방행정절차법(VwVfG) 제37조 제 3 항에 따라 서면으로 행하는 행정행위는 발급관청을 명시하여야 하며 당해 행정기관장 그 대리인 또는 수임자의 서명 또는 성명기재가 있어야 한다. 다만 제 4 항의 규정에 따라 서면으로 행하는 행정행위가 자동화된 기계장치에 의하여 발해지는 경우에는 제 3 항에서 규정한 서명과 성명의 기재를 하지 않아도 된다.

◇ Maßnahme 【보안제재】

보안제재는 모든 보안처분(□□ Maßregel der Besserung und Sicherung)과 범죄이익환수(Verfall), 몰수(Einziehung), 그리고 폐기(Unbrauchbarmachung)를 포함하는 형사제재이다(§11 I Nr.8 StGB). 이러한 형사제재의 공통점은 과거의 범죄책임이 아닌 장래의 범죄예방을 위해 부과하는 제재라는 점이다. 즉 보안제재는 보안처분(Maßregel)과 더불어 보안처분적 성격을 갖는 형사제재를 포괄하는 개념이다. 말하자면 보안제재는 넓은 의미의 보안처분이라 할 수 있다. 따라서 ‘Maßnahme’는 조치, 처분 등의 뜻이고, 종종 보안처분으로 번역되기도 하지만 좁은 의미의 보안처분과 구별하기 위해 ‘보안제재’로 번역한다.

형법 제11조 제 1 항 제 8 호는 열거적으로 규정하고 있기 때문에 여기에 규정되지 않는 기타의 제재 중 보안처분적 성격을 갖는 제재가 있다 하더라도 보안제재에 해당하지 않는다. 예컨대 집행유예에 부과되는 형법 제56b조의 의무(Auflage)들이나 제56c 조의 지시(Weisungen)들, 그리고 동물보호법(Tierschutzgesetz) 제20조의 동물사육금지, 연방사냥법(Bundesjagdgesetz) 제41조의 사냥허가박탈, 소년법원법의 소년구류(□□ Jugendarrest) 등은 보안제재에 해당하지 않는다.

◇ Maßnahmegesetz 【처분법】

처분법이란 개별적·구체적 사항을 규율하기 위하여 제정된 법률을 말한다. 처분법이라는 용어 이외에 개별사건법률(Einzelfallgesetz) 또는 개인대상법률(Einzelpersongesetz)이

라고 부르기도 한다.

법률은 보통 일반적·추상적 사항을 규율하도록 제정되므로 불특정 다수인과 불특정 다수의 경우를 대상으로 한다. 이러한 법률을 근거로 행정기관의 법집행작용을 통하여 특정인 또는 특정사건에 대한 행정처분이 행해지게 된다. 그러나 처분법의 경우에는 법률에서 직접 특정인이나 특정사건만을 규율대상으로 하기 때문에 마치 행정청의 행정처분과 동일한 결과가 발생한다.

기본법(GG) 제19조 제1항은 기본권의 제한과 관련하여 “기본법에 따라 법률에 의하거나 또는 법률에 근거하여 기본권이 제한되는 경우에 그 법률은 일반적이어야 하며 개별사항에 대한 것이어서는 아니된다(Somit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten.)”라고 규정하고 있다. 즉 처분법으로는 국민의 기본권을 제한하지 못하도록 하고 있다.

◇ Maßregel der Besserung und Sicherung 【보안처분】

보안처분은 보안제재(□□ Maßnahme)중의 하나이며, 형벌과 더불어 형사제재의 두 원(元, Spur)을 구성한다. 형법 제61조에서는 여섯 가지의 보안처분을 규정하고 있는데, 이는 ①치료감호(□□ Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus), ②금단치료수용(□□ Unterbringung in einer Entziehungsanstalt), ③보안감호(Unterbringung in der □□ Sicherungsverwahrung), ④보안관찰(□□ Führungsaufsicht), ⑤운전면허박탈(□□ Entziehung der Fahrerlaubnis), ⑥취업금지(□□ Berufsverbot)이다. 제①, ②, ③호의 보안처분은 자유박탈적 보안처분(freiheitsentziehende Maßregeln)이라 하며 제④, ⑤, ⑥호의 보안처분은 자유제한적 보안처분이라 한다. 이러한 보안처분의 선고에는 비례성의 원칙(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)이 준수되어야 한다. 즉 보안처분이 행위자가 저질렀거나 저지를 것으로 예상되는 행위 및 그에게서 나타나는 위험의 정도와 비례하지 않을 때에는 보안처분을 부과할 수 없다(§62 StGB). 여러 가지 보안처분을 동시에 부과할 수도 있지만 그러한 전제조건이 갖추어졌다 하더라도 하나의 보안처분으로 기대하는 목적을 달성할 수 있다면 하나의 보안처분만 부과한다(§72 StGB).

한국의 형사법체제에서는 위의 보안처분 중 치료감호와 보안관찰이 규정되어 있다. 과거 사회안전법과 사회보호법에서 규정하였던 보안감호 및 보호감호는 독일형법상

의 보안감호와 같은 보안처분이지만 이 두 법은 위헌 등의 사유로 폐지되어 현재 자유박탈적 보안처분은 사회보호법이 폐지되면서 제정(2005. 8. 4)된 치료감호법에 규정된 치료감호만 남아 있다. 그리고 사회안전법이 폐지되면서 제정된 보안관찰법에 보안관찰이 규정되어 있다. 치료감호법에 규정된 치료감호자에 대한 보호관찰도 보안관찰의 하나인데, 이는 형법 및 보호관찰법의 보호관찰과 혼동되므로 ‘보안관찰’로 명칭을 통일하여야 할 것이다. 보호관찰은 보안처분보다는 자유형 완화를 위한 대안적 제재의 성격이 강하다. 그 밖에 금단치료수용과 운전면허박탈, 취업금지는 한국형 법에는 규정되어 있지 않다.

◇ Mehrheitsprinzip 【 다수결원리 】

민주적 법질서는 모든 정치적 질서와 마찬가지로 다양한 부분의사의 병존이나 대립에 직면하여 어떻게 하나의 구속력 있는 의사를 형성할 수 있는가의 문제에 대한 답을 주어야 한다. 의사형성의 민주적 절차는 모든 과정에서 조정하고 납득시키는 것을 통해 가능한 한 최대한도로 자유로운 의견의 합치(Einigung)를 추구하고 그것을 달성하는 데에 기초를 두고 있다. 그러나 정치적 의사형성 과정에서 조정이나 납득시키는 것에 의해서는 해결될 수 없는 문제도 있을 수 있으며, 이 경우 납득하도록 강제될 수 있는 것인지의 문제가 대두될 수 있다. 결국 상황에 따라서는 합치 없이도 실질적 결정을 가능하게 하는 방식이 존재하여야 할 것이며, 이런 방식이 바로 다수결원리이다. 그 이유는 다수결원리는 다수의 의사가 이미 그 자체로서 객관적으로 보다 올바른 것이기 때문이 아니라, 다수에 의해 결정이 내려질 경우 적어도 다수는 스스로 승인하지 않는 행위를 강요당하지 않기 때문이다. 의견 합치의 경우에는 자유의 원리가 충분히 실현되고, 거기서 얻어진 해결책이 가지는 통합력은 모든 관계당사자가 그것에 동의하고 스스로도 그것에 대하여 책임을 지고 있다는 것에 기초하고 있는데 반하여, 다수결의 경우에는 이러한 효과의 상당한 부분 정도만 가져오는 결정방식을 포함하고 있는 것이다. 다수결원리는 다음의 두 가지 전제 아래에서 정당한 결정방식이 된다. 첫째, 다수결원리는 다수가 결정을 내린다는 점과 그리고 견해를 달리하는 소수가 가지는 실제적이든 추정적이든 보다 나은 의견은 민주적 평등의 관점에서 중요하지 않다는 것을 전제한다. 둘째, 다양한 다수관계의 가능성과 그에 따른 다수관계의 가변성이 있어야만 하며, 그 결과 다수결정에 복종하는 자들이 나중에 다

수를 획득할 수 있는 실질적으로 균등한 기회를 가져야만 한다는 것을 전제한다. 소수의 보호(Minderheitenschutz)와 관련된 이런 두 가지 전제가 가능할 때 다수결원리는 비로소 정치적 의사결정 방법으로서 민주적 정당성을 획득한다.

우리 헌법은 국회의 의사결정방법으로 다수결원리를 채택하고 있다. 즉 헌법 제49조는 “국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다”는 규정을 두고 있다. 다수결원리는 민주적 의사결정방법으로서 민주주의를 실현하기 위한 형식원리 중의 하나이지만 합의체국가기관으로서의 국회가 의안을 심의해서 국회의 의사를 결정하기 위한 불가피한 수단이기도 하다. 의사결정방법으로서의 전원일치의 의견합치는 사실상 기대하기 어렵기 때문이다.

◇ Mehrheitswahl 【 다수대표제 】

선거제도에 있어서 다수대표제는 국민 대표자의 선거를 선거구에 있는 유권자 다수의 의사에 따르게 하는 선출방법을 말한다. 그러므로 다수대표제 아래에서는 다수파만이 국민의 대표자를 낼 수 있으며 소수파는 국민의 대표자를 내는 것이 불가능하게 된다. 일반적으로 다수대표제는 소선거구제를 취하는데, 다수대표제의 일반적인 형태는 소선거구에서 단기방법을 채택하는 경우이다. 이 방법은 영국, 미국, 프랑스 등에서 채용되고 있으며, 우리나라의 국회의원 지역구 선거도 이 방법을 채택하고 있다. 다수대표제에는 상대적 다수대표제(relative Mehrheitswahl)와 절대적 다수대표제(absolute Mehrheitswahl)가 있다. 상대적 다수대표제는 한 선거구에서 상대적으로 다수를 얻은 사람이 당선되는 제도이며, 절대적 다수대표제는 투표자의 과반수 이상의 득표를 얻은 자를 당선자로 하는 제도이다. 영국과 미국에서는 주로 상대적 다수대표제를 채택하고 있으며, 프랑스에서는 대통령선거와 하원의원선거 등에서 절대적 다수대표제를 채택하고 있는데 이 경우 제 1 회 투표에서 절대다수를 얻은 자가 없으면 결선투표를 한다. 독일에서는 다수대표제에 대비되는 선거제도로 비례대표제(Verhältniswahl)를 든다. 비례대표제는 선거에 참여하는 모든 정당이나 선거참여집단이 자신들이 획득한 득표수의 비율에 상응하는 의원수를 배분 받는 선거제도를 말한다. 비례대표제에 의한 독일 연방의회 의원의 구체적인 의석 배분방법은 Hare/Niemeyer식이다. 비례대표제는 극히 작은 득표율에도 의석을 배분하는 것이 마땅하나 독일 연방선거법(Bundeswahlgesetz)

은 군소정당의 난립을 통한 정국혼란을 막고 다수세력의 형성을 촉진하기 위해 제 6 조에서 최소한 유효득표수의 5%를 얻지 못한 정당은 의석 배분을 받지 못하도록 하는 봉쇄조항(□□ Sperrklausel) 내지 5%조항(Fünf-Prozent-Klausel)을 두고 있다.

◇ Meinungsäußerungsfreiheit 【의사표현의 자유】

의사표현의 자유는 전통적인 자유권 중의 하나로서 자신의 의사를 표현하고 전파하며, 자신의 의사표명을 통해서 여론형성에 참여할 수 있는 기본권을 말한다. 의사표현 및 전달의 형식에는 아무런 제한이 없다. 독일 기본법은 제 5 조 제 1 항에서 말, 글 그리고 그림의 세 가지 형식만 규율하고 있지만, 도형, 플래카드, 현수막, 제스처, 휴대전화, 인터넷 등을 이용한 의사표현의 형식들이 모두 포함된다. 그리고 독일 기본법 제 5 조 제 1 항은 의사표현의 자유뿐만 아니라 정보의 자유(□□ Informationsfreiheit), 신문의 자유(Pressefreiheit) 그리고 방송이나 필름을 통한 보도의 자유(Freiheit der Berichterstattung)도 동시에 규정하고 있다. 기본법 제 5 조 제 1 항의 기본권들을 총칭하여 의사의 자유(Meinungsfreiheit)라고 부르기도 하는데, 우리 헌법 제21조의 언론·출판의 자유가 이에 상응하는 기본권이라고 할 수 있을 것이다.

의사표현의 자유는 소극적인 내용과 적극적인 내용으로 나누어진다. 소극적인 내용은 자신의 의사를 표현하고 전달하는 데 국가권력의 간섭이나 방해받지 아니할 자유를 말하며, 적극적인 내용은 자신의 의사표명을 통해서 여론형성에 참여할 수 있는 권리를 말한다. 민주정치는 국민의 여론에 의한 정치이고, 여론은 국민 개개인의 자유로운 의사표현을 통해서만 형성될 수 있는 것이기 때문에 의사표현의 자유야말로 민주정치를 위한 전제조건이며 민주주의의 본질에 관련되는 중요한 의미를 가진다.(GG Art. 5 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt; 누구든지 말, 글 그리고 그림으로 자유로이 자신의 의사를 표현하고 전파하며 그리고 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 정보를 얻을 권리를 가진다. 신문의 자유와 방송 및 필름을 통한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 금지된다.)

◇ Menschenwürde 【인간의 존엄과 가치】

인간의 존엄과 가치는 헌법상 최고의 가치를 갖는 기본권이다. 독일 기본법은 제 1 조 제 1 항 제 1 문에서 “인간의 존엄과 가치는 불가침이다”라고 천명하고 있다. 그리고 모든 국가권력은 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보장해야할 의무가 있다고 하는 제 1 조 제 1 항 제 2 문의 요청은 법치국가원리의 핵심 요체이며 헌법의 정당성에 관한 포기할 수 없는 근거가 되는 것이다. 독일에서 인간의 존엄과 가치의 헌법적 개념은 기독교적 윤리와 관념론적 철학에 뿌리를 두고 있는 것이며, 도덕적 자율적 인격체로서 인간의 고유한 특성을 국가 내지 그 어떤 국가기관도 침해할 수 없다는 것을 의미한다. 인간의 존엄과 가치의 불가침성은 입법, 행정 및 사법의 모든 국가기관을 엄격히 기속하는 것이다.

Menschenwürde는 직역하면 인간의 존엄성이라고 할 수 있지만 우리 헌법상 용어와 다르지 않다고 보기 때문에 인간의 존엄과 가치라고 번역하는 것이 보다 통일적이라고 사료된다. 그러나 실제로는 이 두 가지가 혼용되고 있다.(GG Art. 1 (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt; 인간의 존엄과 가치는 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.)

우리 헌법도 기본권의 핵심적인 내용으로서 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 천명하고 있다. 즉 헌법 제10조 제 1 문에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”고 선언하고 있는 것이 바로 그것이다. 이처럼 우리 헌법은 인간의 존엄과 가치를 기본권의 핵심적인 내용으로 중요시하며, 또한 제 2 문에서는 국가에게 인간의 존엄과 가치를 핵으로 하는 기본권을 보장할 의무를 과함으로써 기본권보장의 원칙적인 가치지표가 ‘인간의 존엄과 가치’라는 것을 명백히 밝히고 있다. “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”(제10조 제 2 문)는 규정이 바로 그것이다.

◇ Minderheitenschutz 【소수의 보호】

다원적 민주사회에 있어서 정치과정이 전국민의 사항이어야 한다면 여기서는 다수뿐만 아니라 소수도 중요하다. 그러므로 헌법은 소수자를 진실한 것과 올바른 것에

관하여 오류를 범하고 있는 집단으로 간주하고 있지 않는 것이다. 또한 헌법은 전체 의사라고 하는 의제된 미명 아래 억압되거나 배제되어도 좋은 집단으로 소수를 간주하고 있지 않다. 오히려 헌법은 소수자의 지위를 보장하고 그리고 그와 함께 갈등 해결을 위한 실제적 가능성도 보장하고 있다. 즉 헌법은 제도적으로 가능한 범위 내에서 국민 다수에 의한 의사결정의 정당화원리와 소수도 언젠가는 다수가 될 수 있는 현실적으로 균등한 기회를 불가분하게 결합시키고, 또한 사실상 다수로 될 가능성이 없는 소수나, 다수를 지향하지 않는 소수도 보호함으로써 이를 실현하고자 한다. 이러한 헌법상의 원리를 소수의 보호라고 하며, 그러므로 소수의 보호는 헌법상 민주주의원리의 한 형식원리이자 다수결원리(□□ Mehrheitsprinzip)의 전제 원리이기도 하다.

헌법상 소수의 보호는 정기적인 자유선거 및 평등선거제도, 의회 내 야당의 권리, 복수정당제, 정당설립의 자유, 정당의 기회균등 등을 통하여 보장된다고 할 것이다.

◇ Minderung der Erwerbsfähigkeit 【 감소된 소득능력 】

‘감소된 소득능력’은 산재보험(□□ Unfallversicherung), 사회보상법(soziale Entschädigungsrecht)에서 사용되는 장애평가기준을 말한다. 산재보험과 사회보상법에서는 장애의 정도에 따라 급여의 요건과 내용이 결정되게 된다. 동일한 신체적 장애에 대해서 법에 따라 장애의 정도가 달리 평가되게 되는데 이는 각 법의 목적과 취지가 다르기 때문이다. 예를 들어 산재보험에서는 신체적, 정신적, 심리적 손상이 소득활동에 미치게 될 영향을 기준으로 평가하는 데 반하여, 사회보상법에서는 신체적, 정신적, 심리적 손상이 일상생활에 미치게 될 영향을 기준으로 평가하게 된다. 흉터의 경우 소득활동을 위한 기능에는 크게 영향을 미치지 않지만, 일상생활에서는 큰 불편을 야기할 수도 있기 때문에 이에 대한 각 법에서의 평가는 달리질 수 있게 된다. ‘감소된 소득능력’과 구별되어야 할 개념으로는 중증장애인법(Schwerbehindertengesetz)에서 사용되고 있는 ‘장애의 정도(Grad der Behinderung)’라는 개념과 연금보험(□□ Rentenversicherung)에서 사용되고 있는 ‘소득감소(Erwerbsminderung)’라는 개념이다. 전자는 사회보상법상의 ‘감소된 소득능력’과 내용적으로는 동일한 개념이다. 중증장애인법도 과거에는 ‘감소된 소득능력’이라는 개념을 사용하였으나, 산재보험법상의 ‘감소된 소득능력’과의 혼동을 예방하기 위하여 지금은 ‘장애의 정도(Grad der Behinderung)’라는 개념을 사용하고 있다. ‘감소된 소득능력’을 사회법전(SGB) 제 7 편 제56조 제 2 항은 보험사

고의 발생에 의하여 발생한 육체적·심리적 및 정신적 상태로 인하여 전체 노동시장에서 상실한 소득능력이라고 정의하고 있다.

◇ Mitbestimmung 【 공동결정 】

공동결정은 근로자들의 경영참가를 의미하는 것으로 여기에는 크게 두 종류의 공동결정이 있다. 하나는 종업원평의회법(BetrVG)에 의하여 구성된 종업원평의회에 의한 경영참가이고, 다른 하나는 공동결정법(MitbestG)에 의하여 감사회에 근로자대표가 참여하고 감사회를 통하여 근로자들이 간접적으로 경영에 참여하는 것이다. 먼저 종업원평의회법에 의한 경영참가의 가장 대표적인 것은 종업원평의회가 사용자와 경영협약(□□ Betriebsvereinbarung)을 체결하거나 ‘사회적 사항’에 대하여 의결권을 행사하는 것이다. ‘사회적 사항(soziale Angelegenheiten)’에 속하는 것으로는 작업시간의 조직, 공휴일과 개인휴일의 조정, 건강과 안전에 대한 조치, 급여의 원칙과 계산방법, 보너스와 능률급의 결정 등이 있다. 종업원평의회는 사회적 사항에 대한 의결권 이외에도 인사에 관한 사항(Personelle Angelegenheiten) 및 경제적 사항(wirtschaftliche Angelegenheiten)에 대한 협의권(Mitspracherecht) 또는 정보권(Informationsrecht)을 가진다. 이러한 종업원평의회는 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업장에 의무적으로 설치하여야 하는 기구이다. 공동결정의 또 다른 형태는 감사회(□□ Aufsichtsrat)를 통한 근로자의 경영참여이다. 1976년에 제정된 공동결정법(MitbestG)에 의하면 2000명 이상의 근로자를 고용한 사업장에서는 노사 동수로 감사회를 구성하여야 한다. 2000인 이하의 근로자를 사용하는 사업장에 대하여는 종업원평의회법이 적용되고 같은 법에 의하여 감사의 3분의 1을 근로자대표감사로 구성하여야 한다. 그리고 석탄 및 철강회사에 대하여는 몬탄공동결정법(□□ Montanmitbestimmungsgesetz)의 적용을 받게 되며, 이 법에 의하면 1000명 이상의 근로자를 사업장은 감사회를 두어야 하며, 감사회는 기업의 규모에 따라 11명, 15명, 25명으로 구성되게 된다. 예를 들어 11인으로 구성된 감사회의 경우 5인의 근로자측 대표와 5인의 사용자측 대표 그리고 1인의 중립적 의장으로 구성되게 된다. 감사회는 주식회사에 설치되는 필요적 감독기관으로 핵심적 임무는 이사의 업무집행을 감독하는 것이다.

◇ Miteigentum 【공유】

어떠한 하나의 물건이 여러 사람들에게 속하는 것을 말한다. 예외적으로 합유관계(Gesamthandgemeinschaft)가 아닌 한, 공유는 여러 사람들에게 지분이 속한다. 즉, 각각의 공유자는 그 물건에 대하여 지분을 가지고 있다. 이러한 공유에 관해서는 공동관계에 관한 규정들(§§741ff. BGB)은 법률행위 또는 법률의 규정에 의해 발생하는 지분적 공동소유(Miteigentum nach Bruchteil)에도 적용된다. 이에 대하여 또한 민법 제1008조에서는 특별한 규정을 하고 있다. 각각의 공유자는 소유권양도규정에 따라 그의 지분을 양도할 수 있으며, 또한 그 한 사람의 공유자를 위하여 질권과 같은 부담의 목적물이 될 수 있다. 그리고 부동산 공유자들의 공유물건에 대한 관리와 이용에 관한 합의 또는 공동의 종료를 청구할 권리를 영구적 또는 일시적으로 배제하였거나 또는 고지기간을 정한 경우에, 그 정함은 부동산등기부에 지분에 대한 부담설정으로 등기된 때에만 공유자의 특정승계인에 대하여 그 효력을 가지게 된다(§1010 Abs. 1). 각 공유자는 그 물건에 대한 소유권에 기초하여 그 물건의 소유권을 침해한 제삼자에 대하여 공유물 전체에 대한 반환청구권(Eigentumsherausgabanspruch)을 주장할 수 있다(§1011 BGB). 한국의 경우를 살펴보면, 공유자의 권리는 공유물 전체에 미친다. 공유물의 보존은 각자가 단독으로 하며, 공유물의 이용·개량은 지분의 과반수로써 한다(민법 제265조). 공유물의 사용·수익은 공유물 전부를 각자가 지분의 비율로 하고(민법 제263조), 공유물의 처분·변경은 전원의 동의로써 한다(민법 제264조). 공유자는 지분의 비율로 공유물의 관리비용 기타의 의무를 부담하며, 공유자가 그 의무의 이행을 지체하면 다른 공유자는 상당한 가격으로 지분을 매수할 수 있다(민법 제266조).

◇ Mitnahme 【반출】

무엇을 가지고 가는 것, 지참하는 것을 의미한다. 법률적 의미로 반출이라고 하는 것이 더욱 익숙하다. 단지 지참하다는 의미로는 들고 들어오는 것을 의미하는 것인지, 아니면 들고 나간다는 의미인지 불분명하기 때문에 기존에 이용하던 반출이라는 용어가 더욱 적합하다고 볼 수 있다. 예를 들자면, 2002년의 독일 무기법(Waffengesetz) 제 29조 이하에서 법률의 유효범위 내, 유효범위 외 그리고 그 유효범위에 따른 총포 및

탄약의 반입(Verbringen)과 반출(Mitnahme)에 관한 사항을 규정하고 있다. 따라서 독일 무기법 제32조의 표제는 “유럽총기소지허가증(europäische Feuerwaffenpass), 법률의 유효범위 내에서, 그 범위에 따른 또는 그 범위를 벗어나는 무기 또는 탄약의 반출”로 번역가능하고, 참고로 이 조문의 내용을 요약하여 번역하면 “... 주된 거주지가 법률의 유효범위에 있고, 부록 I 제 3 절(카테고리 A에서 D까지)에 의하여 무기 또는 탄약을 다른 회원국으로 반출하고자 (가져가고자) 하는 사람은, 유럽총기소지허가증에 등재된 총포 기타 무기 또는 탄약을 소지·취득할 권한이 있는 경우에, 유럽총기소지허가증이 주어진다”고 번역할 수 있다(§32 WaffenG; (1) Die Erlaubnis zur Mitnahme von Schusswaffen oder Munition nach Anlage I Abschnitt3 (Kategorien A bis D) und sonstiger Waffen oder Munition, deren Erwerb und Besitz der Erlaubnis bedürfen, in den oder durch den Geltungsbereich des Gesetzes kann erteilt werden, wenn die Voraussetzung des §4 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 vorliegen. ... Für Personen aus einem Drittstaat gilt bei der Mitnahme von Schusswaffen oder Munition nach Anlage 1 Abschnitt3 (Kategorien A bis D) durch den Geltungsbereich des Gesetzes in einen anderen Mitgliedstaat §30 Abs. 2 entsprechend).

◇ Mitverschulden 【 기여과실 】

기준에는 공동과실, 공동과책 등으로 번역되는데, 그 내용상 기여과실로 번역하면 적당하다. 이러한 기여과실(Mitverschulden)이란 손해발생 시에 피해자의 과실이 영향을 미쳐서, 손해배상 의무범위가 상대방에 의하여 야기되었는가 또는 얼마만큼 과실이 있는가에 따라서 좌우되는 것을 의미하게 된다. BGB 제254조는 ①손해의 발생에 피해자의 과실이 영향을 미친 경우에는, 그 배상의무 및 배상범위는 제반사정에 따라서, 특히 1차적으로 일방 당사자 또는 그 상대방에 의해서 어느 정도 손해를 야기하였는가에 따라서 정해진다. ②피해자의 과실이 채무자로 하여금 채무자가 알지 못하고 또한 알았어야 했던 것이 아닌 비정상적으로 높은 손해위험에 대하여 주지시키지 아니한 것 또는 피해자가 손해를 회피하거나 경감하지 아니한 것에 한정되는 경우에도 또한 같다(손해경감의무). 또한 제278조 규정(채무자는 법정대리인과 채무이행을 위해 종사하는 사람의 과실에 대하여 자신의 과실과 같은 범위로 책임이 있다. 제276조 제 3 항은 적용되지 않는다)은 이에 준용된다고 규정하고 있다. 예를 들면, 훼손된 물건을 판매할 의무, 의료 행위에 의해 발생한 침해, 자신의 노동력을 손해경감에 동

원한 경우, 피해자들에게 발생하는 의무가 그에 해당한다. 위의 제254조 규정에 의하여 독일의 기존 손해배상법의 “모두 또는 전혀 라는 원칙(alles-oder-nichts Prinzip)”의 변경을 야기했다. 가해자와 피해자의 손해야기의 형량검토가능성이 이 규정에 의해서 가능하게 되었던 것이다. 이는 피해자의 손해배상청구권이 손해의 발생이나 확장에 피해자의 위험부분 및 책임부분에서 발생하는 상황이 함께 작용한다는 관례에서 비롯되었다(BGHZ 56, 170). 이 때 피해자의 “과실(Verschulden)”은 일반론적인 일반제삼자에 대한 위법한 행위를 의미하는 것이 아니다. 이러한 “과실(Verschulden)”은 스스로 손해를 가하지 않을 법적 의무를 전제로 하지 않는다. 그러므로 부분적으로 형법에서 말하는 책무 또는 의무(Obliegenheiten)로서 파악하는 것이다. 신의성실원칙의 한 표현으로 보고 있다.

◇ Mitwirkungspflicht des Beteiligten 【 당사자의 협력의무 】

행정절차에 있어서 당사자의 협력의무는 연방행정절차법(VwVfG) 제26조 제 2 항에 규정되어 있다. 행정절차를 진행함에 있어서 행정청은 연방행정절차법 제24조 제 1 항 및 제 2 항에 따라 구체적인 사실에 관하여 직권으로 조사하여야 한다. 조사의 방법과 범위를 결정하고, 당사자의 진술이나 증거신청에 구속되지 않는다. 행정청은 구체적 사실에 중요한 모든 사항과 당사자에게 유리한 사항을 모두 고려하여야 한다. 그러나 행정절차에 있어서 이러한 직권탐지주의의 원칙은 구체적 사실의 조사에 있어서 당사자의 협력을 배제하는 것은 아니다. 연방행정절차법 제26조 제 1 항 제 1 문은 “당사자는 구체적 사실의 조사에 있어서 협력하여야 한다(Der Beteiligten sollen bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken.)”고 규정하고 있다. 특히 당사자 본인이 알고 있는 사실과 증거를 제시하여야 한다. 그러나 당사자 본인의 출두, 진술, 증명서 혹은 기타 다른 서면의 제출은 건축법(BauGB) 제208조와 같이 특별한 법규정이 있는 경우에 한한다.

◇ Montanmitbestimmungsgesetz 【 광산업공동결정법 】

광산업공동결정법은 1000명 이상의 근로자를 사용하는 광산업 부문의 주식회사나 유한회사의 공동결정에 관한 사항을 규율하는 법률이다. 1951년에 광산업공동결정법이, 1956년에는 『광산업공동결정법의 보완에 관한 법률(Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz)』이

제정되었다. 광산업부에서 감사위원회(□□ Aufsichtsrat)는 노사 대표자가 동등하게 참여한다. 감사위원회는 보통 11명, 15명 내지는 21명으로 구성된다. 그 중에서 과반수의 감사위원회 위원은 각각 주주와 근로자대표로 구성된다. 표결에 있어서 동수의 상황을 피하기 위하여 1인을 중립적인 위원으로 선발한다. 광산업공동결정법은 노무이사(Arbeitsdirektor)제도를 두고 있다. 노무이사는 이사회 회의 또는 회사의 업무와 관련하여 근로자를 대표한다.

◇ Mord 【 모살(謀殺) 】

모살은 일반적인 살인, 즉 고살(故殺 Totschlag)보다 불법의 정도가 매우 중한 형태의 살인행위이다. 일반적 살인범죄인 고살의 경우 법정형이 5년 이상의 자유형인 반면, 모살의 법정형은 종신형이며 공소시효가 적용되지 않는다(§78 II StGB). 형법 제 211조는 모살에 해당하는 경우로 ①살해욕(Mordlust), 성욕의 만족, 탐욕(Habgier), 및 기타의 저열한 동기에 의한 살인, ②비열하거나 잔혹한 방법, 또는 다수에 대한 위협을 야기하는 방법에 의한 살인, ③다른 범죄를 가능하게 하거나 은폐하려는 목적의 살인을 규정하고 있다(같은 조 제 2 항). 1)이와 같은 모살의 구성요건 표지가 열거규정인지 예시규정인지에 대해서는 논란이 있다. 연방최고법원(BGH)의 판례는 대체로 형법 제211조 제 2 항의 규정을 열거규정으로 보고 이에 해당하는 행위는 모살이 성립하고 여기 열거된 이외의 행위는 모살이 성립하지 않는다고 본다. 그러나 학계의 지배적 견해는 형법 제211조 제 2 항의 ‘배타적, 절대적 메카니즘’을 부정한다. 따라서 이 항의 구성요건에 해당하는 것만으로 모살이 성립하는 것이 아니라 행위자와 행위를 전체적으로 평가하여 특별히 비난할 만한 불법이 명백하게 드러났을 때 모살에 해당한다고 한다. 2)모살의 구성요건 중 첫 번째 유형은 동기의 저열함이다. 먼저 ‘살해욕(Mordlust)’은 사람을 살해하는 것을 자극적으로, 운동경기처럼 즐기는 경우 등을 말한다. ‘성욕의 만족’을 위해 살인하는 경우는 사람을 살해하는 과정에서 성욕을 만족시키든 살해 후에 만족시키든 상관치 않는다. ‘탐욕’ 때문에 살해한다는 것은 타인의 재산을 빼앗기 위해서, 또는 유산을 상속받기 위해 살인하는 경우 등을 말한다. 이때 탐욕이 유일한 동기일 필요는 없고 지배적 의식에 속하는 정도로 충분하다. ‘기타의 저열한 동기’란 살인의 동기가 일반의 윤리관에 비추어볼 때 경멸할 만하며 가장 저급한 단계에 있을 때를 말한다. 예컨대 복수욕(Rachsucht)에 의한 살인, 극단적 이기

심에 의한 살인, 다른 여자를 얻기 위해 배우자를 살해하는 경우 등이 이에 해당한다. 3) 두 번째 유형은 방법의 위험성이다. 먼저 ‘교활한 방법’이란 피해자의 순진함과 무방비상태를 의식적으로 이용하는 것을 말한다. 피해자는 그의 순진함 때문에 무방비상태에 있어야 한다. 즉, 순진함과 무방비상태는 서로 결합되어 있어야 한다. ‘순진함’이란 행위당시에 공격을 전혀 예상치 못한 경우를 말한다. ‘잔혹하게’, 또는 ‘잔인하게’ 살해한다는 것은 행위자의 성향이 무정하고 무자비하여 피해자에게 살인에 필요한 것 이상의 정신적, 육체적 고통을 가하는 것을 말한다. ‘다수에게 위험한 방법’이란 살해의 방법이나 수단이 불특정의 다수에 대한 위험을 야기할 때를 의미한다. 예컨대 방화나 홍수를 야기하여 살해하거나 화염병을 투척하는 경우 등을 말한다. 그러나 이미 발생한 위험상황을 이용하는 행위는 여기에 해당하지 않는다. 4) 세 번째 유형은 다른 범죄를 가능하게 하거나 은폐하기 위한 살인이다. ‘다른 범죄’는 형사범죄를 의미하며, 질서위반행위(□□ Ordnungswidrigkeit)는 포함되지 않는다. 이 경우 다른 범죄와 모살은 실제적 경합(Realkonkurrenz)의 관계에 있지만 상상적 경합(Idealkonkurrenz)이 될 수도 있다.

◇ Muttergesellschaft 【 모회사 】

2개 이상의 회사 간에 지배와 종속의 관계가 있을 경우 타 회사를 지배하는 물적회사(Kapitalgesellschaft) 또는 인적회사(Personengesellschaft)를 모회사 또는 지배회사라고 한다. 반면 이 모회사로부터 종속관계에 있는 회사를 자회사(Tochtergesellschaft)라고 하고, 경제학적 측면에서는 이 자회사를 ‘Schachtelgesellschaft’라고도 한다. 즉 복수의 회사가 종적으로 결합하여 지배·종속의 관계에 있는 경우, 종속하는 회사인 자회사의 주식을 보유하는 자본지배의 방법을 써서 직접적으로 지배관계를 형성하는 회사를, 자회사에 대하여 모회사라고 한다. 모회사는 자본참여나 다수의 의결권 또는 법률적 계약에 의해 자회사를 지배하게 되며, 법률상으로는 별도의 인격을 가지지만 경제적으로는 동일한 이해관계를 갖게 된다. 모회사 중 주식보유를 통해 자회사를 지배하는 회사를 지주회사(Holdingsgesellschaft)라고 한다. 한 회사의 자회사가 다시 자회사를 가지는 경우를 손자회사(Enkelgesellschaft)라고 한다. 그런데 위와 같이 자본지배의 방법 대신, 계약·임원과견·기술제공, 원자재 등의 공급, 기타의 수단으로 지배하는 회사도 포함하여 넓은 뜻으로 쓰이는 경우도 있다. 이 같은 지배관계는 콘체른

의 구조에서 일반적으로 나타나는데, 상법 제290조 이하에서는 콘체른체결에서의 모회사와 자회사와의 관계를 규정하고 있다. 이상의 모자회사관계는 세법상 내지 경제학상 다소 특별한 구분을 하게 되는 데, 주식지분우위(Schachtelprivileg)의 관점에서 모회사를 지배회사(Obergesellschaft)라 하고, 자회사를 일명 피지배회사(Untergesellschaft)라 한다. 또한 자회사의 모회사에 대한 의존관계에 근거해서는 모회사를 기관보유회사(Organträger)라고 하지만, 자회사를 기관회사(Organgesellschaft)라고 한다.

Tochtergesellschaft, Einzelgesellschaft

[N]

◇ Nachbesicherungspflicht 【 담보물보충의무 】

채무자는 자신의 채무이행을 위해 충분한 담보를 제공한 이후에도 담보가 계속하여 충분히 유지될 수 있도록 하여야 하며, 그 제공된 담보가 담보권자의 과책 없이 채권의 변제를 위해 충분하지 않게 된 경우 담보를 보충하거나 다른 담보를 제공할 의무를 뜻한다. 민법총칙 편에 속하는 민법 제240조에서 담보물보충의무를 규정해 두고 있으며, Ergänzungspflicht로 표현되기도 한다. 담보물보충의무를 발생하도록 하는 담보물의 부족은 가령 채무가 채권관계 성립 이후에 증가한 경우 또는 담보물의 가치가 사후적으로 감소하게 된 경우를 들 수 있다. 그렇지만 채권관계 성립 당시부터 담보물이 채권의 만족을 위해 충분하지 않게 제공된 경우에는 담보물을 통한 원래의 청구권의 실현이 이미 다할 수 없는 상태에 있었고, 이런 한도에서 민법 제240조를 유추적용하여 담보물보충의무가 인정되지는 않는다. 오히려 이 경우 채무자는 채권관계 성립 당시 존재하는 충분한 담보제공의무를 다하지 않은 관계로 담보물의 제공을 통해 얻게 되는 유리한 법적 지위를 향유할 수 없게 될 뿐이다. 우리나라의 민법에서도 담보물보충의무가 인정되고 있음은 물론인데, 우리나라의 경우에는 그 현실관련성이 가장 큰 저당권에 관한 규정에서 담보물보충의무를 규정해 두고 있는 반면(제 362조), 독일의 경우에는 민법총칙 편에 규정해 두어 모든 형태의 담보제도에서 이를 적용할 수 있도록 구성해 두고 있다.

◇ Nachindossament 【 기한후배서 】

Nachindossament는 기한후배서 내지 후배서라고 하는데 어음의 경우에 지급거절증서 작성 후 또는 지급거절증서작성기간 경과 후의 배서를 의미하고 수표의 경우에는 수표법 제24조 제 1 항에 따라 지급거절증서 작성 후(nach Erhebung des Protestes), 이와 동일한 효력이 있는 선언의 작성 후(nach Vornahme einer gleichbedeutenden Feststellung) 내지 지급제시기간경과 후(nach Ablauf der Vorlegungsfrist)에 한 배서를 말한다. 제 2 항에서는 날짜를 기입하지 아니한 배서는 반증이 없는 한 지급거절증서 작성 전이나 이와 동일한 효력이 있는 선언의 작성 전 내지 지급제시기간경과 전에 한 것으로 즉 기한전배서로 추정한다고 정하고 있다.

◇ Nachsichtwechsel 【 일람후정기출급어음 】

Sichtwechsel을 일람출급어음이라고 하여 이 명사에 시간을 나타내는 Nach를 붙이면 ‘일람후’의 의미가 되어 Nachsichtwechsel은 일람후정기출급어음 또는 일람후정기불어음 이라고 한다. 이 경우 일람이라고 하는 것은 인수나 지급을 위하여 어음이 제시하는 것으로 이 일람이 있는 후 일정기간 후의 날을 만기로 하는 것을 말한다. 어음법에서 만기는 어음법 제33조 제 1 항에서 말하는 것과 같이 ‘일람의 때(auf Sicht)’, ‘일람 후 일정한 기간에(auf eine bestimmte Zeit nach der Sicht)’, ‘발행후 일정한 기간에(auf eine bestimmte Zeit nach der Ausstellung)’ 또는 ‘일정한 날에(auf einen bestimmten Tag)’ 등으로 정하고 더불어 이 조 제 2 항에서 이상의 것과는 다른 만기나 잇달아 여러 날을 만기로 하는 것(mit mehreren aufeinanderfolgenden Verfallzeiten)을 정한 어음은 무효라고 하고 있다.

어음법 제35조 제 1 항에 따르면 일람 후 일정한 기간을 만기로 하는 경우 인수의 의사표시를 위하여 제시가 되었던 날(nach dem in der Annahmeerklärung angegebenen Tag)이거나 지급거절증서를 작성한 날(nach dem Tag des Protestes)로부터 기산한다. 그러나 인수의 의사표시를 한 날이 기재되지 않고 거절증서를 작성하지 않은 경우라면 인수인은 인수제시기간의 말일에 인수한 것으로 보는 것을 동조 제 2 항은 정하고 있다. 일람후정기출급어음의 경우 일람후 정기기간이란 주로 어음상에 기재되어 있는데 예컨대 ‘일람 후 15일을 경과한 날에 지급해 주십시오’ 또는 ‘어음제시후 30일을 경과한 날에 지급해주십시오’로 기재되는 것이 보통이다. 그리하여 일람후정기출급어음의 만기는 일람까지의 기간, 즉 인수제시기간까지의 기간과 일람후의 위의 예에서 보는 바와 같이 15일 또는 30일 등의 일정기간과의 양자에 의하여 결정된다. 일반적인 경우 일람까지의 기간은 어음법 제34조 제 1 항 제 2 문에서 보여주는 바와 같이 일람출급어음에 경우와 같이 발행일자로부터 1년(binnen einem Jahr nach der Ausstellung)이다. 이 기간은 이항 제 3 문과 제 4 문에 따라 발행인에 의하여 단축할 수도 있고 연장할 수도 있으며, 배서인은 이 제시기간을 단축할 수 있다.

◇ nachvertragliche Pflicht 【 사후효(事後效)를 갖는 계약의무 】

채권관계의 당사자가 신의성실(Treu und Glaube)의 원칙에 따라 상대방에 대해 채권관계의 종료 이후에도 상대방의 불이익이 발생하지 않도록 주의해야 할 행태의무

를 뜻한다. 가령 판례가 인정해 왔던 사례들을 보면, 이미 매각되었으나 여전히 공터에 놓여져 있던 목재를 매도인이 또 다시 제삼자에게 매각하는 행위 또는 계약관계 종료 이후 상대방의 영업적 비밀 등을 알게 된 당사자가 동종의 경업(競業) 행위를 행하는 경우 이 같은 사후효를 갖는 계약의무가 문제되고 있다. 즉, 사후효를 갖는 계약의무는 계약관계의 당사자가 신의성실의 원칙에 따라 계약의 구체적 사정에 비추어 계약관계의 종료 이후, 더 정확히 표현한다면 주된 급부의무(Hauptleistungspflicht)의 종료 이후에도 상대방의 이익을 위해 일정한 행위를 적극적으로 행하거나 또는 급부를 통해 부여된 상대방의 이익을 침해하는 행위를 하지 말아야 할 의무이다. 이 같은 의무는 예를 들어 임대차관계나 근로관계와 같이 특히 장기간의 계속적 채권관계에서 자주 문제되는데, 가령 임차인이 그 목적물을 영업활동을 위해 사용해 온 경우 임대인은 임차인과의 계약관계 해지 이후에도 일정 기간 임차인의 이전표시판을 감수해야만 한다거나 또는 근로관계 종료 이후 사용자는 근로자의 복무상태에 관한 내용을 담고 있는 증명서를 발행해 주어야만 하는 경우가 이에 해당한다. 이와 같이 계약관계의 종료 이후에 효력을 갖는 의무에 관한 독일어 표현으로서 사용되는 nachvertragliche Pflicht는 오해의 여지를 갖고 있다. 즉, 이 독일어 표현을 직역한다면 ‘계약 이후의 의무’로 되는데, 이 같은 표현만으로는 이 의무가 계약관계에서 발생하는 의무로서 주된 급부의무가 이행된 경우 비로소 현실화되는 속성 또는 계속적 채권관계의 경우 그 종료 이후에도 계약적 채권관계의 지속적 효력에 따른 의무라는 점을 충분히 설명할 수 없기 때문이다. 따라서 이에 대한 대안적인 독일어 표현으로 nachwirkende Vertragspflicht 또는 Nachwirkung des Schuldverhältnis가 사용되고 있으며, 위 표제어의 국역 역시 이런 의미에 따라 번역한 것이다.

◇ Nachwirkung 【여후효(餘後效)】

여후효란 단체협약이 기한의 만료나 해고 또는 근로관계종료계약에 의하여 효력을 상실하게 된 경우 단체협약상 규정은 그 단체협약이 다른 협정으로 대체될 때까지 계속하여 적용된다(§ 4 V TVG). 즉, 단체협약은 단지 강행적 효력만 상실할 뿐이고 직접적 효력은 장래에도 계속하여 유지된다. 따라서 이 기간 동안에는 단체협약보다 근로자에게 불리한 조건을 내용으로 하는 근로계약의 체결은 허용되게 된다.

◇ Nachzugsaktie 【 후배주 】

주식이란 의미의 Aktie와 nachziehen의 명사형으로 ‘후속’ 내지는 ‘뒤따름’이라는 의미의 Nachzug이 합성한 명사로서 Nachzugsaktie는 후배주 또는 열후주라고 하고 이는 보통주(Stammaktie)를 중심으로 하여 우선주(Prioritätsaktie)의 상대가 되는 주식이다. 보통주가 우선주와 후배주의 표준이 되는 주식이라면 우선주는 이익이나 이자의 배당 또는 잔여재산의 분배에 관하여 우선적 지위가 부여된 주식이다. 반면에 후배주는 이익이나 이자의 배당 또는 잔여재산의 분배에 관하여 열후적 지위가 부여된 주식을 말한다.

Stammaktie, Prioritätsaktie

◇ Naßauskiesungsbeschuß 【 자갈채취사건 】

이 사건은 1981년 7월 15일 연방헌법재판소(BVerfG)의 결정으로 연방헌법재판소판례집 제58권 300면(BVerfGE 58, 300) 이하에 수록되어 있다. 이 사건의 내용은 다음과 같다. 골재채취업을 운영하는 자가 영업을 계속하기 위하여 수자원관리법(WHG)에 따른 허가의 연장을 신청하였으나 당해 지역이 수자원보호구역 안에 위치하여 수질을 오염시킬 위험이 있다는 이유로 거부되었다. 이에 대한 행정심판이 기각되자 원고는 행정소송을 제기하지 않고, 재산권의 위법한 침해로 수용유사침해이론에 입각하여 보상을 청구하는 소송을 제기하였다. 연방최고법원(BGH)은 보상에 관한 규정 없이 수자원의 이용을 배제하는 수자원관리법의 규정이 헌법상 보장된 재산권을 침해하는 위헌적인 것으로 판단하여 연방헌법재판소(BVerfG)에 위헌제청하였다. 연방헌법재판소는 기본법 제14조 제1항 제2문의 재산권의 내용규정과 같은 조 제3항의 공용수용과는 별개로 파악하여야 한다고 하며 다음과 같이 판시하였다. “기본법 제14조 제3항에 의한 수용처분은 그에 대한 보상의 규모와 방법을 규정한 법적 근거가 있는 경우에 한하여 허용될 수 있으므로 보상에 대한 규정이 결여되었다면 수용처분을 규정한 법률은 위헌이고 이 법률을 근거로 하는 수용처분도 위법하다. 이 경우 관계인은 수용처분의 취소를 관할 행정법원에 청구할 수 있을 뿐이며 손실보상의 청구는 보

상규정이 없으므로 부적법하다. 민사법원은 기본법 제14조 제 3 항 제 4 문에 따라 법적 근거에 의한 보상이 실시되었는가의 여부에 대해서만 재판할 수 있을 뿐이므로 보상에 대한 법적 근거가 있는 경우에 한하여 손실보상의 인용에 관한 판결을 할 수 있다.” 이 판례를 통하여 소위 분리이론(Trennungstheorie)이 성립되었으며, 연방최고법원(BGH)이 종래에 판례를 통하여 인정하였던 수용적 침해이론과 수용유시침해이론에 대폭적인 수정을 가하게 되었다.

◇ Nebenbestimmungen 【 부관 】

행정법분야에 있어서의 부관이란 본체인 행정행위에 부가하여 그 내용을 보완하거나 제한하기 위하여 붙여진 행정청의 종된 규율을 말한다.

연방행정절차법(VwVfG) 제36조가 부관에 대하여 규정하고 있다. 특히 제 1 항은 기속행위에 대한 부담에 대하여 규정하고 있고, 제 2 항은 재량행위에 대한 부관과 부관의 종류에 대한 법적 정의를 하고 있으며, 제 3 항은 부관의 한계로 행정행위의 목적에 위배될 수 없음을 규정하고 있다. 제 2 항에 따른 부관의 종류로는 기한(Befristung), 조건(Bedingung), 철회권의 유보(Vorbehalt des Widerrufs), 부담(Auflage), 부담의 유보(Auflagenvorbehalt)가 있다. 민법(BGB)에서는 제158조 제 1 항에서 정지조건(aufschiebende Bedingung)에 관하여 규정하고, 제 2 항에서 해제조건(auflösende Bedingung)에 관하여 규정하고 있다. 또한 제163조에서 기한에 관하여 규정하고 있다.

◇ Nebenklage 【 공소참여 】

공소참여 또는 부대공소(附帶公訴) 제도는 피해자가 소송절차상의 고유권한을 가지고 이른바 공소참여인(Nebenkläger)으로서 검사와 함께 공소에 참여하는 제도를 말한다. ‘Nebenklage’는 ‘附帶公訴’, ‘附帶訴訟’ 등으로 번역되고 있다. 그러나 부대공소는 언뜻 들어 그 뜻을 이해하기 어렵고, 부대소송은 독일형사소송법상의 배상명령절차(□□ Adhäsionsverfahren)의 번역용어와 혼동되는 문제점이 있다. 그래서 ‘공소참여’라는 용어로 번역하여 사용하고자 한다. 이는 최근 배심 및 참심제도와 관련하여 재판에 시민이 참여하는 제도를 ‘사법참여’라 지칭한 것에 대응하여 그 의미의 맥락이 서

로 통한다고 생각하기 때문이다. 공소참여의 제도는 범죄피해의 보상과 검찰권의 통제, 그리고 피해자의 기타 권리를 보호하기 위해 피해자에게 절차참여의 기회를 보장하려는 취지에서 비롯된 것이다. 1)형사소송법 제395조에 의하면 공소참여가 허용되는 피해자의 유형은 아래와 같다. ①성적 자기결정권을 침해하는 범죄 및 모욕죄, 상해죄와 개인적 자유를 침해하는 범죄에 의한 피해자. ②살인미수범죄 (다만 방화살인죄의 미수범죄는 제외) 에 의한 피해자. ③기소강제절차(□□ Klageerzwingungsverfahren)에 의해 공소제기된 범죄의 피해자로서 기소를 강제당한 검사가 공소를 소홀히 진행할 염려가 있는 경우. ④살해당한 피해자의 가까운 친척. ⑤국가원수나 국가 및 국가상징에 대한 모욕죄의 경우 그 담당공무원. ⑥사인소추(□□ Privatklage) 권한이 있는 피해자. ⑦저작권법 위반범죄의 피해자. ⑧과실치상의 피해자 중에서 중상해 등의 이유로 특별히 공소참여의 타당성이 인정되는 경우. 2)일반적으로 공소참여인의 권한은 사인소추를 제기한 피해자의 권한과 같은 것이지만, 그밖에 1986년 제정된 피해자보호법(Opferschutzgesetz)은 공소참여인에게 독자적인 증거제출권을 인정하여 강력한 절차형성적 지위를 부여하고 있다. 공소참여인은 공판에 직접 출석할 필요는 없고 변호사가 대리하도록 할 수 있다. 이를 위해 피해자보호법은 공소참여인에게 변호사 선임을 위한 비용청구권을 인정하고 있다. 또한 공소참여인은 증인으로 진술할 수도 있으며, 검사의 상소권한에 대해 독립적인 상소권을 갖는다. 다만 상소에는 변호사의 날인이 필요하고, 피고인의 이익을 위한 상소는 허용되지 않으며, 상소이유를 명시하여야 한다. 3) 공소참여 권한이 있는 피해자 등은 공소제기 이후 단계에서는 절차상의 어느 단계에서든 참여할 수 있으며, 이를 위해서는 공소참여를 통지하는 서면을 법원에 제출하여야 한다. 법원이 검사의 의견을 청취한 후 공소참여를 허용하는 결정을 내리면 공소참여는 확정된다(StPO §396). 공소참여인이 공판에서 변호인의 도움을 받고자 할 때에는 법원에 변호사선임을 위한 비용을 청구할 수 있다(StPO §397a). 그밖에 공소참여에 필요한 비용은 원칙적으로 유죄가 인정된 피고인에게 부과된다. 그러나 피고인에 대한 이러한 비용부담이 부당하다고 판단되는 경우 법원은 이를 감면할 수 있다(StPO §472 I). 4)공소참여제도는 이 제도가 피해자의 응보감정을 만족시키는 수단으로 남용될 여지가 있고 공소참여비용을 피고인에게 부담시킴으로써 피고인의 재사회화에 부정적인 작용을 한다는 점 등이 문제로 제기되고 있으며, 가해자-피해자-화해(□□ Täter-Opfer-Ausgleich) 절차가 정착되면서 점차 이 절차에 공소참여제도를 통합하는 방향으로의 개정이 논의되고 있는 실정이다.

◇ Nebentäterschaft 【 동시범 】

동시범은 공동정범(Mittäterschaft)이 아닌 여러 행위자가 함께 하나의 결과를 야기했을 때 성립한다. 즉 여러 행위자가 함께 행위한다는 인식과 의욕 없이 그들의 전체 행위가 하나의 범죄를 완성시켰을 때를 말한다. 예컨대 여러 행위자가 공동의 행위의 사 없이 동시에 상해치사를 야기했다면 각각의 행위자는 전체적으로 공동정범이 되는 것이 아니라 각자가 정범으로서 상해치사의 책임을 진다. 말하자면 다수의 단독정범이 되는 것으로 이를 다수정범(多數正犯 *Mehrtäterschaft*)이라고 부르기도 한다. 따라서 동시범이 되기 위해서는 단독으로 모든 구성요건표지를 충족시켜야 한다. 한국에서는 형법 제19조에 ‘독립행위의 경합’이라 하여 동시범에 관한 규정을 두고 있지만 독일에는 동시범에 관한 규정이 따로 존재하지 않는다. 또한 한국에서는 동시범의 각 행위를 미수범으로 처벌한다고 규정하고 있지만 독일에서는 동시범의 각 행위가 어느 정도 결과발생에 기여했으며 이를 어떻게 각각 처벌할지를 인과관계나 객관적 귀속에 관한 개별 규정이나 해석에 맡기고 있는 실정이다. 동시범이 종종 문제되는 경우는 동시 교사범이나 동시 과실범이다. 동시 교사범은 여러 사람이 각각 독립하여 행위자를 교사하는 경우이고, 동시 과실범은 여러 사람의 주의의무 위반이 하나의 구성요건적 결과를 실현하는 경우이다.

◇ Negative Koalitionsfreiheit 【 소극적 단결권 】

‘소극적 단결권’은 단결하지 않을 자유를 말하는 것으로, 노동조합을 결성하거나 노동조합에 가입할 권리인 적극적 단결권(□□ *positive Koalitionsfreiheit*)에 상대되는 개념이다. 소극적 단결권을 인정할 것인지, 인정하는 경우 근거를 어디에 둘 것인지와 관련하여 의견이 대립하고 있다. 일부 학자들은 소극적 단결권을 단결권의 일부로 보는데 반하여, 일부에서는 소극적 단결권의 근거를 ‘인격의 자유로운 발현권(*Freie Entfaltung der Persönlichkeit*)’에서 찾는 견해와 ‘결사의 자유(*Vereinigungsfreiheit*)’로 보는 견해가 있다. 소극적 단결권은 조직강제와 관련하여 큰 의미를 가지게 된다. 조직강제란 사용자와 노동조합이 체결한 단체협약으로 모든 근로자에게 노동조합에 가입

할 것을 강제하고, 이를 이행하지 않을 경우에는 사용자가 해당 근로자를 해고하는 것을 말한다. 이러한 조직강제에는 일반적 조직강제와 제한적 조직강제가 있다. 전자는 근로자들은 반드시 단결강제조항이 포함된 단체협약을 체결한 노동조합에 가입할 의무는 없고, 노동조합에 가입할 의무만 있는 경우를 말한다. 이에 반하여 후자는 반드시 단결강제조항이 포함된 단체협약을 체결한 노동조합에 가입해야 하는 경우를 말한다. 소극적 단결권을 인정하고, 그 근거를 단결권에서 찾아 소극적 단결권을 적극적 단결권과 대등한 지위에 있는 권리로 보는 견해에 의하면 일반적 조직강제와 제한적 조직강제 모두 단결권을 침해한 것으로 그 효력이 인정될 수 없다. 그러나 소극적 단결권은 인정하지 않지만, ‘일반적 행동의 자유’에 근거한 단결선택권을 인정하는 견해에 의하면 제한적 조직강제는 허용되지 않지만, 일반적 조직강제는 허용되게 된다. 소극적 단결권을 부정하는 입장에 의하면 일반적 조직강제와 제한적 조직강제 모두가 유효하게 된다. 독일의 판례는 소극적 단결권을 인정하고 있는데 반하여 (BVerfGE 50, 290(366)), 우리 헌법재판소는 소극적 단결권을 인정하지 않고 있다(헌재결 2005. 11. 24. 2002헌바95·96, 2003헌바9).

□□ Koalitionsfreiheit

◇ negatives Interesse 【소극적 이익】

법률행위의 유효한 성립을 신뢰하여 당사자가 비용의 지출이나 손실을 겪게 된 당사자의 이익을 표현하는 것으로서 적극적 이익(positives Interesse)과 반대되는 이익의 항목이다. 그에 대한 손해를 표현하고자 할 경우 적극적 이익은 계약의 불이행에 따른 손해라는 점에서 불이행손해(Nichterfüllungsschaden)이라고 하는 반면, 소극적 이익의 경우에는 신뢰손해(Vertrauensschaden)라고 한다. 소극적 이익에 대해서도 손해배상 청구권이 인정된다는 것은 개별 규정에서 분명히 하고 있는데, 예를 들어 희언표시(□□ Scherzerklärung)로서 무효의 의사표시(§ 118 BGB) 또는 착오를 이유로 한 의사표시의 취소(§ 119 BGB)에 따른 손해배상의 규정(§ 122 BGB)을 들 수 있다. 또한 채권법현대화법률(SchuModG)에 따라 개정된 민법에서 새로이 규정된 제284조, 즉 계약상의 의무불이행에 따른 책임으로서 이행이익에 대신하여 무용하게 지출한 비용의 배상을 청구할 수 있다는 규정 역시 기능적으로 소극적 이익에 대한 보호를 도모하고 있다. 소극적 이익으로는 가령 토지매매와 관련하여 매수인이 그 계약의 유효성을 신

피하여 건축가와 건축계약을 체결해 두었다던가 또는 건물공사의 수급인이 건설계약의 체결을 믿고 다른 사람의 유리한 건설계약 청약을 거절한 경우, 그 계약의 무효로 인해 지출한 계약비용이나 유리한 청약의 거절에 따른 이익상실이 해당한다. 통상적으로 소극적 이익은 이행이익(Erfüllungsinteresse)를 초과하지 않겠지만, 이를 넘어서는 경우에도 법률규정은 개별적으로 그 배상의 범위를 이행이익의 한도로 제한하고 있다(§§ 122, 179 II BGB). 이 같은 범위의 제한이 없는 경우 소극적 이익에 대한 배상이 이행이익을 넘을 수 있는가에 관해서는 견해가 대립하고 있다.

◇ Netzfahndung 【 전산수색 】

전산수색은 형사소송법상의 수사방법 중 하나로서, 저인망수색(Schleppnetzfahndung), 그물수색(Reusefahndung)이라고도 한다. 형사소송법 제163d조에 규정된 이 수사방법은 국경에서의 출입통제 과정이나 형사소송법 제111조에 정한 검문소의 설치 및 운영과정에서 얻어진 개인정보를 임시로 컴퓨터에 저장했다가 이후 범죄수사 과정에서 비교, 검색의 자료로 활용하는 것을 말한다. 검문소를 설치하고 운영하는 일이나 범죄수사 과정에서 개인의 정보가 수시로 비교, 검색되는 우리의 현실에서는 이러한 수사방법이 새삼스러울 것이 없지만, 독일의 경우 이러한 수사방법은 기본법 제 2 조 제 1 항 제 1 문에서 연원하는 ‘정보의 자기결정권’, 즉 “개인정보가 제공되고 사용되는데 대해 스스로 결정할 수 있는 권리(BVerfGE 65, 1)”를 침해하는 것으로서 1992년 조직범죄방지법(OrgKG)에 의해 비로소 수사방법으로 도입되었지만 법치국가적 정당성과 관련하여 여전히 논란이 그치지 않고 있다. 1)전산수색을 할 수 있는 경우는 ① 형사소송법 제111조에 규정된 범죄 또는 같은 법 제100a조 제 1 문 제 3 호, 제 4 호에 규정된 범죄를 저질렀다고 의심할 만한 구체적 사실이 있어야 한다. 형사소송법 제 111조에 규정된 범죄란 테러단체조직범죄(§129a StGB) 및 그와 관련된 범죄, 그리고 무장강도죄(§250 I Nr.1 StGB)를 말하는데, 이러한 범죄가 하였다고 의심할 만한 구체적 사실이 있을 때에는 공공장소에 검문소(Kontrollstelle)를 설치하고 모든 사람의 신원을 확인하며 소지품을 검사할 수 있다. 형사소송법 제100a조는 통신감청에 관한 규정으로 제 1 문 제 3, 4 호에 규정된 범죄는 불법무기거래 및 마약류거래와 관련된 범죄를 말한다. 이러한 범죄혐의가 구체적으로 존재할 때에 한해 전산수색이 가능한 것이다. ②전산수색의 두 번째 요건은 전산수색을 통해 정보를 저장하고 검색하는 것

이 피의자 검거와 범죄행위 규명을 가능하게 하여야 한다는 것이며, ③세 번째 요건은 수색의 범위와 정도가 비례성원칙에 부합하여야 한다는 것이다(§163d I S.1 StPO). 형사소송법 제111조와 관련된 범죄의 경우에는 검문의 과정에서 여권이나 신분증이 자동으로 압혀진 경우도 포함된다. 전산수색을 위한 자료는 오로지 수사기관에만 전달될 수 있다(§163d I S.2 StPO). 2)전산수색은 오로지 법관의 영장에 의해서만 가능하고, 긴급한 경우에는 검사나 그 보조기관이 명령할 수 있지만 이때에는 지체 없이 법관의 주인을 받아야 한다. 만약 3일 이내에 법관이 주인하지 않는 경우에는 전산수색명령은 효력을 상실한다(§163d II StPO). 전산수색명령은 영장에 의하여야 한다. 영장에는 개인정보 저장의 대상이 되는 사람의 구체적 범위, 그리고 전산수색의 방법 및 기간이 명시되어야 한다(§163d III S.1 StPO). 전산수색명령은 장소적 범위가 제한되어야 하며, 그 기간은 3개월을 넘지 못한다. 다만 위의 전산수색 요건이 지속될 때에는 1회에 한해 3개월간 연장할 수 있다(§163d III S.2 StPO). 전산수색의 요건이 더 이상 존재하지 않거나 전산수색의 목적이 달성되었을 때에는 지체 없이 수색을 종료하여야 한다. 전산수색을 통해 저장된 개인정보들은 즉시 삭제하여야 하며, 전산수색의 최장기간을 넘어서는 정보의 저장은 허용되지 않는다. 개인정보를 삭제한 후에는 검사에게 통지하여야 한다(§163d IV StPO). 그리고 수사의 목적이나 공공의 안전에 해가 될 때를 제외하고는 개인정보가 수사에 활용된 개인들에 대해 그러한 사실을 통지하여야 한다(§163d V StPO).

◇ Netzvertrag 【 계약의 연쇄 】

현대 사회에서 분업화와 전문화의 증가로 인해 하나의 공동의 목적을 달성하기 위하여 여러 계약관계가 상호 연쇄되어 가는 현상(Vernetzung von Verträgen)을 표현하고 있다. 가령 매도인으로부터 할부로 매매목적물을 구입하면서 그 대금지급을 위해 매수인이 타인으로부터 신용을 제공받는 경우인 ‘신용제공자가 있는 할부거래’(finanziertes Abzahlungsgeschäft), 리스이용자에 의해 선정된 물건을 리스회사가 자신의 재원으로 물건 공급자로부터 취득하여 리스이용자로 하여금 이를 사용·수익할 수 있도록 제공해 주는 금융리스(Finanzierungsleasing)가 그 전형적인 경우에 해당한다. 이들 경우에는 3인 또는 그 이상의 관계자가 참가한 가운데 물건의 조달 및 그에 필요한 신용제공을 위하여 두 개 또는 그 이상의 계약이 체결되며, 이때 그 계약이 하나의 공동

의 목적을 추구하기 위해 상호 결합되어 있다는 특성을 갖고 있다. 또한 현금 없는 지급수단인 계좌이체(Überweisung) 관계에서도 지시은행과 수취은행 사이에 다른 금융기관이 개입해 있는 경우 이들 사이에는 각각 업무협약 등의 계약관계가 놓여 있으며 이 관계들 역시 계좌이체의 달성이라는 일정한 경제적 목적의 달성을 위하여 상호 관련되어 있다. 이들 관계에서는 무엇보다 각 관계로부터 발생하는 항변사유가 다른 법률관계에도 관철될 수 있는가(항변의 관철 □□ Einwendungsdurchgriff) 또는 중간에 개입한 은행의 잘못된 업무실행에 따라 손해가 발생한 경우 이에 대한 책임의 귀속 등이 문제된다. 이와 관련해 가령 소비자가 상품의 공급 등을 위한 계약을 체결하고 그 대금을 조달하기 위해 소비자금전소비대차계약(Verbraucherdarlehensvertrag)을 체결한 경우, 양 계약이 경제적 통일체(wirtschaftliche Einheit)를 구성하여 결합된 계약(verbundene Verträge)으로 되어 있는 한, 상품공급계약의 철회는 민법 제358조 제1항에 따라 소비대차계약에 대해서도 더 이상 구속력을 갖지 않도록 하는 효력을 갖는다고 정하고 있다. 또한 민법 제359조 제1항에 의하여 소비자는 재화 등의 공급을 목적으로 하는 계약관계로부터 발생하는 항변사유를 이유로 이와 결합된 소비자금전소비대차계약의 대주에 대해 금전반환의무의 이행을 거절할 수도 있다. 계약의 연쇄 또는 결합된 계약이라는 표현을 사용하지는 않고 있으나 우리나라의 경우에도 개별 법률의 규정을 통해 이 같은 현상에서 유사한 내용을 규정해 두고 있다(할부거래에 관한 법률 제7조, 제12조 제2항 등).

◇ Neue Bundesländer 【 구 동독지역의 새로운 주 】

1990년 10월 3일 서독과 동독 사이에 통일이 이루어졌는데 Neue Bundesländer는 구 동독지역으로 통일 독일에 편입된 5개의 새로운 주를 말한다. 이 5개의 주는 Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt 그리고 Thüringen이다.

그에 반해 구 서독지역의 기존의 11개 주는 Alte Bundesländer라고 하며, Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland 그리고 Schleswig-Holstein 이다.

구 동독지역의 동베를린은 기존의 베를린주로 통합되었다.

□□ Bundesländer

◇ **Nichtigkeit von Verwaltungsakten** 【 행정행위의 무효 】

행정행위의 무효란 행정행위로서의 외형은 갖추고 있으나 그의 하자가 중대하고 명백하여 전혀 효력이 없는 것을 말한다. 무효인 행정행위는 행정행위의 외형을 갖추고 있으므로 행정행위의 부존재와는 구별되며, 행정행위의 하자에도 불구하고 권한 있는 기관이나 법원의 취소가 있을 때까지 유효한 행정행위로서 효력을 갖는 취소할 수 있는 행정행위와도 구별된다.

연방행정절차법(VwVfG) 제44조가 이를 규정하고 있다. 제 1 항은 행정행위는 그의 하자가 중대하고 모든 객관적인 상황을 고려하여 명백한 경우에는 무효라고 규정하고, 제 2 항에서는 무효사유를 열거하고 있다. 제 2 항에 열거된 무효사유로는 ①서면에 의한 행위이나 발령행정청이 불명확한 경우, ②법령에 의하여 서면의 형식으로 발령되어야 하나 이를 이행하지 않은 경우, ③제 3 조 제 1 항 제 1 호(부동산 또는 특정 지역에 한정된 권리 기타 법률관계)에 의한 권한이 없는 행정청에 의한 경우, ④사실상 불능인 행위, ⑤형벌이나 과료의 구성요건에 해당하는 위법한 행위를 요구하는 행위, ⑥선량한 풍속에 반하는 행위 등이다. 제 3 항에서는 무효사유로 판단될 수 있는 것이지만 단순한 위법사유로 보는 행위에 대하여 규정하고 있다. 즉 무효와 취소의 경계영역으로서 무효로 인정하지 않는 것으로 ①제 2 조 제 3 호에 위반되지 않는 지역적 관할권규정을 위반한 경우, ②제20조 제 1 항 제 1 문 제 2 호 내지 제 6 호에 열거된 제척사유 있는 자가 참여한 경우, ③법령에 의하여 행정행위에 협력이 요구되는 위원회의 결정의 결여 또는 결정불능상태, ④법령에 의하여 요구되는 타행정청의 협력의 결여 등이다. 제 4 항의 규정에 따라 행정행위의 일부에 대하여 무효사유가 있는 경우에 무효인 부분이 당해 행정행위의 본질적인 부분이어서 행정청이 무효인 부분을 제외하면 행정행위를 발하지 않았을 경우에는 행정행위 전부가 무효로 된다.

◇ **Nießbrauch** 【 용익권 】

이러한 권리는 어떠한 물건이나 권리에 대한 포괄적인 이용권이라 할 수 있다. 이러한 용익권은 어느 정도 소유권의 한 성격을 나타내기도 한다. 예를 들면, 과실수취

면에서 볼 때, 과실수취, 이용, 사용 그리고 소유자적 지위로 부터 나오는 반환청구, 점유보호 등과 같은 점유할 수 있는 권리의 요소를 지니고 있고, 또한 소유권방해의 경우, 방해배제의 특성을 보인다(§1065 BGB). 이로부터 볼 때, 소유권과의 구별은 상당히 어렵다고 보아진다. 그러나 그 차이점은 용익권의 지위면에서, 근본적으로 용익권자(Nießbraucher)는 소유권이나 용익권의 대상물을 민법 제903조처럼 임의로 처분하지 못한다는 점에 있다. 그러나 그 용익권의 행사라는 것만 따로 타인에게 처분할 수 있다. 이를 재산가치의 양도라고 볼 수도 있다(§1059 BGB). 이렇게 볼 때, 이용권자는 어느 정도 인적으로 연결된 “이용소유권(Nutzungsseigentum)”을 가진다. 이러한 용익권은 근본적으로 양도 내지 상속할 수 없는(예외적으로 법인 또는 권리능력있는 인적회사는 제외), 어떤 물건에 대한 이용을 이끌어내는 권리로서 용익을 위한 권리라 할 수 있다(BGB §1030, 1059, 1061). 이러한 용익권은 토지 기타 동산, 그리고 채권이나 유가증권과 같은 양도 가능한 권리에도 설정될 수 있다. 이러한 권리는 개별이용의 독점에 의하여 설정된다. 신탁재산에 적당한 담보목적 이용권설정도 허용된다. 이용권설정은 그 대상물의 종류에 의한다. 부동산의 경우에는 부동산권리에 관한 규정들 (§873 ff. BGB)이, 동산의 경우에는 동산물권양도에 관한 규정들이 준용된다(§1032 BGB). 권리에 관해서는 권리양도에 관한 규정들이 준용된다(§1069 BGB).

◇ Normative Schaden(sbegriff) 【 규범적 손해(개념) 】

손해법상 손해개념에 대한 전통적인 개념인 차액설의 보완을 위하여 등장한 개념으로서, 일반적으로 손해란 “권리주체가 권익의 침해로부터 겪어야 하는 고통들”이라고 할 수 있다. 이는 피셔(H. A. Fischer)의 기본서로부터 일반적인 언어로 사용되어지던 개념으로서 이른바 ‘손해 입은 자의 현재의 법익상태로부터 어떠한 그러한 손해의 결과가 없었다면 나타났을 법익과의 비교에서 나오는 것’을 말한다. 알려진 바로는 이를 ‘차액설’이라고 한다. 차액설은 이미 1855년 발간된 프리드리히 뎀젠(Friedrich Mommsen)의 “이익설”에서 나타난다. 이와 비슷한 형식은 이보다 훨씬 후인 제 2차 대전 이후에 나타나는데, 그 사이에 객관적 손해설이라는 노이너(Neuner)의 학설이 이익설보다 더 큰 영향력을 미치고 있었다. 이로부터 수많은 손해개념에 관한 학설이 발생하게 된다. 그 중의 하나가 규범적 손해개념이다. 차액설의 핵심내용은 손해를 입힌 자가 배상의무가 발생하지 않았을 당시의 상태를 기준으로 다시 그러한 상태로

회복시켜야 한다는 것에 있다. 따라서 이러한 상태가 중요한 기준점이 되는 것이다. 현행법에서는 민법 제249조가 종종 이러한 차액설의 법률적인 근거로 들어진다. 이로 인하여 지배적인 학설에 의하여 이러한 차액설이 항상 손해산정에 중요한 수단이 된다. 그러나 문제는 이 학설은 무체손해(민법 제253조)에 대해서는 어떠한 해결점을 제시하지 못하고, 단지 재산손해에 대해서만이 그 적용의 의의를 가진다는 단점이 있었다. 이에 대하여 규범적 손해개념의 입장을 살펴본다면, 자기재산에 손해를 입은 자는 그에 대한 원상회복과 배상을 요구할 수 있다. 즉, 손해를 입은 자는 우선적으로 이전 상황의 회복(제249조)을 요구할 수 있으며, 이것이 불가능하거나 불충분한 경우에는 금전배상을 청구할 수 있다(제251조). 이 두 규정은 차액설의 입장에서 이해할 수 있을 것이다. 그러나 이와는 대조적으로 제253조에서 “재산적인 손해(Vermögensschaden)가 아닌 손해로 인한 경우에는 단지 법률로 정해진 경우에만 금전배상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 즉, 비물질적(immateriell) 손해의 경우에는 단지 제253조에 의한 법정 사유에만 청구가능하게 된다. 예를 들면 제651f 조의 제2항(허무하게 보내버린 휴가기간), 제847조(위자료)가 그것이다. 이들 규정과 관련해서는 차액설로서는 손해개념을 설명할 수 없게 된다. 이러한 입장에서 규범적 손해개념이 나오게 되었던 것이다. 손해의 규범화에 대한 시도는 1931년 Robert Neuner의 논문 “이익과 재산손해(Interesse und Vermögensschaden)”에서 비롯되었다. 그 논문이 손해배상의 목적은 손해의 청산일 뿐만 아니라 무엇보다도 권리실현이라는 기본전제에서 객관적 손해와 주관적 이익으로 손해개념을 나누는 부분에서는, 그는 Helmut Coing 이나 Franz Bydliniski 추종자 중의 한 부류임을 나타내는 것이다. 이러한 사실들은 규범적 손해개념이라는 것을 오히려 명시적으로 강조하지 않게 된다. 그리고 기타 Nuener의 기본전제를 취함 없이 손해개념의 객관화 시도를 했던 저자들로서 Carl Larenz와 Albrecht Zeuner를 생각할 수 있다.

◇ Normenkontrolle 【 규범통제 】

Abstrakte Normenkontrolle, Konkrete Normenkontrolle

◇ Normenvertrag 【 규범적 효력을 갖는 계약 】

사인 사이의 계약적 규율내용이 법규범(Rechtsnorm)과 마찬가지로 제삼자에 대해서도 직접적으로 그리고 강행적으로 효력을 발생하는 계약의 일종을 뜻한다. 규범적 효

력을 갖는 계약은 제삼자에 대한 직접적·강행적 효력으로 인해 대체로 계약을 체결하는 조직의 구성원이 존재하는 경우에 문제된다. 이런 예로는 무엇보다 단체협약(Tarifvertrag)을 들 수 있는데, 노동조합과 사용자단체 사이에 체결된 단체협약은 단체협약법(TVG) 제4조 제1항에 따라 조합의 구성원인 개별 근로자 및 협약의 적용을 받는 사용자에 대해서 그들의 의사와 관계없이 직접적인 효력을 갖고 있다. 또한 중업원평의회(Betriebsrat)와 사용자 사이에 체결된 경영협정(Betriebsvereinbarung) 역시 경영협의회법(BertVG) 제77조 제4항에 따라 직접적이고 강행적인 효력을 갖고 있으므로 규범적 효력을 갖는 계약의 일종에 속한다. 더 나아가 법인의 정관(Satzung)이나 결의(Beschluß) 역시 법인의 구성원에 대해 위와 같은 규범적 효력과 유사한 효력을 갖게 된다. 그러나 약관(allgemeine Geschäftsbedingungen)에 기재된 내용은 고객의 동의의 의사를 통해서만 비로소 계약내용으로 될 수 있으므로 일반적 견해에 의하면 규범적 효력을 갖지 못한다.

◇ Notifikation des Rückgriffes 【 소구의 통지 】

어음수표법에서 소구 또는 상환청구(Rückgriff)란 어음이 만기에 지급거절이 되었거나 또는 만기 전에 인수거절 또는 지급가능성이 현저하게 감소되었을 때에 어음소지인이 자신의 전자에 대하여 어음금액 기타 비용을 청구하는 것을 말한다. 주로 수표법에서는 지급거절의 경우에 수표법 제40조에서 제48조에 의해 소구를 하는데 이는 수표의 경우는 인수제도가 없기 때문이다. 어음법에서는 어음법 제43조에서 제54조 사이에서 인수거절이나 지급거절이 소구의 원인임을 정하고 있다. 소구권을 행사하기 위해서는 일정한 요건 하에 청구를 하여야 하는 데 이를 소구의 청구(Notifikation des Rückgriffes, Notanzeige des Rückgriffes)라고 하며, 이를 상환청구의 통지 또는 거절의 통지라고도 한다. 소구권을 행사한다는 것은 어음이나 수표의 소지인의 전자에게는 예기치 못한 것이므로 소구권자는 소구의 상대인 소구의무자에게 소구원인의 발생했음을 통지하고 이 통지에 따라 소구의무자가 상환의 준비를 할 수 있는 것이기에 이와 같은 소구통지제도를 도입하고 있다. 어음법 제43조 제2항에 따라 소구의무자라 함은 배서인(Indossanten), 발행자(Aussteller)와 기타의 어음상의 의무자(andere Wechselverpflichtete)를 칭한다.

□□ Notanzeige des Rückgriffes 【 소구의 통지 】

◇ Nötigung 【강요죄】

강요죄는 폭행과 협박으로 사람으로 하여금 어떠한 행위를 하게 하거나 무엇을 감내하게 하거나 하지 못하도록 할 때에 성립하는 범죄이다(§240 StGB). 사전적으로는 Nötigung도 협박으로 번역되지만 형법적으로는 협박은 □□ Bedrohung이 되고 Nötigung은 강요죄로 번역된다. 형법 제240조에 의하면 강요의 수단은 폭행과 협박이다. 폭행의 개념에 대해서는 독일형법은 따로 폭행죄를 규정하지 않고 있기 때문에 여러 논란이 있지만 다수견해에 의하면 “현재 이루어지거나 장차 기대되는 저항을 억압하기 위한 물리적 강제”로 정의된다. 따라서 연좌시위(Sitzblockaden)와 같이 사람의 신체를 사용한 것이기는 하지만 강요의 효과가 강요당하는 자의 심리적 측면에 작용하는 경우는 폭행에 의한 강요라 할 수 없다(BVerfGE 92 1). 또한 여기서의 협박은 위협의 효과가 있는 장래의 해악을 고지하는 행위를 말한다(BGH 16, 386). 해악은 강요자의 의지에 의해 직접적으로 가능한 것이어야 한다. 부작위에 의한 강요도 가능하며, 강요당한 자가 그에게 행하여진 압력으로 인해 강요된 행위를 시작했을 때 기수가 된다. 폭행이나 협박을 행사하였으나 강요의 효과를 얻지 못했을 때에는 미수범으로 처벌된다(§240 III StGB).

◇ Notstaatsanwalt 【긴급검찰】

□□ Ermittlungsrichter

[0]

◇ Objektive Ordnung 【객관적 질서】

□□ Doppelcharakter der Grundrechte 【기본권의 이중적 성격】

◇ Obliegenheit 【부진정의무】

책무, 간접의무, 부진정의무 등 다양한 용어로 번역되는 이 개념은 비록 그 부담자에 대해 직접적으로 이행을 강제할 수는 없으나 그 위반행위가 있을 경우 일정한 불이익을 부담하도록 하는 법률관계 내용의 일종이다. 법률관계의 내용은 무엇보다 당사자의 권리와 의무로 되어 있는데, 가령 매매계약에 따른 매도인의 소유권이전의무와 같이 법률관계에서 발생하는 의무는 통상적으로 상대방에 대해 이행을 청구할 수 있으며 그 불이행에 따른 소구(訴求)가능성 및 강제집행의 가능성을 갖고 있으며 더 나아가 불이행에 따른 손해배상을 청구할 수 있음을 특색으로 하고 있다. 그러나 책무 또는 부진정의무는 그로 인한 '권한자'에 대해 의무의 이행 또는 손해배상 청구의 권능을 부여하지 않은 채 단지 그 부담자에 대해 유리한 지위의 상실과 같은 불이익의 발생만을 예정해 두고 있을 뿐이다. 따라서 책무는 그 부담자가 자신 스스로의 이익을 위하여 준수하게 되며 그 위반행위가 있다고 해서 의무위반과 같은 위법성의 비난이 가능하지는 않다. 책무 또는 부진정의무의 예로서는 보험계약법(VVG) 제 6 조, 제62조, 제158 i 조(손해감소조치) 이외에도 민법 제121조 제 1 항(유책한 지연 없는 취소권의 행사), 제149조(승낙의 의사표시의 지연된 도착 사실에 대한 통지), 제254조 제 1 항(채권자의 손해발생 경감조치), 제300조(채무자의 급부에 대한 채권자의 수령 행위), 상법 제362조(승낙 여부에 관한 상인의 확답), 제377조(상인의 매매목적물의 검사와 하자통지)에서 규정된 경우를 들 수 있다. 우리나라의 경우에도 채권자지체제도(민법 제400조), 승낙통지의 연착 사실에 대한 통지(민법 제528조), 당사매수인의 목적물의 검사와 하자통지의무(상법 제69조) 또는 보험계약의 통지의무(상법 제651조, 제652조, 제657조) 등에서 이 같은 '약화된 강도의 의무'(Pflicht geringerer Intensität)를 규정해 두고 있다. 용어의 국역으로는 우리나라의 이들 규정의 표제어가 '의무'라는 표현을 사용하고 있는 점, 그리고 책무나 간접의무라는 표현이 법적 의무(Rechtspflicht)와 구별되는 특성을 잘 보여주지는 않는다는 점 등을 고려한다면 '부진정의무'라는 표현을 사용하는 것이 적절할 것이다.

◇ Offenkundigkeitsprinzip 【 현명(顯名)의 원칙 】

‘누구나 보거나 뚜렷하게 인식할 수 있도록 하는’이란 의미를 갖는 offenkundig 로부터 파생한 표현인데, 대체로 대리관계에서 자주 사용되는 관계로 현명의 원칙이라고 관용적으로 번역되고 있다. 즉, 대리(Stellvertretung)에 따른 효력이 본인에게 발생하기 위해서는 민법 제164조에 따라 원칙적으로 대리권의 존재와 본인의 명의로의 활동을 필요로 한다. 이때 대리인은 본인의 명의로 활동함으로써 대리관계임을 외부에서 인식할 수 있도록 하는데, 바로 이러한 요구가 현명의 원칙이다. 현명의 원칙은 대리관계에서 상대방의 이익을 보호하기 위한 것으로서, 상대방은 대리인에 의한 현명의 방법을 통해 그 법률효과가 실제로 행동하는 대리인이 아니라 본인과의 사이에서 발생한다는 것을 인식할 수 있게 된다. 이 같이 상대방 보호의 기능을 갖는 현명의 표시가 행해지지 않는 경우, 대리인이 비록 자기 자신을 위하여 행위 한다는 의사를 갖지 않았더라도 그 행위는 대리인 자신을 위한 행위로 해석된다(§ 164 II BGB). 다만 주의할 것은, 현명의 방법이나 내용이 여러 측면에서 완화되고 있다는 점이다. 즉, 현명의 표시는 명시적인 방법 이외에 주변 상황 등을 통해 추단되는 묵시적 방법에 의해서도 충분하다(§ 164 I BGB). 또한 현명의 요건은 상대방이 본인의 이름을 통해 본인의 인적 동일성(Identität)을 알게 되거나 알 수 있었을 것을 필요로 하지 않으며 단지 대리인에 의한 행위가 일반적으로 타인의 명이라 하는 것임을 알 수 있게 함으로써 충족된다. 더 나아가 판례는 학설의 지지를 받으면서 상대방이 행위 본인의 현명에 대해 보호할 이해관계를 갖지 않는 경우, 가령 매매계약의 체결과 동시에 이행이 완료되는 현찰매매(Bargeschäft)와 같은 경우에는 아예 현명의 요건을 포기하면서 그 행위의 귀속자와의 관계에서 계약의 효력발생을 인정하는 ‘현명되지 않은 타인에게의 귀속행위’(□□ Geschäft, wen es angeht)의 법리를 정립해 두고 있다.

◇ Öffentlicher Dienst 【 공공부문종사자 】

공공부문종사자는 때로는 광의로 때로는 협의의 의미로 사용된다. 공공부문종사자가 광의로 사용될 때에는 연방(Bund), 州(Länder), 지방정부(Gemeinde) 및 공법상의 단

체 및 시설(Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts)에 종사하는 자를 의미한다. 즉, 공공부문종사자가 광의로 사용될 때에는 공무원(Beamter), 공공부문 사무직 근로자(öffentliche Angestellte) 및 공공부문 육체 근로자(öffentliche Arbeiter)를 의미한다. 따라서 공공부문종사자와 공무원은 구별되는 개념이다. 광의의 공공부문종사자는 공공부문 사무직 근로자와 공공부문 육체 근로자를 포괄하는 협의의 공공부문근로자(Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes)와 공무원으로 분류할 수 있다. 연방정부,州政府 또는 지방정부 및 공법상의 단체 및 시설에 고용된 경우에도 ‘주권업무(Hoheitlicher Aufgaben)’ 또는 ‘국가 또는 공공생활의 안전을 위하여 사법상의 고용관계에 있는 자에게 전속적으로 위임될 수 없는 업무’를 수행하는 자만이 공무원으로 임용되고, 이를 제외한 업무를 수행하는 경우에는 공공부문근로자로 임용되게 된다. 그리고 독일의 공공부문종사자는 우리나라의 공익사업 또는 필수공익사업에 종사하는 근로자와 같이 노동법상의 권리가 일부 제한되게 된다. 공공부문종사자(öffentliche Dienst)는 공공이라는 의미를 가진 öffentliche와 직무 또는 근무라는 의미를 가진 Dienst가 결합된 단어이기 때문에 이를 직역하면 공무원이라고 번역할 수 있다. 그러나 앞에서 설명한 바와 같이 독일법은 공무원과 공공부문근로자를 엄격하게 구별하고 있고, 공무원에 대해서는 Beamter라는 별도의 용어를 사용하고 있기 때문에 öffentlicher Dienst를 공무원으로 번역하는 것은 공공부문근로자와 공무원이 구별되지 않는 문제점이 있어 바람직하지 않다. 따라서 öffentlicher Dienst는 공공부문종사라고 번역하는 것이 바람직하다고 본다.

◇ Öffentliche Schulen 【국·공립학교】

Öffentliche Schulen을 독일 기본법 제7조 제3항에서는 직역을 하면 국·공립학교라는 표현이 아닌 공적 학교라는 표현을 쓰고 있는데, 이는 우리의 개념 용어로 하면 국·공립학교와 가장 가까운 표현이라고 사료된다. 독일 기본법 제7조 제3항 제1문의 Öffentliche Schulen의 의미에 관하여는 독일에서도 다양한 기준에 따라 그 개념을 정의하고 있다. H. Heckel은 학교의 구성적 특성에 근거하여 Öffentliche Schulen을 국가(연방국가인 독일에서는 기본법 제30조에 따라 교육 및 학교에 관한 기본적인 권한이 지방의 각 주에 주어졌으며, 또한 여기서의 국가의 의미도 기본적으로는 지방의 각 주를 의미하는 것으로 이해하면 된다), 지방자치단체, 지방자치단체연합과

같은 지역주체들에 의해 설립·운영되어지고 그리고 교사들의 법적 지위가 공무원인 그런 학교로서 이해한다(주체설 내지 지위설). G. Flindt는 Öffentliche Schulen을 국가가 자신의 고유한 국가업무에 관한 사항들을 결정할 때처럼 그렇게 수업에 관한 사항들도 결정할 수 있는 권리가 국가에게 주어져 있는 학교를 말한다고 한다(처분권설). H. Rentsch의 견해에 따르면 학교의 공적 특성이라고 하는 것은 공법상의 이용요구권의 여부에 따라 주어지는 것으로 설명하기 때문에, 이런 공법상의 이용요구권이 존재하는 그런 공적 영조물로서의 학교를 Öffentliche Schulen이라고 한다(영조물설). 그리고 Th. Maunz는 Öffentliche Schulen인지 아닌지의 여부는 그 학교가 국가권력의 교육적 위임사항들을 충족시키고 있는지의 여부, 즉 그 학교가 상응하는 고권을 가지고 형성된 고권적 주체의 기관으로서 활동함으로써 학교의 조치라고 하는 것이 고유한 고권적 조치로 여겨지는지의 여부에 따라 결정되는 것이라고 한다(교육위임설). 교육위임설에 따르면 국가와 지방자치단체뿐만 아니라 다른 공법상의 법인 또는 법령 사법상의 형태를 취하면서 사법상 주체들에 의해 설립되고 운영되어지는 학교일지라도 국가의 고권적 작용으로부터 유래한 교육적 위임을 충족시키고 있으면 Öffentliche Schulen인 것이고, 그에 반해 사회적 요청으로서의 교육적 위임사항을 충족시키거나 또는 사적 발의에 기인하고 있는 학교는 Öffentliche Schulen으로서의 특성을 갖지 않는 것으로 평가되어질 수밖에 없다. 학교의 공공성을 강조하는 면에서는 교육위임설이 설득력이 있으나 너무 Öffentliche Schulen의 범위가 확대되는 측면이 있으므로 통상 주체설적인 관점에서 이해하면 되리라고 본다. 이런 점에서 우리의 국·공립학교 개념이 Öffentliche Schulen에 대한 적당한 표현이라고 여겨진다. 그리고 독일에서 Öffentliche Schulen(국·공립학교) 개념에는 국·공립대학교는 포함되지 않으며, 국·공립대학교는 Staatliche Hochschulen이라고 한다. 그러나 독일에서 Staatliche Hochschulen의 관할권이 지방의 각 주에 있으므로 미국의 주립대학과 유사한 제도로 이해할 수도 있다.

국·공립학교 개념에 대응하는 사립학교(Private Schulen)의 개념도 살펴보면, 독일 기본법 제 7 조 제 4 항 제 1 문의 사립학교의 개념을 소극적으로 파악하는 입장에서는 사립학교란 국·공립학교가 아닌 학교로서 이해하게 된다. 이런 개념정의는 국·공립학교의 개념에 사립학교의 개념을 종속시키는 것으로, 위에서 언급한 것처럼 국·공립학교의 개념 정의를 다양하게 시도하고 있는 이론들에 비추어 볼 때 사립학교의 개념정의도 분명치 못한 면이 있다고 본다. 이에 반해 사립학교의 개념을 적극적으로

정의하는 입장에서는 사립학교라고 하는 제도로서의 특징을 고려하여 다음과 같이 정의하고 있다. 즉 사적인 발기를 근거로 설립되고 운영되어지는 학교로서 그 설립주체가 특히 세계관적 이념, 교육목표, 교재와 교수방법 등을 고려하여 자기책임 하에서 학교수업경영을 구성하는 학교를 사립학교라고 한다. 독일 기본법 제 7 조 제 4 항은 이런 사립학교를 설립할 권리를 보장하고 있으며, 또한 국·공립학교를 대체하는 이런 사립학교는 국가의 인가를 받도록 규정하고 있다. 여기서의 국가는 지방의 각주를 의미한다. 그리고 독일에서 Private Schulen(사립학교) 개념에는 사립대학교는 포함되지 않으며, 사립대학교는 Private Hochschulen이라고 한다.(GG Art. 7 (3) Der Religionsunterricht ist in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ordentliches Lehrfach; 종교수업은 종교와 무관한 학교를 제외한 국·공립학교에서는 정규교과목이 된다. (4) Das Recht zur Errichtung von privaten Schulen wird gewährleistet. Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Staates und unterstehen den Landesgesetzen; 사립학교를 설립할 권리는 보장된다. 국·공립학교를 대체하는 사립학교는 국가의 인가를 필요로 하며 또한 주법률에 따른다.)

Ergänzungsschule, Ersatzschule

◇ öffentlichrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag 【 공법상의 사무관리 】

사무관리란 법률상의 수권이나 또는 위임 없이 타인을 위하여 그의 사무를 처리하는 행위를 말한다. 사무관리는 원래 민법(BGB)에서 발전된 개념이지만, 독일의 다수설은 행정법관계에도 적용될 수 있다는 것을 오래 전부터 인정하여 왔다. 사무관리에 대해서는 민법(BGB) 제677조 이하에 규정되어 있으나, 행정절차법 등 공법분야에서는 적극적으로 이를 규정하고 있는 것은 없으며 따라서 민법상의 규정이 준용된다(BVerfGE 18, 429; BVerwGE 48, 279). 그러나 공법상의 사무관리는 행정의 법률적합성의 원칙과 관련하여 민법상의 규정을 그대로 적용할 수는 없다. 행정주체가 법률의 수권 하에 활동하는 경우에는 법률의 위임에 따라 행위하여야 하므로 사무관리는 배제된다. 또한 행정주체는 법적 권한과 관할권이 없는 경우에 사무관리의 이름으로 개인의 법적 보호영역을 침해하거나 다른 행정주체의 관할권을 침해하여서는 아니 된다. 따라서 행정주체에 의한 공법상의 사무관리는 긴급한 경우나 또는 법률에 의하여

규율되지 않는 단순고권적인 행정영역에 국한하여 인정되고 있으며 행정주체를 위한 개인의 사무관리도 긴급한 경우에 한하여 인정된다.

공법상의 사무관리를 인정하는 경우에는 두 가지 청구권에 관한 민법규정이 적용된다. 비용상환청구권(Aufwendungsersatz)은 민법(BGB) 제683조에 따라 관리자가 본인을 위하여 사무를 처리하고 본인을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 경우에 이를 청구할 수 있는 권리이다. 손해배상청구권(Schadenersatz)은 민법 제678조 이하의 규정에 따라 관리자가 본인의 의사에 반하거나 또는 하자 있는 사무관리로 본인에게 손해가 발생된 경우 이의 배상을 청구할 수 있는 권리이다.

◇ öffentlichrechtlicher Vertrag 【공법상의 계약】

공법상의 계약이란 공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 다수당사자간의 의사의 합치에 의하여 성립하는 공법행위이다. 연방행정절차법(VwVfG) 제54조 내지 제62조에 규정하고 있다. 제54조는 “공법상의 법률관계는 법규에 반하지 않는 한 계약으로 성립, 변경, 소멸될 수 있다. 특히 행정청은 행정행위를 발하는 대신에 당해 행정행위의 상대방과 공법상의 계약을 체결할 수 있다(Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschrift nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.)”라고 규정하고 있다.

행정주체는 공법상의 계약뿐만 아니라 사법상의 계약에도 당사자로 참가할 수 있다. 따라서 공법상의 계약인가 사법상의 계약인가는 계약의 대상(der Gegenstand des Vertrags)을 가지고 판단하여야 한다. 공법상의 계약은 여러 가지 기준에 따라 분류할 수 있다. 대등계약(koordinationsrechtlicher Vertrag)은 대등하거나 거의 대등한 행정주체 상호간에 체결되는 계약으로 주로 행정행위에 의하여 규율될 수 없는 법적 관계에 적용된다. 이에 비하여 종속계약(subordinationsrechtlicher Vertrag)은 행정주체와 행정객체 간에 체결되는 계약으로 수직관계 또는 상하관계에 있는 당사자 간에 체결되는 계약이다. 행정절차법이 위의 두 가지 계약 형태를 명시적으로 규정한 것은 아니지만, 제54조 제2 문은 종속계약에 대한 규정이므로 이러한 구별을 전제로 하고 있다고

볼 수 있다.

계약의 내용을 기준으로 할 때는 무수히 많은 분류가 가능하지만, 행정절차법은 제 55조와 제56조에서 화해계약과 교환계약에 대하여 규정하고 있다. 이들 두 가지 계약은 제54제 제 2 문의 종속계약을 전제로 한 것이다. 화해계약(Vergleichsvertrag)은 사실관계나 법적 상황이 불확실하고 이를 제거하는데 있어서 상당한 어려움이 있는 경우에 양 당사자의 양보를 통하여 체결되는 계약이며, 교환계약(Austauschvertrag)은 양당사자가 서로 반대급부를 제공할 것을 내용으로 하는 계약이다. 교환계약에 있어서는 사인이 부담하는 반대급부는 공적 업무를 수행하는 특정한 목적에 관한 합의이어야 하며 행정주체의 급부와 사인의 반대급부는 비례관계에 있어야 하고, 부당결부금지의 원칙이 적용된다. 제57조에 따라 공법상의 계약은 서면으로 작성하여야 한다. 행정절차법(VwVfG)은 공법상의 계약을 망라하여 규정하고 있는 것은 아니므로 제62조 제 2 문에서 민법(BGB)의 규정을 보충적으로 적용한다는 것을 규정하고 있다.

◇ **Offzialmaxime** 【 직권주의 】

직권주의란 처분권주의에 대한 반대개념으로서 소송의 개시나 종료 또는 소송의 대상이나 범위 등에 대한 결정이 당사자의 임의의 처분이 아닌 국가기관에 맡겨져 있는 경우를 말한다. 직권주의가 적용되는 소송절차로는 형사소송법(StPO)과 비송사건절차법(FGG)을 들 수 있다. 이에 비하여 처분권주의(Dispositionsmaxime 또는 Verfügungsgrundsatz)란 소송의 개시나 종료 또는 소송의 대상이나 범위 등에 대하여 당사자(특히 원고)에게 주도권을 인정하여 그의 임의의 처분에 따르도록 하고 있는 것을 말한다. 민사소송법(ZPO), 연방행정법원법(VWGO), 연방노동법원법(ArbGG), 연방사회법원법(SGG), 연방재정법원법(FGO) 등에서는 모두 처분권주의를 취하고 있다.

◇ **Öffnungsklausel** 【 개방조항 】

개방조항이란 단체협약에서 정한 근로기준에 미달하는 내용의 근로계약을 체결할 수 있게 하는 단체협약상의 규정을 말한다. 독일 단체협약법(TVG) 제 4 조 제 3 항에 의하며 단체협약의 내용과 다른 합의가 유효하기 위해서는 그 합의의 내용이 단체협

약보다 근로자에게 유리하거나 단체협약에서 이를 허용하고 있어야 한다고 하고 있다. 후자의 경우에 단체협약으로 근로자에게 불리한 내용의 계약을 체결할 수 있도록 허용하는 규정을 개방조항이라 한다.

◇ Opportunitätsprinzip 【기소편의주의】

□□ Legalitätsprinzip

◇ Option 【옵션계약】

계약관계의 당사자에 대해 일방적 의사표시로 계약을 성립 또는 효력을 발생하도록 하는 권리(Optionrecht)를 갖게 하는 계약관계를 뜻한다. 옵션거래에서 발생하는 권리에 의해 당사자는 목적물을 취득할 권리를 갖게 되는데, 예약완결권(□□ Ankaufsrecht)이나 주식옵션의 경우 매수인은 특정 자산을 특정 가격에 매입할 수 있는 권리를 가지고 있으며 매도인은 그 요청에 의해 해당 조건으로 거래를 할 의무를 갖는 콜옵션(call option)이 이에 해당한다. 그렇다고 옵션거래가 반드시 매수인에게만 옵션의 권한을 부여하는 것은 아니며, 매도인으로 하여금 일정한 조건으로 처분해야 할 의무를 부담하지 않으면서 단지 원하는 경우 상대방에게 처분할 수 있는 권한을 갖도록 하는 형태로도 나타날 수 있다. 주식시장에서 특정 자산을 특정한 가격에 매도할 수 있는 권리를 갖는 풋옵션(put option)이 이에 해당한다. 결국 옵션거래의 특징은 옵션 권한의 상대방은 그 권한의 행사에 따라 일방적으로 구속되어 급부를 이행할 의무를 부담하는 반면, 옵션의 권한을 갖는 자는 권한을 행사하여 계약을 성립시킬 것인지 여부에 관하여 자유로이 결정할 수 있는 지위에 있다는 점이다. 옵션거래는 여러 방식으로 가능한데, 계약의 청약에 대해 다른 국가들과 달리 그 구속력을 부여하여 임의로 철회할 수 없도록 규정하고 있는 독일 민법의 경우(§§ 145, 148 BGB) 청약자가 자신에 대해 편면적 구속력을 갖는 청약을 행하는 때에도 그 자체로 상대방에 대해 결정의 자유를 부여한다는 점에서 옵션거래의 한 방식으로 이해될 수 있다. 또한 계약체결 당시 그 실행 여부를 일방 당사자의 임의에 좌우되도록 하면서 그 효력발생을 정지시켜 두고 있는 정지조건부 순수수의조건(□□ Wollensbedingung, § 158 BGB)의

방식을 통해서도 옵션거래가 성립할 수 있다. 그리고 무엇보다 다음과 같은 예약(□□ Vorvertrag)의 방식, 즉 일방 당사자에게는 본계약(Hauptvertrag)의 체결에 대한 의무를 부담 지우는 반면 상대방에 대해서는 계약할 의무가 아니라 단지 권리만을 부여하는 예약의 방식을 통해서도 가능하다. 끝으로 위의 표제어 번역과 관련하여, Option 이라는 표현은 물론 독일어나 영어 모두 ‘무엇인가를 선택하는 자유나 권리’라는 뜻을 갖고 있으며 따라서 선택 또는 선택권이라고 번역할 수도 있겠으나, 이 경우 선택채권(Wahlschuld)에서 사용되는 선택권이라는 표현과의 구별이 문제될 수 있으며 옵션이라는 표현이 우리나라의 관련 전문영역에서 이미 관용적으로 사용되고 있으므로 옵션계약으로 번역한다.

◇ Ordnungsgeld 【 과태료 】

과태료는 질서제재(Ordnungsmittel)의 하나로서 형벌적 효과를 지니는 범칙금(□□ Geldbuße)과 구별된다. 과태료는 최소 5유로(Euro)부터 최고 1,000유로(Euro)까지 부과할 수 있지만(Art. 6 I EGStGB), 법원조직법(GVG) 제178조에 의해 법정모독의 경우에는 2,000유로, 민소법(ZPO) 제890조에 의해 채무자가 일정한 행위의 부작위나 감수(Duldung) 의무를 위반했을 때에는 250,000유로까지 부과할 수 있다. 해당자가 경제적 사정으로 인해 과태료를 즉시 지불할 수 없을 때에는 일정한 유예기간을 두거나 분할하여 지불하는 것을 허용할 수 있다(Art. 7 EGStGB). 과태료를 지불하지 않을 때에는 이를 감치(□□ Ordnungshaft)를 집행하는 것으로 대체할 수 있다(Art. 8 EGStGB). 과태료 부과대상이 되는 행위와 과태료 집행의 시효는 각각 2년이다(Art. 9 EGStGB).

◇ Ordnungshaft 【 감치(監置) 】

감치는 질서제재(Ordnungsmittel)의 하나로서 해당자를 사법집행시설(Justizvollzugsanstalt: 교도소, 구치소 등)에 구금하는 처분이다. 최소기간은 1일이며 최고 6주까지 구금이 가능하지만(Art. 6 I EGStGB), 민소법(ZPO) 제890조에 의한 경우는 최고 6개월, 연장할 경우 2년까지도 가능하다. 또한 형사소송에서 증인으로서 진술하는 것을 정당한 이유 없이 거부할 때에는 심급마다 6개월까지 감치를 명할 수 있으며, 공판이 종료되면 감

치도 종료된다(§§70 II StPO).

감치는 사법집행시설에서 행형법(StVollzG)의 규정을 준용하여 집행한다(§171 StVollzG). 집행의 과정에서 단순한 자유박탈 이상의 권리제한은 오로지 시설의 안전과 질서를 위해 필요한 경우에만 부과할 수 있다. 작업시간이나 휴식시간, 취침시간에 수형자와 공동으로 수용하는 것은 당사자의 동의에 의해서만 가능하다(§172 StVollzG). 피감치자에게는 작업의 의무가 부과되지 않는다. Ordnungshaft를 직역하면 ‘질서구금’이지만 한국법의 상응하는 제도에 맞추어 ‘감치’로 번역한다. 그러나 한국법에는 형사소송에서의 증인에 대한 감치를 규정한 법률이 없다는 점에서 독일의 경우와 구별된다. 한국법에서 감치를 규정한 것은 재판장의 법정경찰권에 근거한 20일 이내의 감치명령(법원조직법 제61조)과 민사소송에서 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 증인에 대한 7일 이내의 감치(민소법 제311조)가 있다. 한국법에서는 감치의 기간이 최장 20일에 불과하다는 점도 독일의 경우와 구별된다.

◇ Ordnungsmittel 【 질서제재 】

1) 질서제재는 법원이 법정에서의 질서침해행위에 대해 부과할 수 있는 제재수단을 말한다. 과거에는 질서벌(Ordnungsstrafe)이라고 했지만 형법개혁의 과정에서 형법시행법(EGStGB)이 개정되면서 질서제재로 명칭을 변경하였다. 즉, 형법시행법 제 5조에 의해 연방법이나 주법(州法)의 규정에서 범죄행위에 대해 부과되는 것이 아닌 제재에 대해서는 자유형, 구금형, 질서벌 또는 벌금형의 표현을 사용하는 것이 금지된 것이다. 질서제재에는 퇴정명령, 과태료(□□ Ordnungsgeld), 감치(□□ Ordnungshaft), 비용의 부과(Auferlegung von Kosten)가 있다. 2) 질서제재의 전제가 되는 것은 법정(法廷)의 질서이다. 법원조직법(GVG) 제177조에 의하면 법정질서를 유지하기 위한 규정을 준수하지 않은 당사자나 피고인, 증인, 감정인 및 공판에 참여하지 않는 사람에 대해 퇴정명령 내지 감치를 부과할 수 있다. 또한 법원조직법 제178조는 법정모독행위(Ungebühr)를 한 자에 대해 과태료나 감치 처분을 할 수 있도록 규정하고 있다. 그밖에 과태료나 감치는 민소법(ZPO) 제890조에 의해 채무자가 판결이나 조정에서 결정된 부작위 또는 감수(Duldung)의 의무를 위반했을 때에도 부과할 수 있다. 3) 반복되는 위반행위에 대해서는 질서제재를 수차례 부과할 수 있다. 질서제재를 부과하기 전에는 반드시 제재부과에 대한 경고를 해야 한다. 질서제재의 부과에 대해서는 법

원조직법 제177조에 의한 경우는 재판장이, 기타의 경우에는 법원이 결정한다. 참심원(Schöffe)에 대해서도 질서제재를 부과할 수 있는데, 이때에는 검사의 의견을 청취하여야 한다. 질서제재의 부과결정에 대해서는 항고(□□ Beschwerde)가 가능하지만 법원조직법 제178조, 제180조에 의해 연방최고법원(BGH)이나 주고등법원(OLG)에서 부과한 질서제재에 대해서는 항고를 제기할 수 없다.

◇ Ordnungsprinzip 【 질서의 원칙 】

‘질서의 원칙’이란 적용범위가 같은 두 개의 단체협약이 시간적으로 전후하여 성립하게 되면 후에 성립한 단체협약이 선행 근로자에게 불리하다고 하더라도 전에 성립했던 단체협약을 해소 또는 소멸시키는 것을 말한다.

◇ Ordnungswidrigkeit 【 질서위반행위 】

질서위반행위는 범칙금(□□ Geldbuße) 부과를 규정하고 있는 법률의 구성요건을 실현하는, 위법하며 비난가능한 행위를 말한다(§1 OWiG). 범칙금 부과대상이 되는 질서위반행위는 여러 법률에서 규정하고 있지만 기본이 되는 법률은 질서위반법(OWiG)이다. 질서위반에 관한 법률은 형법과 더불어 국가 제재의 일부를 구성하며, 질서위반행위와 형법의 범죄행위는 질적 차이가 없다고 본다. 1)그러므로 질서위반행위를 단순한 행정적 제재의 대상으로 보아서는 안 된다. 입법자는 형벌을 부과할 정도라고 볼 수 없는 규범침해행위를 질서위반행위로 구별하여 형벌의 부과와 관련되는 사회윤리적 반가치(反價値)결정을 절감하려 한 것으로 보아야 한다. 즉 사회공동체의 기본적인 가치를 보호하는 과제를 지니는 형법의 핵심영역을 제외한 광범위한 영역을 질서위반법이 담당한다는 것이다. 따라서 질서위반행위를 사소한 범위반으로 이해해서는 안 된다. 예컨대 대외거래법(AWG) 제33조의 질서위반행위에 대한 범칙금이 500,000유로(Euro)에 달하는 등 여러 법률에서 매우 높은 범칙금을 규정하고 있는 것은 질서위반행위와 범칙금이 사소한 범위반에 대한 경미한 법효과가 아니라 다른 종류의 제재에 해당한다는 것을 분명히 보여준다. 요컨대 질서위반행위는 범죄행위와 본질적으로 구별되는 것이 아니라 다만 제재의 종류에 따라 구별될 뿐이라는 것이다. 2)그렇기

때문에 질서위반법 제 2 조 내지 제34조의 규정은 형법총칙의 규정들과 본질적으로 일치한다. 다만 형법과 다른 점은 아래와 같다: ①질서위반법의 적용범위가 독일연방 공화국 내에서 발생한 질서위반행위에 한정된다는 것이다(§5 OWiG). ②미수는 법에서 명백하게 규정한 때에 한해 처벌한다(§13 II OWiG). ③다수의 행위자가 위반행위에 가담한 경우 형법과 같이 공동정범, 교사범, 종범 등으로 구별되는 것이 아니라 모두가 공범이라는 하나의 표지에 해당한다(§14 OWiG). 이들 공범의 행위가담정도는 다만 범칙금의 양정(量定)에서만 고려될 뿐이다. ④부가제재(Nebenfolge)에서도 질서위반법은 형법 제73조 이하와 다르게 규정하고 있다. 즉 질서위반행위에 대한 부가제재는 법조인에 대한 범칙금이 있을 뿐이며, 법률에 명확한 규정이 있을 때 한해 몰수가 가능하다. 하지만 그 밖에 소년의 책임이나 아동 및 정신장애자의 책임면제에 관한 규정 (§12 OWiG), 착오에 관한 규정 (§11 OWiG), 정당방위(Notwehr) 및 긴급피난(Notstand)에 관한 규정 (§§15, 16 OWiG), 죄수(罪數)의 경합에 관한 규정 (§§19ff OWiG) 등은 형법의 규정과 일치한다.

◇ Organstreit 【 기관쟁송 】

국가기관 간에 그 헌법적 권리와 의무에 관해서 다툼이 생긴 경우에 이를 조정하기 위한 헌법재판을 흔히 기관쟁송이라고 부른다. 즉, 국가기관 상호간에 그 헌법적 권한과 의무의 범위와 내용에 관해서 다툼이 생기는 경우에는 국가의 통치기능이 마비될 염려가 있을 뿐 아니라 이에 대한 권위적인 조정이 따르지 않는다면 각 국가기관 간에 통치기능상의 한계가 불명하게 되어 국가기관 상호간의 견제와 균형의 권력분립적 메커니즘이 마비 내지 파괴될 위험성이 있다. 따라서 기관쟁송은 국가기관 상호간의 권한과 의무의 한계를 명백히 함으로써 국가기능의 수행을 원활히 하고 권력 상호간의 견제와 균형의 효과를 유지함으로써 헌법적 가치질서를 보호한다는 데 그 목적과 의의가 있다.

기관쟁송의 소송당사자능력과 관련하여 주의할 점은 기관쟁송의 소송당사자 상호간에는 독자적인 권리와 의무를 전제로 한 어떤 헌법적인 법률관계가 존재해야 한다는 점이다. 또 기관쟁송은 추상적인 규범통제와는 달라서 구체적인 권리보호의 이익이 있을 때에만 허용되는 것이기 때문에 어떤 헌법기관의 일정한 작위 또는 부작위에 의해서 타 헌법기관의 헌법상 권리와 의무가 침해되었거나 적어도 직접적이고 현실

적인 위협을 받는 경우에만 그 소를 제기할 수 있다.

독일 기본법은 연방최고기관의 권리와 의무의 범위 또는 기본법이나 연방최고기관의 직무규칙에 의하여 고유한 권리를 갖는 그 밖의 관계자들의 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁을 동기로 하는 기본법의 해석에 관하여 연방헌법재판소의 관할로 하고 있는데 이런 헌법재판을 기관쟁송이라고 한다.(GG Art. 93 (1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: 1. über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind; 연방헌법재판소는 다음 사항을 결정한다: 1. 연방최고기관의 권리와 의무의 범위 또는, 기본법이나 연방최고기관의 직무규칙에 의하여 고유의 권리를 갖는 그밖의 관계자의 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁을 동기로 하는 기본법의 해석)

우리나라는 현행헌법 제111조 제1항 제4호에서 이 제도를 채택하고 있으며, 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의심판으로 규정되고 명명되어 있다.

[P]

◇ Pacht 【 용익(用益) 임대차 】

용익임대인으로 하여금 대차기간 동안 용익임차인에 대해 목적물의 사용(Gebrauch) 뿐만 아니라 경제적 활동법칙에 따라 수익(Ertrag)으로 볼 수 있는 과실 향유의 가능성을 부여하고 이에 대해 용익임차인이 용익임대인에 대해 차임을 지급할 의무를 부담하는 계약관계이다(§ 581 BGB). 용익임대차는 목적물의 사용만을 목적으로 하는 사용임대차(Miete, §§ 535 ff. BGB)와 마찬가지로 일정 기간 동안 목적물의 활용가능성을 이전하는 쌍무, 유상계약 형식의 대차형계약(Vertrag zur Gebrauchsüberlassung)의 일종이다. 그러나 용익임대차 계약은 사용임대차와 달리 목적물의 사용만이 아니라 이를 넘어 그 수익을 활용할 수 있는 권리를 부여하고 또한 목적물 역시 물건 이외에 권리도 그 대상으로 될 수 있다. 따라서 물건의 사용만이 문제될 경우에는 사용임대차가 성립하지만, 그 이외에 수익을 수반하는 경우에는 용익임대차가 성립하게 된다. 가령 잔디밭을 운동장으로 사용하기 위해 빌린 경우에는 사용임대차에 해당하나, 농경지나 목초지를 이용하여 수익적 활동을 하거나 또는 광산 등을 빌려 채굴활동을 하는 경우에는 용익임대차가 성립한다. 또한 물건 이외에 권리도 용익임대차의 대상이 가능한데, 가령 무체재산권의 상업적 활용을 위한 일시적 양도나 특히 영업의 용익임대차를 그 예로 들 수 있다. 용익임대차에 관해 민법은 사용임대차와 구별하여 규정해 두고 있으나 별도의 규정이 없는 한 용익임대차에 대해서는 사용임대차의 규정이 준용되고 있으며(§ 581 II BGB), 수익적 활동의 보장을 위한 개별적인 별도의 규정을 마련해 두고 있다(§§ 584~584 b BGB). 우리나라의 경우에는 독일 민법과 달리 위와 같은 구별을 두고 있지 않으며 따라서 임대차계약은 목적물의 사용·수익 모두를 포함하는 것으로 해석되고 있다.

◇ Pädagogische Freiheit 【 교육의 자유 】

교육 관련 법규들을 통해 규정되어 있는 교육목적 및 교육방침을 달성시키기 위한 노력과 특히 수업을 통하여 법률에 규정된 교육목표를 구체화시키는 노력은 학교의 과제이자 임무인 것이며 특히 개별적인 교사들의 임무라고 할 것이다. 그런데 교사에

의해 행해지는 수업의 내용과 수업의 질적 수준들이 법률상의 규범적 내용들뿐만 아니라 외부로부터의 영향으로부터 완전히 자유로울 수 있겠는가 하는 문제가 법적으로 제기될 수 있을 것이다. 특히 국가 및 지방자치단체의 교육기관에 대한 지도감독권이나 학교장의 감독권 등에 의한 일반적인 지시 또는 명령 등이 수업의 내용에까지 영향을 미친다면 이에 대한 법적문제가 더욱 더 규명되어야 할 것이다. 따라서 구체적인 문제점으로서 어떤 전제조건 하에서 어느 정도로 학교나 교사에 대한 감독권 행사가 정당화될 수 있으며 또한 수업내용에 영향을 미칠 수 있겠는가, 그리고 감독권 행사가 그 외에도 교사들에 의해 행해질 수 있는 교육적 가치가 있는 결정들에 영향을 미칠 수 있겠는가 하는 것들이 제기될 수 있을 것이다. 바로 이런 문제점들에 관한 내용들을 포함하고 있는 개념이 바로 ‘교육의 자유(pädagogische Freiheit)’라고 하는 것이며, 교사의 독립성과 수업에 대한 감독권에 기인한 국가 및 지방자치단체나 학교장의 관여와의 상관관계에 관한 것이라고 할 것이다.

그런데 교육의 자유와 관련하여 독일에서 특히 논란이 되고 있는 것은 교사의 교육의 자유가 독일 기본법 제 5 조 제 3 항에 따라 학문의 자유에 의해 헌법적 보장을 받음으로써 교사의 수업활동에 완전한 자유영역을 보장해주는 헌법적 자유인 것인지에 대해서는 학자들 간에 견해가 일치되지 않고 있다. 또한 학문의 자유를 헌법적 근거로 인정하지 않는 입장에서 우리 헌법 제 27 조 제 1 항과 같은 교육을 받을 권리에 관한 규정이 없는 독일 기본법 아래에서는 교사의 교육의 자유가 그렇다면 기본법상의 어떤 다른 규정을 통해 헌법적으로 근거지울 수 있는지에 대해서 학설상의 대립이 있다. 그 이유는 독일 기본법과 독일 각주의 교육관련 법률중 Hessen주 학교법 규정을 제외하고는 어디에서도 교사의 ‘교육의 자유(pädagogische Freiheit)’라는 표현을 찾아볼 수 없기 때문이다. 각 주의 학교법들에는 교사의 “고유한 책임(eigene Verantwortung)”, “고유한 교육적 책임(eigene pädagogische Verantwortung)”, “직접적인 교육적 책임(unmittelbare pädagogische Verantwortung)” 또는 “교육적 자기책임(pädagogische Selbstverantwortung)”과 같은 표현들만을 사용하고 있기 때문이다. 교사의 교육의 자유의 헌법적 근거를 학문의 자유에서 찾으려고 하는 견해에서는 특히 학문의 자유의 내용 중 교수의 자유(Lehrfreiheit)에서 그 근거를 끄집어낸다. 이러한 입장의 주된 논거는 대학에서의 교수의 자유는 이에 상응하는 학교에서의 기본권적으로 보장되는 교육의 자유 없이는 그 실효성이 확보될 수 없다고 하는 것과 그리고 궁극적으로는 대학에서의 교수(Lehre an Hochschulen)와 학교에서의 수업(Unterricht an Schulen) 간에 어떤 절대

적인 차이도 존재하지 않는다고 하는 것이다.

그에 반해 독일의 통설적인 견해는 교수의 자유에 있어서 교수의 의미를, 고유한 연구활동을 통해서 얻은 인식의 전달에 한정함으로써, 무엇보다도 대학의 영역에서 보장되는 성격의 것으로 파악함으로써 대학이외의 학교영역에서는 적용되지 않는 개념으로 파악하고 있다. 따라서 학교에서의 수업은 학문적인 교수의 자유의 보호영역으로부터 배제된다고 하는 것이다. 헌법상의 기본권들 간에 효력의 우열을 가리는 것은 쉬운 일이 아니나, 사실 대학에서의 학문적인 교수의 자유는 국가나 지방자치단체의 지도감독 하에 있는 학교에서의 교사들의 자유영역보다 제한의 여지가 적다고 본다면, 역시 교사의 교육의 자유를 학문의 자유 내지는 교수의 자유에서 도출해 내는 것은 무리가 있다고 여겨진다. 그러므로 교육의 자유의 법적 근거를 교사의 교육임무(Erziehungsaufgabe)에서 찾으려는 시도가 유력하게 대두되고 있다. 즉 교사의 교육의 자유는 자기목적적인 자유는 아니며 오히려 교사라는 직위 때문에 주어지는, 그 기능을 수행하기 위해 보장되는 것이라는 것이다. 역시 교육의 자유의 핵심 되는 내용으로서 그것이 개인적인 자유라는 것 보다는 학교의 목적이나 학생들의 교육적 이해에 관련되는 자유라는 것이 강조될 필요가 있을 것이다. 이런 관점 하에서 본다면 우리 헌법 하에서는 교사의 교육의 자유의 헌법적 근거가 규명될 수도 있을 것이다. 교육의 자유는 우선적으로는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성에 관한 규정과 교사들에 의해 수행되는 국가과제로서 효과적인 학교교육제도를 유지해야 한다고 하는 헌법 제31조에서 간접적이지만 그 근거를 찾을 수 있을 것이며, 그리고 교사에 의해 개발되어지는 학생들의 자유로운 인격 및 개성신장권과 같은 개념 하에서 역시 간접적이지만 그 근거를 찾을 수 있을 것이다. 독일에서는 우리 헌법 제31조와 같은 내용은 기본법상에 규정이 없기 때문에 독일기본법 제 7 조 제 1 항의 국가의 학교감독권 규정에서 그리고 독일기본법 제 2 조 제 1 항 일반적 인격권에 관한 규정에서 그 근거를 찾기도 한다. 그러나 독일에서의 지배적 견해는 교사의 교육의 자유라고 하는 것이 헌법적 근거를 가진 기본권적으로 보장되는 교사의 헌법상 기본권인가에 관해서는 부정적으로 본다. 결국 교육의 자유는 교사들의 수업활동의 범주 내에서 인정되는 일종의 자연적인 활동영역을 의미하는 것으로 이해되어질 수 있을 것이며, 역시 교육목적과 개별학교의 교육목적 그리고 학생의 교육적 이해에 관련되는 것으로서의 성격도 간과되어져서는 안 될 것이다. 그리고 교육의 자유는 수업내용이나 수업방법 등에 관한 교사들의 개인적인 판단영역도 박탈될 수 없다는 것을 포함하는 것이라 할 것이다.

◇ **Parlamentarische Demokratie** 【 의회민주주의 】

독일에서 의회민주주의란 직접민주주의(unmittelbare Demokratie)에 반대되는 대의민주주의(repräsentative Demokratie) 내지 간접민주주의(mittelbare Demokratie)와 동의어로 이해되기도 한다. 즉 국민의 대표기관인 의회를 통하여 국가의 의사결정이 이루어지며 또한 독재적 국가권력을 제한하는 형태를 강조하는 의미에서 대의민주주의를 의회민주주의라고 부르기도 하는 것이다. 그러나 독일에서는 의회민주주의를 역시 의회정부제(parlamentarisches Regierungssystem)라고 하는 의원내각제의 정부형태를 부르는 말로 흔히 사용되기도 한다. 그에 반해 의회주의(Parlamentarismus)란 민주적 정당성에 바탕을 두고 구성된 합의체 국민대표기관인 의회가 국가의사결정의 중심이 되어야 한다는 정치원리를 뜻한다. 따라서 의회주의는 원칙적으로 의회민주주의 내지 의회정부제와 동의어는 아니다 ‘의회주의’는 정치원리이고 ‘의원내각제’는 정부형태원리 내지 권력분립의 실현형태를 의미하기 때문이다. 그리고 대의제도(Repräsentativsystem)는 의회민주주의, 대의민주주의, 간접민주주의를 포괄하는 개념으로 이해할 수도 있다.

◇ **Parlamentarisches Regierungssystem** 【 의회정부제, 의원내각제 】

의회정부제는 의회에서 선출되고 의회에 대해서 정치적 책임을 지는 내각 중심으로 국정이 운영되는 의원내각제 정부형태를 말한다. 의원내각제는 의회주의와 대의제도의 이념에 입각한 책임정치를 일상적으로 실현시키는 데 그 주안점을 두기 때문에 의회와 내각의 조직, 활동, 기능 등의 상호의존성을 지속적으로 지켜나가게 되는 정부형태의 한 유형이자 권력분립원리의 한 실현형태이기도 하다. 그러므로 입법부와 집행부가 상호 독립적으로 구성되고 운영되는 대통령제와 대비되는 정부형태이기도 하다. 독일에서는 의회민주주의(□□ Parlamentarische Demokratie)를 의회정부제 내지 의원내각제와 같은 의미로 흔히 사용하기도 한다.

□□ Parlamentarische Demokratie

◇ **Parlamentarismus** 【 의회주의 】

Parlamentarische Demokratie 【 의회민주주의 】

◇ **Parlamentsvorbehalt** 【 의회유보 】

의회유보란 국가의 행정작용은 의회에서 제정하는 형식적 법률에 의하거나 또는 형식적 법률에 근거가 있어야 한다는 것으로, 법률유보(**Gesetzesvorbehalt**)라고 부르기도 한다. 그러므로 의회유보에 따른 일정한 사유가 있는 경우에 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률에 따라 국가작용이 행하여져야 하며, 이를 법규명령에 위임해서는 안 된다. 그리고 법치국가원리에 따르더라도 원칙적으로 기본권을 제한하거나 또는 기본권의 한계를 규정하는 것을 의회에서 제정한 법률이 아닌 집행부의 법규명령이나 재량행위 등에 위임해서도 안 된다.

Gesetzesvorbehalt 【 법률유보 】

◇ **partiarischer Vertrag** 【 이익참가 계약 】

partiarisch는 ‘이익참가를 하는’이란 의미를 갖는 외래어로서, 계약 상대방에 대한 대가가 당사자의 수익이나 매출액 등에 따라 전적으로 또는 부분적으로 정해지는 계약의 일종이다. 이익참가 계약은 민법전에 규정되어 있지 않는 비전형 계약(**gesetzlich nicht geregelter Vertrag**)인데 계약자유의 원칙에 따라 유효하게 성립할 수 있음은 물론이다. 가령 금전소비대차계약에서 대주(貸主, **Darlehensgeber**)에 대하여 이자에 대신하여 또는 이자와 부가하여 차주(借主, **Darlehensnehmer**)가 취득한 수익의 일정 비율을 지급하기로 약정하거나, 또는 용익임대차(**Pacht**)에서 임차인이 임대인에 대해 지급할 차임을 임차인이 취득한 수익의 일정 비율에 따라 지급하기로 약정하는 경우가 이에 해당한다. 이익참가 계약이 갖는 경제적 의미는 무엇보다 계약의 일방당사자, 예를 들어 위의 경우 금전대주 또는 용익임대인이 원래 그 상대방, 즉 금전차주나 용익임차인에 의해 전적으로 부담해야 할 급부목적물의 활용위험에 함께 참가하게 된다

는 점을 들 수 있다. 또한 대가산정에 관해 탄력성을 부여함으로써 인플레이션에 의한 금전가치의 하락에 대한 대응으로서도 기능 하게 된다. 또한 이익참가 계약은 법적 측면에서는 원래의 계약형태, 예를 들어 위의 경우 금전소비대차나 수익임대차로서의 본질에 조합적 요소(gesellschaftsrechtliches Element)를 부가하게 된다. 이는 계약의 당사자 사이에 이익의 최적화라는 공동목적의 달성에 대한 이해관계에서 비롯되며, 당사자의 의무내용에 영향을 미치게 된다. 즉, 통상의 금전소비대차나 수익임대차의 경우 금전차주나 용익임차인은 목적물을 사용할 것인가 또는 어떤 방법으로 활용할 것인가에 관해 전적으로 자유로이 결정할 수 있고 그 위험 역시 원칙적으로 스스로 부담하게 된다. 그러나 이익참가 계약의 경우 이들은 수익의 비율로 정해지는 반대급부의 증가에 대한 상대방의 이익에 상응하는 방식으로 목적물을 활용해야 할 의무를 부담하게 된다. 다시 말해 이익참가 계약에서 금전차주나 용익임차인 등의 경우 상대방 이익의 촉진의무(Förderungspflicht)를 부담하며, 이는 계약목적의 달성을 위한 의무로서 주된 의무(Hauptpflicht)에 해당한다.

◇ Patronatserklärung 【 후원의 표시 】

1960년대 중반 이후 경제계에서 금전신용에 대한 담보를 위한 수단으로 발생하기 시작한 형태로서, 금전소비대차계약의 당사자 이외의 제삼자(후원자, Patronat)가 금전차주(피후원자, Protege)에 의한 금전반환을 지원하겠다고 표시하는 것을 의미한다. 후원의 표시는 대체로 후원자와 피후원자 사이에 긴밀한 사업적 관계, 특히 모회사(Muttergesellschaft)와 자회사(Tochtergesellschaft) 사이의 관계에서 행해지게 되는데, 이 같은 방법을 통해 후원자는 타인의 채무를 보증함에 따른 위험 및 연말결산에 보증채무를 반영해야 할 의무(§ 251 HGB)를 회피할 수 있게 된다. 후원의 표시는 그 내용이나 구속력의 정도에 따라 강한 후원의 표시(harte Patronatserklärung)와 약한 후원의 표시(weiche Patronatserklärung)로 구별된다. 전자의 경우로는 가령 “우리 회사가 자회사에 대해 신용의 반환에 필요한 자금을 부여할 것입니다”라는 표시를 들 수 있는데, 후원자는 이를 통해 채권자에 대해 의무를 부담하게 된다. 그렇지만 이 경우에도 후원의 표시는 보증(Bürgschaft)과 달리 후원자가 그 자금을 채권자에 대해 직접 지급할 것을 약정하는 것이 아니라 피후원자인 채무자에 대해 금전반환에 필요한 자금 등을 부여하겠다고 약정한 것일 뿐이다. 이 같은 표시를 활용함으로써 후원자는 피후원자

에 대해 어떤 방법으로 자금을 부여할 것인가에 관해 자유로이 결정할 수 있는 여지를 갖게 된다. 반면 예를 들어 “우리 회사는 자회사의 지급능력을 유지하도록 하는 것을 경영원칙으로 하고 있습니다”라고 표시한 경우 이러한 표시는 후원자의 법적 구속의사(Rechtsbindungswille)를 담고 있지 않다고 해석되며, 이 경우가 약한 후원의 표시에 해당한다. 따라서 약한 후원의 표시를 이유로 해서 후원자는 채권자에 대해 어떠한 의무도 부담하지 않게 된다. 후원의 표시가 채권자에 대한 의무를 발생시키는 유형에 해당하는가 여부는 결국 표시된 바에 대한 해석을 통하여 판단된다.

◇ Personalrat 【 공공부문종업원평의회 】

공공부문종업원평의회란 공공부문근로자들의 사업장에서의 경영참여를 위한 기구를 말한다. 즉, 일반 근로자들의 직장협의회에 상응하는 기구이다. 공공부문종업원평의회는 구성과 권한에 대해서는 연방공공부문종업원평의회법(BPersVG) 및 州공공부문종업원평의회법의 적용을 받는다.

◇ Personalvertretungsgesetz 【 연방공공부문종업원평의회법 】

연방공공부문종업원평의회법(BPersVG)은 공법상의 사업체의 관리부서나 사업장에서의 경영참여에 관한 사항을 규율하는 법률이다. 즉, 공공부문종업원들의 종업원직장협의회법(BetrVG)에 해당하는 법이다.

◇ Personenbedingte Kündigung 【 일신상 사유에 의한 해고 】

‘일신상 이유에 의한 해고’란 행태상 이유에 의한 해고(□□ verhaltensbedingte Kündigung) 및 경영상 이유에 의한 해고(□□ betriebsbedingte Kündigung)과 함께 해고제한법(KSchG)에 열거된 해고 유형 중의 하나를 말한다. 일신상 이유에 의한 해고는 근로자가 신체적 능력이나 정신적 능력을 결여하는 경우에 근로관계의 종료를 위하여 사용자가 행하는 일반적 의사표시이다. 일신상 이유에 의한 해고는 개선이 불가능한 사유를 이유로 해고한다는 개선이 가능한 행위를 개선하지 않는 것을 이유로 해고하는 행태상 이유에

의한 해고와 구별된다. 따라서 일신상 이유에 의한 해고에서는 사전 경고(Abmahnung)가 해고의 유효요건에 포함되지 않는다.

□□ Kündigung

◇ Persönliche Abhängigkeit 【 인적 종속성 】

‘인적 종속성’이란 생산과정 또는 노동과정에서 발생하는 인격과 분리할 수 없는 종속관계를 말한다. 이러한 인적 종속성은 개별적 근로관계법상의 근로자성을 판단하는 기준이 된다. 연방노동법원(BAG)가 인적 종속성을 확인하기 위하여 ‘지휘명령 구속성(Weisungsgebundenheit)’, ‘시간적 구속성’, ‘세법 및 사회보험법상의 지위’, ‘검업의 허용여부’ 등의 하위 징표들을 사용하고 있다. 인적 종속성과 함께 경제적 종속성(□□ wirtschaftliche Abhängigkeit)이라는 개념도 사용되고 있는데 이는 ‘근로자와 유사한 자(□□ arbeitnehmerähnliche Personen)’를 인정하는 표지이며, 결국 집단적 근로관계법상의 근로자성을 판단하는 기준이 된다. 일반적으로 경제적 종속성은 인적 종속성에 포함된 것으로 이해하고 있다.

◇ Persönlichkeitsrecht 【 인격권 】

인간이 자신의 생활과 자유의 영역에 관하여 타인으로부터 권한없이 침해받는 것으로부터 보호받을 수 있는 권리이다. 인격권의 보호와 관련하여 특히 사법분야에서는 ‘일반적 인격권’(allgemeines Persönlichkeitsrecht)과 ‘개별적 인격권’(besonderes Persönlichkeitsrecht)이라는 개념이 발전되어 왔다. 이러한 구별은 우리나라의 경우에는 그렇게 익숙하지 않은 것인데, 인격권보호에 관한 독일 민법의 역사적 변천을 말해 주고 있다. 원래 민법의 입법자는 인격권 자체가 너무 포괄적이고 그 내용 자체가 명확하지 않기 때문에 일반적 인격권이라는 개념을 인정하여 인격권을 포괄적으로 보호하려고 의도하지는 않았다. 그 대신에 인격권의 개별적 내용만을 보호하고자 의도하였으며, 후자와 같이 법적 보호를 부여받게 되는 인격권의 개별 내용을 일반적 인격권과 구별하여 개별적 인격권으로 규정해 두었다. 예를 들어 민법 제12조에 의한 성명권(Namenrecht)의 보호, 민법 제823조 제2항과 형법 제185조 이하에 따른 명예에 관한 보호, 민법 제823

조 제 2 항과 형법 제201조 이하에 따른 사생활의 보호와 같이 인격권은 성문의 법률에서 개별적인 보호의 근거를 발견하였어야 했으며 더 나아가 그 규정의 적용 역시 엄격하게 해석되었다. 예를 들어 성명권에 관한 민법 제12조의 적용과 관련하여 침해자가 권한 없이 타인의 성명을 침해자 자신의 표시를 위해 사용한 경우에는 동 규정의 적용영역에 포섭되나, 자신 제품의 선전 등을 위해 사용한 경우에는 적용되지 않는 것으로 해석되어 왔다. 그러나 위와 같은 개별적인 명문규정을 통한 개별적 인격권의 보호만으로는 현대 사회에서 증가하는 인격권침해에 대한 보호필요성에 충분히 대응할 수 없게 되자, 판례는 1950년대 이래 법률초월적 법형성(*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*)의 방법을 통해 일반적 인격권의 보호를 도모하기에 이르렀다. 일반적 인격권에 대한 보호의 근거는 성문화된 법률의 규정이 더 이상 기능할 수 없는 관계로 인간의 존엄과 인격의 자유로운 발현을 보장한 기본법(GG) 제 1 조와 제 2 조가 제시되었다. 그러면서 인격권에 관한 사법적 보호의 주된 내용으로는 우리나라의 경우와 마찬가지로 민법 제823조 제 1 항에 따른 절대권(*absolutes Recht*)으로서의 승인 및 그에 따른 불법행위책임에 기한 손해배상청구권, 그리고 더 나아가 민법 제1004조의 유추적용에 따른 준 물권적 보호(□□ *quasi-negatorischer Schutz*)의 내용으로서 방해배제 및 예방청구권이 인정되고 있다. 인격권의 인적 보호범위에는 자연인 이외에 법인도 해당하며, 더 나아가 생존하는 자 이외에 일정한 경우 이미 사망한 자에게도 인격권의 사후적 보호(*postmortaler Persönlichkeitsschutz*)가 주어지고 있다.

□□ *Allgemeines Persönlichkeitsrecht* 【일반적 인격권】

◇ *petitorische Einwendungen* 【본권에 기한 항변】

점유침탈(*Besitzentziehung*) 또는 점유방해(*Besitzstörung*)를 이유로 한 점유물반환 또는 방해배제청구권(§§ 861, 862 BGB)의 행사에 대하여 침탈 또는 방해행위자가 자신의 점유할 권리 등을 이유로 항변하는 것을 뜻한다. 그런데 이 같은 점유의 소(訴)에 대해서는 원칙적으로 점유에 기한 항변(*possessorische Einwendungen*)만이 허용될 뿐이며 본권에 기한 항변을 원용할 수는 없다(§ 863 BGB 참고). 가령 점유물반환소송의 상대방인 피고는 자신의 점유할 권리(□□ *Recht zum Besitz*) 또는 방해행위를 할 수 있을 권리를 반환청구권자인 원고에 대하여 주장할 수 없다. 그렇지만 이와 같은 권리들이 점유의 침탈이나 방해를 금지된 자력행사(*Eigenmacht*)로 되지 않도록 한다는 것

을 항변하는 것은 가능하다. 왜냐하면 점유에 대한 침탈이나 방해가 가령 침해 당시의 점유자의 동의를 받았거나 또는 법률에 의해 허용된다는 사정(§§ 227, 229, 561 I, 859, 904, 962 BGB)을 주장하는 경우에는 이미 민법 제861조나 제862조의 요건 자체의 충족이 다투어지기 때문이다. 또한 금지된 자력행사가 있는 후에도 그 침해행위자가 점유할 권리를 갖고 있고 이로써 자신의 행위에 상응하는 점유상태를 만들어낼 것을 청구할 권리가 있음이 확정판결(rechtskräftiges Urteil)에 의해 확인된 경우에도 피고는 본권에 기한 항변을 제기할 수 있다. 본권에 기한 항변이 배제되는 경우, 이는 점유소권에 한정할 뿐이고 가령 점유침탈로 인한 손해배상청구권과 같이 다른 권리의 행사에 대해서는 적용되지 않는다.

◇ Pfandindossament 【입질배서】

질권(Pfandrecht)의 한 대상으로 어음상의 권리에 질권을 설정하는 것이 사법상 허용되고 있다. 민법 제1292조에 따라 배서로 인하여 양도할 수 있는 어음 등 기타 지시증권(Orderpapier)에 질권을 설정하기 위해서는 채권자(Gläubiger)와 질권자(Pfandgläubiger) 간에 질권설정에 합의를 하고 입질문언을 기재하여 이를 교부하여야 한다고 정하고 있어 명문으로 어음상의 권리에 질권을 설정할 수 있음을 정하고 있다. 그리하여 동산에 질권을 설정한 것과 같은 효력이 있음을 이 법 제1293조에서는 밝히고 있다. 제1294조는 어음이 질권의 목적일 때에는 질권자는 추심을 하고 필요한 경우에는 해지를 할 수 있으며 채무자는 질권자에 대해서만 급부를 할 수 있다고 하여 광범위하게 어음에 질권을 설정하여 그로부터 파생된 권리를 원천적으로 인정하고 있다. 이와 같이 배서인이 자기 또는 제삼자의 채무를 담보하기 위하여 어음상의 권리에 질권을 설정할 목적으로 하는 배서를 입질배서(Pfandindossament)라고 한다. 같은 취지로 어음법 제19조는 배서에 “담보하기 위하여(Wert zur Sicherheit)”, “입질하기 위하여(Wert zum Pfande)” 또는 “기타 질권 설정을 표시하는 문언(einen anderen eine Verpfändung ausdrückenden Vermerk)”이 포함되어 있다면 어음의 소지인은 어음으로부터 생기는 모든 권리를 행사할 수 있다. 그러나 “소지인으로부터 한 배서는 대리를 위한 추심위임배서의 효력을 가진다(ein von ihm ausgestelltes Indossament hat aber nur die Wirkung eines Vollmachtsindossaments)”고 정하고 있다. 입질배서를 통해 피배서인은 어음상의 권리 위에 질권을 취득하며, 이에 따라 피담보채권에 관하여 다른 채권자에 대하여

우선변제를 받을 권리를 취득한다. 또한 피배서인은 질권을 취득하여 어음상의 채무자에 대한 일체의 어음상의 권리를 자기의 이름으로 행사할 수 있다. 그렇다고 하여 입질배서의 피배서인은 양도배서나 또 다른 입질배서를 할 수 없고 위에서 언급한 바와 같이 혹여 양도배서를 한다 하더라도 추심위임배서로서의 효력만이 생긴다.

◇ Pfandrecht 【 담보권 】

기존에는 이를 질권이라는 용어로 번역되었다. 질권의 의미로 번역하면 우리나라의 경우에 동산에 한정되는 경향이 있다는 오해발생의 여지로 넓은 의미로 담보권이라고 번역하는 것이 더 본의에 가깝다. 민법상 환가권(Verwertungsrecht)로서 담보권(Pfandrecht)과 물적부담(□□ Reallast)을 들 수 있는데, 그 중 담보권이란 채권담보를 위하여 설정되는 부종성이 있는(□□ Akzessoität) 물권이다. 이러한 담보권은 동산에 대한 것과 부동산에 대한 것으로 구분된다. 부동산에 대한 것으로는 저당권(□□ Hypothek), 토지채무(□□ Grundschuld) 그리고 정기토지채무(□□ Rentenschuld)를 들 수 있으며, 이를 부동산에 관한 담보권(□□ Grundpfandrecht)이라는 것으로 묶을 수 있다. 동산·부동산에 관한 이들은 모두의 권리들을 담보기능이라는 것에 의하여 서로 관련을 맺고 있는 것이다. 따라서 이 경우에 담보권자가 특정 조건하에서 담보목적물로부터 채권을 만족할 수 있는 권한을 가진다. 동산에 대한 것으로는 동산담보권(Fahrnispfandrecht / Mobilarpfandrecht)과 점유질(Faustpfand : 우리나라의 동산에 대한 질권과 유사하다)이 존재하는데, 이는 법률행위에 의하여 발생한다. 이에 대응하는 법률에 의해 발생하는 것(gesetzliches Pfandrecht)으로는 강제집행에 의한 압류담보권(Pfändungsphandrecht)을 들 수 있다.

◇ Pflegeversicherung 【 수발보험 】

독일의 수발보험이란 육체적, 정신적, 정서적 질병이나 장애, 기능의 상실 또는 저하로 인하여 자립적인 일상생활을 유지할 수 없어 도움을 필요로 하는 사람에게 수발 서비스를 제공하는 보험을 말한다. 독일의 수발보험은 법률에 의하여 그 가입이 강제되는 ‘의무적 사회보험(pflichtige Sozialversicherung)’이다. 독일은 수발보험을 통하여

장애나 노화로 인해 자립적인 생활을 하는데 불가피하게 다른 사람의 도움을 필요로 하는 사람들에게 수발서비스를 제공하고 있다. 이러한 수발서비스에는 재가수발서비스와 시설수발서비스가 있으며, 서비스의 종류는 수발등급에 의하여 결정되게 된다. 수발등급은 현재 3등급으로 구분하고 있다. 재가수발서비스는 장애나 노화로 인해 자립적인 생활을 하는데 불가피하게 다른 사람의 도움을 필요로 하는 사람들을 대상으로 수발대상자의 집에서 수발서비스를 제공하는 것을 말한다. 재가수발을 제공하는 자를 수발인력이라고 하며, 가족, 이웃, 자원봉사자 및 전문인력이 수발인력이 된다. 수발보험은 수발인력에 대하여 수발의 심도 및 수발의 범위에 따라 급여를 지급하게 된다(§ 44 I SGB XI). 독일의 수발에 해당하는 개념으로 영국과 미국에서는 “Long Term Care”라는 용어를 그리고 일본에서는 이러한 제도를 개호보험(介護保險)이라는 용어가 사용되고 있다. 우리나라에서도 일부에서는 수발보험을 개호보험(介護保險)으로 번역하고 있다. 그러나 개호(介護)라는 용어는 우리에게 매우 낯선 표현이고 그 의미가 쉽게 전달되지 않기 때문에 개호보험보다는 수발보험으로 번역하는 것이 좋다고 본다. 또한 일부에서는 독일의 수발보험을 간호보험 또는 간병보험으로 번역하기도 하는데, 이는 적절한 번역이 아니라고 본다. 왜냐하면 간병 또는 간호가 질병으로 거동이 불편한 자를 돌보는 것인데 반하여, 수발(Pflege)은 반드시 질병에 의하여 거동이 불편해 졌을 것을 전제로 하지 않는다는 점에서 양자는 구별되기 때문이다.

◇ Pflichtteil 【 유류분 】

상속계약 또는 유언에 의한 법정상속(gesetzliche Erbfolge)로부터 제외된 상속인 중, 피상속인의 자손, 부모 및 배우자는 법정상속분의 일정비율을 상속인에게 청구할 수 있게 된다(§2303 BGB). 이러한 일정비율을 유류분이라고 한다. 유류분이란, 피상속인이 그의 재산에 대한 최소한의 가치부분을 그의 차세대에게 보장해주는 상속물이라 할 수 있는데, 그것은 피상속인이 후계가족들에게 단지 특정한 경우에만 박탈할 수 있다. 이러한 유류분권(Pflichtteilsrecht)에 의하여 유언자의 유언의 자유가 제한되며, 법정원칙과 자의적인 상속 사이의 청산이 이루어지는 것이다. 법정상속이 이루어진 경우에 상속받지 못한 자, 예를 들면 피상속인의 아들이 있다면, 그 손자는 상속받지 못하고, 또한 피상속인의 부모도 상속받지 못한다. 이 경우 손자 또는 피상속인의 부모는 유류분을 청구할 권리(유류분권)가 없다.

◇ **Pflichtversicherung** 【 의무보험 】

일명 의무보험(Pflichtversicherung)은 Pflichthaftpflichtversicherung이라고 하며 이 의무보험에 대한 법을 보통 의무보험법(PfIVG)라고 하여 통상 Pflichtversicherung이라고 부르는데, 원 법령은 ‘Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter’이다. 의무보험은 자동차나 자동차연결차의 보유자가 자신이나 자동차소유자 그리고 운전자를 위하여 공공의 도로나 장소에서 자동차를 사용함으로써 기인한 인적손해(Personenschäden), 물적손해(Sachschäden), 기타의 재산적 손해(sonstige Vermögensschäden)에 대하여 보상을 목적으로 체결이 강제되어 있는 보험이다. 보험자는 보험가입자가 보험계약의 체결을 원하면 보험계약을 체결할 의무가 있는 계약강제(Annahmepflicht, Kontrahierungszwang) 보험이다. 보험자는 보험사고가 발생하면 법적으로 보장된 최소한의 보상을 해야 한다. 의무보험에 대해서는 보험계약법 제158 b, g - k 조의 특별규정이 적용된다. 피해자인 제삼자를 위한 특별한 보호의 방법은 보험법 제158c조와 의무보험법 제 3 조 제 4 호에서 제 6 조에 규정되었다. 자동차책임보험에서는 피해자의 직접청구권(Direktanspruch)이 인정되는 것이 바로 그 예이다. 그 외에도 보험상 의무가 존재하는 데 원자력시설, 핵연료와 그 외 방사선물질에 대한 책임보험, 환경유해시설의 소유자의 책임보험, 유전기술시설의 운영자의 책임보험 또는 항공책임보험 등이 의무보험체결상의 의무가 있는 보험이다.

◇ **Picketing** 【 피케팅 】

피케팅이란 파업을 효과적으로 수행하기 위하여 근로희망자들의 사업장 또는 공장에의 출입을 저지하고, 파업에 동참할 것을 구하는 행위를 말한다. 즉, 피케팅은 근로를 희망하는 근로자에게 파업에 참가할 것을 권유하고, 제삼자가 파업이 일어난 사업장에서 또는 파업을 당한 사용자에게 고용되어 일하려는 것을 저지하며, 공중으로 하여금 분쟁에 대한 주의를 환기시켜 노동조합의 요구에 대한 공중의 이해를 얻는 행위이다. 피케팅은 파업중인 사업장의 사용자에 대하여 노동력의 제공을 철저히 차단함으로써 경제적인 타격을 보다 효과적으로 가하려는 것이다. 보통 피케팅은 사업장 또

는 공장의 입구에서 플래카드를 들로 또는 확성기 등을 이용하여 출입자를 감시하고 근로희망자들에게 파업에 동조할 것을 요구하는 것으로 나타난다. 원래 피케팅은 그것 자체로는 독립된 투쟁행위라고 할 수 없으며 파업이나 보이콧에 수반되는 보조적 현상이다.

◇ Plebiszit 【플레비지트】

Volksabstimmung 【국민투표】

◇ Positive Forderungsverletzung 【적극적 채권침해, 적극적 계약침해】

positive Vertragsverletzung

◇ Positive Koalitionsfreiheit 【적극적 단결권】

‘적극적 단결권’이란 노동조합을 결성하거나 노동조합에 가입할 수 있는 권리를 말한다. 적극적 단결권은 단결하지 않을 수 있는 자유인 소극적 단결권 (negative Koalitionsfreiheit)에 상대되는 개념이다. 일반적으로 단결권(Koalitionsfreiheit)이라 하면 적극적 단결권을 의미한다. 단결권은 독일 기본법(GG) 제 9 조 제 3 항에 의하여 보장된다. 개별 근로자뿐만 아니라 노동조합도 단결권의 주체가 된다. 단결권의 내용은 노동조합 자체의 존립에 관한 권리와 노동조합의 활동에 관한 권리로 나누어 생각할 수 있다. 단결체의 존립에 관한 보호는 노동조합의 설립·운영 및 발전 등과 같이 일반적으로 단결체의 존립 자체를 위하여 필요한 보호를 말하며 단결의 활동에 관한 보호는 특히 단결체로서의 활동에 관한 보호를 말하는데, 특히 협약자치가 그 핵심이 된다.

◇ positive Vertragsverletzung 【적극적 계약침해】

계약에 있어서 채무를 이행했지만, 그 이행에 의하여 손해가 발생한 경우를 말한다. 예를 들면, 현상광고에 의한 보수로서 돼지를 주었던 경우에, 그 돼지가 병을 앓고 있었음으로 인하여 그 돼지를 받은 자의 다른 사육돼지들에게까지 전염되어 손해

가 발생하는 경우에 논의되어 사용되는 용어였다. 민법(BGB)은 하자책임과 함께 채권법 일반에서 급부장애(□□ Leistungsstörung)로서 단지 불능과 지체만을 알고 있었다. 이에 따라서 판례와 학설에 의해 발전된 것이다. 이러한 적극적 채권침해는 채무자에 의한 유책한 장애를 초래한 이행이며, 대부분 부수적 의무(Nebenpflicht)는 보호의무(Schutzpflicht) 침해라는 형식으로 나타난다. 이러한 경우에 손해배상청구권이 발생하게 된다. 적극적 계약침해는 그 ‘적극적’이라는 것은 ‘이행에도 불구하고’ 불이행에 의한 ‘부정적’인 것이 아닌, 어떠한 보호이익의 침해라는 결과가 발생하는 것이다. 적극적 채권침해라는 강학상의 이론도 2002년 1월 1일 채권현대화법률(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht zum 1. Januar 2002)의 발효로 그들의 법적 지위가 변하게 되었다. 민법 제280조 제1항(§280 Abs. 1 BGB ①채무자가 채권관계상의 의무를 위반하는 경우에는 채권자는 그로 인하여 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 채무자가 그 의무위반에 대하여 책임 없는 경우에는 그러하지 아니하다). 이 규정은 급부장애에 대한 새로운 기본적 구성요건으로서의 역할을 하게 되었다. 이 규정에 의하여 채무자가 채권·채무관계로부터 의무를 위반하면 채권자에게 이로부터 발생한 손해배상을 배상할 의무가 있다고 규정하고 있다. 단지 채무자가 의무위반사항이 없음을 증명하면 그러하지 않게 된다. 2002년 1월 1일 이후 체결된 계약에 효력을 미치는 이러한 새로운 규정은 위에서 언급한 적극적 계약침해적용의 사안도 포함하게 된다. 또한 계약에 의한 부수적 의무위반에도 적용된다(§ 241 Abs. 2 BGB : ②채권관계는 그 내용에 좇아 각 당사자에게 상대방의 권리, 법익 및 이익배려의 의무를 지울 수 있다). 이로써 적극적 채권침해라는 개념은 없어지게 되는 결과를 초래하게 된 것이다. 이와 비슷하게 판례와 학설에 의해 발생하였고, 이 또한 법률에 규정되지 않았던 ‘계약교섭상의 과실(□□ culpa in contrahendo)’이라는 이론은 현재 제311조 제2항 및 제3항에서 규율됨으로서 법률제도로 편입되게 되었으며, 손해배상청구권을 발생시키는 청구권발생근거(□□ Anspruchgrundlage)가 된다(§ 311 Abs. 2 und 3 BGB : ②제241조 제2항에서 정하는 의무를 내용으로 하는 채권관계는 다음사항에 의해서도 발생한다. 1.계약교섭을 개시하는 것, 2.계약체결을 위한 접촉을 하면서, 그에 있어서 일방 당사자가 상대방 당사자에게 장차 성립할지도 모르는 법률행위적 관계와 관련하여 자신의 권리, 법익 및 이익에 영향을 미칠 가능성을 부여하거나 또는 이를 위탁하는 것, 또는 3.이들과 유사한 거래상 접촉을 하는 것. ③제241조 제2항에서 정하는 의무를 내용으로 하는 채권관계는 계약당사자가 될 것이 아닌 사람에 대하여도 성립할 수 있다. 그러한 채권관

계는 특히, 그 제삼자가 특별한 정도로 자신에 대한 신뢰를 불러일으키고 또 이를 통하여 계약교섭이나 계약의 체결에 현저하게 영향을 미친 경우에 성립한다).

Positive Forderungsverletzung

◇ Potestativbedingung 【 수의(隨意)조건 】

법률행위 당사자의 의사결정에 의해 그 성취 여부가 좌우되는 사정을 법률행위의 조건으로 하는 조건의 일종으로서, Willkürbedingung 이라고도 표현한다. 수의조건은 당사자의 의사결정이 직접적으로 법률행위의 효력발생과 관련해서는 안 되며(이 경우에는 순수수의조건 Wollenbedingung) 그 이외의 행태와 관련되어야만 한다. 수의조건은 원칙적으로 유효하며, 단지 강행법률이나 선량한 풍속에 반하는 내용을 조건으로 하는 경우에만 무효로 된다. 수의조건의 예로서는 가령 법률행위의 효력을 당사자 일방이 일정한 시합에 합격하거나 일정한 기부행위(Spende)를 행할 것을 조건으로 하는 경우가 해당하며, 임대인이 임차인에 대해 차임을 증가해 주지 않을 경우 임대차계약을 해지하겠다는 변경해지(Änderungskündigung)가 가장 전형적인 경우이다. 한편 수증자가 타인에게 손해를 야기하는 것을 조건으로 하는 증여계약의 경우에는 민법 제138조에 따라 무효의 수의조건에 해당한다. 이 경우 그 조건이 정지조건(aufschiebende Bedingung)에 해당하는 한 법률행위는 전부무효로 되며 무효행위의 전환(Umdeutung)도 허용되지 않는 반면, 해제조건(auflösende Bedingung)에 해당하는 경우 그 법률행위는 효력을 갖게 되며 단지 무효의 조건으로 인해 더 이상 존속할 수 없게 될 뿐이다. 수의조건의 경우 당사자의 의사결정에 따른 사정이 조건으로 되었다는 점에서, 민법 제162조, 즉 조건의 성취가 법률행위의 당사자에 의해 신의성실에 반하는 방법으로 방해되는 경우에 조건이 성취된 것으로 간주한다는 규정은 적용될 여지가 없다.

◇ Praktische Konkordanz 【 규범조화 】

규범조화는 헌법해석의 원리 중의 하나이다. 헌법해석의 원리로서 규범조화란, 헌법상 보호되는 법익은 문제해결에 있어서 각 법익이 모두 실현될 수 있도록 상호조정되어야 한다는 원리를 말한다. 법익 사이에 충돌이 생기는 경우 성급한 법익형량이나 심지어 추상적인 가치형량에 의하여 타법익을 희생하여 하나의 법익만이 실현되어서

는 안 된다는 것이다. 그러므로 헌법의 통일성의 원리(Einheit der Verfassung)와 함께 규범조화의 원리는 기본권적 법익 실현에 최적화의 과제를 제기한다. 이는 상충하는 양 법익이 최적으로 실현될 수 있는 경계가 설정되어야 한다는 것이다. 따라서 이 경계설정은 각각의 구체적 사례에 있어서 비례적이어야 하며, 또한 그 경계설정은 양 법익의 조화를 이루기 위하여 필요한 한도에 그쳐야 한다. 이런 의미에서 규범조화의 원리를 실제적 조화의 원리라고 부르기도 한다.

Grundrechtskollisionen 【 기본권상충 】

◇ Prämienperiode 【 보험료기간 】

보험료를 산정하는 데에 기초가 되는 단위기간을 보험료기간(Prämienperiode)이라 한다. 이 기간을 기준으로 위험이 일어날 가능성을 측정하여 보험료를 결정한다. 즉 보험료는 일정한 기간을 단위로 하여 그 기간 안에 생기는 보험사고의 발생개연율을 통계적으로 산출하여 그 위험율에 따라 정하여 지는 것으로 이 단위기간이 곧 보험료기간인 것이다. 보험료기간의 산출은 대수의 법칙에 근거하여 정해지는 데 보통은 일년의 기간을 그 단위로 한다. 보험계약법 제9조에서 정하고 있는 보험기간(Versicherungsperiode)과는 구별해야 하는데 이 보험기간은 보험계약자가 이 기간에 대하여 보험료를 납입하게 되고 보험료불가분의 원칙(Unteilbarkeit der Prämie)에 따라 위험이 이미 이전에 증지되거나 보험관계가 이전에 해소되었더라도 총기간에 대하여 보험료를 납부하게 되는 정한 기간을 의미한다. 경우에 따라서 보험료기간과 보험기간이 동일할 수도 있지만 원리적으로 동일한 것이라고 말할 수는 없다.

◇ prima facie-Beweis 【 일응의 증명 】

Anscheinsbeweis

◇ Prioritätsgrundsatz 【 우선성의 원칙 】

권리 상호간에 효력의 순위관계가 문제되는 경우 권리 성립의 시간적 선후에 따라 효력순위를 결정하는 원칙을 말한다. 우선성의 원칙은 특히 물권법의 지배원칙으로

되어 있으며, 따라서 제한물권들 사이의 효력관계는 ‘시간적으로 먼저 성립한 물권이 나중에 성립한 권리에 우선한다’(prior tempore potior iure)는 원칙에 따라 판단된다. 이 같은 제한물권 사이의 우선성 원칙은 부동산에 관한 한 등기를 통하여 그 물권이 성립하게 되므로 부동산등기부에서도 표현되고 있다. 민법 제879조에 따르면 부동산에 관한 물적 부담을 설정하는 여러 권리 사이의 순위관계는 그 권리가 등기부의 동일한 구(區, Abteilung)에 기재되어 있는 경우 그 기재된 위치의 선후에 따르도록 하고 있으며(위치 선후의 원칙; Locusprinzip), 서로 다른 구에 기재된 권리의 경우에는 등기부에 표시된 기재일자에 따르도록 하고 있다(시간 선후의 원칙; Tempusprinzip). 이 같은 우선성의 원칙은 담보권, 특히 부동산에 관한 담보물권(Grundpfandrechte) 사이의 효력 순위 결정과 관련하여 중요한 의미를 갖고 있다. 가령 건설업자인 건물수급인이 건물을 신축하여 그 건물에 대해 공사대금의 담보를 위한 2순위의 저당권을 취득하였는데 이미 그 이전에 건설도급인이 사업운영자금을 위해 건물에 대한 1순위의 저당권을 설정해 두었던 한, 이들 저당권 사이의 효력 순위도 피담보채권의 성질 등을 고려하지 않은 채 등기부에의 기재된 시간적 선후에 따라 판단될 뿐이다. 이러한 측면은 우선성 원칙이 권리의 효력순위에 관해 여타의 가치판단을 행하지 않고 단지 형식적으로 시간의 선후만을 고려하고 있음을 말해 주고 있다. 우선성 원칙은 채권 상호간의 관계에서는 적용되지 않고, 따라서 여러 채권간에는 원칙적으로 성립의 시간적 선후와 관계없이 모두 동등한 효력을 갖고 있다.

◇ **Private Schulen 【사립학교】**

□□ Öffentliche Schulen 【국공·립학교】

◇ **Privatklage 【사인소추】**

사인소추(私人訴追) 제도는 형사소송에서 피해자에게 형사소추권, 즉 소(訴)제기의 권한을 인정하는 것을 말한다. 독일에서는 경미범죄, 즉 범죄정도가 경미하고 공공의 이익을 크게 침해하지 않는 범죄의 경우 피해자에게 독자적인 형사소추권을 인정하고 있다. 구체적으로 사인소추가 가능한 범죄유형은 주거침입, 모욕, 서신비밀침해, 상해, 협박, 거래상의 수뢰 및 증뢰죄, 손괴죄와 부정경쟁방지법위반 및 저작권법 위

반범죄의 9가지이다(§374 I StPO). 이 가운데 상해죄의 일부와 손괴죄를 제외한 나머지 범죄는 모두 친고죄이다. 검사는 이러한 범죄들이 공익에 관련되어 있을 때에만 공소를 제기할 수 있다(§376 StPO). 그렇지 않은 경우 피해자만이 검찰을 거치지 않고 사소(私訴)를 제기할 수 있다. 다만 뇌물죄와 저작권법 위반범죄를 제외한 범죄에 대해서는 소를 제기하기 전에 조정을 시도하여야 하는 조정전치주의를 취하고 있기 때문에 조정시도가 성공하지 못한 경우에 한해 피해자는 사인소추절차에 의한 소를 제기할 수 있다(§380 StPO). 사인소추인은 변호사와 함께 출석하거나 위임장을 가진 변호사로 하여금 대리하도록 할 수 있으며(§378 StPO), 절차에 참여하여 의견을 진술하고 변호사를 통해 기록을 열람할 권리를 지닌다(§385 StPO).

◇ Privatschulfreiheit 【 사립학교의 자유 】

독일에서 Privatschulfreiheit는 사립학교의 자유를 의미하며, 그리고 Privathochschulfreiheit는 사립대학의 자유를 의미한다. 독일에서 사립학교(Privatschule)와 사립대학(Privathochschule)은 그 헌법적 근거가 다를 뿐만 아니라 학생들의 법적 능력의 차이 등으로 인하여 법적 관계에서도 차이가 나므로 이 두 용어는 구분해서 사용되며 또한 그렇게 이해되어진다. 특히 사립학교의 자유는 독일 기본법 제 7 조 제 4 항 제 1 문에서 헌법적 근거를 찾을 수 있으며, 그 보호범위도 사립학교 설립 및 경영의 자유를 포함한다고 한다. 그리고 이때의 사립학교는 초·중등교육 영역에서의 사립학교를 의미하며 주나 지방자치단체에서 설립한 국·공립학교에 대비되는 개념이라 하겠다.

그에 반해 사립대학의 자유는 독일 기본법상 명문의 근거를 가지고 있지는 않으며, 단지 해석상 기본법 제 5 조 제 3 항에서 규정하고 있는 학문의 자유(Wissenschaftsfreiheit)와 헌법에 내재되어 있는 문화국가원리 내지는 문화적 다양성 원리 등을 통해 그 근거를 찾을 수 있는 여지는 있다고 한다. 그리고 사립대학의 자유의 보호범위는 역시 사립대학의 설립 및 경영의 자유를 포함한다. 여기서의 사립대학은 고등교육 영역에서의 사립대학을 의미하며 주에서 설립한 국립대학(Staatliche Hochschule)에 대비되는 개념이라 하겠다. 그런데 여기서 용어상 유의해야 할 점은 독일에서 비국립대학(Nicht Staatliche Hochschule)과 사립대학(Privathochschule)은 다소간 다른 개념이라는 것이다. 비국립대학은 주에서 설립한 대학이 아닌 연방에서 설립한 대학, 교회에서 설립한 대학, 개인 내지 사법인이 설립한 대학 등을 모두 포함하는 개념이며, 그에 반해 사립대

학은 개인 내지 사법인이 설립한 대학과 국가교회가 아닌 교회에서 설립한 대학 정도를 포함하는 개념으로 이해할 수 있다.(GG Artikel 7 (4) Das Recht zur Errichtung von privaten Schulen wird gewährleistet; 사립학교를 설립할 권리는 보장된다.)

그러나 우리나라에서 사학의 자유는 사립학교의 자유와 사립대학의 자유를 포괄하는 개념으로 이해할 수 있다. 사립학교의 자유는 헌법 제31조에서 그리고 사립대학의 자유는 헌법 제22조와 제31조에서 그 헌법적 근거를 찾기도 한다. 그리고 교육기본법 제11조 제 2 항은 구체적으로 사립학교의 설립·경영에 관한 법인이나 사인의 권리를 규정하고 있다. 사학의 자유에 관한 명백하고도 직접적인 헌법규정이 없는 우리 헌법 체계 하에서도 최소한 사립학교의 자유의 헌법적 근거는 헌법 제31조 제 4 항에서 그리고 사립대학의 자유의 헌법적 근거는 제31조 제 4 항과 제22조 제 1 항에서 찾을 수 있다고 보는 견지에서는, 이런 사립학교 및 사립대학의 자유의 보호범위에 설립 및 경영의 자유가 개념본질적으로 전제되어지는 것과 같다고 하는 것을 분명히 확인시켜주는 규정이 바로 교육기본법 제11조 제 2 항의 규정인 것이다. 우리나라에서 사학의 자유는 아래와 같은 설립 및 경영의 자유 그리고 학교자치와 대학자치에의 참여권이 그 내용을 이루고 있다고 하겠다. 개인적 기본권이란 기본권능력을 가진 주체로서의 지위를 갖는 자를 전제로 하는 공권인데, 이러한 지위를 획득할 수 있는 길이 매우 어렵다거나 봉쇄되어 있다면 이는 기본권보장을 공허한 것으로 만들어 버리고 마는 것일 것이다. 따라서 기본권보장은 필수적으로 기본권의 전제적 보호의 의미를 갖는 생성보장적 측면을 내포하고 있는 것이다. 실제로 사립대학의 경우를 생각해 보면, 학문적 연구와 교수활동을 위한 학문기관의 준비단계와도 같은 사립대학의 설립이 헌법 제22조 제 1 항 및 제31조 제 4 항의 보호범위에 포함되는 것인지의 여부를 생각해 볼 때 기본권의 생성보장적 전제조건보호의 헌법적 의미를 알 수 있을 것이다. 이런 입장에서 헌법상 학문의 자유가 학문기관의 자유를 포함하며, 이는 학문기관의 전통적, 대표적 형태라고 할 수 있는 대학의 자유를 근간으로 한다고 볼 때, 학문적 사립대학의 설립권은 헌법 제22조 제 1 항의 전제조건과도 같은 내용이 된다고 하겠다. 기존의 대학들만이 학문의 자유 내지 대학의 자치를 향유하는 것으로 보아 법인의 형태로 또는 사인에 의한 대학의 설립을 봉쇄하는 조치는 헌법 제22조 제 1 항의 본질적인 내용을 침해하는 것이기 때문이다. 그리고 이런 설립의 자유는 역시 기본권이론적으로 볼 때에 기본권적 의미통일체의 형태로서 경영의 자유와 함께로서 보장되어질 때에 학문기관으로서 존재의 의미가 있는 것이다. 특히 사립대학의 경영을

대학의 설립당시형태로의 지속적인 존속에 관한 영역으로만 이해할 것이 아니라 학문활동을 위한 대학기관의 계속적인 형성 및 그 조직에 관한 영역까지를 포함하는 것으로 이해를 해서, 사립대학주체의 경영의 자유란 사립대학에서의 대학경영에 관련하여 기관조직적 통일체 내에서의 관리권에 관한 것으로 볼 수 있을 것이다. 대학의 설립과 경영은 다양한 형태의 행정적, 기술적, 인적, 경제적, 조직적 행위들을 요구하기 때문이다. 그러나 대학의 경영은 일종의 학문관리(Wissenschaftsmanagement)와도 같은 것이므로 특별히 경영의 자유는 사립대학의 법적 주체라고도 할 수 있는 사립대학재단이나 설립자의 무제한적인 지배권을 인정하는 것으로 이해되어져서는 곤란하다. 학문적 법칙성에 따라 연구하고 교수하는 사립대학구성원들에게 헌법적으로 보장되어 있는 자유스러운 학문적 활동이 - 특히 학문적 연구 및 교수의 영역에서 - 침해되거나 부당하게 제한되어서는 안 된다고 하는 한계가 주어져 있는 것이다. 설립의 자유보다 경영의 자유는 특별히 이런 점에서 더욱 대학교수들의 학문적 연구 및 교수의 자유 내지는 대학의 자치와 상충관계에 있을 수 있게 된다. 해석원리로서 역시 양자간의 조화로운 해결의 방법이나 가능한 한 양자간의 이해관계를 최대한 보장해주는 해결책 등이 강구되어야 할 것이다. 이런 의미에서 아래에서 언급할 사립대학에서의 학문의 자유에 관한 내용은 사립대학의 자유에 있어서 매우 의미 있는 한계적 보호영역을 다루는 부분이 된다 하겠다.

설립 및 경영의 자유 외에도 사립학교의 자유의 보호범위에는 사립학교에서의 일정한 학교자치와 여기에의 학교교육당사자 집단의 참여권이 포함된다. 그리고 사립대학의 자유의 보호범위에도 사립대학 설립 및 경영의 자유 외에 역시 사립대학에서의 대학자치와 대학구성원의 대학자치에의 참여권이 포함된다. 그러나 사립학교의 자유와 사립대학의 자유의 이 두 가지 보호범위의 영역들 간에는 어느 정도 상충하는 부분이 있다. 즉 학교법인의 설립 및 경영의 자유와 사립학교 학교교육당사자 집단과 사립대학 구성원집단의 학교자치 및 대학자치에의 참여권의 보호범위 간에 엄격히 기능적 한계를 설정하기가 쉽지 않기 때문이다.

◇ Prospekthaftung 【사업서책임】

유가증권 등과 같은 투자대상에 관한 발행이나 매각 과정에서 투자대상에 관한 내용을 투자자에게 설명할 의무에 따라 발행된 사업서(Prospekt)가 잘못되거나 불충분한

설명을 담고 있음으로 인해 이를 믿고 투자한 자가 손해를 입게 된 경우, 그 사업서의 발행 등에 일정한 관련을 맺고 있는 자가 그 손해를 배상하는 책임을 뜻한다. 가령 증권시장법(Börsengesetz) 제45조에 따르면 유가증권 사업서의 기재내용을 믿고 증권거래를 하여 유가증권을 취득한 자는, 그 사업서에서 유가증권의 가치를 판단하기 위해 중요한 사항을 잘못 또는 부실하게 기재해 둔 경우, 그 사업서의 발행에 대해 책임을 맡고 있거나 또는 그 발행에 영향을 행사한 자에 대해 취득가격을 반환하면서 그 유가증권의 인수를 청구할 수 있도록 규정해 두고 있다. 사업서책임은 증권시장법 이외에 개별적인 특별법 규정, 가령 유가증권매각 사업서책임에 관한 법률(VerkaufsprospektG) 제13조, 자본투자회사법(KAGG) 제20조, 그리고 외국 투자지분의 매각에 관한 법률(AuslInvestmG) 제12조에서 규정해 두고 있다. 더 나아가 최근에는 이들 특별법의 규정에서 정한 적용요건에 해당하지 않는 경우에도 자본투자의 선전을 위해 투자회사에서 발행한 광고내용의 진실성과 완전성에 대한 책임을 민법 제311조 3항에 따른 계약교섭상의 과실책임(□□ culpa in contrahendo)의 한 형태로 확대·발전시켜 가고 있다. 이 경우 그 배상책임의 주체는 투자회사 또는 회사를 운영하는 사원 이외에 더 나아가 회사의 설립자 또는 발기인, 심지어는 그 사업서에 대하여 적정성의 의견 등을 제시한 변호사나 공인회계사도 해당한다. 이 같은 민법상의 사업서책임(bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung)의 법률효과로는, 종래 판례에 의하면 사업서책임이 계약교섭상의 과실책임으로 근거 지워져 왔던 관계로, 신뢰손해의 배상이 인정되고 있으며 따라서 계약의 해소 및 이에 따른 투자자금의 반환을 그 주된 내용으로 하고 있다.

◇ Publizitätsgrundsatz 【 공시원칙 】

어떤 물건에 대한 물권적 권리는 제삼자에게 인식될 수 있어야 한다는 것. 동산의 경우에는 점유, 부동산의 경우에는 등기에 의해서 실현된다. 기타 거래상 필요한 사항을 공시하는 것으로서는 부부의 재산관계에 관해서는 부부재산등록부(Güterrechtsregister)에서, 상인의 상호, 영업소 등은 상업등록부(Handelsregister)에서 공시하게 되어 있다. 이러한 등기·등록부는 누구나 열람할 수 있다.

[Q]

◇ quasi-negatorischer Schutz 【준물권적 보호】

소유권과 점유 등의 물권에 관하여 부인소권(□□ actio negatoria)에 의해 부여된 침해 결과 제거와 방해예방의 보호를 물권 이외의 다른 절대적 권리에도 확대·적용하여 인정하는 보호를 뜻한다. 가령 민법 제12조는 성명권(Namenrecht)의 침해행위에 대해 소유권의 방해와 마찬가지로 그 방해행위의 결과제거와 예방청구권을 인정하고 있다. 또한 상호(§ 37 HGB)나 특허권(§ 139 PatG), 저작권(§§ 97, 98 UrhG)에 대해서도 동일한 보호가 규정되어 있다. 그런데 최근에는 이런 개별 규정에서 정해둔 권리를 넘어 명예나 일반적 인격권(allgemeine Persönlichkeitsrechte □□ Persönlichkeitsrecht)에 대해서도 준물권적 보호가 인정되어 가고 있다. 다만 명예나 일반적 인격권 자체가 그 보호의 필요성이 인정되더라도 보호의 내용과 정도의 측면에서는 개별 사례에 따라 구체적으로 판단되어야 하는 범주적 권리(□□ Rahmenrecht)에 해당한다는 점에서, 어떤 경우에 준물권적 보호가 부여될 수 있는가에 대해서는 개별적으로 판단되어야 한다. 특히 명예나 인격침해적 발언이 사실적 진술(Tatsachenbehauptung)인가 아니면 가치판단(Werturteil)에 해당하는가, 인격 침해적 발언이 진실한 것인가 또는 그 침해행위를 정당화 할 만한 침해자 또는 공중의 우월한 법익이 존재하는가 여부 등을 함께 고려해야 한다. 인격권의 침해에 대한 준물권적 보호는 우리나라에서도 침해행위의 유지(留止)청구권 또는 중지청구권이라는 표현을 통해 논의되고 있다.

◇ Quotenaktie 【무액면주식】

주식(Aktie)이란 주식회사의 자본의 구성단위인 동시에 회사에 대한 주주의 지위를 동시에 나타내는 경제적 산물이다. 주식을 증권으로 표창하여 나타낸 것이 주권인데 이 주권에 자본이 금액으로 표시된 경우를 액면주식(Nennbetragsaktie)라 하고, 주식금액의 최소한이 결정되지 않고 회사가 주식을 발행할 때마다 임의로 발행가액을 정하여 주권에는 권면액이 기재되지 않고 단지 주식수만 기재가 되어 있는 주식을 무액면주식(Quotenaktie, Stückaktie)이라고 한다. 무액면주식을 인정하는 취지는 자금조달의 기동성과 주식발행세의 회피 및 액면금액은 반드시 자본에 계상되어야 한다는 원칙을 피하기 위한 것이다.

무액면주식은 액면주식의 반대가 되는 것으로 우리나라의 경우는 상법 제329조 제 4 항에 의해 액면주식만을 인정하고 있지만 미국, 일본, 캐나다의 경우는 주식에 액면가액이 표시되지 않고 자본에 대한 비율만을 표시하는 이 무액면주식을 인정하고 있다. 주식에 자본에 대한 비율만을 표시한다는 측면에서 비례주식이라고 부르기도 한다. 우리나라의 경우에는 무액면주식제도를 취하고 있지는 않지만 신주발행의 경우에 한하여 상법 제417조에서 정한 바와 같이 액면미달의 주식을 발행할 수 있는 예외를 인정하고 있을 뿐이다. 즉 회사가 성립한 날로부터 2년을 경과한 후에 주식을 발행하는 경우에는 회사는 주주총회의 결의와 법원의 인가를 얻어서 주식을 액면미달의 가액으로 발행할 수 있다고 한다.

Stückaktie, Quotenaktie

[R]

◇ Rahmenrecht 【범주적 권리】

‘액자, 틀’ 또는 추상적 의미로 ‘윤곽, 골격’이라는 의미를 갖는 Rahmen에서 파생된 표현이다. ‘포괄적 권리’로 번역하는 문헌도 있으나 범주적 권리로 번역하는 것이 그 내용에 근접한다. 범주적 권리란 법질서에 의해 법익 자체가 보호되기는 하지만 다른 권리들과 달리 그 보호의 내용이나 범위가 명확히 인식될 수 없어서 개별 사안에서 구체적으로 판단되어야 하는 권리를 뜻한다. 일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht □□ Persönlichkeitsrecht)이나 영업에 관해 보호받을 권리(Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)가 이에 해당한다. 이들 권리는 대체로 민법 제823조 제 1항이 불법행위법에 의한 보호법익을 “생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 및 기타의 권리”로 한정하여 열거해 두고 있는 법적 상황에서 일반적 인격권이나 영업적 이익에 대해서도 ‘기타의 권리’로 인정하여 불법행위법에 의한 보호를 확대시키기 위한 취지에서 판례에 의해 주도적으로 형성·발전되었다. 그렇지만 이들 권리는 생명, 신체, 소유권과 같이 기존에 인정되던 권리에 비하여 그 보호의 내용이 명확하지 않으며 따라서 그 지위에 대한 침해가 언제나 곧바로 민법 제823조 제 1항에 따른 불법행위의 책임을 정당화할 수는 없다. 가령 인격권에 대한 침해는 자유로운 여론형성을 기반으로 하는 민주주의 사회에서는 공익적 목적을 위하여 일정한 경우 불가피할 수밖에 없고 영업적 이익에 대한 침해 역시 시장경제질서에서 피할 수 없을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 전체 경제질서의 효율성을 촉진하는 기능도 하게 된다. 따라서 인격권이나 영업에 관해 보호받을 권리는 단순히 침해활동 자체만이 아니라 침해하는 활동의 이익, 침해활동의 계기나 양태, 침해결과의 회피가능성 등을 종합적으로 고려하여 보호범위와 내용을 구체적으로 판단해야만 한다. 우리나라의 판례도 범주적 권리라는 표현을 사용하지는 않고 있으나 이와 같은 문제에서 동일한 시각에 따라 판단하고 있다.

◇ Rahmenvertrag 【기본계약】

주계약(Hauptvertrag)에 부가하여 이를 보충하는 성격을 갖고 있는 계약을 의미한다. 기본계약은 대개의 경우 장기적으로 존속하는 거래관계와 관련하여 체결되는데, 그

거래관계의 영역에서 발생하는 개별적 계약들에 공통으로 적용되는 사항에 관해 규율해 두고 있다. 이런 연유에서 기본계약은 대체로 약관의 형태로 기재되어 있는 경우가 많으며, 이 경우 민법 제305조 이하의 약관에 관한 규정이 적용됨은 물론이다. 가령 신용카드 이용희망자가 신용카드회사와 카드사용계약을 체결하면서 카드사용에 따라 전개되는 개별적인 지불과정을 통일된 내용으로 규율하는 계약의 경우나 지로 계약을 맺어 개별적인 계좌이체나 기타 현금의 수수 없이 행해지는 지불과정을 통일적으로 규정해 두는 경우가 기본계약의 예에 해당한다. 기본계약은 그 주계약의 체결에 관한 예약(□□ Vorvertrag)의 성격을 갖지는 않는다고 이해된다. 왜냐하면 기본계약의 율타리에서 체결될 주계약의 내용에 관하여 기본계약은 별도로 정한 바가 없기 때문이다. 그러나 일정한 경우, 특히 정당한 근거 없이 주계약의 체결을 거절하는 행위는 기본계약의 의무위반을 구성하여 손해배상책임을 근거 지울 수도 있다.

◇ Rasterfahndung 【 검색수사 】

검색수사란 컴퓨터, 특히 인터넷 등의 정보들을 과거에 확인된 범죄적 지표(이를 ‘Raster’라 한다)에 따라 검색하여 범죄혐의를 찾아내는 수사방법이다. 예컨대 테러리스트들은 보통 전기세를 직접 지불하지 않고 임대인에게 지불하기 때문에 전력회사의 고객명단과 특정지역 입주민의 명단을 비교하여 용의자를 찾아내는 것이 검색수사의 한 방법이다. 이는 전산수색(□□ Netzfahndung) 및 정보조회(□□ Datenabgleich)와 더불어 컴퓨터 등을 활용한 현대적 수사방법의 하나로서, 개인의 정보권을 침해하기 때문에 엄격한 요건과 절차에 의해서만 허용되며, 다른 수사방법으로 수사의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한해 보충적 수단으로 사용되어야 한다.

① 전산수색과 더불어 검색수사도 조직범죄방지법(OrgKG)의 제정과 더불어 비로소 도입되었다. 즉 형사소송법 제98a조 제 1 항에 의해 특정한 범죄, 특히 조직범죄나 국가안보범죄의 영역에서 범죄행위자와 상응하는 것이라 판단되는 특정의 검색표지에 해당하는 개인정보를 다른 정보와 기계적으로 비교하여 혐의 없는 자를 배제하거나 수사와 관련하여 중요한 표지들을 만족시키는 혐의자를 확인하는 수사방법이 가능해진 것이다. 다만 이러한 수사는 다른 방법으로 사실관계나 용의자의 행방을 조사하는 것이 본질적으로 곤란하거나 그 성공가능성이 희박한 경우에 한해 허용된다(보충성원칙: 같은 항 제 2 문).

② 정보의 조회와 전달은 법관의 명령에 의해서만 가능하며, 긴급한 경우에 한해 검사의 명령으로 가능하다(§98b I S. 1 StPO). 검사가 검색수사를 명하였을 때에는 지체 없이 법원의 승인을 청구하여야 하며, 3일 이내에 법원의 승인을 받지 못하면 명령은 그 효력을 상실한다(§98b I S. 2 u. 3 StPO). 검색수사 명령은 영장에 의하여야 하며, 영장에는 정보제공의 의무가 있는 기관을 명시하여야 하고 개별사건에 필요한 정보와 검색표지를 한정하여야 한다(§98b I S. 4 u. 5 StPO). 정보를 제공하는 것이 연방이나 주의 법률에 위반하는 경우에는 정보제공을 명령할 수 없다(§98b I S. 6 StPO).

③ 정보를 보관하는 기관은 검색수사를 위해 보관자료 중에서 정보검색을 위해 필요한 자료를 선별하여 수사기관에 전달하여야 한다(§98a II StPO). 다만 전달하여야 할 정보와 기타의 정보를 나누는 것이 매우 곤란할 때에는 정보를 선별하지 않고 기타의 정보도 함께 전달할 수 있지만, 기타의 정보를 이용하는 것은 허용되지 않는다(§98a III StPO). 정보를 전달받은 수사기관은 정보검색을 마치면 즉시 원본과 함께 정보를 되돌려주어야 하고, 만약 다른 곳에 개인정보를 옮겨 저장하였다면 이 정보들이 형사절차에서 더 이상 필요하지 않은 경우 즉시 이 정보들을 삭제하여야 한다(§98b III StPO).

◇ Realakt 【 사실행위 】

행정법상의 사실행위란 행정행위, 공법상의 계약 등의 법적 행위와 같이 일정한 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 행위가 아니라 단순히 사실상의 결과발생을 목적으로 하는 일체의 행위형식을 말한다. 사실행위는 사실상의 결과발생을 목적으로 하는 행정청의 행위이므로 거의 모든 행정청과 소속공무원의 일상사가 사실행위에 속한다고 할 수 있다. 그러나 사실행위도 행정작용의 하나이므로 모든 행정작용에 적용되는 법률적합성의 원칙과 같은 행정법의 일반원칙에 위배되어서는 안된다. 사실행위는 일정한 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 것이 아니므로 비록 위법한 사실행위라고 하더라도 그것이 무효인가 또는 취소할 수 있는 것인가 하는 것은 있을 수 없다. 다만 위법한 결과는 존재하는 것이므로 당해 행정청은 이를 제거하고 적법한 상태로 회복할 의무가 있다. 따라서 위법한 사실행위로 인하여 자신의 권리를 침해받은 당사자는 행정청에 대하여 결과제거청구권이나 손해배상청구권 등을 행사할 수 있다.

◇ Reallast 【 물적부담 】

물적부담은 부동산제한물권의 한 종류로서 민법의 물권규정(§ 1105 BGB)에 의거하여 어떠한 토지로부터 반복적 급부를 특정인에게 요구할 수 있는 권리이다. 그 이행은 토지채무(□□ Grundschuld)나 저당권(□□ Hypothek)과는 달리 항상 금전으로 할 필요는 없다. 또한 행위로도 가능하다. 이러한 물적부담은 역권(□□ Dienstbarkeit) 과는 달리 권리자의 부동산에 대한 직접적인 이용권한을 발생시키는 것은 아니다. 그리고 어떠한 방식으로 물적부담에 대한 급부를 이행할 지는, 오히려 의무를 부담하고 있는 부동산의 소유권자가 판단한다. 물적부담은 부동산소유자와 그 권리자 간의 합의와 등기부예의 등기에 의해 발생한다. 합의에 의하여 양도 및 상속 또는 그 반대의 경우를 결정할 수 있다. 실무상 물적부담은 종종 은퇴자금에 대한 권리(Altenteilsrecht)와 관련하여 언급된다. 즉, 지금까지의 소유권자는 나머지 여생 동안 그의 소유부동산을 그의 상속인에게 주고, 그가 죽을 때까지 토지에 필요한 노력이나 수고를, 물적부담이라는 형식을 통하여, 즉 예를 들면 현물급부, 매달의 보호연금과 부양이행이라는 형식으로 보장하는 것이다. 물적부담의 경우, 종종 예를 들면, 생계를 위한 비용표지에 의거한 지표와 같은 가치확정합의가 이루어진다. 이것들은 물적부담이라는 것에 의하여 보상되며, 더 이상의 어떠한 담보도 필요하지 않다.

◇ Recht zum Besitz 【 점유할 수 있는 권리 】

물건에 관한 점유를 정당화 할 수 있는 소유권, 지상권, 질권, 임차권 등과 같은 본권을 뜻한다. 점유할 수 있는 권리는 특히 소유자에 의한 반환청구권(§ 985 BGB)에 대한 점유자의 항변사유로서 중요한 의미를 갖고 있다. 이 경우 점유할 수 있는 권리는 그 점유가 소유자와의 직접적인 법률관계에 따른 경우에 한하지 않고 점유자가 자신의 점유할 수 있는 권리를 (소유자가 아닌) 타인으로부터 갖게 되었는데 그 타인이 소유자에 대해 점유할 수 있는 권리를 갖고 있는 경우에도 인정된다. 점유할 수 있는 권리는 때로 Besitzrecht 라는 표현으로 사용되기도 한다. 이와 관련하여 Besitzrecht라는 독일어 표현을 단순히 ‘점유권’이라고 국역하여 이해해서는 안 된다는 점에 유의해야 한다. Besitzrecht는 대체로 두 가지의 의미로 이해될 수 있는데, 하나는 민법 제

854조 이하의 점유에 관한 규정을 총괄하는 의미에서 ‘점유법’으로 이해되거나, 또는 위의 표제어와 동일한 의미로 ‘점유할 수 있는 권리’로 이해되어야 한다. 이 같은 이해는 독일 민법과 우리나라 민법에서 ‘점유’(Besitz)에 관한 본질의 이해에 따른 차이로부터 연유하고 있다. 즉, 우리나라 민법의 경우 제2편 제2장의 표제어가 보여주듯이 점유를 ‘점유권’으로 구성해 두고 있다. 그러나 독일 민법의 경우에는 물건에 대한 사실상의 지배상태인 점유의 본질은, 이권이 없지 않으나 대부분의 견해에 따르면, 단순한 사실상태(Faktum)에 불과할 뿐 결코 권리(Recht) 자체에 해당하지 않는다고 이해된다. 다만 점유자의 의사나 인격에 대한 보호를 위하여 점유침탈 등에 대한 보호를 부여해 주고 있으며, 이는 단지 점유보호(Besitzschutz)로 표현되고 있을 뿐이다.

◇ Rechtsgüterabwägung 【 법익형량 】

헌법학에서 법익형량이란 헌법이 서로 상반되는 내용의 규범이나 원칙을 내포하고 있는 경우에 이런 두 규범이나 원칙에 의해서 표현되는 법익을 서로 비교형량하여 보다 큰 법익을 보호하고 있는 헌법 규범이나 원칙에 우선적 효력을 부여해야 한다고 하는 헌법해석의 지침을 말한다. 법익형량은 특히 기본권상충(Grundrechtskollisionen) 영역에서 상충문제의 해결방식으로 많이 활용되고 있으며, 이론적으로 볼 때 헌법규범들 사이에 상하의 계층구조가 있다고 하는 것을 전제하고 있는 헌법해석지침이라고 하겠다. 법익형량이란 용어와 함께 이익형량(Interessenabwägung)이란 용어도 사용된다.

□□ Grundrechtskollisionen 【 기본권상충 】

◇ Rechtsmittelbelehrung 【 불복고지 】

불복고지란 행정청이 서면으로 행정처분을 하는 경우 그 상대방에게 행정심판을 제기할 수 있는지의 여부, 제기하는 경우의 재결청, 경유절차, 청구기간 등에 관하여 고지하는 것을 말한다. 불복고지의 침부를 명시적으로 규정하고 있는 것으로는 연방행정법원법(VWGO) 제59조에 의한 연방행정청의 행정행위, 같은 법 제73조 제3항에 의한 행정심판의 재결 등 몇 가지로 특정되어 있다. 연방행정법원법 제59조는 “연방행정청이 불복심사가 가능한 서면에 의한 행정행위를 발하는 경우에는 당사자가 당해 행정행위에 대하여 불복할 수 있다는 것, 불복신청을 제출할 관청, 청구기간에 대한

설명을 첨부하여야 한다(Erläßt eine Bundesbehörde einen schriftlichen Verwaltungsakt, der der Anfechtung unterliegt, so ist eine Erklärung beizufügen, durch die der Beteiligte über den Rechtsbehelf, der gegen den Verwaltungsakt gegeben ist, über die Stelle, bei der der Rechtsbehelf einzulegen ist, und über die Frist belehrt wird.)”라고 규정하고 있다.

불복고지제도는 국민이 행정처분에 대한 불복방법을 알지 못하여 입게 되는 피해를 제거하여 국민의 권리구제에 충실을 기하려는 것이다. 불복고지가 잘못되거나 또는 불충분하거나, 전혀 고지되지 않은 경우라도 당해 행정행위의 효력에는 영향을 미치지 않는다. 다만 같은 법 제58조에 따라 불복신청을 제기할 수 있는 기간에 변화가 발생한다. 즉, 적법한 불복고지가 있었던 경우에는 같은 법 제70조의 규정에 따라 행정행위가 통지되고 난 후 1월내에 행정심판을 청구하여야 하고, 제74조에 따라 행정심판의 재결이 통지되고 난 후 1월내에 행정소송을 제기하여야 한다. 그러나 이 경우에는 1년 이내에 불복신청을 제기할 수 있다.

우리나라의 경우에는 행정절차법 제42조 제 1 항에서 행정청이 처분을 서면으로 하는 경우에는 그 상대방에게 처분에 관하여 행정심판을 제기할 수 있는지의 여부, 제기하는 경우의 행정심판의 절차 및 청구기간을 알려야 한다고 규정하고 있다.

◇ Rechtsschutzversicherung 【 권리보호보험 】

권리보호보험(Rechtsschutzversicherung)은 보험계약자가 타인에 대하여 배상청구권을 가지는 경우, 그의 권리행사를 용이하게 하는 데 수반되는 필요한 비용을 지급하는 보험이다. 이는 피해를 입은 보험계약자의 권리회복을 적극적으로 도모하는 기능을 한다. 이 같은 특징으로 인하여 권리보호보험은 적극보험(Aktivversicherung)이라 하는 반면에, 보험계약자인 가해자가 타인에게 입힌 손해를 보상하도록 담보하는 책임보험은 소극보험(Passivversicherung)이라 한다. 원칙적으로 이 권리보호보험은 책임보험과는 달리 순수한 비용보험(Kostenversicherung)이다. 이는 보험계약자 내지 피보험자에게 하는 면담이나 법적 청구권의 행사 또는 제삼자로부터 제기된 청구권에 대하여 방어 등과 관련하여 지출된 재판상 또는 재판외의 비용을 보험계약의 범위에 따라 지급하는 것이다. 권리보호보험은 광범위하고 특수하며 세분된 권리보호를 위험부담으로 하는 특별한 보험분야이고 보험계약법에서도 규정하고 있는 바다. 성질을

달리하는 몇 몇 개의 권리보호보험류는 고객들의 필요에 따라 연합되어 상품화되는데 교통보호(자동차권리보호, 운전자권리보호 및 보행자권리보호 등), 가족권리보호, 영업자권리보호(환경관련불법행위의 경우 산업 및 형사상 권리보호), 자유직업인을 위한 권리보호 및 사단, 토지소유권자 또는 세입자를 위한 권리보호 등이 그것이다.

또한 책임보험 중에도 위의 권리보호보험적인 특징이 나타나는 데 보험계약법 제 150조에 따르면 책임보험은 제삼자로부터 주장된 청구권을 방어하기 위하여 지출된 재판상 내지 재판외의 비용을 포함하고 있다. 제삼자에게 보험계약자의 행위로 인하여 책임을 발생시킨 사안에 따라 형사소송절차가 진행되어 그에 대한 방어로 비용을 지출한 경우로 보험자의 지시로 지불된 비용에 대하여 책임보험자는 지불할 책임이 있다. 그 외에 법률분쟁에서 보험계약자가 자신의 권리보호를 위하여 지불한 여타의 비용을 포함하기도 한다. 이러한 비용을 지불해주는 책임보험의 특징을 권리보호보험적 성격을 가지고 있다고 정의하기도 한다.

◇ Rechtsstaat 【 법치국가 】

독일 기본법 제20조 및 제28조 제 1 항 제 1 문은 독일연방공화국의 법치국가성(Rechtsstaatlichkeit) 및 각 주의 법치국가성을 천명하고 있으며, 독일의 각 주헌법들도 - 예를 들면 Bayern주헌법 제 3 조와 같이 - 각 주의 법치국가성을 밝히고 있다. 그러므로 법치국가원리(Rechtsstaatsprinzip)는 독일 헌법상 기본원리이자 독일 기본법상의 근본적 결단에 해당한다고 평가할 수 있다. 이는 독일 기본법 제79조 제 3 항이 기본법 제 1 조와 제20조상의 원리들을 헌법개정외의 한계로서 명시하고 있다는 점에서도 알 수 있다. 법치국가는 역사적으로 볼 때 두 가지 의미를 담고 있는데 형식적 의미와 실질적 의미가 그것이다. 근대의 법치국가 의미를 담은 형식적 법치국가(Rechtsstaat im formellen Sinne)란 모든 국가작용은 법에 근거하여 행해져야 하며, 이를 위해 국가는 법질서를 세우고 보장해야 한다는 헌법상 원리를 말하며, 현대의 법치국가 의미라고 할 수 있는 실질적 법치국가(Rechtsstaat im materiellen Sinne)란 국가가 세우고 보장하며 모든 국가작용의 근거가 되는 법질서의 내용이 형식적으로뿐만 아니라 실질적으로도 정의로워야 한다고 하는 헌법상 원리를 말한다. 이런 의미에서 실질적 법치국가를 정의국가(Gerechtigkeitsstaat)라고 부르기도 한다.

독일 헌법상 법치국가원리에는 권력분립원리(□□ Gewaltenteilungsprinzip; 기본법 제20조 제 2 항 제 2 문), 기본권보장, 입법의 헌법질서에의 기속 및 집행과 사법의 법률과 법에의 기속(기본법 제20조 제 3 항), 법률유보(□□ Gesetzesvorbehalt), 헌법의 우위(Vorrang der Verfassung) 및 법률의 우위(□□ Vorrang des Gesetzes), 법적 안정성(Rechtssicherheit)의 보장, 비례의 원칙(Grundsatz der □□ Verhältnismäßigkeit), 행정의 합법성(Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) 그리고 공권력에 의한 권리침해시 효과적인 권리구제수단의 구비 등과 같은 내용들이 포함된다.(GG Art. 28 (1) Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen; 각 주의 헌법질서는 이 기본법에서 의미하는 공화적, 민주적 그리고 사회적 법치국가의 제원칙들에 부합해야만 한다.)

◇ Rechtsverordnung 【 법규명령 】

법규명령이란 법률의 위임에 의하여 또는 법률을 집행하기 위하여 행정권에 의하여 제정되는 규범이다. 법규명령은 국민의 권리와 의무에 관계되는 일반적인 사항을 규정하므로 국가기관은 물론 일반적으로 국민에 대하여 직접 구속력을 갖는다. 즉 형식적 의미의 법률과 내용이나 구속력에서 차이가 있는 것이 아니라 단지 누가 제정하느냐의 차이가 있다. 따라서 법규명령에 위배되는 행정작용은 위법한 것이며, 행정법 관계에서 직접적으로 해석·적용되는 법원이다. 행정권이 법규명령을 제정할 수 있는 권한은 기본법(GG) 제80조 제 1 항에서 찾을 수 있다. 같은 조항은 “연방정부, 연방장관, 주정부는 법률에 의하여 법규명령을 제정할 수 있다(Durch Gesetz können die Bundesregierung, eine Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen.)”고 규정하고 있다. 또한 같은 조항에서는 수권법률에서 법규명령의 내용, 목적, 범위를 반드시 정하도록 하여 백지위임이나 포괄적 위임을 금지하고 있다. 법규명령 중에는 기본법 제80조 제 2 항 규정에 따라 연방상원(Bundesrat)의 동의를 요하는 경우도 있으며, 일련의 법률에서는 법규명령을 발하기 전에 비정부단체(außerstaatliche Verbände), 독립적인 전문가 또는 관련 당사자들의 청문을 거치도록 규정하고 있는 경우도 있다(연방임미시온보호법(BImSchG) 제51조). 법규명령은 행정의 행위형식에 속하는 것이므로 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙이 적용되고, 서면으로 작성되어야 하며, 공포되어야 효력을 발생한다.

◇ **Rechtswidrigkeit der Verwaltungsakten** 【 행정행위의 위법성 】

행정행위는 법규에서 요구하는 성립요건과 효력요건을 갖추고 있어야 적법한 행정행위로서 효력을 발생한다. 이러한 요건을 갖추지 못할 때에는 행정의 법률적합성의 원칙에 따라 효력을 발생하지 못하는 것이 원칙이다. 그러나 행정행위는 그 하자의 종류와 중대성에 따라 법적 효과가 달라진다.

연방행정절차법(VwVfG) 제44조에 따라 행정행위의 하자가 명백하고 중대한 경우에는 처음부터 아무런 효력도 발생하지 않는다. 이를 무효인 행정행위라고 한다. 행정행위의 하자가 이에 미치지 못하는 경우에는 위법한 행정행위로서 불복절차를 통하여 취소될 수 있다. 이에 대하여는 연방행정법원법(VWGO)에 여러 규정이 있다. 절차상 또는 형식상의 하자 있는 행정행위는 연방행정절차법 제45조에 따라 사후에 보정된 경우에는 적법한 행정행위가 되며, 제46조에 따라 무효인 행정행위가 아닌 경우에 당해 사안에 대하여 달리 결정될 수 없는 경우에는 절차상의 하자, 형식상의 하자, 관할권의 위반만으로는 취소를 청구하지 못한다. 위법한 행정행위는 연방행정절차법 제48조의 규정에 따라 행정청이 취소할 수 있다. 연방행정절차법 제47조에 따라 위법한 행정행위는 적법한 다른 행정행위로 전환될 수도 있다. 또한 제42조에 따라 명백한 오기나 계산착오 또는 이와 유사한 잘못이 있는 경우에는 하시라도 정정될 수 있다. 불복고지를 결하거나 잘못된 것만으로는 행정행위의 효력에는 영향이 없으며 연방행정법원법(VWGO) 제58조와 제70조 제 2 항에 따라 불복신청기간이 1월내에서 1년으로 연장된다.

◇ **Referendum** 【 레퍼런덤 】

Volksabstimmung 【 국민투표 】

◇ **Regreß** 【 구상(求償) 】

제삼자에 대한 배상의무자의 訴求를 말하는데, 그 제삼자는 그 자신의 행위에 의하여 이행된 배상 때문에 그 소구에 대한 책임이 발생하게 된다. 주로 연대채무의 경우에 민법 제426조에 의하여 청산의무가 존재한다. 구상권(Regreßanspruch, Rückgriffanspruch)

은 성격상 대부분 손해배상청구권이다.

□□ Rückgriff

◇ **Regreßanspruch 【 구상권(求償權) 】**

□□ Regreß

◇ **Rektaindossament 【 배서금지배서 】**

Rekta는 Rektum의 복수형으로 의학용어인데 어음법상의 의미와는 전혀 무관한 인체 장기 중의 하나의 의미를 가지고 있다. Rekta와 합쳐서 합성된 명사는 많은 데 그때마다 Rekta를 가지고 쉽게 추론할 수 없는 새로운 뜻이 나온다. 이 배서금지배서 또는 금전배서(禁轉背書)인 Rektaindossament와 가장 유사한 쓰임새에 해당하는 Rektaklausel는 ‘배서(이서)금지’로, Rektascheck는 배서금지수표로, Rektawechsel은 배서금지어음을 의미하나, Rektalagerschein하면 ‘기명창고증권’인 Lagerschein과 같은 뜻이고, Rektapapier하면 ‘기명증권’으로 해석된다. 배서금지배서에 대한 법적 근거는 어음법 제15조 제2항으로 “배서인이 어음에 계속해서 배서하는 것을 금할 수 있는데 이 같은 배서금지문구에도 불구하고 어음에 배서를 한 경우에는 배서금지배서를 한 배서인은 이에 대하여 책임이 없다(Der Indossant kann untersagen, daß der Wechsel weiter indossoert wird; in diesem Falle haftet er denen nicht, an die der Wechsel weiter indossiert wird)”고 하였다. 이와 동일한 취지의 법적 근거로는 수표에 한 배서금지배서로 수표법 제18조 제2항이다. 어음은 물론 배서를 하여 양도할 수 있는 것이므로 이 같은 배서금지배서에도 불구하고 배서할 수 있는데 다만 이 경우 배서금지배서문구를 기입한 자의 직접 피배서인을 제외한 그 후의 피배서인에 대하여 담보 책임을 지지 않는다는 것을 의미하는 것이다. 배서인은 기명식배서를 하는 경우뿐만 아니라 백지식배서(Blankoindossament)를 하는 경우에도 배서금지문언을 기재할 수 있다.

◇ **Rektapapier 【 기명증권 】**

기명증권(Rektapapier)은 유가증권(Wertpapier)으로서 증권상에 특정인을 권리자로 기재한 것이지만 지시증권(Orderpapier)은 아닌 것을 말한다. Rektapapier를 Namenspapier

라고도 한다. 이 기명증권상에 다른 사람이 권리의 승계자(Rechtsnachfolger)로서 기재되어 있다면 이도 권리자가 될 수 있다. 유가증권 중에 증권상에 특정인이 권리자로 기재된 경우라 할지라도 법률상의 규정에 의거하여 당연히 그가 타인을 다시 권리자로 지정할 수 있는 경우가 있어서 이러한 것은 기명증권이 아닌 지시증권으로 보는데 이에 대한 예로는 화물상환증, 선하증권이나 창고증권과 같은 것이 있으므로 구별을 요한다. 기명증권으로부터 생긴 권리는 증권의 양도에 의하여 생기는 것이 아니고 일반적인 지명채권의 양도방법에 따라서만 양도가 가능하다. 그러나 민법 제1154조에서 보여주는 것처럼 특별한 형태로서 양도를 하기 위해서 증권의 양도시 서면에 양도의 표시를 하여야 하는 경우도 있다.

기명증권은 유통성이 약하기 때문에 유가증권으로서의 그 효용가치는 적지만 권리를 표창하는 증권임에는 분명하기 때문에 권리를 행사하는 경우에는 증권의 소지를 요하고 권리를 이전시키기 위해서는 증권의 교부를 하여야 한다.

□□ Namenspapier 【기명증권】

◇ Rektawechsel 【배서금지어음】

발행인이 어음에 ‘지시금지(nicht an Order)’ 또는 이와 동일한 의미가 있는 문언을 기재한 경우의 어음을 배서금지어음 또는 금전(禁轉)어음이라고 한다. 배서금지문언이 있다고 하여 어음의 양도가 금지된 것이 아니고 이 어음은 어음법 제11조 제2항에 따라 “일반적인 양도방법이나 효력을 가지고 양도할 수 있다(Der Rektawechsel kann nur in der Form und mit den Wirkungen einer gewöhnlichen Abtretung übertragen werden)”고 정하고 있다. 같은 취지로 수표법 제14조 제2항의 경우도 이를 명문화하고 있다. 배서금지어음으로 하기 위해서는 발행인은 보통 어음상에 인쇄된 지시문언을 삭제하는 외에 어음상에 배서금지 또는 이와 동일한 의의가 있는 문언을 기재하여야 한다. 주로 배서금지어음을 사용하는 이유는 어음을 담보어음으로만 사용하고 싶은 어음발행인의 의도에 기인한 것인데 주로 배서가 계속되어 상환금액이 증대되는 것을 방지하려고 배서금지문구를 기재하여 배서가 가지는 이전적 효력을 배제하려는 것이다. 그러나 배서금지어음은 양도성 자체가 박탈되는 것이 아니고 이미 언급한 바와 같이 단지 배서에 의한 양도성만이 박탈된다. 따라서 배서금지어음은 지명채권양도의 대항요건을 구비함과 동시에 증권의 교부를 통하여 어음상의 권리를 양도할 수 있다.

◇ Rentenversicherung 【연금보험】

연금보험은 노령과 업무 이외의 원인에 의한 장애로부터 보호하는 사회보험이다. 연금보험관련법은 과거 제국보험법(RVO)에 산재해 있었으나, 1992년 이를 사회법전에 통합하여 규율하고 있다. 농업종사자에 대한 연금보험만이 독립된 법률에 의하여 규율되고 있다. 연금보험법상의 급여로는 본인에게 지급되는 급여로 직업수행불능연금, 소득활동불능연금이 있고, 유족에게는 지급되는 급여로는 사망연금, 자녀연금, 양육연금이 있다. 급여가 지급되는 원인으로는 ‘소득능력의 감소(verminderte Erwerbsfähigkeit)’를 근본으로 하고 있다. 연금보험법은 일정한 연령에 달한 피보험자에 대하여 일률적으로 노령연금을 지급하도록 하고 있는데, 이는 피보험자가 일정한 연령에 도달하면 피보험자에게 더 이상 소득활동을 기대할 수 없다는 가정에 기초한 것이다. 독일 연금보험법에 의한 완전노령연금의 수급연령은 65세이다. 소득능력의 감소는 장애 또는 사망에 의해서도 발생할 수 있다. 연금보험도 사회보험의 하나로 법률에 의하여 가입이 강제될 뿐만 아니라 소득재분배효과를 가지고 있다. 근로자, 농민 그리고 일부 자영업자가 가입이 강제되는 의무가입자이다. 하지만 법정제도 이외의 방법에 의하여 노령 및 장애의 위험으로부터 보호를 받는 의사, 변호사는 의무가입이 면제된다. 그러나 이들도 원하는 경우 임의로 연금보험에 가입할 수 있다. 근로자의 보험료는 사용자와 근로자가 반씩 부담하지만, 임의로 가입한 자영업자는 본인이 보험료를 전액 부담하여야 한다. 독일의 연금보험은 재정방식으로 부과방식(Umlageverfahren)을 채택하고 있다. 부과방식이란 매년 지출되는 보험급여비용을 당해 연도의 보험료수입원으로 충당하는 재정방식을 말한다. 즉, 현재 피보험자가 납부하는 보험료는 본인이 아니라 현재의 연금수급자가 받는 연금의 재원이 된다. 독일은 1957년까지 적립방식(Kapitaldeckungsverfahren)으로 운영되었다. 적립방식이란 현재의 피보험자가 납부하는 보험료가 적립되어 장래 본인이 받는 연금의 재원으로 운영되는 연금재정방식을 말한다. 근로자연금보험의 운영주체는 지역단위로 조직된 18개 州보험공단(Landesversicherungsanstalten)이다. 사무직 근로자 연금보험의 운영주체는 연방단위로 조직되어 있는 연방보험공단(Bundesversicherungsanstalten für Angestellten)이다. 특수 직역별 보험단체로는 연방철도보험공단, 선원조합, 연방광산조합, 농민연금조합 등이 있다. 연금보험공단의 조직 및 운영에 대해서는 자치운영의 원칙이 적용된다. 하지만 연금보험공단은 일정한 범위에서 국가의 감독을 받는다.

◇ Reservfonds 【(기업의) 준비금】

기업의 준비금 내지 적립금을 Reservfonds라고 하고 주식회사법 제58조 이하에서는 그 용어를 Rücklage로 흔히 쓴다. 이 기업의 준비금 내지 적립금은 회사가 순자산액으로부터 자본액을 공제한 잉여금의 일부를 장래 발생할지도 모르는 유사시에 필요에 따라 쓰기 위하여 회사에 적립해 두는 금액이다. 이 준비금도 ‘공연한 준비금(offene Rücklage)’와 ‘비밀준비금(stille Rücklage)’으로 나뉘는데 주로 상업회사(kaufmännische Unternehmen)에서 비축금으로 준비해 놓는 금액을 전자인 공연한 준비금이라고 하고 대차대조표의 우측인 대변(Passivseite)에 기재한다. 반면에 은연한 준비금인 비밀준비금은 대차대조표에서 실제적인 유통가격(Verkehrswert)보다 더 낮은 가치로 재산상황이 책정되는 것을 통하여 생긴 것을 의미한다. 주식회사법 제150조에 의하면 주식회사는 법정준비금(gesetzliche Rücklage)을 형성해야 하는데, 이는 자본의 10분의 1이나 정관에 정한 것보다 높은 정도인 자본의 일부에 해당하여야 한다. 법정준비금 외에도 임의준비금(freiwillige Rücklage)이 형성되어야 한다. 임의준비금과 법정준비금을 보통 ‘공연한 준비금’이라고 한다. 준비금은 예비비(Rückstellungen)와는 구분되는 것이다.

□□ Rücklage 【(기업의) 준비금, 적립금】

◇ Revision 【상고】

상고는 항소심의 재판에 불복하여 상소하는 절차이다. 상고의 대상은 법률적 측면에 제한된다. 즉, 상고심에서는 판결의 바탕이 된 사실관계는 확정된 것으로 간주하고 하급심의 판결에 실체법 또는 절차법의 위반이 있는지를 심사한다. 그렇기 때문에 상고는 “두 번째 제일심절차”로 불리우는 항소(□□ Berufung)와 달리 순수한 제 2 단계 절차가 된다. 1) 상고의 대상이 되는 판결은 상고심판결이 아닌 판결들이다. 즉 ①주고등법원(OLG)의 제일심법원으로 내린 판결, ②대참심법원(□□ Schwurgericht)의 판결, ③대(大)형사부(□□ große Strafkammer)가 제일심법원으로 내린 판결, ④소(小)형사부(kleine Strafkammer) 또는 대형사부의 항소심판결, ⑤지방법원(AG) 단독판사 또는 참심법원(□□ Schöffengericht)의 판결이 그것이다. 2) 상고심의 관할법원은 주고등법원과 연방최고법원(BGH)이다. 먼저 주고등법원이 상고심으로 관할하는 사건은 ①주법원

(LG)의 항소심판결에 대한 상고(§121 I Nr. 1b GVG), ②항소로 다룰 수 있는 지방법원의 판결에 대한 비약상고(Sprungrevision; §335 II StPO), ③대형사부와 대참심법원의 판결에 대한 주법(州法)의 규정 위반을 이유로 하는 상고(§121 I Nr. 1c GVG)이다. 다음으로 연방최고법원이 상고심으로 관할하는 사건은 ①주고등법원이나 주법원(대형사부 또는 대참심법원)이 제일심법원으로 내린 판결에 대한 연방법 위반을 이유로 하는 상고(§§135, 121 I Nr. 1c GVG)와 ②주고등법원의 판결이 다른 주의 주고등법원이나 연방최고법원의 기존판례에 배치됨을 이유로 하는 상고(§121 II GVG), 즉 이른바 ‘판례위반상고(Divergenzrevision)’이다. 후자의 경우는 법률적용의 통일성을 위해 최고법원이 상고를 담당하는 것으로, 연방최고법원이 단지 추상적 법률문제만을 판단하는지 아니면 사실관계도 심사하는지에 대해서는 논란이 있다. 이는 상고심의 목적과도 관련이 있다. 3)상고심의 목적에 대해서는 오랫동안 견해가 엇갈리고 있는데, 크게는 법적용의 통일성을 위한 것이냐 아니면 개별사건에서의 정의의 실현이냐로 나뉘어진다. 최근의 다수견해는 양자를 모두 상고심의 목적으로 파악하고 있다.

◇ **Richtlinie 【 행정규칙 】**

Verwaltungsvorschriften

◇ **ringförmige Beteiligung 【 환상적 상호참가 】**

Zirkularbeteiligung 【 환상적 상호참가 】

◇ **Rüchbürgschaft 【 구상보증 】**

보증인이 보증계약에 따라 채권자에게 변제함으로써 주채무자에 대해 장래 취득하게 될 구상채권(Regreßforderung)의 이행을 보증하려는 보증의 한 형태이다. 가령 주채무자에 대한 금융기관의 금전대출과 관련하여 대출금반환채무의 이행을 보증해 준 다른 금융기관(주보증인, Hauptbürge)이 채권자에 대해 보증채무를 이행할 경우 주채무자에 대해 갖게 되는 구상채권의 용이한 회수를 위해 또 다른 금융기관(구상보증

인, Rückbürge)과 사이에 그 구상채무를 주채무로 하여 보증계약을 체결하는 경우이다. 이때 구상보증인이 주보증인에게 구상채무를 이행하는 경우 구상보증인은 주채무자에 대해 원래의 채권자가 갖고 있었던 채권을 민법 제774조에 따라 법정 채권양도(gesetzlicher Forderungsübergang, cessio legis □□ Zession)의 방식으로 양도받게 된다. 왜냐하면 원래의 채권자가 채무자에 대해 갖고 있던 채권은 이미 주보증인의 변제로 인해 민법 제774조에 따라 주보증인에게 양도되었기 때문이다. 결국 구상보증은 구상채무에 대한 보증이라는 점을 제외하고는 통상의 보증과 다르지 않으며, 따라서 이에 준하여 판단하게 된다. 구상보증은 우리나라의 경우에도 금융거래 실무에서 행해지고 있다.

◇ Rückgriff 【 구상 】

□□ Regreß

◇ Rückgriffanspruch 【 구상권(求償權) 】

□□ Regreß

◇ Rückgriffskondiktion 【 구상부당이득 】

타인의 채무를 법적 원인 없이 변제한 자가 그로 인해 채무소멸의 소극적 재산 증가의 이익을 취득한 자에 대해 이를 부당이득으로서 반환청구할 수 있는가와 관련하여 논의되는 부당이득의 한 유형이다. 구상부당이득은 대개의 경우 민법 제267조에서 원칙적으로 허용하고 있는 제삼자에 의한 급부행위에 의해 발생한다. 가령 B가 전자 대리점 C로부터 전자제품을 소유권유보부로 매수하였는데, 그 제품의 전득자인 A가 별도의 합의 없이 그 제품에 대한 소유권취득을 위한 조건의 성취를 위하여(§ 455 BGB) B의 C에 대한 매매대금 잔액을 C에게 지급하는 경우가 이에 해당할 수 있다. 또한 현실적으로 더욱 문제되는 경우로는 연대채무(□□ Gesamtschuld)의 관계에 있지 않아 민법 제426조에 따른 구상권(Ausgleichsanspruch)을 취득할 수 없는 다수의 채무

자 중 일인이 그 채무를 변제한 경우를 들 수 있다. 그렇지만 주의할 것은, 일반적으로는 구상부당이득의 유형이 인정될 수 있는 경우에도 법률에서 이미 개별 규정(가령 바로 위의 민법 제426조)을 마련해 두고 있는 한 구상부당이득의 적용은 배제된다. 또한 일부 학설은 사무관리(Geschäftsführung ohne Auftrag)에 따른 비용배상(§ 683 BGB)의 확대적용을 통해 구상부당이득을 독자적인 유형으로 인정하지 않으려고 하는 견해도 있다. 이와 관련하여 우리나라의 문헌 역시도 유형론에 입각하여 부당이득 법을 설명하려는 견해에 따르더라도 구상부당이득의 유형에 관하여는 소극적이거나 또는 아주 한정적인 경우에만 인정하고 있을 뿐이다.

◇ Rückindossament 【 환배서 】

어음 및 수표의 발행인(auf den Aussteller) 또는 어음 및 수표상의 다른 채무자(auf jeden anderen Wechselverpflichteten bzw. Scheckverpflichteten)를 피배서인으로 하는 배서를 환배서(還背書) 또는 역배서(逆背書)라 한다. 더욱이 이 “역배서에 의한 피배서인은 어음이나 수표에 다시 배서할 수 있음(Diese Personen können den Wechsel bzw. Scheck weiter indossieren)”을 어음법 제11조 제3항과 수표법 제14조 제3항에 따라 명문으로 규정하여 일반적으로 역배서에 의하여 어음채무자가 어음상의 권리를 취득하면 어음상의 권리와 의무가 동일인에게 귀속하여 민법상의 혼동의 법리에 의하여 채권과 채무가 혼동하게 되지만 환배서에서는 이 민법상의 혼동의 법리를 배제하고 있다. 이는 어음수표가 유통증권이라는 점에서 온 취지이다. 환배서도 배서이므로 일반적인 배서의 효력인 권리이전적 효력, 담보적 효력 및 자격수여적 효력을 가지고 있다. 여기에서 어음상의 채무자에는 발행인, 인수인, 배서인, 보증인 또는 참가인수인을 의미한다. 인수를 하지 않은 환어음의 지급인은 어음채무자가 아니므로 이러한 지급인에 대한 배서는 환배서가 아니다. 따라서 그러한 지급인이 배서를 받아 어음을 취득한 경우에는 보통의 소지인과 같다. 수표의 경우에는 수표의 지급증권성의 성격과 수표의 신용증권화 방지를 위하여 수표의 지급인에 대한 배서는 원칙적으로 영수증의 효력만이 있음을 수표법 제15조 제5항은 밝히고 있어서 지급인의 배서는 무효가 된다. 즉 이 제15조 제5항은 “지급인에 대한 배서는 그 지급인의 영업소가 여러 개인 경우 그 수표가 지급될 곳으로 지시된 영업소와는 다른 영업소를 배서에서 내용으로 하지 아닌 한 지급인에 대한 배서는 영수증의 효력만이 있다(Das Indossament an den

Bezogenen gilt nur als Quittung, er sei denn, daß der Bezogene mehrer Niederlassungen hat und das Indossament auf eine andere Niederlassung lautet als diejenige, auf die der Scheck gezogen worden ist)”고 한다.

◇ Rücknahme von Verwaltungsakten 【 행정행위의 취소 】

행정행위의 취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 성립당시의 하자로 인하여 위법한 경우에 그 효력의 전부 또는 일부를 소멸시키는 행정청의 의사표시이다.

행정행위의 취소는 위법한 행정행위의 효력을 소멸시킨다는 점에서 적법한 행정행위의 효력을 후발적 사유를 이유로 소멸시키는 행정행위의 철회(Wderruf von Verwaltungsakten)와 구별된다.

연방행정절차법(VwVfG) 제48조가 이를 규정하고 있다. 제 1 항은 “위법한 행정행위는 불가쟁적으로 된 후라도 그 전부 또는 일부가 장래에 대하여 또는 소급하여 취소될 수 있다(Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden.)”고 규정하고 있다. 이는 부담적 행정행위의 취소에 관한 것이며, 부담적 행정행위의 취소는 원칙적으로 행정청의 재량이다.

그러나 수익적 행정행위의 경우에는 행정청의 재량으로 하시라도 취소할 수 있는 것은 아니며, 제 2 항 내지 제 4 항의 규정에 따라 취소할 수 있을 뿐이다.

행정행위의 취소는 행정청이 취소사유가 있음을 안 날로부터 1년 이내에 하여야 한다.

◇ Rücksichtnahmepflicht

Treuepflicht

◇ Rücktritt (vom Vertrag) 【 (계약의) 해제 】

일단 유효하게 성립한 계약을 소급적으로 소멸시키는 일방적인 의사표시이다. 그리고 이러한 일방적 의사표시에 의하여 계약을 해소시키는 권리를 해제권이라 한다. 해

제에 의하여 계약은 청산관계로 변한다. 해제는 합의에 의한 경우와 법률의 규정에 의한 경우에 존재한다(예 §323 BGB: 급부의 불이행 또는 계약에 좇지 아니한 이행으로 인한 해제). 형법에서는 미수의 처벌에 대한 형벌성이 없어지는 ‘중지(범)’으로 해석된다(§24 StGB). 또한 정치적인 의미상 관직의 퇴임을 의미하는 경우도 있다.

◇ Rücktritt 【 중지범 】

□□ Tätige Reue

[S]

◇ Sachenrechtsbereinigung(sgesetz) 【 물권관계정리(법) 】

구동독으로부터의 직접적인 권리이동에 있어서 그 때까지의 인민소유(동법 제233절 제2조 제2항) 및 토지에 대한 이용권(동법 제4조 제2항 과 구동독 민법 제287조 내지 제294조)은 제외되었었다. 즉, 입법자가 어떤 다른 후속규정을 정할 때까지 그대로 존속시켰던 것이었다(동법 제233절 제2조 제2항 제4문). 이러한 존속에 대한 규정이 구동독주민에게 있어서 아주 중요한 사항들이었다. 왜냐하면 이용권제도라는 것은 서독의 법률에는 존재하지 아니하는 것으로서 만약 그 존속을 인정하지 않는 경우에는 주민들의 권리는 존재할 수 없게 되는 결과가 나오기 때문이다. 이로써 서독의 법률제도(superficies solo cedit)에 따라 일방적으로 토지에 대한 구소유권자의 손을 들어줘야 하는 결과로 이어지게 된다. 그리고 1990년 10월 1일 이후에 누가 인민소유의 개개 대상물에 대한 소유자인가 하는 의문에 대해서는 통일조약 제21절과 제22절 그리고 기타 계속적인 법적 결정의 형식으로 규정해 나갔던 것이었다. 그러니까 전체적으로 소유권의 경우에도 독일민법전(BGB)으로의 수용원칙을 고수하면서, 다른 한편으로는 여러 가지 소유종류와 물권적 이용권(dingliches Nutzungsrecht)을 고려하여 여러 가지로 분류를 해야만 했던 것이었다. 이와 같이 통일조약에서는 중요한 물권법적 의문이 해결되지 않고 있었으며, 1994년에 효력이 발생한 1994년 9월 21일 물권개정법(Sachenrechts-änderungsgesetz)을 통하여 그 때까지 해명되지 못한 토지법 분야의 미해결재산문제들이 규정되기에 이르렀다. 여기에서는 특히 구 동독시절에 타인소유의 토지 위에 구동독법에 의해서 토지이용권이 존재하는 살림집을 건립했던 경우와 심하게는 구 동독법상 법적 근거없는, 즉 구동독 주민들 생활 속에서 묵시적으로 통용되었던 토지이용권조차도 고려의 대상으로 되어있다. 이들 법규정들을 통하여 독일정부는 토지에 대한 권리소유자와 건물과 기타 물건에 대한 이용권을 가진 자들간의 물권법적, 채권법적 관점에서의 근본적인 충돌을 영원히 해소시키려 하였으며, 이를 근거로 하여 새로운 법률, 즉 물권관계변경에 관한 법률에 한 부속법의 형식으로 제정해 나갔던 것이다. 이러한 법규 중의 하나가 물권관계정리법(Sachenrechtsbereinigungsgesetz)이며, 그 외 토지이용권에 관한 법규로서는 채권관계조정법, 농지정리법, 관개시설법 등의 부속법이 존재한다.

◇ Salvatorische Klausel 【보충적 효력유지 조항】

salvatorisch 라는 표현은 원래 ‘보존하는 또는 유지하는’이라는 의미로서 법 전문 표현으로는 ‘단지 보충적으로 효력을 갖는’이라는 뜻을 갖고 있으며, 특히 계약서에서 기재된 일정한 계약내용이 무효로 되거나 효력을 상실하는 경우를 대비하여 보충적으로 적용하기 위해 마련해 둔 조항을 말한다. 이 같은 조항은 종래 분쟁에 대한 사후적 판단을 행하는 법학(Dezisionsjurisprudenz) 이외에 사전적인 분쟁예방을 목적으로 하는 법학(Kautelarjurisprudenz)이 활성화됨에 따라, 가령 당사자에 의한 계약내용의 형성과 관련하여 장래 사정의 변화 등에 효과적이고 실제적으로 조율하기 위한 계약내용의 유연성이 강조되면서 거래실무에서 활용되고 있다. 즉, 보충적 효력유지 조항은 계약의 일부 내용이 무효로 되거나 효력을 갖지 않게 된 경우 그 전 계약을 무효로 하지 않고 남겨진 부분의 효력존속을 위해 그 무효부분에 대한 대체적 해결(Ersatzlösungen)을 합의해 두는 것이다. 그런데 이러한 합의가 약관에서 활용되고 있는 때에는 그 조항에 대해 효력을 인정할 수 없는 경우가 많다. 가령 ‘약관의 어떤 조항이 효력을 갖지 않게 되면 법률이 허용하는 규율이 적용된다’ 또는 ‘법질서에 의해 허용되는 한 책임은 배제된다’는 것과 같은 조항이 약관에 담겨져 있는 경우, 이 같은 약관의 내용만으로는 약관 사용자의 고객 입장에서는 어떤 법률규정이 적용되는지 명확히 인식할 수가 없게 된다. 따라서 이러한 내용의 조항은 약관법의 지배원리인 명확성 원칙(Transparenzprinzip)에 반하는 것으로 계약내용에 편입될 수 없거나 무효로 된다 (§§ 305, 306 BGB).

◇ Satzung 【조례, 규칙 등 자치입법】

Satzung이란 공법상의 법인이 자신의 사무를 처리하기 위하여 법률의 범위 내에서 제정하는 규정이다. 공법상의 법인에는 지방자치단체(Gemeinde, Landkreise), 대학교, 상공회의소, 의사협회, 방송국 등이 있다. 따라서 지방자치단체가 제정하는 Satzung은 조례라고 번역하여야 하지만 기타 다른 공법상의 법인이 제정하는 것은 규칙, 규정 등 다양하게 번역할 수 있을 것이다. 이러한 자치입법권은 기본법(GG)이 직접 규정하

거나 또는 법률에 규정되어 있다. 기본법(GG) 제28조 제 2 항 제 1 문은 “지방자치단체에게는 지역공동체의 모든 사무를 법률의 범위 내에서 자치적으로 규정할 권리가 보장되어야 한다(Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.)” 라고 하여 조례제정권을 규정하고 있다.

◇ Schachtelbeteiligung 【 소규모참가 】

주식회사법 제20조나 제21조에는 회사지분을 취득하는 것과 관련해서 타 회사의 지분을 취득한 기업은 그 지분이 한 회사주식의 4분의 1이상이 되는 경우 지체없이 이를 통지하여야 한다고 정하고 있다. 이렇게 통지의무(Mitteilungspflichten)를 정한 것은 일반적으로 어느 한 회사가 기업결합을 하려고 하면 결합을 원하는 회사의 일정부분 회사지분을 취득해야 하기 때문인데 이를 공연히 하여 공정하고 투명하게 기업결합이 있도록 하고 이에 대하여 카르텔당국이 개입이 가능하게 하려고 이 같은 통지의무를 부여하고 있는 것이다. 회사지분의 취득과 관련하여 4분의 1 이상은 세법상의 기준으로서 부과되는 기준인데 이 같은 최소한 25% 이상이라고 하여 타 회사의 경영에 참여하거나 기업결합에 필요한 최소한의 기준 등을 충족하여 일정한 지분참가를 하는 것을 소규모참가(Schachtelbeteiligung)이라고 한다. 즉 소규모참가는 일종의 지분참가로서 의결권있는 주식의 일정 지분의 기준이 25%이상인 주주가 기업활동에 참여하는 것이다. 이 소규모참가는 발행주식총수의 일정비율의 주식을 보유한 자들에게 다수결에 대항할 수 있게 인정되는 권리인 소수저지권(Sperrminorität)과 직접연관관계가 있다. 종래의 25% 이상이라고 하는 최소한의 기준은 점차로 낮아져서 경쟁제한법과 관련한 세법인 영업세법(GewStG) 제 9 조 2a호에서는 이를 10분의 1로 낮추기도 하였다.

◇ Schadenswiedergutmachung 【 손해원상회복 】

Wiedergutmachung

◇ Scheinselständige 【 외관자영업자 】

외관자영업자란 형식적으로는 자영업자(□□ Selbständige)의 외형을 가지고 있으나 사실상으로는 종속적 상태에서 노무를 제공하는 자를 말한다. 그리고 사회보험의 의무가입자인 취업자(Beschäftigte)는 ‘근로자와 유사한 자(□□ Arbeitnehmerähnliche Personen)’를 포함한 개념으로 노동법상의 근로자(□□ Arbeitnehmer)보다 넓은 개념이다. 즉, 외관자영업자는 실제로는 사회보험의 의무가입자와 같이 종속적 상태에서 노무를 제공하고 있음에도 불구하고 자영업자의 외형으로 인하여 사회보험의 의무가입대상에서 제외된 자이다. 독일 1999년 개정된 사회법전(SGB) 제 4 편 제 7 조는 이러한 자들 가운데 일정한 요건을 갖춘 자를 취업자로 추정하는 규정을 두었으나 2003년 1월 1일 그 규정이 삭제되었다. 외관자영업자는 ‘가장자영인’, ‘위장자영업자’ 또는 ‘의사자영업자’로도 번역되고 있다.

◇ Scherzerklärung 【 희언표시(戲言表示) 】

희언표시는 민법상의 의사표시법에서 표의자의 인식 있는 진의와 표시의 불일치 유형의 하나로서 표의자가 자신의 진지함이 결여된 상태에서 표시행위를 하지만 이를 상대방이 이해할 수 있으리라고 기대하면서 행하는 의사표시를 뜻한다. 가령 A가 B에게 술자리에서 농담으로 눈짓을 하며 일정한 법률행위에 관한 표시행위를 행하는 경우와 같이 희언표시는 진의와 표시가 불일치하며 이에 대한 표의자의 인식이 갖추어졌다는 점에서 민법 제116조의 심리유보(Mentalreservation)나 제117조의 가장행위(Scheingeschäft)와 공통점을 갖고 있다. 다만 희언표시는 심리유보의 경우와 같이 표의자가 자신의 진의 없음을 상대방에게 감추려 하거나 또는 가장행위와 같이 상대방의 양해하에 진의 없는 표시를 행한 것은 아니며, 오히려 표의자 자신의 진의 없음을 상대방이 이해할 것이라고 기대하면서 진의 없는 표시행위를 한다는 점에서 심리유보나 가장행위와는 구별된다. 민법 제118조는 희언표시에 대한 상대방의 인식 여부와 관계없이 무효(Nichtigkeit)로 규정하고 있다. 다만 표의자의 기대와 달리 상대방이 희언표시라는 사실을 알지 못한 경우 표의자는 민법 제122조에 따라 희언표시의 유효함을 신뢰함으로써 발생한 손해에 대해 이행이익을 한도로 하여 상대방에게 배상할 책임이 있다. 우리나라 민법의 경우에는 희언표시에 대해 별도로 규정하고 있지 않음

며, 해석론을 통해 민법 제107조의 비진의표시로 다루고 있다.

◇ Schiedsgericht 【중재원】

중재원은 단체협약과 관련된 분쟁에 대하여 중재를 하는 사설(私設) 법원이다(§ 101 ArbGG). 중재원의 활동은 기존의 또는 장래의 법적 분쟁을 국가법원을 배제한 채 결정케 하려는 관계인 의사에 기초한다. 중재판정은 당사자 사이에서 노동법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다(§ 108 IV ArbGG). 중재원은 동수의 근로자 및 사용자와 중립적인 위치에 있는 사람으로 구성된다.

◇ Schlichtung 【조정】

조정이란 단체협약(□□ Tarifvertrag) 또는 경영협정(□□ Betriebsvereinbarung)의 당사자 사이의 분쟁을 해결하기 위한 수단을 말한다. 조정은 단체협약 또는 경영협정의 체결을 목표로 하며, 조정이 계속되는 동안에는 평화의무가 있기 때문에 쟁의행위를 할 수 없다. 노사공동위원회(□□ Einigungsstelle)의 조정안은 중재판정과 달리 구속력이 없다.

◇ Schlüsselgewalt 【가사처리 권한】

원래는‘교황이나 주교에게 양도된 최고의 교회관리 권한’이라는 표현이 법학분야에서 차용된 것으로, 직역하자면‘열쇠의 권능’으로 되겠으나 가사처리 권한으로 의역한다. 즉, 부부 일방이 일상 가사의 필요를 적절히 충족시키기 위한 법률행위에 의하여 상대방 배우자에 대하여 권리와 의무를 얻도록 할 수 있는 능력을 말한다(§ 1357 BGB). 가사처리 권한은 역사적으로 부(夫)에 의한 재산관리나 사용·수익과 더불어 처(妻)의 무자력(無資力)과 무책(無責)주의를 전제로 발전하였으나 현재에는 부부 평등의 원칙에 따라 부부 모두에 대해 인정되고 있다. 가사처리 권한에 따른 상대 배우자에 대한 권리와 의무의 귀속은 부부 일방에 의한 법률행위(Rechtsgeschäft)에 따른 효과라는 점에서 대리(Stellvertretung)와 본질적으로 유사하다. 그렇지만 가사처리 권한의 경우에는 대리와 달리 일차적으로는 그 행위 당사자인 부부 일방 스스로가 권리

와 의무를 취득하며, 상대방 배우자는 이를 통해 단지 부차적 지위만을 얻게 될 뿐이다. 또한 대리에서와 달리 가사처리 권한에 따른 상대방 배우자에게의 행위 귀속은 타인을 위한 행위라는 사실, 결국 혼인상태에 있다는 것을 현명하지 않는 경우에도 발생하게 된다. 왜냐하면 부부 일방과의 법률행위 상대방은 가사처리 권한에 해당하는 경우에도 실제 행위 하였고 그래서 당사자로서 기대하였던 그 부부 일방을 법률행위의 상대방으로 상대하기 때문이다. 이와 같이 민법 제1357조에 따른 상대방 배우자에 대한 부부 일방의 행위 귀속이 대리제도와는 동일하지 않기 때문에 가사처리 권한은 우리나라에서의 이해와는 달리 대리권(Vertretungsmacht)으로 파악되지 않고 그 대신에 자신의 이름으로 타인을 위하여 권리와 의무를 취득할 수 있는 법률상의 권한부여(gesetzliche Erwerbs- und Verpflichtungsermächtigung)의 성격을 갖고 있다.

◇ Schöffengericht 【참심법원】

참심법원은 지방법원(AG)에 속하는 형사법원의 하나이다. 지방법원에서 관할하는 형사사건은 한 사람의 단독판사가 관할하거나 참심법원에서 관할한다. 즉 지방법원 형사법원은 단독판사와 참심법원의 두 종류로 구성된다. 참심법원은 보통 한사람의 직업법관과 두 사람의 참심원(Schöffe), 즉 명예법관(시민법관)으로 구성되지만, 사건의 규모로 보아 직업법관이 더 필요하다고 판단되어 공판을 개시할 때 검사가 청구하면 결정에 의해 한 사람의 직업법관을 추가하여 두 사람의 직업법관과 두 사람의 참심원으로 구성될 수 있다(이른바 확대참심법원 §29 GVG).

참심법원은 지방법원 관할 형사사건 중에서 단독판사가 관할하는 사건을 제외한 모든 사건을 관할한다. 단독판사가 관할하는 사건은 ①사인소추(□□ Privatklage)에 의해 제기된 사건과 ②2년 이하의 자유형이 예상되는 사건 등 경미한 사건이다(§§24, 25 GVG). 그리고 참심법원이 관할하는 사건은 구체적으로 ①단독판사 관할사건 이외의 경미범죄(Vergehen)사건, ②주법원(Landgericht)의 대참심법원(□□ Schwurgericht)이나 주고등법원(Oberlandesgericht)의 관할사건이 아닌 형사사건, ③4년 이하의 자유형 또는 치료감호시설 수용(□□ Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus)이나 보안감호(□□ Sicherungsverwahrung)의 선고가 예상되는 사건이다(§§24, 25, 28, 29 GVG).

참심법원의 판결에 대해서는 항소가 가능하며, 항소사건은 지방법원의 대형사부(□□ Große Strafkammer)에서 관할한다(§§74 III, 76 II GVG). 항소심의 판결에 대해서는

주고등법원에 상고를 제기할 수 있다(§121 I 1b GVG).

◇ **Schuldrechtsanpassung(sgesetz) 【채권관계조정(법)】**

구동독 당시 주민들의 토지에 대한 채권적 이용관계는 계약해지 또는 법원판결에 의해서 그 이용관계가 해지될 수 있었던 이용관계와 ZGB 제314조 제3항과 제4항을 근거로 하는 “사회적 필요에 의해서”라든가 “소유권자의 급박한 자기 자신의 필요에 의해서”라는 사유로 그 이용관계가 해지될 수 있는 이용관계를 말한다. 따라서 물권적 이용권에서 인정되는 토지와 건물소유권의 분리를 가능하게 하는 물권적 권리와는 대조적인 성격이라고 볼 수 있다. BGB로의 편입을 위한 유형화된 구동독 시절의 주민들의 토지에 대한 채권적 이용관계로서 ①휴양목적용을 위한 토지의 계약적 이용관계 (Die vertragliche Nutzung von Grundstücken zur Erholung), ②위양(이전)계약 (Überlassungsverträge), ③임대차계약(Mietvertrag) 및 사용임대차계약 (Pachtvertrag)에 의한 주민의 이용관계로 대별할 수 있다. 이러한 채권적 이용관계는 ZGB 제312조 이하에서 근거하며, 독일의 통일조약 제8조에서 규율되고 있었고, 이에 따라 통일조약 부록 I의 규정이 적용된다. 즉 그 곳에 제3장의 연방법무부 분야 B 분야 (개별전문분야)에서 통일조약 제8조의 기본원칙에서 벗어나는 특별한 규정을 필요로 하는 사항들을 열거하고 있으며, 이 전문분야(재산관계 개정에 관한 법률)에 의해서 독일의 민법시행법(Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch; EGBGB)이 개정되어 제6부가 보충되어졌다. 그 속에 포함된 EGBGB Art. 232가 여기서 말하는 채권적 이용관계와 관련된다. 따라서 독일의 통일조약에 의하면 구동독 민법(ZGB) 제312조 이하의 임대차계약(Mietvertrag), 사용임대차계약(Pachtvertrag) 또는 이용계약(Nutzungsvertrag)과 같이 주로 채권계약에 근거하여 발생한 고정자산에 대한 이용에 대해서는 기본적으로 채권적 이용권으로 분류를 하였고, 이러한 경우를 위하여 채권관계조정법(Schuldrechtsanpassungsgesetz)이 그 규율을 담당하고 있다.

◇ **Schuldverhältnisse, verwaltungsrechtliche 【행정법상의 채권관계】**

행정법상의 채권관계는 법률관계의 구조나 대상이 민법(BGB)상의 채권관계와 유사한 행정주체와 국민간의 공법적인 법률관계이다. 이러한 예는 주로 생존배려 차원

의 급부행정영역에서 찾아볼 수 있으며 상수의 공급(BGHZ 59, 303)이나 하수도의 사용(BGHZ 54,299)과 같은 경우 독일의 판례는 행정상의 채권관계로 인정하여 민법상의 규정을 유추적용한다. 따라서 행정주체가 불완전한 이행을 하는 경우(예컨대 오염된 상수의 공급) 민법상의 적극적 채권침해의 법리를 원용하여 손해배상책임을 인정한다. 행정법상의 채권관계는 독일 법원의 판례를 통하여 형성된 것으로 판례가 이를 인정하는 이유는 일반적인 공법적 법률관계 이외에 행정주체와 국민간에 민법상 채권관계의 규정을 유추적용해야 하는 보다 긴밀한 관계가 존재하기 때문이라고 한다. 즉 공법상의 공급관계나 사용관계의 경우에 이를 공법적인 법률관계로 규율할 것인가 또는 사법적인 법률관계로 규율할 것인가에 대해서는 행정청에게 광범위한 재량권이 인정되어 있으므로 이 경우 공법적인 법률관계로 배상책임을 축소하는 것은 정당하지 못하다는 것이다.

◇ Schutznormtheorie 【 보호규범론 】

보호규범론은 반사적이익(Rechtsreflex)과 개인의 주관적 공권(subjektives öffentliches Recht)을 구별하는 기준에 관한 이론이다. 반사적 이익이란 법규가 공익상의 견지에서 행정주체에게 일정한 의무를 부과하고 있는 결과로 개인이 간접적으로 얻게 되는 사실상의 이익을 의미하는 것이고, 주관적 공권이란 개인이 자신의 이익을 실현시키기 위하여 국가에 대하여 특정한 작위, 부작위, 수인 등을 요구할 수 있는 법률상의 힘을 말한다. 독일에서 주관적 공권에 관한 이론은 O. Bühler에 의하여 이론적으로 체계화되었다. 그에 의하면 주관적 공권이 성립하기 위해서는 행정주체에게 일정한 의무를 부과하는 강행법규가 존재하여야 하고, 이 법규가 공익의 실현뿐만 아니라 개인의 이익실현을 아울러 그 목적으로 하여야 하며, 개인의 이익이 침해된 경우에 소송을 통하여 구제받을 수 있는 길이 있어야 한다.

오늘날은 실질적 법치국가원리의 실현에 따라 기본법(GG) 제19조 제 4 항에서 포괄적 권리구제제도를 채택하고 행정소송제도도 개괄주의를 채택함에 따라 주관적 공권이 성립하기 위한 세 번째 요소는 유명무실하게 되었고, 강행법규의 의미도 변화하여 행정주체에게 재량권을 인정하는 경우에도 일정한 한계 내에서 재량권을 행사해야 한다는 점에서 강행법규성을 인정받고 있다. 따라서 반사적 이익과 주관적 공권을 구별하는 기준으로는 두 번째 요소인 개별법규의 목적을 기준으로 하게 되었다. 행정청

에게 일정한 의무를 부과하는 당해 법규가 개인의 직접적인 사익보호를 목적으로 하고 있는 경우에는 주관적 공권의 성립을 인정하지만, 당해 법규가 일반적인 공익보호를 목적으로 하고 사익의 보호를 목적으로 하지 않는 경우에는 공권의 성립을 인정할 수 없다는 것이 보호규범론이다. Schutznormtheorie 라는 용어 이외에 Schutzzwecklehre 라고도 한다.

◇ Schutzwürdigkeitstheorie 【 보호가치설 】

보호가치설은 손실보상의 요건인 특별한 희생의 기준에 관한 학설 중 하나로 보호가치성설이라고도 한다. 적법한 공행정작용으로 인한 재산권의 침해가 손실보상의 요건을 충족시키기 위해서는 개인에게 특별한 희생이 발생되어야 한다. 특별한 희생이란 재산권의 사회적 기속성의 범주를 넘어서는 손실을 의미한다. 구체적인 경우에 재산권의 침해에 의하여 발생한 손실이 사회적 기속에 해당하는지 또는 특별한 희생에 해당하는지를 구별하는 기준에 대하여는 학설이 일치하지 않는다. 보호가치설 이외의 대표적인 학설로는 개별행위설(Einzelaktstheorie), 특별희생설(Sonderopfertheorie), 수인한도설(Zumutbarkeits-theorie), 목적위배설(Zweckentfremdungstheorie), 사적효용설(Privatnützigkeitstheorie), 상황구속성설(Theorie der Situationsgebundenheit) 등이 제시되어 있다. 보호가치설은 Walter Jellinek에 의하여 주장된 것으로 재산적 보호가치가 있는 재산권의 침해는 특별한 희생의 요건을 충족하지만 보호가치가 인정되지 않는 재산권의 침해는 단순한 재산권의 내용과 한계를 정하는 국가행위로 보는 것이다. 보호가치가 있는 재산권과 보호가치가 없는 재산권의 한계설정은 역사, 그 시대의 지배사상, 언어의 사용, 법률의 취지 등을 통하여 파악할 수 있다고 하였다. 이 학설은 보호가치 있는 재산권과 보호가치 없는 재산권의 구별기준을 어떻게 정할 것인가에 대한 객관적인 기준을 제공하지 못하여 비판의 대상이 되었다. 다만 독일의 몇몇 판례는 이 이론을 수용한 것도 있다(BGHZ 40, 355; 48, 193; 54, 293; 60, 126).

◇ schwebende (Un)wirksamkeit 【 유동적 유(무)효 】

법률행위가 일단 무효이나 그 무효의 효력이 확정되지는 않고 유동적(流動的)인 상태에 있으면서 일정한 요건이 갖추어질 경우 유효로 되거나(유동적 무효; schwebende Unwirksamkeit) 또는 법률행위가 일단 효력을 갖고 있으나 이후 일정한 사유에 의해

법률행위의 효과가 효력을 잃게 되는 경우(유동적 유효; *schwebende Wirksamkeit*)를 뜻한다. 유동적 무효와 유동적 유효는 서로 정반대의 형상인데, 양 자 모두 취소(*Anfechtung*)와의 개념적 구별이 문제된다. 취소는 착오나 사기·강박의 경우와 같이 의사표시 자체에 붙어 있는 결함에 의해 그로 인한 법률행위의 효력을 소멸케 하는 제도이다. 그러나 유동적 무효는 이와 달리 해당 법률행위의 효력발생을 위하여 본래적 법률행위 이외에 별도로 요구되는 효력요건을 결여하여 일단 처음부터 무효로 된다. 다만 그 무효의 효과는 유동상태(*Schwebezustand*)로서 이후 별도의 유효요건이 충족되는 경우에는 그 법률행위는 효력을 갖게 된다. 이때 별도의 유효요건이 충족될 수 있는 지 여부가 불분명하며 또한 그 유효요건이 법률에서 요구되고 있다는 점에서, 유동적 무효는 기한(*Befristung*)이나 조건(*Bedingung*)과는 구별된다. 가령 제한된 행위능력(□□ *beschränkte Geschäftsfähigkeit*)만을 갖는 자가 법정대리인의 사전적 동의(*Einwilligung* □□ *Zustimmung*) 없이 행한 법률행위(§ 108 BGB), 대리권을 갖지 않은 채 대리인으로 행위한 자의 법률행위(§ 177 BGB), 또는 법률행위의 효력발생을 위하여 제삼자의 사후적 동의나 관련 관청의 허가(*Genehmigung* □□ *Zustimmung*)을 필요로 하는 법률행위가 그 같은 동의나 허가를 갖추지 않은 경우 유동적 무효에 해당한다. 이러한 유동적 무효와 반대되는 형상으로 유동적 유효의 경우가 있는데, 이 경우 법률행위는 일단 효력을 발생하나 이후 일정한 사유로 인해 효력을 상실하게 된다는 점에 그 특징이 있다. 무엇보다 법률행위가 철회권(□□ *Widerrufsrecht*)의 행사에 의해 소멸되는 경우를 들 수 있다. 유동적 유효는 취소와 비교되는데, 취소의 경우에는 민법 제 142조 제 1 항에 따라 소급적 무효(*rückwirkende Nichtigkeit*)의 효력을 갖고 있으며 이미 급부한 것에 대해서는 부당이득법에 따라 반환되나, 유동적 유효의 경우 철회사유에 따라 다양한 모습으로 그 법률효과가 정해지고 있다. 가령 민법 제355조에서 정한 소비자철회권(*Verbraucherwiderrufsrecht*)의 경우 철회는 소급적 효력을 갖고 있으며 해제(*Rücktritt*)에 따른 규정에 의해 반환관계가 규율되는가 하면, 증여계약의 경우 철회는 소급적 효과를 갖지 않으며 단지 장래를 향해 효력을 갖고 있으나 그 반환관계는 부당이득법에 따라 처리되고 있다.

◇ Schwurgericht 【대(大)참심법원】

대참심법원은 주법원 형사부의 하나로서 특별히 중한 형사범죄에 대한 제 1 심을 관할한다. 주법원에는 두 종류의 형사부, 즉 소형사부(□□ *Kleine Strafkammer*)와 대형

사부(□□ Große Strafkammer)가 있는데, 대형사부가 특별히 중한 형사범죄를 관할하는 경우 이를 대참심법원으로 지칭하는 것이다(§74 II GVG). 일부 국내문헌에서 이를 단어의 의미에 따라 ‘배심법원’으로 번역하지만, 이는 영미법의 배심법원과 혼동을 야기하므로 적절하지 않다. 독일의 법원에서 시민법관이 담당하는 역할은 영미법에서의 배심원의 역할이 아닌 참심원(Schöffe)의 역할이다. 시민법관이 참심원으로 참여하는 법원임에도 불구하고 이를 ‘Schwur’, 즉 ‘배심원’이란 표현으로 지칭한 것은 과거에는 이 법원에 3명의 직업법관과 12명의 배심원(Jury)들이 참여하였으며 배심원들만이 유무죄를 판단하여 영미법의 배심원과 역할이 같았었기 때문이다. 그러나 1924년 이래 이 법원에 참여하는 시민법관의 수는 점차 축소되었고 유무죄 및 양형에 대해 직업법관과 함께 판단하게 되었다. 따라서 이들의 역할은 더 이상 배심원의 역할이라 할 수 없어 이를 참심원이라 지칭한다. 즉, 주법원의 참심법원도 참심원이 참여한다는 점에서 지방법원의 참심법원(□□ Schöffengericht)과 같다. 다만 주법원의 참심법원은 참여법관의 수가 지방법원보다 더 많다는 점에서 구별되므로 이를 대참심법원으로 번역하는 것이 타당하다. 영미법의 이른바 대배심절차도 일반적인 배심절차보다 참여하는 배심원의 수가 많다는 점에서 구별하여 지칭되기 때문이다.

대참심법원은 대형사부로 구성되므로 3명의 직업법관과 2명의 참심원이 참여한다(§76 GVG). 법원조직법 제74조 제2항은 대참심법원의 관할사건을 24개 호에 걸쳐 자세히 규정하고 있다. 그 내용을 보면 1.아동에 대한 성폭행치사 사건(§176b StGB), 2.강제추행치사와 강간치사(§178 StGB), 3.저항이 불가능한 자에 대한 성폭행치사 사건(§§179 VI, 176b StGB), 4.모살(□□ Mord §211 StGB), 5.고살(Totschlag §212 StGB) … 등등이다. 대개는 유기치사, 상해치사 등 사망의 결과를 야기한 범죄들이 여기에 해당한다.

◇ Selbständige 【 자영업자 】

자영업자는 노동법의 적용을 받을 수 없는 영리활동자로 근로자에 상대되는 개념이다. 이들은 노무를 제공하고 반대급부를 받는다는 점에서 근로자와 동일하지만, 인적 종속성(□□ persönliche Abhängigkeit)이 존재하지 않는다는 점에서 근로자와 구별된다. 예를 들어 독일법상의 도급계약(Werkvertrag) 또는 협의의 고용계약(Dienstvertrag i. e. S.)에 근거하여 노무를 제공하는 자를 말한다. 이러한 자영업자 가운데 인적 종속성은 인정되지 않지만, 경제적 종속성(□□ wirtschaftliche Abhängigkeit)만 인정되는 자를

‘근로자와 유사한 자(□□ arbeitnehmerähnliche Personen)’이라고 부른다. 이들은 단체협약법(TVG), 연방휴가법(BUrlG) 및 노동법원법(ArbGG)의 적용만을 받고 다른 노동관계법의 적용은 받지 못한다.

□□ Arbeitnehmer, □□ Dienstvertrag

◇ Selbstbindung der Verwaltung 【 행정의 자기구속의 원칙 】

행정의 자기구속의 원칙이란 행정기관이 행정활동을 함에 있어서 일정한 행정관행이 성립하면 행정기관이 이러한 관행에 구속되어 이후에 동일한 사례를 특별한 합리적인 사유 없이 달리 취급할 수 없다는 원칙이다. 만일 이후에 동일한 경우를 합리적인 이유 없이 달리 취급하여 처분한다면 이는 기본법상의 평등의 원칙에 위배되는 것으로 위법한 처분이 된다. 행정의 자기구속의 원칙은 특히 행정기관의 재량권행사와 관련이 있다. 법률이 행정청에 재량권을 부여하고 있더라도 일단 행정관행이 성립하면 이 원칙에 따라 당해 행정기관은 오로지 한 가지의 선택가능성만 남게 되는 경우가 있다. 이를 재량권의 영으로의 수렴(Ermessensreduzierung auf Null)이라고 하며, 이러한 경우에는 비록 재량행위라도 기속행위와 같은 결과가 된다. 또한 이 원칙은 행정규칙의 외부적인 효력과도 관련이 있다. 행정규칙은 행정 내부의 조직과 작용을 규율하는 것이므로 일반국민의 권리나 의무를 규율할 수 없으며 재판에 있어서도 법원을 구속하거나 판결의 기준이 될 수 없다. 따라서 행정처분이 단순히 행정규칙에 위배된다는 것만으로는 위법하다고 판단하지 못한다. 행정규칙은 이와 같이 내부적 구속력만을 갖는 것이 원칙이지만 행정의 자기구속의 원칙이 적용되면 일반국민에 대하여 직접적인 구속력은 없으나 사실상의 간접적인 외부적 구속력을 갖게 된다.

◇ Sicherungsabtretung 【 담보목적의 채권양도 】

□□ Zession

◇ sicherungshalber 【 담보목적의 】

□□ an Erfüllungs Statt

◇ Sicherungshypothek 【보전저당권】

Hypothek

◇ Sicherungsübereignung 【소유권의 양도담보】

채권, 특히 금전소비대차계약에 따른 반환청구권의 담보를 위하여 채무자가 채권자에게 물건의 소유권을 이전하지만 채무자가 여전히 목적물에 대해 점유를 유지하는 담보 형태이다. 양도담보는 특히 동산의 경우 질권자(Pfandgläubiger)가 직접점유(unmittelbarer Besitz)를 취득하는 것과 달리 담보설정자가 목적물에 대해 여전히 직접점유하고 있다는 점에 특징이 있다. 양도담보의 경우 소유권이전은 민법 제930조에 따라 소유권이전 및 점유매개관계(Besitzvermittlungsverhältnis)의 합의로 행해지며, 이로써 담보설정자는 직접점유를, 담보권자는 간접점유를 취득하게 된다. 양도담보가 질권과 비교하여 갖는 장점은 이와 같이 담보설정자의 점유 유지라는 측면 이외에 더 나아가 양도담보의 경우 피담보채권과의 부종성을 완화하여 그 유효한 성립을 위해 채권이 존재할 것을 요건으로 하지 않는다는 점에 있다. 한 때 양도담보는 가장행위(Scheingeschäft) 또는 탈법행위(Gesetzesumgehung)에의 해당성과 관련하여 그 유효성 여부에 대하여 논란이 있었으나 현재에는 채무자의 자유를 지나치게 속박하여 선량한 풍속에 반하는 경우 (§ 138 BGB)가 아닌 한 유효성이 인정되고 있다. 유효한 양도담보가 성립함으로써 담보권자는 소유권을 취득하게 되지만 담보설정자와의 관계에서 피담보채무의 이행기가 도래하여 담보권을 실행할 수 있기 전까지 그 담보물을 처분할 수 없으며 피담보채무가 이행될 경우 이를 반환할 의무를 부담한다. 이러한 내적 제한으로 인해 제국법원(RG)의 판례는 담보권자의 소유권을 형식적 소유권(formelles Eigentum)으로, 담보물제공자의 지위를 경제적 소유권(wirtschaftliches Eigentum)으로 표현하기도 하였다. 양도담보의 실행은 별도의 합의가 없는 한 다수설에 따르면 질물매각(Pfandverkauf)의 규정에 따라 행해지고, 채무불이행의 경우 담보권자가 정산의무(Abrechnungspflicht) 없이 담보목적물을 확정적으로 취득하도록 하는 유담보약정(Verfallklausel)은 담보물설정자의 보호를 위하여 무효로 된다. 끝으로 양도담보는 담보설정자가 담보권설정 당

시 점유하고 있는 물건에만 한정되지 않고 창고물품과 같이 계속적으로 증감 변동하며 장래에 점유를 취득할 것을 예정하고 있는 물건에 대해서도 예정된 점유개정(□□ antizipiertes Besitzkonstitut)의 방법으로 성립할 수 있으며, 이를 예정된 양도담보(antizipierte Sicherungsübereignung)라고 한다.

◇ Sicherungsverwahrung 【보안감호】

보안감호는 형법의 보안처분(□□ Maßregel zur Besserung und Sicherung) 중에서 자유박탈적 보안처분의 하나이다. 보안감호의 부과에 대해서는 형법 제66조에 상세히 기술되어 있는데, 제 1 항에서는 2회 이상의 전과 있는 자가 새로운 범죄를 저질렀을 때의 필요적 보안감호에 대해, 제 2 항에서는 전과는 없지만 셋 이상의 연쇄범죄를 저지른 자에 대한 임의적 보안감호에 대해, 그리고 제 3 항에서는 특정의 성범죄자에 대한 임의적 보안감호에 대해 각각 규정하고 있다.

먼저 형법 제66조 제 1 항에 의하면 2년 이상의 자유형에 해당하는 고의의 범죄로 인해 유죄선고를 받은 자가 1.이전에 고의의 범죄로 인해 각각 1년 이상의 자유형에 해당하는 유죄의 선고를 두 번 이상 받았고, 2.이전에 하나 또는 다수의 고의범죄로 2년 이상의 자유형이나 자유박탈적 보안처분을 집행받았으며, 3.행위자와 행위를 전체적으로 평가할 때 피해자에 대해 심각한 정신적, 육체적 침해 또는 심각한 경제적 손해를 야기하는 중대한 범죄를 저지르는 그의 성향 때문에 공공에 해가 된다고 판단되는 때에는 형벌과 더불어 보안감호를 부과하여야 한다. 요컨대 보안감호의 요건은 ①고의의 범죄, ②두 번 이상의 전(前) 유죄판결, ③이전의 형집행, ④중대한 범죄의 성향이다. 이러한 요건은 보안감호를 의무적으로 부과해야 하는 의무적 부과요건이 된다. 반면에 형법 제66조 제 2 항과 제 3 항은 법관의 재량에 따라 보안감호를 부과할 수 있는 임의적 부과요건을 규정하고 있다. 먼저 제 2 항에서는 ①각각 1년 이상의 자유형에 해당하는 셋 이상의 고의범죄를 저지르고, ②이 범죄 중 하나 또는 다수의 범죄로 인해 3년 이상의 자유형을 선고받았으며, ③제66조 제 1 항 제 3 호의 요건(중대한 범죄의 성향)을 갖춘 경우 법원은 이전의 유죄선고나 자유박탈이 없더라도 형벌과 더불어 보안감호를 부과할 수 있다. 다음으로 제 3 항은 1998년의 성범죄방지법(SexualdelBekG)에 의해 추가된 조항으로 특정의 성범죄자들에 대한 보안감호를 임의적 요건으로 규정하고 있다. 구체적으로는 ①형법 제174조 이하 등에 규정된 성적 자

기결정권이나 신체적 온전성을 침해하는 범죄 및 이와 관련한 환각상태의 범죄를 저질러 2년 이상의 자유형을 선고받은 자가 ②이전에 하나 또는 다수의 이러한 범죄로 인해 3년 이상의 자유형을 선고받은 적이 있으며, ③제66조 제 1 항 제 2 호(이전의 형 집행) 및 제 3 호의 요건을 갖춘 경우 법원은 형벌과 더불어 보안감호를 부과할 수 있다(제 3 항 제 1 문). 나아가 ①각각 2년 이상의 자유형에 해당하는 둘 이상의 성범죄 등을 저지르고, ②하나 또는 다수의 이러한 범죄로 인해 3년 이상의 유죄선고를 받은 자가 ③제66조 제 1 항 제 3 호의 요건을 갖춘 경우 법원은 형벌과 더불어 보안감호를 부과할 수 있다.

◇ Sonderrechtstheorie 【특별법설】

Zuordnungstheorie

◇ Sozialbindung des Eigentums 【재산권의 사회적 기속성】

기본법(GG) 제14조는 제 1 항에서 재산권과 상속권을 기본권으로 보장하면서도 제 2 항에서 “재산권은 의무를 수반한다. 그의 행사는 동시에 공공복리에 적합하여야 한다 (Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen.)” 라고 규정하여 재산권의 헌법적 한계를 규정하고 있다. 이를 재산권의 사회적 기속성 또는 재산권의 사회적 제약이라고 한다.

기본법상 사유재산권은 제14조 제 1 항 제 2 문에 따라 재산권형성적 법률유보에 의해서 그 내용과 한계가 정해지는데 그것은 재산권의 사회적 기속성을 구체화해서 재산권 행사의 헌법적 한계를 명백히 하기 위한 것이다. 그러나 재산권의 사회적 기속성을 지나치게 강조하여 보상이 필요 없는 사회적 제약의 범위를 확대하는 것은 재산권 보장의 실효성을 상실시키므로 입법권자의 입법형성권에도 일정한 한계가 있다. 구체적으로 보상이 필요 없는 재산권의 사회적 기속성과 반드시 보상을 해주어야 하는 손실보상의 기준을 설정하는 것은 매우 어려운 과제이며 학설과 판례도 심한 견해 차이를 보이고 있다. 세부적인 사항에 관해서는 견해 차이가 다양하지만 대체로 개별행위설 (Einzelaktstheorie), 특별희생설(Sonderopfertheorie), 보호가치설(Schutzwürdigkeitstheorie),

수인한도설(Zumutbarkeitstheorie), 목적위배설(Zweckentfremdungstheorie), 사적효용설(Privatnützigkeitstheorie), 상황구속성설(Theorie der Situationsgebundenheit) 등이 제시되어 있다.

◇ Sozialhilfe 【사회부조】

사회부조란 인간다운 삶을 영위하는 것이 불가능하고 자신의 노동력과 힘만으로는 벗어날 수 없는 빈곤상태에 처한 사람에게 대한 국가 또는 특별한 권한담당자의 부조행위를 말한다. 독일의 사회부조는 생계보호와 특별생활보호로 나눌 수 있다. 생계보호란 음식물, 주거, 의복, 자재도구, 난방 등 모든 인간에 공통된 일상생활에 필요한 기본적인 수요를 충족시키기 위한 목적의 급여를 말한다. 이에 반하여 특별생활보호는 스스로의 능력으로 생계는 유지할 수 있으나, 특별한 수요를 발생시키는 생활상황을 극복할 수 없는 개인에게 지급되는 급여로 자활보호, 의료보호, 산모보호, 노인보호 등이 있다. 이러한 사회부조는 보험료에의 가입 또는 보험료의 납부를 요건으로 하지 않는다는 점에서 사회보험(□□ Sozialversicherung)과 구별되어 진다.

◇ Sozialrecht 【사회보장법】

사회보장법이란 사회보험(□□ Sozialversicherung), 사회부조(□□ Sozialhilfe), 사회보상(Sozialentschädigung)을 포괄하는 법 영역을 말한다. 위와 같은 법 영역을 폭괄한다는 의미에서 의역을 하면 사회보장법이 되지만, Sozialrecht를 직역하게 되면 사회법이 된다. 그러나 우리나라에서의 사회법을 공법(公法)과 사법(私法)의 중간 영역으로서 경제법, 노동법을 포괄하는 영역으로 의미하는 것으로 사용하고 있어 오해의 소지가 있다. 따라서 의역을 하여 사회보장법으로 번역하는 것이 바람직하다고 본다.

◇ Sozialstaat 【사회국가】

사회국가란 국가의 입법, 행정, 사법 영역에서 사회적 정의(soziale Gerechtigkeit)의 요구를 가능한 한 광범위하게 수행하는 것을 추구하는 국가를 말한다. 이런 사회국가

의 목적은 사회 내에 존재하는 보다 큰 사회적 격차를 축소시키는 것과 그리고 모든 국민들이 적절한 삶의 질을 보장 받도록 하는 데에 있다고 하겠다. 독일 기본법은 제 20조 및 제28조에서 독일은 사회적 연방국가 내지 사회적 법치국가임을 천명하고 있으며, 사회국가에 관한 이런 헌법상의 원리를 사회국가원리(Sozialstaatsprinzip)라고 한다. 독일 기본법 안에서 사회국가원리는 단결권(□□ Koalitionsfreiheit; GG 제 9 조 제 3 항)의 보장, 직업의 자유(□□ Berufsfreiheit; GG 제12조)의 보장, 재산권 사용의 공공복리 적합의 의무(GG 제14조 제 2 항), 사회화를 목적으로 한 토지, 천연자원 및 생산수단의 법률을 통한 수용 형태의 공동재산 및 공동관리경제 형태로의 이전 가능성(GG 제15조) 등에 관한 규정들을 통해 나타나고 있다. 그밖에도 사회국가원리는 사회부조(Sozialhilfe), 사회보험(Sozialversicherung), 교육기회의 평등(Gleichheit der Bildungschancen), 조세정의(Steuergerechtigkeit), 공동결정(□□ Mitbestimmung) 등에 관한 입법적 조치들의 동기가 되는 헌법원리이기도 하다.

◇ Sozialversicherung 【 사회보험 】

사회보험이란 질병, 노령과 같은 사회적 위험을 보험제도를 통하여 보호하는 하는 제도를 말한다. 이러한 사회보험으로는 질병보험(□□ Krankenversicherung), 연금보험(□□ Rentenversicherung), 재해보험(□□ Unfallversicherung) 및 실업보험(□□ Arbeitslosenversicherung) 등이 있다. 이러한 사회보험은 법률에 의하여 가입을 강제하고 소득을 재분배한다는 특징을 가지고 있다. 그러나 이러한 사회보험은 가입자에 한하여 혜택이 돌아간다는 점에서 사회부조(Sozialhilfe)와 구별되어 진다.

◇ Sperrklausel 【 봉쇄조항 】

봉쇄조항이란 선거제도에 있어서 비례대표제(Verhältnswahl)의 의석배분방법과 관련된 것으로, 선거에서 일정 수 이상의 유효투표율을 올렸거나 당선자를 낸 정당에게만 의석배분을 하도록 규정한 선거법상의 규정을 말한다. 이런 봉쇄조항은 군소정당의 난립을 막고 다수세력의 형성을 촉진하려는 취지에서 입법화된 제도이다. 독일의 연방선거법(Bundeswahlgesetz) 제 6 조 제 6 항이 전국을 단위로 전체유효투표수의 5% 이상을 얻었거나 지역구에서 적어도 3명 이상의 당선자를 낸 정당만을 비례대표제에

의한 의석배분의 대상으로 한 것이 대표적인 예이며, 우리나라의 현행선거법도 제189조에서 국회의원선거의 경우 원칙적으로 지역구에서 5명 이상의 당선자를 냈거나 정당투표에서 유효투표 총수의 3% 이상을 득표한 정당만이 비례대표의 의석배분에 참여할 수 있도록 규정하고 있는데 이것도 봉쇄조항의 한 예라고 할 수 있다. 선거에서 일정 수 이상의 유효득표율을 올리지 못한 정당은 의석배분이 저지되는 효과가 있으므로 이를 저지조항이라고 부르기도 한다. 그리고 독일에서는 그밖에도 봉쇄조항을 5%조항(Fünf-Prozent-Klausel)이라고 하기도 한다.

Mehrheitswahl 【 다수대표제 】

◇ Sperrminorität 【 소수저지권 】

발행주식총수의 일정비율의 주식을 보유한 자들에게 다수결에 대항할 수 있게 인정되는 권리인 Sperrminorität는 그 단어상의 의미는 소수저지세력 내지 소수저지권이 라고 한다. 흔히 주식회사에서 발행주식의 25%보다는 많고 50%는 적게 주식을 소유한 그룹을 일컫는다고 한다. 발행주식총수의 4분의 3의 결의라는 특별결의를 필요로 하는 것으로 주주총회에서 결정된 내용의 결과를 저지할 수 있다. 즉 주식회사에 있어서 의결권있는 주식의 25% 이상을 가지고 있는 주주가 이 소수저지권을 통하여 기본결의의 방해와 같은 영업정책에 대한 영향력을 행사하는 것이다. 반면 주식회사법상 발행주식의 일정비율을 보유한 자에게 일정권리를 행사할 수 있도록 하는 권리를 소수주주권(Minderheitsrecht der Aktionäre)이라고 한다. 이 소수주주권은 주주권의 성질상 공익권이다. 예컨대 상법 제122조에서 말하는 소수의 요구에 의한 주주총회소집 청구권(Einberufung auf Verlangen einer Minderheit)이 일종의 소수주주권이다. 이 조 제 1 항에 따르면 자본의 100분의 20 이상의 해당하는 소수주주가 서면으로 그 목적과 근거를 기재하여 주주총회의 소집을 요구하면 주주총회가 소집될 수 있음을 정하고 있다. 우리나라의 경우 상법 제366조에 따라 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 소수주주권으로 이 같은 권리를 행사하는 것과는 그 차이가 크다.

◇ Spezialitätsgrundsatz 【 (민) 특정성의 원칙 】

Bestimmtheitsgrundsatz

◇ Spitzenbeträge 【 단주액 】

Spitze는 단주(端株)를 의미한다. 단주란 1주 미만의 주식을 말하는데 신주인수권자에게 신주를 배정하고 나면 남는 것으로 이렇게 각각의 신주인수권자에게서 남은 부분을 합산하여 본 것이 단주액(Spitzenbeträge)이다. 예컨대 신주를 주주에게 배정하여 발행하는 경우, 구주 2주에 대하여 신주 1주를 배정한다고 하면 구주 5주를 가지는 주주는 신주 2주의 배정을 받을 수 있지만 구주의 나머지 1주에 대하여는 신주 1주의 배정을 받을 수 없게 된다. 이 구주 1주를 단주라고 한다. 이 경우, 본래 주식은 1주가 단위이고 이것보다 적은 주식은 있을 수 없으므로 이 경우 단주에 대한 불이익을 인정하여 이것을 주주평등의 원칙에 적합하게 정산하여 문제를 해결하고 있다. 보통 주주에 배정된 신주에 1주가 못되는 단주가 생기면 이것을 모아서 매각하여 그 대금을 지분수에 따라서 비례분배하게 된다. 주식회사법 제320b조 제 1 항 제 4 문에 의하면 주식대상(柱式代償) 내지 주식보상(柱式補償)과 관련하여 회사가 합병시 주식 1주에 관하여 주회사(Hauptgesellschaft)의 주식이 부여되었을 것을 가정한 비율관계에서 주회사의 주식이 부여되면 그 대상 또는 보상(Abfindung)은 적정한 것으로 보며, 이때 단주액(Spitzenbeträge)은 현금의 추가지급(Zuzahlung)에 의해 전보될 수 있음을 정하고 있다.

◇ Staatshaftung 【 국가배상 】

독일의 국가배상제도는 공무원의 위법한 직무행위로 인하여 개인에게 손해가 발생한 경우 국가가 가해자로서 직접 책임을 지는 자기책임의 원리가 아니라 공무원의 개인에 대한 손해배상의무를 국가가 대신한다는 대위책임의 원리에 입각하고 있다.

독일의 절대주의 국가시대에 있어서는 국가무책임사상이 지배하였고, 국가와 공무원의 관계는 사법상의 위임계약관계로 간주되어 공무원이 적법하게 직무수행을 한 경우에만 그 법적 효과가 국가에 귀속되고, 위법하게 직무수행을 한 경우에는 위임의 한계를 일탈한 것으로 공무원 개인이 책임져야 한다는 법리에서 공무원 개인의 배상 책임제도가 확립되었으며, 이를 규정한 것이 민법(BGB) 제839조 제 1 항 제 1 문이다.

이는 공무원의 직무수행의 위축을 초래하였으며 공무원 개인을 보호하기 위하여 제 2문의 규정을 두게 되었다. 민법(BGB) 제839조 제 1 항은 “공무원이 고의 또는 과실로 제삼자에 대한 직무의무를 위반한 경우 그는 그로부터 발생한 손해를 배상하여야 한다. 공무원이 단지 과실에 의하여 손해를 가한 경우에는 피해자가 다른 방법으로 손해배상을 받을 수 없는 경우에만 공무원에게 배상을 요구할 수 있다(Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.)”라고 규정하고 있다. 그러나 20세기에 들어서서 국가기능이 확대되고 공무원의 직무상의 불법행위로 인하여 개인이 심각한 손해를 보는 경우가 증대함에 따라 이에 대한 개혁이 요구되었다. 이후 1981년 국가배상법(Staatshaftungsgesetz, Gesetz v. 26. 6. 1981. BGBl. I. S.553)이 제정되었으나 연방헌법재판소는 1982년 10월 16일 동 법률을 기본법(GG) 제 70조의 연방과 주의 입법관할권을 위반한 것으로 위헌이라 판시하였다(BVerfGE 61, 149). 따라서 현재도 국가배상책임제도는 민법(BGB) 제839조에 의한 공무원 개인의 배상책임을 기본법(GG) 제34조에 의하여 국가로 이전하는 구조를 취하고 있다. 그러나 독일은 통일 후 1994년 기본법개정을 통하여 제74조 제 1 항 제25호에 국가배상에 관한 입법권을 연방과 주가 경합적으로 가질 수 있도록 하였으므로 이제는 연방차원의 국가배상법을 제정하는 것이 가능해졌다.

◇ Staatsrecht 【 국가법 】

독일에서 국가법은 공법(öffentliches Recht)의 한 영역으로서, 국가의 법적 형상에 관한 내용을 다루는 법영역을 말한다. 특히 국가요소, 국가형태 및 국적과 같은 국가법의 기본사항들, 기본권과 같은 국가 내에서 개별 국민들의 법적 지위에 관한 사항들 그리고 연방의회, 연방참사원, 연방대통령, 연방정부와 주정부 등과 같은 국가기관의 조직과 작용에 관한 사항들을 다룬다. 그런데 이런 사항들은 국가의 기본질서인 헌법의 내용과 중복되는 것이 많으므로 독일에서 국가법은 헌법(Verfassungsrecht)과 동의어로 널리 쓰이기도 한다.

그러나 엄밀히 따지면 국가법과 헌법은 동의어라고 말하기는 어렵다. 헌법이 국가의 헌법이긴 하지만 국가법처럼 국가생활의 기본질서에만 국한되는 것은 아니기 때문이다. 혼인과 가족, 재산권, 사회적 결사체조직의 형성과 작용, 예술 및 학문의 자유 등과 같이 비국가적 생활질서의 기본사항들도 헌법질서 안에 담겨져 있기 때문이다. 그리고 국가법도 국가의 법적인 기본질서에 해당하는 헌법적 내용을 담고 있긴 하지만 그밖에도 국가의 기본질서에는 포함되지 않는 행정법이나 소송법 등과 같은 국가의 법도 포함한다는 점에서는 헌법과는 그 범위가 다르기도 하기 때문이다.

Verfassung, Verfassungsrecht

◇ Stammaktie 【보통주】

보통주(Stammaktie)는 우선주(Prioritätsaktie, Vorzugsaktie), 후배주(Nachzugsaktie) 내지 혼합주(Mehrstimmaktie) 등과 같은 특별주에 대립되는 일반적인 주식을 말한다. 보통주는 주식의 일반적인 성격을 지니고 각 주식은 평등한 권리내용을 가진다. 일반적으로 주식이라 함은 이 보통주를 가리키는 것이다. 그러므로 이 보통주는 의결권(Stimmrecht) 행사와 관련하여 우선권을 가지고 있지 아니한 기본주식이다.

Prioritätsaktie, Vorzugsaktie, Nachzugsaktie

◇ stellvertretendes commodum 【대상(代償)】

직역할 경우 ‘대신하여 얻는 이익’이라고 하겠는데 우리나라의 관용된 표현에 따라 대상(代償)으로 번역한다. 특히 채무자가 채무를 이행할 의무를 면하게 되는 사정으로 인해 그 급부목적물에 대신하여 취득하게 된 이익을 뜻한다. 가령 A가 B에 대해 자신의 자동차를 매도하기로 약정하였으나 C에 의해 그 자동차가 멸실된 경우, A는 B에 대해 자동차를 인도할 본래의 의무를 면하게 되는 반면 그 의무를 불이행하게 만든 사정으로 인해 C에 대해 자동차 멸실에 따른 손해배상청구권을 취득하게 되는 데, 이때 그 취득한 배상청구권이 대상(代償)으로 된다. 이 경우 채권자 B는 A에 대하여 본래의 의무에 대신하여 그 손해배상청구권을 자신에게 양도해 줄 것을 청구할 수 있다. 대상에 대한 이 같은 채권자의 인도 또는 양도청구권은 채무자의 급부의무가 불능(Unmöglichkeit)으로 되거나(§ 275 I BGB), 또는 급부의무의 이행을 위한 채무자

의 비용이 채권자의 급부이익과 비교하여 과도하거나 또는 급부이행에 관한 여타의 장애로 인해 채무자에게 그 이행을 기대할 수 없어 채무자가 이를 이유로 의무의 이행을 거절한 경우(§ 275 II, III BGB) 명문 규정을 통해 인정되고 있다(§ 285 I BGB). 대상을 표현하기 위해서는 위 표제어 이외에 Substitut 또는 Surrogation 이라는 표현도 사용되고 있다. 다만 이들 표현은 대상(代償)이라는 의미 이외에 가령 위임계약에서 수임인이 위임사무를 직접 처리하지 않고 제삼자에게 그 의무이행을 대행하도록 하는 경우 이행대행 또는 그 대행자를 표현하기도 한다.

◇ Stimmrechtsverbindungsvertrag 【 의결권계약 】

의결권계약(Stimmrechtsverbindungsvertrag)은 주주의 권리인 의결권(Stimmrecht)과 관계, 결합, 부합 등의 의미인 Verbindung과 계약인 Vertrag이 합쳐진 합성명사로 의결권 행사를 함에 있어 미리 계약에 의하여 그 내용에 부합하게 의결권을 행사하는 것을 말한다. 즉 주주들이 의결권을 일정한 방향으로 행사하기로 미리 약정하는 계약인데 법적으로 인정된 것이 아니어서 미국 및 서구유럽에서 그 유효성에 대한 논란이 있다. 법적 원리가 계약이므로 채권적 효력을 가진다고 보는데 의결권계약에 의하여 그 내용을 미리 정하였더라고 그것과 달리 의결권을 행사했을지라도 그 의결권의 행사 자체는 유효한 것으로 본다.

◇ Strafaussetzung zur Bewährung 【 집행유예 】

집행유예는 보호관찰(□□ Bewährung)을 조건으로 형벌집행을 유예하여 행위자가 형벌 없는 자유로운 생활 속에서 보호관찰의 조건과 지시사항을 충족시킬 경우 형벌을 면제하는 제도이다. 이를 통해 범죄자의 재사회화를 용이하게 하고 단기 자유형의 폐해를 방지하려는 것이 집행유예의 목적이다. 집행유예는 성인범죄자, 소년범죄자 및 균형법위반자에게 적용되는데, 형법 제56조 내지 제58조, 소년법원법 제21조 이하, 균형법 제14조에 각각 기본규정이 들어 있다. 형법상 집행유예의 주요 내용은 아래와 같다. 자유형을 선고할 때 법원은 그 집행을 유예할지를 결정하여야 한다. 집행유예가 가능하려면 선고되는 자유형이 2년의 기간을 초과하지 않아야 한다. 경합범의 경

우는 전체형이 기준이 된다(§58 I StGB). 구체적인 집행유예의 전제조건은 선고되는 자유형의 기간에 따라 구별된다. 1) 먼저 선고되는 자유형이 1년 이하인 경우 집행을 유예하기 위해서는 피선고자가 형의 선고로 이미 충분히 경고를 받았으며, 형을 집행하지 않아도 장래에 더 이상의 범죄를 저지르지 않을 것이라고 기대되어야 한다(§56 I S.1 StGB). 이때에는 피선고자의 인격, 그의 이전 생활, 범죄행위의 상황, 범죄 이후의 태도, 그의 생활관계, 그리고 집행유예의 효과 등을 고려하여야 한다(§56 I S.2 StGB). 2) 다음으로 선고되는 자유형이 2년 이하인 경우 위의 전제조건이 충족되고 피선고자의 인격과 범죄행위를 전체적으로 평가하여 특별한 사정이 있을 때 집행유예를 선고할 수 있다. 이때에는 범죄행위로 인해 야기된 손해를 원상회복하려는 피선고자의 노력을 고려하여야 한다. 3) 선고되는 자유형이 6개월부터 1년 이내일 때에는 법질서 수호에 위배되지 않을 때에 한해 집행을 유예할 수 있다(§56 III StGB). 이는 6개월 미만의 자유형은 위의 전제조건이 충족되는 경우 반드시 집행을 유예하여야 하지만 6개월 이상의 자유형은 위의 전제조건이 충족되더라도 법질서 수호의 차원에서 집행을 유예하지 않을 수 있다는 것이다. 법질서 수호를 위해 집행유예를 허용하지 않는다는 것은 개별사안의 심각성 때문에 그 사안에 대해 형벌을 선고만 하고 집행을 유예할 경우 범죄 앞에서 법질서가 무력해져 국민의 법감정이 침해되는 때를 말한다. 집행유예는 자유형은 물론 벌금형에 대해서도 가능하며, 보안처분 중 치료감호와 금단치료수용에 대해서도 가능하다. 집행유예의 기간은 법원의 결정으로 정해지는데, 최단기간은 2년이며 최장기간은 5년이다(§56a I StGB). 집행유예기간은 사후적으로 최단기간 내에서 단축되거나 최장기간을 넘지 않는 범위에서 연장될 수 있다(§56a II StGB). 집행유예에는 원상회복(□□ Wiedergutmachung)이나 사회봉사, 공동체나 국가에 대한 금전지불 등의 조건(Auflage)을 요구할 수 있으며(§56b I StGB), 거주 및 생활장소 제한, 특정인 및 특정장소에 대한 접근금지 등의 지시사항(□□ Weisungen)을 부과할 수 있다(§56c I StGB).

◇ Strafbefehl 【 약식명령 】

형사절차에서는 경미범죄(Vergehen)에 대해 판결과 본질적으로 동등한 법원의 결정을 약식명령으로 내릴 수 있다(§§407ff StPO). 약식명령은 공판절차 없이 서류를 통해

제출된 증거자료만을 토대로 결정된다. 이러한 내용을 지니므로 단어 그 자체의 의미는 ‘형벌명령’이지만 한국법의 용어에 따라 ‘약식명령’으로 번역한다. 약식명령은 형사사법기관의 입장에서는 절차를 간소화할 수 있다는 소송경제상의 이점이 있고 피고인의 입장에서는 자신의 사건을 눈에 띄지 않게 신속하게 종결할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 소년형사절차에서는 약식명령이 허용되지 않는다(§§79 I, 109 II JGG).

약식절차는 검찰의 서면청구에 의해서 개시된다(§407 I StPO). 검찰은 수사 결과 공판이 필요하지 않다고 판단되면 형사단독판사나 참심법원(□□ Schöffengericht)에 약식명령을 청구한다. 약식명령을 통해 결정될 수 있는 제재는 1.벌금형, 선고유예, 운전금지, 몰수, 범죄이익환수, 폐기, 법조인에 대한 범칙금(□□ Geldbuße), 2.2년 이하의 운전면허박탈(□□ Entziehung der Fahrerlaubnis), 3.형벌면제(□□ Absehen von Strafe)로 한정되며 피고인에게 변호인이 있을 때에는 1년 이하의 자유형에 대한 집행유예도 가능하다(§407 II StPO).

◇ Strafvollstreckung 【형집행】

형집행은 모든 종류의 형벌의 집행을 의미한다. 즉, 형사법관이 판결을 통해 선고한 모든 형사제재조치의 내용을 실현하는 것이다. 여기에는 자유형의 집행은 물론 사형, 벌금형, 자격형의 집행뿐만 아니라 나아가 보안처분의 집행 등이 포함된다. 일부 국내 문헌에서 이를 행형(□□ Strafvollzug)과 구별하기 위해 ‘넓은 의미의 행형’으로 번역하지만 용어사용상의 혼란과 불편함이 있다. 한국의 형사소송법 제462조에서는 ‘형집행의 순서’, 같은 법 제474조와 제475조에서는 ‘형집행장’에 대해 규정하면서 형벌집행을 통칭하는 용어로서 ‘형집행’을 사용하고 있으므로 전체적 형벌의 집행을 의미하는 ‘Strafvollstreckung’은 ‘형집행’, 자유형의 집행을 의미하는 ‘Strafvollzug’은 ‘행형’으로 번역하는 것이 타당하다. 독일에서는 형집행에 대해서는 형사소송법(StPO) 제449조 이하와 ‘형집행법(Strafvollstreckungsordnung)’에, 행형에 대해서는 ‘행형법(Strafvollzugsrecht)’에 각각 기본규정을 담고 있다. 형집행의 전제조건은 판결의 확정이다. 여러 명의 피고인 중에서 일부만 상소한 경우에는 나머지 피고인에 대해서는 형이 확정되어 형집행이 허용된다(§19 StVollstrO). 형집행을 위해서는 판결의 원본이나 신뢰할 수 있는 사본이 제시되어야 하며, 판결문에는 형이 확정된 사실과 확정된 형의 발효시기가 명시되어 있어야 한다(§13 II StVollstrO).

◇ Strafvollstreckungskammer 【형집행부】

형집행부는 형집행(□□ Strafvollstreckung) 및 행형(□□ Strafvollzug)에 관한 결정을 담당하는 법원의 한 부서이다. 1975년 법원조직법 개정을 통해 주법원(LG) 내에 형집행부가 신설되었으며 1976년의 행형법(StVollzG) 개정을 통해 행형부의 관할사항을 규정하였다. 이러한 형집행부의 도입은 70년대 형법개혁의 발전경향 및 목표설정과 밀접한 관련을 갖는 것이었다. 그것은 즉 한편으로는 형사제재의 실제적 효과를 묻지 않는 맹목적인 응보형법으로부터 결별하고 형사제재를 광범위하게 범죄자의 개인적 특성과 그 발전과정에 맞추려는 특별예방적 대응체재의 지향이었으며, 다른 한편으로는 수형자의 법적 지위에 대한 국제적 요청에 따라 수형자에 대한 법적 구제장치를 보장하려는 법치국가적 노력이었다. 1) 이러한 개혁목표의 설정에 따라 형집행부는 행형분야에서 이른바 ‘사후결정(Nachtragsentscheidung)’의 영역과 수형자에 대한 사법적 구제의 임무를 담당한다(§179 Nr. 2, 3 StVollzG). 우선 형집행부가 담당하는 ‘사후결정’이란 사실심법원이 판결로 선고한 형벌을 행형과정에서 사후적으로 변경하거나 변형하는 모든 조치를 말하며, 실질적으로 행형의 내용을 구성하게 되는 결정들을 말한다(§§462a, 463 StPO; §78a I Nr. 1 GVG). 더불어 형집행부는 행형분야에서 행형기관이 내리는 조치들에 대한 심사를 담당하는데, 수형자에 대한 사법적 구제가 여기 해당한다(§§109ff StVollzG; §78a I Nr. 2 GVG). 이른바 ‘사후결정’의 경우에는 법원이 우선적 관할권을 갖는다. 즉 형집행부가 행정기관의 전치과정 없이 직접 결정을 담당한다. 반면에 행형조치에 대한 사법적 통제인 경우 법원은 행정심판등을 거친 이후의 이차적 관할권을 가질 수 있다. 2) 형집행부는 그 관할 구역 내에 행형시설이나 행형기관(법무부, 행형국 등)이 위치하고 있는 주법원(LG)에 설치되며(§78a I Nr. 1 GVG), 해당구역 내의 행형시설과 그 시설의 행형공무원과 관련된 사안에 대해 장소적 관할권을 갖는다(§462a StPO; §110 StVollzG). 형집행부의 구성도 형집행부의 두 가지 과제와 직접 관련을 맺는다. 즉 이른바 ‘사후결정’과 관련해서는 해당사례가 2년 이하의 자유형에 해당하는 경우 1인의 법관으로 구성된 ‘작은 형집행부’에서, 기타의 경우에는 3인의 법관으로 구성된 ‘큰 형집행부’에서 각각 담당한다(§78b I Nr. 1 GVG). ‘사법적 통제’의 사안은 원칙적으로 한 사람의 법관이 담당하지만 사안이 법적으로 어렵거나 특별히 중대한 의미를 지닐 때에는 3인의 법관으로 구성된 합의부에 넘길 수 있다(§78b I Nr. 2 GVG).

◇ Strafvollzug 【행형】

행형은 자유박탈을 수반하는 형사제재조치의 집행을 의미한다. 여기에는 자유형과 자유박탈을 수반하는 보안처분의 집행이 포함된다. 그 가운데서도 특히 수용시설에 수용될 때부터 석방될 때까지의 집행과정이 ‘행형’의 개념 아래 포섭된다. 행형법(StVollzG)의 규율내용이 주로 이에 해당한다. 그리고 행형법은 행형의 업무를 행정권력의 권한에 위임하고 있다. 보다 엄격하게 보면 자유형의 집행 자체도 형집행(□□ Strafvollstreckung)의 영역과 행형의 영역으로 나누어진다. 이 경우 형집행은 자유형의 집행‘여부’와 관련된 영역을, 행형은 자유형의 집행‘방법’과 관련된 영역을 각각 의미한다. 즉 자유형을 선고한 판결의 효력 여부를 다투어 자유형의 집행 자체에 문제를 제기하는 경우, 또는 형기산정에 대한 위법이나 과실의 여부를 문제 삼는 경우는 ‘형집행’의 영역이 되고, ‘행형’의 영역에서는 이미 집행이 확정된 자유형의 구체적 실현 방법이 주된 문제가 된다. 이러한 구별의 실제적 의미는 ‘형집행’과 관련한 문제는 형사절차와 관련한 문제로 형사법원에서 심사할 사항이 되지만, ‘행형’과 관련한 문제는 행정작용의 하나로 우선 행정심판의 대상이 된다는 데 있다.

◇ Streitbare Demokratie 【투쟁적 민주주의】

□□ Wehrhafte Demokratie 【방어적 민주주의】

◇ Strohmanggeschäft 【허수아비 행위】

허수아비 행위는 계약관계의 당사자로 전면에 등장하는 것을 꺼려 가공의 자를 내세워 법률행위를 하도록 함으로써 그에 따른 법률효과를 발생하도록 하는 행위를 뜻한다. 독일 사법에서 허수아비 행위는 1980년 유한회사법(GmbHG)의 개정 이전까지만 해도 특히 1인 유한회사(Einmann-GmbH)에서 많이 문제되었다. 왜냐하면 이 같은 회사의 설립행위는 계약을 필요로 하였고 따라서 장래의 1인 사원 이외에 또 다른 자가 존재해야만 했기 때문이다. 그렇지만 1인 설립을 가능하도록 허용한 독일 유한회사법의 개정으로 인해 허수아비 행위는 유한회사의 설립을 위해서는 더 이상 필요하

지 않게 되었다. 물론 허수아비 행위는 이 같은 회사설립의 경우 이외에도 가령 필요한 허가를 취득하지 못하였다는 등 일정한 사정으로 인해 계약 당사자로 직접 등장할 수 없거나 또는 이를 꺼리는 경우에 빈번히 행해지고 있다. 이러한 허수아비 행위는 당사자가 그 행위의 효력발생을 의욕하고 있는 한 가장행위(§ 117 BGB)와 구별되며 따라서 비록 그 행위의 상대방이 허수아비 행위임을 알고 있는 경우에도 유효함을 원칙적으로 인정하고 있다. 또한 허수아비 행위로부터는 단지 행위당사자인 ‘허수아비’만이 권리와 의무를 가질 뿐 그 배후에 있는 자는 직접적으로 권리·의무의 당사자로 되지 않는다. 우리나라의 해석론도 독일 민법과 마찬가지로 허수아비 행위를 가장행위(민법 제108조)와 구별하면서 원칙적으로 그 유효성을 인정하고 있다.

◇ **Stücksaktie 【 무액면주식 】**

□□ **Quotenaktie 【 무액면주식 】**

◇ **Subjektionstheorie 【 종속설, 법률관계설 】**

종속설은 법률관계설이라고도 하며 공법과 사법을 구별하는 기준에 관한 학설의 하나이다. 이는 Subordinationstheorie라고도 한다. 이 학설은 법률관계의 당사자들의 관계가 수직관계인가 수평관계인가에 따라 공·사법을 구별한다. 즉 당사자들의 관계가 행정주체의 우월성을 바탕으로 하는 수직적이고 불평등한 관계인 경우를 규율하는 법을 공법이라고 하고, 대등한 당사자의 수평관계를 규율하는 법을 사법이라고 한다. 이 학설은 19세기 자유방임주의적인 국가사상을 바탕으로 하고 있다. 당시는 행정법관계가 권력작용을 중심으로 하는 질서행정과 재정행정 등 소극적 행정에 국한되어 있었고, 중요한 행정수단도 일방적인 규율인 법규명령과 행정행위 등이 주종을 이루고 있었으므로 설득력을 가질 수 있었다. 그러나 현대 행정은 급부행정, 유도행정 등 비권력작용이 중요한 비중을 차지하고 있으며, 이에 따라 행정수단도 법규명령이나 행정행위 이외에 공법상의 계약, 행정지도 등 행정주체와 행정객체의 대등한 관계를 전제로 하는 것들이 중요성을 더해 가고 있다. 따라서 현대에는 공·사법을 구별하는 기준으로 적당하지 않다. 이 학설은 공법관계에도 공법상의 계약과 같은 대등한 관계가 있고, 사법분야에도 친권자와 미성년자의 관계나 사용자와 피용자의 관계와 같은 수직적 관계가 있다는 것을 간과하고 있다.

◇ Subjektives öffentliches Recht(Subjektiv-öffentliches Recht) 【 주관적 공권 】

주관적 공권이란 객관적 법질서에 근거하여 국가 내지 다른 고권적 권력주체에 대해 소송절차적으로 관철시킬 수 있는 헌법적으로 보장된 개인적 요구권을 의미한다. 헌법상 기본권들은 역사적으로 이런 주관적 공권으로서의 성격을 가지고 있다. 따라서 헌법상 기본권들은 기본권주체에게 포괄적인 의미로서의 공권력에 대해 기본권을 침해하지 말 것을 요구할 수 있는 권리뿐만 아니라 기본권침해에 대한 방어나 제거를 위한 제소가능한 요구권을 보장하고 있으며, 그리고 입법자에 대해서도 직접적으로 이를 보장할 의무를 부여하고 있는 것이다. 독일 기본법이 제 1 조 제 3 항에서 기본권은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법, 집행 및 사법을 구속한다고 규정하고 있는 것은 바로 기본권의 주관적 공권으로서의 성격을 나타내주는 것이라고 할 수 있다. 원래 주관적 공권이란 용어는 독일의 공법학자인 G. Jellinek가 처음 사용한 것으로, 그의 기본권이론인 ‘지위이론’에 따르면 국민의 국가권력에 대한 지위는 이를 수동적 지위, 소극적 지위, 적극적 지위, 능동적 지위의 네 가지로 나눌 수 있다고 하면서, 수동적 지위에서 국민의 국가권력에 대한 의무가 나오며, 소극적·적극적·능동적 지위에서는 국민이 국가권력에 대해서 부작위 또는 작위를 요구하거나 국민이 국정에 참여할 것을 요구할 수 있는 주관적 공권이 나온다고 한다.

◇ Subjektstheorie 【 주체설 】

주체설은 공법과 사법을 구별하는 기준에 관한 학설의 하나이다. 이 설은 법률관계의 주체를 중심으로 하여 적어도 한 당사자가 국가 또는 공공단체 등 행정주체로 되어 있는 법률관계를 규율하는 법은 공법이며, 사인 상호간의 관계를 규율하는 법은 사법이라고 구별한다. 그러나 국가 또는 공공단체 등 행정주체가 법률관계의 당사자라도 조달행정에서 흔히 볼 수 있는 바와 같이 사인의 지위(국고적 지위)에서 활동하는 경우에는 사법의 적용을 받으며, 사인이 법률관계의 당사자가 되는 경우에도 공무수탁사인과 같이 일정한 범위에서 공권력을 행사하는 경우에는 공법의 적용을 받는다.

◇ Subordinationstheorie 【 종속설 】

□□ Subjektionstheorie

◇ Subsidiarität 【 보충성 】

국가철학 내지 사회철학 영역에서의 보충성이란 보다 작은 사회적 단위가 사회적 기능을 충족시키지 못하는 경우에만 보다 큰 사회적 단위가 그 사회적 기능을 충족시키기 위해 끌어들여질 수 있다고 하는 원리를 말한다. 이는 원래 카톨릭교회의 사회이론에서 출발하여 국가철학 내지 사회철학 영역의 원리로 발전한 것인데, 이를 헌법학에서는 연방주의(Föderalismus)의 정신적 기반이 되는 원리이자 연방국가(□□Bundesstaat)에서 국가의 과제 내지 국가의 권능을 배분하는 원리로 발전시켰다. 즉 국가의 과제는 기본적으로 지방자치단체에게 주어지고, 지방자치단체가 그 기능을 충족시키지 못하는 영역에서는 그 권능이 주에 주어지고, 주에서도 그 기능을 충족시키지 못하는 경우에 연방이 그 과제를 수행한다고 하는 국가권능의 배분에 관한 헌법상 원리를 보충의 원리(Subsidiaritätsprinzip)라고 한다. 이에 관하여 독일 기본법 제30조는 국가권능의 행사와 국가과제의 수행은 기본법이 다른 규정을 두지 않는 한 주의 사항이라고 규정하고 있다. 그리고 독일 기본법은 제30조 외에도 제23조 제 1 항에서 유럽연합의 성립과 관련하여 보충의 원리를 유럽연합과 그 구성원국가인 독일 사이의 권한배분에 관한 기본원리로서 명문화하고 있다.(GG Art. 30. Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt; 국가권능의 행사와 국가과제의 수행은 이 기본법이 다른 규정을 두지 아니하거나 허용하지 않는 한 주의 사항이다: GG Art. 23 (1) Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und förderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet; 통합 유럽의 실현을 위하여 독일연방공화국은, 민주적, 법치국가적, 사회적, 연방주의

적 원리들 및 보충의 원리에 따른 의무가 있으며 또한 이 기본법과 본질적으로 비교가 가능한 기본권보호를 보장하는 그런 유럽연합의 발전에 참여한다.)

◇ Substantiierungslast 【구체화책임】

지배기업에 대한 콘체른법상 책임을 인정하기 위해서 지배기업의 책임을 추궁하게 되는 자는 주로 종속회사의 채권자나 소수주주가 될 것이다. 이 때 종속회사의 채권자나 소수주주로서는 실제에 있어서 콘체른 내부관계(Konzerninterna)를 파악하기가 쉽지는 않다. 그러므로 종속회사의 채권자가 그의 주장 및 입증책임을 완전히 충족하는데 어려움이 있음을 감안하여 콘체른 내부관계에 관한 한 지배기업이 채권자와 반대로 결정적인 사실을 알고 있고 사실관계의 주장이 채권자에게 무리한 경우에는 지배기업이 보다 상세하고 구체적인 내용을 보충하여 진술하도록 함으로써 채권자에게 그의 주장 및 입증에 대한 책임을 완화해 준다. 여기에서 종속회사의 채권자나 소수주주가 그의 주장을 입증하기 위하여 구체적인 내용을 진술하고 보충하는 책임을 구체화책임(Substantiierungslast)이라고 하는데 실제적인 힘의 균형상 회사에의 정보접근의 어려움 등으로 입증이 어렵거나 곤란한 채권자나 소수주주들을 위하여 콘체른내부관계에 대한 사항의 입증을 회사에게 상세하고 구체적으로 하도록 하는 책임을 전가하고 상대적으로 채권자나 소수주주에게는 이 책임을 완화하려는 것이다.

◇ Substitut 【대상 (代償)】

stellvertretendes commodum

◇ Subventionen 【정부보조금, 교부지원】

정부보조금에 대한 명확한 정의는 정립되어 있지 않다. 다만 형법(StGB) 제264조 제7항 제1호에 정부보조금의 사기(Subventionsbetrug)와 관련하여 “이 규정에서 정부보조금이란 연방법률 또는 주법률에 따라 기업이나 사업체에게 공적 자금으로부터 주어지는 급부로서 적어도 그 일부가 시장원리에 따른 반대급부 없이 경제진흥을 위하여

주어지는 것(Subvention im Sinne dieser Vorschrift ist, 1. eine Leistung aus öffentlichen Mitteln nach Bundes- oder Landesrecht an Betriebe oder Unternehmen, die wenigstens zum Teil a) ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird und b) der Förderung der Wirtschaft dienen soll)”이라고 규정하고 있다.

이러한 형법상의 법적 정의는 정부보조금의 사기를 처벌하기 위한 목적에서 제정된 것이고, 또한 이 규정은 문화진흥이나 교육목적의 정부보조금과 같은 많은 분야를 제외하고 있어서 이를 정부보조금에 대한 일반적인 정의로 인정할 수는 없다.

정부보조금을 법적으로 정의하기 어려운 이유는 정부보조금의 지급목적, 지급분야, 지급방법 등이 다양하기 때문이다. 정부보조금에 대한 정의는 협의와 광의로 나누어 볼 수 있다. 협의의 정부보조금은 행정주체가 공적인 목적을 수행하기 위하여 시장원리에 따른 반대급부 없이 직접 또는 제삼자를 통하여 사인에게 행하는 재정적 급부라고 할 수 있다. 이에 비하여 광의의 정부보조금은 협의의 정부보조금뿐만 아니라 간접적인 급부 즉 세금의 감면이나 각종 공과금의 감면을 포함하는 것으로 보고 있다. 경제학적인 측면에서는 행정주체가 직접 일정한 급부를 지급하거나 간접적으로 세금을 포함한 각종 공과금을 감면하거나 그 효과에 있어서는 동일하다. 그러나 세금을 감면하기 위해서는 별도의 법적 근거를 필요로 한다. 따라서 행정법에서는 협의의 정부보조금을 대상으로 한다. 정부보조금을 지급하는 방법과 관련하여 법규에 특별히 정함이 없는 경우에는 당해 행정기관에게 행위형식선택의 자유(Formenwahlfreiheit)가 인정되어 있으므로 행정행위, 공법상의 계약, 사법상의 계약, 행정행위와 계약을 포함하는 형태, 보증 등 여러 가지가 있다. 또한 특정 기업에 대한 보조금의 지급은 그와 경쟁관계에 있는 자에 대하여는 상당한 부담이 될 수 있고, 이는 소위 경쟁자소송(Konkurrentenklage)을 제기하는 원인이 되기도 한다.

우리나라에서는 보조금의예산및관리에관한법률 제2조 제1호에서 “보조금이라 함은 국가외의 자가 행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 보조금(지방자치단체에 대한 것과 기타 법인 또는 개인의 시설자금이나 운영자금에 대한 것에 한한다)·부담금(국제조약에 의한 부담금은 제외한다) 기타 상당한 반대급부를 받지 아니하고 교부하는 급부금으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다”라고 규정하고 있다.

◇ Sukzessivgründung 【점차설립】

점차설립(Sukzessivgründung)은 일종의 단계적 설립을 말하는 것으로 Stufengründung 이라고도 한다. sukzessiv의 의미는 ‘점차적인’으로, 명사인 Stufe는 ‘단계’라는 의미를 가지고 있어 전체적으로 이를 합쳐 점차설립 내지 단계설립이라고 부른다. 주식회사의 설립방법 중 회사의 설립시에 발행하는 주식의 인수방법 중 발기설립(Einheitsgründung)과 모집설립(Zeichnungsgründung)이 있는데 위에서 언급한 점차설립은 모집설립의 한 가지이다. 발기설립이란 설립시에 발행하는 주식의 전부를 발기인만이 인수하여 회사를 설립하는 방법으로 이를 단순설립(Übernahmegründung)이나 동시설립(Simultangründung)이라고도 한다. 특히 주식회사법 제29조에 따라 “발기인을 통하여 회사는 모든 주식을 인수하여 형성된다(Mit der Übernahme aller Aktien durch die Gründer ist die Gesellschaft errichtet)”고 명문으로 정하면서 일반적으로 발기설립을 예정하고 있다. 반면에 모집설립이란 설립시에 발행하는 주식 중 그 일부는 발기인이 인수하고 나머지 주식은 주주를 모집하여 인수시켜 회사를 설립하는 방법으로써 점차설립(Sukzessivgründung) 또는 단계설립(Stufengründung)이라고도 한다. 독일은 현재 점차설립을 통한 회사의 설립을 허용하고 있지는 않다.

◇ Summenrückversicherung 【정액재보험】

Rückversicherung은 재보험을 일컫는 용어이다. 보험을 그 특징에 따라 파악하는 것 중 하나가 원보험과 재보험으로 분류하는 것이다. 원보험은 보험자가 보험가입자로부터 직접 위험을 인수하는 보험이고, 재보험은 어떤 보험자가 보험가입자로부터 인수한 위험 자체를 다시 보험에 드는 보험을 말한다. 재보험에 대하여는 보험계약법에 명문상의 규정이 있지는 않고 독일에서는 보험감독법 하에 놓인다. 또한 다른 관점에서 보험을 분류하여 보면 손해보험(Schadensversicherung)과 정액보험(Summenversicherung)으로 나뉜다. 손해보험은 보험사고발생시에 보험자가 지급할 액이 미리 정해져 있지 않고 보험사고의 발생에 의하여 생긴 실제의 손해액에 따라 결정되는 보험이어서 부정액보험이라고 한다. 반면 정액보험은 보험사고 발생에 의한 실손해의 유무, 그 액의 다소를 묻지 않고 당초에 계약에서 정한 일정한 금액을 보험금으로 지급하는 보험이다.

그런데 위 재보험은 다시 손해재보험(Schadenrückversicherung)과 정액재보험(Summenrückversicherung)으로 나뉘는데 손해재보험에 의해 원보험자(Erstversicherer)는 모든 손해를 특정정도까지 인수하게 되는데 정액재보험은 원보험자와 재보험자(Rückversicherer) 사이에 인수한 위험은 정액의 보험금액으로 약정이 되어 재보험을 체결한 원보험자는 보험사고의 발생으로 약정한 보험금을 지급받게 된다.

◇ Surrogation 【 보험자대위 】

보험계약법에서의 Surrogation이라 함은 보험자대위를 지칭하는 것이다. 보험자대위란 보험자가 보험사고로 인한 손실을 피보험자에게 보상하여 준 때에 보험의 목적이나 제삼자에 대하여 가지는 피보험자 또는 보험계약자의 권리를 법률상 당연히 취득하는 것을 말한다. 이는 민법 제281조의 손해배상자의 대위(schuldrechtliche Surrogation)에서부터 비롯된 것으로 이 권리는 법률에 의해서 당연히 발생하는 경우가 보통이다. 보험계약법에서의 보험자 대위는 두 가지 양태가 인정되고 있는 데, 그 하나가 잔존물 대위이고 다른 하나가 제삼자에 대한 청구권대위이다. 잔존물대위는 보험의 목적에 대한 대위라고도 하는데 보험의 목적의 전부가 멸실한 경우에 보험금액의 전액을 지급한 보험자가 피보험자의 보험의 목적에 관한 권리를 법률상 당연히 취득하는 것을 의미한다. 반면에 제삼자에 대한 대위는 피보험자의 손해가 제삼자의 행위로 인하여 생긴 경우에 보험금액을 지급한 보험자가 지급한 보험금액의 한도에서 그 제삼자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 법률상 당연히 취득하는 제도로서 청구권 대위라고도 한다. 보험자대위는 원칙으로 손해보험에서만 인정되고 인보험에서는 허용되지 아니한다. 보험계약법 제67조 제1항은 보험계약자가 제삼자에 대하여 손해배상청구권을 가지고 있을 경우 보험자로부터 보험금으로 보상을 받았다면 보험계약자의 청구권은 보험자에게 넘겨지지만 그러한 청구권의 양도가 보험계약자에게 불이익을 주어서는 안 된다는 취지를 분명히 하고 있다. 그러나 보험계약자가 제삼자에 대하여 청구권을 포기한다면 그가 청구권을 행사했다라면 획득했을 배상의 범위 내에서 보험자도 자신의 보상의무를 면제받게 된다. 이러한 청구권대위에 대하여 동조 제2항은 보험계약자의 청구권이 그의 가족에게 향하는 경우는 청구권이 보험자에게 넘어가지 아니하고, 다만 가족이 보험사고를 고의로 하여 손해를 발생시켰다면 보험자에게 청구권이 넘겨간다는 것을 분명히 하고 있다.

◇ Suspensiveffekt 【 집행정지 】

□□ aufschiebende Wirkung

◇ Synallagma 【 상환성 】

계약을 통하여 양 당사자가 상호 교환적인 의무를 부담하는 경우 그 의무 사이의 상호 관계를 표현하는데, 상환성 이외에 교환성 또는 의역을 할 경우 쌍무성(雙務性)이라고도 번역할 수 있다. 상환성을 뜻하는 독일어 표현으로는 Gegenseitigkeit 라는 용어도 사용되며, 상환성을 갖는 의무를 발생케 하는 계약을 쌍무계약(synallagmatischer Vertrag; gegenseitiger Vertrag; Austauschvertrag)이라고 한다. 이러한 의미의 쌍무계약은 각 의무 사이의 상환성으로 인해 일방의 의무가 유효하게 성립하지 않는 한 상대방의 의무 역시 성립하지 않게 된다(성립상의 견련성; genetische Synallagma). 또한 각 의무 사이에는 동시이행(□□ Zug um Zug Leistung)의 관계가 존재하며, 따라서 각 당사자는 상대방이 자신에 대한 의무를 이행하지 않았음을 이유로 자신의 채무이행을 거절할 수 있다(§ 320 BGB Einrede des nicht erfüllten Vertrags). 그리고 쌍무계약 당사자 일방의 채무가 불능으로 되거나 그 이행을 기대할 수 없는 경우 상대방 역시 그 반대급부 의무를 면하게 된다(§ 326 BGB. 이상 기능상의 견련성; funktionelle Synallagma). 이 같은 의무 사이의 상환성은 양 당사자 모두가 계약으로부터 의무를 부담한다는 사실만으로 곧바로 인정되는 것은 아니다. 왜냐하면 의무의 상환성이란 각 당사자가 바로 상대방에 의한 의무부담을 목적으로 하여 자신 스스로도 의무를 부담하는 경우에만 인정되기 때문이다. 즉, 상대방의 급부가 자기 자신의 급부에 대한 대가로서의 성격을 갖는 계약상의 의무 사이의 관계만이 상환성을 갖게 된다. 가령 매도인과 매수인 사이의 소유권이전의무와 매매대금지급의무(§ 433 BGB), 임대인과 임차인 사이의 목적물제공의무와 차임지급의무(§ 535 BGB) 등과 같은 관계가 이에 해당한다. 반면 위임계약에 따라 수임인이 위임사무의 처리를 행할 의무(§ 662 BGB)와 위임사무의 처리에 따라 위임인이 수임인에 대해 그 비용을 상환할 의무(§ 670 BGB) 사이에는 상환성이 인정되지 않는다. 왜냐하면 수임인에 대한 위임인의 비용상환의무는 비록 그것이

사무처리 이전에 미리 지급되는 경우에도 사무처리에 대한 대가로서의 성질을 갖는 것은 아니기 때문이다. 이 같은 계약의 경우에는 - 문자가 갖는 일반적 의미와는 달리 - ‘쌍무계약’이 아니라 ‘불완전한 쌍무적 의무부담 계약’(unvollkommener zweiseitig verpflichtender Vertrag)이라고 표현한다.

◇ Systemgerechtigkeit 【 체계정당성 】

체계정당성이란 법규범들은 서로 상호간에 그 규범구조나 규범내용 면에서 상치되거나 모순 되어서는 안 된다고 하는 원리를 말한다. 그러므로 특히 국회의 입법기능은 법질서를 형성하는 기능이라는 점에서 체계정당성의 원리에 따른 한계를 가지고 있는 것이며, 더 나아가서 모든 법질서 형성기능들은 입법기능의 행사에 있어서 역시 체계정당성의 원리를 존중하여야 하는 것이다. 이런 체계정당성의 요청은 동일 법규범에서 뿐만 아니라 다른 법규범들 사이에서도 적용된다. 그리고 동등한 효력을 가지는 법규범들과 상·하의 효력을 가지는 법규범들 사이에서 모두 적용되는 원리가 체계정당성 원리이기도 하다. 그런 의미에서 체계정당성의 원리는 규범통제제도(Normenkontrolle)와 불가분의 연관성을 가지고 있다고 하겠다.

Abstrakte Normenkontrolle, Konkrete Normenkontrolle

[T]

◇ Tagwechsel 【 확정일출급어음 】

특정의 날, 즉 확정된 날을 어음의 만기로 하는 어음을 확정일출급어음이라고 한다. 어음법 제33조 제 1 항이 제시한 어음의 종류 중 한가지이다. 이에 의하면 일람출급어음(Sichtwechsel), 일람후정기출급어음(Nachsichtwechsel), 발행일자후정기출급어음(Datowechsel)과 확정일출급어음(Tagwechsel)이 있다. 예컨대 2006년 8월 16일로 표시하거나 2006년 8월 셋째 주 수요일과 같이 만기를 표시하여 정확하게 어떤 날짜인지가 확정할 수 있게 표시된 것이라면 된다. 더욱이 만기의 표시로서 월일만을 기재하고 연호를 누락한 때에도 어음상의 다른 기재로부터 년을 추정할 수 있는 한 유효한 것으로 본다. 만기는 가능한 날이어야 하므로 발행일보다 앞선 날은 만기로의 의미가 없는 무효의 기재가 된다.

◇ Tarifausschlußklauseln 【 단체협약배제조항 】

단체협약배제조항이란 특정 노동조합에 가입하지 아니한 자 또는 어떠한 노동조합에도 가입하지 아니한 근로자에 대하여 단체협약의 전부 또는 일부조항을 적용할 수 없도록 하는 단체협약상의 규정을 말한다. 단체협약배제조항은 단체협약상의 혜택을 받으려면 노동조합에 가입하지 않을 수 없도록 하자는 데 그 취지가 있으므로 조직강제의 문제가 발생한다. 단체협약배제조항의 합헌성과 관련하여 특정 노동조합의 조합원이 아닌 근로자에 대해서는 단체협약의 적용을 배제하는 제한적 단체협약배제조항에 대해서는 적극적 단결권을 위반하였기 때문에 무효라는 견해가 지배적이다. 그러나 특정 노동조합이 아니라 어떠한 노동조합에도 가입하지 않은 자에 대해서만 단체협약의 적용을 배제하는 일반적 단체협약배제조항에 대해서는 의견이 대립하고 있다. 소극적 단결권(□□ negative Koalitionsfreiheit)을 인정하는 입장에서는 일반적 단체협약배제조항의 효력을 부정하는 데 반하여, 소극적 단결권을 부정하는 입장에서는 일반적 단체협약배제조항의 효력을 인정하고 있다.

◇ Tariffähigkeit 【 협약능력 】

협약능력이란 조합원들에게 강행적 효력이 미치는 단체협약을 제정할 수 있는 지위 및 능력을 말한다. 다시 말하면 협약능력은 협약당사자가 될 수 있는 지위 또는

능력을 의미한다. 단체협약법(TVG)에는 협약능력이라는 용어가 사용됨이 없이 단지 제 2 조 제 1 항에서 협약당사자는 노동조합, 사용자단체 또는 사용자개인이 된다고 규정하고 있다. 동 규정에 의하면 사용자는 반드시 단체를 결성하지 않아도 협약능력을 가지지만, 근로자의 경우에는 근로자단체에 대해서만 협약능력이 인정되고, 개별 근로자에 대해서는 협약능력이 인정되지 않는다. 근로자의 경우에는 협약능력이 인정되기 위해서는 근로자단체이어야 할 뿐만 아니라, 사회적 세력(soziale Mächtigkeit)을 갖추어야 한다. 따라서 협약능력은 유효한 단체협약이 성립하기 위한 요건이다. 따라서 협약능력이 없는 자 또는 협약능력을 상실한 근로자단체가 체결한 단체협약은 무효이다. 협약능력은 단체협약체결을 목적으로 인정되는 능력이므로, 단체협약체결과 관련된 여타 제도에서의 지위를 함께 의미하게 된다. 예를 들어 조정과 관련해서는 조정능력(Schlichtungsfähigkeit)을 의미하게 되고, 쟁의행위와 관련해서는 정당한 쟁의행위의 주체가 될 수 있는 지를 판단하는 기준이 된다.

◇ Tarifkonkurrenz 【 단체협약의 중복 】

‘단체협약의 중복’이란 하나의 근로관계에 다수의 단체협약이 적용되는 것을 말한다. 예를 들어 하나의 사업장에 다수의 단체협약에 대하여 일반적 구속력을 선언한 경우에 단체협약의 중복이 발생하게 된다. 독일 판례는 하나의 근로관계에 대해서는 하나의 단체협약만이 적용되어야 한다고 하고 있다. 문제는 어떠한 단체협약을 적용할 것인가인데, 이에 대해서는 적용범위가 넓은 노동조합이 체결한 단체협약이 우선적으로 적용되어야 한다는 학설과 특별규정우선의 원칙에 의하여 조직대상이 특정된 노동조합이 체결한 단체협약이 우선적으로 적용되어야 한다는 학설이 대립하고 있다. 이러한 단체협약의 중복은 하나의 사업장에 다수의 단체협약이 적용되지만, 각각 다른 근로관계에 적용되어 하나의 근로관계에 대해서는 하나의 단체협약만 적용되는 단체협약의 병존(Tarifpluralität)과 구별된다.

□□ Tarifpluralität

◇ Tarifpluralität 【 단체협약의 병존 】

‘단체협약의 병존’이란 하나의 사업장에 수 개의 단체협약이 존재하는 것을 말한다. 그러나 하나의 사업장에 수 개의 단체협약이 존재하지만 각각의 단체협약은 서로

다른 근로관계에 적용되어 하나의 근로관계에 적용되는 단체협약은 중복되지 않는 경우를 말한다. 예를 들어 하나의 사업장에 근무하는 근로자들이 자신들의 업무나 생각에 따라 서로 다른 노동조합에 가입하고 이들 노동조합이 사용자 또는 사용자 단체와 단체협약을 체결하는 경우에 단체협약의 병존이라는 상황이 발생하게 된다. 따라서 하나의 근로관계에 다수의 단체협약이 적용되는 단체협약의 중복(□□ Tarifkonkurrenz)와 구별되어 진다.

◇ Tarifvertrag 【 단체협약 】

단체협약이란 협약당사자인 노동조합과 사용자가 체결한 계약을 말한다. 이러한 단체협약의 효력에 대하여는 단체협약법(TVG)이 정하는 바에 따른다. 단체협약은 계약의 형식을 띠고 있으나, 단체협약법 제 4 조 제 1 항에 의하여 직접적·강행적 효력을 가짐으로써 법규범과 유사한 기능을 가진다. 단체협약에는 규범적 효력을 가진 규범적 부분(normativer Teil)과 일반 계약과 같은 채권적 효력만을 가지는 채권적 부분(schuldrechtlicher Teil)이 함께 존재한다. 규범적 부분이란 임금이나 근로시간과 같이 개별 근로자(조합원)의 근로조건에 관한 사항을 다루는 부분을 말한다. 이러한 규범적 부분에 대해서만 앞에서 이야기한 단체협약의 직접적·강행적 효력(unmittelbar und zwingend)이 인정된다. 이러한 단체협약의 직접적·강행적 효력은 조합원에게만 미치는 것이 원칙이다. 그러나 조합원이 아닌 근로자도 근로계약으로 단체협약의 적용받을 것을 사용자와 합의할 수 있기 때문에, 실질적으로는 조합원이 아닌 근로자에게도 단체협약이 적용되는 것이 오히려 일반적이다. 이에 반하여 채권적 부분이란 단체교섭의 절차, 순서, 시간 등과 같이 협약당사자인 노동조합과 사용자에게만 적용되고 개별 근로자의 근로조건과는 무관한 사항을 말한다. 이러한 채권적 부분에 대하여는 단체협약의 규범적 효력이 인정되지 아니한다. 이러한 단체협약에는 해고예고기간, 휴가, 야간근로와 같이 비교적 장기간에 걸쳐 적용될 사항에 대한 개괄적 단체협약(Manteltarifvertrag)도 있고, 임금단체협약(Lohntarifvertrag)과 같이 상대적으로 단기간의 적용기간을 가진 단체협약도 있다.

□□ Betriebsvereinbarung

◇ Taschengeldparagraf 【 용돈에 관한 조항 】

민법 제110조에서 “자기재원에 의한 급부실현(Bewirken der Leistung mit eigenen Mitteln)”라는 표제로 규정되어 있다. 이 규정에 의하여 미성년자가 그의 법정대리인의 동의 없이 체결한 계약도 처음부터 효력을 가지는 경우가 있는데, 그것은 미성년자가 그 재원으로 계약에 좇은 다음과 같은 급부, 즉 그 급부가 본래의 목적에 맞게 이행되거나 대리인에 의하여 자유로운 처분에 맡겨졌거나, 대리인의 동의로 제삼자에게 이전되어진 경우이다. 이 때 중요한 사항은 급부가 이미 효력을 가져야 한다는 것이다. 즉, 금전의 경우에는 이미 지급된 상태라야 한다는 것이다. 따라서 할부계약은 해당사항이 없다. 이 규정은 미성년자를 위한 용돈에 있어서 그 처분범위는 유동적이다. 예를 들면, 미성년자는 용돈의 범위 내에서 음악디스크를 산다든가 그와 유사한 행위를 그 부모의 동의 없이 할 수 있다는 뜻이다. 미성년자들은 그 목적을 위하여 받은 돈은 자유로이 처분할 수 있는 것이다.

◇ Tatbestandswirkung 【 구성요건적 효력 】

구성요건적 효력이란 행정행위의 효력 중 하나로 유효한 행정행위가 존재하는 한 그것이 취소할 수 있는 행위인가를 불문하고 모든 국가기관이 당해 행정행위의 존재와 법적 효과를 인정해야 하고 그 내용에 구속된다는 것을 말한다. 즉 특정한 행정행위의 존재와 내용은 당해 행정행위와 관련이 있는 다른 행정기관이나 법원의 결정에 구성요건요소가 되는 것을 의미한다. 예컨대 법무부장관이 특정인의 귀화를 허가하는 행정행위를 발한 경우에 다른 행정기관이나 법원은 비록 당해 귀화허가에 위법의 의심이 있더라도 귀화허가의 존재를 전제로 하여야 한다는 것이다.

구성요건적 효력과 구별하여야 하는 개념으로 확인적 효력(Feststellungswirkung)이라는 개념이 있다. 확인적 효력은 처분청 이외의 다른 행정청이나 법원은 특정한 행정행위에 근거가 되었던 사실적 및 법적 확인에 기속된다는 효력이다. 이러한 확인적 효력은 연방난민법(BVFG) 제16조와 같이 예외적으로 명시적 규정이 있는 경우에만 인정된다.

◇ Täter-Opfer-Ausgleich 【가해자-피해자-화해】

가해자-피해자-화해(TOA)는 공소제기과정이나 공판의 과정에서 가해자와 피해자 사이의 화해를 시도하고 그 결과를 기소여부나 재판의 결정에 반영하는 것을 말한다. 이는 범죄로 인하여 발생한 가해자와 피해자 사이의 갈등을 공식적 형사절차가 아닌 다른 경로로 해결하려는 전략의 일환이며, 당사자의 자발적 참여와 당사자 간의 합의에 의해 갈등해소의 방식을 규율하는 것을 전제로 한다. 이런 의미에서 가해자-피해자-화해는 원상회복(□□ Wiedergutmachung)과 관련된다. 가해자-피해자-화해가 물질적 및 비물질적 급부를 포괄하는 개념이라는 점에서 원상회복과 공통되지만, 그 본질적 강조점이 가해자-피해자 관계의 인격적 요소와 관념적 화해를 지향하는 노력에 있다는 점에서는 원상회복과 구별된다. 즉, 경우에 따라 가해자-피해자-화해는 가해자 측의 일정한 급부가 없어도 가능하다. 이런 의미에서 일부 국내문헌에서 ‘화해’가 아닌 ‘조정’으로 번역하는 것은 그 의미의 폭을 좁히는 것으로 생각된다. 독일형법에서는 당사자의 화해나 원상회복의 결과를 양형의 요소로 반영하고 있으며(§46 II StGB), 1994년 발효된 ‘범죄방지법(Verbrechensbekämpfungsgesetz)’에 의해 당사자 간의 화해나 원상회복의 노력이 있을 경우 이를 형의 감경 또는 면제사유로 인정하고 있다 (§46a StGB). 그리고 집행유예(□□ Strafaussetzung zur Bewährung)의 결정요인으로서도 이를 고려하고 있다 (§56 StGB). 또한 형사소송법에서는 당사자 간의 화해나 원상회복을 기소유예의 사유로 규정하고 있으며 (§153a StPO), 형사소송법 제403조 이하에서는 배상명령절차(□□ Adhäsionsverfahren)에 반영하고 있다.

◇ Tätige Reue 【적극적 중지】

적극적 중지는 형법의 미수범(Versuch) 중에서 중지미수, 즉 중지범(Rücktritt)이 성립하기 위한 요건 중의 하나이다. 직역하면 ‘행함이 있는 후회’가 되겠지만 형법의 중지미수와 관련된 개념이므로 ‘적극적 중지’로 번역한다. 중지미수 또는 중지범에 대한 형법 제24조 제1항의 규정은 “자의로(freiwillig) 행위의 계속적 수행을 포기하거나 결과발생을 방지한 자는 미수로 처벌하지 않는다”고 하면서 제2문에서 “행위가

중지하는 자의 작위 없이는 완성될 수 없을 때에는 행위자가 자의로 진지하게 결과발생을 방지하려고 노력했을 때 처벌하지 않는다”고 하여 적극적 중지를 기술하고 있다. 이에 따르면 이른바 착수미수(unbeendeter Versuch), 즉 행위자가 범죄의 실행행위에 착수했지만 그 실행행위를 완료하지 못한 경우에는 실행행위의 자의적 중지만으로 중지범이 성립하지만, 이른바 종료미수(beendeter Versuch), 즉 행위자가 실행행위를 완료한 경우에는 행위자의 자의적 중지만으로 중지미수가 성립하는 것이 아니라 행위자가 자기의 실행행위로 인한 결과의 발생을 방지하려는 적극적 행위를 했을 때 비로소 중지미수가 성립한다. 이 때 행위자는 ‘자신의 행위에 의해(행함이 있는 후회)’ 결과발생을 방지하려 하거나 방지하여야 하며, 그의 행위는 결과발생의 방지를 목적으로 하여야 하며, 객관적으로 또는 적어도 행위자의 관점에서 결과발생의 방지에 충분한 것이어야 한다. 또한 그의 행위는 ‘자의적’인 것이어야 한다. 나아가 공범이 있는 경우에는 자신의 행위에 의한 결과발생 뿐만 아니라 공범의 행위 또는 공범의 행위에 의한 결과발생까지 방지하려는 적극적 노력이 있을 때 중지미수가 성립한다(§24 II StGB). 중지미수가 성립하면 형벌면제(□□ Absehen von Strafe)의 적용대상이 된다.

◇ Teiltrücktritt 【 일부해제 】

보험계약법 제30조 제 1 항에는 보험자가 이 법의 규정에 따라 보험에 관련이 있는 물건이나 사람의 일부분을 고려하여 해제(Rücktritt)나 해지(Kündigung)에 대한 권한이 있는 경우에는 그 보험자가 나머지부분에 대하여 보험계약을 동일한 규정 하에서 체결한 경우가 아니라면, 그에게 나머지 부분에 대한 해제나 해지권이 인정된다. 이 규정에서 말하는 일부분에 대하여 할 수 있는 해제를 일부해제(Teilrücktritt), 일부에 대한 해지를 일부해지(Teilkündigung)라고 한다.

◇ Totalvorbehalt 【 전부유보설 】

전부유보설은 법률유보의 원칙의 적용범위에 관한 학설이다. 법률유보의 원칙(Grundsatz des Gesetzesvorbehalts)이란 행정작용은 국민의 대표로 구성되는 의회가 제

정한 형식적 법률에 의하거나 또는 법률의 근거가 있어야 한다는 원칙이다. 이 원칙은 법치행정의 원리의 핵심적인 내용을 이루는 것이지만 그 적용범위를 둘러싸고 상당한 견해차가 존재한다. 대표적인 것으로는 침해유보설, 전부유보설, 급부유보설, 본질사항유보설 등이 있다.

이 중에서 전부유보설은 국가의 모든 행정작용에 법적 근거가 필요하다고 주장하는 이론이다. 전부유보설의 이론적 근거는 현대의 자유민주주의 국가에서는 주권이 국민에게 있고 국민은 그들의 대표기관인 의회에 권력을 위임하고 있으므로 국가의 다른 기관은 의회가 제정한 법률이 있어야 비로소 행동할 수 있다는 것이다. 또한 19세기의 자유주의적 법치국가에서 개인의 자유는 국가로부터의 자유를 의미하였으나 현대 국가에서 개인이 누리는 자유는 국가적 급부에 대한 개인의 참여권(Teilhaberecht)을 의미하며, 이를 실현시키기 위하여 국가의 모든 행정작용에 법률유보의 원칙이 적용되어야 한다고 주장한다. 따라서 전부유보설은 권력행정, 비권력행정 또는 침해행정, 급부행정을 막론하고 모든 공행정작용에 법률유보의 원칙이 적용된다는 이론이다.

이 설에 대하여는 다음과 같은 비판이 제기된다. 즉 현대 국가에 있어서는 입법부 뿐만 아니라 행정부도 고유한 민주적 정당성을 갖고 있기 때문에 행정부도 독자적인 권위와 책임 하에 행정을 수행할 수 있다. 이 설은 이 점을 간과하여 행정의 입법에 대한 기속을 넘어 전면적 종속을 의미하게 된다. 또한 현대 행정은 단순히 질서유지의 기능에 제한되는 것이 아니라 국민의 생활배려나 경제적 질서의 형성을 위하여 적극적으로 국민생활에 개입하여야 하는 동시에 복잡하고 유동적인 대내외적인 행정수요에 탄력적으로 대응하여야 함에도 불구하고 법률의 근거가 없으면 어떤 행정작용도 할 수 없다는 것은 행정부의 탄력성과 이니셔티브만을 저해하는 것이다.

◇ Totschlag 【 고살(故殺) 】

Mord

◇ Tratte 【 환어음 】

환어음이란 어음의 발행인이 채상자 앞으로 일정한 금액을 일정한 날에 지급을 의뢰하는 형식으로 작성된 어음을 말한다. 어음법에서는 이를 ‘gezogener Wechsel’이라

고 부르고 일반적으로 ‘Tratte’를 흔히 환어음이라 한다. 이 환어음에 대하여 약속어음을 ‘Eigener Wechsel’이라고 부르고 어음법 제75조에서 제78조 사이에서 규정하고 있다. 환어음은 법적으로 통상적인 예에 해당하는데 어음법은 제 1 조에서 제74조 사이에 이에 관하여 구체적으로 적시하고 있다. 특히 어음법 제 1 조에 따라 환어음에는 다음의 사항을 기재하여야 한다고 정하고 있는데, 즉 1.증권의 본문 중에 그 증권의 작성에 사용하는 국어로 환어음임을 표시하는 문자(die Bezeichnung als Wechsel im Texte der Urkunde, und zwar in der Sprache, in der sie ausgestellt ist); 2.일정한 금액을 지급할 뜻의 무조건의 위탁(die unbedingte Anweisung, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen); 3.지급인의 명칭(den Namen dessen, der zahlen soll(Bezogener)); 4.만기의 표시(die Angabe der Verfallzeit); 5.지급지(die Angabe des Zahlungsortes); 6.지급을 받을 자 또는 지급을 받을 자를 지시할 자의 명칭(den Namen dessen, an den oder dessen Order gezahlt werden ist); 7.발행일과 발행지(die Angabe des Tages und des Ortes der Ausstellung); 8.발행인의 서명(die Unterschrift des Ausstellers)을 어음요건으로 한다. 이상의 필수적인 어음요건을 흠결한 경우에는 이 법 제 2 조 제 1 항에 따라 환어음으로서 효력이 없게 된다. 더욱이 제 2 항에 따라 만기를 표시하지 않은 경우에는 일람출급어음(Sichtwechsel)으로 본다. 환어음의 지급인은 발행인(Aussteller)에 의하여 지급인(Bezogener)으로 지시되어 있는 자인데, 흔히 발행인에 대하여 자금관계상 채무를 부담하는 경우가 보통이다. 이와 같이 환어음의 발행이 발행인이 지급인에게 무조건 그 어음금 지급을 위탁하는 증권을 작성하여 상대방에게 양도하는 행위이기 때문에 환어음을 지급위탁증권이라고 한다. 그러나 지급인은 발행인의 지급위탁에 따라 당연히 지급의무를 부담하는 것이 아니라, 그 어음을 인수(Annahme)하여야 확정적으로 지급할 의무를 진다. 만일 지급인이 어음의 인수를 거절하거나 지급을 거절하는 경우에는 발행인이 직접 상환하여야 한다. 이는 어음법 제 9 조 제 1 항에서 밝힌 바와 같이 발행인은 어음의 인수와 지급에 대하여 책임이 있다고 한 것에 근거한다. 그러나 지급인이 발행인에게서 어음관계 밖에서 어음금 지급을 수탁하고 있을 때에는 발행인과의 관계에서는 어음금 지급의무를 부담하고 있으나. 이는 어디까지나 어음관계 밖의 일로서 발행에 따른 어음법상의 효력을 아니다. 일반적인 경우 발행인의 인수와 지급에 대한 책임이 있지만 제 9 조 제 2 항에 의거하여 특별히 발행인은 인수를 담보하지 아니한다는 뜻을 기재할 수 있다. 그러나 지급을 담보하지 아니한다는 뜻의 모든 문언은 기재하지 아니한 것으로 본다. 위의 인수를 담보하지 않겠다는 의사를 기

재하는 것은 일종의 유익적 기재사항이라고 보는 반면, 설령 지급담보책임을 면하려는 의사를 기재하는 것은 무익적 요건으로 보아 그 효력을 인정하지 않는 것이다.

◇ Trennungsprinzip 【분리의 원칙】

생활관념에 의하면 상호 관련되어 있는 바를 법질서의 일정한 목적 달성을 위해 법적으로 서로 분리하여 취급하거나 판단하는 원칙을 뜻한다. 가령 법인과 구성원의 분리원칙에 따라 법인과 그 구성원은 상호 법인격적으로 독립해 있으며, 이를 통해 구성원 개인이 법인의 채무에 대해 자기 자신의 재산을 가지고 책임지는 것을 막아주고 이로써 법인활동에 따른 책임을 합리적으로 제한해 주는 기능을 하고 있다. 그리고 이 단어의 개념은 무인성원칙(□□Abstraktionsprinzip)의 뜻을 명확히 하기 위하여 사용된다. 부분적으로 이 원칙은 무인성원칙과 구별되는 표시를 위한 상황에 기여하는데, 그 채무이행을 위한 채권적 법률행위(obligatorische Rechtsgeschäft)와는 그 내용적인 전제조건에 의해 구분되는 물건적 처분행위(dingliche Verfügungsgeschäft)이다. 따라서 이러한 관련 하에서는 이른바 ‘독자성의 원칙’이라고도 할 수 있겠다. 물론 양 행위의 법적 분리는 생활관계에 비추어 자명한 것은 아니다. 그러나 분리의 원칙을 인정함으로써 비로소 양 행위에 대하여 별도의 요건을 요구할 수 있는 법적 기초를 마련할 수 있게 된다. 이와 관련해 먼저 공시의 원칙(□□ Publizitätsprinzip)을 지적할 수 있겠다. 가령 매매계약에 따른 목적물의 소유권이전을 위하여 당사자 사이의 합의만으로 충분하고 등기나 인도는 이를 위해 단지 선언적 효력(deklaratorische Wirkung)만을 갖는다고 할 경우, 당사자 사이의 소유권이전의 합의는 외부에서 쉽게 확인될 수 없으므로 소유권이전 상태에 관한 공시의 원칙이 제대로 실현될 수 없게 된다. 또한 의무부담행위 자체의 실현만으로 권리변경이 곧바로 완성될 수 없는 경우도 있다. 종류채무(Gattungsschuld)가 이에 해당하는데, 이 경우 채무의 목적은 그 이행을 위하여 개별적으로 구체화되어야만 비로소 실현될 수 있다. 그리고 소유권유보부 매매(□□ Eigentumsvorbehalt)에서도 분리의 원칙이 인정됨에 따라 당사자는 아무런 조건없이 소유권이전 및 대금지급의 의무부담행위를 할 수 있지만 소유권이전이라는 처분행위를 매매대금의 완불이라는 조건부 법률행위를 할 수 있는 가능성을 갖게 된다.

◇ Treu und Glauben 【신의성실】

민법 제242조에 규정되어 있는 법학개념이다. ‘신의성실’이란 성실하고, 분별력있게 생각하고 행동하는 사람의 행동을 나타낸다. 신의성실원칙은 주로 법질서에서 자주 관련을 가지고 인용된다. 예를 들면, 채권법상 채무자는 제242조에 의하여 거래관행에 대한 고려와 함께 신의성실이 요구하는 대로 이행할 의무를 진다. 이 원칙은 로마시민의 ‘선량한 신의가 추정된다(Bona fides=der gute Glauben wird vermutet (er braucht nicht bewiesen zu werden))’고 하는 로마법상의 원칙에서 연유한다. 이로써 법률유통에 있어서 신뢰성과 성실성과 같은 것이 추측되고 있었던 것이다. 신의성실원칙은 일반조항(Generalklausel)이며, 그에 상응하여 추상적인 것이다. 이 원칙을 구체화하기 위하여 특정 사례군들을 만들어 나왔던 것이다. 권리남용금지(das Verbot des Rechtsmissbrauches)라든지 금반언원칙(□□ venire contra factum proprium)이 그 예이다. 이들 원칙들은 무엇보다도 어떤 특별한 원칙의 법적 구체화에 의하여 신의성실을 파악하지 못했던 사실관계를 찾아내서 파악하는 데 그 실익들이 있다. 그와 같은 법적 구체화는 민법 제243조 이하에서 발견된다. 즉, 예를 들면 종류채권의 경우에 의무이행은 중간수준의 종류와 물건으로 이행된다. 특히 2002년 이전에, ‘신의성실’이라는 것 하나에 의해서만 이러한 내용들이 규율되었다.

◇ Treuepflicht 【충실의무】

채권관계의 당사자가 실현할 것을 의욕하는 급부목적(Leistungszweck)의 달성을 위하여 상대방의 이익을 고려하고 배려해야 할 채권관계에 기한 제반의 의무를 총괄하는 표현으로서 성실의무(Loyalitätspflicht) 또는 배려의무(Rücksichtnahmepflicht)로 불리기도 한다. 충실의무의 발생근거는 판례에 따르면 때로는 당사자의 의사표시의 해석 (§§ 133, 157 BGB), 때로는 신의성실(Treu und Glaube)의 원칙에서 찾아지고 있다. 충실의무는 그 내용 등에 따라 여러 모습으로 구체화되고 있다. 먼저, 당사자는 상대방과 합의한 급부결과의 좌절이나 위태화를 초래하는 행위를 하지 말아야 할 의무가 있다. 가령 조건부 법률행위에서 조건의 성취를 방해하는 행위 등을 하지 않도록 규정하고 있는 민법 제162조에서 정한 의무를 그 예로 들 수 있다. 또한 급부를 청구할 수 있는 권리나 의무의 이행에서 상대방의 이익을 배려할 의무 역시 충실의무의 구체적

표현에 해당하는데, 예를 들어 급부 의무의 당사자는 영업시간이 종료한 경우와 같이 채권자에게 그 수령을 기대할 수 없는 시간에 의무를 실행해서는 안 되며, 채권자 역시 채무자에 의해 제공된 급부가 약정한 내용과 단지 사소하게만 차이가 있으며 그 수령으로 인해 계약목적의 달성에 아무런 영향을 주지 않는 경우 제공된 급부를 수령해야 하는 경우를 들 수 있다. 더 나아가 채권관계의 당사자는 급부 결과의 달성을 위해 때로는 적극적으로 행위를 해야 할 의무를 부담하는 경우도 있는데, 예를 들어 계약의 성립을 위해 필요로 한 관청의 허가와 같이 특별한 요건을 필요로 하는 경우 또는 상대방에게 알려져 있지 않는 중요한 사정에 관해 요청이 없더라도 설명해 줄 의무(Aufklärungspflicht □□ Informationspflicht)가 이 경우에 해당한다. 이와 같은 다양한 모습으로 나타나는 충실의무는 결국 채권관계에서 정해진 급부 목적의 달성을 위한 기능을 하고 있으며, 급부 목적과는 단지 약한 관련성만을 가지면서 채권관계 당사자 상호간에 상대방의 생명, 신체, 건강 기타 법익을 침해하지 않아야 할 의무인 보호의무(□□ Schutzpflicht)와 구별된다.

◇ Treuhand 【 신탁 】

신탁자(Treugeber; Fiduziant)가 자신의 권리나 재산을 수탁자(Treuhänder; Treunehmer; Fiduziar)에게 양도하거나 또는 이를 행사할 수 있는 권한을 부여하면서 수탁자로 하여금 계약의 취지에 따라 그 권리나 재산을 관리하도록 하는 행위로서, fiduziarisches Geschäft 라고도 표현된다. 신탁행위는 수탁자가 타인의 이익을 위하여 행위한다는 점에서 대리 와 같으나, 대리의 경우와 달리 수탁자는 대외적으로 자신의 명의로 타인과 행위를 한다. 이 점에서는 신탁행위는 간접대리(mittelbare Stellvertretung)와 유사하나, 간접대리가 대개의 경우 개별 거래행위를 목적으로 행해지면서 이 경우 간접대리인은 그 활동의 과정에서 취득한 재산을 간접본인에게 이전하기 위해 단지 통과취득(□□ Durchgangserwerb)의 목적으로 단기간 취득하는 반면, 수탁자는 신탁자의 권리나 재산을 권리자의 지위에서 장기간 동안 신탁자를 위하여 관리하게 된다. 신탁행위는 그 목적에 따라 관리신탁(Verwaltungstreuhand)과 담보신탁(Sicherungstreuhand)으로 나뉘어진다. 관리신탁은 수탁자가 신탁자 또는 가령 신탁자의 채권자 등과 같이 제삼자의 이익을 위하여 신탁재산을 관리하는 타익적 신탁(fremdnützige Treuhand)으로서의 특징을 갖고 있다. 가령 채무자가 파산절차에서 파산채권자에 대해 이행하지 못한 채무를

면하기 위하여 파산법 제287조 제 2 항에 따라 일정한 채권을 법원이 선임한 수탁자에게 양도하는 경우, 신탁자로부터 양도받은 채권을 추심하여 그 추심액을 신탁자에게 전해 주는 신탁적 채권양도(treuhänderische Abtretung, Inkassozeßion □□ Zeßion) 또는 수탁자가 신탁자에 의해 양도된 재산을 일정한 목적을 위해 사용해야 하는 경우 등이 해당한다. 반면 담보신탁은 신탁자가 수탁자에게 자신의 채무를 이행하지 않는 경우 그 신탁된 담보물을 통해 수탁자의 채권이 만족받을 수 있도록 할 목적으로 소유권이나 채권 등을 양도하는 신탁의 형태이다. 여기에는 특히 소유권의 양도담보(□□ Sicherungsübereignung)나 담보를 목적으로 한 채권양도(Sicherungsabtretung □□ Zeßion), 또는 소유권유보부매매(□□ Eigentumsvorbehalt)가 해당한다. 담보신탁은 채권자인 수탁자의 이익을 위해서도 행해진다는 점에서 자익적 신탁(eigennützigie Treuhand)으로서의 특징을 갖고 있다. 다만 수탁자는 신탁물인 담보물의 관리나 환가 등에서 그 제공자인 신탁자의 이익을 함께 고려해야만 한다. 한편 신탁행위는 신탁자가 신탁관계에 따라 신탁된 권리나 재산에 대한 법적 지위와 관련하여 완전한 권리의 신탁(Vollrechtstreuhand)과 권한부여의 신탁(Ermächtigungstreuhand)로 구분된다. 특히 완전한 권리의 신탁의 경우 양도된 목적물에 관한 법적 의미에서의 권리자와 경제적 의미에서의 권리자가 서로 분리되어, 수탁자는 이전된 권리를 자신의 명의로 보유하고 대외적으로 그 권리를 주장할 수 교섭단계에서 자와의 관계에서는 그 권한을 신탁자의 이익을 위해 행사해야 하는 대내적 제한을 받게 된다. 따라서 수탁자는 신탁재산에 관한 자신의 권리에 기초하여 이를 자신의 명의로 제삼자에게 유효하게 처분할 수 있다. 그러나 이 경우 수탁자는 신탁자에 대해 대내적인 의무위반에 따라 손해배상의 책임을 지게 된다. 즉 완전한 권리의 신탁에서 수탁자가 대외적으로 ‘할 수 있는 바’(Können im Außenverhältnis)와 대내적으로 ‘해도 되는 바’(Dürfen im Innenverhältnis) 사이의 분리현상이 발생한다. 반면 권한부여의 신탁은 신탁재산이 수탁자의 권리로 양도되지는 않으며 단지 신탁재산에 관해 신탁자의 이익을 위해 처분할 권한이 부여될 뿐이며, 대체로 관리신탁이 해당한다.

◇ Treuhandindossament 【 신탁배서 】

배서인이 피배서인에게 어음상의 권리를 양도하지만, 피배서인이 배서인과의 실질 관계에서 어음상의 권리를 특정한 목적을 위해서만 행사할 의무를 부담하는 배서를 일명 신탁배서라 한다. 여기에서 특정한 목적이라 함은 추심을 위임하거나 질권을 설

정하는 것과 같은 것으로 신탁배서는 위 목적으로 행하여진 형식상의 양도배서인 것이다. 이 신탁배서는 담보배서 등과 함께 법률상의 배서가 아니며 배서인과 피배서인 간의 실질관계는 어음상에 나타나지 않고 신탁의 일반원리에 따르는 배서이다. ‘Treuhand’는 신탁이라는 의미를 가진 용어인데 이는 신탁설정자와 신탁을 인수하는 자와의 특별한 신임관계에 기하여 위탁자가 특정의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 기타의 처분을 하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익을 위하여 그 재산권을 관리 내지 처분하게 하는 법률관계를 말하는 것이다. 이 같은 취지에 따라 신탁배서도 어음과 관련한 권리를 피배서인의 신탁의 목적으로 위에서 언급한 것 외에도 어음의 할인, 담보 또는 소송과 같은 특정목적에 위하여 양도하고 그 특정목적의 완수에 대한 의무를 부담하게 제한하는 내용을 담은 배서를 뜻하는 것이므로 신탁의 의미 안에서 배서를 이해하면 되는 것이다. 그러므로 숨은 추심위임배서와 숨은 입질배서는 신탁배서의 일종으로 이해된다. 형식적으로 신탁배서는 관리신탁(수권적 신탁배서)과 담보신탁(양도적 신탁배서)으로 나뉘는데, 숨은 추심위임배서와 같은 신탁배서는 피배서인에게 배서인의 이익을 위해서만 어음상의 권리를 행사할 수 있도록 하는 관리신탁으로, 반면 숨은 입질배서는 피배서인에게 피배서인의 이익을 위해서 어음상의 권리를 행사할 수 있도록 하는 담보신탁으로 볼 수 있다.

[U]

◇ **Übermaßverbot 【과잉금지】**

Verhältnismäßigkeit, Grundsatz der 【비례의 원칙】

◇ **Übernahmegründung 【단순설립】**

Sukzessivgründung 【점차설립】

◇ **Umdeutung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes 【하자 있는 행정행위의 전환】**

하자 있는 행정행위의 전환이란 원래 행정청이 의도한 행정행위로는 하자를 지니고 있지만 다른 행정행위로서의 성립요건과 효력요건을 갖추고 있는 경우에 다른 행정행위로서의 효력을 인정하는 것을 말한다. 연방행정절차법(VwVfG) 제47조가 그 요건과 한계를 규정하고 있다. 같은 조 제 1 항은 하자 있는 행정행위를 다른 행정행위로 전환하기 위한 요건을 규정하고 있다. 즉 “하자 있는 행정행위는 전환될 다른 행정행위가 동일한 목적을 지향하고, 처분청이 동일한 방법과 절차에 의하여 적법하게 발령되었을 것을 가정할 수 있고, 전환될 행정행위의 요건을 충족하는 경우에는 다른 행정행위로 전환될 수 있다(Ein fehlerhafter Verwaltungsakt kann in einen anderen Verwaltungsakt umgedeutet werden, wenn er auf das gleiche Ziel gerichtet ist, von der erlassenden Behörde in der geschehenen Verfahrensweise und Form rechtmäßig hätte erlassen werden können und wenn die Voraussetzungen für dessen Erlass erfüllt sind.)”고 규정하고 있다. 제 2 항과 제 3 항은 전환의 한계를 규정한 것으로서 하자 있는 행정행위를 전환하는 것이 처분청의 의도에 명백하게 배치되거나, 당사자에게 원래의 행정행위보다 불리한 법적 효과를 발생시키거나, 하자 있는 행정행위의 취소가 금지되어 있는 경우에는 다른 행정행위로 전환할 수 없다. 또한 기속행위로 발령된 행정행위는 재량으로 다른 행정행위로 전환하지 못한다.

◇ Umtauschrecht 【 전환청구권 】

기채회사(起債會社)의 주식으로 전환할 수 있는 권리가 인정된 사채를 전환사채(Wandelschuldverschreibungen)라고 하는 데 그 전환사채를 주식으로 전환할 때 인정되는 청구권이 곧 전환청구권(Umtauschrecht)이다. 이 전환청구권이 인정된 전환사채의 발행은 주식회사법 제221조 제 1 항에 따라 주주총회에 근거하여(auf Grund eines Beschlusses der Hauptversammlung) 적어도 발행주식의 4분의 3이상이 결의해야 하는 특별결의를 통하여(die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals) 가능하다. 이 전환청구권을 행사하기 위해서는 전환기간 중에 채권(債券)을 침부하여 청구서를 회사에 제출하되 이 청구서에는 전환하고자 하는 사채와 청구일을 기재하고 날인을 하여야 한다. 이 전환청구권의 존재는 이 법 제221조 제 1 항에 의하여 인정되는 것이다.

◇ Umwandlungsgesetz 【 사업재편법 】

1994년 10월 28일에 제정되고 1995년 1월 1일부터 발효된 사업재편법(UmwG)은 1969년에 제정된 같은 이름의 사업재편법과는 다른 것이다. 이 법은 그 첫 번째 편에서 법기술적인 근거에 의하여 사업재편의 방법론을 나열하고 있는데, 각종 회사의 합병(Verschmelzung), 분할(Spaltung), 영업양도(Vermögensübertragung) 내지 조직변경(Formwechsel) 등에 관한 규정을 단일한 법으로 통일한 것이 특징이다. 또한 두 번째 편에서 다섯 번째 편 사이에서 사업재편에 관한 구체적인 형태를 상세히 규정하고 있다. 입법자는 블록조립기술(Baukastentechnik)에 의해 기업의 재편에 대한 일반원칙(die allgemeinen Grundsätze)을 이 법의 처음부터 그리고 특별한 경우에 각각의 편에서 구체적으로 배치해 놓고, 필요에 따라 차이점을 명문화하는 방식으로 법을 제정하였다.

◇ Umweltschutz 【 환경보호 】

환경보호는 독일에서 독자적인 실제 법영역으로서의 의미가 점점 강해져가고 있는 영역으로 평가되고 있다. 환경보호란 인간으로부터 야기되는 미래의 환경위험이나 환경피해를 줄이기 위한 모든 조치들 그리고 현존하는 환경위험이나 환경피해를 줄

이거나 제거하기 위한 모든 조치들의 총체를 말한다고 할 수 있다. 그리고 환경법(Umweltrecht)은 이러한 조치들의 법적 근거를 말한다고 하겠다. 독일 기본법은 우리 헌법과는 달리 환경권을 헌법상 기본권으로 명문화하고 있지 않다. 다만 기본법은 국가목적조항인 제20a조에서 자연적 생활근거와 동물을 보호할 국가의 의무만을 규정하고 있다. 환경(Umwelt)이 무엇인지를 개념정의하기가 매우 어렵다고 하는 점이 기본법 제20a조와 같은 입법태도를 취하게 한 것으로 보인다.(GG Art. 20a. Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung; 국가는 미래세대를 위한 책임을 다하기 위하여 헌법질서의 범위 내에서 입법을 통하여 그리고 법률과 법의 척도에 따라 집행권과 사법권을 통하여 자연적 생활근거와 동물을 보호한다.)

◇ Umweltverträglichkeitsprüfung 【 환경영향평가 】

환경영향평가제도란 환경에 중대한 영향을 미치는 정책·계획·프로그램 및 법령안 등을 대상으로 하여 이들이 환경에 미치는 직·간접적인 영향을 검토·분석·평가하고, 환경에 미치는 부정적인 영향을 사전에 제거·감소시킴으로써 환경적으로 지속가능한 발전을 실현시키기 위한 합리적인 의사결정을 지원하는 사회적·법적 제도라고 할 수 있다. 환경영향평가제도는 1969년 미국에서 제정된 국가환경정책법(National Environmental Policy Act: NEPA)에서 처음 도입된 이후 각국에서 다양한 형태로 법제화한 제도이다. 유럽연합에 속하는 국가에서는 1985년 6월 27일의 환경영향평가에 관한 유럽연합지침에 따라 각국의 환경영향평가제도에 대한 정비가 추진되었고, 이에 따라 독일에서는 1990년 2월 12일 환경영향평가에 관한 법률(Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung: UVPG)이 제정되었다. 같은 법 제 2 조에서 환경영향평가에 대하여 법적으로 정의하고 있다.

우리나라는 1977년 제정된 환경보전법에서 환경영향평가제도의 근거를 마련한 이래 수차례의 법률 제·개정을 거쳐 1999년 환경·교통·재해등에관한영향평가법이 제정되고 2001년 1월 1일부터 시행되고 있다. 같은 법 제 2 조 제 1 호 가목에서는 환경영향평가를 사업의 시행으로 인하여 자연환경, 생활환경 및 사회경제환경에 미치는 해로

은 영향을 예측·분석하고 이에 대한 대책을 강구하는 것이라고 정의하고 있다.

◇ **Unanfechtbarkeit von Verwaltungsakten 【 행정행위의 불가쟁력 】**

행정행위의 상대방이나 기타 이해관계인은 원칙적으로 일정한 불복신청기간 안에 행정쟁송을 통하여 행정행위의 효력을 다툴 수 있다. 그러나 행정행위에 대한 쟁송기간이 경과하거나, 법적 구제수단을 포기하거나 또는 쟁송수단을 다 거친 후에는 더 이상 행정행위의 효력에 대하여 다툴 수 없게 되는 효력을 행정행위의 불가쟁력 또는 행정행위의 형식적 존속력(formelle Bestandskraft)이라고 한다. 비록 하자 있는 행정행위라 하더라도 이와 같은 불가쟁력을 인정하는 것은 행정법관계의 조속한 안정과 능률적인 행정목적의 수행을 위한 것이다. 다만 무효인 행정행위는 쟁송기간의 제한을 받지 않으므로 불가쟁력이 발생하지 않는다. 또한 행정행위의 불가쟁력은 행정행위의 상대방이나 이해관계인에 대해서만 발생하는 효력이므로 행정청을 구속하지는 않는다. 따라서 행정청은 불가쟁력이 발생한 이후에도 사실적 또는 법적 상황을 다시 심사하여 행정행위를 취소하거나 철회할 수 있다. 이는 행정절차법(VwVfG) 제48조 제1항, 제49조 제1항에 명시적으로 규정되어 있다. 이러한 행정행위의 불가쟁력에 대한 예외로 행정절차법은 재심절차(Wiederaufgreifen des Verfahrens)규정하고 있다. 행정절차법(VwVfG) 제51조는 재심사유로 다음의 세 가지를 규정하고 있다. 첫째, 행정처분의 근거가 되는 사실관계 또는 법률관계가 사후에 당사자 등에게 유리하게 변경된 경우, 둘째 당사자에게 유리한 결정을 초래할만한 새로운 증거가 제출된 경우, 셋째 민사소송법(ZPO) 제580조에 해당하는 재심사유가 있는 경우 등이다.

◇ **unechte Gesamtschuld 【 부진정연대채무 】**

Gesamtschuld

◇ **Unfallversicherung 【 재해보험 】**

재해보험이란 피보험자가 업무수행 중에 입은 신체의 손상과 직업병에 대하여 보상하는 사회보험의 하나를 말한다. 독일의 경우 업무상 부상 또는 질병에 대하여 적

용되는 보험을 산업재해보험(Arbeitsunfallversicherung)으로 부르지 않고 재해보험이라고 부르는 이유는 근로자가 아닌 자에 대하여도 해당보험의 적용대상으로 하고 있기 때문이다. 예를 들어 긴급구조원, 수혈 및 인체장기제공자, 방공구조원, 명예직 종사자, 개발봉사원 등과 같이 공공복리를 위한 특별희생자와 공동체의 특별책임에 입각한 하여 적용대상에 포함된 유치원 보호아동, 학생 등이 여기에 속하게 된다. 급여의 내용으로는 요양급여, 장애급여, 유족급여가 있다. 재해보험은 사회보험의 하나이기 때문에 법률에 의하여 가입이 강제되어 진다. 보험료는 다른 사회보험과 달리 전액 사용자가 부담한다. 재해보험의 운영주체는 직역별로 조직된 동업조합(□□ Berufsgenossenschaft)이다. 선원재해보험조합(See-Berufsgenossenschaft) 또는 농민재해보험조합(Landwirtschaftliche Berufsgenossenschaft)에 가입되지 않은 피보험자는 모두 일반재해보험(gewerbliche Genossenschaft)에 가입된다. 연방, 州, 연방노동공단, 지방자치단체 및 지방자치단체연합회는 자체적으로 재해보험을 운영한다. 재해보험단체에 대해서는 자치운영의 원칙이 적용된다. 재해보험단체는 일정한 범위에서 국가의 감독을 받는다.

◇ Unmöglichkeit der Leistung 【 급부불능 】

하나의 채권관계 내에서 이행되어야 할 채무자의 급부가 완전히 불가능하게 된 경우를 의미한다. 이는 객관적 불능(급부가 어느 누구에 의해서도 불가능한 경우)와 주관적 불능(□□ Unvermögen) : 채무자 개인만이 급부가 불가능한 경우, 원시적 불능(채권관계가 성립하기 이전부터 존재하는 불능 : § 311a BGB))과 후발적 불능(계약체결 이후에 성립한 불능 : § 275 BGB)으로 구별된다.

◇ Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus 【 치료감호 】

치료감호는 보안처분(□□ Maßregel der Besserung und Sicherung) 중에서 자유박탈적 보안처분의 하나이다. 형법 제61조 제 1 호에 규정된 치료감호는 책임무능력(형법 제20조) 또는 한정책임능력(형법 제21조) 상태에서 위법행위를 저지른 행위자에 대해 그 행위자와 행위를 전체적으로 평가하여 그의 상태 때문에 심각한 위법행위를 저지른 것으로 예상되고 그로 인해 공공에 위협하다고 판단되는 경우에 부과되는 처분이다

(§63 StGB).

치료감호의 요건은 우선 행위자가 위법행위를 저질렀어야 한다는 것이다. 따라서 정당방위나 긴급피난 같은 위법성조각사유가 있는 경우는 여기에 해당하지 않는다. 다음으로는 행위 당시에 책임무능력이나 한정책임능력 상태에 있었어야 한다. 행위 당시의 상태는 장기간 지속되는 정신적 결함이어야 한다. 심각한 정신적 이상에 못 미치는 성격장애 또는 특이한 ‘한계상황’에서의 심각한 심리적 부담 등은 여기에 해당하지 않는다. 그러나 정신장애가 아니라 하더라도 병적인 정신장애에 상응하는 정도의 증상을 보이는 경우에는 치료감호의 대상이 될 수 있다. 치료감호의 세 번째 요건은 행위와 행위자에 대한 전체적 평가에서 비롯되는 부정적 위험성진단이다. 그리고 네 번째 요건은 공공에 대한 위험성이다. 행위자에 대한 부정적 진단과 공공에 대한 위험성은 서로 인과관계에 있어야 한다. 치료감호의 기간은 10년이며, 치료감호가 종료되면 보안관찰(□□ Führungsaufsicht)이 개시된다.

◇ Unterbringung in einer Entziehungsanstalt 【금단치료수용】

금단치료수용은 보안처분(□□ Maßregel der Besserung und Sicherung) 중에서 자유박탈적 보안처분의 하나이다. 형법 제64조는 “알콜이나 기타 중독성 물질을 과도하게 섭취하는 성향이 있고 그러한 성향으로 인해, 또는 도취상태에서 저지른 불법행위 때문에 유죄선고를 받거나 그러한 행위에도 불구하고 책임무능력으로 인해 유죄선고를 받지 않은 자에 대해 법원은 그가 그의 성향으로 인해 심각한 불법행위를 저지를 위험이 있는 경우 금단치료수용을 명할 수 있다. 금단치료가 처음부터 그 효과를 거둘 수 없다고 판단될 때에는 수용을 명하지 않는다”고 규정하고 있다.

금단치료수용의 전제조건은 우선 행위자의 성향(Hang), 즉 약물 등을 과도하게 섭취하도록 행위자를 지배하고 몰아가는 경향이다. 이러한 성향은 점점 증가하는 의존성과 그에 따른 투약의 증가의 과정으로 나타나는 생리학적인 적응과정은 물론 단 한 번의 강력한 마약의 사용으로도 생겨날 수 있다. 다음으로 ‘중독성 물질(berauschende Mittel)’이란 그 효과를 알콜과 비교할 수 있는 약물들, 즉 마약류관리법(BtMG)에서 말하는 마약류(□□ Betäubungsmittel) 뿐만 아니라 이른바 ‘대체마약’으로서 치료적 목적 외로 사용되는 진정제 등의 의약품 등을 의미한다. ‘과도한 섭취’는 행위자가 환각을 불러일으키거나 환각에 집중하는 효과가 나타날 정도로 약물을 복용하여 그의 건

강이나 근로능력 및 행위능력을 사회적으로 위협하게 하거나 근본적으로 침해하는 경우를 말한다. 종종 술을 마시고 주취상태에서 범죄를 저지른다거나 이따금 혹은 자주 환각제를 사용하는 정도로는 과도한 섭취라 할 수 없다. 이는 약물의 종류나 섭취 기간 등에 좌우된다. 다음으로 금단치료수용을 위해서는 ‘심각한 불법행위를 저지를 위험’이 존재하여야 한다. 단순히 스스로를 자해하는 것이나 일반적 위험으로는 수용의 요건이 되지 않는다. 또한 제64조 제 2 항에 따라 금단치료가 성공할 것이라는 충분하고도 구체적인 전망이 있어야 한다. 금단치료가 처음부터 무의미한 정도라면 수용이 허용되지 않는다. 금단치료수용의 기간은 2년을 넘지 못한다(§67d I StGB).

◇ Unterfrachtvertrag 【재운송계약】

용선자는 용선계약에서 다른 약정이 없거나 선박소유자 등을 해하지 않는 한 용선한 선박에 자기의 물건을 선적하지 않고 다시 제삼자와 전부 또는 일부의 용선계약 혹은 개품운송계약(個品運送契約)을 체결할 수 있는데 여기에서 용선자가 자기의 명의로 제삼자와 체결한 제 2 의 운송계약을 재운송계약(Unterfrachtvertrag)이라 한다. 이 재운송계약에 대하여 제 1 의 운송계약을 주운송계약이라고 하는데 이는 용선자가 선박소유자 등과 체결한 운송계약을 의미하는 것이다.

◇ Unterlassungsanspruch 【부작위청구권】

일정한 행위를 금지하도록 할 것을 내용으로 하는 청구권으로서 금지청구권, 유지(留止)청구권 또는 중지청구권 등 다양한 표현으로 번역되고 있는데, Unterlassen 이라는 표현이 행위개념에서 ‘부작위’로 번역되고 있음을 고려하여 내용상의 동일함을 표현하기 위해 부작위청구권으로 국역한다. 부작위청구권은 권리의 침해에 대한 방어청구권(Abwehranspruch)의 일종에 해당한다. 방어청구권의 형태로는 부작위청구권 이외에 침해결과 제거청구권(Beseitigungsanspruch)이 존재하고 있는데(□□ actio negatoria), 부작위청구권은 현재의 침해행위에 대한 사후적 보호조치인 침해결과 제거청구권과는 달리 장래 그 침해의 위험이 절박한 경우에 대비하여 예방적 목적에서 인정된다. 민법상으로 부작위청구권이 인정되는 근거는 다양하게 존재하는데, 무엇보다 계약관계에 기초해서 인정되고 있다. 가령 임차인이 임차목적물을 계약에서 정해진 사용용

도에 반하여 사용하는 경우 임대인은 임차인에 대해 그 사용행위의 중지를 청구할 수 있다(§ 541 BGB). 또한 법률에 기초해서도 부작위청구권이 발생하는데, 이 경우 절대적 권리에 대한 침해가 문제된다. 무엇보다 소유권이 침탈 이외의 다른 방법에 의하여 침해되거나(§ 1004 BGB) 저장목적물의 소유자나 제삼자가 저장목적물을 훼손하여 저장권의 담보가치를 위태화 시키는 경우(§ 1134 BGB), 소유자나 저장권자는 그 같은 침해행위에 대한 금지를 청구할 수 있다. 또한 성명권과 같이 민법 제12조에서 절대적 보호를 부여하고 있는 권리 역시 그 침해에 대한 부작위청구권을 인정하여 준물권적 보호(□□ quasi-negatorischer Schutz)를 향유한다. 그리고 이들과 같이 법률상 명시적으로 인정되지 않는 권리, 가령 일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht)과 같은 경우에도 민법 제1004조, 제12조 등을 유추적용하여 그 침해에 대한 부작위청구권이 인정되고 있다. 특히 최근에는 소비자보호를 위한 부작위소송법(Unterlassungsklagengesetz)이 제정되어 소비자는 단체소송(□□ Verbandklage)의 방식을 통해 무효인 약관을 사용하는 사업자에 대해 그 약관의 사용을 중지할 수 있는 청구권을 갖게 되었다(§ 1 UKlaG).

◇ Unternehmen 【 기업 】

기업이란 법주체가 추구하는 목표(Ziel)에 의한 인적·물적·비물질적 수단의 결합을 말한다. 기업의 개념은 사업(□□ Betrieb)과 어떻게 구별할 것인가와 관련하여 많은 논의가 있어 왔다. 일반적으로 사업을 “기업가가 혼자 또는 근로자와 협력하여 물적·비물질적 수단을 이용하여 특정한 노동기술적 목적을 계속적으로 추구하는 조직적 통일체”라고 보는데 반하여, 기업은 “조직적으로 결합된 다수의 사업 또는 특정한 사업이 추구하는 경제적 목적에 의해 특정되는 조직적 통일체”라고 보고 있다. 양자의 근본적인 차이는 경제적 목적인가 노동기술적 목적인가에 있다. 즉, 이윤추구의 단위가 기업이고 생산단위가 사업인 것이다.

◇ Untersuchungsgrundsatz 【 직권탐지주의 】

□□ Inquisitionsmaxime

◇ Unvermögen 【 주관적 불능 】

채권관계에 기한 급부의무의 불능의 한 유형으로서 다른 사람에 의해서는 여전히 그 이행이 가능하나 채무자에게는 그 이행이 불가능하게 된 경우를 뜻한다. 가령 A가 B에게 물건을 임대하기로 하였는데 A의 지배인이 이런 사실을 알지 못하고 이미 C에게 그 물건을 매각하여 인도해 버린 관계로, A가 그 물건의 소유권을 다시 취득할 수 있는 등의 사정이 없는 한 B에 대해 임대차계약을 이행할 수 없는 경우가 해당한다. subjektive Unmöglichkeit 이라고도 표현되는데, 객관적 불능(objektive Unmöglichkeit), 즉 채무자 이외의 다른 자에 의해서도 이행될 수 없는 불능형태와 대비된다. 이와 같은 불능 형태의 구별은 채권법현대화법률(SchuModG) 이전의 구민법 당시 큰 의미를 갖고 있었다. 왜냐하면 무엇보다, 객관적 불능을 목적으로 하는 채권관계는 이미 그 불능이 채권관계 성립 당시부터 확정되어 있었던 한 구 민법 제306조에 따라 무효로 되었던 반면 그 불능이 단지 채무자 개인에게만 한정되는 주관적 불능의 경우에는 학설에 따르면 채무자는 채권관계의 성립 당시 채권자에 대해 자신의 급부능력(Vermögen)의 존재를 보장(Garantie)하고 있기 때문에 불능에 관한 과책(Verschulden) 유무와 관계없이 채권자에 대해 손해배상의 책임을 져야만 했기 때문이다. 그렇지만 이와 같은 구별은 개정 현행민법에서는 더 이상 의미를 갖지 않게 되었다. 왜냐하면 현행 민법은, 제275조 제1항이 분명히 규정하고 있듯이, 더 이상 주관적 불능과 객관적 불능을 구별하지 않은 채 급부의무의 불능으로 채무자의 급부의무가 소멸하게 되고 다만 귀책사유 유무에 따라 다양한 법률효과를 인정하는 방식으로 변경되었기 때문이다. 이와 같은 개정을 통해 종래 주관적 불능을 객관적 불능과 특별히 구별하지 않고 사용하던 우리나라의 법 상황과 유사하게 변경되었다.

◇ Ursatzung 【 원시정관 】

사단법인의 조직과 활동을 정한 근본규칙 내지 이를 기재한 서면을 정관(Satzung)이라고 한다. 동일한 의미에서 이를 Status 또는 Verfassung이라고도 한다. 이 정관 중에서 회사설립시에 최초로 작성된 정관을 원시정관(Ursatzung)이라고 한다. 법인을 설립하려면 정관을 작성하고, 일정사항을 서면에 기재한 후 기명날인하지 않으면 안 된

다. 주식회사법 제 2 조에서는 사회계약(Gesellschaftsvertrag)을 정관이라 칭하고 있다. 더불어 이 법 제23조 제 2 항에 따라 여기에는 발기인(Gründer), 권면액(Nennbetrag), 기본자산의 입금액(der eingezahlte Betrag des Grundkapitals)이 기재될 수 있고 제 3 항에는 필요적 기재사항을 제시하고 있다. 이에 따르면 회사의 명칭과 소재지, 회사의 목적, 기본자산의 정도와 주식의 권면액과 주식수, 주식의 종류, 각 주식의 수, 주식의 무기명식 또는 기명식여부 및 이사회 의 구성원의 수 또는 이 수를 확정하는 규칙 등이 정관에 기재되어야 한다. 정관에는 이와 같이 사단법인의 종류에 따라 법률이 정한 필요기재사항을 기재해야만 하고, 그 중 한 가지를 빠뜨려도 정관 전체가 무효가 되는 것과 기재하지 않아도 정관 자체의 효력에는 영향이 없지만, 기재하지 않으면 그 사항에 대해서 법률상의 효력이 발생하지 않는 것이 있다. 주식회사의 경우에는 이 법 제23조 제 1 항에 따라 공증인의 인증(notarielle Beurkundung)을 받지 않으면 정관의 효력이 발생하지 않는다.

[V]

◇ Valutaverhältnis 【 원인관계 】

급부의 실현과 관련한 3인 사이의 관계에서 채무자로 하여금 급부를 실현하도록 한 자와 급부를 사실상 수령한 자 사이의 관계를 뜻한다. 가령 제삼자를 위한 계약(Vertrag zugunsten Dritten)의 경우 채권자인 요약자(Versprechensempfänger)와 채무자인 낙약자(Versprechender) 사이의 관계를 보상관계(□□ Deckungsverhältnis)라고 한다면, 채권자인 요약자와 수익자인 제삼자 사이의 관계를 원인관계라고 한다. 이 원인관계로부터는 무엇 때문에 요약자가 낙약자로 하여금 제삼자에게 급부를 이행하도록 하였는가 하는 원인이 나타나게 된다. 원인관계는 보상관계와 달리 낙약자와 수익자 사이의 급부이행관계(Vollzugsverhältnis)와 관련하여 대가적 관계를 이루고 있지 않으므로, 원인관계의 하자는 낙약자의 급부이행과 관련하여 아무런 영향을 미치지 않게 된다. 가령 A가 B에 대해 부양의무를 부담한다고 생각하면서 B를 위하여 양로원시설을 운영하는 C와 제삼자를 위한 계약으로 임대차계약을 맺었으나 이후 이 같은 부양의무가 성립하지 않는다는 사실이 밝혀지더라도, C의 B에 대한 급부의무의 이행에는 영향을 주지 않는다. 이 경우 A와 B (또는 B에 대한 진정한 부양의무자) 사이의 관계에서 부당이득의 반환이 문제될 수 있을 뿐이다. 원인관계는 또한 수표나 계좌이체 등과 같은 지시관계(Anweisung)에서 은행 등의 피지시인으로 하여금 제삼자에게 지급할 것을 지시하는 지시인(Anweisender)과 그 지급을 수령하는 제삼자 사이의 관계를 표현하기도 한다. 지시관계에서도 위에서 설명한 경우와 마찬가지로 제삼자가 이미 피지시인에게 지급제시를 하여 급부를 수령하였으나 지시인과 제삼자 사이에 이 같은 지급을 하고자 했던 원인관계에 하자가 있더라도 이는 단지 두 사람 사이의 관계에서 해결될 뿐이다. Valutaverhältnis는 요약자나 지시인이 낙약자 또는 피지시인을 통하여 제삼자에게 재산적 출연을 하게 된다는 점에서 출연관계(Zuwendungsverhältnis), 또는 그 같은 재산적 출연에 대한 대가를 이루고 있다는 점에서 대가관계라고 번역되기도 한다. Valuta 라는 표현이 ‘가치를 갖는다’ 또는 경제전문용어로는 ‘가치’로 번역될 수 있다는 점에서는 대가관계로 직역할 수 있겠으나, 이 경우 급부이행관계에 대한 대가로서의 의미를 갖는 보상관계(Deckungsverhältnis)와의 혼동을 야기할 우려가 있어서 원인관계로 의역한다.

◇ venire contra factum proprium 【선행행위와의 모순금지(금반언원칙)】

권리자가 자신의 선행하는 행위로 인해 상대방에 대해 일정한 내용의 신뢰를 갖도록 한 경우 그 선행행위와 모순되는 내용의 권리를 행사하는 것을 금지한다는 법원칙이다. 원래 venire contra factum proprium 은 단지 선행행위와의 모순(Selbstwiderspruch)이라는 의미만을 갖는 라틴어의 표현으로 venire contra factum proprium nulli conceditur 를 축약한 위와 같은 형태로 관용화 되어 있다. 가령 근로자가 사용자와의 근로관계를 해지하면서 더 이상 노무제공을 하지 않아 사용자 역시 그 근로자와의 근로관계가 종료되었다고 신뢰하면서 그에 따른 조치를 취하였을 경우, 근로자는 이후에 사용자에게 대해 해지의 무효 및 근로관계의 존속을 주장할 수는 없다. 선행행위와 모순되는 행위는 위의 예가 보여주듯이 반드시 그 자체로 보았을 때 허용되지 않을 것임을 필요로 하지는 않는다. 그렇다고 하여 단지 선행하는 바와 모순되는 행위만이 있다고 하여 곧바로 그 행위가 무효로 되는 것도 아니다. 그 같은 모순된 행위에 부가하여 상대방이 일정한 내용을 갖는 신뢰를 정당하게 가졌으나 권리자의 이후 행위로 그 신뢰가 깨지면서 이로부터 불이익이 발생했을 것을 필요로 한다. 선행행위와의 모순금지는 선행행위에 모순되는 권리의 행사를 허용하지 않을 뿐이며 그로 인해 상대방의 권리취득을 가져오지는 않는다. 이 점에서 선행행위와의 모순금지는 권리의 취득효(Erwirkung), 즉 일방 당사자가 상대방의 행위로 인해 일정한 내용의 권리를 취득하고 있다는 신뢰를 갖게 된 경우 권리취득의 효과를 인정하는 제도와는 구별된다. 선행행위와의 모순금지는 우리나라의 경우와 마찬가지로 신의칙에 따른 권리행사(§ 242 BGB)의 파생원칙으로 이해되고 있다.

□□ Angehen gegen eigenes Handeln wird niemandem zugestanden

◇ Verbandsklage 【단체소송】

개별적인 청구권을 갖고 있는 다수의 피해자가 법률이 정한 일정한 요건을 갖춘 단체에게 제소권(提訴權)을 부여하여 그 단체가 자신의 명의로 소송을 수행하는 소송형태이다. 단체소송은 부작위청구권(□□ Unterlassungsanspruch)을 중심으로 발전하였는데, 가령 부정경쟁방지법(UWG) 제 8 조 제 3 항에 따르면 자유경쟁질서에 반하는 영업행

위에 대한 부작위청구권의 주장과 관련하여 동종 내지 유사한 영업을 행하는 경쟁사업자(제 1 호) 이외에 영업이익의 증진을 목적으로 하는 경제단체, 독자적인 직업이익의 증진을 목적으로 직능단체(제 2 호), 그리고 더 나아가 일정한 자격을 갖춘 소비자단체(제 3 호)에 대하여 제소권을 부여하고 있다. 또한 최근에는 소비자이익보호를 위한 부작위소송에 관한 유럽공동체지침(Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklage zum Schutz der Verbraucherinteressen)의 자국법에의 반영과정에서 부작위소송법(UKlaG)을 제정하였는데, 부작위소송법은 소비자보호를 위하여 무효인 약관의 사용자에게 대한 부작위청구권, 무효인 약관의 추천자에 대한 부작위청구권 및 철회청구 및 소비자보호법 위반자에 대한 부작위청구권을 인정하면서, 이 같은 권리행사를 단체소송에 의해 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 부작위소송법 제 4 조 제 1 항에 따라 소비자보호 단체소송을 제기할 수 있는 단체로는 권리능력 있는 소비자단체, 영업이익 증진을 목적으로 하는 권리능력 있는 단체, 그리고 상공회의소 및 수공업조합을 열거해 두고 있다. 우리나라의 경우에도 이 같은 영향을 받아 2004년 6월 재경부가 소비자의 권익을 침해하거나 침해할 우려가 있는 사업자의 행위에 대해 법원에 그 중지를 청구하는 소비자단체소송의 도입 등을 내용으로 하는 소비자보호법 개정법률(안)을 입법예고한 바 있다.

◇ Verbringen 【반입】

사전적 의미로는 어느 장소에서 일정 시간동안 머무르는 것 또는 특정시간 동안 무엇을 하는 것의 의미로 사용되며, 관용으로는 일정한 지역으로 가져가는 것을 의미한다. 법규에서 사용되는 경우에는 반입의 의미로 이해할 수 있겠다. 독일 무기법 제52 조 제 1 항 제 1 호에서 형벌에 관하여 규정하고 있는데, 그 내용은 “부록2 제 1 절 제 1·1 호 또는 제 1·3·4 호와 관련한 제 2 조 제 1 항 또는 제 3 항에 각각 반하여, 그곳에서 언급된 총기 또는 그곳에서 언급된 물건을 취득, 소지, 양도, 운반, 반입, 반출, 생산, 가공, 수리 또는 그러한 영업을 한 자들은 6개월에서 5년까지의 자유형에 처한다”고 규정하고 있다. (§32 WaffenG; (1) Mit Freiheitsstrafe von sechs bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer 1. entgegen §2 Abs. 1 oder 3, jeweils in Verbindung mit Anlage 2 Abschnitt I Nr. 1. 1. oder 1. 3. 4. , eine dort genannte Schusswaffe oder dort genannten Gegenstand erwirbt, besitzt, überlässt, führt, verbringt, mitnimmt, herstellt, bearbeitet,

instand setzt oder damit Handel treibt.)

◇ Verdachtkündigung 【 혐의해고 】

혐의해고이란 중대한 의무위반의 의심이 객관적 사실에 의하여 증명되어 근로관계의 유지에 필요한 신뢰가 붕괴된 경우에는 계약위반의 사실이 없음에도 불구하고 행하는 행태상 이유에 의한 해고(□□ verhaltensbedingte Kündigung)를 말한다. 이러한 혐의해고는 사용자가 사실관계를 밝히기 위한 모든 조치를 행하고, 근로자에게 소명의 기회를 보장한 경우에 한하여 허용된다(BAG AP § 102 BetrVG Nr. 39). 사후에 이러한 혐의가 사실이 아니라는 것이 밝혀지면, 사용자는 해당 근로자를 원직에 복직시켜야 한다.

□□ Kündigung

◇ Verfallklausel 【 유담보약정 】

□□ Sicherungsübereignung

◇ Verfassung 【 헌법 】

Verfassung과 Verfassungsrecht를 우리말로 번역하면 모두 헌법이라고 말할 수 있다. 그러나 헌법학적 용어상 Verfassung과 Verfassungsrecht를 개념적으로 구별한다면, 후자는 현행의 헌법을 의미하는 용어로 그리고 전자는 그 대상이 되는 헌법을 의미하는 용어로 이해할 수도 있다. 그러나 통상은 두 용어를 모두 헌법이라고 이해해도 무리는 없다고 본다. 그렇더라도 헌법(Verfassung, Verfassungsrecht)의 개념을 어떻게 정의 내리는가의 문제가 헌법 이해의 핵심이라 할 것이다. 그러나 확정되고 승인된 헌법개념은 아직 존재하지 않는다. 그러나 일반적으로 헌법이라고 할 때에는 국가의 헌법을 말하며, 국가의 헌법이란 특히 국가의 형태, 국가최고기관의 구성과 과제, 국민의 경제적·사회적 생활의 원칙들과 이들의 법적 지위 등 국가의 기본질서를 확립하는 성문 또는 불문의 법규범을 말한다고 할 수 있다. 성문헌법(geschriebenes Verfassungsrecht)은 성문법전화된 형태로 존재하는 헌법으로 특히 18세기 말 이래로 개별적인 자유권 및 국가권력의 제한에 관한 사항들을 규율하는 형태로 발전해 왔으며, 미국, 독일, 일본,

우리나라 등 오늘날 대부분의 나라들이 성문헌법을 가지고 있다. 그에 반해 불문헌법(ungeschriebenes Verfassungsrecht)은 불문법의 형태로 존재하는 헌법으로 오랜 기간에 걸쳐서 확립된 헌법사항에 관한 국가적 관행이 법형식으로 굳어진 것을 말한다. 그러므로 불문헌법을 관습헌법(Konventionalverfassung)이라고 부르기도 한다. 오늘날 영국, 뉴질랜드, 이스라엘이 불문헌법을 가진 국가들이다. 헌법을 실질적 의미의 헌법(Verfassungsrecht im materiellen Sinne)과 형식적 의미의 헌법(Verfassungsrecht im formellen Sinne)으로 구별하여 이해할 필요도 있다. 전자는 헌법을 존재하는 법형식이나 효력에 구애 받지 않고 오로지 법에서 규정하고 있는 내용에 따라 판단하여, 그 법이 헌법적 사항 즉 국가의 형태, 국가최고기관의 구성과 과제, 국민의 경제적·사회적 생활의 원칙들과 이들의 법적 지위 등 국가의 기본질서에 관한 사항들을 규정하고 있으면 그 모두를 헌법이라고 할 때의 헌법개념을 말한다. 그러므로 형식적으로는 법률의 형식으로 존재하지만 실질적으로는 국가의 형태, 국가최고기관의 구성과 과제, 국민의 경제적·사회적 생활의 원칙들과 이들의 법적 지위 등 국가의 기본질서에 관한 사항들을 규정하고 있는 법률은 실질적 의미의 헌법에 포함된다. 그에 반해 후자는 법이 규정하고 있는 내용과는 상관없이, 법의 외형적 특징인 그 존재형식이나 또는 형식적 효력을 기준으로 판단하여, 헌법전의 형식으로 존재하거나 성문 법질서 중 최고의 형식적 효력을 가진 법규범을 헌법이라고 할 때의 헌법개념을 말한다. 형식적 의미의 헌법은 법률보다 상위의 효력을 가지게 되며, 그 개정절차도 법률에 비하여 어렵게 하고 있다.

Staatsrecht 국가법

◇ Verfassungsändernde Gewalt 【헌법개정권력】

Verfassungsgebende Gewalt 【헌법제정권력】

◇ Verfassungsbeschwerde 【헌법소원】

헌법소원이란 공권력에 의하여 헌법상 보장된 자신의 기본권이 직접·현실적으로 침해된 자가 헌법재판기관에 당해 공권력 작용의 위헌심사를 청구하여 침해된 기본권을 구제 받을 수 있는 헌법재판제도를 말한다. 독일 기본법상 헌법소원은 두 가지

가 있다. 공권력에 의한 국민의 기본권 침해를 이유로 하는 일반헌법소원(GG 제93조 제 1 항 4a호)과 지방자치단체의 자치권 침해를 이유로 하는 특별헌법소원(GG 제93조 제 1 항 4b호)이 그것이다. 헌법적 차원에서 헌법소원제도를 채택하고 있는 나라는 우리나라와 독일 외에도 오스트리아, 스위스, 스페인 등을 들 수 있다.(GG Art. 93 (1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: 4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein; 4b. über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Artikel 28 durch ein Gesetz, bei Landesgesetzen jedoch nur, soweit nicht Beschwerde beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann; 연방헌법재판소는 다음의 사항을 결정한다: 4a.누구든지 공권력에 의하여 자신의 기본권이나 또는 제20조 제 4 항, 제33조, 제38조, 제101조 및 제104조에서 규정하고 있는 권리가 침해되었다는 것을 이유로 제기할 수 있는 헌법소원; 4b.제28조의 지방자치권이 법률에 의하여 침해되었거나, 주헌법재판소에 소원이 제기 될 수 없는 경우지만 주법률에서 지방자치권이 침해된 경우 지방자치단체와 지방자치단체조합이 제기하는 헌법소원;)

◇ Verfassungsgebende Gewalt 【 헌법제정권력 】

헌법제정권력이란 개념은 역사적으로 1789년 프랑스혁명의 산물이라고 평가할 수 있다. 특히 프랑스혁명 당시 Abbé Sieyès에 따르면 헌법제정권력(pouvoir constituant)은 국가권력(pouvoir constitué, Staatsgewalt)의 원천이 되는 것으로서 일종의 창조적 권력을 의미한다고 한다. 그리고 이런 헌법제정권력은 당시에는 시민계급이자 오늘날 국민(Staatsvolk)에 속하는 것으로 이해되어 왔다. 현실적으로 헌법제정권력은 국민투표와 같은 국민들의 실제 헌법제정 행위로 구체화 된다. 그리고 Abbé Sieyès에 따르면 헌법제정권력에 근거하면서 그로부터 전래된 헌법제정권력을 헌법개정권력(pouvoir constitué, Verfassungsändernde Gewalt)이라고 하면서, 이런 헌법개정권력은 결국 헌법제정권력에 의해 만들어진 국가권력의 일부가 된다고 하였다.

Abbé Sieyès의 헌법제정권력과 헌법개정권력 개념들은 독일의 C. Schmitt에게도 영향을 미쳤다고 평가된다. C. Schmitt도 헌법제정권력과 헌법개정권력을 구별하면서

헌법개정의 한계를 인정한다든지, 더 나아가 헌법과 헌법률(Verfassungsgesetz)을 구별하여 헌법 안에서도 효력상의 차이를 강조하는 점 등이 이를 말해준다고 할 수 있다.

◇ **Verfassungsgerichtsbarkeit** 【헌법재판】

헌법재판이란 헌법에 관한 쟁의나 헌법에 대한 침해를 헌법규범을 준거로 하여 헌법재판기관의 사법적 절차에 따라 해결하는 재판작용을 말한다. 독일에서는 연방헌법재판소(BVerfG)와 각 주의 헌법재판소들이 헌법재판기능을 담당하고 있다. 헌법재판을 과거에는 국가재판(Staatsgerichtsbarkeit)이라고 부르기도 하였는데, 이는 바이마르헌법하의 독일제국에서는 국가재판소(Staatsgerichtshof)가 헌법재판을 담당했기 때문이었다.(WV 제108조) 법률의 합헌성을 다루는 규범통제제도와 같이 헌법재판이 강한 정치적 성격을 가지고 있음에도 불구하고 헌법재판은 그 사법작용으로서의 특성을 간과할 수는 없다고 할 것이다. 독일 헌법재판의 헌법적 근거는, 연방에서는 기본법 제93조와 연방헌법재판소법(BVerfGG)이며, 각 주에서는 주헌법의 해당 규정과 각 주의 헌법재판소법이 근거가 된다. 독일연방헌법재판소가 관장하는 중요 헌법재판으로는 기관쟁송(□□ Organstreit), 추상적 규범통제(□□ Abstrakte Normenkontrolle) 및 구체적인 규범통제(□□ Konkrete Normenkontrolle), 연방국가적 쟁송(□□ Bund-Länder-Streit), 헌법소원(□□ Verfassungsbeschwerde), 기본권의 상실(Grundrechtsverwirkung), 정당의 해산(Parteiverbot), 연방대통령의 탄핵(Anklage des Bundespräsidenten)등을 들 수 있다.

◇ **Verfassungsgesetz** 【헌법률】

□□ Verfassungsgebende Gewalt 【헌법제정권력】

◇ **Verfassungskonforme Auslegung** 【합헌적 해석】

합헌적 해석이란 외형상 위헌적으로 보이는 법률이라 할지라도 그것이 헌법에 조화롭게 해석될 여지가 있는 한 이를 위헌무효로 선언해서는 안 된다는 법률의 해석지침을 말한다. 따라서 합헌적 해석은 헌법해석의 문제라기보다 법률해석의 문제이다. 그러므로 합헌적 해석은 합헌적 법률해석(Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen)

이라고 부르는 것이 보다 정확한 표현이라고 할 수 있다. 합헌적 법률해석은 법질서의 통일성의 원리에 뿌리를 두고 있다. 즉, 법질서의 통일성 때문에 기본법 시행 이후 제정된 법률은 헌법과 조화되도록 해석되어야 하고, 그 이전부터 효력을 가지고 있는 법은 새로운 헌법상황에 부합되어야 한다. 법관이 이에 관하여 결정하는 경우, 그는 입법자에 의한 헌법의 구체화를 헌법 및 법률의 구체화에 근거하여 심사하여야 한다. 그러나 이 경우에도 합헌적 법률해석은 규정의 문의적 의미나 입법목적에 반할 수는 없다. 그리고 적극적으로 헌법정신에 맞도록 법률의 내용을 제한 내지 보충하거나 새로 결정하는 것을 의미하는 적극적인 의미의 합헌적 법률해석은 권력분립의 원칙에 비추어 볼 때 제한 없이 허용되기는 어렵다. 이상과 같은 합헌적 해석을 헌법합치적 해석이라고 표현하기도 한다.

◇ **Verfassungsrecht** 【헌법】

Staatsrecht, Verfassung

◇ **Verfassungsschutz** 【헌법의 보호】

헌법은 규율 내용을 준수하는 것을 보장해야 할 뿐만 아니라, 헌법의 존립을 보장하는 제도적 장치도 마련해 놓아야 한다. 헌법에 대한 위해나 침해로부터 헌법을 스스로 지키는 것은 헌법이 가지고 있는 최고규범성에 비추어 볼 때 헌법의 당연한 임무이기도 하기 때문이다. 그러므로 헌법의 보호란 헌법이 확립해 놓은 헌법적 질서에 대한 위해나 침해로부터 지키는 것을 말한다. 이렇게 볼 때 헌법의 보호는 국가의 존립에 대해서도 적용되는 것이라 하겠다. 헌법의 보호는 국가 외적·내적 공격들에 대해, 상향식·하향식의 헌법 적대적 기도들에 대하여 그리고 헌법기능의 내부적 무능화 기도 등에 대하여 헌법을 지키기 위한 제도들을 내용으로 한다.

◇ **Verhaltensbedingte Kündigung** 【행태상 이유에 의한 해고】

‘행태상 이유에 의한 해고’란 일신상 이유의 해고(personenbedingte Kündigung) 및 경영상 이유의 해고(betriebsbedingte Kündigung)과 함께 해고제한법(KSchG)에 열거

된 해고 유형 중의 하나를 말한다. 행태상 이유에 의한 해고는 근로자의 계약위반, 사내질서위반 또는 근로관계와 관련된 범죄행위를 이유로 근로관계를 종료시키기 위한 사용자의 일반적 의사표시이다. 행태상 이유에 의한 해고는 개선이 가능한 행위를 개선하지 않는 것을 이유로 해고한다는 개선이 불가능한 사실에 근거하여 해고하는 일신상 이유에 의한 해고와 구별된다. 이러한 차이점 때문에 일신상 이유에 의한 해고의 경우와 달리 행태상 이유에 의한 해고가 유효하기 위해서는 반드시 사전 경고 (Abmahnung)를 필요로 한다.

□□ Kündigung

◇ Verhältnismäßigkeit, Grundsatz der 【비례의 원칙】

행정법상 비례의 원칙은 특정한 행정목적과 이를 실현하기 위한 수단사이에는 합리적인 비례관계가 있어야 한다는 원칙이다. 흔히 과잉금지의 원칙(Übermaßverbot)이라고도 불리는 비례의 원칙은 19세기 독일에서 경찰권발동의 한계를 설정하기 위하여 판례에 의하여 발전된 법원칙이며, 전후 독일에서 비례의 원칙은 기본권제한에 있어서 본질적 내용의 침해금지를 규정한 기본법(GG) 제19조 제 2 항을 근거로 연방헌법재판소(BVerfG)와 연방행정법원(BverwG)의 판례를 통하여 법치국가원리의 일반원칙으로 발전하였다. 비례의 원칙의 내용은 다음의 세 가지 세부적인 원칙으로 구성되어 있다. 첫째 적합성의 원칙(Grundsatz der Geeignetheit)이다. 이는 특정한 행정목적 실현하기 위하여 사용되는 수단은 행정목적 달성에 적합하여야 한다는 원칙이다. 둘째 필요성의 원칙(Grundsatz der Erforderlichkeit)이다. 이는 특정한 행정목적 실현하기 위한 행정조치는 필요한 한도 이상으로 행해져서는 안된다는 원칙으로 최소침해의 원칙(Grundsatz des geringsten Eingriffs)이라고 불리기도 한다. 셋째 상당성의 원칙(Grundsatz der Angemessenheit)이다. 이는 특정한 행정목적의 달성을 위하여 적합하고 필요한 수단이라고 하더라도 그러한 수단을 통하여 달성하려는 공익과 이로 인하여 침해되는 사익과를 비교형량하여 전자가 더 큰 경우에만 적법성이 인정된다는 원칙으로 좁은 의미의 비례의 원칙(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engen Sinne)이라고 표현하기도 한다. 이들 세 가지 세부적인 원칙은 비례의 원칙의 내용을 이루는 것으로 어느 하나의 세부적인 원칙에 대한 위반은 전체적으로 비례의 원칙에 반하는 것이 되어 위법한 처분이 된다.

◇ **Verhältniswahl** 【 비례대표제 】

선거제도에 있어서 비례대표제란 선거에 참여하는 모든 정당이나 선거참여집단이 자신들이 획득한 득표수의 비율에 상응하는 의원수를 배분 받는 선거제도를 말한다.

Mehrheitswahl 【 다수대표제 】

◇ **Verkehrshypothek** 【 유통저당권 】

Hypothek

◇ **Verpflichtungsgeschäft** 【 의무부담행위 】

다른 사람에 대해 일정한 작위나 부작위를 행할 의무를 약속하는 법률행위의 일종이다. 의무부담행위의 일차적 기능은 급부의무(Leistungspflicht)의 발생, 그리고 이에 따라 상대방에게 일정한 행위를 요구할 수 있는 청구권(Forderungsrecht)의 발생을 목적으로 하는 채권관계(Schuldverhältnis)를 형성한다는 데 있다. 이때 의무부담행위를 통해 발생하는 의무는 노무급부제공과 같은 사실상의 행위나 처분행위(Verfügungsgeschäft)로서의 성격을 갖는 이행행위(Erfüllungsgeschäft)를 통해 실현된다. 의무부담행위는 모든 사람에게 원칙적으로 인정되는 일반적인 행위능력에 따라 모든 자에 의해 유효하게 행해질 수 있다. 따라서 의무부담행위는 반드시 의무부담의 목적물에 관한 권리소지자이거나 기타의 처분권능을 갖출 것을 필요로 하지는 않으며, 이 점에서 처분행위와 그 성질을 달리한다. 또한 의무부담행위는 그 실현을 위하여 행해진 급부를 보유할 수 있는 법적 원인(Rechtsgrund; causa)을 이루고 있다. 의무부담행위로부터 주어지는 이 같은 법적 원인이 존재하는 한 이행된 급부에 대한 민법 제812조의 부당이득법상의 반환청구권은 인정되지 않는다. 의무부담행위는 유인의 법률행위(kausales Rechtsgeschäft)에 해당하는 것이 대부분 이지만, 채무약속(Schuldversprechen)이나 채무승인(Schuldanerkenntnis)의 경우와 같이 무인의 의무부담행위도 존재한다. 의무부담행위와 그 이행을 위한 처분행위 사이의 관계는 우리나라의 지배적 이해와 달리 무인성원칙(Abstraktionsprinzip)이 지배하고 있다.

◇ Verpflichtungsklage 【 의무화소송 】

의무화소송은 행정처분의 신청이 거부되거나 또는 부작위상태로 있는 경우에 행정처분의 발령을 구하는 소송이다. 연방행정법원법(VWGO) 제42조 제 1 항은 “소송으로 행정행위의 취소(취소소송) 또는 거부되거나 부작위인 행정행위의 발령에 대한 판결(의무화소송)을 청구할 수 있다(Durch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts (Anfechtungsklage) sowie die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts (Verpflichtungsklage) begehrt werden.)”라고 규정하고 있다. 취소소송은 인용판결에 의하여 당해 행정행위가 취소되므로 일종의 형성소송에 속하지만, 의무화소송은 행정행위의 발급을 명령하는 판결을 구하는 소송이므로 일종의 급부소송에 속하는 것이다. 연방행정법원법 제68조 제 2 항에 따라 행정행위의 신청이 거부된 경우에는 의무화소송 - 이는 특히 Versagungsgegenklage라고 한다 - 을 제기하기에 앞서 전심절차인 행정심판절차(Widerspruchsverfahren)를 거쳐야 한다. 그러나 행정행위의 발급신청에 대하여 행정청이 부작위인 상태로 있는 경우에 제기하는 의무화소송 - 이는 특히 Untätigkeitsklage라고 한다 - 은 행정심판절차를 거치지 않아도 된다.

◇ Verschulden bei Vertragsverhandlungen 【 계약교섭상의 과실 】

□□ culpa in contrahendo(c. i. c)

◇ Vertragsstrafe 【 계약벌 】

채무자가 자신의 채무를 아예 이행하지 않거나 또는 제대로 이행하지 않을 경우 채권자에 대해 일정 액의 금전이나 다른 급부의 이행을 약속하는 것을 뜻한다(§ 339 BGB). Konventionalstrafe 라고 표현되기도 하는 계약벌은 본래의 채무를 성립시키는 채권관계에 부종적인 성격을 갖고 있으며, 계약벌에 대한 약정은 본래 채무의 불이행에 따라 비로소 효력을 갖는다는 점에서 정지조건(□□ aufschiebende Bedingung)부 법률행위라고 할 수 있다. 향후 채무불이행에 따른 손해액 산정을 둘러싼 당사자 사이의 분쟁 예방과 채무자의 급부의무 실현을 위한 촉진적 기능을 갖는 계약벌과 관련해서

는 특히 채무자보호를 위한 방향에서 많은 논의가 행해지고 있다. 즉, 약관을 통하여 사업자가 아닌 자(Nichtunternehmer)와의 사이에 체결한 계약별 약정의 경우 그 약정된 금액이 통상 기대될 수 있는 손해의 범위를 넘는 한 그 효력을 인정하지 않고 있다(§ 309 Nr. 5 BGB). 또한 약정된 계약별의 내용이 과도한 경우 채무자에 의해 아직 이행되지 않았던 한 판결을 통해 적정한 내용으로의 감경을 인정하고 있다(§ 343 I BGB). 더 나아가 채무자는 그 의무의 불이행에 대해 귀책사유가 있는 경우에 한해 계약별 약정에 따라 계약별을 이행할 의무를 부담하게 된다(§ 339 I BGB: “... so ist die Strafe verwirkt, wenn er(=der Schuldner) in Verzug kommt”). 특히 Vertragsstrafe의 요건으로 이와 같이 채무자의 귀책사유를 필요로 한다는 점에서 우리나라의 경우 위약금과 유사하다.

◇ Vertragstheorie 【 계약설 】

계약설이란 근로계약과 근로관계의 상호관계에 관한 학설로 근로관계의 성립에는 근로계약의 유효한 체결로 충분하다는 견해이다. 이에 반하여 편입설(□□ Eingliederungstheorie)은 근로관계가 성립되기 위해서는 근로계약의 성립만으로는 불충분하고 근로자의 경영조직으로의 편입(Eingliederung)이라는 사실적 요소를 필요로 한다는 견해이다. 계약설에 의하면 채용내정자와 같이 근로계약을 체결하고 아직 경영조직에 편입되지 아니한 자와 사용자 사이에는 이미 근로관계가 형성되었으므로 채용내정자는 당연히 노동법의 보호를 받을 수 있게 된다. 이에 반하여 편입설에 의하면 채용내정자와 같이 근로계약을 체결하고 아직 경영조직에 편입되지 아니한 자와 사용자 사이에는 아직 근로관계가 유효하게 형성되지 못했으므로 노동법의 규정이 적용될 수 없게 된다.

◇ Vertrauenshaftung 【 신뢰책임 】

타인에 대해 어떤 표현이나 행동을 통해 일정한 신뢰를 야기하였고 그 신뢰가 법적으로 보호할 가치가 있는 경우 그 같은 신뢰를 야기한 자가 타인에 대해 책임을 부담해야 한다는 사고이다. 신뢰책임이란 표현은 민법 등에서 정해 두고 있는 여러 책임규정의 정당화 근거를 바로 타인의 보호할 가치가 있는 신뢰(schutzwürdiges Vertrauen)로

부터 설명하려는 시도 이외에 더 나아가 견해에 따라서는 이 같은 신뢰를 독자적인 책임근거로 형성·발전시켜 법률행위(□□ Rechtsgeschäft)에 의한 책임과 불법행위책임(Deliktshaftung) 사이의 제3의 중간영역으로 구성하려는 시도의 경우에도 사용되고 있다. 이 같은 양 의미를 갖는 신뢰책임이 인정되거나 논의되는 법률상의 규정으로는 가령 무권대리인의 행위에 대해 본인이 추인하지 않는 한 무권대리인이 본인에게 부담해야 할 급부이행 또는 손해배상의 책임(§ 179 I BGB), 계약교섭의 과정에서 계약 체결이나 그 내용에 관해 상대방의 신뢰를 야기한 당사자가 상대방에게 부담하는 손해배상의 책임(§ 311 II, III BGB)을 들 수 있다. 또한 판례가 형성·발전시켜 둔 책임의 경우로는 본인이 실제로 대리권을 수여하지 않았으나 일정한 요건에 따라 수권되었다고 인정하는 인용수권(□□ Duldungsvollmacht)이나 표현수권(□□ Anscheinsvollmacht)의 예를 들 수 있다. 우리나라의 경우에도 위와 유사한 제도나 규정들에서 그 내적 근거를 위하여 타인의 보호할 가치 있는 신뢰가 자주 원용되고 있다. 다만 신뢰책임을 계약책임과 불법행위책임 이외의 독자적 책임유형으로까지 발전시키려는 시도는 아직껏 크게 진전되어 있지 않다.

◇ Vertrauensschaden 【 신뢰손해 】

□□ negative Intresse

◇ Vertrauensschutzprinzip 【 신뢰보호의 원칙 】

신뢰보호의 원칙은 행정청의 행정작용에 대하여 행정객체가 그 적법성과 존속성을 신뢰하였고 그러한 신뢰가 보호가치가 있는 한 이를 보호하여 주어야 한다는 원칙이다. 신뢰보호의 원칙은 위법한 수익적 행정행위에 대한 취소권제한의 법리를 중심으로 판례를 통하여 성립하여 현재는 법치국가원리의 일반적인 헌법원리로 발전하였다. 신뢰보호의 원칙에 대한 이론적 근거로는 법치국가원리와 법적 안정성을 들 수 있으며 학설에 따라서는 신의성실의 원칙, 사회국가원리와 기본권보장의 원리 등을 제시하기도 한다. 연방행정절차법(VwVfG)은 신뢰보호의 원칙을 명문화하고 있으며, 제48조에서 위법한 수익적 행정행위에 대한 취소권제한, 제49조의 적법한 수익적 행

정행위의 철회권제한, 제38조의 확약에 관한 규정 등을 들 수 있다.

우리나라도 행정절차법 제 4 조 제 2 항에서 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여진 때에는 공익 또는 제삼자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니된다고 규정하고 있다.

◇ Verursacherprinzip 【 원인자책임의 원칙 】

원인자책임의 원칙은 환경법의 기본원칙 중의 하나로 환경오염을 제공한 자가 환경오염의 방지·제거 및 손해전보에 관하여 책임져야 한다는 원칙이다. 이 원칙은 주로 환경비용을 누가 부담할 것인가라는 비용귀속의 원칙으로 기능하지만, 환경오염의 방지나 제거를 위해 환경오염을 제공한 자에게 일정한 작위의무 또는 부작위의무를 부과하는 것을 포함하는 것으로 실질적 책임귀속의 원칙으로 기능하기도 한다. 원인자책임의 원칙에 반대되는 개념은 공동부담의 원칙(Gemeinlastprinzip)이다. 이는 원인자책임의 원칙이 적용될 수 없는 경우에 적용되는 것으로 환경오염을 제공한 원인을 특정할 수 없는 경우에 사회구성원 전체가 공동으로 책임져야 한다는 것이다.

이러한 두 가지 원칙의 중간에 집합적 원인자책임의 원칙(kollektive Verurserprinzip)도 있다. 이는 공동부담의 원칙보다는 원인자책임의 원칙에 더 가까운 원칙으로 환경오염의 책임을 특정 집단에게 부담시키는 것이다. 원인자책임의 원칙은 국제적 규범에서도 중요한 원칙으로 인정되고 있다. 1992년 브라질의 수도 리우데자네이루에서 개최된 유엔환경개발회의에서의 환경과 개발에 관한 리우선언(The Rio Declaration on Environment and Development) 원칙 제16은 “국가당국은 오염자가 원칙적으로 오염의 비용을 부담하여야 한다는 원칙을 고려하여 환경비용의 내부화와 경제적 수단의 이용을 증진시키도록 노력하여야 한다”고 선언하고 있다.

◇ Verwaltungsakt 【 행정행위 】

행정행위란 일반적으로 행정청이 구체적 사안의 법적 규율을 위하여 외부에 대하여 직접적인 법적 효과를 발생하게 하는 공법상의 권력적 단독행위를 말한다. 실정법

에서는 허가, 인가, 처분, 특허, 재결, 확인 등 다양한 용어로 표현되고 있다.

행정절차법(VwVfG) 제35조는 행정행위에 대하여 법적 정의를 하고 있다. 이에 의하면 행정행위는 공법영역에서 개별적인 사안을 규율하기 위한 행정청의 모든 조치, 결정 또는 다른 고권적인 처분이며 외부에 대하여 직접적인 법적 효과를 발생하게 하는 것이다. 일반처분이란 행정작용의 일반적 징표에 따라 특정되거나 특정 가능한 범위의 다수의 사람을 대상으로 하는 행위, 특정 물건의 공법적 특색을 결정하는 행위, 공물 등의 일반적 이용을 규율하기 위하여 발령되는 행정행위이다.(Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.)

◇ **Verwaltungsprivatrecht 【 행정사법 】**

행정사법이란 행정주체가 행정목적 수행함에 있어서 사법의 형식으로 하는 것을 말한다. 행정사법은 Hans J. Wolff에 의하여 1950년대에 제기된 이론으로 급부행정작용이나 유도행정작용과 같은 비권력적 행정작용을 함에 있어서 행정주체는 소위 행위형식의 선택권(Wahlfreiheit der Handlungsformen)을 가지므로 법규에서 특별히 제한하고 있는 경우를 제외하고 사법상의 계약과 같은 사법적 형식으로 할 수 있다는 것이다. 행위형식의 선택권을 인정하여야 하는 이유로는 급부행정을 수행하는 행위형식으로 공법상 규정되어 있는 것은 극히 제한적인데 비하여 사법에는 이를 수행할 수 있는 여러 가지 다양한 행위형식이 존재한다는 것이다. 질서행정이나 조세행정과 같이 강제적 수단을 수반하는 행정작용은 공법적인 형식을 배제할 수 없다. 그러나 급부행정이나 유도행정과 같은 분야는 근거법상 제한규정이 존재하지 않는 한 사법의 형식을 차용함으로써 행정서비스의 제공을 양적·질적으로 개선할 수 있다는 장점이 있다. 행정주체가 행위형식을 사법적 형식으로 행하는 경우에도 이는 제한된 범위 내에서만 인정되는 것이므로 기본권보장과 행정법의 일반원칙 등 일련의 공법적 규율에 예속된다는 특수성이 있다.

◇ **Verwaltungsrechtsverhältnis** 【 행정법관계 】

행정법관계는 행정상의 법률관계라고도 한다. 법률관계란 법에 의하여 규율되는 생활관계이다. 행정법관계는 통상적 의미에서는 국가나 공공단체 등의 행정주체와 상대방인 국민간의 법률관계, 즉 행정작용법관계를 의미한다. 광의의 행정법관계는 행정작용법관계 이외에 행정주체 상호간의 관계나 행정기관 상호간의 관계인 행정조직법관계도 포함한다. 행정법관계는 전통적으로 행정주체의 의사의 우월성을 바탕으로 하는 공법관계를 중심으로 발전하여 왔으나, 국고행정과 같은 사법관계도 공존해 왔다. 행정법관계는 법규(법률, 법규명령, 조례 등을 포함한다), 행정행위, 공법상의 계약, 공법상의 사실행위 등에 의하여 성립, 변경, 소멸될 수 있다.

◇ **Verwaltungsverfahren** 【 행정절차 】

행정절차란 행정청이 행정작용을 함에 있어서 거치는 일련의 절차를 말한다. 행정절차에 대한 일반적인 개념은 정립되어 있지 않으나 대체로 광의와 협의로 나누어 설명한다. 광의의 행정절차는 입법절차나 사법절차에 대응하는 개념으로서 행정청이 행정활동을 하면서 거치는 모든 절차를 의미한다. 행정절차를 이렇게 광의로 파악하는 경우에는 행정처분절차, 행정입법절차, 행정계획확정절차, 공법상의 계약의 체결절차 등이 포함되며 더 나아가 행정상 의무이행의 확보절차, 행정심판절차 등 행정결정이 내려지는 사전 사후의 모든 절차가 포함된다. 협의의 행정절차는 행정청이 행하는 절차 중에서 구속력 있는 행정결정을 내리기 이전에 대외적으로 국민과의 관계에서 거치는 일련의 절차를 의미한다. 행정절차를 협의로 파악하는 경우에는 행정처분절차, 행정입법절차, 행정계획확정절차, 공법상의 계약의 체결절차 등 광의의 행정절차 중에서 사전적 절차만을 의미한다. 행정절차에 대한 법적 정의는 행정절차법(VwVfG) 제 9 조에 규정되어 있으나, 이러한 법적 정의가 행정절차의 일반적인 정의로 사용되는 것은 아니며, 따라서 같은 조에서도 “이 법에서 행정절차(Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes)”라고 한정하고 있다. 같은 조에서는 “이 법에서 행정절차란 행정행위의 요건의 검토, 준비, 발령을 목적으로 하거나 또는 공법상의 계약의 체결을

목적으로 하는 대외적 효력이 있는 행정청의 행위이다; 행정행위의 발령 또는 공법상의 계약의 체결을 포함한다(Das Verwaltungsverfahren im Sinne diese Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörde, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlaß eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist; es schließt den Erlaß des Verwaltungsaktes oder den Abschluß des öffentlich-rechtlichen Vertrages ein.)”고 규정하고 있다. 연방행정절차법에서 규정하고 있는 행정절차의 종류로는 비공식절차, 공식절차, 계획확정절차, 권리구제절차, 집단적·대량적 행정절차, 다단계적 행정절차 등을 들 수 있다.

◇ **Verwaltungsvorschriften 【 행정규칙 】**

행정규칙이란 행정청에 자신의 내부적인 사무처리를 위하여 법률의 위임없이 상급관청이 하급관청에게 또는 상급자가 하급자에게 발하는 일반적·추상적 규정을 말한다. 용어상으로도 Verwaltungsvorschriften 이외에 Richtlinien, Erlasse, Rundverfügungen, innerdienstliche Weisungen 등으로 사용되어 통일되어 있지 않다. 행정규칙은 행정기관이 발하는 일반적·추상적 규정이라는 점에서는 법규명령(Rechtsverordnung)과 같으나 법률의 수권없이 상급행정기관이 자신의 직무권한을 근거로 발하며 원칙적으로 행정조직 내부에서만 구속력을 갖는다는 점에서 법규명령과 구별된다. 행정규칙의 종류로는 조직규칙 및 근무규칙(Organisations und Dienstvorschriften), 규범해석규칙(gesetzesauslegende oder norminterpretierende Verwaltungsvorschriften 또는 Auslegungsrichtlinien), 재량준칙(ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften 또는 Ermessensrichtlinien), 법령대체적 규칙(Gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften) 등이 있다. 행정규칙은 행정 내부의 조직과 작용을 규율하는 것이므로 일반국민의 권리나 의무를 규율할 수 없으며 재판에 있어서도 법원을 구속하거나 판결의 기준이 될 수 없다. 따라서 행정처분이 단순히 행정규칙에 위배된다는 것만으로는 위법하다고 판단하지 못한다. 행정규칙은 내부적 구속력만을 갖는 것이 원칙이지만 경우에 따라서는 일반국민에 대하여 직접적인 구속력은 없으나 사실상의 간접적인 외부적 구속력을 갖게 된다. 행정규칙의 외부적 구속력의 근거에 대하여는 학설이 갈리고 있으며, 평등의 원칙에 근거한 행정의 자기구속의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 행정의 독자적 규범정립권(BVerwGE 72, 300) 등이 제시되고 있다.

◇ **Verwendungen** 【(대상관련적) 비용】

일정한 목적을 위한 자발적인 재산상의 지출행위의 일종으로서 비용지출자의 의도에 따라 일정한 물건 또는 재산에 관해 직접적으로 이득이 되는 방법, 즉 물건 등의 보존이나 회복 또는 개량을 위해 지출된 바를 뜻한다. 다시 말해 **Verwendungen**은 자발적 재산의 지출인 비용(□□ **Aufwendungen**) 중에서 대상관련적(**gegenstandsbezogene**) 비용으로 이해되고 있다. 가령 권한 없는 점유자가 소유자의 목적물에 대해 그 보존이나 개량을 위해 지출한 바(§§ 994 ff. BGB) 또는 대차형 계약(**Verträge zur Gebrauchsüberlassung**)에서 차주가 대주 소유의 목적물에 대해 지출한 바(§§ 591, 601 II BGB) 등이며, 더 나아가 개별적인 물건 이외에 상속지분과 같이 일정한 재산 자체에 대해 지출한 바(§ 2022 I BGB)도 이에 해당한다. 이러한 지출비용의 상환과 관련하여서는 가령 소유자와 점유자 사이의 반환관계와 같은 경우 지출비용의 필요성 여부와 목적물 자체에의 유익성, 그리고 반환의무자의 점유취득의 모습 등에 따라 그 범위가 정해진다(§§ 994 ff. BGB). 또한 비용상환청구권이 인정되는 경우 비용지출자는 상환청구권의 실현을 보장하기 위하여 물건 등의 반환청구에 대해 급부거절권(□□ **Zurückbehaltungsrecht**)을 행사할 수 있다. 다만 주의할 것은, **Verwendungen**의 용어가 항상 위와 같은 의미로 일관되게 사용되지는 않는다는 점이다. 이와 관련해 민법전 자체는 **Verwendungen**에 관한 일반적 개념 정의의 규정을 두고 있지 않으며 또한 대상관련적 비용이 문제되는 때에도 개별 규정에서 **Verwendungen**이란 표현 대신에 일반적 용어인 **Aufwendungen**을 사용하는 경우도 있다. 예를 들어 채무자가 반환의무를 부담하는 목적물에 관한 지출비용의 경우로서 민법 제292조 제2항의 경우 또는 임차인이 임차목적물에 대해 지출한 비용의 상환의 경우 민법 제539조의 경우에는 **Aufwendungen**이란 표현을 사용하고 있다. 이런 연유에서 **Verwendungen**을 **Aufwendungen**과 엄격히 구별하지 않고 비용 자체로 이해하려는 견해도 있다. 우리나라의 경우 이러한 구별은 존재하지 않으며 다만 일정한 경우 물건 자체에 대해 이익이 되는 지출비용에 대해서만 상환청구를 인정하고 있을 뿐이다.

◇ **Volksabstimmung** 【국민투표】

국민투표란 선거권을 가진 전체 국민이 국가의 중요한 개별 사안들에 관하여 행하는 기속력 있는 투표를 말한다. 그러므로 국민투표란 국가의 중요한 정책이나 법안을

국민의 투표로서 결정하는 것이며, 국민투표권(Volksabstimmungsrecht)은 이러한 국민의 권리를 말한다. 국민투표에는 두 가지 유형이 있는데, 하나는 레퍼런덤(Referendum)이고 다른 하나는 플레비지트(Plebiszit)이다. 레퍼런덤은 국민이 국가의 중요한 개별 사안에 대하여 직접 투표함으로써 최종적으로 확정하는 국민투표제를 말하며, 플레비지트란 통치권자가 국가의 특정한 사안에 관하여 국민의 의사를 묻거나 자신의 계속 집권 여부에 관하여 신임을 묻는 국민투표제를 말한다. 그리고 독일에서는 이런 국민투표를 국민표결(Volksentscheid)이라고 표현하기도 한다.(GG Art 29 (3) Der Volksentscheid findet in den Ländern statt, aus deren Gebieten oder Gebietsteilen ein neues oder neu umgrenztes Land gebildet werden soll (betroffene Länder). Abzustimmen ist über die Frage, ob die betroffenen Länder wie bisher bestehenbleiben sollen oder ob das neue oder neu umgrenzte Land gebildet werden soll; 국민표결은 그 영역 또는 그 영역의 일부로부터 새로운 주가 형성되거나 주의 경계가 새로 그어지는 경우, (해당) 주에서 행해진다. 해당 주가 지금까지와 마찬가지로 존속하느냐 아니면 새로운 주가 형성되거나 주의 경계가 새로이 그어질 것인가의 문제에 관하여는 투표가 행해져야 한다.)

◇ **Volksentscheid 【 국민표결 】**

Volksabstimmung 【 국민투표 】

◇ **Volkssouveränität 【 국민주권 】**

우리 헌법뿐만 아니라 독일 기본법도 국민주권의 이념을 천명하고 있다. 우리 헌법이 제 1 조 제 2 항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 국민주권을 천명하고 있는 것처럼, 독일 기본법도 제20조 제 2 항 제 1 문에서 “모든 국가권력은 국민으로부터 나온다”라고 규정함으로써 명백히 국민주권을 밝히고 있다. 그러므로 군주주권, 국가주권, 법주권 등과 같은 고전적인 주권이론은 우리 헌법이나 독일의 기본권 질서 등 현대 민주국가의 헌법질서 아래에서는 이제는 통용되지 않는다.(GG Art. 20 (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der

vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt; 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민에 의해서 선거와 투표를 통해 행사되며 그리고 입법, 행정 및 사법의 개별 기관들을 통해 행사된다.)

◇ Vollkaufleute 【 완전상인 】

상인(Kaufleute)을 구분하는 기준 중에서 기업규모의 정도에 따라 완전상인(Vollkaufleute)과 소상인(Minderkaufleute)로 나누는 방법이 있다. 완전상인은 상법의 일반적 범위에 부합하여 적용을 받는 상인으로서 상업등기에 등록되어 있는 자이다. 완전상인은 상법 제 1 조에서 표시한 것처럼 기본상행위(Grundhandelsgewerbe)를 영업으로 하며, 회사(Firma)를 이끌고 상업장부(Handelsbücher)를 작성해야 하며 지배인(Prokura)을 두어야 한다. 완전상인의 상대가 되는 소상인은 형태나 규모에 따라 상인적인 방법으로서의 영업을 필수적인 요건으로 하지 아니하는 상인을 말한다. 주로 적은 규모로 영업을 하는 자로서 예컨대, 작은 점포의 보유자, 작은 음식점이나 노점상인, 또는 수공업자 등으로 그 사업의 규모로 인하여 또는 설립등기를 요하지 않아서 완전상인이 될 수 없는 상인을 의미한다. 그러므로 소상인은 회사의 형태도 없고, 상업장부를 기재할 필요도 없을 뿐만 아니라 회사의 지배인을 둘 필요도 없고 이미 언급한 바와 같이 등기에 관한 규정에 적용되지도 않는다. 우리나라의 경우 소상인은 자본금액이 1,000만원이 미달하는 상인으로서 회사가 아닌 자라고 상법시행규칙 제 2 조는 밝히고 있다.

◇ Vollstreckungstitel 【 집행권원 】

Schuldtitle 의 일본식 용어였던 “채무명의”에 해당하는 법률용어이다. 강제집행의 전제조건이다. 여기에서는 강제집행의 당사자, 내용, 종류 그리고 그 범위를 포함하고 있어야 한다. 따라서 그 내용은 집행 가능해야 함과 동시에 최소한 특정 가능해야 한다. 집행권원은 그 종류가 아주 다양하다. 특히 가장 중요한 것이 판결이고, 소송상의 화해 및 기타 집행 가능한 증서가 그에 속한다. 이들 집행권원들은 민사소송법 (ZPO 제704조, 제722조, 제723조, 제928조, 제936조, 그리고 제794조 등)에 근거를 두고 있으며, 기타 여러 법률 등에 근거를 둔다(예를 들면, §168 행정법원조직법(VwGO),

§463 형사소송법(StPO), §164 파산법(KO) 등). 우리나라의 경우에도 마찬가지로 애당초 일본의 영향을 받아서 “채무명의”라고 했고, 이는 일정한 사법상의 이행의무존재를 증명하고, 법률이 강제집행에 의하여 실현할 수 있는 집행력을 인정한 공정증서를 의미했었다. 그러다가 2002년 1월 26일 법률 제6627조 『민사집행법』의 제정과 함께, 그 해 7월 1일부터 『민사집행법』 제56조에서 “집행권원”이란 용어로 사용되어 왔다. 현행법상 대표적인 집행권원으로서는 ①항고로만 불복할 수 있는 재판, ②가집행의 선고가 내려진 재판, ③확정된 지급명령, ④공증인이 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권 ⑤소송상의 화해, 청구의 인낙(認諾) 등 그 밖의 확정판결과 같은 효력을 가지는 등이 있다.

◇ Vorhand 【 우선권 】

우선권이란 먼저 청약을 받을 권리를 뜻한다. 여기에 관해서는 우선청약권(=Angebotvorhand), 우선협상권(=Verhandlungsvorhand)이 논의된다. 우선매입권(□□ Vorkaufrecht)과는 달리 우선권은 제삼자와 맺은 계약에 있어서 대위권이 없다. 그 대신 우선권에 대한 의무자는 자신의 물건의 매도 전에 우선권자에게 청약의 의무가 있다. 이로써 우선권자가 맨 먼저 받은 청약에 응낙을 할 것인지의 여부를 결정하여 계약을 성사시킬지의 여부를 결정할 수 있다. 이러한 것을 우선청약권(=Angebotvorhand)이라고 한다. 청약우선권자에 대한 최초청약의무 대신에 우선청약의무자가 그 권리자에 대하여 단지 매도의사만을 알리는 좀 약해진 형태로 실시할 수 있고, 그에게 다른 관심있는 자들이 있음을 알릴 수 있으나, 그와 먼저 협상을 해야 한다. 이러한 경우를 협상우선권(=Verhandlungsvorhand)이라 한다.

◇ Vorkauf 【 우선매입 】

물건의 소유자가 어떤 사람에 대해 일정한 요건에서 그 물건을 매각한다는 일방적인 의무를 부담하는 약정의 한 형태인데, 특히 어떤 자가 물건을 취득하고자 하나 그 소유자의 경우 이를 아직 처분하고자 하지 않는 경우에 나타난다. 선매는 그로 인한 선매권(Vorkaufsrecht)의 행사만으로 인해 매매계약을 성립하게 한다는 데에 그 특징

이 있다. 즉 선매권은 형성권의 일종으로서 상대방에 대한 일방적 의사표시만으로 매매계약의 성립을 이끌게 된다. 다만 선매권은 그 표현 자체가 보여주듯이 그 의무자가 목적물을 제삼자에게 매각하였을 경우 비로소 행사할 수 있으며, 이 경우 권한자는 선매권의 행사에 의해 매매계약과 관련하여 제삼자를 배제할 수 있다. 이 때 선매권 행사에 의해 성립한 매매계약은 선매의 의무자가 제삼자와 체결한 계약의 내용에 따르게 된다. 일반적 견해에 따르면 선매는 이와 같은 이유에서 이중의 조건부 매매(doppelt bedingter Kaufvertrag)이라고 한다. 즉 일차적으로는 선매의 의무자가 제삼자와 매매계약을 체결한다는 조건이고, 두 번째로는 선매권자에 의한 선매권 행사라는 수의조건(□□ Potestativbedingung)이 갖추어야 한다. 선매는 당사자의 합의 이외에도 가령 공동상속인 사이의 선매권(§ 2034 BGB)과 같이 법률규정에 의해서도 성립한다. 선매의 방법 이외에 물건의 소유자가 다른 사람에 대해 일정한 경우 자신의 물건을 매각할 의무를 부담하는 여러 형태의 약정이 있는데, 먼저 매매계약의 예약(□□ Vorvertrag)의 방법으로서 이 경우 예약권자는 선매의 경우처럼 일방적 의사표시만으로 매매계약의 성립을 이끌 수 있는 형성권(Gestaltungsrecht)을 갖는 것은 아니고 단지 본계약인 매매계약의 체결을 위한 청구권을 갖고 있을 뿐이다. 또한 옵션거래(□□ Option) 역시 선매와 유사한 목적을 갖고 있으나, 옵션거래의 경우 선매와는 달리 그 의무부담자가 제삼자와 매매계약을 체결할 것을 옵션권의 행사요건으로 하지 않으며 또한 계약의 내용도 이미 옵션거래에 의해 결정된다. 끝으로 물건의 소유자가 반드시 일정한 사람에게 목적물을 매각해야 할 의무를 부담하지는 않으나(누구에게라도) 매각하고자 의욕할 경우에는 일정한 권한자에 대해 먼저 취득의 기회를 제공해야만 하는 매매계약의 우선권(Vorhand) 부여의 경우도 선매와 비슷한 기능을 하고 있다. 다만 우선권 부여의 경우 선매와 같이 그 권리의 행사만으로 매매계약의 체결을 이끄는 것이 아니라 우선권자에 의한 승낙의 의사표시가 있어야만 계약이 성립하게 된다. 우선권 부여의 의무를 이행하지 않고 제삼자에게 목적물을 매각한 경우, 그 의무자는 우선권자에 대해 의무위반을 이유로 한 손해배상의 책임을 부담하게 된다. 선매제도는 우리나라의 경우 예약완결권을 갖는 일방예약의 형태와 기능상 유사하나 선매의 의무자가 제삼자와 매매계약을 체결한 때에 비로소 행사될 수 있다는 점에서 구별된다. 우리나라의 민법 내에서는 선매제도가 규정되어 있지 않으며 단지 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제122조에서 선매협의에 대하여 규정하고 있을 뿐이다.

◇ Vorkaufrecht 【우선매입권】

기준에는 일본식으로 先買權이라고 번역되어 있으나, 그 의미에 충실하게 우선매입권이라고 하면 이해가 더 빠르고 쉽다. BGB 제577조 제 1 항 우선매입권은 임차인에게 인도 후에 주거소유권이 설정되었거나, 설정될 주거공간의 임대차에서 그 주거공간이 제삼자에게 매도된 때에는 임차인은 우선 매입할 권리를 가진다고 규정하고 있다. 이로써 일정한 경우에 임차인의 임차물에 대한 우선 매입권이 나타난다. 그리고 BGB는 채권적 우선매입권(제577조 이하)과 물권적 우선매입권(제1094조 이하)으로 구분하고 있다. 채권적 우선매입권은 매도의무자와의 계약에 의하여 발생하고 그러한 권리는 계약당사자와 제삼자 사이에 유효하게 체결된 매매계약(비교, 토지매매계약)에서 발생된다. 따라서 동산과 부동산에서 나타나게 된다. 그것은 매도의무자에 대한 (불요식) 의사표시에 의하여 실행되며, 우선매입권 실행으로 매도의무자와 우선매입자간의 매매는 매도의무자가 제삼자와 합의한 일정한 조건(즉, 매매가격 등) 하에서 이루어진다. 매도의무자는 체결된 매매계약의 내용을 우선 매입권자에게 지체 없이 통지해야 한다(제577조 제 2 항). 단지 (그 다음의) 매도 경우만 유효한 채권적 선매권은 다른 합의사항이 없으면 양도와 상속이 불가능하다. 매도가 강제집행의 수단으로 또는 파산관재인에 의해서 이루어진 경우에는 제외된다. 물권적 우선매입권은 단지 토지 또는 토지유사의 권리에 대해서만 인정된다. 원칙적으로 그 내용에 있어서는 채권적 우선매입권에 준용된다. 그러나 물권적 우선매입권은 토지에 대한 부담으로서 등기부에 등기할 수 있는 것으로서, 또한 다른 토지소유권자 그리고 다수 또는 모든 매매의 경우를 위하여 설정될 수 있다. 물권적 우선매입권은 제삼자에 대하여 우선매입권 실행에 의하여 그 소유권이전 의무자에 대하여 발생한 청구권의 담보를 위한 가등기의 효력을 가진다(제1098조 제 2 항). 기타 다양한 법률에서 법정 우선매입권이 존재한다. 예를 들면 건축법 제24조 이하에 의한 거주권 등에서도 존재한다.

◇ vorläufiger Rechtsschutz 【가권리구제】

독일 행정소송절차에 있어서 가권리구제제도는 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 연방 행정법원법(VWGO) 제80조에 의한 집행정지(aufschiebende Wirkung)제도와 제123조에

의한 가명령(einstweilige Anordnung)제도이다. 연방행정법원법 제80조 제 1 항은 행정행위의 취소를 구하는 행정심판(Widerspruch)이나 취소소송(Anfechtungsklage)이 제기 되면 당해 행정행위는 최종판결이 있을 때까지 자동으로 집행이 정지되며, 제 2 항에 따라 예외가 인정된다. 그러나 이러한 예외도 제 5 항의 규정에 따라 법원에 의하여 적용이 배제될 수 있다. 이러한 집행정지제도는 취소소송에만 국한되어 있으므로 다른 소송에는 적용할 수 없다. 따라서 취소소송을 제외한 다른 소송에 있어서의 가권리구제는 제123조에 의한 가명령제도에 의하게 된다. 제123조 제 1 항에 규정되어 있는 가명령제도는 계쟁물(Streitgegenstand)에 대한 가명령과 법률관계(Rechtsverhältnis)에 대한 가명령의 두 가지가 있는데, 이는 각각 민사소송법(ZPO) 제 935조의 가처분과 제940조의 가처분에 유사한 규정이다. 또한 같은 조 제 3 항의 규정에 따라 민사소송법의 여러 규정이 준용하고 있다.

◇ Vorlegungsfrist 【지급제시기간】

지급제시기간(Vorlegungsfrist)은 지급제시(Vorlegung)와 기간(Frist) 또는 기한이 합성되어 지급을 위하여 어음이나 수표를 제시하는 기간을 의미한다. 그러나 구체적으로는 어음법과 수표법에서의 지급제시기간은 그 쓰임에 다소 차이가 있다. 어음의 지급제시기간은 주채무자에 대한 지급제시기간과 소구권보전을 위한 지급제시기간으로 분류되는데 일반적인 개념으로서 지급제시기간이라 함은 후자인 소구권보전을 위한 지급제시기간으로 이해하면 된다. 그리하여 주채무자에 대한 지급제시기간에 대하여 어음법 제70조 제 1 항에 어음소지인이 인수인(Annehmner)에 대하여 어음상의 권리를 행사하기 위한 지급제시기간은 만기로부터 3년간(in drei Jahren vom Verfalltage)임을 정하고 있으나, 소구권보전을 위해서는 지급을 할 날(am Zahlungstag) 또는 그에 이은 2거래일 이내(an einem der beiden folgenden Werktag)에 지급제시를 하여야 한다. 또한 수표의 지급제시기간이라 함은 지급보증인에 대하여 수표소지인이 수표상의 권리를 행사하거나 소구권보전을 위하는 것과 상관없이 국내수표는 수표법 제29조 제 1 항에 따라 지급과 관련한 은행이 발행한 후 8일 내에, 외국수표인 경우는 이 조 제 2 항에 의하여 동일한 대륙(Erdteil)에 위치한 경우는 20일 내, 그리고 다른 대륙에 속하는 경우는 70일내에 제시하여야 한다. 여기에서 유럽대륙의 특성상 제 3 항에서 다음과 같은 것을 정하고 있다. 즉 유럽에 있는 한 나라에서 발행이 되고 지중해에 인접한 국가에서 지급

을 정한 수표뿐만 아니라 지중해에 인접한 국가에서 발행되고 다른 유럽국가에서 지급할 것을 정한 경우는 동일한 대륙에 위치한 외국수표로 간주한다고 한다. 제 4 항에 의하여 위에서 언급한 기간은 수표에 발행일로서 기재된 날로부터 기산한다.

◇ Vorrang des Bundesrechts 【연방법 우위】

연방국가(□□Bundesstaat)는 지방국가연합(Länderbund)과는 다르기 때문에 연방의 법질서와 각 주의 법질서 사이에 그 효력의 우선순위가 연방법 우위의 정신에 따라 정해져야 한다. 그렇지 않으면 연방법과 주법 사이의 동질성이 깨져 연방국가체제의 실효성이 없게 되기 때문이다. 독일 기본법도 이를 분명히 하여 제31조에서 연방법 우위의 원칙을 명문화하고 있다.(GG Art. 31. Bundesrecht bricht Landesrecht; 연방법은 주법에 우선한다.)

◇ Vorrang des Gesetzes 【법률우위의 원칙】

법률우위의 원칙이란 국가의 모든 행정작용은 법률에 위반할 수 없다는 원칙을 말한다. 따라서 수익적 행위나 부담적 행위는 물론이고 조직상의 행위에도 적용되고, 공법형식으로 행해지는 행정작용뿐만 아니라 사법형식으로 행해지는 행정작용에도 적용된다. 또한 행정행위나 공법상의 계약과 같은 구체적인 규율은 물론이고 법규명령이나 조례와 같은 행정입법도 법률에 위배되지 말아야 한다. 법률우위의 원칙은 기본법(GG) 제20조 제 3 항에 근거하는 것으로 소극적 의미의 법률적합성의 원칙이라고도 한다. 법률우위의 원칙에 위배되는 행정작용은 위법한 행정작용이지만 구체적인 법률효과는 일률적으로 말할 수 있는 것이 아니다. 즉 헌법이나 법률에 위반되는 법규명령이나 조례는 무효에 해당하지만, 위법한 행정행위는 하자의 중대성과 명백성 여하에 따라 무효가 되거나 또는 취소의 대상이 된다.

◇ Vorrang des Gesetzes 【법률의 우위】

실정법질서 안에는 각각의 법규범들 사이에 효력의 위계질서가 있다. 헌법(□□Verfassungsrecht)이 가장 최고의 효력을 가지는 법규범이며, 그 다음으로는 형식적 의미

의 법률(Gesetze im formellen Sinne)이 있고 그 아래 법규명령(□□ Rechtsverordnung) 및 자치입법(□□ Satzung)들이 있다. 상위법 우선의 원칙에 따라 형식적 의미의 법률은 헌법에 위반되어서는 안 되며, 하위규범인 법규명령이나 자치입법도 형식적 의미의 법률이나 헌법에 배치되어서는 안 된다. 상위법에 위반되는 하위법은 무효가 된다. 그리고 형식적 의미의 법률은 법규명령이나 자치입법에 의해 폐지되거나 개정되는 것이 아니라 형식적 의미의 법률을 통해서만 폐지되거나 개정되는 것이다. 그러나 법률의 우위를 넓은 의미로 이해할 때에는, 모든 행정행위는 실정법에 위반되어서는 안 된다고 하는 것을 의미한다. 즉 법치국가(□□ Rechtsstaat)의 한 내용이라고도 할 수 있는 행정의 합법성(Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)의 의미로도 이해된다.

□□ Gesetzesvorbehalt 【 법률유보 】

◇ Vorvertrag 【 예약 】

장차 당사자들이 의도한 본계약(Hauptvertrag)을 체결하기 위한 채권법상의 의무를 발생시키는 계약이다. 민법전은 예약에 관해 별도의 규정을 두고 있지 않으나 사적자치의 원칙상 그 유효성을 인정하고 있다. 예약은 일방 당사자만이 상대방에 대해 본계약 체결의무를 부담하는가 양 당사자 모두 그 같은 의무를 부담하는가에 따라 편무예약(einseitig verpflichteter Vorvertrag)과 쌍무예약(gegenseitig verpflichteter Vorvertrag)으로 구별된다. 예약의 체결 여부는 개별 내용에 따라 (본)계약 자체와 구별될 수 있을 뿐이다. 판례에 의하면 당사자가 계약을 체결하고자 하는 의도는 분명히 갖고 있으나 곧바로 본계약을 체결하는데 일정한 장애가 존재하는 경우, 가령 장래의 사정 등과 관련하여 그 개별내용을 모두 상세히 정해둘 수 없거나 체결시기를 분명히 할 수 없는 경우에는 예약의 체결을 인정하는 반면, 당사자들이 이와 달리 의욕 했던 결과를 직접적이고 종국적으로 이끌고자 하는 의도를 갖고 있는 경우에는 예약이 아니라 (본)계약의 성립을 승인하고 있다. 예약은 예약의무자에 대해 본계약의 체결을 위한 채권법상의 의무를 부담시킨다는 점에서 형성권으로서 성격을 갖는 옵션권(Optionsrecht)의 행사를 통해 곧바로 계약의 체결을 이끌어 내는 옵션거래(□□ Option)와 구별된다. 그렇지만 예약의무자가 본계약의 체결을 거부하는 경우 예약권자는 계약체결을 위해 필요로 한 의무자의 승낙의 의사표시를 갈음하는 법원의 판결을 통하여 계약의 체결을 구할 수 있다. 예약이란 표현은 우리나라의 민법에서도 널리 사용

되고 있는데 독일의 경우와는 달리 예약의무자가 단지 본계약 체결의 채권법적 의무만을 부담하는 예약(편무예약 또는 쌍무예약) 이외에 형성권으로서의 예약완결권을 갖는 예약(일방예약 또는 쌍방예약)의 경우도 사용하고 있다는 점에서 그 의미가 완전히 동일하지는 않다.

[W]

◇ Waffenbesitzkarte 【 무기등록부 】

직역하자면 무기소지카드라 할 수 있는데, 이는 내용상 무기등록부를 의미하게 되므로, 무기등록부로 번역할 수 있다. 독일무기법 (Waffengesetz) 제10조(무기의 취득, 소지, 운반 그리고 발사허가의 발급)에 의하면, 제 1 항에서는 무기의 취득과 소지허가는 새로운 무기등록부(Waffenbesitzkarte) 또는 이미 존재하는 무기등록부에 등록함으로써 발급된다. 그리고 그 등록부에는 무기를 위한 허가발급을 위하여 발사무기의 종류, 수량 그리고 구경을 기입해야 한다. 무기취득허가는 1년동안 유효하며, 소지허가는 통상 무기한으로 발급된다. 이러한 허가를 근거로 하여 무기를 취득한 자는 2주 내에 양도한 자의 이름과 주소와 함께 그 취득을 서면으로 관할 관청에 신고해야 하고, 그의 무기등록부를 취득등록을 위하여 제출하여야 한다. 제 2 항에서는 규정하기를, 여러 사람들이 소지하고 있는 무기에 관한 무기등록부는 이들에게 교부될 수 있으며, 이러한 무기등록부는 법인인 스포츠동호회에게도 발급될 수 있다고 정하고 있다. 그들은 어떤 의무에 예속되는데, 그 의무는 무기법 제 4 조 제 1 항 제 5 호의 전제 조건의 존재에 상관없이 동호회가 관청에 대하여 동호회 무기의 점유 전에 책임자를 정해야 하는 것을 말하며, 그 책임자는 동법 제 4 조의 제 1 항 제 1 호에서 제 3 호까지의 전제조건을 증명한 자여야 한다. 또 제 3 항에서는 탄약 취득과 소지를 위한 허가를 규정하고 있다. 이러한 허가는 이 조항에 의거하여 무기소지를 위한 무기등록부에 등록함으로써 발급된다. 탄약취득을 위한 허가는 6개월간 유효하며 탄약소지를 위한 허가는 무기한이다. 제 4 항에 의하여 무기운반허가는 무기증명서를 통해서 발급된다. 제 4 항 제 1 문에 의거한 무기운반을 위한 허가는 특정 발사무기에 대해서는 최대한 3년의 기간동안 발급된다; 그 기간은, 임시적인 수요가 증명되는 경우에는, 더 짧게 할당될 등을 규정하고 있다.

◇ Wahlprüfung 【 선거심사 】

독일에서 선거심사는 선거의 유효성 및 의회 의원들 각각의 당선의 유효성에 관한 절차를 말한다. 독일에서 이런 선거심사는 의회의 사무로 하고 있다. 연방의회 및 주의회 선거에 대한 선거심사는 선거심사위원회(Wahlprüfungsausschuss)의 사전심사 후

에 연방의회 및 주의회가 행사한다.(GG 제41조 제 1 항 참조) 선거심사는 통상 유권자, 선거관리자 또는 의회의장의 제기로 개시된다. 선거심사위원회의 심리는 공개하나 그 결과는 비공개로 한다. 선거심사는 선거의 확인 또는 무효선언으로 행할 수 있다. 의회의 결정에 대해서는 헌법재판소에 헌법소원(Verfassungsbeschwerde)을 제기할 수 있다.(GG 제41조 제 2 항) 독일의 선거심사를 우리나라의 제도와 비교해 볼 때 대법원에서 선거에 관한 소송을 담당하며 또한 헌법소원제기가 불가능 한 점 등 우리의 선거소송제도와는 상당히 다르기 때문에, 독일의 Wahlprüfung을 선거소송보다는 선거심사로 번역하는 것이 의회에서 행하는 독일식 제도의 의미를 살리는 표현이 된다고 본다. 그밖에 지방자치단체 선거에 대해서도 선거심사가 가능한데, 이는 해당 감독관청(Aufsichtsbehörden) 및 행정법원(Verwaltungsgerichte)에서 관장한다.(GG Art. 41 (1) Die Wahlprüfung ist Sache des Bundestages. Er entscheidet auch, ob ein Abgeordneter des Bundestages die Mitgliedschaft verloren hat; 선거심사는 연방의회의 사무이다. 연방의회는 그 의원이 자격을 상실하였는지의 여부를 결정한다. (2) Gegen die Entscheidung des Bundestages ist die Beschwerde an das Bundesverfassungsgericht zulässig; 연방의회의 결정에 대해 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다.)

◇ Wandelschuldverschreibungen mit Bezugsrecht auf Aktien 【신주인수권부사채】

신주인수권부사채는 채권자에게 기채회사에 대한 신주인수권(Bezugsrecht auf Aktien)이 부여된 사채를 말한다. 이 신주인수권부사채의 발행을 위해서는 상법 제221조 제1항에 따라 발행주식의 4분의 3에 해당하는 특별결의(die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapital)를 받아야 가능하다. 신주인수권의 특징은 발행된 신주에 대하여 다른 사람보다 우선권을 인정하여 주식을 배정받을 수 있다는 것과 회사입장에서는 신주인수권을 행사에 따라 추가적인 자금이 유입이 되어 회사에 실질적인 자금이 조달되는 효과를 발생시킨다는 것이다.

◇ Wandelschuldverschreibungen 【전환사채】

채권자에게 주식으로 전환할 수 있는 권리인 전환청구권(Umtauschrecht)이 인정된 사채를 전환사채(Wandelschuldverschreibungen)라고 한다, 전환청구권은 주식회사법 제

221조 제 1 항에 의하여 단지 주주총회의 특별결의를 통하여서만 행사가 가능한 것이다. 일반적으로 전환사채는 무기명채권증권(Inhaberschuldverschreibungen)이나 상업채무증권(kaufmännische Verpflichtungsschein)의 형태로 부여된다. 전환사채 교부의 목적은 주식회사 입장에서 사채를 모집하여 회사의 자금조달을 원활하게 하는 것이다. 채권자입장에서는 기채회사에 사채에 대한 이자를 통하여 확정이자이익을 얻는 것 외에도 회사가 적당히 발전하게 되면 그 반사이익으로 전환청구권이나 신주인수권(Bezugsrecht)을 통하여 그 이익에 참여할 수 있는 것이 전환사채의 특징이다.

◇ Warehouseman 【창고업자】

타인을 위하여 창고에 물건을 저장(Lagerung)하거나 보관(Aufbewahrung)하는 것을 영업으로 하는 자를 창고업자(Warehouseman)라고 하고 이를 ‘Lagerhalter’라고도 부른다. 이 같은 영업을 창고업(Lagergeschäft)이라고 한다. 상법 제 1 조 제 2 항 6호에 따라 창고업자는 상인(Kaufmann)이다. 화물운송업자(Frachtführer, Spediteur)가 주로 창고업자인 경우가 보통인데 이는 상업상 영업에서 정기적으로 물품을 저장하게 되기 때문이다.

□□ Lagerhalter 【창고업자】

◇ Warenzeichenrecht 【상표권】

1994년 10월 25일에 제정된 ‘상표법(Markengesetz)’에 근거하여 기업의 신용 확보와 부정한 경쟁의 방지를 목적으로 이 법의 취지에 따라 상표를 보호하기 위하여 인정된 것이 상표권(Markenrecht)이다. 이를 Warenzeichenrecht라고도 한다. 이하는 Markenrecht인 상표권을 참조한다.

□□ Markenrecht.

◇ Wechselabschrift 【어음등본】

어음등본이라 함은 어음원본을 등사한 것을 말한다. 어음의 복본(Wechselduplikate, Ausfertigungen)과는 달리 어음등본(Wechselabschrift) 자체가 어음은 아니지만 등본 위

에 배서 또는 보증을 할 수 있다. 어음등본을 인정하는 이유는 어음의 원본의 상실을 방지하기 위하여 이를 보관하고 등본을 가지고 어음을 유통시키고자 하는 의도에서부터 출발한다. 등본은 어음법 제67조에 따라 “모든 어음소지인에게는 등본을 만들 권한이 있으며(Jeder Inhaber eines Wechsel ist befugt, Abschriften davon herzustellen)”, “등본에는 배서 및 기타 원본에 기재한 모든 사항을 정확히 다시 기재하고 그 말미를 표시하는 기재 즉 경계문언(Trennungsvermerk)을 하여야 한다(Die Abschrift muß die Urschrift mit den Indossamenten und allen anderen darauf befindlichen Vermerken genau wiedergeben. Es muß angegeben sein, wie weit die Abschrift reicht)”. 또한 등본에는 원본과 동일한 방법에 의하여 동일한 효력으로 배서(indossiert) 또는 보증(Bürgerschaftserklärung)을 할 수 있다. 제68조 제1항에 의하여 등본에는 원본의 소지인(Verwahrer, Antreffungsvermerk)을 기재하여야 한다. 등본은 그 자체로는 어음이 아니어서 이것으로 인수 또는 지급청구를 하지 못한다. 그 외에도 제3항은 “등본작성 전에 한 최후의 배서의 뒤에 ‘이 후의 배서는 등본에 한 것만이 효력이 있다’ 또는 이와 동일한 의미의 문언을 원본에 기재한 경우에는 그 후에는 등본에만 배서를 할 수 있고 원본에 기재한 그 후의 배서는 무효가 된다(Enthält die Urschrift nach dem letzten, vor Anfertigung der Abschrift daraufgesetzten Indossament den Vermerk ‘von hier ab gelten Indossamente nur noch auf der Abschrift’ oder einen gleichbedeutenden Vermerk, so ist ein später auf die Urschrift gesetztes Indossament nichtig)”는 것을 정하고 있다.

이에 대하여 ‘어음의 복본(Wechselkopien, Wechselduplikate)’은 한 개의 어음상 권리를 표창하는 여러 통의 증권을 말하는 것으로 그 근거규정은 어음법 제64조에서 제66조 사이와 수표법 제49조와 제50조이다. 이에 의하면 환어음과 수표는 동일한 내용의 수통의 복본으로 발행할 수 있으나 약속어음의 경우에는 복본제도가 허용되지 아니한다. 복본으로서의 효력을 가지기 위해서는 그 증권의 본문 중에 ‘연이은 번호(mit fortlaufenden Nummern)’를 붙여야 한다. 이를 붙이지 아니한 때에는 그 수통의 복본은 각각 이를 특별한 환어음(besonderer Wechsel)으로 본다. 또한 어음에 1통만으로 발행한다는 뜻을 기재하지 아니한 때에는 소지인은 자기의 비용으로 복본의 교부를 청구할 수 있다. 이 경우에는 소지인은 자기의 직접 배서인에 대하여 이를 청구하고 그 배서인은 다시 자기의 배서인에 대하여 청구함으로써 이에 협력하여 순차로(in der Reihenfolge) 발행인에게 미치게 한다. 각 배서인은 새 복본에 배서를 다시 하여야 한다. 복본의 각통은 평등한 지위를 가지는 완전한 증권이고, 각 복본 간에 정부(正副)

내지 주종(主從)의 관계는 없고 복본 중 어느 한 통만으로도 어음상의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 각 복본은 동일한 어음관계를 표창하는 것이므로 그 중에서 어느 한 통으로 이미 권리를 행사한 경우에는 나머지 복본은 효력을 상실한다. 이는 여러 개의 복본 위에 한 개의 어음 내지 수표상의 권리가 존재한다는 것에서 나오는 것이다. 환어음의 경우 복본제도를 인정하는 이유는 원격지에 어음을 안전하고 확실하게 송부하는 수단으로 이용되거나 복본은 타지(他地)에 있는 지급인에게 대하여 인수를 위하여 어음을 지급지에 송부하는 경우에는 한 통은 이 송부에 이용하고 다른 한통은 배서양도용으로 이용하기 위함이다. 더불어 수표의 경우에 이 제도를 이용하는 것은 수표가 국제적으로 유통되는 경우에 도난, 분실 또는 연착에 대비하여 복본을 이용하는 것이다.

Wechselkopien, Wechselduplikate

◇ Wechselbürgschaft 【 어음보증 】

Bürgschaft는 ‘보증’이라는 의미로 민법 제765조에 따라 주로 주채무자가 채무를 이행하지 않는 경우에 타인이 대신하여 이행해야 할 중된 채무를 부담하는 일을 말한다. 그러므로 여기에 어음의 의미인 Wechsel이 붙어 ‘어음보증’이라는 용어가 되는데 이는 주된 어음행위에 의하여 생긴 어음채무를 담보할 목적으로 하는 부속적인 어음행위를 말한다. 이를 ‘Aval’이라고도 하는데 이는 붙어인 ‘aval’에서 온 것이다. 이 어음보증은 어음법 제31조에 어음보증방식을 정하고 있는데 이에 따르면 어음이나 보전(Anhang)에 하고 보증(Bürge)나 이와 동일한 의미의 문언을 통하여 명시적으로 표시되고 보증인(Wechselbürge)이 서명해야 한다. 특히나 어음의 앞면(Vorderseite)에 한 단순한 서명(bloße Unterschrift)은 어음행위의 하나인 보증의 의사표시(Bürgschafterklärung)로 본다. 그러나 지급인(Bezogene)이나 발행인(Aussteller)의 서명은 그러하지 아니한다. 또한 “보증에는 누구를 위한 보증인가를 표시하여야 하는데 만일 그 표시가 없는 때에는 발행인을 위한 것으로 본다(In der Erklärung ist anzugeben, für wen die Bürgschaft geleistet wird; mangels einer solchen Angabe gilt sie für den Aussteller)”. 이 법 제30조에서는 어음금의 지급은 어음보증을 통하여 전부 또는 일부에 대하여 담보를 할 수 있다고 하며 이 담보는 제삼자나 어음상에 이미 서명을 한 자로부터 행해질 수 있음을 정하고 있다. 어음보증자의 책임과 관련해서는 제32조가 정하고 있는데 이에 따르면

“보증자는 보증된 자와 동일한 책임을 지고(Der Wechselbürge haftet in der gleichen Weise wie derjenige, für den er sich verbürgt hat)”, “담보된 채무가 그 방식의 하자로 인한 것과는 다른 이유로 인하여 무효가 된 경우에는 보증행위는 효력이 있다(Seine Verpflichtungserklärung ist auch gültig, wenn die Verbindlichkeit, für die er sich verbürgt hat, aus einem anderen Grund als wegen eines Formfehlers nichtig ist)”. 이는 어음보증에는 어음행위 독립의 원칙이 적용되어 보증의 전체 행위가 무효이더라도 어음이 형식적으로 유효한 이상 보증의 효력을 인정하려는 취지에서 비롯된다. 그리고 “환어음금액을 지급한 어음보증인은 보증된 자와 그에게 어음상 채무를 지는 모든 자에 대하여 어음으로부터 생기는 권리를 취득하게 된다(Der Wechselbürge, der den Wechsel bezahlt, erwirbt die Rechte aus dem Wechsel gegen denjenigen, für den er sich verbürgt hat, und gegen alle, die diesem wechselfällig haften)”. 이는 어음보증인에게 인정된 어음법상 구상권이다.

Aval

◇ Wechselduplikate 【어음복본】

Wechselabschrift

◇ Wechselerklärung 【어음행위】

어음이라고 하는 증권에 행해지는 모든 법률행위를 어음행위라 한다. 이는 일반적인 민법상의 법률행위 내지 상법상 통용되는 상행위와는 다른 의미로서 법률상의 의미가 아닌 강학상의 의미이다. 어음에 효력을 붙여넣기 위한 법정사항을 기재하고 기명날인 또는 서명을 형식적 요건으로 하는 증권적 법률행위인 것이 보통인데 주로 발행(Ausstellung), 배서(Indossament), 보증(Wechselbürgschaft), 인수(Annahme), 참가인수(Ehrenannahme), 지급보증(Bestätigung) 등의 요식의 서면행위를 말한다.

◇ Wechselmoratorium 【어음지급유예】

전쟁, 지진, 홍수, 공황, 기타 사변 등으로 법령에 의거하여 어음채무의 지급이 유예되는 것을 어음지급유예(Wechselmoratorium)라고 한다. 흔히 moratorium을 지불유예라

고 하는데 라틴어로 ‘지체하다’란 뜻의 ‘morari’에서 파생된 말로 대외 채무에 대하여 일정기간 채무를 유예하거나 연기하는 것을 말한다. 이 어음지급유예에는 만기자체를 연장하는 경우와 만기 자체에는 변경이 없고 단순히 제시기간과 거절증서작성기간만을 연장하는 경우가 있는데 어음법 제54조 제 1 항에 취지에 의하면 보전절차연장주의를 채택하여 제시기간과 거절증서작성기간만을 연장하는 형태로 운영이 되고 있다. 우리나라 어음법도 같은 취지의 어음지급유예를 인정한다. 제 1 항에 법정기간 내에 환어음의 제시(Vorlegung)나 거절증서의 작성(Erhebung des Protestes)이 피할 수 없는 장애, 즉 국가의 법령이나 기타 불가항력(gesetzliche Vorschrift eines Staates oder ein anderer Fall höherer Gewalt)로 인하여 그 기간을 연장한다고 하고 제 2 항은 어음의 소지인에게 불가항력의 경우 자기의 직전 배서인에게 지체없이 이를 알려야 하고 어음 또는 보전(Anhang) 내지 별지에 자신의 서명, 장소 및 일자를 표기 하여 그 통지 내용을 기재하여야 한다. 제 3 항에 따라 불가항력의 사항이 제거되면 소지인은 어음을 지체없이 인수나 지불을 위하여 제시하고 경우에 따라 거절증서를 작성시켜야 한다. 제 4 항에 의하면 만기로부터 30일 이상 불가항력이 계속되면 어음의 제시나 거절증서를 작성할 필요없이 소구권을 행사할 수 있다. 또한 제 5 항에는 일람출급어음(Sichtwechsel)이나 일람후정기출급어음(Nachsichtwechsel)의 경우 30일의 기간은 소지인이 불가항력의 사실을 배서인에게 통지한 날로부터 기산한다. 이 통지는 제시기간의 경과 전에(vor Ablauf der Vorlegungsfrist) 할 수 있다. 그리고 일람후정기출급어음의 경우에 30일의 기간에 어음에 기재한 일람 후의 기간(Nachsichtfrist)을 가산하여 연장한다. 그 외에도 제 6 항에 따르면 소지인이나 소지인으로부터 어음의 제시나 거절증서작성의 위임을 받은 자의 단순한 인적사항은 불가항력으로 보지 않는다.

◇ Wechselstrenge 【 어음엄정 】

어음법이 어음의 피지급성을 확보하고 어음거래의 유통성을 보호하기 위하여 일반채무와는 달리 어음채무를 특별히 엄격하게 규정하고 있는 것을 어음엄정(Wechselstrenge)이라고 한다. 어음행위는 어음이 다수자 사이에 유통되기 때문에 어음상에 객관적으로 표시된 기재사항에 따라 형식적으로 효력이 발생하는 것이어서 이러한 성격도 어음엄정의 한 내용을 이루는 것이다. 이 어음엄정의 가장 전형적인 예가 어음채무자의 항변을 일정한 경우에 제한하는 것이다. 어음엄정은 형식적 어음엄정과 실질적 어음

엄정으로 나뉜다. 형식적 어음엄정이란 어음에 특유한 간단하고 신속한 어음소송이 인정되어 있는 것을 말한다. 특히 민사소송법 제 5 편에서 어음소송제도를 두고 있어 원활한 진행을 도모하고 있다. 이에 반하여 실질적 어음엄정이란 어음채무자에게 엄격한 채무를 부담하는 것을 말한다. 이에 관하여 구체적인 것이 어음의 무인성(無因性) 내지 추상성(Abstraktheit)과 어음항변의 절단 등이 있다. 어음행위의 무인성이란 어음행위가 매매나 금전소비대차 등과 같은 원인관계의 수단으로 행하여지는 것이 일반적이지만 이러한 원인관계 즉 자금관계의 부존재, 무효, 취소 등에 영향을 받지 않는다는 것이다. 이 어음의 무인성은 어음엄정의 구체적인 것에 해당하는 어음법 제 17조의 어음상 인적항변(Einwendung des Wechselschuldners)의 절단과 관련이 된다. 즉 어음에 의하여 청구를 받는 자는 발행인 또는 종전의 소지인에 대한 인적 관계로 인한 항변으로서 소지인에게 대항하지 못한다.

◇ Wehrhafte Demokratie 【 방어적 민주주의 】

방어적 민주주의란 민주주의라는 미명 아래 민주주의 그 자체를 공격하거나 자유라는 미명 아래 자유 그 자체를 말살하려는 민주주의의 적으로부터 민주주의 그리고 더 나아가서는 헌법질서를 효과적으로 보호하고 방어하기 위한 제도적 장치를 말한다. 헌법은 헌법적 규율 내용을 준수하는 것을 보장해야 할 뿐만 아니라, 헌법의 존립을 보장하는 제도적 장치도 스스로 마련해 놓아야 한다. 특히 헌법에 대한 위해나 침해에 효과적으로 대처하기 위해서 헌법 스스로 마련한 일정한 보호수단을 헌법 내재적 보호수단이라고 한다. 헌법 내재적 보호수단에 해당하는 제도로 기본권상실제도(Grundrechtsverwirkung)와, 정당해산제도(Parteiverbot)를 들 수 있는데, 이 두 제도가 바로 방어적 민주주의이론에 그 바탕을 둔 것이라고 할 수 있다. 그러므로 방어적 민주주의는 민주주의원리의 한 구성내용이자 헌법보호의 수단이기도 하다.

그리고 방어적 민주주의를 투쟁적 민주주의(streitbare Demokratie)라고 부르기도 한다. 그 이유는 민주주의에 내포된 일정한 가치적 내용들을 민주주의 스스로 그리고 더 나아가서는 헌법 스스로 지키기 위해서 이와 같은 제도들을 적극적으로 그리고 투쟁적으로 마련해 놓았다고 보기 때문이다.

◇ Weisungen 【 지시 】

‘지시’는 소년법원법상의 보호처분(□□ Erziehungsmaßregeln)의 하나로서 소년의 생활을 규율하여 교육을 장려하고 확보하기 위해 주어지는 명령이나 금지이다(§10 I JGG). 소년법원법상의 보호처분 중에서 중심적 역할을 하는 것은 지시이다. 그 밖에 지시는 형법 제53c조에 따라 집행유예(□□ Strafaussetzung zur Bewahrung)에 부과되는 사항 중의 하나이며, 보안관찰(Führungsaufsicht)에도 지시사항을 부과할 수 있다.

1) 지시의 내용으로서 법관은 1.지정한 지역에 거주할 것, 2.정해진 가정이나 시설에서 살 것, 3.교육 또는 일자리를 받아들일 것, 4.노동의 성과를 납부할 것, 5.특정인, 즉 후견인(Betreuungshelfer)의 보호와 감독에 따를 것, 6.사회적 훈련과정에 참여할 것, 7.가해자-피해자-화해(□□ Täter-Opfer-Ausgleich)를 위해 노력할 것, 8.특정인과의 교제나 유흥업소 등의 출입을 금할 것, 9.교통교육에 참여할 것 등을 지정할 수 있다(§10 I JGG).

2) 법관은 또한 보호자나 법정대리인의 동의를 얻어 소년들에게 전문가에 의한 치료적 처우를 받도록 하거나 금단치료과정에 참여하도록 할 수 있다(§10 II JGG항). 이러한 치료처우는 소년이 16세 이상인 경우에는 소년의 동의를 전제로 한다. 법관은 지시의 기간을 정할 수 있는데, 지시의 기간은 2년을 넘지 못하며, 특히 제 5 호 후견인의 보호감독은 1년을, 제 6 호 사회적 훈련과정 참여는 6개월을 넘지 못한다(§11 I JGG). 법관은 소년의 교육을 위해 필요한 경우 지시내용을 변경 또는 면제하거나 그 기간을 3년까지 연장할 수 있다(§11 II JGG). 소년이 그의 귀책사유로 인해 지시를 이행하지 못했을 때에는 소년구류(□□ Jugendarrest)를 부과할 수 있다(§11 III JGG).

◇ Weiterbeschäftigungsanspruch 【 계속근로청구권 】

계속근로청구권이란 해고의 효력을 다투고 있는 자가 일정한 요건을 갖춘 경우 해고예고기간이 경과한 후에도 확정판결이 있을 때까지 사업장에 계속 머물 수 있는 권리를 말한다. 중업원평의회법(BetrVG) 제102조 제 5 항에 의하면 중업원평의회가 반대 있어야 계속근로청구권이 인정되어 진다. 그러나 판례는 중업원평의회가 없는 사업장이나 이러한 요건을 충족하지 못한 경우에 대해서까지 광범위하게 계속근로청구

권을 인정하고 있다(BAG AP Nr. 2, 4 und 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). 그러나 이러한 계속근로청구권은 집단적 근로관계법상의 근로자성을 인정하는 것이지, 개별적 근로관계법상의 근로자성까지 인정하는 것은 아니다.

◇ Wertpapier 【 유가증권 】

유가증권거래에 관한 법(WpHG) 제 2 조에 유가증권을 정의하고 있다. 이에 의하면 제 1 항에서 이 법에서 말하는 유가증권이란 비록 문서(Urkunden)로 발행되지 않더라도 주식(Aktien), 주식을 대체하는 투자증권(Zertifikate), 사채(Schuldverschreibungen), 이익배당 또는 잔여재산청구권을 가지는 향유증권(享有證券, Genußscheine), 옵션거래증권(Optionsscheine)과 시장에서 거래되는 주식이나 사채에 비견할 만한 기타의 유가증권(andere Wertpapiere, die mit Aktien oder Schuldverschreibungen vergleichbar sind) 등이 속한다. 또한 유가증권은 자본투자회사(Kapitalanlagegesellschaft)나 외국계의 투자회사(Investmentgesellschaft)로부터 교부된 투자자산(Investmentvermögen)에 있어서 지분증서도 포함된다. 이 제 1 항에 추가로 제 1a항에서는 제 1 항에 속하지 않고 보통 금융시장에서 거래되는 채권(Forderung)도 이 법의 의미상 유가증권임을 밝히고 있다.

그러나 실제로 상법상 유가증권으로 취급되어지는 것은 법적인 정의에 의하여 정하여진 것이라기보다는 법학적인 정의에 의하여 특히 유가증권법리론(Wertpapierrechtstheorie)에 따라 정의되어지고 있다. 이에 의하면 권리의 행사를 위하여 증권의 소지(Besitz)를 필수적으로 하는 것으로서 사법상의 권리를 표창한(verbrieften) 증권이 곧 유가증권이라고 한다. 그러므로 단순한 면책증권(Legitimationspapiere) 내지 자격증권과 단지 사권을 증명하는 증거증권(Beweisurkunden)은 유가증권에 속하지 않는다. 협의의 유가증권에는 권리가 증권을 통하여 화체된 것(verkörpert)이고 일종의 물건처럼 양도할 수 있는 것이 해당된다. 흔히 어음(Wechsel)이나 수표(Scheck)와 같은 것이 그 예가 될 수 있다. 어음은 본질적인 유가증권어음(konstitutive Wertpapiere)과 선언적인 유가증권(deklaratorische Wertpapiere)으로 흔히 구분하는데, 전자인 본질적 유가증권은 표창된 권리의 생성이 증권의 발행에 좌우되는 반면, 선언적 유가증권은 권리의 생성을 위해서 증권의 발행이 필수적이지는 않다. 본질적 유가증권에는 일반적으로 어음이, 선언적 유가증권에는 주식이 해당한다. 그 외에도 권리가 증권에 표창된 방법에 따라 구별하는 관점도 있는데 채권을 증권화한 채권적 유가증권(schuldrechtliche Wertpapiere)으로

무기명채권증권(Inhaberschuldverschreibung)이 있는데, 어음 및 수표가 이에 해당된다. 반면 물권적 유가증권(sachrechtliche Wertpapiere) 또는 물권증권은 물권(Sachenrecht)이 증권에 표창된 담보증권(Hypothekenbrief)과 구성원의 권리, 즉 사원권이 증권에 표창된 사원권적 유가증권(Mitgliedschaftspapiere) 내지 사원권증권이 있다. 특별히 기명증권(Rektapapiere), 지시증권(Ordrpapiere)과 무기명증권(Inhaberpapiere) 사이의 구별도 유가증권을 이해하는 데에 중요한 표지가 된다. 기명증권은 증권상에 특정인을 권리자로 기재한 증권으로서 지명채권의 양도에 관한 방식과 그 효력으로써만 양도할 수 있으므로 굳이 권리의 이전에 증권의 소지를 요한다고 볼 수 없기에 일반적으로는 유가증권의 고유한 방법에 따른 유통을 목적으로 한 증권이라고는 볼 수 없다. 그러므로 유가증권성이 부인되는 경우가 있기는 하지만 경우에 따라 기명증권이면서도 엄연히 유가증권성이 인정되는 형태가 있으므로 기명증권은 넓은 개념의 유가증권으로 본다. 반면 증권상에 권리자로서 특정인을 지정하지 아니하고 증권의 정당한 소지인을 권리자로 취급하는 무기명증권과 증권상에 기재된 자 또는 그가 지시하는 자를 권리자로 하는 증권인 지시증권은 협의의 개념의 유가증권에 속한다.

우리나라에서 유가증권을 구별하는 법적인 기준으로는 상법과 증권거래법이 있다. 상법에 의하면 유가증권이란 사권이 표창되어 있는 증권으로서 그 권리의 주장을 위하여 증권의 소지를 필요로 하는 증권을 말한다. 권리와 증권이 결합되어 권리의 행사를 용이하고 안전하게 하며 또 권리의 유통성을 제고시키는 기능을 한다고 한다. 또한 증권거래법에서는 유가증권의 발행과 매매 기타의 거래를 공정하게 하여 유가증권의 유통을 원활하게 하고 투자자를 보호함으로써 국민경제의 발전에 기여함을 목적으로 하므로, 그 범위가 좁은 데 이 법에서 유가증권이라 함은 국채증권, 지방채증권, 특별한 법률에 의하여 설립된 법인이 발행한 채권, 사채권, 특별한 법률에 의하여 설립된 법인이 발행한 출자증권, 주권 또는 신주인수권을 표시한 증서, 외국이나 외국법인이 발행한 증권 또는 증서 중 재무부장관이 지정하는 것 및 증권 또는 증서와 유사한 것으로 대통령령이 정하는 것을 말한다고 한다.

◇ wesentliche Bestandteile eines Rechtsgeschäfts

□□ essentialia negotii

◇ **Wesentlichkeitstheorie** 【 **본질성이론** 】

본질성이론이란 국가의 공동생활에 필요한 본질적인 사항에 관한 기본결정은 원칙적으로 국민의 대표로 구성된 의회의 입법권에 속한다는 것을 의미하는 이론이다. 그러므로 이런 본질적인 사항을 의회에서 제정한 법률에서 규율하지 않고 하위규범인 행정입법에 위임하는 것은 본질성이론에 따르면 허용되지 않는다. 이런 본질성이론은 특히 독일연방헌법재판소의 학교법(Schulrecht)과 관련한 판결들(BVerfGE 47, 46; BVerfGE 49, 89 참조)을 통해 발전된 이론이며, 1976년 독일법률가대회(Deutscher Juristentag)에서 Th. Oppermann교수에 의해 처음으로 본질성이론이라고 명명되었다. 그 후 본질성이론은 그 의미가 법치국가원리에서 법률유보(□□ Gesetzesvorbehalt)의 원칙이 가지는 뜻을 강조하는 의미로 사용되고 있으며, 법률유보의 원칙의 적용범위에 관한 학설 중의 하나로도 제시되고 있다.

◇ **Wettbewerbsverbot** 【 **경업피지의무** 】

경업피지의무란 일정한 자가 타인의 영업에 대하여 부정한 방법으로 경쟁하는 것을 금지하는 부작위의무를 말한다. 근로계약의 당사자는 근로계약의 존속 중에 경업피지의무를 부담하게 된다. 근로관계가 종료한 후의 경업피지의무에 대해서도 계약으로 정할 수 있다. 이러한 계약이 유효하기 위해서는 적절한 보상이 이루어져야 한다(§ 74 HGB). 상업사용인(□□ kaufmännische Angestellte)은 상법(HGB) 제60조에 의하여 경업피지의무를 지게 된다.

◇ **Widerruf (einer Willenserklärung)** 【 **(의사표시의) 철회** 】

이는 어떠한 의사표시를 거두어들이는 것을 말하며, 상대방 있는 단독행위이다. 예를 들면, 미성년자가 법정대리인으로부터 재산처분 등 법률행위에 관하여 동의를 얻었음에도 불구하고 아직 그 행위를 행하지 않은 경우에는 법정대리인은 그 동의를 취소하고 미성년자의 그 행위를 중지시킬 수 있다. 이와 같이 아직 효과가 발생하지 않은 법률행위로부터 효과발생의 가능성을 박탈하는 것을 철회라 고한다. 유언의 철회

(Widerruf des Testaments), 증여의 철회(Widerruf einer Schenkung), 행정행위의 철회(Widerruf von Verwaltungsakten) 등에서 사용된다.

◇ **Widerruf von Verwaltungsakten 【 행정행위의 철회 】**

행정행위의 철회는 하자 없이 적법하게 성립한 행정행위를 사후에 발생한 새로운 사정으로 인하여 더 존속시킬 수 없는 경우에 장래에 대하여 그 효력의 전부 또는 일부를 소멸시키는 것이다. 행정행위의 철회는 적법한 행정행위에 대하여 그 효력을 소멸시키는 것이므로 성립당시의 하자로 인한 위법한 행정행위를 소멸시키는 행정행위의 취소(Rücknahme von Verwaltungsakten)와 구별된다. 연방행정절차법(VwVfG) 제49조가 이를 규정하고 있다. 제49조 제 1 항은 “수익적 행정행위가 아닌 적법한 행정행위는 불가쟁적으로 된 이후에도 철회 후 동일한 내용의 행정행위를 다시 발하여야 하거나 또는 다른 이유로 철회가 허용되지 않는 경우를 제외하고 그 전부 또는 일부가 장래에 대하여 철회될 수 있다(Ein rechtmäßiger nicht begünstigender Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, außer wenn ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erneut erlassen werden müßte oder aus anderen Gründen ein Widerruf unzulässig ist.)”고 규정하고 있다. 이는 부담적 행정행위의 철회에 관한 것이다. 이에 비하여 수익적 행정행위의 철회는 상대방의 신뢰보호의 관점에서 상당한 제한을 받는다. 즉 철회에 대한 공익이 개인의 신뢰보호보다 우월한 경우이어야 하며 제 2 항에서 철회사유를 열거하고 있다. 또한 수익적 행정행위의 철회는 철회사유를 안 날로부터 1년 이내에 하여야 한다.

◇ **Widerspruch 【 행정심판, 이의 】**

연방행정법원법(VWGO) 제68조 제 1 항 제 1 문은 “취소소송을 제기하기 전에 행정행위의 위법성과 부당성에 대하여 전심절차에서 재심하여야 한다(Vor Erhebung der Anfechtungsklage sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit in einem Vorverfahren nachzuprüfen.)”고 규정하고 있다. 또한 제69조는 “전심절차는 행정심판의 제기로부터 시작한다(Das Vorverfahren beginnt mit der Erhebung des Widerspruchs.)”라고 규정하고 있다. 행정심판은 행정행위의 취소를 구하는 취소소송과 제68조 제 2 항에 따라 행정

행위의 발급이 거부된 경우의 의무화소송을 제기하기 위한 필요적 전심절차이다. 다만 제68조 제1항 제2문에 따라 법률에 다른 규정이 있거나 또는 법률이 전심절차를 규정하고 있는 경우 이외에 행정행위가 연방 최고위 행정청이나 주 최고위 행정청에 의해 발하여진 때 또는 제삼자가 재결에 대하여 처음 이의를 제기한 때에는 전심절차는 거치지 않아도 된다. 행정심판은 행정소송과 더불어 공권력작용으로 침해된 국민의 권리를 구제하는 제도이지만 이는 행정청에 의한 행정작용이다. 따라서 행정소송이 단지 위법성 여부만을 판단할 수 있는데 비하여 행정심판은 위법성은 물론이고 부당성도 심사의 대상이 된다. 행정심판은 행정행위가 상대방에게 고지된 후 1월내에 당해 행정행위를 발한 행정청에 제기하여야 한다.

◇ Widerspruchsklauseel 【 이의약관 】

보험계약법 제5조 제1항에는 보험증권(Versicherungsschein)의 내용이 그 청약서(Antrag)나 합의사항(Vereinbarungen)과 다르면, 보험계약자(Versicherungsnahmer)는 보험증권을 수령(Empfang)한 후 1개월 내에 서면으로 이의를 주장하지 않는다면 그 차이에 동의한(genehmigt) 것으로 간주한다고 정하고 있다. 이는 보험증권의 정부(正否)에 대하여 증권수령으로부터 1월 내에 한하여 서면상 이의를 주장할 수 있다는 것을 표명한 것으로 이를 정한 약관을 이의약관(Widerspruchsklauseel)이라 한다. 이 이의약관의 효력과 관련하여 이 조 제2항에 의하여 보험증권을 교부하면서 보험자가 보험계약자에게 보험증권수령 후 1월 내에 이의를 제기하지 않으면 보험증권에 기재된 내용에 동의한다는 것을 주지시켜야 하는데 이는 보험증권에 눈에 띄는 문언이나(durch einen auffälligen Vermerk) 특별히 서면상의 통지를 통하여(durch besondere schriftliche Mitteilung) 이에 대하여 지시 내지는 지적을 하여야 한다.

◇ Widmung 【 공용지정 】

공용지정은 공용개시 또는 공용개시행위라고도 하며 공물을 성립시키는 행위이다. 공용지정은 권한 있는 기관이 특정물건을 특별한 공적 목적에 제공한다는 것과 따라서 특별한 공법상의 이용질서 하에 놓인다는 것을 선언하는 법적 행위이다.

공용지정은 법규에 의하거나 또는 행정행위에 의하여 성립한다. 법규에는 법률, 법규명령, 자치법규 또는 관습법 등이 포함된다. 법률에 의하여 직접 공용지정되는 예로는 연방수로법(WaStrG) 제 5 조 또는 연방항공교통법(LuftVG) 제 1 조를 들 수 있다. 관습법에 의한 예로는 해변가 백사장을 들 수 있다. 행정행위에 의한 공용지정은 공물의 형성에 가장 전형적이고 일반적인 형식이다. 연방도로법(FStrG) 제 2 조 제 1 항이 대표적인 예에 해당한다. 공용지정은 직접적으로 인적인 법률관계를 규율하는 것이 아니므로 이를 물적행정행위(dinglicher Verwaltungsakt)라고 한다.

◇ Wiederaufbauklausel 【 복구약관 】

화재보험(Feuerversicherung)의 경우에 보험자가 보험규정에 따라 피보험의 건물의 복구를 위하여 보상금을 지급할 의무가 있다면 보험계약자는 규정에 맞게 금원이 쓰인다는 것이 보장된다면 우선 그 보상금의 지급을 요구할 수 있다는 것을 보험계약법 제97조는 정하고 있는데 이와 같이 피보험 건물의 복구와 관련하여 보험금을 우선적으로 청구할 수 있다는 것을 기재한 약관을 복구약관(Wiederaufbauklausel)이라 한다.

◇ Wiedergutmachung 【 원상회복 】

원상회복 또는 손해원상회복(Schadenswiedergutmachung)은 범죄행위자가 범죄로 인해 야기된 손해나 불법을 회복하여 법질서와 국가, 사회 및 공동체와의 갈등을 해결하려는 시도이다. 이는 기존의 형사제재가 범죄로 인해 야기된 갈등을 해결하지 못하고 오히려 또 다른 문제를 야기하여 공동체의 평화회복에 기여하지 못했다는 경험적 반성에서 제기된 대안적 형사제재(Alternative Sanktionen)의 하나이다. 형사제재의 대안으로서의 원상회복은 형법에 대한 새로운 이해를 전제로 한다. 즉, 단순한 응보가 아니라 비공식적 통제, 즉 자율적 규제의 메카니즘을 다시 활성화하여 형법의 계속적 확장을 제한하여야 한다는 것이다. 따라서 원상회복은 가해자와 피해자가 의사소통의 차원에서 갈등을 해결하고 가능하면 형법적 대응을 회피하려 한다. 그리고 가해자와 피해자 사이의 원상회복 내지 화해는 어떤 식으로든 피해자의 손해를 보상하려는 가해자 측의 노력을 전제로 한다. 이런 점에서 원상회복은 가해자-피해자-화해(□□ Täter-Opfer-Ausgleich)와 공통되지만, 가해자-피해자-화해는 경우에 따라 가해자의 보

상 없이도 가능하다는 점에서는 서로 구별된다.

원상회복과 구별되는 개념은 공적부조(öffentliche Entschädigung)의 개념이다. 공적부조는 국가가 범죄피해자에 대한 보상을 실시하는 것으로 국가가 아닌 가해자에 의한 보상이 요구되는 원상회복과 구별된다. 또한 원상회복은 민사상의 손해배상과도 구별된다. 민사상의 손해배상을 위해서는 피해자 측에서 추가적인 소송 등 물질적, 사법적 노력을 하여야 하지만 그러한 노력에 대한 보답을 얻으리라는 현실적 보장이 없다. 하지만 원상회복은 형사절차상의 제재로서 주어지며 형법적 통제기능의 충족을 위한 대응수단이므로 피해자의 추가적 노력이 필요하지 않다. 또한 민사상의 손해배상은 형벌 이외의 추가적 부담이 되지만 원상회복은 추가적 부담이 되는 법효과가 아니라 형벌의 대체수단이 된다는 점에서도 구별된다. 이러한 원상회복은 오늘날 독일의 형사법에서는 더 이상 대안이 아니라 실체법과 절차법의 영역에서 이미 실정법의 제도로 정착되고 있다. 즉, 원상회복의 결과는 양형의 요소로 반영되며(§46 II StGB), 형의 감경 또는 면제사유가 된다(§46a StGB). 또한 집행유예(□□ Strafaussetzung zur Bewährung)의 결정요인이 되거나 부과조건이 되기도 하며(§§56, 56b StGB), 형사소송법에서는 기소유예의 사유가 되거나(§153a StPO), 배상명령절차(□□ Adhäsionsverfahren)에 반영된다(§§403ff StPO). 뿐만 아니라 소년법원법에서는 훈육처분(□□ Zuchtmittel) 중에서 의무부과(Auflage)의 하나로서 제재수단이 된다.

◇ Wiederkauf 【 환매 】

매도인이 매매계약과 동시에 매매목적물을 환매할 권리를 보유하고, 일정기간 안에 그 환매권을 행사하여 목적물을 다시 사는 것을 환매라 한다. 환매의 의사표시는 기간에 대한 정함이 없는 경우에는 유보에 대한 합의로부터 3년 내에, 토지의 경우에는 30년 내에 발해야 한다(BGB §462). 매매의 경우 매도인이 환매의 권리를 유보하고 있는 경우에는, 환매는 매도인에 의한 일방적 무형식의 의사표시(환매권행사)로 이루어진다(BGB §456). 따라서 환매권(Wiederkaufsrecht)는 환매권자(원매도인)의 일방적 의사표시에 의해 환매의무자(원매수인)로 하여금 매매 목적물의 소유권을 환매대금과 상환하여 환매권자에게 이전하여 줄 의무를 발생시키는 형성권이라고 할 수 있다. 환매권행사는 환매의무자에게 소유권이전의무를 발생시킨다.

◇ Willenserklärung 【 의사표시 】

법학에서 의사표시(lat. : voluntatis declaratio)는 법률효과를 바라는 의사의 표현, 그러니까 어떠한 법률효과를 의도하는 사람에 의한 의사의 분리를 가리킨다. 의사표시 개념은 반드시 법률행위개념과 일치하는 것은 아니다. 어느 법률행위는 단지 하나의 의사표시만으로도 존재하게 되므로 의사표시와 내용적으로 동일시되는 경우도 있다. 의사표시는 크게 두 가지로 분류할 수 있는데, 그것은 상대방 있는 의사표시와 상대방 없는 의사표시이다. 상대방 없는 의사표시(예를 들면, 유언, 현상광고, 기부행위 그리고 소유권포기)는 표시의 순간, 그 효력이 발생한다. 상대방 있는 의사표시는 상대방에게 접촉하는 시점, 즉 의사표시가 그 의사표시 상대방의 지배영역에 있고, 그가 그 의사표시를 인식할 수 있는 통상의 상황에 있는 시점부터 비로소 효력을 가진다. 이러한 의사표시는 객관적·주관적 구성요소로 구분된다. 객관적 (외부적 구성요소)이라 함은 표시행위가 외부로 표출되는 것을 말하며, 이 경우에 의사표시가 명시적이 아닌 논리적인 행위를 통하여 이루어져야 한다. 이러한 객관적 구성요건은 주관적인 것 (내부적 구성요건)과 관련이 있어야 한다. 이 때 행위의사 및 그러한 의식이 전제 조건으로 되어 행동하였어야 한다(행위의식). 따라서 수면상태 또는 의식이 없는 상태에서 한 표현은 의사표시가 아니지만, 일정한 경우에 있어서 그 법률효과에 대해서는 논란이 있다. 그리고 이러한 법률행위를 위한 의사표시는 법률행위의 중요한 구성요건이다(□□ essentialia negotii). 하자 있는 의사표시는 하자로 인하여 (예를 들면, 착오 등), 취소될 수 있으며, 이로 인한 손해는 통상 신뢰손해에 대한 배상이 논의되어진다. 그리고 많은 법률행위들은 법률에 의해 특정 형식을 요구(요식행위)하고 있어서, 그러한 형식이 요건으로 된다.

◇ Willkürverbot 【 자의금지 】

자의금지는 일반적 평등원칙(Allgemeiner Gleichheitssatz)의 내용으로서, 공정성 판단의 기준이 되는 자의성 여부가 결국 평등원칙에 반하는 자의적인 공권력의 발동을 용납하지 않는다는 원칙이다. 따라서 자의금지원칙은 집행권 및 사법권뿐만 아니라 입

법권도 기속한다. 예를 들면 입법자는 법률을 제정할 때에 객관적으로 명백한 근거를 발견할 수 있고 자의적이지 않은 범위 내에서 규정을 만들어야 한다. 즉 어느 측면에서 보더라도 사항에 적합하고 적정한 법률을 제정해야 한다는 것이다.

□□ Allgemeiner Gleichheitssatz 【일반적 평등원칙】

◇ Wirtschaftliche Abhängigkeit 【경제적 종속성】

‘경제적 종속성’이란 ‘근로자와 유사한 자(□□ arbeitnehmerähnliche Personen)’을 판단하기 위한 징표로, 근로자성의 판단징표인 인적 종속성(□□ persönliche Abhängigkeit)에는 미치지 못하지만 경제적으로 불평등한 지위에 있는 것을 말한다. 일반적으로 경제적 종속성을 인적 종속성의 일부로 보고 있다. 경제적 종속성이 인정되는 ‘근로자와 유사한 자’에 대해서는 근로자가 아님에도 불구하고 노동법의 일부규정이 적용되게 된다. 단체협약법(TVG), 노동법원법(ArbGG), 연방휴가법(BUrlG) 등이 그 예이다. 단체협약법 제12a조는 ‘근로자와 유사한 자’를 다음과 같이 정의하고 있다. ①본법의 규정들은 다음과 같은 자에 대하여도 적용한다. 1.경제적으로 종속되고 근로자와 마찬가지로 사회적 보호 필요성이 있는 자. 다만, 그가 고용 또는 도급계약에 의하여 타인을 위하여 활동하고, 노무급부를 인격적으로 또한 주로 근로자들의 협력없이 다음과 같이 수행하는 경우여야 한다. a) 주로 1인을 위하여 활동하거나 또는 b) 평균적으로 자신의 전체 보수의 2분의 1 이상이 어떤 1인으로부터 지급되는 경우. 이를 예측할 수 없는 경우에는 단체협약에 달리 정함이 없는 한 과거 6개월간 이보다 단기로 활동하는 경우에는 그 활동기간이 산정기준이 된다. 2.제 1 호에 언급된 ‘근로자와 유사한 자’를 위해 활동하는 자 및 이들과 ‘근로자와 유사한 자’ 간에 근로계약 또는 도급계약으로 근거지워진 법률관계에 있는 자; § 12a Arbeitnehmerähnliche Personen (1) Die Vorschriften dieses Gesetzes gelten entsprechend, 1. für Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen), wenn sie auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen tätig sind, die geschuldeten Leistungen persönlich und im wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen und a) überwiegend für eine Person tätig sind oder b) ihnen von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zusteht, das ihnen für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt zusteht; ist dies nicht voraussehbar, so sind für die Berechnung,

soweit im Tarifvertrag nicht anderes vereinbart ist, jeweils die letzten sechs Monate, bei kürzerer Dauer der Tätigkeit dieser Zeitraum, maßgebend, 2. für die in Nummer 1 genannten Personen, für die arbeitnehmerähnlichen Personen tätig sind, soweit für die zwischen ihnen und den arbeitnehmerähnlichen Personen durch Dienst und Werkverträge begründeten Rechtsverhältnisse.

◇ **Wirtschaftsverfassung 【 경제헌법 】**

대부분의 헌법은 경제적 기본질서를 정립하고 일정한 경제원리를 규정하고 있다. 일반적으로 경제에 관한 헌법상의 규정들을 총칭하여 경제헌법이라고 한다. 즉 헌법에서 국가와 경제의 관계나 정치체제와 경제체제의 관계에 대한 규정을 총칭하는 것이다. 경제에 관한 헌법규정들은 입법부와 행정부를 기속하여 국가가 실시하는 특정 경제정책은 이를 준수하여야 하며 사법부는 이에 대한 합헌성 여부를 심사하게 된다는 점에서 중요성이 있다. 기본법(GG)이 특정 경제체제를 규정하고 있는가에 대해서는 견해가 일치하지 않는다. 일부 견해는 이를 긍정하고 있으며 그 중에서도 특히 Nipperdey는 기본법이 사회적 시장경제질서(soziale Marktwirtschaft)를 규정하고 있다고 주장하였다. 그러나 독일의 다수설과 판례는 이를 인정하고 있지 않으며, 특히 1954년 연방헌법재판소의 판례(BVerfGE 4, 7)는 기본법이 사회적 시장경제질서나 기타 다른 어떤 경제질서도 보장하고 있지 않으며, 따라서 입법자는 기본법을 준수하는 한 객관적으로 합리적이라고 여겨지는 어떠한 경제정책도 추구할 수 있다고 하여 기본법이 경제질서에 대하여 중립적이라고 판시하였다.

우리나라 현행 헌법상의 경제질서는 사유재산제도를 바탕으로 하고, 경제활동의 자유와 자유경쟁을 존중하는 자본주의적 자유시장경제질서를 근간으로 하면서 사회정의 실현하고 경제민주화를 위하여 국가가 규제와 조정을 할 수 있도록 하여 사회적 시장경제질서로서의 성격을 가지고 있다.

◇ **Wollensbedingung 【 순수수의조건 】**

법률행위, 특히 계약의 효력발생이 일방 당사자에 의해 계약체결 이후 임의로 행해질 의사표시를 조건으로 하는 조건의 한 형태이다. 수의조건(□□ Potestativbedingung)과

마찬가지로 당사자의 의사결정에 의해 조건성취 여부가 결정되나, 순수수의조건의 경우에는 법률행위의 효력발생 자체가 당사자의 사후적인 의사결정에 따르게 된다. 가령 견본매매(Kauf auf Probe)의 경우 매수한 물건에 대한 매수인의 임의의 승인(Billigung im Belieben)을 필요로 하는데, 이 때 그 매매계약은 별도의 정함이 없는 한 매수인의 승인을 정지조건으로 하여 성립한다고 규정한 민법 제454조 제 1 항의 경우가 바로 이에 해당하며, 더 나아가 일정한 계약을 체결하였으나 당사자의 옵션(□□ Option)의 실행에 의해 효력을 갖도록 하는 경우에도 순수수의조건에 해당한다. 순수수의조건과 관련해서는 수의조건 일반의 경우와 달리 어느 범위에서 그 유효성을 인정할 수 있는가에 관하여 논란이 있다. 여러 견해가 제시되고 있는데, 결국 당사자의 임의적인 의사결정에 관하여 일정한 법적 구속이 가능한가 여부에 따라 판단할 수밖에 없다. 즉 견본매매의 경우와 같이 제공된 물건에 대한 매수인의 승인과 관련하여 계약의 목적이나 형평성의 기준과 같은 실질적 척도에 따라 그 적절성을 판단할 수 있는 경우와 그렇지 않고 당사자에게 그 판단이 전적으로 자의(恣意)에 맡겨진 경우를 구별하여, 전자의 경우에는 그 유효성을 인정하고 있다. 반면 후자의 경우에는 적어도 그 결정할 지위에 있는 당사자에게는 구속적 의사가 존재하지 않으므로 그 유효성을 인정할 수 없을 것이며 오히려 이 경우에는 법률행위 자체가 존재하지 않는다고 한다.

◇ Wortauslegung 【 문자해석 】

법문의 문자의미를 해석하는 것. 법해석의 한 방법이다.

□□ ergänzende Auslegung

[Z]

◇ Zeichnungsgründung 【모집설립】

Sukzessivgründung 【점차설립】

◇ Zession 【채권양도】

채권에 관한 종전 채권자(Altgläubiger; Zedent)의 지위가 신 채권자(Neugläubiger; Zessionar)에게 이전되어 채권자가 변경되는 제도이다. 채권양도는 Forderungsabtretung 또는 Forderungsübertragung 이라고도 표현되는데, 당사자의 합의 이외에 일정한 경우 법률규정에 의한 채권양도(cessio legis), 그리고 강제집행과 같이 국가의 고권적 행위(Hoheitsakt)에 의한 채권양도도 인정되고 있다. 약정 채권양도의 경우 채권의 양수인이 양도인을 위해 그 채권을 추심하여 양도인에게 추심액을 전해 주는 관리목적의 신탁적 채권양도(Inkassozession)의 내용으로 행해질 수도 있다. 그렇지만 양도대상인 채권을 물건과 마찬가지로 담보의 목적으로 활용하기 위한 담보목적의 채권양도(Sicherungsabtretung)가 더욱 중요한 의미를 갖고 있다. 채권양도는 재산적 가치를 갖는 채권을 종전의 채권자가 신 채권자에게 이전하는 행위라는 점에서, 권리의 변경을 가져오는 처분행위(Verfügungsgeschäft)로서의 성질을 갖고 있다. 따라서 물건의 소유권 이전의 경우 등과 같은 모든 처분행위와 마찬가지로, 채권양도와 그 원인된 행위, 가령 채권의 매매나 증여 또는 담보계약의 원인행위(Kausalgeschäft) 사이에는 무인성 원칙(Abstraktionsprinzip)이 지배하게 된다. 또한 처분행위로서의 채권양도의 특징에 따라 양도대상인 채권은 개별적으로 특정되는 것을 원칙으로 한다. 다만 특정성 원칙(Bestimmtheitsgrundsatz)은 채권양도의 경우에도 완화되어 가고 있다. 가령 일정한 물건의 처분에 따라 장래 취득하게 될 매매대금지급청구권과 같이 장래에 비로소 실현될 수 있는 채권의 경우에도 사전적인 채권양도(Vorausabtretung; antezipierte Abtretung)가 인정되고 있으며, 또한 채권자가 갖는 일련의 채권도 적어도 그 채권들이 이미 성립해 있으며 범위가 정해질 수 있는 한 일괄양도(Globalzession)의 방식을 통해 유효하게 행해질 수 있다. 이와 같은 채권양도로 인해 채권은 그 동일성을 유지한 채 종전 채권자로부터 신 채권자에게 이전되므로 가령 채무자는 구 채권자에 대한

항변을 신 채권자에 대해 여전히 주장할 수 있으며 또한 채권에 대한 담보권 역시 원칙적으로 신 채권자에게 이전한다는 점에서는 우리나라의 민법과 동일하다. 다만 우리나라의 경우 채권양도에 관해 채무자에게 그 효력을 주장하기 위해서는 채무자에 대한 통지나 승낙을 그 요건으로 하는 반면(민법 제450조), 독일 민법의 경우 채권양도는 원칙적으로 채무자의 협력 없이 단지 양도인과 양수인 사이의 합의로만 충분하며 채무자에 대한 통지조차 필요하지 않다.

◇ Zuchtmittel 【 훈육처분 】

훈육처분은 소년범죄에 대한 소년법원법(JGG)의 제재수단 중의 하나이다. 소년법원법에 의하면 소년범죄에 대한 제재는 크게 보호처분(□□ Erziehungsmaßregeln)과 훈육처분, 소년형벌(Jugendstrafe)의 세 가지로 구별된다(§5 JGG). 이 중에서 소년범죄자에게 가장 많이 선고되는 제재가 훈육처분인데, 훈육처분에는 경고(Verwarnung), 의무부과(Auflagen), 소년구류(□□ Jugendarrest)의 세 가지 제재가 있다(§§13-16, 5 II JGG). 의무부과는 다시 손해원상회복(Schadenswiedergutmachung)과 사과(Entschuldigung), 근로봉사(Arbeitsleistung), 범칙금(□□ Geldbuße)의 네 가지 제재로 나누어지며, 소년구류에는 단기구류(Kurzarrest)와 주말구류(Freizeitarrrest), 장기구류(Dauerarrest)의 세 가지가 있다. 소년법원법 제13조 제 1 항에 의하면 소년의 범죄행위에 대해 “소년형벌은 요구되지 않지만 소년에게 그가 저지른 불법에 책임이 있다는 인식을 설득력 있게 심어주어야 할 필요가 있을 때” 법관은 훈육처분으로 “징벌”한다. 이러한 법규정은 훈육처분이 속죄적, 억압적 성격을 지니고 있으며 책임상쇄의 목적을 추구한다는 것을 표현하고 있다. 물론 이러한 성격은 훈육처분의 구체적 제재형태에 따라 다르게 나타난다. 예컨대 경고는 “행위의 불법을 진지하게” 받아들여야 한다는(§14 JGG) 호소에 불과하므로 징벌적 성격이 약하다. 또한 손해원상회복과 사과에서도 부과되는 부담의 정도를 고려하면 징벌의 비중은 매우 낮다. 근로봉사와 범칙금, 소년구류에서 비로소 징벌의 성격이 강해진다. 다른 한편으로 소년법원법 제17조 제 2 항에 의하면 모든 훈육처분은 “교육을 위해” 부과된다. 이는 같은 법 제15조 제 3 항 및 제16조 제 3 항에 의해서도 뒷받침된다. 훈육처분도 글자 그대로 ‘교육(또는 보호)’을 위한 처분 중의 하나이며, 소년법원법의 ‘교육’ 목적에 종속되는 것이다. 이와 같이 훈육처분은 ‘징벌’과 ‘교육’이라는 상반되는 두 가치를 추구해야 하는 어려움이 있다.

◇ Zug-um-Zug-Leistung 【 동시이행 】

‘기차와 같이 여러 칸을 갖고 있는 차’라는 뜻으로부터 행렬, 이동, 방향 등의 여러 파생의미를 갖는 Zug 이란 표현이 ‘시간적 단절 없이 무엇인가에 뒤이어 또 다른 것이 연이어 행해지는 것’이라는 Zug um Zug 이라는 일상적 의미의 관용구로 사용되는데, 이것이 민법에서 동시이행을 표현하는 의미로 전용되고 있다. 동시이행 관계란 쌍무계약(gegenseitiger Vertrag)으로부터 발생하여 상환성(□□ Synallagma)이 인정되는 각 당사자의 급부의무는 법률이나 계약에서 별도로 정함이 없는 한 교환적으로(Zug um Zug) 이행된다는 관계를 표현하고 있다. 이러한 동시이행의 관계는 쌍무계약의 각 당사자가 상대방으로부터 반대급부를 취득하지 못한 채 자신의 의무만을 이행하게 되는 것으로부터 보호하는 기능을 하며, 또한 자신의 의무를 이행해야만 상대방의 반대급부를 얻을 수 있게 된다는 점에서 의무이행에 대한 간접적인 압력의 기능을 하게 된다. 동시이행의 법리가 갖는 이와 같은 기능은 민법 제320조의 급부거절권(□□ Zurückbehaltungsrecht)을 통해 보장되고 있다. 이에 따르면 쌍무계약의 일방 당사자는 상대방의 반대급부의 이행이 행해지지 않았다는 항변(Einrede des nichterfüllten Vertrages)을 주장하여 상대방에 대한 자신의 급부의무의 이행을 거절할 수 있는데, 이 경우 채권자의 이행의 소가 기각되는 것은 아니며 단지 채무자에 대해 상환이행의 판결(Zug-um-Zug-Verurteilung)이 내려지게 된다. 동시이행의 관계 및 이에 따른 급부거절권에 관한 독일 민법 제320조는 우리나라 민법 제536조(동시이행의 항변권)와 그 취지나 요건, 내용에서 동일하다.

◇ Zumutbarkeitstheorie 【 기대가능성설 】

기대가능성설은 손실보상의 요건인 특별한 희생의 기준에 관한 학설 중 하나로 수인한도설이라고도 한다. 적법한 공행정작용으로 인한 재산권의 침해가 손실보상의 요건을 충족시키기 위해서는 개인에게 특별한 희생이 발생되어야 한다. 특별한 희생이란 재산권의 사회적 기속성의 범주를 넘어서는 손실을 의미한다. 구체적인 경우에 재산권의 침해에 의하여 발생한 손실이 사회적 기속에 해당하는지 또는 특별한 희생에 해당하는지를 구별하는 기준에 대하여는 학설이 일치하지 않는다. 기대가능성설 이외

의 대표적인 학설로는 개별행위설(Einzelaktstheorie), 특별희생설(Sonderopfertheorie), 보호가치설(Schutzwürdigkeits- theorie), 목적위배설(Zweckentfremdungstheorie), 사적효용설(Privatnützigkeitstheorie), 상황구속성설(Theorie der Situationsgebundenheit) 등이 제시되어 있다. 기대가능성설은 R. Stödter에 의하여 주장된 이론으로 침해의 강도와 범위, 본질성, 중요성을 기준으로 하여 그것이 재산권주체에게 기대가능한(수인가능한) 경우에는 사회적 기속에 해당하는 것이고, 기대가능성을 넘어서는 경우에는 특별한 희생으로 인정할 수 있다는 것이다. 이 이론은 재산권주체의 주관적 요소로서의 기대가능성이라는 개념에 초점을 맞추고 있어서 그 내용이 모호하고 추상적이라는 비판을 받고 있다. 이 이론은 중대성이론(Schweretheorie)이라는 이름으로 수정되어 연방행정법원(BVerwG)의 판례(BVerwGE 5, 143; 7, 279; 11, 68; 32, 173)와 연방최고법원(BGH)의 판례(BGHZ 8, 273; 30, 241; 50, 93)에 도입되어 일정한 침해의 강도를 넘어서는 재산권침해는 더 이상 재산권의 주체가 수인할 수 없는 특별한 희생으로 손실보상의 대상이 된다고 판시하였다. 그러나 이 경우에도 재산권침해의 중대성이나 강도가 어느 정도이어야 하는가에 대한 정확한 기준은 제시하지 못하고 있다.

◇ Zuordnungstheorie 【 귀속설, 신주체설 】

귀속설은 신주체설(modifizierte Subjektstheorie) 또는 특별법설(Sonderrechtstheorie)이라고도 하며, 공법과 사법을 구별하는 기준에 관한 학설의 하나이다. 이 학설은 Hans J. Wolff에 의하여 주장되고 이후에 더욱 발전되었다. 이 학설은 법규범의 귀속주체가 누구인가를 기준으로 공·사법을 구별한다. 법규범이 국가나 공공단체와 같은 공권력의 주체를 배타적 귀속주체로 하는 경우에는 공법이며, 공권력의 주체를 포함하여 모든 사람을 귀속주체로 하는 경우에는 사법이라고 구별한다. 이 학설은 주체설(Subjektstheorie)에서 문제점으로 지적되는 행정주체가 사인의 지위(국고적 지위)에서 활동하는 것을 공법에서 제외하고, 종속설(Subjektionstheorie)에서 문제점으로 지적되는 행정주체가 상대방과 대등한 지위에서 활동하는 공법상의 계약과 같은 것을 공법에 포함시킬 수 있다는 장점을 가지고 있다. 이 학설은 형식적 기준으로는 적합할 수 있으나 실질적인 내용에 관한 설명이 결여되어 있다는 점과 공권력의 주체라는 개념은 공법에 따라 행위할 수 있는 능력을 의미하므로 그것은 정의하여야 할 개념이지 공법개념의 정의에 사용할 개념이 아니라는 등의 비판이 가해지고 있다.

◇ Zurückbehaltungsrecht 【 급부거절권 】

채권자의 권리행사에 대하여 채무자가 채권자도 채무자에게 부담하는 의무를 이행할 경우 비로소 이행하겠다고 주장함으로써 채권자의 권리행사를 저지하는 항변(□□ Einrede)의 중요한 유형이다. 민법에서 정한 급부거절권의 유형으로는 먼저 쌍무계약에 따라 채권자와 채무자 사이에 상환성(□□ Synallagma)을 갖는 대가적 의무가 존재하는 경우 민법 제320조에서 정해 둔 급부거절권을 들 수 있다. 이 경우 급부거절권은 쌍무계약상 부담하는 급부의 동시이행(□□ Zug um Zug-Leistung)의 관계를 표현해 주고 있다. 다음으로는 민법 제320조와 같이 쌍무계약에의 제한을 두지 않은 채 채권자와 채무자 사이의 권리가 하나의 동일한 법적 관계(ein einheitliches Rechtsverhältnis)로부터 발생한 경우에 채권의 건련성(□□ Konnexität der Forderungen)을 보장하기 위해 민법 제273조 제 1 항이 보다 일반적인 형태로 급부거절권을 규정해 두고 있다. 특히 동규정의 제 2 항에 따르면 목적물의 반환의무를 부담하는 자가 그 물건에 대한 비용(□□ Verwendungen)의 지출이나 또는 그 물건으로부터 손해를 입게 됨으로써 반환청구권자에 대해 비용상환이나 손해배상을 이유로 청구권을 갖게 된 경우 급부거절권을 갖는다고 규정해 두고 있다. 더 나아가 상법 제369조는 상사거래의 경우 이러한 채권의 건련성 없이도 급부거절권의 행사를 확대하고 있다. 이 같은 급부거절권은 결국 권리자로서 하여금 자신의 권리를 실현할 기회를 얻지 못한 채 상대방에 대한 의무이행을 일방적으로 강제 당하는 것으로부터 보호하는 기능을 갖고 있다는 점에서 급부거절권을 행사하는 자의 권리는 원칙적으로 이미 이행기에 이르러 있어야만 한다. 반면 상대방은 담보의 제공을 통해 급부거절권의 행사를 저지할 수 있다. 특히 민법 제273조에서 정한 급부거절권은 우리나라 민법 제320조의 유치권과 그 요건이나 기능에서 대체로 유사하나 물권적 효력을 갖지는 않고 있다. 이런 연유에서 그 번역 역시 우리나라의 경우 물권적 효력을 연상케 하는 유치권이란 표현 대신에 급부거절권 이라고 국역한다.

◇ Zusage 【 확인 】

확인이란 행정청이 장래에 일정한 작위 또는 부작위를 약속하는 구속적 의사표시를 말한다. 확인은 행정청의 자기구속의 의사를 요소로 하는 일방적인 의사표시라는

점이 특징이다. 확언이 특히 장래에 특정한 행정행위를 발하거나 발하지 않는다는 것 일 경우에는 이를 확언과 구별하여 확약(Zusicherung)이라고 한다. 연방행정절차법 (VwVfG)은 제38조에서 확약에 대하여만 규정하고 있을 뿐 확언에 대하여는 규정하고 있지 않다.

◇ Zusicherung 【 확약 】

확약이란 확언의 대상이 행정행위에 국한되는 것을 말한다. 연방행정절차법 (VwVfG) 제38조 제 1 항 제 1 문은 “장래에 특정한 행정행위를 발하거나 발하지 않는다는 정당한 권한 있는 행정청의 확언은 (확약) 서면으로 하여야 효력이 있다(Eine von der zuständigen Behörde erteilte Zusage, einen bestimmte Verwaltungsakt später zu erlassen oder zu unterlassen (Zusicherung), bedarf zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Form.)”라고 규정하고 있다. 확약은 일방적이고 고권적인 의사표시라는 점에서 쌍방간에 의사표시의 합치에 의하여 성립하는 공법상의 계약과 구별되며, 법적 효과를 발생시킨다는 점에서 교시(Auskunft)나 행정지도 등과 구별된다. 확약이 행정행위로서의 성격을 가지는가에 대하여는 학설이 갈린다. 일부 견해는 확약이 행정청에 대하여 장래에 일정한 행위의 의무를 부과한다는 점을 강조하여 행정행위로서의 성격을 인정하지만, 사안에 대한 종국적인 결정은 장래의 행정행위에 의하여 행해지게 되므로 행정행위로서의 성격은 인정되지 않는다고 한다. 연방행정절차법 제38조 제 3 항은 확약의 실효와 관련하여 “확약을 행한 후에 사안이나 법적 상태가 변경되고, 그러한 변경이 행정청이 사후에 발생한 변화를 사전에 알았다라면 확약을 행하지 않았거나 또는 확약을 행하는 것이 허용되지 않을 정도인 경우에는 행정청은 더 이상 당해 확약에 구속되지 않는다(Ändert sich nach Abgabe der Zusicherung die Sach- oder Rechtslage derart, dass die Behörde bei Kenntnis der nachträglich eingetretenen Änderung die Zusicherung nicht gegeben hätte oder aus rechtlichen Gründen nicht hätte geben dürfen, ist die Behörde an die Zusicherung nicht mehr gebunden.)”라고 규정하고 있다.

◇ Zustimmung 【 동의 】

법률행위의 효력발생을 위하여 당사자의 의사표시 이외에 제삼자의 찬성의 표시를 필요로 하는 경우 이러한 찬성의 표시를 뜻한다. 민법 제182조 이하는 동의에 관하여

공통으로 적용할 규정을 마련해 두고 있는데, 동의는 이를 통하여 여러 다양한 목적을 달성하고 있다. 먼저 동의는 의사표시를 하는 자의 보호를 위하여 해당 법률행위를 통제하는 기능을 하고 있다. 가령 제한된 행위능력(beschränkte Geschäftsfähigkeit)을 갖는 자의 행위에 대한 법정대리인의 동의(§ 107 BGB)가 이에 해당한다. 또한 법률행위 당사자 이외의 제삼자를 보호하기 위해서도 동의를 필요로 하는 경우가 있는데, 예를 들어 채무인수(Schuldübernahme)가 채무자와 인수인 사이의 합의를 통해 성립한 때에는 그로 인해 채권자의 이해관계가 영향을 받을 수 있기 때문에 채권자의 동의를 필요로 하게 된다(§ 415 BGB). 그리고 동의가 규정된 또 다른 유형으로는 법률행위의 효과가 표의자가 아니라 다른 사람에게 영향을 미친 경우가 있는데, 이 때 그 이해당사자의 동의를 필요로 하는 수가 있다. 무엇보다 무권대리인의 행위에 대한 본인의 동의(사후적 동의: Genehmigung)를 통하여 그 효과가 본인에게 발생하는 경우(§ 177 BGB)가 이에 해당한다. 이런 다양한 목적을 갖는 동의는 법률행위의 개시 이전에 요구되는가에 따라 사전적 동의(Einwilligung)와 추인(Genehmigung)로 나누어진다. 즉, 법률행위의 개시 이전에 사전적으로 행해지는 동의를 Einwilligung 이라고 표현하는 반면(§ 183 BGB), 사후적으로 행해지는 추인의 의사표시는 Genehmigung이라고 한다. 그렇지만 이 같은 용례는 가족법원이나 후견법원(Vormundschaftsgericht)의 동의를 필요로 한 경우 또는 국가의 고권적 행위로서 동의가 필요로 한 경우에는 이와 달리 - 그 동의가 사전 또는 사후에 필요한 여부를 묻지 않고 - 허가(Genehmigung)라고 표현하고 있다. 사전적 동의를 필요로 하는 법률행위가 이를 갖추지 않고 있는 경우 그 법률행위는 유동적 무효(□□ schwebende Unwirksamkeit)이며, 추인 (또는 그 거절)은 유동적 상태를 종료시킨다. 독일 민법이 Zustimmung 이라는 상위개념 아래에 사전적 동의와 사후적 추인을 구별하면서 Einwilligung과 Genehmigung으로 나누어 표현하는 반면, 우리 민법은 법 문언에서 - 추인이라는 표현이 사후적 동의임은 분명하지만 - ‘동의’ 또는 ‘승낙’이라는 표현을 사용하는 경우 그 찬성의 표시가 사전적으로 행해질 것을 필요로 하는지 여부에 대해 분명히 밝히지 않은 채 그 판단을 학설과 판례에 맡겨 두고 있다.

◇ Zuweisungsgehalt 【(권리 또는 재화의) 귀속내용】

법질서가 어떤 권리나 재화 및 그를 용익할 수 있는 지위를 일정한 자에게 귀속시켜 두고 있다는 것을 뜻한다. 가령 민법 제903조에 의하면 소유자는 법률 등의 정함

이 없는 한 자신 소유의 물건을 임의로 사용·수익·처분할 수 있다(“nach Belieben verfahren”)고 규정하고 있는데, 이를 소유권의 귀속내용이라고 말할 수 있다. 권리 또는 재화의 귀속내용이라는 표현은 권리 등에 대한 침해의 판단 및 그 침해로부터의 보호에 대한 법적 권리의 정당성을 설명하기 위하여 자주 사용된다. 이와 관련해서는 무엇보다 침해부당이득(□□ Eingriffskondiktion)의 경우를 소개할 수 있는데, 대체적인 견해에 따르면 침해부당이득은 법질서가 침해된 권리나 재화를 일정한 자에게 귀속시켜 두고 있는 내용에 반하여 타인이 그로부터 이득을 취득하고 있다는 점에서 그 근거를 찾을 수 있다(소위 재화귀속설 Zuweisungstheorie). 다시 말해 재화나 권리의 귀속내용은 법질서가 그 지위에 대한 배타적 향유를 보장하고 있음을 의미하는데, 누군가가 이 같은 귀속내용에 반하여 타인에게 귀속되어야만 할 재화나 권리로부터 이익을 향유하고 있는 한 이는 그 귀속자에게 부당이득으로서 반환되어야만 한다는 것이다. 물론 모든 재화나 권리가 법질서로부터 부여받는 귀속내용을 항상 명확히 하고 있는 것은 아니다. 가령 소유권이나 담보물권 등과 같은 경우에는 그래도 법률의 규정 등을 통해 그 내용이 비교적 뚜렷하게 형성되어 있다. 그러나 민법 제823조 제1항의 불법행위법적 보호를 확대하기 위해 판례가 형성한 권리, 즉 영업에 관해 보호받을 권리(Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)나 일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht □□ Persönlichkeitsrecht)의 경우에는 그 귀속내용의 범위와 내용이 분명하지 않다. 이 같은 특성에 따라 이들 권리의 경우에는 범주적 권리(□□ Rahmenrecht)라고 하여 개별 상황에서 침해받게 되는 이익과 침해하는 자의 이익, 침해행위의 모습 등을 고려하여 구체적 귀속내용과 이에 따른 보호범위를 결정하여야만 한다.

◇ Zuwendungsverhältnis 【 대가관계 】

□□ Valutaverhältnis 【 대가관계 】

◇ Zweistufentheorie 【 2단계이론 】

행정기관은 공법적인 임무를 수행함에 있어서 - 특히 급부행정영역에서 - 법규에 특별한 규정이 없는 경우에는 행위형식 선택의 자유(Formenwahlfreiheit)가 인정된다.

따라서 행정행위, 공법상의 계약, 사법상의 계약 등 행정주체의 입장에서 사안에 가장 합리적이라고 판단되는 행위형식을 선택할 수 있다. 2단계이론은 이를 근거로 하여 정부보조금의 지급에 있어서 두 가지 행위형식을 혼합한 것이다. 즉 제 1 단계로 정부보조금을 지급할 것인가를 결정하는 것은 행정행위에 의하고, 제 2 단계로 어떻게 지급할 것인가에 대하여는 행정주체와 개인이 사법상의 소비대차계약을 체결하는 것이다. 이와 같이 보조금의 지급이라는 하나의 행정목적은 행정행위와 사법상의 계약이라는 두 가지 행위형식을 혼합하여 수행하는 것이라 하여 2단계이론이라는 이름으로 불려진다. 이는 제 2 차 세계대전 이후 주택건축에 대한 보조금지급이나 농업분야에 대한 보조금지급에서부터 발전하기 시작한 것이다. 2단계이론은 제 1 단계가 행정행위에 의하므로 평등의 원칙이나 기본권보장과 같은 공법적인 구속을 유지하면서 사법상의 유용한 행위형태를 사용할 수 있다는 점에서 상당한 지지를 받을 수 있었고 또 광범위하게 사용되었다. 그러나 이 이론은 두 단계를 구분하는 것이 용이하지 않을 뿐만 아니라, 권리보호와 관련하여서도 많은 문제점들이 지적되고 있다.

용 어 색 인

[A]

◇ Abandon 【보험위부】	9
◇ Abdingbarkeit 【특약가능성】	9
◇ Abfindungsanspruch 【일시보상 청구권】	9
◇ Ablehnung von Richtern 【법관의 기피】	10
◇ Abschlussprüfer 【검사인】	11
◇ Absehen von Strafe 【형벌면제】	11
◇ Absicht 【의도】	12
◇ Absonderungsrecht 【별제권(別除權)】	12
◇ Abstrakte Normenkontrolle 【추상적 규범통제】	13
◇ abstraktes Geschäft 【무인(無因)의 법률행위】	14
◇ Abstraktionsprinzip 【무인성(無因性) 원칙】	15
◇ Abtretungsverbot 【양도금지】	16
◇ Abwehranspruch 【방어청구권】	17
◇ Abwehrrechte 【방어권】	17
◇ actio negatoria 【부인소권(否認訴權)】	17
◇ actio Pauliana 【파울루스 소권】	18
◇ Adhäsionsverfahren 【배상명령절차】	18
◇ Aktienbezugsobligation 【신주인수권부사채】	19
◇ Akzessorietät 【부종성(附從性)】	20
◇ aliud 【다른 종류물의 급부】	21
◇ Alleinvertriebsvertreter 【독점판매대리상】	22
◇ Allgemeine Handlungsfreiheit 【일반적 행동의 자유】	22
◇ Allgemeiner Gleichheitssatz 【일반적 평등원칙】	23
◇ Allgemeines Persönlichkeitsrecht 【일반적 인격권】	24
◇ Allgemeinverbindlicherklärung 【일반적 구속력선언】	25
◇ Allgemeinverfügung 【일반처분】	25

◇ Amtshaftung 【직무배상(공무원의 배상책임)】	26
◇ Änderungskündigung 【변경해지】	27
◇ Aneignung(srecht) 【선점(권)】	28
◇ an Erfüllungs Statt 【이행에 갈음하여】	29
◇ Anfechtung 【취소】	30
◇ Anfechtungsklage 【취소소송】	30
◇ Angehen gegen eigenes Handeln wird niemandem zugestanden 【금반언원칙】	31
◇ Angestellter 【사무직 근로자】	31
◇ Ankaufrecht 【매매완결권】	32
◇ Annahme der Berufung 【항소허가】	32
◇ Anscheinsbeweis 【추정증거】	33
◇ Anscheinsvollmacht 【표현수권(表見授權)】	34
◇ Anspruchsgrundlage 【청구권근거규범】	35
◇ antezipierte Einigung 【예정된 물권변동의 합의】	35
◇ antezipierte Sicherungsübereignung 【예정된 담보양도】	36
◇ antezipiertes Besitzkonstitut 【예정된 점유개정】	36
◇ Antragsdelikte 【친고죄】	36
◇ Antreffungsvermerk 【원본보지자표시문언】	37
◇ Anwartschaftsrecht 【기대권】	38
◇ Apothekenurteil 【약국판결】	38
◇ Arbeiter 【육체근로자】	40
◇ Arbeitnehmer 【근로자】	40
◇ Arbeitnehmerähnlicher Person 【근로자와 유사한 자】	41
◇ Arbeitnehmer-Entsendegesetz 【근로자송출법】	42
◇ Arbeitnehmerüberlassung 【파견근로】	43
◇ Arbeitsförderungsgesetz 【고용촉진법】	43
◇ Arbeitsgericht 【노동법원】	44
◇ Arbeitskampf 【쟁의행위】	44

◇ Arbeitslosenversicherung 【고용보험】	45
◇ Arbeitsvermittlung 【직업소개】	46
◇ Arbeitsvertrag 【근로계약】	46
◇ Asylrecht 【망명권】	47
◇ Atypisches Arbeitsverhältnis 【비정규근로】	47
◇ Auffangtatbestand 【잔여사안포섭규정】	48
◇ aufgedrängte Bereicherung 【강요된 부당이득】	49
◇ Aufholfusion 【회복결합】	50
◇ Aufklärungspflicht 【설명의무】	50
◇ Auflage 【부담】	50
◇ Auflassung 【토지소유권이전합의】	51
◇ auflösende Bedingung 【해제조건】	52
◇ Aufopferungsanspruch 【희생보상청구권】	52
◇ aufschiebende Bedingung 【정지조건】	54
◇ aufschiebende Wirkung 【집행정지】	55
◇ Aufsichtsrat 【감사회】	56
◇ Auftrag 【위임】	57
◇ Aufwendungskondition 【비용부당이득】	57
◇ Auskunftspflicht 【정보제공의무】	58
◇ Auskunftsrecht 【정보요구권】	59
◇ Auslobung 【현상광고(縣賞廣告)]	60
◇ Ausrüster 【선박임차인】	61
◇ Ausschließliche Gesetzgebung des Bundes 【연방의 전속적 입법】	61
◇ Ausschluß des Verteidigers 【변호인의 제척】	62
◇ Ausschluß von Richtern 【법관의 제척】	63
◇ Außerordentliche Kündigung 【즉시해고】	63
◇ Aussetzung des Strafrestes 【가석방】	64
◇ Aussonderungsrecht 【환취권(還取權)]	65

◇ Aussperrung 【직장폐쇄】	65
◇ Authentische Interpretation 【유권해석】	66

[B]

◇ Bagatellschäden 【경미한 손해】	69
◇ Baubetreuungsvertrag 【건축관리계약】	69
◇ Beamter 【공무원】	70
◇ Bedingung 【조건】	70
◇ Bedrohung 【협박】	71
◇ Befristeter Arbeitsvertrag 【기간제근로계약】	71
◇ Befristung 【기한】	72
◇ Belegpflicht 【증거자료제출의무】	73
◇ Beleidigung 【모욕】	73
◇ Berufsausbildungsverhältnis 【직업훈련관계】	74
◇ Berufsbeamtentum 【직업공무원제도】	74
◇ Berufsfreiheit 【직업의 자유】	75
◇ Berufsgenossenschaft 【동업조합】	75
◇ Berufsverbot 【취업금지】	75
◇ Berufung 【항소】	76
◇ Beschäftigungsförderungsgesetz 【취업촉진법】	77
◇ Beschleunigtes Verfahren 【신속절차】	77
◇ Beschränkte persönliche Dienstbarkeit 【제한적 인역권(制限的 人役權)】	78
◇ Beschwerde 【항고】	78
◇ Besitzkonstitut 【점유개정(占有改定)】	79
◇ Besitzrecht 【점유할 수 있는 권리】	80
◇ Besonderer Gleichheitssatz 【특별 평등원칙】	80
◇ besonderes Gewaltverhältnis 【특별권력관계, 특별신분관계】	80
◇ Bestandskraft 【(행정행위의) 존속력】	81

◇ Betäubungsmittel 【마약류】	82
◇ Bestimmtheitsgrundsatz 【특정성 원칙】	83
◇ Beteiligtenfähigkeit 【(소송의) 당사자능력】	84
◇ Betrieb 【사업】	84
◇ Betriebsaufspaltung 【기업분할】	85
◇ Betriebsbedingte Kündigung 【경영상 이유에 의한 해고】	85
◇ Betriebsführungsgesellschaft 【경영관리회사】	86
◇ Betriebsshaftpflichtversicherung 【영업책임보험】	87
◇ Betriebspachtvertrag 【영업임대차계약】	88
◇ Betriebsrat 【종업원평의회】	89
◇ Betriebsüberlassungsvertrag 【경영위임계약】	90
◇ Betriebsvereinbarung 【경영협정】	91
◇ Betriebsverfassungsgesetz 【종업원평의회법】	91
◇ Beurlaubung des Angeklagten 【피고인 출석면제】	92
◇ Bewährung 【보호관찰】	93
◇ Beweisaufnahme 【증거조사】	94
◇ Beweislast 【입증책임, 증명책임】	95
◇ Bewilligung 【허가, 승인】	95
◇ Bezugsindossament 【권한배서】	95
◇ Bezugsrecht 【신주인수권】	96
◇ Bindungswirkung 【구속력】	97
◇ Briefhypothek 【증서저당권】	98
◇ Bruchteileigentum 【지분적 소유권】	98
◇ Buchersitzung 【등기부취득시효】	99
◇ Bundeskanzler 【연방수상】	99
◇ Bundesknappschaft 【연방광부공제조합】	100
◇ Bundesländer 【독일의 16개 주】	100
◇ Bundespräsident 【연방대통령】	100

◇ Bundesrat 【연방참사원】	101
◇ Bundesrecht 【연방법】	103
◇ Bundesregierung 【연방정부】	103
◇ Bundesstaat 【연방국가】	104
◇ Bundestag 【연방의회】	104
◇ Bundestreue 【연방신뢰】	105
◇ Bund-Länder-Streit 【연방국가적 쟁송】	106
◇ Bürgermeisterverfassung 【지방자치단체 내부의 기관조직】	106
◇ Bürgschaft auf erstes Anfordern 【즉시 이행의 보증】	107

[C]

◇ cessio legis 【법률규정에 의한 채권양도】	111
◇ Chartervertrag 【용선계약】	111
◇ culpa in contrahendo 【계약교섭상의 과실책임】	111

[D]

◇ Datenabgleich 【정보조회】	115
◇ Datowechsel 【발행일자후정기출급어음】	115
◇ Dauerarrest 【장기구류】	116
◇ Dauerfrachtvertrag 【계속운송계약】	116
◇ Deckungsverhältnis 【보상관계】	116
◇ Demokratieprinzip 【민주주의 원리】	118
◇ Demokratische Legitimation 【민주적 정당성】	118
◇ Deutscher Beamtenbund 【독일공무원연합】	119
◇ Dienstbarkeit 【역권(役權)】	120
◇ Dienstvertrag 【고용계약】	120
◇ Differenzierungsklauseln 【격차조항】	121
◇ Dinglicher Arrest 【형사 압류】	121

◇ Diskriminierungsverbot 【차별금지】	122
◇ Dispositionsmaxime 【처분권주의】	123
◇ Dispositivität 【특약가능성】	123
◇ Dissens 【불합의】	124
◇ Distanzwechsel 【원거리어음, 이지어음】	125
◇ Dividendenanspruch 【이익배당청구권】	125
◇ Dividendenrecht 【이익배당청구권】	126
◇ Domizilwechsel 【타지지급어음】	126
◇ Doppelcharakter der Grundrechte 【기본권의 이중적 성격】	127
◇ Doppelwirkung von Verwaltungsakten 【複效的 行政行爲, 二重效果的 行政行爲】	127
◇ Dreiseitiger Vertrag 【3당사자 계약】	128
◇ Drittschadensliquidation 【제삼자손해 청산제도】	129
◇ Drittwirkung von Grundrechten 【기본권의 사인간의 효력】	130
◇ Drittzahlerwechsel 【제삼자방지급어음】	131
◇ Druckkündigung 【강요된 해고】	131
◇ Duldungsvollmacht 【인용수권 (認容授權)】	132
◇ Durchfrachtvertrag 【통운송계약】	132
◇ Durchgangserwerb 【통과취득】	133
◇ Durchgriffshaftung 【실체과악에 의한 책임】	134
◇ Durchgriffskondition 【부당이득의 직접청구】	134

[E]

◇ Ehrenannahme 【참가인수】	139
◇ Ehreintritt 【어음참가】	139
◇ Eigentümergesellschaft 【재산회사】	140
◇ Eigentumsfreitheitsklage 【부인소권 (否認訴權)】	140
◇ Eigentumsgarantie 【재산권보장】	140

◇ Eingliederungstheorie 【편입설】	141
◇ Eingriffskondiktion 【침해부당이득】	142
◇ Eingriffsverwaltung 【침해행정】	142
◇ Eingriffsvorbehalt 【침해유보설】	143
◇ Einigungsstelle 【노사공동위원회】	143
◇ Einigungsvertrag 【통일조약】	144
◇ Einlöschungsklausel 【실효약관】	144
◇ Einlösungsrückgriff 【재소구】	145
◇ Einrede 【항변】	146
◇ Einrichtungsgarantie 【제도적 보장】	146
◇ Einstweilige Unterbringung 【긴급수용】	147
◇ Einwendungsdurchgriff 【항변의 관철】	147
◇ Einwilligung 【(사전적) 동의】	148
◇ enteignender Eingriff 【수용적 침해】	148
◇ enteignungsgleicher Eingriff 【수용유사침해】	149
◇ Entgeltfortzahlung 【급여계속지급법】	150
◇ Entziehung der Fahrerlaubnis 【운전면허박탈】	151
◇ Erbbaurecht 【지상권】	151
◇ erfüllungshalber 【이행을 위하여】	152
◇ ergänzende Auslegung 【보충적 해석】	153
◇ Ergänzungsschulen 【보충학교】	153
◇ Erlaubnis 【허가】	154
◇ Erlebensfallversicherung 【생존보험】	154
◇ Ermessen 【재량】	155
◇ Ermittlungsrichter 【수사법관】	156
◇ Ersatzaussonderungsrecht	157
◇ Ersatzfreiheitsstrafe 【노역장유치】	157
◇ Ersatzschulen 【대체학교】	158

◇ Ersitzung 【취득시효】	159
◇ Erstprämie 【최초보험료】	160
◇ Erstrisikoversicherung 【제1차위험보험】	161
◇ Erziehungsbeistandschaft 【보호후견】	161
◇ Erziehungsmaßregeln 【보호처분】	162
◇ essentialia negotii 【법률행위의 본질적 내용】	163
◇ Eviktionshaftung 【추탈담보책임】	164
◇ ex nunc (=Von jetzt an) 【지금부터 미래를 향하여】	165
◇ ex tunc 【소급효가 있는】	165

[F]

◇ Fachplanung 【부문계획】	169
◇ falsa demonstratio non nocet 【잘못된 표시는 해(害)가 되지 않는다】	169
◇ Falschaussage 【허위진술죄】	170
◇ Familiendiebstahl 【친족상도】	170
◇ Feststellungsklage 【확인소송】	171
◇ Feststellungswirkung von Verwaltungsakten 【행정행위의 확인적 효력】	171
◇ fiduziarisches Geschäft 【신탁행위】	172
◇ Folgenbeseitigungsanspruch 【결과제거청구권】	172
◇ Folgeprämie 【계속보험료】	173
◇ Fortsetzungsfeststellungsklage 【계속확인소송】	173
◇ Frachtvertrag 【운송계약】	174
◇ Fraktionen 【원내교섭단체】	175
◇ Franchisevertrag 【프랜차이즈계약】	176
◇ Freie Beweiswürdigung 【자유심증주의】	176
◇ Freie Mitarbeiter 【자유협업자】	177
◇ Freiheitsberaubung 【감금죄】	178
◇ Freistellungsanspruch 【면책청구권】	178

◇ Freizeichnungsklausel 【면책약정】	179
◇ Freizeitarrrest 【주말구류】	179
◇ Friedenspflicht 【평화의무】	179
◇ Führungsaufsicht 【보안관찰】	180
◇ Fünf-Prozent-Klausel 【5%조항】	181
◇ Fusion 【합병】	181

[G]

◇ Garantieindossament 【담보배서】	185
◇ Gefährdungshaftung 【위험책임】	185
◇ Gefahrgeneigte Arbeit 【위험작업】	186
◇ Gefahrstandspflicht 【위험유지의무】	187
◇ Gefälligkeitsverhältnis 【호의(好誼)관계】	187
◇ Gegenseitigkeitsversicherung 【상호보험】	188
◇ Geheißerwerb 【지시된 사람에게의 인도에 따른 소유권취득】	189
◇ Gekreuzter Scheck 【횡선수표】	190
◇ Geldbuße 【벌칙금】	191
◇ Gemeindeverfassung 【지방자치단체 내부의 기관조직】	192
◇ Geringfügige Beschäftigung 【저소득자】	193
◇ Gesamtbetriebsrat 【전체종업원평의회】	193
◇ Gesamtschuld 【연대채무】	193
◇ Geschäft, wen es angeht(=Geschäft für den, den es angeht) 【현명(顯名) 되지 않은 타인에게의 귀속행위】	194
◇ Gesellschaft 【이익사회】	195
◇ Gesetzesvorbehalt 【법률유보】	196
◇ Gesetzgebung 【입법】	196
◇ Gesetzmäßigkeit 【법률적합성 또는 합법률성】	197
◇ Gestaltungsformen der Leistungsverwaltung 【급부행정의 행위형식】	197

◇ Gestaltungsklage, (allgemeine) 【(일반적) 형성소송】	198
◇ Gewaltenteilungsprinzip 【권력분립의 원리】	198
◇ Gewerkschaft 【노동조합】	199
◇ Gewerkschaftliche Vertrauensleute 【노동조합신임자】	200
◇ Gewinnschuldverschreibung 【이익참가부사채】	200
◇ Gläubigeranfechtung 【채권자취소권】	201
◇ Gläubigerverzug 【채권자지체 또는 수령지체】	202
◇ Gleichheitssatz 【평등조항】	203
◇ Gleichstellung von Männern und Frauen 【남녀평등】	203
◇ Globalsicherheiten 【일괄담보】	204
◇ grammatikalische Interpretation 【문법적 해석】	204
◇ Gratifikation 【상여금】	205
◇ Große Strafkammer 【대(大)형사부】	205
◇ Grunddienstbarkeit 【지역권(地役權)】	206
◇ Grundgesetz 【기본법】	206
◇ Grundpfandrechte 【부동산에 관한 담보물권】	207
◇ Grundrecht 【기본권】	208
◇ Grundrechtimmanente Schranken 【기본권의 내재적 한계】	208
◇ Grundrechtliche Schutzpflicht 【기본권 보호의무】	209
◇ Grundrechtsfähigkeit 【기본권능력】	210
◇ Grundrechtskollisionen 【기본권상충】	210
◇ Grundrechtskonkurrenzen 【기본권경쟁】	211
◇ Grundrechtsmündigkeit 【기본권의 행사능력】	212
◇ Grundrechtsträger 【기본권 주체】	212
◇ Grundschuld 【토지채무】	213
◇ Gruppenlebensversicherung 【단체생명보험】	214
◇ Günstigkeitsprinzip 【유리한 조건 우선의 원칙】	215

[H]

◇ Haftbefehl 【구속영장】 219

◇ Haftgrund 【구속사유】 220

◇ Haftprüfung 【구속적부심】 221

◇ haftungsausfüllende Kausalität 【책임충족적 인과관계】 221

◇ haftungsauslösende Kausalität 【책임발생적 인과관계】 222

◇ Haftverschonung 【구속집행유예】 222

◇ Hagelversicherung 【우박보험】 223

◇ Handeln unter fremdem Namen 【본인으로 행세한 법률행위】 224

◇ Hauptinhalt eines Rechtsgeschäfts 【법률행위의 주 내용】 225

◇ Hausdiebstahl 【친족상도】 225

◇ Hausfriedensbruch 【주거평온침해죄】 225

◇ Haushalt 【예산】 226

◇ Heilung rechtswidriger Verwaltungsakten 【하자있는 행정행위의 치유】 227

◇ Heimarbeiter 【가내근로자】 227

◇ Hochschulautonomie 【대학의 자치】 228

◇ Höchststimmrecht 【최고의결권】 230

◇ Holdinggesellschaft 【지주회사】 231

◇ Hypothek 【저당권】 231

[I]

◇ Idealverein 【공익법인】 237

◇ Individuelles Arbeitsrecht 【개별적 근로관계법】 237

◇ Indossament ohne Obligo 【무담보배서】 238

◇ informales Verwaltungshandeln 【비공식적 행정작용, 비정식적 행정작용】 ... 239

◇ Informationsfreiheit 【정보의 자유】 239

◇ Informationspflicht 【정보제공의무】	240
◇ Ingerenz 【선행위험행위】	241
◇ Inhaberaktie 【무기명주식】	242
◇ Inhaberpapiere 【무기명증권】	243
◇ Inkassoindossament 【추심배서】	243
◇ Inkassozeession 【신탁적 채권양도】	244
◇ Inquisitionsmaxime 【직권탐지주의】	244
◇ Insichgeschäft 【자기계약】	245
◇ Institutionelle Garantien 【제도적 보장】 및 Institutsgarantie 【제도보장】	245
◇ Interessenabwägung 【이익형량】	246
◇ Interessentheorie 【이익설】	246
◇ Interimwechsel 【가어음】	247
◇ Inventar 【재산목록】	247

[J]

◇ Jugend und Auszubildendenvertretung 【청소년 및 교육생 대표】	251
◇ Jugendarrest 【소년구류】	251
◇ Jugendgerichtshilfe 【소년사법보조인】	252
◇ Junktim-Klausel 【불가분조항】	253

[K]

◇ Kampfparität 【쟁의대등성】	257
◇ Kanzlerprinzip 【연방수상의 정책지침원리】	257
◇ Karenzzeit 【지불정지기간】	257
◇ Kartellrecht 【카르텔법】	257
◇ Kaskoversicherung 【차량보험, 선채보험】	258
◇ Kassationsklausel 【과훼(破毀)문구】	259
◇ Kauf nach Probe 【견본매매】	259

◇ Kauf zur Probe 【시험매매】	260
◇ Kaufmännische Angestellte 【상업사용인】	260
◇ kausales Geschäft 【유인(有因)의 법률행위】	260
◇ Kautelarjurisprudenz 【예방적 법학】	261
◇ Kellerwechsel 【허무어음, 공어음, 빈어음】	262
◇ Kettenarbeitsvertrag 【연쇄적 근로계약】	262
◇ Kinder-Nachversicherung 【어린이추가보험】	263
◇ Klagebefugnis 【원고적격】	263
◇ Klageerzwingungsverfahren 【기소강제절차】	264
◇ Kleine Strafkammer 【소(小)형사부】	265
◇ Knebelungsvertrag 【속박적 계약】	265
◇ Koalitionsfreiheit 【단결권】	266
◇ Kollektivegesellschaft 【합명회사】	266
◇ Kollektives Arbeitsrecht 【집단적 근로관계법】	267
◇ Kommissionsvertrag 【중개계약】	268
◇ Kommunale Selbstverwaltung 【지방자치】	269
◇ Kommunalverfassung 【지방자치단체 내부의 기관조직】	269
◇ Konkrete Normenkontrolle 【구체적 규범통제】	270
◇ Konkurrentenklage 【경쟁자소송, 영업자소송】	271
◇ Konkurrierende Gesetzgebung 【경쟁적 입법】	272
◇ Konnexität der Forderungen 【채권의 견련성(牽聯性)】	272
◇ Konsensprinzip 【합의원칙】	273
◇ Konstruktives Mißtrauensvotum 【건설적 불신임제도】	273
◇ Konzern 【콘체른】	274
◇ Konzernbetriebsrat 【그룹종업원평의회】	275
◇ Konzession 【인허】	275
◇ Kooperationsprinzip 【협동의 원칙】	275
◇ Koppelungsverbot 【부당결부금지】	276

◇ Körperverletzung 【상해】	276
◇ Krankenversicherung 【질병보험】	277
◇ Kreditwechsel 【융통어음】	278
◇ Kreuzverhör 【교호신문】	279
◇ Kronzeuge 【공범증인】	280
◇ Kündigung 【(계약의)해지】	281
◇ Kündigung 【해고】	281
◇ Kurzarrest 【단기구류】	282

[L]

◇ Ladenschlußgesetz 【폐점법】	285
◇ Landesrecht 【주법】	285
◇ Landesverfassungen 【주헌법】	286
◇ Legalinterpretation 【법정해석】	286
◇ Legalität 【합법성】	286
◇ Legalitätsprinzip 【기소법정주의】	287
◇ Legitimationspapier 【면책증권】	288
◇ Legitimität 【정당성】	288
◇ Lehrling 【도제】	288
◇ Leiharbeitsvertrag 【파견근로계약】	289
◇ Leistungsklage, allgemeine 【일반적 이행소송, 일반적 급부소송】	289
◇ Leistungsstörung 【이행(급부)장애】	289
◇ Leitende Angestellte 【중견간부】	290
◇ Letter of Intent 【계약의향서】	291
◇ logische Interpretation 【논리해석】	291
◇ Lohnfortzahlungspflicht 【임금계속지급의무】	292
◇ Loyalitätspflicht 【성실의무】	292
◇ Loyalitätspflichten 【충실의무】	292

[M]

◇ Magistratsverfassung 【지방자치단체 내부의 기관조직】	295
◇ Mandat 【위임관계】	295
◇ Mankohaftung 【결손책임】	295
◇ Mantelgesetz 【기본틀법】	296
◇ Manteltarifvertrag 【개괄적 단체협약】	297
◇ Markenrecht 【상표권】	297
◇ Massenverfahren 【(다수인을 대상으로 하는) 대량절차】	298
◇ Massenverwaltungsakt 【(다수인을 대상으로 하는) 행정행위】	299
◇ Maßnahme 【보안제재】	299
◇ Maßnahmegesetz 【처분법】	299
◇ Maßregel der Besserung und Sicherung 【보안처분】	300
◇ Mehrheitsprinzip 【다수결원리】	301
◇ Mehrheitswahl 【다수대표제】	302
◇ Meinungsäußerungsfreiheit 【의사표현의 자유】	303
◇ Menschenwürde 【인간의 존엄과 가치】	304
◇ Minderheitenschutz 【소수의 보호】	304
◇ Minderung der Erwerbsfähigkeit 【감소된 소득능력】	305
◇ Mitbestimmung 【공동결정】	306
◇ Miteigentum 【공유】	307
◇ Mitnahme 【반출】	307
◇ Mitverschulden 【기여과실】	308
◇ Mitwirkungspflicht des Beteiligten 【당사자의 협력의무】	309
◇ Montanmitbestimmungsgesetz 【광산업공동결정법】	309
◇ Mord 【모살(謀殺)】	310
◇ Muttergesellschaft 【모회사】	311

[N]

◇ Nachbesicherungspflicht 【담보물보충의무】	315
◇ Nachindossament 【기한후배서】	315
◇ Nachsichtwechsel 【일람후정기출급어음】	316
◇ nachvertragliche Pflicht 【사후효(事後效)를 갖는 계약의무】	316
◇ Nachwirkung 【여후효(餘後效)】	317
◇ Nachzugsaktie 【후배주】	318
◇ Naßauskiesungsbeschluß 【자갈채취사건】	318
◇ Nebenbestimmungen 【부관】	319
◇ Nebenklage 【공소참여】	319
◇ Nebentäterschaft 【동시범】	321
◇ Negative Koalitionsfreiheit 【소극적 단결권】	321
◇ negatives Interesse 【소극적 이익】	322
◇ Netzfahndung 【전산수색】	323
◇ Netzvertrag 【계약의 연쇄】	324
◇ Neue Bundesländer 【구 동독지역의 새로운 주】	325
◇ Nichtigkeit von Verwaltungsakten 【행정행위의 무효】	326
◇ Nießbrauch 【용익권】	326
◇ Normative Schaden(sbegriff) 【규범적 손해(개념)】	327
◇ Normenkontrolle 【규범통제】	328
◇ Normenvertrag 【규범적 효력을 갖는 계약】	328
◇ Notifikation des Rückgriffes 【소구의 통지】	329
◇ Nötigung 【강요죄】	330
◇ Notstaatsanwalt 【긴급검찰】	330

[O]

◇ Objektive Ordnung 【객관적 질서】	333
------------------------------	-----

◇ Obliegenheit 【부진정의무】	333
◇ Offenkundigkeitsprinzip 【현명(顯名)의 원칙】	334
◇ Öffentlicher Dienst 【공공부문종사자】	334
◇ Öffentliche Schulen 【국·공립학교】	335
◇ öffentlichrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag 【공법상의 사무관리】	337
◇ öffentlichrechtlicher Vertrag 【공법상의 계약】	338
◇ Offizialmaxime 【직권주의】	339
◇ Öffnungsklausel 【개방조항】	339
◇ Opportunitätsprinzip 【기소편의주의】	340
◇ Option 【옵션계약】	340
◇ Ordnungsgeld 【과태료】	341
◇ Ordnungshaft 【감치(監置)】	341
◇ Ordnungsmittel 【질서제재】	342
◇ Ordnungsprinzip 【질서의 원칙】	343
◇ Ordnungswidrigkeit 【질서위반행위】	343
◇ Organstreit 【기관쟁송】	344

[P]

◇ Pacht 【용익(用益) 임대차】	349
◇ Pädagogische Freiheit 【교육의 자유】	349
◇ Parlamentarische Demokratie 【의회민주주의】	352
◇ Parlamentarisches Regierungssystem 【의회정부제, 의원내각제】	352
◇ Parlamentarismus 【의회주의】	353
◇ Parlamentsvorbehalt 【의회유보】	353
◇ partiarischer Vertrag 【이익참가 계약】	353
◇ Patronatserklärung 【후원의 표시】	354
◇ Personalrat 【공공부문종업원평의회】	355
◇ Personalvertretungsgesetz 【연방공공부문종업원평의회법】	355

◇ Personenbedingte Kündigung 【일신상 사유에 의한 해고】	355
◇ Persönliche Abhängigkeit 【인적 종속성】	356
◇ Persönlichkeitsrecht 【인격권】	356
◇ petitorische Einwendungen 【본권에 기한 항변】	357
◇ Pfandindossament 【입질배서】	358
◇ Pfandrecht 【담보권】	359
◇ Pflegeversicherung 【수발보험】	359
◇ Pflichtteil 【유류분】	360
◇ Pflichtversicherung 【의무보험】	361
◇ Picketing 【피케팅】	361
◇ Plebiszit 【플레비지트】	362
◇ Positive Forderungsverletzung 【적극적 채권침해, 적극적 계약침해】	362
◇ Positive Koalitionsfreiheit 【적극적 단결권】	362
◇ positive Vertragsverletzung 【적극적 계약침해】	362
◇ Potestativbedingung 【수의(隨意)조건】	364
◇ Praktische Konkordanz 【규범조화】	364
◇ Prämienperiode 【보험료기간】	365
◇ prima facie-Beweis 【일응의 증명】	365
◇ Prioritätsgrundsatz 【우선성의 원칙】	365
◇ Private Schulen 【사립학교】	366
◇ Privatklage 【사인소추】	366
◇ Privatschulfreiheit 【사립학교의 자유】	367
◇ Prospekthaftung 【사업서책임】	369
◇ Publizitätsgrundsatz 【공시원칙】	370

[Q]

◇ quasi-negatorischer Schutz 【준물권적 보호】	373
◇ Quotenaktie 【무액면주식】	373

[R]

◇ Rahmenrecht 【범주적 권리】	377
◇ Rahmenvertrag 【기본계약】	377
◇ Rasterfahndung 【검색수사】	378
◇ Realakt 【사실행위】	379
◇ Reallast 【물적부담】	380
◇ Recht zum Besitz 【점유할 수 있는 권리】	380
◇ Rechtsgüterabwägung 【법익형량】	381
◇ Rechtsmittelbelehrung 【불복고지】	381
◇ Rechtsschutzversicherung 【권리보호보험】	382
◇ Rechtsstaat 【법치국가】	383
◇ Rechtsverordnung 【법규명령】	384
◇ Rechtswidrigkeit der Verwaltungsakten 【행정행위의 위법성】	385
◇ Referendum 【레퍼렌덤】	385
◇ Regreß 【구상(求償)】	385
◇ Regreßanspruch 【구상권(求償權)】	386
◇ Rektaindossament 【배서금지배서】	386
◇ Rektapapier 【기명증권】	386
◇ Rektawechsel 【배서금지어음】	387
◇ Rentenversicherung 【연금보험】	388
◇ Reservfonds 【(기업의) 준비금】	389
◇ Revision 【상고】	389
◇ Richtlinie 【행정규칙】	390
◇ ringförmige Beteiligung 【환상적 상호참가】	390
◇ Rüchbürgschaft 【구상보증】	390
◇ Rückgriff 【구상】	391
◇ Rückgriffanspruch 【구상권(求償權)】	391

◇ Rückgriffskondiktion 【구상부당이득】	391
◇ Rückindossament 【환배서】	392
◇ Rücknahme von Verwaltungsakten 【행정행위의 취소】	393
◇ Rücksichtnahmepflicht	393
◇ Rücktritt (vom Vertrag) 【(계약의) 해제】	393
◇ Rücktritt 【중지법】	394

[S]

◇ Sachenrechtsbereinigung(sgesetz) 【물권관계정리(법)】	397
◇ Salvatorische Klausel 【보충적 효력유지 조항】	398
◇ Satzung 【조례, 규칙 등 자치입법】	398
◇ Schachtelbeteiligung 【소규모참가】	399
◇ Schadenswiedergutmachung 【손해원상회복】	399
◇ Scheinselständige 【외관자영업자】	400
◇ Scherzerklärung 【희언표시(戲言表示)】	400
◇ Schiedsgericht 【중재원】	401
◇ Schlichtung 【조정】	401
◇ Schlüsselgewalt 【가사처리 권한】	401
◇ Schöffengericht 【참심법원】	402
◇ Schuldrechtsanpassung(sgesetz) 【채권관계조정(법)】	403
◇ Schuldverhältnisse, verwaltungsrechtliche 【행정법상의 채권관계】	403
◇ Schutznormtheorie 【보호규범론】	404
◇ Schutzwürdigkeitstheorie 【보호가치설】	405
◇ schwebende (Un)wirksamkeit 【유동적 유(무)효】	405
◇ Schwurgericht 【대(大)참심법원】	406
◇ Selbständige 【자영업자】	407
◇ Selbstbindung der Verwaltung 【행정의 자기구속의 원칙】	408
◇ Sicherungsabtretung 【담보목적의 채권양도】	408

◇ sicherungshalber 【담보목적의】	408
◇ Sicherungshypothek 【보전저당권】	409
◇ Sicherungsübereignung 【소유권의 양도담보】	409
◇ Sicherungsverwahrung 【보안감호】	410
◇ Sonderrechtstheorie 【특별법설】	411
◇ Sozialbindung des Eigentums 【재산권의 사회적 기속성】	411
◇ Sozialhilfe 【사회부조】	412
◇ Sozialrecht 【사회보장법】	412
◇ Sozialstaat 【사회국가】	412
◇ Sozialversicherung 【사회보험】	413
◇ Sperrklausel 【봉쇄조항】	413
◇ Sperrminorität 【소수저지권】	414
◇ Spezialitätsgrundsatz 【(민) 특정성의 원칙】	414
◇ Spitzenbeträge 【단주액】	415
◇ Staatshaftung 【국가배상】	415
◇ Staatsrecht 【국가법】	416
◇ Stammaktie 【보통주】	417
◇ stellvertretendes commodum 【대상(代償)】	417
◇ Stimmrechtsverbindungsvertrag 【의결권계약】	418
◇ Strafaussetzung zur Bewährung 【집행유예】	418
◇ Strafbefehl 【약식명령】	419
◇ Strafvollstreckung 【형집행】	420
◇ Strafvollstreckungskammer 【형집행부】	421
◇ Strafvollzug 【행형】	422
◇ Streitbare Demokratie 【투쟁적 민주주의】	422
◇ Strohmanggeschäft 【허수아비 행위】	422
◇ Stücksaktie 【무액면주식】	423
◇ Subjektionstheorie 【종속설, 법률관계설】	423

◇ Subjektives öffentliches Recht(Subjektiv-öffentliches Recht) 【주관적 공권】	· 424
◇ Subjektstheorie 【주체설】 424
◇ Subordinationstheorie 【종속설】 425
◇ Subsidiarität 【보충성】 425
◇ Substantiierungslast 【구체화책임】 426
◇ Substitut 【대상 (代償)】 426
◇ Subventionen 【정부보조금, 교부지원】 426
◇ Sukzessivgründung 【점차설립】 428
◇ Summenrückversicherung 【정액재보험】 428
◇ Surrogation 【보험자대위】 429
◇ Suspensiveffekt 【집행정지】 430
◇ Synallagma 【상환성】 430
◇ Systemgerechtigkeit 【체계정당성】 431

[T]

◇ Tagwechsel 【확정일출급어음】 435
◇ Tarifausschlußklauseln 【단체협약배제조항】 435
◇ Tariffähigkeit 【협약능력】 435
◇ Tarifkonkurrenz 【단체협약의 중복】 436
◇ Tarifpluralität 【단체협약의 병존】 436
◇ Tarifvertrag 【단체협약】 437
◇ Taschengeldparagraf 【용돈에 관한 조항】 438
◇ Tatbestandswirkung 【구성요건적 효력】 438
◇ Täter-Opfer-Ausgleich 【가해자-피해자-화해】 439
◇ Tätige Reue 【적극적 중지】 439
◇ Teilrücktritt 【일부해제】 440
◇ Totalvorbehalt 【전부유보설】 440
◇ Totschlag 【고살(故殺)】 441

◇ Tratte 【환어음】	441
◇ Trennungsprinzip 【분리의 원칙】	443
◇ Treu und Glauben 【신의성실】	444
◇ Treuepflicht 【충실의무】	444
◇ Treuhand 【신탁】	445
◇ Treuhandindossament 【신탁배서】	446

[U]

◇ Übermaßverbot 【과잉금지】	451
◇ Übernahmegründung 【단순설립】	451
◇ Umdeutung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes 【하자 있는 행정행위의 전환】	451
◇ Umtauschrecht 【전환청구권】	452
◇ Umwandlungsgesetz 【사업재편법】	452
◇ Umweltschutz 【환경보호】	452
◇ Umweltverträglichkeitsprüfung 【환경영향평가】	453
◇ Unanfechtbarkeit von Verwaltungsakten 【행정행위의 불가쟁력】	454
◇ unechte Gesamtschuld 【부진정연대채무】	454
◇ Unfallversicherung 【재해보험】	454
◇ Unmöglichkeit der Leistung 【급부불능】	455
◇ Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus 【치료감호】	455
◇ Unterbringung in einer Entziehungsanstalt 【금단치료수용】	456
◇ Unterfrachtvertrag 【재운송계약】	457
◇ Unterlassungsanspruch 【부작위청구권】	457
◇ Unternehmen 【기업】	458
◇ Untersuchungsgrundsatz 【직권탐지주의】	458
◇ Unvermögen 【주관적 불능】	459
◇ Ursatzung 【원시정관】	459

[V]

◇ Valutaverhältnis 【원인관계】	463
◇ venire contra factum proprium 【선행행위와의 모순금지(금반언원칙)】	464
◇ Verbandsklage 【단체소송】	464
◇ Verbringen 【반입】	465
◇ Verdachtkündigung 【혐의해고】	466
◇ Verfallklausel 【유담보약정】	466
◇ Verfassung 【헌법】	466
◇ Verfassungsändernde Gewalt 【헌법개정권력】	467
◇ Verfassungsbeschwerde 【헌법소원】	467
◇ Verfassungsgebende Gewalt 【헌법제정권력】	468
◇ Verfassungsgerichtsbarkeit 【헌법재판】	469
◇ Verfassungsgesetz 【헌법률】	469
◇ Verfassungskonforme Auslegung 【합헌적 해석】	469
◇ Verfassungsrecht 【헌법】	470
◇ Verfassungsschutz 【헌법의 보호】	470
◇ Verhaltensbedingte Kündigung 【행태상 이유에 의한 해고】	470
◇ Verhältnismäßigkeit, Grundsatz der 【비례의 원칙】	471
◇ Verhältniswahl 【비례대표제】	472
◇ Verkehrshypothek 【유통저당권】	472
◇ Verpflichtungsgeschäft 【의무부담행위】	472
◇ Verpflichtungsklage 【의무화소송】	473
◇ Verschulden bei Vertragsverhandlungen 【계약교섭상의 과실】	473
◇ Vertragsstrafe 【계약벌】	473
◇ Vertragstheorie 【계약설】	474
◇ Vertrauenshaftung 【신뢰책임】	474
◇ Vertrauensschaden 【신뢰손해】	475

◇ Vertrauensschutzprinzip 【신뢰보호의 원칙】	475
◇ Verursacherprinzip 【원인자책임의 원칙】	476
◇ Verwaltungsakt 【행정행위】	476
◇ Verwaltungsprivatrecht 【행정사법】	477
◇ Verwaltungsrechtsverhältnis 【행정법관계】	478
◇ Verwaltungsverfahren 【행정절차】	478
◇ Verwaltungsvorschriften 【행정규칙】	479
◇ Verwendungen 【(대상관련적) 비용】	480
◇ Volksabstimmung 【국민투표】	480
◇ Volksentscheid 【국민표결】	481
◇ Volkssouveränität 【국민주권】	481
◇ Vollkaufleute 【완전상인】	482
◇ Vollstreckungstitel 【집행권원】	482
◇ Vorhand 【우선권】	483
◇ Vorkauf 【우선매입】	483
◇ Vorkaufrecht 【우선매입권】	485
◇ vorläufiger Rechtsschutz 【가권리구제】	485
◇ Vorlegungsfrist 【지급제시기간】	486
◇ Vorrang des Bundesrechts 【연방법 우위】	487
◇ Vorrang des Gesetzes 【법률우위의 원칙】	487
◇ Vorrang des Gesetzes 【법률의 우위】	487
◇ Vorvertrag 【예약】	488

[W]

◇ Waffenbesitzkarte 【무기등록부】	493
◇ Wahlprüfung 【선거심사】	493
◇ Wandelschuldverschreibungen mit Bezugsrecht auf Aktien 【신주인수권부 사채】	494

◇ Wandelschuldverschreibungen 【전환사채】	494
◇ Warehouseman 【창고업자】	495
◇ Warenzeichenrecht 【상표권】	495
◇ Wechselabschrift 【어음등본】	495
◇ Wechselbürgschaft 【어음보증】	497
◇ Wechselduplikate 【어음복본】	498
◇ Wechselerklärung 【어음행위】	498
◇ Wechselmatorium 【어음지급유예】	498
◇ Wechselstrenge 【어음엄정】	499
◇ Wehrhafte Demokratie 【방어적 민주주의】	500
◇ Weisungen 【지시】	501
◇ Weiterbeschäftigungsanspruch 【계속근로청구권】	501
◇ Wertpapier 【유가증권】	502
◇ wesentliche Bestandteile eines Rechtsgeschäfts	503
◇ Wesentlichkeitstheorie 【본질성이론】	504
◇ Wettbewerbsverbot 【경업피지의무】	504
◇ Widerruf (einer Willenserklärung) 【(의사표시의) 철회】	504
◇ Widerruf von Verwaltungsakten 【행정행위의 철회】	505
◇ Widerspruch 【행정심판, 이의】	505
◇ Widerspruchsklausel 【이의약관】	506
◇ Widmung 【공용지정】	506
◇ Wiederaufbauklausel 【복구약관】	507
◇ Wiedergutmachung 【원상회복】	507
◇ Wiederkauf 【환매】	508
◇ Willenserklärung 【의사표시】	509
◇ Willkürverbot 【자의금지】	509
◇ Wirtschaftliche Abhängigkeit 【경제적 종속성】	510
◇ Wirtschaftsverfassung 【경제헌법】	511

◇ Wollensbedingung 【순수수의조건】	511
◇ Wortauslegung 【문자해석】	512

[Z]

◇ Zeichnungsgründung 【모집설립】	515
◇ Zession 【채권양도】	515
◇ Zuchtmittel 【훈육처분】	516
◇ Zug-um-Zug-Leistung 【동시이행】	517
◇ Zumutbarkeitstheorie 【기대가능성설】	517
◇ Zuordnungstheorie 【귀속설, 신주체설】	518
◇ Zurückbehaltungsrecht 【급부거절권】	519
◇ Zusage 【확언】	519
◇ Zusicherung 【확약】	520
◇ Zustimmung 【동의】	520
◇ Zuweisungsgehalt 【(권리 또는 재화의) 귀속내용】	521
◇ Zuwendungsverhältnis 【대가관계】	522
◇ Zweistufentheorie 【2단계이론】	522