

독일의 저당권 설정비용에 관한 논의 - 최근 연방대법원 판례를 중심으로 -

I. 서론

은행(대여자)과 은행으로부터 자금을 차용하고자 하는 사람(차용자) 사이에 금전소비대차계약이 체결되면서 발생하는 비용부담의 주체에 대한 문제가 발생하고 있다. 소비대차계약(이른바 대출거래) 시 사용하는 대출거래 약정서, 근저당권설정계약서 등의 표준약관에는 인지세, 근저당권설정비용 등을 누가 부담할 것인지에 대하여 은행과 채무자가 협의하여 선택하도록 되어 있다. 그러나 실제 계약체결과정에서는 은행이 그 비용을 부담할 경우, 부담한 비용에 상당하는 가산 금리를 고객에게 부담시켜 결과적으로 채무자인 소비자가 비용을 부담하게 되는 상황으로 전개된다.

표준약관에 포함되어 있는 대출거래약정서는 1996년 10월부터, 근저당권설정계약서는 2002년 12월부터 대부분의 은행들이 사용하고 있었다. 2008년 1월 30일 공정거래위원회는 부당한 거래관행을 고려하여 대출거래 시 발생하는 비용의 성격에 따라 은행 또는 소비자가 부담하도

록 하는 방향으로 표준약관을 명확하게 개정하는 방안을 모색하였다. 공정거래위원회는 각 시중은행 및 은행연합회에게 표준약관을 개정하겠다는 사항을 통보하고, 개정 표준약관을 사용할 것을 권장하면서 공문을 발송하는 것 외에 공정거래위원회 홈페이지에 개정 표준약관을 게시하였다. 16개 은행과 전국은행연합회는 이러한 공정거래위원회의 결정에 대하여 반대하고, 기존 표준약관이 불공정한 것이 아님을 주장하는 소송을 제기하였다.

본 글은 독일에서 금전소비대차계약상 발생하는 비용의 부담주체에 관한 내용을 다루고 있다. 독일에서 소비대차계약에서 발생하는 비용에 대하여, 소비자가 부담해야 하는 것이 대부분의 문헌과 판례에서 인정되고 있었다. 그러나 2012년 5월 8일 독일 연방대법원(Bundesgerichtshof: BGH)은 이전의 판례를 뒤집고 소비대차계약의 차용자인 소비자가 발생하는 비용을 부담하는 것이 아니라, 금융기관인 은행이 비용의 부담주체가 되어야 한다고 판시하였다. 이와 관련하여 간략히 독일의 현재 논의를 제시하고자 한다. 이

해를 돕기 위하여 우리나라 판례를 짧게 소개하기로 한다.

II. 우리나라 판례의 추이

1. 약관내용의 개정

개정 전 표준약관조항을 살펴보면, 인지세 부담 조항은 양 당사자가 협의하여 차용자인 본인이 부담하거나 은행이 부담하는 방법 또는 차용자와 대용자인 은행이 각각 50%씩 부담하는 방법 가운데 하나를 선택하도록 규정하고 있었다. 근저당권 설정비용과 말소비용 부담조항에서는 은행과 소비자가 각각 50%씩 부담하도록 명시하고 있었다. 개정 후 표준약관에서는 인지세 부담 조항과 관련하여, 양 당사자가 협의하여 본인이 지불하거나 은행 또는 설정자가 선택하여 부담할 수 있도록 하였다. 근저당권 설정비용과 말소비용부담 조항과 관련해서는, 근저당권 설정 비용은 은행이, 말소 비용은 채무자 또는 설정자가 부담하는 것으로 명시하였다.

2. 판례의 전개

서울고등법원은 전국은행연합회와 16개 시중은행이 제기한 소송에서 인지세 등의 비용에 관한 부담주체를 고객이 선택할 수 있도록 한 이

상, 기존 표준약관조항 자체는 불공정하지 않으므로 공정위의 개정표준약관 사용권장행위는 위법하다고 하는 일부 패소판결을 내렸다. 그러나 대법원은 공정거래위원회가 제기한 상고심에서 공정위 패소부분을 파기하여 서울고등법원에 환송하는 판단을 하였다.¹⁾ 서울고등법원과 대법원은 고객이 인지세 및 근저당권 설정비용의 부담주체를 선택하도록 한 기존 약관의 불공정성 판단기준에 대하여 각각 다른 입장을 표명한 것이다. 서울고법은 대출거래약관조항의 불공정성 여부를 결정하는 데 있어서 거래관행은 고려할 수 없다는 전제하에서 판단하였다. 반면 대법원은 “문제되는 조항만을 따로 떼어서 볼 것이 아니라 전체 약관내용을 종합적으로 고찰한 후에 판단하여야 하고 그 약관이 사용되는 거래분야의 통상적인 거래관행, 거래대상인 상품이나 용역의 특성 등을 함께 고려해야 한다”고 판단하였다. 대법원은 약관 조항 자체에서 고객의 선택권이 보장되어 있는 이상 기존약관을 불공정하다고 보기 어렵다는 원심판결에 대하여, 거래관행을 고려하여 다시 판단하라는 취지로 파기하여 원심법원에 환송하였다. 현재 본 사건은 다시 원심법원에서 변론을 위한 준비가 진행되고 있는 것으로 알려지고 있다.

III. 독일에서 보통거래약관에 대한 판례의 변경

1) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 판결.

1. 2012년 5월 8일 연방대법원 판례 등 장 이전: 차용자의 부담

2012년 5월 8일 이전에 독일에서 논의되었던 담보대출과 관련된 비용부담주체의 문제는 우리나라에도 다양하게 소개되었다.²⁾ 특히 우리나라가 독일의 약관규제법을 수용한 것에 착안하여, 독일의 논의를 고찰하는 것은 우리나라의 대법원과 학자들에게 매우 유익한 정보를 제공했을 것으로 판단된다.

독일의 경우 부동산 담보제공은 일반적으로 저당채권 발행에 의하여 이루어지며, 동 증권발행비용은 담보제공자가 부담하는 것이 당연한 것으로 인정되고 있었다.³⁾ 약관조항 역시 차용자나 담보제공자가 비용을 부담하도록 하고 있었다. “고객은 채권담보가 제공·관리·해제 또는 실행된 경우 발생하는 모든 실지급 비용(특히 공증수수료, 보관, 담보물 보전비용)을 부담한다”고 하는 은행 일반거래약관조항은 별 문제없이

받아들이고 있는 것으로 알려지고 있었다.⁴⁾ 그것에 대한 인정근거를 독일 민법 제675조, 제670조에서 찾고 있다. 특히 독일 민법 제670조의 비용보전 청구권에 의하여 은행은 그 비용지출에 대한 보상을 청구할 수 있다고 해석하고 있었던 것으로 판단된다.⁵⁾ 독일 대부분의 학자들 역시 동 약관조항에 대하여 별 문제가 없다고 평가하고 있었다.⁶⁾

독일 은행보통거래약관뿐만 아니라 독일 저축은행(Sparkasse)보통거래약관 역시 은행이 고객을 위한 업무수행 중의 비용과 지출은 고객에게 청구할 수 있음을 규정하고 있다.⁷⁾ 이들 규정은, 은행보통거래약관과 마찬가지로, 이미 독일 민법 제675조, 제670조에 규정된 내용을 구체화한 것으로 알려지고 있다. 따라서 고객이 비용을 부담할 의무는 법에서 이야기하는 의미에서의 비용이어야 하고, 또 그 청구요건이 충족되어야 할 것이다.⁸⁾ 이들 규정에서 이미 예시적으로 열거하고 있듯이 가령 우편료나 공증비용처럼 외부비

2) 2012년 5월 8일 이전 독일에서의 논의에 대하여는 최병규, 은행근저당권설정비 부담주체에 대한 약관의 효력-대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 판결에 대한 평석을 중심으로- 상사판례연구 제24집 제1호, 2011, 3. 31.

3) 금융감독원, 금융감독정보 2002-46호, 27면 이하.

4) 최병규 교수의 논문에 따르면, 독일 은행보통거래약관 제12조 제5항에 규정하고 있었던 것으로 사료된다. 현재 은행보통거래약관 제12조 제6항에 동일한 내용을 담고 있다.

5) 독일 민법 제675조는 사무의 처리를 대상으로 하는 도급계약이나 위임계약에 대하여 독일 민법 제670조를 준용하고 있다. 독일 민법 제670조는 위임에 대한 규정이다. 독일 민법 제670조(비용의 보상): 수임인이 위임사무의 처리를 목적으로, 스스로 판단하기에 구체적 상황에서 필요하다고 판단하여 처리함으로써 비용이 발생한 경우 위임자가 그 비용에 대한 배상의 의무가 있다(우리 민법 제688조와는 약간 다른 내용이다).

6) Horn in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999, S. 1851.

7) 당시 저축은행보통거래약관 제17조 제3항이 여기에 해당한다.

8) BGH, WM 1989, 129, 130; Bunte, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 17 Rdn. 63; Canaris, Bankvertragsrecht, Rdn. 2710, 2632.

용을 의미한다고 할 것이다.⁹⁾ 은행약관에 규정되어 있는 담보환가비용은 고객이 부담하여야 하는 법적 의미에서의 비용이 아니다. 환가비용은 지체손해의 범주에서 손해배상 항목으로 청구가 가능하다. 그 경우에는 고객을 위한 업무수행이라고 보기도 어렵고 사무관리도 아니기 때문이다. 그 경우는 은행은 스스로의 이익을 위하여 행위한 것뿐이다. 저축은행약관 제17조 제3항은 비용은 일반 영업비를 벗어나는 것이어야 한다고 명백히 하고 있다.¹⁰⁾

결론적으로 본다면, 2012년 5월 8일 연방대법원이 판시하기 전 독일의 판례나 학자들은 은행 보통거래약관과 저축은행보통거래약관에 규정되어 있는 설정비 등의 부담주체가 차용자라는 사실에 대하여 크게 반대하지 않았던 것으로 사료된다.

2. 2012년 5월 8일 연방대법원의 판단: 금융기관 부담

1) 의의

2012년 5월 8일 독일에서 저축은행과 은행의 지출상환약관조항은 효력이 없다고 판시한 사건은 독일이나 우리나라에 상당한 흥미를 야기하고 있다.¹¹⁾ 은행법을 담당하는 연방대법원 제11부 민사위원회는 소비자보호단체가 제기한 저축은행 및 은행에 대한 단체소송에 대한 판단을 하였다. 연방대법원에 따르면, 저축은행 보통거래약관 제18조 및 은행 보통거래약관 제6조 제12항에 규정되어 있는 -양자 모두 동일한 내용을 담고 있음- 약관조항들이 소비자들에게 부당하게 불이익을 주고 있으므로, 독일 민법 제307조(약관의 내용통제)에 따라 무효라고 판단하였다. 이러한 대법원의 판단은 동 약관조항들이 소비자와의 은행거래에서 사용될 수 없다는 것을 의미한다. 독일 민법 제670조¹²⁾의 법률적인 제한을 벗어나는 허용되지 않는 소비자에 대한 비용상환청구권이 저축은행 및 은행에게 발생한 것이라고 판단한 것이다.

〈독일 민법 제307조〉

§ 307 (Inhaltskontrolle)

- (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.
- (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

9) Krüger, Richterliche Überprüfbarkeit von Preisklauseln in der Kreditwirtschaft, WM 1999, S. 1411.

10) 이 점을 명백히 지적하는 견해: Steppeler/Künzle, AGB Sparkassen, S. 193.

11) BGH, Urteil v. 08. 05. 2012, Az.: XI ZR 61/11 u. XI ZR 437/11.

12) 독일 민법 제670조(비용의 상환) 수입인은 위임사무의 처리를 위하여 제반사정에 비추어 필요하다고 인정할 수 있는 비용을 지출한 때에는 위임인은 이를 상환할 의무를 진다.

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränken, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährden ist.
- (3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Ansatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

독일 민법 제307조(내용통제)

(제1항) 보통거래약관상의 규정은, 신의성실의 요구에 반하여 약관사용자가 부당하게 계약상대방을 불이익 하도록 하는 경우에는 효력이 없다. 부당한 불리함은 그 조항이 명확하지 아니하고 이해될 수 없는 것이라는 사정에 기하여도 인정될 수 있다.

(제2항) 보통거래약관상의 규정이 다음 각호의 하나. 즉,

1. 법률상 규정의 본질적인 근본취지로부터 이탈하여 그것과 일치할 수 없게 되는 경우
2. 계약의 성질로부터 발생하는 본질적인 권리 또는 의무를 계약목적의 달성을 위태롭게 할 정도로 제한하는 경우 등

(제3항) 제1항, 제2항 및 제308조, 제309조는 법률규정과 다른 내용 또는 그것을 보충하는 내용을 정하는 약 관조항에 대하여만 적용된다. 그 외의 조항은 제1항 제1문과 결합한 동항 제2문에 의하여 무효일 수 있다.

2) 사실관계

저축은행과 은행의 약관조항(양자의 내용은 동일하다)에서 원고인 소비자보호단체는 피고인 금융기관에 대하여, 피고들의 약관조항에 대한 무효를 주장하였다. 피고인 저축은행 및 은행은 저축은행약관 제18조와 은행약관 제12조 제6항에서 각각 보통거래약관을 소비자에 대하여 사용하였다. 각 조항에 대한 내용은 다음과 같다.

(1) 저축은행 제18조(지출)

저축은행은, 고객의 위임이나 고객의 것으로

추측되는 이익관계에서 저축은행이 행하게 되는 경우(장거리 전화, 우편료 등)나 담보의 제공·관리·해지 또는 평가되는 경우(특히 공증인비용, 보관료 담보물에 대한 관리비용 등)에, 지출에 대한 발생비용을 고객에게 부담시킬 수 있는 권리가 있다.

(2) 민영은행 제12조(이자, 보수, 지출) 제6항(지출)

은행은, 고객의 위임이나 고객의 것으로 추측되는 이익관계에서 은행이 행하게 되는 경우(장거리 전화, 우편료 등)나 또는 담보의 제공·관리·

해지 또는 평가되는 경우(특히 공증인비용, 보관료 담보물에 대한 관리비용 등)에 지출에 대한 발생비용을 고객에게 부담시킬 수 있는 권리가 있다.

원고인 소비자보호단체는 동 약관들이 독일 민법 제307조를 위반한 것이라고 주장하면서, 고객에 대한 동 약관의 사용중지를 요구하였다. 동 약관에 규정되어 있는 지출상황이 범위에 대하여 무제한으로 되어 있으며, 동 약관은 위임관계(Auftragsverhältnis) 및 사무처리(Geschäftsführung ohne Auftrag)에 대하여 효력이 발생하고 있는 독일 민법 제670조의 법규 지도형상을 벗어나 있다는 점에서, 신의성실의 원칙(Treu und Glauben)에 반하여 고객을 부당하게 불이익하게 하고 있다고 주장하였다.

3) 대법원의 판단근거

독일 민법 제307조는 약관에 대한 내용통제를 규정하고 있다. 대법원은 피고(저축은행, 은행)들이 사용하고 있는 약관은, 내용통제를 규정하고 있는 민법 제307조에 유지될 수 없는 두 개의 규정을 가지고 있다고 하였다.

(1) 다툼이 있는 약관조항(“고객의 위임이나 고객의 것으로 추측되는 이익관계에서 저축은행이나 은행이 행하게 되는 경우(장거리 전화, 우편료 등)나 담보의 제공·관리·해지 또는 평가되는 경우(특히 공증인비용, 보관료 담보물에 대한 관리비용 등)에 저축은행이나 은행은 지출에 대한 발생비용을 고객에게 부담시킬 수 있는 권리가 있다.”)은 저축은행이나 은행의 유사적인 서비스에 대한 가격합의를 포함하고 있지 않다고 한다. 오히려 위임계약(독일 민법 제662조¹³⁾이하)이나 사무관리의 영역(독일 민법 제677조¹⁴⁾, 제683조¹⁵⁾에서 금융기관의 행위에 대한 지출상황에 관한 사항이라고 한다. 독일 민법 제670조에 따르면, 수입인은 위임사무의 처리를 위하여 제반사정에 비추어 필요하다고 인정할 수 있는 그러한 지출비용만 상황을 청구할 수 있다고 규정되어 있다. 다툼이 벌어지고 있는 동 약관조항은 이러한 제한을 두고 있지 않다는 것이다. 이러한 제한은, 법률에 정통하지 못한 평균적인 소비자의 이해를 위한 해석의 방법에서 동 약관에 포함될 수 없다고 한다. 특히 그 제한은 “비용(Aufwendungen)”이라는

13) 독일 민법 제662조(위임의 의의)- 위임의 승낙에 의하여 수입인은 위임인으로부터 위탁된 사무를 위임인을 위하여 무상으로 처리할 의무를 진다.

14) 독일 민법 제677조(사무관리자의 의무)- 타인으로부터 위임을 받지 아니하거나 기타 타인에 대하여 이에 대한 권한 없이 타인을 위하여 사무를 처리하는 사람은, 본인의 실제의 또는 추정적 의사를 고려하여 그의 이익이 요구하는 대로 사무를 관리하여야 한다.

15) 독일 민법 제683조(비용의 상환)- 사무관리의 인수가 본인의 이익 및 본인의 실제적 또는 추정적 의사와 일치하는 때에는 사무관리자는 수입인에 준하여 비용의 상환을 청구할 수 있다. 제679조의 경우에는 사무관리의 인수가 본인의 의사에 반하는 때에도 사무관리자는 그 청구권을 가진다.

용어와 같은 동일한 것으로 설정되는 "지출 (Auslagen)"이라는 용어는 제기될 수 없다는 것이다. 그러는 한, 고객의 "위임"이나 위임의 "추측할 만한 이익"과 단순한 결합은, 중요한 사항이 되지 못한다고 한다. 왜냐하면 그것으로부터 구체적으로 발생하는 비용의 필수성에 대한 물음에 대한 사항은 아무것도 나타나지 않기 때문이라는 것이다.

(2) 다툼이 발생하고 있는 두 번째 규정부분(또는 담보가 설정되거나 관리, 해제 또는 평가되는 경우(특히 공증비용, 보관비용, 담보의 관리를 위한 비용 등))은 내용통제를 받아야 한다고 한다. 연방대법원 판결에 따르면, 일반적인 영업비용, 고유한 의무를 이행하기 위한 비용 또는 고유한 이익에 있어서 행위를 하는 것에 대하여 고객에게 전가되도록 하는 그러한 약관조항은 독일 민법 제307조 제3항 제1문에 따라 통제력이 있어야 한다는 것이다. 그것이 바로 규정의 두 번째 규정부분에 관련된다는 것이다. 비용상환은(독일 민법 제670조) 단지 위임사무를 처리하기 위하여, 업무집행의 수용이 영업자의 이익, 실제적이거나 예측할 수 있는 의지에 상응하는 경우에만, 단지 청구할 수 있다는 법률적인 제한은 여기에 표현되고 있지 않다는 것이다. 그 약관조항의 이러한 관련 속에서 그 법률적인

제한은 해석의 방법에서도 추론할 수 없다는 것이다. 더 나아가 담보물에 대한 설정, 관리 및 평가에 수행된 행위들은 단지 저축은행 및 은행의 이익에 놓여 있다는 것이다. 금융기관이 일반적으로 단지 고유한 의무를 이행하는 담보에 대한 말소는 단지 설정의 반대 측면이라는 점이다. 저축은행이나 은행 자신의 고유한 이익에 놓여 있는 행위를 위하여 비용상환 청구권이 저축은행 및 은행에게 발생하는 것이라는 점에서, 다툼이 있는 약관조항의 두 번째 부분은 독일 민법 제307조 제1항 제1문, 제2항 제1호에 따라, 공개된 내용통제에 상응할 수 없다고 한다.

4) 독일 민법 제307조(내용통제)가 갖는 의미

(1) 약관규제법의 민법으로의 통합

독일 민법 제307조는 약관에 대한 내용통제의 기능을 하고 있는 규정이다. 약관규제법은 2002년 독일 민법이 대폭적으로 개정하면서 민법으로 수용된 법률이다.¹⁶⁾ 민법으로 통합한 이유는 다음과 같다.¹⁷⁾ 첫째, 민법전 밖에서 특별사법으로 보통거래약관법을 존치시키는 것은 전체 법률 내용을 체계적으로 일관하여 보기 어렵다는 점을 고려하였다. 민법에 통합함으로써 법률에 대한 명료성과 이행의 정도를 제고하고

16) 김형배 외 5인, 독일채권법의 현대화, 법문사, 2002(박종희, 보통거래약관법의 민법으로의 통합) 집필부분, 159면 이하.

17) BT-Druck. 14/6040. S. 91 f., 97. 149 f.

자 하는 목적이 있다. 둘째, 보통거래약관법 내의 실체법적인 규정들이 이미 사법의 일부를 이루고 있고, 내용적으로 민법에 밀접하게 연계되어 있기 때문에 굳이 약관규제법을 민법으로부터 분리할 이유가 없다는 점이다. 셋째, 특별법으로 계속 유지할 경우 상이한 해석원칙, 개념화 및 가치척도 등이 개입될 위험성이 있다는 점을 고려하였다. 약관규제법이 민법 내로 통

합하게 된다면, 민법의 원칙들이 동일하게 적용하게 되어 그러한 위험들을 줄일 수 있는 장점이 제공된다. 넷째, 약관규제법을 민법으로 통합시킴으로써 민법의 재통합화를 달성할 수 있다는 점이다. 약관규제법이 민법으로 이전되는 결과, 약관규제법 제9조(일반조항)의 규정이 민법 제307조에 수용되면서 약간의 변경이 이루어진 것이다.

〈구 약관규제법 제9조〉

§ 9 (Generalklausel)

- (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.
- (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung
1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränken, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

독일 약관규제법 제9조(일반조항)

(제1항) 보통거래약관상의 규정은, 신의성실의 요구에 반하여 약관사용자가 부당하게 계약상대방을 불이익 하도록 하는 경우에는 효력이 없다.

(제2항) 보통거래약관상의 규정이 다음 각호의 하나, 즉,

1. 법률상 규정의 본질적인 근본취지로부터 이탈하여 그것과 일치할 수 없게 되는 경우
2. 계약의 성질로부터 발생하는 본질적인 권리 또는 의무를 계약목적의 달성을 위태롭게 할 정도로 제한하는 경우 등

(2) 변경사항

독일 민법 제307조는 약간의 변경이 이루어졌다. 기본적으로 구 약관규제법 제9조 제1항과 제2항은 독일 민법 제307조 제1항과 제2항으로 대

치되었다. ‘내용통제의 제한’을 규정하고 있었던 구 약관규제법 제8조가 독일 민법 제307조 제3항에 수용되었다. 약관조항에 관한 내용통제와 관련한 종래 제8조 내지 제11조는 개정법 제307

조 내지 제309조에 자리를 잡고 있다. 종전의 제 8조는 제307조 제3항에, 제9조는 제307조 제1항과 제2항에 각각 규정된 것이다.

(3) 변경의 의미

두 가지의 사항에 대하여 가치를 부여할 수 있다. ‘명확성 원칙’의 확보와 ‘민법 제307조 제2항 제1문과 제2문에 따른 내용통제’이다.

‘명확성의 원칙’이 내용통제의 영역에 해당하느냐에 대한 물음에서, 명문의 규정이 없었기 때문에 논란이 있었고 판례에서 명시되지 않은 동원칙을 인정하고 있었다.¹⁸⁾ 개정 입법자는 판례의 입장을 수용하면서 이러한 문제를 해결하였다. 약관 중에서 단순히 법률 규정의 내용을 그대로 반복 기술하고 있거나 직접적으로 주된 급부의 대상을 규정하는 조항 또는 지불되어야 할 가격에 관한 조항은 제307조 제3항에 따라 내용통제의 대상이 되지 않는다. 그러나 모든 계약조건들은 투명성 원칙(Transparenzkontrolle)에 따른 검토의 대상이 되기 때문에, 주된 급부를 정하는 조항 내지 가격에 관한 조항들도 명확성의 통제대상으로 된다.¹⁹⁾

독일 민법 제307조 제1항과 동조 제2항은 보통거래약관의 중심을 이루면서, 동시에 제309조와 제308조에서 포섭되지 않았던 잔여내용을 통제

한다는 가능성을 지니고 있다. 여러 가지 논란은 있었지만, 개정과 관련하여 본질적인 내용의 변경이 있는 것은 아니다.

IV. 결론

저당권 설정비용의 부담주체와 관련하여 기존의 판례를 뒤집은 독일 대법원의 결정과 그 결정에 대한 법적 근거는 매우 의미 있는 시사점을 제시하고 있다. 독일 대법원이 제시한 문맥을 자세하게 고찰하게 되면, 저당권의 설정비용에서 중요한 것은 어떠한 이익에서 저당권이 설정되는가를 언급하고 있다. 지급상실을 대비해 은행은 저당권을 통하여 안정성을 얻게 된다. 저당권을 설정하는 것은 은행이 소비대차계약을 체결하고 은행이 빌려주는 금전을 안전하게 확보하기 위한 차원에서 은행의 이익이라고 보아야 한다는 측면이 고려되어야 할 것이다. 연방대법원 역시 은행에 대한 최근의 판례에서 저축은행의 보통거래약관이 제기하는 바와 같은 결론에 있어서 동일한 입장을 보이고 있다. 이에 독일 민법을 통하여 조금 더 보충사항을 살펴볼 필요가 있다.

18) BGHZ 106, 42 (49); BGHZ 108, 52 (57); BGHZ 115, 177 (185); BGH ZIP 2001, 1052; BGH ZIP 2001, 1062.

19) Schab/Witt, Einführung in das neue Schuldrecht, 2002, S. 232.

〈독일 민법 제648a조〉

- (1) 건축물 또는 옥외시설이나 그 일부의 수급인은 도급인에 대하여 담보의 제공을 위한 상당한 기간을 지정하고 그 기간 경과 후에 자신의 급부를 거절할 것을 표시함으로써 선이행되어야 할 자신의 급부 및 그에 속하는 종된 채권을 위하여 담보를 제공할 것을 청구할 수 있다. 담보는 계약 또는 사후의 추가발주로부터 예상되는 보수청구권 및 종된 채권의 액을 한도로 이를 청구할 수 있다; 종된 채권은 담보되어야 할 보수청구권의 10% 이상으로 정하여진다. 담보제공이, 담보제공자가 도급인의 재산상태가 현저히 악화되면 그의 철회의 의사표시가 도달하기까지 수급인이 아직 행하지 아니한 건축급부에 관한 보수청구권을 위한 담보에 대하여 그 제공약속을 철회할 권리를 유보하여 이루어진 경우에도, 그 담보제공은 충분한 것으로 본다.
- (2) 이 법률의 적용영역 내에서 영업할 권한 있는 금융기관 또는 신용보험자의 손해담보 또는 기타의 지급약속에 의하여도 담보를 제공할 수 있다. 금융기관 또는 신용보험자는, 도급인이 수급인의 보수청구권을 승인하거나 그에 대하여 보수를 지급하라는 가집행판결이 선고되고 또한 강제집행개시의 요건이 충족된 한에서만, 수급인에 대하여 지급을 할 수 있다.
- (3) 수급인은 도급인에게 최고 연 2%의 비율에 의하여 담보제공의 통상의 비용을 상환하여야 한다. 도급인이 수급인의 보수청구권에 대하여 대항사유가 있다고 주장함으로써 인하여 담보가 계속 유지되어야 하는 경우에 그 대항사유가 이유 없는 것으로 판명된 때에는 그러하지 아니하다.

독일 민법 제648a조는 ‘건축업자를 위한 담보 제공’을 규정하고 있다. 동조 제3항은 비록 은행에 직접적으로 관련시키는 것은 아니지만, 사실 관계는 비교해 볼 만하다. 역시 여기에서 수급인의 이익과 그의 지급청구권의 이해관계에서 담보권이 발생하고 있다. 그러나 그것을 위하여 수급인은 그 비용을 부담해야 한다. 이러한 법적인 사고는 역시 은행제도에도 그대로 적용될 수 있을 것이다. 그러므로 연방대법원이 최근 판례에

서 “더 나아가 담보의 설정, 관리 평가하기 위하여 소요된 행위들은 단지 저축은행, 특히 은행의 이익에 놓여 있다고 볼 것이다.”라고 언급하고 있는 부분은 상당한 의미가 있다고 판단된다.

유 주 선

(강남대학교 법학과 교수)