

## 대륙법으로서의 한국의 노동법과 한국의 전문 법률 자격 정봉수/유금성 노무사, Gerald Staruiala

### I. 서설

외국인들에게 한국 노동법에 대한 상담을 할 때 의사소통이 어려운 경우가 있다. 가끔은 일상적인 용어 사용의 차이 때문에 의사소통이 어려운 경우도 있지만 더 많은 경우에는 각 국의 법 체계와 각 국의 법이 어디서부터 유래했는지의 차이 때문에 의사소통의 어려움이 발생한다.

기본적으로 거의 모든 국가의 법의 근간은 대륙법과 보통법 체계로 구분될 수 있다. 영어 사용 국가에서는 보통법 체계를 채택하고 있는 반면에 한국은 독일의 대륙법 체계를 채택하고 있다. 각 체계는 사법적 판단의 기초가 되며, 판사가 사건을 판결하는 방법 등에 있어 차이가 있다.

한편 한국은 변호사뿐만 아니라 공인된 여러 전문 자격들을 인정하고 있으며 이에 대해 영어 사용 국가의 외국인들(이하에서 “외국인”은 영어 사용 국가의 외국인을 지칭한다.)에게 적절한 설명을 해 줄 필요가 있다. 이하에서는 법 체계와 대리인 제도의 차이에 대하여 설명하고자 한다.

### II. 보통법과 대륙법<sup>1</sup>

#### 1. 대륙법 체계에 따른 행정부의 공법 집행 권한 및 사법적 권한

대륙법 체계는 프랑스 혁명과 함께 시작되었다. 인권 선언에 따라 “일반 의지”의 표현인 모든 법들은 입법부인 국민의회에 의해 결정되었다. 법원은 오로지 법을 적용하는 기관에 불과했다. 법을 만드는 권한은 법원에서 입법부로 완전히 이전되었다. 자주적인 새로운 법체계에 대한 두 번째로 중요한 단계는 나폴레옹에 의해 이루어졌다. 그는 더 이상 전통적인 법원의 관할에 포함되지 않는 완전히 새로운 유형의 법인 공법에 대한 초석을 다졌다.

한국은 이러한 대륙법 체계를 기반으로 한국 사회의 철학을 접목한 법 체계를 가지고 있다. 대륙법 체계는 유럽 국가들이 광범위하게 채택하고 있다. 그러나 영어권 사용 국가의 외국인, 근로자, 관리자들(이하 “외국인”)에게는 대륙법 체계와 한국의 법 체계, 그리고 법을 시행하는 한국 정부의 각 부처의 권한과 담당 업무가 잘 알려져 있지 않다.

외국인들은 행정기관에서 행정적 절차를 통해 공익을 보호하려는 공무원이 공법을 집행하고 시행하는 권한을 부여 받는다는 것을 잘 이해하지 못할 수 있다. 예컨대 한국 근로기준법에 의하면 고용노동부 소속의 공무원인 근로감독관은 이 법이나 그 밖의 노동 관계 법령 위반의 죄에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 사법경찰관의 직무를 수행한다 (근기법 제 102 조 제 5 항). 사용자 또는 근로자는 근로기준법의

<sup>1</sup> 보통법과 대륙법의 차이에 대한 논의는 [토마스 플레이너 교수(연방연구소 소장, 프리부르, 스위스), “Common Law and Continental Law: Two Legal Systems”, 2005년 4월 22일, Universitau Fribrugensis]를 참조함.

시행에 관하여 고용노동부장관·「노동위원회법」에 따른 노동위원회(이하 “노동위원회”라 한다) 또는 근로감독관의 요구가 있으면 지체 없이 필요한 사항에 대하여 보고하거나 출석하여야 하며(근기법 제 13 조), 고용노동부장관, 노동위원회 또는 근로감독관의 요구가 있는 경우에 보고 또는 출석을 하지 아니하거나 거짓된 보고를 한 자 또는 근로감독관 또는 그 위촉을 받은 의사의 임검(臨檢)이나 검진을 거절, 방해 또는 기피하고 그 심문에 대하여 진술을 하지 아니하거나 거짓된 진술을 하며 장부·서류를 제출하지 아니하거나 거짓 장부·서류를 제출한 자에게는 그 위반에 대한 500만원 이하의 과태료가 부과된다(제 116 조).

한편, 한국이 대부분 따르고 있는 대륙법 체계는 정부 부처에 사법적인 권한과 기능을 부여하고 있는데, 이는 외국인들이 생소해하는 부분이기도 하다. (다만, 미국의 경우 미국노동관계법에 기본을 둔 준사법권을 갖는 독립적인 행정기관으로서 연방노동관계위원회를 두고 있다.) 가장 대표적인 예로 근로기준법에 의하면 노동위원회는 심문을 끝내고 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하고, 부당해고 등이 성립하지 아니한다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 할 수 있는 권한이 부여된다(근기법 제 30 조 제 1 항). 노동위원회의 구제명령, 기각결정 또는 재심판정은 중앙노동위원회에 대한 재심 신청이나 행정소송 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 아니하며(근기법 제 32 조), 특정 기간 이내에 재심을 신청하지 아니하거나 행정소송을 제기하지 아니하면 노동위원회의 구제명령, 기각결정 또는 재심판정은 확정된다(근기법 제 31 조 제 3 항). 게다가, 확정되거나 행정소송을 제기하여 확정된 구제명령 또는 구제명령을 내용으로 하는 재심판정을 이행하지 아니한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(근기법 제 111 조).

## 2. 권리와 의무에 대한 보통법적 관점과 대륙법적 관점의 차이

외국인들은 한국의 법적 절차가 진실을 밝혀내고 조사결과를 바탕으로 무엇이 공동의 이익(대한민국 사회에서 최선인)인지를 결정하기 위해 사실을 조사하는 과정을 거친다는 점을 잘 이해하지 못할 것이다. 유럽의 대륙법적 관점에 의하면 “정의로운”자가 사건에서 승소하는 반면, 보통법의 관점에서는 사건에서 승소한 자가 “정의로운” 사람이 된다. 영어 사용권 국가의 외국인들은 보통법 체계에 더 친숙하며, 판사에게 그들이 옳고 상대방은 옳지 못하다는 확신을 주기 위해 “변호사”가 영리한 주장을 해주길 바란다. 이러한 절차는 당사자주의를 기반으로 진행된다.

또한, 판사가 그들의 변호사가 옳다는 확신이 들면 그에 대한 처벌을 결정하고, 전통적인 처벌이 존재하지 않는 경우에는 어떠한 처벌을 할 것인지 결정할 수 있는 권한을 가진다는 것에 외국인들은 친숙하다. 외국인들은 한국의 입법부에 의해 승인된 법령이 권리와 의무를 포함하고 있다는 사실을 잘 이해하지 못할 수 있다. 왜냐하면 외국인들은 권리 또는 의무가 오로지 판사와 법원의 판례에 의해 창설되는 지위에 있기 때문이다. 가능한 모든 법적 권리와 의무를 포함하고 있는 통일된 법 체계에 대한 생각은 보통법 전통과는 맞지 않다. 보통법 전통의 관점에 의하면 사건에서 승소하는 사람이 정의로운 사람이 된다. 권리와 의무는 법에 의해 주어지는 것이 아니라 당사자주의에 의한 절차를 통해 법원이 결정하는 사건에 따라 정해진다. 이러한 이유로 미국,

캐나다, 영국 그리고 다른 보통법 체계를 채택한 국가들에서는 입법부가 제정한 노동법은 사용자 위주의 편향된 법이라는 비판을 받았다.

보통법 체계와는 다르게 한국 법 체계 내에서 판례법은 부차적인 것이며 노동법을 포함한 성문법에 종속된다. 따라서 법원의 절차법은 판사들이 정의를 찾도록 돕고 정의로운 당사자가 승소할 수 있도록 도와주어야 한다. 정의는 사건의 결과로서 여겨지기 보다는 판사가 찾아야 할 권리의 원천으로서 여겨진다. 외국인들은 고용노동부가 정부의 행정부처로서 수많은 법령을 소관하고 있으며, 노동법령을 시행하고 심지어 그들의 결정이나 노동 법령에 규정된 의무를 따르지 않았을 때에는 처벌받을 수 있다는 점을 잘 이해하지 못할 수 있다. 특히, 한국의 노동법은 기본적으로 최저기준을 정하고 있는 강행규정이므로, 노동법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하며, 무효로 된 부분은 노동법에서 정한 기준에 따른다.

### III. 전문 법률 자격 (변호사, 법무사, 공인노무사)

#### 1. 변호사

한국에서 변호사는 당사자와 그 밖의 관계인의 위임이나 국가·지방자치단체와 그 밖의 공공기관(이하 "공공기관"이라 한다)의 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률 사무를 하는 것을 그 직무로 한다 (변호사법 제 3 조). 보통법 체계에서의 외국인들은 오직 "Lawyer" 또는 "Attorney"라는 용어만 알고 있을 것이다.

만약 외국인이 영국인이란 그들은 상위 법원에서 고객들을 대리하는 "Barrister"와 주로 법률 상담과 법적인 문서를 작성해주는 "Solicitor"라는 용어에 대하여 알고 있을 것이다. 미국이나 캐나다 출신의 외국인들은 한국의 변호사가 법적 서비스를 제공해주는 것에 익숙하다. 미국 또는 캐나다의 변호사는 법원에서 고객에 대해 거의 동일한 책임과 권리, 권한과 의무를 가진다.

#### 2. 법무사

법무사법에 의해 법무사는 ① 법원과 검찰청에 제출하는 서류의 작성, ② 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류의 작성, ③ 등기나 그 밖에 등록신청에 필요한 서류의 작성, ④ 등기·공탁사건(供託事件) 신청의 대리(代理), ⑤ 「민사집행법」에 따른 경매사건과 「국세징수법」이나 그 밖의 법령에 따른 공매사건(公賣事件)에서의 재산취득에 관한 상담, 매수신청 또는 입찰신청의 대리 등의 직무를 수행한다(법무사법 제 2 조). 이들은 법원에 제출할 서류를 작성한다는 점에서는 영국의 "Solicitor"의 직무와 유사한 면이 있다.

#### 3. 공인노무사

공인노무사법에 의해 공인노무사 자격시험에 합격한 자는 공인노무사 자격을 가지며(공인노무사법 제 3 조), ① 노동 관계 법령에 따라 관계 기관에 대하여 행하는 신고·신청·보고·진술·청구 (이의신청·심사청구 및 심판청구를 포함한다) 및 권리 구제 등의

대행 또는 대리, ② 노동 관계 법령에 따른 모든 서류의 작성과 확인, ③ 노동 관계 법령과 노무관리에 관한 상담·지도, ④ 「근로기준법」을 적용 받는 사업이나 사업장에 대한 노무관리진단, ⑤ 「노동조합 및 노동관계조정법」에서 정한 사적(私的) 조정이나 중재 업무를 수행한다(공인노무사법 제 2 조). 이러한 공인노무사 자격의 도입은 대륙법 체계에 따른 행정부의 공법의 집행 및 사법적 권한과 밀접하게 관련되어 있다.

공인노무사의 개념은 대부분의 외국인들에게 알려져 있지 않다. 공인노무사 (Certified Public Labor Attorney)에서 “Public”이라는 용어가 공법과 관련되어 있고, 이는 대개 보통법 체계가 아닌 대륙법 체계에서 비롯된 것이기 때문이다. 외국인들은 한국에서 고용노동부가 “노동법”을 관리하고, 행정기관인 위원회 (예컨대 노동위원회)가 원고로 하여금 노동법에 특화된 전문가에게 판정 사건을 위임할 수 있도록 허용하고 있다는 점을 잘 알지 못할 것이다. 또한, 많은 외국인들이 한국에서는 노동 사안들을 다루는 데에 있어 공인노무사가 힘든 업무를 수행하기 위해 많은 시간을 할애하고, 좀 더 효율적이며, 합리적인 비용으로 법률 서비스 제공하는 전문가라는 사실을 이해하는데 큰 어려움을 겪는다. 미국의 많은 외국인 변호사들은 한국의 공인노무사를 노동법에 특화된 “변호사”로 알고 있다.