부당노동행위와 부당해고의 적용관계 재검토

- ‘불이익취급’을 중심으로 -

권오성

(성신여자대학교 법과대학 교수)

I. 들어가며

현행 근로기준법 제23조 제1항은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.”고 규정하고, 동법 제28조 이하에서 부당해고등에 대한 구제신청절차라는 행정구제절차를 마련하고 있다. 한편, 현행 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 “노동조합법”이라고 한다) 제81조 제1항은 “근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위”(제1호)와 “근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위”(제5호)를 부당노동행위로 규정하여 이러한 행위를 형사처벌의 대상으로 규정함(노동조합법 제90조)과 동시에 부당노동행위 구제신청절차를 마련하고 있다(노동조합법 제82조부터 제86조까지).

근로기준법 제23조 제1항의 취지는 ‘해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌’의 발령에 관한 사용자의 권한행사에 ‘정당한 이유’가 요구된다는 점을 법정(法定)하여 개별적 근로관계에서 근로자를 보호하기 위한 것으로 이해된다. 동 규정의 위반한 해고 등은 강행법규 위반으로 사법상 효력이 인정되지 않으며, 민사소송상 ‘정당한 이유’의 존재에 대한 증명책임은 사용자에게 돌아간다. 한편, 노동조합법 제81조 제1항 제1호 및 제5호의 취지는 정당한 노동3권의 행사 등을 이유로 사용자가 근로자에게 해고 등 불이익을 주는 행위를 금지함으로써 노동3권을 적극적으로 보장함에 있다. 다만, 불이익취급의 부당노동행위의 경우 부당노동행위의 성립에 대한 증명책임이 노동조합 및 근로자에게 있다고 보는 것이 판례의 입장이다.

이와 같이 근로기준법상 부당해고 구제제도와 노동조합법상 부당노동행위제도는 각 제도의 취지가 상이함은 물론 증명책임 등 절차법상 취급도 상이하다. 따라서 ‘해고 등 불이익취급’이라는 하나의 사안에 대하여 부당해고에 관한 근로기준법과

불이익취급 부당노동행위에 관한 노동조합법의 규정이 중복하여 적용되는 경우 두 법률의 적용관계에 대한 논의가 필요하다. 특히 노동위원회의 실무를 보면 ① 해고의 정당성에 대한 증명책임이 사용자에게 있는 반면 부당노동행위의 성립에 대한 증명책임은 근로자 측에 있다는 이유로 부당해고 구제신청은 인용하면서 부당노동행위 구제신청은 기각하는 경우가 빈번하게 발생하며 나아가 ② 근로기준법 제23조 제1항의 측면에서 해고 등에 정당한 사유가 있음을 이유로 부당노동행위가 성립하지 않는다고 판단하는 사례도 빈번하다. 이러한 실무관행은 부당노동행위의 성립 가능성을 실질적으로 낮추는 결과를 초래하였고, 이는 부당노동행위 구제신청제도의 실효성에 실질적 위협으로 작용하고 있다.

이에 본고에서는 (i) 부당해고제도와 부당노동행위제도의 상호독립성에 착안하여 양자에 대한 판단 또한 독립적으로 이루어져야 한다는 관점에서 부당해고 구제신청과 부당노동행위 구제신청이 병합된 경우의 판단방법에 대해 검토하고, 다음으로 (ii) 부당노동행위 구제절차의 실효성을 제고하기 위한 방법으로 증명책임의 완화 내지 전환에 대해 살펴보고자 한다.

II. 부당해고와 불이익취급 부당노동행위의 관계

부당해고와 불이익취급의 부당노동행위는 상당히 넓은 교집합이 있는 것은 사실이지만, 양자는 그 제도의 취지와 실정법상 근거가 상이하다. 하나의 해고에 대하여 부당해고와 부당노동행위에 대한 규범적 판단의 경우의 수를 나누어 보면 아래 표와 같이 4가지 유형이 가능하다.

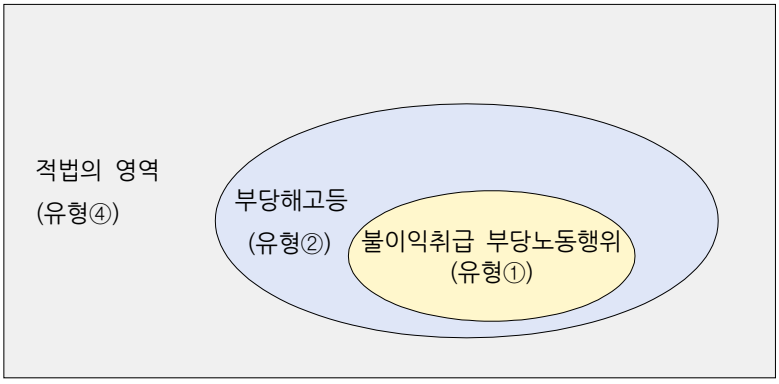
<표 1> 부당해고와 부당노동행위의 상호관계

	부당해고	부당노동행위	논리적 타당성
유형①	긍정	긍정	타당함
유형②	긍정	부정	타당함
유형③	부정	긍정	타당하지 않음*
유형④	부정	부정	타당함

* 부당노동행위가 성립하면 법률행위의 방식으로 이루어진 부당노동행위의 사법상 효력이 부정되므로 당연히 부당해고에 해당함. 따라서 부당노동행위가 긍정되면서 부당해고는 부정되는 사례는 논리적으로 가능하지 않음.

이러한 유형 분석을 토대로 부당해고와 불이익취급의 부당노동행위의 관계를 도해하면 아래 그림과 같다.

<그림 1> 부당해고와 부당노동행위의 관계



부당해고구제신청과 부당노동행위구제신청이 병합되지 않은 경우에는 부당해고와 부당노동행위의 판단순서는 특별히 문제되지 않을 것이다. 이 경우 문제될 수 있는 쟁점은 노동조합이나 근로자가 부당노동행위 구제신청을 하지 않아 부당해고만 다투어지는 부당해고 구제신청 사건에서 부당노동행위를 이유로 근로자의 신청을 인용하는 것이 가능한지의 문제일 것이나, 부당노동행위라는 강행법규를 위반한 해고는 당연히 사법상 효력이 없는 것이므로 근로자가 별도로 부당노동행위 구제신청을 하지 않은 사건에서도 노동조합법 제81조 제1항 제1호 및 제5호 위반을 이유로 부당해고 구제신청을 인용하는 것은 가능하다고 생각한다.

문제는 부당해고구제신청과 부당노동행위구제신청이 병합된 경우인바, 노동위원회의 실무례를 보면 이러한 병합사건의 경우 부당해고를 선행하여 판단하여 해고 등이 정당할 경우 부당노동행위를 기각하고, 해고 등이 부당할 경우에는 다시 부당노동행위의 성립여부를 판단하되 근로자가 부당노동행위의사 등을 입증하지 못하면 부당노동행위를 부정하는 경우가 빈번하다.

이러한 실무례는 형식논리적만 보면 부당해고는 성립하나 부당노동행위에 해당하지 않는 유형②가 가능하다는 점에서 문제가 없어 보이나, 부당해고와 부당노동행위 판단의 증명책임 분배가 상이하다는 점[1]을 고려하면 합리성이 없다. 부당해고

1) 종래 판례는 행정소송에 있어 부당노동행위의 입증책임에 관하여 "사용자의 행위가 노동조합 및 노동관계조정법에 정한 부당노동행위에 해당하는지 여부는 사용자의 부당노동행위 의사의 존재 여부를 추정할 수 있는 모든 사정을 전체적으로 심리 검토하여 종합적으로 판단하여야 하고, 부당노동행위에 대한 증명책임은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합에게 있으므로, 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위 의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 그것을 주장한 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없다"는 입장이다.

성립을 부정하는 판단은 해고 등이 위 그림의 영역④에 해당한다는 판단을 의미할 것인바, 이러한 판단은 논리적으로 해고가 영역①에 해당하지 않는다는 판단을 포함한다. 즉, 해고가 정당하다는 판단 자체에 그러한 해고가 '부당노동행위가 아니다'라는 판단이 논리적으로 포함되어 있다. 그런데, 해고의 정당성에 대한 증명책임은 사용자에게 있음을 고려할 때, 이러한 판단이 타당하기 위해서는 해고가 부당노동행위에 해당하지 않는다는 점에 대한 증명책임 또한 사용자가 부담하여야 한다. 따라서, 부당노동행위에 대한 증명책임을 근로자 측에게 부담토록 하는 현재의 판례상 부당노동행위에 대한 판단에 앞서 부당해고를 판단하는 실무방식은 논리적으로 모순된다.

이러한 모순을 해결하는 방법으로는 다음의 두 가지 방법을 고려할 수 있을 것이다.

첫째는 부당해고구제신청과 부당노동행위구제신청이 병합된 경우 반드시 선행하여 부당노동행위구제신청에 대한 판단하여 부당노동행위가 성립한 경우에는 다른 이유를 살필 것도 없이 해고 등이 부당하다고 판단하고, 만일 부당노동행위가 성립하지 않는 경우에는 부당노동행위 이외의 사유로 해고의 정당성이 부정될 수 있는지 여부를 판단하는 방식이다.

<표 2> 부당해고와 부당노동행위 병합시의 판단순서

선행판단	후행판단	결과
부당노동행위 성립	판단불요*	부당노동행위 인용/부당해고 인용 (유형①)
부당노동행위 불성립	부당해고 성립	부당노동행위 기각/부당해고 인용 (유형②)
	부당해고 불성립	부당노동행위 기각/부당해고 기각 (유형④)

* 다만, 재심 또는 행정소송단계에서 부당노동행위에 대한 판단이 취소되는 경우를 대비하여 예비적으로 사용자가 주장하는 정당한 해고사유에 대한 판단을 하는 것은 가능할 것임.

둘째는 보다 발본적으로 부당노동행위에 대한 증명책임을 사용자에게 전환하는 방법이다. 이에 대해서는 항을 바꾸어 검토한다.

III. 부당노동행위에 대한 증명책임의 전환

지난 2018. 9. 고용노동행정개혁위원회는 “부당노동행위 규제를 위한 실효성 있는 방안을 마련해야 한다. 이를 위해 노동위원회법을 개정하여 문서제출 명령제도를 도입, 민사소송법상 문서제출의무 등을 활용해 부당노동행위 입증의 어려움을 해결할 수 있는 방안을 마련해야 할 것이다. 노동위원회와 지방관서에 사건이 동시에 계류된 경우 지방관서의 감독관과 노동위원회 조사관이 협력하여 적극적인 수사와 조사가 이루어질 수 있는 방안을 마련하라”는 취지의 권고를 하였다. 부당노동행위 제도의 실효성의 제고의 관점에서 고용노동행정개혁위원회의 위 권고는 경청할 필요가 있다고 생각한다. 이와 관련하여 우리나라에서는 종래부터 부당노동행위의 입증책임 완화가 논의되어왔다. 다만, 부당노동행위 구제절차만을 규정하고 있는 일본과 달리 우리나라는 부당노동행위에 대한 형사처벌을 규정하고 있다. ‘죄형법정주의’라는 형사법의 기본원칙과 형사소송에서의 거증책임 및 엄격한 증명도를 고려할 때 부당노동행위의 입증책임의 완화 문제는 논의의 범위를 부당노동행위에 대한 ‘행정적 구제’로 제한해야만 할 것이다. 그런데, 부당노동행위에 대한 형사법의 영역에서의 엄격한 사실인정의 필요성이 행정구제의 영역에서도 사실상 영향을 미치게 된다는 점에서 실무상 문제가 발생한다. 형사처벌의 대상으로서의 부당노동행위와 행정구제의 대상으로서의 부당노동행위를 개념상 및 실무상 분리할 필요가 있다고 생각한다.

한편, 행정소송법 제8조 제2항은 “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.”고 규정하고 있으므로, 문서제출에 관한 민사소송법 제344조 이하의 규정도 항고소송에 준용될 것이며, 따라서 항고소송의 피고도 사용자를 상대로 문서제출명령을 신청하는 것도 이론상 가능할 것이다. 따라서, 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 취소소송의 단계에서는 중앙노동위원회는 소송의 일방당사자의 지위에 서게 되는 바, 위 소송의 변론과정에서 문서제출명령의 신청 등을 적극적으로 활용하여 사용자의 수중에 있는 관련 증거를 법원에 현출하도록 노력할 필요가 있을 것이다.

이러한 문제의식 아래서, 이하에서는 먼저 (i) 부당노동행위 구제절차의 쟁송구조의 특수성 및 이로 인한 중앙노동위원회의 이중적 성격(노동위원회 단계에서의 심판기관으로서의 지위 및 취소소송 단계에서의 소송당사자로서의 지위)을 살펴본 후, (ii) 부당노동행위에 대한 입증책임 및 직권조사방법에 관한 미국, 일본, 대만 제도에 대한 약간의 비교법적 고찰과 (iii) 부당노동행위의 입증책임 전환 내지 완화에 관한 해석론적 가능성을 살펴본다.

1. 부당노동행위 구제신청 절차의 쟁송구조의 특수성

(1) 노동위원회 단계에서의 입증책임

부당노동행위 구제절차의 초심(初審)은 쟁송의 당사자가 '노동조합 및/또는 근로자'(이하 편의상 '신청인'이라고 함)와 '사용자'라는 점에서, 즉 쟁송의 양당사자가 사인(私人)이라는 점에서는 민사소송과 동일하다. 그런데 변론주의(辯論主義)가 지배하는 민사소송과 달리 부당노동행위 구제절차에서는 심문에 앞서 조사관에 의한 조사가 선행된다는 점 등 직권주의의 성격이 매우 강하다. 한편, 초심의 결론은 기존 처분의 당부(當否)에 대한 판단이 아니라, 사용자에게 구제명령(처분)을 발령하거나, 신청인의 신청을 기각 또는 각하한다(즉, 거부처분)는 점에서 행정심판과는 성격을 달리한다. 따라서 부당노동행위 구제절차의 초심은 행정주체에 의해 발령된 처분의 당부를 다투는 항고쟁송이 아니라, 사인 간의 법률적 쟁송에 관한 심판인 민사소송과 유사하게 취급되어야 할 것으로 생각된다. 따라서 부당노동행위 구제신청의 초심절차에서의 입증책임의 분배는 원칙적으로 민사소송과 동일하게 보아야 할 것이다.

부당노동행위 구제절차의 재심의 경우에는 심판의 주체가 지방노동위원회에서 중앙노동위원회로 바뀌었을 뿐, 쟁송의 당사자는 여전히 사용자와 근로자라는 점에서 일반적인 행정심판(行政審判)과는 쟁송구조가 전혀 다르다(행정심판의 경우 처분청을 피신청인으로 한다는 점을 생각해보면 그 차이가 명확할 것이다). 따라서 부당노동행위 구제절차의 재심에서의 입증책임의 분배 또한 초심에서와 마찬가지로 원칙적으로 민사소송과 동일하게 이해할 수밖에 없을 것으로 생각한다.

(2) 법원 단계에서의 입증책임

앞서 본 노동위원회 단계에서의 입증책임의 분배와 달리, 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 신청인이나 피신청인이 불복하여 '중앙노동위원회위원장'을 상대(즉, 피고로)로 재심판정취소의 소을 제기한 경우에는 노동위원회 단계에서와는 달리 신청인과 피신청인이 소송상 대립당사자가 되는 것이 아니라는 점에서 실질적 분쟁의 당사자와 소송상의 대립당사자가 불일치하게 된다.[2)]

즉, 재심판정취소의 소의 소송당사자는 ① 신청인과 중앙노동위원회위원장(재심절차에서 신청인이 패소한 경우)으로 되거나, ② 사용자와 중앙노동위원회위원장(재심

2) 하명호, 「재심판정의 피고적격에 관한 비교 연구」, 중앙노동위원회 연구용역보고서, 2013, 94면.

절차에서 사용자가 패소한 경우)이 된다. 따라서 재심판정취소의 소의 쟁송구조는 적어도 당사자가 누구인가라는 측면에서, 즉 행정청을 일방당사자(피고)로 한다는 점에서 여타 항고소송과 구조를 같이한다.

물론, 재심절차에서 승소한 신청인이나 피신청인이 중앙노동위원회를 위하여(실질적으로는 본인을 위하여) 피고보조참가인으로 참가할 수 있겠지만, 그렇다고 하여 취소소송의 원고와 피고 사이의 입증책임의 분배의 원칙이 달라진다고 보기는 어렵다.[3] 논리적으로 소송당사자 외의 자에게 입증책임을 부담시키는 것은 불가능하기 때문이다. 그러므로 재심판정취소의 소에 있어서의 입증책임의 분배는 민사소송에서의 입증책임의 분배가 아니라 항고소송에서의 입증책임의 분배의 원칙이 적용될 수밖에 없다고 생각한다.

2. 항고소송에서의 입증책임 분배

행정소송법은 행정소송에 관하여 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다고 규정하면서도(행정소송법 제8조 제2항), 직권증거조사의 규정(동법 제26조)을 두어 증거조사에 관하여 민사소송으로부터의 상대적 독자성을 분명하게 하고 있다. 그러나 법원이 직권으로 증거조사를 하더라도 심증의 형성이 어려운 경우도 있을 수 있는바, 이러한 경우 어느 당사자에게 패소의 책임을 지울 것인가 하는 '객관적 입증책임의 문제'가 발생한다.[4]

모든 쟁송절차의 얼개는 그러한 분쟁의 당사자 사이의 역학관계를 고려하여 구성되어야 할 것인바, 이는 각각의 소송의 유형을 지배하는 절차적 원리가 상이하다는 점에서 확인할 수 있다.

<표 3> 소송절차의 기본원리 비교

유형	당사자의 역학관계	절차의 기본원리
민사소송	사인 vs. 사인	당사자주의, 변론주의
행정소송	행정주체 vs. 국민(주민)	직권주의가 가미된 변론주의
형사소송	검사 vs. 피고인	변호인의 조력을 받을 권리 등 엄격한 피고인 보호

3) 보조참가인이 법원에 제출한 증거자료로 인하여 피고가 승소할 수도 있겠지만, 이는 법원이 그러한 증거자료에 따라 해고사실의 존부에 대한 심증을 형성하였기 때문일 뿐이다.
4) 천병태·김명길, 「행정구제법」(개정 제9판), 삼영사, 2011, 149-150면.

행정소송(특히 취소소송)에서의 입증책임의 문제는 크게 민사소송에서의 입증책임의 법리를 행정소송에서도 적용 내지 준용한다는 입장과 민사소송으로부터의 독자성을 강조하여 민사소송 법리의 준용을 부정하는 입장으로 나뉜다.[5]

(1) 적법성추정설(원고부담설)

이는 행정처분은 당연무효인 경우를 제외하고는 법률상 적법성의 추정을 받아 그것이 적법하게 취소될 때까지는 공정력을 가지므로, 취소소송을 제기하여 이에 불복하는 자는 스스로 위법사유의 입증책임을 부담한다고 하는 견해이며, 과거 행정행위의 공정력을 행정행위의 적법성추정으로 이해하는 입장에서 옹호되었으나 현재는 주장하는 자가 없다.[6]

(2) 적법성담보설(피고부담설)

이 견해는 법치주의의 원칙으로부터 입증책임의 분배를 파악하는 입장으로, 행정처분의 적법성을 담보할 책임이 있는 행정청으로서는 그 행정처분의 적법성이 다투어지고 있는 경우에는 이를 적극적으로 입증하지 않으면 안 되고, 따라서 원고는 당해 행정처분이 위법함을 주장하기만 하면 되고, 그 처분의 적법성을 이루는 개개의 구체적 사실에 대한 입증책임은 행정청인 피고가 부담하게 된다는 입장이다. 한편, 항고소송의 본안인 처분의 적법성에 관해서는 적극적 침익처분의 취소를 구하는 경우[7]는 물론 소극적 거부처분의 취소를 구하는 경우[8]에도 '특단의 사정이 없는 한' 피고인 행정청이 입증책임을 부담한다는 것이 판례의 입장이라고 보는 견해가 있다.[9]

(3) 법률요건분류설

이는 민사소송에서의 입증책임 분배에 관한 통설인 법률요건분류설이 행정소송에서도 그대로 적용된다는 견해로서, 오늘날 통설의 입장이다.[10] 이 견해에 따르면 ①

---

5) 김철용·최광률 편,「주석 행정소송법」, 박영사, 2004. 753-757면 참조.
6) 홍준형,「행정구제법」, 도서출판 오래, 2012, 578면.
7) 대법원 1984. 7. 24. 선고 84누124 판결. 다만, 이 판결을 법률요건분류설의 입장에 선 것으로 이해하는 견해도 있다(천병태·김명길, 앞의 책, 152면; 홍준형, 앞의 책, 579-580면).
8) 대법원 1986. 4. 8. 선고 86누107 판결.
9) 박정훈,「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2011, 21면.
10) 법원행정처,「법원실무제요 행정」, 2016, 342면.

권한행사규정의 요건사실의 존재는 그 권한행사의 필요 또는 적법성을 주장하는 자가 입증책임을 부담하므로, 적극적 처분에 대하여는 그 처분을 한 처분청이, 거부처분에 대하여는 원고가 각 임증책임을 부담하는 반면, ② 권한불행사규정이나 상실규정의 요건사실의 존재는 처분권한의 불행사나 상실을 주장하는 자가 입증책임을 부담하므로, 적극적 처분에 대하여는 원고가, 거부처분에 대하여는 처분청이 각 입증책임을 부담한다.[11)]

3. 논의의 정리

부당노동행위를 근거짓는 사실에 대한 입증책임의 문제는 ① 지방노동위원회 초심절차 내지 중앙노동위원회 재심절차에서의 입증책임 문제(신청인과 피신청인 중 누가 이러한 사실에 대한 입증책임을 지는가의 문제)와 ② 재심판정취소의 소의 단계에서 입증책임의 문제, 즉 재심판정취소의 소의 원고(재심판정에서의 패소당사자인 신청인 또는 피신청인)와 피고(중앙노동위원회위원장) 사이에서 누가 이러한 사실의 존부에 대한 입증책임을 지는가를 구별할 필요가 있다.

(1) 노동위원회 단계에서의 입증책임

노동위원회 단계, 즉 지방노동위원회 초심절차 내지 중앙노동위원회 재심절차에서는 민사소송과 동일하게 '법률요건분류설'에 따라 원칙적으로 신청인인 부당노동행위를 근거짓는 사실에 대한 입증책임을 부담하여야 할 것이다.

(2) 행정소송 단계에서의 입증책임

재심판정취소의 소에 있어서의 입증책임은 재심판정의 내용에 따라 달라질 것이다. 먼저, 재심판정취소의 소의 원고가 노동조합 및/또는 근로자인 경우, 행정소송의 소송물(訴訟物)은 신청인의 구제신청에 대한 '거부처분'의 적법성이 될 것이므로, '법률요건분배설'에 따르면 신청인이 부당노동행위를 근거짓는 사실을 존재를 입증해야 할 것이다. 그러나, '적법성담보설(피고부담설)'에 따르면 피고인 중앙노동위원회위원장이 부당노동행위를 근거짓는 사실의 부존재를 입증해야 할 것이다.

반면, 재심판정취소의 소의 원고가 사용자인 경우, 행정소송의 소송물(訴訟物)은 사용자에게 발령한 침익적 처분, 즉 '구제명령'의 적법성이 될 것이므로, 법률요건분

11) 서울행정법원 실무연구회 편,「행정소송의 이론과 실무」, 사업연구지원재단, 2008, 154-155면.

류설을 관철하면 피고인 중앙노동위원회위원장이 부당노동행위를 근거짓는 사실을 존재를 입증해야 할 것이다. 한편, 이 경우에는 '적법성담보설(피고부담설)'을 따르더라도 결론은 동일하다(즉, 피고인 중앙노동위원회위원장이 부당노동행위를 근거짓는 사실의 존재를 입증해야 한다).

(3) 정리 및 사견

부당노동행위의 존부에 관한 판단과 관련하여, (중앙)노동위원회는 이중적 지위에 있다. 먼저, 노동위원회 단계에서는 (중앙)노동위원회는 부당노동행위를 근거짓는 사실에 대한 입증의 주체가 아니라 신청인과 피신청인이 제출한, 또는 노동위원회가 직권으로 조사한 사실들에 근거하여 부당노동행위의 성립 여부를 판단하는 판단의 주체의 지위에 선다. 다른 한편으로, 법원 단계에서는 중앙노동위원회(위원장)은 항고소송의 피고로써 부당노동행위를 근거짓는 사실의 존부에 대한 입증의 주체의 역할을 담당하게 된다.

이렇게 본다면, 부당노동행위에 대한 [노동조합 내지 근로자 측의] 입증책임의 완화 내지 입증책임의 [사용자 측으로의] 전환에 관한 논의는 노동위원회에서의 심판(審判) 과정에서 신청인과 피신청인 간의 입증책임의 분배에 관한 문제로 국한하여 이해하는 것이 옳을 것으로 생각한다. 즉, 이러한 단계에서는 쟁송의 구조가 대등한 사인(私人) 간의 법률관계에 대한 판단이므로 증거의 편재 등을 이유로 양자 사이의 입증책임을 조정하는 논의가 가능하겠지만, 항고소송의 단계에서는 지방노동위원회의 초심절차와 중앙노동위원회의 재심절차를 통하여 직권으로 부당노동행위를 근거짓는 사실의 존부를 조사할 권한이 있는 공권력의 주체인 (중앙)노동위원회가 자신에게 유리한 사실에 대한 입증책임을 사인(근로자든 사용자든)에서 전환하여야 한다거나, 또는 자신의 입증책임을 완화해야 한다고 주장하는 것은 법치행정(法治行政)의 원칙상 수용하기 어렵다고 생각한다.

따라서, <u>현실적인 측면에서 보면 실효적인 논의는 신청인과 피신청인 사이의 입증책임을 어떻게 조정할 것인가가 아니라, 어떻게 하면 노동위원회 단계에서 노동위원회가 부당노동행위를 근거짓는 사실에 관한 자료를 충실하게 수집할 수 있는가에 집중되어야 할 것</u>이다. 따라서, 향후의 <u>제도개선 또한 노동위원회의 직권조사의 실효성을 어떻게 제고할 것인가</u>에 초점을 맞추어야 할 것이다.

IV. 결어

노동3권 침해행위에 관한 노동위원회의 판단도 일정한 사실에 법규를 적용하는 법률적 절차이므로, 소송상 요건사실의 존부가 불분명한 경우 어느 당사자 일방이 불이익한 법률판단을 받게 될 위험을 부담하는가라는 입증책임의 문제가 발생한다.

입증책임의 분배에 관한 일반적인 해석론인 법규분류설에 따르면 노동조합법에 규정된 부당노동행위의 있어 입증책임은 그것을 주장하는 근로자 측이 부담하는 것으로 해석하는 것이 타당할 수 있다. 그러나 "사용자의 내심의 의사는 사용자 자신이 입증하도록 하는 것이 증거와의 거리상 입증책임을 공평하게 분배하는 것이다. 해고가 노동조합활동과 무관하다는 것을 사용자로 하여금 입증하게 하는 것이 노동현실의 경험칙에 들어맞는다"라는 견해처럼,[12] 당사자주의가 지배하는 민사일반에 관한 입증책임에 관한 원리를 노동권침해행위구제신청 사건에도 그대로 적용할 경우, 노동관계사건의 특수성에 비추어 양당사자 사이에 실질적인 불평등이 초래될 수 있다.[13] 따라서 노동위원회 또는 법원이 근로자측에게 입증책임을 부담시킬 것이 아니라 사용자에게 입증책임을 전환시키거나 일정한 사용자의 행위가 존재하면 노동3권 침해행위로 추정하여 사용자가 이를 번복하지 못하는 경우 노동3권 침해행위로 판단하는 입증책임의 전환이라는 해석방향을 모색할 필요가 있다.

다만, 이 경우 문제가 되는 것은 노동권침해행위구제를 신청한 당사자가 어느 정도 주장과 증명을 해야 하는지이다. 이 점에 관해 단정하기는 어렵지만 노동권침해행위가 존재한다는 점에 관해 확신의 정도는 아니더라도 일응 그러한 사실관계가 존재한다는 점에 의심스러울 정도는 주장과 증명을 해야 할 것이다. 즉, 노동권침해금지유형에 따라서 해당되는 기초적 요건사실을 추정할 수 있거나 외형상 노동권침해행위의 존재를 의문스럽게 하는 기초적 사실관계의 입증제시가 있으면 충분하다고 생각한다. 최근 이른바 현대형 소송(의료소송과 공해소송 등)에서 입증책임의 전환이 이루어지고 있는 이유가 증거의 편재로 인한 불평등을 극복하기 위한 것이라는 점을 착안하여, 부당노동행위 입증에 있어서도 사용자에게 입증책임을 전환시키는 방안이 필요하다고 본다.

다만, 현행 노조법상 금지된 노동권침해행위에 대한 법문언 그 자체의 해석만으로는 입증책임을 사용자에게 전환하거나 완화하는 것에 대해 해석상 논란이 있을 수 있음을 부정하기 어렵다. 따라서 위와 같은 입증책임의 전환 또는 완화에 관한 논리가 현행 노조법 등 노동관계법과 입증책임에 관한 해석론의 한계를 벗어나거나

---

12) 박상훈, "부당노동행위의사와 해고이유의 경합", 『1997년노동판례비평』, 민변, 313, 340면.
13) 이 부분은 박수근, 285쪽 이하를 주로 참고하였다.

또는 이러한 입장을 취한다고 하여도 노동3권 침해행위 구제를 신청한 자의 주장과 입증의 정도에 관한 점을 구체적으로 확정하기 어렵다면, 이를 입법적으로 명확하게 해결하는 것이 타당하다. 입법론적으로 비정규직 근로자의 차별 입증을 사용자가 부담하는 것과 같이 입증책임의 전환 문제도 노동위원회의 부당노동행위 구제명령의 실효성 제고를 위하여 논의되어야 할 것이다. 특히 부당해고 구제신청과와 부당노동행위 구제신청이 병합된 사건의 심판과정에서 두 사건에서의 '정당성'에 대한 입증책임이 상이하다는 점으로 인하여 혼선이 발생하고 있다는 점을 고려할 때, 부당노동행위에 관한 입증책임의 전환도 전향적으로 검토할 필요가 있다.