

기본소득의 법적 고찰*

노 호 창**

국문초록

어떤 제도이든 현실에서 구현되기 위해서는 규범적 근거를 필요로 한다. 최소한 국민의 대표로 구성된 입법자의 결단에 의해 법률로 구체화될 것이 필요하다. 그 다음에는 이 법률을 시행하기 위해 상세한 하위규범이 마련되어야 할 것이다.

이러한 과제는 기본소득도 마찬가지이다. 즉 기본소득 역시 현실에서 구축되기 위해서는 제도화되어야 하고 그 제도화는 곧 규범화를 의미하는 것이다. 지금까지 기본소득에 대한 다양한 학문분야의 논의가 있어왔지만 법적인 측면에서의 논의는 찾기 어려웠다. 왜냐하면 법학은 기본적으로 규범해석학이어서 현재 존재하는 법규범을 토대로 논의가 전개되는 특징이 있기 때문이다. 그런데 기본소득은 아직 법규범으로 구체화된 제도가 아니어서 법적인 논의가 쉽지 않을 수밖에 없었다.

그렇지만 향후 기본소득이 우리의 미래 현실에서 필요해질 수도 있다는 가정 하에서, 즉 기본소득법이 제정된다는 전제에서는, 선제적으로 법적 논의를 하는 것이 전혀 불가능하지만은 않고 또 필요한 과제이기도 하다. 이러한 문제의식을 가지고, 이하에서는 기본소득의 법적 쟁점들을 포괄적으로 검토해 보고자 하였다. 특히 기본소득의 법적 위상을 어떻게 자리매김할 것인가, 그를 토대로 기본소득의 법적 성격을 어떻게 보아야 할 것인가, 기본소득의 규범적 당위성을 도출할 수 있을 것인가, 기본소득의 도입에 있어서 규범적 위상에 따른 차이는 무엇인가, 기본소득 도입에 있어서 헌법적 쟁점과 법률적 쟁점은 무엇인가, 지방자치단체에서의 기본소득 도입시 검토할 법적 쟁점은

* 본 논문은 경기연구원의 2020년 기본소득연구 중에서 필자가 집필한 부분을 수정 보완한 것임을 밝힌다.

** 호서대학교 법경찰행정학과 교수, 법학박사.

무엇인가 등등 다양한 법적 질문들을 발굴하여 크게 기본소득의 법적 성격과 기본소득의 법적 쟁점이라는 두 가지 범주로 구분하여 고민해보았다.

주제어: 기본소득, 규범화, 법적 논의, 헌법, 법률, 기본소득법

목 차

- I. 서론
- II. 기본소득의 법적 성격
- III. 기본소득의 법적 쟁점
- IV. 향후의 과제

I. 서론

오늘날 기본소득이라는 주제가 전세계적으로 그 저변을 넓혀가고 있고 사회학이나 경제학 등 다양한 학문분야에서 활발하게 논의되고 있다. 특히나 AI를 비롯하여 첨단기술의 발전은 조만간 인간의 노동을 대체하여 노동의 종말을 초래하고 그로 인한 소득상실이 우려되고 있기도 하다. 그래서 혹자는 조만간 기본소득이 제도로 현실에서 구축될 수 있을 것처럼 전망하기도 한다. 인간사회가 어떻게 변화되어 갈지 알 수 없지만 기본소득에 대한 선제적 검토는 필수적이라고 보인다.

그러나 어떤 제도이든 현실에서 구현되기 위해서는 규범적 근거를 필요로 한다. 최소한 국민의 대표로 구성된 입법자의 결단에 의해 법률로 구체화될 것이 필요하다. 그 다음에는 이 법률을 시행하기 위해 상세한 하위규범이 마련되어야 할 것이다.

이러한 과제는 기본소득도 마찬가지이다. 즉 기본소득 역시 현실에서 구축되기 위해서는 제도화되어야 하고 그 제도화는 곧 규범화를 의미하는 것이다. 지금까지 기본소득에 대한 다양한 학문분야의 논의가 있어왔지만

법적인 측면에서의 논의는 찾기 어려웠다. 왜냐하면 법학은 기본적으로 규범해석학이어서 현재 존재하는 법규범을 토대로 논의가 전개되는 특징이 있기 때문이다. 그런데 기본소득은 아직 법규범으로 구체화된 제도가 아니어서 법적인 논의가 쉽지 않을 수밖에 없었다.

그렇지만 향후 기본소득이 우리 현실에서 갑자기 필요해질 수도 있을지도 모른다는 가정 하에서, 즉 기본소득법이 급하게 도입이 될 수도 있다는 전제에서는, 선제적으로 법적 논의를 하는 것이 전혀 불가능하지만은 않고 또 필요한 과제이기도 하다. 이러한 문제의식을 가지고, 이하에서는 기본소득의 법적 쟁점들을 현행 법령을 기준으로 포괄적으로 검토해보고자 하였다. 특히 기본소득의 법적 위상을 어떻게 자리매김할 것인가, 그를 토대로 기본소득의 법적 성격을 어떻게 보아야 할 것인가, 기본소득의 규범적 당위성을 도출할 수 있을 것인가, 기본소득의 도입에 있어서 규범적 위상에 따른 차이는 무엇인가, 기본소득 도입에 있어서 헌법적 쟁점과 법률적 쟁점은 무엇인가, 지방자치단체에서의 기본소득 도입시 검토할 법적 쟁점은 무엇인가 등등 다양한 법적 질문들을 발굴하여 크게 기본소득의 법적 성격과 기본소득의 법적 쟁점이라는 두 가지 범주로 구분하여 고민해보았다.

II. 기본소득의 법적 성격

1. 기본소득의 개념 및 구성요소

아직 우리나라에서는 기본소득이 헌법이나 법률로 도입되어 있지 않다. 당연히 기본소득의 법적 정의는 없다. 그래서 기본소득의 개념을 외부에서 차용해서 사용할 필요가 있다.

전 세계적으로 기본소득 운동을 주도하고 있는 기본소득 지구네트워크(Basic Income Earth Network, BIEN)는 기본소득을 “자산심사 또는 근

로요건이 없이 개인을 단위로 하여 모든 사람에게 무조건적으로 지급되는 정기적인 현금급여”라고 정의하고 있다.¹⁾ 다만 여기서 말하는 모든 사람은 공동체를 전제로 하는 개념일 것이므로 기본소득의 개념을 보다 친절하게 설명하자면, ‘어떤 공동체의 구성원 지위만 있으면 누구라도 근로 기타 어떤 의무도 요구하지 않고 또한 자신이 가진 재산이나 소득에 관계없이 그에게 일정액의 소득을 현금으로 정기적으로 지급하는 제도’로 이해하면 될 것이다.

기본소득의 개념 정의를 토대로 기본소득의 구성적 속성을 추출해보면, 자산심사가 없고 근로에 대한 참여 또는 근로의지의 증명을 요구하지 않는다는 점에서 무조건성(un-conditionality), 공동체의 구성원 모두에게 지급한다는 점에서 보편성(universality), 가구 단위가 아니라 개인 단위로 지급된다는 점에서 개별성(individuality), 일정한 기간을 두고 지속적으로 제공된다는 점에서 정기성(periodicity), 현물이나 서비스가 아니라 현금의 형태로 지급된다는 점에서 현금성(cash payment)을 요건을 발견할 수 있다.

구체적인 지급형태와 관련해서는, 현물이나 서비스로 지불되는 경우라든가 특정 지역에서 지불가능한 상품권 등 상용화폐가 아닌 지불수단으로 지급하는 경우에는 기본소득이 될 수 없는지 의문이 있을 수 있다. 그런데 기본소득은 현금소득(cash income)을 전제로 해야 한다는 견해에²⁾ 따를 때에는 현금성이 없는 급여의 경우 기본소득에 부합하지 않는다고 보아야 할 것이다.

또한 기본소득이라는 용어의 ‘기본’이라는 수식어에 사로잡혀 액수의 충분성(sufficiency)을 기본소득의 요건으로 추가해야 한다는 견해가 존재할 수도 있는데,³⁾ 충분성은 매우 주관적이고 불확정적인 속성을 가지고

1) <http://basicincome.org/basic-income/> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2019.12.15.)

2) Van Parijs·Vanderborght, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, Harvard University Press, 2017, pp. 12-14.

3) 석재은, “기본소득에 관한 다양한 제안의 평가와 과도기적 기본소득의 제안”, 『보

있는 것이어서 개념 정의 내지 개념의 요건에 속하는 징표로는 적합하지 않다고 본다.

2. 기본소득의 특별한 성격 – 무조건성과 보편성

기본소득의 개념적 요소 가운데 가장 눈에 띄는 것은 무조건성이다. 기본소득은 개인이 사회보험에 기여금을 낼 수 있는지 여부, 그가 노동활동을 하고 있거나 노동의사가 있는지 여부, 자산심사 등 개인이 속한 가구의 여건이 어떠한지에 관계없이 지급되는바, 이 세 가지 측면은 기본소득의 무조건성을 대표하고 있다.⁴⁾

그동안 기본소득과 관련하여 논란이 발생하였던 가장 큰 원인이 바로 이 무조건성 때문이라고 생각된다. 개인이 자신의 능력이나 자력을 통해 살아갈 수 있는데도 지급해야 하는가, 부자인데도 지급해야 하는가, 개인이 자신이 속한 가구의 구성원을 통해서 생계유지를 받을 수 있는데도 지급해야 하는가, 어떠한 의무도 없이 지급하는 것이 타당한가, 공적 재원을 가지고 지급하는 것이 타당한가 등의 여러 논란이 모두 무조건성에서부터 파생되는 것이다.

물론 현실적으로는 재정적 관점에서 실현가능성의 문제라든가 재원 확보 방안이 중요하게 부각되겠지만, 국가나 지자체가 설사 재정적 여건이 충분하더라도 기본소득의 무조건성은 본질적 관점에서 언제나 정당성의 문제를 남길 수밖에 없다.

그리고 기본소득의 특별한 성격 중 보편성도 주목할 필요가 있다. 기본소득의 보편성은 무조건성에서 파생되어 나올 수밖에 없는 성격인데, 기본소득의 보편성은 사회보장·사회복지제도가 지향하는 속성으로서의 보편성과는 본질적으로 차이점이 있다. 사회보장·사회복지제도에서 말하는 보편성은 급여를 필요로 하는 사람이 요건을 갖춘 경우에는 누락되지 않게

건사회연구, 제38권 제2호, 2018, 115-118면.

4) Van Parijs·Vanderborght, *op. cit.*, p. 8.

지급된다는 것 및 수급자 확대라는 의미의 보편성인데 반해, 기본소득의 보편성은 그러한 필요성이나 요건 구비여부와 전혀 관계없는 의미에서의 보편성이다. 즉 현행 사회보장·사회복지제도의 관점에서의 보편성이 어디까지나 일정한 요건 하에서의 보편성이라면 기본소득의 보편성은 그와는 다른 의미의 보편성인 것이다.

3. 기본소득의 법적 성격에 관한 다양한 관점

(1) 문제의 소재

기본소득은 공동체 구성원의 구매력을 높이기 위한 경제정책인가? 아니면 공동체 구성원의 인간다운 생활을 위한 사회보장·사회복지제도인가? 공동체의 구성원 누구에게나 정기적으로 소득을 지원하는 것이므로 그의 인간다운 삶에 조금이나마 기여할 수 있다는 측면에서 사회보장·사회복지 제도로 보이기도 하고 사회구성원에게 일률적으로 구매력을 높여준다는 측면에서는 경제정책으로 보이는 측면이 있기도 하다. 기본소득의 성격에 관한 문제는 다분히 국가의 최고규범인 헌법적 관점에서 어떻게 바라볼 것인가와 관련된다. 왜냐하면 그 성격을 무엇으로 볼 것인가에 따라서 규범적 기초가 달라지고 규범적 기초가 달라지면 법적 위상, 보장의 강도, 사법심사를 하게 되는 경우 그 기준이나 논리 등이 달라지기 때문이다.⁵⁾ 기본소득의 법적 성격을 어떻게 설정할 것인가와 관련해서는 규범적 측면에서는 어디까지나 현행 법령을 기준으로 그 성격을 파악해볼 수밖에 없다.

(2) 사회보장·사회복지제도로 바라볼 수 있는지 여부

헌법은 제34조에서 ‘인간다운 생활을 할 권리’(동조 제1항)와 특별히 ‘사회보장·사회복지의 증진에 노력할 국가의 의무’(동조 제2항)를 규정하

5) 노호창, “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 『헌법논총』 제28집, 헌법재판소, 2017, 124면.

고 있는데, 이러한 헌법적 요청을 규범적 기초로 하여 사회보장 전반에 걸친 지도원리, 지침, 방향 등을 제시한 기본법으로서 「사회보장기본법」이 제정되어 있다. 동법에서는 ‘사회보장’의 의미를 정의하고 있는바, ‘사회보장’이란 “출산·양육·실업·노령·장애·질병·빈곤 및 사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 국민 삶의 질을 향상시키는 데 필요한 소득·서비스를 보장하는 사회보험, 공공부조, 사회서비스”를 의미하는 것으로 규정(사회보장기본법 제3조 제1호)하고 있다.⁶⁾ 오늘날 급변하는 경제산업구조 변화 및 사회적 변화로 인하여 「사회보장기본법」이 예시한 사회적 위험 중 특히 실업과 빈곤의 문제가 심화되고 있으며 향후 사회적 위험의 범주는 새로운 유형들이 등장할 수 있을 것이다.

「사회보장기본법」은 사회보장의 세 가지 방법에 대해 규정하고 있는바, 이는 ‘사회보험’, ‘공공부조’, ‘사회서비스’이다. 첫째, ‘사회보험’이란 “국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도”를 말한다(사회보장기본법 제3조 제2호). 관련 법률로는 「국민건강보험법」, 「산업재해보상보험법」, 「고용보험법」, 「국민연금법」 등이다. 둘째, ‘공공부조’(公共扶助)란 “국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도”를 말한다(사회보장기본법 제3조 제3호). 관련 법률로는 「국민기초생활보장법」, 「의료급여법」, 「주거급여법」, 「긴급복지지원법」 등이 있다. 셋째, ‘사회서비스’란 “국가·지방자치단체 및 민간 부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지·보건의료·교육·고용·주거·문화·환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담·재활·돌봄·정보의 제공·관련 시설의 이용·역량 개발·사회참여 지원 등을 통하여 국민의 삶

6) 사회보장 외에도 일상적으로는 사회복지라는 용어가 보편적으로 사용되고 있다. 그런데 ‘사회복지’라는 용어의 개념이 법적으로 정의되어 있지는 않다. 예컨대, 실정법에서 ‘사회복지’라는 용어가 사용되는 대표적인 법은 「사회복지사업법」이지만 ‘사회복지’의 정의 규정은 없다. ‘사회복지’는 사회정책과 마찬가지로 사회문제를 해결하기 위한 총체적인 영역을 의미하기도 하고 사회보장의 한 방법으로 이해되기도 하는 것으로 파악되고 있다. 전광석, 「한국사회보장법론」, 집현재, 2016, 71-72면 참조.

의 질이 향상되도록 지원하는 제도”를 말한다(사회보장기본법 제3조 제4호).⁷⁾ 사회보험이나 공공부조로 분류되지 않는 나머지 사회복지제도들은 사회복지서비스 분야로 분류될 수 있다. 사회복지서비스 분야에 속할 수 있는 법 제도는 사회적 필요가 있다면 얼마든지 입법이 가능한 분야로서 사실상 경계가 없다고 보아도 무방할 것이다. 관련 법률로는 「장애인복지법」, 「노인복지법」, 「아동복지법」, 「한부모가족지원법」, 「사회복지사업법」, 「응급의료에 관한 법률」 등이 있다. 이에 더하여 「사회보장기본법」은 평생사회안전망 개념도 규정하고 있는바,⁸⁾ 개념 정의를 보건대 사회복지서비스의 범주에 포섭될 수 있는 것으로 보인다.

핵심적 요소를 기준으로 각각의 내용을 정리하자면, 사회보험은 개인의 노동에 의한 자기기여(사회보험료 납부)를 핵심으로 한다. 다만 사회보험의 경우 각 제도의 취지가 다르고 보호되는 사회적 위험이 서로 다르기 때문에 제도마다 적용요건에도 차이가 조금씩 있다. 공공부조는 국가의 자산조사 결과 국민 자신의 경제적 상태가 일정한 빈곤선 하에 있고 또한 그에게 부양의무자가 없거나 부양의무자가 있더라도 부양의무자로부터 부양을 받을 수 없다는 상태에 있다는 것이 핵심적인 요건이다. 이 두 가지 범주를 제외하⁹⁾ 나머지 제도들은 ‘사회서비스 및 평생사회안전망’(이하 ‘사회서비스’) 분야에 속하게 되는데, 사회복지서비스 분야에 속하는 제도들은 그때그때의 필요에 따라(필요성의 원칙) 일정한 인구학적 기준이 충족되면(아동, 장애인, 노인 등) 자기기여와 관계없이 또한 자산조사와 관계없이 원칙적으로 현물급여가 제공되는데 국가 부담(일반조세)으로 혹은 수익자

7) 종래에는 「사회보장기본법」에서 ‘사회복지서비스’라는 용어를 사용하였으나 개정된 「사회보장기본법」(2012.1.26., 법률 제11238호)에서부터 사회복지서비스로 용어가 변경되었다.

8) 사회복지기본법 제3조(정의) 5. “평생사회안전망”이란 생애주기에 걸쳐 보편적으로 충족되어야 하는 기본욕구와 특정한 사회위험에 의하여 발생하는 특수욕구를 동시에 고려하여 소득·서비스를 보장하는 맞춤형 사회복지장제도를 말한다.

9) 우리나라 사회복지법제 형성의 초기에 제정된 「사회보장에관한법률」(1963.11.5. 제정, 법률 제1437호)에서는 사회복지장의 구성체계를 사회보험과 공공부조의 2가지로만 파악하는 것에서 출발하였다.

일부 부담 등 방식을 혼용하여 급여가 필요한 특정한 범주의 대상자에게 물품, 서비스, 시설수용 등 다양한 방식으로 급여가 제공된다.

그렇다면 기본소득이 「사회보장기본법」에서 제시하고 있는 사회보장의 3가지 방법 중 어딘가에 속하는 것이라고 할 수 있는 것인지 살펴보자. 첫째, 기본소득은 어떤 조건도 요구하지 않고 그저 공동체의 구성원이기만 하면 되기 때문에 노동과 소득이라는 경제적 합리성의 연결고리를 단절시켜 버린다.¹⁰⁾ 게다가 사회보험은 급여 지급의 요건으로서 보험사고(실업, 사망, 질병, 노령 등)의 발생을 요구하고 있으나 기본소득은 보험사고의 개념 자체도 존재할 수 없다. 따라서 기본소득은 사회보험에 속할 수가 없다. 둘째, 기본소득은 자산조사 기타 아무런 요건심사가 없으므로 공공부조의 특성도 없고 공공부조가 가지는 요부조자(要扶助者)라는 사회적 낙인효과와 같은 부작용과도 무관하다. 이런 이유로 기본소득은 공공부조도 아니다. 다만 기본소득은 어느 정도로 지급하느냐에 따라서는 공공부조가 필요없게 될 수도 있다.¹¹⁾ 반대로 기본소득을 도입하는 대신 공공부조를 폐지하였는데 기본소득의 액수가 적은 경우 공공부조보다도 더 못한 제도가 될 수도 있다. 셋째, 기본소득은 누구에게나 조건없이 지급하는 것이라는 본질적 성격상 사회서비스에서 요구하는 필요성의 원칙과도 관계가 없고 현금급여가 원칙이라는 점에서 현물급여를 원칙으로 하는 사회서비스와도 달라서 사회서비스에 속한다고 보기도 어렵다.¹²⁾

기본소득이 현행 「사회보장기본법」에서 제시하는 3가지 사회보장제도에 속하지 않는다는 점은 분명하다. 그렇지만 「사회보장기본법」에서 제시하는 3가지 방법은 어디까지나 헌법 제34조 제2항 “국가는 사회보장·사회

10) 노호창, 「기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토」, 『노동법연구』 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014 상반기, 409면.

11) 노호창(2014 상반기), “기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토”, 409면.

12) 다만 사회보장기본법이 ‘법률 제11238호, 2012. 1. 26., 전부개정’ 되기 전의 구법에서는 제3조 제5호에서 ‘관련복지제도’라고 하여 ‘보건, 주거, 교육, 고용 등의 분야에서 인간다운 생활이 보장될 수 있도록 지원하는 각종 복지제도’를 규정하고 있었던바, 만일 구법 하에서라면 기본소득이 사회보장기본법상 ‘관련 복지제도’에 속할 여지는 있어 보인다.

복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”라는 조항의 예시적 구체화이므로, 기본소득이 『사회보장기본법』에서 3가지로 제시하고 있는 사회보장에는 속하지 않을지 몰라도 헌법 제34조 제2항에서 규정하고 있는 사회보장·사회복지에 속하지 않는다고 단정할 수는 없는 것이다. 왜냐하면, 헌법 제34조 제2항에서 규정된 사회보장·사회복지가 『사회보장기본법』 제3조 제1호 사회보장의 정의 조항에서 규정된 범위에 한정된다고 볼 수는 없는 것이기 때문이다. 또한 이렇게 보아야 ‘헌법상의 인간다운 생활권은 법률에 의하여 구체화될 때 비로소 인정되는 법률상의 권리’라든가 “헌법상의 사회보장권은 그에 관한 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성”되는 권리라고 보는 헌법재판소의 입장에도¹³⁾ 부합하게 된다. 왜냐하면 기본소득을 법제도를 통해서 인정한다면 이는 국가에게 자유를 침해하지 말 것을 요구하는 입법이 아니라 국가에 대해 적극적으로 급부를 요구하는 것으로 하는 입법이 될 것이기 때문이다. 요컨대, 기본소득은 실업이나 빈곤에 대한 대처가 가능하다는 점에서 기능적으로 사회보장·사회복지적 성격이 없다고 단정하기 어렵고, 사회보장·사회복지의 개념 자체가 헌법상으로는 불확정적이고 포괄적인 개념이라는 점을 고려한다면 기본소득이 『사회보장기본법』에서 제시하는 사회보장제도에는 포함되지 않을 수 있어도 그보다 더 포괄적인 의미에 해당하는 헌법상의 사회보장·사회복지에는 포섭될 수 있다고 해석하는 것이 불가능한 것은 아니다. 더구나 사회보험, 공공부조, 사회서비스 외에 새로운 형태의 사회보장·사회복지의 구체화가 헌법상 금지된 바도 없다.

기본소득을 사회보장·사회복지제도로 볼 경우, 헌법상 근거로는 인간다운 생활권(헌법 제34조 제1항), 사회보장·사회복지에 관한 국가의 의무(헌법 제34조 제2항), 지방자치제도(헌법 제117조, 지자체 차원의 사회보장·사회복지제도로 볼 경우) 등으로 제시하는 것이 가능하다.

13) 헌법재판소 1995. 7. 21.자 93헌가14 결정; 헌법재판소 2002. 12. 18.자 2002헌마52; 헌법재판소 2004. 10. 28.자 2002헌마328 결정 등.

(3) 경제정책으로 바라볼 수 있는지 여부

기본소득은 공동체의 구성원 누구나에게 정기적으로 일정한 소득을 지원하는 형태이므로 공동체 구성원의 구매력을 일률적으로 높여준다는 측면에서는 경제정책으로 보이기도 한다.

사회보장제도에 속하는 노령연금, 산재보험, 실업보험, 질병보험 등이 등장하기 시작하던 19세기 말은, 산업사회로의 이행과 자본주의의 병폐가 함께 발생하던 때인데, 이 때에도 기본소득에 대한 구상이나 논의자체는 존재하였다. 그러나 기본소득의 성격에 대해 구체적으로 규정한 바는 없었던 듯하다. 사회보장제도가 확립되고 세계적으로 전파되던 20세기 초중반 무렵의 경우 영국의 베버리지 모델 혹은 독일의 비스마르크 모델이 사회보장제도의 모델로 정착되었었지만 베버리지 모델이나 비스마르크 모델은 기본적으로 임금노동에 의한 자기기여를 핵심적 요소로 하는 사회보험을 기반으로 하는 시스템이었다.¹⁴⁾ 당연히 사회보장제도가 등장하기 이전에는 사회보장의 개념 자체가 설정된 바 없었으므로 기본소득을 사회보장제도로 바라볼 수 없었을 것이다. 그리고 사회보장제도가 등장한 이후에도 기본소득을 사회보장제도로 인식하기는 어려웠을 것이라 생각한다. 특히 임금노동에 기초한 사회보험제도가 보편적으로 확산되어 가던 시기였기 때문에 임금노동과 무관한 기본소득이 사회보장제도로 인식되기에는 어려웠을 것이다.

오히려 기본소득에 해당하는 사회신용(social credit)을 주장했던 더글러스(Clifford H. Douglas)의 경우 구매력을 향상시켜 수요와 공급의 불균형을 해소하기 위한 수단으로 이를 주장하였다.¹⁵⁾ 이런 측면을 본다면, 기본소득을 경제정책으로 바라보는 것도 가능하다고 생각한다. 특히 기본소득은 공동체 구성원에게 구매력 향상을 위해 정기적인 현금급여를 일률적으로 지급하는 것이므로 자본주의 경제, 시장경제질서 등과 양립불가능한

14) 양자의 비교에 대해서는 Paul Spicker, *How Social Security Works*, The Policy Press, 2011, pp 67-70 참조.

15) Clifford H. Douglas(이승현 역), *Social Credit*(사회신용), 역사비평사, 2016 참조.

것이 아니다. 또한 기본소득이 경제정책이라 할지라도 사회보장적 기능을 부정할 필요도 없다.

기본소득을 경제정책으로 바라보는 경우에는, 모든 구성원의 구매력을 동일하게 향상시켜 주기 위해서 동일한 소득을 정기적으로 지급해야 한다는 의미에서 헌법상 근거는 사회적 시장경제질서(헌법 제119조 제2항),¹⁶⁾ 균형발전을 위한 지역경제육성의무(헌법 제123조 제2항) 등으로 제시하는 것이 가능하다.

(4) 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권으로 바라볼 수 있는지 여부

기본소득에 대한 근거를 이론적으로는 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권에서 찾는 것이 가능하다. 즉 누구나 자신이 속한 공동체의 공동자산에 대해 동등한 지분을 가지고 있으므로 이를 향유할 권리가 있다는 발상이다. 지구적(地球的) 차원에서는 인간은 누구나 모든 인류의 공동자산에 해당하는 지구에 대해 생래적으로 균등한 지분을 가지고 있다는 것이다. 다만 지구는 너무나 거대하고 추상적인 관념이므로 공동체의 범위를 좁혀, 예컨대, 국가적 차원에서 본다면, “좋은 교육, 삶의 질 향상, 환경 개선, 연대의식 고취, 정의 고양, 범죄와 폭력 철폐, 빈곤 퇴치, 진정한 자유와 존엄성 확보와 같은 인간 조건의 보장을 위해서” “모든 사람은, 출신·인종·성별·연령·기혼여부·사회경제적 지위에 관계없이, 누구나 국부(國富)에 참여할 권리로써 자신의 삶에 반드시 필요한 것을 준비하기 위해 충분히 가능한 수단이 되는 소득을 받을 권리”(“o direito de cada pessoa - não importa a sua origem, raça, sexo, idade, condição civil ou socioeconômica - receber uma renda, na medida do possível suficiente para atender às suas necessidades vitais como um direito de participar

16) 헌법 제119조 ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.
헌법 제123조 ② 국가는 지역 간의 균형있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다.

da riqueza da nação”)를 가지고 있고 이러한 권리가 바로 기본소득이라는 것이다.¹⁷⁾

기본소득의 본질이 공동체 구성원 자격에서 비롯되는 지분을 받을 권리라는 관점에서는 동등한 구성원의 자격이 있다면 모든 구성원 개인은 무조건적으로 차등없이 지분권의 실현 형태로 동일한 일정 금액의 소득을 지급받을 것을 권리로 인정받는 것이 가능할 수도 있다. 이미 선거권을 통해서 정치적 영역에서는 공동체 구성원이 1인 1표를 보장받고 있으므로 공동체 구성원 자격에서 나오는 지분권의 동일한 크기만큼의 정치적 실현을 경험하고 있다. 기본소득에 대해서는 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권의 사회적·경제적 영역에서의 실현이라고 보는 것도 충분히 가능할 수 있다. 특히 1948년 제헌 헌법에서는 근로자의 이익균점권(공동체 구성원 자격에 기초한 기여분의 배분권)을 규정한 바도 있었기 때문에 기본소득이 결코 낯선 개념은 아닌 것이다.

기본소득을 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권의 실현으로 보는 경우, 그 헌법적 근거로는 인간의 존엄과 가치(헌법 제10조),¹⁸⁾ (경제적) 평등권(헌법 제11조), 열거되지 아니한 자유와 권리의 보장(헌법 제37조 제1항)¹⁹⁾ 등을 제시하는 것이 가능하다.

4. 종합적 검토

(1) 쟁점의 정리

현재 우리나라에서는 아직 기본소득이 법제도로 도입되어 있는 것은 아

17) Eduardo Matarazzo Suplicy, *Renda Básica de Cidadania*(3^a ed.), L&PM, 2008, p. 7.

18) 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

19) 헌법 제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

니다. 따라서 기본소득에 대해서는 사회복지·사회복지제도로 볼 수도 있고 경제정책으로 볼 수도 있고, 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권으로 보는 것, 어느 것이든 가능한 상황이다.

만약에 기본소득을 사회복지·사회복지제도로 인식해야 한다면 기본소득은 기존의 사회복지제도인 사회보험, 공공부조, 사회서비스에 속하지 않는 헌법적 사회복지·사회복지제도, 이를테면, 제4의 사회복지·사회복지제도에 해당한다고 보아야 할 것이고,²⁰⁾ 기본소득을 경제정책으로 인식해야 한다면 사회복지적 효과를 가진 경제정책으로 보면 될 것이다. 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권의 실현으로 보는 경우 경제적 기능과 사회복지·사회복지제도로서의 기능을 겸유하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

다만 기본소득의 법적 성격을 무엇으로 규정할 것인지는 필요하다. 왜냐하면 기본소득의 근본적인 법적 성격을 무엇으로 전제하고 가느냐에 따라서 논의의 지평이 달라지고 법적 쟁점 기타 제도의 소관부처 등이 달라지기 때문이다.

그렇다면 기본소득의 법적 성격은 무엇으로 규정하는 것이 타당할 것인가? 이는 결국 현행 법령을 토대로 그 성격을 선택하는 것의 문제로 귀결된다고 본다. 달리 말하면, 기본소득의 법적 성격을 무엇이라고 규정할 것인가의 문제는, 기본소득의 성격을 어떻게 보느냐에 따라서 현행 법령의 범위 안에서 어느 쪽이 해석상 모순과 충돌이 덜 발생하고 현행 법질서에 더 조화롭게 수용될 수 있느냐의 문제와 궤를 같이 한다.

기본소득은 그 독특한 요건인 무조건성 때문에 개인이 자신의 능력이나 자력을 통해 살아가 수 있는데도 지급해야 하는가, 부자인데도 지급해야 하는가, 개인이 자신이 속한 가구의 구성원을 통해서 생계유지를 받을 수 있는데도 지급해야 하는가, 어떠한 의무도 없이 지급하는 것이 타당한가, 공적 재원을 가지고 지급하는 것이 타당한가 등의 의문과 결부되기 쉽다.

20) 사회복지·사회복지제도의 경제적 효과에 대해서는 후생경제학에서 논의되고 있는 것이므로 굳이 경제정책적 효과가 있는 사회복지·사회복지제도라는 식의 언급은 불필요할 것 같다.

(2) 경제정책으로 바라보는 경우의 함의

우선, 기본소득을 시민의 구매력 보안을 통해 공급과 수요의 불일치를 교정하고자 하는 경제정책으로 보게 되는 경우, 기본소득과 관련된 이념 논쟁, 윤리논쟁 등으로부터 상당히 자유롭게 될 것으로 보이는 장점이 있다. 기본소득을 경제정책으로 본다면, 적절한 액수를 설정하는 것을 통해 공급과 수요의 불일치 해소가 가능하므로 객관적인 적절한 액수의 수준을 설정하는 것이 주요 과제가 될 것이고 또 그렇게 할 수 있을 것으로 보이기도 한다. 또한 국가적 상황이나 경제적 변화에 조응하여 탄력적인 정책 운영이 가능한 측면도 있을 것이다.

그러나 기본소득을 경제정책으로 보게 되는 경우 다음과 같은 문제점이 생기게 된다. 첫째, 기본소득을 경제정책으로 본다면 공동체의 구성원 모두에게 일률적으로 지급하는 형태의 보조금 정책과 무슨 차이가 있는나라는 점이다. 둘째, 기본소득을 경제정책으로 보는 경우 그 권리성을 인정할 수 있을 것인지 의문시될 수 있다. 즉 기본소득을 경제정책으로 보게 되는 경우 그 규범적 위상이 대폭 약해질 가능성이 있다는 것이다. 특히 경제정책으로 보게 되는 경우 그 주체는 공동체 구성원이 아니라 국가가 되므로 기본소득은 어디까지나 국가의 시혜적·은혜적 조치에 머물게 될 가능성이 높게 되고 국가의 경제여건의 변화에 따라 얼마든지 기본소득은 변경되거나 폐지될 수 있는, 말그대로, 탄력적인 ‘정책’에 불과하게 될 수 있다는 것이다. 즉 발전국가 논리에 잠식될 위험성이 크다. 셋째, 기본소득을 경제정책에 불과한 것으로 보게 되면, 한국이 국제노동기구(ILO)에 가입해 있는 취지와 모순되게 된다. 국제노동기구는 1944년 기구의 존립 취지에 관해 천명한 ‘필라델피아 선언’을 발표하게 되는데, 필라델피아 선언에서는 인간의 대상화·수단화를 극복하고 항구적 평화를 위해서는 경제와 정치가 사회적 정의라는 요청에 부합될 것을 요구하고 있고 그 내용으로 ‘인간이 경제와 금융을 위해 복무할 것이 아니라 경제와 금융이 인간을 위해 복무할 것’을 요구하고 있는데,²¹⁾ 기본소득을 경제정책으로 보는

21) http://www.ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:24

것은 기본소득의 가치를 폄훼하여 ‘인간이 경제와 금융을 위해 복무하도록 하는 것’에 해당하는 것이 될 수도 있기 때문이다.

(3) 공동체 구성원 자격에 근거한 지분권으로 바라보는 경우의 함의

다음으로, 기본소득을 공동체 구성원 자격을 기초로 하는 지분권으로 본다면, 기본소득은 사회적·경제적 영역에서의 지분권의 실현으로 이해될 수 있을 것이다. 이는 공동체 구성원 자격을 기초로 하는 지분권이 정치적 영역에서 선거권 등 참정권 보장의 형태로 구현되는 것에 대응되는 것으로 볼 수 있다. 이러한 견해는 기본소득이 단순히 법률상의 권리가 아니라 헌법상의 기본권에 해당하는 위상을 가진다는 의미를 보여준다. 그런 의미에서 기본소득을 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권으로 인정하기 위해서는, 규범적 관점에서는, 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치와 헌법 제11조 경제적 평등권에서 파생되는 기본권으로서 헌법 제37조 제1항의 열거되지 않은 기본권으로 포섭될 수 있어야 한다는 해석이 필요하다. 이러한 해석은 기본소득이 헌법에 열거되지 않은 새로운 기본권이라는 해석을 의미하는데, 헌법재판소는 헌법 제37조 제1항의 내용과 관련하여 “헌법에 열거되지 않은 기본권을 새롭게 인정하기 위해서는, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉, 권리내용을 규범 상대방에 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해될 경우 재판에 의해 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 할 것”이라는 기준을 제시한 바 있다.²²⁾

사회경제적 구조의 변화, 기술발전, 높은 실업, 불안정고용, 가족의 해체, 1인 가구의 급증, 고령화 사회, 부의 편중, 일자리 감소, 사회구조적 빈곤의 증가 등 상황을 보면, 기존의 제한적이고 조건적인 사회보장제도는 한계에 직면하고 있고 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 지키고 공동체 구성원으로서 기본적인 권리를 행사하기 위한 전제로서 기본적인 소

53907:NO#declaration (국제노동기구 필라델피아 선언, 최종방문 2019.12.15.)

22) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369 결정; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마477 결정.

득보장이 구조적으로 요청되는 상황이라는 점을 보면, 새로운 기본권의 요건에 해당하는 ‘특별한 필요성’이 인정될 수도 있어 보인다. 그렇지만 기본소득이 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권이라는 ‘열거되지 아니한 새로운 기본권’이라는 점에 대해서는 구체적 분쟁 사건을 통하여 헌법재판소로부터 확인을 받는 과정이 필요하다는 점은 현재로서는 한계로 작용할 것이다.

한편, 만약 기본소득을 공동체 구성원 자격에서 도출되는 지분권으로서의 기본권이라고 하더라도 실제 구체적 구현형태는 법률로 형성될 것인데, 이를 법률로 구성하는 경우 그 소관 부처를 어디로 할 것인지 관할이 문제될 수 있다. 왜냐하면, 공동체 구성원 자격에서 도출되는 지분권의 정치적 실현형태인 선거권은 헌법상 보장되며 법률에 따라 구체적 내용이 형성되고 그 근거법률인 『공직선거법』은 헌법기관인 선거관리위원회 소관인데, 기본소득은 사회적·경제적 영역에서의 지분권이므로 지분권의 실현이라는 관점에서 보면 선거관리위원회처럼 독립된 ‘기본소득위원회’와 같은 헌법상의 독립된 기구에서 맡는 것이 타당하지 않은가라는 생각이 드는데, 현재 우리 헌법에서는 사회적·경제적 영역에서의 지분권의 실현을 위한 헌법기관은 존재하지 않기 때문이다. 다만 법률적 차원에서라도 대통령 소속 혹은 국무총리 소속 하에 집행권을 가진 독립된 위원회를 설치한다든가 아니면 기획재정부나 보건복지부가 아닌 행정안전부와 같은 제3의 기관에 제도의 집행을 맡기는 방안을 생각해볼 수는 있다.

(4) 사회보장·사회복지제도로 바라보는 경우의 함의

마지막으로 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 바라보는 경우를 생각해보자. 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 보는 견해의 무엇보다 중요한 이념적 우월성은 ‘인간’을 최우선 순위에 둔다는 점이다. 다만 몇 가지 의문이 있으므로 그에 대해 극복하고 넘어갈 필요는 있다.

기본소득을 사회보장·사회복지제도로 보는 경우 발생하는 가장 큰 문제는 현행법령 체계 내에서 개념이나 제도 간에 일견 충돌 및 모순이 발생

할 수 있는 것처럼 보인다는 점이다.

현행 헌법에서는 근로권 조항을 두고 있고(헌법 제32조 제1항),²³⁾ 근로의 의무 조항(헌법 제32조 제2항)도²⁴⁾ 두고 있다. 그리고 헌법상의 인간다운 생활권(헌법 제34조 제1항)을 토대로 사회보험, 공공부조, 사회복지서비스라고 하는 사회보장의 3대 체계가 법률로 구축되어 있다. 헌법 제32조와 제34조 및 이를 통해 구체화되어 있는 현행 노동법과 사회보험 중심의 사회보장제도를 전체적으로 보면, 일관되게 관철되는 전제가 있는데 바로 임금노동을 중심에 두고 있다는 점이다. 이와 관련해서, 근로의 의무에 대해 근로의 의무가 과연 법적인 의무냐 자본주의 질서에 타당한 것이냐 등등 논란이 있지만²⁵⁾ 이 조항 역시 임금노동을 전제로 하고 있는 개념이라는 점에 대해서는 부정되지 않는다. 그런데 근로의 의무와 관련하여 보다 주목할 문제는 근로의 의무 조항이 기본소득의 무조건성이라는 요건과 충돌하는 것이 아닌가라는 의문이다. 이런 점에서 근로의 의무 조항과 기본소득은 쉽게 조화되기 어려워 보이는 측면이 있고 논란의 소지가 있어 보인다.²⁶⁾

또한 기본소득이 주장되는 시대이니만큼, 근로의 개념이나 노동의 개념이 과거의 임금노동 중심에서 이제는 비임금노동도 포괄하는 것으로 바뀌어야 한다는 주장이 있을 수 있고²⁷⁾ 현행헌법이나 현행헌법을 토대로 구축되어 있는 개별법령이 개정되지 않는 한, 적어도 현행법령 내에서는 비임금노동까지 포괄하는 개념으로 해석하는 것은 무리한 해석이 아닌지 하는 의문이 들 수도 있다. 왜냐하면, 동일한 법령의 동일한 ‘근로’²⁸⁾ 혹은

23) 헌법 제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.

24) 헌법 제32조 ② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.

25) 관련 논란에 대해서는 노호창(2017), 앞의 논문, 173-174면 참조.

26) 이다혜, “기본소득에 대한 노동법적 고찰”, 『서울대학교법학』 제60권 제1호, 서울대학교법학연구소, 2019.3, 114-116면.

27) 이다혜, 앞의 논문, 117-119면.

‘노동’이라는 용어가 어떤 경우에는 임금노동만 의미하는 것으로, 어떤 경우에는 비임금노동도 포괄하는 것으로 해석되어야 하는 것이라면, 충돌 내지 모순이 있어 보이기 때문이다.

더구나 현행 노동법이나 사회보장제도 중 특히 사회보험은 임금노동을 기초로 구축되어 있는데, 기본소득이 사회보장·사회복지제도로 법적 성격이 규정된다면, 임금노동과 무관한 기본소득은 비임금노동을 노동의 개념에 포함하는 이념을 안고 갈 수밖에 없는데, 헌법과 법률로 위계화되어 있는 하나의 전체 법체계 내에서 ‘노동’ 개념이 상황에 따라 어떤 경우에는 임금노동만 의미하고 어떤 경우에는 비임금노동도 포함되는 식으로 해석되어야 하는 경우라면 문제가 있어 보일 수 있다. 게다가 헌법에 명시된 ‘근로’의²⁹⁾ 개념이 비임금노동까지 포함하는 개념으로 해석되어야 한다면, 임금노동만을 축으로 하는 노동법이나 사회보험은 임금노동과 비임금노동 간의 차별을 용인하는 것은 아닌지 의문이 들 수 있다. 이런 논란은 기본소득이 도입되면 사회보험은 해체되어야 한다는 논리로 이어질 수밖에 없는 것은 아닌가라는 의문도 가지게 한다. 즉 임금노동을 전제로 하는 노동법 및 사회보험과 임금노동과 무관한 기본소득이 사회보장·사회복지라는 동일한 무대에서 공존하는 것은 법리적으로 충돌의 소지가 있어 보인다는 점이다. 또한 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 실시한다면 필연적으로 사회보험은 폐지되어야 노동개념의 통일성, 사회보장·사회복지의 통일성에 부합하게 되는 것은 아닌가라는 의문인 것이다.

그런데, 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 바라볼 경우 제기될 수 있는 것으로 보이는 이러한 의문들은 동전의 한 면만을 바라보기 때문에 생기는 의문들이고 충분히 논파될 수 있는 것들이다.

헌법에서 규정된 근로권의 경우, 사회권적 측면에서는 일자리(또는 그

28) 근로와 노동을 구별해서 노동의 경우에는 특별히 이념적 성격을 부여해서 이해하는 견해도 있으나 이를 규범적으로 구별하는 것은 특별한 의미를 지니지 못한다. 노호창, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석” 『노동법연구』 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011, 130-132면.

29) 우리 헌법에는 ‘노동’이라는 단어가 등장하지 않는다.

에 대체되는 실업급여)와 적정한 일할 환경을 요구할 수 있는 권리,³⁰⁾ 자유권적 측면에서는 일하는 것을 국가가 방해하지 말 것을 요구하는 것을 의미한다. 즉 근로권 규정은 ‘모든 국민은 근로의 권리를 가진다’라고 하고 있지만, 이는 어디까지나 근로하려고 하는 국민이 근로하고자 할 때 누려야 할 것에 대한 것이므로 임금노동이 문제될 때만 적용되는 것이어서, 기본소득과 모순되지 않고 어찌보면 서로 별 관계가 없다. 또한 근로의 의무 규정에 대해서도 현재 법적 혹은 도덕적 의무로 보고 있지도 않다.³¹⁾ 사실상 자본주의 사회에 부합하지 않는 무의미한 것으로 취급되고 있어서 기본소득과 충돌이 되지 않는다.

요컨대, 근로권 규정은 어디까지나 국민이 임금노동을 하고자 할 때 문제되는 것이지 근로권 규정이 비임금노동을 배제하려고 했다고 해석될 수 없다. 또한 현재의 사회보장제도와 관련해서도 우리 사회가 임금노동사회였기 때문에 임금노동을 중심으로 하는 사회보험제도가 중심으로 발달한 것에 불과한 것이지, 헌법상의 사회보장·사회복지 조항이 기본소득과 같이 비임금노동도 포괄할 수 있는 사회보장·사회복지제도를 배제한다는 의미를 가질 수 없다. 그러므로 기본소득이 주장되는 시대이니만큼 근로의 개념이나 노동의 개념이 과거의 임금노동 중심에서 이제는 비임금노동도 포괄하는 것으로 바뀌어야 한다는 주장³²⁾ 주장 그 자체로서는 논리적으로 전혀 문제가 없고 현행 헌법이나 현행 헌법을 토대로 구축되어 있는 개별법령 하에서도 전혀 모순되지 않는다. 왜냐하면 현행 헌법이나 현행 법령은 어디까지나 임금노동이 문제되는 경우만을 염두에 두고 만들어졌고 임금노동과 관련된 언급만 하고 있지, 비임금노동에 대해서는 언급한 바 자체가 없기 때문이다. 즉 비임금노동의 영역에 대해서 현행 헌법이나 법령이 이를 배제한 적이 없었고 그래서 규범적 관점에서는 공백으로 남아있어 왔던 상태인 것이다. 그래서 일반적 관점에서 근로나 노동의

30) 노호창(2011), “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 157면.

31) 노호창(2011), “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 137면; 이영희, 『노동법』, 법문사, 2001, 90면.

32) 이다혜, 앞의 논문, 117-119면.

개념에 비임금노동까지 포괄하는 개념으로 해석하자고 해서 무리한 해석이라고 비판할 필요도 없는 것이다.

한편 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 보면 항상 그 액수의 적정성이 헌법적 시비거리가 될 수밖에 없을 것이다. 즉 기본소득으로 지급되는 액수가 인간다운 삶을 위한 충분한 액수나라는 것에 대한 문제제기가 지속적으로 발생하게 될 것이다. 이러한 점에 대해서는 과거 「생활보호법」상 생계보호기준에 대해서 위헌 논란이 있었던 점을 생각해보면 충분히 납득이 갈 것이다.³³⁾ 그런데 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 본다 하더라도 그 구체적 발현형태, 예컨대, 액수의 문제는 하위 규범 단계에서 조정될 문제인 것이므로 액수의 적정성 시비는 제도라는 관점에서는 전혀 문제될 것이 없다. 구성원은 언제나 국가를 상대로 법적 문제 제기를 할 수 있는 것이고 국가는 언제나 그에 대해 답을 해줄 의무가 있을 뿐이고, 그것은 국가이기 때문에 당연한 것이다.

기본소득을 사회보장·사회복지제도로 보는 경우, 그 헌법적 근거는 헌법 제34조 인간다운 생활권에서 우선 찾을 수 있을 것이다. 그리고 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 보는 경우에도 공동체 구성원의 지분권으로서의 성격과 모순되지 않고 오히려 양자가 결합하는 경우 권리로서의 성격은 한층 더 강화될 수 있을 것이다. 특히 기본소득을 공동체 구성원의 지분권적 성격을 가진 것으로 보든 그렇지 않든, 사회보장·사회복지제도로 보는 전제에서 구체적 법률을 구축한다면 그 소관부처는 보건복지부로 하는 것이 가능하다는 점에서 기본소득을 단순히 공동체 구성원 자격을 기초로 한 지분권으로만 보는 견해보다 장점이 있다. 다만 기본소득을 공동체 구성원의 지분권으로서의 성격을 함께 겸유하는 것으로 인정하는 전제에서는 우리 헌법이 국민국가를 채택하고 있는 이상, 국가의 행정구역 확장에 의해 변경될 수 있는 지자체를 기준으로 하는 기본소득은 개념

33) 헌법재판소 1997. 5. 29. 선고 94헌마33 결정; 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2002헌마328 결정. 이 사건들에서 헌법재판소는 ‘생계보호의 수준이 일반 최저생계비에 못 미친다는 이유로 곧 헌법에 위반되거나 청구인들의 행복추구권이나 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것은 아니’라고 판단한 바가 있다.

상 어려움이 있을 것 같다.

결론적으로는, 기본소득의 성격을 무엇으로 보는 것이 가장 적절한가에 대해서는 선택의 문제이고 어느 경우로 보더라도 크게 문제는 없다고 보이지만, 적어도 현재 시점에서는 사회보장·사회복지제도로 보는 것이 우선 이념적 관점에서 가장 우월하고 그밖에 현행 법령과의 관계에서도 무난하게 규범조화적 해석이 가능하다. 다만 향후 기본소득의 법적 성격을 사회보장·사회복지제도로라는 전제에서 법제도로 구축하게 되는 경우 기존의 다른 사회보장제도의 조정이나 개편은 필연적인 과제가 될 것이다.

Ⅲ. 기본소득의 법적 쟁점

1. 기본소득을 도입하는 법규범의 위상에 따른 법적 검토

(1) 문제의 소재

기본소득은 공동체의 모든 구성원에게 개별적으로 지급하는 정기적 현금급여 정책이기 때문에 그 성격이 사회보장·복지제도이든 경제정책이든 간에 관계없이 어떤 위상이든 규범에 근거를 두어야 실행될 수 있다. 기본소득은 국가가 국민에게 또는 (지역차원의 기본소득이라면) 지방자치단체가 지역주민에게 금전을 지급하는 형태를 취하고 있기 때문에 국가 또는 지방자치단체의 행정작용임에는 틀림없다.

그런데 이러한 행정작용이 만일 국가공동체와 국민의 기본권과 관련하여 중요하고 본질적인 것이라면 반드시 법률에서 기본소득에 관한 구체적인 내용(수급대상의 범위, 수급액수의 범위, 수급기간의 주기 등)을 명시해야 한다(법률유보의 원칙).³⁴⁾ 즉 헌법에서 특별히 법률로 정하도록 규정하고 있는 사항 및 헌법에 명시적인 규정이 없다고 하더라도 국가나 국민

34) 법률유보원칙의 상세한 내용에 관해서는 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 98헌바70 결정 참조.

에게 중요한 영향을 미치는 사항이라든가 국민의 자유와 권리에 관련된 중요한 규율이나 통치조직의 작용에 관한 본질적 사항은 최소한 법률로는 정해야 할 것이다. 법률로 규율해야 할 국민의 자유와 권리에 관한 중요한 사항으로서 구체적으로 제시되는 내용으로는 첫째, 국가와 시민이 당사자로서 서로 대립하는 일면적 기본권 규율(개인의 기본권 영역에 대한 국가적 침해로부터 예방적으로 기본권을 보호할 필요가 있는 경우), 둘째, 국가가 기본권 주체 상호간의 기본권 영역을 구획해 주어야 하는 다면적 기본권 규율(기본권 영역상 목적충돌의 필수적 이해조정과 결정을 도모할 필요가 있는 경우), 셋째, 위 두 가지 요소가 포괄된 복합적 기본권 규율(상이한 정치적·사회적·세계관적·법적인 이익과 관점을 조정할 필요가 있는 경우) 등이 있고 이러한 사항은 최소한 법률로 규정되어야 할 것이다.³⁵⁾

또한 국민의 기본권과 관련하여 본질적인 사항이 아니라고 하더라도 만일 기본소득이 국민의 권리·의무에 영향을 주는 것이라면 법률의 위임이 있어야 하고 그 위임은 구체적이어야 한다(포괄위임금지의 원칙). 다만 지역 차원의 기본소득이라면 법률에서 조례에 위임하는 경우 포괄적 위임이 가능하긴 하지만 법률우위의 원칙, 법률유보의 원칙과의 관계에서 별도 검토가 추가적으로 요구된다.

우선 기본소득이라는 것이 현재 시점에서 국민의 기본권과 관련하여 중요하고 본질적인 사항인지 여부는 불분명하다. 그렇기 때문에 반드시 법률에 근거가 있어야 한다고 단정할 수는 없다. 그렇지만 국가 전체의 차원에서 기본소득을 실시하든 지방자치단체 차원에서 기본소득을 실시하든 간에 기본소득을 실시하게 되면 국민의 소득에 영향을 미치고 재원마련과 관련하여 조세 제도 등에 영향을 줄 수 있기 때문에 기본소득은 국민 또는 주민의 권리·의무에 필연적으로 영향을 주게 될 것임은 분명해보인다. 따라서 시행령이나 조례 등 하위규범을 통해 기본소득을 구체화한다 할지라도 최소한 법률의 위임은 필요하다.

35) 국회법제실, 『입법이론과 법제실무』, 국회사무처, 2008, 20-21면.

이하에서는 기본소득이 도입되는 규범의 위상이 어느 정도냐에 따라 법적 함의가 어떻게 달라지는지 간략히 살펴보고자 한다.

(2) 기본소득을 법률로 도입하는 경우

기본소득은 이를 사회보장·사회복지제도로 보든 경제정책으로 보든 국민에 대한 금전적 지원이라는 점에서는 마찬가지이다. 그렇다면 이를 국가적 관점에서 법률로써 입법적으로 추진한다면 규제입법이 아니라 형성입법이 될 것이다. 그러므로 굳이 헌법에 그 근거가 명시적으로 존재하지 않거나 헌법해석을 통해서 그 입법적 당위성을 도출해내지 않더라도 국회의 입법형성권 행사 즉 입법자의 결단만으로 충분히 법률적 차원에서는 풀어낼 수 있는 사안이 될 수 있다. 다만 기본소득에 관한 법률이 제정될 수 있을지 여부라든가 언제 제정될 수 있을 것인지 여부는 국회에 달려있다. 한편 기본소득의 근거 법률을 제정하게 된다면 법률 제정시 예산확보 방안이 마련되는 것이 필수적이므로 예산마련에 대한 논의가 반드시 이루어져야 할 것이다.³⁶⁾

법률안 제정 의결 : 국회 재적 과반수 출석 & 출석 과반수 찬성

법률안 재의결 : 국회 재적 과반수 출석 & 출석 3분의2 이상 찬성

만일 기본소득에 대한 법률안을 구상한다면, 현재 실시되고 있는 기본소득 그 자체는 아니지만 그와 관련되어 시행되는 제도(청년배당, 청년수당 등)의 조례를 모델로 하여 발전 및 보완시키는 방식으로 가능하다. 단 이 경우 기본소득의 법적 성격을 사회보장·복지제도로 보느냐 경제정책으로 보느냐에 따라 법률안의 목적 조항부터 관리주체, 지급액수의 설정 기준 등 전반적인 내용이 서로 달라질 수밖에 없을 것이다.

36) 정종섭, 『헌법학원론』(제11판), 박영사, 2016, 1109-1110면.

(3) 기본소득을 헌법에 도입하는 경우

기본소득을 헌법에 도입하는 경우 그 방법은 헌법 개정을 통해서이다. 만약 기본소득을 헌법 개정을 통하여 헌법에 규정하게 된다면 국민투표를 거쳐야 할 것이므로 국민적 공감대를 획득한다는 것이어서 정치적 정당성의 확보라는 대단히 중요한 의미를 가질 수 있을 것이다. 그리고 헌법이 가진 최고규범성, 골격규범성, 정치규범성, 개방성 등 속성상³⁷⁾ 기본소득을 헌법에 규정한다면, 예컨대, “국가는 법률이 정하는 바에 따라 기본소득을 지급하여야 한다.”처럼 신설하는 것이 무난할 것이다. 즉 최저임금제의 예를 참조하면 된다.³⁸⁾ 헌법에서 기본소득의 지급대상, 지급요건, 지급액수, 지급방법 등을 상세히 규정하는 것은 적절치 않으므로 시대변화에 따라 탄력적으로 현실에 대응할 수 있도록 법률에 위임하는 것이 타당하기 때문이다.

헌법 개정 절차 : 국회재적 과반수 또는 대통령 발의 => 20일 이상 공고 => 공고 후 60일 이내 국회 재적 3분의2 이상 찬성 => 국회 의결 후 30일 이내 국민투표 => 선거권자 과반수 투표 & 투표자 과반수 찬성 => 확정 => 공포

헌법에 명시하게 되면 기본소득을 언젠가는 반드시 실시해야 한다는 헌법적 요청이 현실화된다는 의미를 가지므로 헌법적 결단이 없이는 기본소득은 폐지할 수 없는 공고한 그 무엇이 될 수도 있다. 적어도 법률을 통하여 기본소득을 폐지하거나 기본소득의 본질을 훼손할 수는 없게 될 것이다. 이는 기본소득이 기본권이 되든 제도가 되든 마찬가지이다. 또한 기본소득이 기본권이냐 제도냐를 둘러싸고 풍부한 헌법적 논의가 전개될 것

37) 정종섭, 앞의 책, 29-35면.

38) 헌법 제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.

이다. 예컨대, 기본소득을 기본권으로 보느냐 제도로 보느냐에 있어서 법적인 논의상 차이점이 존재할 수 있을 것이다.³⁹⁾ 보장되는 대상이 권리나 제도냐에 따라서 보장의 정도에 있어서 최대보장이나 최소보장이냐, 침해 시 헌법재판을 통한 구제가 가능하냐 아니냐 등의 차이가 있을 것이다. 또한 입법형성권 측면에서는 제도로 인정되는 경우가 기본권으로 인정되는 경우보다 입법형성권이 클 것이다. 반면 위헌심사 강도에 있어서는 기본권으로 인정되는 것이 제도로 인정되는 경우보다 심사강도가 더욱 클 것이다.⁴⁰⁾ 특히 기본소득을 단순히 헌법상의 사회보장·사회복지제도가 아니라 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권으로 보는 관점을 가미하여 접근하게 되는 경우, 기본소득의 헌법적 도입은 ‘헌법상 열거되지 아니한 기본권’이라는 지위에서 ‘기본소득권’이라는 구체적인 기본권으로서 강력한 위상을 가지게 될 수도 있다.

(4) 소결

일단 기본소득이 헌법에 규정되거나 법률로 도입되는 경우 이에 대해 헌법상 기본권이나 법률상 권리냐의 문제는 별론으로 하고 이를 권리가 아닌 단순한 시혜로 보긴 어려워질 수 있다. 설사 기본소득이 경제정책적으로 도입되는 경우에도 마찬가지이다. 그 이유는 다음과 같다.

기본소득은 국가(내지 지자체)가 국민 개개인에게 정기적으로 일정한 소득을 지원하는 것이므로 공법(公法) 영역에서 고권적(高權的) 주체에게 어떤 의무가 생기는 것이 된다. 이와 관련하여, 일반적으로 어느 일방 사인(私人)의 법적 의무가 다른 사인(私人)의 법적 청구권(Rechtsanspruch)과 연결되는 사법(私法)에서와는 달리, 공공의 이익을 위해 국가에 대해 일방적인 의무를 설정할 수 있는 공법(公法)의 영역에서는 원칙적으로 권

39) 헌법재판소 1997. 4. 24.자 95헌바48 결정 참조.

40) 정종섭, 앞의 책, 306-309면 참조. 다만 정종섭은 제도보장규정을 재판규범으로 보면서도 제도보장규정을 근거로 하는 헌법소원을 제기할 수 없다는 태도를 보이는 기본권보장-제도보장 준별론을 비판하는 입장에 있다.

리에 대응하지 않는 법적 의무가 가능하다고 인정될 수 있지만, 국가의 그러한 의무를 규정한 실체적 범규범이 공공의 이익뿐만 아니라 개인의 이익에도 기여하도록 규정되어 있으면 주관적 권리를 인정할 수 있기 때문이다.⁴¹⁾ 이런 점은 기본소득의 법적 성격이 무엇이든 마찬가지인 것이다. 물론 어떤 범규정이 국민에게 이익을 준다는 사실 하나만으로는 아직 주관적 권리의 존립 근거가 확정되지 않고 단지 한 가지 유리한 ‘법의 반사’(Rechtsreflex, 반사적 이익)가 존재한다고 할 수 있을 뿐이지만, 이러한 이익이라도 국민을 위하여 법률로 규정된다면 주관적 권리는 얼마든지 성립할 수 있는 여지가 발생하는 것이다.⁴²⁾

더 나아가 기본소득이 그 법적 성격이 무엇이든 법적 권리 내지 법적 이익으로 인정되는 단계에 이르게 되면, 국가는 가능한 한 예산을 확보하여 그 권리를 실현시켜야 할 의무를 지게 되고, 예산이 부족하다는 이유로 그 권리성을 부정하기는 어렵게 된다. 이는 설사 기본소득을, 입법자의 광범위한 형성의 자유를 인정하여 법률을 통해 구체화할 때 비로소 법률상 권리로 인정될 수 있다고 보는 사회적 기본권의 영역에 속하는 대상으로 보는 경우에도 마찬가지이다.⁴³⁾

2. 기본소득의 헌법적 쟁점

(1) 헌법적 관점에서 기본소득의 수용가능성

기본소득의 법적 성격을 사회보장·복지제도로 보든 경제정책으로 보든 헌법 규범과의 관련성을 이끌어 낼 수 있다. 만일 기본소득의 법적 성격을 사회보장·사회복지제도 혹은 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권과

41) Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2009, p. 166.

42) Hartmut Maurer, *op. cit.*, p. 167.

43) 사회적 기본권의 권리성과 예산의 문제에 대해서는 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014 상반기, 129-130면.

결부된 사회보장·사회복지제도로 본다면, 헌법 규범 내에서는 헌법 제34조 인간다운 생활권 조항, 헌법 제10조가 규정하고 있는 인간의 존엄과 가치, 헌법 제11조의 경제적 평등권, 헌법 제37조 제1항이 규정하고 있는 열거되지 아니한 자유와 권리의 보장 등과 관련지을 수 있다. 반면 기본소득을 경제정책으로 본다면, 헌법 제119조 제2항, 제123조 제2항의 경제조항 등과 관련지을 수 있다. 즉 기본소득의 법적 성격을 무엇으로 보든, 헌법 규정과의 관련성을 도출할 수 있으므로 기본소득이 헌법적으로 수용될 수 없는 것은 아니라는 점을 알 수 있다.

이를 토대로 볼 때, 현재 기본소득이 도입되어 있지는 않은 상태인바, 기본소득이 도입되어 있지 않은 현 상태가 위헌적인 것인지 여부를 판단해 보는 것은 중요한 헌법적 쟁점이 될 수 있다.

(2) 기본소득을 도입하고 있지 않은 것이 위헌은 아닌지 여부

현행 헌법에서는 기본소득에 관한 그 어떤 언급도 없고, 헌법에서 구체적으로 기본소득 도입의 의무를 규정한 바가 없다. 그런 상황에서 기본소득이 국민의 기본권인지 아닌지조차 아직은 규명되지 않은 상황이다. 다만 기본소득의 법적 성격을 무엇으로 보든 현행 헌법의 관점에서 기본소득 미도입의 헌법 위반 여부에 대한 판단은 가능하다.

기본소득을 도입하고 있지 않은 입법부작위를 세 가지 경우로 나누어 판단해 보는 것이 가능하다.

첫째, 그 입법부작위가 단순입법부작위인 경우이다. 이는 입법 여부가 전적으로 국회에 맡겨진 경우에 국회의 입법형성의 자유에 의하여 입법을 하지 아니하는 것이다.⁴⁴⁾ 이러한 경우 국회는 입법의무를 지는 것은 아니므로 국민은 이에 대해 다룰 수 없다는 것이 헌법재판소의 확립된 태도이다.⁴⁵⁾ 기본소득을 도입하지 않고 있는 것이 단순입법부작위일 가능성이 있고 이런 경우엔 다룰 길이 없다.⁴⁶⁾

44) 정종섭, 앞의 책, 1575면.

45) 헌법재판소 1989. 3. 17.자 88헌마1 결정; 헌법재판소 1989. 9. 29.자 89헌마13 결정.

둘째, 그 입법부작위가 진정입법부작위인 경우이다. 이는 헌법이 국회에 입법의무를 지우고 있음에도 불구하고 국회가 현실적으로 그 입법의무를 이행하지 아니하여 법률이 존재하지 아니하는 경우를 말한다. 즉 헌법상 국회에게 주어진 법률을 제정할 의무를 전혀 이행하지 아니한 경우이다.⁴⁷⁾ 그런데 현행 헌법상 기본소득에 관한 법률을 제정할 의무를 명시적으로 국회에 지운 바 없다. 게다가 현행 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권으로서 기본소득을 받을 권리가 생겼다고 단정하기도 어렵다. 특히 기본소득을 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권으로 보더라도 이것이 헌법상 열거되지 아니한 기본권에 속하는 것인지조차 아닌지조차 아직 헌법재판소에 의한 유권적 해석이 내려진 바 없다. 그런 이유로 기본소득을 도입하고 있지 않은 것이 진정입법부작위가 될 수 없다. 그러므로 이 경우에도 다툼 방법이 없다.⁴⁸⁾

셋째, 그 입법부작위가 부진정입법부작위인 경우이다. 부진정입법부작위는 헌법이 국회에게 입법의무를 지우고 있고 그에 따라 국회가 입법의무를 이행하여 법률을 제정하거나 개정하였지만 그 법률이 헌법상의 입법사항에 있어서 불완전하거나 불충분하게 규정되어 입법행위의 적극적인 부분과 소극적인 부분이 나누어져 그 소극적인 불완전 또는 불충분한 부분에 있어서 사실상 입법작용이 없는 경우이다.⁴⁹⁾ 기본소득 미도입을 부진정입법부작위로 볼 수 있는 경우는 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 보는 관점에서 생각해볼 수 있는 선택지이다. 특히 기본소득은 헌법상 사회보장·사회복지제도에 속할 수 있어도 「사회보장기본법」상 사회보장의 3가지 체계에는 속하지 않으므로 「사회보장기본법」을 대상으로 기본소득을 도입하지 않은 입법부작위가 위헌인지 여부를 다툼 여지가 있다. 즉 이 경우는 적극적인 입법행위의 흠결이 아니라 입법행위에 흠이 있는 경우이다. 부진정입법부작위는 공권력의 행사로 보아 법률에 대한 헌법소원

46) 노호창(2017), “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 162면.

47) 정종섭, 앞의 책, 1576면.

48) 노호창(2017), “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 162면.

49) 정종섭, 앞의 책, 1575면.

으로 다루어야 한다는 것이 헌법재판소의 입장이다.⁵⁰⁾ 그러나 「사회보장기본법」이 기본소득을 제4의 사회보장제도로 도입하지 않은 것이 위헌으로 판단되기는 어려울 것으로 본다. 왜냐하면, 헌법에서 특별히 기본소득의 도입의무를 규정한 바 없는 상태에서는 입법재량의 위헌 여부 판단에서는 자의금지 심사기준을 적용할 수밖에 없는데, 헌법상 인간다운 생활권 보장을 위한 다양한 사회보장제도들이 이미 마련되어 있는 상황에서 현행 「사회보장기본법」에 기본소득이 아직 도입되어 있지 않다는 것이 입법자가 입법재량을 자의적으로 위반한 것이라고 판단하여 헌법상 인간다운 생활권 규정을 위반한 것으로 보기는 어려울 것이기 때문이다. 더구나 기본소득을 「사회보장기본법」상의 사회보장제도는 아니지만 헌법상의 사회보장·사회복지제도에는 해당할 수 있다고 보는 경우에 반드시 기본소득을 「사회보장기본법」 내에 자리매김해야 할 당위성이 없고 별도의 입법방식도 가능하다는 점을 고려할 수 있다는 점에서도 마찬가지다.

결론적으로, 권력분립의 원칙상 의회의 입법권을 존중해야 하는 헌법재판소로서도 기본소득 도입에 관한 헌법상 명확한 요청이 있는지 알 수 없는 현 상황에서 입법부가 기본소득을 법률로 도입하고 있지 않은 부작위를 명백한 헌법 위반이라고 판단하는 것은 쉽지 않을 것이다. 또한 헌법의 해석을 통해 국가가 기본소득을 도입해야 한다는 해석이 필연적인 것이 아니다. 따라서 현재 시점에서 기본소득을 도입하고 있지 않은 것이 헌법위반이라고 보기는 어렵다.

(3) 기본소득의 당위성을 헌법 해석으로부터 직접 도출가능하지

기본소득 미도입이 위헌이 아니라는 것과는 별개로 기본소득의 당위성을 헌법 조항의 해석을 통해서 도출해보는 것이 불가능한 것은 아니다. 물론 당위성과 위헌성은 별개의 문제다. 다만 여기서 당위성이 반드시 필연성을 의미하는 것은 아니다.

⁵⁰⁾ 헌법재판소 1993. 9. 27.자 89헌마248 결정; 헌법재판소 2009. 6. 25.자 2008헌마 393 결정 등 참조.

첫째, 현재 기본소득을 도입하고 있지 않은 부작용이 헌법상 평등권 위반이 아니라는 점이 곧 헌법 제11조의 평등권 조항이나 헌법 제37조 제1항의 열거되지 아니한 기본권 조항으로부터 기본소득의 당위성을 이끌어 내지 못한다는 의미는 아니다. 지구적인 관점, 국가적인 관점, 지역공동체 관점에서 구성원은 누구나 그 공동체가 가진 부(富)에 대해 참여할 지분 내지 권리가 있다는 전제에 선다면 사회적·경제적 관점에서 기본소득의 당위성을 도출할 수 있는 여지도 있다고 본다. 그렇다면 기본소득을 결과의 평등을 지향하는 제도로 보든지 기회의 평등을 지향하는 제도로 보든지 간에 평등권이라든가 열거되지 아니한 기본권으로서 공동체 구성원 자격에 기초한 지분권은 중요한 검토 과제가 아닐 수 없게 된다. 특히 기회의 평등이라는 관점에서 기본소득을 바라보는 경우, 이는 롤스(J. Rawls)가 정의론에서 제시한 정의의 3가지 원칙(동등한 자유의 원칙, 차이의 원칙, 동등한 기회의 원칙)이 실현될 수 있는 제도로 평가될 수 있다는 점을 주목할 필요가 있다.⁵¹⁾

둘째, 헌법은 제119조 제2항에서 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이에 대해 헌법재판소는 “우리나라 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.”고 판시한 바 있다.⁵²⁾ 기본소득은 공동체의 모든 구성원에게 보편적이고 일정한 소득보장을 제공한다는 점에서 적정한 소득분배 및 경제주체 간의 조화를 통한 경제민주화를 규정한 헌법 제119조 제2항의 사회적 시장경제질서

51) Eduardo Matarazzo Suplicy, “시민기본소득, 한국과 브라질을 위한 좋은 제안”, 『한국사회과학』 제31권, 서울대학교 사회과학연구원, 2009, 139면.

52) 헌법재판소 1996. 4. 25.자 92헌바47 결정.

조항과 부합한다고 보며, 그런 점에서 사회적 시장경제질서 조항으로부터도 기본소득의 당위성을 도출할 수 있다고 본다.

셋째, 헌법 제123조 제2항은 “국가는 지역간의 균형있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다.”고 규정하고 있는바 기본소득이 지역차원에서 실시된다는 전제에서는 해당 지역의 유효수요 창출을 위한 경제정책의 하나로 활용될 수 있으므로 기본소득의 당위성은 여기서도 도출이 가능하다.

3. 기본소득의 법률적 쟁점

(1) 반드시 법률로 도입해야 하는 것의 당위성 여부

만약에 기본소득을 전국을 단위로 하여 도입하고자 한다면 최소한 그 규범적 근거는 법률이 되는 것이 제도의 안정성 측면에서 보다 바람직할 것이다. 만일 기본소득의 법적 성격에 대해 사회보장·사회복지제도로서의 성격을 인정하든 하지 않든, 공동체 구성원의 자격에서 인정되는 지분권의 성격을 인정하고 도입하게 되는 경우라면, 특히 국민국가를 전제로 하고 있는 우리 헌법 체계상 법률로 도입하는 것이 필요하다. 그런데 법률로 기본소득이 도입된다고 하면 그 법적 성격이 무엇이냐도 어찌보면 그다지 문제되지 않을 수도 있다. 왜냐하면, 어찌되었든 간에 입법자의 결단으로 도입되는 것이기 때문이다. 만약 법률로 도입되는 경우 그 법적 성격에 대해서는 역으로 헌법 해석을 통해 성격을 규정하는 것도 가능해진다.

그러나 기본소득의 개념에서 기본소득의 시행 단위는 반드시 국민국가일 필요가 없고 또한 우리나라에서 기본소득과 유사하거나 인접된 제도가 실험적으로 추진되고 있는 단위가 지방자치단체인 점을 고려한다면, 현재로서는 기본소득의 도입이 국가의 기본적이고 핵심적인 사항이라고 단정하기는 어려운 측면이 있다. 또한 기본소득을 지방자치단체 수준에서 도입하는 것이 국가의 조직적 질서를 해친다거나 국민 간의 기본권 충돌을

가져오는 사항이라고 단정하기도 어렵다. 그런 점들을 고려한다면, 기본소득에 관해서 반드시 특정한 형식의 규범으로만 정해야 한다는 당위성은 존재하지 않거나와 도입단위가 반드시 국민국가일 필요도 없다는 점에서 기본소득을 도입한다고 해서 반드시 헌법이나 법률로 규율해야 한다는 당위성도 존재하지 않는다.

그렇지만, 역으로, 기본소득 도입을 법률로 정하여야 할 것인지 아니면 조례 등 자치입법으로 족한 것인지 여부에 대하여는 반드시 국회에서 법률로 정할 필요가 없다고 단정하기도 어렵다.⁵³⁾ 왜냐하면, 목적이나 대상에 따라서는 헌법에 규정되어 있지 않은 것이라도 자유롭게 정할 수 있는 법률과는 달리, 조례와 같은 자치입법은 그 사무의 성질,⁵⁴⁾ 법률유보의 문제, 법률우위의 문제에서 자유롭지 않아서, 헌법이나 법률로 정해져 있지 않은 사항이라고 해서 임의로 정할 수 있는 것은 아니기 때문이다.⁵⁵⁾

우선 법령우위의 원칙에 비추어, 최소한 기본소득의 도입에 배치되는 내용의 법률은 없어야 할 것이다.⁵⁶⁾ 헌법 제117조 제1항은 자치입법권, 예컨대, 조례제정권을 법령의 범위 안에서 행사할 수 있는 것으로 규정하고 있고⁵⁷⁾ ‘법령의 범위 안’이라 함은 기본적으로 ‘법령우위의 원칙’을 의미하기 때문이다.⁵⁸⁾ 다만 ‘법령의 범위 안’의 의미가 법률유보도 포함하고 있는 것으로 보긴 하지만, 그 정도에 있어서 조례제정에서의 법률유보는 명령 또는 규칙 제정에서의 법률유보와 달리 지방자치의 성질상 지방자치단체의 내용, 목적, 범위 등에서 보다 자유롭게 정할 수 있다고 인정되고 있으며⁵⁹⁾ 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 사항이 아니고 별칙

53) 이상협, “지방자치단체의 기본소득 제도에 관한 연구 - 법적 쟁점을 중심으로 -”, 『사회보장법연구』 제6권 제2호, 서울대 사회보장법연구회, 2017 하반기, 265면.

54) 대법원 1995. 12. 22. 선고 95추32 판결.

55) 박균성, 『행정법강의』(제13판), 박영사, 2016, 1006-1014면 참조.

56) 이상협, 앞의 논문, 266면.

57) 헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

58) 정종섭, 앞의 책, 1010면.

59) 정종섭, 앞의 책, 1011면.

을 정하는 것도 아니며 단지 주민에게 권리를 부여하거나 급부를 제공하는 것에 불과한 경우에는 법률의 위임이 필요없는 것으로 보는 것이 판례의 입장이기도 하므로⁶⁰⁾ 만약 기본소득의 도입으로 인해 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하게 되는 경우가 생긴다면 현행 지방자치법 제22조에 따라 법률의 위임이 있어야 할 것이다.⁶¹⁾ 특히 기본소득의 재원에 관하여 조세법상의 조치가 수반된다면 관련 법률도 함께 정비하여야 할 것이다.⁶²⁾

요컨대, 규범적인 이유에서라기보다는 현실적인 필요 혹은 입법정책적인 효과 측면에서 기본소득을 도입하더라도 법률로써 도입하는 것이 보다 유용하고 바람직할 것이다.⁶³⁾ 현행 지방자치법은 지방자치단체장의 명령·처분 또는 지방의회 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 보이는 경우, 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 시정 내지 재의를 요구하고, 이에 따르지 않으면 취소, 제소, 집행정지 등을 할 수 있도록 되어 있기도 해서(지방자치법 제169조, 제172조) 지자체와 중앙부처 혹은 지자체 간에 갈등이 발생할 소지가 크기 때문에 이러한 갈등예방을 위해서라도 미리 법률로 제정하는 것이 필요할 수 있다.

(2) 기본소득이 사회보장·사회복지제도라는 전제에서 지자체 단위 도입시 쟁점

1) 문제의 소재

기본소득에 대해 공동체의 구성원 자격에서 도출되는 지분권 성격을 인정하는 전제에서는 설사 사회보장·사회복지제도로 보더라도 기본소득은

60) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결.

61) 지방자치법 제22조(조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

62) 이상협, 앞의 논문, 266면.

63) 이상협, 앞의 논문, 266면.

전국민을 대상으로 하는 법률로 도입되는 것이 타당하다. 왜냐하면, 우리 헌법이 국민국가를 채택하고 있어서 원론적으로 공동체는 국가공동체여야 하기 때문이다. 공동체 구성원의 지분권을 인정한다는 전제에서는 국가의 행정목적에 따라 변동이 가능한 지자체 단위의 기본소득은 개념적으로 불안정할 수밖에 없다. 따라서 기본소득을 지자체 단위에서 논의하는 경우에는 공동체 구성원 자격에서 도출되는 지분권으로서의 성격은 없는 것으로 보고 다른 성격만 가진 것으로 전제하고 생각하는 것이 필요하다.

기본소득을 지방자치단체 차원에서 실시하는 경우 그 성격이 해당 지방자치단체의 고유사무로 볼 것이냐 국가사무로 볼 것이냐에 따라 법률적 근거의 요부는 달라질 것이다. 다만 기본소득의 근거 법률이 존재하고 그 근거 법률에서 지방자치단체 스스로 기본소득 실시 여부를 조례로 정하도록 위임하는 경우 포괄적 위임의 경우라고 하더라도 무방하다.

기본소득을 지방자치단체 차원에서 실시한다고 할 때, 기본소득의 실시가 해당 지방자치단체의 고유사무에 해당한다고 볼 수 있는 한, 지방자치단체는 지방재정권이 있고 또한 지방자치단체의 자치사무에 대해서는 스스로 조례를 통해 결정할 수 있으므로, 지방자치단체 스스로가 조례를 통해 지방세를 재원으로 하여 기본소득을 실시하는 것이 불가능한 것은 아니다. 다만 기본소득을 해당 지방자치단체의 경제정책으로 본다면 다른 법률이나 중앙정부의 충돌 문제가 나타나지 않을 수도 있으나,⁶⁴⁾ 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 이해한다면 다른 법률 및 중앙정부와의 충돌문제가 필연적으로 발생할 수 있다.

64) 경제정책으로 실시할 경우, 첫째, 법률에 전혀 근거가 없더라도, 지자체 차원에서 지자체 자신의 자원으로 고유사무로서 조례를 통해 가능할 수 있고, 둘째, 법률에 기본소득에 관한 근거가 전혀 없더라도 지자체에서 조례로 실시하는 경우 아주 예외적으로 국가가 법령에 따라 재정 지원이 가능한 경우도 있을 수 있겠으나 이 경우 국가의 관리감독의 여지가 존재할 수 있고, 셋째, 기본소득에 관한 법률이 있고 그 법률에서 조례로 기본소득의 구체적인 실시에 대해 정할 수 있도록 위임한 경우(기관위임사무) 지자체 차원에서 가능할 것이고 이 경우 국가에서 재정을 지원하는 것도 가능할 것이지만 국가의 관리감독이 있을 것이다.

2) 『사회보장기본법』이라는 벽과 극복의 과제

기본소득을 사회보장·사회복지제도라고 이해하는 전제에서, 이를 지방자치단체 차원에서 실시한다고 할 때 제기되는 법적 쟁점은 서울시와 성남시 등의 사례를 통해서 살펴볼 수 있다. 물론 서울시나 성남시 등의 사례가 기본소득 그 자체는 아니지만 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 보는 전제에서는 유사한 문제가 발생할 수 있다.

우선 서울시와 성남시 등의 사례에서 문제되었던 『사회보장기본법』상 규정은 다음과 같다.

사회보장기본법 제20조(사회보장위원회) ① 사회보장에 관한 주요 정책을 심의·조정하기 위하여 국무총리 소속으로 사회보장위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

...

④ 관계 중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장은 위원회의 심의·조정 사항을 반영하여 사회보장제도를 운영 또는 개선하여야 한다.

사회보장기본법 제26조(협의 및 조정) ① 국가와 지방자치단체는 사회보장제도를 신설하거나 변경할 경우 기존 제도와의 관계, 사회보장 전달체계와 재정 등에 미치는 영향 등을 사전에 충분히 검토하고 상호 협력하여 사회보장급여가 중복 또는 누락되지 아니하도록 하여야 한다.

② 중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장은 사회보장제도를 신설하거나 변경할 경우 신설 또는 변경의 타당성, 기존 제도와의 관계, 사회보장 전달체계에 미치는 영향 및 운영방안 등에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 보건복지부장관과 협의하여야 한다.

③ - 생략 -

④ 제2항에 따른 협의가 이루어지지 아니할 경우 위원회가 이를 조정한다.

⑤ 보건복지부장관은 사회보장급여 관련 업무에 공통적으로 적용되는 기준을 마련할 수 있다.

즉 「사회보장기본법」은 지방자치단체 차원에서 기존의 사회보장제도를 변경하거나 새로운 사회보장제도를 신설하는 경우 중앙부처와 협의가 필요하고 협의가 되지 않는 경우 사회보장위원회의 조정을 받아야 한다는 것이다. 서울시나 성남시 등은 기존에 존재하지 않던 새로운 제도들을 실시하였는데 보건복지부에서 이와 관련하여 ‘협의’를 ‘동의’로 해석하여 서울시나 성남시 등의 제도 실시에 제동을 걸었고 지방교부세를 삭감 및 회수하는 등 이를 둘러싸고 법적 갈등이 첨예하게 발생하였다.⁶⁵⁾

우리 법제상 ‘지방자치단체 차원의 기본소득’과 관련이 있다고 보이는 쟁점은 「사회보장기본법」 제26조에서 정한 협의·조정 제도의 법적 의미가 무엇인지 및 ‘협의절차 및 그 결과에 법적 구속력이 있는지 여부’이다.⁶⁶⁾ 「사회보장기본법」 제26조 제2항에서는 지방자치단체장이 사회보장제도를 신설하거나 변경할 경우 보건복지부 장관과 협의할 것을 규정하고 있는바, 「사회보장기본법」에서 지칭하는 사회보장은 사회보험, 공공부조, 사회서비스를 의미하므로 신설하거나 변경하는 사회보장제도가 이 세 가지에 속하는 경우 당연히 협의절차가 필요하다는 해석이 도출된다.⁶⁷⁾ 그런데 기본소득처럼 이 세 가지 범주에 속하지 않는 사회보장제도라면 어떠한가?

기본소득이 사회보장·사회복지제도라는 전제에서는 「사회보장기본법」상 제약조건인 협의·조정 조항의 관문을 비껴가기는 쉽지 않을 것이다. 물론 기본소득이 「사회보장기본법」상 사회보장제도에는 포함되지 않고 헌법 제34조 제2항의 사회보장·사회복지에 포섭될 여지가 크므로 기본소득은 「사회보

65) 헌법재판소 2015헌라6, 헌법재판소 2016헌라3, 대법원 2016후5124 등 참조.

66) 김태환, “지방자치단체의 복지재정 집행에 관한 고찰 - 서울특별시 청년수당 갈등을 중심으로”, 「사회법연구」 제30호, 한국사회법학회, 2016, 50면; 이상협, 앞의 논문, 270면.

67) 노호창(2017), “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 152면.

장기본법」과는 무관한 것이 아닌가라고 생각될 수도 있다.

그러나 「사회보장기본법」 제26조 제2항이 사회보장제도의 ‘신설’도 언급하고 있고 「사회보장기본법」상 3대 체계가 어디까지나 예시에 속한다는 점을 고려하면 반드시 신설되는 사회보장제도가 사회보험, 공공부조, 사회서비스 3대 체계에 속할 것을 요구하는 것은 아닐 수도 있다는 점을 도외시할 수 없다. 특히 「사회보장기본법」에서 협의절차를 둔 취지가 결국 지방자치단체의 임의대로 사회보장제도를 신설·변경하는 것을 좌시하지만은 않겠다는 의도라면, 「사회보장기본법」상의 사회보장제도에 속하지 않는 사회보장제도를 만드는 경우에도 협의절차를 거쳐야 한다는 해석으로 귀결될 것으로 보인다.⁶⁸⁾ 이런 입장에 따르는 경우, 기본소득이 「사회보장기본법」상의 사회보장제도에 속하든 아니면 그에 속하지는 않지만 헌법상의 사회보장·사회복지에는 속할 수 있는 사회보장제도이든 간에, 「사회보장기본법」이 요구하는 협의절차를 거쳐야 할 것으로 보인다.⁶⁹⁾

그렇다면 그 협의절차의 성격이 무엇인지 문제될 것이다. 단순히 의견청취를 거치면 족한 것인지 아니면 ‘동의’ 내지 ‘합의’를 요하는 것인지가 문제된다. 관계기관의 협의의견은 원칙적으로 주무행정청을 구속하지 않지만 법령상 ‘협의’로 규정되어 있다 하더라도 해석상 동의라고 보아야 하는 경우에는 그 ‘협의’는 실질적으로 동의로서 법적 구속력을 갖는다는 것이 판례의 입장이다.⁷⁰⁾ 동의를 받아야 함에도 동의 없이 행해진 경우 무권한의 행위가 되어 원칙적으로 무효로 취급되므로⁷¹⁾ 법적 성질이 무엇인가는 매우 중요한 문제이다.

강학상 협의의 경우에는 협의의견에 주무행정청이 구속되지 않으므로 만일 「사회보장기본법」 제26조의 협의가 강학상 협의라면 중앙부처(보건복지부)의 부동의 의견은 그 자체로서는 지방자치단체의 사업에 어떤 법적 영향을 줄 수 없고, 다만 협의절차를 거치지 않았다면 이를 행정행위

68) 노호창(2017), “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 152면.

69) 노호창(2017), “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 153면.

70) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94누12739 판결.

71) 박균성, 앞의 책, 930면.

의 하자로 보아 취소할 여지가 있을 뿐이다.⁷²⁾ 이와 관련하여 중앙부처(보건복지부)는 「사회보장기본법」 제26조 제3항에서 “협약이 이루어지지 아니할 경우 위원회가 이를 조정한다”고 규정하고 있으므로 ‘협약’이 양기관 간 의견의 합치, 즉 ‘합의’ 또는 ‘동의’를 의미하는 것으로 해석하는 것이 타당하다는 입장임을 서울시와 성남시 등의 사례에서 밝힌 바 있다.⁷³⁾

「사회보장기본법」 제26조 제1항은 사회보장사업에 관한 국가와 지방자치단체의 관계를 ‘상호협력’으로 규정하고 있고, 동조 제4항에서는 중앙행정기관과 지방자치단체가 협약에 이르지 못하는 경우 ‘위원회’가 조정하도록 한다고 하고 있고, 여기의 위원회는 「사회보장기본법」 제20조에 의해 설치되는 ‘사회보장위원회’를 의미한다. 이와 관련해서는 「사회보장기본법」 제20조가 최근 개정되어(2020. 4. 7. 개정, 2020. 7. 8. 시행) 사회보장위원회의 심의·조정사항으로 “제26조 제4항에 따른 조정”을 신설함으로써 분명해졌다.

그런데 사회보장위원회는 보건복지부 장관 소속이 아닌 국무총리 소속의 위원회이다(동법 제20조 제1항). 그렇다면 지방자치단체로서는, 비록 협의절차 자체는 거쳐야 한다고 하더라도, 국가와 상호협력하는 대등한 입장에서 독자적인 사업을 진행할 수 있는 것이고, 최소한 국무총리 산하의 사회보장위원회가 아닌 보건복지부의 의견에 구속되는 것은 아니라고 볼 여지도 있을 것이다.⁷⁴⁾ 게다가 중앙정부의 입장대로라면, 중앙정부가 추진하는 사회보장제도와 다른 새로운 사회보장사업을 지방자치단체에서 실시하는 경우 ‘협약’을 가장한 ‘동의’ 또는 ‘합의’를 거쳐야만 추진할 수 있는 것으로 해석되는데, 현행 법령대로라면 지방자치단체들이 예산의 비

72) 박균성, 앞의 책, 930면.

73) 보건복지부, “보건복지부, 서울시의 청년수당 대법원 제소에 엄정히 대응키로”, 보건복지부 보도자료, 2016. 8.19.자. (http://www.mohw.go.kr/front_new/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&page=1&CONT_SEQ=333930&SEARCHKEY=TITLE&SEARCHVALUE, 최종방문 2017.08.31.). 법제처도 유권해석 15-0474, 2015.9.18.에서 협의를 합의 또는 동의로 해석하는 입장을 밝힌 바 있다.

74) 이상협, 앞의 논문, 272면.

중을 많이 차지하고 있는 지방교부세를 감면당할 위협에 노출되면서까지 새로운 사회보장사업을 추진하려 시도할지도 매우 의문이다.⁷⁵⁾ 물론 지방교부세 감면 자체가 타당한지 여부는 별도의 논의가 필요한 부분일 수는 있다.

그럼에도 불구하고 『사회보장기본법』 제26조의 협의란 강학상 동의의 의미한다는 해석을 고수한다면, 결국 『사회보장기본법』 제26조와 『지방교부세법 시행령』 관련 조항을 함께 바라볼 때, ‘지방자치단체도 나름대로 사회보장사업을 실시할 수는 있지만, 중앙정부의 허락을 반드시 받아야만 하며 그렇지 않으면 재정지원을 받을 수 없다’는 취지로 해석될 수밖에 없을 것이다.⁷⁶⁾ 물론 사회보장위원회가 조정을 잘 해주기를 기대할 수도 있겠지만 낙관할 수는 없는 노릇이다.

요컨대, 서울시와 성남시 등 사례에서 볼 수 있듯이, 지방자치단체가 중앙정부에서 기획하지 않은 독자적인 사회보장·사회복지제도를 시도하는 것에 대해 중앙정부가 지방자치단체를 견제하기 위한 수단으로 『사회보장기본법』 제26조를 활용할 수 있다. 이 규정은 ‘협의’를 하도록 규정하고 있지만 중앙정부에서는 ‘합의’ 또는 ‘동의’로 해석하고 있으며, 이에 터잡아 중앙정부가 지방자치단체의 사회보장사업에 제동을 거는 것이 가능하다.⁷⁷⁾ 기본소득을 지방자치단체 차원에서 실시하는 경우에 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 보는 전제에서는 피할 수 없는 관문이 될 것이다.

75) 김태환, 앞의 논문, 55면.

76) 이상협, 앞의 논문, 272면.

77) 최근 중앙정부와 지방자치단체 사이의 ‘협의’를 사전 합의로 해석한 사례로는 대법원 2018. 7. 12 선고 2014추33 판결[자율형사립고등학교행정처분직권취소처분 취소청구] 사건이 있다. 동 판결에서는 “자율형 사립고등학교(이하 ‘자사고’라 한다) 제도의 성격, 자사고 지정을 취소하는 과정에서 교육감의 재량을 점차적으로 통제할 필요가 있는 점, 구 초·중등교육법 시행령(2014. 12. 9. 대통령령 제25819호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제91조의3의 개정이유 등에 비추어 볼 때, 구 초·중등교육법 시행령 제91조의3 제5항에서 말하는 교육부장관과의 사전 협의는 특별한 사정이 없는 한 교육부장관의 적법한 사전 동의를 의미한다.”로 판시한 바 있다.

(3) 기본소득을 경제정책으로 바라보는 경우

기본소득을 경제정책으로 보더라도 지방자치단체의 조례로 시행하는 것은 가능하다. 그런데 기본소득을 지방자치단체가 처리하는 사무로 보는 경우에도 그 성격이 고유사무냐 국가사무냐에 따라 법적 규율이 좀 달라질 수 있다.

「지방자치법」에서는 지방자치단체의 사무로 예산의 편성·집행 및 회계 감사와 재산관리(지방자치법 제9조 제2항 제1호 사목), 지역경제의 육성 및 지원(지방자치법 제9조 제2항 제4호 거목)을 규정하면서도 법률에 다른 규정이 있으면 법률을 따르도록 하고 있고(지방자치법 제9조 제2항 단서), 동시에 물가정책, 금융정책, 수출입정책 등 전국적으로 통일적 처리를 요하는 사무라든가 국가종합경제개발계획 등 전국적 규모나 이와 비슷한 규모의 사무 등에 대해서는 국가사무로 규정하여 원칙적으로 지방자치단체가 처리할 수 없고 법률에 달리 규정한 경우에만 처리가 가능하게 규정하고 있다(지방자치법 제11조). 또한 「지방자치법」은 지방자치단체장의 명령·처분 또는 지방의회 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 보이는 경우, 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 시정 내지 재의를 요구하고, 이에 따르지 않으면 취소, 제소, 집행정지 등을 할 수 있도록 되어 있기도 해서(지방자치법 제169조, 제172조) 지자체와 중앙부처 혹은 지자체 간에 갈등이 발생할 소지는 기본소득을 경제정책으로 보는 경우에도 마찬가지로 존재한다.

요컨대, 기본소득을 경제정책의 전제에서 도입하더라도 지방자치단체에서의 실시 여부에 대해서는 결국 근거 법률에서 최소한의 근거를 어떻게 규정하고 있는냐에 따라서 달라지게 될 것이다.

(4) 지자체에서 실시하는 경우 국가로부터 지원 가능 여부

중앙정부가 지방자치단체에 금전적 지원을 할 때, 그 용도를 묻지 않고 지원할 수 있는 교부금과 용도를 엄격히 특정하여 지원할 수 있는 보조금으로 구분할 수 있다. 교부금의 경우 용도는 묻지 않으나 낭비의 우려가

있다고 판단되는 경우 감액·반환 등이 가능하고, 보조금의 경우 용도위반 사용 자체가 부정사용 기타 횡령이 될 수 있고 역시 반환당할 수 있다.

기본소득을 사회보장·사회복지제도로 전제하고 도입하는 경우, 지방자치단체 차원에서 기본소득이 실시될 때 재원이 부족하면 국가나 상급지방자치단체로부터 지방교부세 지원을 받을 수 있으나 『사회보장기본법』 제26조 제2항 및 제4항에 따른 협의·조정을 거치지 아니한 경우에는 감액당하거나 반환당할 수 있다(지방교부세법 제11조, 지방교부세법 시행령 제12조 제1항 제9호).

기본소득을 경제정책으로 전제하고 도입하는 경우, 지방자치단체 차원에서 기본소득이 실시될 때 재원이 부족하면 국가나 상급지방자치단체로부터 지원을 받을 수 있을 것이라고 생각되긴 하나 이 경우 그 지원을 위해서는 법률에 근거가 있어야 할 것이고(지방교부세법 제6조, 지방재정법 제23조) 그 재원의 명목은 교부금으로 볼 것이냐 보조금으로 볼 것이냐에 따라 적용되는 법적 근거가 달라질 것이며, 아무래도 보조금으로 보게 될 가능성이 높다고 보며, 이 경우 국가의 관리감독이 개입할 것으로 생각된다. 만일 기본소득에 관한 법률이 제정되고 이 법률에서 조례로 기본소득의 구체적 실시에 대해 정할 수 있도록 위임한 경우 지방자치단체는 재정 지원을 받는 것이 가능하지만 이 때 중앙정부로부터 지원받은 금전을 기본소득으로 지급하는 경우 이는 지방자치단체의 자치사무를 수행하는 것이 아니라 중앙정부의 위임사무를 집행하는 것이 되어 중앙정부의 관리감독 기타 통제를 받을 것으로 보인다.

(5) 지자체에서 기본소득을 실시할 때의 평등권 관련 문제

지자체 수준의 기본소득을 도입한다고 했을 때, 첫째, 특정 지역의 주민이라는 요건이 타당한지, 둘째, 일정한 기간 이상 거주라는 요건이 타당한지, 셋째, 거주 기간에 따라 액수에 차이를 두는 것이 타당한지 문제될 수 있다.

첫째, 만일 특정지역 주민일 것을 자격요건으로 할 수 없다면 지방자치

단체 수준의 기본소득은 상정하기 어려울 것이다. 이 부분에 관하여 만일 사법심사가 이루어진다면 특정 지역의 주민과 다른 지역의 주민이 평등원칙 위배 여부의 심사를 위한 비교집단으로 설정될 것이다.⁷⁸⁾ 이미 헌법재판소는 거주요건을 전제로 자경농지의 양도소득세를 면제할 수 있도록 한 구 「조세특례제한법」 제69조 제1항 제1호의 위헌 여부와 관련하여, 외지인의 농지투기 방지 및 농업·농촌의 활성화라는 입법목적이 농업의 보호와 지원을 규정한 헌법 제123조 제1항에 비추어 정당하고 입법목적 측면에서 농지소재지 거주자와 비거주자에 대한 차별적 취급의 합리성이 있다고 판시한 바 있다.⁷⁹⁾ 이러한 판단은 기본소득에도 적용될 수 있을 것인바,⁸⁰⁾ 거주요건을 전제로 특정 지역에 한정된 기본소득을 도입하더라도, 그러한 특정 지역에 대한 기본소득의 필요성이 헌법에 규정되어 있거나 헌법 해석으로부터 도출될 수 있거나 그 목적의 정당성이 헌법상 인정된다면 평등원칙 위반이 아닐 것으로 보인다.

둘째, 특정 지역에 일정 기간 이상 거주하였을 것을 요건으로 설정하는 것이 타당하지 문제된다. 예컨대, 성남시의 경우 청년배당과 관련하여 3년 이상의 거주를 요건으로 하고 있다.⁸¹⁾ 해당 지역에 전입신고를 하고 거주하고 있는 주민이라도 기간을 충족하지 못한 경우가 있을 것이다. 이런 경우 기간을 채운 주민과 그렇지 못한 주민 간의 차별이 합리적인 것인지 문제된다. 헌법재판소는 이와 관련하여 구 「조세특례제한법」 제70조 제1항에 관한 위헌소원에서 거주기간을 요건으로 한 조세감면 규정에 관하여 해당 규정이 거주자와 비거주자를 차별하는 것을 전제로 평등원칙 위배 여부를 검토하였고, 2003헌바2 결정과 마찬가지로 해당 조항이 평등원칙에 위배되지 않는다고 보았다.⁸²⁾ 그렇지만, 거주자이지만 거주기간 요건을

78) 이상협, 앞의 논문, 273면.

79) 헌법재판소 2003. 11. 27.자 2003헌바2 결정.

80) 이상협, 앞의 논문, 274면.

81) 성남시 청년배당 지급 조례 제4조(지급대상 및 범위) ① 청년배당 지급대상은 신 청일 현재 성남시(이하 “시”라 한다)에 3년 이상 주민등록을 두고 계속하여 거주 하고 있는 제2조 제1호의 청년을 대상으로 한다.

82) 헌법재판소 2014. 6. 26. 자 2012헌바299 결정.

충족하지 못하여 비거주자와 마찬가지로 취급되는 자와의 차별취급 여부에 대하여는 명시적으로 판단하지 않았다. 다만 ‘거주기간’ 요건을 두는 것에 대해 자경농민에 대한 면세혜택을 주려는 규정의 취지를 실현하기 위하여는 ‘자경’을 담보할 필요가 있기 때문이라는 취지로 해석하였다.⁸³⁾ 수혜적 제도의 입법목적은 달성함에 있어서 그 자격을 확인하는 방법으로 일정기간 이상의 거주를 요구하는 것은 허용될 수 있다는 취지로 이해할 수 있을 것이다.⁸⁴⁾ 기본소득의 개념상 공동체의 구성원인지 여부는 수급 자격을 결정하는 요소이므로 부정수급을 방지하거나 구성원으로 편입되었다고 보기 어려운 정도의 단기 거주자를 배제하기 위해서라도 일정한 거주 기간 요건을 두는 것은 타당하다고 본다.⁸⁵⁾

셋째, 거주한 기간에 따라 지급되는 금액에 차이를 두는 것이 타당한지 문제된다. 거주기간에 비례한 차별적인 액수 지급의 타당성 여부는 공동체마다 구체적인 제도와 사회문화적 맥락에 따라 판단이 달라질 수 있기 때문에 거주기간의 차이에 따른 차별적 지급이 합리성이 없다고 일률적으로 단정해서는 곤란할 것이다.⁸⁶⁾ 특히, 최소 기준을 충족한 경우 그 이상의 요건 충족에 대해서 혜택에 차등을 두는 사례는 우리 「고용보험법」에서 이미 찾아볼 수 있다. 「고용보험법」상 실업급여의 경우, 이직(離職)전 18개월 동안 180일 이상의 피보험단위기간을 충족하면 실업급여를 받을 수 있고(동법 제40조) 그 이상의 재직 기간에 대해서는 재직 기간에 따라서 실업급여를 지급받을 수 있는 기간이 늘어난다(동법 제50조).

IV. 향후의 과제

이상에서 기본소득의 법적 측면에서 문제될 수 있는 여러 가지 쟁점들

83) 헌법재판소 2014. 6. 26. 자 2012헌바299 결정.

84) 이상협, 앞의 논문, 275면.

85) 노호창(2017), “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 157면.

86) 이상협, 앞의 논문, 276면.

을 발굴하고 논의해보았다.

우선 확인할 수 있는 가장 중요한 사실은, 기본소득이 법제화되지 않은 단계에서는 다양한 상황을 가정하고 논의를 전개하는 것이기 때문에 논쟁적인 지점들이 많이 등장할 수 있지만 사실 법적 쟁점들의 많은 부분들은 어쩌면 입법자의 선택에 달려있는 측면이 크다는 점이다. 예컨대, 전 국민적 공감대가 기본소득의 전면적 도입에 있게 되면, 헌법상 도입은 별론으로 하고 최소한 법률 제정을 통해서라도 기본소득은 도입될 것이고, 이러한 경우라면, 기본소득법이라고 하는 법률에 규정되어야 하는 내용이 무엇이고 재원마련을 어떻게 할 것인가라는 것으로 초점이 모아지게 될 것이다. 또한 기존의 사회보장제도의 조정 내지 개편이 중요한 과제로 등장할 것이다.

반면, 기본소득의 도입이 전 국민적 공감대를 얻지 못하고 일부의 공감대만 존재한다든가 지역적 공감대만 존재하는 경우라면, 지방자치단체 차원에서 기본소득을 도입하는 것이 주된 과제가 될 것인데, 이렇게 되면 기본소득의 성격이 사회보장·사회복지제도나 경제정책이냐에 따라서 상위 규범과의 관계 기타 중앙정부와의 관계가 달라질 수 있다. 특히 기본소득이 사회보장·사회복지제도라는 전제에서 지역적 차원의 도입이 과제가 된다면 「사회보장기본법」의 관문을 어떻게 돌파할 것인가가 중요한 쟁점으로 대두될 수밖에 없을 것이다.

요컨대, 아직 기본소득이 법제화되어 있지 않은 상태이지만 기본소득은 그 법적 성격을 무엇으로 보든, 어느 단위에서 기본소득을 도입하든 간에, 기본소득은 국민에 대한 금전적 지원이라는 변하지 않는 본질을 가지고 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 그렇다면 국가적 관점에서 법률로 추진한다면 규제입법이 아니라 형성입법일 수밖에 없다. 그러므로 굳이 헌법에서 그 근거가 명시적으로 존재하지 않거나 헌법해석을 통하여 그 당위성을 도출해내지 않더라도 국회의 입법형성권 행사, 즉 입법자의 결단만으로 충분히 법률적 차원에서 풀어낼 수 있는 과제가 된다. 이는 곧 기본소득법의 제정을 통해서라면, 지역 단위 차원의 점진적 도입이나 시행도

가능하다는 의미가 된다.

급변하는 인간사회를 생각해보면, 기본소득은 먼 미래의 일이 될 수도 있고 가까운 미래의 일이 될 수도 있으며 아니면 미래의 변화에 따라서는 전혀 필요없을 수도 있다. AI노동의 인간노동 대체와 그로 인한 노동의 종말이 언급되고는 있지만 이 또한 알 수 없다. 기본소득은 유토피아로 가는 길이 될 수도 있지만, 기본소득이 도입된다고 해서 유토피아가 온다는 보장이 있는 것은 아니다. 오히려 미래 세계가 디스토피아로 되었기 때문에 어쩔 수 없이 기본소득이 필요한 것이 된다면, 기본소득은 그저 디스토피아를 위한 변명이 될 뿐일 수도 있다.

그럼에도 불구하고 노동의 종말이 등장할지도 모를 미래에 대응한다는 관점에서는 기본소득에 관한 논의를 선제적으로 해두지 않을 수는 없다. 기본소득의 제도화를 미리 대비한다는 취지에서 그 규범적 모델을 구상해보는 것도 의미가 있을 것이라 본다. 기본소득의 규범적 모델화가, 역으로, 기본소득 논의의 방향을 모아주고 다양한 쟁점들을 정리해줄 수도 있을 것으로 보인다. 기본소득법을 제정한다고 가정했을 때, 그 법의 내용에 무엇을 담을 것인가라는 관점에서 구체적인 법률안을 구상해보는 것이 필요하고, 전국 단위의 전면적 도입 관점에서 필요한 내용은 무엇이고, 지역 단위 차원의 점진적 도입을 고려하는 것이라면 그에 담겨야 할 필요한 내용이 무엇인지 구체적인 고민을 해보는 것이 필요하다고 본다.

만약 기본소득에 관한 법률안을 구상한다면, 거기에는 법률이 일반적으로 갖추어야 할 형식적 요소들을 갖추어야 하는 것은 물론 우리 법체계 내에서의 정합성을 갖추어야 할 것이다. 실체적 내용으로는 기본소득에 관한 법률의 목적 내지 취지, 기본소득의 개념 정의, 기본소득을 받을 수급권에 관한 사항, 기본소득을 받을 수 있는 구성원 자격에 외국인의 포함 여부 및 범위, 기본소득 수급권의 보호, 기본소득의 결정 기준과 결정 주체, 기본소득 제도의 소관 주체, 기본소득의 재원마련 방안, 기본소득 수급권의 정지 및 상실 등, 기본소득 지급을 위한 정보관리 및 보호시스템 구축, 미성년자·장애인 등 사회적 약자에 대한 보호 장치, 지자체 차원에서 실시

하는 경우의 필요한 사항, 다른 법률 기타 제도와의 조정 기타 관계 등이 필요할 것이다.

* 투고일 2020.5.25. / 심사개시일 2020.6.15. / 게재확정일 2020.6.20.

참고문헌

- 국회법제실, 『입법이론과 법제실무』, 국회사무처, 2008.
- 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014 상반기.
- 김태환, “지방자치단체의 복지재정 집행에 관한 고찰 - 서울특별시 청년수당 갈등을 중심으로”, 『사회법연구』 제30호, 한국사회법학회, 2016.
- 노호창, “기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토”, 『노동법연구』 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014 상반기.
- _____, “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 『헌법논총』 제28집, 헌법재판소, 2017.
- _____, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석” 『노동법연구』 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011.
- 박균성, 『행정법강의』(제13판), 박영사, 2016.
- 석재은, “기본소득에 관한 다양한 제안의 평가와 과도기적 기본소득의 제안”, 『보건사회연구』 제38권 제2호, 2018.
- 이다혜, “기본소득에 대한 노동법적 고찰”, 『서울대학교법학』 제60권 제1호, 서울대학교법학연구소, 2019.3.
- 이상협, “지방자치단체의 기본소득 제도에 관한 연구 - 법적 쟁점을 중심으로 -”, 『사회보장법연구』 제6권 제2호, 서울대 사회보장법연구회, 2017 하반기.
- 이영희, 『노동법』, 법문사, 2001.
- 전광석, 『한국사회보장법론』, 집현재, 2016.
- 정종섭, 『헌법학원론』(제11판), 박영사, 2016.
- Clifford H. Douglas(이승현 역), *Social Credit*(사회신용), 역사비평사, 2016.
- Eduardo Matarazzo Suplicy, “시민기본소득; 한국과 브라질을 위한 좋은 제안”, 『한국사회과학』 제31권, 서울대학교 사회과학연구원, 2009.
- Eduardo Matarazzo Suplicy, *Renda Básica de Cidadania*(3^a ed.), L&PM, 2008.
- Paul Spicker, *How Social Security Works*, The Policy Press, 2011.
- Van Parijs·Vanderborght, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free*

Society and a Sane Economy, Harvard University Press, 2017.

Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2009.

<http://basicincome.org/basic-income/> (기본소득지구네트워크 홈페이지)

http://www.ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#declaration (국제노동기구 필라델피아 선언, 최종방문 2019. 12. 15.)

http://www.mohw.go.kr/front_new/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&page=1&CONT_SEQ=333930&SEARCHKEY=TITLE&SEARCHVALUE (보건복지부, “보건복지부, 서울시의 청년수당 대법원 제소에 엄정히 대응키로”, 보건복지부 보도자료, 2016. 8. 19.자)

<Abstract>

A Legal Review on Basic Income

Roh, Hochang*

Nowadays the subject of basic income is widespread not only in Korea, but also around the world. Basic income issue causes pros and cons among people. We are not sure what the future world would be like. Technological developments may lead to massive job losses. Because we cannot know the future, we should be prepared for when basic income may be needed.

All policies are based on laws, so preliminary legal discussion is necessary. We have to discuss basic income in legal perspective in advance. There is no definition of basic income yet, because any Act related to basic income is not yet enacted. Regarding the concept of basic income, Basic Income Earth Network (BIEN) states that a basic income is a periodic cash payment unconditionally delivered to all on an individual basis without means-test or work requirement. For the time being, we have no choice but to borrow the concept of basic income from BIEN.

There is no specific Act on basic income in Korea yet. There are difficulties and limitations to research basic income in terms of jurisprudence whose main methodology is an interpretation of law. However, it is not impossible to argue basic income from a legal point of view.

It is possible to derive legal issues from several legal categories.

* Professor at Hoseo University

First, what is the nature of basic income in the view of Korean laws? Second, what questions should be explained about the legal grounds of basic income? Third, is the fact that basic income has not yet been introduced a violation of the Constitution? Fourth, what is needed in legal aspects for an introduction of basic income? I studied legal issues of basic income in advance in case it may be necessary to introduce basic income.

Key Words: basic income, legal perspective, legal issues, legal discussion, Constitution