

2018 기본소득 연합학술대회

# 기본소득, 한국사회의 미래를 비추다

일시: 2018년 11월 23일(금)~24일(토)

장소: 청년문화공간JU동교동 3층 바실리오홀

2018. 11. 24 (토) 14:40 ~ 16:10

## 〈세션6〉 기본소득과 법

사회: 서정희 (군산대)

발표1: 기본소득과 관련된 법적 쟁점의 모색  
노호창 (호서대 법경찰행정학부)

발표2: 기본소득제도의 규범적 실행가능성  
김주영 (명지대 법학과)

발표3: 기본소득제도의 헌법적 쟁점  
오동석 (아주대 법학전문대학원)

# 기본소득과 관련된 법적 쟁점의 모색과 검토\*

노호창(호서대 법경찰행정학부)

## I. 서론

☞ 기본소득의 개념: 어떤 공동체의 구성원 지위만 있으면 누구라도 근로 기타 어떤 의무도 요구하지 않고 또한 자신이 가진 재산이나 소득에 관계없이 그에게 일정액의 소득을 현금으로 정기적으로 지급하는 제도를 ‘기본소득’이라고 함.<sup>1)</sup> 아직 우리나라에서는 기본소득을 헌법이나 법률로 도입한 것은 아니기 때문에 개념 정의를 외부(BIEN)에서 차용해야 함.

☞ 기본소득의 요건: BIEN에서 제시한 기본소득의 개념 정의에 따르면, 기본소득은 정기성(periodic), 현금성(cash payment), 개별성(individual), 보편성(universal), 무조건성(unconditional)의 5가지 요건이 있음.<sup>2)</sup>

☞ 기본소득의 이해: 일정 연령 이상의 노인 모두에게 일률적으로 매 일정기간마다 얼마씩 지급한다면 이는 ‘노인’기본소득이라 볼 수 있고, 일정한 연령대의 아동 모두에게 매월 일정 액수의 양육비를 지원하는 정책도 넓게 보면 ‘아동’기본소득에 해당하는 것으로 이해할 수 있음.<sup>3)</sup>

## II. 기본소득의 이론적 근거와 발현 모습 및 성격 규정과 법적 쟁점

### 1. 기본소득의 이론적 근거

---

\* 본고는 필자의 논문 “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”(헌법논총 제28집, 헌법재판소, 2017)을 발췌 요약 및 수정 보완한 것이다.

1) <http://basicincome.org/basic-income/> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017. 08.31.).

2) <http://basicincome.org/basic-income/> (기본소득 지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017. 08.31.).

3) 노호창, “기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토”, 『노동법연구』 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014 상반기, 405면.

☞ 누구나 자신이 속한 공동체의 공동자산에 대해 동등한 지분을 가지고 있으므로 이를 향유할 권리가 있다는 발상에서일 것. 지구적(地球的) 차원에서는 인간은 누구나 모든 인류의 공동자산에 해당하는 지구에 대해 생래적으로 균등한 지분을 가지고 있다는 것. 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 권리로서 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 da riqueza da nação”)를 가지고 있고 이러한 권리가 바로 기본소득이라는 것<sup>4)</sup>

☞ 기본소득을 실질적인 기회의 균등이라는 관점에서 본다면, 기본소득은 “누구의 몫을 빼앗는 착취나 수탈이 아니라 자연과 인류가 역사적으로 사회적으로 우리에게 넘겨준, 각자의 노력을 넘어서는 자원과 행운에 대한 제대로 된 기회의 평등으로서 /n의 청구권”이라는 것.<sup>5)</sup>

☞ 지구라는 자연은 본래 인류 모두의 공동자산이며 이 인류는 현세대뿐만 아니라 아직 태어나지 않은 미래세대를 포함. 범위를 좁혀서 국가를 생각해보면, 국가에 속한 자연은 국민 모두의 공동자산. 따라서 현 세대나 미래 세대나 국민은 누구나 국가에 속한 자연에 대해서는 평등한 권리를 가지고 있고 또 가지는 것이 타당. 이 점이 바로 경제적 영역에서의 평등권 및 사회적 경제질서 하에서의 적정한 분배의 의미가 될 것.<sup>6)</sup> 그렇다면 인류 공동의 자산인 자연에 대해서도 인간은 누구나 생래적으로 균등한 소득이 보장되어 있어야 하고 또한 자신의 노력으로 얻게 된 것에 대해서는 그 노력한 자에게 권리를 인정하는 것이 타당.<sup>7)</sup>

4) Eduardo Matarazzo Suplicy, *Renda Básica de Cidadania*(3<sup>a</sup> ed.), L&PM, 2008, p. 7.

5) 광노완, “분배정의와 지속가능한 최대의 기본소득”, 『시대와 철학』 제24권 제2호, 한국철학사상연구회, 2013, 25면. 이 논문에서는 기본소득의 경제철학을 체계적으로 제시한 판 빠레이스(Van Parijs)의 기본소득론에 대해 분석하고 있다.

6) 노호창(2017), “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 178~179면. 이런 측면에서 보자면, 기본소득은 자원의 효율적 이용과 환경보전에도 기여할 것이라는 헌법적 기대효과를 생각해볼 수 있다. 홍석한, “기본소득의 헌법적 정당성에 관한 시론적 고찰”, 『공법학연구』 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 2017.8, 189~190면.

7) 노호창(2017), “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 179면.

☞ 토지소유권이란, 관념적인 의미에서 인류 공동의 자산으로서의 자연에 속하는 토지라는 추상적이고 균일한 대상 그 자체에 대해 소유권을 인정한다는 의미가 아니고 토지의 개량물에 대해 소유권을 인정한다는 것임. 즉 토지라고 하지만 사실은 토지의 개량물에 소유권을 인정한 것. 그런데 토지의 개량물이든 본래 자연으로서의 토지든 어느 누구에게 독점적인 소유를 인정하게 되면 다른 자는 배제되게 되어 있음. 자연에 대해 인류의 일원으로서 균등한 지분을 가지고 있음에도 불구하고, 여기서 끝나면 괜찮을지도 모르겠지만, 문제는 토지소유권의 인정이 불로소득을 부당하게 토지소유자에게 보유되게 하고 토지를 가지지 못한 자는 자신의 노동의 대가마저 착취당하게 되어 있다는 점.<sup>8)</sup> 평등을 구현하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 하기 위해서는 인간의 순수한 자신의 노력에 대한 대가를 제외하고 토지소유를 통해서 가지게 되는 지대(地代)에 대해서는 누구나 공평한 권리를 누릴 수 있도록 해주어야 함.<sup>9)</sup>

☞ 현대 이후의 시대에는 토지 이외에 인공지능을 통해서도 지대가 발생하고 누군가는 그 지대를 가져갈 것. 그런데 인공지능에 필요한 데이터는 인터넷을 통해서 축적되었음. 여기서 인터넷이라는 공간은 어느 누구의 소유가 아니라 공유지. 그렇다면 인터넷에 산재한 데이터를 활용하여 만들어진 인공지능은 공유자산에 속한다고 보아야 하며 인공지능이 만들어낸 부(富)의 일부에 대해서는 모든 사람이 분배받을 권리가 있다고 생각할 수 있음. 왜냐하면, 인공지능이 만들어지고 활용되기 위해 투입된 인간의 노력에 대해서는 당연히 그 개발자·운용자 등에게 이익이 돌아가야 하겠지만, 정당한 수준의 이익을 초과하는 이윤, 즉 지대에 대해서는 그러한 지대가 발생할 수 있도록 인공지능을 위한 데이터를 제공한 우리 모두에게 보상이 이루어져야 하기 때문. 데이터를 제공한 자가 아무런 보상을 받지 못한다면 이는 곧 착취가 될 수 있음.<sup>10)</sup> 이러한 불공정한 상황을 교정하기 위해서는 기회균등이라는 조건 하에서 공정한 분배가 필요하고 이러한 권리를 향유하는 방법은 자본주의 체제에서는 결국 금전지급의 방법을 통해 이루어질 수밖에 없고 이는 곧 ‘기본소득’을 뜻하는 것으로 이해해도 좋을 것.<sup>11)</sup>

8) 노호창(2017), “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 179면.

9) 지대(地代)라는 것은 토지의 이용가치 그 자체를 말하는 것으로 지가(地價)를 의미하는 것이 아니다. 지가가 0이 되어도 토지의 이용가치는 존재하므로 지대는 0이 아닌 것이다. 토지 소유의 불로소득은 바로 이 지대로부터 발생한다. Henry George 지음(A. W. Madsen 편집, 김운상 옮김), 「간추린 진보와 빈곤」, 경북대학교 출판부, 2014, 238~239면.

10) 이상의 내용은 강남훈, “인공지능과 기본소득의 권리”, 「마르크스주의 연구」 제13권 제4호, 경상대학교 사회과학연구원, 2016.11, 14~22면.

11) 노호창(2017), “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 180면.

## 2. 기본소득의 구체적 발현 모습

### ☞ 금전 지급

☞ 특정 지역에서 지불가능한 상품권 기타 화폐 이외의 지불수단으로 지급 - 기본소득은 현금소득(cash income)을 전제로 해야 한다는 견해에<sup>12)</sup> 따를 때에는 기본소득에 부합하는지 의문이 있음.

## 3. 기본소득의 성격과 법적 쟁점의 분화

### 가. 문제의 소재

☞ 기본소득은 경제정책인가? 아니면 사회보장제도 내지 복지제도인가? 일견 공동체의 구성원 누구나에게 정기적으로 소득을 지원한다는 측면에서 사회보장제도 혹은 사회복지제도로 보이는 측면이 있는바, 현행 법령을 기준으로 그 성격을 파악해 볼 필요가 있음. 왜냐하면 그 성격이 무엇인가에 따라서 규범적 기초가 달라지고 규범적 기초가 달라지면 보장의 강도나 사법심사의 기준이나 방법 등이 달라지기 때문.<sup>13)</sup>

### 나. 사회보장제도 내지 사회복지제도로 이해할 수 있는 이유와 쟁점

☞ 헌법은 제34조에서 ‘인간다운 생활을 할 권리’(동조 제1항)와 특별히 ‘사회보장·사회복지의 증진에 노력할 국가의 의무’(동조 제2항)를 규정하고 있는데, 이러한 헌법적 요청을 규범적 기초로 하여 사회보장 전반에 걸친 지도원리, 지침, 방향 등을 제시한 기본법으로서 「사회보장기본법」을 지적할 수 있음. 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).<sup>14)</sup>

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

13) 노호창, “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 124면.

14) 사회보장 이외에 일상적으로는 사회복지라는 용어가 보편적으로 사용되고 있다. 다만 ‘사회복지’라는 용어는 법적으로 정의되어 있지는 않다. 예컨대, 실정법에서 ‘사회복지’라는 용어가 사용되는 대표적인 법은 「사회복지사업법」이지만 ‘사회복지’의 정의 규정은 없다. 일반적으로 ‘사회복지’는 사회정책과 마찬가지로 사회문제를 해결하기 위한 총체적인 영역을 의미하기도 하고, 사회보장의 한 방법으로 이해되기도 한다. 전광석, 「한국사회보장법론」, 집현재, 2016, 71~72면.

☞ 사회보장기본법은 사회보장의 세 가지 방법에 대해 설명하고 있는데, 이는 ‘사회보험’, ‘공공부조’, ‘사회서비스’임. 첫째, ‘사회보험’이란 “국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도”를 말함(사회보장기본법 제3조 제2호). 관련 법률로는 「산업재해보상보험법」, 「고용보험법」, 「국민건강보험법」, 「국민연금법」 등. 둘째, ‘공공부조’(公共扶助)란 “국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도”를 말함(사회보장기본법 제3조 제3호). 관련 법률로는 「국민기초생활보장법」, 「의료급여법」, 「주거급여법」, 「긴급복지지원법」 등이 있음. 셋째, ‘사회서비스’란 “국가·지방자치단체 및 민간부문의 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 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도”를 말함(사회보장기본법 제3조 제4호).<sup>15)</sup> 사회보험과 공공부조로 분류되지 않는 나머지 사회보장제도들이 사회서비스 분야로 분류될 수 있음. 사회서비스 분야에 속할 수 있는 법제도는 사실상 경계가 없다고 볼 수 있고 사회적 필요가 있다면 얼마든지 입법이 가능한 분야로 보아도 무방할 것임. 관련 법률로는 「장애인복지법」, 「아동복지법」, 「노인복지법」, 「응급의료에 관한 법률」, 「한부모가족지원법」, 「사회복지사업법」 등이 있음. 이에 더하여 사회보장기본법은 평생사회안전망 개념도 도입하고 있는데,<sup>16)</sup> 포괄적으로는 사회서비스의 범주에 속하는 것으로 이해됨.

☞ 핵심적 요소를 기준으로 각각의 내용을 정리하자면, 사회보험은 개인의 노동에 의한 자기기여(사회보험료 납부)를 핵심으로 함. 사회보험의 경우 각 제도의 취지가 다르고 보호되는 사회적 위험이 서로 다르기 때문에 제도마다 적용요건에도 차이가 조금씩 있음. 공공부조는 국가의 자산조사를 통하여 자신의 경제적 상태가 일정한 빈곤선 하에 있으며 부양의무자가 없거나 부양의무자로부터 부양을 받을 수 없다는 상태에 있다는 것이 핵심적인 요건. 이 두 가지 범주를 제외한<sup>17)</sup> 나머지 제도들은 ‘사회서비스 및 평생사회안전망’(이하 ‘사회서비스’) 분야에 속하게 되는데, 사회서비스 분야에 속하는 제도들은 그때그때의 필요에 따라 일정한 인구학적 기준이 충족되면(아동, 장애인, 노인 등) 기여금과 관계없이 또한 자산조사 없이 현금급여, 현물급여, 서비스 등이 제공되는데 국가 부담(일반조세)으로 혹은 수익자 일부 부담 등 방식을 혼용하여 급여가 필요한 특정한 범주의 대상자에게 금전, 물품, 서비스,

15) 종래에는 「사회보장기본법」에서 ‘사회복지서비스’라는 용어를 사용하였으나 개정된 「사회보장기본법」(2012.1.26., 법률 제11238호)에서부터 사회서비스로 용어가 변경되었다.  
 16) 사회보장기본법 제3조(정의) 5. “평생사회안전망”이란 생애주기에 걸쳐 보편적으로 충족되어야 하는 기본욕구와 특정한 사회위험에 의하여 발생하는 특수욕구를 동시에 고려하여 소득·서비스를 보장하는 맞춤형 사회보장제도를 말한다.  
 17) 우리나라 사회보장법제 형성의 초기에 제정된 「사회보장에관한법률」(1963.11.5.제정, 법률 제1437호)에서는 사회보장의 구성체계를 사회보험과 공공부조의 2가지로만 파악하는 것에서 출발하였다.

시설수용 등 다양한 방식으로 급여가 제공됨.

☞ 그렇다면 기본소득이 사회보장기본법에서 제시하고 있는 사회보장의 3가지 방법 중 어딘가에 속하는 것인지? 첫째, 기본소득은 어떤 조건도 요구하지 않고 그저 공동체의 구성원이기만 하면 되기 때문에 노동과 소득이라는 나름 합리적인 연결고리를 단절시켜 버림.<sup>18)</sup> 따라서 기본소득은 사회보험에 속할 수가 없음. 둘째, 기본소득은 자산조사 기타 아무런 요건심사가 없으므로 공공부조의 특성도 없고 공공부조가 가지는 사회적 낙인효과와 같은 부작용과도 무관함. 이런 이유로 기본소득은 공공부조도 아님. 다만 기본소득은 어느 정도로 지급하느냐에 따라서는 공공부조가 필요없게 될 수도 있음.<sup>19)</sup> 반대로 기본소득을 도입하는 대신 공공부조를 폐지하였는데 기본소득의 액수가 적은 경우 공공부조보다도 더 못한 제도가 될 수도 있음. 셋째, 기본소득은 누구에게나 조건없이 지급하는 것이라는 본질적 성격상 사회서비스에서 요구하는 필요성의 원칙과도 관계가 없어서 사회서비스에 속한다고 보기도 어려움.

☞ 기본소득이 현행 「사회보장기본법」에서 제시하는 3가지 사회보장제도에 속하지 않는다는 점은 분명함. 그렇지만 사회보장기본법에서 제시하는 3가지 방법은 어디까지나 헌법 제34조 제2항 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”라는 조항의 예시적 구체화이므로, 기본소득이 사회보장기본법에서 3가지로 제시하고 있는 사회보장에는 속하지 않을지 몰라도 헌법 제34조 제2항에서 규정하고 있는 사회보장·사회복지에 속하지 않는다고 단정할 수는 없는 것. 왜냐하면, 헌법 제34조 제2항에서 규정된 사회보장·사회복지가 사회보장기본법 제3조 제1호 사회보장의 정의 조항에서 규정된 범위에 한정된다고 볼 수는 없는 것이기 때문임. 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 입장에도<sup>20)</sup> 부합하게 됨. 왜냐하면 기본소득을 법제도를 통해서 인정한다면 이는 국가에게 자유를 침해하지 말 것을 요구하는 입법이 아니라 국가에 대해 적극적으로 급부를 요구하는 것을 내용으로 하는 입법이 될 것이기 때문. 요컨대, 기본소득은 기능적으로 사회보장적 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 의미에서

18) 노호창, “기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토”, 「노동법연구」 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014 상반기, 409면.

19) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 409면.

20) 헌법재판소 1995.7.21.자 93헌가14 결정; 헌법재판소 2002.12.18.자 2002헌마52; 헌법재판소 2004.10.28.자 2002헌마328 결정 등.

해당하는 헌법상의 사회보장·사회복지에는 포섭될 수 있다고 봄.

☞ 기본소득을 사회보장제도 내지 사회복지제도로 볼 경우, 헌법상 근거는 인간다운 생활권(헌법 제34조 제1항), 사회보장·사회복지에 관한 국가의 의무(헌법 제34조 제2항)로 볼 수 있고 주무부처는 보건복지부가 되며, 첫째, 법률에 구체적인 근거가 없어도 시행될 수 있는 것인지, 둘째, 전국가적 차원이 아니라 지방자치단체만의 차원에서 시행될 수 있는 것인지, 셋째, 지방자치단체 차원에서 시행될 때 보건복지부와 협의·조정이 필요한지가 쟁점이 됨.

다. 경제정책으로 이해할 수 있는 이유와 쟁점

☞ 기본소득을 경제정책으로 볼 수는 없는지? 사회보장제도에 속하는 노령연금, 산재보험, 실업보험, 질병보험 등이 등장하기 시작하던 19세기 말의 경우 산업사회로의 이행과 자본주의의 병폐가 함께 발생하던 때인데 이 때에도 기본소득에 대한 구상이나 논의 자체는 존재하였으나 기본소득에 대해 사회복지제도 혹은 사회보장제도로써 그 성격을 규정한 것 같지는 않음. 사회보장제도가 확립되고 세계적으로 전파되던 20세기 초중반 무렵의 경우 영국의 베버리지 모델 혹은 독일의 비스마르크 모델이 사회보장제도의 모델로 정착되었었지만 베버리지 모델이나 비스마르크 모델은 기본적으로 사회보험을 기반으로 하는 시스템이었음.<sup>21)</sup> 즉 사회보장제도가 등장하기 이전에는 사회보장의 개념 자체가 설정된 바 없었으므로 기본소득을 사회보장제도로 바라볼 수 없었고 사회보장제도가 등장한 이후에도 기본소득을 사회보장제도로 인식하지는 못했던 것이 아닐까 추정해봄. 오히려 기본소득에 해당하는 사회신용을 주장했던 더글러스(Clifford H. Douglas)의 경우 수요와 공급의 불균형을 해소하기 위한 수단으로 이를 주장했던 점을 고려한다면 기본소득을 경제정책으로 바라보는 것도 가능하다고 생각함.

☞ 기본소득을 경제정책으로 이해하게 되는 경우에는, 헌법상 근거는 (경제적) 평등권(헌법 제11조), 사회적 시장경제질서(헌법 제119조 제2항)로 볼 수 있고 주무부처는 기획재정부가 될 것이며, 기본소득은 모든 구성원에게 동일한 액수가 정기적으로 지급되게 되므로, 첫째, 법률에 반드시 근거가 있어야 하는지, 둘째, 지방자치단체 차원에서 실시되는 것이 가능한지, 셋째, 지방자치단체 차원에서 실시되는 것이 가능하다면 그 재원을 국가나 상급지방자치단체에서 지원받을 수 있는지 쟁점이 됨.

---

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



## 라. 소결

☞ 현재 우리나라에서는 아직 기본소득이 법제도로 도입되어 있는 것은 아니므로, 만약에 기본소득을 사회보장제도 내지 사회복지제도로 인식해야 한다면 기본소득은 기존의 사회보장제도인 사회보험, 공공부조, 사회서비스에 속하지 않는 제4의 사회보장·사회복지제도에 해당한다고 보아야 할 것이고,<sup>22)</sup> 기본소득을 경제정책으로 인식해야 한다면 사회보장적 효과를 가진 경제정책으로 보아야 할 것. 기본소득은 사회보장·사회복지제도에 해당하는 것으로 보아도 경제정책으로서의 기능 또한 가지고 있을 것이므로, 복지정책이든 경제정책이든 상호의 성격을 모두 가지고 있다고 보는 것이 타당할 것.

☞ 기본소득을 사회보장·사회복지제도로만 보느냐 아니면 경제정책으로만 보느냐에 따라서 법적 쟁점은 약간 상이할 것이지만, 두 가지 성격을 모두 갖는 것으로 본다면 법적 쟁점은 첫째, 법률의 근거가 없어도 시행이 가능한지, 둘째, 지방자치단체 차원에서만 시행하는 것이 가능한지, 셋째, 지방자치단체 차원에서 실시되는 것이 가능하다면 보건복지부와 협의·조정이 필요한지, 넷째, 지방자치단체 차원에서 실시되는 것이 가능하다면 지방자치단체의 재원이 부족할 때 국가나 상급지방자치단체로부터 지원을 받을 수 있는 것인지 쟁점이 될 것.

☞ 헌법적 쟁점과 관련해서는, 기본소득의 법적 근거를 헌법 해석을 통해서 찾을 수 있다고 하더라도 그러한 해석이 기본소득을 반드시 해야 한다는 근거가 되는 것이라고 단정하기는 어려울 것이고 별도 검토가 필요함.

## III. 기본소득을 둘러싸고 제기되는 법적 쟁점의 검토

### 1. 적용영역과 구성원 자격

☞ 기본소득은 일정한 공동체에 속하는 모든 자에게 지급한다는 의미에서 보편성을 속성으로 가지고 있음. 그런데 여기서 말하는 모든 자는 문자 그대로 지구의 모든 자를 의미하는 것이 아니라 기본소득이 시행되는 공동체 단위의 구성원 전체를 의미함. 이런 점에서 공동체 단위라는 것은 기본소득이 가진 ‘유일하게 중요한 조건적인’(conditional in one important sense) 요소임.<sup>23)</sup> 기본소득의 주장자들도 기본소

<sup>22)</sup> 사회보장·사회복지제도의 경제적 효과에 대해서는 후생경제학에서 논의되고 있는 것이므로 굳이 경제정책적 효과가 있는 사회보장·사회복지제도라는 식의 언급은 불필요할 것 같다.

특 수급자는 ‘영역적으로 정의된 특정한 공동체의 구성원’(members of a particular, territorially defined community)일 것을 요구하고 있음. 다만 이 조건은 영주(permanent residence)나 국적(citizenship)이 아닌 재정적인 거주(fiscal residence)를 의미한다는 전제에서, 현지의 개인소득세 적용을 받지 않는 여행자나 미등록 이주민 혹은 외교관이나 국제단체의 직원은 배제된다고 봄.<sup>24)</sup>

☞ 전지구적인 기본소득의 도입론이 제기되기도 하지만<sup>25)</sup> 이는 현실적으로 실현되기에는 아직은 쉽지 않을 것. 그러므로 기본소득의 영역적 요건으로서의 ‘공동체’는 일반적으로는 국가를 의미하기 쉬움. 그렇지만 그렇다고 하여 반드시 국가에 한정된다고 볼 필요는 없고, 국가보다 낮은 단위의 지방자치단체나 초국가적인 지역(예컨대, EU) 차원에서도 기본소득은 충분히 가능. 즉 기본소득은 얼마든지 다양한 영역적 단위에서 탈집중적(decentralized)으로 도입될 수 있고<sup>26)</sup> 반드시 기본소득이 국민국가(nation-state)에 한정되어야 하는 것도 아님.<sup>27)</sup> 지방자치단체 수준에서 기본소득 제도를 도입하고 실시한다고 하더라도 개념상 문제가 있는 것은 아님.

## 2. 기본소득의 규범적 근거와 실시 단위

☞ 기본소득은 헌법의 해석을 통해서 그 근거를 찾을 수도 있겠지만, 구체적인 제도를 반드시 헌법으로 정하여야 할 사항은 아니라고 할 수 있음.<sup>28)</sup> 국가의 기본적인 조직사항과 국민의 기본적인 법적 지위 등은 형식적인 의미의 헌법인 헌법전에 담는 것이 원칙일 것이지만 그렇지 않은 것까지 언제나 반드시 헌법에서 명시해야 하는 것은 아니기 때문.<sup>29)</sup> 다만 헌법에서 특별히 법률로 정하도록 규정하고 있는 사항 및 헌법에 명시적인 규정이 없다고 하더라도 국가나 국민에게 중요한 영향을 미치는 사항이라든가 국민의 자유와 권리에 관련된 중요한 규율이나 통치조직의 작용에 관한 본질적 사항은 최소한 법률로는 정해야 할 것.

23) Van Parijs.Vanderborght, *op. cit.*, p. 8.

24) Van Parijs.Vanderborght, *op. cit.*, p. 9.

25) 지구적 기본소득이라는 관점에서 예술가 피터 코이스트라(Pieter Kooistra, 1922~1998)는 “모든 사람을 위한 UN소득(UNO inkomen voor alle mensen)”을, 정치철학자 토마스 포지(Thomas Pogge)는 “지구적인 자원배당금(global natural dividend)”를 주장하였다. 탄소를 흡수하는 대기(atmosphere)의 능력은 모든 인간이 동등한 권리를 가지는 천연자원이라는 점을 고려한다면 지구적 기본소득이 분배정의 실현할 수 있는 방법이라는 발상은 일응 설득력을 가지는 것 같다. Van Parijs.Vanderborght, “기본소득, 지구화와 이주”, 『도시인문학연구』 제2권 제1호, 2010, 182~186면.

26) Van Parijs.Vanderborght, *op. cit.*, p. 243.

27) <http://basicincome.org/basic-income/faq/#nation-state> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종 방문 2017.08.31.).

28) 제헌헌법 이래 기본소득에 관한 논의는 헌법의 입안자 등이 염두에 두었던 사항이 아닐뿐더러 오히려 이익균점권에 관한 규정을 둔 예가 있는 점에 비추어, 현행 헌법이 기본소득을 배제한다고 볼 수는 없다. 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 448면.

29) 이상협, “지방자치단체의 기본소득 제도에 관한 연구: 법적 쟁점을 중심으로”, 『제18회 지리산 워크숍 자료집』, 서울대 사회보장법연구회, 2017.5. 65면.

☞ 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 침해로부터의 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 것.<sup>30)</sup>

☞ 만약에 기본소득을 전국에 걸쳐서 도입하고자 한다면 최소한 그 규범적 근거는 법률이 되는 것이 타당할 것. 그러나 기본소득의 개념에서 기본소득의 시행 단위는 국민국가일 필요가 없고 또한 우리나라에서 기본소득과 유사한 제도가 실험적으로 추진되고 있는 단위가 지방자치단체인 점을 고려한다면, 현재로서는 기본소득의 도입이 국가의 기본적인 핵심적인 사항이라고 단정하기는 어려움. 또한 기본소득을 지방자치단체 수준에서 도입하는 것이 국가의 조직적 질서를 해친다거나 국민 간의 기본권 충돌을 가져오는 사항이라고 단정하기도 어려움. 기본소득에 관해서 반드시 특정한 형식의 규범으로 해야 한다는 당위성이 존재하지 않거나와 도입단위가 반드시 국민국가일 필요는 없다는 점에서 기본소득을 도입한다고 해서 반드시 헌법이나 법률로 규율해야 한다는 당위성은 존재하지 않음.

☞ 다만, 기본소득 도입을 법률로 정하여야 할 것인지 아니면 조례 등 자치입법으로 족한 것인지 여부에 대하여는 반드시 국회에서 법률로 정할 필요가 없다고도 쉽게 단정할 수는 없을 것으로 보임.<sup>31)</sup> 왜냐하면, 목적이나 대상에 따라서는 헌법에 규정되어 있지 않은 것이라도 자유롭게 정할 수 있는 법률과는 달리, 자치입법은 그 사무의 성질,<sup>32)</sup> 법률유보의 문제, 법률우위의 문제에서 자유롭지 않아서, 헌법이나 법률로 정해져 있지 않은 사항이라고 해서 임의로 정할 수 있는 것은 아니기 때문.<sup>33)</sup>

☞ 우선 법령우위의 원칙에 비추어, 최소한 기본소득의 도입에 배치되는 내용의 법률은 없어야 할 것.<sup>34)</sup> 헌법 제117조 제1항은 자치입법권, 예컨대, 조례제정권을 법령의 범위 안에서 행사할 수 있는 것으로 규정하고 있고<sup>35)</sup> ‘법령의 범위 안’이라

30) 국회법제실, 「입법이론과 법제실무」, 국회사무처, 2008, 20~21면.

31) 이상협, 앞의 논문, 65면.

32) 대법원 1995.12.22. 선고 95추32 판결.

33) 박균성, 「행정법강의」(제13판), 박영사, 2016, 1006~1014면 참조.

34) 이상협, 앞의 논문, 65면.

35) 헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안

함은 기본적으로 ‘법령우위의 원칙’을 의미하기 때문.<sup>36)</sup> 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 있으며<sup>37)</sup> 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 사항이 아니고 별칙을 정하는 것도 아니며 단지 주민에게 권리를 부여하거나 급부를 제공하는 것에 불과한 경우에는 법률의 위임이 필요없는 것으로 보는 것이 관례의 입장이기도 하므로<sup>38)</sup> 만약 기본소득의 도입으로 인해 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하게 되는 경우가 생긴다면 현행 지방자치법 제22조에 따라 법률의 위임이 있어야 할 것.<sup>39)</sup> 특히 기본소득의 재원에 관하여 조세법상의 조치가 수반된다면 관련 법률도 함께 정비하여야 할 가능성이 있음.<sup>40)</sup>

☞ 규범적인 이유에서보다는 현실적인 필요 혹은 입법정책적인 효과 측면에서 기본소득을 도입하더라도 법률로써 도입하는 것이 유용할 수는 있을 것.<sup>41)</sup> 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 있어서(지방자치법 제169조) 지자체와 중앙부처 혹은 지자체 간에 갈등이 발생할 소지가 크기 때문에 이러한 갈등예방을 위해서라도 미리 법률로 제정하는 것이 필요할 수 있음.

### 3. 지방자치단체 차원에서 실시되는 것이 가능하다면 보건복지부와 협의·조정 필요한지

☞ 기본소득을 지방자치단체 차원에서 실시한다고 할 때, 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 아님. 다만 기본소득을 경제정책으로 본다면 다른 법률이나 중앙정부의 충돌 문제가 없을 수 있으나, 기본소득을 사회보장·사회복지제도로 이해한다면 다른 법률 및 중앙정부와의 충돌문제가 발생할 수 있음.

에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

36) 정중섭, 「헌법학원론」(제11판), 박영사, 2016, 1010면.

37) 정중섭, 앞의 책, 1011면.

38) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92추17 판결.

39) 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.

40) 이상협, 앞의 논문, 66면.

41) 이상협, 앞의 논문, 66면.

☞ 기본소득이 사회보장·사회복지제도라고 이해하는 전제에서, 이를 지방자치단체 차원에서 실시한다고 할 때 제기되는 법적 쟁점은 서울시와 성남시의 사례를 통해서 살펴볼 수 있음.

☞ 서울시와 성남시가 대통령을 상대로 청구한 권한쟁의심판이 헌법재판소에 계속 중. 성남시는 우선 2015.12.17. 대통령을 상대로 주위적 청구로는 대통령의 지방교부세법 시행령 제12조 제1항 제9호 개정행위가<sup>42)</sup> 청구인의 자치권한을 침해하여 무효라는 확인을 구하였고, 예비적 청구로는 사회보장기본법 제20조 제4항이 위헌이라는 확인을 구함. 이후 성남시는 2016.4.29. 피청구인으로 국회를 추가하였고, 예비적 청구로 사회보장기본법 제20조 제4항, 제26조 제2항 내지 제4항의 위헌 확인도 추가(2015헌라6). 서울특별시는 대통령의 지방교부세법 시행령 제12조 제1항 제9호 개정행위가 서울특별시의 자치권한을 침해하여 무효임을 확인을 구함(2016헌라3). 그리고 서울시의 청년수당 지급에 대해 보건복지부가 직권취소를 하자 서울시는 취소소송을 제기한 상태(대법원 2016추5124).<sup>43)</sup>

사회보장기본법 제20조(사회보장위원회) ④ 관계 중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장은 위원회의 심의·조정 사항을 반영하여 사회보장제도를 운영 또는 개선하여야 한다.

사회보장기본법 제26조(협의 및 조정) 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 제2항에 따른 협의가 이루어지지 아니할 경우 위원회가 이를 조정한다.

④ 보건복지부장관은 사회보장급여 관련 업무에 공통적으로 적용되는 기준을 마련할 수 있다.

☞ 성남시와 서울시는 지방교부세법 시행령 개정행위로 인해 지방자치단체가 사회보장제도를 신설·변경하는 경우 사회보장기본법상 협의·조정 절차를 거치지 않거나 그 결과에 따르지 않으면 교부세를 감액·반환받을 수 있으므로 자치사무인 주민복지사무 처리에 관한 자치재정권, 자치권한 침해의 현저한 위험이 있고 모법인 지방교부세법의 위임없이 시행령을 개정하는 것이 법률유보원칙과 법률우위원칙 위배라고

42) 지방교부세법 제11조 제2항에서는 “지방자치단체가 법령을 위반하여 지나치게 많은 경비를 지출하였거나 수입 확보를 위한 징수를 게을리한 경우”에 행정자치부장관이 그 지방자치단체에 교부할 교부세를 감액하거나 반환을 명할 수 있도록 정하고 있는데, 피청구인 대통령은 2015.12.10. 대통령령 제26697호로 지방교부세법 시행령을 개정하면서(2016.1.1. 시행) “지방자치단체가 사회보장기본법 제26조 제2항, 제3항에 따른 협의·조정을 거치지 아니하고 사회보장제도를 신설 또는 변경하여 경비를 지출하거나 협의·조정 결과를 따르지 아니하고 경비를 지출한 경우”를 지방교부세법 제11조 제2항 소정의 “지방자치단체가 법령을 위반하여 지나치게 많은 경비를 지출한 경우” 중 하나로 정하였다.

43) 헌법재판소, “9월 공개변론 안내”, 헌법재판소 보도자료, 2016. 9. 6.자.

주장.44)

☞ 서울시와 성남시는, 사회보장기본법 제26조에서 정한 협의·조정제도는 선언적 의미만을 갖는 것이고, 법적 구속력이 있는 관계기관의 동의를 요구한 것이 아니므로, 대통령의 시행령 개정행위로 인하여 지방자치단체로서는 중앙행정기관의 장과의 협의 결과를 따를 수밖에 없게 되었으므로 결과적으로 주민복지사무에 관한 자치권한이 침해된 것이며, 만일 사회보장기본법 제26조에서 정한 협의·조정제도를 청구인이 아닌 피청구인이 주장하는 대로 필수적 절차로서 중앙행정기관의 동의가 반드시 요구되는 것이라고 한다면 이 조항은 주민복지사무에 관한 자치권한을 침해하는 조항으로 위헌이라고 주장.45)

☞ 이에 대해 대통령은, 헌법 및 지방자치법이 규정하고 있는 지방행정과 지방재정 제도는 법령의 범위 내에서 합법적으로 이루어져야 하는 것으로, 지방자치단체의 사회보장제도 역시 국가의 감독권한의 대상이 되고, 사회보장기본법상 협의절차는 중앙행정기관의 장의 동의를 얻어야 함을 의미하는 것이므로 그 협의 결과는 법적 구속력이 인정되며, 교부금의 감액 등은 재정상 불이익일 수는 있지만 그 자체로 지방자치단체의 정책수립·운영이 불가능해진다거나 금지되는 것은 아니므로 대통령의 시행령 개정행위가 지방자치권의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니라고 주장.46)

☞ 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’임.47)

☞ 우선 서울시의 청년수당과 성남시의 청년배당이 사회보장사업에 해당하는지 여부가 문제될 수 있음.48) 사회보장사업이 아니라면 「사회보장기본법」의 대상이 아니고 보건복지부가 관여할 필요가 없기 때문. 청년수당이나 청년배당이 사회보장사업이 아니라고 주장할 수도 있으나, 헌법 제34조 제2항의 사회보장·사회복지의 개념 자체가 포괄적인 개념이고 헌법상의 사회보장 개념이 사회보장기본법상 사회보장 개념으로 축소하여 이해되어야 할 이유는 없는 것이므로, 청년수당이나 청년배당에 사회보장적 성격이 없다고 보기는 어려울 것. 더구나 실제로 기본소득이 도입된다면 현재의 사회보장제도 중 상당수는 보완되거나 대체될 수밖에 없기 때문에

44) 헌법재판소, “9월 공개변론 안내”, 헌법재판소 보도자료, 2016. 9. 6.자.

45) 헌법재판소, “9월 공개변론 안내”, 헌법재판소 보도자료, 2016. 9. 6.자.

46) 헌법재판소, “9월 공개변론 안내”, 헌법재판소 보도자료, 2016. 9. 6.자.

47) 김태환, “지방자치단체의 복지재정 집행에 관한 고찰 - 서울특별시 청년수당 갈등을 중심으로”, 「사회법연구」 제30호, 한국사회법학회, 2016, 50면; 이상협, 앞의 논문, 67면.

48) 이상협, 앞의 논문, 68면.

경제정책으로 기본소득이 도입되든 사회보장제도로 기본소득이 도입되든 관계없이 기본소득이 사회보장·사회복지의 성격을 가지는 점을 부정하기는 어려울 것.<sup>49)</sup>

☞ 사회보장기본법 제26조 제2항에서는 지방자치단체 장이 사회보장제도를 신설하거나 변경할 경우 보건복지부 장관과 협의할 것을 규정하고 있는바, 사회보장기본법에서 지칭하는 사회보장은 사회보험, 공공부조, 사회서비스를 의미하므로 신설하거나 변경하는 사회보장제도가 이 세 가지에 속하는 경우 당연히 협의절차가 필요하다는 해석이 도출됨.<sup>50)</sup> 그런데 기본소득처럼 이 세 가지 범주에 속하지 않는 사회보장제도라면 어떨까? 사회보장기본법에서 협의절차를 둔 취지가 결국 지방자치단체의 임의대로 사회보장제도를 신설·변경하는 것을 좌시하지만은 않겠다는 의도라면, 사회보장기본법상의 사회보장제도에 속하지 않는 사회보장제도를 만드는 경우에도 협의절차를 거쳐야 한다는 해석으로 귀결될 것으로 보임.<sup>51)</sup> 이런 입장에 따르는 경우, 청년수당이나 청년배당이 사회보장기본법상의 사회보장제도에 속하든 아니든 그에 속하지는 않지만 헌법상의 사회보장·사회복지에는 속할 수 있는 사회보장사업이든 간에, 사회보장기본법이 요구하는 협의절차를 거쳐야 할 것으로 보임.<sup>52)</sup> 그렇다면 그 협의절차의 성격이 무엇인지 문제될 것. 서울시와 성남시가 주장하는 바와 같이 단순히 의견청취를 거치면 족한 것인지 아니면 보건복지부가 주장하는 바와 같이 ‘동의’ 내지 ‘합의’를 요하는 것인지가 문제됨. 서울시와 성남시의 입장에 따른 협의는 주된 지위에 있는 주무행정청이 부차적인 지위에 있는 관계행정청의 구속력 없는 의견을 구하는 경우인 강학상의 협의이고,<sup>53)</sup> 보건복지부의 입장에 따른 협의는 업무가 둘 이상이 행정청의 권한과 관련이 있고 관계행정청 모두 주된 지위에 있는 경우에 주무행정청으로 지정된 행정청을 구속하는 다른 관계행정청의 의견인 강학상 동의를 의미한다고 볼 수 있을 것.<sup>54)</sup> 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 입장.<sup>55)</sup> 동의를 받아야 함에도 동의 없이 행해진 경우 무권한의 행위가 되어 원칙적으로 무효로 취급되므로<sup>56)</sup> 법적 성질이 무엇인가는 매우 중요한 문제.

☞ 강학상 협의의 경우에는 협의의견에 주무행정청이 구속되지 않으므로 만일 서울시와 성남시의 주장대로 사회보장기본법 제26조의 협의가 강학상 협의라면 보건복

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

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

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

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

53) 협의의 개념에 대해서는 박균성, 「행정법강의」(제13판), 박영사, 2016, 929면.

54) 동의의 개념에 대해서는 박균성, 앞의 책, 930면.

55) 대법원 1995.3.10. 선고 94누12739 판결.

56) 박균성, 앞의 책, 930면.

지부의 부동의 의견은 그 자체로서는 서울시와 성남시의 사업에 어떤 법적 영향을 줄 수 없고, 다만 협의절차를 거치지 않았다면 이를 행정행위의 하자로 보아 취소할 여지가 있을 뿐.<sup>57)</sup> 이에 대하여 보건복지부는 사회보장기본법 제26조 제3항에서 “협약이 이루어지지 아니할 경우 위원회가 이를 조정한다”고 규정하고 있는 것이므로 ‘협약’이 양 기관 간 의견의 합치, 즉 ‘합의’ 또는 ‘동의’를 의미하는 것으로 해석하는 것이 타당하다는 입장.<sup>58)</sup>

☞ 사회보장기본법 제26조 제1항은 사회보장사업에 관한 국가와 지방자치단체의 관계를 ‘상호협력’으로 규정하고 있고, 동조 제3항에서는 중앙행정기관과 지방자치단체가 협의에 이르지 못하는 경우 ‘위원회’가 조정하도록 한다고 하고 있고, 여기서 위원회는 사회보장기본법 제20조에 의해 설치되는 사회보장위원회를 의미함. 그런데 사회보장위원회는 보건복지부 장관 소속이 아닌 국무총리 소속의 위원회(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 수도 있을 것.<sup>59)</sup> 또한 사회보장기본법 제26조의 협의는 ‘동의’를 의미하는 것이라는 보건복지부의 입장은 교부금의 감액에도 불구하고 각 지방자치단체가 어떤 정책을 수립·운영하는 것이 불가능하게 된다거나 원천적으로 금지되는 것이 아니라는 피청구인의 주장과는 모순적으로 읽힘.<sup>60)</sup> 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, 현행법령대로라면 지방자치단체들이 예산의 비중을 많이 차지하고 있는 지방교부세를 감면당할 위험에 노출되면서까지 새로운 사회보장사업을 추진하려 시도할지도 매우 의문.<sup>61)</sup>

☞ 그럼에도 불구하고 사회보장기본법 제26조의 협의란 강학상 동의를 의미한다는 해석을 고수한다면, 결국 사회보장기본법 제26조와 지방교부세법 시행령 조항을 사건의 전체적인 맥락에서 바라볼 때, ‘지방자치단체도 나름대로 사회보장사업을 실시할 수는 있지만, 중앙정부의 허락을 반드시 받아야만 하며 그렇지 않으면 재정지원을 받을 수 없다’는 취지로 해석될 수밖에 없을 것.<sup>62)</sup> 보건복지부는 협의조정 절차

57) 박근성, 앞의 책, 930면.

58) 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](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.

59) 이상협, 앞의 논문, 69면.

60) 이상협, 앞의 논문, 69면.

61) 김태환, 앞의 논문, 55면.

62) 이상협, 앞의 논문, 70면.



가 자치권한 침해가 아니라고 주장하고 있으나 보다 엄밀한 검토가 필요한 부분으로 보이고 향후 권한쟁의심판 결과가 주목됨.<sup>63)</sup>

☞ 서울시와 성남시의 권한쟁의심판 등 사건은, 서울시의 청년수당이나 성남시의 청년배당과 같이 지방자치단체가 중앙정부에서 기획하지 않은 독자적인 사회보장·사회복지제도를 시도한 것에 대해 중앙정부가 지방자치단체를 견제하기 위한 수단으로 사회보장기본법 제26조를 활용한 것임. 이 규정은 ‘협의’를 하도록 규정하고 있지만 정부 내부에서는 ‘합의’ 또는 ‘동의’로 해석하고 있으며, 이에 터잡아 중앙정부가 지방자치단체의 사회보장사업에 제동을 거는 것이 가능함.<sup>64)</sup> 기본소득을 지방자치단체 차원에서 실시하는 경우에도 이와 같은 맥락의 쟁점이 등장함.

☞ 사건으로는, 협의를 동의나 합의로 해석하는 것은 문언의 의미를 벗어나는 것으로 입법자의 의도를 왜곡하며, 중앙정부와 지방자치단체의 관계를 수평적 관계가 아닌 수직적 관계로 인식한다는 점에서 지방자치권을 침해하는 문제가 있다고 생각함.

4. 지방자치단체 차원에서 실시되는 것이 가능하다면, 국가나 상급지방자치단체로부터 지원을 받을 수 있는 것인지

☞ 기본소득이 사회보장·사회복지제도에 해당하는 경우, 지방자치단체 차원에서 기본소득이 실시될 때 재원이 부족하면 국가나 상급지방자치단체로부터 지방교부세 지원을 받을 수 있으나 「사회보장기본법」 제26조 제2항 및 제3항에 따른 협의·조정을 거치지 아니한 경우에는 감액당하거나 반환당할 수 있음(지방교부세법 제11조, 지방교부세법 시행령 제12조 제1항 제9호).

☞ 기본소득이 사회보장·사회복지제도에 해당하지 않고 경제정책으로 이해하는 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 제23

63) 다만 시행령의 법률 위반 여부는 대법원의 권한이어서 헌법재판소가 어떤 입장을 취할지는 의문이다.

64) 최근 중앙정부와 지방자치단체 사이의 ‘협의’를 사전 합의로 해석한 사례로는 대법원 2018. 7. 12 선고 2014추33 판결[자율형사립고등학교행정처분직권취소처분취소청구] 사건이 있다. 동 판결에서는 “자율형 사립고등학교(이하 ‘자사고’라 한다) 제도의 성격, 자사고 지정을 취소하는 과정에서 교육감의 재량을 절차적으로 통제할 필요가 있는 점, 구 초·중등교육법 시행령(2014. 12. 9. 대통령령 제 25819호로 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.

조) 그 재원의 명목을 교부금으로 볼 것이냐 보조금으로 볼 것이냐에 따라 적용되는 법적 근거가 달라질 것이며, 이 때 중앙정부로부터 지원받은 지원금을 기본소득으로 지급하는 경우 이는 지방자치단체의 자치사무를 수행하는 것이 아니라 중앙정부의 위임사무를 집행하는 것이 되어 중앙정부의 관리감독 기타 통제를 받을 것으로 보임.

## 5. 지방자치단체 차원에서 기본소득을 실시할 때의 헌법적 쟁점

☞ 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 있음.

☞ 첫째, 만일 특정지역 주민일 것을 자격요건으로 할 수 없다면 지방자치단체 수준의 기본소득은 상정하기 어려울 것. 이 부분에 관하여 만일 사법심사가 이루어진다면 특정 지역의 주민과 다른 지역의 주민이 평등원칙 위배 여부의 심사를 위한 비교집단으로 설정될 것.<sup>65)</sup> 헌법재판소는 거주요건을 전제로 자경농지의 양도소득세를 면제할 수 있도록 한 구 조세특례제한법 제69조 제1항 제1호의 위헌여부와 관련하여 “이 사건 법률조항의 입법목적은 외지인의 농지투기를 방지하고 조세부담을 덜어줌으로써 농업·농촌의 활성화를 도모하는 것이고, 이는 농업의 보호와 지원을 규정한 헌법 제123조 제1항에 비추어 볼 때 정당하고, 그러한 입법목적에 비추어 농지소재지 거주자와 비거주자는 상이하게 취급될 합리적 이유가 있다고 할 것이고 따라서 양도소득세 면제대상을 농지소재지 거주자로 한정하는 것이 합리적 이유 없이 농지소재지 비거주자를 차별하는 것은 아니라 할 것이다”고 판시한 바 있음.<sup>66)</sup> 이러한 판단은 거주요건을 전제로 특정 지역에 한정된 기본소득을 도입하더라도, 그러한 특정 지역에 대한 기본소득의 필요성이 특별히 헌법에 규정되어 있거나 다른 지역에 비교하여 볼 때 목적의 정당성이 인정될 수 있다면 평등원칙 위반이 아닌 것으로 이해할 수 있음.<sup>67)</sup> 헌법재판소의 입장에 따르면 최소한 농어촌 등의 지역에 대한 거주요건을 설정하고 기본소득을 특정 지역을 범위로 하여 도입하는 법률을 제정하더라도 평등권 침해로 판단되지는 않을 것으로 보임.<sup>68)</sup>

☞ 둘째, 특정 지역에 일정 기간 이상 거주하였을 것을 요건으로 설정하는 것이 타당한지 문제됨. 예컨대, 성남시의 경우 청년배당 관련하여 3년 이상의 거주를 요건으로 하고 있음.<sup>69)</sup> 해당 지역에 전입신고를 하고 거주하고 있는 주민이라도 기간을

65) 이상협, 앞의 논문, 70면.

66) 헌법재판소 2003.11.27.자 2003헌바2 결정.

67) 이상협, 앞의 논문, 71면.

68) 이상협, 앞의 논문, 71면.

충족하지 못한 경우가 있을 것. 이런 경우 기간을 채운 주민과 그렇지 못한 주민간의 차별이 합리적인 것인지 문제됨. 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 보았음.<sup>70)</sup> 그렇지만, 거주자이지만 거주기간 요건을 충족하지 못하여 비거주자와 마찬가지로 취급되는 자와의 차별취급 여부에 대하여는 명시적으로 판단하지 않았음. 포괄위임입법금지원칙 위배 여부와 관련하여서는 ‘거주기간’ 요건을 두는 것에 대해 자경농민에 대한 면세혜택을 주려는 규정의 취지를 실현하기 위하여는 ‘자경’을 담보할 필요가 있기 때문이라는 취지로 해석하였음.<sup>71)</sup> 수혜적 제도의 입법목적에 달성함에 있어서 그 자격을 확인하는 방법으로 일정기간 이상의 거주를 요구하는 것은 허용될 수 있다는 취지로 이해할 수 있을 것.<sup>72)</sup> 기본소득의 개념상 공동체의 구성원인지 여부는 수급자격을 결정하는 요소이므로 부정수급을 방지하거나 구성원으로 편입되었다고 보기 어려운 정도의 단기 거주자를 배제하기 위해서라도 일정한 거주 기간 요건을 두는 것은 타당하다고 봄.<sup>73)</sup>

☞ 셋째, 거주한 기간에 따라 지급되는 금액에 차이를 두는 것이 타당한지 문제. 최소 기준을 충족한 경우 그 이상의 요건 충족에 대해서 혜택에 차등을 두는 사례는 우리나라의 경우 「고용보험법」에서 찾아볼 수 있음. 고용보험법상 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 늘어남(동법 제50조). 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 것.<sup>74)</sup>

## 6. 기본소득 도입의 규범적 함의

☞ 기본소득은 이를 사회보장제도로 보든 경제정책으로 보든 국민에 대한 금전적 지원이라는 점에서는 마찬가지. 그렇다면 이를 국가적 관점에서 법률로써 입법적으로 추진한다면 규제입법이 아니라 형성입법이 될 것. 그러므로 굳이 헌법에 그 근

69) 성남시 청년배당 지급 조례 제4조(지급대상 및 범위) ① 청년배당 지급대상은 신청일 현재 성남시(이하 “시”라 한다)에 3년 이상 주민등록을 두고 계속하여 거주하고 있는 제2조제1호의 청년을 대상으로 한다.

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

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

72) 이상협, 앞의 논문, 71면.

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

74) 이상협, 앞의 논문, 72면.

거가 명시적으로 존재하지 않거나 헌법해석을 통해서 그 입법적 당위성을 도출해내지 않더라도 국회의 입법형성권 행사 즉 입법자의 결단만으로 충분히 법률적 차원에서는 풀어낼 수 있는 사안일 것. 다만 기본소득에 관한 법률이 제정될 수 있을지 여부라든가 언제 제정될 수 있을 것인지 여부는 국회에 달려있음. 한편 기본소득의 근거 법률을 제정하게 된다면 법률 제정시 예산확보 방안이 마련되는 것이 필수적이므로 예산마련에 대한 논의가 반드시 이루어져야 할 것.<sup>75)</sup>

☞ 만약 기본소득을 헌법개정을 통하여 헌법에 도입을 하게 된다면 국민투표를 거쳐야 할 것이므로 국민적 공감대를 얻었다는 정치적 정당성을 확보한다는 매우 중요한 의미를 가질 수 있을 것. 그리고 헌법이 가진 최고규범성, 골격규범성, 개방성, 정치규범성 등 속성상<sup>76)</sup> 기본소득을 헌법에 규정한다면, 예컨대, “국가는 법률이 정하는 바에 따라 기본소득을 지급하여야 한다.”처럼 신설하는 것이 무난할 수 있음. 헌법에서 기본소득의 지급대상, 지급요건, 액수, 지급방법 등을 상세히 규정하는 것은 적절치 않으므로 시대변화에 따라 현실에 탄력적으로 대응할 수 있도록 법률에 위임하는 것이 타당할 것.

☞ 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 있음. 적어도 법률을 통하여 기본소득을 폐지하거나 기본소득의 본질을 훼손할 수는 없게 될 것. 그것이 기본권이든 제도가 되든 마찬가지임. 또한 기본소득이 기본권이냐 제도냐를 둘러싸고 풍부한 헌법적 논의가 전개될 것. 예컨대, 기본소득을 기본권으로 보느냐 제도로 보느냐에 있어서 법적인 논의상 차이점이 존재할 수 있을 것.<sup>77)</sup> 보장되는 대상이 권리냐 제도냐, 보장의 정도에 있어서 최대보장이냐 최소보장이냐, 침해시 헌법재판을 통한 구제가 가능하냐 아니냐 등의 차이가 있을 것. 또한 입법형성권 측면에서는 제도로 인정되는 경우가 기본권으로 인정되는 경우보다 입법형성권이 클 것. 반면 위헌심사 강도에 있어서는 기본권으로 인정되는 것이 제도로 인정되는 경우보다 심사강도가 더욱 클 것.<sup>78)</sup>

☞ 일단 기본소득이 헌법에 규정되거나 법률로 도입되는 경우 이에 대해 헌법상 기본권이냐 법률상 권리냐의 문제는 별론으로 하고 이를 권리가 아닌 단순한 시혜로 보긴 어려울 것. 왜냐하면, 기본소득은 국가 내지 지자체가 국민 개개인에게 정기적으로 일정한 소득을 지원하는 것이므로 공법(公法) 영역에서 고권적(高權的) 주체에

75) 정중섭, 앞의 책, 1109~1110면.

76) 정중섭, 앞의 책, 29~35면.

77) 헌법재판소 1997.4.24.자 95헌바48 결정 참조.

78) 정중섭, 앞의 책, 306~309면 참조. 다만 정중섭은 제도보장규정을 재판규범으로 보면서도 제도보장규정을 근거로는 헌법소원을 제기할 수 없다는 태도를 보이는 기본권보장-제도보장 준별론을 비판하는 입장에 있다.

게 어떤 의무가 생기는 것인데, 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 권리에 대응하지 않는 법적 의무가 가능하다고 인정될 수 있지만, 국가의 그러한 의무를 규정한 실체적 법규범이 공공의 이익뿐만 아니라 개인의 이익에도 기여하도록 규정되어 있으면 주관적 권리를 인정할 수 있기 때문.<sup>79)</sup> 물론 어떤 법규정이 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 것.<sup>80)</sup>

☞ 더 나아가 기본소득이 법적 권리 내지 법적 이익으로 인정될 수 있게 되면, 국가는 가능한 한 예산을 확보하여 그 권리를 실현시킬 의무를 지게 되고, 예산이 없다는 이유로 그 권리성을 부정할 수는 없게 됨. 이는 설사 기본소득을, 입법자의 광범위한 형성의 자유를 인정하여 법률을 통해 구체화할 때 비로소 법률상 권리로 인정될 수 있다고 보는 사회적 기본권의 영역에 속하는 대상으로 본다 하더라도 마찬가지.<sup>81)</sup>

#### IV. 기본소득의 당위성을 헌법 해석으로부터 도출가능한지

##### 1. 기본소득 도입의 직접적 근거가 될 만한 예

###### 가. 평등권

☞ 헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다, 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 하여 평등권을 보장하고 있음. 사회 내에서 인격발현의 기회와 재산이 불평등하게 분배되었다면 법적인 평등의 보장은 큰 의미가 없기 때문에, 인간은 자유를 행사할 수 있는 기회를 법적으로 평등하게 보장받을 뿐만 아니라 자유를 행사할 수 있는 실질적 기회에 있어서도 평등해야만 평등하다고 할 수 있음.<sup>82)</sup>

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

80) Hartmut Maure, *op. cit.*, p. 167.

81) 사회적 기본권의 권리성과 예산의 문제에 대해서는 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격”, 「사회보장법연구」 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 129~130면.

☞ 그러나 기본소득을 도입하고 있지 않은 입법부작위에 대해 평등권 침해라는 위헌판단이 내려지지는 않을 것. 이 경우 기본소득을 도입하고 있지 않은 입법부작위를 세 가지 경우로 나누어 판단해볼 필요가 있음.

☞ 첫째, 그 입법부작위가 단순입법부작위인 경우. 이는 입법 여부가 전적으로 국회에 맡겨진 경우에 국회의 입법형성의 자유에 의하여 입법을 하지 아니하는 것임.<sup>83)</sup> 이러한 경우 국회는 입법의무를 지는 것은 아니므로 국민은 이에 대해 다룰 수 없다는 것이 헌법재판소의 확립된 태도.<sup>84)</sup> 기본소득을 도입하지 않고 있는 것이 단순입법부작위일 가능성이 있고 이런 경우엔 다룰 길이 없음.<sup>85)</sup>

☞ 둘째, 그 입법부작위가 진정입법부작위인 경우. 이는 헌법이 국회에 입법의무를 지우고 있음에도 불구하고 국회가 현실적으로 그 입법의무를 이행하지 아니하여 법률이 존재하지 아니하는 경우를 말함. 즉 헌법상 국회에게 주어진 법률을 제정할 의무를 전혀 이행하지 아니한 경우임.<sup>86)</sup> 현행 헌법상 기본소득에 관한 법률을 제정할 의무를 명시적으로 국회에 지운 바 없음. 게다가 현행 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권으로서 기본소득을 받을 권리가 생겼다고 보기도 어려움. 그런 이유로 기본소득을 도입하고 있지 않은 것이 진정입법부작위는 될 수 없음. 그러므로 이 경우에도 다룰 방법이 없음.<sup>87)</sup>

☞ 셋째, 그 입법부작위가 부진정입법부작위인 경우. 부진정입법부작위는 헌법이 국회에게 입법의무를 지우고 있고 그에 따라 국회가 입법의무를 이행하여 법률을 제정하거나 개정하였지만 그 법률이 헌법상의 입법사항에 있어서 불완전하거나 불충분하게 규정하여 입법행위의 적극적인 부분과 소득적인 부분이 나누어져 그 소극적인 불완전 또는 불충분한 부분에 있어서 사실상 입법작용이 없는 경우임.<sup>88)</sup> 즉 이 경우는 적극적인 입법행위의 흠결이 아니라 입법행위에 흠이 있는 경우임. 부진정입법부작위는 공권력의 행사로 보아 법률에 대한 헌법소원으로 다루어야 한다는 것이 헌법재판소의 입장.<sup>89)</sup> 기본소득은 헌법상 사회보장에는 속할 수 있어도 「사회보장기본법」상 사회보장의 3가지 체계에는 속하지 않으므로 「사회보장기본법」을 대상으로 기본소득을 도입하지 않은 것이 부진정입법부작위임을 들어 다룰 여지가 있음. 그러나 「사회보장기본법」이 기본소득을 제4의 사회보장제도로 도입하지 않은

82) 한수용, 「헌법학」, 법문사, 2016, 304면.

83) 정종섭, 앞의 책, 1575면.

84) 헌법재판소 1989.3.17.자 88헌마1 결정; 헌법재판소 1989.9.29.자 89헌마13 결정.

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

86) 정종섭, 앞의 책, 1576면.

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

88) 정종섭, 앞의 책, 1575면.

89) 헌법재판소 1993.9.27.자 89헌마248 결정; 헌법재판소 2009.6.25.자 2008헌마393 결정 등 참조.

것이 위헌으로 판단되지는 않을 것임. 왜냐하면, 일단 기본소득이 도입되어 있지 않다는 것은 기본소득을 받는 자와 그렇지 않은 자라는 비교대상이 존재하지 않는 상황이어서 차별적 취급이 존재하고 있다고 단정하기 어렵고, 게다가 설사 기본소득을 도입하고 있지 않은 것이 부자와 빈자를 차별하는 것으로 본다 할지라도 평등권 침해 여부에 대해서 특별히 헌법에서 평등을 요구하고 있는 상황이 아니고 또 차별적 취급으로 인해 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 상황이라고 보기도 쉽지 않으므로 위헌심사기준은 비례원칙이 아니라 자의금지 원칙을 적용할 것이기 때문.<sup>90)</sup> 즉 「사회보장기본법」에서 사회보험, 공공부조, 사회서비스만 인정하고 기본소득을 제4의 사회보장제도로 도입하지 않은 부작위가 자의금지 원칙의 위배가 될 수는 없을 것.<sup>91)</sup>

☞ 요컨대, 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 것.

☞ 그런데 현재 기본소득을 도입하고 있지 않은 부작위가 헌법상 평등권 위반이 아니라는 점이 곧 평등권 조항으로부터 기본소득의 당위성을 이끌어내지 못한다는 의미는 아님을 주의해야. 지구적인 관점, 국가적인 관점, 지역공동체 관점에서 구성원은 누구나 그 공동체가 가진 부(富)에 대해 참여할 지분 내지 권리가 있다는 전제에 선다면 경제적 평등권의 관점에서 기본소득의 당위성을 도출할 수 있는 여지도 있다고 봄. 그렇다면 기본소득을 결과의 평등을 지향하는 제도로 보든지 기회의 평등을 지향하는 제도로 보든지 간에 평등권은 중요한 검토 과제가 됨. 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 있음.<sup>92)</sup>

#### 나. 사회적 시장경제질서 조항

☞ 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 규정. 이에 대해 헌법재판소는 “우리나라 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바

90) 헌법재판소 1989.5.24.자 89헌가37 결정; 헌법재판소 2001.2.22.자 2000헌마25 결정; 헌법재판소 2009.2.26.자 2005헌마764결정 등 참조.

91) 노호창(2017), “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 164면.

92) Eduardo Matarazzo Suplicy, “시민기본소득; 한국과 브라질을 위한 좋은 제안”, 「한국사회과학」 제31권, 서울대학교 사회과학연구원, 2009, 139면.

탕으로 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 판시.<sup>93)</sup>

☞ 기본소득은 공동체의 모든 구성원에게 보편적이고 일정한 소득보장을 제공한다는 점에서 적정한 소득분배 및 경제주체 간의 조화를 통한 경제민주화를 규정한 헌법 제119조 제2항의 사회적 시장경제질서 조항과 부합한다고 보며, 그런 점에서 사회적 시장경제질서 조항으로부터 기본소득의 당위성을 도출할 수 있다고 봄.

## 2. 기본소득 도입의 간접적 근거가 될 만한 예

☞ 인간의 존엄과 가치

☞ 행복추구권

☞ 인간다운 생활권

☞ 사회국가원리

☞ 이러한 기본권이나 헌법원리를 구현하기 위한 제도들이 충분히 있는 가운데 왜 기본소득이 도입되어야 하는가를 직접 해명해주지는 못함.

## 3. 기본소득 도입에 부정적 근거가 될 만한 예

☞ 근로권

☞ 근로의 의무

## V. 결론

☞ 기본소득은 「사회보장기본법」이 제시하고 있는 사회보장의 3대 체계와는 이질

93) 헌법재판소 1996.4.25.자 92헌바47 결정.



적임. 기본소득은 사회보험의 본질에 해당하는 임금노동과 소득의 연결이라는 합리성, 공공부조의 본질에 해당하는 자산심사와 생계비보조의 연결이라는 보충성, 사회서비스의 본질에 해당하는 필요성의 원칙을 배제하고 접근. 기본소득은 장차 다가오는 새로운 사회에 있어서 개인, 공동체, 국가 간의 관계가 어떻게 재구성되어야 할 것인가에 대한 근본적인 질문이 될 수 있음.

☞ 하느님이 카인에게 “네 형제 아벨은 어디 있느냐?”라고 물었을 때, 카인이 이르기를 “모릅니다. 내가 아우를 지키는 사람입니까?”라고 답하였고, 그 대답은 아벨의 죽음과 카인에 대한 벌로 이어졌음.<sup>94)</sup> 기본소득을 카인과 아벨의 사건과 연결지어 본다면, 기본소득은 어쩌면 형식논리가 가진 합리성 저 너머에 존재하는 가치를 제시하는 것인지도 모름. 그것은 “공동체의 일원으로서 우리 자신이 우리 모두의 보호자로서의 책임을 인식하는 것”이라고 할 수 있을 것.<sup>95)</sup> 기본소득은 타인의 소득을 보장해주기 위해서 내가 일해야 한다고 강요하는 것이 아님. “내가 일하지 않으면 나의 임금이 줄어들 뿐이고 나의 기본소득이 줄어들 뿐.”<sup>96)</sup> 즉 기본소득은 공동체 전체의 산물을 물적 토대로 하는 것이기에 내가 지금보다 더 나은 기본소득과 지금보다 더 나은 임금을 얻기 위해 일할 필요가 있을 뿐. 요컨대 기본소득은 “나를 위하는 길이 곧 공동체를 위하는 길도 될 수 있는 한 가지 패러다임”을 제시하는 것.<sup>97)</sup>

☞ 만약 우리나라에서 기본소득을 도입한다고 하면, 규범적 관점에서는 ‘어느 범위에서 도입할 것인가’, ‘규범 형식을 무엇으로 할 것인가’, ‘헌법적 기초는 어디에서 찾을 것인가’ 등이, 경제적 관점에서는 ‘재원을 어떻게 마련할 것인가’, ‘물가 상승 기타 부작용은 없을까’ 등이, 사회적 관점에서는 ‘노동능력이 있으면서 일하지 않는 자에게 왜 주어야 하는가’, ‘부자도 받아야 하는가’ 등이 논란으로 등장할 것. 특히 기본소득과 관련해서는 종래 법학을 제외한 다른 사회과학 분야에서 활발히 논의되어 왔지만 법학 분야에서는 아직도 논의가 부족. 왜냐하면 해석론을 중요한 방법론으로 삼는 법학과 관련하여 기본소득은 헌법이나 법률 등에 규정된 바가 없었기 때문. 더구나 기본소득 도입에 관한 입법론을 제시하는 경우에도 헌법적 근거에 대해서는 많은 논란이 야기될 것. 왜냐하면 우리의 헌법 제정자들은 기본소득에 대해서는 바가 없어서 그 근거를 헌법에 넣을지 말지 고민한 적이 없었기 때문. 이는 곧 우리의 헌법 제정자들은 기본소득을 배제할 의도를 가진 적은 전혀 없었다는 의미이기도 함. 결국 기본소득의 규범적 근거를 찾는 작업은 헌법 개정을 통해서 명시하지 않는 한에서는, 현재 시점에서 우리 헌법을 어떻게 해석할 것인가의 문제.<sup>98)</sup>

94) 성경 창세기 4장 1절~15절 참조.

95) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 447면.

96) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 447면.

97) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 447면.

☞ 지금 당장이라도 기본소득을 지방자치단체의 조례라든가 국회의 법률로 도입하는 것은 일응 가능할 것. 왜냐하면 기본적으로 기본소득의 규범적 근거를 만들 때에는 규제입법이 아니라 형성입법이기 때문. 그러나 헌법 개정이 아닌 상황에서 현행 헌법의 해석만으로 기본소득을 도입해야 하는 당위성 및 규범적 기초를 헌법에서 끌어낸다는 것은 한 마디로 대단한 도전임. 왜냐하면 우리나라에서는 아직 기본소득제도가 법률로조차 도입된 바가 없었기 때문. 기존에 이미 존재하고 있던 사회보험이나 공공부조 기타 사회서비스 관련 제도는 이미 존재하고 있는 것이기 때문에 그 규범적 기초를 헌법에서 이끌어내는 것이 어렵지 않음.

☞ 현행 법체제 하에서 헌법으로부터 왜 반드시 기본소득이어야 하는가를 도출하는 것은 쉽지 않은 작업임. 이미 사회보험, 공공부조, 사회서비스와 같은 사회보장·사회복지제도가 구현되어 있는데 왜 여기에 더하여 혹은 대체하여 기본소득이어야 하는가라는 필연성을 끌어내기는 쉽지 않음. 더구나 현행 헌법에선 기본소득에 장애가 되는 근로권 조항이나 근로의 의무 조항이 존재하고 있음.

☞ 기본소득의 필연성 내지 당위성을 헌법으로부터 굳이 찾자면 경제적 평등권이나 사회적 시장경제질서 조항이 가장 근접하지 않을까 함.

☞ 다만, 향후 사회경제적 발달과 더불어 일자리도 풍부한 상황이 전개된다면, 기본소득 도입론은 입지가 줄어들 것.

☞ 향후 미래사회보고서에서 예측하듯이 디스토피아의 세계가 펼쳐진다면, 기본소득 도입론은 입지가 늘어날 것. 그런데 과연 개개인 간의 정치적 평등이 유지될 수 있을지 의문. 자본주의 사회에서는 정치적으로는 1인 1표라도 경제적으로는 1주당 1표이므로, 경제적 관점에서는 1인 1표일 수도 있고 1인 다수표일 수도 있는데, 미래사회가 만약에 생산력을 갖춘 소수와 생산력이 없어 기본소득으로 살아가는 다수로 구성된다면, 정치적 평등이 구현될 수 있을지 나아가 민주주의 체제가 유지될 수 있을지 의문이며 경제력을 기준으로 정치적 역학관계가 재편되어 1인 다수표를 갖는 독재가 출현하지는 않을까 우려.

---

98) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 448면.