

헌법상 근로의 의무에 대한 비판적 검토

문 준 혁*

국문초록

헌법상 근로의 의무에 대한 기존의 논의는 크게 헌법상 근로의 의무를 윤리적 의무로 관념하여 윤리적 의미(‘일하지 않는 자 먹지도 말라’ 등)만을 부여하는 해석(윤리적 의무설)과 이를 법적 의무로 관념하여 공동체의 유지, 사회보장 제도의 유지 등 ‘예외적인 경우’ 직업의 자유에 반하여 직간접적으로 근로를 강제할 수 있다는 해석(법적 의무설)을 중심으로 이루어져 왔다.

하지만 이를 윤리적 의무로 보는 경우, 애당초 윤리적 의무를 헌법상 기본 의무로 규정하는 것은 적절하지 않은 데다가, 이를 처음 규정하였던 사회적 배경 자체가 크게 변화하였으므로 삭제하는 것이 바람직하다.

또한, 이를 법적 의무로 해석하는 경우 직업의 자유 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해할 가능성이 크기 때문에 신중하게 검토되어야 한다. 재해 등의 국가비상 시 노무를 제공하는 것은 애당초 ‘근로’의 의무를 이행하는 것이 아니므로 법적 의무설을 지지하는 논거가 되지 못한다.

사회보장제도의 기능유지를 위해 근로의 의무를 법적으로 강제할 수 있다는 주장에 따르면, 근로의 의무는 노동과 사회보장 제도를 지탱하는 연결고리로 기능하지만, 복지수급자에 대한 부정적 인식을 강화할 뿐만 아니라 사회보장 수급을 위한 근로의 의무적 성격을 강조하여 결과적으로 사회적 기본권을 계약적 권리로 약화시키게 된다는 점에서 비판적으로 검토되어야 한다. 헌법상 근로의 의무에 대한 이러한 논의는 근로연계복지와 기본소득 논의에 시사점을 제공한다.

주제어: 근로의 의무, 근로의 권리, 헌법상 기본의무, 사회보장, 근로연계복지, 기본소득

* 文峻赫 서울대학교 법과대학 박사과정 수료(atom6121@gmail.com).

목 차

- I. 들어가며
- II. 헌법상 근로의 의무에 대한 기존의 논의
- III. 윤리적 의무설에 대한 비판적 검토
- IV. 법적 의무설에 대한 비판적 검토
- V. 나가며 - 기본소득과 근로의 의무

I. 들어가며

“세상에는 너무나 일이 많으며 근로가 미덕이라는 믿음에 의해 엄청난
해악이 발생한다고 생각한다. 그러므로 현대 산업 국가에 필요한 설교는
지금까지 늘 해오던 것과는 전혀 달라야 한다.”
-버트런드 러셀(1935), 『게으름에 대한 찬양』¹⁾ 中

“모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.”는 헌법 제32조 제2항은 1948년의 제헌헌법에서 규정된 후 한 차례 개정되어(1962년) 현행 헌법까지 이어져 온 것이지만, 그간 노동법 연구자들의 관심을 끌지 못했다. ‘근로의 의무’라는 개념이 근로자 보호를 목적으로 하는 헌법과 노동법의 이념과는 이질적이고, 이를 위반한다고 하여 직접적인 법적 제재가 이루어지지도 않아 실효성도 없었기 때문일 것이다. 최근 진행되고 있는 개헌논의에서도 근로의 의무 조항은 삭제하는 것이 바람직하다는 내용의 자문보고서가 국회 헌법개정특별위원회에 제출되기도 하였다.²⁾

그럼에도 이 글에서는 헌법상 근로의 의무를 다시금 살펴본다. 그간 이

1) 버트런드 러셀, 『게으름에 대한 찬양』(송은경 譯), 사회평론, 2005, 15면.

2) 헌법개정특별위원회 자문위원회 제1소위원회 기본권·충강 분과, 『헌법개정특별위원회 기본권·충강 분과 활동 백서』, 2018, 143면.

조항을 직접적으로 다룬 연구가 거의 없었기 때문에, 이 조항이 어떤 이유로 헌법에 규정되었는지, 그리고 이를 둘러싸고 어떠한 해석이 전개됐는지를 정리하는 것만으로도 나름의 의의가 있기 때문이다. 또한, 과거의 논의를 재조명하여 새로운 시사점을 발견할 수 있다면 더할 나위 없을 것이다.

헌법상 근로의 의무에 대한 기존의 논의는 크게 헌법상 근로의 의무를 윤리적 의무로 관념하여 윤리적 의미(‘일하지 않는 자 먹지도 말라’ 등)만을 부여하는 해석(윤리적 의무설)과 이를 법적 의무로 관념하여 공동체의 유지, 사회보장제도의 유지 등 ‘예외적인 경우’ 직업의 자유에 반하여 직간접적으로 근로를 강제할 수 있다는 해석(법적 의무설)을 중심으로 이루어져 왔고, 이러한 해석은 이 조항이 처음 규정된 1948년 제헌 당시의 기록, 그리고 해당 조항이 한 차례 개정된 1962년 제5차 개헌 당시의 기록에서도 발견된다.

하지만 이러한 기존의 논의가 과연 타당한 것인지는 비판적으로 검토되어야 한다. 먼저 윤리적 의무설에서는 헌법상 근로의 의무가 갖는 윤리적 의미가 무엇인지가 구체화 될 필요가 있고, 이러한 의미부여가 과연 오늘날에도 타당한지 검토가 필요하다. 법적 의무설의 관점에서도 법적으로 근로의 의무를 관철할 수 있는 ‘예외적인 경우’가 무엇인지 구체화 될 필요가 있으며, 이로 인한 직업의 자유 또는 인간다운 생활을 할 권리 등의 기본권 제한의 문제가 함께 검토되어야 한다.

특히 사회보장제도의 기능유지를 위해서 근로의 의무를 관철할 수 있다는 일련의 해석은 기본소득 및 근로연계복지와 관련된 최근의 논의에 시사점을 제공한다. 근로의 의무라는 관념이 ‘근로’라는 조건 없이 모든 사회 구성원들에게 일정한 소득을 지급하는 기본소득의 구상과는 충돌할 수 있으며, 외려 근로(또는 근로의 의사)와 연계된 근로연계복지를 통한 고용중심적 사회보장제도와 맞닿아 있는 측면이 있기 때문이다.

II. 헌법상 근로의 의무에 대한 기존의 논의

이하의 내용에서는 헌법상 근로의 의무에 대한 기존의 논의를 정리하고자 한다. 이를 위해 우선 헌법상 근로의 의무 조항이 처음 규정된 제헌헌법 제정 당시(1948년) 국회에서의 토론과 해당 조항이 개정된 제5차 헌법 개정 당시(1962년) 헌법심의회위원회에서의 토론을 당시 속기록을 바탕으로 소개한다. 이후 헌법상 기본의무와 근로의 의무에 대한 헌법적, 노동법적 논의를 바탕으로 근로의 의무에 대한 기존의 논의를 종합한다.

1. 제헌 및 개헌과정에서의 논의

헌법상 근로의 의무는 1948년 제헌헌법 제17조 제1항에서 “모든 국민은 근로의 권리와 의무를 가진다.”는 문언으로 처음 규정되었고, 이후 1962년 제5차 개헌을 통해 현행과 같은 “모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.”(제28조 제2항)는 것으로 개정되었다. 이 두 시점을 제외한 여타 개헌과정에서는 근로의 의무에 대한 논의가 발견되지는 않았다.

(1) 제헌국회에서의 논의

1) 제헌헌법 제17조 제1항

근로의 의무가 처음으로 규정된 제헌헌법 제17조 제1항은 “모든 국민은 근로의 권리와 의무를 가진다.”고 선언하고 있다. 이는 헌법기초위원회에서 마련한 원안이 그대로 가결된 것으로, 이에 대한 의원들의 질의와 유진오 전문위원의 답변이 회의록에 남아있다.³⁾

헌법안의 제1독회 과정에서 헌법 제17조의 근로의 권리와 의무에 대해

3) 이하의 논의는 국회사무처 의사국, 『개헌 의제 관련 국회회의록 II』, 2016에 수록된 제헌국회 회의록을 정리하였음.

권태희 의원이 “근로의 의무불이행, 즉 근로의무를 행하지 아니한 자에 대한 대책은 무엇인가?”라고 질의하자, 유진오 전문위원은 “17조에 모든 국민은 근로의 권리와 의무를 가진다고 하는 것을 규정한 근본정신은 근로를 모든 국민의 의무로 삼는 동시에 근로를 하고 싶은 것이나 근로를 할 자리가 없어서 근로를 하지 못하는 사람에게 직장을 제공하도록 하자는, 근로를 국가를 세우는 기본으로 중요시한다는 그 정신”을 나타낸 것이고, 이는 “도의적 권리와 의무로 보는 것이 아니라 헌법상의 권리와 의무이나, 국민에게 근로의 의무를 과할 경우에는 반드시 이를 구체화하는 법률이 제정되어야 한다.”고 답변한다. 이 발언은 제헌헌법 제17조의 취지가 ‘근로입국’의 지향에 있음을 보여주는 한편, 근로의 의무는 헌법상 의무의 성격을 갖지만 그 내용은 법률에 의해 구체화 되어야 하는 일종의 ‘불완전한 법적의무’로 보는 것으로 해석된다.

이처럼 제헌헌법 제17조 제1항에서 근로의 권리와 의무를 병렬적으로 규정한 것은 1946년 제정된 일본국헌법 제27조 제1항 “모든 국민은 근로의 권리를 가지며, 의무를 진다.”의 영향을 받은 것으로 보인다. 일본 헌법에 근로의 의무가 규정된 배경 또한 흥미로운데, 애초 미군정의 초안과 정부안에는 근로의 권리만을 규정할 뿐 근로의 의무에 대한 내용은 없었다고 한다. 그러나 당시 중의원의 심의과정에서 사회당의 타카노 이와사부로(高野岩三郎) 의원이 ‘일하지 않는 자는 먹을 수 없다는 원칙’ 혹은 ‘국민 전체근로(國民皆勞)의 원칙’을 헌법에 반영하자는 취지에서 수정안을 제시하여 근로의 의무가 헌법에 규정되었다고 한다.⁴⁾ 이에 비추어보면 앞서 소개된 유진오 전문위원의 발언은 근로를 통해 나라를 바로 세운다는 ‘근로입국(勤勞立國)의 원칙’을 반영하기 위한 것으로 평가할 수 있다.

2) 제헌헌법 제19조

제헌헌법 제19조에서는 “노령, 질병 기타 근로능력의 상실로 인하여 생

4) 樋口陽一 외 3인, 『注釋日本國憲法下卷』, 靑林書院, 1988, 628면(헌법재판소, 『헌법상 기본의무에 관한 연구』(헌법재판연구 제23권), 2012, 157면에서 재인용)

활유지의 능력이 없는 자는 법률의 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하고 있다. 이는 제27조의 근로의 권리와 의무에 앞서 제25조로 “모든 국민은 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 갖는다.”고 규정한 일본 헌법과는 분명한 차이를 보인다. 당시 논의에 비추어 보면 제헌헌법 제19조의 헌법정신이 사회보장법의 구현에 있다는 것은 명확한데⁵⁾, 이 조항의 의미에 대해 유진오 전문위원은 “개인의 생활문제가 각자에게 맡겨두었던 것을 생활능력이 없는 사람에 대해서는 국가가 이를 보호해서 생활 할 수 있게 되도록 하는 체제를 취한 것”이라고 বলে한다.⁶⁾

제헌헌법 제19조에서 ‘근로능력을 상실하여 생활유지의 능력이 없는 자’만을 국가의 보호대상으로 한 것에는 ‘근로능력이 있으면 근로를 통해 생활을 유지할 수 있으므로 국가의 보호가 필요 없다’는 전제가 배경이 된 것으로 보인다. 물론 이 전제의 예외로 ‘근로능력이 있지만 실업으로 생활능력을 상실한 자’가 있을 수 있으므로, 독회 과정에서 실업의 경우 이 조항을 통해 보호를 받을 수 있다는 추가적인 질의응답이 이루어진다.⁷⁾ 이를 제헌헌법 제17조와 연결하여 생각해 보면, 제17조에서는 국민은 근로의 의무를 지므로 스스로 일하여 생활을 유지하여야 한다는 ‘자활의 원칙’을 제시하면서, 제19조에서는 예외적으로 노령·질병 기타 사유로 근로능력을 상실한 경우, 또는 ‘근로능력이 있으나 실업한 자’만을 국가의 보호대상으

5) 이흥재, “노동기본권에 관한 제헌의회 심의의 쟁점”, 『노동법연구』 제27호, 서울대 노동법연구회, 2009, 195면.

6) 제헌국회 제1회 제17차 본회의에서 유진오 전문위원의 발언(국회사무처 의사국, 앞의 자료, 62면.)

7) 이에 대해 “근로능력을 상실하지 아니하였으나 일할 수 있는 실업자에 대한 대책은 무엇인지”(이항발 의원) 질의가 있었고, 유진오 전문위원은 앞서 “제17조 제1항에 관해 말씀드린대로 근로의 의무와 권리가 있다고 할 것 같으면 일시 직장이 없는 사람에게 국가가 직장을 제공할 헌법상 의무가 있으나, 이를 구체적으로 실행하기 위해서는 가령 실업보험제도라든가에 입법이 되어야 한다.”고 답변한다.(제헌국회 제1회 제17차 본회의에서 유진오 전문위원의 발언; 국회사무처 의사국, 앞의 자료, 62면.)

로 한다는 취지로 이해할 수 있다.

(2) 제5차 개헌과정에서의 논의

1961년의 516 군사정변으로 인하여 촉발된 제5차 개헌(1962)은 국가재건최고회의의 특별위원회인 헌법심의위원회를 통해 이루어졌다. 제5차 개헌의 주된 내용은 정부형태와 국회의 구성 등 정부제도와 관련된 것이었으나, 이 개헌을 통해 근로의 의무 조항이 현행 헌법과 같은 구조로 규정되었다. 제헌 헌법 제17조 제1항에서 근로의 권리와 의무를 병렬적으로 규정되었으나, “모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.”(제28조 제2항)로 별도로 규정된 것이다.

비정상적 개헌으로 인해 당시의 논의를 직접 확인할 수 있는 자료는 제5차 개헌으로부터 5년이 지난 후인 1967년 국회에서 발간한 『헌법개정심의록』이 유일했는데, 근로의 의무에 대한 논의가 얼마 되지 않는 기본권 논의에서 상당부분을 차지하고 있었다.⁸⁾

이 논의에서는 근로의 의무와 강제근로의 관계에 대해 주로 토론이 이루어졌는데, 이는 근로의 의무가 법적으로 관철될 수 있는지의 여부, 즉 근로의 의무의 법적 성격과 관련되어 있다. 토론은 이경호 전문위원이 헌법 제18조 제2항의 이익균점권 조항은 불필요한 조항이고, 제17조의 근로의 권리 의무 조항은 현실에 맞지 않다고 지적한 것에서 시작된다. 근로의 의무 조항이 있다고 해도, 일하지 않는 자를 잡아가거나 하지도 않기 때문에 자본주의 사회에서는 현실에 맞지 않는 쓸데없는 규정이라는 것이다.⁹⁾¹⁰⁾ 또한 그는 근로의 의무가 헌법에 있는 것 자체가 넌센스라고 주장하

8) 이하의 논의는 대한민국국회, 『헌법개정심의록』 제1집, 대한민국국회, 1967, 352-366면에서의 발언을 요약한 것이다.

9) “또 하나 현실에 맞도록 규정을 개편하자는 것입니다. 돈이 있어 가지고 사회의 주식을 많이 가지고있고 그러면 한 달에 굴러들어오는 돈이 구좌로 백만원이 들어온다고 하면 그러면 나는 취직 안하고도 살 것이니까 놀고먹겠다. 그래가지고 아침부터 책이나 보고 영화 구경이나 하고 저녁에는 『댄스 홀』이나 다니는 것을

며, 이는 추상적 도의적 의무이지 법적구속력이 있는 의무는 아니라고 주장한다. 이는 제헌 국회의 유진오 전문위원이 근로의 의무는 도의적 의무가 아닌 헌법상의 의무라는 점을 명확히 밝히는 것과는 견해를 달리하는 것이다.

이에 박일경 전문위원이 ‘홍수나 화재의 경우 인력을 동원하는 것은 근로의 의무가 아닌지’ 질의하면서, 이에 대해 ‘법률의 정하는 바에 의하여 근로의 의무를 진다’는 유보를 부가할 것을 제안한다. 이에 대해 이경호 전문위원은 ‘소방법 등 개별 법률에서 비상시의 경우 사람들을 동원시키는 것이라면 납득이 되나, (헌법에서) 만연히 국민에게 근로의 의무를 두는 것은 곤란하다. 법률로만 정하면 강제노역을 시킬 수 있도록 하는 것은 위험천만하다.’고 하여 근로의 의무를 삭제하자고 거듭 주장한다.

이에 대해 이종극 전문위원은 ‘우리나라의 실정에 비추어 근로의 의무를 그대로 존치시키는 것이 좋다.’는 의견을 제시하고, 신태환 전문위원은 ‘국가에서 어떤 이익을 받는데 국민은 일을 해야한다는 의미가 있고, 실제로 효과가 없더라도 교훈적 의미에서 넣어도 무방’하고, 선진 각국에도 ‘일하지 않는 자는 먹지 말지어다’하는 것이 있는데, 그런 것이 아닐지라도 여

너는 왜 근로의 의무를 하지 않느냐? ... 국가에서 잡아잡니까? 자본주의 사회에서 이러한 현실에 맞지 않는 쓸데없는 규정을 없애 보자 이것입니다.”(헌법심의회 제5차 전문위원회에서 전문위원 이경호의 발언, 대한민국국회, 앞의 자료, 352면)

- 10) 하지만 당시 군사정부는 유휴노동력을 국토건설사업 등에 강제동원하려는 계획을 가지고 있었던 것으로 보인다. 군사정변 직후인 1961년 10월 6일 진행된 제79회 각의회의 자료에서는 근로보도법(안건 925호)이 발견되는데, 이는 유휴상태에 있는 노동력을 국토건설사업에 동원하여 노동생활자립의 기회를 조성하게 하며 국가경제재건과 국민생활의 안정에 기여하게 함을 목적으로 하는 것으로(제1조), 전시 근로동원법을 준용하여 21세 이상 30세 미만인 남성으로 유휴중인 자를 1년 내에 동원할 수 있도록 하였다.(국가기록원, 『국무회의록』(제82회~85회), 1961.10.19.) 이 법안은 1961년 10월 19일 제82회 각의회의에서 통과되었으나, 병역의무의 이행을 위해 건설원을 징집하도록 한 「국토건설단설치법」이 1961년 12월 2일 시행되면서 실제로 공포·시행되지는 않았던 것으로 보인다. 동아일보는 근로보도법의 제정사실을 보도하면서, ‘이는 국민의 근로권을 보장함과 동시에 근로의무의 이행을 가장 합리화함으로써 국토재건의 국가적 사업을 성취하는 일석이조의 방안’이라고 평가하고 있다.(동아일보, ‘근로보도법등의 제정에 기함’, 1961-10-21)

러 가지 직업을 보장한다든가 먹을 것을 보장한다든가 할 때 국민은 일해야 한다.’는 발언을 통해 근로의 의무를 헌법에 남겨두자는 주장을 펼친다. 이는 근로의 의무를 사회보장에 대응시키는 것으로 읽히는데, 이에 이경호 전문위원이 ‘그런 도의적 또는 교훈적 추상적인 의무나 권리는 헌법에 규정이 필요없다.’는 반박을 하는 것에서 근로의 의무에 관련된 논의가 끝나고 있다.

이후 추가적인 논의가 있었는지는 『헌법개정심의록』을 통해 확인할 수 없었으나, 이전의 논의에서는 발견되지 않았던 ‘민주주의원칙’에 따라 근로의 의무의 내용과 조건을 정하도록 한 것은 (이경호 전문위원의 발언처럼) 근로의 의무가 가진 강제근로의 위험성을 고려한 것으로 보인다. 이러한 맥락에서, 헌법 제32조 제2항의 ‘민주주의원칙’에는 직업의 자유, 강제노역의 금지 등의 헌법상 원칙이 포함된 것으로도 볼 수 있다.¹¹⁾

또한 제5차 개헌에서는 근로의 의무뿐만 아니라 ‘인간다운 생활을 할 권리’(제30조 제1항)와 사회보장의 증진을 위한 국가의 노력의무(제30조 제2항)가 최초로 헌법에 규정된다. 이와 함께 제헌헌법 제19조의 규정은 ‘노령, 질병 기타 근로능력의 상실’ 부분이 삭제된 형태로 제30조 제3항에 규정되었고, 이는 현행 헌법 제34조 제5항이 ‘신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민’에 대한 국가의 보호를 천명하는 것으로 이어져오고 있다.

(3) 제5차 개헌 이후의 논의

이후의 개헌 과정에서 근로의 의무가 공식적으로 논의된 적은 없는 듯하고, 국회의장 자문기구인 헌법연구 자문위원회가 2009년 발간한 결과보고서에서는 ‘국방의 의무와 납세의 의무를 제외한 나머지 의무는 헌법적 사항에 해당한다고 볼 수 없으므로 헌법에서 삭제하고 법률을 통해 해결하도록 하는 것’을 제안하면서, ‘근로의 의무는 소련 헌법에서 처음 시작

11) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2014, 876면.

한 것으로 자유주의 헌법에서는 적합하지 않다’는 논거를 제시한 바 있다.¹²⁾ 2018년 현재 진행되고 있는 개헌논의에서는 “근로의무는 공동체 유지를 위한 도덕적 의무로 봐야 하고, 헌법적 의무로 규정하는 것은 강제근로금지 원칙에 반할 소지가 있”으므로 삭제하여야 한다는 자문보고서가 국회 헌법개정특별위원회에 제출되기도 하였고¹³⁾, 문재인 대통령이 제출한 헌법개정안에서도 “헌법적 의무로 보기 어려운 근로의 의무”는 삭제되었다.

반면 2014년 국회의장 자문기구로 활동한 국회 헌법개정 자문위원회는 현행 근로 의무 조항을 그대로 유지하면서, 헌법상 기본의무에 대한 절충적으로 신설하여 근로의 의무를 규정하는 헌법개정안을 제시한 바 있다.¹⁴⁾

2. 학계에서의 논의

(1) 헌법상 기본의무로서 근로의 의무

우리 헌법에는 소위 국방·납세·교육·근로의 4대 의무에 더하여 환경보전의 의무, 재산권행사의 공공복리적합의무의 6개 기본의무가 열거되어 있으며, 이외에도 양육의무, 법준수의무, 평화의무 등이 열거되지 않은 기본의무로 논의되고 있다.

헌법상 기본의무에 대해 일치된 개념정의가 존재하는 것은 아니나, 헌법상 기본의무란 ‘국가공동체의 존립과 활동을 위하여 국민이 국가에 대하여 반대급부 없이 지는 개별적·구체적인 헌법적 부담’¹⁵⁾을 뜻한다고 볼 수 있다. 이때, 헌법상 기본의무는 국민이 국가공동체에 속한다는 이유로 부

12) 헌법연구 자문위원회, 『헌법연구 자문위원회 결과보고서』, 2009, 86면.

13) 헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 자료, 2018, 143면.

14) 하지만 이 보고서에서는 헌법상 근로의 의무를 유지하여야 할 논거를 별도로 설명하고 있지는 않다. 국회 헌법개정 자문위원회, 『활동결과보고서 I』, 2014, 121면.

15) 헌법재판연구원, 『기본의무를 구체화하는 법률의 위헌심사기준』(연구책임자 허완중), 2013, 5면.

담하는 의무이므로 공동체에 대한 연대의무의 일종이며, 또한 국가의 존립에 직·간접적으로 이바지하기 위한 국가유지적 의무이며, 국민에게 일정한 행위를 강제하는 의무로서 기본권을 의무유보의 형태로 제한하는 규범이라는 특징을 가진다.¹⁶⁾

헌법상 기본의무로서 근로의 의무는 그에 대한 권리가 동시에 규정되어 있다는 점에서도 특징적이다. 헌법 제2장의 제목이 ‘국민의 권리와 의무’로 되어있지만 다른 기본의무들의 경우 그에 대한 권리 또는 의무 일방만이 규정되어 있는 반면¹⁷⁾, 근로의 경우 이에 대한 권리와 의무가 동시에 규정되어 있다는 점에서 특이하다.¹⁸⁾

헌법학계에서는 헌법 제32조 제2항의 근로의 의무가 헌법상의 기본의무에 해당하는지¹⁹⁾, 또는 그 성격이 윤리적 의무인지 법적 의무인지에 대해 논의되어 왔다.²⁰⁾ 이는 헌법상 기본의무를 분류하는 방식 중 하나인데, 그 분류방식으로 고전적 기본의무/현대적 기본의무²¹⁾, 진정 기본의무/부진정 기본의무²²⁾ 등의 방식이 있으나, 가장 잘 알려져 있고 중요한 구별방식은 윤리적 의무/법적 의무의 구별이다. 이는 기본의무가 ‘법적으로 관철될 수

16) 헌법재판연구원, 앞의 자료, 5면, 11-12면.

17) 헌법 제31조 제1항에서는 모든 국민이 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 갖는다고 규정하면서 제2항에서는 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무가 있다고 규정하지만, 결국 제2항의 의무에 따라 교육을 받는 주체는 ‘그 보호하는 자녀’가 되기 때문에 교육의 권리와 의무가 등치되어있다고 보기는 어려울 것이다.

18) 이러한 조문구조는 후술할 사회주의헌법에서의 근로의 권리와 의무 구조와도 맞닿아 있다. A. Paz-Fuchs, “The Right to Work and the Duty to Work”, ‘The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives’(Ed; Virginia Mantouvalou), 2015, pp. 177-179.

19) 헌법재판연구원, 앞의 자료, 9면.

20) 근로의 의무에 대해 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2005, 707면에서는 이를 윤리적·도덕적 의무로 보고 있으며, 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2001, 844면에서는 이를 법적의무로 보아 법률로 근로의 의무를 강제하더라도 합헌이라고 한다.

21) 헌법재판소, 『헌법상 기본의무에 관한 연구』(헌법재판연구 제23권; 연구책임자 이준일), 헌법재판소, 2012, 11면; 헌법재판연구원, 앞의 자료, 11면.

22) 헌법재판소, 앞의 자료, 9면.

있는지의 여부'에 따라 분류하는 것으로, 헌법에서 국민에게 직접적으로 의무를 부과하지는 않지만 입법을 통해 구체적인 법적 의무로 형성됨으로써 그 이행이 관철될 수 있는 의무는 '법적 의무'이고, 의무의 내용과 성격이 윤리와 도덕의 범주에 자리잡고 있기 때문에 그 이행을 법적으로 관철하는 것이 부적합하거나 또는 의무의 이행을 법적으로 관철하는 것이 헌법의 기본정신에 위배되는 경우에는 '윤리적(도덕적) 의무'(Sittliche pflicht)라는 설명이 있다.²³⁾ 때문에 이때 윤리적 의무란 국가공동체가 단지 국민으로부터 자발적 이행을 기대하거나 이행을 호소할 수 밖에 없는 의무이며, 법적 의무는 국가공동체가 법적으로 강제하고 관철할 수 있는 의무가 된다.²⁴⁾

'윤리적 의무'(Sittliche pflicht)를 명시적으로 규정한 것은 1919년의 바이마르 헌법 제163조 제1항에서 발견되는데, 이 조항은 "모든 독일인은 각자의 개인적 자유와 무관하게, 자신의 정신적·신체적 능력을 공동선이 요구하는 방식으로 사용해야 할 윤리적 의무를 가진다."고 규정하고 있다. 제163조 제2항은 근로권 조항으로서 "모든 독일 국민에게는 경제적 노동에 의하여 생활수단을 획득할 기회가 주어져야 한다. 적당한 근로의 기회가 부여되지 않은 자에 대하여는 필요한 생계비를 지급한다. 상세한 것은 법률로 정한다."고 규정하고 있는데, 제163조 제1항에서는 근로(Arbeits)라는 단어를 사용하지 않고 있어 이를 우리 헌법에서의 근로의 의무와 같은 개념으로 이해하기는 어려울 것이다.

이상의 논의를 종합하면, 근로의 의무가 법률이 아닌 윤리와 도덕의 범주에 자리잡고 있어 그 이행을 관철하는 것이 부적합하거나, 또는 그것을 관철하는 것이 헌법의 기본정신에 위배된다고 본다면 근로의 의무는 윤리적 의무로 해석되어야 한다. 반면 근로의 의무가 입법을 통해 구체적인 법적 의무로 형성되어 관철될 수 있거나 이미 관철되고 있다고 본다면, 이는 법적인 의무로서 기본권을 제한하는 규범으로 이해되어야 한다.

23) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2016, 1086면; 헌법재판소, 앞의 자료, 8면;

24) 한수웅, 앞의 책, 1086면.

(2) 노동법적 논의 : 윤리적 의무설과 법적 의무설

1) 법적으로 관철할 수 없다고 보는 견해(윤리적 의무설)

학계에서는 이러한 기본의무의 성격을 중심으로 근로의 의무를 윤리적 의무로 해석하는 견해와 법적 의무로 해석하는 견해가 나뉘어 왔다. 국내의 많은 학자들, 특히 노동법 학자들 사이에서는 윤리적 의무설이 통설인 것으로 보인다. 그 이유로는 근로의 의무를 법적으로 관철하는 것은 강제 근로에 해당하는데, 이는 소극적 직업의 자유(직업을 선택하지 않을 자유) 및 신체의 자유 등을 침해하므로, 국가가 국민에게 근로의 의무를 부과하는 것은 허용될 수 없으므로 그 헌법적 성격을 윤리적 의무로 보는 것이다.²⁵⁾ 제5차 개헌과정에서 이경호 전문위원이 헌법에서 근로의 의무를 삭제해야 한다고 주장한 것, 최근 개헌안에서 이 조항을 삭제하고 있는 것도 이와 같은 맥락이다.

또한, 그 의미를 사회주의 국가에서의 근로의 의무와 같은 것으로 이해하여, 자본주의 경제질서를 천명한 우리 헌법에서는 근로의 의무가 인정되지 않는다고 보는 견해가 있다. 구 소비에트연방헌법 제12조에서 “소비에트연방에 있어 노동은 ‘일하지 않는자는 먹어서는 아니된다’의 원리에 따라 노동능력이 있는 각 인민의 의무이고, 또 명예이다.”라고 규정한 것은 국가가 국민에게 제공한 구체적인 일자리를 수용할 의무를 뜻하는 것인데, 우리 헌법질서에서 근로의 권리는 “국가에 대하여 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것이 아니라, 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리”²⁶⁾로 해석되기 때문에, 이에 대응하는 근로의 의무 또한 인정될 수 없다는 것이다.²⁷⁾

이처럼 근로의 의무가 윤리적 의무에 그친다면, 이것이 갖는 ‘윤리적 의

25) 박홍규, “근로의 권리와 의무”, 『마산대학 논문집』 제5권 제2호, 마산대학교, 1983, 262면.

26) 헌법재판소 2002.11.28. 2001헌바50 결정.

27) 강희원, 『노동헌법론』, 법영사, 2011, 416면.

미’는 무엇인가? 첫 번째 해석은 국가가 ‘일하지 않는 자를 돌봐줄 의무는 없다’는 방침을 표명한 것이라는 이시이 테루히사(石井照久)의 해석이다.²⁸⁾ 마찬가지로 제헌헌법의 초안을 작성한 유진오도 근로의 의무를 ‘근로능력이 있는 자는 생활의 위협을 받지 않는다 하더라도 반드시 국가전체의 경제적 이익을 위하여 근로하지 않으면 안 될 의무를 지게 하는 것’으로 이해하면서 ‘무위도식자를 일소하고 국가의 발전을 위하여 국민전체근로(國民皆勞)의 원칙을 수립하고자 한 것’이라고 설명한다.²⁹⁾

근로의 의무에는 ‘일하지 않는 자 먹지도 말라’는 윤리적 의미 이외에도, 제헌당시의 노동천시사상의 극복의지를 표명한 것이라는 견해³⁰⁾, ‘국민은 일반적으로 노동해야 한다’는 정신의 표명인 동시에 근로윤리가 황폐화되고 자신의 권리 추구에만 급했던 해방직후의 상황으로 인해 필요하였다는 견해³¹⁾³²⁾ 등 근로의 긍정적 의미에 주목하는 해석도 있다.

2) 예외적인 경우 법적으로 관철할 수 있다고 보는 견해(법적 의무설)

이처럼 윤리적 의무설이 통설로 받아들여지고 있지만, 일부 견해는 ‘예외적인 경우’에는 근로의 의무가 법적 의무로서 관철될 수 있다는 설명을 제시한다. 근로의 의무가 원칙적으로는 직업의 자유 등에 반하는 근로를 강제하는 것으로서 허용될 수 없으나, 일종의 ‘의무유보’의 형태로 기본권

28) 이시이의 견해를 직접 인용하고 있거나 같은 취지의 글로, 스게노 카즈오, 『일본 노동법』(이정 譯), 법문사, 2007, 20-21면; 박홍규, 앞의 논문, 253-278면; 임종률, 『노동법』, 박영사, 2016, 19면; 김형배, 『노동법』, 박영사, 2014, 120-121면; 강희원, 『노동헌법론』, 법영사, 2011, 415-417면; 이영희, 『노동법』, 법문사, 2001, 89-90면.

29) 유진오, 『헌법해의』, 명세당, 1949, 50면; 제5차 개헌과정에서의 이종극, 신태환 전문위원의 주장.

30) 노호창, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 『노동법연구』 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011, 137면, 유진오, 앞의 책, 50면.

31) 강희원, 『노동헌법론』, 법영사, 2011, 416면.

32) 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2008, 766면도 같은 취지이나, 사회적 생산성이 획기적으로 증대된 현재의 상황에서는 더 이상 의미가 없다고 보아 헌법에서 근로의 의무를 삭제하자는 주장으로 이어진다.

제한이 인정될 수 있다는 것이다.

이는 국제법규 및 ILO 협약에서 강제근로를 규율하는 방식과도 비슷하다. 강제근로를 규율하는 대표적인 국제협약으로는 『시민적 및 정치적 권리에 관한 규약』(자유권 규약)과 ILO의 강제노동협약(제29호 및 제105호 협약), 유럽인권협약 등을 들 수 있는데, 이들 국제규약에서는 처벌의 위협 아래 비자발적으로 수행되는 강제근로를 전면적으로 금지하면서도, 강제근로에 해당하지 않는 경우를 예외적으로 열거하고 있다. 가령 ILO의 강제근로협약(제29호) 제2조 제1호³³⁾에서는 강제근로를 ‘처벌의 위협 하에서 강요받은 노무 및 자발적으로 제공하는 것이 아닌 노무’라고 정의하면서, 제2호에서는 이에 해당하지 않는 사항들을 열거하고 있다. 이에 따라 병역법에 따른 순수한 군사적 성격의 작업, 자치국 국민으로서의 ‘통상적인 시민적 의무’(normal civic obligation)에 따른 노무, 법원의 유죄판결로 인한 노무, 재해 등의 우려가 있는 긴급한 경우 수행되는 노무, 소규모 공동체 내에서 공동체의 이익을 위해 수행되는 노무 등은 강제근로에 해당하지 않는 것으로 보고 있다.

그렇다면 이때 예외적으로 근로의 의무가 법적으로 관철될 수 있는 경우란 무엇일까? 앞선 논의를 정리해보면, 첫째로 불가피하게 소극적 자유가 제한되어야 하는 국가(공동체) 비상시의 경우가 있을 수 있고, 둘째로 사회보험(사회보장)의 기능유지의 관점에서 국가의 급부를 요구하는 국민에게 직장선택의 자유를 제한하는 경우에는 소극적 자유의 배제가 공익상 필요하므로, 근로의 의무가 관철될 수 있다고 보는 견해가 있다.³⁴⁾

ILO의 강제근로 협약(제29호)에 따르면, 근로의 의무가 관철될 수 있는 국가 비상시의 경우란 순수한 군사적 성격의 작업 또는 재해 등의 우려가

³³⁾ ILO Forced Labour Convention, 1930(No. 29)

Article 2, (1) For the purposes of this Convention the term forced or compulsory labour shall mean all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily.

³⁴⁾ 한수웅, 앞의 책, 1093면.

있는 긴급한 경우 수행되는 작업의 경우로 해석할 수 있다. 이때 순수한 군사적 성격의 작업은 헌법상 국방의 의무로 해석되어야 할 것이고, 재해 등의 우려가 있는 긴급한 경우에는 헌법상 근로의 의무에 따라 노무 동원이 가능하다고 보아야 할 것인데, 근로의 의무에 따라 홍수나 화재의 경우 인력을 동원하는 것이 필요하다는 제5차 개헌과정에서 박일경 전문위원의 주장도 이러한 입장이라 볼 수 있을 것이다.

사회보장 기능유지의 관점에서 근로의 의무가 관철될 수 있다는 주장은 앞서 본 윤리적 의무설과 뿌리를 같이한다. 즉 ‘일하지 않는 자 먹지도 말라’는 원칙이 단순한 입법방침의 표명 또는 근로에 대한 긍정적 의미부여를 넘어 법적으로 관철될 수 있다는 것이다.

이와 관련하여, 일본의 스게노 카즈오(菅野和夫)는 그 논거로 일본의 고용보험법상 실업급여는 근로의 의사를 가지는 자에게만 지급되며 또한 공공직업안정소를 통한 구직이 그 요건으로 설정되어 있다는 점, 생활보호법상 자활과 보죽성의 원리 등을 예로 들면서, ‘근로의 의무는 근로의 권리와는 달리 사회 입법 전반에 통용되는 당연한 이념의 표명’이라고 본다.³⁵⁾ 근래에는 일본에서도 노동능력과 기회가 있음에도 불구하고 일하지 않는 자에게 급부를 제한하는 등의 취지에 주목하여, 근로의 능력이 있음에도 불구하고 근로할 의욕이 없는 자에 대해서는 헌법 제25조의 생존권의 보장이 미치지 않는다는 법적 효력을 인정하는 견해가 많다고 한다.³⁶⁾ 국내에서도 같은 취지에서 ‘국가가 근로의 의사를 가지고 있지 않은 자에 대해서까지 그의 생존을 확보하기 위하여 어떤 시책을 강구하여야 할 책무를 지는 것은 아니’라고 하면서, ‘근로의 의사와 능력이 있음에도 취업하지 못한 상태에 있을 것’을 실업급여의 요건으로 하는 고용보험법 제40조를 그 사례로 소개하는 설명이 있다.³⁷⁾

35) 스게노 카즈오, 앞의 책, 20-21면.

36) 樋口陽一 외 3인, 『注釋日本國憲法下卷』, 青林書院, 1988, 628면(헌법재판소, 『헌법상 기본의무에 관한 연구』(헌법재판연구 제23권), 2012, 159면에서 재인용).

37) 김형배, 앞의 책, 120-121면.

이는 ‘일하지 않는 자를 돌볼 의무는 없다’는 관념이, 사회보장에 있어 입법방침을 표명하는 선언하는 것에서 구체적인 법률효과를 발생시키는 것으로 규범성을 획득하여 가는 것으로 평가할 수 있다. 제헌헌법 제19조에서 나타나는 ‘자활의 원칙’이, 오늘날에는 사회보장수급권을 제한할 수 있는 정당한 사유로 인식되는 것이다. 현행 국민기초생활보장법 제3조에서 ‘수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그의 소득, 재산, 근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙’으로 하는 자활의 원칙을 천명하면서, 제9조 제5항에서는 ‘근로능력이 있는 수급자에게 자활에 필요한 사업에 참가할 것을 조건으로 하여 생계급여를 실시할 수 있도록’하는 조건부 수급을 규정하는 것 또한 이러한 관점에서 이해될 수 있다.

III. 윤리적 의무설에 대한 비판적 검토

이상의 논의를 통해 헌법상 근로의 의무에 대한 기존의 논의를 윤리적 의무설과 법적 의무설을 중심으로 정리하였다. 윤리적 의무설에 따르면 근로의 의무는 법률이 아닌 윤리와 도덕의 범주에 자리 잡고 있어 그 이행을 관철하는 것이 부적합하거나, 또는 그것을 관철하는 것이 헌법의 기본정신에 어긋난다고 보아야 한다. 하지만 이러한 해석에 대해서도 몇 가지 의문이 제기될 수 있다. 이에 헌법상 근로의 의무가 갖는 윤리적 의미가 무엇인지가 구체화 될 필요가 있고, 이러한 의미부여가 과연 오늘날에도 타당한지 검토가 필요하다. 윤리적 의무를 굳이 헌법상 의무로 남겨두는 것 자체가 부적당하기 때문이다.

1. 노동윤리의 양면성

현행 헌법과 같이 근로의 의무에 대해서 특정한 윤리적 의미를 부여하

고, 이를 헌법상의 의무로 규정하는 것은 타당할까? 미국의 노사관계학자 존 버드는 일(노동)이 갖는 다양한 의미를 소개하면서, 이를 아래의 10가지 범주로 나누어서 분석한다.³⁸⁾

일(노동)의 의미	정의
저주	인간의 생존 또는 사회질서 유지에 필요한 의심의 여지가 없는 무거운 짐
자유	자연 또는 다른 인간에서 독립하고 인간 창의성을 표현하기 위한 길
상품	거래될 수 있는 경제 가치를 가진 생산적 노력의 추상적 수량
직업 시민권	특정한 권리를 부여 받은 공동체의 인간 구성원이 추구하는 활동
비효용	즐거움을 제공하는 상품과 서비스를 얻기 위해 견디는 형편없는 활동
자기실현	개인의 필요를 충족시키는 육체적, 정신적 활동
사회적 관계	사회규범, 제도, 권력 구조에 내포된 인간의 상호작용
보살핌	타인을 돌보고 부양하는데 필요한 육체적, 인지적, 감정적 노력
정체성	자신이 누구이고 사회 구조에서 어디에 위치해 있는지 이해하기 위한 수단
봉사	신, 가정, 공동체, 국가와 같은 타인에 대한 헌신

이에 따르면 우리에게 일(노동)이란 긍정적 의미로 다가오기도, 부정적 의미로 다가오기도 한다. 때로는 자유를 누리기 위해, 직업적 시민권을 획득하기 위해, 자기실현과 정체성을 드러내기 위한 긍정적 의미이기도 하지만, 때로는 고통스러운 저주이기도 하고, 자신을 상품화시키는 비인격적인 행위이기도 한 것이다.

오늘날 자본주의 사회에서 긍정적인 노동의 의미가 강조되는 것은 노동을 삶의 목적 자체인 소명으로 추구하면서 이윤추구의 동기를 윤리적으로 정당화하는 프로테스탄티즘의 노동윤리에 터 잡고 있다. 이 과정에서 서양의 시민계급은 특정한 생활 태도를 내면화하고 합리적이며 방법적인 노동

38) 존 버드, 『나에게 일이란 무엇인가?』, 이후, 2016, 31면.

을 도덕적 의무로 받아들여지게 된 것이다.³⁹⁾ 이 과정을 통해 노동은 고통이 아닌 축복으로, 인격에 강제를 넘어 개인의 인격을 발현하는 수단으로, 사회적으로 긍정적 의미를 함축하게 되었다.⁴⁰⁾

하지만 처음부터 노동에 대해 긍정적인 의미가 부여되었던 것은 아니다. 기독교 윤리에서 원죄에 대해 신이 부여한 벌로서 노동을 이해하는 것에서 출발한다.⁴¹⁾ 선악과를 먹은 아담에게 “땅은 너로 말미암아 저주를 받고 너는 네 평생에 수고하여야 그 소산을 먹으리라.”는 저주(창세기 3장 17절)를 내린 것이다. 프랑스어로 노동을 뜻하는 Travail의 어원이 세 개의 말뚝을 박아 사람을 고문하는 기구인 Tripalium에서 비롯되었다는 점도, 노동 개념이 가지고 있는 부정적인 의미를 보여준다.⁴²⁾

이처럼 노동윤리가 양면적인 속성을 가지고 있다는 점을 고려하면, 헌법에서 근로의 의무를 규정하고 윤리적인 의미를 부여하는 것이 타당한지 의문이다. 그렇다면 우리 헌법에서 이를 규정하게 된 배경은 무엇일까?

2. 노동사회의 변화

제헌헌법에서 처음 근로의 의무를 규정한 취지는 갓 식민지에서 독립한 신생국가에서 노동의 의미를 긍정적으로 만들고, 당시의 시대적 혼란을 가라앉히는 사회질서를 정초하기 위한 시도였을 것이다. 이와 유사하게 일본

39) 강성화, “베버 『프로테스탄티즘의 윤리와 자본주의 정신』”, 『철학사상』 별책 제7권 제18호, 서울대학교 철학사상연구소, 2006, 9-10면.

40) 박제성, 앞의 글, 92면; 대법원 또한 “근로계약에 따라 계속적으로 근로를 제공하는 근로자는 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 인격체이고 근로자의 근로제공은 단순히 임금획득을 위하여 근로계약을 이행하는 것에만 의미가 있는 것이 아니고 근로를 통하여 이러한 인격을 실현한다는 측면”이 있다는 것을 인정하고 있다.(대법원 1993.12.21. 선고 93다11463 판결)

41) 안성훈, “교도작업, 형벌인가 처우인가”, 『교정담론』 제4권 제2호, 아시아교정포럼, 2010, 8면.

42) 박제성, “사회적 형평화, 사회적 양극화 그리고 사회적 연대”, 『노동법연구』 제20호, 서울대 노동법연구회, 2006, 89면.

헌법 뿐만 아니라 1948년 프랑스 헌법 전문 제4조에서도 “모든 국민은 근로의 의무와 일자리를 유지할 권리를 가진다.”라고 규정하여, 전쟁 또는 식민지로 인해 황폐화된 국가를 재건하는 핵심적인 수단으로서 ‘근로’의 역할을 강조하고 있다.

그러나 과연 오늘날에도 근로의 의무가 갖는 긍정적인 의미를 강조할 필요가 있을까? 해방 당시 전 국민 중 약 5% 정도의 인구만 제조업 및 교통업에 종사하고, 70%가 농업에 종사(자영농)했던 것에 비해⁴³⁾, 2016년 기준으로는 경제활동인구 2천7백만 명 중 2천만 명의 국민이 임금근로자로 분류될 정도로 ‘근로’가 경제활동의 중심으로 굳건히 자리 잡고 있다. 오히려 장시간 근로가 만연한 오늘날의 현실에서는 ‘더 많은 노동’이 필요하다고 보기 어려울 것이다. 그렇기 때문에 근로의 의무가 갖는 긍정적이고 윤리적인 의미를 강조하는 견해는 오늘날에는 더 이상 지지되기 힘들다 할 것이다.⁴⁴⁾

IV. 법적 의무설에 대한 비판적 검토

법적 의무설에 따르면 헌법상의 근로의 의무는 원칙적으로는 직업의 자유 등의 기본권에 반하는 근로를 강제하는 것으로서 법적으로 관철될 수 없으나, 국가비상시(재해 등)의 경우와, 사회보장제도 기능유지의 관점에서 국가의 급부를 요구하는 국민에게 직장선택의 자유 등을 제한하는 경우 ‘예외적인 경우’에 일종의 ‘의무유보’의 형태로 기본권 제한이 인정될 수 있다고 한다. 하지만 재해 등의 국가비상시 노무를 제공하는 것은 헌법상 ‘근로’의 의미와는 부합하지 않는 것이므로, 이러한 경우를 근로의 의무가 법적으로 관철된 것으로 설명할 수 있을지는 의문이다. 사회보장제도 기능

43) 황승흠, “근로자 이익균점권의 탄생 배경과 법적 성격 논쟁”, 『노동법연구』 제36호, 서울대 노동법연구회, 2014. 6면.

44) 정종섭, 앞의 책, 837면.

유지의 관점에서 근로의 의무를 법적으로 관철할 수 있다는 주장은 직업의 자유 및 인간다운 생활을 할 권리를 침해할 가능성이 높기 때문에 비판적으로 검토하여야 한다.

1. 재해 등 국가 비상시 노무를 제공하는 경우

먼저, 재해 등의 비상시의 경우에 직업의 자유를 제한하고 노무의 제공을 관철할 수 있다는 해석 자체는 타당하지만, 이는 우리 헌법체계에서 ‘근로’의 의미에 해당한다고 보기 어렵기 때문에, 이러한 경우를 근로의 의무가 법적으로 관철되는 것으로 설명하기는 어렵다고 보아야 한다.

우리 헌법에서 ‘근로’의 의미는 헌법 제32조에 따라 근로조건의 기준을 정하고 있는 근로기준법을 통해 구체화 되고 있는데, 근로기준법 제2조 제1항에서는 “근로란 정신노동과 육체노동을 말한다.”라고 정의하고 있으며(제3호), ‘근로자’는 ‘직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자’로(제1호), ‘근로계약’은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약’(제4호)으로 정의되고 있다. 이러한 정의를 종합하면, 우리 근로기준법에서 ‘근로’의 개념은 임금을 목적으로 스스로의 노동력을 제공하는 활동을 의미하는 것이고, 이 때 노동력의 제공방법은 육체적·정신적인 방법으로 이루어진다고 볼 수 있다. 이와 마찬가지로 헌법 제32조에서의 근로란 ‘임금(생계유지)을 목적으로 하는 정신적·육체적 활동’을 의미하는 것으로 받아들일 수 있다.⁴⁵⁾ 다시 말해, ‘임금을 목적으로’ 하지 않는 노동력의 제공은 헌법 제32조에서의 ‘근로’와는 구별된다고 보아야 한다.

이에 따라 재해 등 비상시의 경우 직업의 자유를 제한하고 노무의 제공을 강제하는 경우, 이는 임금을 목적으로 하는 활동으로 볼 수 없기 때문에 헌법 제32조의 근로를 제공하는 것으로 볼 수 없다. 독일 기본법 제12

45) 노호창, 앞의 글, 132면; 한인상, ‘근로권의 의의와 주요 입법과제’, 『노동법연구』 제36호, 서울대 노동법연구회, 2014, 77면.

조 제1항에서는 ‘공역수행의무’(Dienstleistungspflicht)라는 개념을 사용하여 이를 명확히 구분하고 있는데, 독일에서의 공역수행의무는 독일 헌법 제12조 제1항에서 직업, 직장 및 직업훈련장을 자유로이 선택할 권리를 규정하면서, 제2항은 ‘누구도 전통적이고 보편적인 공적 직무 이외에는 특정한 노동을 강제당하지 않는다’고 규정에서 비롯된 것으로, 공역수행의무는 공공복리를 실현하기 위한 업무로(공공성), 지역공동체에서 전통적으로 수행되어왔고(전통성), 누구에게나 일반적으로 요구되며(보편성), 동등한 내용과 범위에서 요구되는 것이다(동등성).⁴⁶⁾

우리 헌법은 제12조 제1항에서 법률과 적법절차에 의하지 않은 ‘강제노역’을 금지하고 있기 때문에, 이러한 해석이 굳이 헌법 제32조를 통해서 이루어 질 필요는 없다. 때문에 이러한 관점에서 근로의 의무를 이해한다면, 개헌을 통해 독일의 경우처럼 ‘공역수행의무’의 개념을 명확히 하거나 헌법 제12조의 강제노역과의 관계를 검토하여야 하는 것이지, 이를 근로의 의무와 관련지어 논의할 필요는 없을 것이다.

2. 사회보장제도의 기능유지를 위한 기본권 제한: ‘일하지 않는 자 먹지도 말라?’

사회보장의 기능유지를 위해서는 근로의 의무를 법적으로 관철할 수 있다는 두 번째 해석은 우리에게 많은 고민거리를 안겨준다. 이는 ‘일하지 않는 자 먹지도 말라’라는 격언으로 표현되는 시민권의 자격요건이기도 하면서, 근로능력이 있는 자는 노동을 통해 생계를 유지하고 그렇지 않은 자에 대해서만 사회보장을 실시한다는 노동과 사회보장의 연결고리로 기능하고 있기 때문이다. 또한, 이는 최근 강조되고 있는 근로연계복지의 관념과도 연결되는데, 이러한 근로의무의 관철로 인한 기본권의 침해 가능성에 대해서는 비판적으로 검토할 필요가 있다.

46) 헌법재판소, 앞의 자료, 124면.

(1) 시민권의 자격요건?

T.H. 마셜은 시민권을 “사회의 완전한 구성원으로서의 지위”로 정의하면서 그 3대요소로 공민권, 정치권, 사회권을 제시하였는데, 이때 사회권이란 적정수준의 경제적 복지 및 사회적 유산을 공유하고, 그가 속한 사회의 기준에 따라 문명화된 삶을 영위할 수 있는 권리를 의미한다.⁴⁷⁾ 하지만 근로의 의무가 사회보장제도의 기능유지의 관점에서 관철될 수 있다고 보는 관점에 따르면, 오늘날 근로의 의무를 이행하는 것은 사회적 시민권을 보장받기 위한 일종의 자격요건이 된다.

‘일하지 않는 자 먹지도 말라’는 격언은 근로의무의 이행이 사회적 시민권의 자격요건으로 여겨진다는 것을 상징적으로 보여준다. 이는 사도 바울이 데살로니가 교인들에게 쓴 편지인 <데살로니아 후서> 3장 10절에 등장하는 구절로서⁴⁸⁾, 처음에는 교회 공동체의 존속을 위한 윤리적 의무를 강조하기 위한 의미로 사용되었다. 하지만 오늘날에는 ‘권리에는 의무가 따른다’는 관점에서 ‘근로하지 않는 자는 권리를 누릴 자격이 없다’는 의미로 해석되고 있다.

또한, 이러한 해석은 자본주의 국가에서 뿐만 아니라 사회주의 국가에서도 통용된다는 점에서 흥미롭다. 구 소비에트연방헌법 제12조에서는 “소비에트연방에 있어 노동은 ‘일하지 않는 자는 먹어서는 아니된다’의 원리에 따라 노동능력이 있는 각 인민의 의무이고, 또 명예이다.”라는 근로의 의무를 규정하였고, 이는 북한의 사회주의 노동법⁴⁹⁾에서도 나타나고 있다.

47) 이다혜, “시민권과 이주노동”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014, 206-207면.

48) “우리가 너희와 함께 있을 때에도 너희에게 명하기를 누구든 일하기 싫어하거나 먹지도 말게하라 하였더니, 우리가 들은즉 너희 가운데 게으르게 행하여 도무지 일하지 아니하고 일을 만들기만 하는 자들이 있다 하니, 이런 자들에게 우리가 명하고 주 예수 그리스도 안에서 권하기를 조용히 일하여 자기 양식을 먹으라 하노라”

49) 북한 사회주의노동법 제4조에서는 “사회주의 하에서 공민은 노동에 참가할 의무를 지닌다. 조선민주주의인민공화국에서 노동능력 있는 모든 공민은 자기 능력에 따라 사회적 노동에 참가한다.”라고 규정하는 한편, 제5조에서는 “사회주의 하에서 모든 근로자들은 노동에 대한 권리를 가진다. 조선민주주의인민공화국에서는 실업

이러한 관점에서 사회주의 국가들에서는 근로의무를 회피하는 자를 ‘기생충’(parasite)으로 바라보고 처벌하는 일련의 법률들이 마련되었는데, 1961년의 러시아공화국 법에서는 사회적으로 유용한 노동을 회피하고 반사회적 기생충행위를 한 자에 대해 노동을 통해 얻지 않은 재화를 몰수하는 한편 2년에서 5년의 강제이주를 내릴 수 있도록 하였다.⁵⁰⁾ 근로의 의무가 법적으로 관철되는 양상은 다르지만, 근로를 시민권의 자격요건으로 관념한다는 점에서는 자본주의 헌법과 사회주의 헌법이 뿌리를 같이하고 있는 것이다.

근로하는 자만이 ‘자격 있는(deserve) 시민’이라는 관념은 현대 자본주의 사회에서도 발견된다. 최근 강조되고 있는 생산적 복지 또는 근로연계복지에서는 근로를 개인의 사회참여를 위한 조건으로 이해하고, 수동적인 수급자를 양산하는 것이 아니라 적극적인 노동시장 참여와 이를 통한 사회통합을 강조하는 것 또한 근로를 시민권의 자격요건으로써 이해하는 것으로서 근로의 의무를 인정하는 해석으로 이어진다.⁵¹⁾ ILO 강제근로 협약에서 강제근로로 보지 않는 예외적인 열거조항에서처럼, ‘통상적인 시민적 의무’(normal civic obligation)가 부과되는 것으로 여겨지는 것이다. 이는 사회보장 공동체를 ‘재정적’으로 존속시키기 위해 부과되는 것으로, ‘공동체에 대한 연대의무’라는 헌법상 기본의무의 속성과도 부합한다.

이처럼 ‘일하지 않는 자 먹지도 말라’라는 격언은 오늘날 사회적 시민권의 자격요건으로서 근로의 의무가 갖는 의미를 드러낸다. 문제는 오늘날의 자본주의 사회에서, 그리고 우리 헌법에서의 근로의 의미는 ‘임금노동을 목적으로 하는 것’으로 여겨지기 때문에, ‘일하지 않는 자 먹지도 말라’라는 격언은 ‘임금노동하지 않는 자(또는 할 의사가 없는 자) 먹지도 말라’라는 것으로 축소된다. 이는 현대사회에서 인간의 활동을 노동력으로 ‘상품화’하

이 영원히 없어졌다. 모든 근로자들은 희망과 재능에 따라 직업을 선택하며 국가로부터 안정된 일자리와 노동조건을 보장받는다.”라고 규정하고 있다.

⁵⁰⁾ A.Paz-Fuchs, Ibid, p.183.

⁵¹⁾ A.Paz-Fuchs, Ibid, pp.181-189.

러는 경향이 강력하게 지속되어 왔기 때문이다.⁵²⁾ 자본주의 사회에서는 생산에 기여하는 돈벌이 활동만이 공동체에서 가치 있는 것으로 여겨져 실업자는 ‘쓸모없는 사람’이 되고⁵³⁾, 자본주의적 생산에 직접적으로 기여하지 않는 돌봄과 재생산 활동은 제대로 된 가치를 부여받지 못하는 ‘그림자 노동’⁵⁴⁾으로 취급된다.

이처럼 임금노동에 대한 의무가 강조되면서 복지 수급자들은 의존적이고 게으른 사람으로 묘사되고, 급여 수급을 위한 요건이 강화되고 복지 부정수급에 대한 제재가 강화되는 등의 제도적 변화가 발생하게 된다. 최근 강조되고 있는 근로연계복지 정책은 이러한 제도적 변화의 연장선에 있다.

(2) 노동과 사회보장의 연결고리 - 근로연계복지(Workfare)

1) 노동과 사회보장의 제도적 결합(institutional coupling)

경제학적인 관점에서는 근로의 의무란 노동력의 상품화가 이루어지는 공간인 노동시장에 참여할 의무로 표현될 수 있는데, 이는 ‘노동시장 활성화’로 표현된다.⁵⁵⁾ 노동시장 활성화는 자본주의 사회와 복지국가의 유지를 위해 노동시장으로의 복귀를 강조하는 적극적 노동시장 정책에서 정당화되고 있다.⁵⁶⁾ 호주의 근로연계복지 프로그램이 ‘상호의무제’(Mutual Obligation)라는 이름으로 국가가 실업상태에 처한 급여대상자에게 사회보장 급여를 지급하되, 급여대상자 또한 실업상태를 벗어나기 위해 적극적으로 노력하여야 할 의무를 반대급부로 부여하는 것은 오늘날 사회보장영역에서 근로

⁵²⁾ E.Dermine&D.Dumont, “Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work: Which Interactions?”, *Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work*(Ed:E.Dermine&D.Dumont), 2014, p.16.

⁵³⁾ 이반 일리치, 『누가 나를 쓸모없게 만드는가』, 느린걸음, 2014 참조.

⁵⁴⁾ 이반 일리치, 『그림자 노동』, 사월의 책, 2015 참조.

⁵⁵⁾ S.Deakin&F.Wilkinson, “The Duty to Work”, *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, 2005, p. 195.

⁵⁶⁾ E.Dermine&D.Dumont, Ibid, p. 12.

의 의무가 어떻게 관철되고 있는지를 단적으로 보여주는 사례이다.⁵⁷⁾

이처럼 노동과 사회보장을 ‘근로의 의무’를 통해 매개하려는 시도는 자본주의의 초창기부터 발견된다. 근로의 의무를 사회보장과 연결지으려는 시도는 영국의 구빈법을 통해 최초로 제도화된다. 1601년 제정된 구빈법은 당시 엔클로저(Enclosure) 운동과 길드의 붕괴로 농민에서 부랑자로 전락한 사람들이 급증하자, 근로능력이 있는 부랑자들은 구빈원(workhouse)에 수용하여 일을 시키고, 근로능력이 없는 자에게는 구제를 제공하였다. 근로능력이 있음에도 불구하고 근로하지 않는 자에게는 수당을 지급하지 않는 제재가 가해졌는데, 이것이 생존권 보장의 전제로서 근로의 의무를 인정하는 견해로 발전하는 것이다.⁵⁸⁾

이후 1834년의 구빈법 개정(신 구빈법)은 산업혁명으로 인해 부랑자가 폭증하자 근로능력이 있는 빈민에 대한 원외구호를 일절 금지하고, 근로능력에 대한 심사를 강화하고, 열등처우의 원칙(principle of less eligibility)을 도입하여 구제를 받는 빈민의 처우는 임금수준이 가장 낮은 근로자보다도 낮도록 구제수준을 조정하였다. 이는 ‘자격없는 빈민’(undeserving poor)에 대한 제재를 강화한 것으로서, 근로를 통한 자활의 원칙을 분명하게 한 것이었다.

20세기 초반에 들어서면서는 베버리지 보고서를 통해 공공부조와 강제적 사회보험이라는 사회보장의 두 축이 형성되며 구빈법의 역할을 대체하였으나, ‘권리와 의무의 호혜적 관계’는 사회보험에서의 기여와 급여의 연동, 그리고 근로능력 없는 자에 대한 공공부조를 통해 계속 유지되어 왔다.⁵⁹⁾ 이러한 노동과 사회보장의 제도적 결합(institutional coupling)⁶⁰⁾은

57) P. Kinnear, “Mutual obligation a reasonable policy?”, *Competing Visions: Refereed Proceedings of the National Social Policy Conference 2001*(T. Eardley and B. Bradbury, eds), Social Policy Research Centre, University of New South Wales, Sydney, 2002, p.253.

58) S.Deakin&F.Wilkinson, Ibid, p.110.

59) K.Veitch, “Unemployment and the obligatory dimension of social rights”, *Social rights in the Welfare State*(Ed:T.Kotkas&K.Veitch), 2017, pp.60-63;S.Deakin&F.Wilkinson, Ibid, p.197.

신자유주의 이후 제3의 길을 표방한 근로연계복지(Workfare) 정책이라는 이름으로 다시금 그 모습을 드러내고 있다.⁶¹⁾

우리의 법체계에서도 근로의 의무는 국민기초생활보장법과 고용보험법을 통해 모습을 드러내고 있다. 국민기초생활보장법 제3조에서는 최저생활 보장을 위한 급여는 ‘수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그의 소득, 재산, 근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙’으로 하도록 하고 있으며, 제9조 제5항에서는 ‘근로능력이 있는 수급자에게 자활에 필요한 사업에 참가할 것을 조건으로 하여 생계급여를 실시할 수 있도록’ 하고 있다. 근로능력이 있는 수급자는 18세 이상 64세 이하의 수급자로, 중증장애인 또는 근로능력평가를 통해 근로능력이 없다고 판정된 사람만을 제외하고 있다(시행령 제7조). 나아가 만약 이 조건을 이행하지 않는 경우 조건을 이행할 때 까지 생계급여의 전부 또는 일부를 지급하지 않을 수 있도록 하고 있다(법 제30조 제2항).

또한 현행 고용보험법 제40조 제1항 제2호는 구직급여의 수급요건으로 ‘근로의 의사와 능력이 있음에도 불구하고 취업하지 못한 상태에 있을 것’을 요구하고 있으며, 직업안정기관의 장이 소개하는 직업에 취직하는 것, 직업능력개발훈련 및 재취업 촉진을 위한 직업 지도를 2회 이상 거부하는 경우 구직급여의 지급이 정지된다(법 제60조 및 시행령 제79조 제1항 및 제2항). 이는 취업소개를 거부하거나 직업능력개발훈련 및 직업 지도에 참여하지 않는 경우 근로의 의사가 없는 것으로 보아 급여를 정지하는 것이다. 고용보험의 경우 기여에 따른 보험금의 지급 사유를 설정하는 것이므로 어느 정도의 정당화 여지가 있다 하더라도, 공공부조에 있어서 근로의 의무를 관철하는 경우에는 인간다운 생활을 할 권리를 직접 제약하게 된다.

60) G.Mundlak, “The Right to Work - The Value of Work”, *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*(Ed:D.Barak-Erez&A.Gross), 2008. p.358.

61) K.Veitch, Ibid, p.72.

2) 근로연계복지와 기본권 제한

하지만 이처럼 사회보장의 수급요건으로 근로의 의무를 설정하는 것은 강제근로를 실시하도록 하거나 기본권을 과도하게 제한하는 것이 되어 부당하지 않을까? 2013년 영국 대법원이 선고한 Reilly(R v. Secretary of State for Work and Pensions) 판결⁶²⁾은 이에 대한 몇 가지 시사점을 던져준다.

이 사건은 영국의 2011년 구직수당법 시행령(2011 Jobseeker's Allowance Regulations)은 장기실업자들에 대한 구직수당 지급조건으로 공동체 활동 프로그램(CAP; Community Action Programme)이나 직종별 직업훈련 제도(SBWA; Sector-Based Work Scheme)에 참여하도록 하고, 이를 위반할 시 6개월간 수당지급을 제한하여 온 것에서 시작된다. 이 사건의 원고 중 한 명인 Reilly는 SBWA 프로그램에 참여하여 사전설명을 받지 못한 채 자신의 의사와 무관하게 직업훈련의 명목으로 2주간 Poundland라는 소매점에서 무급으로 일해야만 했고, Wilson은 CAP 프로그램에 참여하여 주간 30시간의 무급노동을 수행할 것을 요구받았다.⁶³⁾

이들은 이러한 구직수당법의 수급조건이 유럽 인권협약 제4조의 강제근로 금지 원칙에 위반된다고 주장하였다. 이들이 수행한 노동은 구직수당을 상실할 위험, 즉 '제재(penalty)의 위협'하에 이루어진 '사실상의 강제노동'이며, 또한 유럽 인권협약 제4조 제3항에서 열거한 '강제노동으로 보지 않는 경우' 중 '통상적인 시민의 의무를 구성하는 노무'(any work or service which forms part of normal civic obligation)에 해당하는 것으로도 볼 수 없다는 것이었다.

결론적으로 대법원은 시행령이 모법의 위임범위를 벗어났을 뿐만 아니라 제대로 된 통지 또한 이루어지지 않았다고 보아 이들에 대한 수당 제

⁶²⁾ R(Reilly and Wilson) v. Secretary of State for Work and Pensions [2013] UKSC 68

⁶³⁾ 이 사건의 사실관계와 해당 제도에 대한 소개로는 이정희, “영국연계복지 정책의 비판적 검토”, 『국제노동브리프』 2013년 4월호, 한국노동연구원, 2013, 67-68면 참조.

한은 부당하다고 보았지만, 이러한 수급조건을 설정하는 것이 강제근로 금지 원칙에 어긋난다는 원고측의 주장은 기각하였다. 강제근로 금지의 역사적 배경은 식민지에서의 노동착취를 금지하는 것으로서 그 핵심적인 개념 징표는 ‘착취’(Exploitation)에 있고, 이에 따라 근로에 대한 의무가 협약상 강제노동에 해당하기 위해서는, 그 노무가 강제적(compulsory)이고 비자발적(involuntary)일 뿐만 아니라 부정의하고(unjust), 억압적이고(oppressive), 회피할 수 있는 고역이며(an avoidable hardship), 불필요한 고통이며(needlessly distressing), 괴로운 것(somewhat harassing)이어야 한다는 것이다(paragraph 83, 90). 이와 함께 영국 대법원은 국가가 제공한 일자리를 수용하지 않았다는 이유로 실업급여가 삭감 또는 박탈된 것이 강제노동 금지 원칙을 위반한 것인지가 문제된 문제된 EU 인권재판소의 3개의 판결을 선례로 들면서⁶⁴⁾, 이 선례들처럼 국가는 실업급여의 목적을 달성하기 위해 급여의 조건을 설정한 것일 뿐, 강제노동 금지 원칙을 위반한 것이 아니라고 판단하였다.

해당 판결에서는 구직수당법의 수급조건이 유럽 인권협약의 강제근로 금지 원칙을 위반하였는지가 주로 쟁점이 되었지만, 만약 한국에서 국민기초생활보장법 제9조 제5항의 조건부 생계급여 지급 조항이 직업의 자유 또는 인간다운 생활을 할 권리를 침해된다는 주장이 제기된다면, 이에 대해서 우리 헌법재판소는 어떻게 답할 수 있을 것인가? 사회적 기본권에 대한 광범위한 입법재량을 인정하는 방식으로 해당 조항을 합헌이라고 볼 수도 있겠지만, 헌법 제32조 제2항의 근로의 의무를 근거로 기본권 제한을 정당화 하는 것도 가능할 것이다.

하지만 이러한 수급조건을 설정하는 것은 직업의 자유와 직접적으로 충돌할 수 있다는 점을 명심하여야 한다. 고용정책에 관한 1964년 ILO 122호 협약과 고용축진 및 실업보호에 관한 1988년 ILO 제168호 협약은 ‘완

⁶⁴⁾ X v Netherlands(1976) 7 DR 161; Talmon v Netherlands(1997) EHRLR 448; Schuitemaker v Netherlands(Application No 15906/08(unreported))을 언급하고 있으나, 원문이 검색되지 않아 판결의 취지를 직접 확인하지는 못하였다.

전 고용, 생산적 고용, 자유로이 선택된 고용'의 중요성을 강조하고 있다. 이때 자유로이 선택된 고용이란 근로자의 의사에 따라 자유롭게 고용을 선택하는 것으로, 국가가 완전고용을 달성하기 위하여 그 고용계획에 따라 근로자의 의사와는 관계없이 강제적인 고용배치를 하는 것을 금지하는 취지이다.⁶⁵⁾ 만약 앞의 판결에서 영국의 구직수당이 '착취'를 개념징표로 하는 강제근로에 해당한다는 주장이 아니라, 자유롭게 노동을 선택하여 스스로의 인격을 발현할 수 있는 권리를 침해하였다고 주장했다면 결론은 달라졌을지도 모른다.⁶⁶⁾

나아가 이처럼 근로의 의무적 성격을 강조하는 근로연계복지제도는 결과적으로 사회권과 사회보장제도를 계약적인 반대급부로 여기는 것일 뿐만 아니라, 구조적인 실업과 불평등 속에서 근로에 대한 선택의 자유가 제한된 상황에서는 본인의 의사에 반하는 부자유한 활동을 강요하는 것일 뿐만 아니라, 사회에 대한 기여를 세금납부와 복지수급관계로 단순화한다는 점에서 비판적으로 검토되어야 한다.⁶⁷⁾

V. 나가며 - 기본소득과 근로의 의무

이상의 내용을 통해 헌법상 근로의 의무에 대한 기존의 논의를 소개하고, 이를 비판적으로 검토하였다. 헌법상 근로의 의무를 윤리적 의무로 해석하는 경우, 애당초 윤리적 의무를 헌법상 기본의무로 규정하는 것은 적절하지 않은데다가, 이를 처음 규정하였던 사회적 배경 자체가 크게 변화하였으므로 삭제하는 것이 바람직하다. 이를 법적 의무로 보는 해석 중 재해 등의 국가비상 시 노무를 제공하는 경우는 근로의 의무를 이행하는 것

65) 이홍재, “고용보장의 법적 구조에 관한 시론”, 『서울대학교 법학』 제32권 제1·2호, 서울대학교 법학연구소, 1991, 95면.

66) E.Dermine&D.Dumont, *ibid*, p.14.

67) P. Kinnear, *ibid*, pp.254-259.

이 아니라고 보아야 하고, 사회보장제도의 기능유지를 위해 근로의 의무를 법적으로 강제할 수 있다는 주장에 따르면, 근로의 의무는 노동과 사회보장 제도를 지탱하는 연결고리로 기능하지만, 복지수급자에 대한 부정적 인식을 강화할 뿐만 아니라 사회보장 수급을 위한 근로의 의무적 성격을 강조하여 결과적으로 사회적 기본권을 계약적 권리로 약화시키게 된다는 점에서 비판적으로 검토되어야 한다.

이는 최근의 기본소득 논의와도 연결된다. ‘근로’라는 조건 없이 모든 사회 구성원들에게 일정한 소득을 지급한다는 기본소득의 구상이 근로의 의무라는 관념과 충돌하기 때문이다. 기본소득의 헌법적 정당화 논거로 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 인간다운 생활을 할 권리, 헌법상의 경제질서 조항, 제헌헌법의 이익균점권 등이 제시되고 있으며⁶⁸⁾, 헌법 전문의 ‘국민생활의 균등한 향상’도 기본소득의 도입을 정당화하는 논거가 되지만, 근로의 의무와 호혜성 원칙에 따른 기본소득에 대한 사회적 거부감은 기본소득의 도입에 걸림돌이 될 수 있다.⁶⁹⁾ 이 글에서는 이 점에 대해 자세히 다루지는 못하지만, 앞으로 추가적인 연구가 이루어져야 할 것이다.

오늘날 노동환경과 사회의 변화는 헌법상 근로의 의무에 대한 기존의 논의를 새로운 관점에서 바라보도록 요청하고 있다. 제4차 산업혁명과 인공지능으로 인해 ‘노동 없는 미래’가 다가오는 상황에서도 여전히 고용 중심적인 사회권의 기본구상을 유지할 수 있을지, 일과 여가의 관계는 무엇인지, 과연 임금노동만이 공동체를 위한 가치 있는 활동인지 등 해답을 기다리고 있는 새로운 과제들이 등장하고 있기 때문이다. 어쩌면 이제는 ‘근로의 의무’가 아니라 ‘일하지 않을 권리’⁷⁰⁾에 대한 ‘설교’가 필요한 것이

68) 노호창, “기본소득에 대한 개관과 입법 사례의 검토”, 『노동법연구』 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014. 448-450면.

69) 박홍규, “기본소득 연구”, 『민주법학』 제36권, 민주주의법학연구회, 2008, 143면; 조남경, “기본소득 전략의 빈곤 비판: 호혜성, 노동윤리, 그리고 통제와 권리”, 『사회보장연구』 제33권 제3호, 한국사회보장학회, 2017, 258-261면;

70) 데이비드 프레인은 『일하지 않을 권리』라는 책을 통해 오늘날의 노동중심적인 사

아닐까.

(논문발표 2017.3.18. 논문접수 2018.3.3. 심사의뢰 2018.3.8. 게재확정 2018.3.19.)

참고문헌

- 강성화, “베버 『프로테스탄티즘의 윤리와 자본주의 정신』”, 『철학사상』 별책 제7권 제18호, 서울대학교 철학사상연구소, 2006.
- 강희원, 『노동헌법론』, 법영사, 2011.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2001.
- 김형배, 『노동법』, 박영사, 2014.
- 국회사무처 의사국, 『개헌 의제 관련 국회회의록 II』, 2016
- 국회 헌법개정 자문위원회, 『활동결과보고서 I』, 2014.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2005.
- 노호창, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 『노동법연구』 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011.
- 노호창, “기본소득에 대한 개관과 입법 사례의 검토”, 『노동법연구』 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014.
- 대한민국국회, 『헌법개정심의록』 제1집, 대한민국국회, 1967.
- 데이비드 프레인, 『일하지 않을 권리』, 동녘, 2017.
- 박제성, “사회적 형평화, 사회적 양극화 그리고 사회적 연대”, 『노동법연구』 제20호, 서울대 노동법연구회, 2006.
- 박홍규, “근로의 권리와 의무”, 『마산대학 논문집』 제5권 제2호, 마산대학교, 1983.
- 박홍규, “기본소득 연구”, 『민주법학』 제36권, 민주주의법학연구회, 2008.
- 버트런드 러셀, 『계으름에 대한 찬양』(송은경 譯), 사회평론, 2005.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2014.
- 스게노 카즈오, 『일본노동법』(이정 譯), 법문사, 2007
- 안성훈, “교도작업, 형벌인가 처우인가”, 『교정담론』 제4권 제2호, 아시아교정포럼,

회를 분석·비판하면서, 임금노동 중심의 노동윤리 탈피, 노동시간 단축, 기본소득과 같은 소득분배제도에 대한 더 많은 토론이 이루어져야 한다고 지적한다. (데이비드 프레인, 『일하지 않을 권리』, 동녘, 2017)

2010.

유진오, 『헌법해의』, 명세당, 1949.

이다혜, “시민권과 이주노동”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014.

이반 일리치, 『누가 나를 쓸모없게 만드는가』, 느린걸음, 2014.

이반 일리치, 『그림자 노동』, 사월의 책, 2015.

이영희, 『노동법』, 법문사, 2001.

이정희, “영국연계복지 정책의 비판적 검토”, 『국제노동브리프』 2013년 4월호, 한국노동연구원, 2013.

이흥재, “고용보장의 법적 구조에 관한 시론”, 『서울대학교 법학』 제32권 제1·2호, 서울대학교 법학연구소, 1991.

이흥재, “노동기본권에 관한 제헌의회 심의의 쟁점”, 『노동법연구』 제27호, 서울대 노동법연구회, 2009.

임종률, 『노동법』, 박영사, 2016.

정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2008.

조남경, “기본소득 전략의 빈곤 비판: 호혜성, 노동윤리, 그리고 통제와 권리”, 『사회보장연구』 제33권 제3호, 한국사회보장학회, 2017.

존 버드, 『나에게 일이란 무엇인가?』, 이후, 2016

한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2016.

한인상, ‘근로권의 의의와 주요 입법과제’, 『노동법연구』 제36호, 서울대 노동법연구회, 2014.

헌법개정특별위원회 자문위원회 제1소위원회 기본권·총강 분과, 『헌법개정특별위원회 기본권·총강 분과 활동 백서』, 2018.

헌법연구 자문위원회, 『헌법연구 자문위원회 결과보고서』, 2009.

헌법재판연구원, 『기본의무를 구체화하는 법률의 위헌심사기준』(연구책임자 허완중), 2013.

헌법재판소, 『헌법상 기본의무에 관한 연구』(헌법재판연구 제23권; 연구책임자 이준일), 2012.

황승훈, “근로자 이익균점권의 탄생 배경과 법적 성격 논쟁”, 『노동법연구』 제36호, 서울대 노동법연구회, 2014.

Bradbury, eds), Social Policy Research Centre, University of New South Wales,

Sydney, 2002

Deakin, S. & F.Wilkinson, “The Duty to Work”, The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution, 2005.

Dermine, E & D.Dumont, “Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work: Which Interactions?”, Activation Policies for the Unemployed, the Right to Work and the Duty to Work(Ed:E.Dermine&D.Dumont), 2014.

Kinnear, P, “Mutual obligation a reasonable policy?”, Competing Visions: Refereed Proceedings of the National Social Policy Conference 2001(T. Eardley and B.

Mundlak, G, “The Right to Work - The Value of Work”, Exploring Social Rights: Between Theory and Practice(Ed:D.Barak-Erez&A.Gross), 2008.

Paz-Fuchs, A, “The Right to Work and the Duty to Work”, ‘The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives’(Ed;Virginia Mantouvalou), 2015.

Veitch, K, “Unemployment and the obligatory dimension of social rights”, Social rights in the Welfare State(Ed:T.Kotkas&K.Veitch), 2017.

<Abstract>

Critical Review of the duty to work in the Korean Constitution

Junhyeok Mun^{*}

The Constitution in Korea says “All citizens shall have the duty to work. The State shall prescribe by Act the extent and conditions of the duty to work in conformity with democratic principles.”(Article 32 (2)). The existing debate on the duty to work of the Constitution is largely based on the two interpretation. First interpretation is this gives only the ethical meaning('He who does not work, neither shall he eat' etc). Another interpretation is that in exceptional case, such as the maintenance of the community and the maintenance of the social security system, labour can be forced directly or indirectly against the freedom of occupation and entitle to a life worthy of human beings.

However, when interpreting this as an ethical obligation, it is not appropriate to establish the ethical obligation as a basic obligation in the Constitution, and the social background itself changed greatly, so it is desirable to delete it.

The interpretation of duty to work as a legal obligation should be considered carefully because it is likely to violate the freedom of occupation and entitle to a life worthy of human beings. The claim that it can be enforced to maintain the functioning of the social security system functions shows an institutional coupling between today's labor

^{*} Ph.D Candidate, Seoul National University.

and social security, but it should be criticized in the sense that emphasizes the obligatory nature of work so that could be weakens social fundamental rights as contractual rights. These discussions on the duty to work of the constitutional provide implications for the Workfare and the discussion of basic income.

Key Words: the duty to work, social security, basic income, workfare