

# 산전후 휴가 90일 전부를 의무적 부여여부

## 1. 서설

여성 근로자가 출산전후에 개인 및 업무 등의 사유로 인해 근로자의 자의적 또는 사업주의 요구에 의해 산전후 휴가 90일(다태아 출산 시 120일)을 다 사용하지 못하고 중간에 근로를 제공하는 경우가 있습니다. 이 때 사업주는 90일(다태아 출산 시 120일)을 의무적으로 부여해야 하는가와 위반 시 어떠한 처벌사항이 있는지에 대하여 살펴보도록 하겠습니다.

## 2. 관련 법규

### 1) 근로기준법 제74조(임산부의 보호)

① 사용자는 임신 중의 여성에게 출산 전과 출산 후를 통하여 90일(한 번에 둘 이상 자녀를 임신한 경우에는 120일)의 출산전후휴가를 주어야 한다. 이 경우 휴가 기간의 배정은 출산 후에 45일(한 번에 둘 이상 자녀를 임신한 경우에는 60일) 이상이 되어야 한다.

② 사용자는 임신 중인 여성 근로자가 유산의 경험 등 대통령령으로 정하는 사유로 제1항의 휴가를 청구하는 경우 출산 전 어느 때 라도 휴가를 나누어 사용할 수 있도록 하여야 한다. 이 경우 출산 후의 휴가 기간은 연속하여 45일(한 번에 둘 이상 자녀를 임신한 경우에는 60일) 이상이 되어야 한다.

### 2) 근로기준법 제110조(벌칙)

근로기준법 제74조를 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

### 3. 관련 고용노동부 행정해석

1) 강행규정이다 ; 평정 68240-173, 2002.09.05

근로기준법상 임신부보호휴가는 임신부와 태아의 생명과 건강, 모성기능을 보호하기 위하여 인정되는 강행규정임. 따라서 근로자가 산전에 휴가 사용시기를 지정하지 않았다면 사용자는 출산일로부터 90일의 산전후휴가를 부여하여야 함.

2) 분할사용 불가, 연속사용 해야 한다 ; 평정 68240-98, 2003.03.17

근로기준법 제72조 규정에 의한 산전후휴가는 임신 중인 여성근로자가 출산예정일을 전후하여 90일을 계속하여 사용(산후 45일이 포함되어야 함)할 수 있는 휴가이므로 임신초기에는 동 휴가를 사용할 수 없음. 다만, 임신초기에 산모의 건강을 위해 병가나 청원휴직 등 별도의 휴직·휴가를 사용하기 위해서는 회사의 취업규칙이나 단체협약에 관련 규정 있어야 함.

### 4. 출산전후휴가관련 고용노동부의 Q&A

(<http://www.moel.go.kr/policyinfo/woman/view.jsp?cate=9&sec=1>)

**Q1) 출산전후휴가는 누가 사용할 수 있나요?**

A1) 출산전후휴가는 임신 중인 여성 또는 출산한 여성이 사용할 수 있습니다. 이 점이 입양의 경우에도 사용할 수 있는 육아휴직과 다른 점입니다. 출산전후휴가는 비정규직, 임시직, 계약직, 일용직 등 근로계약 형태와 관계없이 근로기준법이 적용되는 여성근로자는 누구나 사용할 수 있습니다. 그러나 일단위로 근로계약을 체결하여 당일로 근로관계가 종료되는 실질적 의미의 일용직 근로자라면 출산전후휴가를 부여할 사용자의 법적 의무는 없습니다.

**Q2) 출산 앞둔 여성근로자에게 출산전후휴가는 어떻게 부여하나요?**

A2) 출산전후휴가는 출산일을 전후하여 90일간 사용할 수 있으며, 이 기간에는 단체협약이나 취업규칙 등에 별도의 규정이 없는 한 법정 휴일과 약정휴일 등이 포함됩니다. 출산전후휴가는 강행규정이므로 사업주의 시기변경권이나 근로자의 권리포기가 인정되지 않고, 근로자가 원한다 하더라도 90일 미만을 부여할 수 없습니다. 또한 휴가기간은 반드시 산후에 45일이상이 되어야 하므로 출산일이 예정보다 늦어져 90일의 휴가를 다 사용했다 하더라도 산후 45일이 될 때까지 추가로 휴가를 부여하여야 합니다.

**Q3) 임신초기에 유산기가 있는데 출산전후휴가 일부를 미리 사용할 수 있나요?**

A3) 출산전후휴가는 출산을 전후하여 사용하는 것이 원칙입니다. 다만 ①유산, 사산의 경험이 있는 경우, ②연령이 만 40세 이상인 경우, ③유산, 사산의 위험이 있다는 의료기관의 진단서가 있는 경우에는 출산전에 사용할 수 있는 44일의 휴가를 미리 사용할 수 있습니다.

## 5. 결어

출산한 여성근로자의 모성보호를 위하여 근로기준법 제72조에 의하여 사용자는 임신 중의 여성에 대하여는 출산 전과 출산 후를 통하여 계속하여 90일(다태아 출산 시 120일)간을 보호휴가를 주되, 반드시 출산 후에 45일 이상이 확보되도록 휴가를 부여하여야 하는 바, 사업주는 업무적 필요에 의거 또는 근로자의 자의적인 권리포기에 의거 90일(다태아 출산 시 120일 미만)의 출산전후 휴가를 부여할 경우 효력이 없으며 위반 시 처벌을 받을 수 있는바 법적으로 보장되어 있는 출산전후 휴가일수를 준수할 수 있도록 관리해야 할 것입니다. 끝.

2015. 6. 29

노무법인 두레