

[논 문]

## 모성보호에 관한 헌법적 연구\*

정혜영\*\*

### 《차 례》

- |                  |          |
|------------------|----------|
| I. 서론            | IV. 관련문제 |
| II. 모성보호의 대상과 범위 | V. 결론    |
| III. 모의 기본권 신설   |          |

### I. 서론

우리 헌법상의 여러 규정들 중 규범력이 미미한 것으로 평가되는 대표적인 것이 ‘모성보호’ 조항이다.<sup>1)</sup> 우리 헌법상 모성보호조항은 언뜻 프로그램 규정으로 이해해도 무방할 정도로 헌법적 의미가 크지 않고 관심을 받지도 못했다. 현행 헌법의 규정형태를 살펴보면, 모성보호의 ‘보호’ 개념과 국가의 노력의무가 결합하여 마치 모성보호가 시혜적인 차원의 정책적 혜택으로 간주될

\* 이 논문 또는 저서는 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2014S1A5A2A01016001)(This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government(NRF-2014S1A5A2A01016001))

\*\* 숙명여자대학교 법과대학 부교수·법학박사(Prof., Dr. Jur., Sookmyung Women's University)

1) 헌법 제36조

- ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.
- ② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.
- ③ 모든 국민은 보전에 관하여 국가의 보호를 받는다.

수 있는 여지가 있고, 더욱이 ‘모성’이라는 법적 어휘의 불명확성과 ‘모성보호’의 대상으로서의 ‘모’의 범위와 보호의 한계, 즉 어느 정도로 보호해야 하는가 등의 문제가 명확하게 해명되지 못한 때문인 듯하다. 이로 인해 직장여성의 경우 고용관계의 지속을 위해 임신 중 고용주에게 선뜻 모성보호를 위한 법적 권리를 주장하기 어렵고, 전업주부의 경우 육아를 전담하면서도 그 노동가치를 정당하게 인정받지 못하고 있는 실정이다.<sup>2)</sup> 물론 이러한 문제를 해결하기 위해 남녀평등이나 모성보호 관련 법률들이 법률적 차원에서 이미 제정되었고, 그 후 제도개선을 위해서 수차례 개정되는 등 모성보호를 위한 여러 법적 제도가 빠른 속도로 발전되어 온 것은 부인하기 어렵다. 그러나 오랫동안 정착되어 온 기존의 사회적 편견과 분위기 속에서 이러한 제도들이 실질적인 효력을 제대로 발휘하지 못하고 있기 때문에 앞으로는 더욱 강력한 형태의 헌법적 조치가 마련되어야 할 시점이라고 생각된다. 우리와 같은 모성보호정책을 펼치고 있는 서구에서는 모성정책(maternity policy) 또는 모성휴가(maternity leave), 모성급부(maternity benefit) 등 구체적인 내용을 의미하는 용어를 사용하면서 ‘보호’라는 용어사용을 자제하고 있는가 하면,<sup>3)</sup> 독일의 경우에는 기본법에 모성보호에 관한 기본권을 규정함으로써 모의 헌법적 지위를 기본권적으로 보장하고 있다. 헌법상의 규범형태가 국가목표규정이 아니라 주관적 공권으로서 국가에 대하여 주장할 수 있는 ‘기본권’의 형태로 규정된다면 이러한 법률적 차원의 권리보장이 헌법적 가치를 구현하도록 더욱 실질화될 것을 기대할 수 있기 때문에 우리 헌법규정도 궁극적으로는 ‘기본권’의 형태로 전환될 필요가 있다.

모성보호는 인간의 존엄, 생명존중, 양성평등의 이념 등 헌법의 핵심가치를 바탕으로 구현되어야 한다. 지금까지의 모성보호에 관한 문헌들을 살펴보면 현재 세계 최저수준의 출산율을 높이기 위한 인구정책이나 기업의 생산성 및 효율성을 제고하기 위한 방안으로서의 모성보호정책에 편중되어 왔다. 그러

2) 모성보호 실태 조사에 대해서는 장지연, “모성보호와 육아휴직제도 활용 실태”, 월간 한국노동, 한국노동조합총연맹, 2014. 8, 통권 506호, 26쪽 이하 참조.

3) 김유진, “제도적 맥락에 의한 모성보호정책 비교: 한국과 스웨덴을 중심으로”, 석사학위논문, 2006. 7쪽 각주 7) 참조.

나 임신부에 대한 모성보호는 단지 저출산이라는 국가의 위기를 극복하기 위한 방안으로서가 아니라 우선적으로 헌법상의 인간존엄, 생명존중, 건강권의 관점에서 접근하여야 한다. 즉 모성보호를 통하여 1차적으로는 母의 정신적·신체적 건강을 위한 지원과 배려가 이루어져야 할 뿐 아니라 그 자녀의 생명·신체의 안전이 확보됨으로써 인간의 존엄성이 보장될 수 있다는 점에 중점을 두어야 헌법정신에 부합할 것이다. 헌법 제36조 제2항은 제36조 제1항과 유기적인 관계에 있기 때문에 혼인과 가족생활에 있어서 매우 중요한 의미가 있음에도 불구하고, 제1항과 달리 제2항에 대해서는 충분한 연구가 이루어지지 않았다. 또한 모성보호는 공무담임권, 직업의 자유, 평등권, 국가의 기본권보호의무이론(기본권으로 규정될 경우) 등과도 밀접한 관련이 있기 때문에 헌법이론적인 고려가 반드시 이루어져야 함에도 불구하고, 지금까지는 주로 노동법이나 여성정책적 측면에서 접근하였고, 헌법적 논의 자체가 매우 미미하였다. 그러나 상대적으로 많은 발전을 보였던 법률적 차원에서는 주로 직장여성의 저출산 문제를 해결하기 위해 노동법상의 근로기준법이나 고용보험법 등에서 근로관계를 기준으로 해고금지 또는 출산전·후휴가 등을 중심으로 논의 되어 왔고, 여성정책적 관점에서는 여성의 사회적 지위향상 방안으로서의 정책적 접근이 이루어져 왔다. 이러한 법률적 차원의 논의를 토대로 헌법적 가치를 도출해 내고자 하는 형국이다 보니 법률상의 가치가 헌법적 가치와 전도되는 현상이 벌어지게 되었다. 헌법적 연구가 활발히 이루어져서 법률적 차원의 논의에 헌법적 가치가 투영되도록 할 필요가 있다. 본 논문은 이러한 기존의 연구결과들을 검토하고 존중하되, 그 동안 활발히 연구되지 못하였던 헌법적 차원에서의 입법 방향을 제시하고자 한다. 구체적으로는 변화하고 있는 혼인과 가족형태를 고려하면서 임신·출산 및 자녀의 생명·신체에 대한 안전을 ‘모의 기본권’으로서 주장할 수 있도록 구성하고 (가칭) ‘모성보호법’ 제정을 모색하여 무엇보다도 임신과 출산, 난임, 유산 등으로 인한 정신적·신체적 고통과 불안을 빠른 시일 내에 극복할 수 있도록 지원하며, 여성의 사회적 지위향상과 출산을 제고 및 노령사회 대비, 궁극적으로는 미래세대에 대한 보호를 국가공동체의 책임으로 인식하도록 하고자 한다.

이를 위해 본 논문에서는 첫째, 혼인과 가족형태의 변화추이에 따른 ‘모성’

의 헌법적 개념과 ‘모성보호’의 보호대상에 관한 헌법적 범위를 설정하고(II), 둘째, 현행 헌법의 규정형식인 국가목표규정으로서의 모성보호조항을 국가의 보호와 부조를 요구할 ‘모의 기본권’으로의 구성을 시도하며 그 헌법적 효과를 살펴본 후(III), 셋째, 이를 구체화할 단일 법률인 (가칭) ‘모성보호법’ 제정을 모색하여 임신과 출산, 난임, 유산 등으로 인해 정신적·신체적 고통을 받고 있는 모에 대한 적극적 지원을 도모하고, 모성보호 관련 법률들에 산발적으로 흩어져 있는 내용을 통합 및 상세화하는데 기여하고자 한다(IV).

## II. 모성보호의 대상과 범위

### 1. 모성보호와 공동체, 헌법의 태도

제36조 제2항은 헌법 제36조 제1항의 혼인과 가족에 대한 구체화된 헌법적 표현을 담고 있다. 왜냐하면 모성 없이는 부모와 가족이 존재할 수 없기 때문이다.<sup>4)</sup> 이러한 의미에서 헌법 제36조 제2항의 모성보호 조항은 함께 살아가는 공동체의 국가질서 속에서 국가에게 혼인과 가족에 대한 특별한 보호를 지시하는 헌법 제36조 제1항과 아동의 보호와 양육을 위한 부모의 권리와 의무의 실현에 대하여 국가의 감독을 지시하는 헌법 제31조의 법적 결과와 결부된다.<sup>5)</sup> 그러나 혼인·가족과 이러한 공동체 삶의 근본형태로 인식되는 모성을 위해 보호와 부조할 책임이 국가에 있다고 하여 이들의 개별적인 삶의 질서가 국가의 시혜적 차원으로 이해되어서는 안 된다.<sup>6)</sup>

4) Coester-Waltjen, *in: Münch/Kunig*, Art. 6 GG, Rn. 104.

5) 헌법 제31조가 국가의 감독권 행사를 직접 규정하고 있는 것은 아니다. 헌법해석상 부모의 권리가 자녀의 복리에 의해 제한되기 때문에 국가는 부모가 이러한 한계를 준수하고 권리의무를 이행하는지 감독하고, 부득이할 경우에 개입하는 것으로 이해한다. 아동은 부모의 권리 남용과 방치로 인해 인격성장을 방해하는 외부영향력으로부터 스스로를 보호할 수 없기 때문에 국가에게 적극적으로 감시하는 역할을 부여하는 것이다. 정순원, “청소년 보호의 목적과 헌법적 근거”, 공법연구 제35집 제3호, 2007. 2, 113쪽; 국가의 감독권 조항 신설에 대해서는 정해영, “아동의 기본권에 관한 연구”, 공법학연구 제10권 제4호, 2009. 11, 87쪽.

6) Badura, *in: Maunz/Dürig*, Art. 6 GG, Rn. 145 참조.

모성의 보호법익은 여성 자신의 건강이며, 이는 곧 자녀의 건강 및 공동체의 존속과 직결된다. 이것은 헌법이 모든 모에게 공동체의 보호와 부조를 보장하여야 하는 이유이며,<sup>7)</sup> 모성이 단순한 개인의 생리적 기능이 아니라 인류의 존속을 가능하게 하는 사회적 기능으로 인식되고 그에 따른 적합한 보호조치가 이루어져야 하는 여성의 권리로 보아야 하는 이유이다. 여성의 모성은 아이를 수태하고 품고 수유하는 그들의 생리적인 능력에 기인하는데, 여성만이 임신과 출산이 가능하고 수유기간을 갖는다. 이를 통해 여성의 삶의 상황이 완전히 변화되는데, 이 때문에 헌법 규정에 의해서 공동체의 보호와 부조에 대한 필요성이 발생하는 것이다. 따라서 모로서의 여성이 임신기간 동안 그리고 출산 후 신체적, 정신적, 직업적, 경제적 측면에서 직면하게 되는 특별한 상황 속에서 발생하는 잠재적인 위험과 불이익들은 헌법적 의지에 의해서 국가의 보호와 부조를 통해 우선적으로 고려되어야 한다.<sup>8)</sup> 이러한 개인의 보호를 통하여 가정과 사회공동체가 유기적으로 보호된다는 점에서 헌법적 의미가 있다. 그러므로 임신과 출산을 ‘모’ 개인의 건강문제로 한정할 것이 아니라 국가에 의해 보호되는 ‘건강권’의 측면에서 접근하고, 나아가 국민의 존속이라는 측면에서 공동체의 문제로서 인식해야 한다.<sup>9)</sup> 모에 대한 개별적 보호방향의 근간에 국민의 존속에 대한 헌법적 고려가 진지하게 이루어져야 할 시점이다.<sup>10)</sup> 비교법적으로도 모성보호규정은 여성의 생리적 특성에 근거한 합리적 이유 있는 차별에 해당되며 여성의 임신, 출산, 수유는 사적 영역임과 동시에 국가의 건전한 인력 확보, 즉 사회존속을 위해서 불가결한 사회적 기능이 있으므로 국가적 차원에서 적극 보호되어야 한다는 것이 세계적 입법경향의 논거가 되고 있다.<sup>11)</sup> 우리나라에서도 1987년 현행 헌법에 모성보호조항

7) Badura, a. a. O., Rn. 148.

8) BVerfGE 88, 203(258f.); Coester-Waltjen, a. a. O., Rn. 104, 108.

9) 같은 취지로 석인선, “헌법상 여성관련조항의 개정방향에 관한 소고”, 헌법학연구 제12권 제4호, 2006. 11, 290쪽 참조.

10) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 714쪽은 헌법상 모성보호를 위한 국가적 의무는 비단 모성의 건강만이 아니라 모성이 다음세대의 국민을 생산하고 양육할 신성한 사명을 완수하기 위하여 필요한 경제적·사회적 여건의 조성을 그 내용으로 한다고 한다.

11) 한국여성개발원, 제외국의 모성보호제도, 여성연구 제48호, 1995, 157-223쪽 참조(석인선, 앞의 논문, 304쪽에서 재인용).

이 신설된 이래, 법률차원에서는 2001년 이른바 모성보호3법(근로기준법, 남녀고용평등법, 고용보험법)의 개정으로 모성보호비용의 사회분담화가 부분적으로 실시되고 있다.

## 2. 헌법적 개념의 정립

### 가. 일반적 해석

모성보호는 문언적 의미로는 ‘모성’을 보호하는 것으로 해석되며, 일반적으로 출산을 위하여 여성만이 갖고 있는 본래적인 모성기능에 대한 보호를 말한다.<sup>12)</sup> 따라서 ‘모성’은 여성이 어머니로서 갖는 감정, 이성, 의지 등의 특징을 지칭하고, ‘모성보호’는 협의로는 여성의 생리, 임신, 출산, 수유 등과 같이 여성의 고유한 모성기능을, 광의로는 양육까지 포함시켜 특별히 보호함으로써 임신한 여성의 건강뿐 아니라 태아와 출생아의 건강보호를 도모하기 위해 남녀를 달리 대우하는 것으로 이해되어 왔다. 더욱이 모성보호의 개념이 노동법으로부터 발달하여 왔던 탓에 지금까지는 특히 여성근로자의 건강권 보호의 일환으로 보는 견해가 팽배하여 왔다.<sup>13)</sup> 그러나 이는 사회에서 일반적인 의미로 사용하는 용어일 뿐 법학적으로 정립된 개념은 아니고, 현행법 어느 곳에서도 보호의 대상이 되는 ‘모성’에 대한 개념을 정의하고 있는 규정은 찾아볼 수 없다.<sup>14)</sup> 이러한 이유로 ‘모성’이라는 용어를 사용하고 있는 법규정을

12) 이명숙·공미혜, “모성보호정책 확대에 관한 연구: 난임지원정책을 중심으로”, 신라대학교 여성문제연구소, 여성연구논집 24, 2013. 12, 86쪽.

13) 손미정, “성인지적 관점에서 본 모성보호의 사회법적 한계”, 법학연구 54, 2014. 6, 316쪽은 모성보호의 강화를 통하여 여성근로자 개인 뿐 아니라 우리 사회 전반적인 연대보호를 지향하고자 하는 경향을 언급하면서 여성근로자에 대한 특별한 보호가 곧 모성에 대한 특별 보호를 의미하는 것으로 동일시되어도 무관하다는 결론에 이른다고 한다. 이러한 견해는 근로자 아닌 모를 모성보호의 범위에서 배제시키는 문제를 야기한다. 물론 역사적으로는 산업사회화 과정에서 점차 여성인력이 증가되면서 모를 위한 보호와 부조를 위하여 실질적으로 근로 여성의 임신과 모성의 측면에서 국가의 보호입법이 나타난 것은 사실이나 오늘날 가사노동의 가치를 제조명하는 시점에서 근로여성 과 비근로 여성을 다르게 취급할 이유가 없다고 생각한다. 더욱이 모인 여성이 근로자인 경우의 보호는 제36조 제2항과 제32조 제4항의 결합을 통하여 상승효과가 발생하는 형태로 보호가 가능하다고 생각된다. 따라서 제36조 제2항에서의 모성보호의 대상으로서의 모는 근로자인지 여부를 구별하지 않는 것이 타당하다.

14) 모자보건법 제2조 제2호는 “모성이란 임신부와 가임기(可妊期) 여성을 말한다.”고 규정하고 있으나, 이는 입법상의 오류로 보이는데, 동 조항은 “모성”보호의 대상을 임신부와 가임기(可妊期) 여성으

종합적으로 고찰하여 그 개념을 정의할 수밖에 없다는 견해도 주장되고 있다.<sup>15)</sup> 하지만 개별 법률들은 각각의 입법 목적이 다르기 때문에 개별화된 개념으로부터 상위의 개념을 일반화시키는 작업이 용이하지도 바람직하지도 않다고 생각된다. 실지로 1953년 근로기준법이 제정되면서 시작된 모성보호정책은 1987년 남녀고용평등법에서 모성보호 개념이 정립되었고, 모성보호의 사회분담화의 기반을 마련한 2001년의 근로기준법, 남녀고용평등법, 고용보험법의 개정으로 지속적인 변화를 이어오고 있다. 그러나 이러한 정책방향이 모두 법률차원에서 주도된 것이기 때문에 이미 헌법적 한계에 부딪히고 있다.<sup>16)</sup> 오히려 헌법상의 ‘모성’과 ‘모성보호’의 의미를 헌법적 가치를 고려하여 정립하고, 이 용어를 사용하고 있는 기존의 법규범들도 그에 부합하도록 정비할 필요가 있다. 그러나 전통적인 가족형태가 변모하고 있기 때문에 생물학적 모성 뿐 아니라 입양모와 같은 사회학적 모성이나 부성(父性)에 대한 고려가 반드시 뒤따라야 하고, 이것은 모성보호의 범위와 연계되어야 한다. 이때 모성 또는 모성보호의 범위를 지나치게 축소시키거나 확대시켜서는 안 된다.

#### 나. 보호대상으로서 모의 범위<sup>17)</sup>

##### (1) 기준

먼저 여성보호와 모성보호를 구별할 필요가 있다. 여성이 신체적·사회적 약자로서의 지위에 있다고 하여 여성보호를 모성보호와 동일시하여서는 안 된다. 헌법 제34조 제3항의 여성보호는 모성과 무관하게 모든 여성을 보호하는 것을 의미하고, 모성보호의 대상으로서의 모는 ‘자녀’가 전제된 개념이다. 기존에는 모성보호를 직접적 모성보호와 간접적인 모성보호,<sup>18)</sup> 추가적으로 육아권으로 나누어 모두를 포괄하는 개념으로 이해하기도 했다. 직접적 모성

로 한정시키는 조항에 불과할 뿐 개념을 정의하고 있는 것으로 보기 어렵다. 다만 사전적으로는 “여성이 어머니로서 가지는 정신적·육체적 성질 또는 그런 본능”이라고 정의되고 있다. 국립국어원 표준국어대사전 <[http://stdweb2.korean.go.kr/search/List\\_dic.jsp](http://stdweb2.korean.go.kr/search/List_dic.jsp) 방문일자 2015. 6. 22.>

15) 김용철, “민·실정법상의 모성 보호”, 한국외대 외법논집 제3집, 1996, 12, 445쪽.

16) 이 법률들이 모두 취업여성의 모성만을 보호하고 취업하지 않은 모성은 보호대상에서 배제하고 있다는 측면에서 모성보호의 헌법적 의미를 퇴색시키고 있다. 자세한 것은 IV. 1. 참조.

17) Coester-Waltjen, a. a. O., Rn. 104.

18) 강이수, “여성해방과 모성보호”, 여성과 사회, 1991, 19-26쪽.

보호는 여성의 임신과 출산 기능에 보다 직접적으로 관련되는 사항을 의미하는 것으로 생리휴가, 산전산후휴가, 임신 중 경미한 업무로의 배치 및 전환, 출산휴가 중의 해고 금지, 유산 유급휴가, 수유시간 제공 등이 포함되고, 간접적 모성보호는 시간의 노동의 제한, 야간작업의 금지, 위험·유해작업의 금지, 갱내 노동의 금지 등이 포함된 것으로 이해되었다. 현재는 직접적 모성보호만을 모성보호로 좁게 보는 경향을 보이고 있는데,<sup>19)</sup> 모성보호의 개념을 여성들의 임신과 출산에 직접적으로 관련된 것으로 한정하고 그 외의 여성에 대한 보호는 여성보호로 분리하며 육아권은 별개의 범주로 구분한다. 만일 한번 모가 된 여성은 평생 동일한 범주 내에서 헌법 제36조 제2항의 모성보호가 보장된다고 한다면, 한정된 재원으로 인하여 정작 모성보호의 보장이 시기적으로 절실한 모들에 대한 보장이 형해화될 수 있기 때문이다. 이러한 측면에서 모의 개념을 광의, 협의로 나누고 제36조 제2항에 의한 보장은 임신, 출산 수유의 생리적 기능과 직접 관련된 협의에 국한시켜, 육아와 같은 그 밖의 간접적 보호는 가능한 다른 헌법조항에 의해 포섭이 가능하도록 체계화시킬 필요가 있다.<sup>20)</sup> 육아권의 경우까지 모성보호의 범위에 포함시키게 되면 육아에 대한 역할을 여성에게 한정시키는 결과가 초래되기 때문이다.<sup>21)</sup> 이렇게 헌법 제36조 제2항의 모성보호조항에 의한 보장대상이 특정될 수 있어야 그 보호 강도가 구체화될 수 있고, 모성보호조항이 헌법규범으로서 실효성을 가질 수 있게 된다. 따라서 육아권은 헌법 제36조 제1항의 가족의 보호 내지 제31조 제2항의 자녀교육권을 근거로 모와 부, 사회적 모 모두에게 인정하는 것이 바

19) 이명숙·공미혜, 앞의 논문, 87쪽.

20) 미래의 임신부인 미혼 여성에게까지 모성보호 조항이 적용되는 것으로 보는 견해로는 이명숙·공미혜, 앞의 논문, 87쪽. 모자보건법도 가입기여성을 모두 '모성'에 포함시키고 있다.

21) 헌법재판소는 "당초 근로여성을 대상으로 시행된 구 남녀고용평등법상의 육아휴직제도는 여성근로에 대한 특별한 보호를 규정하고 있는 헌법 제32조 제4항과 국가의 모성보호의무를 규정하고 있는 헌법 제36조 제2항에서 그 헌법적 근거를 찾아왔으나, 현행 육아휴직제도는 모성보호 및 근로여성의 직업능력 개발이라는 당초의 취지에서 한발 더 나아가 자녀양육의 지원을 통한 여성의 노동시장 참여 장려 및 직장과 가정의 양립, 출산장려와 아동복지 제고, 남성의 가족책임 분담과 이를 통한 실질적인 가족내 양성 평등의 달성이라는 사회적 기능을 수행한다고 할 수 있다."라고 하여 구 남녀고용평등법상의 육아휴직제도의 헌법적 근거를 제32조 제4항과 더불어 모성보호조항으로 보다가, 이 제도를 군인사법(2007. 12. 21. 법률 제8732호로 개정)에서는 6세 미만의 자녀에 대하여 3년 이내의 기간 동안 허용되는 것으로 확대하면서 양성 평등의 달성이라는 사회적 기능까지 포섭하는 것으로 보았다. 헌재결 2008. 10. 30. 2005헌마1156, 판례집 20-2상, 1015-1016.



람직하다고 생각한다.

(2) 사회적 모에 대한 고려

오늘날의 다원화된 사회에서는 혼인에 의해서 자녀가 출생하고, 가사전담자인 모에 의해서 전적으로 양육되어 온 전형적인 가족형태와 달리 미혼모, 입양가족, 한부모가정 등과 같이 반드시 혼인에 의해 가족이 성립되지도 않고, 친부모에 의해서만 자녀가 양육되는 것도 아니며, 부에 의해서 자녀가 양육되기도 하는 새로운 가족형태의 출현이 급증하고 있다. 이러한 혼인과 가족형태의 변화에 맞추어 모성보호의 대상과 범위도 새롭게 정립되어야 한다는 주장이 제기되고 있다.<sup>22)</sup> 이는 곧 여성의 생물학적 모성기능을 보호하는 협의의 ‘모성보호’를 뛰어넘어 모성의 개념을 여성의 육체적 기능에 한정하지 않고 사회적 범위로 확대하여 양모, 보호모 및 계모 등을 ‘사회적 모’에 포함시킨다. 이들이 제36조 제2항의 의미에서의 모인지가 문제된다. 사회적 모성은 자녀가 한 사회의 건강한 성원이 되도록 양육하는 측면, 즉 사회적 재생산에 초점을 맞춘 개념으로서 출산과 양육기능에 대해 국민재생산의 차원에서 접근된다. 따라서 사회적 모성에는 친부모에 의한 자녀양육은 물론, 보육기관 등에서 행해지는 사회화된 양육이 포함된다. 이 경우 사회적 모성이 반드시 여성에게만 국한되는 개념이 아니다. 헌법 제36조 제2항이 의문의 여지없이 자녀의 관점에서도 도입되었고 이러한 사회적 모가 사실상 자녀를 돌보는 과제를 부담하고 있다는 점에서 이들도 제36조 제2항의 의미에서의 모에 포함시켜야 하는지 논란이 되는 것이다. 사회적 모도 보호와 부조의 대상임에는 의문의 여지가 없다. 그러나 다른 한편으로는 부모의 양육권은 이미 헌법 제31조와<sup>23)</sup> 제36조 제1항에 의하여 보호되고 있다.<sup>24)</sup> 그러므로 제36조 제2항은

22) 김유진, 앞의 논문, 16쪽 각주 16) 참조.

23) 제31조 ② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.

24) 헌법재판소는 “자녀에 대한 부모의 양육권은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 누리는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.’고 규정한 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다.”라고 하여 양육권의 헌법적 근거를 제36조 제1항에서 도출하고 있다. 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1156, 판례집 20-2상, 1017.

모가 될 수 있는 여성의 생물학적 능력을 전제한 개념으로 축소시키고 사회적 모의 경우에는 다른 조항에 의한 헌법적 보호가 이루어지도록 하는 것이 바람직하다고 생각된다.<sup>25)</sup> 물론 정책적 차원의 배려는 얼마든지 가능하리라 생각된다. 따라서 ‘사회적 모’는 제36조 제2항에 포함되지 않으며, 부의 경우에도 마찬가지이다.<sup>26)</sup> 남녀평등의식의 고조로 인하여 남녀간의 생물학적 차이보다 개인적인 차이에 더 주목하게 되면서 모성보호의 범위는 생물학적인 모성만을 내용으로 하고 육아와 관련한 것은 생물학적 부와 모 뿐 아니라 ‘사회적인 부·모성’을 포함한다.<sup>27)</sup> 이에 따라 모성의 보호는 생물학적인 모성과 직접적으로 연관된 부담으로 한정되고,<sup>28)</sup> 국가의 보호 및 부조는 생물학적 모성의 특별한 부담, 즉 임신, 출산, 수유기와 연관된 것으로 한정한다. 이때 주의할 것은 제36조 제2항의 모가 생물학적 모성에 한정된다고 하여 모성보호의 정책적 측면까지 이러한 개념에 한정되는 것은 아니라는 점이다. 국가정책적 측면에서는 가능한 넓은 범위를 포괄하는 정책을 펼치는 것이 바람직하다. 다만 범위를 넓혀갈수록 국가의 재정이 많이 투입될 수밖에 없고, 그러는 과정에서 규범의 실효성이 상실될 우려가 있기 때문에 헌법적 차원에서는 생물학적 모성으로 한정하여야 한다는 것이다. 이하에서는 모의 개념을 재정립하며, 각 범주마다 정책적 차원의 보호와 부조가 각각 상이하게 시행될 수 있다는 것을 밝혀둔다.

#### 다. 모성보호의 대상으로서의 ‘모’의 개념

##### (1) 광의

모든 자녀를 둔 모를 의미한다. 이 범주 내에는 사회적 모도 포함되고, 부

25) 반대 견해로서 Robbers, a. a. O., Rn. 290는 입양모 또는 보호모와 같은 사회적 모에게 모성보호가 거부된다면, 이것은 규범의 보호목적과 일반적인 사실적 상황을 오인한 것이라고 하면서 갓난 아이를 입양하여 양육한 여성은 아이를 직접 임신하고 출산한 모와 동일한 상황에 놓인다고 한다.

26) BVerfG, NJW 1987, S. 179(180).

27) 같은 취지에서 전운선, 모성보호에 관한 연구, 창원대 행정대학원, 2003. 2, 6쪽; 이와 반대로 출산 후 다음 세대에 대한 여성의 육아권에 대한 보호도 모성보호의 측면에서 이해되고 제도화되어야 한다고 보는 견해로는 김용철, 앞의 논문, 450쪽.

28) Coester-Waltjen, a. a. O., Rn. 104; 생리휴가를 ‘임신 전의 모성보호’의 범위에 포함시키는 견해가 있는데(김용철, 앞의 논문, 453쪽), 생리휴가는 여성보호의 범주에 포섭시키는 것이 바람직하리라 생각된다.

성과 동등한 차원에서의 보호가 이루어져야 한다. 주로 육아권과 관련하여 의미가 있다.

## (2) 협의

협의의 모성보호를 위한 ‘모’는 오직 임신 중이거나 출산 후 수유기간에 있는 모와 임신을 위해 적극적으로 준비하고 있는 예비 모<sup>29)</sup>를 의미한다. 모성보호의 대상으로서의 모는 이에 국한된다고 본다. 협의의 개념은 모성보호가 생물학적 의미의 임신·출산 또는 자녀의 출생과 연동되어 있다.

### 라. 모성보호의 내용과 범위

#### (1) 내용과 범위

헌법 제36조 제2항은 가족 내에서 모의 특별한 역할을 인정하고 그와 결부된 특별한 부담에 대한 적절한 조정을 할 의무를 국가에 부과한다. 이러한 역할은 자연적이고 기능적인 특수성으로부터 결과되는데, 특히 임신, 출산, 수유와 모와 아이의 특별한 사회적·감정적 관계로부터 기인한다.<sup>30)</sup> 따라서 헌법 제36조 제2항의 의미에서의 모는 앞서 설명한 바와 같이 1차적으로 자녀의 출산을 앞두고 있거나 출산하여 수유 중인 모든 여성이다.<sup>31)</sup> 이때 자녀를 사산한 경우도 해당되는데,<sup>32)</sup> 보호와 부조의 수혜자는 1차적으로 모이지 자녀가 아니기 때문이다. 자녀가 사망해도(출생 직후 사망해도) 모에 대한 보호와 부조필요성은 인정된다. 보편적 인권의 측면에서 혼인에 의한 것인지 또는 비혼인에 의한 임신과 출산인지 구별하지 않고, 나아가 모의 국적도 고려하지 않는다.<sup>33)</sup> 그러나 임신기간과 출산, 자녀의 첫 생애시기와 수유기간이 특별한

29) 임신을 위해 적극적으로 인공수정이나 시험관시술을 시행했거나 확실하게 예정하고 있는 예비 모로 엄격하게 한정한다. 예비 모의 경우에는 임신이 시기적으로 임박했음을 근거로 헌법 제36조 제2항의 모로 포섭하는 것이다. 후술하는 아이가 사산한 경우에도 모성보호의 대상이 되는 것과 동일한 이유에서이다. 이는 난임휴가 또는 난임휴직과 관련하여 매우 큰 의미가 있다.

30) Robbers, Gehards, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GGK, Art. 6 GG, Rn. 278.

31) BVerfGE 55, 154(157f.); 32, 273(277); 52, 357(365); Coester-Waltjen, in: a. a. O., Art. 6 Rn. 48. 필자의 경우에는 매우 엄격한 의미의 ‘예비 모’의 경우에도 임신의 시작단계로 보아 보호대상으로서 협의의 범위를 밝힌바 있다.

32) Badura, a. a. O., Rn. 145.

33) Coester-Waltjen, a. a. O., Rn. 104.

기준과 근거에 의해 보장되는 것이므로 이 기간을 넘어서까지 보장되지 않는다.<sup>34)</sup> 이 규정은 헌법적으로 인정되는 모에 대한 우대를 형성하고 부(父)도 자녀도 아닌 모에 대한 보호만을 지시한다. 헌법 제36조 제2항은 특별한 보호 범익의 보장을 위해서 헌법 제11조의 일반적인 평등원칙과 성별에 따른 평등 명령을 깨뜨리고 있는데, 여성과 남성을, 모인 여성과 모가 아닌 여성을 차별 대우하고 있다. 평등의 관점 하에서 이와 같은 모를 위한 헌법적 보호명령은 기존의 불이익을 제거함에 있어서 국가의 협력으로서 간주된다.<sup>35)</sup> 국가는 새로운 생명을 위해서 모와 가족의 현재 또는 예견가능한 출산준비를 위협하는 모든 위험요소에 대처하여야 한다.<sup>36)</sup>

(2) 모성보호와 자녀보호의 관계: 子の 권리?

제36조 제2항은 직접적으로는 모를, 간접적으로는 자녀를 헌법적으로 보호한다.<sup>37)</sup> 모성과 양육이 사적인 영역이긴 하지만, 궁극적으로 공동체의 이익과도 부합하므로 국가는 그에 대한 조치를 취하여야 한다. 이러한 측면에서 헌법 제36조 제2항의 모성보호와 헌법 제36조 제1항의 혼인과 가족을 위한 특별한 보호명령과의 관계가 점차 더 명확해진다. 국가는 태어날 생명을 위해서 여성과 가족의 실제의 생활관계 속에서 현재 발생하고 있거나 예견될 수 있는 출산준비를 위협하는 모든 위험에 대해서 조치를 취해야 한다.<sup>38)</sup> 위법한 낙태의 금지를 위한 특별한 보호의무와 간접적으로는 출생 이후의 자녀의 보호와 부조를 포함한다. 그러나 이러한 보호는 모의 출산이라는 삶의 상황에 종속되어 출산과 수유기를 지나게 되면 종료한다. 즉 자녀의 그 이후의 지속적인 성장시기나 유년기의 경우에는 모성보호조항을 통해서가 아니라 부모의

34) 독일 연방헌법재판소는 이에 대해 판단을 유보하였다. BVerfGE 94, 241(259); 47, 1(20); 32, 273(277); Coester-Waltjen, a. a. O., Art. 6 Rn. 48, 50; Jarass/Pieroth, Art. 6 Rn. 46; Schmitt-Kammler/von Coelln, in: *Sachs*, GG, Art. 6 Rn. 79.; 이와 반대로 비록 그 범위와 내용이 축소될지라도 아이가 성년에 달한다고 하여 그 보호가 완전히 끝나는 것이 아니라고 보는 견해가 있다. Robbers, a. a. O., Rn. 278, 292.

35) Badura, a. a. O., Rn. 155.

36) BVerfGE 88, 203(258f.).

37) Badura, a. a. O., Rn. 150.

38) BVerfGE 88, 203(258f.).

양육권과 자녀교육권(헌법 제36조 제1항 및 제31조 제2항) 등을 통해서 보호된다. 이러한 보호는 임신기간과 출생을 통해서 확인된 자녀 삶을 위한 (한칸 앞으로)준비를 지원하기 위해서나 공동체의 다음 세대 출산을 위한 모의 기여와 자녀의 양육을 위한 경제적인 조정을 위한 것을 넘어서지 않는다.<sup>39)</sup>

이러한 측면에서 제36조 제2항을 통해 보호되는 모의 자녀는 모성보호조항을 통해 사실상 혜택을 받게 되지만, 그러한 보호를 직접 주장할 수는 없다.<sup>40)</sup> 제36조 제2항은 모를 보호하는 조항이기 때문이다.

### Ⅲ. 모의 기본권 신설

#### 1. 헌법조문 정비의 필요성

헌법은 제36조 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”, 제2항에서 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”, 제3항에서 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하고 있다. 단지 동일 조문 내의 전체 구조에만 비추어 보아도 제2항의 모성보호는 제1항의 “보장한다” 또는 제3항의 “국가의 보호를 받는다”와 달리 “국가는 노력하여야 한다”라고 하여 국가에 기속력 있는 규범으로서 작용하기 어렵다.<sup>41)</sup> 이는 사회적 기본권 조항인 제34조 제1항 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”, 제2항 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”, 제4항 “국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.”, 제5항 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”의 구조와 비교하여서도 상대적으로 규범

39) 다른 견해 Robbers, in: Mangoldt/Klein/Stark, Rn. 278, 292.

40) BVerfGE 61, 18(27); 다른 견해로서 Schmitt-Kammler/von Coelln, a. a. O., Rn. 84.

41) 헌법 제36조 제2항의 “노력하여야 한다”의 의미를 기본권규정으로 보는 견해도 있는데, 지나친 확대해석이라고 생각된다. 강경근, 『헌법학』, 법문사, 1997, 668쪽 참조.

력이 매우 약하여 국가목표규정으로서의 역할도 기대하기 쉽지 않다. 다만, 모자보건법 제3조에서 “국가와 지방자치단체는 모성과 영유아의 건강을 유지·증진하기 위한 조사·연구와 그 밖에 필요한 조치를 하여야 한다.”라고 하여 모성보호를 위한 책임이 국가와 지방자치단체에 있음을 법률 차원에서 밝힘으로써 제36조 제2항을 보완하고 있다.

한편 독일의 경우, 모성보호조항은 1919년 바이마르 헌법 제119조 제3항을 연원으로 하고 있는데,<sup>42)</sup> 이 당시부터 가족과 자녀에 대한 배려, 모성보호를 국가와 지방자치단체의 과제로 규정하였고, 이것은 오늘날 부모의 자녀교육과 보호에 대한 국가의 감독의무로 계승되었다. 이러한 모성보호의 헌법적 보장은 기본법에서 더 강화되는데, 기본법 제6조 제4항에서<sup>43)</sup> 모성보호는 혼인과 가족, 부모의 권리와 결부하여 국가의 보호를 요구할 수 있는母的 기본권으로 규정되어 있다.<sup>44)</sup> 이와 달리 현행 헌법은 제36조 제2항에서 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”고 국가목표규정으로서 규정되어 있다. 이 규정은 국가가 모성을 보호하기 위해 노력할 의무를<sup>45)</sup> 규정한 것이기 때문에 모성보호를 국가에 요구하는 권리로서의 근거규범이 되지 못한다. 따라서 국가의 의무 뿐 아니라 입법자에 대한 구속력 있는 위임이자 보호와 부조를 요구할 수 있는 ‘모의 기본권’으로 규정될 필요가 있다.<sup>46)</sup> 한편, 헌법 제36조 제2항을 문언 그대로 두고 ‘모성권’의 권리로 재개념화하려는 주장도 있으나,<sup>47)</sup> 헌법해석상 동 조항은 헌법소원 청구가 가능한 기본권으로 보기는 어렵다고

42) 바이마르 헌법 제119조 모성(Mutterschaft)은 국가의 보호와 부조를 요구할 권리를 가진다.

43) 기본법 제6조 제4항 모든 모(Jede Mutter)는 공동체의 보호와 부조를 요구할 권리를 가진다.

44) 모성보호조항을 비교법적으로 살펴보면, 독일과 같이 기본권 형식으로 규정된 경우도 있고, 터키, 포르투갈, 예멘 등과 같이 국가의 보호의무의 형식으로 규정된 경우도 있으며, 영국이나 미국처럼 헌법상 모성보호에 관한 헌법규정이 없는 경우도 있다.

45) 그 조차도 ‘의무’라는 단어를 직접 사용하지 않고, ‘노력하여야 한다’에 그치고 있다.

46) 현행 헌법 제36조 제2항으로부터 모성보호의 권리를 인정하고, 그 성격을 생존권으로 보며, 국가권력에 의해서 모성을 침해받을 때 그 침해배제청구권이란 측면은 물론 보다 더 나은 보호를 청구할 수 있는 적극적 권리로서의 성격을 갖는다고 보는 견해도 있다. 이 견해의 경우에는 혼인·가족생활·모성보호를 모두 가정의 자유 속으로 편제한 후, 이 모두를 한꺼번에 포괄적으로 분석하였기 때문에 규정형식에 대한 고찰이 개별적으로 이루어지지 못한 것으로 판단된다. 강경근, 『헌법학』, 법문사, 1997, 668쪽; 같은 취지로 김용철, 앞의 논문, 447쪽. 그 밖의 헌법교과서의 경우에는 헌법 제36조에 대한 언급이 전혀 없거나 제1항에 대한 분석만 하고 있다.

47) 전윤선, 앞의 논문, 34쪽.

판단된다. 이러한 관점에서 보호적인 규정들 중에 여성의 재생산 기능과 관련하여 필요한 것에 대하여는 보호보다 권리화하는 방향으로 변화시켜야 하며, 그 이외의 보호적 규정들은 현재 여성들에게 현실적 이익이 있더라도 평등으로의 큰 방향을 일관성 있게 추구해야 한다는 주장이 제기된 바 있다.<sup>48)</sup>

## 2. 규정 형식

모의 기본권 신설과 관련하여 우리 헌법상의 규정형태를 유럽연합 헌법 제 93조(유럽연합기본권헌장 제33조) 제2항을<sup>49)</sup> 참조하여 규정하고자 하는 견해가 있다.<sup>50)</sup> 이 견해는 다음과 같은 개정(안)을 제시하고 있다.

개정(안)<sup>51)</sup>

「가족생활 및 직업생활」

① 가족에 대한 법적·경제적·사회적 보호는 보장된다.

② 모든 국민은 가정생활과 직장생활을 조화시킬 수 있도록 모성을 이유로 한 해고로부터 보호받을 권리 및 자녀의 출산이나 입양 후 유급의 출산휴가 또는 양육휴가를 요구할 권리가 있다.

위 개정(안)은 제목을 가족생활과 직업생활이라고 하여 가족생활과 직업생활이 병행가능하도록 한다는 취지를 제목으로부터 확인하게 하고, 제1항에서 가족생활에 대한 헌법적 보장을, 제2항에서 가족생활과 직장생활의 조화를 위해 모성을 이유로 한 해고금지, 유급의 출산휴가와 양육휴가를 요구할 권리를 헌법적으로 명확하게 보장하고자 한다는 측면에서 현행 헌법의 규정형식보다 발전된 형태라고 평가될 수 있다. 그러나 이러한 열거식의 헌법조항은 규정된 내용에 대해서는 확실한 보장이 이루어질 수 있다는 장점이 있는 반면, 규정된 내용 이외의 보호요소와 조치들을 처음부터 적용대상에서 배제시

48) 석인선, 앞의 논문, 298쪽.

49) 유럽연합헌법 제93조 제1항과 제2항

① 가족에 대한 법적, 경제적, 사회적 보호는 보장된다.

② 모든 사람은 가정생활과 직장생활을 조화시킬 수 있도록 모성을 이유로 한 해고로부터 보호받을 권리 및 자녀의 출산이나 입양 후 유급의 출산휴가 또는 양육휴가를 요구할 권리가 있다.

50) 석인선, 앞의 논문, 310쪽.

51) 석인선, 앞의 논문, 312쪽.

킬 수 있는 소지가 있어서 바람직한 형태가 아니라고 생각한다. 위 개정(안)의 경우 모성의 권리가 직장 여성의 경우에만 보장되는 형태를 띠게 되고, 내용적으로도 직장 내 해고나 출산휴가 또는 양육휴가에 한정되게 되는데, 이로 인해 첫째, 모성보호의 헌법적 내용이 열거된 사항으로 한정되어 보호범위가 지나치게 좁아지는 문제가 발생하고, 둘째, 직장생활을 하지 않는 모는 모성보호의 대상에서 처음부터 배제되는 문제가 발생한다. 헌법상의 보호와 부조에 대한 기본권은 모든 모에게 인정되어야 한다<sup>52)</sup>. 따라서 모성보호를 단지 직업여성과 같은 특정 집단으로 한정하는 것은 허용되지 않고, 직업활동을 하지 않는 모와 직장에 소속되지 않고 독립적으로 직업활동을 하는 모들에게 보호와 부조를 하지 않는 것은 허용되지 않는다.<sup>53)</sup> 모성보호의 내용을 직장 내로 한정시켜 비직장인의 모성을 처음부터 배제시킬만한 정당한 사유가 있다고 보여지지 않기 때문이다. 또한 보호대상인 직장인 모의 경우에도 임신 중 경미한 업무로의 배치나 수유시간 제공 등의 내용이 헌법적으로 배제될 위험이 있기 때문에 위와 같은 개정(안)은 바람직한 규정형태로 보기 어렵다. 헌법은 목적으로서 보호를 할 것인지 여부만 확정할 뿐 개별적인 형성까지 하는 것은 아니다.<sup>54)</sup> 따라서 헌법에는 국가에 모성보호를 청구할 모의 권리로서만, 즉 모의 보호청구권만을 규정하고 법률적 차원에서 구체적인 권리를 설정하는 방식을 채택하는 것이 바람직하다고 판단된다.

## 2. 모의 기본권 신설의 효과

### 가. 기본권적 효력

#### (1) 기본권 규정의 의미

이미 모의 기본권을 신설한 독일의 경우, 기본법 제6조 제4항은 특별한 영역과 관련하여 사회국가원리를 구체화하고 있다고 해석되고 있다. 동 조항의

52) 물론 개별 법률에서 입법목적에 부합하도록 권리주체를 근로여성과 같은 특정집단에 한정시키는 것은 얼마든지 가능하다.

53) Robbers, a. a. O., Rn. 291.

54) Badura, a. a. O., Rn. 162.



기본권규정의 의미에 대하여 연방헌법재판소는 다음과 같이 설명하였다.

“기본법 제6조 제4항은 입법자에 대한 구속력 있는 위임을 포함하고 있는데, 그 이행은 입법자의 자유로운 임의에 맡겨져 있는 것이 아니다. 그 문구는 물론 동 조항의 성립사도 이것을 말해주고 있다. 바이마르 헌법 제119조 제3항과는 달리 기본법 제6조 제4항은 의식적으로 다른 보다 구체적인 규정을 갖게 되었는데, 그에 따르면 이 보호는 일반적으로 ‘모성’과 관련된 것이 아니라 ‘모든 어머니’에게 귀속되었다. 기본법 제6조 제4항은 기본법 제6조 제1항과 기본법 제6조 제5항과 마찬가지로 사법과 공법의 전체 영역에 대하여 구속력 있는 헌법적인 가치결단의 표현이다.<sup>55)</sup>

기본법 제6조 제4항의 보호과제는 우선 첫째, 모의 불이익을 구체화하는 규정을 중단할 의무를 지운다. 나아가 그것은 입법자에게 모의 이익을 위한 규정을 제정할 의무를 지운다. 이에 따라서 직업활동을 하는 여성은 임신기간 동안 그리고 분만 후에 직장의 상실로부터 보호된다.<sup>56)</sup> 나아가 그것은 임신과 모성으로 인하여 발생하는 모의 경제적 부담을 제거할 것을 명한다.”<sup>57)</sup>

독일 연방헌법재판소가 판시한 바와 같이 모성보호가 기본권의 형식으로 규정되면 입법자를 구속하는 헌법적인 가치결단의 의미가 부여되는 반면, 우리나라의 현행 모성보호조항과 같은 국가목표규정은 입법자를 위한 일반적 지침의 성격을 갖는다. 그러한 한 국가목표규정의 기능적 내용은 프로그램규정과 마찬가지로 매우 적다. 이처럼 국가목표규정에 의한 보호는 약한 규범력으로 인하여 상대화될 우려가 있으므로,<sup>58)</sup> 기본권규정으로의 개정이 바람직하다.

## (2) 입법부작위에 대한 헌법소원가능성

헌법 제36조 제2항의 모성보호조항이 기본권의 형식으로 규정되면, 주관적 헌법적 권리로서의 특성을 모두 갖게 된다. 이 경우 모의 기본권은 사회적 기본권에 해당되기 때문에 기본권의 규범적인 내용규정은 입법자에 의해서 구체화될 수밖에 없다. 이때 기본권적 보호위임에 대한 입법적 흠결이 발생하게

55) BVerfGE 32, 273(277).

56) BVerfGE 85, 360(372).

57) BVerfGE 88, 203(259f.).

58) Kirchhof, Kinderrechte in der Verfassung - Zur Diskussion einer Grundgesetzänderung, ZRP 2007, S. 149, 151.

되면 이것은 헌법규범에 대한 위반으로서 규범통제나 입법흡결 또는 불충분한 입법을 호소하는 모의 헌법소원을 통해서 헌법적인 심사가 이루어질 수 있다. 헌법소원제도는 공권력의 남용·악용으로부터 헌법상 보장된 국민의 자유와 권리를 보호하는 헌법재판제도이기 때문에 통치권의 기본권기속성을 실현할 수 있는 가장 실효성 있는 권력통제장치이다.<sup>59)</sup> 이러한 측면에서 독일에서 바이마르 헌법 제119조 제3항의 ‘모성(Mutterschaft)의 권리’를 기본법 제6조 제4항에서 ‘모든 모(jede Mutter)의 권리’로 개정하여 헌법소원이 가능하도록 한 것은 우리 헌법에 매우 큰 시사점을 준다.

### (3) 국가의 기본권보호의무

기본권은 1차적으로는 주관적 공권이며 객관적 가치질서로서의 이중적 성격을 가진다. 이러한 객관법적 성격으로부터 기본권적으로 보호되어야 하는 법익을 제3자가 위법하게 침해하는 경우에 적극적으로 기본권을 보장해야 할 국가의 기본권보호의무가 발생한다. 즉 기본권은 기본권적으로 보호되어야 하는 법익에 대한 직접적인 국가의 제한을 금지할 뿐 아니라, 이러한 법익을 보호하고 촉진시키고 제3자의 위법한 위해로부터 기본권주체를 보호하도록 국가에 명령하고 있다.<sup>60)</sup> 이러한 국가의 기본권보호의무는 무엇보다도 기본권적으로 보호되는 법익을 구체적으로 위협하고 있는 제3자의 위해의 경우에 파악되는데,<sup>61)</sup> 만일 현행 모성보호조항이 기본권의 형식으로 규정된다면, 제3자에 의한 모성침해의 경우에 국가의 기본권보호의무가 발생하게 된다. 만일 입법자가 모를 위한 보호와 부조를 위해 필수적인 규율을 태만히 하거나 취한 조치가 완전히 부적절하거나 불충분하다는 것이 명확하다면 기본권적 보호의무를

59) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 889쪽.

60) 기본권의 보장은 단순히 국가권력의 부당한 침해로부터 개인의 자유를 보장할 뿐만 아니라 공동체 가치질서의 구성요소로서 국민의 기본권을 사인에 의한 침해로부터 보호할 의무를 국가에게 적극적으로 부과하는 것이기도 하다. 오늘날 사인이나 기타 사회적 세력에 의한 국민의 기본적 자유의 침해가 점증하고 있는 현실에서 기본권규범이 국민의 기본권에 대한 공권력의 위법한 침해행위를 금지할 뿐만 아니라, 국가로 하여금 사인에 의한 기본권적 법익의 침해로부터 국민의 기본권을 보호하도록 의무를 부과할 때 비로소 국민의 기본권은 사회생활의 실재에서 실효적으로 행사될 수 있다. 헌재결 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 126-127; BVerfGE 39, 1(41); 46, 160(164); 49, 24(53); 49, 89(142); 88, 203(251).

61) 정혜영, “과소보호금지원칙에 관한 소고”, 강원법학 제38권, 2013. 2, 632쪽.

위반한 것이다.<sup>62)</sup> 특히 고용주와의 관계에서 큰 의미가 있을 것으로 보인다.

#### 나. 입법자에 대한 위임

모의 기본권이 신설되면, 이는 곧 연방헌법재판소가 판시한 바와 같이 단지 선언적 규정, 즉 모성의 보호에 관한 구속력 없는 국가의 선언에 그치는 것이 아니라, 입법자에 대한 구속력 있는 위임이자<sup>63)</sup> 보호와 부조를 요구할 수 있는 진정한 기본권이며 가치결정적 근본규범으로 기능하게 된다.<sup>64)</sup> 또한 사회국가원리의 구체화된 표현으로서 사회적 기본권이며, 규정된 헌법제정자의 기본결정은 공법과 사법에 대하여 마찬가지로 적용되며, 모든 국가기관을 구속한다.<sup>65)</sup> 기본권은 모성보호와 부조를 보장할 입법자에 대한 지속적인 위임을 포함하게 되지만, 그럼에도 불구하고 개별 대상에 있어서 모에 대하여 공동체의 보호의무와 부조의무가 무엇인지 아무런 구체적인 척도를 포함하지는 않는다.<sup>66)</sup> 연방헌법재판소는 입법자에게 광범위한 형성권을 인정하고 있으며<sup>67)</sup> 이에 따라 국가가 모든 부담을 다 질 필요는 없고, 모 스스로에게나 또는 다른 사인에게도 부담을 지도록 할 수 있다.<sup>68)</sup>

## IV. 관련문제

### 1. 모성보호를 위한 단일 법률 제정의 필요성

현행 ‘모성보호’ 관련 법률은 모자보건법, 근로기준법, 남녀고용평등법, 남

62) Aubel, Tobias, *Der verfassungsrechtliche Mutterschutz*, Duncker & Humbolt, 2003, S. 16.

63) BVerfGE 32, 273(277); 60, 68(74); 85, 360(372).

64) Coester-Waltjen, a. a. O., Rn. 105 참조.

65) BVerfGE 32, 273(277).

66) Badura, a. a. O., Rn. 146.

67) BVerfGE 32, 273(277); 52, 357(365); 60, 68(74); 109, 64(85f., 88) 모성보호는 입법자가 형성함에 있어서 넓은 형성의 자유가 인정되는 사회정책적 과제이다.

68) BVerfGE 37, 121(126f.) - 사용자의 추가지급.

녀차별금지법, 고용보험법, 국가인권위원회법 등이며, 해당 법률의 입법목적에 부합하는 정도로 모성보호 관련 내용이 각 법률에 산발적으로 규정되어 있다. 이와 같이 모성보호를 위한 세부규정들이 관련 법규의 규율목적에 부합되어야만 규정될 수 있기 때문에 그 어느 법률의 입법목적에도 해당되지 않는 내용의 경우에는 누락될 수밖에 없다. 이 문제는 현재 시행되고 있는 모성보호관련 법률을 통해서도 발생하고 있다. 2001년 이른바 모성보호3법(근로기준법, 남녀고용평등법, 고용보험법)의 개정으로 모성보호비용의 사회분담화가 실시되고 있기는 하지만, 모성보호3법은 모두 직장 내 취업을 한 근로여성을 위해서만 적용되는 노동법이다. 이렇게 모성보호의 대상을 근로여성으로 한정시킨 것은 모성보호를 위한 비용을 누가·얼마나 부담할 것인가의 문제 때문이었는데, 보호대상을 모든 여성으로 할 것인가, 근로여성에게만 한정할 것인가를 둘러싸고 논란이 있는 가운데, 현실적으로 가능한 예산규모와 지출에 맞추어 근로여성으로 한정시킨 것이다.<sup>69)</sup> 현행 헌법 제36조 제2항이 기본권 규정으로 개정된다고 하더라도 지금처럼 입법자가 근로여성을 대상으로 한 법률만을 제정한다면 근로여성이 아닌 전업주부인 여성의 모성은 아무런 헌법상의 보장을 받지 못하게 된다. 결국 취업여성의 모성만 보호할 가치가 있다는 것을 의미하게 되는데, 이것은 곧 헌법에서 배제하지 않은 보호대상을 법률로써 배제시키는 결과를 초래하게 되는 것이다. 이러한 문제를 해소하고 통일성을 기하기 위하여 모성보호를 위한 단일 법률(가칭 ‘모성보호법’)을 제정할 필요가 있다. 가칭 ‘모성보호법’에는 국적 또는 혼인 여부 및 취업 유무를<sup>70)</sup> 묻지 않고 모든 모성에 공통되는 보호요소를 규정하여야 하고, 근로여성의 경우에도 정규직근로자와 비정규직근로자 등을 대상으로 임신, 출산, 육아에 관한 보호와 지원 내용들을 통일적으로 규합하고 더 강화시키는 형태로 규정하여야 한다. 예컨대 임신부의 근로시간, 작업환경, 해고금지를 비롯하여

69) 취업여성의 모성만을 입법적으로 보장하게 된 과정에 대해서는 전윤정, 한국의 모성보호법 도입에 관한 연구 - 정책 행위자들의 대립과 갈등양상을 중심으로 -, 서울대학교 석사학위논문, 2005, 60쪽 이하 참조.

70) 현행 정책은 취업하고 있지 않은 여성의 모성보호에 소홀한 측면이 있다. 비록 모성보호정책의 시초가 주로 취업여성의 보호를 목적으로 발전되었고, 오늘날에도 그 의미가 매우 크긴 하지만, 그렇다고 하여 취업하지 않은 여성의 보호에 대한 논의가 거의 이루어지지 못하고 있는 점은 매우 안타까운 일이다. 여성이 취업을 했는지 여부는 헌법 제36조 제2항의 모성보호조항의 고려대상이 아니다.

산전후휴가 및 휴가급여, 부모휴직제도, 휴직수당 및 지급기간 등을 체계정합성에 맞추어 정비하는 것이다. 또한 임신 초기와 중기, 말기, 수유기 등의 시기를 구분하여 구성할 필요도 있는데, 이는 각 시기마다의 보호유형이 다르기 때문이다. 특히 난임여성에 대한 배려가 반드시 삽입되어야 하고, 임신 초기의 유산률을 낮추기 위한 방안으로서 임신 초기 임신부를 위한 휴가 및 재정 지원 등을 모색하여야 한다. 상대적으로 보호대상에서 관심을 받지 못했던 초기 임신부의 고통을 덜어주고 계류유산의 가능성이 높은 시기를 안전하게 보낼 수 있도록 하여 모와 자녀 모두의 건강을 보호하도록 한다. 단일 ‘모성보호법’(가칭)을 제정할 때에는 ① 임신, 출산, 육아에 대한 인식 변화 제고와 사실적 차별금지조치,<sup>71)</sup> ② 모와 자녀의 인간존엄 존중(임산부의 특권 신설), ③ 미성년 모와 미혼모에 대한 특별한 보호, ④ 국가와 지방자치단체, 기업의 역할배분의 문제(재정적 부담), ⑤ 위반에 대한 제재조치, ⑥ 기업에 대한 인센티브제 도입 등 현행 보다 적극적인 내용들이 반드시 고려되어야 한다.

## 2. 단계별 특권 신설

모성보호의 단계를 크게 임신 전 예비 모의 단계와 임신 초기, 출산 직후 및 수유기의 세단계로 나눈다. ‘예비 모’<sup>72)</sup>는 적극적으로 시험관시술 등의 난임극복을 위한 치료와 함께 임신을 시도하는 경우로 한정시키고자 한다. 현대 산업사회에서 환경적 요소들에 의한 난임이<sup>73)</sup> 증가하고 있고, 난임으로 인하여 인구수가 줄어들어 국가의 존속이 위태롭다면, 난임을 그로 인해 고통받고 있는 여성 개인의 문제로 간주하고 국가가 무관심하게 방관할 것이 아니라 난임, 유산 등의 문제도 국가의 과제로 인식하고 국가가 적극적으로 난임극복

71) 특히 직장 내에서의 차별금지도 과거부터 중요하게 인식되어 왔음에도 불구하고, 사실적 차별이만연되어 왔으므로 이에 대한 제재조치가 수반되어야 한다.

72) ‘예비 모’의 개념은 현재 시점에서 적극적으로 임신을 시도하고 있는 여성으로 한정시킨 개념으로서 일반적, 잠정적 의미에서 미래의 불특정 시점에 임신을 하고자 하는 의사가 있는 여성과의 구분을 위해 사용한 용어이다.

73) 난임이란 배우자와 동거하면서 피임을 하지 않고 정상적인 부부관계를 가진 상태에서 1년 이내에 임신이 되지 않거나 생존아를 출산할 수 있는 임신을 지속할 수 없는 상태를 말한다. 황나미, 우리나라 불임현황과 정책과제, 보건복지포럼, 2003(이명숙·공미혜, 앞의 논문, 97쪽 재인용).

의 방안을 마련해야 한다. 현재의 난임 지원정책은 여성의 임신과 출산을 돕는 의료비의 지원에 한정되고 있는 실정인데, 이와 더불어 매우 중요한 의미가 있는 것이 직장여성들에게는 난임휴가 또는 난임 휴직이다. 심신의 안정 없이 임신도 임신의 지속도 매우 어렵기 때문에 난임휴직은 난임부부들에게 매우 중요한 의미가 있음에도 불구하고 제도와 법률적 뒷받침이 없기 때문에 현재 거의 시행되고 있지 못하고 있다.<sup>74)</sup> 초혼연령의 상승이나 맞벌이 부부들의 사회적·경제적·시간적인 문제 등으로 인하여 임신 시기를 놓치는 경우가 빈번하다. 막상 임신이 어려워진 후에는 개인의 노력만으로는 극복하기 어려운 점이 많으므로 공동체적 관점에서 사회적 배려가 이루어져야 한다.<sup>75)</sup> 이를 위한 방안으로서 난임휴직을 근로기준법에 명시하는 방식이 가장 바람직하다고 생각되나, 과도기적 형태로서 2~3주 정도의 난임휴가를 보장함으로써 최소한 임신을 위한 시술기간 만큼이라도 신체적 및 심리적 안정을 유지할 수 있는 환경조성이 이루어질 수 있도록 공동체가 협력하여야 한다. 그리고 이를 위한 가장 강력한 수단은 바로 이러한 보호를 관련 법률에 권리의 형식으로 규정하는 것이다.

초기 임신부의 경우에는 임신 여부가 외형적으로 드러나지 않지만, 입덧과 높은 유산가능성 등으로 인하여 신체적인 고통이 심한 시기를 보내게 되므로 초기임산부에 대한 보호는 필수적이다. 임신 뿐 아니라 유산의 경우에도 개인의 사적 영역으로 바라볼 것이 아니라 공동체의 문제로 인식할 필요가 있다. 저출산 극복을 위한 가장 현실적인 방안이므로 유산율을 적극적으로 막는 국가의 노력이 필요하다. 이 시기는 정신적·신체적 안정이 매우 중요한 시기이므로 근로 여성의 경우 임신휴가가 보장될 필요가 있고, 임산부 지정좌석제나 출석지 않고 입장하기와 같은 생활 속의 특권이 정착되도록 하며, 이에 대한 국민의 인식 개선이 이루어지도록 선제적으로 법제도화할 필요가 있다.

마지막으로 출산 직후 및 수유기의 경우에는 산후우울증에 대한 심리상담

74) 이명숙·공미혜, 앞의 논문, 83쪽.

75) 난임 치료 여성 중 30% 정도만 시술을 받기 위해 사직 또는 휴직을 하는 실정인어서 현재 사회활동을 하는 난임 여성 상당수가 시간적 제약으로 인해 난임 치료를 포기한 것으로 나타난다. 여성노동자의 경우 직장에서의 과중한 업무와 스트레스, 임신 준비를 위한 건강한 상태의 몸만들기 등 의료 외적인 면도 함께 고려되어야 할 것이다. 이명숙·공미혜, 앞의 논문, 83쪽.

서비스와 더불어 빠른 신체적 회복을 위한 각종 산후서비스들이<sup>76)</sup> 다양하게 이루어져 인간다운 삶과 가치가 지켜질 수 있도록 지원하여야 한다.

### 3. 부에 대한 역차별의 문제

모성에 대한 보호가 부에 대한 역차별을 발생시키는 것인지에 대해 검토할 필요가 있다. 이것은 두 가지 측면에서 부인된다. 첫째, 임신, 출산, 수유 등 신체적·생물학적 차이에 의한 보호라는 측면에서 합리적 사유가 있는 차별이기 때문에 실질적 평등의 관점에 부합한다는 점, 둘째, 모에 대한 보호는 궁극적으로 자녀와 부 모두를 위한 것이라는 점이다. 오히려 헌법이 모성을 특별히 보호하는 것이 모를 우대하고 부를 차별하는 것으로 보는 견해에 대해서는 자녀와의 관계에서 모와 부를 이분법적으로 구분짓는 것으로서 바람직하지 못한 시대착오적 발상이라고 비판되기도 한다.<sup>77)</sup> 독일 연방헌법재판소도 기본법 제3조 제2항과 제3조 제3항(성별에 의한 차별금지), 제33조 제2항(공무담임권)으로부터의 평등명령과의 관계에 있어서 기본법 제6조 제4항은 모의 우대를 명령하고 있다고 판시한 바 있다.<sup>78)</sup> 그러나 상대적으로 이러한 신체적 특성과 무관하게 이루어지는 육아영역은 모와 부의 공통영역이므로 부성과의 형평에서 뿐 아니라 직장여성의 육아전담 내지 부담을 완화하기 위해서라도 남성육아휴직제도를 활성화할 필요가 있다.<sup>79)</sup>

76) 임신 전과 같은 몸상태로 돌아갈 수 있도록 도와주는 출산 후 체력단련서비스 및 수유기 동안 시간적 여유가 없어 현실적으로 정상적인 식사가 어려운 산모를 위한 식사배달서비스 등이 이에 포함된다.

77) 이 견해는 모에 대한 특별한 보호가 설령 헌법에 명문화되지 않는다 하더라도 자연법상으로도 유효하고, 인륜 보편의 원리라고 하며, 다만 과거 임신과 출산을 개인적 차원의 문제로 바라보던 시각에서 공동체의 문제로 인식하게 되면서 뒤따라오지 못하고 있는 법감정을 끌어올리기 위해서 법의 사회변화 유도기능을 통해 사회구조적 변화의 근거를 제동하려는 것이라고 한다. 석인선, 앞의 논문, 290쪽 참조.

78) Badura, a. a. O., Rn. 49.

79) 현행 남녀고용평등법을 살펴보면 제3장(모성보호)에 출산휴가제도를, 제3장의2(일·가정의 양립 지원)에 육아휴직제도를 규정한 것에 비추어 볼 때 노동법상으로는 이미 육아권을 모와 부 모두의 권리로 편제하고 있음을 알 수 있다.

#### 4. 헌법적 체계정당성의 수립

현행 헌법에서 모성보호와 관련하여 언급되는 조항이 헌법 제32조 제4항 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다”와 헌법 제34조 제3항 “국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다”, 헌법 제36조 제2항 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다”이다. 이들 규범의 적용이 혼선을 빚지 않도록 규범들간의 관계를 규명하는 것이 큰 의미가 있다. 이를 위해서는 앞서 언급한 모성보호 적용 대상으로서의 모의 범위가 명확히 확정될 필요가 있는데, 필자는 제36조 제2항의 모성보호의 대상으로서의 ‘모’를 임신, 출산, 수유기에 있는 모에 한정시키고자 한 바 있다(협의).<sup>80)</sup> 광의의 모의 경우, 제36조 제2항의 모성보호조항이 아닌 다른 헌법조항에 의한 보호를 받거나 또는 법률상의 권리를 설정하여 정책적으로 보호하는 것은 가능하다. 현행 헌법상 모성보호를 위한 규정은 명확하게 헌법 제36조 제2항이다. 따라서 모든 모성은 헌법 제36조 제2항에 의해서 보호받되, 근로자인 여성의 경우에는 근로관계에 한하여 헌법 제32조 제4항이 우선 적용되도록 한다(일반법과 특별법관계). 그 밖의 임신, 출산, 수유와 무관한 여성의 복지와 관련하여서는 헌법 제34조 제3항이 적용되도록 하여 각 규범의 규율목적에 부합하는 보호가 이루어지도록 할 필요가 있다.

#### 5. 근로와 직업에 있어서 모에 대한 특별한 보호

모성보호는 근로관계에서 실질적으로 가장 중요한 의미를 가진다. 그것은 제36조 제2항의 헌법과제를 한 부분 실현시킨다. 이를 위한 법률들은 일반적 인 모로서의 여성의 과제와 근로자로서의 직업에 있어서 여성의 자유 사이의 모순을 모와 자녀의 건강유지의 이익을 위해 조정하는 목적을 구체화한다.<sup>81)</sup> 법률 차원의 모성보호에 의해서 추구되는 목적, 즉 근로관계에 있는 모와 태

80) II. 2. (3) 참조.

81) Badura, a. a. O., Rn. 149.



어날 자녀를 위협한 근무환경으로부터 보호하고, 과로와 건강을 손상시키는 환경으로부터 보호할 목적은 그 어떤 가치보다 우월적 이익을 가진다. 임신 중, 그리고 임신 후 일정한 단계에서 근로관계의 유지와 해고에 대한 보호를 통하여 이루어지는 모성의 보호는 사용자의 사적 자치에 대한 제한을 통해서만 달성될 수 있다. 이로 인하여 발생하는 사용자에 대한 부담은 불가피하고, 합리적인 것으로 간주되어야 한다. 출산 직전 또는 직후의 작업금지의 조정, 출산휴가와 수유기간 동안의 해고로부터의 보호와 모성수당을 통한 경제적 지원은 모와 아기를 위한 보호와 부조의 법적인 예방책이다. 그러나 모를 보호할 공동체의 의무는 노동법상의 모성보호의 범위보다 넓다.<sup>82)</sup>

## V. 결 론

헌법 제36조 제2항의 모성보호조항에 의한 보호는 임신과 수유 중인 모성만을 보호하는 것이지만 모가 되었던 개별 여성을 보호하는 것으로 이해되어서는 안 된다.<sup>83)</sup> 여성에 대한 보호라는 개념을 보다 광의의 의미로 사용할 때 여성보호는 ‘임신 능력의 보호’, ‘육아의 보호’, ‘임신 중의 보호와 출산 보호’로 나누어 생각할 수 있는데 이 중 ‘임신 중의 보호와 출산보호’만을 모성보호의 의미로 사용하고 나머지 생식기능이나 육아의 보호는 여성만의 보호가 아니라 남녀 모두에게 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>84)</sup> 이때 모성보호가 여성만을 보호하는 조치라고 보는 이분법적 시각은 지양되어야 한다. 모의 보호를 통해 자녀의 보호가 이루어지고, 궁극적으로는 공동체의 존속이 보장되는 것이기 때문이다. 사회구성원이 없는 국가가 존속할 수 없고, 국가 없는 개인의 존재는 비참할 수밖에 없다. 모성보호조항의 강력한 형태로의 헌법규정 형식으로서의 전환을 논의해야 하는 이유이다. 국가목표규정으로서의

82) BVerfGE 32, 273(277); 37, 121(125f.); 52, 357(365); 109, 64(85f).

83) Badura, a. a. O., Rn. 144.

84) 김유진, 앞의 논문, 8쪽.

현행 모성보호조항이 기본권의 형식으로 규정된다면, 헌법소원 청구가 가능해진다. 단순한 프로그램강령이나 법적인 가이드라인과는 차원이 다른 헌법적 효력이 발생하는 것이다.

모성보호를 위한 광범위한 모성보호정책이 이루어지기 위해서는 국가의 개입과 재정적 지원은 불가피하다. 모성보호의 문제해결을 위해서 경제와 복지를 따로 떼어 놓고 생각할 수가 없다. 모성보호가 강화되면 될수록 경제적 지원이 증가해야 하는데, 경제적인 문제로 모성보호정책을 후퇴하여 모의 인권적 보장이 약화되면 출산율이 저하되어 결국 경제활동인구가 줄어들게 되고, 사회구조의 안정이 깨지게 된다. 그렇다고 하여 그에 따른 사회적 비용을 모두 국가가 부담할 수는 없다. 따라서 노동자, 기업, 정부 모두 우리 사회 구성원으로서 책임과 의무를 다하고 동반자적 입장이 되어야 이러한 제도가 안정적으로 뿌리내릴 수 있다.<sup>85)</sup> 그러기 위해서는 출산과 육아가 더 이상 개인적 차원의 책임이 아니라 국가와 사회, 기업, 그리고 부모가 함께 책임져야 하는 공동체의 영역이라는 인식의 전환이 이루어져야 한다. 그렇다고 하여 모든 여성의 보호를 모성의 보호로 포섭하는 것은 바람직하지 않다. 그렇게 될 경우 모의 보호는 상대화되어 헌법의 규범력이 미미해지거나 실효성이 적어질 수밖에 없기 때문이다. 임신의 경험이 있는 여성이라면 누구라도 느꼈을 현실과 규범의 괴리를 해소하지 않는다면 출산율의 저하를 막아낼 방법은 없을 것이다.<sup>86)</sup> 사회 전반적인 인식 및 분위기 개선을 모색할 필요가 있다.

투고일 : 2015. 06. 30.	심사일 : 2015. 07. 21.	게재확정일 : 2015. 08. 03.
---------------------	---------------------	-----------------------

85) Robbers, a. a. O., Rn. 301. 전적으로 국가가 의무를 지는 것이 아니라 오히려 보호명령과 부조명령으로부터 도출되는 전체 사회(Gesellschaft)의 부담이 도출된다.; BVerfGE 70, 242(251); 37, 121(126)- 질병보험과 해고금지규정으로 인한 고용주의 모성보호의 비용 등.

86) 불과 20년 전에는 출산율을 제한하기 위해 세 번째 자녀에게 분만급여를 제한했고, 그에 대한 합헌 결정이 있었다. 두 번째 이후 자녀에 대한 분만급여의 제한을 합헌으로 결정한 현재결 1997. 12. 24., 95헌마390, 판례집 9-2, 822 참조. “3자녀 이상에 대한 분만급여제한(산모에 대한 분만급여만 제한되며 그 출생한 자는 의료보험급여가 제한되지 않았음)은 인구억제정책과 한정된 보험재정 등을 고려하여 가족계획사업의 국가정책목표 달성을 지원해 줌으로써 사회적 합목적성 달성 차원에서 제정하여 1983. 1. 1.부터 1996. 7. 31.까지 시행되었던 정책으로서, 분만급여를 2자녀 이하로 제한하였다 하여 3자녀 이상의 아기를 분만하기를 희망하는 국민에게 분만 그 자체를 강제적으로 제한한 것은 아니고, 다만 분만 억제에 대한 불이익을 줌으로써 권고사항에 지나지 않았던 것이다.”

## 참고문헌

- 강경근, 『헌법학』, 법문사, 1997.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.
- 김상희, 모성보호제도의 인지도 및 사용실태에 관한 연구, 인제대 사회복지대학원 석사학위논문, 2004. 8.
- 김유진, 제도적 맥락에 의한 모성보호정책 비교: 한국과 스웨덴을 중심으로, 서강대학교 공공정책대학원 석사학위논문, 2006.
- 김용철, “민·사법상의 모성보호”, 한국외대 외법논집 제3집, 1996. 12, 441-471쪽.
- 이은주, 헌법상 모성의 보호에 대한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 2009.
- 전윤선, 모성보호에 관한 연구, 창원대 행정대학원, 2003. 2.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2012.
- 조성혜, “독일의 양육 관련 법제와 출산장려정책”, 공법학연구 제8권 제3호, 2007. 8, 561-592쪽.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2015.
- Aubel, Tobias, *Der verfassungsrechtliche Mutterschutz*, Duncker & Humboldt, 2003.
- Badura, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 6 GG.
- Bruns, Manfred, *Art. 6 I GG und gesetzliche Regelungen für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften*, ZRP 1996, S. 6.
- Buchner, H., *Der Mutterschutz auf dem Wege vom Arbeitsrecht zur Familienpolitik*, NJW, 2000, S. 1793.
- Friese, Birgit, *Das neue Mutterschutzrecht*, NJW 2002, 3208-3211.
- Jarass/Pieroth, *GG-Kommentar*, 8. Aufl., 2006, Art. 6 GG.
- Robbers, Gehards, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GGK, 1999, 4. Aufl., Art. 6 GG.
- Sachs, *GG-Kommentar*, 5. Aufl., 2009, Art. 6 GG.

<국문요약>

## 모성보호에 관한 헌법적 연구

정혜영

본 논문에서는 왜 헌법이 모든 모에게 공동체의 보호와 부조를 하여야 하는지 설명한다. 여성의 모성은 아이를 수태하고 품고 수유하는 그들의 생리적인 능력에 기인하는데, 여성만이 임신과 출산이 가능하고 수유기간을 갖는다. 이를 통해 여성의 삶의 상황이 완전히 변화되는데, 모의 건강은 자녀의 건강 및 공동체의 존속과 직결된다. 이 때문에 헌법 규정에 의해서 공동체의 보호와 부조에 대한 필요성이 발생하는 것이다. 이와 같은 의미가 있음에도 불구하고 현행 헌법상의 '모성보호' 조항은 다른 헌법규범에 비하여 상대적으로 규범력이 약하다. 앞으로는 더욱 강력한 형태의 헌법적 조치가 마련되어야 할 시점이라고 생각된다. 헌법상의 규범형태가 국가목표규정이 아니라 주관적 공권으로서 국가에 대하여 주장할 수 있는 '기본권'의 형태로 규정된다면 이러한 법률적 차원의 권리보장이 헌법적 가치를 구현하도록 더욱 실질화될 것을 기대할 수 있기 때문에 우리 헌법규정도 궁극적으로는 '기본권'의 형태로 전환될 필요가 있다. 임신·출산 및 자녀의 생명·신체에 대한 안전을 '모의 기본권'으로서 주장할 수 있도록 구성하고 (가칭) '모성보호법' 제정을 모색하여 무엇보다도 임신과 출산, 난임, 유산 등으로 인한 정신적·신체적 고통과 불안을 빠른 시일 내에 극복할 수 있도록 지원하고, 여성의 사회적 지위향상과 출산을 제고 및 노령사회 대비, 궁극적으로는 미래세대에 대한 보호를 국가공동체의 책임으로 인식하도록 하고자 한다.

주제어: 모성보호, 모의 기본권, 모성보호법, 보호와 부조, 임신

<Zusammenfassung>

## **Ein Beitrag zum verfassungsrechtlichen Mutterschutz**

Jung, Hye-Young

In der Arbeit wird eine Erklärung dafür gegeben, warum die Verfassung jeder Mutter den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft zusagt. Die Mutterschaft jeder Mutter bedingt durch ihre biologischen Fähigkeit, ein Kind zu empfangen, zu gebären und als Säugling zu ernähren und aufzuziehen, äußert sich in Schwangerschaft, Niederkunft und Stillzeit. Damit ist die Lebenssituation umschrieben, die nach der verfassungsrechtlichen Bestimmung das Bedürfnis nach Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft hervorruft.

Der Begriff der Mutter i. S. V. Art. 36 Abs. 2 der koreanischen Verfassung(KV) ist im biologisch-medizinischen Sinne zu verstehen. Berechtigt ist also nur die leibliche Mutter, d. h. eine Frau, die ein Kind empfangen hat, es erwartet und zur Welt bringt. Das Ziel des Art. 36 Abs. 2 KV besteht darin, die Belastungen der Mutter, die im Zusammenhang mit der Schwangerschaft und den übrigen Folgen der biologischen Mutterschaft stehen, auszugleichen.

Es ist bedürftig, dass Art. 36. Abs. 4 KV als ein echtes Grundrecht im Sinne eines subjektiv öffentlichen Rechts auf Schutz und Fürsorge ändert. Damit kann Man den Absatz vielmehr als subjektives Rahmenrecht begreifen, das jeder Mutter an sich, d. h. vorbehaltlich der

Berücksichtigung gegenläufiger Prinzipien, einen Anspruch auf Schutz und Fürsorge gewährt. Dem dergestalt beschriebenen subjektiven Grundrecht entspricht objektiv-rechtlich ein bindender Auftrag an den Gesetzgeber. Die Norm dient der Verstärkung des Grundrechtsschutzes, indem sie den Gesetzgeber zur Gewährung von Schutz und Fürsorge verpflichtet, auch wenn sich niemand auf das Grundrecht beruft oder eine Verletzung des Grundrechts wahrnimmt.

Stichwort: Mutterschutz, Grundrecht der Mutter, Mutterschutzgesetz,  
Schutz und Fürsorge, Schwangerschaft