

합리적 흡연 규제에 대한 헌법적 고찰*

A Constitutional Study on the Rational Smoking Restriction

이 희 훈**

Lee, Hie-Houn

목 차

- | | |
|--|---|
| I. 들어가는 글 | IV. 외국의 흡연 규제 입법의 주요 내용 및 시사점 |
| II. 직접흡연자와 간접흡연자의 건강상 폐해(흡연의 부정적 기능) | V. 2014년 우리나라 개정 국민건강증진법상 흡연 규제 조항에 대한 검토 |
| III. 흡연권과 혐연권의 기본권성 인정 여부 및 헌법적 근거와 규정 | VI. 맺는 글 |

최근 우리나라 국민건강증진법 제9조 제4항 제24호에 근거한 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항에서 원칙적으로 모든 영업소 안에서 흡연을 금지시키는 규정은 직접 흡연자와 비흡연자의 건강 증진과 비흡연자의 혐연권의 보호를 통한 공공복리를 실현하기 위한 것으로, 그 입법목적은 정당하다.

그리고 우리나라 국민건강증진법 제9조 제4항 제24호에 근거한 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항에서 선택한 모든 영업소 안에서 흡연을 원칙적으로 금지하는 방법은 직접 흡연자와 비흡연자의 건강 증진과 비흡연자의 혐연권의 보호해 주는 데 조금이라도 기여하므로 비례의 원칙 중 수단의 적합성 원칙에 위반되지 않는다.

또한 국민건강증진법 제9조 제4항 제24호와 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제3항 및 금연구역을 알리는 표지와 흡연실을 설치하는 기준과 방법에 관한 별표2에서 모든 영업소 내부에 별도의 흡연실을 설치할 수 있도록 해 주고, 담배 연기의 배출을 위한 환기시설을

투고일 : 2014. 12. 31. / 심사외일 : 2015. 1. 16. / 게재확정일 : 2015. 2. 3.

* 이 연구는 2013년도 선문대학교 교내학술연구비 지원에 의하여 이루어졌음.

This work was supported by the Sunmoon University Research Grant of 2013.

** 선문대학교 법학과 부교수, 법학박사

Associate Professor of Law at Sunmoon University

설치할 수 있도록 해 주어, 흡연자의 흡연권 침해 가능성을 최소화시켜 주고 있다는 점에서 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 위반되지 않는다.

이 밖에 국민건강증진법 제9조 제4항 제24호와 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항과 제3항 및 금연구역을 알리는 표지와 흡연실을 설치하는 기준과 방법에 관한 별표 2에 의해 모든 영업소 안에서 원칙적으로 흡연을 금지시켜 달성하려는 직접 흡연자나 비흡연자의 건강 증진이라는 공익은 동 규정에 의해 침해되는 흡연자의 흡연권이라는 사익보다 크다는 점에서 비례의 원칙 중 법익 균형의 원칙에 위반되지 않는다.

향후 우리나라는 전 세계적인 흡연율의 감소를 위한 실내 장소나 공공장소에서 전면적인 금연을 통한 흡연 규제 입법의 경향을 참고하여 국민의 건강 증진을 위해 효과적인 흡연 규제 입법을 적극 시행해야 할 것이다.

[주제어] 흡연권, 혐연권, 일반적 행동자유권, 사생활의 자유, 국민건강증진법, 기본권의 충돌, 비례의 원칙

I. 들어가는 글

2015년 음미년 새해 1월 1일부터 담뱃값은 1갑당 평균 2천 원 인상되었다. 그리고 2014년 말까지는 일반 음식점, 휴게 음식점, 제과점 중 면적이 100㎡를 넘지 않은 곳은 금연구역에서 제외되었지만, 2015년 1월 1일부터는 해당 면적에 상관없이 모든 음식점의 내부 지역은 일체 전면적인 금연구역으로 지정되어 모든 음식점에서 담배를 피울 수 없게 되었다. 또한 2014년까지 음식점과 제과점, 커피숍, PC방 등의 내부 지역에 한시적으로 허용되었던 흡연석은 2015년 1월 1일부터는 이를 운영할 수 없게 되었는바,¹⁾ 모든 음식점과 제과점의 업주들은 해당 음식점과 제과점 전체를 금연구역으로 지정한 후에 금연구역 내에 별도의 흡연실이나 흡연부스의 설치는 가능하지만, 흡연실이나 흡연부스 안에는 재떨이를 제외한 의자나 테이블 또는 PC 등을 설치할 수 없어 해당 흡연실 안에서는 순전히 담배만 피울 수 있게 해야 하므로, 이러한 흡연실이나 흡연부스 안에서는 해당 영업행위를 할 수 없다. 그리고 모든 음식점과 제과점의 소유자나 점유자 또는 관리자는 손님(이용자)이 잘 볼 수 있는 출입구, 계단, 화장실 및 실내 주요 위치에 금연구역임을 알리는 금연 표지판이나 스티커를 부착해야 하고, 해당 영업장 내에 흡연행위를

1) 연합뉴스, “내년부터 모든 음식점서 흡연 금지”,

(<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2014/12/26/0200000000AKR20141226158951002.HTML?input=1179m>), 검색일: 2014. 12. 30.

제한할 의무가 있으며, 해당 영업장 전체를 금연구역으로 설치하지 아니한 영업주에 대해서는 위반 횟수에 따라 170만~500만원의 과태료가 부과되고, 금연구역에서 흡연한 사람은 10만 원의 과태료가 부과되며, 전자담배도 담배의 한 종류로 보아 금연구역에서는 이를 사용할 수 없다.²⁾ 다만, 보건복지부는 2014년 말까지 각 지방자치단체와 함께 이러한 금연에 대한 합동 단속을 행함과 동시에 적극적으로 이런 내용을 홍보하고, 2015년 3월까지 소정의 제도기간을 두고 시행할 예정이다.

이에 대해 흡연자들은 이러한 금연구역의 확대를 위한 2014년의 국민건강증진법 제9조 제4항 제24호와 이 규정에 의한 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항의 개정 내용에 대해 자신들의 헌법상 흡연권이 부당하게 제한(이하에서 “침해”로 줄임)받고 있어 이번 국민건강증진법의 개정 내용은 자신들의 흡연권을 침해하는 위헌적 규정이라고 강한 불만을 터뜨리고 있다. 따라서 우리나라에서 이러한 금연구역의 확대(강한 흡연 규제)를 위한 2014년의 국민건강증진법 제9조 제4항 제24호와 이 규정에 근거한 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항의 개정 내용이 흡연자의 헌법상 흡연권을 침해하는 위헌적인 것인지 아니면 비흡연자의 혐연권을 보호하기 위한 불가피한 제한으로 비례의 원칙 등에 위반되지 않는 합헌적인 것인지 및 향후 우리나라의 바람직한 흡연 규제에 대한 입법적 개선방안에 대해 심도 있는 연구를 행할 필요가 있다.

이에 따라 본 논문은 먼저 흡연자와 간접흡연자의 건강상의 폐해(흡연의 부정적 기능)에 대해 살펴본다(이하 II). 다음으로, 흡연자의 흡연권과 비흡연자의 혐연권의 기본권적 성질(이하에서 “기본권성”으로 줄임)을 인정할 수 있는지에 대해서는 크게 긍정설과 부정설로 나뉘는바, 이 중에서 어떤 견해가 어떠한 헌법적 사유로 타당한지에 대해 고찰하면서 흡연권과 혐연권의 기본권성을 인정하는 견해에 의할 때 그 헌법적 근거를 과연 어디에서 찾을 수 있는지에 대해 검토한다(이하 III). 그리고 미국과 독일 및 프랑스 등 외국에서의 흡연 규제 입법의 주요 내용을 살펴본 후에 이러한 미국과 독일 및 프랑스 등 외국의 흡연 규제 관련 주요 입법례가 우리나라에 주는 시사점에 대해 검토한다(이하 IV). 또한 최근 우리나라에서 금연 장소의 확대를 통해 강한 흡연 규제를 골자로 하는 2014년의 국민건강증진법 제9조 제4항~제6항의 흡연 규제 입법의 목적이 정당한지 여부에 대해 고찰한 후, 이 법규정에 근거한 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항의 개정 내용이 헌법상 비례의 원칙에 비추어 볼 때 흡연자의 흡연권을 침해하는 위헌적 규정인

2) 경기e조은뉴스, “모든 음식점에서 금연”,

http://kggoodnews.co.kr/n_news/news/view.html?no=7821, 검색일: 2014. 12. 30.

지 여부 및 비흡연자의 혐연권과 건강권과 흡연자의 흡연권의 충돌 시 그 해결방안에 대해 각각 검토한다(이하 V). 끝으로 결론 부분에서는 미국 등 외국의 흡연 규제 관련 규정이 우리나라에 주는 시사점을 바탕으로 우리나라의 향후 바람직한 흡연 규제의 입법적 개선방안을 제시한다(이하 VI).

II. 직접흡연자와 간접흡연자의 건강상 폐해(흡연의 부정적 기능)

1. 직접흡연자의 건강상 폐해(직접흡연의 부정적 기능)

직접흡연자는 약 40여 개의 발암물질이 함유되어 있는 담배를 피움으로써 비흡연자에 비해 폐암 등에 상대적으로 쉽게 걸릴 수 있는 건강상의 폐해(흡연으로 인한 흡연자의 건강상 부정적 기능)가 있다.³⁾

즉, 미국 의무감(US Surgeon General)의 Luther L.Terry가 1964년에 발표한 “Smoking and Health”라는 보고서에 의하면 흡연자의 사망률이 비흡연자에 비해 70% 이상 높은 것은 흡연 때문이라고 밝히고 있고, 폐암의 발생률은 흡연자가 비흡연자보다 약 9~10배 높은 것으로 추정되는바, 흡연은 흡연자에게 각종 암을 유발하는 등 흡연자의 건강에 상당히 좋지 않은 영향을 미친다고 공식적으로 밝혔다. 그리고 흡연에 의한 사망률은 음주나 교통사고 또는 후천성 면역 결핍증(AIDS) 등의 다른 모든 사망의 원인을 합한 영향보다도 크다고 밝혔다.⁴⁾

또한 미국 보건복지부가 발행한 2004년과 2006년 및 2012년의 보고서를 종합해 볼 때 (직접) 흡연으로 야기되는 흡연자의 건강문제로는 구강인두암, 후두암, 식도암, 기관지암, 폐암, 급성 골수성 백혈병, 위암, 췌장암, 신장암, 요관암, 자궁경관암, 방광암, 결직장암 등을 발생시킬 수 있고, 뇌졸중, 실명, 백내장, 노인성 황반변성증, 모성흡연으로 인한 선천적 결함: 구강안면 파열, 치주염, 청소년기 대동맥류, 조기 복대동맥 죽상경화증, 관상동맥심질환, 폐렴, 동맥경화성 말초혈관 질환, 만성폐쇄성폐질환, 결핵, 천식, 호흡기 영향, 당뇨, 여성 생식기계 영향(생식능력저하 포함), 고관절 골절, 자궁 외 임신,

3) 예방의학 편찬위원회, 예방의학 제3판, 서울: 계축문화사, 2004, 556-557쪽.

4) 이기영, “3차 간접흡연의 과학적 증거의 고찰”, 한국환경보건학회지 제36권 제2호, 한국환경보건학회, 2010, 77쪽.

발기부전, 류마티스관절염, 면역기능, 총체적 건강 약화 등을 발생시킬 수 있는 폐해가 있다.⁵⁾

2. 간접흡연자의 건강상 폐해(간접흡연의 부정적 기능)

담배에서 나오는 연기를 흡입함으로써 담배를 피우는 것과 같은 효과를 나타내는 이른바 ‘간접흡연’을 하는 자인 간접흡연자는 2006년에 미국 의무감의 Richard H. Carmona가 발표한 간접흡연에 대한 보고서에 의하면 간접흡연은 비흡연 성인과 어린이에게 질병과 조기 사망을 가져올 수 있다. 그리고 간접흡연에 노출된 어린이는 천식이나 유아 돌연사 증후군(sudden infant death syndrome: SIDS)의 위험도가 증가되고, 6세 미만의 유아 또는 어린이가 정기적으로 간접흡연에 노출될 경우 폐렴과 기관지염 같은 하부기도 감염의 위험도가 증가된다. 또한 간접흡연에 노출된 성인은 심장혈관계에 즉각적인 악영향을 미치고 폐암과 심장병을 일으키고, 과학적으로 간접흡연에 대한 안전한 노출 수준은 없으며, 실내금연만이 간접흡연으로부터 완전히 보호할 수 있게 되고, 금연 구역, 공기정화, 환기로는 비흡연자의 흡연에 대한 노출을 제거할 수 없다고 밝혔다.⁶⁾

즉, 흡연을 할 때 발생하는 독성물질 중 많은 가스형태의 화학물질은 벽, 가구, 옷, 장난감, 집 먼지 등의 표면에 흡착될 수 있는데, 이러한 흡착은 비교적 빠른 시간에 이루어지는 데 반하여, 흡착된 화학물질은 몇 시간에서 몇 달까지의 장기간 동안 남아 있다. 다시 공기 중으로 배출될 수 있다. 또한 간접흡연에서 생성되는 미세먼지도 표면에 흡착되었다가 다시 부유하거나 기체형태의 화학물질과 반응할 수 있다. 이러한 과정을 통해서 흡연이 끝난 이후에도 실내 환경에서 장기간 흡연에 의한 오염물질이 배출될 수 있는 문제가 발생된다.⁷⁾ 그리고 미국보건복지부가 발행한 2004년과 2006년 및 2012년의 보고서를 종합해 볼 때 간접흡연으로 야기되는 간접흡연자의 건강문제로는 어린이의 경우에는 중이질환(Middle ear disease), 하부호흡기계질환, 영아돌연사증후군, 호흡기계 증상, 폐기능 손상 등을 발생시킬 수 있으며, 성인에게는 뇌졸중, 비염, 폐암, 관상동맥심질환(Coronary heart disease), 여성생식기계영향(Reproductive effects in women) 등을 발생시킬 수 있는 폐해가 있다.⁸⁾

5) 국민건강보험, “흡연과 건강”, 2014년 미국 공중보건국장 보고서 요약본, 보건복지부, 2014, 16쪽.

6) 이기영, 앞의 논문, 77-78쪽.

7) 이기영, 위의 논문, 78쪽.

8) 국민건강보험, 앞의 보고서, 17쪽.

이렇듯 흡연은 직접흡연자의 건강뿐만 아니라 간접흡연자의 건강까지 크게 해치는 막대한 부정적 기능이 있는바,⁹⁾ 미국의 경우에 흡연으로 인한 직접흡연자의 조기 사망으로 인한 생산성 손실액이 연간 1,500억 달러를 초과하고 있는 것으로 추정되고 있다. 그리고 간접흡연에 의한 조기 사망으로 인해 생산성 손실액이 연간 56억 달러에 이르는 것으로 추정되고 있다. 또한 흡연에 의한 성인의 직접적인 의료비 지출은 연간 1,300억 달러를 넘는 것으로 추정되고 있는 등¹⁰⁾ 미국 사회의 엄청난 재정이 흡연에 의해 지출되거나, 미국 사회의 생산성에 있어 흡연이 막대한 손해를 발생시키는 문제가 있다.

Ⅲ. 흡연권과 혐연권의 기본권성 인정 여부 및 헌법적 근거와 규정

1. 흡연권의 기본권성 인정 여부 및 헌법적 근거와 규정

흡연자가 담배를 자신의 자유로운 의사결정에 의하여 피울 수 있는 권리를 ‘흡연권’이라고 할 수 있는바, 이러한 흡연권은 헌법상 기본권의 하나로 인정할 수 있는지 여부에 대하여 다음과 같이 크게 두 가지의 흡연권의 기본권성 긍정설과 부정설이 있다. 이하에서는 이러한 두 가지의 견해에 대해 살펴본 후에 어느 견해가 어떠한 사유로 헌법적으로 타당한지에 대해 검토한다.

1.1 흡연권의 기본권성 긍정설과 헌법적 근거와 규정

우리나라 헌법 제10조에서 보장되고 있는 인간¹¹⁾의 존엄과 가치¹²⁾ 및 행복추구권¹³⁾

9) 건강에 대한 직·간접흡연의 폐해 또는 부정적 기능에 대해 자세한 것은 국민건강보험, 위의 보고서, 26-31쪽, 33-39쪽 참조.

10) 국민건강보험, 위의 보고서, 18쪽.

11) 헌법 제10조에서 뜻하는 인간은 자연인으로서의 사람을 뜻한다. 정종섭, 헌법학원론 제5판, 서울: 박영사, 2010, 399쪽. 그리고 헌법 제10조가 예정하고 있는 인간상은 사회공동체 내에서 유리된 개인주의적 인간도 아니고, 사회공동체에 함몰된 전체주의적 인간도 아닌 사회적 관련성과 사회적 책임성 속에서 자기결정권을 실현하는 인격주의적인 자주적 인격체라고 할 것이다. 따라서 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치의 의미는 인간을 인격적으로 대우하고 독자적인 인격적 평가를 해야 한다는 것을 뜻한다. 성낙인, 헌법학 제12판, 경기도: 법문사, 2012, 408쪽; 전광석, 한국헌법론 제7판, 서울: 집현재, 2011, 244쪽.

12) 헌법 제10조에서 뜻하는 ‘존엄과 가치’란 인간이 향유하는 윤리적 가치로서, 인간이기 때문에 그 자체로

규정¹⁴⁾에 의하여 인간은 누구나 자유롭게 결정한 의사와 판단에 기초하여 자신의 인생과 생활방식을 선택하여 삶을 형성해 나갈 수 있도록 보장되는바, 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위해서는 누구나 자유로이 의사를 결정하고 그에 기하여 자율적인 생활을 형성할 수 있어야 한다. 따라서 자유로운 흡연에의 결정 및 흡연행위를 포함하는 흡연권은 헌법 제10조에서도 그 근거를 찾을 수 있다는 견해가 있다.¹⁵⁾

즉, 헌법 제10조에 근거한 일반적 행동자유권에 의해 개인은 흡연을 선택하여 자율적으로 흡연생활을 형성·유지할 수 있도록 보장된다고 할 것인바, 인간으로서의 인격을 실현하고, 행복을 추구하기 위해서는 누구나 자유로이 결정한 의사와 판단에 기초하여 일정한 선택을 하고 이를 통하여 자율적인 생활을 형성할 수 있어야 한다. 그리고 흡연의 결정은 전적으로 개인의 자유이며, 흡연행위는 개인의 자율적 생활영역에 속하는 것으로 담배가 금지약물이 아닌 한 자유로이 흡연할 수 있고, 인격실현과 행복을 추구하는 수단이 된다. 이러한 사유로 흡연권을 헌법상의 기본권의 하나로 인정할 수 있다고 보아 국가는 이러한 흡연권을 흡연권의 자유권적 성격과 생존권적·청구권적 성격에 의하여 흡연자의 흡연행위의 헌법적 근거를 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 규정에서 찾을 수 있다는 견지에서 흡연자의 흡연권의 기본권성을 인정할 수 있다는 견해가 있다.¹⁶⁾ 다만 이 견해는 헌법 제35조 제1항에 의해 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지고 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”라는 규정과 헌법 제36조 제3항에 의해 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”라는 규정 및 헌법 제37조 제2항에 의하여 공공복리를 위하여 법률에 의하여 헌법상 비례의 원칙에 위반되지 않는 범위 내에서 국민이 건강한 생활을 영위할 수 있도록

가지는 정체성과 고유한 가치를 의미하므로, 인간은 목적으로 존재하며 어떠한 경우에도 타자의 수단으로 존재하지 않는다는 것을 뜻한다. 정종섭, 위의 책, 400쪽.

- 13) 헌법 제10조의 ‘행복추구권’이란 소극적으로는 사람이 고통과 불쾌감이 없는 상태를 추구할 권리를 뜻하고, 적극적으로는 사람이 만족감을 느끼는 상태를 추구할 수 있는 권리라고 할 것이다. 헌법재판소 1997. 7. 16. 선고, 95헌가6·13(병합) 결정.
- 14) 이러한 헌법 제10조의 행복추구권 규정은 사람이 물질적(경제적)·정신적 행복을 추구하는 존재라는 것과 그 자신의 행복을 추구하는 데 반대되는, 즉 불행이나 고통의 강요 등과 같은 것을 금지한다는 것을 헌법적 차원에서 규정하고 있는 것이라고 하겠다. 정종섭, 앞의 책, 421쪽.
- 15) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고, 2003헌마457 결정.
- 16) 김종철, “흡연권과 혐연권의 우열관계에 관한 소고”, 법학연구 제17권 제3호, 연세대 법학연구원, 2007, 68쪽; 박영철, “인권과 흡연권”, 헌법학연구 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003, 303쪽; 최용기, “국가기관에 의한 흡연권의 제한과 한계”, 세계헌법연구 제18권 제2호, 세계헌법학회, 2012, 111-112쪽.

적절한 흡연 규제를 정책이나 입법에서 행할 수 있다고 본다.¹⁷⁾

그리고 이러한 흡연권의 기본권성을 인정하는 견해는 우리나라 헌법 제17조에서는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.”에서 그 근거를 찾을 수 있다. 여기서 ‘사생활의 비밀’이란 사생활과 관련된 사사로인 자신만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 할 수 있는 권리를 뜻하며, ‘사생활의 자유’란 사회공동체의 일반적인 생활규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리를 뜻하는바,¹⁸⁾ 흡연을 하는 행위는 개인의 결정에 따라 자유롭게 피울 수 있는 개인의 자율적 생활영역으로 사생활의 한 내용에 속하므로, 이러한 점에서 흡연권은 우리나라 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에서도 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다고 본다.¹⁹⁾

1.2 흡연권의 기본권성 부정설과 헌법적 근거

흡연자의 흡연행위는 유해한 것으로서, 이성(양심)의 명령에 의해 금지된 것이기 때문에 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정에 근거한 것이 아니라 오히려 인간의 존엄과 가치에 반한다고 보아 흡연자의 흡연하는 행위는 실천이성에 근거한 자율성과 도덕성을 가진 인간에게 합당한 행위로서 용인될 수 있는 행위가 아니라 비난받을 행위에 해당한다. 또한 실천이성에 기초한 자율적이고 보편타당한 법칙의 범위 안에서 이루어지는 행동은 행복추구권을 실현하는 의미가 있고 그 범위를 벗어난 것은 비난받을 행위에 해당하는바, 흡연자의 흡연행위는 실천이성이 명령하는 바의 보편타당한 법칙에서 벗어난 것이므로, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치와 행복추구권을 실현하는 행위가 될 수 없다. 특히 흡연자의 흡연행위는 흡연의 해악에 대해 잘 알지 못한 상태에서 행한 것이거나 또는 어떠한 결과이든 감수하겠다는 의미에서 하는 행위로, 개인의 자율적인 심사숙고를 거친 행위가 아니라 단순히 무모한 행동에 불과하다는 점과 이미 니코틴 의존증이 있는 경우에는 약물의 영향에서 벗어나지 않은 한 개인의 자율적인 판단에 의한 행동이라고 할 수 있는 상태에 있지 못하다는 점 및 개인이 사적인 영역으로 설정한 공간이 있다고 해서 그 영역에서 하는 모든 행위가 모두 사생활의 자유라는 명목으로

17) 박영철, 위의 논문, 307쪽, 309쪽; 최용기, 위의 논문, 112쪽.

18) 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고, 99헌바92, 2000헌바39, 2000헌마167·168·199·205·280(병합) 결정.

19) 김종철, 앞의 논문, 69쪽; 박영철, 앞의 논문, 305쪽, 309쪽; 최용기, 앞의 논문, 113쪽.

보호받을 수 있는 것은 아니기 때문에 흡연자의 흡연이 사생활의 자유라는 영역 안에서 행해진다고 하더라도 흡연행위는 그 자체가 사회적으로 유독성이 큰 해악에 속한다는 점에서 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 규정이나 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에 의해 흡연행위를 정당화하는 근거가 될 수 없다고 보아 흡연권의 기본권성을 부정하는 견해가 있다.²⁰⁾

1.3 검토

생각건대, 우리나라 국민은 헌법 제10조에서 보장되고 있는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 규정에 의하여 이성적이고 책임감 있는 개인은 자신이 어떤 행위를 할 것인가의 여부를 자유롭게 결정할 수 있다. 그리고 이러한 자신의 자율적인 결정을 통하여 자신의 생활과 삶의 방향 등에 대한 사항은 스스로 자율적으로 처리할 수 있도록 보장되는바, 헌법 제10조에 근거한 ‘일반적 행동자유권’이란 기본권을 통하여 개인은 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유(부작위의 자유)가 있다.²¹⁾ 또한 헌법 제10조에 근거한 ‘일반적 행동자유권’에는 모든 형태의 행위를 할 자유와 행위를 하지 않을 자유가 보장되며, 어느 일정한 가치 있는 행동만 보호되는 것이 아니라 개인의 생활방식과 취미에 관한 사항도 포함된다.²²⁾ 예를 들어, 한겨울에 빙벽등반과 같은 사람의 생명에 위협을 초래할 수 있는 스포츠를 즐길 수 있는 권리와 같은 위험한 생활방식으로 취미활동을 하거나 살아갈 권리²³⁾도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 의한 일반적 행동자유권의 보호영역에 포함된다고 하겠다.

이러한 견지에서 흡연권의 기본권성 여부에 대해 살펴보면 먼저 우리나라에서는 담배의 판매행위가 이성적 사고력과 판단력이 부족한 청소년에게 법적으로 금지되고 있고, 이러한 청소년 시기를 지난 성인들을 대상으로 담배를 판매하고 있다는 점 및 어렸을 때부터 여러 언론 매체들이나 인터넷 또는 부모님이나 학교 선생님, 기타 주변 사람들 및 담뱃갑의 겉표면에 흡연에 의한 경고문구 등에 의해 직·간접적으로 흡연으로 인한

20) 하재홍, “흡연권의 기본권성에 대한 고찰”, 헌법학연구 제4권 제4호, 한국헌법학회, 2008, 180-187쪽.

21) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고, 2004헌바64 결정.

22) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고, 2002헌마518 결정.

23) 이와 유사한 취지로, 예를 들어 기호식품인 커피도 임상적으로 일부 건강에 유해할 가능성이 있지만, 그러한 위험을 무릅쓰고 커피를 음용하는 것은 헌법 제10조와 제17조에 의해 보호된다는 견해가 있다. 김종철, 앞의 논문, 70쪽.

건강상의 위험을 알 수 있는 상황에서 생활하고 성장해 온 인간의 존엄과 가치를 가지는 성인 중에 자신의 자율적인 사고와 판단에 의하여 흡연을 통하여 여러 암과 질병에 비흡연자인 성인보다 좀 더 쉽게 걸릴 수 있다는 문제를 스스로 감수하고 자신의 흡연행위를 통하여 정신적 스트레스를 일부 해소하여 정서적 안정을 느끼며, 창의력 신장에 기여하는 등의 장점이 있다고 생각하여 흡연행위를 하는 것은 헌법 제10조에 근거한 일반적 행동자유권에 의한 흡연행위를 통하여 자신의 행복을 추구하거나 흡연자 개인의 사생활의 자유의 하나로서 국가로부터 부당한 간섭을 받지 않고 흡연을 할 수 있는 주관적 공권으로서의 성격을 가지고 있다. 그리고 흡연권의 객관적 가치질서성에 의하여 국가는 일반 국민의 보건권과 건강권을 보호하기 위한 공공복리에 위반되지 않는 범위 내에서 흡연자의 흡연권을 보호해 주어야 할 것이다.

따라서 흡연자의 흡연행위에 대해서는 비록 일반 국민의 보건권 및 건강권의 보호라는 공공복리의 목적을 실현하기 위하여 상대적으로 많은 제한 내지 규제를 받을 수 있는 가능성은 크다. 그러나 담배가 마약과 같이 금지약물로 규정되어 있지 않기 때문에 흡연권은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 규정에 의한 일반적 행동자유권과 개인의 자율적인 판단에 따라 자기 스스로 자유롭게 흡연을 하는 것은 개인의 사적 생활영역에 해당하여 사생활의 자유에 속하는 것으로, 흡연권은 우리나라 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에 근거한 헌법상의 기본권으로 인정하는 것이 타당하다.

한편 흡연권의 기본권성을 인정하는 전제하에 그 헌법적 근거를 헌법 제10조와 제17조 이외에도 보건권과 소비자의 권리로부터 찾는 견해가 있다.²⁴⁾ 그러나 이 견해에 대해서 보건권을 흡연권을 인정하는 근거로 보기보다는 흡연권을 규제 내지 제한하는 근거로 보는 것이 적합하다는 점에서 찬성할 수 없고, 담배를 구입하려는 흡연자에게 국가는 담배를 구입하는 데 필요한 여러 정보와 지식을 제공하고, 담배의 가격과 거래조건 등을 제공하며, 흡연의 폐해에 대한 여러 정보를 제공해 주는 것 등을 내용으로 하는 담배 소비자(흡연자)의 권리²⁵⁾는 흡연권의 근거로 볼 수 없다는 점과 이는 담배 소비자(흡연자)에 대한 알 권리의 내용에 해당하는 것으로 보는 것이 타당하다는 점에서 찬성할 수 없다.²⁶⁾

이 밖에 흡연권의 기본권성을 인정하는 전제하에 그 헌법적 근거를 흡연행위에 대해

24) 박영철, 앞의 논문, 307-309쪽; 최용기, 앞의 논문, 113-115쪽.

25) 박영철, 위의 논문, 308-309쪽.

26) 이와 유사한 취지의 견해는 김종철, 앞의 논문, 69-70쪽 참조.

오랜 역사와 전통을 지닌 인간 생활에 없어서는 안 될 일종의 관습으로 보아 전통문화의 계승과 발전 규정인 헌법 제9조와 신체의 자유 규정인 헌법 제12조 및 인간다운 생활을 할 권리 규정인 헌법 제34조 제1항이 되는지 여부에 대해 살펴보면 흡연행위를 일종의 우리나라를 대표하는 고유한 전통문화에 속한다고 볼 수 없다는 점에서 헌법 제9조를 흡연권의 근거로 보는 것은 타당하지 않다. 그리고 헌법 제12조의 신체의 자유는 주로 형사상의 절차에서 적법절차에 의하지 않고는 국가의 공권력으로부터 ‘신체적 완전성’과 ‘신체활동의 임의성’을 부당하게 제한당하지 않을 권리를 뜻한다는 점에서 흡연권과 관련성이 없다. 따라서 헌법 제12조를 흡연권의 근거로 보는 것은 타당하지 않다. 또한 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리는 자유권적 기본권이 아닌 사회권적 기본권으로, 인간의 존엄에 상응하는 ‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 급부를 국가에 요구할 수 있는 권리를 뜻한다.²⁷⁾ 따라서 헌법 제34조 제1항은 흡연권과 관련성이 없다고 할 것이므로, 헌법 제34조 제1항을 흡연권의 근거로 보는 것은 타당하지 않다.²⁸⁾

2. 흡연권의 기본권성 여부 및 헌법적 근거

비흡연자들에게 흡연을 하지 아니할 권리 또는 흡연으로부터 자유로울 권리를 ‘흡연권’이라고 할 수 있는바, 이러한 흡연권을 헌법상 기본권의 하나로 인정할 수 있는지 여부에 대하여 크게 두 가지의 흡연권의 기본권성 긍정설과 부정설이 있다. 이하에서는 이러한 두 가지의 견해에 대해 살펴본 후에 어느 견해가 어떠한 사유로 헌법적으로 타당한지에 대해 검토한다.

2.1 흡연권의 기본권성 긍정설과 헌법적 근거와 규정

비흡연자의 흡연권은 부작위를 내용으로 하는 헌법 제10조의 일반적 행동자유권이나 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에 의해 보호된다는 것을 근거로 그 기본권성을 인정하는 견해가 있다. 또한 이 견해는 흡연권의 헌법적 근거로 흡연권은 건강에 해로운

27) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고, 93헌가14 결정; 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고, 98헌마216 결정; 헌법재판소 2003. 5. 15. 선고, 2002헌마90 결정.

28) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고, 2003헌마457 결정.

것으로 인정되고 있는 담배로부터 건강을 유지하려는 보건과 관련된 기본권인 보건권 규정인 헌법 제36조 제3항에 의해서도 보장된다고 본다.²⁹⁾

2.2 혐연권의 기본권성 부정설과 헌법적 근거

비흡연자의 혐연권을 기본권으로 본다면 주관적 공권으로서의 성격의 실체가 무엇인지 파악하기 어렵고, 흡연을 거부할 권리의 막연함 때문에 구체적인 권리성을 인정하기 어렵다고 할 것이므로, 혐연권의 객관적 가치질서로서의 성격도 파악하기 어렵다는 점에 비추어 비흡연자의 혐연권의 기본권성을 부정하는 견해가 있다.³⁰⁾

2.3 검토

생각건대, 우리나라 헌법 제10조에 근거한 ‘일반적 행동자유권’이란 기본권을 통하여 개인은 소극적으로 어떤 행동을 하지 않을 자유(부작위의 자유)와 모든 형태의 행위를 하지 않을 자유가 보장된다.³¹⁾ 따라서 비흡연자의 경우에 담배를 피우고 싶어 하지 아니하고, 담배 연기를 맡기 싫어하는 자유인 혐연권도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치와 행복추구권 규정에 의한 일반적 행동자유권에 의해 보장된다고 보는 것이 타당하다. 그리고 개인의 자율적인 판단에 따라 자기 스스로 자유롭게 흡연을 하지 않고, 담배 연기를 맡는 것을 싫어하는 것은 개인의 사적 생활영역에 해당하여 사생활의 자유에 속한다고 하겠다. 이러한 사유로 혐연권은 우리나라 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에 근거한 헌법상의 기본권으로 인정하는 것이 타당하다.

그리고 간접흡연에 의해 여러 암이나 질병이 유발될 수 있는 건강상의 피해가 있기 때문에 혐연권은 우리나라 헌법 제35조 제1항의 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, …”라는 규정과 헌법 제36조 제3항의 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”라는 규정에 의한 보건권과 건강권에 의해서도 혐연권의 기본권성을 인정하여 비흡연자는 국가로부터 부당한 간섭을 받지 않고 담배를 피우지 않고 담배 연기를 맡지 않도록 할 수 있는 주관적 공권으로서의 성격이 있고, 혐연권의 객관적

29) 김종철, 앞의 논문, 70-71쪽.

30) 조재현, “혐연권의 기본권성에 관한 연구”, 미국헌법연구 제18권 제2호, 미국헌법학회, 2007, 360쪽.

31) 본 논문의 III-1-1.3 부분 참조.

가치질서성에 의하여 국민의 보건권 및 건강권을 보호하기 위하여 국가가 타당하고 합리적인 흡연 규제 입법이나 정책을 만들어 공공복리가 실현될 수 있도록 요구할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

한편 흡연이 직접흡연자는 물론 간접흡연에 노출되는 비흡연자들의 생명도 위협한다는 점에서 혐연권은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정에 의한 생명권에 의해 보장된다고 보는 견해가 있다.³²⁾ 그러나 이 견해에 대해서는 흡연에 의하여 간접흡연자의 건강에 해악을 끼칠 수 있는 가능성을 인정할 수 있지만,³³⁾ 이러한 간접흡연에 의하여 직접적으로 비흡연자의 생명을 빼앗아 간다고 명확하게 그 개연성이나 상당인과관계를 분명하게 인정할 수 없다는 점에 비추어 볼 때 혐연권의 헌법적 근거를 헌법 제10조의 생명권에서 찾는 것은 타당하지 않다.

Ⅳ. 외국의 흡연 규제 입법의 주요 내용 및 시사점

1. 외국의 흡연 규제 입법의 주요 내용

1.1 미국의 흡연 규제에 대한 주요 입법례

미국은 각 주나 시마다 흡연 규제에 대한 법규정의 내용이 다르다는 점에서 흡연 규제에 대한 입법에 대해 일률적으로 말할 수 없다. 하지만 미국 내에서 담배규제를 담당하는 정부기관인 FDA(Food and Drug Administration)의 담배생산과 담배제품에 대한 강력한 규제와 단속권한을 부여하는 것을 주요골자로 하는 가족금연법 및 담배규제법(Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act)의 주요 내용에 대해 살펴보면 담배의 수요 감소조치로 담배성분공개 및 정보제공의무, 담배의 포장 및 표시규제, 담배의 광고, 판촉 및 후원금지를 들 수 있고, 담배의 공급 감소조치로 담배밀수 및 불법거래 방지, 미성년자에 대한 담배판매 등의 규제강화 등을 들 수 있는바,³⁴⁾ 이하에서는 미국에

32) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고, 2003헌마457 결정.

33) 본 논문의 II-2번 부분 참조.

34) 이러한 미국의 가족금연법 및 담배규제법에 대해 자세한 것은 장욱, “미국의 가족금연 및 담배규제법 제정을 통해 본 우리의 입법과제”, 법학연구 제19권 제4호, 연세대 법학연구원, 2009, 124-128쪽 참조.

서 흡연 규제 입법에 대해 칼라바사스(Calabasas) 시와 뉴욕 주를 중심으로 캘리포니아 주의 글렌데일 시와 라스베이거스 및 워싱턴 D.C 특별구, 버지니아 주와 매릴랜드 주에 대해 살펴보겠다.

먼저 미국에서 처음으로 모든 옥외 공공장소에서 흡연을 금지하여 전 세계의 주목을 받았던 미국의 로스앤젤레스 근교인 산페르난도 밸리(San Fernando Valley)의 서쪽 끝에 위치한 고급 주택지인 칼라바사스(Calabasas) 시의 간접흡연 규제 조례와 개정 칼라바사스(Calabasas) 시 규정에 의하면, 2006년 8월 17일에 개인의 사유주택지 등을 제외한 모든 공공장소와 사무실, 대단위 기숙사 휴게실, 호텔, 레스토랑, 주점(Bar) 및 공공숙박 시설에서 흡연을 금지하고, 이렇게 흡연이 금지된 지역(금연 장소) 이외에서 흡연을 하더라도 흡연자의 주변 25피트 이내에 단 한 사람도 없거나 또는 25피트 이내에 모든 사람들로부터 흡연을 하는 것에 대해 허락을 받도록 규정하고 있다.³⁵⁾

다음으로 미국의 뉴욕 주에서는 2003년 3월 시행된 금연법(Smoke Free Air Act)에 따라 모든 사무실, 식당, 주점, 쇼핑몰 등 공공장소에서의 흡연이 금지되었고, 뉴욕 주의 타임스퀘어, 공원, 해안, 광장 등의 지역에서도 흡연이 금지되었으며, 미국의 뉴욕 주에서는 담배의 구매 허용연령을 18세에서 21세로 높이고 담배를 가판대나 진열대에서 배치하는 것을 금지하는 법안도 강하게 추진하고 있다. 다만 미국 뉴욕 주에서 길거리 흡연은 금지되지 않고 있다.³⁶⁾

그리고 한국계 미국인들이 많이 사는 캘리포니아 주의 로스앤젤레스 군에 있는 글렌데일(Glendale) 시 조례의 의하면, 해변가, 공원, 주차장, 야외 ATM 근처, 아파트 복도를 포함한 모든 공공장소에서 흡연이 금지되고 있고, 미국 내 카운티(County; 군 또는 주) 약 2,724지역에서 어떤 형태로건 실외 흡연을 규제하는 법규정을 두고 있으며, 미국의 일리노이 주에서는 수차레 주점, 카지노, 성인 엔터테인먼트 업체, 개인 클럽에서 흡연을 허용해 달라는 내용의 법안을 리노이 주 의회에 제출하고 있지만, 계속해서 통과되지 못하고 있다. 또한 미국의 라스베이거스의 2007년 흡연 규제법에 의하면 라스베이거스의 공공건물은 금연장소이지만, 호텔에서서는 건물 소유주의 의사에 따라 금연구역으로 지정될 수 있으며, 스낵류를 제외한 음식을 판매하는 나이트클럽이나 주점, 카지노 등은

35) AN ORDINANCE OF THE CITY OF CALABASAS REGULATING SECOND-HAND SMOKE AND AMENDING THE CALABASAS MUNICIPAL CODE, ORDINANCE NO. 2006-217 중에서 Sec. 8.12.040 부분 참조.

36) 헤럴드경제, “흡연 규제에 급성장하고 있는 미국 전자담배 시장”,
 〈<http://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20131104000018>〉, 검색일: 2014. 12. 30.

금연구역이다. 그리고 미국의 워싱턴 D.C 특별구와 그 인근 지역인 버지니아 주와 매릴랜드 주의 조례에 의하면 모든 실내 장소에서 흡연은 금지되며, 흡연은 옥외장소에서만 할 수 있는바, 옥외장소의 흡연도 각 건물의 출구에서 25피트 이상 떨어져 있는 곳에서만 흡연을 할 수 있도록 규정하고 있다.³⁷⁾

이렇듯 뉴욕 주를 포함하여 미국 전역에 흡연에 대한 규제가 갈수록 강화되는 추세에 있는바, 미국의 오바마 대통령은 2014 회계연도 예산안에서 담배에 부과하는 연방 담배세를 현행 한 갑당 1.01달러에서 1.95달러로 무려 94센트 인상하기로 발표했다. 이것은 지난 2009년 4월에 39센트에서 1.01달러로 올린 이후 두 번째 인상으로 인상폭은 2009년에 비해 훨씬 커졌다. 이러한 강력한 흡연 규제 정책과 건강에 대한 관심 증대로 금연을 시도하는 미국인들이 꾸준히 증가하고 있다. 이에 따라 담배 대용품으로 전자담배를 찾는 미국인들도 크게 늘어나고 있는바, 최근 뉴욕과 캘리포니아 등 미국 40개 주의 검찰은 미국 식약청(FDA)에 보낸 서한을 통해 전자담배 업체들이 만화를 이용한 광고와 과일향을 첨가한 제품으로 어린이와 청소년들의 흡연을 부추기고 있다고 지적하며 조속한 시일 내에 전자담배에 대한 규제안을 마련해야 한다고 촉구한 바 있다. 또한 2013년을 기준으로 미국은 일부 주에서 미성년자에 대한 전자담배 판매를 금지하거나 공공장소에서 전자담배 사용을 제한하고 있다. 다만 미국 연방 정부 차원에서 전자 담배에 대한 규제는 없다.³⁸⁾ 하지만 최근 들어 전자담배의 유해성에 대한 논란이 확산되면서 미국의 뉴욕 시의회는 전자담배도 공공장소에서 피우지 못하도록 하는 법안을 통과시켜 기존의 ‘공공장소 금연법안’에 전자담배도 포함시켜 금지시키고 있으며, 미국의 시카고 시의회도 이러한 법안을 준비 중에 있다.³⁹⁾

1.2 독일과 프랑스의 흡연 규제에 대한 주요 입법례

1.2.1 독일의 흡연 규제에 대한 주요 입법례

2007년 8월 1일부터 2008년 7월 1일까지 제정한 독일 연방시설물 및 공공교통수단 내에서의 금연법(Gesetz zur Einführung eines Rauchverbotes in Einrichtungen des Bundes

37) <<https://mirror.enha.kr/wiki/%EA%B8%B8%EB%B9%B5#fn16>>, 검색일: 2014. 12. 30.

38) 헤럴드경제, “흡연 규제에 급성장하고 있는 미국 전자담배 시장”,

<<http://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20131104000018>>, 검색일: 2014. 12. 30.

39) OBS 뉴스, “전자담배…미국과 유럽서 규제 시작”,

<<http://www.obsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=761327>>, 검색일: 2014. 12. 30.

und öffentlichen Verkehrsmitteln: 이하에서 ‘비흡연자 보호법(NichtraucherGesetz)’으로 줄임)의 제1조(흡연금지)에서는 독일 연방 소유의 공공시설물과 헌법기관 건물, 공공 여객 교통수단, 기차역사 등에서의 흡연을 금지하는 규정을 두고 있고, 동법 제2조에서는 흡연이 금지되는 시설물과 교통수단에 대한 개념정의 규정을 두고 있다. 그리고 동법 제3조에서는 해당 시설물 등에서 흡연이 금지된다는 사실을 안내하는 규정을 두고 있고, 동법 제4조에서는 동법 제3조의 안내에 대한 책임을 지는 자가 누구인지에 대해 규정하고 있다. 또한 동법 제5조에서는 동법 제1조의 규정에 반하여 흡연이 금지되는 장소에서 흡연을 하는 자에 대한 과태료를 부과하는 규정을 두고 있다. 이 밖에 독일 연방 비흡연자 보호법 외에도 독일의 각 주에서는 각 주별로 금연법을 제정하여 호텔, 식당 등 사람들이 많이 모이는 공공장소 등에서 흡연을 금지하고 있다.⁴⁰⁾

한편 독일 바덴-뷔르템베르크 주의 비흡연자보호법 제7조 제2항, 독일 노르트라인-베스트팔렌 주의 비흡연자보호법 제4조 제1항 제2문, 독일 헤센 주의 비흡연자보호법 제2조 제4항, 독일 라인란트-팔츠 주의 비흡연자보호법 제7조 제2항에서는 완전히 분리된 별도의 공간에서 흡연을 허용할 수 있도록 규정하고 있다. 한편 이와 달리 독일 바이에른 주의 건강보호법(Gesetz zum Schutz der Gesundheit) 제3조 제1항 제1문에 의해 공중접객업소의 손님이 체류하는 주된 공간뿐만 아니라 화장실이나 출입구 등과 같은 장소도 누구나 접근할 수 있다면 흡연금지구역인 공중접객업소의 내부의 범위에 속한다고 규정하여 실내 흡연을 강하게 금지하고 있다.⁴¹⁾⁴²⁾

1.2.2 프랑스의 흡연 규제에 대한 주요 입법례

프랑스에서는 흡연이 가능한 지역을 제외한 공공장소, 학교시설, 그리고 대중교통수단에서 흡연이 금지된다. 이는 작업장 및 일반인이 출입하는 폐쇄된 장소에 적용되며, 2008년 1월 1일부터 흡연이 금지되는 공공장소는 상설 음료판매 가게, 카지노, 놀이공원, 담배가게, 디스코텍, 호텔 및 레스토랑에 확대 적용된다. 그리고 흡연금지의 위반을 조장하는 행위, 관련 규정에 부합하지 않는 흡연구역을 마련하거나 담배 및 담배제품에 관련

40) 김세진/박종원/김대인/이재민/김경미, 담배관련 법령체계 개선방안에 관한 연구, 한국법제연구원, 2010, 99-100쪽, 117쪽.

41) 이상해, “독일 비흡연자보호법의 제정과 동향”, 동아법학 제52호, 동아대 법학연구소, 2011, 230·241쪽.

42) 이 밖에 독일 연방 각 주에서의 흡연 규제 입법의 개정 연혁과 개정 내용 및 이 법 규정들에 대한 독일 연방헌법재판소의 판결 내용 등에 대해 자세한 것은 김성수, “독일연방헌법재판소의 비흡연자보호법 결정에 대한 평가와 한국의 흡연구제법제에 대한 시사점”, 토지공법연구 제45집, 한국토지공법학회, 2009, 409-422쪽; 이상해, 위의 논문, 219-248쪽 참조.

한 표시를 하지 않는 행위에 대해서는 최소 90유로에서 최대 750유로에 해당하는 벌금을 부과받게 된다.⁴³⁾

1.3 기타 국가의 흡연 규제에 대한 주요 입법례

먼저 유럽의 EU 회원국 중에서 아일랜드가 2005년에 최초로 실내 음식점 안에서 흡연을 전면적으로 금지하는 입법을 시행하면서⁴⁴⁾ 이후 여러 EU 회원국가로 이러한 흡연 규제 입법이 영향을 미쳐 네덜란드, 이탈리아 등의 유럽 국가들은 식당과 주점(Bar)에서 전면적인 흡연 규제(금연지역)를 시행하고 있다.

그리고 유럽의회도 2013년 12월 18일에 전자담배용 니코틴 농도 제한 법안을 통과시켜 28개의 EU 회원국이 2016년부터 관련법을 마련해 시행해야 한다.⁴⁵⁾

또한 일본에서는 2002년 8월 2일에 제정되어 2003년 5월 1일부터 시행된 ‘건강증진법’ 제25조에서 “학교, 체육관, 병원, 극장, 관람장, 집회장, 전시장, 백화점, 사무소, 관공청 시설, 음식점, 그 밖에 다수의 사람이 이용하는 시설을 관리하는 자는 이를 이용하는 자에 대하여 수동흡연(실내 또는 이에 준하는 환경에서 타인의 담배연기를 흡입하는 것을 말한다.)을 방지하기 위하여 필요한 조치를 강구하도록 노력해야 한다.”라는 규정에 의하여 사무실이나 기타 다수의 사람이 이용하는 시설을 관리하는 자는 간접흡연을 방지하여 담배로 인한 유해한 영향을 최소화하고 국민보건의 향상을 도모하고 있다.⁴⁶⁾

이 밖에 담배가 인류에 미치는 해악에 국제사회가 공동으로 대처하기 위하여 2003년 세계보건총회(WHA)에서 채택된 보건 분야 최초의 국제협약인 세계보건기구(WHO)에 의해 2003년 5월에 제정된 ‘담배규제에 관한 기본협약 (Framework Convention on Tobacco Control: FCTC)’⁴⁷⁾의 중요 내용에 대해 살펴보면 5년 내에 자국법에 따라 담배광고, 판촉, 후원 금지 조치를 실시해야 하고, 담뱃갑의 겉표면 양면에 최소 30%의 크기로 경고메시지와 담배경고의 그림을 사용해야 하며, 담배가 덜 해롭다는 인식을 조장하는 저타르,

43) 김세진/박종원/김대인/이재민/김경미, 앞의 보고서, 126쪽.

44) <<https://mirror.enha.kr/wiki/%EA%B8%B8%EB%B9%B5#fn16>>, 검색일: 2014. 12. 30.

45) OBS 뉴스, “전자담배…미국과 유럽서 규제 시작”,

<<http://www.obsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=761327>>, 검색일: 2014. 12. 30.

46) 김세진/박종원/김대인/이재민/김경미, 앞의 보고서, 154-155쪽.

47) 이러한 FCTC의 연혁과 효력발생, 그 목적과 기본원칙, 그 특성과 협약의 내용에 대해 자세한 것은 박길준/김대순/박동진/이선규, “한국의 담배규제에 관한 입법론적 고찰”, 경제법연구 제3권, 삼성출판사, 2004, 185-187쪽 참조.

라이트, 울트라라이트, 마일드 등의 용어 사용을 금지시켜야 한다. 그리고 담배의 불법거래 방지를 위해 상품의 최종 목적지를 확인하거나 합법 여부의 판단을 표시해야 하고, 미성년자가 담배 구입을 하지 못하도록 금지 조치를 해야 하며, 담배 형태의 미성년자용 상품(과자류, 완구류)의 제조 및 판매를 금지해야 한다. 또한 담배회사의 보상을 포함한 민사책임 및 형사처벌에 관한 입법을 촉진해야 하고, 개발도상국가 및 체제전환국의 담배 규제에 관한 기본협약의 이행을 위한 국제기금 조성 방안 조치를 고려해 주어야 한다.

2. 시사점 검토

이상에서 살펴본 바에 의하면⁴⁸⁾ 미국은 연방정부 차원에서 ‘가족금연법 및 담배규제법’에 의해 광범위한 담배 규제를 시행하고 있고 미국의 칼라바사스 시, 뉴욕 주, 캘리포니아 주의 글렌데일 시, 라스베이거스, 워싱턴 D.C 특별구, 버지니아 주, 메릴랜드 주 등의 많은 주와 아일랜드, 독일, 프랑스, 이탈리아 등 많은 유럽 국가들 및 일본 등 전세계적으로 각 나라마다 자국 국민의 흡연율을 떨어뜨리기 위하여 일반 다중이 많이 사용하는 실내의 장소나 공공장소에서는 대체적으로 전면적인 흡연 규제를 하고 있거나 흡연을 최대한 하지 못하도록 강하게 규제하고 있다는 점을 알 수 있다. 그리고 흡연이 가능한 실외 장소도 건물의 외벽이나 출입구에서 일정 거리 이상 떨어진 곳에서 흡연을 할 수 있도록 규정하고 있으며, 이를 위반 시 일정한 제재를 행하여 흡연 규제를 강하게 시행하고 있음을 알 수 있다. 이를 통해 전 세계 각국에서 대체로 직접흡연자의 건강보호와 간접흡연자의 건강증진 등의 공공복리를 실현하기 위하여 담배산업과 흡연자의 흡연 행위에 대해 점점 더 강도를 높여 규제하는 입법이나 정책을 시행하고 있다는 것을 우리나라에 시사해 준다.

그리고 최근 2014년 10월 13일부터 18일까지 세계보건기구(WHO) 담배규제기본협약(FCTC) 제6차 당사국 총회가 러시아의 모스크바 월드트레이드센터에서 개최되어, 흡연율 감소를 위한 담배 가격 및 조세조치에 관한 가이드라인의 채택과 담뱃값의 과감한 인상 정책을 통해 담배소비를 줄이기 위해서 흡연자에게 실질적인 가격부담이 지속되도록 담배가격 물가연동 및 정기적인 담뱃세 인상 등의 권고와 전자담배와 무연담배 등 최근 급부상하고 있는 신종담배 현황 보고 및 이에 대한 관리와 규제의 촉구, 최근 금연구역 확대 추세에 따라 이용이 늘고 있는 신종담배가 건강에 미치는 영향 및 모니터링

48) 본 논문의 IV-1번 참조.

활동 및 이에 대한 정부의 규제 필요성 연구, 담배제품 성분규제 및 공개 관련 가이드라인, 담배업계의 활동에 대한 법적 책임 관련 사항 등 담배 및 담배회사에 대한 규제방안 등이 주로 논의되었다.⁴⁹⁾ 이를 통해 흡연자에게 담배를 구매하는 데 있어 실질적으로 부담을 느낄 정도로 담배 가격을 높여서 담배의 구매나 담배의 소비를 감소시키고 있고, 최근 전자담배 등을 규제하는 법안을 마련하여 시행하거나 시행하려는 점 등을 통해 강한 흡연 규제 입법이나 정책을 시행하고 있다는 것을 우리나라에 시사해 준다.

V. 2014년 우리나라 개정 국민건강증진법상 흡연 규제 조항에 대한 검토

1. 국민건강증진법 제9조 제4항~제6항의 입법 목적의 정당성 검토

우리나라 국민의 기본권을 제한할 수 있는 헌법적 근거와 제한의 형식 및 제한의 한계를 각각 명시적으로 규정하고 있는 헌법 제37조 제2항에 의하여 헌법이 보장하는 범위 내에서 기본권의 내용이나 효력의 범위를 제한할 수 있다. 이 중에서 합헌적 기본권 제한 법률의 목적적 요건인 ‘공공복리’란 사회의 공동생활을 영위하는 사회구성원 전체를 위한 공공의 이익(국민의 생활안전과 건강증진 및 사회·경제영역의 안정·발전·편의 등의 보장)을 뜻한다.⁵⁰⁾

이에 비추어 볼 때 흡연행위는 직접흡연자 자신을 포함하여 간접흡연으로 인하여 비흡연자의 건강을 해쳐 국민보건상에 해악을 끼치고, 공기를 오염시켜 쾌적하게 생활 환경을 해치며, 비흡연자들이 담배 연기를 개인적으로 싫어하여 담배 연기를 맡지 않을 수 있는 사생활의 자유와 일반적 행동자유권을 침해한다는 점에서 흡연에 대한 규제 입법이나 정책은 흡연자 개인의 사익을 초월하여 국민 공동의 보건권 및 건강권, 환경권 등과도 연결된 공공복리에 관계되는 문제에 해당한다. 그리고 이러한 공공복리를 실현하기 위하여 흡연자의 흡연권이라는 기본권을 그 본질적인 내용이 침해되지 않는 범위 내에서 필요 최소한도로 관련 법률에 의해 제한할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 따라서

49) 서울뉴스통신, “담배 규제 위해 179개국에 머리 맞댄다”,

〈<http://www.snakorea.com/news/articleView.html?idxno=112433>〉, 검색일: 2014. 12. 30.

50) 권영성, 헌법학원론 개정판, 경기도: 법문사, 2009, 350쪽; 성낙인, 앞의 책, 370쪽.

국민은 이러한 헌법 제37조 제2항과 헌법 제36조 제3항에 의한 보전권 등에 의하여 국가로 하여금 적절히 흡연을 규제하도록 요구할 수 있는 권리가 있으며, 흡연에 대한 제한은 국가의 의무라고 볼 수 있다. 따라서 우리나라 국민건강증진법 제9조 제4항~제6항에서 흡연 규제에 대한 입법의 목적은 정당한 것으로 보는 것이 타당하다.

2. 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항과 제3항의 비례의 원칙에 위반 여부 및 흡연권과 혐연권의 충돌 시 해결방안에 대한 검토

2.1 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항과 제3항의 비례의 원칙에 위반 여부 검토

최근 2014년에 우리나라의 국민건강증진법 제9조 제4항 제24호에 근거한 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항(이하에서 ‘2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항’으로 줄임)에 의하면 “해당 시설의 전체를 금연구역으로 지정해야 하는 휴게 음식점영업소, 일반 음식점영업소 및 제과점영업소(이하에서 ‘영업소’로 줄임)는 다음 각 호의 구분에 따른 영업소로 한다. 1. 2013년 12월 31일까지: 150제곱미터 이상인 영업소, 2. 2014년 1월 1일부터 2014년 12월 31일까지: 100제곱미터 이상인 영업소, 3. 2015년 1월 1일부터: 모든 영업소”라고 개정되어 흡연 규제지역(금연지역)이 대폭 확대되었다. 이러한 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항의 개정 내용이 헌법상 비례의 원칙⁵¹⁾에 비추어 볼 때 흡연자의 흡연권을 부당히 과도하게 제한하는 위헌적 규정인지에 대해 살펴보면 다음과 같다.

먼저 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항에서 선택한 2015년 1월 1일부터 시행되는 모든 영업소 안에서 흡연을 원칙적으로 금지하는 방법이나 수단은 해당 영업소 안에서 해당 음식을 먹거나 구입하는 등의 사유로 들어가 있을 때 비흡연자에게 간접흡연을 통한 건강상의 피해를 줄여 주는 데 조금이라도 기여한다. 그리고 비흡연자의 입장에서 해당 영업소에서 해당 음식을 먹거나 구입하려고 들어갔을 때 개인적으로 흡입하고 싶지 않은 담배 연기를 맡지 않도록 해 주어 비흡연자의 혐연권을 보호해 주는 데 조금이라도 기여한다. 또한 이러한 흡연 규제 입법을 통해 직접흡연자의 수를 줄이거나 직접흡

51) 이러한 비례의 원칙에 대해 자세한 것은 권영성, 앞의 책, 352-355쪽; 김철수, 헌법학개론 제19전정신판, 서울: 박영사, 2007, 435-438쪽; 전광석, 앞의 책, 236-240쪽; 허영, 한국헌법론 전정6판, 서울: 박영사, 2010, 290-292쪽 참조.

연자의 흡연의 욕구나 흡연 횟수나 흡연의 정도를 조금이라도 감소시켜 주어 직접흡연자와 간접흡연자인 국민의 건강을 조금이라도 증진시키는 데 기여할 수 있다는 점에 비추어 볼 때 비례의 원칙 중 수단의 적합성 원칙에 위반되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

다음으로 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항에서 선택(채택)한 모든 영업소 안에서 원칙적으로 흡연을 금지시키는 방법이나 수단은 해당 영업소 안에서 흡연석과 금연석과 같은 어느 일정 범위의 금연구역과 흡연구역의 분리적인 운영만으로는 담배 연기를 물리적으로 완전히 차단하기 어려워 비흡연자의 입장에서 해당 영업소 안에서 음식을 먹거나 구입하려고 들어갔을 때 흡입하고 싶지 않은 담배 연기를 (비록 금연석과 흡연석으로 공간 분리는 했지만) 조금이라도 맡을 수밖에 없어 비흡연자가 개인적으로 담배 연기를 맡고 싶지 않은 혐연권을 침해한다. 그리고 해당 영업소 안에서 흡연석과 금연석의 운영과 같은 방법으로 어느 일정 범위의 금연구역과 흡연구역의 분리적인 운영만으로 부득이 간접흡연에 노출될 수밖에 없어 비흡연자의 건강상의 폐해를 가져와 비흡연자의 건강권을 계속 여전히 침해할 수 있어 이를 사전에 효과적으로 방지하기 위해서는 부득이하게 모든 영업소 안에서 원칙적으로 흡연을 금지시켜 공공복리를 실현하고 있다. 또한 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제3항과 이에 근거한 금연구역을 알리는 표지와 흡연실을 설치하는 기준과 방법에 관한 별표 2 중에서 2. 흡연실을 설치하는 기준 및 방법 중 ‘가. 흡연실의 설치 위치’ 중에서 2)번에 의해 국민건강증진법 제9조 제4항 제24호에 해당하는 모든 영업소의 소유자나 점유자 또는 관리자는 가급적 실외에 흡연실을 설치하되, 부득이한 경우에 모든 영업소의 건물 내에도 흡연실을 설치할 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 동 별표 2 중에서 2. 흡연실을 설치하는 기준 및 방법 중 ‘다. 흡연실의 설치 방법’ 중에서 1)번~4)번에 의해 실외에 흡연실을 설치할 때에는 자연 환기가 가능하도록 하고, 부득이한 경우에는 별도로 환기시설을 설치해야 하고, 이 경우에 해당 흡연실을 덮을 수 있는 지붕 및 바람막이 등을 설치할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 부득이하게 건물 내에 흡연실을 설치할 때에는 해당 시설의 규모나 특성 및 이용자 중 흡연자 수 등을 고려하여 담배 연기가 실내로 유입되지 않도록 실내와 완전히 차단된 밀폐 공간으로 해야 하는바, 이 경우에 공동으로 이용하는 시설인 사무실, 화장실, 복도, 계단 등의 공간을 흡연실로 사용해서는 안 되도록 규정하고 있다. 그리고 부득이하게 건물 내에 흡연실을 설치할 때에는 흡연실의 연기를 실외로 배출할 수 있도록 환풍기 등의 환기시설을 설치해야 하고, 흡연실에 재떨이 등 흡연을 위한 시설 외에 개인용 컴퓨터 또는 탁자 등 영업에 사용되는 시설이나 설비를

설치해서는 안 되도록 규정하고 있다. 따라서 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항에서 선택한 흡연 규제 방법은 모든 영업소 안에서 흡연을 원칙적으로 금지하여 비흡연자의 흡연권과 건강권의 보호라는 공공복리를 원칙적으로 실현하되, 예외적으로 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제3항과 이에 근거한 금연구역을 알리는 표지와 흡연실을 설치하는 기준과 방법에 관한 별표 2에 의해 해당 영업소 내부에 실내와 완전히 차단된 밀폐 공간에 별도의 흡연실을 설치할 수 있도록 해 주고, 이 경우에 연기를 실외로 완전히 배출할 수 있도록 환기시설을 설치할 수 있도록 해 주며, 흡연실 안에서는 순수히 흡연만 할 수 있도록 해 주어 흡연자의 흡연권의 침해되는 정도를 최소화시키고 있다는 점에 비추어 볼 때 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 위반되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

또한 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항과 제3항과 이에 근거한 금연구역을 알리는 표지와 흡연실을 설치하는 기준과 방법에 관한 별표 2에 의해 모든 영업소 안에서 원칙적으로 흡연을 금지시켜 달성하려는 직접흡연자의 수적 감소나 흡연 횟수의 감소, 흡연 정도의 감소 또는 비흡연자의 간접흡연의 감소나 사전 예방을 통해 직접 흡연자나 비흡연자의 건강을 증진시켜 주는 등의 공익은 동 규정에 의해 침해되는 흡연자의 흡연권이라는 사익의 정도보다 크다는 점에 비추어 볼 때 동 규정은 비례의 원칙 중 법익 균형의 원칙에도 위반되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

2.2 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항과 제3항에 의한 흡연권과 흡연권의 충돌 시 해결방안에 대한 검토

헌법재판소는 지난 2004년 8월 26일에 2003헌마457 결정에서 “흡연자와 비흡연자가 함께 생활하는 공간에서의 흡연행위는 필연적으로 흡연자의 기본권과 비흡연자의 기본권이 충돌하는 상황이 초래된다.”라고 판시하였다.⁵²⁾ 따라서 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항에 의해 모든 영업소의 내부 지역은 해당 영업소의 음식을 먹거나 구입하기 위하여 분명히 흡연자와 비흡연자가 함께 생활하는 공간에 해당하므로, 해당 영업소의 내부 지역은 흡연자의 흡연권과 비흡연자의 흡연권이 충돌하는 장소에 해당한다고 보는 것이 타당하다.⁵³⁾

52) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고, 2003헌마457 결정.

53) 이와 유사한 취지로 흡연자의 흡연권과 비흡연자의 흡연권 간에 기본권의 충돌의 발생가능성을 인정하는

생각건대, 이러한 기본권의 충돌이 발생하는 경우에는 기본권이 서로 충돌하는 경우에 양자택일적으로 충돌하는 기본권 중 어느 하나의 기본권만을 실현하고 다른 하나의 기본권을 희생시켜서는 안 되고, 헌법의 통일성의 관점에서 충돌하는 양 기본권이 모두 최대한으로 실현될 수 있도록 조화의 방법을 찾아야 한다는 이른바 ‘실제적 조화의 원칙’⁵⁴⁾에 의해 해결하는 것이 타당하다.

이러한 실제적 조화의 원칙에 비추어 볼 때 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항에 의해 비흡연자의 건강에 연계된 혐연권을 흡연자의 흡연권보다 상대적으로 우선시하여 원칙적으로 모든 영업소의 내부 지역에서 원칙적으로 흡연을 금지시키되,⁵⁵⁾ 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제3항 및 이에 근거한 금연구역을 알리는 표지와 흡연실을 설치하는 기준과 방법에 관한 별표 2에서 선택한 흡연 규제 방법은 모든 영업소 안에서 흡연을 원칙적으로 금지하여 비흡연자의 혐연권과 건강권의 보호라는 공공복리를 원칙적으로 실현하는 것이 타당하다. 다만 예외적으로 해당 영업소 내부에 실내와 완전히 차단된 밀폐 공간에 별도의 흡연실을 설치할 수 있도록 해 주고, 이 경우에 연기를 실외로 완전히 배출할 수 있도록 환기시설을 설치할 수 있도록 해 주며, 흡연실 안에서는 순수히 흡연만 할 수 있도록 해 주어 흡연자의 흡연권 침해의 정도를 최소화하는 범위 내에서 흡연자의 흡연권도 보호해 주고 있다는 점에서 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항과 제3항 및 금연구역을 알리는 표지와 흡연실을 설치하

전해는 김종철, 앞의 논문, 73-75쪽 참조.

- 54) 이러한 ‘실제적 조화의 원칙’은 헌법규범 간의 대립과 긴장관계를 헌법규범 간의 우위관계로 해결하는 것이 아니라 헌법의 통일성의 관점에서 충돌하는 헌법규범 모두가 최적의 효과를 발휘할 수 있는 방안을 찾도록 해석해야 한다는 원칙을 뜻하는바, 이를 일명 ‘규범 조화적 해석방법’이라고도 한다. 이희훈, “영국·미국·독일·프랑스의 낙태 규제 입법과 판례에 대한 비교법적 고찰”, 일감법학 제27권, 건국대 법학연구소, 2014, 706쪽; 한수용, 헌법학 제1판, 경기도: 법문사, 2011, 491쪽.
- 55) 이러한 점에서 헌법재판소가 지난 2004년의 2003헌마457의 결정에서 “흡연권은 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고, 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로, 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이라 할 수 있다. 이처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위 기본권 우선의 원칙에 따라 하위 기본권이 제한될 수 있으므로, 결국 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다.”라고 판시한 것에 대해서 흡연에 의하여 간접흡연자의 건강에 해악을 끼칠 수 있는 가능성을 인정할 수 있으므로(본 논문의 II-2번 부분 참조), 비흡연자의 혐연권을 흡연자의 흡연권보다 상대적으로 우선시하는 것에는 찬성할 수 있다. 그러나 헌법재판소의 이러한 판시 내용에 대한 해석을 간접흡연이 비흡연자의 생명을 직접 빼앗아 간다고 명확히 그 개연성이나 상당인과관계를 인정할 수 없다고 할 것이기 때문에 혐연권의 헌법적 근거를 헌법상 생명권에서 찾을 후에, 생명권과 연계된 혐연권을 흡연권보다 상위의 기본권으로 설정해 놓고, 상위의 기본권인 혐연권을 흡연권보다 절대적으로 우선시해서 흡연권은 항상 혐연권을 침해하지 않는 범위 내에서만 인정하는 방식으로 흡연권과 혐연권의 충돌 문제를 해결하려는 것은 타당하지 않다.

는 기준과 방법에 관한 별표 2의 규정 내용은 비흡연자의 흡연권과 흡연자의 흡연권의 충돌을 실제적 조화의 원칙에 부합되게 잘 해결해 주고 있어 합헌적 규정으로 보는 것이 타당하다.

Ⅵ. 맺는 글

이상에서 살펴보았듯이,⁵⁶⁾ 흡연은 직접흡연자의 신체상 거의 모든 기관에 당뇨병, 류마티스 관절염, 결장직장암 등의 여러 질병을 유발시키고, 건강상태를 저하시키며, 태아 또는 영아에게 특히 건강상의 악영향을 끼친다. 그리고 간접흡연도 각종 암의 유발, 호흡기 질환이나 심혈관 계통의 질환 유발, 태아 또는 영아의 건강에 심히 부정적인 결과를 초래하는 원인이 된다.⁵⁷⁾

그리고 담배의 소비량과 간접흡연의 피해를 효과적으로 낮추는 것을 그 목적으로 담배의 건강피해가 전 지구적 문제임을 인정하고 흡연에 대한 효과적인 통제수단과 국제적 협력방안을 담은 보건 분야 최초의 국제협약인 ‘담배규제에 관한 기본협약(FCTC)’ 제8조에 의하면 동 협약 비준국가는 비준 후 5년 이내에 전반적인 금연구역 정책을 수립할 것을 권고하는 규정을 두고 있다. 우리나라는 이 협약에 지난 2003년 7월에 가입 및 서명하고 2005년 5월에 비준하였으므로, 동 협약의 내용에 따라 전반적인 금연구역의 정책을 수립하여 시행해야 할 것이다.

이에 비추어 우리나라는 직접흡연이나 간접흡연의 폐해를 효과적으로 방지하거나 차단하기 위해서 기존에 시행했던 모든 영업소 안에서 금연석과 흡연석의 분리적 운영만으로 담배 연기를 물리적으로 완전히 차단하기 어렵다는 점을 고려하여 2014년 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항에서 원칙적으로 모든 영업소 안에서 흡연을 금지시키는 것은 흡연으로 인하여 직접흡연자의 건강을 해치지 않도록 해 주고, 간접흡연으로 인하여 비흡연자의 건강을 해치지 않도록 해 주어 국민 건강을 증진시켜 준다. 또한 쾌적한 생활환경을 해치지 않도록 해 주고, 비흡연자들이 담배 연기를 개인적으로 싫어하여 담배 연기를 맡지 않을 수 있는 사생활의 자유와 일반적 행동자유권이 침해되지 않도록 보호해 주어 공공복리를 실현시켜 준다는 점에서 그 입법목적은 정당하다. 그러나 이러한 공공복리를 실현하기 위하여 흡연자의 흡연권을 제한하더라도 흡연자의 흡연권은 헌법상 비례의 원칙과 흡연권의 본질적인 내용이 침해되지 않는 범위 내에서 필요 최소

56) 본 논문의 II번 참조.

57) 국민건강보험, 앞의 보고서, 19쪽.

한도로 국민건강증진법상 흡연 규제 관련 규정의 형식으로 제한할 수 있다.

생각건대, 헌법상 비례의 원칙에 비추어 볼 때 2014년의 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항에서 선택한 모든 영업소 안에서 흡연을 원칙적으로 금지하는 방법은 직접흡연자의 흡연의 횟수나 흡연의 정도를 조금이라도 감소시켜 주어 직접흡연자의 건강을 조금이라도 증진시켜 주는 데 기여한다. 또한 동 규정은 비흡연자의 간접흡연을 원칙적으로 차단해 주어 건강상의 폐해를 조금이라도 줄여 주고, 비흡연자가 개인적으로 싫어하는 담배 연기를 흡입하지 않도록 조금이라도 기여해 준다는 점에서 동 규정은 수단의 적합성 원칙에 위반되지 않는다.

그리고 2014년의 국민건강증진법 제9조 제4항 제24호와 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항에 의해 원칙적으로 모든 영업소 안에서 흡연을 금지시켜 비흡연자의 흡연권과 건강을 우선적으로 보호하되, 2014년의 국민건강증진법 제9조 제4항 제24호와 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제3항 및 금연구역을 알리는 표지와 흡연실을 설치하는 기준과 방법에 관한 별표 2에 의해 해당 영업소 내부에 실내와 완전히 차단된 밀폐 공간에 별도의 흡연실을 설치할 수 있도록 해 주고, 이 경우에 담배 연기를 실외로 완전히 배출할 수 있도록 환기시설을 설치할 수 있도록 해 주며, 흡연실 안에서는 순수히 흡연만 할 수 있도록 해 주어 흡연자의 흡연권의 침해되는 정도를 최소화시키고 있다는 점에 비추어 볼 때 동 규정들은 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 위반되지 않는다.

또한 2014년의 국민건강증진법 제9조 제4항 제24호와 국민건강증진법 시행규칙 제6조 제1항과 제3항 및 금연구역을 알리는 표지와 흡연실을 설치하는 기준과 방법에 관한 별표 2에 의해 모든 영업소 안에서 원칙적으로 흡연을 금지시켜 달성하려는 직접흡연자의 수적 감소나 흡연 횟수의 감소나 흡연 정도의 감소 또는 비흡연자의 간접흡연의 감소나 사전 예방을 통해 직접 흡연자나 비흡연자의 건강을 증진시켜 주는 등의 공익은 동 규정들에 의해 침해되는 흡연자의 흡연권이라는 사익보다 크다는 점에 비추어 볼 때 동 규정들은 비례의 원칙 중 법익 균형의 원칙에도 위반되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

그리고 이상에서 살펴본 것처럼⁵⁸⁾ 전 세계적으로 자국민의 흡연율을 낮추기 위하여 실내 장소나 공공장소에서 대체로 전면적인 흡연 규제 입법을 시행하고 있고, 흡연이 가능한 실외 장소에서도 건물의 외벽이나 출입구에서 일정 거리 이상이 떨어진 곳에서만 흡연을 할 수 있는 규정을 두고 있으며, 이를 위반 시 일정한 제재를 하여 강한 흡연

58) 본 논문의 IV번 참조.

규제를 시행하고 있다는 점에 비추어 볼 때 우리나라 보건복지부가 국민건강증진법상 금연지역을 지정할 수 있는 1천 명 이상의 관객을 수용할 수 있는 대규모 체육시설뿐만 아니라 등록 및 신고체육시설로 분류되어 있는 당구장, 골프연습장(스크린골프장 등), 체력단련장(헬스장 등), 체육도장(태권도장 등), 수영장, 골프장, 스키장, 썰매장, 요트·조정·카누장, 빙상장, 승마장, 무도장 등에 대해서도 모두 금연구역으로 지정할 예정이라고 2014년 12월 12일에 언론에 밝힌 것⁵⁹⁾은 전 세계의 강한 흡연 규제의 흐름에 맞춘 바람직한 흡연 규제의 입법적 개선방안이라고 생각한다.

또한 우리나라가 담배 소비세의 개정을 통해 최근 담배가격을 대폭 상승시킨 것은 잠재적 흡연자에게 흡연을 시작하려는 의지의 감소와 기존 흡연자에게 일정 부분 금연의 촉진 및 기타 흡연의 확산을 일정 부분 감소시켜 주어 직접흡연자의 건강보호와 간접흡연자의 건강증진이라는 공공복리를 실현해 줄 수 있다는 점에서 바람직한 흡연 규제의 입법적 개선방안이라고 생각한다.

향후 우리나라는 더욱 적극적으로 대중매체를 통한 금연 캠페인의 시행, 실내 금연의 필요성에 대한 관리 및 홍보 등 흡연 규제에 대한 포괄적 프로그램의 적극적 추진, 흡연 중독자에 대한 적극적인 금연치료 및 금연 확대를 위한 강력한 흡연자의 건강관리기준의 수립 및 시행과 적극적 금연 예방대책의 시행 등⁶⁰⁾ 국민의 건강 증진을 위해서 다양하고 효과적인 흡연 규제 방법들을 입법화해 나가야 할 것이다.

59) 연합뉴스, “내년 당구장·스크린골프장도 금연구역 추진”,

<<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2014/12/11/0200000000AKR20141211155900017.HTML?input=1179m>>, 검색일: 2014. 12. 30.

60) 국민건강보험, 앞의 보고서, 53쪽, 56-58쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 권영성, 헌법학원론 개정판, 경기도: 법문사, 2009.
- 김철수, 헌법학개론 제19전정신판, 서울: 박영사, 2007.
- 성낙인, 헌법학 제12판, 경기도: 법문사, 2012.
- 예방의학 편찬위원회, 예방의학 제3판, 서울: 계축문화사, 2004.
- 전광석, 한국헌법론 제7판, 서울: 집현재, 2011.
- 정종섭, 헌법학원론 제5판, 서울: 박영사, 2010.
- 한수웅, 헌법학 제1판, 경기도: 법문사, 2011.
- 허 영, 한국헌법론 전정6판, 서울: 박영사, 2010.

2. 학술지

- 김성수, “독일연방헌법재판소의 비흡연자보호법 결정에 대한 평가와 한국의 흡연규제법에 대한 시사점”, 토지공법연구 제45집, 한국토지공법학회, 2009, 409-422쪽.
- 김종철, “흡연권과 혐연권의 우열관계에 관한 소고”, 법학연구 제17권 제3호, 연세대 법학연구원, 2007, 68-75쪽.
- 박길준/김대순/박동진/이선규, “한국의 담배규제에 관한 입법론적 고찰”, 경제법연구 제3권, 삼성출판사, 2004, 185-187쪽.
- 박영철, “인권과 흡연권”, 헌법학연구 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003, 303-309쪽.
- 이기영, “3차 간접흡연의 과학적 증거의 고찰”, 한국환경보건학회지 제36권 제2호, 한국 환경보건학회, 2010, 77쪽.
- 이상해, “독일 비흡연자보호법의 제정과 동향”, 동아법학 제52호, 동아대 법학연구소, 2011, 219-248쪽.
- 이희훈, “영국·미국·독일·프랑스의 낙태 규제 입법과 판례에 대한 비교법적 고찰”, 일감법학 제27권, 건국대 법학연구소, 2014, 706쪽.
- 장 옥, “미국의 가족금연 및 담배규제법 제정을 통해 본 우리의 입법과제”, 법학연구 제19권 제4호, 연세대 법학연구원, 2009, 124-128쪽.

조재현, “흡연권의 기본권성에 관한 연구”, 미국헌법연구 제18권 제2호, 미국헌법학회, 2007, 360쪽.

최용기, “국가기관에 의한 흡연권의 제한과 한계”, 세계헌법연구 제18권 제2호, 세계헌법학회, 2012, 111-115쪽.

하재홍, “흡연권의 기본권성에 대한 고찰”, 헌법학연구 제4권 제4호, 한국헌법학회, 2008, 180-187쪽.

3. 보고서

국민건강보험, “흡연과 건강”, 2014년 미국 공중보건국장 보고서 요약본, 보건복지부, 2014, 16쪽.

김세진/박종원/김대인/이재민/김경미, 담배관련 법령체계 개선방안에 관한 연구, 한국법제연구원, 2010, 99-155쪽.

4. 기타 자료

경기e조은뉴스, “모든 음식점에서 금연”,

<http://kggoodnews.co.kr/n_news/news/view.html?no=7821>, 검색일: 2014. 12. 30.

서울뉴스통신, “담배 규제 위해 179개국 이 머리 맞댄다”,

<<http://www.snakorea.com/news/articleView.html?idxno=112433>>, 검색일: 2014. 12. 30.

연합뉴스, “내년부터 모든 음식점서 흡연 금지”, <<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2014/12/26/0200000000AKR20141226158951002.HTML?input=1179m>>, 검색일: 2014. 12. 30.

연합뉴스, “내년 당구장·스크린골프장도 금연구역 추진”,

<<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2014/12/11/0200000000AKR20141211155900017.HTML?input=1179m>>, 검색일: 2014. 12. 30.

헤럴드경제, “흡연 규제에 급성장하고 있는 미국 전자담배 시장”,

<<http://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20131104000018>>, 검색일: 2014. 12. 30.

OBS 뉴스, “전자담배…미국과 유럽서 규제 시작”,

<<http://www.obsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=761327>>, 검색일: 2014. 12. 30.

<<https://mirror.enha.kr/wiki/%EA%B8%B8%EB%B9%B5#fn16>>, 검색일: 2014. 12. 30.

[Abstract]

A Constitutional Study on the Rational Smoking Restriction

Lee, Hie-Houn*

A rule to prohibit smoking is in principle to realize community public welfare to keep protection of freedom of a health increase of a smoker and a non-smoker and the right to be free from smoking of a non-smoker by an article 6, a clause 1 of an enforcement regulation of national health promotion act which did grounds in an article 9, a clause 4, a number 24 of national health promotion act of our country recently among all offices.

And a little, a smoking prohibition method among all offices choosing in an article 6, a clause 1 of an enforcement regulation of national health promotion act which did grounds in an article 9, a clause 4, a number 24 of national health promotion act though it protect a healthy increase of a smoker and a non-smoker and a right of a non-smoker. Therefore, this same rule and enforcement regulation is not violated a principle of conformity of methods in a principle of balancing test.

Besides, an article 6, a clause 3 of an enforcement regulation of national health promotion act and an annexed list 2 of a standard and a separate table to install a cover and a smoking room to tell about a nonsmoking area in about a method which did grounds in an article 9, a clause 4, a number 24 of national health promotion act prescribes installs an extra smoking room in all office inside, and to install a ventilation institution for discharge of sake cellar, cigarette smoke. Therefore, this same a rules, an enforcement regulations and an annexed list lets it minimize the right to Smoke infringement possibility of a smoker. Therefore, this same a rule, an enforcement regulation and an annexed list is not violated a principle of the smallest infringement in a principle of balancing test.

In addition, Public benefit of a healthy increase of the nation who is going to carry it

* Associate Professor of Law at Sunmoon University

out by this rule is bigger than a personal interest of the smoking zone of a smoker infringed by an article 6, a clause 1 & 3 of an enforcement regulation of national health promotion act which did grounds in an article 9, a clause 4, a number 24 of national health promotion act and an annexed list 2 of a standard and a separate table to install a cover and a smoking room to tell about a nonsmoking area in about a method. Therefore, this same a rules, an enforcement regulations and an annexed list is not violated a principle of balance of the benefit and protection of the law in a principle of balancing test.

In our country, reference must do a smoking regulation legislation to keep full-scale prohibition of smoking globally at an indoor place for decrease of smoking rate and a public place from now on. Therefore, our country must enforce a law of the smoking regulation that is an efficient plan a healthy increase of the nation positively.

[Key Words] Right to Smoke, Right to be Free from Smoking, Freedom of a General Action, Freedom of a Privacy, National Health Promotion Act, Collision of Basic Rights, Principle of Balancing Test