

## 흡연자와 비흡연자의 헌법적 보호에 관한 연구\*

### Die Untersuchung über den Verfassungsrechtlichen Schutz von Rauchern und Nichtrauchern

표 명 환 (제주대학교 법학부 교수)

Pyo, Myoung Hwan / Professor of Law, Cheju National University

- |                                                                                                             |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>I. 서 론</p> <p>II. 헌법적 보호의 전제요건 : 흡연자와 비흡연자의<br/>기본권 주체성</p> <p>III. 흡연자와 비흡연자의 헌법적 보호</p> <p>IV. 결 론</p> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

#### Zusammenfassung

Es handelt sich bei dieser Untersuchung darum, wie Raucher und Nichtraucher verfassungsrechtlich geschützt werden. Rauchen als Rechtsproblem beschäftigt dabei vor allem die Nichtraucher, die unfreiwillig zu Passivrauchen werden und sich das angesichts der gesundheitlichen Konsequenzen nicht gefallen lassen wollen. Rauchen führt deshalb zu heftigen Auseinandersetzungen zwischen Rauchern und Nichtrauchern. Kritisch wird es dort, wo Menschen auf relativ engem Raum miteinander zu tun haben und für beide Seiten nur beschränkte Ausweichmöglichkeit bestehen.

Raucher und Nichtraucher sind als Grundrechtsträger im Verfassungsrecht zu schützen. Der besondere Bedeutung der Grundrechte von Rauchern und Nichtrauchern

\* 이 논문은 2007년 정부(교육인적자원부)의 재원으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (KRF-2007-332-B00463).

für die verfassungsmäßige Ordnung des koreansichen Verfassungsrechts entspricht das Bestreben, den Bestand und die Wirksamkeit der Grundrechte zu schützen und zu erhalten. Der Aufgabe dieses Schutzes dienen die dem koreanische Verfassungsrecht unbekanntenen Regelungen des Art. 10, namentlich die Gewährleistung des Schutzes durch die Gerichte und das Institut der Verfassungsbeschwerde.

Ruacher und Nichtraucher sind durch die Theorie von Schutzpflicht des Staates zu schützen. Demgemäß kann sich unmittelbar aus das Recht auf Rauchen und Nichtrauchen eine staatliche Pflicht ergeben, ein durch diese geschütztes Rechtsgut vor rechtswidrigen Eingriffen anderer zu bewahren.

(주제어) 흡연자(Raucher), 비흡연자(Nichtraucher), 비흡연자보호(Nichtraucherschutz), 흡연권 (das Recht auf Rauchen), 혐연권(das Recht auf Nichtrauchen), 간접흡연 (Passivrauchen), 금연(Rauchverbot), 담배(Tabak).

## I. 서론

담배사업법 제2조에 의하면, 담배는 “연초의 잎을 원료의 전부 또는 일부로 하여 피우거나 빨거나 씹거나 또는 냄새 맡기에 적합한 상태로 제조한 것”으로 정의된다. 이러한 담배에 관한 개념규정에 비추어 보건대, 사회공동체생활에서 사회구성원과의 관련성이 가장 강하게 나타나는 것은 “연초의 잎을 ...피우거나...”라는 표현의 담배물품이라 할 수 있다. 왜냐하면, 연초의 잎을 피움으로써 발생하는 연기 및 그 연기속에 포함된 유해물질로 인하여 자신 뿐만 아니라 타인에게도 해를 끼칠 수 있기 때문이다. 이러한 흡연자 자신 및 흡연의 사회적 관련성으로부터 담배를 둘러싸고 전 세계적으로 흡연자를 규제하고 비흡연자를 보호하는 정책 및 담배제조업체를 상대로 한 흡연자들의 집단소송 등이 전개되고 있다. 담배를 둘러싼 이와 같은 세계적 추세를 헌법적 보호의 문제와 관련한 관점에서 분류한다면, 우선 사인, 즉 담배제조업자에 대한 흡연자의 보호 및 흡연자의 건강보호 그리고 흡연자의 흡연행위 등으로 인한 비흡연자의 보호문제 등으로 크게 나눌 수 있다.

여기서 담배제조업자에 대한 흡연자보호를 위한 구제로서의 집단소송은 손해배상문제의 차원에서 주로 다루어지고 있고, 그 외는 대부분 흡연행위로부터 비흡연자를 어떻게 보호할 것인가 차원에서 논의되고 있다. 그와 달리 흡연자 그 자신에 대한 헌법적 보호문제는 그것이 스스로 자초한 자기이익의 침해로 보아, 사회관련성을 주된 대상으로 하는 법적 테두리내

에서의 논의대상으로서 이를 소홀히 하고 있다. 그러나 흡연자도 기본권주체로서의 지위를 가짐으로 헌법적으로 포섭되어야 한다는 점, 나아가 담배라는 물품을 둘러싼 흡연자의 재산상의 손실 뿐만 아니라 국가에의 기여(각종 세금을 통한)라는 측면 등을 무시할 수 없다는 현실적인 측면을 고려한다면, 더 이상 흡연자를 법의 테두리 밖으로 내몰아서는 아니 된다.

이러한 고려하에서 본고는 비흡연자뿐만 아니라 흡연자 또한 헌법적으로 포섭하여 그에 대한 헌법적 보호문제, 더 정확하게 표현한다면 기본권적 보호문제를 고찰하고자 한다. 이를 위하여 본고에서는 우선 흡연자와 비흡연자의 헌법상의 보호를 위한 전제로서 양자가 헌법상의 기본권주체로서 성립할 수 있는가에 관한 검토를 출발로 한다(II). 이러한 검토를 전제로 하여, 흡연자와 비흡연자의 보호를 국가에 의한 보장과 국가의 기본권보호의무에 의한 보호를 중심으로 살펴본다. 더불어 실외공간에서 흡연권제한의 가능성 및 그 정당성 그리고 그에 대한 보호조치(III)를 고찰한다.

## II. 헌법적 보호의 전제요건 : 흡연자와 비흡연자의 기본권 주체성

### 1. 흡연자의 기본권 주체성

#### (1) 소비자의 권리 주체

담배라는 물품으로부터 이를 향유하는 사람, 즉 담배제조업체가 제조한 담배를 소비하는 사람 및 그 행위는 우리헌법상의 기본권으로 보호될 수 있는가. 이 문제는 흡연자가 기본권으로서의 흡연권외에 또 다른 기본권의 주체로서 지위를 가지는가의 문제와 관련된다. 헌법상의 기본권체계에 의하면, ‘담배라는 물품을 구매한다’는 소비자의 관점에서 흡연자는 헌법상의 소비자의 권리를 향유한다고 할 수 있다. 다만, 여기서 우리헌법이 소비자의 권리에 관하여 명시적으로 규정하고 있지 않음에 따라 흡연자가 향유하는 소비자의 권리를 헌법상의 권리로 볼 수 있는가가 논의되고 있다. 소비자의 권리는 소비자가 인간다운 생활을 영위하기 위하여 공정한 가격으로 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통하여 적절한 시기에 구입하거나 사용할 수 있는 것을 내용으로 하는 헌법상의 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 헌법상의 권리라고 봄이 타당하다.<sup>1)</sup> 헌법재판소 또한 “헌법 제124조에 의하여 보호되는 것은 사적 경제영역에서 영리를 추구하는 기업이 제공하는 물품 또는 서비스를 이용하는 소비자가 기업에 갖는 권리...”라고 하여,<sup>2)</sup> 헌법상의 권리로서 소비자의 권리를 인정하고 있다.<sup>3)</sup> 이에 따라 흡연자는 소비자로서 소비자기본법 제4조가 정하

1) 같은 견해로서, 권영성, 헌법학원론, 법문사 2008, 578면; 계획열, 헌법학(중), 박영사 2007, 589면.

2) 헌재 2005.3.31. 2003헌바92.

3) 다만 헌법적 근거에 대하여는 학설은 판례와 달리하고 있다. 소비자에 관한 헌법상의 권리는 그것이 인

고 있는 구체적인 권리를 향유한다. 즉 담배의 구매자로서 흡연자는 ① 물품 또는 용역(이하 “물품 등”이라 한다)으로 인한 생명·신체 또는 재산에 대한 위해로부터 보호받을 권리, ② 물품 등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리, ③ 물품 등을 사용함에 있어서 거래상대방·구입장소·가격 및 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리, ④ 소비생활에 영향을 주는 국가 및 지방자치단체의 정책과 사업자의 사업활동 등에 대하여 의견을 반영시킬 권리, ⑤ 물품 등의 사용으로 인하여 입은 피해에 대하여 신속·공정한 절차에 따라 적절한 보상을 받을 권리, ⑥ 합리적인 소비생활을 위하여 필요한 교육을 받을 권리, ⑦ 소비자 스스로의 권익을 증진하기 위하여 단체를 조직하고 이를 통하여 활동할 수 있는 권리, ⑧ 안전하고 쾌적한 소비생활 환경에서 소비할 권리 등의 법률상의 구체화된 권리를 가진다. 다시 말해서, 담배의 소비자로서 흡연자는 헌법상의 소비자의 권리를 구체화하고 있는 소비자기본법이 정하는 권리를 가지며, 담배제조업자에 대하여 그에 따른 권리를 주장할 수 있다. 담배제조업체에 대한 소비자로서의 흡연자의 권리구제를 위하여 중요한 의미를 가지는 것은 담배를 통한 생명 및 신체 등의 위해가 대량으로 발생함에 따른 구제제도로서, 소비자기본법 제70조 이하가 정하고 있는 소비자단체소송이 그것이다.<sup>4)</sup> 즉 ① 담배라는 물품의 사용으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 등 다수의 소비자의 권익보호 및 피해예방을 위한 공익상의 필요가 있고, ② 소송허가신청서의 기재사항에 흠결이 없고, ③ 소제기단체가 사업자에게 소비자권익 침해행위를 금지·중지할 것을 서면으로 요청한 후 14일이 경과하였을 것 등의 요건을 충족한 경우에 한하여, 법원의 결정에 의한 단체소송의 허가가 있는 경우에 그 구제를 청구할 수 있다.

이러한 제도를 통하여 담배의 구매자로서의 흡연자는 담배제조업자에 의한 생명 및 신체의 침해에 대한 국가의 보호를 청구할 수 있다. 또한 국가는 소비자기본법 제8조 제1항에 따른 담배의 성분·함량 등 안전에 관한 중요한 사항 및 담배를 사용함에 있어서 필요한 경고 등을 표시할 내용과 방법에 관하여 담배제조업자가 준수하여야 할 기준을 정하는 것을 통하여 소비자로서의 흡연자를 보호하는 조치를 실현한다.

간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 복합적 성격의 기본권성을 고려할 때, 헌법 제10조 및 제34조에서 그 근거를 찾는 것이 타당할 것이다(동지, 성낙인, 헌법학, 법문사 2008, 267면). 이에 대하여 헌법상의 기본권체계를 고려하는 것에서 그 근거를 찾고자 하는 견해도 있다(권영성, 위의 책, 579면). 그러나 어느 견해를 따르더라도 헌법상의 소비자의 권리를 인정한다는 점에서는 큰 차이가 없다는 점에서 법률상의 권리가 아니라 현대적 인권으로서 소비자의 권리가 강조되고 있다고 하겠다.

- 4) 우리나라에서 최초로 행해진 담배에 관한 소송으로서 흡연피해자들이 국가와 KT&G를 상대로 제조물 책임법에 근거한 손해배상소송이었다(서울중앙지법 2007.1.25. 선고99가합104973 판결). 미국 및 독일에서도 담배제조사를 상대로 한 집단소송이 빈번하게 전개되었는데, 그러나 원고의 승소가능성을 낮은 것으로 나타나고 있다. 이에 관하여는 박규용, 흡연자의 건강침해에 대한 담배제조사의 제조물책임, 민사법학 제40호, 한국민사법학회 2008.3.31., 227면 이하에서 자세히 다루고 있다. 미국 및 독일의 담배를 대상으로 한 단체소송에 관하여는, 오대성, 흡연손해배상청구에 대한 미국연방법원의 집단소송의 인종여부, 비교사법 제10권 제3호, 한국비교사법학회 2003, 487면 이하 참조.

## (2) 흡연권의 주체

흡연자는 담배의 구매자로서 헌법상의 소비자의 권리 외에 또한 담배를 소비하는 과정, 즉 흡연에 관한 사항을 내용으로 하는 기본권을 향유할 수 있는가. 흡연행위에서 중심된 내용을 이루는 것은 담배를 피울 것인가 말 것인가 그리고 피운다면 언제, 어느 장소에서 피울 것인가 등에 관한 자율적인 결정이 그것이다. 현행헌법은 이러한 사항을 내용으로 하는 기본권을 명시적으로 규정하고 있지 아니하다. 그러나 이러한 사항에 대한 개개인의 결정에 관한 자율은 개인의 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 것에 기여하며, 헌법의 전체구조와 내용에 체계적으로 부합됨은 물론, 그 이익에 대한 주체·상대방 및 내용, 침해에 대한 구제가능성이 존재한다는 것 등을 고려한다면, 헌법상 명시된 기본권과 동등한 헌법적 가치와 이익을 보장하고 있는 기본권이라고 할 수 있을 것이다.<sup>5)</sup> 헌법재판소 또한 “인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위하여서는 누구나 자유로이 의사를 결정하고 그에 기하여 자율적인 생활을 형성할 수 있어야 하므로, 자유로운 흡연에의 결정 및 흡연행위를 포함하는 흡연권”이라고 하여,<sup>6)</sup> 흡연권을 헌법상의 기본권으로 인정하고 있다.

그러나 흡연자의 흡연에 관한 결정사항 및 흡연행위를 내용으로 하는 흡연권을 기본권으로 보는 한에 있어서도 그에 대한 명시적인 헌법적 근거가 없음에 따라 이에 대하여 논의되고 있다. 즉 “개인의 자유로운 판단과 결정에 따라 이루어지는 흡연은 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하는 한 수단이다. 흡연권은 국가의 제한이나 간섭 없이 이루어지는 자유권이고, 담배의 소비자로서 일정한 권리를 향유하며, 국가권력에 의한 건강생활을 침해받지 않음과 동시에 건강한 생활을 위한 정책의 실시를 국가에 청구할 수 있는 권리로서의 성질을 지니므로, 복합적 성질을 띠는 권리이다. 따라서 헌법상의 근거도 복합적- 헌법 제17조, 제33조 제3항, 제125조-으로 구하는 것이 타당하다”라는 견해<sup>7)</sup>, 또는 국민건강증진법시행규칙 제7조 위헌확인에서 청구인이 주장하고 있는 즉 “흡연장소를 제한하고 비흡연자들의 권익만을 위한 이 사건 조문은 헌법 제9조(전통문화의 계승·발전), 제10조(인간의 존엄과 가치 및 행복추구권), 제12조(신체의 자유), 제17조(사생활의 자유), 제34조 제1항(인간다운 생활권)에 위반된다.”는 것에서 볼 수 있는 견해,<sup>8)</sup> 및 동 사건에서 헌법재판

5) 헌법에 열거되지 않는 기본권의 기본권인정에 관하여 자세한 것은, 김선택, 행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권체계적 해석, 안암법학 창간호, 안암법학회 1993, 177면 이하 참조.

6) 헌재 2004.8.26. 2003헌마457.

7) 박영철, 인권과 흡연권, 헌법연구 제9권 제3호, 한국헌법학회 2003, 311면.

8) 헌법재판소는 이에 대한 판단에서 “흡연을 전통문화라고 할 수 없으므로 헌법 제9조에 의하여 흡연권이 보장된다고 할 수 없다. 또 헌법 제12조가 규정한 신체의 자유는 적법절차에 의하지 않고는 국가의 공권력으로부터 ‘신체적 완전성’과 ‘신체활동의 임의성’을 제한당하지 않을 권리를 의미하는 것으로서 주로 형사절차에 관한 권리이지 흡연을 할 자유와는 별다른 관련이 없다. 나아가 헌법 제34조 제1항이 보장하는 인간다운 생활권은 자유권적 기본권이 아닌 사회적 기본권의 일종으로서, 헌법적 권리로서는 인간의 존엄에 상응하는 ‘최소한의 물질적 생활’의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미하므로 자유로운 흡연을 할 흡연권은 이에 포섭되지 아니한다.”고 판시하고 있다(헌재 2004.8.26. 2003헌마457).

소가 “흡연권은 인간의 존엄과 행복추구권을 규정한 헌법 제10조와 사생활의 자유를 규정한 헌법 제17조에 의하여 뒷받침된다.”는 견해<sup>9)</sup> 등이 그것이다.

흡연자의 기본권으로서 흡연권은 ‘흡연’에 관하여 향유하는 흡연자의 헌법상 권리로서 담배를 피울 것인가 말 것인가에 대한 결정 및 어느 장소에서 피울 것인가 등에 대한 결정의 자유를 내용으로 하는 것으로, 헌법 제10조의 행복추구권 및 개별적인 기본권으로서 제17조의 사생활의 자유에 근거한 기본권이라 함이 타당하다.

## 2. 비흡연자의 기본권주체성 : 혐연권의 주체

흡연자의 권리와 달리 담배를 피우지 않는 비흡연자도 헌법상 기본권으로 보장될 수 있는가. 즉 비흡연자들에게도 흡연을 하지 아니할 권리 내지 흡연으로부터 자유로울 권리로써 혐연권이 헌법상의 기본권으로 인정되는가. 흡연자에게 헌법상의 기본권으로서 흡연권을 인정하는 것과 같이 비흡연자들에게도 같은 논리로서 기본권으로서의 혐연권이 인정된다고 하겠다. 나아가 헌법재판소는 국민건강증진법시행규칙 제7조 위헌확인사건에서 “혐연권은 흡연권과 마찬가지로 헌법 제17조, 헌법 제10조에서 근 헌법적 근거를 찾을 수 있다. 나아가 흡연이 흡연자는 물론 간접흡연에 노출되는 비흡연자들의 건강과 생명도 위협한다는 면에서 혐연권은 헌법이 보장하는 건강권과 생명권에 기하여서도 인정된다.”라고 하여,<sup>10)</sup> 기본권으로서 혐연권을 인정하고 있을 뿐만 아니라 생명권에 기하여서도 인정되는 기본권이라고 하고 있다.

따라서 흡연자에게 인정되는 기본권으로서의 흡연권에 비해 비흡연자의 혐연권은 더 한층 고양된 헌법상의 권리라고 할 수 있다.

## 3. 소결

이상과 같이 흡연자의 흡연권, 비흡연자의 혐연권은 비록 우리헌법이 명문으로 규정하고 있는 기본권은 아니지만, 기본권으로 성립하기 위한 필요한 요건을 충족하고 있는 기본권주체의 이익으로서 각각의 헌법적 근거에 의하여 성립되는 기본권이라고 하겠다. 그러나 양 기본권은 헌법의 기본권체계 내에서 서로 상반된 이익을 보호영역으로 하므로 상호 충돌하는 경우가 종종 발생할 수 밖에 없고, 그 해결에 있어서 합리적인 이유없이 특정한 기본권을 배제하는 것은 기본권의 침해형태로 나타날 수 있다. 또한 기본권으로서 양 기본권에 대한 국가적 보호에 있어서도 양 기본권이 공존하는 경우, 그 보호수준에 있어서 합리적인 판단이 전제되어야 할 것이다. 결국 흡연자와 비흡연자의 헌법상의 가치와 이익을 하

9) 헌재 2004.8.26. 2003헌마457.

10) 헌재 2004.8.26. 2003헌마457.

나의 기본권틀속에 포함시켜 헌법적으로 보호하기 위해서는 입법적 한계내에서 형성된 입법이라는 기술적인 수단을 동원하여 합리적으로 실현하여야 할 것이다.<sup>11)</sup>

### III. 흡연자와 비흡연자의 헌법적 보호

#### 1. 기본권으로서 흡연권과 혐연권의 보장

흡연자와 비흡연자는 흡연권과 혐연권의 주체로서 헌법이 보장하는 범위 내에서 각각의 기본권을 향유한다. 즉 흡연자와 비흡연자는 ‘헌법상 보장된 기본권’의 주체로서 국가에 의하여 당해 기본권의 보호영역을 침해당하지 않으며, 침해된 경우에는 헌법재판을 통한 구제수단을 행사한다. 특히 우리헌법 제10조 제2문은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 하여, 개인이 가지는 기본적 인권에 대한 국가의 보장의무를 규정하여 이를 선언하고 있다. 따라서 국가는 개인의 흡연권 및 혐연권을 침해해서는 아니 되며, 이를 적극적으로 실현해야 할 의무를 진다. 즉 입법자가 흡연권 및 혐연권을 침해하는 법률을 제정할 수 없고, 마찬가지로 행정부 또한 이를 침해하는 행정행위를 할 수 없으며, 나아가 법원 및 헌법재판소 또한 이를 침해하는 재판을 할 수 없는 기본권으로서의 흡연권과 혐연권에 구속된다.<sup>12)</sup>

그러나 이러한 기본권의 국가권력의 구속효는 흡연권과 혐연권이 어떠한 제약도 받지 아니하고 어떠한 경우에도 제한될 수 없는 절대적이고 무제한적인 권리라는 것을 의미하는 것이 아니다. 즉 기본권으로서 흡연권과 혐연권은 국가에 의한 최대한 보장을 이념으로 하지만, 여타 기본권과 마찬가지로 그것은 절대적으로 보장되는 것이 아니라 상대적으로 보장된다.

결국 흡연권과 혐연권은 기본권으로서 국가에 의하여 최대한 보장되어야 할 것이지만,

11) 헌법 헌법하에서는 소비자기본법 및 담배사업법, 국민건강증진법, 청소년보호법 등이 이를 담당하고 있다.

12) 독일기본법의 경우, 제1조 제3항에서 “이하의 기본권은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법, 집행 및 사법권을 구속한다”라고 하여 모든 국가권력의 기본권구속효를 규정하고 있다(이에 관하여, Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München 1988, S. 1177 f. 참조). 우리헌법은 이와 같은 명시적인 규정을 두고 있지 않으나, 헌법 제10조 제2문의 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라는 규정으로부터 이를 간접적으로 규정하고 있는 것으로 보고 있다(계희열, 헌법학(중), 박영사 2007, 81면; 성낙인, 앞의 책, 325면). 헌법재판소 또한 “헌법 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 선언함으로써, 국가는 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호할 의무를 부담하고 있다는 의미에서 기본권은 국가권력에 대한 객관적 규범 내지 가치질서로서의 의미를 함께 가진다. 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법·사법·행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용하므로, 국가기관에게 기본권의 객관적 내용을 실현할 의무를 부담한다”고 판시하고 있다(헌재 1995.6.29. 93헌바45).

그러나 국가의 헌법적 과제 실현 및 타인의 기본권 등과의 충돌에 의하여 제한되어질 수 있으며, 제한되는 경우에는 헌법 제37조 제2항의 원칙에 의하여 그리고 그것의 본질적 내용이 침해되지 않는 수준, 즉 본질적 내용이 보장되는 수준에서 제한될 수 있는 보장의 한계가 있다고 하겠다.

## 2. 기본권보호의무를 통한 흡연권과 혐연권의 보호

### (1) 이론적 전제로서 기본권보호의무이론의 검토

#### 1) 기본권보호의무의 개념 및 이론의 성립배경

기본권보호의무이론은 독일연방헌법재판소의 제1차 낙태판결에서<sup>13)</sup> 발전한 것으로 우리 헌법재판소는 1997년 교통사고처리특별법 제4조 제1항에 대한 헌법소원사건에서<sup>14)</sup> 이를 수용한 이래 학계에서도 이에 대한 본격적인 논의가 시작되었다. 판례 및 학설에서 확립된 국가의 기본권보호는 대체로 기본권에 의하여 보호되는 기본권적 이익을 국가 아닌 제3자의 위협적인 침해로부터 보호하여야 할 국가의 의무라고 정의되고 있다.<sup>15)</sup> 즉 기본권보호의무는 국가의 행위 의무를 의미하는 것으로 기본권규정에 근거한 기본권적 법익을 보호하는 것에 목적이 있다. 이러한 개념의 기본권보호의무는 국가에 대한 기본권의 방어권과는 구별된다. 즉 양자가 공히 기본권 보호법익을 보호한다는 것에는 공통점을 가질지라도, 방어권으로서의 기본권이 국가와의 관계에서 개인의 기본권영역이 문제시 되는 것인데 반해, 기본권 보호의무는 사인 상호간의 관계에서 기본권적 안전이 문제시 된다는 점에서 구별될 수 있다.<sup>16)</sup> 나아가 기본권보호의무는 국가작용의 제한을 목적으로 하는 것이 아니라 오히려 국가의 적극적 작용을 매개로 한다는 점에서, 그리고 방어권이 그 위협원을 국가에 한정하는 것인데 대하여 기본권보호의무는 국가 아닌 제3자, 즉 사인을 그 위협원으로 한다는 점에서 구별된다.<sup>17)</sup> 이러한 점에서 볼 때, 기본권보호의무에 관한 이론은 종래 방어권 중심의 기본권이론을 확장하여 기본권주체의 기본권적 이익의 최대보장이념을 실현하기 위하여 발전된 최근 이론이라고 할 수 있는 것이다.

다만, 우리헌법이 국가의 기본권보호의무에 관한 명확한 규정을 두고 있지 않음에 따라 그 근거에 대한 논의가 전개되고 있다. 예컨대, 기본권의 이중성, 즉 기본권의 객관적 가치

13) BVerfGE 39, 1.

14) 헌재 1997.1.16. 90헌마110. 136(병합); 이 판결 이전에도 헌법재판소는 다수 판결에서 이를 부분적으로 원용하기도 하였다(예컨대, 헌재 1989.4.17. 88헌마3; 1991.5.13. 90헌마133; 1992.4.28. 90헌마24).

15) 헌재 1997.1.16. 90헌마110; 정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의 1997, 83면; 김선택, 헌법사례연습, 법문사 2005, 273면; 정중섭, 헌법학, 법문사 2008, 365면; Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staats, NJW 1989, S. 1633; Stern, aaO., S. 931.

16) 정태호, 위의 논문, 88면; 표명환, 입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회 2005.6, 214면.

17) 정태호, 위의 논문, 88면; 표명환, 위의 논문, 215면.

질서성으로부터 도출하고자 하는 견해,<sup>18)</sup> 개인의 대내외적 ‘안전’의 보장이라는 국가의 목적으로부터 그 근거를 찾고자 하는 견해, 나아가 우리헌법 전문의 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 결의하고…”라는 부분에서 찾고자 하는 견해 그리고 헌법 제10조 제2문의 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 …보장할 의무를 진다”로부터, 또는 헌법 제30조의 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.”라는 규정으로부터 찾는 견해로 크게 나뉘고 있다.<sup>19)</sup>

기본권보호의무이론은 기본권최대보장이념을 실현하기 위하여 발전된 기본권이론이라는 점에서 동일한 목적을 위하여 성립·발전한 기본권의 이중성이론을 간과할 수는 없다. 따라서 우리헌법상의 국가의 기본권보호의무는 헌법 제10조 제1항의 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라는 규정에서 포괄적인 기초를 찾고, 나아가 개별기본권에 존재하는 객관적 가치질서성을 구체적인 근거로 제시하는 것이 타당하다고 본다.

## 2) 기본권보호의무의 충족요건

국가의 기본권보호의무는 기본권이 존재한다는 것만으로 그로부터 헌법상 광범위한 방어적 기능을 갖게 되는 기본권의 소극적 방어권으로서의 측면과 달리 그에 관한 발생요건이 충족되면 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 국가에 부과한다. 여기서 전통적인 기본권의 방어권과 달리 국가의 보호의무를 발생시키는 요건을 검토할 필요성이 존재하게 된다.

국가의 기본권보호의무는 우선 기본권으로부터 보호되는 법익이 존재하여야 한다. 여기서 기본권으로부터 보호되는 법익은 자유권적 기본권에 근거한 기본권적 보호법익을 말하며, 사회적 기본권의 보호내용으로부터 근거한 법익은 제외된다. 이처럼 사회적 기본권으로부터 보호되는 법익을 제외하고 자유권적 기본권에 의하여 보호되는 법익에 한정하는 것은 헌법에 의하여 창설되는 자유민주적 기본질서가 이러한 질서하에 생활하는 개개인에게 적용되고 그리고 보장되는 자유주의의 형상의 본질을 종합적으로 규정하고 있는 것이기 때문이다.<sup>20)</sup> 그리고 침해의 주체가 국가가 아닌 사인이어야 한다. 이때의 사인은 국가권력에 복종하는 의무를 질뿐만 아니라 다른 한편으로는 국가권력에 대하여 기본권을 주장하는 기본권주체를 말한다.<sup>21)</sup> 따라서 자연력이나 외국의 공권력은 여기서 제외된다.<sup>22)</sup>

18) 계희열, 앞의 책, 108면.

19) 개개의 견해에 관하여는, 김선택, 앞의 책, 274면; 여기에서 김선택 교수는 이들 모두로부터 그 근거를 구하는 소위 복합근거설을 취하고 있다.

20) 표명환, 앞의 논문, 217면.

21) 표명환, 앞의 논문, 215면.

22) 표명환, 앞의 논문, 215면.

또한 국가의 기본권보호의무가 발생하기 위해서는 사인에 의한 위법한 침해가 존재하여야 한다. 즉 기본권적 보호법익에 대한 사인의 침해가 위법한 것이어야 한다. 여기서의 위법성판단 기준은 법률이 아니라 헌법이 그 판단의 기준이 된다.<sup>23)</sup> 아울러 위해를 가했거나 위해를 가할 객관적인 위험이 존재하여야 한다.<sup>24)</sup>

이처럼 국가의 기본권보호의무는 기본권적 보호이익, 즉 자유권적 기본권에 근거한 보호이익에 대한 국가 아닌 사인에 의하여 위법하게 위해를 가했거나 가할 위험이 객관적으로 존재하는 경우에 발생한다.

### 3) 기본권보호의무의 법적 효과

국가의 기본권보호의무의 발생요건을 충족하는 경우, 국가는 당해 기본권이 보호하는 법익에 대한 사인의 침해로부터 법치주의에 조화되는 수단을 동원하여 보호할 의무를 진다. 국가의 기본권보호의무의 이행은, 한편으로는 기본권에 대한 객관적인 보호의 필요를 충족시키는 것일 뿐만 아니라 공동체의 안전을 유지하는 것이며, 또 다른 한편에서는 개별기본권주체의 주관적인 보호의 요구를 충족하는 것이다.<sup>25)</sup> 이러한 의미의 기본권보호의무를 이행함에 있어서 가장 중요하게 요구되는 것은 입법자의 역할이다. 즉 그것은 기본권 주체로서의 사인에 의하여 또 다른 사인의 기본권을 침해하거나 침해할 우려가 있는 객관적인 위험이 존재하는 경우, 국가가 행하는 법치국가적 보호수단은 기본권의 위험원인 사인의 기본권을 제한하는 결과를 가져오는 것이기 때문이다. 다시 말해서, 기본권제한에 있어서 요구되는 법률유보의 원칙이 여기서도 강조되기 때문에 특히 입법자의 역할이 강조되는 것이다. 이는 기본권보호의무의 발생요건이 충족하게 되면, 입법자는 기본권의 위험원인 사인으로부터 기본권적 보호법익을 보호하기 위하여 적합하고 충분한 법률을 제정할 의무를 진다는 것을 의미한다.<sup>26)</sup> 결국 국가의 기본권보호의무의 요건을 충족하는 경우, 그 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반여건과 재정사정 등을 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하다고 하겠다.<sup>27)</sup>

### 4) 기본권보호의무의 내용

#### ① 보호의무의 수범자 및 보호수준

기본권보호의무의 일차적 임무담당자는 입법자이며, 입법자가 그 보호의무를 어떻게 실

23) Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. V., Heidelberg 1992, Rndr. 100 f.; 정태호, 앞의 논문, 86면; 표명환 앞의 논문, 216면.

24) 김선택, 앞의 책, 274면.

25) Stern, aaO., S. 218; 표명환, 앞의 논문, 218면.

26) 정태호, 앞의 논문, 103면; 표명환, 앞의 논문, 218면.

27) 헌재 1997.1.16. 90헌마110·136(병합)

현할 것인가의 문제는 원칙적으로 권력분립원칙과 민주주의원칙에 따라 국민에 의해 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대해 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속한다.<sup>28)</sup> 이처럼 헌법상의 권력분립의 원칙과 민주주의원칙에 따른 헌법적 한계에서 입법자의 재량으로 일차적으로 이행되는 기본권보호에 있어서 그 의무의 이행수준은 권력분립관점에서 판단되어야 한다. 즉 권력분립의 헌법적 기본원리의 관점에서 입법자는 소위 “과소보호금지원칙”을 기준으로 하여, 다시 말해서 입법자가 국민의 기본권적 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호를 취할 것을 입법자의 기본권보호의무이행의 기준으로 삼아야 한다.

이는 과소보호금지의 원칙이 입법자의 기본권보호입법에 대한 헌법재판소의 통제기준 및 한계를 의미하는 것이기도 하다. 그러나 입법자의 기본권보호입법의 이행에 있어서 과소보호금지의 원칙에 따라 적절하고 효율적인 최소한의 보호수준을 일률적으로 확정한다는 것은 어려울 뿐만 아니라 가능한 것도 아니다. 따라서 최소한의 보호수준은 개별사안에 따라, ㉠ 관련 법익의 종류 및 그 법익이 헌법질서에서 차지 하는 위상, ㉡ 그 법익에 대한 침해위험의 태양과 정도, ㉢ 충돌하는 법익의 의미 등을 비교형량하여 구체적으로 확정하는 것이 타당하다고 할 것이다.<sup>29)</sup>

#### ② 헌법재판소의 통제의 한계

기본권보호의무의 일차적 이행자로서의 입법자의 기본권보호입법이 과소보호금지의 원칙을 충족하고 있는지에 대한 헌법재판소의 통제의 기준으로서 명백성통제(Evidenzkontroll)가 제시되고 있다. 기본권보호입법의 통제기준으로서의 명백성통제는 또 다른 차원에서 헌법재판소의 기본권보호입법의 통제에 있어서 한계라고도 할 수 있다. 즉 헌법재판소는 국가기관이 전적으로 보호조치를 이행하지 않았거나 관계된 보호조치를 명백히 부적절하게 행하였는가를 기본권보호입법의 통제기준으로 한다. 헌법재판소는 이에 대하여 “국가가 국민의 기본권적 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않고 있거나, 아니면 취한 보호조치가 기본권적 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 입법자의 기본권보호의무위반을 확인할 수 있을 뿐”이라고 하여 명백성통제에 통제기준을 판시하고 있다.<sup>30)</sup> 나아가 헌법재판소가 명백성통제를 기준으로 입법자의 기본권보호입법을 통제함에 있어서도, 권력분립의 원칙을 고려할 때 헌법재판소는 원칙적으로 국가의 기본권보호의무에서 특정조치를 취해야 할, 또는 특정법률을 제정해야 할 구체적인 국가의 의무를 이끌어 낼 수는 있는 정당화된 국가기관이 아니라는 점을 간과해서는 아니 된다. 따라서 헌법재판소는 단지 국가가 특정조치를 취하는 것이 당

28) 헌재 1997.1.16. 90헌마110·136(병합).

29) 같은 견해로서, 김선택, 앞의 책, 274면; Hesse, Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: FS für Mahrenholz, 1995, S. 541.

30) 헌재 1997.1.16. 90헌마110·136(병합).

해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단일 경우에만 입법자의 광범위한 형성권은 구체적인 보호의무로 축소되고, 이 경우에 입법자가 보호의무이행의 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않는 때에 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다. 이는 헌법재판소의 입법자의 기본권보호입법에 대한 통제의 한계를 의미하는 것이다.

#### 5) 보호청구권

국가 아닌 사인의 기본권침해에 대한 국가의 기본권보호의무이론에 대하여 위에서 보았듯이 학설이나 판례가 대체로 인정하고 있음에도 불구하고 여전히 논의의 영역으로 남아 있는 것이 ‘보호청구권’의 문제이다. 즉 잠재적인 기본권적 법익의 피해자로서 국가 아닌 사인에게 국가의 기본권보호의무에 상응하는 주관적인 공권으로서 보호청구권이 존재하는가가 논의되고 있다. 이러한 논의는 국가의 보호의무의 내용을 중심으로 판단되어야 할 것이다. 이에 의하면, 국가의 보호의무의 내용이 객관적인 측면에서는 기본권에 대한 객관적인 보호의 필요를 충족시키고, 주관적인 측면에서는 개별 기본권주체의 주관적인 법익의 보호필요를 충족시킨다는 점을 고려한다면, 전자에서와 달리 후자에서는 보호청구권이 발생하게 된다. 즉 보호의무의 내용으로서의 개별 기본권주체의 주관적 법익의 보호를 위하여는 법치국가적인 수단으로서 보호청구권이 존재하여야만 실질화될 수 있다. 문제는 그 보호청구권이 기본권보호의무로부터 직접 주관적 보호청구권이 생성될 수 있는가이다. 객관적인 법원칙의 하나로서 오늘날 기본권보호의무이론이 인정되고 있다는 것에서 보면, 주관적 공권으로서 보호청구권은 입법자에게 유보된 기본권보호법률로부터 구체화된다고 보아야 한다. 즉 국가의 기본권보호의무는 일차적 이행자로서 입법자의 법률을 통하여 구체화된다는 점, 보호의무의 달성에 어떤 수단이 요구되는가에 관한 것은 입법권자의 재량에 달려 있다는 점 등을 고려할 때, 그로부터의 보호청구권은 입법자의 기본권보호법률로부터 구체화된다고 하겠다.

### (2) 국가의 흡연권 보호

#### 1) 보호법률

흡연권은 우리헌법상 명문으로 규정된 기본권은 아니지만 헌법의 해석을 통하여 헌법 제10조 및 헌법 제17조로부터 보장되는 기본권이라는 점은 앞서 검토하였다. 따라서 흡연권은 헌법 제10조 및 제17조에서 도출되는 기본권으로서 국가는 헌법 제10조 후단 및 개별 기본권의 객관적 가치질서성으로부터 나오는 기본권보호의무를 진다. 이에 따라 흡연권을 보호하기 위한 의무요건이 충족하는 한, 일차적인 이행자로서 입법자는 과소보호금지의 원칙을 충족한 최소한의 흡연자보호를 위한 보호법률을 형성할 의무를 진다. 즉 입법자는 헌법상의 공익보호를 위하여 흡연권을 제한하는 측면이 아니라 흡연권의 보호의무로부터 흡연권을 최소한도로 보호하는 입법을 형성하여야 한다. 이때 입법자는 흡연을 중심으로

나타나는 여러 가지 이익, 특히 흡연자의 건강과 흡연자의 흡연행위를 위한 최소한의 시설 장치 등을 중요하게 고려하여야 한다. 현재 우리나라에서 시행되고 있는 국민건강증진법, 담배사업법 등은 흡연자 및 흡연행위의 보호를 위하여 가장 큰 의미를 가진 법률 중의 하나라고 할 수 있을 것이다.

2) 보호법률의 흡연자 보호조치의 주요 내용

① 담배의 관한 경고문구의 표시 및 광고의 제한

담배사업법은 제25조 제1항에서 “담배의 갑포장지 및 대통령령이 정하는 광고에는 흡연은 건강에 해롭다는 내용이 명확하게 표현된 경고문구를 표시하여야 한다.”라고 하여, 이를 통하여 흡연자에게 흡연으로부터 야기될 수 있는 여러 질병을 인지케 하여 흡연자의 건강을 최소한 보장하고자 하고 있다. 나아가 국민건강증진법 제8조 제1항은 이를 더욱 구체적으로 규정하고 있다. 즉 담배사업법에 의한 담배의 제조자 또는 수입판매업자는 담배 갑포장지 앞·뒷면 및 대통령령이 정하는 광고(지정소매인의 영업소에 부착하는 스티커 또는 포스터에 의한 광고, 법 제14조 제1항에 제2호에 의한 잡지광고)에 흡연이 폐암 등 질병의 원인이 될 수 있다는 내용의 경고문구를 표기하도록 하고 있다.<sup>31)</sup> 뿐만 아니라 동조는 나프틸아민, 니켈, 벤젠, 비닐 크롤라이드, 비소, 카드뮴 등의 발암성물질을 각각 표시하게 하고 있다. 또한 담배사업법 제25조 및 국민건강증진법 제9조 제1항은 담배에 관한 광고의 제한 및 금지를 통하여,<sup>32)</sup> 현재의 흡연자 뿐만 아니라 비흡연자의 꺾연에 대한 접근성을 차단하는 보호조치를 규정하고 있다.

이러한 흡연자의 건강을 최소한 보장하기 위한 규정에도 불구하고, 이를 위반하였을 경우에는 기획재정부장관은 담배제조업자에 대하여, 시·도지사는 수입판매업자에 대하여, 시장·군수·구청장은 도매업자 및 소매인에 대하여 각각 당해 담배의 수입 또는 판매를 제한하거나 광고물의 제거 등 시정에 필요한 명령 또는 조치를 할 수 있도록 하고 있다(제25조 제3항). 아울러 이를 위반한 자에 대하여 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하는 벌칙규정을 두고 있다(제27조의 2 제3호).

② 담배연기의 성분의 표시

담배사업법은 또한 담배연기의 성분표시를 의무화하여 이를 통하여 흡연자의 건강을 보

31) 현재 우리나라 담배갑포장지 앞·뒷면에는 “흡연은 폐암 등 각종 질병의 원인이 되며, 특히 임산부와 청소년의 건강에 해롭습니다.” “19세 미만 청소년에게 판매 금지! 당신의 자녀를 병들게 합니다.”라는 경고문구를 표시하고 있다.

32) 국민건강증진법 시행령 제14조 및 담배사업법 시행령 제9조는 담배에 관한 광고가 허용되는 경우로서 ① 지정소매인의 영업소 내부에서 보건복지가족부령(기획재정부령)이 정하는 광고물을 전시 또는 부착하는 행위, ② 품종군별로 연간 60회(1 회당 2쪽 이내)에서 잡지에 광고를 게재한 행위, ③ 사회·문화·음악·체육 등의 행사(여성 또는 청소년을 대상으로 하는 행사를 제외한다)를 후원하는 행위, ④ 국제선의 항공기 및 여객선 보건복지부령(기획재정부령)이 정하는 장소 안에서 행하는 광고 등에 한정하고 있다.

호하는 조치를 규정하고 있다. 즉 “제조업자 및 수입판매자는 담배 1개피의 연기 중에 포함된 주요 성분과 그 함유량을 담배 갑포장지 및 대통령령이 정하는 광고에 표시하여야 한다”고 규정하고 있다(제25조의 2 제1항). 여기서 표시되어야 할 담배성분은 타르 및 니코틴을 말한다(시행령 제9조의 3 제1항). 아울러 동조 제2항은 제조업자 및 수입판매업자는 매 분기마다 분기 개시 후 1개월 이내에 기획재정부장관이 지정하는 측정기관에 판매 중인 담배에 대하여 품목별로 담배성분의 측정을 의뢰하여야 한다고 규정하고 있다. 마찬가지로 이러한 규정에도 불구하고 성분과 그 함유량의 표시가 없거나 표시된 성분의 함유량이 시행령 제9조의 6이 정하는 허용오차의 범위를 초과하는 경우, 제25조 제3항의 조치를 준용하는 것으로 하고 있다. 또한 이를 위반한 자에 대하여는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하는 규정을 두고 있다(제27조의 2 제4호).

### ③ 제조업자 등의 공익사업 참여 및 국민건강증진부담금

담배사업법 제25조의 3 제1항은 기획재정부장관은 제조업자로 하여금 그가 판매하는 담배 중 쉐련에 대하여 20개피당 20원의 범위 안에서 기획재정부장관령이 정하는 바에 따라 보건 의료·환경보전 등의 공익사업을 직접 행하거나 이들 사업을 하는 자에게 출연하도록 규정하고 있다. 또한 국민건강증진법 제23조는 “보건복지가족부장관은 제조자 등이 판매하는 담배사업법 제2조의 규정에 의한 담배 중 쉐련 20개피당 354원의 부담금을 부과·징수한다”라고 하여, 국민건강증진부담금을 규정하고 있으며, 이를 통하여 징수된 기금을 동법 제25조가 규정하고 있는 ‘금연교육 및 광고 등 흡연자를 위한 건강관리사업’ 등에 사용하도록 하고 있다.

### 3) 보호법률의 흡연자보호조치의 문제점 및 개선방향

이상에서 본 바와 같이 국민건강증진법 및 담배사업법은 사인(담배제조업자 및 수입판매업자)에 대하여 흡연자의 건강을 보호하기 위한 여러 조치를 규정하고 있다. 즉 교육적 취지에서 담배의 유해물질 및 건강에 대한 위험 등을 규정하고 있을 뿐만 아니라 담배제조업자에 대한 보건의료 및 환경보전 등에 대한 공익사업참여의 강제등도 규정하고 있다. 그러나 이러한 국민건강증진법 및 담배사업법의 흡연자보호조치는 그것이 추구하고자 하는 목적의 범위 내에서 행해져야만 한다. 즉 이러한 규정을 통한 흡연자보호를 위한 조치가 타인의 기본권을 과도하게 침해하는 것이어서는 아니 된다. 이러한 전제에서 국민건강증진법 및 담배사업법의 ‘담배에 관한 경고문구의 표시 및 광고의 제한’에 관한 규정을 검토하여 보면, 우선 이 규정은 흡연자의 사전 교육적 효과를 통하여 흡연자의 흡연억제를 통한 건강증진과 비흡연자의 흡연차단 등의 목적을 가지고 있음을 확인할 수 있다. 그러나 이러한 목적을 달성하기 위하여 담배갑포장지에의 경고문구 등을 표시하는 경우에도, 그 면적 내지 그것이 차지하는 비율은 합리적인 범위 내에서 정해져야 한다. 담배갑포장지의 경고문구가 차지하는 면적이 담배제조업자의 사익을 수인할 수 없는 한도를 넘는 경우 그것은 사익을 고려하지 않는 과도한 제한이 된다고 할 수 있다. 즉 담배갑포장지 앞뒤면을

200%라고 하였을 경우, 합리적인 제한은 100%내에서 행해진 것이어야 할 것이다.

또한 국민건강증진법상의 담배제조업자에게 부과되는 국민건강증진부담금에 의하여 조성된 부담금은 ‘흡연자’의 보호를 위하여 거의 대부분 사용되어야 함이 목적에 부합하는 것이라고 할 수 있다. 비록 국민건강증진법 제 23조가 ‘국민건강증진부담금’의 표제로 규정되어 있다고 할지라도 그 부담금은 ‘담배’에 부과되고 있으므로, 이에 의하여 조성된 기금은 흡연자의 건강보호에 우선적으로 거의 대부분 배정되어야 한다. 그럼에도 불구하고 국민건강증진법 제 25조는 그 기금의 사용에 대하여 “금연교육 및 광고 등 흡연자를 위한 건강관리사업” 외에 여타 국가의 국민보건유지사업의 재원으로 하는 것은 기금조성의 목적과 크게 조화되지 않는다고 하겠다.

### (3) 국가의 혐연권 보호

#### 1) 보호법률

앞에서 보았듯이 흡연권과 대응되는 혐연권은 헌법 제10조 및 제17조를 근거로 한 기본권으로서 국가는 이에 대한 보호의무를 진다. 국가의 혐연권에 대한 보호를 실현하기 위한 현행법으로서 특히 국민건강증진법이 그에 대한 보호를 규정하고 있다. 즉 국민건강증진법은 흡연자의 흡연으로부터 비흡연자를 보호하기 위한 규정을 두고 있으며, 그에 대한 최소한의 보호기준을 설정하고 있다. 이는 결국 국민건강증진법상의 혐연권보호의 근간은 흡연권을 제한하여 혐연권을 보호하는 것을 주요내용으로 하고 있다는 것을 의미한다. 따라서 국민건강증진법상의 혐연권의 보호내용을 검토하기 전에, 헌법상 기본권으로서 흡연권의 제한가능성을 헌법이론적으로 고찰할 필요가 있다. 이는 국민건강증진법의 헌법적 정당성을 검토하는 것과 같은 의미를 가지는 것이기도 하다.

#### 2) 흡연권의 헌법적 제한가능성

##### ① 헌법 제37조 제2항에 의한 제한

흡연자의 흡연에 대한 권리는 “나의 자유는 타인의 자유가 시작하는 곳에서 멎는다”는 법언에서처럼, 타인의 권리를 침해하지 않는 범위 내에서 흡연에 관한 권리가 실질화될 수 있다. 따라서 흡연권은 그와 관련되는 타인의 권리, 즉 혐연권이 흡연권의 중요한 한계로 존재한다. 그러므로 흡연권은 혐연권과 충돌하지 않는 범위 내에서 스스로 흡연장소 및 시기 그리고 흡연을 할 것인가 말 것인가의 결정 등을 내용으로 하는 기본권으로서의 한계를 가진다고 하겠다. 나아가 흡연권은 흡연행위로서 비흡연자 뿐만 아니라 흡연자 자신의 건강을 해치며, 공기를 오염시킴으로서 환경을 해친다는 점에서 흡연자 개인의 사익을 초월한 공공의 이익과 관계되기도 한다. 이러한 점에서 흡연권은 헌법 제37조 제2항의 “공공복리”의 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 법률을 통하여 제한될 수 있다. 그러나 이 경우에도 흡연권의 본질적 내용을 침해해서는 아니 된다.

## ② 혐연권과의 충돌에 의한 제한

기본권으로서의 흡연권과 혐연권은 충돌하는 경우가 빈번하게 발생한다. 이처럼 기본권이 상호 충돌하는 경우에 여러 가지 해결법리, 예컨대 입법자의 자유영역이론, 기본권의 서열이론, 실제조화이론 및 규범영역의 분석이론 등이 논의되고 있지만, 각각의 법리 그 자체가 완벽하게 기본권충돌문제를 해결할 수 없는 것으로 그 해결은 사안에 따라 적합한 방법을 동원해야 할 것이다. 헌법재판소는 국민건강증진법시행규칙 제7조 위헌확인사건<sup>33)</sup>에서 양자의 충돌문제의 해결법리로서 기본권서열이론을 동원하는 것이 가장 적합한 것으로 하여 판단하고 있다. 헌법재판소의 해결법리를 빌려 적용하기 위해서는 우선 흡연권과 혐연권의 가치이익의 서열화가 전제되어야 한다. 흡연권은 혐연권과 마찬가지로 헌법 제10조 및 제17조에서 그 근거를 찾을 수 있지만, 혐연권은 흡연권에 비하여 더욱 고양된 기본권으로서 헌법이 보장하는 생명권과 건강권에 기하여 인정된다. 비록 기본권은 그 체계 내에서 가치우열을 인정할수 없다라고는 하지만 생명권은 기본권실현을 위한 기본권향유의 전제가 되는 기본권임으로 타 기본권에 비해 가치우위에 있다고 할 수 있다. 따라서 생명권에 기한 혐연권은 흡연권에 비해 우위에 있는 기본권으로서 양자가 충돌하는 경우, 흡연권은 제한되고 혐연권이 인정된다고 하겠다.

## 3) 보호법률에 의한 혐연권보호

흡연권은 앞에서 본 바와 같이 헌법 제37조 제2항에 의하여, 그리고 혐연권과의 충돌에 의하여 제한될 수 있다. 이러한 법리에 의하여 입법자는 법률을 통하여 흡연권을 제한하고 혐연권을 보호하고 있으며, 이 경우에도 최소한의 흡연권의 보호를 위한 조치를 두고 있다. 다만, 국가의 혐연권보호 관점에서 실내공간에서 혐연권을 보호하기 위하여 흡연권을 완전히 배제하는 것은 특별한 경우, 예컨대 어린이나 청소년을 위한 시설 및 절대적 안정과 건강이 요구되는 의료기관 등의 예외적인 경우를 제외하고는, 과소보호금지의 원칙을 충족하지 않는 ‘흡연권에 대한 혐연권의 과대보호’의 문제가 야기된다. 즉 이러한 특별한 경우 외에 실내공간에서 흡연권을 완전히 배제하는, 예컨대 최소한의 흡연구역 및 이를 위한 부대시설을 정하지 않는 것은 흡연권의 침해문제로 나타날 수 있다. 국민건강증진법은 제9조 제4항에서 실내에 흡연자와 비흡연자가 공존하는 경우에 있어서, 당해 시설전체를 금연구역으로 또는 흡연구역과 금연구역으로 구분하여 지정하도록 시설의 소유자·점유자 또는 관리자에게 강제하고 있는 것은 이러한 법리를 반영한 것이라고 하겠다. 즉 실내공간에서 공존하는 흡연자와 비흡연자에 대하여 우선 비흡연자의 성질을 고려하여, 비흡연자가 어린이나 청소년 및 절대적 안정을 요하는 환자 등인 경우에 한하여 시설물전체를 금연구역으로 정하도록 하면서, 그 외 시설에 대하여는 최소한의 흡연자보호를 위한 구역과 시설의 설치를 규정하고 있는 것이 그것이다.<sup>34)</sup>

33) 헌재 2004.8.26. 2003헌마457.

## 4) 실내공간에서 혐연권보호와 그 한계

실내공간에서 흡연권은 혐연권과의 충돌에 의하여, 또는 헌법 제37조 제2항에 의하여도 법률로써 제한될 수 있다. 그러나 제한되는 경우에도 흡연권의 본질적 내용을 침해해서는 아니 된다. 이와 관련하여 문제되는 것은 흡연권의 본질적 내용이 어떠한 경우에 침해되었다고 볼 것인가이다. 헌법재판소에 따르면, “본질적 내용은 당해 기본권의 핵이 되는 실체를 말하고, 본질적인 내용의 침해라 함은 그 침해로 말미암아 당해 자유나 권리가 유명무실한 것이 되어버리는 침해를 말한다”라고 하고 있다.<sup>35)</sup> 그러나 이러한 헌법재판소의 본질적 내용침해에 대한 심사기준과 달리 기본권에서 전혀 남는 것이 없다 하더라도 기본권을 제약할 수 밖에 없는 예외적인 경우에 있어서, 그러한 침해가 비례의 원칙을 충족하는 때에는 본질적 내용이 침해된 것이라고 볼 수는 없을 것이다.<sup>36)</sup>

이러한 기본권의 본질적 내용의 침해여부에 관한 두 가지의 심사기준과 관련하여 볼 때, 실내에서 공존하는 흡연자와 비흡연자의 기본권이 충돌되어 혐연권에 의하여 흡연권이 제한되는 경우에 있어서 고려되어야 할 것은 혐연권보호를 위하여 흡연권을 배제하지만, 이 경우에 있어서도 흡연권의 본질적 내용을 침해해서는 아니 된다는 것이다. 이러한 논리는 기본권의 충돌은 곧 하나의 기본권제한의 결과를 가져오기 때문에 그 제한에 있어서의 한계문제와 결부되는 것이라고도 할 수 있다.<sup>37)</sup> 따라서 흡연권과 혐연권이 공존하는 실내공간에서 혐연권보호를 위하여 제한되는 흡연권은 이 경우에서도 그것의 본질적 내용의 범위 내에서 보호되어야 한다.

다시 말해서, 흡연권과 혐연권이 공존하는 실내공간에서 충돌하는 경우에 있어서, 우선 혐연권자를 보호하기 위하여 국가는 흡연권자로 하여금 실내공간에서 흡연하지 못하도록 하는 보호조치를 취할 수 있다. 아울러 그 실효성을 위하여 일정한 범칙금을 규정할 수도 있다. 나아가 국가는 혐연권의 보호를 위하여 시설전체를 금연구역으로 정할 수 있다. 그러나 이 경우 있어서도 흡연권의 최소한의 보장은 요구된다. 따라서 실내공간에서 비흡연자의 보호를 위하여 흡연권을 제한하는 경우에도 흡연자의 보호를 위하여 당해시설을 금연구역과 흡연구역으로 구분·지정하여 흡연자 보호를 위한 조치를 취하는 것이 타당하다. 또한 이 경우 국가는 흡연구역에 있어서 그 시설의 소유자·점유자 또는 관리자 등에게 당해 흡연구역에 흡연자의 건강을 위한 최소한의 보호조치를 위하여 필요한 환기시설 및

34) 국민건강증진법 시행규칙 제7조 제1항은 “공중이용시설 중 청소년·환자 또는 어린이에게 흡연으로 인한 피해가 발생할 수 있는 다음 각호의 시설 소유자 등은 당해 시설의 전체를 금연구역으로 지정하여야 한다.”고 규정하면서, 그 시설물로서 “초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 학교의 교사”, “의료기관, 보건소·보건지소”, 그리고 “보육시설”을 규정하고 있다.

35) 현재 1989.12.22. 88헌가13; 동 판결에서 헌법재판소는 “토지재산권의 본질적인 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻한다. 따라서 재산권의 본질적 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다.”라고 판시하고 있다.

36) 이에 대하여, 홍성방, 헌법학, 현암사 2003, 345면 참조.

37) 김철수, 헌법학개론, 박영사 2008, 413면.

칸막이 등을 설치하도록 하여야 할 의무를 진다.

결국 흡연권의 본질적 내용의 침해금지를 실현하기 위해서는 혐연권과 공존하는 실내공간에서도 흡연구역을 설정하여야 하고, 그 경우에 있어서 흡연자의 건강을 위한 최소한의 시설이 설치되어야 한다.

이러한 점에서, 국민건강증진법 제 9조 제4항의 “보건복지가족부령이 정하는 공중이 이용하는 시설의 소유자·점유자 또는 관리자는 당해 시설의 전체를 금연구역으로 지정하여야 한다.”는 규정은 흡연권자의 본질적 내용을 침해하는 소지를 내포하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이 경우는 보건복지가족부령이 정하는 절대적 금연시설의 경우에 한하여, 즉 공중이용시설 중 청소년·환자 또는 어린이에게 흡연으로 인한 피해가 발생할 수 있는 초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 학교의 교사 및 보육시설 등에 한하여 그 시설물의 전체를 금연구역으로 지정하도록 하고 있는 것으로, 그러한 시설은 세포와 신체조직이 아직 성숙단계에 있는 어린이나 청소년들의 경우에는 담배로 인한 폐해가 심각하다는 점을 고려하고 있는 것<sup>38)</sup>이라고 하겠다. 따라서 이 경우는 본질적 내용침해금지의 예외적인 경우에 해당되는 것으로서, 흡연권의 내용이 전혀 남아 있지 않지만 그러한 침해가 비례의 원칙을 따른 것으로 흡연권의 본질적 내용을 침해한 것이 아닌 정당한 흡연권 제한으로 성립한다고 하겠다. 또한 의료기관 및 보건소·보건지소의 시설물 전체를 금연구역으로 지정하도록 하고 있는 경우에도 마찬가지로 법리로 흡연권 제한이 정당한 것으로 성립한다고 하겠다.

### 3. 실외공간에서의 흡연권의 제한과 보호조치

#### (1) 실외에서의 흡연권제한의 가능성

흡연자의 흡연권 제한문제와 관련하여 오늘날 가장 논의의 쟁점으로 부각되고 있는 것은 비흡연자와 공존하는 실내공간 외에 실외공간에서도 흡연권을 제한할 수 있는가의 문제이다. 이 문제는 소위 ‘길거리 흡연규제’ 또는 ‘건강거리 조성’ 등과 관련하여 국회차원에서 또는 지방자치단체차원에서 추진되고 있는 실외공간에서의 금연구역지정과 관련하여 중요하게 해결되어야 할 문제로 부각되고 있다.

이와 관련하여 헌법적으로 검토되어야 할 것은, 실내공간과 달리 타인과의 관련성이 적은 실외공간에서의 흡연권제한이 가능한가, 나아가 그것이 헌법적으로 정당한가의 문제를 검토하여야 한다. 우선 첫 번째 문제로서 타인과의 관련성을 전혀 예정할 수 없는 순수한 사적 영역(예컨대, 자신이 거주 하는 집 등)과 달리 실내공간정도는 아니지만 어느 정도 타인과의 관련성을 가지는 실외공간에서의 흡연행위를 헌법 제37조 제2항에 따라 제한할 수 있는가. 헌법 제37조 제2항이 대상으로 하는 “국민의 모든 자유와 권리”는 헌법이 규정하고 있는 모든 기본권을 의미한다는 점에서 흡연권도 이에 해당한다고 함이 타당하다. 따라서 흡연권은

38) 이상원, 국민건강증진법시행규칙 제7조 위헌확인, 헌법재판소결정해설집(2004년), 헌법재판소 2005, 428면.

실외에서도 특히 “공공복리”의 목적을 위하여 헌법 제37조 제2항의 요건을 충족하는 한 제한될 수 있다고 하겠다. 그러나 여기서 중요하게 검토되어야 하는 것은 그러한 제한이 헌법적으로 정당한가라는 문제와 관련한 것이다. 왜냐하면 흡연권에 대한 국가의 제한이 그 정당성을 입증하지 못한다면 그것은 위헌적인 것으로 흡연권을 침해하는 것이 되기 때문이다.<sup>39)</sup>

## (2) 실외공간에서의 흡연권제한의 헌법적 정당성

### 1) 정당성 심사기준

실외공간에서 흡연자의 흡연권제한은 개인의 자유영역에 대하여 국가가 언제, 어떠한 방법으로 어떻게 개입할 수 있는가의 문제와 결부된다. 특히 헌법재판소는 기본권제한의 정당성을 입증하는 실질적 기준으로 여러 판결에서 ‘과잉금지의 원칙’을 적용하여 판단하여 오고 있다. 특히 헌법재판소는 “국가작용 중 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체계상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것”이라고 하여,<sup>40)</sup> 기본권제한입법의 정당성 판단의 4대 요소로서 ① 목적의 정당성, ② 방법의 적정성, ③ 피해의 최소성, ④ 법익의 균형성을 들고 있다. 따라서 실외에서의 흡연권을 규제하는 법률은 이러한 요건을 충족하여야만 헌법적인 정당성을 가지는 것이 된다.

### 2) 실외공간에서의 흡연권제한입법의 정당성

실외에서 흡연제한입법과 관련한 정당성 문제는 실외공간에서의 흡연자의 흡연과 관련하는 여타 사회적 이익의 존재유무 및 헌법 제33조 제3항의 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”라는 국민의 보건권에 관한 규정을 통하여 검토될 수 있다. 우선 실외공간에서의 흡연이 타인 및 생활환경 등의 사회적 이익과 관련된다는 것을 전제로 그 제한이 정당한가의 문제를 검토한다. 실외공간에서의 흡연은 실내에서의 흡연에 비해 타인에게 미치는 위해의 정도는 낮다는 것은 사실이다. 이러한 점에 근거하여, “실외공간에서의 흡연은 간접흡연에 의해 타인에게 해를 줄 수 있지만 해를 야기하기에 충분히 농축되

39) 김일환, 기본권의 제한과 침해의 구별필요성에 관한 고찰, 공법연구 제27집 제2호, 한국공법학회 1999, 317면.

40) 헌재 1990.9.3. 89헌가95; 1998.5.28. 95헌바18; 2000.2.24. 98헌바38 등; 2000.6.1. 99헌마553.

는 경우는 많지 않을 것이다. 나아가 한 사람의 흡연으로 담배연기의 농도는 약간씩 증가하지만, 실외공간에서의 간접흡연은 여전히 의학적으로 유해하다고 판단되는 수준아래에 머무르게 될 것이다.”<sup>41)</sup> 라는 논거로 또는 “자동차의 배기가스가 담배연기보다 더 위해성이 강하므로 …”라고 하여,<sup>42)</sup> 담배연기에 비해 상대적으로 더욱 유해한 자동차의 배기가스의 위해성을 감안한다면, 등의 논거로 실외공간에서의 흡연권을 제한하는 법률적 규제조치의 정당성을 부인하고 있기도 하다.

그러나 흡연자의 흡연행위는 흡연으로 흡연자 자신의 건강을 해치며, 이로 인하여 막대한 사회적 비용을 초래하고 아울러 노상에서의 흡연이 비흡연자의 행동의 자유 등을 제약하는, 즉 담배연기로 인한 불쾌감유발, 담뱃불에 의한 신체적 피해우려 등의 문제는 비흡연자가 사회구성원으로서 수인해야 하는 한도를 넘어서는 것으로서, 실외공간에서의 흡연 또한 사회적 이익과 관련된 것으로 이를 달성하기 위하여 제한하는 것은 헌법적으로 그 정당성을 충족하고 있는 것이라고 볼 수 있다. 이와 달리 실외공간에서의 흡연에 대하여 그에 대응하는 사회적 이익이 부인되는 경우에도, 이와 다른 차원에서 그에 대한 제한의 헌법적 정당성을 도출할 수 있다. 즉 헌법 제36조 제3항의 보건권으로부터 그 정당성을 도출할 가능성도 있다.<sup>43)</sup> 헌법 제36조 제3항의 보건권은 국가에 대하여 자신의 건강을 침해당하지 않는 소극적 권리와 적극적으로 국가에 대하여 보건을 유지하도록 요구할 수 있는 권리를 포함하고 있는 바, 이를 근거로 입법자는 국민의 보건유지를 위하여 일정한 실외구역에서의 흡연행위를 제한할 수 있는 것이다. 나아가 오토바이 운전시 헬멧착용, 자동차 운전시 안전띠 착용 등에 대한 규제법리를 통하여도 흡연자 자신의 건강보호 차원과 달리 사회적 이익의 차원에서 실외공간에서의 흡연행위를 제한하는 것의 정당성을 도출할 수 있다.<sup>44)</sup>

결국 이러한 논거에 기하여 실외에서의 흡연을 제한하는 것은 비흡연자는 물론 흡연자의 건강을 보호하고 쾌적한 생활환경의 유지 등을 위한 것으로 목적달성을 위하여 불가피한 것이며, 그로부터 침해되는 사익에 비해 보호되는 공익이 크다고 할 것이므로 실외공간에서의 흡연행위의 제한은 정당화된다고 하겠다.

41) 김명식, 앞의 논문, 428면/436면.

42) 김남기, 대기환경 측면에서 고찰한 제주특별자치도의 ‘금연구역 지정 및 운영에 관한 조례(안)’, 제주특별자치도 실외 금연구역 지정, 어떻게 볼 것인가, 제주일보 2006.3.22., 5면 이하.

43) 헌법 제36조 제3항이 “보건에 관한 권리를 가진다.”라고 하지 아니하고 “국가의 보호를 받는다.”라고 하고 있어 보건에 관한 국민의 권리를 기본권으로 볼 수 있는가에 대한 논의가 있다. 그러나 헌법 제36조는 국민의 보건권에 대한 국가의 보호의무를 명시적으로 표현하고 있는 것으로 보는 것이 타당하다. 헌법재판소도 「헌법은」 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”라고 규정하고 있는 바(제36조 제3항), 이를 ‘보건에 관한 권리’ 또는 ‘보건권’으로 부르고, 국가에 대하여 건강한 생활을 침해하지 않도록 요구할 수 있을 뿐만 아니라 보건을 유지하도록 국가에 대하여 적극적으로 요구할 수 있는 권리로 이해…라고 하고 있다(헌재 1998.7.16. 96헌마246).

44) 즉 타해의 범위를 좁게는 직접 피해를 입는 개인에 대해서만 적용되는 것으로 해석될 수 있지만, 넓게 보아 직접적인 피해를 넘어 간접적으로 사회전체에 끼치는 피해나 사회적 비용까지 포함하고 있는 것으로 보아야 한다(이에 관하여는 김명식, 앞의 논문, 427면).

3) 실외금연구역 지정의 한계

실외공간에서의 흡연권제한이 헌법적으로 정당화된다고 하더라도 그것이 흡연권의 본질적 내용을 침해하는 것이어서는 아니 된다. 또한 흡연권도 기본권인 이상, 공익 내지 타인의 권리를 침해하지 않는 한 최소한의 보호를 위한 국가적 보호조치가 요구된다. 이러한 헌법적 고려와 더불어 주요 국가의 실외금연구역의 현황을 검토하여 이하에서는 실외공간에서의 흡연권제한의 한계를 설정하고자 한다.

① 각국의 예

실외금연구역을 지정하고 있는 대표적인 경우로서 호주를 들 수 있다.<sup>45)</sup> 호주는 시드니의 서핑 해변인 맨리를 금연구역으로 지정하고 있다.<sup>46)</sup> 또한 1996년 미국의 워싱턴시 외곽의 프랜드쉽하이츠(Friendship Heights) 마을의 메릴랜드(Maryland)시의회는 2개의 주요 상업거리를 제외한 모든 실외지역을 금연구역으로 하는 조례를 통과시켰다.<sup>47)</sup> 우리나라의 제주특별자치도 또한 조례를 통하여 실외금연구역을 지정하고 있다. 제주특별자치도는 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제326조에 근거한 「제주특별자치도 건강거리 지정 및 운영에 관한 조례」를 통하여 특정한 목적 및 범위 내에서의 실외금연구역을 지정하고 있다.<sup>48)</sup>

② 금연구역 지정의 한계

위에서 본 주요 나라의 실외금연구역은 한정된 지역, 예컨대 해변이나 관광지 및 도심의 밀집한 거리 등으로 하고 있다. 이와 달리 흡연으로부터 오는 사회적 손실 등을 이유로 하여 장소적 수인 한도를 넘어서, 즉 ‘모든 지역’ 또는 흡연자가 흡연을 하기 위하여 장소를 선택함에 있어서 ‘수인의 한도를 넘는 거리(距離)’ 등의 한계를 벗어나 금연구역을 지정하는 것은 헌법적 정당성을 확보하기는 어려울 것으로 본다. 왜냐하면, 공익 및 비흡연자의 건강·생명을 보호하기 위하여 실외에서 금연구역을 설정하는 경우에도 흡연권의 본질적 내용 및 흡연권의 국가보호의무를 고려하여 설정하여야 하기 때문이다. 따라서 실외공

45) 세계 각국의 금연정책의 실태에 관하여 자세한 것은, 이상원, 앞의 논문, 413면 이하 참조.  
 46) 이에 관하여는, 양창식, 실외금연구역 지정과 관광도시와의 관계, 제주특별자치도 실외 금연구역 지정, 어떻게 볼 것인가, 제주일보 2006.3.22., 33면 이하 참조.  
 47) 김명식, 앞의 논문, 437면.  
 48) “제주특별자치도 건강거리 지정 및 운영에 관한 조례” 제3조는 건강거리지정대상으로서, 다음과 같이 규정하고 있다.  
 1. 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」 제2조제3호의 규정에 의한 도시공원  
 2. 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」 제2조제5호의 규정에 의한 도시자연공원구역  
 3. 「관광진흥법」 제2조제6호의 규정에 의한 관광지  
 4. 「관광진흥법」 제2조제7호의 규정에 의한 관광단지  
 5. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제2조제6호나목 및 동법 시행령 제2조제1항제2호의 규정에 의한 유원지  
 6. 도시안 중심도로의 인도 및 상가 등이 밀집한 거리  
 7. 그 밖의 주민 및 관광객 이용이 많은 야외 장소중 도지사가 필요하다고 인정하는 장소

간에서 사회적 이익 및 비흡연자의 이익을 보호하기 위하여 흡연권을 제한하는 것은 헌법적으로 그에 대한 정당성이 확보되지만, 장소적 한계를 벗어나서는 아니 된다고 하겠다. 즉 실외금연구역지정은 최소한의 흡연자를 위한 공간 및 시설을 확보·제공하여야 하고, 흡연자의 수인한도를 넘은 장소적 공간을 금연구역으로 지정하는 것은 흡연권을 침해하는 위헌적인 조치가 된다고 하겠다.

#### IV. 결 론

이상에서 본고는 흡연자와 비흡연자의 헌법적 보호에 관한 법리를 고찰하기 위하여, 그 전제로서 흡연자와 비흡연자가 헌법상의 권리주체로서 성립할 수 있는가의 문제를 흡연자의 소비자의 권리 및 흡연권 그리고 비흡연자의 혐연권의 주체성을 중심으로 검토하였다. 이를 긍정하는 것에서 출발하여, 흡연자와 비흡연자의 헌법적 보호를 한편으로는 기본권으로서의 흡연권보장과 혐연권보장 차원에서, 그리고 다른 한편에서는 국가의 기본권보호의 무이론의 차원에서 살펴보았다. 이러한 헌법적 보호를 통하여 실외금연구역지정의 현실적 문제와 관련한 헌법적 정당성문제를 아울러 검토하여 보았다. 이상과 같은 본고의 전개로부터 검토된 내용을 개략적으로 요약하여 보면 다음과 같다: 흡연자와 비흡연자는 기본권으로서의 흡연권과 혐연권의 주체로서 헌법적으로 보호된다. 그 보호는 크게 두 가지로 구분하여 볼 수 있는 바, 첫째 기본권으로서의 국가에 의한 보장이 그것이다. 이때 국가의 보장은 최대보장을 이념으로 하지만, 그러나 상대적 권리로서 흡연권과 비흡연권은 헌법 제37조 제2항에 의하여, 또는 상호 충돌의 해결법리를 통하여 제한될 수 있다.

둘째, 국가의 기본권보호의무이론에 의한 보호가 그것이다. 이에 따라 흡연자와 비흡연자는 국가의 기본권보호의무에 적합한 보호수준과 보호조치를 정한 법률에 의하여 보호된다.

이와 같이 검토된 흡연자와 비흡연자에 대한 헌법적 보호에 관한 법리는 현재 시행되고 있는 실내공간에서 뿐만 아니라 실외에서의 금연구역추진과 관련하여 헌법적 정당성을 확보하기 위하여 중요하게 고려되어야 한다. 특히 실외금연구역지정과 관련하여 흡연권의 제한의 한계로서 강조된 장소적 한계는 반드시 고려되어야 할 중요한 헌법적 사항이라고 하겠다. 또한 국가 또는 지방자치단체의 흡연권과 혐연권의 보호과제는 흡연권과 혐연권이 기본권이라는 점에서 출발하여야 한다는 점이 당연히 전제된다. 따라서 국가 또는 지방자치단체는 후견자로서의 지위에서가 아니라 헌법상의 자율적이고 책임있는 인간상에 기초하여 개인적 경험과 자율적인 판단을 존중하는 입장에서 금연정책 및 흡연권제한과 이를 통한 비흡연자의 보호가 이루어져야 할 것이다.

(논문게재 확인일자 : 2008. 10. 10)

참 고 문 헌

- 계희열, 헌법학(중), 박영사 2007.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사 2008.
- 김남기, 대기환경 측면에서 고찰한 제주특별자치도의 ‘금연구역지정 및 운영에 관한 조례(안), 제주특별자치도 금연구역 지정, 어떻게 볼 것인가, 제주일보 2006.3.22.
- 김명식, 흡연규제의 정당화근거에 관한 소고, 공법연구 제31집 제3호, 한국공법학회
- 김일환, 기본권의 제한과 침해의 구별필요성에 관한 고찰, 공법연구 제27집 제2호, 한국공법학회 1999.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사 2008.
- 김선택, 헌법사례연습, 법문사 2005.
- \_\_\_\_\_, 행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권체계적 해석, 안암법학 창간호, 안암법학회 1993.
- 박규용, 흡연자의 건강에 대한 담배제조사의 제조물책임, 민사법학 제40호, 한국민사법학회 2008.3.31.
- 박영철, 인권과 흡연권, 헌법학연구 제9권 제3호, 한국헌법학회 2003. 10.
- 성낙인, 헌법학, 법문사 2008.
- 이상원, 국민건강증진법시행규칙 제7조 위헌확인, 헌법재판소결정해설집(2004년), 헌법재판소 2005.
- 오대성, 흡연손해배상청구에 대한 미국연방법원의 집단소송의 인증여부, 비교사법 제10권 제3호, 한국비교사법학회 2003.
- 양창식, 실외금연구역 지정과 관광도시와의 관계, 제주특별자치도 실외 금연구역 지정, 어떻게 볼 것인가, 제주일보 2006.3.22.
- 정중섭, 헌법학, 법문사 2008.
- 정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의 1997.
- 표명환, 입법자의 기본권보호의무의 헌법적 통제, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회 2005.6.
- 홍성방, 헌법학, 현암사 2003.
- Hesse, Konrad, Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: FS für Mahrenholz, 1995.
- Isensee, Josef, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. V., Heidelberg 1992.
- Klein, Eckhardt, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staats, NJW 1989.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der BDR, Bd. III/1, München 1988.