

## 공중보건정책에 담배업계의 개입 및 방해 활동 차단을 위한 입법 검토

- WHO FCTC 제5조제3항을 중심으로 -

Legislative review to block tobacco industry intervention and obstruction  
activities in public health policy

- Focusing on Article 5 (3) of WHO FCTC -

박 세 훈(Park, Se Hun)\*

### ABSTRACT

The Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) is the first World Health Organization to protect modern and future generations from tobacco consumption and economic harm by providing a framework for tobacco regulatory measures implemented at national, regional and international levels to continuously and substantially reduce widespread tobacco use and tobacco smoke exposure.

Article 5 (3) of the Convention stipulates that “the parties protect the tobacco industry from commercial and other existing interests in the formulation and implementation of tobacco regulations” and that public officials and government officials protect the tobacco industry from commercial interests.

It was difficult to say that the expansion of the tobacco industry and the response of regulations were appropriate and reasonable depending on the difference in the position of looking at cigarettes. Although cigarettes are limited to a certain level without looking at them in the form of complete regulations, they are also looking at the overall tobacco industry environment, including tax creation, and to promote national health to spread health knowledge such as health value to the public.

If the guidelines are understood as ethical obligations, it will be closer to the Ministry of Health and Welfare's understanding of the tobacco industry's addiction and risks, transparency of interactions with the tobacco industry, transparency of information collected from the tobacco industry, and immunity from tobacco industry.

Key words: WHO FCTC, Article 5 (3) of the FCTC, tobacco regulation, commercial interests in the tobacco industry, and policy protection from other vested interests

\* 한국법제연구원 연구위원, 법학박사

## I. 서론

21세기에 들어서면서 흡연은 조기사망 및 질병의 주요원인이 되었고, 이를 세계적 차원에서 해결해야 할 심각한 문제로 인식하기 시작하였다. 헌법 제7조제1항에서는 “공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”고 규정하고 있고 공무원이란 직접적 또는 간접적으로 국민에 의하여 선출되거나 임용되어 국가나 공공단체와 공법상의 근무관계를 맺고 공공적 업무를 담당하고 있는 사람들을 말한다.<sup>1)</sup> 이법에 따른 공무원은 「국가공무원법」과 「지방공무원법」상 공무원 뿐만 아니라 공무원에 해당되지 않지만 공무를 위탁받아 수행하는 사인(私人)도 포함된다. 담배규제기본협약(Framework Convention on Tobacco Control, 이하 'FCTC')은 광범위하게 이루어지는 담배사용 및 담배연기에 대한 노출을 지속적으로 실질적으로 줄여나가기 위하여 협약 제5조제3항에서는 “당사국은 담배규제에 관한 공중보건 정책을 수립·시행함에 있어 국내법에 따라 담배업계의 상업적 및 그 밖의 기존 이익으로부터 이러한 정책을 보호한다.”고 규정하고 있는데, 담배업계의 여러 활동이 전 세계적인 담배유행을 일으키는 매개체 역할을 하고 있다는 인식하에 담배규제 정책의 수립 및 시행에 있어 담배업계의 상업적 이익으로부터 보호하기 위하여 공무원 및 정부관계자들이 담배회사의 이해관계로부터 자유로울 수 있는 행동수칙과 윤리강령을 마련하는 등 담배규제에 관한 공중보건정책을 수립하고 시행할 때 담배업계의 상업적 이익으로부터 공중보건정책을 보호하는 것을 주요 목적으로 한다. 2021년 11월에 개최된 WHO FCTC COP9<sup>2)</sup>는 신종담배 출시 및 담배업계의 적극적인 담배규제정책 방해 및 약화 활동 등이 포착되는 상황에서 더는 COP을 미룰 수 없다고<sup>3)</sup> 개최 배경을 설명하고 있다. 선언문에서 명시하고 있는 당사국 내 협력사항으로 “FCTC 제5조3항 가이드라인을 근거로 COVID-19 상황 대응

1) 헌법재판소 1992. 4. 28. 90헌바27 결정.

2) 이성규, “세계보건기구 담배규제기본협약 제9차 당사국 총회 주요안건과 시사점”, 대한금연학회지 JKSRNT 2022;13(1):1-10(<https://doi.org/10.25055/JKSRNT.2022.13.1.1>)에서 COP에 대한 내용을 구체적으로 확인 할 수 있다. “WHO FCTC를 비준한 국가, 즉 당사국(Party)에 의해서 FCTC는 관리(governing)된다. 그리고 당사국 회의(Conference of the Parties, COP)는 절차규칙(Rules of Procedure)을 근거로 FCTC에 관한 모든 사안을 검토하고 결정한다. COP은 FCTC 조항의 당사국 내 이행을 규칙적으로 모니터링하고, FCTC 조항 이행을 위한 지원, 필요 시 FCTC 조항별 시행규칙에 해당하는 가이드라인(Guidelines)을 개발하고, 보완하는 등의 결정도 내리게 된다. COP은 매 2년마다 규칙적으로 총회를 개최한다. 2005년 2월 FCTC가 효력을 가진 이후 첫 번째 COP은 2006년 2월 6일부터 17일까지 스위스 제네바에서 개최되었고, 이후 1년 혹은 2년마다 개최된 후 2021년 11월 9번째 총회에 해당하는 COP9이 개최되었다. COP1부터 COP3까지는 FCTC 주요 조항의 가이드라인을 개발하기 위한 목적으로 매년 개최되었고, COP4부터 COP8까지는 2년마다 개최되었다. COP9의 경우 일정상 2020년 11월에 개최되어야 했으나 2020년 2월부터 시작된 COVID-19 상황에 따라 부득이 일정을 연기하였고, 2021년 11월 COVID-19 상황이 호전되지 않음에 따라 비대면 온라인회의로 개최되었다.” 2면 재인용.

3) 이성규, “세계보건기구 담배규제기본협약 제9차 당사국 총회 주요안건과 시사점”, 대한금연학회지 JKSRNT 2022;13(1):1-10(<https://doi.org/10.25055/JKSRNT.2022.13.1.1>). 2면.

을 위한 각종 공중보건정책에 담배업계의 개입 및 방해활동을 차단할 수 있는 적극적인 조치를 당사국에 요청”하고 있다고 선언문에 명시하여 당사국에 협력사항을 제시하고 있다.<sup>4)</sup> 이러한 연구의 배경을 바탕으로 FCTC 제5조제3항에 대해 주요 내용을 살펴보고(Ⅱ), 도입하기 위한 주요한 쟁점들을 검토함으로써(Ⅲ), 국내 입법의 개정방안을 제시(Ⅳ)하는 것이 주요 목적으로 담배규제정책의 지속적인 이행을 위한 논의의 발판을 마련하고자 한다.

## Ⅱ. 담배규제기본협약(FCTC) 제5조제3항의 주요 내용

### 1. FCTC 개관

담배규제기본협약(FCTC)<sup>5)</sup>은 광범위하게 이루어지는 담배사용 및 담배연기에 대한 노출을 지속적이고 실질적으로 줄여나가기 위하여 당사국이 국가·지역 및 국제적 차원에서 시행하는 담배규제 조치에 대한 기본틀을 제공함으로써 담배소비 및 담배연기에의 노출로 인한 파괴적인 보건·사회·환경 및 경제적 폐해로부터 현 세대와 미래 세대를 보호하는 것을 목적으로 세계보건기구(World Health Organization, 이하 ‘WHO’)에서 채택된 세계 최초의 보건 관련 국제 협약이다. 세계보건총회(World Health Assembly: 이하 ‘WHA’)에서는 1995년 제48차 회의에서 담배규제를 위한 국제적인 도구를 제안하였고, 1998년 5월, WHO 부룬트란트 사무총장은 취임 이후 담배규제를 우선적 과제로 선정하고, TFI(Tobacco Free Initiative)를 신설하였다. 이를 계기로 1999년부터 담배규제기본협약의 개발이 시작되었으며, 담배규제에 관한 국제적 공조가 본격적으로 논의되면서 두 차례의 기술실무위원회 technical working group와 여섯 차례의 정부간 협상체(Intergovernmental Negotiating Body, 이하 INB)를 거쳐 2003. 5. 21. 제56차 WHA에서 만장일치로 채택되었다. 우리나라는 2003. 7. 21. 이 협약에 서명하였고, 2005. 2. 27. 협약이 발효되었으며, 2005년 5월 대통령이 비준하였다. 이 협약은 European Union(EU)를 포함한 180개국이 비준하였으며, United Nations(UN) 역사상 가장 많은 국가가 참여한 국제협약이라는데 그 의의가 있다고 평가된다.

이 협약은 최대한 많은 국가의 참여와 개정이 용이하도록 공통의 규범을 규정하고, 국가별로 상이한 분야의 경우에는 여러 개의 의정서(Protocol)를 제·개정할 수 있도록 하고 있다. 이에 따라 당사국 전체가 2년 주기로 모이는 정기 국제회의인 WHO 담배규제기본협약 당사국 총회(Conference of the Parties, 이하 ‘COP’)에서 FCTC의 국가별 이행상황을 점검

4) 이성규, “세계보건기구 담배규제기본협약 제9차 당사국 총회 주요안건과 시사점”, 대한금연학회지 JKSRNT 2022;13(1):1-10(<https://doi.org/10.25055/JKSRNT.2022.13.1.1>). 9면.

5) 한국건강증진개발원, 『FCTC 바로알기』, 2014, 8면.

하고 협약 이행 강화에 필요한 가이드라인의 제정 등을 논의하도록 하고 있다. 우리나라도 2012년 제5차 당사국총회에서 최초의 의정서인 “담배제품 불법거래 근절 의정서”를 채택하였는데, 2018년 제8차 당사국총회에서 실내체육시설, 흡연카페, 유치원·어린이집 경계 10m 등 금연구역 확대, 경고그림 성공적 시행, 껴련형 전자담배에 대한 성분분석 및 규제 강화 등 이 의정서 실행 성과와 최근 청소년들이 자주 이용하는 온라인 동영상, 웹툰, SNS 등 뉴 미디어를 통한 담배제품 노출이 증가하는 추세로 이에 대한 정책 개발이 필요하다는 점, 액상형 전자담배 및 껴련형 전자담배(가열담배) 등 신종 담배의 확산에 대응하기 위한 국제적 노력의 필요성을 강조하였다.<sup>6)</sup> 제21년 제9차 당사국 총회에서는 담배의 정의를 ‘연초의 잎’을 원료로 하여 만든 것에서 ‘연초의 줄기·뿌리 등’을 원료로 하여 만든 것까지 포함하여 담배로 정의함으로써 새롭게 등장하는 신종담배에 적극적으로 대응할 필요성이 있음을 제안하였고, WHO 주도의 담배 성분정보 공유기반(플랫폼) 구축에 대한 논의를 제안하였다.<sup>7)</sup>

우리나라가 FCTC 비준국이 됨에 따라 이 협약 제36조제3항에 따라 비준일 기준 90일째 발효되었다. 헌법 제6조제1항에서 헌법에 의하여 체결·공포된 조약<sup>8)</sup>과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 갖도록 하고 있는데<sup>9)</sup>, 협약이 직접적으로 국내법으로서의 효력을 발생하는 것(자기집행적 조약)인지 또는 이 협약으로 인하여 국내법을 개정 의무를 부여한 것(비자기집행적 조약)인지에 대하여 명확히 할 필요성이 있다.

이 협약은 다자조약 형태로 체결되었다. 조약은 보통 단일조약으로 이루어진 경우가 많으나 다자조약의 경우에는 구체적인 권리·의무 관계를 규정하지 않고 기본적인 원칙을 규정하고, 구체적인 내용은 의정서, 별도 약정, 지침을 통해 마련하는 것이 특징이다.<sup>10)</sup> 이러한 조약은 WHO, WHA 등 국제기구와 국가 등 국제법 주체 사이에 권리·의무 관계를 창출하기 위하여 서명형식으로 체결되고 국제법에 의하여 규율되는 합의로서, 전문·부속서를 포함하는 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적에 비추어 조약의 문언에 부여되는 통상적인 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.<sup>11)</sup> 헌법재판소는 2006년 워싱턴에서 미합중국

6) 보건복지부, “WHO 담배규제기본협약 제8차 당사국 총회 개막”, 2018. 10. 1.자 보도자료  
([http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR\\_MENU\\_ID=04&MENU\\_ID=0403&BOARD\\_ID=140&BOARD\\_FLAG=00&CONT\\_SEQ=346228](http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&BOARD_ID=140&BOARD_FLAG=00&CONT_SEQ=346228)), <2022. 12. 1. 검색>.

7) <https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156479330>.

8) 헌법재판소 2008. 3. 27. 2006헌라4 결정.

9) 일반적으로 승인된 국제법규는 세계 다수 국가에 의하여 일반적으로 승인된 보편적·일반적 규범을 말하고, 별도의 승인절차를 필요로 하지 않는 것이 통설이며, 국내법적 효력을 인정할 수 없는 국제관습법이라 한다(김철용, 『행정법』, 2018, 고시게사, 32~33면; 양건, 『헌법강의(제2판)』, 2021, 법문사, 152면.).

10) 보건복지부, “WHO 담배규제기본협약 제8차 당사국 총회 개막”, 2018. 10. 1.자 보도자료  
([http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR\\_MENU\\_ID=04&MENU\\_ID=0403&BOARD\\_ID=140&BOARD\\_FLAG=00&CONT\\_SEQ=346228](http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&BOARD_ID=140&BOARD_FLAG=00&CONT_SEQ=346228)), <2022. 12. 1. 검색>. 보도자료 16면.

11) 대법원 2018. 10. 31. 선고 2013다61381 전원합의체 판결.

국무장관과 발표한 ‘동맹 동반자 관계를 전략대회 출범에 관한 공동성명’의 경우 한국과 미합중국이 상대방의 입장을 존중한다는 내용만을 담고 있을 뿐, 구체적인 법적 권리·의무를 창설하는 내용을 전혀 포함하고 있지 아니하므로, 조약에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였는바<sup>12)</sup>. 조약의 국내법적 효력 발생에 대하여는 조약의 구체적 내용을 확인할 필요성이 있다.

이 협약 제2조에서는 약과 그 밖의 협정 및 법적 문서와의 관계를 규정하고 있는데, 이 규정 제1항에서 당사국은 이 협약 및 의정서가 요구하는 수준 이상의 조치를 이행하는 것을 “권장”하고 있고, 제4조 지도원칙에서 담배연기에 대한 노출로부터 모든 사람을 보호하기 위하여 정부 내 적절한 차원에서 효과적인 입법·집행·행정상 또는 그 밖의 조치들을 “계획”하도록 규정하고 있으며, 이 규정 제2항에서 국가·지역 및 국제적 차원에서의 포괄적이고 다각적인 조치와 조율된 대응방안을 개발하고 지원하기 위한 “정치적 결의”를 요구하고 있고, 제6조 담배수요의 감소를 위한 가격 및 조세 조치, 제7조 담배수요 감소를 위한 비가격 조치 등 이 협약에 따른 의무사항들을 시행하기 위한 조치들이 “채택”하여 시행하도록 하고 있으므로, 이 협약이 국내법으로 직접적으로 발생하는 것보다는 이 협약에 따라 국내법 제도를 수정하여야 할 의무가 발생하는 조약(비자기집행성 조약)으로 이해하는 것이 타당할 것이다.<sup>13)</sup>

## 2. FCTC 제5조제3항의 주요 내용

FCTC 협약은 원문과 담배제품 불법거래 근절 의정서, 협약 제5조제3항 담배업계의 상업적, 기타 기득권으로부터 담배규제를 포함한 공중보건정책 보호의 이행을 위한 가이드라인, 협약 제8조 담배연기 노출로부터의 보호에 관한 가이드라인, 협약 제9조 및 제10조 담배제품 성분 및 담배제품 공개에 관한 규제에 관한 가이드라인, 제11조 담배제품의 포장 및 라벨에 관한 가이드라인, 협약 제12조 교육, 의사소통, 훈련 및 대중인식제고에 관한 가이드라인, 제13조 담배광고, 판촉, 후원에 관한 가이드라인, 제14조 담배의존 및 금연에 관한 수요 감소 조치에 관한 가이드라인등 총 7개의 가이드라인으로 구성되어 있다. 이와 같은 가이드라인은 협약의 이행을 위한 최우수관행(best practices, 금연을 위한 최선의 전략)을 보여주는 지침으로 매우 강력하고 구체적인 내용을 담고 있고, 이 가이드라인을 표준<sup>14)</sup>으로 삼아

12) 헌법재판소 2008. 3. 27. 2006헌라4 결정.

13) 최은진, “FCTC(Framework Convention on Tobacco Control)의 동향”, 대한금연학회지 제1권제1호, 2010. 51면.

14) 한편, FCTC 가이드라인의 국제표준성과 관련하여, Australia-Tobacco Plain Packaging 사건에서 호주와 제소국들은 FCTC 가이드라인의 특정 조항이 국제표준에 해당하는지 여부에 대하여 다투었다. 호주는 FCTC 가이드라인은 관련 국제표준에 해당할 뿐 아니라 호주의 담배 조치는 관련 국제표준에 ‘따라’(inaccordance with) 채택되었다고 주장하였으나, 제소국들은 FCTC 가이드라인은 정확성이

국내법을 마련하고 있다.

협약 제5조제3항에서는 “당사국은 담배규제에 관한 공중보건 정책을 수립·시행함에 있어 국내법에 따라 담배업계의 상업적 및 그 밖의 기존 이익으로부터 이러한 정책을 보호한다.”고 규정하고 있는데, 담배업계의 여러 활동이 전 세계적인 담배유행을 일으키는 매개체 역할을 하고 있다는 인식하에 담배규제 정책의 수립 및 시행에 있어 담배업계의 상업적 이익으로부터 보호하기 위하여 공무원 및 정부관계자들이 담배회사의 이해관계로부터 자유로울 수 있는 행동수칙과 윤리강령을 마련하는 등 담배규제에 관한 공중보건정책을 수립하고 시행할 때 담배업계의 상업적 이익으로부터 공중보건정책을 보호하는 것을 주요 목적으로 한다.

협약 제5조제3항을 구체화한 담배업계의 상업적, 기타 기득권으로부터 담배규제를 포함한 공중보건정책 보호의 이행을 위한 가이드라인은 이 협약 이행을 위한 국가들의 의무 이행을 지원하고, 담배업계의 상업성 및 다른 기득권으로부터 담배규제정책을 종합적이고 효과적으로 보호하는 것을 목적으로 마련되었다. 이 가이드라인<sup>15)</sup>은 당사국의 담배규제<sup>16)</sup> 정책을 방해하는 담배업계<sup>17)</sup>의 전략과 담배제품<sup>18)</sup>의 중독성과 위해성을 대중에게 높이 인식시키도록 하고, 당사국정부는 모든 정부관계부처와 대중이 담배회사가 “사회적으로 책임있는”(socially responsible) 활동의 목적과 범위를 인식할 수 있도록 조치를 취하도록 하고 있다. 이러한 조치들은 ‘담배규제정책을 방해하는 담배업체와 담배상품의 중독성과 위해성을 인식시키는 것, 담배업체와의 상호작용의 투명성을 확보하는 것, 담배업체와의 파트너십이나 구속력 없는 협약을 거부하는 것, 정부 공무원과 직원의 이해갈등을 피하도록 하는 것, 담배업체로부터 수집된 정보가 투명하고 정확하게 하는 것, 담배업체에 면책특권을 주지 않는 것’을 포함한다.<sup>19)</sup>

부족하기 때문에 ‘표준’이 아니며, FCTC COP가 ‘국제표준화기구’가 아니기 때문에 FCTC 가이드라인은 국제표준이 될 수 없다고 보았다. 설령 국제표준이라고 하더라도 ‘inaccordance with’ 요건을 충족하지 못하다고 주장하였다(김경우, “담배규제기본협약 가이드라인의 국제표준 가능성에 대하여-담배 Plain Packaging 사건을 중심으로-”, 국제경제법연구 제18권 제2호, 2020, 91면 이하 참조).

- 15) 이 가이드라인은 ‘제1원칙: 담배업계의 관심과 공중보건정책의 관심 간에는 근본적 및 타협할 수 없는 갈등이 있다. 제2원칙: 담배업체나 담배업계의 이익을 증대하기 위해 일하는 문제를 다루게 되는 당사국은 신뢰할 수 있고 투명해야 한다. 제3원칙: 당사국은 담배업체 및 그 이익을 위해 일하는 사람들이 믿을 수 있고 투명하게 하도록 요구해야 한다. 제4원칙: 담배 상품이 치명적이므로 담배업체가 사업을 시작하거나 운영하도록 허가되지 않도록 해야 한다.’는 원칙을 제시한다(최은진, “세계보건기구 담배규제기본협약의 이행을 위한 가이드라인 개발의 동향”, 보건복지포럼, 2009년, 97~98면).
- 16) 담배제품의 소비와 담배연기에의 노출을 근절하거나 감소시켜 국민의 건강을 증진하는 것을 목적으로 하는 일련의 공급, 수요 및 폐해 감소 전략(FCTC 제1조).
- 17) 담배제품의 제조자, 도매유통업자 및 수입업자(FCTC 제1조).
- 18) 담배잎 전체 또는 부분을 원료로 하여 피우기·빨기·씹기 또는 흡입하기 위하여 제작된 제품(FCTC 제1조).
- 19) 최은진, “세계보건기구 담배규제기본협약의 이행을 위한 가이드라인 개발의 동향”, 보건복지포럼, 2009년, 97~98면.

### 3. FCTC 제5조제3항 기본이념의 실행력 담보

제5조제3항은 기본이념으로 법령의 제정 이념이나 정신을 표현하는 것으로서 실현하고자 하는 이념에 관한 선언적 규정으로 봐야하고, 법령 제정의 이념이나 방침을 제시하고 있다는 것이다. 기본이념에 대해서는 국민들도 보다 쉽게 접근할 수 있고, 국가나 지방자치단체의 공중보건정책의 해석과 적용에 대한 이해를 높일 수 있도록 하고, 이로 인해 국민들은 국가기관이나 지방자치단체를 상대로 자신의 권리와 이익을 보다 용이하게 지켜 나갈 수 있는 기본적 방향성<sup>20)</sup>을 기본이념에 담겨 있다. 이렇듯 공중보건정책에 대한 기본이념에 대해서는 정책의 목표로서 건강 형평성에 대한 논의도 중요하게 바라봐야 하고,<sup>21)</sup> 이러한 정책 집행에 있어서 ‘건강을 고려’한 접근<sup>22)</sup>도 고려해야 할 것이다. 이렇듯 기본이념은 법의 제정과 집행, 그리고 실행력 담보를 위한 제도적 방향성이 일관되게 담겨야 한다. 담배영역은 그 특성상 국민 공중보건정책을 위한 공공성을 일관적이고 계속해서 강화되어야 하는 영역으로서 국간건강 이념에 기초한 국가의 지원이 필요한 부분의 공중보건정책으로서 공중보건적 이념이 조화될 수 있는 제도를 규범적으로 논증하고 이와 같이 가치를 입법으로 구체화할 수 있는 방안을 검토할 필요가 있다.

## Ⅲ. FCTC 제5조제3항의 국내 이행을 위한 주요 쟁점

### 1. 담배를 바라보는 부처별 입장차이

국내 법제정 환경에 있어서, 담배를 바라보는 입장은 기획재정부와 보건복지부의 담배의 산업 및 규제 의 척도로서 확인할 수 있다. 기획재정부는 담배의 조세적 측면의 즉 담배를 완전규제의 형태로 바라보지 않고 일정 수준으로 제한은 하지만 세금의 창출 등 여러 가지 담배를 둘러싸고 있는 환경이 「담배사업법」에 잘 들어난다. 「담배사업법」의 제정(1988. 12. 31.) 목적이 “국내담배산업의 발전을 위하여 종전의 전매제도를 개편하되, 제조담배의 제조에 있어서는 독점체제를 계속 유지하도록 하고, 수입·판매에 있어서는 자율성을 부여하며, 잎담배 생산농가를 보호할 수 있도록 하기 위하여 잎담배의 생산 및 수매제도를 개선·보완”으로 하고 있어 기획재정부에서의 담배는 제조담배의 독점체제 유지, 수입·판매의 자율

20) 홍정선, 『행정기본법 해설』, 2021, 박영사, 3면.

21) 김창엽, “공중보건정책과 건강 형평성”, 보건행정학회지 2016;26(4):256-264/  
<https://doi.org/10.4332/KJHPA.2016.26.4.256>, 2016.12.23. 259면.

22) 김창엽, “공중보건정책과 건강 형평성”, 보건행정학회지 2016;26(4):256-264/  
<https://doi.org/10.4332/KJHPA.2016.26.4.256>, 2016.12.23. 261면.

성 부여로서 바라보고 있음을 확인 할 수 있다. 현행법에서도 “담배의 제조 및 판매 등에 관한 사항을 정함으로써 담배 산업의 건전한 발전을 도모하고 국민경제에 이바지하게 함”을 목적으로 하고 있고, 이 법 제3장에서 담배제조업의 허가·결격사유·취소, 담배판매업의 등록·결격사유·취소, 소매인의 지정·취소 등의 담배사업의 인허가 내용이 주를 이루고 있음을 알 수 있다. 이와 함께 제20조 다른 담배 포장지의 사용 금지 등, 제25조 담배에 관한 경고문구의 표시 및 광고의 제한, 제25조의2 담배 성분 등의 표시, 제25조의4 담배판매 촉진에 위한 금품 제공 등의 금지, 제25조의5 담배에 대한 오도문구 사용제한 등 의무규정을 두고 있는데, 이러한 규정들은 담배사업자를 규제하기 위한 조건으로서의 역할을 하기도 한다.

반면에, 보건복지부에서의 「건강증진법」(1995. 1. 5.) 제정에 있어서 제8조 금연 및 절주운동등에서 “금연을 유도하기 위하여 담배자동판매기는 대통령령으로 정하는 일정 장소에만 설치할 수 있도록 제한하고, 19세미만의 자에 대하여는 담배를 판매할 수 없도록 하며, 공중이 이용하는 시설의 소유자등은 당해 시설을 금연구역과 흡연구역으로 구분하여 지정하도록 함”이라고 하여 담배 이용의 제한, 판매의 장소 지정, 연령의 제한, 금연구역의 지정 등 명확하게 담배를 바라보는 시선이 다름을 확인할 수 있다. 또한 현행 「국민건강증진법」 제1조에서 “이 법은 국민에게 건강에 대한 가치와 책임의식을 함양하도록 건강에 관한 바른 지식을 보급하고 스스로 건강생활을 실천할 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강을 증진함을 목적”으로 하고, 제2장 국민건강관리에서 제8조 금연 및 절주운동등, 제9조 금연을 위한 조치, 제9조의2 담배에 관한 경고문구 등 표시, 제9조의3 가향물질 함유 표시 제한, 제9조의4 담배에 관한 광고의 금지 또는 제한, 제9조의5 금연지도원 등 국민건강증진을 위한 규제사항을 규정하고 있다. 이중 제9조제4항에서는 청사, 학교, 어린이집, 도서관 등 구체적 금연구역<sup>23)</sup>을 지정하고 있고, 제9조의2에서는 경고그림, 경고문구, 발암성물질, 금연상담전화번

23) 「국민건강증진법」 제9조(금연을 위한 조치) ④ 다음 각 호의 공중이 이용하는 시설의 소유자·점유자 또는 관리자는 해당 시설의 전체를 금연구역으로 지정하고 금연구역을 알리는 표지를 설치하여야 한다. 이 경우 흡연자를 위한 흡연실을 설치할 수 있으며, 금연구역을 알리는 표지와 흡연실을 설치하는 기준·방법 등은 보건복지부령으로 정한다.

1. 국회의 청사, 2. 정부 및 지방자치단체의 청사, 3. 「법원조직법」에 따른 법원과 그 소속 기관의 청사, 4. 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관의 청사, 5. 「지방공기업법」에 따른 지방공기업의 청사, 6. 「유아교육법」·「초·중등교육법」에 따른 학교[교사(校舍)와 운동장 등 모든 구역을 포함한다], 7. 「고등교육법」에 따른 학교의 교사, 8. 「의료법」에 따른 의료기관, 「지역보건법」에 따른 보건소·보건의료원·보건지소, 9. 「영유아보육법」에 따른 어린이집, 10. 「청소년활동 진흥법」에 따른 청소년수련관, 청소년수련원, 청소년문화의집, 청소년특화시설, 청소년야영장, 유스호스텔, 청소년이용시설 등 청소년활동시설, 11. 「도서관법」에 따른 도서관, 12. 「어린이놀이시설 안전관리법」에 따른 어린이놀이시설, 13. 「학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률」에 따른 학원 중 학교교과교습학원과 연면적 1천제곱미터 이상의 학원, 14. 공항·여객부두·철도역·여객자동차터미널 등 교통관련 시설의 대기실·승강장, 지하보도 및 16인승 이상의 교통수단으로서 여객 또는 화물을 유상으로 운송하는 것, 15. 「자동차관리법」에 따른 어린이운송용 승합자동차, 16. 연면적 1천제곱미터 이상의 사무용건축물, 공장 및 복합용도의 건축물, 17. 「공연법」에 따른 공연장으로서 객석 수 300석 이



호 등 담배갑포장지에 표시할 내용, 표시 크기 등을 구체적으로 규정<sup>24)</sup>하고 있다.

이러한 중앙부처의 입장차이에 따른 담배를 바라보는 간극의 발생에 있어서 담배를 수입·판매·제조하는 사업자들의 활용영역이 그만큼 국내에서 입지를 다지고 현재에 이르고 있다고 볼 수 있다.

## 2. 법률유보의 원칙 및 소관사항의 원칙상 한계

국내 도입이 논의되는 협약 제5조제3항은 ‘담배규제정책을 방해하는 담배업계와 담배상

- 상의 공연장, 18. 「유통산업발전법」에 따라 개설등록된 대규모점포와 같은 법에 따른 상점가 중 지하도에 있는 상점가, 19. 「관광진흥법」에 따른 관광숙박업소, 20. 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」에 따른 체육시설로서 1천명 이상의 관객을 수용할 수 있는 체육시설과 같은 법 제10조에 따른 체육시설업에 해당하는 체육시설로서 실내에 설치된 체육시설, 21. 「사회복지사업법」에 따른 사회복지시설, 22. 「공중위생관리법」에 따른 목욕장, 23. 「게임산업진흥에 관한 법률」에 따른 청소년게임제공업소, 일반게임제공업소, 인터넷컴퓨터게임시설제공업소 및 복합유통게임제공업소, 24. 「식품위생법」에 따른 식품접객업 중 영업장의 넓이가 보건복지부령으로 정하는 넓이 이상인 휴게음식점영업소, 일반음식점영업소 및 제과점영업소와 같은 법에 따른 식품소분·판매업 중 보건복지부령으로 정하는 넓이 이상인 실내 휴게공간을 마련하여 운영하는 식품자동판매기 영업소, 25. 「청소년보호법」에 따른 만화대여업소, 26. 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 시설 또는 기관
- 24) 「국민건강증진법」 9조의2(담배에 관한 경고문구 등 표시) ① 「담배사업법」에 따른 담배의 제조자 또는 수입판매업자(이하 “제조자등”이라 한다)는 담배갑포장지 앞면·뒷면·옆면 및 대통령령으로 정하는 광고(판매촉진 활동을 포함한다. 이하 같다)에 다음 각 호의 내용을 인쇄하여 표기하여야 한다. <개정 2015. 6. 22.>
1. 흡연의 폐해를 나타내는 내용의 경고그림(사진을 포함한다. 이하 같다)
  2. 흡연이 폐암 등 질병의 원인이 될 수 있다는 내용 및 다른 사람의 건강을 위협할 수 있다는 내용의 경고문구
  3. 타르 흡입량은 흡연자의 흡연습관에 따라 다르다는 내용의 경고문구
  4. 담배에 포함된 다음 각 목의 발암성물질
    - 가. 나프틸아민
    - 나. 니켈
    - 다. 벤젠
    - 라. 비닐 크롤라이드
    - 마. 비소
    - 바. 카드뮴
  5. 보건복지부령으로 정하는 금연상담전화의 전화번호
- ② 제1항에 따른 경고그림과 경고문구는 담배갑포장지의 경우 그 넓이의 100분의 50 이상에 해당하는 크기로 표기하여야 한다. 이 경우 경고그림은 담배갑포장지 앞면, 뒷면 각각의 넓이의 100분의 30 이상에 해당하는 크기로 하여야 한다. <신설 2015. 6. 22.>
- ③ 제1항 및 제2항에서 정한 사항 외의 경고그림 및 경고문구 등의 내용과 표기 방법·형태 등의 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다. 다만, 경고그림은 사실적 근거를 바탕으로 하고, 지나치게 혐오감을 주지 아니하여야 한다. <개정 2015. 6. 22.>
- ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에도 불구하고 전자담배 등 대통령령으로 정하는 담배에 제조자등이 표기하여야 할 경고그림 및 경고문구 등의 내용과 그 표기 방법·형태 등은 대통령령으로 따로 정한다.

품의 중독성과 위해성을 인식시키는 것, 담배업계와의 상호작용의 투명성을 확보하는 것, 담배업계와의 파트너십이나 구속력 없는 협약을 거부하는 것, 정부 공무원과 직원의 이해갈등을 피하도록 하는 것, 담배업계로부터 수집된 정보가 투명하고 정확하게 하는 것, 담배업계에 면책특권을 주지 않는 것' 등의 내용을 담고 있는데, 이와 같은 내용은 담배 관련 직무 공직자가 사적 이해관계에 영향을 받지 아니하고, 담배 관련 직무를 공정하고 청렴하게 수행하도록 하거나, 사적 이해관계로 인하여 공정하고 청렴한 직무수행이 곤란하다고 판단하는 경우 직무수행을 회피하는 등 이해충돌을 방지하여야 하고, 담배 관련 직무 공직자는 담배 관련 외부활동이 제한되는 등 의무가 요구된다.

과거의 침해유보설에 따르면 국민의 자유와 재산을 침해하는 행정작용의 경우 법률의 규정이 필요하나, 오늘날 법률유보의 원칙은 국민의 자유와 권리를 보호하려는 법치국가의 원리에 따른 요청에 따라 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있고<sup>25)</sup>, 국민들에게 영향을 미치는 중요사항의 경우에 근거규범이 필요하다는 중요사항유보설에 따라 행정활동을 위한 수권규범이 필요하다.

『공직자의 이해충돌 방지법』에서도 직무수행 중 알게 된 비밀 또는 소속 공공기관의 미공개정보를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 공직자(제16조에 따라 준용되는 공무원수행사인을 포함한다)는 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있고, 공직자로부터 직무상 비밀 또는 소속 공공기관의 미공개정보임을 알면서도 제공받거나 부정한 방법으로 취득하고 이를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금, 직무수행 중 알게 된 비밀 또는 소속 공공기관의 미공개정보를 사적 이익을 위하여 이용하거나 제3자로 하여금 이용하도록 한 공직자는 3년이하의 징역 또는 3천만원 이하에 벌금에 처하도록 하고 있고, 자신의 가족이 채용되도록 지시·유도 또는 묵인을 한 공직자와 수의계약을 체결하도록 지시·유도 또는 묵인을 한 공직자는 3천만원 이하의 과태료, 사적이해관계자를 신고하지 않은 공직자, 직무 관련 외부활동을 한 공직자는 2천만원 이하의 과태료 처하도록 하고 있다.

법률은 헌법에서 법률로 정하도록 한 사항, 국민의 권리·의무에 관한 사항을 규정하고, 대통령령은 법률에서 위임한 사항, 법률을 집행하는 데에 필요한 사항, 국정의 통일적 추진·집행을 위한 기본 방침에 관한 사항, 여러 부처에 공통되는 사항이거나 그 밖에 국무회의에서 논의를 거쳐 결정할 필요가 있다고 판단되는 사항, 행정기관의 조직에 관한 사항, 권한의 위임·위탁에 관한 사항을 정하도록 하고 있는데<sup>26)</sup>, 담배 관련 직무 공직자의 의무 규

25) 헌법재판소 1999. 5. 27. 98헌바70 결정.

26) 법제처, 『법령입안심사기준』, 2021, 16면.

정은 법률유보의 원칙에 따라 법률에서 규정하는 것이 타당할 것으로 보이고, 의무이행을 확보하기 위해 벌칙, 과태료<sup>27)</sup>까지 규정할 경우 죄형법정주의가 적용될 것이다.

### 3. 행정조직법정주의상 한계

담배산업과 이해충돌방지에 관한 법률은 기획재정부 소관 「담배사업법」, 보건복지부 소관 「국민건강증진법」, 국민권익위원회 소관 「공직자의 이해충돌 방지법」, 대통령령인 「공무원 행동강령」이 있어, FCTC 제5조제3항 가이드라인 적용시 어느 법률에 규정할 지에 대한 검토가 필요하다.

헌법 제96조에서는 행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정하도록 하고 있어 행정조직법정주의를 택하고 있다. 행정조직법정주의에 따르면, 행정권의 사무의 내용에 따라 각 행정청에게 분배되고, 법령에 의해 정해진 일정한 사무에 관한 권한만을 가질 수 있다.<sup>28)</sup> 이에 따라 「정부조직법」이 제정되어 기획재정부는 중장기 국가발전전략수립, 경제·재정정책의 수립·총괄·조정, 예산·기금의 편성·집행·성과관리, 화폐·외환·국고·정부회계·내국세제·관세·국제금융, 공공기관 관리, 경제협력·국유재산·민간투자 및 국가채무에 관한 사무를 관장하도록 하고 있고, 「기획재정부와 그 소속기관 직제」 제18조제3항제18호에 “담배사업(잎담배 생산을 포함한다)에 관한 정책의 수립 및 국제협력에 관한 사항”을 규정하고 있고, 보건복지부는 생활보호·자활지원·사회보장·아동(영·유아 보육을 포함한다)·노인·장애인·보건위생·의정(醫政) 및 약정(藥政)에 관한 사무를 관장하도록 하고 있으며, 「보건복지부와 그 소속기관 직제」 제16조제3항제8호에서 “흡연예방 및 금연에 대한 계획 수립 및 제도개선에 관한 사항”을 규정하고 있으며, 국민권익위원회는 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제12조에서 “12. 법령 등에 대한 부패유발요인 검토, 13. 부패방지 및 권익구제와 관련된 자료의 수집·관리 및 분석, 14. 공직자 행동강령의 시행·운영 및 그 위반행위에 대한 신고의 접수·처리 및 신고자의 보호”와 「공직자의 이해충돌 방지법」 제17조에 따라 공직자의 이해충돌방지에 관한 업무를 총괄하도록 하고 있다.

FCTC 제5조제3항 가이드라인이 담배산업과 공직자의 이해충돌방지, 윤리적 의무로 이해할 경우 이해충돌방지에 관한 주무부처인 국민권익위원회 소관에 더 가까울 것으로 보이고, 담배업계와 담배상품의 중독성과 위해성의 인식, 담배업계와의 상호작용의 투명성을 확보, 담배업계와의 파트너십이나 구속력 없는 협약 거부, 담배업계로부터 수집된 정보의 투명성, 담배업계의 면책특권 등 담배업계 권리와 의무와 관련한 사항으로 이해할 경우 기획재정부

27) 과태료 법정주의에 대하여는 김원중, “행정질서벌(과태료)의 효율적 개선방안”, 유럽헌법연구 제23호, 유럽헌법학회, 2017, 307면. 참고.

28) 박균성, 「행정법강의(제16판)」, 박영사, 930면.

또는 보건복지부 소관으로 이해하는 것이 타당할 것 이다.

#### 4. 헌법상 한계

담배규제기본협약(FCTC) 제5조제3항에 따르면, “당사국은 담배규제에 관한 공중보건정책을 수립·시행함에 있어 국내법에 따라 담배업계의 상업적 이익 및 기타 기득권으로부터 이러한 정책을 보호한다”고 규정하고 있다. 담배업계란 담배제품의 제조자, 도매유통업자 및 수입업자를 말하는데, 이들 업자들은 행정법상 사인에 해당하므로 이 협약에 따라 국내에 규제를 둘 경우 평등의 원칙, 직업선택의 자유(영업의 자유) 등 헌법상의 기본권을 보장하면서 비례의 원칙 등 기본권 제한의 한계에 따라 적절한 규제가 이루어져야 할 것이다. 「대한민국헌법」(이하 ‘헌법’) 제11조제1항에서 보장하고 있는 평등권은 국가권력이 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급해야 한다는 것을 의미하고, 이러한 평등은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거가 있는 차별까지 금지하는 것은 아니다.<sup>29)</sup> 제15조에서는 직업선택의 자유를 규정하고 있으며, 이러한 평등권, 직업선택의 자유는 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서 유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.

「담배사업법」 제3장에서는 담배제조업의 허가, 담배판매업의 등록, 소매인 지정에 관한 내용을 규정을 두어, 담배판매업과 소매인은 등록 또는 지정 받도록 규정되어 있는 것과 달리, 담배제조업은 허가 사항으로 규정하고 있다. 허가는 일반적으로 금지된 행위를 해제하여 적법하게 그 행위를 행할 수 있는 자유를 회복시키는 것으로<sup>30)</sup> 등록이나 지정보다는 행정청의 재량권이 보다 확보되어있고, 허가의 성격에 부합하는 부관도 달 수 있다.

이와 같이 담배제조업에만 허가제를 유지하는 이유는 담배의 제조가 일반적으로는 금지되는 행위라는 정책적 기초 유지하기 때문이다.<sup>31)</sup> 과거 담배산업은 정부에 의한 전매체제

29) 헌법재판소 2001. 6. 28. 99헌마516 결정.

30) 대법원 1955. 8. 12. 선고 4288행상 41 판결.

31) 담배사업법 제11조 제1항은 담배제조업을 영위하고자 하는 자로 하여금 피고의 허가를 받도록 하면서 같은 조 제2항에서 자본금, 시설기준, 기술인력, 담배제조 기술의 연구·개발 및 국민건강 보호를 위한 품질관리 등의 구체적인 허가기준을 대통령령에 위임하고 있고, 이에 따라 제정된 담배사업법 시행령 제4조 제1항 제1호는 자본금 규모를 300억 원 이상으로 할 것을 허가기준으로 규정하고 있는 바, 이는 종래 한국담배인삼공사가 독점하던 담배제조업에 허가제를 도입하여 독점에 따른 비효율성 제거와 담배소비자의 경제적 후생 증진을 도모하되, 국민건강과 직결되는 담배사업의 특성을 고려하여 군소생산업체의 난립을 방지함으로써 담배소비의 증가를 억제하고 국민건강을 저해하는 제품 생산을 예방함과 아울러 담배가격의 대부분을 차지하는 조세를 안정적으로 징수하고 근래 급증하고 있는 담배관련소송 등에 대비하여 담배제조기업의 재정적 안정을 도모하며 앞담배 재배농가를 보호하기 위한 목적으로 적정규모의 자본금을 갖출 것을 허가기준으로 한 것이고, 자본의 적정규모를

를 유지하였는데, 1987년 4월 정부투자기관인 한국전매공사를 설립하여 담배 수익금을 국가에 납부하는 형태로 전환되었고, 1989년 제정된 「담배사업법」과 지금은 폐지된 구 「한국담배인삼공사법」이 제정되면서 한국담배인삼공사가 연초의 경작 등을 수행하여, 정부에 의한 전매체제가 폐지되었다. 하지만 한국담배인삼공사는 연초의 경작 및 제조담배원료용 잎담배의 수매 계약, 제조담배는 별도의 법률의 규정이 없는 한 한국담배인삼공사가 이를 수행하도록 강행규정을 두었고, 구 「한국담배인삼공사법」 제4조에서 공사의 자본금 4조원 중 정부가 100분의 51이상을 출자하도록 하여, 실질적으로는 정부의 영향 아래 있었다. 이후 구 「한국담배인삼공사법」이 폐지되고 「담배사업법」상 공사 독점 수행 규정이 삭제되면서 현재는 민영화(KT&G)되었으나, 담배제조업자가 법령상 의무를 이행하지 않을 경우 기획재정부장은 제조업자허가를 취소할 수 있다.<sup>32)</sup>

담배규제기본협약(FTC) 제5조제3항에 따라 담배업계에 일종의 규제사항을 신설하게 될 경우, 허가제를 유지하고 있는 담배제조업자는 수용가능성이 높을 것이다. 일반적인 금지사항을 담배제조업자에게만 허용하는 것이기 때문이다. 하지만 등록<sup>33)</sup>제와 지정<sup>34)</sup>제로 운영

- 300억 원 이상으로 한 것은 위와 같은 입법 목적과 국내 담배시장의 규모와 상황을 고려하여 신규 사업자로 하여금 연간 담배 50억 개비 이상의 생산시설을 갖추도록 하는 것이 적정하다는 정책적 판단 아래 그 시설에 맞는 투자금액을 추산하여 결정한 것이다(대법원 2008. 4. 11. 선고 2008두2019 판결).
- 32) 담배사업법 시행령 제4조 제1항 제1호가 300억 원 이상의 자본금을 갖출 것을 허가기준으로 하여 자본금이 그에 미치지 못하는 기업의 담배제조업 진입을 제한함으로써 직업선택의 자유나 중소기업의 활동을 일부 제한하는 측면이 없지 않으나, 위에서 본 바와 같이 그 입법목적이 정당한 점, 그로 인하여 자본금 300억 원을 마련할 수 없는 기업의 담배제조업 진입을 제한함으로써 잃게 되는 사익보다 위 조항으로 인하여 얻게 되는 국민건강, 조세징수확보 및 담배제조기업의 재정안정이라는 공익이 훨씬 큰 것으로 보이는 점, 자본금의 적정규모를 300억 원으로 한 것도 현저히 부당하다고 보이지 않는 점을 고려하면, 위 조항이 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 침해하였다거나 합리적 근거 없는 차별에 해당하여 평등권을 침해하였다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 헌법 제123조 제3항이 가지는 규범적 성격과 헌법 제36조 제3항에 따른 국민보건에 관한 국가의 의무를 아울러 고려하면 위 조항이 헌법상의 중소기업 보호·육성 의무에 위반된다고 볼 수도 없으므로, 결국 위 시행령 조항은 헌법에 위반되지 않는다.(대법원 2008. 4. 11. 선고 2008두2019 판결).
- 33) 강학상 등록은 일정한 사실이나 법률관계를 행정기관에 갖추어둔 장부에 등재하고 이에 따라 일정한 사실이나 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 것을 말하는데, 허가제보다는 기준을 구체적으로 규정하여 행정청의 판단여지를 최소화하도록 하고 있다. 담배판매업자 등록기준은 「담배사업법 시행령」 제5조에서 규정하고 있는데, ‘1. 담배수입판매업의 등록을 하려는 경우: 외국의 담배제조업자와 담배의 공급계약을 체결할 것, 2. 담배도매업의 등록을 하려는 경우: 담배의 보관시설을 갖추고 제조업자, 수입판매업자 또는 다른 담배도매업자와 담배의 공급계약을 체결할 것’의 요건을 충족하고, 「담배사업법」 제14조에 따른 결격사유에 해당하지 않아야 한다. 한편, 담배제조업허가는 사업계획서, 자본금, 제조할 담배의 종류, 연간 생산규모, 제조시설에 관한 사항, 기술인력에 관한 사항, 품질관리기준에 관한 사항을 제출하도록 하고 있어(「담배사업법」 제11조제1항, 영 제2조, 규칙 제2조 등), 담배판매업자 등록기준이 더 명확하게 규정되어 있음을 알 수 있다.
- 34) 지정은 인허가나 특허로서의 지정, 행정업무의 부여를 위한 지정, 지원·육성 대상의 선정을 위한 지정, 규제 대상 선정을 위한 지정 등 다양한 성격이 혼합되어 있다. 「담배사업법」 제16조의 소매인 지정의 경우 결격사유, 소매인의 장소, 영업소간의 거리 등을 규정하고 있는바, 공익을 위한 감독 차원에서 규제 대상 선정을 위한 지정의 성격으로 보인다.

하고 있는 담배판매업자나 소매인의 경우에는 담배제조업자와 동일한 규제를 할 경우 위헌 소지의 문제가 발생할 것이다. 이 협약을 헌법 한계 내에서 국내에 적용하려면 담배제조업자와 담배판매업자·소매인과의 차별적 규제 방안을 검토하거나, 동일하게 규제할 경우 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리에 따른 동일 규제 필요성과 평등의 원칙과 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않는다는 명확한 근거가 제시되어야 할 것이다.

#### IV. WHO FCTC 제5조제3항 도입을 위한 법제 개선방안

##### 1. 「국민건강증진법」 일부개정 검토

먼저 논의해야 하는 것은 보건복지부 소관법령인 「국민건강증진법」의 적용 여부로서, 아래 검토 「이해충돌방지법」(법률)과 「공무원 행동강령」(대통령령)은 두 법령은 국민권익위원회 소관법령이라는 점에서 개정의 어려움 등으로 인해, 보건복지부 소관법률인 「국민건강증진법」을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

이 법은 국가 및 지방자치단체가 건강에 관한 국민의 관심을 높이고 국민건강을 증진할 책임을 국가 및 지방자치단체가 책임의 주체로서 제3조에서 규정하고 있고, 국민에게 건강에 대한 가치와 책임의식을 함양하도록 건강에 관한 바른지식을 보급함으로써 스스로 건강생활을 실천 할 수 있는 여건을 조성함을 법의 입법목적 제1조에서 선언하고 있다.

이 법은 제5장 34조문으로 구성되어 있고, 각 장별 주요 특징을 살펴보면, 제1장 총칙에는 건강의 추진체를 구성하고 있는 국민건강증진종합계획의 수립, 실행계획의 수립, 국민건강증진정책위원회와 한국건강증진개발원의 설립과 같은 종합적인 추진 및 정책의 전달체계를 구성하고 있는 장으로서 이할 수 있으며, 제2장에서는 국민건강의 관리라는 장명아래 국민건강에 대한 전반적인 내용이 방대하게 담겨져 있고, 제2장에서 광고의 금지, 금연 및 절주, 주류 광고 제한, 담배에 관한 전반적인 규제, 보건교육, 국민영양조사, 구강건강사업 등 국민건강의 관리에 전반에 걸쳐 근거 규정을 두고 있다. 제3장은 국민건강증진기금을 두어 기금의 부고와 징수의 근거 및 사용과 관리 등에 사항을 관장하고, 제4장과 제5장은 보칙과 벌칙으로서 규제사항을 정리하고 있다.

‘FCTC 제5조3항’의 입법방향성에 대한 논의로서, 첫째, 이 법은 보건복지부 소관법률로서 개정의 주도권을 보건복지부가 갖고 있어, 법률 개정의 힘을 분산할 필요가 없다는 점, 둘째, 이 법 제2장제9조에서부터 제9조의5까지 담배의 경고문구 표시, 가향물질 함유 표시, 광고금지, 금연지도원 등 담배규제 및 담배정책의 일관성을 확보할 수 있다는 점, 셋째, 이 법 제2장 제9조의5까지 가지조문으로 개정의 수월성을 확보하고 있다는 점, 넷째, FCTC 제

5조3항의 가이드라인의 내용을 제2장제9조 금연을 위한 조치에서 제9조의5의 금연지도원의 사항을 상세하게 규정하고 있고 있는 점 등을 고려하여 이 법 제2장제9조의6에 신설하는 것이 타당할 것이다.

## 2. 「공직자의 이해충돌 방지법」 일부개정 검토

「공직자의 이해충돌 방지법」은 공직자의 부정한 사익추구 행위를 막고 직무수행의 공정성을 담보하고자 하였으며, 행정부에만 적용되는 「공무원 행동강령」의 한계를 극복하여 실질적인 처벌 등 이행력 담보를 위하여 제정되었다. 2013년 8월 「부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법(안)」이 국회에 제출되었으나 이해충돌의 도입방식, 적용범위가 합의되지 못하여 부정청탁·금품수수 금지만 포함된 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」이 2015년 3월에 제정되고, 2018년 5월 「공무원 행동강령」에서 사적 이해관계의 신고(제5조), 직무 관련 영리행위 등 금지(제5조의3), 가족 채용 제한(제5조의4), 수의계약 체결 제한(제5조의5) 등이 우선 도입·시행된 뒤, 2021.5.18. 제정되어 2022. 5. 19. 시행되었다.

이 법의 제정 목적은 “공직자가 직무를 수행할 때 자신의 사적 이해관계가 관련되어 공정하고 청렴한 직무수행이 저해되거나 저해될 우려가 있는 상황인 이해충돌<sup>35)</sup>을 사전에 예방·관리하고, 부당한 사적 이익 추구를 금지함으로써 공직자의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하려는 것임”에서 볼 수 있듯이 공직자가 직무를 수행할 때에 있어서 사적 이해관계자가 관련되어 공정하고 청렴하게 직무를 수행하도록 하기 위한 기본법적 성격을 갖고 있다.

이 법 제4조에서 공직자의 의무를 규정하고 있다. 제1항에서는 공직자는 사적이해관계를 규정하고, 사적이해관계에 영향을 받지 아니하고 직무를 공정하고 청렴하게 수행하도록 하고 있고, 제2항에서는 직무수행과 관련하여 정하고 있는데 공평무사하게 처신하도록 하여 차별하여서는 아니된다고 하고 있으며, 사적이해관계로 인하여 공정하고 청렴한 직무수행이 곤란하다고 판단되는 경우 직무수행을 회피하는 등 이해충돌을 방지하여야 한다고 하고 있다. 제4조 이하에서는 공직자의 사적이해관계의 이해충돌방지에 대한 구체적인 조문들로 규정하고 있는데, 제5조에서 사적이해관계자의 신고 및 회피·기피 신청을 구체적으로 명시하고 있고, 제5조의 규정에 해당되면 응당 신고 및 회피·기피를 해야 하도록 하는 강행규정을 두고 있다.

35) 「공직자의 이해충돌 방지법」 제2조에 따르면, “이해충돌”이란 공직자가 직무를 수행할 때에 자신의 사적 이해관계가 관련되어 공정하고 청렴한 직무수행이 저해되거나 저해될 우려가 있는 상황을 말하는데, 이러한 공직자의 이해충돌은 직무수행에 있어서 공직자의 공적 의무와 이에 부적절하게 영향을 미칠 수 있는 공직자의 사익 간 충돌로서 공정하고 청렴한 직무수행이 저해되거나 저해될 우려가 있는 상황에 국한되어야 한다고 한다(이부하, “공직자의 이해충돌방지법에 대한 법적 고찰”, 법제 제694권, 법제처, 2021. 68면.).

제5조제1항제1호에서는 인가·허가·면허·특허·승인·검사·검정·시험·인증·확인, 지정·등록, 등재·인정·증명, 신고·심사, 보호·감호, 보상 또는 이에 준하는 직무를 규정하고 있는바, ‘공중보건정책 공무원’의 직무를 수행하는 공무원에 대해서는 이 법 제5조제1항제1호의 사적이익관계자가 해당하게 되면 신고하고 회피·기피를 하도록 하고 있다. 즉, ‘공중보건정책 공무원<sup>36)</sup>’으로서 행정청의 공무원이면 이 법 제5조제1항제1호의 업무를 벗어날 수 없고, 관련 행정처분이나 행정행위를 필수적으로 수반하는 업무를 하고 있어 관련 직무가 담배관련 사적이익관계자에 해당된다면 응당 이 법 제5조제1항제1호에 따라 관련 직무에서 회피·기피 신청을 하여야 한다. 이 법 제5조제1항제1호에 해당하는 자, 즉 ‘공중보건정책 공무원’이 신고하지 않았다면 이 법 제28조제2항제1호에 따라 2천만원 이하의 과태료를 부과하도록 하여 중한 과태료에 해당한다.

위와 같이 ‘공중보건정책 공무원’ 즉, 공무원이라면 담배정책을 수행하고 이 법 제5조제1항제1호에 따라 담배업계의 상업적 이익의 사적이익을 취한다고 한다면 앞서 살펴본 바와 같이 과태료 부과 대상으로서 엄중한 과태료 처분을 받게 되어 있음을 알 수 있다.

하지만, 첫째, 강화상으로 이러한 규정이 실제 해당업무에 있어서 직간접적인 연결을 명확히 하기 어렵고, 직간접적으로 연결되어 있는지 확인해서 판단하기에는 판단자(공무원)가 계속 그 관련 업무자가 담배업계를 통한 사적이익을 취하는지에 대해 계속 감시가 되지 않기 때문에 입법상의 한계가 여기서 발생하고, 둘째, 법률 소관이 국민권익위원회 소관의 한계가 있다. 물론 기본적으로 모든 공무원에 해당 이 법이 모두 적용이 되고 있지만, 보건복지부에서 직접적인 법률의 직접적인 개정의 영역 내에 들어와 있지 않는다는 단점이 존재한다.

앞에서 살펴본바와 같이, 이 법은 소관부처의 한계와 모든 공무원에 적용대상의 일괄 적용성등의 한계로 인해 담배업계의 사적이익의 접근에 있어서 선언적 규제로서 언급될 수 있으나 직접적으로 해당 비위사실을 확인하기 전까지 공무원의 업무를 명확하게 파악하기에는 실로 매우 어려운 문제로서, 이 법에 WHO FCTC 제5조3항과 가이드라인을 직접적으로 규정하기에는 입법목적상, 적용대상의 일괄상 한계가 존재함을 확인할 수 있다.

### 3. 「공무원 행동강령」 일부개정 검토

「공무원 행동강령」은 위에 두 법률과는 다르게 국민권익위원회의 대통령령으로서의 법적

36) 이 법에 따른 공직자는 「국가공무원법」 또는 「지방공무원법」에 따른 공무원과 그 밖에 다른 법률에 따라 그 자격·임용·교육훈련·복무·보수·신분보장 등에 있어서 공무원으로 인정된 사람, 「공직자윤리법」 제3조의2에 따른 공직유관단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관에 해당하는 공공기관의 장과 그 임직원, 「초·중등교육법」, 「고등교육법」 또는 그 밖의 다른 법령에 따라 설치된 각급 국립·공립 학교에 해당하는 각급 국립·공립 학교의 장과 교직원을 말한다.



지위를 갖고 있음을 먼저 확인할 필요가 있다. 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제8조에서 “1. 직무관련자로부터의 향응·금품 등을 받는 행위의 금지·제한에 관한 사항, 2. 직위를 이용한 인사관여·이권개입·알선·청탁행위의 금지·제한에 관한 사항, 3. 공정한 인사 등 건전한 공직풍토 조성을 위하여 공직자가 지켜야 할 사항, 4. 그 밖에 부패의 방지와 공직자의 직무의 청렴성 및 품위유지 등을 위하여 필요한 사항”을 공직자 행동강령으로 규정하고, 공직자가 공직자 행동강령을 위반한 때에는 징계처분을 할 수 있도록 하고 있으며, 이 강령은 위 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제8조에 따른 공무원이 준수하여야 할 행동기준을 구체적으로 규정하는데 그 목적이 있다.

이 강령은 총6장 24조문으로 되어 있고, 주요 내용은 제2장에서 공정한 직무수행, 제3장에 부당이익의 수수 금지, 제4장에서 건전한 공직풍토의 조성, 제5장 및 제5장에서는 위반시의 조치 및 보칙을 두고 있다. 이 강령은 위에서 살펴본바와 같이 공무원의 일반적인 직무를 수행할 때 부당이익의 수수를 금지하도록 하고 건전한 공직풍토를 조성하기 위한 대통령령으로서 일반적인 공무원의 소관업무 수행의 일반적·상시적 사항을 규정하고 있다.

하지만 첫째, 법률이 아닌 대통령령이기에 법률의 하위법령으로서 규율의 대상이 한정되고,

둘째, 「공직자의 이해충돌 방지법」에서 살펴본바와 같이 해당 규정의 소관부처가 상이하여 강한 개정의 탄력을 받지 못하며, 셋째, 일반적인 공무원의 직무수행 시 사항을 규정하고 있다는 한계로 인해, 「공무원 행동강령」에 「FCTC 제5조3항 가이드라인」을 반영하기에는 부적합하다.

## V. 결론

담배를 바라보는 입장의 차이에 따라 담배 산업의 확장성과 규제의 반응 등이 적절하고 합리적이었다고 하기 어려웠다. 담배를 바라보는 입장에 있어서 담배를 완전규제의 형태로 바라보지 않고 일정 수준으로 제한은 하지만 세금의 창출 등 여러 가지 담배를 둘러싸고 있는 담배 산업 환경의 전반에 대한 시선과, 국민에게 건강에 대한 가치 등 건강에 관한 바른 지식을 보급하고 스스로 건강생활을 실천할 수 있는 여건을 조성하기 위한 국민건강의 증진을 위한 시선도 함께 하고 있다.

국내 도입이 논의되는 협약 제5조제3항은 ‘담배규제정책을 방해하는 담배업체와 담배상품의 중독성과 위해성을 인식시키는 것, 담배업체와의 상호작용의 투명성을 확보하는 것, 담배업체와의 파트너십이나 구속력 없는 협약을 거부하는 것, 정부 공무원과 직원의 이해갈등을 피하도록 하는 것, 담배업체로부터 수집된 정보가 투명하고 정확하게 하는 것, 담배업

계에 면책특권을 주지 않는 것' 등의 내용을 담고 있는데, 이와 같은 내용은 담배 관련 직무 공직자가 사적 이해관계에 영향을 받지 아니하고, 담배 관련 직무를 공정하고 청렴하게 수행하도록 하거나, 사적 이해관계로 인하여 공정하고 청렴한 직무수행이 곤란하다고 판단하는 경우 직무수행을 회피하는 등 이해충돌을 방지하여야 하고, 담배 관련 직무 공직자는 담배 관련 외부활동이 제한되는 등의 요구가 이행되고 있다.

법률유보의 원칙과 함께 소관사항의 원칙 등의 한계도 앞에서 명확하게 확인 하였다. 또한 행정조직법정주의상 개별 주무부처의 업무에 있어서도 FCTC 제5조제3항 가이드라인이 담배산업과 공직자의 이해충돌방지, 윤리적 의무로 이해할 경우 이해충돌방지에 관한 주무부처인 국민권익위원회 소관에 더 가까울 것으로 보이고, 담배업계와 담배상품의 중독성과 위해성의 인식, 담배업계와의 상호작용의 투명성을 확보, 담배업계와의 파트너십이나 구속력 없는 협약 거부, 담배업계로부터 수집된 정보의 투명성, 담배업계의 면책특권 등 담배업계 권리와 의무와 관련한 사항으로 이해할 경우 기획재정부 또는 보건복지부 소관으로 이해하는 것이 타당할 것이다.

앞으로 국제협약의 국내이행에 따른 FCTC 제5조제3항 가이드라인의 국내 도입에 있어 유의미한 논의가 계속되기를 희망한다.

## 참고문헌

- 김철용, 『행정법』, 고시계사, 2018.
- 양건, 『헌법강의(제2판)』, 법문사.
- 박균성, 『행정법강의(제16판)』, 박영사.
- 법제처, 『법령입안심사기준』, 2021.
- 홍정선, 『행정기본법 해설』, 2021, 박영사.
- 김경우, “담배규제기본협약 가이드라인의 국제표준 가능성에 대하여-담배 Plain Packaging 사건을 중심으로-”, 국제경제법연구 제18권 제2호, 2020.
- 김원중, “행정질서벌(과태료)의 효율적 개선방안”, 유럽헌법연구 제23호, 유럽헌법학회, 2017.
- 이성규, “세계보건기구 담배규제기본협약 제9차 당사국 총회 주요안건과 시사점”, 대한금연학회지 2022.
- 이부하, “공직자의 이해충돌방지법에 대한 법적 고찰”, 법제 제694권, 법제처, 2021.
- 최은진, “FCTC(Framework Convention on Tobacco Control)”, 대한금연학회지, 2010.
- 최은진, “세계보건기구 담배규제기본협약의 이행을 위한 가이드라인 개발의 동향”, 보건복지포럼, 2009.
- 한국건강증진개발원, 『FCTC 바로알기』, 2014.
- 헌법재판소 2008. 3. 27. 2006헌라4 결정.
- 헌법재판소 2001. 6. 28. 99헌마516 결정.
- 헌법재판소 1999. 5. 27. 98헌바70 결정.
- 헌법재판소 1992. 4. 28. 90헌바27 결정.
- 대법원 2018. 10. 31. 선고 2013다61381 전원합의체 판결.
- 대법원 2008. 4. 11. 선고 2008두2019 판결
- 대법원 1955. 8. 12. 선고 4288행상 41 판결.
- 보건복지부, “WHO 담배규제기본협약 제8차 당사국 총회 개막”, 2018. 10. 1.자 보도자료
- 보건복지부, “WHO 담배규제기본협약 제9차 당사국 총회 개막”, 2021. 11. 8.자 보도자료

투고일자 : 2022. 12. 18

수정일자 : 2022. 12. 28

게재일자 : 2022. 12. 31

## &lt;국문초록&gt;

## 공중보건정책에 담배업계의 개입 및 방해 활동 차단을 위한 입법 검토 - WHO FCTC 제5조제3항을 중심으로 -

박 세 훈

담배규제기본협약(Framework Convention on Tobacco Control, 이하 'FCTC')은 광범위하게 이루어지는 담배사용 및 담배연기에 대한 노출을 지속적이고 실질적으로 줄여나가기 위하여 당사국이 국가·지역 및 국제적 차원에서 시행하는 담배규제 조치에 대한 기본틀을 제공함으로써 담배소비 및 담배연기에의 노출로 인한 파괴적인 보건·사회·환경 및 경제적 피해로부터 현 세대와 미래 세대를 보호하는 것을 목적으로 세계보건기구(World Health Organization, 이하 'WHO')에서 채택된 세계 최초의 보건 관련 국제 협약이다.

협약 제5조제3항에서는 “당사국은 담배규제에 관한 공중보건 정책을 수립·시행함에 있어 국내법에 따라 담배업계의 상업적 및 그 밖의 기존 이익으로부터 이러한 정책을 보호한다.”고 규정하고 있는데, 담배업계의 여러 활동이 전 세계적인 담배유행을 일으키는 매개체 역할을 하고 있다는 인식하에 담배규제 정책의 수립 및 시행에 있어 담배업계의 상업적 이익으로부터 보호하기 위하여 공무원 및 정부관계자들이 담배회사의 이해관계로부터 자유로울 수 있는 행동수칙과 윤리강령을 마련하는 등 담배규제에 관한 공중보건정책을 수립하고 시행할 때 담배업계의 상업적 이익으로부터 공중보건정책을 보호하는 것을 주요 목적으로 한다.

담배를 바라보는 입장의 차이에 따라 담배 산업의 확장성과 규제의 반응 등이 적절하고 합리적이었다고 하기 어려웠다. 담배를 바라보는 입장에 있어서 담배를 완전규제의 형태로 바라보지 않고 일정 수준으로 제한은 하지만 세금의 창출 등 여러 가지 담배를 둘러싸고 있는 담배 산업 환경의 전반에 대한 시선과, 국민에게 건강에 대한 가치 등 건강에 관한 바른 지식을 보급하고 스스로 건강생활을 실천할 수 있는 여건을 조성하기 위한 국민건강의 증진을 위한 시선도 함께 하고 있다.

FCTC 제5조제3항 가이드라인이 담배산업과 공직자의 이해충돌방지, 윤리적 의무로 이해할 경우 이해충돌방지에 관한 주무부처인 국민권익위원회 소관에 더 가까울 것으로 보이고, 담배업계와 담배상품의 중독성과 위해성의 인식, 담배업계와의 상호작용의 투명성을 확보,

담배업계와의 파트너십이나 구속력 없는 협약 거부, 담배업계로부터 수집된 정보의 투명성, 담배업계의 면책특권 등 담배업계 권리와 의무와 관련한 사항으로 이해할 경우 기획재정부 또는 보건복지부 소관으로 이해하는 것이 타당할 것 이다.

주제어: WHO FCTC, FCTC 제5조제3항, 담배규제, 담배업계 상업적 이익 및 기타 기득권  
으로부터의 정책 보호

