

헌법소원심판청구서

청구인 이제마
 대리인 법무법인 율도
 담당변호사 전우치, 임거정

청구취지

“약사법 제20조 제1항 및 동법 제93조 제1항 제2호의 규정은 헌법에 위반된다.” 라는 결정을 구합니다.

당해사건

서울중앙지방법원 2022고단2190 약사법위반¹⁾
피고인 이제마

위헌이라고 해석되는 조항

청구이유

1) 위헌법률심판제청신청을 한 법원인지, 아니면 헌법소원을 제기할 당시 소송 계속 중인 법원인지 여부에 대하여 물어본 것이다. 위헌으로 결정될 경우 재심을 청구할 수 있는 법원인지 살펴보아야 한다.

1. 사건의 개요 - 생략

2. 이 사건 청구의 적법성

헌법재판소법 제68조 제2항은 「제41조제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.」고 규정하고 있어 위헌심사형 헌법소원을 규정하고 있습니다.

이러한 위헌심사형 헌법소원의 경우 ① 청구대상은 법률이고, ② 위헌법률심판제청신청에 대하여 기각결정을 받아야 합니다. ③ 그리고 재판의 전제성을 갖추어, ④ 위 기각결정을 받은 날로부터 30일 이내에 헌법재판소에 청구하여야 합니다.

이러한 헌법소원도 일반법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어야 하는데, 재판의 전제성은 ① 첫째, 구체적인 사건이 법원에 계속중이어야 하고, ② 둘째, 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, ③ 셋째, 그 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말합니다. 한편, 여기서 법원이 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 법원이 심리 중인 당해사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것을 말합니다. 그리고 이러한 경우뿐만 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법

률적 의미가 전혀 달라지는 경우도 포함됩니다.²⁾

청구인의 약사법 위반 1심 사건 계속 중인 2022. 9. 20.경 재판부에 위헌이라고 해석되는 조항(이하, “이 사건 법률조항”이라 합니다)에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였습니다. 그런데, 위 재판부는 2022. 12. 1. 약사법 위반 사건에 대하여 벌금 500만 원의 유죄판결을 하면서, 위 위헌법률심판제청신청도 기각하는 결정을 하였습니다. 이에, 청구인은 위 판결에 대하여 항소하였고, 항소심 계속 중에 있습니다.

청구인이 위헌법률심판제청신청 할 당시인 2022. 9. 20.경 법원에 소송계속 중이었습니다.

청구인은 약사법 제20조 제1항을 위반하여 약국을 개설하였다는 이유로 형사처벌을 받게 되었는데, 이 사건 법률조항은 당해사건에 적용되는 법률입니다.

그리고, 이 사건 법률조항이 위헌으로 결정되는 경우 헌법재판소법 제47조 제3항에 따라 위헌결정의 소급효력이 인정되고, 이러한 경우 약사법 제93조 제1항 제2호를 근거로 청구인에게 형사처벌을 할 수 없게 되는데 재판의 주문이 달라질 수 있습니다. 위와 같이 이 사건 법률조항이 위헌으로 결정되는 경우 다른 내용의 재판을 하게 됩니다.

그렇다면, 이 사건 헌법소원심판청구는 재판의 전제성을 갖추었다고 할 것입니다.

2) 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66 결정 참조

다. 제소기간

헌법재판소법 제69조 제2항은 「제68조제2항에 따른 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.」고 규정하고 있는바, 30일 이내에 청구하여야 합니다. 한편, 같은 법 제70조 제4항은 「헌법재판소가 국선대리인을 선정하지 아니한다는 결정을 한 때에는 지체 없이 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다. 이 경우 신청인이 선임신청을 한 날부터 그 통지를 받은 날까지의 기간은 제69조의 청구기간에 산입하지 아니한다.」라고 규정하고 국선대리인 선임신청서부터 그 결정을 송달받은 날까지는 청구기간에 산입하지 않도록 하고 있습니다.

청구인은 2022. 9. 20.경 당해사건 재판부의 위헌법률심판제청신청을 하였고, 위 신청에 대하여 기각하는 결정은 2022. 12. 5.경 받았습니다. 이에, 2022. 12. 7. 헌법재판소에 국선대리인선임신청서를 제출하였습니다. 그러나 헌법재판소는 2022. 12. 13. 위 신청을 기각하였고, 위 결정문은 같은 16. 송달되었습니다. 위 헌법재판소법 규정에 따라 2022. 12. 7.부터 같은 달 16.까지 10일 동안은 청구기간이 산입되지 않습니다. 한편, 위 기간을 제외하면 위헌법률심판제청신청을 기각하는 결정을 받은 날로부터 30일이 되는 날은 2023. 1. 14.인데, 위 날은 토요일로 휴일인바, 휴일이 끝나는 날의 다음 날인 같은 달 16.까지 소를 제기해야 합니다.

청구인은 2023. 1. 16. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였는바 제소기간은 준수한 것이 됩니다.

3. 위헌이라고 해석되는 이유

가. 제한되는 기본권

이 사건 법률조항으로 인하여 약사의 자격을 갖춘 자연인이 아니면 약국을 개설하지 못합니다. 이로 인하여 약사가 아닌 자의 직업의 자유가 제한되고 있습니다. 또한 약사들이 모여서 법인을 설립하고 그 법인으로 하여금 약국을 개설하는 것도 금지하고 있는바 결사의 자유를 제한하게 됩니다.

약사법상 다른 직종에 종사하는 자(의약품 제조자, 수입업자, 도매업자)는 약사가 아니더라도 영업행위를 할 수 있습니다. 그러나, 약국을 개설하는 것은 오직 약사만 허용하고 있어 약사법상의 다른 직종과 차별하고 있는 것은 아닌지 문제가 됩니다. 또한 전문직 중 변호사, 공인회계사는 법인(법무법인, 회계법인)을 설립할 수 있음에도 불구하고 약사만 이러한 법인의 설립을 허용하지 않고 있는바 역시 평등권 침해여부가 문제될 것입니다.

나. 평등권 침해여부

(1) 평등의 원칙의 개념 및 심사기준

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.” 라고 규정하고 있습니다. 일반적으로 이러한 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서, 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라고 설명됩니다(헌재

1998. 9. 30. 98헌가7 등).

합리적 근거없는 차별이란 정의에 반하는 자의적인 차별을 의미하는 것으로서, 국민의 기본권에 대한 차별적인 대우를 규정하는 입법은 그 목적이 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 또 정당한 것이어야 하고, 나아가 그 수단 또는 방법이 위 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 할 뿐만 아니라, 그 정도 또한 적절한 것이어야 하며, 이러한 요건을 갖추지 못한 입법은 헌법 제11조 제1항이 예정하고 있는 평등의 원칙에 반하는 위헌입법이라고 할 것입니다(헌재 1995. 9. 28. 92헌가11 등).

헌법재판소에서는 평등위반여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도의 두 가지 척도를 구별하고, 어떤 심사척도를 적용할 것인가를 결정하는 기준으로서 ① 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우(즉, 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우)와 ② 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하고, 그렇지 않은 경우에는 완화된 심사척도에 의한다는 원칙을 적용하고 있습니다.

이 경우 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사 즉, 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사 즉, 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미하며(헌재 1999. 12. 23. 98헌바33; 1999. 12. 23. 98헌마363; 2001. 2. 22. 2000헌마25; 2001. 6. 28. 2001헌마132 참조), 완화된 심사척도 즉, 자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적

(차별목적)을 발견하고 확인하여(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25), 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적을 달성하기 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 합니다 (헌재 1994. 2. 24. 92헌바43).

이 사건 법률조항에 관하여 보건대, 이 사건 법률조항은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분에 대한 것이 아니고, 직업수행의 자유는 공익을 위하여 상대적으로 넓은 규제가 가능하다고 인정되기 때문에 이 사건 법률조항에 의하여 직업수행의 자유가 일부 제한된다고 하여 관련기본권에 대한 중대한 침해가 있다고 볼 수 없으므로, 완화된 심사기준 즉, 차별기준 내지 방법의 합리성여부가 헌법적 정당성여부의 판단기준이 된다고 하겠습니다.

(2) 약사법상의 다른 직종과의 비교

이 사건 법률조항에 의한 약국개설의 제한과 관련하여 약사법의 적용을 받는 다른 직종들과 약사의 경우를 비교해 보기로 합니다.

의약품 등의 제조업을 운영하려고 하는 자는 필요한 시설을 갖추어 식품의약품안전청장의 허가를 받아야 하고, 제조소마다 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 필요한 수의 약사 또는 한약사를 두고 제조업무를 관리하게 하여야 하며, 위 약사 또는 한약사(제조관리자)는 의약품 등의 제조업무에 종사하는 종업원의 지도·감독, 품질관리 및 제조시설의 관리 등을 담당합니다.

의약품의 수입자도 필요한 시설을 갖추고 품목마다 식품의약품안전청장의 허가를 받거나 신고를 하여야 하며, 수입소를 관리하는 약사 또는 한약사를 두어야 합니다.

의약품도매상은 약사가 아니라도 필요한 시설을 갖추고 시도지사의 허가를 받아 의약품을 판매할 수 있는데, 의약품도매상 자신이 약사가 아닌 경우에는 그 업무를 관리할 약사를 두어야 합니다(법 제35조, 제36조, 제37조 참조).

이와 같이 약사법은 약사와 마찬가지로 국민의 건강문제에 직결되는 의약품을 취급하는 의약품제조업자, 의약품수입자, 의약품도매상 등의 직종에 대하여 약사자격을 요구하지 않으며 필요한 시설을 갖추고 허가를 받으면 그 영업을 할 수 있도록 하되, 다만, 실제로 그 업무를 관리할 약사를 반드시 두도록 하였습니다. 따라서, 위의 직종들은 법인을 설립하여 그 업무를 수행하는 것도 당연히 허용되고 있습니다.

이처럼 의약품 등을 취급하는 점에서는 약사의 경우와 본질적으로 다르지 않다고 볼 수 있는 의약품제조업자 등에 대하여는 법인을 설립하여 영업을 할 수 있도록 하면서 약사에 대하여는 법인을 설립하여 약국을 개설하는 것을 허용하지 않고 있으므로, 약사들로 구성된 법인이나 그 구성원인 약사는 그 업무수행의 방법에 있어서 차별을 받고 있다고 하겠습니다.

(3) 다른 전문직종과의 비교

약사와 마찬가지로 시험을 거쳐 자격이 부여되는 다른 전문직종의 경우와 비교해 보기로 합니다.

변호사법은 직무를 전문적·조직적으로 행하기 위하여 일정 수 이상의 변호사를 구성원으로 하는 법무법인을 설립할 수 있도록 하고, 법무법인에 관

하여 변호사법에서 정한 것을 제외하고는 상법 중 합명회사에 관한 규정을 준용하도록 하고 있습니다(변호사법 제40조, 제47조, 제58조 참조). 이와 같은 취지의 법인설립에 관한 규정은 공인회계사법(제23조, 제26조, 제40조 참조)도 마찬가지입니다. 법인을 설립하여 업무를 수행하는 것이 인정되고 있습니다.

국민의 건강과 관련한 공익성이 약국보다 더 크다고 할 수 있는 병원 등의 의료기관에 관해서도 의료법이 의료법인에 의한 의료기관 개설을 허용하고 있습니다. 의료법은 의료인이 아니면 의료기관을 개설할 수 없음을 원칙으로 하면서도 예외적으로 국가 또는 지방자치단체, 의료업을 목적으로 설립된 법인(의료법인), 민법 또는 특별법에 의하여 설립된 비영리법인 등은 의료기관을 개설할 수 있도록 하고 있습니다(의료법 제30조 제2항 참조). 이 의료법인은 법인의 설립, 정관변경 및 기본재산처분에 관하여, 그리고 법인의 해산시 잔여재산의 처분에 관하여 당국의 허가를 받아야 하며, 문제점이 있을 때, 당국이 법인의 설립을 취소할 수 있는 등 당국의 관리를 받고 있고, 민법상의 재단법인에 관한 규정을 준용하므로 그 성격상 비영리 재단법인에 해당하여(헌재 2001. 1. 18. 98헌바75등, 판례집 13-1, 1, 12 참조), 의료인들을 구성원으로 하는 사단법인의 형태는 아니지만, 의료인은 법인의 설립을 원하는 경우 비록 재단법인의 형태라 하더라도 의료법인을 설립하여 의료기관을 개설하고 운영할 수 있다는 점에서 약사와는 다른 취급을 받고 있는 것입니다.

이상 검토한 바와 같이 약사 이외의 다른 전문직의 경우 사회의 발전과 변화에 대응하여 그 업무를 조직적·전문적으로 수행하기 위한 법인의 설립을 허용하고 있는데, 약사에 대하여는 법인의 설립에 의한 직업수행 즉, 약국의 개설과 운영을 금지하고 있으므로 이 점에서 약사들로 구성된 법인 및 그

구성원인 약사 개인들은 차별을 받고 있다고 할 것입니다.

평등권침해에 관한 완화된 심사기준인 합리성의 심사에 의하여 살펴봐도, 이 사건 법률조항이 약사에 대하여는 다른 전문직과 달리 법인을 구성하여 직업을 수행하는 것을 금지함으로써 약사로 구성된 법인 또는 그 구성원인 약사를 차별취급하는 것에는 정당한 입법목적 발견할 수 없고, 약사와 다른 전문직과의 사실상의 차이도 이러한 차별을 정당화해주지 않습니다.

약사가 다른 전문직과 다른 취급을 받아야 할 사실상의 차이나 입법목적이라고 한다면, 약사가 국민의 건강에 직결되는 의약품의 취급하기 때문에 약사가 아닌 사람이 의약품의 판매하고 조제하는 것을 막아야 한다는 점이라 하겠는데, 이러한 목적은 실제로 약을 취급하는 사람(약국의 관리약사)은 반드시 약사자격을 가질 것을 요구함으로써 이를 수 있는 것이고, 약국의 개설자를 자연인 약사로 한정하여 법인의 약국개설을 금지할 필요는 없는 것이기 때문입니다.

또한 법인설립에 관하여 약사와 의약품제조업자 등 약사법상의 다른 직종들을 차별할 합리적 이유도 발견할 수 없습니다.

그러므로 이 사건 법률조항은 합리적 근거없이 자의적으로 약사로 구성된 법인에 대하여 변호사 등 다른 전문직종들 및 의약품제조업자 등 약사법상의 다른 직종들로 구성된 법인과는 달리 그 직업 즉 약국을 개설하고 운영하는 일을 수행할 수 없게 하고, 또한 약사들에 대하여는 법인을 구성하는 방법으로 그 직업을 수행할 수 없게 함으로써, 약사들만으로 구성된 법인 및 그 구성원인 약사들의 헌법상 기본권인 평등권을 침해하고 있다고 할 것입니다.

니다.

다. 직업수행의 자유 침해여부

(1) 직업의 자유에 대한 제한과 그 한계

헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 개념이고(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80; 1996. 8. 29. 94헌마113), 법인도 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권의 주체가 되는데, 직업선택의 자유는 헌법상 법인에게도 인정되는 기본권이며(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56; 1996. 3. 28. 94헌바42), 또한 법인의 설립은 그 자체가 간접적인 직업선택의 한 방법이기도 합니다(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47; 2000. 11. 30. 99헌마190).

직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것이기는 하나, 다른 한편으로는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 합니다.

따라서, 각 개인이 향유하는 직업에 대한 선택 및 수행의 자유는 공동체의 경제사회질서에 직접적인 영향을 미치는 것이기 때문에 공동체의 동화적 통합을 촉진시키기 위하여 필요불가결한 경우에는 헌법 제37조 제2항 전문 규정에 따라 이에 대하여 제한을 가할 수 있습니다. 즉, 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위한 목적의 정당성이 인정되는 경우에는 그러한

목적 달성에 필요한 범위 내에서 법률로써 국민의 기본권을 제한할 수 있습니다. 특히 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사(직업수행)의 자유에 대하여서는 공익을 위하여 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능합니다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80; 1995. 2. 23. 93헌가1).

그러나, 직업종사(직업수행)의 자유를 제한할 때에도 그 제한의 방법이 합리적이어야 함은 물론 과잉금지의 원칙에 위배되거나 제한의 한계규정인 헌법 제37조 제2항 후문의 규정에 따라 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것이어서는 아니된다고 할 것입니다(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102; 1995. 7. 21. 94헌마125; 1996. 8. 29. 94헌마113). 즉, 기본권인 직업행사의 자유를 제한하는 법률이 헌법에 저촉되지 아니하기 위하여는 그 기본권의 침해가 합리적이고 이성적인 공익상의 이유로 정당화될 수 있어야 합니다. 비록 입법자에게 정책목표의 달성을 위하여 광범위한 입법형성권이 부여되지만, 자유로운 직업행사에 대한 침해는 그 침해가 공익상의 충분한 이유로 정당화되고 또한 비례의 원칙을 준수하여야 비로소 직업의 자유와 조화될 수 있습니다. 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적 달성에 적정해야 하고, 입법 목적을 달성하기 위하여 똑같이 효율적인 수단 중에서 기본권을 되도록 적게 침해하는 수단을 사용하여야 하며, 침해의 정도와 공익의 비중을 전반적으로 비교형량하여 양자 사이에 적정한 비례관계가 이루어져야 하는 것입니다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18).

(2) 이 사건 법률조항이 직업의 자유를 침해한 것인지 여부

(가) 이 사건 법률조항의 입법취지

약사법은 약사(藥事)에 관한 사항을 규정하고 그 적정을 기하여 국민보

건 향상에 기여함을 목적으로 하는 것으로서(법 제1조), 약사(藥事)라 함은 의약품·의약외품 및 의료용구의 제조·조제·감정·보관·수입·판매(수여)와 기타 약학기술에 관련된 사항을 말합니다(법 제2조 제1항). 약사(藥師)는 한약에 관한 사항을 제외한 약사(藥事)에 관한 업무(한약제제에 관한 사항을 포함한다)를 담당하는 자로서……, 보건복지부장관의 면허를 받은 자를 말합니다(법 제2조 제2항). 약사 면허는 원칙적으로 약학을 전공하는 대학을 졸업한 자로서 약학사의 학위를 교육인적자원부에 등록하고 약사국가시험에 합격한 자에게 부여됩니다(법 제3조 제2항 제1호).

약국이란 약사가 수여의 목적으로 의약품의 조제업무를 행하는 장소이고(법 제2조 제3항), 약사법상 약사가 하는 주요한 업무는 조제와 복약지도(服藥指導)인데, 조제는 일정한 처방에 따라서 두 가지 이상의 의약품을 배합하거나 한가지의 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나눴으로써 특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적으로 사용되도록 약제를 만드는 것을 말하고(법 제2조 제15항), 복약지도란 의약품의 명칭, 용법·용량, 효능·효과, 저장방법, 부작용, 상호작용 등의 정보를 제공하는 것과 일반의약품의 판매에 있어 진단적 판단에 의하지 아니하고 구매자가 필요로 하는 의약품을 선택할 수 있도록 도와주는 것을 말합니다(법 제2조 제16항).

약사가 아니면 의약품을 조제할 수 없으며, 약사는 면허의 범위 안에서 의약품을 조제하여야 하고(법 제21조 제1항), 약국에서 조제에 종사하는 약사는 조제의 요구가 있을 때에는 정당한 이유 없이 이를 거부할 수 없습니다(법 제22조 제1항).

이와 같이 약사법은 국민의 건강에 직결되는 의약품을 다루는 약사의

자격을 엄격히 법정하고 있으며, 이 사건 법률조항은 약사가 아니면 약국을 개설할 수 없도록 규정하고, 법 제35조 제1항은 약국개설자가 아니면 의약품을 판매할 수 없도록 하고 있는바, 그 취지는 의약품의 판매는 국민보건에 미치는 영향이 크므로 그 판매행위를 국민의 자유에 맡기는 것은 보건위생상 부적당하므로 이를 일반적으로 금지하고, 일정한 시험을 거쳐 자격을 갖춘 약사에게만 일반적 금지를 해제하여 의약품의 판매를 허용하는 데에 있다 할 것이고(대법원 1998. 10. 9. 선고 98도1967 판결, 공1998하, 2719 참조), 법 제19조 제1항에서 약사가 개설할 수 있는 약국의 수를 1개소로 제한하고 있는 취지는 약사가 의약품에 대한 조제·판매의 업무를 직접 수행할 수 있는 장소적 범위 내에서만 약국개설을 허용함으로써 약사 아닌 자에 의하여 약국이 관리되는 것을 그 개설단계에서 미리 방지하기 위한 데에 있습니다(대법원 1998. 10. 27. 선고 98도2119 판결, 공1998하, 2812 참조)고 할 것입니다.

(나) 직업의 자유에 대한 제한

이와 같이 이 사건 법률조항은 국민건강에 위해가 되지 않도록 약사가 아닌 사람에 의한 의약품의 판매와 조제를 막기 위하여 약사에게만 약국의 개설을 허용함으로써 약사 이외의 사람의 약국개설 및 운영권을 제한하고 있습니다.

그런데, 이 사건 법률조항은 “약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.” 고만 규정하고 있어서 그 의미상 약사 또는 한약사가 아닌 개인(자연인)에 대하여 약국의 개설을 금지하는 것은 명백하지만, 법인 특히 그 중에서도 약사들로만 구성된 법인(이 사건의 경우 약사 2명이 설립한 합명회사)에 대하여까지 약국개설을 금지하는 것인가에 대하여는 의문이 있을 수 있습니다.

이 점에 관하여 보건대, 법률해석의 기본원칙인 문리해석에 의할 때, 법인은 약사가 아닌 것이 명백하고, 이는 구성원(주식회사의 경우에는 주주, 합명회사, 합자회사, 유한회사의 경우에는 사원을 의미한다) 전원이 약사로 된 법인이라 해도 마찬가지이며, 이러한 법문의 명백성에도 불구하고 이를 확장하여 법인도 약국을 개설할 수 있는 것으로 해석할 근거가 없을 뿐 아니라, 현재 법원과 행정기관에서도 이 사건 법률조항에 의하여 법인은 약국을 개설할 수 없는 것으로 해석하고 있는 점 등을 고려할 때, 결국 이 사건 법률조항은 모든 법인의 약국개설을 허용하지 않고 있는 것으로 볼 수밖에 없습니다.

그렇다면, 이 사건 법률조항에 의하여 약사가 아닌 자연인 및 이들로 구성된 법인은 물론 약사들로만 구성된 법인의 약국설립 및 경영이라는 직업수행도 제한되고, 따라서, 약사 개인들이 법인을 구성하는 방법으로 그 직업을 수행하는 자유도 제한된다고 하겠습니까.

(다) 기본권 제한에 관한 방법의 적절성 및 합리성

이 사건 법률조항이 위와 같이 직업의 자유를 제한하는 것이 기본권 제한의 수단과 방법 및 그 정도에 있어서 합리성이 있는 것인가를 살펴보기로 합니다.

약국의 개설 및 운영권을 약사가 아닌 일반 개인이나 법인에까지 개방하게 되면, 긍정적인 효과뿐 아니라, 부정적인 결과도 예상되기 때문에 이를 허용할지 여부는 국민에게 가장 바람직한 약제서비스를 제공하는 등의 정책목표에 대한 광범위한 입법형성권을 가진 입법부에서 여러 사정을 고려하여

결정할 재량사항으로서 입법형성의 자유에 속하는 분야라고 할 것이므로, 약사법이 약사가 아닌 일반 개인 또는 법인에게 약국개설권을 인정하지 않는다고 하여 이를 헌법에 위반된다고 볼 수는 없습니다. 그러나, 이러한 입법기관의 재량은 헌법에 기속되는 기속재량이므로 입법의 권한을 행사함에 있어 비례와 공평의 원칙이나 과잉금지의 원칙 등 헌법의 일반원칙에 위배되어서는 아니되며, 헌법규정에 명백히 위반한 자의적 입법은 위헌임을 면할 수 없습니다(헌재 1995. 10. 26. 93헌마246).

이 사건 법률조항의 입법취지는 국민보건을 위하여 의약품의 조제와 판매는 그 분야의 전문가인 약사에게 맡겨야 한다는 것인바, 구성원 전원이 약사인 법인에 대하여까지 약국의 개설·운영을 금지하는 것은 위 입법목적을 달성하기 위한 적정한 수단으로서의 정당성을 인정받기 어렵습니다. (수단의 적합성 미충족)

위의 입법목적을 달성하기 위해서는 외국의 입법례에서 보는 바와 같이 실제로 약국을 관리하며 약을 취급하는 사람이 약사이면 되는 것이지, 약국의 설립과 경영 자체를 반드시 자연인 약사에게만 허용하여야 하는 것은 아니므로 입법목적 자체에서 약국의 소유자를 자연인 약사로 한정할 합리적 이유가 도출되지는 않는 것입니다.

입법자가 앞서 검토한 법인화의 여러 장단점을 참작하여 약사가 아닌 일반 개인과 법인에게 약국의 개설·운영을 허용하지 않는 부분은 정당한 입법형성권의 행사로 인정할 수 있지만, 본래 약국의 개설권이 있는 약사들이 모여 구성한 법인 즉, 구성원 전원이 약사들인 법인에게까지 약국의 개설을 금지하는 것은 이러한 법인의 직업수행의 자유와 법인의 구성원인 개개의 약사들이 법인을 설립하는 방법으로 그들의 직업을 수행하는 자유를 합리적

이유없이 과도하게 침해하는 것이라고 보지 않을 수 없습니다. 직업수행의 방법으로 법인을 설립하여 운영할 수 있는 자유는 그 직업수행의 자유 속에 내포된 본질적 부분의 하나인데, 이에 대한 침해를 정당화할 공익상의 이유가 별로 없기 때문입니다. (법익 균형성 미충족)

그렇다면, 이 사건 법률조항이 자연인 약사에게만 약국의 개설을 허용하여 약사들만으로 구성된 법인의 약국 개설을 금지하는 것은 국민건강의 보호와 증진이라는 입법목적 달성을 위하여 필요하고 적정한 방법이라고 할 수 없으며, 구성원 전원이 약사인 법인 및 그러한 법인을 구성하여 약국업을 운영하려고 하는 약사 개인들의 헌법상의 기본권인 직업선택(직업수행)의 자유를 제한함에 있어 입법형성권의 재량의 범위를 명백히 넘어 제한의 방법이 부적절하고 제한의 정도가 과도한 경우로서, 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙에 위배되어 헌법 제15조에서 보장하고 있는 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해하였다고 할 것입니다.

라. 결사의 자유 침해여부

(1) 기본권으로 결사의 자유

이 사건 법률조항에 의하여 법인을 설립하여 약국을 운영하려는 약사 개인들 및 이러한 약사들에 의하여 구성된 법인의 결사의 자유가 침해된다고 볼 여지가 있으므로 이 점에 대하여도 살펴보기로 합니다.

헌법 제21조가 규정하는 결사의 자유라 함은 다수의 자연인 또는 법인이 공동의 목적을 위하여 단체를 결성할 수 있는 자유를 말하는 것으로, 적극적으로는 ① 단체결성의 자유, ② 단체존속의 자유, ③ 단체활동의 자유,

④ 결사에의 가입·잔류의 자유를, 소극적으로는 기존의 단체로부터 탈퇴할 자유와 결사에 가입하지 아니할 자유를 내용으로 하는바, 위에서 말하는 결사란 자연인 또는 법인의 다수가 상당한 기간 동안 공동목적을 위하여 자유의사에 기하여 결합하고 조직화된 의사형성이 가능한 단체를 말하는 것입니다(헌재 1996. 4. 2. 92헌바47).

그런데, 이 사건과 관련하여서는 단체구성원에게 경제적 이익을 분배하는 것을 목적으로 하는 영리단체도 헌법상 ‘결사’의 범주에 포함되는 단체인가 하는 것이 문제가 될 수 있습니다. 결사의 자유는 역사적으로 언론·출판의 자유 및 집회의 자유와 함께 정치적 의견을 형성하고 전파하기 위한 수단으로서 넓은 의미의 표현의 자유 내지 정신적 자유의 하나로 형성·발전되어 왔으므로 그 성질상 영리단체와는 직접 관련이 없다고 볼 여지도 있기 때문입니다.

헌법재판소는 결사의 자유에서 말하는 ‘결사’란 자연인 또는 법인의 다수가 상당한 기간 동안 공동목적을 위하여 자유의사에 기하여 결합하고 조직화된 의사형성이 가능한 단체를 말하는 것(헌재 1996. 4. 2. 92헌바47)이라고 정의하여 공동목적의 범위를 비영리적인 것으로 제한하지는 않았고, 다만, 결사 개념에 공법상의 결사(헌재 1996. 4. 2. 92헌바47)나 법이 특별한 공동목적에 의하여 구성원의 자격을 정하고 있는 특수단체의 조직활동(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43)은 해당되지 않는다고 판시한 바 있을 뿐이며, 연혁적 이유 이외에는 달리 영리단체를 결사에서 제외하여야 할 뚜렷한 근거가 없는 터이므로, 영리단체도 헌법상 결사의 자유에 의하여 보호된다고 보아야 할 것입니다.

(2) 결사의 자유 침해여부

앞에서 직업의 자유 침해에 대하여 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 합리적 이유없이 모든 법인에 의한 약국의 개설을 금지함으로써 법인을 설립하여 약국을 경영하려는 약사 개인들과 이러한 법인의 단체결성 및 단체활동의 자유를 제한하고 있으므로, 결국 이들의 결사의 자유를 침해하고 있다고 할 것입니다.

4. 결론 - 생략

첨부서류

2023. 1. 16.

청구인 대리인

헌법재판소 귀중