

한약업사에 관한 법령 및 판례상 지위

배 병 일*

I. 서론

우리 주위에서 볼 수 있는 것으로 한의원과 한약방이 있다. 한의원이라 함은 의료법상 한의사가 의료행위를 하는 의료업을 행하는 곳(의료법 제3조 제6항)이고, 한약방이라 함은 약사법상 의약품판매업자로서 한약업사가 한약을 혼합판매 하는 영업소(약사법 시행규칙 제43조 제1항)를 말한다. 국민의 건강을 보호증진하기 위한 의료법상 의료인으로는 의사, 한의사, 조산사, 간호사 등이 있다. 그러나 한약업사는 의료인이 아니기 때문에 의료행위를 할 수도 없다. 한약업사는 약사법상 단지 한약 판매업자로 분류되어 있을 뿐이다. 2003년 12월 31일 기준으로 전국의 한약방은 1823개소로서 2002년의 1886개소에 대비하여 63개가 감소하였다. 1983년 이후 한약업사시험이 실시되지 않고 있는 것을 고려하면 63개 한약방의 감소는 한약업사의 사망이나 폐업에 따른 결과로 추정되고 있다. 그런데 동일한 한약판매업인 한약도매업소는 2002년의 946개소에서 2003년에는 993개로 47개가 증가하였고, 한약국도 2002년의 144개소에서 2003년의 176개소로 32개가 증가한 것과 비교하면 한약방의 감소는 매우 의미 있는 수치라고 할 수 있다. 한약방의 지역적 분포와 연도별 증감을 살펴보면, 서울은 74(2003)/71(2002), 부산 63/67, 대구 98/99, 광주 121/168, 인천 59/62, 대전 49/34, 울산 22/21, 경기 233/224, 강원 91/95, 충북 105/120, 충남 120/125, 전북 180/189, 전남 217/228, 경북 223/219, 경남 150/146, 제주 18/18 로 나타나고 있다.¹⁾ 2003년 12월 기준으로 전년보다 한약방이 증가한 지역은 서울, 대전,

* 嶺南大學校 法學大學 教授

1) www.mohw.go.kr/html/kor/

울산, 경기, 경북, 경남 등이고, 감소한 지역은 부산, 대구, 광주, 인천, 강원, 충북, 충남, 전북, 전남 등이다. 한편 통계청의 우리나라 추계인구수에서 2002년에 대비하여 2003년에 증가한 지역은 대구, 인천, 광주, 대전, 울산, 경기, 강원, 충북, 충남, 경남, 제주 등이고, 감소한 지역은 서울, 부산, 전북, 전남, 경북 등이다.²⁾ 여기에서 한약방의 증감과 추계인구의 증감을 비교 고찰하면 인구증가와 함께 한약방의 증가를 보이는 지역은 대전, 울산, 경기, 경남이고, 인구감소와 함께 한약방의 감소를 보이는 지역은 부산, 전북, 전남 지역이다.

한약업사는 일제강점기 이전의 조선시대에는 의료인으로 의관이나 의생이라는 이름으로 존재하여 왔지만, 1912년 6월 일제가 약품 및 약품영업단속령에 의하여 의약품 판매업자로서 한약종상이라는 이름으로 격하하였고, 일제의 의료정책을 그대로 이어받은 대한민국 정부도 역시 1953년 12월 약사법에 의하여 한약판매업자로 자리매김하였고, 1971년 약사법 개정시 한약종상이라는 명칭이 한약업사로 바뀌어 오늘날에 이르고 있다. 특히 한약업사의 자격시험인 한약업사시험은 1958년부터 1973년까지는 시행이 되었으나, 1983년 이후부터 현재까지는 자격시험조차 치르지 않고 거의 폐지된 상태이다.

그동안 국민의 생명과 건강에 관계되는 의료에 매우 밀접한 직업인으로서 광범위하게 한약재를 다루고 있는 한약업사에 대한 본격적인 연구는 거의 없었고, 특히 법학분야에서의 접근은 전혀 없었다고 해도 과언이 아니다. 본 연구는 한약방이라고 불리고 있는 한약업사에 대한 법적 측면에서의 연구로서 법령상 및 판례상 지위에 대하여 고찰하고자 한다.

II. 한약업사의 개념

한약업사라 함은 한약을 판매할 수 있는 소매업자로서 한의사나 약사가 아닌 자이며, 종래에는 한약종상이라고 하였다. 한약업사와 구별되는 것으로는 의료법상 한의사와 의료법상 의료유사업자인 접골사, 침사, 구사가 있고, 의료법상 안마사가 있다. 한의사는 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여하기 위하여 한방

2) www.nso.go.kr/newcms/main.html.

의료에 종사하는 자(의료법 제2조 제2항)로서 한의학과를 전공하여 한의학사 학위를 받은 자로서 한의사 국가고시에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받은 자(의료법 제5조)이다. 2000년부터 한의사전문의제도가 실시되고 있다. 이에 비하여 접골사, 침사, 구사는 의료유사업자로서 접골사는 골절되거나 관절이 빠거나 겹질린 환자에 대하여 그 환부를 조정하고 회복시키는 응급처치 등 접골시술행위를 하는 자(간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙(1998. 9. 23. 보건복지부령 제82호) 제2조 제2항)이고, 침사는 환자의 경혈에 대하여 침시술행위를 하는 자(간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙 제2조 제3항)이고, 구사는 환자에 경혈에 대하여 구시술행위를 하는 자(간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙 제2조 제4항)이다. 1914년 조선총독부 명령 제10호로서 침사, 구사의 면허제도가 실시되어 구사, 침사의 면허증이 발급되었고 1945년까지 약 800여명이 면허를 받았다. 위 면허를 받은 침사와 구사는 그 자격을 받은 자로서 의료법 제25조(무면허의료행위 등 금지)에도 불구하고 그 시술소에서 시술행위를 업으로 할 수 있다(의료법 제60조). 안마사는 안마, 마사지 또는 지압 등 각종 수기요법에 의하거나 전기기구의 사용 그밖의 자극요법에 의하여 인체에 대한 물리적 시술행위를 하는 자(의료법 제61조, 안마사에 관한 규칙(보건복지부령 제29호))로서 특수학교 중 고등학교에 준한 교육을 하는 학교에서 물리적 시술의 한 교육과정을 마친 것을 보지 못하는 자 또는 중학교 이상의 교육을 받고 안마수련원에서 2년 이상의 안마수련과정을 마친 것을 보지 못하는 자가 시도지사로부터 자격을 인정받으면 안마업무에 종사할 수 있다(의료법 제61조 제2항). 헌법재판소는 시각장애인에겐 안마사자격이 인정되고 있는 구 의료법 조항이 위헌이 아니라고 하였다.³⁾ 위와 같은 접골, 침술, 구술, 안마시술업자 등 의료유사업자제도는 1951년 9월에 제정된 국민의료법에 의하여 주무부령으로 정하도록 하여 격하되었다(국민의료법 제59조).

한약업사는 1912년 6월 약품 및 약품영업단속령에 의거한 약품판매업자 중의 하나인 한약종상으로 처음 나타났다. 1953년 12월 18일 법률 제300호로 약사법을 제정하면서 일제시대부터 존재해 온 제도인 약종상, 한약종상, 매약업자, 무역약종상, 매약청매업자 등을 약사가 아니면서 의약품을 판매할 수 있는 업종의 하나로 인정하였는데, 그 중 한약종상은 환자의 요구에 응하여 기성한의서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의해서만 혼합판매 할 수 있도록 하였다(구 약사법 제26조 제3항). 이는 1953년 7월 휴전 이후 의료인이 절대적으로 부족한 상황에서 기존의 유사의료인으로

3) 헌재 2003.6.26. 2002헌가16.

활동하여 왔던 직역에 종사하고 있던 약종상, 한약종상 등 기존의 제도를 단번에 없앨 수 없었고, 당시 의료인 및 약사가 절대적으로 부족한 상황에서 의사와 약사의 업무를 잠정적으로 보충하는 인력이 필요했기 때문이었다. 그 후 1963년 약사법의 개정(1963. 12. 13. 법률 제1491호)을 통하여 약종상, 한약종상, 매약상에 관한 허가시험제도를 도입하였고, 약사법시행령(1965. 7. 1. 대통령령 제2169호)은 한약종상의 시험과목을 4개로 하고, 응시자격은 고등학교졸업정도의 학력이 있는 자로서 약국 등에서 5년 이상 한약취급업무에 종사한 경력이 있는 자로 하였다.

그 후 사회가 발달함에 따라 무의촌 및 무약사촌이 사라지고 의과대학과 약학대학의 증설로 인하여 보건의료 전문종사자가 증가함으로써 의사 및 약사의 부족상태가 해소되면서 약국 외의 예외적 의약품판매업자의 필요성이 없어져서, 1971년 개정된 약사법(1971. 1. 13. 법률 제2279호) 제36조 제1항 제1호상의 매약상과 약종상제도를 삭제 폐지하였다. 그러나 漢藥種商은 1971년 약사법 개정에서 漢藥業士로 명칭이 변경된 채 그대로 존치되었다(제36조 제1항 제1호). 다만 개정 약사법 시행당시 즉 종전에 한약종상의 허가를 받은 자는 개정된 약사법에 의한 한약업사로 보고(부칙 제2조), 개정 약사법 시행당시의 한약종상 중 전란 기타 천재지변으로 허가지역을 이탈한 자와 1967년 3월 3일 법률 제1910호의 시행 이전에 허가지역을 이탈한 자로서 거주지를 관할하는 서울특별시, 부산시장 또는 도지사의 허가를 받았을 때에 한하여 당해 거주지를 허가지역으로 할 수 있다(부칙 제3조)고 하였다. 1986년 5월 약사법 개정(1986. 5. 10. 법률 제3825호)으로 漢藥業士의 명칭을 韓藥業士로 바꾸었다.

이후 한약업사 시험은 2회가 시행된 후 10년만인 1983년 11월 27일에 시행되었다. 한약방을 개업하려면 한약업사라는 자격시험에 합격하여야 하는데, 한약업사시험은 국가차원의 국가고시시험이 아니고 지방 도단위의 자격시험으로 되어 있었다. 한약업사시험은 1983년 이후에는 실시된 적이 없어 현재는 거의 시험제도 자체가 유명무실해진 상태이다. 현재 11개 한의과 대학에서 1년에 수많은 한의사를 배출하고, 지방에 무의촌이 거의 없는 실정이기 때문일 것이다.

III. 한약업 및 한방의료기관의 연혁⁴⁾

4) 서상용, 이조시대의 의료제도(상), 법제월보, 1969.1. 161-205면; 전계논문(하), 1969.2. 169-197면 참조.

한약은 중국이 먼저 발전하여서 중국의 한족과 가까이 있던 지역으로부터 고구려, 백제, 신라 등으로 전래하였다. 한약서가 주로 수입된 시기는 고구려 평원왕 3년(隋文帝天嘉 2년, 서기 561년) 중국 강남에 전국한 오나라 사람 지충이 內外典藥書, 明堂圖 등 164권을 가지고 고구려를 걸쳐 일본(효명왕 22년)에 귀화하였다는 데에 비롯된다. 백제는 중국 남조와 해안이 접해있기에 고구려보다는 뒤졌으나 新集方을 편집하였고 백제 성왕 32년 의박사와 채약사를 이론에 보내기도 했다. 신라는 고구려, 백제의 영향을 받으며 중국의 남북조 말기에 醫方을 직접 수입하였을 것으로 보이며 黃帝內經을 비롯하여 醫藥方書가 들어오게 되었다. 고려에는 侍醫의 직제가 있었으며 의박사는 六品에 해당하는 벼슬을 주었고 채약사는 八品, 九品에 해당하는 관직을 주어 당시 의약분업이 확립되었다.⁵⁾

조선시대의 의료제도는 개국당시부터 경국대전 반포(성종5년, 1474년)직전까지, 경국대전 반포이후부터 숙대전·대전통편·대전회통 등의 法典이 반포된 이후, 甲午更張(1894년)이후로 구분할 수 있다. 먼저 태조 원년(1392년) 7월 28일 태조는 즉위선언과 함께 의장과 법제는 일체 고려조의 옛일에 의거한다⁶⁾는 원칙아래 문무백관의 제도를 정하면서 의료제도도 이에 포함시켰다. 즉 의료기관은 고려의 제도를 답습하여 전의감·혜민국·동서대비원 등은 그대로 두고 후에 제생원을 설치하였으며, 동서대비원을 동서활인원으로 다시 활인서로 개편하였고, 초기부터 국왕의 진후와 어약을 맡아 보던 내약방은 세종때 내의원으로 명칭을 변경하는 등 상당한 변천이 있었다. 의원의 임명은 시험성적에만 의하지 않고 실제 질병을 치료하는 능력여부를 조사하여 치료한 실적이 현저한 자는 품계를 올려주는 반면에 치료한 실적이 없거나 불량한 자는 강등 또는 도태시켰다. 특히 世祖는 의약론을 친히 지어서 중신들에게 보이고 간행·반포케 하는 등 백성의 보건과 의료에 관하여 지대한 관심을 기울였다. 그 후 경국대전·속대전·대전통편·대전회통 등에서는 초기부터 실시하던 의료기관으로 내의원·전의감·혜민서·활인서 등이 존속되었고, 의원임용시험 기타 의료시책은 확일적으로 규정되어 있다. 특히 의원을 임용함에 있어서는 원칙적으로 시험에 합격한 자를 채용하게 되어 있음에도 불구하고 의서를 해독하지 못하는 무식자라 할지라도 실제로 창종 기타 악성 질환을 치료하여 그 치유된 실적이 현저한 자에 대하여는 원칙을 배제하고 특별히 임용한다는 규정을 두었다. 이것은 의술에 한하여 醫不三世 不服其藥(임금의 병은 아무

5) 김두중, 한국의학사, 탐구당, 1981, 30면.

6) 實錄 太祖 卷1 元年 儀章法制 一依前 朝故事.

에게나 보이지 않음, 즉 3대이상 전통적으로 의료에 계속 종사한 경험과 문견이 풍부 한 의원의 약이 아니면 복용하지 아니한다는 것)이라는 특수성에 비추어 볼 때 수천년 동안 동양 고유의 전통을 살리자는 데 그 의의가 있었다. 임진왜란 이후에 병을 침으로 많이 고친 까닭인지 宣祖 이후에는 鍼醫를 특별히 처우했다는 기록도 있다.

갑오경장 이후에는 종전의 의료기관 중에서 내의원만은 잠정적으로 존속시켰으나 곧 전의사라는 명칭으로 바꾸어 궁내부 시종원에 예속시켰다가 다시 태의원으로 개칭하였다가 다시 그 명칭도 폐지하였고, 임금의 診候와 의약은 시종원이 맡았다. 일반의 약에 관한 사무는 위생국으로 하여금 감독하게 하는 동시에 국가의료기관의 중요한 임무를 겸임시키는 등 옛 제도의 한방의약은 점차로 민간이양이 필연적으로 따르게 되었다. 그 후 등장되는 의료기관으로는 대한적십자병원·대한의원 등이 있으며, 이 제도가 마련된 후로부터는 개화에 따른 신의술로 교체되기 시작하였다.

일제하에서 우리나라 사람의 약종상에게는 한약에 한하여 판매할 수 있는 조건을 가진 허가가 많았다. 약종상은 약품에 관한 지식과 경험이 있는 자로 반드시 허가증을 필요로 하였다.⁷⁾ 소화 13년(1938년)경에는 한약종상은 시험을 거쳐 허가한 것으로 보이며 그 내용에 있어서도 오늘날과 같은 제도를 갖추어 왔다. 한약종상은 조선의 특수사정에 의하여 한약에 한하여 판매를 조건부로 도지사의 면허를 요한 자를 위함임이라고 하였으며, 한약종상의 업무권에 있어서도 한약품의 처방조제 무역판매로 규정하였다. 또한 大正 3年(1914년) 7月 衛收 제4138호로 한약종상으로서 조제에 供하는 한약은 독극성 약에 在하여도 별로 제한을 가하지 아니할 것을 용허하였으므로 조선의 한약종상은 한약의 처방조제를 할 수 있는 것이라고 하였으니, 오히려 일제시대의 한약종상은 지금보다 조제의 제한을 받지 아니한 것으로 보인다. 1953년 약사법 제정 이전까지는 조선총독부에서 제정한 약품 및 약품영업단속령(부령 제22호, 1912년)에 의하여 의생과 한약종상으로 이원화되었으며, 한약종상의 업무권한은 의생의 처방전에 의하여 한약종상이 조제하였고 한약의 대소를 막론하고 조합조제 판매할 수 있었다.

해방 이후 의료행정은 일제시대의 관례를 좇아 시행되어 왔다. 1945년 미군정은 우리나라 법률을 새롭게 입법할 여유가 없었기 때문에 1945년 11월 2일 미군정청 법령 제21호 제1조에서 '모든 법률 또는 조선총독부가 발표하고 법률적 효력을 가진 규칙, 명령, 고시 기타 문서로서 1945년 8월 9일 실행 중인 것은 그간 이미 폐지된 것을 제외하고는 조선정부(미군정청)의 특수명령으로 폐지할 때까지 전효력으로 존속한다. 지

7) 김두중, 상세서, 543면.

방의 제반 법규와 관례는 당해관청에서 폐지할 때까지 그 효력을 계속한다.’고 규정함에 따라 일제하의 약품 및 약품영업단속령에 의한 한약종상제도는 계속하여 미군정하에서 유효하였다. 또한 1948년 7월 17일 대한민국 정부가 수립되면서 제헌헌법 제100조에서 현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 않는 한 효력을 가진다고 하여 미군정하에서 효력을 가지던 일제하의 약품 및 약품영업단속령이 계속하여 정부수립후에도 효력을 가지게 되는 입법적 토대를 갖추게 되었다. 그러나 1951(4286)년 9월 25일 법률 제221호로서 국민의료법이 제정되면서 의사, 치과의사, 한의사, 조산원, 간호원은 의료업자로 되었지만 한약종상은 그에 포함되지 못하였다. 그러다가 1953년 12월 18일에 법률 제300호로서 제정된 약사법에 소속되어 계속하여 시행하게 되었다. 그런데 1953년 약사법이 새로이 제정되면서 前 保社部 藥政局長의 방해로 한약사법이 통과하지 못하고 그 무마책으로 원안에 없던 한약종상으로 한의약의 대청의 직무를 수행토록 약사법 제26조 제3항에서 한약종상은 환자의 요구가 있을 때 收載된 처방 또는 한의사의 처방에 의하여 한약을 혼합판매 할 수 있다고 규정을 하였다고 한다. 대체조건으로 이 한약종상 취업행위인정이 대두되었고 약정국장 자신이 한약종상의 업태문제를 이 법을 시행할 때 충분히 고려하겠다는 언질과 취업행위를 인정하겠다고 단언했기 때문에 약사법이 원안대로 통과했다고 한다. 그 범위는 특별히 규정하지 않았으나 1969. 6. 7. 보건사회부 예규 제233호 동 4조로 한약종상에게 기성한의서에 대한 잠정규정 11개 한약서⁸⁾를 사용토록 하였다. 그 후 1958년에서 1973년까지는 한약업사 시험도 계속되었으나 1983년 이후 시험이 실시되지 않고 있다.

IV. 약사법령상의 한약업사

1950년에 제정된 면허세법(1950.3.10, 법률 제109호) 제2조에서는 이미 한약종상에 관한 규정이 나타나고 있다. 즉 옆에 揭記한 各種의 免許를 받았거나 받는 者는 그 各免許의 種類마다 每年 左의 免許稅를 納付하여야 한다고 하면서 제1종에서 제5종까지 나열하고 있는데, 賣藥業은 제3종 제5호로, 藥種商은 제4종 제4호로, 漢藥種商은

8) 정철수, 약사법전, 세문사, 1981, 406면: 11개 약서 1. 方藥合編 2. 東醫寶鑑 3. 鄉約集成方 4. 廣濟秘 5. 濟衆新編 6. 藥性歌 7. 四象醫學 8. 醫學入門 9. 景岳全書 10. 壽世保元 11. 本草綱目 등 4만개 처방이 있다.

제4종 제5호로 규정하고 있다. 1953년 제정되었다가 1963년 12월에 전문개정되어 시행되고 있는 현행 약사법 제35조는 약국개설자가 아니면 의약품을 판매하거나 판매의 목적으로 취득할 수 없지만(제1항), 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 특별시장·광역시장 또는 도지사로부터 한약업사의 허가를 받은 자는 약사가 아니더라도 의약품을 판매할 수 있다(제2항). 한약업사가 허가를 받은 사항을 변경하고자 하는 때에는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 특별시장·광역시장 또는 도지사의 허가를 받아야 한다(제3항). 약사법 제36조는 의약품 판매업의 종류로서 한약업사를 규정하고 있으며, 한약업사는 환자의 요구가 있을 때에는 기성한약서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매할 수 있다(제2항). 약사법 제37조는 한약업사와 같은 의약품판매업자는 대통령령이 정하는 시설기준에 적합한 시설을 갖추어야 하고(제1항), 한약업사는 보건복지부령이 정하는 지역에 한하여 대통령령이 정하는 한약업사시험에 합격한 자에게 허가한다(제2항). 한약도매의 경우에는 한약업사를 두고 그 업무를 관리하게 하여야 하지만, 한약도매의 경우 자신이 한약업사로서 그 업무를 관리하는 때에는 직접 운영할 수 있다(제3항).

한약업사가 정신질환자, 금치산자·한정치산자·파산선고를 받고 복권되지 아니한 자, 마약 기타 유독물질의 중독자, 약사법·마약류관리에관한법률·보건범죄단속에관한특별조치법, 의료법, 형법 제347조(허위로 약제비를 청구하여 환자나 약제비를 지급하는 기관 또는 단체를 기망한 경우에 한한다. 이하 같다) 그 밖에 약사에 관한 법령을 위반하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자, 형법 제347조의 죄를 범하여 그 면허취소의 처분을 받고 3년이 경과되지 아니하거나 약사에 관한 법령을 위반하여 그 면허취소의 처분을 받고 2년이 경과되지 아니한 자, 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반하거나 국민보건에 위해를 끼쳤거나 또는 끼칠 염려가 있는 의약품 등 및 그 효능이 없다고 인정되는 의약품 등을 제조·수입 또는 판매하여 허가가 취소된 날로부터 1년을 경과하지 아니한 자, 의료기관의 개설자·임원 및 직원인 경우에는 한약업사의 허가를 하지 아니한다(제4항). 한약업사의 허가기준·조건 및 관리에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다(제5항).

약사법 제38조에서는 약국개설자·의약품제조업자·수입자 및 의약품판매업자 기타 이 법의 규정에 의하여 의약품을 판매할 수 있는 자는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 의약품 등의 유통체계확립 및 판매질서유지에 필요한 사항을 준수하여야 한다고

규정하고 있다. 이에 따라 약사법 시행규칙 제57조 제1항에서는 의약품 등의 유통체계 확립 및 판매질서유지를 위한 준수사항으로서 의약품판매업자 기타 법의 규정에 의하여 의약품을 판매할 수 있는 자(한약업사)는 의약품의 유통체계를 확립하기 위하여 다음 각호의 사항을 준수하여야 한다고 규정하고 있다.

1. 의약품의 제조업자·수입자 또는 도매상은 다음 각목의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 의약품을 소매하거나 다른 의약품도매상, 약국 등의 개설자 기타 법의 규정에 의하여 의약품을 판매할 수 있는 자외의 자에게 의약품을 판매하지 아니할 것.

가. 법 제21조 제4항 제4호 및 제5항 제12호의 규정에 의하여 의사·치과의사 또는 약사가 사회봉사활동을 위하여 의약품을 구입하는 경우

나. 의약품제조업자, 수입자 또는 임상시험계획의 승인을 얻은 자가 임상시험, 생물학적동등성시험 또는 의약품동등성시험의 실시를 위하여 의약품을 구입하는 경우

다. 전문대학 또는 이와 동등 이상의 학교에서 의학·치의학·약학·간호학 또는 그 관련학과의 학과장이 해당 학과의 실험·실습을 위하여 의약품을 구입하는 경우

라. 구급대 및 구조대의 편성·운영 등에 관한 규칙에 의하여 간호사 또는 응급구조사가 현장 의료활동 지원을 위하여 의약품을 구입하는 경우

2. 약국개설자·한약업사·약업사 또는 매약상(이하 “약국 등의 개설자”라 한다)은 의약품을 도매하지 아니할 것.

3. 의약품은 의약품이 아닌 다른 것과 구별하여 저장 또는 진열할 것.

4. 의약품도매상 또는 약국 등의 개설자는 의약품의 제조업자·수입자 또는 도매상이 아닌 자로부터 의약품을 구입하지 아니할 것. 다만, 폐업하는 약국 등의 개설자로부터 의약품을 구입하거나, 의사 또는 치과의사가 처방한 의약품이 없어 약국개설자가 다른 약국개설자로부터 해당 의약품을 긴급하게 구입하는 경우를 제외한다.

5. 의약품의 제조업자·수입자 및 도매상은 의료기관·약국 등의 개설자에게 의약품 판매촉진의 목적으로 현상품·사은품 등 경품류를 제공하지 아니할 것.

6. 의약품도매상 또는 약국 등의 개설자는 현상품·사은품 등 경품류를 제공하거나 소비자·환자 등을 유치하기 위하여 고객행위를 하는 등의 부당한 방법이나 실제로 구입한 가격(사후 할인이나 의약품의 일부를 무상으로 제공받는 등의 방법을 통하여 구입한 경우에는 이를 반영하여 환산한 가격을 말한다) 미만으로 의약품을 판매하여 의약품 시장질서를 어지럽히거나 소비자를 유인하지 아니할 것.

7. 의약품제조업자는 생산된 의약품이 의약품도매상을 통하여 의료기관이나 약국

등의 개설자에게 판매될 수 있도록 노력할 것(다만, 의료법에서 정한 종합병원에 의약품 공급하는 때에는 재난구호, 의약품도매업자의 집단공급중단 등 특별한 사유가 없는 한 의약품 도매업자를 통하여 공급한다).

8. 변질·변패·오염·손상되었거나 식품의약품안전청장 또는 지방청장이 수거 또는 폐기할 것을 명한 의약품 및 유효기한 또는 사용기한이 경과된 의약품을 판매하거나 판매의 목적으로 저장·진열하지 아니하여야 하며, 의약품의 용기나 포장을 훼손하거나 변조하지 아니할 것.

9. 의약품도매상·약국 등의 개설자 또는 약국관리자는 불량 의약품의 처리에 관한 기록을 작성·비치하고 이를 1년간 보존할 것

10. 의약품도매상·약국개설자 또는 한약업사는 대한약전 또는 식품의약품안전청장이 고시한 생약규격집에 실려있는 한약중 제12호의 규정에 의한 규격에 적합한 제품(이하 "규격품"이라 한다)으로 판매할 것을 지정·고시한 한약은 규격품이 아닌 것을 판매하거나 판매의 목적으로 저장·진열하지 아니할 것.

10의2. 의약품도매상·약국개설자 또는 한약업사는 한약재를 판매하는 경우 원산지를 표시할 것.

11. 우수의약품의 유통을 위하여 별표 4의6의 의약품유통관리기준에서 정하는 사항

12. 보건복지부장관이 정하는 한약재의 수급조절 및 유통관리에 관한 사항과 식품의약품안전청장이 정하는 한약재의 품질관리에 관한 사항을 준수할 것

13. 법 제21조 제6항의 규정에 의하여 보건복지부장관이 정하는 지역의 약국개설자 또는 약업사는 전문의약품을 판매하는 경우에는 다음 각목의 사항을 지킬 것. 다만, 나목의 규정은 약국개설자에 한한다.

가. 품목허가를 받거나 신고한 사항에 따른 성인기준 5일 분량의 범위 안에서 판매할 것. 다만, 약국개설자가 의사 또는 치과의사의 처방전에 의하여 조제·판매하는 경우에는 그러하지 아니하다.

나. 항정신성의약품, 한외마약과 식품의약품안전청장이 오·남용의 우려가 현저하다고 인정하여 고시하는 품목은 의사 또는 치과의사의 처방전에 의하여 판매할 것

14. 의약품의 제조업자·수입자 및 도매상과 약국 등의 개설자는 의약품을 판매함에 있어 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 하지 아니할 것

가. 특정 도매상 또는 약국에게만 의약품을 공급하여 의료기관과 약국간의 담합을 조장하거나 환자의 조제·투약에 지장을 초래하는 행위

나. 매점매석 또는 판매량 조정의 방법으로 의약품을 판매하여 부당한 이득을 취하거나 환자의 조제·투약에 지장을 초래하는 행위

15. 약국개설자는 다음 각목의 행위를 하지 아니할 것

가. 진단을 하고 그에 따라 일반의약품을 판매하는 행위

나. 특정 질병의 전문약국임을 환자에게 알리고 환자에 대하여 진단을 목적으로 한 건강상담을 통하여 일반의약품을 판매하는 행위

다. 진단을 목적으로 환부를 들여다 보거나, 만지거나, 기계·기구 등을 이용하여 환자의 상태를 살피는 행위를 통하여 일반의약품을 판매하는 행위

약사법 시행규칙 제57조 제3항에서는 한약업사는 다음 각호의 사항을 준수하여야 한다고 규정하고 있다.

1. 기성한약서에 실려있는 처방이나 한의사의 처방전에 의하지 아니하고 한약을 혼합판매하지 아니할 것.

2. 한약업사 허가를 받은 날부터 정당한 사유없이 2월이 경과할 때까지 개업을 하지 아니하거나 계속하여 1년이상 휴업하지 아니할 것. 제52조의 규정에 의하여 그 영업소의 이전허가를 받은 자에 있어서도 또한 같다.

약사법 시행규칙 제57조 제5항에서는 한약업사는 업소명칭 등을 사용함에 있어서 다음 사항을 준수하여야 한다고 규정한 후, 한약업사는 영업소의 명칭·위치·전화번호, 한약업사의 성명 외의 광고를 할 수 없다고 한다. 약사법 시행규칙 제58조 제1항에서는 의약품의 개봉판매는 한약업사가 환자의 요구에 따라 한약을 개봉판매하거나 한약을 혼합판매하는 경우에 가능하다고 하고 있다.

약사법 제41조 제1항에서는 의약품의 판매에 관하여 의약품판매업자는 그 약국 또는 점포 이외의 장소에서 의약품을 판매하여서는 아니된다. 다만, 시장·군수 또는 구청장의 승인을 얻은 경우에는 예외로 한다고 규정하고 있다.

약사법 시행령 제21조에서는 한약업사시험에 관하여 규정하고 있는 바, 약사법 제37조 제2항의 규정에 의한 한약업사의 시험은 한약취급에 관한 필요한 지식과 그 실무상의 기능에 관하여 시·도지사가 이를 행하고, 한약업사시험에 응시할 수 있는 자는 고등학교 이상의 학교를 졸업한 자 또는 교육인적자원부장관이 이와 동등이상의 학력이 있다고 인정한 자로서 5년 이상 한의원 또는 한약업소에서 한약취급업무에 종사한 경력이 있는 자로 한다(약사법 시행령 제22조).

한약업사의 시험은 필기시험과 실기시험으로 구분하되, 그 시험과목 및 배점비율은

다음과 같다(약사법 시행령 제23조).

구 분	시험과목	배점비율
1. 필기시험	가. 본초강목, 방약합편, 약성가에 수재된 한약의 명칭·성상·용도·저장방법 및 극약과 독약의 구별	45퍼센트
	나. 기성한약서에 수재된 처방과 혼합방법	20퍼센트
	다. 약사 및 마약에 관한 법규	15퍼센트
2. 실기시험	50종 이상의 한약재에 대한 감별능력 및 약도질	20퍼센트

시·도지사는 한약업사의 시험을 시행하고자 하는 때에는 시험일시·시험장소·시험과목·응시원서 제출기간 및 영업허가 예정지역과 그 허가예정인원 기타 시험의 시행에 관하여 필요한 사항을 시험기일 30일 전에 공고하여야 한다(약사법 시행령 제24조). 한약업사의 시험에 응시하고자 하는 자는 응시원서에 1. 이력서 2. 제22조의 규정에 해당하는 학력 및 실무에 종사한 경력을 증명하는 서류 3. 법 제4조 제1항 제2호 또는 제5호에 해당하지 아니함을 증명하는 의사의 진단서 4. 영업예정지 및 그 약도 등의 서류를 첨부하여 시·도지사에게 제출하여야 한다(약사법 시행령 제25조). 이 경우 응시원서를 제출하는 자는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 수수료를 납부하여야 한다.

시·도지사는 한약업사의 시험을 시행한 때에는 제24조의 규정에 의하여 공고한 영업허가 예정지역별로 허가예정인원수의 범위 안에서 그 시험성적이 전과목 총점의 6할이상 득점한 자를 합격자로 한다. 다만, 한약업사 허가예정지역별 허가예정인원을 초과하여 동점자가 2인 이상 있는 경우에는 필기시험의 성적순에 따라 그 합격자를 결정하고, 필기시험의 성적도 동점인 경우에는 모두 합격자로 한다(약사법 시행령 제26조 제1항). 시·도지사는 합격자에게 합격의 통지를 하여야 한다(약사법 시행령 제26조 제2항). 한약업사의 시험위원은 시·도지사가 한약에 관한 학식과 경험이 풍부한 자와 약사 및 마약에 관한 법규에 관하여 지식이 풍부한 자중에서 1과목에 대하여 2인 내지 5인의 시험위원을 위촉한다(약사법 시행령 제27조). 시·도지사는 제24조의 규정에 의한 공고사항중 영업허가 예정지역에 관하여는 법 제15조의 규정에 의한 당해 지방약사심의위원회의 자문을 거쳐야 한다(약사법 시행령 제28조).

한약업사의 허가신청과 관련하여 약사법 제35조 제2항 및 약사법 제37조의 규정에 의하여 한약업사의 허가를 받고자 하는 자는 별지 서식에 의한 신청서에 사진 2매를 첨부하여 시·도지사에게 제출하여야 하고, 이 경우 한약업사의 허가를 신청하는 자는 수수료를 납부하여야 한다(약사법 시행규칙 제48조). 시·도지사는 한약업사의 허가를 한 때에는 한약업사의 허가대장에 1. 허가번호와 허가연월일 2. 한약업사의 성명 및 주민등록번호 3. 한약업사의 시험합격연월일 4. 영업소의 명칭과 그 소재지에 관한 사항을 적어놓고 별지 서식에 의한 허가증을 교부하여야 한다(약사법 시행규칙 제49조).

시·도지사는 약사법 제37조 제2항 및 약사법 시행령 제26조의 규정에 의하여 한약업사시험에 합격한 자에 대하여는 본인의 신청서에 따라 그 시험에 합격하여 한약업사의 자격이 있음을 증명하는 서류(이하 “한약업사자격증”이라 한다)를 교부하여야 한다. 한약업사자격증을 교부받고자 하는 자는 별지 서식에 의한 신청서에 사진 2매를 첨부하여 시·도지사에게 제출하여야 한다. 시·도지사는 한약업사자격증의 교부신청을 받은 때에는 그 교부대장에 1. 신청인의 성명, 주소 및 주민등록번호 2. 한약업사시험 합격연월일 3. 한약업사시험 합격당시의 영업허가예정지역에 관한 사항을 적어놓고 별지 서식에 의한 한약업사자격증을 교부하여야 한다. 이 경우 한약업사자격증의 교부를 신청하는 자는 수수료를 납부하여야 한다(약사법 시행규칙 제50조).

한약업사의 허가지역에 관하여 시·도지사는 한약업사의 수급조절상 필요하다고 인정하는 때에는 종합병원·병원·의원·한방병원·한의원·약국 또는 보건지소가 없는 면에 한하여 1인의 한약업사를 허가할 수 있다(약사법 시행규칙 제51조). 이는 너무나 경직된 제도 운영으로 헌법상 문제가 제기될 수 있다. 한약업사의 영업소이전과 관련하여 한약업사가 그 영업소(이하 “한약방”이라 한다)를 이전하고자 하는 때에는 약사법 시행규칙 제51조의 규정에도 불구하고 그 지역을 관할하는 시·도지사의 허가를 받아 한약방을 이전할 수 있다. 다만, 관할구역을 달리하는 지역으로 이전하고자 하는 때에는 이전하고자 하는 지역의 관할 시·도지사가 한의사·한약업사 수급조절상 필요하다고 인정하는 경우에는 이를 허가할 수 있다. 한약방의 이전허가를 받고자 하는 자는 별지 서식에 의한 신청서에 허가증을 첨부하여 시·도지사에게 제출하여야 한다. 시·도지사는 한약방의 이전허가를 한 때에는 한약업사의 허가대장에 그 한약방의 이전에 관한 사항을 적어 놓고, 별지 서식에 의한 한약업사 허가증을 교부하여야 한다. 한약방의 이전허가를 신청하는 자는 수수료를 납부하여야 한다(약사법 시행규칙 제50조).

약국 및 의약품 등의 제조업·수출입업과 판매업의 시설기준령(1965. 7. 1. 대통령

령 제2170호) 제11조에서는 한약중상의 시설기준으로 한약중상의 시설은 1. 한약중상 및 매약상은 영업소가 있어야 하며, 그 영업소는 다음 각호에 의하여야 한다. 가. 채광 및 환기가 잘 되며, 청결하여야 할 것. 나. 상시거주하는 장소 및 불결한 장소와 구획되어 있을 것. 다. 천정 및 바닥은 판목·콘크리트 또는 이에 준하는 자재로 되어 있을 것. 라. 면적은 6.6평방미터 이상이어야 할 것. 2. 영업소에는 의약품을 위생적이고 안전하게 저장하는 시설이 있어야 한다고 한다.

V. 판례상 한약업사의 지위

1. 한약업사의 설명의무

대법원 2002. 12. 10. 선고 2001다56904 판결 [공2003.2.1. (171), 327]

(1) 사실개요

1. 원고1는 남편인 망 정동길이 다리가 저린다고 하자, 이를 치료하는 데에는 '초오'라는 한약재가 좋다는 이야기를 듣고 1999. 4. 26. 13:30경 한약업사인 피고가 운영하는 한약방에 찾아가 피고에게 '초오'를 달라고 하여, 피고로부터 한약재인 '초오' 32g을 1,000원에 구입하였다.

2. 그 당시 한약업사인 피고는 원고1에게 명태 1마리와 같이 달인 뒤, 식혀서 조금씩 몸에 맞춰 먹으라고 복용방법을 설명하였으나, 그 독성, 부작용 등에 대하여는 설명하지 아니하였다.

3. 원고1는 피고로부터 구입한 '초오' 32g을 명태 1마리와 같이 달여 커피 1잔 정도의 분량이 나오자 이를 부엌에 그냥 두었다가 다음날 06:30경 피고가 설명한 복용방법에 따르지 아니한 채 커피잔에 부어 소외인 남편에게 달여진 '초오' 전량을 한꺼번에 복용하게 하였는데, 이를 복용한 소외인은 얼굴 등에 마비증세가 와서 그 날 09:11경 사망하였다.

(2) 원심 판단

초오에는 아코니틴이라는 독성물질이 함유되어 있어 보통 그 독성을 완화하기 위하여 명태와 함께 충분히 달인 뒤, 차게 해서 조금씩 마셔야 하는 사실을 인정한 다음, 피고가 원고1의 요구에 따라 '초오'를 판매하면서, 일반적인 복용방법에 관하여만 설명하였을 뿐, 독성이 강한 '초오'의 부작용이나 위험성을 고지하고 그 복용방법에 관하여 구체적으로 설명하지 아니한 채 이를 판매한 것은 환자에 대한 설명의무를 다하지 아니하여 환자인 위 망인의 복용 여부에 관한 자기결정권을 침해한 것이므로 피고는 그 불법행위로 인하여 망인과 원고들이 입은 정신적 고통을 금전으로 위자할 의무가 있다.

(3) 대법원 판단

1. 한약업사는 고등학교 졸업 이상의 학력과 5년 이상의 한약취급업무에 종사한 경력을 갖추고, 한약취급에 필요한 지식과 그 실무상의 기능을 검정하는 내용의 한약업 사시험에 합격하여 한약업사의 허가를 받도록 되어 있고, 그 시험과목에는 본초강목 등에 수재된 한약의 명칭, 성상, 용도 저장방법 및 극약과 독약의 구별, 기성한약서에 수재된 처방과 혼합방법 등이 포함되어 있으므로 한약재의 성질과 효능에 관하여 일반인에 비하여 한층 더 높은 정도의 전문적 지식을 가지고 있는 자이다.

2. 한편 한약재는 생약재로서 일정한 용기에 담겨서 판매, 유통되는 것이 아니어서 그 성분이나 효능 또는 용법 등을 그 구매자를 비롯한 일반인이 쉽사리 알기 어려운 특성이 있고, 약재에 따라서는 용법이나 용량에 따라 복용 후 단기간 내에 복용자의 생명, 신체에 중대한 결과를 초래할 수 있는 것도 있다.

3. 한약업사는 한약재의 성분과 효능 및 용법 등에 관한 전문적 지식을 가진 자이므로, 적어도 그 용법이나 용량이 어떠한지에 따라 인체에 치명적인 결과를 초래할 수도 있는 한약재를 일반인에게 판매함에 있어서는 신의칙상 매수인에게 그 효능 내지 위험성과 안전한 용법 등을 상세히 알려 줌으로써 매수인 등으로 하여금 그 복용 여부나 복용방법에 관하여 스스로 선택·결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있다.

4. 만일 이러한 의무를 다하지 아니하여 한약재의 매수인 등이 잘못된 복용방법을 선택함으로써 그 생명 또는 신체의 위험이 초래된 경우에는 위와 같은 선택 내지 결정권을 침해하는 위법한 행위가 된다.

5. 위법한 행위와 복용자에게 발생된 생명·신체의 위험 사이에 상당인과관계가 있는 경우에는 한약업사가 그 위험발생으로 인한 모든 손해를 배상할 의무를 지는 것이

지만, 그렇지 아니한 경우에는 복용자가 선택의 기회를 잃고 복용 여부나 복용방법에 관한 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대하여 위자료의 지급을 구할 수 있을 뿐이다(대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결 참조).

6. 이 사건에서 문제로 된 한약재인 '초오'는 아코니틴이라는 독성물질이 함유되어 있는 약초로서, 한약재 수급 및 유통관리 규정(보건복지부 고시 제1999-9호)상 중독 우려품목으로 분류되어 제조업소에서만 제조할 수 있도록 규정되어 있고 특히 허약한 자, 임산부 등에 대하여는 금기로 되어 있는데, 아코니틴의 치사량은 약 3~4mg이며 보통 그 독성을 완화하기 위하여 물을 약 2ℓ 이상 넣고 명태와 함께 충분히 달인 뒤 차게 해서 조금씩 음용해야 함에도, 초오의 독성과 치사량 등 위험성이나 복용방법은 일반에게 그리 널리 알려져 있다고 보이지 않는다.

7. 원고1가 피고로부터 구입한 초오 32g을 물에 넣어 1시간 정도 달인 물질에는 약 9.9mg 정도의 아코니틴계 알칼로이드가 통상 함유되어 있을 것으로 추정되어 치사량을 훨씬 초과하고 있고 이를 한꺼번에 마시는 경우 사람의 생명에 치명적인 위험을 초래할 것이 명백히 예상된다.

8. 만약 이 사건에서 피고가 '조금씩 복용하라'라는 간단한 설명에 부연하여, "초오란 본래 독성이 강한 약초이기 때문에 이 약재를 다려 복용할 때에는 농축시켜 음용하면 바로 생명에 치명적인 위험을 초래할 수 있다"는 점을 주의환기해 주면서 그 독성이 명태의 성분에 의하여 충분히 해독되는 데 필요한 달이는 시간과 1회 복용량 및 희석 정도에 관하여 최소한의 설명만이라도 해 주었다라면 이 사건에 있어서와 같이 원고가 부주의하게 다량을 달여 농축시킨 다음 그 농축액을 남편에게 먹여 사망에 이르는 일은 발생하지 않았으리라고 예견된다.

9. 피고가 원고측에게 그 정도의 방법으로 위험을 고지하는 데 있어서는 피고에게 커다란 비용과 시간, 노력이 추가적으로 초래될 일도 그리 없을 것이므로 비록 거래목적물의 가액이 상당한 소액에 불과하였다는 사정을 충분히 감안하더라도 그 거래 과정에서 피고에게 그와 같은 위험고지를 기대하고 요구하는 데 있어서 큰 무리도 없다고 보여진다.

10. 초오의 위험성을 일반인보다는 더 잘 지득할 수 있는 전문가적 지위에 있었던 피고가 이를 일반인인 원고1에게 판매함에 있어서 그 효능 내지 위험성과 안전한 용법을 설명하지 아니함으로써 원고1가 치사량 이상의 초오 농축액을 망소외인에게 복용하게 하여 그를 사망에 이르게 한 것은 한약업사인 피고에게 주어진 설명의무를 다

하지 아니하여 위 망인의 자기결정권을 침해하는 위법한 행위를 한 것이라고 볼 수 있다.

11. 따라서 피고는 그로 인하여 위 망인 및 그의 가족들인 원고들이 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다고 할 것이다.

(4) 평석

1. 한약업사는 약사법상 환자의 요구가 있을 때 한약을 혼합판매할 수 있고(약사법 제36조 제2항), 약사가 아니라도 한약업사는 의약품을 판매할 수 있기 때문에(약사법 제35조 제2항), 단순히 한 가지의 한약재료인 초오를 판매할 수도 있다. 따라서 한약재료인 초오를 한약업사가 판매한 행위는 법적으로 아무런 하자가 없다. 그런데 단순한 한 가지 한약재료인 초오를 판매함에 있어서 설명의무가 있다고 할 수 있는지, 있다고 하더라도 설명의무의 수준과 범위를 어느 정도까지 요구할 수 있는지 궁금하다.

2. 대법원은 한약업사는 한약재의 성질과 효능에 관하여 일반인에 비하여 한층 더 높은 정도의 전문적 지식을 가지고 있는 자라고 할 것이고, 한편 한약재는 생약재로서 일정한 용기에 담겨서 판매, 유통되는 것이 아니어서 그 성분이나 효능 또는 용법 등을 그 구매자를 비롯한 일반인이 쉽사리 알기 어려운 특성이 있고, 약재에 따라서는 용법이나 용량에 따라 복용 후 단기간 내에 복용자의 생명·신체에 중대한 결과를 초래할 수 있는 것도 있다고 하는 전제 아래에서 한약업사는 한약재의 성분과 효능 및 용법 등에 관한 전문적 지식을 가진 자이므로, 적어도 그 용법이나 용량이 어떠한지에 따라 인체에 치명적인 결과를 초래할 수도 있는 한약재를 일반인에게 판매함에 있어서는 신의칙상 매수인에게 그 효능 내지 위험성과 안전한 용법 등을 상세히 알려 줌으로써 매수인 등으로 하여금 그 복용 여부나 복용방법에 관하여 스스로 선택·결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있다고 보아야 할 것이라고 하면서 매우 높은 수준의 주의의무를 요구하고 있다.

3. 그러나 한약은 보건위생상 특별한 주의를 요할 위험성이 다른 의약품에 비하여 적다는 특수성과 옛부터 전하여 온 한약판매에 관한 관행이 있다고 하는 대법원의 입장(대판 1996.10.25.96도1088 참조)에서 오히려 한약의 특수성과 관행을 고려할 때에 한약업사에게 상당한 수준의 설명의무를 부과할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

4. 한약업사의 한약판매에는 두 가지 경우가 있을 수 있다. 즉 하나는 전문인으로서 기성 한약서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매하는 경우

이고, 다른 하나는 단순판매로서 한약재료를 각각 분리하여 한 가지씩을 판매하는 경우가 있을 수 있다. 전자의 경우에는 신의칙상 매수인에게 한약의 효능 내지 위험성과 안전한 용법 등을 상세히 알려줄 의무가 있다고 보아야 하지만, 후자의 경우에는 독성이 없는 한약재의 경우에는 단순히 판매하면 될 것이고, 다만 독성이 있는 한약재의 경우에는 그 위험성을 알려주는 것에 그쳐야 할 것이다. 위 사례는 후자의 경우로서 한 가지 한약재료인 초오를 단순 판매한 것이다. 그렇다면 위 사례에서 구입당시 명태 1마리와 같이 달인 뒤, 식혀서 조금씩 몸에 맞춰 먹으라고 복용방법을 설명하는 것은 한약업사가 기성 한약서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매하는 경우가 아니라 한약재료를 단순판매하는 한약업사로서의 주의의무는 다한 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 후자의 한약업사의 주의의무는 단순히 물건을 판매하는 자로서의 주의의무에 해당하는 것으로 전자의 전문인으로서 한약업사의 신의칙상의 주의의무보다는 상당히 낮다고 보아야 할 것이다.

5. 한약업사의 설명의무 위반으로 손해배상청구를 할 수 있기 위해서는 한약업사의 설명의무위반이 피해자의 자기결정권을 보호하기 위한 점에 비추어 한약업사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다. 따라서 한약업사가 한 가지 한약재료를 판매함에 있어서 부담하는 주의의무는 한약업사의 설명의무와 동등하지 않다고 할 것이다.

6. 한약업사가 한약재료를 판매하였지만, 한약재료의 매수인이 잘못된 복용방법을 택함으로써 생명 또는 신체에 예상치 못한 위험이나 손해를 입는 등 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 한약업사의 설명의무 위반 사이에 상당인과관계가 존재하여야 한다. 위 사례에서 한약업사는 피해를 입은 본인에게 직접 한약재료를 판매한 것이 아니라 그의 처에게 판매한 것으로, 또한 한약업사가 직접 피해자에게 한약재료를 복용케 한 것은 아니기 때문에 상당인과관계가 있다고 보기에는 무리가 따른다.

7. 따라서 한약업사가 한 가지 한약재료를 판매함으로써 한약재의 매수인이 특히 매수인이 아닌 다른 사람이 이를 잘못 복용하여 사망한 경우에는 한약업사는 법적으로 책임이 없다고 할 것이고, 본 사례와 같이 위자료지급청구도 부인되어야 할 것이다. 가사 위자료가 인정된다고 하더라도 피해자의 처의 과실이 있다고 하지 않을 수 없기 때문에 이를 과실상계하여 그 책임을 분담시켜야 함에도 불구하고 그렇지 아니한 것은 문제가 있다고 할 수 있다.

2. 한약업사의 의료행위

1) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도2234 판결 [집45(2)형, 662; 공1997. 3. 15. (30), 841]

1. 한약업사가 환자의 생년월일로 이른바 오행분석을 하여 병명을 진단한 후 한약을 처방하였다.

2. 오행분석은 환자의 병상과 병명을 규명하는 판단작용의 방법으로 사용된 것이어서 일종의 진찰방법이라고 할 수 있고, 오행분석에 의한 처방은 일종의 치료행위이다.

3. 오행분석에 의한 처방은 의료법 제25조의 의료행위에 해당한다.

4. 의료법 제25조 제1항은 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없다고 규정하고 있다. 의료법 제66조는 의료법 제25조 제1항에 위반하는 경우에는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다고 하고, 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조는 의료법 제25조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 한의사가 아닌 자가 한방 의료행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다고 규정하고 있다.

5. 따라서 한약업사가 오행분석에 의한 처방을 하는 경우에는 의료법 및 보건범죄단속에 관한 특별조치법에 위반된다.

6. 한약업사는 약사법 제36조 제2항에 의하여 환자의 요구가 있을 때에 기성 한의서에 기재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매할 수 있다.

7. 한약업사가 오행분석에 의하여 병명을 진단한 후 자신의 처방에 기하여 기성 한의서에 기재된 처방(본방)에 임의로 다른 한약재를 추가하여 한약을 조제하였다면, 이는 약사법 제36조 제2항의 혼합판매가 아니라 약사법 제26조 제1항의 의약품의 제조에 해당한다(대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결 참조).

8. 따라서 한약업사가 본방에 임의로 추가하여 한약을 조제하면 약사법 위반이 된다.

2) 대법원 1996. 10. 25. 선고 96도1088 판결 [공1996. 12. 1. (23), 3493]

1. 의료법 제25조 제1항의 의료행위라고 함은 질병의 예방이나 치료행위를 말하는 것으로 의학의 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로써 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 행위를 말한다.

2. 진찰이라 함은, 환자의 용해를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명 판단하는 것

으로서 그 진단방법으로는 문진, 시진, 청진, 타진, 촉진 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있고, 위와 같은 작용에 의하여 밝혀진 질병에 적당한 약품을 처방조제, 공여하거나 시술하는 것이 치료행위에 속하는 것이다.

3. 약사법 제36조 제2항은, 한약업사는 약사가 아니기 때문에 일반적인 의약품은 조제할 수 없는 것이 원칙이나, 한약은 보건위생상 특별한 주의를 요할 위험성이 다른 의약품에 비하여 적다는 특수성과 고래로부터 전하여 온 한약의 판매에 관한 관행을 감안하여 일정한 요건 아래서 약사의 조제 능력에 해당하는 혼합판매 능력을 한약업사에게 부여하고 있다.

4. 한약업사는 위 규정에 정한 바와 같이 환자의 요구가 있을 때에 기성 한약서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매할 수 있으나, 위 조제 능력의 범위를 넘어 진찰이나 치료 등 한의사에게 부여된 한방의료행위까지 할 수는 없는 것이다(대판 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결 참조).

5. 한약업사가 찾아오는 환자들을 상대로 증상을 물은 뒤 진맥을 하고 혈압측정기로 혈압을 재기도 하고 위 진료용 침대에 환자를 눕혀 놓고 배를 눌러보아 환자의 통증을 물어보기도 하는 등 4진(四診)행위와 혈압측정 등을 하여 치료약인 한약제를 배합하여 주었다.

6. 한약업사가 한약을 조제함에 있어서 기성 한약서인 방약합편에 수재된 처방에다가 환자의 증세에 따라 자신의 경험을 바탕으로 하여 임의로 한약의 종류와 분량을 가감한 경우, 다시 말하면 한약업사가 혈압측정 및 진맥을 하고 환자의 증세에 따라 임의로 한약의 종류나 분량을 가감하는 행위를 하는 것은 한약업사의 독자적인 진단과 판단에 의한 처방이다.

7. 한약업사가 위와 같은 4진행위와 혈압측정을 한 후 한약을 배합하여 주는 행위는 한약업사의 한약 혼합판매에 부수된 행위로서 한약업사에게 허용된 것이 아니다.

8. 따라서 의료법 제25조 제1항의 한방의료행위에 해당한다.

3) 대법원 1978.9.26. 선고 77도3156 판결 (집26(3)형018, 공1978.12.1. (597) 11097)

한약업사의 자격은 있으나 한의사가 아닌 자가 한의원에서 환자의 콧속에 전등을 비추어 관찰한 후 비염이라고 판단하여 기존 한의서에 기재된 처방이 위 질병에 저공한 것이라는 판단아래 한약 10첩을 조제하여 주었다면 위 소위는 의료법 제25조에 규정된 의료행위에 해당한다.

4) 대법원 1978. 4. 11. 선고 76도2651 판결 (공1978. 7. 1. (587), 10818]

한약업사 면허를 받은 사람이 침술행위를 할 수 있는지의 여부가 문제된 사안에 대하여 한약업사 면허를 받은 사람은 환자를 진찰하거나 침을 놓거나 한약을 조제하는 등 한방 의료행위를 할 수 없다고 하였다.

3. 한약업사의 혼합판매행위

1) 대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결 (공1993. 10. 15. (954), 2683]

1. 약사법 제26조 소정의 제조라 함은 일반의 수요에 응하기 위하여 일정한 작업에 따라 약전에 수재된 약품 또는 수재되지 않은 것으로서 보건사회부장관의 승인을 받은 약품을 산출하는 행위를 말하는 것이다.

2. 약사법 제36조 제2항의 한약업사의 혼합 판매행위란 환자의 요구가 있을 때에 기성 한약서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매하는 행위를 말한다고 한다.

3. 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조는 의료법 제25조의 규정을 위반하여 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 경우를 처벌하고 있는바, 같은 법 제25조 제1항의 의료행위라고 함은 질병의 예방이나 치료행위를 말하는 것으로 의학의 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로써 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 행위를 말한다.

4. 진찰이라 함은, 환자의 용태를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명판단하는 것으로서 그 진단방법으로는 문진, 시진, 청진, 타진 촉진 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있고, 위와 같은 작용에 의하여 밝혀진 질병에 적당한 약품을 처방조제, 공여하거나 시술하는 것이 치료행위에 속한다.

5. 약사법 제36조 제2항은, 한약업사는 약사가 아니기 때문에 일반적인 의약품은 조제할 수 없는 것이 원칙이나, 한약은 보건위생상 특별한 주의를 요할 위험성이 다른 의약품에 비하여 적다는 특수성과 고래로부터 전하여 온 한약의 판매에 관한 관행을 감안하여 일정한 요건 아래 약사의 조제 능력에 해당하는 혼합판매 능력을 한약업사에 게 부여하고 있다.

6. 한약업사는 약사법 제36조 제2항에 정한 바와 같이 환자의 요구가 있을 때에 기

성 한약서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매할 수 있을 것이나, 위 조제 능력의 범위를 넘어 진찰이나 치료 등 한의사에게 부여된 한방의료행위까지 할 수는 없다고 한다.

7. 따라서 한약업사가 독자적인 진단과 판단에 의한 처방에 따라 한약을 조제한 행위는 한약업사에게 허용된 한약 혼합판매에 부수된 행위가 아니고 한방의료행위에 해당한다.

2) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91도2348 판결 [공1992. 2. 1. (913), 554]

1. 약사법 제21조 제1항 소정의 의약품의 “조제” 라고 함은 일정한 처방에 따라서 두 가지 이상의 의약품을 배합하거나 한 가지의 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누어 특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 것 등을 목적으로 사용되도록 약제를 만드는 것으로서, 한약을 혼합하여 특정인의 특정된 질병에 대한 약제를 만드는 것도 일반적으로는 위와 같은 조제의 개념에 포함된다.

2. 한약업사는 약사가 아니기 때문에 일반적인 의약품은 조제할 수 없는 것이 원칙이나, 한약은 보건위생상 특별한 주의를 요할 위험성이 다른 의약품에 비하여 적다는 특수성과 고래로부터 전하여 온 한약의 판매에 관한 관행을 감안하여 약사법 제36조 제2항이 일정한 요건 아래서 약사의 조제능력에 해당하는 혼합판매능력을 한약업사에게 부여한 것이므로, 한약업사가 자신의 독자적인 판단에 기한 처방에 따라 임의로 한약을 혼합하여 의약품을 조제하는 행위는 허용되지 않는다.

3. 한약업사가 환자의 요구가 있을 때에 기성 한약서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매하는 행위는 법에 의하여 허용되는 행위로서, 이와 같은 행위를 한 한약업사를 약사법 제21조 제1항의 규정에 위반한 자로 보아 약사법 제74조 제1항 제1호에 의하여 처벌할 수 없다.

3) 서울고법 1990. 4. 27. 선고 90노200 제1형사부판결 : 확정 [하집1990(1), 509]

1. 한약업사가 한약을 혼합판매할 수 있는 경우인 약사법 제36조 제2항의 소정의 “환자의 요구가 있을 때”라 함은 환자가 나환된 질병에 대한 치료약을 요구거나 이미 복용한 바 있는 약제 또는 한의사의 처방전에 의하여 구입, 복용하기를 원할 때를 의미한다.

2. 한약업사는 환자가 요구한 경우에도 기성 한약서에 수재된 처방이나 한의사의 처방전에 따라 한약을 혼합판매할 수 있을 뿐, 이에 근거하지 아니한 조제 또는 혼합 판매는 허용되지 아니한다.

3. 한약업사가 환자의 체질이나 병증에 따라 약제를 가감하는 등 기성 한약서에 수재된 처방을 임의로 변경하여 혼합판매할 수 없는 것이므로 비록 사실상 또는 관행상 한약업사들이 환자들에게 문진이나 촉진 등을 통하여 증상·병세 등을 파악한 뒤 한약을 조제·판매하고 있다 하더라도 이로써 그 행위가 정당화 또는 합법화되는 것은 아니다.

4. 한약업사시험의 자격

1) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91누6863 판결 [공1992. 6. 15. (922), 1742]

1. 약사법시행령 제27조 소정의 '교육부장관이 고등학교를 졸업한 자와 동등 이상의 학력이 있다고 인정한 자'에 교육법 시행령 제81조 제1항에 의하여 상급학교 입학에 있어 고등학교를 졸업한 자와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자가 포함되는지 여부에 대하여 약사법 시행령 제27조의 규정에 의하면 고등학교 이상의 학교를 졸업한 자 또는 교육부장관이 이와 동등 이상의 학력이 있다고 인정하는 자에 한하여 한약업사시험의 응시자격이 부여되는 것이다.

2. 교육관계 법령 및 위 약사법시행령의 입법취지에 비추어 볼 때 약사법 시행령 제27조 소정의 교육부장관이 고등학교를 졸업한 자와 동등 이상의 학력이 있다고 인정하는 자에는 교육법 시행령 제81조 제1항에 의하여 상급학교 입학에 있어 고등학교를 졸업한 자와 동등 이상의 학력이 있다고 인정되는 자도 포함된다고 하였다.

3. 따라서 교육법시행령(1997. 12. 31. 개정 대통령령 제15598호)에 의하면 1. 고등학교졸업학력검정고시에 합격한 자, 2. 교육부장관이 지정하는 학교를 졸업한 자, 3. 외국 또는 군사분계선이북지역에서 12년 이상의 학교교육의 과정을 수료한 자, 4. 한국과학기술원학사규정 제16조 제1항 제3호에 해당하는 자로서 과학기술대학의 입학전형에 합격하여 등록한 자, 5. 교육부장관이 지정하는 사회교육시설에서 고등학교 교육과정에 상응한 교육과정을 이수한 자, 6. 소년원법 제29조 제4항의 규정에 의하여 고등학교의 교육과정을 이수한 자와 동일한 자격을 가진 자가 이에 해당한다.

4. 초·중등교육법 시행령(2003. 1. 29. 개정 대통령령 제17895호) 제98조는 위 규

정에 7. 종전의 교육법에 의한 실업고등전문학교에서 3학년 이상을 이수한 자를 포함시키고 있다.

2) 대법원 1986. 9. 9. 선고 86누177 판결 [공1986, 1408]

약사법시행령 제27조 소정의 5년의 경력기간은 고등학교 졸업이상의 학력을 쌓은 자가 이를 바탕으로 5년 이상 한약취급업무에 종사하였음을 의미하고 고등학교 졸업 전후를 통하여 5년 이상의 경력이 있음에 불과한 자는 이에 해당하지 않는다.

5. 한약업사의 자격인정서 교부청구권

대법원 1991. 2. 12. 선고 90누6422 판결 [공1991. 4. 1. (893), 1000]

1. 한약업사시험에 응시할 수 있는 자는 5년 이상 한의원 또는 한약업소에서 한약취급업무에 종사한 경력이 있어야 한다는 약사법시행령 제27조 소정의 응시자격을 증명하기 위하여 원고가 제출한 경력증명서의 내용이 신빙성이 없다는 이유로 피고 도지사가 원고에 대하여 한약업사시험 불합격 처분을 한 경우, 설사 위 경력증명서의 내용이 사실에 부합하는 것이었다고 하여도 피고가 한 불합격처분이 당연무효라고 할 수 없다.

2. 원고가 위 시험의 필기나 실기시험에서는 합격에 필요한 점수를 획득하였다고 하여도 마찬가지라고 할 것이다.

3. 약사법에서 인정하는 한약업사는 한약업사시험에 합격하고 도지사로부터 의약품 판매허가를 얻어야 될 수 있는 것이다.

4. 원고가 위와 같은 이유로 불합격처분을 받았다면 시험에 응시하면서 제출한 경력증명서의 내용이 사실에 부합하는 경우라고 하여도 위 시험에 불합격되었고 이 불합격처분에 대하여 쟁송을 제기한 바 없으며 피고 도지사로부터 한약업사허가를 받은 바도 없이 한약업사 자격인정서의 교부를 청구할 권리가 있다고 할 수 없다.

6. 한약업사시험의 합격과 한약업사 허가

대법원 1989. 11. 10. 선고 89누2158 판결 [공1990. 1. 1(863), 45]

1. 약사법에서 인정하는 한약업사는 무약면 해소를 위해서 병원 등 의료시설이나 약국이 없는 면에 한정하여, 당해 면에서 의약품의 판매업을 할 수 있는 자로서 허가 예정지역별로 시행하는 한약업사 시험에 합격하고 서울특별시, 부산시장 또는 도지사로부터 의약품판매허가를 얻은 자를 의미한다.

2. 한약업사 시험에 합격했다는 것만으로는 한약업사의 자격이나 다른 별개의 법적 지위가 생기는 것은 아니므로 도지사 등의 한약업사 허가를 확정적으로 받지 못하게 되면 동법 소정의 한약업사는 되지 못한다.

7. 한약업사 허가권자와 허가의 지역적 범위

1) 대법원 1988.9.27. 선고 87누405 판결 [공1988.11.1. (835), 1348]

1. 한약업사의 영업소이전허가에 관한 근거규정인 약사법시행규칙 제24조는 같은 법 제35조 제3항, 제37조 제2항에 바탕을 둔 것이고, 서울특별시행정권위임조례는 지방자치에 관한 감시조치법 제5조의2에 근거를 둔 것으로서 같은 조례 제5조 제17호에 의하면 약사법 제35조에 관한 권한이 보건소장에게 위임되어 있으므로 결국 한약업사의 영업소이전에 관한 허가권은 보건소장에게 적법하게 위임되었다고 볼 것이다.

2) 대법원 1989.9.12. 선고 89누1452 판결 [공1989.11.1. (859), 1513]

1. 약사법 제35조, 제37조 제2항, 같은법 시행령 제29조, 제30조 제1항 제5호, 제31조 제1항, 구 약사법시행규칙(1983. 12. 30. 보사부령 제737호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항 제2호, 제23조, 제24조 제2항의 규정들을 종합하면, 한약업사의 자격은 처음부터 영업허가예정지역을 정하여 치루어진 자격시험에 합격한 자에게 주어지고, 종합병원, 병원, 의원, 한방병원, 한의원, 약국 또는 보건지소가 없는 면에 한하여 1인의 한약업사를 허가할 수 있다.

2. 한약업사의 영업소는 그 수급조절 기타 공익상 필요하다고 인정되는 경우에 도지사의 허가를 얻어 당초 허가된 영업소의 소재지를 관할하는 도지사의 관할구역내에 있는 다른 면으로만 이전이 가능하고 그 관할구역을 벗어나 다른 도지사나 서울특별시 등 관할구역으로 이전하는 것은 허용되지 않는다.

3. 한약업사의 영업을 전항과 같이 일정지역에 한정하여 허가하는 것은 결국 국민

건강의 유지·향상이라는 공익상의 목적달성을 위하여 불가변하고, 한약업사의 시험은 처음부터 영업허가예정지역을 정하여 치루어지고 그 응시자도 이와 같은 사정을 잘 알고 있었을 터이므로 약사법 제37조 제2항의 규정이 헌법 제11조의 평등의 원칙에 위반되는 것이라고 할 수 없다.

8. 한약업사 허가취소와 청문절차

대법원 1986. 10. 28. 선고 86누106 판결 (공1986. 12. 15. (790), 3137)

대법원은 구 약사법(1973. 3. 13 법률 제2611호로 개정되기 전의 것) 제69조 제1항 제3호, 동법시행규칙(1973. 7. 11 보건사회부령 제416호로 개정되기 전의 것) 제24조, 제54조에 의하여 한약업사허가처분 취소를 함에 있어서 동법 제69조의2에서 규정한 청문절차를 거치지 아니하였다 하더라도 그 위법은 처분의 무효를 가져오는 중대하고 명백한 것이라고 할 수 없다고 한다.

9. 한약업사와 관련된 헌법소원

헌법재판소 1991. 9. 16. 89헌마163 全員裁判部

(1) 사실개요

1. 청구인은 1972. 1. 4. 전라북도지사가 실시한 한약업사 자격시험에 합격하여 1976. 12. 15. 한약업사의 허가를 받은 후 한약업사로 종사하여 온 청구인이 약사법 제2조 제5항은 "의약품"과는 별도로 "한약"을 정의하고 있으므로 한약은 의약품에 포함되지 아니하고, 약사법 제36조 제2항의 "한약의 혼합판매"란 "의약품의 조제"와는 구분되는 개념으로 이는 한약업사만이 할 수 있다고 주장하면서 다음과 같이 헌법소원을 제기하였다.

(2) 청구인의 주장

1. 청구인은 약사가 한약을 혼합판매하는 것은 한약업사의 권리를 침해하는 것으로 허용되지 아니한다고 하면서 한약업사 아닌 자의 한약판매행위에 대하여 별도로 이를

금지하거나 처벌하는 규정을 두지 아니한 것은 입법부작위에 의한 청구인의 평등권 및 직업선택 자유의 침해이고, 헌법 제36조 제3항 소정의 보전에 관하여 국가의 보호를 받을 국민의 기본권을 침해하는 행위라고 주장하였다.

2. 또한 의약품이 아닌 한약을 대한약전에 수록함으로써 한약도 의약품으로서 약사가 조제판매 할 수 있는 근거를 부여하여 청구인의 평등권, 행복추구권 및 직업선택의 자유를 침해하였다.

3. 한의사의 처방전에 의한 약사의 한약조제판매를 허용하고 있는 약사법 제23조 제1항·제2항, 약사법시행규칙 제7조의2는 청구인의 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

4. 한약업사를 의약품판매업자로 규정한 약사법 제35조 제2항, 제36조 제1항은 의약품이 아닌 한약도 약사 등이 판매할 수 있는 근거가 되어 청구인의 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

5. 한약업사의 허가지역을 제한하고 있는 약사법 제37조 제2항은 청구인의 평등권과 직업선택의 자유 및 거주이전의 자유를 침해하는 것이다.

6. 약사법시행령 제26조 소정의 한약업사시험을 1983년이래 실시하지 않고 있는 것은 한약업사가 되려는 자의 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는 것이라고 주장하였다.

(3) 헌법재판소의 결정

1. 이에 대하여 헌법재판소는 행정권력의 부작위에 대한 소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다고 할 것이며, 따라서 의무위반의 부작위 때문에 피해를 입었다는 단순한 일반적인 주장만으로는 족하지 않다고 할 것이므로 기본권의 침해없이 행정행위의 단순한 부작위의 경우는 헌법소원으로서 부적법하다고 할 것이다.

2. 현행 약사법은 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 국민보건향상이라는 공공복리를 고려하여 합목적적으로 정할 재량사항으로 헌법의 기본가치를 도외시한 재량권 일탈의 입법이라고는 할 수 없을 것이다. 따라서 이로 인하여 한약업사의 직업행사의 자유나 거주이전의 자유 등 어떠한 기본침해의 가능성이 성립할 수 없을 것이고, 그 보호를 위한 헌법상의 약사단속청구권이 발생할 여지가 없는 것이라고 할 것이다. 그

렇다면 그에 대응하는 단속해야 할 작위의무의 성립을 전제로 한 단속부작위 청구부분의 나머지 쟁점에 대해 살필 필요도 없이 부적법하다고 할 것이다.

3. 한약업사시험 불실시에 관한 소원청구부분에 대하여 오랫동안 시험실시를 하지 않고 있다 하더라도 이에 의하여 이미 한약업사의 허가를 받은 청구인 자신의 기본권에 어떠한 소장이 될 사유가 발생한 것은 아니라고 할 것이므로 결국 이 부분 청구는 기본권침해의 자기관련성이 없는 것이라고 볼 것이라고 하면서 청구인의 심판청구 모두를 부적법하다고 하여 각하하였다.

헌법재판소 1991. 9. 16, 89헌마231 全員裁判部

(1) 사실개요

1. 청구인은 1986. 1. 18. 서울특별시시장에게 한약업사영업소이전허가신청을 하였으나, 서울특별시장은 약사법 제37조 제2항, 약사법 시행규칙 제24조의 규정에 따라 한약업사 영업소의 이전허가는 지방 도지사의 허가지역 관내로 국한하고 있으므로 서울특별시 이외의 도에서 서울특별시 관내로 한약업사의 영업소이전을 허가할 수 없다는 이유로, 위 이전허가신청을 반려하였다.

2. 청구인이 위 이전허가신청반려처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고 상고심인 대법원에 위 사건 재판의 전제가 되는 약사법 제37조 제2항에 대한 위헌심판제청신청을 하였으나 1989. 9. 12. 위 신청이 기각되었다.

3. 이에 청구인은 같은 해 9. 27. 위 기각결정을 송달 받고 같은 해 10. 11. 헌법재판소법 제69조 제2항에 따라 약사법 제37조 제2항의 위헌여부에 관하여 다음과 같은 이유로 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 청구인의 주장

1. 약사법 제35조 제2항은 한약업사나 의약품도매상의 허가를 받은 자는 약사가 아니라도 의약품을 판매할 수 있도록 규정하고 있으며, 약사법 제36조 제1항은 한약업사와 의약품도매상을 동격으로 규정하여 의약품판매업을 허용하고 있다.

2. 그런데 약사법 제37조 제2항은 한약업사의 경우에만 약사 또는 의약품도매상과 달리 지역적 제한을 두고 있고, 약사법과 대응되는 의료법 제2조에 열거되어 있는 의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사 등의 면허기준이나 의료법 제68조에 규정된 침사, 구

사, 접골사 등의 자격, 인가규정에도 이러한 지역제한요건을 두고 있지 아니하다.

3. 한편 약사법 제2조는 의약품과 한약을 구분하고 있어서 의약품의 개념에 한약이 포함되어 있지 아니하며, 이를 전제로 하여 약사법 제36조 제2항은 한약업사에 한하여 한약혼합판매를 할 수 있도록 규정하고 있으므로 한약의 수요가 있는 한 어디에서나 영업을 할 수 있도록 하여야 함이 마땅하다.

4. 그럼에도 불구하고 위 법률조항이 유독 한약업사의 영업소만을 지역적으로 제한하고 있는 것은 부당한 차별로서 헌법 제11조의 평등원칙에 위배된다.

5. 또한 한약업사의 영업장소를 제한하고 있는 약사법 제37조 제2항은 헌법 제14조가 보장하고 있는 거주이전의 자유의 본질적인 내용을 침해하고 있으며, 자유경쟁을 기본으로 하는 자본주의 경제체제하에서 보장되는 헌법 제15조 소정의 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

(3) 헌법재판소의 결정

1. 헌법재판소는 약사에게는 약사시험이 약사자격을 인정하는 면허시험이지만, 한약업사의 시험합격은 영업허가를 위한 하나의 요건에 불과한 것이라고 하면서 현행 약사법체계상 한약업사의 지위는 약사가 없는 제한된 지역에서 약사업무의 일부를 수행하는 보충적인 직종에 속하는 것으로 보여지고, 이와는 달리 의약품 가운데에서 한약만을 독자적으로 분류하여 그 조제·판매권을 한약업사에게 전속적·배타적으로 부여하고 있는 규정은 찾아볼 수 없다.

2. 따라서 한약업사가 영업지 제한의 규제를 받는 것이 그의 거주이전의 자유 또는 직업선택의 자유를 제한하는 것이거나 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

3. 현행 약사법 체계 문제는 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 국민보건향상이라는 공공복리를 고려하여 합목적적으로 정할 입법정책상의 재량사항에 속하는 것이다. 그러므로 현행 약사법 및 그 관계규정이 양약과 한약의 조제·판매업을 양분하는 입장을 취하지 아니하고 그와 달리 약사를 약사법상 한약을 비롯한 의약품일반의 원칙적인 조제·판매권을 갖는 자로 정하되 예외적으로 한약업사에게 한약의 혼합판매권만을 인정하고 있고, 이러한 한약업사를 약사법상 그 취급업종이 달라 일정한 주관적 자격이나 시험을 필요로 하지 않는 의약품도매상이나 규제대상이 다른 의료법상의 의사 등 의료인의 경우와 다르게 취급하고 있다고 하여 이러한 입법태도를 국민의 기본권보장 등에 관한 헌법의 기본가치를 도외시킨 재량권일탈의 입법이라고는 할 수 없을 것

이다.

4. 그러므로 한약업사의 허가 및 영업행위에 대하여 지역적으로 제한을 가한 내용의 약사법 제37조 제2항은 헌법 제11조의 평등의 원칙에 위배된다거나 헌법 제14조의 거주이전의 자유 및 헌법 제15조의 직업선택의 자유 등 기본권을 침해하는 것으로 볼 수 없어 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로 위헌이 아니라고 하였다.

VI. 결론

역사적으로 살펴보면, 삼국 시대부터 조선시대에는 지금의 한의원과 한약방이 혼용된 형태로 유지되어 오다가 1912년 한의사는 의생, 한약업사는 한약종상으로 명칭을 바뀌었다. 그 후 1952년 국민의료법에 의하여 한의사는 부활되어 현재 활성화되고 있다. 그러나 한약방인 한약종상은 1952년 12월 약사법에 의하여 한약종상으로 유지되었고, 1971년에는 한약업사로 명칭변경만 되고 말았다. 한약업사는 1983년 이후 자격시험조차 실시되지 않고 있어 제도적 부활을 하지 못하고 있을 뿐 아니라 현재에 이르러서는 그 존재마저도 명멸의 위기에 처해있다. 한약업사는 의사, 한의사, 약사, 간호사, 조산사 등 의료인과 같이 그 나름대로 국민의 신체와 생명, 나아가 건강 및 복지후생을 담당하고 있는 것에서 그 존재이유가 있다. 또한 최근 삶의 질을 향상시키기 위한 웰빙바람이 불고 있고, 이에 따라 대체의학 및 보완의학의 존재가치가 관심의 대상이 되고 있어 한약업사 자격시험에 대한 부활 열망이 커지고 있다. 또한 한약산업의 성장가능성을 고려할 때 지금의 한의사만으로는 한약산업을 부활시키기에 역부족이기 때문에 한약업사의 자격시험을 부활하여 재야 한약방을 제도권으로 흡수하여야 한다. 그런 의미에서 이제 정부와 지방자치단체는 1983년 이후 뚜렷한 이유가 없이 전혀 실시되지 않고 있는 한약업사 시험을 약사법 시행령에 근거하여 즉각 실시하는 결단을 내려야 할 것이다.