

의료인의 자가 투약 관련 약사법 쟁점

박 성 민*

I. 들어가며

II. 의료인의 의약품 취득과 자가 투약에 따른 범죄 성립 여부

1. 의료인에게 의약품을 판매한 의약품공급자 형사처벌 가능성
2. 자가 투약을 위해 의약품을 취득한 의료인 형사처벌 가능성

III. 의료인의 의약품 조제와 자가 투약에 따른 범죄 성립 여부

1. 약사법상 조제에 관한 법제처와 법원 판결들의 입장
2. 자가 투약 행위에 조제 행위가 수반되는지 여부
3. 일반인의 자가 투약 행위와 의료인의 자가 투약 행위의 비교

IV. 나가며

I. 들어가며

우리나라 약사법과 의료법은 의사, 치과의사 및 한의사(이하 편의상 ‘의료인’이라고 한다)¹⁾가 의약품을 스스로에게 투약하더라도 비의료인과 마찬가지로 의료인의 처방을 받아서 약사나 한약사의 조제를 받는 것을 전제로 하고 있다.²⁾ 그런데 의료인 또는 의료기관³⁾이 제약회사나 의약품 도매상(이하 ‘의

* 논문접수: 2023. 9. 3. * 심사개시: 2023. 9. 12. * 게재확정: 2023. 9. 22.

* 변호사, 법학박사, HnL 법률사무소

* 이 논문은 2023년 대한의료법학회-검찰 춘계공동학술대회(2023. 6. 17.)에서 발표한 발표문을 수정, 보완한 것이다.

1) 의료법상 의료인은 보건복지부장관으로부터 면허를 받은 의사, 치과의사, 한의사, 조산사 및 간호사를 말한다(의료법 제2조 제1항). 이 글에서 의료인은 이 중 의사, 치과의사, 한의사를 의미한다.

2) 가령, 서울행정법원 2002. 4. 18. 선고 2002구합3089 판결(미항소로 확정)은 원고들이 의료인의 지위에서 처방전 없이 비만치료제를 구입하여 자가 투약한 행위는 위법하다고 판단하였다.

3) 의료법상 의료기관은 의료인이 공중 또는 불특정 다수인을 위하여 의료업을 하는 곳을

약품공급자'라고 한다)으로부터 의약품을 취득하여 보관하고 있던 중 의료인이 일반적인 의료인의 처방, 약사나 한약사의 조제 단계를 거치지 않고 의약품을 스스로에게 투약한 경우(이하 '자가 투약 행위'라고 한다)가 있다. 의료인은 비의료인과 달리 약사법상 허용되는 예외적인 경우 직접 조제를 위해 의약품을 취득할 수 있는 특별한 법적 지위에 있는데 이를 남용하는 것이다. 이것이 허용되는지 문제가 될 수 있다. 이 글에서는 의료인의 자가 투약 행위에 관한 약사법상 쟁점을 검토한다.

II. 의료인의 의약품 취득과 자가 투약에 따른 범죄 성립 여부

의료인이 자가 투약 행위를 위하여 의약품을 취득하였을 때 의료인에게 의약품을 판매한 의약품공급자와 의료인의 형사처벌 가능성을 검토한다. 의료인은 약사법상 허용되는 직접 조제를 위한 경우 의약품을 판매할 수 있으나 그 외의 경우 약사법상 의약품을 판매하는 것이 허용되지 않는다. 의료인이 자가 투약 행위 등 약사법상 허용되는 직접 조제가 아닌 다른 목적으로 의약품을 취득함을 알면서도 의약품을 판매한 의약품공급자는 형사처벌될 수 있다. 자가 투약을 위해 의약품을 취득한 의료인은 형법상 사기죄에 해당할 수 있다.

1. 의료인에게 의약품을 판매한 의약품공급자 형사처벌 가능성

가. 약사법 제47조 제1항 제1호 나목에 따른 형사처벌 가능성

(1) 약사법 제47조 제1항 제1호 나목의 적용 여부

약사법 제47조 제1항 제1호 나목에서는 의약품공급자가 약국개설자, 안전상비의약품 판매자, 한약업사, 다른 의약품 도매상, 그밖에 이 법에 따라 의약

말한다(의료법 제3조 제1항). 이 글에서는 서술의 편의상 구분이 필요한 경우가 아니면 의료인과 의료기관을 통칭하여 의료인이라고 칭한다.

품을 판매할 수 있는 자 외의 자에게의 의약품 판매를 할 수 없다고 규정하고 있다. 만약 의료인이 약사법에 따라 의약품을 판매할 수 있는 자가 아니라면 의약품공급자가 의료인에게 의약품을 판매하는 것은 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반에 해당하여 형사처벌될 수 있다.⁴⁾

(2) 의료인이 약사법에 따라 의약품을 판매할 수 있는 자인지 여부

의료인이 자가 투약을 위해 의약품을 취득할 때 의약품을 판매한 의약품공급자가 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반죄에 해당하려면 우선 해당 의료인이 약사법에 따라 의약품을 판매할 수 있는 자이어야 한다. 긍정론도 있으나 부정론이 타당하다.

(가) 부정론 - 판매할 수 있는 자가 아님

약사법 제44조 제1항에서는 약국개설자가 아니면 의약품을 판매하거나 판매할 목적으로 취득할 수 없도록 하고 있다. 약사법 제44조 제1항 단서와 제2항에서는 예외(안전상비의약품 판매자, 한약업사, 의약품 도매상 등)를 정하고 있는데 여기에 의료인이 없다. 약사법 제44조에 의하면 의료인은 의약품을 판매하거나 판매할 목적으로 취득할 수 있는 자가 아니다.

(나) 긍정론의 논거와 비판

약사법 제23조 제1항은 약사 및 한약사가 아니면 의약품을 조제할 수 없도록 규정하고 있다. 그러나 약사법 제23조 제4항은 응급환자, 입원환자, 주사제를 주사하는 경우 등 의사 또는 치과의사가 직접 조제할 수 있는 예외를 제1호부터 제14호까지 정하고 있다. 구 약사법(법률 제8365호, 2007. 4. 11.) 부칙 제8조에서는 한의사가 직접 조제할 수 있는 예외를 정하고 있다. 그에 따라 의

4) 약사법 제95조 제1항 제8호. 서울북부지방법원 2021. 10. 15. 선고 2021노273 판결에서는 의약품 도매상이 임상병리사 또는 간호조무사 자격을 가진 사람(의사나 치과의사, 한의사가 아님) 등에게 알부민 영양주사제 등을 판매한 것에 대하여 약사법 제47조 제1항 위반죄를 인정하였다.

료인이 직접 조제할 수 있는 경우에는 판매도 할 수 있다고 해석하여야 한다는 견해가 있다.⁵⁾ 이러한 견해에서는 직접 조제 시 판매를 할 수 있다고 규정하지 않은 것은 입법의 불비라고 볼 것이다. 행정의 합목적성이라는 측면에서는 이런 해석도 설득력이 있다. 과거 입법 연혁이나 행정 실무, 법원의 판결을 보아도 그렇다. 과거 약사법을 개정하여 의료인의 직접조제를 허용하는 경우를 추가하였을 때 개정이유는 환자가 처방받은 의료기관에서 의약품을 구매할 수 있도록 한 것이었다.⁶⁾ 의약분업 당시 보건복지부의 편람을 보아도 직접 조제 시 판매할 수 있음을 전제로 하고 있다.⁷⁾ 국민건강보험은 의료인이 약사법에 따라 직접 조제하여 판매한 경우 의료인에게 해당 의약품 판매 대금에 관한 요양급여를 지급하고 있다.⁸⁾ 우리나라에서 의료인이 직접 조제를 할 수 있는 경우 판매까지 하였다고 하여 제재를 한 사례는 전혀 없다. 대법원이나 헌법재판소 역시 이를 당연한 전제로 받아들이고 있는 것으로 보인다.⁹⁾ 이를 보다 명시적으로 언급한 하급심 판결도 있다.¹⁰⁾

그러나 위 견해의 해석은 약사법 제44조의 문언해석 범위를 벗어난다. 법 개념으로서의 조제¹¹⁾에는 판매가 포함되지 않는다. 입법취지를 해석함에 있어

5) 이재현, 『약사법 해설』, 테일리팜, 2011., 298면. 법률상의 신뢰보호와 법적 안정성에 혼란을 주지 않기 위하여 조제 가능에 판매 가능이 포함된다는 해석을 해야 한다고 한다.

6) 구 약사법(시행 2000. 7. 1., 법률 제6153호, 2000. 1. 12. 일부개정) 개정이유를 보면, 의약분업에 따른 국민의 불편을 최소화하기 위하여 의사 또는 치과의사가 직접 조제할 수 있는 경우를 추가하는 내용이 있다. 국민의 불편을 최소화한다는 것은 의사 또는 치과의사의 직접 조제를 허용해서 환자가 외부에 있는 약국에 가지 않고 의료기관에서 의약품을 직접 받을 수 있도록 한다는 의미이다.

7) 보건복지부, 의약분업 종합 편람(2000. 6.), 40.에서는 의료기관에서 진단 및 처치 과정에 사용하는 의약품 외에 환자에게 의약품을 판매하는 것은 인정되지 않는다고 한다.

8) 국민건강보험법 제41조 제1항 제2호.

9) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006도4418 판결, 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2013헌바422 결정.

10) 서울중앙지방법원 2020. 1. 23. 선고 2019노2648 판결은, 의료인의 의약품 직접 조제가 가능할 경우에는 판매가 위법하지 않음을 전제로, 자신은 직접 조제를 하였으니 판매가 위법하지 않다는 피고인의 항변에 대하여 피고인이 조제를 한 것이 아니라는 이유로 피고인의 항변을 배척하였다.

11) 약사법 제2조 11. “조제”란 일정한 처방에 따라서 두 가지 이상의 의약품을 배합하거나 한 가지 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누어서 특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적으로 사용하도록 약제를 만드는 것을 말한다.

서도 입법의 불비가 아니라 반대로 의료인이 의약품 판매를 할 수 없음을 명확히 하려는 입법 의도라고 보는 의견도 있을 수 있다. 의약분업 정책의 목표는 의사 조제와 약사 처방 그리고 전문의약품의 비전문적 판매 및 공급을 법적 제도적으로 금지함으로써 의약품 오남용을 방지하고자 하는 것이기 때문이다.¹²⁾ 약사법 제47조 제1항 제2호 및 동법 시행령 제32조와 별표 1의2에서 의약품공급자가 의료인에게 의약품을 판매할 수 있는 예외로 약사법 제23조 제4항 제12호¹³⁾와 구 약사법(법률 제8365호, 2007. 4. 11.) 부칙 제8조에 따라 의료인이 사회봉사활동을 하는 경우만을 규정하고 있는 것도 그러한 취지라고 해석 할 수 있다.

(3) 약사법상 허용되는 직접 조제를 위한 의약품 판매, 취득의 위법성 조각

약사법상 의료인은 의약품을 판매할 수 있는 자가 아니다. 그러므로 의약품 공급자가 의료인의 직접 조제 목적으로 의료인에게 의약품을 판매한 경우 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 및 동법 제95조 제1항 제8호를 위반하였다(구성요건 해당성).¹⁴⁾ 하지만 형법 제20조 정당행위에 해당해서 위법성이 조각된다. 법령에 따른 정당행위로 볼 수 있는 근거는 약사법 제23조 제4항 및 구 약사법(법률 제8365호, 2007. 4. 11.) 부칙 제8조의 직접 조제 허용 조항과 약제의 지급을 요양급여의 하나로 규정하고 의료인이 약사법에 따라 직접 조제한 경우 의료인에게 요양급여를 지급하는 국민건강보험법 제41조 제1항 제2

12) 박일제, 「한국의 의약분업정책 평가에 관한 실증적 연구」, 석사학위논문, 연세대학교 행정대학원, 2002., 7면.

13) 약사법 제23조 제4항에는 의사나 치과 의사가 직접 조제할 수 있는 경우가 20개 호(시행령 포함)로 규정하고 있으나 약사법 시행령 별표 1의2에서는 그 중 제12호만 의약품공급자가 판매할 수 있는 경우로 규정되어 있다. 제12호를 제외한 나머지 직접 조제 가능 사유의 경우 의약품공급자가 의사나 치과 의사에게 의약품을 판매할 수 있는 예외로 규정되어 있지 않다.

14) 다만, 약사법 제47조 제1항 제2호 및 동법 시행령 제32조, 별표 1의2에 따라서 의사나 치과 의사, 한의사가 사회봉사활동을 위하여 의약품을 구입한 경우에는 의약품공급자가 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반의 구성요건에 해당하지 않는다.

호이다. 직접 조제 시 당연히 판매도 함께 해온, 오랫동안 유지되어온 우리나라 보건의료 실무에 비추어보면 업무 또는 사회상규에 의한 정당행위로 볼 수도 있다.

직접 조제할 수 있으니 판매도 할 수 있다는 해석을 하면 의약품공급자가 의료인에게 의약품을 판매하는 것은 자가 투약의 경우를 포함하여 언제나 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반이 아니라는 이론구성이 가능하다.¹⁵⁾ 그러나 본고의 입장과 같이 해석하면 의약품공급자가 의료인에게 의약품을 판매한 것은 언제나 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반이다(구성요건 해당성). 하지만 약사법상 허용되는 직접 조제 목적인 경우에 한하여 위법성이 조각된다. 이것이 약사법 문언에 부합할뿐더러 의료인이 자가 투약 등 약사법상 허용되지 않는 목적으로 의약품을 취득하는 경우 제재함으로써 구체적 타당성을 기할 수 있다.

나. 알면서도 의료기관에 의약품을 판매한 의약품공급자의 경우

의료인이 직접 조제할 수 있는 예외적인 경우를 위하여 의약품을 취득하려는 것이 아닌데 의약품공급자가 이를 알았다면 의약품공급자가 의료기관에 의약품을 판매하는 것은 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반에 해당한다. 예를 들어 다음과 같은 경우가 그러하다.

(1) 한의사가 한약이나 한약제제가 아닌 의약품을 취득하는 경우

한의사는 자신이 치료용으로 사용하는 한약 및 한약제제¹⁶⁾를 직접 조제하는 경우 조제할 수 있다.¹⁷⁾ 한약이나 한약제제가 아닌 의약품의 경우 한의사

15) 의료인이 약사법상 의약품을 판매할 수 있는 자로 해석하기 때문이다. 다만, 반드시 그런 것은 아니다. 직접 조제할 수 있으니 판매도 할 수 있다는 해석도 의약품공급자가 의료인에게 의약품을 판매하는 것이 위법하지 않은 것은 의료인이 직접 조제를 하기 위한 경우에만 한정된다는 해석이 불가능하지는 않다. 의료인은 약사법에서 허용하는 직접 조제를 하기 위한 경우에만 판매를 할 수 있기 때문이다.

16) 약사법 제2조 제6호 한약제제란 한약을 한방원리에 따라 배합하여 제조한 의약품을 말한다.

17) 구 약사법(법률 제8365호, 2007. 4. 11.) 부칙 제8조

가 직접 조제하거나 판매할 수 없다.¹⁸⁾ 경우에 따라서 면허된 것 외의 의료행위로 판매될 수도 있다.¹⁹⁾ 그러므로 만약 의약품공급자가 의사나 치과의사가 근무하지 않는 한의원 또는 한방병원에 한약이나 한약제제가 아닌 의약품을 판매한다면 그것은 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반에 해당하여 형사처벌이 가능하다.

감사원이 2014년 1월부터 2019년 8월까지 심평원 의약품시스템에 보고한 의약품 공급내역을 확인한 결과, 전국 한의원 5,773개에 스테로이드제 642,408개를 포함하여 국소마취제, 항생제 등 3,600,261개의 전문의약품이 공급된 것으로 확인되었다고 한다.²⁰⁾ 이런 경우 해당 의약품이 한약제제가 아니라면 한의원에 의약품을 판매한 의약품공급자가 약사법 제47조 제1항 제1호 위반에 해당한다. 다만, 실무적으로 어떤 의약품이 한약제제인지 여부가 분명하지 않은 경우가 있다면 의약품공급자가 한약제제임을 확인하였는지 여부 등을 고려해야 할 것이다.

이와 관련하여, 법률이 아닌 고시에서 생약제제²¹⁾와 한약제제를 준별하여 생약제제는 한의사의 한방 의료행위의 범위에서 제외하는 현재의 약사법령 체계가 적법한지/타당한지, 현재 약사법령의 생약제제/한약제제 구별 기준이 적법한지/타당한지 문제가 될 수 있다.²²⁾ 서양의학적으로나 한의학적으로 여러

18) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다250264 판결. 생약제제로 품목허가 신청을 해서 식약처장이 서양의학적 입장에서 안전성 및 유효성을 심사하여 품목허가를 한 이상 한의사는 해당 의약품을 처방, 조제할 수 없다고 판단하였다.

19) 대구지방법원 2013. 12. 26. 선고 2013노1982 판결. 피고인이 2012. 8. 13부터 2012. 11. 30. 사이에 피고인이 운영하는 한의원 침구실에서 등 부위에 일반의약품으로 지정되어 의사 면허를 가진 자만이 사용할 수 있는 플라젠시아 2ml 앰플 주사액을 주사기에 넣어 주사하였고, 2010. 2. 5.부터 2012. 12. 31.까지 봉주사요법을 시술하면서 전문의약품으로 지정되어 의사 면허를 가진 자만이 사용할 수 있는 리도카인 약물을 주사기에 봉침 약물 원액과 식염수, 건정 등과 함께 4cc 가량 혼합하여 넣고 환자들의 통증 주위에 주사하는 방법으로 의료행위를 하였다. 의료법 제27조 제1항 위반죄가 인정되었다.

20) 감사원, 『감사보고서-의약품 안전관리실태』, 감사원, 2020. 7., 56면.

21) 한약(생약)제제 등의 품목허가, 신고에 관한 규정 제2조 제2호 “생약제제”란 서양의학적 입장에서 본 천연물계제로서 한의학적 치료목적으로는 사용되지 않는 제제를 말한다. 다만, 천연물을 기원으로 하되 특정 성분을 추출·정제하여 제제화한 것은 생약제제로 간주하지 아니한다.

22) 서울행정법원 2014. 1. 9. 선고 2012구합42199 판결.

가지 깊이 있는 논의가 가능할 것이다.²³⁾ 그 논의에 따라 한의사가 처방할 수 있는 한약제제 등의 범위가 현재와 달라질 수도 있다. 그러면 한의사가 직접 조제할 수 있는 의약품의 범위가 달라지고 그에 따라 한의사가 판매할 수 있는 의약품의 범위도 달라진다. 그러나 이것은 본고의 논의 범위를 벗어난다.

(2) 치과의사가 치과 의료와 구강 보건지도와 무관함이 명백한 의약품을 취득하는 경우

치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도를 임무로 한다.²⁴⁾ 치과의사의 면허 범위를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다.²⁵⁾ 하지만 치과 의료와 구강 보건지도와 무관함이 명백한 의약품이 있다. 감사원이 모발용제, 발기부전 치료제, 백신류 등 치과 의료, 구강 보건지도와 관련이 있다고 보기 어려운 특정 전문의약품의 공급내역을 확인한 결과, 2014년 1월부터 2019년 8월까지 전국 치과 병의원 758개소에 모발용제 43,930개, 발기부전 치료제 19,675개, 백신류 514개 등 총 84,538개의 특정 전문의약품을 공급한 것으로 확인되었다.²⁶⁾ 치과의사가 모발용제(탈모 치료제)나 발기부전 치료제를 약사법에 따라 직접 조제할 수 있는 경우는 상정하기 어렵다.²⁷⁾ 의약품공급자가 치과의사에게 그런 의약품을 판매하였다면 약사법 제47조 제1항 제1호 위반에 해당할 수 있다.

(3) 의료인의 자가 투약 등을 알면서 판매하는 경우

의료인의 자가 투약 행위는 약사법에서 허용하는 직접 조제할 수 있는 경우에 해당하지 않는다. 만약 의약품공급자가 의료인이 자가 투약 등 직접 조제가 아닌 다른 목적으로 의약품을 취득하는 것을 알면서도 의약품을 판매한다면 그

23) 대법원 2022. 12. 22. 선고 2016도21314 전원합의체 판결.

24) 의료법 제2조 제2항 제2호

25) 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결.

26) 감사원(주 20), 53면.

27) 대구지방법원 서부지원 2023. 4. 14. 선고 2023고정54 판결은 치과의사인 피고인이 탈모와 관련하여 의료행위를 하는 것은 그 면허된 것 이외의 의료행위에는 해당한다고 판단하였다(다만, 처벌할 필요성이 없다고 보아 무죄로 판단함).

것은 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반에 해당할 것이다. 현실적으로 그런 경우가 드물 것이고 입증이 어렵겠지만 그런 경우가 없다고 단정할 수 없다.

2. 자가 투약을 위해 의약품을 취득한 의료인 형사처벌 가능성

의료인이 자가 투약을 위해 의약품을 취득한 경우 약사법상으로는 형사처벌 근거 조항이 없으나 형법상 사기죄에 해당할 수 있다.

가. 의약품 취득 규정 위반죄나 의료공급자의 판매 규정 위반 공범 성립 가능성

만약 의료인이 약사법상 허용되는 직접 조제와 다른 목적을 위하여 의약품을 판매하거나 판매할 목적으로 취득한다면 약사법 제44조 제1항 위반에 해당할 수 있다. 그러나 자가 투약에는 약사법상 판매²⁸⁾ 행위나 판매할 목적이 없으므로 의료인 자가 투약 행위가 약사법 제44조 제1항 위반이 될 수 없다. 2021. 7. 20. 신설된 약사법 제47조의²⁹⁾ 위반에도 해당하지 않는다.

의약품공급자가 의료인이나 의료기관에 의약품을 판매한 행위가 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반으로 인정되어 형사처벌된다고 가정하더라도 그 경우 의약품공급자로부터 의약품을 취득한 의료인이 공범이나 방조범으로 형사처벌될 수는 없다. 편면적 대항범에 대해 형법상 공범 규정이 적용되지 않기 때문이다.³⁰⁾

28) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2001도2479 판결은 약사법상 '판매'는 국내에서 불특정 또는 다수인에게 의약품을 양도하는 행위를 말한다고 한다.

29) 의약품 소비자가 약사법 제44조에 따라 의약품을 판매할 수 있는 자 이외의 자로부터 1. 스테로이드 성분의 주사제, 2. 에페드린 성분의 주사제, 3. 그밖에 제1호 및 제2호에 준하는 전문의약품으로서 총리령으로 정하는 의약품(에토미데이트 성분을 함유한 의약품)을 취득하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 이를 위반하여 의약품을 취득한 자에게는 100만 원 이하의 과태료를 부과한다(약사법 제98조 제1항 7의3).

30) 대법원 2001. 12. 28. 선고 2001도5158 판결.

나. 형법상 사기죄의 성립 여부

재물편취를 내용으로 하는 사기죄에서 기망으로 인한 재물의 교부가 있으면 그 자체로 피해자의 재산침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립한다. 이미 취득한 재물 또는 재산상의 이득을 사후에 변상하였다 하더라도 이는 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니하며, 상당한 대가가 지급되었다 하더라도 사기죄의 성립에는 영향이 없다. 따라서 재물을 편취하면서 선이자나 수수료 등의 명목으로 그 대가가 일부 지급된 경우에도, 그 편취액은 피해자로부터 교부받은 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부이다.³¹⁾

원전비리 사건에서 법원은 한수원에 납품하는 원전용 케이블이 시험기관에서 불합격 판정을 받게 되자 한수원, 시험업체, 한국전력기술 직원 등과 공모해 불합격으로 판정한 시험성적서를 위조하는 등으로 불량 케이블을 정상적인 케이블처럼 가장해 한수원에 납품한 것에 대하여 사기죄를 인정하였다.³²⁾ 원전비리 사건들 중에는 시험성적서를 위조하여 납품한 부품 등이 사후에 불량임이 확인된 것도 있지만 그렇지 않은 경우도 있는데, 불량임이 확인되지 않은 경우에도 사기죄가 인정되었다.³³⁾ 불량인 아닌 부품 등의 경우 급부에 상응하는 반대급부가 지급되었다고 볼 여지가 있다. 또한 확립된 판례는 소위 사무장 병원(비의료인이 개설한 의료기관)이 국민건강보험공단에 요양급여비용의 지급을 청구하여 지급받은 경우 의료기관의 개설인인 비의료인이 개설 명의를 빌려준 의료인으로 하여금 환자들에게 요양급여를 제공하게 하였다고 하여도 사기죄가 성립한다는 입장이다.³⁴⁾ 이때 의료인이 제공한 의료행위 자체는 의

31) 대법원 1995. 3. 24. 선고 95도203 판결, 대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결, 대법원 2017. 10. 26. 선고 2017도10601 판결.

32) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014도7359 판결.

33) 부산고등법원 2014. 7. 24. 선고 2014노180 판결.

34) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2014도11843 판결. 해당 판시는 이러하다. “국민건강보험법 제42조 제1항 제1호는 요양급여를 실시할 수 있는 요양기관 중 하나인 의료기관을 ‘의료법에 따라 개설된 의료기관’으로 한정하고 있다. 따라서 의료법 제33조 제2항을 위반하여 적법하게 개설되지 아니한 의료기관에서 환자를 진료하는 등의 요양급여를 실시하였다면 해당 의료기관은 국민건강보험법상 요양급여비용을 청구할 수 있는 요양기관에 해당되지 아니하므로 요양급여비용을 적법하게 지급받을 자격이 없다. 따라서 비의료인이 개설한 의료기관

료비에 상응하는 적절한 반대급부라고 볼 수 있어서 재산상 손해가 없다는 해석도 가능하지만 사기죄가 인정되었다.

의료인이 자가 투약을 위해 의약품공급자에게 의약품을 주문하는 할 때 구입 목적을 명시하지 않아도 의료인은 약사법상 허용되는 직접 조제가 구입 목적임을 묵시적으로 밝힌 것이다. 자가 투약 목적을 밝히지 않은 부작위는 약사법상 허용되는 직접 조제를 위하여 구매하려 한다고 취득 목적을 설명하는 작위와 마찬가지다.³⁵⁾ 만약 의료인이 허용되는 직접 조제가 아닌 다른 목적(예를 들어, 자가 투약 또는 인터넷 등 불법판매)으로 의약품을 취득하려 한다는 의사를 의약품공급자에게 명시적으로 밝혔다면 의약품공급자가 의약품을 판매하지 않았을 것임이 명백하기 때문이다.³⁶⁾ 의료공급자는 기망당하여 위법행위에 가담하는 판매를 함으로 해당 의약품에 관하여 다른 적법한 판매를 하지 못하게 된 것인데 이를 재산상 손해로 관념할 수 있다.

따라서 의료인이 자가 투약을 위해 의약품을 구매했다면 그것은 사기죄에 해당한다. 만약 의약품공급자의 판매 시점에는 의료인이 자가 투약 의사가 없었고 허용되는 직접 조제에만 사용하려는 의사였는데, 그 후 자가 투약을 한 것이라면 사기죄가 성립하지는 않을 것이다. 하지만 의료인이 계속적으로 의약

이 마치 의료법에 의하여 적법하게 개설된 요양기관인 것처럼 국민건강보험공단에 요양급여비용의 지급을 청구하는 것은 국민건강보험공단으로 하여금 요양급여비용 지급에 관한 의사결정에 착오를 일으키게 하는 것으로서 사기죄의 기망행위에 해당하고, 이러한 기망행위에 의하여 국민건강보험공단에서 요양급여비용을 지급받을 경우에는 사기죄가 성립한다. 이 경우 의료기관의 개설인인 비의료인이 개설 명의를 빌려준 의료인으로 하여금 환자들에게 요양급여를 제공하게 하였다 하여도 마찬가지이다.”

35) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94도1911 판결은, 피고인 2가 비록 이 사건 토지의 소유자로 등기되어 있다고 하더라도 자신이 진정한 소유자가 아닌 사실을 알게 된 이상, 이 사건 토지의 수용보상금을 수령함에 있어서 이 사건 토지를 수용한 기업자나 공탁공무원에게 그러한 사실을 고지하여야 할 의무가 있다고 보아야 할 것이고, 이러한 사실을 고지하지 아니한 채 수용보상금으로 공탁된 공탁금의 출금을 신청하여 이를 수령한 이상 기망행위가 없다고 할 수 없고, 또한 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상의 이득의 취득에 있고 상대방에게 현실적으로 재산상의 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 않는 것이므로(대법원 1987. 12. 22. 선고 87도2168 판결 참조), 토지수용의 법리상 기업자가 이 사건 토지의 소유권을 취득한다고 하더라도, 사기죄의 성립에 영향이 없다고 판단하였다.

36) 그런 경우 의약품공급자가 의약품을 판매한다면 의약품공급자는 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반으로 제재를 받을 수 있다.

품 자가 투약 행위를 하거나 취득한 의약품이 해당 의료기관에서 허용되는 직접 조제에 사용될 개연성이 낮은 경우 등 의약품 취득 당시에 이미 자가 투약 의사가 있었다고 볼 수 있는 사정이 있다면 사기죄가 성립할 수 있다.

III. 의료인의 의약품 조제와 자가 투약에 따른 범죄 성립 여부

의료인의 자가 투약 시 약사법상 조제 행위가 수반된다면 의료인은 약사나 한약사가 아니면서 조제를 한 것이므로 약사법 제23조 제1항 및 제93조 제1항 제3호 위반으로 형사처벌될 수 있다. 약사법상 조제의 의미를 살핀 후 의료인의 자가 투약 시 조제 행위가 수반되는지 여부 및 형사처벌 가능성을 검토한다.

1. 약사법상 조제에 관한 법제처와 법원 판결들의 입장

약사법 제2조 제11호에서는, “조제”란 일정한 처방에 따라서 두 가지 이상의 의약품을 배합하거나 한 가지 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누어서 특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적으로 사용하도록 약제를 만드는 것을 말한다고 규정하고 있다. 이하에서는 법제처와 법원 판결들에서 약사법상 조제 행위로 인정한 사례와 인정하지 않은 사례들을 살핀 후 약사법상 조제의 개념 요소를 파악하려 한다.

가. 약사법상 조제 행위로 인정한 사례들

법제처는 어떠한 행위가 약사법상 조제에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 의약품을 배합하거나 일정한 분량으로 나누는 육체적 작업으로서의 물리적 요소뿐만 아니라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적을 달성하기 위해 의사가 처방한 의약품의 종류와 투약량, 투약방법이 적절한지 여부, 의사의 처방이 의약품의 배합금기에 위반되는지 여부, 대체조제가 가능한 경우인지 여부 등에 대한 검토를 거쳐 최종적으로 투약할 의약품의 종류와

용량, 용기 등을 판단하는 정신적 작업으로서의 의사결정적 요소까지 고려하여야 한다고 보았다.³⁷⁾

서울행정법원 2002. 4. 18. 선고 2002구합3089 판결(미항소로 확정)은 원고들이 의료인의 지위에서 처방전 없이 비만치료제를 구입하여 자가 투약한 행위³⁸⁾에는 위법한 조제행위가 포함되어 있다고 인정하였다.

대법원 2019. 4. 25. 선고 2018도19401 판결³⁹⁾은, 비록 약사가 자신의 손으로 의약품을 조제하지 아니하고 종업원으로 하여금 의약품을 배합하여 약제를 만들도록 하였다 하더라도 실질적으로는 종업원을 기계적으로 이용한 것에 불과하다면 약사 자신이 직접 조제한 것으로 볼 수도 있다고 할 것이지만, 약사의 지시에 따른 종업원의 조제행위를 약사 자신의 직접 조제행위로 법률상 평가할 수 있으려면 약사가 실제로 종업원의 조제행위에 대하여 구체적이고 즉각적인 지휘, 감독을 하였거나 적어도 당해 약국의 규모와 환자의 수, 조제실의 위치, 사용되는 의약품의 종류와 효능 등에 비추어 그러한 지휘, 감독이 실질적으로 가능하였던 것으로 인정되고, 또 약사의 환자에 대한 보복지도도 제대로 이루어진 경우라야만 한다는 원심 판단이 위법하지 않다고 판단하였다.

37) 법제처 07-0073, 보건복지부, 2007. 4. 6. 보건복지부는 법제처에 의사 또는 치과의사의 처방전에 처방된 의약품이 (1) 주사제인 경우 약사가 그 처방전에 기재된 투여총량에 맞추어 앰플 몇 개를 주는 행위와 (2) 튜브형 외용약인 연고제인 경우 투여총량을 충족하는 포장 단위의 연고 1개 또는 수 개를 주는 행위가 약사법상 조제에 해당하는지 질의하였다. 법제처는 2007. 4. 6. 위 (1), (2) 모두 약사법상 조제에 해당한다고 유권해석을 하였다.

38) 원고들은 비뇨기과, 내과, 치과, 안과의원을 운영하는 전문의들이нде 2001. 2. 내지 4.경 처방전을 발행하지 아니하고 약품 도매상에 전문의약품인 비만치료제를 주문하여 공급받아 자기들 병원에 두고서 자가 투약 행위를 해왔다. 보건복지부는 원고들이 구 의료법 제18조의2(의사가 의약품을 직접 조제할 수 없는 경우에는 처방전을 작성하여 환자에게 교부하여야 한다는 조항)를 위반하여 전문의약품을 직접 조제, 투약하고 처방전을 교부하지 아니하였다는 이유로 각 15일 간의 의사 또는 치과의사 면허 자격정지 처분을 하였다.

39) 피고인 A는 2016. 5. 2.부터 약국을 운영하는 약사이고 피고인 B는 2016. 5. 2.부터 해당 약국에서 종업원으로 근무하였던 사람이다. 피고인들은, 피고인 B가 2016. 12. 15. 약국에서 환자가 발행받은 처방전에 따라 조제를 하였다는 이유로, 구 약사법 제23조 제1항 본문 위반으로 기소되었다.

나. 약사법상 조제 행위로 인정하지 않은 사례들

서울고등법원 2015. 4. 14. 선고 2014누69299 판결(심리불속행 기각으로 확정)은 약사가 아닌 종업원 D⁴⁰⁾가 조제를 하지 않았다고 판단하였다. 서울고등법원은 침익적 행정행위의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석, 적용해야 하고, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 안 된다는 판례 법리⁴¹⁾를 실시한 후, 약사법상 조제의 정의 규정의 문언의 통상적인 의미에 따라 해석할 경우에 포장 용기에 담긴 의약품을 그대로 판매하는 행위는 조제행위라고 볼 수 없다고 판시하였다.

서울중앙지방법원 2020. 1. 23. 선고 2019노2649 판결에서, 한의사인 피고인은 일반의약품으로 등재된 정보환을 환자에게 판매하였다. 검사는 약사법 제44조 제1항 위반으로 기소하였다. 피고인은 한의사로서 한약이나 한약제제를 조제하였으니 판매한 것이 위법하지 않다고 주장하였다. 그러나 서울중앙지방법원은 피고인이 직접 조제한 정보환을 치료용으로 판매한 것으로 볼 수 없어 예외적으로 허용되는 의약품 판매에 해당되지 않는다는 이유로 피고인의 위 주장을 배척하였다.⁴²⁾

40) 원고는 약국을 개설, 운영하는 약사이다. 원고는 2014. 3. 13. 약사나 한약사가 아닌 D를 고용해서 D가 업무보조를 하고 있었다. 환자가 2014. 3. 13. 처방전을 받아서 원고 약국에 갔는데 당시 원고가 외출하여 약국에 D만 있었다. 처방전에는 다음과 같이 기재되어 있었다.

처방의약품 명칭	1회 투약량	1일 투약횟수	총 투약일수	용법
베타베이트크림(외용)	45	1	1	손
코디케어로션 2.5%(외용)	50	1	1	몸
베이트크림(외용)	15	1	1	얼굴

D는 원고에게 전화하여 손님이 약을 사러 왔다고 말했으며, 원고는 D에게 가급적 기다리되 손님이 급하다고 하면 위 약들은 조제가 필요 없으니 판매하라고 하였다. D는 환자에게 베타베이트크림(외용) 15g 3개, 코디케어로션 2.5%(외용) 50g 1개, 베이트크림(외용) 15g 1개를 판매하였다. 보건소는 2014. 4. 4. 원고에게 약국 종업원이 의약품을 조제하여 판매함으로써 구 약사법 제23조 제1항, 제44조 제1항을 위반하였다는 이유로 1개월간 업무정지처분을 하였다.

41) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두23388 판결 등.

42) 판결문 판시에 의할 때 이 판결이 피고인의 조제 행위를 부정한 이유로 세 가지로 해석이 가능하다. 첫째, 일반의약품을 통째로 판매하는 행위에는 약사법상 조제 행위가 개입되어 있지 않다는 해석이다. 둘째, 한의사는 구 약사법 부칙 제8조에 따라서 “자신이 치료용으로

서울행정법원 2020. 5. 14. 선고 2018구합79711 판결(미항소 확정)은, 약국에서 무자격자가 의약품 자동조제기의 버튼을 눌러서 의약품을 조제하였다는 이유로 피고 보건복지부가 처분을 한 것에 대하여, 무자격자가 자동조제기 버튼을 누른 것을 무자격자의 조제라고 인정할 수 없다고 판단하였다. 서울행정법원은 의료관계법령이 의약분업 제도를 채택하여 약사법에서 약사를 의약품의 조제 주체로 규정하고 의사의 처방에 대한 검증, 견제권(약사법 제27조)을 마련하고 있는 점에 비추어보면, 의약품의 조제 행위란, 진단, 처방, 조제, 투약이라는 일련의 치료 과정에서 조제의 전문가인 약사가 의사가 발급한 처방전을 점검, 확인하고 의약품을 조제하는 과정으로 해석되며 의약품 조제에 기계적, 전자적인 방법을 활용하는 경우에도 동일하다고 판시하였다. 그리고 이 사건에서 처분의 부당내역이 모두 약사의 조제행위로 평가될 수 없는 무자격자의 조제에 해당한다는 고도의 개연성이 증명되었다고 볼 수 없다고 판단하였다.

2. 자가 투약 행위에 조제 행위가 수반되는지 여부

약사법 제2조 제11호 소정의 조제는 ① 일정한 처방에 따라서 ② 두 가지 이상의 의약품을 배합하거나 한 가지 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누어서 ③ 특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적으로 사용하도록 약제를 만드는 것이다. 의료인의 자가 투약 행위에는 조제 행위가 수반된다고 생각한다. 자가 투약의 경우 일반적으로 의약품을 투약하기 위해 거치는 의료인의 처방은 없지만 스스로의 처방에 따른 것이므로 ① “일정한 처방에 따라서”가 충족된다. 자신이 보유하고 있는 의약품의 포장을

사용하는 한약 및 한약제제를 자신이 직접 조제할 수 있”는데, 이 사건에서는 환자가 소화불량 등의 증상이 없었지만 추후에 소화불량이 발생하거나 가족 중의 누군가 배탈이 났을 때 복용하기 위해 처방을 요청한 것으로 판단하고 처방하였으므로, 한의사가 치료용으로 사용하는 한약제제가 아니라서 구 약사법 부칙 제8조 소정의 조제에 해당할 수 없다는 해석이다. 셋째, 피고인은 한의사로서 한약이나 한약제제를 조제할 수 있고 그 경우 판매도 가능하지만 이 사건에서 피고인이 판매한 일반의약품 정보환은 피고인이 조제한 한약이나 한약제제가 아니라는 해석이다.

뜬어서 투약할 만큼의 의약품을 꺼내는 행위는 ② “두 가지 이상의 의약품을 배합하거나 한 가지 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누는” 행위에 해당한다. 자가 투약을 할 때에 해당 의약품이 자신(특정인)에게 적절한지(특정한 용법에 따라 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적으로 사용하도록) 나름대로 점검, 확인을 거치므로 ③ “특정한 용법에 따라 특정인의 특정된 질병을 치료하거나 예방하는 등의 목적으로 사용하도록 약제를 만드는 것”에도 해당한다.

쟁점이 될 수 있는 부분은 ② “두 가지 이상의 의약품을 배합하거나 한 가지 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누는” 행위 요건이다. 앞서 살핀 서울고등법원 2015. 4. 14. 선고 2014누69299 판결(심리불속행 기각으로 확정)은 의약품을 포장 용기에 담긴 그대로 환자에게 판매하는 것은 조제가 아니라고 판단하였다. 다음과 같은 이유로 그 입장은 타당하지 않다고 생각한다. 첫째, 약사법 제23조 제4항의 해석상 난점이 발생한다. 약사법 제23조 제4항에서는 의료인이 약사법상 직접 조제를 할 수 있는 경우를 정하고 있다. 이 경우 판매해도 형사처벌 대상이 아니라는 것은 앞서 살핀 바와 같다. 이때, 의료인이 의약품을 포장 용기 그대로 또는 통째로 제공하는 경우가 있을 수 있다. 외용제나 주사제는 그런 경우가 많다. 그런데 위 입장에 따르면 이것은 의료인이 조제를 한 것이 아니다. 그러면 판매도 할 수 없는 이상한 결론에 이른다. 의료인은 약사법 제23조 제4항의 직접 조제의 경우에만 판매를 해도 제재를 받지 않기 때문이다. 둘째, 약사법 제50조 제2항 해석상으로도 난점이 발생한다. 약사법 제50조 제2항은 약국개설자는 처방전에 따라 조제하는 경우 외에는 전문의약품을 판매하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 위 입장에 따르면 약국개설자가 처방전에 따라 전문의약품을 포장 용기 그대로 또는 통째로 환자에게 제공할 때는 조제 행위가 존재하지 않는다. 그러면 약국개설자가 전문의약품 판매를 할 수 없다는 이상한 결론에 이른다.⁴³⁾ 셋째, “한 가지 의약품을 그대로 일정한

43) 법제처 유권해석(주 37) 참조.

분량으로 나누어서”에 한 가지 의약품을 그대로 100:0으로 나누는 경우가 포함된다고 해석하는 것이 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는다. 문언 상 “일정한 분량”이 반드시 일부만을 의미하는 것은 아니기 때문이다. 의약품은 포장 용기 그대로 또는 통째로 제공하는 것도 불특정한 의약품의 양에서 처방전에서 정하고 있는 특정된 양의 의약품만을 취하는 행위이다.⁴⁴⁾ 현실에서 이루어지는 조제행위 중에는 한 가지 의약품 통 속에 있는 정제나 캡슐을 꺼내어 나누는 경우가 많은데 그것과 통째로 제공하는 것에 본질적인 차이가 없다.⁴⁵⁾ 넷째, 위 입장에 따르면 의료인이 약사법상 직접 조제가 허용되지 않는 경우에 의약품을 포장 용기 그대로 또는 통째로 판매하면, 약사법 제23조 제1항(약사 및 한약사만 의약품 조제 가능) 위반에 해당하지 않고, 약사법 제44조 제1항(약국개설자가 아니면 의약품 판매 또는 판매 목적 취득할 수 없음) 위반에만 해당한다. 그리고 같은 경우 의료인이 의약품을 조금이라도 나누어서 판매하면 약사법 제23조 제1항과 제44조 제1항 위반에 모두 해당한다. 이러한 차이가 약사법 제23조의 입법취지에 부합한다고 볼 수 없고 합리적이라고 보기도 어렵다. 다섯째, 의약품 제형 기술과 포장 기술의 발전으로 약사가 배합이나 분량을 나누는 행위 자체가 약료에 있어 미치는 영향이 없거나 미미한 경우가 많다. 그리고 자동조제기가 개발되어 배합이나 분량을 나누는 행위의 상당 부분이 기계가 자동으로 할 수 있는 작업이 되었다. 그러한 기술 발전 상황을 고려할 때 의약품을 포장 용기 그대로 또는 통째로 제공하는 것과 그 일부를 나누어 제공하는 것을 엄격하게 구분할 필요성이 낮다. 서울행정법원 2014. 10. 23. 선고 2014구합56727 판결이 전문의약품은 배합 또는 나누는 과정에서 환자의 건강 상 위해 발생 가능성이 높아진다고 보아 의사 또는 치과의사의 전문적

44) 법제처 유권해석(주 37) 참조.

45) 예를 들어, 의약품을 포장 용기 그대로 또는 통째로 제공하는 것과 포장 용기 안에 있는 정제나 캡슐 등을 전부 꺼내서 약봉지에 담아서 제공하는 것에 의미 있는 차이가 없다. 만약 포장 용기에 정제나 캡슐이 10개가 들었는데 그것을 꺼내서 10개의 약봉지 또는 1개의 약봉지에 담았다면 그것이 포장 용기 그대로 또는 통째로 제공하는 것과 본질적으로 차이가 있어서 그 차이로 인하여 약사법상 조제인지 여부를 구분하는 것이 타당한지 의문이다.

인 의료 지식이 개입될 필요가 있다고 해석한 것은 타당하지 않다.⁴⁶⁾ “한 가지 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누어서”를 문언이 허용하는 범위만큼 넓게 해석하는 것이 가능하다. 그러면 의약품을 포장 용기 그대로 또는 통째로 판매하는 과정에도 ② “두 가지 이상의 의약품을 배합하거나 한 가지 의약품을 그대로 일정한 분량으로 나누어서” 개념 요소가 포함된다.

3. 일반인의 자가 투약 행위와 의료인의 자가 투약 행위의 비교

가. 일반인의 자가 투약 행위의 위법성 조각 여부

본고와 같이 조제 행위를 넓게 해석하면 의료인이든 일반인이든 모든 자가 투약 행위에는 조제 행위가 수반되므로 약사법 제23조 제1항 위반죄⁴⁷⁾의 구성요건에 해당한다. 예를 들어, 일반인이 과거 가족이 처방, 조제받아서 집에 보관하고 있던 의약품을 자가 투약한 경우에 본고와 같은 입장에서는 약사가 아닌데 의약품을 조제한 것이어서 약사법 제23조 제1항 위반이 된다. 그러나 일반인이 스스로 자기 몸에 의약품을 투약한 행위가 위법하다고 보기 어렵다. 이때 자신의 생명과 건강에 위해가 발생할 위험이 있지만 그것은 스스로 감수한 것이다. 자가 투약으로 인하여 공중위생에 위험을 초래한다고 볼 수도 없다. 이는 형법상 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다. 의료인도 만약 일반인과 같은 지위에서 자가 투약을 했다면 마찬가지이다. 그러나 이 글에서 검토하고 있는 의료인의 자가 투약 행위는 그렇지 않다.

46) 약사법 제2조 제10호에서 전문의약품은 일반의약품이 아닌 의약품이라고 정의하고 있다. 약사법 제2조 제9호에서는 일반의약품을 정의하고 있다. 일반의약품은 가. 오용·남용될 우려가 적고, 의사나 치과의사의 처방 없이 사용하더라도 안전성 및 유효성을 기대할 수 있는 의약품, 나. 질병 치료를 위하여 의사나 치과의사의 전문지식이 없어도 사용할 수 있는 의약품, 다. 의약품의 제형(劑型)과 약리작용 상 인체에 미치는 부작용이 비교적 적은 의약품이다. 전문의약품은 오남용 우려, 의사나 치과의사의 처방과 전문지식의 필요성, 인체에 미치는 부작용에 있어 환자에게 위해가 발생할 가능성이 높은 의약품이다. 전문의약품은 배합 또는 나누는 과정에서 환자에게 위해가 발생할 가능성이 높은 의약품이 아니다.

47) 약사법 제93조 제1항 제3호.

나. 의료인의 자가 투약 행위의 위법성 조각 여부

일반인은 직접 조제 목적으로 의약품을 취득할 수 없다. 약사법은 의료인에게 허용되는 직접 조제 목적으로 의약품을 취득할 수 있도록 특별한 지위를 부여하였다. 의료인이 이를 활용하여 자가 투약하는 행위는 약사법에서 부여한 특별한 지위를 남용하는 것이다. 이것은 약사법에서 엄격히 규제하고 있는 의약품 유통 질서를 해친다. 이것은 의료기관과 약국 상호간의 견제와 검증을 통해 의료서비스의 질적 향상을 이루기 위한 의약분업 제도의 취지⁴⁸⁾를 훼손하는 행위이기도 하다. 약사법 제23조 제1항에서 약사 및 한약사가 아니면 의약품을 조제할 수 없도록 하면서 주로 염두에 두고 있는 수범자는 의료인이라는 점도 고려해야 한다. 그러므로 의료인이 약사법상 예외적으로 허용되는 직접 조제 목적으로 의약품을 취득하여 의료인의 처방이나 약사의 조제 없이 자가 투약하면서 그에 수반되는 조제 행위를 하는 것은 형법상 정당행위로 볼 수 없다.

IV. 나가며

의료인이 약사법상 허용되는 직접 조제를 위하여 의약품공급자로부터 의약품을 취득하여 보관하고 있던 중 일반적인 의료인의 처방, 약사나 한약사의 조제 단계를 거치지 않고 의약품을 스스로에게 투약한 경우에 관한 약사법상 쟁점을 검토하였다.

48) 부산고등법원 2019. 9. 4. 선고 2019누10057 판결은, 약사법이 의료기관과 약국 상호간의 견제와 검증을 통해 의료서비스의 질적 향상을 이루기 위한 의약분업제도를 마련하여 두고 있다고 하면서(약사법 제23조 제3항), 약사법은 의약분업제도의 취지를 구체화하기 위하여, 약사에게 의사가 발행한 처방전에 따라 의약품을 조제할 때 의약품의 성분에 부적절한 성분이 포함되어 있는지 등을 확인할 권리(약사법 제23조의2 제1항), 처방전에 표시된 의약품의 오남용이 의심될 경우 이를 확인한 후 의약품을 제조할 권리(약사법 제26조 제2항), 일정한 경우에 의사의 사전 동의 없이 의약품의 대체조제를 할 권리(약사법 제27조 제2항)를 보장함으로써 약사가 의사에 대한 견제와 검증 역할을 효과적으로 수행할 수 있도록 하겠다고 명시하였다.

(1) 의약품공급자가 의료인이나 의료기관에 의약품을 판매하는 것은 약사법 시행령 별표 1의2의 사회봉사활동의 경우를 제외하면 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반죄의 구성요건에 해당한다. 그러나 약사법상 의료인이 직접 조제할 수 있는 경우를 위하여 판매하였다면 형법상 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다. 의약품공급자가 의료인이 자가 투약을 위해 의약품을 취득한다는 사실을 알면서도 의약품을 판매한다면 위법성이 조각되지 않아서 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반죄로 처벌될 수 있다.

(2) 의료인이 자가 투약 목적으로 의약품을 취득할 때 의약품공급자는 의료인이 약사법상 직접 조제를 할 수 있는 경우를 위하여 의약품을 취득한다고 속아서 의약품을 교부한 것이다. 이때 의약품공급자가 의약품 대금을 모두 지급 받았다고 하더라도 기망에 의한 의약품 교부로 의료인에게 형법상 사기죄가 성립할 수 있다.

(3) 의료인의 자가 투약 시 약사법상 조제 행위가 수반된다고 해석할 수 있는 하급심 판결도 있고 그렇지 않다고 해석할 수 있는 하급심 판결도 있다. 의료인의 자가 투약이든 일반인의 자가 투약이든 조제 행위가 수반되므로 약사법 제23조 제1항 위반죄의 구성요건에 해당한다. 일반인의 자가 투약은 형법상 정당행위에 해당하지만 의료인이 자가 투약하는 것은 형법상 정당행위에 해당하지 않는다. 그것은 약사법에서 의료인에게 부여한 특별한 지위를 남용한 것으로 의약품 유통 질서를 해치고 의약분업의 취지를 훼손하는 것이기 때문이다. 의료인의 자가 투약은 약사법 제23조 제1항 위반죄로 처벌할 수 있다.

[참고 문헌]

- 감사원, 『감사보고서-의약품 안전관리실태』, 감사원, 2020.
- 김병곤, “신약사법상의 의약분업의 법리”, 『동아법학』, 2007.
- 김진현·박성민, “의약품 리베이트 문제의 원인과 정책적 해결 방안”, 『보건경제와 정책연구』, 2019.
- 김태명, “편면적 대항법에 가담한 자에 대한 형법총칙상 공범규정의 적용 거부”, 『형사판례연구』, 2013.
- 박균성, 『행정법 강의 제16판』, 박영사, 2019.
- 박일제, 「한국의 의약분업정책 평가에 관한 실증적 연구」, 석사학위논문, 연세대학교 행정대학원, 2002.
- 법제처 07-0073, 보건복지부, 2007.
- 보건복지부, 『의약분업 종합 편람』, 보건복지부, 2000.
- 보건복지위원회, 『약사법 일부개정법률안 검토보고』, 보건복지위원회, 2021.
- 이정원, “제조업자의 영업날부핀 판매행위와 필요적 공범”, 『형사법연구』, 2008.
- 이재현, 『약사법 해설』, 데일리팜, 2011.
- 이창훈, “의약분업을 본다; 대한의사협회의 입장”, 『시민과 변호사』, 2000.
- 최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 육법사, 2001.

[국문초록]

의료인의 자가 투약 관련 약사법 쟁점

박성민 (변호사, 법학박사, HnL 법률사무소)

의료인이 환자에게 직접 조제한다는 이유로 의약품공급자로부터 의약품을 취득하여 보관하고 있다가 스스로에게 투약한 경우의 약사법상 쟁점을 검토하였다. 의료인이 자가 투약 행위를 한 경우 의약품공급자나 의료인이 약사법에 따라 형사처벌될 수 있다. 그 가벌성은 약사법에서 규정한 의약품 유통 질서 훼손에 있다. 첫째, 의약품공급자가 의료인에게 의약품을 판매하는 것은 약사법 제47조 제1항 제1호 나목 위반죄의 구성요건에 해당한다. 다만, 약사법상 허용되는 직접 조제를 위해 판매한 경우 형법상 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다. 그러나 의약품공급자가 의료인의 자가 투약 목적을 알면서도 의약품을 판매한다면 위법성이 조각되지 않아서 형사처벌될 수 있다. 둘째, 의료인이 약사법상 직접 조제를 위하여 의약품을 취득한다고 명시적, 묵시적으로 의약품공급자를 기망하고 의약품을 취득하여 자가 투약한 경우, 기망에 의한 의약품 교부로 의료인에게 형법상 사기죄가 성립할 수 있다. 셋째, 의료인의 자가 투약 시 약사법상 조제 행위가 수반되므로 약사법 제23조 제1항 위반죄의 구성요건에 해당한다. 이때 위법성이 조각되지 않는다. 왜냐하면 의료인의 자가 투약 행위는 약사법에서 의료인에게 부여한 특별한 지위를 남용한 것으로 의약품 유통 질서를 해치고 의약분업의 취지를 훼손하는 것이어서 형법상 정당행위로 볼 수 없기 때문이다.

주제어: 자가 투약, 직접 조제, 정당행위, 의약품 유통 질서, 약사법

Pharmaceutical Affairs Act Issues Related to Self-administration of Medicines by Medical Personnel

Sungmin Park

HnL Law Office

=ABSTRACT=

This paper reviewed the Pharmaceutical Affairs Act issues in case of self-administration of medicines by medical personnel without going through the general process (prescription, dispensing, distribution, administration). If a medical personnel self-medicates, the medicine supplier or medical personnel may be subject to criminal punishment under the Pharmaceutical Affairs Act. The core reprehensibility of the punishment lies in undermining the order in distribution of medicines stipulated in the Pharmaceutical Affairs Act.

First, the sale of medicines by a medicine supplier to medical personnel may be the violation of Article 47 of the Pharmaceutical Affairs Act. However, if it was distributed for the case where medical personnels can dispense it directly under the Pharmaceutical Affairs Act, it can be justified under the general provision of the Criminal Act (justifiable act, the exclusion of illegality). If medicine suppliers distribute medicines knowing that the medical personnel acquires medicines for self-administration, they can be punished as the violation of Article 47 of Pharmaceutical Act.

Second, when a medical personnel acquires a medicine for the purpose of self-administration, the medicine supplier distributes the medicine under the false pretense that the medical personnel acquires the medicine for the case in which the medical personnel can directly dispense the medicine according to the Pharmaceutical Affairs Act. At this time, even if the medicine supplier has received all the payment for the medicines, the distribution of the medicines by deceit can constitute the fraud under the Criminal Act.

Third, self-administration by medical personnel is a the violation of Article 23

of the Pharmaceutical Affairs Act. It is not a justifiable act under the general provision of the Criminal Act. This is because it is the abuse of the special status granted to medical personnel in the Pharmaceutical Affairs Act, which undermines the order in distribution of medicines.

Keyword : Self-administration, Direct dispensing, Justifiable act, Order in distribution of medicines, Pharmaceutical Affairs Act