

울 산 지 방 법 원

판 결

사 건 2019고정271 가. 약사법위반
나. 약사법위반교사

피 고 인 1.가. A 남 88.생
2.나. B 남 65.생

검 사 장현구(기소), 김민희(공판)

변 호 인 변호사 **(피고인들을 위하여)

판 결 선 고 2019. 6. 11.

주 문

피고인 A에 대한 형의 선고를 유예한다.

피고인 B는 무죄.

이 유

범죄사실(피고인 A에 대한 약사법위반)

피고인 A는 양산시 물금읍에서 '□□약국'을 운영하는 사람이다.

누구든지 약국 개설자나 해당 약국에 근무하는 약사가 아니면 의약품을 판매하거나 판매할 목적으로 취득할 수 없다.

그럼에도 불구하고 피고인은 2018. 10. 26. 08:41경 양산시 물금읍에 있는 '△△△약

국'에서, 그곳을 찾아온 환자 하○○에게 양산부산대학교병원 의사가 처방한 조제약 90일분 34,100원 상당, 환자 정○○에게 같은 병원 의사가 처방한 조제약 7일분 7,000원 상당을 각각 조제하여 판매하였다.

이로써 피고인은 위 '△△△약국'의 개설자 또는 '△△△약국'에 근무하는 약사가 아님에도 의약품을 판매하였다.

증거의 요지

생략

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

약사법 제93조 제1항 제7호, 제44조 제1항 본문, 벌금형 선택

1. 선고유예할 형

벌금 1,000,000원

1. 노역장 유치

형법 제70조 제1항(1일 100,000원)

1. 선고유예

형법 제59조 제1항(아래 양형사유에서 적시한 유리한 사정 참작)

피고인 A의 약사범위반죄에 대한 유죄판단의 근거

1. 피고인 A(이하 이 부분 판단에 있어서는 '피고인'이라고만 한다)와 변호인의 변호요지

피고인은 '△△△약국'의 약국 개설자인 B와 공소사실 기재 일시에 '△△△약국'에서 일시 근무하는 것을 내용으로 하는 무상의 근로계약을 체결하여 '△△△약국'에서 의약

품을 판매한 것으로 보아야 한다. 따라서 피고인은 약사법 제44조 제1항에서 정한 '해당 약국에 근무하는 약사'에 해당하므로 위 규정을 위반한 것이 아니다.

2. 판단

가. 약사법의 규정과 문제의 소재

약사법은 약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다고 규정하고 있는 동시에(제20조 제1항), 약국 개설자나 해당 약국에 근무하는 약사가 아닌 자에 의한 의약품 판매를 원칙적으로 금지하고 있다(약사법 제44조 제1항 본문). 나아가 약사법은 '약국 개설자는 그 약국 또는 점포 이외의 장소에서 의약품을 판매하여서는 아니 된다'고 규정하고 있다(제50조).

위 각 법률 규정의 문언과 체계에 비추어 볼 때, 약사법 제44조 제1항 소정의 '해당 약국'이라함은 '약국 개설자'가 개설하여 의약품 판매가 허용되는 장소로서의 약국을 의미함이 분명하고, 같은 항에서 규정한 '해당 약국에 근무하는 약사가 아니면 의약품을 판매할 수 없다'는 부분은 '약사법 제44조 제1항 및 같은 법 제50조에서 정한 약국 개설자가 개설한 약국에서 근무하는 약사가 아니면 그 해당 약국에서 조제 또는 판매하는 의약품을 판매하는 행위를 할 수 없다'는 의미로 해석할 수 있다.

위와 같이 약국 개설자와 해당 약국에 근무하는 약사만 의약품 판매행위를 할 수 있도록 규정한 약사법의 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(대법원 1998. 10. 9. 선고 98도1967 판결 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 피고인은 본인이 직접 개설한 약국이 아닌 B가 개설한

'△△△약국'에서 단 하루, 그것도 10분 이내의 짧은 시간 동안 환자 두 명에게 의약품
을 조제, 판매하는 행위를 하였다. 결국 이 사건에서는 피고인 A가 위 약국에 '근무하
는 약사'로서 약사법 제44조 제1항에 따라 위 약국에서 의약품 판매행위를 할 수 있는
지위에 있었는지가 문제된다.

나. 약사법 제44조 제1항에서 정한 '해당 약국에 근무하는 약사'에 관한 해석 기준

1) '근무'의 사전적 의미 관련

먼저 약사법 제44조 제1항은 '근무'라는 표현만 적시하고 있을 뿐 그 근무 구조
를 형성하는 구체적인 법률관계(근로계약 또는 위임계약 등)에 대해서는 특별히 규정
하고 있지 않다.

그런데 '근무'의 사전적 정의는 '직장에 적을 두고 직무에 종사하는 것'을 의미하
고, 이는 근로계약이든 위임계약이든 당해 직장에서 직무에 종사하기 위한 일정한 법
률상 계약관계의 성립을 전제로 한다. 약국 개설자와 약사 사이에 근로계약이 체결되
어 약사가 해당 약국에서 근로하는 형태가 대표적일 것이다.

한편 약국 개설자가 개인 사정으로 인해 일정 기간 약국을 운영할 수 없는 경우
가 현실적으로 허다하고, 그러한 경우 통상적으로 근로기준법에 따른 정식적인 근로계
약¹⁾의 형태를 띠지 않은 채 일정 기간 또는 일정 시간에 한해 다른 약사에게 약국 운
영을 맡기는 방식이 널리 행해지고 있는 것으로 보인다. 이러한 형태의 근로를 약사법
제44조 제1항 소정의 '근무'에 포섭시킬 수 있는지가 문제되는데, '근무'의 사전적 의미
라는 관점에서 볼 때, 위와 같은 약국 개설자와 약사 사이의 법률관계가 일정 기간에
한한 일시 근로계약 또는 약국 운영에 관한 위임계약의 체결 수준에 이르렀는지를 기

1) 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여도 근로기준법 제11조, 같은 법 시행령 제7조 별표 1에 따라
서면에 의한 근로계약서 작성 및 근로조건의 명시, 단시간근로자의 근로조건 등 근로기준법상 근로계약에 관한 규정이 적용
된다.

준으로 '근무'에의 포섭 여부를 판단함이 타당하다.

2) 국민보건위생상 관점에서의 접근

의약품은 국민보건에 미치는 영향이 크기 때문에 다른 일반 공산품보다도 공공성이 매우 중요시된다. 특히 의약품은 그 특성상 사용법과 사용량, 투여 대상에 대한 철저한 관리가 요구되므로, 해당 의약품에 대한 전문적인 지식과 함께 이에 대한 철저한 관리 및 지도하에 환자에게 안전하게 투약될 수 있도록 하는 것이 무엇보다 중요하다. 이에 따라 의약품의 판매질서에 있어서도 약사법상 여러 가지 제한적인 요소들이 적용됨으로써 소비자에게 양질의 의약서비스가 제공될 수 있는 기반이 마련되어 있다.

구체적으로 보면, 약국 개설자가 개설한 약국 또는 점포 이외의 장소에서의 의약품 판매는 금지되고(약사법 제50조), 약사는 하나의 약국만을 개설할 수 있으며, 약국 개설자는 관리 약사를 두지 않는 한 자신이 직접 약국을 관리하여야 한다(약사법 제21조 제1, 2항). 또한, 의약품의 올바른 선택 및 복용을 위하여 의사의 처방전 없이 판매 가능한 일반의약품의 경우에도 복약지도가 필요하고, 조제약에 대하여는 반드시, 일반의약품의 경우는 필요한 경우에 복약지도를 하도록 규정하면서 복약지도의 주체를 약사로 제한하고 있으며(약사법 제2조 제12호, 제24조 제4항), 약사가 의약품을 조제하는 경우 처방전의 내용과 동일한 성분의 의약품인지 여부 등 의약품정보를 확인할 의무를 부과하고 있다(약사법 제23조의2).

그런데 의사의 처방전을 바탕으로 조제가 필요한 전문의약품이나 일반의약품 모두 약국마다 구체적으로 취급하는 종류가 다르기 마련이고, 해당 약국의 시설과 의약품에 대한 관리·보관 상태와 정도, 관리 기준 역시 약국별로 다를 수밖에 없다. 이러한 문제는 의약품 판매 시 복약지도를 포함하여 관련 법령에서 정한 각종 의무사항의

준수에 영향을 미칠 수 있을 뿐 아니라 의약품의 오·남용, 보관과 판매 과정에서의 의약품의 변질·오염 등 보건위생상의 위험으로도 연결될 수 있다. 앞서 본 바와 같이 약사법이 약사는 하나의 약국만을 개설할 수 있고, 약국 개설자는 원칙적으로 자신이 그 약국을 관리하도록 강제함으로써(약사법 제21조 제1, 2항) 약국 개설자에 대하여 엄격히 약국 관리의무를 지우고 있는 것도 이러한 우려와 위험성을 차단한다는 데에 그 입법 목적이 있다.

이러한 약국 관리의 중요성에 비추어 볼 때, 약사법에서 상정하는 '약국 개설자가 개설한 해당 약국에서 의약품을 조제·판매하는 약사(약사법 제44조 제1항에서 정한 근무약사 또는 약사법 제21조 제2항에서 정한 관리약사)'는 약국 개설자에 의한 철저한 관리·감독 하에 있으면서 위와 같은 국민보건위생상의 우려와 위험성을 배제할 수 있는 지위에 있는 약사로 해석함이 타당하다. 약사법 제44조 제1항에서 정한 '해당 약국에 근무하는 약사'의 의미와 그 범위를 해석함에 있어서 국민보건위생상의 관점에서 약국 개설자에 의한 관리·감독을 기반으로 한 의약품 판매행위의 안전성과 적정성이라는 측면을 중요하게 고려할 필요가 있는 것이다.

3) 소결론

앞서 본 바와 같이 약사법은 위 법 소정의 '해당 약국에 근무하는 약사'에 대한 명확한 정의 규정을 두고 있지 않을 뿐 아니라 '근무'의 범위와 내용에 관하여도 해석에 맡기고 있다. 결국 위 법 소정의 '해당 약국에 근무하는 약사'에 해당하는지 여부는 '근무'의 사전적 의미와 더불어 국민보건위생상의 관점을 종합하여, 당해 약국 개설자와 약사의 관계, 약국 개설자가 아닌 약사가 해당 약국에서 의약품을 조제·판매하게 된 경위, 조제·판매 기간과 횟수, 약국 개설자가 아닌 약사가 다른 약국을 개설하였거

나 다른 약국에서 근무하는지 여부, 보수의 지급 여부 등 제반 사정을 두루 고려함으로써 개개의 사안에서 약국 개설자와 당해 약사 사이에 일정 기간에 한한 일시 근로계약 내지 약국 운영 위임계약이 체결되어 약국 개설자에 의한 관리·감독이 충분히 미치는 관계에 있는지 여부를 개별적이고 구체적으로 살펴보아 판단함이 타당하다.

다. 피고인이 약사법 제44조 제1항 소정의 '해당 약국에 근무하는 약사'에 해당하는지 여부

1) 인정사실

앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 피고인은 '△△△약국' 인근에 위치한 '□□약국'을 개설·운영하는 약사로, 이 사건 공소사실 기재 일시에도 '□□약국'에 출근하여 업무를 수행하고 있었다.

② '△△△약국' 개설·운영자인 B는 위 일시에 개인적인 사정으로 '△△△약국'에 출근할 수 없었고, 며칠 전부터 피고인을 통해 위 '□□약국'에서 근무 중이던 약사 C에게 하루 동안 '△△△약국'에서 근무해줄 것을 부탁하였다.

③ 그런데 C가 '△△△약국'에 출근하기 전인 08:40경 무렵에 환자가 위 약국에 방문하여 처방전을 제시하며 의약품 조제를 의뢰하였다. 이에 '△△△약국'에서 실장으로 근무하던 D는 '□□약국'에 출근해 있던 피고인에게 연락하여 '△△△약국'으로 와서 위 환자에게 의약품을 조제해줄 것을 부탁하였다. 피고인은 위 부탁을 받아들이고 '△△△약국'으로 가 08:41경부터 08:44경까지 환자 두 명에 대해 의약품을 조제, 판매하였다.

2) 판단

위 인정사실 및 앞서 본 위 법 조항에 대한 해석 기준과 더불어 이 사건 기록과 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하여 고려할 때, 피고인과 B 사이에 피고인이 '△△△약국'에서 의약품 조제, 판매하는 것과 관련하여 일정 기간 또는 시간에 한한 일시 근로계약 내지 약국 운영 위임계약이 체결되었다고 볼 수 없으므로, 피고인이 '△△△약국'에 '근무하는 약사'에 해당한다고 보기는 어렵다.

① 피고인은 '□□약국'의 개설자로 평소 '△△△약국'에 적을 두고 직무에 종사 하였던 것이 아님은 분명하다.

② B는 피고인이 아닌 다른 약사와 이 사건 공소사실 기재 일시에 '△△△약국'에서 근무하는 것에 관한 근로계약을 체결하였다. 피고인이 공소사실 기재와 같이 '△△△약국'에서 의약품 조제, 판매하게 된 것은 당일 '△△△약국'에 근무하기로 한 약사가 아직 출근하지 않은 상황에서 환자가 방문하는 급작스러운 상황에서 비롯되었다.

③ 특히 피고인의 위와 같은 의약품 판매행위는 B가 아니라 '△△△약국' 소속 직원의 부탁에서 비롯된 것이고, 그 부탁 역시 약사가 출근하기 전까지 10분 내외의 짧은 시간 동안 환자 한두 명에 대해서만 의약품 조제, 판매해달라는 것이었다. 더욱이 위 의약품 판매행위에 대한 대가가 약속되거나 수수된 바도 없다.

④ 피고인은 그 동안 B와 사이에 '△△△약국'에서 근무하는 내용의 근로계약을 체결한 상태로 '△△△약국'에서 근무한 적은 없었던 것으로 보인다. 따라서 피고인이 '△△△약국'의 의약품 관리 상황과 판매하는 의약품 종류 등에 대해서 제대로 파악하기는 어려운 상황이었으며, 의약품 판매에 있어 위 약국에 근로하던 일반 직원에게 상당 부분 의존할 수밖에 없었을 것으로 보인다.

⑤ 더군다나 위와 같은 의약품 판매가 '△△△약국' 직원의 부탁에 따라 급작스

럽게 이루어졌기에 피고인이 그 의약품 판매에 있어 '△△△약국'의 개설자인 B의 관리·감독 내지 교육을 받을 여유나 기회조차 없었다.

3) 소결론

따라서 피고인에 대한 약사법위반의 공소사실은 충분히 유죄로 인정되므로, 피고인과 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

양형의 이유

이 사건 범행은 약사로서 약국을 개설·운영하고 있던 피고인이 다른 약사가 개설·운영하는 약국에 근무하지 않으면서도 그 약국에서 의약품을 판매한 것으로, 국민보건과 밀접한 의약품에 대한 판매질서를 어지럽혔다는 점에서 불법성이 결코 가볍다고 볼 수는 없다.

다만, 이웃 약국에 약사가 출근하기 전에 환자가 방문하는 급작스러운 상황에서 피고인이 이웃 약국 직원의 부탁을 차마 거절하지 못하고 저지른 잘못이고, 약 5분 내외의 짧은 시간 동안 환자 두 명에 대해서만 의약품을 조제, 판매하였을 뿐인 점, 위 의약품 판매행위로 말미암아 실제로 보건위생상의 위해가 발생한 것은 아닌 점, 피고인에게 아무런 전과가 없는 점 등을 피고인에게 유리한 정상으로 참작하고, 그 밖에 피고인의 연령, 성행과 환경, 범행 후의 정황 등 기록과 변론에 나타난 여러 양형조건을 종합하여 피고인에 대한 벌금형의 선고를 유예한다.

무죄 부분(피고인 B에 대한 약사법위반)

1. 피고인 B(이하 이 부분 판단에 있어서는 '피고인'이라고만 한다)에 대한 공소사실의 요지

피고인은 양산시 물금읍에서 '△△△약국'을 운영하는 사람이다.

피고인은 2018. 10. 26. 08:41경 A에게 위 '△△△약국'을 찾아온 환자들을 상대로 의약품을 조제, 판매해달라고 부탁하여 A로 하여금 자신이 개설한 약국이 아닌 위 '△△△약국'에서 의약품을 판매할 것을 마음먹게 하였다.

그리하여 A는 2018. 10. 26. 08:41경 위 '△△△약국'에서 제1항 기재와 같이 그곳을 찾아온 환자들에게 조제약 합계 41,100원 상당을 판매하였다.

이로써 피고인은 A로 하여금 위 '△△△약국'의 개설자가 아님에도 의약품을 판매하도록 교사하였다.

2. 판단

이 부분 공소사실은 피고인이 A에게 '△△△약국'을 찾아온 환자들을 상대로 의약품을 조제, 판매해달라고 부탁하였음을 전제로 한다.

그러나 앞서 든 증거에 의하면, A에게 '△△△약국'에서 의약품을 조제, 판매해달라고 부탁한 사람은 피고인이 아니라 '△△△약국' 소속 직원인 D인 사실이 인정된다. 나아가 D가 A에게 위와 같은 부탁을 하고 A가 '△△△약국'에서 의약품 조제, 판매행위를 하는 과정에서 그들이 피고인에게 연락을 하는 등으로 피고인이 A의 위와 같은 의약품 판매 사실을 알았다고 볼 만한 아무런 증거도 없다.

따라서 피고인이 A에 대하여 A가 '△△△약국'에 근무하는 약사가 아님에도 위 약국에서 의약품 판매행위를 하도록 교사하였다고 볼 수 없다.

3. 결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로, 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하기로 하여 주문과 같이 판결하고, 형법 제58조 제2항 단서에 따라 무죄판결의 요지는 공시하지 않는다.

관사 송명철 _____