

대법원 2007.9.6. 선고 2005두13940, 13957 판결

【국민건강보험요양기관업무정지처분취소·의료급여기관업무정지처분취소】 , [공2007.10.1.(283),1564]

【판시사항】

- [1] 구 약사법 제23조 제1항 , 제23조의2 제1항 에 규정된 변경·대체 조제에 필요한 ‘동의’에 의약품별로 이루어지는 포괄적인 동의가 포함되는지 여부(소극)
- [2] 약사가 처방전별로 이루어진 개별적·구체적인 사전 동의 없이 의약품별로 이루어진 포괄적인 사전 동의만에 근거하여 약제의 지급을 하고 건강보험 가입자와 의료급여법상 수급권자 등에게 요양급여비용이나 의료급여비용을 부담하게 한 경우, 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호 및 의료급여법 제28조 제1항 제1호 에 규정된 업무정지 사유에 해당하는지 여부(적극)

【판결요지】

- [1] 의사와 약사가 환자 치료를 위한 역할을 분담하여 처방 및 조제 내용을 서로 점검·협력함으로써 불필요하거나 잘못된 투약을 방지하고, 의사의 처방전을 공개함으로써 환자에게 처방된 약의 정보를 알 수 있게 하려는 의약분업 제도의 목적 및 취지, 이를 달성하기 위한 약사법의 관련 규정, 국민건강에 대한 침해 우려, 약화(약화) 사고의 발생가능성 등 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 구 약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 , 제23조의2 제1항 각 조문에 규정된 동의는 변경·대체조제 이전에 처방전별로 이루어지는 개별적·구체적인 동의만을 의미하고, 의약품별로 이루어지는 포괄적인 동의는 이에 해당하지 않는다.
- [2] 국민건강보험법 제39조 제1항 제2호 및 의료급여법 제7조 제1항 제2호 에 각 규정된 요양급여 및 의료급여로서의 약제의 지급은 약사법 등 관계 규정에 따라 행하여질 것을 당연한 전제로 하고 있으며, 약사법이 처방전을 발행한 의사의 동의 없는 변경·대체조제를 원칙적으로 금지하고 이를 위반할 경우 약사에 대하여 형사처벌을 하는 규정을 두고 있는데, 의사의 동의를 받아야 하는 경우에 그 동의를 받지 아니하고 변경·대체조제한 약제를 지급하는 것은 현행 의약분업 제도의 본지에 반하는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 약사가 처방전별로 이루어진 개별적·구체적인 사전 동의 없이 의약품별로 이루어진 포괄적인 사전 동의만에 근거하여 약제의 지급을 하고 건강보험의 가입자 및 의료급여법상 수급권자 등에게 요양급여비용이나 의료급여비용을 부담하게 하는 때에는 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호 및 의료급여법 제28조 제1항 제1호 에 규정된 업무정지 사유에 해당한다.

【참조조문】

- [1] 구 약사법(2007. 4. 11. 법률 제8365호로 전문 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 (현행 제26조 제1항 참조), 제23조의2 제1항 (현행 제27조 제1항 참조) / [2] 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호 , 의료급여법 제

28조 제1항 제1호

【전문】

【원고, 피상고인】 원고 (소송대리인 변호사 이명현)

【피고, 상고인】 보건복지부장관

【대상판결】

【원심판결】 서울고법 2005. 9. 28. 선고 2005누2324, 2005누2331 판결

【주문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 구 약사법(2001. 8. 14. 법률 제6511호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘약사법’이라 한다) 제23조 제1항은 “약사 또는 한약사는 그 처방전을 발행한 의사·치과의사·한의사 또는 수의사의 동의 없이 처방을 변경하거나 수정하여 조제할 수 없다.”고 규정하고 있고, 약사법 제23조의2 제1항은 “약사는 의사 또는 치과의사가 상용처방의약품목록의 의약품을 처방한 경우에는 그 처방전을 발행한 의사 또는 치과의사의 동의 없이 다른 의약품으로 대체하여 조제할 수 없다.”고 규정하고 있는바, 의사와 약사가 환자 치료를 위한 역할을 분담하여 처방 및 조제 내용을 서로 점검·협력함으로써 불필요하거나 잘못된 투약을 방지하고, 의사의 처방전을 공개함으로써 환자에게 처방된 약의 정보를 알 수 있게 하려는 의약분업 제도의 목적 및 취지, 이를 달성하기 위한 약사법의 관련 규정, 국민건강에 대한 침해 우려, 약화(약화) 사고의 발생가능성 등 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 위 각 조문에 규정된 동의는 변경·대체조제 이전에 처방전별로 이루어지는 개별적·구체적인 동의만을 의미하고, 의약품별로 이루어지는 포괄적인 동의는 이에 해당하지 않는다고 할 것이다.

원심은 제1심판결의 이유를 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 비록 이 사건 변경·대체조제시마다 일일이 처방전을 발행한 의사이자 친형인 소외인 의 사전 동의를 받았는지 여부를 확인할 수는 없다고 하더라도, 원고와 소외인 의 관계 등에 비추어 보면 소외인 이 이 사건 변경·대체조제에 대하여 판시 각 의약품별로 포괄적으로 사전에 동의하였다고 봄이 상당하고, 소외인 이 처방전에 기재한 의약품만으로 조제하도록 하는 등의 특별한 소견을 기재하지 아니한 이상 원고로서는 위와 같이 변경·대체조제에 대하여 동의를 받은 의약품으로 이 사건 변경·대체조제를 할 수 있다고 판단하였다.

그러나 앞서 본 법리에 의하면, 원고가 이 사건 변경·대체조제의 대상이 된 의약품에 대하여 소외인 으로부터 위와 같이 포괄적인 사전 동의를 받은 것만으로는 약사법 제23조 제1항 및 제23조의2 제1항 에 규정된 적법한 동의를 받았다고 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이와 달리 원고의 이 사건 변경·대체조제가 적법한 동의를 받은 것이어서 허용된다는 취지로 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 약사법 제23조 제1항 및 제23조의2 제1항 에 규정된 동의에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이러한 위법은 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다. 이 점을 지적하는 이 부

분 상고이유의 주장은 이유 있다.

2. 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호는 “보건복지부장관은 요양기관이 사위 기타 부당한 방법으로 보험자·가입자 및 피부양자에게 요양급여비용을 부담하게 한 때에는 1년의 범위 안에서 기간을 정하여 요양기관의 업무정지를 명할 수 있다.”고 규정하고 있고, 의료급여법 제28조 제1항 제1호는 “보건복지부장관은 의료급여기관이 속임수 그 밖의 부당한 방법으로 수급권자 및 그 부양의무자 또는 시장·군수·구청장에게 급여비용을 부담하게 한 때에는 1년의 범위 내에서 기간을 정하여 의료급여기관의 업무정지를 명할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 국민건강보험법 제39조 제1항 제2호 및 의료급여법 제7조 제1항 제2호에 각 규정된 요양급여 및 의료급여로서의 약제의 지급은 약사법 등 관계 규정에 따라 행하여질 것을 당연한 전제로 하고 있으며, 약사법이 처방전을 발행한 의사의 동의 없는 변경·대체조제를 원칙적으로 금지하고 이를 위반할 경우 약사에 대하여 형사처벌을 하는 규정을 두고 있는데, 의사의 동의를 받아야 하는 경우에 그 동의를 받지 아니하고 변경·대체조제한 약제를 지급하는 것은 현행 의약분업 제도의 본지에 반하는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 약사가 처방전별로 이루어진 개별적·구체적인 사전 동의 없이 의약품별로 이루어진 포괄적인 사전 동의 만에 근거하여 약제의 지급을 하고 건강보험의 가입자 및 의료급여법상 수급권자 등에게 요양급여비용이나 의료급여비용을 부담하게 하는 때에는 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호 및 의료급여법 제28조 제1항 제1호에 규정된 업무정지 사유에 해당한다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이와 달리 이러한 원고의 행위가 위 각 조문에 규정된 업무정지 사유에 해당하지 않는다는 이유로 이 사건 각 처분이 위법하다고 보았는바, 이러한 원심판결에는 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호에 규정된 ‘사위 기타 부당한 방법으로 건강보험의 가입자 등에게 요양급여비용을 부담하게 한 때’ 및 의료급여법 제28조 제1항 제1호에 규정된 ‘속임수 그 밖의 부당한 방법으로 수급권자 등에게 급여비용을 부담하게 한 때’에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이러한 위법은 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다. 이 점을 지적하는 이 부분 상고이유의 주장도 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고현철(재판장) 양승태 김지형(주심) 전수안