

대전고등법원 2011.8.18.선고 2011누684 판결

【의료유사업소개설신고반려처분취소】 , [미간행]

【전문】

【원고, 피항소인】 원고
(소송대리인 법무법인 이산 담당변호사 신봉철)
【피고, 항소인】 공주시장

【대상판결】

【제1심판결】 대전지방법원 2011. 4. 13. 선고 2010구합4454 판결

【주문】

1. 제1심 판결을 취소한다.
2. 원고의 청구를 기각한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

【취지】

1. 청구취지
피고가 2010. 10. 21. 원고에게 한 의료유사업소개설신고 반려처분을 취소한다.
2. 항소취지
주문과 같다.

【변론종결】

2011. 7. 7.

【이유】

1. 처분의 경위

이 법원이 이 부분에 관하여 실시할 이유는 제1심 판결 이유의 해당 부분 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다(이하 위와 같이 인용하는 경우 “제1심 판결의 기재와 같다.”고만 표시한다).

2. 이 사건 반려처분의 적법여부에 관한 판단

가. 원고의 주장

제1심 판결의 기재와 같다.

나. 관계법령

제1심 판결의 기재와 같다.

다. 판단

1) 한약업사 제도의 존재 이유

한약업사는 원래 일제시대에 창설되었던 한약종상에 그 유래를 두고 있는바, 약사법 제정 당시 약사의 부족으로 약사만으로는 국민보건을 제대로 담당하기 어려웠던 실정을 감안하여 한약종상을 판매지역 등에 제한을 받는 의약품판매업자의 일종으로 정하였다가, 그 후 1971. 1. 13. 법률 제2279호로 약사법을 개정하면서 한약종상을 한약업사로 명칭을 변경하는 한편, 그 부칙에서 1971. 1. 13. 약사법 개정법률 시행 당시 한약종상의 허가를 받은 자는 약사법에 의한 한약업사로 보도록 하였다.

한약업사는 대통령이 정하는 한약업사시험에 합격하고 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 한약업사의 허가를 받은 자로서 약사가 아님에도 불구하고 예외적으로 의약품을 판매할 수 있고, 환자의 요구가 있을 때에는 기존 한약서에 실린 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매할 수 있으나(약사법 제44조 제2항, 제45조 제4항), 보건복지부령이 정하는 지역에 한정하여 한약업사 허가를 하며(약사법 제45조 제3항), 약사법 시행규칙 제56조는 종합병원, 병원, 의원, 한방병원, 한의원, 약국 또는 보건소지소가 없는 면에 한하여 1인의 한약업사를 허가할 수 있도록 규정하고 있다.

또한, 한약업사시험은 미리 그 영업허가 예정지역과 그 허가 예정인원을 공고하고(약사법 시행령 제28조), 그 시험에 응시하고자 하는 자도 응시원서에 영업예정지역 및 약도를 첨부하도록 하고 있으며(약사법 시행령 제29조 제1항 제5호), 미리 공고한 영업허가 예정지역별로 허가 예정인원수에 한하여 합격시키되, 그 시험성적이 전과목 총점의 100분의 60 이상 득점한 자를 합격자로 하며(약사법 시행령 제30조 제1항), 합격자가 일정한 시설을 갖추었을 때만 영업을 허가한다.

결국 한약사에게는 한약사시험이 한약사 자격을 인정하는 면허시험이지만, 한약업사의 시험합격은 영업허가를 위한 하나의 요건에 불과하고, 한약업사는 한약사와 비교하여 볼 때 그 자격과 영업허가가 명백하게 다른 직종이며, 한약업사의 존재이유는 약국이나 의료시설이 없는 지역의 해소를 위한 것이어서 본질적으로 지역적 제한을 전제로 약국이나 의료시설이 없는 면에 한정하여 당해 지역에서만 의약품의 판매를 할 수 있도록 마련된 것이라고 볼 수밖에 없다(헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2005헌마667, 2006헌마674 결정, 대법원 1989. 11. 10. 선고 89누2158 판결 참조).

2) 약사법 제46조 제3호 규정의 의미

약사법 제46조 제3호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 의하면 의료기관(의료유사기관인 침시술소도 포함된다)의 개설자에게는 한약업사의 허가를 하지 아니한다고 규정하고 있는바, 이 사건 법률조항이 의료기관 개설자에게 한약업사 허가를 하지 못한다는 의미뿐만 아니라 한약업사에게 의료기관 개설을 할 수 없다는 의미도 있다고 해석할 수 있는지에 관하여 논의의 여지가 있을 수 있다.

가) 먼저 법률 규정의 문구 자체의 의미를 제한적으로 엄격하게 보는 입장에서 본다면, 이 사건 법률조항은 제1심 법원의 판단과 같이 한약업사로 허가 받을 수 없는 결격사유를 규정한 것일 뿐이고 의료기관 개설신고(특히 침시술소 개설신고)의 적법요건 또는 반려사유로 한약업사 여부를 규정한 것은 아니라는 해석이 가능하다.

나) 그런데 다음과 같은 점에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항은 한약업사로 허가 받을 수 없는 결격사유뿐만 아니라 한약업사는 의료기관 개설자가 될 수 없다는 의료기관 개설신고의 적법요건 또는 반려사유로 해석함이 합리적이다.

① 한약업사 제도의 입법취지를 구현하기 위해서 한약업사는 의료기관 개설을 할 수 없다고 보아야 한다. 앞서 본 바와 같이 한약업사 제도의 존재 이유는 약국이나 의료시설이 없는 지역의 해소를 위한 것인바, 의료기관을 개설한 상태에서 한약업사를 두는 경우뿐만 아니라 한약업사가 의료기관을 개설하는 경우에도 한약업사 제도를 둔 입법취지가 무의미해지므로, 어느 경우이건 허용될 수 없다고 보아야 한다.

② 의료기관 개설자는 한약업사가 될 수 없다면, 형평의 원칙에 따라 한약업사는 의료기관 개설을 할 수 없다고 보아야 한다.

만일 이 사건 법률조항을 문구의 제한적 의미에만 집착하여 한약업사가 의료기관 개설하는 경우에는 적용되지 않고 의료기관 개설자에게 한약업사 허가를 할 수 없을 뿐이라는 일방적인 규정으로 본다면, 이 사건 원고의 경우처럼 침사 자격과 한약업사 자격을 가진 자가 먼저 침시술소를 개설한 후 한약업사 허가를 받는 것은 허용될 수 없는 반면 한약업사 허가를 먼저 받은 후 침시술소 개설하는 것은 허용하는 결과가 발생한다. 이처럼 동일한 자격을 가지고 있는 자가 시간적 선후관계를 달리한 우연한 사정에 따라 한약업사 영업만 할 수밖에 없거나 한약업사 영업과 아울러 침시술소 영업까지 가능할 수도 있게 된다면, 합리적인 이유 없이 상반된 결과를 용인하게 되어 형평에 반하게 된다.

③ 또한 한약업사에게 침시술소 개설을 허용하게 되면 실질적으로 한의사의 의료행위를 허용하는 부당한 결과가 발생하게 된다.

한의사 자격을 얻기 위해서는 한의과대학을 졸업하고 한의사 국가고시를 합격해야 한다. 반면에 한약업사시험에 합격하기 위해서는 고등학교 이상의 학교를 졸업한 자 등으로 5년 이상 한약취급업무에 종사한 경력이 있으면 응시할 수 있고 필기시험(본초강목, 방약합편 및 약성가에 수록된 한약의 명칭, 성상, 용도 등)과 실기시험(50종 이상의 한약제에 대한 감별능력 및 약도질)에서 전과목 총점 100분의 60 이상 득점하면 된다(약사법 시행령 제26, 27조, 제30조 제1항). 이와 같이 한의사가 되기 위해서는 한약업사에 비하여 훨씬 많은 시간과 비용, 노력을 들여야 하는 것이다.

그런데 한약업사에게 침시술소 개설을 허용하게 되면 이 사건에서 한약업사에 불과한 원고가 침사 자격을 구비하였다고 하여 사실상 한의사 업무를 할 수 있게 되고, 결과적으로 한의사 자격이 없는 한약업사에게 손쉽게 한의사의 의료행위를 할 수 있도록 허용하게 되어 부당하다.

3) 이 사건 반려처분의 적법 여부

위와 같이 한약업사 제도의 존재 이유, 이 사건 법률조항의 의미에 비추어 보면, 한약업사인 원고가 의료기관(엄밀히 말하면 유사의료기관)인 침시술소를 개설하는 것은 이 사건 법률조항에 따라 허용될 수 없으므로, 피고의 이 사건 반려처분은 적법하다.

3. 결론

그러므로 원고의 청구는 이유 없어 기각하여야 하는바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고 원고의 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 신귀섭(재판장) 조영범 김성률