

대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도6287 판결 의료 법위반(예비적죄명:의료법위반교사)·약사법위반

판시사항

[1] '약국 개설자가 아니면 의약품을 판매하거나 판매 목적으로 취득할 수 없다'고 규정한 구 약사법 제44조 제1항의 '판매'에 무상으로 의약품을 양도하는 '수여'를 포함시키는 해석이 죄형법정주의에 위배되는지 여부(소극)

[2] 갑 주식회사 임원인 피고인들이 회사 직원들 및 그 가족들에게 수여할 목적으로 다량의 의약품을 매수하여 취득하였다고 하여 구 약사법 위반죄로 기소된 사안에서, 위 행위가 같은 법 제44조 제1항 위반행위에 해당한다는 전제에서, 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다는 취지의 주장을 배척한 원심의 조치를 정당하다고 한 사례

[3] 의사가 직접 환자를 진찰하지 않고 처방전을 작성하여 교부한 행위와 대항범 관계에 있는 '처방전을 교부받은 행위'에 대하여 공범에 관한 형법총칙 규정을 적용할 수 있는지 여부(소극)

[4] 갑 주식회사 임원인 피고인들이 의사 을 등과 공모하거나 교사하여, 직원 병 등을 통하여 의사 을 등에게 직원 명단을 전달하면 을 등이 직원들을 직접 진찰하지 않고 처방전을 작성하는 방법으로 갑 회사 직원들에 대하여 처방전을 발급·교부하였다고 하여 주위적으로 구 의료법 위반, 예비적으로 같은 법 위반 교사로 기소된 사안에서, 처방전을 교부받은 직원 병 등을 의사 을 등의 처방전 교부행위에 대한 공동정범 또는 교사범으로 처벌할 수 없는 이상 병 등에게 가공한 피고인들 역시 처벌할 수 없다고 본 원심판단을 수긍한 사례

재판요지

[1] 구 약사법(2007. 10. 17. 법률 제8643호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 약사법'이라 한다) 제2조 제1호가 약사법에서 사용되는 '약사(약사)'의 개념에 대해 정의하면서 '판매(수여를 포함한다. 이하 같다)'라고 규정함으로써 구 약사법 제44조 제1항을 포함하여 위 정의규정 이하 조항의 '판매'에는 '수여'가 포함됨을

명문으로 밝히고 있는 점, 구 약사법은 약사(약사)에 관한 일들이 원활하게 이루어질 수 있도록 필요한 사항을 규정하여 국민보건 향상에 기여하는 것을 목적으로 하고(제1조), 약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없도록 하며(제20조 제1항), 의약품은 국민의 보건과 직결되는 것인 만큼 엄격한 의약품 관리를 통하여 의약품이 남용 내지 오용되는 것을 막고 의약품이 비정상적으로 유통되는 것을 막고자 구 약사법 제44조 제1항에서 약국 개설자가 아니면 의약품을 판매하거나 또는 판매 목적으로 취득할 수 없다고 규정한 것인데, 국내에 있는 불특정 또는 다수인에게 무상으로 의약품을 양도하는 수여의 경우를 처벌대상에서 제외한다면 약사법의 위와 같은 입법목적 달성을 어렵게 될 것이고, 따라서 이를 처벌대상에서 제외하려는 것이 입법자의 의도였다고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 결국 국내에 있는 불특정 또는 다수인에게 무상으로 의약품을 양도하는 수여행위도 구 약사법 제44조 제1항의 '판매'에 포함된다고 보는 것이 체계적이고 논리적인 해석이라 할 것이고, 그와 같은 해석이 죄형법정주의에 위배된다고 볼 수 없다.

[2] 갑 주식회사 임원인 피고인들이 회사 직원들 및 그 가족들에게 수여할 목적으로 전문의약품인 타미플루 39,600정 등을 제약회사로부터 매수하여 취득하였다고 하여 구 약사법(2007. 10. 17. 법률 제8643호로 개정되기 전의 것) 위반죄로 기소된 사안에서, 불특정 또는 다수인에게 무상으로 의약품을 양도하는 수여행위도 '판매'에 포함되므로 위와 같은 행위가 같은 법 제44조 제1항 위반행위에 해당한다는 전제에서, 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다는 취지의 피고인들 주장을 배척한 원심의 조치를 정당하다고 한 사례.

[3] 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 대향범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없는데, 구 의료법(2007. 7. 27. 법률 제8559호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항 본문은 의료업에 종사하고 직접 진찰한 의사가 아니면 처방전을 작성하여 환자 등에게 교부하지 못한다고 규정하면서 제89조에서는 위 조항 본문을 위반한 자를 처벌하고 있을 뿐, 위와 같이 작성된 처방전을 교부받은 상대방을 처벌하는 규정이 따로 없는 점에 비추어, 위와 같이 작성된 처방전을 교부받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다고 보아야 한다.

[4] 갑 주식회사 임원인 피고인들이 의사 을 등과 공모하거나 교사하여, 직원 병 등을 통하여 의사 을 등에게 직원 명단을 전달하면 을 등이 직원들을 직접 진찰하지 않고 처방전을 작성하는 방법으로 갑 회사 직원

들에 대하여 의약품 처방전을 발급·교부하였다고 하여 주위적으로 구 의료법(2007. 7. 27. 법률 제8559호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 의료법'이라 한다) 위반, 예비적으로 구 의료법 위반 교사로 기소된 사안에서, 을 등이 처방전을 작성하여 교부한 행위와 병 등이 처방전을 교부받은 행위는 대항범 관계에 있고, 구 의료법 제17조 제1항 본문 및 제89조에 비추어 위와 같이 처방전을 교부받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정을 적용할 수 없다는 이유로, 직원 병 등을 의사 을 등의 처방전 교부행위에 대한 공동정범 또는 교사범으로 처벌할 수 없는 이상 병 등에게 가공한 피고인들 역시 처벌할 수 없다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

참조조문

[1] 헌법 제12조 제1항, 형법 제1조 제1항, 구 약사법(2007. 10. 17. 법률 제8643호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제2조 제1호, 제20조 제1항, 제44조 제1항 [2] 형법 제20조, 제30조, 구 약사법(2007. 10. 17. 법률 제8643호로 개정되기 전의 것) 제44조 제1항, 제93조 제1항 제7호 [3] 형법 제30조, 제31조, 제32조, 구 의료법(2007. 7. 27. 법률 제8559호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항, 제89조 [4] 형법 제30조, 제31조 제1항, 구 의료법(2007. 7. 27. 법률 제8559호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항, 제89조, 형사소송법 제325조

참조판례

[3] 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도6712 판결(공2007하, 1970)

대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도544 판결

대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도3642 판결(공2011상, 1212)

대 법 원

판

결

피고인	피고인 1 외 1인
상고인	피고인들 및 검사
변호인	변호사 노경식 외 3인
원심판결	서울중앙지법 2011. 5. 12. 선고 2010노3921 판결

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인들의 상고이유에 대하여

형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니되나, 형벌법규의 해석에 있어서도 가능한 문언의 의미 내에서 당해 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려한 법률체계적 연관성에 따라 그 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석방법은 그 규정의 본질적 내용에 가장 접근한 해석을 위한 것으로서 죄형법정주의의 원칙에 부합한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2162 판결 등 참조).

구 약사법(2007. 10. 17. 법률 제8643호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 약사법'이라 한다) 제44조 제1항은 약국 개설자가 아니면 의약품을 판매하거나 판매 목적으로 취득할 수 없다고 규정하고 있는바, 구 약사법 제2조 제1호가 약사법에서 사용되는 '약사(약사)'의 개념에 대해 정의하면서 '판매(수여를 포함한다. 이하 같다)'라고 규정함으로써 구 약사법 제44조 제1항을 포함하여 위 정의규정 이하의 조항에서의 '판매'에는 '수여'가 포함됨을 명문으로 밝히고 있는 점, 구 약사법은 약사(약사)에 관한 일들이 원활하게 이루어질 수 있도록 필요한 사항을 규정하여 국민보건 향상에 기여하는 것을 목적으로 하고(제1조), 약사 또는 한약

사가 아니면 약국을 개설할 수 없도록 하며(제20조 제1항), 의약품은 국민의 보건과 직결되는 것인 만큼 엄격한 의약품 관리를 통하여 의약품이 남용 내지 오용되는 것을 막고 의약품이 비정상적으로 유통되는 것을 막고자 구 약사법 제44조 제1항에서 약국 개설자가 아니면 의약품을 판매 또는 판매 목적으로 취득할 수 없다고 규정한 것인데, 국내에 있는 불특정 또는 다수인에게 무상으로 의약품을 양도하는 수여의 경우를 처벌대상에서 제외한다면 약사법의 위와 같은 입법목적을 달성하기 어려울 것이고, 따라서 이를 처벌대상에서 제외하려고 한 것이 입법자의 의도였다고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 결국 국내에 있는 불특정 또는 다수인에게 무상으로 의약품을 양도하는 수여행위도 구 약사법 제44조 제1항의 '판매'에 포함된다고 보는 것이 체계적이고 논리적인 해석이라 할 것이고, 그와 같은 해석이 죄형법정주의에 위배된다고 볼 수는 없다.

또한 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 이와 같은 정당행위를 인정하려면, 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077 판결, 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9307 판결 등 참조).

앞서 본 법리들과 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인들이 공소외 1 주식회사의 직원들 및 그 가족들에게 수여할 목적으로 전문의약품인 타미플루 캡셀 75mg 39,600정, 피케이멜즈정 39,600정을 공소외 2 주식회사로부터 매수하여 취득한 행위는 구 약사법 제44조 제1항 위반행위에 해당한다고 전제한 다음, 피고인들의 위와 같은 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다는 취지의 피고인들의 주장을 배척한 조치는 정당하고, 거기에 구 약사법 제44조 제1항의 해석 및 정당행위에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

2. 검사의 상고이유에 대하여

2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 대향범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도6712 판결 등 참조).

원심이 인정한 사실에 의하면, 의사인 공소외 3 등이 직접 환자를 진찰하지 않고 처방전을 작성하여 공소외 4 등에게 교부한 행위와 공소외 4 등이 위 공소외 3 등으로부터 처방전을 교부받은 행위는 대항범 관계에 있다고 할 것인데, 구 의료법(2007. 7. 27. 법률 제8559호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항 본문은 의료업에 종사하고 직접 진찰한 의사가 아니면 처방전을 작성하여 환자 등에게 교부하지 못한다고 규정하면서 제89조에서는 위 조항 본문을 위반한 자를 처벌하고 있을 뿐, 위와 같이 작성된 처방전을 교부받은 상대방을 처벌하는 규정이 따로 없는 점에 비추어, 위와 같이 작성된 처방전을 교부받은 자에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다고 봄이 상당하다.

원심이 그 판시와 같이 공소외 4 등을 의사 공소외 3 등의 처방전 교부행위에 대한 공동정범 또는 교사범으로 처벌할 수 없는 이상 공소외 4 등에게 가공한 피고인들 역시 처벌할 수 없다고 본 것은 위와 같은 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 구 의료법 제17조 위반죄에서 공범의 성립에 관한 법리오해의 위법이 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박시환(재판장) 차한성 신영철(주심) 박병대