

藥師管理制度 不法運用과 韓藥業事業權

侵害에 관한 憲法訴願

(1991. 9. 16. 89헌마163 全員裁判部)

[판례집 3권, 505~517]

【판시사항】

1. 헌법소원심판절차(憲法訴願審判節次)에 있어서 공동소송참가신청(共同訴訟參加申請)의 적법요건(適法要件)
2. 행정권력(行政權力)의 불행위(不行爲)에 대한 헌법소원(憲法訴願)의 요건(要件)
3. 약사관리제도(藥師管理制度)에 있어서 양약(洋藥)과 한약(韓藥)을 이원적(二元的)으로 양분(兩分)할 것인가가 헌법(憲法)의 규제대상(規制對象)인지 여부
4. 입법부작위(立法不作爲)에 관한 헌법재판소(憲法裁判所)의 재판관할(裁判管轄)의 범위

【결정요지】

1. 민사소송법(民事訴訟法) 제76조가 준용(準用)되는 헌법소원심판절차(憲法訴願審判節次)에 있어서 공동소송참가신청(共同訴訟參加申請)이 적법(適法)하기 위하여는 피참가인(被參加人)인 청구인(請求人)과 마찬가지로 청구인(請求人) 적격(適格)을 가져야 한다.
2. 행정권력의 부작위(不作爲)에 대한 소원(訴願)의 경우에는 공권력(公權力)의 주체(主體)에게 헌법(憲法)에서 유래하는 작위의무(作爲義務)가 특별히 구체적으로 규정되어, 이에 의거하여 기본권(基本權)의 주체(主體)가 행정행위(行政行爲)를 청구(請求)할 수 있음에도 공권력(公權力)의 주체(主體)가 그 의무(義務)를 해태(懈怠)하는 경우에 허용된다 할 것이므로 단순한 일반적(一般的)인 부작위(不作爲) 주장(主張)만으로써는 족하지 않다.
3. 양약(洋藥)에 관해서는 약사(藥師)에게, 한약(韓藥)에 관하여는 새로 한약사제도(韓藥師制度)를 만들거나 기존(既存)의 한약업사(韓藥業士)에게 각 전속적(專屬的)으로 조제(調製)·판매권(販賣權)을 부여하여 이원적(二元的)으로 양분(兩分)하는 입장을 취할 것인가는

광범위한 입법형성권(立法形成權)을 가진 입법자(立法者)가 국민보건 향상(國民保健向上)이라는 공공복리(公共福利)를 고려하여 합목적적(合目的的)으로 정할 재량사항(才量事項)이고, 그렇게 되지 않았다 하여 헌법(憲法)의 기본가치(基本價值)를 도외시한 것이라 할 수 없다.

4. 입법부작위(立法不作爲)에 관한 헌법재판소(憲法裁判所)의 재판관할권(裁判管轄權)은, 헌법(憲法)에서 기본권보장(基本權保障)을 위해 법령(法令)에 명시적(明示的)인 입법위임(立法委任)을 하였음에도 입법자(立法者)가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법해석상(憲法解析上) 특정인에게 구체적인 기본권(基本權)이 생겨 이를 보장(保障)하지 위한 국가(國家)의 행위외무(行爲義務)내지 보호의무(保護義務)가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자(立法者)가 전혀 아무런 입법조치(立法措置)를 취하고 있지 않는 경우에 한하여 제한적으로 인정할 것이다.

청구인 : 김 ○ 진

대리인 변호사 장 영 순 외 3인

공동소송참가인 : 사단법인 대한한약협회

대표자 회장 이 수 건

대리인 변호사 장 영 순

보조참가인 : 대한한의사협회

대표자 회장 김 한 성

대리인 변호사 조 용 략

피청구인 : 보건사회부장관

【참조조문】

헌법(憲法) 제36조 제3항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제40조(준용규정(準用規定)) ① 헌법재판소(憲法裁判所)의 심판절차(審判節次)에 관하여 이 법(法)이 특별한 규정(規定)이 있는 경우를 제외하고는 민사소송(民事訴訟)에 관한 법령(法令)의 규정(規定)을 준용(準用)한다. 이 경우 탄핵심판(彈劾審判)의 경우에는 형사소송(刑事訴訟)에 관한 법령(法令)을, 권한쟁의심판(權限爭議審判) 및 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 경우에는 행정소송법(行政訴訟法)을 함께 준용(準用)한다.

② 생략

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

민사소송법 제76조(공동소송참가(共同訴訟參加)) ① 소송(訴訟)의 목적(目的)이 당사자(當事者)의 일방(一方)과 제삼자(第三者)에 대(對)하여 합일적(合一的)으로만 확정(確定)될 경우(境遇)에는 그 제삼자(第三者)는 공동소송인(共同訴訟人)으로 소송(訴訟)에 참가(參加)할 수 있다.

② 제1항의 경우(境遇)에는 제66조의 규정(規定)을 준용(準用)한다.
약사법(藥事法) 제2조(정의(正義)) ①~③ 생략

④ 이 법(法)에서 “의약품(醫藥品)”이라 함은 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 물품을 말한다.

1. 대한약전(大韓藥典)에 수재(收載)된 식으로서 위생용품(衛生用品)이 아닌 것

2. 사람 또는 동물(動物)의 질병(疾病)의 진단(診斷)·치료(治療)·경감(輕減)·처치(處置) 또는 예방(豫防)의 목적(目的)으로 사용되는 것으로서 기구기계(器具機械)·치료재료(齒料材料)·의료용품(醫療用品) 및 위생용품(衛生用品)을 포함한다. 이하 같다)가 아닌 것

3. 사람 또는 동물(動物)의 구조기능(救助機能)에 약리학적(藥理學的) 영향(影響)을 주기 위한 목적(目的)으로 사용되는 것으로서 기구기계(器具器械)가 아닌 것(화장품(化粧品)을 제외한다)

⑤ 이 법(法)에서 “한약(韓藥)”이라 함은 동물(動物)·식물(植物) 또는 광물(鑛物)에서 채취(採取)된 것으로서 주(主)로 원형(原形)대로 건조(乾燥)·단절(斷折) 또는 정제(精製)된 생약(生藥)을 말한다.

⑥~⑫ 생략

약사법(藥師法) 제16조(약국(藥局)의 개설등록(開設登錄))① 약사(藥師)가 아니면 약국(藥局)을 개설(開設)할 수 없다.

②~⑤ 생략

약사법(藥事法) 제21조(조제(調劑)) ① 약사(藥師)가 아니면 의약품(醫藥品)을 조제(調製)할 수 없다.

② 약사(藥師)의 의약품(醫藥品)을 조제(調製)할 때에는 약국(藥局)에서 행하여야 한다. 다만, 시장(市長)·군수(軍需) 또는 구청장(區廳長)의 승인(承認)을 얻은 경우에는 예외로 한다.

③ 삭제(削除)

약사법(藥事法) 제23조(처방(處方)의 변경(變更)·수정(修正)) ① 약사(藥師)는 그 처방전(處方箋)을 발행한 의사(醫師)·치료의사(治療醫師)·한의사(韓醫師) 또는 수의사(獸醫師)의 동의(同意)없이 처방(處方)을 변경(變更)하거나 수정(修正)하여 조제(調製)할 수 없다.

② 약사(藥師)는 처방전(處方箋)의 내용(內容)에 의심(疑心)이 나는 점(點)이 있을 때에는 그 처방전(處方箋)을 발행한 의사(醫師)·치료의사(治療醫師)·한의사(韓醫師) 또는 수의사(獸醫師)에게 문의(問議)하여 그 의심(疑心)나는 점(點)을 확인한 후가 아니면 조제(調製)를 하여서는 아니 된다.

약사법(藥事法) 제35조(의약품판매업(醫藥品販賣業)의 허가(許可))① 약국개설자(藥局開設者)가 아니면 의약품을 판매(販賣)하거나 판매(販賣)의 목적(目的)으로 취득(取得)할 수 없다. 다만, 의약품(醫藥品) 등의 제조업자(製造業者)(소분업자(小分業者)를 포함한다. 이하 같다) 또는 수출입업자(輸出入業者)가 그 제조(製造)(소분(小分)

을 포함한다. 이하 같다) 또는 수입(收入)한 의약품(醫藥品)을 이 법(法)의 규정(規定)에 의하여 의약품(醫藥品)을 제조(製造)·수출입(輸出入) 또는 판매(販賣)할 수 있는 자(者)에게 판매(販賣)하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 규정(規定)에 불구하고 보건사회부령(保健社會部令)이 정하는 바에 의하여 서울특별시장(特別市長)·부산시장(釜山市長) 또는 도지사(道知事)로부터 한약업사(韓藥業士) 또는 의약품도매상(醫藥品都賣商)의 허가(許可)를 받은 자(者)는 약사(藥師)가 아니라도 의약품(醫藥品)을 판매(販賣)할 수 있다.

③ 생략

약사법(藥事法) 제36조(의약품판매(醫藥品販賣)의 종류(種類))① 전조(前條) 제2항의 규정(規定)에 의한 의약품(醫藥品)의 판매업(販賣業)의 종류(種類)는 다음과 같다.

1. 한약업사(韓藥業士)

2. 의약품도매상(醫藥品都賣商)

② 한약업사(韓藥業士)는 환자(患者)의 요구(要求)가 있을 때에는 기성(既成)한약서(韓藥書)에 수재(收載)된 처방(處方) 또는 한약사(韓藥師)의 처방전(處方箋)에 의하여 한약(韓藥)을 혼합판매(混合販賣)할 수 있다.

약사법(藥事法) 제37조(의약품판매업(醫藥品販賣業)의 허가기준(許可基準))① 생략

② 한약업사(韓藥業社)는 보건사회부령(保健社會部令)이 정하는 지역(地域)에 한(韓)하여 대통령령(大統領令)이 정하는 한약업사시험(韓藥業士試驗)에 합격(合格)한 자(者)에게 허가(許可)한다.

③~④ 생략

약사법(藥事法) 제43조(대한약전(大韓藥典)) ① 보건사회부장관(保健社會部長官)은 의약품(醫藥品)의 제법(製法)·성장(性狀)·성능(性能)·품질(品質) 및 저장방법(貯藏方法)의 적정을 기하기 위하여 중앙약사심의위원회(中央藥事審議委員會)의 심의(審議)를 거쳐 대한약전(大韓藥典)을 정하고 이를 공고(公告)한다.

② 대한약전(大韓藥典)은 제1부와 제2부로 하고, 제1부에는 주(主)로 빈번히 사용되는 원약(原藥)인 의약품(醫藥品)과 기초적제제(基礎的製劑)를 수재(收載)하고, 제2부에는 주(主)로 혼합제제(混合製劑)와 제1부에 수재(收載)되지 아니한 의약품(醫藥品)을 수재(收載)한다.

약사법시행령(藥事法施行令) 제26조(한약업사시험(韓藥業士試驗)) 법 제37조 제2항의 규정에 의한 한약업사의 시험은 한약취급에 관한 필요한 지식과 그 실무사의 기능에 관하여 서울특별시·부산시장 또는 도지사가 이를 행한다.

약사법시행규칙(藥事法施行規則) 제7조의2(조제(調製)) 약사는 의약품을 조제할 때에는 의사, 치과의사, 한의사 또는 수의사의 처방전이나, 대한약전 또는 보건사회부장관이 지정하는 공정서 및 의약품집에 의하여 조제하여야 한다.

약사법시행규칙(藥事法施行規則) 제23조(한약업사(韓藥業士) 허가지역(許可地域)) 도지사는 한약업사의 수급조질상 필요하다고 인정하는 경우에는 종합병원·병원·의원·한방병원·한의원·약국·또는 보건소 지소가 없는 면에 한하여 1인의 한약업사를 허가할 수 있다.

【주 문】

공동소송참가인의 참가신청과 청구인의 이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

청구인은 1972.1.4. 전라북도지사가 실시한 한약업사 자격시험에 합격하여 1976.12.15. 한약업사의 허가를 받아 그 이래 한약업사로 종사하여 온 사람인데, 한약은 약사법 조성의 의약품에 해당하지 아니하므로 의약품만을 취급하여서는 아니됨에도 불구하고 한약을 판매하고 있어 청구인과 한은 한약업사의 권리를 침해하고 있고, 피청구인도 이와 관련하여 청구인의 기본권을 침해하고 있다는 등의 이유로 1989.7.26. 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

한편 사단법인 대한한약협회는 1990.5.3. 이 사건 청구에 관하여 청구인과 동일한 이해관계가 있다고 주장하면서 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 헌법재판절차에 준용되는 민사소송법 제76조에 의한 공동소송참가의 신청을 하였고, 대한한의사협회는 1990.10.19. 청구인을 위하여 보조참가신청을 하였다.

2. 당사자 및 이해관계인의 주장

가. 청구인의 주장

(1) 약사법 제2조 제5항은 동조 제4항 소정의 “의약품” 과는 별도로 “한약” 을 정의하고 있으므로 한약은 의약품에 포함되지 아니하고 따라서 동법 제36조 제2항 소정의 “한약의 혼합판매” 란 “의약품의 조제” 와는 구분되는 개념으로서 이는

한약업사만이 할 수 있고 따라서 약사가 한약을 혼합판매하는 것은 한약업사의 권리를 침해하는 것으로 허용되지 아니한다.

(2) 그런데 피청구인은 이러한 약사의 한약판매행위를 단속하지 아니하고 방임함으로써 공권력의 불행사라는 부작위에 의하여 청구인의 기본권을 침해하고 있으며,

(3) 한약업사 아닌 자의 한약판매행위에 대하여 별도로 이를 금지하거나 처벌하는 규정을 두지 아니한 것은 입법부작위에 의한 청구인의 평등권 및 직업선택의 자유의 침해일 뿐만 아니라 헌법 제36조 제3항 소정의 보전에 관하여 국가의 보호를 받을 국민의 기본권을 침해하는 행위이고,

(4) 의약품이 아닌 한약을 대한약전에 수록함으로써 한약도 의약품으로서 약사가 조제판매 할 수 있는 근거를 부여하여 청구인의 평등권, 행복추구권 및 직업선택의 자유를 침해하였다.

(5) 그 외에도 한의사의 처방전에 의한 약사의 한약조제판매를 허용하고 있는 약사법 제23조 제1항·제2항, 약사법시행규칙 제7조의2는 청구인의 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는 것이고, 한약업사를 의약품판매업자로 규정한 약사법 제35조 제2항, 제36조 제1항은 의약품이 아닌 한약도 약사 등이 판매할 수 있는 근거가 되어 청구인의 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는 것이며, 한약업사의 허가지역을 제한하고 있는 약사법 제37조 제2항은 청구인의 평등권과 직업선택의 자유 및 거주이전의 자유를 침해하는 것이고, 약사법시행령 제26조 소정의 한약업사시험을 1983년 이래 실시하지 않고 있는 것은 한약업사가 되려는 자의 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는

것이다.

(6) 이 사건 헌법소원의 대상이 되는 행위는 부작위이거나 또는 기본권침해행위가 현재도 계속되어 있으므로 헌법소원심판청구기간의 제한을 받지 아니하며, 이에 대하여는 별도의 사전구제절차가 존재하지 아니하므로 사전구제절차를 거치지 아니하고 바로 헌법소원을 제기할 수 있다.

나. 보조참가인의 의견

대한의사협회는 청구인을 위한 보조참가신청을 하고 의견을 개진 하였는바, 의견을 진술할 수 있는 이해관계기관에 해당된다고 보고 그 의견을 참작하기로 하는 바, 그 의견의 요지는 청구인의 주장과 대체로 같다.

다. 피청구인의 의견 한약은 당연히 약사법 소정의 의약품에 포함 되고 약사법 제2조 제5항의 규정은 한약을 의약품의 개념에서 제외한 것이 아니며, 한약업사의 한약혼합판매는 약사만이 의약품을 조제할 수 있다는 원칙에 대한 예외일 뿐으로 약사는 당연히 한약을 조제판매할 수 있으므로 한약업사만이 한약을 판매할 수 있음을 전제로 하는 청구인의 주장은 이유없다.

라. 법무부장관의 의견

이 사건 헌법소원심판청구는 심판청구기간을 도과하였을 뿐만 아니라 사전구제절차를 거처지도 아니하였고 침해된 기본권을 특정하지도 아니하고 있어 부적법하다는 주장이 추가된 외에는 피청구인의 의견과 같다.

마. 대한약사회의 의견

대한약사회는 이해관계기관으로서 이 사건에 관하여 의견서를 제출하였는데, 자유경쟁의 원리에 비추어 볼 때 약사의 한

약관매행위가 청구인의 직업선택의 자유나 행복추구권 등을 침해하는 것으로는 볼 수 없으므로 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다는 주장이 추가된 점 외에는 대체로 피청구인의 의견과 같다.

3. 대한한약협회의 공동소송참가신청에 관한 판단.

대한한약협회는 이 사건 심판청구에 공동소송참가의 신청을 하고 의견을 진술하고 있다.

그러나 민사소송법 제76조의 공동소송참가란 소송의 목적이 당사자의 일방과 제3자에 대하여 합일적으로 확정될 경우에 그 제3자는 별소를 제기하는 대신에 계속중의 소송에 공동소송인으로 참가하는 것으로서 자기 자신도 피참가인인 당사자와 마찬가지로 소를 제기할 수 있는 당사자적격을 구비하지 않으면 안되는 것이므로, 위 규정이 준용되는 헌법소원절차에 있어서 대한한약협회의 공동소송참가신청이 적법하기 위하여는 피참가인인 청구인과 마찬가지로 청구인적격을 가져야 한다고 할 것이다. 그런데 이 사건은 청구인이 자연인에게만 부여되는 한약업사의 지위에서 한약업사로서의 기본권이 침해되고 있음을 이유로하여 낸 소원심판청구로서, 사단법인인 대한한약협회에 한약업사의 자격을 부여할 수 도 없고 부여되어 있지도 아니함이 명백하므로 참가인이 청구인과 같은 소원청구인 적격자라고 할 수 없으니, 결국 대한한약협회의 이 사건 공동소송참가는 부적법한 신청이라고 밖에 볼 수 없다.

다만 위 대한한약협회는 의견을 진술할 수 있는 이해관계기관에는 해당한다고 보아 의견을 참작하기로 하는바, 그 의견의 요지는 청구인의 주장과 대체로 같다.

4. 청구인의 이 사건 심판청구에 관한 판단

가. 먼저 청구인의 단속부작위에 대한 소원청구부분에 관하여 본다.

헌법소원은 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정한 바와 같이 공권력의 불행사에 대하여서도 그 대상으로 할 수 있지만, 행정권력의 부작위에 대한 소원의 경우에 있어서는 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다고 할 것이며, 따라서 의무위반의 부작위 때문에 피해를 입었다는 단순한 일반적인 주장만으로는 족하지 않다고 할 것으로 기본권의 침해없이 행정행위의 단순한 부작위의 경우는 헌법소원으로서 부적법하다고 할 것이다.

이 사건으로 돌아가 본다. 현행 약사법 제3조 제2항에 의하면 원칙적으로 약학을 전공하는 대학을 졸업한 자로서 약사국가시험에 합격한 자에 한하여 약사의 면허를 부여하게 되어 있고, 약사가 아니면 약국을 개설하거나 의약품을 판매할 수 없으며(동법 제16조 제1항, 제35조 제1항), 또 의약품을 조제할 수 없게 하였고(동법 제21조, 동법 시행규칙 제7조의2), 여기에 어떠한 지역제한이 없다. 한편 여기의 약사가 다루게 되어 있는 의약품에는 동법 제2조 제4항에서 대한약전에 수재된 것으로서 동조항 제2호·제3호 소정의 것이라고 하였으며, 동법 제43조에 의하면 보건사회부장관이 중앙약사심의위원회의 심의를 거쳐 정하여 공고하는 대한약전에는 제1부와 제2부로 하되 제1부에는 주로 빈번히 사용되는 원약인 의약품과 기초적인 제제를 수재하고, 제2부에는 주로 혼합제제와 제1부에 수재되지 아니한 의약품을 수재하게 되어 있는 바,

대한약전에 의하면 제2부에 갈근, 감초 등 100가지 이상의 순수한 한약재가 수재되었다.

반면 원래 한약종상에 그 연원을 둔(약사법 부칙(1971.1.13.) 제3항 참조) 한약업사의 경우는 보건사회부령이 정하는 바에 의하여 한약업사의 허가를 받은 자에 대하여 약사가 아님에도 의약품을 판매할 수 있게 하고(동법 제35조 제2항), 또 기성한약서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의한 한약의 혼합판매권까지 부여하였지만(동법 제36조 제2항), “보건사회부령이 정하는 지역에 한하여” 한약업사시험에 합격한 자에 대하여 한약업사허가를 하며(동법 제37조 제2항), 여기에서 위임받은 보건사회부령인 약사법시행규칙 제23조에 의하면 도지사는 한약업사의 수급조절상 필요하다고 인정하는 경우에는 종합병원·병원·의원·한방병원·한의원·약국 또는 보건소지소가 없는 면에 한하여 1인의 한약업사를 허가할 수 있다고 하였다.

이상 본 바를 종합할 때 약국개설에 지역적 제한을 두지 아니한 약사와 달리 한약업사에 대해서는 그 없을 “보건사회부령이 정하는 지역에 한하여” 한지적으로 허가하게 되어 있으며, 또 약사만이 개설할 수 있는 약국이 없는 지역에 한하여 허가하는 보충적인 것으로 하였고, 그 업무내용도 한약을 비롯한 의약품일반에 관해 전면적인 조제·판매권을 가지는 약사의 경우와 달리 한약업사의 겨우는 판매권은 한약을 비롯한 의약품 일반이지만 한약에 한하여서만 혼합판매권을 가진다. 그렇다면 한약없는 약사가 없는 한지에서 약사의 업무일부를 수행하는 보충적인 직종에 그치는 것으로, 비록 약사법 제36조 제2항에서 한약의 혼합판매권을 주었다고 하여도 그것이 약사에게는 허용되지 않는 배타적이며 한약업사에게만 전속적으로 부여한

특허권과 같은 것으로 볼 수 없다고 할 것이다. 그렇기 때문에 약사가 약사법 제36조 제2항을 어겼을 때에 이를 단속하는 규정은 있을 수도 없고 있지도 아니하며 따라서 법률상으로도 보사부장관에게 약사를 단속할 작위의무가 발생할 여지는 없다고 할 것이다. 현행 약사법 체계에 의하면 한약을 비롯한 일체의 의약품에 대해 약사에게 조제판매권을 주는 것을 원칙으로 하고 한약업사에게는 약사에 대한 관계에서 한지적·보충적인 직종으로 하였으나 이에 의하지 않고 대신에 양약에 관하여는 약사에게, 한약에 관하여는 새로 한약사를 만들거나 기존의 한약업사에게 각 전속적 조제판매권을 부여하여 이원적으로 양분하는 입장도 상정할 수 있는 바 그 어느 입장을 취할 것인가는 광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 국민보건향상이라는 공공복리를 고려하여 합목적적으로 정할 재량사항을 것으로 현행 약사법이 양분하는 입장을 취하지 아니하였다하여 헌법의 기본가치를 도외시한 재량권일탈의 입법이라고는 할 수 없을 것이며, 따라서 이로 인하여 한약업사의 직업행사의 자유나 거주이전의 자유 등 어떠한 기본침해의 가능성이 성립할 수 없을 것이고 그 보호를 위한 헌법상의 약사단속청구권이 발생할 여지는 없는 것이라고 할 것이다. 그렇다면 그에 대응하는 단속해야 할 작위의무의 성립을 전제로 한 단속부작위 청구부분의 나머지 쟁점에 대해 살필 필요도 없이 부적법하다고 할 것이다.

나. 다음 입법부작위에 관한 소원부분을 본다.

입법부작위에 관한 헌법재판소의 재판관할권은 극히 한정적으로인정할 수밖에 없다 할 것으로, 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기

본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않는 경우라야 할 것인 바(당 재판소 1989.3.17. 선고, 88헌마 1 결정 참조), 헌법의 어느 규정에서도 한약업사 이외의 한약혼합판매행위의 금지규정과 그 위반시 처벌규정을 두도록 법령에다가 이를 위임하는 규정을 둔 바 없으며, 국가의 국민보건에 관한 보호의무를 규정한 헌법 제36조 제3항을 두고 위와 같은 취지의 입법위임이라고는 보기 어려울 것이고 또 전항에서 밝힌 바이지만 이 사건의 경우에 청구인에게 침해된 기본권의 보장을 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 결국 청구인의 이 부분 청구도 역시 더 나아가 살필 필요도 없이 부적법하다고 할 것이다.

다. 나아가 한약의 대한약전 수재 행위 및 약사법 제23조, 제35조 내지 제37조, 동법 시행규칙 제7조의2 등 법규에 관한 소원청구부분에 관하여 본다. 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다고 규정하였는 바, 현행 대한약전(제5차 개정)이 1987.4.22.에 보건사회부장관에 의하여 고시된 것인데 그 이전부터 한약재가 이에 수재되었던 것은 기록상 인정되는 바이고, 문제된 약사법 규정들이 현재와 같은 내용으로 된 것은 1986.5.10. 개정 법률 제3825호에 의하여 이루어졌으며, 동법 시행규칙 제7조의 2의 규정도 1980.3.22. 개정 보건사회부령 제642호에 의하여 신설된 것이다. 그렇다면 1976.12.15. 한약업사의 허가를 받은 청구인이 1989.7.26에 비로소 당 재판소에 제출한 이 사건 소원청구부분은 그 청구기간이 도과

된 뒤에 청구한 것임이 역수상 명백하다.

라. 끝으로 한약업사시험 불실시에 관한 소원청구부분을 살피건대, 청구인의 주장과 같이 오랫동안 시험실시를 하지 않고 있다 하더라도 이에 의하여 이미 한약업사의 허가를 받은 청구인 자신의 기본권에 어떠한 소장이 될 사유가 아니라고 할 것이므로 결국 이 부분 청구는 기본권침해의 자기관련성이 없는 것이라고 볼 것이다.

5. 결론

그렇다면 공동소송참가인의 참가신청과 청구인의 이 사건 심판청구는 모두가 부적법하여 이를 각 각하할것으므로, 이에 주문과 같이 결정한다.

이 결정에는 관여재판관 전원의 의견일치를 보았다.

1991. 9. 16.

재판장 재판관 조규광

재판관 이성렬

재판관 변정수

재판관 김진우

재판관 한병채

재판관 이시운

재판관 최광률

재판관 김양근

재판관 김문화

재판관 이성렬은 정년퇴임으로 서명날인 할 수 없음

재판장 재판관 조규광