

法學碩士學位論文

行政組織法の 實效性に 관한 研究

－保健所法을 中心으로－

指導教授 李 丙 勳

全州大學校 大學院

法 學 科

鄭 永 元

法學碩士學位論文

T
363.2
정6468

行政組織法の 實效性에 관한 研究

－保健所法을 中心으로－

指導教授 李 丙 勳

이 論文을 碩士學位 論文으로 提出함.

1992年 11月 6日

全州大學校 大學院

法 學 科

鄭 永 元

鄭永元의
法學碩士學位 請求論文을 認准함.

審 查 委 員

委 員 長 陳 癸 鎬 

委 員 嚴 英 鎮 

委 員 李 石 勳 

1992 年 12 月 日

全 州 大 學 校 大 學 院

目次

제 1 장 序論	1
I. 研究의 目的	1
II. 研究의 方法과 範圍	3
제 2 장 法の 實效性 認識을 위한 法理論	5
I. 法の 概念과 實效性	5
II. 法の 實效性的 意義	9
III. 法の 實效性 認識對象으로서의 行政組織法	11
1. 現代行政과 行政組織	12
2. 行政組織의 基本原理	13
3. 行政機關의 概念	15
4. 行政機關의 種類	17
5. 行政機關의 所管事務와 權限	18
IV. 法の 實效性的 認識方法	19
제 3 장 法の 實效性 認識對象으로서의 保健行政組織	21
I. 保健行政組織 關係	21
II. 保健所의 變遷 過程	22
III. 保健所法の 變遷 過程	25
IV. 保健所의 機關性格	27
제 4 장 保健所法の 實效性	31
I. 保健所法の 實效性的 認識體系構成	31
1. 認識體系構成의 意義	31
2. 保健所 性格에 따른 認識體系構成	31
3. 認識體系構成과 保健所法の 關係	32
II. 保健所法の 實效性認識을 위한 認識根據	33
1. 憲法	33
2. 行政組織法規	34

3. 地方自治法規	40
4. 地方自治條例·規則	41
Ⅲ. 保健所法の 認識體系에 따른 法源의 分流	45
1. 目的	46
2. 設置	46
3. 權限	48
4. 公務員	49
5. 業務	52
Ⅳ. 保健所法の 實效性과 그 救濟 및 實效性 確保方案	63
1. 實效性	63
2. 實效性 喪失에 대한 救濟制度 및 實效性 確保 方案	68
제 5 장 結論	72

第 1 章 序 論

I. 研究의 目的

우리는 흔히 주위에서 “ 그것은 옳다. 그러나 꼭 그렇게 할 수 없다 ”라고 하는 말을 듣는다. 이러한 現象을 자동차가 많아진 요즈음 자주 經驗할 수 있는데, 과연 이러한 思考가 얼마나 많은 사람들에게 蔓延되어 있으며, 그 思考는 옳은 것인지, 그리고 이러한 것들이 社會一般에 끼치는 影響力이 어느정돈지 알아볼 必要가 있을 것이다. 實效性이 絶실히 要求되는 것이 法이라고 볼 때 특히 그것은 法の 경우로 바꾸어 말한다면 “法은 옳다. 그러나 꼭 그렇게 지킬 수는 없다”라는 것과 같다. 이것은 곧 法の 實效性和 關係되는 것으로 매우 重要的 意味가 있으며 實定法에 있어서는 더욱 그러하다. 그러므로 여기에서는 이러한 점을 克明하게 엿볼 수 있는 하나의 實定法을 對象으로, 實定法和 그 ‘法的 事實’과의 관계에서 法學的인 方法을 통해 그 사실을 찾아보고자한다. 즉 法學에서 言及되는 法の 實效性 인식을 통해 그러한 事實의 具體的 存在를 確認해보고자한 것이다.

모든 法에서 法の 實效性이 강조되고 있고, 또 그 實效性確保를 위한 制度的 裝置를 마련하고 있다. 이러한 實效性은 대부분의 法에서 쉽게 認識할 수 있고 또 實效性確保 手段에 의해 그 實效性이 상당히 維持되고 있다고 볼 수 있다. 그러나 行政法의 경우 이러한 實效性的 認識이 어렵고 또 그 實效性確保 手段이 매우 未洽하다고 보는데 특히 行政組織法에 있어서 더욱

그러하다고 본다. 말하자면 行政은 크게 行政組織과 行政作用으로 나누어 說明되며 行政法 역시 行政組織法과 行政作用法으로 對應되는데 이중 行政法의 實效性에 관하여는 대부분의 論文이나 著書에서 주로 行政行爲를 중심으로 하는 즉, 行政作用法에만 關心을 기울여온것 같다. 그러나 行政作用은 行政組織없이 存在할 수 없으며, 그 관계를 '體'와'用'의 關係라 할 수 있다면, 어느 한쪽의 흠이라도 양쪽 모두에 결국 흠이 될 것이다.

行政法關係에있어서 行政主體와 行政客體사이에 일어나는 特性을 살펴본다면, 行政作用法의 경우 '法的 事實'이 行政客體에 대해 個別的이고 限時的이며 直接的이라 한다면 行政組織法의 경우는 一般的이며 永續的-法이 存在하는 限-이며 間接的이라 할 수 있다.

따라서 이들 '法的 事實'에 問題點이 있을 경우, 行政作用에 있어서는 그 흠에 의해 行政客體가 받는 影響은 個別的이고 限時的이어서 社會一般에 주는 影響力の 크기는 行政組織의 그것보다 작다고 할 수 있다. 반면, 行政作用法의 '法的 事實'은 直接的이기에 쉽게 認知될 수 있고 또한 그를 修正할 수 있는 制度, 즉 行政審判이나 行政訴訟등과 같이 잘 마련되어있다.

그러나 行政組織의 경우는 그와 반대로 그 影響力이 不特定 多數人에게 影響을 주어서인지 그것을 問題삼으려는 努力이 충분치 않을뿐만 아니라 法的 制度 역시 극히 制限的으로 마련되어있을 뿐이다. 특히 福祉行政分野에

1) 劉明鍾, 韓國思想史, 以文出版社, 1985.8, (157쪽, "體用은 相即이다. 用만 말해도 體는 그 가운데 있고, 體만을 말할 적에도 用은 그 가운데 갖추어져있다"), (214-215쪽, "그는 「性說」에서 「性은 天理가 人心에 內在한 것이며 仁義禮智信이 性の 名目이다. 天에있어서는 理가 되었고 人間에 있어서는 性이 되었는데, 그 알맹이는 마찬가지이다. 고요하여 움직이지 않는 것은 性體요, 감응하여 통달하는 것은 性用이다").

있어서는 위에서 말해진 모든 特性이 더욱 두드러지게 나타난다.

그래서 이와같은 事實을 保健所法의 實效性을 통해 認識해보고 그 救濟方法을 찾아보는 것이 이 論文의 目的이다.

Ⅱ. 研究의 方法과 範圍

法에 대한 考察은 그 論究 對象의 깊이나 範圍등에 따라 매우 다르게 다루어질 것이며 그에따라 確實한 哲學的 論理體系가 提示되어야 하겠으나, 여기서 다루려하는 것은 法の 本質이나 概念등과 같은 것이 아니며 단지 實定法의 遵守내지 適用事實에 대한 確認, 즉 實定法과 '法的 事實'과의 合致에대한 客觀的 認識努力이라 할 수 있으므로, 研究의 方法이 存在論이나 認識論등의 水準으로까지 이끌어질 필요는 없으리라고 보지만 論理의 一貫性을 위해 구스타프 라트부르흐의 法哲學的 理論과 法概念을 바탕으로 論題의 論理를 展開하고자한다. 비록 구스타프 라트부르흐의 理論을 주로 引用하였지만 앞에서 말한 것처럼 이러한 점이 論理의 展開와 結論에 주는 影響은 다른 어떤 理論을 바탕으로 한 것과 차이가 없다고 본다.

또한 論究對象에 있어서, 법은 行政組織에 관한 法令중에서 保健所組織에 관한 法令으로 하고, 保健所組織에 관한 法令의 實效性 確認 對象으로서 '法的 事實'²⁾은 保健所에 관한 全州市 條例·規則으로 制限하여 行政組

2) 본 논문에서 사용되는 '法的 事實'이라 함은 '法'에 의하여 적법한가 아닌가가 評價되는 評價對象으로서의 '事實'이란 意味로, "實效性, 즉 規範이 事實上 適用되고 遵守된다는, 規範에 合致되는 인간행위가 사실로 행

織法の 實效性이라는 主題의 試論的 研究의 出發點으로 삼았다.

그러나 이 論究의 價値에 크게 影響을 주게되는 것으로, 個個의 法律에 대한 法的 事實의 認識方法上的 問題가 惹起되는데 이는 또하나의 主題로 研究되어야 할만큼 어려운 것으로, 우선 保健所法の 實效性을 認識하기 위한 方法과 體系를 研究하므로써 行政組織法の 實效性에 대한 一般理論을 定立하는데 寄與해보고자 했다.

이러한 많은 問題點을 안고 論究된 結論이 그래도 價値가 있다고 認定될 경우, 앞서 제기한 問題點을 더욱 補完하여 그 範圍를 擴大한다면 그 論究는 매우 큰 價値가 있으리라 생각되어 이번 論究는 그 可能性에 대한 試圖로 보고자한다.

해진다는 存在事實”(한스 켈젠(Hans Kelsen), 심헌섭 편역, 켈젠법이론선집, 법문사, 1990, 34쪽에서 인용)에서의 存在事實과 “法の 規範的 성격에서부터 그에따라 행동하든가 그에 반하여 행동하든가 하는 두가지 가능성이 생기며, 그리하여 適法性(Rechtsmäßigkeit) 및 違法性(Rechtswidrigkeit)의 두가지 概念이 생기는데, 모든 法的 事實은 다시 자기가 이 兩者의 어디에 속하는가를 밝혀야할 先驗的 의무를 가진다”(구스타프 라드부르흐(Gustav Radbruch), 1878-1949, 에릭 볼프/한스·페더 슈나이더 편, 최종고역, 삼영사, 1982, 69쪽에서 인용)에서 사용된 ‘法的 事實’이 본 논문에 사용된 근거이다.

第 2 章 法の 實效性 認識을 위한 法理論

I. 法の 概念과 實效性

1. 法の 概念

法の 概念에 대해서는 歴史的으로 많은 意見이 提示되어왔다. 그러나 이러한 意見의 差異를 요즈음엔 하나의 言語 問題로 보는 傾向이 있다. 즉 '哲學의 거의 모든 물음과 命題들은 우리의 言語의 論理를 理解하지 못하는 데에서 생겨나온다'³⁾라고까지 말한다.

이렇듯 어느 한 存在를 '法'이라고 부를 것이냐 아니면 '法'이라는 言語에대한 存在를 찾는 것이냐하는 混同이 있을 수 있고, 사회 寬容的 用語로 使用되고 있는 '法'에는 이 둘 모두가 包含되어 있다 할 수 있으므로 어떤 法에 관한 論究에 앞서 法の 概念 設定은 꼭 必要하다. 여기에서 概念 設定이 必要하다는 것은 概念 糾明이 아닌, 論究가 論題에 벗어나지 않도록 하는 次元에서이다. 그러므로 여기에서 言及되는 '法'은 實定法이고, 그 法과 그 法으로 인한 '法的 事實'과의 關係가 論究의 對象으로 되어있기 때문에, 法の 概念은 一貫된 論理의 展開에 必要한 法の 實效性的의 概念 設定과 實效性 認識을 위해, 이들이 모두 包容될 수 있는 정도에서 一般的 法の 概念을 구스타프 라트부르흐의 理論을 중심으로 다음과 같이 정리해보았다.

3) Ludwig Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung, << Schriften I >>(Frankfurt a.M., 1980), (박영식/최세만 옮김, 논리철학논고, 정음사, 1988), 이기상, 하이데거의 實存과 言語, 문예출판사, 1991.8.15, 22쪽에서 재인용.

구스타프 라트부르흐는 그의 著書 <<法哲學>>⁴⁾에서 學問的 態度를 價値盲目的態度・價値評價의態度・價値關係의態도와 價値超越의態도로 分類하고 法現象은 價値盲目的으로 考察하는 것이 不可能하며 法은 價値關係적 態度에서만 把握될수있는 文化現象, 즉 價値에 關係된 事實이라는 것과 法概念은 法理念을 實現한다고하는 意味를 가진 所與로밖에 規定될 수 없다고 말하고 있으며, 法은 不正義로울 수도 있지만 法은 正義에 適合하려고 하는 意味를 가지기 때문에 그런한에 있어서 法인 것이며 法理念 그 것은 法的現實을 위한 構成的 原理인 同時에 그 價値 尺度로서 價値 評價적 態度에 속한다라고 말하고 있다.

이러한 前提下에 그는 法の 概念을 法은 法價値, 法理念에 奉仕한다는 意味를 가진 現實이라 하고 法の 理念은 正義 이외에 다른 것이 될 수 없다고 하였다. 여기에서 그는 正義를 平均的 正義와 配分的 正義로 區分하였고 平均的 正義는 私法の 正義이고 配分적 正義는 公法の 正義라 하였으며 平均的 正義는 配分적 正義를 前提로 하기 때문에 配分的 正義가 平均的 正義의 原形이라 하였다. 또한 이 正義는 法關係에 適用될 뿐이므로 衡平이라는 또 하나의 原則이 適用되어야 한다고 하였는데 이 衡平 역시 正義의 一種, 즉 個個 경우의 正義라 하였다.

이러한 것을 바탕으로 法을 人間의 共同 生活을 위한 實定的・規範的・社會的・一般的 性質을 가지는 一般的 規律의 總體라고하였으며 이는 法律學의 結果가 아닌 先驗的 性質을 가지는 構成要件(Tatbestand)과 法的效果(Re

4) 구스타프 라트부르흐, 최종고 역, 법철학, 삼영사, 1982.9, 30쪽-35쪽과 62쪽-69쪽.

chtsfolge)라고하는 個別的 概念을 포함한다고 하였다.

이렇게 볼 때 하나의 法的 事實은 반드시 違法性 또는 適法性 중 하나에 속하게 되며 이 兩者의 어디에 속하는가를 밝혀야할 先驗的 의무를 가지게 되는데 여기서 반드시 法義務(Rechtsverpflichten)와 主觀的 法⁵⁾(Subjektive Rechte)으로 分解될수 있는 法秩序를 생각할수 있으며 이는 가능한 모든 法에 適用되는 必然的 概念이라 하였다.

沈憲燮 教授는 著書 <<法哲學 I>>⁶⁾에서 “法이란 一種의 ‘指示’로서의 同質的인 普遍的 內容을 갖고 서로 不可分の 關係에 놓여 있는 客觀的 法과 主觀的 法, 慣習法과 法官法, 그리고 評價規範과 決定規範과 같은 諸對象의 集合을 指稱한 것이라 말할 수 있을 것이다. 다시 말해서 ‘法’이란 엥기쉬가 지적했듯이 ‘법’이라 일컬어지는 여러 부류의 法的 現象 사이의 多樣하고 歷史的으로 變化하는 關係를 내포하고 있다는 意味에서 하나의 ‘關係概念’(Relationsbegriff)이라고 말할 수 있을 것 같다”고 하였다.

이와같이 볼때 앞으로 論究되는 實定法은 상기 法概念속에서 다루어질 수 있음을 알 수 있다.

2. 法의 實效性

行政法에 있어서 ‘實效性’이란 用語는 보통 用語 自體가 가지고 있는 一般的 意味外에 다른 強調된 意味로 쓰이고 있지 않은데, 그 使用 實例를

5) 앞의책, 구스타브 라트부르흐, 법철학, 69쪽에서 “그리고 권리 즉 주관적 법(subjective Rechte)”이라고하여 주관적 법이라함은 권리로 의역 되는 'subjective Rechte'를 직역한 것이라 생각되지만 본 논문에서도 그대로 사용하였음.

6) 심헌섭, 법철학 I, 법문사, 1991.1, 60쪽.

“행정법규는 행정목적의 실현을 위하여 국민에게 각종의 의무를 위반하는 때에, 制裁를 과할 것을 규정함으로써 行政法規의 實效性的의 확보를 기하고 있다”⁷⁾라고한 것과 行政上の 強制執行, 行政上の 即時強制, 行政調査, 行政罰 등을 한 항목으로 “行政의 實效性確保手段”⁸⁾이라고 한점, 항목을 “行政法上の 義務履行確保手段”⁹⁾이라하고, 이 項目의 概說에서 “行政目的은 法令 또는 이에 의거한 行政處分에 의하여 義務를 명함으로써 실현되는 것이나, 義務者가 義務를 이행하지 아니하거나 違反하면 行政目的 實現을 確保하기 어렵게 된다. 따라서 行政目的의 실현을 확보하고 行政法規 그 자체의 實效性を 擔保하기 위하여 強制的 手段이 필요하게 된다”¹⁰⁾라고한데서 찾아볼 수 있다. 그러나 法哲學書 등에서는 言語 自體의 意味외에도 다른 強調된 內容을 볼 수 있다.

한스 켈젠은 그의 著書¹¹⁾에서 規範의 效力은 하나의 當爲이지 결코 存在가 아니기 때문에, 規範의 效力은 그 實效性(Wirksamkeit), 즉 規範이 事實上 適用되고 遵守된다는, 規範에 合致되는 人間行爲가 事實로 행해진다는 存在 사실로부터는 區分되지 않으면 안된다하였다. 즉 法이 實效的이다라는 것은 法이 遵守내지 適用된다는 것을 意味하며 法이 效力이 있다라는 것은 그것이 遵守내지 適用되어야 한다는 것을 意味한다라고 하였다¹²⁾. 따라서 實效性은 實定法의 概念의 要素는 아니나 그것은 法實證主義 原理에 의해 公準화

7) 김도창, 一般行政法論(上), 청운사, 1983, 404쪽.

8) 김남진, 행정법 I, 법문사, 1990.10, 352쪽.

9) 석종현, 일반행정법(상), 삼영사, 1990.4, 523쪽.

10) 앞의책, 석종현, 행정법(상), 524쪽.

10) 한스 켈젠, 켈젠법이론선집, 심헌섭 편역, 법문사, 1990.8, 34쪽.

11) 앞의 책, 한스 켈젠, 법철학, 265쪽.

된 效力의 條件이며 그리고 그것은 - 制定된 法을 問題 삼는 한 - 個個의 法規範과 全體로서의 法秩序가 效力있기 위해서는 實效的이 되지 않으면 안 되며 또 實效性を 잃었을 때 效力을 잃는다는 意味라고 하였다.

沈憲燮¹³⁾ 교수는 法の 事實的 效力이란 規制의 意味(遵守)이든 抑壓的 意味에서(強制實現)이든 法の ‘實效性’을 問題 삼는다고 볼 수 있다고 하였으며 法效力은 實效性的의 確率로 表現될 수 있다라고 하는 意見도 있지만 반드시 效力이 있기 위해 實效的이어야하는 것은 아니라고 한다.

이와같이 ‘實效性’이라는 것의 意味와 價値에 있어서의 一面 差異를 보이고 있으나, ‘實效性’을 行政組織法에 適用함에 있어서 規範의 效力과 區分하여 使用하고자 하나 그 價値의 重要性을 다음 項目인 ‘法の 實效性的의 意義’를 통해 強調하고자 한다.

II. 法の 實效性的의 意義

法の 實效性은 法の 效力이 言及될 때 간혹 설명되고 있을 뿐이고 대부분 그것에 대해 별 관심을 가지지 않았다.

그러나 法の 效力은 社會學的인 言語寬容에 따라 法の ‘事實的 效力’으로 理解되고 있는데, 즉 效力이 있다라는 것은 그것이 垂範者들에 의해 ‘事實上’ 遵守되고 있다는 것을 意味한다는 것이다.

그러나 ‘事實的’ 效力이란 垂範者들의 ‘事實上’의 遵守를 問題삼으므로 이는 觀察可能하고 ‘測定可能한’ 經驗的인 法の 效力을 말한다고 볼 수 있다.

13) 심헌섭, 법철학 I (법·도덕·힘), 법문사, 1991.1, 65쪽.

즉 法效力은 實效性的 確率로 表現될 수 있다. 가이거는 法을 ‘事實性’ 내지 現實關係로 把握하면서 이른바 法律的 내지 規範的 效力, 또는 ‘拘束性’ 같은 것은 空虛한 形而上學的인 奉言, 學問的으로 아무 논의 가치가 없는 規範崇拜者(Normfetischist)의 말로 박살내야 한다¹⁴⁾고 했다.

하지만 沈憲燮 教授는 法の 實效性和 法の 效力은 다른 것으로 法이 實效的이기 이전에 이미 效力을 갖는다고 하였다.

말하자면 法은 전적으로 事實에 還元되어 버릴 수 없으며, 法效力도 實效性에 끝나버릴 수 없으므로 實效性和 效力은 區別되어야 한다고 한다.¹⁵⁾

한스 켈젠은 人間의 法規範은 그것이 規律하는 人間의 行爲가 어느 정도까지는 規範에 事實로 合致할 때에만 客觀的으로 效力있다고 볼 수 있고, 어떤 곳 어떤 때에도 遵守되어 보지 못한 하나의 規範은 效力있는 法規範으로 보아주지 않는다. 이른바 最小限도의 實效性(ein Minimum an sogenannter Wirksamkeit)은 그 效力의 條件이라고 하였고 다시 法規範이 그 效力을 상실하지 않기 위해서 그 制定에 더하여 存在하지 않으면 안되는 것이 實效性인 한에서 實效性은 效力의 條件이라 하였다¹⁶⁾.

최태영 교수는 “法の 效力은 法으로 하여금 法이 되게 하기 위한 機能이다”¹⁷⁾라고 하면서 “法の 效力은 實定性和 正當性的 相互 制約의 關係中에서 成立하고, 法の 實定성은 法の 妥當性和 實效性이라는 두가지 事象의 連結 狀態이다”고 하였으며 “이 兩者中の 하나를 缺如하는 때는 法の 存在를 認

14) Th. Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Neuwied-Berlin 1970, 심헌섭, 법철학 I, 66쪽에 인용된 것을 재인용.

15) 심헌섭, 법철학 I, 67쪽.

16) 한스 켈젠, 켈젠법이론선집, 심헌섭 편역, 법문사, 1990.8, 34쪽.

17) 최태영, 법철학, 숙명여자대학교출판부, 1977.7, 10쪽.

定할 수 없을 것이다”라고 하였다.

법의 실효성에 대하여 이러한 意見들이 있으나 이는 구스타프 라트부르흐의 學問的 態度區分으로 볼 때 이러한 態度的 相異點, 즉 法科學과 法哲學의 態度 差異에서 올 수 있는 言語의 差異가 아닌가 생각된다.

어쨌든 위와 같은 差異에도 불구하고 制定된 法, 즉 實定法에 있어서 특히 行政組織法에 있어서 實效性은 法の 效力 내지는 존재가치와 같은 價値를 지닌다고 할 수 있다. 또한 法の 效力이 法 自體보다 그 法이 效力이 있도록하는 다른 強制手段에 依存한다고 볼 때 實效性은 法 自體에 따르려는 人間의 意志에 依存한다는 점에서 더욱 큰 意義가 있다.

Ⅲ. 法の 實效性 認識對象으로서의 行政組織法

保健所法 제1조에서 “保健所の 設置와 그 業務에 관하여 필요한 事項을 規定함을 目的으로 한다”라고 하여 實效性的 認識對象인 保健所法이 行政組織에 관한 法律이라 할 수 있으므로 保健所法の 實效性 認識 이전에 保健所の 性格을 명확히 이해하기 위해서 行政組織에 관한 原理 등의 이해가 필요하므로 現代 行政에서 要求되고 있는 行政組織, 그 行政組織의 原理, 組織된 行政組織의 種類 등을 알아보았다. 여기서 行政組織法¹⁸⁾이란 國家·自治

18) 김도영 교수는 “일반 행정법론 하, 도서출판 청운사, 1982.9.1, 2판”에서 행정조직법을 1. 광의의 행정조직법(국가행정조직법, 자치행정조직법, 공무원법, 공물 및 영조물법 포함), 2. 협의의 행정조직법(1에서 공무원법, 공물 및 영조물법 제외), 3. 최협의의 행정조직법(직접국가행정기관의 조직법)으로 구분하고 있으며, 본 논문에서 사용하는 ‘행정조직법’이라 함은 이 중에서 협의의 행정조직법을 뜻한다.

團體 등의 行政機關의 組織에 관한 것을 뜻한다.

1. 現代行政과 行政組織¹⁹⁾

行政組織의 變化는 行政의 變化에 副應하여 變化되었다. 즉 지난 數世紀 동안의 큰 變化를 大別해본다면 200년전의 夜警國家, 100년전의 自由民主的인 市民的 法治國家, ‘바이마르헌법’을 起點으로 福利國家로 轉換되었다고 할 수 있는데 市民的 法治國家의 基本原理는 經濟的으로는 重商主義, 政治的으로는 自由放任主義였으며, 國家는 다만 消極的으로 秩序 維持만을 擔當하고, 國民의 經濟生活에 대하여는 最大限으로 個人의 自由에 放任하여야 하는 것으로 보았다. 그 결과 最小의 行政이 最善의 政治를 意味하게 되어 行政組織은 規模的으로 적으면 적을수록, 機能的으로 弱하면 弱할수록 좋은 것으로 認識되었었지만, 福利國家에서는 社會正義입장에서 積極的으로 公共福利의 向上을 도모하여야 하며, 國民의 社會·經濟·文化등 모든 生活領域에 있어서 實質的인 自由와 平等을 保障하여야 하며 그것은 곧 國家의 責任으로 認定되고 있다. 이로인한 現代의 國民生活에 대한 行政의 關與는 行政機能의 量的인 擴大와 동시에 質的인 技術化·專門化를 招來하게 되었으며 行政組織은 그러한 福利行政에 副應하기 위해 그 規模的인 擴大와 機能적인 分化가 不可避하게 되었다. 따라서 이런 複雜多樣한 現代行政을 遂行하기 위하여 現代行政組織은 한편으로는 行政의 民主性을 도모하고, 다른 한편으로는 行政의 能率性을 保障할 수 있어야 한다.

韓國의 경우 1980년이후 社會正義를 強調하는 福祉社會를 指向하는 시대

19) 석종현, “현대행정과 행정조직”, 고시계, 87/8, 를 참조하였음.

로 들어섰다고 볼 수 있는데, 福祉社會는 人間의 尊嚴性에 대한 尊重과 人間의 삶에 대한 社會的 連帶感이 바탕이 되어야 하며 地域住民의 能動的 參與가 바탕이 된 地方自治制의 실시를 통하여 地域社會마다의 固有한 特性을 行政에 反映할 수 있게 될 때 具現될 수 있을 것이다.

이러한 時代의 變化에 對應하기 위해 地方政府의 社會福祉機能은 더욱 強化되고 그 遂行方法이 改善되어야 한다.²⁰⁾ 말하자면 行政組織은 行政規模 擴大와 機能分化에 따른 民主性과 能率性이 法律에 의해 明確하게 保障되어야 한다.

2. 行政組織의 基本原理

앞에서 언급된 現代 行政組織이 되기 위해서는 다음과같은 原理가 法規範에 適用되어 있어야 할 것이다.

2-1. 行政組織의 民主性

行政部는 그의 構成, 組織에 있어 完全히 自由로운 것이 아니며 그의 權限은 적어도 民主主義原則에 適合한 것이 되지 않으면 안된다.

2-2. 行政組織의 法定主義

法治主義下에서 어떤 原理가 現實에 適用되기 위해서는 그것이 法規範에 規定되지 않으면 안된다. 또한 憲法이 地方自治를 保障하고 있는 이상, 地

20) 한국지방행정연구원, “지방자치제 실시에 따른 지방정부의 사회복지기능에 관한 연구”, 연구보고서, 1988.10, 3쪽.

方行政組織은 그러한 地方自治의 理念에 合致되어야 한다. 즉 行政權은 一定한 理念내지는 法原則에 合致되어야 한다.

특히 憲法은 “行政各部의 設置·組織과 職務範圍는 法律로 定한다”라는 條項과 “地方議會의 組織·權限·議員選舉와 地方自治團體長의 選任方法 기타 地方自治團體의 組織과 運營에 관한 事項은 法律로 定한다”라고 하여 嚴格한 行政組織의 法定主義를 採擇하고 있다.

2-3. 行政組織의 能率性²¹⁾

憲法은 公的 任務를 效率的으로 遂行할 能力이 있는 國家를 前提하고 있다고 볼 수 있다. 특히 오늘의 社會國家, 福祉國家는 그와같은 能力없이는 起動하기 어렵다. 그러한 意味에서 能率의 要請은 行政作用에 있어서 뿐만 아니라 行政組織에 있어서도 要求되는 基本原理의 하나라고 할 수 있다.

2-4. 行政組織의 分權性²²⁾

“分權性”은 自治權上의 分權(decentralization)과 行政權限上의 分權으로 分類할 수 있는데, 우리의 行政은 兩者를 指向하고 있고 특히 前者에 관하여는 憲法이 “地方自治團體는 住民의 福利에 관한 事務를 처리하고 財産을 관리하며, 法令의 範圍안에서 自治에 관한 規定을 制定할 수 있다”라고 하여 이것을 明示하고 있다.

21) 김남진, 행정법 II, 법문사, 1990. 8, 34쪽.

22) 앞의 책, 34쪽.

3. 行政機關의 概念²³⁾

行政主體 그 自體가 위에서 본 바와 같은 意味에서 行政組織法上 등장하게 되는 경우 이외에 行政主體의 일정한 構成部分도 또한 行政組織法上的 法的 地位를 가질 수 있음은 두말할 나위도 없다. 종래 이러한 法的 地位를 行政機關이라 불려왔다. 그런데 이러한 行政機關概念에는 ① 理論的 次元에서 “法令에 의하여 賦與된 權限과 實務의 歸屬點”을 意味하는, 이른바 “作用法의 行政機關” 概念과 ② 現行實定法인 行政組織法에서 쓰여지고 있는, “行政組織內부의 事務配分の 單位”를 나타내는, 이른바 “組織法的 行政機關” 내지는 “行政組織法上的 行政機關”이라는 概念의 두가지가 있다.

實定行政法으로도 이러한 두 種類의 “機關” 概念이 混在하고 있으며, 法令에 따라 “機關”의 概念이 意味하는 바가 다를 경우가 있다. 우리나라의 行政法教科書에서는 一般的으로 이러한 區別에 대한 問題意識이 아직 그다지 뚜렷하지 않지만, 行政機關概念에 두가지가 있다는 것의 올바른 理論的 意味와 그것이 매우 重要的 意義를 가진다고 할 것이다.

우선 무엇보다도 필요한 것은 ①이 規定하는 “權限과 實務의 歸屬點”이라는 것과 ②가 規定하는 “事務配分の 單位”와의 異同을 理論적으로 明確히 하는 일이라 할 수 있다. 이점에 관해서는 특히 政職法 제1조와 제2조 1항²⁴⁾에서 말하는 “職務範圍”와 同法 제5조와 제6조²⁵⁾가 條文의 表題에서 쓰고 있

23) 서원우, “행정조직법이론의 재검토”, 월간고시, 91/6, 를 주로 참조하였음.

24) 제1조(목적) 이 법은 국가행정사무의 통일적이고 능률적인 수행을 위하여 국가행정기관의 설치·조직과 직무범위의 대강을 정함을 목적으로 한다.

제2조 ① 중앙행정기관의 설치와 직무범위는 법률로 정하고 그 보조기관의 설치와 사무분장은 법률로 정한 것을 제외하고는 대통령령으로 정한다.

25) 제5조(권한의 위임 또는 위탁) ① 행정기관은 법령이 정하는 바에 의하

는 “權限”내지“職務權限”의 概念의 異同에 관한 論議가 重要한 실마리를 제공할 것으로 생각된다. 다만, 종래 독일의 行政法學내지 그 影響을 강하게 받은 우리나라의 行政法이 “行政官廳의 權限”을 重視하여 論하여 왔기 때문에 그것이 바로 行政法論에 있어서의 “權限”의 概念 그 自體인양 混同되어 온 느낌이 없지 않으나, 傳統的인 行政法學說에 있어서의 “法令에 의하여 賦與된 權限과 實務의 歸屬點”을 意味하는 이른바 “作用法的 行政機關”에 관해서 행해져왔던 行政官廳, 補助機關, 執行機關, 諮問機關등의 이론적 區別은 正確하게는 當該機關에게 法令上 어떠한 내용의 “權限과 實務”가 賦與되고 있는가라는 見地에서의 區別인 것이며, 그것은 곧 補助機關등 行政官廳으로서의 性格을 가지지 아니하는 行政機關 또한 그 나름대로의 “權限과 實務”를 가진다고 하는 前提에 立脚하고 있는 것임을 留意할 필요가 있다. 어쨌든 이상과 같은 것을 明確히 理解한 바탕위에서 實務(Aufgabe)와 權限(Kompetenz)의 理論的 差異를 認定하는 理論的 脈絡에서 行政法上的 “行政機關”의 法的 地位가 評價되어야 하는 것이 아닌가 생각된다.

· 그리하여 이상과 같은 前提에 立脚할 때, 國家行政組織의 경우에 있어서는 政府組織法 및 各 部處設置法을 중심으로 하는 일련의 行政組織關聯의

여 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 때에는 법령이 정하는 바에 의하여 위임 또는 위탁받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.

② 보조기관은 제1항의 규정에 의하여 위임받은 사항에 대하여는 그 범위 안에서 행정기관으로서 그 사무를 수행한다.

제6조(행정기관의 장의 직무권한)① 각 행정기관의 장은 소관사무를 통할하고 소속공무원을 지휘·감독한다.

法令群은 大統領의 統治하에 있는 모든 行政機構를 院·部·處·廳 및 外局 등과 같은 行政官廳과 各種의 補助機關 및 附屬機關등 수많은 下部組織에 分配함과 동시에 그 各各의 組織의 所管事務(Aufgabe)를 定하고 있는 것이며, 또한 이러한 책무(Aufgabe)에 對應하여 豫算配置등을 이들 組織單位別로 定하고 있는 것이라 할 수 있다. 이것은 바꾸어 말하자면, 이들 各 組織體는 各各 一定한 責務配分規範(Aufgabenorm)의 對象으로서 登揚하게 됨을 意味하는 것이며, 이들 組織은 이러한 意味에서의 責任配分法關係上的 當事者로서의 法的 地位에 立脚하고 있는 것이라 할 수 있다. 그리하여 이러한 責務配分法關係上的 當事者로서의 法的 地位라는 見地에서의 單位組織이라는 意味에서의 “行政機關”의 概念은 各種의 補助機關등 內部組織도 포함하는 넓은 概念이며 官廳概念을 媒介로 하는 이른바 “作用法的 行政機關”이라는 概念과는 區別되는 概念이라는 것을 基本的인 範疇로서 理論的으로 設定하는 것이 行政組織法理의 理論的·體系的 整備를 위해 중요한 課業이 아닌가 생각된다.

4. 行政機關의 種類

行政法令은 위에서 본 바와 같은 意味에서 所管事務(Aufgabe)와 區別되는 權限(Kompetenz)을 通常 所管事務配分法關係上的 當事者인 單位組織 그 自體에게는 賦與하지 않고, 單位組織의 長과 그밖의 組織의 構成員에게 賦與하고 있다(동법 6조 참조). 이러한 構成員을 나타내는 基礎概念이 다른아닌 政府組織法上的 “職”에 該當하는 것이라 할 수 있으며, 종래 行政法令에서 말하는 이른바 作用法的 行政機關이라 할 수 있다. 그리하여 이러한 意味에

서의 行政機關은 종래 그것이 가지는 權限의 내용에 따라 行政(官)廳・補助機關・諮問機關 등으로 分類되어 왔다. 이러한 分類는 두말할 나위도 없이 行政主體를 위하여 자기의 이름으로 意思를 決定하고 表示할 수 있는 權限을 가지는 機關인 行政廳이라는 概念을 中心으로 하여 이러한 意思表示, 즉 行政廳의 權限과의 關係에서 各 機關이 가지는 權限이 어떠한 意味를 가지는가 라고 하는 견지에서 행해진 것이라 할 수 있다. 行政廳의 意思表示는 주로 對私人의 關係에서 意味를 가지는 것이므로 결국 이러한 分類는 行政과 私人과의 相互 關係를 考慮한 그러한 意味에서 本來 作用法的인 見地를 많이 포함하는 것이라 하지 않을 수 없다. 이외에 所管事務의 種類내지 機能에 의한 分類로 公企業機關, 監査機關, 附屬機關등으로 分類될 수 있다.

5. 行政機關의 所管事務와 權限²⁶⁾

所管事務의 配分 規定 自體에 의하여, 즉 「組織規範」에 의하여 當然하게 權限이 주어지는 것은 아니나 行政指導와 같은 非權力的 活動에 대해서는 이들 組織規範이 同時에 權限의 根據規範이 될 수 있는 것으로 보기도 하며, 또한 적어도 이들 組織規範만큼은 必要하다거나 이른바 法律優先의 原則에 抵觸되지 않는 한 個別的인 根據規範은 要하지 않는 것으로 본다.

所管事務의 配分規定은 當該權限이 私인에 대하여 公權力的 行使로서의 性質을 가지지 않는한, 同時에 權限規範으로서 性質을 가질 수 있다.

一般的으로는 行政機關의 “權限”이란 “管理”와 同義語로서, 그것은 곧 “職務의 客觀的 範圍”를 意味하는 것으로 理解되고 있으며, 우리나라의 行

26) 서원우, “행정조직법이론의 재검토 하,” 월간고시, 91/9, 93-96쪽.

政組織法에서도 별로 嚴格한 區別없이 使用하고 있는 것처럼 느껴진다. 그러나 이러한 見解에 대해서는 行政學 내지 經營學的 觀點에서의 異見이 提示되고 있다. 즉, 그것에 의하면, “所管事務(또는 職務範圍)라는 것은 行政機關 내지 行政單位에게 分配된 行政事務인 것이고, 權限이라는 것은 行政事務가 자기의 職務로서 公的으로 認定되어 有效하게 遂行할 수 있고, 處理할 수 있는 能力”이라고 보고 있다. 다시 말하자면, 行政事務를 配分함에 있어서는 그것을 어떤 行政機關 내지 行政單位의 所管事務로 할 것인가를 明確히하고, 重複이나 脫漏가 없도록 하지 않으면 아니됨과 동시에, 그러한 所管事務를 遂行하기 위하여 어떠한 行政機關 내지 行政單位에게 어떠한 權限을 賦與할 것인가를 明確히 하지 않으면 아니된다는 것이다.

“所管事務”와 “權限”과의 理論的인 性質의 差異에 관해서는 이상과 같은 行政學的인 觀點에서만이 아니라, 독일 行政法에서도 이른바 行政의 責務(Aufgabe)와 權限(Kompetenz) 혹은 權能(Befugnis)의 兩概念의 區別도 또한 基本的으로는 바로 위와 같은 내용의 것을 의미하고 있다.

Ⅳ. 法の 實效性的의 認識方法

實效性 認識方法에 있어서 크게 두가지 問題點이 있다고 생각되는데 그 첫째가 法이 實效的이라고 하는 것은 法の 遵守내지 適用되고 있는 것²⁷⁾이라고 할 때 하나의 法條項에多數의 ‘法的 事實’이 發生될 수 있는바 그 각각의 ‘法的 事實’의 遵守내지 適用여부는 서로 다를 수 있다. 이러한 이유에

27) 제 2 장 1 참조.

서 實效性を 法の 效力과 동일시한 가이거²⁸⁾는 實效性的 確率로서 效力의 크기를 表現하였다. 이렇듯 法에 對應하는 수많은 '法的 事實'을 어떻게 다 찾아 確認하고 評價 할 것인가이다.

다음으로 法과 '法的 事實'과의 合致 與否를 과연 客觀的으로 完全하게 할 수 있을 것인가의 문제이다. 이는 우리가 자주 '法的 事實'의 違法性에 대해 많은 論難을 보아왔으며 - 地方自治團體選舉 延期의 違法性 問題는 아직까지 確認되지 않고 있다 - 그러한 것들은 學者들 사이에서도 서로 다른 主張이 있기 마련이다. 따라서 이 論文에서는 이들로 인한 지나친 主觀的 判斷을 피하기 위해 다음과 같은 方法을 택하였다.

다행히도 첫번문제는 保健所法の 適用과 遵守 對象인 '法的 事實'을 전주시 조례·규칙으로 制限하므로서 問題點을 해결하였다.

두번째문제는 狹意의 實效性和 廣意의 實效性으로 區分하여 認識하므로서 그 法과 法的 事實과의 合致判斷의 價値基準을 달리하므로써 지나친 主觀的 主張을 피하고자 하였다. 즉, 여기서 狹意의 實效性이라 함은 法에 대한 基礎知識으로 충분히 법과 '法的 事實'에 대한 合致與否를 認定할 수 있는 判斷, 즉 實定法の 限界를 엄격히 적용하여도 認識될 수 있는 客觀的 判斷들로 하였다. 그리고 廣意의 實效性은 좀더 發展적이고 包括적인 면에서 法制定의 目的등과 諸般 學說을 基盤으로 하는 判斷을 意味한다.

28) 가이거는 효력을 v , 수범자가 규범상황에 놓이는 모든 경우를 s , 규범이 준수되거나 그 위반에 제제가 가해지는 경우를 e 라고 한다면, 효력 $v = e/s$ 로 표현된다고 함. 심헌섭, 법철학 1, 65쪽에서 재인용.

第 3 章 法の 實效性 認識對象으로서의 保健行政組織

앞장에서 保健所 性格을 理解하기 위해 一般 行政組織法的 關係를 알아보았지만, 保健所라는 組織은 保健所法の 目的에 明示된 바와 같이 保健에 관한 專門的 業務를 遂行하기 위해 組織된 것이므로, 그 專門的인 業務關係에 있어서의 行政組織, 즉 保健行政組織에 관한 組織關係 및 歴史的 事實 등을 밝히므로써 더욱 保健所の 性格을 明確히 할 수 있기에 保健行政組織關係, 保健所の 變遷 過程, 保健所法の 變遷過程을 먼저 밝힌 뒤 保健所 性格을 規定지어보았다.

I. 保健行政組織 關係

우리나라의 保健行政 組織은 中央行政機關으로 保健社會部가 있고 市·道에 保健社會環境局과 그 傘下에 保健課를 두고 있다.

市·郡·區에는 保健所가 設置되어 있고 縣·面에는 保健支所가 奧地 마을 단위에 保健診療所가 設置되어 있다.

여기에서 保健社會環境局과 保健課는 廣域地方自治團體長の 補助機關이고 保健所는 基礎地方自治團體의 直屬機關이다.

保健支所는 保健所の 支所라고 保健所法에 明示되어 있으나, 保健支所の 實質的 運營者(公衆保健醫師)가 國家別定職公務員이며 行政機構가 아닌 保健支所運營協議會의 干涉을 받고 있어 正常的 行政機構의 性格을 갖지 못한

다.

保健診療所 亦是 地方別定職 公務員(保健診療員)이 行政機構가 아닌 保健診療所運營協議會의 干涉을 받고 있어 正常的 行政機構라 할 수 없다.

즉, 保健醫療 業務에 關한한 垂直連結고리²⁹⁾를 이루고 있으나 權限의 關係에 있어서는 서로 別個라할 수 있어 이는 權限과 實務의 指揮·監督體系가 이원화되어 있음을 알 수 있다.

따라서 各 單位 保健組織이 上級行政機關인 一般 行政機關 등으로부터 받는 直接的인 權限의 干涉이 적을 수록 專門所管事務를 처리할 수 있는 業務의 連結고리-예를들면 保健社會部, 道 保健課, 保健所로 이어지는 實務에 대한 指揮體系-가 잘 維持될 수 있다.

II. 保健所의 變遷 過程³⁰⁾

世界的으로 볼때 保健所の 歷史는 짧다. 즉 現代的 意味의 保健所 概念은 英國의 다우손(Dawson)卿이 1920년 出刊된 다우손(Dawson)報告書에서 保健所를 중심으로 診療와 豫防에 대한 統合保健事業(integrated health service)을 主張한데서 비롯되고 있으며, 미국에서는 1921년에 公衆保健事業과

29) 보사부, 시·도보건과, 보건소, 보건지소, 보건진료소로 이어지는 보건의료업무의 상하 연결 관계를 말함.

30) 1959-1981년까지는 “박남영, 보건행정학, 고문사, 1990 4판, 29쪽-31쪽”참고하였고, 1959 이전과 1981이후는 “한국인구보건연구원, ‘2000년을 향한 도시보건소의기능개선 및 기능개선연구’, 1988, 16쪽-17쪽”을 참고하였음.

社會福祉事業을 實施하기 위하여 뉴욕시에 示範保健所(East Harlem)가 設立되었으나 큰 發展을 보지 못하였다.

다우슨(Dawson)卿의 統合保健所 概念을 가장 잘 發展시킨 것은 蘇聯으로 1930년대에 保健所에서의 統合保健事業實施와 함께 醫療의 地域化 概念을 導入하여 全體國民을 對象으로 하는 包括的인 保健醫療奉事の 脈을 갖추었다.

이러한 소련의 保健所模型은 동구라파, 아시아 및 아프리카의 여러나라에서 模倣하였으며, 아시아에서는 인도가 1947년 全國民을 對象으로 統合保健所를 開發하였고, 점차 말레지아, 상가폴, 홍콩등 영연방 國家들로 擴大되었다.

우리나라는 1945년 解放과 더불어 保健醫療部門에 획기적인 發展을 맞이하게 되었다. 즉 解放後 미군정이 실시되면서 1945년 社會, 保健, 勞動問題中心의 厚生福祉적 行政을 導入하여 獨立된 保健厚生부가 誕生되었다. 1945년 9월24일 미군정법령 제1호를 公布한 후 종래의 治療醫學위주의 醫療政策에서 벗어나 豫防保健事業을 積極的으로 推進하게 되었으며, 1946년 10월에는 서울에 模範保健所가 처음으로 設立되었다.

1959년 1월 1일 現在의 市組織을 보면 2개시(대전, 마산)에 社會課를 또 11개시(강릉, 충주, 전주, 포항, 김천, 경주, 진주, 진해, 충무, 삼천포 및 제주)에 社會係를 두어서 保健社會業務를 管掌하게 하였으며, 1961년 10월 · 11월에는 全國 各市에 社會課를 두도록 하였을 뿐만 아니라, 인구 20,000 이상인 군청 所在地의 읍, 면 事務所에도 社會係를 新設하게 하였다.

保健所組織은 1951년 國民醫療法이 制定 · 公布되면서 擴大되기 시작하여

1953년에는 이미 15개 保健所와 471개의 保健診療所가 設置되었으며, 이 당시의 保健所 업무는 6.25동란으로 인한 戰後의 復舊過程에서 要請되는 急性傳染病 管理와 醫療救護가 主軸이 되었다.

우리나라에서 保健所法이 처음 制定·公布된 때는 1956년 12월 13일로 이 법(법률 제406호)은 保健所를 道知事 또는 서울특별시장에 設置토록 規定함으로써 市·道立保健所の 職制가 마련되었다.

道知事は 疾病의 豫防, 診療 및 公衆保健의 向上을 圖謀하기 위하여 市·道立保健所를 設置할 수 있게 되었으며, 6년 후인 1962년 9월 24일에 새로 保健所法(법1160호)이 制定되면서 市·郡 保健所로 되었고, 區·市·郡 單位로 保健所를 設置하고 있다. 例外的으로 人口 20만을 超過하는 區·市·郡에 있어서는 超過인구 10만명마다 1개소의 比率로 保健所를 增設할 수 있게 되어 있으나 이 基準에 의한 保健所の 增設은 아직 하지 못하고 結局 1991년 改正된 大統領령에서 人口에 따른 增設 條項을 없애고 다만 市·郡·區에 1個所씩 設置하도록 하였다.

1965년 2월 28일에는 區保健所에 事務長, 保健行政係, 豫防係 및 衛生係를 두었으며, 1966년 7월 1일에는 4개시(대전, 전주, 목포 및 마산)의 保健所에 事務長 制度를 新設하였고, 1971년 11월 26일에는 울산保健所에도 事務長 制度를 新設하였다.

대전시는 清掃課를 新設(68.7.6)하였다가 閉止(71.5.19)하면서 社會經濟局 保健社會課 清掃係를 두었고, 대구시는 5개 保健所の 保健行政係 名稱을 民願室로 改編(72.10.26)하였다.

시 保健所の 清掃業務가 市 社會課로 移管(73.4.2)된 지 2년여가 지난 19

75년 12월 26일(內務行政 180-14413)에 各 區·市·郡 保健所의 衛生係를 閉止하고, 區廳福祉課, 市廳社會課 또는 郡廳 內務課에 衛生係를 新設해서 衛生業務를 管掌하도록 하였다. 대전시의 社會經濟局이 保健社會局(社會課, 保健衛生課 및 婦女兒童課)과 產業局으로 分局(77.9.1)하였고, 목포시 社會經濟局에 保健衛生課를 新設(78.1.10)하였으며, 구미시가 新設(78.2.15)되면서 社會課, 衛生課, 保健所 등이 設置되었다.

1981년 7월 1일에 新設된 10개시(광명, 태백, 송탄, 동두천, 정주, 남원, 영천, 김해 및 서귀포)에 社會課와 保健所를 新設하였다.

1985년 12월 28일에 공포된 法律 제3798호에 의하여 人口 5만이 넘는 規模가 큰 8개의 읍과 3개 道直轄 出張所 管轄地域이 1986년 1월 1일부터 市로 昇格됨으로써 市의 수가 急増됨에 따라 保健所의 수도 1986년 225개에서 1987년 237개로 增加되었다.

保健所·保健支所 및 保健診療所등 公共保健施設이 醫療施設의 分布가 적은 農漁村 地域에 集中的으로 分布되어 있다는 것은 地域間 保健醫療의 均衡的 發展이라는 觀點에서 볼 때 當然한 것이다³¹⁾. 그러나 都市保健所의 경우 人口 30만명 이상에 속하는 保健所의 수만해도 39개소 이상이나 된다.

Ⅲ. 保健所法의 變遷過程

31) 이 관점은 보건소의 기능을 단순히 진료의 측면만을 볼 때 그러하다고 할 수 있으나, 보건의료에서 볼 때는 오히려 그 반대이어야 한다고 본다.

우리나라에서 처음 保健所法이 制定公布된 때는 1956년 12월 13일이다. 그러나 實質的으로 오늘날과 같은 保健所를 規定한 保健所法の 改正은 1962년 保健所를 시·도에서 시·군으로 移管하는 법개정이 있었다. 1973년 政府組織法이 改正되면서 特別地方行政機關 設置의 根據法을 대부분 閉止하고 있는바 이때 保健所法中 保健所의 設置 關係 項이 閉止되고 設置根據를 政府組織법에 根據한 대통령령으로 代置하도록 함에 따라 1975년 保健所法 第2條의 保健所設置規定이 大統領令에 留保하는 規定으로 改定되었다.

1991년 3월 保健所法 改定에서 業務 內容에 福祉社會에 副應하는 精神保健·障礙者 再活·老人保健을 追加하였고 保健所 本來 機能에 病院及 診療 機能이 追加된 保健醫療院의 設置 根據를 마련하였으며 保健所의 支所를 設置할 수 있는 規定을 追加하였다.

그러나 保健所法 改正전부터 衛生業務가 保健所로부터 市 衛生課 또는 郡 社會課로 業務가 分掌되었음에도 그 條項을 그대로 存續시키고 있다.

또 重要한 것은 1961년 군사정부에 의하여 많은 特別地方行政機關을 一般行政機關과 統廢合하였는데 이때 保健所도 一般行政機關에 統合되었다³²⁾.

32) 최창호, 지방자치제도론, 도서출판 삼영사, 1992.3.2, 201쪽에 있는(김보현·김용래, 지방행정의 이론과 실제, 서울:법문사, 1982, 229-230쪽 인용) 내용을 재인용하면 다음과 같다.

“ 1) 우리나라 실정에 맞지 않고 이론에 치우쳐 분화된 특별지방행정기관은 이를 일반행정기관에 통합한다. 2) 관장사무가 시기적인 사무이고 상설화할 필요가 없는 특별지방행정기관은 이를 일반지방행정기관에 통합한다. 3) 통합은 하지 않더라도 적어도 일반행정기관과 불가분한 특별행정기관은 일반행정기관 관할 아래 둔다.

이러한 원칙아래 특별행정기관 통합작업의 결과, 선거위원회, 농사원, 농사사무소, 보건소, 교육위원회, 교육구가 일반행정기관에 통합되고, 지방해무청이 폐지되었다.”

그러나 통합후인 1973년 정부조직법 부칙 ㉞항에서 “...保健所法중 第2條

Ⅳ. 保健所의 機關性格

保健所의 性格은 一般的인 것과 實定法上的의 것으로 나누어 생각할 수 있는데 實定法的 性格은 行政組織法上的의 法律關係에서 찾아야할 것이다.

保健所의 一般的 機關性格을 최창호 교수는 “地方自治制度論”³³⁾에서 地方自治團體所屬의 特別行政機關으로 說明하고 있는데 다음과 같다.

즉 地方行政機關을 一般地方行政技官과 特別地方行政機關으로 나누었으며³⁴⁾ 地方特別行政技官은 地方自治團體의 所管事務를 處理함과 동시에 國家의 所管事務를 處理하기 때문에 國家所屬인가가 明白하게 區分되지 아니하는 경우가 많으며, 뿐만아니라 1973년 1월 15일에 改定된 政府組織法이 많은 地方自治團體 所屬 特別地方行政機關의 設置를 規程한 各種 地方自治 法律 내지 關係法律規定을 閉止하고, 同機關의 設置 根據를 政府 組織法에 根據한 대통령령으로 代置함에 따라 大統領令에 依據하는 모든 地方行政特別機關도 國家所屬 特別行政機關으로 보아야 하지 않느냐는 疑問이 提起되어 그 所屬이 모호해졌다고 보고있다.

이러한 地方特別行政機關으로 敎育委員會, 敎育長, 敎育區廳長, 消防本部

...은 폐지하되, 동 규정에 의하여 設置된 각 特別地方行政機關은 이 法 第3條 第1項의 規定에 의하여 그에 代置될 特別地方行政機關의 設置를 위한 大統領令이 施行될 때까지 存續한다.”라는 규정으로 보아 보건소가 일반행정기관으로 통합된 것이 아니고 일반행정기관의 관할아래 두었다고 보아야 할 것 같다.

33) 앞의 책, 최창호, 삼영사, 204쪽.

34) 앞의 책, 191쪽.

長, 消防署長, 警察署長, 農村振興院長, 農村指導所長, 保健所長등을 들고 있다. 이 가운데 敎育委員會와 敎育長및 敎育區廳長은 地方自治團體의 執行機關으로 敎育·學藝에 關하여 該當自治團體를 代表하는 地位를 가지며, 消防本部長, 農村振興院長, 農村指導所長, 保健所長은 地方自治團體의 外廳的 所屬機關이고 警察署長 및 消防署長은 地方自治團體의 下級行政廳이다.

保健所도 地方自治團體의 所屬機關인 동시에, 國家事務를 委任받아 處理하는 한도 안에서는 國家의 所屬機關의 地位에 선다고 보고 있다.

그러나 石琮顯 교수의 「一般 行政法 下」에서 地方行政組織을 普通地方行政機關과 特別地方行政機關으로 分類하고 特別地方行政機關에는 최창호 敎授의 分類에 의한 國家所屬의 特別地方行政機關만을 指稱하였고 地方自治團體속의 特別地方行政機關은 단지 地方自治團體長의 所屬機關으로 다루었다.

그러나 최창호교수는 「地方自治 制度論」에서 地方自治團體長의 所屬機關에는 여러가지가 있으나, 地方自治團體長의 指揮·監督아래 어느 정도 獨自性을 가지고 自治團體의 事務를 地域別 또는 機能別로 分擔 처리하는 이른바 表現機關이 있는데 이중 地方自治團體 事務가운데 專門 機能分野의 行政事務를 擔當 處理하는 長 所屬의 機能別 行政機關으로 保健診療機關등을 들고 있다.

實定法上の 保健所 性格은 保健所法の 實效性 認識에 直接的인 關係를 가지게 되는 것으로 制定當時와 現行 實定法과는 서로 다를 수 있다. 現行 實定法에 의한 保健所 性格은 '保健所法の 實效性'에서 다루어지게 되므로 여기에서는 保健所法 制定當時와 政府組織法을 中心으로 그 性格을 찾아보겠

다.

먼저 1958년 6.30일 公布된 보건소법시행령 제 2 조 (사업의 위임)에서 “법 제2조에 규정된 사업을 수행하기 위하여 필요한 보건소의 시설기준은 주무부령으로 정한다. 보건소로서 전항의 기준에 적합할 때에는 도지사 또는 서울특별시장은 주무부장관의 승인을 얻어 법 제 2조 2항에 의한 위임을 하여야 한다”³⁵⁾라고 하고 있으며, 1962년 全面改正된 保健所法³⁶⁾ 第2條에 保健所 設置 規定을 두고 第6條 ③項에서 “所長은 각각 서울特別市長, 市長, 郡守의 指揮監督을 받아 所務를 掌理하고 所屬 公務員을 指導監督한다”라는 規定을 두고 있다. 第11條(시행령)에서 “本法에 定하는 것 外에 保健所 및 그 支所의 設置와 運營에 關하여 必要한 事項은 當該地方自治團體의 條例로 定한다”고하고 있다.

이때의 保健所 條例準則³⁷⁾을 보면 第1條에서 “保健所는 保健行政의 中樞的 역할을 하는 機關이므로 保健行政의 一元化와 責任所在의 明確 및 企劃과 實踐의 單一化 醫療, 技術, 裁量에 의한 業務處理, 名實相扶한 責任을 保健所長에게 賦與하여 機能을 充分히 發揮하므로서 國民保健을 보다 效率的으로 增進시킴에 있음”이라고 밝히고 있어 現行政府組織上의 廳과 外局³⁸⁾처럼 自身の 責任하에 所關事務를 處理함은 물론 自身の 名義로 對外的 意思表示를 할 수 있는 機關이었음을 알 수 있다.

또한 1962년 全面改正된 保健所法 附則 ③項에서 “서울 特別市長과 道知

35) 태종학의 편저, 地方行政小六法, 청구출판사, 1964, 1268쪽.

36) 이성희 편저, 보건행정육법, 수문사, 1966, 1쪽.

37) 앞의 책, 2-4쪽, 같은 책 4쪽 부칙에서 “本 條例는 千九百六十三年一月一日부터 施行한다”로되어 있음.

38) 제4장 II- 2, 행정조직법규 참조.

事는 제4조 각호에 해당하는 서울特別市와 市, 郡의 所關事務를 本法施行後 1月內에 本法에 의하여 設置된 保健所의 長에게 移管 하여야 한다"라고하여 당시 保健業務의 權限과 責務가 保健所로 移管 되었음을 알 수 있다.

行政組織法 附則 ⑥項에서도 保健所를 特別地方行政機關으로 指稱하고있고 지금도 一般診斷書, 採用身體檢查書, 健康診斷證이 保健所長 名義³⁹⁾로 發給되고 있어 保健所가 自己名義의 意思表示機關임을 보여주고 있다.

39) 완산보건소장 명의로 발급되고 있는 것으로 1992년 7월 1일부터 1992년 9월 30일까지 총 130건이 있음(1992년도 '완산보건소직인사용발급대장'에서 추출).

第 4 章 保健所法の 實效性

I. 保健所法の 實效性の 認識體系 構成

1. 認識體系 構成의 意義

保健所法の 實效性 認識은 個個의 法律條項에 대해서 이루어지므로 그 個個條項에 이루어진 實效性만을 가지고 保健所法全體에 대한 實效性을 說明하기는 매우 未洽하다. 즉 個個의 法條項은 保健所法에 있어서의 그 價値가 모두 똑같다고 볼 수 없다.

따라서 그 個個條項의 法律이 保健所法全體속에서 갖는 價値를 구분하여, 個個의 法條項을 그 價値에 따라 體系化시키므로써 保健所法 自體에 대한 올바른 實效性을 認識하자는데 그 意義가 있다.

2. 保健所 性格에 따른 認識體系 構成

위와같은 目的을 達成하기 위해서 保健所의 本質 - 실정법상에서는 보건소의 기관성격-을 밝힐 수 있는 保健所의 機關 概念의 構成要素를 찾는 것이다. 이러한 要素는 앞의 제3장 IV항에서 설명된 保健所의 機關性格에서 그 構成要素를 分析해낼 수 있는데 다음과 같다.

保健所는 地方自治團體 直屬⁴⁰⁾의 地方特別行政機關⁴¹⁾의 性格을 갖는 保健診療機關⁴²⁾으로 地域住民의 保健醫療事業⁴³⁾을 擔當한다.

40) 지방자치법 104조.

41) 제3장 III 참조.

즉 이들은 ① 行政組織上 機關의 位置(地方自治團體에 直屬된), ② 機關의 性格(地方特別行政機關), ③ 機關의 業務(地域 住民의 保健醫療事業)로 分析할 수 있다.

機關의 性格은 機關의 '作用法的 行政機關' 概念과 '行政組織內部的 事務配分の 單位'로서의 概念⁴²⁾을 가지므로 이는 권한(Kompetenz)과 責務(Aufgabe)로 나누어볼 수 있으며 責務는 결국 그 機關의 公務員에게 歸屬된다.

따라서 認識體系를 다시 再構成하면 ① 設置(行政組織상의 位置, 즉 所屬), ② 機關(長)의 權限(Kompetentz), ③ 公務員, ④ 業務로 할 수 있다. 여기에 따로 ⑤ 保健所法 스스로의 制定目的을 따로 附加하였다.

3. 認識體系 構成과 保健所法과의 關係

위의 體系에 保健所法 個個를 歸屬시켜 보면 다음과 같은데, 各 構成要素에 該當되는 個別法律이 없고 달리 다른 規範에 留保된 경우엔 그 規範을 對象으로 하였다. 이것은 保健所法の 개개의 條項의 實效性 認識이 아닌 保健所法の 實效性 認識을 위한 것이므로, 保健所法 條項 개개의 實效性이 결국 保健所法 全體의 實效性으로 歸結될 것이다. 본 論文에서 保健所法の 實效性 認識體系의 構成對象으로 삼은 個別條項과 項目은 다음과 같다.

- 1) 保健所法の 制定 目的; 保健所法 第1條.
- 2) 機關의 組織상의 位置(設置); 保健所法施行令 第2條.
- 3) 機關의 權限; 保健所法施行令 第3條.

42) 지방자치법 104조.

43) 보건소법 제6조.

44) 제2장 Ⅲ - 3. 行政機關의 概念 참조.

- 4) 公務員;保健所法施行令 第4條.
- 5) 保健所の業務;保健所法 第6條.
- 6) 其他;保健所法 第3條(保健醫療院 名稱의 使用), 第4條(保健支所の 設置), 第5條(名稱使用禁止), 第7條(地域利用), 第8條(手数料등), 第9條(費用의 補助), 第10條(報告), 第11條(罰則).

II. 保健所法の 實效性 認識을 위한 認識根據⁴⁵⁾

하나하나의 法條項이 단지 그 법조항의 ‘法的 事實’만을 가지고 實效的이나 하는 것은 너무 文句的 解釋에만 치우쳐 그 法條項이 지니고 있는 본래의 規範內容에서 벗어날 우려가 많다. 또한 여기에서의 實效性 論究는 단순한 事實 確認에만 있는 것이 아니므로 保健所法과 保健所法の ‘法的 事實’이 合致하는가의 判斷을 위해 보건소법을 인식할 수 있는 가능한 모든 法源⁴⁶⁾을 包括的이고 發展的으로 검토하고자 하여 保健所法の ‘法的 事實’의 認識根據가 될 수 있는 법원을 다음과 같이 찾아보았다.

1. 憲法

45) 앞의 책, 김남진, 행정법 I, 74쪽에서 “ ‘法源’을 ‘法の 認識根據’, 즉 그 어떤 것을 法으로서 인식하는 根據(Erkenntnisgrund für etwas als Recht)로 파악하는 것이 타당하다”라고 하였는데, 본 논문에서도 ‘法源’과 ‘法の 認識根據’는 이와 같은 意味로 쓰겠다.

46) 어떤 것을 法으로 認識하는 根據 (法の 認識根據).

우리의 憲法은 前文에서 「모든 社會의 弊習과 不義를 打破하며 ... 모든 領域에 있어서 各人의 機會를 均等히 하고 ... 안으로는 國民生活의 均等한 向上을 기하고」라고하여 社會正義의 實現, 機會均等, 國民生活의 均等한 向上을 宣言하고 있고, 第9條에서는 「모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며 幸福을 追求할 權利를 가진다」라고하여 모든 國民이 人格의 主體로서 尊重되고 幸福을 누릴 權利를 갖는다는 것을 宣言하고 있으며, 또 福祉國家의 要請에 呼應하여 國家의 積極的 目的으로 公共福利를 規定하고 있다.

뿐만아니라 第29條에서 第34條까지에는 一連의 社會의 基本權, 특히 人間다운 生活權, 社會保障·社會福祉增進을 위한 國家의 努力의 義務, 保健에 관한 國家의 保護등을 規定하고 있다.

이와같이 우리 憲法 역시 社會正義와 實質的法治主義, 福祉國家의 實現에 必要한 各自의 責任完遂와 義務履行은 물론 經濟에 관한 規制와 調整을 規定하고 있어 福祉國家의 原理를 直接·間接으로 憲法의 基本原理로 採擇하고있음을 볼 수 있다.

이와같은 憲法精神이 行政組織에 관한 法으로서 保健所法에 反影되어야 할 것이다

2. 行政組織法規

이러한 憲法理念을 바탕으로 行政機關은 憲法에 의해 직접 設置되기도 하고, 國家 및 地方自治團體의 重要機關은 法律에 의해 設置하도록 하여⁴⁷⁾ 行

47) 헌법 제 90, 91, 92, 93, 96, 100, 114, 117, 118조 참조.

政組織法定主義를 採擇하고⁴⁸⁾ 있으나, 中央行政機關의 補助機關, 附屬機關 등은 대통령령에 의하여 設置하도록 되어있기도 하며, 地方自治團體의 條例·規則에 의하여 設置할 수 있게 하여 組織法定主義의 例外를 認定하고 있다.⁴⁹⁾

憲法은 地方自治團體에 대하여 自治權을 認定함에 있어, ‘全權限性’을 賦與하고있어 自主的 組織權도 認定하고 있으나⁵⁰⁾ ‘法令의 범위 안에서 自治에 관한 規定을 制定할 수 있다’⁵¹⁾라고 하여 他法令에도 羈束됨을 알 수 있다.

이렇게 볼 때 地方行政機關의 設置는 地方自治法이 중심이 되지만 政府行政組織法등의 適用없이는 法令상의 組織性格을 規定할 수 없다.

따라서 여기에서는 實效性 認識을 위한 行政組織法상의 행정기관 성격 규정을 위해 행정기관의 권한에 관한 關聯規範들을 정리해보고자 한다.

2-1. 용어 정리

① 行政廳의 權限의 委任

權限의 委任이라고 함은 一般的으로 行政廳이 法令에 根據하여 自己의 意思로써 權限의 一部를 ‘下級行政廳 또는 補助機關’에 移轉하고 受任機關이

48) 제3장 Ⅲ - 2 참조.

49) 정부조직법 제2조, 제4조, 지방자치법 제102조, 104조 참조.

50) 김남진, 행정법Ⅱ, 법문사, 1990.8, 93쪽.

“全權限性은 活動領域의 全面性(Allseitigkeit des Wirkungskreises)이라고도 말해지는 것으로서, 憲法이나 法律이 國家나 그밖의 公共團體의 사무로서 留保하지 않는한, 地方自治團體는 地域의 公共事務에 대한 包括的인 自治權을 가짐을 의미한다”.

51) 헌법 제117조 1항.

委任받은 權限을 自己의 이름과 責任으로 行使할 수 있게 하는 것을 말한다. 委任者의 意思로써가 아니라 法令에 의하여 一括적으로 權限의 委任이 행해지는 경우도 있다.

② 内部委任

行政廳이 그의 特定 事項에 관한 權限(許可·許可取消 등)을 實質적으로 下級行政廳 또는 補助機關에게 委任하면서, 對外的으로는 委任者의 名義로 權限을 行使하게 하는 것이다.

③ 委任專決

行政官廳의 補助機關이 當該 行政官廳의 이름으로 그의 權限을 事實上 代理 行使하는 것이다.

④ 事務의 委任

行政事務의 委任(또는 委託)이라 함은 國家 또는 地方自治團體가 그 所管事務의 一部를 다른 主體에게 맡겨, 그의 名義와 責任하에서 處理 하도록 하는 것을 말한다.

이러한 行政事務의 委任에는 地方自治團體의 長이 그 補助機關 또는 그 所屬機關에 委任하는 경우등이 있다. 委任된 行政事務는 受任者의 權限과 責任아래서 處理되며, 그 處理의 法律效果도 일단은 受任者에게 歸屬된다. 그러나 法的으로 委任者가 여전히 그 本來의 權限을 留保하고 있는 것이며, 따라서 委任者는 受任者의 事務 處理에 관하여 指揮·監督權을 갖는다.

⑤ 保健診療

保健所法施行令 第4條에서는 ‘保健醫療’라는 用語를 使用하고 있다.

保健醫療는 學問的으로 쓰이고 있는 用語로 ‘保健診療’보다 ‘保健醫療’가 더 妥當하다고 보며 그 意味는 醫療라는 概念과 相對比較하므로써 더 明確해진다. 여기서 醫療(medical care)는 個體를 대상으로하는 疾病의 治療이고, 保健醫療(health care)는 全人間을 대상으로 하는 健康管理⁵²⁾, 즉 의료는 診療와 같은 概念으로 醫師가 訪問하는 患者를 治療하는 行爲로 본다면 保健醫療란 大衆을 相對로 그 全體에 대한 健康管理로 事業의 效率性 經濟性 大衆成등을 그 特徵으로 하므로 事業의 우선순위 결정 등 行政的 技法을 必須로 한다.

2-2. 政府組織法과 行政權限의 委任및委託에관한規定

2-2-1. 政府組織法 第2條 (中央行政機關의 設置와 組織) ②항

中央行政機關은 이 法과 다른 法律에 特別한 規定이 있는 경우를 除外하고는 院·部·處·廳 및 局(外局을 말한다)으로한다.

2-2-2. 政府組織法 第 3 條(特別地方行政機關의 設置) ①항

中央行政機關은 所管事務를 遂行하기 위하여 必要할 때에는 특히 法律로 定한 경우를 除外하고는 大統領令이 定하는 바에 의하여 地方行政機關을 들 수 있다.

52) 예방과 공중보건 편집위원회 편찬, 예방의학과 공중보건, 계축문화사, 1987.

2-2-3. 政府組織法 第5條(權限의 委任 또는 委託) ②항

補助機關은 第1項의 規定에 의하여 委任받은 事項에 대하여는 그 範圍 안에서 行政機關으로서 그 事務를 遂行한다.

2-2-4. 政府組織法 第8條(豫算措置와의 並行)

行政機關 또는 所屬機關을 設置할 때에는 반드시 豫算上の 措置가 並行되어야 한다.

2-2-5. 행정권한의위임및위탁에관한규정 제1조(목적)

이 영은 정부조직법 제5조 1항 및 기타의 법령에 의하여 행정능률의 향상, 행정사무의 간소화와 행정기관의 권한 및 책임을 일치시키기 위하여 각종 법률에 규정된 행정기관의 권한중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장에게 위임하거나 다른 행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장에게 위임 또는 위탁할 권한을 정하고, 정부 조직법 5조 3항 및 기타의 법령에 의하여 행정간여의 범위를 축소하여 민간의 자율적 행정참여를 확대하기 위하여 각종 법령에 규정된 행정기관의 소관 사무중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 사무를 정함을 목적으로 한다.

2-2-6. 행정권한의위임및위탁에관한규정 제2조(정의) ①, ④항

‘위임’이라함은 각종 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권

한과 책임하에 행사하도록 하는 것을 말한다.

‘위임기관’이라 함은 자기의 권한을 위임한 당해 행정기관의 장을, ‘수임기관’이라 함은 행정기관의 장의 권한을 위임받은 하급행정기관의 장 및 지방자치단체의 장을 말한다.

2-2-7. 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 8(책임의 소재 및 명의 표시) ①,

② 항

수임수탁사무에 관한 책임은 수임기관 및 수탁기관에 있으며, 위임기관 및 위탁기관의 장은 그에 대한 감독 책임을 진다.

수임 및 수탁사무에 관한 권한을 행사함에 있어서는 사무관리규정 제13조의 규정에 의하여 수임기관 및 수탁기관 명의로 시행하여야 한다.

2-3. 用語 정리와 行政組織法 및 행정권한의 위임·위탁규정에서 보여지는 行政機關의 權限關係

이상에서 ‘內部委任’은 上下行政廳間에 행해짐이 보통인데 대하여, ‘專決’은 行政廳과 補助機關間에 행해지는 점이 차이라고 할 수 있다.⁵³⁾

行政各部에는 長官 所屬下에 상당수의 外廳, 外局이 設置되어 있으며 이들 廳과 外局의 特徵은 廳長과 局長自身的 이름으로 對外的으로 法的效果를 發生하는 意思表示를 할 수 있는 行政廳(行政機關의 長)의 地位를 가지는 점에 있다.(補助機關으로서 內局長은 특별히 權限의 委任을 받은 경우에만 行政廳의 地位를 가질 수 있다)⁵⁴⁾ 이처럼 行政機關과 補助機關의 차이는 法

53) 앞의 책, 김남진, 행정법 II, 51쪽.

54) 앞의 책, 김남진, 행정법 II, 74쪽.

律上 自己名義로 對外的인 權限 行使가 法律에 의하여 委任이 없이 行할 수 있다는 것과 ‘委任專決’과 ‘內部委任’의 用語 使用 역시 補助機關인가 行政機關인가에 따라 달라짐을 알 수 있다. 이러한 區別의 意義는 行政行爲의 主體로서 行政客體에 대하여 法的 責任-行政行爲에 대한 責任의 歸屬點-과 事實的 責任(行爲 自體에 대한 責任)을 一致시켜 行政遂行의 效率性을 높이 기위해 組織된 組織의 性格을 明確히하는데 있다.

일찍이 이필권이 ‘韓國保健所의 機構 및 機能에 대한 考察’에서 保健行政의 法的 責任과 事實的 責任의 一致의 重要性⁵⁵⁾을 말하였던 것처럼, 이러한 것은 保健所法の 實效性 認識對象의 매우 重要한 部分이다.

3. 地方自治法規

行政 組織에 관한 法律로서 政府 組織法은 機關에 따른 職務 範圍와 權限이 아주 明白하게 잘 規定되어 있다. 그러나 地方自治團體의 경우 매우 모호한 規定이 많다.

地方自治法 第6章 「執行機關」의 第1節 에서 地方自治團體의 長의 地位 .

55) 李 弼權, “한국보건소의 기구 및 기능에 대한 고찰”, 공중보건잡지, 제3권 2호, 1966, 179쪽,

“現 保健所長 專決規定을 檢討할 때 管轄 區域에 있어서의 保健行政의 長으로서의 權限이 弱化되고 있으며 마땅히 保健所長의 權限하에서 決裁되어야 할 主要 保健技術 業務가 一般 行政家인 市長, 郡守나 事務長의 專決事項으로 處理되고 있음은 技術行政으로서의 保健所 業務遂行에 蹉跌을 招來할 憂慮가 많을 것으로 思料되고, 保健所法 自體는 中央執權的 行政體制가 아닌 地方分權을 主張하는 基本精神으로서 住民 自治現象이라고 보는데, 調查結果 市長, 郡守의 執權化 傾向은 地方分權이 안된 現象으로 權限委任의 原則에 違背됨이 思料된다. 따라서 保健所 業務 全般에 걸쳐 保健所長의 專決로 處理되도록함이 妥當할 것이며...”.

權限・地方議會와의 관계가 아주 細密하게 規定되어 있고, 第2節 補助機關에서 副知事・副市長・副郡守・副區廳長에 관한 것과 行政事務 分掌을 위한 行政機構 設置에 관한 規定을 하고 있는데 이는 行政機關長을 補助하는 局・室・課長⁵⁶⁾을 行政機構로 表現하고 있다.

第4節 ‘下部行政機關’에서 下部行政機關의 長의 職務權限, 下部行政機構 등 細密한 規定을 두었으며 第5節 ‘教育・科學・學藝에 관한 機關」에서는 별도의 機關을 設置하고 그 組織과 運營을 ‘教育法’에 따르도록하고 있다.

이러한 반면에 第3節에서 所屬行政機關들을 規定하고 있는데 規定內容을 大統領令과 條例에 留保하고 있어 所屬行政機關의 性格을 아주 모호하게 하고 있다.

4. 地方自治條例

4-1. 條例와 規則의 法的 性質

4-1-1. 條例의 性質

條例는 法令의 範圍안에서 地方議會의 議決을 거쳐 制定하는 法으로서 對外的 效力을 갖는 法規的인 性質인 것이 보통이나 條例가운데에는 地方自治團體 內部에만 效力을 갖는 行政 命令的인 性質의 것도 있다.

條例는 地方自治團體가 法令의 範圍안에서 그 權限에 속하는 事務에 관하여 地方議會의 議決로서 制定하는 것이므로 地方自治團體의 事務가 아닌 事項에 대하여는 定할 수 없다.

56) 정부조직법 제2조 ③항에서 ‘중앙행정기관의 보조기관은 ...차관・장관・실장・국장 또는 과장으로 하며’ 참조.

여기에서 그 權限에 속하는 事務란 당해 自治團體의 自治事務(固有事務)와 委任事務(團體委任事務)를 포함한다. 그러므로 自治團體의 長에게 委任된 機關委任事務에 관하여는 規定할 수 없다.

이러한 條例는 國會에서 制定하는 法律(形式的 意味에서의 法律)과 區別되지만 實質的 性質이 같은 것으로 보아 地方自治團體의 代表機關인 地方議會의 議決을 거쳐야한다는 점에서 國家次元의 制定法과 같이 地方自治團體의 自治立法으로는 가장 重要的 意味를 지니고 있는 法規라 하겠다⁵⁷⁾.

4-1-2. 規則의 性質

規則은 地方自治團體의 長이 法令 또는 條例가 委任한 範圍안에서 그 權限에 속하는 事務에 관하여 定하는 法이다. 規則 가운데에는 法規的 性質의 것과 對內的 效力만을 갖는 行政命令적 性質의 것도 있으나, ‘위임한 범위 안에서⁵⁸⁾’라고 하여 委任規則만을 豫定한 것으로 보여지나 對外的 效力을 가지고 있기 때문에 實質的 意味의 條例에 속한다고 볼 수 있다⁵⁹⁾.

4-2. 條例와 規則의 範圍와 限界⁶⁰⁾

自治立法權의 範圍와 限界에 관하여 憲法·地方自治法에서 條例는 法令이나 上位의 自治法規를 違反할 수 없으며, 法令 및 上位 自治法規의 授權이 있지 않으면 안된다는 것이다.

따라서 이러한 法的 限界를 違反하여 制定된 條例는 違法 無效라고 할 것

57) 유봉영, “한국지방자치의지위와기능영역에 관한 연구”, 1991, 유봉영박사학위논문.

58) 지방자치법 제16조.

59) 앞의 책, 맹장섭, “지방자치단체의 자치법규”, 55쪽.

60) 앞의 책, 맹장섭, “지방자치단체의 자치법규”, 91/16.

이다. 그러나 우리나라의 경우 廣域地方自治團體와 基礎地方自治團體間の 관계는 上下優劣 관계가 아니라 自治團體의 事務 管轄에 따르는 機能分配의 原理로 把握하여 廣域地方自治團體의 自治法規도 基礎地方自治團體의 領域을 侵犯해서는 안된다고 보고 있다.

이러한 法令 및 上位自治法規 優位の 原則과 더불어 法律留保의 原則 즉 條例는 法律의 委任이 있어야만 條例로 定할 수 있다는 것이다. 적어도 住民의 權利를 制限하여 義務를 賦課하거나 懲役·罰金刑 등 罰則을 設定하는 것은 法律의 授權없이 條例가 獨自的으로 定할 수 없게 되어있다.

地方自治法은 規則 역시 「地方自治團體의 長은 法令 또는 條例가 委任한 範圍 안에서 그 權限에 속하는 事務에 관하여 規則을 制定할 수있다」하여 그 規則 制定의 限界를 規定하고 있다.

4-3. 條例·規則에 대한 統制⁶¹⁾

4-3-1. 再議 要求

地方自治法 第19條 3項, 4項에서는 地方自治團體의 長은 地方議會로부터 移送받은 條例案을 15일 이내 公布하여야 하나 이에 대하여 異意가 있을 때에는 그 期間內 理由를 붙여 地方議會에 還付, 再議를 要求 할 수 있고 地方議會는 이를 再議에 붙여 在籍議員 過半數의 出席과 出席議員 3분의 2이상의 贊成으로 前과 같은 議決을 하면 그 條例案은 條例로서 確定되도록 하고 있다. 이때 條例案의 一部에 대하여 또는 條例案을 修正하여 再議를 要求할 수 없도록 하고 있다.

61) 앞의 책, 맹장섭, 60쪽-63쪽.

同法 第98條에서도 地方議會의 議決이 越權 또는 法令에 違反된다고 認定되는 때에는 議決을 送付받은 날로부터 15일 이내에 理由를 붙여 再議를 要求할 수 있도록 하고 있다. 그러나 同法 第159條 1項에서는 地方議會의 議決이 法令에 違反되거나 公益을 顯著히 해친다고 判斷될 때에는 市·道에 대하여는 內務部長官이 市·郡 및 自治區에 대하여는 市·道知事가 再議를 要求할 수 있게 하고 있다.

4-3-2. 上級 機關의 承認

個別 法律에서 條例의 制定, 改正, 閉止에 있어서 主務長官의 承認을 얻도록 하고 있는 경우가 있는 바, 이는 全國的인 行政基準의 統一이나 指導 등이 그 理由일 것으로 보여진다. 條例란 地方特性에 맞도록 地方自治團體마다 각기 다르게 規律함을 그 特質로 하고 있음을 감안할 때 上級行政機關의 統制는 바람직하지 않다. 全國的인 統一을 기하기 위하여라면 法規命令으로 規律하면 될 것이다.

4-3-3. 法院에 의한 統制

地方自治法 第159條 1項에 의하여 地方議會의 議決이 再議決된 事項이 法令에 違反된다고 判斷되는 때에는 市·道知事は 內務部長官이, 市長·郡守·區廳長은 市·道知事の 承認을 얻어 再議決된 날로부터 15일 이내 大法院에 提訴할 수 있고 이 경우 再議決의 效力은 判決이 있을 때까지 停止된다는 것을 同條3項에서 規定하고 있다.

또한 具體的인 事件에 있어서 條例의 違法與否가 裁判의 前提가 되는 경

우에 그에 대한 審査를 청구할 수 있다⁶².

4-3-4. 規則에 대한 統制

自治團體長の 規則制定, 개폐를 ‘命令’으로 볼 수 있기 때문에 中央政부가 自治團體長の 規則制定이 법령에 위반하거나 현저히 공익을 해한다고 판단하는 경우에 위임사무 관련사항은 是正·取消·停止할 수 있다⁶³(地方自治法 第 157條 第 1項). 즉 地方自治團體의 事務에 관한 그 長の 命令이나 處分이 法令에 違背되거나 顯著히 不當하여 公益을 해한다고 認定될 때에는 市·道에 대하여는 主務部長官이, 市·郡·區에 대하여는 市·道知事が 期間을 定하여 書面으로 是正을 命하고 그 期間內에 履行하지 아니할 때에는 이를 取消하거나 停止할 수 있으나 自治事務의 경우에는 法令에 違反하는 때에만 이러한 措置를 할 수 있다. 地方自治團體의 長이 이러한 措置에 異意가 있을 때에는 이를 通報 받은 날로부터 15일 이내에 大法院에 提訴할 수 있다⁶⁴.

Ⅲ. 保健所법의 認識體系⁶⁵에 따른 法源의 分類

모든 法이 그렇듯이 保健所法도 다른 많은 法들과 關係를 가지게되며 保

62) 맹장섭, “지방자치단체의 자치법규”, 월간고시, 91/6, 63쪽.

63) 유봉영, “한국지방자치의 지위와 기능영역에 관한 연구”-중앙지방간의 수직분권을 중심으로-, 박사학위논문, 1991.2.25, 109쪽.

64) 맹장섭, “지방자치단체의 자치법규”, 월간고시, 1991.6, 63쪽.

65) 第4章 I 保健所法の 實效性的의 認識體系 참조.

健所法の 각 條項은 保健所法の 한 構成要素로서 그 意義가 있기 때문에 保健所 設置와 運營에 관계되는 規範들을 앞에서 構성한 認識體系와 法源-法の 認識根據-에 따라 目的, 設置-行政組織상의 存在 位置-, 機關(長)의 權限, 公務員, 業務로 分類하였다.

1. 目的

保健所法の 存在 理由를 밝히는 것으로 憲法 第36條 ③項에 根據하여 保健所法 第 1 條에 保健所法 制定目的을 다음과 같이 밝히고 있다.

1-1. 憲法

第36條 ③항 - 모든 國民은 保健에 관하여 國家의 保護를 받는다.

1-2. 保健所法

第1條 (目的) 이 法은 保健行政의 合理的인 運營과 國民保健의 向上을 圖謀하기 위한 保健所의 設置와 그 業務에 관하여 必要한 事項을 規定함을 目的으로 한다.

2. 設置

保健所의 設置 關係 條項은 保健所의 機關性格을 規定짓는 가장 重要한 規範으로 매우 큰 意義를 지니는데 다음에 보는 바와 같이 憲法에서 法律로, 法律에서 大統領令으로, 大統領令은 다시 條例에 設置規範 一部를 委任하고 있어, 保健所組織의 性格 規範의 重要性이 疏忽히 認識되고있다 하겠

다. 결국 保健所 設置에 관한 規範이 다음에서 보는 바와 같이 地方自治規則에서까지 規定되는 結果를 招來하게되어 行政實務자 等에게 保健所가 地方自治規則에 規定된 性格의 行政機構로 認識되게 되었다.

이는 專門 技術業務인 保健醫療行政業務 遂行에 가장 큰 障礙要因으로 作用하고 있다.

2-1. 憲法

第110條 ②項 地方議會의 組織. 權限. 議員選舉와 地方自治團體의 長의 選任方法 기타 地方自治團體의 組織과 運營에 관한 事項은 法律로 定한다.

2-2. 地方自治法

第104條(直屬機關) ① 地方自治團體는 그 所管 事務의 範圍안에서 必要한 때에는 大統領令 또는 當該 地方自治團體의 條例가 定하는 바에 의하여 消防機關·教育 訓練技官·保健診療機關·試驗研究機關 및 中小企業指導機關 등을 直屬機關으로 設置할 수 있다.

② 直屬機關을 地方自治團體의 條例로 設置하고자 할 때에는 內務部長官의 承認을 얻어야한다. 이 경우 內務部長官은 미리 관계 中央行政機關의 長과 協議를 하여야 한다.

2-3. 보건소법시행령

제2조 (보건소의 설치) 법 제2조의 규정에 의하여 보건소는 시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다)·군·구별로 1개소씩 설치한다.

2-4. 전주시보건소운영에 관한 條例

제2조 (위치 및 관할구역) 보건소의 명칭, 위치 및 관할 구역은 다음 표와 같다.

명 칭	위 치	관 할 구 역
완산보건소	전주시 완산구 고사동 2가 431-1	완산구 일원
덕진보건소	전주시 덕진구 인후동 2가 236-23	덕진구 일원

2-5. 전주시사업소운영규칙

제1조(목적)

이 규정은 사업소의 소속과 업무 지휘에 관하여 규정함을 목적으로한다.

제3조

사업소의 소속국을 규정하고 있는데, 보건사회국에 보건소를 소속시켜 사업소 규정을 보건소에 적용시키고 있다.

3. 權限

行政技官(長)의 權限은 그 機關 性格에 의해 그 限界性을 갖게되는 것은 물론 그 權限 保障도 이루어져야 된다. 이러한 事實은 ‘행정권한의위임및위탁에관한규정’에서 이와 같은 事實을 明文化하고 있지만, 保健所 設置에 관한 規範과 마찬가지로 大統領令에 所長의 權限 規定이 있음에도 規定이 明

白하게 表現되어 있지 않아서인지 條例에서 그리고 다시 地方自治規則에서 權限에 관한 規定을 두므로써 責任과 權限의 소재를 不分明하게 하고 있다.

3-1. 보건소법시행령

소장은 당해 지방자치단체의 장의 지휘·감독을 받아 보건소의 업무를 관장하고, 소속공무원을 지휘·감독하며, 보건지소와 보건진료소의 직원 및 업무에 대하여 지도·감독한다.

3-2. 전주시보건소운영조례 제49條 (소장)

보건소에 소장을 두며 지방의사 또는 지방보건기정, 지방보건기좌로 보한다. 소장은 시장의 명을 받아 소무를 통리하며 소속직원을 지휘·감독한다.

3-3. 전주시사업소운영규칙

제2조(지휘감독)

국장은 사업소의 업무에 관하여 지휘감독한다.

3-4. 전주시위임전결규정

모든 保健所의 意思決定은 最終責任이 市長으로 되어 있고 行使方法이 모두 ‘전주시위임전결규정’에 의해 保健所長, 保健社會環境局長, 副市長, 市長으로 이어지는 決裁 過程을 갖고 있다.

4. 公務員

어느 行政에 있어서나 人的資源, 즉 行政遂行公務員의 役割은 매우 重要하지만 특히 保健所가 遂行하는 保健醫療事業은 거의 대부분이 사람에 의해 이루어지기 때문에 대부분의 事業費도 人件費로 쓰이게 될 만큼 重要하다. 뿐만아니라 人的資源의 構成 亦是 事業의 重要한 역할을 하게되므로 보건소법시행령 제4조 ②항은 매우 重要한 意義를 갖는다.

4-1. 보건소법시행령

제4조(공무원) ① 보건소 및 보건지소에는 의무·약무·보건·간호·병리검사·위생지도·보건통계등 보건의료에 관한 업무를 전담할 공무원과 기타의 업무수행에 필요한 공무원을 둔다.

② 제1항의 규정에 의한 보건의료에 관한 업무를 전담할 공무원중 의료인·약사·의료기사등 자격의 종별에 따른 보건의료 전문인력의 배치는 보건사회부장관이 정하는 기준에 의한다.

4-2. 전주시보건소운영에관한조례

제5조(공무원) 보건소에 필요한 공무원을 두며 그 직급별 정원은 시장이 따로 정한다.

4-3. 전주시보건요원근무규정

제1조(목적)

이 규정은 전주시보건요원(이하 “요원”이라한다)의 근무요령과 담당기능을 지역적분담에 의하여 복합적으로 추진하기위하여 요원의 임용기준과 지

역분담근무에 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(적용)

이규정은 시·구·동에 소속된 가족계획요원, 모자보건요원, 결핵관리요원에 적용 한다(개정 89.8.31 훈령449)

제3조(지도감독)

요원의 지도감독은 보건소장이 하며 1차적인 감독책임은 당해 동장, 보건소장이 진다.

제4조(임용자격기준)

요원의 임용기준은 보건사회부 지침에 의하여 보건소장의 추천에 의하여 시장이 임명 한다.

제5조(근무지역분담)

①요원의 지역분담은 동장 및 보건소장이 지정하되 배치요원의 정수에 의하여 당해 동지역을 등분지정한다. 다만, 세대수, 인구수 및 지역적 조건을 참작조정할 수 있다.

②요원은 담당지역의 보건행정 전반에 대하여 책임을 지며 이를 종합적으로 추진한다.

제6조 (담당업무)

①요원의 업무는 고유사무와 복합사무로 구분 추진한다.

現在 위에서 規定된 保健要員은 全州市에 存在하지 않으며, 保健業務는 洞에서 一般職 公務員이 他業務와 竝行하여 擔當하고 있다.

5. 業務

業務에 있어서는 그 業務의 限界가 一次的으로 重要하다 하겠으나 그 業務 遂行에 따르는 權限關係도 무척 重要하다. 그것은 앞에서 言及된 바와 같이 行政遂行의 效率性에 決定的인 影響을 주며 結果的으로 行政目的完遂에 하나의 큰 變數로 作用하기 때문이다. 그래서인지 上下行政機關사이와 國家와 地方自治團體사이 關係되는 業務에 대하여 自治事務, 團體委任事務, 機關委任事務로 區分하려는 努力을 많이 볼 수 있으나, 地方自治團體와 그 所屬機關과의 關係에서는 그러한 努力을 볼 수 없고 地方自治團體를 中心으로 權限을 要素로 한 業務區分이 많은 混沌에 빠져있음을 볼 수 있다.

예를 들면, 같은 性格의 一般診療業務가 같은 研究資料集에서 地域에 따라 機關委任事務와 自治事務로 다르게 分類되고 있는 것을 볼 수 있다.

그러나 여기에서 重要的 것은 保健所 業務가 保健所에 어떤 形態로 주어지고 있는가인데, 사실상 모든 業務가 全州市委任專決規定속에 들어있고 그에따라 모든 豫算이 日常經費(前導資金)으로 運營되고 있어 委任業務는 없는 것으로 보아야 한다.

그러나 保健所法이 明示하고 있는 業務가 權限과 함께 주어지는 것이라고 한다면⁶⁶⁾, 그리고 保健所機關性格⁶⁷⁾과 業務性格에 의한다면, 再委任이 될 수 없는 事務를 제외한 대부분의 事務가 保健所에 委任되었다고 보아야 한다.

66) 제2장 Ⅲ - 4 참조.

67) 제3장 Ⅳ 참조.

이러한 事實들을 올바르게 認識해보기 위해 현 制度圈 안에서의 業務區分을 보면, 地方自治團體의 事務는 一般的으로 固有事務와 委任事務로 區分하고 또 委任事務는 團體委任事務와 機關委任事務로 區分한다.

國家와 地方自治團體의 機能과 事務의 配分方法是 나라에 따라 다르나 대체로 個別的 指定方式, 包括的 委託方式, 그리고 折衷式 세가지가 있다. 折衷式은 個別的 指定方式과 包括的 指定方式을 折衷한 것이다. 우리나라의 1988년 改正된 地方自治法은 地方自治團體의 事務로 57種을 例示的으로 規定하고(第9條), 同法 시행령에서는 市·道에서 처리해야 할 事務 306種과 市·郡·區에서 처리할 事務 355種을 열거하고 있어 例示的 包括委託方式을 취하고 있다.

이러한 事務의 區分은 實定法상 매우 모호하고 國家事務의 비중이 높아 事務區分の 實益이 별로 없다 하겠으나, 實定法상으로 固有事務에 대하여는 地方自治團體에 맡겨 國家의 監督을 排除하고 그 經費도 地方自治團體가 負擔해야 하는데 反하여 委任事務에 대하여는 國家의 監督을 받고 그 經費도 國家가 그 一部를 負擔해야 한다는 法制상의 趣旨를 明白히 하는데 있다.

앞에서 말한 바와 같이 理論상으로는나 實定法상으로 事務의 明白한 區分이 어려우나 대체로 다음과 같이 區分한다.

5-1. 事務類型別 區分點⁶⁸⁾

68) ① 全羅北道 法務擔當官室, 地方自治와 法務行政實務, 1990.11, 18-39쪽.

② 韓國地方行政研究院, 地方行政機能分析에 관한 研究(Ⅱ), 1992.2, 30-34쪽.

5-1-1. 固有事務

法令상 「地方自治團體는 ○○를 施行한다.」는 規定이 있으면 대부분 固有事務로 본다. 現行法상 「市·道知事, 市長·郡守·區廳長이 이를 施行한다.」는 形式으로 規定된 事務로서 事務의 性質이 당해 自治團體에 직접 利害關係가 있는 事務는 固有事務로 본다. 補助金の 性格이 獎勵的 補助金の 性格을 띠고 있는 同時에 法令에 名文이 없거나 있더라도 補助할 수 있다고 表現되는 事務와 法令상 監督關係에서 消極的監督(合法性監督, 事後監督)만을 받는 事務로서, 法令상 名文規定이 있는 경우에 한해서만 監督權을 行할 수 있고 監督權 行使는 消極的 監督(事後監督, 矯正監督)에 局限되어 違法한 경우에 한하여 取消·停止가 許容된다. 地方議會의 議決, 同意, 事務監査, 會計監査등 地方議會가 關與할 수 있는 事務이다.

委任方式으로는 自治團體의 條例로 하며 再委任 역시 自治團體條例로 한다.

5-1-2. 團體委任事務

法令상 「國家 또는 上級地方自治團體가 地方自治團體에게 委任한다.」는 規定을 두었을 경우와 法令에 「○○郡·市·道知事·市長·郡守가 施行한다」는 規定이 있고 그 事務가 國家적 利害關係와 아울러 地方的 利害關係가 있는 事務는 團體委任事務로 본다.

法令상 經費負擔關係에서 補助金の 全部 또는 一部로서 法令의 規定에 의한 負擔金の 性格을 가진 事務와 法令상 監督關係에서 消極的監督 및 積極的(合目的性監督·事後監督) 監督을 받는 事務를 말한다.

委任方式은 個別法, 施行令으로하고 再委任은 自治團體 條例로한다.

5-1-3. 機關委任事務

各種 個別法에 「이 法에 의한 長官의 權限은 市·道知事, 또는 市長·郡守·區廳長에게 委任하여 처리할 수 있다」는 根據 規定을 두고 地方自治團體 長에게 委任하는 事務와 法令상 經費負擔關係가 補助金이 法令의 規定에 대한 全額 補助로서 義務的인 委託金 또는 交付金의 性格을 가진 事務로, 監督關係는 積極的 監督을 받는 事務로서 委任事務에 대해서는 個別的인 名文의 規定이 없더라도 監督權을 行使할 수 있고 監督權 行使시 委任事務에 대하여 積極的 監督(事前監督·指揮命令)도 認定되어 違法한 경우는 물론 不當한 경우도 取消·停止할 수 있다.

地方議會는 事務修行에 必要한 經費負擔에 관한 사항 이외에는 原則적으로 事務처리에 關與할 수 없는 事務를 말한다.

委任方式은 個別法, 시행령 또는 행정권한의위임및위탁에관한규정으로하고 再委任의 경우 主務部長官 承認후 自治團體의 規則으로한다.

5-2. 再委任

權限 委任된 事務를 受任받은 機關은 法令이 定하는 바에 따라 그 委任된 權限의 一部를 所屬行政機關이나 다른 行政廳에 再委任할 수 있다. 政府組織法 第5條 第1項은 再委任할 수 있도록 規定하고 있으며, 다른 法令의 根據가 있을 때에는 다른 受任官廳에 대하여도 再委任이 可能하다.

再委任의 一般的 形式으로는 행정권한의위임및위탁에관한규정에 의하여

委任된 機關委任事務는 自治團體의 事務委任規則으로 하고, 個別法令에 의해서委任된 團體委任事務나, 機關委任事務는 個別法에서 明示한 形式 즉 條例(團體委任事務)나 規則(機關委任事務)으로 하고 그밖의 法令形式으로 明示되지 않은 固有事務, 團體委任事務, 議會의 必要的 審議 事項이나 制定에 관한 事務는 自治團體의 事務委任條例로 하고 機關委任事務는 自治團體의 事務委任規則으로 한다.

5-3. 保健所의 業務 區分

保健所의 業務는 위의 內容에 따라 團體委任事務와 機關委任社務, 固有事務로 區分할 수 있겠는데, 이는 保健所法이 明示한 團體委任事務와 各 個別法에서 明示한 機關委任事務와 團體委任事務 그리고 이러한 事務修行에 必要한 一般事務등 自治事務로 區分할 수 있을 것이다.

이들 중에서 團體委任社務는 保健所法 第2條와 보건소법시행령에 根據를 둔 전주시보건소운영에 관한 조례에 의해 다시 全州市의 直屬機關인 保健所에 再委任되었다고 본다. 즉 保健所法 第2條(保健所の 設置)에서 “保健所の 設置는 大統領令이 定하는 基準에 따라 當該 地方自治團體의 條例로 定한다”와 보건소법시행령 제9조(위임)에서 “이 영에서 정한 것 외에 보건소 및 보건지소 설치운영에 관하여 필요한 사항은 당해 지방자치 조례로 정한다”라는 條項에서 그 根據를 찾을 수 있다.

이러한 基準을 根據로 保健所の 事務를 單位別 事務로 劃定하여 그 委任關係에 의한 分類를 하면 아래 表⁶⁹⁾와 같다⁷⁰⁾.

69) ①韓國地方行政研究院, 地方自治團體 單位事務目錄(直轄市·道·市·郡·自治區), 1992.2, 293-295, 368-371, 432-439, 506-510쪽.

②전주시보건소업무분장규정.

70) 이필권, “韓國保健所の 機構 및 機能에 대한 考察”, 公衆保健雜誌, 第3卷 第2號, 1966, 174-177쪽.

위 책의 내용중 표 4-1에서 단위사업 확정을 비교하기 위해 현행 보건소업무와 일치하는 의료업무와 전염병에 관한 업무만을 보건소법외에 명시된 단위사무와 보건소법외의 법에 명시되지않은 업무로 다음과 같이 구분 정리하였다.

保健所法外の 個別法에 明示된 事務

1. 의료법 제 30 및 31 조의 규정에 의한 의료기관의 개설신고처리 및 의료기관의 개설 허가신청서 처리.
2. 의료법 제 33 조에의한 醫療기관의 휴업.폐업.이전 등 신고의 처리.
3. 의료법 제 50조 및 51조에의한 행정처분.
4. 의료법시행규칙 제28조 의료기관의 진료실적 보고 처리.
5. 의료유사업자령 제 14 조 2 항 및 4 항 시행소의 개설허가 신청서 폐지신고의 경유처리.
6. 의료유사업자령 제 15 조 1 항 시행소 이전신고의 경유처리.
7. 전염병예방법 4 조의 규정에 의한 의사의 신고와 보고의 접수처리.
8. 전염병예방법 5 조의 규정에 의한 기타신고 의무자로부터의 신고사항.
9. 전염병예방법 6 조의 규정에 의한 환자의 전귀신고 접수처리.
10. 전염병예방법 11 조 및 동 12 조의 규정에 의한 정기, 임시, 예방접종 시행.
11. 전염병예방법 14 조 규정에 의한 접종 유예 허가.
12. 전염병예방법 20 조 규정에 의한 예방접종증명서교부
13. 전염병예방법 34 조 규정에 의한 전염병환자와 그 사체의 이동허가.
14. 전염병예방법 36 조 규정에 의한 사체의 이장, 개장의 인정.
15. 전염병예방법 37 조 규정에 의한 제1종 전염병 환가에대한 방역지시.
16. 전염병예방법 40 조 규정에 의한 청소, 소독지시.
17. 전염병예방법 43 조 규정에 의한 제1종 전염병 예방지시.
18. 전염병예방법 시행령 2조의 규정에 의한 진단 또는 검안 위촉.
19. 전염병예방법 시행령 3조 규정에 의한 전염병 환자나 그 사망자 또는 오염우려 사항의 통지.
20. 전염병예방법 시행령 10조 규정에 의한 전염병환자, 나병환자 또는 그사체의 이동통지.

保健所法外の 個別法에 明示되지 않은 事務

아래 표에서 番號項目에 따른 것은 全州市 保健所 業務分掌 項目이며 같은 番號項目속의 個別 項目은 地方自治團體 單位 事業目錄에 따른 區分이다.

全州市 保健所 事務分掌을 中心으로 하였기 때문에 地方自治團體 目錄에서 劃定한 각 地方自治團體의 項目이 一致하지 않으나, 그 差異는 크지 않고 큰 意味가 없다고 보아 새로운 項目으로 追加하지 않았다.

여기에서 울산, 김해, 양산, 부산(북구)는 각 基礎地方自治團體名을 줄여 쓴것이며 基礎 地方自治團體名 아래 表記되는 '기'는 機關委任事務, '단'은 團體委任事務, '자'는 自治社務(固有事務)를 뜻한다.

-
1. 의료업자, 의료기관개설 및 면허신청, 변경과 휴업, 지도단속 관한 사항.
 2. 조산원의 개설이전, 폐업신고의 처리.
 3. 의료기관 신고사항 변경, 구조 변경.
 4. 부정의료업자의 고발.
 5. 의료기관, 약국 및 의료품 판매업소의 휴업, 폐업및 재개업신고처리.
 6. 보건시설관리 내 보건검사.
 7. 격리병사 및 공동 취세장의 유지관리.
 8. 방역용차량관리(소관).
 9. 간접촬영자수 보고 X-선 운영관리(필림판독), 보건진단 결과 보고.
 10. 예방접종 약품 수급및 위생작업.
 11. (춘)하추기 방역대책및 실시.
 12. 구충구서 작업실시.
 13. 약품관리.
 14. B.C.G. 접종실시.
 15. 방역약품 배정 및 기재관리.
 16. 결핵, 성병, 나병등 만성 전염과 기타 질환의 예방과 진단에 대한 사항.
 17. 특수지방병의 연구.
 18. 기생충의 역학적 조사 및 관리에 관한 사항.

분 장 업 무	울산	김해	양산	부산
보건 행정계				
1. 문서 수발 및공인관리	자		자 ⁷³⁾	단
2. 당직근무 명령 및 소내외 복무단속				
3. 예산운영 및 전도자금관리	자			
4. 의료장비 및 차량관리				
5. 비품 및 소모품 관리	자			단
6. 일반환자 및 치과진료	기 단	기	자 ⁷³⁾	
7. 진단서 및 제증명 발급 건강진단수첩발급	단	기	단	
근로자 건강진단	단	기	기 ⁷³⁾	
운전면허 신체검사	단			
운전면허 적성검사	단	기		
사체검안서 발급	자	기		

71) 비밀문서에 관한 것은 기관위임사무로 따로 분류하고 있음.

72) 의, 약무행정으로 분류.

73) 건강진단으로 명기 되었으며 검진 항목이 따로 있는데 검진은 단체위임 사무로 구분하고 있다.

사망진단서 발급	자			
8. 진료비 및	단		단	
기타 수가의 징수			단	단
9. 보건진료소 및		기	단	
보건지소의 지도감독				
10. 각종 보건통계		기		
11. 공중보건의 지도감독	단		단	
12. 타계에 속하지 않는 사항	자			
가족보건계				
1. 모자보건사업 추진	기	기		
2. 가족계획사업 추진	기	기		
3. 국민 영양실태 조사 및			단 ⁷⁴⁾	
연구				
4. 학교보건 및	자			
산업보건				
5. 국민보건향상과				
건강증진				
6. 결핵환자 관리 및	기	기 ⁷⁵⁾		기
예방				
7. 영·유아 관리	기			

74) 보건행정업무로 분류.

75) 예방의약업무로 분류.

예방의약계				
1. 방역대책 및 수립		기		
2. 방역약품 및 기재관리		기		
3. 급성전염병환자 관리 및 진료에 관한 사항				
4. 전염병에 관한 사항				
5. 음료수 소독 관리				
6. 위생해충 구제사업				
7. 의료법에 의한 허가. 등록, 개설신고 처리 및 지도	기 기	기 기		기 기
8. 약사법에 의한 등록 신고 처리 및 지도	기	자 ⁷⁶⁾	기 기	기
9. 마약 및 마약사범과 앵속경작단속			기	기
10. 무허가 및 부정의약품자 단속, 고발	기			기
11. 식중독에 관한 사항				
12. 전염병 예방접종. 지도 계몽 및 교육	기		단	기
13. 기생충 관리	자		단	단
14. 나병, 성병, 결핵환자 관리	기		단	

76) 약국개설 등록관리만을 자치업무로 분류함.

및 예방에 관한사항			단	
15. 병원급이상 의료기관 설치허가	기			
및 지도감독				

< 1991년 10월현재 전주시완산보건소업무분장표에서 인용 작성함>

表에서 보는 바와 같이 單位事務劃定 및 區分이 自治團體에 따라 상당히 다르게 나타나고 있는데, 이는 같은 基礎地方自治團體라는 점을 생각할 때 合理的이지 못하다고 볼 수 있다. 따라서 保健所法外의 法에서 明示한 것과 그렇지 않은 것으로 좀더 細分하고, 그 事務區分은 保健所法외 다른 法令에서 事務處理의 主體를 明示한 경우를 제외한 保健所法에 明示된 모든 業務는 團體委任事務로 보아야하고^m 保健所法에 明示되지 않은 一般 行政社務는 固有事務로 보아야 할 것이다. 그리고 保健所法外의 個別法에 明示된 業務는 各 條項의 內容에 따라 團體委任事務와 機關委任事務로 區分된다 하겠다.

77) 바로 위의 5-1, 5-2 내용 참조.

Ⅳ. 保健所法の 實效性と 그 救濟 및 實效性 確保 方案

1. 實效性

1-1. 狹義의 實效性

1-1-1. 設置

保健所法 第2條, 保健所法 施行令 第2條, 전주시보건소운영에관한조례 제2조에 의하여 完山保健所가 設置되어 保健所法 第2條는 그 自體만으로 實效性を 보이는 듯 하나, 保健所 設置에 관한 法으로 保健所法 第2條만으론 充分한 것으로 볼 수 없고 이를 地方自治法 第104條로 補充하여야 한다.

이러한 法體系에 따른 保健所 設置에 관한 地方自治法 第104條에 의해 補充된 保健所法 第2條는 保健所가 地方自治團體 直屬機關으로 設置되어야 한다고 規定하고 있으나 전주시보건소운영조례 제2조 및 전주시사업소운영규칙 제3조에서 市長의 補助機關인 保健社會局에 所屬시키므로서 條例 및 規則의 制定의 限界를 벗어나 保健所法 第2條는 그 實效性を 喪失했다.

1-1-2. 權限

保健所法の 個別條項에는 所長의 權限에 대한 條項이 없다.

따라서 保健所法の 法令留保에 의한 보건소법시행령 제3조 ②항에서 소장은 지방자치단체장의 지휘감독을 받아 보건소의 업무를 관장하고, 소속공무원을 지휘·감독한다 하고 또 전주시보건소운영에관한조례 제4조 ②항에서도 그와 같은 規定을 두고 있으나 전주시사업소운영규칙 제2조에서 局長의 指

揮・監督을 받게하므로써 그 實效性を 喪失시켰다.

뿐만아니라 保健所法施行令 제9조(위임)에서 이 영이 정한 것 외에 보건소 및 보건지소의 설치·운영에 관하여 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고있고 保健所長의 權限에 대해서 이미 保健所法施行令 제3조 ②항에서 規定하고 있으므로 條例나 規則으로 다시 規定 할 수 없다.

1-1-3. 公務員

保健所法에 保健所 公務員에 관한 個別法은 없고 보건소법시행령 제4조에 保健醫療專門人力의 配置는 保健社會部長官이 定하는 基準에 따르도록하고 있으며, 전주시보건소운영에관한조례 제5조에서는 市長이 定하도록하고 하고있다. 따라서 市長이 定한 公務員定員規定과 保健社會部長官의 定하는 基準을 比較할 때 그 基準에 미치지 못하고 있어 完全한 實效性を 가진다고 볼 수 는 없다. 이는 地方自治團體의 定員은 內務部長官이 定하는 基準을 따르도록 하고있어, 保健所 公務員定員은 保健社會部長官의 基準을 따르려 할 경우 內務部長官의 總定員 基準을 變動시키지 않고서는 不可能하므로 事實上 保健社會部長官의 基準을 따라야 한다는 規範은 지켜지기가 어렵다⁷⁸⁾.

뿐만아니라 전주시보건요원근무규정은 전주시보건요원이 存在하지 않으므로 완전히 死文化된 規定이다.

78) 실제로 보사부장관의 정원 규정이 지켜지지 못하고 있다.

예를 들면, 보사부훈령 제639호(1992.5.27)로 보건소 전문 인력 배치기준을 지시하여 1992.7.1일 부터 시행토록 하고있으나 1992.11.25일 현재까지 부족되는 전문인원을 확보하지 못하고 있다.

1-1-4. 業務

保健所法에 의한 保健所業務와 전주시보건소운영에관한조례의 業務 및 전주시보건소직제규칙 제4조의 內容과 比較할때 대부분이 一致하고있어 保健所 業務에 관한 保健所法 第6條는 그 內容에 관한한 實效的이라 할 수 있다.

그러나 1991년 3월에 保健所法이 改正되면서 追加된 精神保健·老人保健 및 障害人 保健 등이 具體적으로 明示되지 않았으나 이는 實效性 認識에 별다른 影響을 주지않는 것으로 보아야 할 것이다.

하지만 保健所法 第6條 ⑤項의 內容은 市廳에 補助機關으로 衛生課가 設置되어 그 業務를 遂行하고 있고 전주시보건소운영에관한조례에도 빠져있어 그 個別條項 하나로는 實效性を 喪失했다고 본다. 그리고 앞의 항목 Ⅲ - 5에서와 같은 基準에 따를 때 機關委任事務는 주로 住民의 權益에 直接的인 影響을 주는 것들로 罰則 또는 權利의 制限이 크게 따를 수 있는 것들이며 團體委任事務는 주로 保健에 관한 指導·管理事務로 必要的 委任事務로 생각되는데 이러한 것은 地方自治의 基本精神에도 妥當한 것이라 생각된다.

이렇게 볼 때 保健에 관한 團體委任事務는 保健所에 再委任되었다고 보며 대부분의 機關委任事務 역시 醫療法 第64條(權限의 委任) “이 法에 의한 保健社會部長官 또는 道知事の 權限은 그 一部를 大統領令이 定하는 바에 의하여 道知事 또는 市長·郡守·區廳長이나 保健所長에게 委任할 수 있다”, 藥師法 第75條의 5(權限의 委任 및 委託) “이 法에 의한 保健社會部長官의 權限은 그 一部를 서울特別市長·直轄市長·道知事에게, 서울特別市長·直轄市長·道知事の 權限은 그 一部를 市長·郡守·區廳長 또는 保健所長에게

大統領令이 定하는 바에 의하여 각각 委任할 수 있다”는 規定들로 보아 주민의 權益에 아주 크고 直接的인 影響을 주는 業務를 除外한 대부분의 業務는 再委任이 이루어져야 된다고 본다. 그러나 現行 전주시보건소운영에 관한 조례는 保健所法에 明示된 業務만이 全州市條例에 保健所業務로 規定하고 있으며, 全州市委任規則에 의한 保健所의 業務規定은 하나도 없고, 다만 保健所運營條例에 포함된 業務까지 전주시위임전결규정으로 規定하고 있어, 保健所의 모든 事務는 단순히 補助機關에 分掌된 事務로 다루어지고 있다.

결국 内容面에서는 保健所法과 一致를 보이고 있으나 業務遂行에 따르는 權限은 많은 部分이 一致하지 않는다고 볼 수 있다.

1-1-5. 기타

제 4 장 I - 3 - 6)에 포함된 保健所法은 전주보건소운영에 관한 조례 제6조, 제7조, 제8조, 제9조, 제10조, 제11조, 제12조에 明示되어있어 實效的이라 할 수 있다.

1-2. 廣義의 實效性

1-2-1. 保健所法 第1條의 實效性

保健所法 第1條는 保健所法 制定의 目的을 保健所의 設置와 그 業務에 必要한 事項을 規定하는 것을 目的으로 한다고 하였다.

그러나 業務의 内容은 明示하고 있으나 設置에 관한 것은 自治條例에 委任하므로써, 그것도 大統領令의 基準에 따르도록하여 保健所 機關의 性格을

아주 모호하게 하였다. 이것은 行政組織 法定主義⁷⁹⁾를 벗어남으로서 地方自治團體 所屬의 特別地方行政技官의 性格을⁸⁰⁾ 잃게하였으며⁸¹⁾ 實務의 法的地位와 行政權限과의 衡平⁸²⁾을 이루지 못해 保健行政의 合理的 運營이라는 制定目的에 疑心을 가지게 한다.

結果적으로 保健所法 第1條는 그 自身과 協議의 實效性에서 보여준 것들로 보아 實效性を 喪失했다고 볼 수 있다.

그러나 實務의 分配가 곧 權限의 分配⁸³⁾라는 것과 保健所의 性格이 意思表示機關⁸⁴⁾으로 본다면 保健所法 第1條가 全州市의 保健所 運營條例에 의해 實效性を 喪失했다고 보기보다는 全州市 保健所 運營規則 또는 運營 자체에 의해 實效성이 喪失되었다고 보아야 할 것이다.

1-2-2. 保健所 設置와 權限에 관한 保健所 관계 規定

保健所의 機關 性格은 保健所法 制定당시와 目的⁸⁵⁾에 의하면 自身の 責任 하에 對外的으로 意思 表示를 할 수 있는 機關이며 그렇게 되어야⁸⁶⁾한다. 그리고 實務의 分配가 곧 權限의 分配⁸⁷⁾라고 본다면 전주시위임전결규정으로 保健所의 權限을 制限할 수 없다.

79) 제2장 Ⅲ - 2. 행정조직 법정성 참조.

80) 제3장 Ⅳ 보건소 기관 성격 참조.

81) 제3장 Ⅲ 보건소법의 변천 참조.

82) 제2장 Ⅲ - 4 行政機關의 所管 事務와 權限 참조.

83) 제2장 Ⅲ - 5 行政機關의 所關 事務와 權限 참조.

84) 제 3 장 Ⅳ. 保健所의 機關 性格 참조.

85) 제3장 Ⅳ 참조.

86) 제2장 Ⅲ, 제4장 Ⅱ 참조.

87) 제2장 Ⅲ - 5 참조.

따라서 實務의 分配가 權限의 分配가 아니라고해도 委任條例에 의해 所管事務에 따르는 權限의 委任이 있어야 한다.

그러나 保健所 運營이 補助機關에 주어지는 委任專決規定과 豫算에 있어 日常經費(전도자금)에 의해 이루어지고 있어 保健所法은 實效性을 그 目的과 設置 및 所管業務 遂行에 따르는 權限에 관한한 完全히 잃고 있다.

2. 實效性 喪失에 대한 救濟制度 및 實效性 確保 方案

사실상 保健所法의 '法的 事實'들이 發生하기전에 바른 '法的 事實'이 될 수 있도록 지나치리만큼 많은 制度的 裝置가 마련되어 있지만 일단 '法的 事實'이 發生된 후에는 그 實效性 確保가 매우 어렵다. 어떻게 보면 實效性 確保이전에 그 흠을 認識하려하는 努力을 기대할 수 없다고 보아야할 것이다. 그것을 認識해야 할 主體들이 이미 그 '法的 事實'이 옳다고 認定된 뒤에 '法的 事實'이 發生되기 때문이다. 이러한 事實들은 跛行적인 地方自治 運營에서 오게된 것으로 생각된다.

保健所法의 實效性 喪失이 가져오는 結果的 事實은 크게 두가지로 볼 수 있는데 첫째 自治條例에 흠이 있다는 것과, 둘째 地方自治規則에 흠이 있다는 結果的 事實을 이끌어낼 수 있다. 自治條例의 흠은 立法行爲의 흠으로 規範統制에 關係되는 事實이며, 規則·規程의 흠은 行政統制에 關係되는 事實로 區分할 수 있겠으나, 地方自治議會가 構成된 지금에는 다르지만 여기서는 保健所 關係 法規가 論究의 對象이고 모든 條例가 地方自治立法機關이 아닌 行政廳에 의해 立法되어 왔으므로 둘 모두를 行政統制制度와의 關係에서 그 統制方法을 찾아보면 다음과 같다.

2-1. 行政統制制度⁸⁸⁾

行政에 대한 統制 方法으로 議會에 의한 統制, 行政 內的 統制, 法院에 의한 統制, 憲法訴願審判을 통한 統制를 들 수 있다.

2-1-1. 議會를 통한 方法

議會에서 할 수 있는 行政統制 方法으로는 行政活動등의 根據를 賦與하고 權限의 範圍를 劃定하는 立法機能과, 國定監査·質問, 國務總理 또는 國務委員의 解任決議나 彈劾등의 政治적 統制와, 租稅 立法權, 豫算案 審議·確定權, 起債 同意權, 豫算의 國家負擔에 대한 同意權, 豫備費 支出 承認權, 決算審查權 등에 의한 財政的 統制가 있다.

2-1-2. 行政 內的 統制

行政 內的 統制로는 上級行政廳의 下級行政廳에 대한 監視權, 訓令權, 取消·停止權, 權限 調整權등을 통한 監督廳에 의한 統制와, 行政行爲에 대한 節次規程의 強化를 통한 行政節次에 의한 統制와, 不法·不當한 行政作用으로 인하여 權益을 侵害당한 자가 行政機關에 그 是正을 要求하는 行政審判 請求에 의한 方法이 있다.

2-1-3. 法院에 의한 統制

近代 法治國家의 行政은 行政의 合法性 原理 내지 法의 支配의 原理에 支配되므로 行政의 具體的인 合法性의 判斷이 必要한데 이는 法의 解釋·適

88) 이상규, 신행정쟁송법, 법문사, 1990.2, 35-47쪽.

用을 任務로하는 法院이 具體的인 行政의 法適合 與否를 審査하므로서 行政統制를 이룰 수 있다.

우리나라 憲法 第107條 2項은 “命令·規則·處分이 憲法이나 法律에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 경우에는 大法院은 이를 最終的으로 心寧할 權限을 가진다” 라고 하여 法院의 行政統制機能을 採擇하였다.

2-1-4. 憲法訴願審判을 통한 統制

憲法상 保障된 基本權을 侵害하는 內容의 行政權의 行使나 不行使로써 行政訴訟事項에 속하지 아니하는 것은 憲法訴願의 審判을 통해 統制할 수 있다.

2-2. 保健所法の 實效性確保와의 關係

이상과 같은 統制 方法을 볼 때 保健所法の 實效性 喪失은 結果的 事實, 즉 自治規則의 흠과 自治條例의 흠중 自治規則의 흠-狹義의 實效性 喪失에 의한 흠-은 우선적으로 上級行政機關의 監督⁸⁹⁾에 의해 救濟될 수 있다.

그러나 法院에 의한 統制는 規範統制에 있어서 具體的規範統制主義⁹⁰⁾를 採擇하고 있어 保健所法에 관한 規範은 具體的 訴訟事件을 떠나 그 自體로서는 違憲審査對象이되지 못한다.

89) 제4장 II - 4-3-4. 참조.

90) 허영, 헌법이론과 헌법(하), 1989.8.30, 372-373쪽에서 헌법재판의 종류 중 규범통제제도를 법률의 위헌여부가 재판의 전제가된 경우 규범심사를 하는 경우를 구체적규범통제제도, 재판의 전제가 되지 않은 경우를 규범심사를 하는 경우를 추상적규범통제도로 구분 설명하고 있다.

憲法 第68條에 의한 憲法訴願의 경우도 憲法 第107條에 의한 規範統制制度와 달리 違憲이라고 하는 法律自體가 直接憲法訴願의 對象으로하지 않기 때문에 保健所組織에 관한 規範은 憲法訴願의 對象이 될 수 없다.

따라서 保健所法の 實效性 喪失에 대한 實效性 確保 手段이 매우 微弱함을 알 수 있다. 이렇게 볼 때 이러한 흠이 一般的狀況에서 發見될 경우 이의 救濟를 위해서 이미 他國家에서 採擇되고 있는 抽象的規範統制制度가 반드시 採擇되어야 하겠고 民衆靜訟 對象의 範圍가 더욱 擴大되어야 하겠다..

第 5 章 結 論

一般社會 現象속에서 사람들의 價値認識과 그에 따른 行動이 不一致하다는 問題點을 提起하고 이러한 問題點의 實體를 法の 實效性이라는 것을 통해 行政組織法 關係 특히 保健所法을 中心으로 具體化 시켜보았다.

論究 결과 價値認識과 그에 의한 行動의 不一致의 한 實體를 糾明할 수 있었다.

이것은 작은 範圍에서 糾明된 實體지만 그 實體에 있어서는 價値認識(法)과 行爲(法的 事實)의 一致가 必修的이며 그 行爲의 主體는 다른 누구보다 그것이 一致되도록 해야만 하고, 또 다른 一般人들이 지킬수 있도록 指導해야하는 位置에 있는 사람들이라는 점에서 더욱 큰 問題로 보아진다.

요즈음 社會問題가 되고 있는 清掃·環境 業務(保健所 設置 당시 保健所 業務로 되어 있었음)와 같은 결과는 이러한 保健所法の 實效性 喪失이 매우 크게 作用하고 있다고 생각되며, 現在에도 保健所法에 保健所業務로 되어 있는 食品衛生業務가 一般行政機關의 補助機關인 衛生課에 맡김으로써 오는 食品衛生業務에 대한 憂慮와, 保健所の 弘報·敎育·統計 등의 業務가 一般行政補助機關에 의해 干涉되어 그 事業을 위한 대부분의 豫算이 매년 削減되는 것은 '에이즈(aids)'·麻藥中毒 등과 같은 것에 대한 憂慮를 갖게한다.

물론 이들에 대한 價値認識은 되어 있다. 즉 憲法の 法治主義 原理, 福祉國家原理⁹¹⁾, 現代 行政組織原理⁹²⁾, 保健所の 機關性格⁹³⁾에서 볼 수 있는데, 그

91) 제4장 II - 1 참조.

92) 제2장 III - 1, 2 참조.

러한 價値認識의 表現으로써, 保健所法에 의한 保健所는 地方自治團體에 直屬된, 自身の 名義로 意思表示를 할 수 있는 地方特別行政機關으로 保健醫療業務를 擔當하도록 하고 있다.

그러나 保健所法の 法的 事實인 全州市의 條例 및 規則 등⁹³⁾에 의한 保健所는 地方自治團體의 補助機關에 所屬된, 自身の 名義로 意思表示를 할 수 없는 事業所로 保健醫療業務를 擔當하게 하고있어, 결국 保健醫療 業務에 될 수 있으면 一般行政의 干涉을 적게하고자 하는 價値認識은 行爲로 이루어지지 못하고 있는 것이다.

따라서 이것은 지나친 一般行政 中心의 行政으로 인해 專門 知識을 요하는 特別行政이 沈滯된 것으로 보아지며, 이러한 原因은 社會發展에 行政의 發展이 따르지 못하고 있는 것으로 보인다.

또한 行政組織法(保健所法)의 實效性 確保 역시 매우 어렵다는 것도 알 수 있었다.

이렇게 實定法の 實效性이 이루어지지 않고 있다고 볼 때 社會 一般規範들의 實效性은 더욱 實效의이지 못할 것이며 이는 결국 社會 混亂의 主原因이 되게 될 것이다.

이러한 結果들은 憲法에 우리가 發見한 價値認識 內容들을 表現하는 것도 重要하지만 그에 못지않게 이러한 價値認識이 과연 事實行爲로 나타나고 있는지의 確認과 그 實效性 確保하려는 努力도 매우 重要하다는 것을 말해준며, 이 努力은 먼저 實定法과 그들에 의한 命令·規則등에서 이루어져야한

93) 제3장 III 참조.

94) 제4장 IV 참조.

다.

이렇게 볼때 이러한 法의 實效性を 確認할 수 있는 制度的 裝置가 必要하고, 實效性 確保를 위한 制度的 장치로 抽象的規範統制制度的 採擇과 民衆訴訟의 範圍擴大등의 必要性이 要求된다 하겠다.

參 考 文 獻

- 丘秉朔，註釋地方自治法，博英社，1991.10.
- 丘秉朔·姜京根·金承煥 共譯，M. 카펠레티，法文社，1989.8
- 權寧星，憲法學原論，法文社，1984.9.
- 金南辰，行政法 I · II，法文社，1990.10.
- 金道昶，一般行政法論(上)·(下)，青雲社，1982.9.
- 金容民 譯，認識論入門，A.V.von Kibed，螢雪出版社，1988.
- 朴南永，保健行政學，高文社，1990.3.
- 金亨培，法學方法論，三英社，1990.1.
- 朴東緒，韓國行政論，法文社，1990.8.
- 石琮顯，一般行政法(上)·(下)，三英社，1990.4.
- 蘇光熙·이석운·김정선，哲學의 諸問題，志學社，1976.2.
- 孫珠瓚，法學通論，博英社，1981.3.
- 沈憲燮 譯，한스 켈젠，켈젠 法理論選集，法文社，1990.8.
- 沈憲燮，법철학 I -법·도덕·힘-，법문사，1991.1.
- 劉明鐘，韓國思想史，以文出版社，1985.8.
- 李基相，하이데거의 實存과 言語，文藝出版社，1991.8.
- 李尚圭，新行政靜訟法，法文社，1990.2.

崔鐘庫, 法史와 法思想, 朴英社, 1981.3.

崔鐘庫, 法思想史, 朴英社, 1987.3.

崔鐘庫, 法哲學, 한스·슈나이더, 에릭 볼프 편, 구스타프라드부르흐, 삼영사, 1982.9.

崔昌浩, 지방자치제도론, 삼영사, 1992.3.

崔泰永, 法哲學, 淑明女子大學校出版部, 1977.7.

許營, 헌법이론과 헌법(하), 박영사, 1989.8.

研究論文 . 定期刊行物

孟長燮, “地方自治團體의 自治法規”, 月刊考試, 91/6.

문옥륜, “우리나라 보건소 기능 활성화 방안의 모색”, 保健學論集, 1992.

徐元宇, “行政組織法理論의 再檢討(上)·(下)”, 月刊考試, 91/6·91/9.

石琮顯, “現代行政과 行政組織”, 考試界, 87/8.

柳鳳永, “韓國 地方自治의 地位와 機能에 관한 研究”(中央 地方間의 垂直分權을 中心으로), 全州大學校 大學院 博士學位論文, 1991.

李弼權, “韓國保健所の 機構 및 機能에 대한 考察”, 公衆保健學 雜誌, 1966.

全羅北道, “地方自治와 法務行政實務”, 1990.

韓國人口保健研究院, “都市保健所の 組織 및 機能改善研究”, 1988.

·韓國地方行政研究院, 地方自治制 實施에 따른 地方政府의 社會福祉
機能에 관한 研究”, 1988.10.

韓國地方行政研究院, 地方自治團體 單位事務目錄, 1992.2.

韓國地方行政研究院, 地方行政機能分析에 관한 研究(Ⅱ), 1992.2.

法 典

태종학 편, 地方行政小六法, 청구출판사, 1964.

이성희 편, 保健行政六法, 수문사, 1966.

韓國法制研究院, 大韓民國現行法令集(合本版), 1990.

1992.10. 이전 개정된 법령 수록.

全州市, 現行自治法規集, 1989, 1992.10. 이전 개정된 자치법규 적용.

SUMMARY

A Study on Effectivness for the Administrative Organization Law

Jung, Young-won

Department of Law

Graduate School of Jeonju University

Nowadays, people's will which have to be keep a social norm is disappearing, the study makes approve this phenomenon through the effectivness(Wirksamkeit) of law. The object for approval was the health center law, the municipal by-law, municipal rule.

Effectivness(Wirksamkeit) was recognized with two different way, one was a narrow sense which is valuation of effectivness(Wirksamkeit) by pure legislative law, another is broad sense which is valuation of effectivness(Wirksamkeit) by the legislative object of the health center law and the theory of administrative organization.

The study try to reconize the valuation of effectivness(Wirksamkeit) for whole body of health center law other then the individual item of the health center law.

We know that the health center is special administrative agency from the study of administrative organization law, municipal law, the health center law, but these law was not kept in municipal by-law, municpal rule.

Finally, the health center law lose the most part of effectivness(Wirksamkeit), and the remedy system for losing of effectivness(Wirksamkeit) is not good. and so it need that the system of reserch for effectivness(Wirksamkeit) of law and the system of remedy for losing effectivness(Wirksamkeit) of law.