

## 정책수단에 대한 법적 접근

홍준형\*

### <目 次>

- I. 머리말
- II. 정책수단의 법적 측면
- III. 정책수단에 대한 법적 접근: 행위형식론
- IV. 정책수단론의 공법적 한계
- V. 맺는 말

### <요 약>

행정법학에 있어 행위형식론은 행정학·정책학 분야에서의 정책수단에 대한 논의에서는 거의 고려되지 않았다고 해도 과언이 아니다. 최근 정책수단론이 다시 활성화되는 과정에서도 행위형식론에 대한 관심은 찾아 볼 수 없었다. 행정학 분야에서 정책수단에 대한 연구관심이 점차 고조되고 있는 것과는 대조적으로 법학, 특히 행정법학에 있어 정책수단에 대한 논의는 일견 특별한 연구대상 또는 영역으로 부각되고 있지는 않다. 이와 같은 견지에서 정책수단에 대한 법적 접근의 인식관심, 연구동향과 성과, 그리고 정책수단론의 공법적 한계를 고찰하였다. 정책수단론과 행위형식론이 필연적으로 동일한 궤도를 밟으며 공동보조를 취해야 하는 것은 아니지만, 정책수단론과 정책수단에 대한 법적 접근으로서 행위형식론과의 연계와 접점을 모색할 필요가 있다. 정책수단론이 이론이나 실무에서 더욱 더 현실성과 설득력을 가지려면 행위형식론과의 연계와 접합이 무엇보다도 필수적이다.

【주제어: 행위형식, 행위형식론, 행정작용의 법형식, 정책수단, 정책도구, 행정법】

## I. 머리말

최근 행정학·정책학 분야에서 정책수단(policy instrument) 또는 정책도구

\* 서울대학교 행정대학원 교수(joonh@snu.ac.kr).  
논문접수일(2009.3.6), 수정일(2009.3.16), 게재확정일(2009.3.20)

(policy tool)에 대한 관심이 부쩍 고조되고 있다. 행정학 분야에서 정책도구론은 결코 새로운 문제영역이 아니다. 행정학 분야에서 정책수단에 대한 연구는 1980년대 초 규제개혁의 맥락에서 시작되어 주로 캐나다와 유럽을 중심으로 전개되어 왔으나, 국내에서는 비교적 최근에 와서야 비로소 본격적인 관심의 대상으로 떠오르기 시작했다.<sup>1)</sup> 이처럼 행정학 분야에서 정책수단에 대한 연구관심이 점차 고조되고 있는 것과는 대조적으로 법학, 특히 행정법학에 있어 정책수단에 대한 논의는 일견 특별한 연구대상 또는 영역으로 부각되고 있지 않은 것 같아 보인다. 최근 행정법 또는 공법과 관련된 문헌에서 정책수단에 관한 독자적인 논의를 찾기는 쉽지 않다. 또한 행정학 분야에서의 정책수단에 대한 논의에서도 그 법적 측면에 대한 논의나 정책수단에 대한 법적 접근을 시도한 논의는 거의 눈에 띄지 않는다. 정책수단론에 관한 한 법적 접근이나 기여가 거의 이루어지지 않았거나 매우 미흡한 수준에 머물러 있다는 인상을 받는 것도 그리 이상한 일은 아니다.

그러나 정책수단에 대한 공법학 특히 행정법학의 관심과 기여를 것처럼 부정적 시각에서 보는 것은 피상적이다. 행정법학의 문헌목록을 약간만 뒤로 뒤적여 본다면 사실은 정반대로 드러난다. 정책수단에 대한 법적 접근의 핵심은 후술하는 바와 같이 ‘행위형식론’(Handlungsformenlehre)으로 집약된다. 그런데 행위형식론은 공법학, 특히 행정법학 분야에서 행정학의 경우와 마찬가지로 1980년대 이래 법체계적 중심이 되어 왔고,<sup>2)</sup> 이를 기초로 하여 현대 행정법의 주요 쟁점들이 형성되어 왔기 때문이다. 단지 오늘날 행위형식론 자체는, 한편으로는 행정법 도그마틱<sup>3)</sup>의 발전에 따라 이미 법 이론과 체계에 이미 반영되었거나 전제되어 있고, 다른 한편으로는 이른바 비공식적 행정작용(informales/informelles

- 1) 정책수단론의 국내외 연구동향에 관해서는 특히 문명재, 2008: 2이하와 서울대학교 행정대학원 정책&지식센터 포럼 자료 등을 참조. 정책도구 연구는 행정실무상 또는 정책과정에서 실제로 사용되는 각종 수단에 대한 것이어서 실용성이 클 뿐만 아니라 행정학과 정책학을 잇는 가교와 같은 의미를 가진다고 한다(문명재, 2008: 2이하). 전통적 행정학이 규범적·담론적 연구를 중심으로 발전해 온 반면 정책학은 계량적 방법론과 미시적인 정책분석을 강조함으로써 서로 공유하는 영역이 좁았지만, 정책도구 연구는 공공관리론, 집행론, 정책과학과 정책분석의 접점에 자리매김을 할 수 있고, 또 정부가 사용할 수 있는 다양한 정책도구에 대하여 종합적으로 연구할 수 있기 때문에 실용적 함의를 줄 수 있다는 장점도 있다는 것이다.
- 2) Jürgen Bast(2003a: 479-480)는 “행위형식론”이란 용어는 대다수의 이론적 전통(Theorientraditionen)에 있어 행정법에 유보되어 있다고 인정한다.
- 3) 여기서 ‘법도그마틱’(Rechtsdogmatik)이란 법학(Rechtswissenschaft)의 일부로서 실정법규범의 체계적·개념적 파악과 해석을 추구하는 학문 분야 또는 접근을 말한다. 일반적으로 통용되는 ‘법학’이란 개념과는 다르지만 법학이 ‘법도그마틱’을 주된 부문으로 삼고 있다는 점을 감안해서 이를 ‘법학’ 또는 ‘법해석’이라고 번역해도 무방하지 않을까 생각한다.

Verwaltungshandeln)의 대두에 따른 체계론적 충격이 이론과 실무 양면에서 대부분 흡수되어 비공식적 행정작용이 공식적 행정작용과 함께 행위형식 체계의 한 부분을 차지하기에 이르렀기 때문에, 겉으로는 행위형식 문제가 별다른 관심을 끌지 못하는 것처럼 보일 뿐이다.

이와 같은 견지에서 정책수단에 대한 법적 접근의 인식관심, 연구동향과 성과, 그리고 정책수단론의 공법적 한계를 고찰해 본다.

## II. 정책수단의 법적 측면

### 1. 정책수단과 법

정책수단과 법의 관계에 관한 논의는 앞서 지적한 바와 같이 적어도 최근 국내에서 진행되어 온 정책수단론에서는 거의 찾아 볼 수 없다. 정책수단에 있어 법이 문제되는 계기로는 크게 두 가지를 생각해 볼 수 있을 것이다. 그 첫 번째 계기는 정책수단의 개발, 형성이나 집행(사용)이 법 또는 법질서에 어떠한 영향을 미치고 있는가, 영향을 미친다면 어떤 메커니즘을 통해서 영향을 미치며 그것은 어떠한 의미를 가지는가 하는, 이를테면 법사회학적 관점에서 규명(설명)해야 할 문제이다. 예를 들어 협상이나 조정, ADR 같은 비공식적 수단들을 활용함으로써 말미암아 실정법체계 또는 법령이나 법실무에 변화가 생길 수 있는데, 이것은 사회과학적 방법을 사용하여 조사·측정하고 분석하거나 설명해야 할 문제가 된다. 둘째는 정책수단의 법적 근거 및 한계 문제이다. 아무리 효과적인 정책수단이라 하더라도 합법성의 요구를 충족시키지 못하면 그 본연의 효과를 얻기 어려울 뿐만 아니라 경우에 따라서는 아예 처음부터 작동조차 할 수 없게 될 수도 있다. 따라서 정책수단에 대한 법의 요구, 즉 합법성=법치행정의 원칙에서 오는 법적 제약 문제를 거론하지 않을 수 없는데, 이 글의 관심은 바로 이 두 번째 측면에 있다.

### 2. 정책수단과 법치행정의 원칙

정책수단에 대한 법적 허들(hurdle)은 무엇보다도 법치행정의 원리로부터 유래한다. 그 중에서도 특히 ‘법률의 우위’(Vorrang des Gesetzes)와 ‘법률의 유보’(Vorbehalt des Gesetzes)란 두 가지 원칙에 의한 법적 제약이 문제된다.<sup>4)</sup>

4) 오토 마이어(Otto Mayer)는 일찍이 행정의 법률적합성의 원칙을 ① 法律의 法規創造力(rechtssatzschaffende Kraft des Gesetzes), ② 法律의 優位(Vorrang des Gesetzes), ③ 法律의 留保(Vorbehalt des Gesetzes)라는 세 가지 요소로 정식화했다(O. Mayer, 1924: 64f.).

먼저, ‘법률의 우위’란 문자 그대로 행정이 법률에 위반되는 행위를 해서는 아니 된다는 것을 말한다. ‘법률의 우위’ 원칙은 모든 분야에 걸쳐 무제한·무조건의 효력을 가지는 것으로 이해되고 있다. ‘법률의 우위’는 합헌적 법률의 우위를 의미한다. 즉 법률 역시 최고법규인 헌법에 위반되어서는 안 된다는 규범논리가 여기에 전제되어 있다. 아울러 헌법이 직접 행정을 구속한다는 것이 또한 ‘법률의 우위’의 내용으로 승인되어야 한다. 둘째, ‘법률의 우위’는 모든 파생적 하위법원에 대한 형식적 법률의 우월성을 표현하며, 또한 이로써 행정이 법률을 적용해야 한다는 것(Anwendungsgebot), 법률을 회피하거나 위반해서도 안 된다는 것(Abweichungs- und Verstoßverbot)을 요구한다.<sup>5)</sup>

반면, ‘법률의 유보’란 행정이 법률에 의한 수권을 받은 때에만 행동할 수 있다는 원칙을 말한다. 이 원칙은 따라서 ‘법률의 우위’보다 더 많은 것을 요구한다. ‘법률의 우위’가 기존법률에 대한 위반을 금하는 데 비하여(소극적) 이것은 행정활동에 대한 법률상의 근거를 요구한다(적극적). 따라서 특정법률의 결여가 행정의 활동을 배제시키는 것은 ‘법률의 우위’가 아니라 ‘법률의 유보’인 것이다.

‘법률의 유보’는 행정법의 모든 분야에 대해 적용되는 법률의 우위와는 달리 그 적용 또는 효력범위(Reichweite)에 있어서 무제한적인 것은 아니며 학설상 논란이 있다. 그러나 법률유보의 효력범위에 관한 한, 슈테른(K. Stern)이 지적하듯이, 어떠한 특허처방(Patentrezept)도 존재하지 않는다는 점을 분명히 할 필요가 있다. 이러한 견지에서 첫째, 최소한 침해유보, 즉 국민의 자유와 권리를 침해·제한하는 경우에는 법률의 수권이 있어야 하지만, 둘째, 그 밖의 경우에도 기본권관련성이 인정되는 한 입법권자의 법적 규율이 요구되며 따라서 법률의 근거가 필요하다는 본질성설(Wesentlichkeitstheorie)에 따른 사례별 개별화론을 취하지 않을 수 없을 것이다.<sup>6)</sup>

법률의 우위와 유보의 차이를 보조금(subsidy and grants)이라는 정책수단의 예를 들어 설명해 보면 다음과 같다. 가령 정부가 취약한 소프트웨어산업을 육

이 중 ‘법률의 법규창조력’이란 국민의 대표기관인 의회만이 국민을 구속하는 규범인 법규를 만들 수 있다는 것, 즉, ‘법률’이란 명칭을 가진 국가의사만이 국민을 구속한다는 것을 의미하는 명제로서, 이러한 법률의 법규창조력은 오늘날에도 원칙적으로 인정된다. 그러나 오늘날 법률만이 법규창조력을 갖는 것은 아니므로(가령 행정관습법, 예외적인 법률동위의 명령이 성립할 여지가 있다), 이를 법치행정의 원리의 요소로 이해해야 할 필연성은 없다.

5) Erichsen/Martens, § 5 II, S.61.

6) 예컨대 사안이 일반공중 및/또는 시민에게 중요할수록 입법자에 대한 요구는 더욱 더 높아지며, 규율의 밀도(Regelungsdichte)에 관해서도 개별시민의 기본권들이 결정적으로 침해되거나 위협받을수록, 그 일반공중에 대한 효과가 큰 비중을 가지면 가질수록 또한 하나의 문제복합체가 공중들간에 논란되면 될 수록, 법률의 규율 또한 더욱 정확하고 상세해져야 한다는 것이다. 이에 관하여 상세한 것은 홍준형, 2001: 62-72를 참조.

성하기 위해 자금사정이 어려운 소프트웨어제조업자에게 보조금을 지원할 경우, 이러한 자금지원의 법적 근거가 마련되어 있지 않다면 그 자금지원의 적법여부가 다투어질 수 있다. 경쟁업체의 입장에서는 이러한 자금지원이 법치행정의 원칙을 위반한 것이므로 위법하다고 주장할 수 있다. 여기서 자금지원을 위한 법률적 근거가 없는 이상, 경쟁업체와의 관계에서 평등원칙의 위반이나 세계무역기구(WTO)의 보조금협정 위배 등이 문제되는 경우를 제외하면, 자금지원행위 자체는 ‘법률의 우위’를 위반한 것은 아니지만, 그와는 별도로 이 경우 ‘법률의 유보’ 원칙이 적용된다면, 법률의 수권이 없었다는 이유로 위법하게 될 가능성은 상존한다. 마찬가지로 조세감면의 경우에도 헌법이 요구하는 조세법률주의에 따라 법률의 근거가 필요한 반면, 행정지도 같은 경우에는 법률의 유보가 적용될 여지가 없다. 적어도 행정이 상대방이 협력을 기대하여 행하는 비권력적 사실행위라는 개념정의의 벗어나지 않는 이상 행정기관은 그 일반적인 권한의 범위 내에서 특별한 법적 근거 없이도 행정지도를 할 수 있게 된다.

### Ⅲ. 정책수단에 대한 법적 접근: 행위형식론

#### 1. 행위형식론의 인식관심

행정은 다양한 형식을 통해 수행된다. 즉 행정은 단순한 사실작용에서 행정에 의한 법정립에 이르는 다양한 법형식들을 그 목적 달성을 위한 수단으로 사용하고 있다. 이들 다양한 활동형식에 대해 구조와 체계를 부여하는 작업이 행정의 ‘행위형식론’(Handlungsformenlehre)의 과제이다. 말하자면 개개의 행위형식들의 법리적 확산(dogmatische Durchdringung der einzelnen Handlungsformen), 체계화(Systematisierung) 그리고 하나의 전체적 틀 속으로의 제도적 편입(institutionelle Einbettung in ein Gesamtgefüge)이 바로 행위형식론의 열망이다.<sup>7)</sup>

행위형식론은 주로 독일행정법의 영향하에서 ‘행정행위’(Verwaltungsakt)를 중심개념으로 하여 전개되어 왔다. 종래 행정소송법상 열기주의(列記主義: Enumerativprinzip)하에서 행정행위가 권리보호의 길을 열어주는 임무(rechtsschutzeröffnende Aufgaben)를 띠면서 행위형식론의 중심을 차지했고 따라서 재판상 권리보호의 문제도 이를 준거로 논의될 수밖에 없었다는 것은 독일행정법의 특징적 성격을 말해 주는 측면으로서, 프랑스행정법이 이익의 계기를 전면에서 내세워 ‘공역무’(service public)의 관념을 중심으로 발전했던 것과 의미

7) Ossenbühl, F., JuS 1979, 681; Schmidt-Aßmann, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl 1989, 533; Pauly, Handlungsformenlehre, 25; Bauer, Die Verwaltung 1992, 302.

있는 대조를 이룬다. 여기서 행정행위를 중심개념으로 했다는 것은 행정의 유형 중 권력행정, 즉 행정이 우월적 의사주체로서 국민에 대하여 명령하고 강제하는 권력적 계기를 중심으로 행정작용의 내용을 검토해 왔다는 것을 의미한다. 물론 이러한 사정은 오늘날 이미 극복되었다.<sup>8)</sup> 가령 독일연방행정절차법(VwVfG) 제9조가 행정계약(verwaltungrechtlicher Vertrag)을 행정행위와 함께 동등한 위치에 놓고 규율하고 있는 것은 그와 같이 이미 학설·판례에 의해 승인된 결과<sup>9)</sup>를 입법적으로 비준한 결과라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 행정행위가 행위형식론에서 차지하는 중심적 지위는 변함이 없으며<sup>10)</sup> 이 점은 프랑스행정법에 있어서도 마찬가지이다.<sup>11)</sup>

물론 행위형식론의 변천, 즉 행위형식의 다양화 및 중점변화가 현대행정법의 전반적 추세라는 것은 부정할 수 없는 사실이다. 이것은 우리나라 행정법에 있어서도 충분히 고려되어야 할 점이며, 또 부분적으로 실제상 고려되고 있기도 하다. 그러나 다른 한편에서는 이 같은 행위형식의 변화가 우리 행정법의 논의에 충분히 반영되지 못하고 있는 것도 사실이다. 가령 행정법관계의 특질을 주로 행정행위의 특질에 대입시켜 고찰하는 문헌 대다수에 의해 답습되고 있는 서술방식이 일례인데 이러한 사고방식은 오늘날처럼 날로 다양화되는 행정의 활동형식을 고려할 때 더 이상 타당할 수 없다.

앞에서 이미 지적했듯이 정책수단에 대한 법적 접근의 핵심은 ‘행위형식론’으로 집약된다. 행위형식론의 일차적 인식관심은 행정이 행정목적 달성을 위하여 투입할 수 있는 행위수단들을 그 형식을 통해 체계화하는데 있다. 행위형식

8) Schmidt-Aßmann, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl 1989, 533ff.(535); O. Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL 30(1972), S.193-244, 특히 발제요지 23-25를 참조.

9) 이에 관해서는 Efration, Die Bestandskraft des öffentlich-rechtlichen Vertrages, 1988, S.82ff.; Schmidt-Aßmann/Krebs, Städtebauliche Verträge, 1988을 참조. 이것은 또한 소송법적으로도 확인되고 있는데 특히 최근 確認訴訟에 대한 관심이 현저히 증대되고 있는 것이 그 예이다(Schmidt-Aßmann, DVBl 1989, 535).

10) 실례로 행정행위(Verwaltungsakt)는 범유럽적으로 통용되고 있다. 다만, 행정행위는 다양한 측면에서 국내법적 절차를 넘는 절차종결적 의미를 가지게 되어 그 요건이 더욱 풍부해지고 있다. 부분적으로 행정행위는 사인에 의해 진행된 절차를 종결시키며, 부분적으로 계획화된 행위(planifizierte Akte)로서 복합적인 결정발견과정에서 행해지기도 한다. 이러한 결정형식은 재판상 권리보호에 대하여 새로운 요구를 부과한다. 이 점은 다양한 협력적 행정행위 형식들의 경우에도 마찬가지로 타당하다. 한편, 전혀 새로운 행위형식이라고는 할 수 없지만, 행정법의 유럽화를 향한 중요한 수단으로 활용되고 있는 행정행위의 유형으로 ‘초국가적 행정행위’(transnationaler Verwaltungsakt)가 관심의 대상이 되고 있다. 이에 관하여 상세한 것은 홍준형, 2004를 참조.

11) J. Rivero, Droit Administratif, 13e éd.(1990), Dalloz, n° 91, p.114.

론은 형식의 관념(Formenidee)과 체계의 관념(Systemidee)의 결합에 입각하고 있다.<sup>12)</sup> 그것은 행정활동의 복잡한 현실로부터 각각의 행위요소들을 추출하여 그 의미를 행위와의 관련 하에 분석하고(Formung), 다시 이를 유형화된 행위형식의 체계(Systemfolgen)에 위치 지운다. 행정활동의 법형식들은 따라서 각각 특별한 법적 규율을 받는 유형화된 행위의 단편들(vertypete Handlungsausschnitte)이라 할 수 있다.

행위형식론은 그와 같은 법적 효과의 형식에 의한 통제를 통해 비로소 그 행정법상의 효용을 발휘하게 된다. 행정의 행위형식론은, 무엇보다도 법실무적 측면에서, 첫째, 구체적으로 각각의 행위에 어떠한 법적 요건과 효과, 쟁송수단 등을 결부시킬 것인가 하는 문제를 해결하는데 기여한다. 둘째, 어떤 행위형식이 특정행위유형에 해당하지 않을 경우 일종의 유추에 의해 가장 근사한 정형적 행위형식에 대한 법적 규율을 발견하여 그것에 적용할 수 있도록 해 준다(기준 제공의 기능). 특히 후자의 기능은 행정활동형식의 다양화라는 현대행정의 추세에 따라 이른바 비공식적 행정활동(informales Verwaltungshandeln)이 행정목적달성의 수단으로 점점 더 빈번히 활용되고 있다는 점을 감안할 때, 결코 포기할 수 없는 실제적 가치를 지닌다.

## 2. 행위형식의 개념과 유형

### 1) 행위형식의 개념

행위형식(Handlungsform)이란 통상 행정목적 달성을 위하여 사용가능한 도구들의 표준화된 유형들을 말하는 개념으로 사용된다. 오센뵐(Ossenbühl, 1979: 681)에 따르면, 행위형식이란 셀 수 없을 정도로 다양하고 정형화되지 않은 행정의 활동이 법의 질서화된 세계로 유입되는 관문에 해당한다고 한다. 행위형식이란 개념과 법형식(Rechtsform)이란 개념은 흔히 동일한 의미로 사용되기도 하지만, 양자의 의미는 동일하지 않다.<sup>13)</sup> 행정법상 행위형식이란 용어는 상위개념(Oberbegriff)으로서 좁은 의미의 법형식(Rechtsformen im engeren Sinne)와 사실행

12) Schmidt-Aßmann, DVBl 1989, S.533.

13) 행위형식(Handlungsform)이란 용어는 종래 대다수의 문헌에서 법형식(Rechtsform)과 동일한 개념으로 취급되어 왔다고 한다(Hoffmann-Riem, Wolfgang, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR II, (2008) § 10; Pauly, Walter, 1991: 25, 32). 양자를 구별하는 것은, 비록 확연한 구분이 어렵고 또 해당 개념들을 사용하는 맥락에 따라 그 의미가 한결같지 않다는 난점이 있지만, 발견적(heuristic) 관점에서 의미가 있으며, 그 경우 행위형식은 그 자체로는, 논란이 없지는 않지만, 법형식 보다는 더 넓은 개념이며 행위형식론에서는 행정활동의 모든 유형을 모두 망라해 다루는 것이 아니라 그 중 법적으로 형성된 행정작용의 주형(Gussform), 즉 법형식이라는 단편을 통해 행정의 행위형식을 다루는 것으로 이해하는 것이 타당하다고 본다(Hoffmann-Riem, 같은 곳).

위(Realakte), 그 밖에 단순행정작용(schlichtes Verwaltungshandeln)을 모두 포괄하는 개념이다.<sup>14)</sup> 물론 임무수행방식으로서의 행위형식은 상이한 기준에 따라 구분될 수 있고, 행위형식들의 상이한 유형론도 성립할 수 있다. 보조금처럼 행위형식은 법형식과 단순한 행정작용의 혼합물일 수도 있다.”(Pauly, 1991: 295)

한편, 정책수단 또는 정책도구의 개념은 학자마다 한결같지 않고 다양하게 정의되어 사용되고 있다(문명재, 2008: 3-4; 전영한b, 2007: 5 등). 그러나 대체로 ‘정책 목표를 달성하기 위해 정부가 선택하는 수단’(문명재, 2008, 같은 곳) 또는 정책 목표 달성을 위해 사용할 수 있는 수단들의 포트폴리오(a portfolio of possible means to achieve a given policy objective)를 의미하는 것으로 이해해도 무방할 것이다. 사실 정책수단의 개념 그 자체를 어떻게 정의하느냐 하는 것은 보는 시각과 범위에 따라 달라질 수 있는 상대적인 문제이고 다만 정책수단의 분류 또는 유형화를 위한 전제로서 의미를 가질 뿐이다. 정작 중요한 것은 정책수단을 어떤 기준에 의해 어떻게 분류하여 파악해 나갈 것인가 하는데 있기 때문이다.

## 2) 공식적/비공식적 행위형식

행정행위나 행정계약 등 이미 정형적 규율을 받고 있는 행정활동의 형식들을 공식적 또는 정형적 행정작용(formale Verwaltungshandeln)이라고 부른다. 반면, 이와는 달리 그 법적 성질이나 요건, 효과 등이 명확히 규명되지 않은 상태에서 실제 행정목적달성을 위해 빈번히 활용되고 있는 비정형적인 행정활동들을 「비공식적 행정활동」이라고 한다.<sup>15)</sup> 가령 조정, 경고 및 권고, 협상, 협동, 타협, 화

14) Pauly, 1991: 295; Bast, 2003a: 479-480. 반면, 이와 같은 행정법상 통용되는 개념과 달리 행위형식을 넓은 의미에서 절대적 범주의 법형식 또는 (법적) 도구와, 그러한 범주에 상응하는 구체적인 법적 행위(Rechtsakt)를 포함하는 개념, 즉 공통적인 법적 속성으로 특징지어지는 일련의 통일적인 법적 행위들의 범주라는 의미로 사용하는 경우도 있다. 유럽법 수준에서 사용되는 행위형식의 개념(‘instrument’ or ‘type of act’, in German Handlungsform as a synthetic concept to name a class of legal acts that are characterized by a coherent set of legal attributes)이 그 대표적인 예라 할 수 있다(Bast, 2003a: 480; 2003b, 3). 한편 행위형식과 관련하여 행정입법을 필두로 행정행위, 행정계약 등을 논의하는 것이 그동안 국내와 독일 문헌의 일반적 방식이었다. 그러나 Schmidt-Aßmann(DVBl 1989, 535f.)은 이와 같이 규범적 행위형식들을 통합적으로 고찰해 온 것을 독일행정법의 행위형식체계의 가장 현저한 결함의 하나로 꼽고 있다. 오늘날에 와서 결정적인 구별선(Trennungslinie)은 이러한 “법률형태들”과 행정절차법 제9조에 의한 행위형식들 간에서가 아니라 의회제정법률과 행정활동의 형식 전체 사이에 그어지고 있다고 한다.

15) 이에 관한 국내문헌 가운데 중요한 것만을 든다면 다음과 같다. 김남진, “비공식 행정작용”, 『고시계』 통권 390호, 1989. 8, 89이하; 서원우, “비정형적 행정작용에 대한 법적통제”, 『고시연구』 제16권 제9호, 1989. 9, 23이하; 박수혁, “행정법에 있어서의 협력의 원칙”, 『고시계』 통권 426호, 1992. 8, 151이하; 김세규, “비공식행정작용의 문



해 등과 같은 행위유형들이 이에 해당된다. 현대국가에 있어 행정기능의 양적·질적 확대로 인하여 전통적인 행정의 행위형식, 즉 ‘명령·강제’만으로는 그 목적을 달성할 수 없게 되었고 그 결과 다양한 형태의 비공식적 행정작용이 행정수단으로 각광을 받기 시작했다. 이러한 행위형식의 변화는 현대국가가 수행하여야 할 과제가 확대되었고, 행정주체와 국민(개인) 간의 관계가 과거의 명령·복종 관계에서 타협·협동의 관계로 변화되었다는 데서 기인한다(한귀현, 2002: 212-214).

이들 비공식적 행정활동은 행정의 능률과 탄력성을 기할 수 있다는 긍정적 측면을 지닐 뿐만 아니라 법치행정의 원리의 요구와의 갈등과 긴장을 초래한다는 부정적인 측면을 아울러 가지고 있다는 점에서 행위형식론의 관점에서 적절한 분석과 법적 평가를 필요로 한다. 이것은 아직은 행정법학의 미해결의 문제로 남아 있고 또한 문제의 성질상 앞으로도 계속 연구와 관심의 대상이 되어야 할 문제영역이다.

### 3) 정책수단과 행위형식의 유형

정책수단의 유형화(Taxonomy)는 정책도구의 특징과 범위를 이해하는데 도움을 준다(문명재, 2008: 10). 정책수단 역시 여러 학자들에 의하여 다양하게 분류되고 있으나,<sup>16)</sup> 여기서는 행위형식론과의 비교를 위하여 그 유형과 특징을 중심으로 다음과 같은 분류를 참조하기로 한다.

---

제점 - 독일의 경우를 중심으로 -”, 『공법연구』 제22집 제3호, 1994. 6, 325이하; 김창규, “행정지도와 비정형적 행정작용”, 『법제연구』 통권 제9호, 1995, 190이하; 김연태, “환경행정에 있어서 비공식적 행정작용으로서의 협상”, 『공법연구』 제23집 제3호, 1995. 6, 233이하 참조.

16) 이에 관해서는 문명재, 2008: 10이하를 참조.

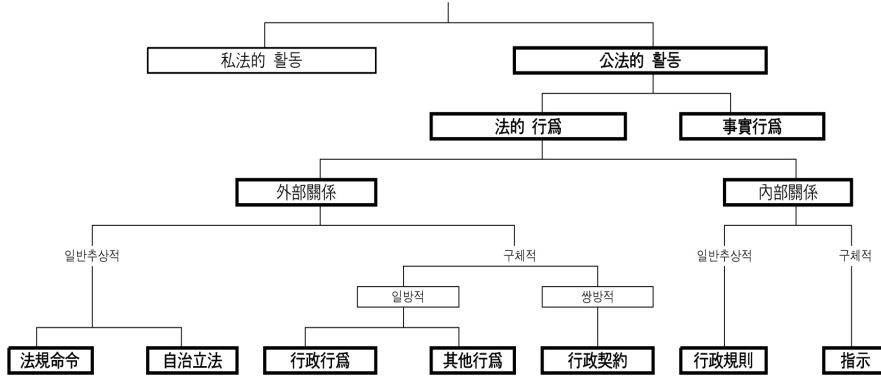
<표 1> 정책수단의 유형 및 특징

정책수단	정의	정책산출물	전달기제	전달기관
정부소비 (Direct Government)	정부 활동을 위한 소비행위	재화, 서비스	직접제공	정부
사회적 규제 (Social Regulation)	안전, 건강, 복지 및 환경보전 등을 위한 행위를 제한하는 법규 또는 이를 제정, 집행, 강제, 처벌하는 일련의 과정	행태제약	규제	규제위원회, 정부기관
경제적 규제 (Economic Regulation)	가격, 산출 또는 기업의 진입과 퇴출을 통제하기 위한 특정화된 행정적 과정	가격 및 행태	진입 또는 가격규제	규제위원회
계약 (Contracting)	정부 외부로부터의 재화 및 특정 생산품에 대한 구매와 관련된 행위	재화	계약, 현금지급	기업/비영리기관
보조금 (Grant)	공공사업 촉진을 위해 정부가 기업, 가계 또는 다른 정부에 공여하는 직·간접 지원금	재화, 서비스	보조금 제공, 현금지급	지방정부/비영리기관
직접대출 (Direct Loan)	정부가 특정 개인 또는 기관에게 자금을 빌려주고, 그 채권을 관리하는 일련의 행위/과정	현금	대출	정부
대출보증 (Loan Guarantee)	정부가 민간은행이 특정 개인이나 기업에게 자금을 대출하도록 보증을 서는 행위	현금	대출	민간은행
공적 보험 (Government Insurance)	특정 개인이나 기업이 당할 수 있는 물질적, 경제적, 신체적 위험에 대비하기 위해 정부가 제공하는 보상체계	보호	보험정책	공공기관
조세지출 (Tax Expenditure)	정책목표 달성을 위해 개인이나 기업에게 세금 납부를 연기 또는 감면해 주는 행위	현금, 유인기제	조세	조세기관
사용료 및 과징금 (Fees and Charges)	특정 공공서비스의 이용비용을 민간에게 부담하게 하는 행위	재정적 제재	조세	조세기관
불법행위책임법 (Tort liability law)	타인의 부주의나 잘못된 행동으로 인해 입은 피해에 대해 사법제도를 통해 보상을 받거나 금지적 처분을 요청하는 것	사회적 보호	손해배상법	사법제도
공기업 (Government Corporation)	정부의 소유 또는 통제하에서 운영되는 준독립적 기업	재화, 서비스	직접제공, 대출	준정부기관
현물보조증서 (Voucher)	특정 개인이 한정된 종류의 물건이나 서비스를 구매할 수 있도록 하는 보조	재화, 서비스	소비 보조	공공기관/소비자

자료: 김준기 (2007). 한국행정학회 추계학술대회 발표 논문, 4-5: Salamon, L.(ed.), 2002: 21, Table 1-5를 재정리한 것.

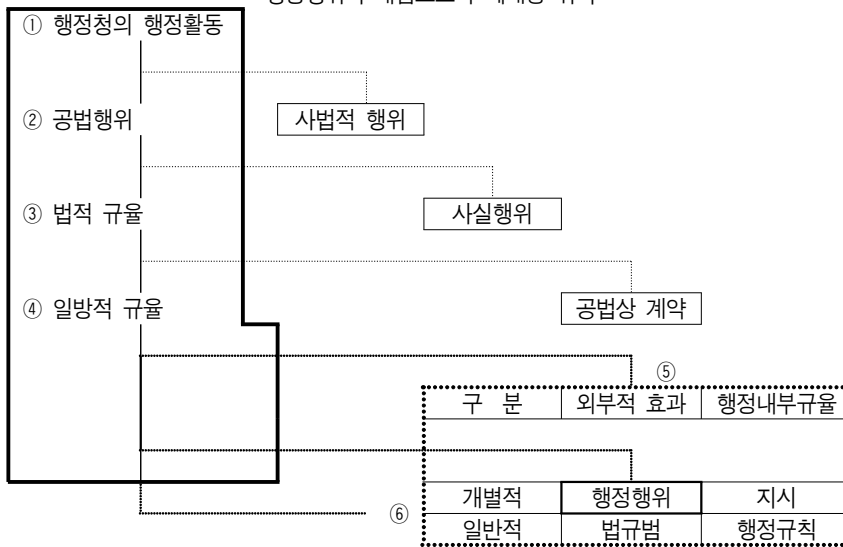
행위형식 역시 보는 각도에 따라 상이하게 분류될 수 있다. 행정활동의 종류와 형태가 행정의 그것과 마찬가지로 매우 다양하기 때문이다. 또한 새로운 행위유형이 계속 대두되고 있을 뿐만 아니라 기존의 행위유형 역시 복잡다양화하는 경향을 보이고 있으므로 이를 통일적인 체계에 의해 분류, 포착하기란 대단히 어렵다. 그러나 행정법학에서는 대체로 행정의 활동형식을 다음과 같은 기준에 의해 체계적으로 유형화하고 있다. 즉, 행정활동은 다음 표에서와 같이 그것이 귀속되는 범영역을 기준으로 공법행위와 사법행위로 나누고, 전자를 법적 효과의 발생여부 및 양태에 따라 법적 행위와 사실행위로 나누며, 법적 행위를 다시 행정외부적 관계(대국민관계)에 대한 것이냐 행정내부관계에 관한 것이냐에 따라 나뉘어 여기에 각각의 활동형식을 유형화하여 귀속시킬 수 있다.

행정의 행위형식의 분류



이와 같이 다양한 행위형식 중에서 가장 전형적인 것은 법적 행위이며 그 중 특히 외부관계에서 구체적 법적 효과를 발생하는 법적 행위들이 중심이 된다. 이러한 외부적·구체적 법적 행위들은 다시 그 형태구조(formation de l'acte)에 따라 일방적 행위(acte unilatéral)와 쌍방적 또는 다면적 행위(acte bi ou plurilatéral)로 나뉘며, 전자에는 단독행위인 행정행위, 기타 단독적 의사표시행위, 합성행위(예: 합의제기관의 의결)가, 후자에는 두개 또는 복수의 의사의 합치에 의하여 성립하는 행정계약과 공법상 합동행위가 각각 해당한다. 다른 각도에서 행정행위와 관련하여 다른 행위형식들의 관계를 도해하면 다음과 같이 된다.

행정행위의 개념요소와 체계상 위치



※ ① - ⑥: 행정행위의 개념표지

이러한 행위형식의 체계적 분류는 모든 행위형식을 망라한 완결된 체계를 지향하는 일종의 메타시스템으로 소위 일반행정법, 그 중에서도 행정작용법의 총론에서 만들어 낸 결과물이라 할 수 있다. 이 체계를 구성하는 여러 요소, 즉 행위형식의 유형들은 일종의 이념형이며, 이들 이념형의 체계로서 행위형식론은 행정목적 달성을 위하여 사용가능한 도구들의 표준화된 목록(standardized repertoire of legal/non-legal tools)에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 행위형식의 체계가 이러한 기본적·일반적 목록에 포함된 이념형들로만 끝나는 것은 아니다. 오히려 정책수단의 유형으로 분류되었던 다양한 형태의 수단들이 다시 분야별 행정법을 통하여 특화·구체화되어 나타날 뿐만 아니라, 달성하고자 하는 목적과 법적 규율상황에 따라 이념형으로서의 각종 행위형식들이 서로 결합되거나 변형되고 또는 새로운 중합을 탄생시키는 등 다양한 정책혼합과정(policy mix process)을 통해 변용될 수 있기 때문이다(Pauly, 1991: 295). 그 경우 어떤 정책수단들이 일반적 행위형식론의 체계에 등장하지 않는다거나 어느 한 행위형식에 완벽하게 들어맞지 않는다고 해서 이상하게 생각할 필요는 없다. 오히려 행정법 분야의 특성에 따라서는, 비공식 행정작용의 예들이 그러했듯이, 일반행정법 수준의 행위형식론에서는 전혀 예상하지 못했던 새로운 유형의 정책수단이 등장하여 특수한 행위형식 유형으로 자리 잡을 수 있고, 또 그런 현상이 현실적으로 계속 발생할 뿐만 아니라 불가피하다고도 볼 수 있다.

#### 4) 비교분석: 정책수단론에 대한 행위형식론의 함의

행위형식론은 정책수단론과는 논의의 수준과 단위가 같지 않다는 사실은 이미 앞에서 살펴 본 바와 같다. 가령, 위의 분류법에 의할 경우, 사회적 규제(Social Regulation), 경제적 규제(Economic Regulation) 같은 정책수단들은 행위형식의 수준을 훨씬 넘어 서는 문제영역이며, 그 규제수단으로 명령강제나 경제적 부과금 같은 행위형식들이 활용될 수 있는 관계라고 할 수 있다. 그런 관계에서는 정책수단에 대한 법적 접근에 관한 한, 행위형식론은 특별한 지침을 제공해 주지 못한다. 다만, 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권제한의 조건을 준수했는지를 문제 삼거나 규제는 법률에 근거하여야 하며, 그 내용은 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 규정되어야 하고, 행정기관은 법률에 근거하지 아니한 규제에 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 없도록 한 행정규제기본법 제4조의 규정에 의한 규제법정주의의 요구에 어긋나지 않았는지를 따질 수 있을 것이다.

반면, 정책수단의 유형으로 다루어지는 요소들 가운데 계약(Contracting), 보조금(Grant), 직접대출(Direct Loan), 대출보증(Loan Guarantee), 조세지출(Tax Expenditure), 사용료 및 과징금(Fees and Charges), 또는 정보제공(public information)이나 행정지

도(administrative guidance) 같은 것은 사실상 행정법상 행위형식의 유형과 동일하거나 중첩적으로 다룰 수 있는 경우라고 할 수 있다. 그 경우 행위형식론의 인식관심은 곧 바로 정책수단의 사용조건으로 이어질 수 있다. 다시 말해 행위형식론은 구체적으로 각각의 정책수단들을 사용함에 있어 어떠한 법적 요건과 효과, 쟁송수단 등을 결부시킬 것인가에 관해 행위형식론이 구축한 법리적 조건들을 제기해 준다. 만일 특정 정책수단을 행위형식론에 따른 법리적 조건을 충분히 고려하지 않고 투입할 경우 당초 기대했던 정책목적을 제대로 달성할 수 없게 되거나, 달성되더라도 위법성 시비에 휘말려 소기의 성과를 얻을 수 없게 될 수 있다. 그런 의미에서 행위형식론은 정책수단의 합법성은 물론 정책효과의 관리를 위한 필수적인 스크린 장치로 작용한다. 다른 한편, 정책수단 가운데에는 행위형식론이 익숙하지 않은 이형적 행위형식(atypische Handlungsform)을 띠는 경우가 얼마든지 있을 수 있다. 행위형식론에서 말하는 비공식적 행정작용의 경우가 바로 그런 예들이다. 그 경우에도 행위형식론은 어떤 정책수단이 그 행위형식면에서 기존의 표준적 행위유형에 해당하지 않을 경우 일종의 유추에 의해 가장 근사한 정형적 행위형식에 대한 법적 규율을 발견하여 그것에 적용할 수 있도록 해주며 그 한도 내에서 새로운 또는 복합적인 정책수단이 가지는 법적 불확실성을 줄이는데 기여할 수 있을 것이다.

이와 같이 행위형식과 정책수단의 개념은 그 논의의 목적이나 맥락에 따라 달리 사용되고 있기 때문에 동일한 수준에서 상호 비교하기는 어렵다. 다만, 일반적으로 정책수단이 동일하고 단일한 유형의 행위형식으로 구체화될 수 있는 경우에는 공통된 정책수단/행위형식으로 교집합을 이룰 수 있을 것이고, 반면 정책수단이나 행위형식이 동일하고 단일한 유형으로 나타나지 않고 일종의 집합개념(Sammelbegriff)으로 등장할 경우에는 기능적 특성이나 법형식적 특성 등과 같은 단편적인 단면을 통해서만 비교할 수 있을 것이다.

행위형식론은 그 논의의 수준과 단위의 일치여부를 불문하고 정책수단의 법적 단면을 체계적으로 분석해 줌으로써 정책수단들이 가지는 법적 조건과 효과를 명확히 하고 그것을 정책수단의 개발이나 투입에 관한 의사결정에 반영시키는 역할을 수행한다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 행위형식론의 점검을 소홀히 한다면 정책수단론이 아무리 훌륭한 정책수단을 만들어 사용한다 하더라도 소기의 성과를 기대할 수 없게 된다는 점에서 정책수단론은 행위형식론의 도움을 절실히 필요로 한다는 결론에 도달한다.

## IV. 정책수단론의 공법적 한계

### 1. 법정책 문제로서 정책수단의 선택

어떤 정책목적의 달성을 위하여 어느 정책수단을 투입할 것인가 하는 문제는 행위형식론의 관점에서 볼 때는 법정책의 문제라 할 수 있다. 물론 정책수단의 선택이 모든 경우에 필연적으로 법정책적 의사결정을 토대로 해야 하는 것은 아닐지라도, 앞서 본 바와 같이 정책수단들이 대부분 하나 또는 복수의 행위형식들을 구성요소로 하여 만들어지는 이상, 그 선택의 문제는 입법의 문제이고 곧 법정책의 문제로 귀착된다고 보아야 할 것이다.

정책수단의 선택을 법정책의 문제로 보는 경우에도 그 선택에 무제한적인 형성의 자유나 재량이 허용되는 것은 아니라는 점을 인식하는 것이 중요하다. 그 대표적인 한계요인은 헌법적 위계를 가지는 것으로 인정되고 있는 비례의 원칙으로부터 유출된다. 다음에 보는 헌법재판소의 결정은 그 점을 더 할 나위 없이 분명히 보여준다.

“국가작용, 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 실사 적절하다 할 지라도 가능한 한 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교교량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이고, 우리 헌법은 제37조 제2항에서 입법권의 한계로서 과잉입법금지의 원칙을 명문으로 인정하고 있다.”<sup>17)</sup>

### 2. 법해석의 문제로서 정책수단의 선택

법해석 또는 법집행의 수준에서도 정책수단의 선택은 일정한 법적 제약 아래 놓이게 된다. 실정법은 종종 ‘재량’이라는 이름으로 행정청에게 어떤 조치를 취

17) 헌법재판소 1992.12.24, 92헌가8 결정: 강조 인용자.

할 것인지 여부나 구체적으로 어떤 조치를 택할 것인지에 관한 선택의 자유를 부여하기도 하고, 때로는 아예 침묵을 지킴으로써 행정이 그 목적 달성을 위해 다양한 수단들을 강구할 수 있도록 방관하기도 한다. 그럼에도 불구하고 재량에도 평등의 원칙이나 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙에서 오는 한계가 있으며, 법률의 공백의 경우에도 법치국가적 제재는 여전히 작동하기 때문에 정책수단의 선택은 그 정책효과의 달성여부를 둘러싼 성패의 부담을 지게 되는 것과는 별도로, 그리 자유롭지도 못하다.

공공부문에서 최근 들어 부쩍 더 빈번하게 사용되고 있는 계약형식<sup>18)</sup>은 합의와 민주주의라는 요소를 강화시킴으로써 행정의 효율성을 높이는 등의 장점이 있지만, 공공영역에 있어 법치국가적 통제의 약화라는 단점을 가질 수도 있다(김대인, 2006). 실례로 행정계약은 행정의 패러다임의 변화와 관련된 것으로 과거 행정의 객체에 불과한 것으로 보았던 시민을 행정의 참여자, 협력자로 재정립하는 ‘협력국가’의 행정 패러다임에 가장 잘 부합하는 법형식이지만, 행정처분을 대체할 수 없는 한계가 따를 뿐만 아니라 계약형식의 남용으로 자칫 기본권보장이라는 법치국가적 가치를 소홀히 하는 결과를 빚을 수 있다는 점에서 각별한 주의가 요구된다.

요컨대 정책수단론은 법정책과 법해석의 모든 측면에서 정책수단의 선택과 그 내용형성, 그리고 집행이 자유롭지 못하다는 점에서 공법적 한계를 가진다고 할 수 있다. 특히 정책수단이 그 선택이나 시행과정에서 법적 흠이나 분쟁 때문에 좌절되거나 소기의 성과를 거둘 수 없게 되는 경우, 또 성과를 거두더라도 다양한 법적 제약 때문에 그 의미가 반감되거나 실기하게 되는 경우가 위헌법률심사 등 헌법재판의 활성화와 행정소송에 있어 사법적극주의적 판례의 발전으로 더욱 더 빈번해지고 있는데,<sup>19)</sup> 이는 정책수단론이 행위형식론의 구원 없이는 본래의 목적을 달성할 수 없다는 점을 시사해 주는 것이다. 그런 의미에서 정책수단론은 각종 정책수단의 유형들을 다룸에 있어 행위형식론적 고려를 반드시 본문의 페이지에 포함시켜야 비로소 완전한 모습을 갖추 수 있게 될 것이다.

18) 정부조달계약의 경우 전통적으로 많이 사용되어온 계약유형이고, 공무원고용계약의 경우 전통적으로 사용하여 왔으나 최근 들어 더욱 활발하게 사용되고 있다. 민간위탁계약, 민관협력계약 등은 최근 들어 등장하기 시작한 계약유형들이다.

19) 실제로 그러한 예들은 부동산공개념 입법의 위헌결정례라든가 각종 규제수단들의 위헌·위법사례들, 행정지도에 대한 법적 제재 등 무수히 많다.

## V. 맺는 말

행정법학에 있어 행위형식론은 행정학·정책학 분야에서의 정책수단에 대한 논의에서는 거의 고려되지 않았다고 해도 과언이 아니다. 최근 정책수단론이 다시 활성화되는 과정에서도 행위형식론에 대한 관심은 찾아 볼 수 없었다. 정책수단의 법적 측면에 대한 논의가 생략되었거나 소홀히 취급되었기 때문일지도 모르지만, 상대적으로 행정법학 진영에서 행위형식론이 고요한 분위기에 빠져 있었고 행정법학자들이 비교적 시대적 격변에 둔감하거나 무관심해서 행정학·정책학 분야에서 재연되기 시작한 정책수단들의 다양성을 제대로 적기에 택할 하지 못했기 때문일 것이다.

물론 정책수단론과 행위형식론이 필연적으로 동일한 궤도를 밟으며 공동보조를 취해야 하는 것은 아니다. 가령 정책수단론이 정부의 규모(size), 기능(scope of function), 정부간 연구(scale) 그리고 정부역량 (strength)을 연계하여 살필 수 있는 토대를 제공한다면, 이를 행위형식론이 공유하거나 참조할 필요는 없을지도 모른다. 그러나 정책수단론이 공공관리론과 정책학, 이론과 실무, 정성적 방법과 계량적 방법, 과거와 현재 그리고 미래를 잇는 연계와 접점의 문제라는 점(문명재, 2008: 22)을 생각한다면, 정책수단론과 정책수단에 대한 법적 접근으로서 행위형식론과의 연계와 접점을 모색하는 일도 다른 경우 못지않게 중요한 의미를 가진다. 오히려 정책수단론이 이론이나 실무에서 더욱 더 현실성과 설득력을 가지려면 행위형식론과의 연계와 접합이 무엇보다도 필수적이다.

## 참고문헌

- 김대인, “行政契約法體系의 基礎 - 用語, 概念, 類型을 중심으로 —”, 『공법연구』(한국공법학회) 제34집 제4호 제2권 2006년 6월, 235-263
- 김삼룡. (2008). “조종미디어로서의 법률의 조종능력과 그 한계 - 독일에서의 조종문 제논의를 고려하여”. 『공법연구』(한국공법학회) 제36집 제3호(2008. 2), 365-394;
- 김삼룡. (2003). “독일에서의 ‘비공식적 행정작용’”. 『공법연구』(한국공법학회) 제31집 제3호(2003.3), 499-528;
- 문명재. (2008). “정책도구 연구의 이론적 좌표와 쟁점: 새 술 아니면 새 부대?”. 제373회 『정책&지식』포럼 발제문(2008. 3. 17);
- 오준근. (2003). ““행정조사”의 공법이론적 재검토”, 『공법연구』(한국공법학회) 제31집 제3호(2003.3), 529-548;



- 전영환. (2007a). “정책도구연구의 의의와 과제”, 『정부학연구』T3(2):39-50
- \_\_\_\_\_. (2007b). “정책도구의 다양성: 도구유형분류의 쟁점과 평가”, 『정부학연구』T4(4):14(4);
- 정준현. (1991). “행정작용의 범형식에 관한 연구”. 고려대학교 대학원 법학박사학위논문;
- 한귀현. (2002). “협동적 행정작용으로서의 행정과 사인간의 협상의 법리”, 『법제연구』T제29호, 211-243;
- 홍준형. (1999). “신공공관리이론의 공법적 문제-공무원인사제도개혁을 중심으로”, 『행정법연구』(행정법이론실무학회) 제4호;
- \_\_\_\_\_. (2001). 『행정법총론』. 한울아카데미;
- \_\_\_\_\_. (2004). “유럽통합과 독일행정법의 변화”, (2004) 『행정법연구』(행정법이론실무학회) 제12호, 2004 하반기, 215-240;
- 大橋洋一. (1992). 現代行政の行爲形式論. 行政法研究雙書 7. 弘文堂;
- Bachof, Otto. (1972). Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL 30(1972), S.193-244
- Bast, Jürgen. (2003a). Handlungsformen. in: von Bogdandy, Armin (Hrsg). (2003). Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 479-497;
- \_\_\_\_\_. (2003b). On the Grammar of EU Law: Legal Instruments(Jean Monnet Working Paper 9/03). Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law;
- Becker-Schwarze, Kathrin (hrsg). (1991). Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht : 31. Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung "öffentliches Recht", Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung "Öffentliches Recht" (31st), Boorberg, Stuttgart;
- von Bogdandy, Armin (Hrsg). (2003). Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge: Springer;
- Bohne, Eberhard. (1980a). Der informale Rechtsstaat, Berlin: De Gruyter;
- Eberhard, Harald. (2005). Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Ein Beitrag zur Handlungsformenlehre (Forschungen aus Staat und Recht) Springer-Verlag/Wien;
- Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle(Hrsg). (2006). Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.I-Methoden·Maßstäbe·Aufgaben Organization. Verlag C.H.Beck;

- \_\_\_\_\_. (2008). Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.II-Informationsordnung  
Verwaltungsverfahren Handlungsformen Verlag C.H.Beck;
- Howlett, Michael. (2004). Beyond Good and Evil in Policy Implementation:  
Instrument Mixes, Implementation Styles, and Second Generation Theories  
of Policy Instrument Choice. Policy and Society 23 (2):  
1-17(<http://www.econ.usyd.edu.au/download.php?id=4141>);
- Howlett M. and M. Ramesh. (2003). Studing Public Policy, New York: Oxford  
University;
- Jochum, Heike. 2004. Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht: Die  
normative Konnexität von Verwaltungsverfahren- und  
Verwaltungsprozessrecht und die Steuerungsleistung des materiellen  
Verwaltungsrechts, Mohr Siebeck;
- Kadelbach, Stefan. (1999). Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem  
Einfluß, Mohr Siebeck;
- Krause, Peter, Rechtsformen des Verwaltungshandelns: Überlegungen zu einem  
System der Handlungsformen der Verwaltung, mit Ausnahme der  
Rechtsetzung, Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 229, Duncker und  
Humblot, 1974. Berlin;
- Ladeur, Karl-Heinz. (1999). 行政行為の將來: 行為形式論は「インフォーマルな行政活動」  
の興隆から學習できるか? (Die Zukunft des Verwaltungsakts-Kann die  
Handlungsformenlehre aus dem Aufstieg des informalen Verwaltungshandelns  
lernen? -), ドイツ行政法理論研究會(Seminar für Verwaltungsrecht der Kyushu  
Universitat), 『法政研究』66(3), 287-313, 九州大學法政學會 1999/12/20([https://  
qir.kyushu-u.ac.jp/dspace/bitstream/2324/2170/4/KJ00000745038-00001.pdf](https://qir.kyushu-u.ac.jp/dspace/bitstream/2324/2170/4/KJ00000745038-00001.pdf));
- Lieb, Thorsten. (2004). Privileg und Verwaltungsakt : Handlungsformen der  
öffentlichen Gewalt im 18. und 19. Jahrhundert, Rechtshistorische Reihe  
Bd. 280, Peter Lang, Frankfurt am Main;
- Mayer, Otto. (1924). Deutsches Verwaltungsrecht, 3.Aufl. (unveränderter Nachdruck  
1969);
- Pauly, Walter(1991), Grundlagen einer Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht,  
in: Becker-Schwarze/Wolfgang Kock/Thomas Kupka/Matthias von  
Schwanenflügel (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen  
Recht, Stuttgart, 25-45;
- Rivero, J. (1990). Droit Administratif, 13e éd., Dalloz;
- Salamon, Laster M. (2002). The Tool of Government: A Guide to the New

- Governance, Oxford University Press;
- Schmidt-Aßmann, Eberhard. (1989). Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl 1989, 533ff.(535);
- Schröder, Rainer. (2007). Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel. Mohr Siebeck(Habilitationsschrift--Technische Universität Dresden, 2006);
- Schuppert, Gunnar Folke. (1993). Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, Zur Steuerung des Verwaltungshandelns als Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Erberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert(Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, Grunfragen, S. 65-114, Baden- Baden: Nomos;
- \_\_\_\_\_. (2000). Verwaltungswissenschaft, Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden: Nomos;
- Trute/Gross/Röhl/Möllers(Hrsg). (2008). Allgemeines Verwaltungsrecht-zur Tragfähigkeit eines Konzeptes. Mohr Siebeck;
- Vedung, Evert. (1998). "Policy Instrument: Typologies and Theories" In Bemelmans-Videc, M. Ray C. Rist and Evert Vedung (ed). Carrot, Strick and Sermons: Policy Instruments and Their Evaluation. New Brunswick NJ. USA;

## Abstract

### A Legal Approach to Policy Instruments

Joon Hyung Hong

The "Handlungsformenlehre", which has been developed within the field of administrative law as a theory of the legal form of administrative activities, could hardly be taken into consideration in discussing policy instruments recently revitalized in the realm of policy science in Korea. The paper tries to illustrate why and how these two different approaches should be linked together, by showing a conceptual framework, development and diversification of the legal form of administrative instruments such as the 'administrative act' (Verwaltungsakt), contract, administrative rule-making, and other informal administrative activities, including administrative guidance. Discussing legal limitations of policy instrument approaches from legal perspective, it explores possibility to solve those limitations and suggests an alternative way of integrating legal chapters into the policy instrument discussions.

【Key words: Policy Instrument, Handlungsform, Handlungsformenlehre, Rechtsform, Legal form, administrative law】