

朝鮮朝 公務員(官吏)任用制에 관한 行政法的(公務員法的) 考察

金重權*

차 례

- I. 처음에
- II. 현재의 공무원법제와 조선조의 공무원법제간에 공유하는 기본 틀이 존재하는가?
 - 1. 조선조의 공무원법제와 민주적 법치국가원리
 - 2. 조선조 관료제의 성격
 - 3. 소 결
- III. 조선조 공무원(관리)임용제에 관한 행정법적 고찰의 구체적 내용
 - 1. 조선조 관직체계에 관한 개관
 - 2. 임용상의 연령
 - 3. 임용상의 결격사유
 - 4. 임용에서의 連坐(緣坐)
 - 5. 중앙관직상의 일반적인 임용절차 - 광범한 추천절차 -
 - 6. 특별임용절차
 - 7. 신규임용자의 견습절차
 - 8. 당하관의 신규임용에 관한 인준(認准)절차 - 署經
 - 9. 임용상의 품계부여 - 科階
 - 10. 참서관이상의 승진과 강임절차
 - 11. 참서관으로의 승진절차
 - 12. 면직·전임(절차)의 완성절차이자 직무상의 책임소멸 절차로서의 해유(解由)
- IV. 맺으면서

* 中央大 法科大學 教授, 法學博士

**이 논문은 2002년 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2002-074-BS1060)

I. 처음에

2002년 한국학술진흥재단의 지원에 따른 “조선조 법제도 분석을 통한 21세기 한국적 법문화에 관한 연구”를 수행하기 위하여 2003년에 조선조의 공무원법제에 관한 연구를 수행하였다. 그 연구에선 당시의 제도를 그대로 소개하기 위하여, 지금의 편제나 주지하는 방식보다는 글감인 『典律通補』상의 그것에 쫓아서 서술하는데 그쳤다.¹⁾ 이제는 조선조의 법제상의 내용들 가운데 무엇이 현재의 행정법학에 어떤 영역에서 접목가능한지 여부를 검토하는 데 초점이 모아져야 한다. 즉, 그것에 관류하는 중심사상을 지금에도 가능한 통용되게 만드는 데 있다. 이런 시도의 바탕은, 현행의 공무원법제와 조선조의 관련 법제를 세심하게 비교한 다음에 양자간에 공유하는 틀을 발견하는 것이다. 그런데 비교를 통해 공통분모를 발견하지 못한다면 그 비교는 단순 병렬적 차원에 그쳐서, 양자간의 접점없는 차이만을 노정할 뿐이다. 대상 제도들 간에 성찰적 照應이 이루어질 수 있는 기본토대를 공유하고 있는지 여부가 관건이다. 중심사상을 기저로 한 기본토대의 존재가 일종의 ‘잃어버린 연결고리’인 셈이다. 따라서 2차년도 연구수행에서의 첫 단추는 이 ‘잃어버린 연결고리’를 찾는 것이다. 그런데 유의해야 할 점은 이 같은 모색에서 통시적 관점이 요구되는데, 여기에는 현재로부터의 관점뿐만 아니라, 그 당시로부터의 관점 역시 고려해야 한다는 점이다. 물론 후자와 관련해선, 그 당시의 제도를 어떻게 해석하는지가 문제된다.

II. 현재의 공무원법제와 조선조의 공무원법제간에 공유하는 기본 틀이 존재하는가?

현재의 공무원제도는 민주적·직업적 공무원제를 근간으로 하고 있다. 그리하여 우리나라 공무원제도의 기본원칙과 관련해서, 민주적 공무원제의 측면에선 국민에 대한 봉사, 국민에 대한 책임, 공무담임의 기회균등이, 직업공무원제의 측면에선 신분보장, 정치적 중립성, 성적주의가 제시된다.²⁾ 분명 이런 내용

1) 이에 관해선 졸고, “조선조의 행정법제 특히 공무원법제에 관한 소고”, 『토지공법연구』 제19집, 한국토지공법학회, 2003. 9, 556면 이하 참조.

2) 김남진·김연태, 『행정법Ⅱ』, 법문사, 2004, 196면 이하. 김종양 박사 등은 국가공무원법의 일반원칙으로, 민주적 공무원제도, 직업공무원제도, 실적주의제도를 들면서, 특히 처음과 관련해선 국민전체에 대한 봉사자, 국민에 대한 책임, 공무원 임용의 민주성 및 공무

의 상당부분은 후술하는 조선조의 공무원(관리)법제³⁾에서 충분히 확인될 수 있긴 하나, 현재의 공무원법제와 조선조의 공무원법제 양자간의 기본 틀의 공유 여부를 검토하지 않고서는 양자간의 교차점의 의미는 국소적, 단편적, 비체계적 차원에 머물 수밖에 없다. 따라서 양자간의 기본 틀의 공유 여부를 판단하는 첫 단추로서 민주적 법치국가원리의 존재 가능성과 조선조 관료제의 성격에 관한 물음을 검토하고자 한다. 그런데 여기서 유의해야 할 점은, 어느 일방의 것을 다른 일방에 加減없이 그 자체를 代入시키는 것은 지양되어야 한다는 것이다. 무릇 시공(時空)이 다르게 존재하는 것들을 일정 시점과 공간에서의 관점으로 봄은, 이미 그 자체에 상호 조응하지 못함을 원천적으로 배태한 것이다. 세심한 고려를 하지 않은 채, 보편성을 일반화하려는 시도는 지양되어야 한다.

1. 조선조의 공무원법제와 민주적 법치국가원리

행정법을 비롯한 모든 공법질서의 기본 파라다임은 민주적 법치국가원리이다. 법치국가원리의 목적은, 권력남용을 막고 개개인의 자유가 보장되도록 공권력을 법적으로 구속하는 것이다. 그리고 민주주의원리는 생활영역의 모든 질서가 국민에 의해 선출된 입법기관의 의사결정에 기인할 수 있게 한다. 핵심적인 여러 원칙(권력분립원리에서 기인한 행정의 법률구속의 원칙, 법률유보의 원칙, 사법심사의 원칙, 행위형식론의 원칙)을 담고 있는 고전적 행정법(보통 다섯 가지 징표가 기본요소이다: 권력분립, 법원의 독립성, 행정의 법률적합성, 행정조치에 대한 사법구제, 국가책임법의 여러 원칙)은 법치국가원리의 구체화로서 생겨났다. 법치국가원리는 다른 한편으로는 그것이 합리성과 심사에 관한 근거로서 질서를 보장한다는 식으로 객관적 측면을 지닌다.⁴⁾ 그러나 행정법의 이념이 계몽

담임의 기회균등 보장 및 공무원에 관한 기본적 사항의 법률주의를 제시한다. 김종양·김명식, 『공무원법』, 박영사, 2000, 23면 이하.

3) 공무원은 행정조직의 구성원(공무의 담임자)이라는 지위 외에 국민 또는 사회의 구성원으로서의 지위, 근로자의 한 사람으로서의 지위까지 누리고 있다. 헌법 제7조 제1항은 「공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다」고 규정하고 있다. 여기서의 공무원은 국가 또는 공공단체의 공무를 담당하는 일체의 자(이른바 광의의 공무원)를 의미하지만, 통상 각종 공무원법에서 규율하는 공무원은 국가 또는 지방자치단체와 공법상의 근무관계에 있는 모든 자(이른바 협의의 공무원)를 의미한다. 조선조의 관리를 오늘날의 공무원개념에 바로 換置하는 것은 자칫 존재의 지평이 다름을 간과할 수 있다. 따라서 여기선 양자간의 정당한 차이점을 전제하면서 사용한다는 점을 밝혀 두는데, 나아가 전자에서 후자에 近似한 측면을 애써 발견하고 강조하기 위한 뜻도 있다.

4) Bleckmann은 법치국가원리가 공법을 구성하는 객관적 측면을 지님을 강조한다. Ders.,

주의시대에 만들어졌듯이,⁵⁾ 법규정에 의거한 행위는 이미 그 이념에서 목적 그 자체로서 여겨지지 않는다. 법규정에 의거한 행위는 대신에 국가권력의 제한이어서 간접적으로 자유보장적으로 영향을 미치는 행정법의 기능에서 추구된다.⁶⁾

법치국가원리는 순전히 헌법상의 원리로서는, Kunig가 동원리를 분석하면서 입증하려한 것처럼,⁷⁾ 사실상 공허할지 모른다. 그러나 법치국가원리는 행정법상의 근원에서 보아선 여전히 살아있다.⁸⁾ 법률유보원칙, 적법성원칙, 신뢰·존속보호원칙, 사법구제와 같은 공리상으로는 물론, 명료한 행위형식과 관련해서도, 법치국가원리의 여러 요소를 합성한 것이 체계로서의 행정법이다. 그런데 법치국가원리의 내용은 재산권보장을 참조할 수 있듯이, 헌법과 행정법의 상관관계에서만 정해질 수 있다.

고려조에 권신들이 사당을 결성하여 국가의 법령·의식을 무시하고 방자하게弄權함으로써 백정이 문란하여 종내 왕조가 붕괴되는 과정을 목도한 李太祖가 건국에 當하여 즉위의 敎에 法治의 선언을 하였고, 그에 따라 법전의 편찬이 본격화되어 그 양과 질에서 전조인 고려조에 비견할 수 없을 정도였다. 즉, 비록 서구적 의미의 법치국가사상과는 출발점이 다르지만, 조선조에는 수많은 법전이 편찬되었다.⁹⁾ 일단 형식적 차원에서 보자면, 조선조 역시 ‘법치국가 원리(법치주의)’를 손색없이 구현하였다 할 수 있다. 이 점에서 조선조를 지배한 예주법종(禮主法從)과 덕치주의(德治主義)를 법치주의의 폄하(貶下)로 연결시키는 것은

“Vom subjektiven zum objektiven Rechtsstaatsprinzip”, *JöR* Bd. 36(1987), S.Iff.

5) 법치국가원리의 역사에 대해서 vgl. Schmidt-Aßmann, “Der Rechtsstaat”, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, 1987 §24 Rn.10ff.; Forstthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, 2.Aufl. 1976.

6) Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, §2 A.

7) Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, S.455: “법치국가원리의 내용과 규범적 본질은 점점 우리에게 녹아내렸다, 해서 이러한 점은 대부분의 헌법해석자의 사고에 존재한다”.

8) Vgl. Schmidt-Aßmann, “Der Rechtsstaat”, in: *HStR*, Bd. I, 1987, §24 Rn.2.

9) 즉, 정도전이 周禮를 모방하여 찬진(撰進)한 『朝鮮經國典』(1394, 태조3년)¹⁾을 시발로, 『經濟六典』(1397, 태조6년), 『續六典』(1407, 태종7년), 조선왕조 500년을 지배해 온 기본법전인 『經國大典』(1469, 예종 원년), 『大典續錄』(1492, 성종 23년), 『大典後續錄』(1543, 중종 38년), 『受教輯錄』(1698, 숙종 24년), 『典錄通告』(1706, 숙종 32년), 『新補受教輯錄』(1743, 영조 19년), 『續大典』(1744, 영조 20년), 『大典通編』(1785, 정조 9년), 『典律通補』(1787, 정조 11년), 『大典會通』(1865, 고종 2년), 조선시대의 마지막 전통법전인 『六典條例』(1867, 고종 4년) 등이 撰修되어 내려왔다. 특히 이러한 여러 법전 가운데 『典律通補』(1787, 정조 11년)는 각 서의 관계주문을 한 곳으로 종합하고, 法義의 전후모순과 중복을 시정하고, 적용한계와 출처 및 법원을 알기 쉽도록 하였다. 조선조의 법의 정비에 관해선 특히 박병호, 『근세의 법과 법사상』, 1996, 75면 이하; 정공식, “조선시대의 권력분립과 법치주의”, 『법학』 제43권 제4호, 서울대 법학연구소, 2001. 12, 42면 이하 참조.

시정되어야 한다.¹⁰⁾ 오히려 전자는 법치주의의 방향주의자 내재적 한계로서의 의미를 내포하고 있다고 볼 수 있다. 다시 말해 무릇 조선조의 법치주의를 실질적으로 자리매김하는 근거가 된다는 점에서, 조심스럽게 표현하자면 조선조의 법치주의는 오늘날 보편적인 실질적 법치국가원리에 상응한다고 봄직하다.

그런데 “법(률)에 의한 지배”가 법치국가 원리의 전부가 되지 않기 위해선 그곳에 민주주의 원리가 더해져야 한다. 사실 민주주의 원리와 법치국가 원리, 양자는 국민대표자의 의회활동에서 함께 작용하는데, 그러한 활동에서 규율의 인적·물적·권력분립적·법치국가적 정당성이 기대된다. 따라서 권력분립적 토대가 기본전제이다. 권력의 집중이 두드러진 조선조의 국가체제에서 지금과 같은 권력분립적 토대를 요구한다면, 그 답은 명백히 부정적이다. 하지만 자유와 권리를 보장하기 위한 전제이자 수단으로서의 권력분립제도의 본질¹¹⁾을 염두에 두면 사정은 다르다. 나아가 권력분립제도의 구현이 오로지 지금과 같이 입법, 행정, 사법의 3축에서만 이루어져야 하는지도 의문스럽다. 기실 권력분립의 원리는 서구의 근대입헌주의사상의 산물인데, 그 전제란 국가작용을 기능적 관점에서 입법작용, 집행(행정)작용 및 사법작용으로 구분한 것이다.¹²⁾ 그러나 조선조의 국가작용은 집중이 특성이기에 지금의 권력분립 원리가 구현될 조건이 전혀 구비되지 않았다 하겠다. 반면 임금의 나라인지가 의문스러울 정도로 임금의 권한행사에 견제가 가능하고, 임금에게는 고양된 책임의식을 요구하며, 국가기관 상호간에 광범한 견제가 가해진 점은 권력분립의 참뜻이 - 그 당시의 관점에서 보자면 - 구현되었다고 봄직하다.¹³⁾ 국가로서의 조선의 존재이유는 다름 아닌 그것의 지향점인 “爲民”임을 되새겨볼 필요가 있다.

10) 정공식 교수는 법치주의와 덕치주의를 배척관계로 보는 통념에 대한 의문점을 출발점으로 삼아, 조선조에 법치주의가 어떻게 구현되었는지를 논구하였다. 동인, 앞의 글, 28면 이하 참조. 이 글에서 많은 시사점을 발견하였음을 밝혀둔다.

11) 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2003, 147면.

12) 장영수 교수는 현대적 헌법원리로서의 권력분립은 자연법적·초실정적 도그마가 아니라 하나의 역사적 원리로서 이해되어야 한다고 하면서, 이제 종래의 관념으로 벗어나 현대의 민주국가의 현실에 부합되는 권력분립체계를 생각하여야 한다고 강조한다. 그리하여 권력분립이란 「국민의 관점에서-한편으로는 권력을 남용을 방지하기 위하여, 그러나 다른 한편으로는 국민을 위해 존재하는 국가권력의 능률성을 고려하면서 - ① 국가권력을 창설 내지 구성하고, ② 그 권한범위를 확정·한정하고, ③ 국가권력 상호간의(상호협력 및 상호통제의) 관계를 규율하는 것이며, 이를 통하여 국가권력의 적정성과 통일성을 동시에 확보하기 위한 것으로 이해되어야 한다」고 기술하고 있다. 동인, 『헌법총론』, 홍문사, 2004, 286면.

13) 이 점에서 손문호 교수가 조선과 같은 유교국가는 절대군주국가 아니라, 개명군주국가 내지 입헌군주국가에 가깝다고 지적한 점은 의미심장하다. 동인, “고려말 신홍사대부들의 정치사상연구 - 유교적 국가주의를 중심으로 -”, 서울대 대학원 정치학박사학위논문, 1990, 29면.

2. 조선조 관료제의 성격

조선조의 관료제의 성격을 둘러싸고 활발한 논의가 진행되고 있다. 전통적인 입장, 중앙집권적 양반관료제론과 가산관료제론에 대한 논의가 그것이다. 전자와 관련해선 신분설정을 두고서 양천제설을 주장하는 입장¹⁴⁾ 내지 음관을 고양시키는 입장¹⁵⁾ 등에서 비판되고 있고, 후자와 관련해선 조선 관료제의 근대성을 모색하려는 입장에서 비판되고 있다. 조선조의 공무원법제에 관한 논의에서 후자의 문제는 매우 중요하다. 사교의 기본방향성은 물론 그 관점마저 필연적으로 직접적 영향을 받는다. 역사학에서는 조선조 관료체제의 성격에 관해 대체로 조선조를 가산국가로 보아 베버의 이른바 ‘가산관료제론’을 수용하고 있다. 주요 논거로 천하의 토지가 모두 왕토 아닌 것이 없다는 왕토사상과 공·사 구별의 모호함을 제시한다.¹⁶⁾

행정학에서도 조선조가 ‘가산국가’의 성격을 지녔으며 가산적 관료제가 조선조 관료제도와 매우 유사한 것으로 일반적으로 받아들이고 있다. 박동서 교수는 『첫째, 가산적 관료제가 존재하는 家産國家(Patrimonialstaat)란 국가가 왕의 세습재산으로 간주되며, 따라서 공법과 사법의 구별 또는 통치권과 소유권의 구별이 없는 국가를 의미하므로 우리 조선시대와 유사한 것으로 생각된다. 이러한 국가의 관료제의 주요 특징을 들면, (주7) ① 관료의 행동을 좌우하는 것은 법령이 아니라 전통이 되며 또한 부하는 상관에 전인격적인 헌신을 하는 것이 요청되므로 왕의 자의에 따르게 된다는 것, ② 권한의 배분이 기능적 분업에 의하는 것이 아니라 왕의 자의에 의하므로 이것이 지속되면 지권은 사권화되고 세습화되면서 왕의 권한은 약화되는데, 이러한 예를 우리는 조선시대의 신임제도정치에서 볼 수 있다. ③ 상하관간의 관계가 직무상의 것에 그치지 않고 신분상의 상하관계도 내포되어 부하에 대한 전인격지배가 가능하다는 것, ④ 관료에게 필요한 지식은 전문적인 것이 아니라 일반 교양적인 것을 요청하며 우리의 경우 조선의 과거시험이 이에 해당된다. ⑤ 전통에 없는 문제에 당면했을 때에 근대적 관료제는 법령에 따라 처리함으로써 형식적 합리성을 지니는 결점은 있으나 예측이 가능한 데 반하여, 가산적 관료제는 이러한 법령의 구속없이 결정자의 자의에 따라 결정함으로써 실질적 합리성을 지니는

14) 대표적으로 한영우, “조선초기의 상급서리 ‘成衆官’”, 『동아문화』 제10집, 1971.

15) 임민혁, “조선시대 양반관료제사회론의 재검토”, 『동서사학』 제9집, 2003. 3, 67면 이하.

16) 한우근, “중앙집권체제의 특성”, 『한국사』 10, 국사편찬위원회, 1977, 199면.

수도 있기는 하나 예측이 어렵다고 하는 것이다.』라고 주장한다.¹⁷⁾

종래 통설화된 가산관료제론은 1980년대 후반부터 강력한 비판에 직면하고 있다.¹⁸⁾ 군주를 정점으로 하는 관료제 국가를 유교국가로 보는 손문호 교수는 ‘유교국가(儒敎國家)를 전제군주국가로 보는 것은 무엇보다도 유교적 관료제에 대한 오해의 소산이라고 전제하고선, “헤겔, 마르크스, 베버는 유교국가에서 관료제가 중요한 의미를 지닌다는 것은 알았지만, 외관상 막강한 군주의 권력에 초점을 둬으로써 관료제를 군주에게 예속된 것으로 규정하고 말았다. 즉, 헤겔은 군주의 수족으로, 마르크스는 착취의 장치로, 그리고 베버는 군주의 가산적 국가를 관리하는 부속물로 보았다. 그러나 유교국가의 실제에서 관료제는 국가권력의 합리적 효율적 행사를 위한 제도였다. 군주권력을 강화하기 위한 제도가 아니라, 국가권력과 군주권력을 분리시키기 위한 제도였던 것이다. 관료들은 독자적인 신분이었고, 군주는 관료신분과 구조적 대립관계에 있었다.”고 주장한다.¹⁹⁾

그리고 박병련 교수는 종전 베버의 분석들에 따른 가산관료제론에는, 유교라는 이념적 요소의 영향을 배제함으로써 유교적 요인에 대한 정당한 평가가 결여되었다는 치명적이고도 본질적인 약점이 존재한다고 지적한다. 아울러 가산관료제론은 자칫 조선사회정체론의 타당성을 뒷받침하는 결과를 초래한다고 지적한다. 그리하여 그는 조선조 관료제를 일종의 유도가설인 “유교관료제”로 보고서, 민본주의적 지향점을 갖는 유교이념이 관료와 구조, 정책결정과정에서 구체적으로 어떻게 관련되고 있는지를 규명한다. 그리하여 이 유교관료제의 성격과 특성은 이념차원에서 보자면 ‘이념관료제’의 범주안에 있으되, 그 내용인 정치행정적 지향성의 측면에선 ‘군본’이나 ‘관본’의 收奪官僚制가 아니라, ‘민본적’인 ‘敎化官僚制’를 기본틀로 한다고 주장한다.²⁰⁾

한편 이병량 박사는 인사제도의 영역에서 조선관료제의 운영과 기능방식이 보여준 특성-관료의 충원과 평가, 승급 그리고 그들에 대한 경제적 보상에 있

17) 동인, 『한국행정론』, 법문사, 2001, 313면. 동지: 김규정, 『행정학원론』, 법문사, 2000, 321면 이하.

18) 본문에서 거론 한 문헌 말고도 南智大는 조선조의 역사적 사실에 대한 구체적 인식을 토대로 간략한 비판과 함께 가산관료제론 수용의 효용성에 대해 의문을 제기하고 있고, 이육선도 가산관료제의 이념형과 조선조의 역사적 현실이 잘 부합하지 않는다는 측면에서 일단 의의를 제기한다. 남지대, “조선후기 정치제도사 연구현황”, 『한국중세사회 해체기의 제문제(상)』, 근대사연구회편, 1987, 68~70면. 이육선, “조선조 사회기의 권력구조에 관한 연구”, 이화여자대학교 대학원 박사학위논문, 1990, 168~170면.

19) 동인, “고려말 신홍사대부들의 정치사상연구 - 유교적 국가주의를 중심으로 -”, 서울대 대학원 정치학박사학위논문, 1990, 26면.

20) 동인, “조선조 유교관료제의 성격에 관한 연구”, 서울대 대학원 행정학박사학위논문, 1991.

어서 조선조의 관료제가 지니고 있었던 전문성의 강조, 충원에 있어서의 개방성, 연한과 업적에 의한 평가, 정규적인 보상의 지급-에 착안하여 조선조의 관료제가 막스 베버가 합리적 지배의 유형으로 제시한 근대적 관료제의 성격을 지니고 있었던 것으로 이해할 수 있다고 한다. 나아가 베버가 주장하는 근대적 관료제는 자본주의의 발달을 전제로 하는데, 자본주의라는 경제적 전제없이 그에 근사하는 관료제가 성립하였다는 점에서 조선조 관료제가 그 한계에서 지닐 수 있는 가장 발전된 합리적 지배의 한 형식이라고 호평한다.²¹⁾

3. 소 결

공무원제도로부터 지배자의 私僕이 아닌 국민에 대한 봉사자로서의 공무원 제도가 탄생된 것은 서구 시민혁명의 성과로서의 근대국가의 탄생과 그 때를 같이 한다. 서구적 근대적 공무원제도의 특징으로 ① 공무원이 개인의 고용원이 아니라 국가 등 행정주체의 기관인 점, ② 공무원의 사생활과 공생활이 명확히 구분되는 점, ③ 공무원직이 세습되지 않는 점 등이 제시된다. 한편 시민혁명의 전후에 국가의 발전형태가 곧바로 공화정으로 가지 않고, 절대군주국가에서 입헌군주국가에로의 변천을 거쳤다.

그런데 그 근대적 공무원제 역시 애초에는 법치주의가 배제되는 차원에서 비롯되었다. 바로 지금까지도 행정법의 영역에서 자리를 차지하고 있는 이른바 “特別權力關係理論”이다. (전통적인) 특별권력관계에는 일반권력관계와 구별되는 다음과 같은 특색을 지닌다고 주장되었다.²²⁾ i) 특별권력관계에는 ‘행정의 법률적합성의 원칙’, 그 중에서도 특히 법률유보(Vorbehalt des Gesetzes)의 원칙이 적용되지 않는다. ii) 특별권력관계를 유지하는데 필요한 범위 내에서는 그 구성원인 공무원이나 학생들의 기본권을 법률의 수권없이 제한할 수 있다. iii) 특별권력관계에서 발해지는 일반·추상적 규율(명령)은 法規(Rechtssatz)의 성질을 가지지 않는다고 하여 보통 行政規則(Verwaltungsvorschriften)이라고 부르고, 개별적 명령(하명)은 행정행위와 구분하기 위하여 指示(Anweisung) 등으로 불렀다. iv) 특별권력관계에는 법치주의가 타당하지 않으며, 특별권력관계에서 발한 명령 등의

21) 동인, “조선초 관료제의 근대성에 관한 연구”, 『정부학연구』 제8권 제1호, 2002, 239면 이하.
22) 특별권력관계이론의 창시자로 볼 수 있는 Otto Mayer는 특별권력관계의 하나로서 ‘영조물의이용관계’를 들면서, 『영조물이용관계의 질서는 법치국가의 특징을 단호히 배격한다. 그것은 법규(Rechtssatz)와 행정행위를 회피한다』라고 기술하였다. Ders., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. II, 1924, S. 284.

법적 성질이 부인된 당연한 결과로서, 특별권력관계 내의 사항은 원칙으로 사법 심사의 대상이 되지 않는다고 하였다. 이런 내용의 전통적 특별권력관계이론은 특히 제2차 대전후 비판의 십자포화(Kreuzfeuer der Kritik)를 받게 되었다.²³⁾ 즉, 전통적 특별권력관계이론은 19세기 후반 독일의 입헌군주정을 시대적 배경으로 하여 생성된 것이므로 오늘날의 민주국가에서는 그 타당의 기반을 상실하였다는 점과, 오늘날에는 ‘국가 대 공무원’, ‘영조물주체(학교 등) 대 학생’과의 관계도 인격주체 상호간의 관계임을 부인할 수 없게 되었다는 점이 주된 요지이다. 당연한 결과이지만, 법치주의를 배격한 썬인 전통적 특별권력관계이론은 오늘날 그 자체로선 더 이상 용인되지 않고, 수정된 형태로 유지하고 있다. 공무원의 근무관계가 특별권력관계(혹은 특별행정법관계)의 대표적 예에 해당한다는 사실은, 현재의 공무원법제를 조선조의 그것에 투영함에 있어서 적어도 양자를 전혀 불상용한 것으로 보는 것은 피할 수 있는 단초가 된다. 이 점에서 손문호 교수가 유교국가로서의 조선이 절대군주국가가 아니라, 개명군주국가 내지 입헌군주국가에 가깝다고 지적한 점²⁴⁾은 많은 함의(含意)를 담고 있다 하겠다.

Ⅲ. 조선조 공무원(관리)임용제²⁵⁾에 관한 행정법적 고찰의 구체적 내용²⁶⁾

1. 조선조 관직체계에 관한 개관

조선조에서 관직은 文班(東班)과 武班(西班), 朝官²⁷⁾과 土官,²⁸⁾ 유품직(流品

23) 이에 대한 상세는 김남진, 『행정법의 기본문제』, 법문사, 1994, 121면 이하; 정하중, “민주적 법치국가에서의 특별권력관계”, 『고시계』, 1994. 9 참조.

24) 동인, 앞의 글, 29면.

25) 여기서의 임용은 지금의 용어사용례에 쫓아서 임용은 보다 넓은 의미, 즉 신규임용·승진임용·전직·전보·겸임·과건·강임·휴직·직위해제·정직·복직·면직·행임 및 파면을 포괄하는 의미로 사용한다.

26) 지난 번 연구의 연장에서 이 글의 조선조 법제의 근거 역시 조선조 대표적 종합법률인 전율통보(典律通補)로 삼는다. 그리하여 조선조의 법전이 지닌 특성 즉, 개개의 조문화의 결여를 감안하여 법제처가 1971년에 출간한 해설서상의 해당 부분을 정리한 것임을 밝혀 둔다. 한편 지면관계상 조선조의 관료제 전반까지 논의를 전개하지 못하였다. 조선조 관리의 근무상황, 근무평정 등은 오늘날의 제도에도 충분히 수용할 만하다. 이를 포함한 전반적인 논의는 줄고(발표문), 제18회 JURIS FORUM, 충북대 법학연구소, 2004. 5. 14 참조.

27) 토관과는 대비되는 것으로, 조정에 출사하는 관원을 말한다. 조신이라고도 한다.

28) 토관직이란 평안도와 함경도의 부(府), 목(牧), 도호부(都護府)에 따로 둔 벼슬인데, 그道の 사람만을 시킨다. 이는 통치자가 일부 지방의 토호를 자기의 편으로 끌어 들여 통치를 강화할 목적으로 설치한 벼슬자리이다. 이 제도는 고려조부터 실시되어 온 것인데,

職)²⁹⁾과 유외잡직(流外雜職) 등으로 구별되었고, 이들은 각각 관계(官階)를 기준으로 편제되어 정직(正職)³⁰⁾과 체아직(遞兒職),³¹⁾ 녹관(祿官)³²⁾과 무녹관(無祿官)³³⁾으로 구분되어 실제 운영되었다. 조관은 정1품에서 종9품까지, 토관은 정5품에서 종9품까지, 잡직은 정5품에서 종9품까지 두어졌고, 아울러 문반 관직은 정1품에서 종9품까지, 무반 관직은 정3품에서 종9품까지, 체아직은 정3품에서 종9품까지, 무녹관은 주로 참상(參上)³⁴⁾에 두어졌다. 특이한 점은 관계체계에서 문반의 관계가 정1품에서 종9품까지인 반면에, 무반의 관계는 정3품에서 종9품까지여서 무반에는 2품이상의 관계가 없었다. 그리하여 2품이상의 관계로 승품하자면 반드시 문반의 관계를 받아야 한다. 그리하여 문반과 무반 사이의 관계상의 차등은 대체로 2품의 차이가 났으며, 관직의 운영면에서도 문반은 正職 위주인 반면에 무반은 遞兒職 위주였다.

이런 관직체계에 따른 차대(差待)에 관해서, 남지대 교수는 이런 차대는 사회계층을 편제하기 위한 것이며, 그 내용은 신분계층에 따른 差待라고 지적하였다. 남지대 교수는 신분계층에 대한 차대가 관계의 차등으로 구조화됨으로써, 차대가 정당한 것으로 받아들여졌고, 또한 遞兒職·影職과 아전·토관·잡직 등이 여러 신분계층을 포섭·편제하는 기능을 수행할 수 있었다고 지적하였다.³⁵⁾

조선조에 와서 그 범위가 점차 늘어났다.

29) 본디 유품(流品)이란 상류사회에 지위를 차지한 사람 또는 학문과 도덕이 있는 사람을 이르는 말인데, 한 마디로 관리의 품계를 의미한다. 다시 말해 고려조나 조선조 때의 정1품에서 종9품까지 18품계를 통틀어 이른다. 이 품계에 안에 들어가는 것을 정류(正流) 또는 유내(流內)라 하고, 이에 들어가지 못한 것을 잡류(雜流), 또는 유외(流外)라 한다.

30) 이는 문관과 무관의 실직(實職)이 있는 관직을 말하는데, 통상 잡직(雜職)에 상대하여 일컫는다.

31) 이는 원록체아직(原祿遞兒職)과 군함체아직(軍銜遞兒職)을 합하여 일컫는 것인데, 현직을 떠난 문관과 무관을 예우하여 계속 녹봉을 지급하기 위한 조치로서 만든 벼슬자리이다. 이 제도는 재정의 뒷받침이 고려되어야 하기에, 오위(五衛)의 軍制를 폐지하고 그 군직에 책정되어 있는 재원을 轉用하여 그 일부는 실무없는 각급 문무관을 해당 품계의 군직에 부하여 일정한 녹봉을 받도록 하거나(원록체아직), 다른 일부는 각 관청에 定員은 적고 사무는 많은 경우에 이를 정리하기 위하여 임시로 增員된 사람을 각급 군직에 부하여 그 녹봉을 받으면서 소속관청의 사무를 정리하게 한다(군함체아직). 전자가 유보수명예직이라면, 후자는 유보수임시직이라 하겠다.

32) 이는 무녹관과는 달리 녹봉을 받는 관리를 의미한다.

33) 이는 조선조 때 녹봉이 없던 벼슬자리인데 통상 일반 관직이외의 특별관직이다.

34) 이는 문관과 무관 당하관인 정3품에서 6품에 이르기까지의 관원에게 붙이는 호칭인데, 참내(參內)라고도 한다. 이에 반해 문무 7품 이하의 관원에게는 참하(參下) 또는 참외(參外)란 호칭을 붙였다.

35) 이에 관해선 동인, “조선초기 중앙정치제도연구”, 서울대 대학원 문학박사학위논문, 1993.

2. 임용³⁶⁾상의 연령

(1) 조선조의 법제

陵·殿의 참봉(參奉)과 부도사(副都事)·교부(敎傅)·敎官·洗馬·생원·진사는 그 나이가 30세 이상인 자를 임명하는데, 다만 文廟³⁷⁾의 동종사(東從祀)³⁸⁾ 또는 서종사(西從祀)³⁹⁾에 배향(配享)하는 先賢·功臣·儒賢과 전쟁에서 원통하게 사망한 청백리의 적장손은 예외로 한다. 또한 임시 監役官에 임명할 학생은 그 나이가 40세 이상인 자를, 돈령부의 참봉·수봉관(守奉官)에 임명할 학생은 그 나이가 30세 이상인 자를 임명한다. 그리고 중국에 왕래하는 공문서에 사용하는 이문학(史文學)⁴⁰⁾과 기상을 관측하는 천문학의 敎授는 생원·진사·幼學⁴¹⁾을 막론하고 그 나이가 30세 이상인 자를, 노창(臚唱)⁴²⁾하는 引儀는 그 나이가 20세 이상인 자를 임명한다. 나아가 나이가 20세 미만인 자에게는 동반의 관직을 제수하지 못하되, 모든 과거에 합격한 자는 예외로 한다.

나이가 65세 이상인 자는 지방관직에 서임(敍任)하지 못한다. 당상관은 67세로 한정하고 당하관에게는 3년을 가산하며 다른 관직도 이와 같이 한다. 나이가 70세에 달한 자는 찰방으로 임명하지 못한다. 수령으로서 연만한 사람은 다른 고을의 수령으로 전임(轉任)하도록 주의(注擬)하지 못한다.

(2) 검토점

공무원임용에서의 연령물음에서 조선조의 법제와 지금의 법제는 전혀 다른

8, 188면 이하 참조.

36) 임명이란 특정인에게 공무원으로서의 신분을 부여하며, 공법상의 근무관계를 설정하는 행위를 말한다. 이런 의미의 임명은 실정법상으로 '임용'으로 표시되기도 하나(국가공무원법 제26조 등), 임용은 임명을 포함한 넓은 개념이다. 그리하여 공무원임용령 제2조 1호는 『“임용”이라 함은 신규채용·승진임용·전직·전보·겸임·파견·강임·휴직·직위해제·정직·복직·면직·해임 및 파면을 말한다』고 규정하고 있다.

37) 공자를 모신 사당.

38) 문묘의 동편에 위치한 사당으로서 동국의 유현을 모신다.

39) 문묘의 서편에 위치한 사당으로서 동국의 유현을 모신다.

40) 당시 중국과 교신하는 문서에 쓰는 특수한 문체로 자문·서계·관문·감·보장·제사 등에 쓰는 문학.

41) 사대부의 자손으로서 벼슬하지 아니한 유생.

42) 의식에 있어서 그 절차를 통례원의 인의가 소리높이 창하는 것.

방향에서 접근하고 있다. 조선조와 오늘의 법제에서 엿볼 수 있는 뚜렷한 차이점은 바로 전자에선 기본적으로 下限을 바탕으로 한 반면, 후자에선 기본적으로 下限보다는 上限에 초점을 맞추고 있다는 점이다. 유교적 성리학을 국가 철학의 근본으로 하는 조선조가 長幼有序를 바탕으로 하여 국가관료제도를 구축하였음을 잘 보여준다. 조선조 때 동반의 제수의 하한연령을 20세로 삼은 것은 오늘날의 성년하한의 예와 비슷한데, 과거에 합격한 자에겐 장유유서의 기본 틀마저 배제시킬 수 있게 한 점은 조선조가 비록 한정적이지만 신분제적 능력분위사회였음을 느끼게 한다.

한편 중앙관직에선 보이지 않은 연령상한이 지방관직에선 규정된 것이 특이한데, 아마도 지방관직이 한직이기에 그 임명이 남용되는 것을 막기 위함일 수도 있다. 한편 경국대전은 집안식구를 데리고 가지 않는 자에게는 연령상한 규정이 적용되지 않는다고 규정하였다. 그리고 경국대전은 당사자의 연령뿐만 아니라, 그의 부모의 나이까지 지방관직의 임명에서 고려하도록 하였다. 즉, 부모의 나이가 70세이상에 달한 경우에는 중앙에서 3백리 떨어진 고을의 수령으로는 임명하지 못하게 하였다.

3. 임용상의 결격사유

(1) 조선조의 법제

의금부에서 심문을 받고 있는 사람(義推人)은 판결을 내리지 않은 상태에서는 관직의 임용을 奏薦하지 못한다. 장리(贓吏)⁴³⁾의 아들과 손자는 의정부, 6조, 한성·사헌·개성부, 사간원, 경연, 시강원, 춘추관 지제교, 종부시, 관찰사, 도사, 수령의 직에 임명하지 못한다. 아울러 행실이 온당하지 아니한 여자 및 재가한 여자의 소생은 동·서반의 일체의 직에 임용하지 못하며, 그 증손에 이르러서는 전술한 각사(各司) 외에 임용을 허용한다. 관리로서 형벌을 함부로 적용하였을 때에는 장형 100대, 도형 3년에 처하며 致死하게 한 자는 영구히 임용하지 아니 한다.

(2) 검토점

국가공무원법 제33조 등 오늘날의 임용결격사유와 비교한 즉, 임용상의 연

43) 장죄(贓罪)를 범한 관리를 말한다. 장죄란 관리가 부정하게 뇌물을 받거나 직권으로 재물을 탐한 죄를 말한다.

좌제적, 신분제적 운용이 여기서도 그대로 통용됨을 알 수 있다. 그리고 조선조의 권리는 행정권과 더불어 형벌권을 함께 보유하는데, 후자의 남용에 대한 강력한 제재를 두고 있음은 매우 이채롭다. 오늘날에도 사정기관 및 사법기관의 권한남용이 문제되기에 이 같은 제도는 참조할 만하다.

그런데 경국대전 등에 의하면, 업적평정에서 하등의 평정을 받거나 사적인 범죄(私罪)로 파직된 경우에는 2년을 경과해야 채용한다. 다만 특별히 고려될 임금의 친척이나 공신으로서 하등의 평정을 받은 사람은 1년이 지나야 채용하되 당상관의 경우 이런 예외규정을 적용시키지 않는다. 한편 현행 국가공무원법 제33조 제1항에 의하면, 懲戒에 의하여 罷免의 處分을 받은 때로부터 5년을 경과한 者와 懲戒에 의하여 解任의 處分을 받은 때로부터 3년을 經過한 者는 채용될 수 있다.

한편 이상에서 본 임용결격사유는 그 자체 절대적 성격을 지닌다. 나아가 조선조의 법은 일종의 상대적 결격사유에 해당한다고 봄직 한 것까지 규정하고 있다. 즉, 일찍이 관찰사·절도사를 지낸 사람은 그 도내의 수령으로는 임명할 수 없다는 것이다. 동일관청의 상하관에 있어서, 일정한 친족관계에 있는 자로서는, 서로 맞서기(상대하기)를 피하게끔 한 상피(相避)제도 역시 임용의 상대적 결격사유로 봄직 하다. 조선조에선 동일한 관청뿐만 아니라, 직무상 상관계는 관계에서도 상피제도가 통용되었으며, 나아가 소송관계에 있어서도, 법관과 소송당사자간의 상피관계가 엄격히 규율되었다.

4. 임용에서의 連坐(緣坐)

(1) 조선조의 법제

왕비의 부친에게는 敦寧府 領事를 제수하는데, 만약 관직이 낮거나 혹은 관직에 취임한 일이 없으면 먼저 돈녕부의 都正을 제수한 후에 돈녕부 영사를 제수한다. 그리고 대원군의 奉祀人⁴⁴⁾은 3대를 지낸 후에 돈녕부의 도정을 제수하며, 세자빈의 부친에게는 6품관을, 세손빈의 부친에게는 7품을, 대군·왕자부인의 부친에게는 9품을 제수한다. 대군의 사위와 공주의 아들에게는 (돈녕부의) 7품을, 공주·왕자군의 사위와 옹주의 아들에게는 종8품을 제수한다. 다만 대군·왕자의 양첩의 사위는 각각 1등을 강하하고 친첩의 사위는 또 1등을 강하한다.

한편 본인을 대신하여 그의 아들·사위·동생·조카들(代加者) 중에 품계를

44) 제사를 받드는 사람. 보통 민가에서는 비속 4대손까지 그 조선의 제사를 모시는 사람을 말함.

올려줄 경우에는 정5품 通德郎까지로 한정한다. 그리고 국가의 경사로 인하여 국왕이 물품을 하사하여 백관에게 품계를 올리라는 재가가 내렸을 때, 이미 최고 품계에 달하여 그 이상 올릴 수 없는 사람에게는 그의 아들·사위·동생·조카들 중에 이를 대신하여 품계를 올린다. 그런데 내의원·전의감·혜민서 등 三醫司에 소속된 3품관의 자손은 음관의 계승이 허용되지 아니한다.

(2) 검토점

조선조 공무원임용상의 특징은 그 임용의 효과가 대상자 한 사람에 국한하는 것이 아니라, 그 가문이나 일족에까지 미친다는 점이다. 蔭敍制度가 그 결정관이나, 다른 측면에서 보면 형벌상의 연좌제를 낳는 출발점이 되기도 한다. 특히 품계에 오를 사람에 대신하여 그의 아들·사위·동생·조카들 중에 품계를 올려주는 대가제(代加制) 역시 임명상의 연좌제를 구현한다고 하겠다. 당하관의 신규임용에서 치러지는 서경(署經)에서 당사자이외에 내외 4조와 처 4조까지 신원조사를 행하는 것은 임용상의 연좌와도 상관관계가 있다.

5. 중앙관직상의 일반적인 임용절차 - 광범한 추천절차 -

(1) 고급관료의 경우

의금부의 판사(判事), 6조의 판서, 한성부 판윤, 승정원의 승지, 사헌부·사간원·홍문관·세자시강원·강서원·본조의 참판·참의는 구두(口頭) 전령에 의하여 임명하지 못하며, 각도의 監司도 이와 같다. 그리고 이·병·호조의 판서, 훈련도감·금위영·어영청 등 3군문의 대장, 수어사·총융사, 유수, 평안·함경감사, 통제사, 평안병사, 북병사, 강주·의주부윤, 수원·동래부사, 제주목사는 묘당의 추천에 의하여 임명한다. 大將의 職任인 將任과 地方官은 사전에 재가를 얻은 후에 이·병조에서 단일후보자를 추천하여 임명한다.

議政大臣의 후보자를 선정할 때에 現任 大臣이 없을 경우에는 原任(前任) 大臣이 왕에게 알현하고(入侍하고), 전단(前單)에 수점(受點)⁴⁵⁾하는 것과 가복(加卜)⁴⁶⁾하는 것에는 현임 대신의 출근을 기다려야 한다. 대제학의 후보자를 선정

45) 전단의 수점이란 전일에 결정한 추천서에 왕이 결재하는 점을 받는다는 말이다.

46) 가복이란 의정을 천거할 때 임금의 마음에 맞는 사람이 없어 한 두 사람을 더 천거하던 일이다.

함에 있어서는 전임 대제학, 의정대신, 의정부 좌·우참찬, 6조의 장관, 한성부 판윤이 회합하여 여러 추천자의 성명 가운데 적당한 사람을 골라 권점(圈點)을 찍는다. 구체적으로 전임 대제학 - 전임자가 없으면 도당이 - 이 그 성명을 기입하여 추천하면, 의정대신이하 선정할 권한을 갖는 이상의 관원들이 적당한 사람의 성명에 권점을 찍어 품계의 서열을 막론하고 그 점수의 다소에 따라 정한다.

대간(臺諫)⁴⁷⁾·承旨, 이·병조의 판서와 수령 중에서 3인 이상의 결원이 있거나 서·북 양도감사(兩界監司)의 추천에는 왕의 재가를 얻은 후에 (여쭙어) 의논해 결정(稟定)한다. 의정대신의 후보자 추천과 대제학의 권점(圈點),⁴⁸⁾ 규장각의 관원을 새로 임명할 때에도 의논해 결정(稟定)한다. 본조(이조)의 당상관은 장관이 임명하지 못한다. 참의(參議)의 단독적인 국정수행(獨政)은 오로지 긴급한 임무에 한한다.

경연(經筵)의 추천을 받은 후라야 이조참판에 주의(注擬)⁴⁹⁾하고, 성균관의 추천을 받은 후라야 이조참의에 주의하는데, 묘당(廟堂)⁵⁰⁾에서 추천한 사람은 예외로 한다.

한편 사헌부·사간원·홍문관·세자시강원·성균관의 장을 지방관으로 轉任시키려 할 경우에는 임금께 그 사유를 폄주하여 의견을 청한다. 그리고 참찬(參贊)을 형·공조의 판서, 한성부 판윤에 임명하도록 추천할 경우에는 그 사유를 폄주하여 의견을 청한다.

(2) 중견관료의 경우

홍문관 당하관의 후보자는 본조(이조)의 낭관(郎官)⁵¹⁾이 전과 같이 이를 추천하게 하되, 당상관과 낭관이 그 가부를 相議하는데, 만약 이러한 공무를 집행하는 낭관이 없을 때에는 장관은 다른 당상관과 더불어 상의하여 청환(淸

47) 사헌부·사간원 관직의 총칭.

48) ○표를 말한다. 홍문관 예문관의 관직을 청환이라 하며, 이러한 청환을 임명함에 있어서는 먼저 문과에 급제한 자들 중에서 적합한 후보자를 선정하고 그 선정된 후보자의 성명에 전임자 3인 이상이 모여서 ○표를 찍는다. 이러한 점수를 많이 얻는 사람을 후보자로 선정하고 만일 이 권점에 착오가 발견될 경우에는 의정대신과 제학이 모여서 다시 권점을 행하며 차점 이상을 왕이 불러서 간단한 시험을 치루며 이를 소시라 하고 이에 합격한 자를 청환에 임명한다. 이 권점제도는 다른 중요관직에도 적용된다.

49) 관원을 임명할 경우에는 문관은 이조에서, 무관은 병조에서 3인의 후보자를 추천하여 상주하는 것.

50) 대신이 국사를 논의하는 곳 또는 비변사를 말함.

51) 낭관이란 각 관아의 堂下官을 총칭하는 것이다.

宦)의 후보자를 결정한다⁵²⁾

세자시강원의 관직에는 비록 사헌부·사간원의 관직을 역임한 바 있다 할지라도, 다시 청환(淸宦)의 후보자로 추천절차를 거쳐야 한다. 또 세자시강원의 7품직인 자의(諮議)로서 6품에 승급한 후, 사헌부·사간원의 관원으로 추천을 받은 사람도 다시 이조의 注擬節次를 거쳐야 한다. 특히 사헌부의 관원 즉, 남대(南臺)는 한사람의 이조 당상관의 의견으로서는 경솔하게 추천하지 못한다. 세자시강원의 자의는 특별 추천에 의하여 임용하되 적합한 사람이 없으면 묘당에 문의하여 임명하는데, 유학(幼學)을 자의로 임명할 경우에는 이에 구애되지 아니한다. 대군과 왕자의 스승인 사부(師傅)는 추천하는 사람이 있어야 임명하되, 유학을 사부로 임용할 경우에는 이에 구애되지 아니한다. 원자·원손의 보양관(輔養官)은 대신에게 문의하여 왕의 재가를 받아 추천한다.

(3) 무신의 경우

武臣으로서 재질, 도량과 기량(局量), 그리고 원대한 포부가 있는 자를 선택하여, 당상관 이상이면 판서·참판·판윤·좌윤·우윤·승지에 주천(奏薦)하고, 당하관 3품인 통훈(通訓)이하이면 시정(寺正)⁵³⁾에 임명하는데, 장관이 아니면 이런 임명 절차를 이행하지 못한다. 무신을 종1품인 의금부 판사(判事)로 임용할 경우에는 병조판서를 지낸 후라야 추천한다.

(4) 검토포점

조선조에서 동반과 서반을 불문하고 3품 이상의 관원(‘擧主’라 한다)은 3년마다 봄 정월(春孟月)에 3품으로부터 무직까지의 관원 후보자 3인을 추천할 수 있었다. 지방관리후보의 경우에도 마찬가지이다. 이런 천거제도로 말미암아 음관은 물론 무릇 천하의 인재에게 출사의 길이 열려져 있다. 천거에 따른 연대책임적 추궁장치를 마련해 놓았기에 무자격자의 무분별한 천거가 제어될 수 있었다. 나아가 피천(披薦)적격자에 대한 천거를 해태함에 대한 책임까지 물을 수 있게 한 것은 특이하다.

과거 1963년부터 1973년까지 적용하던 3배수 추천방법(가령 행정자치부의 전신인 총무처장관이 3배수 이내의 후보자를 추천하면 임용제청권자가 그 중

52) 이는 銓郎法을 부활하여 관리임명에 관하여 임금에게 상주하여 청원하는 즉, 주청(奏請)을 허용하는 것이다.

53) 봉상시·예빈시·사복시 등의 수직인 정을 말함.

에서 임용예정자 1인을 결정하는 방식)이 정실인사의 폐단으로 중앙인사관장 기관의 장이 결원 수만큼 추천하는 제도로 전환됨에 따라, 우수인력을 최대한 많이 임용하도록 하기 위한 보완조치로서, 합격자의 채용후보자명부 유효기간의 5년 연장하였다.⁵⁴⁾ 즉, 국가공무원법 제38조에 따라 채용시험에 합격한 자는 시험실시기관의 장에 의해서 대통령령이나 국회규칙 등이 정하는 바에 따라 채용후보자명부에 등재되는데, 그 채용후보자명부의 유효기간은 가령 5급 공무원공개경쟁채용시험에 합격한 자의 경우에 5년으로 하되 기타 시험의 경우엔 2년의 범위내에서 대통령령 등으로 정해진다(동조 제1항, 제2항).

그런데 지방관을 그 고을 사람들이 직접 보증천거할 수 있음을 허용한 것은 본시 경국대전에선 보이지 않는 것인데, 續大典 등 후대에 규정된 것이다. 지방에 대한 중앙의 구심력이 전대보다 약화된 배경에서 도입했다고 여겨지는 이 보증천거제도는, 오늘날의 관점에서 보자면 주민자치의 발현으로 봄 직하다. 부적절한 천거 및 불천거에 대한 제재와 더불어 천거청탁자에 대한 처벌까지 규정함으로써 이런 보증천거제를 악용하려는 시도는 방지하고자 하였음은 주목을 끈다.

6. 특별임용절차

(1) 조선조의 법제

음관(蔭官)⁵⁵⁾을 각조의 좌이관(佐貳官),⁵⁶⁾ 좌·우윤(左右尹), 시정에 임용할 경우에는 청환을 추천하는 절차에 의하여 추천한다. 다만 음관으로서 참판·좌윤·훈신 및 특별 추천자 외에는 시정을 지낸 자 아니면 추천하지 못하고, 돈령부의 도정(都正)도 이와 같이 한다. 음관은 수령을 역임한 바 없으면 4품에 승급하지 못하는데, 나이가 많은 사람에게는 이에 구애되지 아니한다. 그리고 음관은 품계를 올려서 복직하지 못한다. 음관(蔭官)으로서 6품 참상관으로 승급한 후에는 사송(詞訟)⁵⁷⁾을 담당하는 관직에 전임시켜야 한다. 그리고 음관으로서 6품에 승급한 후, 경학(經學)⁵⁸⁾에 대한 고시를 한번 치루어야 비로소

54) 김종양·김명식, 앞의 책, 198면.

55) 특정한 관원의 자손이 과거에 급제하지 아니하고 그 부조의 공덕에 의하여 특별히 임용된 관원. 이를 또 음사·음낭이라고도 한다.

56) 6조의 참의·참판의 통칭.

57) 민사소송을 말한 것. 이 시대에는 민·형사가 법률상 구분된 것은 아니나 범죄관계 즉 형사사건은 형옥이라 하고, 권리관계 즉 민사사건은 사송이라 한다.

58) 중국 고대의 최고 학문인 시전·서전·주역 등 3경을 말함.

수령에 추천하는데, 다만 그 사송을 담당하는 직의 재직일수가 만6개월에 달하여야 한다. 蔭官을 6품으로 승급할 때에 그 재임기한을 계산함에 있어서 日數計算에 관한 규정을 적용한다. 서면을 올려 휴가를 받았거나 의금부에서 심문을 받고 있는 이외의 날은 모두 근무일로 계산하여 준다.

(2) 검토점

조선시대 과거제 이외의 임용제도를 통한 출사로는 문음취재, 종친음(宗親蔭), 공음(公蔭), 대가(代加), 특수시위군 입속, 천거 등이 있었다. 천거를 제외하고는 모두 음서(제)와 관련이 있다.⁵⁹⁾ 경국대전에 의하면, 공신 및 2품 이상의 아들·손자·사위·아우·조카(원조공신이면 아들과 손자]와 실직에 있는 3품관리의 아들·손자와 일찍이 이조·병조·도총부·사헌부·사간원·홍문관·부장·선전관을 지낸 사람의 아들(蔭子弟)로서 나이 20살 이상이면 시험쳐서 등용하였다. 이것이 문음취재(門蔭取才)이다. 과거시험보다 낮은 급의 임용선발시험인 취재는 경서 중의 하나, 사서에서 하나를 자원에 따라 강론하여 선발하였는데, 16세기 이후론 이조에서 담당하던 취재시험은 자연히 없어져 버림으로써 천거(추천)에 의한 임용방식만이 존재하였다.

과거 고려시대에는 5품 이상의 관직만 지내면 그 자손들을 문음으로 진출시킬 수 있었다. 이와 병행하여 대가제(代加制)가 시행되었다. 그러나 조선조에는 2품 이상의 고관을 지낸 자 또는 언론삼사(사헌부, 사간원, 홍문관)에 재직했거나, 선전관·부장 등의 무관 청요직 등을 거친 경우로 축소된 점에서 고려조의 귀족제보다는 다소 완화된 관료제를 취하였다. 비록 조선중기부터 공신의 대량배출과 문벌의 성립으로 인하여 음관이 문신을 압도할 정도로 많이 배출되었지만, 문신(과거출신자)에 비하면 크게 우대를 받지 못하였을 뿐 만 아니라, 실제 주요 요직이 문신에만 허용되었기에 능력 발휘에서도 불리하였다. 대체로 정3품 당상관 이상을 승진시켜주지 않았다. 그리하여 문음출신들은 비록 초입사 이후 승진에 있어서(청요직을 제외하고선) 별다른 제한 없이 고위 관료로 진출할 수 있음에도 불구하고, 애써 과거를 응시하고자 하였다.⁶⁰⁾ 다른

59) 통상 음서를 문음과 공음으로 한정하나, 임민혁 박사는 문무 과거 이외의 모든 관료선발방법을 과거제와 대비되는 음서제로 포착하고자 한다. 동인, 조선시대 양반관료제사회의 재검토, 동서사학 제9집, 2003. 3, 94면 이하 참조.

60) 임민혁 박사는 자료(김창현, 『조선초기문과급제자연구』, 일조각, 2001, 27~28면)에 의거하여 태조-성종대에 필요한 인원이 8029명인데, 문과합격자는 1,799명밖에 안되어 동반실직 점유율이 22.4% 정도이어서 적어도 70%이상은 음관이 차지하였다고 추단한다. 동

한편으로 조선의 과거합격자의 평균나이가 대개 35~40세 정도였기에 문음제도는 양반자제들을 위한 빠른 승진의 길이기도 하였다. 요컨대 조선조는 기본적으로 신분과 가문을 바탕으로 하지만, 그것을 뒷받침하는 능력의 증명(과거)이 요구되었다. 반면 국가공무원법 제28조 제2항에 따른 특별임용절차는 통상 시험과목의 일부 면제를 내용으로 하는 특별채용시험에 해당한다.

7. 신규임용자의 견습절차

(1) 조선조의 법제

새로 과거에 급제한 자를 분관(分館)⁶¹함에 있어서는 정7품인 승문원의 상(위)박사(上博士) 이하의 관원이 모여서 권점을 찍고, 그 차점이상자(次點以上者)를 취하여 승문원에 예속시키고, 권점을 시행한 기록(圈記)을 본조에 이송하면 판서이하의 관원이 회의하여 성균관과 교서관에도 예속시켜, 3관(승문원·성균관·교서관)에 분속하여 권지(權知)⁶²로 한다. 승문원의 도제조와 제조를 3인으로 하여 관직에 적합한 인재를 선택하되, 근무 성적이 좋지 못한 자는 강등하여 임명하고, 이러한 조치에 억울한 사람은 그 사정을 들어 진정하면 적절하게 조치한다. 일정한 임기에 구애되지 아니하고 계속 근무하여야 할 관직은 그 관사의 提調와 해당 당상관이 회합하여 이를 마련하고 본조에 이첩하면 본조에서는 이를 글로 상주 즉, 계문(啓聞)하고 관계 公簿를 비치한다. 한편 권지(權知)라는 명칭으로 실무를 수습하기 전에는, 세자시강원(世子侍講院)의 7품직인 설서(設書)에 상주하여 추천 즉, 주천(奏薦)하지 못한다.

(2) 검토점

조선조의 법은 새로 급제한 사람을 관직에 임명하기 전에 성균관·교서관·승문원에 배치하고 권지라는 명칭을 부쳐 사무를 견습하게 하는 제도를 두었다. 음관의 경우에도 초직제수(초임임용)에서 문과합격자와 동등한 대우를 받

인, 앞의 글, 102면.

61) 조선조 때 새로 문과에 급제한 사람을 승문원, 성균관, 교서관의 삼관에 배치시켜 권지라는 이름으로 실무를 익히게 하는 일.

62) 관직명 앞에 이를 붙여서 그 직무를 임시로 맡아 수행함을 뜻하는 말. 문과에 급제하여도 곧 관직을 주지 않고 성균관·교서관·승문원에 분속하여 권지라는 이름으로 사무를 수습하게 한다.

아서 권무직과 권지직을 받았다. 권지과정을 거치지 아니한 자는 원칙적으로 정식의 관직부여를 거쳐 직을 수행하지 못한다. 견습기관의 선정에 있어서 우수자를 기본적으로 승문원에 배속하면서 그 나머지를 성균관 등에 배속하였다.⁶³⁾ 승문원이 조선조 때 外交에 관계되는 문서를 맡아보는 관청이기에 조선조 관료의 시발을 외교분야에서 할 수 있게 한 점이 특이하다. 사실 일류반별은 승문원, 그 다음이 성균관, 그리고 중인·서자 및 시골의 무력한 사람들은 교서관의 견지로 배치되는 것이 통례였다고 한다.

권지(의 지위)는 확정된 정식의 관직을 받기 위한 사전적 절차로서 임시적 성격을 갖는다. 그런데 권지의 지위를 지금의 시보의 지위에 바로 대입하기에는 주저된다. 왜냐하면 국가공무원법 제29조상의 시보임용에 따른 시보공무원은 정규공무원과는 분명히 대비되기 때문이다.⁶⁴⁾ 즉, 정규공무원의 선발과정의 일환으로서 시보임용이 행해지기 때문에, 일종의 임시(예비)공무원으로서의 시보는 비록 신분상 불리한 처분에 대해 소청심사를 청구할 수 있긴 하나, 정규공무원에 대한 신분보장규정이 그대로 적용되지 않는다.⁶⁵⁾ 동조 제3항은 이를 분명히 확인하고 있다. 반면 권지는 그 지위가 임시적이긴 하나, 이는 보직차원에서 그렇다는 것이지 그 관리로서의 신분이 그런 것은 아니다. 즉, 그는 품계를 부여받은 정식의 관리이긴 하되, 정식의 벼슬자리(관직, 보직)로 나아가기 전의 수습에 머문 것이라 하겠다. 그런데 국가공무원법 제29조가 예정하고 있는 시보임용을 비교해 본 즉, 승문원 등과 같은 특정 부서에서 관료로서 출발하기 위한 견습을 갖는 점이 특이하다. 한편 근무성적이 불량한 자에게 일정한 불이익한 조치를 취할 수 있는 제도적 장치를 마련 한 점은 국가공무원법 제29조 제3항에 비견할 수 있다.

한편 처음 과거에 급제하거나 새로이 관직에 나아간 자를 신래(新來)라고 하는데, 이들은 분관의 선배들에 의한 일종의 통과례절차(免新禮)를 밟지 않으면 아니 되었다고 하는데, 가끔 신입생이나 신입사원에 대한 혹독한 신고식이 뉴스거리가 되곤 하는데, 조선조의 그것도 이에 못지 않았다고 한다.⁶⁶⁾ 그리고 과거에서 같은 해 같은 과에 합격한 동기생들은 동방급제(同榜及第)라

63) 시대에 따라선 예문관까지 포함하여 4관을 분관에 넣는다.

64) 한편 일본의 경우 시보제도를 두지 않고 6개월간의 조건부 임용제도를 운영하면서, 동기간중에는 신분보장 및 불이익심사청구권도 인정하지 않는다. 일본국 국가공무원법 제59조, 제81조 참조.

65) 김중양·김명식, 앞의 책, 204면 이하 참조.

66) 이에 관해선 박홍갑, 앞의 책, 164면 이하 참조.

하여 유대를 돈독히 하였는데, 장유유서의 기본질서아래에서도 나이를 불문하고 동기생들은 친구가 되었다고 한다.

8. 당하관의 신규임용에 관한 인준(認准)절차 - 署經

(1) 조선조의 법제

사헌부의 감찰, 각도의 도사, 각지방의 수령을 처음 임명할 경우에는 비록, 4품 이상이라 할지라도 모두 서경하여야 한다. 내외4조·처4조 및 당자에 대한 전과 유무를 조사한다. 일찍이 시종관 및 당상관을 지낸 사람은 제외한다. 5품이하의 대관 및 종부시의 관원도 또한 서경을 한다.

臺官(사헌부·사간원 관원의 통칭)을 서경함에 있어서는 양사에서 3인씩 출석하여야 하고 3인의 출석을 얻지 못하면 비록 2인씩 출석하더라도 이를 품주하여 거행하되 양사에서 일제히 회합되어야 이에 서경을 하며, 감찰·도사·수령을 서경함에 있어서는 양사에서 2인씩 출석하면 거행하되, 비록 양사에서 일제히 회합되지 못하였다 할지라도 어느 1사에서 인원이 갖추어졌으면 먼저 거행한다. 구체적으로 정6품인 감찰의 경우 먼저 사헌부에서 심사하여 아무 결함이 없음을 인정하고 동청(登廳)하여 집무하기로 허락된 후에 양사에서 이를 서경하는데, 만약 감찰을 임명할 때에 이미 서경을 거쳤으면 도사·수령의 직에 처음으로 임명된다 하더라도 서경을 요하지 아니하지만, 반대로 수령을 임명할 때에 비록 이미 서경을 거쳤다 할지라도 감찰에 처음으로 임명할 경우에는 다시 서경을 거쳐야 한다.

3차례나 서경을 요구하여도 통과되지 못하면 해임한다. 그런데 임명사령서(告身, 職牒)가 공무상의 사고 이외의 원인으로 50일이 경과되도록 署經을 거쳐 나오지 아니한 경우에는 임금에게 품주하여 아뢴다.

(2) 검토점

당하관을 처음 임명함에 있어서 왕의 명령이 있으면 이조에서 당자의 성명과 내외 4조 및 처4조를 기록하고 사헌부·사간원(이를 양사라 함)에 대하여 그 가부에 관한 의견을 묻는다. 양사에서는 임용후보자의 4조와 본인의 하자(흔, 痕)⁶⁷⁾유무를 조사하고 하자가 없음이 판명되면 양사의 관원이 공동 서명하여 동의함을 표시하는 바 이를 서경(署經)이라 한다. 고려조에는 1품부터 9

67) 이는 허물을 의미하는데, 가계상의 결함 즉, 문벌과 혈통상의 그것을 일컫는다.

품까지의 모든 관리들을 대간에서 서경하였으나, 조선조에선 - 태종-세종대에 한 차례씩 1품-9품의 모든 관원을 서경하도록 바뀐 때가 있었으나 - 대부분 5품이하의 관리에 대해서만 서경하였다. 이조에서는 이러한 동의를 얻어야 비로소 사령서를 발급한다. 이 署經은 당하관의 처음 임명시 행해지는 일종의 신원조사절차에 해당한다. 그런데 서경은 신원조사절차의 의미에 더해서 아니 그것보다도 임명동의를 통한 일종의 권력견제기능을 수행한다. 왜냐하면 그것을 담당하는 기관은 양사(사헌부와 사간원)이 제도적으로 권력견제권한을 행사하는 기관이기 때문이다. 다시 말해 서경은 관리의 주된 임용기관인 이조의 임명권행사에 대한 필요적 사전절차인 동시에 이조 및 정승의 권력행사견제의 출발점이기도 하다. 요컨대 서경제도는 인사에서 왕권을 강화하는 촉매제이다. 왜냐하면 이를 통해서 당상관의 인사를 왕이 장악함과 아울러 인사권이 왕에게로 집중되었기 때문이다.

서경은 양사간에 충분한 협의를 통한 의사결정으로 행해지는 점이 특이하다. 나아가 사헌부의 정6품 감찰의 경우에도 양사의 서경을 필요로 하되, ‘만약 감찰을 임명할 때에 이미 서경을 거쳤으면 도사·수령의 직에 처음으로 임명된다 하더라도 서경을 요하지 아니하지만, 반대로 수령을 임명할 때에 비록 이미 서경을 거쳤다 할지라도 감찰에 처음으로 임명할 경우에는 다시 서경을 거쳐야 한다’는 점에서 다른 직에 비하면 서경의 의미가 가중적이다. 한편 서경을 거친 뒤에 임명사령서(고신, 직첩)이 교부되기에, 서경을 관리임명의 성립요건인지 아니면 그것의 사후승인인지가 논란이 될 수 있다. 관리임명권이 이조를 통한 왕에게 있다는 점을 감안한다면 서경의 의의는 후자에 있다. 세 차례의 서경요구가 무위로 돌아가면 해임하도록 규정하고 있는 점이 이를 확인한다. 다만 지금의 임용장에 해당하는 사령서의 교부를 임명의 요식행위이자 유효요건으로 본다면,⁶⁸⁾ 서경의 의의는 최종 임명의 성립요건에 해당할 수 있다.

국가공무원법 第19條 제1항에 의해서 國家各機關의 長은 그 所屬公務員의 人事記錄을 作成·維持·保管하여야 한다. 그리고 ‘공무원인사기록및인사사무처리규칙’(일부개정 1993.11.15 총리령 제439호) 제6조 제1항에 의하면, 임용권자는 소속공무원에 대한 제4조 및 제5조에 의한 인사기록을 작성·유지·보관(보존을 포함한다. 이하 같다)하여야 한다. 조선조 때도 지금의 인사기록과 비슷한 政案(정안)을 두었는데, 이는 현직 관원과 전직 관원의 성명, 경력 등을 상세히

68) 행정법의 통설은 임명은 요식행위가 아니므로 임용장의 교부는 유효요건이 아니라고 본다. 이에 관해선 김남진·김연태, 앞의 책, 203면.

기록한 대장으로서 문관은 이조에, 무관은 병조에 비치하였다. 이 정안은 관리들의 가계, 이력, 자질, 업적 등에 대하여 개인별로 우열함을 적어 놓은 문건으로서, 문무관리들에 대한 도목정사(都目政事)를 진행할 때 참고로 이용된다.

9. 임용상의 품계부여 - 科階

(1) 과거급제자에 대한 품계

문관과거(문과)의 갑과(甲科)⁶⁹⁾에 급제한 제1인(1등)에게는 종6품을, 그 나머지는 정7품을 주고, 을과(乙科)는 정8품을, 병과(丙科)는 정9품을 준다. 한편 원래 품계를 가지고 있던 자가 급제한 경우, 갑과 제1인으로 급제한 사람에게는 4계급을, 그 나머지는 3계급을 올리되, 당하관의 최고품계에 있던 사람(階窮)⁷⁰⁾은 당상관에 승진하며, 을과에 급제한 사람에게는 2계급을, 병과에 급제한 사람에게는 1계급을 올리되, 당하관의 최고 품계에 있던 사람은 준직에, 준직에 있던 사람은 당상관에 승진한다. 한편 원래 품계를 가진 사람으로서 갑과에 급제한 제1인에게 올려주는 품계와, 원래 품계없이 갑과에 급제한 제1인에게 당연히 주어야 하는 품계(종6품)가 서로 같거나(相等) 이에 미치지 않는(不及) 경우에는 당연히 주어야 하는 품계에 한 계급을 더 올려준다.⁷¹⁾ 그리고 나이가 50세에 달한 사람은 분관(分館)한 후에 6품으로 승급하고, 아울러 功臣의 嫡長, 五衛의 당하정 3품인 상호군(上護軍)으로서 과거에 급제하였다면, 참외(參外)는 6품으로 승급하고, 참상(參上)은 한 품계를 올린다. 또한 과거에 급제하기 전부터 이미 五衛의 사과(司果)의 체아록(遞兒綠⁷²⁾을 받은 자는 6품으로 승급하고, 과거에 급제하여 10년을 경과한 자는 연석(筵席)⁷³⁾에서 품주하여 6품으로 승급한다.

한편 무과합격자는 문과의 규례대로 벼슬을 시키되 별시위 및 훈령원 권지로 나누어 임명한다. 그리고 역과에서 1등으로 합격한 사람은 종7품을 주고, 2

69) 과거에 급제한 사람을 갑·을·병 3과로 구분하여 갑과3인, 을과7인, 병과23인 합33인을 정원으로 하고, 갑과의 제1인은 장원(壯元), 제2인은 방안(榜眼), 제3인은 탐화랑(探花郎)이라고 한다.

70) 당하 정3품 通訓大夫를 일컫는다.

71) 품계가 상등하다는 것은 가령 제1인자의 원품계가 종8품인 승사랑(承仕郎)인 경우이고, 품계가 불급이란 것은 원품계가 정9품인 종사랑(從仕郎)인 경우를 의미한다.

72) 사과의 체아록=사과는 5위의 한 직명이며, 원래 5위에는 직명만 있고 사무가 없기 때문에 이 직위에 임명된 자는 6개월간 녹봉을 받게 한 후에 교대하고 이를 체아록이라고 한다. 다만, 사과직에 있어도 녹봉을 받지 못하는 사람도 있다.

73) 임금과 신하가 모여 諮問奏答하던 자리를 말한다.

등은 종8품, 3등은 종9품을 준다. 음양과(陰陽科)·의과(醫科)·율과(律科)에서 1등으로 합격한 사람은 모두 종8품을, 2등은 정9품, 3품은 종9품을 준다.

(2) 신분에 따른 최고 품계

양첩(良妾)과 천첩(賤妾)의 자손은 그 품계를 한정하여 敍用한다. 문관이면 교서관에 예속하고 무관이면 부장·수령의 후보자로 할 수 있음은 전례에 따라 개정되지 아니하였으나 능·전·묘·사·종부시·오상사의 낭관과 감찰, 의금부·오부의 도사, 도총부의 훈련부정에는 문관참상으로 허용되지 아니하고 호·형·공 3조에만 허용되며, 당해관사의 판관이하에는 비록 무관 또는 음관이라도 관계 없고, 문관참상의 직강과 무관참상의 중추부의 배속 및 우후의 임용에도 또한 허용되나 오위장에는 문관·무관·음관 모두 구애되지 아니하며, 문·무 당하관은 부사에 한하고 당상관은 목사에까지 허용하며, 생원·진사 음관출신은 군수에까지 한하되 치적이 있으면 부사에까지 허용하고 생원·진사 및 통례원의 인의 출신이 아닌 사람은 현령에 한하되 치적이 있으면 군수에까지 허용한다. 학식과 행장이 탁월하고 재질과 정치 능력이 현저한 자는 특례로 발탁하여 임용하되 묘당과 이조에서 품주하여 재가를 받아야 하며 병조에서도 이와 같이 한다.

(3) 노인특별품계승진절차 - 노직(老職)

종반(宗班)⁷⁴으로서, 부수(副守) 이상은 나이가 80세에, 봉군한 사람의 부친은 나이가 70세에 달하면, 정3품 통정대부 이상의 품계를 올려준다. 종친부에서는 매년 연초에 해당자를 조사하여 이조에 통보하고, 법으로 당연히 정3품 통정대부이상의 품계를 올려주어야 할 자는, 비록 입춘이후에 그 연령에 해당된다 할지라도 이는 생년의 나이를 따라 한다.

조관(朝官)⁷⁵은 나이가 80세에, 일반백성인 사서인(士庶人)은 나이가 90세에 달하면, 정3품 이상의 품계를 올려준다. 따라서 서울의 5부(五部) 및 각 읍(邑)은 한성관윤과 관찰사에 보고하여 새해가 되기 전에 글로 아뢰고(啓聞), 연초에 이들 노직에게 품계를 올려 주도록 품신한다. 그리고 선비나 무인의 집안 즉, 士族

74) 임금의 본성친족을 말한다.

75) 사부(士夫)는 일명(一命)¹⁾ 이상, 중인과 서열인 중서(中庶)는 동반과 서반의 정직을 역임, 내시인 중관(中官)은 관직에 나아가 녹봉을 받는 자를 말한다. 여기서 一命에서의 명은 관등을 표시한 것이다. 중국 주나라 제도에 1명에서 9명까지의 등급을 정하고 있었으므로 이를 인용하여 처음 관직에 출사함을 一命이라 한다.

의 부녀는 나이가 90세에 달하면 봉작(封爵)한다. 아울러 그 남편과 어머니는 그 아내로 인하여 증직(贈職)⁷⁶⁾할 수 있다. 이 또한 한성부와 각 도에서 새해가 되기 전에 이를 계문한다. 상천(常賤)에게 주는 노직으로서는 종1품 승정대부는 허락하여 주지 아니한다. 그리고 나이가 80세 이상이면 양인·천인을 막론하고 한 품계를 계수하며, 원래 품계를 갖고 있는 자에게는 한 계급을 올려 준다.

(4) 검토점

조선조의 품계(관계)와 관직은 오늘날의 무엇에 해당하는가? 오늘날 ‘임명’과 ‘보직’은 구별된다. 전자가 특정인에게 공무원으로서의 신분을 부여하며, 공법상의 근무관계를 설정하는 행위라면, 후자는 공무원의 신분을 취득한 자에게 일정한 직위를 부여하는 행위이다. 임명에 당연히 보직이 수반되지는 않는다. 일반직공무원의 계급구분을 보자면, 계급은 1급 내지 9급으로 구분되어 있으며, 그 직명은 행정직의 경우 1급을 관리관, 2급을 이사관, 3급을 부이사관, 4급을 서기관, 5급을 행정사무관, 6급을 행정주사, 7급을 행정주사보, 8급을 행정서기, 9급을 행정서기보로 규정하고 있다(공무원임용령 제3조 제1항 별표1). 조선조에선 직함(職銜)을 부여함에 있어선 품계(品階)⁷⁷⁾를 먼저 하고 그 다음에 관사(官司)를 그 다음에 職名을 쓰되, 종친·충훈·의빈부의 당하관은 관사를 칭하지 못하고, 영사와 같은 류는 관사의 위에 領字를 둔다. 또한 품계는 높고 직위가 낮으면 行職이라 하고 품계는 낮고 직위가 높으면 守職이라 칭한다.⁷⁸⁾ 여기서 품계의 본질 및 그것과 관직과의 관계를 살펴볼 필요가 있다. 조

76) 현직고관의 부·조부·증조부에게, 또는 효자·충신·학행이 있는 사람의 죽은 후에 관직과 품계를 추증하는 것임.

77) 이 시대는 문무백관을 동·서양반으로 나누고 그 등급을 정1품에서 종9품까지 18계급으로 구분하여 이를 관품 또는 품계라고 하며 이러한 품계에 승진함을 승품 또는 가자라고 한다. 이러한 18개 등급 중에 당상·당하로 대별하고, 또 당하관 중에서 참상과 참하로 구분한다. 정3품 통정대부이상은 당상관, 같은 정3품 통훈대부이하는 당하관이라 하며, 그중 6품이상은 참상, 7품이하는 참하라고 한다.

78) 관품·관사·관직과 성명의 순서로서 관원의 지위를 표시하는 것이다. 그 예로서 영의정인 경우에는 “대광보국 승록대부(관품) 의정부(관사) 영의정(관직) 수모(성명)라고” 칭하는 것이며 영자를 관사위에 둔다는 것은 경연 또는 춘추관의 영사를 “경연영사” 또는 “춘추관영사”라고 하는 것이 아니고 영자를 관사위에 두어 “영경연사” 또는 “영춘관사”라고 한다. 그리고 행직 또는 수직인 경우의 직함에는, 각 관사의 장관은 일정한 품계를 갖는 자로서 임명함을 원칙으로 하고 있는 바, 책임자가 없을 경우에는 품계가 상등하지 아니한 자를 임명하고 이를 행직 또는 수직이라 한다. 그 예로서 종1품 승정대부인 자가 관제상 정2품관인 이조판서에 임명된다면 이는 “승정대부 행이조판서”라고 하며, 이와

선왕조의 개창과 더불어 지배층의 규모가 확대되었지만, 관직의 수는 그 만큼 늘지 않았다고 한다. 그리하여 제한된 수의 實職으로는 지배층 전체를 포괄할 수 없는 실정이어서 새로운 사회편제의 기준을 확립하기 위한 노력으로, 관계를 관직에서 분리 독립시켜 이를 관서, 관직, 관원을 편제하는 기준으로 삼았다.⁷⁹⁾ 가령 당상관 여부의 기준이 官職에서 官階로 바뀌었다. 물론 實職의 비중이 그로 인해 낮아진 것은 결코 아니다. 그리고 行守法의 시행은 관원의 관계와 관직의 관계가 같아야 한다는 통념의 반증하는 것인 동시에 양자의 구분을 전제로 하는 것이다. 이런 사정을 고려한 즉, 조선조의 관계(품계)는 관리로서의 신분과 관련있는 반면에 관직은 담당업무를 처리하기 위한 직위와 관련있다고 봄직하다. 다시 말해 전자의 부여를 오늘날의 공무원의 ‘임명(임용)’에, 후자의 부여를 ‘補職에 비견할 수 있다.

한편 과거급제자에게 품계를 수여함에 있어서 나타난 뚜렷한 사실은 문과에 비하면 잡과출신에 대해선 매우 품계가 낮았다는 점이다. 이들 과거는 양반이외의 신분까지도 응시할 수 있기에 당연한 제도적 마련이다. 조선조 때 통상의 승급절차는 일정한 재직기간의 경과, 일정한 추천절차 및 ‘6품강’과 같은 일정한 시험절차를 거친다. 그런데 과거급제자에게 여러 단계의 승진을 부여한다는 점에서 과거제도는 그저 관료의 신규임명의 차원에서만 머문 것이 아니라, 특별승진임명의 통로로서도 기능한다. 즉, 관리로서 이미 재직하고 있는 자는 과거를 통해 부단히 자기를 Up-grade시킬 수가 있다. ‘6품강’을 제외하고 선 지금과 같은 승진시험을 따로 규정하지 않은 조선조 땐, 과거제도가 일종의 승진시험의 역할을 하였다고 하겠다. 대가제의 시행으로 이미 품계가 상당한 지경에 이른 음관으로선 어떻게 하든 홍패(紅牌)⁸⁰⁾를 획득함으로써 기왕의 품계에서 월등하게 승급할 수 있었다. 과거제의 이런 비약승진시험적 성격으로 말미암아 당연히 그것의 역기능, 마치 지금의 사법시험 열풍처럼 관리들의 과거몰입이 지적될 수 있다. 하지만 반대로 이것이 조선조 전반을 ‘송문주의’(崇文主義)의 지배하에 둔 결정적인 계기가 된다 하겠다. 아울러 관료제에 따른 위계질서를 고수하기 위하여 먼저 관직에 들어선 선진자(先進者)를 만나면 반드시 뜻을 굽혀 예를 갖추고 그의 지시를 따르도록 하였다고 한다.

반대로 종2품 가선대부인 자가 정2품홍문관 대제학에 임명된다면 이는 “가선대부 수 홍문관대제학”이라고 한다.

79) 이런 사정에 관해선 남지대, 앞의 글, 145면 이하 참조.

80) 문과의 會試에 급제한 사람에게 내어 주는 붉은 종이에 쓴 教旨인데, 다음 아닌 문과합격증이다.

限品敍用이란 일정한 품계까지 제한하여 그 이상의 품계로는 더 이상 승급시키지 않는 제도이다. 이 한품제도는 과거 신라때의 골품제에서 보듯이 삼국시대부터 시작하여 고려조를 거쳐 조선조까지 이어 내려와 경국대전 역시 이를 제도화하였다. 그런데 경국대전상의 한품서용은 한품제도 일반에 대한 것이 아니라 관료계층내부의 庶子에 국한된 것이다. 그리하여 이 한품규정은 관료계층의 서자를 억압하기 위한 것이 아니라, 반대로 그들에게 벼슬길을 열어주기 위한 것이라고 한다.⁸¹⁾ 이 점은 고려조와는 달리 모계가 천인인 경우에 비록 품계의 상한은 있을지라도 출사의 길이 원천 봉쇄되진 않았기 때문이다. 한편 경국대전에 2품이상인 관직을 갖은 사람의 첩자손은 사역원, 관상감·전의감, 내수사, 해민·도화서의 주학·율학에만 허용하여 그 재질에 따라 서용하도록 되었으나, 대전통편(大典通編)에 따라서 이들도 과거를 거쳐 벼슬할 수 있는 길이 열리게 됨으로부터는 사역원 이하의 관서에만 서용하던 법이 폐지되었으되, 오직 관상감에는 아직도 사족의 서자손을 서용하고 있었다. 다만 예외적으로 한품서용을 배제할 수 있는 가능성도 열어 두고 있으되, 묘당과 이조에서의 품주를 거치도록 함으로써 협의적 의사결정과정을 여전히 견지한다. 한편 기본성격은 다르지만 오늘날의 기능직 공무원의 경우 5급이 최고계급인 것도 이런 관점에서 파악할 수 있다.

조선왕조는 유교윤리상 연장자를 경대하는 의례를 존중하고, 또 이를 장려하는 견지에서 제도적으로 일정한 연령에 도달하면, 신분의 여하를 막론하고, 제한된 관등의 품계를 제수하고, 이를 노인직 또는 노직이라 한다. 고려조에 없던 노인직 제도가 조선조에 경국대전에 법조문의 형식으로 제도화된 데는 조선조의 정치체제의 근간인 유교에서 비롯된 바 크다 할 것인데, 한편에선 이른바 ‘어진’정사를 표방하면서 백성들에게 통치에 대한 환상을 조성하기 위함이라는 지적도 있다.⁸²⁾ 최근 논란이 되는 효도특별법의 출발점으로서 노인직의 존재를 삼을 만하다.

10. 참서관이상의 승진과 강임절차

(1) 조선조의 법제

6품 이상은 그 승급에 있어서 품계를 초월한 후에는 다른 관직에 통용(임명)하지 아니하고, 7품이하 참외(參外)-參下-는 그 승급에 있어서 6품까지를

81) 윤국일, 『신판 경국대전』, 신서원, 1998, 132면 주111)참조.

82) 윤국일, 앞의 책, 141면 주129) 참조.

한하여 통용한다. 만약 수령의 준직(準職)⁸³⁾에 임명할 자가 5·6품에 있을 경우에는 먼저 4품을 제수한 후에 준직을 제수한다. 臺官을 다른 관서의 차석에, 蔭官을 바로 군수에, 파격임명하지 못한다. 무신인 兵使의 경우도 마찬가지이다. 삼사아장(三司亞長)⁸⁴⁾인 사헌부의 집의(執義), 사간원의 사간(司諫), 홍문관의 전한(典翰)은 그 최고품계(종3품)에 도달한 경우에는 왕명을 받아 準職에 추천(奏薦)한다. 그리고 품계상으로 堂下 정3품인 봉상시(奉常寺)·종부시(宗簿寺)의 長인 正과 승문원(承文院)의 판교(判校), 통례원(通禮院)의 좌통례(左通禮)는 재임기간 30개월이 만료되면 당상관으로 승급한다. 그런데 당하관으로서 최고 품계에 도달하였으나 준직에 임명되지 아니한 자는 당상관에 승진을 불허하지만, 묘당에서 추천한 사람은 예외로 한다. 그리고 승급하라는 명령을 받은 자가 준직에 있지 아니하고 최고품계에 달하지 아니하면 이를 품주하여 비지(批旨)⁸⁵⁾를 받아서 시행한다.

치적이 훌륭하고 빈민과 재민 구호에 특수한 업적이 있는 名官으로써 당연히 종2품인 가선(嘉善)에 승급되어야 할 사람도 묘당에서 논의한 후에 임금에게 그 결과를 보고한다(覆啓). 종2품인 가선대부(嘉善大夫) 이상의 관원은 그 품계를 변경하여 초월하지 못한다. 그리고 정2품 이상의 관직인 의정부의 참찬(參贊), 6조의 판서, 한성부의 판윤 등과 같은 정경(正卿)을 역임한 사람이 아니면 정1품 보국대부으로 품계를 높이는 것(가자, 加資)을 허용하지 아니한다. 반면 정1품의 관직을 가진 사람에게는 종2품인 관직에 강등하여 임명하도록 奏薦하지 못한다. 아울러 대사헌인 경우에는 종1품의 작위를 가진 사람 역시 강등하여 임명하도록 추천하지 못한다. 이미 4품의 관직을 역임한 사람에게는 이조와 병조의 낭관에 임명하도록 추천하지 못한다. 그리고 이·호·예·병·형·공조의 6조, 사헌·사간의 양사(兩司)와 의정부에서 우위(右位)의 직에 있었던 사람에게는 보다 下位의 직을 제수할 수 없는데, 다만 다른 官司의 관원의 경우는 그렇지 아니한다. (정1품에 해당하는) 보국승록대부의 작위를 가진 관원은 大臣과 아문(衙門-관청)을 같이하지 아니한다.

정2품인 의금부의 知事를 한 품계 승급하면 종1품인 判事가 되는데, 이는 사전에 재가를 받아야 한다. 도승지로서 정2품인 자헌대부의 품계에 승급하면 겸직 도승지가 됨으로 이는 사전에 재가를 받는다.

83) 정3품 당하관직을 말함. 혹은 이 품계에 상당한 관직을 준직이라 함.

84) 사헌부·사간원·홍문관의 차관을 말한다.

85) 신하의 상주에 대하여 왕이 화답한 뜻.

(2) 검토점

조선조의 관리의 승진절차에서 두드러진 특징은 위계질서를 존중하였다는 점이다. 6품이상의 참상관과 7품이하의 참하관을, 당상관과 그 이하인 당하관을 엄격히 구분하여 논하였다. 따라서 6품이상의 참상관의 경우 중간관리로서 그 직의 전문성을 유지하기 위해서 다른 부서에서의 승급자가 바로 올 수 없게 함과 동시에, 후술하듯이 참상관으로의 승진은 특별한 절차를 거치도록 하였다. 그리고 몇 품을 바로 뛰어 넘는 식의 파격승진이란 원칙적으로 배제되지만, 차상의 품계를 거치는 식의 (파격)승진은 허용된다. 원래 경국대전에 의하면 7품 이하는 2계급을 초월하지 못하였지만, 전율통보시행 당시에는 受敎 등에 의하여 적용하지 아니하였다. 다만 6품 이상은 3계급을 초월하여 수직하지 못하였다.

그리고 정식의 품계에는 없지만 준직(準職)제도를 두어서 최고의 당하관인 정3품의 당하관외에도 3품의 당하관을 두었다. 이 준직제도는 소수의 특권적 관료계층의 관직독점을 보장하기 위한 당상관과 당하관의 차등을 엄격히 설정하고, 당상관인 정3품의 관직을 한정한 데 따른 소산이다. 심지어 정3품의 품계에서도 위로 통정대부, 아래로 통훈대부의 두 품계가 있어서 전자부터 당상관을, 후자까지 당하관으로 보하였으며, 당상관과 당하관 양자간에는 현저한 위계상 엄청난 차이를 두었다. 가령 전자의 경우엔 망건에 옥관자를 붙이고 ‘영감’이란 존칭을 받지만, 후자의 경우엔 까막관자를 붙이고 ‘나으리’라고 밖에 불릴 수 없다고 한다. 준직은 양자간의 일종의 중간점에 해당한다. 속대전에선 준직을 거치지 않고선 당상관으로 승급될 수 없다고 하였지만 경국대전은 이미 정3품의 당하관에 보하는 봉상시의 최고 수장인 正 등의 경우에는 준직없이도 당상관으로 승급하는 것을 허용하였다. 그리고 당상관의 경우에도 함부로 품계를 변경 승급시키지 못하도록 하였다. 한편 조선조의 유교관료제는 위계질서가 강조되기에 몇 단계를 초월하여 승급한다는 것은 애초에 기대될 수 없는데, 다만 10년에 한번 씩 당하관 이하의 문신과 무신들을 대상으로 승진시험에 해당하는 중시(重試)를 실시한다. 이 시험에 합격한 자는 당상 정3품의 품계로 올려 주었다.

한편 조선조의 공무원관계에서 주목할 사항은 고위관직을 가진 자로 하여금 하위의 관직을 맡게 하는 강임(降任)이란 원칙적으로 허용되지 않았다는 점이다.

그런데 조선조 관리의 승진에서 주목을 끄는 것은 품계승진과 동시에 다른

관직에 임명할 수 없게 만든 점이다. 반면 현행 공무원법은 1급으로의 승진임용의 경우엔 2급 공무원의 직군·직렬에 무관하게 적격자를 임용·임용제청할 수 있는 반면에 2급과 3급으로의 승진임용의 경우엔 동일 직군 내의 바로 하급 공무원 중에서 임용·임용제청할 수 있다. 그리고 이밖의 승진임용의 경우엔 동일 직렬의 바로 하급공무원 중에서 임용한다.

11. 참서관으로의 승진절차

(1) 조선조의 법제

6품의 고강에는 4書와 3經중에 각각 스스로 원하는 1書を 선택하고 이를 보고 읽게 하여 두 책을 모두 통독하지 못하면 파면하고, 한 책을 통독하지 못하면 그 다음의 도목정사때에 다시 강독하게 한다. 수령의 고강(考講)에는 4書 및 스스로 원하는 1經과 대명률·대전통편을 읽게 하여 셋 책을 통독하지 못하면 파면하는데, 1책을 통독하지 못하고 두 차례나 강독에 응하지 아니한 사람, 2책을 통독하지 못하고 한 차례 강독에 응하지 아니한 사람, 세 차례나 병으로 강독에 응하지 아니한 사람 역시 마찬가지로 파면한다. 그러나 처음 임관할 때에 명령을 받은 사람에게 차차 승급하여 서임하라는 명령이 있으면, 수석 直長은 비록 6품관에 시행하는 고강을 거치지 아니하였다 할지라도 특별 교시에 따라 6품으로 승급하는 예에 의하여 본 규정을 적용받지 아니한다.

음관을 마땅히 6품으로 승급시켜야 하고, 수령에 임명하고자 하는 사람에게 는 모두 서경⁸⁶⁾의 강독을 考査한 후에 비로소 재직일수를 계산한다. 그런데 생원·진사 및 경학에 능통하고 덕행이 있기 때문에 추천을 받은 사람(특별추천에 의하여 관공직에 종사한 사람은 예외로 한다)으로서 바로 6품에 승급한 경우에는 모두 6품의 고강(考講)을 면제한다.

(2) 검토점

“6품의 고강(考講)”이란 서경의 강독을 고사하는 것인데, 이는 참서관이 참서관으로 승진할 경우에는 치를 시험이다. 수령에 임명할 경우에도 6품강과 마찬가지로 “수령강”을 치러야 한다. 조선조 때 매년 6월과 12월 두 차례 관원

86) 서는 대학·중용·맹자·논어의 4서이며, 경은 시전·서전·주역의 3경인 바 이를 합칭한 것임.

의 성적을 고사하여 근무평정을 하는데(포폄, 褒貶), 이와 병행해서 참하관이 참상관으로 승진함에 있어선 특별한 시험절차인 6품강을 두고 있다. 이 같은 6품강은 관리승진에서 일종의 중간 고비점에 해당한다고 하겠는데, 지금 공무원법제에서 6급인 행정주사에서 일종의 관리직인 5급 사무관으로의 승진절차를 여기에 대입시킬 만하다. 종전 국가공무원법은 5급 공무원으로의 승진에 대해서 승진임용의 일반기준과 원칙을 충족함과 더불어 반드시 昇進試驗을 거치도록 하였는데, 5급승진에서의 이런 승진시험강제는 '6품강'에 비견될 수 있다.⁸⁷⁾ 반면 6급 내지 8급으로의 승진임용에선 일부가 승진시험을 적용하고 대부분 심사승진을 택하고 있다. 1급 내지 3급으로의 승진임용이 심사승진으로 행해지는 점을 감안한다면, 관리직의 출발인 5급 사무관으로의 승진마저 심사승진의 길을 열어 준 것이 과연 바람직스러운지 검토가 필요하다. 오히려 조선조의 6품강의 체제를 본받는 것이 요망된다. 승진방법상의 차이점이 직책상의 구분을 위한 착안점이 된다.

12. 면직·전임(절차)의 완성절차이자 직무상의 책임소멸절차로서의 해유(解由)

(1) 조선조의 법제

관직을 제수한 자에게는 해유(解由)⁸⁸⁾를 고찰하여야 하되, 제주목사는 이에 적용을 받지 아니한다. 해유첩(解由牒)이 출급되지 아니한 사람에 대해선 實職의 임명을 추천하지 못하는데, 겸직인 경우에는 무방하다. 그러나 찰방(察訪)⁸⁹⁾을 겸임할 경우에는 그렇지 아니한다. 그리고 수령이 다른 고을에 轉任되고 그 전임 고을로부터 해유첩이 제출되지 아니한 때에는 또 다른 고을로

87) 그러나 승진시험의 준비에 따른 공무원의 심리적 부담, 업무효율의 저하, 대민서비스의 소홀 등의 부정적 측면으로 인하여 1994.12.22. 국가공무원법을 개정하여 필요시에 승진심사위원회의 심사에 의한 승진임용의 길을 열어 두었다. 반면 외무공무원의 경우 1997.7.21 개정된 외무공무원임용령 제15조 제2항은 5급으로의 승진임용을 심사승진의 방법으로만 행할 수 있게 규정하였으나, 2001.6.30. 전문개정을 통해 관련규정을 삭제함으로써 이제는 일반 국가공무원법의 관련 규정이 적용될 수 있게 되었다. 외무공무원법 제30조 참조.

88) 물품출납에 관한 책임의 면제를 뜻하는 것. 각 지방관은 금전·물품의 수납과 지출을 행함으로 이에 대한 장부를 신임관에게 인계하고 호조에 보고하면, 호조는 이를 조사하여 결점이 없으면 이조에 통지하고 그 책임을 해제시킨다. 이러한 책임해제의 증명서를 해유첩 또는 해유장이라고 한다.

89) 지방관의 하나로서 각도의 역참을 관장한다.

전임하지 못한다. 해유첩의 유무를 불구하고 임명하는 경우는 임금으로부터의 특교(特敎, 特旨)를 막론하고 해당 관직에 계청(啓請)⁹⁰한 외에는 奏薦하지 못한다. 품계를 초월하여 지방관으로는 임명하지 못하되, 종5품인 도사(都事) 및 급료를 지급하는 변방의 관직의 경우에는 예외로 한다.

(2) 검토점

‘해유’란 국가공무를 집행하는 관원으로서 그 재임기간 중 모든 책임 사유를 임기만료일에 일정한 검열을 거쳐 해제시켜주는 것을 의미한다. 관원이 교체될 때에, 전관(前官)은 소관서류 및 문서와 장부(文簿)를 후관(後官)에게 인계하고, 문관은 이조의, 무관은 병조의 입회하여 그 임기 중 물품의 출납, 보관 상황, 현 재고량 등을 일일이 검열하여 완전하게 결함이 없는 다음에, 이·병조에서 책임해제의 증명서인 해유장(解由狀)을 호조에 이송하면 호조에서 이를 원본에서 베껴(등사하여) 본인에게 교부함을 순서로 하였다. 이 해유장을 받지 못하면 다른 관직에 전보될 수 없거니와 만약 특명으로 전보되어 공무를 수행중이라 할지라도 전직의 해유장이 교부될 때까지 녹봉을 받지 못하게 되어 있다. 물품을 대조함에 있어서 원장의 현 재고를 별도로 초록하고, 창고의 현품과 하나씩 대조하여 다름이 없는 것은 X표로 지워버린다. 처음부터 끝까지 다 지워버리면 완전무결한 표시가 되는 것이며, 이를 효주(爻周)라 하고, 말소의 의미를 지닌 이 효주를 필하여야 해유장이 교부된다. 그리하여 중앙에 상납하여야 할 미·포를 일정한 수량대로 상납하지 아니하였거나, 軍丁을 정수대로 충원하지 못한 경우, 그 부족분이 많으면 해유에 지장을 받고, 적으면 감봉조치를 한다.

조선조의 관리의 임명에서 ‘고신’(직첩)의 의미는 단순한 사령장으로서의 의미에 그치는 것이 아니라, 그 임명의 성립요건에 해당한다. ‘해유장’의 의미 역시 동일하다. 전임절차의 완결이자 전임명령의 성립요건으로 보아야 한다. 이 점은 해유장이 교부되지 않은 이상 대상자는 여전히 신분상의 불완전한 지위에 놓여있기 때문이다. 조선조에서 관리임명 그 자체는 지금과 비교할 수 없을 정도로 결정적인 의미를 지녔다. 해유절차의 존재는 역설적으로 이런 점을 웅변한다. 조선조의 해유절차에 비하면, 오늘날의 ‘공무원근무사항규칙’에 따른 업무인수인계절차는 매우 단출하여 제도적 보완이 요구된다.

90) 임금에게 아뢰어 청함.

IV. 맺으면서

지금으로부터 몇 백년 아니 몇 십년 전에 과연 한반도에 지금의 우리와 비슷한 사람이 살고 있었을까? 전제국가나 절대군주국가, 전근대와 근대 등과 같은 異質的인 西歐史的 類型으로 인해 우리는 우리의 조상과는 전혀 다른 세계에서 살고 있다고 여긴다. 조선처럼 하나의 왕조가 근500년을 지탱해 온 예는 세계사적으로 매우 드물다. 한 왕조가 그런 장기간 존속하였음에도 불구하고 조선조의 많은 제도들은 그저 기억의 저편에 머물 뿐이다. 조선조에 세계에서 유례가 없을 정도로 법전의 편찬이 빈번하였음에도 불구하고 그간 이들에 대해 (오늘날의) 법학적 조명을 비추지 않았음은 분명 문제이다. 그들을 단지 마치 편년사를 기술하듯이 나열한데 그친 것을 탓하기에 앞서, 이제까지 그럴 수밖에 없었던 소이(所以)가 무엇인지 곱씹어 보아야 한다.

더 이상 조선조의 법제도가 역사상으로 멸망한 한 왕조의 잔흔(殘痕)으로 소개되어선 아니 된다. 다시 말해 조선조의 것과 오늘의 것을 단순 병렬적으로 나열하는데서 벗어나야 한다. 이들이 상호간에 조응되기 위해선, 이들이 공유하는 공통의 기본 틀이 존재하는지 여부를 검토하는 것이 우선적으로 강구되어야 한다. 이런 선행작업을 하지 않은 채 조선조의 법제와 지금의 법제를 비교한다는 것은, 마치 상호간의 존재확인에 그치는 것에 다름 아니다. 우리 조상들은 이런 것을 만들었다는 - 물론 비록 사문화된 것 일망정 - 지적은 남지만, 이는 너무 공허하다. 시간의 흐름을 거슬러 보건데, 조선조의 법제도가 분명 당시 세계사적으로 매우 선진적이었다. 비록 지금과 같은 개개의 조문화는 결여되어 있지만, 이제는 조선조의 법제도를 오늘날의 법제도의 기본 틀에서 고찰할 수 있을뿐더러 그렇게 나아가야 한다. 서구에서 부르주아인 시민과 왕간에 맺어진 타협의 소산인 (민주적) 법치국가 원리는 오늘날 국가체제는 물론 우리의 일상까지 지배하고 있다. 민주적 법치국가 원리는 그 자체 목적으로서의 의의도 갖지만, 동시에 자유와 권리를 보장하기 위한 도구이자 수단으로서의 의의도 갖는다. 권력분립주의 역시 그러하다. 조선조의 관료제를 종래의 家産制的 성격으로부터 벗어나서 자리매김하여야 한다. 이런 선행작업을 통해서, 조선조의 법제도와 지금의 그것 간에는 - 비록 시공간적 다름에 따른 다소간의 수정가능성과 수정필요성은 유보되지만 - 분명 민주적 법치국가 원리

와 근대적 관료제의 본질이 공유될 수 있음을 확인할 수 있었으며, 조선조의 공무원법제에 관한 행정법적 고찰에서 실지로 양자간의 교차점과 공통점을 찾고자 하였다. 가령 조선조의 관리에 대한 엄격한 근무평정(褒貶)과 解由節次는 오늘날에도 적극적으로 도입할 만하다. 서구 열강에 의해 마지못해 나라의 문을 연 이래로 우리는 앞만 보고 (서구사적 의미에서의) 근대성(화)을 추구하여 왔다. 과연 근대란 무엇인가? 조선조의 법제도에 스며있는, 오늘날에도 능히 통용될 수 있는 함의(含意)를 논구함에 있어서 견지되어야 할 전제는 바로, 서구사적 의미에서 근대성에서 벗어나는 것이다. 이제 조선조의 법제도를 오늘에 되살리는 첫 단추를 끼운 셈이다. 조선조의 수교(受敎)나 법전의 규정은 대부분이 국가행정기구와 그 운용에 관한 행정법이며, 여러 관청과 관리에 대한 직무상의 준칙이었다는 지적⁹¹⁾은, 조선조의 법제도에 관한 행정법적 고찰이 가일층 요구됨을 웅변한다. 따라서 다음의 연구에선 여기서의 성과를 바탕으로 가령 상피(相避)제도 등에 대해 행정법적 조명을 비추고자 한다.

91) 박병호, 『韓國法制史攷』, 법문사, 1974, 407면.

Die verwaltungsrechtliche, insb. beamtenrechtliche Überlegungen über die Ernennungsinstitutionen in der Chosun-Dynastie

Kim, Jung-Kwon*

Das heutige Beamtentum geht vom demokratischen Berufsbeamtentum. Mit dem modernen Staat hat sich schrittweise auch das Berufsbeamtentum entwickelt. Das Verwaltungsrecht ist ein Ergebnis des modernen Staats. Die Voraussetzungen für das Verwaltungsrecht im modernen Sinn entstanden erst, als es im Laufe des 19. Jahrhunderts zur Gesetzgebung der Verwaltung kam. In der Chosun-Dynastie wurden so viele Gesetzbücher veröffentlicht, und die Staatsverwaltung deshalb wurde in der Regel durch das bürokratische System geführt. Gesetzbücher in der Chosun-Dynastie stellen sich als die Schnittpunkte zwischen der absoluten Monarchie und dem Konfuzianismus dar. Auch die Gewaltanwendung vom König steht ziemlich unter der Rechtsbindung. Es gibt Unterschiede zwischen dem modernen Rechtsstaat und der Chosun-Dynastie, vor allem im Gewaltenteilungselement. Trotzdem erscheint die Chosun-Dynastie eine Art Rechtsstaat. Durch die Ernennung wird das Beamtenverhältnis begründet oder wesentlich verändert. Das gilt auch in Chosun-Dynastie. Das überkommene Berufsbeamtentum sollte wegen veränderter Situationen sich reformieren. Der nachfolgende Beitrag versucht, bedeutende Reformsansätze in vielen Gesetzbüchern der Chosun-Dynastie zu erfinden, und sie auf das heutigen Beamtentum zu beziehen.

* Professor, College of Law, Chung-Ang Univ., Ph.D in law