

# 청탁금지법과 관련한 조선시대 奔競 금지의 시사점

김대홍\*

## 목 차

- I. 들어가며
- II. 奔競 금지의 배경
- III. 奔競 금지의 조문
  1. 經國大典
  2. 續大典
- IV. 奔競 금지의 사례
- V. 奔競 금지의 시사점
- VI. 맺으며

## [국문 요약]

조선시대 ‘奔競’은 벼슬을 얻기 위하여 권세 있는 집을 분주하게 찾아다니며 청탁을 하는 것을 가리키던 말이었다. 이 글에서는 김영란법으로 세칭되고 있는 ‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(약칭: 청탁금지법)’의 시행과 관련하여 조선시대의 분경금지에 대해서 살펴보았다. 조선시대 분경금지의 배경과 경국대전 및 속대전의 분경금지 조항, 그리고 분경금지의 사례를 검토하고, 그것이 갖는 의미를 분석하였다. 조선시대의 분경금지는 청탁 금지법 제정의 계기가 된 공직자와 공무원의 신뢰회복이라는 문제의식에 있어서 시대를 넘어 공유하는 바가 있었다. 그리고 분경금지의 현실성에 대한 논란에도 불구하고 법조문이 규범력을 확보할 수 있도록 통찰력 있는 논의가 계속되었고, 그 결과물은 경국대전과 속대전에도 반영되었다. 그러나 분경금지의 사례는 분경금지의 논의가 정치적으로 이용될 수 있는 위험성도 함께 보여주었다. 조선시대 분경금지는 음식물이나 선물, 경조사비에 축소되어 인식되고 있는 현재의 청탁금지법에 대해서 그 논의의 중심이 어디에 있어야 하는지를 분명하게 보여주었다고 할 수 있다.

\* UNIST 기초과정부 초빙조교수; hislaw21@unist.ac.kr

[주제어] 奔競, 私謁, 청탁금지법, 김영란법, 부정청탁, 공익적인 목적

## I. 들어가며

지난 2016년 9월 28일 1년 6개월의 유예기간을 두었던 ‘부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률’이 본격 시행되었다. ‘청탁금지법’이라는 공식적인 약칭이 있지만, 세간에는 ‘김영란법’이라는 명칭으로 더 익숙하다. 청탁금지법을 발의한 부처인 국민권익위원회 위원장은 “김영란법 이전 사회론 못 돌아기”라고 했지만,<sup>1)</sup> 국민권익위원회의 국정감사에서는 “김영란법 시행 미비”, “김영란법 카오스”라는 기사제목처럼,<sup>2)</sup> 청탁금지법에 대해서는 여전히 기대와 우려가 교차되고 있다. 아직 시행되지 얼마 되지 않은 터라 청탁금지법에 대한 기사는 명암을 양분하는 가는 선을 두고 서로 다른 시각의 기사들이 각각의 세를 모아 합을 더해가는 모양새다.

여러 기사 중 법사학의 입장에서는 청탁금지법을 조선시대의 奔競과 비교한 두 기사가 있어 관심을 끈다.

“걸리면 죽는 조선판 김영란법: <경국대전> 속 ‘분경 금지조항’...

접촉만으로도 죄 물을 수 있었다”<sup>3)</sup>

“조선시대의 청탁금지법, ‘奔競금지’는 왜 失效했나?”<sup>4)</sup>

제목만을 놓고 보면 한 기사는 분경을 구성요건 측면에서, 다른 기사는 분경을 형사정책적 측면에서 바라보았다고 할 수 있다. 각각 자신의 입장에서

1) 동아일보 2016년 10월 5일 기사(<http://news.donga.com/3/all/20161005/80622332/1>).

2) 매일경제 2016년 10월 10일 기사(<http://news.mk.co.kr/newsRead.php?no=708080&year=2016>); 연합뉴스 2016년 10월 10일 기사(<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/10/10/0200000000AKR20161010063300001.HTML?input=1195m>).

3) 오마이뉴스 2016년 10월 5일 기사([http://www.ohmynews.com/NWS\\_Web/View/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0002248508](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002248508)).

4) 조선일보 2016년 10월 10일 기사([http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2016/10/09/2016100901881.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/10/09/2016100901881.html)).

필요한 측면을 바라보는 것이 언론의 생리이고, 기사의 제목은 빠른 스크롤 속에서 각인되기 쉬어야 하는 것이므로 여기에서 굳이 각 기사의 당부를 논하지는 않을 것이다.

다만, 전통 법제의 주요한 특징 중의 하나는 형법과 행정법 같은 공법 분야의 발달이 두드러졌고, 관료체계는 조직적이고 체계적이었으며, 그만큼 관료들의 부패나 탐오에 대한 감시와 처벌이 엄했다는 점이다. 따라서 청탁금지법의 제정의 계기가 된 문제의식에 있어서는 시대를 넘어 공유하는 바가 분명히 있었고, 그에 따라 충분히 상고해 볼 만한 내용 역시 적지 않을 것이다. 아직까지 관료의 뇌물죄나 독직죄에 관한 연구를 청탁금지법과 연결시켜 논의한 연구는 찾기 힘들다.<sup>5)</sup> 시류에 부합함과 시의에 적절함에는 차이가 있겠지만, 위의 두 신문 기사는 적어도 새로운 제도의 평가에 있어 과거의 제도를 참고하려 했다는 점에서는 법사학에 환기하는 바가 있다. 이 글에서는 그러한 면을 고려하여 잘못 전해지기 쉬운 조선시대의 분경금지 규정과 사례에 대해서 그 내용과 의미를 명확하게 밝히고, 현대의 청탁금지법에 제시하는 시사점을 살펴보기로 한다. 분경과 청탁금지법은 그 층위는 다르지만, 일상적으로 여겨지던 교류에 대한 제한이 될 수 있다는 측면에서 공유하는 바가 있다. 따라서 두 제도의 직접적인 비교보다는 법제도입과 정비과정에서 나타난 문제의식과 논의전개의 유사성에 초점을 맞추기로 한다.

5) 奔競에 대해서는 이광린, 「분경금지법의 제정과 그 변천에 대하여」, 『동방학지』 4(1958); 박병호, 「분경금지법」, 『사법행정』 vol.23 no.7(한국사법행정학회, 1982); 박병호, 「소송과 분경」, 『사법행정』 vol.23 no.8(한국사법행정학회, 1982) 참조. 조선시대 관리범죄에 대해서는 서정민, 「조선초기 관리의 汚職犯罪에 관한 연구: 贓汚罪에 대한 논의를 중심으로」(서울대학교대학원 석사학위논문, 2004); 이명복, 「조선시대 관리범죄에 관한 연구: 조선왕조실록의 사례를 중심으로」(동국대학교대학원 박사학위논문, 2005); 정구선, 「조선 전기 청탁관행 연구」, 『경주사학』 제35집(2012) 참조. 법사학적 시각에서 본 청탁금지법과 관련해서는 김대홍, 「전통 형법상 뇌물죄 구성요건의 시사점: 직무관련성을 중심으로」, 『법조』 vol.678(2013) 참조.

## II. 奔競 금지의 배경

조선시대 國典인 《經國大典》에서는 분경금지를 규정하고 그 위반을 杖100·流3,000리로 엄하게 처벌하였다. 奔競은 달릴 ‘奔’과 다툼 ‘競’을 합친 것으로 《經國大典註解(後集)》에서는 奔競을 ‘奔趨競利’로 정의하고 있다.<sup>6)</sup> 문자 그대로는 바쁘게 다니며 이익을 다투는 것을 뜻하는데, 본 의미로는 벼슬을 얻기 위하여 권세 있는 집을 분주하게 찾아다니며 청탁을 하는 풍습을 가리킨다. 《經國大典》의 분경금지 조문은 《續大典》에서 일부 개정이 있었지만, 杖100·流3,000리의 형량은 그대로 유지되었다. 분경과 관련된 사료는 그 수도 많고 내용도 다양하다. 그중에서 조선초기의 실록기사는 《經國大典》에 분경과 관련한 조문이 규정되기까지의 과정을 살펴볼 수 있고, 《受教輯錄》과 《新補受教輯錄》에 실려있는 受教는 《經國大典》 이후 《續大典》에 분경이 금지되는 범위가 조정되는 과정을 살펴볼 수 있다.

우선 정종대의 실록기사를 보면 분경을 금지하는 취지가 잘 나타나 있다. 정종은 분경을 금하는 취지에 대해서 다음과 같이 설과하고 있다.<sup>7)</sup>

공경하여 생각하건대, 우리 태상왕께서 천지·조종의 도움을 힘입어서 조선 사직의 기업을 창조하시고, 과인에 이르러 어렵고 큰 일을 이어 지키니, 어찌 모두 함께 새로워지는 교회를 도모하지 않겠는가! 그러나 남은 풍속이 끊어지지 않아서 사사로이 서로 비부하여 奔競을 일삼아, 모여서 남을 참소하고 난을 선동하는 자가 많도다. 만일 중한 법전을 써서 금령을 내리지 않으면, 浸潤의 참소와 膚受의 호소가 마음대로 행하여져, 장차 반드시 우리의 盟好를 저해하고, 우리의 충실을 의심하며, 우리의 군신을 이간하는 데 이르고야 말 것이니, 고려 때보다 무엇이 나올 것이 있겠는가! 지금으로부터 宗室·公侯·大臣과 開國·定社功臣에서 百僚·庶士에

6) 《經國大典註解(後集)》〈刑典〉【禁制條】753. 奔競: 奔趨競利也[원문의 인용 및 조문 다음의 일련번호는 譯註《經國大典註解》(정궁식·田中俊光·김영석, 한국법제연구원, 2009)에 따른다.].

7) 《定宗實錄》2권, 1년(1399) 8월 3일[이 글에서 인용하고 있는 조선왕조실록의 원문 및 국역은 기본적으로 ‘국사편찬위원회 조선왕조실록’ 웹사이트(<http://sillok.history.go.kr>)에서 제공하고 있는 원문 및 국역에 따른 것임을 밝힌다. 이하에서는 실록의 권수와 일자 이외에 이에 대한 별도의 인용표기는 하지 않기로 한다.].

이르기까지 각기 자기 직책에 이바지하여, 서로 私謁하지 말고, 만일 원통하고 억울하여 고소할 것이 있거든, 각기 그 이문이나 公會處에서 뵈고 진고하고, 서로 은밀히 참조하고 헐뜯지 말라. 여기는 자는 헌사에서 主客을 규찰하여 모두 먼 지방에 귀양 보내어, 종신토록 벼슬길에 나오지 못하게 하리라. 무릇 족친 가운데 삼사촌과 각 절제사의 대소 군관은 이에서 제외된다. 그러나 말을 만들고 일을 일으키는 것이 있으면, 죄가 같을 것이다. 만일 말은 바 형조의 決事員이면, 비록 삼사촌과 소속 절제사의 처소에라도 문병과 弔喪을 제외하고는 또한 사알하는 것을 허락하지 않는다. 여기는 자는 벌이 같을 것이다. 공신의 慶弔와 迎饌은 이에서 제외된다. 아아! 백관을 통솔하고 호령을 반포하는 것은 너희 묘당의 직임이니, 나의 지극한 생각을 몸받아서 금령을 엄하게 행하여 고려의 풍속을 일변해 고치고, 虞나라·周나라의 정치를 만회하여 조선 억만년의 기업을 영구토록 하라.

정종의 하교는 唐虞三代의 정치를 이상으로 하여 지금의 흐트러진 질서를 바로잡아야 한다는 당시 제도개혁의 명분을 그대로 따르고 있다. 그러한 유교적 수사와 혼란의 탓을 前朝인 고려로 돌리는 어구를 떼어놓고 보면<sup>8)</sup> 당시 분경을 금한 취지가 지금의 청탁금지법과 크게 다르지 않음을 알 수 있다. “만일 원통하고 억울하여 고소할 것이 있거든, 각기 그 이문이나 公會處에서 뵈고 진고하고, 서로 은밀히 참조하고 헐뜯지 말라”,<sup>9)</sup> 즉 공식적인 절차로 문제를 해결하고 사적인 만남 私謁을 갖지 말라는 것이다. 이것이 금해되지 않으면 “장차 반드시 우리의 盟好를 저해하고, 우리의 충실을 의심하며, 우리의 군신을 이간하는 데 이르고야 말 것”<sup>10)</sup>이기 때문이다.

정종이 신경을 쓴 부분 역시 분경금지의 범위였다. 정종은 원칙적으로 종

8) 고려시대에도 奔競이 문제되었음은 사료를 통해 확인할 수 있다: 《高麗史》 卷十九, 世家 卷第十九, 明宗 5년(1175년) 4월 15일; 《高麗史》 卷二十, 世家 卷第二十, 明宗 14년(1184년) 12월 29일; 《高麗史》 卷七十五, 志 卷第二十九 選舉三 銓注, 1352년 3월 미상; 《高麗史》 卷八十五, 志 卷第三十九 刑法二 禁令, 1388년 6월 미상; 《高麗史節要》 卷12, 明宗光孝大王 一, 明宗 5년(1175) 4월 미상; 《高麗史節要》 卷12, 明宗光孝大王 一, 明宗 11년(1181) 1월 미상; 《高麗史節要》 卷32, 辛禍三, 禍王 9년(1383) 3월 미상 등 참조.

9) 如有冤抑告訴, 許於各其衙門及公會處, 謁見陳告, 毋相隱密讒毀.

10) 將必至於阻我盟好, 疑我宗室, 間我君臣而後已.

실·공후·대신과 개국·정사공신, 백료·서사 모두에게 분경이 금지되는 것으로 하고, 공신의 경조와 영전정도를 위한 만남만이 그에서 제외되는 것으로 하였다. 그리고 죽친 가운데 삼사촌과 각 절제사의 대소 군관에 대해서는 개인적인 만남을 허용하되, 그들 사이에 실제 청탁이 있었음이 발각되면 역시 처벌하도록 하였다. 가까운 근친임과 외직에 있음을 고려한 것이다. 그러나 형조의 결사원이면, 비록 삼사촌과 소속 절제사의 처소에라도 문병과 조상을 제외하고는 사적인 만남을 금지하도록 하였다.

이러한 정종의 하교는 태종의 즉위와 함께 본격적인 시행을 보게 된다.<sup>11)</sup> 태종은 三軍府에 명하여 무신의 집에 분경하는 자를 금하고, 사헌부에 명하여 執政의 집에 분경하는 자를 금하게 하였다. 정종의 분경금지 하교가 분경에 대한 엄단의 의지를 표명한 것이었다면 태조의 분경금지는 구체적으로 문무를 집행하는 권력자의 집에 출입을 금하도록 한 것이다. 시행 초기에는 그 집행 역시 매우 엄하여 삼군부와 사헌부에서 나장을 시켜 그 집을 지키게 하고 사람이 이르면 준비와 그 온 까닭을 물을 것 없이 모조리 잡아 가두니, 사람마다 의심하고 두려워하여 의논이 분운하였다고 한다. 이러한 불만에 따라 사헌부에서 분경의 금지를 다소 완화할 것을 보고하였고, 태종은 친족이나 외족 모두 五世를 같이 하는 親 이하부터 분경을 금지하도록 지시하였다.

이러한 과정을 거쳐 조선초기의 분경금지는 執政하고 있는 大臣이나 權貴의 집에 친척이거나 공무로 품고하는 일이 아니면서 출입하는 것을 금하고, 그를 위반한 경우에는 時任과 散職을 물론하고 過名을 기록하여 서용하지 못하게 하는 것으로 정리되어 간다.<sup>12)</sup> 여기에서 執政은 政事의 권세, 곧 관리의 임면·출척 등의 銓衡하는 권리를 잡고 있음을 의미한다. 執政家에 대한 분경을 금지하였지만, 문밖에서의 만남은 금지하지 않는다고 하였다.<sup>13)</sup> 누구나 그 만남을 알 수 있기 때문이다. 결국 조선시대의 분경금지는 사품을

11) 《太宗實錄》 1권, 1년(1401) 5월 20일.

12) 《太宗實錄》 9권, 5년(1405) 3월 16일; 《太宗實錄》 23권, 12년(1412) 1월 26일; 《世宗實錄》 30권, 7년(1425) 12월 12일 등.

13) 《太宗實錄》 23권, 12년(1412) 1월 26일.

가다듬어 고려말기의 행정과 군정의 혼란을 수습하고 나아가 공식적인 인사·사법제도를 정착시키기 위한 의도에서 출발한 것이었다고 할 수 있다.

### Ⅲ. 奔競 금지의 조문

#### 1. 經國大典

조선초기 분경은 이후 그 금지의 범위를 두고 몇 차례 논의가 거듭되던 끝에 성종대에 보다 구체적으로 분경금지의 대상이 확정되고, 이는 《經國大典》 刑典 禁制조에 다음과 같이 법제화되었다.

《經國大典》 〈刑典〉 【禁制】

奔競者 〈吏·兵曹諸將堂上官, 吏·兵房承旨, 司憲府·司諫院·判決事之家, 非同姓八寸·異姓·妻親六寸·婚姻家·隣里人而出入者〉 杖一百流三千里.

奔競者는 〈吏曹·兵曹의 당상관, 堂上官인 諸將,<sup>14)</sup> 吏房·兵房의 승지,<sup>15)</sup> 司憲府와 司諫院의 官員, 判決事<sup>16)</sup>의 집에 同姓 8촌, 異姓 6촌, 妻親 6촌, 婚姻家, 이웃 사람이 아니면서 출입하는 자〉 杖100·流3,000리에 처한다.

이 당시의 실록기사를 보면 院相이었던 한명회와 신숙주가 분경의 법이 지나치게 시행되어 폐단이 있음을 계문한 것에서부터 논의가 시작되었다.<sup>17)</sup> 먼저 한명회는 지금 2품 이상의 집은 분경의 금령이 지나치게 엄중하여 비록

14) 여기서의 諸將이란 五衛의 당상관인 衛將을 말한다. 衛將은 《經國大典》 兵典 京官職에서는 從2品으로서 他官이 겸직했으나 《續大典》 같은 條에서는 正3品으로 낮추었다(한우근 외, 『역주 경국대전(주석판)』, 한국정신문화연구원, 2003 참조).

15) 吏房承旨와 兵房承旨는 都承旨와 左副承旨를 말한다(한우근 외, 위의 책 참조).

16) 判決事는 掌隸院의 長官으로서 正3品 堂上官이며 郎僚인 司議(正5品), 司評(正6品)과 함께 奴婢訟事에 대한 判決을 맡았고 誤決의 경우에는 모두 처벌당하였다. 장예원은 태조 원년 7월에 설치된 刑曹都官이 개칭된 것으로서, 都官이 세조 11년이후 辨定院으로 되었다가 다시 세조 13년 정월 掌隸院으로 개칭되었다(한우근 외, 위의 책 참조).

17) 《成宗實錄》 2권, 1년(1470) 1월 11일.

有服親이나 이웃 사람일지라도 서로 교제할 수가 없으니, 태평 세상의 좋은 일이 아니라고 하였다. 신속주 역시 집에서 빈객을 접대하지 않는 것은 자신 등에게 매우 편리하지만, 同盟親도 또한 교류를 허가하지 않는다면 나라의 체면이 마땅히 그와 같아서는 안 될 듯하다고 거들었다. 이에 성종은 분경의 금령은 세조대의 고사에 의거하도록 지시한다. 그리고 며칠 후 사헌부에 다음과 같이 전지한다.<sup>18)</sup>

奔競의 법은 본디 그 요행을 비리는 무리들이 권문에 붙좃아 간청이 있음을 금지하려고 한 것뿐이다. 지금 재상의 집에는 일체 금지하고 있으므로, 비록 친척이나 僚友일지라도 서로 왕래하지 못함으로써 慶弔의 迎送하는 예절까지도 또한 행할 수가 없는데, 이것은 和厚하여 樂易한 풍속이 아니니, 어찌 조종의 법을 제정한 본뜻이겠는가? 지금부터는 吏曹·兵曹의 당상관이나, 吏房·兵房의 승지거나, 臺省·都總府의 당상관이거나, 衛將과 判決事를 제외하고는 모두 그전대로 금지하지 말게 하라. 그 혹시 달려가 알현하고 아부하고 간청하는 事狀이 어떤 일로 인하여 나타난다면 법과 같이 논단할 것이다.

성종이 참고한 세조대의 고사는 분경금지를 완화하여 재상의 집에서 종적을 비밀히 속이는 자 이외에는 사적인 만남을 허용하도록 한 세조대의 조치인 것으로 보인다.<sup>19)</sup> 성종은 그러한 고사를 참고하고, 재상 모두에게 분경을 금지하는 것에 대한 불만을 고려하여 인사와 사법의 실권을 쥐고 있는 관원들로 분경금지의 대상을 제한하였다. 그리고 만남 당시에는 발각되지 않았더라도 나중에 청탁과 그를 위한 만남이 있었던 사정이 드러나면 역시 분경금지를 어긴 것으로 처벌하도록 하였다.

이러한 논의가 바탕이 된 《經國大典》 분경금지의 조문은 이조·병조의 당상관, 당상관인 제장, 이방·병방의 승지, 사헌부와 사간원의 관원, 판결사를 분경의 대상으로 정하고, 그들의 집에 同姓 8촌, 異姓 6촌, 처친 6촌, 혼인

18) 《成宗實錄》 2권, 1년(1470) 1월 16일.

19) 《世祖實錄》 45권, 14년(1468) 3월 13일.



가, 이웃사람이 아니면서 출입하는 자를 처벌하도록 하고 있다. 분경의 대상이 되는 자와 분경을 하는 자를 구분하고 그 범위를 상세히 규정하고 있는 것이다.

가까운 친척이나 이웃사람의 경우에는 분경금지를 적용하지 않고 일상의 왕래를 허용하고 있는데, 여기에서 출입이 허용되는 친족의 범위는 세종대의 논의가 바탕이 되었다.<sup>20)</sup> 당시 사헌부에서는 세종에게 분경의 법을 정할 때, 족친이라고만 총칭하고 먼 친척의 한계를 정하지 않았기 때문에 탄핵을 당하였을 때 한결같이 족친간이라고 일컬으니, 그를 가려내어 과죄하기가 어렵다고 계문한다. 이러한 폐단을 막기 위해 사헌부에서는 다시 동성은 8촌, 이성과 처가의 인척은 6촌까지만 출입을 허용하고 그 외의 경우는 모두 법에 따라 처벌할 것을 제시한다.<sup>21)</sup> 즉, 분경금지가 적용되지 않는 친족의 범위를 명확히 한 것이다.

앞선 정조의 분경금지 하교를 살펴보면 분경이 있을 경우 사헌부에서 ‘主 窩’를 규찰하도록 한 내용을 확인할 수 있다. 분경의 상황을 ‘主’와 ‘窩’로 나누어보면 분경하는 자가 권력자의 집에 손님으로 찾아가는 것이니, 이조·병조의 당상관이나 판결사 등이 主에 해당하고, 그들의 집에 출입한 동성 8촌이나 이성 6촌 이외의 자들이窩이 될 것이다. 정종대에는 분경을 행한窩과 그 대상이 된 권력자인 主를 모두 처벌 대상에 포함하였지만, 《經國大典》에는 분경을 행한窩만을 처벌하는 것으로 정해졌다.

이에 대해서는 분경의 대상인 主가 권력자이기 때문에 그들을 처벌대상에서 제외한 것으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 분경을 엄하게 금하면서도 품문으로 탄핵하는 것에 신중함을 보였던 실록의 기록들을 보면 인사와 사법을 담당할 관원들의 집에窩이 출입하였다는 것만으로 처벌하게 될 경우 관원들의 지위가 지나치게 불안정해질 수 있음을 고려한 것으로 보인다. 즉, 분경은 출입 자체만으로도 처벌하는 것이기 때문에窩이 찾아왔다는 사실만

20) 《世宗實錄》 30권, 7년(1425) 12월 12일.

21) 이는 대체로 4촌 이내의 친족을 범위로 하는 相避의 경우보다 넓은 것이다. 조선초기 相避親의 정확한 범위에 대해서는 김영석, 「고려시대와 조선초기의 相避親」, 『서울대학교 법학』 vol.52, no.2(서울대학교 법학연구소, 2011) 참조.

으로 主에게까지 分경금지의 중한 조문을 적용하여 처벌하는 것은 적절치 않다고 본 것이다.

分경금지를 위반할 경우 客은 杖100·流3,000里로 처벌받는다. 杖100·流3,000里는 《大明律》에서 규정하고 있는 五刑 중 死刑 다음으로 무거운 형벌이다. 정종대에 分경에 관한 논의가 시작되었을 때는 主客을 모두 먼 지방에 귀양보내어 종신토록 벼슬길에 나오지 못하게 하도록 하였고,<sup>22)</sup> 태종 때에는 職事가 있으면 신문할 것 없이 職牒을 거두고 파직하고, 散人은 그 自願을 들어서 외방에 귀양보내도록 하였다.<sup>23)</sup> 《經國大典》의 처벌과는 다른 듯 보이지만, 관리가 사사로이 分경금지를 위반하여 杖100·流3,000里로 처벌받을 경우 《經國大典》과 《大明律》에 의하면 관리의 신분에 대해서도 告身을 추탈하고 파직하여 서용하지 않도록 하고 있으니,<sup>24)</sup> 客에 대한 分경금지의 처벌은 크게 변하지 않은 것이 된다.

分경의 主에 대해서는 정종의 하교와 달리 《經國大典》에서 특별한 처벌 규정을 두고 있지 않았지만, 그들이 처벌대상에서 완전히 제외된 것은 아니었다. 성종대의 사례를 보면 大護軍 辛柱라는 자가 사헌부 掌令 金克儉의 집에서 分경을 범하여 請屬한 것이 문제가 되었을 때, 分경을 범한 신주는 《經國大典》에 따라 杖100·流3,000里로, 分경을 받아들인 김극검은 杖80과 告身 3등 추탈로 조율되었다.<sup>25)</sup> 사례에서 客은 신주이고, 主는 김극검이다. 이 사례를 놓고 보면 主인 김극검에 대해서는 《大明律》 刑律 雜犯 不應爲조를 적용하여 杖80으로 처벌한 것으로 보인다.<sup>26)</sup> 즉, 奔競을 위해 찾아온 자를 물리치지 않고 손님으로 받아들였을 경우 마땅히 해서는 안 되는 행위를 한 것으로 보아 不應爲조를 적용하도록 한 것이다.<sup>27)</sup> 이를 볼 때, 分경의 客

22) 《定宗實錄》 2권, 1년(1399) 8월 3일.

23) 《太宗實錄》 1권, 1년(1401) 5월 20일.

24) 《經國大典》 刑典 【推斷】 ○犯私罪杖六十者 啓聞 追奪告身一等 七十二等 八十三等 九十四等 一百盡行追奪 送吏兵曹; 《大明律》 제8조 名例律 【文武官犯私罪】 凡文官犯私罪 笞四十以下 附過還職 五十解見任別敘 杖六十降一等 七十降二等 八十降三等 九十降四等 俱解見任 流官於雜職內 敘用 雜職於邊遠敘用 杖一百者 罷職不敘.

25) 《成宗實錄》 78권, 8년(1477) 3월 27일; 《成宗實錄》 79권, 8년(1477) 4월 4일.

26) 《大明律》 제410조 刑律 雜犯 【不應爲】 凡不應得爲而爲之者 笞四十 〈謂律令無條 理不可爲者〉 事理重者 杖八十.

에 대해서는 《經國大典》을 적용하고, 主에 대해서는 그 정상을 보아 처벌을 정하였다고 할 수 있다.<sup>27)</sup>

## 2. 續大典

위와 같은 성종대의 전지에 기초하여 분경금지의 대상이 확정되고 《經國大典》에 법제화되었지만, 관인들이 표면에 나서지 않고 여전히 뒤에서 몰래 청탁하고 행적을 감추었기 때문에 큰 효과를 기대하기는 어려웠던 것으로 보인다. 그러나 분경금지법이 유명무실해진 법제로 남아있던 것은 아니었다. 이후 분경에 대한 논의가 다시 일었고, 이는 受教에도 반영되었다. 그 구체적인 내용은 《受教輯錄》과 《新補受教輯錄》에서 다음과 같이 확인할 수 있다.

《受教輯錄》〈刑典〉【禁制】 奔競者 〈都目大政定日後 吏兵曹堂上家 大政過後 限署經前 兩司官員家 非同姓六寸·異姓四寸·婚姻家 而出入者〉.

《新補受教輯錄》〈刑典〉【禁制】 司憲府禁制 奔競 都目大政定日後 吏曹兵曹堂上家 大政後署經前 兩司官員家 非同姓六寸·異姓四寸·婚姻家 出入者.

수교의 내용은 사헌부의 禁制 조목으로 都目大政의 날짜가 정해진 후에는 이조와 병조 당상관의 집에, 도목대정이 지나고 署經이 있기 전에는 사헌부·사간원 兩司 관원의 집에 同姓 6촌이거나 異姓 4촌이거나 서로 혼인한 집안이 아닌 자가 출입하는 것을 금지하는 것으로 되어 있다. 분경금지의 범위를 축

27) 《大明律》不應爲조는 죄형법정주의와 관련하여 많은 선행연구가 있었다: 김지수, 『傳統 中國法의 精神 -情·理·法의 中庸調和-』(진남대학교 출판부, 2011), 384~390면; 정공식, 「대명률의 죄형법정주의 원칙」, 『서울대학교 법학』 vol.49, no.1(서울대학교 법학연구소, 2008); 최병조, 「15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의: 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계」, 『법사학연구』 vol.44(한국법사학회, 2011); 김대홍, 「조선시대 《大明律》 不應爲조에 관한 연구」, 『법사학연구』 vol.49(한국법사학회, 2014); 中村茂夫, 「不應爲考」, 『金澤法學』 26-1(金澤大學法學部, 1983) 참조.

28) 이때 뇌물수수나 그에 따른 부정처사가 있었다면 《大明律》의 枉法贓이나 不枉法贓에 의하여 처벌받았을 것이다.

소한 것인데, 분경금지가 실질적으로 이루어질 수 있도록 하기 위한 것이었다. 이러한 내용은 최종적으로 《續大典》에도 다음과 같이 법제화된다.

《續大典》〈刑典〉【禁制】

○ 奔競者 〈都目政定日後, 吏·兵曹堂上家, 過都政後署經前, 兩司官員家, 非同姓六寸·異姓四寸及婚家而出入者〉 … 並禁斷, 而申嚴舊典, 其勿濫及.

○ 奔競者는 〈都目政<sup>29)</sup>이 정해진 날 후에 吏曹와 兵曹의 당상관 집이나, 都政이 지난 후 署經<sup>30)</sup>하기 전에 兩司의 官員 집에 同姓 6촌과 異姓 4촌 및 婚家이 아니면 서 출입하는 자〉 … 모두 禁斷하고 舊典을 엄하게 펴서 외람되게 되지 않도록 한다.

《續大典》에서는 이례적으로 “모두 禁斷하고 舊典을 엄하게 펴서 외람되게 되지 않도록 한다”는 법문을 규정하고 있다. 분경에 대해서 《經國大典》의 취지에 따라 엄하게 처벌할 것을 재차 확인한 것이다. 이처럼 《續大典》역시 《經國大典》과 마찬가지로 분경을 엄금하고 있지만, 분경을 금지하는 범위에는 차이가 있다. 《經國大典》의 경우 분경이 금지되는 대상 관원을 이조·병조의 당상관, 당상관인 제장, 이방·병방의 승지, 사헌부와 사간원의 관원, 판결사로 규정하고 있지만, 《續大典》에서는 《經國大典》에 비해서 분경이 금지되는 대상 관원의 범위를 축소하고 분경이 금지되는 시기도 제한하고 있다. 즉, 이조·병조의 당상관과 사헌부와 사간원의 양사 관원으로 분경이 금지되는 대상 관원을 축소하고, 분경이 금지되는 시기도 도목정이 정해진 이후와 도정이 지난 후 서경 이전에 제한하여 일정한 시기에만 분경을 금지하고 있다.

주지하는 바와 같이 이조와 병조는 문관과 무관의 근무성적에 대한 평가

29) 都目政은 보통 매년 6월과 12월, 文武官員의 근무성적을 살펴서 任免(승진·강등포함), 黜陟을 행하는 것을 말하는데 都目政事, 都目, 都政 또는 大政이라고 한다. 이와 같이 1년에 두 번 人事를 하면 兩都目, 네 번 하면 四都目이다 (한우근 외, 앞의 책 참조).

30) 署經은 관료 임용시에 사헌부와 사간원에서 임용후보자에 대한 身元 및 家系 조사를 하여 본인과 內外 4廂에게 결함이 없음을 확인하는 절차를 말한다. 고려시대에서는 1품에서 9품까지 모든 관료 임용시에 署經이 필요하였으나, 조선시대는 5품 이하(예외로 4품 이상도 해당) 임용시로 한정되었다(국초에는 4품 이하)(한우근 외, 앞의 책 참조).

의 권한을, 사헌부와 사간원은 일정 품계 이하의 관료의 임명에 대한 서경의 권한을 가지고 있는 기관이다. 《續大典》에서 도목정이 정해진 이후에 이조·병조의 당상관의 집을 출입하는 것을 금지하고, 도정이 지난 후 서경 전에 사헌부·사간원의 양사 관원의 집을 출입하는 것을 금지하는 것은 인사권에 직접적으로 영향을 미칠 수 있는 관원과 인사권이 행사되는 민감한 시기에 한정하여 분경을 금지한 것이라고 할 수 있다.

《續大典》에서는 분경금지의 대상 관원과 금지시기를 제한함과 동시에 분경이 금지되는 대상 관원의 집에 예외적으로 출입할 수 있는 친인척 등의 범위 역시 《經國大典》보다 축소하고 있다. 즉, 《經國大典》에서 同姓 8촌, 異姓 6촌, 妻親 6촌, 婚姻家, 이웃사람으로 규정하고 있던 것을 《續大典》에서는 同姓 6촌과 異姓 4촌 및 婚家으로 축소하여 규정하고 있다. 분경금지 대상 관원과 금지시기를 제한하는 것은 분경금지법의 적용범위를 축소하는 것이 되고, 분경이 금지되는 대상 관원의 집에 예외적으로 출입할 수 있는 자의 범위를 축소하는 것은 분경금지법의 적용범위를 확대하는 것이 된다. 언뜻 보면 모순된 입법으로 보일 수 있지만, 《續大典》의 이러한 개정은 일률적으로 분경금지를 완화한 것이 아니라, 분경금지법의 적용이 실질적으로 이루어질 수 있도록 범문을 가다듬은 것으로 보아야 한다.

즉, 《經國大典》에서는 분경이 금지되는 대상 관원의 범위가 너무 넓어서 현실성이 떨어진다는 지적과 함께 분경이 금지되는 대상 관원의 집에 예외적으로 출입이 허용되는 자가 많았기 때문에 그들과 친분관계에 있는 자들을 통해서 분경금지법을 우회적으로 회피할 수 있다는 문제점이 있었다. 《續大典》에서는 이러한 문제점들을 해소하고 분경금지법의 적용이 실질적으로 이루어질 수 있도록 《經國大典》의 규정을 보완한 것이었다.

#### IV. 奔競 금지의 사례

조선왕조실록에서는 분경과 관련된 많은 기사를 발견할 수 있다. ‘奔競’으

로 검색되는 기사가 450여건 정도이고, 분경과 유사한 의미로 사용되었던 ‘私調’까지 확장해 보면 그 수는 더욱 많아진다. 실록에서 특정 범죄를 대상으로 한 기사가 전후기에 걸쳐 이 정도까지 검색되는 경우는 흔치 않다. 다만, 기사의 대부분은 분경을 범한 관리의 처벌에 관한 단편적인 사례와 분경하는 풍습에 대한 경계가 주를 이룬다.<sup>31)</sup> 여기에서는 분경금지의 대상과 관련하여 당시 정치적 소용돌이 속에서 분경이 정쟁의 수단으로 이용되었던 사례를 소개하기로 한다.

단종대의 사례로 단종은 즉위교서에서 다음과 같이 분경에 관한 조목을 천명한다.<sup>32)</sup>

이조·병조의 執政家에 분경하는 것을 금하는 것은 이미 나타난 법령이 있지만, 다만 庶務를 헤아려 의논하는 의정부의 大臣 및 貴近 각처에서는 분경을 금하는 일이 없기 때문에, 무뢰·한잡의 무리들이 사사로이 서로 가서 뵈옵는 폐단이 진실로 다단하니, 이제부터 이후로는 한결같이 執政家들의 분경하는 예에 의하여 시행하고 공사로 인하여 진퇴하는 것과 출사하는 자는 이 한계에 두지 않을 것.

이는 집권초기에 인사질서를 바로잡기 위한 의례적인 대목으로 볼 수도 있지만, 당시의 정세와 관련하여 정치적 의도가 담겨있는 것이었다. 우선 해당 조목에서 주목해야 할 단어는 ‘執政家’와 ‘庶務’이다. 執政은 문자 그대로 政權을 잡고 있다는 뜻인데, 이것의 의미가 지금과는 조금 다르다. 즉, 당시 정권의 의미는 보다 좁게 구체적으로 관리에 대한 銓衡, 즉 인사권을 의미하는 것으로 政柄 역시 같은 의미로 쓰였다.<sup>33)</sup> 문선과 무선을 맡아보는 이조와

31) 법사학적 측면에서 관심을 끄는 분경 사례로는 성종대의 鄭倅 사례(성종 14년 5월 5일)와 宋瑛의 처 사례(성종 14년 8월 26일)를 들 수 있다. 정괄 사례는 당시 이조판서였던 정괄이 도성 문 큰길 곁에서 손님들과 함께 술상을 벌인 것을 사헌부에서 분경한 것으로 보아 그에 대한 처벌을 보고한 사례이고, 송영의 처 사례는 사헌부 掌事이었던 송영이 자신의 처를 보내어 사헌부 執義 홍석보에게 분경한 사례이다. 전자에서는 당시 분경의 행위유형에 대한 포섭문제를, 후자에서는 분경의 행위주체에 대한 범위문제를 확인해 볼 수 있다. 다만, 이 글은 분경이 청탁금지법에 주는 시사점에 초점을 맞추고 있기 때문에 각주에서 소개하는 것에 그치도록 한다.

32) 《端宗實錄》 1권, 즉위년(1452) 5월 18일.

33) 政權·政柄이 인사권을 의미하는 용례로는 다음의 실록 기사 참조: 지난번에 승지로서 이조와 병

병조를 政曹라고 한 것도 같은 맥락이다. 따라서 ‘이조·병조의 執政家’라는 것은 구체적으로 인사권을 행사하는 이조·병조의 관원을 의미한다. 반면 庶務는 특별한 명목이 없는 여러 직무를 의미한다. 서무를 헤아려 의논하는 의정부 대신이라고 하였으니, 조정의 최고 관직인 의정부 대신이 특정한 직사가 없다는 것은 언뜻 이해가 가지 않을 수 있다. 여기에는 조선초기의 議政府 署事制와 六曹直啓制라는 독특한 정치 상황이 반영된 것으로 議政府의 庶務를 六曹에 돌리었다고 한 것처럼,<sup>34)</sup> 의정부의 대신은 구체적인 직사를 맡는 것이 아니라, 국정 전반의 서무를 총괄한다는 의미를 갖는다.<sup>35)</sup> 역시 지금의 庶務와는 의미가 조금 다른 것이다.

결국 단종이 즉위교서에서 의도한 바는 인사권을 행사하고 있는 이조·병조의 관원 외에 의정부 大臣이나 貴近에게도 분경을 금하겠다는 것이다. 여기에서 貴近은 종친을 가리키는 것이니, 직접적으로 인사권을 행사하지 않는 의정부 대신이나 종친에게도 분경을 금하겠다는 의미다. 즉위교서가 발표되던 날 다른 실록기사에서도 의정부 堂上 및 여러 大君의 집에 분경하는 것을 금하였는데, 대간의 청으로 인한 것이라는 내용이 있다.<sup>36)</sup> 앞선 정조대의 하교에서는 분경금지의 대상을 종실, 공후, 대신 및 개국·정사공신 등으로 폭넓게 규정하였지만, 태종대에 본격적인 시행이 있을 때에는 執政家에 대해서만 분경을 금지하도록 하였다. 사간원에서는 大臣과 貴戚을 포함시킬 것을 상소하였지만, 태종은 그를 받아들이지 않았다.<sup>37)</sup> 세종대에도 금령의 조문을 공표할 때 대소인원이 집정가문에 분경하는 것을 금지한다고 하였고,<sup>38)</sup> 대

---

조를 맡은 자만이 銓注에 참여하였던 까닭에, 사람들이 政柄을 독단한다고 말하므로 여섯 승지에 게 임시해서, 注擬에 참여하는 법을 명하였더니, 사람들은 또 여러 사람이 전주에 참여하고 각자 욕심을 부려서 서로 청탁한다고 하였다(세종 25년 6월 22일); 김사우가 이미 병조의 우두머리가 되었는데, 그 처남 이극배를 또 이조의 우두머리로 삼으니, 政權이 한집안에 모이게 되므로 실로 미편합니다(세조 8년 1월 7일); 새로 제수된 병조참판 윤호는 이조참의 이육과 사촌형제의 관계입니다. 政權이 한 가문에 있으니, 이를 체직시키기를 청합니다(성종 10년 윤10월 26일).

34) 《太宗實錄》 15권, 8년(1408) 1월 3일.

35) 조선초기 議政府署事制와 六曹直啓制의 정치적 대립과 그에 따른 《經國大典》의 조문적 특성에 대해서는 김대홍, 「경국대전의 중앙통치제도」(서울대학교 대학원 석사학위논문, 2004), 20-28면 참조.

36) 《端宗實錄》 1권, 즉위년(1452) 5월 18일.

37) 《太宗實錄》 9권, 5년(1405) 3월 16일.

신의 경우 이조판서와 같이 집행하고 있는 대신의 집에 분경을 금하는 것으로 하였다.<sup>39)</sup> 따라서 단종이 즉위교서에서 대신과 귀근에게도 분경을 금지하도록 한 것은 다소 이례적인 것이었다.

이러한 단종의 즉위교서에 즉각 반발한 것은 훗날 세조가 된 수양대군이 었다. 수양대군은 어린 단종에게 직접 맞서는 모양새보다는 의정부를 대신 압박하는 정치적 수완을 발휘한다.<sup>40)</sup> 즉, 임금이 즉위하는 처음에 대군에게 분경을 금하는 것은 충실을 의심하는 것이니, 이는 임금 스스로 羽翼을 자르는 것으로 진실로 의심이 있다면 차라리 대군들을 물리치는 것이 가하다고 하면서 혹 임금의 뜻을 유사에서 잘못 전한 것은 아닌지 모르겠다는 뜻으로 의정부를 압박하였다. 이에 의정부는 사헌부에 명하여 대군의 집에는 분경을 금하지 말고, 다만 중부시로 하여금 규찰하도록 한다.

몇 달 후 수양대군은 權驥과의 대화에서 종친의 집에 분경하는 것을 금한 것은 李賢老가 집행대신에게 헌책한 때문이라고 한다.<sup>41)</sup> 이에 권남은 이현로는 안평대군의 家奴로 그러한 술책은 수양대군이 우군을 만들기 위해 사람들과 교결하는 것을 꺼려한 것이기 때문이라고 거든다. 이후 계유정난 때 권남은 정난공신이 되었고, 이현로는 참형되었다. 이현로에 대해서는 단종이 어리어 권세가 의정부로 돌아갔는데, 모두 안평대군의 우익인 것을 보고 서로 이끌어 주었다는 실록의 기록이 있다.<sup>42)</sup> 결국 단종의 즉위교서에서 大君을 분경금지 대상에 포함시킨 데는 수양대군의 세력결집을 막기 위한 이현로의 막후활동이 있었다고 할 수 있다.

이처럼 단종대의 분경금지 대상의 확대 시도는 숨은 정치적 의도가 있었던 것이었지만, 직접적으로 인사권을 행사하지 않는 大臣이나 近貴에 대한 분경금지 문제는 이후에도 다시 논의가 되었다. 성종대의 사례로 사헌부에서 院相에 대한 분경금지 筭子を 올린다.<sup>43)</sup> 임금이 얼마다 원상에게 자문하므

38) 《世宗實錄》 43권, 11년(1429) 2월 5일.

39) 《世宗實錄》 95권, 24년(1442) 1월 7일.

40) 《端宗實錄》 1권, 즉위년(1452) 5월 19일.

41) 《端宗實錄》 2권, 즉위년(1452) 7월 23일.

42) 《端宗實錄》 8권, 1년(1453) 10월 10일.



로 원상은 큰 일 작은 일 할 것 없이 듣지 아니하는 것이 없으니, 그 권력의 중함은 이조참의나 병조참의, 판결사와는 전혀 비교도 할 수가 없다는 것이 그 근거였다. 즉, 《經國大典》에서 이조·병조의 당상관, 이방승지·병방승지, 사헌부·사간원·판결사의 집에 분경을 금하고 있는데, 정작 막중한 권한을 행사하고 있는 원상을 임시로 설치한 직책이라는 이유로 분경대상에서 제외하는 것은 적절치 않다는 것이었다. 성종은 이러한 사헌부의 차자에 대해 전지하기를,<sup>44)</sup> 무릇 일이 있을 때에 임하여 자문을 구하는데 사람들이 어찌 알고 원상에게 분경을 하겠느냐며 그를 받아들이지 않는다. 그리고 《經國大典》에서 분경을 금하는 것을 실었다 할지라도 그는 특별히 執政者를 가리키는 것이라는 견해를 밝힌다.

성종대의 院相에 관한 논의에 단종대의 大君에 관한 논의와 같이 분명한 정치적 의도가 깔려있었는지는 명확치 않다. 그러나 분경금지의 대상이 직접적으로 인사권을 행사하고 있는 이조·병조의 당상관 등에 제한되어야 하는지, 아니면 구체적인 직사가 없더라도 국정 전반에 영향을 미칠 수 있는 대신에게까지 확대되어야 하는지는 《經國大典》에 분경금지 대상이 정리된 이후에도 여전히 논의를 필요로 하던 사안이었다. 그리고 그 당부에 관한 근거는 성종대 사헌부의 차자와 그에 대한 성종의 전지에 잘 나타나 있었다고 할 수 있다.

## V. 奔競 금지의 시사점

조선시대 분경을 엄하게 금한 것은 관원들이 서로 사당을 만들어 인사권과 사법권이 문란해지는 것을 막기 위함이었다. 조선의 통치는 조직적인 관료체계에 기반하는 바가 컸기 때문에 분경은 그 근간을 잠식할 수 있는 중대한 범죄로 인식되었다. 이는 분경에 대한 처벌이 杖100·流3,000里라는 死

43) 《成宗實錄》 38권, 5년(1474) 1월 23일.

44) 《成宗實錄》 38권, 5년(1474) 1월 23일.

刑 다음의 중한 형벌인 것에서도 확인할 수 있다. 그러나 조선시대 사료에서 나타나는 바와 같이 분경이 금지되는 대상을 두고 논란과 논의가 계속되었음을 알 수 있다. 百僚·庶士를 가리지 않고 私謁하는 것을 금하고 해당 아문과 공회처에서 만나 진고토록 한 정종의 하교는 이상적인 것이었지만, 일상적인 방문과 청탁을 위한 방문을 모두 가리지 않고 금지하였기 때문에 실효성을 기대하기 힘든 것이었다. 이후의 분경과 관련한 논의는 분경금지가 실질적으로 이루어질 수 있도록 분경이 금지되는 범위를 합리적으로 조정해 가는 과정이었다고도 할 수 있다.

이러한 조선시대의 분경금지법은 당시 형사일반에 적용되었던 《大明律》의 贓汚나 瀆職에 관한 범죄와는 구별되는 특징이 있었는데, 그것은 청탁과 그를 위한 만남 자체만으로도 처벌을 가한다는 점이었다. 《大明律》의 枉法贓이나 不枉法贓과 같은 뇌물 관련 범죄의 경우 실제 재물의 수수가 있었는지를 따져서 관리를 처벌하고,<sup>45)</sup> 역시 《大明律》의 官司出入人罪와 같은 재판 관련 범죄의 경우 판결에 있어 실제 형량의 차이가 있었는지를 따져서 관리를 처벌하였는데,<sup>46)</sup> 분경금지법은 청탁에 따른 재물의 수수나 이후의 부정판 처리의 여부에 관계없이 청탁을 위한 만남 자체를 문제 삼은 것이었다.

그러나 실제 청탁이 있었는가를 밝혀내는 것이 쉽지 않았기 때문에 분경금지법은 청탁의 구체적인 입증 없이도 집안에 출입하는 자체만으로 처벌을 가함으로써 사실상 청탁을 추정 내지 간주하는 것이었다. 여기에는 조선시대 사대부의 교류가 주로 관현이나 정자가 아니면 개인의 私家에서 이루어진 것도 고려되었을 것이다. 모임이 드러나는 관현이나 정자보다 개인의 사가가 은밀한 이야기를 나누기에는 보다 적절했을 것이다. 그러나 모든 방문을 금할 경우 청탁이 없는 순수한 교우나 경조를 위한 방문도 함께 처벌받을 수 있는 문제점이 있었다. 이에 따라 일정 범위의 친족에게는 분경이 금지되는

45) 조선시대 贓의 개념과 《大明律》의 六贓 및 계산에 대해서는 조지만, 「조선시대 '贓'에 관한 연구」, 『아주법학』 vol.6, no.1(아주대학교 법학연구소, 2012), 350-390면 참조.

46) 조선시대 《大明律》 官司出入人罪조의 직해 및 구체적인 형량 계산, 죄형법정주의와의 관련성에 대해서는 정공식, 「대명률의 죄형법정주의 원칙」, 『서울대학교 법학』 vol.49, no.1(서울대학교 법학연구소, 2008), 128-137면 참조.

대상 관료의 집에 예외적으로 출입할 수 있는 경우를 허용함으로써 처벌이 합리적으로 이루어지도록 한 것이다.

이와 함께 조선시대 분경금지법은 분경이 금지되는 대상 관원의 범위를 한정하고 있었다. 즉, 吏曹와 兵曹의 당상관과 兩司의 관원, 判決事 등에 제한함으로써 인사권과 사법권을 직접적으로 행사하는 관원과의 사적인 방문을 금하도록 하였다. 특히, 《續大典》 단계에서는 분경이 금지되는 시기를 都目과 署經과 같이 인사권이 행사되는 시기에 한정함으로써 청탁의 입증 없이 집안의 방문 자체를 처벌하는 문제점을 어느 정도 해소함과 동시에 분경의 금지가 실질적으로 이루어질 수 있도록 하였다.

공직자 등에 대한 부정청탁 및 공직자 등의 금품 등의 수수를 금지하고 있는 청탁금지법은 앞으로 관례의 축적과 함께 그 구체적 적용범위가 확정되어 갈 것이다. 직무 유형의 다양성을 고려할 때 어느 것이 부정한 청탁인지, 그리고 어느 것이 직무와 관련되어 있는지 언제나 명확한 기준을 갖는다고 볼 수 없을 것이다. 또한 직무의 성격 역시 다양한 것인데, 부정청탁과 금품 수수를 처벌하려고 할 때 그에 따른 적정한 양형 역시 언제나 명확한 기준을 갖는다고 볼 수 없을 것이다. 무엇보다 법의 적용을 받는 공직자등의 범위와 사교·의례상 허용되는 선물 등의 가액이 문제될 것이다. 이러한 점이 모두 시행 과정에서 논란거리로 제시될 수 있고, 개정에 대한 필요성 또한 제기될 것이다.

여기에서 다시 조선시대로 시선을 돌려보면, 세종은 분경금지를 두고 다음과 策題를 제시하며 논의해 보도록 한다.<sup>47)</sup>

분경을 금지하는 것은 비록 벼슬을 얻기 위하여 조금씩 날뛰는 풍습을 누르기는 하지만, 대신에게 사대부를 접촉 못하게 하여 인재의 賢否와 時政의 득실을 알지 못하게 만드니 금지하는 양은 것이 옳을 것 같다. (그러나) 만약 금지하지 않는다면 무턱대고 벼슬 얻기만 노리는 자들이 날마다 집정자의 문에 있을 터이니, 어떻게

47) 《世宗實錄》 56권, 14년(1432) 4월 12일.

하면 대신으로 하여금 듣고 보는 길을 널리 열어 놓으면서도 선비들의 분경을 없게 할 수 있겠는가?

세종이 제시한 책제는 분경금지가 갖는 딜레마적 상황을 잘 말해주고 있다. 교류가 있어야 인물의 됬됨이를 잘 알 수 있을 것인데, 그러한 교류가 청탁을 위한 만남으로 변질되는 것이 또한 현실이니 그를 막지 않을 수 없는 것이다.

조선시대 정종의 하교로부터 공식화되었던 분경금지는 법조문만을 놓고 보면 그 적용 범위가 점차 축소되어 갔다고 할 수 있다. 하지만 달리 보면 법문의 규범력을 확보하기 위해 법조문이 현실화되어 가는 과정이었다고도 할 수도 있다. 이 같은 역사적 사실에 비추어 청탁금지법의 미래를 미루어 본다면 분경금지와 마찬가지로 그 적용 범위가 축소 또는 현실화되어갈 것이라고 예측할 수도 있을 것이다. 그렇지만 분경금지와 청탁금지법의 가장 큰 차이는 청탁금지법에는 분경과 같은 딜레마적 상황이 존재하지 않는다는 것이다. 만남 자체를 금한 것이 아니라, 부정청탁과 금품수수만을 금했을 뿐이기 때문이다. 따라서 분경금지처럼 청탁금지법 역시 그 적용 범위가 당연히 축소되어 갈 수순을 밟을 것이라고 쉽게 단정할 수는 없을 것이다.

청탁금지법에서 당장에 문제가 제기되고 있는 부분은 사교·의례 또는 부조의 목적으로 제공되는 음식물·경조사비·선물 등의 가액이다. 이 부분 역시 조선시대로 시선을 돌려보면, 성종대 형조에서는 다음과 같은 내용을 계문한다.<sup>48)</sup>

무릇 분경하는 자는 대개가 간알을 인연하여 청탁하는 자들인데, 잡아서 고하는 것은 그들의 婢夫·伴人에 불과하여 죄를 받지 않아야 할 사람들이고, 시정에서 금령을 범하는 자는 모두가 當舖·大賈인데, 잡아서 고하는 것은 딸나무와 채소를 파는 자에 불과합니다.

48) 《成宗實錄》 4권, 1년(1470) 3월 19일.

조선시대 분경을 행하는 자들은 벼슬에 눈독을 들인 사대부들이며, 정작 포착되는 것은 그들의 심부름꾼인 婢夫와 伴人이었다. 이들을 분경으로 처벌하는 것은 적절치 않다는 것을 당시 法司에서도 인식하고 있었던 것이다.

이처럼 경중이 전도된 상황은 청탁금지법에서도 나타나고 있다. 바로 사교·의례의 음식물과 선물, 그리고 경조사비다. 청탁금지법 위반에 대해서 최초 신고가 되었던 것은 법 시행 첫날 학생이 교수에게 캔커피를 주었다는 112 신고였다. 여러 기사에서 크게 보도되었지만,<sup>49)</sup> 이는 “캔커피·카네이션·초콜릿으로 희화화되는 김영란법”이라는 지적처럼 본말이 크게 전도된 것이다.<sup>50)51)</sup> 오히려 청탁금지법에서 논의의 중심이 되어야 할 것은 법의 적용을 받지 않은 선출직 공직자들의 ‘공익적인 목적’<sup>52)</sup>에 대한 해석이라고 할 것이다.<sup>53)</sup> 조선시대 大臣과 大君의 논란에서 나타난 바와 같이 국정 전반에 영향을 미칠 수 있는 최고위 공직자에 대한 법의 적용 여부가 정치적 이해득실에 따라 왜곡되지 않도록 그에 대한 진지한 논의와 통찰력 있는 법해석이 필요한 것이다. 청탁금지법을 제정한 목적이 공직자와 공무수행에 대한 국민의 신뢰를 회복하기 위한 것일진대, 부정청탁과 금품수수의 금지에 담겨 있

49) 연합뉴스, 조선일보, 경향신문 등 2016년 9월 28일 청탁금지법 관련 기사 참조; 이와 관련한 국민권익위원회의 보도·해명자료 있음 (<http://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetailTotal&method=searchDetailViewInc&menuId=060502&boardNum=60667>; <http://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetailTotal&method=searchDetailViewInc&menuId=060502&boardNum=58203>).

50) 매일경제 2016년 10월 12일 사설(<http://news.mk.co.kr/column/view.php?year=2016&no=711811>).

51) 이와 관련하여 국회 정무위원회 2016년도 국정감사 결과보고서에 다음과 같은 지적내용이 있음: 권익위는 법률에 규정된 ‘직무관련성’이라는 개념 이외에 ‘직접적 직무관련성’이라는 개념을 통해 사제지간에 캔커피나 카네이션을 주고받는 것을 금지하고 있으나, 이는 법 제정취지나 사회통념에 맞지 않는다는 지적 (<http://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetailTotal&method=searchDetailViewInc&menuId=0102010301&boardNum=63864>).

52) 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 제5조(부정청탁의 금지) ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다.

3. 선출직 공직자, 정당, 시민단체 등이 공익적인 목적으로 제3자의 고충민원을 전달하거나 법령·기준의 제정·개정·폐지 또는 정책·사업·제도 및 그 운영 등의 개선에 관하여 제안·건의하는 행위.

53) 이와 관련해서는 다음의 기사 참조: 국민일보 2016년 7월 29일 기사 “국회의원은 김영란법 적용 예외?” 예외조항 삭제 분위기 (<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0010820121&code=61111511&cp=nv>); 매일경제 2016년 7월 29일 기사 ‘국회의원 예외조항, 김영란法 개정해야’ (<http://news.mk.co.kr/newsRead.php?no=543927&year=2016>).

는 결코 적지 않은 의미가 사교·의례의 음식물과 선물, 경조사비에 축소되어 인식되는 것은 분명 경계해야 할 것이다.

## VI. 맺으며

지금까지 조선시대 분경금지법이 제정된 배경과 《經國大典》과 《續大典》의 조문, 그리고 분경과 관련된 사례들을 살펴보고, 분경금지가 청탁금지법에 던지는 시사점을 살펴보았다. 분경을 금지한 근본 이유는 공식적인 절차가 아닌 사적인 통로를 찾아 인사와 사법에 영향을 미치려는 것을 근절하기 위한 것이었다. 그러나 그 자체가 은밀할 수밖에 없는 만남을 적발한다는 것이 결코 쉽지 않았고, 執政家에 대한 방문 자체를 금지한다는 다소 극단적이기까지 한 법문을 규정하기에 이르렀다. 조선시대 분경금지의 역사는 그러한 법규범이 지향한 이상과 실효적 법집행이라는 현실 사이에서 고민해 온 역사라고 할 수 있을 것이다.

조선시대 분경금지를 두고 많은 논란과 반대가 있었고, 분경금지가 정쟁의 수단으로 이용된 적도 있었다. 그렇지만 적어도 그 자체를 폐지하지는 않았다. 출입 자체만으로 처벌하는 위험성을 알고 있었기 때문에 오히려 분경금지의 대상과 시기를 두고서 수 없이 논의하여 분경금지법이 실질적으로 적용될 수 있도록 하였다고 할 수 있다. 분경금지에 대한 의지가 없었으면 구태여 《經國大典》의 조문을 《續大典》에서 공들여 개정하지도 않았을 것이다. 실록에서는 분경과 관련한 사례를 조선 ㅅ期에 걸쳐 확인할 수 있다. 조선시대 분경금지가 실패했거나 포기되었다고 쉽게 단정할 수는 없는 이유이다.

역사는 반복된다고 한다. 분경금지는 청탁금지법과 시대와 층위를 달리하고 있지만, 입법의 계기가 되었던 문제의식은 다르지 않았다. 그리고 분경을 둘러싸고 일었던 조선시대의 논의는 청탁금지법을 둘러싼 지금의 논의들과 너무나 유사하게 반복되고 있다. 분경에 대해서 문밖의 만남은 금지하지 않

는다고 한 것처럼, 떳떳하면 만나는 것을 숨길 필요가 없을 것이고, 그렇다면 조금 불편하더라도 대문 밖에서 만나면 되는 것이다. 刑으로써 刑이 없기를 기약한다고 한 것처럼, 애초에 은밀한 곳에서의 청탁이 없었다면 분경이 금지되지 않았을 것이다. 지금에 다시 한 번 꼭 되새겨 볼 내용이다.

## ■ 참고문헌

- 《經國大典》, 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1997.  
 《續大典》, 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1998.  
 《大典會通》(上·下), 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1999.  
 《大明律講解》, 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 2001.  
 《大明律附例》(上·下), 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 2001.  
 《大明律直解》, 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 2001.  
 《大典續錄·大典後續錄·經國大典註解》, 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1997.  
 《各司受教·受教輯錄·新補受教輯錄》, 규장각자료총서 법전편, 서울대학교 규장각, 1997.  
 譯註《經國大典註解》, 정궁식·田中俊光·김영석, 한국법제연구원, 2009.

국사편찬위원회 한국사데이터베이스 고려시대사료(<http://db.history.go.kr/KOREA>)

국사편찬위원회 조선왕조실록(<http://sillok.history.go.kr>)

서울대학교 규장각한국학연구원(<http://e-kyujanggak.snu.ac.kr>)

[최종접속 2017.03.19]

- 김대홍, 「경국대전의 중앙통치제도」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2004.  
 \_\_\_\_\_, 「전통 형법상 뇌물죄 구성요건의 시사점: 직무관련성을 중심으로」, 『법조』(vol.678), 2013.  
 \_\_\_\_\_, 「조선시대 《大明律》 不應爲조에 관한 연구」, 『법사학연구』(vol.49), 한국법사학회, 2014.  
 김영석, 「고려시대와 조선초기의 相避親」, 『서울대학교 법학』(vol.52, no.2), 서울대학교 법학연구소, 2011.  
 김지수, 『傳統 中國法의 精神 -情·理·法의 中庸調和-』, 전남대학교 출판부, 2011.  
 박병호, 「분경금지법」, 『사법행정』(vol.23 no.7), 한국사법행정학회, 1982.  
 \_\_\_\_\_, 「소송과 분경」, 『사법행정』(vol.23 no.8), 한국사법행정학회, 1982.  
 서정민, 「조선초기 관리의 汚職犯罪에 관한 연구: 贓汚罪에 대한 논의를 중심으로」, 서울대학교대학원 석사학위논문, 2004.  
 이광린, 「분경금지법의 제정과 그 변천에 대하여」, 『동방학지』(4), 1958.  
 이명복, 「조선시대 관리범죄에 관한 연구: 조선왕조실록의 사례를 중심으로」, 동국대학교대학원 박사학위논문, 2005.

- 정구선, 「조선 전기 청탁관행 연구」, 『경주사학』(제35집), 2012.
- 정공식, 「대명률의 죄형법정주의 원칙」, 『서울대학교 법학』(vol.49, no.1), 서울대학교 법학연구소, 2008.
- 조지만, 「조선시대 ‘贓’에 관한 연구」, 『아주법학』(vol.6, no.1), 아주대학교 법학연구소, 2012.
- 최병조, 「15세기 중반 세종대 조선의 법리 논의: 斷罪無正條조와 不應爲조의 관계」, 『법사학연구』(vol.44), 한국법사학회, 2011.
- 한우근 외, 『역주 경국대전(주석판)』, 한국정신문화연구원, 2003.
- 中村茂夫, 「不應爲考」, 『金澤法學』(26-1), 金澤大學法學部, 1983.

국민권익위원회(<http://www.acrc.go.kr>)  
국민일보(<http://news.kmib.co.kr>)  
동아일보(<http://news.donga.com>)  
매일경제(<http://news.mk.co.kr>)  
연합뉴스(<http://www.yonhapnews.co.kr>)  
오마이뉴스(<http://www.ohmynews.com>)  
조선일보(<http://news.chosun.com>)  
[최종접속 2017.03.19]



<Abstract>

## The implications of the prohibition against ‘bungyeong’ in the Joseon dynasty in relation to ‘The Improper Solicitation and Graft Act’

Kim, Dae Hong\*

During the Joseon dynasty, ‘bungyeong’ was a word that pointed out visiting busily a power holders’ house in order to get a government post. In this article, I made a comparative study on the prohibition against ‘bungyeong’ in the Joseon dynasty in relation to the enforcement of ‘The Improper Solicitation and Graft Act’. I examined the background, the related articles and the cases of the prohibition against ‘bungyeong’ in the Joseon dynasty. There was controversy around the enforceability and the political risk of the prohibition against ‘bungyeong’, but insightful discussions were held to secure normative power of it. The results of such discussions were reflected in the codes of the Joseon dynasty. I could find out the common ground between the prohibition against ‘bungyeong’ and ‘The Improper Solicitation and Graft Act’ beyond the time in the issue of the restoration of the confidence in the public officials and the public service. The prohibition against ‘bungyeong’ clearly shows us where to focus in discussions on ‘The Improper Solicitation and Graft Act’, which are currently off the point amid the controversy around the acceptable limit of food and drink, condolence money, or gifts.

---

\* Visiting Assistant Professor, Division of General Studies, UNIST.

**[Key Words]** bungyeong(奔競), saal(私謁), The Improper Solicitation and Graft Act, improper solicitation, public interest