■ 민족문화연구 제94호(2022.2.28.), 고려대학교 민족문화연구원, pp.67-115.
http://doi.org/10.17948/kcs.2022..94.67

【특집: 제1회 한국학 페스티벌—해외 석학 초청 강연 원고】

조선의 법과 경세술

Anders Karlsson*

목 차

1. 서론: 법 체계의 역사 또는 특정 시기의 법 체계에 대한 연구는 왜 필요한가?
2. 이념
3. 공사(公私) 구분과 법 체계의 정당화 I: 구금
4. 공사(公私) 구분과 법 체계 정당화 II: 살인을 저지른 관리
5. 결론

1. 서론: 법 체계의 역사 또는 특정 시기의 법 체계에 대한 연구는 왜 필요한가?

"예부터 지금까지 나라가 있는 곳이라면 곧 법도 있었다(古往今來有國有典)."
—『속대전(續大典)』 서문

심각한 사회정치적 격변의 시기를 제외한다면 국가에서 일어나는 사회적

* 런던대 SOAS 한국학센터 소장.

·정치적· 경제적 활동의 기틀을 제공하고, 이들 영역에서의 변화를 이끄는 것은 그 국가의 제도이며, 이 국가 제도의 핵심이 되는 것은 다시 그 국가의 법 체계라 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 조선의 법 체계에 대한 연구는 그 정치·사회·경제사에 대한 연구에 비해 많은 주목을 받지 못했다는 것이 필자의 생각이다. 물론 이들 연구도 어느 정도는 법 체계의 여러 측면을 참고하기도 하지만, 정치·사회·경제의 특징과 변화를 설명할 때 이를 둘러싼 국가적/제도적 기틀을 충분히 고려하지 않고 현대 사회 이론을 적용하는 경우가 많다.[1] 추측에 머무를 수도 있겠으나, 필자가 보기에 연구자들이 지금껏 (법률사를 포함한) 제도사 연구에 소극적이었던 까닭은 한국 사회정치사에서의 '지속되는 특성'을 강조하는 식민지 역사학이 이 분야 연구를 많이 했기 때문이라는 점과 사회적·경제적 변화란 국가와 그 제도**에도 불구하고** 발생하는 것이란 통념에서 찾아볼 수 있다.

물론 그렇더라도 이 분야에 중요한 공헌을 한 학자들이 적지 않다. 선구적인 업적을 남긴 이들 중에는 역사학자보다는 법학자와 정치학자가 많은데, 박병호와 최종고 같은 학자는 한국의 전통 법 문화에 관한 문제들을 처음으로 다루기 시작했고, 이어서 정긍식과 함재학 등 후대 법학자들이 해당 시기의 중요 법률 문서 및 법과 국정 운영 사이의 관계에 대한 보다 심도 있는 분석을 내놓았다.[2] 이들 법학자들이 조선사 연구에 실증주의적 분석법학을 도입했다면, 조선 법 체계에 관심을 갖기 시작한 역사학자들은 타마나하(Tamanaha)의 "법 현실주의(realistic theory of law)" 관점에서 접근한다. 가령 한상원과 김호, 심재우 및 영어권 학계에서 활동하는 김지수와 김정원 등의 학자들이 여기에 해당하는데, 이들은 추상적/일반적 접근을 지양하고, 법 체계와 해당 사회에서 그 법 체계의 상호 작용의 세부 내용이 **역사적으로**

1) 이는 물론 한국학에 한하여 나타나는 현상은 아니다. 이 같은 한계를 극복하고자 하는 시도는 신제도경제학(New Institutional Economics) 등의 연구 분야와 Evans, Rueschemayer and Skocpol eds, *Bringing the State Back In,* Cambridge: Cambridge University Press, 1985와 같은 저서에서 찾아볼 수 있다.

2) 이 분야 연구사에 대한 검토로는 Kun Yang, "Law and Society Studies in Korea: Beyond the Hahm Theses," *Law & Society Review* 23:5, 1989, 891-902을 참고하라.

어떠했는지를 보다 구체적으로 이해하는 데에 주안점을 둔다.[3]

넓게 보자면, 법과 통치이념의 관계가 이 논문의 주제이다. 단순히 지배적 이념이 법 체계, 법률적 원칙이나 결과 등에 반영된다는 주장을 전개하는 것이라기보다는, 어째서 법이 이념의 한 부분인지 또는 영국 사학자 E. P. 톰슨(Thompson)의 말처럼 **법이 곧 이념**이 될 수 있는지를 논구하는 것이다.[4] 유교가 법 체계에 상당한 영향을 미친 동아시아에서 이러한 주장은 다소 설득력이 떨어지는 듯 들릴 수 있다. 이는 흔히 인용되는 아래 구절이 암시하듯 유교가 국정 운영에는 법보다 도덕과 의례에 더 큰 중요성을 부여했다는 인식이 있기 때문이다.

> "법으로써 백성을 이끌고, 형벌로써 백성을 가지런히 하면, 백성들은 형벌을 모면하려고만 할 뿐, 부끄러워함은 없느니라. 그러나 덕으로써 백성을 이끌고, 예로써 백성을 가지런히 하면, 백성들은 부끄러워할 줄을 알 뿐만 아니라, 또한 스스로를 바로 잡느니라."『논어』[5]

하지만 이런 이념적 입장 (혹은 이념적 태도)에 근거하여 동아시아 국정 운영 발전에서 유교와 법치주의가 상호배타적이었다는 결론으로 나아간다면 이는 동아시아의 법률 사상 발전을 곡해하는 일이 될 것이다. 설사 법에 의한 지배(rule by law)가 곧 도덕의 부재를 암시하는 지표라고 여겨질지라도, 법의 지배(rule of law)는 인도적 국정 운영을 위해 없어서는 안 될 부분이기 때문이다.

아시아 또는 한국의 전통 법률에 대한 초기 연구는 유교적 경세술(Confucian statecraft)에서 법의 중요성이 상대적으로 적다거나 자의적으로 적용되어왔다는 점을 (경우에 따라서는 통상 '서양'의 법률적 전통이라 이해되는 것과의 부당한 비교를 위해) 강조하는 경향이 있었던 반면, 오늘날

---

3) Brian Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law,* Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

4) E.P. Thompson, *Whigs and Hunters,* New York: Pantheon, 1975.

5) The Analects, in James Legge *The Chinese Classics* vol 1, London: Trübner & Co, 1861, 10.

학계는 법 체계를 훨씬 더 중요하게 보고 있다. 그런데 이러한 현상이 사회 정치적 체제 전반에서 법이 담당하는 역할에 대한 새로운 이해를 나타내는 것이라기보다는, 유교적 경세술에 대한 긍정적 재평가에 기인하는 것이라고 본다. 이 연구 목적은 지금까지는 주목받지 못했던 이 측면(사회정치적 체제 전반에서 법이 담당하는 역할)을 다루는 데에 있다.

국가 이념의 역할은 지배적 사회 질서를 정당화하는 것인데, 이는 물론 그 체제가 내포하는 모든 불평등을 포함한다. 법 체계가 국가 조직의 일부로서 국가 이념을 반영한다면, 이런 사회적 불평등 또한 반영한다고 보아야 할 것이다. 그러나 E. P. 톰슨이 주장했듯 체제를 지지하는 이념으로서 법 체계가 호소력을 얻기 위해서는 어떤 식으로든 그 나름의 정당성을 확보해야만 한다. 즉, 사회적 권력 관계를 자의적으로 반영하는 법 체계는 이념으로서의 힘을 상실할 수밖에 없다.

법과 경세술의 관계를 연구하기에 좋은 자료는 영조 재위 기간(1724-76)에 새로이 편찬된 법전 『속대전』이다. 앞에서 언급했던 필자의 관심 주제 연구를 위해서 『속대전』은 다음과 같은 몇 가지 이유로 아주 중요하고 유용한 사료라 할 수 있다. 첫째, 그 편찬 과정을 둘러싼 논의를 살펴보건대, 『속대전』은 영조에게 유교에 기반한 왕조의 중흥이라는 보다 큰 프로젝트의 일부였으며, 자신의 경세술을 구체화하는 데 있어서 핵심적인 역할을 담당했다. 또한, 이 신규 입법의 상당 부분이 왕령[受敎] 또는, 특정 사례에 있어서는, 왕의 판결에 기반한 것이었다는 점을 감안하면 『속대전』은 법률적 원칙은 물론 다소 희미하게나마 법률 정책을 엿볼 수 있는 창구이기도 하다. 신규 입법이 상당 부분 왕의 판결에 의거한 것이라는 점은 그 법이, 혹은 최소한 그 법을 둘러싼 논의가 이루어지는 방식이, 이념적 성격을 띠고 있었음을 의미한다. 마지막으로, 『각사수교(各司受敎)』나 『수교집록(受敎輯錄)』과 같은 보다 포괄적인 왕령집보다 『속대전』을 중점적으로 검토하는 까닭은 이들을 법전으로 엮어내는 과정에 선택과 개정의 요소가 개입되었으며, 이에 따라 이념적 측면에 대한 분석이 가능해진다는 데에 있다.

본 논문은 세 부분으로 이루어진다. 먼저, 『속대전』의 이념적 배경을 그 서

문과 편찬을 둘러싼 논의를 통해 살펴본다. 다음 두 부분은 법 체계의 '공정성'을 검토함으로써, 즉 공(公)과 사(私)의 구분을 유지하기 위해 어떻게 노력했는가를 검토함으로써 해당 법 체계의 정당화 문제를 다룬다. 본고에서 이 두 가지 '사례 연구'는 모두 『속대전』의 두 가지 새로운 조항에서 시작한다.

2. 이념

영국 철학자 버트런드 러셀(Bertrand Russell)은 『서양철학사(*A History of Western Philosophy*)』에서 "인류는 단 한 번도 합리적 논증에만 의거해서 통합을 이루어본 바가 없다"고 주장했다.[6] 굳이 이념적 요소가 '비합리적'이라는 주장을 할 필요도 없이 나는 러셀의 이 말이 법 체계의 사회적 역할에도 적용된다고 본다. 법의 지배가 이루어진다고 말할 수 있는 사회에서조차 그 법 체계에 대한 수용은 결국 그 체계에 대한 믿음(faith)에 근거한다는 점에서 그렇다. 대부분의 경우 준법 시민이 법을 준수하는 것은 법률과 그 공정성에 대해 자세하게 알고 있기 때문이 아니라, 국가와 그 체제를 신뢰하기 때문이다. 이 믿음은 어떻게 형성되는가? 시민이 갖는 국가와 법을 대할 때 느끼는 이 카리스마(charisma)는 여러 요인 중에서도 "민주적 국가" 혹은 "현명하고 자애로운 지배자"와 같은 개념에서 비롯된 것일 수 있다. 따라서 법 체계에는 사회적 합의에 부합하는 규범과 가치가 반영되어야만 한다. 사학자 김호에 따르면 조선 후기 왕권 주도 하에 이루어진 법 체계의 발전은 곧 법률과 함께 도덕적 원칙 및 인간적 정서에 대한 광범위한 합의에 기반한 법률 문화를 만들기 위한 노력으로 이해되어야 한다.[7] 이것이 바로 법 체계의 '공정성'의 근간이 된다고 보아야 할 것이다.

18세기 초까지 조선 왕조의 성문법 토대는 다소 복잡했는데, 이는 조선 왕조의 법과 『대명률(大明律)』이 병렬적으로 적용되었기 때문만이 아니라, 수

6) Bertrand Russell, *A History of Western Philosophy*, London: Unwin Paperbacks, 1979, 22.
7) 김호, 「『흠흠신서(欽欽新書)』의 일고찰(一考察)」, 『조선시대사학보』 54, 조선시대사학회, 2010, 233-267면.

차례에 걸쳐 덧대어진 왕조 법의 속록(續錄)과 여러 왕령 때문이기도 하다. 숙종 재위 기간(1674-1720)인 1707년 편찬된 『전록통고(典錄通考)』는 그 당시까지의 신규 입법을 하나의 문서로 통합하고자 한 시도였다. 그렇다면 왜 영조는 새로운 법전 편찬의 필요성을 느꼈던 것일까?

법 체계의 성문법 체계를 개선할 필요성이 막 대두되었을 때를 살펴보면, 이것이 단순한 법률 개혁을 넘어서는 사안이었음을 분명히 알 수 있다. 1730년 영조는 『국조오례의(國朝五禮儀)』와 『경국대전(經國大典)』을 선한 법이요 아름다운 체계라 칭하고, 이들을 활용하지 못하는 것은 밥과 반찬을 눈앞에 두고도 먹지 못하는 것만큼이나 답답한 일일 것이라 말하였다. 적합한 체계를 갖추지 못했던 고려와 조선을 비교하면서 그는 세조(世祖) 재위 기간(1455-68)에 편찬된 이 두 법전이 비로소 왕조의 근간을 완성했다며 찬사를 아끼지 않았다. 그러나 그는 또한 『경국대전』이 당시에 이르러서는 다소 시대에 맞지 않고, 일부분은 무용하며, 심지어는 공직자의 태만을 야기한다고까지 지적했다. 그리고 요 임금과 순 임금을 닮으려거든 조상을 닮으라는 속담을 인용하면서 『경국대전』을 "다듬고 보강하는 것"이 그의 오랜 바람이었다고 말했다. 하지만 현재 체제와 왕조 법전 사이에 어떤 괴리가 있었다면 그것은 『전록통고』를 통한 증보로도 충분히 해결할 수 있었을 것이다. 즉, 이들 기록을 통해 우리가 알 수 있는 것은 법률 개혁 문제는 『전록통고』로도 다뤄질 수가 있었으며, 새로운 법전의 편찬은 왕조의 중흥이라는 개념과 좀 더 맞닿아 있었다는 점이다.[8] 실제로 『속대전』이 편찬될 무렵 『전록통고』 역시 『증보전록통고(增補典錄通考)』(1740-46 편찬)라는 증보판으로 편찬되었다는 사실이 이 점을 뒷받침한다.

보다 많은 혁신을 요구하는 목소리는 이후에도 계속 이어졌다. 1736년 우의정 송인명(宋寅明, 1689-1746)은 나라를 다스림에 있어 다만 최소한의 평화라도 이루어지려면 형벌 체계를 "다듬고 보강하는 것"이 필요하며, 당시 조선은 형법이 분명히 자리잡지 못해 국가를 다스리기가 어려운 상황이라고

8) 『영조실록』 6년 12월 19일.

진단했다. 하지만 그는 동시에 도성 문에 왕령을 게시하는 관행을 예시로 언급하며, 반드시 필요한 법은 선별해 개선한 후 편찬하고 반포해야 한다고 주장하기도 했다. 형조판서 송진명(宋眞明, 1688-1738)이 이미 그렇게 하라는 명이 하사되었으나 다만 아직 착수하지 못했을 뿐이라고 설명하자, 송인명은 이미 명이 떨어졌다면 비변사의 고위 관료[堂上官] 일부를

추려 형조 소속 관료와 함께 법 개정 작업을 진행해 법전을 펴내도록 하지 않을 까닭이 없다고 말했다. 왕은 형법이 분명치 못하다면 백성들이 생활을 영위하기가 어려울 것이라는 데에 동의하며, 형조 관료에게 비변사의 김약로(金若魯, 1694-1753)와 논의하여 이 일에 착수할 것을 명하였다.[9]

영조는 1744년 6월 별도의 편찬 기구인 증수대전속록찬집청(增修大典續錄纂輯廳)을 특설하라는 명과 함께 서종옥(徐宗玉, 1688-1745)으로 하여금 이를 이끌게 함으로써 『속대전』 편찬을 시작했다.[10]

영조가 『속대전』을 위해 쓴 서문(題)에는 "대개 옛날부터 법이 오래되면 백성들은 혼란스러워 한다."[11]는 기본적인 사실을 들어 새로운 법전을 펴내는 이유를 설명한다. 그는 "『경국대전』이 곧 이 나라의 법이다 (…) 누구나 이 책에 담긴 지혜로운 법규를 볼 수 있을진대 어찌 과인처럼 소양이 부족한 자가 감히 이 책을 보강한다고 할 수 있겠는가"[12]라며 스스로의 업적을 낮춘다. 영조는 이어서 이 새로운 법전은 다만 후속록과 수교집록을 한 데에 묶는 것에 불과한 것이라고 설명한다.

물론 서문에서는 이 새로운 법전을 펴내는 데에는 이념적인 이유도 있었다는 걸 암시한다. "법은 날이 갈수록 복잡해지고, 원칙은 점차 무질서하게 흘러가고 있다. 관료는 제멋대로 꾀를 부리며, 백성은 어찌할 바를 모른다."[13] 즉, 법적 모호성은 도덕적 타락을 나타내는 신호 혹은 도덕적 타락을 낳거나 부추기는 요인이 된다는 점에서 문제라는 것이다. "풍요로운 덕과 조

9) 『영조실록』 12년 12월 7일.
10) 『영조실록』 20년 6월 26일.
11) 『속대전』 권수, 어제제속대전명칙후곤.
12) 같은 책.
13) 같은 책.

상이 물려준 법은 모두 너그러움과 자애로움에 뿌리를 두고 있었다. 그러나 시대는 날이 갈수록 어지럽고, 관습은 타락해가며 오래되어 점차 사라져가고 있다. 『속대전』의 골자는 바로 여기에 있다. 그것이 무엇이냐 묻는다면 바로 관대함과 자애로움이라 답할 것이다."[14] 이러한 태도는 영조가 『속대전』 편찬에 참여한 신하와 나눈 대화에서도 분명하게 나타난다. 1744년 10월 영조가 찬집청(纂輯廳) 당상관(堂上官)인 구택규(具宅奎, 1693-1754)를 불러 『속대전』의 형법 부분에서 고칠 부분이 있겠느냐고 물었는데, 구택규는 형법 부분은 다만 조금도 백성을 위하지 않은 바가 없으며, 다만 흠이 있다면 그것은 너무 관대하다는 것이라고 답했다. 이에 영조는 "관대함이 백성에게 이롭다면 고쳐야 할 까닭이 무엇 있겠는가?"[15]라고 말하였다고 한다.

본고 서두의 인용구는 나라를 세우는 일에는 법전이 핵심적인 역할을 담당한다는 영조의 인식을 잘 보여준다. 법전 편찬은 왕조 초기에 나라를 세운 선왕들의 업적(創業) 중에서도 기려야 할 것으로 여겨졌으며, 물론 실제 『경국대전』도 그 점에서 다르지 않았다. 예문관제학(藝文館提學)을 지낸 원경하(元景夏, 1698-1761)가 쓴 『속대전』 서문(序)에서도 "조선 태조 임금은 왕조를 세워 이 나라의 기틀을 처음으로 닦고, 위대한 규율과 원대한 계획을 세우심에 [하(夏), 상(商), 주(周)] 세 왕조를 닮았다 할 것이다. 태조 임금은 법체계를 만들었으며, 오직 그 본래의 법전과 이를 보강하는 법들이 있음으로 인해 후대의 왕들께서 옛 법을 따라 현명하게 나라를 다스릴 수가 있었다"[16]고 말하고 있다.

그러나 우리가 앞서 살펴보았듯 『속대전』에는 도덕적 타락을 우려하는 이념적 메시지가 담겨 있었다. 선대 왕들이 새로운 나라를 여는 일로 업적을 세웠다면, 후대 왕들은 나라를 다시 바로 세우는 일, 그러니까 왕조의 중흥(中興)으로 업적을 세워야 했던 것이다. 물론 영조가 스스로의 업적을 낮추어 말했던 점 등을 감안해 볼 때, 한 왕조의 중흥을 자신이 이루었다고 주장하

14) 같은 책.
15) 『영조실록』 20년 10월 11일.
16) 『속대전』 권수, 서.

기는 힘들었을 것이다. 그렇다 하더라도 행간과 이 새로운 법전의 편찬을 둘러싼 조정의 논의를 살펴보면 『속대전』이 왕조 중흥 사업의 일환이었으며, 영조가 후대에 남긴 유산에서도 큰 부분을 차지다는 점은 부인할 수 없다. 마침내 새로운 법전 편찬을 결정하게 된 1740년 4월 이 사안을 논하던 영조는 신하들에게 "왕조를 수립하거나 중흥하는 임금은 무릇 관대함으로 정사를 이끌어 나라의 영속을 기원하지만, 망하게 될 나라는 혹독한 벌을 사용하는 법이다. 이 법전 편찬에 몸담은 이들은 이 점을 명심하라"[17]고 이른다. 영조는 한나라 문제가 가혹한 형벌을 철폐하였음에도 무제가 사마천에게 그 형벌을 가하였다는 저 유명한 이야기를 들어 이 점을 더욱 확실히 하고자 했다. 또, 영조는 압슬(壓膝), 낙형(烙刑)이나 문신을 새겨 온 가족을 국경지대로 유배보내는 형벌도 금하면서, 이 역시도 『속대전』 편찬과 연관지어 설명했다. 관대함을 내세운 이런 정책들을 강조함으로써 간접적으로 그의 경세술을 왕조 중흥을 향한 발판으로 삼은 것이다.

더욱이 1744년 말 『속대전』 편찬이 끝나자 영조는 이를 본인의 재위 기간에 이루어진 위대한 업적으로 부르기 시작한다. 12월 1일에 그는 도승지와 홍문관 관료를 경현당으로 불러다 어진(御眞) 두 편을 꺼내어 보여주며, "내가 이 어진을 꺼낸 것은 경들에게 보여주기 위함이 아니라, 후대가 보고 내 큰 가르침(大訓)의 뜻을 따르기를 바라는 마음에서다. 이제 『속대전』과 『속오례의』, 『대훈(大訓)』의 편찬이 끝났으니, 더 젊어서 하지 못해 아쉬우나 이제 비로소 내 일을 한 것 같구나"[18]라고 말한다. 『속대전』은 계속해서 영조의 업적 중 하나로 조정에서 논의되었다. 영조가 공물을 수취할 수 없는 경우 돈으로 대신 세금을 부과하는 것을 부패로 규정하고 금지하자 좌의정 송인명은 이를 두고 "드디어 편찬된 『속대전』과 『속오례의』는 큰 뜻을 후세에 전하고 백성을 오래토록 굽어살피고자 하는 성군의 바람에서 나온 것입니다. 전하께서는 부디 과업을 마쳤다 말씀하지 마시옵고 저희를 계속해서 인도하소서"[19]라며 그 정책을 경하하였다.

---

17) 『영조실록』 16년 4월 17일.
18) 『영조실록』 20년 12월 1일.

영조가 스스로를 낮추어 왕조 중흥의 업적을 내세움에 다소 소극적이었다면 영조를 모시던 신하들은 적극적으로 그 업적을 높이 평가하였는데, 이는 원경하가 쓴 서문에서도 여실히 드러난다. “우리의 임금께서는 백성을 사랑하시고, 검소하시며, 선왕의 정치를 본받으셨다. 전하의 자애로운 법과 탁월한 체계가 초(楚) 나라에 필적하며, 그 눈부심과 지속됨이 위대하다 할 것이다. (…) 이것이야말로 공자께서 말씀하신 조상의 뜻과 업을 잇는 일로, 효를 다했다고도 할 수 있을 것이다. 전하께서는 또 더욱이 압슬(壓膝)과 낙형(烙刑)을 철폐하고, 일가족을 국경으로 유배보내는 형벌을 완화하셨다. 이 선한 뜻이 널리 퍼져 이제 전하의 권위가 더욱 높아지고 굳건해졌다. 문제(文帝)의 가혹한 형벌 폐지는 위대하였으나 모자람이 있었으니, 이제 우리 신하들은 손을 모아 임금께서 요·순 임금을 본받아 형벌 없이 백성을 다스리시기를 기다린다.”[20]

3. 공사(公私) 구분과 법 체계의 정당화 I: 구금

『속대전』 형전(刑典)의 수금(囚禁)편 첫 구절에는 조정의 재정을 담당하던 기관인 내수사(內需司)의 감옥인 내사옥(內司獄)이 숙종 37년에 폐지되었다는 언급이 나온다.[21] 이러한 결정의 배경과 이를 둘러싼 논의를 보면 공(公)과 사(私)의 구분이 법 체계에서 핵심적인 역할을 담당했음을 알 수 있다.

조선의 국가 제도 구조에서 특징적인 부분은 관료들에게 사법적 권력이 광범위하게 주어졌었다는 점이다. 행정 권력과 사법 권력을 나누는 분명한 구분이 존재하지 않았는데, 실제로 수령에게 두 가지 권력이 모두 주어졌고, 법에 관한 문제를 다루는 기관 외에도 수도권과 지방의 수많은 행정 기관이 사법적 권력을 행사했다. 그 중에서도 가장 널리 주어졌던 사법권은 바로 체포 권한이었다. 중앙과 지방을 막론하고 원칙적으로 모든 정부 기관에게는 이 권한

19) 『영조실록』 20년 12월 25일.
20) 『속대전』 권수 서.
21) 『속대전』 형전, 수금.

이 있었으며, 다만 형조에 이를 알려야 하는 기관과 (훗날 직수아문(直囚衙門)이라 불리는) 자체 재량에 따를 수 있는 기관으로만 나뉠 뿐이었다.

체포 권한은 이렇게 널리 부여되었으나, 수도권에서 구금은 오직 지정된 감옥 (형조의 전서옥과 의금부의 금부옥, 포도청 감옥) 중 하나에만 가능하였다. 그러나 각 기관들은 체포한 이들을 구금할 곳이 필요해지자 자체적으로 투옥 시설을 짓는 경우가 많았고, 때문에 17세기와 18세기에 걸쳐 여러 논의와 입법이 이루어졌다. 본 절에서 필자는 이들 내수사의 내사옥을 비롯해 다른 기관에 세워진 다양한 구류간(拘留間)을 둘러싼 논의와 입법을 분석하고자 한다.

조선 초부터 『경국대전』에 의거해 독립적으로 투옥을 할 권한을 가진 기관은 병조와 형조, 한성부, 사헌부, 승정원, 장예원(掌隷院), 종부시(宗簿寺), 그리고 각 도 및 지방 관청이었고,[22] 여기에 『속대전』을 통해 훗날 설립된 비변사와 포도청이 추가된다.[23] 체포 및 투옥 권한을 널리 부여한 이 제도는 (경찰 권력이 행정 권력, 때로는 군사 권력과도 합쳐지도록 해) 권력 남용과 위법의 가능성을 남겼고, 이에 자의적으로 백성을 구금하는 기관 혹은 '사적인' 이유로 백성을 체포 및 투옥하는 등 이 권한을 남용하는 관리에 대한 상소가 조정에 올라왔다.[24]

법이 올바르게 적용되는 경우라 하더라도 체포권이 널리 부여된 탓에 수많은 백성이 여러 감옥에 구금되는 문제도 있었다. 형조판서 강현(姜鋧, 1650-1733)이 백성을 감옥에 두는 일이야 말로 당대의 주요 사안 중 하나라고 말했다. 1707년 숙종 재위 당시 조정에서 이 사안을 언급했고, 그 해결책으로써 이들 기관이 오직 중죄를 지은 경우에만 구금할 수 있도록 할 것을 제안했다. 중죄가 아닌 경우에는 형조가 직접 처벌할 수 있도록 넘겨져야 한다는 것이다. 숙종이 이에 동의했고, 이들 기관이 오직 중죄를 지은 자만을 구금할 수 있다는 결정은 비록 『속대전』에 담기지는 않았으나 훗날 왕령

22) 『경국대전』 형전 수금.
23) 『속대전』 형전 수금.
24) 가령 『숙종실록』 12년 2월 1일과 『영조실록』 5년 3월 12일에서 이를 찾아볼 수 있다.

으로 활용되었다.[25] 체포 및 투옥에 관한 이들 문제는 영조 때에도 논의되었으며, 결과적으로 새롭게 편찬된 『속대전』에서도 이 문제를 다루고자 하였다. 허나 이 문제에 대한 접근은 단순히 입법의 형태로만 이루어지지 않았으며, 그 밖에 반복적인 강조, 법 위반자에 대한 처벌, 보다 간결하고 분명한 절차 마련 등 다른 형태로도 이루어졌다.

『속대전』은 독립적으로 체포 및 투옥할 권한을 비변사와 포도청에도 부여하면서, 또 누군가를 투옥하고자 하는 모든 행정 당국 및 군문(軍門)은 형조에 보고해야 함을 분명히 했으며, 이를 어길 경우 엄중히 다스릴 것이라고 강조했다.[26] 『속대전』은 투옥과 관련하여 체포 기관은 반드시 투옥된 피의자의 성명을 기록할 때 지체없이 피의 사실을 명확히 기록해야 한다고 명시하였다. 만일 특정한 죄목이 기록되어 있지 않거나 피의 사실이 분명하게 제시되어 있지 않은 경우 형조는 체포 허가를 하지 않았으며, 백성이 저지르지 않은 범죄를 이유로 불공정하게 투옥되었다는 사실이 드러날 경우 책임자는 해임하도록 하였다.[27]

수도 한양에서 주로 쓰인 감옥은 의금부 인근 종로에 위치했던 전옥서(典獄署)로 형조가 일반적인 범죄자를 투옥하던 곳이었다. 의금부는 별도로 자체 감옥 금부옥(禁府獄)을 보유하고 있었으며, 이는 포도청(捕盜廳)도 마찬가지였다.[28] 사법 기관과 관련된 이들 시설 외에 조정의 재정을 담당하던 내수사(內需司)에도 부속 감옥인 내사옥(內司獄)이 있었다. 환관들이 관리하던 내사옥은 처음엔 내수사가 관할하는 사안에 관련된 범죄자만들을 구금하는 곳이었으나, 나중에 이르러서는 다양한 범죄자를 구금하게 되었다.

적법한 절차에 대한 중요성이 대두되면서 내수사에 있는 이 감옥은 변칙적인 존재가 되었고, 더욱이 1652년에 일어난 한 사건으로 인해 내수사에 대한 불만의 목소리는 더욱 높아졌다. 5월 27일 홍문관(弘文館)은 상소를 올

25) 『승정원일기』 숙종 33년 5월 25일; 한국역사연구회중세2분과법전연, 『신보수교집록』, 청년사, 2000, 326면.
26) 『속대전』 형전 수금.
27) 같은 책.
28) 심재우, 『네 죄를 고하여라: 법률과 형벌로 읽는 조선』, 산처럼, 2011, 212면.

려 이른바 한희유(韓希愈) 사건을 보고하게 된다. 한희유는 자신이 그저 평범한 백성으로서 딸이 강제로 궁에 끌려가 시녀로 일하게 되었다고 주장했는데, 그가 상언(上言) 제도를 통해 왕에게 이를 고하자 이내 내사옥으로 구금되었던 것이다. 홍문관은 공식적 구금 절차 없이 이처럼 백성을 '사적으로' 체포하는 관행으로 인해 감옥에는 두 종류의 재소자가 있게 되었다며 우려를 표했다. 이는 당시에도 이미 오랫동안 제기되어 온 문제였는데, 이번 경우에는 내사옥의 환관들이 조정 바깥의 인사까지 구금했다는 사실이 보고되기도 했다.[29]

3일 후에는 사간원(司諫院)도 왕을 강하게 규탄하는 상소를 올렸다. 내수사는 왕도 '사적인' 야망을 좇아서는 안 된다는 원칙을 위배하고 있으며, 여기에 감옥이 있는 한 이러한 일이 필연적으로 반복될 것이라는 요지였다. 조정 바깥에서 끌려와 구금된 인물이 한희유 뿐만이 아니라는 것이다. 사간원은 그러면서 한양에는 의금부와 형조가 모두 있을진대 어찌 이들이 나서서 이런 사건에 적절히 대응하지 못하느냐고 물었다.[30] 하지만 왕은 잘못을 시인하기보다는 한희유가 거짓 진술을 하고 한양에 잘못된 유언비어를 퍼뜨렸기 때문에 체포하라고 명령을 내린 것이었으며, 그가 마땅히 벌을 받아야 한다고 답변했다.[31]

이 사건을 통해 우리는 적법한 절차의 이상과 조정(과 왕)의 '사적' 이해관계가 충돌하는 것을 엿볼 수 있다. 이 사건의 경우에는 관료들 사이의 다툼과 사퇴 요구가 이어진 뒤에 금새 가라앉았지만, 내사옥에 대한 비판은 끊이지 않았다. 특히 적합한 기관이 내사옥을 감독하는 것이 아니라, 환관들이 내사옥을 관리한다는 점이 문제시되었다. 이듬해인 1653년 영중추부사(領中樞府事) 이경여(李敬輿, 1585-1657)는 자연 재해를 피하기 위해 조정이 해야 할 일 21가지를 열거한 긴 상소문을 통해 내사옥 철폐를 주장하였다. 그는 조정의 '사적' 성격과 관계 기관의 '공적' 성격에 기반해 문제를 제기하였는

29) 『효종실록』 3년 5월 27일.
30) 『효종실록』 3년 5월 30일.
31) 『효종실록』 3년 6월 1일.

데, 그 요지는 조정과 정부 기관이 범죄에 대응함에 있어 일관되지 못하여 왕족의 인척 또는 첩이 연루된 범죄가 발생하면 적법한 절차에 따라 유사(有司)에게 넘겨지는 것이 아니라, 궁궐의 환관들이 나서 '사의(私意)'에 휘둘리는 부적절한 관행이 들어서게 되었다는 것이다. 이경여는 이런 이유로 내사옥은 반드시 철폐되어야 하며, 조정에서 일어나는 모든 사건은 형조에서 다루어야 한다고 주장했다.[32]

1657년에는 사헌부(司憲府)에서 왕에게 상소를 올려 어찌 이를 아직 바로잡지 않았느냐고 따져물었다. 모든 범죄는 담당 관료가 법에 의거해 다루어야 하는데, 어찌 아직도 환관이 제 마음대로 권력을 휘두르는 감옥을 별도로 두어야 하냐고 문제를 제기한 것이다. 사헌부는 그것이 조정과 정부 기관은 하나라는 원칙에 위배된다는 사실을 임금이 알아야 한다고 주장하였다.[33] 사간원은 숙종이 재위한지 14년째되던 1688년에도 내사옥을, 정치범과 환관들의 정적을 잡아두기로 악명이 높았던 한나라 황문북사옥(黃門北寺獄)에 빗대며 철폐를 요구한 바 있었는데, 이는 1711년 숙종 37년에 이르러서야 겨우 철폐되었다.[34]

하지만 부적절한 구금에 대한 논의는 조정에서 '사적'으로 악용되던 한 기관을 철폐하는 것으로 끝나지 않았다. 앞서 언급했듯이 여러 기관들이 체포 권한을 여전히 갖고 있었는데, 그 기관들은 형조에 체포 사실을 보고한 후 승인을 득하면 피의자를 감옥으로 보낼 수 있었다. 문제는 이들 기관이 피의자를 최초 구금하는 방식이었다. 이 구금은 구류(拘留)라고 불리기도 했는데, 조선 후기에 이르러서는 많은 기관들이 자체적으로 구류간(拘留間)이란 구금 시설을 설치하기에 이르렀다. 이 문제는 18세기에 활발히 논의되었다.

처음으로 구류간이 조정 기록에 언급된 것은 1722년 경종 재위 당시다. 조경명(趙景命, 1674-1726)은 형조가 구류간을 두고 있다고 고하였다. 형조가 구류간을 얼마나 오랫동안 두고 있었는지는 알려져 있지 않지만, 조경명

32) 『현종실록』 4년 7월 2일.
33) 『현종실록』 8년 11월 6일.
34) 『승정원일기』 숙종 14년 12월 6일. 『숙종실록』 37년 6월 22일.

은 형조 관료들이 구류간에 구금된 피의자를 꼼꼼히 살피지 않아 제대로 된 보고도 이루어지지 않았을 것이라고 우려를 제기하였다. 이렇게 자의적인 구금이 이루어지는 곳은 법으로 금지된 '사옥'에 해당하며, 심지어 구금된 이들은 애초에 제대로 보고도 되지 않았기 때문에 임금의 사면 조치도 받지 못했을 것이라는 주장이었다.[35]

3년 뒤 영조가 즉위한 뒤인 1725년에는 경연(經筵) 중에 유복명(柳復明, 1685-1760)이 이르기를 조경명의 우려를 반영해 이들 시설물을 모두 철폐하는 것이 옳을 줄 안다고 아뢰었다.

> "도성의 백성들이 많은 곤경을 겪고 있습니다. 이미 전서옥이 있음에도 여러 사법 기관과 오군문과 각 해사마다 구류간이라는 것을 두어 구속된 자가 늘 가득 차 있으니 백성이 어찌 곤경을 피할 수 있겠습니까? 구속을 당한 자는 재소자 명단에도 없어서 사면 대상도 될 수가 없습니다. 앞으로는 오직 법을 집행하는 세 곳 기관 (형조, 한성부, 사헌부)와 오군문과 각 해사에 가둘 만한 자는 전서옥에 가두고, 기타 기관에서 저마다 백성을 구금하는 규칙과 관행을 모두 철폐하는 것이 마땅합니다."[36]

영조는 선왕이 이미 내사옥을 철폐하였는데 하물며 여러 사법 기관이 감옥을 두는 것은 허용할 수 없다며 이에 동의였고, 이내 이들 시설을 철폐하라 명하였다. 이 감옥들은 모두 엄격히 금지된 '사적' 처벌의 한 형태로 간주되었는데, 며칠 뒤 착고(着庫)라는 이름의 시설들이 종반가(宗班家)나 계도가(契都家)에서도 발견되었다는 보고가 잇따랐다. 신하들은 이들 시설을 철폐하라는 명을 어길 시에는 마땅한 처벌이 따라야 할 것이라고 아뢰었다. 덜 중한 사안에 대해서는 가벼운 태형을 선고하고, 보다 심각한 사안에 대해서는 별도로 보고하여 적절한 형벌을 정하도록 하자는 의견에 왕이 동의하였다.[37] 이에 따라 왕령을 반포해 각 기관과 왕족 일가의 사택에 설치된 구류간은 철

35) 『승정원일기』 경종 2년 8월 8일.
36) 『영조실록』 1년 8월 3일.
37) 『승정원일기』 영조 1년 8월 9일. 착고는 목재로 된 형구를 의미하기도 하며 이때는 着錮라고 쓰이기도 한다. 다만 본 맥락에서는 구금 시설임이 분명하다.

거하라고 명하였고, 이를 어길 시에는 덜 중한 사안에 대해서는 가벼운 태형을, 더 심각한 사안에 대해서는 『대명률』에 따라 곤장 100대를 내릴 것이라고 알렸다.[38]

그러나 여전히 범죄자를 적법한 절차에 따라 투옥하기 전에 어떻게 구금해둘 것인가 하는 문제는 남아 있었고, 앞에서 언급된 것과 같은 구류 시설은 이후에 다시 세워진 것으로 보인다. 1732년에 형조와 한성부가 구류간에 피의자를 구금하고 있다는 사실을 보고 받은 영조는 피의자를 석방하라고 명했으며, 이어서 이 같은 시설을 다시 세우는 것이 금지되었다는 점을 분명히 알리는 것은 물론, 관련 규제에 이 내용을 '영구적으로' 포함시키라고 이르고, 이 규제를 어기는 관료는 누구든 엄중히 책임을 물을 것임을 분명히 하였다.[39]

기록에는 남아 있지 않으나 형조와 한성부는 중죄를 지은 범죄자는 구금할 수 있어야 한다는 입장이었을 것으로 보인다. 구류간에 구금된 자들을 풀어주라는 명령이 내려지고 16일이 지난 뒤에 올라온 보고에 따르면, 이 왕명을 따라 일을 처리하되 중죄를 저지른 자는 예외로 하였다는 말이 나오기 때문이다.[40] 그리고 이후에도 계속 구류간 같은 구금 시설이 존재한다는 보고가 올라온다.[41] 영조는 계속해서 철폐 명령을 내렸지만, 이러한 보고는 끊임없이 들어왔다. 이는 물론 관련 기관들이 구류간의 필요성을 느끼고 있었음을 시사한다. 『속대전』 편찬이 이루어지기 전이었던 1740년에는 형조가 법적으로 허가된 감옥 외에도 이러한 시설을 유지하고 있었다는 언급이 여러 차례 등장한다.[42]

이런 맥락에서 등장한 『속대전』의 신규 조항들은 다소 일관성이 떨어지는 듯 보인다. 한편으로는 "여러 기관이 각기 피의자를 구금하는 부패한 관행은 모두 금지되어야 한다"[43]고 분명히 말하면서도, "공적 사안과 관계된 중요한

38) 『신보수교집록』, 앞의 책, 419면.
39) 『승정원일기』 영조 8년 6월 5일.
40) 『승정원일기』 영조 8년 6월 21일.
41) 『승정원일기』 영조 11년 12월 18일; 『승정원일기』 영조 16년 5월 7일 참고.
42) 『승정원일기』 영조 17년 8월 2일; 『승정원일기』 영조 17년 8월 6일 참고.

사건을 제외하면 형조와 한성부 역시 피의자를 구금할 수 없다"는 언급을 덧붙임으로써 금지 조항의 형식으로 허가의 단서를 달아둔 것이다.[44] 결국 이는 구금은 원칙적으로 금지되지만 형조와 한성부가 '심각한 공적 범죄' 피의자는 구금할 수 있다는 예외가 존재했음을 의미한다. '사적' 구금이 금지되었다는 사실은 "궁궐에서 사람을 착고에 '사적으로' 구금하는 일이 일어날 경우에는 반드시 왕에게 고하여 처벌이 내려지도록 해야 한다"는 법 조문에서도 나타난다.[45]

자의적 구금이라는 문제가 만연하게 퍼져 있을 뿐 아니라 아주 뿌리가 깊었다는 사실은 이를 금지하는 『속대전』이 반포된 다음 해인 1747년에 올라온 보고를 통해서 알 수 있다. 1657년에 내사옥의 '사적' 부패 문제를 두고 왕을 강력히 규탄했던 바로 그 사헌부가 전옥서 옆에 그 자체로 '별옥(別獄)'이란 구금 시설을 두었다는 내용이었다. 예조참판 홍상한(洪象漢, 1701-1769)이 놀라 어찌 불법적 구류 시설을 철폐하라는 명이 떨어진 이 시기에 사헌부가 이 같은 일을 할 수 있냐며, 별옥을 철폐하여야 한다고 주장했다. 임금 역시 이를 옳게 여기며 형조와 의금부 외에 어디에 감옥을 둘 수 있겠느냐고 하였다.[46]

하지만 이러한 구금이 실제로 금지 조항의 예외 조문 그 한 형태로 허가되는 사례는 더 있었다. 그 한 형태로는 지가(知家)가 있었는데, 이는 범죄자를 적법한 절차에 따라 체포 및 구금하기까지 범죄 현장의 사택에 감금해두는 것이었다. 지가는 대부분 낮은 신분의 백성이 길거리에서 관료가 지나갈 때 길을 비키지 않은 경우에 이루어졌지만, 때때로 다른 경우도 있었다. 실제로 구류간을 폐지하라는 명이 내려진 이후에도 구금 권한를 보유했던 형조와 한성부가 이 같은 방식으로 백성을 사택에 구금해두는 일이 있다는 보고가 있었다.[47]

---

43) 『속대전』 형전 수금.
44) 같은 책.
45) 같은 책.
46) 『승정원일기』 영조 23년 7월 29일.
47) 『승정원 일기』 영조 10년 10월 20일.

『속대전』은 구류와 지가, 이들 두 가지 관행이 모두 '사적' 이유(私事)로 행해지는 것을 금하였다. 다만 두 가지 예외가 있었는데, 첫째는 법으로 금지한 일을 행하였을 때(犯禁)이고, 둘째는 말에서 내려야 할 때 내리지 않는 경우 혹은 하위 관리가 말에서 내리지 않고 고위 관리 앞을 지나갈 때[犯馬]에 해당했다.[48]

이들 두 경우는 조선조 제도가 가진 두 가지 흥미로운 측면을 조명한다. 첫째, 당시의 만성적인 '부패 관행'의 사례에서 볼 수 있듯, 문제의 근본 원인은 (국가 이념에 의해 용인된) 각 기관과 그 소속 관리에게 주어진 권한 및 이들 기관의 필요, 그리고 동일한 국가 이념의 요소들 중에서도 보다 유교적 개념에 기반한 요소들 사이의 갈등이었던 것으로 보인다. 결국 '부패'가 발생하고 있다는 주장도 권력 관계와 정쟁이라는 맥락 속에서 이해되어야 하는 할 것이다. 둘째, '사의(私意)'를 몇 차례 직접 언급한다는 점을 제외하면, 이들 사례에서 나타나는 '사적' 부패에 대한 강력한 규탄은 사실 권력을 '사적 이익'을 위해 쓰는 경우라기보다는 적법한 절차에서 벗어나는 경우를 두고 이루어진 경우가 많다. 물론 여기서 '사적'이라는 말은 국가 관료 일반이 아니라 문제가 되는 기관 또는 그 기관장의 이익을 의미하는 것이겠지만 말이다. 실은 광범위한 국가 기관들에게 구금 권한이 주어졌다는 것은 이러한 이해관계를 반영한 것이기도 하며, 여기서 핵심적인 문제는 단지 이러한 권한이 적법한 절차의 테두리 안에서 이루어지도록 하는 것이었다.

4. 공사(公私) 구분과 법 체계 정당화 II: 살인을 저지른 관리

『속대전』 형전의 남형(濫刑)편에는 아래와 같은 흥미로운 조항이 나온다.

> 설사 왕명을 전달하는 관리(奉命使臣)라고 할지라도 다른 이를 사적인 일로 죽이는 경우(以私事殺人)에는 그 역시 목숨을 내놓아야 한다는 원칙(償命)에 따라 처벌하여야 한다.[49]

48) 『속대전』 형전 수금.
49) 『속대전』 형전, 남형.

고위 관료에게 살인을 할 권리가 없다는 점을 구태여 법에 명시하였다는 점이 놀라운 것일 수 있겠으나, 고위 관료가 왕과 가까워 그럴 수 있는 강력한 지위에 있다는 점에 비추어 이해할 수 있다. 이는 또 살인이란 것이 얼마나 '공적인' 것인지를 결정하는 문제이기도 하다. 이 법은 1685년 숙종의 왕령에서 비롯되었다.[50] 발단은 정제선(鄭濟先, 1645-1701)이라는 고위 관료였다. 정제선은 오랜 기간 사헌부의 지평(持平)이었는데 1684년에 중국행 사신과 함께 여정을 함께 할 일이 있었다. 당해 8월에 사간원이 임금에게 고하기를 정제선이 평안도에 도착해 탈주한 노비들을 수색하기 시작하였는데, 술에만 취하면 잡아들인 노비를 너무 심하게 매질하여 다섯이 죽음에 이르렀다는 보고가 들어왔다며, 정제선을 체포해 심문하겠다고 하자 임금이 그리하라고 전했다.[51]

12월 13일에는 관찰사로부터 또 다른 보고를 받아 관료들과 함께 임금이 논의하였는데, 이 보고에 따르면 정제선이 죽인 이들 중에는 노예뿐만이 아니라 노예를 아내로 둔 평민 지아비, 즉 비부(婢夫) 둘과 또 다른 평민 하나도 포함되어 있었다. 두 명의 비부를 두고서 왕은 비록 "노비의 지아비로서 자녀를 둔 자의 목숨은 목숨으로 갚지 않는다"는 속담이 있기는 하지만 이것이 법이 될 수는 없다고 말했다. 이 속담이 의미하는 바는 단지 지아비가 노비와 연을 맺어 아이를 낳을 경우에는 그 또한 노비와 같이 간주될 것이라는 것에 불과하다는 것이다.[52] 게다가 평민까지도 죽인 것은 매우 심각한 사안으로 사형을 면하기가 어려워 보였다.

정제선에 대한 적절한 형벌이 무엇인지를 두고 논의가 이어졌다. 왕은 1658년 효종 재위 당시의 사례를 들었다. 사헌부의 장령(掌令)이었던 이증(李曾, 1610-?)이 자신의 노비를 시켜 자신과 노예비 소유권에 대해 분쟁을 하고 있던 이를 살인하도록 시킨 사건이었다. 이증은 심문을 받았으나 죄를 자백하지 않았고, 고문을 당하여 죽음에 이르게 되었다.[53] 그러나 정제선의 경

50) 『수교집록』, 앞의 책, 226면.
51) 『숙종실록』 10년 8월 2일.
52) 이 속담의 다른 버전은 다음 문헌에서 찾아볼 수 있다. 『승정원일기』 숙종 8년 12월 13일; 『승정원일기』 영조 16년 11월 24일.

우는 이증의 경우와는 다르며, 차라리 살인을 저질렀으나 피해자가 이전에 노비였던 자라는 이유로 형벌을 경감 받은 강석규(姜錫圭)의 경우와 유사하다는 주장도 제기되었다.[54] 이어서 다른 관리들도 이증은 자신과 법적 분쟁을 하던 이를 몰래 죽였으므로 정상 참작할 것 없이 법을 적용한 것이 마땅했으나, 정제선의 경우는 이와 다르다는 의견을 뒷받침했다.[55]

의금부는 강석규 사건을 비롯한 과거 사례를 검토하라는 명을 받고, 정제선은 유배로써 다스려져야 할 것이라고 제안하였다.[56] 의금부에게 이를 보고 받은 왕은 또 다시 관리들과 함께 이 사안을 논의하였다. 영의정 김수항(金壽恒, 1629-1689)이 형벌을 유배로 낮춘 전례가 충분히 있음을 다시금 확인하자 왕은 의금부의 제안을 따라 정제선의 형벌을 '특감사(特減死)'로 감경해 그를 강진으로 유배보내게 된다.[57]

하지만 이것으로 사건은 일단락되지 않았다. 2월 3일 예조판서 이민서(李敏敍)가 이 같은 결정에 반대하며, 범죄의 심각성을 고려하건대 정제선에게 사형을 면해주어서는 안 된다는 의견을 내비쳤다. 왕 또한 이러한 결정이 전례를 이용한 특별한 고려를 통해 내려진 것이며, 사절단으로 나간 관리들에게 살인 면허를 주는 것으로 여겨진다면 문제가 끊이지 않을 것임을 인정했다. 그리하여 왕은 향후 왕명을 전달하는 사신 일행에 속한 어느 관리라도 개인적인 이유로 사람을 죽이는 경우에는 반드시 그 목숨으로 죗값을 치러야 할 것이라고 명하였으며, 이 명을 토대로 훗날 영조의 왕령이 탄생하였다.[58]

이 사건을 계기로 왕과 사헌부 관리 사이에 갈등이 빚어졌는데, 훗날 실록을 쓴 역사가들은 이 사건을 다음과 같이 요약했다. "정제선은 서장관(書狀官)으로, 그 전에는 사헌부를 거쳤으므로 형벌을 내릴 권한이 있었다. 그러나 갑작스러운 화를 누르지 못해 도망친 노예를 다시 잡아들인다는 개인적인 문

53) 이 사례는 『효종실록』 9년 9월 25일에 수록되어 있다.
54) 『승정원일기』 현종 2년 4월 10일; 숙종 11년 1월 27일 또한 참고하라.
55) 『숙종실록』 10년 12월 13일.
56) 『승정원일기』 숙종 11년 1월 27일.
57) 『숙종실록』 11년 1월 28일.
58) 『승정원일기』 숙종 11년 2월 3일.

제로 여섯 명을 죽음에 이르게 하였고, 그 중에 하나는 평민이었다. 따라서 만일 나라의 법이 그대로 적용되었더라면 그는 사형을 면치 못했을 것이다. 그럼에도 그의 영향력 때문에 의금부는 법을 그대로 적용해야 한다고 제언하지 못했으며, 왕이 관리들을 질책하고 나서야 비로소 이 사안이 논의되기 시작하였다. 사적인 것이 공적인 것을 넘보지 못하게 하기 위해 이렇게까지 해야 한다면 어찌 나라를 다스릴 수 있겠는가?"[59]

5. 결론

본고의 목적은 비록 이상적인 왕의 통치를 묘사할 때 "요·순 임금을 본받아 형벌 없이 백성을 다스리는 일"과 같은 구절이 흔히 사용되었음에도 불구하고 조선의 이념과 국정 운영에서는 법이 중요한 역할을 담당했다는 점을 강조하는 것이었다. 법**에 의한** 지배(rule *by* law)는 심히 경계하였으나, 법**의** 지배(rule *of* law) 즉 정해진 법률에 따라 법을 공정하고 일관되게 적용하는 일은 사회의 안녕을 바라는 왕이라면 염두에 두어야 할 것이었다. 본고는 어떻게 국가 이념의 한 부분으로서의 법 체계가 공정성을 근거로 정당화될 수 있는지를 설명하기 위해 공과 사의 구분을 들었다. 조선의 법 체계는 비록 사회적 질서를 반영하는 불평등을 내포했으며, 행정 권력과 사법 권력 사이의 경계를 분명히 긋지 못했으나, '사적' 문제가 절차에 영향을 끼치거나 징벌적 공권력을 침해하는 일이 없도록 함으로써 적어도 자의적인 법 적용의 경계라는 이상을 추구하였다고 볼 수 있다.

59) 『숙종실록』 10년 12월 13일.

Law and statecraft in Chosŏn Korea

Anders Karlsson

1. Introduction: Why study the history of legal systems or the legal system of a specific historical period?

> Since times of yore up until now, where there has been a country t here has been a law code.[古往今來有國有典][1)]

The legal system of a state is pivotal in its institutional system which, in turn, apart from times of serious socio-political upheaval, provides the framework for social, political and economic activities and the possible trajectories of change within those areas. Despite this, I would argue, the study of the legal system of Chosŏn has been underrepresented in comparison to the amount of work produced on political, social and economic history. While these works occasionally make references to aspects of the legal system, frequently modern social theory has been applied to explain features of and changes in those areas without sufficient consideration of the surrounding state/institutional framework.[2)] While it only can be a speculation, it

1) King Yŏngjo, in his preface to the *Soktaejŏn*.

2) This is of course not a phenomenon limited to Korean Studies. Efforts to address this include areas of studies such as New Institutional Economics or works like Evans, Rueschemayer and Skocpol eds, *Bringing the State Back In*, Cambridge: Cambridge

seems to me that one reason scholars have been reluctant to work in the area of institutional history – including legal history – is the role this field played in colonial historiography defining persisting traits in Korean socio-political history and the notion that in late Chosŏn most social and economic change occurred *despite* the state and its institutions.

That said, there are of course a number of scholars who have made important contributions to the field. Many pioneering scholars were legal scholars or political scientists rather that historians. Scholars like Pak Pyŏngho and Choi Chongko started to address issues of Korean traditional legal culture and later legal scholars such as Chung Keungsik and Hahm Chaihark have deepened the analysis of the legal textual foundations of the period and the relationship between law and statecraft.[3] While these legal scholars have brought positivistic analytical jurisprudence to the study of the Chosŏn period, historians that have started to show interest in the legal system – scholars like, for example Han Sanggwŏn, Kim Ho and Shim Jaewoo, and in English-language scholarship, Jisoo Kim and Jungwon Kim – approach it more from the viewpoint of what Tamanaha has called a 'realistic theory of law', as opposed to a more abstract/generalised approach, trying to understand more in detail the historical specifics of the legal system and its interaction with society.[4]

In a broad sense, the topic of this paper is the relationship

---

University Press, 1985.

3) For a good discussion of this field of research, see Kun Yang, "Law and Society Studies in Korea: Beyond the Hahm Theses," *Law & Society Review* 23:5, 1989: 891-902.

4) Brian Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law,* Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

between law and ideology. It is not simply about how the dominant ideology is reflected in the legal system, in legal doctrines or legal outcomes, but rather how law is part of the ideology, or as the British historian E. P. Thompson put is, law is ideology.[5] In an East Asian context, in which Confucianism has exerted considerable influence over legal systems, this might sound unconvincing given the often-cited Confucian emphasis on moral and ritual rather than law in statecraft.

> If the people be led by laws, and uniformity sought to be given them by punishments, they will try to avoid the punishments, but will have no sense of shame. If they be led by virtue, and uniformity sough to be given them by the rules of propriety, they will have a sense of shame, and moreover will become good. The Analects[6]

But I think we are obfuscating the development of legal thought in East Asia if we take such an ideological position – gesture, maybe? – as the basis for seeing Confucianism and Legalism as mutually exclusive schools in the development of East Asian statecraft. Even if rule by law was considered a sign of lack of morality, the rule *of* law was an integral part of the emphasis on humane statecraft.

While earlier scholarship on traditional East Asian or Korean law tended to emphasize the relative unimportance or arbitrariness of law in Confucian statecraft (and that at times being the basis for unfavourable comparisons with generalised understandings of "Western" legal traditions), much contemporary scholarship reflects a

---

5) E.P. Thompson, *Whigs and Hunters*, New York: Pantheon, 1975.
6) The Analects, in James Legge *The Chinese Classics* vol 1, London: Trübner & Co, 1861, 10.

much more appreciative approach. I would argue, though, that this is often based on a positive revaluation of Confucian statecraft, and not so much reflecting a new understanding of the role of law in the overall socio-political system. The aim of this paper is to start to address this neglected aspect.

The role of state ideology is to justify the dominant social order, and with that comes any inequalities the system contains. With the legal system being part of the state machinery and reflecting state ideology, the legal system also often reflects such social inequalities. But, as E. P. Thompson has argued, if the legal system is going to be convincing as a system-supporting ideology, it must maintain its own fairness, in whatever manner that fairness is formulated. That is, it can't *arbitrarily* reflect social power relations without losing its power as ideology.

An important source in the investigation of the role of law in Chosŏn statecraft is Soktaejŏn 續大典, the new dynastic code compiled during the reign of Yŏngjo 英祖 (r. 1724-76). First, from the discussions surrounding its compilation, it is clear that for Yŏngjo this new code was part of his larger project of a Confucian-based dynastic restoration, that it played a central part in how he envisioned statecraft. Also, as much of this new legislation was based on royal edicts, often royal rulings in particular cases, this is in a sense a way of looking at both legal doctrine and legal outcomes, albeit the latter in a very distilled form. The fact that much of this new legislation was based on royal rulings often makes it more ideologically charged, at least the manner in which the discussions surrounding it was conducted. Finally, the reason to look at the *Soktaejŏn* rather than the slightly more comprehensive royal edict

collections such as *Kaksa sugyo* 各司受教 or *Sugyo chimnok* 受教輯錄, is that the process of codifying them into the dynastic code involved an element of selection and amendment, which once again facilitates an analysis of ideological aspects.

This paper will consist of three parts. First it will look at the ideological background of the Soktaejŏn as reflected in the preface and discussions surrounding its compilation. The two following parts deal with the justification of the legal system by looking at one aspect of its 'fairness', how efforts were made to keep the distinction between public (*kong* 公) and private (*sa* 私). The starting point for these two 'case studies' are two pieces of new legislation in *Soktaejŏn*.

2. Ideology

In his *A History of Western Philosophy* (1945), the British philosopher Bertrand Russell claimed that "mankind has never yet succeeded in enforcing cohesion by merely rational arguments."[7] Without necessarily making the argument that ideological elements are 'irrational', I think this could be applied to the social role of legal systems in the sense that even in a society that arguably could be defined as being characterised by the rule of law, acceptance of the legal system is in the end based on *faith* in that system. In most cases, law-abiding citizens do not respect the law based on detailed and thorough knowledge of the system and its fairness, but rather because they trust the state and its system. How is such faith

7) Bertrand Russell, *A History of Western Philosophy*, London: Unwin Paperbacks, 1979, 22.

achieved? Among other things this charisma could be provided by notions of "the democratic state" or "the sagacious and benevolent ruler". The norms and values supporting consensus should thus be reflected in the legal system. In the case of Korea, historian Kim Ho has argued that late Chosŏn royally led legal developments should be understood as an effort to create a legal culture based on widespread consensus on the moral principles and human sentiments that should be taken into consideration in conjunction with the law.[8] This would be the basis of the 'fairness' of the legal system.

By the early eighteenth century, the textual legal basis of the Chosŏn dynasty was rather complicated with not only the parallel use of the *Great Ming Code* and the dynastic code, but also the extensions (*songnok* 續錄) to the latter and the royal edict collections. *Chŏllok t'onggo* 典錄通考 compiled in 1707 during the reign of Sukchong 肅宗 (r. 1674-1720) had been an attempt to gather the new legislation up till then in one text. So why did Yŏngjo feel the need for a new code compilation?

From the first instances of when the need to improve the textual basis for the legal system was started to be discussed, it was clear that the framework was larger than simply legal reform. In 1730 Yŏngjo referred to the *Kukcho oryeŭi* 國朝五禮儀 and the *Kyŏngguk taejŏn* as the good law and beautiful system, and said that not being able to use them is as frustrating as not being able to eat the rice and *panch'an* in front of you. Comparing it with the lack of a proper system in Koryŏ, he praised the dynastic establishment finalized in

8) Kim Ho, "*Hŭmhŭm sinsŏ* ŭi il koch'al: Tasan ŭi kwaosal haesŏk ŭl chungsim ŭro" [A Study on Hŭmhŭm sinsŏ: Focussing on Tasan's Analysis of Involuntary Manslaughter], *Chosŏn sidaesa hakpo* 54, 2010, 233-67.

the reign of Sejo 世祖 (r. 1455-68) with the publication of these two texts. But he pointed out that it was a fact that the *Kyŏngguk taejŏn* by his own reign was old and parts of it was obsolete and that this caused negligence by officials. Evoking the old saying that if you want to emulate Yao and Shun you should emulate your predecessors, he said that it had been his wish for a long time to "polish and elucidate" the *Kyŏngguk taejŏn*. Still, if there existed any differences between the current system and the dynastic code, that could have been solved by supplementing the current system through the *Chŏllok t'onggo*. So, what this entry in the veritable records tells us is that issues of legal reforms could have been dealt with through *Chŏllok t'onggo*, and that the compilation of a dynastic code was more related to notions of dynastic restoration.[9] The fact that while *Soktaejŏn* was compiled, in fact also a new version of *Chŏllok t'onggo* was compiled, called *Chŭngbo chŏllok t'onggo* 增補典錄通考 (compiled 1740-46) corroborates this observation.

Later arguments for more innovative work can also be seen. In 1736 Right State Councilor Song Inmyŏng 宋寅明 (1689-1746) argued that as for the way of ruling the country, if even a minimum of peace was to be achieved, the penal system needed to be "polished and elucidated". However, looking at the situation at the time it was difficult to rule the country since the penal law was unclear, he claimed. This time, however, making references to the practice of hanging edicts at the gates, he argued that laws that were crucially needed should be extracted, improved, published and disseminated. Song Chinmyŏng 宋眞明 (1688-1738), the Minister of Punishment,

9) *Yŏngjo sillok* 6 (1730)/12/19.

explained that such an order had already been given but the work not yet commenced. Since the order had already been given, suggested Song Inmyŏng, why not choose persons from among the higher officials of the Border Defence Command to work on the revision with the officers from the Ministry of Punishment and produce a book. The King agreed that if the penal law is unclear, the people can't get on with their lives and he ordered that the officials of the Ministry of Punishment to commence the work after discussing it with Kim Yangno 金若魯 (1694-1753) of the Border Defence Command.[10]

It was in the sixth month of 1744 that Yŏngjo commenced the compilation of *Soktaejŏn* by ordering the establishment of a specially dedicated government Compilation Office (增修大典續錄纂輯廳), to be headed by Sŏ Chongok 徐宗玉 (1688-1745).[11]

In the preface (*che* 題) that Yŏngjo wrote for the *Soktaejŏn* this basic practical fact—"generally speaking, since days of yore, when law gets old they become "[12]—is given as the reason for the compilation of the new code. Yŏngjo depreciated his own work: "The *Kyŏngguk taejŏn* is the legal code of our country (…) If you open the book the sagacious rules are there for everyone to see, so how could a person of such shallow moral worth as myself dare to supplement it."[13] He continued by stating that this new code was only compiling together the supplementary codes and royal edict collections.

But there was, of course, also an ideological dimension to this compilation expressed in the preface. "The laws become more

10) *Yŏngjo sillok* 12 (1736)/12/7.
11) *Yŏngjo sillok* 20 (1744)/6/26.
12) *Soktaejŏn*, Kwŏnsu, Ŏje che soktaejŏn kwŏnsu myŏnch'ik hugon.
13) Ibid.

complicated for each day and the principles gradually sink into disorder. The officials play tricks as they please and the people don't know what to do."[14] The problem with legal ambiguity is thus that it either represents or can lead to or facilitate moral decay. "The flourishing virtues and bestowed laws of my predecessors were all based on humanity and benevolence. But times have degenerated, customs have been corrupted and the old customs have gradually been swept away. The gist of the Soktaejŏn lies precisely in this. If you ask what this gist is, the answer is magnanimity and benevolence."[15] This attitude can be seen very clearly in an exchange that the King had with one of the compilers. In the 10 month of 1744 the King asked Ku T'aekkyu 具宅奎 (1693-1754), a high official (堂上官) at the Compilation Office (纂輯廳) if there was anything in the penal section of the new code that needed to be revised. Ku answered that the section in its whole was to the convenience to the people and if it had any flaws, it was that it was too magnanimous. To which the King answered: "If this magnanimity is for the benefit of the people, what is there to regret?"[16]

The quote at the beginning of this presentation shows the perceived central role of a law code in the establishment of a state. The compilation of such a code was portrayed as a meritorious deed of the early kings or emperors of the dynasty in their establishment of the kingdom/empire (*ch'angŏp* 創業), and the role of the *Kyŏngguk taejŏn* was no different. The preface (*sŏ* 序) to the *Soktaejŏn*, composed by the Deputy Director of the Office of Royal Decrees Wŏn

14) Ibid.
15) Ibid.
16) *Yŏngjo sillok* 20 (1744)/10/11.

Kyŏngha 元景夏 (1698-1761), states: "Our T'aejo, in his establishment of the dynasty firstly setting the foundation, in the great regulations and broad plans, resembles the Three Dynasties [of Xia, Shang and Zhou]. He created the legal system and only through the existence of the original code and its supplement have generations of sagacious rulers been able to follows the old laws."[17]

However, as we have seen, morally decay was part of the ideological message, and if early rulers could distinguish themselves through establishment, later rulers could distinguish themselves through dynastic restoration (*chunghŭng* 中興). It would, of course, be presumptuous for the King to claim that he was involved in dynastic restoration, and we have seen the manner in which he depreciated his work. But reading between the lines and looking at discussions at court surrounding the compilation of this new law code, it is clear it was considered to be part of such a restoration and as such played a central role in the legacy the King was to bestow on following generations. In the fourth month of 1740, the year when the decision to compile the new law text was made, the King in discussions with his ministers explained: "Rulers who establishes or restores a dynasty blesses the country for a long time by respecting magnanimity, but the countries that later demise use harsh punishments. The people involved in the compilation of this book must keep this fact in mind ."[18] He then exemplified it with the famous story of how although Emperor Wen of Han had abolished harsh corporal punishments, Emperor Wu later used them on Sima Qian. He then linked this with his own prohibition of knee-pressing and branding and the

17) *Soktaejŏn*, Kwŏnsu, Sŏ
18) *Yŏngjo sillok* 16 (1740)/4/17.

punishments of tattooing and banishing whole families to the border area. Stressing his own policies of magnanimity would indirectly put his own endeavours on the level of a dynastic restoration.

Furthermore, towards the end of 1744 when the compilation of the new law text was completed, the King started to describe this as a great achievement of his rule. On the 1 day of the 12 month, he called the Royal Secretary and the officials of the Office of Special Advisers to the Kyŏnghyŏndang 景賢堂 where he took out and showed them two royal portraits. He said: "The purpose of taking these portraits out is not for you to have a look, I want later generations to look at these and follow the intentions of *Taehun*. Now that *Soktaejŏn*, *Sok oryeŭi* and *Taehun* are all completed, although it has not been done until I am old, I feel that I have completed my task ."[19] The new law text was continuously discussed of as one of the King's legacies at court. On the 25th day of the same month, after the King had prohibited the collection of tax in money in lieu of unavailable tribute goods as corrupt, Second State Councilor Song Inmyŏng praised the King exclaiming: "The now completed compilation of *Soktaejŏn* and *Sok oryeŭi* derives from my Lord's wish to bestow your Great Way upon later generations and care for them from a distant past. Please don't say that Your work is done and guide us even further."[20]

If the King needed to be humble and restrain himself in any claims of dynastic restoration, his ministers could be more outspoken. The preface by Wŏn Kyŏngha stated: "Our King loves the people, is frugal

19) *Yŏngjo sillok* 20 (1744)/12/01. *Taehun* 大訓 (The Great Instruction) was a royal admonition regarding the factionalism and rebellion that marred the early part of Yŏngjo's rule completed in 1741.
20) *Yŏngjo sillok* 20 (1744)/12/25.

material goods and has inherited the politics of his predecessors. His benevolent laws and beautiful system also correspond with those of Chou and are great in brightness and continuity. (…) It is what Confucius called continuing the intention and deeds of your predecessors, and the fulfillment of filial piety is complete. He has furthermore abolished knee-pressing and branding and alleviated the punishment of family banishment to the border areas. His moral intentions are flourishing, and he is able to receive and maintain the great mandate. So, the abolishment of the corporal punishments by Emperor Wen is not sufficient in its greatness and your minister gathers his hands and waits for the rule without punishment of Emperors Yao and Shun."[21]

3. Public versus private and the justification the legal system I: Jailing

The first clause in the Detention (*sugŭm* 囚禁) part of the penal section in *Soktaejŏn* states that the Naesaok 內司獄, the jail of the Naesusa 內需司, the agency in charge of court finances, had been abolished in the 37th year of the reign of King Sukchong.[22] The case behind this ruling and the surrounding discussions tells us much about what role the distinction between public and private played in the justification of the legal system.

A conspicuous feature of the institutional structure of Chosŏn was the widely bestowed judicial authority to various parts of the bureaucracy. No strict separation existed between civil and judicial

21) *Soktaejŏn*, Kwŏnsu, Sŏ.
22) *Soktaejŏn*, Hyŏngjŏn, Sugŭm.

powers; in the counties both were held by the magistrate and a wide range of civil provincial and capital institutions also wielded judicial powers in addition to the authorities specialising in legal affairs. The most widely given judicial power was the right to arrest. In principle all government institutions, central and local, had this right, and in the capital they were only divided between those who had to liaise with the Ministry of Punishment and those who could to this on their own accord (the latter referred to as *chiksu amun* 直囚衙門).

Despite these broad rights to arrest, in the capital jailing should only be done in one of the established jails (the Chŏnoksŏ 典獄署 of the Ministry of Punishment, the Kŭmbuok 禁府獄 of the State Tribunal, and the jail of the Capital Police Bureau). However, as institutions needed to detain the people they arrested, they frequently built their own jailing facilities. This occasioned discussions and new legislation in the seventeenth and eighteenth centuries. This section will analyse such discussions and the new legislation surrounding the Naesaok of the Naesusa and the various jailing facilities of other institutions.

From early Chosŏn, as stipulated by the *Kyŏngguk taejŏn*, the authorities with the right to jail independently were the Ministries of War and Punishment, Hansŏng municipal authorities, the Office of the Inspector-General, the Royal Secretariat, the Slave Authority, the Royal Genealogy Office, and provincial and county offices.[23] To these *Soktaejŏn* later added the later established Border Defence Command and the Police Bureau in the capital.[24] This institutional framework of broad rights to arrest and jailing—the policing authority being collapsed with the civil (and at times the military)—opened up

23) *Kyŏngguk taejŏn*, Hyŏngjŏn, Sugŭm.
24) *Soktaejŏn*, Hyŏngjŏn, Sugŭm.

for abuse and malpractices. Complaints were raised at court about authorities putting people in custody arbitrarily, or personnel of those authorities that had the right to jail abusing those rights by arresting and jailing people for "private" reasons.[25]

Even if rules were adhered to, these broad rights led to a large number of people being kept in various jails. This problem was raised by the Minister of Punishment Kang Hyŏn 姜鋧 (1650-1733) in discussions at the court of Sukchong in 1707. He said that the keeping of people in jail was one of the major problems of the times. The solution he came up with was that it was only those that had committed serious crimes that could be jailed by these authorities. Less serious offenders had to be sent to the Ministry of Punishment directly for punishment. The King agreed to this and the decision that only serious offenders could be jailed by these authorities was later used as a royal edict although it was later not included in *Soktaejŏn*.[26] These problems related to arrest and jailing was something that was discussed at the court of Yŏngjo and consequently the new legislation in *Soktaejŏn* tried to address this, not only in terms of new legislation, but also in the form of reiteration, punishment of the violation of existing rules, and more streamlined and clearer procedures.

When adding the Border Defence Command and the Capital Police to the authorities that had the right to arrest and jail independently, *Soktaejŏn* again confirmed that all other civil authorities and military garrisons needed to report to the Ministry of Punishment to be able

25) See for example *Sukchong sillok* 12 (1686)/2/1; and *Yŏngjo sillok* 5 (1729)/3/12.
26) *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Sukchong 33 (1707)/5/25; *Sinbo sugyo chimnok,* Seoul: Ch'ŏngnyŏnsa, 2000, 326.

to jail and stressed that any violation of these rules would be dealt with severely.[27] *Soktaejŏn* stipulated that when it came to jailing, the arresting authorities must immediately and clearly record the crime for which the person was arrested when entering the person in the name list of jailed suspects. If no specific crime was entered, and the person was only vaguely accused of criminal behavior, the Ministry of Punishment would not act on it. If it was disclosed that a person had been unfairly jailed falsely accused of another crime the official in charge should be dismissed.[28]

In the capital the main jail was the Chŏnoksŏ where the Ministry of Punishment held ordinary criminals. It was located on Chongno in the vicinity of the State Tribunal. The State Tribunal also had its own jail, though, the Kŭmbuok, as did the Police Bureau.[29] In addition to these facilities connected with judicial authorities there also existed, as mentioned, a jail attached to the Naesusa called Naesaok. In the beginning it confined people whose crimes related to matters under the authority of the Naesusa, but later it started to hold a wide range of people at court who had committed crimes. It was managed by palace eunuchs.

Given the importance ascribed to proper procedure, this jail in the Naesusa was an anomaly and an incident that occurred in 1652 occasioned critical voices to be raised. On the 27th day of the fifth month, the Office of Special Advisors submitted a petition detailing the case of a certain Han Hŭiyu 韓希愈. He claimed to be a commoner

27) *Soktaejŏn*, Hyŏngjŏn, Sugŭm.
28) Ibid.
29) Sim Jaeu, *Ne choi rŭl kohayŏra:Pŏmnyul kwa hyŏngbŏl ro ingnŭn Chosŏn* [Confess your crime: Reading Chosŏn through law and punishment], Seoul: San ch'ŏrŏm, 2011, 212.

whose daughter had been taken by force to be palace to serve at court in the female quarters. When he had protested to the king through the petition system (*sangŏn* 上言) he had been briefly put in the Naesaok. The Office of Special Advisors raised concerns about how the practice of arresting people "privately" like this, as opposed to the official jailing, created two separate streams of prisoners. This was something that learned men had complained about for a long time, they claimed. To make matters worse, it was claimed, in this case the eunuchs in the Naesaok had detained someone from outside the court.[30]

Three days later the Office of the Censor-General submitted a petition sternly criticizing the King. They said that the office of the Naesusa in itself deviated from the principle that the king should have no "private" ambitions and if, in addition, a jail was constructed there it would inevitably lead to repeated mistakes. Han Hŭiyu would not have been the only person from outside the court who had been jailed there, they claimed. The capital had both the State Tribunal and the Ministry of Punishment, so, they asked, why not bring cases there and have them dealt with properly?[31] The king was unapologetic, though, and claimed that he had ordered Han arrested since he was making false statements and spread false rumours in the capital, and thus deserved to be punished.[32]

This is an interesting case where we see the ideal of proper procedure clash with the "private" interests of the court (and king). This time, however, things calmed down after some bureaucratic

30) *Hyojong sillok* 3 (1652)/5/27.
31) *Hyojong sillok* 3 (1652)/5/30.
32) *Hyojong sillok* 3 (1652)/6/1.

in-fighting and calls for resignations. But the criticism against the Naesaok would continue, now mainly with the focus on the fact that it was eunuchs who managed this jail and that it therefore was not supervised by a proper authority. The following year, 1653, in a long petition outlining 21 points that the government needed to address to avoid natural calamities, First Minister-without-Portfolio Yi Kyŏngyŏ 李敬輿 (1585-1657) called for the abolishment of the Naesaok. The framework for his argument was the "private" character of the court and the "public" character of the authorities. He lamented the fact that the royal court and the government agencies were separated in these matters and when a crime occurred involving royal in-laws or concubines, this was not forwarded to the proper official (*yusa* 有司) but instead dealt with by palace eunuchs, opening up for improper practices guided by "private intentions" (*saŭi* 私意). The Naesaok should therefore be abolished and all cases at the royal court referred to the Ministry of Punishment.[33]

In 1657 it was the Office of the Inspector-General that submitted a petition asking the king why he had not rectified this situation yet. All criminals need to be handed over to the officials, they argued, and be dealt with by the law. Why did the king feel the need to have a separate jail where the palace eunuchs could exercise arbitrary power at will? He must surely be aware that this runs counter to the principle that the royal court and the government agencies are one body, they argued.[34] The Office of the Censor-General demanded its abolishment again in 1688, this time to Sukchong who was then into his fourteenth year on the throne, but it would not be until 1711, in

33) *Hyojong sillok* 4 (1653)/7/2.
34) *Hyojong sillok* 8 (1657)/11/6.

his 37th that Sukchong finally abolished Naesaok, comparing it to the Prison of the Northern Office of the Yellow Gates (Huangmen beisi yu 黃門北寺獄) from the Han dynasty, a prison that was infamous for holding political prisoners and enemies of the imperial eunuchs.[35]

However, the discussions surrounding improper confinement did not end with this abolishment of a "private" anomaly at the royal court. As mentioned above all, authorities had the right to arrest. By reporting the arrests to the Ministry of Punishment and seeking approval they could forward the suspects to the jail. However, with all authorities having this right to arrest the problem arouse of how to initially detain such suspects. Such detainment was referred to as kuryu 拘留 and by late Chosŏn many authorities established their own arrest facilities known as *kuryukkan* 拘留間. These became a much discussed problem in the eighteenth century.

The first time they are mentioned in court records is in 1722, during the reign of Kyŏngjong 景宗 (r. 1720-1724), when Cho Kyŏngmyŏng 趙景命 (1674-1726) reported that the Ministry of Punishment had one. It was not known for how long the ministry had had such a facility, but Cho was concerned that since the staff neglected the suspects placed there they were never properly reported. This arbitrary confinement, he argued, constituted "private imprisonment" (*saok* 私獄) which was prohibited by law. Since these detainees were not properly reported, the complaint continued, they were not included when royal orders of pardon were made.[36]

Three years later, in 1725, now with Yŏngjo on the throne, during a royal lecture Yu Pongmyŏng 柳復明 (1685-1760) advised that it would

35) *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Sukchong 14 (1688)/12/6. *Sukchong sillok* 37 (1711)/6/22.
36) *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Kyŏngjong 2 (1722)/8/8.

be proper to abolish all of these facilities, reflecting the same concerns that Cho Kyŏngmyŏng had.

> The people of the city are suffering many difficulties and hardships. Even if we already have the Chŏnoksŏ 典獄署, various judicial agencies, the five military garrisons and other agencies all have their own arrest facilities. These are always full of suspects, so how can the people no t but suffer difficulties? Since those detained there are not entered on the list of prisoners they are not included in any amnesty of prisoner s. It is advisable that from now on that only those from the three judi cial bodies (Ministry of Punishment, Hansŏng municipal authorities, an d the Office of the Inspector-General), the five military garrisons and various agencies that can be jailed are put in the Chŏnoksŏ and that t he regulations concerning and practices of keeping people arrested in various agencies are all abolished.[37]

The king agreed to this – recollecting the abolishment of the Naesaok by his successor and asking how there could be multiple judicial authorities – and these facilities were ordered to be demolished. The facilities were seen in the larger context of the "private" execution of punishment, something strictly forbidden, and a couple of days later this was followed up by a report that such facilities in fact also could be found in private houses – in the houses of royal relatives or kye houses, for example – there called *ch'akko* 着庫. It was suggested that that any violation of the order that such facilities should be demolished should be properly punished; light flogging for less serious cases and for more serious cases in needed to be reported and a proper punishment decided. The king agreed to this.[38] The resultant royal edict stated that the *kuryukkan* of various

37) *Yŏngjo sillok* 1 (1725)/8/3.

authorities and the private houses of members of the royal family should be demolished and that any violation against this should be punished with light flogging for less serious cases and serious cases should be punished according to the law for disobeying royal orders in the Great Ming Code: 100 beatings with the heavy stick.[39]

The problem of how to detain suspects at authorities before they could be properly jailed still existed, though, and it seems that such facilities were reconstructed. In 1732 it was reported that both the Ministry of Punishment and the Municipal Authority held suspects detained in *kuryukkan*. The king ordered that all such detainees should be released and that the prohibition against the reconstruction of such facilities should not only be clearly communicated but also be put in the regulations "for eternity". Any official caught violating these rules should be heavily reprimanded.[40]

Although not reflected in the dynastic records, it seems that the Ministry of Punishment and the Municipal Authority made the argument that they must be able to detain serious offenders. Following up on the order that the detainees held at these authorities should be released, it was reported sixteen days later that the order had been followed, except for serious offenders.[41] Despite the order to abolish them, reports kept coming in about such detainment facilities still being in existence.[42] The king kept repeating his order,

---

38) *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Yŏngjo 1 (1725)/8/9. *Ch'akko* could also be a type of wooden foot shackle, alternatively written 着鋼, but in this entry it is clear that they are talking about a space for detainment.
39) *Sinbo sugyo chimnok,* Seoul: Ch'ŏngnyŏnsa, 2000, 419.
40) *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Yŏngjo 8 (1732)/6/5.
41) *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Yŏngjo 8 (1732)/6/21.
42) See for instance *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Yŏngjo 11 (1735)/12/18; *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Yŏngjo 16 (1740)/5/7.

but the reports did not cease. This, of course, indicates that the authorities felt a need for them. Into the 1740, leading up the compilation of the *Soktaejŏn*, it was in particular frequently mentioned that the Ministry of Punishment maintained such a facility in addition to the legally sanctioned jail.[43]

The new legislation codified in the *Soktaejŏn* that came out of these developments is therefore seemingly incongruent. On the one hand we have the summary statement that "the corrupt practices of various agencies detaining suspects are all prohibited."[44] But this overall prohibition is followed by the note that "apart from important cases related to public matters, the Ministry of Punishment and the Municipal Authorities are also not allowed to detain suspects," basically allowing for something in the format of a prohibition.[45] So what this means then is that such detainment was prohibited with the exception of the right for the Ministry of Punishment and the Municipal Authorities to detain suspects of "serious public crimes". The prohibition against "private" detainment is also reflected in the law that "if palaces "privately" detain people in *ch'akko*, this is to be reported to the king and punished."[46]

Indicative of the prevalence and deep-rooted nature of the problem with arbitrary jailing, in 1747, the year after the promulgation of the *Soktaejŏn* codifying the prohibition against it, it was reported that the Office of the Inspector-General—that in 1657, as we have seen, strongly had criticized the king for the "private"

43) See for instance *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Yŏngjo 17 (1741)/8/2; *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Yŏngjo 17 (1741)/8/6.
44) *Soktaejŏn*, Hyŏngjŏn, Sugŭm.
45) Ibid.
46) Ibid.

corruption of the Naesaok—had constructed its own "separate jail" (*pyŏlok* 別獄) next to Chŏnoksŏ. Hong Sanghan 洪象漢 (1701-1769), second minister in the Ministry of Rites, was astonished that the Office of the Inspector-General could do something like that at a time when the abolishment of illegal arrest facilities had been ordered, and demanded that it should be abolished. The King agreed to this asking how there could be jails apart from those of the Ministry of Punishment and the State Tribunal.[47]

There are, however, further cases where such detainment actually is allowed in the form of a prohibition with exceptions. Another such practice of detainment was called chiga 知家. This was putting the culprit in confinement in a private house at the scene of the crime until he or she could be properly arrested and jailed. This would mostly be used if a commoner or person of base status had not stepped out of the way of an official in the street, but also in other cases at times. In fact, after the order that *kuryukkan* should be demolished, it was reported that the Ministry of Punishment and the Municipal Authorities, both who had retained some rights to detainment, used to detain people in private houses in this manner.[48]

The *Soktaejŏn* stipulated that both of these practices, *kuryu* and *chiga*, were prohibited for "private" reasons (*sasa* 私事) apart from in two cases. The first was when a person had violated a prohibition (*pŏmgŭm* 犯禁) and the second when the people in questioned had not dismounted their horses in areas where this was required or when an official of lower rank passed another official of higher without dismounting their horse (*pŏmma* 犯馬).[49]

---

47) *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Yŏngjo 23 (1747)/7/29.
48) *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Yŏngjo 10 (1734)/10/20.

These two cases shed interesting light on two aspects of Chosŏn period institutions. First, as can be seen in other cases of chronic "corrupt practices" in the period, the root of the problems seems to have been a conflict between the authority given to agencies and their personnel – sanctioned by state ideology – and the resultant need of these agencies, and other elements of the same state ideology more based on Confucian notions. Claims of "corruption" therefore must be understood within power constellations and struggles. Second, apart from some references to "private intentions" (*saŭi* 私意), the severe accusation of "private" corruption in these cases mainly seem to indicate deviation from proper procedures rather than using official power for private interests, even if "private" in that sense would refer to the interests of the agency in question, or it's leadership's, as opposed to the state bureaucracy in general. The acknowledgment of such interests rather seems reflected in the broad authorities given and the main concern was to make sure that these were pursued within the limits of proper procedure.

4. Public versus private and the justification of the legal system II: Officials committing murder

The Excessive Punishment part in the penal section of the *Soktaejŏn* contains this intriguing law:

> Even an official on an embassy carrying royal orders (奉命使臣) who kills someone over private matters (以私事殺人) should be punished wit h the principle of a life for a life (償命).[50]

49) *Soktaejŏn*, Hyŏngjŏn, Sugŭm.
50) *Soktaejŏn*, Hyŏngjŏn, Namhyŏng.

It might be surprising that a new law stipulated that high level officials did not have the right to murder, but it is of course related to their closeness to the highest authority and the concomitant strong right to punish and, it was a matter of deciding how "public" the killing had been. The source of this law was a royal edict issued by Sukchong in 1685.[51] It was occasioned by a case involving a high official named Chŏng Chesŏn 鄭濟先 (1645-1701). He had for a long period had held the position of Minor Inspector at the Office of the Inspector-General in 1684 he was appointed to go with an embassy to China. In the eight month of that year the Office of the Censor General inform the kings that reports had come in that when arriving in the P'yŏngan Province Chŏng had started to look for run-away slaves and wherever he went under the influence of alcohol he flogged them so severely that five people had died. They asked that he should be arrested and brought in for interrogation to which the king agreed.[52]

On the thirteenth day of the twelfth month that day the king discussed the case with his ministers again as he had received a report from the provincial governor. According to this report Chŏng had not only killed slaves, but among the dead were also two commoner husbands of female slaves (*pibu* 婢夫) and one commoner. As for the two commoner husbands, the king said that although there was a proverb saying that 'the life of a commoner husband of a slave with children does not to be paid with life' that was not the law. The purport of this proverb was that once such a husband had a child with his slave-status wife he was himself considered to be of similar

51) *Sugyo chimnok*, Seoul: Ch'ŏngnyŏnsa, 2001, 226.
52) *Sukchong sillok* 10(1684)/8/2.

status. [53] And since he had also killed a commoner, this was now a very serious matter and it looked difficult for him to avoid the death penalty.

The discussion turned to the proper punishment for this crime. The king introduced a case from the reign of Hyojong when in 1658 a former third inspector at the Office of the Inspector General named Yi Chŭng 李曾 (1610-?) had ordered one of his slaves to murder a person with whom he was in a legal dispute over slave ownership. Yi had been brought in for interrogation but had not confessed and died as a result of the torture he was made subject to.[54] The argument was made, however, though that this case was different and rather thought it should be compared with a case involving a person named Kang Sŏkkyu 姜錫圭 whose punishment had been lowered since the person he killed had been a former slave.[55] This was seconded with the argument that since Yi Chŭng had secretly murdered the person he was in legal dispute with there were no mitigating circumstances and the court had to apply the law, and that the case of Chŏng differed from this.[56]

The State Tribunal was ordered to look at previous cases, including that of Kang Sŏkkyu, and they came up with the suggestion that also Chŏng should be punished with banishment.[57] The day after receiving the report from the State Tribunal the King discussed the case with his ministers again. State Councillor Kim Suhang 金壽恒

53) Other versions of this proverb: *Sŭngjŏngwŏn ilgi*, Sukchong 8 (1682)/12/13; *Sŭngjŏngwŏn ilgi*, Yŏngjo 16 (1682)/11/24.
54) For this case see *Hyojong sillok* 9(1658)/9/25.
55) *Sŭngjŏngwŏn ilgi*, Hyŏnjong 2(1661)/4/10. See also *Sŭngjŏngwŏn ilgi* Sukchong 11(1685)/1/27.
56) *Sukchong sillok* 10(1684)/12/13.
57) *Sŭngjŏngwŏn ilgi*, Sukchong 11 (1685)/1/27.

(1629-1689)confirmed the view that there were enough precedents to lower the punishment to banishment and based on this and the report from the State Tribunal this was the final decision of the King and Chŏng was banished to Kangjin by 'special pardon'.[58]

That was not the end of the matter, though. On the third day of the second month Minister of Rites Yi Minsŏ 李敏敍 (1633-1688) protested saying that given the severity of the crime, Chŏng Chesŏn should not be allowed to avoid the death penalty. The King admitted that the ruling had been based on special considerations taking precedents into consideration and that if it officials on embassies to this as a precedent giving them a license to kill the problems would be endless. So, he ordered that henceforth any official on an embassy carrying royal orders killing people for personal reasons would have to pay for this with their life, which was the ruling on which the royal edict later was based.[59]

This case led to a conflict between the King and officials in the Office of the Inspector General. When compiling the annals, the historians later summarised this case as follows: "Chŏng Chesŏn was an Envoy Recorder and had previously been in the Office of the Inspector General, so he had the right to mete out punishment. But he could not suppress his sudden anger and due to the private matter of trying to retrieve run-away slaves he killed six people and one of these was a commoner. So, if the law of the dynasty was to be applied, he could not escape the death penalty. But due to his influence the State Tribunal could not suggest the application of the law and only after the King had reprimanded them did the officials

58) *Sukchong sillok* 11(1685)/1/28.
59) *Sŭngjŏngwŏn ilgi*, Sukchong 11 (1685)/2/3.

start to discuss it. If this is needed for the private not to be able to overtake the public, how can the country be managed?"[60]

5. Concluding remarks

The aim of this paper has been to emphasize the important role law played in Chosŏn state ideology and statecraft despite the frequent use of phrases such as "the rule without punishment of Emperors Yao and Shun" to describe ideal kingship. Rule *by* law was strongly cautioned against, but rule *of* law – that is, fair and consistent application of the law according to the law codes – was part of the concern of the king for the welfare of society. To exemplify how the legal system, as part of state ideology, was justified by its adherence to fairness, the presentation looked at the distinction that was made between public and private. So even if the legal system contained inequalities reflecting the social order, and even if the line between civil and judicial authority tended to be blurred, the ideal was to keep arbitrariness in check by ensuring that 'private' matters did not influence procedures or encroached upon the punitive authority of officials.

60) *Sukchong sillok* 10(1684)/12/13.

▮ 참고문헌

『영조실록』
『현종실록』
『숙종실록』
『효종실록』
『속대전』
『경국대전』
『승정원일기』

김호, 「『흠흠신서(欽欽新書)』의 일고찰(一考察)」, 『조선시대사학보』 54, 조선시대사학회, 2010, 233-267면.
심재우, 『네 죄를 고하여라: 법률과 형벌로 읽는 조선』, 산처럼, 2011.
한국역사연구회중세2분과법전연, 『신보수교집록』, 청년사, 2000.

Bertrand Russell, *A History of Western Philosophy*, London: Unwin Paperbacks, 1979.
Brian Z. Tamanaha, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
E.P. Thompson, *Whigs and Hunters*, New York: Pantheon, 1975.
Evans, Rueschemayer and Skocpol eds, *Bringing the State Back In,* Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
Kun Yang, "Law and Society Studies in Korea: Beyond the Hahm Theses," *Law & Society Review* 23:5, 1989.
The Analects, in James Legge *The Chinese Classics* vol 1, London: Trübner & Co, 1861.