

《大明律》상 범죄와 형벌의 비례*

— 처첩을 중심으로 한 변형 —

조지만**

목 차

- I. 들어가며
- II. 분석의 틀
- III. 남편과의 대응범죄
 - 1. 처첩의 남편에 대한 범죄
 - 2. 남편의 처첩에 대한 범죄
- IV. 남편의 친족 및 가족과의 대응범죄
 - 1. 처첩의 남편친족에 대한 범죄
 - 2. 남편친족의 처첩에 대한 범죄
- V. 처첩 상호간의 범죄
- VI. 결어

[국문 요약]

이 글에서는 처첩관계를 중심으로 하여 《大明律》에 나타난 범죄와 형벌의 비례에 대하여 살펴보았다. 《大明律》상 범죄와 형벌의 비례관계는 범죄의 주체나 양태에 따라서 규칙적인 형태로 나타난다. 이는 친족이라는 신분이 설정되는 경우에도 마찬가지로 작동되는데, 다만 준비질서와 관련될 때에는 수직적 위계질서에 따라 급작스런 형량의 변동이 일어나 범죄와 형벌의 비례관계에 균열이 일어나기도 한다. 그런데 처첩관계는 남편이라는 대응관계, 며느리라는 지위, 정조라는 관념과 대응, 명분과 의리라는 더욱 많은 변수가 발생하면서 범죄와 형벌의 비례가 기계적 비례를 벗어나는 모습을 보여주고 있다.

그러나 이러한 모습이 나타난다고 하여 범죄와 형벌의 비례가 범죄로 이끄는 유혹에 비례하여 설정되어야 한다는 범죄와 형벌의 비례원칙이 《大明律》에서 작동되지 않는 상황에 놓여 있다고 보아야 할 것은 아니다. 이는 등급주의를 취한 중국 전통 형법의 기본원칙의 바탕 위에서 그 사회가 지향하는 방향을 범죄와 형벌의 기계적인 비례의 변형으로 보여주는 것이 전통시대의 처첩에 대한 형량이 아닐까 한다. 즉 범죄와 형벌의 비례도 그 사회의 지향점

* 이 글은 2016년 1월 12일 한국법사학회, 구결학회 공동학술발표회에서 발표하였던 것을 수정, 보완한 것이다.

** 아주대학교 법학전문대학원 부교수

을 보여주는 것이지만, 비례의 변형도 또한 그 사회가 보존하고 싶어하는 또 하나의 지향점을 보여주는 것은 아닐까. 그렇기 때문에 비례관계에 균열을 초래하면서까지 처벌 형량을 가중하거나 감경하였을 것으로 생각된다.

[주제어] 처벌, 범죄와 형벌의 비례, 대명률, 형벌의 가감

I. 들어가며

범죄와 형벌 사이에 비례가 있어야 한다는 형사상의 원칙은 사실 범죄가 공익에 반하는 정도에 비례하여, 그리고 범죄로 이끄는 유혹에 비례하여 설정되어야 한다는 공리주의의 바탕에서 유래된 것으로서 베카리아에서 유래된 것이다.¹⁾ 하지만 개개인에게 가장 경미한 침해를 야기한 행위가 가장 낮은 등급에 놓이게 되고, 사회의 존립을 직접적으로 파괴하는 행위가 가장 중한 등급에 놓이게 되어 모든 종류의 행위가 최고에서 최하까지 세분화되어 배치된다는 베카리아의 견해를 거론하지 않더라도, 이러한 등급주의는 그 이면에 흐르는 사상이 어떠한 것이었든 동서고금의 어떠한 형법에서도 존재하는 것일 것이다. 중국 법제사의 한 획을 그은 것으로 평가되는 《唐律》에서도 이러한 흐름은 나타나서 태장도류사리는 오형체계를 확정짓고 이후에도 이어졌다.²⁾ 《大明律》에서도 《唐律》의 오형 체계를 이어받았는데, 조선은 이 《大明律》을 형사법으로 이용하였다.³⁾

그런데 개개인에 대한 피해, 사회에 대한 침해의 양을 기준으로 형벌의 등급을 정한다고 할 때, 현대의 형법과는 달리 전근대의 형법은 신분과 사회가 지향하는 가치라는 기준들이 있었기 때문에 범죄와 형벌의 비례를 정할 때 보다 복잡한 양상을 띠게 된다. 《大明律》에서의 신분 표지는 관인과 민인, 양인과 천인의 표지가 있고 그들 상호간의 범죄에 따른 형벌의 등급이 달라

1) 체사레 베카리아 저/한인섭 신역, 『범죄와 형벌』(박영사, 2006), 27면.

2) 오형체계의 확립과 그 이후의 흐름에 대하여는 仁井田陞, 『中國法制史研究-刑法』(東京大學出版會, 1959), 57면 이하 참조.

3) 조선에서 《大明律》을 형사법으로 이용한 것과 관련하여서는 趙志晚, 『조선시대의 형사법-대명률과 국진』(경인문화사, 2007) 참조.

진다. 또한 관인이라면 관인 체계 내에서의 지위, 가족이라면 가족 내에서의 지위, 관계에 따라 그들 상호간의 범죄에 따른 형벌의 등급이 각각 다르게 규정된다.⁴⁾ 이렇게 복잡하게 얽혀 있는 범죄와 형벌의 등급이 툇니바퀴처럼 질서정연하게 규칙화되어 있는 것이 《大明律》이다. 그것은 아마도 중국 고대로부터 축적되어온 경험에서 유래된 것일 것이다. 그러나 이러한 형벌의 등급화가 어느 정도로 정밀하게 규정되어 있었는지는 법전상의 여러 규정들을 통하여 경험적으로 알 수 있을 뿐이고, 《大明律》에 대하여 본격적인 실증적 연구는 아직까지 없다. 다만 《唐律》의 형식적으로 비례성이 확인된 贓과 刑과의 관계가 準과 이라는 개념어를 통한 六贓의 확장을 통해 실질적 의미에서의 비례성도 지켜지고 있었음을 밝히고, 이를 통하여 법익보호원칙과 범죄와 형벌의 비례성이 부합하는 것을 의미하는 것을 밝힌 연구⁵⁾는 전통 형법에서 범죄와 형벌의 비례에 대한 연구의 동기가 되었다.

이 글에서는 이러한 기존의 연구를 바탕으로 하여 《大明律》에서의 범죄와 형벌의 비례에 대하여 실증적으로 규명해 보고자 한다. 전통형법에서는 범죄와 형벌이라는 요소뿐만 아니라 신분, 지위라는 요소들이 중첩적으로 얽혀있기 때문에 이 글에서 《大明律》을 전체적으로 살펴보기보다는, 처첩질서에 나타난 《大明律》상 범죄와 형벌의 비례를 중심으로 실증적 연구의 첫 단추를 끼워 보려고 한다. 다만 전통시대에는 친족의 지위에 따라서 형벌의 등급이 질서지워져 있기 때문에, 처첩은 이미 질서지워진 체계 속에서 다시 한 번 그 사회의 윤리에 따라 변형을 갖게 된다. 따라서 범죄와 형벌의 기계적 비례가 들어맞지 않을 수는 있겠으나, 이 또한 그 사회의 지향점을 보여주는 것이라고 생각된다. 처첩질서와 관련하여 《大明律》과 국전의 규정을 대상으로 처첩이 묶여서 논의된 경우와 구분되어 다른 경우를 나누어 분석하여 첩이 조선시대의 가족과 신분의 위계를 설정하고 확고하게 만들고 작동시키는 하나의 매개였음을 밝힌 연구가 있었는데,⁶⁾ 처첩규정과 관련된

4) 신분적 차별의 핵심은 각각의 구체적 신분범주별로 서로 다른 규범적 속성을 부여하는 것이다. 조우영, 『조선 초기 신분 제도의 사회적 위상과 관념적 구조』, 『법사학 연구』 제28호(한국법사학회, 2003. 10), 115면.

5) 김대홍, 『唐律에서 범죄와 형벌의 비례성』, 『법사학연구』 제39호(한국법사학회, 2009. 4), 124면.

법전 규정을 매우 탁월하게 분석하였다고 보인다. 이 글에서는 위에서 밝힌 바와 같이 범죄와 형벌의 비례 문제에 대하여 초점을 맞추려고 한다. 전통사회에서 여성은 남성에 대한 열위적 지위를 가지며, 그 속에서 다시 처와 첩의 분화가 나타나는데 이러한 현상이 전통형법에서는 어떻게 반영되어 나타나는가를 통해 사회적 관계망이 규범적으로도 어떻게 구현되고 있는가를 실증적으로 보여 주려고 하는 것이다.

Ⅱ. 분석의 틀

처첩에 《大明律》에서 어떻게 처리되는가에 대하여 언급하기 위하여 《大明律》에서 규정되고 있는 처첩이 관련된 규정들에 대하여 살펴보고자 한다. 이를 통하여 처첩을 통해서 살펴볼 《大明律》상의 범죄와 형벌의 비례의 분석의 틀을 짜보려고 한다.

우선 처첩의 지위에 대하여 살펴보자. 《大明律》에서 처첩이 제일 먼저 언급되고 있는 곳은 喪服圖에서이다. 오복제도를 근간으로 한 《大明律》의 상복제도는 형벌등급의 증감에도 등친에 따라서 일정한 영향을 미치고 있다.⁶⁾ 길지만 중요한 자료이므로 처첩과 관련하여 필요한 부분을 인용하여 본다.

6) 정지영, 「조선시대 첩에 대한 포섭과 배제의 장치들-법전류의 첩 관련 규정 분석을 중심으로-」, 『한국고전여성문학연구』 제19집(한국고전여성문학회, 2009. 10), 65-92면.

7) 부계직계존속친에는 부, 모, 조부모, 증조부모, 고조부모의 순서로 차별을 두고, 자기와 동렬상의 방계친은 형제, 종형제, 재종형제 등으로, 세대가 다른 방계친은 세대수나 자연적 혈연의 원근과 관계 없이 공동 조상에 이르기까지 세대수가 긴 쪽에 따라 분류되어 있어서 등친제라고 한다. 박병호, 『한국법제사』(민속원, 2012), 214면.

<표 1> 대명률상 남편의 친족을 위한 처의 상복도

남편의 당조고모 무복	남편의 조고모 재실 시마 출가 무복	남편의 조부모 대공	남편의 백숙조부모 시마	남편의 족백숙 조부모 무복
남편의 당고모 재실 시마 출가 무복	남편의 친고모 소공	시부모 참취 3년	남편의 백숙부모 대공	남편의 당백숙부모 시마
남편의 당자매 시마	남편의 자매 소공	처가 남편 참취 3년 남편이 처 자취장기 부모생존 부장기	남편의 형제와 처 소공	남편의 당형제와 처 시마
남편의 당질녀 재실 소공 출가 시마	남편의 질녀 재실 기년 출가 대공	장자 기년 장자부 기년 중자 기년 중자부 대공	남편의 조카 기년 남편의 질부 대공	남편의 당질 소공 남편의 당질부 시마
남편의 당질손녀 시마	남편의 질손녀 재실 소공 출가 시마	손 대공 손부 시마	남편의 질손 소공 남편의 질손부 시마	남편의 당질손 시마

<표 1>에서 보듯이 처가 남편이나 시부모에 대하여는 참취 3년, 아들이나 큰며느리, 남편의 조카에 대하여는 기년복을, 남편의 조부모, 백숙부모, 남편의 질부에 대하여는 대공복을, 남편의 형제와 처, 시누이, 시고모, 남편의 당질녀에 대하여는 소공복을, 남편의 당형제와 처, 남편의 당백숙부모, 남편의 당자매 등에 대하여는 시마복을 입는다.

첩의 경우에는 처와 상복이 다르다. 《大明律》에 나와 있는 첩의 상복도는 다음과 같다. 가장인 남편⁸⁾에 대하여는 참취 3년, 아들에게는 기년복으로 처와 마찬가지로이지만, 가장의 부모에 대하여는 처가 참취 3년인 반면에 첩은

8) 《大明律》에서는 처와 대비되는 개념으로 夫, 첩과 대비되는 개념으로 家長이라는 개념을 사용하고 있다. 2016년 1월 12일 한국법사학회, 구결학회 공동학술발표시에 박성종교수님의 둘다 남편으로 번역하여 사용하는 것은 문제라는 지적이 있었다. 옳은 지적이다. 전자는 남편, 후자는 가장으로 쓰면 되는데, 다만 남편, 가장의 처첩에 대한 범죄 등으로 각각의 경우를 나누어 논해야 하는 등의 문제가 있어 서술의 편의상 일괄적으로 남편으로 서술하되 첩의 대응으로서의 남편은 전통사회에서는 가장으로 지위를 가졌음을 부기해둔다.

기년복을 입는 것으로 다르다. 또한 처는 첩을 위하여 상복을 입지 않지만 첩은 정치를 위하여 기년복을 입는데, 이는 형벌에도 반영되어 나타난다.

<표 2> 대명률상 가장의 친족을 위한 첩의 상복도

가장의 부모	기년
가장 정치	참취 3년 기년
가장의 장남 가장의 중자 자기의 아들	기년 기년 기년

국가가 혼인제도 그 자체를 보호법익으로 삼아서 처첩에 대한 범죄와 형벌을 규정하고 있는 경우가 있다. 이는 대체로 《大明律》〈戶律〉卷6 戶婚에서 규정하고 있는데, 처첩질서를 어지럽히는 경우 바로잡는 것을 지향하고 있다. 예컨대 처를 첩으로 삼거나 첩을 처로 삼은 경우를 처벌하거나 처가 있는데 다시 처를 얻는 중혼을 처벌하고 이혼시키고 있다.⁹⁾ 또한 처첩을 재물을 받고 전당하여 남에게 주어 처첩이 되게 하거나 처첩으로 삼으면 -이 경우는 범죄의 객체라기보다는 범죄의 대상물이라고 할 수 있겠다- 처벌하고 모두 이혼시킨다.¹⁰⁾ 호혼에는 또한 혼인제도 그 자체가 보호법익은 아니지만 이와 유사하게 사회질서 유지를 위하여, 즉 당대의 유교질서와의 연관하에 처벌을 하는 경우가 있다. 즉 상중에 혼인을 하는 경우라든지,¹¹⁾ 조부모나 부모가 사형에 해당하는 죄로 구금중인데 혼인을 하거나 첩을 들인다는

9) 《大明律》〈戶律〉戶婚 §109 妻妾失序 ① 凡以妻爲妾者, 杖一百, 妻在, 以妾爲妻者, 杖九十, 並改正 ② 若有妻, 更娶妻者, 亦杖九十, 離異. 其民年四十以上無子者, 方聽娶妾, 違者, 笞四十 (《大明律》은 《大明律講解》(서울대학교 규장각 영인)을 인용하였다. 《大明律講解》의 번역은 현재 大明律講讀會에서 진행하고 있는 번역을 따랐으나, 오역이 있다면 전적으로 필자의 책임이다. 《大明律》은 조문번호가 없지만 규정의 순서에 따라 붙였다. 또 원래는 항번호가 없지만 항목구분인 ‘○’을 기준으로 하는 것을 원칙으로 하여 항을 나누었다. 이하 같다)

10) 《大明律》〈戶律〉戶婚 §108 典雇妻女 ① 凡將妻妾受財典雇與人爲妻妾者, 杖八十, 典雇女者, 杖六十, 婦女不坐. ② 若將妻妾妄作姊妹嫁人者, 杖一百, 妻妾, 杖八十. ③ 知而典娶者, 各與同罪, 並離異, 財禮入官, 不知者, 不坐. 追還財禮.

11) 《大明律》〈戶律〉戶婚 §111 居喪嫁娶 ① 凡居父母及夫喪 而身自嫁娶者 杖一百 若男子居喪娶妾 妻女嫁人爲妾者 各減二等. 若命婦夫亡再嫁者 罪亦如之 追奪並離異.

지,¹²⁾ 친족의 처첩과 혼인하는 경우¹³⁾이다. 그리고 권력구조를 이용하여 처첩관계를 맺는 경우를 규제하는 경우도 보이는데, 관할 백성을 처첩으로 삼은 경우,¹⁴⁾ 도주 중인 여자를 처첩으로 삼은 경우,¹⁵⁾ 권세를 이용하여 양민의 처나 딸을 강탈하여 처첩으로 삼은 경우¹⁶⁾이다. 관리가 기녀와 혼인하는 경우¹⁷⁾를 규제하는 것은 신분질서의 문란 및 조정의 위신이 실추될 우려 때문인 듯하며, 승려, 도사와 혼인하는 경우¹⁸⁾를 규제하는 것은 청정을 근본으로 삼는 이데이기 때문이다.

또한 처첩은 가족의 일원이기 때문에 緣坐의 대상으로 언급되기도 한다. 즉 謀反大逆에서는 범인과 범인의 아들의 처첩을 공신집의 종이 되게 하고 있으며,¹⁹⁾ 謀叛에서는 범인의 처첩을 공신집의 노비가 되게 하고 있는 것이다.²⁰⁾ 사직을 위태롭게 하거나, 종묘, 산릉, 궁궐을 훼손하거나, 외환을 유치하는 경우는 국가를 위태롭게 하는 것이기 때문에 본인은 물론이고 그와 관련된 자들을 연좌하는데 남자들은 대체로 죽이는데 비하여 여자들은 종이 되는 일반법칙에 따르고 있다. 또한 약취, 유인하여 처첩이 되게 한 경우나 자신의 처를 팔아서 종이 되게 한 경우에도 처벌하고 있다.²¹⁾

12) 《大明律》〈戶律〉戶婚 §112 父母囚禁嫁娶 ① 凡祖父母父母 犯死罪被囚禁 而子孫嫁娶者 杖八十 爲妾者 減二等.

13) 《大明律》〈戶律〉戶婚 §115 娶親屬妻妾 ① 凡娶同宗無服之親及無服親之妻者 各杖一百 若娶總麻親之妻及舅甥妻 各杖六十徒一年 小功以上 各以姦論 其曾被出及已改嫁而娶爲妻妾者 各杖八十 ② 若收父祖妾及伯叔母者 各斬 若兄亡收嫂 弟亡收弟婦者 各絞 ③ 妾 各減二等 ④ 若娶同宗總麻以上姑姪姊妹者 亦各以姦論 ⑤ 並離異.

14) 《大明律》〈戶律〉戶婚 §116 娶部民婦女爲妻妾 ① 凡府州縣親民官 任內娶部民婦女 爲妻妾者, 杖八十. 若監臨官 娶爲事人妻妾及女 爲妻妾者, 杖一百. 女家 並同罪, 妻妾仍兩離之, 女給親, 財禮入官. 특히 이 경우는 사회질서 유지와도 관련이 있지만 더욱 직접적으로는 지방권력자와 지역 토착 세력과의 유착이 더욱 문제된다.

15) 《大明律》〈戶律〉戶婚 §117 娶逃走婦女 ① 凡娶犯罪逃走婦女爲妻妾, 知情者, 與同罪, 至死者, 減一等, 離異, 不知者, 不坐. 若無夫會赦免罪者, 不離.

16) 《大明律》〈戶律〉戶婚 §118 強占良家妻女 ① 凡豪勢之人, 強奪良家妻女, 姦占爲妻妾者, 絞, 婦女給親. 配與子孫弟姪家人者 罪亦如之 男女不坐.

17) 《大明律》〈戶律〉戶婚 §119 娶樂人爲妻妾 ① 凡官吏娶樂人爲妻妾者 杖六十 並離異 若官員子孫娶者 罪亦如之 附過 俟廕襲之日 降一等 於邊遠絀用 其在洪武元年已前娶者 勿論.

18) 《大明律》〈戶律〉戶婚 §120 僧道娶妻 ① 凡僧道娶妻妾者, 杖八十 還俗, 女家 同罪, 離異.

19) 《大明律》〈刑律〉賊盜 §277 謀反大逆 ① …十五以下及母女·妻妾·祖孫·兄弟·姊妹若子之妻妾, 給付功臣之家爲奴….

20) 《大明律》〈刑律〉賊盜 §278 謀叛 ① …妻妾·子女 給付功臣之家爲奴….

21) 《大明律》〈刑律〉賊盜 §298 略人略賣人 ① 凡設方略 而誘取良人及略賣良人 爲奴婢者 皆杖一

한편 처나 첩은 남편에 대한 대응개념으로서 사용되기 때문에, 처나 첩이 범죄의 주체로서 특정하여 나타날 때에는 주로 남편이나 남편의 가족을 대상으로 한 범죄를 의미한다. 처첩이 일반 절도를 저지른 경우처럼 재산죄 등에서는 처첩이라는 지위는 별다른 의미가 없을 것이다. 또한 처와 첩 사이에도 가족 내에서의 위계가 존재하기 때문에 그들 사이의 범죄에도 차등이 존재한다. 따라서 여기서는 일반인끼리의 범죄를 기본형량으로 구성하였을 때, 처첩이 범죄의 주체가 되는 경우에는 크게는 남편과의 관계, 남편의 친족과의 관계, 집안에서의 가족과의 관계의 세 가지로 나누어진다. 남편의 친족은 시부모나 시조부모의 경우도 있겠지만, 남편의 기친, 시마 이상의 존장, 시마 이상의 비속 등이 해당될 수 있고, 집안의 가족은 노비나 고공이 해당된다. 또한 처첩이 범죄의 객체가 되는 경우에도 마찬가지로 범죄의 주체가 크게 남편이거나 남편의 친속인 경우, 가족인 경우로 나눌 수가 있다. 그리고 마지막으로 처첩 상호간의 범죄를 거론할 수 있을 것이다. 이와 관련된 규정들은 이 글의 주된 내용에 해당될 것이므로 본문에서 상세히 다루기로 한다.

한편 《大明律》상 처첩이 범죄의 주체 또는 객체로서 나타나는 범죄를 분류해보면 대체로 다섯 가지 종류로 한정된다. 이는 毆打, 侮辱, 殺害, 告訴, 誣告, 姦通의 경우이다. 여기서 파생되는 범죄로서는 우선 결과적 기중범의 형태로 구타로 인한 상해나 치사들이나 선행행위의 불법성으로 인하여 야기된 결과로 벌어지는 범죄로서, 예컨대 간통현장에서의 범죄를 들 수 있다.

지금까지 《大明律》에서 처첩이 관련되는 규정들을 살펴보았는데, 다양한 맥락에서 언급되고 있는 것을 볼 수 있었다. 이들을 하나의 분석틀 안에 묶어서 다루기는 매우 부적절하다. 따라서 범죄와 형벌의 비례라는 분석틀을 가지고 살펴본다면 몇 가지를 제외할 필요가 있다. 즉 국가가 혼인제도 그 자체를 보호법익으로 하는 부분이라거나, 처첩이 연좌로 인하여 처벌되는 부분을 거론할 필요는 없다. 그렇다면 자명하게도 범죄와 형벌의 비례가 문제되는 것은 처첩이 범죄의 주체나 직접적인 객체로서 등장하는 부분이라고 할

百流三千里, 爲妻妾子孫者 杖一百徒三年 ⑤ 若略賣子孫爲奴婢者 杖八十.

수 있겠다. 주로 문제되는 범죄에 따라서 형량이 달라지는 부분이 있으므로 남편과의 대응 범죄, 남편의 친족 및 가족과의 대응범죄, 처첩 상호간의 범죄로 나누고 그 속에서 처첩이 각각 범죄의 주체가 되는 경우와 객체가 되는 경우를 살펴보고자 한다. 처첩의 형량이 문제되는 주된 범죄가 毆打, 侮辱, 殺害, 告訴, 誣告, 姦通이므로 이를 중심으로 범죄와 형벌의 비례에 대하여 살펴보기로 하겠다.

Ⅲ. 남편과의 대응범죄

1. 처첩의 남편에 대한 범죄

처첩의 남편에 대한 범죄는 구타 즉 폭행의 범죄유형으로부터 살펴보자. 우선 일반인끼리의 폭행의 경우에는 태²⁰에서부터 시작하는데,²²⁾ 차례로 가중하여 치사가 된 경우에는 교형에 처해진다.²³⁾ 또한 친족끼리의 폭행의 경우 무복의 친일 경우에는 특례를 두어 존장과 비유 사이의 폭행은 일반인에 대한 형량을 기준으로 각각 1등씩 가중하거나 감경하도록 하고 있다.²⁴⁾ 또한 일반인끼리의 폭행의 결과에 따라서 형량의 변동이 있는데 비하여, 비유가 존장을 폭행하는 경우에는 폭행행위 그 자체에 대하여 단일한 형벌을 부과하고 있다. 즉 시마친일 경우에는 장¹⁰⁰, 소공친일 경우에는 장⁶⁰ 도¹년, 대공친일 경우에는 장⁷⁰ 도¹년반에 처하며, 뼈가 부러지는 절상 이상에 해당하는 경우에는 원래의 형에서 1등을 가중하며, 독질²⁵⁾은 교형, 치사는 참형

22) 《大明律》〈刑律〉 鬪毆 § 325 鬪毆 ① 鬪毆 凡鬪毆 以手足毆人 不成傷者 笞二十.

23) 《大明律》〈刑律〉 人命 § 313 鬪毆及故殺人 ① 凡鬪毆殺人者 不問手足他物金刃 並絞. ② 故殺者斬.

24) 《大明律》〈刑律〉 鬪毆 § 339 同姓親屬相毆: 凡同姓親屬相毆 雖五服已盡而尊卑名分猶存者 尊長減凡鬪一等 卑幼加一等.

25) 전통적으로 장애에 대한 분류는 세 가지가 있다. 즉 殘疾, 廢疾, 篤疾이 그것이다. 잔질이란 한쪽 눈이 보이지 않거나, 양쪽 귀가 들리지 않거나, 손에 손가락 2개가 없거나, 발에 발가락 3개가 없거나, 손이나 발에 엄지가 없거나, 禿瘡으로 머리카락이 없거나, 치루, 하반신이 무거운 것, 큰 종기가 있는 경우를 가리킨다. 폐질은 정신박약자, 난장이, 발목이나 허리가 잘린 사람, 사지 중 하나를 쓸 수 없는 사람을 가리킨다. 가장 장애가 심한 독질은 악질이나 정신분열증, 사지 중 두 개 이상을

에 처하도록 규정하고 있다.²⁶⁾ 한편 손아래 동기가 손위 동기를 폭행하는 경우에는 장90 도2년반에서 시작하고 상해를 입히면 장100 도3년, 절상 이상일 경우에는 장300 류3,000리에 처한다.²⁷⁾ 즉 대공친과 비교해볼 때 기복 친일 경우에는 시작 형량을 2등을 가중하는 것이다.

이제 처의 남편에 대한 폭행과 그로 인하여 과생되는 범죄의 경우를 살펴 보자. 처가 남편에 대하여 폭행을 가한 경우의 형량은 장100에서 시작한다.²⁸⁾ 즉 시마친에 대한 폭행과 동일한 형에서 시작하는 것이다. 그런데 폭행의 정도가 심하여 뼈가 부러지는 절상에 이르면 갑자기 형량이 체증한다. 즉 시마친, 소공친, 대공친의 경우에는 절상 이상에 해당하는 경우에는 원래의 형에서 1등을 가중하도록 하고 있지만, 처의 남편에 대한 범죄에서는 3등을 가중하도록 하고 있는 것이다. 한편 독질은 교형, 치사는 참형에 이르는 것은 시마, 소공, 대공친의 경우와 같다. 또한 논의의 편의를 위하여 고의로 살해하는 고살도 함께 다루면 이 경우에는 능지처사에 처하고 있다.

또한 첩의 경우에는 처에 비하여 1등을 가중하여 처벌하고 있다.²⁹⁾ 즉 남편에 대한 단순한 폭행의 경우 장60 도1년에서 시작하며 절상의 경우에는 4등을 가중하고, 독질은 교형, 치사는 참형에 처하며 고살은 마찬가지로 능지처사한다.³⁰⁾ 형벌의 가중, 감경의 비례를 쉽게 볼 수 있도록 표로 나타내어 보면 아래의 표와 같다.

쓸 수 없는 경우, 두 눈이 실명된 경우를 가리킨다. 仁井田陞, 『唐令拾遺』, 東京大學出版會, 1964 복각판(1933 초판), 228쪽 九(開二五) 諸一目盲, 兩耳聾, 手無二指, 足無三指, 手足無大指, 禿瘡無髮, 久漏, 下重, 大瘰癧, 如此之類 皆爲殘疾. 癡癡, 侏儒, 腰脊折, 一肢廢 如此之類 爲廢疾. 惡疾, 癩狂, 兩肢廢, 兩目盲 如此之類, 皆爲篤疾.

26) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 §340 毆大功以下尊長 ① 凡卑幼毆本宗及外姻總麻兄姊 杖一百 小功 杖六十 徒一年 大功 杖七十 徒一年半 尊屬 又各加一等 折傷以上 各遞加凡鬪傷一等 篤疾者 絞 死者 斬. 여기서 처첩의 남편에 대한 폭행에 대하여 살펴보는 것이므로 비유의 존장에 대한 폭행에 대하여만 살펴보았다.

27) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 §341 毆期親尊長 ① 凡弟妹毆兄姊者 杖九十 徒二年半 傷者 杖一百 徒三年 折傷者 杖一百 流三千里 刃傷及折肢若瞎其一目者 絞 死者 皆斬.

28) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 §338 妻妾毆夫 ① 凡妻毆夫者 杖一百 夫願離者 聽 至折傷以上 各加凡鬪傷三等 至篤疾者 絞 死者 斬 故殺者 凌遲處死.

29) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 §338 妻妾毆夫 ② 若妾毆夫及正妻者 又各加一等 加者加入於死.

30) 《大明律講解》의 해당 ‘講’에서는 다음과 같이 밝히고 있다. 又各加一等’者 謂妾毆夫及正妻 杖六十 徒一年 至折傷以上 加凡鬪傷四等 如折凡人一指 杖一百 妾折夫及正妻一指 加四等 杖九十 徒二年半 之類 ‘加者加入於死’ 如折跌肢體 本律杖一百 徒三年 加四等 合絞 毆至篤疾者 亦絞 死者 斬.

<표 3> 남편에 대한 폭행과 관련된 처첩의 형량 비교표

주체 행위	일반인	시마친	소공친	대공친	처	첩
단순 폭행~	태20~장90	장100	장60 도1	장70 도1.5	장100	장60 도1
치아 1개 등 골절	장100	장60 도1	장70 도1.5	장80 도2	장80 도2	장90 도2.5
치아 2개 등 골절	장60 도1	장70 도1.5	장80 도2	장90 도2.5	장90 도2.5	장100 도3년
갈비뼈 등 골절	장80 도2	장90 도2.5	장100 도3	장100 류2,000	장100 류2,000	장100 류2,500
팔다리 등 골절	장100 도3	장100 류2,000	장100 류2,500	장100 류3,000	장100 류3,000	교형
독질	장100 류3,000	교형	교형	교형	교형	교형
치사	교형	참형	참형	참형	참형	참형
고살	참형	참형	참형	참형	능지처사	능지처사

위 표에서도 볼 수 있듯이 처의 남편에 대한 폭행은 일반 폭행의 경우는 소공친과 같지만 뼈가 부러지는 폭행 이상에 이르게 되면 대공친의 형량과 같은 비례를 보이고 있다. 첩의 경우에는 여기에 1등을 가중하고 있으며, 死罪에 이를 수 있다고 규정하고 있는데, 이는 독질에 이르지 않더라도 가중하여 교형에 처할 수 있다는 것을 강조하기 위해서이다. 남편에 대한 폭행은 뼈가 부러지지 않는 이상 소공친의 존장에 대한 폭행의 형량과 같은 장100으로 처벌하되, 뼈가 부러지는 절상 이상에 이르면 3등을 가중하여 대공친의 존장에 대한 폭행과 동일한 형벌로 처벌하는 것은 폭행에서 절상이라는 기준이 가정폭력에서 가지는 의미에 대하여 《大明律》의 입법자가 상당히 의미 있게 생각하였음을 보여준다.

다음으로 모욕의 범죄유형의 경우 처의 남편에 대한 모욕의 규정은 없다. 다만 첩의 남편에 대한 모욕의 규정은 일반적인 모욕에 대한 형량에 비하여 대단히 중한 형량을 규정하고 있다. 즉 일반적인 모욕 형량은 태10이라는 매우 가벼운 형량을 규정하고 있고,³¹⁾ 가족 질서 내에서도 시마친인 존장을 모욕하는 경우에는 태50, 소공친 장60, 대공친 장70에 처하는데,³²⁾ 첩이 남

31) 《大明律》〈刑律〉罵詈 §347 罵人 ① 凡罵人者 答一十 互相罵者 各答一十.

32) 《大明律》〈刑律〉罵詈 §351 罵尊長 ① 凡罵總麻兄弟 答五十 小功 杖六十 大功 杖七十 尊屬各

편을 모욕하는 경우에는 장80에 처하고 있어³³⁾ 첩의 지위를 대공친보다 한 단계 낮게 비정하고 있는 것을 볼 수 있다. 폭행 유형에서는 대공친과 처의 지위를 비슷하게 비정하고, 첩의 지위를 한 단계 낮게 비정한 것과 일관성이 유지되고 있는 것을 볼 수 있다.

마지막으로 고소한 경우의 범죄유형에 대하여 살펴보자. 지금이야 누구를 고소하여도 대부분 아무런 문제가 되지 않지만 전통시대에는 존장에 대한 고소는 고소 그 자체만으로도 명분과 의리를 범하는 것으로 처벌의 대상이 되었다. 고소에는 내용이 진실인 경우가 있고, 허위인 경우가 있다. 후자의 경우가 무고인데,³⁴⁾ 시마친이 존장을 고소한 경우에는 장70, 소공친이면 장80, 대공친이면 장90, 기복친이면 장100이며, 처첩이 남편을 고소한 경우에는 기친보다 5등이 가중된 장100 도3년에 처한다. 또한 무고한 경우에는 무고죄의 일반원칙과 비교하여 무거운 형량으로 처벌하는데,³⁵⁾ 처첩의 경우에는 교형에 처한다.³⁶⁾ 폭행이나 모욕의 범죄유형과 달리 고소나 무고의 경우에는 처와 첩을 구별하여 규정하지 않고 동일한 형벌을 부과하고 있는 것이 특징이라고 할 수 있다. 이는 폭행이나 모욕이 남편이라는 직접적인 대상에 대하여 행해진 가해라는 유형적인 행위가 있는 반면에 고소는 국가의 형벌권 작동을 호소하는 행위라는 측면에서 차이가 있기 때문으로 생각된다.

처첩의 남편에 대한 범죄에서 폭행에서는 형벌의 기준점이 시마친이고, 절상 이상의 중상해에서는 대공친이며, 다시 고살에서는 이러한 기준점과는 무

加一等.

33) 《大明律》〈刑律〉罵詈 § 353 妻妾罵夫期親尊長 ① 凡妻妾罵夫之期親以下總麻以上尊長 與夫罵罪同 妾罵夫者 杖八十

34) 허위의 ‘告’가 무고인데 무고가 무엇인지는 그 법률이 적용되는 사회에서 발생하는 사례에서 범죄 구성요건이 어떻게 해석되는지 율의 구체적 적용과 관련하여 실증적으로 고찰할 문제이다. 조선사회에서 무고의 해석에 관하여 자세하게 분석한 글로는 서정민, 『한국 전통형법의 무고죄』(민속원, 2013), 79-191면 참조.

35) 이에 따르면 태형에 해당하는 죄를 무고하면 2등을 가중하고 장형에 해당하는 죄를 무고하면 3등을 가중한다. 《大明律》〈刑律〉訴訟 § 359 誣告 ① 凡誣告人答罪者 加所誣罪二等 流徒杖罪 加所誣罪三等 各罪止杖一百流三千里

36) 《大明律》〈刑律〉訴訟 § 360 干名犯義 ① 凡子孫告祖父母・父母 妻妾告夫及夫之祖父母・父母者 杖一百徒三年. 但誣告者 絞. 若告期親尊長・外祖父母 雖得實 杖一百 大功杖九十 小功杖八十 總麻 杖七十. 其被告期親・大功尊長及外祖父母若妻之父母 並同自首免罪 小功・總麻尊長 得減本罪三等. 若誣告重者 各加所誣罪三等.

관하게 능지처사의 형벌을 부과하고 있음을 볼 수 있다. 또한 고소에 관한 형벌에서는 시마친, 소공친, 대공친, 기복친의 형량이 지위에 따라서 비례적으로 늘어나고 있음을 보여주는데 비하여 처첩의 형량은 고소 자체만으로도 친족 중에 가장 형량이 높은 기복친보다도 5등이 높은 형량으로 처벌하고, 무고의 경우에도 절대형인 교형에 처하고 있음을 볼 수 있어, 일정한 기계적인 비례적 기준에 처첩에 관한 명분과 의리의 질서가 덧붙여 강조되어 있음을 알 수 있다.

2. 남편의 처첩에 대한 범죄

범죄의 주체로 등장하는 처첩은 가족 내에서 일반적으로 열위의 지위, 신분적인 측면에서는 卑幼의 지위에 있기 때문에 형량의 면에서는 가중되어 나타나는 경향이 강하다. 그러나 처첩이 범죄의 객체로 등장할 때에는 이러한 지위가 그대로 반영되어 형량의 면에서 범죄행위자에게 형량이 감경되는 요소로 작용된다.

우선 남편이 처첩을 폭행하는 경우에 뼈가 부러지지 않은 이상 죄가 되지 아니한다. 그리고 절상 이상인 경우 처의 경우에는 일반 폭행에서 2등을 감경하며 첩인 경우에는 4등을 감경한다. 치사한 경우에는 차이가 있는데, 처인 경우에는 그대로 교형에 처하는 반면에 첩인 경우에는 교형과 4등급의 차이를 두어 장100 도3년에 처한다. 처를 교형에 처하므로 일반인에 비하여 2등을 감경하지 않는 점에서는 차이가 있지만, 처와 첩의 차이는 4등급의 차이이기 는 하지만 감경하는 측면에서 보면 2등을 감경하였기 때문에³⁷⁾ 결국 처첩의 차이는 2등의 차이가 있는 셈이어서 비례가 성립한다고 볼 수 있다. 과실로 죽은 경우에는 처벌하지 않는다.³⁸⁾ 이를 <표 3>과 비교하여 제

37) 《大明律》에 따르면 감경할 때에는 3류 즉 장100 유2,000리, 장100, 유2,500리, 장100 유3,000리는 한 등급으로 계산한다. 즉 교형에서 2등을 감경하면 장100 도3년이 되는 것이다. 《大明律》〈名例律〉 § 38 加減罪例.

38) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 338 妻妾毆夫 ③ 其夫毆妻非折傷 勿論 至折傷以上 減凡人二等 先行審問夫婦 如願離異者 斷罪離異 不願離異者 驗罪收贖 至死者 絞 毆傷妻 至折傷以上 減毆傷妻二等 至

시하여 보면 처첩의 남편에 대한 폭행범죄와의 차이가 명확해지는데 다음과 같다.

<표 4> 남편의 처첩 폭행 형량 비교표

행위	주체		일반인	처	첩
	남편	남편			
	첩	처	일반인	남편	남편
단순 폭행~	죄가 없음	죄가 없음	태20~장90	장100	장60 도1
치아 1개 등 골절	장60	장80	장100	장80 도2	장90 도2.5
치아 2개 등 골절	장70	장90	장60 도1	장90 도2.5	장100 도3년
갈비뼈 등 골절	장90	장60 도1	장80 도2	장100 류2,000	장100 류2,500
팔다리 등 골절	장60 도1	장80 도2	장100 도3	장100 류3,000	교형
독질	장80 도2	장100 류2,000	장100 류3,000	교형	교형
치사	장100 도3	교형	교형	참형	참형
고살			참형	능지처사	능지처사

<표 4>에서 볼 수 있듯이 동일한 행위에 대하여 행위의 주체가 누구이나에 따라서 처와 남편의 사이에는 5등급의 차이가, 첩과 남편의 사이에는 8등급의 차이가 존재하는 것을 볼 수 있다. 예컨대 치아 1개를 부러뜨린 경우 남편이 처에 대하여 행하였다면 장80인 반면 처가 남편에 대하여 행하였다면 장80 도2년에 해당하여 5등급의 차이가, 첩인 경우에는 각각 장60과 장90 도2년반에 해당하여 8등급의 차이가 나는 것을 볼 수 있다. 다만 형량이 사형에 이를 경우에는 5등급 또는 8등급의 차이가 줄어들는데, 처첩의 남편에 대한 범죄의 형량 가중뿐만 아니라 남편의 처첩에 대한 범죄의 형량 감경이 중첩되어 엄청난 형량의 차이를 보이고 있는 것이다.

모욕범죄의 유형에서는 남편이 처첩을 모욕하는 경우는 상정되지 않는다. 다만 무고범죄유형에서 처를 무고하는 경우에는 무고한 죄에서 3등을 감경하며, 첩을 무고한 경우에는 처벌하지 않는다.³⁹⁾

한편 남편이 처첩을 살해하여도 처벌이 감경되는 경우가 있다. 이러한 경

死者 杖一百徒三年 妻毆傷妾 與夫毆妻罪同 過失殺者 各勿論.

39) 《大明律》〈刑律〉訴訟 §360 干名犯義 ③ 若誣告妻 及妻誣告妾 亦減所誣罪三等.

우로는 우선 정상적인 절차에 따르면 사형에 처해질 처첩의 선행행위가 있고 이를 징계하기 위하여 처첩을 살해하는 경우이다. 즉 처첩이 시조부모나 시부모를 폭행하거나 모욕하는 경우에는 위에서 살펴보았듯이 참형이나 교형에 처하는 것이 《大明律》의 규정인데, 이를 남편이 함부로 죽인 경우에는 -일반적으로 남편이 처첩을 폭행치사한 경우에는 <표 5>에서 보듯이 처의 경우에는 교형, 첩의 경우에는 장100 도3년에 해당되지만- 장100에 처하는데 그친다.⁴⁰⁾ 또한 이유에 관계없이 남편의 폭행이나 모욕으로 처첩이 자살한 경우에는 남편을 처벌하지 않는다.⁴¹⁾ 특히 처첩이 통간하는 현장에서 처첩을 살해한 경우에는 처벌하지 않는다.⁴²⁾ 남편의 처첩에 대한 범죄는 일반적으로 형량이 감경되는 일정한 규칙들이 존재하는데, 이들 규정들은 효, 간통 등의 사유가 중첩적으로 작동된 형벌의 감면이라고 할 수 있다.

또한 처첩을 대상으로 하여 남편이 주체가 된 범죄에서 남편이 일반인보다 기중처벌되는 경우도 있다. 이는 주로 처첩을 이용하여 경제적 이익을 취하는 경우이다. 예컨대 사람이 죽었을 때 인명을 사적으로 화해하면 장60에 처하는데, 처첩의 경우에는 장80에 처한다.⁴³⁾ 다만 가족 내에서는 시마친인 비유가 사망하였을 때 사적으로 화해한 경우인 장90인 경우보다는 낮은 형벌을 과하지만 ‘家屬’의 범위 밖에 있는 일반인의 형량인 장60보다는 높게 설정하여 경계를 확실히 긋고 있다. 또한 반대되는 경우인 처첩의 남편이나 시조부모, 시부모의 피살에 대한 화해에 대하여는 장100 도3년에 처하고 있어서 7등급의 차등을 두고 있다.

40) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 316 夫毆死有罪妻妾 ① 凡妻妾 因毆罵夫之祖父母・父母 而夫擅殺死者 杖一百.

41) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 316 夫毆死有罪妻妾 ② 若夫毆罵妻妾 因而自盡身死者 勿論.

42) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 308 殺死姦夫 ① 凡妻妾與人通姦 而於姦所親獲姦夫姦婦 登時殺死者 勿論 若止殺死姦夫者 姦婦依律斷罪 從夫嫁賣.

43) 《大明律》〈刑律〉人命 § 323 尊長爲人殺私和 ① 凡祖父母父母及夫若家長爲人所殺 而子孫妻妾 奴婢雇工人私和者 杖一百徒三年. 期親尊長被殺 而卑幼私和者 杖八十徒二年, 大功以下 各遞減一等. 其卑幼被殺 而尊長私和者 各減一等 若妻妾・子孫及子孫之婦・奴婢・雇工人被殺 而祖父母・父母・夫家長私和者 杖八十. 受財者 計贓准竊盜論 從重科斷. 常人私和人命者 杖六十.

IV. 남편의 친족 및 가족과의 대응범죄

1. 처첩의 남편친족에 대한 범죄

처첩의 남편의 친족들에 대한 범죄는 남편에 대한 범죄보다 다양하다. 우선 폭행에 대하여 살펴보면, 시조부모나 시부모를 폭행하는 경우에는 폭행 자체만으로도 참형에 처하며, 치사하는 경우에는 능지치사에 처한다.⁴⁴⁾ 이렇게 처벌하는 것은 남편에 대한 폭행에 비하여 처벌강도가 대단히 높는데 그 자체가 십악에 해당되기 때문일 것이다.⁴⁵⁾ 또한 과실치사인 경우에는 장100 류3,000리에 과실치상인 경우에는 장100 도3년에 처한다. 과실치사상의 경우에는 투구살상에 '准'하기 때문에 사형에 처할 수 없으므로 장100 류3,000리를 최고형으로 하는 것으로 보인다.⁴⁶⁾ 처첩이 남편의 기친, 대공, 소공, 시마의 존장을 폭행한 경우에는 남편이 폭행한 경우와 동일하게 취급하는데,⁴⁷⁾ 위 <표 4>에서 본 형량과 같다.

다만 존장이 아닌 비유를 폭행한 경우에는 경우에 따라 형량이 달라진다. 남편의 기복친 이하 시마친 이상의 비속을 폭행하면 남편이 폭행한 것과 같이 처리하지만,⁴⁸⁾ 기복친인 조카가 사망한 경우에는 상황이 다르다. 처와 남편의 조카와의 관계는 <표 1>에서 보듯이 기복친의 관계이다. 기복친의 관계와 관련하여서는 제341조에서 백숙부가 조카를 폭행치사한 경우 장100 도3년, 고살한 경우 장100 류2,000리에 처하도록 규정하고 있지만,⁴⁹⁾ 처가 남편

44) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 342 毆祖父母父母 ① 凡子孫毆祖父母父母 及妻妾毆夫之祖父母父母者 皆斬 殺者 皆凌遲處死 過失殺者 杖一百流三千里 傷者 杖一百徒三年. 남편이 죽은 뒤 개가하더라도 관계가 끊어지지 않기 때문에 형량은 마찬가지로이다. § 345 妻妾毆故夫父母 ① 凡妻妾夫亡改嫁 毆故夫之祖父母父母者 並與毆舅姑罪同 其舊舅姑毆已故子孫改嫁妻妾者 亦與毆子孫婦同.

45) 《大明律》〈名例律〉 § 2 十惡 ① 四曰惡逆(謂毆及謀殺祖父母·父母·夫之祖父母·父母, 殺伯叔父母·姑·兄·姊·外祖父母及夫者).

46) 《大明律》〈刑律〉人命 § 315 戲殺誤殺過失殺傷人 ③ 若過失殺傷人者, 各准鬪殺傷罪 依律收贖 給付其家.

47) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 343 妻妾與夫親屬相毆 ① 凡妻妾毆夫之期親以下總麻以上尊長 與夫毆同罪 至死者 各斬.

48) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 343 妻妾與夫親屬相毆 ② 若妻毆傷卑屬 與夫毆同 至死者 絞.

49) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 341 毆期親尊長 ② 其兄姊毆殺弟妹 及伯叔姑毆殺姪并姪孫 若外祖父母

의 조카를 폭행치사한 경우에는 장100 류3,000리에, 고살한 경우에는 교형에 처하도록 하여,⁵⁰⁾ 각각 3등씩 가중하고 있다. 첩의 경우에는 <표 2>에서 보듯이 일반인과 마찬가지로의 관계이기 때문에 일반 투구살의 규정에 따르도록 하고 있다.

다음으로 모욕범죄의 유형은 처첩이 시조부모나 시부모를 모욕하는 경우 교형에 처한다.⁵¹⁾ 처의 남편에 대한 모욕은 규정이 없고 첩의 남편에 대한 모욕이 장80이었음에 비하여 월등히 높은 형량인 것은 폭행이 십악에 규정된 이유와 동일한 것으로 생각되며, 교형에 처하는 이상 처첩의 형량에 차등을 둘 필요는 없었던 것으로 생각된다. 가족 내에서의 범죄인 것이 고려되어 스스로 고하여야 한다. 처첩이 남편의 친족을 모욕하는 경우에는 남편이 모욕하는 것과 동일하게 취급되는데 위에서 본 바와 같다.

고소범죄의 유형은 남편과 마찬가지로 시조부모나 시부모를 고소한 경우 장100 도3년에 처하며 무고한 경우에는 교형에 처한다. 특히 시조부모나 시부모가 간음하였다고 무고한 경우에는 1등을 가중하여 참형에 처해진다.⁵²⁾

2. 남편친족의 처첩에 대한 범죄

남편의 친족의 처첩에 대한 범죄 중 우선 시조부모, 시부모에 의하여 발생하는 폭행과 관련된 범죄를 살펴보자. 남편에 의한 처첩 폭행과 관련된 범죄에서 살펴보았듯이 절상 미만의 범죄에 대하여는 범죄가 성립되지 않는데, 시조부모, 시부모에 의한 범죄는 그보다 더 경미한 형벌이 가해질 것은 쉽게 예상이 가능하다. 이에 따라 처는 절상의 경우에도 처벌하지 않고 폐질에 이

毆殺外孫者 杖一百徒三年 故殺者 杖一百流二千里 過失殺者 各勿論. ※ 직해에서 백숙부모라고 번역, 영문번역도 백숙부모라고 번역하였으나 잘못된 것 같음. 추후 반영할 것.

50) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 343 妻妾與夫親屬相毆 ③ 若毆殺夫之兄弟子 杖一百流三千里 故殺者 絞 妾犯者 各從凡鬪法.

51) 《大明律》〈刑律〉罵詈 § 352 罵祖父母父母 ① 凡罵祖父母父母 及妻妾罵夫之祖父母父母者 並絞. 남편이 죽어서 개가한 경우에도 관계가 끊어지지 않는 것은 폭행한 경우와 마찬가지로이다. § 354 妻妾罵故夫父母 ① 凡妻妾夫亡改嫁 罵故夫之祖父母父母者 並與罵舅姑罪同.

52) 《大明律》〈刑律〉犯姦 § 393 誣執翁姦 ① 凡男婦誣執親翁 及 弟婦誣執夫兄 欺姦者 斬.

른 경우어야 장80으로 처벌하며, 독질에 이른 경우에는 장90, 치사하면 장 100 도3년, 고살한 경우에는 장100 류2,000리의 형에 처하며, 첩의 경우에는 2등을 거듭 감경한다.⁵³⁾ 이를 <표 4>와 비교하여 나타내면 다음과 같은데, 표의 가장 좌측에 위치하여 가장 경한 형벌을 받는 것을 확인할 수 있다.

<표 5> 시부모, 남편, 처첩 폭행 형량 비교표

주체 행위	시부모	시부모	남편	남편	일반인	처	첩
	첩	처	첩	처	일반인	남편	남편
단순 폭행~	죄가 없음	죄가 없음	죄가 없음	죄가 없음	태20~장90	장100	장60 도1
치아 1개 등 골절	죄가 없음	죄가 없음	장60	장80	장100	장80 도2	장90 도2.5
치아 2개 등 골절	죄가 없음	죄가 없음	장70	장90	장60 도1	장90 도2.5	장100 도3
갈비뼈 등 골절	죄가 없음	죄가 없음	장90	장60 도1	장80 도2	장100 류2,000	장100 류2,500
팔다리 등 골절	장60	장80	장60 도1	장80 도2	장100 도3	장100 류3,000	교형
독질	장70	장90	장80 도2	장100 류2,000	장100 류3,000	교형	교형
치사	장80 도2	장100 도3	장100 도3	교형	교형	참형	참형
고살	장90 도2.5	장100 류2,000			참형	능지처사	능지처사

<표 5>에서 볼 수 있듯이 시부모의 처첩에 대한 폭행은 광범위하게 용인되고 있었다. 또한 고살마저도 시부모에게 사형이라는 죄책을 지우지는 않는다. 그러다보니 처첩의 사망에 대한 어느 정도의 무거운 형량과 폐질이나 독질이리는 중상해에 대한 가벼운 형량 사이의 간극이 대단히 커지는 결과가 발생하였다. 즉 처첩의 남편에 대한 범죄나, 남편의 처첩에 대한 범죄에서는 그나마 일정하게 유지되고 있던 범죄와 형벌의 비례가 시부모에 와서는 완전히 균형이 깨지고 있는 것이다.

또한 처첩이 남편의 존장인 친족에 대하여 폭행을 가할 때에는 남편이 가

53) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 342 毆祖父母父母 ② 其子孫違犯教令而祖父母父母非理毆殺者 杖一百 故殺者 杖六十徒一年 嫡繼慈養母殺者 各加一等 致令絕嗣者 絞. 若非理毆子孫之婦及乞養異姓子孫 致令癡疾者 杖八十 篤疾者 加一等 並令歸宗 子孫之婦追還嫁粧 仍給養贍銀一十兩 乞養子孫撥付合 得財產養贍 至死者 各杖一百徒三年 故殺者 各杖一百流二千里 妾各減二等.

하는 것과 동일하게 취급하는 반면에 남편의 친족인 존장이 비유의 처를 폭행하는 경우에는 일반인의 폭행에서 1등을 감경하고(이는 시마친인 경우와 같다), 첩은 1등을 거듭 감경하며 치사하면 교형에 처하는 등 차등을 두고 있다. 한편 동생이 손윗 동기의 처를 폭행하면 일반인 폭행에서 1등을 가중한다. 손윗 동기가 손아래 동기의 처를 폭행하거나, 처가 남편의 남·여동생이나 동생의 처를 폭행하면 각각 일반인의 죄에서 1등을 감경한다. 첩을 구타한 경우에는 각각 1등을 거듭 감경한다. 다만 누나·여동생의 남편이나 처의 형제를 구타하거나 처가 남편의 누나·여동생의 남편을 구타한 경우는 ‘범투’로 논한다. 첩이 범한 경우는 각각 1등을 가중한다.⁵⁴⁾ 주체, 객체가 누구인지, 각각의 관계가 어떻게 되는지에 따라서 상당히 복잡한 양상을 띠고 있는데 표로 나타내어 보면 비례적으로 가중, 감경이 되는 것을 볼 수 있다. 정리해보면 <표 6>과 같다.

<표 6> 존장의 비유인 처첩에 대한 폭행 관련 범죄

행위	주체	존장	손윗동기	일반인	동생
	비유 첩	비유 첩	동생의 처	일반인	손윗 동기의 처
단순 폭행	죄가 없음	죄가 없음	죄가 없음?(태10)	태20	태30
치아 1개 등 골절	장80	장80	장90	장100	장60 도1년
치아 2개 등 골절	장90	장90	장100	장60 도1	장70 도1.5
갈비뼈 등 골절	장60 도1	장60 도1	장70 도1.5	장80 도2	장90 도2.5
팔다리 등 골절	장80 도2	장80 도2	장90 도2.5	장100 도3	장100 류2,000
독질	장90 도2.5	장90 도2.5	장100 도3	장100 류3,000	교형
치사	교형	교형	교형	교형	참형
고살				참형	

<표 6>은 제343조 妻妾與夫親屬相毆에서 규정하고 있는 것들을 정리한 것인데, 형이나 누나등 손윗 동기가 동생의 처를 폭행하는 것과 존장이 비유

54) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 343 妻妾與夫親屬相毆 ④ 若尊長毆傷卑幼之婦 減凡人一等 妾又減一等 至死者 絞 ⑤ 若弟妹毆兄之妻 加凡人一等 ⑥ 若兄姊毆弟之妻 及妻毆夫之弟妹及弟之妻 各減凡人一等 若毆妾者 各又減一等 ⑦ 毆姊妹夫妻之兄弟 及妻毆夫之姊妹夫者 以凡鬪論 若妾犯者 各加一等.

의 부인을 폭행하는 것의 형량이 일반인의 폭행의 형량에서 1등을 감경하는 것으로 같은데도 따로 규정하고 있는 것은 형이나 누나는 제343조의 존장에 포함되지 않기 때문이다. 즉 제343조에서 말하는 존장은 기친 이하 시마 이상의 존장을 의미하기 때문에 기친인 손윗동기를 따로 규정할 필요가 있었기 때문이다. 손윗동기가 폭행하는가 동생이 폭행하는가에 따라 일반인의 폭행을 기준으로 각각 1등씩 감경 또는 가중을 하고 있으며, 비유의 첩이 대상인 경우에는 처의 경우보다도 거듭 1등을 감경하고 있다. 손윗동기나 존장의 첩을 폭행하는 경우에 대하여는 따로 규정을 두고 있지 않은데 <표 6>을 보면 알 수 있듯이 가중, 감경의 형량 비례에 따르면 일반 폭행의 예에 따르면 되기 때문에 굳이 규정하지 않은 것으로 보인다.

다만 여기서 주목해야 할 점은 제340조 毆大功以下尊長와의 관계이다. 제340조에서는 대공 이하 존장과 관련하여 시마친 존장에 대한 폭행에 대하여는 장100, 소공친에 대하여는 장60 도1년에 처하며, 존장의 비유에 대한 폭행에 대하여는 절상 이하에 대하여는 죄를 거론하지 않으며 절상 이상에 대하여만 문제를 삼고 있다. 즉 친족 내에서의 폭행에 있어서는 존장이 비유를 폭행하였을 때에는 절상 이상일 경우에만 문제를 삼는다는 일정한 원칙이 있다는 것이다. 이는 남편이 처첩을 폭행할 때나 시조부모, 시부모가 처첩을 폭행할 때에도 이미 살펴본 바 있다. 그런데 여기서 존장의 비유인 처첩에 대한 폭행의 講曰에서는 장기손상으로 인한 출혈을 예로 들어 장80의 형벌에서 1등을 감경하여야 한다고 하는데,⁵⁵⁾ 존장이 비유를 폭행하였을 때에는 절상 이상일 경우에만 처벌한다는 일반원칙상 처벌하지 않는 것으로 보아야 한다고 생각된다.

여기서 첩과 자식들이 관련된 문제들을 살펴보면 첩이 처의 자식을 폭행하면 일반 폭행과 같이 취급하고, 다른 첩의 자식을 폭행하면 2등을 감경한다. 반대로 처의 자식이 아버지의 첩을 폭행하면 일반폭행에서 1등을 가중하며

55) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 §343 妻妾與夫親屬相毆 ④항에 대한 講: 尊長 謂自期親至總麻尊長皆是 若毆傷卑幼之婦 減凡人一等 謂如毆人 內損吐血 杖八十 若毆卑幼之婦 內損吐血 減一等 杖七十 卑幼之妾 又減一等 杖六十之類 毆卑幼之婦 至篤疾 罪止杖一百徒三年 妾罪止杖九十徒二年半 毆至死者 不問婦妾 並絞.

첩의 자식이 아버지의 다른 첩을 폭행하면 일반폭행에서 3등을 기중한다.⁵⁶⁾

다음으로 고소와 관련된 범죄를 살펴보자. 《大明律》에서는 가족 내부에 법이 침투하는 것을 권장하지 않기 때문에 폭행에서도 일반적으로는 친고죄로 규정하고 있으며, 고소도 명분과 의리를 해치는 것을 주요한 점으로 보기 때문에 비유가 존장을 해하는 것을 중시하며, 존장이 비유를 대상으로 하는 것은 문제시하지 않는다. 따라서 《大明律》에서는 고소는 물론이고, 조부모·부모·외조부모가 자손·외손·자손의 처첩을 무고하거나 자기의 첩, 노비 및 고공인을 무고한 경우조차도 모두 처벌하지 않는다.⁵⁷⁾

한편 친족 내부에서의 간음은 종종 벌어질 수 있는데, 일반인간의 간음보다 무겁게 처벌된다. 미혼인 남녀가 간음하는 경우 기본적인 형량은 장80이며, 남편이 있는 유부녀는 장90에 처하는데 남녀를 동일하게 처벌한다.⁵⁸⁾ 이에 대하여 동종의 무복친이나 무복친의 처와 간음한 자는 각각 장100에 처한다. 미혼인 남녀의 기본 형량은 장80이지만 남편이 있는 유부녀의 형량이 장90이므로, 친족간 간음의 최소형량을 장90보다 1등급이 높은 장100으로 설정한 것으로 보인다. 하지만 무복친을 넘어서서 5등친인 시마친의 단계에 들어서면 형량이 대폭 증가하여 장100 도3년에 이르고, 아버지나 할아버지의 첩과 간음한 경우는 십악 중 내란에 해당하여 참형에 처한다.⁵⁹⁾ 이와 같이 친족 사이의 간음은 그 사회의 윤리정책적 문제의 핵심에 해당하여 범죄와 형벌의 비례로는 정확히 설명할 수 없는 한계가 있다.

이와 마찬가지로 한 집안 내에서 가장 낮은 단계에 위치하는 노비나 머슴이 가장의 처와 간음한 경우에는 노비나 머슴뿐만 아니라 처도 함께 참형에

56) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 § 343 妻妾與夫親屬相毆 ⑧ 若妾毆夫之妾子 減凡人二等 毆妻之子 以凡人論 若妻之子 毆傷父妾 加凡人一等 妾子毆傷父妾 又加二等.

57) 《大明律》〈刑律〉訴訟 § 360 干名犯義 ⑤ 其祖父母·父母·外祖父母 誣告子孫·外孫·子孫之婦妾及己之妾 若奴婢及雇工人者 各勿論.

58) 《大明律》〈刑律〉犯姦 § 390 犯姦 ① 凡和姦 杖八十, 有夫 杖九十 ④ 其和姦刁姦者 男女同罪.

59) 《大明律》〈刑律〉犯姦 § 390 親屬相姦 ① 凡姦同宗無服之親及無服親之妻者 各杖一百 若姦義女者 加一等 ② 若姦總麻以上親及總麻以上親之妻 若妻前夫之女及同母異父姊妹者, 各杖一百徒三年, 强者 斬. 若姦從祖祖母姑·從祖伯叔母姑·從父姊妹·母之姊妹及兄弟妻·兄弟子妻者 各絞, 强者 斬. 若姦父祖妾·伯叔母·姑·姊妹·子孫之婦·兄弟之女者 各斬. 若姦乞養子孫之婦者 各減一等. ③ 妾 各減一等, 强者 絞.

처한다. 다만 친등의 원근에 따라서 가장의 기친의 처에 대하여는 참형보다는 1등급 낮은 교형으로(부녀에 대하여는 1등을 감경한 장100 류3,000리), 시마 이상의 처에 대하여는 장100 류2,000리로서 다시 3등급 낮은 형으로서, 첩은 각각 1등급 낮은 형으로 처벌하여 단계적으로 형량의 비례를 피하고 있다.⁶⁰⁾

V. 처첩 상호간의 범죄

이제 마지막으로 처첩 상호간의 범죄에 대하여 살펴보자. 처첩 상호간의 범죄를 《大明律》에서는 상당히 간명하게 처리하고 있다. 우선 폭행관련 범죄에서 처의 지위는 첩에 대한 관계에서는 그가 범죄의 주체이든 객체이든 항상 남편의 지위가 부여되고 있다.⁶¹⁾ 따라서 처가 첩을 폭행한 경우에는 절상 미만인 경우에는 죄가 되지 않으며, 절상 이상인 경우에는 일반 폭행에서 4등을 감경하며 치사한 경우에는 장100 도3년에 처한다. 또한 첩이 처를 폭행한 경우에는 장60 도1년에 처하며, 절상 이상인 경우에는 일반 폭행에서 4등을 가중한다. 이를 표로 나타내보면 아래와 같다.

<표 7> 처첩 상호간의 폭행 형량 비교표

주체 행위	처	남편	일반인	처	첩
	첩	처	일반인	남편	처
단순 폭행	죄가 없음	죄가 없음	태20	장100	장60 도1
치아 1개 등 골절	장60	장80	장100	장80 도2	장90 도2.5
치아 2개 등 골절	장70	장90	장60 도1	장90 도2.5	장100 도3년
갈비뼈 등 골절	장90	장60 도1	장80 도2	장100 류2,000	장100 류2,500
팔다리 등 골절	장60 도1	장80 도2	장100 도3	장100 류3,000	교형

60) 《大明律》〈刑律〉犯姦 §394 奴及雇工人姦家長妻 ① 凡奴及雇工人 姦家長妻女者 各斬. ② 若姦家長之期親若期親之妻者 絞, 婦女 減一等. 若姦家長之總麻以上親及總麻以上親之妻者 各杖一百流二千里强者 斬. ③ 妾 各減一等, 强者 亦斬.

61) 《大明律》〈刑律〉鬪毆 §338 妻妾毆夫 ②, ③ 참조.

독질	장80 도2	장100 류2,000	장100 류3,000	교형	교형
치사	장100 도3	교형	교형	참형	참형
고살			참형	능지처사	능지처사

원래 《大明律》은 남편과 첩의 관계가 폭행관련 범죄의 형량표에서 양극단에 위치하였고, 남편과 처의 관계는 그 사이에 위치하는 것으로 설정하였다. 그런데 이 표에서 볼 수 있는 것은 처와 첩의 상호간의 관계에서 처의 지위를 남편의 지위에 위치지음으로써 《大明律》에서는 처첩 상호간의 관계 설정을 형량상으로는 양극단에 놓은 것이다.

처가 첩과의 관계에서 남편의 지위에 상응하는 위계에 있는 것은 무고의 경우에도 발견된다. 즉 남편이 처를 무고한 경우에 일반무고죄에서 3등을 감경하지만, 처가 첩을 무고한 경우에도 일반무고죄에서 3등을 감경하고 있는 것이다.⁶²⁾ 그러나 첩의 처에 대한 무고규정은 없다. 처를 첩과의 관계에서 남편의 지위에 놓는 것은 가족 내에서의 첩에 대한 처의 지위를 보여주는 것이다.

VI. 결어

지금까지 처첩관계를 중심으로 하여 《大明律》에 나타난 범죄와 형벌의 비례에 대하여 살펴보았다. 《大明律》상 범죄와 형벌의 비례관계는 범죄의 주체나 양태에 따라서 규칙적인 형태로 나타난다. 이는 친족이라는 신분이 설정되는 경우에도 마찬가지로 작동되는데, 다만 준비질서와 관련될 때에는 수직적 위계질서에 따라 급작스런 형량의 변동이 일어나 범죄와 형벌의 비례 관계에 균열이 일어나기도 한다. 그런데 처첩관계는 남편이라는 대응관계, 며느리라는 지위, 정조라는 관념과 대응, 명분과 의리라는 더욱 많은 변수가

62) 《大明律》〈刑律〉訴訟 §360 干名犯義 ③ … 若誣告妻 及妻誣告妾 亦減所誣罪三等.

발생하면서 범죄와 형벌의 비례가 기계적 비례를 벗어나는 모습을 보여주고 있다.

그러나 이러한 모습이 나타난다고 하여 범죄와 형벌의 비례가 범죄로 이끄는 유혹에 비례하여 설정되어야 한다는 범죄와 형벌의 비례원칙이 《大明律》에서 작동되지 않는 상황에 놓여 있다고 보아야 할 것은 아니다. 이는 등급주의를 취한 중국 전통 형법의 기본원칙의 바탕 위에서 그 사회가 지향하는 방향을 범죄와 형벌의 기계적인 비례의 변형으로 보여주는 것이 전통시대의 처첩에 대한 형량이 아닐까 한다. 즉 범죄와 형벌의 비례도 그 사회의 지향점을 보여주는 것이지만, 비례의 변형도 또한 그 사회가 보존하고 싶어하는 또 하나의 지향점을 보여주는 것은 아닐까. 그렇기 때문에 비례관계에 균열을 초래하면서까지 처벌 형량을 가중하거나 감경하였을 것으로 생각된다.

■ 참고문헌

- 김대홍, 「唐律에서 범죄와 형벌의 비례성」, 『법사학연구』 제39호, 한국법사학회, 2009. 4.
- 박병호, 『한국법제사』, 민속원, 2012.
- 서정민, 『한국 전통형법의 무고죄』, 민속원, 2013.
- 仁井田陞, 『中國法制史研究-刑法』, 東京大學出版會, 1959.
- 정지영, 「조선시대 첩에 대한 포섭과 배제의 장치들 - 법전류의 첩 관련 규정 분석을 중심으로 -」, 『한국고전여성문학연구』 제19집, 한국고전여성문학회, 2009. 10.
- 조우영, 「조선 초기 신분 제도의 사회적 위상과 관념적 구조」, 『법사학 연구』 제28호, 한국법사학회, 2003. 10.
- 趙志晚, 『조선시대의 형사법 - 대명률과 국전』, 경인문화사, 2007.
- 체사레 베카리아 저/한인섭 신역, 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006.

<Abstract>

The proportionality between crimes and punishments in the Great Ming Code

Cho, Ji Man*

This paper reviewed the proportionality between crimes and punishments in the Great Ming Code reflected on the relationship between a legal wife and concubines. The principle of proportionality is one of the most essential factors for dispensing criminal justice, so punishments are required to be proportionate to harm caused by crimes. The Great Ming Code also recognized the principle of proportionality, but it showed that the proportionality between crimes and punishments were kept more between relatives in the same degree than between those in the different degree. Punishments for crimes between relatives in the different degree sometimes showed the dramatic variation. One of the representative examples was crimes between a legal wife and concubines. Various factors such as the relationship with a husband, the position as a daughter-in-law, and the concept of fidelity were considered in deciding punishments for crimes between a legal wife and concubines, which resulted in irregularity in the proportionality between crimes and punishments.

[Key Words] a legal wife and concubines, proportionality between crimes and punishment, the Great Ming Code

* Associate Professor of Law, Ajou Law School

