

漢代의 不道罪*

任仲嫻**

<목 차>

1. 서론
2. 不道罪의 기원과 발전
3. 不道罪의 종류
4. 不道罪 등의 등급관계
5. 不道罪와 실정법의 충돌
6. 결론

1. 서론

많은 학자들이 唐律을 법률 유가화의 결정체라고 표현할 때, 《四庫全書總目提要》의 “一準乎禮”라는 4字를 인용하고 있다.¹⁾ 그것은 唐律이 유가의 禮에 입각하여 제정된 것이라는 것이다. 실제로 《唐律疏議》 名例律에는 “德과 禮는 政敎의 바탕이 되고, 刑과 罰은 政敎의 쓰임이 된다. 이것은 황혼과 새벽, 봄과 가을이 서로에 의존하여 완전한 것을 이루는 것과 같은 것이다.”라고 하여,²⁾ 德·禮가 刑·罰보다 근원적인 것임을 밝히고 있다.

* 본 연구는 숙명여자대학교 2012년도 교내연구비 지원에 의해 수행되었음.

** 숙명여대 역사문화학과 교수

1) (清)永瑢·紀昀等, 《四庫全書總目提要》, 史部 政書類二(石家莊: 河北人民, 2000), p.2161.

2) 錢大群, 《唐律疏議新注》(南京: 南京師範大學出版社, 2007), p.3, “德禮爲政敎之本, 刑罰爲政敎之用, 猶昏曉陽秋相須而成者也.”

실제로 많은 중국의 학자들이 晉律 이래 율령이 유가화되었다고 주장하였다. 가장 먼저 中國法律儒家化의 문제를 제기한 陳寅恪은 “고대 禮와 律의 관계는 밀접하였는데, 司馬氏가 東漢말년의 儒學大族으로서 晉室을 창건하고 중국을 통치할 때 제정된 刑律은 특히 유가화되었고, 남조 역대에 계승되었다. 北魏에서 律을 개정할 때 재차 (晉律을) 채용하였으며, 여러 번 변화를 거쳐 北齊·隋에서 唐에 이르렀는데, 실로 華夏 刑律의 불변의 정통을 이루었다.”고 하여 晉律단계에서 유가화가 이루어졌다고 주장하였다.³⁾ 瞿同祖는 “이른바 法律儒家化는 표면상 백성에게 법을 알려서 법을 두렵게 하여 지키게 하는 것(明刑弼教)이지만, 골자는 禮가 法에 들어가게 하는 것이라 할 수 있다. 어떻게 禮의 정신과 내용을 법가가 만든 법률안에 넣는가 하는 문제였다. ……《四庫全書提要》의 ‘唐律은 한결같이 禮에 준거하였다(唐律一准乎禮)’는 말은 법률 유가화 이후 가장 핵심적인 결론이라고 할 수 있다. 근대 중국과 서양의 학자들이 항상 中國法律은 儒家主義의 법률이라고 말하고 있는 것도 唐 이래의 현존하는 법전에 근거하여 주장한 것이다.”라고 하였다.⁴⁾ 陳寅恪·瞿同祖 이후에도 많은 학자들이 이러한 견해를 추종하고 있는데, 晉律이 유가화되어 가는 시점을 그 이전의 秦漢律과 크게 달라지는 轉折點으로 보는 입장에 대해 필자도 인정하는 바이지만, 어떤 부분은 과도하게 唐律을 찬미하는 측면도 있다고 생각한다.⁵⁾

唐律의 유가화 논쟁은 주로 十惡과 八議를 중심으로 전개되었다.⁶⁾ 唐律의 十惡에 대한 疏議의 해석부터 지극히 유가적으로 편향되어 있다. 즉, 疏議에서

3) 陳寅恪, 《隋唐制度淵源略論稿》(北京: 三聯書店, 2001), p.111.

4) 瞿同祖, 《中國法律與中國社會》(北京: 中華書局, 1981), p.356.

5) 필자는 당률의 상당수가 秦漢律에서 비롯된 것임을 <漢·魏晉律에서의 篇章 체제의 변화— 賊律을 중심으로 —>(《中國古中世史研究》 29, 2013)에서 검토한 바 있다.

6) 郝鐵川과 范忠信의 논쟁은 흥미롭지만 二年律令의 석문이 발표되기 이전의 논쟁이므로 十惡논쟁에서는 보완해야 할 내용도 있다. 郝鐵川은 十惡 가운데 8조가 秦律에서 연원했다는 점을 들어 唐律까지 秦律의 영향이 남아있다고 주장했는데, 范忠信은 4절친의 견해를 조목조목 비판하면서 唐律은 유가화되었고, 특히 周禮 및 선진 시대의 유가경전의 영향이 컸다고 주장한다. 郝鐵川, 《中華法系研究》(上海: 復旦大學出版社, 1997), pp.51-54. 范忠信, 《中國法律傳統的基本精神》(濟南: 山東人民出版社, 2001), pp.272-276.

는 謀反과 大不敬을 해석할 때 《左傳》과 《禮運》을 인용하여 유가 방식으로 해석하고 있으나,⁷⁾ 이 조항들은 원래 漢代에 존재했던 것이다. 그럼에도 戴炎輝는 “당률이 十惡을 篇의 앞부분에 둔 것은 도덕을 중심으로 삼는 것의 표현”이라고 하였고,⁸⁾ 十惡 조항의 근거를 유가경전에서 찾으려는 경향은 이년율령의 출토 이후에도 큰 변화가 없다.⁹⁾ 蘇亦工도 漢初 二年律令의 내용을 자신의 당률 연구에 반영하고 있지 않았다.¹⁰⁾ 즉, “漢나라에서 제정한 九章은 비록 없어졌으나 ‘不道’ ‘不敬’ 罪目은 지금 남아 있어, 그 기원을 더듬어 보면 대체로 漢代부터 비롯된 것이다.”라는 唐律疏議의 힌트를 인용했지만,¹¹⁾ 이러한 힌트를 二年律令과 연계시키지 못했다.¹²⁾ 이러한 현상은 학문의 세분화로 인하여 唐律과 秦漢律 연구자들의 연구가 상호 교환되지 않은 결과라고 할 수 있다.

본고는 唐律의 十惡이 유가사상에서 비롯되었다는 과도한 賞讚을 재검토하기 위해 漢代의 不道罪 문제에 대해서 고찰하기로 한다. 不道에 관한 大庭脩의 고전적 논문이 발표된 이래,¹³⁾ 중국학자들도 大庭脩의 唐律의 十惡중 不孝 항목이 漢律에는 존재하지 않았다는 한가지만을 비판하고 대부분 수용하고 있다. 大庭脩의 글은 그만큼 不道 관련한 글 가운데서는 독보적 존재감을 가지고 있다. 그리고 본문에서 언급하겠지만 陳乃華·魏道明·梁文生 등의 논문도 시사하는 점이 많다.¹⁴⁾ 본고는 唐律의 十惡에 대한 부당한 평가절상을 재검토하

7) 錢大群, 《唐律疏議新注》, pp.21-29, “一曰謀反。(謂謀危社稷。)[疏] 議曰:案《公羊傳》云:‘君親無將,將而必誅。’謂將有逆心,而害於君父者,則必誅之。《左傳》云:‘天反時爲災,人反德爲亂。’然王者居宸極之至尊,奉上天之寶命,同二儀之覆載,作兆庶之父母。爲子爲臣,惟忠惟孝。乃敢包藏凶惡,將起逆心,規反天常,悖逆人理,故曰‘謀反’。六曰大不敬。(謂盜大祀神御之物、乘輿服御物;盜及偽造御寶;合和御藥,誤不如本方及封題誤;若造御膳,誤犯食禁;御幸舟船,誤不牢固;指斥乘輿,情理切害及對捍制使,而無人臣之禮。)[疏] 議曰:禮者,敬之本;敬者,禮之興。故《禮運》云:‘禮者君之柄,所以別嫌明微,考制度,別仁義。’責其所犯既大,皆無庸論之,故曰大不敬。”

8) 戴炎輝, 《唐律通論》(臺北:元照出版公司, 2010), p.196.

9) 蘇亦工, <唐律“一準乎禮”辨正>(《政法論壇(中國政法大學學報)》 24-3, 2006), p.127

10) 蘇亦工, 위의 논문, p.127.

11) 錢大群, 위의 책, p.19, “[疏] 議曰:五刑之中,十惡尤切,虧損名教,毀裂冠冕,特標篇首,以爲明誡。其數甚惡者,事類有十,故稱‘十惡’。然漢制《九章》,雖並湮沒,其‘不道’‘不敬’之目見存,原夫厥初,蓋起諸漢。”

12) 蘇亦工, 위의 논문, p.127.

13) 大庭脩, 《中國法制史の研究》(東京:創文社, 1982), pp.101-164.

기 위해 그 기원을 이루는 漢代의 不道 문제를 분석할 것이다.

첫째, 不道の 출현과 전개과정에 대해 살펴볼 것이다. 秦末에 출현하는 부도죄가 한초의 율령인 二年律令에는 확인되지 않는다. 漢代 내내 모반 조항은 大逆不道라고 칭해지지만 二年律令에서는 不道라는 표현을 사용하지 않았다.¹⁴⁾ 특히 二年律令 전면에 걸쳐 不道の 용어가 한 차례도 확인되지 않는 것은 매우 특이하다. 그 이유가 不道罪가 아직 성행하기 이전이라 기록되지 않은 때문일까, 아니면 부도죄가 원래부터 漢律에 기록되지 않았던 때문일까?

둘째, 대역부도와 부도의 개념 구분이다. 이에 대해서는 魏道明과 梁文生の 견해가 대립하고 있는데, 魏道明은 大逆不道가 국사범에 적용되는 용어이지만, 不道는 일반적인 중죄에 사용되는 대응적 개념으로 본다. 이에 반해 梁文生은 大逆不道를 전체 不道 가운데 하나로 이해하는 종속적 개념으로 이해하였다.

셋째, 漢代에는 大逆不道·不道·大不敬·不敬의 4개 등급이 보이는데 이러한 등급의 상관 관계에 대해 살펴보고자 한다. 일부 학자는 大不敬도 不道에 속하는 것으로 언급하고 있고 그러한 자료가 있는 것도 사실이다. 그러나 많은 사례들에서 大不敬은 不道에 속하지 않는 독립된 형태로 나타나 있다. 대립된 견해를 검토하기 위해 필자는 사례들의 통계를 바탕으로 귀납적 분석을 시도할 것이다.

넷째, 不道罪와 漢律의 모순 문제를 고찰할 것이다. 이것은 첫 번째 의문과 관련된 것이기도 한데, 不道 등이 법률로 제정되지 않은 채, 前·後漢 내내 실정법과 충돌하고 있는 사실은 不道 등의 법률적 발전이 미흡함을 반영한 것으로 보인다. 후대의 唐律에서 칭송을 받은 十惡이 漢代에는 아직 초보적인 형태로 존재하고 있는 것이다.

14) 陳乃華, <秦漢“不道”罪考述>(《中國史研究》1991-2); 魏道明, <漢代的不道罪與大逆不道罪>(《青海社會科學》2003-2); 梁文生, <“不道”罪源流考>(《河北法學》2010-2).

15) 張家山二四七號漢墓竹簡整理小組, 《張家山漢墓竹簡》[二四七號墓](이후 《張家山漢墓竹簡》으로 약칭.)》(北京: 文物出版社, 2001), p.133, “以城邑亭障反, 降諸侯, 及守乘城亭障, 諸侯人來攻盜, 不堅守而棄去之若降之, 及謀反者, 皆要斬. 其父母, 妻子, 同產, 無少長皆棄市. 其坐謀反者, 能偏捕, 若先告吏, 皆除坐者罪.”

2. 不道罪의 기원과 발전

일부 중국학자들은 부도죄의 기원을 《尙書》까지 소급하고 있다.¹⁶⁾ 부도죄의 가장 빠른 기록은 《尙書》 <盤庚>에 商王 盤庚이 천도하기 전에 “不吉不迪(不善不道)한 자, 명령을 어기고 不敬한 자, 奸詐와 作亂한 자는 내가 劓刑과 族刑으로 모두 사형에 처할 것이며 新邑으로 그들을 옮기지 않을 것이다.”라는 것이다.¹⁷⁾ 여기에서의 “不迪”이 후일의 “不道”가 되었다는 것이다. 또한 不道의 연원을 楚簡에서 찾는 학자도 있다. 《郭店楚墓竹簡》 <成之聞之>의 “하늘이 大常을 내려 人倫을 다스렸고, 君臣의 義를 제정하고, 父子之親을 드러냈고, 夫婦의 구별을 나누었다. 이 때문에 小人은 天常을 어지럽혀서 大道에 거슬리는 것이다.(逆大道)”에 보이는 것이 不道罪의 雛形이라는 것이다.¹⁸⁾

그러나 不道가 정사류에 처음으로 등장하는 것은 嫪毐와 呂不韋 사건 때가 최초라고 할 수 있다. 《史記》 <秦始皇本紀>의 “지금부터 嫪毐, 不韋처럼 國事를 장악하여 不道한 행위를 한 자는 그 집안을 몰수한다.”, 진시황 32년의 碣石비문에 “드디어 군대를 일으켜 無道한 자를 誅戮함으로써 逆을 행하는 자가 사라졌다.”라고 하여 不道·無道가 언급되고 있다.¹⁹⁾

최초의 不道의 성격에 대해, 陳乃華는 秦代의 嫪毐, 呂不韋의 作亂을 不道라 부른 것에서 不道罪가 처음부터 謀反을 지칭한다고 하였다고 주장한다. 그에 따르면, “大逆의 逆은 併의 假借이며, 不順의 뜻을 지니고 있다. 《國語》 <晉語>에는 ‘逆, 反也’, 《廣雅》 <釋詁>에는 ‘逆, 亂也.’로 되어 있다. 이것은 逆

16) 陳乃華, <秦漢“不道”罪考述>(《中國史研究》 1991-2), p.99.

17) 《尙書》 <盤庚>(《漢文大系》(東京: 富山房, 1954), p.12, “乃有不吉不迪, 顛越不恭, 暫遇奸宄, 我乃劓殄滅之, 無遺育, 無俾易種於茲新邑.”

18) 崔永東, <《王杖十簡》與《王杖詔書令冊》法律思想研究—兼及“不道”罪考辨>(《法學研究》 1999-2), 136; 劉釗, 《郭店楚簡校釋簡》(福州: 福建人民出版社, 2005), p.137, “天降大常, 以理人倫. 制爲君臣之義, 著爲父子之親, 分爲夫婦之辨. 是故小人亂天常以逆大道.”

19) 《史記》卷6 <秦始皇本紀>, p.231, “自今以來, 操國事不道如嫪毐, 不韋者籍其門, 視此秋, 復嫪毐舍人遷蜀者.” 같은 책, p.252. “遂興師旅, 誅戮無道, 爲逆滅息.”

이 최초로 반란 모반의 의미로 사용되고 있음을 말해준다.”는 것이다.²⁰⁾ 그러나 先秦시대 不道 사료의 절대 부족으로 인하여 그것들이 漢代의 대역무도와 동일한 의미로 사용되었는지는 명확하지 않다.

전술했듯이 일부 학자가 先秦 이전까지 不道罪의 시작을 소급하고 있지만, 二年律令에는 大逆과 不道の 용어가 아직 보이지 않는데 이는 아직 법제화되지 않았다는 증거이다.²¹⁾ 이러한 사실은 아래의 표에서 알 수 있다. 高祖·惠帝 시기에는 不道가 보이지 않고 文帝시기에 가서야 출현하고 있다. 또한 大逆無道와 함께 많이 출현하는 不敬도 효문제 5년에 보이고 있다.²²⁾ 따라서 大逆無道와 不敬이 짐증하기 시작하는 시점은 文帝시기이며, 그 후 武帝시기에 대대적으로 증가하고 있다.²³⁾ 이러한 것으로 보면 부도죄의 기원을 《尚書》에까지 소급하는 것은 조급한 감이 있다. 그리고 後漢시대에는 不道가 많이 보이지 않는 것으로 보아 전한시대에 보다 많이 성행한 것임을 알 수 있다.

大逆 不道	高祖	惠帝	文帝	景帝	武帝	昭帝	宣帝	元帝	成帝	哀帝	平帝	王莽
			1	1	12	2	5		1	3		2
	光武	明帝	章帝	和帝	安帝	順帝	桓帝	靈帝	獻帝			
		1	1	2	1			1	1			
不道	高祖	惠帝	文帝	景帝	武帝	昭帝	宣帝	元帝	成帝	哀帝	平帝	王莽
			1	1	7	2	10	9	19	9		1
	光武	明帝	章帝	和帝	安帝	順帝	桓帝	靈帝	獻帝			

20) 陳乃華, <秦漢“不道”罪考述> (《中國史研究》 1991-2), p.99.
 21) 후술하듯이 不道는 鳩杖主 구타 관련된 令에 보이는 것으로 보아서 律보다는 令에 있었을 가능성이 높다. 일부의 不道는 새로이 定著令의 과정을 거쳐서 令에 추가되고 있는 것으로 생각된다. 《漢書》 卷12 <平帝紀>, p.348, “有不如詔書爲虧恩, 以不道論. 定著令, 布告天下, 使明知之.”
 22) 《史記》 卷55 <留侯世家>, p.2049, “留侯不疑, 孝文帝五年坐不敬, 國除.”
 23) 《史記》 卷18 <高祖功臣侯者年表>, p.949, “元狩四年, 平坐爲太常不繕治園陵, 不敬, 國除.”; 같은 책, p.892, “元朔二年, 侯勝坐不敬, 絕.”; 같은 책, p.898, “元狩三年, 侯朝爲濟南太守, 與成陽王女通, 不敬, 國除.”

	武	帝	帝	帝	帝	帝	帝	帝	帝			
					1							
大不敬	高祖	惠帝	文帝	景帝	武帝	昭帝	宣帝	元帝	成帝	哀帝	平帝	王莽
			1		3	1				4	1	2
	光武	明帝	章帝	和帝	安帝	順帝	桓帝	靈帝	獻帝			
	1	1		1			2	2				
不敬	高祖	惠帝	文帝	景帝	武帝	昭帝	宣帝	元帝	成帝	哀帝	平帝	王莽
			1		5		3		3			
	光武	明帝	章帝	和帝	安帝	順帝	桓帝	靈帝	獻帝			
					2							

〈표 1〉 不道の 시기별 분석

文帝3년경부터 大逆不道가 확대된 이유는 무엇일까? 陳乃華는 文帝 2년의 조서에서 逆의 개념이 모반 이외의 사안으로까지 확대 사용된 것에 있다고 이 유가 있다고 보았다.²⁴⁾

上이 말하였다: < ... 민이 혹 上을 祝詛하기로 서로 약속을 한 이후에 서로 속 였어도, 吏는 大逆으로 간주하고, 그가 다른 이야기를 하면 吏는 또한 誹謗이라고 한다. 이것은 小民이 무지몽매하여 사형죄를 범한 것인데, 朕은 심히 이에 찬성할 수 없다. 지금부터라도 이것을 범하는 자가 있다면 다스리지 않도록 하라.>²⁵⁾

이것은 황제를 祝詛하려고 서로 약속했다가 후에 이행하지 않더라도 관리가 大逆으로 판결하는 것을 금지시킨 내용이다. 祝詛는 귀신에게 축원하여 화를 가하는 행위로서, 황제를 祝詛하는 것이 大逆에 포함되고 있다.²⁶⁾ 즉, 모반 이 외의 사항도 大逆에 포함되는 것, 즉 大逆의 범주가 넓어지고 있음을 알 수 있 다.

24) 陳乃華, <秦漢“不道”罪考述>, p.100.

25) 《史記》 卷10 <孝文本紀>, pp.423-424.

26) 陳乃華, <秦漢“不道”罪考述>, p.100.

그러나 필자의 생각으로는 祝詛上은 단순히 ‘모반 이외의 사항’이라고 과소 평가해서는 안 된다. 祝詛의 대상이 황제이기 때문이다. 이 때문에 모반과 차이가 없는 대형범죄로 간주하여 腰斬과 族刑이 가해지고 있다. 결론적으로 呂不韋의 모반과 文帝시의 祝詛上 사료만을 가지고는 대역부도가 모반에서 모반 이외의 사항으로 확대되었다는 결론을 도출하기에는 표본 사례가 過少하므로 앞으로 새로운 자료의 발굴과 분석이 필요하다. 다만 武帝 이후 不道의 영역이 확대되어 가는 경향은 명확하다.

그러면 원래의 逆은 어떤 의미일까? 逆은 蔡樞衡에 의하면 반란을 의미하였다. 즉, 그는 “逆과 兇은 동음이다. 兇은 不順의 의미이다. 《國語》〈晉語〉注에 ‘逆, 反也.’ 《廣雅》〈釋詁三〉에 ‘逆, 亂也.’라고 했으며, 오제시대에 反逆과 亂은 글자는 다르지만 같은 의미이다.”라고 하였다.²⁷⁾ 그러나 蔡樞衡·陳乃華와 같이, 逆을 반역의 의미로만 살피는 것은 지나치게 협의의 해석이다. 오히려 원래의 逆에는 天道에 반하는 것, 理에 거스르는 것의 의미로 많이 사용되고 있다.

《晉書》〈刑法志〉에는 張斐가 律表에서 不道를 “逆節絕理, 謂之不道”라고 정의를 내리고 있다. 逆節絕理는 일반적으로 “윤리와 人道를 위배한 행위”로 이해될 수 있다. 여기서 말하는 道는 法則, 秩序, 規律로 발전하고, 天道와 서로 대응하는 것은 人道이다. 禮는 합리적 행위, 습관을 가리키며, 張斐가 注釋한 節과 理는 바로 禮와 樂을 가리키는데, 禮樂制度는 바로 禮가 具體化된 것이므로, 不道罪는 禮와 관계가 있는 것이다.²⁸⁾ 倫常人道는 광범위한 개념으로서 그 범위가 명확하지 않다. 이러한 시각이라면 逆을 굳이 모반으로만 국한시킬 이유가 없다. 다시 말해서 呂不韋사건에서 不道가 모반사건이기는 하지만, 처음부터 부도를 모반사건으로만 국한시킬 필요는 없는 것이다. 앞서의 郭店楚簡에도 말한 것처럼 大道에 거스르는 것도 不道인 것이다.

漢代에 “不道” 죄명의 사용은 文帝 이래로 급격히 증가했고, 특히 不道罪가

27) 蔡樞衡, 《中國刑法史》(北京: 中國法制出版社, 2005), pp.138-139.

28) 梁文生, <“不道”罪源流考>(《河北法學》 28-2, 2010), p.54.

포괄하고 있는 죄명의 증가는 漢武帝 및 그 이후의 시기에 이루어졌다. 武帝 때 不道에 포함된 것을 보면 巫蠱·祝詛上·殺人 등이며,²⁹⁾ 그 이후에는 罔上·誤朝·狡猾 등의 영역으로 확대되고 있다. 전반적으로 不道 개념의 포괄 영역이 넓어져가고 있는 것이다. 不道の 사용빈도가 증가한 결과, 不道는 武帝시기부터 하나의 형벌등급으로 사용되고 있다. <酷吏列傳(杜周)>에 처음으로 '不道以上'이라고 했는데,³⁰⁾ 이것은 중죄를 지칭하는 등급의 표현이었다.

3. 不道罪의 종류

陳乃華는 不道罪가 前漢후기에 간단한 것에서 번잡한 것으로, 魏新律단계에는 재차 번잡한 것에서 간단한 것으로 이행하는 변화과정을 거쳤다고 주장하였다.³¹⁾ 즉, 不道罪는 謀反으로부터 非謀反의 영역으로 확장되어 이 罪名에 포함되어진 항목이 급격하게 13종 전후로 팽창했다는 것이다. 실제로 不道罪에 포함된 것은 謀反, 巫蠱, 祝詛上, 首匿反者, 誹謗, 妖言, 以言語及犯宗廟園陵, 上僭, 誣罔主上, 漏泄省中語, 擊“鳩杖主”(王杖主), 贓百萬以上 등의 13종(安作璋·陳乃華),³²⁾ 謀反, 巫蠱, 祝詛主上, 首匿反者, 誹謗, 妖言, 奉使無狀, 上僭, 誣罔主上, 漏泄省中語, 迷國不道, 毆辱鳩杖主, 贓百萬以上, 殺一家非死罪三人 등의 14종(梁文生)³³⁾의 범죄행위로 확대되었다.

그런데 종래의 연구는 부도의 개념 및 분류에 대해 혼동된 견해를 보이고 있으며(후술), 이를 검증하기 위해서는 일단 大逆不道·不道·大不敬·不敬으로 표시된 사례들을 항목별로 정리할 필요를 느꼈다. 이를 통하여 大逆不道와

29) 陳乃華, 위의 논문, p.101.

30) 《史記》卷122 <酷吏列傳(杜周)>, p.3153, “大抵盡誣不道以上.”

31) 陳乃華, 위의 논문, p.103.

32) 安作璋·陳乃華, 《秦漢官吏法研究》(濟南: 齊魯書社, 1993), p.214; 崔永東, <《王杖十簡》與《王杖詔書合冊》法律思想研究—兼及“不道”罪考辨>《法學研究》1999-2) p.136.

33) 梁文生, <“不道”罪源流考>《河北法學》2010-2), pp.52-53.

不道の 차별성이 어떻게 나타나고 있는지 확인할 수가 있다.

1) 大逆不道.

우선 大逆不道에 포함된 것을 보면 謀反, 皇帝謀立, 祝詛(巫蠱), 妖言惑衆, 亡人臣禮, 궁궐난입 등이 있다.

1) 모반의 경우, 《漢書》 <韓信傳>에 韓信이 고발되어 楚王에서 淮陰侯로 강등될 때, “이로부터 나날이 怨望했고, 거처함에 있어 늘 불만이었다.”라고 했고, 그 후에 陳豨와 謀反하다가 三族이 멸족되었다. 韓信 등의 사례는 모반행위이지만, 사료에서도 아직 이를 大逆不道라고 칭하지 않았다. 이것은 不道가 이 시기에 성행하지 않은 것임을 의미했다. 그러나 文帝 이후의 모반 사례는 예외 없이 대역부도, 또는 모반대역으로 표시되어 있다.

2) 황제 謀立은 천자의 후계자의 지위를 노리고 謀立을 시도하는 것도 大逆으로 기술되어 있다. 《後漢書》 <河間孝王開>에서 “상궐에서 벗어난 것을 도모했고, 神器를 엿보고 있는데, 大逆의 마음을 품고 있다.”고 한 것도 역시 황제의 지위를 노리는 것이 가장 큰 대역으로 본 것이다. 이 사례는 2회이며, 모두 後漢이라는 공통점이 있다. 두 사례가 모반임에도 처벌이 貶爵되거나 削地로 그치고 가족이 족형에 처해지지 않은 것은 황제의 근친이기 때문이다.

3) 祝詛는 鬼神에게 축원하여 타인에게 화를 가하려는 巫術 행위이고, 巫蠱는 仇敵에게 위해를 가하려는 詛咒, 射偶人, 毒蠱 등의 巫術행위이다. 결국 양자는 巫蠱의 포괄 범주가 넓기는 하지만, 타인에게 위해를 가하려는 점에서 유사하다고 할 수 있다.³⁴⁾ 漢代에 祝詛가 많이 나타나는 것은 그 효과를 믿는 신앙이 깊었던 것의 반증이며, 皇帝(上)를 대상으로 하는 祝詛행위는 大逆無道라는 중죄로 처벌하였다.

이상의 항목들이 국가·황제에 대한 직접적 위협이었다면, 妖言과 惑衆도

34) 賈麗英, <秦漢時刑論考>(《首都師範大學學報》 2008-2), pp.19-20.

국가를 전복시킬 수 있는 위험성 때문에 大逆無道の 항목에 포함된 것으로 생각된다.

4) 妖言罪는 ① 현행 曆法과 時政을 반대하는 것, ② 氣象과 天象의 변화를 빌어서 主上의 행위를 비판하거나, ③ 자연의 기괴한 현상을 이유로 정치를 반대하는 것, ④ 함부로 신령의 이름을 빌어 무리를 모아 분란을 일으키는 것이다. 요언은 파급범위가 넓어 군중을 현혹할 수 있기 때문에 자주 惑衆의 죄목과 함께 나타난다.³⁵⁾ 요언의 전파는 민중사회에 긴장과 공포정서를 조성하여 민중의 생활과 사회의 정상적 질서에 심각한 영향을 미치고, 이를 이용하여 민중을 불러들이고 민중을 모아 기의를 일으켜 정부의 권위와 통치를 직접 위협할 수 있다. 따라서 先秦 이래 統治者는 社會謠言과 流言에 대해 매우 엄격했다. 《周禮》의 ‘七曰造言之刑’은 바로 그러한 것이다.³⁶⁾

5) 亡臣子禮는 신하가 황제에게 갖춰야 할 예의가 결여되었다는 의미이다. 亡臣子禮의 경우는 처벌이 大逆無道, 大不敬, 不道가 동시에 나타난다. 亡臣子禮의 사례 중 大逆不道가 적용된 것은 鼂錯의 사례뿐이다. 그에게 이것이 가해진 것은 ‘城邑을 뚫어 주려했던’ 모반죄의 죄목 때문이다. 그것은 적국에게 城邑亭障으로 모반하려 한 행위를 腰斬으로 처벌하도록 한 이연올령의 규정을 따른 것이다.³⁷⁾

6) 살인의 경우도 대역부도에 해당하는 것이 존재한다. 禁苑에 침입해 살인한 경우, 《龍崗秦簡》의 자료를 보면, 단순한 禁苑 침입은 斬左趾에 불과하였다.³⁸⁾ 그러나 宮園에 난입하여 살인을 한 咸宣의 경우 大逆無道가 되어 族刑에

35) 潘良熾, <秦漢誹謗·妖言罪同異辨析>(《中華文化論壇》 2004-4), pp.153-155.

36) 李傳軍, <漢代的社會謠言和謠言控制>(《青島大學師範學院學報》 28-2, 2011), p.77. 《周禮·地官上·大司徒》, “以鄉八刑糾萬民: 一曰不孝之刑, 二曰不睦之刑, 三曰不姻之刑, 四曰不弟之刑, 五曰不任之刑, 六曰不恤之刑, 七曰造言之刑, 八曰亂民之刑.” [清] 阮元, 《十三經注疏》(北京: 中華書局, 1979), pp.707-708, “鄭玄注曰:‘糾猶割察也。……造言, 詛言惑衆.’ 賈公彥疏云:“七曰造言之刑者, 有造浮僞之言者, 亦刑之。……云造言, 詛言惑衆者, 案《王制》‘行僞而堅, 言僞而辨, 與此造言一也, 是詛言惑衆也。”

37) 《張家山漢墓竹簡》, p.133.

38) 馬彪, 《秦帝國的領土經營》(東京: 東京大學學術出版會, 2013), pp.156-157; 《雲夢龍崗》(北京: 中華書局, 2001), p.69, “竇出入及毋(無)符傳而闖入門者, 斬其男子斬左趾, □女

처해지고 있다.³⁹⁾ 咸宣의 경우는 단순한 금원 난입이 아니라 上林園의 蠶室門으로 闖入하여 亭을 공격하여 成信을 격살하였고, 활을 苑門에 맞히기도 하였다. 그 때문에 그는 大逆當族이 되었던 것이다. 郭解는 살인을 교사하여 大逆不道에 처해지고 있다. 郭解가 직접 살인한 것도 아니고 3인 이상을 살해한 것이 아님에도 大逆不道로 처형된 것은 任俠으로서 권력을 행사했기 때문이다.

2) 不道

不道는 大逆과 결합되어 있는 경우도 많지만, 大逆이 아닌 일반적 不道도 존재한다. 不道로 되는 원인은 誹謗·怨望, 罔上, 誤朝, 毆辱王杖主, 殺人, 不孝, 宗廟園陵 침범, 漏泄省中語, 狡猾, 亡臣子禮, 非所宜言 등이 있다.

1) 怨望과 誹謗은 종종 함께 나타난다. 怨望이 漢代에 매우 위험한 것으로 간주된 것은 그것이 謀反의 前兆로 간주되었기 때문이다. 예컨대 《漢書》 <韓信傳>에 韓信이 고발되어 楚王에서 淮陰侯로 강등되어 원망하다가 후일 陳豨와 謀反하다가 族된 사례, 劉濞의 太子가 文帝의 皇太子(景帝)에게 擊殺당한 후에 “이로 인해 怨望하여 차츰 藩臣의 禮를 잃고 병을 칭해 조근하지 않았다.”고 했고, 그 후에 七國之亂을 일으켜 주살된 사례 등이 그러한 예이다. 人臣이 일단 人主에 대해 怨望하는 마음을 가지고 있는 것이 발견되면 死刑에 처해진다. 嚴延年과 蕭望之가 처형되고 자살한 것이 그 예이다⁴⁰⁾

또한 誹謗罪는 統治者 또는 집정자 개인의 품격에 대한 비평과 비난, 統治者와 집정자 개인행위 또는 施政에 대한 비판, 統治者의 통치행위에 표정으로 반대를 표시할 때이다. 怨望에 의해 대역부도가 된 경우도 있는데, 楊惲이 宣帝를 비방한 사례를 들 수 있다.

39) 《漢書》 卷90 <酷吏傳(咸宣)>, pp.3661-3662.

40) 《漢書》 卷90 <酷吏傳(嚴延年)>, pp.3670-3671, “上書言延年罪名十事.已拜奏, 因飲藥自殺. 以明不欺. 事下御史丞按驗, 有此數事, 以結延年, 坐怨望非謗政治不道棄市.” 易小平, <楊惲案考辨>(《廣西社會科學》 2012-2), p.113.

2) 誣罔, 罔上은 '誣罔主上'의 의미로서 모두 군주를 속이는 행위이다. 罔上은 貪殘吏를 추천한 경우, 신하로서 불충하여 황제를 속이는 경우, 황제를 보필하지 못할 경우, 대신으로서 그 소임을 다하지 못할 경우 등에 보이고 있다.

3) 誤朝의 사료는 高昌侯 董宏이 傅太后·丁姬의 존호 景帝로 탄핵된 사례, 息夫躬의 사례 이외에는 보이지 않는다. 이것은 조정을 그릇된 방향으로 이끄는 논의를 일으켰다는 죄목이다.

4) 70세 이상의 王杖 소지자를 毆辱할 경우 逆不道에 처하고 있다.⁴¹⁾ 이 내용은 律이 아니라 令에 보이는데, 不道가 令에 규정된 보기 드문 사례이다.

5) 일반인이 범한 절도와 살인도 不道罪에 해당한다.⁴²⁾ 如淳이 인용한 律에 의하면, 죄가 없는 1家の 3인 이상을 살해했을 경우 부도죄가 적용된다.⁴³⁾ 이것은 律에도 不道 관련 조항이 존재하고 있음을 말해주는 사례이다.

6) 不孝는 大庭脩가 唐律의 十惡 가운데 漢代에 아직 不道罪로 성립하지 않은 것중 하나라고 고찰했으나,⁴⁴⁾ 이 주장은 많은 학자들에 의해 부정된 바 있다. 不孝는 漢代의 문헌사료에 不道罪로 간주되었다. 衡山王國의 태자 爽은 부친 衡山王 賜의 謀反을 상서하였다. 그러자 衡山王 賜는 태자 爽을 부친을 고발한 불효의 행위로서 不道로 反告하였고, 그 결과 爽은 棄市에 처해졌다. 태자 爽의 사안은 不孝를 不道로 간주한 漢代의 유일한 사례이다.⁴⁵⁾

秦律 및 二年律令에는 不孝를 棄市에 처하는 내용은 확인되지만, 이를 不道라고 규정한 내용은 없다. 秦律에는 불효자를 고발해 죽일 것을 요청하고, <告子 爰書>에서는 체포하는 내용을 전하고 있다. 이년율령에는 자식이 부모 살해를 시도하거나, 구타하는 행위, 부모가 불효를 고발하면 모두 棄市에 처하고 있다.⁴⁶⁾ 이는 형산왕국의 태자 爽이 棄市에 처해진 내용과 일치한다.

41) 黨壽山, <王杖詔書令冊>, 《漢簡研究文集》(蘭州: 甘肅人民出版社, 1984), p.37.

42) 《漢書》 卷78 <蕭望之傳>, p.3277, “又諸盜及殺人犯不道者, 百姓所疾苦也, 皆不得贖.”

43) 《漢書》 卷84 <翟方進傳>, p.3415, “如淳曰: 律, 殺不辜一家三人爲不道.”

44) 大庭脩, 위의 책, p.144.

45) 《史記》 卷118 <衡山王賜列傳>, p.3097. 《張家山漢墓竹簡》 p.139, “子牧殺父母, 毆冒泰父母、父母、段大母、主母、後母, 及父母告子不孝, 皆棄市.35(C315)”

46) 睡虎地秦墓竹簡整理小組, 《睡虎地秦墓竹簡》(北京: 文物出版社, 1978), p.195, “免老告人以為不孝, 誅殺, 當三環之不? 不當環, 亟執勿失.”; 같은 책, p.263, “告子 爰書: 某里士五

漢初의 율령에 불효죄를 不道로 규정하지 않았지만, 점차 不道개념의 확대로 不孝가 포함된 것으로 생각된다.

7) 종묘와 관련된 不道 자료는 많지 않지만, 宗廟와 園陵을 범하는 사례는 《史記》 <張釋之列傳>에 보인다.⁴⁷⁾ 文帝는 高祖廟의 玉環 절도자를 廷尉 張釋之에게 심의하게 하였는데, 張釋之는 律에 입각하여 宗廟服御物을 훔친 것으로 간주하여 棄市의 죄로 논하였다. 文帝가 廷尉에게 처리하게 한 목적은 族刑을 과형하려고 한 것인데, 廷尉는 법령에 근거할 뿐이라고 비판하였다. 張釋之는 文帝의 비판에 대해 死刑과 族은 동일한데, 만약에 도굴한 자가 있다면 가중 처벌할 방법이 없다고 반론을 제기하여 끝내 棄市로 처벌하였다.

여기에서 중요한 것은 '玉環을 훔친 것은 長陵의 흙을 훔친 逆(도굴)보다는 못하다(盜玉環不若盜長陵土之逆也)'의 문장에 보이는 황제릉의 도굴 문제인 것이다. 따라서 文帝가 高廟의 옥환 절도를 無道라고 했기에 이보다 중죄인 황제릉의 도굴은 당연히 無道에 해당할 것으로 생각된다.

이러한 종묘의 기구를 훔치는 것에 대한 처벌은 秦律과 漢律을 비교하면 강화되어가는 방향으로 전개되는 것 같다. 秦律에서는 종묘기물을 훔칠 때 貲以下の 가치를 가진 것은 耐爲隸臣에 처하고 있다. 이러했던 것이 漢文帝시기에 廟器를 훔치면 棄市刑으로 강화되었음을 알 수 있다.⁴⁸⁾

8) 漏泄省中語라는 것은 禁中에서 행해진 언행을 궁궐 외부로 누설한다는

(伍)甲告曰：<甲親子同里士五(伍)丙不孝，謁殺，敢告。> 卽令令史已往執。令史已爰書：與牢隸臣某執丙，得某室。丞某訊丙，辭曰：<甲親子，誠不孝甲所，毋(無)它坐罪。>；《張家山漢墓竹簡》，p.139，“子殺殺父母，毆詈泰父母、父母、段大母、主母、後母，及父母告子不孝，皆棄市。其子有罪當城旦舂、鬼薪白粢以上，35(C315)及爲人奴婢者，父母告不孝，勿聽。年七十以上告子不孝，必三環之。三環之各不同日而尚告，乃聽之。教人不孝，36(F168)黥爲城旦舂。37(F174).”

47) 《史記》卷102 <張釋之列傳>，p.2755.

48) 《睡虎地秦墓竹簡》，p.161 “<公祠未闕，盜其具，當貲以下耐爲隸臣。> 今或益(盜)一腎，益(盜)一腎臧(臧)不盈一錢，可(何)論？祠固用心腎及它支(肢)物，皆各爲一具，一【具】之臧(臧)不盈一錢，盜之當耐。或直(值)廿錢，而被盜之，不盡一具，及盜不直(置)者，以律論。” 같은 책, p.162, “可(何)謂<祠未闕>？置豆俎鬼前未徹乃爲<未闕>。未置及不直(置)者不爲<具>，必已置乃爲<具>。” 魏律에서도 宗廟園陵을 침범하는 자는 大逆無道에 처하고 있다. 《晉書》卷30 <刑法志>，p.925, “又改賊律，但以言語及犯宗廟園陵，謂之大逆無道，要斬，家屬從坐，不及祖父母、孫。”

의미이다. 이 사례는 京房과 淮陽王舅 張博의 사안에 잘 나타나 있다. 京房은 周易의 陰陽에 밝아 元帝에게 총애를 받고 누차 국사를 논의했는데, 京房의 장인인 張博은 京房이 황제와 논의한 災異 및 密語를 기록하였다가 淮陽王에게 전하여 신임을 얻었다. 이것은 京房과 張博이 漏泄省中語의 죄를 범한 것이었고, 張博은 이에 더해 淮陽王으로부터 500金을 받은 것으로 인해 狡猾不道の 죄목이 추가되었다. 당시 張博은 梁王·趙王에게 쏠려있었던 元帝의 총애를 淮陽王에게 되돌려 周公·邵公과 같은 지위로 올라서게 하려고 획책하였다. 그러나 당시 제후의 황제 朝見은 금지되었으므로 張博은 石顯에게 500금의 뇌물을 주어 朝見을 허락받았다고 淮陽王에게 거짓말을 하였다. 따라서 淮陽王으로부터 500금을 받은 불법적인 금전수수 때문에 교활부도의 죄목으로 처벌되었다.⁴⁹⁾

京房은 漏泄省中語로, 淮陽王舅 張博의 兄弟는 諸侯王을 속여 잘못되게 하고, 政治를 誹謗하고, 狡猾不道の 죄목으로 腰斬되었다. 또 다른 자료에 의하면 張博은 ‘漏泄省中語, 博要斬’로 기술되어 있는 것으로 보아, 그는 漏泄省中語와 狡猾不道가 원인이 되어서 요참형에 처해진 것이다.

9) 狡猾不道는 부정한 금전의 수수와 관련되어 있는데,⁵⁰⁾ 賈麗英은 이 같은 설명으로는 충분하지 않으며, “狡猾”은 主上을 惑亂시키고, 조정의 政치를 傾亂시키며, 受賄를 받는 것, 개인적 사익을 추구하여 폐단을 일으키는 것, 자신의 죄를 벗어나기 위해 타인을 무고하는 것 등의 “詭詐性”의 犯罪行爲라고 주장하고 있다.⁵¹⁾ 그러나 《漢書》 등에 사용된 狡猾不道는 예외 없이 불법적인 금전 수수와 관련되어 있으므로 그 주장은 수증하기 어렵다. 狡猾의 용어가 이렇게 불법적 금전수수에 국한되어 사용된 것은 不道罪를 구성한 다른 범죄들도 일정한 원칙하에 사용되었을 가능성이 있음을 말해준다.

10) 亡臣子禮는 앞서 大逆不道の 鼂錯의 사례에서 언급한 바 있다. 亡臣子禮는 鮑宣이 재상을 모욕하고 자신을 체포하러 온 사자에 불응한 것, 王況이 국

49) 《漢書》 卷80 <宣元六王傳(淮陽憲王欽)>, pp.3314-3315.

50) 大庭脩, 위의 책, p.125.

51) 賈麗英, <“狡猾”罪論> (《學術論壇》 2008-1), p.135.

상중에 掖庭貴人을 처로 들이고, 霍光이 함부로 황제를 폐립하고, 趙廣漢은 재상을 옥보이는 등 공통적으로 군주에 대해 신하로서의 도리를 지키지 않았을 때 적용되었다. 亡臣子禮는 그 죄의 경중에 따라서 大逆不道, 大不敬不道 등으로 죄목이 가변적이다.

11) 非所宜言은 亡臣子禮와 유사한 면도 있다. 즉, 신하로서 해서는 안되는 언사를 했다는 것이기 때문이다. 非所宜言의 내용은 漢曆에 대한 비판, 야만족 사례를 중국 황실의 혈통에 비유하는 것, 亡秦에 漢朝를 비유하는 것, 재이의 원인을 황제에게 찾는 것 등이다. 동일한 非所宜言이지만, 그 발언 내용의 수위에 따라서 不道로 처벌되기도 하고, 大不敬으로 처벌되기도 하는 등 일정하지 않다.

이상에서 검토한 바에 의하면 大逆不道와 不道の 항목은 중복된 것을 제외하면 모두 15개라고 할 수 있다.

3) 大不敬

대불경의 사례들은 아래와 같은데, 대체로 禮儀와 관련된 것이 많다. 이것은 대불경의 내원이 禮儀와 관련된 것임을 말해준다.

1) 鄧通이 文帝를 희롱한 것, 2) 孝文廟의 侍祠중에 술에 취하여 노래 부른 사건, 3) 繆王 齊가 자주 漢公卿 및 幸臣 所忠 등을 고발한 것이 사실과 달라서 誣罔으로 된 사건, 4) 황제의 扶輦이 기둥에 부딪쳐 輦이 부러진 사건, 5) 孝文廟 正殿의 화재, 6) 選舉의 부실과 廷史를 욕한 사건, 7) 鮑宣이 使者의 체포를 거부해 人臣禮가 없는 것으로 된 사안, 8) 師丹의 笏가 상주 문서를 누출시킨 사안, 9) 王根과 王況이 先帝 사망시 掖庭의 女樂五官인 殷嚴·王飛君 등을 聘取하여 잔치를 벌이고 가무를 즐겨서 先帝의 은혜를 배신하고, 臣子의 義를 위배한 사건, 10) 대신이 양자로 들어가서 實父를 위해 廟를 세우고 養父에게로 들어가지 않은 誣祖不孝의 행위, 11) 烏孫 大, 小昆彌의 사신의 위차가 어긋나

있는 사안, 12) 孔仁이 함부로 天文冠을 벗은 사안, 13) 光武帝의 叔父인 趙王 良이 五官將軍의 수레와 서로 마주쳤는데, 門候 岑尊을 불러 말 앞에서 머리를 조아리게 하여 藩臣之禮가 없는 것, 14) 博士 范升에 의해 周黨이 虛名을 노리거나, 군주에게 높은 지위를 구하려 한다고 大不敬으로 폄훼당한 사안, 15) 信陽侯 陰就가 외척인 것을 믿고서, 황제의 乘輿를 범한 사안, 16) 尙書僕射 邳壽가 尙書臺에 재직하면서 匈奴 공격을 논쟁할 때 언사가 과격했고, 또한 上書하여 公田 매입을 요청한 사안, 17) 楊秉 및 處士 韋著가 병을 칭하고 징소에 불응한 사건, 18) 太常 楊秉·洛陽市長 沐茂·郎中 上官資가 李雲을 변호하다가 대불경으로 된 사안, 19) 蔡邕·蔡質이 개인의 仇怨으로써 公事를 받들고 大臣을 해하려 했다는 혐의, 20) 陸康이 靈帝의 銅人 주조를 비판할 때, 멸망한 나라에 비유한 사안 등이다.

일반적으로 大不敬은 大逆不道·不道の 중대한 죄질에 비하여 그 죄의 경중이 가벼운 사항임을 알 수 있다. 한편 非議詔書, 無人臣禮, 황제비판의 항목은 不道에도 포함되었지만, 대불경 항목에도 포함되어 있다. 이것은 어떤 항목이 不道에 포함되는지, 大不敬에 포함되는지 정확한 기준이 제도화되어 있지 않은 것에서 비롯된 것으로 보인다.

4) 不敬

다음으로는 不敬의 사례를 살펴보면 다음과 같다.

1) 南宮公主를 尙하는 것이 공경스럽지 않고, 2) 檐楡를 입고 입궁한 행위, 3) 宗廟의 酎祭시에 司馬門에서 下馬하지 않은 행위, 4) 太常廟의 술이 쉰 것, 5) 범죄를 저지른 제후왕 太子의 체포를 막은 행위, 6) 公門에서 내리지 않은 행위, 7) 殿上에 소변을 본 행위, 8) 長信少府가 원승이 춤을 추어 列卿으로서의 체통을 잃은 행위, 9) 虎符를 가지고서 경계를 넘어 귀가한 행위, 10) 藩臣의 체통을 잃은 행위, 11) 尙書의 일을 누설하고, 황제의 聖德의 충명을 훼손

시키고, 조서를 받드는 것을 성실하게 하지 않은 행위, 12) 병을 칭하고 징소에 불응한 행위, 13) 기밀사항을 탐지하고, 상서에서 격렬하게 표현한 행위, 14) 民이 綬를 잘 때 式과 일치하지 않은 행위 등이다.

4. 不道罪 등의 등급관계

1) 大逆無道와 不道の 관계

不道の 문제에서 우선 검토해야 할 것은 “大逆不道”와 “不道”의 관계인데, 이에 대해서는 이견이 보인다. 첫 번째 견해는 魏道明의 주장이다. 大逆不道는 國事犯의 專稱이며, 國事犯 이외의 기타 범죄행위 가운데 “逆節絶理”의 重罪를 “不道”로 보았다. 또한 大逆不道는 族刑에 처해지지만, 不道는 그 자신만 처형되는 것에서 볼 때 양자의 성질은 완전히 다른 것이라고 주장하고 있다.⁵²⁾

두 번째 관점은 不道罪 아래의 하위 개념으로 大逆不道를 포함시키는 견해이다. 梁文生은 “不道”罪는 독립된 죄명이 아니라, 여러 유형 범죄의 概稱, 총칭이라는 것이다. 즉, 그는 “不道는 逆亂無道, 逆節傷化不道, 暴虐不道, 誤朝不道, 誣上不道, 罔上不道, 迷國罔上不道, 誣罔不道, 狡猾不道, 惑衆不道, 大不敬不道 등 많은 명목으로 되어 있다. 大逆不道 역시 ‘大逆, 不道’로 읽을 수 있고, ‘不道’의 類型犯에 속한다. 또한 ‘迷國罔上不道’ 역시 ‘迷國罔上, 不道’로, ‘大不敬不道’는 ‘大不敬, 不道’로 읽을 수 있는데, 迷國罔上和 大不敬 등의 행위는 不道에 속한다.”고 주장했다.⁵³⁾

결론적으로 魏道明은 大逆不道와 不道를 형벌의 등급으로 간주하는 것이며, 梁文生은 大逆不道를 부도죄의 구성 원인 가운데 하나로 간주하고 있다. 양자

52) 魏道明, <漢代의 不道罪與大逆不道罪> (《青海社會科學》 2003-2), pp.112-114.

53) 梁文生, <“不道”罪源流考> (《河北法學》 2010-2), p.53.

의 차이는 句讀의 방법에서 비롯된 것인데, 두 가지 견해 중에서 어떠한 것이 옳은 것일까?

이를 입증할 수 있는 사례로 아래의 몇 개의 증거들을 제시하겠다. 淳于長은 폐위된 허황후를 左皇后로 복권하는 것을 획책하였기 때문에 大逆無道로 처벌되었다. 《漢書》 <外戚恩澤侯表>에는 “(定陵侯淳于長) 元延三年二月丙午封, 二年, 綏和元年, 坐大逆, 下獄死.”라고 하여 大逆이라고만 했을 뿐 不道가 생략되어 있다. 비록 不道가 생략되어 있지만, 이것은 《漢書》 <成帝紀>에는 “定陵侯淳于長大逆不道”라고 했고, 孔光是 “大逆無道, 父母妻子同產無少長皆棄市”라고 漢律을 인용했으므로 大逆不道の 축약임을 알 수 있다. 孔光이 인용한 漢律의 大逆無道에서 大逆과 無道를 원인과 결과로 보기는 옳지 않으며, 그보다 이 울문은 ‘大逆無道の 처벌을 받은 경우는 父母妻子同產을 棄市한다.’라고 읽어야 한다. 그러면 淳于長은 어떤 이유로 대역무도에 처해졌을까? 그것은 ‘定陵侯淳于長坐執左道下獄死’라고 한 執左道가 원인이며, 大逆이 원인으로 된 것이 아니다. 또한 大逆이 원인이 아니라는 증거는 아래에서도 확인된다.

1) (楊惲)은 五鳳四年에 妖言을 하여, 大逆罪로 腰斬되었고, 國이 폐지되었다.⁵⁴⁾

2) (楊惲)이 황제의 충애를 입어 九卿諸吏와 宿衛하는 近臣이 되어, 上이 신임하는 바가 되어 政事에 관여하였으나, 충성과 사랑, 臣子의 義를 다하지 않고, 함부로 怨望하였으며, 詆惡言을 끌어들여, 大逆不道하였으니, 체포하여 다스릴 것을 청합니다.⁵⁵⁾

3) 賜·孟이 함부로 祆言을 늘어놓아 사람들을 현혹하게 하였으니 大逆不道라고 주청하였고, 모두 伏誅되었다.⁵⁶⁾

4) 國相 趙牧이 狀으로써 올렸는데, 恭을 祠祀시에 惡言하였다고 大逆不道로 誣奏하였다.⁵⁷⁾

5) 당시에 執金吾가 논죄하였는데, (蓋)寬饒의 의도는 선양을 요구하려는 것이었다고 하여 大逆不道가 되었다.⁵⁸⁾

54) 《史記》 卷20 <建元以來侯者年表>, p.1066.

55) 《漢書》 卷66 <楊敞傳(子惲)>, p.2893.

56) 《漢書》 卷75 <眭弘傳>, p.3154.

57) 《後漢書》 卷50 <孝明八王列傳(彭城靖王恭)>, p.1671.

위의 사료들은 각각 作爲妖言, 稱引爲詆惡言, 祇言惑衆, 祠祀惡言, 意欲求禳의 원인에 의하여 大逆不道의 처벌을 받은 것이다. 이러한 증거들은 모두 大逆이 不道의 원인이 되었다고 하는 梁文生의 견해를 부정하는 것이고, 오히려 여타 원인들에 의해 大逆이라는 결과를 받은 것이다.

2) 不道와 大不敬의 등급 관계

다음으로는 不道와 不敬 등의 등급관계를 살피겠는데, 양자를 차등적인 관계로 보아야 하는 자료와 그렇지 않은 자료가 있어 혼동을 주고 있다. 따라서 그 문헌자료들을 소개하고 나서, 통계를 활용한 분석을 시도하고자 한다.

이제 고찰할 《漢書》 <傳喜傳>의 기사는 이러한 용어들이 차별적으로 사용되었음을 보여준다. 아래의 사례에서 주범은 不道, 중범은 大不敬·不敬을 받고 있으므로 이러한 등급차이가 존재하는 것으로 생각된다.⁵⁹⁾

哀帝시기에 丁·傅氏들은 恭儉한 傅喜를 미워하여 갈등이 존재하였다. 그러한 상황에서 傅太后는 成帝의 모친(王太后)과 동등한 존호를 요구하다가 傅喜와 丞相 孔光, 大司空 師丹의 반대에 직면했다. 傅喜를 원망한 傅太后는 孔鄉侯 傅晏을 시켜 丞相에게 압력을 넣어 傅喜를 大司馬에서 면직시키고자 하였다. 부태후의 강력한 요구에 哀帝는 어쩔 수 없이 우선 師丹을 면직시켜 傅喜를 사퇴시키려했으나, 傅喜는 순순히 응하지 않았다. 그후 哀帝는 傅喜의 大司馬 印綬를 회수하였고, 傅太后도 조서를 내려 '안으로 불충의 마음을 품고, 附下罔上' 하였다고 하여 就國시켰다.⁶⁰⁾

그후 哀帝는 朱博, 趙玄, 傅晏 3인이 傅太后의 지시에 의해 傅喜를 면직시킨 사실을 알고 이 사안을 薛宣에게 조사시켰다. 薛宣은 朱博에게는 “左道를 건지하고, 황제의 은혜를 虧損시켰으며, 貴戚에게 결탁함으로써, 군주를 배신하고

58) 《漢書》 卷77 <蓋寬饒傳>, p.3247.

59) 《漢書》 卷83 <朱博傳>, p.3408.

60) 《漢書》 卷82 <傅喜傳>, p.3381.

신하에 따랐으니 정치를 어지럽힌 것이며, 姦人의 으뜸이며, 아래에 붙여 군주를 속였으니(附下罔上), 신하로서 不忠不道.”라는 죄목으로, 御史大夫 趙玄에게는 “朱博이 말한 것이 불법임을 알고도 옳은 것을 굽혀서 불의에 따랐으니 大不敬”이라는 죄목으로, 孔鄉侯 傅晏에게는 “朱博과 함께 傅喜의 면직을 논의하였으니, 예를 잃고 不敬.”이라고 하는 각각의 죄목으로 탄핵하였다.

이러한 薛宣의 탄핵에 대한 의견은 두 가지로 나뉘었다. 우선 右將軍 矯望 등 44인은 薛宣의 의견에 찬성하였고, 諫大夫 龔勝 등 14인은 春秋之義에 입각하여 “지금 傅晏은 敎令을 따르지 않고 族類에 폐해를 끼쳤으며 조정에 간여하여 어지럽히고, 대신에게 군주를 속일 것을 요구하고, 計謀를 꾸미고 서열을 어지럽혔으므로 博、玄과 동일한 죄이므로 不道에 해당한다.”고 하여 3인이 모두 不道罪에 해당한다고 주장하였다.

薛宣이 언급한 不道-大不敬-不敬의 등급은 각각 죄목에 따라서 차등적으로 매겨진 것이다.⁶¹⁾ 그러나 龔勝의 관점에서 傅晏은 朱博·趙玄과 같은 죄라고 하여 모두 不道罪로 할 것을 주장했다. 즉, 薛宣은 傅晏의 죄가 가장 가볍기 때문에 不敬을 주장했다으나, 龔勝은 3인이 동일한 죄이므로 모두 不道에 처해야 한다고 주장한 것이다. 이것은 不道보다 不敬이 가볍다는 것을 말해준다. 그러나 이제부터 검토할 사항들은 이러한 분석과 정면으로 배치되는 것들이다.

《漢書》 <元后傳>에 보면, 王根 및 王況이 황제 사망후 장례기간임에도 불구하고 과거 掖庭女樂五官이었던 殷嚴·王飛君 등을 娶妻하고, 술자리와 歌舞를 여는 등 人臣禮를 다하지 않아 大不敬不道에 처해졌다.⁶²⁾ 앞서 不道·大不敬·不敬을 차등적으로 분류한 薛宣의 방식에 입각하면 大不敬과 不道가 묶인 형태는 나올 수 없다.

大不敬不道の 또 다른 사례는 <鮑宣傳>에 보인다. 鮑宣은 丞相 孔光이 四

61) 《漢書》 卷83 <朱博傳>, pp.3407-3408.

62) 《漢書》 卷98 <元后傳>, p.4028. “案根骨肉至親, 社稷大臣, 先帝棄天下, 根不悲哀思慕, 山陵未成, 公聘取故掖庭女樂五官殷嚴、王飛君等, 置酒歌舞, 捐忘先帝厚恩, 背臣子義. 及根兒子成都侯況幸得以外親繼父爲列侯侍中, 不思報厚恩, 亦聘取故掖庭貴人以爲妻, 皆無人臣禮, 大不敬不道.”

時에 園陵을 순행할 때 馳道로 달리는 승상 官屬의 거마를 몰수하여 宰相을 육보인 죄로써 탄핵되었다. 御史中丞·侍御史가 司隸官에 도착하여 체포하려 하자 鮑宣은 문을 닫고 使者를 들이지 않았다. 이로 인하여 鮑宣은 '亡人臣禮, 大不敬, 不道'의 혐의로 廷尉獄에 구금되었다.⁶³⁾ 이렇게 볼 때에 大不敬은 不道の 범주에 포함된다. 또한 夏侯勝이 宣帝의 조서를 비판한 사건이 있는데, 이 사안을 <夏侯勝傳>에서는 '不道'라 했지만, <循吏傳>에서는 '非議詔書大不敬'이라 한 것으로 보아 大不敬도 不道에 속함이 분명하다.⁶⁴⁾

이상에서 검토한 王根·鮑宣·夏侯勝의 사례는 모두 大不敬이 不道에 속함을 보여준다. 不道와 不敬을 다른 등급으로 분류하고, 동시에 不敬이 不道에 속함을 보여주는 모순되는 사료는 不道の 개념이 명확히 정립되지 않았음을 말해준다. 이렇게 혼란스러운 것은 前漢·後漢에 행해진 不道罪 등에 적용된 형벌과 주살 범위를 귀납적으로 고찰하면 자연스레 해결될 수 있을 것이다.

3) 大逆不道の 형벌

大逆不道에 과해지는 형벌이 무엇인지를 분석하여 다른 不道와의 科刑차이를 검토하겠다. 漢代의 法定 死刑에는 梟首, 斬, 棄市의 3종류가 있는데, 漢律의 殊死는 梟首와 斬刑을 가리키며 이것은 受刑者의 신체가 頸部 또는 腰部에서 分斷되는 것이다.⁶⁵⁾ 이러한 殊死에 대한 해석은 다양하여, 張建國은 殊死에 가장 가벼운 棄市가 포함되지 않는다고 보았다.⁶⁶⁾ 曹旅寧도 棄市는 天水放馬

63) 《漢書》 卷70 <鮑宣傳>, p.3093, “丞相孔光四時行園陵, 官屬以令行馳道中, 宣出逢之, 使吏鉤止丞相掾史, 沒入其車馬, 推辱宰相. 事下御史, 中丞侍御史至司隸官, 欲捕從事, 閉門不肯內. 宣坐距閉使者, 亡人臣禮, 大不敬, 不道, 下廷尉獄.”

64) 《漢書》 卷75 <夏侯勝傳>, p.3157, “於是丞相義, 御史大夫廣明 劾奏勝非議詔書, 毀先帝, 不道. 及丞相長史黃霸阿縱勝, 不舉劾, 俱下獄.”; 《漢書》 卷89 <循吏傳(黃霸)>, p.3629, “會宣帝即位, 在民間時知百姓苦吏急也, 聞霸持法平, 召以爲廷尉正, 數決疑獄, 庭中稱平. 守丞相長史, 坐公卿大議廷中 知長信少府夏侯勝非議詔書大不敬, 霸阿從不舉劾, 皆下廷尉, 繫獄當死.”

65) 《漢書》 卷1下 <高帝紀>, p.51, “師古曰: <殊, 絕也, 異也, 言其身首離絕而異處也.>”

灘1號秦墓에서 출토된 《墓主記》에 ‘棄之於市’, 즉 市에서 처형된 丹이라는 자가 3년만에 復生했다는 것으로 보아 絞刑일 것으로 추정하여 棄市가 斬刑이 아닌 것으로 보았다.⁶⁷⁾ 復生했다는 것은 목을 매는 교수형을 받았기 때문에 가능하다는 주장이다. 반면에 後漢 鄭玄의 주석을 신빙하여, 棄市는 絞刑이 아니라 刀刀으로 行刑하는 것으로 이해하는 주장도 있다.⁶⁸⁾ 이러한 견해의 當否에 관계없이, 二年律令에는 모반의 경우, 주범은 腰斬에 처하고, 연좌된 父母妻子同産은 棄市에 처해졌다. 결국 주범과 가속을 구별하여 腰斬과 棄市에 처한 것은 行刑 방법의 차이에 있다. 이러한 차이를 혼동한 것이 陳乃華의 견해이다.

陳乃華는 趙破奴가 巫蠱罪로 죽형에 처해지는 征和2년을 계기로 巫蠱罪가 棄市에서 族刑으로 확대되었다고 주장하였다.⁶⁹⁾ 陳乃華의 주장은 棄市와 族刑에 대한 이해에 문제가 있기 때문에 발생한 오해라고 생각된다. 진내화가 제시한 ‘敢蠱人者及教令者棄市’는 《周禮》 鄭玄 注에 인용된 賊律의 조문으로 생각된다.⁷⁰⁾ 이 조문의 존재는 陳乃華의 주장과 달리 오히려 鄭玄이 살았던 후한 시대에도 계속하여 무고죄가 棄市로 처벌되고 있음을 말해준다. 즉, 二年律令에는 ‘有挾毒矢若謹(董)毒、糶、及和爲謹(董)毒者, 皆棄市’라고 하여 鄭玄이 인용한 賊律과 동일한 내용을 규정하고 있으므로 巫蠱는 前漢초부터 後漢말까지 계속 棄市로 처벌하였음을 알 수 있다.⁷¹⁾ 그렇다면 趙破奴는 왜 巫蠱罪인데 族刑에 처해진 것일까? 《漢書》 <江充傳>의 기록에 의하면 民이 巫蠱를 하

66) 張建國, <秦漢棄市非斬刑辨> (《北京大學學報》 1996-5), p.116.

67) 曹旅寧, <從天水放馬灘秦簡看秦代的棄市> (《廣東社會科學》 2000-5), pp.134-139.

68) 連宏, <兩漢魏晉棄市刑考辨> (《蘭州學刊》 2012-9), p.73; 《周禮·秋官·掌戮》云: “掌戮斬殺賊謀而搏之”, 鄭玄注曰: “斬以鐵鉞, 若今要斬也, 殺以刀刀, 若今棄市也. 謀謂奸寇反閑者. 賊與謀罪大者斬之, 小者殺之.”

69) 陳乃華, <秦漢“不道”罪考述> (《中國史研究》 1991-2), p.101; 《漢書》卷55 <趙破奴傳>, p.2493, “居匈奴中十歲, 復與其太子安國亡入漢. 後坐巫蠱, 族.”

70) 《十三經注疏·周禮注疏》 <秋官·庶氏> (北京: 中華書局, 1979), p.250中, “庶氏掌除毒蠱, 以攻說禱之, 嘉艸攻之. 鄭玄注: 毒蠱, 蠱物而病害人者. 賊律曰, 敢蠱人者及教令者棄市.”

71) 《張家山漢墓竹簡》, p.136, 蠱를 독물로 규정한 漢賊律은 唐律에도 그대로 계승되어 賊盜律 262, “造畜蠱毒”에 “諸造畜蠱毒(謂造合成蠱, 堪以害人者.)及教令者, 絞.”라고 규정되어 있다.

면 관리는 大逆亡道로 탄핵하였다는 기록이 있고 당연히 族刑에 처해졌다. 반면 二年律令에는 巫蠱를 棄市로 규정하고 있다. <趙破奴傳> <江充傳>과 二年律令의 모순된 것처럼 보이는 이 사실을 어떻게 무리 없이 이해할 수 있을까?

핵심은 陳乃華가 棄市와 族을 비교할 수 없는 대상임을 간과한 것이다. 앞서 언급한 것처럼 이년율령의 모반에서 주모자는 腰斬, 父母妻子同産은 棄市의 방법으로 처형하였다. 腰斬과 棄市는 처형의 방법을 기술한 것이고, 父母妻子同産을 연좌시킨 죽형은 誅殺의 범주를 규정한 것이다. 때문에, 巫蠱의 경우 父母妻子同産을 연좌시켜 처벌하는 棄市와 族은 하나의 실체를 양 측면에서 설명한 것이라고 할 수 있다. 즉, 전자는 처형의 방법이고, 후자는 처형의 범주를 가리키는 것이다. 따라서 陳乃華처럼 棄市에서 族刑으로 확대되었다는 주장은 비교가 불가능한 두 개의 대상을 비교한 것이라고 할 수 있다. 결론적으로 무고를 하면 대역무도로 처벌되는데 주모자는 요참, 그리고 연좌된 가족은 棄市의 族刑에 처하는 것이다.

大逆不道에 가해지는 族刑의 범주와 관련해서는 《漢書》 <高帝紀>에 張晏은 父母兄弟妻子로 보고 있고, 如淳은 父族, 母族, 妻族으로 보고 있다.⁷²⁾ 후대의 학자들은 如淳의 설을 긍정적으로 보는데, 陳乃華와 張建國의 견해가 대표적이다. 陳乃華는 秦漢의 族刑은 謀反罪와 非謀反罪의 두개 계통이 있다고 주장한다. 즉, “謀反罪는 夷三族에 해당하며, 그 誅滅 범위는 罪가 五世에 미치지거나, 또는 高祖에서 玄孫의 直系血親 및 配偶者이다. 非謀反罪의 大逆無道인 경우 한 글자인 族으로 기술되며, 주멸 범위는 父母妻子同産”이라고 주장하였다.⁷³⁾ 張建國은 이 견해를 지지하며, 夷三族의 범위를 확대하여 正犯의 兄弟姐妹, 妻妾과 위로는 高祖까지, 아래로는 玄孫의 직계 혈친 및 배우자까지 미친

72) 《史記》卷5 <秦本紀>, pp.179-180, “(文公)二十年, 法初有三族之罪. 注: 【集解】張晏曰: <父母、兄弟、妻子也.> 如淳曰: <父族、母族、妻族也.>”; 《漢書》卷1下 <高帝紀>, p.67, “貫高等謀逆發覺, 逮捕高等, 並捕趙王敖下獄. 詔敢有隨王, 罪三族. 注: 張晏曰: “父母、兄弟、妻子也.” 如淳曰: “父族、母族、妻族也.” 師古曰: “如說是也.”

73) 陳乃華, <秦漢族刑考>(《山東師範大學學報》, 1985-4), pp.39-41.

다고 주장했다. 張建國은 “夷三族된 사람들은 다시는 그들의 직계혈친의 후손이 남아있는 것을 보지 못했다고 주장한다.”⁷⁴⁾

그러나 이년율령의 출토후 張晷의 설이 보다 설득력이 있음이 확인되었다. 모반죄의 삼족 범위를 如淳과 같이 보는 것은 二年律令 賊律의 모반죄의 범위가 父母妻子同產이라는 사실에 비춰보면 옳지 않다. 기존의 문헌자료에도 이를 뒷받침하는 자료가 적지 않다. 武帝 時期에 보이는 反法(謀反法)은 이년율령의 모반법을 지칭하는 것이며, 본인은 요참에, 가족은 족형에 처해지고 있다.⁷⁵⁾ 《墨子》<號令>에도 三族罪에 대해서는 명쾌한 해석이 있기 때문에 先秦에서 秦漢까지 족형이 주살하는 범위는 계속 父母妻子同產이다.⁷⁶⁾

또한 한高祖가 貫高의 謀逆이 발각되자 趙王敖를 下獄하고 감히 王을 따르는 자가 있으면 三族을 처벌하겠다는 엄포를 내린 사실도 三族의 범위를 알 수 있는 자료가 포함되었다. 貫高가 “人情에 어찌 각기 그 父母妻子를 사랑하지 않으리오? 지금 나의 三族을 모두 사형으로 논죄하고 있는데, 어찌 王으로써 나의 가족을 바꿀 수 있으랴!”라고 한 것은 三族의 범주가 父母妻子同產임을 말해주는 것이다.⁷⁷⁾ 이상의 고찰을 통하여 大逆不道の 형벌은 본인은 腰斬, 가족은 棄市에 처하는 족형임을 알 수 있다. 이상에서 大逆不道가 처해진 형벌은 명확해졌는데, 다음으로는 不道, 大不敬, 不敬 등에 대해서 통계를 활용하여 검토하겠다.

74) 張建國, 《帝制時代의 中國法》(北京: 法律出版社, 1999), pp.146-147. 賈麗英, <秦漢時期族刑論考>(《首都師範大學學報》 2008-2), p.12.

75) 《漢書》 卷53 <景十三王傳(江都易王非)>, p.2417. “議皆曰: <建失臣子道, 積久, 輒蒙不忍, 遂謀反逆, 所行無道, 雖桀紂惡不至於此, 天誅所不赦, 當以謀反法誅.> 有詔宗正、廷尉卽問建. 建自殺, 后成光等皆棄市.”; 《漢書》 卷66 <劉屈氂傳>, p.2882. “諸太子賓客, 嘗出入宮門, 皆坐誅, 其隨太子發兵, 以反法族.”

76) 賈麗英, 위의 논문, p.13. 《墨子閒語》 卷15 <號令>(《漢文大系》(東京: 富山房, 1954), p.21. “有以私怨害城若吏事者, 父母、妻子皆斷, 其以城爲外謀者, 三族.” “城上卒若吏各保其左右, 若欲以城爲外謀者, 父母、妻子、同產皆斷.”

77) 《漢書》 卷32 <陳餘傳>, p.1841.

4) 통계에 의한 大逆不道 등의 분석

		가족 연좌					사형					非사형														
		族	不坐	庶人	徙	不明	小計	腰斬	梟首	棄市	誅	自殺	獄死	不明	小計	國除	就國	廢爲侯	城旦鬼薪	赦	免庶人	削地	免職	勿治	小計	
大逆 不道	謀反	8	3			1	12	2		1	1	6		1	11			1								1
	謀立		2				2								0			1				1				2
	祝詛	6	1	1		6	14	6	1		1	4	2		14											0
	妖言		2		1	3	6	1			1	1			3		1			1	1					3
	臣禮	1					1	1							1											0
	계	35					29					6														
不道	誹謗		1			1	2			1				1					1							1
	罔上		5			11	16	1		1	2	1	3	1	9		1	1	1	3				1	7	
	誤朝		2				2								0		1			1					2	
	王杖					8	8			8					8											0
	殺人	1				1	2	1					1		2	1										1
	不孝		1				1			1					1											0
	園陵		1				1			1					1											0
	漏世		2			3	5			2		1			3			2								2
	狡猾		5		1	4	10	1		1	1	1	2		6		1		1	1					1	4
	臣禮	2	3				5	1							1			1		1					1	3
	直言		2		2	1	5			1			1		2					2					1	3
계	3	22	0	3	29	57	4	0	16	3	3	7	1	34	1	3	0	4	3	8	0	0	4	4	23	
	57					34					23															
大不 敬			7		1	13			2		3	1	1		1		2	1	4						6	
		21					7					14														
不敬			13			1					1		1		1		3	1	1	1		2		3		
		14					2					12														

〈표 2〉 前·後漢의 不道·不敬의 형벌

필자는 《漢書》와 《後漢書》에 보이는 大逆不道 등을 분석하여 〈표 2〉와 같은 결과를 얻었다. 위의 표에서 우리는 大逆不道·不道 등에 관한 다음과 같

은 사실을 알 수 있다.

大逆不道の 경우, 梟首 1회, 棄市 1회, 誅 3회, 自殺 11회, 獄死 2회, 불명 1회가 보이지만 압도적으로 많은 것은 腰斬(10회)이다. 자살이 10회로서 不道 등에 비하여 많은데, 大逆不道가 사형 29회, 非사형 6회로서 사형 비율이 극히 높은 것 때문에 대역부도에 자살사례가 많다고 생각된다.⁷⁸⁾ 또한 가족 연좌도 族刑(棄市)이 확인된 것만 15회인 것을 보면 대역부도에는 족형이 행해졌음을 알 수 있다. 이것은 전절에서 고찰한 분석 결과와 일치하는 것이다. 반면에 不道는 34:23으로 사형의 사례가 非사형보다도 약간 많다. 大不敬·不敬의 경우는 범죄자 본인이 사형되는 것보다는 非사죄의 처벌을 더 많이 받고 있다.(大不敬 7:14, 不敬 2:12) 결론적으로 대역부도는 사형과 非사형이 29:6으로 사형비율이 82%, 부도는 34: 23으로 59%, 대불경은 7:14로 33%, 불경은 2:12로 14%이다. 이러한 비율에서 보면 大逆不道)不道)大不敬)不敬의 순서로 되어 있음을 알 수 있다.

不道の 경우, 가족연좌에서 불명으로 보이는 사례가 29회 보인다. 이렇게 不明의 숫자가 많은 것은 가족의 연좌가 사료에 나타나지 않기 때문이다. 不道로 처벌된 경우 父母妻子同産은 族刑의 대상이 아니었다. 그러한 예로, 不道로 棄市된 韓延壽의 아들이 연좌되지 않은 사실,⁷⁹⁾ 罔上不道로 옥사한 王嘉의 아들은 不坐되고 있고,⁸⁰⁾ 嚴延年은 '怨望非謗政治'하여 不道の 죄목으로 棄市되었으나, 그의 형제 5인은 연좌되지 않고 大官에 오른 사실을 들 수 있다.⁸¹⁾

陳乃華는 족형으로 棄市에 처해하던 것을 徙邊刑으로 바꾸는 것이 宣帝시기

78) 杉山明, 《中國古代訴訟制度の研究》(京都: 京都大學出版會, 2006), pp.41-42. 《漢書》卷86 <王嘉傳>, pp.3501-3502, “主簿曰: <將相不對理陳冤, 相踵以爲故事, 君侯宜引決.>” 漢代에는 “將相不辱”과 “將相不對理陳冤”의 전통이 있어서 皇帝가 조서를 내려 丞相을 廷尉獄에 보내면, 丞相은 죄의 유무와 관계없이 조서를 받는 즉시 자살을 하였다. 비록 이러한 전통에 의해 자살하는 것도 사실이지만, 大逆不道에 자살의 비율이 다른 것에 높은 것도 분명하다.

79) 《漢書》卷76 <韓延壽傳>, p.3216, “子皆以父言去官不仕.”

80) 《漢書》卷86 <王嘉傳>, p.3503, “封嘉子崇爲新甫侯.”

81) 《漢書》卷90 <酷吏傳(嚴延年)>, p.3672, “延年兄弟五人皆有吏材, 至大官, 東海號曰 <萬石嚴廡>. 次弟彭祖, 至太子太傅, 在儒林傳.”

의 楊惲사례부터 나타난다고 하였다.⁸²⁾ 그러나 이미 武帝시기를 경계로 가족이 棄市에서 徙邊되는 사례가 출현하였다. 즉, 《漢書》 景十三王傳(廣川惠王越)에 廣川王 劉去가 재위시에 酷虐淫暴하여, 王后 昭信의 참언을 믿고, 後宮姬·婢十六人을 殘殺·生割·烹殺하였다. 그 죄로 廣川王 劉去는 폐위되자 자살하였고, 처자는 上庸으로 徙되었다.⁸³⁾ 武帝시기인 B.C.71년에 劉去의 처자가 上庸으로 徙된 것을 보면 陳乃華가 말한 宣帝시기보다 빠른 것이다. 그후 成帝陽朔元年에 京兆尹 王章의 大逆罪의 경우 처자가 合浦로 徙되고 있다.⁸⁴⁾ 이처럼 大逆不道에서 처자가 변경으로 徙되는 경우도 있으나, 成帝시기에 孔光이 “大逆無道, 父母妻子同產無少長皆棄市”라고 한 것,⁸⁵⁾ 후한 말 孔融의 사례에서 본인은 腰斬되고 처자가 棄市된 것으로 볼 때 大逆不道の 경우 본인은 요참, 가족은 族刑에 처하는 漢初 二年律令의 내용이 개정되지 않았음을 알 수 있다. 따라서 그때마다 大逆不道の 원칙이 약간씩 융통성 있게 적용한 것임을 알 수 있다.

위의 논의를 정리한다면, 大逆不道罪는 주범은 腰斬형에, 가족은 부모처자 형제를 棄市에 처하고 있다. 이는 二年律令 賊律의 조항 그대로이다.⁸⁶⁾ 그러나 일반 不道罪의 경우, 가족이 연좌되는 경우가 없다. 이것은 일반 不道罪가 大逆不道에 비해 처벌이 낮은 것이다.

82) 陳乃華, 위의 논문, p.102. 그런데 楊惲의 사례는 자세히 검토해볼 필요가 있다. 그가 받은 것은 不道인데, 이것과 腰斬과 가족의 遷徙刑은 상호 조합이 맞지 않기 때문이다. 양운은 不道를 받은 것으로 되어 있으나 腰斬을 받은 것으로 보아 大逆不道에 해당될 것으로 생각된다.

83) 《漢書》 卷53 <景十三王傳(廣川惠王越)>, p.2432. “制曰： <與列侯、中二千石、二千石、博士議。> 議者皆以爲去虐虐，聽后昭信讒言，燔燒烹煮，生割割人，誣師之諫，殺其父子，凡殺無辜十六人，至一家母子三人，逆節絕理。其十五人在赦前，大惡仍重，當伏顯戮以示衆。制曰： <朕不忍致王於法，議其罰。> 有司請廢勿王，與妻子徙上庸。奏可。與湯沐邑百戶。去道自殺，昭信棄市。” 無罪者를 죽인 것 가운데 ‘一家母子三人’도 포함되었는데, 이는 漢律에서 大逆不道の 죄에 해당한다. 여기에서는 逆節絶理로 표현하고 있다. 逆節絶理는 《晉書》 刑法志에 不道로 표현된 것이므로, 大逆不道로 보아도 무방하다고 생각된다.

84) 《漢書》 卷27上 <五行志(火)>, p.1334, “明年, 京兆尹王章訟商忠直, 言鳳顯權, 鳳誣章以大逆, 下獄死, 妻子徙合浦.”; 《漢書》 卷10 <成帝紀>, p.311, “(陽朔元年)冬, 京兆尹王章有罪, 下獄死.”

85) 《漢書》 卷81 <孔光傳>, p.3355.

86) 《張家山漢墓竹簡》, p.133.

5. 不道罪와 실정법의 충돌

漢律에 있어서 부도죄는 어떠한 존재일까? 그것은 唐律에서의 十惡처럼 완벽한 지위를 확보하고 있을까? 우선 살필 것은 不道罪가 과연 漢代의 율령 조항에 나타나는지 여부이다. 우선 이년율령을 살펴보면 不道가 한 차례도 확인되지 않는다. 이것은 아직 부도죄가 발전하기 이전이라서 율령에 반영되지 않았다고 볼 수도 있다. 그런데 이년율령 이후의 자료들을 보면 不道가 율령에 기록되어 있을 가능성을 보여주는 자료와 그렇지 않은 자료가 보인다. 우선 부도가 율령에 기록되었을 가능성을 보여주는 자료로는 아래의 <平帝紀>를 들 수 있다.

조서에서 말하였다. <…… 백관들에게 분명히 알려져, 婦女가 직접 犯法한 것이 아닌 경우와 男子가 80세 이상과 7세 이하는 그 가족이 不道에 연좌된 것이 아니거나, 조서로 지명수배한 것이 아니면 기타는 모두 체포하지 않도록 하라.⁸⁷⁾

여기에서 ‘그 가족이 不道에 연좌된 것이 아니거나(家非坐不道)’라고 한 것을 보면 不道로 규정된 법률조항도 존재했을 가능성을 말해준다. 한편 《後漢書》 <光武帝紀>의 ‘犯法不道者’는 일반인이 범하는 不道の 죄가 규정되어 있는 것으로 생각될 수도 있겠으나, 법을 어겨서 不道에 처해진 자의 의미로도 해석 가능하다.⁸⁸⁾ 후자라면 굳이 종류를 의미하기 보다는 중범죄일 가능성도 있다.

반면에 前漢 成帝 시기의 廷尉 趙增壽의 언급은 不道가 과연 율령에 기록되어 있는지 의문이 가게 만든다.

成帝가 延陵(咸陽市 秦都區 周陵鄉 嚴家溝村)을 만들다가 수년 후에 霸陵 曲

87) 《漢書》 卷12 <平帝紀>, p.356.

88) 《後漢書》 卷1下 <光武帝紀>, p.48, “又三輔遭難赤眉, 有犯法不道者, (三)前書音義曰: <律: 殺不辜一家三人爲不道, > 自殊死以下, 皆赦除之.”

亭(瀟陵區 呂家堡村)의 남쪽을 좋아해서 새로이 昌陵을 造營하기 시작했다.⁸⁹⁾ 陳湯은 元帝이래 30년 가까이 중단되었던 陵邑徙民을 재차 주장하고 자신이 陵邑으로 솔선수범하여 徙民하겠다고 주장했다. 이 주장에 따라 먼저 昌陵邑을 일으키고 나중에 郡國民을 옮기려고 했던 것이나, 昌陵이 저지대에 있어서 지하 30미터 정도에서 물이 솟아오르고, 비용이 많이 들어 천하가 그 수고로움에 피폐해지자 원래의 延陵으로 돌아가야 하고 徙民하지말아야 한다는 군신들의 논의가 있었다. 이에 丞相·御史가 延陵의 공사를 계속하고 창릉읍에 있던 주택을 허물려고 할 때 누군가가 진탕에게 물었다. “주택을 허물지 않으면 재차 徙民되지는 않겠지요?”라고 묻자, 陳湯은 <縣官(천자)께서는 羣臣의 말을 듣고 재차 徙民할 것이다.>라고 하여 徙民이 행해진다는 불안감을 조성하였다. 成都后 王商이 원래 陳湯을 미워하였는데, 이 말을 듣고 惑衆不道로 처벌을 요구했다.

그러나 재차 사민할 것이라는 陳湯의 말이 전과된 것은 겨우 10여인에 불과하였다, 그럼에도 丞相御史는 <湯이 惑衆하여 不道하고, 함부로 거짓되게 재이의 원인을 황제에게 돌리니 마땅히 해서는 안 될 말이므로, 大不敬이다.>라고 탄핵하였다. 이에 대해 廷尉 趙增壽는 변론을 하였는데, 의미 있는 내용이 포함되어 있다. <不道는 正法이 없고, 범한 것이 극히 쉽게 죄가 되기 때문에, 臣下들은 법을 받들다가 실수를 하기 때문에 廷尉에게 재판을 넘기는 것이고, 比가 없는 것은 먼저 보고하여야 刑罰을 바로 할 수 있고, 人命을 중시하게 되는 것이다. 聖明한 군주께서 百姓을 불쌍히 여겨서 制書를 내려 昌陵의 공사를 중지시키고 吏民을 옮기지 말라고 한 명령은 이미 반포되었다. 그럼에도 陳湯이 함부로 자신의 생각으로 다른 사람에게 재차 징발하여 옮길 것이라고 하였다. 비록 자못 놀라게 한 것은 있으나, 이 이야기가 전해진 것이 많지 않아 백성들이 번고로 생각하지 않았으니 惑衆이라고까지 할 수는 없다. 陳湯이 거짓을 말하고 있지도 않은 말을 늘어놓았으니 마땅히 해서는 안 된 말이니(非所言), 大不敬이다.>라고 주장하였다.⁹⁰⁾

89) 劉軍平, <漢成帝與昌陵> (《西安教育學院學報》 19-2, 2004), pp.31-33.

廷尉 趙增壽의 견해는 첫째 陳湯이 惑衆은 아니므로 不道罪에는 해당되지 않으며, 둘째 非所宜言에는 해당되므로 大不敬으로 처벌해야 한다는 것으로 요약할 수 있다. 趙增壽의 주장에서 중요한 것은 不道는 正法이 없다고 한 '不道無正法'의 사실이다. 이것은 不道가 법률조항에 없다는 의미인데, 이에 대해서 沈家本·程樹德은 不道の 범죄에 어떤 행위가 속하는지 구체적으로 규정되어 있지 않았고 不道는 고정된 개념이 아니라고 주장하였다.⁹¹⁾ 즉, 沈家本은 漢律의 不道는 專科(정식 조문)가 있지 않고, 讞者는 重比를 주려고 하면 坐시킬 수 있다고 했으며,⁹²⁾ 程樹德은 “漢代에는 獄論을 聽斷할 때 각각 正法이 있다. 王尊傳에 ‘王尊은 正法으로써 재판하여 주살하자 모두 그 죄를 인정하였다.’라고 한 것이 바로 이것이다. 不道不敬은 모두 正法이 없어서 법을 논의하는 자는 比附하기가 용이했다.”고 하였다.⁹³⁾ 이것은 모두 不道와 不敬이 법률조항에 없음을 지적한 것이다. 大庭修도 “無正法은 律에 不法行爲와 그에 해당하는 형벌을 기록하지 않은 것”이라고 주장한다.⁹⁴⁾ 無正法の 사례로는 아래의 2개 사례가 확인된다.

천자가 새로 즉위했는데 王尊이 대신을 중상하자 御史丞에게 상황을 조사하게 했다. 王尊에 대하여 “사면령 이전의 일을 함부로 속이고 비방했고, 여러 차례 대신들을 상주했고, 법령에 없는데도 작은 잘못을 죄로 꾸며서(無正法, 飾成小過) 재상까지도 더러운 것에 빠지게 하고 공경을 욕보였으며 국가를 경박스럽게 만들고, 사절을 공경스럽게 받들지 않았다.”고 탄핵하였다.⁹⁵⁾

여기에서도 “법령에 없는데도 작은 잘못을 죄로 꾸며서”는 죄형법정주의에

90) 《漢書》 卷70 <陳湯傳>, pp.3024-3026.

91) 梁文生, 위의 논문, pp.51-52; 沈家本, 《歷代刑法考》(北京: 中華書局, 1985), pp.1415-1424. 程樹德, 《九朝律考》(北京: 中華書局, 2003), pp.94-95.

92) 沈家本, 위의 책, p.1423.

93) 程樹德, 위의 책, p.94.

94) 大庭修, 위의 책, p.143.

95) 《漢書》 卷76 <王尊傳>, p.3232. “天子以新即位, 重傷大臣, 乃下御史丞問狀. 劾奏尊<妄詆欺非謗敎前事, 猥歷奏大臣, 無正法, 飾成小過, 以塗汙宰相, 摧辱公卿, 輕薄國家, 奉使不敬.>”

어긋나게 법규정에 없는 사소한 잘못을 죄로 꾸며냈다는 것을 의미하였다. 無正法이 “법령에 없는 것”이라는 것은 앞서 趙增壽의 경우와 일치한다. 또한 不道가 법조항과 어긋나게 적용되고 있는 것은 桑弘羊의 아들 桑遷의 사례에서 알 수 있다.

霍光이 형벌을 엄격하게 유지하고, 杜延年은 관대함으로써 보완하였다. 燕王의 獄을 다룰 때, 御史大夫 桑弘羊의 아들 桑遷이 도망하여 부친의 故吏 侯史吳에게 숨었다. 후일 桑遷이 체포되어 법으로 처벌되었다. 사면령이 내려지자 侯史吳는 스스로 자수하여 옥에 갇혔는데, 廷尉 王平과 少府 徐仁이 모반사건을 공동으로 재판하면서, 두 사람 모두 桑遷은 부친의 모반에 연좌된 것이고, 侯史吳는 이를 숨겨주었기 때문에 反者를 은닉한 것이 아니라 隨從者를 은닉한 것으로 생각하고 赦令으로써 侯史吳의 죄를 면제하였다. 후에 侍御史가 이 사안을 재심했는데, 桑遷은 經術에 통하고, 아버지의 모반을 알면서도 간쟁하지 않았으니 반란한 주모자와 차이가 없으며, 侯史吳는 원래 三百石吏로서, 桑遷을 首匿한 것이어서 庶人이 隨從者를 은닉한 것과는 다르므로 侯史吳는 사면을 받을 수 없다고 하였다. 그래서 재심을 奏請하고, 廷尉(王平)와 少府(徐仁)를 反者를 풀어준 죄목으로 탄핵하였다. 少府 徐仁은 丞相 車千秋의 사위이므로 車千秋는 누차 侯史吳를 위해서 말하였다. 曠광이 (자신의 말을) 듣지 않을까 두려워하여 千秋는 中二千石·博士를 公車門에 소집하여 侯史吳를 어떠한 법으로 처벌해야 하는지 물었다. 議者들은 大將軍의 뜻을 알기에 모두 侯史吳가 不道에 해당한다는 견해를 견지하였다. 다음 날, 千秋는 衆議를 封上했고, 이에 曠광은 차친추가 마음대로 中二千石以下를 소집했고, 조정의 안과 밖에서 다른 말을 했다고 하여 드디어 廷尉 平·少府 仁을 獄에 가뒀다. 朝廷에서는 모두 승상이 연좌될 것을 두려워했다. 杜延년이 이에 奏記하여 霍光과 쟁론하기를, <吏가 죄인을 놓아주는 행위를 다스릴 때는 적용하는 常法이 있다. 지금 侯史吳를 무고하여 不道로 하는 것은 법이 각박하지 않을까 걱정된다. 또한 승상은 본래 가지고 있는 주관이 없고, 아래 관리를 위하여 좋은 말만 했는데 종래의 행동도 이러했을 뿐이다. 中二千石을 함부로 소집한 것은 심히 좋지 않다. 延年の 생각으로는 丞相은 재직한지 오래고, 先帝가 일을 맡겼었으므로 큰 변고가 아니면 그를 해직할 수 없다. 요즘 백성들은 獄이 심하다고 말을 하고, 吏는 백성을 준엄하게 무고하는데, 지금 승상이 논의한 바 역시 獄事이다. 만약 이 사안이 승상에게 미치지 않는 군중의 마음에 합치되지 못할까 두렵다. 여러 아랫사람들이 시끄럽게 떠들고 서인들이 개인적으로 논하고, 유언비어가 사망으로 퍼지면, 延年是 천하에 장군의 이름이 훼손되지 않을까 걱정스럽다! > 霍光은 廷尉·少府가 法의 輕重을 농단하였다는 죄목으로 모두 棄市로 논하였고, 다만 丞相에게는

미치지 않게 하고 끝내 펴내지 않았다. 杜延年이 논의의 공평함을 유지하고 조정을 화합되게 한 것이 모두 이와 같았다.⁹⁶⁾

원래 廷尉 平·少府 仁의 獄案은 이들이 桑遷을 은닉시켰던 侯史吳의 죄를 다스릴 때 桑遷의 혐의를 反者가 아니라 隨從者의 신분으로 간주했고, 또한 사면령이 내려져 侯史吳의 죄를 사면한 것에서 말미암은 것이었다. 侍御史는 이 사안을 재심할 때, 桑遷이 부친의 모반사실을 알고 있었기 때문에 반란 주모자와 차이가 없으며, 侯史吳는 원래 三百石吏로서, 桑遷을 首匿한 것이므로 일반인의 隨從者를 은닉한 것과는 다르므로 不道에 해당한다고 주장하였다.

여기에서 不道와 현행법의 충돌을 고찰함에 있어 실마리가 되는 부분은 “議者들은 大將軍의 뜻을 알기에 모두 侯史吳가 不道에 해당한다고 하였다.”는 부분과 延年이 “吏가 죄인을 놓아주는 행위를 다스릴 때는 적용하는 常法이 있다. 지금 侯史吳를 무고하여 不道로 하는 것은 법이 심각하지 않을까 걱정된다.”라고 한 부분이다. 전자는 재판에 참여한 자들이 대장군 곽광의 의중에 따라서 侯史吳에게 부도죄를 적용했다는 것이므로 부도죄가 자의적으로 운용되었음을 말해주며, 후자의 杜延年的 언급은 죄인을 고의로 놓아줄 경우 처벌하는 常法(법률규정)이 존재함에도 不道로 무고했다는 것은 죄형법정주의에 정면으로 위배되는 것이다. “今更詆吳爲不道”의 詆는 詆毀의 의미로서 사실을 왜곡하여 무고했다는 것이다. 특히 杜周와 그 아들 杜延年是 대대로 법률을 전공하고 大小杜律을 저술한 집안이기 때문에 법리해석상 최고의 권위자라고 할 수 있다.⁹⁷⁾ 杜延年的 아들 杜欽도 ‘승과 故事의 권위를 강조하고, 不敬之法이 실정법과 충돌하는 것을 반대하는 성향’은 杜周 이래 형성된 實定法 중시의 전통을 말해준다.⁹⁸⁾ 杜延年의 언급한 常法은 이년울령의 다음 2개 조항이 해당되었을 것이다.

96) 《漢書》 卷60 <杜周傳(子延年)>, pp.2662-2663.

97) 《後漢書》 卷46 <郭躬列傳>, p.1543, “郭躬字仲孫, 潁川陽翟人也. 家世衣冠. 父弘, 習小杜律. [一]前書, 杜周武帝時爲廷尉, 御史大夫, 斷獄深刻. 少子延年亦明法律, 宣帝時又爲御史大夫. 對父故言小.”

98) 《漢書》 卷79 <馮野王傳>, p.3304, “今釋令與故事而假不敬之法, 甚違闕疑從去之意.”

1) 죄인을 숨겼을 경우에 (은닉된 자가) 死罪에 해당하면 (숨겨준 자는) 黥城旦春에 처하고, 그 밖에는 각각 (은닉된 자와) 같은 죄로 처벌한다. 그 은닉된 죄인이 도망가기 전에 (죄인을) 고발하면 (숨겨준 자의) 죄는 면제해 준다. 죄인을 은닉시켰는데, 죄인이 스스로 나오거나 또는 먼저 스스로 고발하면 죄를 감해줌, 숨겨준 자의 죄 또한 감해준다. 숨겨준 ...99)

2) 옥사를 鞫問하는데, 고의로 놓아주거나, 죄의 경중을 고의로 달리하거나, 증거를 확인하거나 판결의 報告에 있어서 죄를 피하게 하려고 고의로 철저히 심리하지 않은 경우는, 死罪라면 斬左止城旦으로 하고 그 외의 다른 형이라면 같은 형으로써 論斷한다.100)

위의 두 개의 율문 가운데 侯史吳의 사례에 적용해야 할 것은 죄인을 은닉시킨 것과 지수했을 경우를 규정한 첫 번째 율문이다. 侯史吳는 스스로 先自告했으므로 罪減되는 것을 의도했을 것이다. 두 번째 율문의 재판시 죄수를 고의로 풀어주는 행위를 의미하는 “鞫(鞫)獄故縱”의 사안이 廷尉 王平和 少府 徐仁에 해당된다. 재판에서 死罪를 고의로 방면한 관리는 斬左止爲城旦에 해당하는 형벌을 받는다. 그러나 이년율령의 이 조항은 일반적인 사죄의 경우로 생각되고, 후술할 衛태자 사건시 丞相司直 田仁의 사례에서 알 수 있듯이, 縱反者의 사안은 이 조항의 적용을 받지 않았을 가능성도 있을 수 있다. 그에 따라서 王平和 徐仁은 縱反者의 적용을 받아서 昭帝 元鳳3年 腰斬에 처해졌다.101) 결국 桑遷이 反者인지, 아니면 隨從者인지의 판단 여부가 王平·徐仁의 재판에서 중요한 관건이 되었던 것이다. 후자라면 常法(二年律令)의 적용을 받았을 것이나, 전자라면 적용조항이 달라져서 아래에서 언급할 田仁의 경우와 같이 모반죄를 고의로 풀어준 것으로 처벌되어야 했다.

99) 《張家山漢墓竹簡》 p.155, “匿罪人, 死罪, 黥爲城旦春, 它各與同罪. 其所匿未去而告之, 除諸舍匿罪人, 罪人自出, 若先自告, 罪減, 亦減舍匿者罪. 所舍” 167(C65)”

100) 《張家山漢墓竹簡》 p.147, “鞫獄故縱, 不直, 及診、報、辟故弗窮審者, 死罪, 斬左止(趾)爲城旦, 它各以其罪論之.”

101) 《漢書》 卷7 <昭帝紀>, p.228, “夏四月, 少府徐仁、廷尉王平、左馮翊賈勝胡皆坐縱反者, 仁自殺, 平、勝胡皆要斬.”; 《漢書》 卷68 <霍光傳>, p.2953, “廷尉李種、王平、左馮翊賈勝胡及車丞相女壻少府徐仁皆坐逆將軍(竟)[意]下獄死.”

縱反者의 죄목으로 처단된 사례는 武帝시에 司直 田仁의 경우를 들 수 있다. 縱反者는 斬刑, 즉 腰斬에 처하는 것이 법률에 규정되어 있었던 것으로 보인다. 江充의 무고사건으로 衛太子가 반란을 일으켰을 때 丞相 劉屈氂는 성문을 관장하던 田仁을 태자가 탈출하게 만든 죄로 참하려 하자, 어사대부 暴勝之는 司直이 이천석의 관리인데 참하려면 先請해야 한다고 제지하였다. 武帝가 “司直은 反者를 풀어준 자로서, 丞相이 斬하려는 것은 法에 있는 것인데, 大夫는 어떤 이유로 함부로 막느냐?”라고 힐책하여 포승지는 자살하였다.¹⁰²⁾ 또한 田仁은 ‘坐縱反者族’의 죄목으로 族刑에 처해졌고, 武帝가 田仁을 ‘斬’하는 것이 법이라고 한 것을 종합하면,¹⁰³⁾ 縱反者 본인은 요참, 가족은 족형에 처하는 것이 원칙이었던 것으로 생각된다.

二年律令 賊律의 첫 번째 조항으로 나오는 모반은 매우 중대한 범죄이므로, ‘皆要斬. 其父母、妻子、同產, 無少長皆棄市’의 조항의 적용을 받는다. 武帝가 ‘丞相이 참하려 한 것은 법에 있는 것이다.’라고 한 것에서 유추한다면 현재로서는 二年律令의 賊律에 모반자와 그 가족에 대한 규정만 보이지만, 필시 모반자와 그 협조자 등 연좌된 자들에 대한 내용이 존재했을 것이다. 이것은 이년 율령의 적용 조항에 누락되어 있는 내용이라고 생각되는데, 이 처벌은 모반자 및 縱反者가 동일한 처벌을 받았음을 말해준다.

侯史吳를 不道로 본 것과 田仁의 경우는 사정이 다르다. 전자는 杜延年的 법리 분석에서 본다면 常法을 부정하고 왜곡되게 법률을 적용한 법리상의 논쟁이었다. 杜延年的 常法에 의하면 이년 율령의 규정에 입각하여 死罪를 놓아줄 때는 斬左止爲城旦으로 처벌해야 하는 것이 옳다. 또한 이해하기 어려운 것은 설령 侯史吳가 不道가 되었다면 縱反者의 혐의이므로 요참에 처하는 것이 옳

102) 《漢書》 卷66 <劉屈氂傳>, p.2881, “會夜司直田仁閉城門, 坐令太子得出, 丞相欲斬仁. 御史大夫暴勝之謂丞相曰: <司直, 吏二千石, 當先請, 奈何擅斬之.> 丞相釋仁. 上聞而大怒, 下吏責問御史大夫曰: <司直縱反者, 丞相斬之, 法也, 大夫何以擅止之?> 勝之皇恐, 自殺.”

103) 《漢書》 卷37 <田叔傳>, p.1984, “月餘, 遷司直. 數歲, 戾太子舉兵, 仁閉城門, 令太子得亡, 坐縱反者族”; 《漢書》 卷66 <劉屈氂傳>, p.2881, “上聞而大怒, 下吏責問御史大夫曰: <司直縱反者, 丞相斬之, 法也, 大夫何以擅止之?>”

다. 그럼에도 그를 棄市에 처한 것은 동일한 縱反의 죄목으로 腰斬에 처해진 田仁과 비교할 때 형평성이 맞지 않는다.

廷尉 王平과 少府 徐仁의 경우는 죄수를 무단 방면한 吏를 처리하는데 常法이 있다는 杜延年의 주장처럼 위에 인용한 2)의 조항을 적용시키는 것이 옳다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 이들을 縱反者의 不道로 몰아서 腰斬에 처한 것은 不道가 자의적인 법률운용에 사용되었다고 생각된다.

不道가 실정법에 위배되었던 것과 마찬가지로 不敬이 실정법과 충돌되는 사례를 들 수 있다.

얼마 있다가 太子와 梁王이 함께 수레를 타고 入朝할 때 司馬門에서 내리지 않아, 張釋之가 쫓아가서 太子·梁王을 저지하여 殿門에 들어가지 못하게 하였다. 드디어 公門에서 내리지 않는 것을 不敬으로 탄핵하고 상주하였다. 薄太后가 이를 보고하자, 文帝는 冠을 벗고 사죄하였다. <아이를 근심하게 가르치지 못했습니다.> 薄太后가 사자를 시켜 조서를 받들어 太子와 梁王을 사면하고 난 후에야 들어갈 수 있었다.¹⁰⁴⁾

“公門에서 내리지 않은 不敬”의 죄는 如淳의 주석에 의하면 벌금 4량에 불과하다.¹⁰⁵⁾ 高陵의 玉環 절도범에 대해 죄형법정주의를 주장했던 장석지가 이 사안에서 벌금 4량에 불과한 죄를 棄市에 해당하는 不敬으로 처리한 것은 이해하기 어렵다. 하나의 범죄에 벌금4량과 棄市의 넓은 간극을 이해하기란 쉽지 않다. 여기에서의 ‘不敬’을 불경한 행동으로 이해할 수도 있지만, 이것은 다른 不敬의 사례들에서 棄市로 처벌된 것과 동일하게 적용되어야 할 것이기 때문에 벌금 4량과는 천양지차가 있다. 杜延년이 언급한 常法, 즉 실정법이 있음에도 이러한 不敬이 적용된 것은 馮野王의 사례에서 두흠이 언급한 것처럼 舍과 故事는 놓아두고 不敬之法에 가탁하는 것이다.¹⁰⁶⁾ 실정법과 不道, 不敬이 충

104) 《漢書》 卷50 <張釋之傳>, p.2309.

105) 《漢書》 卷50 <張釋之傳>, p.2309, “如淳曰: <宮衛令<諸出入殿門公車司馬門者皆下, 不如令, 罰金四兩>.>”

106) 《漢書》 卷79 <馮野王傳>, p.3304.

돌한 또 다른 사례로 薛宣의 예를 들 수 있다.

앞서 薛宣에게는 두 동생인 薛明·薛修가 있었다. 薛明은 南陽太守에 이르렀고, 薛修는 郡守·京兆尹·少府를 역임했고, 교류와 접대를 잘하여 州里的 칭송을 얻었다. 後母는 늘 薛修를 따라서 官에 거처하였다. 薛宣이 丞相이 되었을 때, 薛修는 臨菑令이 되었고, 薛宣이 後母를 맞이하려했으나, 薛修가 보내지 않았다. 後母가 병사하자, 薛修는 관직을 떠나 服喪을 하였다. 薛宣이 薛修에게 三年服喪은 능히 할 수 있는 사람이 적다고 말하자, 兄弟가 서로 공격하였는데, 薛修는 끝내 복상을 마쳤고, 이로 인해 형제는 불화하게 되었다.

오래되어 哀帝가 막 즉위했을 때, 博士 申咸이 給事申으로 있었는데, 역시 東海 사람이었다. 그는 薛宣이 供養과 喪服을 하지 않았으며, 骨肉간의 정이 열고, 전에 忠孝하지 않은 것으로서 면직되었으니, 재차 열후에 봉해져서 조정에 재직하는 것은 옳지 않다고 비방하였다. 薛宣의 아들 薛況이 右曹侍郎이었는데 누차 그 말을 듣자, 돈을 주고 客 楊明을 고용해, 申咸의 얼굴을 찌러 관직에 있지 못하게 하려고 했다. 마침 司隸의 자리가 비어서 薛況은 申咸이 그 자리로 갈까봐 두려워하여 드디어 楊明으로 하여금 신함을 궁문 밖에서 차단하고 코와 입술을 자르고 몸 8곳을 찢었다.

이 사안이 有司에 내려졌다. 御史中丞 衆 등은 <薛況은 朝臣이고, 父(薛宣)는 과거 宰相이었으며, 재차 列侯에 봉해졌음에도, 서로 가르쳐 교화를 받들지 못하고, 骨肉이 서로 의심하여 申咸이 薛修의 말을 받아들여 薛宣을 비방한 것으로 의심하였다. 申咸이 말한 것은 모두 설선의 행적이며, 여러 사람이 함께 보고 들은 바이다. 薛況은 신함을 給事申으로 있는데, 司隸가 된 후 설선을 탄핵할까봐 두려워하여, 공개적으로 明 등으로 하여금 宮闕에 가까이 근접하여, 큰 길의 사람 무리 속에서 길을 차단하고 近臣을 찢어서 군주의 총명을 차단하고, 論議의 단서를 두절시키려 했다. 흉포한 바가 꺼리는 바가 없다. 많은 군중이 시끄럽게 떠들고 사방으로 소문이 흘렀기 때문에 일반 백성이 분노하여 싸운 것과는 다르다. 臣이 듣건대 近臣을 존경하는 것은, 군주에 가깝기 때문이다. 禮에 公門에서는 말에서 내리고, 路馬를 보면 軾을 쓰다듬는 것이다. 군주의 짐승도 오히려 존경하는 것이다. 春秋之義에 의도가 나쁘면 공이 있어도 주살을 면하지 못한다. 上의 권위를 침범하는 근원을 키워서는 안 된다. 況은 악을 저지른 주범이며, 明은 직접 부상을 입혔으니, 결과와 의도(功意)가 모두 악하다. 모두 大不敬이다. 楊明은 중죄로써 논해야 하며, 薛況은 모두 棄市이다.>

延尉 直은 <律에 《칼로써 싸우다가 사람에게 상해를 입히면 完爲城旦이며, 그것이 의도적으로 해친 경우라면 일등금을 가죄하며, 더불어 모의한 자는 같은 죄를 준다.》라고 되어 있다. 황제의 詔書에서 비방과 속임수로써 罪가 구성되는 일

이 있어서는 안 된다. 傳에 《사람을 義로써 대하지 않아 상처를 주는 것은 사람을 구타한 것과 죄가 같다. 不直을 미워하기 때문이다.》 申威는 薛修와 친했고, 자주 설선의 나쁜 점을 말하여 소문이 나게 한 것은 옳지 않고, 정직하다고 할 수 없다.況이 고의로 신함을 상하게 한 것은 計謀가 이미 확정되어 있었고, 후에 (申威) 司隸가 되었다는 것을 들었다. 전에 모의한 것으로 楊明을 재촉한 것이지, 申威이 司隸가 되는 것을 두려워하여 모의를 꾸민 것은 아니다. 본래 싸움은 사적인 변고이고, 비록 掖門밖 도로에서 신함에게 부상을 입혔더라도 일반 사람의 싸움과 다를 바가 없다. 殺人한 자는 사형에, 상해를 입힌 자는 형벌에 처하는 것이 고금의 통하는 이치이며, 三代 동안 바뀌지 않는 원리이다. 孔子가 말하길 《반드시 이름을 바르게 하라.》라고 했으니, 이름이 바르지 않으면 刑罰이 맞지 않는 상태가 나타나게 된다. 刑罰이 맞지 않으면 백성이 손발을 들 곳이 없다. 지금 설황은 首惡으로, 양명은 친히 손으로 상처를 입혀 大不敬인데, 公과 私라고 하더라도 차이가 없다. 春秋之義에 원래의 마음을 살펴 죄를 결정한다 했으니, 원래 설황은 부친이 비방당하는 것을 보고 분노하였고, 다른 커다란 죄악은 없다. 여기에 무고와 속임수를 가하고 작은 잘못을 모아 大辟의 죄를 구성하여 사형에 빠지게 만드니 군주의 明詔에 위배되고, 아마도 法意가 아닌 듯하니 시행할 수 없다. 聖王은 노여움으로 형을 증가시키지 않는다. 양명은 不直으로 사람을 賊傷한 죄로 처벌해야 하고, 설황과 모의한 자는 모두 爵減하여 完爲城旦으로 하여야 한다. >107)

薛況이 자신의 부친 薛宣을 비난하는 박사 申威을 테러한 사건에 대해, 황제가 公卿議臣에게 묻은 결과, 견해는 두 가지로 나뉘었다. 丞相 孔光·大司空 師丹은 御史中丞의 견해에 찬성했고, 將軍以下 博士議郎은 모두 廷尉의 견해에 찬성했다. 御史中丞 衆과 廷尉 直의 견해는 대립되지만, 양자 모두 춘추지의를 인용하여 주장의 정당성을 확보하려 한 점은 일치한다. 다만 어사중승은 법률조문을 인용한 것이 아니라 오직 禮와 春秋之義에만 입각하여 大不敬으로 탄핵하였다. 그렇다면 어사중승의 大不敬은 법조문에 근거한 것이 아닌 자의적 법해석이라고 할 수 있다.

廷尉측에서도 법률조문과 공자의 언어와 춘추지의를 인용하여 설득력을 얻으려 했다. 다만 어사중승의 주장과의 차이점은 사법업무를 총괄하는 廷尉답게 구체적 법률조항까지 인용하여 完爲城旦으로 처리하였다. 이에 반해 御史中

丞의 大不敬 논거는 죄형법정주의에 입각한 것이 아니라 禮와 春秋之義에 근거한 것이다. 그 때문에 정위로부터 거짓과 무고라는 비판을 받는 것이다. 결국 최종 판결은 정위의 견해를 채택하여 설황은 본래대로라면 賊傷으로 되어 黥爲城旦이 되었을 것인데, 작위로 감죄되어 完爲城旦이 되어 돈황으로 徙邊되었던 것이다.

그렇다면 지금까지 고찰해온 陳湯·侯史吳·太子(景帝)·薛況의 사례에서 大不敬·不道の 상당부분은 율령에 해당 조문이 있는 것이 아니고, 春秋之義 등을 이용하여 죄를 확정했던 것이다. 不道を 적용하는 것은 대체로 법률의 조항과는 무관하게 禮와 春秋之義 및 관리들의 주관적 해석에 따라서 법률을 적용하였던 것이다. 不道는 법령밖에 존재하는 또다른 법령임을 알 수 있었다. 일종의 초법적인 것이 不道罪였던 것이다. 이러한 不道罪의 적용은 필연적으로 죄형법정주의와 모순을 야기하였다.

6. 결론

漢初의 二年律令에는 不道규정이 확인되지 않는다. 그후 不道는 文帝시기부터 나타나기 시작하여 武帝시기에 최고 정점을 찍은 이후 哀帝시기까지 많이 출현하였다. 不道罪는 체계화되지 못한 부분도 존재하였으나, 狡猾不道가 부정한 금전수수와 관련해 적용되는 것처럼 不道는 나름대로의 일정한 적용 원칙이 존재했던 듯하다. 大逆不道는 謀反, 謀立, 祝詛上, 妖言惑衆, 亡臣子禮와 같이 국가의 安危 및 황제와 관련된 것에 적용되고 있다. 不道는 誹謗, 罔上, 誤朝, 王杖 소유자 毆辱, 殺人, 不孝, 園陵침범, 漏泄省中語, 狡猾, 非所宜言 등에 적용되었다. 그리고 不敬의 경우는 이보다 중요하지 않은 사례들에 적용되고 있다. 大逆無道와 不道, 大不敬, 不敬의 등급 관계가 애매모호하였으나, 집행된 형벌의 통계를 가지고 분석하면 大逆不道(腰斬, 棄市), 不道(棄市), 大不

敬, 不敬의 순서로 무거웠다고 생각된다.

不道 및 不敬 등은 漢代 내내 체계화되지 못하였다. 不道는 鳩杖令에 보이듯이 律보다는 令에 규정된 것으로 생각된다. 不道罪가 성행한 이후에도 令에 규정되지 않고 자의적으로 사용된 결과 누차 實定法과 충돌하는 현상을 보이고 있는 것은 漢代에 초법적인 상태였음을 말해준다.

魏新律에서 不道法의 개정 상황을 보면 이 시기에 가서도 부분적 정리에 그친 것으로 생각된다.

또한 賊律을 고쳤는데, ① 단지 言語로써 군주를 비방하거나 宗廟와 園陵을 범하는 것을 大逆無道라고 칭하고, 범한 자는 腰斬에 처하고, 그 家屬은 연좌되거나 祖父母·孫에는 미치지 않는다. ② 謀反大逆의 경우는 발생 즉시 체포해야 하고, 그 거주지를 연못으로 만들거나(汙瀆), 혹은 梟首와 醢刑에 처하고, 三族을 죽명한다. 이것은 令에 없으나, 극악한 행위를 엄격하게 근절하기 위한 것이다.¹⁰⁸⁾

위의 조문은 魏新律에서 개정된 賊律의 일부이다. ①에서는 크게 군주에 대한 비방과 종묘와 원릉의 침범이라는 2가지 사항을 大逆無道에 포함시킨 것을 언급하였다. 文帝의 조서에 언급되었듯이, 군주를 祝詛하는 경우는 大逆으로 간주했지만, 誹謗은 단순한 不道에 속했었다.¹⁰⁹⁾ 이제 誹謗도 大逆不道에 포함되어 처벌이 강화되었다. 또한 張釋之가 재판한 高祖廟의 옥환을 절도한 죄는 棄市에 처한 것으로 보아 不道罪에 해당되었으나, 魏新律에서는 大逆不道에 포함시켜 강화시키고 있다. 다만 이 경우 家屬의 연좌에서 祖父母·孫은 제외시켜 적용범위를 축소시키고 있다.

②에서는 謀反大逆의 경우 “거주지를 연못으로 만들고, 梟首와 醢刑에 처하고, 三族을 죽명한다. 이것은 令에 없으나, 극악한 행위를 엄격하게 근절하기 위한 것.”이라고 한 것은 해석하기가 곤란하다. 이에 대해서는 ‘엄격하게 근

108) 《晉書》 卷30 <刑法志>, p.925. “改漢舊律不行於魏者皆除之, 又改賊律, 但以言語及犯宗廟園陵, 謂之大逆無道, 要斬, 家屬從坐, 不及祖父母、孫. 至於謀反大逆, 臨時捕之, 或汙瀆, 或梟菹, 夷其三族, 不在律令, 所以嚴絕惡跡也.”

109) 《史記》 卷10 <孝文本紀>, pp.423-424.

절'이라는 것에 중점을 둔 것을 볼 때 형벌의 방법을 율령에 기록하지 않은 것으로 생각된다.¹¹⁰⁾

魏新律에서는 大逆不道에 관한 것만 보완했을 뿐 唐代的 십악과 같은 형태는 아직 만들어내지 못했다. 《唐律疏議》 <十惡>조에 따르면, 北齊律에서는 “重罪十條”라고 하여 드디어 10개 조문이 보이고, 開皇律에 가서야 十惡의 죄명이 출현하였다.

北周·北齊 때에는 비록 10條의 罪名은 갖추었으나 ‘十惡’의 罪目은 없었다. 開皇 때에 法制를 제정하면서 비로소 이 科를 갖추게 되었는데, 옛 법제(北齊 重罪十條)를 참작하여 그 수를 10條目으로 하였다. 大業 연간에 개정할 때, (十惡의 죄명)을 다시 삭제하여 10조 가운데 8조만이 남게 되었다. 武德 이후에는 開皇律을 준수하여 증감한 것이 없었다.¹¹¹⁾

법률용어인 十惡은 불교경전이 번역된 후에 法律世界에 진입하게 되었다고 한다. 開皇律에서 “十惡”의 이름은 불교사상의 ‘十惡’의 관념이 점차 중국인에게 접수되면서 등장하게 된 것이다. 불교사상의 十惡과 당률의 十惡은 같지는 않지만, 開皇律 武德律의 수정과 永徽律疏를 편찬한 입법자 가운데 적지 않은 불교신도가 참여한 것도 불교의 십악 용어가 律傳에 들어오는데 영향을 끼쳤다.¹¹²⁾

110) 內田智雄도 형벌의 방법을 율령에 기재하지 않은 것으로 이해하고 있다. 즉, “모반대역에 관해서는 그 형벌의 방법을 율령에 기재하지 않은 것일지, 아니면 형벌은 물론이고 모반대역에 관한 범죄규정 그 자체를 율령에 기재하지 않은 것인지 확실하지 않다. 진자라고 한다면 그것은 모반대역에 대해서는 통상의 범죄의 경우와 다른 하혹한 형을 적용하는 것이므로 그것을 일반 형벌법규인 율령에는 기록할 수 없다는 의미일 것이다. 후자라면 모반대역과 같은 범죄행위는 본래 있을 수 없는 것이므로 미리 이러한 범죄를 규정하여 율령에 기재하는 것은 하지 않는다는 의미이다. 진자의 의미로 해석하는 것이 타당할 것이다.”(內田智雄, 《譯注中國歷代刑法志》(東京: 創文社, 1964), pp.113-114. 주 17.)

111) 錢大群, 《唐律疏議新注》, pp.19-20.

112) 張海峰 <唐律“十惡”一詞的佛教淵源>(《現代法學》 34-3, 2012), pp.41-43.

< 參考文獻 >

- (漢) 司馬遷. 《史記》. 北京: 中華書局, 1959.
- (漢) 班固. 《漢書》. 北京: 中華書局, 1962.
- (宋) 范曄. 《後漢書》. 北京: 中華書局, 1965.
- (唐) 房玄齡. 《晉書》. 北京: 中華書局, 1974.
- (清) 永瑤·紀昀等. 《四庫全書總目提要》. 石家莊: 河北人民, 2000.
- 《尚書》. 《漢文大系》. 東京: 富山房, 1954.
- 《十三經注疏·周禮注疏》. 北京: 中華書局, 1979.
- 甘肅省文物工作隊編. 《漢簡研究文集》. 蘭州: 甘肅人民出版社, 1984.
- 瞿同祖. 《中國法律與中國社會》. 北京: 中華書局, 1981.
- 內田智雄. 《譯注中國歷代刑法志》. 東京: 創文社, 1964.
- 戴炎輝. 《唐律通論》. 臺北: 元照出版公司, 2010.
- 大庭脩. 《中國法制史の研究》. 東京: 創文社, 1982.
- 馬彪. 《秦帝國的領土經營》. 東京: 東京大學學術出版會, 2013.
- 范忠信. 《中國法律傳統的基本精神》. 濟南: 山東人民出版社, 2001.
- 沈家本. 《歷代刑法考》. 北京: 中華書局, 1985.
- 安作璋·陳乃華. 《秦漢官吏法研究》. 濟南: 齊魯書社, 1993.
- 劉釗. 《郭店楚簡校釋簡》. 福州: 福建人民出版社, 2005.
- 張家山二四七號漢墓竹簡整理小組. 《張家山漢墓竹簡》〔二四七號墓〕. 北京: 文物出版社, 2001.
- 張建國. 《帝制時代的中國法》. 北京: 法律出版社, 1999.
- 錢大群. 《唐律疏議新注》. 南京: 南京師範大學出版社, 2007.
- 程樹德. 《九朝律考》. 北京: 中華書局, 2003.
- 陳寅恪. 《隋唐制度淵源略論稿》. 北京: 三聯書店, 2001.
- 蔡樞衡. 《中國刑法史》. 北京: 中國法制出版社, 2005.
- 郝鐵川. 《中華法系研究》. 上海: 復旦大學出版社, 1997.
- 賈麗英. <“狡獪”罪論>. 《學術論壇》, 1. (2008).
- 賈麗英. <秦漢時期族刑論考>. 《首都師範大學學報》, 2. (2008).
- 潘良熾. <秦漢誹謗、妖言罪同異辨析>. 《中華文化論壇》, 4. (2004).
- 蘇亦工. <唐律“一准乎禮”辨正>. 《政法論壇(中國政法大學學報)》, 24-3. (2006).
- 連宏. <兩漢魏晉棄市刑考辨>. 《蘭州學刊》, 9. (2012).

- 劉軍平. <漢成帝與昌陵>. 《西安教育學院學報》, 19-2. (2004).
- 魏道明. <漢代的不道罪與大逆不道罪>. 《青海社會科學》, 2. (2003).
- 李傳軍. <漢代的社會謠言和謠言控制>. 《青島大學師範學院學報》, 28-2. (2011).
- 任仲熾. <漢·魏晉律에서의 篇章 체제의 변화—賊律을 중심으로—>. 《中國古中世史研究》, 29. (2013)
- 張建國. <秦漢棄市非斬刑辨>. 《北京大學學報》, 5. (1996).
- 張海峰. <唐律“十惡”一詞的佛教淵源>. 《現代法學》, 34-3. (2012).
- 曹旅寧. <從天水放馬灘秦簡看秦代的棄市>. 《廣東社會科學》, 5. (2000).
- 陳乃華. <秦漢“不道”罪考述>. 《中國史研究》, 2. (1991).
- 崔永東. <《王杖十簡》與《王杖詔書令冊》法律思想研究—兼及“不道”罪考辨>. 《法學研究》, 2. (1999).

< 中文提要 >

漢初的《二年律令》中沒有關於“不道”罪的記載。“不道”最初出現於文帝時期，武帝時期開始大增，此後直至哀帝時期的文獻中仍多有記載，而在後漢時期的文獻中却并不多見。

雖然“不道”罪的內容沒有具體、明晰化，但從“狡猾不道”的罪名用於經濟司法這一點來看，“不道”罪的判定似乎有一定的原則。“大逆不道”適用於謀反、謀立、祝詛上、妖言惑眾、亡臣子禮等涉及國家安危及與皇帝有關的罪行；“不道”適用於誹謗、罔上、誤朝、毆辱王杖主、殺人、不孝、犯宗廟園陵、泄露省中語、狡猾、非所宜言等罪行；“不敬”適用於與上述罪行相比較輕微的犯罪。雖然“大逆不道”、“不道”、“大不敬”之間的相互關係很模糊，但通過對實際案例的統計分析可知，“不道”分為“大逆不道”（腰斬，棄市）和“不道”，“不敬”分為“大不敬”和“不敬”，實際上是把它們按罪行的輕重分為四個等級。

就是在“不道”罪的說法開始盛行之後，在當時的律令中沒有明確規定的情況也是比比皆是，表現出極大的隨意性，甚至導致和實定法之間的沖突。此外，本文認為“不道”是“令”中規定的內容，而不是“律”中所規定的。

關鍵詞：大逆不道，不道，大不敬，不敬，謀反

원고접수일	심사일정	1차수정	게재확정	출간
2014. 9. 17.	2014. 10. 27.	2014. 11. 8.	2014. 11. 11.	2014. 11. 30.