

서하 천성율령의 爲不道

한상돈*

목 차

- I. 머리말
- II. 부도의 전승과 발전
 - 1. 십악과 위부도
 - 2. 범죄유형
- III. 위부도의 고의상해
 - 1. 서민의 고의상해
 - 2. 관리의 고의상해
- IV. 위부도의 고의살인
 - 1. 서민의 고의살인
 - 2. 관리의 고의살인
- V. 맺음말

[국문 요약]

중국 사서에서 ‘西夏’라 일컫는 ‘大夏’는 1038년부터 지금의 중국 서북부 지역에서 190년간 존속하였던 왕조인데, 〈천성율령〉이라는 독자적인 법전이 있었다. 〈천성율령〉은 1461개조로 되어있으며 그 중 십악죄는 39개조로 이루어졌다. 十惡 중의 하나인 ‘위부도’는 사회질서를 심각하게 어지럽히는 행위들을 ‘부도로 삼아(爲不道)’ 처벌하는 것이다. 〈천성율령〉의 ‘위부도’는 제19조부터 제24조까지 6개 조문을 두어 당·송률 보다 훨씬 세분화되고 정밀하게 규범하고 있다. 예컨대, ① 한 집안의 무죄자 세 사람을 살인하는 경우, ② 한 집안의 한두 사람을 살인하여 후손을 잇지 못하게 한 경우, ③ 고의모살 중 독극물을 투여한 경우, ④ 살해시 수족 및 사지를 절단한 경우, ⑤ 불에 태워 살인한 경우 등등은 ‘위부도’로 처벌하였다. 또한 ‘고의’는 고의상해와 고의살인으로 구분하였다. 고의상해는 서민의 고의상해와 관리의 고의상해로 나누었는데, 서민이 관리를 상해할 造意만 품어도 징역12년형에 처했으며 황족인 及授官 이상의 관리를 상

* 아주대 법학전문대학원 교수, sdhan@ajou.ac.kr

해할 조의를 하면 최고형인 검참에 처하였다. 반면에 어떠한 관품에 있든지 관리가 서민을 상해 하면 징역8년에 처할 뿐이었다. 고의살인인 경우에도 서민의 고의살인과 관리의 고의살인으로 구분하였다. 서민의 고의살인은 서민끼리 살해한 경우와 서민이 관리를 살해한 경우로 나누었는데, 각각의 경우를 다시 세분하여 처벌하였다. 관리 역시 관리끼리 서로 살해한 경우와 관리가 서민을 살해한 경우로 구분하였는데, 각각의 경우에 따라 처벌을 달리하였다. 가령, 직위가 높은 관리가 낮은 관리를 살해하면 그 최저형인 무기징역에 처하였고, 형사책임의 경중에 따라 교살 혹은 검참까지도 집행하였다. 及御印에서 拒邪에 이르는 관리가 자기보다 직급이 낮은 관리 세 사람을 살해하면 검참형에 처하고 그 가족은 연좌해서 노비가 되게 하였다.

[주제어] 서하, 천성율령, 십악, 위부도, 고의상해, 고의살인, 관리, 서민

I. 머리말

‘大夏’는 고대 중국 서북부에서 1038년부터 190년간 존속하였다가 1227년 칭기스칸의 몽골군에 망한 왕조이다. 티베트 계통의 党項族(Tanggut)이 세운 ‘대하’는 宋의 서쪽에 있다하여 ‘西夏’라고 중국의 사료는 기록하고 있다. 중국의 역사기록에서는 대체로 서하에 대하여 “법령도 없다”¹⁾는 등으로 폄하하고 있지만, 1994년 <天盛律令>이 한문번역본이 출판된 후로부터 점차 이 법전에 대한 연구가 시작되면서 이러한 비판적인 시각을 바로잡고 서하의 법제를 중화법계로 편입시키려는 시도들이 엿보이고 있다.

<천성율령>은 서하의 仁宗 天盛(1149~1169)시기에 中書省인 嵬名地暴을 비롯한 19명이 7년 동안 개편작업에 착수하여 <天盛舊改新定律令>을 새로 편찬하였는데, 이것이 곧 <천성율령>이다. 당항족의 민족문자로 편찬된 <천성율령>은 새로운 법전을 편찬하였던 것이 아니라 기존에 있던 법전을 개정하여 새롭게 편찬한 것이다. 개정 전의 법전은 유실되어 남아있지 않다.²⁾ <천성

1) 『舊唐書』 卷198, <西戎党項羌族傳>에는 ‘법령이 없고 요역도 없으며, 목축을 업으로 삼고 농사지를 줄을 모른다’는 기록이 있다. 姜歆, 『論西夏法典的法律制度』, 『寧夏社會科學』 第6期(2003), 87면에서 인용.

2) 한상돈, 『서하 천성율령의 형법체계』, 『저스티스』 통권 제108호(2008), 3면.

율령>은 그 당시 中原을 차지하였던 당·송 성문법의 영향을 받았을 것으로 보이지만³⁾ 민족언어가 다르고 풍속·습관이 한족과는 현저하게 달랐던 당항족은 그들만의 독특한 법체계를 갖고 있었다. 최근의 한 논문에 의하면, <천성율령>과 <唐律疏義>·<宋刑統>을 비교했을 때 당·송률과 유사하거나 근사한 내용은 약 39.3%를 차지할 뿐이고 약 60.7%의 내용은 당·송률에는 없는 것이라고 할 정도로⁴⁾ 연구가치가 높은 고대 법전이라 하겠다.

이러한 <천성율령>은 20권 150문 1461개조의 구조로 되어있는데⁵⁾ 그 입법 편찬체계는 구조가 매우 정밀하고 독특하다. <당률소의> 30卷은 12篇으로 나뉘어 매 편마다 편명이 있으나 <천성율령>은 篇이 없고 매 卷마다 권명도 없다. 그러나 <당률소의>에 없는 門 편제를 卷 아래에 두어 몇 개의 관련 조문들을 묶어 놓았는데, 이러한 門 편제는 <송형통>의 영향을 받은 것으로 추측된다.⁶⁾ 그러나 <송형통>과는 달리 따로 율·령·격·칙을 부가하지 않았고 또 당률과 같은 注疏를 두지 않은 채 門 아래에 條를 설치하였다.⁷⁾ 각 條는 그 위에 ‘일(一)’자로 넣어 표시하고, 그 조는 格을 낮추어 그 위에 ‘一等’이란 글자를 넣고 項을 배치하였다. 그리고 항에서 규범한 내용에 다시 하위 규범이 필요한 경우에

3) 史金波, 『西夏天盛律令略論』, 『宁夏社會科學』 第1期(1993), 49면.

4) 邵方, 『西夏法典對中華法系的傳承與創新—以天盛律令爲視角』, 『政法論壇』 第29卷 第1期(2011), 146면. 주로 대량의 관습법이 <천성율령>에 반영되었다. 姜歆, 『論西夏法律制定對中國傳統文化的傳承與創新—以西夏法典天盛律令爲例』, 『固原師專學報』 第27卷 第2期(2006), 39면.

5) 중국 역대 왕조의 법전 중 <천성율령>과 그 편제가 유사한 것으로는 남북조 시기 남조의 齊나라의 <永明律>이다. <영명률>은 <晉律>과 張斐·杜預의 律注를 참조하여 영명7년(489년)에 발행된 것인데, 모두 20권 1530조로 되어 있다. 참조 張晉藩 主編, 『中國法制史』 (群衆出版社, 1995), 256면; 장진번 주편, 한기중·한상돈 등 공역, 『중국법제사』(소나무출판사, 2006), 355면; 한상돈, 앞의 글(각주 2), 5면.

6) 송률인 <송형통>은 30卷 12篇 213門 502條의 구조로 되어있다. 王立民, 『唐律新探』(北京大學出版社, 2006.03.), 197면. ‘門’에 관해서 자세히는 薛梅卿, 『宋刑統研究』(法律出版社, 1997), 33면 이하; 한상돈, 위의 글, 5면.

7) 이렇게 하면 조문이 뚜렷할 뿐만 아니라 관련 조문도 쉽게 찾을 수 있고, 율 외에 율이 생겨서 본율을 경시하는 폐단도 피할 수 있게 된다. 姜歆, 『論西夏法典結構及私法在其中的地位』, 『宁夏大學學報(人文社會科學報)』 第25卷 第1期(2003), 43면; 文志勇, 『天盛律令卷一譯釋及西夏法律中的十惡罪』, 『宁夏師範學院學報』 第5期(2010), 1면.

는 격을 다시 낮추어 款을 두었다. 款에서 다시 그 하위 규범이 필요할 경우에는 格을 더 낮추어 目을 배치하였다.⁸⁾ 각 목은 필요할 경우 다시 격을 낮추어 그 하위 규정인 號를 두었다. 이처럼 현대의 법전처럼 체계적으로 조·항·관·목·호 등으로 일목요연하게 배열한 것은 <천성율령>의 매우 뛰어난 점이라 할 수 있다.

또한 <천성율령>은 당·송률 처럼 ‘名例’ 즉 법전의 총칙에 해당되는 것을 권 머리에 두는 체제를 취하지 않았다. <당률>은 맨 첫 자리에 五刑을 두고 그 다음에 십악을 두었는데, <천성율령>은 卷一의 맨 첫 자리에 ‘十惡’ 조문을 순서대로 열거하여 서하 사회가 다른 왕조보다도 더욱 ‘십악’을 중시한 일면을 볼 수 있다.⁹⁾ ‘십악’ 조문에서도 <당률소>처럼 ‘십악’의 定義만 열거하고 처벌규정을 뒤쪽의 조문에 규정하는 것이 아니라¹⁰⁾ ‘십악’ 각 조에서 구성요건을 명시하고 곧 이어서 그에 대한 처벌을 규정하고 있는데, 이것은 <천성율령>이 당·송률과 구별되는 또 다른 특징이라 하겠다.

십악에서 ‘謀反’, ‘謀大逆’, ‘謀叛’, ‘大不敬’은 국가·사직을 위태롭게 하고 황제의 안전과 존엄을 위해하는 행위를 가리킨다. ‘惡逆’, ‘불효’, ‘不睦’, ‘불의’, ‘내란’은 가족 중의 父權과 夫權을 위협하는 행위이다.¹¹⁾ 따라서 십악은

-
- 8) 이렇듯 순서대로 격을 맞추어 체계적으로 각급 규정들을 체계적으로 배열하였으나 조 내에 직접 오五格을 낮춰 쓴 경우도 있다. 예컨대 ‘천자, 관, 공, 황제’ 등의 글자가 있을 때는 한 칸을 비워둠으로써 각별한 권위와 정중함을 표시하였다. 또 다른 상황이 있는데 예를 들면, 條의 격은 그대로 두고 그 이하의 규정은 직접 六格을 낮추어 규정한 경우도 있으며 八格을 비우고 규정하거나 때로는 一格 더 비우기도 하였다. 文志勇, 위의 글, 2면; 史金波, 앞의 글(각주 3), 50면.
- 9) 이렇게 ‘십악’ 중죄를 두드러지게 하는 것은 국가사직·사회·가정의 질서를 강화하는 작용을 하였을 것이며 이는 또한 서하의 법제건설 면에서 창의적인 일면이라고 할 수 있겠다. 史金波, 앞의 글(각주 3), 50면.
- 10) <당률>은 ‘十惡’과 구체적인 율문 사이에서는 일종의 총칙과 각칙의 관계로 설정하였다. 예컨대 십악 중의 제1죄 ‘謀反’, 제2죄 ‘謀大逆’은 주로 <賊盜律> 총 제248조에서 그 죄를 구체적으로 규정하고 있으며 正犯과 緣坐者의 처벌을 규정하고 있다. 제3죄 ‘모반’의 범죄와 형벌은 주로 <賊盜律> 총 제251조 및 <鬪訟律> 총 제329조로 구체적 규정을 하고 있으며, 가령 제10죄 ‘內亂’의 경우는 <雜律> 총 제412, 413조에 그 구성요건과 형벌을 규정하고 있다. 史金波, 『西夏社會』(上)(上海人民出版社, 2007), 252면; 李偉, 『論封建立法中的十惡』, 『山西煤炭管理干部學院學報』第1期(2006), 104면.

통치자가 ‘國’의 皇權과 ‘家’의 族權을 보호함으로써¹²⁾ 통치 기반을 튼튼하게 하고, 國과 家の 질서를 유지하여 국가의 안전과 안정을 공고하게 하려는 법규범인 것이다. 그런데 여기서 주목해야 할 것은 보호법익이 황권이나 족권 그 어느 곳에도 포함되지 않는 십악죄명이 있는데 그것은 바로 <당률>에서의 ‘不道’와 <천성율령>에서의 ‘爲不道’이다. <천성율령>의 ‘위부도’가 어떻게 입법되어 있는지 그리고 그 주요 규범은 무엇인지 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 不道의 傳承과 發展

1. 십악과 위부도

<周禮·大司徒>에는 “一曰不孝之刑, 二曰不睦之刑, 三曰不婣之刑, 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”¹³⁾ 이라는 八刑이 있다. <周禮>의 팔형은 가족간의 질서유지를 근간으로 하고, 스승을 공경하지 아니한 不弟, 友人간의 信義를 저버린 不任, 사회에서의 不恤·造言·亂民 등 風敎의 파괴를 방지하기 위하여 설정한 규범이다.¹⁴⁾ 이와 같이 사회적 비난이 강한 특정한 행위를 추출하였는데, 이러한 <주례>의 팔형

11) 李偉, 위의 글, 105면; 鄧樂, 『從唐律十惡罪看儒家對封建法制的影響』, 『南昌教育學院學報』 第27卷 第4期(2012), 33면.

12) 李偉, 앞의 글(각주 10), 105면. 또한 황권과 족권의 보호는 국가 및 사회질서를 유지할 수 있는 것 뿐만 아니라 ‘유교적 사회질서’의 확립을 위한 것이기도 했다. 참조 박 경, 『십악 개념의 수용을 통해 본 조선전기 사회윤리의 구축과정』, 『사학연구』 제106호(한국사학회, 2012), 67면.

13) 『周禮』卷10, 『十三經注疏』3(藝文印書館印行), 26면.

14) 송두용, 『십악의 죄』, 『법정연구지』 제2권 제2호(건국대학교, 1968), 2면; 송두용, 『韓國法制史考』(진명문화사, 1985), 477면. 이 八刑은 王城을 중심으로 해서 1백리 이내의 향 7만5천 家의 사람들에게 적용한 것이다. 원래 大司徒는 만민에게 智仁聖義中和의 六德·孝友睦婣任恤의 六行 및 禮樂射御書數의 六藝를 가르치는 것을 직으로 한 것이며, 향민으로서 이 六行의 가르침에 따르지 않을 경우는 造言·亂民과 같이 八刑을 범한 것이라 하여 大司徒가 科罰한 것이다.

이 후에 점차 십악으로 발전하였다.

律에 있어서 십악의 기원에 대해서는 北齊說과 隋說이 있다.¹⁵⁾ 北齊는 <北齊律>을 참고하여 <北齊律> 12편을 편찬하였는데, 그 편목이 상세하고 科條는 간단명료한 것으로 유명하다.¹⁶⁾ <北齊律>에 처음으로 重罪十條라 하여 10가지 죄명을 두었는데¹⁷⁾ 이것이 십악의 기원이 된다는 주장이 복제설이다. 그런데 “周·齊나라는 비록 十條의 이름은 있지만 십악의目は 없었고 수나라 開皇 때에 처음으로 창제하였다”¹⁸⁾고 <唐律疏議>에서 언급하고 있다. 이러한 주장은 唐의 <武德格律>, <貞觀律>, <永徽律>에서 모두 볼 수 있는데, 이것이 곧 수설이다. 이러한 십악은 서하의 <천성율령>에도 전승되었다.

<천성율령> 제1권의 ‘십악’의 10개 門은 ① 謀逆, ② 失孝德禮, ③ 背叛, ④ 惡毒, ⑤ 爲不道, ⑥ 大不恭, ⑦ 不孝順, ⑧ 不睦, ⑨ 失義, ⑩ 內亂으로 되어 있으며, 각 門의 조문 수는 아래와 같다.

천성 율령	謀逆	失孝德禮	背叛	惡毒	爲不道	大不敬	不孝順	不睦	失義	內亂	계
조문수	5	2	5	6	6	7	1	1	3	3	39

앞에서 볼 수 있는 바와 같이 <천성율령> 십악죄 조문은 모두 39개조로 되어 있는데, 우선 죄명에서 일부 변화가 일어났음을 볼 수 있다.

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
당·송·명·청률	謀反	謀大逆	謀叛	惡逆	不道	大不敬	不孝	不睦	不義	內亂
천성율령	謀逆	失孝德禮	背叛	惡毒	爲不道	大不敬	不孝順	不睦	失義	內亂

15) 송두용, 위의 글, 2쪽; 송두용, 위의 책, 477~478면.

16) 王聰, 『淺談唐律疏議中的十惡』, 『天津市政法管理干部學院學報』增刊(2009). 69면.

17) “初北齊立重罪十條爲十惡 一貞逆 二大逆 三叛 四降 五惡逆 六不道 七不敬 八不孝 九不義 十內亂 犯此者不在八議論贖之限 隋氏頗有益損 皇朝因之” <唐六典> 卷6注.

18) 참조 “案梁陳以往 略有其條 周齊雖具十條之名 而無十惡之目 開皇創制 始備此科 酌於舊章 數存於十”(名例律六條·疏), 송두용, 앞의 글(각주 14), 2면에서 인용. 송두용, 앞의 책(각주 14), 478면.

당·송·명·청률의 십악죄명은 모두 한결같이 서로 같으나 <천성율령>의 경우 제1문은 謀逆, 제2문은 失孝德禮, 제3문은 背叛, 제4문은 惡毒, 제5문은 爲不道, 제7문은 不孝順, 제9문은 失義와 같이 당·송·명·청률과는 다른 죄명이 있음을 볼 수 있다. 이러한 변화는 단순히 죄명에서 끝난 것이 아니라 입법방식과 보호하려는 법익의 내용에서도 많은 차이가 있다.

위부도는 비록 황권을 직접 침해하지는 않으나 사회질서를 심각하게 어지럽혀서 궁극적으로 專制的 통치기반을 약화시키기 때문에¹⁹⁾ 이러한 행위들을 ‘부도로 삼아(爲不道)’ 처벌하는 것이다. <천성율령>의 ‘위부도’는 <당률>의 ‘부도’를 일부 전승하였는데, <唐律疏議>에 의하면 ‘不道’는 원래 漢律에서부터 비롯되었다고 한다.²⁰⁾

<당률소의>에서는 ‘五曰 不道’라고 간략히 언급하고 “잔혹한 살인을 태연히 범하여 正道를 위배하였으므로 부도라고 한다”²¹⁾라고 정의한다. 범죄유형으로는 ① 한 집안의 죽을죄를 짓지 않은 세 사람을 살해하거나, ② 사람을 支解한 행위, ③ 蠱毒을 제조하거나 기르고, ④ 厭魅한 행위²²⁾ 등 네 가지가 있다. 그리고 <대명률>의 不道는 ① 한 집에서 사형에 해당하는 죄를 지은 사람이 아닌 자 3인을 살해하거나, ② 사람을 살해하여 사지를 절단하거나 분해하는 것, ③ 사람을 살해하여 생담, 이목, 장부를 빼어 내거나, ④ 뱀·지네·뚜꺼비 등의 독기나 독액을 만들어 사람을 살해하거나 살해할 것을 교사하는 것, ⑤ 부적을 만들어 저주함으로써 사람을 살해하거나 병에 걸리게 하는 것 등의 범죄유형이 있어서²³⁾ <당률>보다는 관련 조문이 증가하였음을 알 수 있다.

19) 王聰, 앞의 글(각주 16), 71면.

20) 즉 명례율 6조의 疏에서 “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”이라고 풀이하고 있다. 漢律에서는 不道에 대하여 “殺不古辛 一家三人爲不道”라고 정의하고 있는데 이는 翟方進傳의 주에 인용한 한률의 일문(逸文)이라고 한다. 또 <晉書> 刑法志에서 인용한 한의 賊律에서는 ‘大逆無道要斬’이란 기록이 있다. 송두용, 앞의 글(각주 14), 3면; 송두용, 앞의 책(각주 14), 478~479면.

21) “議曰 安忍殘賊, 背違正道, 故曰不道”

22) “謂殺一家非死罪三人, 支解人, 造畜蠱毒·厭魅”

23) <대명률>은 이에 대한 처벌은 ①, ②의 경우 陵遲處死에 처하고 죄인의 재산을 몰수하여 死者의 집에 주고 죄인의 처자는 流 2천리 刑에 처하며 ③의 경우에는 죄인은 능지처사하

그러나 <천성율령>의 ‘위부도’는 제19조부터 제24조까지 6개 조문을 두어 당·송률 보다 훨씬 세분화되고 정밀하게 규범하고 있다. 뿐만 아니라 그 입법 형식도 格을 순차적으로 낮추어서 조·항·관·목·호 등의 입법체계를 형성하고 있는데, 이러한 법전 편찬방식은 그 당시 어느 나라에서도 찾아볼 수 없는 것이다.²⁴⁾ 위부도의 핵심이라 할 수 있는 <천성율령>의 제19조와 제20조를 중점적으로 살펴보기로 한다.

2. 범죄유형

<천성율령> 제19조 그러니까 <위부도>의 첫 번째 조문은 다음과 같이 규정되어 있다.

“한 집안의 무죄자 세 사람을 마구잡이로 살인하거나, 한 집안의 한두 사람을 살인하여 根斷하게 하거나, 혹은 다른 집안의 네 사람을 살인하거나 고의모살 중 독극물을 투여하거나, 혹은 살해 시 수족 및 사지를 절단하거나, 혹은 불태우거나 창칼로 찔러 죽이는 등 이렇듯 여러 가지 방법이 있는 경우로써, 일일이 지적하기 어렵다. 이처럼 참기가 어려울 정도로 잔혹하게 살해하는 경우 등은 주종을 막론하고 모두 검참에 처한다. 자신의 처나 자녀는 연좌하여 牧農主에 들어가게 한다. 한 집안의 세 사람을 살인하거나 다른 집안의 네 사람을 살인하는 것 중 먼저 죽을죄를 범한 자는 율령에 따라 감면하지 않으며 살인의 수에 산정되지 않는다. 그 중 단독 살인의 경우, 이전에 죽을죄가 있으면 검참에 처하되 가문은 연좌하지 않으며 중범은 차례대로 1등을 감한다.”²⁵⁾

고 재산을 몰수하여 사자의 집에 주며 처자와 동거가족은 정을 몰랐더라도 유 2천리 안치에 처한다. ④, ⑤의 경우에는 참형에 처하고 재산을 몰수하며 처자와 동거가족은 정을 몰랐더라도 2천리 안치에 처한다. 박병호, 「십악」, 『사법행정』(한국사법행정학회, 1980), 58면.

24) 베트남의 <黎朝刑律(Le Trieu Luat)>에서도 십악에 관한 규정이 있는데 <당률> 처럼 오형이 먼저 나오고 그 다음에 십악을 두고 있어서 <천성율령> 만큼 획기적인 변화는 찾아볼 수 없다. 유인선, 「베트남 黎朝刑律의 체재와 내용-당률의 계수와 관련하여」, 『법사학연구』 제27호(한국법사학회, 2003), 339면.

25) 漢譯原文: “妄殺一門下無罪三人, 及殺一門一二人使根斷, 或殺不同家門四人, 及故意謀殺

이 규정에 의하여 범죄유형을 정리해 보면 아래와 같다.

- (1) ① 한 집안의 무죄자 세 사람을 살인하는 경우, ② 한 집안의 한두 사람을 살인하여 후손을 잇지 못하게 한 경우, ③ 서로 다른 집안의 네 사람을 살인한 경우
 (2) ① 고의모살 중 독극물을 투여한 경우, ② 살해시 수족 및 사지를 절단한 경우, ③ 불에 태워 살인한 경우, ④ 창칼로 찔러 죽인 경우

위와 같은 범죄유형은 다시 크게 분류하면 다수의 사람을 죽인 경우와 범죄수단이 참혹한 경우 등 두 가지로 나눌 수 있겠다. <당률>의 규정을 보면, ① 죽을죄가 아닌 한 집안의 세 사람을 살해한 경우, ② 사람을 支解한 경우에 不道가 성립하는 것으로 규정하였는데, <당률>의 범죄유형도 다수의 사람을 죽인 경우와 범죄수단이 참혹한 경우로 나눌 수 있는 점은 <천성율령>과 같은 점이라 하겠다. 다만 <천성율령> 爲不道에서는 (1) ② 한 집안의 한두 사람을 살인하여 후손을 잇지 못하게 한 경우, ③ 서로 다른 집안의 네 사람을 살인한 경우, (2) ① 고의모살 중 독극물을 투여한 경우, ③ 불에 태워 살인한 경우, ④ 창칼로 찔러 죽인 경우 등으로 규정하여 <당률> 보다 범죄수단의 잔혹성을 더 주목하였음을 알 수 있다. <당률>은 蠱毒²⁶⁾을 만들거나 厭魅²⁷⁾를 해서 타인의 생명이나 건강을 해치면 부도죄를 적용하였다.²⁸⁾ 그런데 <천성율령>의 십악에는 고독이나 염매에 관한 규정이 없고 타인을 저주하여 살상의 결과가

中或投毒藥，或殺時砍肢節及手足，或燒或以槍刀劍刺殺，如此殺法不同有多種，難以一一指出，如此苦難令人不忍入目而殺害等，一律不論主從皆以劍斬。自己妻子、子女當連坐，入牧農主中。其殺一門下三人及不同門戶四人中，有先昔犯死罪者，依律應是未減免，則不算殺人數中。其中殺獨人，以前有死罪則殺者以劍斬，家門莫連坐，從犯依次當減一等”

- 26) 고독이란 여러 종류의 蠱를 사용하여 秘傳의 邪法에 의해 毒을 제조하는 것을 가리킨다. <당률> 제262조, 권18, 賊盜律15, 造畜蠱毒. 자세한는 송두용, 앞의 글(각주 14), 5면; 송두용, 앞의 책(각주 14), 483면.
 27) 염매(厭魅)란 나무나 종이에 사람의 형상을 새기거나 그려놓고 그것을 바늘로 찌르거나 그 수족을 묶는 등의 주술적 행위를 하는 것을 말한다. <당률>제264조, 권18, 도적률17 憎惡造厭魅. 자세한는 송두용, 위의 글, 5면; 송두용, 위의 책, 483면.
 28) 만약 조부모나 부모에게 사랑을 받고자 하여 염매한 경우에는 불효죄(不孝罪)가 적용된다

있으면 위부도죄를 구성하는 것으로 보았다. 蠱毒을 제조하여 살인하면 위에서 언급한 독극물을 투여한 것에 포섭될 수 있으므로 위의 규정에 따라 검참에 처하였을 것이다. 또 엄매 행위는 저주한 법에 포함된다고 할 수 있으므로 범죄 결과의 정도에 따라 처벌한다. <천성율령> 제24조(위부도의 여섯 번째)에 의하면, 살해할 뜻으로 造意하고 조의한 자가 저주하여 살인하면 고의살인법에 따르고, 살인미수가 되면 고의상해법에 따르도록 규정하였다.²⁹⁾

이상과 같이 <천성율령>의 ‘위부도’는 당률의 ‘부도’를 일부 전승하였지만, 후손을 잊지 못하게 한 경우라든지 범죄수단이 잔혹한 행위 등은 주종을 막론하고 엄벌에 처하였다.

Ⅲ. 위부도의 고의상해

위부도의 고의상해죄와 고의살인죄는 그 입법구조가 매우 정밀하다. 이들 범죄는 <천성율령> 제1문 십악 제20조에 규정되어 있는데 2개 項으로 나누어 각각 규정하고, 그 하위규정으로 款을 두었으며, 그 밑에 다시 目을 두었다. 그리고 목에서 다시 하위규범이 필요할 경우에는 號를 두었다. 물론 조·항·관·목·호 라는 용어를 사용하지는 않았지만 <천성율령>에서 배치한 格의 위치를 달리하여 그 위치배열의 높낮이로써 관련 법조문의 상위와 하위를 분명하게 구별하였다.

<천성율령> 제20조는 “무릇 사람이 서로 원한이 있는 고의적 행동으로 상해 및 살해 두 가지 죄의 정황이 있을 경우 아래에 정한 판단에 따른다.”³⁰⁾고

29) <천성율령> 제24조 “무릇 사람이 저주한 법에 해당하는 짓을 한 경우 타인을 살해할 뜻으로 造意하고 造意한 자가 저주하여 살인하면 고의살인법에 따르며, 이미 실행하였으나 죽지 않은 경우에는 고의상해법에 따른다. 실행하지 않은 경우 고의살인을 논의한 바 있으나 가지 않고 가까이 하였는지 여부는 앞에서 처럼 각각의 죄의 정상에 따른다.” 漢譯原文: “諸人做咒法事, 謀有意殺他人, 造意者做咒法事以其殺人, 則按故意殺法, 已做未死則按有意傷法, 未做則按已議故意殺而未往, 有不有親當依前與各各罪狀相同”

30) 漢譯原文: “諸人相恨故意行時, 傷及殺二種罪情, 按以下所定判斷”

규정되어 있다. 그리고 그 제1항은 “고의적 상해일 경우 실행할 의도가 있어서 이미 모의했지만 실행하지 않거나, 이미 실행하였지만 착수하지 않거나 이미 착수하였지만 상해흔적이 없는 경우 등은 일률적인 것으로 본다. 이밖에 상해 시 비록 상해의 경중이 다르나 상해정도가 구분하기 어려우면 그 죄의 정황은 동일한 것으로 본다. 이미 손을 대어 상처를 낸 경우는 응당 상해라고 봐야 한다.”³¹⁾고 규정하였다.

고의상해는 일단 범죄의도가 있어야 하는데, 착수하지 않거나 착수했는데 미수로 되는 것은 동일하게 보았다. 또한 傷害의 결과는 경중이 다르더라도 이미 상처를 내기만 하면 상해의 기수가 되는 것으로 보았다.

1. 서민의 고의상해

고의상해는 그 유형이 다양하다. 고의상해에 해당되는 것은 4가지 유형으로 나누어 다음과 같이 규정하였다.

- (1) 서민으로 범행할 뜻이 있는 자가 상해하지 않고 造意한 경우는 징역 10년이고 중범은 징역 8년이다. 이미 상해가 된 경우 造意하여 상해한 자는 교살에 처하며 중범은 징역 10년이다.³²⁾
- (2) 서민이 관리를 상해한 경우(一等庶人傷有官人時)
- (3) 관리가 서민을 상해한 경우 관품은 산정하지 않는다.³³⁾
- (4) 관리가 자기네들끼리 상해할 경우 관직의 높고 낮음을 막론한다.³⁴⁾

31) 漢譯原文：“一故意傷人時，有意行、已議未往，及已往未勸手、已勸手未出傷痕者等，一律當算，此外傷時雖傷勢輕重不同，但因傷勢難分高低，其罪情當相同，已動手已出傷痕，則應算爲傷”

32) 漢譯原文：“一等庶人自共有意行者，未傷則造意徒十年，從犯徒八年。已傷則造意傷人者等絞殺，從犯徒十年”

33) 漢譯原文：“一等有官人傷庶人時，官勿算”

34) 漢譯原文：“一等有官人自相有意行傷人時，不論官高下”

이들 유형을 차례대로 살펴보면, 서민의 경우 주관적 요소를 중시하여 상해의 결과가 없더라도 상해를 造意하기만 해도 징역 10년에 처하였다. 조의하여 상해의 결과가 있으면 교살에 처하였는데, 西夏 왕조가 이들 범죄를 십악에 포함시켜 사회질서를 바로잡으려는 강력한 의지를 볼 수 있다 하겠다.

서민이 관리를 상해한 경우는 관리의 고하에 따라 그 형벌을 달리하였다.

- ① 未及御印 관리에 대하여 상해하지 않고 造意한 경우는 징역 12년이고 종범은 10년이다. 이미 상해를 가한 자, 造意·상해한 자는 검참하며 종범은 무기징역이다.³⁵⁾
- ② 及御印에서 拒邪에 이르는 관리에 대하여 상해하지 않고 造意한 경우는 교살에 처하며 종범은 무기징역이다. 이미 상해하였는데 造意·상해인 경우는 검참하며 종범은 교살에 처한다.³⁶⁾
- ③ 及授이상인 자에 대하여 상해하지 않았으나 造意한 경우는 검참하며, 종범은 교살한다. 이미 상해하고 造意·상해 등을 한 경우 자신의 처와 동거자녀 등은 연좌하여 牧農主에 들어가게 하며 종범은 모두 검참에 처한다.³⁷⁾

<천성율령>에 의하면 서하의 관리는 ‘及授’ ‘及御印’ ‘未及御印’으로 나뉜다. 서하 황족은 주로 及授官으로 임명되었다.³⁸⁾ 위에서 보는 바와 같이 비교적 낮은 직에 있는 未及御印 관리에 대하여 서민이 상해할 조의만 품어도 징역 12년형에 처했다. 서민끼리의 같은 경우 보다 징역 2년이나 더 무겁다. 범죄객체의 신분에 따라 그 형벌을 달리하였는데 及御印에서 拒邪에 이르는 관리에 대하여 상해할 造意를 한 경우는 교살에 처하였고, 황족인 及授官 이상의 관리에 대하여 상해할 조의를 한 경우는 최고형인 검참에 처하였다.

35) 漢譯原文：對有「未及御印」官，未傷則造意徒十二年，從犯十年；已傷者，造意、傷人者等以劍斬，從犯無期徒刑。

36) 漢譯原文：對自「及御印」至「拒邪」，未傷則造意絞殺，從犯無期徒刑。已傷則造意、傷人者等以劍斬，從犯絞殺。

37) 漢譯原文：對「及授」以上者，未傷則造意以劍斬，從犯絞殺；已傷，造意、傷人等自己妻子及同居子女等當連坐，入牧農主中；從犯一齊以劍斬。

38) 陳瑋，「從天盛律令看西夏皇族」，35면，『西夏研究』，2010.

2. 관리의 고의상해

관리가 서민을 상해할 경우 관품은 산정하지 않았고(勿算官), 세 가지 유형으로 나누어 처리하였다.

- ① 未及御印 관리가 서민을 상해하지 않았지만 造意한 경우 징역 8년에 처하고 중범은 징역 6년이다. 상해 당한 경우 造意하고 사람을 상해하였으면 징역 12년에 처하고 중범은 징역 10년이다.³⁹⁾
- ② 及御印에서 拒邪에 이르는 직에 있는 자가 상해하지 않은 경우 造意를 했으면 징역 6년, 중범은 징역 5년에 처한다. 이미 상해를 한 경우 造意하고 사람을 상해한 경우는 징역 10년에 처하고 중범은 징역 8년에 처한다.⁴⁰⁾
- ③ 及授 관리가 상해되지 않은 경우는 징역 5년에 처하고 중범은 징역 4년이다. 상해를 당한 경우 造意하고 사람을 상해했으면 징역 8년에 처하고 중범은 징역 6년이다.⁴¹⁾

<천성율령>은 관리가 서민을 상해할 경우 관리가 어떠한 관직에 있던지를 막론하고 관품은 산정하지 않고 實刑에 처하였다. 예컨대, 미급어인 관리가 서민을 상해하지는 않았지만 상해할 조의를 한 경우에는 징역 8년에 처하였다. 범행을 실행하지도 않았는데 주관적 요소에 주목하여 상해 造意만 있더라도 중형에 처한 것은 <천성율령>의 또 다른 업적이라고 할 수 있다. <천성율령>의 위부도는 위와 같은 규범을 입법을 통하여 법 앞의 신분적 불평등을 다소 완화하였다.

관리가 자기네들끼리 서로 상해할 경우는 기본적으로 관직의 높고 낮음을

39) 漢譯原文：「未及御印」者，未傷到則造意徒八年，從犯徒六年；傷時造意、傷人者等徒十二年，從犯徒十年。

40) 漢譯原文：自「及御印」至「拒邪」者，未傷者，造意徒六年，從犯徒五年；已傷時，造意、傷人者等徒十年，從犯徒八年。

41) 漢譯原文：「及授」者，未傷時，徒五年，從犯徒四年；傷時造意、傷人者等徒八年，從犯徒六年。

막론하였다. 여기서는 두 가지 유형으로 나누어 규범하였다. 즉,

- ① 낮은 관리가 자신 보다 관직이 큰 자를 상해할 경우
- ② 큰 관리가 자신보다 낮은 관리를 상해할 경우

먼저, 낮은 직에 있는 관리가 자기보다 높은 직에 있는 관리를 상해할 경우는 이를 다시 아래와 같이 둘로 나누어 규정하였다.

- a: 未及御印 관리가 及御印에서 拒邪에 이르는 관리에 대하여, 상해하지 않았지만 造意가 있는 경우 징역 12년에 처하고, 중범은 징역 10년에 처한다. 이미 상해한 경우 造意하고 사람을 상해한 자는 교살에 처하며, 징역범(徒犯)은 징역 12년에 처한다. 及授 관리에 대해서는 상해하지 않았지만 造意한 경우는 교살에 처하고 중범은 징역 12년에 처한다. 이미 상해한 경우 造意하고 사람을 상해한 자는 검참하고 중범은 교살에 처한다.⁴²⁾
- b: 及御印에서 拒邪에 이르기까지의 관리가 及授관리에 대하여 상해하지 않았으나 造意를 했으면 교살에 처하고 중범은 징역 12년에 처한다. 상해일 경우 造意하고 사람을 상해한 자 등은 검참하고 중범은 무기징역에 처한다.⁴³⁾

여기서 보다시피 관리끼리 상해한 죄에 대하여 관직의 높고 낮음에 관계없이 가해자를 처벌하였는데 피해자의 고하에 따라 그 형벌을 달리하였다. 이렇게 함으로써 관료사회의 신분질서를 지키고자 하였다.

42) 漢譯原文: 有「未及御印」官者, 對自「及御印」至「拒邪」官未傷則造意徒十二年, 從犯徒十年; 已傷時, 造意、傷人者等絞殺, 徒犯徒十二年。對至「及授」官者, 未傷則造意絞殺, 從犯徒十二年; 已傷時, 造意、傷人者等以劍斬, 從犯絞殺。

43) 漢譯原文: 自「及御印」至「拒邪」官, 對「及授」官, 未傷則造意絞殺, 從犯徒十二年; 傷時, 造意、傷人者等以外劍斬, 從犯無期徒刑。여기서 “傷時, 造意、傷人者等以外劍斬”은 “傷時, 造意、傷人者等劍斬”의 오키(誤記)가 아닌가 한다.

그리고 높은 직에 있는 관리가 자기보다 낮은 직에 있는 관리를 상해할 경우에도 두 가지 유형으로 나누어 규정하였다.

- a: 及授 관리가 及御印에서 拒邪에 이르는 관리를 상해하지 않고 造意한 경우 징역 8년에 처하고 종범은 징역 6년에 처한다. 상해하였는데 造意하고 상해한 것 등은 징역 10년이며 종범은 징역 8년이다. 미급어인 관리에 대하여 상해하지 않았지만 조의가 있으면 징역 6년에 처하고 종범은 징역 5년에 처한다. 이미 상해되었을 경우 조의를 하고 상해한자 등은 징역 8년에 처하고 종범은 징역 6년에 처한다.⁴⁴⁾
- b: 及御印 관리가 未及御印 관리에 대하여 상해하지 않았는데 造意한 경우는 징역 8년에 처하고 종범은 징역 6년에 처한다. 이미 상해한 경우 造意하고 상해한 것 등은 징역 10년이고 종범은 징역 8년이다.⁴⁵⁾

이와 같이 고위직 관리가 자기보다 하위직에 있는 관리를 상해하였을 경우 고하의 정도가 동일하다면 동일한 형벌을 가하였다. 예컨대, 及授 관리가 及御印에서 拒邪에 이르는 관리를 상해한 경우와 及御印 관리가 未及御印 관리에 대하여 상해한 경우는 그 형량이 미수일 때는 징역 8년, 기수일 때는 징역 10년으로 서로 같다.

IV. 위부도의 고의살인

위에서 언급한 바와 같이 <천성율령> 제20조는 “무릇 사람이 서로 원한이 있는 고의적 행동으로 상해 및 살해 두 가지 죄의 정황이 있을 경우 아래에 정

44) 漢譯原文: 有「及授」官對有自「及御印」至「拒邪」官者, 未傷則造意徒八年, 從犯徒六年; 傷勢, 造意、傷人者等徒十年, 從犯徒八年。對有「未及御印」官, 未傷則造意徒六年, 從犯徒五年; 已傷時, 造意、傷人者等徒八年, 從犯徒六年。

45) 漢譯原文: 有「及御印」官對「未及御印」官, 未傷, 則造意徒八年, 從犯徒六年; 已傷時, 造意、傷人者等徒十年, 從犯徒八年。

한 판단에 따른다.”고 규정하고 있다. 제1항에서는 고의상해에 관한 규정을 두었는데, 제2항은 고의살인에 관한 규정을 두었다.

1. 서민의 고의살인

제2항은 고의살인에 관한 규정 즉 ‘故意殺人罪法’ 역시 제1항과 같이 네 가지 유형을 다음과 같이 설정하고 있다.

- (1) 서민이 서로 살해한 경우 한두 사람을 살해하였는데 일률적으로 造意·살인자 등은 검참하고, 원한으로 서로 도운 경우는 무기징역에 처하고 중범은 징역 12년에 처한다. 세 사람을 살해한 경우 造意·살인자 등은 검참하고 자신의 처와 동거자녀 등은 연좌하여 牧農主에 들어가게 한다. 원한이 있어 서로 도운 경우는 검참하고 중범은 무기징역에 처한다.⁴⁶⁾
- (2) 서민이 관리를 살해한 죄의 법(一等庶人殺有官人罪法)
- (3) 관리가 서민을 살해한 경우 관품을 산정하지 않는다.⁴⁷⁾
- (4) 관리가 자기네들끼리 살해한 죄의 법(一等有官者自相殺罪法)

이상을 차례대로 살펴보면, 서민이 서민을 살해할 경우는 범죄유형을 한두 사람을 살해하는 것과 세 사람을 살해하는 것 두 가지로 나누어 처벌하였다. 두 가지 유형 모두 조의범과 살인범을 검참하는데 후자는 여기에 처와 동거자녀 등을 연좌형으로 가중하는 점에서 차이가 난다.

46) 漢譯原文：一等庶人自互相殺時，殺一、二人，一律造意、殺人者等以劓斬，有怨恨出力相助等無期徒刑，而從犯徒十二年。殺三人時，造意、殺人者等以劓斬，自己妻子及同居子女等當連坐，入牧農主中。有怨出力相助等以劓斬，從犯無期徒刑。

47) 漢譯原文：一等有官人殺庶人時，勿算官。

서민이 관리를 살해한 경우는 세 가지 상황으로 규정하고 있다.

- ① 未及御印관리 중 한사람을 살해한 경우 造意·살인한 자 등은 검참하며 원한으로 서로 도운 자는 교살에 처하고 종범은 무기징역에 처한다. 두 사람을 살해한 경우 살인자 등은 자신의 처와 동거자녀는 연좌하고, 원한으로 서로 도운 경우 모두 검참하며 종범은 교살한다. 세 사람을 살해한 경우 주와 종을 막론하고 모두 검참하고 자신의 처와 동거자녀 등은 연좌하여 모두 牧農主에 들어가게 한다.⁴⁸⁾
- ② 及御印에서 拒邪관리에 이르는 한사람을 살해한 경우 造意·살인한 자 등은 처와 동거자녀 등을 연좌하고 원한이 있어 서로 도운 자와 함께 일제 검참하며 종범은 교살에 처한다. 두 사람을 살해한 경우 주종을 막론하고 모두 검참하고 자신의 처, 동거자녀 등은 연좌하여 일제 牧農主에 들어가게 한다.⁴⁹⁾
- ③ 及授관리 한사람을 살해하면 주종을 막론하고 일률적으로 모두 검참하며 자신의 처, 동거자녀 등은 연좌하여 牧農主에 들어가게 한다.⁵⁰⁾

위에서 보는 바와 같이 未及御印관리 중 한사람을 살해한 경우 造意·살인한 자 등은 검참에 처하고, 두 사람을 살해한 경우 살인자 등은 자신의 처와 동거자녀는 연좌형에 처한다. 그러나 미급어인 보다 높은 관직인 及御印에서 拒邪관리에 이르는 한사람을 살해한 경우, 造意·살인한 자 등은 처와 동거자녀 등을 연좌형에 처하는데 이것은 미급어인 관리 두 사람을 살해한 때와 그 형벌의 強度가 동일하다. 급수관리 한사람을 살해하면 주종을 구분하지 않고 모두

48) 漢譯原文: 殺有「未及御印」官中一人, 造意、殺人者等以劍斬, 有怨出力相助者絞殺, 從犯徒無期徒刑。殺二人時, 造意、殺人者等之自己妻子及同居子女等當連坐, 有怨出力相助者一律以劍斬, 從犯絞殺。殺三人時, 不論主從皆以劍斬, 自己妻子, 同居子女等當連坐, 應一齊入牧農主中。

49) 漢譯原文: 殺自「及御印」至「拒邪」官者中之一人, 造意、殺人者等妻子及同居子女等當連坐。與有怨出力相助者一齊以劍斬, 從犯絞殺。殺二人時, 不論主從, 一律以劍斬, 自己妻子、同居子女等當連坐, 一齊入牧農主中。

50) 漢譯原文: 殺有「及授」官之一人, 無論主從, 一律皆以劍斬, 自己妻子、同居子女等當連坐, 入牧農主中。

검참에 처하고 범죄자의 가족은 연좌해서 노비가 되도록 하였다.

2. 관리의 고의살인

관리가 서민을 살해한 경우는 관리가 서민을 상해한 경우와 같이 기본적으로 관품을 산정하지 않고(勿算官) 實刑에 처하였다. 여기에도 세 가지 유형이 있다.

- ① 未及御印인 관리가 한두 사람을 살해한 경우 造意·살인자 등은 교살에 처하고 원한이 있어 서로 도운 자는 무기징역에 처하며 중범은 징역 12년에 처한다. 세 사람을 살해한 경우 造意·살인자 등은 검참하고, 원한이 있어 서로 도운 자는 교살에 처하며 중범은 무기징역에 처한다.⁵¹⁾
- ② 及御印에서 拒邪에 이르는 관리가 한두 사람을 살해한 경우 造意·살인한 자 등은 무기징역이고 원한이 있어 서로 도운 자는 징역 12년, 중범은 징역 10년에 처한다. 세 사람을 살해한 경우 주모자와 살인자는 교살에 처하고 원한이 있어 서로 도운 자는 무기징역이고 중범은 징역 12년에 처한다.⁵²⁾
- ③ 及授관리가 한두 사람을 살해한 경우 造意·살인한 자 등은 징역 12년에 처하며 원한이 있어 서로 도운 자는 징역 10년, 중범은 징역 8년에 처한다. 세 사람을 살해한 경우 造意·살인자 등은 무기징역에 처하고 원한이 있어 서로 도운 자는 징역 12년이고 중범은 징역 10년에 처한다.⁵³⁾

위와 같이 미급어인 관리가 서민 한두 사람을 살해하면 교살에 처했지만 그보다 높은 직위인 급어인에서 거사에 이르는 관리가 한두 사람을 살해하면 무

51) 漢譯原文:「未及御印」者殺一、二人時, 造意、殺人者等絞殺, 有怨出力相助者無期徒刑, 從犯徒十二年。殺三人時, 造意、殺人者等以劍斬, 有怨出力相助者絞殺, 從犯無期徒刑。

52) 漢譯原文: 有自「及御印」至「拒邪」官者, 殺一、二人時, 造意、殺人者等無期徒刑, 有怨出力相助者徒十二年, 從犯徒十年, 殺三人時, 主謀、殺人者絞殺, 有怨出力相助者無期徒刑, 從犯徒十二年。

53) 漢譯原文: 有「及授」官者殺一、二人時, 造意、殺人者等徒十二年, 有怨出力相助者徒十年, 從犯徒八年。殺三人時, 造意、殺人者等無期徒刑, 有怨出力相助者徒十二年, 從犯徒十年。

기징역에 처했다. 西夏의 징역형은 단기, 장기, 무기로 나누었는데⁵⁴⁾ 무기징역은 13년 이상이며 징역 20년이 포함되었다. 관리가 서민을 살해한 하면 어떠한 경우에도 연좌형으로는 벌하지 않았다.

관리가 자기네들끼리 살해한 경우 역시 두 가지 유형으로 나누어 규정하고 있다. 즉 ① 未及御印관리가 자신의 관직 보다 높은 관리를 살해한 경우, 그리고 ② 及御印이상의 높은 관리가 未及御印 등 낮은 관리를 살해한 경우이다. 전자는 다시 두 가지 유형으로 나누어서 규정하고 있다.

- a: 及御印에서 拒邪에 이르는 관리가 한사람을 살해한 경우 造意·살인한 자 등은 검참하며 원한이 있어 서로 도운 자는 무기징역에 처하고 중범은 징역 12년에 처한다. 두 사람을 살해한 경우 造意·살인한 자 등의 처와 동거자녀 등은 연좌하며 원한이 있어 서로 도운 자는 검참하고 중범은 교살에 처한다. 세 사람을 살해하면 주종을 막론하고 일률적으로 검참하며 자신의 처, 동거자녀 등은 연좌하여 함께 牧農主에 들어가게 한다.⁵⁵⁾
- b: 及授 관리 중 한사람을 살해한 경우 살인자 등의 처와 동거자녀 등은 연좌하며 원한이 있어 서로 도운 자는 검참하고 중범은 교살에 처한다. 두 사람 이상을 살해한 경우 주종을 막론하고 일률적으로 검참하며 자신의 처, 동거자녀 등은 연좌하여 牧農主에 들어가게 한다.⁵⁶⁾

54) 단기징역형으로는 3개월, 6개월, 1년, 2년, 3년, 4년, 5년, 6년 등 8개 등급이 있었고, 장기징역형으로는 8년, 10년, 12년 등 3가지가 있었다. <천성율령> 제20권 ‘죄칙불동문(罪則不同門)’ 제12조.

55) 漢譯原文: 殺『及御印』至『拒邪』官中一人時, 造意、殺人者等以劍斬, 有怨出力相助者無期徒刑, 從犯徒十二年. 殺二人時, 造意、殺人者等之妻子及同居子女等當連坐, 有怨出力相助者一齊以劍斬, 從犯絞殺. 殺三人則不論主從, 一律以劍斬, 自己妻子、同居子女等當連坐, 一齊入牧農主中.

56) 漢譯原文: 殺有『及授』官中一人時, 造意、殺人者等之妻子及同居子女等當連坐, 有怨出力相助者一齊以劍斬, 從犯絞殺. 殺二人以上, 不論主從一律以劍斬, 自己妻子、同居子女等當連坐, 入牧農主中.

이상과 같이 及御印에서 拒邪에 이르는 관리가 한 사람을 살해한 경우 造意·살인한 자 등은 검참하였다. 及授 관리 중 한사람을 살해하면 범죄자의 가족 등은 연좌형에 처하였다. 두 사람 이상을 살해한 경우에는 주종을 막론하고 모두 검참하고 그 가족은 노비가 되도록 하였다.

그런데 실제로는 같은 류(類)에 있는 관리라 하더라도 그 고하를 식별하기 어려울 경우가 있으므로 <천성율령> 이에 대한 규정을 두고 있다. 즉 <천성율령> 제21조(위부도의 3번째 조문)은 “及御印, 未及御印, 及授 관리 등이 서로 살해한 경우 죄의 정황이 이미 지적한 것 외에 만약 未及御印 중 관품에 고하가 있고 及御印, 及授 등 관리에 각자 다른 품이 있을 경우 각각 품마다 고저를 구분하기 어려우므로 관리 고저를 막론하고 일률적으로 서민법에 따라 판단한다”⁵⁷⁾고 규정하고 있다.

及御印이상의 높은 관리가 未及御印 등 낮은 관리를 살해한 경우에는 3가지 유형으로 나누어 규범하였다.

a: 及御印에서 拒邪에 이르는 관리가 한사람을 살해한 경우 造意·살인한 자 등은 교살에 처하며 원한이 있어 서로 도운 자는 징역 12년에 처하고 중범은 징역 10년에 처한다. 두 사람을 살해한 경우 造意·살인자 등은 검참하며 원한이 있어 서로 도운 자는 무기징역에 처하고 중범은 징역 12년에 처한다. 세 사람을 살해한 경우 造意·살인한 자 등은 자신의 처와 동거자녀 등은 연좌하여 牧農主에 들어가게 한다. 원한이 있어 서로 도운 자는 일제 검참하고 중범은 교살에 처한다.⁵⁸⁾

b: 及授 관리가 한사람을 살해한 경우 造意·살인한 자 등은 무기징역에 처하고 중범

57) 漢譯原文: “有『及御印』、『未及御印』和『及授』官等自互相殺時, 罪情已指以外, 若『未及御印』中官品有高下, 以及『及御印』、『及授』等官中亦各自品中有不同品時, 因一品品難分高低, 一律不論官高低, 按庶人法判斷。”

58) 漢譯原文: 有『及御印』至『拒邪』官殺一人時, 造意、殺人者等絞殺, 有怨出力相助者徒十二年, 從犯徒十年. 殺二人時, 造意、殺人者等以及劓斬, 有怨出力相助者無期徒刑, 從犯徒十二年. 殺三人時, 造意、殺人者等自己妻子、同居子女等當連坐, 入牧農主中, 有怨出力相助者一齊以劓斬, 從犯絞殺.

은 징역 8년에 처한다. 두 사람을 살해한 경우 造意·살인자 등은 교살에 처하며 원한이 있어 서로 도운 자는 징역 12년, 종범은 징역 7년에 처한다. 세 사람을 살해한 경우 주모자, 살인자 등은 검참하고 원한이 있어 서로 도운 자는 교살에 처하며 종범은 무기징역에 처한다.⁵⁹⁾

- c: 及御印과 及授 관리가 서로 살해한 경우, 及御印에서 拒邪에 이르는 관리가 及授관리를 살해한 경우 雜官人이 及御印 관리를 살해한 官法에 따른다. 만약 及授관이 及御印 관리를 살해한 경우는 及御印 관리가 잡관인을 살해한 법에 따라 판단한다.⁶⁰⁾

위와 같이 직위가 높은 관리가 낮은 관리를 살해하면 그 최저형인 무기징역에 처하고 형사책임의 경중에 따라 교살 혹은 검참까지도 집행하였다. 及御印에서 拒邪에 이르는 관리가 자기보다 직급이 낮은 관리 세 사람을 살해하면 검참형에 처하고 그 가족은 연좌해서 노비가 되게 하였다.

V. 맺음말

위에서 살펴본 것처럼 <천성율령> 제19조는 위부도의 범죄유형을 규정하였고, 제20조는 위부도의 고의상해와 고의살인에 관한 규정을 매우 정밀하게 규정하였음을 알 수 있다. 예컨대 고의상해를 크게 서민의 고의상해와 관리의 고의상해로 나누고, 서민의 고의상해를 서민이 관리를 상해하는 경우 등 3가지로 구분하고, 서민이 관리를 상해하는 경우를 다시 범죄객체인 관리의 3가지 관품으로 세분하여 처벌을 달리하는 규정을 두고 있다.

59) 漢譯原文: 有「及授」官殺一人時, 造意、殺人者等無期徒刑, 有怨出力相助者徒十年, 從犯徒八年。殺二人時, 造意、殺人者等絞殺, 有怨出力相助者徒十二年, 從犯徒七年。殺三人時, 主謀、殺人者等以劍斬, 有怨出力相助者絞殺, 從犯無期徒刑。

60) 漢譯原文: 有「及御印」和「及授」官等自相殺時, 有自「及御印」至「拒邪」之官者殺「及授」官時, 按有雜官人殺有「及御印」官法, 及若有「及授」官殺有「及御印」官時, 按有「及御印」官人殺有雜官人之法判斷。

고의살인 역시 같은 방법으로 규범하고 있는 것을 보면, 고의범은 범죄결과가 상해이든 살인이든 반드시 신분에 따라 중벌주의로 다스렸음을 볼 수 있다. 서민과 관리가 공모를 한 경우라든지 직급이 서로 다른 관리가 공모를 한 경우에 역시 신분에 따라 법적용을 하도록 하였다.⁶¹⁾ 또한 여러 사람이 고의살인을 계획하고 논의하였으나 살해하려 가지 않았고 공모자가 각각 이미 살해한 경우 가지 않은 자가 나중에 살인의 뜻을 깨달았으나 고발하지 않았으면 징역 10년에 처하였고, 만약 가지 않은 자가 원래 계획할 때 살해된 자와 원한이 있어 협력한 자는 징역 12년이며, 그 중 造意의 뜻을 표시하고 범죄현장에 가지 않은 경우 역시 전부의 죄를 담당하도록⁶²⁾ 규정한 것을 보면 原心을 定罪의 근본으로 삼았음을 알 수 있다. 이러한 ‘원심정죄’는 <당률>의 입법정신을 계승한 일면을 보여주고 있다고 하겠다.

입법형식에 있어서 <천성율령>은 율문에 대한 주석이나 안례 없이 格을 순차적으로 낮추어서 조·항·관·목·호 등으로 관련 사항을 구체적으로 세밀하게 규정한 것을 볼 수 있는데, 이렇게 함으로써 성문법으로서의 입법기능을 잘 발휘할 수 있었다. 이것은 독립왕조였던 ‘大夏’의 <천성율령>이 중국 왕조의 <당률소의>, <송형통> 등을 그대로 계수한 것이 아니라 자신들의 상황에 맞게 독창적인 법전으로 발전시켰음을 확인해 주는 것이기도 한 것이다. 하지만 같은 시기 중국 <송형통>과 비교하여, 얼마만큼 영향을 받고 또 어떠한 점이 ‘大夏’ <천성율령>의 특징을 이루는 것인지를 밝히기 위해서는 앞으로 더욱 다양한 연구가 필요하다고 하겠다.

61) <천성율령> 제22조는 “전술한 고의로 상해·살인을 행한 경우, 造意 공모자 등 중에 낮은 관리 및 서민 등 각각 다른 경우 관직의 높고 낮음, 서민 각각 죄의 정황이 다름에 따라 앞에서 적시한 바에 의해 각각 실행한다”고 규정하였다(漢譯原文：前述故意行傷人、殺人時，造意、同謀等人中，或有低官，及庶人等各自不同時，按官高低、庶人各自罪情不同，依前分別所示實行)。

62) 참고, <천성율령> 제23조 漢譯原文：“諸人故意殺人雖已計議，但未前往殺，同謀人其各已殺者，未往者後知覺殺人語，不當告則徒十年；若其未往人原本計議時，屬與所殺人有怨出力者，則徒十二年，其中示造意，未往亦承全罪”

■ 참고문헌

- 박 경, 「십악 개념의 수용을 통해 본 조선전기 사회윤리의 구축과정」, 『사학연구』 제 106호, 한국사학회, 2012.
- 한상돈, 「서하 천성율령의 형법체계」, 『저스티스』 통권 제108호, 2008.
- 한기종·한상돈 등 공역, 장진번 주편, 『중국법제사』, 소나무출판사, 2006.
- 유인선, 「베트남 黎朝刑律의 체재와 내용—당률의 계수와 관련하여」, 『법사학연구』 제 27호, 한국법사학회, 2003.
- 송두용, 『韓國法制史考』, 진명문화사, 1985.
- _____, 「십악의 죄」, 『법정연구지』 제2권 제2호, 건국대학교, 1968.
- 박병호, 「십악」, 『사법행정』 21권 11호, 한국사법행정학회, 1980.
- 鄧 樂, 「從唐律十惡罪看儒家對封建法制的影響」, 『南昌教育學院學報』 第27卷 第4期, 2012.
- 邵 方, 「西夏法典對中華法系的傳承與創新—以天盛律令爲視角」, 『政法論壇』 第29卷 第1期, 2011.
- 王志勇, 「天盛律令卷一譯釋及西夏法律中的十惡罪」, 『寧夏師範學院學報』 第5期, 2010.
- 陳 瑋, 「從天盛律令看西夏皇族」, 『西夏研究』, 2010.
- 王 聰, 「淺談唐律疏議中的十惡」, 『天津市政法管理幹部學院學報』 增刊, 2009.
- 史金波, 『西夏社會』(上), 上海人民出版社, 2007.
- 王立民, 『唐律新探』, 北京大學出版社, 2006.
- 李 偉, 「論封建立法中的十惡」, 『山西煤炭管理幹部學院學報』 第1期, 2006.
- 姜 歆, 「論西夏法律制定對中國傳統文化的傳承與創新—以西夏法典天盛律令爲例」, 『固原師專學報』 第27卷 第2期, 2006.
- 周東平, 「隋‘開皇律’十惡淵源新探」, 『法學研究』 第4期, 2005.
- 杜建泉, 「論西夏天盛律令的特点」, 『寧夏社會科學』 第1期, 2005.
- 姜 歆, 「論西夏法典的法律制度」, 『寧夏社會科學』 第6期, 2003.
- _____, 「論西夏法典結構及私法在其中的地位」, 『寧夏大學學報(人文社會科學版)』 第25卷 第1期, 2003.
- 史金波等, 『中華傳世法典天盛改旧新定律令』, 法律出版社, 2000.

薛梅卿,『宋刑統研究』,法律出版社,1997.

張晉藩 主編,『中國法制史』,群眾出版社,1995.

史金波,『西夏天盛律令略論』,『寧夏社會科學』第1期,1993.

「周禮」『十三經注疏』3,藝文印書館印行,1989.

<Abstract>

The Sin of Weibudao under Tiansheng Code of Laws in the Xixia Dynasty

Han, Sang-Don*

The Xixia Dynasty (also known as the Western Xia Dynasty, hereinafter “Xixia”) is an ancient Chinese dynasty that existed over 190 years from 1038 AD in the northwestern region of China. Xixia had its own code of laws called the Tiansheng Code of Laws (Tianshenglüling in Chinese, hereinafter the “Tiansheng Code” or the “Code”), which consists of 1,461 provisions. Out of these provisions, 39 provisions deal with the so-called “Ten Deadly Sins.”

Among the Ten Deadly Sins, the sin of Weibudao is designed to punish those immoral acts that seriously disturb the social order. Under the Tiansheng Code, there are six provisions (Articles 19 through 24) that specifically deal with the sin of Weibudao. Compared to the Codes of Tang and Song Dynasties, these provisions are far more detailed and specific. For example, the following acts were punished as Weibudao pursuant to the Tiansheng Code : (i) act of murdering three innocent persons in a single household; (ii) act of murdering one or two person(s) in a single household that disables such household to have any descendants; (iii) act of premeditated murder by way of injecting poisonous substance; (iv) torso murder or murder by severing hands and feet; and (v) murder by arson.

* Professor, Ajou University Law School

The Code also distinguished intentional murder and intentional injury. The crime of intentional injury is further divided into intentional injury by an ordinary person and intentional injury by an official. If an ordinary person has an intent to injure an official, such person will be sentenced to 12 years in prison. If an ordinary person has an intent to injure an official who is a member of the imperial family, such person will be punished by decapitation, the maximum penalty under the Code. In contrast, if an official injures an ordinary person, such official will only be sentenced to 8 years in prison.

Even in the cases of intentional murder, the Code had different penalties for officials and ordinary people. As for the intentional murder by ordinary people, the Code provided different sets of punishment for murder between ordinary persons and murder of official by an ordinary person. The Code further distinguished the murder by officials and provided different sets of punishment. For instance, if a higher ranking official murders a lower ranking official, the senior official will be sentenced to life in prison, the lowest penalty for the sin. In addition, if a higher ranking official murders three lower ranking officials, such senior official will be punished by decapitation, while his family will be jointly punished as slaves.

[Key Words] Xixia, Tiansheng Code of Laws, Ten Deadly Sins, Weibudao, Intentional injury, Intentional murder, Official, Ordinary person.