

清代法典中的“以凡人论”研究*

陶鹏飞

摘要 | 清代法典中的“以凡人论”问题,当前尚无专人专作进行研究。清律中以凡人论条款主要适用于有特定关系的相犯者之间。根据以凡人论条款产生的法律效果,对《大清律例》以凡人论条款进行分析,可将清律中“以凡人论”情形分为两种:一种是相犯者间特定关系终结,与凡人相犯无异,以凡人相犯规则论处,即恩义已绝,以凡人论。另一种是相犯者间特定关系尚存,但排除特定关系规则(服制规则)适用,而以凡人相犯规则论处,即排除服制规则,以凡人论。在具体案例对这两种以凡人论规则进行分析后,从中概括出清律以凡人论条款的三个立法特点:家族伦理色彩浓厚、极度维护尊长权威和兼顾弱势一方的利益。进而对清代法典中的“以凡人论”问题作出了初步的研究和探讨。

关键词 | 《大清律例》; 恩义已绝; 服制规则; 凡人

作者简介 | 陶鹏飞, 郑州大学法学院硕士研究生。研究方向: 法律史。

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、问题的提出

从学术史的视角出发,梳理法律史学界以往关于清代亲属相犯法律问题的研究成果,对已有的研究清代亲属相犯法律问题的学术成果进行综述,作为本文的研究基础。以往对清代亲属相犯法律问题的研究,主要集中在五个方面。第一是系统研究亲

属间相犯这一问题本身,如姚冠英系统研究了《大清律例》中有关亲属相犯的立法和司法问题。^[1]第二是研究亲属相犯中的服制定罪制度,如高学强以亲属相犯为中心探讨服制定罪制度与中国传统刑法的关系;^[2]冯榘系统全面地研究了清代的服制定罪制度。^[3]第三是研究亲属相犯的定罪量刑和法律责任问题,如毛丹研究亲属相犯中亲属身份对

* 本文为郑州大学研究生自主创新院级资助项目“中国古代廉政法治文化的传承与现代转化研究”的阶段性成果。

[1] 姚冠英:《〈大清律例〉中亲属相犯法律制度研究》,黑龙江大学2014年硕士学位论文。

[2] 高学强:《丧服制度与中国传统刑事法——以亲属相犯为考察中心》,载《中国刑事法杂志》2009年第6期。

[3] 冯榘:《清代服制定罪制度研究》,河北大学2020年硕士学位论文。

定罪量刑的影响；^[1]武志文专门论述了清代亲属相犯的法律问题。^[2]第四是研究亲属相犯法律制度蕴含的伦理思想，如马启华研究古代亲属相犯和亲属容隐制度，探究亲属相犯同罪异罚中所蕴含的伦理思想，为完善我国当前刑法中存在的问题提出立法构想；^[3]邓敏以服制案例为研究对象，分析了服制案例的基本类型及其所蕴含的伦理精神。^[4]第五是详细研究亲属相犯中的某一具体问题，如魏道明研究清代亲属相犯中的缘坐犯究竟是属于被害人还是犯罪人、^[5]清代奸非案中亲属杀伤行为的司法处置问题；^[6]尹红莉、任泽亚研究清代亲属间的相盗案件；^[7]^[8]李拥军研究清代亲属相奸问题；^[9]钱泳宏研究清代夫妻相犯问题。^[10]

综上所述，当前学界对清代亲属相犯问题的研究主要集中在研究亲属相犯本身及其相关问题上，尚无人研究清代法典中亲属相犯“以凡人论”^[11]的问题，更没有专门研究清代法典中“以凡人论”的研究成果。因此，本文选题具有一定的新颖性和创新性，本文的研究成果有助于弥补当前清代法典中“以凡人论”问题研究成果不足的缺陷，也具有一定的理论价值和现实意义。本文即在现有的研究清代亲属相犯成果的基础上专门研究“以凡人论”问题。

清代法典中的“以凡人论”是一种特定法律术语，凡人即是指常人、普通人。通过对《大清律例》中“以凡人论”出现的法条进行归纳和分析，发现

该术语多出现于具有特定关系的人相犯的规定中。相犯者间的特定身份产生特定关系，这种关系既可以是亲属关系，也可以是法律承认的师徒关系等其他关系。当这些具有特定关系的人之间相犯，“以凡人论”的适用往往会产生否定相犯者间特定关系的作用，此时特定关系将不再能够影响定罪量刑，相犯者之间只能按照常人相犯来定罪拟刑。“以凡人论”的否定作用，有时是消灭相犯者之间的特定关系，相犯者之间无特定关系之后以凡人论；有时是在不消灭特定关系的前提下，排除特定关系规则的适用，而只适用凡人相犯的规则进行处理。本文对清代法典中的“以凡人论”进行研究，将涉及到“以凡人论”的清律条文分为两类：恩义已绝（消灭特定关系）和排除服制（排除服制规则适用），并给每一条涉及“以凡人论”的律文都佐以相关的案例进行深入分析论证。

二、清代法典中“以凡人论”

如第一部分所述，本文将《大清律例》中“以凡人论”的相关条文分为两类：一是有特定关系的人相犯，致使特定关系消灭（恩义已绝），以凡人论；二是特定关系未消灭（恩义尚存），但排除特定关系规则（服制规则）而适用凡人相犯规则，以凡人论。

（一）恩义已绝，以凡人论

通过查阅《大清律例》，笔者将此类“以凡人论”

[1] 毛丹：《亲属身份对定罪及量刑的影响研究》，兰州大学2012年硕士学位论文。

[2] 武志文：《试论清代亲属相犯的法律问题》，西南政法大学2004年硕士学位论文。

[3] 马启华：《论亲属容隐与亲属相犯》，中国政法大学2003年硕士学位论文。

[4] 邓敏：《清代服制案例的基本类型及其伦理精神》，湖南大学2007年硕士学位论文。

[5] 魏道明：《犯罪人还是被害人：清代亲属相犯案件中的缘坐犯》，载《青海社会科学》2017年第6期。

[6] 魏道明：《清代对于奸非案内亲属杀伤行为的司法处置》，载《青海师范大学学报（哲学社会科学版）》2011年第5期。

[7] 尹红莉：《服制视野下的清代亲属相盗案件》，载《学理论》2016年第11期。

[8] 任泽亚：《亲属相盗窃定性处罚研究》，吉林大学2007年硕士学位论文。

[9] 李拥军：《“亲属相奸”何以为罪？——对乱伦罪回归中国刑法的深层思考》，载《兰州大学学报（社会科学版）》2012年第6期。

[10] 钱泳宏：《清代夫妻相犯研究》，华东政法大学2010年硕士学位论文。

[11] 清律中“以凡人论”的表达多出现在法条的后段，常见的表述方式是“（若某人）……，以凡人论。”还有同意形式的表述如：以（依）凡论、同凡论、同凡等。按笔者的理解，它指的是一种法律后果或者审案技巧，即按照常人论处或者适用常人规则论处。本文研究的是《大清律例》中的“以凡人论”。

总结为四种情况予以详细分析。

1. 同姓亲属^[1]相殴致死

《大清律例·刑律·斗殴下》“同姓亲属相殴”条中：“凡同姓亲属相殴，虽五服已尽，而尊卑名分犹存者，尊长犯卑幼，减凡斗一等；卑幼犯尊长，加一等；至死者，并以凡人论。”^[2]在同姓亲属相殴的情形中，服制关系已尽但仍存在着尊卑关系的亲属，如果是尊长犯卑幼，在普通人互相斗殴规定基础上减一等对尊长进行处罚；如果是卑幼犯尊长，则处罚要重，在普通人互相斗殴规定基础上加一等对卑幼进行处罚。如果相殴致死，无论是尊长殴死卑幼还是卑幼殴死尊长，则其间的尊卑名分已绝，以凡人论，都按照常人殴杀的规定定罪处罚。

《刑案汇览》“刘虎臣将刘郑氏殴伤成废”案中，^[3]刘郑氏是刘虎臣的同姓无服族婢，刘虎臣殴打刘郑氏，将其打伤成为残疾人。属于“同姓亲属相殴”条，无服但尊卑名分尚存中，卑幼犯尊长的情形，刘虎臣将刘郑氏殴伤成废，依《大清律例》刘虎臣被加凡斗一等处罚，杖一百，流三千里。若此案中刘虎成将其同姓无服族婢刘郑氏殴杀或故杀，则依律不分尊卑，以凡人论处，处以绞刑或者斩刑。

2. 夫妻义绝

夫妻义绝是指夫妻之间名分不在、恩义已绝。夫妻义绝之后，夫妻之间或者夫妻一方与另一方亲属之间再发生相犯行为时，以凡人论。本文将夫妻义绝的情形主要归纳为如下三种。

(1) 丈夫嫁卖妻子

丈夫嫁卖妻子之后，则夫妻之间恩义已绝，二者之间再有相犯，以凡人论。《大清律例·刑律·犯奸》“纵容妻妾犯奸”条中：“若用财买

休、卖休和娶人妻者，本夫、本妇及买休人，各杖一百，妇人离异归宗，财礼入官。”^[2]该条是清律中夫妻法定义绝的一种情况（妻子义绝归宗），其间又包含了两种情形：一是卖休者与卖休之妻之间，丈夫卖休妻子之后，夫妻恩义已绝，彼此相犯以凡人论。《清代“服制”命案——刑科题本档案选编》“李德茂斗杀李氏”案中，^[4]李德茂将其妻李氏卖休，改嫁给陈志做妻子。一天李德茂路过陈志家门口时，便进入陈家催讨钱财，适逢陈志外出，李德茂便向李氏索要钱财，期间爆发言辞矛盾，李氏用粪泼李德茂，李德茂气急败坏，捡石头扔向李氏，砸伤李氏右额头，不久李氏身死。司法官员在处理此案时，认为李德茂已将李氏卖休，此二人间夫妻名分已尽，恩义已绝，应以凡人相犯论处。依据斗殴杀人律，李德茂被判绞监候，秋后行刑。二是买休者与买休之妻之间，如果买休者是知情买休，则依“纵容妻妾犯奸”条的规定以凡人论。《刑案汇览》“曹世明杀辛俸”案中，^[5]辛俸是买休之夫，陈氏是辛俸的知情买休之妻。后陈氏与曹世明通奸，辛俸发现之后，陈氏与曹世明一道将辛俸砍斫致死。司法官员在审理此案时认为，陈氏为辛俸知情买休之妻，应当依律离异，辛俸与陈氏之间不存在夫妻名分，更无夫妻恩义，因此陈氏与曹世明杀害辛俸的行为仍然按照常人斗杀的规定处理。

(2) 丈夫典雇妻子、将妻子拟作姊妹嫁人

丈夫典雇妻子、将妻子拟作姊妹嫁人是法定义绝情形。《大清律例·户律·婚姻》“典雇妻女”条：“夫因财将妻妾典雇于他人者，杖八十；欺骗他人，将妻妾拟作自己的姊妹嫁人者，杖一百。知情而典雇或娶妻妾者，与本夫同罪，且妇人皆离

[1] 因本文写作中涉及到亲属间“以凡人论”的情形特别多，因此有必要澄清一下清律中亲属的范围。清代亲属的范围较之前历朝历代的亲属范围都要广。根据《大清律例》关于亲属的规定，清律中的亲属范围，包括本宗所有有服及无服亲属、外亲和妻亲中有服亲属及服制图特别标明的无服亲，和拟制血亲。亲属间相犯，一般定罪处罚不同于常人，主要是根据服制定罪规则。而本文研究的即是亲属相犯，不适用服制定罪规则，定罪处罚以凡人论，即与常人一样的问题。

[2] 参见田涛、郑秦点校：《大清律例》，法律出版社1999年版。

[3] 参见[清]祝庆祺、鲍书芸等编：《〈刑案汇览〉三编》第二编，北京古籍出版社2004年版，第1437页。

[4] 参见郑秦、赵雄主编：《清代“服制”命案——刑科题本档案选编》，中国政法大学出版社1999年版，第257-258页。

[5] 参见[清]祝庆祺、鲍书芸等编：《〈刑案汇览〉三编》第二编，北京古籍出版社2004年版，第1451页。

异归宗。”^[1]《清代“服制”命案——刑科题本档案选编》“李大华毒杀杨宏茂”案中，^[2]戚氏被前夫陈原甫典故给杨宏茂为妻。杨宏茂的好友李大华与戚氏通奸，杨宏茂虽然知情却放纵不管。杨宏茂扬言要将戚氏卖掉，李大华担心杨宏茂卖掉戚氏后自己会与其离散，便谋划毒死杨宏茂，戚氏对此知情但纵容不管。后李大华下药将杨宏茂毒杀。在实际的案件处理中，戚氏是杨宏茂的知情典雇之妻，因此按律应当义绝归宗，戚氏合同奸夫毒杀杨宏茂的行为应当以凡人论处而不以谋杀亲夫论。

(3) 抑勒妻子犯奸

《大清律例·刑律·犯奸》“纵容妻妾犯奸”条：“纵容妻妾与人通奸者，涉案之人杖九十；抑勒妻妾与人通奸者，本夫杖一百，奸夫杖八十，并判处妇女强制离异归宗。”^[1]抑勒妻子犯奸是指丈夫或者丈夫的父母逼迫妻子与他人通奸的行为，这是法定夫妻义绝的情形。丈夫和夫之父母逼迫妻子与他人通奸，则夫妻之家恩义已绝，彼此之间再有相犯以凡人论。《刑案汇览》“丁十逼妻卖奸将妻殴死”案中，^[3]得氏是丁十的妻子，丁十受陈王氏怂恿，多次逼迫得氏卖奸。得氏不愿意，多次遭到丁十殴打。得氏最终被丁十殴伤致死。此案在处理时，丁十屡次逼妻卖奸，按律应当义绝，以凡人论。^[4]丁十最终将得氏殴打致死，则丁十以凡斗判处绞监候。《刑案汇览》“张周氏逼媳卖奸自尽”案中，^[5]张周氏欲逼迫儿媳冯氏卖奸获利，冯氏拼死不从。张周氏遂将冯氏双臂殴伤，并经常将冯氏关在房中不给饭吃，想以此逼迫冯氏同意卖奸。冯氏被百般折磨后自缢身亡。法司在处理该案时认为，张周氏身为尊长应当时

刻教育冯氏保持贞洁，却逼媳卖奸，其媳不从又将其逼迫自尽，张周氏实属无耻至极，已尽失尊长之道，则婆媳之间恩义已绝，对张周氏理当严惩，依凡斗拟绞监候，以明刑弼教。《刑案汇览》“林王氏拒奸误毙夫命”案中，^[6]林阿梅贪利至极，为得利逼迫其妻王氏卖奸，林王氏不从。林阿梅带奸夫回家并让奸夫调奸林王氏，林王氏拾起柴块掷向奸夫以示抗拒，奸夫躲避，柴块误中林阿梅致其身亡。有司在审理时，认为林阿梅逼妻卖奸无耻至极，夫妻之间名分已尽、恩义已绝。林王氏拒奸误毙夫命，其情可悯，与凡人斗殴误毙夫命不同，不宜以“妻殴夫致死”条论处，对林王氏以凡人论误杀论处。

3. 妻父母与婿义绝：妻父母将妻改嫁、纵妻改嫁、教妻卖奸

此种义绝是指妻父母与婿之间的义绝。首先是妻父母将妻改嫁致使妻父母与婿义绝。《刑案汇览》“常二虎扎死李诚芳”案中，^[7]李诚芳是常二虎之妻常李氏的父亲，李诚芳嫌弃常二虎贫困，想要将女儿常李氏接回另嫁他人。李诚芳写下休书后责令常二虎按手印同意。常二虎不同意，李诚芳用棍棒殴打常二虎强迫他同意。常二虎自卫中用刀扎伤李诚芳致其身死。司法官查明，李诚芳逼令常二虎之妻常李氏改嫁，依律二者之间翁婿之义已绝，常二虎扎死李诚芳的行为不再以卑幼犯尊长论处，而以凡人斗杀处理，将常二虎依凡斗拟绞监候。然后是妻父母纵妻改嫁致使妻父母与婿义绝。《刑案汇览》“李小生烧死岳妻孙李氏”案中，^[8]孙李氏为李小生之妻李孙氏的母亲。李小生去外县探望其父，临走前未向李孙氏说明归期。李孙氏因李小生久出不归，生计无

[1] 参见田涛、郑秦点校：《大清律例》，法律出版社1999年版。

[2] 参见郑秦、赵雄主编：《清代“服制”命案——刑科题本档案选编》，中国政法大学出版社1999年版，第88页。

[3] 参见[清]祝庆祺、鲍书芸等编：《〈刑案汇览〉三编》第二编，北京古籍出版社2004年版，第1464页。

[4] 《大清律例·刑律·人命》“杀死奸夫”条：“若本夫抑勒卖奸故杀妻者，以凡人论。”

[5] 参见[清]祝庆祺、鲍书芸等编：《〈刑案汇览〉三编》第二编，北京古籍出版社2004年版，第1224页。

[6] 同上注第1465页。

[7] 同上注第1473页。

[8] 同上注第1474页。

法维持,想自寻生计,其母孙李氏让邻人刘彬帮忙寻工。刘彬怂恿李孙氏改嫁,孙李氏未置可否。李孙氏生计实在无法维持,便同其母孙李氏商量改嫁,孙李氏让李孙氏自行决定。刘彬诱李孙氏改嫁,李孙氏同意,遂改嫁。李小生回家发现其妻改嫁,便怀疑是孙李氏所为,孙李氏不承认。后李小生将孙李氏绑缚烧伤致死。有司审理认为,孙李氏在刘彬怂恿其女改嫁时就应当义正严词加以拒绝,后其女李孙氏与其商议是否改嫁时亦应当加以阻止,而孙李氏两次都是未置可否、听之任之。如此则孙李氏与其婿李小生间恩义已绝,李小生烧杀孙李氏的行为不以卑幼犯尊长处理,而以凡人论。最后是妻父母教妻卖奸致使妻父母与婿义绝。《刑案汇览》“赵幅义扎死妻母”案中,^[1]马毕氏是赵幅义之妻赵马氏的母亲。马毕氏怂恿其女赵马氏卖奸,赵幅义知情后将赵马氏殴责。马毕氏闻知后将赵马氏接回,仍让其同奸夫奸宿,并持刀威逼赵幅义写休书。赵幅义夺刀反杀马毕氏。官府审理认为,马毕氏教妻卖奸,可恶至极,后又持刀行凶,已属罪人,则马毕氏与婿赵幅义间尊长之道已尽,恩义已绝,赵幅义夺刀反杀马毕氏应以凡人论。将赵幅义以凡人擅杀罪人律论处。

4. 师徒关系中师父非理殴责徒弟致死

依清制,师徒关系中师父非理殴责徒弟致死,则师徒名分已尽,恩义已绝,以凡人论。清朝法律对国家承认的师徒关系予以保护,所谓“一日为师终身为父”“生我者父母,教我者师父”,在师徒关系中师父的地位如同家族中家长的地位,师父相对于徒弟拥有绝对权威和地位,徒弟必须听从师父的指示和命令,在徒弟不遵师嘱和犯错时,师父拥有以理责罚徒弟的权利。师父以

理殴责徒弟,法律一般不予干预,哪怕是师父以理殴责徒弟时失手将其打伤打死,法律也会从轻处罚。^[2]

而当师父非理殴责徒弟致死时,师父不再比照服制定罪,而以凡人论。《大清律例·刑律·斗殴》“殴授业恩师”条:“如殴伤弟子,各按殴伤期亲卑幼大功卑幼本律问拟。若因奸盗别情谋杀弟子者,无论已伤未伤,已杀未杀,悉照凡人分别定拟。其有挟嫌逞凶故杀弟子及殴杀内执持金刃凶器,非理扎殴致死者亦同凡人论。”依据该条,师父非理殴责徒弟致死导致师徒恩义已绝的情形有两种:一是师父因奸盗而谋杀弟子,要以凡人论。师父基于师徒恩义,要出于善意引导弟子,教授弟子正确的道理和技能,并做到“德高为师,行为示范”。^[3]若师父出于善意引导殴伤弟子,自然以期亲论;但师父因奸盗行为谋杀弟子,则显然违背了师父应当遵守的宗旨,败坏了师徒恩义,导致师徒名分已尽,恩义已绝,师徒名分不存,则师徒之间与凡人无异,此时对师父只能以凡人科断。二是师父以狠毒手段非理殴责徒弟致死,则师父教育引导徒弟之意已尽,逞凶杀人之心毕露,师徒恩义已绝,应对师父以凡人杀人定罪拟刑。《驳案汇编》“僧人恃醉殴杀徒弟”案中,^[4]僧人界安为韩二娃(十一岁)师父。韩二娃因外出晚归,界安在醉酒状态下将其绑缚吊于房梁之上殴打,韩二娃出言顶撞,界安毒打更甚。韩二娃之父跪地代子求饶,界安不为所动继续毒打,最终将韩二娃打死。官府在处理此案时认为,界安以凶恶残忍的方式殴打十一岁幼徒致其遍体鳞伤,最终殒命,其自供临时有逞凶杀人之心,按律应当对界安以凡人殴杀问拟。^[5]

[1] 参见[清]祝庆祺、鲍书芸等编:《〈刑案汇览〉三编》第二编,北京古籍出版社2004年版,第1471页。

[2] 《大清律例》“殴授业恩师”条:“如因弟子违犯教令以理殴责致死者,儒师照尊长殴死期亲卑幼律杖一百徒三年。僧尼道士喇嘛女冠及匠役人等,照尊长殴死大功卑幼律拟绞监候;如殴伤弟子,各按殴伤期亲卑幼大功卑幼本律问拟。”参见田涛、郑秦点校:《大清律例》,法律出版社1999年版。

[3] 参见[清]祝庆祺、鲍书芸等编:《〈刑案汇览〉三编》第二编,北京古籍出版社2004年版,第1401页。

[4] [清]全士潮、张道源等纂辑,何勤华、张伯元、陈重业等点校:《驳案汇编》,法律出版社2009年版,第377页。

[5] 同上注第378页。

（二）排除服制规则，以凡人论

此种以凡人论，是指有特定关系的人之间相犯，这些人之间的特定关系仍然存在，但是不适用特定关系规则处理，而是以凡人论相犯的规则处理。特定关系规则即服制定罪规则，即便这种特定关系是师徒关系，师徒间相犯时法律也规定比照服制定罪规则处理。当有特定关系的人之间相犯时，审判官首先是要确定相犯者之间的关系，这种关系影响着案件审理的方向和定罪量刑。以下是笔者归纳的几种排除服制规则而以凡人论的情形。

1. 卑幼谋杀缙麻以上尊长

《大清律例·刑律·人命》“谋杀祖父母父母”条中：“凡谋杀祖父母、父母，及期亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母、已行者，皆斩；已杀者，皆凌迟处死。谋杀缙麻以上尊长，已行者，杖一百、流二千里；已伤者，绞；已杀者，皆斩。”^[1]通过对该条规定进行分析可知，卑幼有预谋地杀害杀祖父母、父母，及其亲尊长、^[2]外祖父母、夫、夫之祖父母，那么不论首犯还是从犯，也不论是否有杀伤结果，只要卑幼有预谋杀害尊长的行为，哪怕只是停留在思想层面尚未付诸实施的谋划行为，一经坐实，卑幼都要被判处斩刑；如果已经发生杀害尊长的结果，卑幼则要一律被凌迟处死。卑幼谋杀缙麻以上的尊长，根据危害结果不同，法律的处罚分为三等，即实施谋杀行为但没有伤害结果发生时，为首卑幼要被杖一百、流二千里，为从者要被杖一百、徒三年；尊长受伤但并未死亡时，为首卑幼要被处以绞刑，从犯卑幼按照法律对普通人杀伤的规定处罚；尊长被杀时，则不分首犯从犯，一律处斩。

《刑案汇览》“薛生林谋杀缙麻以上尊长”案中，薛六是薛生林的大功服兄，薛生邦是薛生林的大功服弟，薛生蛟是薛六之兄，薛柄儿是薛六之子。因薛六借薛生林的粮食和钱文不还，薛生林便对薛六怀恨在心。后薛六调戏奸淫其儿媳未遂，薛生林便以此为由公报私仇，同薛生邦、薛生蛟谋划欲将薛六活埋致死，并胁迫薛柄儿帮忙将薛六手脚捆绑起来。期间薛六大声叫骂，薛生林用木柴殴打薛六额头和左腿，随后将其推进

水沟中掩埋。薛六在其子薛柄儿帮助下最终逃生，未被活埋致死。^[3]

在该案中，薛六是薛生林的大功服兄，属于薛生林的“缙麻以上尊长”。薛生林因对薛六怀恨在心，便公报私仇伙同薛生邦、薛生蛟、薛柄儿一起预谋杀害薛六，属于卑幼谋杀缙麻以上尊长的情形。因未致死，故分首从。其中，薛生林为首犯，薛生邦、薛生蛟、薛柄儿参与预谋并实施了帮助薛生林杀害尊长的行为，为从犯。在四人合力之下，虽未致薛六死，但却使其额头和左腿受伤，符合“谋杀祖父母父母”条中“已伤者，绞”的规定。最终裁定，薛生林作为谋杀缙麻以上尊长首犯被判处绞刑，薛生邦、薛生蛟、薛柄儿作为谋杀缙麻以上尊长从犯，以凡人论，即根据常人预谋杀害“伤而未死”的规定科以刑罚。

2. 卑幼强盗尊长财物

亲属间相盗仅指别居亲属间相盗，包括别居亲属间盗窃和强盗。^[4]同居亲属间盗窃和强盗一般不按照盗窃和强盗论处，同居亲属间盗窃按照《清律例·户律·户役》中“卑幼私擅用财”^[5]条的规定处理，同居亲属间强盗除了因强盗杀伤人外，一般是不予追究的。之所以同居亲属间相盗行为不以普通人相盗论处（除犯人命外），是因为《大清律例》十分维护“同居共财”“同居不别籍异财”的封建家

[1] 参见田涛、郑秦点校：《大清律例》，法律出版社1999年版。

[2] 与传统的斩衰、齐衰、大功、小功、缙麻五种服制不同，《大清律例》中的五种服制是指：至亲、期亲、大功、小功、缙麻。期亲指：除母外的其他属于齐衰服制的亲属，包括齐衰不杖期及齐衰五月、齐衰三月。

[3] 参见[清]祝庆祺、鲍书芸等编：《〈刑案汇览〉三编》第二编，北京古籍出版社2004年版，第834页。

[4] 亲属间盗窃，是指一方亲属以平和的方式在另一方亲属不知情的情形下侵犯他人财物的行为，包括秘密盗窃和公开盗窃；亲属间强盗，是指亲属间以暴力胁迫方式强行侵犯他人财物的行为。

[5] 凡同居卑幼，不由尊长，私擅用本家财物者，十两，笞二十，每十两加一等，罪止杖一百。参见田涛、郑秦点校：《大清律例》，法律出版社1999年版。

庭伦理。

关于别居亲属间相盗,《大清律例·刑律·盗窃下》条中:“凡各居亲属,相盗财物者,期亲,减凡人五等;大功,减四等;小功,减三等;缌麻,减二等;无服之亲,减一等。并免刺。若行强盗者,尊长犯卑幼,亦各依上减罪;卑幼犯尊长,以凡人论。若有杀伤者,各以杀伤尊长卑幼本律,从重论。”^[1]通过此条可以看出,虽然别居亲属间相盗以盗窃和强盗论处,但是由于毕竟是亲属间的相犯行为,彼此之间存在着血缘、姻亲或者法律拟制的特定关系,法律在对亲属间相盗进行处罚时,刑罚会在普通人相盗的基础上进行减免,同时适用服制定罪的原则,亲属间关系越近处罚越轻,关系越远处罚越重。具体而言,就是别居亲属间盗窃,不区分尊长卑幼,依服制在普通人盗窃基础上减等处,即盗窃期亲、大功、小功、缌麻、无服亲们的财物,分别在常人盗窃的基础上减五等至一等处罚。别居亲属间强盗,尊长强盗卑幼财物,处罚同盗窃一样在常人强盗基础上分别减等处罚,而卑幼强盗尊长财物则要按照常人强盗罪来进行论处。

《刑部比照加减成案》“莫五妹纠劫莫异相银钱案”中,^[2]莫五妹是莫异相的同姓无服族兄,莫五妹强盗莫异相的财物,属于无服尊长犯卑幼,依《大清律例》应将莫五妹依亲属相盗无服减一等,即莫五妹先按凡人强盗已得财按律当斩决的基础上,减一等,拟流罪。此案为尊长强盗卑幼财物案,按律因当减轻处罚,倘若此案是卑幼强盗尊长财物,那么按律当加重处罚,即以凡人论,但也仅仅只是以凡人论而已,并未在凡人的基础上再加重(强盗导致死伤除外)。为何尊长强盗卑幼能够减轻处罚,而卑幼强盗尊长却要加重处罚以凡人论呢?在笔者看来,这缘于《大清律例》十分强调和维护尊长在家族中的地位和权威,礼制是社会统治和社会秩序的基础,“亲亲”作为礼制的重要内容得到法律的认可和维护,尊长在家族中被赋予了较卑幼更高的地位和权利。因此,封建家庭中尊长和卑幼之间的地位本就是不平等的,尊长在强盗卑幼的财物时能够得到宽恕,而卑幼盗窃尊长时却要以常人论,加重处罚。不过,

尊长和卑幼之间毕竟存在亲属关系,亲属之间要做到和睦相处,彼此之间负有互相扶危济困的特定义务,因而即便是卑幼强盗尊长,也不宜施加过重的刑罚,而只是以凡人论就足以实现惩罚目的了。

3. 卑幼发尊长坟墓

中国古代向来讲究“事死如事生”,虽然自己的亲人已然逝去,但是生人与死人之间的亲属关系仍然存在,因此发掘已逝亲人坟墓的行为也被视为是对亲人的伤害,卑幼发掘尊长坟墓的行为也属于亲属间相犯。卑幼发掘尊长坟墓的行为中存在着以凡人论的情形。

《大清律例·刑律·贼盗下》“发冢”条中:“若卑幼发五服以内尊长坟墓者,同凡人论。开棺见尸者,斩。”^[1]通过分析该条,该条规定了卑幼发尊长坟墓以凡人论的两种情形:一是发掘尊长坟墓但尚未见到棺槨,二是发掘到棺槨但是尚未开棺。这两种情形《大清律例》规定的惩罚方式同常人一样:未见到棺槨杖一百,徒三年,见到棺槨但尚未开棺杖一百,流三千里。而当卑幼发掘尊长坟墓至开棺见尸的程度时,法律对该种情形规定的处罚要重于常人,即处斩。为何卑幼发掘尊长坟墓未见尸时依凡人科刑,而见尸时却要处罚重于常人的斩刑?从主观恶性方面来分析这种科刑差异的原因,是由于发冢未见尸比发冢见尸的主观恶性要小,未见尸时尚可补救宽恕,而一旦见尸则彻底毁坏了逝者的安息,罪恶深重,大逆不道。^[3]因此发冢未见尸的两种情形中处罚最重的仅为杖一百,流三千里,而一旦见尸,则处以斩刑,要比常人发冢见尸处以绞刑的惩罚重一些。

《刑部比照加减成案》“张志瑞发掘张裘氏

[1] 参见田涛、郑秦点校:《大清律例》,法律出版社1999年版。

[2] 参见[清]许琏、熊我纂、何勤华等点校:《刑部比照加减成案》法律出版社2009年版,第451页。

[3] 若卑幼发尊长坟墓见棺槨者,及发而未至棺槨者,各同凡人科罪,以其罪犹可原也。开棺见尸,则其恶已甚,故处斩,与凡人绞罪不同矣。参见[明]雷梦麟著、李俊、怀效锋点校:《读律琐言》,法律出版社2000年版,第335页。

坟冢”案中，^[1]张裘氏是张志瑞的缙麻伯母，为五服以内尊长。张志瑞为了获取张裘氏棺中财物，于夜间发掘张裘氏的坟墓，被巡夜的更夫发现大声斥问，张志瑞慌忙逃走，慌乱间将火把遗落在棺材上，烧到了尸体的脚尖。在该案中，张志瑞发掘尊长张裘氏的坟冢，已经挖到张裘氏的棺椁但尚未开棺见尸即被人发现制止，依据《大清律例》“发冢”条的规定，张志瑞应当以凡人论，杖一百，流三千里。又因遗留下火把烧伤了尸体的脚尖，有此加重情节，对张志瑞的处罚要量加一等，最终张志瑞被流放到两广和云贵极边烟瘴地区充军。

三、清代法典中“以凡人论”反映的立法特点

通过对大清律例中“以凡人论”条文进行研究，并辅以相关案例进行深入分析说明，可以总结出清律中“以凡人论”条款：家族伦理色彩浓厚、极度维护尊长权威、以夫的利益为中心但也重视妻的利益立法特点。

（一）家族伦理色彩浓厚

在清代和整个中国传统社会，家族是国家和社会的基本单位，是国家和社会存在的根本，即所谓“天下之本在国，国之本在家。”家族内部稳定与否会直接影响到基层社会稳定与否，进而危及到封建国家的统治。而家族内部的稳定有赖于家族伦理的维系，所谓家族伦理，通俗地说就是指长幼有序、尊卑有别、夫妻有分，家族内部父慈子孝、兄友弟恭，各得其所，团结和睦。家族内部和谐稳定了，基层社会才能稳定，进而封建国家的统治才能安宁。与此同时，“家国同构”是传统中国的基本特征，家庭内部的伦理秩序经过推及和放大就成为国家的伦理秩序，国家伦理在一定意义上实则是源于家族伦理的。^[2]^[3]《大清律例》“以凡人论”条文即反映出浓厚的家族伦理色彩，同姓亲属相殴、亲属间相盗等亲属相犯的行为，是对家族伦理秩序的颠覆和破坏，这种破坏家族伦理的行为是“人伦至变”，危害家族稳定进而波及社会和国家的稳定。“以凡人论”条款对这些相犯的亲属要么否定其亲属关系，要

么排除服制定罪规则，而以凡人定罪科刑，这起到的效果是清除危害家族伦理的害群之马并加重对这些害群之马的惩罚，维护家族正常的伦理秩序。因此《大清律例》“以凡人论”条款体现出浓厚的家族伦理色彩，反映出维护家族伦理的立法思想。

（二）极度维护尊长权威

在一个家族中，尊长相较于卑幼拥有更多的权利和更高的地位，并且这在封建家族伦理中被认为是天经地义和理所应当的事情。家国同构，就连皇家也是如此，皇帝在家是长兄和父亲，在朝是君王（天下人的父亲）。维护尊卑之序、肯定尊长的权威和地位，是家法和国法的共同宗旨和原则。家法是国法的基础和补充，国法是家法的坚实后盾。《大清律例》“以凡人论”条款也反映出维护尊长权威的特点。在卑幼谋杀缙麻以上尊长、卑幼发尊长坟冢这些规定和案例中，卑幼合谋杀害缙麻以上尊长、发掘尊长坟冢（未见尸），都存在以凡人定罪处刑的规定。以凡人论，则不再考虑特定关系对司法官定罪量刑影响。原本相犯者之间存在特定关系的时候，这种特定关系会影响司法官的裁判，亲属相犯即便是毁坏人伦之举，但毕竟要念及旧情，在对犯事的卑幼进行责罚时，不免会掺杂宽恕原宥的考量，进而在实际刑罚上对卑幼有宽简。而一旦以凡人论之后，相犯者之间的特定关系不再考虑，法官完全按照凡人相犯的规定处罚，不再有旧情等因素的羁绊，量刑往往要更重一些，这能够体现卑幼犯尊长的严重后果，是对尊长权威不容侵犯的肯定和维护。因此，清律中以凡人论条款可以说是专为维护封建尊长权威而设，为封建纲常伦理而设，^[4]体现

[1] 参见[清]许琏、熊裁纂、何勤华等点校：《刑部比照加减成案》，法律出版社2009年版，第501页。

[2] 王帅一：《“化家为国”：传统中国治理中的家族规约》，载《当代法学》2020年第6期。

[3] 李继刚：《亲属容隐制度的伦理意蕴解读》，载《道德与文明》2010年第4期。

[4] 黄源盛：《传统与当代之间的伦常条款——以“杀尊亲属罪”为例》，载《华东政法大学学报》2010年第4期。

出极度维护尊长权威的特点。

（三）兼顾弱势一方的利益

《大清律例》以凡人论条文固然具有家族伦理色彩和极度维护尊长权威的特点，但是也体现出维护妻子一方和徒弟一方利益的特点，在传统的家族和社会中，妻子和徒弟相较于丈夫和尊长属于较为弱势的一方。在夫妻义绝，以凡人论的情形中，清律既延续了之前历代法律“以夫权为中心，重视维护夫权”的特点，同时也更为重视保护妻子一方的利益。如丈夫嫁卖、典雇、将妻子妄作姊妹嫁人、抑勒妻子犯奸的行为，都会导致夫妻义绝，夫妻之间以凡人论。丈夫实施了义绝行为，夫妻之间以凡人论，反映了对丈夫控制妻子人身和自由权利的限制，妻子不再像前朝法律那样被视作同部曲、奴婢一样的私有财产，这是清律在保护妻子利益上所取得的进步，从现代法治文明的视角来看具有积极意义。在师徒关系中，徒弟殴授业恩师是极其严重的行为，会引发严重后果，^[1]这是清律对受业恩师权威的维护。清律在维护师父权威和惩罚徒弟权利的同时，也对师父惩罚权做出了限制，即非理殴责徒弟致死则师徒恩义已绝，以凡人论。这体现了清律对防止师父滥用惩罚权所做的努力，是对处于弱势一方徒弟的身体健康和生命安全的保护。综上，《大清律例》以凡人论条款在维护尊长权威和封建伦理秩序的同时，也兼顾了对处于相对弱势一方的妻、徒弟利益的保护。

四、结语

清代法典中的以凡人论条款目前尚无学者进行专门研究，亦无针对此问题的专门研究成果。本文对《大清律例》中“以凡人论”条款进行归纳总结，将清律中涉及的以凡人论情形分为两种：一是恩义已绝，以凡人论，即相犯者之间的特定关系已经终结，关系不在，此时彼此与凡人无异，依照凡人定罪科刑。这种情形笔者总结了三类：同姓亲属相殴致死；夫妻义绝，包括丈夫嫁卖妻子、丈夫典雇妻子、将妻子拟作姊妹嫁人、抑勒妻子犯奸、妻父母将妻改嫁、纵妻改嫁、教妻卖奸；师徒关系中师父非理殴责徒弟致死。二是排除服制规则，以凡人论，即特定关系尚存，但不适用服制定罪规则，而以凡人规则论处。这种情形笔者亦总结出三类：卑幼谋杀缙麻以上尊长；卑幼强盗尊长财物；卑幼发尊长坟墓。在分析完清律中以凡人论的两种情形之后，笔者进一步从中提炼出清律中以凡人论条款所反映的三个立法特点：家族伦理色彩浓厚；极度维护尊长权威；兼顾弱势一方的利益。从而对清代法典中以凡人论问题做出了初步研究探索。受笔者写作水平和写作材料的限制，本文的写作难免会有不全面和不完善的地方，甚至还会存在错误和纰漏，笔者在日后的生活和学习中，会始终坚持对该问题的关注，不断补充史料，不停止思考，以期能够将该问题研究得尽善尽美。

[1] 《大清律例·刑律·殴受业师》条规定：“凡殴受业师者，加凡人二等；死者，斩。”（凡者非徒指儒言，百工技艺亦在内。儒师终身如一；其余学未成或易别业，则不坐；如学业已成，罪亦与儒并科。）通过该条可知，徒弟殴打老师，殴伤的要在凡人相殴的基础上加两等处罚，殴死的要处斩。可见清律对徒弟殴受业恩师的行为处罚之重。同时该条也表明了清代师徒关系的种类。参见田涛、郑秦点校：《大清律例》，法律出版社1999年版，第452页。