

共犯關係下的「準服制以論罪」 ——以《刑案匯覽》「聽從尊長 殺害以次尊長」類案件為例

梁弘孟*

在清代中國，兩個以上親屬共同侵害其他親屬的共犯行為屢見不鮮，而在這當中一種經常出現的情況就是最尊長迫使卑幼殺傷次尊長。案件起因既然在尊長，照理應該是最尊長負較重責任，但是由於準服制以論罪的原則，卑幼卻要負較重的刑責。本文以《刑案匯覽》所收錄的相關案件為例，研究清代官方在立法與司法實踐上的處置方式。本文認為，清代官方確實有心減輕卑幼的不利處境，但在「準服制以論罪」的禮教立法格局下，能做的還是有限，直接的結果就是罪刑不相當，而且在司法實務中產生令官方困擾的頂罪現象，使清代刑事司法程序「情罪允協」的理念大打折扣，而可以認為是清代法律體系內在的矛盾。而這更使卑幼陷入違抗尊長與觸犯法律的兩難處境。

關鍵詞：共犯、殺傷罪、準服制以論罪、三綱、《刑案匯覽》

* 國立中正大學法律系副教授

一、前言

在刑法領域中，如何對「數人共同實施犯罪行為」的態樣進行歸類，並對這些行為人進行問責與科刑，是一門相當大的學問。以清代對於「殺傷行為」的立法為例，被害人是否死亡、共同行為人之間對於被害人的死亡有無犯意聯絡、共同行為人之間有無指使與服從關係等，都會影響國家法律對於各行為人的量刑程度。而當共同行為人與被害人之間都有親屬關係時，由於「準服制以論罪」¹的原則，量刑因素會因為這些人之間的親屬關係而更加複雜。

在清代中國，儘管國家法律洋溢家族主義的色彩，以人倫精神貫注整體法制的架構，希冀能維護和諧的家族倫理秩序，但在庶民的日常生活中，親屬相犯案件卻是「事與願違」地不斷發生。根據學者的研究，《刑案匯覽》中共載有 1,337 個殺傷類案例，其中屬於親屬間殺傷的有 625 例，約占案例總數的 47% 左右。²而《刑部比照加減成案》收錄 482 個案例，其中屬於親屬間殺傷的案例數量有 220 例，約占總數的 46% 左右。³儘管以上的統計數字不一定精確，但大體上可以說親屬殺傷的機率並不低於平常人殺傷的頻率。又如果僅從單純規範夫妻以外有服制關係之親屬間殺傷行為的「謀殺祖父母父母」、「毆大功以下尊長」、「毆期親尊長」、「毆祖父母父母」等犯罪類型來看，親屬共同實施犯罪占有相當比例，其中有明確首從關係者不在少數，且絕大部分是尊長教令卑幼下手。對於不同尊長的尊重與服從之義務可能是互相衝突的，卑幼如果不服從最尊長，則有違背「長幼有序」規則之嫌，但殺害了次尊長，顯然更為倫常秩序所難容。以綱常名教為圭臬的國家法律，顯然在此將卑幼

1 語出《晉書·刑法志》「準五服以制罪」，見唐·房玄齡等，《晉書》（點校本，臺北，鼎文書局，1980）卷 30，〈刑法〉，頁 927。至於其具體的意義，似可引用瞿同祖（1910-2008）先生的說法：「法律以倫理為立法的依據，所以關於親屬間的相侵犯的規定是完全以服制上的親疏尊卑之序為依據的。」引自瞿同祖，《中國法律與中國社會》（臺北，里仁書局，1982），頁 43。

2 魏道明，《秩序與情感的衝突——解讀清代的親屬相犯案件》（北京，中國社會科學出版社，2013），頁 134-136。

3 魏道明，《秩序與情感的衝突》，頁 137-139。

置入一個兩難的處境。一旦發生這種情況，國家法律是如何對待這些左右為難的卑幼的？在這樣的案件中，尊長與卑幼各會受到怎樣的制裁？他們的責任分配是否合理？官方的考量為何？這些處置有沒有任何副作用？凡此種種，都值得深入研究。

職是之故，本文擬以清代《刑案匯覽》中所記載的相關案件作為研究對象，探討前述問題。《刑案匯覽》成書於道光 14 年（1834），收錄乾隆元年至道光 14 年（1736-1834）共 99 年間經中央司法機關處理之 5,640 餘件刑案，這些刑案係依照《大清律例》各編、各章、各門、各條律文名稱，分別編排匯錄。整體看來，《刑案匯覽》主要收錄「情節疑似」或是「例無專條」等兩類「疑、難」法律案件，可謂是中央司法官員對全國難度較高司法案件的解釋匯編。⁴這種編排的體例，使研究者便於根據律例內容檢索案件，並觀察律例在具體個案的適用方式。又由於中央司法官員對於案件的處理，必須嚴格依照律例，因此在個案審理上所表示的法律意見，可以代表清代國家法律的立場，有助於呈現出清代統治者所欲塑造的法律與社會圖像。⁵

又，為了集中焦點以便於討論，本文以下所探討殺傷行為的結果限定在既遂。

二、清代對親屬共犯殺傷行為的立法規定與司法實務

僅從字面來看，「共犯」一詞意指為共同參與犯罪行為的人。然而由於我國現行刑法總則第 4 章將「共犯」與「正犯」並舉，且在第 28 條規定「一人以上共同實施犯罪之行為，皆為正犯」，使「共犯」成為在「共同參與犯罪」的行為態樣之下與「正犯」對應的概念。區分正犯與共犯的理論，則有形式客觀理論、主觀理論以及犯罪支配理論等，分別以行

4 邱澎生，〈真相大白：明清刑案中的法律推理〉，收於熊秉真編，《讓證據說話——中國篇》（臺北，麥田，2001），頁 135-198。

5 本文所引用之清·祝慶祺、鮑書芸編《刑案匯覽》案例，收於楊一凡、尤詔華整理，《點校本刑案匯覽全編》（15 冊，北京，法律出版社，2007）。

為人有無親自實行犯罪構成要件行為之一部或全部行為、行為人主觀上係以「為自己」或「為他人」實施犯罪行為，以及是否對於整個犯罪過程具有支配地位等為標準。⁶之所以要區分正犯與共犯，是有見於這兩者在犯罪實行中有不同的地位或影響力，但畢竟兩者都是共同參與犯罪行為之人，而且都是故意犯，⁷所以刑法學說又有「廣義共犯」與「狹義共犯」的概念，廣義共犯指數人共同犯罪之情形，包括共同正犯、教唆犯與幫助犯三者；⁸而狹義共犯則指教唆犯或幫助犯，其本身不能獨立存在，必須從屬或附麗於一個正犯行為始能成立，或者促使他人產生決意而實行故意犯罪行為（教唆），或者故意幫助他人實行故意犯罪行為（幫助）。⁹

又依照行為人之資格或身分為區分標準，犯罪可分為一般犯、特別犯與己手犯。¹⁰其中特別犯又稱身分犯，可再分為純正特別犯（身分犯）與不純正特別犯（身分犯），如該身分係創設行為不法內涵的要素，則為純正特別犯，例如公務員瀆職罪；如該身分僅為刑罰加減或免除的條件，則是不純正特別犯，例如殺直系血親尊親屬罪。當具備特定身分與無特定身分之人共同實施犯罪行為時，根據現行刑法第 31 條第 2 項之規定，「因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人，科以通常之刑」。假設某甲囑託友人某乙殺害父親，某甲構成刑法第 272 條之殺直系血親尊親屬罪的教唆犯，而某乙則應論以 271 條之普通殺人罪。又如果生母某丙在分娩後立即夥同其閨密某丁將新生兒溺死，則某丙成立刑法第 274 條之生母殺嬰罪，而某丁則觸犯第 271 條之普通殺人罪。

如果從上述關於共犯的學說來看清代刑律上的「共犯」概念的異同，則清代刑律與現行刑法的相通之處，其一在於「廣義共犯」概念，將共犯理解為「有二以上之人共同實施犯罪行為」，其二則是「參與犯罪的行

6 參考王皇玉，《刑法總則》（臺北，新學林，2014），頁 407-412；林鈺雄，《新刑法總則》（臺北，元照，2022），頁 417-420。

7 參考林東茂，《刑法總則》（臺北，一品文化，2021），頁 333。

8 王皇玉，《刑法總則》，頁 401-402。

9 參考王皇玉，《刑法總則》，頁 401-402；林鈺雄，《新刑法總則》，頁 413 以下。

10 參考林鈺雄，《新刑法總則》，頁 107；王皇玉，《刑法總則》，頁 169。

為人均為故意」；但現行刑法學理上「共同正犯」、「教唆犯」與「幫助犯」之區分方式，則為清代所無。大清律例乃包括地承認一「共犯」形式，而於其中分「造意」與「隨從」，而使隨從者原則上減造意者一等。有論者認為這是類似現行刑法學理上所謂「擴張的正犯概念」。¹¹至於有特定身分者與無特定身分之人共同實施犯罪行為時的處罰方式，清代刑律與現行刑法基本相同，不過由於「準服制以論罪」的原則，所以當親屬共犯罪時，可能有共同行為人之中某些減輕，而其他人加重處罰的複雜狀況，此為現行刑法之所無。

（一）大清律例中共犯罪的相關規定

1. 共犯罪論罪科刑之一般原則

大清律例關於共犯罪之處罰的原則，規定在第 30 條「共犯罪分首從」。¹²該條之原則與本文主題相關者約可分析如下。

- （1）犯罪之實施如能區分造意與隨從，則對造意者依所觸犯之條文科處罪刑，而隨從者減一等。

該條開宗明義之規定：「凡共犯罪者，以（先）造意（一人）為首，（依律斷擬，）隨從者減一等」。所謂「造意」，根據晉代律學家張斐的說法，「唱首先言，謂之造意。」¹³至於隨從或從，乃聽從造意而共犯者。¹⁴

11 戴炎輝，《中國法制史》（臺北，三民書局，1966 初版，1995 十版），頁 73。擴張正犯概念將一切共犯在本質上均認定為正犯，蓋依此說凡對構成要件結果予以任何條件，無論其為直接或間接、積極或消極，均不失為以某種方法對於法益予以侵害者。或者說，正犯與共犯原本並無區別，法律卻例外地將實施「教唆行為」者規定為「教唆犯」、實施「幫助行為者規定為「幫助犯」而做不同之處理。參考蔡墩銘，《刑法精義》（臺北，作者自印，1999），頁 304-305；陳子平，《刑法總論》（臺北，元照，2015），頁 454。

12 本文所引用之大清律例條文，見田濤、鄭秦點校，《大清律例》（北京，法律出版社，1999），不再贅引。

13 《晉書》卷 20，〈刑法〉，頁 928。

14 戴炎輝，〈清律例上之共犯〉，原刊《法學叢刊》16：1-3（臺北，1971），收於

(2) 如一家人共犯罪，而且是侵損犯，則比照一般人犯罪分首從。

對此該條規定：「侵損於人者，以凡人首從論。(造意為首，隨從為從。侵，謂竊盜財物；損，謂鬥毆殺傷之類。如父子合家同犯，並依凡人首從之法，為其侵損於人，是以不獨坐尊長。)」所謂「侵損犯」，根據該條之律內註定義為「侵，謂竊盜財物；損，謂鬥毆殺傷之類」。至於侵損犯以外之犯行，則只處罰尊長。「若一家人共犯，止坐尊長。若尊長年八十以上及篤疾，歸罪於共犯罪以次尊長。」論者有將侵損犯比擬為自然犯，而將侵損犯以外之犯罪稱為行政犯（法定犯）者。¹⁵侵損犯不僅只處罰家長的理由，根據律文的說法係「為其侵損於人」，亦即直接對人產生損害，而有強烈反社會性，無法見容於一般道義觀念。¹⁶

(3) 如共同犯罪，而造意者與隨從之人應適用不同的法條，則分別依所應適用的法條定其首從。

該條復規定：「若共犯罪而首從本罪各別者，各依本律首從論。」接下來的律內註中設二例加以解釋，第一例為鬥毆，為「損」罪，第二例為竊盜，乃「侵」罪，因此兩者都比照共犯罪分首從。

第一例為「如甲引他人共毆親兄，甲依弟毆兄，杖九十徒二年半；他人依凡人鬥毆論答二十。」按大清律例第 302 條「鬥毆」規定：「凡鬥毆（與人相爭）以手足毆人不成傷者答二十。」因此本設例中的情節係以手足毆人不成傷。至於甲毆親兄杖九十徒二年半，則是根據第 318 條「毆期親尊長」規定：「凡弟妹毆（同胞）兄姊者，杖九十徒二年半」。

第二例為「如卑幼引外人盜己家財物一十兩，卑幼以私擅用財加二等，答四十；外人依凡盜從論，杖六十。」卑幼為首，適用大清律例第 88 條「卑幼私擅用財」的「凡同居卑幼不由尊長，私擅用本家財物者，十兩，答二十」規定，再加重二等成為答四十；他人為從，則適用大清律例第 269 條「竊盜」之規定：「凡竊盜已行而不得財，答五十，免刺。」

財團法人戴炎輝文教基金會編，《傳統中華社會的民刑事制——戴炎輝教授論文集——》（臺北，編者自印，1998），頁 643。

15 戴炎輝，〈清律例上之共犯〉，頁 658。

16 參考戴炎輝，〈清律例上之共犯〉，頁 658。

但得財（不論分贓不分贓），以一主為重併贓論罪。……一兩以上至一十兩杖七十，為從減一等，而處以杖六十。

這兩例各有難以理解之處。設例的律內註開頭有「仍以一人坐以首罪，餘人坐以從罪」之語，表示在接下來的兩個設例中，都是預定以一人為首，餘人為從的。在第一例，從本條的前後文來看係以甲為首，而作為「凡人」之他人為從，如果為從者應依凡人之從而減為首者一等，為首者既然根據「鬥毆」條應答二十，則為從者應當根據第 30 條「共犯罪分首從」條再減一等，而為答一十。在第二例，卑幼作為盜己家財物之首犯，何以於私擅用財律上加二等，由答二十加重為答四十？不無可能是後來修律時立法者自行加在律內註中，用以嚴懲「吃裡扒外」的「敗家子」。然而除此之外，第一例中毆親兄的甲以及第二例中的外人，則適切地說明了有無特殊服制關係之人在共犯罪中的論罪科刑方式。

（4）「若本條言皆者，罪無首從；不言皆者，依首從法。」

在某些情況下，行為之處罰並不區分首從，此時法文會用「皆」字。而如果法文中沒有「皆」字，原則上就會區分首從。例如大清律例第 208 條「縱軍擄掠」規定：「若於已附地面擄掠者，不分首從，皆斬（監候）。」而第 254 條「謀反大逆」的「凡謀反（不利於國謂謀危社稷），及大逆（不利於君謂謀毀宗廟山陵及官闕），但共謀者，不分首從（已未行），皆凌遲處死」，則可謂行為之處罰不分首從的最著例。至於第 284 條「謀殺祖父母父母」規定，「凡謀殺祖父母、父母及期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母，已行（不問已傷未傷）者（預謀之子孫不分首從，）皆斬；已殺者，皆凌遲處死」，量刑亦十分慘酷。這三條都是特別重大的罪刑，立法者因此規定對為從者與為首者施以同等的刑罰，以儆效尤。

2. 殺傷行為中之共犯的法律規定

大清律例中出現的共犯殺傷罪之行為態樣，有共謀殺以及共謀毆人因而致死兩種。立法者也都針對共犯罪之態樣加以規定。謀殺行為規定在大清律例第 282 條「謀殺人」：「凡謀（或謀諸心或謀諸人）殺人，造意者斬（監候），從而加功者絞（監候），不加功者杖一百流三千里，殺

訖乃坐。(若未曾殺訖而邂逅身死，止依同謀共毆人科斷。)」根據上述規定，從而加功者絞監候，而造意者斬監候。立法者雖未明言孰為首從，但從刑度以及「『從』而加功」之用詞就應該可以看出，立法者係以造意者為首，加功者為從。

共謀毆人因而致死的情形規定則在大清律例第 290 條「鬥毆及故殺人」：「凡鬥毆殺人者，不問手足、他物、金或刃，並絞（監候。）故殺者，斬（監候）。若同謀共毆人因而致死者，以致命傷為重，下手（致命傷重）者絞（監候。）原謀者，（不問共毆與否，）杖一百，流三千里。餘人（不曾下手致命，又非原謀，）各杖一百（各兼人數多寡及傷之輕重言）。」本罪與前述「共犯罪分首從」條中「造意為首，隨從者減一等」的共犯原則性規定不同，而以「下手致命傷重者」為首犯，承受最重的絞監候，「原謀」次之，杖一百，流三千里。餘人最輕，不論人數多少和傷之輕重均杖一百。¹⁷不由原謀承擔最重刑責的理由在於，原本共同的犯意在於毆打，萬一發生被害人死亡的結果，不論下手致命傷重者在下手的當下是否有致死的故意，都可能出乎糾眾之原謀的意料之外，所以原謀只需要為其作為「首禍之人」負責。¹⁸至於大清律例第 302 條「鬥毆」則並非制裁此種行為態樣的法源依據，因為一來就行為人數來說只規定「一人敵一人」的「鬥」¹⁹，二來就犯罪結果而論是在鬥毆行為尚未致死時計傷論罪之標準。本條並未規定起意毆打後來致死應如何論處，但從第 303 條「保辜」：「凡保辜者……因（原毆之）傷死者（如打人頭傷，風從頭瘡而入，因風致死之類，）以鬥毆殺人論（絞）」之規定來看，如發生死亡結果，則依「鬥毆及故殺人 22 條論其應得之刑。

值得注意的是，本條的內容雖然包含「故殺」，但就行為之「共同」只規定「同謀共毆人因而致死」，亦即在「故殺」的行為並無「共同」可言。這是因為故殺的性質是「臨時有意欲殺，非人所知」，而若「欲殺之

17 吳饒竹，〈命債必償：清代謀毆與謀殺共犯規則的機理〉，《法制史研究》37（臺北，2020），頁 127。

18 參考清·沈之奇著，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》（北京，法律出版社，2000）卷 19，〈刑律·人命·鬥毆及故殺人〉，頁 681。

19 此一對「鬥」之詮釋出自《大清律輯註》卷 19，〈刑律·人命·鬥毆及故殺人〉，頁 681。

意，有人得知」，則是「共謀於人」²⁰，就不符合故殺的定義。因此雖然大清律例中最符合現行刑法對於「故意」之定義²¹的殺人行為有「謀殺」與「故殺」兩類，²²但根據清代法律卻無法想像由兩個以上行為人「共同」實施的殺人行為構成「故殺」。

一群人之所以共犯罪，有可能出於脅迫，而如果下手者是被脅迫的，大清律例第 312 條「威力制縛人」律文規定，「若以威力主使（他）人毆打而致死傷者，並以主使之人為首，下手之人為從論，減（主使）一等。」這是對於「鬥毆及故殺人」條中以「下手致命傷重者」為首犯的特別規定。

3. 親屬共犯殺傷行為之規定

就親屬互相殺害的行為，大清律例以四條律文規範之，分別為第 284 條「謀殺祖父母父母」、第 317 條「毆大功以下尊長」、第 318 條「毆期親尊長」以及第 319 條之「毆祖父母父母」。這些條文除了規定卑幼殺死尊長之情形外，還包含卑幼對於尊長各種不同程度的侵犯，以及尊長對卑幼的殺傷行為。這些條文將尊長分為「祖父母暨父母」、「期親尊長」以及「大功以下尊長」三個等級，並分別以專條規定，僅從這一點，就可知服制關係乃影響論罪科刑至關重要的因素。

根據大清律例第 319 條「毆祖父母父母」：「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。（其為從有服屬不同者，自依各條服制科斷）。過失殺者，杖一百，流三千里；傷者，杖一百，徒三年，（俱不在收贖之例。）」又依照第 38 條「稱期親祖父母」條的說明，「凡（律）稱期親及稱祖父母者，曾、高同；稱孫者，曾、元同。」²³綜合這兩條規定來看，子女或媳婦只要毆打直系尊親屬，就一

20 《大清律輯註》卷 19，〈刑律·人命·鬥毆及故殺人〉，頁 683。

21 中華民國刑法第 13 條：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。（第 1 項）行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意者，以故意論。（第 2 項）」

22 參考閔冬芳，《清代的故意殺人罪》（北京，北京大學出版社，2015），頁 1。

23 本條規定為：「凡（律）稱期親及稱祖父母者，曾高同。稱孫者，曾元同。嫡孫承祖，與父母同。（緣坐者，各從祖孫本法。）其嫡母、繼母、慈母、養母，（皆服三年喪，有犯，）與親母（律）同。（改嫁、義絕及毆殺子孫，不與親母同。）」

律處以斬立決，無論是否成傷，而且只要致直系尊親屬於死，就一律凌遲處死。而如果是惡性更重大的謀殺，處刑就更為嚴厲。第 284 條「謀殺祖父母父母」規定：「凡謀殺祖父母、父母及期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母，已行（不問已傷未傷）者（預謀之子孫不分首從）皆斬，已殺者皆凌遲處死。（監故在獄者，仍戮其屍，其為從有服屬不同，自依總麻以上律論。有凡人自依凡論，凡謀殺服屬皆倣此。）」不但只要著手實行就處斬，如果謀殺既遂，即使是死在獄中，仍要戮屍，連屍體都不放過。

對祖父母暨父母的殺傷行為，其處刑之嚴如此，對於其他尊親屬如有殺傷行為，下手之卑幼也會因服制關係之親疏而依序有輕重不等的刑罰。前述「謀殺祖父母父母」條對於謀殺期親尊長的行為，與謀殺祖父母父母同等處刑，至於謀殺其他有服尊長，該條也有規定：「謀殺總麻以上尊長已行者，（首）杖一百，流二千里。（為從杖一百，徒三年。）已傷者，（首）絞，（為從加功、不加功，並同凡論）已殺者皆斬，（不問首從）。」刑度雖然比起謀殺期親以上尊長要輕，也不再具有慘酷的凌遲處死，但只要已殺，就不分首從皆斬立決。²⁴相較於謀殺普通人僅「為首」者斬，而且還是「監候」，立法者對謀殺總麻尊長還是明顯科與較重的刑罰。

在其他的殺害尊長態樣，立法者也同樣依照服制關係加重刑度。根據第 318 條「毆期親尊長」規定：「凡弟妹毆（同胞）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（不論輕重）及折肢若瞎其一目者絞（以上各依首從法）死者（不分首從）皆斬。……故殺者，皆（不分首從）凌遲處死。」只要毆死期親尊長，不分首從一律處以斬立決。至於殺害服制關係較遠的尊長，第 317 條「毆大功以下尊長」則規定：「凡卑幼毆本宗及外姻總麻兄姊，（但毆即坐），杖一百。小功兄姊杖六十，徒一年。大功兄姊杖七十，徒一年半。尊屬

稱子者，男女同。（緣坐者，女不同）。」見《大清律例》卷 5，〈名例律下〉，頁 124。

24 大清律例第 1 條「五刑」規定：「死刑二：（凡律中不註監候、立決字樣者，皆為立決；凡例中不註監候、立決字樣者，皆為監候。）絞、斬。」本條未註明監候或立決，故為立決。

又各加一等。折傷以上各遞加凡鬥傷一等。(罪止杖一百流三千里。)篤疾者，(不問大功以下尊屬並)絞。死者，斬。(絞、斬在本宗小功大功兄姊及尊屬則決，餘俱監候。不言故殺者，亦止於斬也)」如果毆死大功以下尊長，由於並無「不分首從」的規定，因此只有為首者斬立決，為從者則根據其服制關係各依首從法。

反之，如果是毆殺或故殺卑幼，立法者則相應地按服制關係減輕刑度。根據第 319 條「毆祖父母父母」規定：「子孫違犯教令，而祖父母父母(不依法決罰而橫加毆打)非理毆殺者，杖一百。故殺者，(無違犯教令之罪為故殺，)杖六十、徒一年。」又根據第 318 條「毆期親尊長」規定：「其(期親)兄姊毆殺弟妹，及伯、叔、姑毆殺姪並姪孫，若外祖父母毆殺外孫者，杖一百、徒三年。故殺者，杖一百、流二千里。」毆死期親卑幼者，處以杖一百、徒三年；故殺者加一等，杖一百、流二千里。至於毆殺服制關係較遠的卑幼，第 317 條「毆大功以下尊長」復規定：「若(本宗及外姻)尊長毆卑幼……至死者絞(監候)。(不言故殺者，亦止於絞也。)其毆殺同堂(大功)弟妹、(小功)堂姪及(總麻)姪孫者，杖一百、流三千里。…故殺者，絞(監候)。」尊長毆本宗及外姻大功以下卑幼至死，與故殺同堂大功弟妹、小功堂姪及總麻姪孫既遂者，絞監候。至於毆殺同堂(大功)弟妹、(小功)堂姪及(總麻)姪孫者，則處以杖一百、流三千里。

基於同樣道理，尊長謀殺卑幼也是減輕。「謀殺祖父母父母」條復規定：「其尊長謀殺(本宗及外姻)卑幼已行者，各依故殺罪減二等。已傷者，減一等。已殺者，依故殺法。(依故殺法者，謂各依鬥毆條內尊長故殺卑幼律問罪。為從者，各依服屬科斷。)」據此規定，尊長謀殺卑幼係以各自服制關係之故殺行為作為量刑基準，而且只有既遂者才會比照故殺之本刑而不減輕。例如祖父母父母故殺子孫者，處以杖六十，徒一年，謀殺子孫既遂就比照辦理。又如兄姊故殺弟妹，處以杖一百，流二千里，謀殺弟妹就依照這樣的刑度。

上述律文只規定謀殺或故殺親屬之首從者論罪科刑之方式，至於應如何認定首從，這些條文並未有特別規定。因此理論上應當是遵循前述「共犯罪分首從」、「謀殺人」、「鬥毆及故殺人」等律文的定義。不過在

這些「服制命案」中，由於考量到服制關係，因此不論是在本律規定或者實務上的處斷方式，都會導致認定首從的方式有所改變。僅從律文本本身來看，「謀殺人」條以造意者為首，加功者為從，然而謀殺有服尊親屬一律不分首從處以凌遲或斬立決。又「鬥毆及故殺人」條以下手致命傷重者為首，處以絞監候，即使是首謀，如果並未下手也僅處以減一等之杖一百流三千里，然而毆殺及故殺期親以上尊長一律不分首從，處以凌遲或斬立決。只要不分首從，討論認定首從之方式即無意義。只有在毆大功以下尊長，由於律文並無「不分首從」之規定，表示共犯罪仍分首從，因此適用「共犯罪分首從」條，為從減一等，而認定首從的方法就是依照「鬥毆及故殺人」條之規定，以下手致命傷重者為首。

（二）親屬共犯殺傷行為的司法實務

唯，律文所呈現的首從順位與服制關係，在處理親屬共同侵犯親屬的案件，面對千奇百怪的犯罪情境時，卻容易缺乏彈性，甚至可能產生違背情理的結果。最典型的狀況之一是最尊長主使卑幼殺死次尊長，例如父母命子女殺害其兄姊。根據「毆期親尊長」條之規定，如毆同胞兄姊至死則「不分首從皆斬」，如此一來，下手的弟妹即使是受到父母的教令，也不免被處死的厄運。反而是為首教令之父母「各依本律首從論」，因此論以謀殺或故殺子女，由於服制關係不一定會被處死，甚至可能因死亡的子女有「違犯教令」之事實，而使父母教令殺死之行為進一步獲得從輕發落甚至勿論之機會。在其他由各該情境中最尊長主使卑幼殺害次尊長的案件也不免有類似結果，「最尊長」憑藉其服制關係上的優越地位恣意殺害「相對卑幼」的次尊長，依法較凡人減輕刑度，卻令下手之「最卑幼」因其與被害人有服制關係，即使可以因為從而減等，但仍然必須承擔較凡人重之刑責。這種情形在毆殺尤其可能發生，因本律規定以下手致命傷重者承擔最重刑責，所以下手之卑幼可能因其毆打所造成之傷係最重之致命傷而從重量刑，指使下手之尊長反倒可能因為並未實際動手或雖下手但未造成致命傷，在本律就減輕一等處罰。這種悖於事理的狀況，在服制命案頻繁出現的清代，其實是官方必須正視的問題。

如果一律嚴格依照服制關係論罪科刑，很容易導致尊長濫用其尊長權以逼迫卑幼對其他親屬實施犯罪行為，這就與立法者原本藉由森嚴等級秩序，以維持家庭之秩序與和諧的目的背道而馳。

面對這樣的問題，官方必須在兩方面做出權衡，一方面是秉持「共犯罪分首從」條的立法意旨，衡平分配為首者以及為從者之刑事責任；二方面是貫徹「親親」及「尊尊」的原則，嚴格依照服制關係論罪。對這類案件的制裁，原本在理論上有以下四種可能：（一）尊長較本律加重，而卑幼維持本律之刑；（二）尊長較本律加重，而卑幼減輕；（三）尊長與卑幼都維持本律之刑；（四）尊長維持本律之刑，而卑幼則較本律減輕。但如果僅以尊長係憑藉其親屬關係上的威勢，指使其他親屬實施對卑幼之殺傷行為，就加重其刑，不但牴觸「各依本律首從論」之原則，對立法者來說，透過服制關係之不平等處罰所欲彰顯之「親親」與「尊尊」原則，更可能受到破壞。既然各依本律首從論，尊長如在與他人共同對其卑幼實施之犯罪行為中扮演為首者之角色，不論為從者是其他親屬或凡人，均應依其服制關係之本律處刑。如此一來，（一）與（二）都不可行，而（三）由於並未考量到卑幼處於尊長權勢下之難以抗拒，對卑幼過於苛酷，也不可採，從而讓卑幼減輕刑責，但尊長因服制關係而在法律上享有的有利地位，並不因其為首而受影響的（四），便是唯一的選項。

本律並未規範到此種最尊長指使卑幼殺害以次尊長的犯罪型態，此類案件的處置方式讓諸條例規定。而從條例規定以及《刑案匯覽》上呈現出的實務運作來看，其處置方式則因殺害的方式係謀殺或毆殺，以及被殺害之尊長為期親或大功以下而有所不同。聽從最尊長下手致大功以下或者期親尊長於死，清代官方都訂有條例，分別是第 317 條「毆大功以下尊長」條附例第 4 條：「凡聽從下手毆本宗小功、大功兄姊及尊屬至死者，除主使之尊長仍各按服制以為首科斷外，下手之犯審係迫於尊長威嚇，勉從下手，邂逅至死者，照威力主使律，為從減等擬流。若尊長僅令毆打，輒行疊毆多傷至死者，下手之犯擬斬監候。其聽從毆死總麻尊長尊屬之案，依律減等擬流。」以及第 318 條「毆期親尊長」附例第 11 條：「期親卑幼聽從尊長主使共毆以次尊長尊屬致死之案，訊係迫於

尊長威嚇，勉從下手邂逅致死者，仍照本律問擬斬決。法司核議時夾簽聲請，恭候欽定，不得將下手傷輕之犯止科傷罪。如尊長僅令毆打，輒行疊毆多傷至死者，即照本律問擬，不准聲請。」至於諸如祖父母令卑幼殺害父母，或者父令子殺母等情形，清代並未纂例，雖然不排除此類人倫悲劇發生的可能性，但《刑案匯覽》與刑科題本中均未發現，似可認為此類案件尚屬罕見，即便發生，臨時特別處置即可，從而並無纂例加以規範之需求。

僅從上述兩條附例來看，服制關係以及下手之緣由與程度是兩個影響類似案件之處置方式的主要因素。下手之卑幼如果確實是「迫於尊長威嚇，勉從下手，邂逅至死」，而非「尊長僅令毆打，輒行疊毆多傷至死」，都有從輕發落的機會。不過處斷方式則有明顯差異。如果是致期親尊長於死，「仍照本律問擬斬決。法司核議時夾簽聲請，恭候欽定」，先一律按照「毆期親尊長」條之規定擬斬立決，然後由刑部等三法司「夾簽聲請」，由皇帝做最終裁決。而如果是致大功以下尊長於死，則是逕行「照威力主使律，為從減等擬流」。

這樣的差異是為了順應律文所規定的科刑方式。在毆期親尊長致死，由於卑幼「不分首從皆斬」，所以聽從尊長下手的卑幼依律並無法以其係為從而減等。在毆大功及小功尊長至死，由於並無「不分首從」的規定，所以為從的卑幼根據「共犯罪分首從」條應當減一等。至於何以官方不適用「共犯罪分首從」，而是以「威力制縛人」條中的「若以威力主使（他）人毆打而致死傷者，並以主使之人為首，下手之人為從論，減（主使）一等」（即所謂「威力主使律」）為法源依據使下手之卑幼減輕一等，則是由於「威力主使律」專門適用在以威勢脅迫他人毆打的情形，更能切合下手之卑幼「受到尊長威嚇不得已而為之」的處境。如果適用「共犯罪分首從」，則必須根據「鬥毆及故殺人」條之規定，以下手致命傷重、量刑最重者為首，原謀者反而次之。如此一來將使被逼下手之卑幼依本律擔當斬立決死罪，而主使的尊長因其服制關係上的優越地位，原本即得以較凡人減輕刑度，如果再使其以為從減等，則無異於進一步變相鼓勵尊長逼迫卑幼毆殺以次小功尊長。因此清代官方使下手的卑幼減等擬流，逃過原本毆死大功或小功尊長應處以斬立決之厄運，也

算是調和服制關係與情理的合宜之舉。至於毆總麻尊長至死者逕行依律減等擬流，而非比照毆死大功小功尊長適用「威力主使律」，其理由如何，則有待進一步研究。

是否能受到從輕發落的待遇，還取決於官方對於相關要件的考量方式。「迫於尊長威嚇，勉從下手，邂逅至死」是「夾簽聲請」與「照威力主使律為從減等擬流」的共同要件，而「尊長僅令毆打，輒行疊毆多傷至死」則是除外條件。所謂「迫於尊長威嚇，勉從下手，邂逅至死」，首先，必須受到尊長的逼迫；其次，卑幼係不得已而服從；第三，被害人之死亡必須是下手卑幼的意料之外，或者下手卑幼原本無意致其於死地。按「邂逅」一詞之意義為「偶遇」，寓有「意外」之義，「邂逅」一詞在大清律例中出現 12 次，都是用在造成被害人死亡或重傷的情況，其意義為行為人對於行為之結果並無預期。至於「尊長僅令毆打，輒行疊毆多傷至死」則是：第一，尊長僅要求毆打；第二，卑幼下手的程度超出尊長所要求的範圍，導致被害人多處受傷以致喪生。

以下謹將案件分為「共毆至死」以及「共謀殺害」兩種情形，探討清代官方的處置方式。

1. 共毆至死

毆殺係「出於無心」²⁵，質言之就是原本只打算毆打，卻意外出人命。而「共毆至死」，就是原本只對於毆打行為有犯意之共同，但行為結果並非全體行為人最初所能預料。在實際案例中，下手之卑幼只要符合受尊長逼迫、不得已而服從，以及被害人之死亡並非其所預期，「邂逅身死」等要件，則官方便會從輕發落。如嘉慶 5 年（1800）有一則「聽從毆打邂逅至死毋論致命」案，²⁶曹遇春強姦年甫十二之小功堂妹曹欠欠，

25 《大清律輯註》卷 20，〈刑律·鬥毆·毆祖父母父母〉，頁 770。

26 本案原文：「陝西司 查：卑幼聽從下手毆死尊長之案，必係疊毆多傷者，始將下手之犯擬斬監候。若勉從下手，並非疊毆，即傷係致命處所，亦應照例減等擬流。檢查乾隆五十五年陝西省王蘭英寶聽從伊叔王泳壽毆傷大功服兄王教民偏左殞命，又本年山東省張文愷等聽從伊父張遠毆傷小功服兄張文燦胸膛連心坎殞命。詳核此二案，所毆俱係致命處所，將該犯等照邂逅至死減等擬流，經本部照擬，核覆在案。此案，曹文彩因小功服兄曹遇春強姦年甫十二之小功堂妹曹欠欠，被堂孀曹汪氏喝逼幫毆，該犯勉從下手，用棍向曹遇春左肩毆打，因曹遇春撲向

曹欠欠之母曹汪氏為曹文彩之堂孀，喝令其一同毆打曹遇春為女報仇。曹文彩勉強從命，在扭打的過程中，曹文彩的棍子原本打向曹遇春的左肩，但因曹遇春撲過來要搶奪棍子，結果棍子就偏了一下打到曹遇春的耳竅，因而致命。刑部認為，耳竅是致命之處，而所謂「向打肩甲因被撲勢猛失手致傷」的說法顯有避重就輕之嫌，但是以往多起毆傷大功以下尊長致死的成案，也都是下手打到要害而致死，也「俱照邂逅至死例減等擬流」。本案既然不是「疊毆多傷」，只有一處致命傷，因此准予減等擬流。

而如果是較重的「毆期親尊長」，官方從輕發落的標準即使不是更寬，也維持相同的認定標準。道光3年（1823）有一宗「聽從伊父致死胞叔分別夾簽」案，²⁷楊百明聽從伊父主使毆傷胞叔楊二足身死。刑部先是指出，同樣是「卑幼聽從下手毆本宗尊長至死」，如係功服而邂逅至死者減等擬流，若僅令毆打而輒行疊毆至斃者改擬斬候；如果死者是期親，則「『不分』邂逅至死及疊毆斃命，均擬斬立決夾簽聲請」。兩者的減刑程序有異，是因為「期親服制最近」，故不得與功服並論徑行減等。但畢竟是「迫於尊長威嚇」，而非自己故意以卑犯尊，「有意干犯」，故定

奪棍勢猛，適傷其耳竅。洵如鈞論，耳竅係致命之處，其所稱向打肩甲，因被撲勢猛失手致傷之處，情近裝點。惟查辦過王蘭英寶等成案，亦係致命處所，俱照邂逅至死例，減等擬流。此案究非疊毆多傷，該省減等擬流，似可照覆。（嘉慶五年說帖）。見《刑案匯覽》卷41，〈聽從毆打邂逅至死毋論致命〉，頁2105。

- 27 本案原文：「東撫 題：楊百明聽從伊父主使毆傷胞叔楊二足身死一案。查卑幼聽從下手毆本宗尊長至死，如係功服而邂逅至死者，減等擬流。若僅令毆打而輒行疊毆至斃者，改擬斬候。期親則不分邂逅至死及疊毆斃命，均擬斬立決，夾簽聲請。誠以期親服制最近，故不得與功服並論徑行減等，然究係迫於尊長威嚇，與自行干犯者不同，故定例俱得夾簽聲請。檢查嘉慶二十三年陝西省題王世才聽從伊母毆傷胞兄王世得身死一案，該省將王世才依毆死胞兄律，擬斬立決，聲明該犯聽從伊母主使，勉從下手，經本部照例夾簽，奉旨將王世才改為斬監候。又貴州省題劉老滿聽從伊父致死胞兄劉子桂，依律擬以凌遲，夾簽聲明，奉旨將劉老滿改為斬監候，先後題結在案。此案，楊百明，聽從伊父主使，毆傷胞叔楊二足身死。查該犯楊百明所毆固屬傷多且重，若係自行干犯，應照例擬以斬決，不准夾簽。今該犯聽從伊父主使，無奈勉從，並非自行干犯，與情輕夾簽應以是否有心干犯為斷者不同，自毋庸計其傷之多寡，即照聽從毆死期親尊長本例夾簽。該司將該犯依律擬斬立決，夾簽聲請，與例相符。惟稿尾夾簽，牽引本部通行，以是否有心干犯為斷等語，係屬錯誤，謹於稿內酌改。（道光三年說帖）。見《刑案匯覽》卷43，〈聽從伊父致死胞叔分別夾簽〉，頁2209。

例俱得夾簽聲請。接著援引過往案例，只要確實是聽從尊長而下手毆死以次期親尊長，一向的作法都是先擬以凌遲，然後由刑部夾簽。此案楊百明聽從伊父主使毆傷胞叔楊二足身死，楊百明雖然「所毆固屬傷多且重」，但該犯既然是「聽從伊父主使無奈勉從」，「並非自行干犯」，便「毋庸計其傷之多寡」，應與以往案例一樣夾簽聲請。

2. 共謀殺害

官方在謀殺案件上的處理方式，則與毆殺案件表現出以下不同之處。首先，在審理時被認定為「謀殺」的犯罪型態，並不如毆殺案件一般，有專例加以規範。兩者的關鍵差異應該是在於「邂逅身死」。既曰「謀殺」，就表示被害人的死亡結果係在行為人的預期中，所以並沒有「邂逅身死」的問題。既然沒有專例可資依據，遇到謀殺親屬的行為時，就必須根據「謀殺祖父母父母」本律加以處斷。

其次，由於根據「謀殺祖父母父母」本律，謀殺有服親屬已殺者一律不分首從處以凌遲或斬立決，因此下手卑幼即使明顯被認定為從，仍無法逕行適用如「威力主使律」等予以減等，審理實務上的作法乃先依本律擬以凌遲或斬立決，這一點和毆期親尊長致死相同。至於「夾簽聲請」之程序，在謀殺案件中仍有適用機會，不過由於「謀殺」較「毆殺」情節更重，所以並不似毆殺一般，使為從下手之卑幼一律得藉此程序獲得從輕發落之機會。雖然如此，官方仍會因不同的犯罪情節而給予卑幼不同的從輕發落機會。

就本文觀察所及，被害人是否「罪犯應死」是一個關鍵因素。以嘉慶 22 年（1817）的「聽從母命謀死淫惡蔑倫胞兄」案為例，²⁸張進高之

28 本案原文：「晉撫 題：張進高聽從母命活埋胞兄張進申身死一案。此案，張進高因胞兄張進申時竊伊母衣服，並屢向頂撞，嗣欲硬取伊母養贍糧食變賣，不允，將伊母推跌擦傷，復強姦胞兄之妻已成，實屬淫惡蔑倫，與王仲貴案情固屬相符。惟查王仲貴係聽從父命毆死胞兄，本律止於斬決，故得改為杖流。今張進高係聽從母命活埋胞兄，律應凌遲處死，較之毆死者為重。雖死者同一淫惡蔑倫，兇犯同一勉從下手，而致死既有毆殺謀殺之分，罪名又有斬決凌遲之別，似未便照王仲貴之案辦理。既據該省將該犯依律擬以凌遲處死，聲明可原情節，聽候部議，並未隨本減流，只可照例夾簽聲請。該司議請援照王仲貴之案一律改流，究未允協。再查此案係謀殺，該省原揭誤引故殺胞兄之律，雖罪名同一凌遲，究屬援引

胞兄張進申偷竊母親衣服以及家中糧食欲變賣，與母親發生衝突時將母親推倒受傷，又強姦嫂嫂，其母命張進高將之活埋身死。過去有一則「王仲貴聽從父命毆死胞兄」案，當時的作法是先依本律擬以斬立決，藉由夾簽聲請，使王仲貴減輕為杖一百流三千里。原審的山西巡撫以援引故殺胞兄之律，將張進高擬以凌遲，聲請刑部比照王仲貴案辦理，夾簽聲請後改為杖一百流三千里。刑部對於山西巡撫之意見從兩點加以指謫。首先，刑部則認為，張進高係「謀殺」胞兄，本刑是凌遲；而王仲貴案則是「毆殺」，本刑是「斬立決」，兩者不相同，所以不宜援引王仲貴案。其次，既然是「謀殺」胞兄，就應適用謀殺之本律，山西省方援引「故殺」胞兄之律，「究屬援引失當」。至於原審聲請「夾簽聲請」，刑部也認為該案「只可照例夾簽」，這一點則是認可。綜合刑部意見，正確的作法是適用「謀殺胞兄」之本律，也就是「謀殺祖父母父母」條擬以凌遲，再夾簽聲請。至於要減到什麼程度，刑部在本案中並未說明。

本案死者張進申將母親推倒受傷，屬於「罪犯應死」，這一點刑部並未於本案特別註明，²⁹不過刑部在後來的幾個案件中對「罪犯應死」則有強調，由此可以看出被害人的「罪犯應死」與否對於行為人獲得減刑的機會關係重大。後來的道光 4 年（1824），刑部在針對「吳開幅聽從伊母勒死胞兄吳開慶」、「黃開武聽從伊父勒死胞兄黃開文」以及「陝撫題李三元等聽從伊父活埋胞兄李夢元身死」三案³⁰所出具的說帖中指出，

失當，應行改正。（嘉慶二十二年說帖）。見《刑案匯覽》卷 43，〈聽從母命謀死淫惡蔑倫胞兄〉，頁 2211。

29 將母親推倒受傷，應係構成大清律例第 319 條「毆祖父母父母」，對該條之說明見前文。

30 上開案件原文：「南撫 題：吳開幅聽從伊母勒死胞兄吳開慶一案。又安撫題黃開武聽從伊父勒死胞兄黃開文一案。又陝撫題李三元等聽從伊父活埋胞兄李夢元身死一案，夾簽聲明並未畫一交館匯核等因。查聽從父母逼嚇謀殺期親兄弟，例無夾簽明文。檢查成案，如死係毆詈父母，罪犯應死胞兄，該犯係迫于父母之命勉從下手者，該督撫於疏內聲明，本部核議，仍照謀殺期親尊長本律問擬凌遲，援引毆死期功尊長罪干斬決，情可矜憫之例，夾簽聲明。如死者並非罪犯應死胞兄，則止于稿內將聽從父母之命，勉從下手，不忍致死之情，量為聲敘，由內閣票擬雙籤。誠以謀殺期親尊長，情罪較重，苟非大有可原，即難率予夾簽。是以向來辦理此等案件，伊兄實係罪犯應死者，即將該犯比例夾簽。若伊兄並非罪犯應死，則止於案內聲明，所以示區別也。茲查黃開武、李三元等二案，死者將父推跌，俱係罪犯應死，該犯等聽從致死，係迫于父命，勉從下手。各該司將該犯

「查聽從父母逼嚇謀殺期親兄弟，例無夾簽明文。檢查成案，如死係毆詈父母，罪犯應死胞兄，該犯係迫于父母之命，勉從下手者，該督撫於疏內聲明，本部核議，仍照謀殺期親尊長本律問擬凌遲，援引毆死期功尊長罪干斬決情可矜憫之例，夾簽聲明。如死者並非罪犯應死胞兄，則止於稿內將聽從父母之命勉從下手，不忍致死之情，量為聲敘，由內閣票擬雙簽。」刑部進一步說明理由：「謀殺期親尊長情罪較重，苟非大有可原，即難率予夾簽。是以向來辦理此等案件，伊兄實係罪犯應死者，即將該犯比例夾簽；若伊兄並非罪犯應死，則止於案內聲明，所以示區別也。」刑部接著說明上述規則在實際案例中的適用，刑部認定黃開武、李三元等二案，身為死者的胞兄們「將父推跌，俱係罪犯應死」，這兩人既是「迫於父命勉從下手」，將他們夾簽就「核與辦過成案相符」。至吳開幅一案，刑部同樣認定已死吳開慶將母推跌倒地，「亦屬罪犯應死」，而且吳開幅按住伊兄兩腳係聽從母命被逼無奈，³¹與黃開武等案事無二致，所以認為該案也應該與前兩案一樣「比例夾簽」，以昭畫一。

至於被害期親尊長並非「罪犯應死」，所以只能在案內聲明下手之卑幼係「聽從父母之命勉從下手，不忍致死之」的案例，則如道光 2 年（1822）「因竊敗露父逼令謀殺兄圖賴」一案。³²鄭名胡縱容其子鄭德華

等比例夾簽，核與辦過成案相符。至吳開幅一案，查已死吳開慶向母索討膳谷賣錢使用，伊母不允向毆，吳開慶將母推跌倒地，亦屬罪犯應死。該犯吳開幅按住伊兄兩腳，係聽從母命，被逼無奈，與黃開武等案，事無二致，亦應比例夾簽，以昭畫一。今湖廣司援照道光二年湖北省鄭得華之案，只於稿內聲明。查鄭得華聽從父命謀殺胞兄鄭萬才，死者並無忤逆罪犯應死，故止於稿內聲明與現案情節不同，應將吳開幅一案亦改擬夾簽，並傳知各司存記，庶不致辦理兩歧。（道光四年說帖）。見《刑案匯覽》卷 43，〈聽從父母謀殺胞兄分別夾簽〉，頁 2212。

31 「按住兩腳」的動作與「勒死」有何關連，由於《刑案匯覽》中並無對於案情節的進一步描述，故無從得知。

32 本案原文：「北撫 題：鄭得華因竊敗露，聽從伊父鄭名胡謀死胞兄鄭萬才圖賴一案。檢查嘉慶六年山西省題馬幅因胞兄馬葉姦拐人妻，被胞叔馬顯榮訓斥，馬葉頂撞馬顯榮，因其玷辱祖宗，喚令馬幅幫同下手，將馬葉用繩勒斃。馬幅照謀殺期親尊長律凌遲處死。九卿議奏改為斬候。在案。此案，鄭德華聽從熊一新行竊熊年豐家山薯，被事主查知起獲原贓，欲行送究，經勸允賠而散。嗣伊父鄭名胡因無錢賠贓，並恐到官指報，審出縱子行竊，一同問罪，起意將伊長子鄭萬才致死，移屍往賴，希圖抵制。向該犯商謀，未允，鄭名胡即以「如不聽從自往尋死」之言嚇逼，該犯無奈允從。鄭名胡用繩套入鄭萬才項頸，令該犯幫同拉勒，該犯不忍用力，鄭名胡將其推開，手掐鄭萬才咽喉斃命。查該犯先則迫于父命，

聽從熊一新之指使到熊年豐家偷山薯，鄭德華後來被人賊俱獲，只得答應賠錢以免被送官府。鄭名胡沒錢可賠，又怕萬一扭送官府會被審問出是他縱容鄭德華行竊而一起獲罪，就想把長子鄭萬才殺死，然後將屍體搬到熊年豐家嫁禍。鄭名胡逼鄭德華下手，並以死相脅，鄭德華無奈從命。而在事發當下，鄭名胡先用繩子套到鄭萬才的脖子上，叫鄭德華幫忙拉繩子，鄭德華不忍心用力，鄭名胡便將鄭德華推開，用手掐鄭萬才的咽喉直到斷氣。原審的山西省方將鄭德華依律凌遲處死，刑部承辦的山西司則擬將該犯聲請量減改為斬決。刑部律例館認為山西司的作法固然是「衡情酌辦」，不過又對比嘉慶6年（1801）另一起「馬幅聽從胞叔之命勒死胞兄馬葉」案，對於量刑方式提出意見。該案，馬葉姦拐人妻，被胞叔馬顯榮訓斥，馬葉頂撞，馬顯榮認為馬葉的行為玷辱祖宗，喚令馬幅幫同下手將馬葉用繩勒斃。當時馬幅被依照謀殺期親尊長律凌遲處死，後來九卿議奏改為斬候。律例館認為，如果照山西司的意見擬以斬決，鄭德華所獲得的刑度會比馬幅重，所以主張應先「依本律擬以凌遲」，然後「聲明不忍致死其兄情節」，由內閣「票擬雙簽」。律例館應當是認為鄭德華的情節並不比馬幅重，故有此議。

總之，根據上述刑部的說法，如果被謀殺之尊長並未到「罪犯應死」的地步，則不得適用「夾簽聲請」之程序，而只能在案內聲明下手卑幼「顯可憫恕」的情事，作為內閣後來票擬雙簽，請求皇帝酌情減輕的依據。而原因自然是刑部所指出的，「謀殺期親尊長情罪較重，苟非大有可原，即難率予夾簽。」這兩個案件是由內閣票擬雙簽，下手之卑幼實際上可以減輕到什麼程度？在前述馬幅案，所獲刑度由凌遲減為斬監候，算是減了二等。而鄭德華最後如何量刑？案件中並未顯示，不過有了馬幅案的前例，也可能是斬監候。

無奈允從，迨伊父逼令執繩拉勒，因該犯不忍用力，伊父始手掐致斃。是該犯實有不忍致死其兄之心，與有心欲殺聽從下手者迥不相同。該省將鄭得華依律凌遲處死，該司擬將該犯聲請量減改為斬決，自係衡情酌辦。惟馬幅一案係聽從伊叔幫同勒斃胞兄，九卿改為斬候。此案若將該犯隨本聲請改為斬決，是較馬幅一案轉為加重，自應仍依本律擬以凌遲，聲明不忍致死其兄情節，俟內閣票擬雙簽，其鄭名胡仍照故殺子孫圖賴人例擬軍。（道光二年說帖）。見《刑案匯覽》卷43，〈因竊敗露父逼令謀殺兄圖賴〉，頁2212。

至於那些夾簽聲請的案件，如果在《刑案匯覽》中有記載，所顯示出的減刑幅度通常為依本律所擬罪刑減一等或二等。減一等者，如嘉慶23年（1818）陝西省王世才聽從伊母毆傷胞兄王世得身死一案，³³原審將王世才依毆死胞兄律擬以斬立決，並聲明該犯聽從伊母主使勉從下手，經刑部照例夾簽，奉旨將王世才改為斬監候。減二等者，如貴州省劉老滿（年份不詳）聽從伊父殺害胞兄劉子桂，依律擬以凌遲，夾簽聲明，奉旨將劉老滿改為斬監候。而「謀殺」或「毆殺」手段是否會影響減刑幅度？由於記載下手卑幼最終所獲刑度的夾簽案件不多，因此尚難一概而論。

三、清代官方處置方式的優點

對於這種卑幼被最尊長主使殺害以次尊長的案件，清代官方的處置方式已如上所述。這種處置方式顯示出下列可取之處。

（一）內在邏輯性一致而明確

根據第30條「共犯罪分首從」之規定意旨，為從者減為首者一等，而如果本條有「皆」之字眼，表示犯罪之處罰不分首從，就沒有從者減一等的問題。這些犯罪的從者之所以不減等，或者因為犯罪情節重大，因此立法者不分首從，亦即不使造意者以外之人減輕處罰；又或者是因為立法政策的考量，不見得是因為罪質較重。³⁴在殺害親屬的罪刑中，謀殺有服親屬之處刑一律不分首從，而毆殺或故殺期親以上親屬也不分首從，這顯然是基於罪質的考量。謀殺的情節較重，因此對有服親屬犯之一律不分首從處刑。而親屬的服制關係也是決定罪質的因素，殺害服制關係愈重的尊長，表示對親屬關係中等級秩序的破壞也愈嚴重，因此立法者以期親與大功作為分界，使毆期親以上尊長至死者比照謀殺有服

33 《刑案匯覽》卷43，〈聽從伊父致死胞叔分別夾簽〉，頁2209。

34 參考戴炎輝，《中國法制史》，頁75-76。

親屬，不分首從處刑。而個別犯行的處罰是否分首從，則直接影響親屬共同對親屬犯殺傷罪時，為從之卑幼論罪科刑的方式。毆殺大功以下親屬律分首從，因此為從卑幼的論罪就直接比照為首者減一等酌科；毆期親以上親屬律不分首從，因此就先擬以本律之刑再夾簽聲請。謀殺有服親屬情節更重，惡性更大，因此又以被害尊長是否罪犯應死來區分應夾簽聲請或由內閣票擬雙簽。整體而言，法條的適用以及所依循的程序是隨著犯罪情節的加重而調整，寬嚴層次分明。

按清代的司法程序有嚴格的層級複審制度，不同罪名以及量刑程度的刑事案件各有不同的終審層級。³⁵死刑一律要由皇帝定奪，³⁶而由皇帝定奪的案件，在呈送皇帝之前又可能因不同情況，而有刑部單獨主稿之法司定擬判決，或刑部參酌都察院與大理寺意見而定擬之三法司定擬判決；定擬判決之後，奏聞於皇帝時要由內閣票擬意見，票擬通常情況為單籤，但遇有特殊情形亦可能有雙籤、三籤或四籤。³⁷上述程序中的相關人員可理解為對皇帝裁決擁有建議權之人，在一般爭議較小的案件，刑部的意見會得到院寺的尊重，而內閣以單籤票擬也不會有不同意見，因此實質上形同由刑部單獨給予皇帝裁決之建議。但如案情較重大或較有爭議性，臣僚可能有不同意見時，刑部可能就必須參酌院寺的意見，而內閣也可能有雙籤以上的票擬，此時刑部就不再能獨攬實質上對皇帝裁決的建議權，而有其他人員或機關的參與。

前文所述對於各種致死情節的程序上處置方式，其實就反映出官方對於不同程度案件的定案，設定了不同範圍的參與者，也意味刑部對皇帝裁決之建議權的程度。如果是在毆殺大功以下尊長，直接依照本律以為從減等，表示授權承審官員或刑部擬定刑度。情節較嚴重的毆殺期親以上尊長以及謀殺有服尊長，承審官員僅能依本律擬刑，意味著國家將量刑的權柄收歸以皇帝為代表的中央官僚體系所有。但是誰可以為皇帝提供量刑的建議，又因犯罪情節而有不同的安排。如果被殺害的尊長本

35 詳參那思陸，《中國審判制度史》（臺北，正典出版社，2004），頁 291 以下。

36 參考 D·布迪（Derk Bodde）、C·莫理斯（Clarence Morris）著，朱勇譯，《中華帝國的法律》（南京，江蘇人民出版社，2004），頁 97-98。

37 詳參那思陸，《中國審判制度史》，頁 304；《清代中央司法審判制度》（臺北，文史哲出版社，1992），頁 120。

身罪犯應死，犯罪情節就稍微輕一點，或者說較為「情有可原」，由刑部夾簽聲請，內閣再單籤票擬即可。但如果被害尊長並非罪犯應死，犯罪情節算是稍重，則硬性規定由內閣雙籤票擬，形同使內閣對刑部的意見多一次背書，以昭慎重。

可以說，在設定行為人從輕發落的管道時，清代官方是依循一套嚴謹的標準，綜合考量服制關係、犯罪方式、本律規定等因素，力求在實體以及程序的規範體系中達到邏輯的一致。僅就適用的律例條文以及審理程序來看，彼此間的配合嚴謹，論理相當精密，少有參差之處。論者曾指出，清代的法規範自成體系，且條文之間具有上、下或平行之邏輯關聯性，內容細密而且結構完整，其綿密與細緻性可能超越當代任何國家的法律體系，³⁸從本文所分析的案例中，官方對於法條適用乃至於審理程序的講究，就可以具體而微地看到清代法制這方面的優越之處。

（二）體諒卑幼處境

《刑案匯覽》中有一則標題為「聽從尊長毆死次尊仍遵本律」的通行，這是道光 14 年（1834）江西道御史俞焜（?-1860）為奏請修例而提之意見。³⁹他在奏摺指出，「其聽從尊長毆死以次期親尊長之犯，向來辦理，皆按本律擬斬，而原致死之由，究非有心干犯，不可不稍為區別，故又有夾簽聲請之例。疊經改為斬候歸入服制情實。是于慎重倫紀之中默寓矜恤情輕之意，立法本極詳慎。」這些聽從最尊長下手致以次期親尊長於死之卑幼，其之所以致尊長於死，「究非有心干犯」，所以必須與那些蓄意侵犯的人有所區別，而夾簽聲請使卑幼減刑的作法，是「慎重

38 參考陳惠馨，《向法規範回歸之清代法制研究》（臺北，元照，2017），頁 22；《清代法制新探——以《大清律例》為核心》（臺北，元照，2022），頁 57。

39 出自《刑案匯覽》卷 42，〈聽從尊長毆死次尊仍遵本律〉，頁 2188-2190。《刑案匯覽》並未記載該「江西御史」究係何人，「俞焜」之名見諸《讀例存疑》，薛允升（1820-1901）分析「毆期親尊長」條附例第 11 條時指出，「此條係道光四年，御史萬方雍奏參刑部審擬文元毆死胞姪伊克唐阿一案，經刑部奏請定例。（下手傷輕，止科傷罪。）十四年刑部議覆御史俞焜條奏修改，（無論下手輕重，悉照本律問擬。）同治九年改定。」見清·薛允升著述，黃靜嘉編校，《讀例存疑重刊本》（5 冊，臺北，成文出版社，1970）冊 4，頁 948。

倫紀之中默寓矜恤情輕之意」。

至少從《刑案匯覽》的案例來看，清代官方其實「不吝於」幫為從下手之卑幼尋找減刑機會。關鍵可以說在於前述通行中江西道御史所提及的「究非有心干犯」。「毆大功以下尊長」條附例第 4 條以及「毆期親尊長」條附例第 11 條都以「迫於尊長威嚇，勉從下手，邂逅至死」作為減刑要件，而如果卑幼滿足這個客觀情狀，官方就認定其並非「有心干犯」。雖然這兩條例文接著都規定「若尊長僅令毆打輒行疊毆多傷至死者」作為不得從輕發落的條件，以致於當死因是卑幼造成多處傷害，或者是傷及要害時，是否仍可讓卑幼享有減刑之處遇，審理時可能產生爭議，但從前述的「聽從毆打邂逅至死毋論致命」以及「聽從伊父致死胞叔分別夾簽」兩案來看，刑部的重點都放在「是否受尊長逼迫而下手」，所以儘管前案中的曹文彩打中了小功堂兄曹遇春的要害耳竅，而後案中的楊百明則是造成胞叔楊二足多處受傷，刑部仍然讓他們或者減等擬流，或者夾簽聲請。

既然是「受尊長逼迫而下手」，則尊長的行為其實就符合大清律例第 312 條「威力制縛人」律文當中的「威力主使」。本條其實與「鬥毆及故殺人」條同為律，而非附屬於該律文之條例，但由於其規範的行為態樣係以威勢脅迫他方毆打第三人致死傷，因此在清代的司法實踐中，變成一種可套用於各類鬥毆案的共犯關係規定。⁴⁰本律文附例第 4 條規定：「凡主使兩人毆一人、數人毆一人至死者，以下手傷重之人為從，其餘皆為餘人。」如此一來，威力主使毆打與同謀共毆在本質上都是共毆致人死亡，雖然分屬兩罪，但並沒有本質上的區別。⁴¹正因如此，清代官方會以這個條文作為當卑幼被最尊長指使毆大功及小功次尊長至死時，得以獲得減刑的直接法律依據。而「威力主使」概念當中所蘊含的關鍵要件，即主使者有令下手者「不得不從之勢」，也成為官方在審理此種案件時考量的重點。⁴²儘管在毆期親尊長致死時，由於服制關係較重，被迫下手

40 參考吳饒竹，〈命債必償〉，頁 134。

41 同前註。

42 參考吳饒竹，〈命債必償〉，頁 135。按「不得不從」一詞在《刑案匯覽全編》中共出現不下十餘次，都是用來說明犯罪情節中，教令者有無使被教令者依其意志從事違法行為的威勢。

的卑幼並不能直接比照「威力制縛人」條減輕，但只要刑部認為下手的卑幼是「迫於尊長威嚇」，並非「有意干犯」，亦即主使的最尊長有令下手的卑幼「不得不從之勢」，都會「照例夾簽聲請」，建議皇帝給予減輕一等或二等的量刑，通常也會獲得皇帝批可。

至於聽從最尊長之教令謀殺次尊長的卑幼，由於下手時已經有致死之決意，情節較重，法律對於已殺者的本刑已經是不分首從處以凌遲或斬立決，因此官方對於從輕發落所設定的條件就更嚴格，例如考量的因素就多了「被害的次尊長是否『罪犯應死』」。然而與毆殺相同的是，官方也會首先考量下手卑幼是否「迫於尊長之命」，如果是，則進一步考慮死者是否「罪犯應死」。如果死者是「罪犯應死」，則由刑部夾簽；如果不是，則由內閣票擬雙簽。無論單簽或雙簽，只要卑幼確實是因為尊長的教令不得已而為之，官方都會遵循嚴謹的程序為卑幼爭取某種程度從輕發落的機會。

綜合前述的說明可知，清代官方對於有利於下手卑幼之條件的認定，即使不算特別寬大，至少也是嚴格根據文字定義，並未限縮適用範圍。而將「威力制縛人」條中的「威力主使」情境擴大適用到共犯毆謀殺罪，使受最尊長教令殺害次尊長的卑幼得以被認定為迫於最尊長的「不得不從之勢」，更顯示出官方對於下手卑幼之處境的認知與同情。因此我們不妨認為，在禮教立法的格局下，當「親親」、「尊尊」、「長幼有序」幾近於論罪科刑的鐵律時，清代官方確實已經盡了「矜恤情輕」之能事。

四、對卑幼的苛酷待遇 ——罪刑不相當與義務衝突之兩難

自晉泰始律以降，「準五服以治罪」就成為歷代刑律處理服制犯罪的準則。以殺傷行為為例，論罪科刑的基本的原則就是比較行為人與被害人的尊卑與服制關係，尊長侵犯卑幼則減輕，卑幼侵犯尊長則加重，而加減的幅度又隨服制關係的遠近而調整，服制關係越近，加減刑的幅度就越大。這種立法方式在往後的歷代成為鐵律，這固然是「禮主刑輔」

立法格局的必然結果，也彰顯出歷代統治者致力於維護家庭倫理、「明刑弼教」的理念與決心，但這種立法方式不可否認地也有其明顯的缺陷，尤其是對於卑幼的苛酷待遇。以下嘗試從論罪科刑以及整體人倫義務格局中卑幼所面臨的不利處境加以分析。

（一）罪刑不相當

從本文所舉的個案中可以看出，儘管清代官方確實已經盡量使這些被迫下手之卑幼從輕發落，但不能否認的是，在「倫紀攸關」的前提下，再怎麼「矜恤情輕」，相較於為首的尊長，這些卑幼在法律上還是明顯受到苛酷的待遇。茲將實體及程序處遇的相關要件（見表 1），以及尊長與卑幼相犯謀或毆殺既遂的本律刑度（見表 2、3），整理如下。

表 1 實體及程序處遇的相關要件

殺害方式	被害人與為從卑幼關係	為首尊長刑度	為從卑幼本律刑度	本律是否分首從	為從卑幼減輕方式	一般減輕要件	特殊情狀
謀殺	期親（或以上）尊長	各依服制本律	凌遲	否	夾簽聲請 票擬雙簽	迫於尊長威嚇，勉從下手，邂逅至死 與上同	死者罪犯應死 無
	大功及小功尊長	各依服制本律	斬立決	否	尚無案例	與上同	尚無案例
	總麻尊長	各依服制本律	斬立決	否	尚無案例	與上同	尚無案例
毆殺	期親尊長	各依服制本律	斬立決	否	夾簽聲請	與上同	
	大功及小功尊長	各依服制本律	斬立決	是	依「威力主使律」為從減等擬流	與上同	
	總麻尊長	各依服制本律	斬監候	是	依律減等擬流	與上同	

資料來源：本文作者自行製作。

表 2 卑犯尊之本律刑度

應科刑罰	死				流		徒			杖				笞									
	凌遲	斬立決	斬監候	絞立決	絞監候	三千里	二千五百里	二千里	三年	二年半	二年	一年半	一年	一百	九十	八十	七十	六十	五十	四十	三十	二十	一十
被殺尊長																							
祖父母、父母	#	@	*																				
伯叔父母、姑	#	@	*																				
同胞兄弟	#	@	*																				
大功尊屬	#	@	*																				
大功兄弟及同等長屬	#	@	*																				
小功尊屬	#	@	*																				
小功兄弟及同等長屬	#	@	*																				
總麻尊屬	#	@	*																				
總麻兄弟及同等長屬	#	@	*																				
凡人	#	@	*																				
應科刑罰	死				流		徒			杖				笞									
被殺尊長	凌遲	斬立決	斬監候	絞立決	絞監候	三千里	二千五百里	二千里	三年	二年半	二年	一年半	一年	一百	九十	八十	七十	六十	五十	四十	三十	二十	一十

表謀殺，@ 表故殺，* 表毆殺。

資料來源：林詠榮，《唐清律的比較及其發展》（臺北，國立編譯館，1982），頁 389-390。

表 3 尊犯卑之本律刑度

應科刑罰	死			流			徒			杖					笞								
	凌遲	斬立決	斬監候	絞立決	絞監候	三千里	二千五百里	二千里	三年	二年半	二年	一年半	一年	一百	九十	八十	七十	六十	五十	四十	三十	二十	一十
被殺卑幼																							
子孫												# @	*										
姪							# @	*															
同胞弟妹							# @	*															
大功卑幼				# @	*																		
大功弟妹及同等卑幼				# @	*																		
小功卑幼				# @	*																		
小功弟妹及同等卑幼				# @	*																		
總麻弟妹及同等卑幼				# @	*																		
凡人		# @	*																				

表謀殺，@ 表故殺，* 表毆殺。

資料來源：林咏榮，《唐清律的比較及其發展》，頁389-390。

如前所述，在毆大功及小功尊長至死的情形，他們是依威力主使律以為從減等擬流，又如果是毆總麻尊屬至死，則卑幼直接依律減等擬流，不論是循哪一種減刑的管道，總之為從下手毆大功以下尊長至死之卑幼的「均一刑度」就是杖一百流三千里。至於謀殺有服尊長或毆殺期親尊長的行為，將分別情形或者被法司夾簽聲請，或者由內閣票擬雙簽，這些卑幼通常能減輕一等或二等。根據前述江西御史的奏摺所述，他們「疊經改為斬候歸入服制情實」，意即一貫的作法是減輕為斬監候，然後在秋

審時因其與被害尊長的服制關係，便歸入情實，秋後處決。⁴³謀殺有服尊長既遂的本刑重則凌遲處死，輕則斬立決；毆殺期親尊長的本刑為斬立決，因此如改為斬監候，確實是減輕了一等或二等。

然而這樣的減輕，究竟有多少實質意義？其實值得懷疑。首先看減輕後的刑度，杖一百流三千里是流刑的最重，而一旦判處流刑，就是終身不返，只有在遇到大赦時才可能被釋放返鄉。至於斬監候，由於會經過朝審或秋審的審議，還可能有一線生機，因此是死刑中較輕者。⁴⁴但如果在秋審時入於情實，最終仍不免一死，與立決的差別不過是「多活幾個月」，雖然實際上還有機會在皇帝最後勾決之時蒙浩蕩皇恩「刀下留人」，⁴⁵但可以確定的是比起未被指定為入於情實者，「生還率」一定低得多，即使活下來，往往也要在牢中歷經多年的折磨，庶幾可謂「不死也半條命」。⁴⁶而之所以減了二等之後還是如此慘酷之刑，自然是因為

43 按：一旦被判處監候，就會在當年秋天經歷秋審或朝審，而朝審或秋審之結果分為「情實」、「緩決」、「可矜」、「留養承祀」四種結果。除入於「情實」者理論上當年就會處決外，其他情形都可以暫時逃過一死或者收贖。詳見那思陸，《中國審判制度史》，頁 305-306。

44 清代桐城派名家方苞（1668-1749）曾經因案下獄，他在〈獄中雜記〉一文中有「每歲大決，勾者十四五，留者十六七」的描述。引自清·方苞著，劉季高點校，《方苞集》（上海，上海古籍出版社，1983）集外文卷 6，頁 710。清末親身參加過秋審的董康（1867-1947），也曾提到過情實罪犯占全部死刑監候人犯 15% 的比例，董氏之言如果可信，則有約 85% 的監候人犯可以逃死至少一年。再以魯迅（1881-1936）祖父周福清（1838-1904）之遭遇為例。他曾於光緒 19 年（1893）為兒子與同鄉賄賂考官而下獄，根據大清律例第 52 條「貢舉非其人」條附例第一條規定，「鄉、會試考試官、同考官、及應試舉子，有交通囑託、賄買關節等弊，問實斬決」，周福清應被判處斬立決，承審之浙江巡撫因周福清自首而擬減為杖一百流三千里，原本刑部也同意了，但光緒皇帝（1875-1908 在位）閱覽本案認為這種科場舞弊情節重大，「未便予以減等」，因此批示將周福清改為斬監候，並指示應秋後處決。不過周福清還是歷經幾次秋審未被勾決，身繫囹圄多年之後，援例釋放，老死鄉里。如果皇帝對於親自指示應秋後處決者仍可能在勾決的最後關頭予以免勾，則對於在秋審時入於情實者未必一律予以勾決，便是可以想見。以上關於董康以及周福清的兩筆資料分別轉引自孫家紅，《清代的死刑監候》（北京，社會科學文獻出版社，2007），頁 7、15。

45 除前述案例外，那思陸教授在其所著《清代中央司法審判制度》中所舉的幾個皇帝自行裁決的案件也可說明此一現象（頁 244-245）。其中有一案的死囚王于玉只因康熙帝（1661-1722 在位）突然的一念之仁（而且還沒有說明任何理由），就由凌遲減等為斬立決，臣下也只能說「皇上法外施恩，並無不可」。

46 方苞在〈獄中雜記〉一文中還有如下的觀察：「凡死刑獄上……，主縛者……不

「服制攸關」，本刑極重，所以再怎麼減輕仍有其限度。

而如果再比較為首尊長所獲之刑，就更可以看出卑幼的不利處境。若主使的最尊長與被害的次尊長服制關係較遠，則該尊長與卑幼的刑度還不會太懸殊。例如前述「聽從毆打邂逅至死毋論致命」案，曹文彩聽從孀母毆死小功堂兄曹遇春，被依「邂逅至死例減等擬流」，杖一百流三千里。至於令曹文彩下手的曹汪氏刑度如何？由於原案並未載明她與曹遇春的與服制關係，因此尚難斷定，不過既然她是曹遇春小姑堂妹曹欠欠之母，則她可能是曹遇春的堂孀，分屬大功尊長。若兩人的關係確實如本文之推測，則曹汪氏之本刑依據「毆大功以下尊長」條「若（本宗及外姻）尊長毆卑幼……至死者絞（監候）」之規定，應為絞監候。然而一旦主使的最尊長與被害的次尊長服制關係是期親以上，則該尊長與下手卑幼的刑度便有天壤之別。如前述「張進高聽從母命謀死淫惡蔑倫胞兄」案，刑部認為應先對張進高適用謀殺胞兄擬以凌遲，再來簽聲請，之後可以預期的是會減刑一等或二等，也就是斬立決或斬監候。至於命令張進高活埋張進申的張母，則依照「共犯罪首從」條「各依本律首從論」的規定，以服制關係定其刑度，從而適用「謀殺祖父母父母」條中「尊長謀殺（本宗及外姻）卑幼……已殺者，依故殺法」，以及「毆祖父母父母」條「祖父母父母故殺者，（無違犯教令之罪為故殺，）杖六十徒一年」之規定，只需負杖六十，徒一年之刑責。

甚至，如果被害的卑幼根據律例是屬於「罪有應得」的類型，教唆下手的尊長還可能完全不論罪。道光 3 年有一則王太倉迫於母命毆死胞姊案，王太倉的姊姊嫁給朱姓之人後兩次隨姦夫逃走，被其母夏氏撞見斥責，朱王氏不服管教，夏氏以投河相脅迫令王太倉下手毆打，王太倉迫於無奈下手，致朱王氏傷重身死。刑部認為喝令下手的夏氏「並無不合，應毋庸議」，反而是王太倉被依「迫於尊長威嚇，勉從下手，邂逅致死」例，擬流。⁴⁷至於刑部認為「並無不合」的依據，應該是大清律例

如所欲，縛時即先折筋骨。……其傷於縛者，即幸留，病數月乃瘳，或竟成痼疾。」見《方苞集》集外文卷 6，頁 710-711。

47 本案原文：「道光三年安徽省審題王太倉聽從母命毆傷出嫁胞姊朱王氏身死擬流成案……，因出嫁胞姊朱王氏兩次隨同姦夫逃走，經伊母夏氏遇見斥罵，王氏不服頂撞吵鬧，夏氏忿極，喝令王太倉毆打，王太倉不敢動手，夏氏聲言，若不毆

第 319 條「毆祖父母父母」律文「其子孫毆罵祖父母父母……若違犯教令，而依法決罰，邂逅致死，及過失殺者，各勿論」。

瞿同祖先生曾在其經典作《中國法律與中國社會》一書中認為，傳統中國「法律所重的是倫紀問題而不是是非問題」。⁴⁸就清代官方對於事實關係的認定方式來看，這句話或許不太適用在這類案件，因為官方在認定案情時畢竟會區分教令之尊長與受命之卑幼的責任歸屬，而且瞿氏之所以有此立論，行文脈絡上是先觀察了尊長因故自盡，而被牽連的卑幼以今日眼光殊難認定應為尊長之死負責任的案件，從而有感而發；但如果著眼於律例對最終法律責任的分配方式，瞿氏之論可謂切中肯綮，許多案件的釁端實係肇因於尊長的私心，亦即真正「可惡」的是尊長，結果卻令被迫下手的最卑幼負最重的法律責任。法律維護了倫紀關係，但重視倫紀關係的結果卻使法律責任的分配無法如實反映個案的是非對錯。

這種極度懸殊的刑責，還在刑事訴追上產生一個十分不良的後果，就是尊長出面為卑幼頂罪。前述江西御史俞焜奏請修例的緣由，是針對「毆期親尊長」條附例第 11 條的前身而來，根據先前之規定，「期親卑幼聽從尊長共毆尊長尊屬致死，……除下手傷重致死之犯，各照本律本例分別問擬外，下手傷輕之卑幼依律止科傷罪。」俞焜認為這樣的規定有兩大問題，其中之一是尊長會出面替卑幼頂罪，「此例既行，則如子侄與弟毆死胞叔，其父母必有出而承認主使以輕其子之罪者；其毆死以次胞兄，則伯叔長兄必有出而承認主使以脫其侄與弟之罪者，窮其流弊，凡毆死期親尊長尊屬，百無一抵。」簡單地說，傷罪與死罪相差懸殊，所以此例會導致一旦姪殺叔則由父母出面頂罪承認主使，以拯救兒子；弟殺次兄則由長兄出面頂罪承認主使，以脫免弟弟之死罪。其流弊就是，

打即投河自盡，王太倉情急用拳毆其左右後肋各三下，王氏在船艙亂滾，辱罵撒潑，夏氏愈加忿恨，逼令復毆，王太倉又拳毆其左後脅四下，至夜殞命。王氏本係淫佚無恥，頂撞伊母罪人，夏氏先以投河自盡之言威嚇，後又逼令用力復毆，雖王太倉拳傷已至十處，原驗色止青紅，甚屬輕淺，揆其情非得已，死出不虞，是以駁令將王太倉一犯依迫於尊長威嚇，勉從下手，邂逅至死例，擬流。」見《刑案匯覽》卷 41，〈疊毆傷多護無可原未便擬流〉，頁 2104-2105。

48 瞿同祖，《中國法律與中國社會》，頁 48。

到頭來沒有一個毆死期親尊長的人需要償命。所以他主張刪除「下手傷輕之卑幼依律止科傷罪」的規定，而「將聽從尊長毆死以次期親尊長之案，仍遵不分首從本律照例夾簽聲請。」俞焜之奏獲得刑部的正面回應，先是在道光 14 年作為通行頒行各省遵照，而後於同治 9 年（1870）修訂成現存版本。

俞焜之所以有此議，可能是因為看到時有尊長在類似案件中出面為卑幼頂罪，而認為如果把卑幼的刑度提高，不再「止科傷罪」，會就減少尊長頂罪的誘因。本文認為俞焜的考量誠然有理，解決問題的策略也沒錯，如果為從毆死期親尊長且下手傷輕的卑幼不再「止科傷罪」，而應「仍遵不分首從本律照例夾簽聲請」，則尊長就算出面頂替，使卑幼成為聽命下手之為從者，能減輕的幅度還是有限，和必須面對的牢獄之災相比，較為有限的「獲利」可以想見會令相當數量的尊長卻步。

然而想進一步指出的是，俞焜之論應當加以補充。舊例之所以產生這樣的頂罪流弊，除了為從下手的卑幼刑度過輕之外，出面頂罪的尊長同時也是被害者之有服尊長，有服制關係作為「保護傘」，不怕重刑相繩，則是另一個原因。能在這種毆期親尊長至死的案件中出面頂罪的更尊長，必定是下手卑幼與被害次尊長雙方共同的期親以上尊長，才有可能「發揮」頂罪的「功效」，使下手卑幼得以被認定為「為從」，例如弟毆殺兄，應由兩人的伯、叔或直系尊屬出面頂替為主使；姪毆殺叔，則由父、伯或祖父母出面頂替。在這兩種情況中，能「有效」頂替而自居為主使之尊長，與被害人的服制關係都是期親以上，甚至是斬衰的父母或祖父母，這兩種服制的尊長殺死卑幼都不用抵命，謀殺與故殺同胞弟妹以及胞姪都是杖一百、流二千里，故殺則是徒三年；謀殺或故殺子孫只須杖六十、徒一年；而毆殺更只須杖一百。設有一位父親，其次子殺死長子，如果該父親出面頂替聲稱主使，就算因而「無辜」承擔了殺子之罪，也只會徒一年或是杖一百，「代價」相對「低廉」，反而是原本因殺兄而該當凌遲或斬立決的次子，可以透過夾簽聲請或票擬雙簽而減等為斬監候，好歹有緩決的機會。如果該父親當真「救子心切」，似不無可能出面自承為主使以為子開脫。

這種因為服制關係影響刑度，而導致在親屬發生相殺案件時會有尊

長或卑幼出面頂罪的問題，官方其實先前就已經注意到了。在乾隆 31 年（1766），山東按察使就曾經為了一件宗族內命案重複頂罪的案件，奏請對親屬定罪的案件訂立專條。乾隆年間（1736-1795）有侯七郎毆死堂兄侯嶽添，侯嶽添的堂弟侯覺添（可能並非侯七郎的親兄弟）假冒為侯嶽添的哥哥為侯七郎頂罪，後來侯七郎的哥哥，同時因較侯嶽添年長，論排行算是侯嶽添堂兄的侯學添，又被母親指示為侯七郎頂罪。侯七郎照毆死大功兄本律擬以斬決，侯覺添依照其所頂的毆殺大功弟之罪，擬以杖流。至於侯學添，由於是受母親之命，與一般自願頂罪人不同，所以科以不應重，杖八十，並枷號兩個月。山東按察使認為之所以會有這樣的頂罪案件，都是因為服制關係導致罪有差等，使人民得以利用來避重就輕。因此提議訂立專條，日後只要親屬間相殺的命案，有尊長或卑幼出面頂罪，如果動機顯然是為了避重就輕的，就把頂罪人一律科以所頂之罪的刑度，如果是死罪就減一等；如果無關於避重就輕，就比照所頂犯罪之刑度減輕二等。對此刑部則認為，頂罪的情節與動機，乃至於是否受財，案情千奇百怪，「斷難一例定擬」，果如山東按察使所議，則「援引恐多窒礙」，由承審官員「詳核情節，參酌服制，照例比引酌量定擬」，其實最為平允。最終乾隆肯定刑部的意見。⁴⁹

49 本案原文：「四川司 查律載：犯罪未發而自首者免罪。若于法得相容隱之親屬為之首，如罪人身自首法。其損傷於人者，不在自首之列。又因人連累致罪，若犯人自首得免連累人，亦准原免。各等語。至親屬以愛護私情，代認正兇，旋據應抵之親屬首明，更正其頂凶之罪，例無不准首免明文。檢查乾隆三十一年欽差侍郎期審奏，湖南省侯七郎毆死大功兄侯嶽添伊兄侯覺添等代認正兇一案，侯覺添亦曾與毆，因釁由伊起，自行頂罪，並冒為死者堂兄，希圖輕罪，將該犯即照伊所冒毆殺大功堂弟之罪，擬以滿流；侯學添迫於母命，代弟認罪，與常人頂罪不同，照不應重律杖八十，加枷號兩個月奏結。又四十八年山東省郭小躄護父毆死馮幅志，伊父郭廷祥迫於母命代子認罪一案，將郭廷祥照不應重律杖八十題結。又五十三年湖北省吳名勒毆死朱邦華，伊子吳士告代認正兇一案，聲明吳士告不忍伊父抵罪，出自天性，應請免議等因題結。各在案。以上三案，均係親屬頂凶，並無自首情節，猶得量為寬減，不與常人受賄頂凶之犯同擬重辟，則業經親屬首明更正者，似可按律原免。此案，甘學商因與劉漢貞爭毆，被劉漢洪撲向揪扭，伊妻塗氏見而幫護，順用木棒戳傷劉漢洪臍肚致斃。塗氏因跑走傷胎，生產患病，甘學商心存顧恤，到官自認，旋據塗氏病癒查知，赴案自首等情，詳加參酌。甘學商因塗氏生產患病，不忍其妻坐罪，到官自認，事出一時愛護之私，本與姦徒得受賄賂挺身頂凶者有間，而塗氏于病癒後查知，即行自首，不敢隱罪貪生，致陷其夫於非罪，本案正兇得以改正。是塗氏係毆人致死，法不准首，自應按律擬

這種由於行為人藉由服制關係得以輕判而導致的頂罪案件，《刑案匯覽》還收錄一件道光 9 年（1829）的兒子被族長打死，由母親頂罪的案件。⁵⁰羅錫華屢次行竊，某次彭氏忍無可忍將其扭送羅氏宗祠管教，羅錫華不服勸導又將羅彭氏推跌致傷，結果被族長羅紹成喝令族中多位長輩毆打，最後傷重而死。羅紹成畏罪，給了羅彭氏 40 兩銀子要她頂罪。由羅彭氏出面頂罪，在法律面顯然是「合算」的，因為羅彭氏的法律責任極輕。根據大清律例第 319 條「毆祖父母父母」，「其子孫違犯教令，而祖父母父母（不依法決罰而橫加毆打）非理毆殺者，杖一百」，以及「其子孫毆罵祖父母父母……若違犯教令，而依法決罰邂逅致死，及過失殺

抵。至其夫甘學商既於事未發覺之前，經伊妻首明，正與親屬代首律得免罪之義相符，即案內甘位係甘學商之侄，因甘學商業已自認扶同供指，究係連累致罪，甘學商既得首免，則甘位亦應照律原免。該督將甘學商比依知人欲告而自首減二等，甘位依證佐不言實情減二等俱擬滿徒，似未妥協，應請改予免議。」見《刑案匯覽》卷 50，〈夫頂妻兇其妻首明夫得免罪 父頂子兇迫於母命酌量擬杖 代父認罪出自天性免其治罪〉，頁 2610-2611。

- 50 本案在《刑案匯覽》中分別載於卷 43〈母將為匪子送責被族長責斃〉（頁 2243），以及卷 50〈子被他人殺死其母受賄頂凶〉（頁 2611）。茲照錄前者原文：「川督咨 羅紹成主使羅九莖等毆傷為匪無服族侄孫羅錫華身死一案。查例載：期親以下有服尊長殺死有罪卑幼之案，如卑幼罪犯應死，為首之尊長俱照擅殺應死罪人律，杖一百。若本犯有至親服屬並未起意致死，被疏遠親屬起意致死者，均照謀故毆殺卑幼各本律本例問擬，不得濫引此例。注云：如有父母者期親以下親屬以疏遠論等語。細繹例文，必被殺之卑幼別無至親服屬。兇犯實係期親以下有服尊長，方可依例擬杖。若兇犯雖係死者有服尊長，而死者尚有至親服屬，猶不得濫引此例，則無服尊長殺死罪犯應死，卑幼更不能強為援引。此案，羅紹成向充羅姓祠堂族長，因無服族侄孫羅錫華素行遊蕩為匪，屢經其母彭氏送祠堂並伊訓責，嗣羅錫華又竊熊文炳曬穀被獲，送交羅紹成轉叫彭氏等同到祠堂訓責。彭氏與夫弟羅九莖、羅九發、及長子羅贊華同往斥罵。羅錫華頂撞，並將母彭氏推跌墊傷左臂，羅紹成因其屢教不改，又敢忤逆，喝令羅九莖等用竹片疊毆羅錫華左右臂膊、左右腿，因傷處進風，越十八日殞命。羅紹成畏罪，出給銀四十兩，囑令彭氏頂認。驗訊擬詳，旋經訪聞，審悉前情。查羅錫華為匪忤逆，推跌伊母致傷，固屬罪犯應死，羅紹成喝令將其毆斃，亦由激於公忿。惟係無服尊長並非有服至親，自不得牽引擅殺應死罪人之例。乃該省以羅紹成喝令毆死羅錫華為擅殺應死罪人，係屬輕罪不議，依行賄兇犯計贓治罪例擬徒，年逾七十照例收贖，引斷實屬錯誤。至首犯既不得以擅殺應死卑幼科斷，則從犯亦不能依餘人擬杖，而聽從毆打之羅九莖、羅九發、羅贊華三犯均係羅錫華期親尊長，按兄及叔毆弟侄篤疾至折傷以下，律得勿論，自應免議。該省將羅九莖等依有服尊長殺死罪犯應死卑幼案內餘人例，各杖九十，亦屬錯誤。罪名均關出入，應請交司駁令改擬具題。（道光十八年說帖）」。

者，各勿論」，羅彭氏充其量被杖一百，甚至由於羅錫華先把羅彭氏推跌致傷，而可能會適用後者的規定，而完全免除刑責。雖與俞焜所指的「尊長為卑幼頂罪」之弊未盡相符，但頂罪行為背後的盤算則應無二致。

除了上述兩則命案受害者、行為人與頂罪者都有親屬關係的案例外，《刑案匯覽》還收錄三則命案被害人為凡人，而由行為人之親屬頂罪的案例，分別是：一、乾隆 48 年（1783）郭小躡護父毆死馮幅志，伊父郭廷祥迫於母命代子認罪；二、乾隆 53 年（1788）吳名勒毆死朱邦華，伊子吳士告代認正兇；三、嘉慶 19 年（1814）張小許的弟弟將夏汝香打死，張小許之母令其出面頂罪。⁵¹這三件當中，只有吳士告為父頂罪案並未註明是否受到指使，其他兩件的頂罪者與前文所述的侯覺添一樣，都是被母親要求頂罪。而羅彭氏頂罪則是來自族長的威脅利誘。這其實符合人性，如果不是基於「倫理的情操」、受到尊長親族的壓力或金錢的利誘，畢竟極少有人會願意為了別人所做的事承擔牢獄之災甚至賠上一命。

總之，俞焜之議僅反映出部分實況，而尊長之所以出面頂罪固然可能因出於「愛心」而係自願，但更常見的狀況則是受到其他更尊長的壓力或者收賄利誘。被收錄在《刑案匯覽》的案件應該僅係「冰山一角」的「瑩瑩大者」，其他未被官府拆穿，或者因為案情不夠嚴重乃至於「機緣」不夠「巧合」而沒有被收錄的恐怕不知凡幾。

頂罪的後果是導致情罪不相符，使原本不應受刑事審判的人被國家法律錯誤地制裁，根本上與清代刑事司法講求「情罪允協」的原則背道而馳。所謂「情罪允協」，就是案情與罪名和刑罰的統一。如果在案情與罪名和刑罰之間達不到協調一致，就不算成功的審判，也有悖於正義與公平的精神。⁵²固然，清代的正義與公平其意義與現代並不完全相同，不宜完全以今日的標準看待當年的立法與司法。例如現行法制是以個人平等為原則，而在清代的立法與社會的倫理觀則重視禮教秩序，「親親」、「尊尊」、「長幼有序」，這兩種人倫關係的準則自然會造成兩種不同

51 上述三則案例，分別引自《刑案匯覽》卷 50，〈夫頂妻兇其妻首明夫得免罪 父頂子兇迫於母命酌量擬杖 代父認罪出自天性免其治罪〉，頁 2610-2611。

52 孫家紅，〈情罪允協——試論清代「刑案彙編」中的「子孫違犯教令」案件〉，《法制史研究》21（臺北，2012），頁 144。

的立法取向，時人對於法律的所謂正義與公平的原則也會有不同的看法。⁵³但讓一個人為了並非自己所做出的行為而受國家刑罰伺候，應該無論如何都談不上「情罪允協」，而無公平與正義可言。而偏偏產生這種背離國家法律初衷的現象的原因，卻可能有相當程度是源自清代法律所要塑造與維護的禮教秩序。頂罪的動機，究竟有多少比例是迫於尊長的壓力，受限於資料，目前不得而知，然而可以確定的是遠非個案，而造成的後果甚至促使官方修改法律。頂罪這個例子似乎反映出傳統中國法律制度的困境：國家法律捍衛禮教秩序，為尊長的威勢背書，但尊長威勢的氾濫卻反過來妨害國家法律的正常運作。

（二）倫理義務的片面化——加諸卑幼的兩難處境

從本文所引用的案例，不論是作為主軸的最尊長指使卑幼殺傷次尊長，或者是附帶提到的尊長教令卑幼頂罪，都反映出卑幼在面對尊長從事犯罪行為的要求時，所要面臨的義務衝突的困境。前者的衝突來自對兩個不同等級尊長之服從義務，後者的衝突則肇因於對尊長的服從義務與遵守國家法律之義務。

傳統中國自古就有對於義務衝突的討論，《論語》中的「父子攘羊」以及《孟子》中的「舜父殺人」都是經典的案例。兩個案例都涉及「大我」——國家社會司法正義——與「小我」——家庭倫理——的兩難，正所謂「忠孝難兩全」，而孔子（551-479 B.C.）與孟子（372-289 B.C.）最終都選擇成全「小我」，孔子主張父子相隱，孟子心目中的舜甚至可以「棄天下如敝屣」，連天下共主的寶座暨職分都不顧了。這兩位哲人的共同主張表明，家庭倫理可謂儒家倫理格局的核心，而維護家人以及成全家庭倫理，則可以說是為人處事過程中各式各樣所應履行之義務的開端。固然，在面臨「弑君滅祖」等嚴重罪行時，再保守的儒家思想家也會主張「大義滅親」，⁵⁴但這種案例畢竟少見，在「罷黜百家，獨尊儒術」的政

53 類似看法，參閱孫家紅，〈情罪允協〉，頁 161。

54 參考王慶節，〈親親相隱，正義與儒家倫理中的道德兩難〉，《中國文哲研究集刊》51（臺北，2017），頁 45。

策成形，儒家在中國傳統政治的「官方表述」取得定於一尊的地位之後，就只有極少數思想家曾公開反對過「親親相隱」，⁵⁵親親之義可謂主流輿論。白居易（772-846）在其所著〈百道判〉中就譴責過一位以「大義滅親」之名告發兒子偷竊的父親某甲。根據唐律第 347 條「告緦麻以上卑幼」之規定，告大功以上的卑幼並不構成犯罪，即使是誣告亦然，因此告發兒子偷竊在唐代不受法律制裁。儘管在法律上無罪，但白居易仍基於家庭倫理的觀點，認為父親有虧對其子教化之職分，而指謫某甲「不慈傷教」。⁵⁶總之，歷史上關於孔子「親親相隱」命題雖有過爭論，但基本上是以「親親為大」的主流占上風。⁵⁷

重視家庭倫理固然是不變的原則，然而強調「長幼有序」的尊卑關係格局之餘，尊長與卑幼對於維繫家庭倫理的義務卻隨著時間的推演發生根本的變化。司馬遷（約 145/135-約 86 B.C.）認為儒家思想的要旨在於「列君臣父子之禮，序夫婦長幼之別」，⁵⁸各種身分均有其「禮」與「別」，從而各種身分的人都要遵守為其所訂之禮，並且注意與其他身分之人的分際。在先秦儒家的倫理秩序中，尊長與卑幼的義務是相對的，如「君君、臣臣、父父、子子」⁵⁹、「父慈子孝，兄愛弟敬，夫和妻柔，姑慈婦聽」⁶⁰，「君使臣以禮，臣事君以忠」⁶¹。就是同時課與尊卑雙方維護家庭倫理關係的義務，並不特別強調上下的指揮服從關係。這種相

55 秦漢以後公開反對親親相隱原則的著名人物似乎只有西漢的桑弘羊（約 152-80 B.C.）和清代的袁枚（1716-1797），見黃源盛，〈人性、情理、法意——親親相隱的傳統與當代〉，收於氏著，《晚清民國刑法春秋》（臺北，犁齋社，2018），頁 372-373。

56 該判之全文：「得甲告其子行盜，或謂其父子不相為隱，甲云：大義滅親。法許原親，慈通隱惡，俾恩流於下，亦直在其中。甲忝齒人倫，忍傷天性。義方失教，曾莫愧於父頑；攘竊成姦，尚不為其子隱。道既虧於庭訓，禮遂闕於家肥。且情比樂羊，可謂不慈傷教；況罪非石厚，徒云大義滅親。是不及情，所宜致誚。」見唐·白居易，《白居易集》（臺北，里仁書局，1980）卷 67，頁 1416。

57 參考王慶節，〈親親相隱〉，頁 42。

58 漢·司馬遷，《史記》（點校本，臺北，鼎文書局，1977）卷 130，〈太史公自序〉，頁 3289。

59 清·劉寶楠撰，高流水點校，《論語正義》（北京，中華書局，1990）卷 15，〈顏淵第十二〉，頁 499。

60 楊伯峻編著，《春秋左傳注》（北京，中華書局，1990 二版修訂本）昭公二十六年，頁 1480。

61 《論語正義》卷 4，〈八佾第三〉，頁 116。

對義務的格局中，如一方不盡己方之義務，另一方也不是非恪守不可。例如「君使臣以禮，臣事君以忠」，從文字反面解釋似可得出，如果君使臣不以禮，臣也不當然事君要以忠。⁶²而孟子的名言「聞誅一夫紂矣，未聞弑君也」，「君之視臣如土芥，則臣視君如寇讎」，⁶³則更是這種「君臣平等對等」思想的最典型表現，⁶⁴商紂因「賊仁」與「賊義」而被孟子指為殘賊的一夫，不配稱為君，既然「君不君」，則臣民「不臣」的「弑君」行為便無可譴責。父子關係雖出自天然，固然不可能主張子可以「視（不慈之）父如寇讎」，畢竟儒家就父子女關係的論述主要表彰「孝」的重要性，⁶⁵但儒家思想中的子也並非只有愚孝順從的份，孝的重點在於以禮對待，「生，事之以禮；死，葬之以禮，祭之以禮」⁶⁶，允許子女對於父母諫言：「事父母幾諫，見志不從，又敬不違，勞而不怨。」⁶⁷，更有「小棰則待過，大杖則逃走」的典故⁶⁸。由此可見，先秦儒家所主張的倫理秩序中雖然並不包含現代意義下的人格獨立與平等，但也不著

62 陳惠馨，《多元觀點下清代法制》（臺北，五南圖書，2015）第2章〈儒家思想與清朝法制的模糊曖昧關係〉，頁21。

63 清·焦循撰，沈文倬點校，《孟子正義》（北京，中華書局，1987）卷5，〈梁惠王章句下〉，頁145；卷16，〈離婁章句下〉，頁546。

64 參考陳惠馨，《多元觀點下清代法制》第2章〈儒家思想與清朝法制的模糊曖昧關係〉，頁26-27。

65 陳惠馨，《多元觀點下清代法制》第2章〈儒家思想與清朝法制的模糊曖昧關係〉，頁18。

66 《論語正義》卷2，〈為政第二〉，頁46。

67 《論語正義》卷5，〈里仁第四〉，頁155。

68 故事的大意是：曾參（505-約 432 B.C.）與父親曾皙在菜圃中鋤草，曾參不慎將瓜籐斬斷，曾皙（546 B.C.-？）在暴怒之下猛打曾參，曾參任由父親狂毆至昏迷。孔子聽說以後責備曾參愚孝之行為，斥其陷父於不義。此一典故在許多典籍中均有收錄，僅細部文字有所出入。今引《孔子家語·六本》之記載：「曾子耘瓜，誤斬其根。曾皙怒，建大杖以擊其背，曾子仆地而不知人久之。有頃乃蘇，欣然而起，進於曾皙曰：『嚮也參得罪於大人，大人用力教參，得無疾乎？』退而就房，援琴而歌，欲令曾皙而聞之，知其體康也。孔子聞之而怒，告門弟子曰：『參來，勿內。』曾參自以為無罪，使人請於孔子。子曰：『汝不聞乎？昔瞽瞍有子曰舜，舜之事瞽瞍，欲使之，未嘗不在於側；索而殺之，未嘗可得。小棰則待過，大杖則逃走，故瞽瞍不犯不父之罪，而舜不失蒸蒸之孝。今參事父，委身以待暴怒，殫而不避，既身死而陷父於不義，其不孝孰大焉！汝非天子之民也，殺天子之民，其罪奚若？』曾參聞之，曰：『參罪大矣！』遂造孔子而謝過。」見魏·王肅注，《孔子家語》（臺北，世界書局，1955）卷4，〈六本第十五〉，頁37。

重尊卑長幼雙方的指揮服從關係，而是更強調彼此合宜對待的行為方式。

然而到了漢代，主張「尊主卑臣」的法家思想滲入儒家思想之後，儒家家庭倫理中的尊卑關係格局就逐漸轉向強調上下間的支配服從關係。「三綱」概念的出現標誌了此一轉變。西漢大儒董仲舒（179-104 B.C.）所作《春秋繁露》一書首次出現「三綱」一詞，而到了東漢班固（32-92）所纂之《白虎通》，則賦予其「君為臣綱，父為子綱，夫為妻綱」的意義內涵。⁶⁹這樣的「三綱」關係，其實本非先秦儒家的學說，反而近似《韓非子》的「三順」：「臣事君，子事父，妻事夫，三者順則天下治，三者逆則天下亂，此天下之常道也，明王賢臣而弗易也。」⁷⁰《白虎通》對於當中之父子關係的詮釋是「父子者，何謂也？父者，矩也，以法度教子；子者，孳孳無已也。」⁷¹父親就是子女的規矩，其職分就是以法度教導子女，而子女位居父親之下則是無時無刻表現出誠惶誠恐、服從靜謹的樣子。這種「父以法度教子」的父子關係模式，到了唐律之後就轉化成法律所承認的尊長對卑幼的教令權，表現在「子孫違反教令」條。唐律以及清律都有「子孫違反教令」條，唐律第 348 條：「諸子孫違犯教令及供養有闕者，徒二年。謂可從而違，堪供而闕者。須祖父母、父母告，乃坐。」在大清律例則是第 338 條：「凡子孫違犯祖父母、父母教令，及奉養有缺者，杖一百。（謂教令可從而故違，家道堪奉而故缺者，須祖父母、父母親告，乃坐。）」只要子孫不服從尊長的管教，就分別會被處以徒二年或杖一百的刑罰。而「須祖父母、父母親告」的規

69 閻鴻中，〈唐代以前「三綱」意義的演變——以君臣關係為主的考察〉，《錢穆先生紀念館館刊》7（臺北，1999），頁 58。

70 清·王先慎撰，鍾哲點校，《韓非子集解》（北京，中華書局，1998）卷 20，〈忠孝第五十一〉，頁 466。按：陳惠馨教授在其所著《多元觀點下清代法制》一書中的第 2 章，認為儒家思想有關君臣、夫妻及父子三綱關係的論述並不必然引出隋朝以降的十惡制度，並引述《論語》和《孟子》中的大量言論證成此一觀點。從這兩部典籍所主張的君臣、父子、夫婦關係確實不必然引出十惡制度，但孔孟所建構的這三種關係是否宜以「三綱」稱之，似有商榷餘地，固然在先秦時期即有大量關於這三種人倫關係的論述，但尚未出現「三綱」一詞。見陳惠馨，《多元觀點下清代法制》第 2 章〈儒家思想與清朝法制的模糊曖昧關係〉，頁 11 以下。

71 漢·班固，《白虎通》（收於《叢書集成初編》，上海，商務印書館，1936，影印《抱經堂叢書》本）卷 3 下，〈三綱六紀〉，頁 205。

定，則意味著是否違犯教令，以及違犯教令的子孫是否應由國家法律加以制裁，取決於父祖的認定。大清律例第 319 條「毆祖父母父母」曾有一條乾隆 42 年（1777）的附例：「父母控子，即照所控辦理，不必審訊。」⁷²雖然這條例後來被刪除了，⁷³但仍可以看出國家法律容認父祖權威，以及強調子女對父祖近乎絕對服從的立場。⁷⁴

理論上，所謂的「教令」自然不能無限上綱，必須合乎情理，唐律的條文即有「可從而違」的規定，而清律的律內註也將之定義為「教令可從而故違」，可見所謂「子孫違犯教令」，客觀上必須「教令可從」，主觀上必須出於故意，否則不能按此律入罪。⁷⁵然而這樣的法律原則在清代卻始終無法得到根本貫徹，根據實際案例的演變，就是官方認定的標準傾向於忽視教令是否「可從」，而將重點放在「故違」。如此一來，父母的意志形同擁有絕對的權威，一旦子孫未能貫徹父母的意志，往往因此導致嚴重的法律後果。在《刑案匯覽》當中，就有幾則案例，子女因細故引起父母憤怒，父母於追擊責打的過程中不慎受傷，結果子女因而受重刑。⁷⁶這顯然不是「小極則待過，大杖則逃走」的原則所能得出的結果。甚至當子孫補救父母所犯的錯誤，反而導致父母因而羞憤自盡時，子女也要受重刑。如道光 7 年（1827）山西有一則案例，劉知清的族親嫁賣媳婦得錢，其母貪小便宜，向該族親從中要了一些。劉知清認為這筆錢來得不道德，勸母返還，母親不聽，他就私下還錢，母親知道之後認為自己下不了台，跳窯傷重身死，結果劉知清被處以杖一百，流三千

72 引自瞿同祖，《中國法律與中國社會》，頁 15。

73 清末薛允升所著《讀例存疑》中，第 319 條已不見該條附例，應已刪除。見《讀例存疑重刊本》冊 4，頁 949-958。

74 以上說明，亦見梁弘孟，〈論親權及監護對未成年人財產之作用——以大理院所建構之子女財產管理法制為例〉，《成大法學》29（臺南，2015），頁 35。

75 孫家紅，〈情罪允協〉，頁 153。

76 《刑案匯覽》卷 34「威逼人致死」門收錄有數則此類案件，典型者如「因茶不熱致父傾潑滑跌身死」案，陳自康之父陳汶選令該犯取茶給飲，因茶不熱，傾潑在地當向斥罵，並用棍向毆。陳自康畏懼跑出房外，陳汶選持棍趕毆，因地上被茶潑濕，滑跌倒地磕傷腦後殞命。刑部認為陳自康既見伊父持棍向毆，並不俯首就責，輒畏懼逃跑，以致伊父追趕，滑跌磕傷斃命，實屬違犯教令，照子違犯教令致父自盡例，擬以絞候。見《刑案匯覽》卷 34，〈因茶不熱致父傾潑滑跌身死〉，頁 1790-1791。

里。⁷⁷《論語》允許甚或要求子女在父母有過時「幾諫」的精神，到了清代已經完全走樣，甚至可以說，統治者不鼓勵於父母有過時「幾諫」，只希望子女無條件地「見志不從，又敬不違，勞而不怨。」如此一來形同課與子女對父母逆來順受的義務，要求子孫無論是非曲直，皆應無條件容忍父母的所作所為。⁷⁸

而從官方在論因果關係時諸如「惟張氏抱忿自盡，究由劉知清私還錢文所致，未便竟置不議」之類的說法，即可知在清代的司法運作下，一旦觸犯尊長，無論是非曲直，就注定了卑幼的悲劇。在清代，國家不但透過大清律例加強三綱五倫的秩序觀，從《大清會典》所列各部、院的法規範也可以看到「三綱五倫」秩序觀的被維護。這種秩序規範要求君臣、父母子女、夫妻、兄弟姊妹之間維持一種上下服從關係。⁷⁹國家既然要透過法律貫徹這樣的秩序觀，則在具體的法律規定中，尊卑之間上下服從的關係自然就是規範的重點，如此一來卑幼注定要居於弱勢的地位。又「徒法不足除以自行」，除了法律的規定之外，大清律例的立法精神還有賴司法官員在個案實踐中予以落實。從這群官員的甄拔與培養的過程來看，清代對於負責審判者的法律教育應有一套系統與思維，國家對於這些官員的要求，主要在於瞭解法律規範背後的價值理論體系，

77 該案全文：「劉知清平日孝順伊母張氏，委無違犯觸忤情事。嗣劉知清因伊母索得族兄劉知確嫁賣兒媳身價錢文，原非應得之財，劉知清向母勸說他人嫁媳之錢不可使用，伊母不允。劉知清未與伊母言明，另湊錢文私行退還，經伊母問知不依，復慮被人恥笑軟弱無能，氣忿跳窯跌傷身死。該撫（按：山西巡撫）以張氏之不允退還錢文，固屬亂命，惟張氏抱忿自盡，究由劉知清私還錢文所致，未便竟置不議。劉知清勸母退還錢文，似不悖倫親於道，迨其母不依，另給錢文退還，劉知清亦似協幹蠱之義，並非實在違犯教令可比，未便將該犯依例擬絞，即於絞罪上量減擬流，亦覺未得情法之平，未敢臆斷，咨部請示。查劉知清因知伊母分得族人賣媳錢文，幾諫不從，即私自湊錢退還，尚非教令可從而故違，自未便即照違犯教令致母自盡例擬絞。惟其母致死究由該犯私還錢文所致，衡情酌斷，應將該犯照違犯教令致母自盡擬絞例量減一等，杖一百，流三千里。」見《刑案匯覽》卷 34，〈並無違犯教令其母氣忿自盡〉，頁 1796。

78 這方面的討論，另可詳參瞿同祖，《中國法律與中國社會》，頁 34 以下。瞿先生僅以《刑案匯覽》所記載的清代案例說明傳統中國社會的現象，不區分中國歷代立法精神的差異，方法上固然值得商榷，但其大量引用《刑案匯覽》的案例加以論證，卻是明確地描述出清代法制的實況。

79 陳惠馨，〈傳統中國法律的特色——法典、秩序觀與審判制度的比較觀點〉，《法制史研究》21（臺北，2012），頁 204。

而不僅止於對於法律條文的認識與理解。一個司法官員，從應科考之前所學習的就是四書五經，而考試內容也不出此類，可以說國家透過此種法律文化與法律教育的結合，加上考試制度的設計，確保從事司法審判者能理解大清律例法規所關注的價值——也就是「三綱五倫」的內容，而在具體的司法實踐中加以貫徹並落實。也因此的清代的審判資料中，包括《刑案匯覽》、刑科題本以及地方訴訟案件，均可以看到審判者在審判過程中，確實執行三綱五倫的價值觀，⁸⁰而大清律例立法精神所強調的尊卑上下服從的關係，也自然而然地落實到一個個具體的案件中了。

總之，在禮教的倫理格局下，尊長其實不難以倫理的威勢逼迫卑幼出面從事其他違法行為，倫理的威勢有國家法律的背書（至少是默許），從而課與卑幼倫理上的義務；從事違法的行為卻是違反守法的義務。而卑幼在這樣的格局中可謂「任禮教（尊長或國家法律）宰割」，就拿尊長迫使卑幼頂罪來說，頂罪絕對是違法行為，頂罪的要求當然是不可從的教令，然而清代的法律有沒有賦予卑幼不服從這種不正當教令的機會？雖然目前並沒有看到因卑幼拒絕頂罪導致尊長氣憤自盡的案例，但不妨想像，如果前述侯覺添與張小許的母親是如同王太倉的母親一樣以死相逼，或者用其他「情緒勒索」的手段，侯覺添與張小許敢不從命嗎？而如果他們拒絕之後，母親真的尋短，他們又會承擔何種可怕的法律責任？⁸¹再看作為本文討論主軸的「聽從最尊長殺害殺害以次尊長」類案例，假設卑幼拒不服從最尊長的教令，結果真的導致最尊長自殺或自傷，國家法律可能對這些卑幼「手下留情」嗎？違反守法的義務確定會受國家法律制裁，違反倫理的義務則是把自己暴露在受國家法律制裁的風險中，處在這種兩難情境中的卑幼可謂進退維谷。

80 關於以上的說明，詳參陳惠馨，《清代法制新探》，頁 212-215。

81 《刑案匯覽》收錄一則道光 3 年的「因姑有病不與冷物致姑自盡」案例，柴趙氏因姑王氏欲食蕎麥，該氏因蕎麥麵性冷，伊姑素患腹痛，忌食性寒之物，不肯與食，致伊姑氣忿自盡。官方雖認定柴趙氏「並非有心違犯」，但由於其姑王氏氣憤自盡，仍將其比照子貧不能養贍致父母自縊例滿流。王氏的要求明顯是「亂命」，其教令「不可從」，但柴趙氏不服從的後果卻是如此嚴重。見《刑案匯覽》卷 34，〈因姑有病不與冷物致姑自盡〉，頁 1803。

五、結論

最尊長教令卑幼殺傷次尊長是清代的親屬相犯案件中經常出現的類型，相較於一般共犯案件，這種案件由於行為人與被害人之間有服制關係，因此在「準服制以論罪」的原則底下，法律對於共犯罪的尊長與卑幼會分別依據其與被害人的服制關係而定其刑度。然而考量到犯罪行為實施的主從關係，清代官方發展出一套既定的處置方式，用以達成這類案件中「情罪允協」的目標。

清代官方對這類案件的處置方式有以下值得肯定之處。首先，官方的作法內在邏輯性一致而明確。這又表現在兩方面。一是依服制關係以及犯罪手段（即謀殺或毆殺）論罪的本律，罪刑依照行為人與被害人的服制關係而定，體系完整精密，而從中央的刑部到地方的督撫也都嚴格遵循。因此官方的處置並不會加劇卑幼在法律上原本即有的不利處境。二是聲請減刑的程序，死罪案件固然一律由皇帝做最後裁量，但臣下可以就個案為皇帝提供量刑的建議（夾簽），而有權參與建議的單位多寡又是隨著犯罪情節有不同安排，情節愈重，依法就要有愈多單位參與建議，也就是對皇帝提出量刑建議的程序愈加慎重。其次，官方其實並不吝於幫那些受最尊長之命下手殺傷次尊長的卑幼尋找減刑機會，制訂了若干相關足以減輕卑幼法律責任的條例，在適用於個案審理時也至少不朝對卑幼不利的方向加以解釋。上述清代官方嚴格執法並審慎對待死刑案件的態度，確實使這種艱困處境中的卑幼多少還能獲得官方的公正對待。

然而不可否認的是，在「倫紀攸關」的前提下，服制關係下的罪刑不相當仍然在所難免。相較於為首的尊長，這些為從的卑幼在法律上還是受到明顯不利的待遇。卑幼的本刑最重可能是凌遲立決，即使減輕也還有監候或流三千里的重典，比起為首的尊長，仗著服制關係的優勢而限制所獲得之刑度，法律對於卑幼明顯苛酷。這種這種罪刑不相當造成的弊端相當多，頂罪就是其中一個引起官方重視的流弊，而頂罪使原本不應負刑事責任的人錯誤地遭受國家以刑罰對待，直接破壞了清代法律所要達成的「情罪允協」。法律運作的結果，其副作用反過來破壞了國家

制訂法律的理念，這不能不說是清代法律體系的內在矛盾。而除了制度面情罪不相當的流弊之外，國家法律以及官方認事用法的方式反映出倫理義務的片面化，國家法律片面要求卑幼服從尊長，卻並未要求尊長對於卑幼應有合宜的行為，再加上「準服制以論罪」原則的僵化，造成卑幼的兩難處境。國家法律所營造出的倫理格局僅要求卑幼服從尊長（尤其是父母）的教令，雖然理論上必須「教令可從」，然而在實際上因服從尊長而觸犯國家法律卻要由卑幼負第一線責任。這種法制環境下的卑幼處境可謂進退維谷。

徵引文獻

一、文獻史料

- 漢·司馬遷，《史記》，點校本，臺北，鼎文書局，1977。
- 漢·班固，《白虎通》，收於《叢書集成初編》，上海，商務印書館，1936，影印《抱經堂叢書》本。
- 魏·王肅注，《孔子家語》，臺北，世界書局，1955。
- 唐·白居易，《白居易集》，臺北，里仁書局，1980。
- 唐·房玄齡等，《晉書》，點校本，臺北，鼎文書局，1980。
- 清·方苞著，劉季高點校，《方苞集》，上海，上海古籍出版社，1983。
- 清·王先慎撰，鍾哲點校，《韓非子集解》，北京，中華書局，1998。
- 清·沈之奇著，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》，北京，法律出版社，2000。
- 清·祝慶祺、鮑書芸編，《刑案匯覽》，收於楊一凡、尤詔華整理，《點校本刑案匯覽全編》15冊，北京，法律出版社，2007。
- 清·焦循撰，沈文倬點校，《孟子正義》，北京，中華書局，1987。
- 清·劉寶楠撰，高流水點校，《論語正義》，北京，中華書局，1990。
- 清·薛允升著述，黃靜嘉編校，《讀例存疑重刊本》5冊，臺北，成文出版社，1970。
- 田濤、鄭秦點校，《大清律例》，北京，法律出版社，1999。
- 楊伯峻編著，《春秋左傳注》，北京，中華書局，1990二版修訂本。

二、近人研究

- D·布迪（Derk Bodde）、C·莫里斯（Clarence Morris）著，朱勇譯，《中華帝國的法律》，南京，江蘇人民出版社，2004。
- 王皇玉，《刑法總則》，臺北，新學林，2014。
- 王慶節，〈親親相隱，正義與儒家倫理中的道德兩難〉，《中國文哲研究集刊》51，臺北，2017，頁39-64。

- 吳饒竹，〈命債必償：清代謀毆與謀殺共犯規則的機理〉，《法制史研究》37，臺北，2020，頁 123-165。
- 那思陸，《清代中央司法審判制度》，臺北，文史哲出版社，1992。
- 那思陸，《中國審判制度史》，臺北，正典出版社，2004。
- 林咏榮，《唐清律的比較及其發展》，臺北，國立編譯館，1982。
- 林東茂，《刑法總則》，臺北，一品文化，2021。
- 林鈺雄，《新刑法總則》，臺北，元照，2022。
- 邱澎生，〈真相大白：明清刑案中的法律推理〉，收於熊秉真編，《讓證據說話——中國篇》，臺北，麥田，2001，頁 135-198。
- 孫家紅，〈情罪允協——試論清代「刑案彙編」中的「子孫違犯教令」案件〉，《法制史研究》21，臺北，2012，頁 143-161。
- 孫家紅，《清代的死刑監候》，北京，社會科學文獻出版社，2007。
- 梁弘孟，〈論親權及監護對未成年人財產之作用——以大理院所建構之子女財產管理法制為例〉，《成大法學》29，臺南，2015，頁 1-112。
- 陳子平，《刑法總論》，臺北，元照，2015。
- 陳惠馨，〈傳統中國法律的特色——法典、秩序觀與審判制度的比較觀點〉，《法制史研究》21，臺北，2012，頁 191-220。
- 陳惠馨，《多元觀點下清代法制》，臺北，五南圖書，2015。
- 陳惠馨，《向法規範回歸之清代法制研究》，臺北，元照，2017。
- 陳惠馨，《清代法制新探——以《大清律例》為核心》，臺北，元照，2022。
- 閔冬芳，《清代的故意殺人罪》，北京，北京大學出版社，2015。
- 黃源盛，〈人性、情理、法意——親親相隱的傳統與當代〉，收於氏著，《晚清民國刑法春秋》，臺北，犁齋社，2018，頁 333-380。
- 蔡墩銘，《刑法精義》，臺北，作者自印，1999。
- 閻鴻中，〈唐代以前「三綱」意義的演變——以君臣關係為主的考察〉，《錢穆先生紀念館館刊》7，臺北，1999，頁 56-75。
- 戴炎輝，《中國法制史》，臺北，三民書局，1966 初版，1995 十版。
- 戴炎輝，〈清律例上之共犯〉，原刊《法學叢刊》16：1-3，臺北，1971，收於財團法人戴炎輝文教基金會編，《傳統中華社會的民刑法制——戴炎輝教授論文集——》，臺北，編者自印，1998，頁 639-707。
- 瞿同祖，《中國法律與中國社會》，臺北，里仁書局，1982。
- 魏道明，《秩序與情感的衝突——解讀清代的親屬相犯案件》，北京，中國社會科學出版社，2013。

The Mechanism of Attribution of Accomplices and the Doctrine of “Meting Penalties According to the Grade of Mourning Clothes”: Cases in the *Xing'an huilan*

LIANG Hung-meng*

In late imperial China, criminal behavior involving two or more relatives acting against a third relative was not uncommon, as was the following situation: the most senior of the relatives forced the most junior one to harm a relative who was junior to the former but senior to the latter. Theoretically, the most senior relative should bear greater responsibility since the event resulted from his subornation. The most junior, however, usually received severer penalties due to the doctrine of “Meting Out Penalties According to the Grade of Mourning Clothes” (*zhun fuzhi yi lunzui* 準服制以論罪). This essay looks at relevant cases in the *Xing'an huilan* 刑案匯覽 (Conspectus of Penal Cases) to examine how Qing officials dealt with such cases in the creation of laws and in judicial practice. We believe that the government indeed tried to commute the sentences imposed on the most junior, but the above-mentioned doctrine constrained the government's agency. The most direct result of this phenomenon was that the punishment was not commensurate with the crime and in judicial practice led to finding a substitute to take the punishment, which disturbed officials. This greatly diminished the concept of “balancing sentiment and crime” in Qing criminal procedure and can be seen as an internal contradiction within the Qing legal system. This left the most junior relative with a dilemma: to either disobey the command of the most senior (which “could” be punished) or to violate the

* Associate Professor, Faculty of Law, National Chung-Cheng University.

law (which “must” be punished).

Keywords: accomplice, offenses of homicide or causing injury, three bonds
(*san gang*), *Xing'an huilan* (Conspectus of Penal Cases)