

中國第一歷史檔案館 合編
東亞法律文化課題組

主編：鄭 秦
趙 雄

清代「服制」命案

刑科題本檔案選編

中國政法大學出版社

中國第一歷史檔案館 合編
東亞法律文化課題組

清代“服制”命案

——刑科題本檔案選編

主 編
鄭 秦 趙 雄

副 主 編
李國榮 林曉輝 楊東霞

中國政法大學出版社·北京
一九九九年

图书在版编目(CIP)数据

清代“服制”命案;刑科题本档案选编;汉字繁体字/
郑秦主编.-北京:中国政法大学出版社,1999.5
ISBN 7-5670-1833-2

I. 清… I. 郑… III. 案例-中国-清代 N.D929.49
中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 20267 号

责任编辑 王宏治

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 中国人民解放军第 1201 工厂

开本 850×1168 1/32 17.125 印张 427 千字

1999 年 7 月第 1 版 1999 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1833-2 /D·1793

印数:0001—1100 册 定价:33.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 **电话:**62229803 或 62228801

声明:1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

選編說明

本書是中國第一歷史檔案館“刑科題本”檔案的選編，全部資料均選自有關題本的“貼黃”。題本是清朝中央政府各部、院、寺、監等衙門，及地方各省總督、巡撫和駐防將軍、都統等向皇帝呈報公務的正式公文。刑科題本就是關於刑事案件的題本。貼黃是每件題本後面所附的提要，題本往往文字冗長，而貼黃僅數百字，簡明扼要，一目了然。刑科題本的貼黃實則是最好的案情簡介，我們將所選案件的貼黃全文照錄，以饗讀者。“服制”命案，是涉及親屬關係的人命案件，清朝法律將親屬關係歸納為“五服制度”，因而司法案件中有“服制”一類。（關於題本、貼黃、服制詳見本書代前言）

本書所錄貼黃文字，不加刪改，標以新式標點符號，按現在通行的規範行文規式排版，分段。原文中的異體字、通假字改為現在通行的規範字，如倩、甄、儼、竈，改為請、磚、躺、挖，等等。原文中某些對少數民族帶有誣蔑性的字樣，如獐、獠，改為獐（現在寫作壯族）、瑶等。

每案例前的標題為編者所加，省份名稱表明案件的發生地。

每案例後的“批紅”原是用硃筆批寫在題本封面，是奉皇帝旨意的批示。實際上每一個死刑案件通常皇帝都有兩次批紅，第一次是對各省報來案件題本的批示，一般都是批給刑部等覆核，第二次是對刑部等衙門覆核該案題本的批示，這次的批示往往就是該案的最後的裁決。本書所見選題本貼黃既有“通本”，也有“部本”（通本、部本詳見本書代前言），所以批紅也就不同。

本書所選案例為雍正末至嘉慶初，以乾隆朝為最多，大體上可反映清朝的定制。

本書由中國第一歷史檔案館與東亞法律文化課題組聯合編纂

主 編：鄭 秦 趙 雄

副 主 編：李國榮 林曉輝 楊東霞

參 編 者：（以姓氏筆劃為序）

李國榮 李菁菁 李 超

郝維華 楊東霞 趙 雄

鄭 秦 韓文強 顧 元

十八世紀中國親屬法的 基本概念（代前言）

鄭 秦

親屬法的基本概念在十八世紀的中國清代，滲透到法律的各個層面，親屬法不僅是民事法律範疇，而且刑事、行政、經濟等各種法律關係的確立和調整都離不開親屬法。這是因為，在當時，整個國家和社會的基礎就是各個家庭的集合體，因而全部的社會關係也就可以看成各種各樣親屬關係的社會化。不了解親屬法的基本概念，也就不能真正解讀幾千年來沿續下來的中國傳統法律的精神。

清律中的“喪服諸圖”與“服制”

十八世紀以《大清律例》為代表的中國清朝法律中並沒有親屬法單獨的篇章，但清律開宗明義即首列親屬關係。乾隆五年（1740年）頒定的《大清律例》四十七卷，卷一是“律目”，卷二是“諸圖”即列“喪服”諸圖，卷三是“服制”即將五服關係條分屢析。以“喪服圖”和“服制”冠於全律之前，表明律中所有親屬之間的關係都以此為基準。所以，在清律中處處表現着親屬法的概念，可以說親屬法的精神在清律中無處不在。

《大清律例》卷二“喪服”諸圖，規定了各親等之親屬關係，計有喪服總圖、本宗九族五服正服之圖、妻為夫族服圖、妾為家

長族服之圖、出嫁女爲本宗降服之圖、外親服圖、妻親服圖、三父八母服圖共八圖。所謂圖，不是圖畫，而是圖表。“喪服總圖”首定“五服”（斬衰、齊衰、大功、小功、緦麻）等級。五服實即五親等，按親屬遠近關係，分成五等，規定喪葬期間所應穿喪服之制式標準，以此來確定親屬關係的遠近。“斬衰”服制“用至粗麻布爲之，不縫下邊”；“齊衰”服制“用稍粗麻布爲之，縫下邊”；“大功”服制“用粗熟布爲之”；“小功”服制“用稍粗熟布爲之”；“緦麻”服制“用稍細熟布爲之”。“五服”以外是“袒免”親，即免冠，袒露左臂，以示哀悼。由此看來，標準的區分是極其嚴格的，什麼關係的親屬穿什麼標準的喪服不能混同，所以在法律上以喪服的標準作爲親屬遠近等級的標準。近代法律上多有“親等”的規定，五服制度可以視爲中國傳統法律的親屬關係。

“本宗九族五服正服之圖”是五親等最基本的規定，明定從“己身”（自己）上到父母、祖父母、曾高祖，下到子、孫、曾玄孫，旁到伯叔姑侄、兄弟姊妹、堂兄族弟，明確了同姓本宗（及其男性配偶，如伯叔母、兄弟妻、侄婦之類）間的親屬關係，在圖中每個人都可以找到自己的位置，你（己身）在圖中可以確定那些遠遠近近的同姓本宗親屬中的任何一人與你自己的親等，即服制關係。

“妻爲夫族服圖”，當時社會以男子爲中心，婦女地位從屬，女子嫁爲人妻，對夫家族之親屬也即發生服制親等關係。妻對“舅姑”（指夫之父母，即俗稱之公婆），隨夫亦爲斬衰，但妻對夫之其他親屬一般要降等，如妻對夫之祖父母是大功，而夫本人對祖父母則是齊衰。特別值得注意的是夫妻間之親等不同，妻爲夫是斬衰三年，夫爲妻不過齊衰。“妻親服圖”，規定已婚男子對妻族的服制親等關係。夫對妻之父母（岳父母）僅爲緦麻親，夫對妻之其他親屬如妻之兄弟姊妹、妻之祖父母都是無服親，可見

夫爲妻族比妻爲夫族服制要輕得多。“外親服圖”規定母系親屬的服制，如外祖父母、舅、姨等親屬關係是小功親，姑、舅、姨之子（表兄弟）是總麻親。

女子未嫁在室（在母家），其服制基本上與男子（其兄弟）同，而出嫁後以夫家爲主，所以爲本宗（父親家族）之服制則降等。“出嫁女爲本宗降服之圖”規定了降服之等級，如對父母本應是最隆之斬衰，而出嫁女則僅爲齊衰期年。依次，對伯叔父母由齊衰降爲大功，對兄弟也由齊衰降爲大功。此圖與“妻爲夫族服圖”相比可以看到，出嫁女在親屬法上的地位已從本家（宗）轉向以夫家爲主，對公婆（斬衰）的服制超過了對本生父母（齊衰期年）。

妾的法律地位近於奴婢，對其配偶無資格稱“夫”，只能稱“家長”。“妾爲家長族服之圖”規定了妾對家長是斬衰三年，對正妻、家長父母、家長之子及己生之子均是齊衰期年。

因爲當時婚姻關係的複雜，又有“三父八母服圖”。所謂“三父”，指同居繼父、不同居繼父、從繼母嫁之父（謂父死繼母再嫁他人隨去者）；“八母”，指親生母以外的嫡母（謂父之正妻）、繼母（謂父娶之後妻）、養母（謂自幼過房與人養育）、慈母（謂所生母死，父令別妾撫育者）、嫁母（謂親母因父死再嫁他人）、生母（謂親母被父出者）、庶母（謂父有子女之妾）、乳母（謂父妾乳哺者，即奶母）。這樣多的“父”、“母”稱謂表明，因爲男子納妾和再婚衍生出一系列的婚姻關係，但對子女而言，除親生母外，有各種養育關係的“母”終歸也是“母”，使人不至在這錯綜複雜的家庭關係中找不到某一類“父”、“母”的法律地位。

縱觀服制諸圖，可以發現五服制度所確定的親屬等級關係，既包括了以血緣關係爲紐帶的“血親”關係，也兼及以婚姻爲橋梁的“姻親”關係。但五服並不是單純意義的自然人之間的親屬

關係，而是建立在某一種理念框架中的社會關係。如只按自然親屬關係的遠近，父系與母系親屬應是相同的親等關係，如 1930 年中國民法典親屬編講直系血親、旁系血親、姻親之各親等，並無父系、母系、男女之別，一切近代之親屬法都如此規定。可是在 18 世紀的中國，按五服制度，祖父母是齊衰親，而外祖父母僅是小功親，相差三等。又如伯、叔、姑是為“本宗”之親，而母之兄弟（舅）、姊妹（姨）則是“外親”，二者相比親等為齊衰期年和小功的差別。再如，同一親姊妹，在室（未出嫁）為齊衰期年，出嫁則降至大功，按道理出嫁不出嫁並不應當影響血緣關係，但五服制度却硬性作了劃分。

五服制度所據以確立的理念框架就是儒家學說的倫理觀，全部親屬關係都是以男姓血緣關係為紐帶兼及姻親而建立。這樣的一種觀念幾千年沿續下來，父系親屬一直看得比母系重。早在《儀禮》、《禮記》中就已以五服為喪禮的標志，經漢、唐的演變，這種“禮”實際上已作為“法”（親屬法）而體現在國家法律和社會生活中。至明律正式將五服入律，喪服圖列為篇首。清律發展明律，更將喪服等圖作為一卷正文入律。

在五服制度中，也就是當時的親屬法律關係中，在法律意義上，“人”不是一個獨立權利的主體，人只是家族中人，不明白服制親等關係，就不知道自己在哪里、自己是誰？

《大清律例》卷三“服制”將喪服諸圖中所列的五服關係一一例舉，分別列出斬衰三年、齊衰（分為杖期、不杖期、五月、三月）、大功九月、小功五月、緦麻三月各有那些親屬關係，一目了然。這是明律所沒有的。

由此看來，親屬的概念在清代社會生活和法律中的範圍很廣，包括直系旁系、血親姻親，上下尊卑、遠遠近近等各類關係。

作為親屬法的五服制度在十八世紀的中國絕非僅是民法的範

疇，更包含着刑事法律的意義。因此有必要詳解清律中涉及“親屬”的法律概念。

清律中“親屬”等概念的 條款及其民事法律關係

在民事法律關係上，“親屬”這一概念在清律中使用最多，此外，清律中涉及親屬法還有家長、戶、同宗、成丁、丁口、戶口、嫡子、嫡妻、長子、庶長子、本宗、卑幼、尊長、同居、家屬等等法律概念。

《大清律例》卷八，“戶律·戶役·脫漏戶口”條：“凡一家曰（小字爲律文中原雙排小注，下同）戶全不附籍，有賦役者，家長，杖一百；無賦役者，杖八十。若將他家人隱蔽在戶不另報立籍，及相冒合戶附籍，有賦役者，本戶家長亦杖一百……若將內外另居親屬隱蔽在戶不報，及相冒合戶附籍者，各減二等……其同宗伯叔弟侄及婿，自來不曾分居者，不在此限。……若隱漏自己成丁十六歲以上人口不附籍……家長杖六十。……若隱蔽他人丁口不附籍者，罪亦如之。”本條的基本意思就是確立“戶”的法律地位，也涉及到家長、分居、另居、成丁、同宗等概念，說明戶內人口若不附籍（按官府分類申報在冊），家長要受處分，不但本家的人口不能隱匿，也不得將他家之人（包括另居的親屬）匿隱於自己戶下，從來不曾分居的親屬不在此限。如有隱蔽不報或假冒合戶，要追究法律責任。

清律中民事法律關係的主體不是自然人（當然更沒有法人概念），享有民事權利和義務的主體是戶。戶既體現血緣直系親屬的關係，也可以容納旁系親屬和姻親（如婿），條件是同居，即從來不曾分居者。所以戶既具有親屬法的意義，在經濟法上也是

不可或缺的概念。什么是户？律中小注明確“一家曰户”，家的範圍通常包括同居共財的直系親屬，有時也會有旁系親屬或姻親（如孀居伯母、入贅婿之類）在內。家有家長，是此一户（家）的當然代表，由家長代表全户（家）承擔民事法律責任，及行政、經濟法律的責任和義務，户內有事處罰家長。律中所云成丁，即十六歲以上成年男子，這才是本律所關注的重點，因為成丁是國家賦稅的基本承擔者。隱匿成丁，也就是逃避賦稅，國家法律當然要嚴禁和懲罰（家長）了。

卷八，“户律·户役·立嫡子違法”條：“凡立嫡子違法者，杖八十。其嫡妻年五十以上無子者，得立庶長子。……若立嗣，雖系同宗，而尊卑失序者，罪亦如之。”嫡子，嫡妻所生之長子。嫡妻，明媒正娶之妻，即正妻。庶子，妾所生之子，妾又稱側室。同宗，按服制圖即同血緣關係的親屬。尊卑，長尊幼卑之謂，親屬關係之次序。這一法律條款是清律繼承法的基本內容。按照清律同卷次“卑幼私擅用財”的條例，對嫡、庶子孫的繼承有進一步明確的規定：“嫡、庶子男，除有官蔭襲，先盡嫡長子孫；其分析家財田產，不問妻、妾、婢生，只以子數均分。”即是嫡長子得承襲官爵，而家財田產則是諸子（不分嫡庶長幼）均分。對於無官爵可襲的平民百姓，嫡長子只是一種名分了，一種在宗法倫理關係上的“老大”。看來似乎無意義，實際上却是不能忽略的，即使再窮困的人家，也要有“頂門立户的當家人”。

卷二十二，“兵律·郵驛·病故家屬還鄉”條：“凡軍民官在任以理病故，家屬無力不能還鄉者，所在官司差人管領，應付脚力，隨程驗口，官給行糧，遞送還鄉。”本條的意思是官員在任正常原因病故，家屬無力回鄉者，所在官府應資助其回鄉。這裡對“家屬”的概念沒有明確範圍，但顯然指隨官赴任的家口：妻妾子弟及其他的“官親”。在本條中“家屬”概念似涉行政法的内容，看來“家屬”的範圍比“親屬”要窄，家屬僅限於直系或

同居共炊的親屬。

清律中涉及“親屬”概念的刑事法律關係

《大清律例》卷四，“名例·犯罪存留養親”條：“凡犯死罪非常赦不原者，而祖父母高曾同、父母老七十以上、疾篤廢應侍，家無以次成丁十六以上者，……存留養親”。其意是，凡是犯了死罪，又符合條件規定（家中祖父母、父母年老有疾，又無其它成丁）者，可以免死讓其扶養親屬。這裡，親屬範圍，只限于“家”中的祖父母、父母，只有本範圍的親屬存在，罪犯才有可能免死存留養親，可見親屬的範圍在這裡規定得較窄。

卷四，“名例·流囚家屬”條：“凡犯流者，妻妾從之，父、祖、子、孫欲隨者，聽。遷徙安置人隨行家口妻妾父祖子孫亦准此。”這裡，家屬的概念被界定為：妻、妾、父、祖、子、孫，家屬亦可稱家口。本條的意思是流刑犯人、遷徙安置人（犯）的家屬可以隨行。

卷五，“名例·親屬相為容隱”條：“凡同居同財共居親屬，不限籍之同異，雖無服者亦是，若大功以上親謂另居大功以上親屬，系服重，及外祖父母、外孫、妻子之父母、女婿，若孫之婦，夫之兄弟，及兄弟妻系恩重，有罪，彼此得相為容隱。”按，“親親相隱”的儒家倫理原則，在唐代以後被直接納入法律條文中，一定關係的親屬，犯罪後可以互相容隱不報。互相包庇隱瞞，這樣的規定似乎是曲法原情，但其實質是為維護社會的基本關係親屬家族關係的穩定，從而也就是為了維護整個社會法律關係的穩定。當然這種容隱是有一定關係範圍的。

卷二十五，“刑律·賊盜·親屬相盜”條：“凡各居本宗、外姻親屬，相盜財物者，期親減凡人五等，大功減四等，小功減三

等，緦麻減二等，無服之親減一等。”其意是親屬之間，不論同居、另居，不論本宗、外姻，凡是相盜財物者，都要追究刑事責任，但比凡人（沒有親屬關係的普通人）之間相盜，處分要減輕，親屬關係越近處分越輕，反之則漸重。

卷二十八，“刑律·鬪毆·同姓親屬相毆”條：“凡同姓親屬相毆，雖五服已盡，而尊卑名分猶存者，尊長犯卑幼減凡鬪一等；卑幼犯尊長加一等不加至死，至死者無論尊卑長幼並以凡人論。”

同卷次“毆期親尊長”條：“凡弟妹毆者，杖九十徒二年半；傷者，杖一百徒三年；折傷者，杖一百流三千里；刃傷及折肢，若瞎其一目者，絞；死者，皆斬。若侄毆伯叔父母、姑，及外孫毆外祖父母，各加毆兄姊罪一等……其兄姊毆殺弟妹，及伯叔姑毆殺侄並侄孫，若外祖父母毆殺外孫者，杖一百徒三年；故殺者，杖一百里流二千里；過失殺者，各勿論。”

同卷次，“毆祖父母父母”條：“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……其子孫違犯教令，而祖父母、父母非理毆殺者，杖一百；故殺者，杖六十徒一年。”

以上三條關於親屬間相毆殺傷的法律條款，由遠及近，分別規定了五服以外同姓親屬、期親、祖父母父母之間相互侵犯（毆、殺、傷）所應負的法律責任。非常明顯，這三條共同的一點是：以下犯上（即卑幼犯尊長）處分極嚴厲，反之，以上凌下則處分極輕。鮮明的對比是：子孫毆祖父母、父母，斬決，毆至死，凌遲；祖父母、父母以“子孫違犯教令”為由，“非理”毆殺子孫也不過杖一百。這三條相比較，可以看出，親屬關係遠近，相犯所得處分懸殊，如五服外同姓親屬卑幼犯尊長，加凡人一等；弟妹毆兄姊（期親關係），則杖九十徒二年半，子孫毆祖父母、父母，則一律斬決。親屬關係越近，以下犯上處分越重。反之，尊長犯卑幼，親屬關係越近，處分越輕，一般五服外的親

屬以尊犯卑，減凡人一等，兄姊毆弟妹，祖父母、父母毆子孫，只要不打死人，就無罪，法律根本不問津。

卷三十三，“刑律·犯姦·親屬相姦”條：“凡姦同宗無服之親，及無服親之妻者，各杖一百”；“姦總麻以上親……各杖一百徒三年；強（姦）者，斬。”親屬相姦是內亂罪，罪干十惡，比凡人犯姦要重。凡人犯姦（指和姦，即通姦）不過杖罪，而親屬相姦，無服還是杖罪，總麻以上則是滿徒了。

親屬法的概念對於刑事案件有着非常重要的意義，同樣的犯罪，對於不同服制關係的人處罰會不同，甚至可能會輕重懸殊。以清代命案中最常見的鬪毆來說明，《大清律例》卷二十六，“人命·鬪毆及故殺人”條規定：“凡鬪毆殺人者，不問手足、他物、金刃，並絞（監候）。”這裡指的是“凡人”間的犯罪和處罰。所謂“凡人”，指沒有親屬關係和一切尊卑關係（包括監臨長官、貴賤、家長奴婢、妻妾、師生關係等）的普通人之間的關係。凡人之間鬪毆殺人者，處以絞監候。

但是，親屬之間的鬪毆殺，情況完全不同了。前引《律例》卷二十八，“鬪毆·毆期親尊長”條規定，弟妹毆兄姊，（至）死者，斬；侄毆伯叔父母、姑，加一等，（至）死者，斬（立決）；故殺者，皆凌遲處死，這是以卑犯尊的情況。如果反過來，同條規定，以尊犯卑，毆殺弟、妹、侄，兄、姊、伯叔不過徒三年，故殺也才流三千里。前引“毆祖父母父母”條，若是子孫毆祖父母、父母，不論有傷無傷，皆斬；（至）死者，皆凌遲處死。而祖父母、父母以“子孫違反教令”為理由，依法決罰，任意責打，以致傷重“邂逅致死”和“過失殺”者，各勿論；即使“非理毆殺”也不過杖一百，故殺僅徒一年。

親屬相犯，以卑犯尊，處罰重於凡人，並且親等越近處罰越重；以尊犯卑，處罰輕於凡人，並且親等越近處罰越輕，以至於無罪。在適用法律上不是人人平等，而是依人之身份關係而有差

別，這是中國自古以來封建法制的特點。

刑科題本案例辨析

題本，是清朝中央政府各部、院、寺、監等機關，及地方各省總督、巡撫等大員向皇帝報告公務的正式公文，具負責官員姓名，並加蓋印信關防。題本呈上皇帝裁決，所奉皇帝的旨意用紅筆批寫在題本封面，稱作“批紅”。

所謂“刑科題本”，就是關於刑事案件的題本，當然都是重大的案件（包括人命案件）。這些刑事案件的題本，經批紅後，由刑科給事中抄出批紅，轉發有關部門辦理，並稽察辦理情況，所以稱“刑科題本”。刑科題本有二種。

第一種是各省總督、巡撫的題本，清制，凡是死刑案件和其它重大的案件，經地方逐級審理，上報到省，省上報皇帝，因為全國只有皇帝一人擁有審批死刑的權力。同時，省的題本抄送刑部，而不是上報刑部，因為省、部平級。各省題本送達京師經通政司上報，因而稱“通本”。一般情況下，皇帝對地方各省的報告意見（通本）並不直接作出裁決，而是批覆刑部，或三法司（刑部、都察院、大理寺），或九卿（三法司加吏、戶、禮、兵、工五部和通政司）覆核擬議，通常的批語是“三法司核擬具奏”。

第二種題本，即刑部等衙門的題本，稱“部本”。刑部等遵照皇帝對“通本”的批示，根據省的意見進行覆核，而後提出自己的意見，再具題本上報皇帝，所以稱部本。皇帝此次則要對這一案件作出最後的裁決，即將其旨意“批紅”在題本封面，常見的批語是“依議，某某依擬應斬（或絞）著監候，秋後處決”，或“某某著即處斬，餘依議”等，至此，完成了這一案件的審判程序。

在通常情況下，各省督、撫的意見會被刑部等採納，同樣，皇帝也會接受刑部的意見。但是，有時刑部等會提出另外改擬的意見供皇帝參考決擇，皇帝當然也完全有權作出自己的判斷。

本書所選錄的 527 例案件均藏於中國第一歷史檔案館，既有“部本”，也有“通本”，我們是照錄所選刑科題本的“貼黃”。所謂貼黃，就是題本正文之後所附的摘要。刑事案件有的很複雜，題本也就非常之長，厚厚一本，往往洋洋數千字至於萬字。而貼黃，規定只能是一幀，不超過幾百字，要求準確概括本案的案情、性質、擬罪量刑的依據和意見，是絕好的案情簡介。我們原文照錄貼黃，加以標點、校勘。這是 18 世紀中國清代涉及親屬相犯的案件，即“服制命案”的原始檔案記錄，親屬之間矛盾激化以至釀成命案，非死即傷，從而深入地揭示了親屬關係的方方面面，為我們研究清代親屬法提供了難得的實證。可以看到所有的這些案件都清楚準確地援引了清律的條文，有的並有所發揮，從中更能看到清人對律義精微之處的理解。

以下試舉幾例加以說明。

例 19，乾隆元年福建杜日毆死叔母蘇氏一案（見本書第 15 頁），起因是杜日之父與蘇氏之夫是同胞兄弟，兄弟二人因轉售土地價格之事起釁，蘇氏參與爭毆，“扭結”杜日之父，杜日見父被扭，趕忙勸救，用鋤柄誤傷蘇氏致斃。福建巡撫原擬“斬立決”，這是嚴格按照律文所擬，但刑部却以杜日“一時情急”為由改為“斬監候”，皇帝准其所改擬。清制，“立決”是立即執行的死刑，而“監候”則留待“秋審”甄別，根據清朝的一年一度的秋審制度，大部分的“監候”案件都會被緩決，而且緩決若干次（年）後就可能減刑或釋放，所以，立決和監候，是必死或存一線生機的區別。為什麼刑部要如此改擬呢？一是因為杜日“一時情急”為救父，更是因為他誤傷致斃的是叔母（孀）而不是叔父。

與此案比較，例 140，白大成扎傷致斃胞叔白世昌一案（見本書第 126 頁）；例 189，張永聖毆傷致斃胞叔張士占一案（見本書第 171 頁），情節與杜日案類似，却都擬立決；例 188，王敬章舉刀戳其胞叔王德明致死案（見本書第 171 頁），更認定為故殺，擬凌遲處死。前後對比，雖然侄毆斃伯叔父母，律皆擬立決，但終究叔父、叔母有別，有血緣關係的叔父被認為比無血緣關係叔母更“近”一些，處罰也就更重一些。

例 392，李會海扼死堂兄李尚生一案（見本書第 360 頁），李尚生是痴蠢瞎眼的人，李會海計謀將其擻死棄屍某富戶田內，希圖勒索訛詐，依謀殺總麻以上尊長律擬以“斬立決”。例 404，李可緒勒死患癆病的胞弟李五一案（見本書第 370 頁），情節類似，也是借屍圖賴，却依故殺期親弟妹，僅擬“絞監候”。對比兩案異同，不外是因為弟犯兄、兄犯弟，尊卑關係的顛倒罷了。

例 141，彭尚賢活埋胞兄彭尚哲一案（見本書第 127 頁），很為特殊。彭尚哲是“素行凶惡”的流氓，甚至調戲圖姦弟媳與叔母，遭族人憎惡。堂叔彭在商與彭賢等策劃，將尚哲活埋，為本家族“除害”。但彭尚賢却被以謀殺胞兄之罪擬凌遲，雖然他的哥哥是無賴惡棍，除去這個害群之馬也是為了家族的利益和名譽，但弟殺兄終歸是罪干“十惡”不赦的“惡逆”重犯。

例 403，殺死胞兄饒名文的饒開文則要幸運的多了（見本書第 369 頁），開文的胞兄名文是一個與弟媳有姦情的道德倫喪的人。開文發現了其兄的丑行，一時氣憤，殺死了他，然後畏罪潛逃，15 年後才被捕歸案。承辦此案的湖南巡撫畢沅，是位理學名臣，他以弟殺兄的惡逆之罪擬饒開文凌遲。刑部似較開明，認為此案年代久遠了，死者也並非無辜，而是“姦淫弟婦蔑倫傷化，本已罪干絞決”者，應依殺死姦夫例改擬斬監候，使饒開文可能得以活命。按《大清律例》，弟故殺兄是惡逆凌遲的極刑，而於姦所登時殺死姦夫却無罪勿論，罪與非罪，極刑與勿論，真