

处可见。如“准”字用法,《断狱》470条:“…虽无伤杀,亦准此。”等。我们可以将“以……论”“准……论”称为“以”“准”字例的标准形式,其它形式的用法称为非标准形式。本文主要讨论“以……论”“准……论”的标准样式。

(一)“以……论”的突出特点是把此行为附于彼罪名、主体、主观心理状态、量刑方法之下,完全以彼罪名、彼种状态、彼种方法所在法条的罚则论断,且无罪止规定,并适用加重法。

1. 以罪名相附者。主要有以(故)出入人罪论,以阑入论……等11种,是“以……论”字例出现最多的一类,散见于唐律各篇。仅列举其两例。(1)以(故)出入人罪论,《职制》135条:“诸有所请求者,笞五十,主司许者,与同罪。所枉罪重者,主司以出入人罪论。”同类者还有《斗讼》354条,《诈伪》384条,《杂律》419条,《断狱》480条等。(2)以阑入论,《卫禁》61条:“诸於宫门无籍及冒承人名而入者,以阑入论。”同类者还有《卫禁》59条、62条、63条、72条等。

2. 以主体比附者。此犯罪行为主体不合彼法条规定的主体要件,而把该主体看作彼主体,便可适用彼法条了。(1)以凡人论,《贼盗》285条“缙麻以上自相恐喝者,犯尊长,以凡人论。”同类者还有《斗讼》325条、332条、347条等。(2)以关司论,《卫禁》86条“诸领人兵度关,而别人妄随度者,将领主司以关司论,关司不觉减将领者罪一等。”

3. 以主观心理状态相比附。主观状态主要指故意、过失的心理状况。(1)以(过)失论,《名例》40条:“……若同职有私,连坐之官不知情者,以失论。”同类者还有《杂律》392条等。(2)以故……论。指主观上具有故意,有的是罪名与主观状态的复合,如“以故杀罪论”。《断狱》474条:“诸应议、请、减,若年七十以上、十五以下及废疾者,并不合拷讯,皆据众证定罪,违者以故失论。”

4. 量刑方法方面的比附。这里指法典要求的对犯罪主体及情节作裁量时的比附、援引。(1)以赎论,《名例》16条“诸无官犯罪,有官事发,流罪以下,以赎论。”此外还有《名例》15条,《斗讼》339条等。(2)以百人以上论,《贼盗》251条“诸谋叛者,绞。已上道者斩,妻子流二千里;若率部众百人以上,父母、妻、子流三千里;所率虽不满百人,以故为害者,以百人以上论。”(3)以全罪论或以所剩论,《断狱》487条“诸官司人人罪者,若入全罪,以全罪论。”又“从轻入重,以所剩论。”

(二)“准……论”的特点是将此行为附于彼罪名下,不完全依彼罪名的罚则处刑,且有罪止,但不适用加重罚。主要有两种形态。

1. 准(窃)盗论。《厩库》203条:“诸故杀官私马牛者,徒一年半。赃重及杀畜产,若伤者,计减价,准盗论。”同类者尚有《厩库》212条、《贼盗》263条、《擅兴》402条、《户婚》192条、《卫禁》88条等。《贼盗》296条:“诸知略、和诱及强盗、窃盗而受分者,以所受论,准窃盗论。”此外,唐律中还有具体的“准盗”与“准窃盗”。

《厩》63条“准盗论。”

2. 准比()135条:人而为、者、论加、;要,准

单。出现这种状况的原因大略有如下两点。

首先，从比照者与被比照两者之间的关系看，“以……论”所援引比附的行为与被比者十分接近，即同于真犯；而“准……论”则距真犯稍远。犯罪现象的类似处，包括犯罪主体、行为特征、发展阶段、侵犯对象、客体、行为人的主观心理状态等，总是以相同者居多，故而“以”多“准”少。其次，从刑罚强度来看，“准”字例罪止及不适用加重罚，是一种惩罚的限定。“准”字例用得多了会出现整个刑罚幅度降低的情况，造成打击不力，故而立法者不乐意采用。

三、“以”“准”字例的比类范围、基础及作用

(一)“以”“准”的比类范围

从“唐律”中“以”“准”字例的分布及形态分析，“以”“准”二字的比类范围，除个别者外所指向的多是律法长期发展中得到高度概括且属常见的因而人们皆熟悉的犯罪，比如“六赃”与“七杀”等。出现这种状况的原因，主要有两个。

一是这些罪名具有古老的历史，罚则相对稳定、合理，也为人们所熟知，容易成为比类、依据的标准或范例。比如受财枉法、受财不枉法、受所监临财物、强盗、窃盗、坐赃之六赃，与谋杀、故杀、斗杀、戏杀、误杀、过失杀、劫杀等七杀，是包容在最古老的法律篇章中的。从李悝《法经》的《盗法》、《贼法》，秦汉魏晋的《盗律》、《贼律》，南梁的《盗劫》、《贼叛》，直至北齐、隋、唐的《盗贼》或《贼盗》，莫不是在“王者之政，莫急于盗贼”的思想下编定的。若加上晋律、北周律之《请贼》，梁律之《受贼》，所谓六赃、七杀都是规定于这类篇目之中的。比如，汉律中就有谋杀、斗杀、戏杀之区分，晋律学对故、失、过失、斗、戏、谋等的解释无疑是七杀的滥觞。^③六赃区分了行为方式、手段、情节、主体等不同的六种赃罪，七杀则容纳了故意、过失心理状态不同且犯罪阶段、情节互不相同的七种杀伤罪，是古代区分有关故意、过失在“类犯罪”上表现最充分之处，它们是当时科学程度最高的概括。因而，长期磨琢出来且区划较细的罪名及其罚则，自然就被作为定型化了的典型来使用。

二是“以”“准”字例的使用也具有长期的历史，《唐律》不过是这一历史过程中的一环。南朝《陈律》规定：“不枉法受财，科同正盗”，“恐胁得掠以劫论”；北朝《后魏律》有“（ ），同枉法”“以法”这的“口

赃论”是“以盗”“以劫法论”的种“以”字例在“在”者准罪，以法论者“同真法”的类律的“已现”。故，《律》六赃中有“以……”例，中“以盗论”“以劫论”“以斗杀”“以戏杀”“以误杀”“以过失杀”“以杀论”在律中“出”次。七杀中“以”“准”字例者在律中“出”次。“准”字例“六”“七”在《律》律“二分之一”。

(二)“以”“准”的基础

“以”“准”比类的基础先比较者一较的相。（唐律）

