

清代人身典权的法律规制*

——以白契制度为中心的考察

张敏 许光县

摘要:以人身为客体的典权制度是清代物权法律的重要组成部分。清代人身典权法律以贱民制度为法理基础,以白契制度为运行主线,以赎身规范为调整焦点,并受到满洲“最严主仆之分”风俗的深刻影响。康熙、雍正、乾隆三朝在人身典权领域立法上的变迁,既反映了国家立法对白契典身制度的维护,亦昭示了人身典权的产生与废除对封建社会的巨大冲击。诸多典身诉讼中的援法与权断,则体现了清代司法与立法在人身典权领域的激烈碰撞。

关键词:人身典权;贱民;白契;赎身

典权是中国传统物权法律制度的重要内容,在唐宋时期,具有明显用益物权性质的典权制度已经开始确立。到了明朝,典权制度已经相当完善,《大明律·户律·田宅》即明确规定:盖以田宅质人,而取其财曰典,以田宅与人,而取其财曰卖。清承明制,依然从所有权和典权的区别出发,强调典可赎而卖不可赎也。学界对典权制度的研究,主要重点关注以田宅为客体的财产典权,其主要原因在于明清物权法律制度在文本表述方面对财产典权的重视。事实上,基于中国传统社会漫长演变中对人身的漠视,以及国家法律对等级社会的自觉维护,以人身为典权客体成为了普遍的法律现象和社会表征,由此衍生的人身典权法律实践也代代传承。唐代中叶以降,典身的行为随着均田制的瓦解出现了明显的增多,并得到了朝廷的认可,宣宗二十三年诏曰:其公私旧债,亦宜停征,贫下百姓佣力买卖与富儿及王公已下者,任依尝式。这里的佣力买卖,即是典卖自身的情况。敦煌出土的唐末五代契约文书中,也有父母典卖子女的典契,如赵僧子将其子(荀子)典卖与李千定的典价数目、权利义务都在典契中有具体规定。宋明时期的人身典卖行为也屡见不鲜。宋明法律在规制人身典权时,不仅要求形式的契约自由,而且进一步强化了国家参与性,如以红契制度来保护合法的人身典权效力。作为中国最后一个封建王朝,清朝的人身典权法律制度最为成熟,其表现不仅在于严格区分合法与非法的人身典卖行为、审慎对待以白契为载体的人身典卖行为,而且还在于将人身典权法律与贱民法律制度对接,使人身典权的成立、保护、消灭完全有法可据。研究清代人身典权法律及其实践,既是对清代民事法律规范与热点社会现象互动的实际演绎,也是提炼中国传统社会民事法律本质特征的需要。

一、清代人身典权普遍存在的社会根源:满洲风俗与贱民制度

典权作为一种中国古代传统社会的用益物权,是通过对标物的活卖行为来设立的。在人身上设

作者简介:张敏,西北工业大学人文与经法学院教授、硕士研究生导师;许光县,法学博士,西北工业大学人文与经法学院讲师。

* 本文是作者承担的2009年度国家社科基金项目“明清民事诉讼研究——制度、社会与文化的视角”(编号:09CFX010)、2010年度教育部人文社科研究一般项目“清代物权法律研究”(编号:10YJC820128)的阶段性研究成果。

立典权,即是以“典身”这种物权交易行为来构建的。相对于唐宋元明历朝,清代典卖人身的现象更加普遍,如大同、宣府等处,卖鬻男女,大车小车,络绎而来,辗转贩卖;号称富庶的广州,百货俱陈,马羊奴婢,必于其日聚焉^{[1](P.60)}。雍正皇帝在上谕中也承认,夫卖男鬻女之事,在平时亦多之,非官长所可禁止者。清代典卖人身现象的普遍存在,其原因是多方面的。如清朝社会虽然从本质来讲是封建社会,但奴隶社会的残余并没有完全被清除,把至为宝贵的人身自由放在市场上去让与、降格为骡马牛羊之法律地位,则是这种残余的真实体现。中国古代传统法律思想中的等级思想,也是清代人身典权广泛存在的重要原因。等级思想的法律外化,不仅体现在“刑不上大夫、礼不下庶人”的法律原则,而且还具体表现为“八议制度”、“上清制度”等内容。传统儒家法律思想强调的劳心者食人、劳力者食于人,为明清统治阶级典买人口为其个人和家庭服劳役提供了理论支持。

清代典买人身现象普遍存在,与作为清朝统治支柱的八旗社会盛行的蓄奴之风紧密相连。满洲八旗在入主中原以前,不仅把人口买卖作为典型的商业交易活动,而且把典买奴婢的多少作为衡量财富多寡的重要标准之一,其结果即是有钱有势之家纷纷拥有大批奴婢,“仕宦之家,童仆成林”(《乾隆光山县志·卷一九》)。雍正四年十一月的上谕,对这种民族特色进行了说明:满洲风俗,尊卑上下,秩然整肃,最严主仆之分。满洲的这种蓄奴之风,在其入主中原后得到了保持,并随着八旗势力向全国各地渗透而在地域上和人口数量上都得到了扩展。满清统治者还有意识地将这种蓄奴之风向臣服其统治的汉族地主阶级灌输,要求汉族地主阶级对典买来的奴婢严格约束、随时惩戒。为了在这一方面做到满汉划一,雍正年间,皇帝曾经专门委派满洲大学士和九卿重臣,议定法律直接规定:汉人奴仆,有傲慢不尊约束,及诋谤家长,背主逃匿者,俱照满洲家人例治罪。

正因为有了清代国家法律对贱民制度的规制,人身才可以像田宅一样被活卖和赎回(赎身),也正因为社会主流思想对贱民制度的固守,被活卖的人身才坠入了万劫不复的深渊,其赎身之路的艰辛才超出了常人的想象。通过对贱民法律制度与人身典权法律制度的交杂分析,我们可以理解,为什么单凭一张草草写成的白契,一个被典卖的人,甚至包括他的所有家庭成员,将永远成为别人的仆人;即使有朝一日,他幸运地通过交付身价银得以赎身,但主仆之分一定,则终身不能更易。

清朝的人身典卖情形,可以分为三大类,即父母典卖子女、丈夫典卖妻妾、家主典卖奴婢,这三种典卖人身的行为在正常情况下都受到了清朝政府和法律的实际保护。在这三种典身情形中,家主像畜产一样地典买典卖仆人的情况最为常见。父母典卖子女的情形在大灾之年则急剧增加,并得到了国家法律的允许。如雍正八年,直隶、山东、河南、江南等省发生了大洪灾,尤以河南最为严重。在这种情况下,河南灾区的许多父母纷纷将子女典卖与外地或者外省人,以求得一条活路。河南巡抚田文镜为了隐瞒灾情和粉饰太平,下令禁止河南人出界,其实质是防止本省灾区子女被外省人典买。雍正皇帝得知后,下旨对田文镜的错误行为进行了严厉的斥责,认为父母典卖子女之事,在平时亦有之,由于出于典卖双方的自愿,官府也不能禁止;至于到了灾荒之年,地方官员当然要以抚慰百姓为第一任务,如果实在不能抚慰百姓,而禁止其典卖子女,“是以避离散之名,而绝其生路也,岂为民父母官者所忍言乎”(《清实录·卷一百三·雍正九年二月》)。甚至到了乾隆五十四年,皇帝在上谕中还回忆起田文镜在禁止河南父母将子女典卖与外省人的错误,认为其禁止民人出境,不过是为忌讳灾起见。丈夫典卖妻妾的情况则往往与家道中落有关,并受到“三不去”婚姻解除制度的限制,因此不会大量存在。无论是父母典卖子女,还是丈夫典卖妻妾,其直接后果其实是相同的,即被典卖的子女、妻妾成为了典买者的奴婢。我们由此亦可以看出,其实三种人身典卖行为,在实质上没有区别,都是基于人身的使用价值,产生了与活卖田宅殊途同归的法律后果,即确立了具有明显用益物权性质的典权,只不过出典物是会说话的人。

家主典买来的奴婢依照清朝民事法律的规定属于贱民的范畴。当然,清朝的贱民不仅仅包括典买来的奴婢,还包括全国范围内的娼优、隶卒、门子、仵作、番役、弓兵、马快、步快、长随等,局部地区的乐户、丐户、九姓渔户、世仆、伴当、厝户等列入贱籍的贱民。在清代贱民制度中,奴婢在法律地位上处于最

底层,在《大清律例》中他们被“律比畜产”,当然,乐户、世仆、伴当等其他贱民的法律地位也比奴婢好不到哪里去。如安徽徽州府、宁国府的世仆、伴当,本地人将其蔑称为细民,凡民人有婚丧之事,即往服役,稍有不合,加以捶楚,及讯其仆役起自何时,则皆茫然无考,非实有上下之分,不过相沿恶习耳。雍正五年,巡抚魏廷珍奉皇帝圣旨,会同礼部对徽州府、宁国府的世仆、伴当的起源和法律规范进行了调研。调研结束后,魏廷珍向朝廷上奏,认为在处理当地典买来的世仆、伴当问题上,应当坚持有无文契和是否赎身的标准,即有文契典买的奴仆,若未经赎身,则本人及其子孙,应听从家主役使,若已经赎身,其本人和在主家所生之子孙,仍应存主仆之名分,其不在主家所生者,依照八旗开户之例,豁免为良。如果是因为年代久远,没有文契为典买人口的证据,且不受主家豢养者,一律不得以世仆名之,并永行严禁(《清实录·卷五十六·雍正五年四月》)。礼部对魏廷珍上述处理典买世仆伴当问题的法律建议也表示了赞同。雍正皇帝御览后,同意了魏廷珍的建议,从而比较客观地解决了安徽徽州府、宁国府地区的世仆伴当的典身契约认定与依法赎身后的社会地位承认等关键性问题。

清朝的法律规范和法律实施让奴婢等典买来的贱民在生活上与文明社会格格不入。在典买奴婢的过程中,年幼者不过花费几百文铜钱,丁壮者不过耗银一二两,令当时的目击者均感到伤心不已。作为典买来的贱民,奴婢即成为了清代人身典权的客体,家主在清代法律的支持下,开始对这种特殊的标的物行使自己的物权了。如根据主物的物权效力及于从物、原物的物权效力及于孳息等物权法律基本原则,奴婢所生的子女,也是贱民的范畴,要履行为主家服役的法律义务,服从家主的命令,即“招配已生子者,男属世仆、永远服役,其女婚配、悉由家主”(《清会典事例·户部七·户口五·买卖人口》)。若奴婢所生子女有“干犯家长”的行为,依照《大清律例》中规定的“奴婢殴家长”罪名进行予以治罪。甚至当奴婢交纳典价(身价银)依法赎身以后,其在家主家所生的子女,终身与家主存在着主仆的名分。只有针对奴婢依法交银赎身后不在家主家所生的子女,才能依照旗人开户之例、豁免为良(《清实录·卷五十六·雍正五年四月》)。

《大清律例》为维护家主对典买来的奴婢等贱民顺利行使用益物权,从诸多方面进行了法律规制,这些法律规制从制度上强化了家主对奴婢的人身控制权,定格了典买来的奴婢是法律关系客体的地位,从客观上刺激了人身典卖行为蔚然成风。首先,家主对奴婢的体罚、过失杀害等行为受到法律的保护。《大清律例·卷二十八·刑律·斗殴下·奴婢殴家长》条明确规定,若奴婢违犯家长及其尊亲属的教令,受到臀部、腿部等杖刑导致其突然死亡,以及家主及其尊亲属过失杀死奴婢等情形,不必追究相关人员的刑事责任。其次,典买来的奴婢若有辱骂、殴打、杀害家主的行为,则已经犯下了滔天大罪。从《大清律例》的规定来看,辱骂家长的奴婢难逃绞监候的重刑,殴打家长即使并没有造成家长轻伤的奴婢,无论首从,均处以斩立决的刑罚。如果奴婢敢谋杀家长,即是十恶重罪,不分首从皆凌迟处死。再次,典买来的奴婢虽然从理论上讲存在赎身为良的可能性,但实际上难以筹集的身价银、赎身法定条件的一再提高,导致对于大多数奴婢来讲,赎身为良仅仅只是一个遥不可及的梦。在没有赎身以前,奴婢既然是民法上的标的物,家主当然可以通过买卖、赠与、互易等民事法律行为向其它动产一样进行处分。家主去世后,依照继承法律,奴婢即成为了家主的遗产,由诸子等继承人依法继承,“无子者传给亲女或者姊妹”(《清会典事例·卷一六零》)。第四,典买来的奴婢的婚配权,完全由家主行使。若家主怠于行使这个权力,亦为法律所不容许:凡家主有将婢女不实行婚配、致令孤寡者,按律治罪。需要说明的是,奴婢既然是最底层的贱民,其家主在代其行使婚配权时,依然要严格遵守“良贱不婚”的封建婚姻法律原则,违反此规定,为家奴娶良人为妻者,其家长要受到杖八十的刑罚处罚,女方家长则减一等处罚。

二、清代法律作用于人身典权的起点:白契不白

清代法律严格保护的,是合法的人身典卖行为,即并非所有的人身买卖行为都能够得到国家的认可和保护。实际上,清代法律一直把非法的人口买卖行为作为自己重点打击的对象。如拐卖人口者以拐卖例治罪;贩卖妇女、子女并转卖他人为妻妾、子孙、奴婢者,要处杖一百流三千里的重刑;买卖人口如果

不向国家要求注册、盖印者,要治以私买私卖之罪。嘉庆六年在修订《清会典事例》时,鉴于地方官员对非法人口买卖睁一只眼闭一只眼的不作为情况,专门规定了其法律责任,若地方官员对非法人口买卖隐匿不报者,一旦发觉,交吏部议处。

清代的买卖法律行为,在内容上和意义上与现代民法中的买卖行为最大的差别,在于清代的买卖分为绝卖和活卖。绝卖即是绝对丧失所有权的行为,与现代民法的卖是一致的。而活卖即是典卖,或者简称为典,通过典卖行为,当然丧失了出典物在出典期间的使用权,但在绝卖程序以前,典物的所有权并不转移,换言之,出典行为仅仅存在丧失所有权的可能性,如果原物所有权人在一定的期间内向典权人交换典价,履行回赎程序,则原主对出典物的所有权即恢复到完全状态。而这个所谓的“一定期间”往往堪称漫长。因此,清代民间用形象的俗语来区别典卖和绝卖:一典千秋在,卖字不回头。清代的国家立法在继承明代法律对典卖和绝卖进行区别的基础上,在法律实践中充分发挥了红契制度对绝卖行为的标志性作用。通过官府对合法有效的标的物绝卖契约盖印、有的还要附带征收税款,才发生所有权转移的法律后果。由于该种契约上有了官府的大红印章,因此被称为红契,也可以叫做印契。

清代的人口买卖同样分为绝卖和活卖,其区别的关键即是红白两契的分立。若买卖人口属于双方自愿,订立契约,并有亲戚或者邻居作证,则一旦在衙门挂号铃上官府大印,该契即为红契,该项人口买卖即是绝卖,产生的法律后果即是永远为奴。康熙四年即议准,凡印契(红契)所买奴婢,永远服役,如有逃走,报部记档,抓获之日,按照次数分别治罪。雍正皇帝在上谕中,也强调了红契所买奴婢的物权法律客体地位永远不能变更,甚至该奴婢的家人的奴婢地位也将终身注定:夫主仆之分一定,则终身不能更易,在本身及其妻子,仰其衣食,赖其生养,固宜有不忍背负之心,而且世世子孙、长远服役,亦当有不敢纵肆之念。从上述清朝法律的规定我们可以看出,对于红契买卖的人口,将永远成为家主所有权的客体,即从法律规定和理论上永远不可能有赎身的希望。

清代的人身典权产生的依据是与红契相对应的白契,即没有经过官府用印、注册的私人契约。以红契为基础的人口买卖,是绝卖法律行为,产生的是所有权的变更,而以白契为基础的人口买卖,是活卖法律行为,设立的是以人身为对象的用益物权。正是因为用白契活卖的人身还在一定程度上没有让渡所有权,所以一旦出卖人(出典人)在金钱、期限、婚姻等诸多方面满足清朝法律的规定时,即可以通过赎身的程序,完成人身权和人身自由的尽量恢复。如雍正皇帝登基后,鉴于社会中白契所买奴婢数量的激增,给社会稳定带来了极大隐患,即在雍正三年明确规定,凡雍正元年以后,用白契所买单身、及带有妻室子女之人,俱准予赎身。乾隆皇帝即位后,也在圣旨中要求允许白契所买之人交纳身价银赎身。

正是因为清代买卖行为中存在的红白两契分立制度,而这种红白两契分立制度同样适用于人口买卖中,才使得白契典买的人身成为了典权的客体、出典的人身才存在被回赎的可能性,也要求我们应当重视对清代白契制度的研究。基于对白契订立时当事人内心自由的界定、白契性质的认定、白契效力的分析,以及清代法律在调整以白契为基础的人身典权时无法完全消除红契制度的影响,使得清代法律调整人身典权的起点即是对白契制度的规范,而在这些诸多调整中,我们看到白契绝非仅仅是私人契约,也绝非是人身契约种类的少数表现形式,更不是当事人能够在较大范围内行使“契约自由”的领域,因此,在研究白契的立法实践和实施过程中,笔者常常能够体会到“白契不白”这话的深刻内涵。

在清代典买人口的社会活动中,当事人几乎没有人愿意去向官府申报,即使清朝早在顺治十年就明确规定买卖人口不会像买卖田宅那样要求交纳税款,但当事人双方都不会就这个事去打扰官府,其原因即在于就清代民间习惯法而言,典买人口的双方当事人觉得订立的白契已经具备了法律行为的成立和生效要件,加上对官府找理由干涉该项物权交易的可能性的畏惧,导致用白契典买人口而不向官府注册盖印成了人口买卖的主要表现方式。清代统治者对此当然是心知肚明,并采取了灵活的立法取向来适应这种社会实际情况和民间习惯法律实践。乾隆七年定例即规定:倘有情愿用白契价(典买)者,仍从其便,但遇殴杀、故杀,问刑衙门,须验红契白契分别科断(《清会典事例·刑部八八·刑律四·奴婢殴

家长》)。除了明确在国家律例中规定外,自诩体察民情的乾隆皇帝在上谕中也要求地方官员尊重各地的人身典卖习惯,不必强求百姓向官府报告注册:民人(典买)奴婢,向不用红契,嗣后通行晓谕,文契送印,不送印者听,但遇殴杀故杀,须分红白科断(《清实录·卷一百六十二·乾隆七年三月上》)。

说“白契不白”不仅仅在于国家律例、皇帝圣旨以及后文记载的司法判例对白契典买人口的承认和保护,更在于清代法律在调整人身典权时,形成了在许多情况下白契与红契交织适用的法律规定,并在立法改革和司法实践中逐渐体现了白契红契化的趋势。首先,对于典权人用白契典买的家人,一旦脱离家主的控制,清朝法令明确规定在对其追捕时,各方面均参照追捕红契所买之人办理。雍正三年,在修订《大清律例》时即规定,凡在康熙六十一年前用白契典买的奴婢,若有逃走者,准予递逃牌(进行追捕)。10年之后,雍正皇帝在圣旨中还重复了这项规定的主要原因,即认定白契所典买的家人,即同印契(红契)。乾隆二十五年,强调凡白契家人逃走,全部依照红契所买家人例、报部记档,抓获之日,依照逃跑的次数分别治罪;如有胆敢偷带器械者,亦依照《大清律例》的规定除以刺字刑罚。乾隆三十二年,朝廷在修例时规定:凡是八旗家人逃走,不再区分红契还是白契所买的情况,一律在抓获后除以鞭刑和刺字刑罚,并交还其买主,同时对抓捕有功之地方官员记功奖励。其次,针对典买来的家人伤害家主及其亲属的情况,清朝法律要求依照红契所买奴婢一样治罪。乾隆七年,即规定家主于雍正十三年以前用白契典买之家人,倘有对其家主殴杀、故杀等情形,俱照红契之例拟断。在乾隆二十四年以后,则明确为白契所买奴婢,如有杀伤家长、及家长缌麻以上亲属者,均需依照红契所买奴婢一体治罪。

三、清代法律作用于人身典权的焦点:漫漫赎身路

清代人口典权实践中的白契制度盛行,一方面反映了普通百姓对建立在形式“契约自由”基础上的民间契约效力的充分信任;另一方面也反映了庞大帝国执法与司法在基层社会鞭长莫及的时代特征。更重要的反映了活卖人身的个人或家庭在很大程度上认为其典卖自己的行为,与通过国家注册、盖印而永远为奴的绝卖行为有着本质的区别,即当事人认为采用白契典卖自身的方式,毕竟给自己留下了有朝一日赎回自由自身的无限希望。实际上,在清代人身典权的法律实践中,出典人的上述思考并非不无道理。从社会实际情况来看,典买来的奴婢通过交纳身价银而重获自由的情况也绝非个案,甚至还有家主无偿放出奴婢的情形。从国家立法来看,清朝的法律虽然承认并保护私人之间订立白契的法律效力,但依然对红契制度和白契制度有着明显的区分,最突出的区别是在两者均成为刑事案件被害人的情况下,清朝法律对两者的保护是不一样的,如遇到遭受家主殴杀、故杀的情形,须分别红白科断,白契典买的奴婢享受的是与雇工一样的刑法保护,依照《大清律例》对伤害或者杀害雇工的行为的惩罚措施,即意味着伤害或者杀害白契家人的家主所受的刑罚最高可能达到“绞监候”的程度。更重要的是,清朝法律还在不同时期明文规定了典卖奴婢可以赎身的原则,并细化了典卖之人赎身的具体条件,如期限要求、婚姻状况、赎身价银及其后续义务等等。

事实上,正是因为清代法律对赎身的条件、程序、后续义务等诸多方面的严格要求,以及清朝不同皇帝对赎身政策的频频修订,导致了无数家人、奴婢、世仆、伴当的赎身梦想归于破灭,也反映了清代法律在调整人身典权的焦点问题——赎身制度时既无法回避又自相矛盾,而透过这些调整,我们在感叹出典人赎身之路何其漫漫的同时,更能体会到清代人身典权存在的长期性和复杂性。

清代通过立法来规范出典人的赎身行为始于康熙年间。康熙二十一年,朝廷规定家人中有年老、疾病情形者,其主准赎身者,令赎出为民。康熙五十三年,规定以康熙四十三年为界,在此之前用白契典买的人口,俱断与买主,不准赎身,在此之后用白契典买的人口,照原价准予赎身为民。这个规定让许多家人、奴婢、世仆依稀看到了赎回自由之身的莫大希望。但雍正皇帝登基后,鉴于朝廷极大守旧势力在这个问题上对康熙五十三年规定坚决反对,在贱民问题上较为开明的雍正皇帝,也不得不在雍正三年修订律例时对守旧势力做出重大让步,强调把白契典买人口的赎身时间点定在康熙六十一年,这意味着在雍正皇帝上台前以白契典买的奴婢、家人永远丧失了赎身的权利。雍正三年的法律还规定,若雍正元年

之后,以白契典买的家人在家主持下,已经成亲者也不准赎身。虽然雍正五年放宽了世仆、伴当等典卖贱民的赎身条件,但那些宽松规定仅仅适用于安徽的徽州府和宁国府地区,并不具有全国范围的法律意义。

乾隆皇帝登基后,在制定准予典身之人赎身的法律时,甚至出现了比雍正皇帝时期还要倒退的情形。乾隆时期在调整人身典权的立法,一方面继承了雍正时期的基本制度,如明确规定只要所买之人由家主主持得以成家立业,无论是红契所买还是白契所买,一律不得赎身;另一方面,乾隆时期的立法在期限上把白契所买之人准予赎身的节点推移至雍正十三年,即“民人于雍正十三年以前白契所买家人,照八旗之例,准作家奴,永远服役”,这就意味着乾隆皇帝上台前没来得及赎身的出典人,将永远不能赎回自由之身。不仅如此,乾隆时期的立法在白契所买人口的性质认定上,表现了强烈的奴隶制残余特征,放大了封建社会法律对人身禁锢色彩。如在对雍正十三年以前白契典买的家人的性质认定上,法律直接规定为“即同印契(红契)”,若该类人口有逃走的情形,照例报部记档、追捕、处以鞭刑和刺字等刑罚。

针对旗人白契典买家人的赎身情况,乾隆时期的法令规定了更为严格的条件,其核心是将是否赎身的决定权完全交给旗人(家主),体现了明显的维护旗人利益的立法特征。乾隆二十四年颁布的《八旗家人赎身条例》明确规定:

凡八旗白契所买家奴,如本主不能赡养,或者念有微劳,情愿令其赎身者,仍准赎身外,如本主不愿,概不准赎。只有在旗人(家主)同意后,白契典卖之人才能够呈名本旗、转行地方官员,履行相应的赎身为民的手续后,编入民籍。如果有旗人家奴强迫旗人允许其赎身,或者有酗酒、干犯、拐带逃走等情形,俱照红契家人一体治罪。如果尚未赎身的旗人家奴,私自出旗,或者将其子孙改姓,自在民籍注册者,照例治罪,本人及其子孙断归本主。

白契典卖的人身在赎身之路上充满了太多的不确定性和太多的艰辛,即使侥幸赎身成功,也并不意味着他们能够以完全自由之身参与社会的正常活动。以科举制度为例,《清会典事例·卷一五五·户部·户口》对此即明确规定:赎身之后,只许耕作谋生,不准参加考试。雍正皇帝也在上谕中强调了赎身后奴婢与家主的名义上的主仆关系不容更改:夫主仆之分一定,则终身不能更易;乾隆皇帝在论及赎身后奴婢与主家的经济关系时认为,家奴经本主放出,积有余资,感念旧恩,助其家长,因其主仆名分,亦属情理所有。可见,曾经卖身为奴、被视同贱民的经历,将不可避免地给出典人的政治生活和社会生活蒙上阴影。下文考察与清代人身典权有关的典型司法案例,更能直观地理解赎身并不意味着自由的含义。

从清代法律的定性来看,白契典买的人口在法律地位上是与雇工一致的,即《大清律例》中规定的“白契以雇工论”。正是基于此规定,清代民间在习惯上又有把典卖的人口称作“典雇”的情形,现代研究人身典权的学者也经常有用“典雇”来代替“典卖”的习惯。“白契以雇工论”从理论上意味着白契典卖的奴婢、伴当、世仆等人群,在涉及民事争端和刑事诉讼中,所处的地位是与雇工相当的,如白契典买的家人对家长有殴打行为、导致家长死亡的情况,《大清律例》规定为“依雇工人殴家长至死律”最高可以判处死刑。笔者在前文已经谈到白契典买的人口与红契所买人口的重要区别之一,即是白契典买的人口在成为刑事案件的被害人时,享有的司法权利和保护明显高于红契所买的人口。乾隆七年三月的上谕,谈到客观、真实处理家主是殴杀还是故杀的案件时,对此有细致的解释。但遇殴杀故杀,须分红白科断;白契所买奴仆于家主,万难抵避,汤火炮烙,偶未即死,谓非故杀,亦太牵强。查挟势非刑,明知必毙,而任意横加,显系存心欲杀,不得概以殴杀宽减。无论是白契所典买人口在法律定位上的“白契以雇工论”,还是白契所典买人口与红契所买人口在司法上的“须分红白科断”,都并没有改变白契典卖之人在赎身之路上的漫漫艰辛。一般而言,封建社会中的新帝登基,给普通百姓带来的可能更多的是兴奋和希望,甚至特赦和大赦会随之而来。但对于清代以人身为客体的出典人而言,新帝登基则更多的是意味着从希望到失望、最后到绝望的心路历程。雍正皇帝登基和乾隆皇帝上台,所颁布的一再严格限制赎

身期限、保护旗人家主赎身决定权、增加赎身附属条件的法令,让无数典卖自身的个人及其家庭的赎身之梦越来越远、逐渐破灭。这些法令也从另一个方面让我们看清其维护满族贵族统治、人为制造贱民数量增加、固守良贱不平等的本质特征。

四、清代司法与立法在人身典权领域的碰撞:援法与权断

人身典权作为主要的清代物权种类之一,在清代立法中占有重要的地位。从前文的论述我们可以看出,无论是与人身典权的成立具有关键性意义的白契制度,还是人身典权中的焦点问题——赎身规范,抑或是保护满族统治阶级对其典买奴婢之权利的特殊保护,都在《大清律例》、《清会典事例》、不同时期皇帝的上谕中得到了明确的规范,即清代立法给我们展示了比较完整的调整人身典权的相应内容,使我们对清代社会以土地、房屋、人身为客体的典权制度有了更为全面和直观的认识。在研究清代人身典权时,仅仅研究清代人身典权的制度构建是不够的。在清代司法活动中,因人身典权纠纷而引起的司法诉讼也是比较常见的,这些与人身典权相关的诉讼,既包括民事诉讼,也包括刑事诉讼。这些诉讼反映了清代立法与司法在人身典权领域的碰撞,究其碰撞的原因,既有清代立法无法囊括实际案情或者迟缓于社会发展的方面,也有封建社会中司法原则强调权断的方面,另外,清代严格等级主义司法惯例也发挥着重要影响。

乾隆五十三年,江苏宝山县人徐二姐与兵丁陈七通奸,被其白契典买的婢女素娟知晓。徐二姐惟恐素娟将其丑行泄露,即谋划将其杀人灭口,永绝后患。一天晚上,劳累整天疲惫至极的素娟熟睡后,徐二姐乘机用麻绳缠住素娟脖子,残忍地将素娟勒死。该案告破后,宝山县知县基于素娟是徐二姐白契典买来的婢女之实际情况,依照《大清律例》“故杀白契所买之人、照故杀雇工律”定罪,拟绞监候刑罚。江苏巡抚闵鹗元同意这个判决,并依法上报刑部复核。刑部在复核后,虽然同意了江苏地方官员的审理结果,但鉴于本案不但涉及军人犯罪,而且被害人年龄极低的棘手情形,遂向皇帝请旨处罚。乾隆皇帝御览案情后,认为徐二姐淫凶可恶,为达到不可告人目的,居然杀害不满12岁的小女孩,且手段残忍。乾隆皇帝认定,鉴于上述情形,意味着徐二姐与素娟的“主婢之分已绝”^[2],应依常人例,改为绞,陈七既讯不知情,合依军民相奸律,枷杖发落。乾隆皇帝没有依照《大清律例》相关条文处理的“权断”行为,应当说更符合案件的实际情况,并更加有利于保护白契典买之人的人身权利。毕竟,基于白契与红契制度的区别,当家主行使支配或者处罚典买人口的人身之权力已经超出了法定的范围后,应当根据其实际危害后果加以严惩。

乾隆年间发生的“白契所典汉人扎死旗人家主”一案,是比较典型的满汉主仆纠纷案件。赵大之母徐氏,通过白契典卖与旗人护军文元家,白契中明白地记载了典价和出典期限。典期满了之后,文家依约将典契还与徐氏及其儿子赵大。在随后一段时期中,徐氏赵大母子依然在文家充当雇工,月得工钱。后来,赵大母子离开文家,独立居住生活。赵大比较会经营,加上为人节俭,因此不但典买了房屋,而且积累了不少钱财。文元得知后,屡次到赵大家中索取和寻找钱财。一次,当文元踢开赵大家门,搬取其母子的皮箱,并殴打阻拦其行为的赵大时,引起了赵大的愤怒和反抗,并在混乱中用刀将文元扎伤,后文元伤重不治死亡。京师步军统领衙门在逮捕赵大后,认定赵大因其母白契典卖过文家,与文家有主仆关系,依《大清律例》相应“白契典买之人依雇工论”之规定判处“斩立决”的重罚。因此案牵涉主仆伤害、旗人死亡,由刑部主持牵头,刑部、都察院、大理寺三家进行了三司会审。会审结束后,三法司由刑部领衔,在奏折中认为步军统领衙门的定罪和量刑是符合法律规定的,维持了对赵大处以斩立决的刑罚。乾隆皇帝在最终裁决此案时,认为:其一,赵大母子已经依照典契赎身为民,双方仅存主仆之名;其二,赵大母子已经没有在文家继续做工,三司会审中没有考虑这个实际情况;其三,旗人家主文元的行为“屡次寻衅、形同无赖、更不足齿”,是旗人中的败类。最后,乾隆皇帝法外开恩,从轻判处赵大“斩监候”之刑罚。清代的“斩监候”类似于当代的“死刑缓期执行”,乾隆皇帝的圣旨在很大程度上保留了赵大的性命。实际上,乾隆皇帝也深知,虽然双方具有名义上的主仆关系,但文元尤属无耻,赵大罪不至死。乾隆

皇帝的这次推翻三法司会审意见的“权断”，还有一层对旗人进行特别教育意思，即“恐旗人内似此者，难保其必无，着将此晓八旗人等，各自顾惜颜面，无蹈覆辙”（《清实录·卷一千六十三·乾隆四十三年七月下》）。

清代的物权法律的一大特点，或者说是清代物权法律的一大亮点，即是对官员参与物权交易作出了严格的限制。如《大清律例·卷九·户律·田宅·任所置买田宅》中明确规定：凡有司官吏不得于现任处所置买田宅，违者，笞五十，解任，田宅入官。雍正元年，朝廷在修例时强调了上述规定也适用于军事官员：不许提督、总兵、副将等武职官员在现任地方置立产业。实际上，清代官员禁止参与的物权交易不仅仅包含在上述方面，例如，官员白契典买良人妻妾、歌妓等行为，也是为清代法律所禁止的，只不过，在处理此类案件时，其结果往往受到封建司法中的等级主义和特权观念的深刻影响，如八议制度的影响。嘉庆十一年，副将周廷翰与民人王正陇之妻、李国华之姐姐王李氏调戏成奸。周廷翰即托人向王李氏之夫王正陇说合。王正陇在得到周廷翰给付的一百两银钱后，即手写典卖契约，将王李氏典卖与周廷翰为妾（《清实录·卷一百五十九·嘉庆十一年四月》）。该案被人告发后，刑部即上奏嘉庆皇帝，恳请圣裁，建议依律治罪。嘉庆皇帝在通览案情后，认为周廷翰虽然触犯了《大清律例》中官员不得典买良人妻妾、歌妓的规定，但周廷翰典买王李氏为妾的行为不但得到了王李氏原丈夫王正陇的应允，而且给付了王正陇足够的典身钱，绝非能与抢夺良家妻女占为妻妾的情况相提并论。另外，不仅周廷翰曾经在平定苗疆的叛乱中立有大功、赏戴花翎，而且周廷翰之父是在战斗中为清朝捐躯之人，即周廷翰还是忠臣之后和烈士遗孤。嘉庆皇帝最后以八议制度中的“议功”为依据，赦免了周廷翰的犯罪行为。

在另外一起白契典买人口的案件中，涉案违法官员的命运可就没有周廷翰那样好了。广州副都统张秉枢，因见歌童某人色艺俱佳，即将其白契典买。后张秉枢赴任广州后，携带此歌童到任所。在广州任职期间，张秉枢财迷心窍，让该歌童在衙门外表演歌舞，张本人获利颇丰。有人举报后，嘉庆皇帝命令由宗人府领銜，对张秉枢的违法行为进行了会审。宗人府等衙门会审结束后，上奏嘉庆皇帝，恭请圣裁，并建议对张秉枢依据八议中的“议贵”原则从轻处理。岂料，嘉庆皇帝在上谕中不但认为张秉枢的典买歌童之行为已经触犯国家法律，而且严厉斥责张秉枢让歌童在都统衙门外放声歌唱而获利的行为实属有玷官箴，“依律着即行革职，其侯爵由该旗令行拟袭”（《清实录·卷三百五十四·嘉庆二十四年二月》）。同为特权阶级、忠臣之后，为什么嘉庆皇帝在前述周廷翰典买良人妻为妾的案件上法外开恩，而在张秉枢典买歌童一案上严加惩处？究其原因，不仅在于张秉枢的行为在广州一带人人皆知，即在传播范围上造成了比周廷翰案更加严重的社会负面影响，而且在于张秉枢非法获利的行径与儒家主张的君子喻于义、小人喻于利的思想格格不入，这对于视儒家礼教思想为治国根本的嘉庆皇帝来讲，是无法容忍的。

参考文献：

[1] 张晋藩：《清代民法综论》，中国政法大学出版社1998年版。

[2] 许光县：“中国古代法律传播模式研究——以国家传播为中心的考察”，载《政法论坛》2011年第4期。

（责任编辑 晨 晖）