

# 论唐宋契约担保制度的时代进步

韩 啸<sup>1,2</sup>

(1. 中国人民大学法学院,北京 100872;2. 国家检察官学院,北京 102206)

**摘要:**唐宋时期,在统治者更多干预下,契约担保制度获得长足发展,无论是财产的担保还是人的担保,都在前代的基础上取得较大进步。不动产契约担保制度典当、抵当、倚当的类型化分野更为明确,不动产契约担保的客体、主体、程序、回赎期限等有了更为完备的立法表达和更为精细的制度规制。动产契约担保方面,立法层面禁止了不符合人道主义精神的以人为质的担保方式,商品经济下钱物流转的提速和宋代“市司”的衰落,使得关于变卖质物的立法并未实际运行。保人的担保具有利他性、单务性,宋代进一步明确了特定情形下必须由多个保人共担责任;同时敦促营利性牙人诚信积极地从事居间活动,提高交易安全性,客观上降低了保人的担责风险。

**关键词:**唐宋;契约担保;时代进步

**中图分类号:**DF082 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2022)03-0053-08

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2022.03.006

## 一、引言

中国传统法律体系中契约担保的历史可谓源远流长。自先秦时代各诸侯国吞并征战时起,即出现了以“质子”为形式的政治担保。<sup>①</sup>在此基础上,民事法律关系中逐渐发展出“物质”的形式。许慎认为,“质”本身即有用财物抵押借贷之义。<sup>②</sup>这说明至迟在许慎生活的东汉时期,“以物质钱”的现象就已经出现,类似今天的动产质押。此外,据考证,至晚在秦汉时期就已经出现了类似今天的保证担保形式。秦律规定:“百姓段(假)公器及有责(债)未赏(偿),其日(足)以收责之,而弗收责,其人死亡;及隶臣妾有亡公器、畜生者,以其日月(减)其衣食,毋过三分取一,其所亡众,计之,终岁衣食不(足)以稍赏(偿),令居之,其弗令居之,其人死亡,令其官啬夫及吏主者代赏(偿)之。”<sup>[1]</sup>这就是说,小民百姓向国

**收稿日期:**2022-03-15

**基金项目:**国家社会科学基金青年项目“传统中国判牍案例中的司法理念及其当代价值研究”(21CFX058)

**作者简介:**韩啸,女,中国人民大学法学院博士后,国家检察官学院副教授,法学博士,主要从事中国法文化史、中外检察制度研究。

<sup>①</sup>春秋战国时期,晋惠公趁秦国发生饥荒而攻秦,反为秦军所擒,在周天子的调解和秦穆公夫人的劝说之下,秦穆公答应放晋惠公归国,但条件之一就是晋太子为人质,参见《史记》卷五《秦本纪》;齐顷公在位时,“晋伐齐,齐以公子疆质晋,晋兵去”,见《史记》卷三二《齐太公世家》;越王勾践在会稽战败后“为质於吴”,见《史记》卷四一《越王勾践世家》。

<sup>②</sup>许慎《说文解字》云:“质,以物相赘。”“赘,以物质钱,从敖贝,敖者犹放,贝当复取之也。”

家负债,若无力偿还。则由官畜夫代为偿还,易言之,官畜夫在这种法律关系中承担了保证责任,是实质上的担保人。至南北朝时期更是发展出了“帖卖”的形式,《通典·食货典·田制》引《关东风俗传》云:“帖卖者,帖荒田七年,熟田五年,钱还地还,依令听许。”<sup>[2]</sup>一般认为“帖卖”即是中国传统民事担保制度“典”的雏形。<sup>①</sup>经过长期发展,至唐,契约担保制度已初具体系。

唐宋之交的中国社会,政治、经济、文化、法制等领域都发生了深刻的变化。<sup>②</sup>唐代,尤其是“两税法”实施以前,以土地为代表的生产资料大都由国家掌控,田土买卖为法律所禁止。中唐以来均田制崩坏,北宋初期不立田制,民得自由买卖土地,商品交易日益频繁,交易安全受到更高重视,民商经济立法趋于完善,契约担保制度得以长足发展,从国家、贵族层面走向市井生活,体现出鲜明的时代特色。这一时期的契约担保制度是中国传统契约担保制度发展历程中的过渡形态,起到了承前启后的作用。

## 二、不动产契约担保制度的发展进步

### (一) 典的发展进步

至迟在三国两晋南北朝时期,以不动产作为担保的现象已经十分普遍。据《通典·食货典·田制》引用《关东风俗传》所载:“露田虽复不听买卖,卖买亦无重责。贫户因王课不济,率多货卖田业。……比来频有还人之格,欲以招慰逃散,假使暂还,即卖所得之地,地尽还走,虽有还名,终不肯住,正由县听其贴卖田园故也。”“贴卖”即是后世“典”的雏形。中唐以前,由于实行土地“均田制”,唐代统治者禁止卖“口分田”,开元二十五年(737年)《田令》规定:“诸田,不得贴赁及质。违者财没不追,地还本主。若从远役外任,无人守业者,听贴赁及质。其官人永业田及赐田,欲卖及贴赁者,不在此限。”<sup>[3]</sup>随着“均田制”的崩坏,除“永业田及赐田”外,政府容许流通的范围逐渐扩大,唐宪宗元和八年(813年)十二月,对于“应赐王公、公主、百官等庄宅、碾硙、店铺、车坊、园林,一任贴典货卖”<sup>[4]</sup>。北宋初年的立法多继承唐律,虽然形式上依然限制口分田的买卖,但由于国家土地政策的改变,民得交易土地,土地市场异常活跃,土地产权经常更迭,以土地(田宅)出典常见于现存的宋代契约文书中。<sup>③</sup>在小农经济下,田宅是最为重要的生产生活资料,是百姓安身立命的基础,同时,“有恒产者有恒心”,田宅的安全有利于维护传统中国乡土社会稳定,而商品经济高速发展带来的民间实践的多样复杂也呼吁对土地(田宅)出典予以更多规制。宋代以法制立国,对于典这一担保制度进行法制化完善,立法明了详备而有“典赎之法昭为日星”<sup>[5]314</sup>的说法。

**1. 制度的立法完善。**典类似于现代民法概念用益物权,系“支付典价的典权人,占有出典人的不动产而加以使用和收益的权利”<sup>[6]315</sup>。典权人享有对出典田宅的占有、使用与收益的权益,负担支付典价的义务。典权人即以田宅的全部收益抵利。换言之,在约定的典权法律关系期间内,典权人无须支付使用费用,出典人亦无须缴纳典价的孳息。如果典期届至而出典人放弃回赎,则典权人作为典产的实际占有

<sup>①</sup>该引文中“帖”是“贴”的假借字,这是一种以田宅为债务的担保,并以若干年(荒田7年、熟田5年)该田产的收益充当利息,也可被视为一种附条件的买卖,从“钱还地还”而言,这种“帖”已具有后世“典”的基本要素。

<sup>②</sup>以内藤湖南为代表的日本“唐宋变革论”者从社会性质维度进行观察,认为唐宋之际社会性质发生了重大变革。美国学者赫若贝、包弼德等认为唐宋之变仅是社会内部长期演变中的一环。国内学者前有顾炎武、柳诒徵、陈寅恪等,近有侯外庐、胡如雷、包伟民等从不同角度观察到唐宋之际具有划时代意义的巨大历史变迁。任何制度和现象都是在沿革中完善,将唐宋割裂研究极易陷入孤立片面和类型化的窠臼,因此有学者提出“唐宋会通”的观点。基于“会通”的认识,本文讨论契约担保制度的历史维度定义为“唐宋”,并参照学界对于“唐宋变革”分期的认识,援引“中唐至两宋”时期的史料作为支撑。

<sup>③</sup>文中所指“宋代契约文书”,系参考张传玺主编《中国历代契约会编考释》“宋、辽、西夏、金、元”部分所收录的宋代契约文书。

人,有权在同等条件下优先购买。宋太宗时即有规定:“今后,应有已经正典物业,其业主欲卖者,先须向见典之人承当,即据余上所值钱数,别写绝产卖断文契一道,连粘元典并业主分文契,批印收税付见典人充为永业,更不须问亲邻。如见典人不要,或虽欲收卖,着价未至者,即须画时批退。”<sup>[8]六一之六五</sup>出典人的权利在于拥有回赎权和绝卖权,其有权在回赎期限届满前要求赎回田产,一旦期限届至,如果无力回赎,则可要求绝卖,即获得典价与市价的差额。若典权人不愿拥有典产的完全所有权,出典人则可以另卖他人。

如上所述,宋代允许民间土地流转,但在立法上对于出典的土地进行了限制性的规定。首先,宋代法律严禁典卖众分田宅。“诸祖父母、父母已亡,而典卖众分田宅私辄费用者,准分法追还,令无典买人还价。”<sup>[5]190</sup>这是因为众分田宅属于宗族共有的财产,宗族家长去世往往使得田宅尚未明确权利归属,因此需要禁止交易或提供担保,避免出现产权纠纷。其次,禁止田宅的重叠典卖。重叠典卖,即一地二典。这是一种欺诈行为,会引起不必要的纷争,因此立法规定,“诸以己田宅重叠典卖者,杖一百”<sup>[5]302</sup>。

宋代立法要求出典的主体适格。以田宅出典的主体,必须拥有合法处置该田宅的权利,因此法律严禁盗典卖田产。“在法:盗典卖田业者,杖一百;赃重者准盗论。牙保知情与同罪。”<sup>[5]145</sup>膝下无子的寡妇不得随意处分田宅,“在法,寡妇无子、孙年十六以下,并不许典卖田宅。盖夫死从子之义,妇人无承分田产,此岂可私自典卖乎?”<sup>[5]141</sup>卑幼不得私自出典田宅,“如是卑幼骨肉,蒙昧尊长,专擅典卖、质举、倚当,或伪署尊长姓名,其卑幼及牙保引致人等,并当重断,钱业各还两主”<sup>[7]231</sup>。为了保护家族卑幼的合法继承权,宋代规定即使是家族尊长,也不得盗卖卑幼田宅,“若盗卖卑幼田产,则先合给还卑幼后,监盗卖人钱还钱主。若尊长与卑幼通知情典卖,则合先监钱还钱主足日,方给还产业”<sup>[5]599</sup>。这就意味着,如果家族中的尊亲属在卑幼不知情的情况下任意处分家族公产,那么该处分无效。

**2. 程序的规范精细。**出典田宅的程序亦日趋严密,必须经过“亲邻批退”“订立文契”“印契过税”“业主交业”等步骤。《宋刑统》卷十三《户婚律》“典卖指当论竞物业”指出,“自唐元和六年后来条理,典卖物业,敕文不一”,通过“酌详旧条”,进而得出“应典卖、倚当物业,先问房亲,房亲不要,次问四邻,四邻不要,他人并得交易。房亲着价不尽,亦任就得价高处交易”<sup>[7]232</sup>。这个规定是从唐宪宗元和六年(811年)以后的诏令、敕条中“酌详”而来的,说明至迟在中唐就已经出现了亲邻优先购买权的规定。由于宋代推行契税制度和官版契纸,双方当事人必须先订立“草契”,写明典卖双方当事人的姓名、土地的位置四至间架步目号数、担保文字、典卖时间、回赎期限,最后由当事人及牙人、保人、写契人、知见人等签字画押,并需在一定期限内向官府缴税并登记造册,由官府发放加盖了官印的契约,作为官府承认的所有权凭证,是为“红契”。宋初规定典卖田宅的契约只需一式两份,但因出典人不执契约,回赎时易发生纠纷,故从真宗时起要求一式四份。乾兴元年(1022年)正月开封府言:“人户典卖庄宅,立契二本,付钱主一本,纳商税院一本,年深整会,亲邻争占,多为钱主隐没契书,及问商税院,又检寻不见。今请晓示人户,应典卖倚当庄宅田土,并合立合同契四本,一付钱主,一付业主,一纳商税院,一留本县。”<sup>[8]六一之五七</sup>投税后,再对照砧基簿履行过割手续,并由钱主缴纳一定数量的田宅契税。契约成立后,业主应该离业,完成占有的交付。

## (二) 抵当(倚当)的发展进步

作为名词的“抵当”在唐代就已经出现,至晚在唐咸通年间就出现了抵当,<sup>①</sup>是指为了偿还民间借贷或官府租税而用财产折抵的现象。如上文所述,典有两大特征:一为业主离业,钱主管业;二为投印割税,改由钱主交纳典产的税额。在宋代土地交易实践中出现了为逃避契税而订立典契,但是业主不离业,钱主不交税,而另立一个假的租约,业主继续管业、耕种,每年交纳租金的现象。这种行为的本质

<sup>①</sup>咸通八年(867年)五月“德音”有载,“枷禁所施,在防奸蠹,举便欠负未涉重条,如闻府县禁人,或缘私债,及禁锢身监逐,逐无计营生,须有条流,俾其存济。自今日已前,应百姓举欠人债,如无物产抵当,及身无任职请俸,所在州县及诸军司须宽行期限,又辄不得禁锢校料,令其失业,不许利上生利,及回利作本,重重征收”,见《唐大诏令集》卷八六。

是以自己的土地为抵押向钱主借钱。凡是业主仍然占有产业、仍然纳税的就是“抵当”，而非“正典”。倚当与抵当并无本质区别，民间多将二者混用。<sup>①</sup>《名公书判清明集》所裁判词《抵当不交业》开篇即说，“在法：诸典卖田宅并须离业。又诸典卖田宅投印收税者，即当官推割，开收税租。必依此法，而后为典卖之正。”吴恕斋通过对纠纷实际情况的研判，认为“徐即不曾收税供输，杨即不曾离业退佃，自承典日为始，虚立租约，但每年断还会三十千。以此观之，杨衍当来不过将此田抵当在子政处，子政不过每岁利于增息而已”。“今既不曾受税，不曾管业，所以不曾收谷，其为抵当，而非正典明矣！”<sup>[5]167</sup>

双方当事人往往约定以租抵利，即以不动产的产出抵偿债务。在回赎的最长时限内，债务人有清偿债务回赎抵押田产的权利。宋代立法规定最长回赎时限为30年，“今后应典及倚当庄宅物业与人，限外虽经年深，元契见在，契头虽已亡没，其有亲的子孙及有分骨肉，证验显然者，不限年岁，并许收赎。如是典当限外，经三十年后，并无文契，及虽执文契，难辨真虚者，不在论理收赎之限，见佃主一任典卖”<sup>[7]231</sup>。《宋刑统》引唐长庆二年（822年）八月十五日敕：“经二十年以上不论，即不在论理之限。”<sup>[7]232</sup>可见，宋代的最长回赎期限宽于唐代。若债务人届期不能回赎，则债权人有权将抵当田宅变现并优先受偿。变现抵当田宅，必须对其重新估价，这就要求债务人尽到保值的义务。神宗时期，规定“诸路民以田宅抵市易钱，久不能偿，公钱滞而不行，欠户有监锢之患。欲依令赎当在官，于法当卖房廊田土，重估实值，如买坊场河渡法，未输钱间，官收租课”<sup>[8]二七之二八</sup>。

### 三、动产契约担保制度的发展进步

唐宋时期的动产契约担保，指的是“质”这种担保制度。“质”类似于今天的担保物权，系指“债权人因担保债权，占有债务人或第三人移交的财产，并可就其卖得的价金享有优先清偿的权利”<sup>[6]314</sup>。物主以质物做担保向钱主借钱，在此期间钱主占有质物，物主按照约定还本付息后可以赎回质物，若不能按期回赎则以质物抵偿本利。标的物为动产，且须转移占有，这是质的鲜明特点。从中晚唐的契约文书所显示的标的物来看，如《癸未年彭顺子典裙便麦粟契》载“便粟两硕，至秋肆硕，只典紫罗裙一腰”<sup>[10]367</sup>、《年代不详中元部落百姓曹清奴便麦豆契》载“便麦肆硕整，豆壹□，自限至秋七月还纳，如违限不还，其典铛壹口没，□□请倍。仍任掣夺家资杂物，用充物直”<sup>[10]384</sup>，彼时以“紫罗裙”“铛”等生活资料为担保物获取钱物，超过期限不偿还本利则以担保物抵偿的情形，民间多称为“典”，《旧唐书·卢群传》里亦有“典质良田”的记载。两宋时期，官员、地主、商贾等富裕人家常常以金银、古董、字画、首饰等贵重物品出质。<sup>②</sup>此时“典”“质”尚未完全区分。

宋代立法的重大进步在于禁止以人为质。宋代敕令有“诸以债负质当人口（虚立人力、女使雇契同），杖一百，人放逐便，钱物不追，情重者奏裁”<sup>[9]</sup>的规定。以人为质，是以人身作抵押，供钱主长期无偿的役使，类同奴婢，唐以前早有流行。唐代法令明确禁止压良为贱。《唐律疏议》卷二六《杂律》中有记载：“诸妄以良人为奴婢，用质债者，各减自相卖罪三等。疏议曰：诸以凡人质债，从流上减三等，若以亲戚年幼，妄质债者，各依本条，减卖罪三等。”敦煌出土的《唐开元户部格》载长安二年（702年）敕文云：“诸州百姓乃有将男女质卖，托称傭力，无钱可赎，遂入财主，宜严加禁断。”<sup>[11]</sup>但是，人作为客体为

<sup>①</sup>有关“倚当”的记载，除了《名公书判清明集》，还可见于《宋会要辑稿》《五代会要》《两朝纲目备要》等文献。《名公书判清明集》的体例安排能够鲜明地说明这一问题。叶岩峰曾做判词《倚当》一篇，被《清明集》编录在《户婚门·抵当》的目录下，判词虽名为“倚当”，行文中却只字未提，反而详细论述了抵当与典卖的区别，由此可见，在宋人眼中，倚当与抵当并无实质区别。当代学者郭东旭、范忠信、陈景良等均持此观点。

<sup>②</sup>富弼之婿冯京“尝以铜器从保衡贷钱，保衡无钱，转以银器质于人，代之出息”。见《续资治通鉴长编》卷一八九“嘉祐四年三月壬子”。

债务作保的现象却始终存在,尤其在中唐直至五代,军阀混战,百姓疾苦,人质现象更是屡禁不绝。唐朝晚期袁州百姓无以为生,极其贫困,常常“以男女为质,久不得赎,尽没为隶”。<sup>①</sup>唐代质身取钱比较普遍,出土的民间契约文书多见“典儿契”“典身契”,如《辛巳年敦煌何通子典儿契》<sup>[14]267</sup>《乙未年敦煌赵僧子典儿契》<sup>[14]268</sup>《癸卯年敦煌吴庆顺典身契》<sup>[14]270</sup>等,其中不乏“今有腹生男荀子,只(质)典与亲家翁贤者李千定”“今将庆顺己身典在龙兴寺索僧政家”的语句,并约定“人无雇价,物无利头”,本质上是人身自由的对价及被驱使劳动的报酬折抵了钱物与利息。

在宋代,“租佃制度以及商品经济的发展使各个社会阶层趋向平等,社会成员之间的关系也出现了从身份到契约的转变,这使得城乡客户、雇工、人力、女使等都成为国家的编户齐民”。<sup>[12]</sup>由于户等的打破、身份的解放,人的主体地位得到越来越多的重视,宋代的法网就像一层滤网,过滤掉了不符合人道主义精神的契约担保方式,保留了更加科学、更加体现人文主义的担保形式。叶孝信认为,“宋律对债务的担保方式进行了简化,禁止了比较落后的债务担保方式,只允许抵当、保人代还、以动产抵押等方式,很大程度上影响了后世的法律”。<sup>[13]</sup>

关于变卖质物,唐开元二十五年(737年)《杂令》载:“收质者,非对物主,不得辄卖,若计利过本不赎,听告市司对卖,有剩还之。如负债者逃,保人代偿。”<sup>[7]468</sup>《宋刑统》沿袭了唐开元二十五年(737年)令的规定,规定如果利息累计已经超过本金,而债务人仍不回赎,则债权人可以变卖质产以价金受偿,但是“非对物主不得辄卖”,具体做法是双方到“市司”进行估价,如果估价金额超过本利,则质物变现后超出部分需要归还债务人。但是,民间立契却不见按照法律规定“计利过本不赎”时方可变卖质物的规定,而是只要过期不赎,收质者即可将质物变卖,也并未强调双方要到“市司”变卖。如《唐大历(七六一—七七九年)间于闐许十四典牙梳契》载,“如违限不赎,其梳、钱等并没,一任将卖”<sup>[14]267</sup>。宋时民间多以“旧皮毯”“白帐毡”“皮裘”等生活物资出质,彼时契约文书中多见约定某一时限,“不赎来时,一任出卖不词”“不见来赎,一任出卖不词”等表述。那么,为何会出现这种官方立法与民间实践的背离?原因或许有二。其一,商品经济发展必然带来钱物流转的提速,在物主到期不赎的情况下,钱主变现质物倾向于干脆利落、避免繁复,在这个问题上官府倾向于保护钱主的利益,容许默认民间约定过期不赎即可变卖质物,有利于钱主及时有效止损,回笼资金。其二,宋代取消了唐代的“市坊”制,与“市坊”配套的物价评估机构“市司”也随之衰落。有学者考证,“北宋前期确实不存在专门设立的市场管理机构市司。唐宋之际,承担时估职能的市司之所以消失,或如前述学者所论,与市场结构、市场从业人员身份变化有关,政府难以设立专门机构、人员,对其进行封闭式管理”<sup>[15]</sup>,“告市司对卖”丧失了现实的可操作性。

## 四、人的契约担保制度的发展进步

### (一) 保人责任的单务性

保人在汉代被称为“任者”,许慎《说文解字·人部》:“任,保也。”后世以“保人”通行于世,细绎“任”之具体含义,其初始意义具有较多的伦理性色彩,属于儒、墨二家学说中的“义”,墨子曾经阐释过“任”的道德内蕴:“任,士损己而益所也为也。”“任,为身之所恶以成人之所急。”<sup>②</sup>“任者”实际上承担

<sup>①</sup>相传韩愈到袁州担任刺史之后,“检贲州界内,得七百三十一,并是良人男女,准律,计庸折直,一时放免”。他在《应所在典贴良人男女等状》里说:“或因水旱不熟,或因公私债负,遂相典贴,渐已成风,名目虽殊,奴婢不别。”他在《柳子厚墓志铭》里,记述柳州的人身典贴情况是“以男女质钱,约不时赎,子本相侔,则没为奴婢”,即到限期不赎,其利钱又与原本钱相等时就要被没为奴婢。见《韩昌黎集》卷32。

<sup>②</sup>此为《墨子·经上》《墨子·经说上》对“任”的解释,意即以抑强扶弱,保护弱者为己任的侠义行为。参见可可诗词网, <https://www.kekeshici.com/guji/mozi/quanwen/35687.html>, 访问日期2021年12月9日。

了一种“义行”，没有“对价”而为他人作保，似是一种“利他性”的“单务”行为。那么，保人从事这种“利他性单务行为”的动力是什么？

从出土的唐宋时期契约文书来看，保人可分为族内保人和非族内保人两种。对于族内保人来说，他们与被担保人之间存在或远或近的血缘关系，这一点可从契尾的署名得以明证。例如《唐大中六年（八五二年）敦煌僧张月光博园田契》契尾画押的同姓保人三人，分别是债务人的儿子和弟弟，《酉年（八二九年）二月十二日索海朝租地帖》画押的两位同姓保人亦是债务人的兄弟，这种同族同姓保人作保的现象在契约中非常普遍。血缘关系不仅是充当担保人的常见条件，更是先行条件，保证人画押的顺序往往暗示其地位与责任。传统中国政治结构的一大特点即是家国同构，家是缩小的国，国是放大的家。作为社会的最小单元，家往往在男性尊亲属的管理下实行同居共财的生产生活方式。在某种意义上，某一家族成员对外负债，就是整个同居家族对外负债，虽以某个家族成员的名义立契举债，受惠者实则是整个家族。因此，同姓血亲相互为保是通行做法，有些契约上甚至明确将保人写作“同举人”“同便人”等。对族外保人来说，为他人作保，促使他人积极全面履行契约义务，往往被看作一种“义行”而为外人称道，赢得良好的声誉。而契约中“一仰口承人知当”“仰保填还”的责任，也使得保人受到了物质上的约束。可见，保人是以其社会声誉及财产上的连带责任来从事这种“义行”的。在传统中国熟人社会中，社会舆论与个人声誉或比财产上的连带责任更让人珍视。

## （二）保人担责风险的降低

法理学认为，权利与义务是辩证统一的，犹如“一个硬币的两面”，有什么样的权利，必然有什么样的义务与之对应。就法律主体而言，享有权利的同时必然承担义务，二者平衡才能实现公平正义。保人的权利本质上是基于自身的地位、影响、财产的身份权，应当明确“身份权中权利义务的同质性和双向性”<sup>[16]</sup>。

保人的责任（义务）与相应的“对价”（权利）犹如跷跷板的两端，长期的“失衡”状态不利于激发保人为他人作保的积极性。特别是在宋代商品经济高度发达的情况下，交易双方越来越多地以陌生人的身份出现，熟人社会中以声誉为基础的信赖信用日益羸弱，而以财产信用为基础担保形式在统治者的支持和规范下日益繁荣。为了提升交易安全，宋代进一步明确了特定情形下必须由多个保人共担责任；同时通过规范化管理，加重营利性牙人的责任，敦促其诚信积极地从事居间活动，客观上降低了保人的担责风险。

**1. 特定情形法定多人担保。**从大量的敦煌吐鲁番出土文书可知，唐五代时期的契约担保中，或一人担保，或多人担保，任凭私约，如《唐麟德二年（六六五年）高昌张海欢、白怀洛贷银钱契》<sup>[14]338</sup>里，除张、白二人署名画指外，另有保人达五名之多。宋代出现了法定的多人契约担保形式，规定某些交易必须多人共同担保。例如，为切实保障交易安全，对大宗交易的赊卖，真宗曾于乾兴元年（1022年）下诏：“在京都商税院并南河北市告示客旅等，自今后如将到行货物色，并须只以一色见钱买卖，交相分付，如有大段行货，须至赊卖与人者，即买主量行货多少，召有家活物力人户三五人以上，递相委保，写立期限文字交还，如违限别无抵当，只委保人同共填还，若或客旅不切依察，只令赊买人写立欠钱文字，别无有家业人委保，官中今后更不行理会。”<sup>[8]二七之九</sup>据此，对于“大段行货”的买卖，需要有经济实力的保人数名，彼此结保，订立契约。“连保同借”被规定在“市易法”中，成为北宋王安石推行新政的重要举措。“市易法”明确规定，“市易旧法听人赊钱，以田宅或金银为抵当，无抵当者三人相保则给之”<sup>[17]</sup>。即如果没有田宅或金银作为抵押，就必须有3个保人为之作保。另外，“青苗法”还规定，借青苗钱者须“十户结保，如至期不能偿还，又无灾荒，同保人均保”<sup>[8]三七之九</sup>，“十户结保”就是10户相互为保，如果在此期间没有天灾、到期无法偿还，那么这10户必须平均偿还。

**2. 敦促营利性牙人诚信居间。**牙人，又叫牙侩、牙郎，起初负责主持农产品等生产资料交易，至迟

在唐代,就已经频繁出现在百姓的生活之中,<sup>①</sup>主要发挥收集信息、牵线买卖的功能。随着宋代社会分工的细化,牙人对经济、民事活动的介入日益增多。牙人是宋代商品交易的重要参加人,其在经济活动中享有权利、承担义务,有其独立的法律地位。牙人的法律权利主要体现为获得报酬,报酬的性质是其居间活动的佣金,又称“牙钱”,数额由当事人约定,在实践中往往按照标的额约定某一比例。例如,“太府寺置牙人四名,收买和剂局药材,每贯支牙钱五文,于客人卖药材钱内支”<sup>[8]五五之一八</sup>。

宋代对牙人实行登记造册管理。官府将一定比例的牙人纳入直接管理,叫作“官牙”,未纳入直接管理的牙人则采用注册登记的办法,允许民间从业。北宋后期,政府对牙人的准入条件作出规定,制定了“牙人付身牌约束”法规。申请从业的牙人,“须召壮保三两名及递相结保,籍定姓名,各给木牌子随身别之,年七十已上者不得充。仍出榜晓示客旅知委”<sup>[18]</sup>,即年龄必须在70岁以下,并且有数名担保人共同担保,经主管部门批准后发放身牌并进行公示。“身牌”类似今天的营业执照,上面记载了该牙人的姓名、营业范围、主管官司对该牙人的约束等信息,有鲜明的公示力。身牌上注明了牙人所必须遵循的诚实守信义务、不得出于营利的目的而阻挠双方自成交易,不得蓄意抬高价格,不得恶意克扣货物、无故拖延等。

为敦促牙人遵纪守法积极从事中介居间活动,宋代规定牙人在某些特定情形下承担连带责任。“交易诸盗及重叠之类,钱主知情者,钱没官,自首及不知情者,理还。犯人偿不足,知情牙保均备。(备,赔偿)”<sup>[5]145</sup>在交易标的存在权利瑕疵的情况下,买主知情的则赃款没收,不知情的理当退还。卖主无力偿还的情形下,由非善意的牙人承担清偿责任。《名公书判清明集》中收录了不少牙人连带清偿的案例,如“母在与兄弟有分”中,刘克庄的判词说,“如魏峻监钱不足,照条监牙保人均备”<sup>[5]301</sup>。“应有将物业重叠倚当者,本主、牙人、邻人并契上署名人,各计所欺入钱数,并准盗论,不分受钱者,减三等,仍征钱还被欺之人。如业主添纳罄尽不足者,勒同署契牙保、邻人等,同共陪填,其物业归初倚当之主”<sup>[7]232</sup>,即是说,在物业重叠倚当的情况下,牙人故意欺瞒隐匿情状,应以“盗”罪论处,并与契约上署名的相关人等一起承担连带清偿责任。“如本主并保人填纳不足者,勒之检估吏人、牙人均补”<sup>[8]三七之二六</sup>,通过加重牙人责任,规范牙人管理,敦促牙人恪尽职守,核清事实、协助纳税、积极促成交易,避免与他人勾结,欺蒙善意第三人的利益,进而提升了交易安全,客观上分担了交易活动的重要参加者——保人的责任风险。

## 五、结 语

唐宋之交的中国社会,政治、经济、文化、法制等领域都发生了深刻的变化,特别是由于土地政策变化和商品经济的发展,统治者对契约担保制度予以更多干预,使契约担保制度取得空前发展。土地制度的变化和商品经济的发展为不动产契约担保制度的进步提供了动力,对于以陌生人身份从事交易活动的双方而言,财产的担保更为可靠和便捷。统治者认可这种民间实践的选择并对其进行科学完善,形成了务实详备的财产担保法律规范。宋代社会“从身份到契约”的变化使得熟人社会的舆论影响力发生动摇,保人承担责任的利他性和单务性难以靠社会评价的认可来维系和弥补。为了顺应商品经济发展趋势,提高交易安全性,宋代通过法定多人担保、敦促营利性牙人诚信居间等举措,提高交易安全性,在客观上降低了保人的担责风险。唐宋契约担保制度构成了民商事立法重要组成部分,为面临

<sup>①</sup>《太平广记》有牙人从事购买仆人的居间活动的记载:“南阳张不疑,开成四年,……寓官京国。欲市青衣,……月余,牙人来云:‘有新鬻仆者,请阅焉。’不疑与期于翌日。及所约时至,抵其家,有披朱衣牙笏者,……命诸青衣六七人,并列于庭,曰:‘唯所选耳。’不疑曰:‘某以乏于仆使,今唯有钱六万,愿贡其价。却望高明,度六万之直者一人以示之。’朱衣人曰:‘某价翔庠各有差等。’遂指一丫鬟重耳者曰:‘春条可以偿耳。’不疑睹之,则果是私目者矣。即日操契符金。”见《太平广记》卷372。

贫困、变故、战争的百姓提供了有效的融资救济手段。唐宋契约担保制度沿袭、发展、定型了前代的主要担保手段,同时,在唐宋社会变迁的历史背景中,吸纳了时代特色,糅合了人文精神,体现出了空前的科学性与进步性,为后世契约担保的发展奠定了基础。

#### 参考文献:

- [1] 睡虎地秦墓竹简整理小组编. 睡虎地秦墓竹简[M]. 北京: 文物出版社, 1978: 60.
- [2] 纪昀. 影印文渊阁四库全书[M]. 台北: 商务印书馆, 2011: 603-622.
- [3] 天一阁博物馆, 中国社会科学院历史研究所天圣令整理课题组. 天一阁藏明钞本天圣令校证(附唐令复原研究)[M]. 北京: 中华书局, 2006: 36.
- [4] 刘昫. 旧唐书, 第2册[M]. 北京: 中华书局标点本, 1997: 448.
- [5] 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室. 名公书判清明集[M]. 北京: 中华书局, 1987.
- [6] 张晋藩. 中华法制文明史. 古代卷[M]. 北京: 法律出版社, 2013.
- [7] 窦仪. 宋刑统[M]. 北京: 中华书局, 1984.
- [8] 徐松. 宋会要辑稿[M]. 北京: 中华书局影印本, 1957.
- [9] 杨一凡, 田涛. 中国珍稀法律典籍续编, 第1册[M]. 戴建国, 校. 哈尔滨: 黑龙江人民出版社, 2002: 902.
- [10] 中国科学院历史资料室编. 敦煌资料第一辑[M]. 北京: 中华书局, 1961.
- [11] 陈国灿. 唐代之民间借贷——吐鲁番敦煌等地所出唐代借贷契券初探[C]. // 武汉大学历史系魏晋南北朝隋唐史研究室. 敦煌吐鲁番文书初探. 武汉: 武汉大学出版社, 1983: 234-302.
- [12] 郭东旭. 宋代法制研究[M]. 河北: 河北大学出版社, 1997: 376.
- [13] 叶孝信. 中国民法史[M]. 上海: 上海人民出版社, 1993: 361.
- [14] 张传玺. 中国历代契约会编考释[M]. 北京: 北京大学出版社, 1995.
- [15] 张亦冰. 唐宋时估制度的相关令文与制度实践——兼论《天圣令·关市令》宋10条的复原[J]. 中国经济史研究, 2017(1): 126-136.
- [16] 付翠英. 《民法典》对身份权的确认和保护[J]. 内蒙古社会科学, 2021(4): 88-95.
- [17] 李元弼. 作邑自箴[EB/OL]. (2017-8-25) [2019-11-01]. <https://max.book118.com/html/2017/0825/130125982.shtm>.

## On Progress of Times of the Contract Guarantee System in Tang and Song Dynasties

HAN Xiao<sup>1,2</sup>

(1. Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, China; 2. National Prosecutors of P. R. C., Beijing 102206, China)

**Abstract:** During the Tang and Song Dynasties, with more intervention from the rulers, the contract guarantee system achieved great development. Both the property guarantee and the human guarantee made great progress on the basis of the previous generation. The classification of pawn, mortgage and pawn reliance in the real estate contract guarantee system was clearer, and the object, subject, procedure and redemption period of the real estate contract guarantee had more complete legislative expression and more sophisticated system regulation. In terms of guarantee of movable property contracts, human-quality guarantee methods that were not in line with the humanitarian spirit were prohibited at the legislative level. The acceleration of the flow of money and goods in the commodity economy and the decline of the “city division” in the Song Dynasty made the legislative provisions on the sale of goods not actually operational. The guarantor’s guarantee was altruistic and unilateral. The Song Dynasty further clarified that under certain circumstances, multiple guarantors must share responsibility. At the same time, it urged profit-seeking dentists to actively engage in intermediary activities in good faith and improve transaction security, which objectively reduced the insurer’s liability risk.

**Key words:** the Tang and Song Dynasties; contract guarantee; progress of times



(责任编辑 张伟 郑英龙)