

# 从负债应偿到破产免责：破产债务清偿责任 衍进的中国法律史叙事

蔡晓荣

---

**摘要** 中国固有法对于债务清偿不能之法律调整，主要有以下二端：其一，以刑逼债，或对债务人科以刑事责任；其二，由债务人成年家属承担连带偿还责任。逊清之季，受华洋破产债务诉讼之促动，遂有《大清破产律》之制订。该律一度确立了破产免责原则，但旋被废止。民初大理院涉及破产之判决例和解释例，虽部分继受《大清破产律》之精神，但仍秉承中国传统之债务清偿习惯，固守破产不免责主义。迨至南京国民政府时期 1935 年之《破产法》，最终在法律文本层面再次确立了破产免责原则。回溯中国法律史上破产债务清偿责任衍进之脉络，可以发现，固有法中负债应偿的债务清偿理念，与域外继受而来的破产免责制度，在近代中国一直处于一种胶合对峙状态。

**关键词** 负债应偿 破产免责 破产立法 中国法律史

作者蔡晓荣，历史学博士，福州大学法学院副教授。

---

## 一、研究旨趣

近代以来，中国一直在继受西方法的整体思路中进行立法设计和法律制度安排。在此法律近代化进程中，继受法与固有法之关系，始终是一个不能回避的艰难话题。当然，基于私法制度方面继受西方法的广度和深度，所凸显出的固有法与继受法之冲突和整合似乎更为引人注目。而关于这一问题的探讨，虽然今人已推出了充分的研究成果，<sup>①</sup>但看不到任何穷尽的迹象。

谚曰：“杀人偿命，欠债还钱。”欠债与杀人并列，债务清偿作为一种法律范畴内的社会关系，其与中国百姓日常生活之关联程度，由此可见一斑。在我国固有法上，对于债务清偿，乃至破产无

---

\* 本文系笔者主持的 2011 年度国家社科基金后期资助项目“晚清华洋商事纠纷研究”（批准号：11FZS027）的阶段性成果；亦获 2013 年度“福建省高等学校新世纪优秀人才支持计划”资助。

① 代表性成果可参见何勤华主编：《法的移植与法的本土化》，法律出版社 2001 年版；张生：《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》，中国政法大学出版社 2002 年版；何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20 世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社 2003 年版；黄源盛：《法律继受与近代中国法》，元照出版有限公司 2007 年版；李启成：《法律近代化过程中的外来规则与固有习惯——以祭田案件为例》，《中国社会科学》2008 年第 3 期，等等。

力偿债之法律关系的调整,在国家法和民间习惯法层面均有相对完善的规则体系。逊清之季,海禁大开,欧西之破产免责观念开始东渐。而中国近代关于个人破产债务清偿之法律设计,则被纳入破产立法之框架内进行制度安排。<sup>②</sup> 总体而言,中国近代破产法律制度的生成,其实质是一个西方破产免责法律制度在中国的最终建构。在这个建构过程中,由于一系列与本土法律资源并无太多勾连,并且承载着西方法律价值理念的域外破产规则的植入,使得中国固有之债务清偿理念及制度面临前所未有的冲击。这种异质性和不谐音,及其在司法实践和社会生活中所体现出的种种征兆,乃是考察中国近代西法东渐背景下私法变迁的又一视角。

笔者赅续前贤之议,在对中国固有法之债务清偿责任及其理念作一个脉络性梳理的基础上,拟进一步追问以下问题:中国近代破产立法之直接动因为何?破产免责之制度设计在近代中国破产立法中如何表达?若辅之以司法实践和法律社会史的经验考察,域外破产免责之制度和观念在中国的生成和衍化,又以何种实态与普通人民之法律生活和法律观念发生关联?本文之作,旨在从历史法学视角对破产法完善及个人破产立法等诸问题,提供若干理解思路。

## 二、中国固有法中债务清偿之法律调整

所谓破产(bankrupt),指债务人不能清偿到期债务的一种客观状态。破产主要涉及债权债务的公平清偿、破产财产的估价变卖,以及破产财产的分配等诸事宜。由于我国传统社会长期处于自然经济为主的农业型社会,“重士农而轻工商,故工商业未能发达,人民经济环境并无甚大变化,自无破产制度之需要”;“且我国社会习惯,崇尚和平,对于债务人不能清偿其债务而并非出自恶意者,类能宽恕矜怜,双方亦多相让步,加以父债子还被视为理所当然,故更无破产制度之必要”。<sup>③</sup> 因此在中国固有法中,并无今天意义上的破产乃至个人破产的相关法律规定。然一个不争的事实是,经几千年之流变,固有法对于债务清偿之法律调整,却也发展出了一套缜密的规则体系。

中国法制史上关于债务清偿及其法律责任的成文法明文,至少可以远溯至西周时期。西周文献《周礼·秋官·朝士》载曰:“凡属责者,以其地傅而听其辞。”此处之“属责”,郑玄释之曰:“转债使人归之,而本主死亡,归受之数相抵冒也。以其地之人相比近,能为证者来,乃受其辞,为治之。”即债务人死亡,把所欠债务转给他的债务人。在此过程中发生纠纷和争执,官府受理时要召集知情的地邻为证。<sup>④</sup>

<sup>②</sup> 关于中国近代破产立法之沿革及相关内容或略或详的梳理和研究,可参见李秀清:《民国时期移植外国商事立法论略》,《法学论坛》2002年第2期;姚秀兰:《近代中国破产立法探析》,《现代法学》2003年第5期;王雪梅:《从商人对〈破产律〉的批评看清末的社会法律环境》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2006年第2期;陈夏红:《近代中国的破产法制及其命运》,《政法论坛》2010年第2期。另,陈夏红所撰之《近代中国的破产制度变迁》(中国政法大学硕士学位论文,2009年),是笔者所检获之近年来对中国近代破产制度考述最为详备者。

<sup>③</sup> 陈计男:《破产法论》,台北三民书局1988年版,第25页。民国学者梅汝璈谈及此点也认为:在我国旧时的法律或习惯里,破产制度是不会有。这大概是由于我们一向以农立国,工商业发达特迟的缘故。在简单的农业社会里,贫困现象虽不能免,但信用债务极不发达,像现代所谓“破产”的现象,尚不常有。况我国的宗法组织,至为严密。纵使债务人陷于无力偿债的状态,其亲属戚友亦必代其清理。参见梅汝璈:《破产法草案各问题之检讨》,《国立武汉大学社会科学季刊》1935年(第5卷)第4期,第695页。

<sup>④</sup> 参见叶孝信主编:《中国民法史》,上海人民出版社1993年版,第69-70页。

秦律为防止把债务人变成奴隶，则有如下规定：“百姓有责（债），勿敢擅强质，擅强质及和受质者，皆赀二甲。”此外，《秦简》之《司空律》亦有以劳役抵偿债务之规定：“有责（债）于公，以其令日问之，其弗能入及赏（偿），以令日居之。”又曰：“欲代者，耆弱相当，许之。”<sup>⑤</sup>即负欠官府债务无力清偿，须以强制劳役予以抵偿。若要求以他人代替，只要年龄、身体强弱相当，皆可允许。

汉代时，法律则规定了债务人家属对债务的连带清偿责任。如居延汉简载曰：

口石十石约至九月糴必以即有物故知责家中见在者。<sup>⑥</sup>

即如有债务人死亡或下落不明，债务人的同居人须代其偿还债务。

《唐律》“杂律”中“负债违契不偿”条对于不能如期清偿债务者，亦作出如下规定：

诸负债违契不偿，一疋以上，违二十日笞二十，二十日加一等，罪止杖六十；三十疋，加二等；百疋，又加三等。各令备偿。

紧接其后的该条“疏议”文释曰：

负债者，谓非出举之物，依令合理者，或欠负公私财物，乃违约乖期不偿者，一疋以上，违二十日笞二十，二十日加一等，罪止杖六十。“三十疋加二等”，谓负三十疋物，违二十日，笞四十；百日不偿，合杖八十。“百疋又加三等”，谓负百疋之物，违契满二十日，杖七十；百日不偿，合徒一年。各令备偿。若更延日，及经恩不偿者，皆依判断及恩后之日，科罪如初。<sup>⑦</sup>

唐代法律除规定以刑逼债之外，对于破产债务之清偿，亦有“役身折酬”之明文。如唐令有载：

公私以财物出举者，任依私契，官不为理。……家资尽者，役身折酬，役通举户内男口。<sup>⑧</sup>

由上引律文、疏议与唐令可知，唐代法律规定负欠公私债务违约不还，当科以刑事责任强制其履行，其责任之轻重，一以负欠之债务额和违约之期为断。若家产净绝无力偿债，则可役身折酬，由债务人及其户内男口以劳役抵债。<sup>⑨</sup>

宋之《宋刑统》对于债务清偿法律责任的规定，大抵与唐律相类，兹不赘述。<sup>⑩</sup>

《明律·户律》“违禁取利”条对负欠他人私债不还之刑事责任，亦作如下详尽规定：

……其负欠私债，违约不还者，五贯以上，违三月笞一十，每一月加一等，罪止笞四十；五十贯以上，违三月笞二十，每一月加一等，罪止笞五十。一百五十贯以上，违三月笞二十，每一月加一等，罪止杖六十。并追本利给主。<sup>⑪</sup>

清律对于欠私债不能偿还者之法律责任，主要继承了明律的相关律文。如《大清律例》中“违

<sup>⑤</sup> 张政烺、日知编：《秦律十八种》，吉林文史出版社1990年版，第60-61页。

<sup>⑥</sup> 谢桂华、李均明、朱国超：《居延汉简释文合校》，文物出版社1987年版，第460页。

<sup>⑦</sup> [唐]长孙无忌等：《唐律疏议》，刘俊文点校，中华书局1983年版，第485页。

<sup>⑧</sup> [日]仁井田陞：《唐令拾遗》，栗劲等译，长春出版社1989年版，第789页。

<sup>⑨</sup> 惟唐末以后，禁止债权人拘禁债务人，明清律禁止更严。参见戴炎辉：《中国法制史》，三民书局1979年第3版，第326页。

<sup>⑩</sup> 参见[宋]窦仪等：《宋刑统》，吴翊如点校，中华书局1984年版，第412页。

<sup>⑪</sup> 《大明律》，怀效锋点校，“卷九”，法律出版社1999年版，第81页。

禁取利”条规定：

其负欠私债，违约不还者，五两以上，违三月，笞一十，每一月加一等，罪止笞四十；五十两以上，违三月，笞二十，每一月加一等，罪止笞五十；百两以上，违三月，笞三十，每一月加一等，罪止杖六十，并追本利给主。<sup>⑬</sup>

由上述律条可知，明清律对于负欠私债不还者，仍沿唐律，采取“以刑逼偿”的强制性措施。

此外，大清刑部曾于光绪二十五年（1899年）十月间议定“奸商倒骗定例治罪专条”，该专条规定：“如有侵蚀倒闭商民各款，立即拘拿监禁，分别查封寓所资财及原籍家产，仍押令家属勒限两个月完竣。”<sup>⑭</sup>此专条除沿袭既往之“以刑逼债”的调整思路外，亦明确了负欠者家属的连带清偿责任。

前文所揭，主要为清末破产立法以前若干朝代关于债务清偿责任的法规或法典条文。从各朝之相关律条可以推知，固有法在国家法层面，皆以法律明文规定负债不还者的刑事责任，且强调了债务的不可免除。民国学者刘陆民对此曾有精辟的概括：

我国自秦汉以来，虽人民所负公法上的债务——即租税，间获减免；而人民相互间的债务，或则如汉之逾期不偿有罚；或则如唐之违契不偿有罪；或则如宋之于违契不偿，责以笞杖外，更使家资尽者，役身折酬役；或则如明清负欠私债违约不还者，于分别笞杖外，并追本利给主。一言以蔽之，负债应偿，不容减免或延期而已。<sup>⑮</sup>

不过，需要另加说明的是，在传统社会的司法实践中，亦不乏法律变通适用之例外，如《明公书判清明集》载有一相关案例：

李五三兄弟欠负主家财本，官司固当与之追理，……。今本府押其兄弟下县监纳，已数月，更无一钱以偿之，啼饥号寒，死已无日，纵使有欠负，亦已无可责偿……。在法：债负违契不偿，官为追理，罪止杖二百，并不留禁。今观其形容憔悴如此，不惟不当留禁，杖责亦岂可复施？合免监理，仍各于济贫米内支米一斗发遣。<sup>⑯</sup>

就此案来看，司法官员在审理该起欠债不还案件时，鉴于负欠人李五三兄弟“啼饥号寒，死已无日”，审官不予留禁，杖责亦免，且施以济贫米发遣。

当然，由于中国传统社会是一个典型的礼法社会，承担社会控制功能的规范，除国家成文法外，尚有习惯法。习惯法是目前学界从法社会学和法人类学视角对“法律”重新审视得出的一个概念体系。这种学术思路主要是从法律多元的分析框架出发，把承担社会控制功能的“法律”，广义地理解为正式的国家法和非正式的习惯法（或民间法）两类分支。<sup>⑰</sup>考之中国固有之民事习惯法，

<sup>⑬</sup> 《大清律例》，田涛、郑秦点校，法律出版社1999年版，第263页。

<sup>⑭</sup> [清]沈桐生辑：《光绪政要》，文海出版社1969年版，第1484页。

<sup>⑮</sup> 刘陆民：《债务轻减制度与一般社会经济》，《法学丛刊》1935年（第3卷）第5、6期合刊，第85页。

<sup>⑯</sup> 《明公书判清明集》，中国社科院历史所宋辽金元史研究室点校，中华书局1987年版，第339页。

<sup>⑰</sup> 笔者以为，此种解构理路，和国家与社会二元论法律设问相吻合。国家与社会二元论是大陆法系国家法律体系所依恃的意识基础。在此二元论下，国家被理解为具有目的理性，有权制定规范，拥有法定组织之人为统治团体；社会则为自发形成之秩序，先于国家而存在，受私法自治原理支配，个人或团体向其自我目标自由发展之领域，有免受国家支配之自由供其挥洒，两者各自有其天地，互不干预。参见葛克昌：《国家学与国家法：社会国、租税国与法治国之理念》，月旦出版有限公司1996年版，第10-11页。

也可发现其中不乏债务清偿之规定。如民初湖北五峰、汉阳、郧县等地习惯，“凡父子已经分居，其父所欠之债，不问其是否在分居前后，亦不问其父有无偿还能力，均得迳向其子索偿。”<sup>①</sup>在民初山西等地，依其民事习惯，“债务人死亡，债权人可向其子求偿”；“或者债权人于债务人故后，俟债务人家境稍裕，始行讨债者，谓之‘子孙债’”。<sup>②</sup>此即中国民间社会公认的“欠债必还，父债子还”之习惯规约。该类准则，在中国传统社会源远流长，司法实践中亦常被当作审断负欠者无力偿债案件的一个重要依据。如《樊山判牍》卷二“批雷昌五禀词”载曰：“俗语云：欠债还钱。又云：父债子还。乃是一定之天理”。……（案情略）“有钱还钱，无钱以衣物公评价值，抵还欠项。庶歿者不欠来生之债，存者无伤现在之颜”。<sup>③</sup>

在清末之重庆府审判厅，亦受理过如下一起案件：“梁晏氏幼嫁梁绍先为继室。绍先在日，自光绪二十七年起至三十二年止，先后约借王晏氏之夫王醴泉银四百余两、晏鹤青七百余两”。“迨三十一年五月，绍先物故，王晏氏等辄（辄）向伊父恩锡索讨”，并在巴县呈控，后断令“债由伊子俊卿偿还，王晏氏等不甘，控府批县复断”。“旋值本厅开庭，据王晏氏等呈诉前来，查案集证讯明前情，自应据理判决。查父债子还，天下公理”，“乃王晏氏因绍先故后，欲将此项债款逼令伊父锡恩偿还，于理不顺，于情尤属不周，况伊子俊卿现年三十余岁，兼能独立经营商业，且有财产可以相续，并非无力偿债者比，自应查照县断，飭梁俊卿迅速措还，以清纠葛而完父债”。<sup>④</sup>

以上两案中，“欠债还钱”、“父债子还”，均被理案官员视为“天理”或“理”，并据为判案之主要依据。

另，对于债务人清偿不能，习惯中亦有以下替代性措施，即债务人向债权人签订一项债务保证契约，该契约除承认债权人债权外，并承诺在财务好转时清偿债权人的债务。如我国江苏、湖北、江西等地，清末民初曾广泛存在一种“兴隆票”，其大致做法是“遇有债务者家产尽绝，不能如数偿还，债权人又不愿表示让免，不得已筹一调停之法，即令债务者立一兴隆票，内中注明将来如有寸进或兴隆之日，所该债务完全偿还字样”。<sup>⑤</sup>

此外，在民初湖北等地，对于债务清偿不能，也有所谓“摊帐”之做法。所谓“摊帐”，即“债务人负债过巨，以所有财产摊还债务”。“摊帐”时，一般“由债务人邀请各债权人到场”。一些地方于摊还时，“许债务人酌留财产，以资养赡”，有些地方则要求债务人“尽产摊还”。<sup>⑥</sup>而在商业社会，亦有与此大抵相类之所谓“报股归帐”或“倒号”商业习惯。如民初保定所属各县：“商人之破产，谓之报股；即非商人之破产，亦谓之报股。总之，债务人之资力不足清偿总债权额，由多数人评议其财产，变卖得价，平均分配各债权人，即谓为报股归帐。”<sup>⑦</sup>再如民国时上海商事惯

<sup>①</sup> 施沛生编：《中国民事习惯大全》，上海书店出版社2002年影印版，第一编“债权”第六类“关于清偿之习惯”，第2-3页。

<sup>②</sup> 前南京国民政府司法行政部编：《民事习惯调查报告》下册，胡旭晟等点校，中国政法大学出版社2000年版，第473、482页。

<sup>③</sup> [清]樊增祥：《樊山批判》“卷二”，杨一凡、徐立志主编：《历代判例判牍》第11册，中国社会科学出版社2005年版，第145页。

<sup>④</sup> 汪庆祺编：《各级审判厅判牍》，李启成校，北京大学出版社2007年版，第108页。

<sup>⑤</sup> 同注<sup>④</sup>，第506页。

<sup>⑥</sup> 法政学社编：《中国民事习惯大全》，文星书店1962年版，第43页。

<sup>⑦</sup> 同注<sup>④</sup>，第431页。

例也有如下规定：“凡经停业或倒闭之商店，所有存货、存银，均应抵归各债权按数均分。”<sup>②④</sup> 此之“摊帐”或“倒号”习惯，主要是解决债权人有多人，债务人资不抵债情况下的债权分配问题。其与今天破产法中的债权分配规定颇有暗合之处，惟其多为例外情形。

综上可知，在我国固有法中，无论在国家法还是民间习惯法层面，均不存在超乎一般的调整债权债务关系之破产免责规定。对于债务清偿，除债权人主动免除债务外，负债应偿，不容减免。对于偿还不能者，其典型法律责任不外以下二端：其一，以刑逼债，或对债务人科以刑事责任；其二，由债务人之血缘关系较近者承担连带偿还责任。这种制度安排及其理念内核，如果持功能主义立场，可发现在当时的历史语境中有其独特的意义。

首先，用刑事责任替代债务履行的民事责任，是中国传统社会法律调整社会关系的一般表现形式。在中国固有法中，并无刑事民事之概念。所谓法律主要是刑法，乃因为按照古代法典创设的逻辑理论，其处理的主要是犯罪行为和严重民事违法行为。此外，中国古代法律因“受到道德的薰染，除现代所谓犯罪行为外，侵权行为及债务不履行，亦被认为是犯罪行为，不过其违背道德较浅，其刑亦轻而已”。<sup>②⑤</sup> 此外，固有法以维护以“礼治”格局为特征的社会秩序为归依，其法律设计的目的主要着眼于社会公益和安全秩序的维护，并平衡已破坏的社会关系。此种考量之下，债务清偿不能，因其存在破坏社会关系平衡的危险性，社会一般观念将其视为犯罪，故对其规制适用刑事制裁即为已足。<sup>②⑥</sup>

其次，作为债务清偿不能的补充，债权人通常得向债务人之子孙或其他成年家属要求偿还。<sup>②⑦</sup> 这种情形的存在主要缘于在以宗法组织作为社会结构形式的中国传统社会，家庭具有较强的凝聚力。经济上，法律确认家庭是一个整体，并要求其内部成员承担一定的连带责任。<sup>②⑧</sup> 英国早期来华传教士麦高温（John Macgowan）亦认为，这种把家庭作为起点的“相互责任契约”，“体现着东方的一整套观念，这种观念认为，个体必须乐于将个性与意志和家庭或家族结合起来，并作为范例推而广之运用到社会的其他方面。家庭每个成员都对其他人负有责任”。<sup>②⑨</sup>

### 三、华洋破产债务诉讼与晚清破产立法

在前近代的公行制度时期，广东十三行之行商因破产负欠外商债务无法清偿之事即已屡见不鲜。“行商拖欠外商的债务，是在两种情况下发生的：通过买卖货物的普通贸易过程以及由于外商

<sup>②④</sup> 严谔声编：《上海商事惯例》，张家镇等编：《中国商事习惯与商事立法理由书》，王志华校，中国政法大学出版社2003年版，第576页。

<sup>②⑤</sup> 同注②④，第137页。

<sup>②⑥</sup> 当然，这也与中国古代债法本身的不发达有关。债法之成立，以社会文化达于一定之程度为前提，社会文化幼稚，人民交易简单，债法一项，用途狭隘，故债法在民法沿革史上，发展自较他法为迟。参见李祖荫：《比较民法——债编通则》，中国方正出版社2006年版，第3页。

<sup>②⑦</sup> 日本学者滋贺秀三的研究表明：在中国，“父欠债子当还”的原则被人们承认没有问题，而例外则几乎看不到。此外，在商业方面，家属以自己的资金经营商业造成损害的场所，其户主或父亲也有偿还其债务的义务。参见[日]滋贺秀三：《中国家族法原理》，张建国、李力译，法律出版社2003年版，第133、138页。

<sup>②⑧</sup> 参见朱勇：《中国法律的艰辛历程》，黑龙江人民出版社2002年版，第29页。

<sup>②⑨</sup> [英]麦高温：《中国人生活的明与暗》，朱涛、倪静译，时事出版社1998年版，第22页。

贪图高利而作的放款。”<sup>⑩</sup> 积重难返的“行欠”问题，是当时行商集团衰败的重要原因之一。梁嘉彬在其所著《广东十三行考》中写道：“道光建元以来，行商屡有倒歇。至是因赔累过重，货物滞销，旧欠甫完，新欠复积，每有一行赔累，又须连累通行。”<sup>⑪</sup> 据估计，在实行公行制度的82年间，行商无力偿付的债款总数约在1,650万元以上。<sup>⑫</sup> 而清政府对“行欠”的处理策略，则如粤海关监督德庆在嘉庆十八年（1813年）的奏折中所提到：

惟查旧卷，见从前办理洋商（按：指行商）欠餉之案，俱移督抚，将乏商家产查封变抵，其不敷银两，着落接办行业之新商，代为补足。如行闭无人接开，众商摊赔完结。倘再有亏欠夷人银两，即会同督抚专摺奏明，从重治罪，历来办理无异。<sup>⑬</sup>

要言之，清政府清理“行欠”的通常做法是将亏欠倒闭之行商查抄变卖家产，余款由接办行业之新商代赔，或由众行商承担连带赔偿责任。负欠过巨而倒闭之行商，除其家产被抄没抵债外，其本人亦往往被发配至伊犁永远安插。由是可见，当时清政府对于行商欠债清偿不能者之处置，仍不出固有法之“以刑逼债”，或者以刑事责任充抵民事责任之一般思路。

五口通商以后，随着西商大肆东渐，华洋商事纠纷因之迭起，华洋商人因破产而滋债务讼端者亦频频有之。当时“沿海的中国和西方商人不仅为政治和经济不稳定性所困扰，而且还经常遭受重大的商业亏损。在许多情况下，这些亏损惨重，以至不少商人破产，其中还有些是著名的商人”。<sup>⑭</sup> 无论华洋商人，其一旦破产，破产者本人势必与各债权人之间产生各种债务纠纷。晚清华洋商人之破产债务涉讼，又可别为以下两种情形：

其一，华商破产无力偿债，洋商向中方司法机构控追。华商因破产倒歇而与洋商发生债务纠纷时，中国官厅，包括上海租界会审公廨和清末新式审判厅，其处理之方，通常是按商业习惯将倒闭华商的财产货物变卖按数摊还于债权人。华商如负欠过巨不能清偿，有时亦可能累及子辈亲朋，甚至被罚作苦工或关押于囚所。1904年8月，有上海德国志大洋行等在会审公廨控华商乾大、信大二衣庄亏倒一案。案经中西官会讯，得知该二庄尚欠华商各款，于是谕令庄主李坤荣等将存货交衣业董事李鸿元拍卖，将所拍之洋银，照摊于华洋商各欠户。<sup>⑮</sup> 宣统元年（1909年）10月，上海美商茂生洋行控业经倒闭之华商懋昌结欠货银，要求懋昌及时照赔，并“开来细帐，送请会审公堂查阅，要求准予一律照摊”。<sup>⑯</sup>

1880年6月，上海公共租界会审公廨受理英商太平洋行控华商丁丙斋寄售湖丝亏银一案。“此案拖延四年之久，至今未缴分文，实由丁姓赤贫所致”。中西官会审该案时，听从英籍律师担文之建议，“令伊兄出银二千两了案”。<sup>⑰</sup>

光绪三十三年（1907年）十二月，天津地方审判厅鉴于该埠“华洋互市，租界林立，各国侨

<sup>⑩</sup> [美] 马士：《中华帝国对外关系史》第1卷，张汇文等译，上海书店出版社2000年版，第183页。

<sup>⑪</sup> 梁嘉彬：《广东十三行考》，国立编译馆1937年版，第192页。

<sup>⑫</sup> 参见[英] 格林堡：《鸦片战争前中英通商史》，康成译，商务印书馆1961年版，第57页。

<sup>⑬</sup> 姚贤镐编：《中国近代对外贸易史资料》第1册，中华书局1962年版，第185页。

<sup>⑭</sup> [美] 郝延平：《中国近代商业革命》，陈潮等译，上海人民出版社1991年版，第343页。

<sup>⑮</sup> 参见《英美等国租界公廨会讯琐案》，载《申报》，1904年8月20日。

<sup>⑯</sup> 《致公廨函（宣统元年九月初九日）》，载《上海华洋诉讼案》钞本（1909-1913），上海图书馆藏。

<sup>⑰</sup> 《状师理案》，载《申报》，1880年2月6日；《丝案了结》，载《申报》，1880年6月22日。

商控告华民负债等案日益繁多”，“争讼到官，一经传讯，证据未确，互相狡执者有之，或因讯实而被告赤贫乏产，无力偿还者有之”。为早日讯结这些华洋债务讼案，该厅特拟定清理案件办法十二条。其第三条规定：“凡各国洋商控告华民短欠债务，查被告赤贫如洗，家产净绝，实系无法归偿者，应视其欠款多寡，酌定惩役期之长短，以期速结而免悬讼。”第五条规定：“凡罚办欠债之人，应视欠数多寡为断，如负欠债款至一万元上下者，拟罚苦工三年；八千元以下五千元以上者，拟罚苦工二年半；三千元以上者拟罚苦工二年；……三百元以上拟罚苦工三个月；一百元以上者拟罚苦工一个月。”<sup>⑧</sup> 该办法的一个重要特点，就是对于无力偿还洋债的华人，采用刑事处罚手段，以其欠数之多寡，定其罚做苦工时间之长短。

其二，洋商破产无力偿债，华商向列强驻华司法机构诉追。列强驻华领事法庭或法院处理西商破产案件的做法与中方稍异，其大抵依据西方破产法原则行事，并不将破产之被告关押，偿付责任也仅限于破产者本人。1875年4月，有华商庞怡泰丝栈将湖丝19包卖与琼记洋行，计价银6,700余两，言明数日后付银。后又将湖丝16包托琼记寄售，且言明由旗昌洋行先代汇付八成银，计4,771余两。不料琼记猝然倒闭，应付之银庞怡泰分毫未得。后该洋行一美国股东亚轧司察莅沪，庞怡泰向美领事署呈控。美领事审理此案，断以琼记既在美国衙门呈明亏空，除欠各外国商人外，统欠华商银75,000两，应照所欠份额分摊，不应另行追控。“查被告于分摊时并无偏袒情弊，此次所控之项亦无别样财产可以抵偿，故原告所请着无庸议，所有堂费等亦归庞怡泰承认”。<sup>⑨</sup>

华洋破产债务诉讼案件中，中西方司法机构各依不同的法律制度进行审理，导致彼此间判决结果迥然有别。当华商负欠洋商债务出现偿付不能时，依据中国法，“他的家人将承担支付责任”，“如果他有一个或者多个儿子，任何一个儿子有义务用其财产去清偿债务，如果其子辈清偿不能，那么与他分家的兄弟将被迫支付这笔债务”。<sup>⑩</sup> 但当洋商发生倒欠而出现偿付不能时，列强驻华司法机构则依据西方的破产制度，仅判其负有限清偿责任，将财产按比例公摊给债权人。西人马士(H. B. Morse)曾对此相映成趣之现象有过如下描述：当一个外国人对一个中国人提出债权要求，“除掉从债务人的家族、朋友、或证券方面竭力榨取全数债金以外是永不会满足的”；但当中国人对一个外国人提出债权要求时，“就被迫去接受一种宣布债务人破产的判决，因而使债权人一无所获，或者仅仅得到债金的百分之几”。<sup>⑪</sup> 另一位在华西人在其论著中对华洋商人遭遇破产时的不同境遇亦有如下评述：

欠外国人钱的中国人破产时，他们的家产被没收，犯人本身被处徒刑，刑期长达数年之久。他们的妻子、儿女甚至兄弟也受到牵累。……另一方面，根据外国的破产法，外国被告人只偿付很小的成数，最多不过十分之一二，同时也不没收他们的财产，虽然也许尽人皆知他们在另外的外国商人手中存有现款。在他们破产的时候，不仅心里完全感觉轻松愉快，而且立即又重操旧业，就象从未发生过任何事情一样。<sup>⑫</sup>

<sup>⑧</sup> 《津海关道详天津审判厅审理交涉案件拟办法十二条请核示文并批》，甘厚慈辑：《北洋公牍类纂续编》（二），卷13，“交涉二”，文海出版社1966年版，第981-982页。

<sup>⑨</sup> 《控欠丝银》，载《申报》，1876年2月3日。

<sup>⑩</sup> Jernigan, Thomas R., *China's Business Methods and Policy*, London: F. F. Unwin, 1904, p. 67.

<sup>⑪</sup> 同注<sup>⑩</sup>，第516页。

<sup>⑫</sup> 姚贤镐编：《中国近代对外贸易史资料》第2册，中华书局1962年版，第757页。

职是之故，在华洋破产纠纷案件审理过程中，中西商人之间缺乏一种对等性的公平，这也促使清政府和中国商人认识到了放弃传统的债务清偿惯例的必要。加之五口通商之后中外贸易频繁，都市商业日趋发达，商人经营失败不能清偿债务时有所闻。“此类事件彼时多由商人团体协议清理，或由地方官吏强制执行，然因无破产法规可资依据，其处理终感困难。”<sup>④③</sup> 于是清政府在1903年商部成立后不久，遂“调查东西各国破产律，及各埠商会条陈、商人习惯，参酌考订”，<sup>④④</sup> 于光绪三十二年（1906年）四月颁布了中国历史上第一部破产法——《大清破产律》。该《破产律》主要采商人破产主义，但非商人亦可“比照办理”，故其也为中国历史上第一部涉及个人破产的法律文件。该律条文虽少，但对商人呈报破产、清理资产、债主会议、清算帐目、处理资产、清偿展限等破产法的主要内容，均有具体规定。该律第1条规定：“商人因贸易亏折或遇意外之事不得已自愿破产者，应赴地方官及商会呈报，俟查明属实，然后将该商破产宣布于众。”其第42条规定：“董事及各债主查明破产者实系情出无奈，并无寄顿藏匿等弊，应请将现存财产货物公估变卖得价，并追清摊还各债主收回。即各具领状二纸分送地方官及商会存案。”其第45条规定：“破产之商不得涉及其兄弟伯叔侄暨委并代人经理之财产，凡有财产照商会章程赴商会注册，将契券呈验加盖图记或邀亲族见证鉴定方为有据”。<sup>④⑤</sup> 该律之最大特色，在于引进了英国的破产免责主义，实行多数债权人平等分配债权的原则，并且摒弃了传统社会中由破产清偿不能者之家族成员连带承担清偿责任之做法。当然，由于受西法影响，其时民事责任与刑事责任已别为二途，故固有法中适用于负债清偿不能者的刑事惩戒主义，亦被弃置。

《大清破产律》出台后，由于社会各界对其个别条款存在重大分歧，尤其是第40条“归偿成数，各债主一律办理”之规定，“狃于洋款与官款应优先于商款之恶例”，<sup>④⑥</sup> 故在光绪三十二（1906年）即颁行该律当年的七月，被商部奏准其第40条暂缓实行。后又于光绪三十三年（1907年）十月二十七日明令宣布废止该律。<sup>④⑦</sup>

#### 四、民初大理院关于破产债务清偿之司法判解

《大清破产律》废止以后，修订法律馆调查员日本人松岗义正又拟有《破产法草案》3编，共360条，但未经该馆审定。1915年北洋政府法律编查会对此草案稍加损益，重新编成《破产法草案》337条。该草案曾于1926年11月18日经司法部通令各级法院参酌援用。<sup>④⑧</sup> 它主要采日本立法

<sup>④③</sup> 谢振民编著：《中华民国立法史》下册，张知本校，中国政法大学出版社2000年版，第838页。

<sup>④④</sup> 《商部修律大臣会奏议定商律拟破产律摺》，《东方杂志》1906年（第3卷）第6期，第51页。

<sup>④⑤</sup> 《商部奏定破产律》，《大清法规大全·实业部》正编，第1册，北京政学社1909年石印本，卷9，第8、10页。

<sup>④⑥</sup> 宁柏清：《破产法论》，上海商务印书馆1935年版，“弁言”，第1页。

<sup>④⑦</sup> 参见朱鸿达主编：《大理院判决例全集——破产法》，上海世界书局1933年版，第1页。《大清破产律》被宣布废止，一定程度上源于该律所浸透之破产理念与中国传统的债务清偿习惯扞格不入。诚如北洋政府外籍顾问宝道（Padoux）所言：东西洋各国对于破产事件之观察不同。德法英三国商人视破产制度为一种法律赋予之便利，俾其债务人于无法清偿之时自有自然解决之方。故彼欢迎法院之干预。但中国商人无论其为债务人或债权人，均不愿法院干预其营业事务，彼等委托人从中依习惯为之调解也。参见[法]宝道：《对于破产法草案之意见》，骆允协译，《中华法学杂志》1934年（第5卷）第10-12期合刊，第46页。

<sup>④⑧</sup> 参见同注<sup>④⑦</sup>，第840页。

例，坚守破产不免责原则，且取一般破产主义，不论商人抑非商人、法人或自然人，均得适用。草案分实体法、程序法、罚则三篇。兹列其关于个人破产债务清偿之相关法条于下：第5条规定：“因破产宣告以前所生原因对于破产者所有财产上请求权为破产债权，但别除权不在此限。”第32条规定：“破产宣告时属于破产者一切财产及破产程序进行中应属于破产者之财产。凡得为扣押者皆为破产财团。”第37条规定：“专属于破产者个人一身之财产”、“破产者自破产宣告后因勤劳所得之财产”、“禁止扣押之财产、财产以外之权利被人侵害所有请求损害赔偿之权利”，“不属于破产财团”。<sup>④</sup> 该《破产法草案》虽弥补了1906年《大清破产律》的诸多不足和缺陷，移植了国外若干先进的破产制度设计，已初具近代破产法的梗概。然总体言之，其“系东抄西袭，粗制滥造，既违背中国历来之商业习惯，复不顾先进各国之最新法例”，<sup>⑤</sup> 故“大理院采用其法理著为判例者，仅寥寥数点而已”。<sup>⑥</sup> 因此该草案对民初司法实践所施加之实际影响非常有限，仅在文本上有一定参照意义而已。

民国学者谢振民曾云：民初大理院“于兼顾商业习惯之中”，间或援用《大清破产律》之法理，“以裁判破产案件”，“而由其判决例，遂创立一种不完全之破产制度”。<sup>⑦</sup> 该不完全之破产制度关于调整破产债务清偿之规则体系究竟如何，必得由大理院之相关判决例与解释例中予以探寻。

民初因法制未备，司法官员审理案件时，每苦无所依据，“将援用旧律欤？已为时代与潮流之所不许；将欲准据新法律欤？然而草案则有之，未足与言法典也。在此过渡时期，大理院之判决例，遂为全国法界所信崇；判例一经刊布，天下传观，各级法官以之为裁判案件之准据，律师以之为分争辩论之法源，教授以之为编纂讲义之资料”。<sup>⑧</sup> 除判决例外，民初法源中尚应注意者，还有大理院解释例。北京政府时期，“各级法院对于民刑事事件之疑义滋多，而大理院之解释亦不厌长篇累牍，论述学理，引证事件，备极详细”。整个北京政府期间（1913年至1927年），大理院所作解释文件，“计自统字一号起至第二二零十二号止”，共2,000余件。<sup>⑨</sup> 依据民初法院编制法第35条之规定，大理院院长有统一解释法令及必应处置之权，故大理院所为之法律解释，勿需著为解释例，或提炼为解释例要旨，自始即对各级法院具有法律拘束力。由上可知，民初大理院之判决例及解释例，具有某种意义上的法源效力。

民初大理院共著有破产判决43例，解释3例，涉及破产实体和程序等诸多层面。就其规范内容和规范意义而言，主要涵盖以下要点：

第一，强调习惯在破产案件适用中的优位性。大理院三年上字第718号判例要旨谓：“关于商人破产，如地方有特别倒号习惯者，自应先一切破产条理适用”。<sup>⑩</sup> 大理院三年上字第1028号判例要旨亦强调：“审判衙门遇债权人人数过多，财产不足以尽偿各债务时，自可依据法律无明文规定

<sup>④</sup> 《破产法案》，《法律评论》总第218期（1927年），第17、20页。

<sup>⑤</sup> 同注③，梅汝璈文，第697页。

<sup>⑥</sup> 同注④。

<sup>⑦</sup> 同注④。大理院统字第147号解释例称：“如遇商号因亏倒闭，自亦应受破产法规（前清破产律，已于前清光绪三十三年十月二十七日废止，故现遇破产事件，均依破产条理及习惯法则以为判断。所谓破产法规者，即指破产条理及习惯法则而言）之限制。”郭卫编：《大理院解释例全文》，上海会文堂新记书局1932年版，第98页。

<sup>⑧</sup> 张远谋：《论判决例之效力》，《法律评论》总第531期（1934年），第3页。

<sup>⑨</sup> 同注⑧，郭卫书，“编辑缘起”，第1页。

<sup>⑩</sup> 郭卫编：《大理院判决例全书》，上海会文堂新记书局1931年版，第808页。

适用习惯、无习惯适用条理之原则，以为裁判”。<sup>⑤⑥</sup>大理院统字 1532 号解释例亦称：“商人破产，除先依地方特别倒号习惯办理外，亦可适用破产条理。”<sup>⑤⑦</sup>以上判决例和解释例要旨，均肯定习惯作为破产案件审断依据的优位性。

第二，将《大清破产律》据为破产条理而加以适用。如大理院三年上字第 16 号判例要旨虽称：“前清光绪三十二年商部奏准施行之破产律，已于光绪三十三年十月二十七日以明文废止，现在该律并未复活，自难再行援用。”<sup>⑤⑧</sup>但大理院统字第 1781 号解释例却强调：“前清已废止之破产律”，“有时得作为条理”。<sup>⑤⑨</sup>另，大理院三年上字第 474 号判例要旨谓：“凡债务人负有多数债务，而其现有财产不足清偿时，审判衙门自应依职权或利害关系人之请求调查扣押其现有财产，按其所负债务总额平均分配各债权人，除就某项财产上有特别担保者外，亦应使之受平等清偿而不容轩轾”。<sup>⑥⑩</sup>大理院六年抗字第 37 号判例要旨亦谓：“债务人若因债务之牵累不得已而陷于破产状况时，原得按照破产条理呈请审判衙门查核办理。”<sup>⑥⑪</sup>以上解释例和判决例，除明确《大清破产律》居于破产条理之地位，且将该律中的债权分配之规定，作了推衍和引伸。

第三，固守破产不免责主义，强调破产不可作为债权消灭之原因。如大理院五年上字第 58 号判例要旨称：“破产并不能为债权消灭之原因，故债务人因家产告罄不能清偿债务者，亦只能于执行判决时由执行衙门酌量情形办理，不得即藉口破产为债务不履行之抗辩。”<sup>⑥⑫</sup>大理院七年上字第 1301 号判例要旨亦称：“债务人财产不足偿债，经减成偿还之后，其余额除当事人间有特别免除之意思表示外，并非当然消灭，俟债务人资力回复之时得以更求清偿。”<sup>⑥⑬</sup>

由上，民初大理院在判断破产案件时，部分地将《大清破产律》中分配破产债权的规定，以条理形式变通适用。另一方面，大理院仍严守破产不免责主义，这种充分考量固有法之实践取向，与《大清破产律》中规定的破产免责主义仍大异其趣。

## 五、南京国民政府时期破产债务清偿之相关立法及其检讨

南京国民政府成立之初，其司法机构对于破产纠纷案件处理，一仍民初大理院之旧，均以习惯或破产条理作为审断之依据。如 1930 年最高法院第 2284 号判例要旨指出：“破产法未颁行前遇有破产情形，自应适用习惯或条理以为裁判。”<sup>⑥⑭</sup>另，最高法院 1929 年上字第 2033 号判例要旨亦谓：“商号于倒闭后经债权人依倒号程序公议以若干成数受配受偿者，其议偿成数外之余欠，如经众债权人明示减除，或依地方习惯一经众债权人承认减成受偿，别无留保之意思表示，即作为免除余欠

<sup>⑤⑥</sup> 郑爱淑、朱鸿达编：《现行法有效大理院解释例全集（破产法）》，上海世界书局 1933 年版，第 759 页。

<sup>⑤⑦</sup> 同注<sup>⑤⑥</sup>，郭卫书，第 898 页。

<sup>⑤⑧</sup> 同注<sup>⑤⑥</sup>，第 807 页。

<sup>⑤⑨</sup> 同注<sup>⑤⑥</sup>，郭卫书，第 1029 页。

<sup>⑥⑩</sup> 同注<sup>⑤⑥</sup>，第 807 页。

<sup>⑥⑪</sup> 同注<sup>⑤⑥</sup>，第 809 页。

<sup>⑥⑫</sup> 同注<sup>⑥⑪</sup>。

<sup>⑥⑬</sup> 同注<sup>⑤⑥</sup>，第 811 页。

<sup>⑥⑭</sup> 最高法院判例编辑委员会：《最高法院判例要旨（1927—1940）》，上海大东书局 1946 年版，第 201—202 页。

时，则债务人于履行所议成数后即可免其义务。”<sup>⑤</sup> 据上述要旨可知，其关于破产债务清偿之规定，与民初大理院几乎如出一辙。

下面再分析该时期地方法院关于破产案件的一则裁决。

江苏吴县地方法院民事裁决十九年破字第一号裁决。<sup>⑥</sup>

声请人 叶景亭 住苏州葑门吴衙场十八号

上声请人申请宣告破产，本院核其所提出之债务数额表及财产目录，与债权人朱增庭之陈述，认定声请人确有停止支付之状况，兹特裁决如下：

宣告叶景亭为破产人。

叶景亭之停止支付系民国十九年九月九日。

选定本庭书记官沈宗维为破产管财人。

破产人财产均予查封。

所有破产人之债务人不得对于破产人为债务之清偿。又占有属于破产财团物件之人，亦不得对于破产为物件之交付。债权人须于本年十一月五日以前，携带证据帐簿来院呈报，债权人集会定于本年十一月五日下午一时在本院开会。

江苏吴县地方法院民事推事

中华民国十九年九月十八日

就该破产裁决来看，虽然当时破产法并未颁布，但基层法院就债务人申请宣告破产，以及破产债权申报与分配等事项，均在相当程度上贯彻了破产法之精神。

当然，有感于法院裁判上之困难及破产法典之重要，国民政府司法行政部于1934年在参酌1915年《破产法草案》和德、日破产法基础上，起草了另一《破产法草案》。该草案虽然较之于1915年草案“有若干之进步”，然“殊足令人失望”。其“条文虽多至三百三十余条，然其内容之芜杂，几与民国四年之草案相等。对于最近世界各国流行之‘和解制度’，中国传统之商业习惯及这二十余年来我国最高法院判例中所阐明之法理，亦未能酌量容纳。”<sup>⑦</sup> 因该草案缺失过多，故未提交立法院审议。同期，为处理商人倒闭破产问题，国民政府行政院又于同年8月修正通过了实业部、司法行政部共同草具的《商人债务清理暂行条例》，并于10月22日公布施行。但该条例仅仅是商人债务的清理办法，而非破产程序。加之其未经立法程序，适用范围又囿于商人，故实施效果不甚显著。

1935年春，国民政府开始重新起草《破产法》。其立法理由如《破产法草案说明书》所言：

按破产法为现代国家重要法典之一，我国旧时法律，向无破产名词，虽逊清末叶曾有破产律之施行而不久即行废止。民国成立后，曾有破产法草案之编订而始终未见施行。以是之故，每遇破产事实发生时，苦无正式法律可资适用。近岁以来，社会状况日臻繁复，且因外受世界经济潮流之震荡，内感农村经济衰落之危机，工商业倒闭之事件数见不鲜。即个人方面因金融

<sup>⑤</sup> 同注④，第201-202页。

<sup>⑥</sup> 谢森等编：《民刑事裁判大全》，卢静仪点校，北京大学出版社2007年版，第250页。

<sup>⑦</sup> 同注③，梅汝璈文，第698页。

上之周转不灵而无法偿还其负欠者，亦比比皆是。凡此债权债务之纠纷，宜有一定清理之程序，是以破产法规之制定，实有不容复缓之势。<sup>⑥</sup>

经过广泛讨论，几易其稿，该破产法形成草案之后，曾向社会各界广泛征求意见。虽然各界对其评价甚高，但亦不乏批评之声。如学者刘陆民曾撰文对草案所采纳之破产免责主义予以批评：“不问为善意的债务人，抑不问为恶意的债务人，凡经调协或破产程序已为清偿者，其未能清偿的部分，应即免责。影响所致，势必使债务人乐就破产之途，以为免责之具，而经济社会，将无人敢为信用交易，其贻害将何所底止！”<sup>⑦</sup> 草案征求意见结束后，于1935年7月17日正式颁布，并于同年10月1日施行。但较之于原草案，“除字句间略有修正外，大体无甚增删”。<sup>⑧</sup>

这部《破产法》在一定程度上参考了我国以往破产法律规范，并借鉴了西方破产法通行的规则。在适用范围上，采一般破产主义原则，对适用对象不加限制。关于破产债务清偿，该法第149条规定：“破产债权人依协调或破产程序已受清偿者，其债权未能受清偿之部分，请求权视为消灭。”<sup>⑨</sup> 据此法条可知，该法规定的破产免责条件非常宽容。学者王仲桓认为，对破产免责应加以一定限制，曰：“我国破产法采免责主义，固未可厚非，然免责主义于债权人之损失较为钜大。对于免责条件自不得不有严密之规定，我国破产法对于免责之制，并无严密之限制，依其条文之规定，又无统一之效力，对于债权人既鲜保障，宜乎破产债权人多以拒不申报或经申报后拒不参加破产程序以为对抗。”<sup>⑩</sup>

《破产法》颁布以后，实施效果一直不甚理想，如其时学者所警言：“破产法施行以来，债权人拒绝申报者，数见不鲜，破产程序之进行时生困难，甚至破产债权人纠集全数组织团体拒不申报，以致破产程序更难进行。”<sup>⑪</sup> 出现此种情形，个中缘由，笔者以为主要是域外之破产免责理念与我国传统之债务清偿理念相冲突。这种冲突，在其时之商业社会与广大乡村均相当程度存在。如议者所云：“吾国商界，最不喜官厅之干与，使必事事登记，事事报告，则徒然耗费时日，妨碍一切之进行。”<sup>⑫</sup> 亦有学者揭曰：“吾国社会旧习，向以破产为耻（乡村尤然），故往往于破产以后，债务人至经济力恢复时，仍将债务还清者，事所恒有，此亦吾国旧有良好习惯。”<sup>⑬</sup> 西人宝道对于此点之见解，更是一语中的，曰：“中国已有之商业习惯各处并非一律，其特点亦有时与现今外国商业习惯大相逕（径）庭”，故破产法之施行，“必至与许多地方上久经遵从而在商业社会占有重要地位之习惯相冲。”又云：“一般中国人对于破产制度尚未十分明了，欲使破产程序自最初即适用于任何人国民，究属可能乎！”<sup>⑭</sup>

<sup>⑥</sup> 《中华民国破产法草案初稿说明书》，《法学丛刊》1935年（第3卷）第5、6期合刊，第123页。

<sup>⑦</sup> 刘陆民：《评破产法草案初稿》，《法学丛刊》1935年（第3卷）第5、6期合刊，第25页。

<sup>⑧</sup> 王家驹：《对于现行破产法应否改进之商榷》，《法学专刊》（1937年）第7期，第3页。

<sup>⑨</sup> 上海法学编译社：《破产法》，上海会文堂新记书局1935年版，第33页。

<sup>⑩</sup> 王仲桓：《论我国破产法上之免责规定》，《法学杂志》1939年（第11卷）第1期，第36页。事实上，1935年之《破产法》经国民政府1937年和台湾当局1980年、1993年局部修改之后，仍为我国台湾地区现行的破产法。但该法在台湾地区实施以来，对于其“破产免责”之誉议，仍持续不断。如台湾学者耿云卿直到上世纪80年代仍在其著作中对破产法第149条规定的免责制度提出批评，主张采用附条件的免责主义。参见耿云卿：《破产法释义》，五南图书出版股份有限公司1980年版，第500页。

<sup>⑪</sup> 同注⑩，王仲桓文，第34页。

<sup>⑫</sup> 一心：《商店自动宣告清理之非法及其与清算破产之关系》，《法律评论》总第361期（1930年），第5页。

<sup>⑬</sup> 刘再兴：《对于破产法草案初稿之我见》，《法学丛刊》1935年（第3卷）第5、6期合刊，第82页。

<sup>⑭</sup> 同注⑩，[法]宝道文，第48页。

总之,《破产法》虽有考量中国固有法之立法取向,但就破产免责一层而言,纯属摩写域外法之产物。破产或破产免责,当以工商社会发展至一定程度为其前提。我国20世纪30、40年代,85%以上的人口居住在农村。<sup>⑦</sup>就其时之乡村经济而言,农户负债和破产现象,已很严重。据学者统计,1934年初,长江中下游江苏、浙江、安徽、江西、湖南、湖北六省农户平均负债率为49.7%。<sup>⑧</sup>30年代以来,由于农村经济衰败,无力还债者增加。如1932年江苏铜山县八里屯,“全村农民已经破产的约在半数以上”。<sup>⑨</sup>江苏56县,1936年总计约有半数以上到期不能还债。<sup>⑩</sup>因此,其时乡土社会因破产所肇之债务纠纷,当不在少数。虽然此类债务纠纷多存在债权人仅为一人的情形,然依《破产法》原意,此种情形下,债务人亦可适用该法之破产程序。<sup>⑪</sup>而在该时期,《破产法》对于基层乡土社会破产债务清偿之法律关系的调整,所起作用却十分有限。<sup>⑫</sup>费孝通先生曾在《江村经济》一书中描述这样一个实例:“借债人死的时候,债权人便抢走死者的女儿,带到城里作他的奴婢。借债人通常无知,不懂得寻求法律保护,社区也不支援他。”<sup>⑬</sup>当时中国社会结构中,传统性元素仍占居着主导地位,“行为受习俗而非法律所支配”。<sup>⑭</sup>因此,《破产法》的颁行和施行对其时普通民众法律生活和法律思维的引导作用,以及社会文化心理对这种法律嬗替的实际回应,还应该在占有更多经验材料的基础上,才能作出令人信服的论断。

## 结 语

回溯中国法律史上破产债务清偿责任衍进之历程,可知在中国近代法律变革以前,“负债应偿”乃固有法调整破产债务清偿法律关系之核心要旨。迨至清末,受各种内外因素的促动,遂有《大清破产律》之制定,该律第一次从法律文本层面引进英美法中的破产免责制度。及至民初,大理院涉及破产之判决例和解释例,虽部分继承《大清破产律》的精神,但仍秉承“负债应偿”的传统元素,固守破产不免责主义。南京国民政府时期,1935年之《破产法》再次确立破产免责制度,固有法关于“负债应偿”之规定,遂被搁置。然在此法律演进过程中,固有法之债务清偿理念,与域外移植而来的破产免责制度,一直处于胶合对峙状态。这种对峙和冲突,在中国民法近代化进程中,至少内蕴着以下法理逻辑:法律制度从某种角度而言,可以析分成技术规范性内容和社会文化

<sup>⑦</sup> 据学者统计,农村人口占全国城乡人口的比重,1840年为95%,1894年为92%,1920年为90%,1936年为88%。参见丁长清:《关于中国近代农村商品经济发展的几个问题》,《南开经济研究》1985年第3期,第44页。

<sup>⑧</sup> 参见李金铮:《民国乡村借贷关系研究——以长江中下游地区为中心》,人民出版社2003年版,第26页。

<sup>⑨</sup> 江苏省立民众教育馆:《八里屯农村经济调查报告》,《教育新路》1932年第12期,第58页。

<sup>⑩</sup> 参见注<sup>⑨</sup>,第148页。

<sup>⑪</sup> 民国学者宋家怀通过研读破产法条文,认为“债务人不能清偿债务者,即可以适用破产程序,债权人一人或数人,在所不问”。宋家怀:《债权人一人时债务人能否宣告破产》,《震旦法律经济杂志》1946年(第2卷)第5期,第95页。

<sup>⑫</sup> 本人在一项中国近代民间借贷利率规制的课题研究时,曾于2012年暑假期间,和几位硕士研究生,通过田野调查方式走访江西、福建、安徽、山东、广东、河南等省之高龄老人20余位,向他们询及民国时期其生活经验范围内破产债务清偿方面的情况。在受访老人中,未有一人知晓民国时期有破产法,亦无人提及亲邻中有依恃破产法规定在破产不能清偿债务时申请破产之事。此次田野调查尚不能说明整体层面的情况,但民国时期破产法在其时乡土社会运作之实态,可窥一斑。

<sup>⑬</sup> 费孝通:《江村经济——中国农民的生活》,商务印书馆2001年版,第233页。

<sup>⑭</sup> Everett E. Hagan, *On the Theory of Social Change: How Economic Growth Begins*, Homewood, Illinois: The Dorsey Press, 1962, p. 56.

性内容两个层面。其中，法的技术性规范性内容是中立和无涉价值的，能够相当容易地被立法者剥离于国家的法律体系之外；法的社会文化性内容则深嵌于特定社会秩序中，承载着特定人群的意志、价值取向和偏好等内容。因此当固有法的技术规范性内容被从社会生活中抽取出来以后，其社会文化性内容仍被积淀下来，并以习惯的形式潜移默化地影响着人们的思维模式，继续支配着人们的行为方式。

我国的现行破产制度是在计划经济向市场经济转变过程中，随着企业法人制度的逐步确立和完善而建立起来的，其适用范围仅限定为企业法人，对自然人的破产尚未有破产免责之规定。2008年“5.12”汶川大地震之后，与地震等大的自然灾害相关若干法律问题开始浮出水面，并引发了法学界和各类媒体的广泛讨论。在所争论的各焦点问题中，关于完善我国破产法律制度，尤其是建构我国个人破产免责法律制度的立法倡议，再次引起了大家的充分重视。现实与历史并非绝缘，现实是历史发展过程中的延续，也是历史发展的必然结果。法律为纵向历史脉络中发展着的一种社会现象，因此现实中的法律有时难以和历史上的法律截然析裂。故尔，对中国法律史上破产债务清偿责任衍进之历程进行回顾和总结，或可增进我们对上述问题的认知和理解。

#### 【主要参考文献】

1. 郭卫编：《大理院判决例全书》，上海会文堂新记书局1931年版。
2. 郭卫编：《大理院解释例全文》，上海会文堂新记书局1932年版。
3. [法]宝道：《对于破产法草案之意见》，骆允协译，《中华法学杂志》1934年（第5卷）第10-12期合刊。
4. 梅汝璈：《破产法草案各问题之检讨》，《国立武汉大学社会科学季刊》1935年（第5卷）第4期。
5. 王仲桓：《论我国破产法上之免责规定》，《法学杂志》1939年（第11卷）第1期。
6. 最高法院判例编辑委员会编：《最高法院判例要旨（1927-1940）》，上海大东书局1946版。
7. 戴炎辉：《中国法制史》，三民书局1979年版。
8. 前南京国民政府司法行政部编：《民事习惯调查报告》下册，胡旭晟等校，中国政法大学出版社2000年版。
9. [美]马士：《中华帝国对外关系史》第1卷，张汇文等译，上海书店出版社2000年版。
10. 谢振民编著：《中华民国立法史》下册，张知本校，中国政法大学出版社2000版。

（责任编辑：姜 栋）