

中国法律传统与 法律精神

——中国法律史学会成立30周年纪念大会暨2009年会论文集

ZHONGGUO FALU CHUANTONG YU



FALU JINGSHEN

主 编 霍存福 吕 丽
副主编 潘 宇 张姗姗

山东人民出版社

中国法律史学会 主办

1979年9月21日，得改革开放风气之先的老一辈法律史家们，在长春召开了『全国法制史法律思想史学术讨论会』，会上成立了中国法律史学会。这是当时中国法学界成立的第一个全国性学术团体。30年后，吉林大学理论法学研究中心、吉林大学法学院、东北师范大学政法学院、长春理工大学法学院等会议承办，协办单位再次将会议地点选择在长春，以庆祝学会走过的30年的不平凡历程。

中國法律傳統

法律精神



中國社會科學院
圖書館

法律系

1981.12.15

中国法律史学会 主办

中国法律传统与法律精神

——中国法律史学会成立30周年纪念大会暨2009年会论文集

主 编 霍存福 吕 丽

副主编 潘 宇 张姗姗

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法律传统与法律精神：中国法律史学会成立 30 周年纪念大会暨 2009 年会论文集/霍存福，吕丽主编. —济南：山东人民出版社，2010.9

ISBN 978-7-209-05450-8

I. ①中… II. ①霍…②吕… III. ①法律—思想史—中国—文集 IV. ①D909.2-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 144813 号

责任编辑：李怀德

封面设计：武 斌

中国法律传统与法律精神

——中国法律史学会成立 30 周年纪念大会暨 2009 年会论文集
霍存福 吕 丽 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址：济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编：250001

网 址：<http://www.sd-book.com.cn>

发行部：(0531)82098027 82098028

新华书店经销

山东新华印刷厂印装

规 格 16 开(169mm×239mm)

印 张 48.5

字 数 950 千字 插 页 2

版 次 2010 年 9 月第 1 版

印 次 2010 年 9 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05450-8

定 价 108.00 元

如有质量问题，请与印刷厂调换。电话：(0531)82079112

而立之年的回味与愿景(代序)

霍存福

2009年7月13~14日,“中国法律史学会成立30周年纪念大会暨’09年会”在长春市吉林大学北苑宾馆隆重召开。会议的主题,一是庆祝学会诞生30周年,二是进行学术专题讨论。包括张晋藩、张希坡、韩延龙、高恒、方克勤、杨永华、刘富起、孔庆明、王侃、韩玉林、徐尚清、赵国斌、杨一凡、齐钧等14位当年参加1979年学会成立大会代表在内的220余名来自全国各地的专家学者、两名外国学者和有关杂志、出版社的代表出席了会议。张文显教授代表中国法学会、教育部法学学科教学指导委员会、教育部社会科学委员会法学学部,向大会致祝贺词;吉林大学副校长吴振武教授代表学校,向来自全国各地的代表及外宾致欢迎词;姚建宗教授代表吉林大学理论法学研究中心、吉林大学法学院两个承办单位向大会致词;东北师范大学政法学院贾国发副院长、长春理工大学法学院赫然院长分别代表协办单位致词。

1979年9月12~18日,得改革开放风气之先的老一辈法律史家们,在长春召开了“全国法制史法律思想史学术讨论会”,会上成立了中国法律史学会。这是当时中国法学界成立的第一个全国性学术团体。30年后,吉林大学理论法学研究中心、吉林大学法学院、东北师范大学政法学院、长春理工大学法学院等会议承办、协办单位再次将会议地点选择在长春,以庆祝学会走过的30年的不平凡历程。大会为会议代表们精心制作了“中国法律史学会成立30周年纪念光盘”和“30周年纪念册”,回顾学会成立30年来举办年会、出版文集、通报信息、推动合作、增进友谊等方面的成就。应当说,法律史学科今天的繁荣与发展,是在承担了学术交流活动的组织与协调工作的学术团体——我们的中国法律史学会及广大会员、会员所在单位的努力下取得的。30年历程的回顾,是对往事的纪念,是对未来的憧憬,是对先贤的缅怀,是对后学的激励!

在会议上,中国政法大学终身教授张晋藩先生、中国社会科学院法学研究所韩延龙教授、烟台大学孔庆明教授、“全国外国法制史研究会”会长何勤华教授、吉林省行政学院刘富起教授、西北政法大学冯卓慧教授、中国社会科学院法学研究所高恒教授、西南政法大学俞荣根教授分别在纪念大会开闭幕式上发

言,回顾学会历史,总结学会经验,共商学会发展。未能到会的一些老先生如邱远猷等,也通过撰写回顾文章、发送祝贺词等形式,对大会的顺利召开表达了心愿。钱大群教授在参会的同时,带来了他的精心之作——《唐律疏义译注》,委托大会分发给该领域的相关研究者。大会还特别对张希坡、刘富起、韩延龙、邱远猷、孔庆明、俞荣根、韩玉林、周东平等8位奉献学会活动珍贵资料的学者颁发了奖状和纪念品,以表彰和奖励他们为学会30周年纪念活动所做出的贡献。

经过30年的建设和发展,中国法律史学会已经成为稳定、成熟、健康的学会。为解决学会活动中的人力、物力尤其是财力困难,中国法律史学会在广大会员、会员所在单位、特别是在学会主管(主办)单位中国社会科学院、分管单位法学研究所等各方面的关心、支持和领导下,逐渐摸索出适合学会发展的执行会长制度,由执行会长所在单位负责召集会议并出版会议论文集,解决了困扰已久的会议经费、出版经费等难题。这种适时的、重大的观念创新和制度创新,使学会的办会体制、领导体制、管理体制变得更加适应学会的发展。会议号召广大会员了解、关心、爱护学会,继续建设和发展学会,把我们的学会办得更好。

本次会议的学术主题,是研讨“中国法律传统与法律精神”。与会学者提交了160余篇论文,39位学者分别作了大会主题发言、小组讨论发言,25位学者分别进行了相应的学术点评,4位学者作了小组讨论情况的大会交流。会议发言精彩,点评深刻,会议气氛热烈而融洽,处处体现理性的思考和智慧的灵光,取得了预期效果。会后,承办单位经过认真编辑、校对,将与会学者在大会上的发言、提交大会的论文,结集出版。按会议进行的两个主题——“纪念专题”、“学术讨论专题”分别编排,以展现大会的成果。其中,“纪念专题”方面,大会口头发言,加上学者寄来的文字稿,共10篇次;“学术讨论专题”方面,经与作者联系,并经作者删改,收入文集共90篇学术论文;未联系到作者及作者不愿意加工删改的论文,则未收入文集。

学会顺利地走过了30年。我在2008年重庆年会上,两次提到了“三十年为一世”,来比况我们学会的30年历史。《论语·为政》中,孔子说他自己“三十而立”即年届三十而“有所成”或“有所成立”。按照这一说法,30年,对于个人的人生而言,“三十而立”,经过婴幼儿、少年、青年期的发展和成长,“而立之年”正是成熟、自信、有所作为、富于梦想的时代。按照孔子的另一说法,对于国家政治而言,30年的清明政治,可以使国家和社会发展达到一种“仁”的境界。《论语·子路》说:“子曰:‘如有王者,必世而后仁。’”这里的“世”指“三十年曰世”,“仁”指“仁政”,即“必三十年仁政乃成”。这里,我们可以借用孔子的这两个说法,来看待我们的中国法律史学会。我们学会30年的“立”,就是她经过30年发展,确实已经是成熟的、自信的、富于梦想的,有所作为并且正在大有作为;

而她的“仁”，就是学会发展的成熟、稳定、健康。这是我们最感欣慰的，也是值得自豪的。

那么，“而立之年”之后的我们，应该做些什么呢？

就学会的活动而言，中国法律史学会要继续成为学术交流、学术碰撞、学术批评的崇高殿堂。学会的活动，无论是举办年会，举行小规模的研究，还是出版文集、发布学术信息、组织各种形式的交流，目的都是要为广大会员提供思想碰撞、学术升华的场地，开辟互相借鉴、互相吸收、共同提高的场域。因而，在学术批评方面，善意的批评是绝对需要的；只是需要方式、方法得当。我在阅读过去的会议综述时，看到对于某些学术问题，往往有两种乃至三种观点，自然想到当时肯定有激烈的交锋；翻阅过去的会议记录时，更看到当时会议的热烈讨论的盛况。这是非常有益的，也是健康发展的必要条件。没有学术批评，我们每个人都只能是自说自话。

会员要了解、关心学会。了解学会的历史和现状，关心学会的制度和机制建设，关心学会的成长和发展。这是我们每一个会员的义务。比如，学会的学术年会究竟应该怎样开，怎样确定讨论主题，如何让没能参会的会员了解大会情况，都是我们将来要思考和解决的问题。当然，了解学会，更需了解学会在过去以及当下的学术成就。我注意到，我现在思考的许多问题，在过去的年会中大抵都有所涉及，有的甚至还很深刻。这自然引起了我的反省。我们没机缘参加每一次会议，但学会应该有个机制，使圈内人了解每一次会议的情况。这有利于每个人的学术积累。

关心学会，需要学会会员们互相关心、互相照顾、互相提携、互相善待。这也应该是我们每位会员的担当。学会是会员们互相了解、互相理解、互相尊重的地方。增进会员的联系，增进友谊，是学会的责任。我们要树立这样的观念，保持这样的风气：在学术见解上互不让步，在人格上互相尊重；在学术思想上是“敌人”，在私交上是朋友。希望将来的每次年会，大家都有积极参会的热情，都能毫无顾忌地提出自己的新研究心得，都能得到应有的切磋和交友的收获。这就是我们学会未来的愿景。

让我们为这一愿景努力吧！

目 录

而立之年的回味与愿景(代序)	霍存福(1)
----------------------	--------

上编 中国法律传统

“坐而不偿,偿而不坐”

——汉唐时期法律处置侵损财产行为的一项原则	郭 建(3)
法文化发展的自我逻辑	

——基于《民法典》监护制度的分析	贾国发(8)
试论宋代接脚夫的法律问题	屈超立(14)
关于甘南藏族婚姻习惯法的实证分析	刘艺工 刘利卫(22)
论宗教在满族传统法文化中的作用	赫 然 巫建军(31)
敦煌吐鲁番文书中所见的唐式资料	郑显文(39)
诏制敕与制定法的关系	

——以隋开皇《田令》的修订增补为考察对象	张先昌(49)
历史与现实的平衡:晚清水权纠纷的审理	田东奎(56)
论“中国法”的精神特质	杜文忠 吴 杰(64)

和谐社会与少数民族传统法文化

——摩梭母系制婚姻家庭模式探析	李胜渝 杨 玲(72)
陕甘宁边区高等法院院长更迭的三种思路	刘全斌(80)
中国古代的疑罪处理	蒋铁初(88)
清代未成年人犯罪初论	

——以判例判牍等为中心	郭瑞卿(96)
论中国古代民事证据适用规则	祖 伟(104)
大禹治水与中国传统行政法起源之探究	柳正权(113)
中国亲属法律近代化的三个时期	罗旭南(121)
清朝法律的伦理化特征	

——以妇女奸情犯罪为视角	杨晓辉(129)
--------------------	----------

少数民族习俗对中国传统法律文化的影响	明 辉(137)
论藏区刑事案件赔偿习惯的恢复性司法传统	
——以赔血价和赔命价为个案	张晓蓓 马秀楷(146)
唐代的直诉制度研究	陈 玺(154)
试论南京国民政府时期民事审级制度的改革	李红英(162)
论南宋民事审判的特点	张文勇(170)
狱讼程序辨析及告制探源	南玉泉(178)
传统调解制度的当代启示	王为东(187)
古代讼争频繁的经济制度分析	
——以宋明两朝判词中的田土典卖为例	何 君(195)
西周军法初探	郑全红(201)
论明清时期买卖契约的类型和构成要件	春 杨(209)
我国古代监护制度的法文化特质及当代整合	闫弘宇(221)
传宗接代:清代宗祧继承考论	高学强(229)
论清代法律对故意杀人罪未成年受害人的特别保护	闵冬芳(237)
从清末变法修律看我国审判人员职业化的发展	陈秀平 陈继雄(245)
明清商牙纠纷所见国家商业社会控制的几个特点	黄东海(251)
“情理”法及其文化意蕴初探	邓 勇(259)
从古代律法中“犯奸”看现行刑法的嫖宿幼女罪	
——一种比较法的视角	王华胜(267)
清代司法审判中的讼师与官代书研究	潘 宇(275)
传统中国是一个公法发达的社会吗?	刘文会(282)
论清代民事诉权的构成	
——以对州县衙门审判权的限制为视角	胡 康(290)
浅析“私契”在官府视野中的不同法律地位	张姗姗(299)
唐律“谋杀”考	刘晓林(308)
中国古代契约中的“吉祥语”和“加批语”	
——兼谈古代契约的形式	冯学伟(317)
从明清小说看中国传统诉讼观念	关丹丹(325)

下编 中国法律精神

陕甘宁边区三三制政权建设的主要经验	方克勤(337)
陕甘宁边区确立法律面前人人平等原则的艰难历程和深刻教训	
.....	杨永华 赵 亮(345)

注重法律形式研究,全面揭示古代法律体系和法制的面貌	杨一凡(353)
文化传统比较与司法传统的形成	倪正茂(359)
陪都时期的重庆法律人群体	曾代伟 盛 波(367)
法律的原典与原典的法律	王宏治(375)
古代居丧法律沿革及其思考	丁凌华(383)
孟荀在中国政治法律思想史上的地位	王占通(391)
简论《尚书》中的几个重要范畴	
——中国古代社会政法思想的活头源水	王成儒(400)
“风俗”与“习惯”:中国传统法律语词的近代转换	萧伯符 易江波(408)
惟良折狱及其迁延	陈晓枫(416)
古代法文化背景下的讼师现象探析	林 明 张雅斐(424)
法家“法治”理论及治国作用考析	张锐智(432)
中国传统法文化精神论纲	霍存福(440)
论《尚书·吕刑》法律价值的后世际遇	梁凤荣(447)
儒法法律观的融通	马作武 马 腾(455)
我国大陆近 30 年有关家法族规研究文献综述	袁兆春 张 洁(462)
中国古代民间法浅析	王胜国(468)
《韩非子》与中国古代治吏不治民法律传统的形成	彭炳金(473)
中西文化冲突与传统礼仪法变革	吕 丽(481)
情理法与冤案	
——以公案小说为中心	闫晓君 毛高杰(490)
朱熹司法思想及其现实价值	徐雅芬 朱 潇(498)
岳麓秦律睡虎地汉律简牍与中国古代的法律沿革问题	曹旅宁(507)
简论张家山汉简中的和谐法律思想	曾 加(512)
山西村治中的中西法律传统	周子良 李 芳(515)
汉代司法观与中国传统司法精神	胡仁智(523)
中国古代法制中的“中道”精神	吕志兴(531)
中国古代旌表制度初探	史广全 吴艳艳(539)
弘扬中国传统法律文化,建设环境友好型社会	肖传林(547)
在司法档案中发现中国法律传统	张 勤(553)
试论情理在中国古代司法裁判中的地位与功能	管 伟(561)
对孙中山宪法思想的再认识	宋海春 贾国发(569)
中国法律对毒品的基本态度:厉禁	
——以近代涉外鸦片贸易法制为视角	吕铁贞(577)

再论睡虎地秦简中的“赘律”	朱红林(585)
何启、胡礼垣变法观论略	何云鹏(594)
古代中国私人财产权利不发达的制度因素	魏建国(601)
中西方陪审制度的比较	
——理念、精神与法律现代性反思	马存利(608)
传统法文化中权力控制与法治国家建设	张 溪(614)
中国法制史课程教学改革的若干思考	李永军(620)
《大明律》与明代民事契约制度	徐晓庄(628)
荀子的“法、类”说与中国传统司法的“确定性”问题	魏顺光(636)
朱德法律思想初探	程 皓(645)
民初的地方主义与《湖南省宪法》	蔡浩明(653)
《二年律令·贼律》中所见罪名及其法律精神研究	连 宏(661)
试论藏族传统法律文化在中华法系中的价值与地位	南杰·隆英强(670)
努尔哈赤的法律思想探究	武航宇(677)
明清判牍中的亲属争讼	汪雄涛(685)
中国古代伦纪、情理、法律关系之再辨析	
——兼论董仲舒《春秋》决狱的法律史意义	何 剑(693)
从礼到“礼法”:荀子的礼法思想	沈玮玮(701)

附 录

一、大会开幕式部分

主持致词	杨一凡(711)
开幕词	霍存福(712)
祝贺词	张文显(714)
欢迎词	吴振武(716)
欢迎词:让历史告诉未来	姚建宗(718)
欢迎词	贾国发(720)
欢迎词	赫 然(721)
纪念奖颁奖词	霍存福(722)

二、学会成立 30 周年回顾与展望部分

恢弘意气的 30 年	
——中国法律史学会成立 30 周年感言	张晋藩(724)
难忘的记忆:中国法律史学会成立前后	
——在纪念中国法律史学会成立 30 周年大会上的发言	韩延龙(727)

从法律史学探求法律的价值

- 法律史研究 30 年的心得 孔庆明 (731)
- 回顾与展望感言 何勤华 (733)
- 谈教材与科研成果的可读性问题 刘富起 (735)
- 回顾与学科建设的建议 冯卓慧 (739)
- 回顾感言 高 恒 (742)
- 关于法律史的三个观点 俞荣根 (743)
- 中国法律史学史的里程碑
- 纪念中国法律史学会成立 30 周年 邱远猷 (745)
- 附:1980 年代西北政法学院青年法史教师的教学研究生活
- 王宝来教授日记(1982~1986)摘编 褚宸舸 编 (754)

上编

中国法律传统

“坐而不偿,偿而不坐”

——汉唐时期法律处置侵权财产行为的一项原则

郭 建*

中国古代法律没有完整的“侵权行为”概念,对于侵权公私财产行为一般都作为犯罪处理,赔偿本身也作为一种罪过的惩罚方式。

根据现有史料来看,在汉唐时代,已经确立了这样的原则,侵权他人财产的行为(必须注意排除强盗或窃盗罪名,以及侵权官物等严重犯罪,仅指较为单纯的、和今天法律概念上侵权行为相近的行为),如果是需要判处刑罚的,就无需赔偿;如果是需要赔偿的,就无需判刑。按照唐律的表述,就是“坐而不偿”或者“偿而不坐”(坐即论罪处罚之意,用现代口语就是“只打不赔”或“只赔不打”)。

从湖北云梦秦墓出土竹简的“法律答问”部分有两条涉及侵权财产行为的损害赔偿内容。

小畜生入人室,室人以投(殳)挺伐杀之,所杀直(值)二百五十钱,可(何)论?当赀二甲。

甲小,未盈六尺,有马一匹自牧之,今马为人败,食人稼一石,问当论不当?不当论及赏(偿)稼。^①

前一条:杀死闯入自己家中的他人的小牲畜,小牲畜价值 250 钱,问应如何处理?上级解答,认为应该处以“赀二甲”的财产刑。并未说明是否应赔偿小牲畜的主人。下一条是说,某个身高不足六尺的少年,他放养的马被人弄断了缰绳,马食他人庄稼一石,上级认为无须处罚,只要赔偿庄稼就可以了。从这两条来看,已经可以发现,凡判处刑罚的就无须赔偿,而不处刑罚的就要赔偿(秦律规定身高在六尺以下者不受刑罚)。

湖北江陵张家山汉墓出土的西汉初年《贼律》,也有类似的规定。

* 郭建,复旦大学法学院教授、博士生导师。

① 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社 1978 年版,第 190、218 页。

船人渡人而流杀人,耐之;船啬夫、吏主者赎耐。其杀马牛及伤人,船人赎耐,船啬夫、吏赎(迁)。其败亡粟米它物,出其半,以半负船人、舳舻负二、徒负一;其可纽系而亡之,尽负之,舳舻亦负二、徒负一,罚船啬夫、吏金各四两。流杀伤人、杀马牛,有(又)亡粟米它物者,不负。^①

该条可以分为这样几层意思:(1)渡船发生事故有人死亡的,渡船主人要处“耐刑”(剃光胡须鬓发),当地主管渡船事务的官吏处以“赎耐”(判处耐刑后出钱财抵当刑罚,按照当时的规定是以出黄金十二两来赎免耐刑)。(2)渡船事故中如果有马牛大牲畜溺死、或者伤人的,渡船主人处“赎耐”,主管渡船事务的官吏处以“赎迁”(判处迁刑后出钱财抵当刑罚,按照当时规定是出黄金八两赎免迁刑)。(3)渡船事故中如果有粮食之类的其他财物受损,渡船主人应该赔偿一半,其中舵手应赔偿十分之二、水手赔偿十分之一;如果(装运的财物)是可以用绳索捆扎的,而因没有捆扎牢固导致损毁的,(渡船主人)要全部赔偿,其中舵手仍然赔偿十分之二、水手赔偿十分之一。当地主管渡船事务的官吏各处罚金四两。(4)如果在渡船事故中有人伤亡、或有牛马溺死,同时又损失粮食之类财物的,就不用赔偿。

从该条的内容规定来看,西汉初年的法律中确实存在一项刑罚与赔偿不兼容的原则,两者仅取其一。在上述(1)(2)的情况下,是发生了有人伤亡、损失大牲畜,是严重的侵害行为,在当时被认定为犯罪,所以要处以刑罚。而损毁一般的财物,被认为是一般的侵害行为,只需要赔偿一半;但是如果船方在装载中有疏忽的、可以捆扎而未捆扎导致的损害,作为对船方的处罚,要全额赔偿。最明显的是最后一项规定,如果同时发生伤人、伤马牛,以及毁损财产情况的,就无需就财产的毁损进行赔偿。显然,这是由于立法者考虑到在前两种情况下,行为人已经遭受刑罚处罚,就没有必要再加上赔偿的处罚了。和中国传统刑法中处理数罪并罚的“重罪吸收轻罪”原则相仿,在损害赔偿中,也有着类似的原则,处刑“吸收”了赔偿。

不过在张家山汉墓出土的西汉初年《田律》中,也有一条规定并行采用刑罚与赔偿处置的。

马、牛、羊、羴羴、羴食人稼穡,罚主金,马、牛各一两;四羴羴若十羊、羴当一牛,而令桥(?)稼偿主。县官马牛、羊,罚吏徒主者。贫弗能赏(偿)者,令居县官;□□城旦舂、鬼薪白粲也,笞百,县官皆为赏(偿)主,禁毋牧羴。

^① 《张家山汉墓竹简》,文物出版社2001年版,第134页。

该条规定,发生牲畜啃食人庄稼的,牲畜主人要处罚金刑,马、牛、猪各一两黄金(四头小猪与十头羊相当于一头牛),同时还必须赔偿庄稼主人。如果是官府的牲畜侵害了私人庄稼的,主管的吏以及“徒”(服役的民众)要处罚金,并赔偿庄稼;如果没有钱财的,就要在官府做工抵偿。如果放牧官府牲畜的是在官府服役的罪犯“城旦舂、鬼薪白粲”,就要处以笞打一百下的刑罚,由官府进行赔偿,以后禁止再担任放牧的劳役^①。这或许应该是为了表示“重农”而采取的“又刑又偿”特别措施。

值得注意的是,上述这条侵害耕地庄稼的法律,似乎和民间的观念不尽相同。比如根据《史记·陈涉世家》载秦汉时期的民谣:“牵牛经之田,田主夺之牛。经则有罪矣,夺之牛,不亦甚乎?”踏坏他人田产的行为是“罪”,是需要遭到刑罚处罚的。但在处罪后田主又自行夺牛作为赔偿就是“甚”,是不能被接受的。可见至少在秦汉时,民间所普遍认可的“刑而不偿”。

不过牵牛踩踏他人耕地,是一种被认为具有主观故意、或主观上有重大过失的行为,需要“坐而不偿”。如果认为侵害是完全无意造成的,只需要赔偿就可以了。我们可以举出东汉初年梁鸿的故事为例证:梁鸿年轻时在上林苑牧猪,不慎失火延烧他人住宅,梁鸿主动访寻被烧之家,以其猪群赔偿。主人仍然认为不够,梁鸿表示:“无它财,愿以身居作。”于是在主人家服役,“不懈朝夕”,以劳役抵偿完毕后才归家^②。这也可以作为“偿而不坐”的表现。

从现存《唐律疏议》有关侵损官私财产行为的条文来看,可以发现其总的原则和上述的秦汉时期法律相当。有的是“又坐又偿”,有的是“坐而不偿”,有的是“偿而不坐”,也有的是“不坐不偿”。其区别的主要依据在于加害人的主观要件:凡行为人在主观上有恶意的故意,被认定是严重犯罪的,就要“又坐又偿”;如果认定加害人主观上有较大的过失,仍然作为犯罪处理,但“坐而不偿”或“偿而不坐”;如果行为人主观上并无过错的、或无法防止,就是“不坐不偿”。比如《杂律》中的一条:

诸水火有所损败,故犯者,征偿;误失者,不偿。

《疏》议曰:“水火有所损败”,谓上诸条称水火损败得罪之处。“故犯者,征偿”,若“故决堤防”(徒三年之罪、赃重者准盗论)、“通水入人家”(坐赃论罪),若“故烧官府、廨舍及私家舍宅财物”(徒三年之罪,赃十匹以上绞)有所损败之类,各征偿。其称“失火”(笞五十至杖八十之罪)之处及“不修堤防而致损害”(杖七十之罪及坐赃减三等论罪)之类,各不偿。

① 《张家山汉墓竹简》,文物出版社2001年版,第167页。

② 《后汉书》卷一一三《逸民传梁鸿》。