

武汉大学刑法学博士文库

犯罪过失研究

林亚刚 著



A0938586

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

犯罪过失研究/林亚刚著. —武汉: 武汉大学出版社, 2000. 4
(武汉大学刑法学博士文库)
ISBN 7-307-02971-5

I. 犯… II. 林… III. 过失(法律)—研究—中国 IV.
D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 18315 号

责任编辑: 郭园园 责任校对: 王 建 版式设计: 支 笛

出版: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

发行: 新华书店湖北发行所

印刷: 湖北省荆州市今印集团有限责任公司

开本: 850×1168 1/32 印张: 10.375 字数: 267千字 插页: 4

版次: 2000年4月第1版 2000年4月第1次印刷

ISBN 7-307-02971-5/D·418 定价: 13.50元

版权所有, 不得翻印; 凡购买我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题者, 请与当地图书销售部门联系调换。

第一章 犯罪过失的概念及本质

第一节 我国古代刑法中的犯罪过失概念

一、我国古代刑法中犯罪过失概念之源考

在刑法的发展历史上，犯罪过失是对应于犯罪故意而存在的概念。

在我国古代的历史文献中，“谋”、“故”、“不识”、“过失”、“误”、“遗忘”等表示犯罪之人主观心理状态的法律术语，直至清末制定《大清新刑律》之前，始终只是作为区分刑事责任程度的情节，而不是区分刑事责任有无的主观要件。然而，在古代历史文献中，有关罪过的记载，据史学家的考证，是与“刑”的记载几乎同时出现的。在有关记载氏族社会末期的历史文献中，已经有了根据行为人主观罪过的不同（故意、过失），区分行为恶性给予不同处罚的思想。

记载“过失”这一法律术语最早的文献，目前有不同的认识，蔡枢衡先生认为，在现存文献中，最早的是《周礼·秋官·司刺》的“三宥”制度。即，“一宥曰不识，再宥曰过失，三宥曰遗忘”之说^①。第二种观点则认为，有关“过失”记载最早的史

^① 参见蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第185页；姜伟：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社1992年版，第243页。

料,是《尚书·舜典》的“眚^①。灾肆赦,怙终贼刑”之说,注云:“眚,过;灾,害;肆,缓;贼,杀也。过而有害,当缓赦之;怙奸自终,当刑杀之。”^②清代学者沈家本在其《历代刑法考》中考证说:“疏:‘《春秋》言肆眚者皆为缓纵过失之人。是肆为缓也,眚为过也。过而有害,虽具状合罪,而原心非故如此者,当缓赦之;小则恕之,大则有之。’”^③第三种观点认为,《周礼》中的“三宥”制度并不是后世刑法中过失的渊源,而是臣僚因公犯罪,误失、遗忘的渊源。并认为,首次提出过失概念的,是西晋张斐《律注表》提出的“不意误犯谓之过失”。理由主要是,“三宥”这一刑制是否对定诸侯狱讼的邦典、断卿大夫狱讼的邦法和庶民狱讼的邦成均适用,因史料不足,殊难考证。但根据《唐律》中对臣僚犯罪分别规定不识、过失、遗忘的刑事责任推定,“三宥”制度在西周时期只适用于断卿大夫狱讼的邦法,而不适用于处理庶民狱讼案件^④。

我认为,《尚书》所载历史是从唐尧时代起,虽然书出自西周,但距唐尧时代较近,而且,虽因孔子删书,断自唐尧,也不能排除儒家托古改制,神化尧舜事迹。此前之史,诚如“因史不足,殊难考其究竟”,^⑤但古文献中“眚”指“过失”、“过错”而言却是不争的记载。至少说明在西周时期对无犯意而危害社会的行为已有认识。

① “眚”即指过失,见《中华大字典》,中华书局1978年版,第1557页。

② 参见贾宇:《犯罪故意研究》,武汉大学博士学位论文1995年印,第1~2页;周密:《中国刑法史》,群众出版社1985年版,第41页。

③ 沈家本:《历代刑法考》(四),中华书局1985年版,第2121页。

④ 参见宁汉林、魏克家:《中国刑法简史》,中国检察出版社1997年版,第117~118、121页。

⑤ 宁汉林、魏克家:《中国刑法简史》,中国检察出版社1997年版,第117页。

蔡枢衡先生对西周“三宥”制度考证后指出：“从制度成熟的程度看，决非创始于周代，而是承自商代甚至夏代的。当然，也绝不像是后人伪造的。”^①《尚书·舜典》记载：“象以典刑，流宥五刑……眚灾肆赦，怙终贼刑。”《尚书·大禹谟》中也有“宥过无大，刑故无小”的记载。这些记载的真伪后世虽然有异议^②，但从西周时期奴隶制刑法中关于罪过具有比较完整的规定来看，应当说，并非完全没有史实根据。我还认为，据《周礼·秋官·司刺》的记载谓：“司刺掌三刺、三宥、三赦之法，以赞司寇听狱讼。壹刺曰讯群臣，再刺曰讯群吏，三刺曰讯万民。壹宥曰不识，再宥曰过失，三宥曰遗忘。壹赦曰幼弱，再赦曰老旻，三赦曰蠢愚。以此三法求民情，断民中，而施上服下服之罪，然后刑杀。”虽然说符合宁汉林、魏克家两先生“其时八议八成之法，三宥三赦之制，胥纳之于礼中”^③，不是具有普遍意义的刑法制度，但“不识”、“过失”、“遗忘”无论是否专指臣僚因公犯罪，不可否认它包含着现代刑法意义上的“过失”之含义。所以，我认为，记载“过失”心理态度最早的文献，应在西周时期。张斐《律注表》提出的“不意误犯谓之过失”应当看作是对古人“眚”、“不识”、“误”、“过失”、“遗忘”等表示无犯罪动机心理的进一步区分和阐释，不宜视为首次提出的过失的概念。

胡鹰博士认为：“由于尧舜时代的史事只是一种传说，而在奴隶制前也不存在所谓犯罪与刑罚，所以舜帝时代有过失犯罪思想的推测并不可靠。但《尚书》既有此记载，至少表明西周时期已有过失犯罪的思想当无疑义。”^④ 这里胡鹰博士对舜尧时代有

① 蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第185页。

② 据清代学者丁晏考证，《伪古文尚书》系三国时期魏王肃所伪造。

③ 程树德：《九朝律考》，商务印书馆1934年重印版，第11页。

④ 胡鹰：《过失犯罪研究》，中国政法大学出版社1995年版，第2页。

无过失犯罪思想所持的怀疑态度,是基于原始社会不存在所谓的犯罪与刑罚,但也并没有否定在当时已可能产生区别“故”、“过”而予以惩罚(非指刑罚)的思想。

二、我国古代刑法中犯罪过失概念的变迁及评价

如前所述,在我国古代文献记载中,关于“过失”的刑法思想和刑事政策起源很早。在西周时期,奴隶主对于适用刑罚要考虑“故”和“失”的思想,在文献中已有记载,西周政治家周公旦就主张:“人有小罪,非眚,乃惟终,自作不典式尔,有罪厥小,乃不可不杀。乃有大罪,非终,乃惟眚灾,适尔,既道极厥辜,时乃不可杀。”^①这也表明“三宥”制度中确立的重罚故意犯,轻罚非故意犯的刑法思想和刑事政策在西周时期得到进一步确立。而且,事实上也为后世各朝代的统治者所继承。

所谓“三宥”制度,“一宥曰不识,再宥曰过失,三宥曰遗忘。”“不识”,《说文解字》谓:“识,知也。”《文选·五君咏》注:“分别是非谓之识。”郑司农注释为:“不识,谓愚民无所识则宥之。”这里的“愚民无所识”,似应解释为精神正常但不知法令如何规定之人。恰如“律令一定,愚民知所避,奸吏无所弄矣”^②所说的“愚民”一样,当律令一旦确定,百姓就知道应当回避什么,奸猾的官吏也就无从玩弄法律条文。所以,按照我国古代的传统说法,将不知法令之人解释为“愚民”是比较恰当的。但这样一来,“不识”应为“法律错误”,与现代意义上的过失联系不紧密。郑玄则将“不识”注释为:“识,审也。”则不识也就是不审之意。郑玄并举例:“不审,若今仇雠当报甲,见乙,诚以为甲而杀之者。”所举之例,为现代刑法学上的“对象错

^① 《尚书·康诰》。

^② 《汉书刑法志》,载高潮、马建石主编:《中国历代刑法志注释》,吉林人民出版社1994年版,第34页。

误”，严格地说也不属于过失犯罪的范畴，至多是过失与故意罪过有竞合而已。蔡枢衡先生认为：“识是知识，亦即有辨别。不识就是行为人在行为时对自己成为犯罪的行为，危害的对象或结果，全不了解或了解不够。”^①从这一解释来看，“不识”而有的，既包括“法律错误”的内容，也包括“疏忽”以及“对象错误”的内容。

“过失”，《说文解字》谓：“失，纵也。”《广雅·释詁》三注：“过，误也。”郑玄对此注释为：“过失，若举刃欲斫而轹中人者。”郑玄虽对此并无进一步解释，但在《周礼·地官·调人》对“过而杀伤人者，以民成之”的注释中说：“过，无本意也。”表明不是出于本意而杀伤人的，是过失。晋代律学家张斐在《律注表》中规范式地列举了二十多种法律概念，其中指出：“其知而犯之，谓之故，意以为然谓之失……无变斩击谓之贼，不意误犯谓之过失。”^②这里张斐将“失”与“故”相对，将“不意误犯，谓之过失”与“无变斩击，谓之贼”并列，表明“失”与“过失”应存在一定的区别。其“失”的含义中明显包括现代意义上“事实错误”的内容。但对于“过失”，郑玄和张斐都突出了强调“无本意”、“不意”，表明“过失”是主观上不具有犯罪的意图，是因没有认识到结果而犯罪的，蔡枢衡先生也认为“过失”是“认识不符合实际，实际发生的事实出乎自己的意料。”^③所以，“过失”理解为“无意识而犯罪”的“无认识过失”是确切的。但也有学者认为《周礼》中的“过失”，按现代刑法理论，应属于“过于自信过失”^④。该见解还值得商榷。

① 蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第186页。

② 《晋书刑法志》，载高潮、马建石主编：《中国历代刑法志注释》，吉林人民出版社1994年版，第92页。

③ 蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第186页。

④ 参见侯国云：《过失犯罪论》，人民出版社1993年版，第68页。

对于张斐在“过失”的注释中连用“不意”与“误犯”，清代学者沈家本评析说：“张斐《律注表》：‘不意误犯谓之过失。’又云：‘过失似贼，戏似斗，斗而杀伤旁人，又似误。’其‘不意’二字，即本诸康正^①之非本意，而又加‘误犯’二字，于是二者又混合难分。”^②对此，有学者认为：“张斐所称的‘误’，与郑玄为《周礼·地官·司救》注中所称‘误以行伤人’的‘误’是一个意思，即过失行为。‘不意误犯’，即是非出自本意的过失行为。这里并不存在什么混合难分的问题。”^③

对于张斐“意以为然谓之失”，有学者认为是张斐总结晋代以前的历史经验，制作了刑法上的错误概念，区分了故犯罪与误犯罪的界限，是刑法发展史上的进步^④。也就是说，是对“三宥”之制“不识”含义的进一步阐述。但也有学者认为，这里更强调的是主观上已具有一定认识，轻信结果可以避免，类似“有认识过失”^⑤。日本学者西田太一郎就认为，“意以为然谓之失”与“不意误犯谓之过失”二者有区别。他认为前者强调的是“想当然”，这其中包含着“错误”的情况而有别于后者的“过失”。并认为“失”是张斐为与“过失”相区别而专门创造的用语，为表示一般意义上的过失行为并使之与“故”相对。“失”包括轻罪的“过失”也包括“错误”，以“误”作“失”的同义语，而

① 康正即郑玄之字。

② 沈家本：《历代刑法考》（四），中华书局1985年版，第2122页。

③ 张晋藩等：《中国刑法史新论》，人民法院出版社1992年版，第317页。

④ 参见宁汉林、魏克家：《中国刑法简史》，中国检察出版社1997年版，第119页。

⑤ 参见张晋藩等：《中国刑法史新论》，人民法院出版社1992年版，第314页。

与“过失”相区别^①。对于上述不同认识，联系《唐律》，特别是唐代以后宋、元、明、清的刑律，只将因过失而杀伤人运用“过失”一语，并逐渐以“过”、“误”等取代张斐的“以为然谓之失”之意，来表示广义上的过失行为，我认为后一种见解更贴近“以为然谓之失”的原意。

“遗忘”，《说文解字》谓：“遗，亡也，忘，不识也。”从字义上讲，遗忘就是本有认识，临时忘记了^②。郑玄对此注释为：“若间帷薄忘有在焉者而以兵矢投射之。”显见是指因疏忽杀伤人的情况。从“过失”与“遗忘”虽可以同属杀伤人但却以不同概念予以表述，两者之间应存在区别考虑，可以说“遗忘”而犯罪，具有现代意义上无认识过失中“忘却犯”的萌芽。

《唐律》是我国封建制刑法的集大成者，其《名例律》中虽并没有规定犯罪故意与犯罪过失的专条，但在具体罪名中多有规定。在《唐律》中，非故意犯罪的规定有以下几个特点：

第一，法典趋于严整化，有关在法律上和事实上认识错误的规定，大体上已与“过失”的心态有所区别。例如，《名例律》：“本应重而犯时不知者，依凡论；本应轻者，听从本。”即本应为重而犯时误以为轻，是对法律有认识错误，则依凡论；相反的情况下，则依法律规定处罚。《诈伪律》：“诸诈教诱人使犯法，犯者不知而犯之。”疏议曰：“鄙俚之人，不闲法式，奸诈之辈，故相教诱，或教盗人财物，或教越度关津之类。犯者不知有罪，教令者故相坠陷，故注云‘犯者不知而犯之。’”^③显见对法律的认识错误采取“不知法不赦”，即使不知行为违法，仍要依法处断。

① 参见〔日〕西田太一郎著，段秋关译：《中国刑法史研究》，北京大学出版社1985年版，第111～116页。

② 参见蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第186页。

③ 《唐律疏议》，中华书局1983年版，第469页。

再如，对象认识错误“数人共谋杀甲，夜中匆遽，乃误杀乙者，科以故杀罪”的规定，与现代刑法对象错误的处断原则有相似之处。可以说，有关认识错误的规定，发展至唐代已相当成熟，宋、元、明、清各代的刑律，基本上沿用，没有大的发展。

第二，表述非故意心理的立法例与用语进一步明确化、定型化。根据《唐律》中的规定，非故意心理态度，称之为“失”、“误”、“过失”、“不觉”、“备虑不谨”等。但“过失”用语，只限定于过失杀伤人的场合，对于毁坏器物、杀伤牲畜等方面的过失行为，则不用“过失”一语，而多以“误”表示。“失”则用于概括官吏公务方面的过失行为，“误”则作为“过失”中的一种，对官吏和庶民都适用^①。“不觉”、“备虑不谨”等，则是用于某种具体过失行为。这样的立法体例与刑事政策，宋、元、明、清各代的律典相沿，基本上未变化。例如，《明律》对于过失杀伤的注释为：“初无害人之意而偶致杀、伤人者。”《清律》戏杀、误杀、过失杀伤人条：“若过失杀伤人者，较戏杀愈轻，各准斗杀、伤罪，依律收赎，给付其被杀伤之家。”类似的规定，几乎与《唐律》的规定相同。

第三，非故意心理的法律注释进一步具体化、明确化。东汉之后，对律的注解盛行，律家蜂起。到晋代时这种风气更盛，各派并列，观点学说极不一致。《南齐书·孔稚珪传》中有张斐与杜予“同注一章，而生杀相殊”之说^②。唐代学者长孙无忌等，在总结前朝，特别是在总结汉律、晋律的立法、司法以及注律经验的基础上，对《唐律》中的注释更为具体、明确。例如，对《斗讼律》过失杀伤人条的“过失”注释为：“谓耳目所不及，思虑

① 参见〔日〕西田太一郎著，段秋关译：《中国刑法史研究》，北京大学出版社1985年版，第99～109页。

② 参见〔日〕西田太一郎著，段秋关译：《中国刑法史研究》，北京大学出版社1985年版，第116页。

所不到；共举重物，力所不制；若乘高履危足跌及因击禽兽，以致杀伤之属，皆是。”疏议注云：“谓耳目所不及，假有投砖瓦及弹射，耳不闻人声，目不见人出，而致杀伤；其思虑所不到者，谓本是幽僻之所，其处不应有人，投瓦及石，误有杀伤；或共举重物，而力所不制，或共升高险，而足蹉跌；或因击禽兽，而误杀伤人者；如此之类，皆为‘过失’。称‘之属’者，谓若共捕盗贼，误杀伤旁人之类，皆是。”^①这也就是说，当未能充分注意，缺乏谨慎而发生的杀伤人的，为“过失”。强调“过失”的无本意、无认识因素的特点，与现代刑法上“无认识过失”相类似。当然，在上述注释中，也包含显然应属不可抗力情况，以过失论，实属强人所难。但应当承认，《唐律》不仅继承了“眚灾肆赦”、“宥过无大、刑故无小”的刑事政策和刑法思想，而且有所发展，特别是对律条的注释，基本上为后世各代刑法所沿袭。如关于过失杀伤人的注释，《明律》、《清律》几乎与《唐律疏议》所作的注释没有什么差别^②。

在我国古代刑法中，用于表示无犯罪意图的用语除上述几种外，还曾使用“不端”、“弗知”、“过”、“误”或“过误”等，比较混乱。

“不端”、“弗知”是秦代刑法中与作为故意的“端”相对的概念。在睡虎地出土的秦墓竹简《法律问答》中，“不审”是作为“不端”的注释的。据“审”为“识”之意，“不端”显然是包括“法律错误”、“事实错误”在内的广义上的非故意心理。但《秦律》中区分故意和非故意的“端”与“不端”，何故未被后世刑法所继承，因史料缺乏，难以考证。

“过”的含义与“误”相同，《广雅·释詁》：“过，误也。”

① 《唐律疏议》，中华书局1983年版，第426—427页。

② 参见宁汉林、魏克家：《中国刑法简史》，中国检察出版社1997年版，第122页；《大清律例》，天津古籍出版社1993年版，第458页。

“误”、“过误”作为刑法用语，在汉代已经固定下来^①。如“法令有故误。传命之谬，于事为误。误者，其文则轻。”^②东汉王充在《论衡·答佞》中说：“故曰：刑故无小，宥过无大……故贼加增，过误减损。”其“过”、“误”都是在与“故”相对的意义上使用。不过蔡枢衡先生认为，汉代将不识、遗忘和误认对象，概括为“误”，是汉代人误解《尚书·大禹谟》“宥过无大，刑故无小”二句文义的结果^③。值得注意的是，从唐代起，在正式的律文中，“误”用以概括广义上的过失行为，排斥使用“过”、“过误”的用语。

“误”，从其使用的规范角度考察，是指应知而误犯的情况，也就是本应集中注意力而且能够这样做，但却没有能实施导致正确结果的行为。由此，“误”更强调的是在认识上的错误，以及认识与行为之间的差误。例如，《唐律·斗讼律》：“诸斗殴而误杀伤傍人者，以斗杀伤论，至死者减一等。”疏议：“‘斗殴而误杀伤傍人者’……或死或伤者，以斗杀伤论。不从过失者，以其原有害心，故各依斗法。”^④《既库律》：“诸故杀官私牛马，徒一年……其误杀伤者不坐，但偿其减价。”疏议：“误杀伤者，谓目所不见，心所不意，或非系放畜产之所而误杀伤，或欲杀猛兽而杀伤畜产者。”^⑤可见，“误杀伤傍人”有“打击错误”或“对象错误”之义，不以“过失论”是因为原就有杀伤之意。而“误杀伤畜产”的注文，虽与“过失杀伤人”的注文几乎没有什么区别，之所以不为“过失”，也因对象不同。对此蔡枢衡先生总结为

① 张晋藩等：《中国刑法史新论》，人民法院出版社1992年版，第315页。

② 《后汉书·郭躬传》。

③ 蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第187页。

④ 《唐律疏议》，中华书局1983年版，第422～423页。

⑤ 《唐律疏议》，中华书局1983年版，第283页。

“过失与误的区别，似在：误是关于对象的认识或不认识，不符实际；过失则是指关于行为的认识或不认识，与实际不符。”^①

清末，清政府在汲取西方资产阶级国家立法经验的基础上，于1910年10月25日颁布了《大清新刑律》。该刑典除了在失火罪中使用“失”之外，对其余的过失犯罪均直接使用了“过失”这一法律术语，并使过失心态成为区分刑事责任有无的主观要件。《大清新刑律》虽然未及实施就随清政府的倒台而成为一纸空文，但立法上“过失”的规定标志着“过失”的法律术语完成了从古代到现代意义上的重大变革。

从我国古代刑法中有关记载无犯罪意图的犯罪来看，我们可以得到以下认识：

第一，在古文献所载有关无犯罪意图的“不识”、“过失”、“误”、“遗忘”、“失”、“误”等法律术语，并非仅指现代刑法意义上的过失的情况而言，有关的注释表明其中包含着现代刑法意义上的“法律认识错误”、“事实认识错误”以及“不可抗力”，反映了古代刑法对无犯意犯罪罪过内涵及外延在认识上的概括性。

第二，从最初笼统表述无犯罪意图的“眚”，到包含着法律认识错误、事实认识错误的“过失”、“遗忘”、“不识”，以至到唐代以后有区别使用包括法律认识错误和事实认识错误的“过”、“失”、“误”、“过失”，这表明了在我国古代刑法中，犯罪过失概念的内涵和外延的逐步明确化、具体化。

第三，我国古代刑法中表述无犯罪意图过失的概念，主要在于“无认识过失”，强调对事实或结果“无本意”。如张斐和郑玄的注释都突出强调了“无本意”、“不意”为“过失”，长孙无忌在注释“过失杀伤人”时也谓“耳目所不及，思虑所不到”。将对事实等有认识的“有认识过失”排斥在过失罪过之外，反映了

^① 蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第187页。

在认识上的局限性。

第四,我国古代刑法中对非故意罪过而构成犯罪的,侧重于通过伦理规范来指导人们的行为,以预防和减少犯罪。对“过失”、“宥过无大”的刑事政策和刑法思想,在《唐律》中得到明确的体现,《名例律》前言中说:“德礼为政教之本,刑罚为政教之用。”^①明显地表现出适用刑罚只是作为一种辅助性手段的特点。“犯罪与违反伦理道德几乎是同义语。儒家的传统道德不仅是每个人日常生活中的行为准则,而且也是认定犯罪决定刑罚的重要依据……如果把中国传统刑法称为‘伦理的刑法’,这种说法并非言过其实。在这种刑法中,道德规范与法律规范浑然一体,道义责任与刑事责任合二为一。”^②

第二节 近现代西方国家刑法中过失犯罪的规定及犯罪过失的概念

一、西方国家刑法中过失犯罪概览

近代西方国家刑法中过失犯罪的立法,起源于古罗马法的规定与精神,但有关犯罪过失的概念,直至中世纪后期才产生于意大利注释法学中。与中国奴隶社会、封建社会刑法对罪过的规定相比,由于西方国家的统治者不同于我国古代统治者侧重于通过伦理规范来指导人们的行为,而是侧重于通过刑罚的惩罚作用来维护社会秩序,因此,其刑法显得较为落后和野蛮。

^① 《唐律疏议》,中华书局1983年版,第3页。

^② 陈晓枫主编:《中国法律文化研究》,河南人民出版社1993年版,第303页。

在西方奴隶社会最有代表性和最完备的法律——古罗马《十二铜表法》中，有根据不同罪过形式处刑的规定，例如，第八表“私犯”中规定，烧毁房屋或堆放在房屋附近的谷物堆，如属故意，则捆绑鞭打之，然后烧死；如为过失，则责令赔偿损失，无力赔偿，则从轻处罚。故意杀人的处死刑，过失致人死亡的，应以一只公羊祭神，以代替本人。但即使有这样的立法，也比我国西周时期已有关于处罚过失犯罪的规定晚了几个世纪。公元5世纪至8世纪欧洲封建社会初期的重要法典，是直接来源于日尔曼习惯法的法兰克王国的《撒利克法典》，该法典中仍然实行的是客观责任。其中虽已有“故意”的规定，但只不过是宗教、哲学以及伦理学中的“善”与“恶”中引申出来的。而且对故意、非故意行为也没有加以区别。从12世纪开始，遵循绝对原则的英国法律，在受到罗马法以及教会法的影响下，开始对个别犯罪进行心理因素分析，才使主观犯意逐渐成为刑事责任的基础。1644年，英国学者爱德华·科克（Coke）在其著作《英国法总论》中明确提出：“无罪过的行为不是犯罪行为。”^①

但是，对西方近代过失犯罪的刑事立法影响最深的，还是近代启蒙思想家的有关论述和思想。针对中世纪欧洲大陆广泛实行罪刑擅断和滥罚无辜，新兴资产阶级启蒙思想家们对司法专横进行了猛烈的抨击，提出了“无罪过者无责任”的口号^②。意大利刑事古典学派的代表人物贝卡利亚（Beccaria），关于重视主观罪过，避免客观归罪的思想；德国刑法学家费尔巴哈（Feuerbach）关于将过失作为行为有责性要素，主张无责任则无刑罚的思想，对近代西方国家过失犯罪的立法产生了直接的指导作用，并成为

① 转引自甘雨沛、杨春洗、张文主编：《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版社1992年版，第119页。

② 胡鹰：《过失犯罪研究》，中国政法大学出版社1995年版，第15页。

过失犯罪刑事立法的理论基础。

反映近代西方刑事立法成就的刑法典，是1810年法国刑法典、1871年德国刑法典、1903年俄国刑法典以及1907年日本刑法。在1810年法国刑法典总则中，虽尚无关于过失犯罪的一般规定，但在分则中通过“轻率”、“疏忽”、“懈怠”、“不注意”、“不熟练”等，规定了具体的过失犯罪。德国1871年刑法典虽然同样没有在总则中设置关于过失犯罪的一般规定，但设置的关于事实认识错误的条款，涉及到这一问题。该法典第59条第1项规定：“行为人犯罪时，如对于法律所定构成犯罪事实要件的情况的存在并不知悉，或者对于加重处罚的情况的存在并不知悉者，此项情况不应归行为人负责。”第2项规定：“处罚过失犯罪时，以犯人的不知情况并非由于应归其负责的过失为限，始适用第1项。”此外，该法典还规定了业务过失犯罪的条款，初步确立了对业务过失犯罪处罚重于普通过失犯罪的原则。

西方近代刑事立法中过失犯罪立法真正趋于科学化的，是在19世纪末20世纪初期之后。这一时期的立法随着立法经验的积累和立法技术水平的提高，在刑法总则中开始有了对过失犯罪的一般规定。最具代表性的是日本1907年刑法，该法第38条第1款规定：“无犯罪意思之行为不罚，但法律有特别规定时不在此限。”这是近代西方国家在总则中首次以立法形式确立犯罪以处罚故意为原则，以处罚过失为例外的立法例。这一立法原则和立法例，相继为众多国家所效仿^①。例如，1976年联邦德国刑法典第15条第1款：“本法只处罚故意行为，但明文规定处罚过失行为的，不在此限。”意大利1968年修正刑法典第42条第1款：“刑法规定处罚之作为或不作为除行为人明知并有意为之者外，不得处罚。”

^① 参见胡鹰：《过失犯罪研究》，中国政法大学出版社1995年版，第15～17页。

除上述立法例外，有些国家或地区更进一步在刑法典中规定了过失犯罪的概念，例如，1974年奥地利刑法典第6条第1款：“行为人依其情况应注意，且按其精神及身体状况能注意，而怠于注意，致发生其不知之法定构成事实者，为过失。”第2款：“认识该事实可能实现，而未希望其发生者，以过失论。”韩国1953年刑法典第14条第1款：“由于疏忽大意，未认识到犯罪构成要件之事实的行为，其处罚以法律有特别规定者为限。”此外，西班牙、巴西等国刑法典，在立法上基本上都确定了过失犯罪的概念。对于这些规定，依我们看来，有些是值得肯定的，比如奥地利刑法典的规定。但有些也是不尽合理的。例如，韩国刑法的规定，很易使人认为过失仅指无认识这一种形式，而不包括有认识过失的情况。虽然从理论上讲学者们将“未认识事实”解释为包括有认识过失在内，但毕竟依据其法的规定来看很牵强，而且从逻辑上说，无论怎样解释，将“无认识”说成“有认识”都是不好理解的。

二、近现代西方学者的犯罪过失的学说

如前所述，犯罪过失是对应于犯罪故意而存在的概念，但这并不是说犯罪过失的概念只是从属于犯罪故意概念而存在。然而，不可否认，犯罪过失的概念逐渐走向成熟，则是与犯罪故意的研究有着最直接、最密切的联系。换言之，“过失，以不存在故意时才能成为探讨的问题”^①，所以，对犯罪过失的认识过程，是在相对于犯罪故意的认识过程中产生的。有必要说明的是，关于犯罪过失概念的学说，实际上是关于犯罪过失本质的学说，由于笔者对此问题专门设一节予以讨论，因此，这里仅就有关界定过失本身的不同学说作简要的评述。

① [日] 团藤重光主编：《注释刑法》（2）之Ⅱ（总则）（3），有斐阁1981年日文版，第380页。