

● 法 学

我国古代刑法中的犯罪过失概念剖析

林 亚 刚

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 林亚刚(1952-),男,湖北孝感人,武汉大学法学院法律学系副教授,法学博士,主要从事刑法学研究。

[摘 要] 在法的发展历史上,犯罪过失是对应于犯罪故意而存在的概念。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”;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。

[关键词] 犯罪过失;古代刑法;概念;剖析

[中图分类号] DF 6 [文献标识码] A [文章编号] 1000-5374(2000)03-0348-04

一、源 考

在法的发展历史上,犯罪过失是对应于犯罪故意而存在的概念。古代历史文献中,“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,其中有关罪过的记载,据史学家的考证,是与“刑”的记载几乎同时出现的。

记载“过失”这一法律术语最早文献,目前有不同的认识,蔡枢衡认为,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 185 页)。第二种观点则认为,有关“过失”记载最早的史料,是《尚书·舜典》的“眚灾肆赦,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](第 41 页)。清代学者沈家本在其《历代刑法考》中考证说:“疏:《春秋》言肆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,大则宥之”^[3](第 2121 页)。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”。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。

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”^[4](第 117 页),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已存在对无犯意而危害社会的行为已有认识。

蔡枢衡对西周“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](第 185 页)。《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,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。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,再赦曰老旄,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。”的记载,虽然说符合西汉林、魏克家二位之“其时八议八成之法,三宥三赦之制,胥纳之于礼中”^[5](第 11 页)。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”应当看做是对古人“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。

二、变迁与评价

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,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”,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。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有过竞合而已。蔡枢衡认为:“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](第 186 页)。从这一解释来看,“不识”而宥的,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,若举刃欲斩而轶中人者。”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》中列举了 20 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”^[6](第 92 页)。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”^[1](第 186 页)。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”^[7](第 68 页)。该见解还值得商榷。

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,即本诸康正之非本意,而又加‘误犯’二字,于是二者又混合难分”^[3](第 2122 页)。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,即过误行为。‘不意误犯’,即是非出自本意的过误行为。这里并不存在什么混合难分的问题”^[8](第 317 页)。

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](第 119 页)。也就是说,这是对“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”^[8](第 314 页)。日本学者西田太郎认为,“意以为然谓之失”与“不意误犯谓之过失”二者有区别。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”。“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,而与“过失”相区别^[9](第 111 页)。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“意以为然谓之失”之意,来表示广义上的过失行为,我认为后一种见解更贴近“意以为然谓之失”的原意。

《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,但在具体罪中多有规定。在《唐律》中,非故意犯罪的抑

定有以下几个特点:第一,法典趋于严整化,有关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。’”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。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”则用以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。“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·孔稚圭传》中有张斐与杜预“同注一章,而生杀相殊”之说^[9](第 116 页)。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,或共登高险,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。”^[10](第 426 页)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的情况,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。

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·释诂》三:“过,误也。”“误”、“过误”作为刑法用语,在汉代已经固定下来。如“法令有故误,传命之谬,于事为误。误者,其文则轻。”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。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。”^[10](第 422 页)《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。”^[10](第 283 页)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。对此蔡枢衡总结为:“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](第 187 页)。

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,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情况,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罪意图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了强调“无本意”、“不意”,为“过失”,长孙无忌在注释“过失杀伤人”也为“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》中得到明确体现。《名例律》前言中说:“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”,表现出适用刑罚只是作为一种辅助性手段的特点。

参 考 文 献

- [1] 蔡枢衡. 中国刑法史 [M]. 南宁: 广西人民出版社, 1983.
- [2] 周密. 中国刑法史 [M]. 北京: 群众出版社, 1985.
- [3] 沈家本. 历代刑法考: 四 [Z]. 北京: 中华书局, 1985.
- [4] 宁汉林, 魏克家. 中国刑法简史 [M]. 北京: 中国检察出版社, 1997.
- [5] 程树德. 九朝律考 [Z]. 上海: 商务印书馆, 1934.
- [6] 高潮, 马建石. 中国历代刑法志注释 [M]. 长春: 吉林人民出版社, 1994.
- [7] 侯国云. 过失犯罪论 [M]. 北京: 人民出版社, 1993.
- [8] 张晋藩. 中国刑法史新论 [M]. 北京: 人民法院出版社, 1992.
- [9] [日] 西田太一郎. 中国刑法史研究 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1985.
- [10] 长孙无忌. 唐律疏议 [Z]. 北京: 中华书局, 1983.

(责任编辑 车 英)

Negligence in Antique Chinese Criminal Law: Concept

LIN YA-gang

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography LIN Ya-gang (1952-), male, Doctor, Associate professor, Wuhan University Law School, majoring in criminal law.

Abstract Linking with the meaning of negligence in modern criminal theory, the author sorted out the related historical documents and scholars' arguments, concluded the regulation's distinct of negligence in antique Chinese criminal law, then put forward another opinion.

Key words criminal negligence; antique criminal law; concept; analysis