

# 刑法 新青年

NEW  
YOUTH  
IN  
CRIMINAL  
LAW

# 刑法之声

车浩 主编  
赵春雨 副主编

全国青年刑法学者  
在线讲座 ③



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 刑法 新青年

NEW  
YOUTH  
IN  
CRIMINAL  
LAW

# 刑法之声

车浩 主编  
赵春雨 副主编

全国青年刑法学者  
在线讲座 ③





北京大學出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



## 版权信息 COPYRIGHT

书名：刑法之声：全国青年刑法学者在线讲座（一）

作者：车浩 主编；赵春雨 副主编

出版社：北京大学出版社

出版时间：2021年11月

ISBN：9787301325711

字数：217千字

本书由北京大学出版社有限公司

## “刑法新青年”总序

### 让青年学者的光芒被看见

1949年中华人民共和国成立以来，历经几代学者的艰辛探索，累积几代学者的卓越贡献，刑法学在构建理论和指导实践两个维度，均取得了长足进步，但近年来也都开始面临瓶颈。一方面，一些源于实践但未能提升的经验性知识难脱碎片化和常识性，不能满足理论体系化和纵深发展的内在需求。另一方面，中国社会每年有数百万起刑事案件，疑难复杂问题层出不穷，司法前线亟须理论驰援。然失之于粗疏的传统学说无力应战，解释力捉襟见肘，说服力常显不足。当代中国刑法学在前进中，逐渐抵达旧有研究范式的边界。

突破边界的希望在青年刑法学者身上。青年代表着活力和创新。青年时期的作品未必成熟，却是一个学者最有锐气和激情的探索，预示着一个学科临界知识的裂变，遥见个人未来学术巅峰的气象。立足于前辈学者积累的传统，受益于学术开放的新风，当代青年刑法学者起点更高，比较法的视野更加开阔，学术训练更加规范，是深耕概念体系和探索前沿法理、促进刑法理论纵深发展的先锋。

不仅在理论发展上，青年学者还被寄托了沟通实践的希望。刑法理论面对的，固然有所有时代共同面临的深刻的哲学和伦理问题，但与时俱变的实定法底色，决定了它更需要面对当下时代最紧迫的社会问题。在这个意义上，部门法理论有着独特的任务，它不能“躲进小楼成一统”，成为仅供同道中人哲思之乐的逻辑游戏，更不是移植国外理论亦步亦趋的“留声机”，它必须为本国的司法实践提供解决具体问题的理论方案。有更多机会接触到各国先进刑法理论与判例经验的青年学者，也有更大的责任推动理论的本土化与实务化。这不仅是中国刑法学实现学术自主的必由之路，也是青年刑法学者不能回避的学术使命和社会责任。

尽管青年学者有诸多重要角色和使命，当下学界的生态，却往往是青年学者处在“出头不易”“不被看见”的窘境。大多数时候，他们的光芒都被遮蔽了。一方面，学者的研究成果多以论文形式面世，各种

职称评定、学术评奖也常与论文挂钩，因此，论文发表对青年学者至关重要。但是，法学期刊版面有限、僧多粥少，发表殊为不易。对于要处理海量来稿的编辑而言，以声誉背书的名家稿件，确实会占据一些降低选检成本的优势。与之相比，尚未成名的青年学者的稿件，只能纯粹依靠论文水准比其他人明显高出一筹，才可能得到编辑的青睐，其难度可想而知，也常导致一些优秀的论文成为遗珠。

另一方面，各种会议、论坛、沙龙，是学者之间交流思想、切磋经验甚至华山论剑的重要机会，但是绝大部分青年学者在这些场合很难出头露面，而只能充当听众和分母。在学界与实务界的沟通上也是如此。无论是立法、司法活动还是律师、法务实务，往往将橄榄枝递向了名家大咖。青年学者很少有了解实践中的真问题和经验智慧的渠道。很多青年学者的文章被批评“翻译腔”“不接地气”“只会谈外国问题”，其中也有接触实践的机会太少的原因。即使一些研究成果确实为实践中的难点提出了较之一些名家观点更有解释力的方案，但同样是因为知名度的原因而人微言轻，不被实务工作者得知或重视。在一定程度上，这又反过来进一步驱使青年学者远离本土实践，因为只有在那个更加趋向纯粹思辨的封闭的概念世界中，青年学者才能为自身及其研究找到存在的意义。

这种论资排辈的沉闷风气应该破除了。打造一个真正以青年刑法学者为主角的学术舞台，让学界和实务界更多地看见青年之光，这就是“刑法新青年”系列学术活动的追求。按照目前的想法，它包括“全国青年刑法学者实务论坛”与“全国青年刑法学者在线讲座”两个系列。线下的“实务论坛”定位在理论与实务的贯通，围绕实务争点，鼓励青年学者运用理论滋养实践需求，也用实践智慧反哺自身的学术研究。线上的“在线讲座”旨在展现青年学者最新的理论探索，鼓励青年学者把个人独思所得的成果，通过在线方式更广泛地传播，使得同道之间有更多相互砥砺的机会，腹心相照，声气相求。“刑法新青年”的这两个系列活动，虽然在理论和实务方面各有侧重，但是共同点在于，它们没有地域之别，也没有门户之见，是专门为全国青年刑法学者量身打造，为全国青年刑法学者一身专属的。

既然是青年学者的活动，就要有青年活动的样子。我寄希望于通过“刑法新青年”的系列活动，开辟“宽严相济”的会议新风。一方面，充分体现对青年学者的礼遇，让青年学者参加学术活动时感受到被尊重。论坛和讲座均采用邀请制，所有受邀者参加活动的费用，包

括参加现场会议的交通和食宿费用，以及参加线上讲座的主讲和评论费用，都由邀请方负责解决。另一方面，从一开始就约定现场办会的规则：（1）所有参会者自行到会 and 离会，除年长的前辈或者特殊情形外，承办单位一律不安排接送事宜。（2）会场没有事先摆放座位顺序，而是由参会者入场前领取自己的座签，入场后随意就座。所有办过会的人都深知，这些细节实是令办会者头疼和费心的事务，有时看似安排得周到妥帖，实际上办会师生的精力都投入其中，很难再有时间坐下来听会学习。长此以往，办会负担令人生畏，学术会议也减弱了其中的学术性。因此，革新会风，不妨就从青年学者的会议开始。

帮助比自己更年轻的青年学者，让他们的光芒被看见，有此想法时，我刚过四十。虽然我也明白，在这个年龄未必适合做这种事情，因为把时间和精力投入自己的研究著述中，对一个学者来说才是最符合学术规划也收益最大的选择；况且办活动总是要协调各种关系，这对于不善社交的我来说也是个负担。不过，世事无常，回头去看，很多事情都难讲是理性构建、循序渐进的产物，而是自生自发、随缘流转的因果。尽管“青年”的年龄边界在当代观念中一再扩大，但我个人心态上早有浮生苦短之感。人生无根蒂，飘如陌上尘。及时当勉励，岁月不待人。立言杀敌，行乐积善，都当及时。我体会过青年学者刚出道时的不易，也曾受惠于前辈学者的厚爱提携，当因缘到来时，就不再犹豫。“天下事，在局外呐喊议论，总是无益，必须躬身入局，挺膺负责，乃有成事之可冀。”（曾国藩：《挺经》）

北京市盈科律师事务所襄助学术的热情，特别是对青年主题的高度认同，就是我决意起身立行的因缘。赵春雨律师是一位杰出的职业女性，正是在与她的交流中，实务论坛和在线讲座雏形初现。她的爽朗、细腻和大气，让双方的合作愉快顺畅。梅向荣主任的鼎力支持，也让我感受到盈科所的格局和诚意。盈科所青年律师人数众多，朝气蓬勃，恰好能够与“青年与实务”的主题呼应。我关于实务论坛和在线讲座的具体设计方案，以及全方位资助青年学者参加活动的希冀，得到了盈科所积极热情的回应和支持。没有盈科所的参与，在我脑海中的那些想法，至少还要继续徘徊更长的时间才能落地。这是值得感念的因缘际会。

感谢刑法学界的前辈老师。没有前人开风气和指引方向，再有活力的青年，也可能是在走回头路甚至南辕北辙。特别是陈兴良老师宽以待人、乐于奖掖的风范对我影响很大，创办青年主题的学术活动，也得

到了他的鼓励和支持。感谢应邀与会的诸多学界同道，作为已经成长起来的学界中坚，愿意来为更加年轻的学者站台鼓掌，甘当绿叶陪衬红花，这是行胜于言的友爱传递。感谢应邀与会的诸多期刊编辑老师，他们的主持和点评，使得这些青年论坛和讲座，在某种意义上成为一场针对青年刑法学者及其最新研究成果的“选秀大会”。感谢来自司法机关和律师事务所的实务界的朋友，没有他们的积极参与，“实务论坛”就会名实不符，落入那种由理论空唱独角戏的传统会议的窠臼中。感谢北京大学出版社特别是编辑杨玉洁女士的友情支持，“刑法新青年”的文字成果，包括实务论坛与在线讲座两个系列，都将以精美的装帧陆续出版面世。

“刑法新青年”是一座由学界、实务界、期刊和图书出版界齐心协力共同打造的学术舞台。台下的观众，有资深的前辈和中坚，有各大期刊和出版社的编辑，有公检法律的实务专家，而舞台上的主角，一直都是青年刑法学者。谁都年轻过，谁也不会永远年轻。时光流转，代际更迭，我希望这个舞台能够在接力中持续下去，它将永远属于青年一代。

车浩

2021年4月4日

于京西见山居

## 第一讲

### 结果避免可能性的案例与规则

主讲人：徐然（中国政法大学法律硕士学院副教授）

与谈人：蔡仙（苏州大学王健法学院讲师）

主持人：韩正武（北京市盈科律师事务所福州分所刑事部主任）

## 主持人·韩正武

各位朋友晚上好！欢迎大家来到全国青年刑法学者在线系列讲座的课堂。我是本次讲座的主持人，北京市盈科律师事务所福州分所刑事部主任韩正武。今天是第一期，主题是“结果避免可能性的案例与规则”。

我先简要介绍一下今天的主讲人徐然老师。徐然老师是中国政法大学法律硕士学院副教授、硕士生导师，北京大学法学博士，中国犯罪学学会常务理事、副秘书长，中国法学会研究会青年人才。徐然教授的研究方向为刑法基础理论、网络犯罪和被害人学，先后在北京大学出版社、中国检察出版社出版《社会救助视野下的犯罪被害人救助实证研究》《网络犯罪刑事政策的取舍与重构》等多部理论专著，并在《北大法律评论》《政法论丛》《法制日报》《检察日报》等国家核心期刊、报纸发表多篇重要学术著作。

与谈人蔡仙老师系苏州大学王健法学院讲师，北京大学刑法学博士，德国波恩大学访问学者，在《清华法学》《政治与法律》等期刊发表多篇学术论文，主持有教育部人文社科青年基金项目、中国法学会一般项目等课题，参与课题数项。博士学位论文《论过失犯中的结果回避可能性》获得2016年—2018年第四届全国刑法学优秀博士学位论文一等奖，研究方向为西方刑法史、刑法教义学。

## 主讲人·徐然

今天的主题通过朋友圈和各种微信群的方式宣传之后，有很多人问我这个主题是什么意思，这是否仅仅是一个理论上的问题。对此我要作一个背景性的说明。

从2005年周光权老师在《法学研究》第2期发表的《结果假定发生与过失犯——履行注意义务损害仍可能发生时的归责》这篇文章开始，到现在为止，围绕结果避免可能性这个议题发表的论文大体上是10余篇，具有代表性的包括车浩老师在2009年的《法学研究》上发表的《假定因果关系、结果避免可能性与客观归责》、陈璇老师在2012年《中外法学》上发表的《论过失犯的注意义务违反与结果之间的规范关联》、孙运梁老师2017年在《比较法研究》上发表的《过失犯的客观归责：以结果避免可能性为中心》，以及周光权老师在《法学》2018年第8期发表的《风险升高理论与存疑有利于被告原则——兼论“赵达文交通肇事案”的定性》等。这些代表性论文主要围绕着结果避免可能性的内容、归责的标准、体系的定位、与相关的规范保护目的和假定因果关系的区别这些领域展开。

这个理论对实务的照应如何？我们从问题的引入开始，可以看到实务界在讨论这个问题的时候，大量的概念之间出现混杂，对运用何种方法进行结果避免可能性的判断也存有争论。对于实务来说，这个理论过于规范化。长期以来，我们在过失犯领域中的规范性的思考是非常缺乏的。从某种意义上来说，过失犯的规则更多地还停留在结果的预见义务和心理罪责层面。我们对回避结果行为的基准化，以及这一基准化行为与规范之间的关联在个案中的检验是很少的。

但比较幸运的是，这样的情况正在逐渐变化，下面引用的案例也会显示，部分法院在审理此类案件的时候，不再仅仅作形式化的判断，即把交通肇事的行政责任认定直接作为刑法的交通肇事罪认定的依据。另外，2018年北京市海淀区人民法院的一个判决首次在主文里正式运用了客观归责理论，突出强调了创设法所不容许的风险，以及这一风险与规范之间的常态关联的问题。可以想见，随着客观归责理论的铺开，结果避免可能性不再只是理论上的屠龙刀，它会更多地在实务之中得到适用；而事实上这一理论一旦向实务推广，更大的受益者恐怕

来自辩护方，作为辩护方的律师，可能在这一方面会有更大的发言权。

为了避免陷入理论的丛林中无法走出，我们首先将从真实的案例出发，来看我们的控、辩、审三方对于这一问题的理解，以及德国、日本和我国台湾地区刑事实务中对这一理论的见解。这是第一部分，我们要从问题中来，然后回到理论中去。接下来我们关心这个问题是怎么成为一个问题的；结果避免可能性为什么要在个案中检验、以什么方式来检验；检验之后，如何来归责、归责的标准又是什么。这是后面三个部分。最后我会就结果避免可能性在未来适用之中可能存在的问题提出我个人的一些思考。这是今天课程的一个框架。

## 一、问题的引入

首先看一个北京市海淀区的案例。

**【案例1：赵达文交通肇事案】**被告人驾驶小客车，在圆明园西路主路口南20米处（根据控方对犯罪事实的指控是因超速行驶），其所驾驶车辆压在散放于路面的一个雨水井盖上，后失控冲入隔离带与正常行驶的富康车和自行车相撞，造成了人员三死两伤的结果。

根据北京市公安局交通管理局海淀交通支队的认定，被告人对此次事故负有全部责任。那么根据2000年交通肇事罪的司法解释，致死三人又负全部责任，属于其他特别严重情节，刑期应该是在三年以上七年以下进行考虑。

我们来看这个案件中辩、审的立场和见解。

首先来看被告人和辩护人在一审和二审所坚持的辩护事由和立场。在被告方看来，引起这场事故的责任应该归咎于雨水井盖，也就是散落在路面上的这样一个雨水井盖是本次事故的原因。第二，辩护人提出在被告人行驶的路线上不可能看到交通限速标志。如果圆明园西路主路没有限速标志，把它理解为城市的主干道的话，按照主干道的行驶的限速，本案的被告人显然没有超速。这是被告方的两个见解：一是事故的原因本身不在于被告人，而在于井盖；二是行驶的路线上，他没有办法看到交通限速标志。

一审法院对检察机关指控的事实作了进一步的规范性的延伸，它没有停留在对超速行驶这一对事件的描述上，而是进一步表述为因超速而来不及采取措施，导致车辆压在散放于路面的一个井盖后失控。这里增加了未能及时采取措施的表述，我们待会再说这一点意味着什么。因被告人多次在上述路段驾驶，一审法院认为被告人有多次驾驶的经历，推定他知道这条路限速。在这一基础上，一审法院认定被告人知道这条路限速的要求，同时他又没有遵守这一要求，进而导致压到井盖之后来不及采取措施，车辆失控，冲入了辅路，与行人和自行车相撞，导致三人死亡的结果。法院最后的意见倾向于判三缓三，在三年以上七年以下有期徒刑里选择了一个最轻微的刑罚适用。

二审法院进一步弥补了一审法院在某些方面的不足。比如二审法院没有简单地停留在“被告人多次在这条路段上行驶”，而是补充了两个事实：第一，被告人自己供述对于该路段熟悉；第二，对该路段的现场查勘发现，这里的限速标识牌十分明显，没有被遮挡，也不存在被移除的问题。这是第一点，解决了行驶路线上不可能看到交通标志的问题。另外，二审法院提到了轧上井盖是否必然导致结果发生，缺乏证据证明。这一点实际上是要回应辩护方提出的事故的缘由是井盖所致。法院显然将轧上井盖是否导致车辆失控的问题作为辩护方的一个需要举证的事项来看待了，认为缺乏证据证明，应由辩护方来承担不利益。

我们来看一下这个案件中涉及与今天讨论的规范关联以及结果避免可能性的点：第一点就是一审法院补全了检察机关指控的事实，它强调行为结果的发生不仅仅是超过了规定的限速，而是由于超过了限速，导致采取措施不及，没有办法规避失控的风险。这里实际上是说限速本身作为一个注意义务，它的目的正是在于确保驾驶者能够及时地采取必要措施，回避路面的障碍物，或者避免高速情况下车辆失控。将注意义务的内涵与未采取结果回避行为相结合，这是一审法院对检察机关指控的一个补足，它突出了违反注意义务的行为和注意义务之间的关联性。我们可以看到，这一点是在用规范性的思考去理解事实问题。

接着我们可以看到辩护方提出行为人在行驶路线上没有办法看到限速的标志，这涉及我们要说的事实性的结果避免可能性问题，这个问题指向的是行为人在特定的场合下能不能采取回避结果的行为，这是行为人的行为能力的前提。也就是说，如果事发的路段没有限速牌，或者限速牌被明显遮挡，又或者行为人日常出行不用导航，导航也没有

提示这个路段有限速的规定，那么，我们可以认为在城市的主干道上按一般对主干道速度的规定行驶即可。如果事实上证明限速牌被明显遮挡，那么行为人就没有能力实行注意义务所要求的限速行为。事实性的结果避免可能性更多的是在行为当时去判断他的行为能力，看他能不能在客观上实行法律要求的行为。

我们来看今天要重点讨论的规范性的结果避免可能性。二审法院的裁判文书里提到，轧上井盖是否必然导致失控是辩护事由，举证不利的责任归于辩护方。对于今天要讨论的结果避免可能性，实际上是要去追问，如果按照60公里每小时的速度压上井盖，是否会导致车辆失控？换句话说，注意义务所要求的规避结果的行为能不能真正地回避这个结果的发生？如果不能怎么办？这是第一个案子。

第二个案例是上海静安大火案中的一个案例。

**【案例2：吴国略等重大责任事故罪案】**直接作业的电焊组，组员吴国略和王永亮在没有配备灭火设备、没有使用电焊接火盘的情况下，在外部脚手架上实施电焊工作。电焊所带来的金属熔融物引发下方9层脚手架上的保温层（聚氨酯材料）燃爆，导致火灾，并最终导致了严重的后果。

在这个案件中，律师提出了三点值得考虑的辩护事由，这里面或夹杂着结果避免可能性的问题，或夹杂着与这个理论相关的其他概念，我们一一来看一下：

第一，辩护方提出事故原因的事实不明，指出每层堆放的保温材料如果合格，如果具有阻燃性，或者在每层之间设立了隔火带，大火也就不会发生。他要求查明保温材料是否合格，以及各层之间的隔火带有没有设立。这是第一层，从因果关系角度来看，事实上致害的原因还不清楚。

第二，辩护方提出，根据监理日记，堆满了聚氨酯保温材料碎片和碎屑的这些场地内有大量的烟头。从辩护方提出来的角度来看，在多重违规的情况下，比如说现场安全保障措施不足、安全防护措施跟不上等，没有吴国略的电焊，迟早也会有其他的火花带来这场大火。换句话说，没有吴国略的行为，这场大火也在所难免。

第三，这个辩护意见很有意思，但是没有被法院采纳。辩护方雇佣了一个有证的电焊工，在同样的高度下，铺了市场买来的保温材料。他想通过点火作业的方式，证明一个有证的电焊工在不用接火盘、没有防火措施的情况下，也不会点燃底下的聚氨酯材料，进而证明是否使用接火盆、是否采取了防火措施，并不是这个案件的关键。

现在来看法院对辩护意见的态度。第一个是对于在各层之间搭建隔火架以及保温材料是否合法，法院认为这是一个多重过失的问题。也就是说每个过失应该单独去判断，而不能依赖于对另一个过失的判断。换言之，法院认为本案要细斟酌的过失行为，就是被告人在没有持证、没有采取防火措施的情况下强行违规进行电焊，导致了火灾的发生。对于其他竞合过失，包括现场的聚氨酯材料是否合格、有没有搭建脚手架，则作了另案处理，也就是对这两个事件的追究并行不悖。这是法院的基本立场。

第二个是法院针对没有行为人的电焊作业，也可能因为现场不规范的抽烟的行为引发火灾，并且最后导致结果的意见是没有回应的。事实上，法院不回应的做法，本身和理论上对于辩护事由背后的假定因果关系的态度是一样的，认为假定性的因果关系是不能够阻却因果关系、进而也不可能阻却责任的情形。我们可以看到今天要讨论的结果回避可能性是说，如果履行了合法行为结果依然还会发生，这里可能也存在一个没有前行为后结果也会发生的问题。接下来我们会进一步去辨析假定因果关系和结果避免可能性到底是怎样的关系，怎么去辨别它以及怎么运用结果避免可能性的理论。

第三个值得关注的是辩护人的模拟实验，他提到一个有证的电焊工在同样不采取防火措施的情况下，并没有点燃下方脚手架上的聚氨酯材料，这一点能不能用来否定本案既成的因果关系以及否定本案的归责呢？我们带着这个问题进入理论的丛林中。结果避免可能性是怎么出现的？为什么成为了理论上一定要去关注、一定要去检验的问题，进而如何带动实务去理解这个问题？

在进入之前我们简要地看一下在这个问题上德国和日本的立场。首先根据目前国内的案例来看，对此存在两种可能性，一种是完全没有考虑结果避免可能性的问题，而另一种可能采取了风险升高理论，这在最后一部分风险归责当中，我们会进一步阐述。就德国和日本的态度来看，他们的判例的立场是一致的，只有在合法行为完全能够避免结果的场合下，才可以认定过失犯成立。换句话说，只有当你按照注意

规范采取适当的结果回避行为，损害结果百分之百能够避免的时候，才可以认定成立过失犯的不法，这是德国、日本关于结果避免可能性的判例立场。

德国的案件是一个超速肇事的案件。行为人在限速60公里的路上以时速90公里行驶，有行人闯入了行车道，因为刹车制动距离太短，导致闯入的行人死亡。事后查验，即使按照60公里每小时行驶，对于突然闯入行车道的行人来说，死亡结果也是注定的。换句话说，按照规范要求行为，也还是会面临同样的结果。德国认为这里的过失不法就不能够确证，只能否定过失犯的成立。

日本也有相似的案件——黄色信号灯的案件。行为人在绿灯转黄灯之际，按照行车的注意规范需要减速通过，但他没有减速通过，而是采取40公里每小时的速度通过，遇到左侧由西向东方向的车辆并撞在了这个车辆上。事后证明，被撞车辆驾驶人有酗酒情形，在通过路口的时候又是闯红灯通过。因为闯红灯通过的被害人已经死亡，刑法责任的视角就放在了没有按照黄色信号灯缓行通过的驾驶员身上。从事后的侦查实验判断，即便他按照不是40公里每小时，而是15公里每小时行驶，在那样一个场合下也会不可避免地出现闯红灯的驾驶员死亡的结果。

## 二、问题的由来

为什么理论上如此关注结果避免可能性？德国、日本的判例已经接受了结果避免可能性的缘由，它是从哪里来的？

### （一）从结果预见到结果回避

早期判断过失犯的不法和责任时更多强调过失的责任主要来源于对法益侵害有没有预见的可能性。这在德国叫纯粹罪责要素理论，在日本理论里叫旧过失理论，强调的是对危险的预见，责难的依据是“应预见、能预见而不预见”。它是由心理上没有预见的状态以及规范上对预见义务的违反共同组成的，是责任层面的要素。在这种理论看来，故意犯与过失犯在不法层面是一致的。

这样的观点会带来一个很大的问题。伴随着工业革命所带来的科技进步，我们会在行动自由和社会、工作风险中划定一个相对合理的范围。从事后有被允许的法律风险来看，事实上有的风险是法律应当允

许、并且基于此能够推动技术和科技发展的。换句话说，这个时代其实风险无处不在，你在任何一个场合下出门可能都能够预见到一系列的风险。比如驾驶车辆，你可能预见到有肇事、擦碰的风险。如果把这些风险的预见都作为过失的责任基础的话，就会出现阻碍、迟滞社会活力的现象。也就是说，我一旦预见到风险，就不采取任何行动了吗？极端的情况可能就会出现杞人忧天的问题，由于担心天塌下来，就连家门都不出了。

进一步的理论会认为，重要的不在于有没有预见到风险，而是有没有按照社会一般性的要求、社会交往中的规范去采取一定的基准化的行为去规避风险。一旦你采取了社会交往中的这种常态性的要求，那么即使你预见到这样的行为可能会有风险，但你依然不可归责，原因在于过失的评价从责任转向了不法、转向了行为，你采取了基准化的行为，就出罪了。

在这种情况下，在过失犯的评价里，结果的预见就让位于结果回避行为。而这样一个回避行为通常是一定行业的一定操作性规范所体现、所代表的，它要求你按照一定的规章来行事。最常见的是交通领域的驾驶规定，驾驶员要按照一系列驾驶规定来操作，从而使得即便预见到风险，但采取了合适的结果回避的行为，就可以阻却过失犯的归责，评价的核心就从罪责要素变成了不法要素，变成了行为。

## （二）从因果关系到客观归责

评价核心变为行为之后，对行为的不法的判断意味着，在传统的因果关系的认定之后，会进一步讨论导致结果发生的行为是不是属于构成要件所要实质处罚的对象。从客观归责的角度来看，实际上是要挑选那些值得被评价为行为人的“作品”的那些行为来处罚。通过这样的方式，能够在不法层面上实现一般预防。

从客观归责的角度来看，它的下位规则包括风险创设、风险实现。与我们今天要讨论的结果避免可能性直接相关的是风险实现这个环节，也就是说，当你没有采取法律规范所要求的回避结果行为的时候，你就已经在创设不法的风险了。在结果已经出现的情况下，还要进一步来看规范本身和这个风险有没有关联性。一旦确认规范和风险之间存在某种程度关联性，就可以认为客观归责已经完成，行为的不法已经成立。违规的行为更像是一个射出的箭，而风险实现的规范的关联性更像是靶子，我们要去验证箭有没有射到靶子的范围内来。一旦

确认射在靶子中心，我们可以认为不法成立了，这正是规范所要规避，而行为人恰恰实施的行为。

经过从结果预见到结果回避、从因果关系到客观归责的变化，我们可以发现对过失的评价逐步转向对不法行为的评价，而对不法行为的评价又逐渐依赖于规范的目的和规范的效力，也就是说，规范在个案的场合下能不能发挥回避结果的作用，成为义务和行为违反之间的规范的关联性问题。

### 三、理论的内涵

#### （一）归责依据：风险与损害间的规范关联性

我们接着看结果避免可能性的内涵。从归责的依据来看，当一个人没有遵守注意义务的要求和没有按照限速的规定而是超速行驶时，这样的行为就已经射出了一支箭。但是这支箭有没有射到构成要件的靶子上，还要经过义务违反关联性的判断。首先，我们要看未采取结果回避措施的行为是否创设风险；然后，在确认风险已经被创设后，我们还要看创设的风险是不是规范所意图规避的一种常态路径，这个路径是不是规范所排斥的——接下来会讲规范目的排斥的问题；最后，在判断关联性时，关联性不仅仅表现在是不是以一种规范所预见的常态性的风险实现的路径展开的，还要去考虑规范在个案中有没有真正发挥实效，也就是遵循规范本身能不能避免结果发生。一旦完成这三个环节的判断，即行为人没有采取妥当的结果回避行为，而这个行为和结果又是规范目的所排斥的，并且规范本身在这个案件中是管用的，那过失犯的不法就被确认了，它的义务违反的关联性也就被确证了。我们所要讨论的结果避免可能性就属于第三个环节：依循规范所要求的行为，能否避免结果的发生。

#### （二）检验的方式：合义务行为的替代

我们来看看它的基本检验方式。首先看第一环节的规范保护目的。规范保护目的主要考虑的是风险和规范所要保护的法益之间的常态关联。我们经常举的例子就是在高速公路上有人超速行驶，使得被超车的人心脏病突发而亡。在这个环节中我们可以发现：第一，超速是没有采取注意义务要求行为的过失行为。他有一个超速的行为，结果是有人因此心脏病突发，存在一个若无前者即无后者的因果关系，显然在形式意义上，已经有了行为、结果和因果关系。



更多法律电子书尽在 [docsriver.com](http://docsriver.com) 商家巨力书店

还要进一步讨论的是超速的注意义务背后的规范保护目的是什么含义。也就是说，为什么要禁止超速，禁止超速的目的是否包括避免他人因超速所带来的惊吓而病发的风险，是不是能涵盖这种风险？这里的风险是一种常态性的判断，也就是说，规范在被制定的时候，制定者就已经考虑到、预设到规范所要规避的常态性风险了，而超速的这样一个注意义务，显然不包括避免他人心脏病发的风险。这种风险不是超速的注意义务的常态性的风险，因此在规范保护目的环节就可以把它给剔除。

而在常态性风险之后，我们会发现每个过失的案件中，特别是对象过失、多重过失的场合，有时候即便你按照规范的要求，也没有办法避免结果的出现。这就会引入进一步的、区别于常态性关联的个案性检验，这是一个反面检验，检验的是在这个案件中，当环境不变时，用合法的行为去替代个案中违反义务的行为，最后的结果是否会出现。

我们可以看到，一旦引入了合义务的替代行为，就会进一步讨论拿什么替代，这个合义务的行为到底是什么行为。在我们刚刚举的赵达文案里，合义务的行为包括很多种，他可以当天不开车出去，它可以在很远的地方选择另一条更熟悉的道路，也可以选择同样的道路上采取60公里每小时的行进速度。它有很多种合义务的行为作为选择，我们就要进一步来看结果避免可能性中作为替代检验的合义务的行为应该如何挑选。

第一，合义务的行为应当和违法行为属于同一行为类型。比如在赵达文案中，虽然他有很多备选的合义务行为，但是作为替代的合义务行为是他在限速范围内行驶，也就是说不能选择备选的其他行为。他的行为同样应当和违法行为一样，都是属于驾驶行为，只不过一个是超速行驶，一个是在限速范围内行驶。

第二，如果都在限速范围内行驶，60公里每小时以下有很多可选的范围，那么选哪个？在合义务替代行为的情况下，是检验规范的极端的效力。也就是要去看它最低程度要求的合义务行为。时速60公里每小时以下有很多选择，但是合义务的替代行为只能选60公里每小时，就是说要以遵守注意义务要求的最下限标准来选取合义务的替代行为。

第三，什么时候用合义务行为替代？我们可以发现有的案件，比如说小孩突然出现，导致你在5米内无法作出及时反应，最后撞死小孩的案件。如果替代的对象是半个小时前的行为，如果你没有超速行驶，那