

# 中国刑法义务冲突的理论与实践研究

冯志勇<sup>1</sup> 王敏<sup>2</sup>

(1.四川警察学院 四川 泸州 646000 2.成都市青羊区人民检察院 四川 成都 610001)

【内容摘要】义务冲突理论虽然作为刑法的理论由德国学者提出,在理论上进行了广泛的研究,但终究是没有在刑法典中体现,只是在一些司法判决中运用这种理论解决了一些紧急状态的案件。在中国现实生活中也是经常出现这种紧急状态的事例,与此相对的事实是司法判决中却鲜见运用义务冲突理论的实例。有鉴于此,笔者认为,应当在我国刑法理论甚至在司法实践中提倡这种理论,以更好地解决行为人处于多项不能同时履行义务时一系列的问题。

【关键词】刑法 义务冲突 第三人 法律属性

中图分类号:DF6

文献标识码:A

文章编号:1007-9106(2010)12-0075-03

所谓刑法中的义务冲突,是指行为人在身负两项以上不能同时履行的义务时,选择其中一项或部分义务履行,不得已放弃其它义务并造成一定程度的损害后果的事实状态。在现实生活中,所涉及的当事人都存在多种义务冲突并且很难选择的问题。而且这种选择是否会导致不利的法律后果或者承担否定性评价,对身处其中的人来说是很难预知的,如此艰难抉择,会让很多当事人面临进退两难的地步。有鉴于此,笔者认为,应当在我国刑法理论甚至在司法实践中提倡这种理论,以更好地解决行为人处于多项不能同时履行义务时一系列的问题。

## 一、义务冲突理论在刑法中的概念论述

义务冲突包括义务冲突的前提要素和义务冲突行为要素两种,作为义务冲突的前提要素是客观的要素,而行为要素则包括了客观要素和主观要素。义务冲突理论是能够与犯罪构成保持一致,体现着犯罪构成的要求。

首先,从义务冲突下的正确选择行为来看,行为人通过衡量,选择履行高阶义务或不能衡量、同阶义务中的一种,虽说其放弃的义务导致了一定程度的损害后果,但从客观上来看,其行为是在紧急状态下尽可能地维护了最大的利益、最大程度地实现了法秩序或社会伦理观念的目的,是一种有益于社会的行为,从客观上来说,行为人在不得已的情况下,选择了一项义务履行,保护了一定的利益,且没有造成不应有的损害,从主观上讲,行为人有明确的履行义务的意识,对被其放弃的义务,其主观上是不愿意的,只是由于义务本身的特性或现实条件的不允许迫不得已地放弃的,其主观上不具备不履行义务构成犯罪的主观故意。从这个意义上来说,义务冲突下正确选择的行为能够从犯罪构成理论上评价为不存在犯罪构成的行为,从而认定为不构成

犯罪。因此,对义务冲突下正确选择行为来说,不管是从前提事实要素,还是从行为人的客观行为、损害后果及行为时的主观态度,都能够体现犯罪构成的要求,其得出的结论也是与法的要求和社会伦理的目的是相一致的。

其次,对义务冲突下不正确选择行为来说,义务人从主观上明知其应当履行的义务是经过衡量后的高阶义务,但是其故意不履行而选择履行了低阶义务,对造成的不应有的危害后果具备主观上的罪过,体现了犯罪的故意,从客观上来说,其行为违背了法的要求和一般的社会伦理的期待,导致了不应有的,或不为法秩序和社会伦理观念接受的危害后果,其行为不能排除其行为的犯罪构成,从而能够评价为犯罪行为。因此,义务冲突下不正确选择的行为也能够进行犯罪构成成立的评价,从而其行为构成犯罪。但是由于行为人具备一定的履行义务的意识,从客观上保存了一定的社会利益,实现了一定的法或社会伦理的要求,在评价为犯罪的基础上,与完全不履行任何义务应有所区别,而减轻或免除其刑事责任。因此,在义务冲突下不正确选择的行为也能够体现犯罪构成的要求,从而反映犯罪概念的基本属性。

最后,在处理义务冲突的错误的时候,也能够从犯罪构成的角度,从其主观认识在事实上或法律认识上不一致的基础上,认定犯罪故意的存在或不存在,从而明确对损害后果应当承担的法律责任。

因此,对义务冲突处理的理论,能够与刑法中的犯罪构成相一致,能够依据犯罪构成对义务冲突进行分析,得出相应的结论,也体现了犯罪概念所体现出来的基本属性。义务冲突理论具有在我国刑法中运用的基础。

## 二、义务冲突理论的现实意义

(一)有利于为人们提供一种行为模式,改变面对义务

\* 作者简介:冯志勇(1971-)男,四川警察学院讲师,研究方向为刑法学;王敏(1969-)女,成都市青羊区人民检察院公诉科副科长,研究方向为刑事诉讼学。

冲突的无所适从的困境

义务冲突理论就是要提供一个法律评价的标准,对义务冲突中的不同的行为给予不同的法律评价。通过对这种理论的承认和司法实践,发挥法律的教育和引导作用,宣告在义务冲突下对什么样的行为法律不追究责任,对什么样的行为法律虽追究责任,但可以减轻或免除,什么样的行为必须追究责任,从而教育和引导人们形成一个正确的行为模式,打消身处其中的人内心的顾虑,放心地去应对义务冲突这种紧急状态。这不仅是刑法理论界的任务,也是司法实务部门的责任。

(二)有利于提倡一种公认的价值观念,从而保证法律的实施与维持社会的秩序

义务冲突理论鼓励的是,人们在不能两全的状态中,尽可能地履行最为重要的义务,或者最大限度地保护尽可能大的利益。要达到这种目的,需要人们具备一定的能力,这种能力不仅是行为人对义务及其相关情况的认知能力,而且包括对被法律或社会伦理观念所接受的认知和判断能力。另外,也是最为重要的,那就是要求人们对法律和社会伦理观念的了解和尊重。对义务的认识和衡量,必须存在于人们对法律有充足的认识的基础上才能实现,对义务认识和衡量后,对衡量和衡量结果的重视,并形成行为人行履行义务的意向,更要求行为人对法律的尊重。否则,即使是行为人有这种认知能力,且得出了正确的认识,行为人也难以履行。因此,通过对这种理论在我国刑法中的承认,并在司法实践中运用这种理论,使在义务冲突中正确选择的行为模式得到法律公正的认可,从而提倡一种公认的价值观念,引导人们逐步实现对法律和社会伦理规范的认可和尊重,在整个社会中形成尊重法律、尊重社会规范的风气。

(三)有利于为司法机关提供理论支撑,确保案件公正公平地处理

如前所述,如何对义务冲突进行正确地处理,不仅从伦理道德上拷问着身处其中的每个人的良心,也考验着处理此类问题的司法人员的公平、公正的能力。因此,义务的冲突,不仅是身处其中的人的无所适从的困难境地,而且也是司法机关面临这类案件处理时的棘手问题。不能出现对社会有益的行为被认定为有罪,也不能出现对同一类的行为却因不同的人或不同地方而出现不同认识的情况,要达到这点,需要所有的司法机关认识并接受义务冲突这种理论,将义务冲突的理论作为处理这种紧急状态的统一的理论。

### 三、公务员执行命令行为中的义务冲突问题

《中华人民共和国公务员法》第12条第5项明确规定,公务员实施“忠于职守,勤勉尽责,服从和执行上级依法作出的决定和命令”,并且在该法第53条明确规定,公务员不得“拒绝执行上级依法作出的决定和命令”。

刑法理论界一直将执行命令的行为作为独立的排除犯罪性事由,而且对于是否应当对上级命令合法性进行审查,理论界一直有实质审查说、形式审查说和绝对服从说之争。作为通说,公务员应当对上级命令进行实质性的合法审查,对此我国公务员法也予以确认。《中华人民共和国公务员法》第54条规定:“公务员执行公务时,认为上级的决

定或者命令有错误的,可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见;上级不改变该决定或者命令,或者要求立即执行的,公务员应当执行该决定或者命令,执行的后果由上级负责,公务员不承担责任,但是公务员执行明显违法的决定或者命令的,应当依法承担相应的责任”。也就是说,公务员在执行命令的时候,必须“既注意命令的形式是否完备,又注意命令的内容是否合法”。

笔者也赞同将对执行命令的行为作为排除犯罪性的事由,因为执行上级命令是其应尽的义务。根据前述公务员法的规定,执行命令的行为是其不可推卸的义务,也就是说公务员不得不执行。但在这种情况下,公务员法为什么还要求公务员对上级命令合法性进行审查,为什么这种审查必须是实质审查而非形式审查,其理论根据何在,更何况上级命令发出时,上级负有更高的自我审查义务,法律为什么还将这种审查义务加在执行者身上,理论上论理不足。

有鉴于此,笔者更倾向于将这种理论上称为“执行明显违反法律的命令的行为”视为义务冲突下的行为来看待,并以此基础上为法律提供要求执行者审查上级命令合法性的义务的理论根据。

基于公务员法所规定的公务员的义务,其既有遵守法律的义务,也有执行上级命令的义务,一般情况下,遵守法律的义务与执行上级命令的义务不会出现冲突,但是在上级命令有错误,特别是在上级命令明显违背法律的时候,两者就出现了义务的冲突问题。因此,公务员必须在两种义务中衡量中,按法律规定的处理冲突的要求或选择高阶义务而放弃低阶义务,否则应当承担相应的责任。正是这种衡量,才给予了公务员审查上级命令的理论根据。

### 四、对第三人生命拯救义务冲突问题探讨

对第三人生命的拯救,德国学者奥托(Otto)将第三人生命的拯救分为三类四种情况:一类是对近亲属生命的拯救,表现为牺牲第三人和牺牲其接受委托人的两种情况;一类是对其接受委托的人生命的拯救,表现为牺牲家庭成员和牺牲第三人两种情况;第三类是对第三人的拯救。

在笔者看来,对第三人生命的拯救,因所拯救的对象及其与被拯救对象的关系,可以分为如下两类六种情况:一类是对其有保护义务的人生命的拯救,表现为牺牲第三人、牺牲其所保护的人和牺牲自己三种情况;一类是对没有保护义务的第三人生命的拯救,表现为牺牲另外第三人、牺牲其所保护的人和牺牲自己三种情况。对第三人的生命,行为人虽没有进行拯救的义务,但不得侵害他人的生命,依然是法律要求其履行的不作为的义务。如果来自自然或他人的危险,行为人只要不主动去侵害第三人的生命,就已经履行了不作为的义务。当然,当行为人主动去侵害第三人的生命,并将这种侵害作为拯救其所保护的人的手段的时候,这种行为实际上是将自己所保护的人的生命危险转嫁到该第三人身上,其行为实际上是一种避险行为,应当按照紧急避险的处理原则追究行为人的刑事责任。因此,在牺牲第三人生命而拯救所保护的人的生命的时候,虽存在两项义务,但由于义务存在不同时,依然不属于义务冲突研究的问题。

对于涉及第三人生命拯救的义务冲突中(下转第81页)

有人拖欠物业服务费。物业服务费一旦可以打折,势必影响物业服务公司收入,其相关保洁、保安等管理质量也可能会出现打折。很显然,物业服务企业将收费难作为全额收费的理由,这是在混淆视听,将不相干的两件事混淆,收费难不应也不可能成为全额收取空置房物业服务费的依据。如何解决收费难问题是物业服务企业应该探讨与检讨的问题,不应由业主来买单。

3.对空置房打折物业服务费,会鼓励炒房。的确,房价过高一直是国人心中的痛,但空置房物业服务费打折的理论基础是,因为房屋空置而导致物业服务企业成本降低,业主享受到的物业服务事实上被打折了,按照权利与义务相一致原理,业主缴纳的物业服务费理应酌情降低。空置房物业服务费打折的确能减轻投资炒房者的负担,但并不会对房价造成实质影响。国家近来出台了一系列抑制房价过快增长的措施,对于投资炒房者来说,物业服务费打的这点折扣对其投资炒房与否不会产生决定性的影响。事实上,投资者看中的是房屋未来的巨大增值空间,谁也不会为了微不足道(相对于炒房的收益而言)的物业服务费而放弃炒房。事实上,有的城市,如北京、上海等其地方性法规中对空置物业的物业服务费并未规定可以打折,但房价不还是在逆市上涨吗?所以,对空置房打折物业服务费会鼓励炒房一说完全是借口。

综上所述,笔者认为,对空置房的物业服务费应该打折。值得注意的是,近年来,很多省市在修订其关于物业服务收费的地方性法规时都对业主空置房屋的物业服务收费标准做出了规定,并且绝大多数省市都明确了打折的标准,这可以在上文中找到依据,这表明空置房物业服务费应当打折是我国很多地方政府的共识,在实践中也是可行的。

对空置房的物业服务费应该打多少折扣合理呢?笔者

以为,在50%~70%之间比较合理,理由如下:(1)改革开放后我国经济发展很快,国人的收入快速增长,而我国的股市、证券市场不规范,投资实体回报低。伴随我国城市化进程的加快,房地产市场蓬勃发展,且由于税收、地方政府或明或暗的保护等多种因素的影响,房地产行业成为了投资回报率最高的行业之一。因而,受投资渠道单一困惑的国人纷纷涌向房地产,投资炒房成为人们经济生活中的重要议题,出现了大家熟知的“温州炒房团”等。由此,拥有多套房屋的业主其手中拥有的多余住房必然空置,在大城市,一到夜晚,很多小区不亮灯的情况可以再次印证。因而,如果对空置房的物业服务费折扣过低,确实会影响物业服务企业的经营,对新兴的物业服务行业的发展不利。当然,也会影响到实际使用物业的业主享受到的物业服务的质量。(2)物业服务行业属于微利行业,如“北京市规定,物业管理单位提供费用预算时,利润率限定在12%以内”,如果空置房物业服务费折扣过低,会造成物业服务企业生存与发展的资金瓶颈。(3)此外,我国物业管理行业中收费难现象较严重。所以,如果空置物业的物业服务费折扣过低会使物业服务企业不敢接手新楼盘,已接手楼盘的服务质量也会因为资金的问题服务质量降低,这对该行业的发展是不利的,与人们追求高品质生活质量的要求也是相悖的。

参考文献:

- [1]国家统计局.7月全国大中城市房价同比上涨10.3%.[EB].<http://www.sina.com.cn> 2010-08-10.
- [2]王家福.物业管理条例解释[M].北京:中国物价出版社,2003(7):132.
- [3]夏善胜.物业管理法[M].北京:法律出版社,2003.
- [4]周珂.物业管理法教程[M].北京:法律出版社,2004.

(上接第76页)由于生命不能衡量而成为不可衡量的义务冲突,按照不可衡量的义务冲突的处理原则,只要行为人拯救了他人的生命,并且尽可能地拯救了更多人的生命,其行为应当予以排除犯罪性。

参考文献:

- [1]马克昌主编.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999(6):75.
- [2]田宏杰.刑法中的正当化行为[M].北京:中国检察出版社,2004:120.
- [3]陈兴良.正当化研究[J].法商研究,2000(3).

[4]刘士心.论刑法中的事后危害行为[J].北华大学学报(社会科学版),2004(03).

[5]简永发.略论刑法中义务冲突法律性质的根据[J].法学评论,2008(5).

[6]桑红昕.不为之犯罪性研讨[J].当代法学,1995(04).

[7][德]克劳斯·罗克辛.德国刑法学总论(第1卷)[M].王世洲译.法律出版社,2005.

[8]曾淑瑜.论义务冲突[J].法令月刊,第49卷第7期.

[9]张恒山.义务先定论[M].山东人民出版社,1999.