

刑法中义务冲突的界定、类型 与体系定位

张小宁*

内容提要：在判断冲突义务的位阶高低时，除了所关涉的法益的质与量的比较衡量之外，将义务冲突理解为义务背后法条之间的竞合，进而细化为规则与规则的竞合、规则与原则的竞合、原则与原则的竞合，可以更好地处理冲突义务的位阶设定问题。在此基础上，可将义务冲突定位为违法或责任阻却事由；阻却违法性的义务冲突包括等阶义务冲突中对冲突义务的任意择一履行和不等阶义务冲突中选择履行高阶义务这两种情形，而阻却责任的义务冲突只有不等阶义务冲突中选择履行低阶义务这一种情形。如此的二元论处理方案，更有益于妥当处理义务冲突中的疑难案例，特别是涉及生命法益冲突的情形。

关键词：义务冲突 义务位阶 法益衡量 紧急避险

一、问题的引出

在现实生活中，行为人面临两难选择的义务冲突情形并不少见，如以下案例：（1）战时安乐死案。“二战”期间，德国纳粹政权要求医生对一部分精神病人实施安乐死，否则纳粹政权将接管医疗机构，这会导致更多病人被杀害。为了挽救大多数精神病人的生命，医生被迫交出一份拟执行安乐死的病人名单，从而保全了其他大部分精神病人的生命。〔1〕（2）家庭医生案。家庭医生在检查时发现一名男性患者罹患梅毒，但患者明确表示希望对其妻子隐瞒病情。家庭医生既有义务替患者保守病情秘密，也有义务保护其妻子的生命健康。最终，家庭医生选择将患者病情如实告知其妻子。〔2〕（3）肖志军案。2007年11月21日，怀有九个多月身孕的李丽云因感冒在肖志军（两人系同居关系，无婚姻关系）的陪同下前往医院就诊。接诊后

* 上海政法学院上海司法研究所教授。

本文是2022年国家社科基金后期资助重点项目“客观违法论的现代展开”（22FFXA004）的阶段性成果。

〔1〕 BGH NJW 1953, 513.

〔2〕 RGSi 38, 52.

医生提出对李丽云实施剖腹产手术，后因肖志军拒绝签署手术同意单，医生出于对患者及家属知情同意权的尊重而未实施手术，致使李丽云于当日死亡。〔3〕

当前刑法学的主流观点认为，义务冲突属于超法规的违法阻却事由。〔4〕作为基本已成定论的知识点，义务冲突似乎并未受到足够的重视。〔5〕但2015年司法考试中，一道有关不作为犯罪的选择题“在大火中究竟是救母亲还是救女友”的问题却一度掀起热议，将义务冲突理论的运用再度推至前台。〔6〕之所以出现上述现象，主要在于现代社会价值观多元化所导致的如下状况：（1）法义务的膨胀化。现代社会中，个人价值的实现不再仅依赖于对个人价值的消极尊重，而是更多地取决于实现该价值的积极态度和作为。因此，现代法治国家在赋予国民更为多样化的权利的同时，也必须对国民课以相对应的更为多样化的义务。（2）法体系的复杂化。课以义务的法律受其立法目的、期望机能甚至制定者的利益倾向等复杂因素的左右而难免出现差别乃至冲突，义务主体无法同时履行不同法义务的情形在所难免。〔7〕整体而言，我国刑法学界尚未对义务冲突给予充分重视，甚至对其概念界定、类型区分以及犯罪论体系定位等基础问题都未作出全面、细致的分析。有鉴于此，本文将围绕上述问题展开探讨，以期为相关问题研究提供些许参考。

二、义务冲突的界定

在将义务冲突作为一项独立的阻却事由时，需要解决义务冲突与其他类似阻却事由的区别问题。与义务冲突最为相似的便是紧急避险，由于二者貌似存在竞合的部分，导致了二者在区分上的困难。为了准确界定义务冲突的范围，有必要对比分析义务冲突与紧急避险的异同，从而理清二者的界限。

（一）义务冲突与紧急避险的关系

关于义务冲突与紧急避险的关系，刑法学界存在不同见解。以是否承认义务冲突是独立的阻却事由为标准，形成了从属论与区分论的对立。从属论认为，义务冲突从属于紧急避险，其不过是紧急避险的一种特殊情形。例如，最早探讨义务冲突问题的德国学者宾丁便突破了当时德国刑法关于紧急避险的概念规定，将义务冲突作为下位概念，纳入了扩张的紧急避险之中；他认为法益冲突与义务冲突共同构成了超法规的紧急避险。〔8〕日本学者木村龟二也认为，义务冲突只不过是紧急避险的一种特殊类型；〔9〕西村克彦更是将义务冲突戏称为紧急避险的

〔3〕 参见《丈夫拒签字致死孕妻》，<https://news.ifeng.com/special/zfjqzsyq/>，2022年12月9日最后访问。

〔4〕 参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第501页以下；张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第314页；黎宏：《刑法学总论》，法律出版社2016年版，第162页；〔日〕浅田和茂：《刑法总论》，成文堂2019年版，第269页。

〔5〕 笔者在中国知网以“义务冲突”为主题，共检索相关文献248篇，其中学术期刊及辑刊论文170篇，学位论文78篇。与之相比，同为紧急行为，以“紧急避险”为主题，共检索相关文献1899篇（相关数据均截至2023年9月6日）。

〔6〕 参见《“救妈还是救女友”入中国司考》，http://www.xinhuanet.com/world/2015-09/30/c_128283145.htm?rsv_upd=1，2022年11月3日最后访问。

〔7〕 参见〔日〕勝亦藤彦：《違法阻却事由としての義務衝突とその類型に関する考察（1）》，《早大法研論集》总第74期（1995年），第91页。

〔8〕 Vgl. Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 770 f.

〔9〕 参见〔日〕木村龟二：《刑法总论》，阿部纯二增补，有斐阁1978年版，第275页。

“异卵双胞胎”。〔10〕我国也有主张从属论的观点：在等值法益的义务冲突中，义务冲突应当是免责事由；只有当义务冲突中的法益对比存在区别时，该行为才能构成紧急避险而具备正当性。〔11〕另有学者认为，完全可以将义务冲突作为紧急避险的下位概念；在缺乏实体法规定的情况下，将义务冲突等原本属于紧急避险的违法阻却事由独立出来，是对紧急避险条款的技术性限缩，从根本上不符合立法目的。〔12〕

与之相对，主张区分论的学者认为，义务冲突具有区别于紧急避险的独立价值。从区分义务冲突与紧急避险的立场出发，德国刑法学主流观点认为，义务冲突可以从现象形式上分为两种：第一种是作为义务与不作为义务的冲突，此时可以适用紧急避险的利益衡量原理，此种义务冲突不具备独立于德国刑法所规定的正当化紧急避险的意义；第二种是作为义务与作为义务的冲突，属于不作为犯中独立的正当化事由，其具备独立于紧急避险的意义。不过，弗兰克和韦伯基于区分论义务冲突与实质义务冲突的立场，认为无论是作为义务与不作为义务的冲突，抑或是两个作为义务的冲突，均属于实质义务冲突，具备独立于紧急避险的意义。〔13〕日本学者则认为，可将义务冲突区分为与紧急避险相类似的义务冲突和与紧急避险不相类似的义务冲突。其中，与紧急避险不相类似的义务冲突包括：因法令行为引发的义务冲突；因正当业务行为引发的义务冲突；因正当防卫引发的义务冲突。〔14〕我国亦有学者主张，义务冲突与紧急避险的性质是不同的。〔15〕

关于义务冲突的法律性质，紧急避险以外独自的正当化事由的见解是可取的，因为义务冲突与紧急避险之间存在重要区别。〔16〕在大多数紧急避险的场合，会发生法益冲突但并不存在义务履行的问题。从客观行为看，义务的不履行与直接造成法益侵害的避险行为也存在性质上的区别。〔17〕

（二）义务冲突与紧急避险的异同

1. 二者的共性

前述主张从属论的观点，意图以紧急避险解决所有的义务冲突问题。诚然，部分义务冲突确实可以作为紧急避险来处理。例如，为了保护孩子，父亲扯下邻居家栅栏上的木条赶走野狗。此时，保护孩子的义务与不毁坏他人财产的义务会发生冲突，但完全可以运用紧急避险的规定和原理处理这类情形，此时的义务冲突只是表象性的——“如果履行某个作为义务只能通过违反某个不作为义务才得以实现，换言之，通过为某个受禁止的行为才算履行该义务，那么这时不存在义务冲突”。〔18〕义务冲突之所以在外观及适用等方面与紧急避险存在竞合，原因在于二者确实有一定的共性。

〔10〕 参见〔日〕西村克彦：《罪責の構造》，信山社1991年版，第135页。

〔11〕 参见李海东：《刑法原理入门：犯罪论基础》，法律出版社1998年版，第89页。

〔12〕 参见朱奇伟：《紧急避险调整经济犯罪成立范围的理论澄清与实现路径》，《甘肃政法大学学报》2023年第3期，第89页。

〔13〕 参见〔日〕勝亦藤彦：《義務の「衝突」に関する一考察》，载《宮澤浩一先生古稀祝賀論文集：刑法理論の現代的展開》第2卷，成文堂2000年版，第299页。

〔14〕 参见前引〔7〕，勝亦藤彦文，第85页以下。

〔15〕 参见冯军：《刑事责任论》，社会科学文献出版社2017年版，第76页。

〔16〕 参见马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉大学出版社2002年版，第362页。

〔17〕 参见陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2017年版，第408页。

〔18〕 〔德〕乌尔斯·金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第192页。

首先,在客观构造上,紧急避险和大多数义务冲突情形均属于法益冲突。从形式上看,紧急避险属于法益与法益之间的冲突,义务冲突则是义务与义务之间的冲突。义务虽不同于法益,但由于互相冲突的法律义务也直接或间接地涉及对法益的保护,所以义务冲突与法益冲突在基本结构上是一致的。〔19〕在我国刑法语境下,类似的客观构造也存在于其他常见的基于法益衡量阻却违法性的事由中,除了义务冲突,还包括法令行为、正当业务行为等,而并非紧急避险所独有。

其次,在成立条件上,义务冲突与紧急避险均属于紧急状态下的行为,在不得已而牺牲无法并存的利益这一点上,义务冲突与紧急避险相类似。〔20〕换言之,二者的成立均须符合补充性要件:为了履行一项义务或者保全一方的利益,除了放弃其他义务或者牺牲其他利益之外别无选择,即“出于不得已而为之”。〔21〕义务人在多个应履行的义务中只能择一履行而无法同时履行其他义务;紧急避险亦是在正当利益面临急迫、现实危险的情形下,避险人为了保全一方的利益而不得已牺牲其他利益。

再次,在处理方式上,义务冲突与紧急避险均是在冲突状态下针对不同义务或法益进行衡量后而作出的行为选择。在义务冲突中,不同义务背后存在着通过履行义务加以保护的法益即义务价值,而义务价值的高低主要取决于该义务所保护的法益价值之高低(但法益并非唯一的衡量标准),义务人需比较义务价值的高低;在紧急避险中,避险人所实施的避险行为亦是对各方利益进行权衡后作出的选择。

2. 二者的差异

从属论的观点仅着眼于义务冲突与紧急避险的相似之处,却忽视了二者的重要区别。义务冲突是否具有不同于紧急避险的独立价值,恰恰取决于存在于二者之间的实质性差异。

首先,在法律性质上,紧急避险是大陆法系国家刑法中普遍明文规定的阻却事由,如我国刑法第21条的规定,而义务冲突由于普遍缺乏相关法律规定,通常仅在学理上作为超法规的阻却事由来加以讨论。这是二者在法律性质上的主要差别。关于义务冲突在犯罪论体系中如何定位的问题,主要包括违法阻却事由说、责任阻却事由说以及违法或责任阻却事由说等不同观点,下文会着重展开论证。

其次,在行为选择上,在紧急避险中,即使遭遇危险者不采取任何避险措施,即自愿承受该危险而不将危险转嫁给第三方,其不避险的行为也不会构成犯罪。与之相对,在义务冲突中,义务人必须选择履行其中一项义务而不得不违反其他义务,而且如果义务人所履行的不是同等重要或者更重要的义务,其会被追究刑事责任。〔22〕换言之,就行为人是否必须侵害其他法益或者违反其他义务而言,紧急避险中的避险人可以任意选择避险与否,而义务冲突中的义务人必须就义务履行作出选择。

再次,在正当化条件上,义务冲突中行为的正当化条件明显低于紧急避险。在义务冲突中,义务人履行其中一项义务所保全的利益,可以与不履行其他义务所损害的利益相等。〔23〕

〔19〕 参见〔德〕冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第185页。

〔20〕 参见〔日〕松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第123页。

〔21〕 参见谢雄伟:《紧急避险基本问题研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第266页。

〔22〕 参见前引〔20〕,松宫孝明书,第123页。

〔23〕 参见刘明祥:《紧急避险研究》,中国政法大学出版社1998年版,第152页。

与之相对，由于紧急避险属于转嫁利益侵害的行为，所以其在成立要件的设定上更为严格——所保护的利益必须明显大于所侵害的利益，才可以主张成立紧急避险以阻却不法。^[24]关于紧急避险正当化的评价标准，除了法益衡量原理，可能还需要考虑社会善良风俗与美德、第三者的自律权、社会共同体的责任、法益的重大属性、社会公共利益以及人格尊严等诸多特殊因素。^[25]如果将义务冲突统一按紧急避险的规定与原理处理，基于成立紧急避险所要求的法益衡量原理，将难以妥善处理互相冲突的义务所保护的法益价值相等的情形，以及因义务背后缺乏相对明确的保护法益而导致义务衡量标准阙如的情形，这将不当限制义务冲突的正当化条件及成立范围。

综上，基于义务冲突与紧急避险之间存在的诸多差异，应当认为区分论的观点更具有合理性。紧急避险的意义在于免除禁止，以拓宽国民在社会生活中的行为空间，法律允许陷入紧急状态的行为人实施本不被允许实施的行为；义务冲突的意义则在于接纳义务人的不作为，为义务人不履行义务所导致的后果提供抗辩事由。^[26]因此，并非所有的义务冲突情形均符合紧急避险的适用条件与成立范围。以我国刑法中尚不存在有关义务冲突的规定为由，将义务冲突视为紧急避险下位概念的从属论观点，是对义务冲突理论的不当矮化。针对不符合紧急避险适用条件的义务冲突情形，应当考虑交由义务冲突等超法规的阻却事由单独予以处理。为此，需要在初步厘清义务冲突与紧急避险之间关系的基础上，进一步探讨义务冲突的具体类型。

三、义务冲突的类型

（一）以作为义务与不作为义务为标准的区分

根据履行义务的方式不同，通常认为义务冲突可以分为三种类型：^[27]（1）数个不作为义务之间的冲突，例如“天才司机案”：行为人在高速路上误入反向车道，此时无论是停车、继续前行、后退还是调头皆违反不作为义务。^[28]（2）作为义务与不作为义务之间的冲突，例如“家庭医生案”所涉及的保守秘密（不作为）义务与告知实情（作为）义务之间的冲突。（3）数个作为义务之间的冲突，最典型的例子是“两孩落水案”：两个孩子同时不慎落入水中，均面临溺亡危险，父亲尽其所能仅救起其中一个孩子，而不得不放弃另一个孩子。^[29]该案涉及的两个救助义务之间的冲突即为数个作为义务之间的冲突。

这一分类是义务冲突的经典分类，但关于义务冲突是否应当包含这三种类型却是存在争议的。德国学者韦伯就认为，义务冲突不可能出现在两个禁止规范（不作为义务）中，因为一个方向的不作为通常可以与其他方向的不作为相一致。例如，不得杀人与不得盗窃通常是同时履行的，而作为义务（抚养孩子）与不作为义务（不得盗窃）在母亲为了避免孩子饿死

[24] 参见黄荣坚：《基础刑法学》上，中国台湾元照出版有限公司2012年版，第335页。

[25] 参见彭文华：《紧急避险限度的适当性标准》，《法学》2013年第3期，第102页以下。

[26] 参见申屠晓莉：《刑法中义务冲突的体系性反思与规范化重构》，《新疆大学学报（哲学·人文社会科学版）》2021年第5期，第30页。

[27] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2017年版，第495页；[日]大嶋一泰：《義務の衝突》，载[日]阿部純二等编：《刑法基本講座》第3卷（違法論・責任論），法学书院1994年版，第106页；曾淑瑜：《论义务冲突》，《法令月刊》1998年第7期，第23页。

[28] OLG Karlsruhe, JZ, 1984, 240.

[29] 参见前引[4]，罗克辛书，第395页。

而实施盗窃时则可以发生冲突。当然，最常见的还是两个命令规范（作为义务）所引发的义务冲突。^[30] 屈佩尔则认为，义务冲突只有作为义务之间的冲突这一种类型。^[31] 在日本刑法学界，虽然通说认为存在两个以上互不相容的法律义务即可产生义务冲突，其中既包括作为义务也包括不作为义务，但反对观点主张，只有作为义务与作为义务之间才会发生义务冲突，除此之外的义务冲突情形皆可通过紧急避险或其他途径得到处理。^[32]

不同于学界主流立场，日本实务中处理义务冲突的方式更接近于上述反对观点。例如，在日本确实出现过作为义务与不作为义务发生冲突时通过判定成立紧急避险而阻却违法性的案例：当医护人员的紧急救助义务与不得在禁停区停车的义务发生冲突时，法院认定在禁停区停车的行为构成紧急避险。^[33] 同理，当医生为了救助急病患者而超速行驶时，按照通说的理解，此时存在诊疗义务（作为义务）与不超速行驶的义务（不作为义务）之间的冲突，可以构成义务冲突，而根据反对观点的理解，则不妨视之为紧急避险。在“良心牧师案”中，牧师明知两名高中生实施了犯罪行为却仍将二人留宿在教会。关于该牧师的行为是否构成窝藏包庇罪，大岛一泰遵循通说的理解，将其认定为义务冲突。^[34] 而山中敬一认为，此时既非法义务冲突的事例，亦非作为义务冲突的事例，以紧急避险处置即可。^[35] 但有趣的是，判决在比较了“确保侦查活动顺畅进行”的国家法益与“教会活动自由”这一由宗教自由所派生的法益之后，最终跳出了紧急避险与义务冲突的窠臼，认定该牧师的行为构成正当业务行为。^[36]

仅从作为义务与不作为义务的角度区分义务冲突的类型并不可取，主要理由在于以下两点：（1）不作为特别是不真正不作为的义务来源往往缺少刑法上的明文规定，例如我国刑法第261条规定了遗弃罪，但有关该罪的作为义务却未在刑法中明确提及，而是需要依赖未成年人保护法等法律的规定。真正不作为犯尚且如此，故意杀人等不真正不作为犯的作为义务更是要仰赖学理推演与判例经验，甚至连在刑法总则中作概括规定的提议亦鲜有人提及。^[37]（2）从“战时安乐死案”和“良心牧师案”等案件中难以拆解出作为义务或者不作为义务，以作为义务与不作为义务为区分标准不但使得义务冲突的类型更加难以把握，也加剧了义务冲突与紧急避险之间关系的模糊化，进而间接瓦解了义务冲突区别于紧急避险的独立意义。

（二）以冲突原因为标准的区分

依据冲突原因进行分类的观点认为，发生义务冲突的原因在大多数情况下不可归咎于义务人，但在特殊情况下，也可能出现由于义务人的故意或过失行为而直接或间接引发义务冲突的情况。因此，从发生义务冲突的原因出发，义务冲突可以分为不可归咎于义务人的义务冲突和可归咎于义务人的义务冲突，前者可称为“偶发的义务冲突”，后者可称为“自陷的义务冲

[30] 参见〔日〕大嶋一泰：《ヘルムート・フォン・ヴェーバーの義務衝突論とその批判》，《福岡大学法学論叢》1970年第1期，第156页。

[31] Vgl. Küper, Grund-und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkonkollision im Strafrecht, 1979, S. 15 ff.

[32] 关于通说，参见〔日〕大塚仁：《刑法概説・総論》，有斐阁2008年版，第431页；〔日〕大谷實：《刑法講義総論》，成文堂2012年版，第270页；〔日〕川端博：《刑法総論講義》，成文堂2013年版，第392页。关于反对观点，参见〔日〕山中敬一：《刑法総論》，成文堂2013年版，第579页以下。

[33] 参见日本带广简判昭和33年（1958年）1月31日，《最高裁判所刑事判例集》第1卷第1号，第155页。

[34] 参见前引〔27〕，大嶋一泰文，第111页。

[35] 参见前引〔32〕，山中敬一书，第581页。

[36] 参见日本神户简判昭和50年（1975年）2月20日，《刑事裁判月报》第7卷第2号，第104页。

[37] 参见张小宁：《不真正不作为犯的二难推理及破除路径》，《政治与法律》2022年第10期，第127页以下。

突”。偶发的义务冲突的典型情形如：医院仅有一台呼吸机，患者 A 正在使用，而患者 B 突然陷入面临生命危险的呼吸困难状况；此时，医生既不得卸下患者 A 正在使用中的呼吸机而致 A 死亡，也不得妨碍对患者 B 使用呼吸装置。^[38]与之相对，自陷的义务冲突是由于义务人自身的原因而引发的义务冲突，这种自身原因既包括合法行为也包括违法行为，既可能是故意行为也可能是过失行为。有学者认为如果发生义务冲突的原因在于义务人自身，则无论其自身能力如何，法规范均应要求其必须承担责任，此时便不存在义务的取舍问题，不构成义务冲突，即成立义务冲突的理论前提之一是冲突的形成不可归责于义务人自身。^[39]详言之，在救助母亲还是妻子的场合，要求的是义务人并非故意或过失使母亲和妻子陷于危险境地。不过，该观点忽略了义务冲突的前提不同于义务冲突的状况这一事实。对于义务人自身原因造成的义务冲突，仍需要通过义务冲突理论加以处理，而对于引发该状况的故意或过失等先前行为，则需要独立进行刑法评价。例如，行为人搞恶作剧将母亲和妻子推入水中时便需要承担两个救助义务，因救母亲而致妻子死亡时，成立义务冲突。行为人或许不需要承担（不作为的）故意杀人罪的刑事责任，但针对该恶作剧行为，刑法仍然可以就行为人至少构成过失致人死亡罪进行评价，即造成义务冲突的先前行为的法评价独立于义务冲突本身的法评价。

（三）以法益类型异同为标准的区分

根据冲突义务所关涉的保护法益类型异同，义务冲突可以区分为相同类型法益的义务冲突和相异类型法益的义务冲突。前者是指在义务冲突的场合，互不相容的义务所涉及的法益在类型上具备同一性，最典型的案例是“两孩落水案”。需要指出的是，只要关涉的法益在类型上具备同一性即可，而无需考虑法益之间的量差。例如，救助受轻伤的母亲与救助受重伤的妻子这两项义务在保护法益即健康权方面具有同一性，此时即可构成义务冲突。至于轻伤与重伤的法益衡量问题，至少在认定义务冲突成立与否时是没有意义的。与之相对，相异类型法益的义务冲突是指在义务冲突的场合，互不相容的义务所涉及的法益在类型上不具有同一性，“家庭医生案”“肖志军案”等即属该类型。

以法益类型异同为标准区分义务冲突的类型虽然具备理论上的直观性，但该标准无法完满涵盖并处理义务冲突可能存在的各类情形。问题的处理依然绕不开考量义务位阶或权重这一核心课题，而义务位阶的衡量与义务冲突的犯罪论体系定位及其依据密切相关。

四、义务冲突的体系定位

（一）违法阻却事由说

违法阻却事由说是目前学界的主流观点，比如部分德国刑法教科书就将“正当化的义务冲突”置于“违法性”的章节中，^[40]日本学者与我国学者亦不例外。^[41]违法阻却事由说的基本立场是：承认在构成要件阶段存在义务冲突状况，认定行为人负有多个互不相容的义务，

[38] 参见前引 [27]，耶赛克等书，第 497 页。

[39] 参见钱大军、宋双：《论法律义务冲突的构成要件与产生原因》，《社会科学战线》2005 年第 2 期，第 204 页。

[40] 参见前引 [4]，罗克辛书，第 501 页以下；前引 [18]，金德霍伊泽尔书，第 192 页以下。

[41] 参见前引 [4]，浅田和茂书，第 268 页；[日]井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁 2018 年版，第 345 页；前引 [4]，张明楷书，第 314 页；前引 [17]，陈兴良书，第 406 页。

而后在违法性阶段依据某种理由否定对行为人未履行某项义务的违法性评价。关于依据何种理由阻却违法性，主要存在如下两种观点。

1. 法益衡量说

该说的基本立场是，当行为人唯有通过损害、威胁较低价值或较低位阶的法益才能保护更高价值或更高位阶的法益时，其侵害法益的行为不具有违法性。关于利益与义务的关系问题，早在1927年德国最高法院一项关于堕胎罪的判决中便已详细论及：“在某种生活处境中，当符合犯罪构成要件的行为是保护法益或者履行某种法律义务的唯一方法时，该行为是否符合法律、是否被禁止、或是否具有违法性……这个问题应当根据互相冲突的法益或义务的价值关系来确定，而这种价值关系是从生效法律中推导出来的”。〔42〕这一判决关于利益、义务及其衡量的表述，对于利益衡量在义务冲突中的理论价值具有启示意义。例如，麦茨格就认为，义务冲突是基于优越利益原则排除违法性的事由之一，在归类上属于基于特别行为义务的行为，其与职务行为、法令行为、惩戒权等具有同等地位。〔43〕我国学者张明楷也主张，义务冲突是基于法益衡量阻却违法性的事由；当行为人履行重要义务而放弃非重要义务时，其行为不具有违法性；当履行两种义务所保护的法益具有等价性时，行为人履行任何一种义务均阻却违法性。〔44〕法益衡量说的理论贡献在于：首先，将义务冲突的体系定位转移至违法性阶段；其次，将解决冲突的关键从义务比较转向利益衡量；再次，将着眼点从义务冲突状况转向利益受损状况。

法益衡量说虽然可以解决冲突利益存在价值或位阶差别时的义务选择问题，但如果冲突利益属于等价（等阶）利益或是无法比较的利益，则该说显得理论弹性不足，对问题无法作出妥善处理。在等价利益的场合，行为人的任一抉择权如果能够成立，也是需要其他附加因素的。例如，医生为救助更可能康复的患者甲而放弃救助患者乙时，仅从生命法益的角度进行衡量，两个法益是完全等同的，不可能由此得出医生救助患者甲更具有合理性的结论。此时，“更可能康复”属于一种合理的社会性期待，对此只能从社会效益更大化的角度寻找合理依据。

2. 法秩序无能说

法秩序无能说认为，处于义务冲突状况的行为人在紧急状况下既无法作出义务选择，也无法履行全部义务，法秩序本身对此无能为力。德国学者屈佩尔认为，法秩序不能作出强人所难的引导，即不能作出“必须履行全部义务才能认定不具有违法性”的引导；只有当法秩序能够提供一个明确且特定的选择时，再进一步评价行为人的选择才是有意义的。〔45〕据此，在难以进行义务衡量的义务冲突中，行为人的任何选择均应受到法秩序的非消极评价，除非其不作任何选择。在法秩序能够提供具体指引的义务冲突中，只有行为人的正确选择才能获得法秩序的非消极评价；如果行为人什么也不做，则必然具有违法性。

法秩序无能说的理论价值在于从法评价这一外部视角考察义务冲突，使研究者能够更清楚地认识到义务冲突状况的客观存在性，同时也澄清了违法阻却事由说的误区——对违法性的阻

〔42〕 RGSt 61, 242.

〔43〕 Vgl. Mezger, Strafrecht: Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949, S. 230 f.

〔44〕 参见前引〔4〕，张明楷书，第315页。

〔45〕 参见前引〔31〕，Küper书，第22页。

却并不意味着法规范对该行为作积极评价，而只是意味着法规范对该行为在最大限度内不予消极评价。从法秩序的指引功能着手，也解决了行为人故意不作任何选择时的责任承担问题。但是，法秩序无能说也存在严重缺陷：当义务位阶存在差别时，法秩序必然会作出明确的指引，此时很难说法秩序仍是无能为力的。因此，法秩序无能说所提供的是一种基础性的但并不完善的理论依据，其依然无法为互相冲突的义务提供一个相对明确的衡量标准。

3. 小结

虽然主流学说将义务冲突归为违法阻却事由，但其根据并非如想象中那般牢不可破。法益衡量说是其中较有优势的学说，但这种优势不过是该学说作为违法阻却事由的统合理论在义务冲突领域的反映，其与义务冲突是否具有高度的适配性是有疑问的。法秩序无能说提供的外部视角具有一定的理论价值，但其无法为行为人的选择提供实际可行的操作标准。概言之，能力所及范围之外的义务无效等理由可以成为抽象的基础理论，却无法成为可操作的标准。

(二) 责任阻却事由说

1. 行为人无能说

必须明确的是，将义务冲突视为责任阻却事由的观点甚至早于违法阻却事由说，特别是其中的行为人无能说为前述法秩序无能说提供了直接借鉴与批判标靶。德国学者韦伯是行为人无能说的代表人物，其引用“不可能时无义务”这一法谚，认为发生实质义务冲突时，由于义务人不可能遵守义务，所以即使存在规范，亦否定义务的存在。^[46]在韦伯的理论构造中，由于此时需要进行良心衡量，所以需要判断的并非客观的义务违犯之有无，而是主观的义务违犯之成否。换言之，需要判断的是行为人意思的非难可能性是否存在，而该要素显然是有责性（责任）要素。^[47]故而，义务冲突应当属于责任阻却事由。概言之，行为人无能说认为陷入义务冲突状况的行为人本来应当履行所有义务，但因实际上不能全部履行，所以应在责任层面解决问题。以“战时安乐死案”为例，韦塞尔斯认为：在如此特别，几乎是不可解脱的义务冲突中，行为人如果是依据最善的良知作出了决定，其由拯救目的所决定的行为在当时情况下也是阻止最高价值的法益遭受更大灾难的唯一手段，故法秩序不能对其提起责任谴责。^[48]由此可见，良心决定构成了处理义务冲突的核心所在。

但问题在于，首先，良心决定是一个主观概念，不仅不可探知，也难以评判；当判断标准完全取决于个体性、主观性的判断时，其作为判断标准的意义也就不复存在。德国学者威尔策尔认为，特定秩序的效力及义务设定力应当植根于该秩序自身所内在的性质，而不应当委决于个人良心的认可；法秩序唯有依据其内在的价值内容才能拥有设定义务的效力即规范效力，而该价值内容有别于法的单纯暴力；义务设定力是客观的，不取决于良心的认可，这样的价值内容才使得法的强制获得规范正当性。^[49]其次，良心决定并不必然引发行为免责。在评价良心自由不受侵犯的宪法保障是否以及在多大程度上影响基于良心自由而作出的行为的可罚性时，必须区分消极的不作为与积极的作为。^[50]针对不作为的情形，在个别例外状况下，德国判例

[46] Vgl. Weber, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, in: FS-Kiesselbach, 1947, S. 235.

[47] 参见前引〔30〕，大嶋一泰文，第161页。

[48] 参见〔德〕约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第245页。

[49] 参见〔德〕ハンス・ウェルツェル：《法律と良心》，〔日〕金沢文雄译，《広島大学政経論叢》1970年第3/4期，第145页。

[50] 参见前引〔27〕，耶赛克等书，第678页。

确实认可了行为的不可罚性，例如“福音兄弟会丈夫不救助案”〔51〕和“老妇人自杀未遂案”。〔52〕因此，耶赛克等人认为，在不作为犯的情形下，考虑良心决定的可能性通常是正确的。不过，以之作为刑罚阻却事由通常是有前提条件的，即当事人拒绝了不作为的行为人原本应当实施的行为，且该行为有利于该当事人。〔53〕与之相反，将良心决定导致行为不可罚的效果扩张至积极的作为犯则应当被否定，因为若将该效果扩张至积极的作为犯，刑法对公民的保护将会被建立在信仰犯的喜好的基础之上。〔54〕这也佐证了良心决定的不可探知性与难以评判性。再次，良心决定并非刑法上的规范概念。以良心决定作为阻却责任的根据，至少从法教义学的角度看是无法获得支持的，其中蕴含着以伦理评判取代刑法评价的潜在危险。最后，良心决定能否构成义务冲突的内核也是存疑的。与其认为良心决定是义务冲突的内核，倒不如将二者视为同类而不同型的阻却事由。

2. 欠缺期待可能性说

对于义务冲突的处理，德国学者加拉斯认为，应着眼于行为人作出选择时的心理条件，并区分了（可解决的）义务冲突的具体情况：第一，行为人认为自己选择了主要义务，但实际上履行的是次要义务；第二，行为人清楚地认识到自己选择的是法秩序意义上或者社会伦理意义上的低位阶义务，但仍出于个人原因或者宗教信仰等理由履行了该义务；第三，行为人出于无法克制的物质上或者精神上的冲动而选择履行了某项义务。在上述三种情形中，第一种属于禁止错误的情形，根据德国刑法第17条的规定，当行为人在行为时欠缺不法认识且该错误无可避免时，其行为无罪责；当该错误可避免时，得依该法第49条第1款的规定，减轻处罚。第二种情形属于确信犯，一般而言，确信犯是需要承担刑事责任的。当然，在满足所需的条件时可能会出现减轻刑事责任的情况。换言之，第二种情形原则上不阻却责任，但例外时可得减轻。第三种情形是义务冲突的典型状况。例如，父亲未能及时将患病的女儿送往医院救治而致其死亡，但未能及时送医的原因是女儿与濒临死亡的妻子均恳求其先救助对方而非自己。法院认为，女儿与妻子的生命是同等法益，父亲既非认识错误，亦非根据个人信仰而作出选择，故只能适用期待可能性理论阻却其责任。对此，加拉斯指出：无论是非法判断抑或责任判断，皆是在以法规范为标准加以确定后得出的结论；义务冲突中的行为人处于心理上的强制状态，这是一种“能力”的欠缺，从而具备免责基础。〔55〕我国学者李兰英也主张这种观点：义务冲突的实质是将行为人置于一种“万般无奈，顾此失彼”的境地。在当时的情况下，任何一项义务都是应当履行的，只是因特殊情形而产生选择上的困难。因此，法律真正应当做的不仅是对

〔51〕 BVerfGE 32, 98. 该案基本案情为：被告人与其妻子同属福音兄弟会成员。生第四个孩子时，妻子出现急性贫血而需要输血，但妻子基于宗教信仰拒绝前往医院治疗并拒绝输血，最终死亡。出于相同信仰，被告人选择尊重妻子的意愿，使其未能得到必要的治疗。被告人被指控构成过失杀人罪，但法院认为：虽然被告人的态度应当予以否定，但其行为不能以刑法来处置，不能对该行为人进行非难。

〔52〕 BGHSt 32, 367. 该案基本案情为：一名76岁的重病老妇人在其丈夫去世后欲服用过量吗啡和安眠药结束自己的生命，并留下了一份文件，其中写道：“在我处于完全清醒的状态下，我要求医生不要安排我住进医院或疗养院，不要进重症监护室，也不要使用延长生命的药物，我想有尊严地死去。”当家庭医生赶到家中时，老妇人已经陷入昏迷状态。家庭医生未将老妇人送往医院，而是在其家中等待，直至老妇人去世。法院宣告该家庭医生无罪，理由是：该患者如果获救，仍将受到严重且不可逆转的损害。在这种情形下，医生出于良心决定不将老妇人送入重症监护室的做法是合理的。然而，在通常情况下，医生屈从于自杀者的死亡意愿是根本不被允许的。

〔53〕 参见前引〔27〕，耶赛克等书，第679页。

〔54〕 同上书，第680页。

〔55〕 Vgl. Gallas, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, in: FS-Mezger, 1954, S. 319 ff.

行为人表示怜悯和慈悲，而是应授予其在左右为难的困境中作出善意选择的权利。〔56〕

欠缺期待可能性说能够合理解释行为人未履行部分义务而构成违法的问题，同时为依据具体情状免除义务人的刑事责任提供了解释空间，从而获得了学界的支持。但必须指出的是，该说的判断标准是最模糊的，这也是其适用性存在不足的重要原因。

3. 小结

责任阻却事由说的基本观点是：义务冲突并非违法阻却事由，当行为人作出恰当的义务选择时，可以阻却责任。至于阻却责任的理由，该说内部虽有不同解释方案，但核心均在于良心决定，尤其当行为人承担的义务在重要性上难以取舍时，良心决定便是关键的阻却责任因素。责任阻却事由说在义务冲突理论发展初期曾一度占据主流，但由于判断标准的模糊性，行为人作出良心决定即可阻却责任的论证也不够严谨，从而影响了该学说的进一步发展。

（三）违法或责任阻却事由说

违法或责任阻却事由说也被称为二元论，该说将义务冲突分为阻却违法性的义务冲突和阻却责任的义务冲突。该分类方式最初来自于德国学者弗兰克：义务冲突可以分为论理义务冲突和实质义务冲突两种类型，只要无明示规定，为了履行高阶义务而牺牲低阶义务便是妥当的。〔57〕受其影响，韦伯也将义务冲突分为论理义务冲突和实质义务冲突，并指出前者是表象性的，是法秩序可以解决的，而后者由于陷入了人格尊严的无制约性要求与重要的人的利益冲突，会出现将人作为促进或是实现重要利益的手段，或者不放弃重要的人的利益便无法化解冲突等状况，因而是法秩序无法解决的。〔58〕

相较于上述主张，耶赛克等人的观点更为明确：合法化的义务冲突即阻却违法性的义务冲突，这是指行为人在不同位阶的义务互相冲突时，履行了较重要的义务而放弃了位阶较低的义务。该类义务冲突属于合法化的紧急避险的一种特殊类型，所以处理方式也遵从合法化紧急避险的处理原则。换言之，既然必定要违反两项义务中的一项，当存在价值较高的义务时，则必须履行该义务。在进行判断时，除了需要考虑涉及义务关系的法益价值关系之外，相关冲突的整体利益、行为人追求的最终目标以及得到承认的公众价值观念等都是重要的考量因素。〔59〕如果行为人出现了义务位阶衡量方面的错误，则构成德国刑法第17条规定的禁止错误——当行为人在行为时欠缺不法认识且该错误无可避免时，其行为无罪责；当该错误可避免时，得依该法第49条第1款的规定，减轻处罚。与之相对，阻却责任的义务冲突主要包括以下两种情形：第一，行为人为了履行位阶较低的义务而选择放弃位阶较高的义务。第二，在无法衡量位阶高低或者位阶等价的义务冲突类型中，行为人的履行或者不履行可能涉及生命法益时，由于生命法益具有特殊性而无法在违法性阶段轻易作出判断，则将该类型的义务冲突置于责任阶段进行处理。实践中引发难题的是阻却责任的义务冲突中的第二种情形，例如在“战时安乐死案”中，行为人无论作何种选择均无法排除行为的违法性，但是，只要行为人认真进行检验，选择并履行部分义务，便应当认定其选择了较小的恶害，可以阻却行为的责任。不过，二元论也明确指出，这并不意味着行为人必须选择较小的恶害才应当免责，对于无力改变事态发展的行为人，也应当免除其责任。

〔56〕 参见李兰英：《义务冲突下的正确选择》，《法学评论》2002年第2期，第72页。

〔57〕 参见前引〔30〕，大嶋一泰文，第154页。

〔58〕 同上文，第158页。

〔59〕 参见前引〔27〕，耶赛克等书，第496页。

二元论提出的时间较晚,由于其负有克服前人学说弊端的使命,因而自始便呈现出更具优越性的理论构造。在阻却违法性的义务冲突中,二元论吸纳了法益衡量说的基本思路,准用紧急避险的认定方法来解决;在阻却责任的义务冲突中,则融合了良心决定与“较小恶害”等观点。这种方法有效避免了将义务冲突单一认定为违法阻却事由或者责任阻却事由时难以克服的理论弊端,从而使二元论具备了更旺盛的生命力。

不过,必须承认的是,二元论也存在一定的问题:(1)区分阻却违法性事由与阻却责任事由的标准并不明确。二元论是以与义务对应的法益是否存在位阶差别为区分标准的,但事实上这并非真正有效的区分标准。耶赛克等人在谈论该标准时提出的若干关键词,如“最终目的”“价值概念”等,均缺乏可操作性。(2)主张义务位阶无法衡量时或者义务位阶相等时只能在责任阶段处理义务冲突的观点过于僵化。更何况,义务位阶无法衡量与义务位阶相等是不同层级的问题,本就不应等同视之。(3)二元论主张阻却责任的义务冲突必须与生命法益相关联,这使其类型边界愈加模糊。(4)将阻却违法性的义务冲突归为紧急避险之特殊类型的做法,恐怕有损义务冲突的实质独立性。刑法教义学有关义务冲突的理论推演旨在使义务冲突独立于紧急避险,如果认为阻却违法性的义务冲突实际上属于阻却违法性的紧急避险,那么真正存在的义务冲突将只剩下阻却责任这一种类型。加之二元论又将阻却责任的义务冲突与生命法益相关联,这样一来,义务冲突从整体上便丧失了独立存在的价值。

关于义务冲突的犯罪论体系定位,通过对三种主要学说的梳理与评析,可以发现无论是违法阻却事由说、责任阻却事由说抑或二元论,均不同程度地存在不足之处。但比较而言,笔者认为二元论更具有理论优势。有鉴于此,下文将对二元论的理论构造进行改良,以提升其实际适用性。

五、二元论的改良及其应用

(一) 类型设定:以义务位阶衡量为导向

如前所述,以作为义务与不作为义务为标准区分义务冲突的类型虽然最为常见,但过于片面。传统二元论虽然主张通过区分义务位阶来对义务冲突作出类型区分,但其实际上是以冲突义务所关涉的法益是否存在位阶差别为区分标准的。然而,毕竟法益不完全等同于义务,对于义务所关涉的法益的衡量无法替代对义务本身价值的衡量。因此,义务冲突的分类仍应回归冲突义务本身。

德国学者加拉斯认为,不同位阶的义务冲突是可解决的义务冲突,而同等位阶的义务冲突属于不可解决的义务冲突。^[60]但罗克辛认为,这种区分并未触及问题的本质,依然存在着混淆质与量的弊端。因为所有的义务冲突都是可以解决的,无论义务冲突等阶与否,也无论所关涉的法益是同质的还是异质的,终究会存在具有优先性的义务,即便是法益同质且义务等阶,也可以通过行为人的自主决定权排出义务的优先性。甚至不妨如此认为,等阶的义务冲突反而更容易解决,所谓的难以解决或不可解决只是就行为人的心理感受或者义务冲突给人的客观感受而言。^[61]日本学者高桥则夫依据划分义务位阶的观点,提出义务冲突可以区分为:不等阶

[60] 参见前引〔55〕, Gallas文,第312页以下。

[61] Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, S. 782 f.

的义务冲突，即一般义务与特殊义务的冲突；等阶的义务冲突，即择一冲突。关于不等阶的义务冲突，高桥则夫举例：当医生接诊罹患传染病的患者时，其既负有对患者病情的保密义务，也负有向保健所长报告的义务，其中的保密义务属于一般义务，报告义务属于特殊义务。保密义务源自日本刑法第134条第1款泄露秘密罪的规定，报告义务源自日本感染症预防法第12条的规定，根据特殊义务优先于一般义务的原则，医生应当及时报告。^[62]与之相对，等阶的义务冲突是指两个以上的义务之间表现为排他关系，因而只能择一履行，“两孩落水案”即属此类情形。

以义务位阶衡量为导向，采用上述义务位阶设定说的分类标准，目的是将义务冲突区分为相对义务冲突和绝对义务冲突，并由此确立不同的违法阻却标准，从而使义务冲突与紧急避险得以区分，而这一点对于义务冲突的范围界定也是至关重要的。

（二）义务位阶的认定规则

1. 义务位阶衡量的法益标准

关于义务位阶的认定标准，一般情况下，义务位阶与法益价值可作等同理解，可以根据法益价值的高低来直接判断义务位阶的高低。例如，不等阶的义务冲突可转化为不等价的法益之间的冲突，等阶的义务冲突可以转化为等价的法益之间的冲突。有观点认为，整体而言，影响义务冲突中法益价值的主要因素包括以下四类：生命、人身自由、身体健康以及财产利益等法益价值的优先性；义务人对受保护的法益对象负有保护义务，如家长或医生；法律利益面临危险的紧迫性；法律利益受到侵害的可能性、义务的可操作性和可补偿性。^[63]还有观点提出了更加具体的衡量标准：法益价值遭遇危险的优先顺位，例如生命、人身自由、身体健康、公共财产和个人财产等价值顺位；承担义务的义务人对于所保护的法益对象的监护义务，例如父母对子女的特殊监护义务或者医生对病人的救助义务；陷入危险的法益紧迫性，即危险时间的远近；发生法益侵害的可能性高低；义务的可实施性和可弥补性等；在整体法益与个人法益互相冲突时，整体法益处于优先地位，但只有当整体法益远高于个人法益时，才符合整个法秩序的要求。^[64]例如，在“两孩落水案”中，身处保证人地位的父亲负有救助自己两个孩子的两项作为义务，而事实上父亲仅能选择履行其中一项义务，即救助其中一个孩子，父亲未对另一个孩子履行救助义务的行为构成不真正不作为犯。但是，此时发生冲突的义务所关联的法益具备相等性，法益的质（生命）与量（一对一）均等，所以互相冲突的义务不存在位阶上的差别。而在“战时安乐死案”中，冲突义务所关联的法益在质（生命）上相等，但在量（一对多或者多对更多）上并不相等，此时互相冲突的义务存在位阶差别。在“家庭医生案”中，法益在质上的区别是丈夫的隐私权和妻子的健康权以及夫妻间的忠实义务，与妻子的健康权以及夫妻间的忠实义务相比，丈夫的隐私权无论在质上还是量上均居于相对低阶的位置，其间的位阶差别显而易见。

必须指出的是，冲突义务位阶的衡量虽然应当以所关涉的法益为参照物，但不能以法益作为唯一参照。更何况，即使是同等类型的法益之间，也存在着量的权衡问题。而当义务无法与

[62] 参见[日]高桥则夫：《刑法总论》，成文堂2018年版，第345页。

[63] 参见王琳琳、赵弈：《刑法中的义务冲突理论在司法实践中的应用》，《长春师范大学学报》2019年第9期，第80页。

[64] 参见钱大军：《法律义务研究论纲》，科学出版社2008年版，第138页。

法益直接关联时，则另需依据其他标准为冲突义务划定位阶。

2. 义务位阶衡量的补充设定

关于义务位阶的衡量标准，由于传统二元论在冲突义务的位阶判断中引入了相关冲突的整体利益、行为人追求的最终目标、得到承认的公众价值观念等过于模糊的判断要素，以及实践中存在难以认定位阶的义务冲突情形，从而影响了二元论的实际适用性。针对这些弊端，本文基于传统的义务位阶衡量标准，除了所关涉的法益之外，主张将义务冲突转化为法条竞合，并细化为规则竞合、原则竞合，以确立更具操作性的义务位阶衡量标准，并有效化解传统二元论中部分义务冲突类型的义务位阶难以界定等问题。

如前所述，法益是衡量义务位阶的重要参考。在义务冲突的场合，总的规则是履行重大义务而懈怠轻缓义务；国民无需考虑义务本身的轻重，而只需考虑履行何种义务以保护更重大的法益。^[65]但法益不是衡量义务位阶的唯一标准。在无法依据法益进行义务位阶衡量的情况下，又当如何处理义务冲突？对此，有法理学者主张将义务冲突转化为法条竞合进行处理，即所有逻辑上的法律义务冲突均可以表现为法条竞合，包括规则与规则的竞合、规则与原则的竞合、原则与原则的竞合，法条竞合实际上不过是法条之间的冲突。因此，义务冲突的实质无非是隐藏在其背后的规则、原则之间发生了冲突，具体包括法律规则与法律规则的冲突、法律规则与法律原则的冲突、法律原则与法律原则的冲突等三种情形。^[66]

以此为参考，本文对义务位阶衡量作如下补充设定：（1）当规则与规则发生冲突时，无非存在两种情形：可以设定“规则—例外”结构的情形；无法设定“规则—例外”结构的情形。在无法设定“规则—例外”结构的情形中，存在两种解决方法：依据普遍认可的形式规则予以解决，例如上位法优于下位法、新法优于旧法、特别法优于一般法等规则；当无法以形式规则加以解决时，则将其转化为规则与原则的冲突来加以解决。（2）当转化为规则与原则的冲突来加以解决时，需考察规则与原则之间是否存在紧密关系，具体分为两种情形：规则与原则之间存在紧密关系，二者间发生冲突无非是规则未体现或者超出了原则的内涵，若不违反原则，则依然适用规则，反之则适用原则；规则与原则之间不存在紧密关系，此时只能将规则与原则的冲突转化为原则与原则的冲突来加以解决。（3）当必须转化为原则与原则的冲突来加以解决时，由于原则与原则之间也存在位阶关系，此时采取高阶原则优先于低阶原则的基本做法，若原则的位阶高低无法衡量，则只能委之于原则权衡及个案衡量。考虑到义务冲突通常可以还原为法益冲突，因此以法益为主要参考，以规则竞合、原则竞合为辅助的方式，应能发挥划定义务位阶的作用。

（三）二元论的改良方案

以笔者主张的二元论立场为基础，结合上述为冲突义务设定位阶的衡量标准，可以构建出更贴近我国刑事立法规定和司法实践应用的义务冲突规则体系。

整体而言，义务冲突应当是独立于紧急避险的超法规阻却事由。这是考虑到，我国刑法未如德国刑法第34条、第35条分别设定了阻却违法性的紧急避险和阻却责任的紧急避险。二元论的基本主张是将义务冲突区分为阻却违法性的义务冲突和阻却责任的义务冲突，本文赞同这一观点。但不同于传统二元论将义务位阶相等（且涉及生命法益）的义务冲突归于阻却责任

[65] 参见张明楷：《行为功利主义违法观》，《中国法学》2011年第5期，第119页。

[66] 参见钱大军、张新：《法律义务冲突初论》，《法制与社会发展》2009年第3期，第40页。

类型的做法,本文主张,阻却违法性的义务冲突既包括等阶的义务冲突,也包括部分不等阶的义务冲突,而阻却责任的义务冲突仅包括部分不等阶的义务冲突。在此需要说明的是,尽管本文也赞同生命法益在价值上不可比较的基本原则,^[67]即不应当将生命的质量和数量作为义务位阶的衡量标准,但是,不允许以牺牲一个人的生命保护多数人的生命,就意味着即便会导致更多人死亡也不能牺牲一个人的生命,这同样难以为社会一般观念所接受,至少对于为保护多数人的生命而不得已牺牲一个人的生命的行为,应排除犯罪的成立。^[68]换言之,基于功利主义的考量,在为保护多数生命而牺牲少数生命的义务冲突场合,至少应当保留从违法性层面免除义务人刑事责任的可能性。

进而论之,在义务冲突的情形下,同时存在数个作为义务,但义务人仅能从中选择履行一项作为义务,义务人的义务选择行为能否阻却违法性,取决于数个互相冲突的义务所保护的法益在位阶上是否相等。等阶的义务冲突是指,互相冲突的义务在价值上相等,此时行为人任意履行其中一项义务即可阻却违法性。不等阶的义务冲突则是指,互相冲突的义务在价值上可以权衡轻重。

在根据上述方案进行义务位阶衡量的前提下,义务人履行了高阶义务时,将直接阻却违法性;义务人履行了低阶义务时,行为违法,但可能阻却(或减轻)责任。义务冲突的上述分类标准及体系定位如下表所示。

阻却违法性的 义务冲突	等阶的义务冲突	义务在价值上相等	任意择一履行
	不等阶的义务冲突	义务在价值上可以权衡轻重	履行高阶义务
阻却责任的 义务冲突	不等阶的义务冲突	义务在价值上可以权衡轻重	履行低阶义务

关于义务冲突阻却责任的依据,具体包括存在违法性认识错误和不存在错误认识这两种情形。对于前者,沿用传统二元论所采用的违法性认识错误理论;对于后者,若确属有可宽宥理由的义务选择,可以借鉴责任阻却事由说中的欠缺期待可能性说,通过期待可能性理论来加以解决。对此,应当理解为法律上容许义务人在数个互不相容的义务发生冲突的情况下选择履行其中一项义务,而无法期待义务人同时履行其他义务。

综上所述,基于改良式二元论的立场,义务冲突在犯罪论体系定位上应当属于超法规的违法或责任阻却事由。据此,义务人选择履行其中一项义务而不得已放弃履行另外一项或多项义务的行为可能并不违法,或者可能违法但阻却或减轻责任。特别是在违法但阻却或减轻责任的情形中,尽管义务人在价值上可以权衡轻重的义务中选择了履行位阶较低的义务,但如果该选择是出于义务人不可避免的违法性认识错误而导致丧失处罚必要性,或者该错误虽然具有避免可能性但由此导致处罚必要性降低,则可以考虑从责任层面予以出罪或者减轻处罚。

(四) 改良式二元论的应用

以下根据改良式二元论的方案,按照义务冲突的不同类型,对相关情形的处理作简要论述。

[67] 参见陈璇:《生命冲突、紧急避险与责任阻却》,《法学研究》2016年第5期,第135页。

[68] 参见前引[65],张明楷文,第125页。

1. 等阶义务冲突的处理

现实生活中，等阶的义务冲突一般表现为同等生命法益之间的冲突。在医疗救治领域，可能出现医疗资源有限所导致的优先救治决策困境，此时需要考虑的是医生未能及时救治患者的不作为行为能否被正当化。例如，医院仅剩一辆待出车的救护车，却同时接到两则来自不同小区的病患求救信息，且两位患者均为突发心梗的老人，此时救护车上的医护人员便面临优先救治的义务冲突：对急需抢救的两位患者均负有救助义务，仅从该义务冲突情形下生命法益的衡量角度出发，不能认为此时两名患者的生命法益存在质上或者量上的差异。这是因为，医护人员履行救助义务所保全的生命法益处于同等位阶，就生命权的保护而言不存在优越利益。当救助生命法益的义务处于同等位阶时，面临优先救治决策困境的医生可以择一履行救助义务，即医生有能力同时也应当被允许依据医学标准和医疗程序作出合法（阻却违法）的优先救治决策，这种决策并不违背规范意义上的人之基础平等权。^[69]因此，刑法对此类行为不应当予以否定评价，医生不救治其他患者的决策行为的违法性可以被阻却。

2. 不等阶义务冲突的处理

（1）阻却违法性的义务冲突

在市场监管领域，吹哨人的行为通常会引发义务冲突，即据实告发义务与保守职务秘密义务之间的冲突。有学者指出，因吹哨人告发行为引起的利益冲突在构造上与紧急避险类似，可对紧急避险作扩张解释，以合理解决由吹哨人告发行为所引起的利益冲突。^[70]该观点主张在违法性阶段使吹哨人的告发行为得到正当化，本文亦赞成在违法性层面解决问题，但紧急避险作为法定阻却事由，其成立条件是比较严苛的，应否基于个案对紧急避险作扩张解释是值得商榷的。鉴于吹哨人的处境不具有绝对紧迫性，与紧急避险相比，成立义务冲突所要求的紧急程度略低，那么在处理涉及吹哨人告发行为的案件时，适用义务冲突理论可能更为恰当。例如，吹哨人的据实告发义务与保守商业秘密义务相冲突，且属于不等阶的义务冲突。从义务位阶衡量的角度看，商业秘密不具有绝对优先性，尤其是针对企业中存在的违法行为，据实告发义务在位阶上应当高于保密义务，因此被告人履行高阶义务的行为不具有违法性。但是，在公共应急事件中，知情吹哨人的据实提醒义务与保密义务可能并未指向相对明确的法益，所以尽管形式上是据实提醒义务与保密义务之间的冲突，实际上却难以就义务作出利益衡量，即无法适用紧急避险理论得出相应结论。此时，不妨将这类情形视为前述补充设定的“规则与规则的冲突”中可设定“规则—例外”结构的情形：通常情况下的知情吹哨人应严格遵守保密义务，但如果应急事件波及范围较广，那么小范围内的提醒应当是允许的。由于保密义务的位阶略低于据实提醒义务，所以小范围的据实提醒行为不具有违法性。

（2）阻却责任的义务冲突

“肖志军案”是较为典型的阻却责任的不等阶义务冲突情形，且该案属于应履行的义务所依据的规则之间发生冲突的情形。根据前述义务位阶的补充设定规则，面对不同义务所依据的法条规定之间的竞合，义务人应当按照法条竞合的处理规则即上位法优于下位法等形式规则作出恰当的义务选择，然而在现实生活中，义务人在作出义务选择时可能并未完全遵循处理法

[69] 参见 [德] 卡斯滕·格德、米夏埃尔·库比策尔、弗兰克·萨利格、米夏埃尔·桑比卡基斯：《优先救治决策困境中的合法行为》，郑童译，《财经法学》2020年第6期，第128页。

[70] 参见朱奇伟：《企业“吹哨人”举报行为的刑法评价——以法域协调为视角》，《法学》2022年第4期，第94页。

条竞合的形式规则。该案中，义务冲突在实质上是执业医师法第 24 条与《医疗机构管理条例》第 33 条之间的竞合。^[71]前者是由全国人大常委会通过的法律，其效力等级明显高于作为行政法规的后者，二者发生冲突时应遵守执业医师法的规定，即应当优先履行高阶义务——救治危急患者的义务。^[72]但事实上，医生最终选择了履行低阶义务——尊重患者及家属对于实施手术的知情同意权，这一选择有悖于处理法条竞合的形式规则。这一义务选择的背后，既有义务人对于制度规定及相应后果的考虑，也可能是在进行义务位阶衡量时出现了禁止错误，而该错误是基于义务人对上级主管机关的权威信赖从而几乎是不可避免的，所以尽管“肖志军案”中医生选择尊重患者及家属的知情同意权而未救治患者的行为具有违法性，但由于缺乏期待可能性，该行为的责任可以被阻却。

Abstract: When ranking conflicting obligations, we should, besides comparing the quality and quantity of legal interests, understand a conflict of obligations as the concurrence of laws behind obligations and then refine it into the concurrence between rules and rules, between rules and principles, or between principles and principles. On this basis, a conflict of obligations can be regarded as the cause of obstructing illegality and/or liability. Conflicts of obligations to obstruct illegality include two situations, namely the arbitrary performance in the equal-level conflicts of obligations, and the performance of the higher-level obligations in the unequal-level conflicts of obligations, while conflicts of obligations to obstruct liability include only one situation, namely the performance of the lower-level obligations in the unequal-level conflicts of obligations. By adopting this modified dualist method, we can solve the difficult cases of conflicts of obligations, especially cases involving the conflicts of legal interests of life.

Key Words: conflict of obligation, obligation rank, legal interest measurement, necessity

[71] 医师法自 2022 年 3 月 1 日起施行，执业医师法同时废止。《医疗机构管理条例》分别于 2016 年、2022 年作出修订，原条例第 33 条已修改为新条例第 32 条。

[72] 参见吕英杰：《“肖志军拒签案”医生的刑事责任分析》，《政治与法律》2008 年第 4 期，第 132 页。