

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 260

## 身分与法律义务、法律义务冲突

钱大军

摘要: 身分是人们在法律上所居的地位, 该种地位决定其在特定情况下的权利和义务。它与法律义务的产生、分配与运行存在不可分割的关联。因此从身分角度去认识和理解法律义务、法律义务冲突具有重要的意义。法律义务冲突实质上是义务人具有法律意义上的身分之间存在无法取舍的困境。那么身分就可以为法律义务冲突的解决提供一定的信息。

关键词: 法律义务; 身分; 角色; 法律义务冲突

为了加深对整体的认识, 我们必须从不同的角度对其进行认识[iii]。因此, 我们没有理由、能力和勇气事先否定认识的任何角度。如果欲了解一个角度对认识一个事物是否具有价值, 我们只能通过尝试来验证。除此外, 别无他法。在没有得到验证之前, 任何角度都可能是有价值的角度。笔者在本文中简单论述一个对解释和理解法律义务与法律义务冲突可能有意义的角度--身分, 并以身分为视点理解与解释法律义务、法律义务冲突。

### 一、身分

提起身分, 研习法律的人员可能第一反应就是英国著名的法学家、历史法学派的代表人物梅因在其名著《古代法》中的一句名言: "所有进步社会的运动, 到此处为止, 是一个'从身份到契约'的运动。"[1] (P97) 这是当时英国法律文献中最为著名的名言。而在更多的时候, 身分是一个社会学上的概念, 它指的是人们在"特定社会结构模式中所占据的一个位置"。身分在社会中的存在是个客观事实, 并不能而且也不可能因人的主观意志而改变。说得绝对一些, 只要有社会存在, 就不可能没有身分。因为身分是社会中的人的存在状态和表现形式, 只要人在社会中存在就必然以身分的形式存在。

《现代汉语词典》将身分解释为"人在社会上或法律上的地位"。《辞海》则将身分表述为"人的出身、地位或资格"。此处身分的含义不局限于身分权中身分的含义[iv]。身分大致可以分为两类。一类是先赋身分, 指的是个人因生理的原因, 先天获得或者从自己的父母那里继承下来的身分。梅因所说的身分多是以一个人的血缘关系为基础从自己的先辈那里继承下来的非生理上的特征或身分, 包含在先赋身分之内。另一类是自致身分, 是个人在后天通过努力获得的分身。先赋身分一般说来是不可以改变的, 从出生时就已经获得并终身不再改变。其实, 梅因所说的社会进步运动就是个人从自己无法改变的先赋身分中解放出来而走向由个人意志自由决定的自致身分的过程, 通过契约来达成、改变或者放弃身分的过程。也就是在法律上, 所有的人都已经具备了主体资格, 主体身分被法律承认, 主体的权利受法律保护, 受法律平等对待。这个过程就是从法律上的"非人"到合法的人的转变。通过契约来获得身分是现代社会人们取得身分的主要途径, 无论在公法领域还是在私法领域。正如韦伯所言: "从法律的观点来看, 个人的法律-经济地位, 即合法获得的权利与相应的义务, 一方面取决于以法律承认的家庭关系为基础的世袭权; 另一方面, 直接或间接地取决于以他自己或以他的名义缔结的契约"[2] (P101-102)。这里的法律-经济地位局限于私法领域, 而在私法领域中, 以家庭关系为基础的法律承认的世袭权相对于整个领域中的权利而言, 数量很少。而在公法领域中, 通过契约, 至少在形式上通过契约来获得、改变或者放弃身分。因此, 所谓的进步运动并非指只要契约不要身分, 而是指通过契约来获得、改变或者放弃身分。

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

其实，在现代社会中，还有一种特殊的身分介于先赋身分和自致身分之间。它既可以因血缘关系从出生时获得或继承，也可以因后天的努力而取得；既可以由后代继承，也可以在社会生活中自愿放弃或被剥夺。如现代社会中的国籍身分[v]和我国的户籍身分。

在现代的社会生活中，个人所具有的身分多是自致身分。正如梅因所说，这代表着社会的进步。其实，这种进步的实质是，在现代社会契约成为个人获得身分的一种法律手段，而不像在古代社会那样，人一出生身分就被固定了。在现代社会，个人主体的地位得到了法律的承认，个人可以按照自己的意志活动，自由地取得或者放弃某种身分。为了能充分理解和理解身分，需要总结在现代社会中，身分具有哪些基本特征。笔者认为现代社会中的身分应当具有如下基本特征：

(一) 多重性。即生活在现代社会中的人所具有的身分可以而且必定是多重的。现代社会是高度专业化和分工化的社会，人们为了生存和发展必须拥有和发展广泛的社会关系。而且随着人类生活场景的增多和人们之间交往的频繁，人们必然要从以家庭生活为主要场景向以社会活动为主要场景转变。这样人们就会拥有各种各样的、日益增多的职业身分、社团身分和关系身分。

(二) 现实性。即不论人们是否承认身分的存在，它都是与人的生存与发展相伴而行的。在社会学研究中，身分被认为是社会结构的基本单位，是社会学研究中不可规避的出发点。其实，作为人类一分子的我们在进行某一活动时，都是以相应的身分作为表征的。

(三) 可转换性，或称可变性。即在现代社会中，除了那些纯粹的先赋身分外，身分应当是可流动、可变更的。事实也正是如此，人们都可以通过自己的努力获得这种或那种身分，同样也可以自主地放弃这种或那种身分。身分是否具有可转换性是现代社会与古代社会的标志性区别，身分的可转换性越强，存在于社会中的人可支配的自由程度就越高。身分的可转换性也标志人类的解放程度[vi]，身分的可转换性越强，人类的解放程度就越高。在现代社会里身分的转变应当是自由的，一般不需要经过公共权力机关或其他人的批准或认可。

## 二、身分与法律义务

### (一) 具有法律意义的身分

现有社会学家对身分概念的解释各不相同，归纳起来大致有以下几种：在社会上的位置；在等级制度中的位置；一种继承下来的社会地位；任何一种客观的特点（如职业、收入等）测量的地位、声望；权利与义务的集合。[3](P243-249)其中，能涉及到法律的有第二、第三和第五种。就是说，身分并不总是与法律、权利义务相关。因此按照是否与法律有关，可以对身分进行这样划分：具有法律意义的身分和不具有法律意义的身分。具有法律意义的身分如职业、年龄、婚姻状况等；不具有法律意义的身分如宗教信仰、肤色等。《牛津法律大辞典》就曾直接将身分解释成具有法律意义的地位（身分），这种地位在一定的情况下决定了居于该地位的人的权利与义务。“身份特指一个人在法律上所居的地位，该种地位决定其在特定情况下的权利和义务”[vi]。需要注意的是，有一些身分只有在对身分占有者进行特殊的保护时才具有法律意义，如性别和民族。而且一个身分是否具有法律意义很可能会随着社会的发展、时间的转换而发生改变。

为了能够与历史上按身分分配的制度区别开来，必须要确定在现代社会中哪些身分应当具有法律意义。在身分社会中，身分曾得到法律的认可和规范，成为法律身分或者法律地位，不同的身分得到了不同的对待。正如梅因所认为的，如此意义上的身分社会终究要被取代，因为它违背了历史发展的趋势和潮流。人类社会史，可以说是一部人的解放史，即人不断地从各种束缚中解放出来，逐渐成为平等的、自由的法律主体的过程。那么这些先赋身分将逐渐不再被当成分配、评价与对待的法律标准，进而消失。代替这些先赋身分成为法律评价、分配标准的将是自致身分和某些特殊的身分，但并不是这两种中的任何身分都能成为具有法律意义的身分。一般说来，一种身分要成为现代社会中具有法律意义的身分，应当具备以下几个条件：

(1) 这种身分必须是自致身分或与其类似的身分，而不能是先赋身分，如种族、阶级。这里有一种特殊的先赋身分必须成为法律身分，是任何正常的人都无法否认的，这就是“人”这个身分。

(2) 这种身分是可以流动的，具有可改变性，即人人都可以纯粹按照自己的意志通过努力获得和放弃。虽然有一些身分并不受人的意志控制，但都是每个人可能获得或经历的身分，因此也可以计算在内，如年龄。

(3) 这种身分可能在法律上不是一直都具有法律意义。但这些身分在法律特殊保护或具有其它特定的目的时就可以具有法律意义, 如性别、民族。

总的来说, 要想成为具有法律意义的身分, 必须是在此国度中人人都可能获得或者肯定会经历过的身分, 而且还要被法律认为有规范的必要。

## (二) 身分与法律义务的产生、分配与实现

身分与法律、法律的表达方式之间存在无法割弃的关联, 尤其是法律义务。法律义务在产生、分配与实现的各个阶段都与身分发生关系。这种关系可以为从身分角度认识和理解法律、法律义务和法律义务冲突提供理由。

首先, 法律义务的产生源于社会对与具有法律意义的身分相应的角色行为的期待。

法律来源于社会, 法律对事物与行为的规范是社会自身存在的要求, 这种要求具体表现为社会对社会成员遵守一定角色行为模式的要求。正如有学者认为的那样, 法律的目的是“为了使社会成员遵循社会生活所要求的一定的行为方式, 社会对社会成员所采取的反应的过程的总体”的“社会控制”。[4](P21)研究身分, 就不能不探讨角色。事实上, 社会学家是用“角色”这个概念来表示身分的动态性质。文化人类学家林顿认为: “把在社会中占有特定位置(positi on)的个人的席位称为此人的‘地位’(status), 把个人为其体系必须履行的权利和义务(称为角色规范)的总体称为这个人的‘角色’”。[vii]美国的著名社会学家戴维·波普诺认为, “‘角色’是对在一个群体内或社会中具有特定身份的人所期待的行为。”[5](P152)因此可以说, 角色是指社会规定用以表现社会地位的模式行为, 即指与人们的某种社会身分相一致的一整套权利、义务的规范与行为模式。角色行为按道理应当与身分相适应, 即角色人应当按照身分的要求去实施角色行为, 以满足社会对该身分的期待性要求。身分的变化与更替, 也应当引起角色行为的改变。当一个人从消费者变为销售者, 他的角色行为就发生了相应的变化。

人是在社会中形塑自我的, 通过内化他人乃至社会对自己的角色期望, 来使自己社会化。“人出生以后, 通过积累与他人的互动, 接受各种各样的他人对自己的角色期望, 从而形成自我。即, 在与众多人的接触中形成‘自我--他我关系’的复合体, 不仅内化来自父母、朋友等‘重要他人’的角色期望, 而且, 经过综合与一般化的过程, 朝着作为‘一般化他人’的‘一般社会’对自己的期望, 即内化‘社会规范’的方向发展, 从而形成具有社会性自我的人。”这种角色期望的规范化与法律化就往往会形成法律上的义务要求。由于角色预期和对角色预期的预期往往不具有确定性, “社会体系为了稳定人们所遵循的客观且有效的预期, 必须是双方的预期形成‘当为’或‘规范’, 由双方共同遵循, 即通过努力形成规范, 以消除或减少预期落空的危险性。”“因为使预期规范化才是能够预期他人预期的最好办法。”[ix]所以, “所谓规范就是对抗事实的稳定化的行动预期”。因此, 作为“实现整合性一般化的规范性行为预期”的法律, 功能不是在于强制的秩序, 倒毋宁说是在使预期变得准确且容易”。[4](P71)即法律、法律规范、法律义务产生于社会对具有一定身分的人的角色期望, 因此“法律是一套以相当明确的关系来阐明群体及个体在群体中所扮演之角色的法规”[6](P80)。

因此, 与具有法律意义的身分相适应的角色行为在社会中往往就会转化[x]成法律义务中的期待行为[xi]。套用社会学意义上的角色概念, 具有法律意义的角色行为就是法律规定用以表示角色所具有的法律地位要求的模式行为, 即指与人们的某种法律身分相一致的一整套权利、义务规范的模式行为。在笔者看来, 法律义务是主体应当采取的行为模式, 并且是引起偏离行为模式的行为者承担法律责任的理由[xii]。因此, 在一定程度上, 与具有法律意义的身分相适应的角色行为就是主体应当履行的由法律义务规范的行为。如果没有履行这种具有法律义务性质的角色行为, 将可能承担与之相适应的法律责任。因为一定身分所要求的角色行为是对在一个群体内或社会中的特定身分所期待的行为, 所以法律义务中的期待行为就是对在一个群体内或社会中具有法律意义的身分所期待的角色行为。

其次, 在社会中, 法律义务是按照具有法律意义的身分进行分配的。

法律一般是按照具有法律意义的身分来分配法律义务的。“身份特指一个人在法律上所居的地位, 该种地位决定其在特定情况下的权利和义务”。自古以来, 法律义务一般都是按身分进行分配的, 只不过, 随着社会历史的发展, 被法律认可的身分在逐渐地被改变, 即从人生而不平等的身分向生而平等的身分转变。因此可以说, 即使在现代国家中, 法律义务的分配也是按身分进行的, 只不过现代社会中法律所承认的身分是符合现代法律精神的, 即某人是否承担某种法律义务, 取决于他是否取得了与之相适应的法律身分。同样, 法律义务是否具有普遍性取决于具有法律意义身分的主体是否承担了相同的法律义务。法律义务之所以应当具有普遍性, 是因为法律本身应当具有普遍性要素。在现实中, 又如何确定和保证法律义务的分配具有普遍性呢? 如果具有相同的法律身分的人承担了相同的法律义务, 那么法律义务的分配也就具

备了普遍性因素。在某种程度上,古代的法律义务可以说也是具有普遍性因素,即也是按一定的身分来划分的,只不过其依据的身分是先赋身分而已。

其次,法律义务的实现要借助于义务人对角色预期的内化与认可。

法律义务是他人或者群体、社会所期望的被法律化、制度化的行为方式,包含了社会及构成社会的个体对法律义务承担者的期望,即角色期望。而且这种期望的背后存在着为了使期望变得准确且容易的社会规范。这种规范的产生目的就在于期望角色承担者或者义务的承担者能够按照期望的行为模式行为。人的社会化的主要作用就是将社会的角色规范内化于人,使人按照对规范的“内在观点”来理解和运用法律。众所周知,强制无法使法律获得人们真诚地遵守。欲使法律成为人们自愿遵守并成为判准的规则,必须将法律内化于人的心中,使人们对法律持有一种“内在的观点”。这样法律就能够获得最大的应用与遵守,因为对持内在观点的人来说,依据法律所设定的行为模式行为是一种自觉、自愿没有丝毫被强迫的行动。法律所要求的行为正是已经社会化的人的角色认知,社会塑造而形成的个人的内在需求也正是由角色经过法律化、制度化而形成的法律。正如学者所言:“法律的目的并不是要对人们实施威胁和制裁,而是要保障对法律持内在观而自觉遵守法律的人能够实现自己的生活计划,实现其合法利益预期,并在其合法权利遭到侵犯的情况下,能够得到国家权力机关的有效救济”。[7](P234)如果人们都能够将社会所期望并已经成为法律的角色行为模式内化于自己意识之中,那么法律才可能被人们以内在观点来看待与理解,并在最大的程度上被人们遵守。

可是,虽然人的自我塑造于社会,可是社会中的个人也具有一定的自主性。这就导致了社会的角色期望与个体的角色认知可能处于紧张的态势之中。当然在角色期望与角色认知背后的共同的社会规范能够使二者在很大的程度上具有共同性,但二者之间的冲突也是在所难免。冲突的解决只能靠对角色实践进行权威的评判,使角色认知或者角色期望得到修正,进而使二者能够保持基本的平衡。

### (三) 身分角度的价值

一如上述,法律义务就与身分、角色和角色行为之间存有重要的关联,因此从身分角度认识法律义务就有其独特的价值。笔者认为主要有以下四点价值:

其一,从身分角度认识法律义务,有利于说明法律义务的应当性。法律义务的应当性一方面来自于法律的规范性,另一方面来自于法律之外的道德要求。但是从身分角度来看,法律义务的应当性来自于社会的认可和期待[xi i i]。因为在人们的观念中,与身分相适应的行为是具有身分的人应当,甚至必须履行的行为。它代表了一定的社会地位,社会地位本身就具有一整套以权利义务为表现形式的行为模式。这是社会存在的需要和要求。这样,对法律义务的应当性的解释就不用虚妄的规范和价值上下功夫了,而只需从现存的事实行为和期待中进行归纳和抽象即可。社会认可和期待哪些行为,规范此行为的法律义务就可能具有正当性,否则就不具有。问题在于如何确认社会的认可和期待,因为它具有无法量化的因素。笔者认为只能在系统调查、细心观察和认真分析中获得。

其二,从身分角度认识法律义务,有利于说明法律义务中的期待行为。法律义务中的行为包含期待行为和现实行为。其中,期待行为是指被法律标准所期待、被对法律持内在观点的人所期待的行为。如果从身分的角度来认识期待行为,就可以发现,它是被社会以及构成社会的每一分子所期待的角色行为。其实,“被法律标准所期待、被对法律持内在观点的人所期待”的根据和来源,就是被社会以及构成社会的每一分子所期待。只不过它在法律中表现为被法律标准和对法律持内在观点的人所期待。因此从身分角度认识和解释法律义务,可以说明期待的最终来源和期待行为的应当性。

其三,从身分角度认识法律义务,有利于说明法律义务的来源。虽然我们强调法律义务是由法律来设置和规范的,但是法律义务的最终来源并不是法律和法律规范,而是作为义务主体的我们生活于其中的社会。身分和地位是在社会中产生和存在的,与身分相适应的角色行为和由角色行为上升为法律义务所规范的行为也是社会的要求。作为义务主体必须和应当履行的行为只不过是社会借用法律之口叙述出来的要求而已。换句话说,没有社会的存在也就不可能有法律义务的产生。因此从身分这个被社会认可的分配法律义务的标准的角度来认识法律义务是我们应当尝试的一个途径。

其四,从身分角度认识法律义务,有利于说明法律义务的动态性。现实生活中的法律和法律义务具有动态性[xi v],而不是仅作为一种语言形式存在于规范中。其实从身分角度认识法律义务,就可以较好地说明法律义务的动态性。法律义务是社会对一定身分提出的行为要求的法律化。可是社会对一定身分提出的行为要求处于变动不居的状态。在社会对身分提出的要求基本被人们认可之后,进而被法律制度化的过程中,变动的社会对身分又提出了不同的行为要求。即在要求的事实、要求的认可和要求的法律化各阶段之间存有一定的时间差,从而导致三者之间必然存有矛盾和冲突。为了满足社会的运行和秩序需求,必

须在事实、观念和规范之间寻求妥协[xv]。因此，现实生活中的法律义务必然是以动态的方式存在。

综上所述，笔者认为身分角度是解释和理解法律义务、法律义务冲突的一个值得尝试的角度与路径。

### 三、身分与法律义务冲突

法律义务之间存在冲突就不是人们凭空设想出来的理论，它更是一种不以人的意志为转移的客观存在。虽然从理想和纯逻辑的角度讲，一个法律体系中所有的，存在于法律规则中或者从法律体系中推定出来的法律义务之间应当是互相配合、和谐统一的关系，所有的法律义务应当构成了一个严谨的、层次分明的篇章结构，但是作为法律构造者的人类却是无法顾及到全面的有限理性者，致使在一个法律体系中也存在法律义务冲突的可能。在上述情况中出现的法律义务冲突只是法律义务在逻辑上（规范上）的冲突，实际上法律义务冲突的事实更多地出现在法律义务的运行和发展过程之中。

#### （一） 法律义务冲突的实质是法律身分之间的冲突

在笔者看来，法律义务冲突是指同一法律义务人同时承担两种或两种以上不相容（具体表现为两种或者两种以上的义务不能得到同时履行）的法律义务，履行其中一个法律义务，就必然要违反其他的法律义务进而可能承担责任的义务抵触状态。其中，法律义务包括：1、由法律和法律规范明确规定的法律义务；2、从法律权利和法律责任中推定出来的法律义务，以及从整个法律体系中推定出来的法律义务；3、上述规范形态的法律义务在与社会的主导价值和社会事实行为相互冲突后，妥协而成的法律义务。它们就是人们在现实生活中实际承担和履行的法律义务。[xvi]

一如前述，法律义务来源于社会对具有法律意义的身分所期待的角色行为模式，法律义务的产生、分配与实现都是与具有法律意义的身分的密切相关。那么法律义务冲突的实质就是义务人所具有的同一种或者不同的法律身分之间发生了冲突。这与社会学上的角色冲突相关。随着社会生活的日益复杂，个人能够同时与社会中的很多人建立社会关系，形成由其所具有的各种角色共同构成的角色集，或者角色束。由于资源的有限性，个人往往没有能力同时满足各种角色行为模式的规范与要求，而导致角色集的各种角色之间存在不能同时得到满足的冲突。社会学上的角色冲突主要指“当同一人所具有的两个以上的角色之间存在矛盾，不知应该服从哪一方时所产生的两难境地”。[4] (P69)那么法律义务冲突就是义务人由于其所承担的按照身分分配的两种角色行为模式之间或者是在同一角色行为模式中两个对象所要求的利益之间发生了冲突。

法律义务是按照法律身分的标准来分配的，因而不同的法律身分要求主体承担不同的法律义务。随着社会的发展，在个人与国家之间出现了越来越多的次级群体，而且这些次级群体发挥着日益增长的作用，因此现代社会中的人往往具有多重的法律身分，因为资源短缺等原因必然会发生法律身分冲突的问题，即无法同时履行两个或多个与法律身分相适应的法律义务行为。因此，可以说是法律身分之间的冲突造成了法律义务冲突。既然法律义务冲突与法律身分之间的冲突相关，那么身分必然能够为法律义务冲突的解决提供一些可供参考的信息。

#### （二） 身分与法律义务冲突的解决

防止法律义务冲突的出现和在法律义务冲突出现之后给予解决是法律体系的要求，否则任其出现而不给予解决最终只能导致法律体系的无效。正如韦伯所言：“规则的一致性可以说是一套法律系统有效性的最主要标准……规划于系统中的规则，在理想的状况下，必须不能使得个体在其裁决下感到左右为难、无所适从--或者，实际一点来说，这种矛盾的情况不能太常出现或太过剧烈。”[6] (P81)可是随着社会的日益复杂、经济往来的频繁加剧、权利的膨胀，法律的冲突、法律义务冲突日益增多，对于法律义务的冲突应当认真对待。

对于（刑事[xvii]）法律义务冲突的解决，目前的主要解决方法就是不能同时要求义务人履行两个相互冲突的法律义务。因为人们认为法律义务冲突（以刑法上的法律义务冲突为典型）实质上是将行为人置于一种进退维谷的两难境地。实质上，在当时情形下，冲突中的任何一个义务都是应当得到义务人的履行，只是由于义务人的资源短缺而没有能力同时履行，只能选择其一履行。可是无论选择履行其中的哪一个法律义务都必定会造成忽视另一个法律义务的结果，进而损害其所承载的价值和利益。这无疑从一开始就已经注定选择任何一个都难逃其咎。刑法学的研究人员求同存异，为司法实践对法律义务冲突的解决提供了原则式的学理建议。”（1）能够对互相冲突的义务进行价值高低衡量时，不履行价值高的义务而履行了价值低的义务者是违法的（因为违法，所以要承担相应的法律责任，笔者注），履行了价值高的义务而没有履行价值低的义务者是合法的。（2）相互冲突的义务在价值上同等重要时，原则是行为人只要履行了一方的义务就是合法的；只有当两个义务都没有履行时，才是违法的。不过，当作为义务与不作为义务

发生冲突时，行为人必须履行不作为义务，这应当成为处理同等价值的义务发生冲突时的一条补充原则。  
(3) 相互冲突的义务在价值上无法衡量时，应按照解决同等价值的义务相互冲突时的标准来处理，即行为人可以任意选择履行一方的义务。这是法律拟定两方义务相等的处理办法。"[8]

可是，这种衡量法律义务的价值高低，即法律义务的位阶和顺位，并没有制度化和法律化（因为一旦法律义务之间的价值高低和法律义务的顺位被法律确认，相应的法律义务之间就不会存在法律义务冲突的可能）而成为法律上的义务。那么，对于一般的人来讲，他有什么样的义务需要了解和掌握如何衡量、判断法律义务之间价值高低的原则呢？他一旦选择和履行了低价值的法律义务（但是在他看来，选择的可能是高价值的法律义务），按照现有的解决原则，他应当承担与高价值的法律义务相应的（刑事）法律责任，这不就是强行要求义务人必须履行两个相互冲突的刑事法律义务吗？因此这种解决方法存在让人们无法预知的不确定因素。那么就需要探究重新思考法律义务冲突的解决方法[xvii]。

这里主要说明的是身分可以为法律义务冲突的解决提供一些参考性的意见。例如选择更被人们和社会关注的与身分相适应的法律义务要优于选择程度次之的法律义务，即如此选择具有合法性或不追究其相应的法律责任。解决的主要方向是通过与法律义务相适应的身分进行排序以解决法律义务之间的冲突。

需要对具有法律意义的身分进行一下分类。对事物进行分类一定要有如此分类的意义，主要指对认识事物有独特的价值和意义。现代社会中，在人们多种多样且变换不定的身分和地位中间，有一个完全相同且可能固定不变的身分和地位，这就是公民资格。这是一般身分，是相对特殊身分而言的。一般身分是指在一国或世界范围内，绝大多数人应当而且实际具有的身分，如“人”这个身分和国民身分（也就是公民身分）；而特殊身分是指除这两种身分之外的为一些人所特有的身分。在身分之间的冲突中，最明显的是一般身分与特殊身分之间的冲突。身分之间的关系[xix]可以分两种情况，一种是两者之间没有发生冲突或重合，如作为国民及其法律义务与作为税务工作人员及其法律义务之间并不会出现冲突；另一种是两者之间存在冲突或重合。后者在现实生活中屡见不鲜，如作为人，就负有不得杀人的义务，而作为执行死刑的警察来说，他负有执行死刑，即杀人的法律义务，这样就出现了义务冲突的情况，解决的办法是以哪个义务为主，即以哪个身分为主。这时的规则应当是特殊的身分要优先于一般的身分。这是一般身分与特殊身分冲突的情形，还有一种一般身分与特殊身分重合的情形，如作为人负有不得侵犯公民通信自由的法律义务，即不得非法开拆、隐匿或毁弃他人信件的行为，如果构成犯罪就构成侵犯公民通信自由罪，如果该人具有邮电工作人员的身分，构成犯罪就构成妨碍邮电通信罪。由于妨碍邮电通信罪要重于侵犯公民通信自由罪，因此，随着身分特殊性的增强，法律义务也在逐渐加重。相对于第一种情形而言，这种情况可以称为义务的软冲突。不论是在哪种情形下，都要适用特殊的身分优于一般的身分（相对比较而言），也就是特殊身分所要求的法律义务要优于一般身分所要求的法律义务这一原则[xx]。而在一般身份之间和特殊身分之间的冲突只能按照身分被人们、社会所珍视的程度来判定哪个身分更具有优先性。

这也只是为法律义务冲突的解决提供一个新的、可能的方向和方法，虽然它可能没有任何实际的价值或者避免不了价值判断的泥潭，因为在法律上有一些问题是无法获得确定的、让所有人都信服的基于价值判断所得出的答案，毕竟法学在很大的程度上不是科学。但是可以确定的是从身分角度考虑法律义务冲突的解决还是有意义的。在进行判断时，是否应当因义务人身分和法律地位的不同，而对他判断应当履行哪个法律义务的要求和标准有所区别？笔者认为这种区别对待是必要的。这主要考虑到职业人员与非职业人员在职业技术能力上的区别。在对职业人员应当履行哪个法律义务进行合理与合法性判断时要依据专业的标准，要考虑到法律义务的价值顺序，也要考虑到义务的紧迫性、义务的可弥补性和义务的可实施性[8]等实践标尺。因为职业人员不但有能力判断，而且如此判断和辨别也是他们的职责要求和法定的义务。一旦他们的判断出现了职业技术所不认可的结果和失误，那么他们必然要为此承担应有的责任。而对非职业人员，亦即普通的义务人来讲，因为没有相应的职业技术能力和法律上的义务，就不能按照对职业人员的要求来衡量其判断的合理性与合法性，而应该降低要求，只要他们的判断和选择与普通人的日常经验大致相符即可。除此之外，在法律义务发生冲突时，普通的义务人权衡法律义务的顺位失误，进而履行义务不当，一般要从轻、减轻其因判断错误而承担的相应责任，甚至可以豁免其相应责任。

因此在笔者看来，身分在现代社会中与其在古代社会中一样具有意义，只是身分的性质和内涵发生了变化。身分与法律义务以及本章没有涉及的法律权利之间都有无法抹煞的必然联系，尤其在法律权利和法律义务的分配上。所以，我们应当尝试以身分为视角去解释和理解法律义务、法律义务冲突的概念。

#### 参考文献：

[1][英]梅因. 古代法[M]. 沈景一译. 北京：商务印书馆，1995.

[2][德]马克思·韦伯. 论经济与社会中的法律[M]. 张乃根译. 北京：中国大百科全书出版社，

[3]李强. 当代中国社会分层与流动[M]. 北京: 中国经济出版社, 1993.

[4][日]青井和夫. 社会学原理[M]. 刘振英译. 北京: 华夏出版社, 2002.

[5][美]戴维·波普诺. 社会学[M]. 刘云德、王戈译. 沈阳: 辽宁人民出版社, 1987.

[6][美]帕深斯(Talcott Parsons). 法律与社会控制[A]. Willis M. Evan. 法律社会学[C]. 郑哲民译. 台湾: 远流图书公司, 1996.

[7]李桂林、徐爱国. 分析实证主义法学[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2000.

[8]李兰英. 义务冲突下的正确选择[J]. 法学评论, 2002, (2).

注释:

作者简介: 钱大军(1975-), 男, 吉林长春市人, 吉林大学理论法学研究中心、吉林大学法学院教师。

\*基金项目: 2004年吉林大学哲学社会科学研究基金青年项目“法律义务冲突及其解决”(项目批准号为2004QN012)。

[i]现时, 人们对“身分”和“身份”两个词语的使用处于混乱状态。据郭宝林同志的考证, 应当弃“身份”而用“身分”。参见郭宝林: 《“身分”, 还是“身份”? 》, 《语文建设》1999年第2期。笔者采用了他的建议。在本文中除了引用的语句外, 论述时将采用“身分”这个用法。

[ii]本文的小部分内容曾以《身分与法律义务的关联研究》为名发表于《大庆高等专科学校学报》2004年第2期上, 本文对其进行了深化和丰富。

[iii]因为人们已经认识到多元化不但是探寻真理的障碍, 而且是全面、充分认识真理的惟一的可能途径。当然人类可能根本无法探寻到绝对客观的真理, 而只能处于越来越接近真理的境界。

[iv]民法身分权中的身分内涵包含于此处身分的内涵之中, 它是指民事主体基于一定的资格与地位, 并进而享有人身上的权益。

[v]《中华人民共和国国籍法》第四条规定, 父母双方或一方为中国公民, 本人出生在中国, 具有中国国籍。即对是否取得我国国籍采取血缘主义兼出生地主义。因此, 对我国的国民来说, 绝大部分是因为血缘关系从父母那里继承下来的国籍身分。而这种身分又是可以变更的, 并非完全不可改变。如《国籍法》第三条规定, 中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍; 第十一条规定, 申请退出中国国籍获得批准的, 即丧失中国国籍。同时, 这种身分又是可以通过努力获得的。如《国籍法》第六条和第七条规定因为出生在中国和申请加入中国国籍并符合条件的, 即可获得中国国籍。因此, 这种身分是介于两者之间特殊的身分。另外, 虽然在理论上国籍身分可以自由放弃或被剥夺, 但在实际上, 放弃或被剥夺的数量相比较而言是少之又少的。

[vi]这里的解放没有进化的意思, 只是说明人的可支配自由的增多, 即从社会设置的束缚中脱离出来。但并不是说, 现代社会对人的束缚减少了。只是现代社会对人的束缚与古代社会对人的束缚的性质不一样, 而且无法比较两者间的优劣。古代的束缚是社会设置的, 而现代社会的束缚往往是自己设置或者经过自己同意的。

[vii]《牛津法律大辞典》, 光明日报出版社1988年版, 第855页。要说明的是, 此书中译本将“Status”(身分)译为“法律地位。”之所以其直接将身分解释成具有法律意义的地位, 是因为该书是在法律语境下形成。

[viii]转引自[日]青井和夫著, 刘振英译: 《社会学原理》, 华夏出版社2002年版, 第65页。

[ix]这是卢曼在《法律社会学》中试图把从期望产生规范的过程理论化的观点。转引自[日]青井和夫

[x]转化的原因需要我们认真的思考和探究。在笔者看来,转化的原因恰恰就在于人们漠视和忽视自己的身分和地位,因而也就造成与身分相适应的角色行为得不到实际的履行。角色行为得不到履行往往会危及到社会的存在和运行,因此要对那些在很大程度上没有被履行的角色行为和不履行会导致严重后果的行为进行法律上的规范,使之成为由法律义务规范的行为。如果社会中的每一分子都能各司其职、各守本分的话,那么社会就完全有可能不需要法律存在。如果社会中的每一分子都能各司其职、各守本分的话,社会也就没有存在的理由。

[xi]关于法律义务中的行为的解释,尤其是期待行为的解释请参见钱大军:《法律义务的逻辑分析》,《法制与社会发展》2003年第2期。

[xi i]参见钱大军:《法律义务的逻辑分析》,《法制与社会发展》2003年第2期。

[xi i i]英国哲学家罗素认为"应当"有主观正当或客观正当的含义。而其中的"'客观正当'是一个不能精确的概念,但是可以定义,就它可以定义的范围来说,根据的是人们的愿望,而不是行为者,或者更精确地说行为者只居其一的许多人愿望。"[英]罗素著,肖薇译:《伦理学和政治学中的人类社会》,中国社会科学出版社1992年版,第89页。即在罗素看来,"应当"是行为者生活于其中的社会的愿望和要求。

[xi v]需要注意的是,这种动态性是法律和法律义务自我创生、自我发展、自我运作、自我完善的外在表现。

[xi v]妥协是解决矛盾冲突的惟一方法。因为我们不能放弃三者中的任何一个,它们都是我们所需求的或者无力摆脱的因素。

[xi v i]关于法律义务冲突的具体解释可以参见钱大军:《法律义务冲突初论》,待刊稿。

[xi v i i]现在主要由刑法学研究人员对于法律义务冲突进行研究。

[xi v i i i]这里主要考虑公法义务冲突问题,私法上的义务冲突以及私法义务与公法义务上的冲突的解决已经比较被人们所认可,故不作讨论。

[xi x]这里主要讨论不同种身分之间的冲突。同种身分之间的冲突可以按照既有的规则处理。既有的规则可以参见李兰英:《义务冲突下的正确选择》,《法学评论》2002年第2期。

[xi x]其实,这个规则主要用于公法领域,而在公法义务与私法义务之间规则恰恰相反,在私法义务之间规则是权利的优先性。

来源:吉林大学理论法学研究中心

[返回](#)