

被误解和被高估的动态体系论

解 亘 班天可^{*}

内容提要：动态体系论正在为国内越来越多的学者所接受，并越来越频繁地出现在民法学各个领域的解释论和立法论当中。然而，学界却在一定程度上误读了动态体系论，并由此对其抱有过高的期待。作为评价法学的一个版本，动态体系论既要对抗概念法学的僵硬，也要对抗自由法学的恣意和非合理性。国内学界往往忽略了后者的意义，片面强调结果的弹性化，导致其所主张的立法论和解释论并不能克服自由法学带来的恣意和不确定性。另一方面，即便澄清了误读，动态体系论也存在自身的局限性。动态体系论的体系性，由要素体系和基础评价这两大支柱构成，但是内在体系本身的捉摸不定导致了要素体系的不限定性，实定法上也普遍缺失基础评价。先天的不足极大地限制了动态体系论发挥作用的空間。

关键词：动态体系论 要素体系 基础评价 评价法学

一、序 言

动态体系论是20世纪中叶发端于奥地利的一种法学方法，其后在欧洲逐渐发展成为颇有影响的方法论。本世纪初，该理论以译作的形式从日本进入我国民法学界，^{〔1〕}其后影响逐渐扩大。大约经历了十个年头，一股有力的潮流开始形成。以笔者的观察，以欧洲私法一体化的标志性工程之一——《欧洲侵权法原则》（PETL）^{〔2〕}的发布为契机，动态体系论在国内民法学界的影响力陡然获得很大的提升，其中很重要的一个原因，是《欧洲侵权法原则》直接运用了这一法学方法来设计整个侵权法的基本制度。《欧洲侵权法原则》无论在受保护利益的范围（第2:102条）、注意义务的认定（第4:102条），还是在责任范围（第3:201条）的规范设计上，都采取了动态体系化的模式。

* 解亘，南京大学法学院教授；班天可，复旦大学法学院讲师。

本文是2015年度国家社科基金项目“民法典债编之基本框架的重构”（批准号15BFX105）的部分研究成果。

〔1〕 参见〔日〕山本敬三：《民法中的动态系统论》，解亘译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第23卷，金桥文化出版有限公司2003年版，第172页以下。

〔2〕 中文版可参见欧洲侵权法小组：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版。

《欧洲侵权法原则》起草小组之所以选择这一模式来立法，除了动态体系论本身的魅力外，还因为起草小组的核心人物、奥地利著名民法学家考茨欧（Helmut Koziol，亦译作库齐奥）就是动态体系论的主要承继者和鼓吹者。其近期关于《欧洲侵权法原则》的论述已有数篇被翻译成中文发表。^{〔3〕}而标志着动态体系论诞生的原始文献——奥地利民法学家瓦尔特·维尔伯格（Walter Wilburg）1950年11月就任奥地利格拉兹大学校长的就职演讲《私法领域内动态体系的发展》，最近也被译成中文。^{〔4〕}

如今，国内主流期刊所刊载的学术论文中引用到这一理论的研究成果越来越多。笔者以“动态系统论”作为参考文献的检索词，在中国知网上检索到的文献就达73篇之多。总体而言，学界对动态体系论持否定立场的较少，多数引用者都毫无保留地支持这一理论，并在各自的研究领域中或多或少地援用这一理论，其中不乏一些研究直接以这一理论作为其主要的工具。从支持者各自的论述中不难看出，主要还是被法律效果的弹性化所吸引。

动态体系论既可以作为法解释的方法，也可以作为立法的方法。^{〔5〕}国内学界对动态体系论的运用基本上也是以这两种形式展开的。^{〔6〕}

首先是在解释论层面的援用，即利用动态体系论对现行法上的一般条款甚至具体规则作全新的、动态化的解释。这种运用可以是对整个规则的解构。例如，尚连杰通过用信息重要性、披露可能性、期待合理性与信赖紧密度四个要素构建的动态体系，来判断缔约过程中说明义务的有无和程度。^{〔7〕}这种运用还可以是对规则中某一要件的动态化理解。例如，叶金强针对侵权法上的损害范围作出全新解释：“个案中通过被侵害利益保护力度、行为正当化程度、因果关系贡献度、过错程度等要素的综合平衡，来确定损害赔偿的范围”。^{〔8〕}针对背俗致人纯粹经济损失的判断，于飞认为：“我们最需要的，是在动态系统理论的指导下，对本土的相关判例进行细致分析，以及在此基础上进行类型化工作”。^{〔9〕}李中原对侵权行为之过错要件的解释是：“司法实践中对于‘法律上的可预见性’和过错的判定总体上仍将表现为对诸多因素存在的范围、程度以及它们在整体权重中的相互关系的一种综合的、动态的评估”。^{〔10〕}再如，吴国喆主张在善意取得的判定上，以“真实权利人的可归责性”与“第三人的善意”这两个要素的互动来实现对善意取得之要件认定的弹性化。^{〔11〕}新近的成果，另有周晓晨利用动态体系理论对侵权法上之过失相抵制度的重构。^{〔12〕}

〔3〕 参见〔奥〕库齐奥：《欧盟纯粹经济损失赔偿研究》，朱岩、张玉东译，载《北大法律评论》（2009）第10卷第1辑；〔奥〕库奇奥：《替代因果关系问题的解决路径》，朱岩、张玉东译，《中外法学》2009年第5期；〔奥〕库奇奥：《损害赔偿法的重新构建：欧洲经验与欧洲趋势》，朱岩译，《法学家》2009年第3期。

〔4〕 〔奥〕瓦尔特·维尔伯格：《私法领域内动态体系的发展》，李昊译，《苏州大学学报（法学版）》2015年第4期。

〔5〕 参见前引〔1〕，山本敬三文，第235页。

〔6〕 艾林芝的研究成果是一个例外。他用动态体系论来解释我国澳门民法典中关于法律行为效力的规则的正当性。参见艾林芝：《体系思维与法律行为效力依据——以澳门民法典的相关规定为例》，载龙卫球、王文杰编：《两岸民商法前沿》第4辑，中国法制出版社2016年版，第185页以下。

〔7〕 参见尚连杰：《缔约过程中说明义务的动态体系论》，《法学研究》2016年第3期，第250页以下。

〔8〕 叶金强：《论侵权损害赔偿范围的确定》，《中外法学》2012年第1期，第155页。

〔9〕 于飞：《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》，《法学研究》2012年第4期，第57页。

〔10〕 李中原：《论侵权法上因果关系与过错的竞合及其解决路径》，《法律科学》2013年第6期，第103页。

〔11〕 吴国喆：《善意认定的属性及反推技术》，《法学研究》2007年第6期，第25页。

〔12〕 参见周晓晨：《过失相抵制度的重构——动态系统论的研究路径》，《清华法学》2016年第4期，第113页以下。不过，仅仅就过失相抵规则作动态体系化的重构是否有意义，不无疑问，它完全可以被侵权行为一般条款的动态体系化重构所吸收。

其次是在立法论层面的援用，即利用动态体系论来构建新的制度。最为典型的研究集中在侵权法领域，这或许与我国侵权责任法的立法时机紧随于《欧洲侵权法原则》的发布之后密不可分。例如，在侵权责任的起草阶段，受到维尔伯格的侵权法模型以及《欧洲侵权法原则》的影响，王洪亮力主采用动态体系的立法模式来融合过错责任与危险责任，理由是：这种立法可以将过错责任与危险责任这样两个看似彼此孤立的制度有机地、无缝地连结在一起；动态体系的侵权法比较适合亚洲社会，适合于宜粗不宜细的我国法。^[13]这一立法论上的判断，是基于具体规则与动态化规范的对比图式。同样基于对无过错责任的关注，叶金强则主张在侵权法中引入风险归责的思想，将风险责任与过错责任并列，对于风险责任的一般条款采取动态体系化的立法模式，尽可能地明文列举需要考量的因子，并辅之以特别法的具体规则。^[14]谢鸿飞则更进一步，就整个民法典的技术风格主张全面采用动态体系：“抽象性风格贵在简明，而且因为简明，法律规范的开放性和解释空间就极大，但失之不确定；决疑式风格贵在细致，法律安定性极强，但体系化程度的低下使其徒有法典之名，难以得法典的体系化效应。综上，我国民法典应取法二者之间，以弹性方式为宜。”^[15]想必谢鸿飞不是在主张整个民法典的所有规范都应采取动态体系的模式，而是要以动态体系作为民法典规范设计的主要模式。但这依然是相当激进的观点。

动态体系论作为一种法学方法论，正在深刻地影响着国内越来越多的民法学人，影响着民法学研究，也许日后还会波及到立法甚至司法实务。此时此刻，从学说发展史的角度看，或许该暂时停下脚步，审慎地评价民法学界的这一重大事件，以确保不至于走上歧路：这一理论是否真的那般神奇？学界对动态体系论的理解是否存在误读？

通常的学术评价，多针对某一位学者的某一篇或者一个系列的论文而展开，但本文试图对国内民法学界继受动态体系论的整体状况作出评价，因而不得不舍弃微观的观察，转而采用广角镜头对准多位学人就不同的主题所作的风格迥异的研究成果，作全景式的观察。由于援用动态体系论的文献众多，难以一一评述，不得不有所割舍。此外，由于本文的目的是考察动态体系论的继受状况，因此，对文献的评价可能完全不涉及作者的核心观点。

二、动态体系论的定位及特征

动态体系论是这样一种思考方法：“特定在一定的法律领域发挥作用的诸‘要素’，通过‘与要素的数量和强度相对应的协同作用’来说明、正当化法律规范或者法律效果”。^[16]以下通过对动态体系论之主要内容的再确认，来检视国内学界对其理解和应用是否精准。

（一）动态体系论的定位

1. 法学方法论

首先，动态体系论是有关法解释或者立法的方法，而不是法律行为的解释方法。因此，

[13] 参见王洪亮：《侵权归责标准与责任前提——评中华人民共和国侵权责任法（草案）》，《清华法律评论》2009年第1期，第54页以下。

[14] 参见叶金强：《风险领域理论与侵权法二元归责体系》，《法学研究》2009年第2期，第49页，第55页。

[15] 谢鸿飞：《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》，《清华法学》2014年第6期，第32页。

[16] 前引〔1〕，山本敬三文，第177页。

针对法律行为的解释没有适用动态体系论的余地。主张将继续性合同与动态体系论关联在一起的观点,^[17] 误将继续性合同中双方权利义务的逐渐形成这样一种合同内容的动态形成过程理解为动态体系论之“动态”特征, 殊不知动态体系论中的“动态”并不是描述历时(即沿时间轴纵向的)过程的概念, 它只是表明位于规范背后之各要素之间的互补关系——不必固守固定的权重以及与之相应的法律效果弹性化, 它是一个共时的评价过程, 即各个要素在同一时刻相互协调。

2. 评价的框架

当初, 维尔伯格创立动态体系理论时所面对的法律学危机状况, 是以精致的概念构成为基础的传统体系即概念法学与自由法律发现潮流即自由法学之间的对立。前者过于僵化, 难以回应千变万化的现实, 难以确保个案的正义; 后者则存在恣意裁判的危险, 危及法的安定性。^[18] 在这样的状况下, 动态体系理论从一开始便不得不两面作战: 一方面要克服概念法学的僵化, 另一方面要克服自由法学的恣意。维尔伯格的这种问题意识与评价主义法学的基本认识完全一致, 因此可以断定, 动态体系论是评价法学的一个版本。

然而, 国内对动态体系论持肯定立场的学者们之所以支持动态体系理论, 似乎并不主要是因为它代表了评价法学的正确方向, 而是更在意动态体系所带来的弹性化法律效果, 但却忽视了评价法学控制评价过程的侧面。如此一来, 难免会埋下一个隐患: 自由法学也可以实现弹性化的法律效果, 如果一味地以法律效果的弹性化作为追求的目标, 就有可能滑落到自由法学的阵营。关于这一点, 稍后将会论及。

当然, 也有学者充分注意到了动态体系理论所带有的评价法学基因, 认为“评价法学则以开放的态势, 适时地引入伦理的判断, 寻求基础价值判断的妥当性, 由此在价值安定性的基础上重建了法的安定性”。^[19] 不过, 这里强调的依然是法的安定性。安定性固然重要, 但是评价法学更需要直面的是对评价本身是否具有理性的质疑。而判断某一言说理性与否的一个重要基准, 便是该言说是否具有可反驳性。在对动态体系论的继受中, 少有对这一点的强调。

造成这种现象的根本原因, 恐怕在于国内民法学界没有经历过日本那样的法解释论战。法理学界另当别论, 至少民法学界始终没有对利益衡量论以及利益考量论所代表的利益法学方法论作过深刻的批判。如果仔细对比介绍动态体系论的中文文献, 隐约可以发现实际上存在着两种不同的版本。一种是来自其诞生地奥地利、德国的欧洲版本, 另一种则是来自日本的版本。两者的细微差异, 在于是否更加强调对自由法学的反省。关于这一点, 如果了解日本战后法解释学的论战史, 便能有更加深刻的体会。如果要用一句话来概括日本战后法解释学的演进, 那便是现实主义法学的影响力不断被强化的过程: 学界从法解释是伴有价值判断的实践这一认识出发, 日益重视影响法官裁判的心理层面之因素的作用, 轻视价值判断的基础构建, 轻视法律构成。这一趋势, 最终发展成为影响几代法律人思维的利益衡量论和利益考量论。加藤一郎所主张的利益衡量, 是围绕着具体的纷争而展开的。面对纷争时, 解释者(主要是法官)抛开实定法的束缚, 比较、权衡相互对立的各

[17] 参见屈茂辉、张红:《继续性合同:基于合同法理与立法技术的多重考量》,《中国法学》2010年第5期,第29页注28。

[18] 前引[1],山本敬三文,第180页。

[19] 前引[8],叶金强文,第165页。

得出一个妥当的结论，^[20]然后再为这个结论穿上法律的外衣。^[21]这里，法解释的意味相对较淡。而星野英一所主张的利益考量，则从纷争所要依据的规范出发。具体而言，首先将适用这一规范的社会问题按照类型加以区分，以明确类型相互之间的利益状态。如果有几种可能的解释，则要阐明根据具体的哪一种解释会保护什么样的利益，牺牲什么样的利益。最后再根据价值序列来决定选择怎样的解释方案。^[22]

但是，用以衡量或者考量的利益、价值具有开放性，而确保法解释之客观性所仰仗的价值序列又不存在。即使存在着谁也不得不承认的终极价值，这样的价值对于试图作具体的法解释的法律家来说也往往大而不当。^[23]此外，这种方法论还不区分发现的过程与正当化的过程，导致在这两种理论下的法解释缺乏反驳的可能性，从而彻底丧失了理性。针对这种局面，从上个世纪80年代末开始，平井宜雄挑起了法解释学的第三次论战。平井借助认识论和论证理论的洞见，主张重新认识法律推论的重要性。平井认为，法律实践如同其他理性世界的言说一样，应当区分为发现的过程和正当化的过程。其中，发现的过程具有不可知性，真正有意义的、能够确保法律实践之理性的乃是正当化的过程。在这一过程中，言说者通过理性的论辩来确保言说的可反驳性。判断法律论好坏的标准，就在于该法律论是否具备反驳可能性，以及最终能否经得住反驳。^[24]平井的思想在日本民法学界当即引起强烈的共鸣，转瞬间便成为法解释学领域的共识。动态体系理论被理论化并被引入到日本之际，恰逢平井宜雄对战后法解释之批判受到学界极大关注的历史性时刻，因此不可避免地被寄托了新的意蕴。山本敬三在其论文的开篇便点明了动态体系论的定位：它以平井宜雄对日本战后法解释论的非合理主义倾向的清算为出发点，为平井宜雄所主张之论辩理论提供具体的论辩平台——评价的框架。^[25]有了这样的平台，论辩才能顺利展开。

正因为有过这样一段独特的历史，日本版的动态体系论会格外看重评价过程是否具备反驳的可能性。然而，我国（民）法学的发展并没有经历如欧洲那样从概念法学经由自由法学再到评价法学的清晰的历史阶段。实际的状况反而是，尽管没有经历过概念法学的历史阶段，利益衡（考）量却依然被作为一种主流的法学方法论而颂扬。^[26]尽管已有一些针对利益衡（考）量论的批判，^[27]但似乎尚未成为整个法学界的共识。尤其在部门法领域，利益衡量带来的副作用远未得到应有的清算。^[28]动态体系论并不意味着在给定一定的考量

[20] 参见〔日〕加藤一郎：《民法的解释与利益衡量》，梁慧星译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第2卷，法律出版社1995年版，第77页以下。

[21] 参见段匡：《日本的民法解释学》，复旦大学出版社2004年版，第263页以下。

[22] 同上书，第269页以下。

[23] 参见平井宜雄『法学基礎論の研究』有斐閣2010年124頁（初出1989年）。

[24] 同上书。中文介绍可参见张利春：《星野英一与平井宜雄的民法解释论之争》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第40卷，法律出版社2008年版，第397页以下。

[25] 参见前引〔1〕，山本敬三文，第176页。

[26] 例如，梁慧星：《电视节目预告表的法律保护与利益衡量》，《法学研究》1995年第2期；梁上上：《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》，《法学研究》2002年第1期。

[27] 目前只有少量文献对利益衡量论持批判立场。例如，陈林林：《方法论上之盲目飞行——利益法学方法之析》，《浙江社会科学》2004年第5期；李国强、孙伟良：《民法冲突解决中的利益衡量——从民法方法论的进化到解释规则的形成》，《法制与社会发展》2012年第1期；蔡琳：《论“利益”的解析与“衡量”的展开》，《法制与社会发展》2015年第1期。

[28] 近年来，理论界日益重视法教义学的意义，实务界也开始重视请求权基础的作用。这些动向都意味着法律共同体从一味地重价值到开始重逻辑的转变。这实际上是在背离利益法学。

要素后就听凭判断者去自由判断,而是采取以基础评价为基点的衡量框架来尽可能地确保法的安定性和可反驳性。^[29]因此,当下强调动态体系论作为评价框架的侧面,其意义或许要大于对法律效果弹性化的强调。然而,从目前的继受状况看,这一点并未被多数援引动态体系论的学者所意识到。更有个别学者过分地侧重于动态体系论的动态特征,有意无意之间在动态体系论与利益衡量之间画上了约等号。^[30]

3. 正当化的方法

有关发现的过程与正当化过程的区分,已经成为哲学界和法理学界的共识。其核心观点是,应当区分言说的得出过程与正当化的过程,前者指得出某一言说的心理过程,后者则指在逻辑上证立这一言说的过程。发现的过程具有不可知性,属于非理性的世界。正当化的过程则是与真实的心理过程毫不相干的、运用逻辑证明言说之结论具有正当性的过程。这样的正当化过程具有反驳的可能性,能够担保言说的理性。法律实践无疑属于理性的范畴,发现的过程与正当化的过程的区分理所当然地也适用于法律实践。^[31]正因为发现的过程是一个不可知的黑箱过程,因此在法解释的实践中,不可能存在一种理论或者规则,能够强迫法解释者必须运用特定的方法、沿着特定的路径去发现一个结论。在法解释实践中真正具有理性色彩的,只能是将依靠发现的过程得出的结论予以正当化的过程。因此,在脑科学取得革命性的突破之前,理性的法解释方法论只能聚焦于正当化的过程。

尽管概念法学与自由法学或者利益法学立场迥异,但共同的谬误都在于将发现的过程与正当化的过程合二为一。既然要与概念法学和自由法学两面作战,在追求结果的弹性化的同时,动态体系论势必还要追求法律评价的理性化,而理性化目标的实现只能聚焦于正当化的过程,将法律评价的过程可视化。动态体系论“通过‘与要素的数量和强度相对应的协同作用’来说明、正当化法律规范或者法律效果”,是正当化的方法。

那么,动态体系论能否同时又是发现的方法呢?答案是否定的。尽管动态体系论给出了用以权衡的因子甚至各个因子的权重,但并不能担保法解释者就一定按照这个公式演绎出具体的结论。弹性化的法律效果未必是由于法解释者运用动态体系的解释方法得出的。结论即法律效果的得出,本质上属于发现这样一个说不清道不明的过程。这就如同一个具有固定构成要件之规范不能担保法解释者一定沿着这个规则规定的要件得出结论一样。否则,法解释者岂不成了流水线上的操作工?对法解释的理解岂不是又回到了概念法学的认知时代?

(二) 动态体系化之规范的定位

在立法论的层面,经动态体系化了的规范在法律效果的弹性问题上介于固定构成要件的规范与一般条款之间。一个完整的动态体系化了的规范,通常同一般条款一样,具有宽广的适用范围,在这个意义上有时也会被称作一般条款。例如,王利明就将《欧洲侵权法原则》上以动态体系模式拟定的有关损害的规范(即第2:102条)称为“一般条款”;^[32]叶金强主张就风险责任设计动态体系化的一般条款,其所使用的“一般条款”即是在这个语义上使用的。^[33]

[29] 山本周平「不法行為法における法的評価の構造と方法(三)」法学論叢169卷4号(2011年)60頁。

[30] 例如,王雷:《论情谊行为与民事法律行为的区分》,《清华法学》2013年第6期,第171页;王雷:《见义勇为为行为中受益人补偿义务的体系效应》,《华东政法大学学报》2014年第4期,第91页。

[31] 中文文献对此的详细介绍,可参见焦宝乾:《法的发现与证立》,《法学研究》2005年第5期,第149页以下。

[32] 参见王利明:《侵权法一般条款的保护范围》,《法学家》2009年第3期,第24页。

[33] 参见前引[14],叶金强文,第55页。

较之于具有固定构成要件的规范，经动态体系化了的规范在适用时具有较好的弹性，更能满足个案的正义。而较之于一般条款，适用经动态化体系了的规范不仅可以防止法官的恣意，而且可以保障论证的合理性。这或许正是《欧洲侵权法原则》采用动态体系化之立法模式的主要原因。不过，换一个角度看，较之于具有固定构成要件的规范，选择经动态体系化了的规范会在一定程度上牺牲法的安定性；较之于一般条款，动态化的规范会在一定程度上限制法官对实定法的续造。尤其是前者，即使在支持动态体系论的欧洲学者中间也获得一定的认同，遑论对此理论持质疑立场的学者。

国内学界对动态体系理论的少数质疑，主要来自于对法的安定性乃至法官应对能力的担忧。王利明反对《欧洲侵权法原则》第2:102条定义损害的方法，其理由便是：“这一条款过于笼统抽象。虽然《欧洲侵权法原则》中的一般条款是对法国侵权法第1382条的进一步发展，但将损害范围、类型的界定完全交给法官，容易导致判例不统一等不良后果。抽象的损害的概念也无法区别侵权与合同这两个完全不同的规则体系，因而未对侵权法的保护范围作出真正有意义的界定”。^[34]针对考茨欧通过动态体系理论来解决纯粹经济损失赔偿问题的立法设想，葛云松认为：“其复杂、灵活的程度，恐怕大大超出了当前中国法院可能的理解范围，也与我国目前的政治传统、司法传统不能契合”。^[35]

照理，动态体系论所带来的灵活性不会大于一般条款所带来的灵活性。若对经动态体系化了的规范所引发的不确定性表示出忧虑，那么就只能回归到固定构成要件的规范。在纯粹经济利益的保护问题上，葛云松便倾向于德国式的固定构成要件的规范模式。^[36]不过，王利明一方面因担心法律适用不统一而反对以动态体系模式设计损害规范，^[37]另一方面却在绝对权以外之利益的保护问题上赞成《欧洲侵权法原则》的做法，难免给人以自相矛盾之感。

与上述消极的立场相反，谢鸿飞主张在民法典的立法技术上全面采用动态体系。然而，如果一味地强调“宜粗不宜细”，那么一般条款岂不是比动态体系模式的规范更合适？

可见，在立法论上，动态体系论的优势和劣势始终是相对的，不宜作绝对化的理解，不应当情绪化地将其捧上云端，或者贬入地下。

三、动态体系论的两大支柱

动态体系论是由两根支柱支撑起的评价框架。

（一）要素

1. 要素的协同

动态体系论的“动态”特征，是指法律规范或者法律效果由“与要素的数量和强度相对应的协同作用”来确定。这里的“协同”是指要素之间具有互补性。“维尔伯格试图从诸要素的协同作用这种观点来构建评价的框架，由此为回应实际生活必要的可能性打开大门；同时又确保一定的原则性。”^[38]此要素的充足度与彼要素的充足度之间之所以存在互补关

[34] 参见王利明、周友军、高圣平：《中国侵权责任法教程》，人民法院出版社2010年版，第77页。

[35] 葛云松：《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款》，《中外法学》2009年第5期，第730页。

[36] 同上文，第730页。

[37] 参见前引〔32〕，王利明文，第25页。

[38] 前引〔1〕，山本敬三文，第177页。

系,是因为要素的背后总有与之相对应的原理^[39]存在。^[40]申言之,在某一个问题上,可能多个原理均具有妥当性。这些原理的功能可能是同质的,但更多的情形可能是相互制约。在功能同质的情形,一个原理的充足也意味着另一个同质原理的充足。而原理相互制约的情形恰恰能更好地反映出原理之间的互补关系:既然原理是一种最佳化的命令,^[41]那么,具有妥当性的原理都应当尽可能地得到满足;然而由于它们彼此间相互掣肘,所以不得不作出权衡。之所以限制某一个原理的充足度,是因为要更充分地实现与之相互制约之另一个原理的充足度。阿列克西就原理之间的权衡所主张的重力公式,则是以更加量化的形式展现了这样一种关系。^[42]至于在某一个问题上各原理之间具体以怎样的权重以及怎样的函数关系互补,则是权衡的前提。这样的前提若不存在,权衡便无法展开。某个法律领域内若干这样的前提所构成的原理与原理之间的复杂的网络,便是法的内在体系。^[43]

然而,国内学界一些研究者未能意识到这一点,错将相互协调的对象替换成了具有固定构成要件之规则中的要件,即为了追求弹性的法律效果,主张直接在要件之间动态互补。例如,冉克平在探讨冒名处分不动产之行为的效果时,在抽象论层面主张:“为了克服固定构成要件模型的弊端,有必要通过构成要件的协同作用来构建评价的框架,以回应实际生活必要的可能性,同时又确保一定的原则性”。^[44]对比山本敬三的原文就会发现,不知不觉中“要素”被替换成了“要件”。叶金强早期也曾明确地主张“要件的动态化”:“而解决该问题的可行途径是,重新赋予个案中的重要因素影响法律效果的机会,以实现法律效果的弹性化。这里,个案重要因素的纳入,实际上已涉及到要件的构成,所以,效果的弹性化,已与要件的弹性化相贯通了……而要件的动态化可体现在两个方面,一是放弃要件判断的隔绝模式,采行数要件综合判断模式。隔绝模式中,任何一个要件判断的结果均可以直接决定法律效果的有无,各项要件判断各自独立,彼此不发生影响。综合判断模式则是强调各要件因素的综合考量,将各要件的满足程度综合起来,决定效果的发生与否。这里,要件的设定本来就是一种法技术措施,个案的结论应是一个整体评价的结果,不同的要件反映的往往是冲突主体不同的正当利益诉求,将各要件割裂开来,放弃比较权衡的努力,有背私法衡平的目标。而要件间的综合判断,可以将各要件的满足程度充分考虑进去。”^[45]

要件与要件彼此间凭什么可以相互补充呢?细想一下,这种观点令人费解。不过,叶金强早期的理解是模糊的。其所说的“要件的动态化”似乎又不是简单的要件充足程度的互补。在他看来,“要件动态化的另一个方面是,将各个要件背后的因素揭示出来加以考

[39] 汉语翻译中常常同时使用“原则”和“原理”这两种表述。需要注意的是,实定法层面的原则不一定是这里的原理,原理也不限于实定法上明文规定的原则。

[40] 前引[1],山本敬三文,第203页以下。

[41] [德]罗伯特·阿列克西:《论法律原则的概念》,载[德]罗伯特·阿列克西:《法·理性·商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第196页以下。

[42] 中文介绍可参见雷磊:《法律推理基本形式的结构分析》,《法学研究》2009年第4期,第22页以下。

[43] 拉伦茨在论述法的内在体系时,也认为维尔伯格所主张的动态体系之模型与内在体系的思想都强调原理之间的协作关系,两者在观念上是相通的。参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第351页。

[44] 冉克平:《论冒名处分不动产的私法效果》,《中国法学》2015年第1期,第82页。

[45] 叶金强:《私法效果的弹性化机制——以不合意、错误与合同解释为例》,《法学研究》2006年第1期,第105页以下。

察，使要件背后的因素得以显现，纳入整个的综合考量框架中进行评价。这样，结论的妥当性就不会受到要件设定这样的技术性措施的破坏，评价活动得以回归其原本状态。如此，要件的动态化可吸纳更多的个案因素，为个案中应考量的因素进入法律视野提供管道。当个案中应考量因素均得到了恰当的评价时，个案正义的实现就会水到渠成。”^[46] 这似乎又像是在解构要件，彻底还原到要素的层面去权衡。果真如此，那就不是要件的动态化了。叶金强在后来的研究成果中克服了这一模糊观点，回到了坚持只在要素层面动态化的立场上来。^[47]

2. 要素的限定性

无论是在立法论层面还是在解释论层面，动态体系论都具有一个极其鲜明的特性，即用以评价的要素不像固定构成要件那样受到全有或全无的束缚。相比于固定构成要件之规范的刻板适用，动态体系论可以将规则中未显现的要素纳入评价的范围，极大地拓宽了解释的空间，导致最终结果的弹性化。如此，评价要素似乎不受拘束，这或许是吸引国内众多追捧者之魅力所在。然而，动态体系理论提供的是一个评价的框架，一个论辩的平台。既然如此，该框架或者说平台本身就应当稳固，即具有确定性，在该框架中用以评价的要素一定不能随心所欲地信手拈来，要素应当是限定的。^[48] 这里的限定性包含两个内容：一是要素是哪些要确定，即是 ABC，而不能还可以是 ABD；二是要素的数量要有确定性。如果不限定要素，或者完全开放，任由法解释者随意引入新的要素，或者论辩者各自据守不同的要素体系，那么论辩便成为一场理性缺席的信念之争，动态体系就不再是一个合格的评价框架。

3. “体系”性

动态体系是一种有关要素的体系，其体系特征又是如何体现的呢？

动态体系论之所以在国内学界受到众多人的追捧，是因为动态体系论在立法和法解释时采取一种开放的态度，将更多的要素纳入考量的范围，以期实现法律效果的弹性化。这种为追求个案正义而综合考量多种因素的方法，给人以似曾相识之感。加藤一郎所主张的利益衡量论以及星野英一所主张的利益考量论，基本上不就是采取这样的法解释立场吗？国内学界主张动态体系论的学者当中，少有人会在意两者的区别。在个别学者的表述中，动态体系论与利益衡量之间似乎具有非常紧密的关系，两者几乎就是同义语。然而，若熟悉日本民法解释学论战的历史，就不难发现这里隐含了致命的误解。

表面上看，两者都强调考量要素的扩容，那么区别在哪里呢？无论是利益衡量论还是利益考量论，为了追求个案的妥当性，对需要考量的“利益”均不作任何的限定，^[49] 具有相当大的随意性，而且衡量或者考量的过程也不透明。正因为如此，它不具有反驳的可能性，难以防止法官的恣意裁判，无法摆脱非合理主义的标签。而动态体系论为论辩理论提供了论辩的平台，为了确保整个论辩过程的可反驳性，它所要衡量的要素必须是限定的，而且各自的权重也必须是确定的。就某一具体法律问题，参与协作的要素确定，各要素彼此间的权重也确定，这样的评价构造不正是一个由原理搭建的体系吗？既然每一个具体的

[46] 前引〔45〕，叶金强文，第106页。

[47] 参见前引〔14〕，叶金强文；前引〔8〕，叶金强文。

[48] 前引〔1〕，山本敬三文，第213页；前引〔29〕，山本周平文，第56页。

[49] 例如，梁上上所主张的改进版利益衡量论中，需要衡量当事人利益、群体利益、制度利益、社会公共利益这四个方面的利益（参见前引〔26〕，梁上上文，第58页以下）。而在这四项利益几乎涵盖了所有的利益。

法律问题背后都存在着这样一个原理的体系,那么在某一领域的问题群背后,就一定存在一个由若干个这样的原理体系组成的大的原理体系。这正是法的内在体系。

(二) 基础评价和原则性示例

动态体系化的规范中不存在固定的要件,有的只是可以相互协作的诸多要素——因子或者原理,这些要素的满足度决定了法律效果的强度。在这个意义上,动态体系属于一种比较命题。比较命题通常表现为“……越多,……越多”,“……越多,……越好”,“在……的情形,……更多”,“在……的情形,……更好”。然而,如果仅仅有要素的协同作用,法律适用时并不能得出确定的法律效果。要构成一个完整的动态体系规范,还需要基础评价乃至原则性示例。^[50]所谓基础评价,是指在某一命题仅考虑一个因子的情形,当满足程度达到T这个数值时,效果为R。例如,“超过银行同期贷款利率四倍以上的利率约定部分无效”。这样的基础评价又从何而来呢?“基础评价上附着有‘在其他条件相同的情况下’这样一个不成文的限定。就是说,可以这样来理解:各项基础评价设想的,是‘其他条件’即其他要素始终处于一定的平均或典型的预设状态,基础评价将这种预设状态考虑在内,规定了所定的效果。”^[51]基础评价并不一定非要精确到具体的数值,只需要给出一个相对具体的法律效果即可。例如,当加害人带有害意侵害债权时,应当承担损害赔偿责任。

既然法律效果是由多个要素的协同作用决定的,实际上往往会涉及到多个因子,每一个因子都处于可变动的状态,换言之至少有两个以上的因子不是始终处于平均状态。这时,如果要素A的充足度为 a_1 ,要素B的充足度为 b_1 ,依此类推,并发生法律效果 R_1 ,这样的命题就叫作原则性示例。^[52]标准的原则性示例应当是这样的:

$$\text{要素 A} \times \text{充足度 } a_1 + \text{要素 B} \times \text{充足度 } b_1 + \dots = \text{法律效果 } R_1$$

在依据动态体系理论进行法解释时,只有存在这样的原则性示例,才有可能演绎出确定的法律效果。当然,实际上的法律命题在绝大多数情形是无法给出如此精确的数值的,能够达到如“在加害人为轻过失且其行为存在中等程度之危险的情形应当负担损害赔偿责任”这种相对精准的程度,就已经很理想了。

基础评价和原则性示例通常是由立法者给定的,但在欠缺明文规定的情形,也可能由判例甚至学说来确立。^[53]

然而,从目前学界对于动态体系论的各种援用中,几乎看不到对基础评价或者原则性示例的关注。主张以动态体系理论重构过失相抵的周晓晨,针对最高人民法院在《关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》中所作的数值化的尝试,得出的却是负面的评价。^[54]

无论是在立法论上还是在解释论上运用动态体系论,如果忽视了基础评价或者原则性示例,那么相应的制度设计或者法解释便不能得出一个确定的法律效果,只能停留在比较命题的层面。这样的运用,其意义仅仅在于可以扩大应考量的要素范围。例如,尚连杰对

[50] 前引[1],山本敬三文,第231页;前引[29],山本周平文,第58页以下。

[51] 前引[1],山本敬三文,第218页。

[52] 参见前引[29],山本周平文,第58页。

[53] 山本周平「不法行為法における法的評価の構造と方法」法学論叢169卷6号47頁。

[54] 前引[12],周晓晨文,第129页。

缔约过程中当事人是否负有说明义务以及在多大程度上负有说明义务问题上所作的努力，尽管极大地拓展了人们的思考，但由于没有相辅助的基础评价，最终并不能在个案中彻底解决正当化的问题——对法律评价的合理控制。上文提到，叶金强主张，对于风险责任的一般条款采取动态体系化的立法模式，尽可能地明文列举需要考量的因子，并辅之以特别法的具体规则。既然强调的是“特别法”的具体规则，那这样的具体规则一定是动态化了的一般条款所不能涵盖的规范。这样的规范不能肩负“原则性示例”的使命。

从这个意义上讲，在采取一般条款模式的立法例下，同时就一般条款涵摄范围内的特定类型作具体的规定也就有了积极的意义。这样的具体规定并不是相对于一般条款的特别法，而是基础评价乃至原则性示例。即在对一般条款作动态体系化的解释时，可以以该具体规定作为动态评价的基准数值。遗憾的是，我国侵权责任法上不属于特别法的规则，例如第36条关于网络服务提供者责任的规定、第37条第1款关于安全保障义务的规定、第57条关于医疗机构责任的规定等，基本都不具有这样的功能，不属于原则性示例。这是因为，这些规则可以从侵权责任法的一般条款中轻易地演绎出来，不存在任何的争议，它们并不能为一般条款的适用范围划定出边界。而上文提到的“当加害人带有害意侵害债权时，应当承担损害赔偿赔偿责任”却属于基础评价，因为它不属于侵权法上的常态，从一般条款中能否演绎出来本身就存在争议，而且该规则具有相对确定的法律效果，能为动态体系化的法解释提供一个基准。

四、动态体系论的局限性

通过上文的梳理可以看出，国内学界对动态体系论存在着或多或少的误读。其中较为普遍的问题，是过分关注动态体系论带来的法律效果弹性化，而忽视了其作为论辩的平台具有维持评价之可反驳性的功能。这种偏颇会使得法解释在有意无意之间重新滑落到自由法学的恣意之中，从而伤及法律实践的理性根本。

那么，迷雾的散去是否会使得动态体系论大放异彩呢？很遗憾，答案却是未必。动态体系论从一开始便被赋予了重大的使命：一方面要克服概念法学的僵化，以尽可能地确保法律效果的弹性化，实现个案正义；另一方面要确保评价过程的可视化、可反驳性，以确保法律适用充满理性。肩负着两面作战使命的动态体系论，真的能够如其创立者和支持者们所设想得那样取得最终的、彻底的胜利吗？经过上文对该理论内涵的确认，也不难发现其局限性。笔者拟借助德国和奥地利学者对动态体系论的批判性意见，^[55]再次确认该理论的局限性。

（一）关于法的安定性的争议

1. 批判：决疑和恣意

动态体系论放弃了固定的构成要件，允许法官在多个要素中选择最适于个案的一个或数个要素，而且法律效果可以随选定的要素的强度而浮动。对此，埃塞尔（Esser）予以尖锐的批判：“一直以来，法教义学思想为我们抵御政治偏见和煽动的侵袭，这是一种概念性的法律保障。一旦我们丢掉了法教义学，（决疑论）就会重返法政策的中心。在刑法中，人们重新认识到构成要件之于刑法的意义。民法为什么不能做这种保留？法律的技术性操作的公

[55] 这些意见及其文献，在山本敬三的论文中基本上都有所体现。

理始终保障着法的统一性和安定性,放弃了它,则意味着我们的法律保障完全取决于法官个人。我们现在说这是一种‘组织化’的保障,但说白了,这等于强制人们信赖司法机关。”〔56〕

为了确保法的安定性和确定性,动态体系论的支持者引入了比较命题、基础评价、要素的权重以及要素的限定性等体系性标记。这些努力是否能够成功是一方面(下文中详述),即便成功,法官的裁量权限仍然远大于以往。帕夫洛夫斯基(Pawlowski)揶揄说:“不可否认,动态体系论为排除恣意做了很多努力,但这些努力只不过为恣意的正当化提供了可能性。动态体系论的缺陷在于,它只关注法的实质秩序的侧面,而完全没有注意到,法(实质标准)总是和组织绑定的。”〔57〕从分权的角度看,如果法官不受法律构成要件的拘束,即便给法官松绑,也未必能获得适合个案的判决。

国内学界也有类似的观点。周友军在探讨侵权之损害赔偿范围时,反对利用动态体系论来确定损害的范围。其理由也是:动态体系论给法官留下很大的裁量空间,从而“也就不利于法的安定性的实现。而我国当前所面临的形势与维尔伯格当年要突破概念法学的僵硬性的形势截然不同,如果要借鉴动态体系论,弹性确定侵权损害赔偿的范围,可能会进一步弱化现行法对于法官的拘束作用”。〔58〕

2. 拥护:作为说服力的法

对于上述批判,德国基层法院法官弗兰克·菲舍尔(Frank O. Fischer)作了根本性的辩护。他在《民法实务档案》上撰文,讲述当下的法教义学危机,并主张动态体系论是解决危机的出路。菲舍尔指出,在一些复杂案件中,法教义学的推导无法得出令人满意的判决;即便法官利用教义,牵强地得出令自己满意的结论,但判决给当事人的只是一个敷衍的理由(Scheinbegründung),不仅完全无法说服当事人,而且实质判断要素被隐藏起来了。〔59〕菲舍尔认为,法不仅是知识,还包括情感、世界观、道德、法律经验、生活智慧甚至包括修辞。修辞能够使他人信服,能使他人信服的才是法。因此,动态体系论才是危机的出路,因为动态体系论抛去了构成要件的外壳,将法官价值评价的内核曝露于外,唯有采用这样的方法论,判决才能容纳最令人信服的理由。〔60〕

这里,菲舍尔坦然地讲出,法并非完全是理性的,那些非理性的说服力可能才是法的要义。从法官的文中读到这样的论点,不免令人错愕。菲舍尔所说的动态体系论,严格而言是论题学的观点。若依菲舍尔所言,仅以判决的说服力为标准,会导致严重的同案不同判,因为当事人不同就可以采用不同的说服方法,看人下菜就成为可能。〔61〕

3. 限制:平等原则

无论是重视法的安定性,还是为了实质正义而牺牲法的安定性,看上去只是法理层面

〔56〕 Esser, AcP 151 (1951), S. 555 – 556. 本文为埃塞尔对维尔伯格的1950年就职演讲《私法领域内动态体系的发展》的书评。

〔57〕 Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 1991, S. 120.

〔58〕 周友军:《我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现》,《环球法律评论》2015年第2期,第102页。

〔59〕 Vgl. Fischer, Das „Bewegliche System“ als Ausweg aus der „dogmatischen Krise“ in der Rechtspraxis, AcP 197 (1997), S. 603f.

〔60〕 同上文,第592页以下,第603页以下。

〔61〕 菲舍尔自己完全意识到可能产生同案不同判的结果。“即便从相同的境况出发,也没有必要非得得出相同的结果”(同上文,第605页)。但他对于采用这样的方法论可能会违宪这点,显然是没有自觉的。

的对峙，都是方法论上可能的选项。但事实并非如此。如果一个方法论的弹性导致严重的同案不同判，那么援用这个方法论本身即构成对宪法上平等原则的违反。^[62] 宪法上的平等权，即德国基本法第3条第1款，就具有在部门法中排除某些方法论的效果，洛塔尔·米夏埃尔（Lothar Michael）称之为“方法论规范”。^[63] 这才是包括动态体系论在内的弹性方法论所面临的最为关键的限制。用韦斯特霍夫（Westerhoff）的话说，“若此观点正确，……等于给维尔伯格的学说判了死刑”。^[64]

不过，依韦斯特霍夫的见解，这个观点不能一概而论。平等不仅指同等情况同等对待，也包括不同情况不同对待。抽象的构成要件也未必能保证法律上的平等性，而且还会招致不同情况相同对待的结果。当然，动态体系论主张要素的互换性且承认同一要素在不同个案中有不同权重，这也会引发平等性的危机。因此，这是一个“度”的问题，需要就个案中的方法论援用作宪法层面的衡量。^[65] 虽然难以给出确切的结论，但至少能使追捧动态体系论的人意识到，动态体系论作为一种方法论，可能因其动态构造所引发的法的不安定性而受到宪法上的限制。在援用之时必须顾及到这一点。

（二）关于体系性的争议

如上文所述，动态体系论的体系性，由要素体系和基础评价这两大支柱构成。它们的存在使价值评价不再被诟病为黑箱操作，为议论的展开提供了可视的、可反驳的平台。然而，这两大支柱并不像看上去的那样稳固。

1. 要素体系的不确定性

要素体系包括要素的权重和限定性两个方面，这两方面都存在着不确定性。

首先，要素为什么有权重？这一点虽然争议不大，但须特别注意的是，当马顿（Géza Marton）主张对要素赋予不同权重后，^[66] 维尔伯格曾表示反对。他说：“这样的规定既不可能，也没有追求的意义。”^[67] 当然，维尔伯格不是说所有要素都必须是均质的，例如他认为，作为侵权损害赔偿责任的要素之一的“责任承担者的经济能力以及付保可能性”，只在存疑时才予以考虑。^[68] 显然，要素之间是有优先次序的。因此，维尔伯格的话应当这样理解：动态体系论作为方法论本身是开放、中立的，并不先验地确定要素的权重，但这不妨碍立法者或动态体系论的适用者作权重上的选择，通过选择甚至形成一个价值的位阶体系。^[69]

其次，要素为什么要限定？这一点争议重重。动态体系论的主推手比德林斯基（Bydlinski）和卡纳里斯都主张要素的限定性，并认为这是动态体系论区别于论题学的标识。但

[62] 参见前引 [57]，Pawlowski 书，第 120 页；Schilcher, *Gesetzgebung und Bewegliches System*, in Bydlinski u. a., *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien 1986, S. 302.; Westerhoff, *Die Elemente des beweglichen Systems*, Berlin 1991, S. 67f.

[63] Vgl. Michael, *Der allgemeiner Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme. Analyse und Fortentwicklung der Theorie der „beweglichen Systeme“* (Wilburg), Berlin 1997, S. 44ff; S. 223ff.

[64] 前引 [62]，Westerhoff 书，第 67 页。

[65] 同上书，第 67 页以下。动态体系论的支持者认为“基础评价”能够解决平等性的问题，但韦斯特霍夫对此表示怀疑。

[66] Vgl. Marton, *Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung*, AcP 162 (1963), S. 36f.

[67] Wilburg, *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, AcP 162 (1963), S. 163.

[68] Vgl. Wilburg, *Entwicklung eines Beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Rectorrede 1950, S. 15.

[69] 参见前引 [62]，Schilcher 文，第 312 页以下。相反，韦斯特霍夫认为，“不将考量要素和具体案情相结合，不可能预先确定要素的权重，因为权重就如同‘大小’，是个相对的概念”（前引 [62]，Westerhoff 书，第 82 页）。

须特别注意的是，维尔伯格自身曾明确表示，“新的视角和作用力的加入是可能的”，因为动态体系论的目的就是“容纳一切能够想到的情况。即便关于要素的价值判断随时间而变迁，它也是有弹性的，不像迄今为止的各种理论那样，如玻璃一般易碎”。〔70〕倘若要素的数量被预先固定，那将如何应对变幻莫测的新问题？当新问题的解决呼唤新的考量要素时，要素限定的动态体系论是否像以往的理论一样易碎？韦斯特霍夫认为：“要素的预先限定是不可能的。……想限定要素的人必须讲清楚，是基于怎样的标准将要素限定在有数的几个上。这种事从来没发生过。”〔71〕

造成要素体系不确定的根本原因，是内在体系本身具有较大的不确定性。动态体系建立在法的内在体系之上，故而变得脆弱。内在体系没有固定的形态，难以捉摸，近乎飘渺，因此围绕着内在体系的模样很难达成共识。就某一问题领域，究竟哪些原理具有妥当性，这些原理分别以怎样的权重组合成怎样的一个函数，关于这些问题，在法律共同体内部未必就存在稳定的共识。这就意味着，无论是在设计制度时还是在进行法解释时，常常很难保证要素的限定性。正因为这一点，也导致理念中的动态体系论会遭受质疑：如果论辩的双方在作为动态体系之前提的内在体系认知上不能形成共识，那么如何论辩和反驳？

以《欧洲侵权法原则》为例，尽管其起草者采用了动态体系论的理念，但在规则中没有明确各个要素的权重。考茨欧在《欧洲侵权法原则：文本与评注》中文本序中作如下的反省：“依据第3:201条确立的责任和赔偿范围取决于几个要素，如可预见性、受法律保护的利益的性质和价值、责任的基础、生活中的通常风险的程度、被违反之规则的保护目的等。这一规定并不令人满意，因为它没有表明各个因素的不同意义和重要性。”〔72〕此外，《欧洲侵权法原则》针对归责原理的归纳是否维持了要素的限定性也是存疑的。〔73〕

2. 基础评价和原则性示例的先天不足

按照前文的分析，运用动态体系立法或者进行法解释，如果没有基础评价或者原则性示例相伴，规范只能沦为单纯的比较命题。如此一来，无论评价过程如何地透明、可控，最终的法律效果也无法通过演绎得出，即使得出也不具有反驳的可能性，之前的一切努力都会失去意义。

基础评价和原则性示例是由立法和判例提供的。依希尔歇（Schilcher）的观点，与其在法律材料中费力挖掘可以作为基础评价或原则性示例的只言片语，倒不如通过新的立法直接提供成形的基础评价或原则性示例，并对所涉及的价值排序，使价值衡量公开化。〔74〕可见，动态体系论和立法是存在依赖关系的。然而在现实中，实定法所供应的基础评价或者原则性示例远算不上充沛，司法解释以及指导性案例或许能在一定程度上弥补，但依然还是远远不够。这主要是因为法律实践涉及的是多种价值的冲突，天然地具有模糊性，永远也不可能像数学一般精确。就具体的问题领域，常常难以确立明确的基础评价或者原则性示例。《欧洲侵权法原则》虽然标榜以动态体系论作为制度设计的理论依据，也未能提供基础评价或者原则性示例，恐怕不是设计者们疏忽了，而是确有困难。

〔70〕 前引〔68〕，Wilburg文，第14页。

〔71〕 前引〔62〕，Westerhoff书，第27页。

〔72〕 前引〔2〕，欧洲侵权法小组编著书，中文本序，第4页。

〔73〕 山本周平「不法行為法における法的評価の構造と方法」法学論叢169卷5号（2011年）51-52頁。

〔74〕 参见前引〔62〕，Schilcher文，第293页以下。

（三）关于适用领域的争议

即便动态体系论成功克服了来自传统教义学的批判，以其体系构造保障评价过程的可视化和可反驳性，那动态体系论是否就可以适用于一切法律领域？

1. 动态体系论的适用领域

从学说发展史看，侵权行为和不当得利是动态体系论萌生的土壤，此后扩展到意思表示错误、公序良俗、暴利行为等问题领域。这些领域之所以率先引入动态体系论，是因为这里是“二重立法（duale Legistik）”的重灾区。所谓“二重立法”，是指法律适用中的一种脱节状态，法官一方面机械地适用实定法规定的固定构成要件，另一方面在固定构成要件无力解决问题时迅速逃往一般条款，着手自由的法律续造。这种脱节状态下，一般条款和不确定概念对法的安定性的伤害会更大。^[75] 如何以一条中间道路将两方面衔接起来，是动态体系论的问题意识所在。^[76]

就衔接的方式，动态体系论的支持者采取了不同的路径。比德林斯基主张全盘动态体系化，即实定法上的固定构成要件只不过是多个评价要素的各种强度的排列组合中的一个示例。^[77] 反之，卡纳里斯将动态体系论的舞台限定在固定构成要件和“衡平规范”之间，认为三者各司其职。^[78] 依卡纳里斯的观点，一般条款中有一些能够在具体化过程中找出背后的原理，并依其原理限定考量要素，如诚实信用原则（信赖原理），这里是动态体系论的主要适用领域；此外，还有一些一般条款，卡纳里斯称之为“衡平规范”（Billigkeitsklausel），它们欠缺原理性且界限模糊，仅依衡平而判断，无法事先限定考量要素，因此不满足动态体系论对于要素限定性的要求，不适用动态体系论，而归于论题学。^[79]

综上可见，就动态体系论适用于何种规范表达，学者的见解不一，比德林斯基认为除确定概念外皆可适用，卡纳里斯认为仅限于要素限定的一般条款。^[80] 这里，即便采宽泛的理解，认为动态体系论可以一般性地适用于各种不确定概念和一般条款，仍不免遇到下述问题：一般条款和不确定概念遍布宪法、刑法等各种法律领域，动态体系论能否普遍适用，或者说，哪些领域必须作固定构成要件“保留”。

2. 固定构成要件的适用领域

维尔伯格在1950年的就职演讲中就提到，当交易要求形式化的规则时，如土地登记法或票据法，动态体系论不适用，因为动态体系论提供的是弹性规则。^[81] 比德林斯基也认为，如果法的安定性本身就是某个规则的目的之一，那么无论是从法的安定性的角度还是从合目的性的角度，这个规则的适用都应当简洁、具有可预见性，因此没有动态体系的适

[75] 参见前引〔62〕，Schilcher文，第289页。

[76] Vgl. Bydlinski, Juristische Methode und Rechtsbegriff, Wien 1982, S. 533. 至于确定概念，比德林斯基认为，在确定概念上适用动态体系论，与动态体系论的主旨相矛盾（Vgl. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, Wien/New York 1988, S. 23f.）。

[77] Vgl. Bydlinski, Juristische Methode und Rechtsbegriff, Wien 1982, S. 529f.; bes. S. 535.

[78] Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff, Berlin 1983, S. 82ff.; bes. S. 84.

[79] 同上书，第81页，第84页；Canaris, Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr, in Bydlinski u. a., Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien 1986, S. 107; S. 110ff. 这里卡纳里斯举的例子是缔约过失责任。

[80] 动态体系论的支持者中，卡纳里斯的立场是最为消极的。一般认为，“一般条款和不确定概念为动态体系论提供了适用空间”（前引〔62〕，Schilcher文，第289页）。

[81] 参见前引〔68〕，Wilburg文，第4页。

用余地。除了土地登记法或票据法外，他还提到了诉讼法和刑法。^[82]此外，韦斯特霍夫指出，公法中的国家给付请求，尤其是关于社会福利事业、补贴、税收优惠和补助金支付的宪法案件中，不能适用动态体系论，因为如果用动态体系衡量其中的利益，则意味着涉及到国家得作出怎样的给付才能使公民的公法负担（如纳税）正当化这么一个高度复杂的问题。^[83]

在司法实践中，援用动态体系论的判决主要见于奥地利法院。奥地利最高法院在1983年就开始援用动态体系论（E 13. 4. 1983, 1 Ob 581/83.）。不过，根据阿达莫维克（Adamovic）的整理，援用动态体系论的判决主要集中在民事案件，宪法法院和行政法院的态度较为谨慎。至于刑事案件，由于刑法有罪刑法定和禁止类推的要求，法院对动态体系论的态度更为消极，2002年之前只有一个关于罚金的案件运用过动态体系的方法。^[84]

不过，希尔歌反对先验地限定动态体系论的适用领域。“人们不可能从一开始就断定说，继承法或婚姻家庭法就不是动态体系论的适用对象。……一个法律领域是否应当尽量远离弹性的方法论，这是在给予相应研究之后才能得出的结论。”^[85]换言之，不能因为一个问题归属某某领域，就轻易断言不能适用动态体系论。例如，一个刑法问题不能适用动态体系论，不是因为它是刑法问题，而是因为它涉及的规范具有拒绝动态体系论的性质或要求。此时，需要把这些性质或要求作为动态体系的其中一个要素，和其他要素进行比较衡量，看这个支持固定构成要件的要素是否胜出，如果胜出则放弃动态体系论，进入固定构成要件的框架下判断。^[86]

至于哪些是支持固定构成要件的考量要素，韦斯特霍夫列举了以下7个：（1）减少判断者的个人影响。固定构成要件较为抽象，抽象规范的制定者远离具体的当事人，因此较少有偏向、复仇或慈悲的心理。（2）抽象规范比动态体系更容易让当事人看到什么是法，从而提高当事人的可预见性，减少信赖损失。（3）基于固定构成要件的判断比基于动态体系的判断要简单、快捷。如果都用动态体系论，会造成案件堆积。（4）固定构成要件能够减少法官查明案件事实的负担，因为动态体系论要求不放过任何一个可能的考量要素。（5）动态体系影响交易或行政的简便，因为动态体系之下每个案件都是个性化的，交易和行政的当事人无法从以往的案件中汲取规则。（6）同理，动态体系会导致诉讼的增加。（7）只有采用固定构成要件形式的法律才能引导人们的行为。^[87]

主张全盘动态体系化、反对采取固定构成要件之规范形态的比德林斯基认为，“立法者一般以平均状态为前提选定构成要件”，因此，在非常态（hard case）的情形，固定构成要

[82] 参见前引〔77〕，Bydlinski书，第534页。

[83] 参见前引〔62〕，Westerhoff书，第36页。

[84] 关于奥地利的判例整理，参见Adamovic, Das Bewegliche System in der Rechtsprechung, JBl. (2002). Nr. 11, S. 681ff, bes. S. 693f.

[85] 前引〔62〕，Schilcher文，第288页。

[86] 参见前引〔62〕，Westerhoff书，第69页。

[87] 同上书，第70页。当然，如果是支持固定构成要件的要素之外的、一般的要素胜出，那固定构成要件就被排除，进入到动态体系论的判断框架。此时，原先的固定构成要件转化为一个“基础评价”，条文就开始具有弹性。须注意的是，一般要素的胜出意味着条文本来具有的拘束力被排除了。韦斯特霍夫认为，出于法国对实定法的尊重，一般要素所支持的法律效果的理由得相当强大，才能产生排除固定构成要件的效果。因此，一般要素和支持固定构成要件的要素之间的衡量不是普通的“孰重孰轻”的衡量，而是得达到一定强度才能推翻对方的“比例衡量”（见该书第71页以下）。

件的规则不再具有拘束力。^[88] 这种非常态，也正是国内众多主张在立法时采取动态体系模式者所关注的。但是，为了顾及1%的非常态下之结果的妥当性而采取动态体系模式，付出的代价可能是巨大的。因为在这种立法模式下所有的情形均需要法律适用者去衡量、互补，结果导致99%的常态下的法律适用也不得不去作个案的衡量，而这些情形本来完全可以采取全有或全无的判断模式。在对法官普遍信任不足的我国当下，这种立场尤须谨慎。至于为数极少的非常态纷争，完全可以通过解释将其置于固定构成要件之规则的适用范围之外，另作动态体系化的解释。

综上所述，动态体系论可能因其动态构造所引发的法的不安定性而受到宪法上的限制，在体系性上要素体系和基础评价这两大支柱也均存在先天不足，动态体系论的支持者也意识到固定构成要件的存在意义，动态体系论并不像人们所期待的那样有广阔的拓展空间。上述局限性势必会导致原本志存高远的动态体系理论所能发挥的作用大打折扣。这就意味着，动态体系论在两个战场都难以取得彻底的胜利。不过，既然法律实践是伴随有价值判断的活动，就永远不可能彻底排除非理性的成分而做到百分之百的可反驳。正如山本敬三所言：“动态体系论并非预先唯一确定评价内容的理论，它最多也只是提供能够作合理评价的框架。但是，其结果，即使依照这个框架，由此可能推导出来的具体评价还是不得不留下一定的不确定的空间。在可能的评价中，选择哪一个，只要依靠动态体系论，最终将依赖各个判断者的决断。”^[89] 明白了此点，就不必再对动态体系论抱以过高的期望。日本的法学文献中对动态体系论的援用屈指可数，这一现象颇耐人寻味。

Abstract: Accepted by more and more Chinese scholars, the flexible system approach appears more and more frequently in the theories of interpretation and legislation in different areas of Chinese civil law. However, the Chinese academia has misread to some extent and thus has a too high expectation of the flexible system approach. As a version of jurisprudence of values, the flexible system approach must oppose not only the inflexibility of conceptual jurisprudence but also the arbitrariness and unreasonableness of the free-law school. However, the Chinese academia often ignores the significance of the latter, and only emphasizes the flexibility of results. As a result, both the legislation theory and interpretation theory put forward by Chinese academia fail to overcome the arbitrariness and uncertainty of the free-law school. On the other hand, even such misunderstanding has been clarified, the flexible system approach also has its own deficiencies. The flexible system approach consists of two pillars: the element system and basic evaluation (*Basiswertung*). However, both of the two pillars are fragile: firstly, the uncertainty of internal system itself leads to unlimitedness of the element system; secondly, there is a common shortage of basic evaluations in statutory law. These inherent deficiencies have greatly limited the role played by the flexible system approach.

Key Words: flexible system approach, element system, basic evaluation, jurisprudence of values

[88] 参见前引〔1〕，山本敬三文，第228页。

[89] 同上文，第236页。