

民法动态体系中的要素及其中国创新

谢鸿飞^{*}

内容提要 民法动态体系的要素包括原理性要素和阐释性要素。原理性要素是指从法律秩序提炼的、支撑法律规范的实质评价基准或正当化事由的特定社会事实、状态或关系,不应包括主流动态体系理论纳入的任何次级的法律原则或法原理,它建构的是以价值原则为脉络的高阶动态体系。阐释性要素是阐明原理性要素或证成构成要件和法律效果的具体因素。《民法典》及其司法解释的一大创新是其诸多规范以阐释性要素为基础建构了低度动态体系,且创设了“要素—法律效果”的新规范模式。依据使一方承担不利后果的法律理由的不同,可将民法中的原理性要素提炼为利益、意志、控制、信赖和关系。原理性要素的协同作用具有确定和审视固定要件的重要功能,但需通过要素的体系化等裁判技术克服价值评判恣意。阐释性要素能保障法律的安定性,其适用应避免重复评价,且裁判者应逐项说明各项要素的具体情况。两种要素均可通过建构价值评价的理性秩序和分类层次实现高阶或低度体系化。数字领域的初期立法可通过要素的法律化来适应变动不居的技术和社会条件。

关键词 动态体系 要素 内在体系 法律原则 构成要件

目次

- 一、问题的提出
- 二、民法动态体系要素的类型及其提炼
- 三、民法动态体系要素的协同作用及其效果
- 四、中国民法动态体系要素的立法创新和理论创新
- 五、结语

^{*} 中国社会科学院法学研究所、私法研究中心研究员。本文系 2022 年度国家社科基金重点项目“民法典实质债法规范体系研究”(项目批准号: 22AFX015) 的阶段成果。

一、问题的提出

动态体系论追求情景正义、彰显问题意识,完全契合法律公理体系被质疑的现代法学理论氛围,但理论界迄今对其依然褒贬不一。1941年,奥地利威尔伯格教授在损害赔偿领域首创该理论,通过“要素”(Element)^①概念突破了传统损害赔偿法的单一责任原则,其核心思想是法律效果取决于法律规范内蕴的要素数量及其整体协同。^②由此,立法者可依由特定要素形成的整体图像建构法律,该类要素的抽象程度应介于一般条款和固定要件^③之间,甚至在损害赔偿法等领域可废除固定要件。其理论背景是:公理体系中的构成要件及其“全有或全无”的法律效果已无法适应日益立体化、复杂化和风险化的现代社会,而利益法学、评价法学等因过于依赖正义、衡平等法理念和法感,又易导致自由裁量因缺乏指导原则而危及法的安定性。因此,唯有要素权衡才能既摆脱概念法学的僵化涵摄,又避免评价法学的价值评价专断。

该理论诞生初期虽曾为少数学者盛赞,但同时代的诸多法学大家都对其保持沉默。这虽与威尔伯格疏于解释和推广动态体系论有关,^④但实质原因更可能是:其一,不予置评的学者们认为,该理论与利益法学甚至“举重以明轻”“举轻以明重”的当然解释方法并不存在根本差异,实无新意;其二,他们并未关注“要素”这一理论内核及其协同作用对法律和法学的双重冲击。目前,德语国家关注动态体系论的学者也不算多,但几乎所有关注者都对其不吝褒扬,例如,称其因平衡了法律适用的灵活性和安定性,堪称“唯一可能的法学体系”“20世纪法学方法论和法理论领域最重要的发现之一”“方法论上的全新创见和完美的体系构想”“评价法学的核心解释工具”等。^⑤德国有法官甚至认为,它是摆脱法教义学危机的不二法门。^⑥然而,对动态体系论在德国实际地位的整体公允评价是:学界很少运用该理论,裁判者也未将之付诸实践。^⑦

我国民法学界引入动态体系论后,^⑧对其评价可谓两极分化。肯定者主张,它是立法

① 威尔伯格最初使用“要素”,随后改用“力量”(Kräfte),以凸显不同要素具有不同强度以及强度决定法律效果。Vgl. Walter Wilburg, *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, AcP 163 (1964), S. 346. 学界还使用基础、观点、标准、原则等术语。Vgl. Rudolf Westerhoff, *Die Elemente des Beweglichen Systems*, 1991, S. 18. 但卡纳里斯建议使用“评价原则”或“正义标准”,其理由是“要素”“力量”的自然科学色彩过于浓厚,与法学的人文社科属性明显扞格。参见[德]克劳斯·威廉·卡纳里斯:《法学中的体系思维与体系概念:以德国私法为例》(第2版),陈大创译,北京大学出版社2024年版,第74页注释8。本文从学界通例,使用“要素”。

② Vgl. Walter Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950, S. 4; Walter Wilburg (Fn. 1), S. 347.

③ 在动态体系论中,固定要件是指某个或多个确定构成要件和法律效果的具体规范。

④ Vgl. Susanne Karoline Paas, *Das bewegliche System: Zur Karriere einer juristischen Denkfigur*, 2021, S. 219-223.

⑤ Vgl. Susanne Karoline Paas (Fn. 4), S. 6, 219.

⑥ Vgl. Frank O. Fischer, *Das “Bewegliche System” als Ausweg aus der “dogmatischen Krise” in der Rechtspraxis*, AcP 197 (1997), S. 604.

⑦ Vgl. Axel Flessner, *Bewegliches System und Bereicherungsrecht*, in Franz Bydliniski u.a. (Hrsg.), *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, 1986, S. 160.

⑧ 最初有影响力的文献为山本敬三的文章。参见[日]山本敬三:《民法中的动态体系论——有关法律评价及方法的绪论性考察》,解亘译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第23卷,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第233-237页。

技术的中间道路,可依此建构契合现代社会需求的动态法律体系。^⑨否定者则认为,其理论中的基础评价和要素体系均先天不足,不能高估其价值;^⑩且动态体系可能破坏法的安定性,故应被祛魅^⑪。尽管如此,我国学界对动态体系论的热情不减,用其研究民法制度和规则的文献众多,且大有迅猛增长之势。

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)多个条文使用了“考虑……等因素”“根据……等因素”的措辞,虽未明示采纳动态体系论,但已在构成要件和法律效果的具体认定中纳入了动态因素,并被主流解释所认可。^⑫典型条文如《民法典》第998条运用动态体系论,通过“行为的目的”等要素认定侵害精神性人格权的民事责任;第1026条对于实施新闻报道、舆论监督的行为人是否尽到合理审查义务设置了动态权衡的要素;第1231条规定了两个以上侵权人污染环境、破坏生态时承担责任大小的考量因素,将动态体系论导入法律效果的实质判断。《民法典》的司法解释更是受动态体系论的影响,公序良俗的认定、防卫过当的识别、违约损害赔偿计算等规则均运用了此方法。这在世界范围内均属罕见,堪称中国民法立法技术的一大创新。

值得注意的是,《民法典》第322条规定,添附物的所有权归属“按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则”确定,确立了效率和过错两种要素,这与前述“行为的目的”等要素显然不同。可见,我国民法存在无法作相同法律评价的“要素”。但现有研究大多聚焦经典动态体系论中的要素,忽视了我国民法中的动态体系要素。

我国动态体系论褒贬之争的核心原因之一是学界就要素的界定远未达成共识,特别是将适用于特定法域的各种法原理作为要素,既销蚀了动态体系的价值,也引发了对法适用安定性的担忧。鉴于上述理论氛围和法律实践,本文拟围绕以下具体问题展开研究,以阐明动态体系中的要素及中国民法将要素法律化的创新意义:如何区分动态体系中要素的不同类型、能否从现行民法秩序中提取动态体系的原理性要素;不同类型的要素如何协同作用决定法律效果;能否实现要素体系化从而使其与论题学、区别技术分离,并约束裁判者;如何认识中国民法在要素法律化方面的创新作用,如何进一步创建本土动态体系理论,使中国民法中的要素再创新等。

二、民法动态体系要素的类型及其提炼

(一)民法动态体系要素的类型

威尔伯格未精确界定要素。依据动态体系的理论流变和立法实践,要素包括两种类型,日本学者山本敬三将其分为“作为原理的要素”和“作为观点(因子)的要素”,^⑬

^⑨ 参见王磊:《动态体系论:迈向规范形态的“中间道路”》,载《法制与社会发展》2021年第4期,第159页。

^⑩ 参见解亘、班天可:《被误解和被高估的动态体系论》,载《法学研究》2017年第2期,第41页。

^⑪ 参见任我行:《动态体系论:一种方法的祛魅》,载《法律方法》2022年第3期,第295页。

^⑫ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编释义》,法律出版社2020年版,第42页。但《民法典》采纳的并非经典动态体系理论,而是具有创新性的动态体系理论。

^⑬ 参见前注^⑧,山本敬三文,第200页。

笔者将其分别称为原理性要素和阐释性要素。二者所构建的动态体系的内容构成、运行逻辑和适用效果均不相同。

1. 原理性要素

(1) 原理性要素的界定

学界对原理性要素界定的差异在于是否纳入次级法律基本原则或法原理。德国主流理论将原理性要素作为特定法域的要素,如将私人自治作为合同法域的要素,^⑭理由是要素和基本原则均为内在体系的有机组成部分,^⑮且均未包含法律规则所蕴含的直接约束性指令。这种做法的结果是建构了民法内蕴的三个价值层级:一是元价值,即法律体系的终极价值——正义,其具有恒定性,需依赖诸下层价值的协同而实现;二是民法基本原则体现的价值,如公平、自治等;三是民法内部各领域的价值,如信赖保护等。我国较多学者也将法原理作为要素,如将契约自由和交换正义等作为认定显失公平的要素。^⑯

然而,将法原理作为要素可谓动态体系理论流变中的败笔。首先,法原理只是基本原则的简单演绎和具体化,无需为建构动态体系论而探求次级原则,且次级原则与原则一样空疏和抽象,将其作为要素并无实效。其次,法原理和基本原则的适用均依赖不同价值的碰撞和权衡,其实质是价值论证;要素应为事实性或规范性评价的焦点,是原则作用的对象或场域,它只能作为价值的核心载体,而并非价值本身。将法原理作为原理性要素,将混淆评价依据和被评价的对象。因此,原理性要素应回归威尔伯格的经典要素理论,即应是从法律秩序提炼的、支撑法律规范的实质评价基准或正当化事由指向的特定社会事实、状态或关系,如利益、风险或近亲属关系等。

原理性要素的遴选依据之一是基本原则,但两者存在一个核心差异:是否隐含明确的伦理命题。基本原则隐含了实质伦理命题,如诚实信用要求当事人“应当”诚信,公序良俗责令当事人“不应”违反公序和良俗。原理性要素则是从法律价值出发遴选的作为法律权衡和评价的具体标准,并不包括此类伦理命题,如“过错”要素仅用于考量行为人过错的有无及程度,并不预设“行为人不应有过错”的伦理评价;“风险”要素只认定谁制造、维持、强化或控制了风险,而不评价由谁承担风险。申言之,要素的意义在于确定个案中某个要素的具体呈现情况,在此基础上依据评价基准进行效果评价。

(2) 原理性要素的内容

现有的原理性要素多适用于民法的特定领域。最有名的当数威尔伯格于1941年提炼的损害赔偿领域的利益侵害等四大要素。^⑰此后,他将该四大要素的适用范围从损害赔偿扩展至整个债权法领域,并新增了适用于其他场景的辅助要素,如对事实合同新增了社会典型行为和权利使用合理性两个要素。^⑱但他并没有提炼一体适用于民法各领域

^⑭ 参见[奥]弗朗茨·比德林斯基:《私法的体系与原则》,曾见等译,中国人民大学出版社2023年版,第128-130页。

^⑮ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第593-600页。

^⑯ 参见蔡睿:《显失公平制度的动态体系论》,载《法治社会》2021年第6期,第62-65页。

^⑰ Vgl. Walter Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 28-29.

^⑱ Vgl. Walter Wilburg (Fn. 2), S. 346.

的要素,且所提炼的要素杂糅了原理性要素和阐释性要素。

然而,提炼全部民法秩序的原理性要素无疑具有极大的理论诱惑力:若能在整个民法秩序中提炼出为数不多又具有普遍解释力和评价力的原理性要素,就如同找到了支撑所有民法规范的“阿基米德支点”。这种提炼有助于将法律规范回溯至利益法学强调的社会事实层面,不仅可以依此检视现行法律构成要件的得失,还能为法律未调整的社会事实确定规范依据。正是受此理论愿景的驱动,个别学者尝试提炼全部民法秩序的原理性要素。例如,韦斯特豪夫以“让一方承担不利后果的正当性”为标准,提炼了四项原理性要素:一是利益,涵盖经济利益和人格利益,具体考量因素包括当事人的财产状况、权利行使对他人及社会的影响等;二是同意,核心是民事主体自愿承受不利后果,重点是同意的强度和自甘风险的边界;三是过错的报应,涵盖故意、过失等不同层级的过错形态;四是社会约束,主要考量基于亲属、合同、信赖等产生的法定或约定义务。^{①⑨}目前,我国学界尚未尝试提炼原理性要素的内容,这在一定程度上是我国动态体系论的理论缺失。

2. 阐释性要素

(1) 阐释性要素的界定

阐释性要素是说明和解释原理性要素以及影响构成要件和法律效果的因素,如通过法益的价值和社会典型公开性等阐述“法益”要素。^{②⑩}在法律实践中,其最重要的功能是将构成要件和法律效果具体化,克服固定要件的流弊,从而构成动态的、开放的评价标准体系。固定要件是立法者抽象归纳社会生活典型事实后构建的形式化、一般化的事实判断框架,它通过固化典型事实的核心特征,为本应依托个案裁量的裁判结果提供预设性结论,而阐释性要素则可为固定要件中的不确定性概念提供具体维度和考量因素。

(2) 阐释性要素的内容

阐释性要素散见于学界对民法制度和规则的研究以及相关法律文件,其种类繁多。因民法以法律关系为调整对象,法律关系又可被还原为社会事实,故可将阐释性要素建构为主体、物等标的和行为三位一体的体系。其中,主体要素包括职业、学历、社会活动半径、既往行为、经济状况等,标的要素包括种类、物理性质、经济和社会价值、功用、损耗性等;行为要素包括目的、方式、手段、后果、频次、因果传导链、社会容忍度等。三者所包含的阐释性要素可随着社会变迁不断增加。

需要指出的是,山本敬三将威尔伯格提出的要素称为“因子”,^{②⑪}因其并非法原理本身。但这并不准确,因为威尔伯格在损害赔偿法领域提出的如过错、危险为原理性要素,而经济状况等实际上系阐释性要素。这也表明,两种要素的核心差异在于抽象层级。

(二) 民法动态体系要素的提炼

动态体系既然以各类要素为核心而建构,理应明确提炼要素的素材和原则。遗憾的是,威尔伯格等动态体系论者都未明示要素究竟源自何处,更未说明要素的提炼原则。

^{①⑨} Vgl. Rudolf Westerhoff (Fn. 1), S. 29.

^{②⑩} 参见朱虎:《侵权法中的法益区分保护:思想与技术》,载《比较法研究》2015年第5期,第44页。

^{②⑪} 参见前注^⑧,山本敬三文,第200页。

这也是该理论未能获得广泛学术认同且长期引发争议的重要原因。例如,有学者指出,要素并非社会现实的客观产物,缺乏社会秩序的坚实根基,而且仅停留在对法律现象的自然描述层面,未能触及法律背后所蕴含的社会功能和目的关联性。^②可见,厘清要素的来源是动态体系论的首要任务。

1. 提炼民法要素的素材

传统动态体系论者就提炼民法要素的素材提出了诸多学说,极端动态体系论者将要素的最终来源归结于“法感”。^③但要素绝非源于纯粹的个体主观感受,而是源于融合了法秩序核心价值、社会普遍正义观念和法律职业共同体共识的整体性判断。比德林斯基就此提出了“获取法律材料”的概念,以指所有能影响法律思维的规则和素材——除法律价值外,判例法、法感、主观状态以及诚信意愿等内心态度均属此类材料。在他看来,只有通过对这些素材的抽象提炼,回溯至民法诸领域中独立、普遍的价值,才可能成功构建数量确定的要素体系,而且要素具有稳定性,仅在基础素材变更时才会调整。^④

事实上,无论是原理性要素还是阐释性要素均非源于法外空间,其合法性根基均在于由法律文本和法的实际运行共同构筑的整体法秩序。确定原理性要素的法律作业实质是对规范内容赖以确立的价值依据和社会基础进行回溯还原,以探寻法律秩序塑造社会事实的根本原则或内在力量。对原理性要素需抽象到无法再归属于更基础的理由的程度,其抽象程度远超“提取公因式”,因为后者只归纳共性规范,而前者旨在追溯规范的实质理由。阐释性要素则是对原理性要素展开和细化的产物,其目的是将抽象判断转化为个案中可感知、可衡量的具体指标或因素。阐释性要素有两种来源:一是法律直接规定,如《民法典》第1026条规定的认定行为人是否尽到合理核实义务的诸因素;二是对原理性要素或法律规范中不确定概念的具体阐释,使其意涵具象化。

2. 提炼民法要素的原则

确定要素是动态体系有效运转的基本前提。提炼民法要素时,应当依循如下原则:

一是有限性原则,即要素数量和内容应当具有有限性。^⑤动态体系论强调以数量有限的要素为基础,裁判者既不能随意引入新要素,也不能任意排除对既有要素的考量。^⑥无论是威尔伯格对损害赔偿法四要素的列举,还是卡纳里斯对信赖责任要素的提取,都坚持了有限性原则,以为后续要素的权衡与评价奠定基础。坚持这一原则的理据在于:(1)动态体系论依据要素的数量和权重推导个案的法律效果,故要素的数量和内容越清晰,自由裁量的空间就越小。若不事先确定需要多少要素以及哪些要素,将导致要素的选取范围漫无边际,动态体系论也将沦为一种不确定的法律方法,背离其遏制法官恣意运用自由裁量权的本意。(2)若不限定要素的数量将导致两个恶果。首先,令裁判者无所适

^② Vgl. Susanne Karoline Paas (Fn. 4), S. 96.

^③ Vgl. Rudolf Westerhoff (Fn. 1), S. 38; Ewald Hücking, Der Systemversuch Wilburgs, 1982, S. 28.

^④ Vgl. Franz Maurer, Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB, 2016, S. 159.

^⑤ Vgl. Walter Wilburg (Fn. 2), S. 12.

^⑥ 参见前注①,克劳斯·威廉·卡纳里斯书,第84页。

从,并增加其论证负担和成本,降低司法裁判的效率;其次,不同裁判者对同一案型选取的要素数量和内容可能不同,易导致同案异判,从而损害司法公信力、破坏法的安定性。

二是多元性原则。法律关系的复杂性决定了当事人利益诉求的差异,私法的任务恰在于对各种利益的权衡与取舍,故动态体系中每一要素的提取都应当反映不同的利益诉求和价值导向。只有对多元的要素展开权衡才可能使法律具有“动态性”,要素过于单一既不符合动态评价的理论期待,也偏离了公正裁判的现实需求。具体而言,因法律规范通常是多元利益或目的权衡的产物,故原理性要素不仅须为复数,还须充分反映各制度和规范内含的不同原理。单一要素无法回应法律规范内蕴的多元、异质的价值诉求,故动态体系一开始就是由内部体系和外部体系构成的二阶体系,它使法律判断成为多元个别评价的综合和协同结果。^{②⑦}就阐释性要素而言,其数量越丰富,裁判者就越能精准捕捉个案的事实特殊性,也就越能实现情景正义。

三是开放性原则。个案的多变性与规范的滞后性之间的冲突决定了静态的要素清单无法一劳永逸地涵盖日新月异的社会生活,故要素的数量和内容都必须具备可调适的弹性空间。在要素的数量方面,原理性要素和阐释性要素的开放性存在差异。因民法涉及的社会行为和结构具有稳定性,而原理性要素是解析这些行为和结构运行原理的要素,故其数量亦相对固定;阐释性要素则会因社会、经济、技术和文化等领域的变迁而增减。在要素的内容方面,两种要素的内容都应随时代语境更新,如“信赖”要素在线上交易和算法缔约的新场景中的产生基础和合理性判断都与传统交易语境显然有别。

在前述三原则中,要素有限性和要素多元性是建构动态体系的原理基础,而要素开放性是实现动态体系关照社会现实的保障,三者皆内蕴于“动态”所框定的意义范围。

三、民法动态体系要素的协同作用及其效果

(一) 民法动态体系要素的特性

动态体系运作的机理是依据要素之间的协同作用判定法律效果是否发生及其程度大小,这必然以各要素间的关系为出发点。无论是原理性要素还是阐释性要素,其协同作用均以要素的“三性”为基础,否则要素之间将无法协同,动态体系也将丧失其根基。

1. 要素具有平等性

原理性要素(如利益、意志等)相互平等,不存在优先或劣后之分。首先,原理性要素的遴选和确认蕴含价值判断,而价值本质上是不可通约的“善”,理论上固然可以采用简单的价值排序方法,但价值并非可量化的客体,其重要性始终依赖具体情境中的利益关联和冲突形态,试图在抽象层面为这些价值建立一个绝对的、线性的等级序列在逻辑上是不可能的。其次,若原理性要素存在固定优序,显然会背离动态体系追求的弹性评价和个案正义。“动态”体现为在个案裁判中,要素间的协同和综合权衡的整体合力产

^{②⑦} Vgl. Franz Bydlinski, *Bewegliches System und juristische Methodenlehre*, in Franz Bydlinski u.a.(Hrsg.) (Fn. 7), S. 36.

生相应法律效果。这一立场与论题学具有相似性,后者也不提供固定的、层级化的价值序列,而是提供一个“视角”或“论题”的目录,为法律论证提供各种出发点。^{②⑧}

阐释性要素对原理性要素或固定要件进行具体化、情境化、中性的客观事实描述,使抽象评价标准在个案中获得清晰的可操作性。如细分“信赖”“控制”的评价要素,或阐释固定要件中的不确定性概念(如将重大误解中的“误解”拆分为误解的对象、误解的程度、误解的可归责性等)。它们不参与个案中的价值判断和利益衡平,且始终依附于原理性要素或固定要件,故相对于可能间接受价值影响的原理性要素而言,阐释性要素离价值更远,因而具有更突出的价值中立特征。各要素构成一个平等、开放的事实要素集合。

与平等性有关的是要素的权重。威尔伯格在其后期著作中明确表示各要素无固定权重,且认为预设权重既无可能,亦不应追求。^{②⑨}这一观点是合理的。其一,预设要素权重是不可能的。任何抽象权重的设定均需以至少一个抽象典型案例为参照,而抽象的权重不可能覆盖所有场景,同一要素在合同纠纷和侵权纠纷中的权重可能截然不同,脱离具体案情和关联场景预先赋予抽象要素以权重是不可能的;即使可能,也没有实际意义。^{③①}其二,它违反了动态体系论的核心逻辑。依动态体系论,应先识别和案件相关的各项原理性要素,再评估每一要素在具体个案情境中的实现程度和强度,最后通过综合性的价值权衡得出最终的法律效果。若在抽象层面预先设定各要素的固定权重,将从根本上颠倒这一逻辑,使本应在裁判结束时完成的结果性权衡转变为裁判开始时适用的前提性规则。其三,预先设定权重也违反了要素的平等性,而且,因为动态体系的“动态”也体现为要素在不同案件中的重要性是动态的,这也将违反动态体系的“动态性”。

2. 要素具有互补性

经典动态体系论的一个核心思想是,各要素相互支撑、彼此补强,即要素具有互补性。要素的互补性针对要素的强度,即某一要素在具体个案中契合规范目的的程度。该程度的判定并非单纯的事实认定,而需要结合个案情境进行价值定性权衡。即使某一要素在案件中体现得并不充分,只要其他要素的满足程度很高,仍可触发相应的法律效果,这也是动态体系得以实现诸要素协同作用、对个案进行灵活价值权衡的根本原因。^{③②}

要素的强度补偿体现的是要素间的强弱互补逻辑。在动态体系中,要素的满足程度是核心变量,各要素间形成强度互补关系:若某一要素强度不足、其他要素强度突出,则可以强补弱,从而使要素的整体组合达成规范目的所要求的评价等价性。如危险要素的强度极高,即便过错要素的强度较低,要素间的强度补偿机制也可使其满足法律责任成

^{②⑧} 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律规则和法律原则》,张青波译,载郑永流主编:《法哲学和法社会学论丛》2008年第1期,北京大学出版社2008年版,第13页。

^{②⑨} Vgl. Walter Wilburg (Fn. 1), S. 347.

^{③①} Vgl. Franz Maurer (Fn. 24), S. 276.

^{③②} Vgl. Susanne Karoline Paas (Fn. 4), S. 2.

立的整体评价要求。^{③②}“沙堆定理”形象地阐释了这一逻辑：沙堆的成型无需每一粒沙子贡献均等，法律责任的成立亦不要求所有要素的强度相同。

3. 要素具有互换性

要素互换性是指在个案中要素甲缺失时，若乙要素足够强，则甲要素可被乙要素吸收或取代。这可视为要素互补性的延伸。互换性的实质为法律评价替代，其核心理据为“整体评价等价性”：当某一要素完全缺失时，其余要素形成的高强度组合可实现与要素齐备状态相当的规范评价效果。威尔伯格最早提出该观点，他将侵权责任的成立诉诸多元要素的协同评价，并主张即便个案中仅存在单一要素，只要该要素足够强，也可成立侵权责任。^{③③}比德林斯基进一步提出了“替代类推说”：即使法定要件中的某一要素完全缺失，且无法类推适用现有法律规范，但若待决案件具备法律规范目的整体评价的等价性，也可通过要素替代的方式类推适用该法律规范。例如，甲因被乙诽谤而自杀，若加害人的过错明显，即使没有相当因果关系也可以成立侵权责任。^{③④}但其观点并非否定因果关系，而是阐释要素组合的整体评价等价性。

需要指出的是，经典动态体系论以原理性要素为分析对象的结论也可适用于阐释性要素。因后者无需存在于所有个案中，故相互之间也可以互补和互换。可见，在协同作用方面，两种要素并不存在根本差异。要素的互补性和互换性彰显了动态体系要素与固定要件的根本差异——固定要件的各构成要件彼此独立，必须全部被满足方能产生特定的法律效果，任一要件的缺失均会直接否定相应的法律效果；而且，要件的满足程度无关紧要，故要件之间不存在任何补强或替代的空间。

（二）民法动态体系要素协同作用的机制

动态体系论强调要素协同的功能思维，通过要素间的互补、协调和替代，共同支撑最终的裁判结论。不同类型要素的协同作用机制存在细微差异，以下分别讨论。

1. 原理性要素协同作用的机制

原理性要素的协同是经典动态体系论的内核，其运作机制可分为递进的两个阶段。

（1）确定要素是否满足及其满足程度的评价基准

动态体系论通过要素强度的叠加和权衡来确定法律效果，为避免对要素满足程度的评价陷入恣意，必须确立一个相对客观的评价基准，^{③⑤}以确定要素满足到何种强度时会产生特定法律效果。因为，若不将抽象的原理性要素转化为类似于固定要件一样的确定规则，就无法在个案中确定各要素是否满足及其满足的程度。评价基准具体有如下三类：

一是针对单一构成要件的平均规则。即针对典型案件情境，预设一组平均强度的要素组合作为法律效果发生的门槛。例如，威尔伯格结合法律中的固定要件，将损害赔偿

^{③②} Vgl. Walter Wilburg (Fn. 17), 1941, S. 28-29.

^{③③} Vgl. Walter Wilburg (Fn. 2), S. 13.

^{③④} Vgl. Franz Bydlinski (Fn. 27), S. 34-36.

^{③⑤} 在动态体系论中，这多被称为“基础评价”。因后期动态体系论发展了基础评价的类型，故本文将各要素的强度统称为“评价基准”。

领域中各要素具象化为平均规则,如将过错要素的评价基准表述为:只有当加害人具有中等程度的过失,且其行为伴随中等程度的危险时,才需承担相应的侵权责任。^{③6} 平均规则的意义在于将构成要件内蕴的实质理由转化为典型化、平均化的判断基准,其唯一正当来源是法律规范的构成要件及其潜藏的实质理由。一旦明确识别实质理由,评价基准便可脱离其原始的要素组合和法定构成要件。在单一构成要件规范中,评价基准的标准非常明确,如“价格超过市价两倍即构成显失公平”,但此类规范并不多见。

二是原则性示例。构成要件多为复数,罕有仅依据单个构成要件即可确定法律效果的法律规范,因而,需结合各构成要件综合考量多个关联要素才能确定评价基准。为此,动态体系论者提出原则性示例作为解决方案。其思路是通过对各要素的满足度进行加权计算,形成可量化的评价基准。^{③7} 其公式可表述为“要素 A× 满足度 a + 要素 B× 满足度 b + …… = 法律效果 R”。其中,“满足度”指某一要素达到法定评价要求的程度,实务中通常以 0—1 赋值。加权则依据各要素在规范实质理由中的重要性分配权重,当个案事实中的要素组合及其强度偏离平均规则所预设的典型状态时,可通过该计算模型对评价基准进行动态修正,从而使最终法律效果匹配案件中要素强度的综合表现。

然而,从单个还是多个构成要件中提炼普适性的评价基准终究仅为理论层面的构想。首先,评价基准的核心在于回溯法律规范背后的实质理由,但实质理由不仅难以被精准界定和提炼,且在不同案件事实情境中的内涵和指向亦存在差异,因而无法将其凝练成统一的、平均的判断标准。其次,动态体系的精髓是要素间的非线性协调关系。某一要素强度的变化,可能动态改变其他相关要素在评价中的重要性。这种相互关联、相互影响的复杂系统特性,使得任何试图通过固定公式进行精确计算的尝试都难以捕捉法律评价中微妙的整体性权衡。正因如此,几乎所有动态体系论者都只能通过个别示例列举有限的平均规则,而难以构建系统、完整、普适的评价基准体系。比德林斯基曾梳理列举 131 条民法原则,^{③8} 试图为评价基准提供实质理由支撑,但这些原则本身仍具有高度抽象性,并没有确立评价基准,对发掘平均规则的实践意义也甚微。

三是案例群方法。为摆脱前述困境,案例群方法应运而生。它通过归纳同类案件的裁判经验,形成以固定要件为核心的静态涵摄标准,其前提是预设典型要素和法律效果之间存在相对直接、稳定的对应关系,要求待决案件完全符合案例群中的典型案件。^{③9} 但案例群方法无法适用于要素组合形态偏离典型样态的特殊个案,因此必须与平均规则、原则性示例相互补充:前者为后者提供具象化的经验参照,弥补其抽象性缺陷;后者为前者无法覆盖的特殊案件提供弹性化的价值评价和裁量空间。

(2) 适用比较命题确定法律效果是否发生及其程度

如果说评价基准是质的判断,比较命题则是量的调节,两者均为动态体系功能得以

^{③6} Vgl. Bernd Schilcher, Gesetzgebung und Bewegliches System, in Franz Bydlinski u.a. (Hrsg.) (Fn. 7), S. 287.

^{③7} 参见前注 ⑪,任我行文,第 301-302 页。

^{③8} 参见前注 ⑭,弗朗茨·比德林斯基书,第 560-564 页。

^{③9} Vgl. Franz Maurer (Fn. 24), S. 39-41.

实现的技术基石。两者的递进关系在于：评价基准解决要素是否满足和满足的程度，比较命题解决诸要素合力后的整体法律效果。后者以依赖程度为核心逻辑，其典型表述形式为“越……越……”，如“过错越严重，损害赔偿范围就越大”“信息对合同订立越重要，未披露行为构成欺诈的故意概率就越高”。

固定要件模式仅审查要件是否满足而并不关注其满足程度，比较命题则通过梯度化和对依赖程度的表述，将固定要件涵摄模式中非此即彼的有无判断转化为程度适配的关系判断。^④比较命题与评价基准构成递进关系，在个案事实偏离基准线时，其可通过要素间的强度变化来动态调整法律效果的范围或强度。可见，它破解了传统法律方法对中间状态的排斥困境，使法律评价得以更精准地回应复杂的社会事实。与论题学中的论题关联不同，它是在评价基准确立的要素体系内运作的，具有明确的要素范围和价值导向。比较命题与类比推理的差异则在于：前者强调个案中不同要素间的强度关联，而后者关注个案事实和法律调整的典型社会事实是否相似。

2. 阐释性要素协同作用的机制

阐释性要素在作为阐释原理性要素的要素时，与原理性要素协同作用的机制相同；但在作为阐释固定要件的要素时，其要素的协同作用机制具有一定的特殊性。后一种阐释性要素可分别从构成要件和法律效果提炼，其协同作用机制又有不同，故分论之。

（1）从构成要件中提炼的要素

此类要素协同作用的特征为：其一，要素虽可互动互补，但从不同构成要件中提炼的要素不能相互替代。如从显失公平规则中可提炼出价格偏离市场公允价格和利用对方弱势缔约地位两个要素，在合同价格严重背离公允价格时，即便一方利用缔约优势的要素不突出，也可因价格要素的高强度而认定显失公平。^⑤但因两个要素对应的构成要件分别表征合同正义和意志自由，因此均不可或缺，如价格不存在任何客观失衡，仅滥用缔约优势的主观要件突出，也无法认定显失公平。其二，要素之间可能存在层次差异，且存在基础要素。部分要素因承载着构成要件的核心价值，可构成基础要素，从而为其他要素的强度判断提供基准。如在《民法典》第1219条有关医疗告知义务的规范中，应以诊疗风险为基础要素，因其直接关系到患者的生命健康。^⑥基础要素实质上由原理性要素协同作用确定，在基础要素满足后，其他要素即使没有满足，也可产生相应的法律后果。这一结论并不损害法的安定性，因为其他要素并非构成要件的法定内容，而是对构成要件的理论拆解和细化。

（2）从法律效果中提炼的要素

影响法律效果的诸要素之间也不存在层级关系，且适用比较命题。私法的核心任务是通过责任配置、利益补偿、行为规制等方式，修复构成要件所确认的权利义务失衡。不同阐释性要素分别对应矫正需求的不同维度，应作为平等的评价变量，共同参与法律效

^④ Vgl. Gerhard Otte, Zur Anwendung komparativer Sätze im Recht, in Franz Bydlinski u.a. (Hrsg.) (Fn. 7), S. 272.

^⑤ 参见王文军：《意思瑕疵定位下显失公平制度的动态体系论适用》，载《政治与法律》2023年第2期，第77页。

^⑥ 参见王磊：《医疗告知义务的动态体系论》，载《东方法学》2025年第1期，第171页。

果的裁量过程。在这一过程中,比较命题将各阐释性要素的强度和法律效果的强度直接关联,使裁判结果更为公正和更具说服力。此外,阐释性要素的提炼和适用都面临重复评价的特殊问题。其根源是,多要素协同本应发挥互补效能,但可能异化为对同一事实的多重赋权,进而导致要素冗余,或在论证构成要件和法律效果时反复使用实质相同的要素。^④ 它表现为两种形式:其一,将实质相同、仅表述略异的事实(如品牌知名度和消费者关注程度)作为不同的要素;其二,在法律论证的不同阶段使用同一要素。如在以“行为人从危险来源获利”为由认定行为人承担赔偿责任后,又在评价法律效果时重复使用这一理由加重行为人的责任。避免重复评价主要有两种路径:其一,在遴选要素时,应审查要素的实质独立性,这种审查不能停留在表面称谓,而应深入其规范内涵和核心功能判断;其二,恪守同一事实或理由仅能使用一次的原则,限制在法律论证的不同阶段多次使用。以侵权法为例,对某一要素在责任成立与否判断时已进行评价的,就不得在损害赔偿范围判定上再次评价。

(三) 动态体系要素协同作用的效果评价

动态体系要素协同作用是动态体系“动态”的集中体现,也是其最核心的方法,其适用效果直接关切动态体系论作为法律方法的成败,可以说,对动态体系论的评价其实就是对要素协同作用的评价,故有必要予以分析。

目前,我国学界批判和反对动态体系论的核心理由是它对传统民法规范的重构破坏了法的安定性。客观地说,动态体系要素协同作用在效果上对法的安定性确实存在消极影响,主要如下:

1. 架空甚至取消固定要件

首先,当法律规范的基石被提炼为若干可权衡的原理性要素后,固定要件的功能完全可被要素的动态权衡所覆盖。威尔伯格的损害赔偿动态论最能体现这一倾向:侵权责任法无需区分过错责任和危险责任,亦无需列举特殊侵权行为的具体类型,仅需确立过错、危险、因果关系等原理性要素,通过要素间的强度权衡即可认定责任。在此基础上,他还试图通过动态系统统一债权法,似有以动态体系取代现行法的雄心。^④ 但按照这种思路制定的成文法无疑比原则法还要简约,这无疑是对法安定性的毁灭性打击。

其次,原理性要素的协同适用并非单纯的事实判断或逻辑推演,而是价值主导的权衡过程,裁判者在两个核心环节极易陷入价值专断,进而侵蚀法的安定性。一是要素强度难以量化,易导致裁量权失控。原理性要素的满足程度缺乏客观的量化标准,甚至不存在判断基准。例如,民法规定了适用危险责任的类型,裁判者仅需简单判断即可完成涵摄作业。但若适用动态要素,裁判者必须判断“危险是否达到了可以忽视过错的程度”,因危险程度难以量化,裁判者此时的裁量空间显然远超适用固定要件时。二是无规则的价值权衡易导致裁判者价值决断失范。要素总能和特定的价值勾连,若体现不同价

^④ Vgl. Franz Maurer (Fn. 24), S. 226.

^④ Vgl. Walter Wilburg (Fn. 2), S. 346.

值的要素的强度相若,而动态体系既无预设的价值优先级,也无统一的权衡方法,就很可能沦为缺乏规范约束的价值专断。

2. 否定“全有全无”适用效果时滥用公平责任

如所周知,动态体系论对法律效果的核心突破是否定“全有全无”的传统规范适用逻辑,而以要素满足度为依据,将法律效果转化为可弹性调整的量化区间。要素满足度越高,法律效果越强烈;要素满足度不足时,则部分适用法律效果。这种模式虽旨在实现个案实质正义,但极易弱化法律规范对裁判权的拘束力,弱化法秩序的确定性。^{④5}更重要的是,要素的适用极易导致实质公平责任的滥用,将本应作为例外和补充的公平责任悄然变为常规,甚至使其成为一种普遍的、默认的权衡结果。这是因为,在任何缺乏某个构成要件但满足了其他构成要件的案例中,裁判者都可能找出其他高强度的要素,从而判定产生部分法律效果,进而让一方承担公平责任。

笔者认为,应公允评价动态体系要素协同作用的效果,任何一种着眼民法全域问题的方法,都不可能是独立的、一劳永逸的方案,而必须与其他方法合作,并在与其他方法的比较中兴利去弊。客观而言,要素协同作用的优势在于:其一,原理性要素在经协同作用后,可有效确定并审视固定要件,从而促进法律与社会合拍,这是论题学等方法难以企及的。其二,在固定要件无法根除裁判者自由裁量权的领域,可通过原理性要素协同的方法来规范裁量权,从而增进法的安定性。若裁判者适用得当、权衡技术高明,不仅不会导致自由裁量权失范,反而可得出比固定要件更符合民众法感情的结论。其三,阐释性要素通过明示裁判者必须精细入微地权衡要素,反而可以限制自由裁量权。例如,实务中许多法院泛用《民法典》第585条第2款赋予的酌减违约金的司法权,但若依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《合同编通则司法解释》)第65条第1款规定的“合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景等因素”权衡酌减,其结果显然更具正当性。

综上,只要准确厘定固定要件的涵摄作业和要素协同各自适用的范围,并通过要素的体系化等作业,要素协同未必会影响法的安定性。客观地说,经典动态体系论未能完成这一工作,称其“被高估”并不为过,其能量释放还需实务和理论的双重革故鼎新。

四、中国民法动态体系要素的立法创新和理论创新

(一) 中国民法动态体系要素的立法创新

1. 中国民法动态体系要素的立法创新体现

在立法技术上,动态体系及其要素观念可谓重大发现,^{④6}但要素法律化的立法例却是罕见。《欧洲侵权法原则》虽明显采纳了动态体系立法思路,^{④7}但其仅为学者建议稿。而

^{④5} 参见周友军:《我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现》,载《环球法律评论》2015年第2期,第102页。

^{④6} Vgl. Susanne Karoline Paas (Fn. 4), S. 234.

^{④7} 参见欧洲侵权法小组编著:《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,第41页。

中国《民法典》及其司法解释则在国际上率先适度引入动态体系论,在经过创造性转化后,设计了较多兼具开放性、体系性和操作性的制度和规则。这一创新不仅丰富了民法的方法论体系,也为司法实践提供了更具生命力的裁判工具,从而为全球民法如何应对现代复杂社会关系贡献了中国智慧,主要体现如下:

(1) 要素的创造性法律转化

《民法典》及其司法解释的诸多条文改变了要素游离于规范之外、仅见于学说的状态,直接将要素纳入法律。具体而言,体现在四个方面:一是依据原理性要素直接确定法律规范。其典型代表条文为《民法典》第322条。该条规定,在添附情形中,当事人无约定时,对物的归属应综合权衡效率和过错两个要素来确定,形成了“要素即要件、要件定效果”的特殊规范。这种规范形态最具立法技术的革命意义,但这种立法模式必须以坚实的解释论为基础,否则将导致自由裁量权失范。例如,效率和过错两个要素可能存在强烈冲突:如行为人故意加工,存在最高级别的过错,不应取得所有权;但若加工物的价值远超原物,则依据效率原则应倾向于使行为人取得所有权。若不明确哪个要素优先,裁判者的选择实为无规则约束的自由裁量。二是法律规范同时规定阐释性要素和法律原则,且要求两者协同适用。其典型条文为《合同编通则司法解释》第62条和第65条。它们在同一规范纳入了最具体的阐述性要素和最抽象的原则,在立法技术上颇具特色。其一,它们纳入了阐释性要素,如第62条中的“违约方因违约获得的利益、违约方的过错程度、其他违约情节”;第65条中的“合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景”。其二,它们均将公平原则和诚信原则作为评价的价值方向和边界,即在综合适用前述阐释性要素后,再结合法律原则评价、审查或修正阐释性要素协同的结果。三是将阐释性要素纳入构成要件。其典型代表条文为《民法典》第1026条。该条明确了认定“对他人提供的严重失实内容未尽到合理核实义务”应考虑的各种因素,从而将复杂的、充满价值判断的归责过程,分解为一系列相对客观、可检验的步骤和评价对象。四是将阐释性要素直接纳入法律效果的裁量。《民法典》司法解释诸多条文均如此,如《合同编通则司法解释》第61、62条有关违约损害赔偿的规定等。

(2) 明示评价基准规则

为实现个案的情景正义,除学者们引用较多的《奥地利民法典》第934条之外,立法规定要件很少明示评价基准规则,这是动态体系论致力于寻求评价基准的根本原因。我国民事司法解释设置了较多以具体数字或量化标准为核心的评价基准规则,以作为统一裁判尺度、消解自由裁量权恣意性的规范工具,如《合同编通则司法解释》第42条有关撤销权中明显不合理的交易价格、第65条有关违约金过高的认定标准等。这些规则往往同时赋予法官避免机械适用数字的裁量权,且明确了应综合考量的相关因素。

2. 中国民法动态体系要素立法创新与法安定性的实现

在中国民法纳入较多动态体系要素后,为确保法律适用的安定性,在裁判中应注意以下两个问题:

(1) 民法动态体系要素的适用范围

关于动态体系要素的适用范围,学界争议颇为激烈,分歧在于如何平衡法律适用的灵活性和法的安定性。目前主要有三种观点:宽泛说认为,凡无法回避价值判断的领域,均可适用动态体系要素;^{④⑧} 狭窄说认为,它只适用于一般条款;^{④⑨} 但多数学者的观点介于两者之间。笔者认为,要使动态体系要素既充分发挥灵活性,又不滋生恣意裁量,应将其适用范围限定于如下领域:

一是纳入要素的法律规范。若法律规范已纳入要素,如《民法典》第322条、第998条等,则应适用动态体系要素,殆无疑义。

二是—般条款。一般条款具有抽象性、开放性特征,而动态体系要素的抽象程度介于法律原则和具体规则之间,可连接一般条款和个案事实,故一般条款被公认为是动态体系要素适用的经典场域。例如,对违反公序良俗的认定,有学者提炼了维护公认秩序、保护交易中的正当行为期待等五项要素。^{⑤⑩} 《合同编通则司法解释》第17条第2款则通过阐释性要素如主观动机和交易目的、监管强度等认定公序良俗。

三是抽象程度高的固定要件。其特征是内涵模糊、外延开放,是动态体系要素适用的重要领域。《民法典》中的不确定概念主要包括三类:其一,以满足某种程度为要求的构成要件。《民法典》诸多条款以表达程度的词语来设定权利义务边界,如动态化程度较高的人格权编,大量使用了“合理”“正当”“必要”等缺乏客观标准的限定词,对此须结合行为目的、实施方式、损害后果、社会一般认知等动态体系要素综合判断,^{⑤⑪} 以使其具体化。其二,兜底条款。《民法典》基于社会关系的复杂性、多样性和变动性,为实现体系效益的最大化,在婚姻家庭编、合同编、侵权责任编等设置了大量兜底条款,如考虑到婚姻关系的复杂性和个体差异,《民法典》第1079条将“其他导致夫妻感情破裂的情形”作为离婚的法定事由。对此需结合婚姻存续时长、矛盾产生原因、是否存在修复可能、子女抚养状况等阐释性要素评估。其三,需经解释和填充的构成要件。它们具有极强的概括性,其规范功能与一般条款高度趋同。如不当得利构成要件中的“无法律原因”必须被填充,^{⑤⑫} 特别是在三角给付、连环交易等复杂场景,需结合给付目的、当事人合意等阐释性要素综合权衡。

四是法无明确规定时的司法续造。原理性要素最重要的功能是为司法续造提供智识资源和方法论指引。特别是在运用法释义学无法对某一法律问题提炼出一致、固定的构成要件时,通过要素的协同作用,可将权衡结果转化为构成要件。

(2) 民法动态体系要素对裁判者的约束

传统以原理性要素为中心的动态体系论赋予裁判者自由裁量权,无疑是以充分信任

^{④⑧} Vgl. Franz Bydlinski (Fn. 27), S. 36.

^{④⑨} 参见前注①,克劳斯·威廉·卡纳里斯书,第84页。

^{⑤⑩} Vgl. Franz Maurer (Fn. 24), S. 227-228.

^{⑤⑪} 参见王利明:《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》,载《法学家》2020年第4期,第1页。

^{⑤⑫} Vgl. Axel Flessner (Fn. 7), S. 167.

裁判者为前提的,因为无论哪种要素的适用都对裁判者提出了较固定要件适用而言更高的裁判要求。该理论诞生于奥地利的原因之一即该国具有高度信任法官的法文化。^{⑤③}

要素协同对裁判者的两项重要要求是:其一,对原理性要素的适用,裁判者应具备目的解释和利益权衡能力。裁量应在要素的体系框架内展开,且裁判者应公开要素组合逻辑、权重分配理由,明示价值判断过程,其效果等同于裁判者和当事人之间“开诚布公地出明牌”。^{⑤④}其二,对阐释性要素的适用,裁判者应逐项检视和权衡要素,而且必须明示各要素的具体情况。因此,相较而言,适用要素并发挥其协同作用必然增加裁判者的工作量。^{⑤⑤}但增加的司法成本并非无意义的消耗,而是实现裁量规范化和正义可感知的必要投入——通常而言,裁判者考虑的因素越多,裁判会越合理。具体体现在:一是可防范表面合法、实质恣意的裁判结果。裁判者清晰地阐释具体的要素协同和权衡的过程及方法,将使裁判论证更为透明,从而尽量消除裁判黑箱。二是提升裁判的公信力和社会认同度。要素的内容具体、指向明确,其论证过程无需依赖烦琐的逻辑推导链条即可被社会公众理解和认知,有助于提升裁判结果的社会接受度。^{⑤⑥}

(二) 民法动态体系要素的理论创新

结合目前中国动态体系理论的整体研究状况,笔者认为,可从两个方面努力,以实现重要理论创新。

1. 原理性要素的提炼

《民法典》第322条直接将原理性要素要件化,虽可能会侵蚀法的安定性,但其根源在于规范内容的设计欠妥,并不能因此否认提炼原理性要素的重要意义。相反,在原理性要素方面,中国民法学可能的创新途径或在于以更精微的理性技艺突破传统动态体系论将其限于法原理的窠臼,发掘支撑全部民法秩序的要素,进而确定或完善固定要件。

原理性要素的提炼应确立两个出发点:一是它们应源于社会事实、状态或关系。这些要素的素材虽源于法律秩序,但通过剔除法律评价将其还原为社会事实等,可从源头上提炼出支撑法律秩序的实质理由,并结合社会情势的新要求不断注入变迁后的价值观念。如不宜以“权益”而应以“利益”为要素,因为“权益”意味着裁判者必须予以保护,但要素协同的空间仅在于保护的序位,而“利益”则可置于法律评价之前,裁判者可权衡其应否保护。二是各要素应共同服务于单一的、具体的目的。多个目的将导致要素数量过多而丧失功能;而“正义”之类的目的过于宏大,若作为目的将导致要素与公平、效率等价值等同,从而失去了提炼意义。因为民法的核心功能是确立权利归属秩序和保护秩序,这些抽象秩序必须通过诉讼程序转化为具体裁判结果才能实现。而任何民

^{⑤③} Vgl. Susanne Karoline Paas (Fn. 4), S. 143.

^{⑤④} Vgl. Frank O. Fischer (Fn. 6), S. 604; Helmut Koziol, Das bewegliche System: Die goldene Mitte für Gesetzgebung und Dogmatik, ALJ 3 (2017), S. 167-168.

^{⑤⑤} Vgl. Ingo Koller, Bewegliches System und die Risikozurechnung bei der Abwicklung gegenseitiger Verträge, in Franz Bydliński u.a.(Hrsg.) (Fn. 7), S. 86.

^{⑤⑥} 参见[奥]海尔穆特·库齐奥:《动态系统论导论》,张玉东译,载《甘肃政法学院学报》2013年第4期,第40页。

事裁判的核心论证均始于一个根本问题：何以令一方当事人承担某种不利后果？因此，依据“让一方承担不利后果的正当性”，可反向提炼贯穿于民法规范和裁判实践的理性性要素。对“不利后果”应作宽泛理解——它不仅包括损害赔偿等典型民事责任形式，亦涵盖权利归属被否定、权利行使受限制等一切导致当事人利益状态遭受减损的裁判后果。总之，要素的数量不宜过多，且内涵不宜繁杂，否则将丧失提炼的理论意义，也无法发挥统一裁判、反思规范的核心功能。据此，笔者初步从民法秩序中提炼出以下五大理性性要素：

一是利益。民法规范的实践目标是确立民事利益纠纷的裁判规则。利益冲突一方面源于因社会资源的有限性而导致的不同主体之间的零和博弈；另一方面受制于权利边界固有的模糊性。利益要素的主要考量因素包括：（1）利益的性质。这直接决定利益保护的优序和强度，如在宏观层面，公益原则上优于私益；在微观层面，人格权的保护强度通常高于财产权。（2）利益的来源和对价。利益取得的方式越契合法律价值、对价越合理，其受法律保护的强度就越高，例如法定权利通常优于约定权利、有偿取得的利益优于无偿取得的利益。（3）利益对权利人的重要性及其实现的外部性。对同类利益，须结合其实现的必要性和可能造成的损害来确定保护优序，如兼具经济价值和情感价值的财产受损时，应认可溢价赔偿。《民法典》第1184条中的其他合理方式计算也支持这一解释结论。

二是意志。民法以主体性和自决权为根基，奉行意志塑造法律关系的原则，意志因而成为民法最稳定的正当性来源。意志主要包括两项因素：（1）意愿或同意，此为积极意志原则的内核，如自愿通过劳动取得所有权、依据合意承担义务等。（2）过错，此为消极意志原则的体现。康德指出，“理性存在者任何时候都必须把自己看作在一个通过意志自由而可能的目的王国中的立法者”^⑦。这意味着理性主体既应恪守自身的理性本质，也应尊重其他主体同等的自由地位，而过错正是自由意志未依普遍法则正当行使的外在表征。法律对过错课以消极效果，实质是维护“自由意志应遵循普遍法则”的伦理秩序。

三是控制。即主体对物、行为、关系或状态形成的事实支配和管领。在法律上，控制不仅是事实状态，在特定情形也是权利或责任的基础。控制应考量的因素为：（1）权利创设。当主体对某物或利益形成稳定、排他的事实支配，且该支配状态契合法律价值取向和社会观念时，即可将支配事实转化为权利，先占、占有推定的权利生成规则即为显例。（2）义务或责任的生成。风险引入者因创设了危险源，应承担与其控制能力相当的注意义务。一旦风险现实化造成损害，则须根据控制可能性、风险引入程度等因素确定责任范围。若双方均能控制风险，风险应分配给能以较低成本预防或吸收损害的一方，使其在风险防范成本低于潜在损害的范围内承担风险消除义务。若各方的控制能力相当，则适用损失共同分散原则，同时考量各方的投保可能性和投保便利程度。

四是信赖。信赖保护可以降低交易成本、维系合作秩序。社会复杂性越高，对稳定

^⑦ [德] 康德：《道德形而上学奠基》，杨云飞译，人民出版社2013年版，第70页。

预期的需求就越强,信赖保护也越重要。现代信赖责任的基础并非行为人的过错或自治,而是对外观事实的创设和相对人由此产生的合理信赖。关于其制度定位,学界尚存争议:一种观点主张通过动态体系将信赖责任和基于私法自治的责任整合为统一的制度,以增强法律评价的灵活性和适应性;反对见解则强调两者的本质区别,认为信赖责任是法律为实现交易安全等价值而特设的独立责任形态。^{⑤8} 信赖责任的核心法律效果,是令创设事实外观的行为人承担两类法定义务和权利后果:其一为权利的丧失或效力减损,如在善意取得中原权利人丧失所有权或须承受物上负担;其二为法定义务的承担,如在表见代理中,被代理人须承担代理行为的法律效果。

五是关系。即依民事主体的身份配置权利和义务。每种身份都附带特定的行为规范和互动期待,法律通过身份的类型化简化社会交往的复杂性、提高行为预期的稳定性,并承认关系伦理和社会连带责任。在民法中,身份不仅是人法分配权利义务的基础,也影响着物法上的权利义务。如对存在民事屈从关系的合同,^{⑤9} 因一方在议价能力、信息获取和风险抵御等方面处于弱势,法律通过强制条款、权利不得预先放弃等规则矫正实质不平等。在侵权法领域,主体间的基础关系决定了法律预设的行为期待和注意义务不同,最终实质性影响民事责任的构成和承担。

在此以加工为例,运用前述五个原理性要素分析《民法典》第322条,以说明这种创新的意义并为司法解释提供参考。案型为乙将其保管的属于甲的物擅自加工为新物。各要素的协同作用体现如下:(1)利益。甲对原物享有所有权,乙投入劳动改变原物形态,产生新物,进而产生原物所有权与新物所有权的冲突。(2)意志。甲自愿将物交乙保管,乙恶意加工。(3)控制。甲将物交付于乙,乙实际控制该物。(4)信赖。甲虽基于信赖和乙订立合同,但这种信赖并未涉及交易安全。(5)关系。甲乙不存在法律特殊考量的关系,如信义义务等。要素协同作用表明,所有权归属取决于甲的所有权与乙的劳务价值何者更高、乙的过错程度,但二者难分轩輊,归属确定的症结是对现存物权秩序的守成(维持原有所有权)与创新(鼓励劳动添附和物的效用最大化)之间的冲突,此时的权衡应依循社会财富观念。可以考虑的方案是:其一,按传统释义学,新物价值显超原物时,其所有权归加工人;其二,原物所有权人不仅享有损害赔偿请求权,且就该债权对新物享有法定抵押权,该抵押权自损害赔偿债权成立时生效,以强化原物所有权人的债权;其三,若原物对所有权人具有重要的主观价值,应突破客观价值优先规则,认定加工物归原物所有权人。

2. 民法动态体系要素的体系化

体系可简化复杂性,并强有力地约束裁判者。若动态体系的要素可以体系化,则可进一步遏制裁量权的滥用。早期动态体系论者并没有关注要素的体系化,^{⑥0} 相反,动态

^{⑤8} Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, *Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr*, in Franz Bydlinski u.a. (Hrsg.) (Fn. 7), S. 110-116.

^{⑤9} 参见徐国栋:《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》,载《中国法学》2011年第5期,第159页。

^{⑥0} 包括威尔伯格本人也未关注要素的体系化。Vgl. Susanne Karoline Paas (Fn. 4), S. 221.

体系的核心任务是推动裁判从结果导向转向论证导向,因而很容易被认为它反对各种体系。实质上,动态体系的要素完全可以体系化,其首先涉及的问题是动态体系与其他问题导向的裁判技术和思维之间的差异。

(1) 动态体系要素与区别技术、论题学的区别

区别技术是普通法最重要的司法技术之一,其思维程序是判断当前案件事实是否符合先例中归纳的“事实→规则”链条,即首先寻找先例所依据的重要事实,然后确定基于事实作出的裁决。若重要事实为A和B,判决结果为X,那么未来任何包含A和B的案件,其判决结果都必须为X。^{⑥1}若重要事实相同,则尊重先例;若存在关键差异,则作不同裁决。区别技术聚焦行为场景、当事人关系、损害后果等事实细节的差异,通过具体情境分析厘定先例规则的适用边界;规范依附于事实认定,价值判断隐含于事实认定,都不具备独立的论证地位。^{⑥2}可见,其本质是事实中心主义的个案归纳和适用。与之不同,动态体系的原理性要素是法律内在价值的具象化,事实是要素适用的载体,要素可脱离具体事实场景适用于其他类似情境,故两者显然不同。

论题学并非从预设体系中推导结论和通过涵摄进行逻辑论证,而是从问题本身出发寻求解决方案,从而与概念法学的体系观念对峙。菲韦格就明确反对体系,并将动态体系纳入论题学范畴。^{⑥3}实际上,两者存在重要差异:其一,要素筛选需经过法律内在价值的一致性和关联性检验,故数量有限,且不能被任意扩大;而“论题”无固定范围限制,可根据具体问题从多元领域选取,且不具有法律约束力。其二,动态体系的要素均承载价值或用以阐释上层概念,要素彼此存在以更高层级的理念为纽带的价值脉络,且可协同作用;论题学的各类论题之间缺乏内在的逻辑或价值关联,论题之间不存在互补或制约关系,是一种无结构的观点汇集。^{⑥4}

(2) 动态体系要素体系化的途径

动态体系要素的体系化也应依据要素类型区分为两种情形:

一是原理性要素的体系化。若将原理性要素作为法原理,则其体系化的固有难题在于:要素不具备传统概念的可涵摄性,无法通过形式逻辑的归摄形成封闭体系,但学界也有过将其体系化的理论努力。如比德林斯基将动态体系化定位为对法律内在价值的理性化作业,通过将规范与价值勾连,使原本分散的原理性要素形成以价值为导向的逻辑关联。^{⑥5}卡纳里斯则将动态体系重构为原则权衡体系,理由是所有法律规范均为特定法律原则的载体,原则可从具体构成要件中剥离,并用于类似案件的解释和续造。^{⑥6}“风险”等法原理以外的原理性要素,其本身也是法的内在体系的一部分,故与法律原理的体系

^{⑥1} See Arthur L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, Yale Law Journal, Vol.40:161, p.179 (1930).

^{⑥2} See Jan Komarek, *Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent*, The American Journal of Comparative Law, Vol.61:149, p.157 (2013).

^{⑥3} 参见[德]菲韦格:《论题学和法学:论法学的基础研究》,舒国滢译,法律出版社2012版,第104-105、116页。

^{⑥4} Vgl. Uwe Diederichsen, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, NJW 16 (1966), S. 697.

^{⑥5} Vgl. Franz Bydlinski (Fn. 27), S. 30.

^{⑥6} 参见前注①,克劳斯·威廉·卡纳里斯书,第82-85页。

化路径相同。若承认内在体系,则必然认可要素可体系化。其途径为通过要素间的价值关联和有序权衡,构建具有内在统一性的理性评价体系,进而建构以评价基准为基础的动态协同体系。这种体系的核心是:其一,以目的论为导向,摒弃传统形式逻辑的体系构建标准,而以价值关联为要素整合的意义脉络;其二,以一般原则维系内在统一性,原则虽平等且可能冲突,但通过互动可形成有序的价值秩序;其三,要素之间的关联并非形式逻辑的涵摄关系,而是基于价值一致性的意义关联。体系的适用也系评价性适用,而非归摄性适用。

二是阐释性要素的体系化。如果说原理性要素是以价值原则为脉络的高阶体系,那么阐释性要素体系化的产物就是依附和自主并行的低度体系。其一,依附性体系化。若阐释性要素系用于说明原理性要素,则可依附于后者的体系化。其二,自主性体系化。对于不依附于原理性要素的阐释性要素,可通过类型化梳理实现低度体系化。例如,将“行为相关要素”分为动机、交易背景、履行能力等,每种类型内部可再行细分。这种法律作业的结果将建构阐释性要素的基础体系,可避免要素适用的随意性。

五、结 语

如何实现法的安定性与妥当性可谓法学理论和法律实践历久弥新的难题,裁判如何在体系安定和情境正义之间寻求平衡,也始终是民法方法论的核心难题。主流的固定要件模式的痼疾是其显著的适用场景局限性。在规范明确、事实清晰的常规案件中,它通常可以圆满对接规范和事实,实现公正裁判。然而,“固定”即意味着一定程度的僵化。固定要件很难全面适应现代社会生活的复杂性和偶变性已为不争之实,若强行适用则往往会牺牲个案判决的妥当性;但若追求情境正义、放弃体系约束,则可能滑向裁判者的价值专制和法感恣意。此外,一般条款、不确定概念的填充、法律续造等法律作业,更逸出了固定要件的思维模式。

为同时克服无明确边界的公平理念和无法涵盖多元性个案之弊,法学界提供了评价法学、论题学等诸多方法,其共同特点是以现行法的正当性为基础,关注个案特征,恢复被公理体系遮蔽和剔除的社会学特征,如当事人身份、经济能力等。这些方法均可能基于事物本质或其他正当理由,支持法律上的差别对待,从而将被公理体系认定为“同案”的案件认定为“不同案件”,并异其法效。在众多问题导向的法律和法学方法中,动态体系论的特色在于从现行法中提炼“要素”,并致力于通过要素的理性化和体系化,追求法秩序内价值和理性的统一,在稳定和灵活之间保持平衡。要素并不取代制定法,而只是作为确保价值判断符合法律秩序整体目的的解释工具,尽管目前这还是一种理想,但不可否认,动态体系是优化法律论证的一种方法,堪称抽象法和具体法之间的“黄金中庸”或“第三条道路”。^{⑥7}

^{⑥7} Vgl. Helmut Koziol (Fn. 54), S.160.

与传统静态、简单的社会相比,当下社会无疑是复杂的、动态的,法律(包括民法)的滞后性更为突出,而动态体系恰好契合动态社会的动态要求,其在民法领域的未来发展殊值关注。特别是当某些领域的社会事实尚未成熟到可针对其形成统一的类型化标准时,如在数字立法领域,立法者可通过提炼原理性要素构建“基础要素+弹性条款”的规范模式,既避免立法空白,又为司法实践预留解释空间。

法随世易,理因时新。尽管动态体系论的命运多舛,然而,本文的分析表明,对其进行理论改造和创新以兴利去弊,有可能使其成为沟通法律与社会、普遍正义与情景正义的法理津梁,并使静态的民法规范得以始终动态回应社会源源不断的私法治理需求。

Abstract: Elements of the dynamic system of civil law fall into two categories: principle-based elements and interpretive elements. Principle-based elements refer to specific social facts, states or relations abstracted from the legal order, which underpin the substantive evaluative criteria or justificatory grounds of legal norms. They shall not include any subordinate legal principles or jurisprudential doctrines adopted by mainstream dynamic-system theories, and it is these elements that construct a high-level dynamic system structured around value principles. Interpretive elements, by contrast, are the concrete factors that clarify principle-based elements or substantiate the constitutive requirements and legal effects. A major innovation embodied in numerous provisions of the *Civil Code* and its supporting judicial interpretations lies in the construction of a low-degree dynamic system built upon interpretive elements, alongside the creation of a brand-new normative model of ‘element—legal effect’. Based on different legal justifications for imposing adverse consequences on a party, the principle-based elements in civil law can be summarized as interest, will, control, reliance, and relation. The coordinated operation of principle-based elements performs the important function of defining and examining fixed constitutive requirements; yet evaluative arbitrariness must be eliminated through adjudicatory techniques such as element systematization. Interpretive elements are capable of safeguarding the stability of the law. Their application shall avoid duplicate evaluation, and adjudicators shall specify the concrete circumstances of each element item by item. Both types of elements can achieve either high-level or low-degree systematization by constructing a rational order and hierarchical classification for value evaluation. In digital sectors, preliminary legislation can adapt to ever-changing technological and social conditions via the legalization of elements.

(责任编辑:任彦)