

· 法学· 法律方法研究 ·

动态体系论：迈向规范形态的“中间道路”

王 磊*

摘要：动态体系论将法律体系视为弹性的、流动的开放体系，法律结论为多种原理相互作用的结果。动态体系论意图将法律体系从概念法学的僵化状态中解放出来。动态体系论的规范技术起源于规则的原则化变迁，此种变迁的内因在于现代法律系统需要增强对环境的柔软认知能力，实质是一种内在体系的外显。动态体系论的法技术拓宽了“方法工具库”，开辟了规范形态的“中间道路”，推动制定法与私法基本体系的融合，促使法律规范的结构变迁与现代法律体系的动态构筑，动态体系论的积极意义并未被高估。就动态体系论的规范构造而言，要素采取法原理形态更契合动态评价的理念；动态的协调机制可以“隐而不现”，并需要借助判例累积与学说构建得到补足。此外，要素的限定性为动态评价确定外在界限，不至于使评价范围无边无际。同时，根据动态体系论给出的规范指引，并结合理性的结论证立结构，法官的主观恣意可以得到有效限制，所谓破坏法安定性的诘难并非不可逾越。

关键词：动态体系论；规范技术；要素；弹性规范；客观性

动态体系论自被介绍到我国之时起即受到民法学者的广泛关注。由于动态体系论既可克服概念法学思维之僵化，又可填充评价法学技术结构的空缺，所以学者在解构或建构法律制度时多采纳之。作为一种“中庸”但亦新颖的思想，动态体系思想对解释论与立法论均具有相当大的启示意义。特别是在法律体系的现代演变过程中，对于构建一个契合当代社会特质的法律体系而言，动态体系的方法论值得借鉴。鉴于此，如何看待动态体系思想的方法论转向这一问题，可谓意义重大。作为“输入型”的方法论，动态体系论到底是被高估还是被误解，仍值得评估。^①

* 贵州大学法学院副教授。

叶金强教授、解亘教授为本文提供了重要的论证意见，尚连杰副教授提供了德文文献。特此致谢！

① 在我国民法学领域，动态体系论秉承的非定式思维模式已被广泛作为方法论尝试，最近的论著可参见王利明：《民法典人格权编中动态体系论的采纳与运用》，《法学家》2020年第4期；叶金强《〈民法典〉第1165条第1款的展开路径》，《法学》2020年第9期；李昊《危险责任的动态体系论》，北京大学出版社2020年版。当然，亦有学者对动态体系论作出批评，认为动态体系论存在先天缺陷，所发挥的功用实则被高估。参见解亘、班天可《被误解和被高估的动态体系论》，《法学研究》2017年第2期。

一、动态体系论的规范立场

(一) 动态体系论的基本论点

法的根本任务在于评价社会事实。从分析社会事实到判定法律效果，法准备了一个逻辑的、形式的框架，即法律要件与法律效果的评价机制。法律要件与法律效果的结构使待定问题的解决方案被逻辑地展现出来，行为人具备了预测可能性，法律评价也趋于稳定。^② 鉴于“要件—效果”模式的诸多裨益，实定法将这一模式采纳为基本模式，要件与效果的选取由立法者根据法律原理权衡后定夺，属于立法者衡量法原理之后的产物。虽然实定法规则受背后的法原理支配，但是立法者几乎不将内在的法律原理直接规定在实定法之中。^③ 然而，全然以“要件—效果”作为法律评价的手段亦存在弊端，因为“要件—效果”模式秉承“全有或全无”的思维方式，存在以机械技术割裂多元社会事实的僵化性。若完全以“要件—效果”的思维模式构筑法律体系，势必导致规范体系与现实社会的脱节。

基于此，维尔伯格（Wilburg）提出动态地看待法律体系的思想。他的问题意识源于“有必要通过更加‘动态地’构成法律，展开比以往更具备柔韧性的规范，来把民法体系的许多部分从僵硬状态下解放出发。但是，这并不意味着承认听凭衡平、法律感情自由作决定”，而是“动态地构成这种原则性的基准，以此作为法官裁量的指针”。按照这样的思路，对法律的理解就“不像概念法学那样，把法律作为‘物体’来理解，而是把它看作‘多种作用力作用的结果’”，从而“试图用成为法律原因的作用力来构成法”。^④ 在此基本理念之上，维尔伯格作出两个重要的论断：第一，“内在于法律体系内的独立价值与目的存在复数性（plurality）”，倘若我们仅从单一的原理出发理解或实施法律的话，那么法律将很难被理解。这些影响法律实施的基本价值可以被称为要素（elements）或力（forces）。第二，不同要素之间还存在层次性或位阶关系，法律效果通常是位于不同层次的要素相互作用的结果。在相互冲突或协作的过程中，要素之间往往能达成妥协，进而实现法结论的妥当性。^⑤ 由此，在特定的法领域内，动态体系论通过具有“比较的”性格特征的要素协同导出妥当的法效果，“要件—效果”模式中“要么符合要么不符合”的性格特征被“要么更多要么更少”的形态改变，“全有或全无”的思维定式被“或多或少”的进路取代，法官通过要素的权衡寻求公正合理的解决方案。^⑥ 作为动态体系论的目标之一，法评价的弹性化回应了现实生活的复杂需求，概念法学的僵化得以被克服。

(二) 作为“中间道路”的动态体系论

^② 参见 [日] 北川善太郎 《日本民法体系》，李毅多、仇京春译，科学出版社 1995 年版，第 43、44 页。

^③ 大久保邦彦「動的体系論と原理理論の關係に関する一考察」神戸学院法学 31 卷 2 號（2001 年）233-234 頁參照。

^④ [日] 山本敬三 《民法中的动态系统论——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），金桥文化出版有限公司 2002 年版，第 180、181 页。

^⑤ See L. Hawthorne, “Walter Wilburg’s ‘Flexible-System Approach’ Projected onto the Law of Contract by Means of the European Draft Common Frame of Reference Principles”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 45, No. 2 (Jul., 2012), pp. 193-195.

^⑥ See Bernhard A. Koch, “Principles of European Tort Law”, *King’s Law Journal*, Vol. 20, No. 2 (Jul., 2009), p. 207.

从回应实际生活的需要出发，动态体系论虽然打破概念法学之僵化，但是，它并未打算完全导向听凭法官衡平决断的自由法学。因为动态体系论据以作出评价的基础已被明确定为作为法原理的要素，所以，纵然动态体系论正面承认评价的必要性，但是，它同时也在通过评价基础的定型化确保评价的限定性。动态体系论在进路上采取的是既承认评价又限制评价的“中间道路”。正因如此，在《欧洲侵权法原则》(PETL)中，考茨欧(Koziol)开篇明义地指出既有规范模式面临的两个选择“其一是使用宽泛的语言，制定相当抽象的一般条款，其好处是在调整后适应多种情形，即使立法时没有预见的情形。但它的代价是在非判例法国家，其不可预见性过于突出。”“另外一种方法则穷尽每个细节，法律的可预见性比前一种法律要强得多，但这也使法律文本相当复杂，而且根本不具有可读性”，“而且这种僵硬的规定还有在法律与社会之间出现鸿沟和不谐和的风险”。^⑦基于这两种规范模式的弊端，PETL转而以明示相关考量要素的方式为法官提供公正合理的解决方案，即动态体系论的思考方式。同样，奥地利的《损害赔偿法讨论草案》也打算借鉴动态体系论的规范技术对损害赔偿制度进行重构，^⑧有观点指出，这在历史上是一次在立法层面对动态体系论进行的大规模投入。^⑨

从既有实践来看，以规则的抽象程度为标准，一般存在两种规范模式，即固定构成要件型与一般条款型。前者构成要件明确、具体，法律适用方便、明晰，然而，生活事实的无限性与立法的有限理性必然导致规范与事实脱节，“现今生活和问题的多样性已经使通过明确而详细的条文来使所有的个案得到公正的审判成为天方夜谭”。^⑩后者虽然抽象、宏观，伴随事物的发展可以不断自我更新，但是，由于它没有为法官提供具体的指引，导致正反方向的法解释均具可能性。如此一来，法官需要自行实施一般条款的具体化，这使得规范内涵过于不稳定，同时，法官恣意裁判的可能性也被提高。鉴于既有立法模式的弊端，作为中间道路的动态体系论成为融合两者的第三种模式，动态体系论的规范技术是一种位于固定构成要件与一般条款之间的折中选择。^⑪一方面，相较于固定构成要件模式，动态体系论的规范技术将具有评价功能的要素推到台前，避免了要件模式的僵化，法评价走向弹性化。另一方面，鉴于一般条款缺乏具体内涵，未给予法官任何裁判指示，动态体系论的规范技术通过要素的外在化向法官提供指引，这使得法官的裁断不至于没有任何方向，裁量权也受到必要的约束。^⑫如此，动态体系论的规范模式既克服了固定构成要件模式导致的法律适用过于明确具体的僵化性，也弥补了一般条款立法指示的不足，打开了一条“中间道路”。

⑦ 欧洲侵权法小组编《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，中文本序第1、2页。

⑧ 参见《奥地利损害赔偿法（讨论草案）》，李昊译，载张双根等主编《中德私法研究》（第5卷），北京大学出版社2009年版，第195-208页。

⑨ Vgl. Schilcher, Das bewegliche System wird Gesetz, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, 2007, S. 1299.

⑩ [奥] 赫尔穆特·柯启尔《论法典化对法的塑造力——以〈奥地利民法典〉、〈法国民法典〉和〈德国民法典〉中的损害赔偿法为例》，史梦宵、邱楠译，载邵建东等主编《中德法学论坛》（第10辑），法律出版社2013年版，第26页。

⑪ Vgl. Koziol, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, Juristische Blätter (1998), S. 619.

⑫ 大久保邦彦「動的体系論による立法の方法論的基礎」國際公共政策研究17卷1號(2012)27頁參照。

二、动态体系论的结构演变及实质

尽管人们认为动态体系论的规范模式打开了一条“中间道路”，但是，对之仍存在褒贬不一的评价。支持者赞成动态体系论的有用性^⑬，对该规范技术持积极态度。^⑭卡纳里斯（Canaris）认为，动态体系论丰富了立法者的“方法工具库”，毫无疑问可被归属于有意义的“法学上的发现”。^⑮与此相反，反对者认为，动态体系论的有用性实则被过分夸大。^⑯动态体系论之所以会面临截然不同的评价，原因或许在于，它要解决的问题点未被完全厘清，该方法的正确性尚需要结合规范模式的变迁被说明。

（一）起因：法律规范的结构变迁

1. “要件—效果”模式的内在缺陷

按照韦伯的观点，法的理性化与系统化意味着法律的可预计性或法律上的“交往的可靠性”，合理的法应该是合乎逻辑的、不受价值影响的有序体系。^⑰法律规则应明确清晰，“尽可能地排除所有的‘弹性’或‘可塑性’——含混性、模糊性及笼统性”。^⑱“要件—效果”模式正好与此相契合，成为法律体系构成要素的首选。然而，法律体系的效应之一是最大限度地覆盖社会生活，调整的范围越大，体系效益越明显。^⑲法律规则中的要件与效果均具有明确性，为了实现法律体系的调整效益，以规则构建出的法律体系应具有完备性，方能实现对社会生活的最大辐射。遗憾的是，从法学发展史来看，构建一个足以调整社会生活的完备规则体系已被认为只是一种理论愿景，该理念是对当今社会和法律生活的错误估计，“展示的不是法典化理念的力量，而是现实意识的缺乏”。^⑳

换言之，在论及法律体系的构建时，目的并非是设置一套脱离人们现实生活的、被束之高阁的抽象规则体系，而是设置一套与人们的现实生活紧密相容的、与人们的日常生活相互作用的鲜活体系。“在一个急剧变化而且充满各种复杂的变数的社会中，一个或几个集中化的法律机构很难事先生产出一套调整各方面社会关系的相对完备的法律制度”，我们今天所面临的社会变迁“并非原有社会在既定历史轨道上的继续和扩大，而往往是脱离既定轨道的突变与异变”。^㉑“人类立法者不可能预知未来可能发生之所有可能情况的组合。人类在预知

^⑬ Vgl. Bydlinski, *Bewegliches System und juristische Methodenlehre*, in: Bydlinski u. a. (Hrsg.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*. 1986, S. 21 ff. 同时，Bydlinski 指出，立法应该为动态体系论的适用提供明确的可能性。在部分情形下，为了追求法稳定性和合目的性，动态体系论并不完全替代现今的立法技术，此时的立法应倾向于固定构成要件模式。

^⑭ Vgl. Schilcher, *Das bewegliche System wird Gesetz*, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Band II, 2007, S. 1310 ff.

^⑮ Vgl. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl. 1983, S. 85.

^⑯ 山本周平「不法行為法における法的評価の構造と方法（五）·完」法学論叢 169 卷 6 號（2011 年）53 頁参照。

^⑰ 参见 [德] 马克斯·韦伯《经济与社会》（下），林荣远译，商务印书馆 1997 年版，第 202 页。

^⑱ 王人博、程燎原《法治论》，广西师范大学出版社 2014 年版，第 170 页。

^⑲ 参见谢鸿飞《民法典的外部体系效益及其扩张》，《环球法律评论》2018 年第 2 期，第 38 页。

^⑳ [德] 卡斯滕·施密特《法典化理念的的未来》，温大军译，载明辉等主编《北航法律评论》（2012 年第 1 辑），法律出版社 2012 年版，第 42 页。

^㉑ 黄文艺《法律体系形象之解构与重构》，《法学》2008 年第 2 期，第 28、29 页。

未来上的无能为力也造成目标的相对不确定性。”^② 据此，单纯以“要件—效果”模式构造的法律体系显然无法有效发挥规范社会生活的体系效应，造成这一现象的根本原因在于法律系统所处环境的复杂性。按照北川善太郎的说法，作为解决之道，当古典体系不能再保持过去的威容时，就应当在“开放”的体系上想办法。^③

2. 转向回应型的规范构造

增大体系效应的解决之道，无疑不会逸出解释论与立法论这两条道路。解释论认为，规范多元、法律多元和体系多元本身是正常的现象，但是，立法者将结束规范多元作为任务，这必然导致矛盾产生。法律规范与社会关系之间的矛盾不可能通过立法的方式被解决，将补足法律规范残缺性的路径完全寄托于立法，是不切实际的想法，应转而寻求解释论的帮助：从法律方法论出发，也就是从立法论立场转向以开放体系为基础的司法立场，通过灵活的法律适用消除规范体系与社会情势之间的紧张关系。^④ 这里，解释论立场认为，立法论的解决之道根本无法消除规范体系与社会生活之间的内在矛盾，因为该路径是将“要件—效果”的规则模式预设为观察视角。如果仅从“要件—效果”的观察视角出发，该答案尚属公允，因为1794年《普鲁士普通邦法》已经证明了决疑法模式体系效益的欠缺。然而，除此以外，是否还存有立法论上的规范技术，尚存疑问。

就对法律体系的理解而言，正如有学者所言，“将法律界定为规则的体系，虽然有其便利之处，但其本身乃是一种‘前科学’阶段形成的生活世界的概念，因此有可能在人们对法律进行更深入观察时成为某种‘认识论上的障碍’”。^⑤ 若将法律体系的构建局限于“要件—效果”模式，显然在立法层面上已无解决之道，但是，若跳出规则模式的结构束缚，转而寻求多元的体系构成，则立法论似乎并非穷途末路，动态体系论的规范技术正是在此意义上成为突破规则模式“认识论障碍”的立法论回应。事实上，法律系统必须使自身的构造适应作为控制对象的其他社会系统，通过形成适应于现实社会的规范模式，实现法律系统对其所处环境的开放性，最终保持法律系统对环境的回应状态。法律构造的变迁就是法律命题中构成要件的弹性化，也就是能够柔软应对社会变化的法律构造。^⑥ 据学者观察，现行法规不再将要件全然限定为“事实”，而是转而越来越多地将之定为“价值判断”，尽管该种做法具有的主观性会带来危险，但是该种做法已是大势所趋，原因在于要件模式越来越难以有效调整急速发展的社会经济生活。^⑦ 因此，在某种程度上，“无漏洞”的法律体系并非绝对的“错误”，它仅是“要件—效果”模式的错误愿景而已。纵使规则模式因构造的僵化而缺乏对外部世界的柔软认知能力，但是，这并不妨碍法律系统突破规则模式的认识论障碍，通过调整自身结构的方式实现对社会变迁的软化应对。

面对外部世界的复杂性，若希冀保持法律系统对环境的回应机能，法律规范就需要转向

^② [英] 哈特 《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社2006年版，第123、124页。

^③ 参见[日] 北川善太郎 《日本民法体系》，李毅多、仇京春译，科学出版社1995年版，第121、122页。

^④ 参见陈金钊 《开放“法律”体系的构成要素》，《上海政法学院学报》2018年第3期，第39、40页。

^⑤ 泮伟江 《法律是由规则组成的体系吗》，《政治与法律》2018年第12期，第115页。

^⑥ 参见顾祝轩 《民法系统论思维》，法律出版社2012年版，第176、177页。

^⑦ Vgl. Hoeninger, Riskante Rechtsausübung: Ein Vorschlag zum Ausbau unserer Rechtspflege, 1917 insh. S. 12ff. u. 32ff. 转自顾祝轩 《民法系统论思维》，法律出版社2012年版，第165页。

构成要件的不确定性，实现规则的原则化变迁。动态体系论即以“要素—效果”的柔性构造来克服这一难题。一方面，“要件”向“要素”的转化使法律规范被注入大量评价性空间，规范要件的满足与否不再是针对“事实”的是非判断，而是变为针对复杂环境的价值评判，这扩大了法律规范对生活世界的涵盖面。另一方面，“要件—效果”的条件程式判断被转化为“要素—效果”的程度判断，这提高了法律规范对现实社会的适应性。动态体系论的规范技术实质上是在给法律系统植入对外部世界的回应机制。事实上，为了增强法律体系的回应性，民法方法论已然存在以多元要素的协动来证成法效果的实践，只是这种实践多被作为解释论对待，而动态体系论的规范技术则直接走向法律规范的结构变迁。从系统论角度观之，系统理论的动态性很大程度依赖于系统的开放性与适应性，法律系统亦然。只有把法律系统看作非封闭的组织体，才能实现法律系统与环境的互动，而法律系统受环境影响的开放性与可适应性特征则有赖于其弹性的、可适应的运行模式。^⑳

可见，在法的世界中，传统法命题已确立起解决社会问题的框架模式。虽然套用固有的框架模式在一定程度上也能解决问题，但是，试图一成不变地沿用传统框架模式并不妥当。社会环境的变迁导致传统框架不总是能给出新兴问题的解决方案，因此，随着新生社会问题登场于法的世界，新的应对方案就应当被确立。动态体系论的规范技术无疑符合法的此种发展周期。“法的历史无论长短，可以说是存在的问题与为解决该问题而创造法律框架，二者之间不断重复的历史。其中新的社会现实被法秩序定位，形成相应的原理与原则。”^㉑

（二）实质：内在体系的“外显”

一般认为，由概念、规则等因子逻辑形成的外在体系还有法律原则或基本原理作为支撑，这里的法律原则或基本原理被称为内在体系，外在体系与内在体系处于“你中有我，我中有你”的互生状态。民法典是外在体系与内在体系的统一体，在民法典的适用和解释中，若通过外在体系可以达成共识，内在体系便隐而不彰，否则，内在体系就要直接发挥评价作用。^㉒ 在外在体系与内在体系的结构中，动态体系论指向的对象是内在体系，动态体系论希望将内在体系作为根基，寻求问题的突破。

在概念法学时期，法律被认为是由封闭完结的概念群塑造出的逻辑体系。为了防止价值、伦理等实质因素对学科科学性的拖累，原则或价值等实质性因素被排除在法学的考察范围之外，内在体系被屏蔽于外在体系之外。随着概念法学回应生活世界的“贫困”不断显露，能够补足外在体系缺漏的内在体系开始受到关注。内在体系首先被提倡的是作为解释论的角色，内在体系停留在解释论层面的目的是为法官裁决案件提供方法论，它在立法层面上则并非重点。因此，内在体系仍是理论的体系，外在体系才是现实的体系。^㉓ 随着利益法学向评价法学演变，内在体系在立法论上的意义开始被强调。拉伦茨指出，仅借抽象概念通过涵摄的逻辑程序来实施体系构建的做法，在法学发现中属于初始阶段，在此基础上，法学发现尚应向触及作为内在体系的功能概念或法律原则发展。^㉔ 换句话说，在对法律实施外在体

^⑳ 参见 [德] 贡塔·托依布纳 《法律：一个自创生系统》，张骥译，北京大学出版社 2004 年版，第 27 页。

^㉑ [日] 北川善太郎 《日本民法体系》，李毅多、仇京春译，科学出版社 1995 年版，第 116 页。

^㉒ 参见谢鸿飞 《民法典的外部体系效益及其扩张》，《环球法律评论》2018 年第 2 期，第 30 页。

^㉓ 参见方新军 《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现》，《中外法学》2017 年第 3 期，第 571 页。

^㉔ 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 317、318 页。

系构建的同时，还需要规定功能概念和法律基本原则，从而形成错落有致的有机体系。在两者的交互作用下，法律得以追随时代的发展，与时俱进。^③由此，就规范表达而言，从概念法学到评价法学的历史脉络是一个从外在体系屏蔽内在体系发展到内在体系逐渐外显，以至内在体系与外在体系共存的过程，也即内在体系“从被遮蔽到重新外显的过程”。

伴随着内在体系的“外显”，动态体系论带着弹性评价的“任务”打算在此种潮流中实现规范技术的更新。动态体系论的方法论定位处于概念法学与自由法学之间。动态体系论既要消解概念法学带来的僵化，又要遏制自由法学招致的恣意，属于评价法学的一个版本。无疑，法评价的重要性已被当代法学清晰认知，但是，评价的方法未实现足够的理论自觉。目前，学界纵使在姿态上对法评价的态度颇为开放，但在操作上仍采常规的法教义学“口诀”。^④动态体系论的贡献在于，其选择的评价介质与评价手段均较好地填充了法律评价的结构，难以捉摸的法评价据此具备一定的结构理性，从而成为可辩驳的审查机制。由此，原本属于内在体系的评价结构被转化为法律规范，在立法层面直接回应评价的路径问题。动态评价实现从解释机制到立法表达的提升，性质上无疑应被归结于外显内在体系的一种类型，只是外显的是更具体的评价机制，而非抽象的原则或基本目的。动态体系论的规范技术实质上就是将“要素—效果”的评价机制明示为法律规范，凭借内在评价“外显”的方式推动法律规范的结构变迁。法律体系的构成藉此扩展为“要件—效果”模式、“要素—效果”模式及原则模式。这三者有序地承担法律体系对生活世界的融贯性评价，形成法律评价的多向流动图景，推动法律体系演变为动态的开放体系。^⑤

三、动态体系论的规范构造

维尔伯格指出，传统制定法与私法基本体系之间缺乏内在联系，致使私法体系的实质无法掌握，原因在于私法体系的结构未得到发展，“法律科学必须通过对法律进行更为动态的构造以及弹性规范的发展来克服这一难题”。^⑥据此，动态体系论融合实定法与私法基本体系的手段指向“弹性规范+动态构造”的规范结构。弹性规范区别于传统构成要件“要么满足要么不满足”的二元评价，承载着充足度评价的基本要素。弹性规范强调将“要件→效果”模式中的“要件”置换为“要素”，要件被内含程度评价思维的要素替代之后，要件评价的僵化被克服，建立在要素之上的法律规范具备弹性评价功能。动态构造主张改造“要件→效果”模式中的“→效果”，摒弃从构成要件到法律效果的单一条件程式，强调“→”中蕴涵着非演绎衡量的论题学结构，以要素之间的协动机制得出妥当的法律效果。不过，“弹性规范+动态构造”只是说明了对规范技术加以动态体系化改造的方向而已，至于如何选择弹性规范以及如何确认弹性评价的动态构造，均需要进一步被明确。

（一）要素形态的规范选择

^③ 参见董学立《民法基本原则研究：在民法理念与民法规范之间》，法律出版社2011年版，第93、94页。

^④ 参见凌斌《什么是法教义学：一个法哲学追问》，《中外法学》2015年第1期，第231、233页。

^⑤ 参见雷磊《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期，第19、25页。

^⑥ [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，第108页。

1. 作为法原理形态的要素

“要件→效果”秉承“全有或全无”的评价定式，虽然使法律体系的自立性得以维持，却使法律体系丧失了对外应答能力，阻断了法律体系与外部环境的交流。为了使法律体系兼具自立性与对外应答性，规范结构的应对方式是重视法原理及其相互之间的作用。^⑳ 动态体系论的规范技术就是将作为规范前提的要件置换为要素，以建立“弹性规范”的评价基础。要素之所以能区别于要件，实现弹性的法律评价，原因在于要素具有阶段化可能性、互补性、多元性等特质。阶段化可能性旨在凸显要素的判定要避免有或无的选择，并以充足度为中心注重要素的满足程度问题。^㉑ 同时，为了实现要素的协同作用，在阶段化可能性的基础上，还要承认要素的复数性（多元性）与相互补足（互补性）的性格特征。^㉒ 基于要素的此等特质，一来法律体系对生活世界的规范评价能力大大提升，二来后续的动态作用机制得以有效实施，此即规范的弹性所在。

既然动态体系论的弹性规范在于要素，那么要素是什么呢？关于要素的具体形态，无论是维尔伯格还是其他学者，均很少在方法论层面论及要素本身到底是什么，大多情况下，只是当他们在具体领域内应用动态体系论时，才对要素进行个别认定。基于对要素个别认定的观察，要素可以被区分为原理与因子这两种形态。^㉓ 所谓法原理，从与法律规则的关系来看，是指支配、衍生或证成实定法规则的规范性基础，而单独来看，是指规范判断的正当化依据，如支撑法律行为规则的意思原理、信赖原理与等价性原理。法原理强调“本身带有的规范性格”，通常情况下位居规则的幕后作为正当化基础。实定法规则是立法者权衡复数法原理后衍生的产物，当动态体系论作为规范技术时，该等法原理得以通过要素的形式直接外在化于实定法规则之中。^㉔ 所谓因子，维尔伯格亦称之为观点，是“在判定责任的有无及其范围时指示应当注意的要点”，也就是评测法原理充足度的具体指标。比如，比德林斯基（Bydlinski）认为，等价性原理的充足度应根据“等价性的完全丧失”“给付显著不均衡”“能够认可程度的等价性”“得到保障的等价性”四个因子判断。^㉕ 维尔伯格针对损害赔偿的判定所列举的“通过侵害或者危险化而导致的对他人权利领域的利用”这一因子，强调侵害、利用他人权利领域蕴藏着“以权利保护原理为前提的禁止他人加害的原理以及危险原理”，凭借该因子可以衡量规范原理在多大程度上得以实现或者受到侵害。^㉖ 可以看出，尽管原理与因子之间关联紧密，在以原理为要素时可从原理中抽出因子，相反，在以因子为要素时也可以读取因子背后的基础原理，但是，两者之间仍存在属性上的差异。与天然可以

^⑳ 平野仁彦「法の解釈と原理衡量——構造論的分析の試み」立命館法学 343 號（2012 年）1469 頁参照。

^㉑ Vgl. Schilcher, Das bewegliche System wird Gesetz, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, 2007, S. 1313 f.

^㉒ Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 75.

^㉓ 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 號（2011 年）55 頁参照。

^㉔ 大久保邦彦「損害賠償法の内的体系と動的体系論による立法」国際公共政策研究 18 卷 1 號（2013 年）114 頁参照。

^㉕ 参见 [日] 山本敬三《民法中的动态系统论——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），金桥文化出版有限公司 2002 年版，第 204 页。

^㉖ 参见 [日] 山本敬三《民法中的动态系统论——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），金桥文化出版有限公司 2002 年版，第 204 页。

实施规范评价的法原理不同，因子不具备规范性格。^{④④} 因子只是判定法原理充足度的要点而已，展现出更多的经验属性。因此，因子属于判定法律效果的具象形态，本身不是规范评价的直接基准。

倘若动态体系论的要素存在属性相异的原理形态与因子形态之分，就会产生选择何者实施规范构造的问题。首先，从原理与因子之间的逻辑联系来看，既然因子被设定为评测原理充足度的要点，那么在法规范上，就要明确应当承认什么样的原理。^{④⑤} 因子更多的是在确定动态协动的原理之后据以认定原理充足度的存在，所以，欲对某个法律问题实施动态体系论的规范构造，将不得不预先明确支配该法律问题的原理。由此观之，相较于因子，法原理更具基础性的地位，这也符合动态体系论旨在探求（法发现中）评价基础的理论目标。其次，动态体系论的特征不仅在于“动态”性，还在于伴随动态评价的“体系”性。为了避免动态评价的无边无际，作为评价基础的要素应当具有一定的封闭性，也就是应通过少数要素的内在统一性维持一定的体系性。^{④⑥} 换言之，动态体系论据以作出衡量的并非任意的要素，要素的内容与数量一般是被限定的。^{④⑦} 然而，就因子形态的要素作为评测原理充足度的直接根据而言，一方面，到底选择哪些因子作为原理充足度的评价材料难以统一，另一方面，因为在具象层面上基本难以穷尽据以实施法律评价的要点，所以因子具有不可完结性的特征，而作为法律制度内在的基本规范原理，立法层面上的要素可以且应当被完结地列举。^{④⑧} 因此，鉴于因子只是刻画法原理实现程度或被侵害程度的要点，所以动态体系论的规范构造理应以法原理为基础。对此，比德林斯基指出，应当对“本源意义上的动态体系论”与“动态的法思考”作出区分，前者据以作出动态权衡的要素应属于法律制度之内的法原理，后者却未以法原理为评价基础，虽然看似“动态地构筑了法规范”，但也只可以被列入动态的法思考范畴，并非本源意义上动态体系论的尝试。^{④⑨}

事实上，本源意义上的动态体系论关注的是内在规范体系，为了维持体系的性格特征，其必然要以原理为要素。若以法效果源自复数原理的权衡为视角，动态体系论和原理理论是共通的。^{⑤⑩} 我国部分学者在应用动态体系论时就存在单纯强调“动态构造”而弱化“弹性规范”的现象。该等论点仅看重要素的弹性评价机制，却忽视了要素应有的规范特质，顶多称得上是一种综合考量，实非本源意义上的动态体系论。比如，有观点认为，对“英雄人物”的认定应结合“为国家、社会作出了多大贡献”“社会公众对他的认可度”“是否有值得人

^{④④} 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 號（2011 年）55 頁参照。

^{④⑤} 山本周平「不法行為法における法的評価の構造と方法（五）・完」法学論叢 169 卷 6 號（2011 年）45 頁参照。

^{④⑥} Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 76 ff.

^{④⑦} Vgl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 532 f.

^{④⑧} 山本周平「『ヨーロッパにおける損害賠償法の改革 1』をめぐり議論の概要」民商法雑誌 144 卷 6 號（2011 年）642-643 頁参照。

^{④⑨} Vgl. Bydlinski, Die “Elemente” des beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung, in: Schilcher u. a. (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S. 18.

^{⑤⑩} 大久保邦彦「動的体系論と原理理論の關係に関する一考察」神戸学院法学 31 卷 2 號（2001 年）585 頁参照。

们学习的精神”三个方面实施弹性判断，与该三个方面对应的是事迹、贡献和声誉三大要素。^{⑤①} 有观点在判断动物侵权责任主体时，将时间要素和空间要素作为认定要素。^{⑤②} 这里被提取出来的要素与动态体系论所强调的法原理相距甚远。此点在 PETL 中亦备受批评，比如，PETL 第 2: 102 条在认定受保护的利益范围时，列举出利益的价值、范围的明确性、公知性等要素，该等要素与其被称为原理，还不如说属于着眼于确定利益范围的各种因子。^{⑤③}

2. 作为独立形态的法原理

动态体系论被认为打开了规范构造的“中间道路”。法原理的评价基础与规则模式之间的差异显而易见，但是，基于原理与原则的“近亲性”，原理模式与原则模式之间的差异应被进一步辨明，否则动态体系论所主张的原理模式将失却规范技术的独立性。

所谓法律原则，“是为法律规则提供某种基础或根源的综合性的、指导性的价值准则或规范”。^{⑤④} 其虽然可以被具体化为不同阶段的下位原则，从而呈现出内在的阶层体系，但是通常具有主导性法律思想的特质，^{⑤⑤} 从而更倾向于价值理念的表达。^{⑤⑥} 一般来说，原理和原则大体可在同一意义上被使用，两者均存在价值取向。王泽鉴指出，法律原则与法律的原理差不多是同一事物的名称。^{⑤⑦} 然而，与抽象价值准则不同的是，法原理根据其辐射范围的大小尚存在具体与抽象的程度之分。平野仁彦指出，规范体系中的法原理应属于由浅至深的垂直关联体，从离规则最近的法原理到基本的法原理，呈现出梯度状的正当化阶层。具体而言，法原理体系存在五个层次：特定问题的规则旨趣或目的、^{⑤⑧} 解决特定问题的法令基本目的（如《合同法》维护的合同自由）、该法令上位法的基本原理（如平等原则、自愿原则）、调整基本权冲突的解释性原理（如比例原则）、实定法体系的根本原则（如人权保障）。据此，法原理从具体到抽象体现出多层次的阶层存在。^{⑤⑨} 若以该原理体系为视角，那么，相较于“特定问题的规则旨趣”等具体法原理，原则应当属于抽象程度更高的、适用范围更广的基本原理，其价值宣示的特质与直接证成规则的具体规范原理的特质截然不同。由此，特定规则之后的具体法原理到法律体系的基本原则之间，毋宁是一种层级逐渐递增的、抽象程度不断提升的规范体系，虽然法律原理与法律原则（如高层级的原理与低层级的原则）可以

^{⑤①} 参见张志坚《动态体系论视角下“英雄”的法律界定》，载陈金钊等主编《法律方法》（第 25 卷），中国法制出版社 2018 年版，第 357 页。

^{⑤②} 参见朱晓峰《动物侵权责任主体概念论》，《法学评论》2018 年第 5 期，第 97 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（四）」法学論叢 169 卷 5 號（2011 年）38 頁参照。

^{⑤④} 舒国滢《法律原则的适用困境》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2005 年第 1 期，第 26 页。

^{⑤⑤} 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 348、353 页。

^{⑤⑥} 阿列克西指出，原则与价值存在结构的一致性，原则的权衡可以被阐释为价值的权衡，二者之间的区别仅在于原则涉及的是应当做什么，而价值涉及的是什么更好。因此，原则与价值是同一回事。参见〔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 213 页。

^{⑤⑦} 参见王泽鉴《民法概要》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 16 页。

^{⑤⑧} 比如，在《民法典》第 151 条中，“危困状态、缺乏判断能力等情形”内含了意思瑕疵原理，而“利用”他人处于危困状态或缺乏判断能力则指向有责性原理。

^{⑤⑨} 平野仁彦「法の正当化における法原理の位置」立命館法学 333・334 號（2010 年）1184-1186 頁参照。

在同一意义上被使用，但是总体而言，二者之间存在抽象程度或层次性上的差异。^⑩

按照山本敬三的观点，原理是在实现法价值过程中被广泛承认的规范形态，动态体系论采纳的法原理并非旨在宣示价值理念的法原则，而是意在揭示直接支配法律规则的规范原理，定位于抽象程度较低的低阶层原理。^⑪ 区别于单纯的价值宣示，法原理的提取应当紧密结合特定法律问题的规范旨趣，也就是说，法体系中原理的适用范围从窄到宽、从浅至深地呈现出多层次性的样态，动态体系论的规范技术不能将整个法领域的宏观基本原则简单地延用至具体的法领域，而是要在法领域的概念、规范或制度中通过规范原理具体地实施动态的法评价。^⑫ 比如，显失公平规则无疑受到意思自治原则的调控，但是，显失公平之评价显然不能止于意思自治，而应落实到《民法典》第151条“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形”的表述，将意思自治原则具体化为意思瑕疵度与有责性的具体规范原理。^⑬ 再比如，损害赔偿范围的确定亦不应诉诸行为自由与权益保障的抽象原则，而应落脚于承载该原则的有责性原理与被侵害权益重大性原理。^⑭ 因此，动态体系论的规范技术绝非空洞的价值示范，其以具象的法原理为媒介，展示了被法原则忽视的规范过程。针对原则法模式的空洞，有学者指出，一般原则的抽象表述只是给了法官一个没有多少价值指引的空盒子，问题的关键在于，通过何种编撰技术使得法律原则具有可操作性而非沦为单纯的价值宣示，从而形成一个融贯体系。^⑮ 事实上，动态体系论的规范构造正好承接了具体化法律原则的任务，让要素落脚于直接支配特定法律问题的法原理，使法原则在具体化过程中具备阶段性的规范依托。法原理成为充实规则与原则之间（原本被忽视了的）中间地带的规范形态，规则与原则的二阶层结构演化为“规则、原理、原则”的三阶层结构。

（二）动态协调机制的“隐而不现”

1. 动态体系论的弹性评价

除了法原理的弹性规范之外，动态体系论的动态性格特征还体现在以诸原理的协调关系判定法律效果的有无或范围。规范原理的多元性与阶段化可能性导向互补性或协同性，动态协同作用抛弃“要件—效果”的一一对应关系，法律效果的判定取决于要素的动态作用。此点与阿列克西（Alexy）的衡量法则类似。阿列克西认为，作为一种最优化的命令，原则不具有“全有或全无”的性格特质，它可以在不同程度上被满足，满足的程度不仅依赖于实际的可能性，还依赖于法律的可能性。^⑯ 原则的衡量就是“对一个原则的非满足或损害程度越

^⑩ 参见胡玉鸿《法理即法律原理之解说》，《中国法学》2020年第2期，第13页。在英美法中，“legal doctrines”与“legal principles”虽然较为接近，但亦存在抽象程度或适用范围上的差异。参见[英]戴维·M.沃克《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社2003年版，第673页。不过，从法理学层面观之，原理具有更为基础的地位。

^⑪ 参见[日]山本敬三《民法讲义I》，解亘译，北京大学出版社2012年版，第497页。

^⑫ 参见朱岩《社会基础变迁与民法双重体系建构》，《中国社会科学》2010年第6期，第155页。

^⑬ 参见王磊《论显失公平规则的内在体系——以〈民法总则〉第151条的解释论为中心》，《法律科学》2018年第2期，第94、95页。

^⑭ 在损害赔偿法中，关于宏观价值理念对法原理提取的指导关系，详细论述可参见王磊《侵权损害赔偿范围的确定机制》，《法学》2021年第4期。

^⑮ 参见方新军《融贯民法典外在体系和内在体系的编纂技术》，《法制与社会发展》2019年第2期，第29页。

^⑯ See Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 22, (Jun., 2014), p. 52.

大,那么另一个原则的重要性程度就越大”。^{⑥7}比德林斯基认为,衡量法则与动态体系论之间的类似点在于两者都注重对协调关系的考察,只是阿列克西从原理“冲突”视角来把握作用关系,动态体系论则从原理“协调”视角来把握作用关系,二者基本上具有同样的指向。^{⑥8}若将动态体系论的思想转换为比较命题的表达,概括起来就是“a越多或越好,则b就越多或越好”,或者“a情形比起非a的情形,b更多或者更好”的评价。^{⑥9}

在此种以满足程度为中心的判定框架下,法律效果的有无依赖于原理之间的“配合解释”,即使诸多原理中的一个原理不明显或者不甚明显,但若其他原理非常典型,则仍然可以认定相应的法律后果。因为纵使法律后果要求评价所有原理的程度,但这并不是要求所有原理都需要达到平均程度,即使部分原理未达到或者根本不符合标准,也会因其他原理的充足而得到弥补。^{⑦0}按照动态体系论更为精细化的协调机制,在得出“当要素满足何种充足程度时会导向何种法律效果”的基础评价之后,还要根据多个要素的基础评价形成“当要素A的充足度为 a_1 ,要素B的充足度为 b_1 时,就应导出法律效果 R_1 ”的原则性示例,最终演绎出动态特质的法效果。^{⑦1}

2. 动态评价的规范安排

值得注意的是,虽然动态体系论存在基础评价与原则性示例的精致构架,但是,该种精细化的构造是否应当被全面转化为明确的规范表达,尚存疑义。从既有的立法实践来看,有学者已经指出,《欧洲侵权法原则》与《奥地利损害赔偿法讨论草案》就存在基础评价不足的问题。^{⑦2}考茨欧也承认,《欧洲侵权法原则》虽然采用动态体系论的弹性机制,但是部分条文中不同要素的意义和重要性未被明示。^{⑦3}究其原因,可能在于原理具有天然的模糊性,根本无法像数学那样精确地确立明确的基础评价或者原则性示例。^{⑦4}毫无疑问,希冀在具体领域内确立起精确的基础评价与原则性示例,实属困难,但是,若将此项工作付诸于长期的判例积累及学说构建,并非全无可能。^{⑦5}此处的关键问题在于,是否有必要在规范层面确立如此精确的评价构造,或者说,是否可以接受不在立法层面确立精确的动态评价机制。

具体而言,如果在立法层面事先预定要素之分量或原则性示例,这无疑是从抽象层面去限定法原理的优先关系,相当于在制定一张包含法原理优先顺序的表格。然而,一方面,制

^{⑥7} Robert Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 4 (Oct., 2005), p. 573.

^{⑥8} 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),金桥文化出版有限公司2002年版,第210页。

^{⑥9} 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),金桥文化出版有限公司2002年版,第208、209页。

^{⑦0} 参见[奥]海尔姆特·库齐奥《侵权责任法的基本问题(第一卷)——德语国家的视角》,朱岩译,北京大学出版社2017年版,第15页。

^{⑦1} 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號(2011年)58頁参照。

^{⑦2} Vgl. Schilcher, Das bewegliche System wird Gesetz, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, 2007, S. 1316 ff.

^{⑦3} 参见欧洲侵权法小组编《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,中文本序第4页。

^{⑦4} 参见解亘、班天可《被误解和被高估的动态体系论》,《法学研究》2017年第2期,第54页。

^{⑦5} 目前已有观点认为,指导性案例裁判要旨的法理基础可从动态体系论中找寻。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118、119页。

定固定顺序的阶层表格并不现实，因为执着于固定顺序的优先关系意味着将焦点从评价的动态化与论证的正当化转移到价值的固定排序之上。法律问题中各个法原理的评价比重为何，乃是随着法秩序的演进而不断变换的。严格的立法限定必将使法律规范与社会现实脱节，面对该问题，要么通过新的立法加以补正，要么促使法官绕过立法旨意，无视法律拘束。另一方面，动态体系论的目的在于促进法律体系对生活世界的柔软性认知。正是为了克服评价机制的定式化，动态体系论才选择法律规范的结构变迁，该结构变迁的现实化路径在于“弹性规范+动态构造”的构成。然而，在规范层面确立过于明细的评价机制意味着法律评价的定式化。在定式化的法律评价之中，以动态机制促进法律体系柔软性认知生活世界的目标势必大打折扣，因为法律评价的定式化与动态体系论的本旨存在内在冲突，将导致以突破定式化评价为目标的动态体系论再次陷入定式法律评价的悖论。从这一层面观之，在立法层面仅规定法原理以把握法律评价的方向性进程，而将法原理的动态评价机制诉诸更具流动性与发展性的解释论工作，不失为妥当的选择。退一步而言，基础评价与原则性示例的目的在于确保评价的精确性，但是，法原理的衡量过程欲达到的“精确化”并非数学或科学意义上的精确化，而是规范意义上的“精确化”。法原理的衡量只是以一种类似于乘积的方式“主观地”形成结论，无论如何，衡量过程都会受裁判者个人的影响。所谓的“精确化”，只是在衡量过程中使具体考量要素通过外在化或可视化的手段以可批判或可辩驳的方式呈现出来。^{⑦⑥}因此，动态协调机制在立法表达上“隐而不现”并非不可，基础评价与原则性示例可凭借判例累积或学说构建得到补足，法官在具体裁判过程中只要通过可辩驳的论证结构保障评价过程能够被合理审查即可。

当然，放弃法原理协调机制的明确规定，转而授权法官自行评价，这一做法势必面临法律拘束过于薄弱之诘难。一般认为，立法者制定的法规范乃法律秩序的核心，法官仅发挥被动搬运规则的角色，法律评价应受束于预设的封闭法律体系，只能单纯地“回顾”而不得“前瞻”，动态评价机制的“隐而不现”违背法律拘束的基本要求。然而，立法者的有限理性无法保证法体系的完美无瑕，灵活评价社会事实的内在需求也要求法官不应过分受束，否则，法官不得不以各种手段迂回地补充甚至改变既定法规范，对形式拘束力的过分追求事实上催生了实质的无拘束力。法官不可能只从事机械的逻辑涵摄，其必然存在独立评价，既然如此，不如明确肯定法官在现代司法中的积极作用，大胆承认法官的创造性与独立性，从而消解法秩序单纯由制定法构成的幻想，实现制定法与法官共同推动法秩序的发展。^{⑦⑦}倘若如此，规范构造的妥当选择应是径行承认法官的评价权限。有观点业已指出，针对立法时难以取舍的制度，立法者通过法律空白或模糊的安排使法律体系保持一定的弹性去适应社会的变动，亦不失为具有远见的立法智慧。^{⑦⑧}

动态体系论的规范构造在立法上仅仅明示法官据以动态权衡的法原理，法原理的具体比重及其原则性示例则处于“隐而不现”的状态，由法官在个案中自行填充与论证。该规范构造在立法的有限拘束与司法的有限创造之间取得较好的平衡。一方面，法原理的动态协作机

^{⑦⑥} 参见王磊《论法价值的衡量》，载《北大法律评论》编辑委员会编《北大法律评论》（第18卷第2辑），北京大学出版社2019年版，第183页。

^{⑦⑦} 参见黄舒苾《变迁社会中的法学方法》，元照出版有限公司2009年版，第11、12页。

^{⑦⑧} 参见陈甦《司法解释的建构理念分析》，《法学研究》2012年第2期，第6页。

制并未受到刚性的评价束缚，从而推动了个案评价的开放性，法官可根据法秩序的现行价值层级酌定评价比重，进而非定式地设置原则性示例，避免动态评价的再定式化。另一方面，法官的独立评价并非完全不受拘束，法官必须从给定的法原理出发实施法律评价，评价的方向与范围受到既定要素的束缚。从这个角度来看，明示作为评价基础的法原理与隐藏作为评价机制的原则示例的做法，为法官提供了规范评价的可能性框架。法原理预设的评价界限保证了制定法最低限度的拘束力，法官必须在此可能的评价框架内实施裁断，同时，法官又能在该评价框架内实施自由的法律发现，确保法秩序对社会现实的跟进，最终实现法律拘束与个案正义的统一。为此，与其说此种规范安排将遭受法律拘束过少的诘难，毋宁说这正是动态体系论所欲实现的独特法律拘束范式。

四、动态体系论的不确定性之辨

就促进法律系统的柔软认知能力而言，动态体系论的规范技术无疑具有相当大的积极意义。然而，反对者声称，动态体系论的规范技术赋予法官直接权衡内在原理的权限，这必然为恣意裁判提供可能，导致判决的预见可能性降低，不安定性由此产生。同时，授权法官通过法律原理直接作出评价等于放弃立法者的任务，过度增加了法官的负担。^⑦ 比如，莱绍尔 (Reischauer) 就指出，动态体系论不过是空虚的定式，法律构成的欠缺导致立法者意图的缺失，留下的只是不确定性与随意性。立法者将自己设定规范的任务通过“动态的”权衡委诸于法官，将导致所有问题被归结于衡平责任。^⑧ 可见，欲进一步证成动态体系论作为规范技术的合理性，势必要消解法的安定性命题。

(一) 要素的限定性与评价的外在界限

动态体系论的标志性特征是通过要素的动态考量证成法律效果。动态体系论在弹性规范与动态构造两个方面均具有精细的理论构成，若仅将其当作一种汇集相关因素而作出的综合考量，就会落入法官任意选取考量因素的恣意范畴，无疑将遭致破坏法安定性的批判。同样，若不对据以作出动态考量的要素作特殊安排，要素的不可控将导致“体系”特征的丧失，法律评价将走向论题学范畴。按照论题学的进路，支撑法律结论的理由因无限开放性而失却法律文本的束缚，决定法律决断的观点走向不可控，没有哪一种观点是决定性的，甚至不能断定什么观点在根本上是较为合适的。^⑨

然而，值得注意的是，动态体系论据以作出衡量的要素并非任意，要素的数量具有有限定性特征。^⑩ 也就是说，动态体系论并非根据不特定因素实施综合考量，更非逃离法律文本的论题学，据以作出动态权衡的要素一般来说是被限定的，要素的明确规定意味着法官据以动态导出法结论的前提并非无边无际。要素的限定性为法官的评价范围划定外在边界，法官只

^⑦ 若林三奈「オーストリア損害賠償法改革の現状——2011年折衷草案の概要」社会科学研究年報44號(2013年)195頁参照。

^⑧ Vgl. Reischauer, Reform des Schadenersatzrechts, in: Reischauer u. a. (Hrsg.), Reform des Schadenersatzrechts, Band II, 2006, S. 23 ff.

^⑨ 参见郑永流《欧陆法律方法的方向性进程》，《清华法学》2018年第2期，第97页。

^⑩ Vgl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 532 f.

能基于特定范围内的要素进行动态权衡，权衡基础的任意性并不存在于动态体系论。当然，若没有实现规范构造的要素限定，则必然遭遇破坏法安定性的诘难。比如，有学者将动态体系论用于重构过失相抵，在明确过错、原因力、危险要素之后指出，在例外情况下还可对双方当事人的财产状况、保险的投保情况、社会保障及其他相关经济因素进行综合的衡量^{⑧③}，这种做法显然未达到动态体系论限定要素范围的要求，只是一种综合考量。

（二）动态体系论的欠确定性

当然，纵使动态体系论以少数要素确定评价范围的外在边界，这也不意味着评价的确定性。无论是要素的规范性特征，还是评价方式的论题学结构，均增加了法官恣意裁决的可能性，有违法的确定性命题。从这个角度来看，动态规范构造带来的恣意性无可否认，然而，是否因存在恣意评价的可能性就应否决动态规范构造的必要性，尚需进一步论证。如果以法律确定主义作为评判标准，动态体系论无疑难以形成有效的辩驳。这里应明确的并不是动态体系论的规范构造能否达到绝对的确确定性标准，而是该标准是否合理正当。

法律确定主义认为，法律是一个封闭且完满的体系，作为“法律的嘴巴”或者“涵摄的机器”，法官只能自动地作出判决，从而使法律评价获取可预期的性格特征，行为自由得到最大程度的保障。然而，在法学的现代演进中，诸如规则必然存在“开放结构”、法律体系与社会现实的鸿沟不会被完全弥合等观点成为共识，法的确确定性不应该被绝对化。尽管法的不确定性并未像法律现实主义描述的那样不堪，但是，法必然存在不确定性应该被大胆承认，概念法学在当代的破产已然证实这一点。对此，有观点指出，法的确确定性是一个被误解的概念，对法律确定性的辩护通常都是赘述，虽然不能说法的确确定性不必要，但是作为法律的目标也不能过度地被夸大^{⑧④}，将确定性作为攻击法律秩序不确定的工具已成为一种不切实际的期望。^{⑧⑤}作为一种妥当的描述，法的确确定性只是一种应当被追求的价值，而不应作为法的内在品质。确定性应属于法追求的目标，犹如追求语言的更大确定性一样，我们也只能追求法的更大确定性，而不是将确定性当作法的一种实际要素。^{⑧⑥}

无疑，在简单案件中法的确确定性与正确性通常能实现统一，不过，在涉及多种利益考量的“强价值判断”场合，倘若着实无法依托简单明确的规则实现规范的妥当构造，规则模式所追求的确确定性在与正确性的角逐中就不再具有优先性。^{⑧⑦}动态体系论将克服概念法学的僵化作为理论目标，这在某种程度上体现了对正确性价值的优待，动态体系论的规范构造实质上就是以牺牲部分法的确确定性价值去换取法的妥当性。这里的合理性在于，动态体系论虽然牺牲了法的逻辑安定性，却获得了价值安定性，因为单纯强调逻辑安定性会使法律体系过度刚性化，进而产生实质非正义，而弹性评价在追求价值判断妥当性的过程中以价值安定性重

^{⑧③} 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120页。

^{⑧④} See Shawn J. Bayern, “Against Certainty”, *Hofstra Law Review*, Vol. 41, No. 1 (Fall, 2012), p. 58.

^{⑧⑤} See Patricia Popelier, “Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker”, *Legisprudence*, Vol. 2, No. 1 (Jan., 2008), p. 52.

^{⑧⑥} See Stefano Berteà, “Towards a New Paradigm of Legal Certainty”, *Legisprudence*, Vol. 2, No. 1 (Jan., 2008), p. 30.

^{⑧⑦} 这里也蕴藏着动态体系化的范围问题。动态体系论并非对法律体系实施完全的动态体系改造，在确定性与妥当性能达成一致的场合，并无动态体系化的必要；而在确定性与妥当性剧烈冲突的场合，为了追求法的妥当性才有牺牲确定性并采取动态体系论的需求。

建法的安定性，价值安定性才是法律安定的真义所在。^⑧ 面对确定性向妥当性作出的妥协，动态体系论虽然不能实现像规则模式那样的确定性，但是，法原理的评价指引使动态体系论不至于沦落至完全的混沌，这里毋宁说动态体系论是欠确定性的。所谓欠确定性，是在确定性与不确定性之间的第三种可能，强调在法律材料的可能规范范围内实施法律评价，法评价虽受法律约束，但是不完全由法律决定。^⑨ 在欠确定性的视角下，价值的安定性取代逻辑的安定性，制定法的明确性不再是应然的，这是因为制定法的明确性不仅在事实层面无法被实现，在价值层面也没有必要做如此要求。至于欠确定性的规范构造是否会导致法治的缺陷，答案应属否定，因为法律的正确性并非取决于确定的结论，而在于一个可讨论与可批驳的平台。^⑩

（三）动态评价的客观性

对于动态体系论的不确定性，同样应以一种动态的思维来看待。一方面，动态规范构造的欠确定性乃是追求价值妥当之必要，但是，这并不意味着由此产生的恣意即为合理。纵使动态评价有利于法结论的妥当性，仍应受到严格的约束。另一方面，无论是规则模式还是原则模式，均面临着破坏法安定性的疑虑，单纯地以破坏法的安定性为由否认动态体系论，并不具备足够的说服力。鉴于法官根本无法将其主观欲求从裁判过程中完全剥离，所以追求法的确定性并非绝对排斥主观评价，而是以任意的意志行为排斥法律裁判的客观性。问题之关键其实落脚于，在法律规范不甚明确时应如何保障裁判的客观性问题。

规则模式也好，原则模式也罢，至多只是为法官提供获取法律结论的路径而已，动态体系模式亦非例外。在法律适用中，无论何种模式均无法否认法官会受主观因素的影响，一味地加以掩饰或者批判实非解决之道，焦点应当被转移至如何有效限制法官的任意性。拉伦茨指出，判断某项决定是否正当的第一种潜在根据在于法感，然而，仅诉诸法感还不够，为防止法官恣意地铸造“法感”，必须要求其说明主张的理由，法官如果不想遭受恣意裁判的非难，就要对法感进行正当化，即对法感进行论证。^⑪ 这里的关键问题在于，法律主张是否客观有赖于法官是否对决断实施了理性证立，也就是该法律主张是否遵循了立法的指示，并在妥当的论证结构中被证立。^⑫ 如此，解决之道从制定法本身被转换到理性证立的认定，法的确定性并非制定法的明确性。只要法律结论被理性证立，法官恣意被妥当限制，客观性就不至于完全沦落。只要“一种理性和可预见的法律论证是可能的，法的安定性就在很大程度上可以得到确保”。^⑬

动态体系论的规范技术与固定的法律规则及概括的一般条款无异，均是结论发现的路径。不同的是，动态体系论在赋予法官自由评价权限的同时又为法官的评价指明方向，法官既“可以”根据既定的指引给出评价，又“必须”按照既定的指引给出评价。然而，无论

^⑧ 参见叶金强 《论侵权损害赔偿范围的确定》，《中外法学》2012年第1期，第165页。

^⑨ 参见邱昭继 《法律的不确定性与法治》，中国政法大学出版社2013年版，第13、14页。

^⑩ See Christopher L. Kutz, "Just Disagreement: Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law", *Yale Law Journal*, Vol. 103, No. 4 (Jan., 1994) . p. 1029.

^⑪ 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4、5页。

^⑫ 参见陈坤 《“开放结构”与法律的客观性》，《法制与社会发展》2016年第1期，第160页。

^⑬ 雷磊 《法律方法、法的安定性与法治》，《法学家》2015年第4期，第8页。

何种结论获取路径，从结论发现层面观之，均属于“独白式”的法律判断，尚未被正当化，该缺陷并非动态体系论所独有。因此，以动态评价之名行恣意裁判之实的批评，犹如以法官未必实施妥当的权衡为由来批判权衡理论一样，“这并非是对衡量理论做出的一个批评，而只是在批判法官并没有正确地实施衡量程序。我们会要求法官通过衡量去实现理性的建构或论证，如果法官没有达到这个要求，那这仅仅是法官的责任，并不是衡量理论的错误”。^④固然，法官作出恣意裁判后会借助动态评价对裁判进行包装，但是，这一批判针对的并非动态权衡本身，而是法官操作失当，主观恣意的防范尚需依赖于实质论证，而非动态权衡的结构理性。动态的权衡毕竟只是一种形式结构，它只能使裁判结论的论据之间形成理性关系，而主观恣意的限制问题更多地取决于论证的质量而非权衡的本身。^⑤事实上，维尔伯格本身也反对恣意的裁判，他真正支持的是将从类似案件中归纳出来的实质要素，通过动态的方式运用到同样的案件中去，以此在寻求公平正义结论的同时防止裁判过程被忽视。^⑥

动态体系论将法原理直接“外显”于条文中的重要意义还在于为结论的正当化提供再审查路径。有学者指出，当今评价法学必须直面如何在方法论上回应自由的法官法这一问题，然而评价法学缺少可资参照的价值结构，法官法体系的理论化技术需要得到进一步加强，^⑦动态体系论则正好提供了评价法学欠缺的评价机制。相较于固定的法律规则对价值判断的遮掩，动态体系论明确描述影响结论的法原理，防止法官以规则为名“糊弄”当事人，避免裁判游离在不为人知的“考量”中。相较于一般条款的空洞，动态体系论又为法官指出裁判的方向，防止将问题丢给判例实践让其自行发展，对法官形成约束。动态体系论将法官的评价路径明确地展示出来，法官在结论证立中要严格按照给出的立法指示进行论证，一旦无法根据立法指引说明裁判过程，恣意裁判的事实将得到证明。这样，法官的结论证立必须根据要素及基础评价被合理地说明，同时，当事人知悉裁判的实质要素后，对法官的论证具备反驳可能，法官在此过程中受到论证说明与当事人反驳的双重压力，更有助于形成有效的法律论证。因此，动态评价的恣意并非毫不可控，动态体系论以可供审查的规范结构结合实质论证，可以保障评价恣意的可控，从而避免流于专断。

五、结论

现代法律科学的重要推进在于，对待法律的方式从分析性态度转向功能性态度。动态体系论的规范技术源于现代法律体系为了适应生活世界的复杂性而发生的结构变迁，具体变迁路径是从“要件—效果”模式转向“弹性规范+动态构造”模式。“弹性规范+动态构造”的法律规范使法律系统具备柔软认知生活世界的功能，法律系统与环境得以相互流动、相互

^④ Kai Mdller, “Proportionality: Challenging the Critics”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, No. 3 (Sept. , 2012), p. 728.

^⑤ 参见雷磊 《规范、逻辑与法律论证》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 264 页。

^⑥ See L. Hawthorne, “Walter Wilburg’s ‘Flexible-System Approach’ Projected onto the Law of Contract by Means of the European Draft Common Frame of Reference Principles”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 45, No. 2 (Jul. , 2012), p. 194.

^⑦ 参见 [德] 汉斯-彼得·哈费尔坎普 《评价法学中的法官、制定法及法学方法》，王立栋译，载王洪亮等主编 《中德私法研究》（第 17 卷），北京大学出版社 2018 年版，第 132、133 页。

作用，由此，动态体系论以内在体系外显的独特构造完成规范模式的功能性态度转变。动态体系论的规范技术赋予法律体系多元性的、流动性的品格，改变了传统法律体系从一极到另一极的刻板印象，法律体系得以实现从规则模式到要素模式，再到一般条款模式的转变，形成层次分明、错落有致的布局。从这个层面来说，动态体系论的方法论机能并未被高估，只是在现实应用中没有被正确理解。当然，在立法论上，也不能完全以动态体系论进行体系建构，在“弱价值判断”领域，为保障法律实施的稳定性，“要件—效果”模式仍属首选。在“强价值判断”领域，以固化的规则模式强行压缩价值评判空间的做法并非妥当，为了实现法律系统的开放性，动态体系论的规范构造应具备合理性。至于动态体系思维破坏法安定性之批判，实不能完全归咎于动态体系论本身，正确的路径应当是正视法官在裁判过程中的能动性，通过合理的论证结构将裁判恣意限制在可控的范围之内。

Abstract: The theory of flexible system holds that legal system is an elastic and fluid open system, and the legal conclusion is the result of the interaction of various principles, which aims to liberate the legal system from the rigid state of conceptual jurisprudence. The normative technology of flexible system originates from the change of rule to principle, and its internal cause is that the modern legal system needs to enhance its soft cognition to the environment. The essence of flexible system is externality of internal system. The positive implications of flexible systems are not overestimated, because the legal technology of flexible system broadens the “method library”, opens up the “middle way” of normative form, promotes the structural change of legal norms and the dynamic construction of modern legal system, and pushes forward the integration of basic system of statute and private law. As far as the normative construction of flexible system is concerned, the form of legal principle is more in line with the idea of flexible evaluation. The dynamic coordination mechanism can be “hidden but not present”, and needs to be supplemented by the accumulation of precedents and the construction of theories. In addition, the limitation of elements is to determine the external limit of dynamic evaluation, so as not to make the scope of evaluation boundless. At the same time, according to the normative guidance given by flexible system and combining with the rational legal argumentation structure, the subjective arbitrariness of judges can be effectively limited, and the so-called challenge to destroy legal stability is not insurmountable.

Key Words: Flexible System; Normative Technique; Elements; Elastic Specification; Objectivity

[责任编辑: 苗炎 陈越瓯]