

【民事诉讼法学】

民法典“动态系统论”对 传统民事裁判方法的冲击

胡学军

【摘要】作为我国《民法典》最大的创新和亮点,人格权编中的多个条款正式明确采纳了动态系统论的立法指导思想。动态系统论的法律适用对传统裁判方法可能带来多方面的冲击,具体包括从法律规范的要件分解到法律价值的综合考量,从争点事实的证明标准到案件整体的自由裁量,从当事人负担证明责任到强化法官论证义务,从权利分配的全有全无到裁判结果的或多或少。动态系统裁判方法从精神性人格权向其他领域的渗透与扩展将引起对传统裁判方法普适性的反思。后《民法典》时代的司法宜保持开放的姿态,积极探索动态系统论带来的裁判方法的多方面转变,在此基础上培育适合于新兴权利成长与保护的裁判新方法。

【关键词】动态系统论;民法典;人格权;构成要件;证明责任;裁判方法

【作者简介】胡学军,华东政法大学法律学院。

【原文出处】《法学》(沪),2021.10.140~153

【基金项目】本文系2020年度国家社科基金一般项目“比较法视野下民事证据制度本土化研究”(编号:20BFX094)的阶段成果。

动态系统论是在20世纪中叶由奥地利法学家维尔伯格所创立的一种立法理论,虽然至今只有半个多世纪的运用与发展,但已经在世界多个国家尤其是欧盟地区的立法中产生了广泛影响。作为我国《民法典》最大的创新和亮点,人格权编中的多个条款正式明确采纳了动态系统论的立法指导思想,^①从而使我国在此领域与西方法制发达国家走上同步发展之路。欲实现民法典与民事诉讼法的深度衔接,^②司法实践应积极探索适合于动态系统论立法的适用方法,并恰当评估与积极应对这一创新可能给传统司法观念与具体裁判方法带来的冲击。

动态系统论之所以会对传统裁判方法形成冲击,是因为自欧陆法典编纂以来,大陆法系的立法模式与体例逐渐趋同,特别是在民法上潘德克吞体系形成后,民事裁判方法也基本形成了与这一立法体系相适应的一套固定的、统一的体系性方法。大陆

法系的基本裁判方法遵循形式逻辑的三段论推理,通常谓之“司法三段论”或“裁判三段论”,具体包括三个步骤:一是选择和确定与案件事实相符合的法律规范作为大前提;二是查明与确认案件事实作为小前提;三是从大、小前提的连接中推导出法律决定或案件裁判。但逻辑上可清晰区分的这三个步骤实际上却“绝不是各自独立且严格区分的单个行为,它们之间界限模糊并且可以相互转换”。^③在这一过程中需要运用的概念工具主要包括实体法上的请求权基础、要件事实理论,以及诉讼法上的辩论主义、证明责任等理论。请求权基础理论是司法裁判寻找“大前提”亦即所谓“找法”的方法,要件事实理论是为法律规范中的构成要件与作为“小前提”的案件事实提供“连接”的依据。辩论主义决定了法院与当事人在诉讼资料尤其是证据提供与案件事实呈现方面的分工,而证明责任作为内置风险配置提供了诉讼

事实与证据呈现所需的内在动力。辩论主义与证明责任均以案件主要事实或要件事实作为规制对象,对于“裁判三段论”方法的运行显然具有重要的促进作用。

在一般理论研究层面上,对所谓裁判方法的关注往往侧重民事法律关系的定性或请求权基础的检索等“法律方法”,但作为审判实践中动态的裁判方法也不应忽视案件事实层面以及案件事实与法律规范相连接的方法。在诉讼的具体操作层面,现代证明责任机制作为“民事诉讼的脊梁”内在地调整审判的整个过程,即证明责任作为诉讼风险在诉讼的开始决定了当事人的主张责任,在诉讼过程中内在规制了当事人的举证证明活动,并在诉讼的最终决定了败诉风险的归属。而在法律规范的适用上,为进行证明责任分配,又形塑了以法律要件为中心的法律规范分析,以及从文义、体系到目的论的法律解释。^④在这种裁判思维下案件的最终结果则是依据法律的“标准答案”导向“唯一正解”。而动态系统论下的实体法规范则难以甚至无法与此类裁判方法相匹配。由于欧洲动态系统论的立法多为“示范法”或“学者法”,^⑤其司法适用亦无多少现成经验可供参考借鉴。我国《民法典》施行前后人格权领域的少数典型案例已反映出人格权领域的司法方法未能紧跟立法的这一新变化,使得人格权有关规范的解释与适用都遇到了新的难题。我国理论与实务上基本尚未能意识到动态系统论的法律适用将在司法上将传统裁判方法带来多方面的冲击,对此亟需予以辨别与归纳。

一、从法律规范的要件分解到法律价值的综合考量

传统审判方式下法律适用的前期准备是进行请求权基础的规范甄别。^⑥按照实体法规范进行分类,据以支持原告请求权主张的规范为请求权规范,或称“主要规范”;据以支持被告抗辩的规范为防御规范,或称“对立规范”。之所以称“对立规范”,是因为此类规范规定的法律效果是与请求权规范规定的效果相对立的。无论是请求权规范还是对立规范,完整法条都呈现为“构成要件—法律效果”(下文简称“要件—效果”)的规范逻辑结构。^⑦传统司法对某种

法律关系或责任成立与否的判断是通过构成要件的符合性进行的。由于传统立法下的实体法规范是以发生某种法律效果的充分必要条件作为法律的基本结构体例,从而使法律所基于的道德伦理上的“应当”转化为逻辑形式上的应当,这就使法官在司法时一般不必再个别进行法律背后的道德伦理考量,只需根据立法上的构成要件与法律效果之间的因果联系,按照形式逻辑的要求判断产生某种规定效果的充分必要条件在本案中是否具备。^⑧

在实体法上,发生某种法律效果的要件多为复数,如一般认为侵权责任的成立需具备的要件为损害、过错、因果关系、违法行为等四个方面。在传统观念下,各个要件相互之间的关系是孤立的,在判断产生某种法律效果时必须具备“要件的完整性”。^⑨在具体案件中也应逐个判断各个要件实际上是否具备。故法律适用的具体步骤与方法首先是根据实体法规范的字面表述进行构成要件的分解。其次是将各要件结合个案案情使其具体化,即将规范上抽象的法律要件与案件中的具体生活事实联系起来,形成所谓的“要件事实”。再次是根据诉讼中证据与证明的提供情况判断该要件事实是否成立。最后是适用该实体法规范作出裁判。随着我国司法专业化建设的推进,当前司法实务界基本形成了以所谓“要件审判九步法”为代表的从法律出发的主流审判方法。^⑩

以19世纪末产生的《德国民法典》为代表的现代民法形成了所谓“细致、固定”的规范风格,显著区别于以19世纪初产生的《法国民法典》和《奥地利民法典》为代表的“概括、弹性”的规定。^⑪但比较法上的研究已证明构成要件式规范有时因过于“细致、固定”,既不能限制法官的自由裁量权,也未必能增加法律的确定性,故难以适应社会发展的需要。其甚至还不如“概括、弹性”的一般条款式立法便于司法适用。^⑫但一般条款的适用明显有损法律确定性的问题则早已为法律方法论者所批评,且与国家法中的分权模式存在明显的紧张关系。^⑬因此,动态系统论作为当代立法模式上的“第三种方案”应运而生,其司法适用可视为立法思维的逆向检视。在“要件—效果”的典型传统规范结构下,司法也是首先要求

请求法院裁判支持某一法律效果发生的当事人对法律规定的产生该效果的构成要件负担证明责任。如前所述,适用法律的第一步是将法律规范分解成不同的构成要件。如在适用《德国民法典》第823条第1款时,先从简单的法律文义出发将侵权一般条款分解为六个构成要件,^⑭进而根据要件整理案件事实。在根据法律进行要件分解以确定证明对象这一步骤上,我国司法实务对这一技能的运用也已基本熟练。如对于饲养动物致人损害的案件,虽然在证明责任分配方案上可能存在不同观点,但在根据法律规定进行要件分解上见解则高度一致。^⑮

而在动态系统论下,实体法规范由“细致、固定”的各个构成要件(A+B式)规范变成了相互关联的多“因素”(A×B式)规范。由于对考量因素的列举并不遵循要件划分时的“相互独立、完全穷尽”(Mutually Exclusive Collectively Exhaustive)原则,法条因此就不再适合进行具体、直观的各构成要件的分解,法官对该法律效果的条件就只能予以综合把握,也包括对该情形下所产生的法律效果予以综合考量。在人格权领域,如仍固守对构成要件的分解分析,则可能难以公正裁判。例如,在近期的“微信读书案”中,若对“隐私”进行要件分解,固然可得出《民法典》明确规定须同时具备“不愿为他人知晓”或“私密”要件的结论,但若将其分别当作主观要件与客观要件孤立分析,并依此要件判断行为的性质却是有问题的。^⑯采动态系统论的条文最好被视为一个完整的“句子”,需要司法者把握其整体意蕴,而不能被简单分析成多个“词语”,再分步一一判断。

动态系统论不仅是在立法上使法律条文表现为与传统规范截然不同的新规范形式,在司法上也提示了对传统规范的一种新的审视视角,由此人们可以反思传统裁判方法的普适性。“司法三段论”这一演绎推理方法取效于形式逻辑,而形式逻辑的首要要求是概念边界清晰。从动态系统论的视角来看,有些法律规范上的条件不一定必须视为内容明确、边界清晰的“要件”。这不限于《民法典》中明确采动态系统论的少数条文。正如王利明教授所言,立法上虽然没有明确规定综合考量的因素,但对条件的规定中含有“合理”“正当”“必要”等具有弹性的宽泛

的词语,最好在司法适用中借助动态系统论进行裁量。^⑰因为类似“合理”这样的概念不可能以固定的标准予以衡量,自然要根据案件发生时的多方面具体情境因素加以裁量。德国相关经典理论则认为,凡构成要件包含了法官的推论和价值判断之处,均适用证明责任分配的原则。^⑱在日本法学中,虽然将要件事实区分为“事实型要件”与“评价型要件”,但是后者显然无法直接作为“事实”通过证据证明加以判断,而是仍然需要裁判者通过价值衡量作出综合评价。^⑲

动态系统论下的立法规范与传统立法规范在表述与结构上亦有区别。在新型权利或法律关系上,相关规范往往难以从表述与结构上清晰区分为所谓的请求权规范与抗辩规范。如我国《民法典》第999条规定:“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的,可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等;使用不合理侵害民事主体人格权的,应当依法承担民事责任。”这一规定的核心是确立人格权侵权的界限,亦即对人格权保护的限度。这一规定也是动态系统论的体现,而不应被看作构成要件系统的规定,否则就违背了“要件事实的单一性”。^⑳如从“要件—效果”的角度来看,则该条文同时确定了两个相对的法律效果,即新闻媒体等对他人人格信息的“合理使用权”与人格权侵权的责任。但这两种相对的效果在构成要件上的规定却是相反的,即构成合理使用则属合法行为,构成不合理使用则成立侵权,应承担相应的侵权责任。这从规范结构上看却是互相矛盾的,对相对法律效果的构成要件同时作出正反两方面的规定,如此一来,在证明责任的分配上就陷入了无所适从的困境。当对人格信息因素在特定案件情境中的使用合理与否的认定陷于“真伪不明”时,法官就根本无法决定哪一方当事人要负担败诉的结果。作为现代证明责任理论通说的“规范说”认为证明责任分配根本不可能遇到这样的问题,因为立法不会对相对法律效果的构成要件作这种矛盾的与“重复”的规定。^㉑但在动态系统论下,这一规定是被允许存在的,也是可以理解的。只不过在司法适用时就不能将其作为证明责任分配的依据,而是作为法官进行总体评价与裁量判断时的指

引。即具体情形下的“合理与否”全在于法官的综合考量与评判。亦即法官必须根据个案中的具体情境因素判断对他人人格信息的使用到底是“合理”还是“不合理”，绝不会将其归于“真伪不明”而寄望于证明责任制度予以解决。

二、从争点事实的证明标准到案件整体的自由裁量

与立法上构成要件思维相一致的是，在案件事实的具体审查判断上，传统司法采取线性审查模式。王利明教授将其形象地比喻为“串联电路”，因为案件中任何一个要件的不满足都将导致法律规定的责任效果不成立。^②故在诉讼中将逐一审查判断各个要件事实在现有证据信息的基础上是否能够成立。而这种“通关解锁”式的审理路径需要作出的各个要件认定的关键就是每个事实的证明均须达到所谓“证明标准”。此种阶段性判断模式预设了不同性质的事实，却有统一的、客观的、可量化的判断标准，这种认识其实在理论上也一直遭受质疑。^③

在证据裁判原则下，事实的认定必须根据证据。诉讼中证据认定的方式有单一认证和综合认证之分，这都是针对作为认证对象的证据数量而言的。^④而就作为证明对象的案件事实而言，在诉讼中基本上都是要根据案件的不同性质分别顺次进行证明的。对全案证据的综合认证，即法官对全部证据进行全面且系统的分析、归纳、审查、判断，并在此基础上对案件事实作出综合性认定。这往往是因为案件中的争议事实聚焦在某一个案件事实的某一个方面，而非对多个要件事实进行笼统的综合认定。不同性质要件之间的联系及其共同作用原理往往需要通过相互辩论加以论证，而不是通过举证、质证完成的。故与之相应的是，普通程序中的法庭调查和法庭辩论因各自功能的不同而应当在程序上作清晰的阶段区分。

将整体的案件事实分成不同性质的部分认识，可谓世界各国司法专业化发展的结果。作为德国司法实践主流的所谓“鉴定式案例分析”方法，第一步就是考察案件事实与构成要件是否相互匹配。法条的构成要素必须在对案件事实的说明与陈述中被满足，但这并非将完整的案件事实与完整的构成要件

进行比较，而是比较具体案件事实的某个部分与相关的构成要件特征。^⑤在诉讼过程中对案件事实的判断遵循的是从部分到整体的思维，开始时不是用事实的整体匹配法条的整体，而是用相关的局部或片断事实对应法条的单个构成要件，待全部构成要件与经法官剪裁的各部分案件事实完成“连接”之后，^⑥则得出整体符合的结论。

传统方式下的证明标准是对特定案件事实而言的，证明标准是判断某一事实在法律上可否成立的判断标准，达到这一标准的即可从法律上判断为存在，同理，达到反面事实的证明标准即可判断该事实为虚假，而在这两个相反标准之间的状态就是所谓“事实真伪不明”的空间。由于通常导致某一法律效果的要件多为复数，故在具体诉讼中，证明标准可能会针对不同要件事实的判断被多次运用。如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释[2001]33号，已废止）对证明标准的规定就是从对同一事实的本证与反证相比较的角度界定的，^⑦当时借鉴的正是美国民事诉讼法上以“优势证据”判断案件事实的做法，^⑧也是表明证明标准是对特定案件事实的判断标准，而非对总体案情事实的判断。将整体案件事实分解为不同部分并独立判断，这又与证明责任密切联系在一起。达到证明标准的即认定事实适用法律，而不能达到标准的则归于真伪不明，以证明责任分配规则处理，最终的结果是按证明责任法的指引适用法律作出裁判。按证明责任裁判的方法还要求案件事实的证明与认定是有顺序性的，先是权利方的主张，接着是对方的抗辩，主张方还有可能提出“再抗辩”及对方提出“再再抗辩”……在案件事实分解为多个要件的情形下，一般认为也存在判断的基本顺序。在合同案件中一般是按时序先审查要约再审查承诺，接着审查意思表示是否真实。在侵权案件中一般是先审查客观要件，再审查主观要件，即先审查是否造成损害，是否发生不法加害行为，再考虑行为人过错与责任能力的有无等。

对各构成要件的孤立判断从逻辑上看是成立的，似乎也有司法操作上的便利，但实质上可能割裂案件事实的内在联系，而使结果面临正义问题。案件生活事实本来是一个整体，各个要件是密切联系

在一起的,如果将其截然割裂开来,有时甚至都无法界定各部分的内涵所指。如在医疗侵权案件中,对过错的界定非常复杂,采取治病救人的医疗行为本身不可能在总体上被评价为过错。但医疗效果是否未达到当时的一般医疗水平或未能符合患者的预期显然不是对医疗机构的主观评价问题。有时医疗行为违反常规诊疗规程恰恰是为了针对病情采取个别化治疗措施,或者未清楚告知医疗行为所可能产生的负面效果(副作用)可能是医疗行为本身难以避免的后果,又或是即使及时采取诊疗措施也会产生同样结果,是故放弃采取相关措施,甚或事后涂改病历或医疗记录可能有多种原因,只有在采取这种措施是意图掩盖之前的诊疗失误时才可被推定为医疗机构存在过错。由此可以看出,对医疗“过错”的界定其实都需要联系个案的具体情形才能完成。甚至有时只有界定了什么是损害,才能说什么是导致这一损害发生的“过错”。同理,因果关系何指,甚至损害具体何指,也都可能需要在具体案件情境中界定。如医疗机构未在第一时间采取救治手术,之后发生了患者死亡的最终结果,但如果即使医疗机构及时救治,该患者也必然死亡或大概率会死亡,则该案中的损害后果就不能说是患者的死亡(相应责任是赔偿法定赔偿金),而只可能是患者生存时间的稍微延续或者是小概率继续生存的“机会丧失”(相应责任是小于死亡赔偿金的酌定责任)。在各要件相互内在关联的视野下,对要件事实就不一定非得采取孤立的顺次证明与认定,其不可能是“串联电路”式的,而可能在所有方面的证据与证明提出之后由裁判者对案件整体进行自由心证。或许正是在这种隐性的事实认定理念下,实践中才会形成一个案件只有一个“证明标准”或审理终结才作事实判断的通常印象。

面对动态系统论下的法律适用,法官最好暂时忘掉对各要件独立或孤立判断的熟悉模式。动态系统论之所以被称为“动态”是因为各因素之间的互补性。^②某一因素的低满足度可由其他因素的高满足度弥补。^③而在笔者看来,动态也是指对责任的认定在个案中因案而异,而不能仅仅从静态的规范层面分析就作出统一的固定判断。惟有如此,法律才能

对纷繁复杂、千姿百态的社会生活进行恰当的调整。之所以如此,是因为此类权利或法律关系需要考虑的因素或价值层面是多元的,难以根据某一方面作出“单因分析”,而是最后要由法官综合各因素的证实程度予以最终的判断,此时的判断并不存在什么笼统的证明标准。正如世界上没有两片完全相同的树叶,现实生活中也没有两起各方面情况完全相同的案件。由于法官在案件的最终判断上享有自由裁量权,因此最终不会形成所谓“真伪不明”的窘境,而要由裁判者对案件的完整事实或者说对案件整体的是非曲直根据“自由心证”原则作出判断。此种意义上的自由心证不惟是根据证据及辩论全趣旨对案件事实所作的整体把握,也包括对案件最终处理结果妥适性的自由裁量。与一般案件中事实查明与法律适用明确分层或对各要件的审查清楚区分不同的是,对新型权利或新型法律关系的自由心证与自由裁量往往混合在一起,对案件事实与法律上定性作出一体裁判。正如陪审团的裁判结论一样,最后总是要对整体的案件事实或当事人所讲述的“故事”形成一个非此即彼的判断。

传统裁判方法中法律适用的焦点往往在于事实证明,如某个违法行为是否实际发生,因此需要通过证据加以还原。而动态系统论的法律适用虽然也以查明事实是否发生为前提,但案件的争议焦点往往更侧重于当事人之间并无争议的某种事实或行为是否“算是”违法或侵权。这就不属基于证据进行数学演算式的证明问题,而属基于充足理由或更强说服力的论证问题。

三、从当事人证明责任到法官论证义务

现代司法制度上确立了“法官不得拒绝裁判”的原则,但当案件事实不清或法律规范不明时,法官的裁判就不可避免会陷入窘境,而大陆法系解决此种困境的制度路径就是证明责任。现代证明责任本质上是指客观证明责任,即要件事实真伪不明时当事人所要负担的败诉风险。^④因此,现代证明责任制度就将司法裁判的风险转移给了当事人。客观证明责任在辩论主义诉讼模式下衍生出主观证明责任。主观证明责任的概念似乎特别契合“受裁判结果影响的人亲自参与裁判制作过程”以及“主体对自己行为

所产生的结果负责”的程序正义要求。但证明责任制度其实并不具有天经地义的正当性,在有的英美法系学者看来,其不过是法律对它必须解决的纠纷的是非曲直没有任何线索时,为避免无从判断的耻辱而发生的一种代位方法。^②

无论在案件事实达到证明标准时依“裁判三段论”作出判决,还是在案件事实真伪不明时依证明责任作出裁判,法官对案件的论证说理只需聚焦于事实与法律的连接,至于裁判结论的得出,则因三段论作为形式逻辑的力量或证明责任这一通说的正统性,“因此不需要太多的论述就可以达到很强的说理效果”。^③

如前所述,在事实认定上,动态系统论下的司法是一个行使自由裁量权的自由心证过程,而在法律适用与最终裁判结论的得出方面,动态系统论下的司法亦有别于传统裁判方法。在传统裁判方法下,基于证明责任的风险负担机制,当事人不仅应尽力举证证明,也应同步负担“说服责任”,即说服法官相信当事人主张适用的法律规范的前提条件在该案中已经完全具备,因此应作出支持当事人主张或抗辩的裁判。证明责任是现代诉讼中当事人的一种诉讼风险负担,此种负担转化为行为上的压力即主观证明责任。而主观证明责任的意蕴不仅在于举证证明,更在于说服与论证。基于辩论主义,亦可得出当事人对其主张的要件事实应提供证据加以证明的要求。如在一般侵权案件中,依据侵权责任构成要件理论,受害人应对侵权的所有构成要件负担证明责任。过错侵权责任成立的典型检视程式是先在客观层面确认存在应予负责的不法加害行为,再在主观层面确认行为人是否具有过错。^④一般侵权行为的四个构成要件(损害、不法行为、因果关系、过错)对应的要件事实均需诉讼中由原告举证证实,如其中任一要件事实不能证实,也即出现所谓真伪不明状态,或王利明教授所谓“串联电路”尚未接通,则当事人即未能摆脱败诉风险。

而在动态系统论下,由于当事人证明责任的弱化,转而应由法院负责对各因素予以综合分析评判,法官由此负有较重的裁判论证负担。如在人格权请求中,由于人格权的行使往往与其他权利产生

冲突,对侵权与否的判断所要进行的利益考量非常复杂,实际侵权形态差异很大,因此在立法上很难通过一般的构成要件进行概括。^⑤尤其在框架性人格权的保护上,《民法典》第998条与第999、1020、1025、1026、1027、1036条分别提示了物质性人格权(生命权、身体权、健康权)之外的人格权侵害的法定衡量因素,以及对姓名、名称、肖像、名誉、个人信息的合理使用与他人的言论自由、文艺表达、新闻报道、舆论监督、科学研究等之间的法定衡量。由于此类框架性人格权的保护及侵权责任在法律上并未采取构成要件式的规范形式,因此在实际案件中也就不像一般侵权案件一样,以证明责任分配作为案件裁判思路与裁判方法。因为从动态系统论的立法无从分解出各个独立的要件并分别加以证明。如加害行为在一般侵权中是首先需要明确的问题,但框架性权利因其内容与边界模糊,是否存在加害行为也须在个案中借助法定衡量进行判断。在框架性权利侵权责任成立的检视程式下,对加害行为、不法性、过错的判断其实是合一进行的,^⑥这一判断与其说是事实证明,毋宁说是法定衡量。在这一综合判断的过程中,当事人当然要提供相关的诉讼信息与资料,但关键在于法官的综合衡量。虽然法律并未列举此类案件中侵权成立的构成要件,但动态系统论的立法通过需明确考量的各项因素及其顺位,既彰显又限制了法官的自由裁量权。根据权利与义务关系的一般原理,法官在个案裁判中对裁判结果亦负有论证的义务。

现代民事诉讼模式主要包括职权主义和当事人主义两种。对此两种模式的主要区分,可以当事人与法院的任务分担为视角。^⑦就此而言,动态系统论下的司法将诉讼的任务分担重点从当事人退回到法官,不符合诉讼专业化发展与当事人自我决定、自我负责的程序正义要求,加大了法官的论证负担与对诉讼案件的整体掌控职责,似乎也不符合历史潮流。但对此不必过分担心,正如动态系统论绝不可能是现代立法上的主流,相应的司法模式也只是现代司法在特定领域的支流。在新型权利与法律成长的过程中,需要不断通过法官对具体类型个案的论证凝聚共识,以指导后续法官的论证,从而相对减轻

法官在个案中的论证责任,并最终促进实体法的成长,使动态系统的立法规范未来有可能上升为相对明确的“要件一效果”规范。就此而言,动态系统论是新兴权利成长的立法与司法必经之路,是司法对法律发展的正面积极回应。

基于法制后发优势,此前我国在立法与司法上一直有域外先进法制可供参照。但在新兴权利与新型社会关系的调整上,各国都站在同一起点,需要携手探索。人格权是当代新兴权利生成和成长的重要领域,^⑧人格权独立成编是我国《民法典》独具的特色,而人格权编首次采纳动态系统论是中国民法在世界法律前沿的积极探索。法律的生命在于适用,在此意义上,我国人格权的司法模式也将为域外法提供经验与借鉴。

四、从权利分配的全有全无到裁判结果的或多或少

传统司法的最终判决似乎只能是一种“二值”模式,即在案件事实认定上是“非黑即白”、在法律适用上是“合法/非法”,在争议权益的分配结果上是“要么全有,要么全无”(all or nothing),对当事人双方来说则是要么胜诉、要么败诉。当然,在非常特殊的情形下,如双方证据旗鼓相当,案件事实可能呈现为真伪不明,法律适用也因此陷入僵局。而证明责任制度通过将真伪不明的事实拟制为或真或伪,从而使案件能够适用法律进行推理,使裁判仍然回归二值判断的模式。而在动态系统论下,将可能打破这一系列二值决策模式,结果当然就是可以形成“或多或少”的更为合理、更符合个案具体情形的判断。这一处理方式所反映出来的司法理念不再是裁判的绝对正确与否,而更注重追求裁判的可接受性与妥适性,反映了现代法治从坚持普遍的形式理性到尝试追求实质理性。

在立法与司法关系的观念上,传统构成要件系统下的立法就是为司法提供标准答案,法官在诉讼中面对的是一道客观题,只需进行对错的判断。而动态系统论下的司法需要法官解答的是主观题,虽然立法仍为司法活动提供了尽可能的服务,即清晰地并尽可能指出需考虑的因素以及如何权衡,但由于不再提供标准答案,法官也不能简单地进行

二值判断。

如在一般情形下,过错作为传统立法上某种法律效果的要件,无论是法律上的“有过错”“无过错”,还是“混合过错”,在诉讼过程中总是由一方负担证明责任,^⑨并需要裁判者在具体个案中认定当事人有无“过错”,继而判定行为是否构成侵权或合同是否无效等。而动态系统论则打破了这种二值判断,引入量的考量。例如,针对合同法上的错误会根据错误的不同程度而确定与之对应的不同法律效果。有的错误导致合同无效,有的错误则导致合同内容的调整。通过对法律后果分级的做法,使得合同法能更好地实现当事人的意思自治与交易合意。^⑩但在侵权法上,过错不仅作为传统的侵害财产权的一般构成要件,而且成为侵权责任法的归责原则。而在人格权编中虽然亦多有过错的规定,但并不是将其作为构成要件,而是将过错程度作为考量因素(典型者如《民法典》第998条),以有效平衡行为自由与他人权益保护。

总之,动态系统论的立法确定和罗列法律评价所依据的全部相关因素,而在个案中不仅要确定相关的因素,同时也要尽可能地衡量不同因素的权重。注重众多考量因素之间的相互作用这一动态系统的评价方式,可以完全或部分地确立或排除侵权责任,从而使侵权责任是否成立的判断具有一定的弹性。

当然,在侵权责任成立与否的问题上,最终结果不外乎责任成立或不成立。但在具体案件中,这一判断有赖于法官根据多方面因素的综合衡量,而非依据法律的硬性规定。这一动态系统模式赋予法官针对具体情形的灵活裁量权,更有利于实现法律对具体行为的个别调整。如在性骚扰案件中,如从规范表达形式上看,违背他人意愿似乎也可以看作一个确定的要件,但在诉讼中不能单凭这一要件的满足或欠缺判断行为是否构成侵权,而是要依据违背意愿的程度结合行为的其他多方面因素予以综合判断。否则,将不可避免地将两性交往中性合意沟通的失败全部泛化为违法甚至侵权的调整范围。^⑪在性骚扰案件中,同一行为在不同时间、地点和不同关系的人之间是否构成性骚扰,其判断具有非常大的

弹性。在某种意义上,并非是立法定义了什么是性骚扰,而是个案的司法裁量界定了变化社会中的性自主权及其保护限度。

更重要的是,与责任成立问题相比,在责任形式与责任范围上,动态系统论使法官灵活处理的余地更大、裁判空间更大。《民法典》中的人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的表现形式有着根本区别。一般侵权责任的形式就是损害赔偿,侵权责任的成立与损害赔偿责任的承担几乎可以说是同一判断,损害赔偿法传统上又以“完全赔偿”为原则。^④而人格权请求权有其独立的责任形式。具体案件中行为人应承担何种责任形式并非听凭当事人选择。在这一方面并不遵循辩论主义的约束性,而是由法官根据动态系统酌定。在人格权诉讼实务上,基于当事人之间的对立情绪及利己考虑,原告最初提出的请求可能不尽合理或难以完全满足,法官对特定责任形式的采取,需要结合受害人的职业、影响范围、过错程度,以及行为的目的、方式、后果等多种因素进行综合考量(《民法典》第998条)。传统侵权案件最终的裁判结果如果不是完全肯定,就应绝对否定,对当事人而言如不胜诉,就等于败诉。而人格权请求权由于不需要受害人证明是不是构成侵权,也无须以受害人证明实际构成侵权为前提,即使加害人没有构成侵权,受害人也可以依据人格权请求权请求加害人停止侵害、删除信息等。^⑤因此,人格权侵权案件的裁判结果往往是或多或少满足原告的请求。当然,在构成侵权时,原告可选择行使人格权请求权或侵权请求权。人格权请求权的独立责任形式及动态系统论的责任形式与范围充分彰显了我国对人格权的充分尊重与周密保护。在人格权侵权案件中,受害人在主张消除影响、赔礼道歉等请求时,责任形式应当与行为的具体方式及其造成的影响范围相当。在适用这一动态系统论的法律规定时,裁判结果具有相当的灵活性。如对于侵犯隐私权或性骚扰等行为,都可以要求在一定范围内消除影响,在一定场合赔礼道歉,也可以要求在一定数额内进行精神损害赔偿。

精神损害赔偿数额需要根据案件中的多方面因素予以综合确定,这早已是我国《民法典》颁行之

对动态系统论的实践经验。其实,动态系统论的倡导者也承认,避免“全有全无”式的裁判无论从理论还是实践来看都不能称为一个根本的创新。^④中外司法实践经验都表明,如果法院认为“全有全无”规则会带来极大的不正义,其会有意无意地操控侵权责任的构成要件。但这种未披露内在原因的操控对于法律的确信性和判决的可预见性是一种极大的损害。^⑤以往的理论往往通过对某些构成要件的重新界定解释这一现象。各国侵权责任法均极少对因果关系概念作出明确界定,^⑥而是将因果关系的弹性解释空间留给了学理与实践,如将因果关系解释为“相当因果关系”“替代因果关系”甚至“部分因果关系”。^⑦在医疗侵权案件中避免简单地认定有过错或无过错,而是根据医方的过错参与度裁判其负担相应的责任份额,则是我国司法实践中的习惯做法,^⑧甚至将损害限缩解释为“机会丧失”,以缩小责任的范围等。相较而言,动态系统论理念下的司法使对这一结果的追求更合理、更具有可预见性。相较而言,动态系统论下的司法要求法官将其观点和推理明确表述在裁判理由中,这显然是一种更为优化的路径。^⑨如在欧洲国家“替代因果关系”“责任减免条款”等的理论发展就使得在侵权案件中以按份责任处理的解决办法找到了更合理的入口,并促进了现代侵权法的发展。

五、动态系统裁判方法的生成及其渗透扩展

在19世纪德国概念法学的观念下,法律被认为是一个无缝隙的体系,与此相应的司法三段论方法将裁判视为一个形式逻辑的过程,每个案件的裁决都可能通过演绎推理而获得,从而排除了司法的具体裁量与价值判断。但实际的司法裁判毕竟不同于数学运算或逻辑推理,具体情形下的主观裁量或价值衡量是必不可少的。动态系统论立法不过是提示了司法本来具有的这种性质。这种动态系统观不仅适用于动态系统论的立法,也将引发对传统裁判方法的反思。从法律实证主义下裁判三段论这种形式逻辑推理的桎梏下解放出来之后,人们发现对生活事实与法律规范的连结予以动态、系统评估考察的方法在司法中从来都是一种很普遍的现象。动态系统论可谓法律对社会生活格式化调整的一种反动。

从法律发展史来看,与其说它是法律的一种新潮流,毋宁说是一种法律的“返祖”现象。^④越是在法律制度成熟的领域,越容易形成立法上的精确表达与体系性的法教义学理论,而在发展相对快速的社会领域,立法与司法同样需要在实践中摸索、试错和积累经验,这有利于理解我国《民法典》为何仅在人格权编这一创新中明确采纳动态系统论。^⑤

人格权是主体之间常常存在利益冲突的典型的法律领域,因为保护某人的权利总是会与他人的权利或者公共利益发生冲突,如某人的名誉权与他人的言论自由或新闻自由会发生冲突,隐私权与信息使用或公共安全管理权发生冲突。人身权本来是经典的绝对权,但即便是绝对权也难免会发生权利与自由的冲突与平衡问题,这既是法哲学上的经典问题,也是法律实践中的现实难题。

试以明确采纳动态系统论的典型条文即《民法典》第998条为例。该条是关于认定承担“除生命权、身体权、健康权外”的人格权侵权责任的规定。也就是说对物质性人格权外的标表性人格权和精神性人格权的侵权责任适用动态系统论的方法进行规范。而之所以限定在此类人格权范围内,主要是因为“人格权的行使往往可能与其他权利产生冲突”,故“对于这些人格权的侵权,法律往往很难规定一般的构成要件”。^⑥因而在判断是否构成对此类人格权的侵权时需要确定法官具体裁量的多种因素。如隐私权虽然是现代社会普遍认同的个体人格权,但对其的准确界定仍相当困难,在实践中判断是否构成侵权也需要根据多方面因素作出综合判断以严格把握分寸。实际上,《民法典》第1032条也只是以空白条款的形式对隐私权加以规定,很难以传统思维将其视为“要件—效果”的典型完整规范形式加以运用。

但如果这就是采纳动态系统论的主要理由,则将动态系统论严格限制在精神性人格权中就缺乏说服力了。若稍微扩展一下,在物质性人格权中当然也可能需要适用动态系统论,因为物质性人格权的利用与保护同样存在上述权利冲突与构成要件难以规定的问题。试以性骚扰条款为例。从该条文在《民法典》中所处的位置(第四编第二章“生命权、身体权与健康权”)来看,其侵害的显然是物质性人格

权即身体权。但从客观行为方面来说,性骚扰是以“言语、文字、图像、肢体行为等方式”实施,以肢体行为方式实施的性骚扰侵犯的是身体权比较明显,而其他方式基本上属于传递性意图信息,从而可能使受害人产生被骚扰的反感,这是不是与侵犯“私人生活的安宁”的隐私权更为类同?如从客体方面来说,其侵犯精神性人格权甚于物质性人格权,故关于性骚扰侵权的规定不宜作为构成要件规范看待。^⑦判断在具体情境下某一行为是否构成性骚扰,当然也要考量相关的多方面因素,这甚至还是一个随着社会文明程度的发展与人们观念的进步而不断发生内涵流变的概念。在司法确定特定情形下的侵权责任构成时,可能不免要考虑行为违背受害人意愿的程度、行为方式的恶劣程度、后果的严重程度、社会影响范围的大小等因素。而在确定性骚扰侵权责任的承担方式时,也并非如王利明教授认为的那样,“对侵害物质性人格权的情形,应当直接适用法定赔偿金,而一般不再考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度等因素”。^⑧实际上,此类案件当事人提出的责任承担诉求往往主要不是法定赔偿,而恰恰是根据当事人职业、影响、过错等因素提出的精神损害赔偿主张。^⑨故性骚扰条款虽然并未明确采纳动态系统论,但在此类案件的审理中,采用动态系统论的司法显然也比固定的、精确的和标准统一的司法更具合理性。

要言之,不严格拘泥于法条的字面涵义,而注重从法律整体意旨出发、斟酌全部案情以综合评判、作多方价值衡量的动态系统司法方法将可能超出动态系统论立法的少数条文而向其他领域扩展。此即动态系统论可能给司法带来的“鲶鱼效应”。在人格权侵权之外,其他适宜的侵权类型也可能按照动态系统论的观念或方法理解与适用。典型者如医疗侵权类型,其在各国立法上基本属于传统的“要件—效果”规范,但动态系统论的引入已对司法形成很大的冲击并引发了积极的改革。奥地利学者详细列举了英国、瑞士、奥地利等多国对医疗侵权采取动态系统论予以裁判的判例并揭示了其强劲发展趋势。^⑩

按照动态系统论创立者威尔伯格提出的原理,凡是一个法律制度所要实现的目的与价值具有多元

性,就适合于动态系统论立法,而如果一个法律制度是基于单一理念和单一原则制定,且适合于进行单因解释的,就排斥动态系统论。医疗卫生法的价值取向显然是多元的,不仅需要维护患者的权利,也需保障与促进医疗事业。正因为如此,甚至现代医疗侵权的归责原则也仍在摇摆不定。^⑤我国医疗侵权责任的相关规范及证明责任分配问题似乎总是难以解释清楚,或可从立法上囿于构成要件的规范形式以及司法上证明责任二值分配的裁判方法这一视角加以反思。

将动态系统论运用于人格权立法的确是我国的创新,但也可以说其完全在动态系统论当代发展逻辑的延长线上。作为创立者的威尔伯格首先将动态系统论用于侵权法和不当得利制度。后来,动态系统论的当代主将弗兰茨·比德林斯基又将其成功应用于合同法。而在另一极,如物权法、知识产权法、程序法、汇票法、惩罚法等,虽然根据海尔穆特·库齐奥的说法,它们从根本上不可能是动态的法律,^⑥但最主要的原因或许在于这些领域法律的产生与形成源远流长,故对权利冲突的协调早已形成了定型化的规则,也即在立法时就必须考虑、实际上也已经协调了权利的冲突。这些规则本身也以要件系统的方式形成了固定的规范。但这并非表明这些成熟的法律领域就绝对排斥动态系统论的方法,法律规则仍在探索与发展之中,因此仍有动态系统论适用的可能。

六、结论

动态系统论的发展是世界范围内法律发展的一个值得关注的趋势,其如今正式进入我国立法,成为我国《民法典》的一大特色与亮点。但正如奥地利学者所言,动态系统论既不是一个真正的创新,也不是一个独立的理论。其本质其实不过源于一个朴素的道理:“所有立法都要求对相互冲突的利益予以权衡,换言之,对一方利益的过度保护就会更多地限制他方的行为自由。”^⑦现有的大部分法律应当被视为记载了民主程序下的价值选择,经历了智慧和利益的交锋。^⑧但需法律调整的社会生活如此纷繁复杂并时时变化,并非所有领域的立法均能对不同主体利益的取舍作出截然分明的选择。在利益的位阶不

存在明显高下之分,因此不能作绝对的取舍选择时,立法就难以以“要件—效果”的传统规范形式作出明确、细致的规定。而如果立法对此予以回避,则等于将这一问题领域全部交由司法者自由裁量。在缺乏统一规范指导的情况下,司法者的自由裁量在指导原则、考量因素及具体结果上都很难达成统一。如果立法者积极面对这一问题,在不能形成典型的“要件—效果”规范时仍尽可能指出必须予以考量的因素及其权衡,这就是动态系统论提供的一种更优化的选项。

动态系统论立法体现为与通常“固定、细致”的规范不同的“概括、弹性”的条款,其实“动态”“系统”都更适合描述此类规范在操作上的特征。相较于立法上对影响利益分配各相关因素的列举,强调司法过程中裁判者对各种冲突利益的动态平衡才是动态系统论真正的精髓。^⑨即表现为注重法律规范的整体意旨,对案件事实与法律规范连接的自由裁量,强调法官对裁判结果的论证义务,以及裁判结果并非依据法律导出的唯一正解,而是裁判者基于自由裁量形成具体、灵活的判断。这种动态系统裁判方法不应当专属于动态系统论立法,也具有一定的渗透力。这一方法所体现的在诉讼中综合考量个案具体情境评价、追求实现实质正义的精神其实是非常符合中国人注重直观体验、整体把握的思维方法,从另一方面来说也就是不太注重形式逻辑的这一文化特性的。动态系统论在司法中的表现即是折中与妥协,这对中国文化传统或思维方式来说更不陌生,甚至可以说就是中国传统司法的特色。故这一理念虽然是新近引入的,但类似做法在我国司法实践中早有先例,2020年修正前的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(法释[2001]7号)第10条^⑩就遵循了这一理念。《民法典》对动态系统论的采纳使相关司法更名正言顺地有了接纳的便利。

总之,动态系统论作为我国《民法典》的一个创新也带来了司法上的一个变数,这一理论下的法律适用将对传统的裁判方法形成多方面的冲击。我们既不能高估动态系统论在立法上的运用,也不应过分低估其对司法的影响。对此,后《民法典》时代的

司法宜采取开放的姿态,积极探索动态系统论带来的裁判方法的多方面转变,在动态系统司法方法的基础上培育适合于新兴权利生成与保护的新裁判方法。当前,按照传统的以证明责任为主线的裁判方法审理人格权案件显得方枘圆凿、格格不入,应容许与动态系统论立法相适宜的新型裁判方法与传统的裁判三段论方法并存,甚至相互渗透,以使其在实践中优劣互现并相互借鉴。

注释:

①参见王利明:《〈民法典〉人格权编的立法亮点、特色与适用》,载《法律适用》2020年第17期,第5页。

②有关民事诉讼法与民法典实施的对接问题,目前尚未有学者关注动态系统论的司法适用。其主要关注点参见张卫平:《民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接》,载《中外法学》2020年第4期,第933页。

③[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春等译,法律出版社2003年版,第297页。

④关于证明责任作为民事裁判方法的观点,参见胡学军:《论证明责任作为民事裁判的基本方法——兼就“人狗猫大战”案裁判与杨立新教授商榷》,载《政法论坛》2017年第3期,第141页。

⑤明确采纳动态系统论的立法文件有《欧洲侵权法原则》《欧洲示范民法典草案》《欧洲私法共同参考框架》,但均无司法经验。《奥地利损害赔偿法草案》也采纳了动态系统论模式,援引动态系统论的判决主要见于奥地利法院。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。

⑥关于侵权请求权基础的规范甄别,参见吴香香:《中国法上侵权请求权基础的规范体系》,载《政法论坛》2020年第6期,第172页。

⑦参见[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321页。

⑧参见[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2014年版,第35页。

⑨“要件的完整性”是指一方当事人必须对法律规范的所有构成要件特征(即要件事实)进行证明。参见[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2018年版,第185页。

⑩关于我国“要件审判法”的代表性著述,参见许可:《民事审判方法——要件事实引论》,法律出版社2009年版;邹碧华:《要件审判九步法》,法律出版社2010年版。

⑪1896年制定的《德国民法典》在思维方式上体现了抽象、概括,这是相对于德国历史上《普鲁士普通邦法》的具体列举式风格而言的。而《德国民法典》在概念轮廓上的清晰度以及在表达方式上的精确性所体现出的形式优越性使其成为现

代其他国家立法的范本,且与1804年《法国民法典》和1811年《奥地利民法典》的法条表达风格显著不同。参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第35页。

⑫参见[奥]海勒穆特·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41页。

⑬如果立法者使用一般条款,那么就是把原本属于他的立法任务推脱给了法律适用者。一般条款允许并要求法官对由立法者提出但是没有回答的问题作出裁判。参见[奥]恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第39页。

⑭参见[德]罗尔夫·旺克:《法律解释》,蒋毅、季红明译,北京大学出版社2020年版,第18页。

⑮参见杨立新:《饲养动物损害责任一般条款的理解与适用》,载《法学》2013年第7期,第23页;袁中华:《规范说之本质缺陷及其克服——以侵权责任法第79条为线索》,载《法学研究》2014年第6期,第147页;吴泽勇:《规范说与侵权责任法第79条的适用——与袁中华博士商榷》,载《法学研究》2016年第5期,第49页。

⑯在该案原告方认为法院应当首先对“不愿为他人知晓”这一主观构成要件是否成立进行判断,而法院裁判理由则侧重于判断被侵犯的信息是否属于“私密”。这种将两个因素分别单独评估判断的方法可能是有违立法本意的。参见北京互联网法院(2019)京0491民初16142号民事判决书。

⑰参见王利明:《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7页。

⑱同前注⑨,莱奥·罗森贝克书,第192页。

⑲法律要件按照其记载内容抽象度的不同分为事实性要件和评价性要件。对于评价性要件,需要裁判者通过价值衡量作出综合评价。同前注⑩,许可书,第25页。

⑳“要件事实的单一性”是指该事实所引发的法律效果具有单一性。同一事实在性质上只能属于产生某一特定法律效果的要件事实。比如事实F如果属于权利R的发生要件事实,则相反的事实(-F)就不可能再成为权利R的妨碍要件事实或消灭要件事实。要件事实的这种单一性是由主张证明责任负担的单一性决定的。同前注⑩,许可书,第44页。

㉑参见胡学军:《证明责任“规范说”理论重述》,载《法学家》2017年第1期,第63页。

㉒同前注⑰,王利明文,第8页。

㉓代表性观点,参见张卫平:《证明标准建构的乌托邦》,载《法学研究》2003年第4期,第60页;霍海红:《提高民事诉讼证明标准的理论反思》,载《中国法学》2016年第2期,第258页。

㉔关于单一认证和综合认证的代表性分析,参见何家弘、刘品新:《证据法学》(第5版),法律出版社2014年版,第248页。

㉕同前注⑱,罗尔夫·旺克书,第19页。

㉖关于裁判三段论中的“连接”及其重要意义,参见王利明:《法学方法论》,中国人民大学出版社2012年版,第200页。

⑳根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释[2001]33号,已废止)第73条,双方当事人对同一事实分别举出相反的证据,但都没有足够的依据否定对方证据的,人民法院应当结合案件情况,判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力,并对证明力较大的证据予以确认。因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的,人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。

㉑参见李国光:《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解和适用》,中国法制出版社2002年版,第465页。

㉒同前注⑰,王利明文,第9页。

㉓同前注⑤,解亘、班天可文,第41页。

㉔参见李浩:《民事证明责任本质的再认识——以〈民事诉讼法〉第112条为分析对象》,载《法律科学》2018年第4期,第94页;胡学军:《证明责任制度本质重述》,载《法学研究》2020年第5期,第139页。

㉕参见[美]理查德·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第6页。

㉖黄卉:《法学通说与法学方法论》,中国法制出版社2015年版,第4页。

㉗同前注⑥,吴香香文,第175页。

㉘同前注⑰,王利明文,第6页。

㉙同前注⑥,吴香香文,第175页。

㉚参见江伟、刘荣军:《民事诉讼中当事人与法院的作用分担》,载《法学家》1999年第3期,第19页。

㉛参见张建文:《作为新兴权利司法保护方法的一般人格权》,载《法学杂志》2019年第6期,第67页。

㉜德国学者罗森贝格对“过错”作为民事案件构成要件的证明责任分配有专门分析。参见前注⑨,莱奥·罗森贝格书,第427-444页。

㉝同前注⑫,海尔穆特·库齐奥文,第42页。

㉞不能将所有违反一方意愿的性的试探与表达全部归为“性骚扰”。由于人类的表达和情感阅读都极其隐秘且复杂,所以在现实生活中性的试探与反馈比所能描述的情形复杂得多,对于法律文本中规定的“违反意愿”这一要素在实践中并不容易作出判断。参见谢海定:《性骚扰概念在中国法上的展开》,载《法制与社会发展》2021年第1期,第210页。

㉟传统损害赔偿法采纳完全赔偿原则,并以差额说为理论依据欲实现对损害的完全填补。完全赔偿原则的适用易造成“全赔或不赔”的困境,新近学说开始强调损害赔偿通过制裁功能而发挥的抑制作用,使得完全赔偿原则在侵权损害赔偿领域显露其本质的缺陷。参见王磊:《完全赔偿原则与侵权损害赔偿之反思及构筑》,载《法律科学》2019年第4期,第120页。

㊱同前注①,王利明文,第5页。

㊲同前注⑫,海尔穆特·库齐奥文,第45页。

㊳这是中外司法实践中的共同做法,参见前注⑫,海尔穆特·库齐奥文,第45页;王利明教授也有类似表述,参见前注⑰,王利明文,第11页。

㊴参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第180页。

㊵参见胡学军:《环境侵权中的因果关系及其证明问题评析》,载《中国法学》2013年第5期,第163页。

㊶在医疗侵权案件中,法院往往将医疗过错对损害后果的参与度划分等级,如主要过错、次要过错,或者以百分比表示。如在司法鉴定医方过错参与度系数为1%-10%时,最终酌定医方承担责任比例即为10%。参见李筱永、赵晓佩:《医事法案例精选》,中国政法大学出版社2014年版,第70页。法院甚至会在确认医方行为及主观上并无过错的情况下,基于患者术后的不利结果与医方行为之间的客观因果关系而判决医方承担部分责任。参见祝铭山主编:《医疗损害赔偿纠纷》,中国法制出版社2004年版,第179页。

㊷同前注⑫,海尔穆特·库齐奥文,第45页。

㊸以1896年颁布的《德国民法典》为代表的现代民法以“要件一效果”的典型逻辑结构形成“细致、固定”的规范体系。动态系统论立法区别于此种法律规范,反而与比《德国民法典》早很多年的以《法国民法典》和《奥地利民法典》为代表的“概括、弹性”的规范更为接近。

㊹动态系统论既可以作为一种立法方法,也可以作为法律解释方法,本文主要从立法方法上理解动态系统论。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235页。如作为一种法律解释方法,则不仅限于人格权编,也有学者主张我国侵权责任一般条款亦适宜运用动态系统论思维加以解释和适用。

㊺同前注⑰,王利明文,第6页。

㊻有学者认为“性骚扰侵权责任属于普通的侵权责任,应当具备一般侵权行为的四个方面构成要件”。参见杨立新:《中华人民共和国民法典释义与案例评注:人格权编》,中国法制出版社2020年版,第186页。

㊼同前注⑰,王利明文,第5页。

㊽对性骚扰侵权责任形式,除可要求赔偿经济损失外,也可要求赔偿精神损害。参见前注⑳,杨立新书,第189页。

㊾同前注⑫,海尔穆特·库齐奥文,第46页。

㊿医疗侵权责任归责到底采过失责任原则还是无过失责任原则,相应的对过错的证明责任到底是由原告负担还是实行证明责任倒置,这在日本、德国、法国、美国及我国均是长期有争议的问题。参见朱柏松等:《医疗过失举证责任之比较》,华中科技大学出版社2010年版,第20、55、84、118、160页。

①同前注⑫,海尔穆特·库齐奥文,第43页。

②同上注,第44页。

③同前注⑳,黄卉书,第4页。

④参见王桂玲:《侵权责任法保护的民事权益的表达模式与完善路径》,载《政法论丛》2016年第2期,第94页。

⑤该司法解释已于2020年12月23日修正,原第10条现为第5条。这一规定符合动态系统论的特征,虽然制作者当时并未清楚意识到这属于一种新的立法体例。