

胡岩 编著

中国侵权责任法案例教程

ZHONGGUO QINQUANZERENFA
ANLI JIAOCHENG

第一编 绪论

第二编 侵权责任的构成要件

第三编 特殊侵权责任

第四编 承担侵权责任的方式



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

胡岩 编著

中国侵权责任法案例教程

ZHONGGUO QINQUANZERENFA
ANLI JIAOCHENG



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

内容提要

本书为《中国侵权责任法教程》的配套案例教程,通过对侵权责任法相关案例的评述来具体形象地阐述侵权责任法相关理论学说。在每个案例中分“案例事实”“裁判要旨”“法理分析”三部分进行细致深入的剖析,并采用了部分域外案例,提供了比较法的视角,为读者提供了一个深入、全面理解侵权责任法的机会。本书既可以与《中国侵权责任法教程》结合使用,也可以单独作为侵权责任法相关领域研究、学习人员的教学或参考用书。

责任编辑:彭小华
执行编辑:徐施峰

责任校对:韩秀天
责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

中国侵权责任法案例教程/胡岩编著. —北京:知识产权出版社, 2011. 2
ISBN 978-7-5130-0301-8
I. ①中… II. ①胡… III. ①侵权行为—民法—案例—分析—中国—
教材 IV. ①D923.05
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 239965 号

中国侵权责任法案例教程 胡岩 编著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000889 82000860 转 8115

印 刷: 北京市凯鑫彩色印刷有限公司

开 本: 720mm×960mm 1/16

版 次: 2011 年 4 月第 1 版

字 数: 518 千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 25.25

印 次: 2011 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

ISBN 978-7-5130-0301-8/D · 1139 (3237)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

书中主要法律文件简称

1. 《中华人民共和国宪法》——《宪法》
2. 《中华人民共和国民法通则》——《民法通则》
3. 《中华人民共和国物权法》——《物权法》
4. 《中华人民共和国侵权责任法》——《侵权责任法》
5. 《中华人民共和国合同法》——《合同法》
6. 《中华人民共和国民事诉讼法》——《民事诉讼法》
7. 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》——《民通意见》
8. 最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》——《人身损害赔偿司法解释》
9. 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》——《精神损害赔偿司法解释》
10. 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》——《民事诉讼证据规定》

对于书中其他法律文件名中包含“中华人民共和国”字样的法律文件，均作了省略“中华人民共和国”字样的处理。

目 录

导论：案例分析法	(1)
----------------	-------

第一编 绪 论

第一章 侵权责任法概述	(15)
第一节 侵权行为	(15)
第二节 侵权责任法	(19)
第二章 侵权责任的主体	(25)
第一节 概述	(25)
第二节 自然人	(26)
第三节 雇主的侵权责任	(34)
第四节 专家责任	(49)
第五节 共同侵权行为	(58)
第六节 网络侵权责任	(69)
第七节 安全保障义务	(80)
第三章 侵权责任法保护的权益	(90)
第一节 保护权益的概述	(90)
第二节 保护的权益 (一)：人身权利	(99)
第三节 保护的权益 (二)：财产权利	(123)
第四节 保护的权益 (三)：知识产权	(136)
第五节 保护的权益 (四)：其他权益	(144)
第四章 侵权责任的归责原则	(159)
第一节 归责原则概述	(159)
第二节 过错责任原则	(162)
第三节 无过错责任原则	(172)

第二编 侵权责任的构成要件

第五章 侵权责任构成要件	(178)
第一节 关于构成要件的学说	(178)
第二节 我国立法上的一般侵权责任构成要件	(179)
第六章 损害	(181)

第一节	损害的概念	(181)
第二节	损害的分类	(182)
第七章	加害行为	(191)
第一节	加害行为的概念和类型	(191)
第二节	加害行为的违法性	(193)
第八章	因果关系	(203)
第一节	因果关系概述	(203)
第二节	因果关系的理论学说	(206)
第三节	因果关系的认定	(210)
第九章	过错	(227)
第一节	概述	(227)
第二节	过错的类型	(228)
第三节	过错的认定	(230)
第十章	抗辩事由	(237)
第一节	概述	(237)
第二节	正当理由	(238)
第三节	外来原因	(251)

第三编 特殊侵权责任

第十一章	特殊侵权责任（一）	(257)
第一节	产品责任	(257)
第二节	机动车交通事故责任	(266)
第三节	医疗损害责任	(273)
第四节	环境污染责任	(282)
第十二章	特殊侵权责任（二）	(290)
第一节	高度危险责任	(290)
第二节	动物致人损害责任	(297)
第三节	物件致人损害责任	(301)

第四编 承担侵权责任的方式

第十三章	侵权责任的承担方式	(310)
第一节	概述	(310)
第二节	停止侵害、排除妨碍、消除危险	(311)
第三节	赔礼道歉、消除影响、恢复名誉	(317)

第四节	损害赔偿	(322)
第十四章	人身损害赔偿	(328)
第一节	概述	(328)
第二节	人身损害赔偿的范围	(332)
第三节	人身损害赔偿的方式	(339)
第十五章	财产损害赔偿	(345)
第一节	概述	(345)
第二节	财产损害赔偿的范围	(346)
第三节	财产损害赔偿的计算	(350)
第四节	财产损害赔偿的方式	(356)
第十六章	精神损害赔偿	(361)
第一节	概述	(361)
第二节	精神损害赔偿的适用范围	(365)
第三节	精神损害赔偿的计算	(371)
第四节	精神损害赔偿的特殊问题	(377)
第十七章	惩罚性损害赔偿	(383)
第一节	概述	(383)
第二节	惩罚性赔偿的适用	(384)

导论：案例分析法

民法研究的核心价值在于追问法律制度所应具有的正当性，而民法研究的意义则可通过实际的审判活动来检验，只有通过审判才能够确定民法规范统一性的基础，最终确保适用法律的统一。在民法研究的方法中，人们关注对于规范本身的理解，这种理解通过“法律教义学”来实现，但是法律教义学存在致命的弱点，就是只能通过规范自身所拥有的价值观实现对于规范正当性的论证，这样的论证是一种自我论证，其最终可能受到“循环论证”的质疑。

我们应该如何建立民法规范的正当性论证？现代法学除了继续利用法律教义学外，同时还借鉴法与经济学、法与社会学等，通过其他学科的方法论来实现对于规范正当性的分析。但是这种分析始终都是价值正当性的分析，即通过法与经济学等方法取得对于规范本身的正当性认识，但是无法获得实证分析的正当性支持，因此法律的分析技术还是需要从法学自身获得研究的基础。而案例分析的方法，则可以弥补法律教义学的不足^①，为法律规范的正当性论证的方法之一^②，最终通过案例分析法来实现法律适用的统一。

一、案例分析的意义

案例的核心价值在于它往往包含多重复杂的客观生活，通过一个实际情境的描绘，体现生活事实与法律规范之间的联系。一个合格的案例应该包括三个要素：一是确定发生的事件，这种事件逐一展开，体现生活的真实。二是作为分析对象的案例，包含法律的疑难问题，与通常的案件不同。通常的案件符合法律规范规定的一般要件，简单的适用就可以获得法律判决；但是案例分析法中需要的案例则可能无法直接确认法律规范需要确认的事实，需要运用法学方法论来获得支持，以解决案

① 此处对于法律教义学的评价或许过于苛刻，在法学研究中，案例分析与法律教义学不可偏废，一方面案例分析可以为法律教义学提供解剖规范的素材，而另一方面法律教义学可以为案例分析提供规范分析的基础与框架，同时法律教义学还可以对司法裁判进行也许是“辛辣的、令人难以忍受的批评”，参见 [德] K. 拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 113 页。

② 对于法律实践而言，法学研究的核心价值是批判而非建构，这是法学研究自身的局限性所确定的，正是如此，对于规范正当性的分析在法学内部是建立在论辩过程中的，不同的取舍既有价值观的差异，也有方法论的分歧，而实现法律实践活动的统一，则成为法学研究永恒的主题，参见 [英] N. 麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社 2005 年版，第 17 页以下。

例中包含的疑难问题^①。三是案例所陈述的事件具有典型性，即可以予人以启示。

正是因为案例包含这三种要素，法官与研究者通过对于案例的分析，运用法律推理的办法，来获得法律规范统一性的知识。在对案例进行分析之前，法官与研究者必须完成两种工作：一是澄清案件事实，毋庸置疑，在案例提交给法官与研究者之前，作为生活的事实，其内容是纷繁复杂的，必须将其逐一澄清，以确定哪些是与案例所讨论的法律问题相关联的事实，将其抽繁就简，以确定适用法律所必需的事实^②；二是确定法律适用或者可能适用的规范，这一工作和前一工作应该结合进行，只有这样才能剪裁合适的事实，真正理解案情，同时通过对于抽象出来的案件事实进行体系化分析，确定其适用或者可能适用的法律规范。

在完成上述工作后，法官和研究者可以将案例归入其适用或者可能适用的法律规范中，运用规范所确定的规则，获得案例最终的判决。通过这样的“归入”，最大限度地穷尽法律规范的可能性和法律思维的理性，来获得“适法”的判决^③。

毋庸置疑，在这个阶段，法律规范、法律解释和法学方法论对于司法和法律的发展都很重要。通过对于规范的分析，建立案例分析的“大前提”；通过法律解释，实现对于规范争议问题的研究；同时通过法学方法论来填补法律漏洞、认识法律体系等，最终获得法律规范的支撑，以确定法律适用最合适的规则。

通过对现实案例的分析，我们可以获得关于法律规范的“真”知识。通过案例分析，我们可以做到以下几点：一是了解法律规范的内在意义。如立法者制定法律规范所要实现的目的为何^④；如何运用该规范才能够更好的实现立法者的意图；如果立法者的意图与规范的规定存在冲突，如何通过法学方法来进行修正。二是发现法律的漏洞。任何法律体系必然存在法律漏洞，这是立法者与司法者无法回避的^⑤，而最终的问题在于如何填补存在的法律漏洞，通过案例分析，我们得以了解

● 从这个意义上讲，笔者赞同德沃金的结论，疑难案件即所谓的“hard case”将导致“法律的发现”；但是，对于德沃金的方法，即在规范模糊或者没有规范的时候，获得法律原则支持的法官对于疑难案件的判决就是对法律理想的赞成，笔者仍然存在疑虑，这样的解说事实上是将法官置于“立法者”的地位。而这样的认知同样遭到了西方法哲学家的反对，至少在 H. L. A. 哈特那里，这样的结论是不可容忍的；同时在中国的宪政体制中，这也是不可能的。但是问题并未在此止步，中国的法官与其国外同行一样，在面对疑难案件时，必须作出裁决，让自己的裁决获得法律正当性的支持，仍然是法官的任务。参见 [美] 德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 364 页；[法] H. L. A. 哈特：《法律的概念》，许家馨等译，法律出版社 2006 年版，第 253 页。

● 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社 2007 年版，第 233 页。

● [英] N. 麦考密克：《法律推理与法律理论》，法律出版社 2005 年版，第 7 页。

① 从解释学的角度而言，法律规范本身并不能指导其如何在具体的案例中获得适用，必须通过法学方法论来实现对于法律规范的适用，在这一基础上，我们才能够清楚地认识到法学方法论的意义，参见（美）马丁·斯通：《聚焦法律：法律解释不是什么》，见 [美] A. 马默主编：《法律与解释》，张卓明等译，法律出版社 2006 年版，第 49 页。

● 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社 2007 年版，第 377 页。

法律漏洞的存在，同时，通过判决来补充漏洞，完善法律体系。三是确定法律的适用。对于任何规范而言，如果没有适用到具体的案例中，则所谓“规范”都是“死的规范”，只有通过案例的适用与分析，我们才能够获得对于规范的认识，从而赋予规范以生命。

二、案例分析法的规范意义

在实际的审判中，法律在适用的过程中应该追求一种确定性，即对于同类的情形，当事人可以预期将同样地适用法律条文，获得同样的判决结果。法律的确定性对于一个法治社会而言，尤为重要，因为对于任何当事人而言，都会有这样的预期，即在同样的案情中获得同样的对待，因此任何案件的判决，都不是对一个案件的简单处理，而应该特别追求法律的确定性，来向公众传递一个信息，避免当事人实施法律禁止其实施的行为，以实现法律的预防功能。因此法律的确定性构成了法庭判决最重要的标志之一。

我们坚持案例分析法，其原因也在于寻求法律适用的确定性与统一。法律的确定性是任何法律体系所追求的目标。但是法律的确定性无法通过规范的统一来实现，因为统一的规范只是提供法律确定性的前提，只有通过对于个案的适用，才能够确定法律的适用^①。但是单纯的个案适用并不能确保法律的确定性，特别是对于大陆法系的国家而言，其欠缺案例适用的规范，审理每个个案的法官都是这个案件的最后决定者，除非其上级法院通过一定的法律程序来纠正，否则其判决不会受到质疑。

司法体系提出了一个统一法律适用的难题，法律自身要求其适用应该是统一的、确定的，方能够建立人们对于法律体系最后的信心，否则即使是单个案件能够实现社会的公平与正义，对于一般人而言，仍然无法对法律产生信心，而且法律的确定性能够帮助人们根据现行的法律制度对于特定情形的评价来调整自己的行为，因此法律的确定性也成为个案判决合理性的基础与前提^②。

正是法律确定性的要求，需要案例分析法的支持。由于在不同的国家，法学方法论有各自的历史背景和学术传统。英美法系国家注重归纳法和论题式的思维，往往采用“case by case”的分析方法；而在以德国为代表的大陆法系国家，强调演绎法和体系化的思维，通过成文法来规范法律生活，而这也是大陆法系的优点之

① [德] K. 恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年7月版，第197页。

② 从比较法的角度而言，个案具有不同意义。对于大陆法系的国家而言，个案只是一个问题的解决“solution”，它并不能展现法律的真实面目，换言之，不同的法官对同一法条可以有不同的理解；而在英美法系，个案则是对于法律的揭示。但是这并非问题的全部，对于一个健全的法律体系而言，统一司法是其必须完成的任务。See edited by P. Legrand, *Comparative Legal Studies: traditions and transitions*, Cambridge (2003), p. 498.

一：其法律规则为大众周知，并可以适用于所有的人^①，同时大陆法系国家特别是德国一直采取一种请求权基础分析法来分析案例。

从法学方法论的角度而言，我国属于大陆法系国家，强调对法律教义学的运用及对规范的分析，运用规范解释与体系分析的方法研究法律制度，但是这并不能否定案例分析法的价值。从严格意义上讲，一个得以实现价值评判目标的案例分析法应该有一个统一的规范分析的方法，适用于所有案例，而不是每个案例有各自的案例分析法。分析方法的统一，有赖于方法论的研究，因为不同的人有不同的思维方式、不同的教育背景、不同的目标认识，如果欠缺统一的案例分析方法，则对于案例的分析，各人各说其话，其讨论没有一个统一的平台，最终也无法就案例的结果达成共识。而作为“发现法律”的手段，案例分析法同时是对法律进行解释的工具^②，通过对案例呈现的事实的分析，最终确定法律上的事实，以适用逻辑学的三段论，确定三段论中的小前提，但这不是案例分析法的终点。在确定了案件事实后，还要通过对法律规范的解释来确定应适用的法律规范，即确定三段论中的大前提，最终确认审判应获得的结论即判决，通过案例分析法，运用法律解释学，来获得有“价值”的法律判决，是案例分析法的意义之所在^③，因此从规范的意义而言，法官的任务就是：发现通过制定法而证立的决定^④。

必须指出的是，不同的法律部门在具体的审理过程中应该适用不同的解释方法，因此在不同的法律部门中要注意其适用方法的区别。如“类推”在刑法中是法律严格禁止的，而在民法中则是法律解释的方法之一，是填补法律漏洞的方法，通过对于类推的适用，来完善法律体系，因此在不同的法律部门适用案例分析法，需要注意各部门法之间的区别，探寻属于本部门的独特方法。

三、案例分析法的实证意义

通过案例分析法，法官和研究者可以获得对于法律规范的“知识”，但是这只是案例分析法的功能之一，对于案例分析法而言，其实证意义在于：

(1) 通过案例分析法，确定规范的意义。在未被适用于实际的案件之前，法律

① 石佳友：《民法法典化的方法论问题研究》，法律出版社2007年版，第38页。

② 案例作为法源的意义已经为现代国家所确认，其中一个重要的原因就是只有通过案例才能够澄清规范的意义，规范所具有的模糊性已经威胁到法律的确定性，一个极为简单的例子就是法律术语的“核心含义”与“边缘含义”。在规范中法律术语是核心含义的话，法官无疑应该依法而行，但是如果是边缘含义，则需要法官运用其自由裁量权来确定其意义。参见乙·科尔曼等：“确定性、客观性与权威性”，见[美]A·马默主编：《法律与解释》，张卓明等译，法律出版社2006年版，第271页。

③ 从根本的意义上讲，法官才是法律的最终解释者，正是在法制体系中的这一定位，使得法官成为法律的守护者和法治的实践者和保护者，因此，法律解释的意义并非单纯地发现法律规范的意义，而是在现实的社会生活中实践法律的意义。参见[美]K·E·惠廷顿：《宪法解释：文本含义、原初意图与司法审查》，中国人民大学出版社2006年版，第198页。

④ [德]K·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第52页。

规范是“死”的规范，对于其意义的解说是无根之木。只有通过分析实际案例，解说规范所具有的意义，确定适用的要件^①，法律规范才会有“生命”。规范的“生命”是通过对客观生活中的案件事实的运用获得、体现的，事实上法官通过在具体的案件中适用法律规范，就已经重构这一规范的意义^②，从这个意义上讲，大陆法系的法官与英美法系的法官并无二致，正因为如此，两大法系的法律解释的技术已经越来越接近^③。当人们通过法律推理的方法获得法律规范的意义时，才能最终获得法律“真”的知识，如奥斯丁所言“公正的法律有时经由司法判决来产生”^④。

(2) 为审判实践提供方向。对每一个案例进行分析，在确认了案件所涉及的法律规范的意义后，对于同一类型案例的判决就有了指导意义。古罗马法谚云：“所谓正义，不是关于实际规则的对或错。人类的正义，是要求同样的事情，按同样的规则来处理，而且，这种规则应能适用于一切人，适合于一切人与生俱来的本性”，通过统一的案例分析，对于同类案例作出同样的判决，使法官审理案件有了指导，这也正是案例的指导意义之所在^⑤。不得不指出，法律适用是一个困难的过程，稍有不慎，就可能导致司法不公。通过案例分析法，适用一定的程序，确定案件相关的法律事实，找出可以适用的法律规范，从而获得“正义”的判决^⑥。同时，案例分析法约束法官的自由裁量权，法官不能够擅自在欠缺规范支持的情况下作出判断，只有通过判决书写明其判决理由和法律推理的思路，其判决才能够获得当事人的支持与承认，最终获得执行，因此案例分析法可以使得案件的审理成为“看得见的正义”，以切实维护司法公正。

(3) 为当事人的行为提供指导。通过审理后的案件，使得当事人能够理解法律规范的意义，在今后的行动中可以按照法律规范的要求实施相应的行为，同时对于

① 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社 2007 年版，第 301 页。

② 法律的解释并非只在方法论上才有意义，对于这一点，国内学者的认识尚有不足。法律解释并非简单地完成对于规范意义的理解，更重要的是，彰显司法者的价值判断与社会对其解释的理解与适用，进一步实现社会生活的塑造。以美国为例，在 20 世纪 80 年代，美国法学界对于法律解释展开了激烈的讨论，其缘由是对于“隐私权”的宪政基础理解的不同，导致美国法学界的分裂，自由派从宪法修正案第 1 条、第 3 条、第 4 条、第 5 条、第 9 条等中获得了“隐私权”的宪政基础 [See *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)]，而依据该判决美国联邦最高法院确认了“堕胎”的合法性 [See *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)]，最终导致美国社会的分裂，一直到今。对于“堕胎”案解释的法律意义，可以参见方流芳：“罗伊判例：关于司法和政治分界的争辩”，载《比较法研究》1998 年第 1 期，第 1153~1164 页。对于自由派的这一解释，保守派的反对也是站在法律解释的角度进行分析，See A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1997, p. 83. 事实上，这样的争辩对于处于转型期的中国极富启发意义。

③ [美] R. M. 昂格尔：《法律分析应当为何？》，李诚予译，中国政法大学出版社 2007 年版，第 159 页。

④ [英] N. 麦考密克：《法律推理与法律理论》，法律出版社 2005 年版，第 125 页。

⑤ [德] K. 拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 93 页。

⑥ 正因为如此，对于解释权限的争议就显得尤为重要，See Z. Bankowski etc, *On Method and Methodology*, edited by D. N. MacCormick, *Interpreting Statutes*, Ashgate, 2002, p. 12.

案外人而言，也可以获得相应的信息，知道何事合法而何事非法。

(4) 建立法律制度的延续性。一个稳定的法律制度，是一个确保司法公信力的制度；而建立这样的司法制度，无疑需要法制的确定性的保证，防止司法的专断。案例分析法通过对法律规范的解释与适用，来解决社会争议的问题，是一种标准化的程式。通过案例分析法，法官可以明确思维的方法，知道如何获得规范的指导与适用，避免错误地适用法律，保证法官能够依法裁判，最终实现法治。

(5) 为新的立法提供指导。任何法律体系都存在漏洞，因此对于大陆法系的国家而言，法律体系的完善与发展就成为永恒的任务，但是在促进法律体系的完善与发展的过程中，现实生活中发生的案例给予了法律改革无穷的动力。通过案例分析法，我们得以获知法律体系中存在的问题，了解法律规范中存在的不足，知道法律适用中存在的困难，为进一步的立法提供现实的指导。通过案例分析法，法律体系得以不断地完善。

(6) 案例分析法为法学方法论的发展提供源泉，成为训练法律人思维的最重要的工具。分析案例，可以使法律人认真思考法律概念的意义，理解法律规范的含义，学会运用法律解释学和法学方法论，形成法律共同体的思维方式和统一的话语^①，这种话语上的统一可以有助于法律共同体的交流与对话，最终形成对于法律体系统一的理解。

案例分析法的意义并非只有这些，对于任何一个法治国家而言，法律的适用都是司法制度不得不完成的任务，也是法学研究的必经之路，对于法官和法学研究者而言，“任何一个具体的法律案件把法律制度变成了如此生动的直观形象，这是他们通过研习书本和自己的反思从未达到的。”^②

四、案例分析法的适用方法

作为方法论之一的案例分析法，运用一种规范的方法来对具体的案例进行分析，以确定案件的事实和适用的法律。在不同的法律体系中，案例分析具有不同的地位，在英美法系中，采取的是“case by case”的方法判决案件，通过归纳法来实现法律推理；而在大陆法系，则是强调法律体系的意义，通过演绎推理来实现法律推理^③。但是无论采取何种方法，都需要一个统一的方法，来实现法律规范的统一。

案例分析法提供法律规范统一的基础，也为法学方法论的适用提供一个平台，对于任何法律规范而言，均需要通过案例适用来确认其意义，而这种适用就是运用

① 王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第12页。

② [德] F. K. 萨维尼：《历史法学派的基本思想》，郑永流译，法律出版社2009年7月版，第30页。

③ 需要指出的是，在现代多数的大陆法系国家，判例——特别是上级法院的判例，对于下级法院而言，已经具备了法源的性质。See P. D. Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, Routledge Cavendish, 2007, p. 252.

法学方法论的过程，“法学方法论系以一套先设的假定为准据，确定基本的研究立场，从事法学理论之建构，进而以之探讨、诠释、批判法之存在与衍化现象、法之科学技术及法之实践功能等之研究态度之学科也”。^①

一般而言，案例分析中会采用以下三种不同的方法：一是历史分析法，二是请求权基础分析法，三是法律关系分析法。

1. 历史分析法

历史分析法是按照案例中事实发展的时间顺序确定法律关系，并按照一定的时间顺序来确认当事人之间所发生的权利义务关系，进而判断当事人的诉求有无法律依据。

历史分析法的最大优点在于把握双方当事人的权利义务变化的轨迹，根据法律关系随着时间的变化，确定其变化的内涵，了解法律关系变化过程中的时间与地点，最终适用相应的法律制度，如诉讼时效、清偿期的确认、管辖的适用等。历史分析法可以让我们准确把握法律关系的变化，最终让我们对于当事人的权利义务有准确的了解，从而为正确适用法律提供事实基础。

但是，历史分析法也有其不足，即其欠缺与法律规范必要的联系，这是其最大的问题。在了解法律关系的历史变化后，仍然要回到法律关系自身或者寻找当事人诉求所需的请求权规范基础，因此独立的历史分析法无法让我们直接获得对于法律规范适用的知识，当然也无法完成最终的案件审理。

2. 请求权基础分析法 (Anspruchs method)

请求权是指权利人得请求他人为特定行为（作为、不作为）的权利^②。请求权基础分析法也被称为归入法、涵摄法 (Subsumtions method)，是指通过对案例中一方当事人的请求的规范基础进行审查，确定其请求权是否能够获得法律规范的支持，进而确认其能否胜诉的案例分析方法。

请求权规范基础分析法最关键的步骤是寻找支持诉讼请求的法律规范，其基本的构造是“谁得向谁，依据何种法律规范，主张何种权利”^③。在这个过程中，通过对法律体系的分析，确认请求权的体系构造；进而通过对体系的认识，结合对案件事实的判断，来确认诉讼请求的实体法依据。这是一种“找法”的过程，通过

① 杨奕华：“法学方法论研究范畴之商榷”，见杨建华教授七秩诞辰祝寿论文集编辑委员会编辑：《法制现代化之回顾与前瞻——杨建华教授七秩诞辰祝寿论文集》，月旦出版社股份有限公司 1997 年版，第 153 页。

② 请求权为现代民法权利体系概念中核心的概念，通过这一概念大陆法系建立了对于近代权利的救济体系，而构建了一个逻辑自足的权利体系，但是这一概念也存在问题，自其产生之时就不断引发争议，参见徐晓峰：“请求权概念批判”，见王文杰主编：《月旦民商法研究：法学方法论》，清华大学出版社 2004 年版，第 121 页。

③ 王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社 2009 年版，第 41 页。

这种找法的过程，来最终对于当事人的请求予以支持或者反对。在这个过程中，法官与研究者在事实与规范间来回穿梭观察，以寻找符合案件事实的法律规范并予以适用^①。

请求权基础分析法的步骤包括：第一，结合案件事实，确认请求权的性质，是属于物权请求权、债权请求权、还是绝对权请求权等。第二，根据请求权的性质，对法律体系中相关的法律规范进行检索，通过检索确认其可能适用的请求权规范基础。第三，审查请求权规范基础的适用要件，来确定最终获得救济的请求权。这种规范基础，既可以是合同、遗嘱等当事人实施的法律行为，也可以是法律规定。对于请求权所涉及的规范基础，根据其规范的明确规定，予以分解，首先确定规范的性质，如属于强制性规范、禁止性规范、还是任意性规范，是完全性规范，可以直接适用，还是引用性规范，必须要适用其他规范才能够构成请求权规范基础^②。在确认规范的性质后，对规范的构成要件予以分解，如将《侵权责任法》第6条规定的“侵权责任的构成”分解为“行为”、“损害”、“因果关系”、“过错”四个要件。要注意的是，这个分解的过程，实际就是利用法律解释学的方法对法律规范进行解释的过程，通过法律解释来确认案件事实符合是否法律规范所规定的要件要求，这是法官或者研究者运用逻辑进行“涵摄”的过程^③，最终确认案件应该适用的请求权规范基础。第四，对请求权基础竞合或者聚合进行审查。依据规范要求，确认竞合或聚合的处理；如果合同中已经有了约定，且符合法律规定，则按照合同约定处理；如合同没有约定，则按照法律规定或者当事人自己确定的请求权处理。在完成上述步骤后，就能够依据确定的请求权来对于案件作出判决。

必须注意的是：在请求权基础分析法中，对请求权的检索有一定的顺序，这种顺序是按照法律体系的逻辑关系来确定。通过一定顺序的检索，可以避免请求权的遗漏，以全面保护当事人的合法权益。其一般顺序为^④：第一，考查是否属于违约责任请求权。由于合同是当事人之间的约定，因此应先从合同关系展开，再讨论其他的关系。第二，探讨是否属于缔约过失请求权。按照学者的看法，缔约过失请求权与违约责任请求权不可分割^⑤，无论是在合同缔约前、缔约中，还是缔约后，都与缔约过失责任有关。第三，审查是否为无因管理请求权。无因管理是事实行为，但是其与合同关系极为类似，通过对无因管理的审查，确认其有无请求权，由于无因管理本质上是合法的行为，因此只有在对无因管理请求权审查之后，方可对其他请求权予以审查。第四，审查是否为物权请求权和其他绝对权的请求权，如知识产

① 王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第30页。

② 同上，第46页；[德]K.拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第132页。

③ [德]K.拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第165页。

④ 王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第59页。

⑤ [德]D.梅迪库斯：《德国债法总论》，法律出版社2004年版，第92页。

权请求权和人身权请求权。在对于合法的行为审查后，先判断被告是否侵犯物权、知识产权、人身权等绝对权，如果是，则利用物权请求权等绝对权请求权来予以救济。第五，审查是否为不当得利请求权，对于不合法的行为，审查其是否符合不当得利请求权的要件进行救济。第六，审查是否为侵权请求权，在其他所有的请求权均无法获得救济的时候，则考虑是否符合侵权请求权的要件，来确认当事人能否获得救济。通过按顺序对请求权进行逐一审查，逐步排除不符合要求的请求权，来获得确认请求权规范基础的认识。

请求权基础分析法的优点在于：第一，通过对法律体系的分析与解构，获得对请求权体系全面的认识，而请求权基础所具有的体系特征，使得检索请求权时很少发生遗漏。法律体系的安排存在一个先后顺序，通过逐一分析与判断，使得当事人能够获得全面的救济。第二，法律对于请求权的适用一般都有严格的要件要求，通过请求权规范的适用严格界定当事人的诉求是否符合法律的要求，既能够实施救济，也避免权利滥用。

当然请求权基础分析法也存在以下缺点：首先，其要求分析者对法律体系非常熟悉，否则会导致确认请求权时发生遗漏，最终导致当事人无法获得救济；其次，请求权基础分析法无法适用所有的案例，以诉的性质为标准可以将诉讼分为给付之诉、确认之诉和变更之诉，只有在给付之诉中可以适用该方法，而在其他的诉讼中无法适用；第三，我国没有民法典，只有单行的民事法律，欠缺完整的民事法律体系，导致某些合理的诉求欠缺法律依据而得不到救济。^①

3. 法律关系分析法

这是我国大陆地区学者比较关注的分析方法。法律关系是由法律规范的社会关系，包括主体、客体、内容三个要素。通过对法律关系的分析，可以认识法律关系主体的权利与义务，进而确定案件中双方当事人的是非得失，最终对案件作出裁判。所谓法律关系分析法，是指通过对案例中不同的法律关系进行分析，根据其要素的不同以及法律关系变化的情况，来确定案件的性质与当事人之间的权利义务，并通过适用三段论来适用法律，最终作出判决的案例的分析的方法。

法律关系分析法的适用步骤包括：第一，确认案件事实所涉及的法律关系。一个案件可能涉及多重社会关系，但是只有较少的关系由法律来调整，故应分析当事人之间的关系，确定案件涉及的法律关系。第二，对法律关系所涉及的争议点进行归纳与分析，明确争议的焦点问题和核心的法律关系。第三，对涉案的法律关系进

^① 事实上，即使我国已经制定了民法典，这一问题也无法获得真正的解决，法律永远落后于生活，对于社会生活的规范永远无法完备，因此永远都会发生“无法可依”的情形，但这正是案例分析法的意义之所在，当现实案例中的正当诉求无法获得法律规范的支持时，就是规范制定与修改的时机。参见许中缘：《体系化的民法与法学方法》，法律出版社2007年版，第325页以下。

行分析,确定其性质与内容,是合同关系还是侵权关系,是物权关系还是其他法律关系等;在确认法律关系的性质后,通过对法律关系内容的分析,确定当事人的权利义务。第四,分析法律关系是否发生变更或者消灭,如果变更或者消灭,其导致变更消灭的原因是什么,进而分析其变更或者消灭后的法律后果,以确认其最终的判决。在法律关系分析的基础上,寻找与涉案的法律关系的性质相适应的法律规范,即寻找三段论所需要的“大前提”,进而作出最后结论。

需要指出的是:在法律关系分析法适用的过程中,首先需要确认的并非三段论中的“大前提”,而是“小前提”,即先对案件事实中涉及的法律关系进行分析。并非所有的事实都是法律事实,先将法律事实中的法律关系进行分解后,再根据“小前提”分析的结果寻找“大前提”,这一“大前提”是与案件中核心的法律关系有关联的法律规范,^①在确定了大、小前提后,作出判决,在法律关系分析法中适用三段论,“以事实为依据,以法律为准绳”是其最好的总结。

法律关系分析法的优点在于:首先,可以区分法律与道德之间的关系,法律关系调整的是法律规范的社会关系,在分析案例中的社会关系时,通过对法律关系的确认,避免混淆法律关系与道德关系,从而区分了法律与道德的关系;其次,可以确认双方当事人的权利义务,特别是在一个案件中涉及多个法律关系时,通过对法律关系的逐个分析,最终确认当事人的权利义务,进而作出判决;最后,可以把握法律关系变化的轨迹,来确认当事人权利义务的变化,通过这样的分析,更能够获得对于案件事实的全面把握。

法律关系分析法也存在不足,其缺陷在于:首先,这一分析方法关注案件事实本身,欠缺与法律规范必要的连接点,在审查其适用的法律规范时,往往会欠缺适用的必要方式,导致在适用中发生遗漏的情形,使得当事人无法获得救济;其次,在一个案件中,法律关系纷繁复杂,而涉及当事人诉求的法律关系却可能极为简单,在这种纷繁复杂的关系中确定应探讨的法律关系,成为分析案例的难点之一;最后,法律关系的分析虽然能够确认双方当事人的权利义务,但是这种权利义务需要在寻找“小前提”的过程中获得法律规范的支持,而这一过程并非那么简单,稍有不慎就可能导致权利不能救济,也可能导致权利被滥用。

在现实的案件审理和研究中,这三种方法各有侧重,各有优劣,并无绝对的对错,在分析的过程中,可以分别适用,“其适用端看是否符合其目的性”^②,来最终获得有价值的案件判决。

五、案例分析法的局限性

案例分析法既可以适用于法律案件的审理,也可以适用于法律的教学与研究。

① [德] K. 恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第35页以下。

② 王泽鉴:《民法思维》,北京大学出版社2009年版,第36页。