

# 法学研究职业与法学研究方法 ——游走于理论与实务间半个世纪的反省记

[日] 伊藤真  
刘颖译

**摘要：**法学研究一方面要探寻现行法律规范的合理解释，深化理论界的研究水平，指导实务界的运用和改革；另一方面还要发现实务中尚未被意识到的问题，在质疑通说的基础上贡献新的学说，启迪立法的未来趋势。法学研究者具备选择研究对象的自由、独立于职务方面的限制及利害关系之外、持续且自律的活动受到保障等优势，但同时应当根据自身年龄适当地调整研究姿态，注意保持自身思考与判例和通说的距离，慎重地判断是否接受有可能影响自身研究的其他工作任务，注重通过与外界的交流打开研究视野，避免思维被以判例为指针的实务所局限，从而防止研究的衰退。

**关键词：**方法论；法学研究；法律解释；实务

[中图分类号] D90 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2022) 04-0144-15

## 一、序言

今天有机会在将学术研究作为未来选项的诸位面前，回顾我个人半个世纪的研究生涯<sup>(1)</sup>，并分享反省记，实在是不胜荣幸。研究并非为大学教员所垄断，法官、检察官、律师等实务家开展研究活动的例子也不胜枚举。<sup>(2)</sup>另外，从事一定时间的实务后，又转向学界的同仁，也并不罕见。

【作者简介】伊藤真，东京大学名誉教授，日本民事诉讼法学会前理事长，在日本被称为“民事程序法第一人”。本文系作者2017年11月2日在东京大学法学部暨法学政治学研究科主办的“研究引导演讲会”上所作演讲之增修文稿。原文参见伊藤真「研究者ノススメ——理論と実務の狭間に半世紀（反省記）」伊藤真=加藤新太郎=永石一郎編『これからの民事実務と理論』（民事法研究会，2019年）2-24頁。

【译者简介】刘颖，北京航空航天大学法学院副教授、博士生导师。本文的翻译和发表得到了作者的授权，中英文摘要与关键词为译者添加。

【基金项目】国家社会科学基金青年项目“民事执行法典化背景下对债权的执行制度研究”（项目批准号：20CFX030）。

(1) 伊藤真「ジュリストとともに50年」ジュリスト1500号（2016年）19頁。

(2) 仅民事程序法领域被熟知的，说远就有铃木忠一博士（原司法研修所所长、东京高等法院法官）的『非訟事件の裁判の既判力：非訟事件の基礎的諸問題』（弘文堂，1961年）和吉川大二郎博士（原日本律师联合会会长、立命馆大学教授）的『保全訴訟の基本問題（増補版）』（有斐閣，1985年），说近就有園尾隆司律师（原东京高等法院法官）的『民事訴訟・執行・破産の近現代史』（弘文堂，2009年）、加藤新太郎律师（原东京高等法院法官）的『民事事實認定論』（弘文堂，2014年）、冈伸浩律师（庆应义塾大学教授）的『倒産法実務の理論研究（民事実務の理論研究Ⅰ）』（慶應義塾大学出版会，2015年）、福田刚久律师（原高松高等法院院长）的『民事訴訟の現在位置』（日本評論社，2017年）等。

因此，希望诸位中未来将从事实务的同学，也一定要关心研究活动。不过，我个人的研究生涯始终具有大学教员的身份，因此，以下思考均是以作为一名大学教员的研究者为前提。诸位看到手上的资料中“研究者的三欢五衰”这一标题，或许多少有点摸不着头脑。从字面上解释，“三欢”就是具有研究者的身份所带来的三项欢愉，而“五衰”则是导致研究生活衰退的五项原因。今天是分享反省记，所以我想以我个人为例，按照我对法学研究之意义的理解，来展开“三欢五衰”的内容。

## 二、研究者的“三欢”

从我个人的经验来看，法学研究者的“三欢”应当是：第一，选择研究对象的自由；第二，独立于职务方面的限制及利害关系之外；第三，持续且自律的活动受到保障。下面我分别来谈一下这三点。

### （一）选择研究对象的自由

研究的自由，由选择研究对象的自由和论述内容的自由组成。关于选择研究对象的自由，就民事程序法而言，自然包括裁判法（司法制度论）、民事诉讼法、民事执行法、民事保全法、破产法、仲裁等裁判外纷争解决程序等领域，除此以外还包括担保法、债法、公司法等相邻领域。只要就这些领域在媒体上发表，便能公开研究成果，接受理论界及实务界的批判和评价，进而深化自己的研究。如果是民法或商法的研究者，则能把自己的研究范围扩展到更广泛的法律规范中。在这一过程中，研究者将不会受到任何人的制约，换言之，可以自由选择自己的研究对象。

以我个人为例，“电视广告”<sup>(3)</sup>这一题目可能跳得有些远，但“抵押权人对租金债权的物上代位”<sup>(4)</sup>及“损失填补”<sup>(5)</sup>等题目则属于正常范围。如果是商法学者，尽管从法律规范的内容和性质来看，《海上物品运送法》与《金融商品交易法》并没有那么紧密的联系，但这两个领域都被认为是商法学者的研究范围。另外，作为英美法的研究者而被熟知的樋口范雄名誉教授（武藏野大学）在医事法和高龄者法等领域也享有盛誉<sup>(6)</sup>；诸位的师兄小塚壮一郎教授（学习院大学）最近则在研究宇宙法。<sup>(7)</sup> 这些例子皆在诠释作为研究者选择研究对象的自由。

---

〔3〕 伊藤真「テレビ広告に対する法規制（上）（下）——子供向CMを材料として」ジュリスト784号（1983年）82頁、785号（1983年）123頁。

〔4〕 伊藤真「賃料債権に対する抵当権者の物上代位（上）（下）」金融法務事情1251号6頁（1990年）、1252号（1990年）12頁。

〔5〕 伊藤真「第三セクターの破綻と損失補償契約の取扱——最小小判平23・10・27はゴルディウスの結び目を断ち切ったか」金融法務事情1947号（2012年）31頁。

〔6〕 樋口範雄『医療と法を考える』（有斐閣，2007年），樋口範雄『医療と法を考える』（有斐閣，2008年），樋口範雄『超高齢社会の法律、何が問題なのか』（朝日新聞出版，2015年），樋口範雄「退職教員からのメッセージ」東京大学院法学政治学研究所・法学部NEWSLETTER20号（2017年）4頁。

〔7〕 小塚壮一郎編著『宇宙ビジネスのための宇宙法入門』（有斐閣，2015年）小塚壮一郎=青木節子「宇宙2法の背景と実務上の留意点」NBL1090号（2017年）29頁。

## （二）独立于职务方面的限制及利害关系之外

正如开头所提到的，实务家在从事论文的执笔等活动时，也属于研究者。但是，姑且不论时间方面的制约，因兼有实务家这一身份而在研究活动的开展上受到多多少少的制约，均系在所难免。作为法官，对于已存在最高法院判例的特定法律问题，即便是以研究论文的形式进行批判并推动判例变更，无疑也需要下一定的决心。作为律师，对于自己已经接受委托或者有可能接受委托的案件，则不得不斟酌展开何种主张。对于这些问题，固然也有可能从已存在的被拘束性中跳脱出来，但这需要下相当大的决心。在律师同时是企业组织中的一员的情形，就更是如此。

相较而言，研究者不存在特别的制约。如果读审议会的议事录或者杂志上的座谈会，有时会发现研究者在发言时要特意声明“以下是个人意见”。但是，既然是研究者的发言，那必然是个人见解，因而这种声明难免会让人觉得不自然。研究者与法官、检察官有所不同，其并非国家权力的行使主体；与律师也不同，其无须承担实现委托人的利益等义务。研究者的观点只受其内容上说服力的支配。因此，只要研究者没有丧失对社会的责任感，其观点就不可能违背自己的认知和思考。

另外，用“制约”这一提法可能有些不合适，但在就某一课题已先行存在恩师的学说时，自己该如何应对，也确实是一个问题。我的恩师是三月章教授。众所周知，三月教授系新诉讼标的理论提倡者。<sup>(8)</sup> 尽管如此，我却支持与之对立的旧诉讼标的理论。<sup>(9)</sup> 然而，正如三月教授自己所提到的“跳出恩师的学说之自由”<sup>(10)</sup>，对恩师的尊敬，与在自己的学说上采用何种立场，乃是不相干的问题。<sup>(11)</sup> 当然，支持恩师的学说也是完全可以的，但应当避免的是，明明对恩师的学说感到疑问却依然追崇，或者以“采用任何观点都不会有太大的差别”为借口，从对峙的压力中脱逃。

再者，研究者不会参与特定的案件，因此与相关案件的结果不存在责任或利害关系。我相信实务家对理论学说抱有敬意，也是出于理论学说的普适性和中立性。可是，这里也有一个陷阱，那就是法律意见书。关于这一点，我最近的论文已经探讨了<sup>(12)</sup>，在此恕不赘言。倘若诸位将来在接受相关委托或者作出相关委托时能够回想起这一点，则为万幸。

---

(8) 三月章『民事訴訟法』（有斐閣，1959年）80頁。

(9) 伊藤真『民事訴訟法（第6版）』（有斐閣，2018年）214頁。同样是我恩师的新堂幸司老师就既判力对口头辩论终结后的承继人的扩张之标准，提出了实质说与形式说的判断框架。参见新堂幸司『民事訴訟法（第5版）』（弘文堂，2011年）704頁；而拙著第576页则对该判断框架提出了疑问。针对反射效及争点效等概念，我同样对新堂老师的观点提出了疑问。

(10) 在三月章书的后记中，三月老师提到在拜访隐居的硕学兰特教授时，硕学兰教授教诲道，“法学研究者必须始终追求自由。第一个是跳出恩师的学说之自由，第二个是跳出支配性学说之自由，第三个是跳出先前自身的学说之自由”。

(11) 山本和彦「倒産手続における法律行為の効果の変容——『倒産法の再構成』の再構成を目指して」高橋宏志ほか編『民事手続の現代の使命：伊藤真先生古稀記念祝賀論文集』（有斐閣，2015年）1202頁，提到，“恩师教给笔者的是，在纪念论文集中对论文集将呈给的老师的核心学说加以批判，一定程度深化理论界的研究水平，乃是报答学恩的礼数”。

(12) 伊藤真「法律意見書雑考——公正中立性の ombre et lumière（光と影）」判例時報 2331号（2017年）141頁。同论文第144页指出，“研究活动，是指不受特定的团体或集团的利害所制约，探索立法之解释和实务之运用的应有方案的智慧行为”，即便是基于当事人的委托所撰写的意见书，其内容也依然要贯彻公正中立的立场。

下面稍微扯远一点，我想谈一下研究者改变自己先前的观点，也就是“改说”这个话题。针对某一问题得出结论，一旦经过深思熟虑并予以发表，此后无论经受何种批判，也不会改变该结论。这似乎是研究者的一种自尊。而且，研究者有时可能明明是在孤芳自赏，却也必须坚持自己的主张。<sup>(13)</sup>然而，这取决于人的资质和能力，因此不应作为一般性要求。在长达数十年里持续写作论文和体系书后，有时我也会感到不能放过年轻时发表的观点中的缺憾，而应当修正该观点。连我妻荣老师和新堂幸司老师这样久负盛名的大家有时也会明言“改说”<sup>(14)</sup>，我不得不“改说”，也就没有什么好奇怪的了。

话说回来，即便是我一孔之见，有时也会觉得自己的学说被别人的论文或著作引用后，再改变自己的学说是一种不负责任的心态，因此会犹豫不决。另外，在实际的案件中，哪怕是少数说或单独说，也有可能成为各方寻找论据的材料，发挥启迪各方主张的作用，因而具有相应的存在意义。如此这般，我思前顾后依然改变自己先前学说的情况也不少。尽管是一个非常细小的问题，最近的例子就是，租赁合同中的违约金条款。例如，若承租人在租赁期间解除合同，则必须支付一定金额的违约金，出租人可以将其享有的违约金请求权与承担的押金返还债务进行精算。在作为租赁合同当事人的承租人开始了破产清算程序后，出租人可否依据违约金条款向承租人的破产管理人主张违约金请求权？是否允许出租人将违约金请求权与押金返还债务进行精算？我曾经主张，违约金条款对破产管理人有效，而且出租人的违约金请求权是因破产管理人行使解除权而发生，因此为财团债权，那么当然应当允许出租人将违约金请求权与押金返还债务进行精算。<sup>(15)</sup>但是，在重新分析违约金请求权的法律性质等问题后，鉴于《日本民法》第420条第3款将违约金推定为损害赔偿额的预定、《日本破产法》第54条第1款将合同相对人因破产管理人解除双方未履行双务合同而发生的损害赔偿请求权规定为破产债权，我转而认为，应当将出租人的违约金请求权作为破产债权。而且，违约金请求权中超过实际发生的损害的那一部分，在经济实质上无法得到有力支撑，因此，从重视出租人与其他破产债权人间的公平这一角度出发，应当将该部分违约金请求权作为劣后的破产债权，那么就不应允许出租人通过将违约金请求权与押金等债务进行精算而优先受偿。<sup>(16)</sup>借拙著《破产法・民事再生法（第4版）》出版的机会，我将修改相关部分的论述。<sup>(17)</sup>

不过，除了相关法律、法规修改等情形外，就同一问题再次“改说”，即重新回到最初的观点或者采用第三种观点，作为研究者的态度，显然会被批评不负责任。因此，“改说”应当以一次为限。也可以说，研究者在将自己的观点公开前，应当保持一定的审慎。

(13) 伊藤真「須藤正彦さん（弁護士・元最高裁判所判事）を偲ぶ」NBL1088号（2016年）91頁。

(14) 我妻榮『新訂債権総論』（岩波書店，1964年）438頁，新堂幸司『新民事訴訟法（第4版）』（弘文堂，2008年）787頁。

(15) 伊藤真『破産法・民事再生法（第3版）』（有斐閣，2014年）363頁注83。

(16) 伊藤真「双方未履行双務契約において破産管財人が破産法53条に基づいて解除した場合の中途解約違約金条項の有効性と中途解約違約金請求権の破産債権該当性」岡伸浩ほか編『破産管財人の債権調査・配当』（商事法務，2017年）571頁。

(17) 伊藤真『破産法・民事再生法（第4版）』（有斐閣，2018年）394頁。

### （三）持续且自律的活动受到保障

研究者的欢愉还有一点就是，可以从事研究活动的期间非常长。法官或检察官的职业寿命最长也就40年左右，而且职务内容也未必完全能够由自己来决定。以我对前辈和朋友的观察，律师执业50年、60年也并非罕见，但由于必须遵循客户本位，因而无法完全按照自己的步调行事。与之相对，研究者只要保持身心健康，则有可能将研究生涯持续50年以上，而且在具有大学教员的身份期间，只要不奢望华丽的生活，维持家庭开支程度的收入是完全有保障的。

尽管如此，为何希望成为研究者的人却呈现出减少的趋势呢？除去收入的差距外，我认为有两点原因。

第一点是孤独感。在研究生或者助手、助教阶段，研究者身边会有指导教员，并且还会有专业相同或者相近的其他研究者，因而能够受益于相互交换看法、相互切磋观点的机会。可是，在升任副教授以上后，研究者就进入所谓的独立研究时期，尤其是在首都圈或京都、大阪、神户以外的地区任教，均会产生不同程度的孤独感。姑且不论作为一个教育者，作为一个研究者很可能会存在没有组织这一劣势。

话说回来，即便某所大学在相关地区是唯一的，该地区也必定会有相当数量的法官、律师等实务家，因而研究者只要不闭目塞听，并积极地创造交换看法的机会，就必定能够寻找到出路。而且，与我年轻的时候相比，现在各种信息交换的手段已经非常发达，关键是不能为自己设置条条框框，而是勇敢地等待与不同世界的人交换意见的机会，并注意培养通用于外在世界的语言表达。

第二点是毅力。当然，平常我们所看到的律师工作，例如，一个大型案件到终结为止，有时也会经历3年、4年甚至10年以上。<sup>〔18〕</sup>法官审理大型案件，抛开调动的因素，同样也有可能经历这么长时间。那么研究者又有何不同呢？答案取决于研究者为自己设立何种人生目标。我这一辈坚持的目标是，就自己原本研究范围所属的领域，在作为一个研究者达到壮年期前，出版体系性书籍并不断修订。出自我同辈研究者、诸位平常接触得比较多的书籍，例如，菅野和夫的《劳动法》、江头宪治郎的《股份有限公司法》、中山信弘的《专利法》等，皆是如此。<sup>〔19〕</sup>

除此以外，还有教科书这一概念。那么，体系书与教科书是什么关系呢？我个人的观点是，就结论而言，体系书能够成为教科书，但教科书无法达到体系书。这两者并非是通过页数的多少来加以区分，自不待言。

已故的田宫裕博士（刑事诉讼法、原立教大学法学部教授）有一句名言，“教科书这种东西应

---

〔18〕 上田裕康「民事再生法92条1項と第三者債権による相殺——最二小判平28.7.8.を契機として」金融法務事情2074号（2017年）42頁提到，其负责以雷曼兄弟证券为中心的雷曼关联公司的民事再生案件时，经历了长达10年的时间。

〔19〕 菅野和夫『労働法（第11版補正版）』（弘文堂，2017年），江頭憲治郎『会社法（第7版）』（有斐閣，2017年），中山信弘『特許法（第3版）』（弘文堂，2016年）。

该是八成左右的内容无论哪一本都是相同的，而由剩下的两成一决高下”。<sup>(20)</sup>我认为这句话里的教科书三个字，也可以换为体系书。我个人是唯我独尊的性格，因而在以《民事诉讼法》为首的自著里，有三四成内容都自以为是地采用了自己的学说。但听到田宫老师的教诲并冷静反思后，我也渐渐觉得至多有一两成内容采用自己的学说，才是正确的写法。那么，支撑那两成左右内容的究竟是什么呢？

那就是论文。我曾经指出，“没有论文支撑的体系书是空洞的，不能在体系中找到位置的论文也是没有意义的”。<sup>(21)</sup>如果把体系书比作高层建筑的话，那论文就可以说是奠定其基础的桩子。正如基础桩不足的建筑会在抗震性上有所欠缺，我相信无论是在哪一个法学领域，倘若执笔者自己没有手握几十篇论文，想在体系书中那两成左右的内容上展开自己的学说，都是不可能的。以田宫老师为首的刚刚举出的那些老师的体系书均符合上述条件。这无疑是诸位与我的共识。

如果要问体系书是不是最好的教科书，则无法就此断言。此乃因为，这两者所分别被期待的功能并不完全吻合。我曾经指出，“体系书应当是按照一定的基本原理或基础理念将某一领域的法律规范群梳理为一个体系，并发挥就最新产生的问题向法院等部门提供解决方案这一作用的书籍”。<sup>(22)</sup>实际上能否发挥这一作用姑且不论，至少体系书作者所秉持的态度应当是，指明实务运用及其改革的方向，主导理论的动向，有时还需要启迪立法的趋势。然而，如果要问以这样的态度写成的体系书是否适合作为研习者的教科书，则未必能就此断言。我个人的建议是，若想在上课之前把握民事诉讼程序的全貌，则最好选择在数日内通读页数较少的教科书，最理想的可能是，既宜作为教科书使用又能发挥体系书作用的具有普适性的书籍。恕我拙笨，无法写出这样的书。

不过，对持续活动的保障，有时也可能产生负面效应。律师在年轻阶段会存在来自合伙人的评判，在合伙人阶段会存在来自共同合伙人的评判，无论在哪个阶段都会存在来自委托人的评判。检察官则会存在来自上司的人事评判。即便是依照《日本宪法》第78条受到身份保护的法官，由于《日本宪法》第80条第1款规定下级法院的法官任期为10年，在法官续任时，其此前10年的职务执行状况也会构成评判的对象。续任是由内阁按照最高法院的指名来实施的。作为司法制度改革的一环，最高法院设有“下级法院法官指名咨询委员会”这一机构。该机构在民事方面会收集来自担任诉讼代理人的律师、在刑事方面会收集来自检察官及担任辩护人的律师等各方面的信息，并在此基础上从综合角度出具相关法官是否适合续任的意见。以此为考量，最高法院的法官会议将最终决定相关法官是否续任。

相较而言，研究者一旦被大学作为长聘教员采用，除去从讲师到副教授、从副教授到教授的

(20) 这句名言被引用在辻本典央「田宮裕理論と公訴・公判法」近畿大学法学65卷1号(2017年)19頁，同頁指出：“田宮理論是在頻繁挑戰那些巨匠們(團藤重光博士、平野龍一博士——伊藤眞注)所構築的通說基礎上建立起來的。因此，田宮理論正如莫扎特般充滿新鮮的魅力，並在屬於猛烈衝擊通說的理論武裝這一點上極具特色。”

(21) 伊藤眞『千曲川の岸辺——伊藤眞隨想錄』(有斐閣，2014年)94頁。

(22) 伊藤眞『千曲川の岸辺——伊藤眞隨想錄』(有斐閣，2014年)88頁，伊藤眞『続・千曲川の岸辺——伊藤眞隨想錄II』(有斐閣，2016年)51頁。

升任审查或者转到其他学校时的审查外,可以说在制度层面不存在就研究活动接受评判的可能性。当然,研究者在学界受到很高的评价、被授予一定的奖项,或者风评很差等情况是存在的。但是,这些并不会直接影响大学教员的身份保障。换言之,可以说研究者的研究活动主要取决于自律。<sup>(23)</sup>

### 三、研究者的“五衰”

有个词叫作“天人五衰”,其原本是佛教用语,意思是说,即便是具备优秀的资质和才能的人,也无法避免衰退。后来,这个词因三岛由纪夫的《丰饶之海》四部曲中的第四部《天人五衰》(新潮文库,1977年)而广为人知。下面我想仿照这个词,谈一下研究者的“五衰”。在鼓励诸位走上研究道路之际,谈“五衰”之类的话题,有可能会打击诸位的士气。我主要是希望以自己在漫长的研究生活中所留意到的几点情况,为诸位提供些许参考。

#### (一) 年龄增长所带来的变化

年龄增长所带来的变化是不可逆的现象,但也许可以在此前提下,通过根据年龄相应调整研究姿态来加以应对。以我自己为例,我想我在二十多岁时就已经受到了当时法解释论争的影响<sup>(24)</sup>,但当时却困惑于法解释论的研究到底意味着什么?法官必须就相关纠纷作出判断,律师必须为实现委托人的利益而倾尽全力。与此不同,独立于具体的案件或委托人的、客观的法解释论真的存在吗?<sup>(25)</sup>探求其存在的学问能够成立吗?这些问题是以价值观尖锐对立的那一时代为背景的,但对当时的我而言却是难题。我当时沉醉于普鲁士法等方面的研究,可能绕开了这一难题,但关于日本法的解释论和立法论的部分却是未完待续,在这一难题上我并未找到自己的答案。<sup>(26)</sup>

我提议由消费者团体和环境保护团体取代实体利益的归属主体,消费者利益和环境利益具有停止侵害请求诉讼和损害赔偿请求诉讼的实施权,即纠纷管理权的概念,就是这一彷徨时期的产物。对此,我感觉姑且不论基础理论,即便是在民事诉讼法学说内部,这一概念也只是被漠然地接受了。此乃因为,与在自然科学等领域欧美等国尚未出现的东西往往会受到较高的评价所不同,当时法学领域的风气是,某一制度或概念若在外国特别是作为母法国的德国中尚不存在,则会因

---

(23) 东京大学法学部印有《东京大学法学部白皮书》,其中详细介绍了各位教员的教育和研究活动的内容。我理解这也是旨在促进研究者自律的制度。

(24) 来栖三郎『来栖三郎著作集 I』(信山社,2004年)78页,提出了以下问题,即“法的解释存在多种可能,从中选择其一,要受到解释时的主观价值判断的左右……一方面面对着法的解释因人而异这一明白无误的事实,另一方面为何又以存在客观、正确、唯一的法的解释为前提,并认为自己的解释就是那种法的解释,而且认为那就是对法律、法规客观认识的结果”。在这之后,民法中出现了以利益考量论为中心的法解释方法论的相关论争,该论争以法解释的实质性侧面(价值判断)的根据究竟在哪里这一形式展开。前田達明『続・民法学の展開(民法研究 第三卷)』(成文堂,2017年)99页。

(25) 加藤新太郎「リーガル・リテラシーの諸相」書齋の窓 648号(2016年)2页,指出,实务家所作出的法解释论与研究者的存在差异。

(26) 伊藤真「不動産競売における消除主義・引受主義の問題(一)~(三)」法学協会雑誌 88卷4号(1971年)375页,89卷5号(1972年)1091页,90卷3号(1973年)509页。

此而饱受争议。<sup>(27)</sup> 在大约 40 年后, 纠纷管理权的概念以制定《消费者裁判程序特例法》的形式被普遍接受<sup>(28)</sup>, 我实在是感到喜出望外。不过, 自该法及其最高法院规则于 2014 年 10 月 1 日施行后, 尚未听说有特定适格消费者团体提起公益诉讼的例子, 因而不得不说这一制度能否发挥作用尚是未知数。<sup>(29)</sup>

此后, 我到美国和德国进行了两年的学术休假, 因而获得了从外国法的视角来反思日本法研究应有状态的宝贵机会。尽管我当时没有察觉到, 但现在回想在那一时期已经形成了共识, 即现代社会存在正义、公平、公正等应予实现的普遍价值, 无论是法解释还是立法都应以这些普遍价值为目标。接下来, 我在 40 岁到 50 岁期间, 作为研究成果的发表方式, 确立了先发表论文, 再接受相关的批判和评价, 当在某一法律领域取得相当的积累后, 整理体系书, 然后再通过新的论文问世来修订体系书这一循环作业的流程。自 1988 年的《破产法》开始, 经过《民事诉讼法》《破产法・民事再生法》《公司更生法》, 直到 2016 年的《消费者裁判程序特例法》为止, 便是我近 30 年的研究生活轨迹。不过, 论文的执笔以及在此基础上的体系书的修订工作是没有终点的<sup>(30)</sup>, 再考虑到必须将民法修改所创设的新规则反映到体系书的内容中, 不可否认的是, 俨然已经站在后期高龄者大门前的我, 确实感到肩上的担子有点重了。但反过来想, 只要能够保持身心健康和

(27) 住吉博ほか「これからの民事訴訟法学」ジュリスト(1978年)655頁(伊藤眞発言), 伊藤眞「続・老書生交友鈔」書齋の窓648号(2016年)57頁。

(28) 消費者庁ウェブサイト「平成29年度 消費者支援功労者表彰 内閣府特命担当大臣表彰」欄。

(29) 日本《修改独立行政法人国民生活中心法等法律的一部分的法律》(2017年法律第43号)规定, 修改《独立行政法人国民生活中心法》第3条、增设第10条第7项和第43条之2, 增设《消费者裁判程序特例法》第75条第4款。以此为依据, 对于特定适格消费者团体实施的假查封, 国民生活中心可以代替消费者团体提供担保。其目的在于, 防止特定适格消费者团体因筹措不到充足的资金而错过以假查封来保全对方当事人企业之财产的机会, 进而造成申报债权人的权利难以实现的事态。但目前尚未听说有特定适格消费者团体提起公益诉讼的例子。

(30) 例如, 拙著《破产法・民事再生法(第3版)》是2014年9月末刊行的, 其参考的最高法院判例是到2014年6月5日为止, 文献是到2013年末为止。在此之后, 又涌现出最高裁判所2014年10月28日判决, 最高裁判所民事判例集68卷8号1325頁(破产管理人的不当得利返还请求权和侵权原因给付的法理); 最判28・4・28判時2313号25頁(死亡保险金的破产财团归属性); 最高裁判所2016年7月8日判决, 最高裁判所民事判例集70卷6号1611頁(第三人债权抵销的容许性); 最決平成29・9・12(未公刊)(程序开始时现存主义之适用)等多个最高法院判例及相当数量的下级法院案例, 出版了超过20册的注释书和论文集, 还新出现了为数众多的杂志论文。

而且, 我自己也发表了十余篇论文: 「片務契約および一方履行済みの双務契約と倒産手続」NBL1057号(2015年)30頁, 「破産管財人の法的地位と第三者性—管理機構人格説の揺らぎ?」岡伸浩ほか編・『破産管財人の財産換価』(商事法務, 2015年)547頁, 「『相殺の合理的期待は』Amuletum(護符)たりうるか——最二小判平成28年7月8日の意義」NBL1084号(2016年)4頁, 「株主代表訴訟の外延と倒産手続の交錯——会社の責任財産の保全と株主の地位」伊藤眞ほか編集代表『倒産法の実践』(有斐閣, 2016年)1頁, 「無償否認における善意の受益者の償還義務の範囲——詐害行為の回復と善意の受益者保護の調和を求めて」判例時報2307号(2016年)39頁, 「破産者代理人(破産手続開始申立代理人)の地位と責任——『破産管財人に対する不法行為』とは何か補論としてのDIP型破産手続」事業再生と債権管理155号(2016年)4頁, 「最二小判平22・6・4のNachleuchten(残照)——留保所有権を取得した信販会社の倒産手続上の地位」金融法務事情2063号(2016年)36頁, 「法的倒産手続の利用を促すために—nahtlos(継ぎ目のない)手続の実現を目指して」金融法務事情2069号(2017年)36頁, 「双方未履行双務契約において破産管財人が破産法53条に基づいて解除した場合の中途解約違約金条項の有効性と中途解約違約金請求権の破産債権該当性」岡伸浩ほか編『破産管財人の債権調査・配当』(商事法務, 2017年)559頁。



作为研究者的紧迫感，直至天命为止都鼓足干劲去生活，也未尝不是一种幸福。想到完成我国第一本近代国语词典的大槻文彦博士，尽管遭遇了幼子和伴侣因病过世的不幸，依然从1874年到1890年，经过17年的岁月完成了“辞海”，在喜寿的年纪还从拂晓坚持投入修订工作到深夜的努力<sup>(31)</sup>，我便觉得娇惯如此优良环境下的自己，十分羞耻。

需要指出的是，相关法律法规的修改和新的最高法院判例及下级法院案例公布的频度在不断增加，体系书隔几年就进行一次修订的话，是无法完全做到的。因此，我现在会把部分内容作为补订信息公开在出版社的主页上。<sup>(32)</sup>

若要不修订，维持体系书的生命，则协助者必不可少。《民事诉讼法（初版）》和《破产法·民事再生法（初版）》得到了东京大学法学部和法科大学院的学生诸君的协助，这一点我分别写进了这两本书的前言中。现在发售中的《民事诉讼法（第5版）》和《消费者裁判程序特例法（初版）》是由行川雄一郎法官候补（所属司法研修所第一部、早稻田大学大学院法务研究科毕业生）单独、《公司更生法（初版）》和《破产法·民事再生法（第3版）》是由木村真也律师和行川先生共同在百忙之中倾力协助的，并且出版社编辑部的各位同事也在校对等方面细心注意。如此，我才能持续修订体系书。另外，每次拙著和论文付梓时所受到的鼓励、来自以今中利昭律师（大阪律师会、关西法律专利事务所）为首的前辈和朋友们的鞭策，是支撑我坚持下去的精神食粮、沙漠之泉。如果说起与其他的研究者同仁相比我唯一的优势，那无疑是与这些朋友的交流和来自他们的厚意。

## （二）与判例和通说之间的距离

第二点是拘泥于判例和通说所导致的衰退。这一点涉及大学教员任务的两大支柱即教育与研究之间的关系。几十年前的情况姑且不论，我相信现在无论是在单方向上还是在双方向上，教育的目标都在于，让学生掌握将构成其毕业后实务工作之基础的各种法律的基本原理和基础概念，并使具备相应的应用能力和表达能力。为达成这一教育目标而花费的课程时间是有限的。因此，其核心应当是，在解释存在对立或有可能出现对立的问题上，使学生正确地理解判例的意义，并掌握被普遍接受的学说即通说的内容。我个人在课堂上有时也会就某一问题指出存在观点的对立，并陈述自己的观点，但不会占到很大的比重。我想所谓的入门书或考试参考书的内容应该也是如此吧。尤其是在面向司法考试的学生中的大部分有“判例通说依赖综合症”的当下<sup>(33)</sup>，这一趋势正在加剧。

既然大学教员必须完成教育任务，那么尽到上述注意责任，便是理所当然。我个人也是这么

---

(31) 高田宏『言葉の海へ』（新潮社，1978年）。

(32) 关于《民事诉讼法（第5版）》、《破产法·民事再生法（第3版）》、《公司更生法》，参见有斐阁的主页，<http://www.yuhikaku.co.jp/>。关于《消费者裁判程序特例法》，参见商事法务的主页，<https://www.shojihomu.co.jp/>。就民事诉讼法而言，从2017年2月到9月的8个月间，我已补订了23件最高法院判例及下级法院案例的内容和意义。

(33) 伊藤真『千曲川の岸边——伊藤真随想録』（有斐閣，2014年）189頁。

做的。如果以高尔夫来比喻，那上述注意就相当于职业教练的任务。但是，这里有一个陷阱。我认为，研究是要发现实务中尚未被意识到的问题，并且对通说和大众观念提出疑问，然后提供新的解决方案。<sup>(34)</sup>与职业教练相对，这可以说是职业球员的任务。大学教员同时承担职业教练和职业球员两者的任务。这里的陷阱就是，在习惯于当职业教练后，很容易忘记自己同时是职业球员。尽管受到所在大学的实际工作任务等因素的影响，发表量会有所波动，但我认为如果不持续地发表论文，并接受来自其他研究者或实务家的批判，作为一个研究者则必然会衰退。

### （三）在大学中研究者这一身份受到保障的意义

第三点是本职工作即教育及大学运营的相关工作以外的负担过重，所导致的研究活动的衰退。完成教育及大学运营的相关工作，乃是研究者这一身份受到保障的基础。因此，即便有时觉得所在大学的工作任务很重，也不能拒绝，或者说不应拒绝。但在判断是否接受其他工作任务时，则应先想清楚该任务是否会对大学教员任务的另一大支柱即研究活动造成妨碍，以及自己是否还有余力。不过，是否还有余力，完全取决于个人的资质能力，因而判断标准无非就是自律与否。

### （四）沉浸于封闭空间所导致的衰退

第四点就是沉浸于封闭空间所导致的衰退。这么说，可能诸位也很难有概念。换个说法就是，封闭于特定的领域，而且是仅仅由研究者所构成的团体。一般而言，实务法曹无论是在执业资格上还是在实际执业中都是提供常规服务，即处理民事、家事、刑事或行政案件。当然，现实中也有律师专门处理金融案件，不要说接手刑事或家事案件，就是连接手一般民事案件、去开庭的机会几乎都没有。法官往往也是经过一定年限后，就被划分为民事序列或刑事序列。但是，律师若是接到委托，法官若是因人事变动而负责其他类型的案件，便会学习相关的必要知识并掌握相关的职业技能。

我认识的金筑诚志先生（原最高法院法官）在当法官后，先是做了一段时间的刑事法官。可是，他本人曾发出过如下感慨：“前21年一直专门负责刑事案件，民事的经验为零，却突然被调去民事部。我只有在通勤的电车中以在书上划线的方式拼命学习《有斐阁概说系列》。可能是因为已经45岁了吧，完全记不住。”<sup>(35)</sup>尽管如此，金筑先生后来还是成为东京地方法院民事第八庭（商事庭）的负责人，并因此而声名鹊起。当然，我认为这很大程度是依赖于他的天资和努力，但在必须完成内容多样的工作任务这一点上，全体法官无疑是共通的。

相较而言，研究者的通例是，从事其起步时选择的专业领域，一辈子都不会改变。相反，在自己的专业领域不断深挖，发掘问题，提供解决方案，形成构成实务运用之基础的对法律规范的解释，才是研究者的使命和责任。从这个意义上说，研究者必须是其所在专业领域的专家，发挥指导实务之运用与改革的作用。

可就实际情况而言，目前的趋势是，研究者以专业领域、出身大学等为交集，聚集于仅由研

(34) 伊藤真「続・老書生交友鈔」書齋の窓 648号（2016年）55頁。

(35) 金築誠志「職業としての裁判」東大法曹会会報 31号（2017年）12頁。

研究者构成的很小的团体内。当然，公开发表物自不待言，研究者通过在学校内外的研究会等场合与实务家交换意见，从而接触到实务中问题意识的机会会有很多。但这只是研究者一方的被动接受，或者说有一个研究姿态的问题。换言之，更理想的姿态是，对包括下级法院案例在内实务上观点对立的问题、虽然存在最高法院判例但该判例法理的意义难言明确的问题，以及在实务中尚未被认识到是问题但应予改变的做法及运用的理论根据等，积极地发表研究论文，接受批判，并在此基础上进一步深入思考。<sup>(36)</sup> 研究论文既然是新的分析和主张，就不可能完美，在发表后必然会受到批判。研究者只须接受批判，然后深化自己的思考即可。

我前年的一篇关于律师会照会的论文<sup>(37)</sup>，就是通过与亲身参与实务运用的第一东京律师会和日本律师联合会的同仁进行探讨，然后发现以利益衡量来决定是否有回答照会的义务这一判例法理存在问题。简而言之，现在的判例法理是，将取得实施诉讼所需的证据、发现可作为强制执行之对象的财产等期待通过回答照会而实现的利益，与隐藏作为照会对象之信息的利益进行比较衡量，在足以认为前者大于后者时，才肯定回答照会的义务。问题是，在以利益衡量来进行判断的主体这一点上，乃是发出照会的律师会与接到照会的相对人分别进行判断。当这两者的判断出现分歧时，若法院没有站在中立公正的立场作出判断的机会，则争议将一直持续下去。如果回答律师会照会的义务不是向委托人本人或申请照会的律师承担，而是向发出照会的律师会承担，那么一种有力的解释就是，由律师会对拒绝回答照会的相对人提起损害赔偿请求诉讼，并由法院在诉讼中判定发出照会的律师会与接到照会的相对人这两者间何者的判断是正确的。

然而，最高法院 2016 年 10 月 18 日的判决撤销了认可以上述方法来解决争议的原判决，其理由是律师会在私法上的利益并未因相对人拒绝回答照会而受到侵害。<sup>(38)</sup> 如此一来，通过司法判断来解决相对人是否有回答照会的义务这一争议的大门就被关闭了。不过，该最高法院的判决是将相对人是否有回答照会的义务这一问题发回重审，次年 6 月末名古屋高等法院判决认定相对人负有回答照会的义务<sup>(39)</sup>，目前第三审正在审理的过程中。我希望该高等法院的判决能够被第三审维持。但抛开这一点我想说的是，之前对律师会照会制度毫无研究实绩的我，在年逾古稀后还能意

---

(36) 早川真一郎「『眼高手低』から『手低眼高』へ」ケース研究 309 号（2011 年）巻頭言，指出：“我认为，法学研究者在努力学习历史和外国法的基础上，给予实务建设性的批评，乃是日本法健康发展的必经之路。”

(37) 伊藤真「弁護士会照会の法理と運用——二重の利益衡量からの脱却を目指して」金融法務事情 2028 号（2015 年）6 頁。

(38) 最高裁判所 2016 年 10 月 18 日判决，最高裁判所民事判例集 70 卷 7 号 1725 頁。此判决的核心部分为：“律师会被赋予第 23 条照会的权限，无非是为了实现制度的公正运用。关于接受相对人就第 23 条照会进行的报告，律师会并不享有法律上应受保护的利益。因此，拒绝就第 23 条照会进行报告的行为，并不会因侵害发出第 23 条照会的律师会之法律上应受保护的利益而构成对该律师会的侵权行为。”

(39) 名古屋高等裁判所 2017 年 6 月 30 日判决，金融・商事判例 1523 号 20 頁。此判决中应注意的部分为：“一方面，根据第 23 条照会的制度目的和律师会所承担的职责，律师会公正且适当地运用第 23 条照会制度，确保其实效性，乃是受到法律保护的、律师会的固有利益。另一方面，在是否有报告义务（有无拒绝报告的正当理由）这一点上律师会和照会相对人的判断有分歧时，通过司法判断来实现争议的解决，乃是适当的。”

识到相关问题及其意义，并有机会发表愚见，完全是受益于与实务家同仁的交流。

#### （五）与实务之间的紧张关系

第五点是埋没于实务所导致的衰退。换句话说，也就是如何保持理论与实务的距离，或者说理论的存在意义。举例而言，我最近发表了一篇论文，题目是《从第三人处取得执行债务人金融资产的相关信息的制度设计方案》。<sup>〔40〕</sup>这篇论文并非解释论，而是涉及目前正在法制审议会民事执行法分会审议中的民事执行法修改草案。

修改讨论事项之一为，是否赋予已取得确定给付判决等执行名义即强制执行之申请资格的债权人针对以存款、生命保险解约返还金、股份信托受益权等形式保管着债务人财产的银行、保险公司、证券公司等金融机构就被保管的金融资产存在与否及其内容向法院申请照会的权限，以及课以作为照会相对人的金融机构按照法院的裁定提供信息的义务。对于课以第三人提供信息的义务这一点本身，反对的观点很少，但对于应作为相对人的主体之范围，似乎尚无定论。

在一方面以执行债权人必须特定作为查封对象的执行标的财产为原则，另一方面对于执行债务人的存款债权及其他金融资产执行债权人很难获得特定所必需的信息这一状况下，现在的实务认可“设置顺位特定”这一操作方式。但是，关于处理存款的银行，即便按照这种操作方式，执行债权人至少也应当特定到分行级别，乃是现在的判例法理的要求。于是，在法制审议会的草案审议过程中，主张——在这种判例法理的背景下，以在设置顺位的要件上较严格的银行为限，课以其提供存款信息的义务——的观点似乎正在变得有力。如果以现在的判例法理以及相应的执行实务为前提，上述观点确实值得首肯。但与现在的判例法理和相应的执行实务保持一步的距离，再来试着思考这一问题，才是我在本论文中的立场。

具体而言，处理存款等金融资产的银行自不待言，处理保险商品的保险公司、处理股份和债券的证券公司等金融机构，均处于对债务人的金融资产进行保管、加以利用、并按时返还的地位。那么，从金融机构的上述地位和金融机构被《银行法》《保险业法》《金融商品交易法》课以的使命及职责来看，对这些金融机构平等地课以就债务人的金融资产提供信息的义务，才是具有合理性的；相反，以允许执行债权人就执行债务人的存款债权申请查封命令的现在的判例法理为思考的出发点，进而将提供信息的义务之相对人限定于银行，乃是欠缺合理性的。

将信息提供义务的相对人限定为银行还是广泛地包括处理金融资产的其他机构，乃是一个需要综合各种法律视角和政策判断才能作出决断的问题。我并不是想在这里主张我的观点更胜一筹。<sup>〔41〕</sup>

---

〔40〕 伊藤真「執行債務者の金融資産に係る情報を第三者から取得する制度設計の在り方——権道と正道（ius track）」金融法務事情 2074号（2017年）18頁。

〔41〕 日本弁護士連合会「民事執行法の改正に関する中間試案に対する意見書」（2017年）12頁，关于愚见指出，“与本联合会的意见在方向上一致”。

我只是想强调，作为研究者的探讨，显然不应该仅仅以判例及该判例下的实务为出发点，而应该思考若要确保强制执行的实效性、充实民事司法促进债务履行的功能、取得国民的信赖，怎样的制度设计才是最为理想的。

#### 四、结语

明治以来，作为法学政治学领域的研究者培养机构而发挥着巨大作用的东京大学法学部暨法学政治学研究科的运营者们始终对现状抱有危机感，其他大学的运营者也同样如此。想到这一点，我不禁心生敬畏。

司法自不待言，直接参与立法、行政、企业的运营及市民的权利维护等工作的实务法曹在探索具体问题的合理解决方案时，无疑是以研究论文和体系书为基础资料。如果要问研究者何以被信赖，那答案或许是，研究者并未被特定的集团或势力的利害所绑架，而且是以超越一时之实务动向的长远视角来分析问题的本质，并提供解决的方案。

我希望肩负未来的诸位能够复习一下近代日本的启蒙者福泽谕吉先生的《劝学篇》第十五篇即“论怀疑事物与决定取舍”的内容。这一篇是回顾他自己过往时的反省。出于对抛弃通说的畏惧、对四周将面临炮火集中轰炸的不安，以不具备充分思考的时间为借口，尽管在心底抱有疑问，最终却依从于大众观念或通说的情况并不少见。另外，也存在当最高法院就以往有争议的问题作出了判例后，研究者马上停下自己思考的情况。

关于我之前曾经被破产管理人咨询过的、有关破产清算程序开始时现存额主义之运用的一个案件<sup>(42)</sup>，最近最高法院作出了判决（最高法院网站 2017 年 9 月 12 日），其结论是驳回破产管理人一方的主张。既然最高法院已经得出了结论，那我也只有劝自己接受。但在听到破产管理人要尝试从最高法院裁定的补充意见入手探寻第三种解决路径后，我再一次意识到了自己的安于现状。如果借用福泽先生的话说，那就是，对权威和大众观念抱有怀疑才是研究者的职责。<sup>(43)</sup>如前所述，在发表自己的观点上不受任何制约，乃是研究者身份受到保障的人的特权。

最后我想再给诸位一点建议。那就是“游戏的人”（Homo Ludens）的建议。好多人都已经流露出不知所云的惊讶表情。我之前在所属的第一东京律师会的《会报》第 534 号（2017 年）的开篇读到佐藤庄市郎先生写的《给游戏的人的建议》。佐藤先生生于 1924 年，于司法研修第 2 期毕业，并成为最高法院的法官，是比我大 21 岁的老前辈。我曾经在一个案件中和佐藤先生一起担任仲裁员，此后又不时有机会接触并聆听雅教。游戏的人听起来意思像是喜欢玩的人。但佐藤先生说他曾经想在围棋、象棋、麻将、花札牌、扑克牌等室内游戏上和棒球、足球、篮球、排球、高

(42) 大阪高決平成 29・1・6，金融法務事情 2071 号 99 頁。

(43) 前田達明『続・民法学の展開』（成文堂，2017 年）150 頁。关于对权威的挑战指出，“一直以来日本法学界面对权威时都显得很弱……这种倾向现在仍未发生改变……想来也无法奢望法学的发展”。

尔夫等野外竞技上都“能大致达到以游戏会友的程度”，因此我理解他是想说，若要持之以恒地投入工作，则保持一定的休闲时光乃是非常重要的。刚才在给我的研究活动以鼓励的朋友中提到的今中利昭先生也是一位横跨美术、音乐、传统戏剧、高尔夫等多方面的达人。<sup>(44)</sup>

我在竞技方面只喜欢围棋，而在娱乐方面则特别喜欢社交舞、魔术、高尔夫及钢琴。不过，我在任何一项上都没有达到一定的水准，直到古稀（70岁）才开始学习的钢琴，尽管有牧山奈津子老师耐心的指导，却依然持续“低空飞行”，以至于一到钢琴课的前夜就担心到睡不好。在这一点上，我和佐藤老师存在决定性的差异。我感觉若要一辈子持续工作，则相对于一门心思工作，多多少少有些休闲时光会更好。对于能够自己调整一天中时间分配的研究者，我觉得这也是我所能给出来的一点建议。不知诸位觉得如何？

我拿到名誉教授的身份证明书，上面写有效期限是到2099年3月31日，看起来可以用到我150岁左右。但若是以合理的经验法则来判断，便知我个人的研究活动可能年限最长也就还剩10年左右。我希望不管是在哪一个法学领域，诸位之中能有尽可能多的人踏上研究者的道路。另外，像明年3月末辞职的中田裕康教授和现在负责法科大学院授课的早川真一郎教授那样，在从事律师活动后又转为研究者的例子也有很多。<sup>(45)</sup>如果诸位有朝一日积累了实务的经验，希望在具体案件之外从公正中立的视角探寻法律规范应有的解释，对作为一个法学研究者去开展活动产生了兴趣，请一定要考虑踏上这条道路。

## Methodology of the Law Research

—Reflections on My Research Life of Half a Century Between Theory and Practice

ITO Makoto (Author)

LIU Ying (Translator)

**Abstract:** On the one hand, legal research should explore the reasonable interpretation of the current legal norms, deepen the research level of the theoretical circle, guide the application and reform of the practical circle; On the other hand, we should find out the problems that have not been realized in practice, question the general theory, and provide new theories on this basis to enlighten the future trend of legislation. Law researchers have the advantages of freedom to choose

---

[44] 今中利昭「趣味と人生」庶民金融512号（1995年）1015頁，指出，“如果一边寻求兴趣之道一边工作，就能结交到志同道合之士，职业和环境均会发生显著变化，即收获‘兴趣之友’，打开丰富的人脉”。

[45] 关于中田教授，参见中田裕康『契約法』（有斐閣，2017年）版权页。关于早川教授，参见东京大学法科大学院的主页，<https://www.j.u-tokyo.ac.jp/>。

research objects, independence from job restrictions and interests, continuous and self-discipline activities guaranteed, etc., but at the same time, they should appropriately adjust their research attitude according to their own age, pay attention to maintaining the distance between their own thinking and case law and general theory, and carefully judge whether to accept other work tasks that may affect their own research, pay attention to broadening the research field of vision through communication with the outside world to keep their thinking from being limited by the practice guided by case law, so as to prevent the decline of research.

**Keywords:** Methodology; Law Research; Law Interpretation; Theory; Practice

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)