

# 法律保留视野下的专门法院改革

## ——以铁路运输法院为例

赵一单

---

**摘要：**专门法院改革应当遵循《立法法》对法院和诉讼制度提出的法律保留要求。作为改革代表的铁路运输法院存在改造和集中管辖两种改革路径。将铁路运输法院改造成其他类型的法院，改变了法院组织外部效应的影响范围，进而影响了公民的权利义务；由铁路运输法院集中管辖特定案件，并不属于对现行法上指定管辖的具体化，而是一种新型的独立管辖制度。两种改革路径均属于法律保留事项，现有的改革依据并不符合规范要求。全国人大常委会通过的“有关法律问题的决定”可就法律保留事项作出规定，成为专门法院改革的法治化基础，但仍须满足全覆盖、科学性、明确性和阶段性的要求。

**关键词：**司法改革；专门法院；铁路运输法院；法律保留；有关法律问题的决定

[中图分类号] D926.23 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2022) 04-0129-15

---

### 引言

基于司法专门化的需要，各国普遍都在普通法院体系之外设置了专门法院，以应对高度专业化的案件类型和审判事务。我国的情况则有所不同，由于曾经长期受到前苏联司法体制的影响，我国形成了以部门（企业）为主体设立和管理专门法院的体制，铁路运输法院、林区法院、矿区法院、农垦法院等即为其中的典型代表。<sup>〔1〕</sup>这一体制的特点在于，在设置专门法院时以行业或区域的重要性程度作为主要考量因素，专业案件本身则只是一个次要因素。这也导致诸多专门法院在发展过程中面临着缺少案件支撑的“生存困难”，而“法政不分”“法企不分”的一体式管理更是对专门法院独立行使审判权构成了极大的制约。

有鉴于此，在近年来的几轮司法体制改革中，专门法院的改革都是一项重点内容。此项改革大致可以概括为“两步走”。第一步的核心是将专门法院与原管理单位脱钩，整建制纳入国家司法

---

〔作者简介〕 赵一单，法学博士，中国政法大学法学院副教授。

〔基金项目〕 司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“法律保留视野下的法院管辖规则改革研究”（项目批准号：20SFB3005）。

〔1〕 程琥：《论我国专门法院制度的反思与重构》，载《中国应用法学》2019年第3期，第181页。

体系之中。以1999年海事法院与原交通部的脱钩作为起点,目前大部分专门法院均已完成此项工作。第二步则又可以细分为两个环节:其一是根据中央决策部署,综合考虑国家战略与专业审判的需要,科学合理地设置若干新类型的专门法院,典型代表为知识产权法院和金融法院;其二则是对其他原有的专门法院加以整合,盘活其中的司法资源,进一步完善人民法院组织体系。<sup>(2)</sup>在第二步改革的两个环节中,目前的难点主要集中在后者身上。特别是随着改革的不断深入推进,如何保证相关改革措施在法治框架内稳妥进行,无疑是一个需要认真对待的问题。

根据《中华人民共和国立法法》(下称《立法法》)第8条的规定,“人民法院的产生、组织和职权”与“诉讼制度”都是“只能制定法律”的事项,第9条更是以“司法制度”之名将两者进一步明确为全国人大及其常委会的绝对法律保留事项。<sup>(3)</sup>对于现有专门法院的整合自然应当符合《立法法》提出的规范要求。在当前的改革实践中,这一整合主要是以铁路运输法院作为抓手。<sup>(4)</sup>因此,笔者将以铁路运输法院作为切入点,在《立法法》的视野下对相关改革措施进行分析。在结构安排上,笔者将首先对现有改革措施进行类型化整理,其次从学理上分析《立法法》将“司法制度”规定为法律保留事项的规范内涵<sup>(5)</sup>,再次以之来评析改革实践中可能存在的问题,最后对专门法院改革的法治化路径进行展望。

## 一、铁路运输法院的改革类型

### (一)跨行政区划法院

按时间线进行梳理:2014年10月,党的十八届四中全会明确提出“探索设立跨行政区划的人民法院”,从顶层设计的角度启动了该项改革。2014年12月,中央全面深化改革领导小组第七次会议审议通过《设立跨行政区划人民法院、人民检察院试点方案》,确定在京沪两地设立跨行政区划中级人民法院;同月,两家法院正式挂牌成立。但这两家法院都不是以“从无到有”的方式新设的,而是在两地已有的铁路运输中级法院基础之上加挂了新的牌子。

之所以选择铁路运输法院作为改革的基础,从最高人民法院的角度而言,主要是为了优化司法资源配置。相对于普通法院而言,铁路运输法院所承担的办案任务相对较轻,且本身就具有跨

---

(2) 刘峥:《在更高起点上扎实推进司法体制综合配套改革落地见效——2020年人民法院司法改革工作展望》,载《人民法院报》2020年2月27日,第5版。

(3) 《立法法》第8条规定:“下列事项只能制定法律:……(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;……(十)诉讼和仲裁制度;……。”第9条规定:“本法第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关……司法制度等事项除外。”

(4) 关于铁路运输法院整体改革历程的概述,参见徐丽红:《我国专门法院(庭)设置的基础研究与前瞻》,法律出版社2020年版,第79-84页。

(5) 对于《立法法》第8条的性质,有称之为“法律保留规定”者,也有称之为“专属立法规定”者,不同称呼的背后其实蕴涵着深刻的理论争议。简略而言,“法律保留”更侧重于横向分权关系,“专属立法”更侧重于纵向分权关系。本文的论述仍集中在横向层面上,故统一使用“法律保留”的表述。

行政区划管辖案件的特点。<sup>(6)</sup> 而从铁路运输法院自身的角度而言, 办案量过低也是重要的改革诱因之一。各高院普遍都会对本辖区内法院员额法官的年人均办案量作出规定, 铁路运输法院在划归地方管理之后, 自然也需要适用相关的规定。由于传统上铁路运输法院的案件管辖范围较为狭窄, 很难满足高院规定的办案量的要求, 因此寻求改革就成了必然的选择。

基于党的十八届四中全会提出的“立法主动适应改革和经济社会发展需要”的要求, 2017年启动修订的《中华人民共和国民事诉讼法组织法》(下称《人民法院组织法》)在修订草案一审稿中规定了跨行政区划法院。<sup>(7)</sup> 但是全国人大宪法和法律委员会在对该草案进行统一审议之后指出, 全国人大常委会从未就设立跨行政区划法院作过决定, 京沪两地的跨行政区划法院也不是由全国人大常委会决定设立的, 因此建议对这一问题暂不作规定。<sup>(8)</sup> 最终通过的《人民法院组织法》也未就跨行政区划法院作出规定, 使得铁路运输法院的此种改革路径面临了一定程度的不确定性。这或许能够解释如下的情况: 虽然最高人民法院在《关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》(法发〔2015〕3号, 下称《四五纲要》)中明确提出要“探索设立跨行政区划的法院……将铁路运输法院改造为跨行政区划法院”, 各地的铁路运输法院也纷纷开展了此种改革路径的探索, 但是此项改革目前止步于前述的京沪两地, 并未能够进一步推进。

## (二) 互联网法院

互联网法院是铁路运输法院在实践中的另一种改革类型。同样按照时间线进行梳理: 2017年6月26日, 中央全面深化改革领导小组第三十六次会议审议通过了《关于设立杭州互联网法院的方案》; 2017年8月18日, 杭州互联网法院挂牌成立, 系在杭州铁路运输法院加挂牌子。2018年7月6日, 中央全面深化改革委员会第三次会议审议通过《关于增设北京互联网法院、广州互联网法院的方案》; 与杭州互联网法院成立方式有所不同的是, 最高人民法院先发布了《关于同意撤销北京铁路运输法院设立北京互联网法院的批复》和《关于同意撤销广州铁路运输第二法院设立广州互联网法院的批复》, 依据这两个批复, 北京和广州的互联网法院先后于2018年9月9日和9月28日挂牌成立。

与跨行政区划法院的情况相类似, 互联网法院既没有在修订后的《人民法院组织法》中得到规定, 其设立也并非经由全国人大常委会的决定。有研究认为互联网法院并非专门法院<sup>(9)</sup>, 但也有学者持相反观点, 并据此认为现有的互联网法院设立程序并不符合专门法院的法定原则。<sup>(10)</sup> 因

(6) 李少平:《为什么要设立跨行政区划法院?》, 载《求是》2015年第14期, 第42-43页。

(7) 《人民法院组织法(修订草案)》第24条规定, 经全国人民代表大会常务委员会决定, 可以设立跨行政区划人民法院, 审理跨地区案件。

(8) 沈春耀:《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国民事诉讼法组织(修订草案)〉修改情况的汇报》, 载《全国人民代表大会常务委员会公报》2018年第6号, 第745页。

(9) 李松杰:《互联网法院是专门人民法院吗——以〈人民法院组织法〉第15条为中心展开》, 载《西南政法大学学报》2021年第6期, 第129-130页。

(10) 林彦:《〈人民法院组织法〉的宪法基础》, 载《中国法律评论》2017年第6期, 第44页。

此，铁路运输法院的此种改革路径也面临着相同的不确定性。

此外，还有一种值得关注的改革路径是在铁路运输法院内设立互联网法庭。2020年12月8日，最高人民法院批复同意成都铁路运输法院更名为成都铁路运输第一法院。2021年2月19日，最高人民法院批复同意成都铁路运输第一法院内设专门审理互联网案件的机构，即成都互联网法庭，并管辖成都市、德阳市、眉山市、资阳市辖区内应由基层人民法院受理的八类第一审互联网案件。2021年12月28日，四川省高级人民法院印发《关于成都市、德阳市、眉山市、资阳市辖区内互联网案件集中管辖的补充通知》，明确成都互联网法庭新增对“互联网域名权属、侵权及合同纠纷”等三类互联网案件的集中管辖。在这一次新增之后，成都互联网法庭的管辖范围与《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第2条规定的互联网法院管辖范围已经相差无几。据此，或可推测下一步的改革方向是将成都互联网法庭“升级”成为“成都互联网法院”。<sup>〔11〕</sup>从中也可以看出，管辖改革与组织改革实际上存在密切关联。

### （三）海事法院

海事法院是铁路运输法院的第三种改革类型。2019年2月，中央机构编制委员会办公室向江苏省委机构编制委员会办公室发出批复，同意撤销南京铁路运输法院，设立南京海事法院，此为我国的第11个海事法院。截至目前尚没有别的铁路运输法院进行此种改革。

海事法院是《人民法院组织法》明文规定的专门法院，同时也是仅有的三类通过全国人大常委会的决定设立的专门法院之一（另外两类是知识产权法院和金融法院）。根据全国人大常委会于1984年通过的《关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》，海事法院的设置由最高人民法院决定。值得注意的是，南京铁路运输法院的审级相当于基层法院，但是在中央编办的批复中明确指出“按中级人民法院”组建南京海事法院。

### （四）集中管辖特定案件

铁路运输法院的第四种改革类型不是改造成其他类型的法院，而是在原有的案件管辖基础之上，对特定案件进行集中管辖。其规范依据在于最高人民法院于2012年7月17日发布的《关于铁路运输法院案件管辖范围的若干规定》（下称《铁路法院管辖规定》），根据该规定的第5条和第6条，各高级人民法院可以指定辖区内的铁路运输法院受理特定的一审民事案件，报最高人民法院批准后实施。根据笔者的梳理，截至成稿时各地铁路运输法院改革涉及的案件共有如表1所示几种类型。<sup>〔12〕</sup>

---

〔11〕四川省高级人民法院院长王树江曾表示希望推动设立成都互联网法院，参见《成都优势突出 希望推动设立“成都互联网法院”》，载四川在线网2018年3月12日，<https://sichuan.scol.com.cn/dwzw/201803/56094533.html>。《四川省国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标纲要》中也明确提出“争取设立成都互联网法院”。

〔12〕按照前述司法解释的规定，进行集中管辖改革必须报最高人民法院批准，因此笔者首先检索的是最高人民法院下发给相关高级人民法院的批复；在检索不到批复原文的情况下，则检索相关高级人民法院依据批复所发布的通知；在最高人民法院的批复和高级人民法院的通知均检索不到的情况下，则只能以该铁路运输法院官网上有关管辖情况的说明作为参考。遗憾的是，在穷尽这三种检索方式的情况下，依然有极个别的铁路运输法院的集中管辖情况未明。但这一部分资料的缺失应不至于影响本部分讨论的全局，特此说明。

表 1 铁路运输法院集中管辖的案件类型

涉交通的民事案件	运输合同案件
	交通运输损害责任案件
其他民事案件	保险合同案件
	租赁合同案件
	金融借款合同案件
	挂靠经营合同案件
	保管合同案件
	仓储合同案件
	旅游合同案件
	企业破产案件
非民事案件 <sup>(13)</sup>	行政案件
	环境资源案件
	食品药品安全案件
	减刑、假释案件
	重大职务犯罪案件

前文提及的已经改造成新类型法院的铁路运输法院，在改造之前多数也进行过集中管辖的改革。例如，根据最高人民法院的批复，南京铁路运输法院自 2013 年 6 月之后对部分区域内的知识产权案件进行集中管辖，北京铁路运输法院自 2013 年 11 月之后对运输合同和保险合同案件进行集中管辖，杭州铁路运输法院自 2014 年 1 月之后对涉轨交、高架道路部分案件及运输合同案件进行集中管辖。

从梳理所得的情况中可以看出，各地铁路运输法院所进行的集中管辖改革多少显得有一些“无序”。首先，《铁路法院管辖规定》明确限定了集中管辖的对象只能是“民事案件”，但是仍有多地将非民事案件纳入了集中管辖范围。其背后的考量因素可能是在于这些案件易受地方因素影响。例如，在最高人民法院下发给山西省高级人民法院的《关于批准指定太原铁路运输中级法院和太原、大同、临汾铁路运输法院受理案件范围的复函》中，就提出减刑、假释案件虽然不在《铁路法院管辖规定》的范畴之中，但是“符合探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度的精神”，因此“原则上可行”；而行政案件、环境资源案件、食品药品案件等也都是《四五纲要》在提及跨行政区划法院改革时所明确列举的易受地方影响之案件类型。这一考量因素固然有其合理的一面，但是与司法解释之间的冲突却也是不争的现实。

(13) 其中的环境资源案件与食品药品安全案件中虽然也包含有部分的民事案件，但这两类本质上还是属于综合类案件，故划入非民事案件的范畴。

其次，在集中管辖的民事案件中，除了涉交通的民事案件与铁路运输法院原本的审判业务存在一定关联之外，其他民事案件何以被指定集中管辖，似乎难以摸索出一定的规律。根据笔者的调研，有关高级人民法院在向最高人民法院进行请示之时，主要的考量因素在于本地法院“案多人少”的实际情况，从而将一部分审判负荷较重的案件从普通法院移交至铁路运输法院。但这至少会产生两个问题：第一，铁路运输法院的法官需要耗费不小的成本，去尽快熟悉这些对于他们而言的新类型案件；第二，该地方的普通公众对于何种类型案件的管辖权会发生转移，缺乏合理的预期。

### （五）小结

综上所述，铁路运输法院的改革路径主要包括“改造”和“集中管辖”，而这两种改革路径的规范基础中鲜见法律的身影。对此，或有论者认为，“改造”并不属于《立法法》第8条第2项中所称的“人民法院的产生”，不需要专门制定法律；而管辖制度虽然属于同条第10项中所称的“诉讼制度”，但民事、刑事和行政三大诉讼法已经以法律的形式对管辖制度作出规定，集中管辖不过是对此的细化与调整，同样无须以法律作为规范基础。但这两种观点均有待进一步的推敲。为此，需要深入探究《立法法》第8条将“人民法院的产生、组织和职权”与“诉讼制度”规定为法律保留事项的规范内涵，进而论证铁路运输法院的现有改革是否符合其规范要求。

## 二、两类法律保留事项的规范内涵

### （一）法院的产生、组织和职权

《立法法》第8条第2项中所称的“法院的产生”是否包括“法院的改造”，并不是一个单纯依靠文义解释能够解决的问题。一方面，需要将“产生”置于“产生、组织和职权”的体系之中加以理解；另一方面，还需要将“法院”置于“各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院”的体系之中加以理解。其中的关键，在于如何理解组织规范逐步演变成为立法机关的法律保留事项。

从学说史上来看，关于法律保留事项的范围，从以拉班德（Paul Laband）为代表的权利规范说，到以安许茨（Anschütz）为代表的权利限制规范说，再到以迈耶（Mayer）为代表的一般权利规范说，始终都是以是否关乎公民的权利义务作为界定标准。<sup>〔14〕</sup>而在组织规范与行为规范这一组经典的二分法之中，前者被认为主要调整国家自身的内部关系，后者则被认为主要调整国家与公民之间的外部关系。由于外部关系直接以公民作为一方主体，必然会涉及公民的权利与义务，因此在法治国家原理之下，调整外部关系的行为规范自然属于法律保留事项。至于调整内部关系的组织规范，由于被认为无关公民的权利与义务，因此由行政机关自行制定即可，不属于法律保留的范畴。但是这一组传统的二分法在现代社会已经发生了变化。组织规范确实主要调整国家的内部

〔14〕 王贵松：《论法律的法规创造力》，载《中国法学》2017年第1期，第113-115页。

关系，但是其调整的结果是，特定自然人的意志在组织规范所设定的前提条件下，可以被视为国家的意志活动，从而能够以国家机关的名义对公民的权利与义务产生影响。就此而言，组织规范与行为规范都有可能产生外部效应，从而落入法律保留事项的范围之中。

应当承认，组织规范与行为规范的二分法及其变迁都源自行政法学，但是其中的原理并非仅限于行政机关，而是同样适用于其他国家机关。在《中华人民共和国宪法》（下称《宪法》）中，组织规范外部效应的原理有着鲜明的体现，全国人大及其常委会（第78条）、国务院（第86条第3款）、地方各级人大和政府（第95条第2款）、人民法院（第129条第3款）、人民检察院（第135条第3款）等的组织都必须由法律规定，《立法法》第8条第2项的规定毋宁说只是对于上述宪法条款的复述而已。而从学说史上来看，法院与政府之间的可比性尤为突出。迈耶在《德国行政法》一书中就是将政府与公民之间的关系类比为法院与当事人之间的关系，比照司法判决拟制了行政机关的行政行为，提出了“行政的司法化”理念。<sup>〔15〕</sup>因此，《立法法》第8条第2项中的“法院”不能孤立地理解，必须将其置于整个国家机关体系之中。

同样地，“产生、组织和职权”这三个要素也不能彼此割裂开来。通过前文的分析可以看出，“组织”在其中居于核心地位，因为组织规范能够对公民的权利义务产生影响，发挥外部效应；“职权”通过划定国家机关的权力运行范围，决定了此种外部效应的具体范围；而“产生”意味着外部效应从无到有的变化，公民的权利义务从原本的“自然”状态变为需要受到特定国家机关的调整。但是变化的类型显然并非仅限于“从无到有”这一种，只要这种变化在实质上影响到公民的权利义务，那么都应当属于法律保留事项。就此而言，《立法法》第8条第2项中的“产生”，不仅包括狭义上的新设，还应当包括改造、撤销等一系列行为。

## （二）管辖制度的双重属性

《立法法》第8条第10项将“诉讼制度”规定为法律保留事项，其背后的机理在于有关诉讼的规范是典型的行为规范。而管辖制度无疑又是诉讼制度的核心问题之一，因为管辖直接决定了某个具体的司法判决究竟会由哪个法院作出，这显然会对诉讼当事人的权利义务产生直接的影响，因此我国的三大诉讼法都设专章对管辖制度作出了规定。问题在于，铁路运输法院改革路径中的集中管辖，是否仅仅属于对现有管辖制度的具体化。

从三大诉讼法的现有规定来看，管辖制度均分为级别管辖、地域管辖、移送与指定管辖。其中与集中管辖具有一定关联的是指定管辖，不少观点也认为集中管辖就是对于指定管辖的变通。但是仔细比较可知，这两种管辖制度并不相同。首先，指定管辖是个案式的管辖，是根据某个案件的具体情况所作出的具体判断；而集中管辖则是预先就将某一类案件的管辖权整体移交给某个法院，在具体个案产生之后，并不会就其具体情况另行作出判断。以实践中最为普遍的行政案件集中管辖为例，如果当事人仍旧选择在原管辖法院提起行政诉讼，法院基本上都会向当事人进行

〔15〕〔德〕奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2013年版，第66页。

释明,指引其到集中管辖的法院提起诉讼。<sup>(16)</sup>其次,根据现行诉讼法的规定,指定管辖的前提是原管辖法院“由于特殊原因不能行使管辖权”<sup>(17)</sup>,而铁路运输法院的集中管辖并不符合这一前提条件。各地之所以要将相关案件的管辖权从普通地方法院集中转移至铁路运输法院,主要还是由于后者转制移交地方之后面临着无案可办的困境。而且恰恰由于铁路运输法院原先的管辖范围较为狭窄,导致其无论是在人员配备还是在审判经验上,都缺乏审理其他类型案件的足够能力。如果以“不能行使管辖权”的构成要件加以审视,恐怕反而是被指定的铁路运输法院面临着相应问题。因此,不宜将集中管辖理解为对于指定管辖的具体化,而应当将其理解为一种独立的管辖制度。<sup>(18)</sup>

除了以上两点之外,支持集中管辖作为一种独立管辖制度的更强理由在于其兼具行为规范和组织规范的双重属性。当然,从广义上来讲,整个管辖制度都具有此种双重属性的特征,但是这一点在集中管辖上体现得尤为明显。组织规范的核心在于规定在何种条件之下特定自然人的意志活动能够被视为国家的意志活动,其中的一个重要方面就在于划定此种意志活动的范围。以《人民法院组织法》为例,其在架构了法院的整个组织体系之后,紧接着就规定了不同法院组织的案件审理范围。而集中管辖的实质效果正是使得法院意志活动的范围在整体上发生了转移,从而具有了组织规范的特征。铁路运输法院的第一种改革路径——改造成新类型法院,其核心内容就在于对相应类型案件进行集中管辖。事实上,由铁路运输法院对行政案件进行集中管辖原本就是一种过渡性的制度安排,其最终目标仍然在于探索将铁路运输法院改造成为行政专门法院。在2014年修改《中华人民共和国行政诉讼法》(下称《行政诉讼法》)之时曾经设想过直接改造的方案,后来考虑到此种改造需要中央从顶层设计的角度作出决策,因此最终采取了集中管辖的过渡性安排。<sup>(19)</sup>其他类型的集中管辖背后,也不乏类似的考虑。由此可见,集中管辖具有相当鲜明的行为规范与组织规范的双重属性,有关事项应当属于法律保留事项。

### 三、“有关法律问题的决定”与铁路运输法院的改革

前文已经论证,“改造”和“集中管辖”这两种改革路径都应当属于法律保留事项。而在现有的改革实践之中,只有集中管辖行政案件具备法律的规范基础。<sup>(20)</sup>除此之外,由铁路运输法院对其他类型案件进行集中管辖,其规范基础只能追溯到作为司法解释的《铁路法院管辖规定》,将铁路运输法院改造成为跨行政区划法院和互联网法院的规范基础则只能追溯到中央深改委(组)的改革方案,这些显然都不符合法律保留的要求。

---

(16) 程琥:《行政案件跨行政区域集中管辖与行政审判体制改革》,载《法律适用》2016年第8期,第17页。

(17) 《民事诉讼法》第38条第1款,《行政诉讼法》第23条第1款。

(18) 有诉讼法学者在分析互联网法院管辖规则的过程中即明确提出,集中管辖是一项典型的中国司法改革中实践理性的产物,存在着合法性层面的不足。参见刘哲玮、李晓璇:《互联网法院管辖规则评述》,载《经贸法律评论》2019年第5期,第125页。

(19) 袁杰主编:《中华人民共和国行政诉讼法解读》,中国法制出版社2014年版,第59页。

(20) 2014年修改《行政诉讼法》之时,新增了一款作为第18条第2款,规定:“经最高人民法院批准,高级人民法院可以根据审判工作的实际情况,确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件。”



如果进一步观察和比较其他相类似的司法改革措施，就会发现一些更加令人困惑的地方。在集中管辖改革方面，最高人民法院于2018年设立知识产权法庭之后，为了实现部分知识产权上诉案件的管辖集中化，专门提请全国人大常委会通过《关于专利等知识产权案件诉讼程序若干问题的决定》，然后再根据该决定出台了相应的司法解释。而近年来其他新设的专门法院（如上海金融法院、北京金融法院等），虽然也是先由中央深改委通过了专门的改革方案，但最高人民法院也在随后提请全国人大常委会通过了相应的决定。何以在铁路运输法院的改革过程中始终没有出现此类决定的身影，有待进一步披露材料予以说明。

不过在理论上有待讨论的问题是，全国人大常委会通过的“有关法律问题的决定”，是否属于法律保留原则中所称的“法律”？将此类决定作为改革的规范基础，是否就符合法律保留的要求？在2018年全国人大常委会修改《人民法院组织法》之后，对于该问题的回答变得尤为迫切，因为此次修法在总则部分新增了一条作为第3条。<sup>(21)</sup>如何理解“有关法律问题的决定”与法律保留之间的关系，既涉及《人民法院组织法》的这一新增条文能否获得合宪性评价，也进一步影响包括铁路运输法院在内的专门法院的后续改革应当如何展开。

#### （一）“有关法律问题的决定”与法律保留

针对“有关法律问题的决定”，学界已经积累了较为丰富的研究成果。对于此类决定与法律保留之间的关系，大致形成了两种观点：第一种观点认为，只要“有关法律问题的决定”在制定程序上满足了《立法法》等针对狭义法律所设定的程序要求，即可视为具有和法律同等的效力，进而能够就法律保留事项作出规定<sup>(22)</sup>；第二种观点认为，“有关法律问题的决定”效力位阶低于法律，不能就《立法法》第8条的事项作出规定。<sup>(23)</sup>但是笔者认为，这两种观点都面临着各自的困境。

第一种观点着眼于立法程序上的不同。狭义法律有着严格的立法程序，特别是缜密的审议程序。根据《立法法》第29条第1款的规定，法律案在常委会审议阶段一般需要经历三次审议才能交付表决，除非满足了《立法法》第30条的例外规定才能仅经历两审或一审。<sup>(24)</sup>对于“有关法律问题的决定”，《立法法》则没有审议次数的规定。同时，《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会议事规则》对于法律委员会在统一审议法律案和“有关法律问题的决定”的议案之后的处理方式也作出了区别规定，同样体现了两类规范性文件需要历经的审议程序之不同。以符合狭义法律的制定程序作为规定法律保留事项的前提条件，在逻辑上固然足够周延，但似乎没有意识到程序上的便捷性恰恰是“有关法律问题的决定”的优势所在。由于立法机关会期制度等方面的限制，在三审制的审议程序之下，一部法律案需要历经数月甚至数年的时间才能成为正式的法律。

(21) 《人民法院组织法》第3条规定：“人民法院依照宪法、法律和全国人民代表大会常务委员会的决定设置。”

(22) 金梦：《立法性决定的界定与效力》，载《中国法学》2018年第3期，第162页。

(23) 秦前红、刘怡达：《“有关法律问题的决定”：功能、性质与制度化》，载《广东社会科学》2017年第6期，第218页。

(24) 《立法法》第29条第1款规定：“列入常务委员会会议议程的法律案，一般应当经三次常务委员会会议审议后再交付表决。”第30条规定：“列入常务委员会会议议程的法律案，各方面意见比较一致的，可以经两次常务委员会会议审议后交付表决；调整事项较为单一或者部分修改的法律案，各方面的意见比较一致的，也可以经一次常务委员会会议审议即交付表决。”

一旦实践生活中出现较为迫切的立法需求，这样的立法节奏显然无法与之相匹配。而制定程序较为便捷的“有关法律问题的决定”，恰恰就可以在这里发挥作用。试想，立法机关如果需要历经一个完整的立法程序才能赋予“有关法律问题的决定”以法律效力，那它为什么不直接制定一部法律呢？<sup>(25)</sup>

第二种观点坚守《立法法》第8条主文的文义，认为“有关法律问题的决定”并非“法律”。单纯从法律解释的角度而言，此种观点确实无可指摘，因为文义解释既是法律解释的起点，又是法律解释的终点。但此种观点将直接动摇一系列政治实践的规范基础。基于全国人大常委会的决定所设立的海事法院、知识产权法院、金融法院等自不待言，在专门法院改革之外，诸如国家监察委员会的监察法规制定权<sup>(26)</sup>、2018年开启的新一轮国家机构改革<sup>(27)</sup>等都会受到波及。笔者认为，此种解释方案在规范与现实的两端之间过于偏重规范，忽视了现实中的改革需求。或有论者认为，本文的观点才是过于“离经叛道”，以规范去约束现实难道不正是法学（特别是公法学）的应然之理吗？然而，规范与现实之间的关系并非这么简单。德国宪法学者默勒斯（Möllers）曾经如此评价德国基本法：“规范与现实之间的偏离绝不是病态，它使规范成其为规范，否则，规范与现实根本无法区分。”<sup>(28)</sup>这提醒我们要准确地认识作为一种“常态”的规范与现实之偏离：一方面，固然不能以现实的强力去废除规范秩序；但另一方面，也不能简单地期望以规范去彻底驯服现实。因为对于一个完整的政治秩序而言，政治实践需要保有必要的功能空间。如果一味地偏向规范一端，就会丧失形成更好政治秩序的可能性。

事实上，在《立法法》的文本内部就已经体现了对于政治功能空间的必要关注。紧随第8条之后的第9条给出了一个法律保留的例外情形：在满足特定条件的情况下，国务院可以依据全国人大及其常委会的授权决定，就某些法律保留事项先行制定行政法规。官方释义书对此的说明是：有一些急需制定法规予以调整的事项，如果不及时通过授权立法进行调整，将会影响到国务院行政管理工作的顺利进行。<sup>(29)</sup>显然，这一例外规定就是考虑到了国务院需要保有必要的功能空间。而在笔者看来，这一规定也构成了新的解释方案的突破口。就宪法地位而言，国务院仅属于最高国家权力机关的“执行机关”，如果无条件地禁止作为最高国家权力机关之常设机关的全人大常委会通过“有关法律问题的决定”之形式就法律保留事项作出规定，显然在体系上是不融贯的。当然，单纯的体系不融贯尚不足以证成全国人大常委会就有权如此行事，需要找到更加有力的理由。

进一步考察官方释义书的说明，表面上看起来，国务院之所以能够享有例外，是因为它有开

---

(25) 或有论者认为“有关法律问题的决定”通常规定的都是较为具体的事项，而法律应当规定更为一般性的事项，但此种区分在当代已经日趋相对化，法律同样可以就具体的、个别的事项作出规定。

(26) 《全国人民代表大会常务委员会关于国家监察委员会制定监察法规的决定》，2019年10月26日第十三届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过。

(27) 《第十三届全国人民代表大会第一次会议关于国务院机构改革方案的决定》，2018年3月17日第十三届全国人民代表大会第一次会议通过；《全国人民代表大会常务委员会关于国务院机构改革涉及法律规定的行政机关职责调整问题的决定》，2018年4月27日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二次会议通过。

(28) [德] 克里斯托夫·默勒斯：《德国基本法》，赵真译，中国法制出版社2014年版，第3页。

(29) 郑淑娜主编：《〈中华人民共和国立法法〉释义》，中国民主法制出版社2015年版，第52页。

展行政管理的迫切需要，而全国人大常委会并不具备此种因素。但如果仅以“行政管理的迫切需要”作为理由，势必导致国务院职权的过度扩张。<sup>(30)</sup> 准确的理解应当是，“行政管理的迫切需要”只是一个触发性理由，它触发了如下的背景性理由：应当避免长时间的立法空白给国家和社会生活的某个方面造成负面影响。因为客观地来看，全国人大及其常委会的立法能力终究是有限的，如果以绝对化的方式固守《立法法》第8条主文的文义，就难免造成这种立法空白。明确了作为真正理由的背景性理由之后，就不难看出能够触发该理由的并不仅限于也不应仅限于“行政管理的迫切需要”，因为诸如专门法院改革、监察法规制定权等事项并不属于行政管理的范畴。<sup>(31)</sup> 而全国人大常委会肩负了“使全体人民能够更好地行使国家权力”<sup>(32)</sup> 的要求，这完全可以也应该成为另一种触发性理由，触发的媒介就是“有关法律问题的决定”。

因此，可以仿照《立法法》第9条的法律授权制度设计：全国人大常委会可以依据法律授权，在满足特定条件的情况下，就法律保留事项先行制定“有关法律问题的决定”。同时，考虑到全国人大常委会与国务院的宪法地位毕竟有别，此处的法律授权可以不必是专门的授权决定，普通法律中的授权条款即已足够。<sup>(33)</sup> 至于如何使《立法法》第8条与此种授权设计相兼容，有两种不同的思路。一是将《立法法》第8条中的“法律”扩大解释为“狭义法律和有关法律问题的决定”，但此种解释方案可能面临两个问题。首先，这可能使人误以为“有关法律问题的决定”可以独立于狭义法律就法律保留事项作出终局性规定，但这并不符合实践中的认知和操作。例如，全国人大宪法和法律委员会在有关监察法规制定权问题的审议报告中指出，“在立法法修改前，由全国人大常委会作出关于国家监察委员会制定监察法规的决定，是必要的，符合宪法和监察法的原则和精神。同时，建议对立法法的修改抓紧研究，对国家监察委员会制定监察法规及相关问题作出规定”<sup>(34)</sup>。“有关法律问题的决定”在其中的定位很明显只是一种阶段性规定。其次，《立法法》第8条在实践中需要回应的例外情形并不仅限于“有关法律问题的决定”，至少还包括地方性法规。例如，全国人大常委会法工委在2018年的备案审查工作报告中就提出，“一些地方相继制定‘地方金融条例’，带来了金融管理是否属于国家立法专属事项、地方金融立法是否影响金融市场统一的不同

(30) 国务院的扩权在立法领域最典型的体现就是所谓的“职权立法”。依据这种观点，国务院可以直接根据宪法规定进行创制性行政立法，而支持职权立法的核心理由就是国务院作为行政机关需要及时有效地回应现实生活中的新情况和新问题。限于篇幅，此处不对职权立法的观点展开反驳，具体反驳内容参见赵一单：《“只能制定法律”的体系解释》，载《社会科学研究》2021年第5期，第109-111页。

(31) 《宪法》第89条第1项规定，国务院“根据宪法和法律”制定行政法规。此处的“根据宪法”具有实质约束意义，旨在强调国务院只能在《宪法》第89条规定的自身行政管理职权范围之内制定行政法规，即便是全国人大及其常委会依据《立法法》第9条作出的授权决定也不能逾越这一规范要求。

(32) 彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》，载《人民代表大会制度重要文献选编（二）》，中国民主法制出版社、中央文献出版社2015年版，第568页。

(33) 从立法资料来看，当初在起草设计授权立法制度之时，就已经考虑过法条授权作为授权载体的可能性。最后之所以没有采取这种方案，原因之一是为了加强对专门决定的授权的规范。但这一考虑恰好印证了专门授权决定与普通法条授权在严格程度上的差别，这种差别能够与不同主体的宪法地位匹配起来。

(34) 《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈全国人民代表大会常务委员会关于国家监察委员会制定监察法规的决定（草案）〉审议结果的报告》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2019年第6号，第925页。

认识”。<sup>(35)</sup> 如果仅仅将第8条中的“法律”扩大解释为包括“有关法律问题的决定”在内，将难以有效地回应实践中的其他例外情形。

因此笔者建议采取第二种思路，即着眼于第8条中的“只能”一词，将“下列事项只能制定法律”解释为“有关下列事项的终局性规定只能制定法律”。如此，既能够使《立法法》第8条在面对实践中的复杂情形时保持解释的开放性，又明确了法律之外的其他规范性文件对于法律保留事项的介入都只能是一种“便宜之计”，不可无限期适用。还有一个需要稍加讨论的问题是，无论是前述哪一种解释思路，都需要回应“有关法律问题的决定”能否无差别地介入《立法法》第8条规定的其他法律保留事项。对此，笔者的回答是否定的。首先，第8条中有一些事项应当属于绝对法律保留事项，完全排除了其他规范介入其中的可能性。<sup>(36)</sup> 其次，正如行政法规在触发性理由上受限于“行政管理的迫切需要”一样，“有关法律问题的决定”在触发性理由上也受限于“使全体人民能够更好地行使国家权力”。需要结合该项理由的性质，具体分析不同法律保留事项的不同属性。限于篇幅，本文不再具体展开论述。

## （二）“有关法律问题的决定”与法院设置

在理论上厘清了“有关法律问题的决定”与法律保留之间的关系后，对于修改后《人民法院组织法》第3条“人民法院依照宪法、法律和全国人民代表大会常务委员会的决定设置”的解释方案自然也就浮出水面了：人民法院原则上应依照宪法和法律设置，因司法改革等特殊需要，可先依照全国人大常委会的决定设置，但常委会应当在事后及时制定狭义法律。

事实上，如果不作此种解释，该条的新增可能会面临合宪性层面的质疑。法院作为重要的国家机关，其组织法无疑属于《宪法》和《立法法》上所称的“基本法律”。根据有关规定，基本法律只能由全国人大制定，原则上也由全国人大修改；在全国人大闭会期间，全国人大常委会可以对基本法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触。《人民法院组织法》由第五届全国人大第二次会议在1979年通过，其中第29条规定“专门人民法院的组织和职权由全国人民代表大会常务委员会另行规定”。随后历经1983年、1986年和2006年三次修正，该条内容始终被原封不动地延续下来。追根溯源，该条事实上体现了《宪法》中“人民法院的组织由法律规定”的精神。因此，虽然在形式上该条文始终位于《人民法院组织法》第二章“人民法院的组织和职权”中，但是在实质上它应当属于这部法律的基本原则。

但是在2018年的修法中，全国人大常委会除了对该条文的表述稍加修改之外<sup>(37)</sup>，还在第一

---

(35) 沈春耀：《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2018年备案审查工作情况的报告》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2019年第1号，第330页。关于地方性法规与《立法法》第8条之间关系的具体讨论，参见赵一单：《“只能制定法律”的体系解释》，载《社会科学研究》2021年第5期，第106-112页。

(36) 至于《立法法》第9条最后一句列举的三类事项是否属于此处所称的绝对法律保留事项，笔者认为尚有讨论空间，因为这三类事项只是排除了行政法规通过授权立法介入其中的可能性。

(37) 《人民法院组织法》第15条第2款规定：“专门人民法院的设置、组织、职权和法官任免，由全国人民代表大会常务委员会规定。”

章“总则”中新增了前述的第3条。这一方面印证了法院设置方式在整部组织法中的基本原则地位，另一方面则由于“决定”和“法律”的不同，使得常委会的修法与《人民法院组织法》的基本原则之间产生了抵触之嫌。根据相关立法资料，在审议过程中就有审议意见提出，考虑到草案“修改的内容比较多、幅度比较大”，是否应当由代表大会而非常委会审议通过草案。对此，全国人大宪法和法律委员会在统一审议报告中专门予以了回应。<sup>〔38〕</sup>虽然从宪法和法律委员会主动履行合宪性审查职责这一方面而言，上述回应的作出具有积极意义，但是回应的实质内容却并不能令人充分信服。退一步而言，笔者认为即便是由全国人大修改也不能解决根本性的问题。因为“人民法院的组织由法律规定”是一项宪法原则，即便全国人大“贵为”最高国家权力机关，也“必须遵守宪法和法律”，不能以自身的意志改变宪制安排。因此，唯一可行的方案只能是如前所述将其解释为临时性的法律授权。

按照这种解释方案，《人民法院组织法》第15条第2款规定的“专门人民法院的设置、组织、职权和法官任免”这四类事项都可以由全国人大常委会以决定的形式加以规定。当然这种“全盘托付”给“有关法律问题的决定”的解释方案，毕竟带有权宜之计的色彩，在理论上还是应当就不同事项的规定形式作出区分。一种可能的思路是：既然《人民法院组织法》第3条只提及法院的“设置”，那么在全国人大及其常委会的立法能力进一步提升之后，应当尽可能直接以狭义法律的形式就“设置”作出规定；至于第15条第2款中剩下的“组织、职权和法官任免”，不妨仍然交由“有关法律问题的决定”进行过渡和试验。但是必须注意到，法院的组织 and 职权同时也是《立法法》第8条第2项明文规定的法律保留事项，如果始终停留在决定的层面，终归有所不妥。笔者认为，还是应当一体看待“设置、组织、职权”这三类事项，逐步提升其规定形式的位阶。至于专门法院的“法官任免”，由于事项属性较为具体，可以保留在决定的层面。<sup>〔39〕</sup>

#### 四、专门法院改革的法治化路径

通过前文的分析，以铁路运输法院为代表的专门法院改革的应有路径也逐渐清晰起来：在顶层设计的层面作出改革的政治决断之后，由全国人大常委会以“有关法律问题的决定”的形式提供初步的规范依据，再由最高人民法院通过司法解释等形式对决定予以细化，最后由立法机关在改革实践的成熟基础之上制定专门法律，以完成法律保留的要求。

这一路径中的关键点即“有关法律问题的决定”，其中主要有两个方面的考虑：一方面，专门法

〔38〕 宪法和法律委员会认为，“这次修法没有改变我国人民法院的性质、地位、职权、基本组织体系、基本活动准则等，修改的内容都是属于补充、完善、调整、优化性质的，与人民法院组织法的基本原则不存在相抵触的情形。”参见沈春耀：《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国人民法院组织法（修订草案）〉审议结果的报告》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2018年第6号，第747页。

〔39〕 除了事项属性之外，另一个较为隐性的支持理由在于条文表述。根据全国人大常委会法工委公布的《立法技术规范（试行）（一）》，以“和”字加以连接的句子前后成分，在法律表述中应当根据成分的重要性等因素进行排序。“法官任免”在《人民法院组织法》第15条第2款中位于“和”字之后，可能也暗示了立法者对于其重要程度的认知。

院改革作为整个司法体制改革中的重要一环，势必会体现改革应有的突破性。习近平总书记曾经评价司法体制改革“做成了想了很多年、讲了很多年但没有做成的改革”，要想保持改革的这一势头，自然需要一个相对灵活的载体作为凭借；另一方面，改革也需要在法治的框架内进行，党的十八届四中全会就专门强调要“做到重大改革于法有据”，如果过于追求灵活性，难免会使得改革有偏离轨道之虞。两者之间的平衡点正是“有关法律问题的决定”。当然，以决定作为依据仅仅满足了形式层面的合法性要求，要想真正确保专门法院的改革在法治化轨道上进行，必须注意以下四个方面的问题。

第一，应当坚持“有关法律问题的决定”对专门法院改革的全覆盖。在本文伊始提及的专门法院改革的“第二步”工作中，知识产权法院和金融法院的设立已经有全国人大常委会的决定作为规范依据，而对于铁路运输法院等其他专门法院的改造则缺失了这一环节。这在一定程度上表明，现阶段对于专门法院改革与法律保留之间关系的理解有所狭隘，仅仅关注到了“设立”这一个动作。前文已经论证，包括改造、撤销、管辖变动等在内的一系列改革动作，都因为直接关系到公民的权利与义务而具有法律保留的属性。因此，下一步改革应当坚持全覆盖的原则，举凡专门法院的新设、改造、撤销、组织体系、管辖制度，乃至法官选任、财政保障等一系列事项和制度，都应当由“有关法律问题的决定”予以规范。

第二，应当坚持“有关法律问题的决定”在授权上的科学性。前文在分析铁路运输法院的管辖改革时就已经指出，在现阶段集中管辖的案件里，除了涉交通的民事案件之外，其他案件何以被指定集中管辖，基本上取决于各地的自我考量，难以摸索出一定的规律。这也在一定程度上表明，现阶段的专门法院改革缺少足够严谨的科学论证，特别是没有深入分析专门法院与普通法院之间的关系。司法的客观规律应当是保证普通法院对绝大多数案件的管辖权，避免案件管辖的随意集中。<sup>(40)</sup>因此，全国人大常委会应当在科学论证、严谨分析的基础上，通过“有关法律问题的决定”，充分发挥统一调度的作用，避免地方过于自行其是，保障普通公众对于改革的合理预期。

第三，应当坚持“有关法律问题的决定”在授权上的明确性。授权明确性是授权的基本法理，在进行法律授权时应当通过具体规则将授权内容明确固定下来，避免原则性的“空白授权”，尤其要避免以所谓的原则和精神来突破具体规则。典型的反例仍然是前文论及的铁路运输法院集中管辖改革。原本作为改革规范基础的《铁路法院管辖规定》已经明确了集中管辖的对象只能是民事案件，而最高人民法院自己却在实践中以“探索跨行政区划管辖”的精神突破了这一规则，在一定程度上造成了改革的无序。因此在下一步改革的过程中，全国人大常委会应当坚持授权的明确性，通过明确授权实现实质限权，同时借助报告制度等手段强化授权规则的刚性。

---

(40) 全国人大宪法和法律委员会在审议《关于设立成渝金融法院的决定（草案）》时援引了一些常委会组成人员的如下意见：“今后设立专门人民法院，应当根据宪法和有关法律的规定和精神，从我国法院组织体系的整体性、结构性、合理性出发，科学论证，统筹考虑，审慎研究。”这虽然不是直接针对铁路运输法院的改革而言，但其中体现出的导向也有重要的参考意义。参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会对〈关于设立成渝金融法院的决定（草案）〉审议结果的报告》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2022年第2号，第453页。

第四，应当坚持“有关法律问题的决定”在授权上的阶段性。“有关法律问题的决定”与狭义法律之间毕竟有别，基于司法改革的需要，以前者作为专门法院改革的规范基础只能是一种阶段性的选择。因此，在改革积累了足够成熟的经验之后，仍然应当及时制定狭义法律，以满足法律保留的要求。这并不仅仅是对于铁路运输法院等而言的，诸如知识产权法院、金融法院等已经有决定作为规范基础的专门法院，也应当适时制定单行的组织法。<sup>(41)</sup>尤其要注意的是，从“有关法律问题的决定”转变成法律，并不是一个简单的内容照搬过程，狭义法律更为严格的制定程序理应在其中发挥更为实质的审查作用。

## On the Reform of Special Court Under the View of Reservation of Law

—Railway Transportation Court as an Example

ZHAO Yidan

**Abstract:** The reform of special court should follow the requirements of reservation of law from the legislation law on courts and litigation system. As the representative of the reform, the railway transportation court has two paths of reform: transformation and centralized jurisdiction. The transformation of the railway transportation court into new type of court changes the influence scope of the external effect of the court organization, and then affects the rights and obligations of citizens. The centralized jurisdiction of specific cases by the railway transport court is not the embodiment of the designated jurisdiction formulated by the current law, but a new independent jurisdiction system. Both of the two reform paths fall in the scope of reservation of law, and the existing reform basis does not meet the standard requirements. The “decisions related to legal issues” adopted by the standing committee of the National People’s Congress may provide provisions on matters of reservation of law and form the legal basis for the reform of special courts.

**Keywords:** Judicial Reform; Special Court; Railway Transportation Court; Reservation of Law; Decisions Related to Legal Issues

(责任编辑：张欣 孔祥稳 汪友年)

---

(41) 也可以考虑在《人民法院组织法》中予以更为详尽的规定。参见刘练军：“人民法院的组织由法律规定”之规范分析，载《吉林大学社会科学学报》2020年第3期，第131页。

# 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〕 樋口范雄『医療と法を考える』（有斐閣，2007年），樋口范雄『医療と法を考える』（有斐閣，2008年），樋口范雄『超高齢社会の法律、何が問題なのか』（朝日新聞出版，2015年），樋口范雄「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)