

日本民事诉讼法学的理论 演变与解释方法论

金 春*

目次

引言

一、日本民事诉讼法基本理论的演变

(一) 民事诉讼目的论

(二) 诉讼标的论

(三) 当事人适格论

(四) 审理程序论

二、日本民事诉讼法的解释方法论

(一) 法律条文及立法者本意的作用

(二) 利益衡量论

(三) 亲实体法解释方法论及其他

三、实务、判例

(一) 实务与学说的互动

(二) 判例与解释方法论

四、外国法研究

结语

摘要 解释方法论在日本民法研究中并不是显著的命题。长期以来,日本民法解释并不特别重视法律条文和立法者本意,解释方法论遵循的主要是利益衡量论,近年始有学者对它提出批判。日本民法解释方法论选择既源于民事诉讼法的目的被定位于纠纷解决,也与战后比较法研究中利益衡量论的引入有关。日本民法利益衡量论有别于民法中的利益衡量论,也有别于受德国法影响的亲实体法解释方法论,这种方法论并不局限于衡量或分配原被告之间的财产或价值,更多地蕴含了对作为制度利用者的当事人的便利、制度运营者的公共利益、民事诉讼程序的动态发展等要素的考量。

关键词 民事诉讼法 解释方法论 纠纷解决 利益衡量论 法教义学

引 言

法规范的解释是所有法律领域均存在的问题,民事诉讼法亦不例外。但是,与其他法律领域就方法论争论不止的情形不同,在民法领域有关解释方法论的讨论以往并不多见。这种状况或许与民法规范对象的特点有关。民法的诸多规定具有规范法官和当事人等诉讼主体行为的

* 日本同志社大学法学院教授、法学博士。本论文是日本学术振兴会科研基金基盘研究 C(JSPS KAKENHI Grant Number JP18K01376)的阶段成果。感谢清华大学法学院博士生雷彤在资料收集方面提供的帮助。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在全部注释中的日文部分添加了下划线。】

一面，它往往是法官或当事人在面对具体问题时如何行为的指南，并且有时表现为法官个体的行为判断或选择，而很少像实体法那样去向当事人说服或论证裁判结果的正当性。可是尽管如此，为了避免个案中因法官主观而导致诉讼处理的差异，依然有必要获得一定程度普遍性的解释。在寻求这种普遍性解释的过程中，解释方法论的明晰会具有前提性的意义。

不过，本文无意于就中国民法解释方法论展开深入分析，而是力图对日本民事诉讼法解释方法论的现状和发展做全景式的观察，以期能为中国民事诉讼法解释方法论的讨论提供一个比较法的视角。本文将首先通过日本民事诉讼法基本理论的演变，明确民事诉讼法在规制对象上的独特性以及何种观点目前处于通说或者存在何种争点；其次以利益衡量论为重点，探讨日本民事诉讼法解释方法论的发展和现状，并试图明确法规特征及基础理论的演变与方法论的选择之间是否存在着关联的可能性，或者说是否在某种程度上影响着解释方法论的选择。再次，探讨实务、判例在民事诉讼法解释方法论上的作用，旨在明确实务判例和理论研究相互影响和作用的方式和途径。鉴于日本为法律移植国家的特点，外国法研究自然会影响到方法论的选择与运用，所以本文在最后也将对此进行考察。

一、日本民事诉讼法基本理论的演变

民事诉讼法基本理论的构成具有多元性，在范围上也具有不确定性。囿于论述的重心，这里主要选取诉讼目的、诉讼标的、当事人适格及审理程序等理论构成予以阐述。所以进行这样的选取，主要有两点考虑：其一，这四个方面的涵盖了审判的目的、对象、主体和程序四方面要素，足以构成相对独立的程序理论结构，折射出民事诉讼法与实体法在法规特征及解释方法论上的差异；其二，结合诉讼标的、当事人适格论和审理程序的理论演变，可以窥视出诉讼目的论在构筑基础理论以及解释方法论中的重要作用。当然，基本理论的理解也可以为解释方法论的说明提供范例。

（一）民事诉讼目的论

在第二次世界大战以后，日本民事诉讼法学的核心概念是作为诉讼目的论的“纠纷解决说”及与此相应的基本理论——“程序保障论”。〔1〕纠纷解决说与德国法上的传统观点“权利保障说”具有重大区别，率先提出这一主张的是时任东京大学教授兼子一。他认为，权利即便在观念上是存在的，但是在判决确定之前其存在只不过是一种虚像而已，只有在判决确定时权利才能够成为实在的东西，而既判力作为判决的法定拘束力正是基于诉讼终结判决生效时成型的实在性权利（也称为“权利实在说”）。〔2〕三月章教授强调通过既判力强制解决纠纷的必要性，也来自纠纷解决说的发展和承继。不过，三月章教授并非一味地强调实现实体真实，而是主张为实现纠纷的解决，即使是不当判决也要赋予其强制性的效力或拘束力。其基本的观点是，民事诉讼作为动用国家人力、物力资源的纠纷解决制度，必须贯彻防止同一纠纷推倒重来的原则，而既判力正是实现这一原则的制度装置。〔3〕新堂幸司教授在诉讼目的上虽然主张的是包括权利保障、私法秩序维持、纠纷解决等多元目的多元说，但对于纠纷解决说给予了很高的评价，认为“正是因为这一理论着眼于纠纷解决的社会现实需要，才唤起理论界去分析民事诉讼的现实功能和效用，促使人们去反思目前民

〔1〕本文中关于日本现行（1996年）民事诉讼法实施之前的理论与学说，详见〔日〕山本克己：《当代日本的民事诉讼》，金春译，载《私法》2006年第1期，第283页以下。原载于山本克己「民事訴訟の現在」『岩波講座・現代の法（第5巻）』（岩波書店、1997年）163頁以下。

〔2〕参见兼子一『実体法と訴訟法』（有斐閣、1957年）140頁以下。

〔3〕参见三ヶ月章『民事訴訟法』（有斐閣、1959年）第一編第二章。

事诉讼制度可以在多大程度上回应社会的现实需要”。〔4〕此外,值得一提的是高桥宏志教授提出的搁置说。高桥教授认为诉讼目的论过于抽象,在具体解释论上不具有直接作用,搁置对它的讨论也不影响民事诉讼的研究。尽管如此,高桥教授还是基本继受了新堂教授的解释方法论。〔5〕

纠纷解决说对后世的日本民事诉讼法产生巨大影响。通过民事诉讼解决纠纷的关键在于赋予判决既判力和构成其核心内容的遮断效。遮断效是指根据前诉生效判决的主文或其理由中所做出的判断,对于与之相矛盾的事实主张及证据申请,一律禁止在后诉中重新提出的效力。根据遮断效,后诉的当事人将被剥夺把前诉判决的妥当与否(即认定的要件事实是否有错误、是否与实体真实相吻合)重新作为争议对象的机会。因此,纠纷解决说首先带来了围绕着遮断效正当化根据的热烈讨论。对此,第二次世界大战后受美国民事诉讼法中“due process”(“正当程序”)思想的影响,诸多学者主张当事人在前诉中已经被赋予过提出攻击防御方法的机会,即获得过程序保障而未提出,正是当事人受拘束于对其不利的遮断效之根据。〔6〕

(二) 诉讼标的论

三月章教授基于纠纷解决的民事诉讼目的论,提出了“一次性解决纠纷”的命题。这一命题被扩张至具有判决效力的法院判断之范围(判决效力的客观范围)上。第二次世界大战后的日本民事诉讼法学三大论争包括“诉讼标的论争”(20世纪50年代后期到60年代前期)、“争点效论争”(1965年前后)以及“证明责任论争”(70年代后期到80年代前期),其中前两个正是关于判决效力客观范围的论争。传统的旧诉讼标的理论把实体法上的权利视为诉讼标的的最小单位,三月章教授提出的新诉讼标的理论则认为,给付诉讼标的的最小单位的构成应该与实体法上的请求权相分离,即应该是能够就内容上同一的给付进行请求的权利或法律地位。〔7〕这一观点力图以既判力来防止同一给付的纠纷被推倒重来。相对于诉讼标的理论一般都主张既判力仅对判决主文的判断产生效力,新堂教授提出的争点效理论则主张,类似于既判力内容的生效判决的拘束力在一定条件下也产生于判决理由中争点事项的判断。〔8〕如后所述,争点效理论是新堂教授运用利益衡量论这一解释方法论的最初命题之一。

(三) 当事人适格论

无论是新诉讼标的理论还是争点效理论,都是通过扩张判决效力的客观范围来寻求更有效地、一次性解决双方主体之间的纠纷。但是,由于民事诉讼所解决的纠纷不可避免地具有超越双方当事人主体内部而呈现出社会扩散性的特点,纠纷解决说试图把受判决效力拘束的主体范围(判决效力的主观范围)扩张到诉讼当事人之外的第三人。这种探讨路径引起日本民事诉讼法学在多数当事人研究上的繁荣。对之,程序保障论者认为,那些受判决效力扩张的主体必须成为当事人,或者应当从实质上保障他们有参加诉讼的机会。然而,把所有的利害关系人都作为当事人并不现实,同时蕴含着诉讼成本增加的风险。于是,有学者提出为了使判决效力主观范围的扩张得以正当化,应当赋予能够充分从事诉讼活动的人相应的当事人地位,当事人适格论应运发展起来。总体来看,将多个主体之间的纠纷进行统一解决会同时牵涉到当事人论与判决效力论两个领域,致使问题的解决呈现出疑难复杂性。就

〔4〕 参见新堂幸司、小島武司編集『注釈民事訴訟法(1)』(有斐閣、1991年)40頁。

〔5〕 参见高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(第2版補訂版)(有斐閣、2013年)22頁。

〔6〕 参见谷口安平『手続的正義』(岩波講座・基本法学(第8卷)) (岩波書店、1983年)35頁;伊藤眞『学説史からみた手続保障』(新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』(有斐閣、1988年)51頁以下)。

〔7〕 参见三月章前引注〔3〕40頁以下;山本克己『訴訟物論争の回顧と現状』(青山善充、伊藤眞編『民事訴訟法の争点(第3版)』(有斐閣、1998年)131頁以下)。

〔8〕 参见〔日〕新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第493頁。

近期的研究状况而言,随着近几年一系列日本最高裁判所相关判例的出现,固有必要共同诉讼中拒绝参加诉讼的原告是否受判决效力拘束、非法人团体的当事人适格以及非法人社团的登记请求权等问题,引起了日本学术界的论战。^{〔9〕}超越管理处分权说和诉讼政策说之间的激烈争论,是否应当反思日本法长期以来把德国法中的实体资格(Sachlegitimation)和诉讼实施权(Prozessführungsbefugnis)融为一体作为当事人适格的解释,也是日本学者们近些年重点思考的问题。^{〔10〕}

(四) 审理程序论

以上分析可以看出,通过对诉讼目的论和判决效力论的考察来展开当事人论、诉讼标的论(或诉讼构造论)是日本民事诉讼法学历史上最为关注的研究课题。当然,其后的民事诉讼法学发展对有关审理程序的规律也逐渐予以关注,形成了释明权论、程序裁量论、上诉审理构造论、尤其是证明责任论争等庞大的研究领域。特别是近几年,在法院于实体问题上的诉讼指挥权和释明义务以及争点整理程序中主导作用日趋明显的当下,如何切实地去实现诉讼运作过程中的当事人主义;在坚持辩论主义原则的大前提之下,基于何种理由、能够多大程度地让不负证明责任的当事人承担事案解明的义务,这些均是日本学者格外倾注精力研究的课题。^{〔11〕}与民事诉讼中其他领域相比,审理程序领域涉及众多诉讼指挥等法院裁量权的问题,所以自然会呈现出相对多样化视角的解释方法论。今年是日本现行民事诉讼法实施后的第20年。^{〔12〕}该法典创设了三种争点整理程序,^{〔13〕}但普遍认为,相对于集中证据调查的落实,争点整理程序因过度依赖法院的主导而停留于书面的交换、不能实现口头方式的充分讨论,从而妨碍了迅速和充实地确定争点。^{〔14〕}是否应当引入限制争点整理程序结束后的攻击防御方法提出(另一种遮断效)等制裁措施是今后的立法改革所重点讨论的理论课题。

二、日本民事诉讼法的解释方法论

基本理论的演变与解释论的发展具有一定程度相互交织的关系,一方面基本理论的发展脉络可以透视出解释论方法的选择,另一方面某些基本理论上观点的选取也决定于一定的解释方法论。这些在日本民事诉讼法的解释方法论上均一定程度上得以体现。

(一) 法律条文及立法者本意的作用

多大程度地拘束于法律条文及立法者的本意,往往是影响法学解释方法论的重要因素。这一

〔9〕 参见德田和幸「複數訴訟の基礎理論—多数当事者訴訟基礎理論の生成と展開」(信山社、2008年)。

〔10〕 参见本間靖規「日本における民事訴訟法変遷と課題」比較法学第50卷第2期(2016年)131頁以下。

〔11〕 参见加藤新太郎「手続裁量論」(弘文堂、1996年);山本和彦「当事者主義的訴訟運営の在り方とその基盤整備について」『民事訴訟法雑誌』第55号(2009年)60頁以下;三木浩一「民事訴訟における手続運営の理論」(有斐閣、2013年)。

〔12〕 日本近代的民事诉讼法是初始于1890年(明治23年)以德国民民事诉讼法为主要蓝本制定的明治23年法律第29号。期间经多次大小修改,于1996年(平成8年)颁布了现行民事诉讼法(法律第109号)。现行法主要包含四项改革措施:1.争点整理·证据整理程序的改进;2.文书提出义务等收集案件信息与证据手段的扩充;3.小额诉讼程序的创设;4.向最高裁判所提起的上诉制度的改进。另外,现行法在2003年的部分修改中引进了起诉前证据收集制度以及专业诉讼领域专家介入措施,2011年制定了非讼事件程序法、家事事件程序法等重要的相关法律。

〔13〕 亦即在公开法庭双方当事人对席的情况下展开的准备性口头辩论程序;要求双方当事人对席但原则上不公开的口头程序,即辩论准备程序;以准备书面的交换为内容的书面准备程序;等三种。

〔14〕 参见「次の世代の民事訴訟法に向かって: 現行民事訴訟法20年を契機に」『論究ジュリスト』第24号(2018年)1頁以下;高橋宏志「将来に引き継ぐ、民事訴訟法改正における議論について」日本弁護士連合会民事訴訟法施行20周年シンポジウム(2018年3月29日東京開催)。

点在日本民法学界尤其明显,对法律条文及立法者本意作用的评价造就了解释方法论成为具有牵动整个民法学界的单独命题的契机。具体而言:^[15]日本民法学界在二战前一边倒地继受了德国的学说和解释论。但由于日本民法典的立法过程兼受法国法与德国法要素的影响,由东京大学星野英一教授在二战后提出了“以德国法的理论框架来解释源于法国法的民法条文并不适当”的主张,并强烈地指出应当在确认立法者本意以及各个法律条文在母国法的规定这一基础上,建立对现行民法进行解释的方法论。星野教授反对纯粹的学术继受、重视法律条文及立法者本意的观点引发了日本民法学解释方法论的激烈论战。当然,如下文,星野教授在此基础上进一步提出的利益衡量论对后世民法学界的影响更为深远。

应当指出的是,与民法学不同,日本民事诉讼法所继受或移植的外国法就是德国法或奥地利法,本身就缺少讨论“所继受的法律在不同国家有何内容、其相互之间关系如何”这种问题的必要性。其次,由于明治时期起草日本民事诉讼法典的立法资料所剩无几,查找立法者的本意十分不容易。再次,因为法律规定本身的详略不一和诉讼法本身具有的实务性等特点,也降低了法律条文本身的重要性,为继受来自德国民诉法的既判力、诉的利益、辩论主义等学说留下了充足的空间,并使这些概念较容易为实务界所接受。最后但或许最重要的理由为,民法以及其他实体法领域法律条文的调整对象一般是利益对立关系的纠纷当事人之间财产或价值的分配。与此相对,如前文基本理论的演变也可看出,民事诉讼法的调整对象大部分是当事人及法院等诉讼主体的地位和权利或义务,从而提供了与目的论解释或功能性考察更为亲和的前提性条件。^[16]

以上理由均造就了在日本民事诉讼法解释上弱化法律条文的拘束力和立法者本意的作用的历史性背景,并为后世的学界所普遍认可。当然,在回顾学术发展的过程中学者们对此不无反思。

(二) 利益衡量论

民事诉讼法解释方法论在日本法上虽然没有民法学领域如此炽热的争论,但解释方法论的运用依然会存在,尤其新堂教授的利益衡量论深刻地影响到日后的日本民事诉讼法学说并不同程度地波及实务。

1. 纠纷解决与功能性考察方法论

新堂教授在利益衡量论的形成上,受三月章教授影响较大。三月章教授在批判性地继承兼受理论并论述自己的纠纷解决目的论时,明确提出了自己对民事诉讼法的考察方法。即不采取以“实定诉讼法”为前提条件对诉讼法规范进行逻辑上、体系上说明的考察方法,而是致力于考察“制度的应然状态”。这种方法被称为“目的论或功能性考察方法”。^[17]由于它是从民事诉讼目的出发的解释方法论,是以纠纷解决为中心,所以很容易将人们的注意力转移到迅速解决纠纷的必要性上,从而弱化包含于程序法规范中的实体权利保护价值。很自然地它也会滑向利益衡量论,亦即根据各种利益的比较衡量,得出解释的结论。

2. 新堂利益衡量论的登场

利益衡量论被新堂教授作为明确的方法论意识运用于对新诉讼标的论、争点论的分析。这被认

[15] 星野英一「民法解釈論序説」同『民法論集第1巻』(有斐閣、1970年、初出1968年)11頁以下。

[16] 加藤新太郎、山本克己、三木浩一、高田裕成、高田昌宏「(座談会)民事訴訟法学の方法論とその展望」加藤新太郎編『民事司法展望』(判例タイムズ・2002)239頁以下(初出判例タイムズ1040号(上)、1041号(下)〔2000年〕)。另參見、アレクサンダー・ブルンス/松本博之訳「ドイツ民事訴訟のドグマーティクにおける実体法と手続法」松本博之など編『法発展における法ドグマーティクの意義——日独シンポジウム』(信山社、2010)243頁以下。

[17] 同前注〔16〕,加藤新太郎、山本克己、三木浩一、高田裕成、高田昌宏文,第247頁。

为是真正意义上的“程序法解释论”在民法学界的正式登场，被誉为日本民事诉讼法学说史上最具有方法论意识的学说。^{〔18〕} 新堂理论涵摄的利益衡量论主要是为与传统的演绎形式逻辑的“三段论式”法律解释方法对立而提出的方法论。相对于三月章教授的功能性考察方法，新堂教授在重视当事人主体性上有飞跃性的发展，相比公共和制度运营利益更强调当事人诉讼便利等诉讼制度利用者的利益。事实上，利益衡量论更早于 20 世纪 60 年代中期由加藤一郎教授和星野英一教授作为日本民法的解释方法论引入。^{〔19〕} 虽然两位教授的观点不尽相同，民法中的利益衡量论主要以强调当事人之间利益的衡量为轴，具体包含：通过法官的积极创造活动确保判决的具体妥当性；相比依照法规直接演绎出的结论，更重视通过利益的比较衡量或价值判断获得的妥当性结论；在利益衡量中尊重普通人的常识和认可度；为获得妥当性结论主张根据社会关系或利益状态的差异进行类型化的必要。

与民法中的利益衡量论不同，新堂教授的利益衡量论并非局限于作为诉讼当事人的原被告之间财产或价值分配上的利益。即，除了传统意义上的利益衡量，新堂教授的利益衡量论更多地蕴含了考量作为制度利用者的“当事人的便利”“制度运营者的利益或其他公共利益”“民事诉讼程序的动态发展”等要素。^{〔20〕}

举几个典型例子予以说明。对于不具备诉的合并要件的反诉是作为驳回起诉处理，还是作为独立的诉受理？如果从确保诉讼程序运作统一性及法院的利益这一视角进行解释的话，既然不具备诉的合并要件就只能驳回起诉。但是，考虑到当事人重新起诉、另行起诉的负担等为诉讼制度利用者的当事人便利角度来看，应当作为独立的诉来受理。

关于是否应当视为固有必要共同诉讼的判断标准问题，为解决只要一人反对就无法诉讼等的问题，新堂教授提出了应当根据各种实体法观点和诉讼法观点的考量去判断是否符合固有必要共同诉讼的诉讼政策说。^{〔21〕} 根据该观点，在利益衡量中需要考量的因素主要有：（1）个人是否能单独处分权利利益；（2）对于不易作为当事人的人，解释为固有必要共同诉讼是否会事实上否定其他适宜当事人或对方当事人接受本案判决的权利；（3）如果允许部分当事人实施诉讼，败诉情况下是否会实质性地侵害其他人的利益或者产生对方当事人因其他人起诉又不得不再次应诉的不当情形；（4）第一审本案判决后发现部分应当成为共同诉讼的当事人没有参加诉讼的，是否撤销一审判决重新审理，除了诉讼经济，是否还需要考量已经进行的审理有无充分考虑到遗漏的当事人的利益、依靠未来的参与能否充分保护其利益等。在此可以看出，新堂教授的利益衡量论融合了对多个关系人的起诉难易等诉讼利益的考量、诉讼经济以及诉讼程序的具体阶段和进程。

新堂利益衡量论不限于当事人之间利益考量的特点在审理程序论领域证明责任分配的分析上体现得尤为明显。相对于通说，新堂教授更加重视当事人之间证明责任分配的公平性。具体而言，作为通说的法律要件分类说（规范说）将法律效果发生要件区分为权利发生、权利障碍、权利阻止和权利消灭，并以此为基础来考虑证明责任的分配。对此，新堂教授提出了批判。他认为以意思表示错误为例，权利发生规定和权利消灭规定是很难明确区分的，所以证明分配不应当拘泥于规范的形式，而应当从当事人之间公平的观点，以立法者的本意、与证据之间的距离、立证的难易、事实的盖然性等为基准来决定如何分配。^{〔22〕}

〔18〕 同前注〔16〕，加藤新太郎、山本克己、三木浩一、高田裕成、高田昌宏文，第 249 页。

〔19〕 加藤一郎「民法における論理と利益衡量」(有斐閣、1974 年)，星野英一「民法論集第一卷・第四卷」(有斐閣、1970 年・1986 年)。

〔20〕 同前注〔16〕，加藤新太郎、山本克己、三木浩一、高田裕成、高田昌宏文，第 249 页。

〔21〕 同前注〔8〕，新堂书，第 540 页。

〔22〕 同前注〔8〕，新堂书，第 396~400 页。

3. 利益衡量论的普及

日本民事诉讼法学界普遍认为,新堂教授的利益衡量论是现今日本民事诉讼法学通用的方法论,被广泛地运用于具体问题的解释,并且尤其为高桥宏志教授继承和发展。这种状况与民法学界形成鲜明的对比。在日本民法界,由于加藤教授和星野教授提出的利益衡量论中用以衡量的利益的具体标准或价值序列不存在,同时因为这种方法论不区分发现的过程与正当化的过程,平井宜雄教授对其提出了强烈的批判,由此引发了20世纪80年代日本民法学界关于解释方法论的另一次论战。平井教授强调正当化的过程的同时提出的辩论理论在日本民法学界引起了强烈的共鸣,并上升为民法解释学领域的共识。也正是这一时期,为平井教授的辩论理论提供评价框架的动态体系理论被山本敬三教授引入日本。^[23]

实际上,新堂利益衡量论也并不是没有受到任何批判。深受德国法影响的松本博之教授近年来就对三月章教授的功能性考察方法论,尤其是新堂教授的利益衡量说提出了强烈批判。他认为,“根据具体情况进行利益衡量在解释学上存在的问题是:某案件中承认某法规的适用,他案件中又否认同一法规的适用,这种随案件变化的相对性解决,在应当予以考量的利益中包含很多私益和与其完全不同的公益性质的利益的情况下,是无法提供相应根据的。……这种个别解决也会使法律丧失稳定性”。^[24]日本民法学界的主流学者也都认识到新堂利益衡量论在用以衡量的利益或价值的内涵以及序列方面所蕴含的不清晰和不稳定性。所以是否能够从新堂理论本身总结出某种价值序列、宪法性价值能否提供某种序列标准、放弃特定的利益或价值的正当化的过程展示,是否沿用平井教授的辩论理论等均是民诉学者们苦于思考但尚未有结论的问题。^[25]

然而,除松本教授外,目前日本民法学界的主流学者所思考的还是如何去弥补利益衡量论的缺陷而不是废弃利益衡量论。并且,支持利益衡量论的学者们很少把解释方法论作为独立的命题进行讨论,所考虑的只是在展开具体问题的解释时如何运用进行利益衡量的问题。究其根源,或许还要重回到前文所述:诉讼目的纠纷解决说在基本理论演变中的核心作用和支配性地位,民事诉讼法与民法等实体法在规范对象方面存在的差异,制度利用者即诉讼当事人的便利在价值序列方面的相对优越性等。

(三) 亲实体法解释方法论及其他

值得一提的是,松本教授在对利益衡量论提出上述强烈批判的基础上,提倡了应当遵循民事诉讼的特性进行法解释。松本教授认为,民事诉讼目的应当遵循德国的通说将实现和保障实体权作为目标,因此,在民法适用产生疑问时,应以合乎实体法目的的方法就疑问做出解释。^[26]具体而言,松本教授主张首先应当选择亲实体法的解释方法。所谓亲实体法是指在适用诉讼法规范时,在可能的多种解释中应当优先选择最符合实体法要求的解释理论。例如,对于固有必要共同诉讼,松本教授坚持传统的管理处分权说。他认为,法律对固有必要共同诉讼的规定固然不明晰。但是,既然对作为诉讼对象的权利或法律关系的管理处分权属于全体关系人,那么是否属于固有必要共同诉讼就取决于该权利的诉讼实施权是否为全体关系人享有。亦即,依据实体法标准或法

^[23] 瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集代表「民法講座(別巻1)」(有斐閣、1990年)1頁;山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷と特質」民商法雑誌154巻1号1頁(2018年);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页以下。

^[24] 松本博之「民事訴訟法立法史と解釋学」(信山社、2015年)234頁以下(中文翻译参见,郝振江译,载《民事程序法研究》第19辑,厦门大学出版社2018年版)。

^[25] 同前注[16],加藤新太郎、山本克己、三木浩一、高田裕成、高田昌宏文,第257页以下。

^[26] 以下松本观点详见前注[24],松本博之书,第234页、243页、249页以下。

理判断是否属于固有必要共同诉讼。在证明责任的分配问题上,松本教授也是以实体法规范为前提的通说-法律要件分类说(规范说)的最具有代表性的学者之一。其次,松本教授还主张,由于民事诉讼存在于宪法之下,当有两种以上解释时,应当优先选择最符合宪法且能够有效贯彻基本人权的解释。宪法所要求的基本人权包括公正程序请求权、权利保护平等、当事人之间武器对等及诉讼经济原则。例如,存在固定类型的证明困难或者证明上处于不对等状态的案件中,考虑到承受不利益的一方当事人处境,为保障武器对等原则,有必要考虑让不负证明责任的当事人承担真实陈述义务,或者应当适当减轻证明度。整体来看,松本教授是在强调以法规出发的概念法学或法教义学解释,但又希望运用亲实体法和符合宪法性要求的方法加以补充性解释。尽管没有上升为抗衡利益衡量论的方法论,松本教授的亲实体法解释方法论的提出可谓是日本民事诉讼法学界围绕着解释方法论出现的最正面的一次论战。

此外,日本民事诉讼法学还出现了过度重视程序保障或强调委诸当事人之间谈判过程和自我责任,并将其作为民事诉讼目的本身和解释方法论的“程序保障第三波论”。^[27] 具体而言,程序保障第三波论不再静态地理解民事诉讼的目的,而是动态地去理解诉讼内外的纷争,将民事诉讼法定位于给予动态的纠纷中的当事人以程序保障,在此基础上主张,民事诉讼是解释原被告之间有关民事纠纷法律规范的过程。因此,比如违法收集的证据,应当考量诉讼前后当事人之间的交涉过程而决定能否使用证据。不过,批评者提出强烈的质疑,认为这种解释论从重视法的安定性和程序统一性角度蕴含着根本性的缺陷,将导致完全否定司法权、实体法规范以及判例的先例性。^[28]

三、实务、判例

实务和判例对日本民事诉讼法学方法论具有相互交织且广范的影响。

(一) 实务与学说的互动

竹下守夫教授曾经在日本民事诉讼法学会五十周年纪念大会的主题报告中,就民事诉讼实务与学说的互动指出:^[29]在判决效力的范围等领域,民事诉讼法学界的通说与实务的主流观点之间出现了相当深的“裂痕”,但在审理程序领域,学说与实务之间进行了珍贵的相互交流与共同作业。在审理程序领域必须提及的就是所谓实务解释的出现。2006年法科大学院设立之后,随着来自实务一线的实务家在法科大学院占据教职,逐渐可以看到实务教员从实务适用的现实性、运用的便利性、诉讼经济等实务运用层面支持旧诉讼标的论,反对争点论等的观点。^[30] 但是,不能否认的是这种实务解释具有过于迁就现实的一面。虽说同样是实务解释但在日本民事诉讼法学界能获得一定共识的是着眼于诉讼指挥等法院的广泛裁量权,以三木浩一教授为代表的程序运营论。^[31] 如果说学说上一直专心研究的权利、义务、合法与违法等问题还可以用“要件=效果”模式予以精细化,那么有关法院裁量的当与不当问题,无论如何不得不注意程序整体的效率性、设计的合理性及司法资源的合理配置。三木教授尊重当事人之间的公平和程序总体的效率性、当事人自律性的程序设计功能,虽然是从程序运营(例如,赋予当事人行为责任,赋予法院案件管理义务)的视角构

[27] 参见井上治典「手続保障の第三の波」『民事手続論』(有斐閣、1993年)29頁以下。

[28] 同前注[16],加藤新太郎、山本克己、三木浩一、高田裕成、高田昌宏文,第270页。

[29] 参见竹下守夫「民事訴訟法における学説と実務」『民事訴訟雑誌』第46号(2000)。

[30] 瀬木比呂志「機能的民事訴訟法学・法教育の試み」法科大学院論集第15号57頁以下。

[31] 同前注[11],三木书。

造部分请求、重复诉讼的规律,但是在辩论的分离、限制、合并及裁量移送等诉讼指挥与多数当事人纷争密切相关的领域也促进了解释方法论的发展。^[32]

不过,实务对学说影响更大的是在另一个层面。上文竹下教授指出的判决效力理论的“裂痕”大概是指,新诉讼标的理论和争点效理论在学术界虽掀起了热议,但最终两者都没能在司法实务中被采纳。^[33]但是,不管结果如何,日本民事诉讼法研究者通常都倾向于认识和分析司法实践,在此基础上进行解释论、立法论研究并对实务的“应然方向”提出建设性意见。^[34]实证调查是日本民事诉讼法学界长期以来为正确认识实务场景和需求采用的方法。迄今为止的代表性业绩为以竹下守夫教授为代表的民事诉讼法学者小组主导的“民事诉讼的计量分析”。^[35]这本书以各地方裁判所1991年新收案件中已结案件的卷宗为材料,就各地区民事诉讼程序的景象进行描绘,并从“当事人对裁判的可接受度”的视角出发进行了分析。实证调查的传统继承和拓展到破产法领域。2010年,日本破产法系列之一《民事再生法》实施10年,由山本和彦教授牵头的破产法学者小组主导了“民事再生计划实证调查”。该调查主要通过对东京、大阪等法院三百多件重整计划的样本调查,分析了《民事再生法》的落实,并从程序或制度角度提出了完善意见。^[36]应当指出,民事诉讼法不是简单的程序规范的集合,它是预设法官、律师和当事人行为的法律,法曹阶层和当事人的状况都强烈制约着程序规范的适用,这就决定了民事诉讼法学具有不只是停留于虚学的实学因素。

(二) 判例与解释方法论

判例与解释方法论的关系体现在两个方面上:其一,如“先例具有事实上的拘束力”这一术语所表现的那样,判例理由中运用三段论的法律适用部分正是法律解释操作的结果。由前述分析可以看出,利益衡量的解释论过程虽非在所有问题领域均存在,但是在民事诉讼的判例中却是相对被广泛地接受的。其二,法律欠缺时通过裁判的法律创造。目前,由于民事裁判中不允许法官拒绝裁判,所以坦率地承认法律存在着欠缺,由法官以制定法的现有条文为基础,基于衡平地考量去形成具体的裁判规范在日本法上没有障碍。尽管对于将法律欠缺场合的法律适用理解为广义的法律解释也有质疑,但是将它作为法律解释领域之一的观点普遍获得认可。因为在实际的裁判中,这种法律适用多以适用诚实信用、权利滥用等一般条款的形式实现。例如,日本最高裁判所明确地否定了新堂教授争点效理论中所提出的判决理由的拘束力,但是,争点效理论所指向的防止同一给付的纠纷被推倒重来的目标,在该判例中则是通过民事诉讼法“诚实信用原则”条款解释适用的方式实现的。^[37]这些判例所创造的“法”反过来在法解释论上都会成为未来裁判的重要“法源”。

四、外国法研究

如学界一般所认知,日本民事诉讼法具有大陆法系和英美法系交叉的特点。近代法律继受时期,日本完全继受的是德国民事诉讼法典及其理论学说。二战之后,受美国法影响,日本民事诉讼

[32] 山本弘「『民事訴訟法学の方法論とその展望』を読んで」加藤新太郎編『民事司法展望』(判例タイムズ・2002)335頁。

[33] 参见日本最高裁判所1976年(昭和51年)9月30日民集30卷8号799页。

[34] 同前注[16],加藤新太郎、山本克己、三木浩一、高田裕成、高田昌宏文,第298页。

[35] 参见民事訴訟実態調査研究会編『民事訴訟の計量分析』商事法務研究会2000年。

[36] 参见山本和彦、山本研編、民事再生研究会著『民事再生法の実証的研究』(商事法務、2014年)。

[37] 同前注[33],日本最高裁判所判例。

法进行了数次修改。外国法研究背景对日本民事诉讼法解释方法论也施与了一定的影响。二战后,在新堂教授、谷口安平教授、吉村德重以及三木浩一教授等有过美国留学经历的学者们的影响下,程序保障等美国法的思想或程序运作论(procedure administration)及案件管理(case management)等观点融入日本法,为学界带来了极大的活力和刺激。新堂教授的利益衡量论或三木教授的实务解释方法论都是在这种背景下应运而生的。不过,以中野贞一郎教授为首的一批深受德国法影响的学者,仍然长期一直运用着概念法学或法教义学方法对民法进行解释。这种方法论上的差异因松本博之教授强烈主张亲实体法解释方法论而公开化。^[38]

不过,外国法研究的真正意义不在于对解释方法论的影响。无论采用何种解释方法论,在日本民事诉讼法学的具体问题的解释论、立法论上外国法研究占有举足轻重的地位,常被视为“学者的宿命”之一,是一项永无止境和充满挑战的工作。^[39]重视比较法研究的传统即便在法制和学术研究水平高度完善的当今仍然得以保留。毋庸置疑,正确的外国法研究的方法并不是停留于制度的表面,而是结合其成立或者生成过程中构成其基础的社会、政治、经济、文化及历史要因或脉络去努力理解该制度及其学说,借此来说服本国保守的实务家,所以从长远的眼光来看,外国法研究是“民事诉讼法立法论和解释论的优质肥料”。^[40]

结 语

从以上考察大致可以得出如下结论和评价:

第一,法律条文和立法者本意在日本民事诉讼法解释中不具有绝对的拘束力,这种现象多少取决于日本民事诉讼立法的背景以及民事诉讼法的调整对象大部分涉及当事人及法院等诉讼主体的地位和权利或义务更为亲和目的论解释。尽管在日本民事诉讼法研究中很少将解释方法论作为单独的命题进行讨论,但新堂教授的利益衡量论作为最具有方法论意识的方法论,被日本民法学界普遍认可并运用于具体问题的解释和研究。与民法利益衡量论不同,新堂利益衡量论并非局限于原被告之间财产或价值的分配,更多地蕴含了考量作为制度利用者的“当事人的便利”“制度运营者的利益或其他公共利益”“民事诉讼程序的动态发展”等要素。利益衡量论的形成一方面源于民事诉讼的目的被定位于纠纷解决,另一方面也深受战后比较法研究中利益衡量论引入的影响。并且,从新堂教授和高桥宏志教授采用的诉讼目的论不同但最终均采用或继承利益衡量论的方法论来看,利益衡量论最终相对脱离了诉讼目的论而获得独立的发展空间和地位。

这里需要强调的是,民事诉讼中作为解释方法论的利益衡量,并不是若干利益单纯比较后的结果裁判主义,它是在裁判制度结构制约下各种利益的权衡与选择。这种衡量是对法律适用过程中三段论形式性演绎方法论的变更。与民法界情形不同,日本民法界中坚学者们普遍接受利益衡量论并苦于思考去发掘针对利益的不确定性和衡量标准的解决方案。由此可以窥视出,日本学者们认为或期待利益衡量论其过程和程序一定程度上可以结构化。即,在这种结构化背景之下,遵循着一些基本的利益衡量原理:首先,尽量以制度利用者即诉讼当事人的便利为价值序列的最高位,并考量诉讼的动态发展;其次,对于制度运营者的利益等公共性、公益性等社会利益,尽可能在具体地、个别地明确其内容基础上进行考量;最后,虽然委诸法官智者的裁量性判断,但尽可能类型化地、一般性

[38] 同前注[24],松本博之书,第206页以下。

[39] 同前注[16],加藤新太郎、山本克己、三木浩一、高田裕成、高田昌宏文,第279页。

[40] 同前注[32],山本弘文,第335页。

地提示利益衡量的对象和标准。^{〔41〕}利益衡量的正当性还须借助于上诉制度的保障。

此外,在从中国法的角度评价日本民事诉讼法的利益衡量论时需要注意两点:其一,由于近代对德国民事诉讼法典相对完整的继受并完成了多次的立法修改,当今日本的这种利益衡量论是在法典体系相对规范或者完备前提下展开的。利益衡量论虽然可能会引起具体解释技术的差异,但由于规范明确化和体系化,并不会导致解释论在基本价值上产生过大分歧。其二,目前日本民事诉讼法学界对解释方法论的态度和选取也同中坚学者已经在立法工作中占据核心地位,对司法实务及判例具有一定的影响密切相关。由于学者主持下制定的法典会相对注重利益的客观性与中立性、用词的严谨与准确、制度之间的严整与协调,所以一方面学界易对规范产生认同感,另一方面也能够对实务秉持相对包容和吸收的态度。这两者均在潜在地约束着利益衡量论。所以最终解释论的重心也自然集中在如何进行利益衡量以及如何弥补其局限性上。

第二,松本博之教授批判利益衡量论,认为它轻视法规的事前效力、具体的利益衡量没有标准无法抑制法官的恣意、使法律思维过程失去核心等。松本教授强调以法规出发的概念法学,但又希望运用亲实体法等的方法加以补充性解释。这是一种诉讼目的权利保障说的回归,但另一方面松本教授也不否认用实体法和宪法的解释得不到答案时不得不依靠利益衡量和价值判断。^{〔42〕}尽管,松本教授的亲实体法解释方法论没有能够使利益衡量论的支配性地位动摇,但是他的批判在迫使利益衡量论反思过度疏离法规上具有重要意义。

此外,至少在涉及诉讼指挥的问题领域,程序运用论的实务解释的解释方法论在日本民诉界得到学者的支持乃至获得理论上的回应。

第三,解释方法论可以明确应从何处寻求民事诉讼问题得出恰当结论的视角,既有利于民事诉讼法理论的体系化,也可以为导出和接受某一解释结论营造一定氛围和发挥相应的媒介作用。但是,这并不意味着特定的解释方法论必定会适用于所有具体问题的解释。以证明责任论争为例,尽管解释方法论上利益衡量论是日本的主流,但是在证明责任分配上作为规范说的法律要件分类说却是通说。二者并没有遵循一贯性。这或许正说明了日本民事诉讼法学上,解释方法论很少成为单独的命题而只作为具体解释论应然前提的现象和原因之一,学者们更倾注精力于设定什么样的题目,在该题目下以什么样的方法进行研究。进言之,更加注重面对具体问题时的解释论或立法论。此时,鉴于民事诉讼法与司法实务的内在紧密联系,植根于实务、以实务所用为出发点的研究视角获得重视。外国法研究,因其能够避免本国制度的绝对化所以一直为日本民事诉讼法学界所青睐。

(责任编辑:赵秀举)

〔41〕 田中成明『法学入門(新版)』(有斐閣、2016年)162頁;同前注〔16〕加藤新太郎、山本克己、三木浩一、高田裕成、高田昌宏文 257 页以下。

〔42〕 例如,日本民事执行法第 38 条第 1 款规定,“对于强制执行的标的物,第三人拥有所有权或其他妨碍标的物转让或者交付的权利时,可对债权人提起请求不准许强制执行的异议之诉”。民法第 424 条第 1 款规定,“债权人对于债务人明知侵害债权人而为的法律行为,可以请求法院撤销”。实务中由此所产生的问题是,第三人提起民事执行法第 38 条第 1 款的执行异议之诉后,作为被告的执行债权人能否以民法第 424 条第 1 款的债权人撤销权为抗辩主张,请求驳回第三人的诉求。新堂教授和松本教授均从诉讼经济原则出发,认为应当允许通过抗辩主张撤销权。参见前注〔24〕,松本博之书,第 253 页。