

在法律系教了很多年的民法（總則、物權）和憲法，看到很多似懂非懂的表情，會散發豁然開朗光芒的，大概都是坐在後面的、高年級的旁聽生。這讓我常常想，法學院用了超過半世紀的課程表是不是出了什麼問題。

### 一、 五編制民法與卷軸式教學

大量參考德國五編制民法典所訂的中華民國民法，實際上也移植了這套潘德克頓法學（Pandektenwissenschaft）的體系思維，以其影響力之大，稱之為二十世紀主導大陸法系傳統的體系思維，也不為過。五編制的殊勝之處，就在它的括號提出法（vor die Klammer）編排方式，也就是按「從特別到普通」的思路，把個別制度中共同的規範提出於括號之外，從小括號到中括號再到大括號，五編中的總則編提出於四編之外，相對於四編它是普通法，債和物雖被通稱為財產法，好像與親屬、繼承合稱的身分法平行對立，其實親屬繼承大部分的內容還是財產法，而債和物處理的本來也不純然是財產關係，真正決定先後的原因在於這兩編是建立於身分關係的特別財產法（和非財產法），也就是 Henry Maine 所說的「從身分到契約」殘餘的初級團體部分。如果無涉這兩編納入的與身分有關的特別事由，即使具有身分關係，適用的還是債和物的規定—比如父子間的土地買賣，因此這四編之間又有某種特別和普通的關係。進入各編內容，其排列還是通則在前分則在後，分則裡復有普通和特別的關係，如此不斷反覆，其精密有如今天用 0 與 1 編寫的的電腦程式。

這樣井然有序的體系，不僅可以大量減輕適用法律尋找規範的負擔，為釋義學的展開打下最有利的基礎—它實際上就是十九世紀德國民法釋義學千錘百鍊的結晶—，同時也發揮了教育和傳承法律專業的功能。法學院的民法課程從大括號外面的總則啓蒙，然後是債總、物權、債各，然後是親屬、繼承。和適用法律的「找法」過程相反，不是先特別，找不到足以涵攝相關事實的答案，再往括號外的普通法去找，有時候一直找到總則的誠信原則為止。而是先從最普通、最基本的原則開始教，而以破括號的方式逐步往特別法深入。這樣由簡而繁、由普通而特別的專業教育，很像卷軸的展開，一個法律系的學生，差不多要到第三年結束，才對民法有了比較完整的圖像。

### 二、 作為法學的基本功

民法典構建的概念體系，不僅撐起整個私法秩序，其高度細膩的規範技術，同樣被晚熟的、體現分配正義的行政法毫不客氣的大幅假借和參照，沒有厚實的民法訓練，公法的研究大概很難好到那裡去。從這個角度看，民法典又不只是民事法的普通法而已，至少對大陸法系的法律專業而言，把它當成法律的基本功，應該是很公允的評價。

Mannheim 大學精幹而活力四射的校長、稅法教授 Prof. Dr. Hans-Wolfgang Arndt 最近訪問政大的時候，談到他正推動的法學教育改革，重點在引進法學士（Bachelor of Laws）學位以打破傳統從法學院直達國家考試的制度，使畢業者多了一個中間站，可選擇進一步攻讀國家考試的準備課程，或直接就業。值得注

意的是，他的三年法學士課程設計，即以民法為主要內容，加上一些其他配套。基本理念就是化繁為簡，如果不再堅持法學院必須培養完全法律人（Volljurist）的想法，也就是讓每個法律人對各種法律都懂一點，而寧可讓只想完成基本法律訓練的人學好最基本的東西，那麼就教民法吧。這個改革已經得到聯邦政府的支持，通過試行條例，而且在第一年的招生就引起出奇熱烈的迴響。Mannheim 模式有多少機會擴展到其他學校，還言之過早，但以民法典為基礎訓練的共識，其實在現行制度下就已經存在，只是 Mannheim 的實驗表現得更直接而已。

### 三、 卷軸式教學浮現的問題

然而卷軸式的教學絕對不是全無問題，從抽象到具體的學習困難，不需要太多教育學的知識，僅僅從我們自己的經驗就很容易體會，如果不是從小狗跳小貓叫開始，直接跳到「悠然見南山」，或者「生物多樣化」，小孩子大概會更抗拒學習。大一的學生讀到「法律行為」的時候，似懂非懂已經算是領悟力高的，總要到大三什麼時候才會豁然開朗的「啊哈」一聲。

然而時間拖長好像又是大陸法系專業教育的宿命。即使法學院提供的教育，永遠只能是釣魚的方法，而不可能是一大桶的魚。在美國學士後的法學院 JD 課程，第一年就差不多已經把十八般武藝都傳授完畢，二三年以實習課為主，很重要的原因就在美國法的議題思維（先例拘束），不同於大陸法的體系思維，換言之，大陸法系的專業教育，如果不爬到體系的頂端，根本無法完成三段論的演繹思考訓練；英法法系的專業教育，訓練的卻是從議題本身，通過類推的思考去找答案，僅僅此一差別，就使得大陸法系專業教育不能不維持從抽象到具體的傳習方式。我觀察德國法學院的民法課程，也許更接近一種擀水餃皮式的教學，也就是在普通到特別的課程之間和之後，穿插研討課來重新整合，像麵粉團推薄一次後又回滾兩三次，從普通到特別，再回到普通，曾被德國學生奉為聖經的 Dieter Medicus 所著民法，就源於他在慕尼黑大學為高年級開的以請求權為基礎的民法課，這樣的課可以讓高年級生更知道如何融會貫通，而不必回到低年級課旁聽，去尋找他的「啊哈」。

大陸法系的體系優勢，本來就不在學習階段，必須到了法律適用的時候才能見其真章。法學教育改革者如果忽略掉這兩種法律基本思維的差異，而輕舉妄動，很可能犯下致命的錯誤。如果學習材料不能減少，改革的重點，在德國也許真的是增設中點站，在我們則應該放在卷軸式教育內容的調整。

### 四、 反思背後的體系問題

以五編制的體例作為法學院民法課程規劃的基礎，困難的還不只在於必須從抽象的部分開始，五編體系本身的不完美，已經越來越清楚。比如總則到底有多總則？如果多數的條文和親屬、繼承法難以相容，這個德國民法的重要實驗其實已可宣告失敗。也許像荷蘭民法那樣，只務實的提煉出財產法的通則，就很合用了。把侵權責任當成一種獨立的債的關係，或者原因，也從一開始就有爭論。而且儘管我們肯定債權和物權二分、負擔行為（債權行為）和處分行為（物權行為）二分的高度邏輯性與必要性，但債編通則和物權通則的內容真的可以分割嗎？各

種限制物權和各種繼續性的債權關係，只因為採行物權法定原則就分頭規定，會不會正是過去這個世紀物權趨於萎縮的重要原因？

一直是德國民法重鎮的慕尼黑大學，大師可說不絕如縷，包括 Larenz, Fikentscher, Medicus, Canaris 等，從他們民法課程的安排，其實已經透露體系重構的端倪，不是按照民法典的五編上課，而是整合後的民法 1、民法 2 與民法 3，讓第一次接觸民法的學生，就在學習法律行為的同時，瞭解契約的成立和效力，認識債權行為和物權行為二分的必要性後，也同時學習買賣和物權讓與或設定的要件，侵權責任、不當得利和無因管理，會和物上請求權、所有人占有人關係放在一起演練。在熟悉了這些通則性的東西以後，再進一步接觸特別的法律關係，包括債各和物各的內容，然後才是親屬繼承。從這整套教學的計畫，隱隱然已可看到一個不太相同的民法體系，隱身在五編制體例的背後。

### 五、 建構新體系的挑戰

最近二十年吹起民法典再法典化的新浪潮，代表大陸法系國家建構新體系的努力，誰先設計出一套升級版的民法典，更能回應社會的新變化，也更能為專業的傳習提供最有效的教材，是荷蘭的八編制新民法，俄羅斯的六編制新民法，還是中國大陸醞釀中的新民法典？這個挑戰，當然已經遠遠大於法學教育的改革，在我看來，這裡有兩個核心的問題必須先回答：第一個是，民法典在二十一世紀存在的價值究竟在哪裡？仍然要靠它作為撐起整個私法秩序的地基嗎？如果肯定的話，第二個問題是：以什麼樣的新理念、新原則來重塑這個地基，並重構一套更為邏輯、精密的概念體系？

從典範遞移的角度來看這件事，重構新體系的努力，其實從前一部民法典完成時就已經開始在做準備。德國民法學者寫的教科書，沒有一本是完全按照民法典的體例，對大陸法系國家而言，創造、發現不同於外部法律體例——那怕只有一點點的偏離——而可更流暢操作的內在體系，是每個教科書作者不能迴避的挑戰，當這些一代一代的一家之言慢慢走到一個大同小異的新體系時，新典範就已經開始浮現。這也是我一直覺得遺憾也疑惑的地方，為什麼台灣的教科書作者到今天都還只想沿用法典的體例去寫作，不嘗試建構更進步的體系？第一代大陸時期的教科書有那個階段的功能，八十年都過去了，我們的民法釋義學還是只能原地踏步？這恐怕不是能力的問題，而是民法學社群的目標設定問題：民法學作為一個研究領域，到底所為何事？

如果我們再把眼光放大一點，應該會看到大陸法系傳統下另外一個新發展，就是以憲法法院為火車頭所建構的二十世紀的憲政主義，已經把民法也納入以憲法為金字塔而籠罩全部法體系的新體系，「具體化的憲法」不再只是行政法，民法何嘗不是。這個體系化的工程，不論談到基本權的第三人效力，或民法中的比例原則云云，基本上都還在非常初始的階段，但我們跟上了嗎？這又讓我想起大學一年級上的憲法，因為沒有民法那樣從普通到特別、由淺而深的過程，以致儘管遲一點，到了三四年級也就會像餃子煮熟了一樣的一一開悟。我發現一年級教的憲法到二年級已經丟了一半，大學畢業就差不多全部還給老師。因此在這所謂

的憲政主義新體系真正成熟以前，我認為這抽象度最高的憲法應該放在四年級去教，可能還會有一點畫龍點睛的效果。法律學了三年以後，或許真的可以悠然見南山了。