

第七章 結論

德國學者屠布涅提出反思性法律的主要原因，是面對歐美國家法律在社會中功能顯著增大的「司法化」現象，帶來了管制的非合理性。他認為我們生活在一個管制的國家，而國家的干預卻是達成分配效率目標的主要障礙，最主要原因就在於管制法律與社會次級體系的不相容性，法律作為一種媒介不是變得沒有效用，就是雖有效用但卻摧毀了傳統的社會生活型態，社會的整合不能由強加的齊一規範達成。因此，他將關注的焦點由正式的司法裁決，轉向不同型態的調節和仲裁方式來取代，主張將法律的管制由直接管制轉為間接管制，通過社會自身的自律性和自我運作性來解決社會問題。而將法律的功能限定於組織、程序、權限分配等管制領域內。

我國隨著經濟的快速發展與社會的變遷，國內不動產的使用方式與產權的類型也與以往有很大的不同，部分新興的使用權之出現以及不動產仲介業者的涉入，使得交易型態跟著改變，加上不動產不同於一般動產或商品的物理及經濟特性及複雜的法令規定，使得交易往往因為資訊的不對稱而破壞了交易的秩序，進而產生紛爭。

政府為預防紛爭的發生，也採取了許多的管制措施，但是從各項分析與統計數字發現，管制的效果並不理想，除了對於管制對象的行為態樣與法律關係未能充分掌握，造成當事人之間權利義務關係的混淆以及適用對象的問題外，更重要的是，不動產交易紛爭的案件數量不但沒有因此而逐漸減少，反而有逐年增加的趨勢，種種的跡象顯示在不動產交易的管制議題上，出現了「干涉主義國家的危機」。

而一般人面臨紛爭的時候，往往抱持著「和為貴，訟為凶」的心理，故訴訟外紛爭處理機制仍是民眾尋求解決糾紛最主要的途徑。我國現今訴訟外處理不動產交易紛爭機制雖有和解、調解、調處、仲裁等四種方式，可以提供當事人在解決紛爭時有更多的選擇途徑，但要

求當事人在理性考慮之下，充分了解各種機制對現存之紛爭有何影響而去選擇適合之方式，恐怕不易。

依反思法理論的觀點，除了加強各個協會、團體的組織反思機制的法律結構，使其將外部的衝突「內化」於其決策外，運用程序規範來調整處理過程、組織關係、分配權利也是一個可以嘗試的方式。首先，從企業社會責任而言，紛爭的解決本屬企業經濟責任的一環，仲介業者如無法以自律的方式回應消費者需求時，在法律規範上就應要求其設立相關機制處理消費者各種紛爭與抱怨。另外，業者與公會應共同制定與發展這項職業所應有的專業倫理規範與執業標準，以做為從業人員執行業務之準則，並因應環境的改變而隨時調整，而公會更應該提供會員處理紛爭的服務，同時對於違反專業倫理要求與規範之會員給予處罰，以真正達到業者自律的目標。

此外，從反思法的觀點，一個整合式的紛爭處理機制，原則上應注意紛爭主體、客體與行為的特性，而在組織成員上應注意代表性與專業性，並避免人為的控制；而紛爭的處理程序上，應注意協調過程的順暢、資訊的透明與充分的討論，同時也應儘量促使爭議的雙方達致協議，並應將結果公布接受公評，尚可引進線上解決爭議機制，以發揮其無國界性、即時取得性、同步大量解決爭議性、迅速性、便利性、經濟性、可負擔性及有效性之特點。

綜而言之，在現今社會功能分化的社會中，任何次級體系都不可能直接介入其他的次級體系之中，法律體系亦不例外，它不可能對其他社會次級系統予以介入，並產生直接的約束。因此，未來的法律在管制的發展趨勢上，我們應該揚棄法律的規範可以控制社會並直接帶來社會的變遷的傳統看法，因為法律的角色已經由主導者改變成為協調者，作為其他社會次級體系獨立運作的媒介，也就是說並不是立法創造了社會次級體系的運作，而是次級體系選擇性地利用立法來處理自身的問題，並且建構其自身的秩序。

然而，面對「後管制時代」的來臨，並不意謂著要全面的除去國家的管制，而是要調整管制的方式，正如德國學者弗蘭茨·奧本海預言「未來的」國家將是一個自我管理的「社會」²³²。法律對社會行為的管制應由直接管制轉為間接管制，通過社會自身的自律性和自我運作性來解決社會問題，法律體系的功能應限定於組織、程式、管理許可權再分配等領域之內。然而，縱然這樣的改變是未來法律發展的趨勢，我們仍應注意到不同國家所呈現出不同的法律文化，如何從他國中吸取經驗，再挹注於本土的法律文化當中，格外顯得重要，尤其是在這一轉變過程中如何取得「管制」與「自主」的平衡，而適用於不同的法律領域中，則有待後續的研究與探討。

²³² 弗蘭茨·奧本海著，沈蘊芳等譯，《論國家》，1999，頁 120。