

尋找法律新典範 – 一個社會觀點的嘗試

陳起行*

蘇永欽教授，是難得的民法物權，公平交易法，以及憲法的教學研究工作者。最近的一篇短文「夏蟲語冰錄《民法典與卷軸式教學》¹」，為新民法典以及未來法學教育新典範的探索，提供思考方向。筆者投入的資訊法律領域，或許與時代脈動聯繫較為密切，「典範移轉」一詞，在法學論文中經常遇見²。不過，二零零八年五月的美國法律與社會學會年會上，一位邁阿密大學法學院的教授，以「自律中不斷重塑的個人」為題，描述了美國金融業規制上的困境，批判自律的可能。在法規，主管機關，以及交易與管理科技，均不斷快速變更的情形下；加上公司重整與改組，由非營利的基金會性質，變更為營利事業等諸多變化因素之下，自律中的每個自己（self），都難以自處，描述得十分深動³。沒想到幾個月後，金融海嘯席捲全球，有如一九三零年代的經濟大恐慌。直至目前，仍沒有人感掉以輕心。這顯示：典範，已經不再是悄悄的進行移轉，我們也必須正視這項結構性的轉變。

將問題的探索，提升至尋找法律新典範的層次，是有意義的。首先，典範一詞，一般指：社會固守的思考模式。當社會變遷，產生結構性變化後，這些公眾視為當然的想法，往往無法掌握住新興課題的關鍵事實；所發展出的解決方案，勢必無法對症下藥。所呈現者，是法治不彰，社會失序；即便主政者反應快速，立即以新的立法加以回應，只要是仍然由舊典範下的基本思維出發，這些法制上的回應，均難以期待其效果。

其次，典範的探索，將反省的層次，提升至基本思維的層次，也預設了理論上的探索與論證。然而，勝出的新理論，也絕非只是法律價值上的訴求值得接受，並且理論建構過程的論證嚴謹而已；也必須能夠成功地落實到制度面，以及回應社會新事實上的發展這兩個面向上，都具體呈現出令人期待的成果。此一論述，欲說明的是，新典範的探索，勢必是法律科際整合的模式。這項整合，同時涉及

* 國立政治大學法律系教授，本文於 2009 年 7 月 24 日發表於台灣大學法學院所舉辦之民法典工作坊，會後參考與會學者的討論，增加三。未來民法典之建構。

¹ 該文全文可以自民法新典範工作坊網站下載：<http://www.newcivilcode.org/dis.html>，2009/04/16 造訪。

² Katsh, E., The First Amendment and Technological Change: The New Media Has a Message. 57 George Washington Law Review 57, 1459- 147 (1989); Owen Fiss, Emerging Media Technology and the First Amendment: In Search of a New Paradigm, 104 Yale L. J. 1613 (1995).

³ 請參考 Bradley, C., Reconfigured Selves in Self-Regulation. 發表於 2008 Law and Society Association Annual Meeting, Montreal, Canada.

了法律理論，法律制度，法律社會事實發現上的整合；法律內部不同領域的整合；以及法律與其他社會領域，如社會，經濟，政治等的整合。

最後，由提出典範移轉理論的孔恩就科學典範移轉的歷史觀之，新典範取代舊典範的過程，通常是頑固的舊典範揮之不去，要等到舊典範所造成的困境，形成桎梏，進而全盤崩潰後，新典範的嫩芽，才有機會滋長，經過一段反覆掙扎，取代舊典範，成為新盟主。在這個過程所付出的社會成本，值得正視。或許身處二十一世紀的我們，能發揮智慧，讓這一波典範移轉所需耗費的社會資源，降至最低。

值此摸索階段，本文藉由過去幾年初步的研究心得，提供一項由社會觀點出發的想法，期待能引發進一步的學術探討。作者先反省現行法律體系的理論基礎，及其與目前困境的關係；進而就筆者所依據的社會觀點，由理論與實踐兩方面闡述之。期待能拋磚引玉，喚起對此一主題更多的學術探討。

一．現行法律體系的理論發展脈絡

王伯琦先生在所著「近代法律思潮與中國固有文化」⁴一書中，讚揚西方的法律科學，主張是我們學習西方法學中的重要一環。套用蘇永欽老師所用的電腦軟體版本的觀念，西方法律一直十分重視法律條理⁵，而且隨著時代以及科學典範的創新，法律條理的典範，也不斷更新其版本，只是速度可能是以世紀作為單位，不像現今電腦系統，每每幾年就有重要的改版，令人目不暇給，甚至引發環保上的疑慮。

西元六世紀羅馬的查世丁尼法典，是希臘哲理與羅馬法律實踐上的融合，也是人類法律體系上的經典之作，要等到十九世紀初的拿破崙法典以及該世紀末的德國民法典，才出於藍而青於藍，進而發展出法律體系上新的里程碑。相較之下，羅馬法的法律體系，只有在一組法律規定內部，彼此之間有其清楚的條理關係，一組法律與另一組法律之間，相互參照（cross reference）的情形則少見⁶。十九

⁴ 王伯琦，近代法律思潮與中國固有文化，台北市：法律通訊雜誌社，1981。

⁵ 西方法律包含範圍甚廣；微觀之，歐陸民法傳統與英美普通法有別，同為歐陸傳統下的德國與法國，也有重要差異。本文無法將此一課題納入，深入分析。只想指出，英國普通法先有培根（F. Bacon）的法典化努力，十九世紀繼有邊沁（J. Bentham）法典化的努力，以及其學生奧斯丁（J. Austin）赴德國進修一年後，透過牛津大學法理學講座四年的教學，發展其分析法學（Analytical Jurisprudence），欲經由法律概念的統一，使得英國法律人的法律用語不至於太過分歧而使得法律紊亂。美國法理學之始，哈佛法學院院長藍道（C. Langdell）所推行的法律科學，藉由從法院判決整理出各個法律領域的法律原則，這項伴隨法學教育改革的努力，可以視為另一波較為成功的普通法系法律體系上的成就。本文這一節討論的現行法律體系，與蘇永欽老師文章一致，是以德國潘德克頓法學（Pandektenwissenschaft）的體系思維為中心；一方面，該體系思維是人類法律體系思想上的一個重要里程碑，影響世界各國；另一方面，這個體系思想，也是台灣與大陸繼受西方民法乃至整個法學基礎上的重要一環。

⁶ 見 Watson, A., *The Making of the Civil Law*, 第二章, *The Block Effect of Roman Law*, (1981).

世紀的德國民法，財產法上，有債篇各論，債篇總論，民法總則篇等不同抽象層次的民法財產法律體系。民法總則篇，更是將羅馬法中，蓋尤斯(Gaius)⁷法學階梯(Institute)所揭示的法律關係三分法(triad)：人，物，訴因(action)進一步予以體系化，發展成民法典中最抽象的一般規範，該篇三項主要內涵正好是：人，物，及法律行爲。

此外，這部十九世紀未完成的德國民法在思想上與前一個德語地區的法典化，也就是普魯士邦法，也代表了兩個不同的典範。普魯士邦法是在德國哲學與法哲學家沃爾夫(C. Wolff)的影響下完成。沃爾夫本於歐陸理性傳統，不重視經驗，因而主張法典應以黃金律作為基本原則，繼而嚴格遵守演繹法則，派生不同層級的規範，形成法律體系，居於法律體系最底層者，是法律條文。這項哲理，被康德融合歸納與演繹的批判哲學所取代。而十九世紀初德國歷史法學家薩維尼(Savigny)與主張應以自由，平等，博愛等基本理念建構法典的海德堡大學法學家提保(Tibaut)著名的爭論，也代表著受上述純理性與融合經驗等兩種不同哲理思維影響的主張，在法典化議題上的辯論。

薩維尼的歷史法學，嚴格說來是一項歷史的法律科學，重視歷史的建構，繼而在經過整理的歷史經驗基礎上，進行法律體系的建構。「中世紀的羅馬法」是薩維尼就德國⁸法律經驗的整理工作。再經過另一段長期努力所完成的「當代羅馬法體系」一書，則是薩維尼在前一階段整理的法律歷史經驗基礎上，進一步建構法律體系的成果。

薩維尼的學生普訶塔(Puchta)，也是承繼薩維尼，成為羅馬歷史法學派的領導者的十九世紀德國法學家。普訶塔「雖然在智識的深度及廣度，或是視野與願景的清晰上，不及薩維尼；但是他在發展邏輯體系與建構概念方面，則更勝於薩維尼」⁹。普訶塔使嚴格的概念形式主義主宰了德國潘德克頓法學

(Pandektenwissenschaft)¹⁰，自1830年後，普訶塔在私法方法論上的影響力，超過薩維尼。利用黑格爾歷史辯證的理論，普訶塔指出人們的法律生活已經進入

⁷見 Kelley, D., *Gaius Noster: Substructures of Western Social Thought*, 收錄於 *Comparative Legal Cultures*, pp.619-648, Dartmouth Publishing Co. Ltd., (1992).

⁸ 不同意德國法律史要由羅馬開始，使得十九世紀的德國歷史法學分裂成主流的羅馬歷史法學，如薩維尼；以及日耳曼歷史法學，如基爾克(Gierke)。後者更受到法律人文主義思想的影響，成為往後法律社會學，法律人類學的發展源頭。薩維尼的羅馬歷史法學，則日益接近歷史的法律科學。

⁹ 此部分的討論，參考 Wieacker, F., *A History of Private Law in Europe*, p.316, Clarendon Press Oxford (1995).此書確實是經典著作，該書第五部分，就十九世紀德國歷史法學及相關私法史相關發展，有極深入的分析與批判。

¹⁰ 潘德克頓法學(Pandektenwissenschaft)是以查士丁尼法典中的學說彙編(Pandect, or Digest)為名。學說彙編收錄的是羅馬法律發展最高峰時期幾位最著名法學者(Jurists)對於法律問題的解答，也是羅馬法體系的代表。

最後也是最高度發展的階段，法律在此時期，只能夠出自受過科學教育的法學者。對於一般人民的實際感受並不重視，因為一般人們的意見，欠缺學理的基礎。

此處簡單勾勒現行主導法律體系思想的發展脈絡，主要欲指出，現行法律體系的主導思想，欠缺社會的觀點。是法律人本位，重視法律人思辨，在法律體系中，操作法律概念為主的法律觀。本文的論點在於，下一個法律典範，勢必要在此一課題上有所突破。法律人不能只將法學視為建構與操作法律概念的法律釋義學（Dogmatics）。法律與社會間，必須發展出有效的橋樑，使得法律的事實性基礎更為完整，也因此提振法律的正當性；反過來看，社會不應當僅僅是被動地成為法律效果的執行場域；而是在法律期待可能提升後，人們確實能夠在法律引導下，經由人們生活以及人際交往，能同時自主地發展活的法律，形成富勒（L. Fuller）筆下的良序社會¹¹。

二．社會觀點的典範探索

十九世紀德國法學，並非毫無社會的觀點。概念法學的代表學者耶林（Jhering），便是揚棄概念法學，轉而支持重視社會法益的法律理論，當然也因此使他在當時德國受重視的程度，一直走下坡。進入德國民法第二次起草委員會的日耳曼歷史法學家基爾克，也加重了德國民法的社會法益色彩。以歷史法律經驗為基礎所建構的德國民法體系，與十九世紀中葉後已經工業化的德國，一開始便存在法律與社會脫節的問題，而有自由法運動的開展，主張法官不應當受限於法典。開啓法社會學研究的艾立緒（E. Ehrlich）主張法律應採廣義解，納入各種社會規範，法學應更重視法社會事實研究，包括判決中的事實部分；法制史的研究也應當更重視社會法制史，探討社會變遷與法律變遷之間的關連。這些發展都說明了，十九世紀末，社會的法律思想，已然成形，只是受到重視的程度，十分有限。

二十世紀此一領域的開展，更是不勝枚舉。筆者接觸者，有美國社會法理學家龐德（R. Pound），落實艾立緒社會法制史觀念的賀斯特（W. Hurst），及其學生，重視法律與社會運動的傅立曼（L. Friedmann），還有賽爾茲尼克（P. Selznick）所提出的回應型法律。德國則在社會法律理論上，有魯曼（N. Luhmann）的系統論，哈伯瑪斯（J. Habermas）的論述理論，以及圖布聶（G. Teubner）的自發性法律。筆者在本節試著由啟發未來法律典範思考的角度，論述社會法律思想的開展。

¹¹這樣的簡單描述太過理想，甚而烏托邦化，好像下個典範就是最後一個，帶人們進入大同世界的典範。筆者認為思想上，探索理想的指導理念，必須要有憧憬；但是在實踐上，確實面臨的問題是嚴肅的，值此社會快速變遷的時代，法律人只具備法律內部的觀點，往往離題越來越遠，如何能另法律問題背後複雜的社會意義脈絡，完整的呈現，引發需要克服的理論以及實踐上的挑戰。

身處奧匈帝國，同時接觸到體系化高度發展的德國法學，以及多民族多習俗主導的法律制度的艾立緒，其法社會學直接挑戰諸如凱爾森（H. Kelsen）等獨尊國家法律¹²，或稱文字法律（black letter law），的主流法律思想，主張法律應採廣義的理解，包括風俗，習慣等各項社會規範。氏主張各種社會規範之間相互影響所交織成的法律，才是活的法律（living law）¹³，首先揭開了十九世紀末，二十世紀以來由國家與由社會作為出發點的兩項法律的不同理解¹⁴。

一九八三年圖布聶提出自發性法律（reflexive law），主張國家法律與社會自律同樣重要，實質的決定應由社會自律發展出來，國家應提供自律正當運作的環境。而自律的決定，也必須具備充分的論述結構與開放的參與程序，才能取得其正當性¹⁵。這項同時注重國家與社會二元的法律理論¹⁶，筆者認為在探所未來法律典範上，具有重要的意義。

以當代極富影響力的德握金（R. Dworkin）而言，雖然其理論一氣呵成，自然而融貫，但是其本於法律內部觀點所建構的理論，對於社會的理論及論述，確實有所忽略。德握金裁判理論中，最終法官最融貫的選擇（cohere the best）是指在過去法律（含判決）以及個案所涉及道德概念之相競爭構念（conceptions）之間，以及身為全社會整全（integrity）的擬人社群（personified community）的道德主體之法官，就個案所涉及諸多相競爭道德構念之間，做出選擇。但這項最融貫的選擇，確實只能稱作是法官社群最融貫的選擇，無法稱為全社會最融貫的選擇。

哈伯瑪斯基於他由社會哲學發展出的論述理論（Discourse Theory），加入麥可曼（F. Michelman）等學者，批判德握金理論下的法官是一個孤獨的人，一個獨白的法官。這項批判，筆者認為有道理。一方面，在困難案件一文中，德握金的法官，主要憑藉法規，判例以及個案適時所呈現的社會道德構念，作價值上的衡量，並做出決定，並不問社會上的道德爭議，是否真如法官的詮釋。另一方面，到了法律帝國一書中，德握金平等的社群（community of principle）所依賴者，仍然是法官裁判方式所運用的原則論證，以解決原則社群的爭議。這種直接由法官

¹² 凱爾森的純粹法學，主張法律社會學並非法學，應歸於社會學的研究範疇。一般社會規範並無上位規範，作其效力基礎。此外，十九世紀初分析法學始祖奧斯丁（J. Austin），在十九世紀初即主張風俗，習慣等社會規範，並非主權者與人民（subject）的從屬關係下，發展出的主權者命令中的一環，所以不是法律。

¹³ Eugen Ehrlich, Roscoe Pound, Klaus A. Ziegert, *Fundamental principles of the sociology of law*, Transaction Publishers, 2002.

¹⁴ 最近對於艾立緒法社會學的研究與評論，參考 Roger Cotterrell, *Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 3/2009.

¹⁵ Gunther, Teubner, *Substantive and reflexive elements in modern law.*, 17 *Law & Society Review* 239-286 (1983).

¹⁶ 二元在此處係指，並不從國家或社會單一觀點出發的一元法律理論。

社群跨越至社會各社群的運作方式，確實無視各個社群真實地存在於社會¹⁷，並且與法官社群有本質上的差異。

困難在於如何在理論及制度面，解決此一問題，並發展出國家所制訂的法律，與社會規範的形成兼重，並且彼此發展出合作關係的法律想法。或許未來法律新典範，即與此有關。易言之，制度面的改善，有賴社會上規範形成機制與法院裁判機制的合作，而並非單純在法律內部找尋答案。然而，朝向此一方向發展的困難似乎主要在於觀念上。因為法律人以及大眾想到法律，多數直接出現的是國家所制訂的法規，對於社會上經由論述，對話，及溝通形成法律規範的理解，以及其重要性的掌握，並不充分。

現今國際社會居於主流的自由主義的思想，也是現行典範的形塑力量，以及發展未來法律典範時，需面對的問題。德渥金的裁判理論及法哲學，與羅斯(Rawls)的政治自由主義中的公共理性一脈相承，筆者曾經進一步探索其間之關連，並且在對於哈伯瑪斯批判德渥金裁判理論後，進一步理解哈伯瑪斯對公共理性所提出之批判。哈伯瑪斯的論述理論應當是繼社群主義者對自由主義所提出的批判後，另一波來自社會法哲學的重要攻擊，值得重視。基本上，羅斯借用了德渥金的法官作為隱喻，說明面對涉及公共理性(public reason)課題，人們應當如法官般，確實審視各方的主張，作為決定的基礎，不能只從自身的主張出發，即做出判斷。這項理論中，社會仍然無力而不被論及。哈伯瑪斯則由社會哲學的觀點，提出公的自主(public autonomy)與私的自主(private autonomy)，二者之間處於互生(co-original)的關係，其一的健全，影響另一方的成敗¹⁸。

哈伯瑪斯由論述理論出發，除了批判德渥金裁判理論中重思辨性的融貫；其論述理論，也影響了提出法律論證理論的德國法哲學家阿列克西(R. Alexy)。後者發展出檢驗經由論述形成規範過程的論述融貫(discursive coherence)概念，重視對話場域裡各項陳述(statements)之間的關連性，作為一組陳述所形成對話的知識性及正當性的判斷標準。筆者認為，德渥金的融貫理論，與阿列克西的論述融貫，這兩種不同的融貫理論，有共構出一個新的理論以及制度上的可能，讓重視思辨性融貫的法院裁判與重視論述融貫的社會交往與對話機制，共同發展出現今社會所需要，而且更能兼顧法律社會事實及其脈絡的法律形成機制¹⁹。

¹⁷ 請參考拙著，*Human Interaction and Legal Principle*，發表於 2008 Annual Meeting of the Law and Society Association, Montreal, Canada; 該文經增修後，亦將發表於 2009 International Congress of Legal and Social Philosophy, 上海，中國。

¹⁸ 請參考拙著，*Toward a Discursive Basis of Public Reason in the Internet World*，*東吳法律學報*，Vol.19, No.4, pp.1 – 30 (2008)。

¹⁹ 同前註。

然而哈伯瑪斯的社會法律哲學，以國家層次的民主法治為主要關懷對象，嚴格而言，對於社會如何經由論述過程，形成規範，其理論並沒能夠提供所需要的指引。其對於日益重要的自律(self-regulation)，也無論在理論上或者制度面，都沒有提出完整的論述。並且哈伯瑪斯的裁判理論，雖然成功地批判了德握金的裁判理論，但並未能提出具體可行的解決之道，因為哈伯瑪斯仍然是在法院裁判的環節找尋出路²⁰。哈氏的論述理論因而雖然對未來法律典範做出極為重要的貢獻，但其本身仍不足以作為下一個法律的典範。同時重視國家與社會的自發性法律理論，仍然在大方向上，提供了正確的指引。筆者發現，寇恩（Jean Cohen）改良圖布聶自發性法律，所提出的新法律典範，值得參考。

圖布聶（G. Teubner）的理論，基本上是哪三個理論的綜合（synthesis）：魯曼（N. Luhmann）的系統論（System Theory）是屠布聶自發性法律的核心，再加入哈伯瑪斯的論述理論（discursive theory）以及賽爾茲尼克（P. Selznick）的回應型法律理論（responsive law）。寇恩提出改進屠布聶的理論，主要有兩點：其一在於以哈伯瑪斯的理論基礎取代魯曼作為寇恩新法律典範的基礎；其二則是更重視賽爾茲尼克（P. Selznick）回應型法律（responsive law）的理論在她的新法律典範中的份量。寇恩因此主張在自發性的基礎上，尤應重視國家法律及自發性法律的互生性（Co-originality）以及原則性（Principle），以避免自律與國家法律脫勾，並且無法持續在原則之下，進行自律規範的續造²¹。

這一點雖然有落入哈特（HLA Hart）批判美國法理學在作高貴的夢（noble dream）之嫌，也反映了美國法律理論中，確實有堅守法律原則的一個傳統。而這項傳統上，強調法律內在道德（internal morality of law）的富勒（Lon Fuller）絕對是這項傳承上十分重要的一環，尤其富勒與德握金同處於這個美國的傳統，而又曾經相互批判，屬於兩個出發點炯然不同的理論。筆者認為，長期以來，法實證主義與社會法律理論潛滑分明，各自由國家以及社會的觀點出發，少有兼具二者的想法出現。屠布聶的自發性法律，開啓法律二元的想法，主張國家法律與社會自律同樣重要。美國法理學家波士提瑪（G. Postema）²²更在分析哈特與富勒理論過程中，發展出的法律與社會生活三個需要協調的層次：

- 一．人民互動之間;
- 二．官員與人民之間;

²⁰ 參考 David Dyzenhaus, *The Legitimacy of Legality*, 46 U. of Toronto L. J. 129, 180 (1996), 及前註論文，註 89 及相關本文。基本上，哈伯瑪斯視裁判為一項應用論述（application discourse）過渡重視普世性，一方面與其理論不一致，二方面其結果使哈伯瑪斯所思考的正當性，仍屬於合法性（legality）的層次，而非法律本身的正當性。

²¹ 參考 Jean Cohen, *Regulating intimacy: A new legal paradigm*. Princeton, NJ: Princeton University Press (2002).

²² 參考 Gerald Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, 9 Journal of Legal Studies 165 – 203 (1982).

三·適用法律的官員之間。

基本上，德握金理論的重心放在波士提瑪所分析的第三個層次。而富勒人際交往的法律理論，正是少數十分重視第一個層次的法律理論。二者各有所長，但也各有所缺。

寇恩的新法律典範，在重視法律的二元性上，一如屠布聶的自發性法律；但是寇恩藉由哈伯瑪斯，強化了此二元互生性（co-original）的部分，也就是國家法律與自律相互證成，其一之缺陷，亦將導致另一元的不足。此外，寇恩亦十分重視原則在整個過程中的主導性。可以算是波士提瑪所分析三個層次上，能兼顧三個層次而最平衡的一個理論，對於人民交往形成的公共規範，人民與官員之間的互動，以及形成及適用法律的官員之間的互動等三個層面，均十分重視²³。但是，此一典範之下的法律概念為何？則仍有待進一步的研究工作。

三。未來民法典之建構

本文的論述，對未來民法典的新典範，並不能提出具體的方向。僅就本文的思考，提出下列觀察，供作參考。

十九世紀德國的法典化工作，及其之前的法典化，無論在理論或實踐上，都是以民法典的法典化，為核心工作。下一波的民法法典化，則必須同時考量諸多環繞民法典四周的憲法，行政法，公平交易法，以及消費者保護法等民事特別法。這些法律，也有不同程度的法典化。更重要者，這些法域與民法典之間，並非單純的場域上的劃分而已，而是內含著諸多交錯複雜的規範競合課題，而每一個課題均射擊困難的價值上判斷。

似乎直至現今，尚缺乏有系統的努力，對於各項法域與民法之間競合課題，進行整理與研究。一方面這項工作，需要有科際整合的法學視野，並且需要發展出有效的研究，溝通模式，使得各項具體的研究成果，得以累積，並且得被其他研究進一步使用，檢驗。另一方面，這項高度跨領域的研究，涉及許多不同的研究社群，過去各自發展出研究方法，以及有意識或無意識的價值取向，如何提供一個確實能彼此獲益的對話平台，提供這些不同的學術社群學者間，經由長期對話，而逐漸發展出共同語言，彼此得以充分理解。真正的研究課題（issues）的浮現，才得以期待。若真能發展到這一個階段，或許已經是好得開始，是成公的一半了。

僅舉一個小的例子，作為說明。美國史丹佛著作權法教授构士丁（Paul

²³ 請參考前註 16 所列論文。

Goldstein) 多年前便說出了數位著作的問題，很可能顛覆整個著作權法，而被授權契約所取代。氏認為，著作權法走到了時代的十字路口，一方面，似乎如同公平交易法在市場經濟時代，扮演經濟憲法角色般；在資訊時代，著作權有可能發展成資訊憲法。但另一方面，簡便的獻上授權契約，可能完全取代著作權法的規範，成為交易的主要模式，著作權法反而式微²⁴。

表面上，這項質疑僅涉及複雜的民法與著作權法的規定及其解讀；然而，若進一步推敲，這個疑問背後隱含著未來社會圖像上重要的諸多辯論，不僅涉及私法自治，與教育及文化的發展；也涵蓋了未來社會的競爭秩序以及表意自由等諸多法價值的建構。這不僅意味著諸多法學社群的參與及持續論證，僅此一點及構成很大的挑戰；所涉及未來社會法價值形塑的課題，更面臨困難的價值衡量與選擇。然而，反觀之，若這樣跨領域的學術社群，確實因反思民法典未來典範而逐漸聚集；經由長期對話，所受益者，豈止民法典而已？

四·結語

寇恩兼顧人民之間規範的形成，人民參與國家法律形成，國家法律原則指導人們互動及規範形成，以及官員之間的互動以形成法律，仍然屬於初步形成的理論，有賴眾多進一步的建構。本文謹以寇恩本人也讚許，落實其法律典範的史特恩(S. Sturm)教授所舉的實例，作為結尾。類似寇恩所主張，兼顧國家與社會在法律形成上重要性的法律典範，是否為新法律典範的探索，指出一個方向？是值得探討與辯論的課題。

史特恩舉美國最高法院Harris²⁵一案的判決，指出大法官在該案拒絕界定如何構成性騷擾，僅僅指出性騷擾涉及性別歧視，同受人權法的規範。此判決具有未來法律典範代表性在於，法院並未實質做出性騷擾的鑑別標準，但是作了重要的原則性宣示：性騷擾屬於歧視的一種。美國法律規定雇主建構有效的性騷擾防制機制，可以使之在性騷擾訴訟中免責；否則雇主必須與加害者連帶對受害者負責，更增加公司引進專業法律中介者，協助建立制度，解決問題的誘因。此種法官與法律中介者共同發展性騷擾有效法制的模式，未來確實更為重要²⁶

這種立下原則，但不實質的提供判斷內容，一方面提供社會發展性騷擾社會規範的指導原則，而同時因為無實質判斷標準，使得法律中介者(intermediaries)，

²⁴ Paul Goldstein, Copyright and its Substitutes, the Kastenmeier Lecture, Wisconsin Law Review, pps. 865- (1997).

²⁵ Harris v. Forklift Sys., Inc., 510 U.S. 17 (1993).

²⁶ 制度公民(institutional citizenship)是史特恩較完整的理論與制度面主張，請參考拙著，A Sexual Harassment Regulatory Experiment Based on Internet Assisted Institutional Citizenship，將發表於本年度 Annual Meeting of Law and Society Association, Denver, USA.

如律師，社福團體，心理諮商團體等，有了揮灑的空間，在各個工作場所提供專業諮詢，協助公司建立防止性騷擾的機制，以及解決性騷擾紛爭的機制。性騷擾的社會規範，在眾多法律工作者活生生的參與，彼此參照學習的過程，共同邁向最佳實踐方案（best practice），可以說是未來典範上最佳寫照的一個例子。