

民间法进入司法的可能性基础

作者: 周贇

作者单位: 厦门大学法学院

出处: 山东大学学报哲学社会科学版<双月刊>2009年第2期

内容摘要: 随着法治工程的演进,民间法作为法治运转重要的平台性因素,已经得到越来越多的重视与研究。其中,民间法与官方法的互动、尤其是民间法进入法实施领域的问题更是得到了诸多学者的关注。然而,就既有研究而言,这种关注似乎主要集中于民间法与官方法的互动模式或民间法进入法实施领域之渠道等方面,却鲜有对相关问题之可能性基础的分析与证立。这从逻辑上决定了既有研究的根本不足。从司法立场的法律渊源理论、语言学理论以及解释学理论的角度,可以很好地分析、证立民间法进入法实施领域的基础。

关键词: 民间法;司法;法律渊源;语言学;哲学解释学

On the Possibility of Folk Lawps Influence on Justice

ZHOU Yun

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, P. R. China)

Abstract: As an important platform for the construction of rule of law, folk law has attracted more and more attention in academic studies. The interaction of folk law and state law, particularly the influence of folk law on state law, has drawn attention from many scholars. However, existing studies have focused mainly on the patterns of the interaction or the mechanisms of the influence. Little efforts have been made on studying the possibility and the basis of the influence, which points to the limitations of extant studies. Arguments for folk law's influence on justice could be made in light of the theory of legal sources, linguistics and hermeneutics.

Key words: folk law; justice; legal source; linguistics; hermeneutics

正文:

自上世纪末“民间法”作为一个大体与官方法相对应的范畴被接受以来,学界关于它的研究已明显呈现出深入、蓬勃之势。其中,关于民间法与官方法的实施(按照一般的法理学理论,所谓官方法的实施,主要包括执法、司法与守法。在下文中,为行文的方便,将仅以司法为例进行分析、论述)关系之命题更是得到了广泛的关注。然而,在几乎所有关于民间法与司法之关系的论述中,几乎少有或干脆没有关于民间法与官方法在司法过程中互动之可能性的分析、证立,而主要关注的是两者如何互动的问题——逻辑常识表明,就这两个问题

的相互关系来说，前者是后者的基础。换言之，如果没有对前者的研究、论证，则对后者的研究实际上就是一种无根之萍、无源之水。^①

那么，民间法在司法活动中之所以能够与官方法形成互动之态势的根本性基础是否存在？如果存在，可以从哪些方面予以证立？对于前一个问题，答案是显然的，因为无论古今、或是中外，在司法过程中民间法都事实上始终发挥着相当重要之作用。因此，问题的重心就变成了后者。

一、司法作为一种默会理性：可能性的知识论基础

亚里斯多德(Aristotle)将人类理性划分为五种，其中的实践理性与其他理性的一个根本的不同就在于，其他理性总具有一个外在的目的(如认知理性以认识事物本身为目的)，因而它们的判断标准也总是相对更加客观；实践理性则往往以“做好本身为目的(the well-doing is in itself an end)”，相对应地，也只能以“是否做好”为实践理性的判准；并且也正因如此，实践理性往往具有不可传授性，而只能通过亲身体验去

① 这里有必要予以说明的是，似乎不仅仅国内学界在研究民间法与官方法互动关系时缺乏对其可能性基础的关注，国外的相关研究也具有这个特点。例如日本学者千叶正士在他的那个著名的小册子《法律多元》中就花费了差不多整整一章的篇幅，对民间法与官方法的互动模式或渠道展开讨论，而对这种互动之可能性的基础，却仅仅是作了一种捎带并且明显不够的分析、论证(参见[日]千叶正士：《法律多元》，范愉等译，北京：中国政法大学出版社，1997年，第1152124页)。

感悟、积累^①。后来欧克肖特(M. Oakeshott)等人进一步将这种无法言传、而只能通过亲身体验感悟的理性称为“默会理性”，相应的知识则可称为“默会知识”。欧克肖特把这种知识与那种可被制定为规则因而也可以被传授教会的“技术性知识”相对称，并指出“它只存在于运用中，不是反思的，也不像技术性知识那样可以被制定为规则”，“实践知识既不能教，也不能学，而只能传授和习得。……唯一获得它的方式就是给一个师傅当徒弟——不是因为师傅能教会他，而是因为只有通过一个不断实践它的人接触，才能习得它”，“它从未被明确地教授，也常常不能精确地说它是什么”。欧克肖特还以棋艺学习为例说明了此种知识的默会属性：一个仅仅熟读下棋技巧大全的人必定不是一个哪怕从没有读过类似书籍但却具有一定实战经验的人之对手。^②

无论从哪个角度讲，司法活动都具有典型的实践理性、默会理性之属性。这可以从如下事实中得到证明：无论一个对书本上的法律知识掌握得多么透彻的法学者，一般情况下都不会是一个好的司法者——他(她)必得通过一段时间的司法实践才可能成为好司法者；相反，一个具有丰富司法实践但并不具有任何法学学位的人却可能是一个好司法者(想想我国法官

队伍中出身于退伍专业军人的那些优秀法官)^③。也正是在这个意义上，我们才能理解庞德(R. Pound)以及哈特(H. Hart)等人为何要作出如下看似非理性的论断，“在许多情形中，司法行为的方向完全取决于法官个人的正确感和公正感”^④；“在一个特定的社会中，法官可能总是首先直观地或‘靠预感地’得出判决，然后从法律规则汇编中选择一个他们声称与手中的案件相似的；继之，他们或许声称这就是他们认为要求他们如此判决的规则，尽管在他们的行为或用词中没有任何别的东西表明他们(应该并可以)把这个规则作为对他们有约束力的规则”^⑤。

那么，作为支撑这种默会理性之“正确感”、“公正感”或“预感”从哪儿来？它们会受哪些因素的影响？笔者当然无法罗列一个关于这些因素的周全清单，但考虑到没有任何人可以事实上完全不受传统的影响(尤其是在关于公平、道德正确等方面)，而民间法与传统的关系又是如此密切，因此有理由认为“民间法”都必定将是这一清单上的重要一员。如果这一论断能够成立，那么，也就实际上从知识论的角度因而也是从根本上证立了民间法进入到司法的可能性。

二、法律渊源理论的立场转变：可能性的法理学基础

近年来，随着法律方法理论的发展，学界已渐渐意识到传统法律渊源理论仅从立法视角界定、分析法律渊源可能显得过于偏狭，因为它忽视了“法律渊源”作为一个法实施、而非单纯的法制定范畴的面向。更为要命的是，传统法律渊源理论的这种偏狭性还导致了它似乎既不能为立法实践、也不能为司法(当然也包括其它法实施的方式)实践提供足够的理论支撑或解释功能，进而动摇了它自身存在之必要性：对于法的制定而言，由于它更多关注的是立法体制、立法依据以及立法程序等过程性内容，而传统法理学中的“法律渊源”却主要是在结果意义上关联着立法，这使得立法实践似乎根本不需要关注此种法律渊源理论——尤其是当我们的法理学中已经存在较为成熟的“法律体系”理论时；对于法的实施来说，由于传统法律渊源理论本就缺乏有关立场，并且客观上也没有将“法律渊源”与法律方法关联起来，因此，在司法面前传统法律渊源理论显得更加“无用”。从这个意义上讲，学者如下关于法律渊源理论之属性的论断就显得颇为精到，“法律渊源理论属于实用法学(法实施理论)的范畴，它也具有很强的实践价值。法律渊源理论作为理论形态，要想体现其价值，就必须和司法方法结合起来。这就决定了我们研究法律渊源，就应站在司法的

①Aristotle's Ethics, translated by D. P. Chase, the E. P. Dutton & Co., 1934. 1352151.

②参见[英]欧克肖特：《政治中的理性主义》，张汝伦译，上海：上海译文出版社，2003年，第7-11页。

③从这个角度讲，近些年舆论(也包括部分学人)动辄向法学院、文学院乃至医学院提出的一种质疑：“你们

学院培养出来的毕业生根本没用，因为到了单位还是不能立马就挑大梁”，就实在是“板子打错了地方”。学院(至少中国大学目前的设置理念是如此)作为一种理论研习的地方，它本就没有责任、也没有条件和能力造就“立马能用”的实践型人才。

④[美]庞德：《法律与道德》，陈林林译，北京：中国政法大学出版社，2003年，第85页。

⑤[英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，北京：中国大百科全书出版社，1996年，第139页。

立场上进行，从司法的角度揭示法律渊源的意义”^①。

而一旦将法律渊源的立场转换为司法角度，则我们必定会发现这样一种现象，即：在司法实践中，法官似乎总是要寻求法律(立法之法)之外的依据来补充法律，以一方面缓解其中出现的法律漏洞、法律模糊、法律滞后、法律抽象等各种注定无法完全克服之弊端；另一方面充实立法之法中大量存在的、也许立法者认定其意义自明以至于并没有对之进行界定、然而实际上却并非自明的概念、术语。举例来说，立法之法很可能规定了关于盗窃行为的处理内容，但却很可能没有定义“盗窃”。这时，司法官很可能就需要借助于案发地的习惯、地方性行规等民间法来充实立法之法中的“盗窃”，以使它获得一种面对当前案件的可接受性意义(关于此一点，下文还将较为详细地讨论)。如下这个虽则虚拟、但实际却很常见的案子也许可以很好地说明这一点：设若一个西瓜之乡的当地居民在经过瓜地因为口渴而摘取他人瓜地里的西瓜食用(并且并不浪费)时，虽然按照官方法的规定这是一种典型的“盗窃行为”(未经所有权人允许而占有)，但如果这个案件真的被提交到法院，则一个好的司法结论必定是用当地习惯(在西瓜之乡，此种行为从习惯上来讲根本就不是一个问题——有关这一点，来自农村的很多读者可能会有亲身体会)来“纠正”或具体化官方法中明显抽象、略带模糊的关于盗窃之定义。这样一来，则很可能就会得出该行为并不属于盗窃范畴的结论——除非法官根本就想对抗社会习惯或带动文化变迁^②。而一旦非法律的规范被司法权所认可并作为判决之规范理由纳入到司法结论之中，则从实际效用来看，这些规范之于司法、之于当事人、甚至之于社会而言，与正式的立法之法并无本质的不同。

这意味着，如果以司法为立场，则传统法律渊源理论所谓的非正式渊源与正式渊源都不过是司法官发现其裁判结论之规范依据的场所^③，进而当然也并无所谓正式—非正式的截然二分、甚或对立；这同时也就意味着，正是因为立法之法的不可能完善性，也因为司法活动中法官在具体语境中进行案件裁判时总是需要或多或少地仰赖民间法，也即法官总是需要拓展其法律渊源以确立足够充分正当的判决规范理由，才决定了民间法进入司法领域的可能性。

而这正是民间法进入司法之可能性的法理基础。

三、语言之“语”与“言”的关系：可能性的语言学基础

卡西尔(Ernst Cassirer)讲,如果用一种描述而非规范的视角来定义人的本质的话,那么,最恰切的定义就应当是:人本质上是一种符号的动物。他说,在认识人的过程中,“哲学家无权构造一个人造的人,而必须描述一个实在的人”,“那些把人定义为理性动物的伟大思想家们……靠着这个定义他们所表达的毋宁是一个根本的道德律令。(因为)对于理解人类文化生活形式的丰富性和多样性来说,理性是个很不充分的名称。但是,所有这些文化形式都是符号形式。因此,我们应当把人定义为符号的动物(animal symbolicum)来取代把人定位为理性的动物”^④。

我们并不一定要完全赞成或接受卡西尔关于人之本质的界定,但至少就法律活动、尤其是立法活动的领域而言,人们似乎只能是一种“符号的动物”,因为迄今为止的人类立法、司法(或其它法的实施)经验表明:所谓立法,一定是指用概念、术语或口语、文字等符号性的东西来为社会生活设定各种规范、作出各种

①陈金钊:《法治与法律方法》,济南:山东人民出版社,2003年,第300页。

②这也说明,民间法等非立法的规范因素进入到司法之中的情形绝不仅仅限于立法之法不完善之时,毋宁说,立法之法总是需要通过民间法等因素来获得一定语境中的可接受性意义。在这里,对比一下休谟等人的名论断也许更有助于理解“什么是一个人的所有权?无非是由他、而且唯独由他使用才是合法的任何事务。‘但是我们有何规则可使我们把这些对象识别出来?’在这里,我们必须诉诸成文法、习俗、先例、类比以及许许多多其它的因素,它们有些是恒常的和固定不变的,有些是可变的和任意的”(〔英〕休谟:《道德原则研究》,曾晓平译,北京:商务印书馆,2001年,第49页);“国家调节私人权利,但它并不发明这些权利;它保障它们,但它不是最早创制它们”(Heinrich Dernburg 语,转引自〔德〕罗门:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海:上海三联书店,2002年,第210页);等。

③这也正是当下学界关于司法立场法律渊源之定义。详可参见陈金钊:《法治与法律方法》,第300页;周贇主编:《法理学教程》,北京:对外经济贸易大学出版社,2007年,第199页;等。

④〔德〕卡西尔:《人论》,甘阳译,上海:上海译文出版社,1985年,第16、34页。

指示;而所谓司法,则不过是用概念、术语等符号重构事实并作出决断的过程。可以说,在人类交往的其它领域也许曾经存在过一种非符号化的方式,如与现代商业交往之“货币符号—具体实物”相对的早期人类商业交往之“实物—实物”的方式,但在法律交往、尤其是正式的立法及司法领域,我们似乎找不到非符号化的交往经验。

一旦我们承认法律活动、尤其是立法活动只能通过语言符号来进行,考虑到人类语言符号之本质上的多义性^①以及立法符号之应然上的意义稳定性和确定性,则问题就将变成:用来构造立法之法的语言符号,它们确定的规范意义来自哪里?譬如说“法律面前人人平等”这些在不认识汉字的人眼里看来不过是一些奇怪笔划组合体的符号,其中的每一个符号(字)或每一组符号(词或短语)为什么会具有立法者所意欲具有的规范意义?针对这个问题,一种

可能的回答是：这主要取决于立法者的意图。换言之，一个立法符号之所以具有某种意义，是因为立法者赋予了它这种意义。乍一看，这种观点似乎能够成立，但如果考虑到如下一些问题的存在，也许就有理由怀疑这种回答的合理性了：首先，如果立法符号的意义取决于立法者的赋予，那么，是否意味着立法者可以任意地赋予一个符号意义，如赋予“法律面前人人平等”中的“人人”包括“所有动物”的含义？其次，如果立法符号的意义取决于立法者的任意赋予，那么，立法者如何向社会表明它所意欲表达的规范意图？从既有经验来看，他似乎只能通过立法解释的方式向社会公示，但问题的关键是：他的解释——注定只能仰赖一些不同于立法表述的符号——之意义又是如何获得的或取决于哪些因素？更进一步讲，再次，即便我们承认立法符号的规范意义完全取决于立法者的意图，也仍然可以问：立法者会任意地赋予立法符号以意义吗？考虑到立法、尤其是现代立法活动主要是一种理性而严肃的公权活动，这意味着立法者会有所依凭地赋予立法符号以某种规范意义。而如果真是如此，则立法者所依凭的东西是什么？最后，在法实施（仍然以司法活动为例）活动中，对于一个司法官而言，考虑到立法者总是由多个人组成（至少现代社会是如此）、再考虑到人的意愿是会流变的等因素，则他是否能够弄清楚立法者的意图（所谓立法者原意）？更重要的也许是，当司法官面对具体语境中的具体案件时，他是否有必要去回溯过去的立法者的意图、而非追求当下案件的合理解决，尤其是当两者相冲突之时？

如上追问可以分为两个方面：首先，从立法者的角度来看，他借以立法的那些符号之意义源自哪里？

或者说，它是依凭什么来赋予立法符号以某种意义的？其次，从司法者的角度来看，他应当如何确定立法符号的意义？在笔者看来，对如上两组问题的回答，从根本上或主要方面讲，取决于如何界定符号或符号组合的意义渊源。语言学学者索绪尔（F. De Saussure）关于“语言之语”与“语言之言”的区分，为确立特定主体所给出之语言符号（如立法符号）的意义提供了一种可能的分析框架。索绪尔认为，所谓语言之语，指的是某种约定俗成的、主要具有客观性和社会性属性的产物，“这是通过言语实践存放在某一社会集团全体成员中的宝库，一个潜存在每一个人的脑子里，或者说的更确切些，潜存在一群人的脑子里的语法体系；因为在任何人的脑子里，语言都是不完备的，它只有在集体中才能完全存在”；而语言之言“却是个人的意志和智能的行为”，“个人永远是他的主人”。卡西尔并指出，虽然语言之语是通过语言之言不断形成演变的，但在一个具体的时空条件下，语言之言之所以能够被理解，则正是因为它语言之语的某种规范。^② 卡西尔的这些论说表明，符号的意义并不是自明的，它必须通过某些外在的因素方能得到确定。

基本可以这么认为，对于立法者而言，他的立法符号之意义依凭正在于语言之语（除非它根本就不想让各社会主体理解）；而对于司法者来说，虽然他也是通过语言之语来确定立法符号的意义，但这种语言之语却不必一定要与立法者视域中的语言之语保持相同：因为立法者面对的是一个“大社会”（譬如主权国家全境），司法者面对的则首先是一个“小语境”（即生成具体案件的时空条件），而“小语境”与“大社会”中的语言之语完全有可能存在差异。也正因如此，在很多具体案例的判决之中，司法者所确认的法律之意义可能会与立法者的“原意”有所不同、甚至完全相左（请回想前文“西瓜案”案情）。

接下来需进一步明确的是：就法律领域而言，影响“语言之语”的因素包括哪些？这显然是一个见仁见

①这几乎是解释学、符号学以及社会学中的“定论”，如加达默尔讲，“人类语言的标志在于，它不像动物的表达标志那样僵硬，而是保持着可变性”（[德]加达默尔：《哲学解释学》，夏镇平等译，上海：上海译文出版社，1994年，第60页）；卡西尔亦认定，“真正的人类符号并不体现在它的一律性上，而是体现在他的多面性上”（[德]卡西尔：《人论》，第47页）。

②参见[瑞士]索绪尔：《普通语言学教程》，高名凯译，北京：商务印书馆，1980年，第35、41页。

智的问题，但笔者相信，无论怎么归纳，都必定需要把民间法作为其中的一个重要组成部分，因为正是民间法，使许多出现在立法之中、但立法者却又并没有定义或说明的语言符号，获得了至少是当下或某一语境中的相对确定的含义。此处仍然以盗窃行为的规定为例来作一个简单说明：在《中华人民共和国刑法》（1997年）和《中华人民共和国治安管理处罚法》（2005年）中分别有这样的规定：“盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处三年以下有期徒刑……”（刑法第264条）；“盗窃……或者故意损毁公私财物的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款……”（治安处罚法第49条）。在这两条关于盗窃行为的规定中，很显然“盗窃”以及“公私财物”两词是认定一个行为是否属于“盗窃行为”的关键词，然而，无论是刑法、治安处罚法还是我国既有法律体系中的其它法律条文，似乎都没有对“盗窃”、“公私财产”作一哪怕是起码的界定或说明——立法者似乎更多地是在自明的意义上使用它们，而事实上它们并不是自明的，毋宁说它们以及许多类似情形的法律术语或概念恰恰是通过各种民间法规范（当然也包括其它的因素）才能获得明确意义的：例如根据当地的习惯，前述“西瓜案”中的“盗窃”行为就不属于盗窃；又如是根据习惯，我们才能判定某些受到法律认可之行业行为或民间行为是否已经做出、成立；再如，在某些诸如典当之物的所有权问题上也只能通过典当行为发生地的习惯才能确立；等等。

因此，在如上这个意义上，我们可以说，每一部立法之法，都不过是立法者根据一定的

语言之语所“说出来”的语言之言罢了，它虽然不可避免地会带有立法者本身的一些主观性，但作为一种可被理解或意欲被理解的符号集合，它的意义却主要取决于立法者所依凭的语言之语，而民间法恰恰又是构成这种语言之语的重要成分；另一方面，在有些时候，由于受地方习惯（民间法是其中的主要且重要成分）的影响或支配，司法者本身所面对的语言之语未必一定与立法者所面对的相同，这又将导致司法者不仅仅可能、甚至也应当根据自己而非立法者所面对的语言之语来作出理解及裁断。也正因如此，才决定了无论立法者或法治的设计者是否意识到或是否愿意，民间法都必定会借助于立法的语言符号这个“形”以及立法者或司法者所依凭的语言之语这个“实”而进入到法实施的领域之中。

四、主体前见决定解释结论：可能性的解释学基础

孟子讲：“徒法不足以自行，徒善不足以为政”^①，这一名言恰切地道出了法治工程的一个特点，即无论怎样的法律，它的落实都必须仰赖外部力量、尤其是执行主体（下文仍以司法为例）的力量进行。那么，主体如何落实法律？一言以蔽之，通过司法官的理解、解释方能进行。

18、19世纪的理性主义者曾一厢情愿地认定，在理解、解释法律的过程中，“国家的法官不过是法律的代言人，一些呆板的人物”^②。此话的直接出处虽然是孟德斯鸠的《论法的精神》，但其中所蕴含的意思却几乎可以说是当时理性主义者的通识。当时的理性主义者笃信三权分立、笃信理性以及人们的立法能力，并因此要求法官应当做的就是完全摒弃自己的主观能动性，而只需要、也只应该机械地落实立法者所给定的法律。当时欧洲人之所以会产生这样的观念，有多种原因，但仅从理论支撑的角度来讲，传统解释学理论可能是一个重要因素。按照有关学者的介绍，所谓传统解释学，以施莱尔马赫(Friedrich Schleiermacher)为代表，强调为了更好地理解就应当通过移情的方式来尽可能地返回到对象那里，而为了更好地移情，就有必要尽可能地重构或进入到对象的原始世界之中。例如为了准确地理解一部艺术作品，就应当考虑到“一部艺术作品也是真正扎根于它的根底和基础中，扎根于它的周围环境中。当艺术作品从这种周围环境中脱离出来……时，它就失去了它的意义”，因此，要准确把握艺术作品，就必须“从它的起源和发祥地出发”。那么，如何做到更好地“从它的起源和发祥地出发”？施莱尔马赫开出的药方是尽可能地摒弃解释者的前见^③。这就是说，以施莱尔马赫为代表的传统解释学认定，所谓追求“正解”是可能的。这种观点移植到法治领域就变成了：所谓追求对既定法律的正解是可能的，进而所谓严格落实既定的法律是有可能的。

①《孟子·离娄章句上》。

②[法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，北京：商务印书馆，1961年，第163页。

③参见洪汉鼎：《理解的真理——解读加达默尔〈真理与方法〉》，济南：山东人民出版社，2001年，第137-142页。

而这无疑为上述那种认为法官应当保持呆板的理念提供了一种解释学上的支撑。

肇始于施莱尔马赫的传统解释学的如上理路，直到19世纪末、20世纪初才受到后来被称为哲学解释学的挑战。这其中，加达默尔(Hans G. Gadamer)既是集大成者，也是对传统解释学作出最为系统批驳的学者。加达默尔主要从如下两个方面来完成这种批驳并进而构建自身的理论体系：首先，传统解释学过分地强调了解释对象的历史性，却忽视了解释者也必定具有的历史性，而这意味着所谓解释者完全抛却他的偏见或历史性既不公平、也不可能（正如完全无视对象的历史性是不可能的一样）。加达默尔在谈到根据传统解释学的历史主义观点时指出，“历史的历史主义的素朴性就在于它逃避这种反思，并由于它的处理方法而忘记了它自己的历史性。……一种真正的历史性的思考方式也必须时刻记住它自己的历史性。只有这样它才会放弃追求历史对象的幽灵，而学会在对象中认识他自己的他者（哲学解释学认定，所谓解释不过是在对象中发现另一个自己，引者按）。真正的历史对象根本就不是对象，而是自己和他者的统一体，或一种关系，在这种关系中同样地包含着历史的实在和历史理解的实在。一种名副其实的解釋学必须在理解本身之中展示这种本质的历史的实在性。我将所需要的这样一种东西称之为‘效果历史(wirkungsgeschichte)’”，真正的理解“是一个发生在效果历史中的过程，并且它可以被证明是术语解释学活动在其中必须自创其途的语言状态”^①。因此，真正的理解既不是主体无视对象的胡说八道，也不是对象吞噬主体的“一边倒”，毋宁说，真正的理解就是一种主体与对象的互融。或用加达默尔的话讲，是一种“视域融合(fusion of horizons)”。其次，加达默尔进一步发现，恰恰是那些被传统解释学认定会阻碍、妨碍理解进行的所谓偏见才构成了理解得以进行的前提条件。如果这一点能够成立，则传统解释学所要求的解释者抛却自身的历史性不仅仅不公平、不可能，甚至也不应当。加达默尔认定，“不是我们的判断，而是我们的偏见构成了我们的存在”，而“偏见未必都是不合理的和错误的，因此也不可避免地会歪曲真理。实际上，我们存在的历史性产生着偏见。偏见实实在在地构成了我们体验能力的最初直接性，偏见即我们对世界敞开的倾向性”^②，因此，“宣称自己完全摆脱了一切偏见的观点是天真的”^③。而既然偏见构成了主体本身，则完全抛弃偏见的人可能就成为了一个彻彻底底的失忆者——常识表明，这样的主体是无法理解对象的。申言之，偏见(或者用更为专业的词“前见”)构成了理解的可能性条件，也就

是说，前见是解释结论的决定性因素之一；也正因如此，再考虑到不同的人总是具有不同的前见，而这些不同的前见与同一对象进行视域融合时，则显然会得出不同的解释结论。因此，所谓理解过程中的多样性(所谓“凡理解，理解就会不同”)及误解的必然性(或正解的偶然性)就实在是一种正常现象了。

根据哲学解释学的如上基本理路，则显然司法官无法在法律解释的过程中扮演所谓“呆板的人物”，因为削除了解释者的主观性(前见)实际上也就意味着视域融合的不可能性以及解释的不可能性。换言之，司法官必须或者说不得不充分地运用自己的前见来理解、运用立法之法。这一方面再次说明，至少在法律的实施过程中，所谓立法者决定法律的意义确实不过是一种“高贵之梦(noble dream)^④”；另一方面，这也向我们开放出一个新的命题：法官的司法前见从哪儿来？或者说，影响法官前见的因素包括哪些？

首先可以肯定的是，法官的前见决不仅仅取决于语言文字、尤其是用以表述立法之法的语言文字；或者说，就算我们承认法官的前见直接源自语言文字，也还是要面对这样一个问题：法官又是通过源自何种因素的哪些前见理解、把握立法语言符号的？这个问题的答案，简言之，即活生生的生活经验：这种生活经验可能既包括法官个人的(譬如一个曾经作为盗窃罪受害人的法官可能会对盗窃罪作出与众不同的判决)，也包括整个法律职业共同体、甚至全社会的(一个具有可接受性的司法结论应当回应或兼顾案件事实与社会面向^⑤)但为法官个人所接受的；既包括当下的，也包括历史的；既包括理论性的，也包括操作性的；……。

①[德]加达默尔：《论理论的循环》，载严平编选：《加达默尔集》，上海：上海远东出版社，1993年，第48页。

②H. G. Gadamer, *Truth and Method*, New York: Sabury Press, 1975. 262.

③[德]加达默尔：《哲学解释学》，夏镇平等译，上海：上海译文出版社，1994年，第94页。

④如所知，noble dream是哈特用来专门指称或讥讽那种笃信法治是可能的、并且认定法治实际上也是按照法治理念那样实践着的理论；相对应地，哈特还用nightmare(“噩梦”)来指称那种认定法治根本没有可能、并且法治从来都不过是一套表面的说辞罢了的理论。可参见H. L. A. Hart. *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. in *Georgia Law Review*, Vol. 11 (1977).

⑤参见黄金兰：《法律解释的社会价值面向》，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》(第4卷)，济南：山东人民出版社，2005年，第57268页。

在这几组成对的因素中，尤其是后者，其中一个非常重要的组成部分其实恰恰就是通行于社会的民间法、尤其是与当前官方法并无直接冲突的民间法——因为所谓民间法，其实不正是通过操作性实践而历史地形成一种社会经验？

如果我们承认民间法会在某种程度上决定或至少影响法官前见的形成，而前见又在很大程度上决定解释的结论，再考虑到司法官总是通过不断的解释才能运用法律，则必然的结论

就仍然是：无论立法者或法治的设计者是否意识到或是否愿意、甚至无论法官是否愿意或意识到（前见的形成及其作用的发挥不能为主体的主观能动性所掌控^①），民间法都将进入到法实施的过程之中。

五、民间法：渗透于法律帝国的一个幽灵

“法律从来不是独立的，它总是一定社会关系之规定性的产物。因此，法律与经济、政治、道德、科学、宗教、社会等等现象的关系，或者法律在整个社会系统中所能够扮演的角色是其最为关注的问题。既然法律是非自治的存在，则对它的认知，只有在关系比较中才能更为深入，才能收到‘庐山外面看庐山，始知庐山真面目’的效果”^②。虽然如上论断主要针对的是如何认知法律的问题，但考虑到“认知”是适用、实施的前提，故我们同样可以说：只有对法律作一种关系性的把握，才能更好地解释、运用它。而一旦我们试图用关系性的视角去认知、运用它，实际上也就意味着将不得不把“庐山外面”的诸种因素牵扯进来。其中，作为社会运行规范基础之一的民间法，当然是一个非常重要的因素。

而这从宏观的角度再次呼应了前文所尝试分析并证立的如下命题：民间法就如一个幽灵，它不依据主体的主观性而时时处处渗透于法律帝国之中。

^①加达默尔讲，“控制解释者意识的前见及前见解，并不能为解释者自身自由支配”。H. G. Gadamer. *Truth and Method*. New York: Sabury Press, 1975. 344.

^②谢晖：《法律的意义追问——诠释学视野中的法哲学》，北京：商务印书馆，2003年，第426页。