

传闻及其规则研究 语言学进路

邹玉华 / 著



中国政法大学出版社

传闻及其规则研究

语言学进路

邹玉华 / 著



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

传闻及其规则研究：语言学进路/邹玉华著. —北京：中国政法大学出版社，
2016. 3
ISBN 978-7-5620-6597-5

I. ①传… II. ①邹… III. ①诉讼法—研究 IV. ①D915. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第041501号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	12
字 数	320 千字
版 次	2016 年 4 月第 1 版
印 次	2016 年 4 月第 1 次印刷
定 价	46.00 元

写在前面的话

中国法学应该转向吗？答案似乎是肯定的。那应转向何处？社会学，经济学，乃至政治学？似乎都可以一试。不是有“社会学”之说吗？语言学呢？——或许，法学家不会断然否定，但其内心也有成见：那些字词，就是所谓的法律语言——能解决法学的大问题？——最多在文本歧义、语音识别或法律翻译等法律的外部接口上还有些用处，涉及法的根本问题、规则或方法论——还是免了吧。

其实，以上并非现实生活中的真实情形，而只是作者从语言学步入法学初期的内心独白或者说是一种自我设限。在真正的研究交流中，法学家并不排斥语言学，相反我们感到更多的是一种鼓励和期许：如果能像社会学或经济学那样，给予法学特别的启示或思想，则求之不得。

所以，问题的关键是：语言学能给法学贡献什么——不是指相对表层的有关字词的法律语言研究，而是深层的诸如方法论、认识论或者理论架构、概念体系建构，等等。当然，遗憾的是，到今天为止，“实然”的状态是，还没有一种被冠以与“社会学”类似意义上的“语言法学”或者“法语言学”学说。在理论或方法上，法学与语言学真的井水不犯河水吗？事实并不尽然。下面的一段话，至少说明在英美法领域已经发生变化。现在

抄录如下：

用第七巡回法院的话来说：

（这种话语反映了）语言学家在表述行为的话语和语内表现行为的话语之间所作的区别。后者叙述、描述或以另外的方式传达信息，并因其真实性价值而受到评判（信息只有在真实的情况下才有用——确实，只有在它是真实的情况下才是信息）；前者——由承诺、要约或要求来说明——使陈述人从事某个行为过程。表述行为的话语并不属于传闻规则的范围，因为它们并未作出任何真实性主张。[合众国诉蒙塔那 [United States v. Montana, 199 F, 3d 947, 949 (7th Cir. 1999)]]

上面的文字，是从一本美国证据法学教科书《证据法：文本、问题和案例》^[1]中抄录的，原书作者又是引用的美国联邦第七巡回法院关于某个案件判决书中的一段话。暂且不论其具体案情，让我们眼前一亮的是，其使用的竟然是语用学的术语：“表述行为的话语”和“语内表现行为的话语”。

这里的“表述行为的话语”就是语用学中的“有所为之言”（performative utterance; performatives），也就是施为句；“语内表现行为的话语”则是“有所述之言”（locutionary utterance; constatives）”，也就是叙事句。“施为句”和“叙事句”是语用学经典理论——言语行为理论（speech act theory）最重要的两个术语。言语行为理论是由英国牛津大学哲学家奥斯汀（Austin）创立的，也是语言哲学的重要理论。简单地说，奥斯汀主要讨论的是“言”与“行”即说话与做事的关系，奥斯汀发现并不是所有的句子都是用来叙述或描述的，有些句子主要是用来做事的，因此就有了叙事句与施为句之分：施为句（performatives），首先，它们不描述或断言任何事情，不存在真假。其次，说出一句话，就是实施一种行为或实施一种行为的一部分。这种行为一般也不

[1] [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》（第3版），张保生等译，高等教育出版社2006年版，第471页。

会被描述成“说话”或只是“说话”。经典的例句如“我命名这艘船为伊丽莎白女王号”。与此相对，那些有真假的起叙述或描述作用的句子，称为“叙事句”（constatives）。虽然奥斯汀后来取消了施为句与叙事句的二分对立，但是奥斯汀始终强调施事行为的重要性，其关注的主要是施事行为。

清楚了施为句和叙事句的区别，回过头来再看前文第七巡回法院的话就会更加透彻地理解：“表述行为的话语”即施为句，其功能在于“以言行事”而非“以言述事”，不含有“任何真实性的主张”，因而不属于传闻规则的范围，可以采信。毫无疑问——第七巡回法院的法官已经掌握了“言语行为理论”并且娴熟大胆地用在了法律事实的裁判过程之中。事实上，通过细读该书，发现法学家们似乎走得更远，因为在引用上述“判词”的同时，教科书《证据法：文本、问题和案例》的作者又讨论了有关“诽谤”、“伪证”或“敲诈性威胁”等具有法律效力事实的言语行为犯罪以及非言语行为与传闻及其规则的关系，等等——显然都是在语用学的框架之内。如果我们对英美证据法的历史有所了解的话，就会知道这是以前的学术大家如威格摩尔（Wigmore）、麦考密克（McCormick）时代所没有或较少关注的——因此，完全可以说是证据法之大变革。

其实，真正的大变革不在证据法，甚至也不在法学理论，大变革发生在哲学——认识论——有关世界如何被认知以及知识如何增值——这就是所谓哲学的“语言转向”或“语言学转向”。这也是本书的立论之本。

语言转向“以语言的本质、意义、理解以及交流为主要问题点，把语言本身的一种理性知识提升到了哲学基本问题的地位上”，“语言转向的整个过程涉及三个阶段，包括以句法形式为取向的语形学阶段，形成了逻辑语形分析；以言说对象为取向的语义学阶段，形成了本体论语义分析；以语言使用者为取向的语用

学阶段，形成了认识论语用分析”。^{〔1〕}关于其影响，清华大学蔡曙山明确指出：“20 世纪西方哲学的一切变革和变化，都发生在它的语言基础上。这种变革，即哲学的语言转向，不仅影响到哲学的基本范畴和概念，还影响到它的基本观点和方法。对于这一点，我国哲学界似乎仍然注意得不够。”^{〔2〕}

在语言哲学观照下，语言（言语）获得了主体性地位，它不再仅仅是“摹写”或“镜像”，而是世界的“存在”方式。在法律与语言的关系上，我们承认二者是密切相关的，因为语言是法律的载体。但是，按照当代哲学观和认识论，我们就可以更加明确地说：语言不但是法律的表现形式，而且是存在方式，从法律制定到法律实施，从事实确认到法庭审判，从法庭辩论到审判执行，可以说法律运行和法律实践，全部都是语言（言语）建构和完成的。当庭审法官说出“判处张三有期徒刑 20 年”这句话时，不仅是指明“有一个叫张三的人被惩罚要坐 20 年牢狱”，关键是——那个叫张三的人将立即被投入监狱直至刑期结束——这是典型的以言行事行为。〔当然，把语言与法律完全等同起来的观点也是不对的，建构和结构体是两个不同的概念，建构和载体（材料）也是不同的概念。〕至此，有一个信念或者推论应该是明确而坚定的了：既然法律是由语言所建构，那么语言学理论就应当享有优先解释权。

问题或许又要回到原点：不错，我们承认这一点，但是要看解释力如何了。是的，关键是解释力。幸运的是有一点是确定无疑的，比起五六十年前，甚至二三十年前，语言学——现代语言学理论可以提供的解释性工具要多得多。二三十年前，不要说法

〔1〕 殷杰：“当代西方的社会科学哲学研究现状、趋势和意义”，载《中国社会科学》2006 年第 3 期。

〔2〕 蔡曙山：“再论哲学的语言转向及其意义——兼论从分析哲学到语言哲学的发展”，载《学术界》2006 年第 4 期。

学界，就是语言学界传授的仍然是传统语言理论，简单地说，就是以划分句子的主谓宾、定状补等成分为主要内容。就语言学而言，虽然中国学术较世界学术有所延宕，但 20 世纪下半叶以来，形式转换语法、系统功能语法和认知语言学及前面提到的语用学理论等不断涌现、成熟并在当今迅速传播，现代语言学对“语言事实”的解释力迅速提升，呈现出“革命性”变化，其影响疆域不断扩大，成为认知科学、心智科学和计算机科学等诸多学科的“先导”和“助推器”。正如蔡曙山教授评论语言哲学对马克思主义哲学话语体系的贡献时说的：“在马克思主义的话语体系中，我们不仅需要主体、客体；主观、客观；唯物、唯心；形而上学、辩证法这样的概念，也需要（语形学的）结构、范畴、短语、规则、表现、原则、参数；（语义学的）模型、映射、指称、解释、真、意义；（语用学的）说话人、听话人、时间、地点、语境、主体（Agent，又译为主动者、代理人、智能体）、受体（Patient，又译为受动者）、意向、隐喻、言语、行为、交际等概念。”现代语言学理论能提供的概念和思想还可以开列出长长的单子：话题、主题、标记、话轮、论元、论元角色以及“价”和“格”，等等，可以想象和推理，由于语言对人和世界天然具有的建构性本质特征，法学和其他社会科学则具备吸收和融合这些术语及其思想的可能条件，换句话说，现代语言学方法论和思想具有普适特征。

西方学者一般不会明确高举某种理论，但是越来越多地受到关注的法理学或法哲学理论，如新修辞学、法律论证理论和商谈理论等，都深受语言哲学和语言学的影响，一个直觉反证是当我们缺乏上述知识时对上述理论就不能很好地理解或感到艰涩难懂。另外一个可以算作直接证据，在罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）的《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理

论》^{〔1〕}设有专节“语言哲学的奠基：维特根斯坦和奥斯汀”对维特根斯坦和奥斯汀的学说进行评说，最后作者阐述了言语行为理论对该书的影响，作者说，“奥斯汀的言语行为理论基于三个方面的理由对该书的研究有重要意义”，其中第三个理由是，它提供了一个基本概念的框架（体系），这个基本概念的框架（体系）在本书研究过程中将日见成效。^{〔2〕}并且，阿列克西还认为“哈贝马斯的（真理）共识论”也建立在“言语行为理论的基础之上”。^{〔3〕}其实，哈贝马斯的“沟通理性”和“法律的有效性”以及法治国的商谈理论等也都是建立在言语行为理论基础之上的。

现在，回到本书和研究课题。上面的文字，可以看做作者的心路历程，也是对本书和本课题的前提性论证——包含了本书的安排逻辑：语言哲学——认识论——语用学——法学具体对象——传闻证据概念体系分析。

具体来说，第一章“绪论”，简要地介绍了全书的主题、研究背景及国内外学者的已有成果和贡献，交代了研究设想和可能的创新。第二章名为“理论基础与言语交际”，本章提出一个大的哲学框架，就是“语言论认识论”。法学前贤们大都承认认识论是证据法的理论基础，本书则在语言哲学的背景下，进一步凝练这一主题并论证：语言论认识论是证据法的理论基础。由于学识所限，这一过程显得曲折而艰辛。在这一部分国内研究成果中，主要参考任平教授的“广义认识论”，特别是他提出的关于

〔1〕 参见罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版。

〔2〕 参见罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第72页。

〔3〕 参见罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第131页。

“主-客-主”认知模式与语言及语言学的关联。任平的“广义认识论”用汉语话语体系建构其语言哲学系统，对于汉语语境下的读者来说，较纯粹的直译和评判式地对西方语言哲学的介绍，是一种中国化的哲学学说，明确而简洁。语言论认识论可以看做是对广义认识论的进一步阐发和引申。

当然，认识论上的哲学认知是不能自动导向法哲学的。在第三章“传闻排除规则与言语交际”中，我们进一步论述了语言哲学——语言论认识论在构建证据法学——传闻证据理论基础中的作用。同样，哲学的“宏大叙事”，也代替不了“微观领域”的方法论。在本章以后的章节，本书使用较大篇幅介绍有关现代句法学、言语交际理论、语用学等——考虑到跨学科读者的需要，尽可能详尽地予以阐述。

从第四章“传闻定义”到第六章“传闻规则立法建议”是关于本课题具体研究内容部分。本书的目标是，通过语言学的“介入”，在前人的研究基础上，能使传闻的概念体系和结构更加清晰而明确，并使“复杂多变”的“传闻例外”有一个相对统一而简单的解释。需要说明的是，关于传闻理论，是以英美法为指向的。研究从现代句法学的论元理论和语用学的言语行为理论出发，还涉及会话含义理论，言说动词的论元角色特征以及“以言指事”、“以言行事”与“以言取效”之间的区分，以及意图、会话含义等与主张的区别与辨别是主要的应用点。《联邦证据规则》第801条规定，传闻是一种“主张”。因此，判断话语或非言语行为是否是主张或是主张性的成为根本。“主张”的核心要素是“向他人表达”，用手指一个人——对警察问话（“是谁先动的手？”）的回答是主张性的。（回答问题也是在以言行事——答话，但是这里是在“以言述事”层面使用该证据，而非在“以言行事”层面使用，关键要看哪个层面上使用。）这里还要区分

信念与主张的不同，“游艇是否具有适航性”案件^{〔1〕}中，本森检查游艇是否适航，只是在做“检查”之事，尔后心中有了“游艇适航”的信念，但是本森并没有用非语言行为或者以言行事地表达其信念，只是心中有信念而已，因此，不是主张性的。“马斯登是否具有适格性”案件^{〔2〕}中，与此相同，信件只能证明写信者的信念：马斯登具有适格性，但非主张性的。但是需要注意的是，会话含义是有主张的，但是这里的主张不是字面意思，而是言外之意，具有危险性。

最后，要说明的是，无论相对于语言哲学的博大精深，还是传闻规则的“神秘莫测”，由于作者学识所限，本课题的研究仅是尝试性的，其解释力也是初步的，唯期冀成为一块垫脚石——对未来研究或司法实践有些许作用和影响而已。在此，恳请读者和专家给予批评指正。

邹玉华

2015年11月30日

〔1〕 参见本书第四章第三节“非言语行为与主张性行为及非主张性行为”相关内容。

〔2〕 参见本书第四章第二节“言语行为理论与非传闻性陈述”相关内容。

目 录

写在前面的话	001
第一章 绪 论	001
第一节 选题背景	001
第二节 国内外研究现状	014
第三节 研究目标和意义	049
第四节 研究方法和创新之处	061
第二章 理论基础与言语交际	067
第一节 传闻规则的理论基础	067
第二节 言语交际基本形态	097
第三节 言语交际与直接言词原则	113
第三章 传闻排除规则与言语交际	138
第一节 传闻的形成与言语交际	138
第二节 促进事实真相的发现与传闻规则	163
第三节 传闻规则与直接言词原则	174

第四章 传闻定义	182
第一节 “传闻”定义	182
第二节 言语行为理论与非传闻性陈述	209
第三节 非言语行为与主张性行为及非主张性行为	225
第四节 主张与会话含义	236
第五章 传闻例外	249
第一节 传闻例外的可采性	249
第二节 传闻例外的类型	265
第六章 传闻规则立法建议	295
第一节 传闻定义	296
第二节 传闻规则	302
第三节 传闻例外	304
第四节 立法规范	314
附录 美、英、日及我国台湾地区传闻规则立法	
节录	316
A 美国《联邦证据规则》(2011年重塑版)关于传闻规则 的规定	316
B 英国《刑事审判法》(2003年)关于传闻规则的规定	323
C 日本《刑事诉讼法典》关于传闻规则的规定	339
D 我国台湾地区“刑事诉讼法典”(2003)关于传闻规则 的规定	342
参考文献	344
后 记	363
附 记	365

|第一章|

绪 论

第一节 选题背景

一、中国刑事审判方式改革

传闻是指用以证明所主张事项真实性的庭外陈述，传闻规则（the hearsay rule）是指提出庭外陈述以证明其所宣称的事项不具有可采性的规则。传闻规则实为排除传闻的规则（the rule against hearsay evidence），因此，又被称为反传闻规则（the rule against hearsay），即“在审判中一般不能采纳传闻证据，已经在法庭上提出的，不得交陪审团作为评议的依据”〔1〕。传闻规则产生于英美法系，被认为是英美证据法的核心和灵魂。〔2〕美国最著名的证据法学家威格摩尔（Wigmore）曾宣称：“它是英美证据法上最具特色的规则，其受重视的程度仅次于陪审制，是杰出的司法体制对人类诉讼程序的一大贡

〔1〕 吴丹红、黄士元：“传闻证据规则研究”，载《国家检察官学院学报》2004年第1期。

〔2〕 参见汤维建：“英美证据法学的理性主义传统”（代译序），载〔美〕约翰·W. 斯特龙主编：《麦考密克论证据》（第5版），汤维建等译，中国政法大学出版社2004年版，第9页。

献。”〔1〕

“庭外陈述”是传闻的核心要素，庭外陈述用以证明所主张事项的真实性时即为传闻。庭外陈述对于法庭而言，是转述话语，转述话语脱离了原始话语环境，庭上证人即转述人是原始话语的受话人，因此不能对其进行询问以验证原始话语的可靠性，而通过询问可以发现话语世界的连贯性及与现实世界的符合程度从而判断话语的真实性和准确性。交叉询问因在验证话语的真实性和准确性方面具有巨大保障而最终成为一项基本人权。因此，证据法学家安德森（Anderson）等认为，“当庭证言和传闻的重要区别在于，可获得对当庭证人交叉询问的权利”〔2〕。同时，转述话语与原始话语环境中的诸多信息传达要素失去联系，其可靠性难以验证，比如行为举止能够传达发话人是否诚实的信息，在验证话语的真实性方面具有独特价值，是当庭证言能够验证话语可靠性的重要因素，安德森等认为，当庭证言和传闻的“另一个同样重要的区别在于，裁决者能够观察证人被询问时的行为举止和反应”〔3〕。转述话语与“行为举止”失联。

话语本身具有发话人感知、记忆、表述和诚实性四种内在缺陷，庭外陈述又增加转述人对原始话语的感知、记忆、表述和诚实性的不可靠性，庭外陈述具有话语的双重危险，而且转述话语的危险性大于原始话语，用其作为查证事实的证据具有极大的危险性。这正是当庭证言的价值所在。

因此，传闻规则的法理性和核心价值在于，通过排除庭外陈述以确保证人出庭并接受交叉询问，最大限度地发现案件事实，同时保障

〔1〕〔美〕威格摩尔：《证据》（修订版），查德波恩出版社1974年版，第1364节，第28页。转引自〔美〕约翰·W.斯特龙主编：《麦考密克论证据》（第5版），汤维建等译，中国政法大学出版社2004年版，第479页。

〔2〕〔美〕特伦斯·安德森等：《证据分析》（第2版），张保生等译，中国人民大学出版社2012年版，第403页。

〔3〕〔美〕特伦斯·安德森等：《证据分析》（第2版），张保生等译，中国人民大学出版社2012年版，第403页，注36。

被告人的对质权,以实现司法正义。传闻规则是庭审实质化的重要保证,因此成为现代刑事诉讼最重要的证据规则之一。

我国于20世纪90年代开始刑事审判方式改革,加强法庭审判中控辩双方的对抗性。陈瑞华认为,新的审判程序吸收了英美对抗式诉讼制度的一些要素,使得法庭审判中控辩双方的对抗程度大大增强,而主审法官在法庭调查方面的主导性则大为降低。^{〔1〕}1996年《刑事诉讼法》修订后,刑事审判方式发生了重大改变。根据《刑事诉讼法》的有关规定,作证是每个公民的义务,^{〔2〕}证人证言必须在法庭上查证属实才能作为定案的依据,^{〔3〕}以上规定不仅要求证人出庭作证,而且要求证人的证言必须经过控辩双方的询问、质证之后才能作为定案依据。

根据《刑事诉讼法》的有关规定,被害人不仅可以出庭作证,而且还可以当事人的身份在法庭审判过程中享有询问权。当事人可以对证人、鉴定人发问。^{〔4〕}上述规定鼓励证人、鉴定人亲自出庭作证。因为,“在新的庭审方式中,必须贯彻直接言词(原书为“辞”)原则,也就是由控辩双方当庭质证、当庭辩论,法官居中认证、判定案情”^{〔5〕}。实证研究证明,证人在法庭外陈述的真实可靠性不如证人当庭所作的

〔1〕 参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第338~339页。

〔2〕 《刑事诉讼法》(1996)第48条(2012年《刑事诉讼法》为第60条)规定,除生理上、精神上有缺陷或者年幼,不能辨别是非、不能正确表达的人,不能作证人外,“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务”。

〔3〕 《刑事诉讼法》(1996)第47条(2012年《刑事诉讼法》为第59条,有变动)规定:“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证,听取各方证人的证言并且经过查实以后,才能作为定案的根据。……”

〔4〕 《刑事诉讼法》(1996)第156条(2012年《刑事诉讼法》为第189条)规定:“……公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可,可以对证人、鉴定人发问。……”

〔5〕 陈卫东主编:《刑事诉讼法实施问题调研报告》,中国方正出版社2001年版,第127页。

陈述，因为，证人当庭陈述时会被告知如实作证的义务以及作伪证所应负的法律后果，故通常情况下证人出庭作证时会谨慎自己的言行，同时，通过控辩双方对证人的询问和反询问，也可以最大限度地检验证言的真实性与可靠性，从而保证案件的客观公正。^{〔1〕}

以上规定，从实体上说，更有利于保障准确认定案件事实；从程序上说，更有利于保障诉讼当事人的质证权利。

二、证人出庭与传闻规则

很显然，证人是否出庭作证是审判方式改革能否取得成功的关键。然而，在我国刑事诉讼中，由于没有传闻的概念，对证据的证明力不加区别，不区分哪些是传闻、哪些是非传闻，更没有确定传闻规则，因此，诉讼中控辩双方对传闻的使用可以说几乎不受任何限制。《刑事诉讼法》（1996）第42条（2012年《刑事诉讼法》为第48条）只规定了“证人证言，被害人陈述，犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解”等言词证据须经过查证属实才能作为定案的根据。^{〔2〕}因此，上述证据只要“查实”，就可以作为定案的根据，这导致控辩双方在使用上述证据时，根本不需要考虑它们是传闻还是非传闻。在刑事司法实践中，上述证据往往是以各种侦查笔录表现出来的，如侦查人员在讯问犯罪嫌疑人、被告人时制作的讯问笔录，侦查人员在询问证人、被害人时制作的询问笔录。^{〔3〕}但是，在司法实践中，公诉人、辩护人可以不直接传唤证人、鉴定人、勘验人员亲自出庭作证，而是当庭宣读具有传闻性质的未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录，

〔1〕 参见陈卫东主编：《刑事诉讼法实施问题调研报告》，中国方正出版社2001年版，第127～128页。

〔2〕 “供述”（Confession）是特殊的言词证据，是犯罪嫌疑人对自己所犯罪行的公开承认。它与自认（Admission）有密切联系，但不完全相同，供述仅适用于刑事诉讼。参见何家弘主编：《外国证据法》，法律出版社2003年版，第184页。

〔3〕 参见朱立恒：《传闻证据规则研究》，中国人民公安大学出版社2006年版，第260页。