

修辞学视阈下的

古代判词研究

赵静 著

四川出版集团 巴蜀书社

西南交通大学出版基金资助出版

修辞学视阈下的
古代判词研究

赵静 著

四川出版集团 巴蜀书社

图书在版编目(CIP)数据

修辞学视阈下的古代判词研究 / 赵静著. —成都: 巴蜀书社, 2008. 6

ISBN 978-7-80752-183-9

I. 修… II. 赵… III. 判决—修辞学—研究—中国—古代 IV. D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 082854 号

修辞学视阈下的古代判词研究

赵 静 著

责任编辑	施 维
出 版	四川出版集团巴蜀书社 成都市槐树街 2 号 邮编 610031 总编室电话: (028)86259397
网 址	www.bsbook.com
发 行	巴蜀书社 发行科电话: (028)86259422 86259423
经 销	新华书店
印 刷	成都蜀通印务有限责任公司 电话: (028)84122206
版 次	2008 年 6 月第 1 版
印 次	2008 年 6 月第 1 次印刷
成品尺寸	210mm×148mm
印 张	10. 625
字 数	200 千
书 号	ISBN 978-7-80752-183-9
定 价	18. 00 元

本书如有印装质量问题, 请与本社发行科调换

目 录

第一章 绪 论	(1)
第一节 法律语言与古代判词研究概述	(1)
一、法律语言学的研究对象与内容	(1)
二、法律语言学的研究现状	(3)
三、法律语言学的学术组织与刊物	(8)
四、有关古代判词的研究	(9)
第二节 本文研究概况	(12)
一、本文研究内容和目的	(12)
二、本文研究方法	(14)
三、本文研究的意义	(16)
四、本文研究的语料	(18)
第三节 中国古代判词综述	(21)
一、判词的概念	(21)
二、判词的分类	(22)
第二章 语体论	(27)
第一节 法律语体的特点与司法判词的语言运用	(27)
一、法律术语的特点	(27)

二、法律概念的动态分析·····	(35)
三、法律术语与判词制作·····	(43)
第二节 语体研究在司法中的运用·····	(49)
一、司法过程中的语体障碍与语体转换·····	(49)
二、语体特征分析·····	(55)
三、口语书面记录方面的研究·····	(58)
第三节 判词的语体特征分析·····	(60)
一、判词的语体特征描写研究·····	(60)
二、判词的言语行为分析·····	(64)
第四节 古代判词中的语体渗透现象·····	(70)
一、原型与破体·····	(70)
二、古代判词中语体的渗透与融合·····	(74)
第五节 古代判词的语体流变·····	(83)
一、中国法律术语的创制与演变·····	(83)
二、古代判词语体流变的机制与形态·····	(95)
第三章 修辞论·····	(115)
第一节 法律与修辞·····	(115)
第二节 司法中的修辞学·····	(119)
一、司法的剧场化——法律行为符号与修辞·····	(119)
二、经与权——古代司法中的修辞学·····	(123)
三、当代司法中的修辞性技巧·····	(135)
第三节 古代判词的修辞·····	(138)
第四节 古代判词的深层修辞——说服与劝导·····	(142)
一、古代司法的家长制审判模式·····	(142)
二、古代法官的法律素养与职业伦理·····	(145)
三、古代判词中的深层修辞——说服与劝导·····	(147)

四、对判词深层修辞行为的社会学分析·····	(160)
第五节 古代判词的诗化·····	(163)
一、在法律的边缘——法律与文学·····	(163)
二、判词诗化倾向的文体学考察·····	(168)
三、判词的骈体化与诗意综合·····	(183)
四、文学的政治化与公文的艺术化·····	(189)
第四章 文本论·····	(197)
第一节 作为文本的判词 ·····	(197)
一、法律文本的概念·····	(197)
二、判词文本的特点·····	(201)
第二节 判词的文本结构 ·····	(202)
一、判词文本的宏观结构·····	(202)
二、判词文本的微观结构·····	(208)
第三节 法律的叙事与合法性的赋予	
——古代判词的叙事与修辞·····	(211)
一、时间结构中的判词叙事·····	(212)
二、判词叙事中的客观事实与法律事实·····	(217)
三、古代判词法律叙事的特点·····	(228)
四、判词法律叙事对叙事文学之影响·····	(237)
第四节 法律解释与古代判词·····	(240)
一、法律文本与法律解释·····	(240)
二、中国古代的法律解释——律学之历史传承·····	(244)
三、古代判词中的法律解释·····	(247)
第五节 古代判词的推理论证·····	(254)
一、法律推理的概念·····	(254)
二、法律推理中的形式主义与科学主义·····	(255)

三、法律论证理论的修辞学进路·····	(255)
四、古代判词的修辞式论证·····	(259)
第六节 判词理由的表现形式·····	(274)
一、判决理由的阐述及价值·····	(274)
二、古代判词的理由模式·····	(277)
第七节 判词文本结构的演变·····	(283)
一、古代判词的文本结构·····	(283)
二、近代判决书的文本结构·····	(287)
三、现代判决书的文本结构·····	(290)
四、当代判决书的文本结构·····	(294)
五、判决书文本结构的创新·····	(297)
第五章 余 论·····	(306)
第一节 中西判决书的初步比较·····	(306)
一、英美法系的职位法官模式与大陆法系的职业法官 模式·····	(306)
二、各国判决书证明模式比较·····	(308)
三、各国判决书语体风格比较·····	(310)
四、对三份判决书的一个个案研究·····	(313)
第二节 裁判文书改革引论 ·····	(319)
一、我国判决书证明模式之缺陷·····	(319)
二、重构判决书证明模式之思考·····	(323)
参考文献·····	(330)

第一章 绪 论

第一节 法律语言与古代判词研究概述

一、法律语言学的研究对象与内容

关于法律与语言的关系，中外不少语言学家和法学家留下了许多名言警句。前英国上诉法院院长阿尔弗雷德·丹宁勋爵说：“要想在与法律有关的职业中取得成功，你必须尽力培养自己掌握语言的能力。”¹ 梯尔斯马在《法律语言》一书中说：“道德和习俗也许是包含在人类的行为中的，但是法律却是通过语言而产生的。”² 克生斯特尔在《剑桥语言百科全书》说：“无论在法律的何种领域——政府法规、法庭活动或者约束我们日常活动的文件（合同、转让证书、规章、次要的法令等等）——我们面临的最基本的原则是：法律的措词实际上就是法律，没有别的种类可言。”³ 二十世纪，法学的语言学转向思潮更是在西方法学界蔚为大观，制度实证主义法学派的集大成者麦考密克甚至认为：“法学其实不过是一门法律语言学。”⁴

由于研究方法和角度不同,对法律语言学的研究对象有不同的分类。作为法律语言学学术群体组织,国际法律语言学家协会(IAFL)从成立伊始就对法律语言学的研究对象与内容作了广义与狭义的界定。狭义法律语言学主要研究语言学在各种法律事务中的具体应用。广义的研究泛指语言和法律交叉地带方方面面的内容,国际法律语言家协会编制的语言与法律文献汇编涵盖了法律语言学所有重要文献,分成二十个不同领域,下设八十四个下位分支。其二十个上位领域为:1. 话语综合研究(语言与法律宏观研究与司法实践);2. 法庭话语;3. 可读性(法律语言的可读性与可理解性);4. 书面语作者鉴别;5. 讲话人鉴别(通过语音对讲话人进行鉴别);6. 语言变体(口头与书面语言变体研究);7. 口语笔录;8. 口译与视译(法庭议员与各种翻译问题);9. 法律翻译;10. 专家举证;11. 儿童问题(儿童证人的语言问题);12. 法律语音学;13. 法律统计学(统计学在司法实践中的应用);14. 笔迹分析;15. 科技(科技手段在法律语言学中的应用);16. 历史回顾(法律语言学的历史回顾);17. 综合观点与文献;18. 其他参考文献;19. 其他(语言权利、语言政策、语言合法化、英语运动、双语教育等问题研究);20. 评论(对法律语言学重要文献的评论)。

IAFL文献汇编涉及内容庞大,在编排上存在跨类现象,逻辑上也不甚严密。综合各家学说,可将法律语言学的研究对象概括为口语、书面语和双语问题三大领域。

(一) 口语研究:包括法律语音学与语音识别、司法口语研究、录音会话分析等。

(二) 书面语研究:包括立法语言研究、司法语言研究、准法律文字、笔迹学及其他问题研究。

(三) 双语问题研究: 包括司法界的翻译问题、双语翻译及法律翻译、语言证据问题。

司法判词研究属于书面语研究中的司法语言研究的一个下位分支。作为法律语体的下位语体, 判词的语体特征既从属于法律语体的总体特征, 又有其自身的特殊性。和其他法律书面语不同, 判词一般要求在法庭上当众宣读, 直接作用于诉求对象。当事人、一般老百姓对法庭审判是否公正的判断也主要是通过判决书获得, 因而判词具有特殊的宣教功能与社会功能。所以判词书写受到多方面的制约, 一方面是法律条文、法律术语的严格要求; 另一方面是其书写内容的特殊性, 直接关系到当事人的切身利益; 另外, 其诉求对象大多是普通百姓, 对法律术语、法律知识不甚了解, 如何让他们心悦诚服地接受判决, 也是判词书写中必须解决的问题; 当然, 法律诉讼程序、推理论证模式、文本结构等都会对判词书写产生影响。当代裁判文书由于对形式化、科学化的过分追求, 形成了其固定的格式与套语, 但在对当事人的说服力上却未达到古代判词的说服效果。如据 2004 年 4 月 24 日的《华西都市报》报道, 因当事人不服法院判决, 重庆一妇女败诉后在法院跳楼身亡。可见判决书不仅仅要求合法, 还必须合理, 有说服力, 才能让当事人接受。如何将法言法语的庄重严肃与判词的人性化因素结合起来, 本研究将在下文的论述中, 逐一揭示和探讨。

二、法律语言学的研究现状

(一) 国外研究现状

亚里士多德早在他的经典著作《修辞学》中就提出了法庭修辞的论题, 古希腊修辞学的原型就是在法律逐渐产生和发展的过程中

孕育而生的。之后,法律语言的研究朝着逻辑学的方向发展,注重书面语的研究。到十九世纪中期,受分析实证主义影响,这一领域的研究把法律看作一个封闭的体系,不带任何主观的、道德的或政治的色彩。研究只是针对法律语言的语法结构,最终目的就是形成一套“普遍语法”。这一阶段较有影响的如大卫·梅林可夫(David Meilinkoff) 1963年著的《法律的语言》(The Language of the Law),克里斯多(Crystal)与戴维(Davy) 1969年出版的《英语语体研究》(Investigating English Style)。早期的法律语言研究主要是对立法语言,法律文本的研究,着眼点是法律语言的用词、句子结构、标点符号以及法律语言的特征。20世纪70年代后,语言学家不再局限于语言句法系统本身的研究,越来越多的学者重视现场即席话语和语料库的作用和分析。具体表现在以下几个领域⁵:

1. 语音分析

主要通过两种方法进行:声学分析和听觉分析。声学分析,就是利用语图仪对语音的振幅、频率、强度等进行物理分析,辨认出说话人。听觉分析是指语音学家通过自己的耳朵对听到的语音信号进行感觉辨别。其理论基础是“个人习语”说。每个人说话的地方口音,同时必然带有其社会群体及年龄文化程度等特征,即使是在差异微乎其微的同一方言区里,人们对某些词都有自己喜欢的发音方式,这种方式就是个人特有的风格。

2. 语体分析

主要是对书面拼写、用词、语法形态以及句法结构的研究。Fuller对法庭语言的分析即从语体角度展开,她首先定义了一系列语体风格,进而考察律师在不同风格间的转换。Fuller认为,对风格转换所作分析的理论意义在于语体风格不仅能确定语言使用者的身份,也能对他人的身份进行评论,能够揭示言语行为中个人之间

的相互关系。

另外是基于语料库的语体研究, Baldauf 在综述德国的法律语言学研究情况时介绍说, 研究者可以对整个语料库进行搜索, 寻找与文本作者有关的特征或某作者以前的写作表现, 以帮助确定文本的作者。

3. 语言心理和行为分析

运用心理语言学对法律语言进行研究, 主要是提供语言和有关法律行为关系分析的基础, 如: 通过语言对社会心理的分析、说谎的辨别、语言证据的辨析、侦察中的语言分析、司法精神病鉴定等。这些活动均以法律行为为基本的研究内容, 通过语言的分析, 以了解心理过程为主要目标。较有代表性的是 Grebler 的相关研究。

4. 法庭话语研究

把法律话语作为会话研究的一部分, 强调话语在互动中的生成和理解。O'Barr、Atkinson 及 Drew 在《法庭秩序: 司法场景中言语交往的组织》中, 用会话分析的方法对听证会的开始、指控、询问证人及交叉询问中的话语等作了分析。Maley 用“口语”、“交互”“控辩对立”等词语概括法庭语篇的特点。其中“口语”指明了交际的手段; “交互”指明了交际方式, 如法官—律师、法官—陪审团、律师—证人、律师—律师的交互等; “控辩对立”则标明了交际的环境条件, 规定了权力分配的不平等, 其中法官拥有最高权力, 是法庭的核心, 律师占有询问的主动权, 证人则处于被动应答的地位。法庭的布置, 相关人员的座位安排以及活动范围都表明了他们权力的大小, 影响到他们对语言的使用。

5. 法庭翻译

法庭翻译的研究涉及的主要问题是: 翻译的作用、翻译的准确

性及其对判决的影响,以及加入翻译这个变量之后对法律专业人员与证人和被告之间的互动有无影响等等。S. Berk-Seligson 对译员的语言进行了深入的分析。Hale&Gibbons 从法庭译员表达现实的情况入手,研究了法庭口译的问题。他们首先识别了法庭现实和法庭所处理案件的现实即外部现实,认为二者都通过法庭语言得以体现,而译员则倾向于忠实地再现外部现实,对于法庭现实则有明显而且连续的改变,这些改变对证据及审判结果都会有一定影响。Goss 通过对瑞典和德国法庭译员所起作用的对比研究,观察到他们之间有明显的自我意识的不同。瑞典译员认为译员的作用是纯粹的翻译,德国的译员则认为译员应该同时起到调解员的作用。

(二) 国内研究现状

我国明清两代出现了世代相传专门研习律例,专司公牍文书的刑名幕吏阶层,产生了专门研究法律语言的著述。其中较有代表性的是清末王又槐的《办案要略》和李渔的《资治新书》。李渔的主要观点有:要根据不同案件的不同特征与构成要件,决定法律语言的内容和相关司法文书的格式与结构(《论人命》);在案件审理中要根据受审者的不同状况和当时的情景,决定言辞运用和审讯方式,所谓“词色之喜怒”或“示以震怒加以严刑”或“平心静气以鞠之,且勿遽加刑拷”(《论盗案》)。从封建法律的“风教”功能出发,提出司法语言应当持重:“凡审奸情,最宜持重”,“至于献牍之间,更宜持重,切勿以绮语代庄,嬉笑当蹙”(《论奸情》)。王又槐的《办案要略》一书共十四篇,分为两部分。第一部分有《论命案》、《论犯奸及因奸致命案》、《论强窃盗案》、《论抢夺》、《论杂案》、《论枷杖加减》、《论六赃》等篇目,是关于审案、析案方面的经验介绍。第二部分是关于清代司法文书方面的经验总结,其中的《论批呈词》、《论详案》、《叙供》、《作看》、《论作禀》、《论驳案》、

《论详报》等篇，都是关于司法文书的专论，也是关于我国法律语言的第一批成熟的论著。

80年代以来，随着我国法制的逐步完善，国内关于法律语言的研究发展极为迅速，陆续出版了一批研究法律语言的专著。如：高玉成《司法口才学》（1986）；潘庆云《法律修辞》（1989）、《法律语言艺术》（1989）；邱实《法律语言》（1990）；余致纯等《法律语言学》（1990）；潘庆云《法律语体探索》（1991）；周广然《法律用词技巧》（1992）；姜剑云《法律语言与言语研究》（1995）；华尔康等《法律语言概论》（1995）；孙懿华、周广然《法律语言学》（1997）；潘庆云《跨世纪的中国法律语言》（1997）；陈炯《法律语言学概论》（1998）；王洁《法律语言学教程》（1997）、《法律语言研究》（1999）等，对中国法律语言的渊源、沿革，法律语体的特点等进行了多方面的研究。

关于法律语言与法律文化的研究，也有不少学者涉猎。从古到今，许多思想家都充分注意到了语言与历史、语言与文化的联系。他们认为语言不仅仅是一种人类实践客体化的产物，而是人类的一种实践模式，并对人类的其他实践行为产生决定性的影响。更有学者认为语言本身就是一种社会系统、文化系统，一种主宰人类发展模式和历史背景差异的“看不见的手”。受他们的影响，在欧洲，一些法学家运用语言与文化对应系统的理论对法律史、法律文化进行了再解释。的确，法律语言的语词更替、语义流变，本身就是一部特殊意义的法律文化史。梁治平的《法律的文化解释》一书中就很自然地涉及到了相当多的语言学理论，而他在《法辨》中着力分析的“Jury”与“法”的语义差异及背后的法律文化蕴涵也一直为法学界所乐道。梁治平的法律文化研究，可以说是将法律文化与法律语言结合得相当好的一个范例；另外，王健的《沟通两个世界的

法律意义——晚清西方法的输入与法律新词初探》，何勤华对汉语法律语言中“法理学”等法学名词的渊源流变的考察，方流芳对中西法律语言中“公司”一词的不同文化蕴涵的阐释，都可以说是这种透过法律语言的层面去展示其背后的法律文化的冲突与融合的著作。

三、法律语言学的学术组织与刊物

由于现代社会技术复杂程度越来越高，许多案子单凭传统的旁证已不能解决问题。在一些发达国家，如德国、英国、美国、加拿大和澳大利亚等，语言学家频频被邀请到法庭作专家证人。许多语言学家已从兼职研究转为专职研究，如 Judith N Levi、Malcolm Coulthard、Roger Shuy、Georgia M. Green、Peter French、Herman Lunzel 等。1991 年在英国圣约翰学院召开的第三届国际语音学法庭应用研讨会上成立了“国际法庭语音学协会”，第二年在英国伯明翰大学英语学院成立了“国际法语言学家协会”。它除了每年召开一次学术会议以外，还为有资格并打算作为专家证人出庭，为诉讼案当事人或法庭提供专家证词的语言学家登记注册。上述两个学会共同创办了一个刊物《法语言学》(Forensic Linguistics)。1993 年 7 月，第一届国际法律语言学大会在波恩开幕。次年三月，法律语言学的第一本杂志《语言与法律》(Language and Law) 出版。至此，一个学科独立存在的三大标志：学术会议、学术机构和学术刊物已经齐备。这就意味着法律语言学已经成为一个专门的独立的学科。

四、有关古代判词的研究

中国古代对判词的专门研究较少，宋代郑樵《通志》，明人徐师曾《文体明辨》，吴讷《文章辨体》都将判词列为一种独立的文体。徐师曾在《文体明辨》中专门论述了判词的沿革，吴讷在《文章辨体》中更是提出了判词“简当为贵”，“简”即简约，“当”即准确的制判理论。郑克在《折狱龟鉴》中对每一个案例所作的按语，既有对破案的经验总结，判案原则的阐述，以及由判例所体现的法学原理和法律概念术语的诠释，还有将各个相关案例汇编在一起所进行的分析比较，对一些具体案例所反映出的一般抽象原则、原理、学说的概括总结等等，显示出宋代的判例法作品已经开始显示出抽象化、理论化的倾向。清代，制判理论有了进一步发展，吏部尚书刚毅在其《牧令须知》中详列州县对自理词讼审理状况的登录、记载格式，并在《审看拟式》中开示州县自理词讼的标准格式，提出了“情节形势，叙列贵乎简明；援律比例，轻重酌乎情理”的制判要求。⁶其幕僚葛世达则在其所撰《审看略论》中，对判词从文字到结构，作了详细论述。例如，就判词的制作，他指出：“审看乃文章家先叙后断之法。叙笔宜精要，断笔贵简严。平铺直叙，漫无断制，固属不可，然不可横亘成见，于犯供之中夹下断语；亦不可矜才使气，词意抑扬，或有意仿作，勉强牵合：一案有一案之真情，深文周纳，不特死者含冤，抑且情节失真，必致狱多疑窦。往反驳诘，贻累无穷。善治狱者，只就案犯真情形，平平叙去。而眼光四射，筋脉贯通，处处自与断语关合，语语皆为律条张本。……叙完之后，加以断语，拍合律条。”严格区分犯供与断语，是中国古代制判理论的重要特色。

唐代是中国古代判词的成熟期，唐以前判词流传下来的较少，唐代判词主要见于《文苑英华》和《全唐文》中，其大多为当时文人为应吏部科举考试所写的带有虚拟性质的所谓“科判”，属于实际断案所写的“案判”很少。敦煌法制文书完整或部分地保存了今传本唐律、律疏和地方官府的判文等有关社会法律活动的第一手资料，历来倍受学者关注。当代很多学者利用唐判材料进行法制史方面的研究，如：日本学者泷川政次郎《关于〈龙筋凤髓判〉》、《关于〈文苑英华〉》、《唐判集中关于紧急避难事件的判决》等文章；市原享吉《关于唐代的判》，对《文苑英华》、《全唐文》等基本文献中所收录的判文进行了严谨而细致的整理与考订；池田温在《敦煌本集判三种》一文中，对敦煌写本中的三种判集作了考释，并论及唐代官员任用考试中的判试制度及其内容；大野仁在《唐代的判》一文中，对日本近半个世纪的判文研究状况进行了简单的梳理。国内唐判研究主要有：姜伯勤《从判文看唐代市籍制的终结》，广泛利用了《文苑英华》、《全唐文》中有关“商贾”、“户贯”等方面的资料，对唐代市籍制的源流、演变及其与封建城市经济、封建城市结构发展的关系，进行了研究。刘俊文《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》、陈永胜《敦煌吐鲁番法制文书研究》、霍存福、张瑞《〈龙筋凤髓判〉与白居易〈甲乙判〉异同论》、霍存福《〈龙筋凤髓判〉判目破译》、陆庆夫《从敦煌写本判决文看唐代长安的粟特聚落》、李天石《从判文看唐代的良贱制度》、向群《从判文看唐代国家的祭祀礼仪》、朱海《从判文看唐代的执法以情—以家庭关系为中心》等文章大多是从法学角度和社会学角度对唐判进行研究。⁷

南宋书判作为政务实践的产物，数量丰富，内容广泛，在中国法律史史料中是前所未有的。对南宋书判的研究，主要围绕《名公书判清明集》进行，中国学者中，陈鹏、陈智超、贺卫方、梁治