

· 本书编辑委员会 编

中国人文社会科学 博士硕士文库

· 续编 ·

法学卷
(中)



浙江教育出版社

中国人文社会科学 博士硕士文库

· 续编 ·

法学卷

(中)



浙江教育出版社



本书列入

国家“十五”重点图书出版规划



法律推理的理念*

张保生

一、法律实践和法律思维中的推理

人们对法律推理的最初印象也许是公式化的:“法律规则+案件事实=判决结论”。的确,法官受理控诉,听取诉讼双方的辩论,检验各种证据材料,考察一般法律规定与特殊案件事实的联系,通过法律解释来权衡有关罪名能否像“帽子”一样戴在被告“头上”,最后作出适合该案件的判决。这个认定事实和适用法律的过程,反映了法官在诉讼活动中经常使用演绎推理。然而,法律推理实践和理论上的问题远比上述表象要复杂得多。

首先,有关的法律规定也许模糊不清,疑难案件的事实也可能是稀奇古怪的。在这种情况下,尽管法律授予了法官解释法律的权力,他们却常常会感到在作了必要的“剪裁”之后,依然很难将一

* 本文系据作者博士论文《法律推理引论》(导师为张文显教授和孙国华教授)有关部分修改而成。原文 18 万字,以《法律推理的理论与方法》为书名由中国政法大学出版社 2000 年 4 月出版。

个法律规定穿衣戴帽般地套在一个具体的案件事实上。

其次,法律推理不光是法官的事情,在当事人主义审判结构中甚至主要不是法官的事情,而是律师在唱主角。即使在职权主义审判结构中,律师和检察官一般也比法官更先接触案件,并在案件事实的认定及适用法律的问题上先于法官形成一套与其相同或不同的看法。在庭审过程中,控辩双方的推理路线、推理方法和结论完全不同,更是意料之中的事情。因此,美国一些法学家认为,司法审判是一个法庭工作组(courtgroup)同时在进行法律推理。在这个过程中,各方律师和法官的推理形成了一种互动关系,使其在努力影响他方的同时又自觉不自觉地受他方推理的影响,判决结果可能产生于一种相互作用的合力。

第三,法律推理究竟在多大程度上受主体个性偏好的影响?这是西方法学家们长期争论的一个问题。其实,在主观因素的影响方面,个性偏好对法律推理主体的影响其程度远远不及思维结构。就是说,主观因素或者所谓主体性与司法审判客观性的关系,并不仅仅是一个心理学问题,而是哲学认识论或法律思维学的问题。

第四,成文法和判例法中的法律推理在方法论上的差别也不容忽视。普通法系的学者甚至普遍认为,法律推理只是判例法特有的传统。与此相关的问题是,法律推理在当事人主义和以法官为中心的职权主义审判制度中,其运行规则与方法也有大相径庭之处。

第五,上面谈到的只是司法推理,然而,法律推理等于司法推理吗?如果两者相等,为什么 legal reasoning(法律推理)和 judicial reasoning(司法推理)是两个概念?如果不等于,它们之间又有哪些区别和联系呢?

第六,法律推理是一种不断发展的实践活动。它的发展不仅受到社会法律制度变迁的影响,而且还有其内在动力。作为一种

认识和实践高度统一的活动,法律推理内部存在着诸如规则与原则、逻辑与经验、真理与价值等错综复杂的矛盾。揭示这些矛盾如何形成及其相互作用的合力如何推动法律推理的发展,是理解法律推理问题的关键所在。

第七,法学理论的不同学派,如实证法学、分析法学、批判法学等,对法律推理的看法都受其一般法律观影响。这虽然增加了问题的研究难度,但同时也为观察研究对象提供了多种视角。例如,关于规则还是原则才是法律推理的根据的争论,实际上深化了我们对规则和原则的性质及相互作用的认识。

第八,法律推理是程序正义的体现和实现法治的手段。在建设社会主义法治国家的过程中,法律推理的理念对于完善我国的法律制度、提高法律家的思维素质、指导法律实践都具有重要意义。我国法律人才培养模式要实现以知识传授型向素质型的转变,在法学院正规教育和法律培训中加强有关法律推理的理论教育也是一个十分迫切的问题。

以上列举的当然不是法律推理的全部问题,但它们足以说明法律问题确如卡塞佐所说充满了“调和”与“矛盾”^[1],因此线性思维对于研究工作可能是完全无效的。只有从历时和共时、主体和客体、理论和实践、中国和外国、法律和社会等多重视角对研究对象进行系统分析,才能对法律推理作整体把握。

法律推理作为法哲学的基本问题之一^[2],从理论源头上虽可追溯到亚里士多德,但它真正成为西方法理学研究的热点则始于20世纪60年代^[3]。又过了两个十年,国际法理学和法哲学会刊《法律与哲学》将法律推理列为80年代法哲学论题之一。1984年12月西方法学家聚会意大利米兰,举行了有史以来第一次“法律中的推理”(reasoning in law)国际学术研讨会,它成为法理学研究的对象由客体向主体转变的标志。

这一转变具有深刻的社会原因和科学背景。从社会原因看,

当代社会实践(包括法律实践)的发展,特别是二战后长期和平环境下出现的一系列社会矛盾以及司法实践中产生的大量问题,使民主与法治在人类社会生活中被提到前所未有的重要地位。从学术自身发展的动力来看,瑞典隆德大学法哲学教授 Aleksander Peczenik 等人认为,二战以来西方法律推理研究热潮出现的原因是:(1)20 世纪上半叶以来各种法律学派相互独立,但一系列社会和司法实践问题迫使它们开始相互借鉴,力图建构一个整体性的或综合的法律理论;(2)科学理论(尤其是科学哲学)入侵法哲学的话语领域,尤其是波普尔和库恩之后,科学理论极大地适用于法律推理之研究;(3)从理论上说,法律推理理论为圆满实现上述整体性法律理论的假设提供了一个框架;而从实践上说,通过对法学方法论和法学渊源论的探讨,法律推理增强了司法判决的一致性和合法性,可为法律问题提供健全而经充分论证的答案,从而满足时代的要求。^[4]

20 世纪 80 年代以来,法律推理研究在英美和欧陆的活跃,同哲学向主体性研究转移的发展态势是一致的,分析哲学的传统从中起了推波助澜的作用。科恩说:“就分析哲学问题是关于推理的问题而言,分析元哲学必须特别对哲学推理问题感兴趣。因此,分析哲学不可避免对哲学方法论问题的关注,因此,比其他哲学学派更密切、更自觉,这些学派,如马克思主义或存在主义,并不特别关注推理问题。”^[5]从这段话中自然可以得出法哲学必须特别关注法律推理问题的结论。但科恩先生批评马克思主义哲学不关心推理问题则是天大的冤枉。谁都知道,马克思《关于费尔巴哈的提纲》开篇便说:“从前的一切唯物主义——包括费尔巴哈的唯物主义——的主要缺点是:对事物、现实、感性,只是从客体的或者直观的形式去理解,而不是把它们当做人的感性活动,当作实践去理解,不是从主观方面去理解。”于是他强调:“人的思维是否具有客观的真理性,这并不是一个理论的问题,而是一个实践的问题。”^[6]因

此,设想以反直观机械论起家且特别重视主体性的马克思主义哲学不关注推理问题,是不可思议的。实际上,马克思主义哲学对推理问题的关注不仅不比分析哲学逊色,而且在与现代法律推理思想合流方面还比其高明,因为它不像分析哲学那样醉心于逻辑和分析技术,而是强调思维的实践内容和推理的价值意义,强调人(主体)的实践在认识论中的核心地位。从这个意义上说,马克思主义的实践认识论是现代实践理性思想的一个理论来源。也是在这个意义上,我们可以更好地理解分析哲学为什么成为现代法律推理学说的批判对象。

应当看到,从重视本体论研究转向认识论研究,又把认识论研究的中心指向主体,是中国哲学自改革开放以来的一种根本性转变。它不仅是对十年主体失落的深刻哲学反省,而且是对马克思主义哲学主体性传统的一次伟大复兴。但我国法理学似乎缺乏从本土哲学思想发展中直接汲取营养的机制,理论体系的建构比较局限于制度层面,尚未深入到主体活动特别是主体思维的领域,缺乏对主体外部行为和内部思维的认识论分析,对处于法律思维核心的推理问题研究尤其薄弱。国内法学界对主体问题的重视兴起于20世纪80年代后期法学方法论的研究,然而为数不少的研究成果给人两个缺憾:一是缺少整体思考,局限于一些似乎彼此孤立的方法,如哲学方法、历史方法、比较方法、系统论方法等等,未能反映法学方法论体系构成要素的内在联系;二是缺乏分析深度,尚未从主体如何进行推理即从法律思维的角度来展开研究。然而,任何所谓方法归根到底都是思维方法,法律思维中最尖端的问题是法律推理,不懂得它就无从解开法律思维和法学方法论研究中的各种困惑。

可喜的是,我国近年的法理学教科书已开始关注法律推理问题,有关的研究论文也已出现。^[7]这些开创性的工作无疑为本文的研究奠定了基础。

法律推理研究有不同的角度和层次,以其外在形式如公理、公式或符号系统等为对象的研究属法律逻辑学范畴,研究法律推理的技术操作是诉讼法学的任务,关于法律推理基本理念和方法论的探讨才是法哲学关心的问题。关于法律推理的法哲学研究,把法律推理视为法律思维的必要环节并将其置于法律思维的核心地位。法律思维学是关于法律认识和实践的主客体及其相互关系的学说,它不以法律为客体,而以人如何认识法律为客体,即以法律在主体思维中的反映为客体,“通过反思人们思考法律问题时的所作所为,对思维所担负的角色作深入的研究”。^[8]

法律推理在司法活动中的作用日益为人们所重视,因为它增强了判决的一致性和正当性,为法律问题提供了健全的、经过充分论证的答案,从而成为法治区别于人治的根本标志之一。法律推理是程序正义的体现和实现法治的手段,从这个意义上说,法治要靠法律推理来实现。这是作者向读者灌输的一个重要理念。法律推理为司法工作者的认识 and 实践活动提供一种理性基础和思维方法,是尽快提高法官和律师素质的一个重要途径。我国司法实践长期存在着重实体法轻程序法、重判决结论轻判决理由的倾向,许多法官和律师对法律推理的理论和方法不熟悉,这不能不说是法治国建设的一个操作性障碍。

二、法律推理活动与学说的历史

法律推理的发生和发展映射出法律制度从专制向法治演进、法律思维不断趋于理性化的发展轨迹。

(一) 前法律推理阶段

法律推理是人类社会生活和抽象思维发展到一定阶段的产物。同人类早期的实践活动和思维活动水平相适应,存在着一个与“前法律社会”^[9]相匹配的前法律推理阶段^[10]。

前法律推理阶段在社会形态上是部落的和奴隶制的,在手段上以神明裁判、共誓涤罪和决斗裁判的“魔术般的一机械的”证明方式为特征。裁判决定不受理性支配,而是委诸于偶然情况或非人力所及之自然现象的“神意”或“天意”。如以抽签来决胜负;日耳曼社会盛行的火的神明裁判和水的神明裁判;最早的爱尔兰法则用诗歌的形式表达。^[11]这些前法律推理的方法拘泥于证明的程式及其戏剧性特征,这是由法律当时“几乎是口头的”这一背景所决定的。梅特兰说:“只要法律是不成文的,它就必定被戏剧化和表演。正义必须呈现出生动形象的外表,否则人们就看不见她。”^[12]早期人类如同个体发育的早期阶段一样,形象思维发达,用诗歌等感性形象来表达法律规则,有助于使其铭刻在人们心中;而用水火及戏剧性仪式来确定上帝的裁判,则是通过混淆敬神者和渎神者、模糊人的经历中客观和主观之间的界线,来达到使超自然的力量与人类共同体的舆论和实际需要相一致的目的。

按照孟德斯鸠的观点,自然法和制定法的对立根源于人类社会的出现,国与国、个人与个人之间的战争状态使人与人之间建立起法律的关系。在法律建立之初,法律治理的手段比较幼稚,存在着一个从前法律推理阶段向法律推理阶段的过渡时期。根据有关的文献,我们可以大致将这个过渡时期划分为两个阶段:

第一个阶段,“是由首领和国王、也许甚至是一个公众集会来进行立法和审理;这是一种没有分别的全盘统治”。^[13]这个阶段与纯粹私人复仇的前法律社会的一个明显区别是:受害者与审判者已发生分离,但审判者还不是职业法官,而是大众司法。例如,对苏格拉底的审判由数百人组成的陪审团进行,其中没有职业法官,没有审议,也没有可能上诉。在这个阶段上,各种法律工作尚未专门化。这个阶段也就是庞德所说的“原始法阶段”,即处于尚未从一般社会控制中分化出来或仅仅稍有分化的阶段的法律。它的特征是:(1)被害人得以补偿的标准不是他的损害,而是因损害而引

起的复仇的愿望;(2)审讯的方式不是理性的而是机械的;(3)法律的范围极为有限,既无原则也无一般观念;(4)法律的主体主要还是血亲集团而不是个人。古希腊法律、古罗马《十二铜表法》、古日耳曼法、盎格鲁撒克逊法以及古代巴比伦《汉穆拉比法典》等,都属于原始法。这种法律在法律思想史上的主要贡献是:确立了对社会和平地调整的观念。^[14]

第二个阶段,职业法官在罗马以及希腊城邦国家出现并参与审判,但法律推理无论是作为一种司法制度还是一种审判形式都没有出现。审判活动表现出两个特点:(1)存在着一种与18世纪法官采用的法律推定不同的“人的推定”方法。例如:“按照罗马法,一个丈夫在妻子犯奸淫后仍然留她的话,将受到处罚,除非他是出于惧怕诉讼的后果,或是对自己的耻辱满不在乎;这是人的推定。法官就要推定这个丈夫的行为的动机,对一种暧昧不明的思想情况,他却要做出决定。”^[15]这种人的推定具有很大的随意性,所以,当法官推定时,判决就充满了专断或武断。(2)法官们作出判决不需要提出任何理由,所以从形式上看和神明裁判没什么两样。在审判活动中,“法官们从来不是共同商议的。每个法官用以下三种方式之一发表意见,就是:‘我主张免罪’,‘我主张定罪’,‘我认为案情不明’;因为这是人民在裁判或者人们认为这是人民在裁判。但是人民并非法学者,关于公断的一切限制和方法是他们所不懂的。所以应该只向他们提出一个目标,一个事实,一个单一的事实,让他们只须决定应该定罪、免罪或是延期判决”。^[16]这与后来君主国的审判方式,即法官们采取公断的共同审议方式是完全不同的。在君主国的司法审判中,法官们可以互相交换意见,以便和别人的意见趋于一致,在作出判决时采取少数服从多数的公断方式。这表明,君主国的司法审判已经具备了法律推理在公开场合通过辩论或论证而进行的形式特征。

(二) 法律推理方法的形成阶段

法律推理既与前法律阶段神明裁判等非理性、愚昧的裁判方式相区别,又与人治社会半理性的、专断的审判制度相对立。然而,从历史的观点看,法治社会理性的、法律推理的审判制度正是从这种半理性的、专断的审判制度中发展起来的。

1. 古希腊哲学家和古罗马法学家的思想

在法律推理方法形成的过程中,古希腊哲学家的方法论思想起了奠基作用。柏拉图把推理的方法称为“科学”的真理知识的唯一可靠的方法,他的推理方法主要是作为论辩术的提问和回答。这种方法尽管用今人的眼光来看有其幼稚之处,但它起到了开推理方法之先河的作用。亚里士多德对必然推理和辩证推理的论述,使他当之无愧地成为推理方法论的鼻祖。然而,推理之于亚氏只是一种从必然和或然前提中得出一般命题的哲学方法。法律推理只有从哲学方法的束缚中挣脱出来,才能成为具有自主性的知识体系。这需要一些条件,其中最主要的是:(1)拥有相对完整、独立的法律概念体系;(2)拥有一套分析和解释对象的方法;(3)形成一个法律家共同体。前两个条件是指法律推理的思维工具,而法律家共同体则是指法律推理的主体。用以上标准衡量,作为一种知识体系的法律推理方法大致萌芽于公元1—2世纪,这有两个标志:

第一,罗马法学家Q·穆修斯在有关民法的论著中第一次将辩证推理运用于法律。他做了两件事:其一,用古希腊哲学的辩证方法对各个法律部门的知识进行分类,建立起一个枝干分明的法律体系。在由支配性原则予以定性的种概念和属概念的各种分类之下,法律材料被予以重新整理,使包含在司法判决中的法律规则得到精确阐述。其二,用“辩证式”方法对具体法律规则进行阐释,把一项法律规则视为对某种类型案件所作判决中共同要素的一种概括。例如,穆修斯从早期法学家对马的盗窃罪的论述中,归纳概括

出关于盗窃罪的一般特征和法律规则。通过这种分类和概括,为司法判决的合理化奠定了基础,把古希腊的辩证推理“从一种发现技艺变为一种判决技艺”。^[17]上述工作对法律推理方法的形成做了理论和思维工具上的准备,它克服了早期法学家只能用具体概念思考法律问题的局限,使司法判决建立在以抽象法律规则为工具的理性思维基础之上。不过,穆修斯只是把辩证推理的方法运用于法律体系的建设和法律规则的概括,他还没有把辩证推理运用于司法判决。这后一项工作是由中世纪西欧法学家来完成的。

第二,从罗马帝国初期到公元2世纪,逐步形成了一个职业法学家集团。与此同时,在西方法学中第一次出现了两个对立的法学派别,即普罗库卢斯派和萨宾派。罗马法学家的主要任务,除充任高级官职外,主要是协助立法、办案、编写法学著作、从事法律教育以及解释法律等工作。他们不仅创造了法律特别是私法的许多基本概念和原则,而且,将罗马的公民法和万民法结合起来,在立法和司法的技术和方法论方面对当时罗马法的发展作出了贡献,从而对中世纪和近代法律和法律学的发展产生了重大影响。

处于萌芽阶段的法律推理方法,由于当时法律被认为神圣不变而具有僵硬的形式主义特征。罗马法学家盖尤斯举例说,当某人因自家的葡萄树被别人砍倒而起诉时,他可能败诉,原因是《十二铜表法》中规定的是“树”被砍倒,而原告起诉时讲的是“葡萄树”被砍倒。^[18]其司法的呆板性和僵化由此可见一斑。

2. 11—12世纪西欧法律家的贡献

在中世纪西欧哲学和科学文化整体上停顿和倒退的大背景下,其法学研究也不免染上浓厚的神学色彩。但这并未阻止中世纪的法律家们在法律领域进行卓有成效的探索。相反,11世纪和12世纪的西欧法律家却从古希腊哲学和中世纪神学两种思想体系中同时吸取营养,在法律推理的研究上取得了进展。这表现在以下几个方面:

第一,西欧法律家包括法官和法学家同王权、教权进行了长期斗争,维护了法律的自治地位。伯尔曼在概括西方法律传统的特征时提出,西方自12、13世纪起便开始形成了法律本身的自治,即法律与政治、道德等相分离。“法律的历史性与法律具有高于政治权威的至高性这一概念相联系。……自12世纪起,所有西方国家,甚至在君主专制制度下,在某些重要方面,法律高于政治这种思想一直被广泛讲述和经常得到承认。”^[19]在英国,1066年诺曼征服以后,国王向全国各地派出法官,通过审理案件,将国王的正义送到王国的各个角落。这些法官虽然也兼有行政职能,但司法却是其主要任务所在。“12世纪起,独立的法官阶层逐渐出现,他们又发展出普通法体系,并为维护普通法的地位和尊严与王权、教权进行了长期的斗争。逐渐地,这样的原则在英国深入人心:‘国王居于一切人之上,然而却受制于上帝和法律,因为是法律创造了国王。’”^[20]

第二,“11—12世纪的西欧法学家将希腊的辩证法推向了一个更高的抽象层次。他们试图将法律规则系统化为一个统一的整体——不只是确定具体类别案件中的共同要素,而且还将这些规则综合为原则,又将原则本身综合为完整的制度,即法律的体系或法律大全”。^[21]在这个以综合为主的构筑法律知识体系的过程中,他们克服了古罗马法学家未能将类比所据以确立的假设与更深刻的理由结合起来的缺陷,使用了一种在论断中将一般与个别相联系而确立一般法律原则的辩证模式。这种辩证模式的特点是:一方面运用归纳推理的方法,从特殊的案例中推导出法律的一般原则,用法律的各个部分去构筑一个整体;另一方面又运用演绎推理的方法,以整体性的法律去解释法律整体的每个部分,将辩证推理与必然推理这两种方法结合起来并用于对法律规范的综合,使古罗马法律规范中的分歧、模糊和矛盾通过诉诸于辩证推理而得到满意的解决。

第三,发展出一种介于古希腊的辩论术和现代法律推理之间的“经院主义技术”的推理方法。它包括两个成分:其一是对与证据相一致的一般原则的构建,即为了发现和证明隐含在判决、规则、概念以及其他法律材料中的原则,“对一般原则的有效性进行经验的证明”。^[22]这种方法的运用分为几个步骤:首先是提出一个与某一权威文本中矛盾的论述有关的问题,接着提出赞成其中一种立场的权威与理由的命题,然后又提出一个表示相反观点的权威与理由的反驳,最后是一个结论,它或者表明反驳中所提出的理由并不真实,或者表明命题必须根据反驳加以限定或放弃。显然,这是一种从事法学研究和构筑法律科学知识体系的法律推理方法,它主要被用于解决法学理论问题上的争论。其二是为了发现和证明法律诉讼过程中的事实,而将经过经验证明的原则用于解释证据并从证据中推出新知的方法。这是一种将辩证方法运用于审判活动之认定事实过程的司法推理方法。

第四,在法律推理方法的形成阶段,教会法、王室法和大学都起了重要作用。这表现在以下三个方面:(1)教会法院确立的书面的、允许代理的以及宣誓后作证的诉讼程序,奠定了后来西方法院诉讼程序的基础。这种诉讼程序不仅确定了对伪证要处以重罚的原则,而且发展出一门对于案件事实进行司法调查的科学,这门科学要求法官依据理性和良心原则对当事人和证人进行询问。(2)王室法不仅在绝大多数案件中废除了司法决斗裁判和共誓涤罪程序,由经过专业培训的法官主持司法而使司法活动更加专业化;而且王室法在客观性方面也有明显的增强,这首先表现在“法官们认为忠于法律和上帝甚至要胜过忠于他们的国王”,同时还表现在“强调一致适用法律的必要性”。无论在法兰西还是英格兰,王室法院都坚持“对同类的案件作同样的判决”的原则,这虽然不是严格意义上的先例原则,但它为以后先例原则的出现奠定了司法基础。(3)西方大学在将法律制度概念化、法律系统化方面发挥了重

要作用。大学不仅造就了法律推理的方法体系,从而把“法律分析提高到一门科学的水平”;而且造就了法律推理的职业主体,“产生出一个职业法律家阶层”。^[23]

第五,从司法实践上看,11世纪司法发展史上的一个重要事件是对抗制的审判方式开始在英国萌芽。1066年的诺曼征服给英格兰带来了一个异族政府,这个政府既要建立中央专制的统治又要尽可能缓和民族矛盾,虽具有大陆法系背景却又不能颁布一套可能激化民族矛盾的大陆类型的法典。面对这种窘境,统治者只能通过司法手段来谋求在习惯法基础上的全国法律统一,依托当地习惯来解决纠纷。然而,法官谙熟的是制定法而不是习惯法,所以对习惯法的依赖又导入了陪审团的使用。由于熟悉本地习惯的陪审员大多是文盲,又排斥了由教会法院所完善的书面诉讼制度的引进,而不得不依赖口头程序的诉讼,由此导致了对律师业的强有力的需求。所有这些因素的相互作用导致了对抗制在英国的形成和逐渐完善。^[24]

11—12世纪西欧法律家们对法律推理方法的形成所作的贡献,直接导致了前法律推理阶段的终结,其标志是:“12世纪及此后,早期的那种依靠神明裁判、共誓涤罪裁判和决斗裁判的‘魔术般的一机械的’证明方式,终于被抛弃和取代了。亲属的自然以及地方和采邑自行实施的它们的习惯,让步给更为‘合理的’程序法准则和实体法准则。”^[25]

3. 10—11世纪中国宋代司法制度的发展

与西欧11—12世纪大致同期的我国宋代,相当完备的诉讼程序和司法制度已经建立起来。这表现在以下几个方面:

在法典撰集方面,公元963年宋太祖颁行了在《唐律疏议》的基础上撰集的《宋建隆详定刑统》(简称《宋刑统》)。这是我国第一部刊版印行的封建法典。

在诉讼程序方面,两宋时期形成了一套从认定事实到适用法

律之系统的审判程序和回避制度。轻罪由县衙审判,重罪将犯人和案卷解送到州。州对除死刑外的刑事案件有完整的管辖权,其“司理院”负责初审,传集人证、核实犯罪事实,由州长官委派与被告无利害关系的官吏“引所勘囚人面前录问”^[26]。之后,案件进入检断阶段,即由司法参军检出可以适用该案的全部法律条文,以及决定采用某条或不予采用的意见一起提交长官选择。然后,由“当直司”(由辅佐知州的判官或推官组成)根据审得的事实和检齐的法规,进一步研究案情,或提审人犯,拟就判稿。最后,由知州或知府决定判词,签发判决书。^[27]

宋代对法律适用的程序作了一系列规定,包括:(1)录问,即在案件事实的审理结束之后,检法议刑之前,对徒罪以上的大案,再差没有参加过事实审理、依法不合回避的官员,提审录问案犯。凡录问,皆审查案状,读示结款,核实供词,“实则书实,虚则陈冤”。(2)检法,即在议刑定判之前,由检法官根据犯罪情节,将有关适用的法律条文全部检出,供长官定罪量刑使用,这也是判决前的必经程序。首先确定引法援例的顺序,规定:“诸司定夺公事,望令明具格敕、律令、条例闻奏”,“并具有无冲改律令及前后宣敕”。如果决事“实无正条者,将前后众例列上,一听朝廷裁决”,这好像有点儿参照先例的味道,但能够行使这种权力的只有皇上,其他司法官员这么做则决不允许,所以规定:凡“引例破法及择用优例者,徒三年”。(3)定判,即在检法官检出适用法条之后,由推官等先草拟初判意见,称拟判;而后再“经由通判、职官签押”,即由审判法司官员集体审核,签字画押,最后“方得呈知州取押用印行下”,称定判。^[28]由录问、检法到拟判、审核,最后作出定判,其程序规定之严密确实令人佩服。此外,贺卫方教授以宋代司法判决的风格与精神同英国作过一个系统的比较研究,曾提出一个观点值得注意:中国古代的法官并非完全机械刻板地适用法律,个别法官有时候撇开法律而径直依据情理或其他非成文法渊源判决案件。^[29]