

法治湖北论丛



文化底蕴与传统法律

主 编 陈景良
副主编 陈晓枫 俞 江



法治湖北论丛



文化底蕴与传统法律

主 编 陈景良

副主编 陈晓枫 俞 江



图书在版编目(CIP)数据

文化底蕴与传统法律/陈景良主编

武汉:湖北人民出版社,2014.4

ISBN 978-7-216-08205-1

I. 文… II. 陈… III. 法律—传统文化—研究—中国 IV. D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第058675号

出品人:袁定坤

责任部门:高等教育分社

责任编辑:黄 沙

封面设计:张 弦

责任校对:游润华

责任印制:王铁兵

法律顾问:王在刚

出版发行:湖北人民出版社

印刷:湖北新华印务有限公司

开本:787毫米×1092毫米 1/16

字数:318千字

版次:2014年4月第1版

书号:ISBN 978-7-216-08205-1

地址:武汉市雄楚大道268号

邮编:430070

印张:17.25

插页:2

印次:2014年4月第1次印刷

定价:52.00元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

“法治湖北论丛”编委会

主 任 郑少三

副主任 彭方明 李 龙

委 员 (按姓氏笔画排列)

王 龙 王 晨 王亚平 王瑞龙 方世荣

冯 果 吕忠梅 刘大洪 齐文远 李 龙

李长健 李仁真 肖伯符 吴汉东 汪习根

陈小君 周叶中 郑少三 赵 钢 胡兴儒

俞 江 姚 莉 姚仁安 秦前红 徐汉明

曹诗权 康均心 彭方明 彭真明 曾令良

温世扬 雷兴虎 熊 伟 熊世忠 魏纪林

总 编 彭方明

副总编 王 龙 陈志伟

序

法律文化是特定人群独有的行为方式和特征，是行为选择的观念体系。这种观念构成的综合体，被加在一定事物之上，赋予了其价值意义。当这种价值意义作用于个体或群体时，决定着人们的行为选择；决定行为选择的过程特点是，人们的观念需被社会接受时，这种观念会被文化重塑，并决定了社会的回应程度。因此，文化是由观念系统所决定的行为规则。

就法律文化的结构来讲：一是表层结构。指法律文化借之显现的法律制度、司法机构、物质设施、法学理论、法学观念。它是法律文化所要求的行为准则，获得国家强制力保障的形式要素，或获得国家认可的理论形态。二是中层结构。指通过人们的理念才能连接构成的法律关系、法律规范、法律经验和法律艺术的总体特征，以及人们据之进行法律思维的法学理论。三是深层结构。指从上古到现在沉淀凝结而成的法律思维模式、法律价值观念和法律文化基本范畴。法律文化的三个层次，分别满足了文化作为行为指令的合法性、合理性和目的性的需要。

中国法律文化系历史传习而来，是历史沉淀的结果。它深深根植于中国传统的自然、社会、思维的三维厚壤之中。中国传统田园式生产方式以及单一的农耕经济结构，铸成了中国法律文化的特质。

中华文明的悠久传承，使得中国法律文化相沿相习。即使偶有文化发展的顿挫，但还是以其强大的生命力，决定着人们的行为选择。因此，正确认识法律文化，深入研讨法律文化，对于民族兴衰和法治建设，尤显珍贵。中共十七届六中全会通过的《中共中央关于深化文化体制改革、推动社会主义文化大发展大繁荣若干重大问题的决定》，为法律文化的研究提供了政策支持，创造了良好契机。对于中国法律文化，既不能抱残守缺、孤芳自赏，又不能妄自菲

薄、数典忘祖。

湖北省法学会法律文化研究会以传承法律文化为己任，艰辛耕耘，成绩斐然。其以学术为主旨的年会，已逾五届。相关学者专家，提交了丰富的研究成果。有探赜索隐，追寻真相的；有发微见著，阐明义理的；有以史为镜，避蹈殷鉴的……这些成果中，不乏精品。在湖北省法学会的关怀下，法律文化研究会以近两届年会提交的学术论文为基础，精选了二十八篇论文汇集成册，求教多方。受湖北省法学会之命，聊以数语，是为序。

编者

2014年1月

目 录

中国基本法的近现代面向及启示	于媛媛	1
“原心定罪”与“原情定罪”之辨	柳正权	8
中国古代刑法归罪原则的文化解读	刘永婷	16
原心定罪思想的文化内涵及现实价值	李楚楚	24
古今犯罪构成的比较分析	黄雄义	32
中国传统法律体制下国家法与民间法的相互关系	武 乾	40
《重大宪法信条十九条》保障权利条款缺失的法律文化分析	李永健	53
浅析传统文化中的“青天观念”	刘静亮	62
中西方基本法的法文化异质	王佳鸣	68
论中世纪德意志和英格兰对罗马法的继受	刘玄龙	77
雅典宪政制度的演进与社会变迁	王 杰	86
国宪：一个被遗忘与待激活的词		
——“国宪”考论	吴 欢	95
晚清以降中国宪法文化的五种趋向	庞远福	117
宋代遗嘱制度与社会变迁		
——基于在室女财产权份额增加的考察	王 覲	127
中国古代法制史中的“人相食”	易江波	133
由《读例存疑》看清代刑例对律的细化和发展		
——以犯罪留存养亲律及附例为例	彭 巍	154
中国古代刑事审判的独特性		
——以冯梦龙小说《蒋兴哥重会珍珠衫》为研究视角		
.....	郭义贵 张名锋	165
国家治理视野下的古代中国“无讼”论	陈忠徽	178

中国古代刑事秘密侦查制度论略	雷 冬	185
中国古代流放刑制度之变迁	宋 飞	192
孔子的刑法思想概略	聂长建 李国强	198
论汉律中的礼法融合	吴绘玲	205
南京国民政府时期主要法学家思想研究回顾	许建飞	217
文化传承与社会善治	白 露	223
西周家族礼刑制度初探	金 鑫	235
刑事责任年龄制度在近代中国的演进		
——以立法文本为中心的考察	舒 砚	243
试析中国传统社会厌讼意识产生的原因	潘 萍	256
浅析民俗习惯在司法实践中的适用	李曼曼	264

中国基本法的近现代面向及启示

于媛媛

摘 要：宪法蕴生于“古希腊—罗马—欧美文化圈”，并在这种文化中历经沉淀与创新，超越原有的文明成果而产生。古希腊学者在对城邦政制进行考察后，认为存在一种最为基础的政治法律原则。这是“基本法”理念的最初内涵，也是这个概念最为基础的文化底蕴。晚清的法律变革中，中国基本法在救亡图存、保种保教的动力之下确立其近现代面向，并凸显宗法主义趋向。中国的宪法虽舶自西方，但在清末以来的立宪和行宪过程中，始终受到本民族原生基本法文化底蕴束缚并与之重构。

关键词：中西基本法 近现代重构 宪政文化 权利

以宪法来规定整个国家最为基本的政治、经济和文化制度，这本身来自于一个文明圈的特定文化。这种内生于欧美文明的宪法文化，在向欧美文化圈以外传播的过程中呈现出另一种文化倾向，即被各民族原生文化重构而具有民族化特征。清末以来的立宪和行宪过程中，中国基本法也在救亡图存、保种保教的动力之下确立其近现代面向，但始终受到本民族原生基本法文化底蕴束缚并与之重构。

一、中西方基本法文化溯源探究

我国在清末以前并不具有近现代立宪意义的宪法，但也不缺乏皇权体制下的“国家基本法”。^①要对中国基本法的文化特征进行探究，首先要提到中国古代不同于西方国家的建国模式，即以血缘政治为基础、宗法拟制扩族为国。夏有钧台作享，周初封邦建国。这种建国方式中，虽然也有各种仪式，这些仪

^① 陈晓枫、柳正权：《中国法制史》（上册），武汉大学出版社2012年版，第290页。

式可被认为是建国的契约，然而远不同于古希腊罗马。因为这些契约的目的，在于确定最高地位的宗主，而不是如西方以地缘政治为基础确定权力的分配与制衡。由此，中国人的法律心理中缺乏基本法、根本法的认识，一切事物，都不能对抗君主的最高权威。

古希腊学者对城邦政制的考察确立了最初的“基本法”理念，即仅在“自然法则”之下，但在国家的一切法律制度之上的最基础的政治法律原则。^①近代立宪主义产生后，效力层级的理念发展为法律位阶理论，宪法被称为基本法或根本大法。资产阶级启蒙学者与市民阶层代理人在实现基本法过程中加入了符合市民阶层生存的最为重要的法律条件：（1）人民主权，建立城邦共和国；（2）分权制衡，不设置至高无上的独立权力；（3）法治原则，社会整体成员都要接受法治的调整。由以上三点所得出的总的原则是人权原则。人的权利与生俱来，国家作为人权的集合体和责任、权利的指向人，有义务保障人权得以实现。呼应着这些主张而创制的价值理念，诸如民主、自由、平等、人权和传播这些观念的法理学说，一时风靡整个西方世界。它聚合了传统的文化理念，超越古代文明成果，生成为宪法，在主要资本主义国家横空出世。

总之，中西方基本法文化的最初因子和实质精神是有诸多差异的。中西方两种异质文化原本就有着不同的存在领域，然而自甲午战争后为挽救危亡，中国人被迫学习西方宪法，宪政文化逐渐舶来中国，中西方文化从此在宪法领域内发生尖锐冲突，结果便是西方分权制衡的权力结构，被中国传统文化重构成一元化的集权结构。

二、中国基本法的近现代重构

中国清末以来的立宪和行宪的过程，始终受到中国基本法文化的束缚并与之重构，部分改变了西方宪法的文化立场，形成具有中国民族化特征的宪法制度。

（一）一元化集权结构

辛亥革命推翻了延续两千多年的帝制，至少从法律层面来看，中国已实现了从“主权在君”向“主权在民”的历史性变革。但遗憾的是，支撑帝制的

^① 陈晓枫：《宪法与文化的交集》，见易顶强《舶来的宪政文化——以“五权宪法”为例》，武汉大学出版社2013年版。

一元权力文化并未彻底清算，民国时期权力运行仍是一元化的。清末民初的立宪史，一定意义上也是中国人重新找寻权威的历史。皇帝权威崩溃后，国人最终“以俄为师”，接受了列宁的殖民地革命理论，开始建立政党集权的“党军国体制”，政党成为新的权威。

从宪法的制度表现层面来看，一元化政治格局的形成大体经历了两个阶段。第一阶段是革命党人因人设法，《中华民国临时约法》出于限制袁世凯权力的政治目的，改《中华民国临时政府组织大纲》所规定的总统制为责任内阁制，利用宪法的工具主义价值实现政党集权的目的，开民国立宪史上因人设法之恶劣先例。第二阶段是袁世凯积极仿效革命党人，并最终废弃内阁制，通过《中华民国约法》将总统权力设置为不受国会限制的一元政治。^①《临时约法》将袁世凯设定为虚位的礼仪元首，实际的国家权力集中在革命党人控制的内阁，将诸权集中于国民党一元，内阁与参议院和法院的制衡机制阙如。这种制度设计凸显了宪法的工具色彩，对民国立宪史的负面影响不容低估。

国民党形式上完成全国统一后，制颁了《中华民国训政时期约法》，确认了主权在党的原则，确立了国民党一党集权的党军国体制。1928年，正在欧洲考察的胡汉民、孙科提出训政时期国家发展的原则，要求“一党统一”、“一党训政，培植宪政深厚之基”。同年，蒋介石、胡汉民等召开会议，通过《中国国民党训政纲领》。《训政纲领》的基本宗旨就是“中华民国于训政期间，由中国国民党全国代表大会代表国民大会领导国民行使政权”。因此，总的来说，训政时期就是要国民党包办全国的政权、治权。对于这一点，蒋介石说：“一切权力全操于中国国民党，由国民党决定后，才交给国民政府去执行，没有一件事可以经国民政府自由活动。”“非本党同志完全管政，主义是不易实现的。”由此可以看出国家的权力传递模式仍然是自上而下，权力设置仍然是以一元化为本质。

（二）文本浪漫与大法虚置

中国原生的基本法文化不是建立在法律对社会生活的全面调整之上，而是皇权权威下对政治权力的统摄分配。中国法律也本无层级之分，国家政治生活中不存在一个最高效力的法典及其他次位阶的法典。至于合法性审查机制更是一贯缺位。这些历史传袭下来的文化基因很大程度上型塑了近代中国的宪法变迁。宪法只是掌权者标榜政权合法性的一个工具。此等条件下对西方宪法文化的重构，只能是寻章摘句地抄搬西方的宪法制度，使宪法文本表面光鲜，实则

^① 易顶强：《舶来的宪政文化——以“五权宪法”为例》，武汉大学出版社2013年版，第120页。

粉饰太平、装点门面，徒具文本浪漫而已。1923年曹锟宪法即为著例。这部宪法是对《临时约法》以来十余年政治经验的总结，尤其是对责任内阁制的规定基本上接近于典型的责任内阁制国家，“使辛亥革命过程中建立起来的民主宪政体制在中国第一部正式颁布的宪法中得到了充分的体现”。^①但这部宪法除了为军阀专制提供王朝大典般的宣告仪式，无助于解决任何社会民生问题。

国民党取得全国政权实施训政，制定了作为训政时期根本法的《训政约法》，并规定了国府主席总揽下的集权制度。但在实际的政治运行当中，这部约法并没有得到真正的贯彻执行，而是被束之高阁。《训政约法》对中央政府体制的变动几乎没有任何规制力。蒋介石为国府主席时，行政院是国府主席的下属机构，当其为行政院长时，国府主席就成了一个虚职，行政大权掌握在行政院手中。可以说，《训政约法》一经制定就已经宣告了其效力的终结。

（三）主权理论的割裂

戴雪在《英宪精义》中将主权分为法律的主权和政治的主权，王世杰、钱端升将握有政治主权的个人或团体称作政治主权的所在。^②如此，“主权之所属”和“主权之所在”可分别理解为主权的应然状态和实然状态。近现代宪法无不宣称主权在民，1947年《中华民国宪法》第2条也规定：“中华民国主权属于全体国民。”然而，1947年宪法本着总理遗教而制定，自然受到孙中山学说的深刻影响，尤其是宪法按照“五权宪法”学说确立了五权分立的五院制政体。1947年宪法以五权之权割裂了西方的三权之权，使人民的主权所属和主权所在发生了分离，所谓主权在民只能是一句口号。

孙中山的五权宪法学说源于他的权能分治理论，他宣扬人民有权，政府有能，强调以权制能，其逻辑起点是人民主权。孙中山认为人民享有四项政权，即选举、罢免、创制、复决；政府享有五项治权，即立法、行政、司法、考试、监察。南京国民政府的中央官署即采五院制设计。然而《中华民国宪法》延续了《训政时期约法》的以党训政和主权在党，实行“党军国体制”，国家权力被国民党垄断，成为一元化的权力。所谓政府五院的五权，既不能真正相互制约，又同时附从于国民党一党专政，人民主权名不副实。《中华民国宪法》对分权体制的重新安排，是我国一元集权的基本法文化支配下的结果。

^① 石柏林：《旧中国宪法五十年——国家权力配置研究》，湖南大学出版社2008年版，第192页。

^② 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社2004年版，第42~43页。

如此宪法不过是宪法词汇主义的再现。

(四) 个人权利的屈位

在中国基本法的重构过程中,作为宪政文化核心价值的人权保障依然没有得到足够的认可与尊重。个人权利相对于救亡图存、国家富强而言随时可以牺牲,所有的个人权利从属于富国强兵原则。由此,有代表权的政治权威几乎代表了社会各个阶层的利益诉求。权威在实施代表权的时候,根本无需程序正义与实体正义的论证。当民族国家的远大景愿和个人利益诉求发生冲突时,个人利益应该服从国家民族的发展需要,虽然这个需要经常是理论假设上的解说。

三、对宪政文化的启示

近代中国为救亡图存而效法西方,并在艰难求索中最后走向学习西方的宪政文化。但自仿行宪政开始,中国其实并不具备宪政生存发展的社会条件。中国人立宪的精力,集中于中国官制的改革、中央地方权力关系,之后终于指向驱除鞑虏、振兴中华的建国方略。宪法是自上而下的诏令朱批,是军阀相争的权力分配,总之都体现了中国的法律传统与西方宪政精神理念的背离。很长一段时期内,中国的许多民众都没有意识到移植宪法的根本,是阻断中国传统法文化某些方面的发展脉络。

(一) 走出传统,理性重建

思考中国的宪政问题肯定离不开传统文化这一语境。中国传统文化历经几千年的发展,已深深沉淀于民族心理之中。不可否认,传统文化是进行宪政建设的文化根基;另一方面,近现代立宪史中所出现的一元权力重构现象,又表明传统文化所带来的思维惯性对宪政的负面作用。新儒学者主张对传统文化进行创造性转型,他们认为传统文化中并不缺少诸如民主、自由等宪政因素的“胚芽”。“由内圣开出新外王”,即由儒家的道德主体转换出能够支持宪政发展的理性的政治主体。^①继承儒家固有的圆满、宽容之精神,在此精神基础上建立各种不直接隶属政治范畴之社会力量与组织,通过对多元价值的尊重,乃能开出中国理想的民主政治前途。^②

① 衣俊卿:《回归生活世界的文化哲学》,黑龙江人民出版社2000年版,第397页。

② 何信全:《儒学与现代民主》,中国社会科学出版社2001年版,第99页。

我们认为这种观点是值得商榷的。西方文化的基础是理性主义，宪政所追求的自由、平等、人权等价值都是以理性主义为文化基础的。然而，中国的传统文化中缺乏像古希腊那样的人与自然、主客二分的理性哲学，也没有人与上帝、神法与人法的二元对立，从而无法产生法律信仰。中国传统文化建立在“天人合一”、直观思维之上，衍生了“圣王合一”的知识与权力结构。最后，传统文化以小农经济为基础，与血缘伦理紧密结合，作为自然经济与宗法制度产物的儒家文化在整体上与它所赖以生存的社会基础和经济基础同质，其排斥与现代契约关系相关联的个人主动精神和公民权利、法治意识的培育。“儒家的主要问题是：在于试图把仁、义、礼、智、信的基本要求转化为普遍规范的同时，没有转化为任何人都可以主张的个人权利。面对不道德的政治，在儒家那里，通常只有不可能制度化的群体性的替天行道，真正享受和使用这样的权利，所需要的不是平民百姓在常规或程序意义上的主要基于个人愿望或利益的参与政治、监督政府或起诉政府，而是仁人志士们在非常规意义上为天下人打天下的奋袂而起。”^① 总之，以儒家文化为主流的传统文化，是无论如何也不能包容宪政精神的。

既然从传统文化中无法内在转换成宪政文化，那么只能采取外在的批判性重建的途径。这种方式的可能性在于：中国人并不缺乏逻辑思维的能力，近代发达的自然科学技术就可充分证明。我们可以充分吸纳西方二元理性，推动政府与政党、公民权利与国家权力、国家与社会的二元划分，设计一套权力制衡制度，并逐渐实现传统思维价值的转变。

（二）尊重权利，还权于民

中国一直推崇以权力为本位的宗法文化，权力在特权阶层上下流转，而人民的权利往往被忽视。农业为本，宗法筑基，决定了法律调整始终以人身宗法关系为出发点和归宿；而主体与客体的兼容，部分与整体互摄的思维模式，和以官府国家为本位的价值体系，淹没了个体独立，实益分配取代了权利形式。^② 人民的权利只能称得上统治者的“赐予”。近现代的宪政运动都没有实现权力递转的变革，1928年的训政还使得这种模式得到强化。因此，要实现真正的宪政，必须使“一切权利属于人民”，从而实现百年宪政运动的理想——还权于民。孙中山指出：“八年以来的中华民国，政治不良到这个地步，

^① 夏勇：《遗忘的文明——重新认识中国法治思想》，《清华法治论衡》（第七辑），清华大学出版社2006年版，第22页。

^② 陈晓枫：《中国法律文化研究》，河南人民出版社1993年版，第146页。

实因单破坏地面，没有崛起地底陈土的缘故。”这里的“陈土”，主要指军阀、官僚政客及传统宗法伦理。而要搬去这三种陈土，最终还是要依靠国民，求助于民智的发达。还权于民可以让公民理性认识个体权利，从而培育出个体主义精神，使公民认识到宪政的内在主义价值，以及权利对有尊严生活的保障。否则，在中国这样一个深受宗法文化熏染的国家，如果公民缺乏对个体权利的理性认知，而只停留在感性认识阶段，必将阻碍中国未来的宪政建设。

近现代的中国宪政运动失败了，对个体公民权利的忽视无疑是重要的一个方面。一方面是因为传统文化没有提供有关权利的话语支持，另一方面则是由于救亡图存，权利不得不人为地加以忽视。写在宪法文本上的权利没有得到落实，在民众的意识深处，权利始终是一个模糊的概念。这启示我们，真正的宪政之路，必须回归宪法的人权保障价值，而不是只停留在救亡图存等工具性目标之上。

(作者系武汉大学法学院2012级法律史硕士研究生)

“原心定罪”与“原情定罪”之辨

柳正权

摘要：“原心定罪”是春秋决狱的原则，而“原情定罪”是定罪原则，二者本是既有联系又有区别的概念。东汉以后，因“心”、“情”的内涵及外延在佛教思想的影响下，逐渐同义，故“原心定罪”与“原情定罪”经常在同一意义上使用。另外，二者的混用与汉以后援引班固《汉书》的史料有关。

关键词：原心定罪 原情定罪 佛教 异同

“原心定罪”是春秋决狱的基本原则。“春秋之听狱也，必本其事而原其志。志邪者不待成，首恶者罪特重，本直者其论轻。”^①《汉书·哀帝纪》说“春秋之义，原心论罪”。“原情定罪”是法律上定罪的一般原则，其首见于东晋袁宏的《后汉纪·孝顺皇帝纪上卷第十八》：“春秋之义，原情定罪。”原情定罪中的“情”，内涵为强调伦理与情感，要求定罪符合大多数人的情感和价值，《唐律》表达为“通极乎人情法理之变者”。

关于二者的关系，有论者将原心定罪与原情定罪视为同一概念。如《汉语成语语言文化教学资源库》说：“原情定罪原或作‘论心定罪’，衡暴其本心而确定有无罪过或罪之轻重。汉·桓宽《盐铁论·刑德》：‘法者，缘人情而制，非设罪以陷人也。故《春秋》之治狱，论心定罪，志善而违于法者免，志恶而合于法者诛。’又作‘原心定罪’，后世多作‘原情定罪’。”新近出版的《中国传统法律文化研究》亦称：“原心论罪又称原情定罪、治心定罪等。”^②但是，也有论者感觉到二者的差异，如《宋前文献引春秋研究》文，“前人多将原情定罪与原心定罪合说，而汉人也多或不分别二者，但二者似乎有着本质的区别，原心定罪是对犯罪动机的考察，原情定罪则是考虑犯罪人的

^① 《春秋繁露·精华》。

^② 曾宪义总主编：《中国传统法律文化研究》（第五卷），胡旭晟主编：《中国传统诉讼文化研究》，中国人民大学出版社2011年版，第599页。

现实处境，在冷酷的法律中掺入一点人情味”。^①《中国古代司法中的情理探析》一文，也将原心定罪和原情定罪作为二个不同原则进行论述。^②以上二文虽认识到原心定罪和原情定罪有所不同，但都未予深究，语焉不详。那么，原心定罪与原情定罪究或是同一关系，还是有所差异？这个问题值得深究。这是因为，原心定罪和原情定罪作为法史的重要内容，本应概念明晰、关系明确，但法学界却至今未解此惑，成为悬疑。为明晰二者，本文以音韵及训诂之方法，依知识考古学原理^③，分析原心定罪与原情定罪之异同。

一、音韵及训诂

（一）音韵解读

“心”《广韵》反切为“息林切”，侵部，声母是心母。“情”，《广韵》“疾盈切”，耕部，声母是从母。不论是在韵母还是声母上，二字的差别较大，也不能通转，在音韵上没有直接联系，故二者是独立的语素，非因音韵变化而致同义。

（二）训诂解读

“心”与“情”原本是两个不同的概念，但随着佛教在中国的传播和中国“心学”的发展，“心”、“情”的内涵及外延均发生了变化，渐渐将外在的“情”指向于内在的“心”，趋于同义。

原心定罪始于西汉援引《春秋》的微言大义来审理案件，即所谓“春秋决狱”，其原则和核心就是“原心定罪”。《汉书·薛宣传》说：“春秋之义，原心定罪。”《汉书·王嘉传》载：“圣王断狱，必先原心定罪。”颜师古注《薛宣传》说：“原谓寻其本也。”可见“原心”就是推原其本的意思，原心定罪就是按当事人本来意图、主观动机来定罪或量刑。

“原”的本义是水的源头，也就是“源”的本字，《说文·泉部》解释“原”说“水泉本也”。后引申为一切事物的根本和源头，作动词使用时又可

① 郜同麟：《宋前文献引春秋研究》，第56页。

② 陈娜：《中国古代司法中的情理探析》，第4~5页。

③ 同时，这种研究路径是福柯的知识考古学方法论的具体运用。其只是“注意发生历史事件的当时的实际情况，集中分析历史事件发生时的一切因素及其相互关系，并把它们当成动态的和相互关联的网络”。参见高宣扬：《福柯的生存美学》，中国人民大学出版社2005年版，第99页。