

人大史学研究论集

孙家洲 陈桦 主编

(上)



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

人大史学研究论集 (上)

孙家洲 陈桦 主编



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

前 言

呈现在读者面前的这部论文集，是中国人民大学历史学院的在职教师，从多年来史学研究的成果中精心选择出的心血结晶。我们编选这一论文集，既是为了对前期的研究成果加以总结和分析，也是为了将我们的部分研究心得，与海内外的同行以及社会各界的读者进行有效的交流切磋。欢迎各界朋友给予关注、讨论、指教。中国人民大学历史学科的重要奠基者尚钺教授曾经说过：“历史学家研究历史，历史也将考验历史学家的研究。”这本论文集，就是带着这样的学术自觉，呈现给各位读者，同时也是呈现给“历史”加以检验与考验的史学成果结集。

中国人民大学历史学院由历史系和清史研究所两个实体单位共同构成。追溯这两个单位的学术渊源，可以远及 20 世纪 40 年代末的“华北大学时期”。在中国人民大学初建阶段，历史学就是其中的一个重要组成部分。此后，中国人民大学历史学科的发展，与中华人民共和国的发展脉搏高度契合。中国人民大学早在 20 世纪 50 年代就开始招收中国古代史、近现代史研究生。1978 年，在中国人民大学复校之后，历史学一级学科取得硕士学位授予权，1979 年中国近现代史成为博士学位授予点，1984 年中国古代史成为博士学位授予点。1988 年中国古代史被确定为国家重点二级学科点。1995 年被教育部确定为本科教学人才培养和科学研究基地，2000 年清史研究所被确定为教育部人文社会科学重点研究基地，同年设立历史学博士后流

动站。2007年8月，中国近现代史成为教育部新增的三个全国二级学科重点学科之一。2008年4月，我院历史学成功获批为北京市一级重点学科。2011年，我院的学科发展取得了重大成果：中国史、世界史、考古学同时获批为教育部的“一级学科”。三个一级学科鼎足而立，为我院今后的学术发展奠定了良好的发展平台。尤其令人高兴的是：在老一代历史学家辛勤耕耘的基础之上，在他们的推动与督导之下，我院已经形成了以中青年教师为骨干、专业结构较为合理的学术团队。未来的新发展，是完全可以预期的。

多年来，我院教师潜心治学，出版了若干专著，发表了大量研究论文。这是我们的学科建设不断取得发展的学术基础和根本保障。考虑到老师们的论文在不同时段发表在多种杂志上，寻求已非易事。为了保留老师们研究心得的精华，同时也以结集出版的方式，引发史学界同行的关注，以期引发新的学术讨论，我院于2012年决定，每位在职的教师，从已经发表的史学论文中，自行选择一篇可以代表自己学术水平的文章，汇编成册，整理出版。因此，它在一定程度上，代表了我院教师当下学术研究的基本水平。

本论文集标注“人大史学”的名号，不仅仅是单位归属的标志，也是我们的愿望（或者是奢望）寄托——按照“成一家之言”的太史公古训，努力建立有自己特色的史学境界与治史风范。

在结集出版的过程中，考虑到历史系与清史研究所的相对独立格局，分作上下两册。各位作者对论文的内容、观点，均不做修改，以求保留文章的原貌。鉴于各篇论文的写作时间不同，原发刊物不一，此次出版对于引文体例等技术性问题未作统一处理，而是鼓励作者依据自己的意愿适当加以完善。由于全书篇幅的限制，我们将“提要”和“关键词”统一删去。

在论文集即将付梓之时，我们衷心希望听到海内外同行与各界朋友的批评意见。

编者

2012年12月20日

CONTENTS 目录

前 言	1
-----------	---

上 册

汉代执法思想中的理性因素	孙家洲 / 3
读《张家山 247 号墓汉简法律文献研究及其述评 (1985. 1 ~ 2008. 12)》	张忠炜 / 19
魏晋法律体例的变化与学术风气之关系	韩树峰 / 43
北魏史官制度与国史纂修	牛润珍 / 60
《首罗比丘经》文本内容及创作时代考	杨 梅 / 84
靖恭杨家 ——唐中后期长安官僚家族之个案研究	王 静 / 102
“瑟瑟”考 ——兼论外来物品与唐诗语汇	刘后滨 / 139
意象与现实：宋代城市等级刍议	包伟民 / 156
通进银台司与宋代的文书运行	李全德 / 173
南宋赵汝愚《宋朝诸臣奏议》辅文研究	李晓菊 / 197
他乡之神 ——宋代张王信仰传播研究	皮庆生 / 215

从全国市场看 18 世纪中国的经济发展

——80 年来中国大陆史学界清代经济史研究的回顾与反思

.....	牛贯杰 / 244
清代西北地区的农业垦殖政策与生态环境变迁	赵 珍 / 264
“五岭”考辨	刘新光 / 278
“六经皆史”论与晚清民国经史关系变迁	张瑞龙 / 293
试论棉铁主义的历史地位	马克锋 / 322
论《甲寅》杂志与“甲寅派”	郭双林 / 337
从交往的历史探讨“文化”和“民族-国家”	
——以马长寿 20 世纪 30~40 年代的研究为例	伍婷婷 / 368
功力、视野、理论：当代历史研究学术创新之本	徐兆仁 / 386
浅析西欧中世纪工业组织的变化	徐 浩 / 403
试论福特斯的“有限君权”学说	孟广林 / 419
近现代英国政府的医疗立法及其影响	赵秀荣 / 441
论雅各布·布克哈特的希腊文化史研究	
——兼评《希腊人和希腊文明》	王大庆 / 456
论撒切尔主义	王皖强 / 474
北约扩张的历史与现实分析	许海云 / 488
十月革命对印度民族运动影响评析	金永丽 / 504
美国西部土地立法与农业的资本主义化	何黎萍 / 516
美国对菲律宾的殖民统治及其影响	宋云伟 / 527
自然与都市的融合	
——波士顿大都市公园体系的建设与启示	侯 深 / 545
内蒙古旧石器时代考古简史	王晓琨 / 565
新疆鄯善洋海青铜时代居民颅骨创伤研究	张林虎 朱 泓 / 577
匈奴墓葬出土铜镜及毁镜习俗源流考	马利清 / 588
金陵与畿上塞围	
——左云北魏遗存初识	魏 坚 / 602

下 册

清史综述 清朝的兴、盛、衰、亡	戴 逸 / 613
太平天国统治区社会风习素描	李文海 / 624
清代蒙古捐纳初探	宝音朝克图 / 665
明代佛教方志与明代诏敕研究	曹刚华 / 677
晚清政府对外政策的调整与朝鲜	曹 雯 / 696
异端的谱系：从传教士汉学到社会科学	曹新宇 / 725
论清代“人丁”概念的异变	陈 桦 / 759
清代卫拉特蒙古及其《蒙古－卫拉特法典》研究	成崇德 那仁朝克图 / 773
城市历史地理学研究范式构建刍议	丁 超 / 813
耗羨归公政策究竟是如何出台的	董建中 / 848
清末《外务部大臣年表》初探	何 瑜 赵 涛 / 867
中国历代更改重复县名及其现实意义	华林甫 / 879
天一阁藏万斯同《明史稿》辨析	黄爱平 / 922
清朝满人的“中国认同” ——对美国“新清史”的一种回应	黄兴涛 / 959
以史证教与以史驳教 ——清初天主教传播与史学	阙红柳 / 980
《石遗室诗续集》（卷三至卷八）文献考略	廖菊棟 / 996
从清代京官的资历、能力和俸禄看官场中的潜规则	刘风云 / 1002
清代驿传体系的近代转型	刘文鹏 / 1018
宗教研究与文化关怀：从各宗教史研究 析陈垣的中华文化观	刘 贤 / 1034
论清代“套田”	毛立平 / 1056

论醇亲王奕譞	潘向明 / 1075
清代蒙旗社会喇嘛教信仰问题研究	祁美琴 / 1092
《中俄尼布楚条约》与《康熙皇舆全览图》的绘制	孙 喆 / 1109
“斯密型动力”、过密化理论与生态变迁	
——多元视野下的旧中国农村商品化问题	夏明方 / 1118
胡适清代思想史研究浅议	颜 军 / 1143
中国古代的“巫”与“巫”的分化	
——兼论人类社会等级制度的起源	杨剑利 / 1160
“文质”之辨与中国历史观之构造	杨念群 / 1172
戈洛夫金使团来华考论	叶柏川 / 1189
论清代漠南蒙古地区的二元管理体制	张永江 / 1205
滚动交易：辛亥革命后盛宣怀的捐赈复产活动	朱 浒 / 1225

人大史学研究论集

(上 册)

汉代执法思想中的理性因素

◎ 孙家洲

在“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法”^①的法家政治理论的影响之下，秦王朝的法律体系表现出“严而少恩”的特色。以“尊主”为核心的法律，被推崇为规范一切社会行为、协调所有社会关系的唯一准则，导致法律的刚性化以至于僵化。法律的威严固然确立起来了，但是它与人情（人之常情）、民心的截然对立也同步形成。法律的国家镇压功能被有意彰显，结果是震慑力严重过剩，亲和力明显不足。其积弊所在，仅从上下两个方面稍加注意就可以洞察无疑：就君臣关系而言，与君主专制体制相适应，秦相李斯为邀宠固权，竟然上书秦二世劝其“行督责之术”，公开鼓吹君主应该“独制于天下而无所制”“荦然独行恣睢之心而莫之敢逆”，使得“群臣百姓救过不给”^②，造成了君臣离心的局面；就国家与民众的关系而言，百姓只能感受到法律对自己的控制和统治，却无从体悟保护和保障功能的存在，以至于陈胜在动员同行戍卒揭竿而起的时候，只需要确认戍守途中“失期，法皆斩”^③的硬性规定，就足以形成铤而走险、死中求生的共识。这可以说明，过于刚性、刻板而缺乏柔润、变通的法律，与人性、人情存在着太大的距离，难以使人心归向。其实，秦朝政治被汉人屡屡指责为“暴政”，在很

① 《史记》卷一百三十《太史公自序》，中华书局标点本，1959，第3291页。

② 《史记》卷八十七《李斯列传》，中华书局标点本，第2557页。

③ 《史记》卷四十八《陈涉世家》，中华书局标点本，第1950页。

大程度上根源于秦律的酷苛。

汉朝的当政者，不乏借鉴历史教训而调整统治政策的智慧。在立法领域的“汉承秦制”是明确无误的^①，而在执法实践中，汉人则非常重视法律与人情、人心之间的谐调，力争使法律的威严不仅仅是来自于国家暴力的高压之下，而且建立于多数人赞同的基础之上。特别是对“法律与民心的谐调”“法律与皇帝诏旨的制衡”“执法宽平、议法从轻”等问题的讨论，都表现出与秦人大为不同的思路与选择。这些出现在汉代执法思想中的“理性因素”，值得认真加以讨论。

一 法缘人情而制，“安民”成为 评价法律优劣的依据

包括法律在内的治国制度与政策，是否应该顺应民情？法家给予了否定的答案。韩非斥责那些主张为政必须“得民之心”的人根本不懂得治国之道，他毫不掩饰地说“为政而期适民”，是“乱之端，未可与为治也”。^②与这种政治理论相一致，秦朝统治者简单地把法律视为治民的工具，以暴力胁迫百姓“奉法”“守法”“顺令”，根本不在意法律与民心需要调适的问题；甚至对待民间风俗，秦朝当政者也迷信单纯依靠法律政令就足以移风易俗。秦始皇的《会稽刻石》中就有一段充满了霸气的文字：“大治濯俗，天下承风，蒙被休经。皆遵度轨，和安敦勉，莫不顺令。黔首修洁，人乐同则，嘉保太平。后敬奉法，常治无极，舆舟不倾。”^③秦的一位郡守在颁布给属下官员的文告中，也对法度改造民心、风俗的作用津津乐道：“圣王作为法度，以矫端民心，去其邪避（僻），除其恶俗。”^④整个官场充斥着法律无所不能的崇拜意识。

进入汉代，关于法律的政治舆论顿然改观，以人情和民心论礼制、论法

① 除传世文献的相关记载外，张家山二四七号汉墓所出土的《二年律令》《奏谏书》等汉初法律文献，把秦汉法律之间的继承关系充分地显示出来。

② 梁启雄：《韩子浅解》第五十篇《显学》，中华书局，1960，第504页。

③ 《史记》卷六《秦始皇本纪》，中华书局标点本，第262页。

④ 《语书》，见《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社，1978，第15页。

律，成为一代成规。

汉高祖开国之初，儒者叔孙通自请拟定“朝仪”。他对“礼”的要义表述为：“礼者，因时世人情为之节文者也。”^① 汉文帝以“明于国家之大体，通于人事之终始，及能直言极谏”三项要求，策试所举贤良文学之士，晁错在“对策”中回答：“其为法令也，合于人情而后行之；其动众使民也，本于人事然后为之。取人以己，内恕及人。情之所恶，不以强人；情之所欲，不以禁民。……其立法也，非以苦民伤众而为之机陷也，以之兴利除害，尊主安民而救暴乱也。”^② 汉昭帝时期在著名的“盐铁会议”上，文学宣称：“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。”^③ 东汉的思想家王符，总结了人情与礼制、法禁之间的渊源关系：“先王因人情喜怒之所不能已者，则为之立礼制而崇德让；人所可已者，则为之设法禁而明赏罚。”^④ 上述诸人，不论其为儒学之士，还是具有法家情结的经世学者，在论及法律之时，均表达了对“人情”的重视，称之为汉代的学林风气当不为过。

“循吏”的话题，同样直接涉及“法律”与“人情”的关系问题。循吏在汉代的出现，以及《史记》《汉书》各立《循吏传》，成为后世“正史”的既定模式，对此早有学者予以重视和研究。特别是余英时的名文《汉代循吏与文化传播》，更是得到了广泛好评。值得注意的是，关于“循吏”概念的变迁，余英时设专节加以讨论。他的结论是：“司马迁所谓‘循吏’是指文、景时代黄老无为式的人物”。“‘因循’两字即是《史记》‘循吏’之‘循’的确估。”^⑤ 此说固有新意，但依然还有可以从容讨论的余地。在我看来，《史记》和《汉书》的“循吏”概念即便有些许差异存在，但在根本之处是相互一致的：循吏的主要特征是在国家法律与“人情”之

① 《汉书》卷四十三《叔孙通传》，中华书局标点本，第2126页。

② 《汉书》卷四十九《晁错传》，中华书局标点本，第2294页。

③ 桓宽撰，王利器校注《盐铁论校注》卷十《刑德》，中华书局，1992，第567页。

④ 王符著，汪继培笺《潜夫论笺》卷五《断讼》，中华书局，1979，第235页。

⑤ 余英时：《汉代循吏与文化传播》，见氏著《士与中国文化》，上海人民出版社，1987，第155页。

间维持着微妙的平衡。唐代学者颜师古对“循吏”的一个解释最为妥当：“循，顺也，上顺公法，下顺人情也。”^①这一解释与司马迁的“循吏观”有着内在的一致性。《太史公自序》自言《循吏列传》的著述缘由“奉法循理之吏，不伐功矜能，百姓无称，亦无过行”^②。《循吏列传》开篇称“法令，所以导民也；刑罚，所以禁奸也。……奉职循理，亦可以为治，何必威严哉？”^③余英时先生也征引过这两段文字，但没有深加考究。我认为，“奉法循理”与“奉职循理”实在是理解“循吏”概念的关键。其中的“奉法”与“奉职”同义，是指居官者以遵行法律为职责所在；而“循理”则是指顺守人情之理^④。司马迁两论循吏，都是在“法令”“百姓”的语境之中讨论问题的，恰恰可以证明颜师古的注释深得司马迁“循吏观”的要义。与“酷吏”相对照，来理解“循吏”无疑是可取的思路。如果有人把两类官吏的区别表述为执法的“酷重”和“从轻”，恐怕未得确解。应该说，是否重视“执法平”，才是两者之间的分水岭。酷吏惟君主命是从，把国家的法律视为贯彻君主个人意旨的工具，为此，他们可以不惜曲解法律，出入人罪，轻重由己，而完全不顾及“人情”——这是酷吏执法给人以“酷重”印象的真正原因。循吏则致力于维持法律自身的尊严和稳定，并且在执法过程中尽量兼顾合乎人情——这同样是循吏有“轻刑”之誉的成因。

从人情出发讨论立法和执法的得失，在汉代是常见的现象。西汉中期，针对京兆尹张敞允许有罪者入谷边郡以赎罪的奏请，萧望之等人提出反驳：“道民不可不慎也。今欲令民量粟以赎罪，如此则富者得生，贫者独死，是

① 《汉书》卷八十九《循吏列传》，颜师古注，中华书局标点本，第3623页。《史记索隐》对循吏的解释是：“谓本法循理之吏也。”（中华书局标点本，第3099页）亦有相通之处。

② 《史记》卷一百三十《太史公自序》，中华书局标点本，第3317页。

③ 《史记》卷一百一十九《循吏列传》，中华书局标点本，第3099页。

④ 在《史记》、《汉书》中出现的“循理”，可以理解为顺守人情之理的至少还有以下两例：《史记》卷一百一十二《平津侯主父列传》（中华书局标点本，第2957页）引徐乐上书之语：“间者，关东五谷不登，年岁未复，民多穷困，重之以边境之事，推数循理而观之，则民且有不安其处者矣。”《汉书》卷九十一《货殖列传·序》（中华书局标点本，第3682页）“其为编户齐民，同列而以财力相君，虽为仆虏，犹亡愠色。故夫饰变诈为奸轨者，自足一世之间；守道循理者，不免于饥寒之患。”

贫富异刑而法不壹也。人情，贫穷，父兄囚执，闻出财得以生活，为人子弟者将不顾死亡之患，败乱之行，以赴财利，求救亲戚。”^①又如，主张“尚德缓刑”的路温舒，曾经批评治狱之吏以严刑罗织罪名而造成冤案泛滥：“夫人情安则乐生，痛则思死。捶楚之下，何求而不得？故囚人不胜痛，则饰辞以视之；吏治者利其然，则指道以明之；上奏畏却，则锻炼而周内之。盖奏当之成，虽咎繇听之，犹以为死有余辜。何则？成练者众，文致之罪明也。是以狱吏专为深刻，残贼而亡极，偷为一切，不顾国患，此世之大贼也。”^②他们讨论问题的思路各有不同，而把人之常情作为估测法律实效的出发点则是相同的。

在汉代的执法实践中，人情时常作为判刑量罪的一个参考指数。如，汉初，赵国大臣贯高极力辩白赵王张敖没有参与刺杀汉高祖刘邦的密谋，刘邦命人以私交身份核实贯高供词的真伪，贯高答以：“人情岂不各爱其父母妻子哉？今吾三族皆以论死，岂以王易吾亲哉！顾为王实不反，独吾等为之。”刘邦据此认定贯高证词为实，“乃赦赵王”。^③

汉代的一种现象，尤其具备研究的特殊价值：某些本身不精通法律的官员，却可以出任廷尉，并且竟然“大胆”到可以凭借洞晓人情的优势而试断狱案。朱博堪称为典型。“复征为光禄大夫，迁廷尉，职典决疑，当谳平天下狱。（朱）博恐为官属所诬，视事，召见正监典法掾史，谓曰：‘廷尉本起于武吏，不通法律，幸有众贤，亦何忧！然廷尉治郡断狱以来且二十年，亦独耳剽日久，三尺律令，人事出其中。掾史试与正监共撰前世决事吏议难知者数十事，持以问廷尉，得为诸君覆意之。’正监以为博苟强，意未必能然，即共条白焉。博皆召掾史，并坐而问，为平处其轻重，十中八九。”^④朱博所谓的“三尺律令，人事出其中”之说，强调的是法律可以通过人情而测知。朱博和他的属吏的举动，尽管是官场游戏，而非真正的审案。但是这一“游戏”的进行以及最终的结论，可以证明即便是在专职的司法官员内部，人们也相信，法律与人情有内在的一致性。

① 《汉书》卷七十八《萧望之传》，中华书局标点本，第3275页。

② 《汉书》卷五十一《路温舒传》，中华书局标点本，第2370页。

③ 《汉书》卷三十二《张耳传附子敖传》，中华书局标点本，第1841页。

④ 《汉书》卷八十三《朱博传》，中华书局标点本，第3404页。

把法律与人情的相关性，上升到执法理论的高度，就是在汉代颇具影响的“原心定罪”之说。“原心定罪”（又称“论心定罪”）是儒家的一种政治理念，经过董仲舒的解释与发挥，在汉代广为人知，而且成为量刑判案时常加引用的原则。董仲舒说：“《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 这一主张的核心是，执法者在断案时，不仅要弄清犯罪的事实，更要追索涉案人的动机。只要有邪恶的犯罪动机，不必待其犯罪行为实际发生，就应当加以惩罚；对首犯必须从重论处；对虽有犯罪行为但动机出于善良或情有可原的人，则应当从轻论处。参加盐铁会议的儒生，把这种“动机论”表述得更为明确，“《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”^②，就是把“人情”渗透到法律之中，甚至置于法律之上，以涉案人的动机善恶作为量刑的首位标准，而把客观的犯罪行为和危害结果置于次要地位考量。

这一原则，在执法中的有效性是无需质疑的。西汉后期，发生了一场围绕着前丞相薛宣涉及权力之争的“毁容”案件，在讨论量刑时，出现了御史中丞、廷尉两种处置方案之争，丞相孔光、大司空师丹和将军、博士、议郎各自支持一说。在这场“高规格”的刑事案件讨论中，廷尉等人就是高标“《春秋》之义，原心定罪”^③之说而得以占据优势。在另一场涉及收捕在职丞相王嘉的“诏狱”之案中，也还有永信少府等十位朝臣出面，巧妙地缓解皇帝的“邪火”，争取为王嘉保留一丝人格尊严，他们借重的名义是“圣王断狱，必先原心定罪，探意立情，故死者不抱恨而入地，生者不衔怨而受罪”^④。面对此说，皇帝也不得不有所收敛。东汉中期的一个政治性案件的处置也可以说明问题。少年儒生霍谡的舅父宋光受人诬告，大将军梁商以宋光“妄刊章文，坐系洛阳诏狱，掠考困极”。霍谡上奏记于梁商，为舅父宋光洗刷冤屈，同样引用“《春秋》之义，原情定过，赦事诛意”之说，并且进一步以“人情”证明宋光的冤情：“（霍）谡与（宋）光骨肉，义有相隐，言其冤滥，未必可谅，且以人情平论其理。光衣冠子孙，径路平易，位极州郡，日望征

① 苏舆：《春秋繁露义证》第五《精华》，中华书局，1992，第92页。

② 桓宽撰，王利器校注《盐铁论校注》卷十《刑德》，天津古籍出版社，1983，第579页。

③ 《汉书》卷八十三《薛宣传》，中华书局标点本，第3395页。

④ 《汉书》卷八十六《王嘉传》，中华书局标点本，第3501页。

辟，亦无瑕秽纤介之累，无故刊定诏书，欲以何名？就有所疑，当求其便安，岂有触冒死祸，以解细微？譬犹疗饥于附子，止渴于鸩毒，未入肠胃，已绝咽喉，岂可为哉！”大将军梁商被霍谡的才志所打动，“即为奏原（宋）光罪”。^①

汉代士人对“原心定罪”的一片喝彩之声，除了它是儒家理论、符合常人心态之外，可能还有一个原因——在执法实践中有援救善人的实效。对此，思想家王符表述为“先王议谏狱以制，原情论意，以救善人”^②。以上所举事例，确实可以证明它有这样的功效。

当代学者对汉代“原心定罪”的批评，主要集中在执法依据的不确定性、非客观性上。李泽厚先生对此所表现的担忧颇值得玩味：“‘原心论罪’的原则给法律判决留下了极为宽泛的伸缩余地，大为削减了法的理性形式所要求的普遍性。”^③ 如果对李泽厚先生的话题“接着说”，大可以设问：在法律判决中存有“极为宽泛的伸缩余地”，是否对保持法的理性有特殊作用？力求把人们的一切社会活动都纳入成文法律的管辖之下，这样的追求，不仅见之于秦朝，也见之于王莽“新政”，但它们都以失败而告终。任何时代的法律条文，只能是针对社会的一般状况做出规定，法律的确定性自然带来了它的僵化性；而任何一个案件所涉及的法律问题，都可能带有特殊性、复杂性。针对这个永存的矛盾，现代法律学尝试以赋予法官“自由裁量的权力”来加以解决。即在法律没有规定或按法律规定不能恰当处理案件时，法官有权力根据公平、正义原则以及自己的良心自由地裁判案件。^④ 汉代的“原心

① 《后汉书》卷四十八《霍谡传》，中华书局标点本，1965，第1616页。

② 王符著，汪继培笺《潜夫论笺》卷四《述赦》，中华书局，1979，第196页。

③ 李泽厚：《说儒法互用》，见氏著《己卯五说》，中国电影出版社，1999，第91页。

④ 王春华《刑事审判自由裁量权探析》一文称：“刑事审判工作中的自由裁量权，是法官所拥有的基于自己的判断而裁判的权力。自由心证制度，也称之为内心确信制度，是指证据的取舍和证明力的大小，以及案件事实的认定，均由法官根据自己的良心、理性自由判断，形成确信的一种证据制度。……自由裁量权正是为了寻求司法公正，而鼓励法官在查明犯罪事实，认定犯罪性质的基础上，考察所有的量刑情节而做出正确裁判。”转引自“依法治市综合网，<http://www.yfzs.gov.cn/>”。美国斯坦福大学法学教授劳伦斯·M·弗里德曼在其所著《法律制度》一书中，有“论法律裁量”一节，讨论了法律裁量的四类正式的规则，有如下表述：“许多规则在纸上看来很明确，不容怀疑，但在现实世界中则不同了。”“任何法律理论都必须设想制度中会有许多松散之处，活动余地，裁量，甚至直截了当的不服从。”引者还对他的一个注文颇感兴趣：“严密的规则不能保证没有腐败。事实上，可以说，规则太严，必然产生腐败。”见《法律制度》中文版，中国政法大学出版社，1994，第37页，第41页。