

# 论中华条标传统的 话语构建与创造性转化

周东平 刘安迪

**摘要** 我国古代法律中持续约九百年之久的条标，在清末变法修律中，因照搬日本、法国等大陆法系国家的法条结构而被废止，迄今已潜形百余年。这种现象值得今日的人们认真检讨和深刻反思。条标所具有的索引、称名、排列和建构等功能，在解决立法困境、统一司法适用、推进法学研究和教育等方面，仍具有参考价值与实践意义。在当今传承创新条标立法的条件已经具备的条件下，我们应当在借鉴中外条标立法经验的基础上，积极探索如何恢复条标设置。

**关键词** 条标设置 立法技术 法治话语 创造性转化 中外借鉴

作者周东平，厦门大学法学院教授（福建厦门 361005）；刘安迪，厦门大学法学院博士研究生（福建厦门 361005）。

中图分类号 D929

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2025)07-0012-7

十八届三中全会以来，党中央高度重视我国本土法治的研究，强调中国特色社会主义法治话语体系的建构。这从根本上反映了我国从当代中国特色的国情出发，反思近代以来西方的话语霸权，重新审视、传承中华优秀传统文化法律文化及制度的需求。作为中华优秀传统文化法律文化重要制度成果的立法微观技术的条标<sup>①</sup>，得到五代以来法典编撰者的青睐，甚至将其用于追补前朝的既往法律，如今日所见的《唐律疏议》<sup>②</sup>

① 条标即法条标题，亦称法条题目、小题，还可以称为条旨、条目或条名等。英文为“headnote”，日语为“見出し”。条标主要有主旨型条标（我国古代条标多属此类）和参引型条标两类，通常位于法条正文之外，以醒目的字体、字号，放置在法条正文首部，用尽可能简练的文字和特殊的语法结构，直接揭示法条内容或类型的一种文字表述方式。参见刘风景：《法条标题设置的理据与技术》，《政治与法律》2014年第1期。中国唐代之前无“条标”之实。自宋辽金西夏元以降，法条小标题逐渐滥觞，但无所谓“条标”之名，也不完全是主旨型，甚至有以法条起始的若干文字来命名的现象，故多被视为法律文本的附属部分，其解释效力相对有限。

② 中国古代法典在进入纸质时代以后的相当长一段时间内，是以写本传播，从出土的敦煌吐鲁番唐律写本可知唐律无条标。直至唐玄宗开元二十五年（737）的《开元律》与《律疏》，也相继以钞本通行，《旧唐书·刑法志》所谓“敕于尚书都省写五十本，发使散于天下”，盖钞本仅有十二篇的篇名、卷次、条数等信息，亦无条标。再迟至今日犹可见的北宋天圣七年（1029）首次翻刻、南宋重刻的《律附音义》等，均无条标。但此后金、元以来传世的《唐律疏议》诸刻本都设有条标，且总目录凡500条，但具体目录的条数不一，如澠水斋本目录为501条（《职制律》59条）、勤有堂本目录为502条（《职制律》59条、《斗讼律》60条）。如唐律本有条标，断无误计条数致不符五百条之理，足见条标确为后人所追补。从没有小目录和条标的《律疏》如何演化为有条标的《唐律疏议》，其间经纬今人并不清楚。所以，王重民在《敦煌古籍叙录》题记中只能猜测：“卷子本每条无小题（即条标——引用者）……余见江西李氏所藏律疏，及巴黎藏卷亦均无小题。然则小题殆为宋人所增刻欤？著之待考。”王重民：《敦煌古籍叙录》，北京：商务印书馆，1958年，第141页。

《宋刑统》<sup>①</sup>。但在以西方法律体系为法律移植对象的清末变法修律中，大陆法系的法条序号主义逐渐取代中华条标传统，其背后潜藏了“法治话语权西化”的内在逻辑。此后，条标传统在我国成文法的立法设置中遂告消失，迄今已有百余载。与此同时，虽然我国在立法、司法和法学教育等领域对条标的现实需求日益增长，学界亦对此多有呼吁<sup>②</sup>，但现行法律仍未恢复条标设置。因此，本文将直面这一现状，探讨条标回归正式立法之于构建法治话语体系及当今法治实践的必要性，并在此基础上，提出创造性转化条标传统的当代路径。

## 一、话语重塑：我国条标设置的外在必要性

作为我国古代立法技术之代表，条标最早可追溯至五代时期，但可考历史文献中明确设置条标的现存法律文本应为西夏《天盛改旧新定律令》。<sup>③</sup>元代的《通制条格》和《至正条格》、洪武朝的各版《大明律》，乃至清代的顺治律、雍正律以及乾隆律，皆保留条标这一设置。<sup>④</sup>直至清光绪三十年（1904），在变法修律背景下正式颁行的清末第一部修律成果《钦定大清商律》，彻底抛弃我国传统条标设置，转向移植日本、法国等大陆法系法律的序号设置。此后，除基于《大清律例》删改而成的过渡性法律《大清现行刑律》仍保留条标外，未再发现条标设置。

存续约九百年之久的条标未在王朝更迭中废除，却在清末变法修律浪潮中悄然湮灭。究其原因，主要在于清末全盘照搬大陆法系法律体例的移植导向。在清末变法修律过程中，立法者多直接模仿日本、德国采用章、节、条的体例，在法条中仅设置法条序号而不设条标。今日可考的《钦定大清商律》《大清新刑律》《大清民律草案》《法院编制法》《大清刑事诉讼律草案》《大清民事诉讼律草案》《破产律》《大清报律》等，均未设置条标。这些新律无疑是在修律大臣沈家本的主持下，依照清廷1902年上谕确立的“将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理”<sup>⑤</sup>方针而制定的。清末新律中条标硕果仅存者，是直接删改《大清律例》而来、权当过渡性法典的《大清现行刑律》，但这已是中华条标设置的挽歌。与这种决绝做法相应，在当时的法学书籍中也难觅条标的踪迹。<sup>⑥</sup>

在盲目全盘照搬西方模式导向下，中华传统条标设置被彻底废除，其背后暗藏我国法治形象话语权从自塑到他塑的深刻转变。19世纪前，条标传统不仅能隔绝西方法律体例影响，还影响了日本等东亚国家的立法。一方面，此时的中国法治形象多经传教士书简等传至西方，而西方法学却未能突破文本、语言等障碍顺

① 宋建隆四年（963）刊印的《宋刑统》现存目录为篇、卷与门二级而无条目。据《宋文鉴》卷六三所收宴议《进刑统表》可知，《宋刑统》是以后周的《大周刑统》为底本，在原二十一卷的基础上增加了后来的制敕和恢复被删去的唐律《律疏》，最终整合为包括目录在内的三十一卷。宋建隆四年《重详定刑统总目补》“凡五百二条，计三十卷”（吴翊点校本，北京：中华书局，1984年，总目，第7页），在中华民国七年国务院法制局重校天一阁本中并无这几个文字，应是后人增补的，故中华书局点校本的“补”字说明以小一号字体呈现。岳纯之认为，《宋刑统》“全书则设立全书目录，应是在门标题的基础上编制而成，都为一卷，可惜传世的明钞本《宋刑统》残缺，全书目录不存。通行的……卷首都有《重详定刑统总目》和《重详定刑统目录》，但这些都是后人以篇目和门标题为基础，参据《唐律疏议》所补，并非《宋刑统》原有者。”参见岳纯之：《宋刑统校正》，北京：北京大学出版社，2015年，“前言”。

② 从早期徐向华、黄卉：《论我国规范性法律文件条标的增设》，《政治与法律》1994年第4期；张新宝：《民法典制定的若干技术层面问题》，《法学杂志》2004年第3期；刘宇、刘迪梅：《民事立法技术探微》，《福建论坛（社科教育版）》2008年第8期；周旺生：《立法学》，北京：法律出版社，2009年，第469页以下，到最近刘风景：《法条标题设置的理据与技术》，《政治与法律》2014年第1期；王立民：《中国传统法典条标的设置与现今立法的借鉴》，《法学》2015年第1期；黄文煌：《民法典编纂中的法条表达技术——对〈中华人民共和国民法典（草案）〉条文的梳理》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2020年第1期等，恕不一一列举。

③ 参见史金波等译注：《中华传世法典：天盛改旧新定律令》，北京：法律出版社，2000年；周东平、刘安迪：《论中国古代法典条标的起源问题》，见张生编：《中华法治传统的传承与发展：第二届法治传统与创新前沿论坛论文集》，北京：商务印书馆，2023年，第117页以下。

④ 参见拜柱纂：《通制条格》，明钞本；韩国学中央研究院：《至正条格（校注本）》，首尔：韩国人文主义者出版社，2007年；杨一凡等编：《中国珍稀法律典籍集成》（乙编第一册），北京：科学出版社，1994年，第277—395页；刘海年、杨一凡编：《中国珍稀法律典籍续编》（第三册），哈尔滨：黑龙江人民出版社，2002年，第3—296页；常鼎、朱轼等纂修：《大清律集解附例》（30卷），清雍正三年刻本；杨一凡等编：《中国珍稀法律典籍集成》（丙编第一册），北京：科学出版社，1994年，等等。

⑤ 《清实录·德宗景皇帝实录（七）》（第五八册），北京：中华书局，1987年，第577页。

⑥ 查考20世纪后的法律文献、书籍，发现仅有《英国水师律例》1901年汉译本仍采用条标与中国古籍体例。之后，《行政裁判法》1933年汉译本虽设置条标，不过已采用章节体例。参见袁俊德辑：《富强斋丛书正全集·公法学·英国水师律例》卷1至卷4，清光绪二十七年刊本；美浓部达吉：《行政裁判法》，上海：商务印书馆，1933年。

利入华。另一方面,在与东亚国家交往中,清政府拥有军事、政治、经济等方面的绝对话语权。故在 19 世纪初叶之前,条标与法条序号的设置仅是中西差异,尚未引发优劣之争。例如小斯当东等人在翻译《大清律例》等中国法律典籍时,仍按清律原文分类编排并翻译条标,进而以此推动欧洲法典化运动。自 19 世纪中叶以降,清政府在外交上屡屡受挫,中外话语权迅速发生逆转,孰优孰劣的敌对性争论开始浮现。西方国家为获取在华治外法权,开始用消极、负面的语言描述中国法治形象,并借机宣传西方法治的优越性。甲午战争结束后,战争的失利导致国人自我怀疑加深,自信深受动摇,逐渐接受西方法治优于中国法治的他塑观点。而这种自我怀疑与否定,最终致使中华条标传统“把婴儿连同洗澡水一起倒掉”。<sup>①</sup>需深刻反思的是,自 19 世纪起,西方刻意将中国法律体系刻画成“落后”“野蛮”的形象,这一做法本质上是为构建自身认同并赢得世界认同寻找依据,同时也成为其推行殖民扩张、攫取领事裁判权的有力理论武器。在长期不断的话语篡改与重复传播下,中外之间逐渐形成了不平等的国际关系格局。

因此,新时代中国在追求整体文化的自主发展、构建具有中国特色的法学知识体系、探索并发展契合自身的法律模式的进程中,应当深深扎根于自身的传统根基与法治语言,绝不能盲目跟从西方话语体系,以致丧失对中国本土丰富资源的敏锐洞察与有效运用。<sup>②</sup>如络德睦所言:“在批判法律东方主义现象的基础上,走向理性的东方法律主义。”<sup>③</sup>作为中华优秀传统立法技术,条标不仅在民间拥有广泛基础和深厚生命力,而且在立法过程中某种程度上仍然能够发挥称名、索引、建构、解释等功能,能够为建设中国特色现代化法律体例贡献本土力量。

## 二、法治价值:传承中华“条标”传统的内在必要性

习近平总书记强调:“中华法系源远流长,中华优秀传统文化法律文化蕴含丰富法治思想和深邃政治智慧,是中华文化的瑰宝。要积极推动中华优秀传统文化创造性转化、创新性发展,赋予中华法治文明新的时代内涵,激发起蓬勃生机。”<sup>④</sup>但无论新中国成立后学习苏联而颁布之法(如 1953 年《选举法》),还是近年颁布的《民法典》及其他新旧法律,我国目前仍未有设立条标者。<sup>⑤</sup>尽管不乏学者为恢复条标设置而苦心孤诣,奔走呼号<sup>⑥</sup>,亦有部分法律如《物权法》《立法法》等在立法草案中存在条标,有关部门在立法等过程中也充分利用条标作为立法的辅助工具<sup>⑦</sup>,但最终这部分往往无法通过立法审议。立法机关从维护立法稳定、减少失误的整体性视角出发,以及牵一发而动全身的巨大工作量考虑,容易选择更为稳妥的保守立场,因此对恢复条标设置十分小心谨慎,这是可以理解的。然而,根据目前的立法现状、司法实践、法学研究乃至法学教育状况,从条标所具有的法治功能、当代价值和现实意义出发,我们应当勇于传承创新中华条标传统,恢复我国法律的条标设置,稳健推进条标立法。

### (一) 有利于解决立法困境

第一,条标所具有的整合功能,有利于解决现阶段法条分工错位、法条结构失衡等问题。在设计法律框架时,对条标的忽视,极易导致一个法条规定多个具有不同内容的法律规范,或是把同一规范内容无体系地分散于法律文本各处。我国既往立法的此类问题甚多,客观上也成为掣肘立法者在条标设置问题上惮于改作的现实困境。例如《行政诉讼法》第 4 条就包括人民法院独立审判原则和审判机构设置两个规范问题。又如

① 莱昂内尔·罗宾斯:《经济科学的性质和意义》,朱泱译,北京:商务印书馆,2000年,第33页。

② 参见鲁楠:《迈向东方法律主义》,《交大法学》2017年第3期。

③ 参见络德睦:《法律东方主义:中国、美国与现代法》,魏磊杰译,北京:中国政法大学出版社,2016年,第231页。

④ 《习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调加强涉外法制建设营造有利法治条件和外部环境》,新华网,http://www.news.cn/politics/2023-11/28/c\_1129996975.htm。

⑤ 我国社会上虽然存在着大量的民间拟制条标,但条标立法实践在全国性法律中尚未见及。偶有者仅仅存在于地方性法规中,如 1994 年以来上海市人民政府公布的《上海市人民政府规章制定程序规定》及历次修正,以及 2021 年的《上海市人民政府规章解释规定》等,均设有条标。笔者还认为我国当代未设条标的现象,也不能归于法律空白。

⑥ 试举几例,如前揭徐向华、黄卉:《论我国规范性法律文件条标的增设》;张新宝:《民法典制定的若干技术层面问题》;周旺生:《立法学》;魏磊杰:《民法典编纂的技术问题》;王立民:《中国民法典设置条标新论》,等等。

⑦ 以国家金融监督管理总局为例,《银行业监督管理法》《商业银行法》等草案,以及《金融租赁公司管理办法(征求意见稿)》等,甚至内部制度如国家金融监督管理总局《行政处罚工作规则》草案等,都有条标。

《刑法》第 272 条规定了“挪用资金罪”和“挪用公款罪”两种罪名，第 273 条又规定了“挪用特定款物罪”这一同类型罪名，法条规范标准不一，逻辑混乱。这样的法律结构显然违背现代立法技术的基本要求：一个条文只能规定一项内容，同一项内容只能规定在同一个条文中。<sup>①</sup> 因此，为了法律内部结构尽量完备，避免法条规范内容庞杂，在草拟立法草案时就应明确章名、节名和条标。

第二，条标所具有的辖制功能，能够为立法工作提供校对法条内容的标准，防止立法离题；条标若不能做到简短和清晰，不能及时提示立法者该法条正文规定可能存在着内容杂乱、与其他条文相重复等问题，就有必要展开进一步的调整或修改。可见，条标是服务于法条正文、有助于表述法条内容的辅助手段，对法条本身能够起到“定名制实”的作用。同时，条标强化了法条之间的相互联系，以及相关内容的完善，对整个法条的结构体例、权利义务内容具有制约作用，能够促成法律文本问题集中、焦点凸显。

### （二）有利于统一司法适用

我国民间的出版社、学者们，常在法律文本中增设非官方的拟制条标。这种现象，犹如我们看到流传至今的历史上的《唐律疏议》文本那样。台湾地区的《六法全书》，也存在类似情形。这或许曲折印证了传统条标的生命力以“潜形掩面”的方式存在。甚至司法机关也曾以司法解释的形式增设罪名（条标）。<sup>②</sup> 而设置主体的多元性及缺少权威性，必然导致条标设置的不统一，从而形成司法适用混乱的情形。例如，最高人民法院和最高人民检察院曾各自对 1997 年的《中华人民共和国刑法》分则设置罪名（条标），从而导致《刑法》分则在渎职罪章的第 397 条、399 条和 406 条等的罪名标题上产生分歧<sup>③</sup>，亦导致我国刑事罪名在数量和内容上的不统一。这不仅让普通民众一头雾水，相关司法机关也只能根据各自的官方文件确定起诉罪名和定罪量刑，容易出现分歧，减损法律权威。司法机关间统一法条标题（罪名）尚且如此颇费周章，民间关于条标的编写更是众口难调，不易统一。因此，由权威立法机关统一设置条标尤为重要，不仅能够明确法律适用准则，还可以为实务部门提供明确、可信赖的法律文本，突显法律权威，减少因信息差所带来的误读、误用现象。

### （三）有利于推进法学研究和教育

条标所具有的为法条解释提供方向性指导、辅助理解法律文本、帮助确定法条的适用范围、把握法律逻辑结构、体现立法本意和价值取向等指引功能，以及防止解释过度扩张、维护法律适用的确定性、保障法律解释的系统性等限定功能，促使其成为法学教育过程中极为重要的工具之一。但目前我国法律出版物中拟制条标的情形林林总总，法学常用数据库中的法律文本甚至也没有非官方条标，并且未作任何说明。这一现状极易导致法学学子、普通民众产生“我国法律存在条标”的错误认知。<sup>④</sup> 随着我国法典化的推进，法律结构更为复杂，法典的法条数量急速膨胀，若不设置权威条标，凸显其易读性传播功能，则很难记忆和理解法条序号背后的规范内容，无法形成较好的法律知识框架，达到系统地学习法学的目的。<sup>⑤</sup>

## 三、创造性转化中华条标传统的当代路径

我国既有悠久的条标立法传统，也有丰富的拟制条标实践，以及民众接纳条标的广泛社会基础。可以说

- 
- ① 在一个条文中规定几个具有不同内容的规范或非规范性内容，或是把同一个内容分散到几个条文中加以规定，是立法者的大忌讳。参见周旺生：《立法学教程》，北京：北京大学出版社，2006 年，第 511 页。
  - ② 罪名在刑法分则中与条标近似，在某种意义上可以直接视为主旨型条标的一种。尽管条标为罪名提供了基本定性，但仍然需要注意罪名（条标）不能完全取代对犯罪构成要件的具体分析。
  - ③ 具体而言，刑法第 307 条，最高院的标题为“滥用职权罪、玩忽职守罪”，最高检的标题则为“滥用职权罪、玩忽职守罪、国家机关工作人员徇私舞弊罪”；第 399 条，最高院的标题为“徇私枉法罪、枉法裁判罪”，最高检的标题则为“枉法追诉、裁判罪，民事、行政枉法裁判罪”；第 406 条，最高院的标题为“国家机关工作人员签订、履行合同失职罪”，最高检的标题则为“国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪”。直到 2002 年，两高才联合发布《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》，为刑法罪名标题的不统一画上句号。
  - ④ 此类问题在日本也存在。据说日本法学生本科一年级的新生经常会提问：“老师，我的《六法》标题为什么不同？”这是因为日本的法律在没有从一开始就设置条文标题的情况下，不同出版社的法律条标会出现不一样的情况。如由立法机关立法设置条标，似乎更有利于初学者理解和学习法条。参见平野敏彦：《憲法の条文見出——法令用語積議その2》，《広島法科大学院論集》2014 年第 10 期，第 98 页。
  - ⑤ 例如，前一阵子的热门电影《第二十条》，若观影者仅依据其影片名称，估计无法判断此处的“第二十条”是属于《宪法》还是《刑法》《民法典》《行政法》等法律，甚至其他什么的序号，更无法确认“第二十条”的规范内容。但若该影片名称既有序号，也涉及法条标题，即《第二十条 正当防卫》，那么观影者即可迅速明确该电影所涉及的部门法及具体内容。

新时代传承创新条标立法的条件已经基本具备。但如何在传承中华传统立法技术的基础上,融入复兴条标的潮流<sup>①</sup>,构建中国自主法学知识体系,不仅需要法学理论的指引和相关知识的铺垫,还需要立法者行动上的支持、响应。对于法学研究者而言,应重视对微观立法的研究,通过对我国古代条标设计的历史考据、对国外条标设置的比较考察,来提高全社会对条标的认识,并为立法者提供一套自主创新的条标理论与技术方案。这样,才能转化并创新中华优秀法律文化传统,促进中国式法治现代化的构建。

### (一) 择优传承中华传统条标的具体立法技术

有鉴别、有选择、有针对地传承中华传统条标的立法技术,是实现转化并创新中华优秀法律文化的重要途径。

第一,传承我国古代法律一个条标严格对应一条法条的做法。同时,传统条标大多独立成行并加粗文字,与法条正文错落有致(如在字首空出字符或置于顶格),以突出自身存在并与条文相区分,便于读者观赏、索引、查找法律。应鉴别这些做法并合理吸收,禁止相同名称条标的使用。

第二,传承我国古代条标字数简短、表达凝练的做法。我国古代法律条标一般比较简短,最短的甚至不过两个字而已,如《大明律》《大清律例》的《名例律》之“五刑”“十恶”“八议”等条。即使使用较长的条标,也就八九个字左右,如《大明律》《大清律例》的《户律·户役》之“私创庵院及私度僧道”条;《户律·仓库》之“守支钱粮及擅开官封”条;《工律·营造》之“虚费工力采取不堪用”“织造违禁龙凤文段匹”等条,强调语言表达的概括、简明。

第三,传承我国古代条标逻辑严密的做法,加强我国法律编章节条之间的逻辑关系。现代法律如果内容较多,在结构上一般可以分为编、章、节、条、款、项等层次。中国古代法典的结构与此不太相同,大致经历了从篇、条二级到篇、门、条三级的变化。就最下级的条而言,传统条标之间的关系密切,与上级标题的归属关系明显,法律内部逻辑完整自洽。试以《大明律》为例,设有七篇篇名、二十九门门标和四百六十条条标的三级结构。第一级除《名例律》以外的吏户礼兵刑工六篇的篇名体现出“统”的需求。第二级的二十九门门标的“分”并非乱分,而是根据潜在犯罪群体的差异进行析分,区分百姓与官员的犯罪,再就各自内部进行细分,如除《名例律》外,分为犯罪行为 11 门、犯罪对象 2 门、犯罪主体 15 门。又如《唐律疏议·杂律》总共有六十二条,明律除变成《刑律·杂犯》十一条外,《唐律疏议·杂律》的大部分在《大明律》中都进行重新分类,从而更加突出了明律第三级具体法条与主体特征的关联性。<sup>②</sup>

### (二) 理性借鉴大陆法系等当代国外条标的立法技术

我们在注重传承中华优秀传统法律文化基因,构建中国自主法学知识体系的同时,也不能忽视人类文明发展的共同趋势,实现文明互鉴。倘若一味地片面强调本土资源,而缺乏对传统以及外部世界清晰、透彻的认识与审视,便极有可能陷入自我封闭的状态,进而蜕变成另一种极端的权力话语形式。正如沈家本早就指出的:“彼法之善者当取之,当取而不取,是之为愚。”<sup>③</sup>

第一,理性借鉴大陆法系条标的书写形式。大陆法系国家对条标在文本中的表达,或采用与正文不同的字体,或区别文字大小等,以此形式外观来突出其存在。其中,对于条标要不要采用括号表示,不同国家有不同的做法。日本法典编纂者在条文的右行上角用圆括号来标识标题;对于未设置条标的旧律,则多由出版社、法学学者增设拟制条标,并采用鱼尾括号的表现形式,以示区别于立法者颁布的法条标题。<sup>④</sup>韩国法典则未设括号,直接将条标作为法典文本的一部分。目前,我国由出版社等增设的拟制条标大多设有鱼尾括号。

① 大陆法系法典条标的复兴最晚始于 20 世纪初叶,最初出现在 1907 年的《瑞士民法典》,而后陆续在意大利、日本、韩国、德国等国家兴起,流行于 20 世纪中叶之后。

② 周东平、李勤通:《〈大明律〉采周部体系编纂模式原因考辨》,《法律科学》2017 年第 1 期。

③ 沈家本:《寄谿文存》卷六《裁判访问录序》,民国刻沈寄谿先生遗书本。

④ 日本《六法全书·凡例》“条文見出し”说明,因为昭和二十四年(1949)以降颁布的法令(以及昭和二十二年、二十三年的部分法令)中设有条标,所以用圆括号在条文(序号及正文)的右行上角表示。而对于旧法令中未设有条标的,则由编集委员附加条标,放在条文序号下的鱼尾括号(黑括号)中。还有,两个以上的条标对应各款内容时用顿号区隔,对应一条或一款时用实心圆号区隔,例如《民法》第八十六条【不动产、动产】,同法第八十七条【主物·从物】。参见平井宜雄、青山善充、菅野和夫编集代表:《六法全书》(平成 10 年版),有斐阁 1998 年,凡例,第 7 页。

恢复官方条标设置时，或可采用不设括号、独立成行的形式，以示区别于此前出版社等非官方出版的版本，同时也符合我国古代一般不在条标两侧加括号的立法传统。总之，应尽量明确规定条标的字形、字体、表现形式，以及在正文中的位置。

第二，理性借鉴国外条标的体例结构。各国成文法大多结合法条序号与条标，两者配合使用。如日本法律中设有条标的，则把条标放在条文序号及正文的右行上角圆括号内予以表示；旧法未设有条标的，则由编辑委员拟制条标，放在条文序号下、条文正文前的鱼尾括号内予以表示。序号与条标相辅相成，有利于提高索引的效率，同时达到提示法条内容、凸显易读性传播的作用。制定新法的过程中，有些国家如美国的法案起草者还将条标作为建构法律框架的工具，即在法条正文确定之前，就明确条标的排列位置和所属。这些做法值得我们借鉴，不仅能够避免法律重复规定的现象，还能防止体系逻辑不严密，尽可能解决法条款、项存在调整不同法律关系规范的立法痼疾。

第三，理性借鉴条标的法律效力。例如，可以借鉴加拿大等国和我国香港地区通过制定专门的立法技术规范来明确条标的法律效力。如果规定条标具有效力，那么，法解释就可以限定在条标规定的范围内进行，从而限制扩大解释的滥用，尤其法官自由裁量权的过度行使。在我国，赋予条标法律效力，将其视为法律文本的一部分，或许更适合我国目前的司法现状——当出现法条概念不明确或适用存在争议时，条标的存在有利于正确解释法条，以保障司法的正常使用。

第四，在借鉴他国条标设计之余，也应该看到其立法的不足并吸取经验教训。例如，意大利《关于监狱制度和执行剥夺及限制自由措施的规定》第47条“交社会服务站考验”下，就设有多达十二款的条文<sup>①</sup>，将与“社会服务站”相关的全部内容不加以区分地塞入该条之下，难免有立法粗糙、不精细之嫌。

### （三）当代恢复条标设置还应注意的其他问题

在古今文明传承、中外文明互鉴的基础上，还需注意其他问题：

第一，明确设置条标的主体机关。根据《立法法》第10条规定：“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会根据宪法规定行使国家立法权。”以及同法第65条规定：“全国人民代表大会常务委员会工作机构编制立法技术规范。”我国设置并规范条标的主体应为立法机关——全国人民代表大会及其常务委员会。考虑到我国绝大多数法律文本已经颁布，非官方法律文本中也存在着相关拟制条标可供参考，因此，或许可以确立一种由立法机关主导，吸收司法机关、相关部门、法学专家广泛参与的工作格局<sup>②</sup>，以确保条标立法的稳健、科学、可行。

第二，明确设置条标的目的和功能。设置条标应以明晰条文内容、实现条文定位为首要目的。前者有助于将条文的解释空间进一步限缩，更好地反映立法目的；后者着眼于条文在整部法律中的相对位置，通过理解不同层级条标间的关系，辅助体系解释。当出现法条概念不清、逻辑不明的情况时，就需要更为具体、微观的立法设置来引导法律的外在体系<sup>③</sup>解释。而法条标题则是进行上下文本解释的思维引导工具，能够达到支持条文间相互证立、确保法律体系融贯的作用。

为贯彻条标设置的目的，应将我国的条标功能设置为概括主旨。条标在功能上一般可分为以瑞士为代表的概括主旨型和以法国为代表的指示参引型两类。概括主旨型条标，是指在法条正文和序号之外，概括法条主旨大意的精练短语，具有为法案起草者搭建立法框架，为读者提供索引并辅助理解，为司法者简化引用文本等优点，目前为立法设置的主流。指示参引型条标类似于参考文献，用以指示法条出自哪一修正案或立法文件，便于读者索引和查阅立法过程，并了解立法者的立法意图，目前主要为法国所采用。不过，也有国家融合两种类型的条标，如芬兰《刑法典》的标题就表现为“条文主旨（修正案生效的时间/修正案的编码）”的形式。<sup>④</sup> 根据我国立法传统和目前的立法、司法现状，以及民间拟制条标的既有基础，建议采用概括主旨型

① 《意大利刑法典（附意大利监狱法）》，黄风译，北京：中国政法大学出版社，1998年，第251页。

② 参见刘风景：《法条标题设置的理据与技术》，《政治与法律》2014年第1期。

③ 外在体系是指法形式的构造，体现在法条的顺序及其在编、章、节中的所属和地位，而法条标题则是区分法条在法典中归属的辅助解释工具。

④ 如其“第11a条 妨碍交通（2002年/40号）”即是一例。参见肖怡译：《芬兰刑法典》，北京：北京大学出版社，2005年，第257页。

条标的立法模式，以发挥其在明晰条文内容和实现条文定位等方面的作用。

第三，稳步衔接既有法律之条文。立法机关首先应明确法条标题的设置规则，以解决基本格式问题。其次，对既有法律文本做出结构评估与论证，如是否存在逻辑不通、内容重复等问题，并根据评估汇报，对既有法律文本的结构做出相应的调整，避免条标设置的混乱，切不可因牵一发而动全身就畏难回避。放眼世界，日本、德国都曾对未设置条标的现行法律重新修订、增加条标的做法。复次，既有法律条标之设置，可充分参考或重新采用立法草案之条标，并参考既有的民间拟制条标，以衔接章、节之标题，确保层次分明、条理清晰。对于立法草案未设置条标的法律，应根据立法目的与法条内容，集思广益，重新制定。最后，通过公开征求意见、座谈会、专家论证会等方式，广泛听取法学学术界、实务界等方面的意见和建议，确保条标设置的科学性和合理性。实践中，可以先在某些地区或者单行法上进行试点工作，总结经验，逐步推广。

### 余论

在我国现行法律法规中，即使是 2021 年颁行的《中华人民共和国民法典》，还是其他新旧法律，均未传承中华传统条标的立法设置。即便部分法律在立法草案阶段曾纳入条标，但最终皆未能通过立法审议流程。采取如此审慎做法背后的立法考量与缘由，或许和立法机关秉持的保守主义立法策略存在关联。立法机关虽重视法律文本的合理性与科学性，然而出于维护立法稳定性、降低立法失误的风险，以及考虑到条标设置可能引发全局性调整、工作量巨大的因素，选择保守主义立场更为稳妥恰当，因此在条标采用上十分谨慎。

但在新时代推进中国式法治现代化建设进程中，如何在汲取中华条标传统技术之精华的同时，推动法治话语从“他塑”向“自塑”的理性转变，进而构建具有中国自主性的法学知识体系，是至关重要的课题。这一目标的达成，既需要更多学者的关注与研究，有待于法学理论层面的深厚积淀，也离不开立法者在实践中的积极支持与有力响应。

[本文系国家社会科学基金重大项目“传承中华优秀传统文化法律文化研究”(23ZDA079)的阶段性成果]

(责任编辑:周奇)

## On the Discourse Construction and Creative Transformation of Headnotes in Traditional Chinese Law

ZHOU Dongping, LIU Andi

**Abstract:** The headnotes had persisted for nearly nine centuries in traditional Chinese law, before their abrupt disappearance after the late Qing legal reforms. It was caused by the wholesale adoption of foreign — especially Japanese and French — statutory structures. Since the abortion, this element of legislation has been absent for over a century. The phenomenon warrants careful examination and deep reflection today. The functions of headnotes, including indexing, naming, ordering, and structuring, still hold referential and practical value for addressing legislative difficulties, unifying judicial application, and advancing legal research and education. Now that conditions for inheriting and innovating headnotes in legislation are in place, we should actively explore how to restore their use, drawing on both domestic and international legislative experience.

**Key words:** use of headnotes, legislative techniques, discourse on the rule of law, creative transformation, borrowings from domestic and foreign laws