

导言 罪状建构的 “合宪性”审查 ——刑事法治的宪政基础

苏联著名刑法学家特拉依宁认为，“罪状可以说是每个犯罪构成的‘住所’：这里（在罪状中）安插了形成具体犯罪行为构成的一切因素”。^① 罪状作为罪刑规范载体的重要组成部分，“住所”的建构无疑属于立法者行使刑事立法权的具体表现之一。凡是权力的行使，无不遵循着孟德斯鸠的言说：一切权力，都应受到制约；不受制约的权力必然导致腐败。“权力对合法权益的侵犯比其他行为对合法权益的侵犯更为严重，权力对法治的破坏比其他行为对法治的破坏更为严重”^②，因此，权力应予以限制。特别是，作为“既是善良人的宪章，也是犯罪人的大宪章”（李斯特语）的刑法，关系到每个公民的人身、财产、自由等权利，因此，刑事立法权的行使更应受到制约。在我看来，权力的制约应包括内在制约和外在

参见〔前苏联〕特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社 1958 年版，第 218 页。

参见张明楷：“刍论刑法面前人人平等”，载《中国刑事法杂志》1999 年第一期。

参见〔日〕木村龟二：《刑法总论》，有斐阁 1978 年增补版，第 87 页。

制约两个方面，即自律和他律的统一。罪状建构的“合宪性”审查，就是对刑事立法权（具体是罪刑规范中“罪”的部分）的一种外在制约，属于他律的情形。

我国宪法第五条规定，“国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”。也就是说，从整个法律体系来说，宪法作为国家的根本大法，其规范效力居于最高的层次。因此，我国刑法第一条规定，“为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法”。从应然的层面而言，“根据宪法”四字，既表明刑事立法权行使的根据来源于宪法、范围局限于宪法，同时也意味着刑事立法权行使的结果——罪刑规范不得与宪法规范相违背和冲突，否则就无法律效力。但是，从实然的层面来说，宪法的法律权威并没有完全彰显，宪法规范的法律效力也并没有完全确立。单从刑事法领域来说，诸多的法律现实或多或少背离了宪法或有违于宪法：（1）叙明罪状叙而不明的问题，例如聚众扰乱社会秩序罪中“社会秩序”的具体内涵并不明确；（2）空白罪状被参照的规范性文件效力过低的问题，例如擅自改变武器装备编配用途罪中的“违反武器装备管理规定”；（3）司法解释参与建构“新”罪状的问题，例如“两高”《关于当前办理经济犯罪案件若干问题的解答（试行）》中“关于挪用公款归个人使用以贪污论处”的问题；（4）司法解释任意扩大罪状具体犯罪构成要件行为外延的问题，例如，最高人民法院《关于审理扰乱电信市场管理秩序犯罪案件若干问题的解释》第一条“以非法经营罪论处”的问题；（5）罪名确定权的归属问题，例如，“两高”就刑法分则罪名作出的解释各自概括的罪名总数不一致的问题。

此种问题存在的原因是多方面的。在我看来，宪法不具有可诉性和违宪审查制度的缺席无疑是重要的原因。随着宪法学理论研究的深入，“政治宪法学”或“国家宪法学”的色彩逐步淡化，规范

宪法的成分逐渐加强。按照邓小平同志“应吸收一切国外的优秀成果”以及“拿来主义”的要求，经过国外长年实践证明比较有效可行的那些宪法制度或机制，理应予以借鉴和吸收。与此同时，部门法学之一——刑法学无疑应接受和强化规范宪法的指导。至今为止，我国刑法学界尚没有对此作专门而深入的研究。笔者深感此问题研究的理论价值和实践价值曾写文《罪刑法定原则中空白罪状的追问》（载《法学研究》2001年第2期）就空白罪状设置的“合法性”及弱化其存在“不合理性”的举措（包括引进违宪审查机制）问题谈了粗浅之见。在此，作为刑法学术共同体的一分子——我吁请刑法学人强化刑法学术研究中的宪法规范意识。

理论来源于实践并指导实践，实践又促进理论的发展。我国刑法学术研究宪法规范意识的缺席，无疑与宪法之诉实践的缺乏有关，反过来，我国宪法之诉迟迟没有确立，无疑又与刑法学理论缺少宪法规范意识或未作深入的研究相关。国外的实践和理论都提供了反证。美国宪法规定了某些犯罪并授权国会制定刑事法律，另外，宪法对州和联邦政体的刑事立法也设置了某些限制。^①美国最高法院1965年在一个判决中认为，路易斯安娜州《颠覆活动与共产主义控制法》语言含糊和过于概括，侵害了上诉人的受到宪法第一条和第十四条修正案保护的权利^②。意大利在战后随着违宪审查制度的确立，任何与宪法规定不符合的刑法规范都可能被判违宪而失去效力，迫使刑法学者们不得不思考犯罪的实质与宪法所维护的利益之间的关系，刑法理论开始出现在法律制度内部，即根据宪法维护的基本价值来界定犯罪本质的倾向。^③意大利宪法法院1981年96号判决就宣布刑法典第603条因“用使人完全服从自己的方

参见储槐植：《美国刑法》（第二版），北京大学出版社1996年版，第32页。

同上，第45页。

参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，法律出版社1998年版，译者序第8—9页。

式”将“他人”置于“自己权力之下”不符合宪法规定的明确性原则而违宪^①。德国依据《基本法》第 20 条第 3 款所产生的法保留原则，针对国民的所有国家的行为，均必须有法律依据，刑法尤其如此^②。德国联邦宪法法院判决认为刑法典第 90 条第 1 款第 2 项中“德意志联邦共和国国歌”、第 226 条 a 中的“良好风俗”、第 240 条第 1 款中的“暴力”，等等，都是不明确的概念^③。日本最高法院认为“超出国民能够预测的范围”的一般条款以及不明确的构成要件，都是违反宪法第 31 条之规定，因而是无效的。^④

“建设社会主义法治国家”已成为国人的共识。法治，大而言之，包括形式意义上的法治和实质意义上的法治。形式意义上的法治意味着“通过恰当解释和应用众所周知的形式规则，在可行范围内对公民间及公民与政府间的基本社会关系进行得到认可的管理，全体官员的活动方式和范围受规则的限定，公民和官员如有违反规则，要由公正独立的法院或类似的司法法庭施行惩罚或其他补救措施”。实质意义上的法治则指“形式法治的必要条件加上全部其他理想社会法律秩序的传统成分，诸如福利国家、某种市场经济的、基本人权的保护以及民主等”。^⑤

在我看来，宪政基础之上的法治属于实质意义上的法治。何为宪政，有学者认为“宪政就是宪法政治，以宪法治理国家”；^⑥有学者认为宪政制度是“政府和立法机关的权力由宪法界定和限制，

参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 29 页。

② 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》（总论）中国法制出版社 2001 年版，第 156 页。

同上，第 169 页。

参见〔日〕野村稔：《刑法总论》，法律出版社 2001 年版，第 47 页。

参见〔英〕萨莫斯“形式法治理论”载夏勇主编：《公法》法律出版社 2001 年版，第 113 页。

⑥ 参见张庆福：“宪法与宪政”，载《宪法与民主政治》，中国检察出版社 1994 年版，第 3 页。

宪法享有基本的地位以及拥有通过不同形式的司法审查实施这些限制的权威”；^① 也有学者认为“宪政是国家依据一部充分体现现代文明的宪法进行治理，以实现一系列民主原则与制度为主要内容，以厉行法治为基本保证，以充分实现最广泛的人权为目的的一种政治制度”^②。我认为，宪政是近代民主政治的产物，宪政是近代法律制度超越传统法律制度的结果。从外在表现形式来看，宪政是系列宪法规范的总和；从内在的规定性来看，宪政是在特定的文化背景下通过制定并实施宪法来体现民主政治的价值。宪法在现实政治生活中能够发挥其控制公共权力、保护公民权利的功能，政治权力在宪法范围有序运行的形态就是宪政秩序。宪政秩序就是以法律调控为主要方式，通过法律权威来确保公共权力运行的规范化，从而形成社会生活和政治生活的有序化。若国家公权力的运行并不受宪法的约束，形成国家权力的宪法外运作，宪法的规定只有形式的意义，而不对政治生活和社会生活的民主化产生实际影响，则不存在宪政秩序。因此，宪法的正当性对宪政秩序至关重要。宪法的正当性具体包括人民拥有制宪权和宪法内容的民主化两个方面，具体是，享有制宪权的人民按照正当程序制定出确认人民主权和法治原则、规定政府权力的有限性、重视人权保障的宪法。宪法的正当性往往通过表明政府权力的合法化、宪法规范具有最高规范效力来影响宪政秩序的形成。同时，宪政秩序的维系一方面需要制度正义作基础、另一方面需要宪法调控功能的发挥。宪法和法律所建构的制度体系若背离正义原则，就不能促成宪政秩序的形成；宪法配置和调节政府权力、控制影响法律秩序的各种政治权力的作用和效能若不能发挥，宪政秩序也就不能维系。可以说，奠基于宪政基础之上的法治是体现民主、人权、限权等价值目标的并超越“形式意义上

参见雅施·盖伊：“第三世界的国家理论和宪政制度问题”，载《宪法与民主政治》中国检察出版社 1994 年版，第 286 页。

参见李步云：《走向法治》，湖南人民出版社 1998 年版，第 2 页。

的法治”的“实质意义上的法治”。

法治，按照亚里士多德的观点，包括两个方面：一是有法，二是有良法。刑事法属于“保障法”，刑事法治是法治的重要组成部分。因此，刑事法治也可分为形式意义上的刑事法治和实质意义上的刑事法治。罪状——具体犯罪构成要件的居所——建构的“合宪性”审查无疑是确保实质意义上的刑事法治的重要举措。在我看来，罪状的建构应从以下方面接受“合宪性”审查：（1）民主性。罪状的建构属于刑事立法权的重要内容，只能由反映国家意志——社会最大多数人民群众的意志（我国是人民民主专政的社会主义国家）的国家立法机关行使，其他任何机关（包括最高司法机关）都无权独立建构罪状。（2）法定性。罪状的建构是否遵循罪刑法定原则。罪状的建构载体只能采取成文法的方式，应排除习惯法独立建构罪状的可能；同时，罪刑规范的载体应通过最高立法机关制定的法律来加以表达，应排除其他规范效力低于法律的规范性文件独立建构罪状的可能。（3）均衡性。罪状的建构是否遵循罪刑均衡原则。罪状的建构是法定刑配置的前提和基础，罪状所表述的具体犯罪构成要件行为的社会危害性有无是否决定着法定刑的有无、社会危害性的大小程度是否决定着法定刑的高低。（4）平等性。罪状的建构是否遵循罪刑平等原则。罪状所表述的具体犯罪构成要件行为是否平等的适用于条件均等的所有人，条件均等的人实施类似的危害社会的行为是否同样受到刑事法的调控。（5）谦抑性。罪状的建构是否遵循罪刑谦抑性原则。刑法是宪法和其他部门法的“保障法”，是“最后的手段”，罪状所表述的具体犯罪构成要件行为是否确实达到应受刑罚处罚的程度，是否已经用尽其他法律手段才不得求助于刑罚手段。（6）明确性。罪状是否已将具体犯罪构成要件的有关要素明确地表达出来，能否给公民提供“行为指南”和给司法机关划定刑事司法权的界限。

法治不是最佳的治理手段，但是现今为止已经被证明为最有效

的治理手段。在蕴藏着相当浓厚“人治”色彩的国度，普通公民依法而行固然重要，政府（包括立法机关在内的所有国家机关）依法办事更为关键。时至当下，作为学人当然不能迷失和满足于熙熙攘攘的“法治”口号之中，理应怀着“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”的心态去批判那些或显性或隐性的背离法治精神的举止或行动，并以“俯首甘为孺子牛”的热情去建构那些提升法治精神的制度或机制。在刑事法领域，罪状的建构中无疑存在背离法治的现象，“合宪性”审查无疑就是预防违宪之举、弘扬法治之措。

第一章 罪状的界定

罪状一词，不同语种有不同的表述，德文为 Straftatbestand，^① 英文为 facts about a crime，^② 日文为罪状。^③ 在汉语中，罪状被赋予不同含义，大致有以下三种情形：其一，大众化话语将其等同于罪行，如“XXX 反革命分子犯有五大罪状”；其二，专门化话语（意指语言学家）将其定义为犯罪的事实；^④ 其三，专业化话语（意指刑法学界）将其视为含有特定刑法学内容的概念。显然，第三种情形才是值得从刑法学角度加以研究的，但是，“刑法理论要尽可能地符合一般人的感觉来构成”，^⑤ 因此，前两种情形无疑就会限定专业化的语境框架。

罪状在法律文本中很少出现，就本人所知，只有澳门刑法典第 9 条第 1 款对不作为犯的规定包含有“罪状”字眼，“如一法定罪状包含一定结果在内，则事实不仅包括可适当产生该结果之作为，亦包括可适当防止该结果发生之不作为，但法律另有意图者，不在

参见《现代汉德词典》，外语教学与研究出版社 1996 年版，第 620 页。

参见杨春洗等主编：《刑事法学大辞书》，南京大学出版社 1990 年版，第 715 页。

参见《现代日汉日词典》，外语教学与研究出版社 1991 年版，第 485 页。

参见《现代汉语词典》，商务印书馆 1993 年版，第 1549 页。

参见〔日〕大塚仁：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 74 页。

此限”，^① 因此，在很大程度上可以说，罪状只是刑法理论研究者共同话语的媒介或工具。

第一节 罪状的内涵界定

一、罪状定义的诸种界说

美国学者尤劳认为，“困难始于界说。如若我们认真地想一想，就知道界说含有束缚和约束的作用，界说一方面指使它的使用者，另一方面显现出使用者的取向。界说埋藏在它的使用者的观念与它的理论化的工作之中”。^② 如何给罪状下定义，学术界并未达成共识。下列几种表述较有代表性：

(1) 罪状，即刑法分则条文中规定某种犯罪行为的名称或者叙述某种犯罪行为的特征。^③

(2) 罪状，指犯罪行为的具体状况，是刑法分则和其他刑事法规中每个具体条文的基本组成部分。^④

(3) 罪状是分则罪刑规范对犯罪具体状况的描述，指明适用该罪刑规范的条件，行为只有符合罪刑规范的罪状，才能适用该规范。^⑤

(4) 罪状是法律条文对犯罪行为具体状况的规定和描述，是具体犯罪构成的法律表现形式。^⑥

参见《澳门刑法典、澳门刑事诉讼法典》，法律出版社 1997 年版，第 14 页。

转引梁根林：《刑罚结构论》，北京大学出版社 1998 年版，第 9 页。

参见杨春洗等：《刑法总论》，北京大学出版社 1981 年版，第 67 页。

参见周其华：《刑法分则教本》，吉林省政法管理干部学院 1984 年版，第 8 页。

参见苏惠渔主编：《刑法学》（修订版），中国政法大学出版社 1997 年版，第 376 页。

⑥ 参见王作富：《刑法分则要义》，中央广播电视大学出版社 1989 年版，第 8 页。

(5) 罪状,就是指犯罪行为的具体状况,是对犯罪构成要件特征的叙述,它是刑法分则和其他刑事法规中每个具体条文的基本组成部分。^①

(6) 罪状,叙述和确定引起刑事惩罚的行为的具体状况,通常是刑法分则条文的基本组成部分。^②

(7) 罪状,是指罪刑式法条对某种具体犯罪构成特征的描述。^③

(8) 罪状,是指刑法分则包含罪刑关系的条文对具体犯罪及其构成要件的描述。^④

(9) 罪状是分则罪刑规范对犯罪具体状况的描述,指明适用该罪刑规范的条件,行为只有符合某罪刑规范的罪状,才能适用该规范。^⑤

(10) 罪状,立法者就各种犯罪行为之构成犯罪事实,经过类型化、抽象化与条文化而规定于刑法分则或其他具有刑事法律效果的条款中,作为可罚行为的前提条件。^⑥

(11) 罪状是法律规范的基本部分,这一部分含有对这一法律规范所规定的行为规则。^⑦

上述诸种表述,各有一定的道理,均无大的不妥。但是,每个概念的科学化又都是一个不断追求的过程。人们在实践中对感性材料进行概括,先形成对事物的本质反映得不够全面、不够准确的概

参见刘志正主编:《刑法教程》,南京大学出版社 1987 年版,第 263 页。

参见曾庆敏主编:《刑事法学词典》,上海辞书出版社 1992 年版,第 865 页。

参见陈兴良主编:《刑法各论的一般理论》,内蒙古大学出版社 1992 年版,第 177 页。

参见高铭喧主编:《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社 1998 年版,第 475 页。

参见张明楷:《刑法学》(下)法律出版社 1997 年版,第 517 页。

^⑥ 参见杨春洗主编:《刑法基础论》,北京大学出版社 1999 年版,第 50 页。

^⑦ 参见〔前苏联〕库德利雅采夫主编:《苏联法律辞典》(第二分册),法律出版社 1957 年版,第 188 页。

念。随着认识的深入发展，人们又对初步的、较为粗糙的概念不断加工，从而建立确切的或精确的概念。同时，人们在刚开始时还不能全面而准确地理解概念的实质，容易产生某种似是而非的理解，进而致使与别的概念相混淆的“模糊概念”^①出现在所难免。正如美国人类学家霍贝尔强调概念的重要性时指出，“一个探索者在任何领域中的工作，总是从该领域中有用的语言和概念开始。语言和我们的思想是不可分割地交织在一起，在某种意义上，二者是同一的。开始工作时，人们总是企图把新思想装入原有的语言框架中。但当他扩大了知识领域或加深了某一观点时，他必然发现旧时的意义实际已经变更，或者新词已从新现象中被锤炼出来。而这些概念同旧概念所包含的意义是大不一样的。新的事实和新的思想总是在召唤着新的词汇。实际上，科学工作者也是一个教师，他们总是以熟悉的措词，以似乎更好的方式在表达着自己的思想，假如在不影响事实及意义的真实性的话。因此在任何法律的研究中，理想的情况是法理学在尽可能的限度内同时创造词汇和概念”。^②

二、罪状表述载体的辨析

基于追求罪状概念的更高程度的科学化和避免罪状概念与相关概念的模糊系数的目的，在我看来，上述诸种表述中仍有些细小问题需要加以进一步的辨析。

上述诸种定义中，大都直接或间接涉及了罪状的载体，具体又包括以下几种表述：其一，刑法分则条文，如（1）、（6）；其二，刑法分则和其他刑事法规中具体条文，如（2）、（5）、（10）；其三，法律条文，如（4）；其四，分则罪刑规范，如（3）、（9）；其五，刑法分则包含罪刑关系的条文，如（8）；其六，罪刑式法条，如（7）。显然，诸种表述所指称的内容存在着差别，具体又表现为以

参见文章代、侯书森主编：《模糊管理》，石油大学出版社 1999 年版，第 13 页。

参见〔美〕霍贝尔：《原始人的法》，贵州人民出版社 1992 年版，第 17 页。

下几个问题：

首先，罪状的载体是否应限于刑事法律条文。“法律条文”的表述会给人过于宽泛化之感，尽管论者不会将此处“法律条文”推广到除刑事法律条文以外的其他法律条文，因此，此种表述不十分准确。

其次，罪状的载体刑法分则条文是仅限于刑法典还是也包括其他刑事法律文件。刑法可以分为狭义刑法与广义刑法，因而，刑法分则条文也可以分为狭义的刑法分则条文和广义的刑法分则条文。狭义的刑法分则条文，单指刑法典分则中的条文，在我国现在是指《中华人民共和国刑法》（即1997年刑法）第二编分则中的所有条文。广义的刑法分则条文，除刑法典分则中的条文外，还包括其他规范性文件中包含罪刑规范的条文。至于具体包括哪些规范性文件，各国因受不同立法体制和立法传统、习惯的影响而存在着不同的表现。例如，美国的国事罪就由宪法所规定。在德国，经济刑法规范不仅存在于德国刑法典中，同时也存在于单行刑事法和“附属刑法”之中。在我国，广义刑法分则条文包括刑法典、单行刑法和附属刑法以及立法机关对刑法典进行修改或补充的法律文件中有关具体犯罪及其法定刑的条文。因此，罪状的载体局限于刑法分则的表述，具有偏狭性。罪状不仅仅存在于刑法分则，而且存在于单行刑法和附属刑法之中。在刑法修订以前，全国人大颁布的

美国的国事罪只有叛国一罪，并只限于对美国作战或依附美国的敌人等两种行为。据联邦最高法院解释，由宪法规定叛国罪的立法意图是严防司法或行政机关借国事罪的名义而钳制公民的言论自由或侵犯公民的其他民主权利（参见郑伟：《刑法个罪比较研究》，河南人民出版社1990年版，第33-34页）。

参见王世洲：《德国经济犯罪与经济刑法研究》，北京大学出版社1999年版，第17-18页。

参见陈兴良主编：《刑法各论的一般理论》，内蒙古大学出版社1992年版。在此需指出，此种限定显然立足于应然的规范层面，但是着眼于实然的事实层面，该限定又不全面。因为，在我国司法解释文件中，存在偶尔涉足立法权并创制出罪刑规范的具体条文。例如，1985年7月8日最高人民法院、最高人民检察院《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》就有“挪用公款归个人使用或者进行非法活动的行为以贪污论处”的规定，该规定显然也属于刑法分则性条文。当然，此种现象应属批判之列，但事实的存在是不容否认的

20 余个《决定》或《补充规定》增设或修改了许多罪状，在《惩治军人违反职责罪暂行条例》中更是增设了不同于刑法典（1979 年）以同类犯罪客体为标准的一大类罪即“军人违反职责罪”。在附属刑法中，也有不少的法律法规在“法律责任”中设置了具体刑事法律条文。例如，《专利法》第 63 条规定：“假冒他人专利的，依照本法第 60 条的规定处理；情节严重的，对直接责任人员比照刑法（1979 年）第 127 条的规定追究刑事责任。”该条就增设了假冒专利罪。因此，罪状的载体不只是限于刑法分则，而应泛指所有刑法分则性条文。虽然此次刑法修改对先前绝大多数的单行刑法与附属刑法的刑法规范进行了吸收或废止，但是单行刑法与附属刑法仍然可能被立法者予以采用。例如，1998 年 12 月 29 日全国人大常委会在修改刑法生效 1 年多时间，就以单行刑法的形式制定了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，其中第 1 条就增设了骗购外汇罪。需要指出，无论是在大陆法系的德、日等国还是在英美法系国家，因受立法体制和立法传统、习惯的影响，其经济立法（而非刑事立法）中也可能规定与刑法典不同的犯罪并为之确立独立的法定刑，可谓“刑法之外有罪刑”；^①而在我国，在刑法典和特别刑法之外，不可能再有民事、经济立法确定新罪名和直接规定独立的法定刑的情形，且所有的附属刑法都采用了依附型而非独立型的立法方法，^②可谓“刑法之外无罪刑”，^③因此，罪

参见王世洲：《德国经济犯罪与经济刑法研究》，北京大学出版社 1999 年版，第 16 页以下；又见周密主编：《美国经济犯罪与经济刑法研究》，北京大学出版社 1993 年版，第 91 页以下；详细的论述参见储槐植主编：《附属刑法规范集解》，中国检察出版社 1992 年版，第 471 页以下。

参见赵秉志主编：《中国特别刑法研究》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 145 页。

参见周光权：《法定刑配置研究》，中国人民大学博士论文 1999 年印，第 3 页。“刑法之外无罪刑”，强调只有刑法才有罚则和刑法的紧缩性，显然符合刑事立法权专属最高权力机关的宗旨，也有利于实现刑法的人权保障机能。“刑法之外有罪刑”显然有违“罪刑法定原则”的法律专属性原则。

状只能以广义上的刑法分则性条文为载体。

第三，罪状的载体是否包含所有刑法分则性条文。我国全部刑法分则性条文主要包括以下三类：（1）宣言式法条，即刑法中那种只宣布对合法利益予以保护以及对侵害行为予以禁止，而无具体犯罪之罪名、罪状、法定刑内容的条文。例如，1979年刑法第131条之规定，“保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，不受任何人、任何机关非法侵犯。违法侵犯情节严重的，对直接责任人员予以刑事处分”。（2）说明式法条，或称解释性法条，是指对具体犯罪的概念、特征和处刑加以说明与解释的刑法分则条文。例如，1979年刑法第90条之规定，“以推翻无产阶级专政的政权和社会主义制度为目的、危害中华人民共和国的行为都是反革命罪”。（3）罪刑式法条，是指规定具体犯罪的罪名、罪状和法定刑的刑法分则条文。^①显然，宣言式法条和说明式法条不能成为罪状的载体。当然，判断刑法分则性条文具体属于上述何种类型时，应采用系统、全面的观点，否则会得出不妥的结论。特别是有些条文中前段与后段、第1款与第2款承担着兼有说明式法条、宣言式法条和罪刑式法条的功能时，应判断整个条文为罪刑式法条。例如，1979年刑法第138条第1款规定：“严禁用任何方法、手段诬告陷害干部、群众。凡捏造事实诬告陷害他人（包括犯人）的，参照所诬陷的罪行的性质、情节、后果和量刑标准给予刑事处分。国家工作人员犯诬陷罪的，从重处罚。”第2款规定：“不是有意诬陷的，而是错告，或者检举失实的，不适用前款的规定。”其中，第1款的前段表现为宣言式法条的属性，中段表现为罪刑式法条的属性，后段表现为说明式法条的属性，第2款表现为说明式法条的属性。显然，该条应被视为罪刑式法条，而不能着眼于整个条文中的某一段

参见陈兴良主编：《刑法各论的一般理论》，内蒙古大学出版社1992年版，第81—83页。

或某一款视其为说明式法条或宣言式法条。

第四，罪状的载体是刑法分则性条文还是分则罪刑规范。根据法理学的一般理论，法律条文是指规范性法律文件中的分条说明的文字；法律规范是指国家制定或认可并由国家强制力保证其实施的一般行为规则。^①法律条文与法律规范是有着本质区别的，法律条文通常是法律规范的文字表述，但是法律条文只是表述、反映规范并不等于规范，两者之间可视为“言”与“意”的关系；^②同时，法律规范并不一定借助法律条文加以表述，习惯法和判例法中无疑包含着大量的法律规范，但并不是成文的形式。从数量关系而言，一个条文可以表述一个逻辑上完整的规范，即“如果、则、否则”全包括，但这种情况并不多，多数的情況是几个条文表述一个逻辑完整的规范，或者一个条文表述了几个规范的不同部分。因此，罪刑规范也只是刑法分则性条文的表述对象，也就是说，罪刑规范本身也是以刑法分则性条文为载体的，两者也是“意”与“言”、内容与形式的关系，罪刑规范只有经过研究刑法分则性条文的内容之后才能加以具体确定。正如台湾学者所指出的，“刑法（刑法分则性条文——引者注）与规范（罪刑规范——引者注）之关系如何，向来学者对此之看法不一，有认为二者合而为一体，即刑法为规范，亦有认为二者不合而为一体，即刑法与规范有别。无论视二者为一体，或不视二者为一体，实各有其理由”。^③在我看来，两者存在密切的联系，但毕竟是形式与内容的关系。因此，德国刑法学家宾丁对规范与条文的区分是科学的。宾丁在其巨著《规范及其违反》（又译为《规范论》）中指出：“规范就是行为的命令及禁止，

参见孙国华主编：《法理学教程》，中国人民大学出版社1994年版，第353—354页。

② 参见陈兴良主编：《刑法各论的一般理论》，内蒙古大学出版社1992年版，第5页。

参见蔡墩铭：“刑法与规范之关系”，载《台大法学论丛》第23卷第2期，第142页。

它是作为一定的刑罚法条的前提而存在的行为法即行为规范。它表现为国家为实现自己的目的而命令其国民及其国家机关为实现目的而进行必要的行为，禁止实行被认为是有害的行为，体现的是国家意志。^①由此可见，分则罪刑规范不能成为罪状的载体，只有刑法分则性条文才可成为罪状的载体。当然，从罪刑规范的完整逻辑性而言，罪状又与“假定”部分有着密切的关系。基于上述分析，罪状的载体应为刑法分则性罪刑式条文。

三、罪状表述对象的辨析

上述诸种定义一般都认为，罪状是对特定对象的描述。至于对象的具体所指，又分为以下几种情形：其一是某种犯罪行为的名称或特征，其二是犯罪行为的具体状况，其三是犯罪构成要件特征，其四是具体犯罪行为及其构成要件。显然，诸种表述仍有值得商榷之处。具体来说：

首先，罪状并不是对犯罪行为名称（罪名）的描述。所谓罪名，是立法机关或司法机关以简洁的语词对某种犯罪的本质或者主要特征作出的高度概括。^②从目前世界主要国家的刑事立法来看，各国对罪名的规定方式主要有三种表现形式：^③（1）分列相对明示式，即在刑法分则条文或者在其他有关的刑事法律规范中，对罪名列于条首作出相对明确的规定。例如，意大利刑法典第 372 条之规定，“（伪证）证人于法院供述时，陈述虚伪事实或否认真性或就其所悉而被问之事实为全部或一部之沉默者，处六个月以上三年以下续刑”。（2）定义明示式，是指刑法分则条文或有关刑事法律规范中，以定义的方式确定罪名。例如，1997 年刑法第 384 条之规定，

转引马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社 1996 年版，第 208 页。

参见陈兴良主编：《刑法各论的一般理论》，内蒙古大学出版社 1992 年版，第 96—97 页。

同上，第 114—115 页。

“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑”。

(3) 暗含推理式，是指刑法分则条文或者有关刑事法律规范，不对罪名作明确的规定，而由司法机关在司法解释或司法适用过程中加以概括确定。例如，1997年刑法第191条之规定，“明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其来源和性质，有下列行为之一的，没收实施以上犯罪的违法所得及其产生的收益，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处洗钱数额百分之五以上百分之二十以下罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处洗钱数额百分之五以上百分之二十以下罚金：（一）提供资金账户的；（二）协助将财产转换为现金或者金融票据的；（三）通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；（四）协助将资金汇往境外的；（五）以其他方法掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的”。该条未明确规定犯罪的具体名称，但1997年12月9日最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》和1997年12月25日最高人民检察院《关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见》都将其确定为“洗钱罪”。^①显然，罪状和罪名应是同一层次的范畴，都直接或间接以刑法分则性条文作为载体，因此，“罪状是对犯罪的具体名称（罪名）的描述”的表述是欠妥当的，至多也只能说犯罪的具体名称（罪名）由刑法分则性条文来加以描述或规定。

在我国，刑法理论工作者纷纷建言新刑法采纳分列相对明示式的罪名规定方式，但是新刑法除了在极少数条文中采用定义明示式外，绝大多数条文仍是采用了暗含推理式。在此种背景下，两高的司法解释值得称赞。但从国家权力的应然配置和刑事诉讼机制的科学运行来看，罪名的确定宜只由最高人民法院作出。“两高”作出的司法解释包含的罪名个数不一样（最高人民法院确定为413个，最高人民检察院确定为414个），足以表明双重解释体制的弊端和势必影响具体刑事程序的良性运作。