

对刑法学的社会学知识转型的 若干思考^{*}

——基于系统理论的考察

周维明

【摘要】 刑法学只有实现从哲学观察视角向社会学观察视角的转型，才能把握世纪更替以来刑法思潮的发展。社会学系统论为刑法学提供了全新的思想资源。本文在介绍社会学系统论和以之为基础的机能主义刑法学体系的基础上，详细研讨了当代刑法学经历的范式转换、刑法学的社会学基础、社会学理论对刑法学若干疑难问题的启发、风险刑法、社会学对刑法学未来发展走向的影响等重要议题，以期唤起我国刑法学界对这一知识转型问题的重视，实现“最好的社会政策就是最好的刑事政策”的目标追求。

【关键词】 刑法学 法哲学 社会学 范式转换 系统理论

【作者简介】 周维明，法学博士，中国应用法学研究所副研究员。

【中图分类号】 D914 **【文献标识码】** A

【文章编号】 2097 - 1125 (2025) 04 - 0056 - 14

一、引言

2016年5月17日，习近平总书记在哲学社会科学工作座谈会上指出：“着力构建中国特色哲学社会科学，在指导思想、学科体系、学术体系、话语体系等方面充分体现中国特色、中国风格、中国气派。”^① 构建中国特色哲学社会科学不能故步自封，需要充分吸收借鉴人类文明发展的一切积极成

* 本文系最高人民法院司法案例研究课题“虚假诉讼罪的法律适用与防治对策案例研究”（2021SFAL006）的阶段性成果。

① 习近平：《习近平在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》，《人民日报》2016年5月19日。

果。当今时代是学术大融合的时代，故步自封搞学术必然会阻碍学术的传播、交流与创新。中国刑法学自主知识体系是中国特色哲学社会科学体系的组成部分。中国刑法学自主知识体系的建构有三根支柱：一是坚持以习近平法治思想为引领，走中国特色社会主义法治道路；二是立足本土法治实践，对中华优秀传统文化法律文化进行创造性转化和创新性发展，打造具有中国特色、中国风格、中国气派的刑法学话语体系；三是坚持自觉自信的态度，对域外刑法学的先进成果秉持开放包容、积极借鉴的立场，积极参与国际刑法学交流，逐步构建中国刑法学的比较优势。由此看来，构建具有中国特色、中国风格、中国气派的中国刑法学自主知识体系，不能一律摒弃外国刑法学知识，而要以我为主、为我所用，使之成为重要的学术资源。^① 其中，对刑法学的社会功能与背后隐含的基础或语境的考察是有必要的。

过去，对刑法学基础或语境的考察往往从哲学视角出发。陈兴良教授曾大声疾呼，刑法学应当具有哲学的知识品格。因此，他提倡一种引入哲学思维的刑法学。^② 我们承认，对实体与程序、惩罚与处遇、故意与过失、既遂与未遂这样的刑法教义学问题深层结构的本质思考，当然需要哲学家的视角。^③ 但是对刑法学而言，仅有哲学思考恐怕力有未逮。从现代社会功能分化状态的视角看，刑法是作为一个功能系统参与社会治理的。因此，对刑法学的理解，甚至包括对刑法学的哲学理解，就不能脱离社会语境。以刑罚为例，批评者往往从哲学角度出发对刑罚施加痛苦（必要的恶）进行批评，但是从社会学的实证角度，包括从社会心理调查角度看，如果犯罪与恶之间缺乏必要的关联，就会鼓励其他犯罪的发生，这一点在每一项犯罪中都能得到证实。^④ 由此看来，刑法学不仅应当从哲学视角考察，而且应当从社会学视角考察，这也是刑法学这门“社会科学”的应有之义。提倡刑法学走向社会学并不意味着社会学的观察方式比其他用来观察刑法学的学科如哲学或经济学更优越，而是提供了一种不同的观察与解释刑法学的思路，因为任何一种观察方式都存在观察的“盲点”。与之相应，刑法学所有的重要领域，无论正当防卫还是作为义务抑或责任归属，不考虑刑法规范的社会功能，也是不可能得到真正理解的。对刑法学所有重要论题的研究都不能忽视以下事实：社会是一个交往联系的构造，交往的顺利进行要求社会具有某种程度的

① 参见刘艳红：《积极建构中国刑法学自主知识体系》，《光明日报》2023年8月11日。

② 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国人民大学出版社2017年版，“题记”，第1页。

③ 参见Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2010, pp. 90 - 93.

④ 参见[德]沃尔夫冈·弗里施：《雅各布斯著作中的刑罚理论、犯罪概念与犯罪体系》，陈昊明译，赵秉志等主编：《当代德国刑事法研究》第4卷，法律出版社2023年版，第416页。

同一性,而这种同一性必须通过规范来坚持。刑法要达成维护社会秩序的目的,就必须依靠其在交往的层面不断支持被扰乱规范有效性的功能。因此,刑法学需要在社会语境中进一步正确把握刑法的本质。

当今,无论是英美法系刑法学还是大陆法系刑法学,都在某种程度上实现了向社会学的知识转型。遗憾的是,这个问题在我国刑法学界却少有涉及,这不利于我国刑法学对国外刑法学最新研究成果的吸收与借鉴,从而不能够为建构中国自主刑法学知识体系提供充分的知识资源。有鉴于此,本文拟对此趋势做一番通盘的把握,从与我国刑法学有极深理论渊源的德国刑法学的最新发展趋势中截取某些片段,窥一斑而知全豹,尝试唤起我国刑法学界对这一知识转型问题的重视。

二、当代刑法思潮的新趋势

德国犯罪论体系的架构,在过去是建立在存在论的基础上的。^① 韦尔策尔教授架构的目的论犯罪论体系可谓这种思想的集大成者。根据目的论犯罪论体系发展而来的新古典暨目的论综合体系是建立在哲学现象学和本体论的基础之上的,^② 因此,这种体系对作为社会政策的刑事政策而言是陌生的,在社会越来越依赖刑事政策的规整,尤其是21世纪以来世界逐渐步入风险社会的大背景下显得越来越不适宜。因此,进行犯罪论体系的范式转换以响应时代的需要势在必行。

(一) 刑事政策与刑法体系的范式转换

犯罪论体系的范式转换首先发生在刑法教义学领域。存在论日渐式微,规范论则蒸蒸日上。现在德国刑法学界普遍倾向于拒绝从存在论中推演得出犯罪论体系的思想,转而强调从刑法的目的设定中进行推演。^③ 这很明显是

① 存在论乃是一种实在论。这种理论主张,现实世界的事物并非混乱一团,而是内含先验的自然秩序,并可由人类通过理性而加以认知。因此,生活关系在其自身中就或多或少地包含其自身的标准和内在秩序。人这种内在于事物之中的秩序就是所谓“事物的本质”。勤于思考的法学家在缺乏实体法规定或在其不完善抑或不清晰时必须诉诸它。参见 Heinrich Dernburg, *Pandekten*, Berlin: H. W. Müller, 1892, p. 87。

② 这种思想试图研究人类存在的本质结构,将现象学人类学的基本概念挪到犯罪论体系的中心。参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,王世洲译,法律出版社2005年版,第123页;许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第73页。

③ 参见 Ernst-Joachim Lampe, *Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems*, in: Bernard Schünemann et al. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin: Walter de Gruyter, 2001, S. 45。

一种规范论的观点。^①所谓“目的设定”，就是根据刑事政策的目的进行设定。这样一来，刑事政策就与犯罪论体系，乃至整个刑法体系建立了直接联系。由于刑事政策在本质上是社会政策，犯罪论体系乃至整个刑法体系的基础就由哲学转向了社会学。^②

本文不准备讨论罗克辛教授创立的目的理性体系。理由在于，该体系试图根据现代刑罚目的理论的刑事政策性基础完善新康德主义与新黑格尔主义的思想，并据此架构犯罪论体系。在违法性的本质上，它试图借助哈贝马斯的商谈理论确立违法的一般性基础。因此，该体系仍摆脱不了哲学思辨的习气，在向社会学的转向这一方面做得不尽如人意。本文转而接纳京特·雅各布斯教授创立的机能主义体系作为论述对象，理由在于：这一体系既实现了刑法学、哲学和社会学的互动，又实现了向社会学的转型。雅各布斯教授认为，像因果关系、能力、行为等概念，对刑法而言并不具备先于法律的内容，而是只能根据法律的规则性要求加以确定。这很明显是基于规范论的立场。在方法上，雅各布斯教授完全根据德国社会学家尼克拉斯·卢曼的社会系统理论建构自己的机能主义犯罪论体系，因此比罗克辛教授的目的理性体系更彻底地实现了向社会学的转型。

（二）范式转换中的理论选择

问题在于，社会学有多种理论路径。结构功能主义、冲突论、符号互动论都对“社会何以可能”“法律在社会中的地位和作用”这样的基本命题做出迥然不同的回答，^③我们应当选择哪一种理论作为犯罪论体系乃至整个刑法体系转型的理论基础呢？毫无疑问，要寻找一种能包揽无遗地解释一切社会现象的理论是不可能的。但是刑法本身在社会学看来也不过是一种规制越轨行为的手段，根本不可能触及社会的每个角落，它在全社会中的地位和作用都是极其有限的。因此，要求犯罪论体系乃至整个刑法体系必须建立在一种“大全”式的社会学理论上的理论主张，既不必要亦无可能。

本文试图勾勒以卢曼的社会系统理论为建构基础的犯罪论体系的框架。这样做的理由有三点：其一，社会学理论界公认卢曼的社会学理论比哈贝马斯更为精确地描绘了现代性与现代社会的本质；其二，卢曼的系统理论可以

① 规范论乃是一种唯名论。该理论主张：现实世界的事物本身不过是一团混乱，并没有秩序和价值，必须经过内在于我们自身的秩序与价值的规整，方才具有规范的意义。这就意味着我们根本不能从事物自身推导出事物的本质。从法学方法论的角度说，生活世界的材料并不内含先于法律的生活秩序，其价值与秩序是由法律概念及其目的赋予的。

② 参见周维明、赵晓光：《分化、耦合与联结：立体刑法学的运作问题研究》，《政法论坛》2018年第3期，第114～126页。

③ 参见[英]安东尼·吉登斯、菲利普·萨顿：《社会学》，李康译，北京大学出版社2021年版，第22页。

用来观察全社会的各个功能系统,因此与各系统内的理论有对话的可能性,这使得他的理论可以超出纯粹社会学的领域范围,适用于其他学科之中;^①其三,在当今大陆法系最具代表性的两个犯罪论体系中,有一个就是根据卢曼的社会系统理论构建的,即雅各布斯教授的机能主义犯罪论体系。^②因此,本文主要考察卢曼与雅各布斯的理论体系,兼及欧美和日本的刑法理论中其他与系统理论相关的主题。

三、系统理论与机能主义犯罪论体系

刑法学乃至其他所有刑事科学的关联学科,首要关注的就是刑法在社会中的功能定位。唯有如此,才能适应纷繁复杂和瞬息万变的社会要求。^③这一问题与社会系统理论的关系,更准确地说是功能分化,息息相关。

(一) 系统理论的基本思想

按照社会系统理论的观点,组成全社会系统的最小单元不是个人,而是沟通。^④沟通是一个不断在多种衔接可能性之间选择的过程,这就产生了复杂性的问题。为了化约复杂性,社会系统必须建立结构来限制衔接可能性的选择。社会结构的演进过程有三种形态:一是区隔分化的古代社会;二是阶层分化的中世纪社会;三是功能分化的现代社会。现代社会的结构形式是功能分化的产物,作为一个整体系统的全社会在不断分化产生它的功能子系统,如政治系统、经济系统、法律系统、教育系统等。这些子系统均独立运作,各自为社会履行有效化约社会复杂性、确保社会沟通有序进行的独有功能。^⑤每个子系统都是自我指涉、自我描述、自我观察的,都在用自己的独有视角解释和审视世界。^⑥每个社会子系统都对应一定的环境,同时构成其他子系统的环境。

① 参见[德]鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,台湾五南图书出版股份有限公司2009年版,第7页。

② 参见[日]田中久智:《ヤコブスの積極的一般予防論とルーマン社会システム理論》,《比較法制研究》1996年第19卷,第1页。

③ 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》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第53页。

④ 沟通是由信息、告知、理解三个元素构成运作过程。通过沟通,信息能够以可被理解的方式传递。沟通之间的衔接性确保全社会系统可以持续不断地运作下去,社会秩序由此成为可能。参见[德]Georg Kneer and Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》,鲁贵显译,台湾巨流图书公司1998年版,第102页。

⑤ 参见[德]Georg Kneer and Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》,鲁贵显译,台湾巨流图书公司1998年版,第181页。

⑥ 例如,经济子系统只会从经济的视角观察外部环境,政治子系统只会从政治的视角观察外部环境,法律子系统只会从法律的视角观察外部环境。

例如，法律子系统是政治子系统、科学子系统、经济子系统的环境，而以上系统同时又是法律子系统的环境，彼此形成了一种“结构耦合”的关系。^①

法律子系统内部包括所有与法律有关的沟通，而其余与法律无关的沟通形成了法律子系统的环境。法律子系统，如同其他子系统一样，是一个在运作上封闭、在认知上开放的系统：所谓运作上封闭，指法律子系统始终以自身视角观察环境中的事件并以自身特有的方式予以回应，不受其他社会子系统的影响；所谓认知上开放，指法律子系统与其他子系统为“结构耦合”的关系，时刻观察环境中的事件并随时做出反应。法律子系统利用“法”与“不法”这组二元符码，采取条件式的纲要运作，^② 其功能就是维持反事实的规范性行为期待，也就是在没有实现或落空时也会得到社会肯定的行为期待。如此一来，人们就能知道社会提出并维持了哪些期待，并可以根据这些期待预测他人的举动，调整自己的行动，以确保社会沟通的有序进行。^③

按照系统理论的观点，现代社会的功能分化使法律子系统成为全社会的一个子系统，发挥其特有的维持社会的规范性行为期待的功能。由于刑法保护的是社会最核心的价值和利益，可以认为法律子系统内的刑法系统发挥维持社会的最根本、最重要的规范性行为期待的功能。^④ 由此来看，刑法在现代社会中的终极作用与目的就在于维护对社会而言至关重要的规范性的同一性。^⑤

从以上分析可以看出，社会与刑法之间存在相互依赖的关系。如果人们过分强求用刑法解决全部社会问题，企图以单个社会子系统实现整个社会系统的功能，那无疑是“海客谈瀛洲”。刑法子系统不可能超越自己在社会系统中的功能和定位。但是这并不是说刑法在社会面前时时刻刻都扮演着保姆

① 参见 Michael King and Chris Thornhill, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, London: Palgrave Macmillan, 2003, p. 5.

② 所谓纲要，就是关于二元符码运作选择的正确性的既予条件。在法律子系统中，纲要由立法、立法解释、司法解释、具有拘束力的司法判例等构成。条件式的纲要，就是采取了“如果……那么”形式的纲要。例如，如果某个行为符合《中华人民共和国刑法》第232条故意杀人罪的规定，法律子系统就将其识别为一个法律系统内的事件，并将这一行为标识为不法。

③ 参见周维明：《雅各布斯的客观归责理论研究》，《环球法律评论》2015年第1期，第71~87页。

④ 这一规范性期待是反事实的，即使有人违反了这一规范，刑法规范也不会像物理定律和数学公式那样因发生了反例而无效，规范性期待的落空将会被确定为一种重要的破坏刑法规范的错误而受到刑罚的处罚。参见 Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin: Walter de Gruyter, 1993, S. 7.

⑤ 刑法的社会功能就在于：犯罪人的行为破坏了社会的规范性行为期待，使参与社会交往的个体无法确定社会提出并维持了哪些期待，并无法根据期待预测他人的举动，调整自己的行动，因此使社会共同体之间产生不信任，社会的规范性期待落空，社会沟通无法有序进行，最终破坏社会秩序，妨害人类交往行为的顺利进行。

的角色，当然也并不意味着社会要受到刑法的操控。刑法只是现代社会的功能子系统之一，与其他功能子系统一样发挥其特有的功能，它并不具有高于其他社会子系统的优越地位。如果刑法不再能作为维持社会秩序的形式发挥作用，这一社会系统就不复存在。

（二）机能主义犯罪论体系对系统理论的接纳

现在比较一致的观点是，雅各布斯的机能主义犯罪论体系是根据卢曼的社会系统理论架构的。更明确地说，是根据上述卢曼在法社会学领域中的规范性期待理论加以建构的。^①

与卢曼一样，雅各布斯认为从单独的个体出发不可能产生社会秩序，社会是主体性成为可能的条件。人类个体单纯的集合并不构成社会。相反，社会始于规范的效力，这种规范的效力将人与特定的行为联系在一起。^② 从社会的构造条件来看，社会开始于规范适用之时，不属于规范的事物将被归属于社会的环境。责任归属表示了对破坏规范的行为的不允许性，以及对规范的肯定性。^③

这样的思想形成了机能主义犯罪论体系的基本框架：社会是通过规范构建的，社会通过要求其成员对某些行为负有责任的规范性秩序而被阐释，违反规范就削弱了规范作为社会阐释模式的功能。^④ 如果行为人对规范进行了否定却逍遥法外，规范就可能失效，社会公众也不可能再相信规范能够得到遵守。因此，为了保持社会公众对规范的信赖，就必须对否定规范的行为加以否定。^⑤ 由此来看，刑法处罚逾越规范的人，不是因为其行为侵害了什么法益，而是因为其行为违反了规范性行为期待，社会需要对此施加刑罚以稳定社会公众的一般性行为期待。从根本上说，刑事责任的基础在于犯罪人对法秩序和规范的敌视态度。刑罚的基本任务是维持被违反规范的行为危及的规范的社会沟通功能。^⑥ 刑事政策与刑法体系的基本任务不在于威吓潜在的犯罪人不去犯罪（消极的一般预防），而在于恢复社会公众对法秩序的一般

① 参见〔日〕田中久智：《ヤコブスの積極的一般予防論とルーマン社会システム理論》，《比較法制研究》1996年第19卷，第1页。

② 参见〔德〕米夏埃尔·帕夫利克：《社会的刑法——京特·雅各布斯刑法思想的社会哲学和社会理论基础》，赵书鸿译，赵秉志等主编：《当代德国刑事法研究》第4卷，法律出版社2023年版，第75页。

③ 参见〔德〕京特·雅科布斯：《规范·人格体·社会：法哲学前思》，冯军译，法律出版社2001年版，第118页。

④ 参见〔德〕乌尔弗里德·诺依曼：《刑法任务与刑罚根据》，隗佳译，赵秉志等主编：《当代德国刑事法研究》第4卷，法律出版社2023年版，第161页。

⑤ 参见 Günther Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn: Schöningh, 2004, S. 31.

⑥ 参见 Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin: Walter de Gruyter, 1993, S. 10.

信赖（积极的一般预防）。因此，刑罚的目的就是训练社会一般公众对法秩序的忠诚，即所谓“规范信赖的训练”。社会系统理论就这样为犯罪论体系乃至整个刑法体系，为总则和分则中的所有问题，找到了一个“阿基米德支点”作为基本的建构模式和评判标准。我们可以看到，借助卢曼和雅各布斯的理论，刑法教义学的许多问题都能得到启发与澄清。

四、系统理论与机能主义犯罪论体系对刑法教义学若干问题的新观察视角

站在系统理论与机能主义犯罪论体系的立场上，我们可以为刑法教义学中的许多难题提供相对完善的解决方案。

（一）犯罪的本质是法益侵害还是规范违反？

关于犯罪的本质，向来有法益侵害说（结果无价值论）与规范违反说（行为无价值论）两种立场。本文并不想赘述这两种立场的差别，只是从系统理论角度指出法益侵害说自身的矛盾。卢曼指出，利益有很多种，为什么刑法只保护这种利益而不保护那种利益呢？实际上，刑法绝不可能平等保护所有的利益，而只会保护它认为值得保护的利益，只有刑法认为值得保护的利益才是法益。这样一来，法益侵害说就陷入一种循环论证的逻辑：只有在法律上值得保护的利益才是法律保护的利益。^① 法益侵害说的主张在此就体现为一种无效的同义反复，根本无法说明刑法保护法益的根源。从这个视角出发，可以认为法益在概念确定上的问题是根本解决不了的。^②

让法益避免这一窘境的唯一方法就是承认法益这一概念本身不是存在论的构造，而是规范论的构造，是一定的社会规范的产物。说到底，法益这一概念不过是法律子系统利用“法”与“不法”这组二元符码，将利益划分为法保护的利益和法不保护的利益而已。做出划分的依据是法律子系统的纲要——分配符码，这是确定法益时依据的原则与法理。这一条件性的纲要是目的导向的，即试图通过对利益的法律操作控制人的行动，确保社会公众的一般性行为期待。在机能主义犯罪论看来，这明显是典型的规范论的操作。由此看来，法益不是利益本身自然而然的产物，而是法律系统与规范运作的产物。所以犯罪的本质不是法益侵害，而是规范违反。刑法教义学要做的，

① 参见〔德〕尼克拉斯·鲁曼：《对现代的观察》，鲁贵显译，台湾左岸文化2005年版，第46页。

② 参见〔德〕米夏埃尔·帕夫利克：《社会的刑法——京特·雅各布斯刑法思想的社会哲学和社会理论基础》，赵书鸿译，赵秉志等主编：《当代德国刑事法研究》第4卷，法律出版社2023年版，第75页。

不是站在模糊的法益概念基础上解释现行刑法中的特定规范，而是从作为确保规范效力的刑法的规范出发解释法益。

（二）刑法解释学的正当性

对刑法文本而言，它始终保持着面对生活事实的开放性，不断涌现的新的生活事实不断地扩充着刑法文本自身的内涵和视域，刑法文本借此获得了持久的生命力。但是这同时意味着这种循环再定义的过程是永无止境的。^①这样一来，刑法解释学就变成了堆满死去的概念定义的修罗场。这就招致严厉的批评：这种概念定义的方法完全背离科学对判决的客观性要求；法律概念沦为法官造法的工具，法律解释与法官造法的界限变得模糊；法官不声不响地扮演起了立法者的角色，从而在法律解释与法官造法之间“盲目飞行”。^②

系统理论针对这种批评做出如下解释。以上批判的确有其合理性，但是这仅是对刑法解释学运行现状进行一阶观察而已，还需要对观察本身进行再观察的二阶观察；借助“社会结构—语意”这一区分，将刑事法律子系统的运作归属于社会结构，将对刑法教义学的理论探讨归属于语意，我们立即就可以发现，社会是如何使用文字、符号、发音等媒介观察社会结构、调整规范性期待的形式的。^③因此，从本质上说，不是法官在创造法，而是随着全社会的演变而演变的法律子系统在不断通过法条的文字调整规范性期待的形式。通过二阶观察，我们发现了刑法解释学的真正秘密：语意。社会系统通过语意塑造对未来的规范性期待。这样一来，刑法解释学的正当性问题也就迎刃而解：刑事法律体系的运作属于社会结构，它是封闭的、相对稳定的；而刑事法律体系的语意——借助文字、符号、发音等媒介对刑事法律体系这一社会结构观察，则是开放的、相对灵活的；只有借助语意，刑事法律体系才能够适应社会系统的变迁。刑法解释学作为语意的表现形式，其解释的边界也必然是开放的、变动不居的。^④

① 这是因为刑法的解释者在刑法概念的界定与漏洞填补的操作上，应取向于价值及生活事实，并符合价值与事理的要求。这具有双重含义：既要一般地取向于生活事实之性质，又要具体地取向于要处理的具体案例事实。解释者尝试尽可能精确地在法律概念中把握典型的生活事实，但是又必须重新定义这些概念，以便能正确评价新涌现的生活事实。然而，这个定义本身又因为生活事实的复杂多样，也只能多多少少满足一段时间，就又开始一个重新定义的循环过程。刑法解释者根据解释结果调整或修正自己之前的解释，并借此对刑法条文与规范的语义界限做出新的理解与发展。

② 参见〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第347页。

③ 参见〔德〕尼克拉斯·鲁曼：《对现代的观察》，鲁贵显译，台湾左岸文化2005年版，第8页。

④ 因此，任何一种解释如果试图用最终的、权威性的解释取代刑法文本的开放性，都会过早吞噬刑法的生命。

（三）对刑法教义学问题的澄清

借助系统理论和机能主义犯罪论，我们可以澄清刑法总论中的诸多疑问。例如，在我国刑法学界，借助德日理论体系重构我国的犯罪论体系这个话题非常热门。但是在阶层犯罪论体系中，行为能否成为一个独立的阶层？这个问题首先依赖能否找到一个适当的、统摄作为和不作为的行为的定义。但是目前德日刑法学者的工作尚不能令人满意，亦有学者质疑这一定义是否可能。^① 其实，要为作为和不作为找到一个上位概念，只需要观察其共性即可。从社会学的语境看，行为概念涉及与刑法相关联的对社会性世界的解释，使社会性世界变得可以理解。^② 如前所述，刑法发挥着维持规范性行为期待的社会功能。行为作为和不作为的共同特征本身不是事实，而是一种社会沟通活动。行为作为一种“精神建构”，可以通过在意义上与之相对的方式破坏规范的效力，即不承认刑法规范的有效性从而违反社会的规范性期待，也就是在社会期待其有所作为或不作为时却不作为或作为。这是一种在消极意义上对规范效力的否定。因此，在系统理论的语境下，雅各布斯提出的消极的行为说似乎更为妥当。^③

我们同样可以利用系统理论和机能主义犯罪论澄清刑法分论中的诸多疑问。例如，刑事诉讼中的证人^④故意做与其记忆相反的陈述，但是他陈述的内容偶然地与客观事实相符合，是否成立伪证罪？否定的观点相当有力，理由是客观上没有妨碍司法机关的诉讼活动，因此没有侵害法益。^⑤ 但是在系统理论和机能主义犯罪论看来，犯罪的本质是违反社会的规范性期待，而规范是否被违反或被破坏，并不依赖客体的状态。^⑥ 因此，上述行为毫无疑问成立伪证罪。

① 参见许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 111 页。

② 因此根据行为的存在特征建构的一个对立法者而言已经预先给予的物本逻辑结构体系是不可能存在的。

③ 消极的行为概念认为，行为人“居于保障地位，可回避却不回避”。参见 Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin: Walter de Gruyter, 1993, S. 143。

④ 《中华人民共和国刑法》第 305 条规定的伪证罪的“证人”概念与《中华人民共和国刑事诉讼法》第 50 条规定的“证人”概念为什么存在不同，也可以通过社会学系统论解释。刑法子系统与刑事诉讼法子系统的耦合机制体现在刑罚权上。刑法子系统确认刑罚权的存在，而刑事诉讼法子系统确认刑罚权的实现。刑法与刑事诉讼法是一种必要的补充关系，而不是衍生关系。对被害人出庭做虚伪陈述的行为，刑法子系统与刑事诉讼法子系统会分别做出不同的理解，给予不同的法律效果：在刑法上构成伪证罪，而在刑事诉讼法上对被害人陈述不予采信。

⑤ 参见张明楷：《刑法学》下册，法律出版社 2021 年版，第 1420 页。

⑥ 参见 Günther Jakobs, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken*, *ZStW*, Vol. 107, 1995, S. 843。

再以所谓“难倒法官”的帅英骗保案^①为例，这是典型的刑民交叉案件，刑法学界对此早有违法一元论与多元论之争。但是在系统理论看来，这一争论可能没有切中要害。刑法是现代社会中的一个子系统，但是现代社会同样存在民法、行政法、诉讼法等子系统。由于各个部门法子系统承载的社会功能不同，彼此之间有不同的二元符码与纲要，因此刑法与其他部门法的交叉问题（如刑民交叉、行刑交叉）原则上应由刑法和其他部门法各自判断，互不影响。^②但是由于结构耦合的存在，刑法与其他部门法有时可能互相产生“共振”，即其他部门法可能通过结构耦合的方式，对刑法的运作产生影响。^③例如，刑法与民法的结构耦合体现为对财产的保护。^④仔细研究原《中华人民共和国保险法》第54条的条文，我们可以认定该法实际上同意在投保人申报的被保险人年龄不真实时投保人对其财产的欺诈性侵犯，因此保险合同存在民事合法性，据此可以推断不存在被侵害的财产利益，因此帅英无罪。由此看来，违法一元论与多元论都有其合理之处，只是各自所处的层面不同。在刑法子系统与其他部门法子系统存在结构耦合的层面，可以从违法一元论的立场探究在结构耦合的范围内其他部门法怎样影响刑法的违法性认定；在不存在结构耦合的层面，刑法和其他部门法各自判断违法性，就有违法多元论的适用空间。因此，系统理论的结构耦合似乎比违法一元论与多元论之争更适用于违法性判断的问题。

五、风险刑法

风险刑法的概念在国内外现在都非常热门，但是国内对风险社会乃至风险刑法的讨论都只局限在乌尔里希·贝克的风险社会的理论框架内，关注卢曼的风险社会理论的人较少。在本文看来，卢曼的风险社会学作为对贝克理论的回应，理应引起风险刑法研究者的重视。

① 在该案中，帅英为其母亲投保时虚构年龄，涉嫌保险诈骗罪，而按当时的《中华人民共和国保险法》第54条的规定，该保险合同有效。现行《中华人民共和国保险法》第16条与第32条仍有类似规定，可以说该刑民冲突问题仍然存在。

② 例如，刑事诉讼法的“证明标准”就不同于民事诉讼法的“证明标准”，前者奉行排除合理怀疑，后者遵行优势证据原则，这两者之间的矛盾几乎是不可调和的。如果硬性要求“证明标准”这一用语的统一，就势必要采纳这两种不同的证明标准中的一种，结果就是要么刑事证明标准过于宽泛导致冤假错案，要么民事证明标准过于严格导致民事诉讼制度失灵。

③ 在结构耦合中，某个社会子系统的运作可能或多或少地通过某种机制指向另一个系统的运作。

④ 参见周维明：《系统论刑法学的基本命题》，《政法论坛》2021年第3期，第120~131页。

（一）风险社会学对风险刑法的反思

卢曼的风险社会学首先建立在对“风险”与“危险”这一组概念的区分之上。所谓危险，就是不可归因于人的决定，而只能归因于其他因素即环境的未来损害；所谓风险，就是社会过程归因于人的决定的未来损害。^①借助这个区分，可以对风险社会进行二阶观察。我们可以很清楚地看到，风险刑法的论述主题并不是未被期待的损害发生，而是将该类损害视为人类行为的直接后果。

具有讽刺意味的是，风险刑法本身就存在一定的“吊诡”，而这一点很少引起研究者的注意。法律子系统只将系统内部的、将来发生危害的可能性识别为风险，而将处于系统外部的、环境的、将来发生危害的可能性识别为危险。这就造成如下吊诡：风险刑法的存在本身就是以其创造并定义风险为前提的。从根本上说，是全社会自身制造了它必须加以回应的危害，并将其理解为当下行动中的未来风险。^②因此，风险刑法的研究者必须认识到，人不可能抢在未来的前面，不可能通过当下的决定来规制未来的潜在危害。不存在绝对的安全，人的决定都是有风险的。我们不能期待通过风险刑法达到绝对意义上的安全，因为风险刑法本质上就是人的决定，这一决定同样是有风险的，风险刑法在控制风险的同时也在制造风险。这样一来，所谓风险刑法是为了控制、预防现代社会的风险并对法益进行提前保护的观念也就不攻自破。风险刑法自身就是带有风险的，无数对风险刑法理论的批评、质疑已经说明了这一点。现有的风险刑法的基本主张从理论到实践都是可疑的。

真正的解决之道在于，我们必须清楚地认识到，在风险社会中，做出风险决定的决定者与风险的受害者虽然立场可能不同，但是都可以对对方观察风险的方式进行再观察。例如，实施有风险的行为的人在飙车或携带枪支时，可能作为一阶观察者在行动；但是一旦他开始思考其制造风险的行为是否值得时，那就是作为二阶观察者在行动。这就引入了对风险的沟通这一概念：人们会意识到自己创造的风险对他人而言可能会成为危险，反之亦然。^③在人们意识到自己处于拒绝成为他人的风险行为的牺牲者的处境时，就有可能坐下来平心静气地观察对方的观察方式，从而达成一种共识性的理

① 参见〔德〕尼克拉斯·卢曼：《风险社会学》，孙一洲译，广西人民出版社2020年版，第153页。

② 参见〔德〕Georg Kneer and Armin Nassehi：《卢曼社会系统理论导引》，鲁贵显译，台湾巨流图书公司1998年版，第222页。

③ 参见〔德〕尼克拉斯·卢曼：《风险社会学》，孙一洲译，广西人民出版社2020年版，第163页。

解,使风险变得可期望而非不可控。^①在本文看来,这一观点势必导致风险刑法的基础回到系统理论和机能主义犯罪论的原点:维持社会公众对风险的规范性期待。

(二) 风险刑法之客观归责——风险无价值

山中敬一教授在他的《危険實現連関論の理論的基礎:客観的帰属論の展開》一文中,借助客观归责理论创造所谓“危险无价值”与“危险状态无价值”的独特不法概念,以与传统的行为无价值论和结果无价值论分庭抗礼。^②山中敬一教授认为,在违反评价规范的结果无价值与违反行为规范的行为无价值之间,存在所谓的“危险无价值”与“危险状态无价值”这样的中间项。当行为人的行为制造了法不允许的危险时,当然存在行为无价值,但是同时也需要根据评价规范进行结果无价值判断。行为人的行为虽然制造了风险、但是尚未实现时,就进入使存在结果无价值的推定发生作用的危险无价值状态。另外,如果行为人的行为制造的危险虽然没有被实现,但是根据评价规范进行事后判断,已经达到具体的危险的状态,那么就存在作为未遂犯处罚依据的“危险状态无价值”(也称“危殆化无价值”)。简而言之,山中敬一教授的理论就是把行为规范与评价规范分离,违反前者的就是行为无价值与风险无价值,违反后者的就是结果无价值与风险状态无价值。

如果像前文所述,在风险与危险之间做二元区分,山中敬一教授的“危险无价值”与“危险状态无价值”可以被适当地称为“风险无价值”与“风险状态无价值”。山中敬一教授的理解稍做改造,就可以成为风险刑法的客观归责理论。从这一点可以看出,风险刑法似乎不像我国某些学者批评的那样偏重行为无价值,而是有其特有的无价值概念。

(三) 风险社会中刑事政策之展望

如果将刑法视为维护对法秩序的信赖、确保社会公众一般性的规范性行为期待以便社会沟通的进行,那么我们有必要发出这样的疑问:这样的任务真的需要当前的刑法归责体系吗?

其实当前的刑法归责体系以及刑罚的基本理念还是处于过去的报应主义和自由主义个人哲学的阴影下。人被视为道德上自主的、孤零零的个体,在具有自由意志的情况下犯下罪行,就必须为自己的罪行抵罪。但是在当今高度匿名化的风险社会中,人的人类学形象早已转变为社会人。一切法益侵害都可以归结为风险,而人的每一个决定都可能带来风险,风险变得无法预

① 参见[德]尼克拉斯·卢曼:《风险社会学》,孙一洲译,广西人民出版社2020年版,第327页。

② 参见[日]山中敬一:《危険實現連関論の理論的基礎:客観的帰属論の展開》,《關西大學法學論集》1995年第45卷第2~3号,第585~642页。

估。在这样的情况下，孤零零的个人无法单独做出决定，那么所谓道德自主和报应主义还有什么意义？旧的刑法归责体系的基础也就随之站不住脚。^①

通过社会学系统论，刑罚的正当化理由实现从理想形态到技术统治的转型，即刑罚不再关注由理想形态提供的实质正当化理由，如降低再犯率和再社会化，而是转而关注现实社会的功能结构及其提供的形式、程序正当化理由。刑罚被置于社会沟通过程中，通过积极的一般预防促进市民社会的发展。在这里，社会学系统论很明显使刑罚仅关注沟通的功能化。

这样一来，未来新的刑法归责体系的基础就不是放在哲学的语境中，而是放在社会学的语境中去思考的。个人的决定是在社会语境下做出的，其风险也是由社会承担的，这样一来，传统的刑罚可能不再像过去那样在刑法归责体系中占据主要角色，研究如何分散个人决定造成的风险才是新的刑法归责体系真正要关注的课题。像经济学、生物学、基因工程、心理学、精神病学这样从前与刑法看似无涉的学科可能与刑法紧密结合，因为它们能够为社会提供预防犯罪风险的新思路。

六、结论

刑法不是现代社会这座荒岛中的鲁滨孙，而是与其他社会部门一起构成了“日常生活中相互勾连创建的期望结构”。^② 因此，对刑法学做社会学的理解是真正把握刑法思潮发展的关键。在本文看来，犯罪论体系乃至整个刑法体系向社会学的知识转型，至少能够体现以下优点：犯罪论体系乃至整个刑法体系借此脱离了自然主义的价值思考，转向对刑法在社会中的地位、作用、界限的整体性思考；刑事政策、社会政策借此实现了与刑法体系的互动，刑法体系本身直接与刑事政策、社会政策挂钩，三者的联系更加紧密，有利于整体刑法学的实现；刑事政策能够充当刑法体系与社会政策的中介桥梁，国家和社会借此可以更好地将刑法作为社会规制与调控的工具，充分实现“最好的社会政策就是最好的刑事政策”的目标追求。总而言之，只有认识到当前犯罪论体系乃至整个刑法体系向社会学的知识转型，才能把握世纪更替以来刑法体系性思想的进展，从而为建构中国刑法学自主知识体系提供重要的学术资源。

（责任编辑：方 军）

① 参见许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 31 页。

② [德] 尼克拉斯·卢曼：《法社会学》，宾凯、赵春燕译，上海人民出版社 2013 年版，第 75 页。