

刑事法学的 现代课题

祝贺谢望原教授从教40周年

本书编委会 / 编

XINGSHI FAXUE

DE

XIANDAI KETI

zhube xiewangyuan jiaoshou congjiao 40zhounian

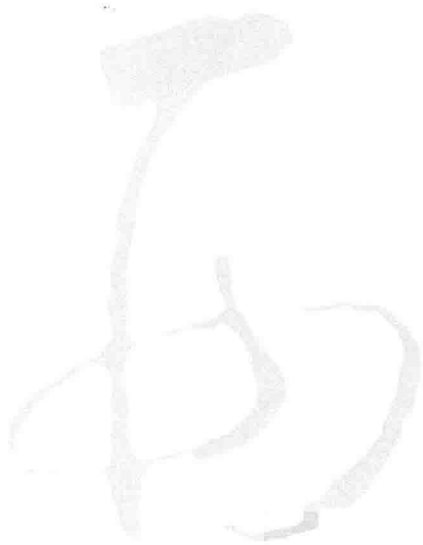


法律出版社 | LAW PRESS

刑事法学的 现代课题

——祝贺谢望原教授从教40周年

本书编委会 / 编



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事法学的现代课题:祝贺谢望原教授从教40周年 /
《刑事法学的现代课题:祝贺谢望原教授从教40周年》
编委会编著. —北京:法律出版社,2017
ISBN 978-7-5197-1336-2

I. ①刑… II. ①刑… III. ①刑法—法学—中国—文集 IV. ①D924.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第218808号

刑事法学的现代课题

——祝贺谢望原教授从教40周年

XINGSHI FAXUE DE XIANDAI KETI

—ZHUHE XIEWANGYUAN JIAOSHOU CONGJIAO 40 ZHOUNIAN

本书编委会 编

策划编辑 杨大康

责任编辑 杨大康

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 晁明慧

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众出版第二分社

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 39.25

字数 692千

版本 2017年10月第1版

印次 2017年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1336-2

定价:128.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

一个称职的老师不仅要用自己良好的专业素养传授给学生专业知识，还应当用自己的良心和良知告诉学生如何做人做事。

——谢望原



2003年11月，谢望原教授在哥本哈根某图书馆阅览室浏览刊物



1997年9月，在中国人民大学法学院博士后流动站进站仪式上，高铭暄教授授予谢望原教授博士后工作证书，左边沙发上就坐者是王作富教授

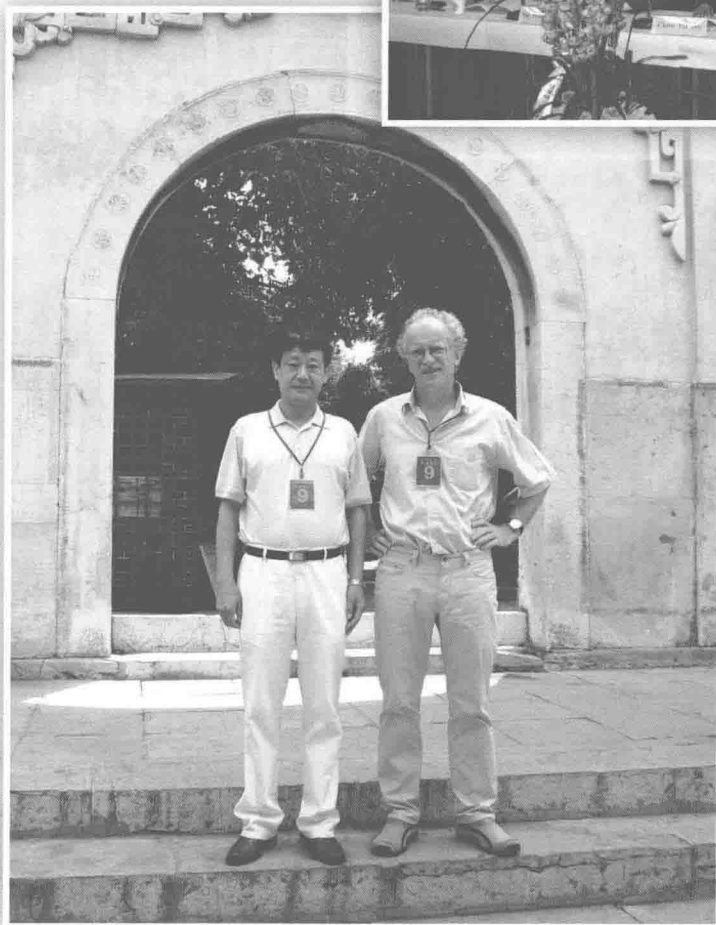


2006年7月，在东京大学与众刑法学者合影

前排座位左起依次为：东京大学山口厚教授，中国人民大学谢望原教授，清华大学张明楷教授，东京大学松尾浩也教授，北京大学陈兴良教授，东京大学西田典之教授。

后排站立者左起依次为：东京大学川出敏裕教授，立教大学小林宪太郎教授，东京大学佐伯仁志教授，成蹊大学金光旭教授，学习院大学镇目征树教授，东京大学樋口亮介教授。

2007年12月，谢望原教授在韩国庆北大学参加国际学术会议并做主题发言



2007年7月，谢望原教授与德国曼海姆大学法学院院长Lothar Kuhlen教授合影



2017年8月，谢望原教授与其指导的部分在京硕士、博士（后）同学合影



2017年9月，中德刑法学者合影

前排座左起，依次为：德国刑事律师协会会长Prof. Dr. Alexander Ignor，中国人民大学冯军教授，维尔兹堡大学教授Frank Peter Schuster，中国人民大学谢望原教授，北京大学陈兴良教授，维尔兹堡大学教授Eric Hilgendorf，浙江大学光华法学院常务副院长周江洪教授，科隆大学教授Thomas Weigend，波恩大学教授Urs Kindhäuser，法兰克福大学教授Jan C. Joerden，北京大学梁根林教授

序

在万里长江中游的江汉平原,坐落着这样一座城市——在这里不仅可以领略宋代文豪张耒笔下的“景湖门外有汀洲,灼灼红莲照碧流”,^[1]一睹晚唐诗人皮日休描绘的竟陵十景,^[2]更可以直抒茶圣陆羽“千羨万羨西江水,曾向竟陵城下来”^[3]的胸意,——这便是天门。天门,古称竟陵、复州,清雍正四年因境内天门山而得名,自秦始置竟陵县起,迄今已有 2000 多年历史。作为江汉平原明珠的天门,不仅风景如画,人杰地灵,而且文化传统积淀厚重,世代精英辈出。当代刑法学家谢望原教授便出生在这里的一个教师家庭。

先生乃困而好学者

所谓造化弄人。命运似乎决定了先生必须以坚韧毅力面对曲折多舛的人生。甫一出生,先生父母便双双被错划为“右派”,而理当在校习读诗书与科学、接受知识洗礼的年代,他又与无数同龄人一样遭遇了“十年浩劫”的“文化大革命”,不得不离开校园,到农村去“接受贫下中农再教育”。“上山下乡”的

[1] 出自张耒“怀竟陵莲花”诗句:“景湖门外有汀洲,灼灼红莲照碧流。公子不归时节晚,雨枝风叶卧清秋。”张耒(1054~1114),字文潜,号柯山,人称宛丘先生、张右史。生于北宋至和元年(1054年),歿于政和四年(1114年),享年六十一岁。他是宋神宗熙宁进士,历任临淮主簿、著作郎、史馆检讨。哲宗绍圣初,以直龙图知润州。宋徽宗初,召为太常少卿。苏门四学士之一。宋哲宗亲政后,新党得势,竭力报复元祐旧臣,随着苏轼等人的被贬,苏门弟子也受到株连。绍圣元年(1094年),张耒在以直龙图阁知润州(今镇江)任上,徙宣州(今宣城)绍圣四年(1097年)贬黄州(今湖北黄冈)酒税监督,再贬复州(宋地名,今湖北天门)监竟陵郡酒税。

[2] 皮日休(约838~883),晚唐文学家。字袭美,一字逸少。居鹿门山,道号鹿门子,又号间气布衣、醉吟先生,襄阳道竟陵(今属湖北天门)人。晚唐杰出诗人皮日休笔下的竟陵十景分别为:“道院迎仙”“书堂出相”“凤竹晴烟”“龙池春涨”“三竺渔歌”“五华樵唱”“梦野秋蟾”“天门夕照”“笑城暮雨”“梵刹晨钟”。

[3] 陆羽“六羨歌”诗句:“不羨黄金鼎,不羨白玉杯。不羨朝入省,不羨暮入台。千羨万羨西江水,曾向竟陵城下来。”陆羽(703~804)唐代学者。字鸿渐,一名疾,字季疵,道号竟陵子、桑苎翁、东冈子,唐复州竟陵(今湖北天门)人。陆羽为弃婴,由西塔寺(龙盖寺)智积禅师收养,智积禅师俗家姓陆,故羽取陆姓。智积禅师逝世后,陆羽写了这首诗怀念智积禅师。

《作为刑罚价值的自由》《刑罚价值关系论》《论刑事政策对刑法理论影响》等大量学术论文当中,无不透露出浓厚的哲学思辨韵味。尤其是在先生的成名著,也是我国第一部以价值哲学理论研究刑罚基本理论的专著——《刑罚价值论》中,先生运用价值哲学基本原理,对刑罚本质、刑罚功能、刑罚目的等问题进行了深入透彻的研究,并高屋建瓴地构筑了集自由、秩序、正义三位于一体的刑罚价值理论体系。即自由是刑罚的终极价值;秩序是实现自由的手段价值;正义则在刑罚价值中起着平衡器的作用。在刑罚价值体系中,自由、秩序、正义三者不可有任何偏废,但国家在进行价值选择时却应当有所侧重,即国家刑罚权的运用应以扩大和保护公民自由为首要任务;必须严格把秩序限制在绝对必要的范围内;绝不允许存在“过剩的秩序”。先生对刑罚价值体系的独特思考,不仅体现了其深刻的法哲学思想,而且还释放出对现实法治的忧思。为此,著名刑法学家,北京大学法学院张文教授等曾撰文盛赞先生著述“具有强烈的现实关怀情感”。〔1〕

先生乃布道者

先生布道,首先体现在其教书育人之上。古人有言:“师者,所以传道授业解惑也,”即作为老师,不能只做简单的教书匠,还要教授学生做人的道理和主动学习的品质,对此先生历来身体力行。2010年,先生在获评中国人民大学十大教学标兵称号时曾发表感言:“一个好的教师不仅要用自己良好的专业素养传授给学生专业知识,还应当用自己的良心和良知告诉学生如何做人做事。”因此,凡先生弟子,无不时刻牢记并处处践行先生立下的“老老实实做人、踏踏实实做事、勤勤恳恳为学”的“谢门真经”。先生布道还体现在通过著书立说表达学术良知、传递学者使命上。“严肃热爱真理是学者的真正道德”,作为法律人,先生始终认为,“一个真正的学者不仅要了解他所在领域的基本理论、国情民意,熟悉司法实践思路,而且还必须富有同情心、正义感和正直品格”,这是起码的学术良知,否则,如果学术无良知则将是灵魂的毁灭。而对于学者使命,先生则直白地表述为:清平自在,富贵不淫,威武不屈,秉持学术客观、公允、中立、批判之精神,呼唤公平正义。对此,先生在其新著《刑事正义与学者使命》中深刻论述道,但凡真正学者必须客观中立地执着追求学术真理并推而广之,

〔1〕 张文、刘艳红:《刑法哲学的一部力作——评谢望原博士的新著〈刑罚价值论〉》,载《中国刑事法杂志》1999年第5期。

如果丧失了学术自由和中立立场,那么学者也就失去了独立存在的意义。在当前司法改革如火如荼进行,民情舆论诉求复杂多样,学术却越来越攀龙附凤而功利之风盛行的当下,呼唤公平正义,关注舆论民情,践行学者使命是每一个法律人必须具有的情怀。先生所言虽然不多,但却纯真、质朴,掷地有声,字里行间无不流露着一个正直的刑法学者悲天悯人的人文情怀。

先生乃实践者

走进先生不够宽敞但却充满书香味的办公室,你首先会被墙壁上那副潇洒飘逸的书法作品所震撼,其上所书写内容乃是美国大法官霍姆斯那极富哲理且广为流传的名言——“法律的生命在于经验,而不在于逻辑”。事实上,这也正是先生本人的信条。先生常常告诫诸弟子,法律是实践性学科,理论的价值和生命力归根到底还在于它的实践价值,刑法理论必须为立法和司法实践服务,所以无论读书还是写作都不能脱离实践纸上谈兵,要放下身段、深入社会、认真思考,发现真问题、解决真问题,以此来不断提升自己,同时推进理论进步,否则就可能误入歧途。“纸上得来终觉浅,绝知此事要躬行”,先生不仅以此严格要求弟子,而且自身也是践行的典范。先生不仅深情专注于抽象的刑法哲学研究,而且时刻关注社会现实发展。其所主持完成的国家重点人文社会科学研究基地重大课题《刑罚制度改革研究》、澳门基金会重要课题《澳门特区与中国内地刑事司法合作研究》、司法部重要课题《伪造、变造犯罪研究》等无不是对当前重大社会热点问题的积极回应。另外,为了进一步实现理论与实践相结合,先生还曾到北京市西城区人民检察院挂职担任副检察长,充分发掘司法实践中存在的问题,以形成理论与实践之间的良性互动。不仅如此,先生还十分重视对外学术交流,先后到丹麦王国人权研究院、日本成蹊大学以及香港城市大学等国家和地区访学、讲学或交流,将中国刑法学研究的成果与学术思想、理论和经验与国(境)外同仁分享。

从1977年秋到2017年秋——先生从中小学教师(10年)到大学老师(30年),就是在这咫尺杏坛,先生已经默默耕耘40年!40年来,他为国家培养了许多优秀人才。他自己指导的法学博士有30人(其中香港和外国留学生2人,已有26人获得法学博士学位),法学硕士70余人(境外5人),法律硕士60余人,培养国内访问学者6人,博士后研究人员3人。如果加上他教过的本科生和中小学学生,他教过的学生人数可能有数千人之巨!现在,这些青年才俊有的从事司法工作,有的从事教育工作,有的从事律师工作,有的从事党政工

作,有的从事商务工作,有的从事军事工作等,他们已经成为各自工作领域的骨干或中坚力量。

时光荏苒,岁月如歌。变化的是寒来暑往,不变的是先生对学术与事业的执着与眷恋。让我们衷心祝愿先生健康、幸福,永葆学术与事业青春!

本书编委会

2017年6月20日

目 录

一、刑法总论问题

互联网时代刑法参与观的基本思考	徐剑锋	3
刑法立法模式的发展方向		
——在比较的视野中展开	杨文龙	18
我国刑事政策与刑法立法关系之变迁与评价	颜九红	37
多元化犯罪成立理论之提倡		
——以司法为中心的考察	罗 灿	64
保证人说之流变及其对我国的启示	宫厚军	77
期待可能性事由的限定性适用	钱叶六	89
团队医疗过失犯罪中的监督过失责任研究	王 波	120
论具体的方法错误的归责	陈 琴	134
防卫限度司法认定的困境与出路	张 宝	146
论自救行为之权利根基	杨家庆	161
以法益实害作为犯罪既遂标准的合理性研究	雷一鸣	175
法益批判论		
——以犯罪未完成形态基本理论为突破口	胡 莎	208
共犯限制从属性说之提倡		
——以共犯处罚根据和共犯本质为切入点	张开骏	221
经验而非逻辑		
——责任主义量刑原则如何实现	冉巨火	253
以与人权公约协调视角谈死刑裁量标准	吴光侠	270
我国《刑法》第三十七条的规范意旨与价值蕴含	丁华宇	281

“特别没收”的司法失衡与规范重塑

——以“供犯罪所用的本人财物”之没收为视角	刘鹏玮	298
试论我国追诉时效终止制度的溯及力	许佳	310
保加利亚刑法典历史演进与晚近发展	张雅	322

二、刑法分论问题

极端主义的理论界定	邹兵 曾真	335
论我国对“伊吉拉特”恐怖活动犯罪的刑法规制	简琨益	351
“老鼠仓”案中未公开信息的价格敏感性评析	翁凯一	363
人身安全是危害公共安全罪的必备要素		
——以刘某瘦肉精案为切入	王立志	374
论我国税收犯罪主体的重新定位		
——税收法律关系下的思考	刘荣	394
侵犯知识产权刑事案件犯罪数额及罪数关系浅析	吕晓华	413
表见代理与合同诈骗罪	郭立峰	429
刑民交错视野下窃取虚拟财产行为的认定		
——兼与刘明祥教授商榷	李齐广	439
刷单骗取积分、优惠券并套现行为的刑法性质认定	何龙	459
受虐妇女杀夫案中刑事责任认定的新思考	季理华	473
财产犯罪的本质和重心	金果	483
当事人伪造证据是否应当规定为犯罪	刘涛	497
贿赂罪刑法溯及力若干新问题研究	徐留成	507
《刑法》第三百八十三条之终身监禁的理解与适用	张尹	516

三、刑事诉讼法及其他问题

从聂树斌案再审视刑事证据裁判规则与方法	于同志	535
论认罪认罚从宽制度中量刑规范化的全流程实现		
——以海淀区全流程刑事案件速裁程序试点为研究视角	游涛	547
论军事刑事司法权的合理配置	姜涛	559
论刑事庭前会议的诉讼监督	任国庠	571

论政府部门内设警察机关侦查权优化配置	高 博 石安琪	583
股份回购请求权中回购价格的计算方法 ——以特拉华州公司法判例为中心	沈启光	598
后 记		618

—

刑法总论问题



