



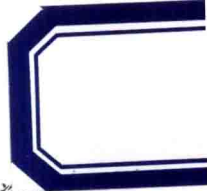
刘晓东 / 著

刑事审判程序的经济分析

XINGSHI SHENPAN CHENGXU DE JINGJI FENXI

刑事审判程序的运作存在着成本与收益的问题。本书作者运用经济学的方法来研究诉讼制度的变迁，通过成本收益分析来判断诉讼制度的运作是否有效率，判断诉讼制度，对所投入资源的利用能否实现效用最大化具有可行性和现实性。本书的出版为刑事审判程序研究开辟了一条新的思路。

中国检察出版社



本书出版得到河北电力大学博士基金项目资助

刘晓东 / 著

刑事审判程序的经济分析

XINGSHI SHENPAN CHENGXU DE JINGJI FENXI

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事审判程序的经济分析 / 刘晓东著. —北京: 中国检察出版社, 2014. 6
(检察新探索丛书)

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1182 - 9

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑事诉讼 - 审判 - 经济分析 IV. ①D915.318.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 074200 号



刑事审判程序的经济分析

刘晓东 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 18.5 印张

字 数: 336 千字

版 次: 2014 年 6 月第一版 2014 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1182 - 9

定 价: 48.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序 言

自上世纪 90 年代以来，随着我国司法改革的深入，尤其是对公正与效率目标的日益重视，我国诉讼法学界日益重视对诉讼效率等问题的研究。围绕诉讼公正与诉讼效率的关系、效率与效益的联系和区别、诉讼成本与收益的关系、诉讼经济原则与诉讼及时原则等，学界推出了一系列研究成果。这些成果积极推动了我国刑事诉讼目的论、价值论等基础理论的发展。当前，随着司法公信力和司法权威问题的突显，如何处理公正、效率与权威三者关系，也引起社会各界的重视。在刑事诉讼法的再修改过程中，许多制度的改革完善均与这一问题密切相关，譬如，庭审方式的改革、简易程序的改革、证人作证问题的解决、是否引入陪审团、再审程序的完善、死刑复核程序的完善，等等。最新修正的刑事诉讼法也在诸多方面体现了公正和诉讼效率。

近年来，随着法经济学的广泛传播，经济学的诸多理论范畴不仅被引进诉讼法学界，而且产生了较为重大的影响。根据法经济学理论，法律不仅仅是一种规则体系，而且是社会的一种理性活动。包括诉讼在内的所有法律活动以及整个法律制度都要以资源的有效配置和利用为重要目标。经济分析方法为分析法律现象提供了成本——收益分析等一系列理论工具和具体方法。理查德·A. 波斯纳等学者的突出贡献在于，他们运用经济学的基本假设和基本原理分析各种法律现象。诚如理查德·A. 波斯纳告诉大家的道理：“经济学思考总是在司法裁判过程中起着重要的作用，即使这种作用不太明确甚至是鲜为人知；法院和立法机关更明确地运用经济理论会使法律制度得到改善。”在大家的努力下，经济分析方法在诉讼法学研究中得到日益广泛的运用。我们欣喜地看到，在许多司法改革项目

中，诉讼资源的配置及其改革日益合理。在许多诉讼效率问题的研究中，研究主题日益规范，研究方法也日益丰富、多元。

本书的知识贡献在于，以刑事审判程序的经济分析视角，运用经济学的“放大镜”检视刑事审判程序的“疑难杂症”，再结合诉讼法学原理和经济学原理及时开具“药方”，试图对“病症”实现最优化的处理。具体而言，不仅在理论层面阐述了法经济学研究基本范畴和刑事审判程序基本范畴之间的关联性，而且在应用层面对刑事审判基本原则、刑事一审程序、二审程序、再审程序进行了“法经济学思考”，提出了许多较有见地的设想。相对于传统诉讼效率论的研究而言，该书除了运用了经济分析方法外，还运用了社会学、伦理学等知识，因而在规范性、新颖性等方面颇具特色。当然，对刑事审判程序的经济分析还有待进一步深入。譬如，在分析样本上，相关的数据和个案有待进一步充实。

刘晓东是我指导的法律硕士、法学博士。他具有扎实的经济学基础以及丰富的诉讼法学专业知识。他1991年毕业于山东大学经济系，获经济学学士学位；1999年进入中国政法大学研究生院研习刑事诉讼法学，于2002年获法律硕士学位；2004年在中国政法大学继续攻读诉讼法学博士学位，于2007年7月到华北电力大学任教。期间，他从1991年至1994年在临沂地委党校、1994年至2004年在山东理工大学均讲授经济学课程，正是这些经历使得他善于思考、精于总结。看到他在刑事审判程序的经济分析上著书立说，作为他的导师，我感到无比欣慰，同时也希望他愈加勤勉，再结硕果。

宋英辉

2014年6月1日

目 录

序 言.....	1
引 言.....	1

第一章 刑事诉讼法学的经济分析之研究范式

一、法经济学的基础理论	3
(一) 经济学的基本假设	3
(二) 法经济学的基本理论	10
(三) 法经济学的基本信条	20
(四) 法经济学的主要分析方法	23
二、法经济学范式之评述	30

第二章 刑事审判程序经济分析的基本范畴

一、诉讼资源	36
二、刑事诉讼的投入与产出	39
三、刑事诉讼的成本与收益	42
(一) 诉讼成本	42
(二) 诉讼收益	45
(三) 诉讼成本与诉讼收益的关系	46
四、程序收益与程序价值	47
五、诉讼效率	49
(一) 效率的经济学解释	49

(二) 司法效率	57
(三) 刑事诉讼效率	58
(四) 程序公正与诉讼效率的契合	61
六、诉讼模式之经济分析	65
(一) 诉讼经济对诉讼模式选择的意义	65
(二) 两种典型的刑事诉讼模式的特点	66
(三) 两种刑事诉讼模式的成本收益比较分析	69
(四) 对诉讼模式的实验经济学之检验	70
(五) 对我国刑事诉讼模式构建的思路展望	72
七、刑事诉讼场域中的“潜规则”	72
(一) 刑事诉讼场域中的“潜规则”的表现形式	73
(二) 制度变迁：新规则之确立	77
八、刑事诉讼经济分析的权衡原理	80
(一) 刑事诉讼中的权衡原理	80
(二) 权衡原理的应用举例	82

第三章 刑事审判基本原则之经济学解析

一、刑事诉讼原则概述	85
二、刑事诉讼经济原则	87
(一) 刑事诉讼经济原则释义	87
(二) 刑事诉讼经济原则的理念基础	88
(三) 确立刑事诉讼经济原则的考量因素	90
(四) 刑事诉讼经济原则的体现	93
(五) 刑事诉讼经济原则之功能局限性	108
三、刑事审判诸原则之经济学解析	110
(一) 程序法定	110
(二) 无罪推定	111
(三) 司法独立	113

(四) 不告不理	116
(五) 任何人不受强迫自证其罪	118
(六) 有效辩护	121
(七) 集中审理	126
(八) 直接言词	128
(九) 证据裁判与自由心证	129
(十) 禁止双重危险与一事不再理	132

第四章 第一审程序之经济分析

一、法经济学视角下一审程序存在的问题	136
(一) 陪审制之经济分析	136
(二) 制度经济学视野中的人民陪审员制度	145
(三) 审判组织之经济分析	150
(四) 庭前审查程序之经济分析	154
(五) 证据开示制度之博弈分析	159
(六) 庭外调查证据之经济分析	164
(七) 交叉询问制度之经济分析	165
(八) 证人出庭作证之经济分析	170
二、普通程序简易审之经济分析	182
(一) 普通程序简易审的实际运作程式	182
(二) 实施普通程序简易审的预设条件	184
(三) 简易审的诉讼经济之考量	185
三、简易程序之经济分析	193
(一) 简易程序运作情况的实证分析	193
(二) 简易程序存在问题之制度性解决	206
四、认罪协商制度之经济分析	209
(一) 认罪协商的制度变迁史略——以美国为例	210
(二) 辩诉交易盛行之原因分析	212

(三) 辩诉交易的经济性	214
(四) 我国引进辩诉交易之分析	219

第五章 二审程序之经济分析

一、上诉审基本功能之经济分析	222
(一) 上诉程序的功能	222
(二) 上诉程序的经济分析	224
二、我国二审程序的突出问题及其经济分析	226
(一) 两审终审的审级制度的变相消解	226
(二) 上诉不加刑原则之经济学意义	227
(三) 二审开庭审理	231
(四) 二审审理范围	234
(五) 不周全的上(抗)诉的期限	237
(六) 重复追诉的诉讼不经济问题	241
三、我国普通救济程序之重构	243

第六章 再审程序之经济分析

一、经济分析再审程序的重要性	245
二、西方主要国家的再审程序对效率的追求	246
三、我国再审程序存在的诉讼不经济问题及其解决	247
(一) 关于再审申诉的规定	248
(二) 提起审判监督程序存在的诉讼不经济问题	253
(三) 关于审判监督程序的程序适用的不经济问题	260
(四) 再审的审理模式之经济分析	261
余 论	266
主要参考文献	268
后 记	283

引言

当下，对策法学、移植法学和引进法学已成为部门法学研究的基本模式，刑事诉讼法学的研究也概莫能外。长期以来，刑事诉讼法学研究主要是采注释式的研究方法，通过诠释法条来揭示立法的精神，造成对司法实践中的问题的解释功能退化变味，并且一不留神就滑向对策分析的心海。研究方法的改进可能是刑事诉讼法学所面临的重大课题之一。^① 学者们已经注意到应当根据研究的需要启用具体的研究方法，并力求研究方法的多元化。具体说来，主要有价值分析方法、历史方法、比较方法、逻辑实证方法、经验实证方法等，这些具体的方法各有利弊。^② 抛开它们的优点不谈，价值分析方法如果没有实证分析作为基础，价值评价就很难摆脱片面和肤浅的阴霾。历史方法容易被繁杂的历史事实所蒙骗，寻找制度变迁后的法律精神和理念需要聪明的才智和运气。比较方法也极易对一些问题“误读”，找不到问题背后的因素就会自说自话，甚至难逃南辕北辙的厄运。就逻辑实证方法而言，往往应用起来力不从心，显得幼稚可笑。经验实证方法也容易犯以偏概全的毛病。

刑事诉讼法学的功能主要体现在“解释”和“评价”两个方面，“解释”旨在描述，评价旨在规范，二者均不可偏废。解释就是作纯粹的研究，采取总结现象、发现问题、分析成因、预测未来发展动向等手段来探究未知事物的过程。^③ 评价则离不开价值判断，做到价值中立是一件困难的事情，所以设定价值判断的标准十分重要。尽管如此，与对策分析得到的方案比较，通过解释和评价得到的方案会更切合实际，因为解释和评价是通过论证来进行的，论证就要有扎实的论据，要有实际的东西作为支撑，要依靠合适的标准来验证。

① 宋英辉、吴宏耀、雷小政：《证据法学基本问题之反思》，载《法学研究》2005年第6期。

② 雷小政：《证据法的研究范式》，载宋英辉、汤维建主编：《中国证据制度的理论与实践》，中国人民公安大学出版社2006年版，第43页。

③ 陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社2005年第2版，第145页；又见陈瑞华：《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》，中国人民大学出版社2003年版，第522页、第526页。

伪”。即使这种状况的存在不是理想的，但现实需要这种假设。^①

经济学的两个最基本的假设：稀缺性和经济人。稀缺性推演出机会成本和效率理论（机会成本和效率理论见后文论述），经济人的假设中推演出约束条件下的最大化假设和稳定偏好假设，这些前提和假设构成了法经济学的理论基础。

1. 稀缺性

稀缺性是指这样一种状态，相对于人们的需求，资源总是有限的。人类的历史就是在与稀缺作抗争，到目前为止，稀缺仍然困扰着人类，人类生存条件的实质就是处理各式各样的稀缺问题。^② 稀缺性是经济学分析的前提，稀缺性的存在才使效率有了意义。因为稀缺性，经济人只能追求既定约束限制条件下的最大化，机会成本对人们的选择变得至关重要。

从个人角度而言，稀缺性表明支付能力不足以满足支付欲望，意味着必须作出选择。“稀缺性与选择是所有资源分配的属性，这些资源的分配通过各种媒介进行……”^③ 稀缺性问题的存在，就要求人们不得不进行选择，不得不把有限的资源有意识地、有目的地用到特定的方面。这一选择的过程就是决策的过程。选择必须寻求一个稳妥的标准，选择也必然受到约束，不能随心所欲。选择要在一定的约束条件下进行，这些约束条件既可能是物质的约束，也可能是制度的约束。由于相互性问题的存在，^④ 人们选择时也必须考虑到别人的选择，这就使得稀缺性变得更加复杂。

稀缺性成为权利冲突的根源，而解决权利冲突同样受制于稀缺性。法律制度事实上是在发挥着分配稀缺资源的作用，因此，所有法律活动都要以资源的有效配置和利用为衡量尺度。

2. 经济人

经济人都是理性的最大化者的假设是现代经济理论的基石。理性设计到谁

① 参见王成：《侵权损害赔偿的经济分析》，中国人民大学出版社2002年版，第44页。

② [美] 罗伯特·H. 弗兰克：《微观经济学》，李绍荣等译，中国财政经济出版社2005年版，第3页。

③ [美] 加里·S. 贝克尔：《人类行为的经济分析》，王业宇、陈琪译，上海人民出版社1995年版，第6页。

④ 参见科斯的论述，[美] 罗纳德·哈里·科斯：《社会成本问题》，载罗纳德·哈里·科斯：《论生产的制度结构》，盛洪等译，上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第142页。

第一章 刑事诉讼法学的经济分析之研究范式

一、法经济学的基础理论

经济学经过 200 多年的精雕细琢，奠定了稳定的科学性的学科基础，这种学科基础表现在对经济学理论基础和假设条件的一步步拓展、论证和完善之中。经济学之所以能够进入“法律帝国”，就是有赖于这些成熟的基础理论。

经济学是人类关于选择的行为的学问。^① 经济理论是帮助人们了解社会、经济现象以及推动社会发展、增进人类福利的一个工具。^② 经济学的理论都建立在理性这个本体的基础之上，不以理性这个本体来解释社会现象的理论不是经济学的理论。而如果以理性作为出发点来观察解释社会现象，即使所解释的现象与金钱及物质利益无关，也是经济学的理论。^③ 故决策者要作出理性的选择，追求最大化。凡是涉及决策者的选择问题，都可以用经济学的方法来分析。

（一）经济学的基本假设

经济学研究问题是从“假设”开始的，假设是能够被大量社会或生活的经验所证实，同样能够被一些社会或生活的经验所证伪的概念、原则或信仰。生活中存在很多假设，人们似乎生活在假设之中或者依靠假设生活，就是因为这些假设能够被生活经验所证实。同样，在科学研究中也存在大量的假设或者说许多的科学研究就是建立在假设之上的。假设给人们的启示就是大量社会或者生活的经验能够证明某种判断是正确的，那么这样的假设就有一定的普遍正当性。当然，这样的结论并不排除这些假设会被一些社会生活的经验所“证

① [美] 加里·S. 贝克尔：《人类行为的经济分析》，王业宇、陈琪译，上海人民出版社 1995 年版，第 5 页。

② 林毅夫：《论经济学方法》，北京大学出版社 2005 年版，第 38 页。

③ 林毅夫：《论经济学方法》，北京大学出版社 2005 年版，第 9 页。

伪”。即使这种状况的存在不是理想的，但现实需要这种假设。^①

经济学的两个最基本的假设：稀缺性和经济人。稀缺性推演出机会成本和效率理论（机会成本和效率理论见后文论述），经济人的假设中推演出约束条件下的最大化假设和稳定偏好假设，这些前提和假设构成了法经济学的理论基础。

1. 稀缺性

稀缺性是指这样一种状态，相对于人们的需求，资源总是有限的。人类的历史就是在与稀缺作抗争，到目前为止，稀缺仍然困扰着人类，人类生存条件的实质就是处理各式各样的稀缺问题。^② 稀缺性是经济学分析的前提，稀缺性的存在才使效率有了意义。因为稀缺性，经济人只能追求既定约束限制条件下的最大化，机会成本对人们的选择变得至关重要。

从个人角度而言，稀缺性表明支付能力不足以满足支付欲望，意味着必须作出选择。“稀缺性与选择是所有资源分配的属性，这些资源的分配通过各种媒介进行……”^③ 稀缺性问题的存在，就要求人们不得不进行选择，不得不把有限的资源有意识地、有目的地用到特定的方面。这一选择的过程就是决策的过程。选择必须寻求一个稳妥的标准，选择也必然受到约束，不能随心所欲。选择要在一定的约束条件下进行，这些约束条件既可能是物质的约束，也可能是制度的约束。由于相互性问题的存在，^④ 人们选择时也必须考虑到别人的选择，这就使得稀缺性变得更加复杂。

稀缺性成为权利冲突的根源，而解决权利冲突同样受制于稀缺性。法律制度事实上是在发挥着分配稀缺资源的作用，因此，所有法律活动都要以资源的有效配置和利用为衡量尺度。

2. 经济人

经济人都是理性的最大化者的假设是现代经济理论的基石。理性设计到谁

① 参见王成：《侵权损害赔偿的经济分析》，中国人民大学出版社2002年版，第44页。

② [美] 罗伯特·H. 弗兰克：《微观经济学》，李绍荣等译，中国财政经济出版社2005年版，第3页。

③ [美] 加里·S. 贝克尔：《人类行为的经济分析》，王业宇、陈琪译，上海人民出版社1995年版，第6页。

④ 参见科斯的论述，[美] 罗纳德·哈里·科斯：《社会成本问题》，载罗纳德·哈里·科斯：《论生产的制度结构》，盛洪等译，上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第142页。

是具体的决策者、决策者所要达到的目标、目标的限制条件、可供选择的方案，每个方案的特性、相对的成本收益是多少。

经济人的假设肇始于真实的人被真实的金钱或利益所驱动，因为真实的天性和真实的局限，作出真实的决策和发生真实的失误或错误，并为自己的行为后果真实地暗地窃喜或伤悲。

理性是任何经济学理论的共同“本体”，不管在什么社会，理性这个“本体”是相同的，但决策者所面临的约束条件、选择范围和机会成本是不同的，所做的选择就是不同的，表现出来的行为方式是不同的。^①

当然，人们对于理性的认识也有分歧，起码可以区分为“绝对理性”或“无限理性”和“相对理性”或“有限理性”，所以对于理性的认识也需要作出理性的分析。新古典经济理论中的“绝对理性”依赖的限制条件十分严格，“有限理性”是人们乐于使用的概念，使用“有限理性”是为了避免“绝对理性”的严苛性。

第一，绝对理性。新古典经济理论中的理性是“绝对理性”的概念，它依赖于以下几个条件：其一，每个行为主体都有一个明确界定的效用函数；其二，决策时有完备的信息，且有选择的绝对自由；其三，所处的外部环境是完全确定的，都受预期效用最大化欲望的驱使。因为，只有在确定的情况下，它才符合通常所了解的“理性”的概念，因为它要求决策机制符合全部可供选择的决策都是已知的，而且每一个决策的所有结果都是无风险的，决策者可以对所有结果的效用排出序列或加以算计。这三个限制条件的严格性，使“绝对理性”受到批评。

经济人都能完美地处理所有与他们能得到的选择方法相关的信息，因而能够根据他们的相对“合意度”来对所有可能的结果进行排序、评级，然后偏好于能使其效用最大化的物品和活动。经济人或理性人既可能是利己主义者也可能是利他主义者。经济人作出有意图的选择，其目的都是运用有用的手段追求一贯的目标。经济人表明每一个参与市场交易的个人（企业等社会组织等，无非是“放大”了的个人），都有能力作出理性选择。

有人质疑经济人没有能力收集完整的信息，但是，信息也是一种商品，只有当信息的边际收益不小于信息的边际成本时，经济人才会花更多的时间、精力、财力去获取额外的信息，所以疏于收集信息也是理性的表现。随着信息价格的上升，疏于收集信息的程度也会提高，即经济人在这种情况下倾向于放弃对信息的进一步搜集。

① 林毅夫：《论经济学方法》，北京大学出版社 2005 年版，第 9 页。

即使在信息残缺或存在交易成本的情况下，也不能随意断定人们的选择是“非理智的”。因为他或她必然会考虑到获取信息所需成本或潜在的交易成本完全可能超过预期的获利数额。在这种情况下并不认为信息是完备的，也不认为不存在交易成本，而恰恰认为信息往往是残缺不全的，而获得信息是需要成本的。但是，在信息不全或存在交易成本的情况下，人们的行为不应混同于非理性或者是随意的行为。^①在经济人的效用函数中，如果“来世”被贴现的收益小于在“现世”铤而走险所得的收益时，就对经济人失去约束力。

经济人的假设不排除个人会采取非理智的行为，但是某些个体的偶然的非理智行为不会影响根本性假设所作出的经济分析的准确性，因为，从总体和一般性上衡量，人的行为是理性的；至少，即使是在非理性的行为的利益诱导之下，人们也往往被迫作出趋于理性的选择。^②经济人或者说理性人与传统法律理论上的“理智人”既有契合，也存在冲突。经济人与“理智人”的对照显示，“理智人”是指已经融入社会、乐于遵守社会的准则和习俗，其行为与社会的准则习俗要求相一致的人。法律反映了一些准则和习俗，“理智人”就会遵守。那些参与非法活动的人之所以被认为是不理智的，就是因为他们违背了现存的准则和习俗。但从经济人的角度来看，这些人的违背行为就可能是理性的，即使这些行为与社会准则发生了冲突。^③

第二，有限理性。信息经济学表明：经济人的能力与其拥有的信息密切相关。人类行为是理性的，隐含的信息是完全的，尽管以此来说明问题比较有效，但是这个假设与实际情况不符合。人们面临信息不完全是常态，人们对未来是缺乏预见的，即使对已经发生的事情人们也难以得到完全的信息。信息也是稀缺的，生产和获得信息需要付出成本，由于信息不完全，人们的理性就是有限的。不确定性也影响决策主体的决策。在决策过程中，人们寻找的并非是“最大”、“最优”标准，而是“满意”标准，按照满意的标准，所有人的协议、契约或制度规范都不可能是十全十美的。^④由此可见，法律主体的有限理性是现实存在的。

① [美] 加里·S. 贝克尔：《人类行为的经济分析》，王业宇、陈琪译，上海人民出版社 1995 年版，第 9 页。

② [美] 加里·S. 贝克尔：《人类行为的经济分析》，王业宇、陈琪译，上海人民出版社 1995 年版，第 10 页。

③ [美] 尼古拉斯·麦考罗、斯蒂文·G. 曼德姆：《经济学与法律》，朱慧、吴晓露、潘晓松译，史晋川审校，法律出版社 2005 年版，第 74 页。

④ [美] 西蒙：《现代决策理论的基石》，杨砾、徐立译，北京经济学院出版社 1989 年版，第 53 页。

理性是指一个人在做决策之时，在他所知的可能选择方案中，总会作出他所认为的“最佳选择”。^①这相当于西蒙所说的“有限理性”。“一个人的理性”与否是从作出选择的当事人的角度来衡量的，不是从他人或社会的角度来衡量的，即使他所作的选择关系到群体的公共事务，是否理性也是从决策者自己而非从群体的角度来判断的；“做决策之时”是就决策当时的情况而言的，以后情况发生了变化了，最佳的选择也可能随之而变，但并不因此否认当时的决策是不理性的。当然，一个决策者考虑的不仅仅是即期的利益，也会根据当时的条件状况、过去的经验等对未来有所预期，而把对未来的影响也放进当时的考虑当中。“所知的可能选择方案”说明理性与否是就当时的认知而定的，决策者是比较了可供选择的方案，选择以外的方案不予以考虑。决策者的选择范围受到他自己认知的影响，决策者的预算、时间、所拥有的信息、处理信息的能力影响其方案的选择，决策者也会受到外在的相关群体、制度、政府的政策、社会价值、意识形态的影响。“所认为”说明理性是根据当事人自己对可选方案的长期短期相对成本收益的比较而言，这个比较可能会因其个人的知识信息经验积累不同或内在条件的变化而变化。^②

在有限理性的条件下，信息分布不对称，追求私利的人们会利用其拥有的信息优势采取机会主义的行为，人们的机会主义倾向需要制定制度来约束。

某些参与人拥有另一些参与人不拥有的信息被称为非对称信息。由于信息的非对称性，悖逆选择或逆向选择（也被解释为事前的机会主义）就必然会在事前发生，败德行为（道德风险或道德祸因或事后的机会主义）就必然在事后出现。所以信息经济学的一个基本结论：制度规则是重要的，而且任何一种制度或政策安排，都要满足个人的“激励相容约束”^③（通俗地讲，即人们常听到的上有政策，下有对策，个人目标和社会目标要协调）才是可行的。法律制度为人们提供了一个基本的行为规范，给了人们一个稳定的预期，使人们避免因信息不完全和不确定性造成损失，从而限制行为人的机会主义行为。

3. 约束条件下的最大化

所谓约束条件下的最大化，是指在预算约束所允许的范围内作出一个最佳的选择，选择上的约束可以表示为“可行集”，实现效用的最大化在可行集内

① 林毅夫：《论经济学方法》，北京大学出版社2005年版，第9页。

② 林毅夫：《论经济学方法》，北京大学出版社2005年版，第39页。

③ 北京大学中国经济研究中心：《经济学与中国经济改革》，上海人民出版社1995年版，第324页。

作出一个最好的选择。^①最大化的目标可以各式各样，可以选择预期效用最大化、自我利益最大化、财富最大化、收益最大化、选择风险规避、内心的满足、社会责任等等。^②经济学家贝克尔把人的最基本需求的满足作为效用最大化的目标，这样就把经济学研究的范畴扩大到社会政治范畴。^③

新制度经济学对最大化的假设作出了一定的修正，加入了对最大化假设的相关约束条件的分析。在这些约束中主要是交易成本或制度的约束，而制度是由一系列正式制度、非正式制度（往往得到社会认可）及其实施机制所构成的。新制度经济学认为人们的目标是多元的，人们根据自己的价值观追求自己的利益，人们更喜欢追求效用的最大化而不仅仅是追求金钱利益的最大化，其中包含利己和利他的成分，非货币的东西如名声、尊严也是人们关心的利益。

最大化假设对决策过程产生的一个直接结果就是，只要边际收益不小于边际成本，经济人就会从事额外的活动，即使是违法犯罪的活动。因为着手从事这些活动其实就变成了比较边际收益和边际成本的问题。^④那些从事违法行为的人和遵纪守法的人，在本质上没有什么不同，他们只是基于不同的偏好和机会成本限制，从事了非法的或合法的活动，因为这些活动能使他们的收益最大化。

但是，科斯对经济人追求效用最大颇有微词，他认为只要知道需求定理就足够了，并不需要假定人们是理性的而且追求效用之极大。诚如他所言：“不管人类的选择系取决于哪些因素，就一群人而言，在绝大多数情况下，某个东西的（相对）价格上涨，对该物品的需求量就会下降。我们只要了解这么多就足够了。在这儿，价格指的并非一定是货币价格，也包括很广义的价格。”^⑤

以前人们认为法官在处理案件的时候，会心系社会总福利，但是法官有时会拒绝把效用最大化当作一种激励，因为法官与自己办理的案件没有任何私人利害关系，况且现在的司法体制旨在使法官与重大的经济激励分开。但是法官也同其他人一样，也是效用最大化者。亚伦·德萧维奇曾评论美国当事人主义的对抗制，“在我们所采用的双方当事人论争的刑事诉讼制度里，所有的参与

① [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，施韶华等译，张军审校，上海财经大学出版社 2002 年版，第 11 页。

② 林毅夫：《论经济学方法》，北京大学出版社 2005 年版，第 28 页。

③ 林毅夫：《论经济学方法》，北京大学出版社 2005 年版，第 37 页。

④ [美] 尼古拉斯·麦考罗、斯蒂文·G. 曼德姆：《经济学与法律》，朱慧、吴晓露、潘晓松译，史晋川审校，法律出版社 2005 年版，第 74 页。

⑤ [美] 科斯：《厂商、市场与法律》，陈坤铭、李华夏译，台北远东出版公司民国 84 年（1995 年）初版，第 14 页。