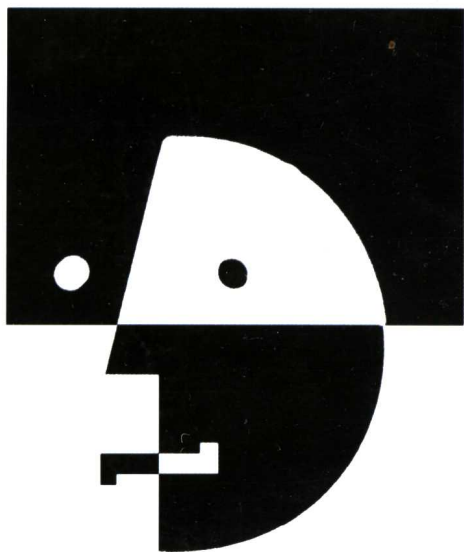


可计算的刑法

经济学方法论视野中的刑法效益

李 可 / 著



浙江林学院出版基金资助项目

吉林人民出版社

浙江林学院出版基金资助项目

可计算的刑法

——经济学方法论视野中的刑法效益

李 可 著

吉林人民出版社

可计算的刑法 KEJISUANDEXINGFA

著 者:李 可

责任编辑:李艳萍 lyp@jlpph.com 电 话:0431-5649681

封面设计:翁立涛 责任校对:许锦贤

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 4646 号 邮政编码:130021)

印 刷:长春市第九印刷有限公司

开 本:850mm×1168mm 1/32

印 张:7.5 字数:220 千字

标准书号:ISBN 7-206-03292-3/D·1364

版 次:2004 年 6 月第 1 版 印 次:2004 年 6 月第 1 次印刷

印 数:1-1 000 册 定 价:15.80 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

序

李可同志的这本书,从经济学方法论的角度对刑法效益进行了十分精当的分析,它澄清了人们在刑法效益问题上存在的一些混乱,为日后刑法效益的研究奠定了一个基本的框架。在该书中,对于刑法效益,作者既有宏观的建构,也有微观的分析,既有逻辑推理,也有个案解剖,或宏或微,皆见作者深厚的法学功力。

值得注意的是,即使是在用经济学方法论研究刑法效益时,作者也时时谨记正义、公平在法律价值上的优先位序。因此,阅读本书,您在欣赏绝妙的经济学方法论演示的同时,更可感受到作者对个体人强烈的人文关怀。

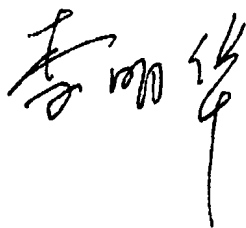
在后边的几篇文章中,作者对刑法学的一些重大问题进行了探讨。例如,作者对刑法学的三大基本范畴给予重新审视和重构,其理论意义非常深远。可以说,后半部分的研究是该主体部分的自然延伸和精神升华。

作为一位理论法学的研究者,能够对部门法学的问题作出如此精彩的分析,我为作者感到高兴。同时,这些研究也是作者为实践其“博大才能精深”的学术理想而付诸的努力。

林学院风景秀美,是治学的好场所。人文学院以给每一位教师以人文关怀,创造更好的人文气氛为目标。我们相信,

在以后的日子里,李可同志的学术前景将有更大的发展。

李可是我指导的青年教师,他勤奋好学,待人热情,为学严谨。我赞赏他的才华,故为之序!



2004年2月22日于东湖之滨



目 录

序	(1)
第一章 法律的经济分析的历史回顾与现实启示	(1)
第二章 法律的经济分析的必要性和可能性	(14)
第三章 法律的经济分析的基本理论预设	(27)
第四章 经济分析视野下的“效益”概念辨析 ——以法律效益的范畴与种类为重点	(43)
第五章 刑法效益:结构之解析	(66)
第六章 刑法的经济分析:理论建构与个案剖析	(93)
第七章 刑法效益:一种系统论的阐释	(109)
第八章 论刑法的公正性和效益性之整合	(142)
第九章 犯罪构成·犯罪成立·犯罪 ——对刑法学三大基本范畴关系 的审视与重构	(155)
第十章 罪刑法定在中国封建时代的命运	(171)
第十一章 论持有型犯罪	(185)
第十二章 标签理论与未成年人犯罪预防	(197)
第十三章 二十世纪国外刑法学的新发展	(203)
跋	(221)
参考书目	(225)



第一章 法律的经济分析的历史回顾与现实启示

一、法律的经济分析的定义、对象和方法

法律的经济分析 (economics analysis of law) 是指用经济学的分析工具解析法律制度, 以改革和完善现行法律制度和法律体系, 更好地服务于一国的经济发展及其社会生活。

经济分析的研究对象包括任何法律制度, 也即法理学上讲的一般法制度, 它不局限于现行法律制度, 但其着重点在于现行法律制度, 尤其是当代市场经济下的法律制度。值得注意的是, 经济分析的对象不仅包括规范经济的法律制度, 而且包括规范其他领域, 如政治生活和婚姻家庭生活的社会法律制度。

经济分析的方法主要是市场交易学的方法。现代的法律经济分析学表明, 政治法律领域内人们的行为也表现出一种“类市场交易”的行为, 在这个领域内, 人的预设为“理性人”, 其行为就相应地可视为理性人的行为。因此, 人们在市场外的行为与市场内的行为在本质上并无不同, 经济分析的方法——市场交易学的方法也就能解释并预测其行为, 为设计或改革国家政治制度和法律制度提供实证材料和理论工具。当然, 市场行为和市场外行为毕竟有所不同, 因此,

经济分析的方法并不能不经改造、全盘地应用到法律领域，这是我们在开始本课题的研究时应注意的。

二、对法律的经济分析的近代史考察

法律的经济分析最早开始于 18 世纪的欧洲，意大利著名刑法学家贝卡里亚在其名著《论犯罪与刑罚》一书中就显露了对法律的经济分析的思想火花。首先，他说，“如果刑罚超过了保护集有的公共利益这一需要，它本质上就是不公平的。”^①可见，在判断刑法的公正与否时，贝卡里亚舍弃了其先辈哲理法学派的抽象的“理性”、“自由”等哲学大词，而代之以具有切实可行性的“利益”一词。其次，在论述刑罚的严重性要求时，贝卡里亚认为，“只要刑罚的恶果大于犯罪所带来的好处，刑罚就可以收到它的效果。这种大于好处的恶果中应该包含的，一是刑罚的坚定性，二是犯罪既得利益的丧失。”^②用法律的经济分析的话说就是：如果犯罪的预期成本大于犯罪的预期收益，那么，犯罪人从犯罪中就一无所得，即犯罪的预期收益为零。这样，作为一个利益计算人的犯罪人就不会再去犯罪。最后，贝卡里亚的罪刑相称思想里也包含着若干经济分析的成分。他说，“需要刑罚与犯罪相对称。……需要有一个相应的、由最强到最弱的刑罚阶梯。”^③刑罚其实就是对犯罪开列的高低不同的“价

① [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京：中国大百科全书出版社 1997 年版，第 9 页。

② [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京：中国大百科全书出版社 1997 年版，第 42 页。

③ [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京：中国大百科全书出版社 1997 年版，第 66 页。

目表”，其严厉性和醒目性强烈地刺激着犯罪人和潜在犯罪人，使其谨慎地选择自己的行为，不去触犯法网。

由以上分析可见，贝卡里亚是西方历史上对刑法进行经济分析（economic analysis of criminal law）的第一人，虽然其经济分析的方法并不是怎么太成熟。

继贝卡里亚之后，18世纪的英国功利主义法学家边沁是对法律，尤其是对刑法进行经济分析的一位大家，其创立的功利主义法学被认为是现代经济分析法学的理论来源之一。首先，边沁认为，“在道德科学领域，尤其是在立法领域，功利论原理是唯一确定的指南。”^①所谓“功利”就是“最大幸福”，就是避苦求乐，就是减轻痛苦增加快乐，转换成经济分析术语就是“以最小的成本投入获得最大的产出。”由此可见，边沁的功利主义思想就极其直白地凸显了对法律进行经济分析和效益考量的理念。在边沁看来，功利论的方法可以解释和重构政治和法律领域的一切问题，尤其是立法问题，功利思想应是其指导思想。其次，在边沁的眼中，产生“功利”的就是道德的；个人的功利应与他人以及社会的功利相调谐；最大多数人的最大“功利”乃是任何立法之目标。再次，在《立法理论——刑法学原理》一书中，边沁着重对刑法问题进行了功利—经济的分析。他认为，侵犯财产的犯罪，是对财产的重新瓜分。如果这种重新瓜分是按一定比例分配给众多的人且被害人很富有的话，其恶即可减轻。由此人们可以推论出：抢劫或盗窃富人比抢劫或盗窃穷人所



^① [英] 吉米·边沁：《立法理论——刑法学原理》，孙力、李贵方等译，北京：中国人民公安大学出版社1993年版，第1页。

产生的恶（社会成本）要小。^① 与贝卡里亚的刑罚思想相似，边沁认为要预防犯罪人的再犯，刑罚带给犯罪人的损失必须大于其从犯罪中获得的收益，这样，犯罪这种市场行为就会出现“亏损”，精于计算的犯罪人就会停止犯罪。他不无自信地说，“尽管犯罪能获得很大的快乐，但是，惩罚所造成的痛苦超过实施犯罪获得的快乐。”^② 在边沁看来，罪刑相称这一道德原则（边沁语）所蕴含的主要功利——经济规则有：（1）刑罚之苦必须超过犯罪之利；（2）刑罚的确定性越少，其严厉性就应该越大；（3）当两个罪行相联系时，严重之罪应适用严厉之刑，从而使罪犯有可能在较轻阶段停止犯罪；（4）罪行越重，适用严厉之刑以减少其发生的理由就越充分；（5）不应该对所有罪犯的相同之罪适用相同之刑，必须对可能影响感情的某些情节给予考虑。^③ 边沁的上述思想被现代法律的经济分析学者阐发为以下原理：（1）在预期刑罚一定的条件下，刑罚的确定性与其严厉程度存在负相关关系，即刑罚的确定性越少，刑罚的严厉程度就越高，反之亦然；（2）刑罚的实际威慑力（marginal deterrence）理论，是指适当的刑罚体系中存在一种使罪犯以较轻的犯罪活动代替较重的犯罪活动的激励；（3）在刑罚的确定性一定的条件下，犯罪收益与刑罚的严厉程度存在正相关关系，即犯罪收益越大，刑罚的严厉程度就越大；（4）刑罚个别化思想，即在考虑犯罪人的社会危害性的前提下，应根据其人身

① 参见〔英〕吉米·边沁：《立法理论——刑法学原理》，孙力、李贵方等译，北京：中国人民公安大学出版社1993年版，第7、8页。

② 〔英〕吉米·边沁：《立法理论——刑法学原理》，孙力、李贵方等译，北京：中国人民公安大学出版社1993年版，第27页。

③ 参见〔英〕吉米·边沁：《立法理论——刑法学原理》，孙力、李贵方等译，北京：中国人民公安大学出版社1993年出版，第68—70页。

危险性等犯罪人的个体因素有差别地对其定罪量刑。

由以上分析可见，边沁的功利—经济法律思想的理论基础和预设是刑罚正当化思想和理性人预设。他宣称：“为了使这一正义的措施（以恶止恶——引者注）具有合法性，必须确定三个基本的条件：对于将要避免的罪恶具有把握性；任何代价较低措施的绝对不适用性；所采纳措施的必然功效性。”^①可见，在边沁看来，刑罚的正当性是一种经济上的正当性和合理性、刑罚的适用性、机会成本最小以及刑罚与犯罪的内在关联性。^②他在另一个地方说：“最终分析表明，任何一种动机的产生，或是由于求乐的缘故，或是由于避苦的缘故。”^③人们的行为所追求的是利益的最大化。这表明了边沁法律思想中人的预设即为“理性的人”。

三、法律的经济分析在当代西方的勃兴

法律的经济分析思想虽然在其后的发展不绝如缕，^④但真正兴起并形成大势却是上个世纪 60 年代的事，它在当代西方法学中地位日隆，大有与新分析主义法学、社会法学和新哲理法学等西方三大主流法学派平分天下之势。

（一）当代西方法学中经济分析复兴的原因

① [英] 吉米·边沁：《立法理论——刑法学原理》，孙力、李贵方等译，北京：中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 23 页。

② 机会成本（opportunity cost）是指由于将资源使用于某一方面而不能用于其他方面时所放弃的收益。

③ [英] 吉米·边沁：《立法理论——刑法学原理》，孙力、李贵方等译，北京：中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 123 页。

④ 例如在历史法学派的代表人物萨维尼和梅因以及利益法学派耶林、斯密的著述中就有过法律的经济分析的痕迹和表述。

法律的经济分析在当代的兴起是与西方社会的经济发展状况和经济基础及其上层建筑的变化分不开的。二战后，西方资本主义从自由竞争阶段过渡到垄断资本主义阶段，经济竞争的白热化与胶着状态导致了社会矛盾的尖锐化和激化，重新校正资本主义生产机器和调谐现代社会生活特别是政治生活中的矛盾，成为当代西方法律的迫切任务和时代主题。在原有的“守夜人”角色上，现代资本主义各国不能安然地“冷眼看竞争”了。转换法学思维和法学方法的表征之一就是社会法学作为公法和私法之间的“第三法律部门”的兴起和经济分析的方法在法学领域上的引进。

同时，在法学领域内，一方面由于社会经济的迅速发展与变化要求法学作出相应的回答，另一方面由于法学自身的发展和学科建设的需要，社会法学中侧重于经济分析的一支逐渐独立成派，演变成以经济分析为鲜明特色的经济分析法学派，所以法律的经济分析就成了当代西方法学家所追求的“时髦”。虽然经济分析的方法不能解决所有的法学问题，但它能够对大多数法学问题作出一个前后一致的回答，并且，许多问题是其他法学流派的理论工具所无法解析的，尤其是在涉及利益—经济考量的疑难案件中。例如，对于国家对经济生活的干预和参与所引起的法学问题和法律案件，因其强烈的时代性和经济特征，传统法学的解释就似乎显得勉强和不足，经济的分析就成为必要。因此，在法律的价值序列中除了正义性和正当性外，效益性也成了—一个必须而且重要的价值。又如，西方资本主义国家的经济政策虽然在理论上不成其为一个法律渊源，但在司法实践中，它又确实确实是法官进行司法活动所考虑的一个极为重要的因素，面对这一现象，法学理论必须作出回应。而在所有的法学理论方法库中，经济分析的工具是最好的也是最适时的工具。



由以上分析可见,法律的经济分析在当代西方国家法学界的异军突起是与其经济、政治的发展变化以及法学自身的发展需要所决定的,是经济分析的方法向法学传统的分析方法的逐渐优位和代位的结果,也是西方法律社会化运动的一个结果。对此,我们必须有理性、清醒的认识,而决不可误会为西方法学界的空穴来风或法学家的心血来潮。

(二) 当代西方法学中经济分析的新趋势

当代西方的法律的经济分析不同于近代的功利主义法学和利益法学之处在于两个方面,第一是更强调法律与经济的结合,即自觉地将法律作为经济分析的对象和自觉地运用经济分析的方法去分析和解决法律问题。例如上个世纪初美国的制度经济学派的代表人物康芒斯就特别强调法律和经济现象的不可分,甚至以为法律制度在经济生活中举足轻重。^①他说:“在每一件经济的交易里,总有一种利益的冲突,因为各个参加者总想尽可能地取多予少。然而每一个人只有依赖别人,才能生活或成功。因此,他们必须达成一种实际可行的协议,并且,既然这种协议不是完全可能自愿地做到,就总有某种形式的集体强制(法律的、同行业的和伦理的)来判断纠纷。”^②第二是经济分析方法运用的全面性和彻底性,即现代经济分析法学者将其经济分析的方法用于对所有法律部门的解析,而不仅限于少数几个法律部门。例如美国当代的经济法学者波斯纳就运用经济分析的方法对英美法学中的普通法部门,如财产法、合同法、民事侵权行为法、家

^① 参见吕世伦主编:《现代西方法学流派》(下),北京:中国大百科全书出版社2000年版,第747页。

^② [美]康芒斯:《制度经济学》,于树生译,北京:商务所书馆1962年版,第144页。

庭法和刑法以及其他法律部门，如市场管理、商业组织和财富分配的法律（包括反托拉斯法、劳工法、税法）以及宪法和程序法等法律部门。^① 其分析方法触及面之广确是史无前例的。经济分析方法的彻底性是指经济分析法学者能首尾一致地运用这一分析工具而不求助于其他诸如伦理的、心理的、历史的、政治的分析工具。例如，如前所述的美国经济分析法学者波斯纳就是始终坚持在自我利益最大化的理性人、稳定偏好、机会成本的基础上运用经济分析的方法对立法和司法问题进行了解释。

（三）当代西方法学中经济分析的现状

除了前面介绍的康芒斯和波斯纳外，对当代西方的经济分析法贡献较突出的人物还有意大利福利经济学家帕累托（Vilfredo Pareto, 1848—1924）、英国经济学家卡多尔（Nicholas Kaldor, 1908—）和希克斯（John Hicks, 1904—）、美国经济学家贝克尔（Cary Stanley Becker, 1930—）、克莱布里斯（Guido Calabresi, 1918—）、艾尔奇思（Armen Alchian, 1914—）、科斯（Ronald Coase, 1910—）、伯克（Jeans Boek, 1923—）等人。鉴于人物众多，我们仅择其主要人物予以介绍。

意大利福利经济学家帕累托在实证考察的基础上，提出了著名的“帕累托最优”说。帕累托最优（Pareto Superior）的交易是指它至少使世界上的一人境况更好而无人因此而境况更糟。换言之，即指在一定收入分配的前提下，市场交易行为的改变使得一些人的境遇趋向较佳状态，而另一些人的境遇并未趋向不利的状态。只有这样，我们才能说社会福

① 参见〔美〕理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，北京：中国大百科全书出版社1997年版。

利增进了。

由于帕累托的“最优说”限定的条件较为严格，其适用性和解释力较差。因此，继帕氏后，许多经济学家对其作了改进，卡尔多就是其中的一位。卡尔多在其著《经济学的福利命题和个人补偿原则》中提出了著名的“卡尔多标准”，即假想的补偿原则，其作为帕累托标准的改进又被继其后的希克斯加以阐扬，即形成“卡尔多——希克斯标准”，其含义是：当且仅当如下情况一项关于经济的变化建议应当采纳：如果因此受益的人能够补偿（理论上而非实际上补偿——引者注）因此受损的人，以致后者的情况较变化前变好，而前者仍然得到改善。^①“卡尔多——希克斯标准”的着眼点在于整个社会的福利经济，而不仅仅局限于某一部分或某一个人的“变好”或“变坏”，它比“帕累托更优”说有所进步，它的理论适用性大为增强。

芝加哥学派的代表人物科斯（又译作库斯）在《企业的性质》一书中运用交易成本概念解释了企业生存和运行的问题，他认为，经济制度的选择就是法律制度的选择；交易成本理论的实质是效益最大化。在《社会成本问题》一书中，他提出了著名的“科斯定理”，即，当交易是无代价的且个人合作时，法律权利的任何分配都是有效益的。因为交易成本为零的状态是理想状态，在现实的市场交易中，总会存在一定的交易成本，所以科斯接着指出，在交易成本为正的情况下，人们就会运用法律界定其权利的界区，创设有利于实现资源配置最大化的条件，减少不必要的交易代价。

科斯的零交易成本假定在现实的市场交易中几乎不存

^① 参见曹翔：《法律的效益分析》，《南京大学学报》1996年第4期，第37页。

在，因此，“科斯定理”的局限性就很明显。对其作出进一步的完善和阐扬的是前面提到的美国经济分析法学学者波斯纳。波斯纳认为法律权利的分配和界定的过程实际上是一种“类市场”行为，其目标乃是促进效益最大化。因此，他认为应将法律权利配置给亟需这些“权利”的人。波斯纳的分配权利原则构成了其经济分析的最主要的旋律。

从以上分析中我们隐约可见，当代经济分析法学与近代古典功利主义法学多少存在着一种理论上的传承关系。例如，波斯纳在刑法的经济分析中指出，对犯罪的要价（刑罚）要大于犯罪所带来的收益，这明显是对前述边沁的功利主义思想的阐扬。反过来，我们也可以从另一位古典功利主义大师约翰·密尔的著述中窥见到当代经济分析法学的若干影子。例如，密尔在《论自由》一书中对其“功利”一词作了如下注解：“这里所谓功利必须是最广义的，必须是把人类当作前进的存在而以其永久利益为根据的。”^①可见，在密尔的思想中，“功利”就不单单是个人或集体或最大多数人的福利，而是全社会乃至全人类的福利，它与现代福利经济学派与分析法学派所倡言的“福利”何其相似乃尔！在对自由的阐述中，密尔带着激动的口气说：“唯一称其名的自由，乃是按照我们自己的道路去追求我们自己的好处的自由，只要我们不试图剥夺他人的这种自由，不试图阻碍他们取得这种自由的努力。”^②显而易见，密尔的自由乃是一种逐利的自由，一种经济上的自由，相应的，其理想中的自由

① [英] 约翰·密尔：《论自由》，程崇华译，北京：商务印书馆 1979 年版，第 11 页。

② [英] 约翰·密尔：《论自由》，程崇华译，北京：商务印书馆 1979 年版，第 13 页。

人乃是一个有理智的，实现自我利益最大化的“经济人”，它与现代经济分析法学学者眼中的“理性人”、“经济人”又不谋而合。密尔还说：“首先是彼此互不损害利益，彼此互不损害或在法律明文中或在默喻中应当认作权利的某些相当确定的利益；第二是每人都要在为了保卫社会或其成员免于遭受损害和妨碍而付出的劳动和牺牲中担负他自己的一部分（要在一种公正原则下规定出来）。”^①由此可见，密尔对法律的理解是完全功利—经济主义的：法律就是界区和分配权利及其利益的一种社会机制，同时也是人们分配和负担经济上的不利益的一种制度。因此，一个人的行为若是逾越了其自身权利和利益的界区就必然会损及他人的权利和利益，法律救济机制就开始发挥其司法上的校正和补偿功能。“一个人的行为的任何部分一到有害地影响到他人的利益的时候，社会对它就有了裁判权，至于一般福利是否将因为对此有所干涉而获得增进的问题则成为公开讨论的问题。”^②即便是在对权力的描述上，密尔也是本着一种经济的描述，他叙述道：“要做到符合于效率原则的最大限度的权力分散，但也要尽可能做到最大限度的情报集中，还要尽最大的可能把情报由中枢散播出去。”^③由此可见，密尔法律思想的三个基本点就是：理性人预设、最大限度的个人自由以及利益最大化。

由以上分析与回顾我们可以看出，西方当代经济分析法

① [英] 约翰·密尔：《论自由》，程崇华译，北京：商务印书馆 1979 年版，第 81 页。

② [英] 约翰·密尔：《论自由》，程崇华译，北京：商务印书馆 1979 年版，第 81、82 页。

③ [英] 约翰·密尔：《论自由》，程崇华译，北京：商务印书馆 1979 年版，第 123 页。