



“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中

北大刑法博士文丛(10) 陈兴良 总主编



DA XINGFA BOSHI WENCONG

寻求有效率的惩罚

——对犯罪刑罚问题的经济分析

◎沈海平 著

XUNQIU YOUXIAOLÜ DE CHENGFA



中国人民公安大学出版社

北大刑法博士文丛 (10)

陈兴良 总主编

寻求有效率的惩罚

——对犯罪刑罚问题的经济分析

沈海平 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

寻求有效率的惩罚: 对犯罪刑罚问题的经济分析/沈海平
著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 1
(北大刑法博士文丛; 10)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 422 - 1

I. 寻… II. 沈… III. 刑罚—研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 000163 号

寻求有效率的惩罚

——对犯罪刑罚问题的经济分析

XUNQIU YOUXIAOLÜ DE CHENGFA

沈海平 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2009 年 1 月第 1 版

印 次: 2009 年 1 月第 1 次

印 张: 17.875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 448 千字

印 数: 1 ~ 3000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 422 - 1/D · 355

定 价: 39.00 元

网 址: www.cppsup.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

经济学是一种统一的方法，适用于解释全部人类行为。

加里·贝克尔（美国芝加哥大学教授，1992 年度诺贝尔经济学奖获得者）

经济学是一门使人生幸福的艺术。

乔治·萧伯纳（英国戏剧家）

——题记

总 序

“北大刑法博士文丛”即将由中国人民公安大学出版社陆续出版。作为主编，我感到十分高兴。随着法学教育的发展，每年毕业的博士生人数越来越多，博士论文作为获得博士学位的前提，成为一种学术成果的重要载体，受到学术界的高度重视。博士论文的水平，也成为衡量一个博士点质量高低的重要指数。在这种情况下，从已经答辩通过的博士论文中，择其优者经过修订予以出版，也是对学术界的一种贡献。北京大学刑法学博士点是我国培养刑法学专业博士生的一个重要基地，自1990年建点以来，已经培养了数十名博士生，并曾经系统地出版过博士论文集。这次在中国人民公安大学出版社出版的“北大刑法博士文丛”是这一出版活动的延续。我在主编本文丛的时候，择优入选博士论文，主要基于以下三个标准：

一是选题新。刑法学是一门发展较为成熟的部门法学科，到目前为止，博士论文已有数百篇，已经出现一些重复选题的现象。因此，在选题上如何出新，就是一个值得研究的问题。入选本文丛的博士论文，我要求选题一定要新。这里的新，既指没有相同选题的博士论文，更指它能开启新的学术领域。陈旧的选题是很难在内容上出新的。因此，选题新就成为入选的一个基本前提。

二是观点新。博士论文虽然力求通过，但仍然给学术创新留下了一定的空间。如果在观点上都是一些陈词滥调，没有任何独创之处，就不可能成为一篇好的博士论文。因此，观点新是对博

士论文的一个基本要求。这里的观点新，就是指论文在内容上具有一定的原创性，而不是资料堆砌或者文献综述。应该说，这是一个较高的要求。当然，观点新也并非是标新立异，而是要在承接前人研究成果基础之上的推陈出新，这就要求作者具有扎实的学术基础。

三是表述新。表述虽然只是一个形式问题，但我认为也是必须引起我们充分重视的。长期以来，我们在刑法理论研究中已经形成了某种固定的程式，按照这种程式写出来的论文在表述方法上是十分陈旧的，给人一种似曾相识之感，缺乏新意。我一直倡导一种新的表述方法，能够给人以别开生面之感觉。表述是一种文字功夫，虽然只是学术的载体和外表，但好的表述能使观点更引人入胜，更具有吸引力。

达到以上三个标准的博士论文，才是优秀的博士论文，这是我对本文丛入选标准的一点看法。我期待有更多的优秀博士论文能够入选。当然，由于出版资源有限，我们每年只能出版三至五本，这些博士论文应该是北京大学刑法学博士论文中最优秀的。本着宁缺毋滥的原则，我将严格把关，力争使本文丛的博士论文在质量上达到较高的学术水平。尤其是在论文的选题上，我将更侧重于前沿性的理论问题。博士论文的出版，对于培养学术新人来说，是一项功德无量的工作。对于那些立志将来献身学术研究的博士生来说，博士论文将是他/她的第一本个人专著。对于那些投身司法实践工作的博士生来说，博士论文也许是他/她的最后一本甚至是唯一的一本个人专著。因此，饱含个人心血的博士论文能够出版，这是一件幸事，对此，我深有体会。想到十多年前，我出版个人博士论文时的艰难，更为自己能够为学生们的博士论文的出版助一臂之力而感到快慰。

最后，我还要感谢中国人民公安大学出版社对本文丛出版所给予的大力支持。中国人民公安大学出版社在刑事法学术著作出

版方面成绩卓著，已经成为刑事法学术著作出版的“重镇”，本文丛的出版就是一个明证。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2004年6月20日

序

刑法的经济分析，可以归入法经济学的学术领域。无论是经济学者还是法学者，都对这个问题进行了研究。沈海平的博士论文《寻求有效率的惩罚——对犯罪刑罚问题的经济分析》是这一研究的延续，我认为本书为刑法的经济分析的理论发展作出了重要的学术贡献。

刑法所关涉的犯罪与刑罚，都是政治性极强的问题，关系到统治关系能否维系，因而深刻地打上了意识形态的烙印。尤其是在中世纪以前，民智未开，统治者极尽愚弄人民之能事，将刑法纳入宗教神学的话语系统，人们对于犯罪与刑罚的观念也被宗教神学所笼罩。其中，关于刑罚性质的天罚或者天谴之学说，产生了深远的影响，从而使封建专制的刑罚披上了一件神圣的外衣。随着欧洲文艺复兴运动的兴起，开始了一个法律的世俗化，包括刑法的世俗化的过程。刑法的世俗化过程，也就是一个刑法的启蒙过程，刑法的去魅过程。在这个过程中，经济分析方法起到了重大的作用。刑法的启蒙人物无不以经济分析之利器，去除披在刑法身上的宗教神学外衣，从而使刑法的研究成为一种理性的思考。例如，近代著名刑法学家贝卡利亚虽然仍把神明启迪和自然法则、社会的人拟协约相并列，作为产生调整人类行为的道德原则和政治原则的源泉，但贝卡利亚指责了被虚伪的宗教所亵渎了的神明。贝卡利亚所指称意义上的神明，是指去除了神学色彩的宗教。贝卡利亚提出了政治算术的概念，在刑法学研究中引入几何学的计算方法，从而为建立在理性基础之上的现代刑法学开辟

了道路。此后，英国著名学者边沁创立了功利主义哲学，在对犯罪与刑罚的研究中，边沁也同样采用了功利主义的方法。所有这些，都被看作是刑法经济学研究之肇始，甚至也是法经济学研究之先河。随着经济学方法论在社会科学研究中的广泛运用，出现了所谓经济学帝国主义。经济学帝国主义在法学领域的“殖民”，直接导致法经济学这一学科的诞生。

我国的刑法学研究，从来都受到伦理与政治的深刻影响。在我国古代社会，法被伦理化，刑法也是如此。因此，对刑法的研究更多的是一种伦理的研究，这也就是我国古代伦理法的性质。及至现代，我国的刑法又打上了政治的烙印，在某种意义上是一种政治刑法。因此，对刑法的研究在很大程度上是一种政治的研究，往往用政治话语代替法律判断，具有明显的意识形态的倾向。在这种情况下，刑法及刑法研究的自主性，就成为我们面临的一个重大问题。可以说，我国刑法学研究需要去意识形态之魅。因此，引入经济学方法，对犯罪与刑罚等刑法的基本范畴进行经济分析，我认为是有重要意义的。可以说，刑法的经济分析给我们开启了刑法研究的一个新领域，揭示了刑法研究的另一种可能性。

沈海平博士自1993年从中国政法大学刑法专业获得硕士学位以后，到《检察日报》从事法制新闻工作。在告别校园13年以后，又来到北大法学院在职攻读刑法专业的博士学位。在博士论文的选题上，颇费周折。沈海平本想利用对司法实务了解的便利，进行刑罚效益的实证研究。后来发现这一题目有一定难度，从而又转向运用经济分析方法对刑罚的效率进行研究，现在的论文实际上不仅是对刑罚的经济分析，基本上是一篇刑法经济分析的论文。沈海平在完全没有经济学专业背景的情况下，利用工作之余，恶补经济学知识，经过艰难的写作，终于完成了博士论文，并在答辩中受到好评。对于沈海平写出如此水平的刑法经济

分析论文，我也是感到意外的，沈海平这种超越自我的刻苦钻研精神是令人感动的。

我认为，沈海平的博士论文最大的特点是能够将刑法经济学的一般分析与具体分析紧密地结合起来，从而使刑法经济分析达到一种更为细致的理论程度。以往的刑法经济分析，大多停留在对犯罪与刑罚的一般分析上，过于空泛。在本博士论文中，沈海平除对刑法经济分析一般理论的探讨以外，对犯罪与刑罚的经济分析，都分为总述与分述两个板块。在总述中，是对犯罪与刑罚的一般分析，也正如对应于犯罪总论与刑罚总论。在分述中，沈海平选择了财产犯罪、腐败犯罪、暴力犯罪和过失犯罪等四种犯罪类型，以及死刑、罚金刑、监禁刑等三种刑罚类型，进行了深入具体的经济分析，由此而推进了刑法经济分析的深度与广度。尤其是，沈海平还对非公共执法进行了经济分析，涉及社会规范与刑事和解等问题。刑事和解虽然不是一个完全意义上的刑法问题，但与刑事纠纷的解决具有密切关系，也是当前刑事法领域的一个热点问题。对刑事和解制度，从刑法经济分析角度进行研究，是十分必要的，也是具有新意的。当然，我更感兴趣的还是对社会规范的经济分析，尽管社会规范本身似乎不是一个法律问题，更不是一个刑法问题。在博士论文中，沈海平对社会规范的性质作了论述，提到一个十分重要的命题：社会规范是一种自发秩序。自发秩序这个概念，是哈耶克首先提出来的。哈耶克认为，在市场经济中存在一种自发的经济秩序。其实，在社会生活中也同样存在一种自发的社会秩序。这种自发秩序不是法律规范的对象，而恰恰是法律的保护对象，甚至是法治的基础。法治必须建立在自发秩序之上，只有如此，法治才是具有生命力的。自发秩序与法律的关系、与刑法的关系，都是值得我们深入探讨的。在博士论文中，沈海平对社会规范及其与刑法相关性所作的经济分析，为我们重新理解刑法的功能及其作用机制，提供了一

种新视角。

在博士论文写作过程中，为保证写作时间与精力，也为回归学术，沈海平调任国家检察官学院副教授。博士论文的出版，是沈海平在学术道路上的新起点。我相信，在教学科研岗位上，沈海平能够做出更大的学术贡献。

是为序。

谨识于北京大学法学院科研楼 609 工作室

2008 年 12 月 15 日

目 录

引 论	(1)
第一章 法经济学评析	(1)
——以犯罪/刑罚的经济学为视角	(11)
一、经济学与法学：从疏离到联姻	(12)
二、我们为何需要法经济学之一：法学的非自足性	(23)
三、我们为何需要法经济学之二：经济学之优势	(31)
——兼及经济分析的工具特征	(31)
(一) 理解人类行为的有益工具	(31)
(二) 揭示法律运行的真实效果——实证的分析	(37)
(三) 寻求法律效率的极大化——规范的分析	(44)
四、法经济学：争议与批评	(56)
(一) 对法经济学的主要批评观点	(56)
(二) 简短的回应	(60)
(三) 效率与正义之辩	(65)
第二章 刑法的经济分析基础	(72)
一、犯罪的经济意蕴	(72)
二、刑罚的效益之维	(81)
三、刑法的效率结构	(87)
第三章 犯罪的经济分析 (总述)	(106)
一、犯罪的经济学本质	(106)
(一) 犯罪的外部不经济	(107)
(二) 犯罪对社会正常交易结构的破坏	(119)

(三) 犯罪与寻租	(133)
二、犯罪原因的经济学解析	(134)
(一) 犯罪的决策模型	(134)
(二) 犯罪的收益(效用)	(136)
(三) 犯罪的成本结构	(138)
(四) 机会成本在犯罪决策中的作用	(143)
三、犯罪与刑罚的互动模型	(152)
(一) 罪刑互动——考特·尤伦模型	(152)
(二) 犯罪(违法)的供给——贝克尔模型	(161)
(三) 对理性犯罪模型的验证 ——以中国经验数据为例	(164)
四、犯罪作为一种未来效用的贴现 ——行为法经济学对犯罪的解说	(178)
五、犯罪的博弈分析	(190)
(一) 博弈论基础	(190)
(二) “囚徒困境”和社会两难	(192)
(三) 犯罪与博弈	(197)
第四章 犯罪的经济分析(分述)	(216)
一、财产犯罪	(216)
(一) 财产权之社会意义	(217)
(二) 财产权的经济学意义	(219)
(三) 盗窃:逾越产权边界的行为	(226)
二、腐败犯罪	(232)
(一) 腐败的界定	(233)
(二) 作为理性选择行为的腐败	(237)
(三) 腐败与寻租	(239)
(四) 腐败与委托—代理失灵	(246)
三、暴力犯罪	(267)

(一) 无处不在的暴力	(267)
(二) 追溯暴力的终极原因	(272)
(三) 暴力行为的理性动因	(276)
(四) 过失犯罪	(302)
第五章 刑罚的经济分析 (总述)	(308)
(一) 惩罚还是赔偿: 刑法与侵权法之分野	(309)
(二) 最优刑罚制裁	(319)
(一) 我们是否要威慑所有的犯罪	(319)
(二) 犯罪行为的最优水平	(322)
(三) 最优刑罚模型	(326)
(三) 与最优惩罚相关的若干问题	(351)
(一) 刑罚目的——报应、威慑、剥夺	(351)
(二) 边际威慑	(360)
(三) 执法错误	(363)
(四) 对制裁概率与严厉程度的不完全信息	(366)
(五) 自首犯之处罚	(368)
(六) 累犯之处罚	(370)
(七) 执法者腐败	(371)
(八) 刑事政策	(377)
第六章 刑罚的经济分析 (分述)	(386)
(一) 死刑	(388)
(一) 死刑与报应正义	(389)
(二) 死刑的功效	(392)
(三) 死刑的社会成本	(404)
(四) 理性地对待死刑	(413)
(二) 罚金	(418)
(一) 罚金刑的历史与现状	(418)
(二) 罚金刑的优势与不足	(424)

(三) 罚金: 一种独具优势的刑罚还是无用的	(428)
(四) 最优罚金的确定	(435)
(五) 罚金刑的执行	(439)
三、监禁	(445)
(一) 监禁的社会效益	(446)
(二) 监禁的社会成本	(449)
(三) 最优监禁期的确定	(453)
(四) 监禁执行成本的最小化问题	(464)
第七章 非公共执法的经济学	(477)
一、社会规范	(478)
(一) 社会规范: 一种自发的秩序	(479)
(二) 社会秩序: 法律主导抑或规范主导	(485)
(三) 寻求法律和规范的互补与共济	(494)
二、刑事和解	(508)
(一) 对抗还是和合: 新旧刑事司法模式的分野	(509)
(二) 刑事和解: 理论基础和现实动因	(513)
(三) 刑事和解的经济学意义	(521)
三、私人执法	(529)
参考文献	(539)
后记	(552)

引 论

自1960年世界著名经济学家、1991年度诺贝尔经济学奖获得者罗纳德·科斯发表《社会成本问题》一文以来，法经济学异军突起，成为当今西方（尤其是美国）法学界最有影响的法学流派。法经济学的出现极大地改变了人们对法律的传统观念，使人们透过公正、正义这些宏大修辞，发现了法律所隐含的经济逻辑。从此，法经济学作为一种强大的分析工具，对法学研究的方法论产生了革命性影响，它的一些研究结论及成果也深刻地影响了美国的立法和司法实践。美国芝加哥大学法学院教授、联邦上诉法院法官理查德·A·波斯纳作为法经济学理论的集大成者，运用这套分析工具对美国的普通法体系进行了最为全面的分析，他的分析结论是：总体而言，普通法是有效率的。

1968年，美国另一位著名经济学家加里·贝克尔发表了对于犯罪经济学而言具有重要影响的论文——《犯罪与刑罚：一种经济学进路》。人们认为，这一研究成果代表了二百多年前边沁所开创的犯罪的经济分析理论的复兴。贝克尔提出的一个具有广泛影响性的观点是：经济分析是一种统一的方法，适用于解释全部人类行为，包括犯罪行为。对于犯罪，他的解释是，当从事违法行为的预期效用超过将时间和其他资源用于其他活动所带来的效用时，一个人才会违法。一些人成为“罪犯”不在于他们的基本动机与别人有什么不同，而在于他们的利益和成本结构存在的差异，因此犯罪行为理论只是一般理性选择理论的扩展，用不着诉诸道德的颓废、心理机能的欠缺以及先天遗传等特殊范畴。

自贝克尔之后，关于犯罪、刑罚及公共执法的经济学理论得到了迅速的发展。

作为一种全新的交叉学科，法经济学的出现并非偶然。从宏观上说，社会现实问题的复杂性和人类各种行为的可通约性需要一种更为综合的视野，于是不同学科之间的融合渐成趋势；具体到法律问题，由于法律是人们之间的一种重要的利益调节机制，关系到资源配置，它涉及的不只是分配正义，还关乎经济效率，因此用经济学方法来分析法律问题就顺理成章。法学自创立至今，在为社会构建庞大而系统的规则体系、培植人们对法律价值的信仰等方面作出了巨大的贡献，但是法学本身具有非自足性，它过于关注价值问题，依循的是哲学思辨的路径，满足于建构一种自洽的概念和逻辑体系，缺少分析和求解现实问题的工具。法学存在的这些不足恰好可用经济学的工具来加以弥补。

在以人类行为为研究对象的各种社会和人文科学中，经济学显示了其独特的优势。首先，经济学具有广泛而强大的解释力，它并非只能用来分析市场行为，而是可以用来分析全部人类行为，因为人类行为（无论是普通市场中的交易行为，还是政治市场中的选举行为，或者是结婚、离婚、生育行为、歧视行为甚至犯罪行为等）都具有一种统一的本质，即大多数情况下它们都是理性的。理性行为的最大特点是它主要受到成本制约和利益驱动，在既定的约束条件下追求目标函数的最大化。传统经济学对人们在市场领域中的行为进行了非常透彻的分析，现代经济学则认为，非市场领域的行为（无论是合法的还是非法的）具有和市场领域的行为同样的机理，即它们也都是为了追求某种收益（或效用），同时又受到某种成本的制约，这种成本反映了非市场领域投入要素的“影子价格”。就像在普通市场上人们会对产品价格作出反应（价格上升则需求减少，价格下降则需求增加）一样，在非市场领域，人们也会对影子价格作出反应，这种