冯玉军 著

法律的成本效益分析

兰州大学出版社

D90-05

法律的成本效益分析

冯玉军　著

兰州大学出版社

法律的成本效益分析

冯玉军　著

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水路308号　电话:8617156　邮编:730000

E-mail:press@lzu.edu.cn

http://www.lzu.edu.cn/press/index.htm

兰州大学出版社激光照排中心排版

甘肃新视野文化发展有限责任公司印刷

开本:850×1168　1/32　　印张:9.375

2000年4月第1版　　2000年4月第1次印刷

字数:228千字　　印数:1～2000册

ISBN7－311－01649－5/D·116　定价:15.00元

内容简介

对法制体系及法治化过程的成本收益分析，是法学家和所有改革者共同感兴趣的课题。本书运用经济学的基本原理，特别是成本效益分析方法，考察了我国法律的运作机制，对“法律试行”、“城市禁止燃放烟花爆竹”等现实法律问题，进行实证案例研究，提出降低法律成本、提高法律效益、推进法制改革和创新的可行性方案。

本书适合高等院校的研究生、本科生和立法、司法、行政执法等法律机构及法律实务界人士阅读。

作者简介

冯玉军，男，1971 年 2 月生，法学硕士，现为西北师范大学政法学院讲师。在《法学家》、《现代法学》等杂志上发表学术论文 30 余篇，多篇文章被权威刊物收录或转载。参编学术著作 4 部，主持完成国际研究奖学财团（日本）横向交流课题《中国欠发达地区农民法律意识调查》，主持甘肃省重点社会科学课题《甘肃地方立法的成本效益专家评估系统研究》，参与国家和省级社会科学课题 3 项。学术研究领域为法律经济学、比较经济法和区域法制建设。

前　言

法律经济学是一门法学和经济学有机结合的新兴边缘学科，也是一种综合考察经济发展和民主法治建设的重要研究方法。市场经济条件下的法律具有资源稀缺性、供给垄断性、消费公开性、生产消费效用函数一致性和普遍适用性等基本特征。法律广泛而持久地渗透到社会经济生活的各个方面，且影响力不断增强已成为现代社会的发展趋势。

本书从法律与经济有机统一的立场出发，将理论建构与实证定量分析相结合，进行法律的成本效益分析，尝试突破既有的法学理论。这或许能开启法学研究的新路向，带动现今已日趋精细化和规范化的注释法学回归社会生活实际，并在此过程中重塑法学这一致用之学的思想根基。作者运用经济学的基本原理和研究方法，考察了我国法律运作机制，探求法律供求关系的本质和特性，兼及影响法律成本效益的因素，为法学研究者和实务工作者提供一个全新的视角。

导论及第一部分阐述了对法律进行成本收益综合分析的必要性、可行性和理论前提，揭示法律市场、价格、法律供给和需求及其均衡的基本原理。

第二部分从合理配置稀缺的法律资源这一命题出发，分析法律的成本构成和影响因素，提出降低法律成本的一系列主张。

第三部分探讨了法律效益的概念、特征，提出了以效益法律观重构我国市场经济法律体系的理论基础。

第四、五部分对我国法律体系结构进行了宏观和微观层次的考察，讨论动态法治运行过程及法制改革（变法）的成本收益问题。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

第六部分是为了防止书斋里的研究成果变成(或被读者当成)不解决实际问题的“屠龙术”,对“法律试行”、“严打”、“城市禁止燃放烟花爆竹”等实际课题进行剖析,从成本效益的角度给人们算一笔“明白账”,并在根本意义上追问科学构建社会主义市场经济法律体系并发挥其最大效益的现实途径。

目　录

导论　为什么要进行法律的成本效益分析

第一节　动机：法律成本多并不意味着社会正义多 …… (1)

第二节　成本效益分析理论的批判性回顾…… (8)

第三节　法律成本效益分析的核心概念——交易成本 ……
…… (20)

第四节　理论前提 …… (27)

第五节　方法论 …… (36)

第一章　法律市场、法律供求与法律均衡

第一节　法律公共品及其特征 …… (41)

第二节　法律市场及其结构范式 …… (50)

第三节　法律供给 …… (58)

第四节　法律需求 …… (71)

第五节　法律均衡 …… (87)

第六节　讨论：法律非均衡与低效率…… (98)

第二章　法律成本

第一节　法律成本的内涵和外延…… (103)

第二节　法律成本的结构分析…… (109)

第三节　外在成本问题及其法律矫正…… (131)

第四节　法律成本节约方略…… (136)

第三章　法律效益及其实现

第一节　法律效益的内涵和外延…… (147)

第二节　法律效益的结构分析…… (153)

第三节　效益法律观的确立及其意义…… (160)

第四节　法律效益的度量……（164）
第五节　法律效益的实现途径……（174）
第六节　法律效益实现的评价范式……（182）
第四章　法律结构体系的成本效益分析
第一节　宏观法律成本效益综合分析……（188）
第二节　微观法律成本效益综合分析……（218）
第五章　法治过程的成本效益分析及其实证意义
第一节　立法的成本效益分析……（223）
第二节　执法的成本效益分析……（230）
第三节　守法的成本效益分析……（232）
第四节　法制改革与法治过程的成本效益分析……（233）
第六章　实证案例研究
第一节　法律试行的成本效益分析……（241）
第二节　《兰州市禁止燃放烟花爆竹的规定》的成本效益分析……（258）
第三节　“严打”的成本效益分析……（269）
第四节　“秋菊打官司”的成本与公正实现……（283）
主要参考文献……（288）
后记……（291）

导论　为什么要进行法律的成本效益分析

第一节　动机：法律成本多并不意味着社会正义多

公正需要成本——从打官司耗费说起

法律至上是法治社会的根本特征，现代人们获取正义主要是通过法律来解决的。当事人的合法权益遭受侵害或者出现纠纷时，都不约而同地要寻求实现公正的捷径，诉讼由此成为现代社会的首选解纷方式。1993～1997年10月，全国法院共审结各类一审案件2019万件，年均递增14.73%。其中审结一审民事、经济、海事、行政案件18 665 529件，诉讼标的总金额达8528亿元。[①] 虽然近几年来，我国法院的审案量均以年增长百分之十几的速度迅猛上升——仅1996年全国3500所法院的15万名法官审理的各类案件就达80万件，但相比更为庞大的纠纷数量，仍显得杯水车薪，不足敷用。

即便如此，法律救济也并非无偿劳动，提起诉讼总是要支付成本的。从时间角度看，打官司一般要经过起诉、立案、调查（或侦查）、庭审、判决、上诉以及执行等阶段，总的时间短则数

① 任建新：《高举邓小平理论伟大旗帜，把人民法院工作全面推向二十一世纪》，《最高人民法院公报》1998年第1期。

月，长则经年，即便使用简易程序，最短也得持续数十天。从当事人钱财负担角度看，除案件受理费（刑事案除外）、勘验公告费之外，证人、鉴定人、翻译人出庭的各种支出，也是一笔不小的数字。此外，在诉讼已成为一门很复杂的专业技术的情况下，高昂的律师代理费更成为当事人望法却步的重要因素，加之司法方面还存在执行难的情形，当事人还可能“赢了官司输了钱”，以及失去许多旧的社会关系和可期待的利益。由此的必然后果就是人们理智地回避司法解纷，而更多地选择私了或权威调解。据调查，在我国每年约 20 亿份有效合同中，95％的违约合同纠纷是通过私了解决的，而在诉至人民法院和向仲裁机构申请解纷的 100 万份合同纠纷中，又有 80％以上是通过调解结案的。①

客观地分析中国的诉讼审判过程，我们厉行法治的决心不可谓不大，司法机构和人员的资源配置不可谓不多，当事人承担的诉讼费用更是日见高涨，但是，通过长期而复杂的诉讼诸环节的依次展开，人们得到的司法收益却并未呈正比增加。换言之，我们支出的诉讼成本多，并不意味着获得的社会正义多。

法制建设的悖论——成本效益分析的动机

截止 1997 年底，改革开放 19 年间，国家最高权力机关制定法律和有关法律问题的决定 310 多件，国务院制定了 750 多件行政法规，有立法权的地方人大制定地方性法规 5300 多件，国家各部委制定了 8000 多件行政规章，各省、自治区、直辖市制定了

① 王辉等：《市场与契约化》，北京大学出版社 1996 年版，第 161～163 页。另据一项有价值的社会调查显示：尽管农民普遍认为诉讼解决纠纷获得的结果最为公正，但考虑到支付成本因素，90％的人还是倾向于公正性不尽如人意却成本低廉的干部解决和私了。见郑永流等：《中国农民法律意识的现实变迁》，《中国法学》1992 年第 1 期。该项调查问卷涉及湖北省 10 个地区、16 个县市，代表着湖北农村的整体面貌，具有较大的可信度。

17 000多件政府规章，各类法律法规的立法数量大大超过了改革以前30年立法的总和。[①] 通过这些法律的贯彻落实，基本结束了我国社会无法可依的局面。然而，在加快市场经济立法的同时，也出现了如下一些阻碍现代化法治建设的问题。

一是法律供求失衡，法律总体上的供不应求和行政法规供过于求并存。首先，现有法律在质量、数量和体系化诸方面均不能满足社会的需要，市场经济急需的法律（如物权法、国有资产管理法、职工再就业保障法、转移支付法等）迟迟难以出台，法律供给严重不足。其次，各级政府部门的“立法万能主义”倾向较严重，认为法律一立，万事大吉，遇到问题就赶快颁布各种《暂行条例》和管理法规，各种行政事业收费和单位设置过多，行政规范供大于求，超出了立法、司法、执法机关和社会公众的承载力和支付力，导致基本法律与行政法规、行政规范与监督行政规范在数量上严重失衡。据统计，1979～1994年上半年，全国人大及其常委会制定了270个法律和有关法律问题的决议，而同期由国务院制定的具有经济内容的行政法规却多达1500个。[②] 经济管理方面的法律法规，占全部已制定法律的80%以上，而监督政府经济管理权力的则仅占其中的0.87%，[③] 这损害了法律适用的范围。

二是法律的实施效果不尽如人意，有法不依、执法不严甚至违法乱纪的问题屡禁不止。例如，虽然国家每年都进行财税执法大检查，但是各类违反税法案件的发案率仍呈上升趋势，1995年度共查出违法违纪金额226.93亿元，其中偷、漏、骗税额达165.77亿元，比1994年增加了5个百分点，在重点检查的41万

① 杨景宇：《一切政府机关都必须依法行政》，《政府法制工作》1997年第11期。
② 根据《中国法律年鉴》（1995）整理统计得出，法律出版社1995年版。
③ 卞耀武：《社会主义市场经济法律体系》，山西人民出版社1996年版，第24页。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

个国有企业中，竟然50%的企业都有违法行为。每年全国私营企业非法截留税款达260亿元，70%～80%的私营企业存在偷漏税问题。[①] 与此形成鲜明对照的是，据统计，行政执法部门对各类经济案件的结案率不足40%，违法行为的究责率仅为35%。[②]

三是市场经济的法律促进和法制改革的社会财力支持相对不足。90年代以来，我国的国企改革已经进入体制转轨阶段，《公司法》、《破产法》、《社会保障法》等也进入了实质性操作过程。但是，据推算，剥离企业富余人员、退休人员和解决企业办社会等问题需要支付经济成本6000亿元，加上调控物价、调整产业结构和转移支付资金等，共计需要18 000亿元的改革费用，而国家为100家建立现代企业制度试点工作的国有企业每年仅能拿出200亿～300亿元的银行坏账冲销准备金，而让亏损企业全部实行债转股改革，无论从理论上还是实践中都是不可能的。显然，能否支付一笔巨大的法制改革成本已经成为国民经济和社会发展迈上新台阶的关键性因素。

四是现行法律体系的结构设计不尽合理，缺乏有效的产权规范和资源管理保护规范，国家和社会的大量经济收益无法在现有法律和执法体制下归入正当渠道。据国有资产管理总局统计，1982～1992年，总共大约有5000亿元国有资产流失，日均流失超过1亿元，其中3300多亿元是因为财务管理不善所致，其余相当一部分则是由于执行合同制度不严格造成的。截止1993年5月，由于国有企业改制过程中国有股不上市一项，便导致250亿元以上的资产流失，而由于对7000家中外合资企业缺乏资产评估，国有资产的账面净损失更达646亿元之巨。[③]

---

① 《财经违法违纪案件为何屡禁不止》，《经济参考》1996年4月10日第4版。

② 高帆：《行政权力与市场经济》，中国法制出版社1996年版，第43页。

③ 徐滇庆等：《中国国有企业改革》，中国经济出版社1996年版，第126～127页。

五是在现阶段改革中，法学研究和法制建设主要是经济建设与改革的配套角色，不具有独立和主导的地位。由于较长时期处于思想禁锢状态，无论是法学理论界还是法律实践部门都无力在短期内拿出成熟的法制建设思路和改革方案。20 多年改革开放的经济制度创新（如三自一包、租赁制、股份制等），往往都是在无法可依的情况下，进行大胆的政策突破后取得的。与经济学界围绕国有企业改制、发展民营经济、规范关联公司、放开商品房市场甚至政治体制改革以及伦理道德建设的热烈讨论形成鲜明对比的是，注释法学和纸面法学占据了法学研究的主流。定性多于定量，评介多于调研，忽视了对现实法律制度和规范的针对性和可操作性研究。

上述法律运行不畅、法律研究滞后的五个问题归结到一点，就是法律低效益。其具体表现是法律实施效果差，制定和实施的耗费太多，代价太大。因此，在经济与法律日益紧密融合的新时代背景下，自觉、全面地对法律制度进行成本效益分析，注重法律运行的社会实效，并使之符合市场经济规律和社会公众的法律需求，在实现法律对公正价值的传统诉求的同时，实现法律运作的最优效率和效益价值，是法律经济分析的基本出发点。

法律的经济逻辑

法律世界以权利与义务来确定人类行为和关系界限，各种权利义务都是影响人们社会活动的“内生变量”，并分别充当法律行为的成本因素和收益因素。为了保证权利界限的清晰与安全，任何权利的享受都必须同时支付成本（承担义务本身就是成本）。因此，几乎所有的法律活动，包括一切立法和司法活动，都会产生不同程度的隐含成本。在现实生活中，老百姓“打官司”需要成本，国家立法需要成本，执法错误会使当事人福利损失，法律在发挥资源配置作用的同时，也耗费着和产生着额外的成本。它们

从来都不是、也不能在不花任何代价的情况下抽象地解决纠纷和给人们提供正义。

好的法律，通过对权利、义务、责任、信息和程序的有效安排，可以减少这些额外成本，提高经济效率，给人们带来实际的利益。例如现代民商法普遍采用的物权法定主义和“公开、公正、公平”原则，就给当事人交易提供了稳定的预期效用和自我避险机制，大大减少了市场中的不确定性与风险。但是，良法本身又是一种资源，一种稀缺的资源。只不过其稀缺性质并非像自然资源一样源于“匮乏”，而是源于法律规范供给的有关约束条件。也就是说，尽管表面上看起来人们可以按照自己的需要和意愿随便立法，制度创新并不困难，经验借鉴和法律移植也很容易，但“变法”的成本和条件却限制了法律的适用空间，以致于现存的法律制度的实施难以达到最优水平，在一定条件下还会发生相反的运作。基于这种良法的稀缺性质，运用经济学的方法分析法律的立、改、废过程的成本和收益，实现法律制度资源的优化配置便是当务之急。这样，由权利稀缺性引发的成本节约问题，便转化为对良法的慎重选择和效益化设计问题。

事实上，人们在法律运行的各个环节中都自觉不自觉地进行着成本收益的核算。法律效益越大，人们就越有动力清晰界定各自享有的权利。这可以用来解释为什么我国只有一些北方城市颁布了水管理法规，南方城市却没有颁布的立法差异问题。由于地理的原因，我国北方干旱少雨，用水量与降水及地下水储量间的缺口极大，不用说工业用水，就是生活用水也十分紧张。鉴于水的价值如此之高，已具有战略意义，所以北方地区需颁布水管理法，强制性地对单位和个人的用水量作出限制，而当地居民也甘愿负担因实施该法而新增的费用（法律实施成本）；反之，南方的降水量充足，不虞短缺，当地居民就缺乏精确界定用水权的动机，自然勿需制定水管理法。

在传统的中国式解纷模式里，一个人在其权利受损或遭受冤屈后，最有可能做的行为，既不是莽撞地报复责任人（私力救济），也不大会直接诉至官府，而是先看双方私下能否协商解决，私了不行再委托某个权威人物予以仲裁，司法救济手段只有在纠纷久拖不决的最后时刻才会被考虑到。这种不愿或不主动选择诉讼的观念至今仍有遗留。调查显示：尽管中国农民普遍认为通过诉讼解决纠纷获得的结果最为公正，但考虑到较高的审判执行成本，90%的人最终还是倾向于公正性不尽人意但却成本低廉的干部解决和私了方式。①

与此同时，由于法治条件下不同类型法律规范的供求状况是有差异的，主体的法定权利和义务在不同地区、行业、组织、时段中会有不同的安排和配置，这使得法律主体面对的隐含法律成本和收益便很不一样，进而导致其对待法律的态度各不相同。日常生活中人们对法律的遵守、规避或者抵制，从根本上说，就是取决于他们对法律权利义务及其蕴含利益的评价，取决于这种法定利益与其自身利益诉求之间差距的大小。循规守法者往往确信他们守法所带来的收益会远远大于成本，违法必然得不偿失；选择规避法律或打法律“擦边球”者，则是在守法成本较高又不能公然违背的情况下，自觉寻找法律变通办法，以使自身利益尽可能不受损失的实用策略。以“双轨制”条件下的企业法人为例，长期以来，我国对不同所有制类型的经济主体实行的是不同的税收、信贷和管理政策，实行倾斜性的产权保护政策，对公有制经济之外的其他经济主体，尤其是私营经济更采取歧视性法律待遇。这就意味着私营经济要享受平等的市场竞争地位，要么忍受这种不公平，要么采取变通方法。许多私营企业“两害（成本）相权取其轻”，在工商局注册时把自己登记为集体所有制，定期给挂靠单

① 郑永流等：《中国农民法律意识的现实变迁》，《中国法学》1992年第1期。

位上交一定管理费，从而以最小的保护成本获得最大的企业收益，此即改革进程中著名的私营经济戴“红帽子”现象。

对许多经济犯罪现象进行经济学分析，我们就会发现，理性的犯罪分子也常常对其犯罪收益（暴利）与购买犯罪的价格（刑罚）进行得失比较，只有在犯罪收益大于成本时，他才会选择犯罪。对于利润（收益）在影响社会主体守法与违法、犯罪与刑罚之间的杠杆作用，19世纪中叶英国评论家登宁曾精辟地分析道：“一旦有适当的利润，资本就胆大起来。如果有10%的利润，它就保证到处被使用；有20%的利润，它就活跃起来；有50%的利润，它就铤而走险；为了100%的利润，它就敢践踏一切人间法律；有300%的利润，它就敢犯任何罪行，甚至冒绞首的危险。”① 总之，从规范意义上讲，一切法律活动都要以资源的有效配置和利用即以社会财富的最大化为目的，立法、执法和守法的真正根据是以法律修辞掩盖着而不是阐明了的经济理由，市场经济规律天然地、内在地决定着法律逻辑，寻求法律的经济依归是法律的本性使然。

第二节　成本效益分析理论的批判性回顾

法律的成本效益分析是法律经济学的重要课题，法律经济学（Legal Economics）又称经济分析法学（Jurisprudence of Economic Analysis），它是用经济学的方法和理论，而且主要是运用价格理论（或称微观经济学），以及运用福利经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范方法考察、研究法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科。作为学科的法律经济学形成于20世纪60年代，以美国经济学家科斯1960年发表的

① 托·约·登宁：《工联和罢工》，1860年伦敦版，第35～36页。转引自《马克思恩格斯选集》，人民出版社1972年版，第265页。

《社会成本问题》和卡拉布雷西 1961 年发表的《关于风险分配和侵权行为法的若干思考》为形成标志，它是西方新制度经济学的重要分支。它不仅首次将法律制度作为经济发展的内生变量加以理论诠释，而且给法学研究的新进展带来深刻启示并展现了广阔的实践背景。随着越来越多从事法学与经济学交叉研究的学者的加入和大量的学术成果的涌现，法律经济学就像澳大利亚的兔子一样，在“知识生态学”中找到了一块真空地带，并以惊人的速度迅速填补了它。[①]

背景和条件

任何一门法学理论体系或法学流派的诞生和发展直至成熟，既不是凭空臆造出来的，也不是一蹴而就的。法律经济学的产生、发展直至成熟，同样有其内在的历史背景和科学条件。这些历史背景和科学条件归纳起来主要在于以下几方面：

第一，从经济学角度看，20 世纪 30 年代的全球经济危机打破了市场经济自动均衡的神话，经济自由主义一统天下的格局成为故事，代之而起的是政府干预主张的兴起和延伸。凯恩斯以其划时代的《通论》彻底摒弃了经济学上的新古典传统，他从总就业、总需求、总产出等宏观总量角度，树立了实现充分就业和经济发展的总体目标。他认为不加干预的市场经济运行必然产生有效需求不足，不可能达到充分就业均衡，因此，必须加强国家宏观经济的调节干预职能，改变传统的国家只充当经济发展“守夜人”的消极做法，而是对社会经济中的充分就业、物价稳定、长期经济增长、国际收支平衡、国民收入均等化、资源最优配置等领域积极参与和有效管理。后来的罗斯福总统正是运用该理论，制定了

① 〔美〕罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军译，上海三联书店 1994 年版，第 11 页。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com