

刑法的经济分析

陈正云 著

中国法制出版社

刑法的经济分析

陈正云 著

中国法制出版社

刑法的经济分析

XINGFA DE JINGJI FENXI

著者/陈正云

经销/新华书店

印刷/北京通县京华印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/11.75 字数/292 千

版次/1997 年 1 月北京第 1 版 1997 年 1 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-381-X/D·361

(北京文津街 9 号 邮政编码 100017) 定价: 16.80 元

序 一

如何降低刑法成本，提高刑法效益，不仅是一个重大的理论问题，也是一个十分重要的实践问题。对这一问题的正确理解和解决，在很大程度上决定着刑事政策、刑事立法和刑事司法的有效性和科学性。陈正云同志以其博士学位论文为基础撰著的《刑法的经济分析》一书，运用微观经济学的理论、方法和概念，对刑法的成本和效益进行了全面、系统的分析和研究，是我国刑法学界在这个领域内的第一部专著，填补了刑法学理论研究的一项空白，表现出作者拓荒的精神和勇于探索钻研的风貌。

在我看来，《刑法的经济分析》一书具有以下特点：

一、选题新颖，意义重大。正如作者在书中所说，无论是刑事立法活动、刑事司法活动，抑或刑法学理论研究，其根本目的就在于如何制定出一部好的刑法并适用于社会，从而获得最佳的效果。其本质即是使刑法成本降低而同时使刑法效益提高。人类社会刑事立法、刑事司法演变史，刑法学理论发展史，其实就是人类追求刑法效益的奋斗史。因此，对刑法成本与刑法效益问题的研究具有重要的理论价值和实践意义，直接关系到预防、减少犯罪的目标的实现。《刑法的经济分析》一书正是研究如何降低刑法成本、提高刑法效益问题的专著，其选题的重要性和新颖性不言而喻。

二、体系结构合理，逻辑性强。《刑法的经济分析》一书除引论外，共分六章。第一、二章分别评述西方关于法律和刑法的经济分析学说；第三章着重探讨刑法的经济分析的经济理论基础；第四、五章分别从宏观和微观两个层次对刑法作了经济分析；第六章对刑法效益和刑法公正的关系进行阐述。全书层层推进，环环相扣，体现出严密的逻辑性。作者以此为基础，科学地借鉴西方

关于法律特别是刑法的经济分析学说的合理成分，结合我国的实际，建立起刑法的经济分析的理论体系。这一体系的建立，对于深化刑法学理论研究，从而对于促进刑事立法和司法实践，无疑具有重大的价值。

三、观点鲜明，论证充分有力。通观全书，作者提出了许多具有创造性的鲜明观点和见解，并且进行了充分有力的论证。例如，作者关于刑法特性的分析；关于刑法成本与刑法效益，刑法的调控范围、调控目标、调控强度，刑罚成本与刑罚效益，犯罪成本与犯罪“效益”，罪犯的犯罪抉择，刑罚效益的成本资源的有效配置及其配置模式，刑法效益与刑罚公正一体化关系等一系列问题的分析和论述，都提出了诸多具有开创性且富有深刻理论蕴涵的观点，并且运用大量的材料进行了充分有力的论证。全书旁征博引，注释达 600 余处。

四、研究方法独特得当。《刑法的经济分析》一书以刑法成本处于最佳的最小的水平，而同时刑法效益获得最佳的最大为追求目标，运用微观经济学的理论、方法和概念，将定量分析与定性分析相结合，数学图表、公式及经济模型与价值判断相结合，并且运用刑法学、犯罪学、刑事政策学、法理学、法哲学等多学科知识，对刑法进行综合的全面的经济分析，在研究方法上具有突破性。尤其是将刑法学与经济学相结合，运用经济学理论、方法、概念来研究刑法学理论和具体的刑法问题，在方法上确是独树一帜，令人耳目一新。

当然，全书中也有个别提法值得推敲，个别观点还可进一步商讨。但就总体而言，《刑法的经济分析》不失为一部既具有相当理论深度和实践价值，又在研究方法上有所创新的对刑法进行边缘性研究的力作。

高铭喧

1996 年 9 月于北京

序 二

青年法学博士陈正云同志的专著《刑法的经济分析》出版了，为丰富和发展我国刑法学作出了新的贡献，可喜可贺！特别是他选择的这一课题，在我国刑法学园地基本上是一片待开垦的“处女地”，就显得更加难能可贵。

改革开放以来，我国刑法学蓬勃发展，不仅对传统刑法理论的研究深度有了很大的提高，而且由长期占统治地位的注释性研究，逐步扩展到对刑法哲学的研究和比较刑法学的研究。但是，对刑法的经济分析，却没有引起刑法学者们的普遍关注。其实，这并不是一个无关紧要的问题。作者在上述著作中说明，所谓刑法的经济分析，就是运用微观经济学的概念、理论和方法，研究如何实现刑法成本投入处于最佳的最小量，而同时其刑法效益达到最佳最大量的理论。其核心问题就是要求国家投入最佳的刑法成本，尤其是犯罪量、刑罚量成本，以获取最佳的刑法效益，而不是不顾刑法成本，追求难以实现或根本无法实现的刑法效益。不难看出，无论立法机关或是司法机关，自觉运用这一理论，将构成刑法成本的诸要素进行合理的配置，及时调整、变革刑事政策，促使刑事立法和刑事司法走上刑法成本的最佳最小化，刑法效益的最佳最大化的轨道，是具有直接的和重要的意义的。这种理论的实践价值就在于此。

自从1983年我国开展“严打”斗争以来，我国立法机关制定了一系列单行刑事法律和附属刑法规范，呈现出逐步大量增加新罪名和提高法定刑、扩大死刑适用范围的趋势，不仅暴力犯罪，而

且不少经济犯罪都挂上了死刑。但是，事实表明，“严打”虽然有一定成效，但严重刑事犯罪发案数仍居高不下，社会治安形势仍十分严峻。面对如此现实，有许多人在困惑地发问：这是为什么？更有许多人在积极地探索，并提出自己关于改善刑事立法和刑事司法的建议。有的认为，犯罪持续上升，说明现行刑法对犯罪的惩罚还不够严厉，法定刑偏低，死刑还应增加（如诈骗罪）；有的认为，经过“严打”犯罪案件仍在增加，说明包括死刑在内的严厉刑罚的威慑作用是有限的，根据发展商品经济的需要和国际上刑法改革趋于“轻刑化”的趋势，我国刑法应当使之“轻刑化”；还有的认为“重刑化”和“轻刑化”走向两个极端，均不可取，应当根据具体犯罪的具体情况，当重者重，当轻者轻，如此等等，不一而足。许多论者都有自己的理由，但是，一般没有从总体上提供出促进刑事立法科学化，并使其能够以最小的代价获取最大效益的理论指导原则和理论模式，以及实现上述目标的具体方法和途径。

陈正云同志正是鉴于我国现行刑事立法和司法实践同犯罪现象作斗争的实际效果不能尽如人意的现实，吸收和借鉴西方的法律经济分析学说，主张创立我国的刑法经济分析理论，为促进我国刑事立法和司法实践的科学化和有效化服务。他在《刑法的经济分析》这本著作中，向我们阐述这样一个基本思想，即如同任何一个精明的企业家在生产经营过程中，总是要通过对各生产要素的有效组合，力求以最低的成本投入获取最高的经济效益、社会效益一样，国家制定刑事法律，惩治犯罪，也必须慎重考虑，怎样才能以最小的刑法成本（包括犯罪成本和刑罚成本），获取最大的效益。为此，必须在刑法中规定适度的犯罪量和适度的刑罚量，即规定最佳的刑法调控范围和最佳的调控力度。刑法成本投入不足或者过剩，都将导致事与愿违，不利于立法者对犯罪进行有效斗争的目标的实现。当然，要达到上述要求，并非是轻而易举的，

可以说这是一项系统工程。首先需要解决一系列观念的问题,例如,要正确认识刑法在社会生活中的地位与作用,不能以为刑法深入社会生活领域越宽、规定罪名越多,即犯罪成本投入越大,对社会、公民的利益的保护就越好;要正确、恰当地评价刑罚的威慑作用,不能以为刑罚越重,即刑罚成本越大,刑罚的威慑性也越大,遏制犯罪的效果也就越好。如果轻罪与重罪不分,轻罪重判,无异于鼓励人去犯重罪,因为犯重罪显然对罪犯更为有利。陈正云同志提出,应当提高刑罚的确定性,来增加罪犯的预期的刑罚成本,而不应仅依靠增加刑罚的严厉性,这是完全正确的,也是立法机关和司法机关值得认真思考的问题。此外,还要解决如何建立最佳的刑法控制模式,以及如何规定最佳的刑罚资源配置,以利于实现刑法的最大效益的问题。这些问题,作者在书中都作了比较充分的论证,读后令人耳目一新,颇受启迪。

当然,作为我国第一部刑法经济分析的专著,不可能是完美无缺的,例如,在作者给定的宏观调控衡定和配置模式、方法的前提下,如何具体解决合理的刑法调控范围,以及如何具体解决刑罚轻重配置方面,还可进一步作具体、深入的研究。但是,本书的出版,为进一步深入研究刑法的经济分析理论奠定了良好的基础,这是应当给予充分肯定的。

学无止境,理论研究也必须不断深入、不断发展。我衷心地希望陈正云同志以及其他青年法学工作者,在科学研究的道路上,不断探索,向深度、广度进军,以更多更优秀的著作奉献给社会。

王作富

1996年8月于中国人民大学

作者简介

陈正云，男，
1968年10月生，安徽巢湖人。1990年、
1993年于华东政法
学院先后获法学学
士学位、法学硕士
学位，1996年于中
国人民大学获法学
博士学位。现在最
高人民检察院反贪
污贿赂总局工作。
曾主编（译）、参
著《金融犯罪透
视》、《妨害司
法活动罪研究》、
《刑法争议问题研
究》、《刑事责任
制度研究》等10余
部著作，在《法学
研究》、《中国
法学》、《亚太法
律评论》（香港）
等刊物发表学术论
文60余篇。

0736/3



责任编辑 宋进
封面设计 华远·从容

ISBN 7-80083-381-X



9 787800 833816 >

ISBN7-80083-381-X/D·361

定价：16.80元

D914.0

7411

目 录

序一.....	高铭暄 (1)
序二.....	王作富 (3)
引论	(1)
第一章 西方法律的经济分析学说评介	(9)
1. 1 西方法律的经济分析的含义	(9)
1. 2 西方法律的经济分析学说产生的背景和 条件	(14)
1. 3 西方法律的经济分析学说的思想渊源	(20)
1. 4 西方法律的经济分析学说的历史和现状	(27)
1. 5 西方法律的经济分析学说的方法	(36)
1. 6 西方法律的经济分析学说的主要观点	(45)
1. 7 关于西方法律的经济分析学说的评价	(73)
第二章 西方刑法的经济分析理论评介	(83)
2. 1 西方刑法的经济分析理论的含义	(83)
2. 2 西方刑法的经济分析主要理论观点	(85)
2. 3 关于西方刑法的经济分析理论的评价	(124)
第三章 刑法的经济分析的经济理论基础	(135)
3. 1 最大化、效益、均衡	(135)
3. 2 供给与需求理论	(138)
3. 3 成本与效益理论	(148)
3. 4 均衡理论	(160)

第四章 刑法的宏观经济分析	(166)
4. 1 刑法的成本与效益	(166)
4. 2 刑法特性的分析	(182)
4. 3 刑法的调控目标	(205)
4. 4 刑法的调控范围	(213)
4. 5 刑法的调控强度	(242)
第五章 刑法的微观经济分析	(264)
5. 1 犯罪成本与犯罪“效益”	(264)
5. 2 刑罚成本与刑罚效益	(272)
5. 3 罪犯的犯罪决策的经济分析	(284)
5. 4 刑罚效益的成本资源的有效配置	(293)
5. 5 刑罚效益成本资源的有效配置模式	(298)
第六章 刑法效益与刑法公正	(328)
6. 1 效益与公正关系论析	(328)
6. 2 刑法效益与刑法公正关系论析	(347)
主要参考文献	(357)
后记	(364)

引 论

马克思认为,“人们奋斗所争取的一切都同他们的利益有关。”^①刑事立法活动、刑事司法活动、刑法学理论研究等活动也不例外。就刑事立法而言,立法者通过设置刑法规范,投入一定的犯罪量、刑罚量以期待刑法将来在实际生活中起到很好的作用;就刑事司法活动而言,司法者通过求刑、量刑、行刑等一系列刑事司法活动。将静态的一般的刑法规范适用到具体案件上,具体地认定犯罪量,施加刑罚量,使刑法规范处于动态的适用状态,从而真正地起到惩罚罪犯、预防犯罪的作用;就刑法学理论研究而言,人们通过对刑法理论问题的研究,为刑事立法、刑事司法提供合理、科学的改进的理论依据,从而推动刑事立法、刑事司法走向科学化,增加刑事立法活动、刑事司法活动的效果。无论是刑事立法、刑事司法,还是刑法学理论研究,其主体所追求的目标都是希望刑法能更好地适应客观社会的需要,产生最佳的刑法效益。可以说,刑事立法变革史、刑事司法制度演变史、刑法学理论发展史,其本质就是人们追求、争取更多的刑法效益的奋斗史。

人们运用刑法规范可以获得一定的刑法效益,但是刑法效益的获得并不是无本万利的,相反,国家必需支付一定的刑法成本。“首先,法律的遵守不是理所当然的。一部分公共资源和私人资源通常用来防止犯罪和逮捕罪犯。……其次,法律的执行需要作用

^① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,第82页。

于一定规模的资源和惩罚。”^①因此，这里必然存在一个国家如何设定最佳的最大的预期刑法效益目标，通过最佳的最小的刑法成本开支来实现的问题。也就是说，国家应该以最佳的最小的刑法成本的投放和最优化的刑法成本配置，来实现预期的刑法效益，避免刑法成本不必要的开支。正如美国学者罗伯特·考特等人通过对刑罚的经济分析指出：最优化的威慑效应并不是铲除所有的犯罪，因为这样做的代价很高，而且社会效益会不断降低。政策制定者需要对有限的资源加以配置，争取以最少的成本实现威慑目标；也就是说力求有效率地实现这一目标。由此可以说，在刑法中，我们的宗旨是使犯罪的直接和间接成本以及刑事审判制度的运转成本最小化。^②这实际上是一个对刑法成本和刑法效益核算的前提下追求刑法效益最大化而同时刑法成本最小化的问题。即在可供实现合理的预期刑法效益的不同水平的刑法成本开支中，选择开支水平最低的刑法成本。事实上，刑法效益的本质在于，国家通过刑法规范的设置和运用，对法律权利与义务、权力与责任等法律资源进行合理分配，来促使人们选择适当的行为，使社会资源有效地而不是无效地使用，防止一些非自愿的强制性的交易的发生并由此导致社会资源无效地被使用的结果。正如美国学者科斯在诺贝尔经济学奖的获奖演说里指出：“在市场上交易的东西不是经济学家常常设想的物质实体，而是一些行动的权利和法律制度确立的个人拥有的权利。”^③刑法也正是从反面合理地确立个人不应拥有的权利，来保证非自愿的强制性的交易不被实施，从而实现刑法效益。

① 加里·S·贝尔：《人类行为的经济分析》，上海三联书店1993年版，第55—56页。

② 参见罗伯特·考特等：《法和经济学》，上海三联书店1994年新1版，第755页。

③ 科斯：《生产的制度结构》，《经济社会体制比较》，1993年第2期。

我国自从刑法典颁布以来,又陆续颁布了一系列的单行刑法,就其本质来说,就是大幅度地增加刑法成本的投入,以期获得刑法效益。不可否认,我国刑法在保护国家安全,维护社会秩序,保障公民个人的合法权益等方面发挥了并将继续发挥重要的作用,也取得了一定的刑法效益。但我们也必须同时清醒地认识到,在我国,存在着刑法成本膨胀而刑法效益低下的不正常现象。一方面,刑法成本投入大量的增加,具体表现为犯罪量的增加和刑罚量的增加。就犯罪量增加而言,表现为自刑法典以后颁布的一系列单行刑法共增加了一百多个新罪名^①,刑法调控范围不断扩大,并且将继续扩大;就刑罚量增加而言,集中表现为:其一,死刑适用面急剧膨胀。根据单行刑法规定,对近40个罪名可以适用死刑,加上原来刑法典规定的对近30个罪名可以适用死刑,目前,在我国,根据刑法规定,对近70个罪名可以判处死刑,占整个罪名总数达四分之一强。难怪有同志对我国刑法关于死刑选用的立法规定的膨胀现状,发出这是一种“危险的倾向”^②的呼吁。其二,大幅度提高有关罪行的法定刑。另一方面,我国刑法效益水平不高。具体表现为犯罪上升态势并没有得到有效地遏制。1983年开展了为期三年的“严打”斗争,其后各种专项打击连续不断,犯罪总量在1984年稍有下降之后又呈持续上升势头。1991年为1984年的近5倍,严重罪案自1985年后以年均40.3%的速度上升,增长速度大大超过同期罪案总数的平均长幅。严重罪案在全部罪案中所占比例也明显上升,由1984年的13%上升到1991年的22%^③。以上两方面清楚地表明,当前我们所面临的状况是,国家刑法成本开支越来越大,而同时期的刑法效益却相对减少,存

① 参见《人民检察》,1995年第9期。

② 参见鲍遂献:《对中国死刑问题的深层思考》,载《刑法新探索》,赵秉志主编,群众出版社1993年版,第359页。

③ 参见郭建安:《论刑罚的威慑效应》,《法学研究》,1994年第3期。

在着犯罪量、刑罚量等成本与实际犯罪数量同时增加的现象，即有学者称之为“罪刑矛盾”、“罪刑对立”关系的现象^①，其实质是国家刑法成本昂贵而所产生的刑法效益却低下。

面对上述情形，刑法学界开始探讨、研究我国应采取的刑事调控模式，开始对我国实行十多年的依法从重从快的刑事政策进行反思。我国著名刑法学家高铭暄教授、陈兴良教授认为，我们应该树立刑法的不完整性 and 最后手段性观念，以犯罪的相对性与刑罚的经济性为基础理论，破除重刑主义和泛刑罚化观念，理性地选择一个实现刑罚资源的最佳配置并能取得遏制犯罪的最佳效果的刑事控制模式，以求最小的刑法社会成本开支将犯罪最大限度地控制在社会能够容忍的限度之内，并且科学地指出，依法从重从快刑事政策的提出并实施，在短期内可以获得一定的积极作用，但对于社会治安维护来说，刑事镇压毕竟只是治标不治本的办法，现在是到了对该刑事政策进行认真反思的时候了^②。事实上，对依法从重从快刑事政策的反思，本质就是对我国刑法成本实际获得的刑法效益状况以及刑法成本与刑法效益对比关系的反思，也就是对刑法进行经济分析，因此，可以说，现在是到了对我国刑法进行经济分析的时候了。

所谓刑法的经济分析，就是运用微观经济学的概念、理论、方法来探讨、研究刑法理论问题和具体的刑法问题，以实现刑法成本投入处于最佳的最小水平，而同时产生最佳的最大的刑法效益的目的。其核心问题是要求国家投入最佳的刑法成本尤其是犯罪量、刑罚量成本，以获取最佳的刑法效益，而不是不顾刑法成本开支，追求难以实现或根本就无法实现的刑法效益。在西方，在二十世纪 60 年代就正式兴起了对包括刑法在内的对法律进行经

① 参见储槐植：《罪刑矛盾与刑法改革》，《中国法学》，1994 年第 5 期。

② 参见高铭暄：《刑法问题研究》，法律出版社 1994 年版，第 51—64 页。

济分析的法的经济分析学派,发展至今,该学派在当代西方法理学流派中已占据了重要的地位,并日益扩大其影响^①。在我国,就刑法学界而言,已有学者在论及有关刑法理论问题时,涉及了对刑法的经济分析问题。例如,主张树立效益刑法观^②;探求合理的刑法干预度^③;研究刑罚的经济性特征^④;探讨刑罚有效性及其实现途径^⑤;主张树立量刑的节俭原则^⑥;探求量刑准确的科学方法^⑦;甚至还有人专门撰文探讨刑法成本、刑法效益问题^⑧。但就我国刑法学界关于刑法的经济分析的研究现状而言,还不能说已有人正式全面地系统地对刑法进行经济分析研究,上面提及的有关论述只是初步地涉及刑法的经济分析理论,有的甚至只能说是暗含着刑法的经济分析理论的萌芽,而不是象在西方,人们运用经济学理论、方法,对刑法理论问题和具体的刑法问题进行分析。

值得指出的是,刑法的经济分析理论中的“经济分析”是指运用微观经济学的基本理论和方法,来对刑法进行研究,探求刑法成本最小化、刑法效益最大化的模式,其核心是进行成本与效益的对比分析,实现刑法成本资源配置最优化,从而以此为中介

① 参见吕世伦主编:《西方法律思潮源流论》,中国人民公安大学出版社1993年版,第349页。

② 参见赵秉志、鲍遂献:《论刑法观念的更新和变革》,《中国法学》,1994年第2期。

③ 参见陈兴良等:《市场经济与刑法干预度》,《政治与法律》1995年第2期。

④ 参见杨敦先、曹子丹主编:《改革开放与刑法发展》,中国检察出版社1993年版,第154—156页。

⑤ 参见苏惠渔、游伟:《论刑罚的有效性》,《法学与实践》,1995年第2期;游伟:《论刑罚有效性的具体实现》,《政治与法律》,1993年第6期;郭建安:《论刑罚的威慑效应》;周仲飞:《效益:市场经济刑罚的价值目标》,《江海学刊》,1994年第2期。

⑥ 参见朱华荣:《树立司法的经济原则》,《法学》,1992年第5期;胡学相:《论量刑的刑罚节俭原则》,《法律科学》,1994年第3期。

⑦ 苏惠渔等:《量刑与电脑》,百家出版社1989年版;《量刑方法研究专论》,复旦大学出版社1991年版。

⑧ 参见林维:《刑罚预期成本略论》,《河北法学》1994年第3期;孙林:《法律经济学》,中国政法大学出版社1993年版,第7章。