

博士文丛
BOSHI WENCONG

刘仁文 / 著

刑事一体化下的 经济分析

An Economic Analysis
on the Criminal
Law Science



中国人民公安大学出版社

D924. 04/53

2007

刑事一体化下的 经济分析

An Economic Analysis on the
Criminal Law Science

刘仁文 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事一体化下的经济分析/刘仁文著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007. 8

(博士文丛)

ISBN 978 - 7 - 81109 - 876 - 1

I. 刑… II. 刘… III. ①刑法—经济分析—中国②刑事诉
讼法—经济分析—中国 IV. D924. 04 D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 167611 号

刑事一体化下的经济分析

An Economic Analysis on the Criminal Law Science

刘仁文 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

经 销: 新华书店

邮政编码: 100038

印 刷: 三河市利兴印刷有限公司

版 次: 2007 年 8 月第 1 版

印 次: 2007 年 8 月第 1 次

印 张: 15.875

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 400 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81109 - 876 - 1/D · 825

定 价: 35.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E - mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpcpsu.com.cn

www.porclub.com.cn

作者简介

刘仁文，男，1967年10月11日（农历九月初八）生，湖南隆回人。中国人民公安大学法学学士，中国政法大学法学硕士、博士，中国社会科学院经济学博士后。学生时代曾获“北京市优秀大学毕业生”等荣誉称号，任校研究生会主席等职。

曾先后应邀在美国耶鲁大学法学院、哥伦比亚大学法学院、英国牛津大学犯罪学研究中心、德国马普外国与国际刑法研究所做访问学者，并在国际刑事法院检察官办公室任法律研究官员。

现任中国社会科学院法学所研究员、刑法室副主任。兼任中国犯罪学会常务理事，北京市法学会理事，山东大学刑事法律研究中心研究员，河南大学法学院教授，北京市科华律师事务所律师。

个人专著除本书外，还有《过失危险犯研究》、《严格责任论》、《环境资源保护与环境资源犯罪》、《刑事政策初步》，以及学术随笔集《想到就说》、《具体权利》。另主持翻译《理论犯罪学》、《死刑的全球考察》、《哈佛法律评论·刑法学精粹》、《美国模范刑法典及其评注》。在《法学研究》、《中国法学》等中外期刊上发表论文数十篇。科研成果曾获北京市哲学社会科学优秀著作一等奖，中国法学会优秀刑法论文一等奖。

经济学对现代世界活动的形成起着主要作用，因为它提出了什么是“经济”、什么是“不经济”的标准，任何其他标准对个人和团体的行动以及对政府的行动的影响都不能超过这一套标准。

—— [英] 舒马赫

某些法律和制度，不管它们如何有效率和有条理，只要它们不正义，就必须加以改造或废除。

—— [美] 罗尔斯

前言

一

几年前，一位美国教授告诉我，在美国法学院里，越来越多的教授拥有经济学的学位或背景。而我自己，也在不知不觉中买了不少有关法与经济学方面的书，这表明潜意识中我对此是有兴趣的。恰好在社科院的一次课题研究中，我结识了经济所的袁刚明研究员，并与他发展成为亦师亦友的关系。2003年，承蒙他的引见，我顺利申请上了经济所的博士后。两年多下来，自己大体上沿着如下思路读了些书：经济学——法律经济学——犯罪与刑罚的经济分析。

在这些阅读中，一些学者的话给我留下了深刻印象。例如，博登海默指出：如果某人“未接受经济学方面的训练，那么他就无法认识到法律问题同经济问题之间的紧密联系，而这种关系在许多法律领域中都存在着”。“如果一个人只是个法律工匠、只知道审判程序之方法和精通实在法的专门规则，那么他的确不能成为第一流的法律工作者。”^① 还有法官说：“一个法律工作者

^①参见[美]E. 博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，华夏出版社1987年版，第490页、第491页。

如果不研究经济学与社会学，那么他极容易成为一个社会公敌”。^①而艾克曼对运用经济学理论来分析法律学说的评价是：“这种思想路线提供了一个分析结构，使我们能够对由于采用一个法律规则而不是另一个法律规则的结果而产生的效益的规模和分配，进行理智的评价。这种分析是特别重要的，因为常常揭示出，法律规则的潜在影响可能与推动制定该规则的立法机关或法院的目标（至少在表面上）大不相同。所以，只要不把经济学作为唯一的评价原则来误用，而是理智地运用它，就能使学生揭开修辞学的帷幕，抓住躲在法律问题背后的真正的价值的问题”。^②

我攻读硕士和博士学位时学的都是刑法，从1993年至今又一直在社科院法学所的刑法室工作，因此本书选取《刑事一体化下的经济分析》为题，自是逻辑之中。^③“刑事一体化”意味着本书不仅仅是研究刑法，还包括与之相关的领域，如犯罪学、刑事诉讼法学、刑事执行法学等。^④近年来，国内有学者提倡

①转引自[美]E. 博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，华夏出版社1987年版，第491页。

②参见[美]艾克曼：《财产法的经济基础》，英文版（1975年），第14页，转引自陈正云：《刑法的经济分析》，中国法制出版社1997年版。

③笔者博士后报告的原名叫《刑事法律的经济视野》，在补充修改成书时改为现名，特此说明。

④我国台湾学者林山田认为，“刑事学”包括刑事法学、犯罪学、刑罚学、刑事政策学、犯罪侦查学等。其中，刑事法学又包括刑事实体法学、刑事程序法学、刑事执行法学；刑罚学又包括刑罚理论、刑罚制度、保安处分理论、保安处分制度；刑事政策学又包括刑事立法政策、刑事司法政策、刑事执行政策、整体反犯罪政策；犯罪侦查学又包括刑事科学侦查、刑事科学鉴定。参见林山田：《刑法通论》，台北三民书局1993年增订四版，第3页。

“刑事（法）一体化”，^①认为这有利于走出狭隘的视界，促进刑事科学的发展，笔者深以为然。本书将经济学的分析方法尝试运用于上述刑事（法）诸领域，亦有推进刑事（法）一体化研究之旨意。

这样的涵盖面对于一个已经习惯了在纯刑法领域里耕耘的人来说，自然是个挑战。不仅是挑战，还有一种担心，担心被人指责为“泛泛而谈”。不过，看看西方一些学者比我这本书还要“泛泛而谈”的著作，如波斯纳的《法律的经济分析》，考特与尤伦的《法和经济学》，以及诺贝尔经济学奖得主贝克尔的《人类行为的经济分析》等，其涉及面可谓覆盖法律的各个部门，甚至超出法律本身，却并没有妨碍它们成为名著，这无疑给了我信心和启发。看来，研究工作中的“小题大做”和“大题小做”，乃至“大题大做”，应是各有各的价值，不好简单地厚此薄彼。

二

本书按照刑事一体化的思路，运用经济学的方法，对刑事科

^①刑事（法）一体化思想最早可追溯至德国李斯特提出的“建立包括刑事政策学、犯罪学、刑罚学和行刑学等在内的‘整体刑法学’的主张。”在我国，甘雨沛先生最早提出“成立一个具有立法论、适用解释论、行刑论、刑事政策论以及保安处分法的全面规制的‘全体刑法学’。”后来，储槐植教授又提出了“建立犯罪——刑罚——行刑一体化”的思想，其基本点是“刑法和刑法运行处于内外协调状态才能实现最佳社会效益”。（参见储槐植：“建立刑事一体化思想”，载《中外法学》1989年第1期）现在，刑事（法）一体化已经发展成为将整个刑事法学科群有机联系起来进行研究的一种理念和方法，虽然具体到“刑事法学科群”到底应包括哪些学科还有不同意见。

学的几个主要组成部分进行了尝试性的研究。由于刑法部分我比较熟悉，所以用了三章的篇幅来论述，而对别的内容我则采取了选取一两个专题的策略，因为要全部展开非我力所能及。

在博士后报告的最初写作提纲中，我曾专门列有一章“运用经济学方法研究刑事法所应注意的问题”，当时的考虑是：第一，应处理好功利与公正的关系。经济学强调效益、效率，法学强调公正，这似乎是传统上给人的印象。现在，虽然经济学也更多地关注公正，法学也更多地关注效益、效率，但两者的基本学科特点没有变。这就要求我们在对刑事法的经济学分析中，不能将经济学的思路绝对化，而应引入价值分析，在遵循公正要求的前提下，来考虑效率的提高。例如，在刑事诉讼中，为什么要两审终审，而不一审就了事？在开庭审判中，为什么要求证人、鉴定人要尽量出庭，而不简单地以书证代替？就是因为这是实现公正的需要。第二，应处理好价值分析与经济学上的计量之关系。这也是此项研究中的一个难点。比如，在探讨刑事强制措施时，人的自由到底是作为一种高于计量指标之价值呢，还是作为一种可计量的指标纳入经济学分析之中，若是前者，则可能导引出经济学分析要在符合一定价值的前提下展开研究才有意义的结论；若是后者，则面临一个如何将此类价值上的抽象概念细化为可量化的指标问题。第三，应处理好经济学分析中的正与负的关系。一些学者在从事法律的经济分析（包括刑事法的经济分析）时，往往只从节省成本、从如何减少开支着眼，但实际上这样的研究还是不够的，还应对一些不能节省、不能减少的开支进行细致的计算，在确有必要的情况下，甚至要将增加的开销和成本计算出来（如死刑案件二审开庭和最高人民法院收回死刑核准权就属这方面的例子），只有这样才能比较全面、客观地反映刑事法分析的经济视野。遗憾的是，这一章终未能写出，也好，留下这个悬念，使我能 在交稿后继续思考和关注这一课题。

三

我要感谢德国马普外国与国际刑法研究所所长 Albrecht 教授，他邀请我于 2007 年 4 月 1 日至 10 月 1 日到该所做半年的访问学者，我利用这一相对清闲的时间将放下已久的博士后报告作了扩充和修改，虽然现在的稿子还在诸多方面难以令自己满意，但自觉基本实现了当初对自己博士后报告的要求：在质量上要高出博士论文，在字数上要多出博士论文。

感谢我的博士后合作导师袁刚明研究员，是他促成了我的这项成果的面世。我也要感谢中国社科院经济所博士后流动站的乔丽老师，在两年多的时间里，她给予了我多方面的关照。

从书后列出的 300 多本（篇）参考文献可以看出，我的这项研究完全是站在别人的肩膀上进行的。其中，在犯罪学部分，我尤其要感谢沈海平和王志强二位先生。沈海平是我的硕士同学，现在在国家检察官学院任副教授，并在攻读北京大学法学院的博士学位，我在撰写博士后报告期间，他也正在撰写主题相似的博士论文，我们利用住在同一个小区的便利条件，经常相约散步切磋，令我受益良多。王志强先生关于预防犯罪博弈论分析的论文是我书中写作该部分的灵感来源和重要参考资料。记得当初在法学所参加他的硕士论文答辩时，他的论文就是有关犯罪博弈的，我曾在他答辩结束后，请他帮我复印他论文中提到的一本参考书，他回去后很快就给我寄来了该书的复印稿。

在刑事诉讼部分，我要特别感谢李文健博士和左卫民教授的著作对我写作“简易程序”一节的帮助，还要感谢陈卫东教授和孙长永教授等人的著作对我写作“强制措施”一节的帮助。

在刑事执行部分，韩玉胜、郭建安、吴宗宪等先生的著作是

我重点参考的对象。

至于刑法学界的同仁，我首先要感谢储槐植老师贡献出他的刑法机制观点，其次还要感谢以下诸君及其作品：陈正云先生的《刑法的经济分析》是我在这一领域的启蒙读物，于志刚先生的专著《刑罚消灭制度研究》和周光权先生的论文《论通过刑法减轻控方责任》对我写作相关部分启迪甚大。

在书稿的写作及出版过程中，我还得到博士研究生周振杰、季凤建和硕士研究生张晓艳、李璠等人的大力协助，在此当专致谢意。

爱妻艳和儿子光澈（小名湘佼）在异国他乡伴我左右，令我享受人间温情，更加坚定了我要以感恩之心来对待生活的人生态度。

最后，我不能忘记中国人民公安大学出版社为出版本书所付出的努力。

四

写完上述文字，弗莱堡的天已快亮了，我们也快回国了。

猛然意识到，再过两个月，自己就将迎来40岁生日。记得1997年，我在即将迎来30岁生日的时候，出版了第一部专著。10年过去，除去两本随笔集和几本翻译作品，这应当是我的第5部专著了。忙碌中时光匆匆而过，真的不敢相信自己已是进入中年的人了。那曾经的热血，曾经的年少，就这样不知不觉成为过去。此刻的我，又一次想起最近半年来在德国反复对自己提出的三点嘱托：一、坚守自己的阵地；二、要懂得和舍得放弃；三、与舒适和诱惑作斗争。谨录于此，愿与同仁共勉之！

刘仁文

2007年8月18日凌晨于德国弗莱堡

目 录

1	前 言
第一章	犯罪的经济分析
第一节	概述
1	一、何为犯罪学
4	二、犯罪学经济分析的主要视角
第二节	犯罪决策的经济分析
6	一、犯罪人是理性的吗?
15	二、犯罪决策的含义
17	三、换个视角看犯罪
22	四、犯罪决策中的犯罪现实成本
26	五、犯罪决策中的犯罪预期成本
第三节	经济与犯罪
34	一、现代化视野中经济发展与犯罪的关系
41	二、研究经济与犯罪之关系的其他视角
第四节	犯罪预防的博弈分析
45	一、博弈论概述
51	二、在预防犯罪研究中引入博弈论的必要性
51	三、预防犯罪博弈中的信息较量
54	四、预防犯罪收益的实现
55	五、预防犯罪博弈的均衡
第二章	刑法的经济分析(上)
第一节	概述

58	一、问题的缘起
64	二、学术史的回顾
第二节	犯罪圈的大小辨析
66	一、刑法能消灭犯罪吗?
70	二、刑法目标的最佳定位
73	三、刑法的调控范围
第三章	刑法的经济分析(中)
第一节	概述
85	一、刑罚经济分析的视角
86	二、影响刑罚轻重的因素
第二节	刑罚的经济性辨析
92	一、我国现行刑罚体系不经济的表现
104	二、促进我国刑罚经济的几点思考
第四章	刑法的经济分析(下)
第一节	如何使刑事立法更简约
117	一、简约的法律才有力量
119	二、简约并不禁止必要的复杂
122	三、简约刑事立法的两点建议
第二节	死刑的成本
128	一、死刑的程序成本
135	二、死刑的执行成本
141	三、死刑的附随成本
第三节	刑法经济分析的其他视角
144	一、五个可能方向
148	二、以通过刑法降低证明责任为例
150	三、以数罪并罚为例
156	四、以简化不适用数罪并罚的犯罪形态为例

158	五、以共犯的脱离为例
第五章	论刑法机制
第一节	刑法机制概述
161	一、刑法机制研究的回顾
165	二、刑法机制的内涵及研究刑法机制的意义
第二节	刑法结构
169	一、刑法结构的概念与研究视角
172	二、从小刑法典到大刑法典——刑法结构的调整之一
185	三、从单轨制向双轨制——刑法结构的调整之二
第三节	刑法适用
189	一、刑法适用的核心在于法官解释法律
191	二、现行刑法适用解释机制的弊端
198	三、改进我国刑法适用解释的几点思考
第四节	刑法运作
205	一、刑法运作的基本方面
213	二、刑法运作中的效率与公正
第六章	刑事诉讼的经济分析
第一节	概述
217	一、一个刑法学者眼中的刑事诉讼法
220	二、刑事诉讼法与刑法的关系
第二节	刑事诉讼经济分析的主要方面
222	一、诉讼模式的经济考察
226	二、诉讼程序的成本节俭
232	三、司法资源的优化配置
第三节	从简易程序审看中国庭审改革中对效率的关注
242	一、国际考察
248	二、中国实践

256	三、效果评估
258	四、完善建议
第四节	强制措施中的取保候审与羁押
264	一、两种截然相反的做法
269	二、我国为什么取保候审适用率低?
273	三、如何降低审前羁押率
第七章	刑事司法的经济分析
第一节	刑事司法的学科意义
277	一、国外刑事司法著作的主要内容
280	二、刑事司法学的独立价值
第二节	从“广场化”到“剧场化”的刑事司法
282	一、作为一种公共景观的消失
285	二、“广场化”的非经济性
291	三、“剧场化”的经济性
294	四、对“剧场化”司法的几点补充
第三节	国际刑事司法合作
297	一、国际刑事司法合作的主要形式
307	二、国际刑事司法合作的两个具体问题
第八章	刑事政策的经济分析
第一节	刑事政策概述
316	一、何为刑事政策
323	二、刑事政策之于本书的意义
第二节	恢复性司法的经济分析
325	一、恢复性司法的基本问题
333	二、刑法成本、刑法收益与刑法效益
338	三、恢复性司法与刑法效益
第三节	宽严相济的刑事政策研究

344	一、“宽严相济”刑事政策的提出
347	二、“宽严相济”的时代意义在于“以宽济严”
352	三、宽严相济刑事政策不只是一项刑事司法政策
355	四、如何实现“以宽济严”
第四节	刑事政策视野中的刑罚消灭制度
365	一、时效
369	二、赦免
371	三、复权
374	四、前科消灭
第五节	刑事政策视野中的刑法溯及力
385	一、刑法溯及力概述
388	二、刑法溯及力应及于生效判决
394	三、刑法溯及力中的“从轻”应理解为“最有利被告”
第九章	刑事执行的经济分析
第一节	刑事执行概述
400	一、刑事执行的现代趋势
402	二、我国刑事执行的分类
407	三、改进我国刑事执行体制的两点思考
第二节	减刑和假释
412	一、减刑的概念和特征
413	二、假释的概念和特征
414	三、减刑与假释的经济学思考
第三节	电子脚镣与刑罚执行
421	一、电子脚镣概况
426	二、电子脚镣的技术原理
431	三、电子脚镣的优点
437	四、电子脚镣的借鉴与推广应用

第四节	社区矫正
441	一、一个规范性文件的解读
444	二、推广社区矫正的必要性
449	三、我国社区矫正需要解决的两个问题
453	参考文献