

## 讯问的经济学

### ——对刑讯逼供的经济分析

宁杰\*

**摘要** 刑讯逼供是不道德的,但并非是无理性的,特定制度会促成讯问人从自身利益出发选择刑讯逼供。从经济学的视角看,刑讯逼供的数量与对口供的需求弹性、刑讯者的个人偏好、路径依赖的系数以及刑讯者支出的成本有关。要遏止刑讯逼供,必须以上几方面入手,进行一场制度变迁。经济分析也证明,当前司法实践中存在的“适度”刑讯的观点是错误的。

**关键词** 法律经济学, 讯问, 刑讯逼供

刑讯逼供,在古代社会曾经是国家为追究犯罪而获取口供的合法手段。随着人类文明的进步,如今它已为各国所明令禁止。但禁止并不意味着绝迹,当今各国有关警察滥施暴力、刑讯逼供的事件并不鲜见,有的还因此引发了较为严重的社会问题。在为建设现代法治国家而不懈努力的当代中国,类似事件同样屡屡发生,而且其残酷程度与封建公堂上的拷问往往不相上下。以1993年和1994年为例,在被查处的刑讯逼供案件中,就分别有126人和115人被刑讯致死(王钢平,1997:第9页)。刑讯逼供,已成为人类社会在查究犯罪过程中一个始终不曾挥去的梦魇。

刑讯逼供何以发生?为何禁而不绝?理论界对此已进行了很多探讨,有关部门也是三令五申,各项防范措施、制度层出不穷,刑法甚至还为此专门设立了刑讯逼供罪。但从实践情况看,效果却并不让人乐观。近年来见诸媒体的一些因刑讯逼供而致人重伤、死亡甚至酿成冤案的案件让人触目惊心。对刑讯逼供进行道义上的谴责是很容易的,人们也多是以此为出发点来剖析其原因,并进而提出种种解决办法。但黑格尔有句名言:“凡是合乎理性的都是现实的;凡是现实的东西都是合乎理性的”(黑格尔,1961:序言第11页)。笔者当然无意为刑讯逼供辩护,但是笔者同样认为,把一种社会现象放在道德之光的照耀下,固然能照见人性中的某些阴暗与悖谬,但它同样也可能遮蔽了隐藏在悖谬之后的理性——刑讯逼供之所以能在人类社会中延续数千年而无法禁绝,一个合理的解释是它可能是施加刑讯者的一种理性选择。经济学的-一个基本前提是,人是追求个人效用最大化的“理性人”。本文从这一基本假定出发,试图从经济学的角度对刑讯逼供进行分析,并提出防止刑讯逼供的构想。

\* 北京大学法学院。通讯地址:北京大学法学院 203 信箱, 100871; 电话: (010) 62765249; Email: lawning@yahoo.com.

## 一、供认还是否认——被讯问者的选择

刑讯逼供, 简单地说, 就是在刑事诉讼过程中, 办案人员为获知案件事实, 对被讯问者实施肉刑或变相肉刑的行为。讯问者是具有侦查职权的司法工作人员, 主要是公安、检察、国家安全等机关的司法人员, 被讯问者是被怀疑犯罪的人。之所以要对被讯问人刑讯, 前提当然是他不承认自己犯罪, 不供述讯问者所希望听到的犯罪事实。因此, 在剖析刑讯人的行为之前, 要首先对被讯问人的行为进行分析。

被讯问人无论是有罪还是无辜, 都会面临两种选择: 承认还是不承认犯罪。选择哪一种取决于被讯问人对每种选择的支出预期。应特别注意的是, 下面分析的只是被讯问人根据自己的知识和经验所做的主观上的预测, 与他实际上可能支出的成本并不一定相符。但决定行为人决策的正是事前估计的预期成本, 而不是事后实际承担的成本。<sup>1</sup>

如果承认犯罪, 则被讯问人清楚地知道自己将会受到与罪行相应的处罚。无论在法律规定还是在实践中, 刑事处罚都是有弹性的。如故意杀人罪, 根据我国刑法规定, 可能判处的刑罚为三年有期徒刑到死刑。在具体适用到个人时, 会根据犯罪情节和本人悔罪态度等因素, 决定是否从重、从轻或减轻。我们假定对所指控罪行的最重刑罚为固定值  $F$ , 而其他各种法定情节和酌定情节对量刑的影响用严厉系数  $T$  (即受处罚的严厉程度) 来表示, 则被讯问人对承认犯罪的预期支出  $Ea$  为:

$$Ea = F \cdot T.$$

一般来说,  $T \leq 1$ 。我国修改后的刑法没有加重处罚的规定, 最多只有“从重”, 而“从重”不得超过  $F$  的范围。

对于少数罪犯来说, 供认罪行还会产生一个效用, 即由于确实真诚的悔罪, 通过受惩而获得良心的安定。如果这用  $C'$  来表示, 则他对供认罪行的预期支出为  $Ea = F \cdot T - C'$ 。但这在实践中毕竟是少数, 不具有普遍意义, 绝大多数罪犯所想的都是如何减轻甚至逃避处罚, 即使痛快地承认罪行, 也往往是想以较好的认罪态度获得较轻的处罚, 即降低惩罚的严厉系数  $T$ 。为使讨论具有普遍意义, 在本文中, 所给出的承认犯罪的预期支出函数仍为  $Ea = F \cdot T$ 。

如果被讯问人不承认犯罪, 他同样清楚这并非意味着他肯定不被定罪, 只是使定罪变得不确定而已。法律上的依据是我国刑事诉讼法第46的规定: “没有被告人供述, 证据充分确实的, 可以认定被告人有罪和处以刑罚。”一

<sup>1</sup> 事后实际承担的成本只能对下一轮的决策产生影响, 即影响下一轮对预期成本的计算。

般讯问者都会把这一条告知被讯问人。在这种情况下影响量刑的将不再是严厉系数  $T$ ，而是定罪可能性  $P$ 。这样，如果被讯问人选择不承认，则他的预期成本  $Ed$  应为：

$$Ed = F \cdot P.$$

被讯问人是供认还是不供认，取决于他对两种选择可能支付的成本的判断，哪一种成本更小就会选择哪一种。一般来说，即使因承认犯罪而受到从轻处罚，从轻的度也是很有限制的， $T$  一般大于 0.5。而如果拒不供认犯罪，由于口供是进一步侦查犯罪和最终定罪的一个重要依据，则使能否定罪变得十分不确定。在当代中国的司法实践中，没有被告人口供而定罪的情况是很少的， $P$  一般小于 0.5。显而易见，不供认犯罪就成了被讯问人十分正常的选择。这无论对有罪者还是无辜者都是适用的。只不过在无辜者的预期中， $P$  值更低而已。<sup>2</sup>

可能有人会提出疑问，那就是事实上很多罪犯最后都选择了供认，而根据前述分析，被讯问人的一般选择应该是不供认。这是因为上述所分析的是被讯问人的初始预期，是一种静态的分析。讯问是双方互动的过程，讯问人会极力改变  $T$  值与  $P$  值之比，力图使得在被讯问人的心理预期中， $F \cdot T$  要小于  $F \cdot P$ 。罪犯之所以选择供认，正是因为讯问人成功地改变了其预期中的成本计算值。讯问中最常见的语言是：“ $\times \times \times$ ，我们已掌握了你的罪行，不管你交待还是不交待，我们都有充分的证据对你定罪。你如果如实交待，我们会对你从轻处罚。”这就是示意被讯问人，处罚可能性  $P$  已达到最大值 1，而严厉系数  $T$  可能会小于 1，所以还是选择供认比较好。所谓的讯问艺术实质上就是如何有效地使被讯问人认为供认后定罪的严厉系数要小于不供认时的定罪可能性，从而选择供认。但语言的力量毕竟是有限的，要改变  $T$  值与  $P$  值之比，真正起决定作用的还是讯问方所出示的证据、被讯问人对以前类似事件的经验和认识等等。如果被讯问人真的认为“坦白从宽，牢底坐穿；抗拒从严，回家过年”，那么要降低其预期中的刑罚严厉系数将会十分困难。而如从另一方面着手，增加被讯问者预期的定罪可能性，则在很大程度上依赖于讯问前的调查，只有掌握充分的证据，才能使被讯问人意识到即使不承认，定罪的可能性仍然很大。这些都意味着讯问人要做大量艰苦细致的工作。

<sup>2</sup> 还有死刑犯的供认问题比较特殊。有些被讯问人犯下十分严重的犯罪，由于警方铁证如山，知道自己无论是承认还是不承认，都难逃一死，即  $Ea = Ed$ 。可事实上大多数死刑犯最后都选择了供认，这是因为在  $F \cdot P$  之外， $Ed$  还会包含一个成本支出  $C$ ——不供认也是要付出成本的，起码说谎要付出心理成本。这个成本在一般犯罪中可以忽略不计，但对明知必死（不是指那种还心存侥幸的罪犯）的死刑犯却具有一定意义。在是否说谎都是一样结果的情况下，被讯问人会索性痛快说出来算了，不想再为说谎而绞尽脑汁。这个额外的支出成本  $C$  正是本文所要着力讨论的，当然我们会看到，它不会仅仅是心理成本。

讯问人同样是追求个人效用最大化的理性人,他和被讯问人一样,也会选择成本最小的行为。为使被讯问人招供,除了提高讯问技巧、进行深入的讯问前调查外,另一个途径就是在 $F \cdot P$ 之外给被讯问人施加一个额外成本 $C$ ,这样 $Ed = F \cdot P + C$ ,从而让 $Ed$ 大于 $Ea$ ,迫使被讯问人选择供认。这个额外成本的产生,除了被讯问人自己可能具有的因说谎而产生的心理成本之外,就讯问人而言,就是要主动让被讯问人如不供认就要面临现实的成本付出,而最方便、最直接的莫过于让被讯问人承受肉体的痛苦,也就是进行刑讯。

## 二、刑讯逼供的供给函数

从本质上说,刑讯逼供是讯问人通过向被讯问人施加肉体痛苦,使他如不供认就要被迫承受这种额外的成本,以促使他选择供认。但是,是什么原因激励讯问人采用这种方法而不是别的方法,换言之,是哪些因素对讯问人进行刑讯的选择产生影响,正是这里所要讨论的。

本文认为,它与口供的需求弹性、刑讯者的个人偏好、路径依赖的系数和刑讯者支出的成本有关。如以 $X$ 表示刑讯逼供的供给量,则刑讯逼供行为的供给函数:

$$X = X(Ex, Px, Rx, Cx).$$

$Ex$ 是对口供的需求弹性,  $Px$ 是刑讯者的个人偏好,  $Rx$ 是路径依赖的系数,  $Cx$ 是刑讯者支出的成本。

1. 口供的需求弹性。刑讯的目的是为了逼取被讯问人的口供,刑讯是因为对口供有需求而产生的,因此分析刑讯行为就要从分析对口供的需求入手。讯问人想获得口供,是要查清案件事实,最终定案起诉。而讯问人对口供的需求之所以如此强烈,不惜动用刑讯手段,说明了口供在讯问人办案活动中的重要性。讯问人的所有办案活动都是为了查实犯罪,而犯罪事实靠证据来认定。在法定证据中,有书证、物证、被告人供述、被害人陈述和鉴定结论等等,由于被告人是犯罪的实施者,他最了解事实真相,因此口供对定案的价值是显而易见的,所以在古代法制中,口供被称为“证据之王”。但因为不言自明的利害关系,要获取真实的口供显然十分困难,讯问者要获得他想要的口供,必然要支付相当的“价格”,如前所述,其支出包括讯问前的调查、讯问技巧的运用以至进行刑讯等等。我们可以看到,如果刑事诉讼制度对口供越是重视,法官定案时对口供越是依赖,则口供的需求弹性越低,即使获取口供的价格再高,对口供的需求几乎不会有任何减少。就我国而言,虽然刑事诉讼法规定没有被告人供述也可以定案,但在司法实践中,没有被

告人供述, 证据锁链中缺乏关键的一环, 法官就会对证据觉得很不够踏实, 不太敢定案, 这促使侦查机关为了定案, 不惜一切代价要从被讯问人口中获得他们所需要的供词。即使上级机关三令五申不得刑讯逼供, 甚至有种种处分乃至刑事处罚措施, 也只不过增加了获得口供而支付的价格(或者说是刑讯的成本)而已。由于口供的需求弹性低, 如果价格并不足够高, 是很难有效防止刑讯现象的发生的——但如果价格过高, 又会存在处罚的边际威慑力递减的问题。西方有些国家赋予犯罪嫌疑人以沉默权, 侦查人员一开始就并不指望依靠口供来定案, 法官也不单纯依赖口供定罪, 侦查人员的办案重点就不会放在对口供的获取上, 而是去尽力搜罗其他证据。如果无须逼取口供, 当然也就没有必要刑讯。

对口供迫切的需求, 为什么会一定导致刑讯逼供? 如本文第一部分所述, 要使被讯问人选择供认, 就要使他认识到供认的成本小于不供认的成本。为达此目的, 可以做细致的调查以掌握充分证据迫使其招供, 可以设计周密的讯问方案以高超的讯问技巧改变被讯问人的心理预期, 但这都意味着讯问人要付出大量的劳动, 相较而言, 没有什么比抬手打人更方便的了, 如果它能达到同样目的的话。讯问人付出成本最小、最简便的方法是向被讯问人施加即时的痛苦成本, 也就是进行刑讯。通过刑讯可以很方便, 而且几乎是无限地加大被讯问人不供认的成本, 在得到讯问人所想要得到的“事实”方面是十分有效的。因此, 在古代缺乏先进办案手段查明案件真相的情况下, 刑讯几乎就成了讯问者必然的选择, 在现代社会, 即使办案手段更加先进, 但如果没有有效的成本约束, 讯问人还是会选择“刑讯”这一十分方便的办案手段。

2. 刑讯者的个人偏好。为了定案而逼取口供, 是把讯问者作为一个履行办案职责的公务人员看待。但同时, 办案人员也是一个“自然人”, 有着普通人的情感和需求。因此还必须从自然人的正常偏好来分析其行为。

(1) 破案欲望。作为公务人员, 讯问人获取口供的目的是为了破案, 如果对破案没有什么积极性, 也就不大可能去刑讯逼供。但作为一个“自然人”, 这种破案的激励因素何在? 办案者确实一般都具有比较强烈的破案欲望, 这是由于办案与其他工作相比具有的特性使然。它既是社会与犯罪的斗争, 更是办案者个人与犯罪分子的较量。在司法实践中, 办案任务一般是由几个人组成的办案组承担(即使是重大案件, 各项任务也会分解给各个办案组)。在讯问时, 也都会有主审人, 因此办案是办案者与被讯问人面对面的交锋。如果未能破案, 不仅是工作的失利, 更是办案者个人的失败, 甚至是直面对手的屈服。除了工作能力、工作成果的体现等等这些其他工作都会产生的个人效用之外, 办案的外部效用内化的程度要比其他工作强得多。所以, 一般来

说,办案者一旦接手案件,都会急于破案,想在与被讯问人的交锋中取得胜利。当然,如果因为有司法腐败掺杂其中而徇私枉法则另当别论。

强烈的破案欲望是促使办案者不惜动用刑讯手段从被讯问人口中获得案件事实的根本动因。在重大案件中,由于社会压力巨大,上级往往会要求限期破案,更容易酿成刑讯逼供事件的发生。很多冤案都是在类似情况下发生的。

(2) 个人习性。这可能会被很多人认为是非理性因素,但这是讨论刑讯逼供不可回避的问题。非理性主要是指个人行为的不可预测。但就某一类型的人而言,其习性对其行为的影响却又是可以预测的。<sup>3</sup> 因此分析个人习性还是有意义的。

在刑讯逼供问题上,个人习性主要是指暴力倾向和对他人的尊重。笔者曾在政法机关工作过,就笔者经验所及,在讯问中偏好使用暴力手段的,基层机关比上级机关多、年轻者比年长者多、学历低者比学历高者多、地位低者比地位高者多。究其原因,是因为一般而言,地位、学历越高,年龄越长,起码在形式上越是会尊重他人,更少暴力倾向。而越是文化素质不高、地位、年龄较低的人则自我约束程度较低,更易倾向于使用暴力手段,容易发生刑讯逼供行为。

除了个人性格中的暴力倾向外,司法人员中的暴力偏好还与社会原因息息相关,这在本文的最后将会论及。

3. 路径依赖。前面讨论了刑讯逼供的发生机理,但一种现象的存在除了其发生机制之外,还有其延续机制。办案者对刑讯逼供形成的路径依赖,是刑讯逼供得以延续的重要原因。只要刑讯逼供确是有效地帮助办案者侦破了一些案件(这在实践中是经常发生的),那么办案者就会对这种办案手段形成依赖。因为对办案人员来说,刑讯是成本最小的办案手段,只要没有足够的外在压力,办案者就没有动力去改变办案模式。这样“打人”办案就会在一个办案群体内相沿成习。而一旦在一个办案群体内形成了刑讯逼供的习气,群体效应将使之更难改变。

群体效应会在两方面强化这种路径依赖:

首先是群体压力。在一个崇尚暴力的群体里,非暴力倾向会受到压抑,个人为了获得群体认同,一般都会选择群体所认可的行为。很多人在进入政法机关前,如在校读书时对刑讯逼供也是义愤填膺,但一旦进入政法机关工作后却往往很快被同化,由反感到参与,甚至积极实施,成为刑讯逼供的实践者。究其原因,就是因为这种群体效应所致。刑讯逼供的行为因群体对新成员的同化而得以延续。这是一种个人对群体路径的依赖。

<sup>3</sup> 加里·S. 贝克尔在《人类行为的经济分析》里也指出,非理性行为并非真地没有理性,非理性行为因机会的变化往往会做出理性的反应。

其次是群体极化。所谓群体极化是指群体原已存在的倾向性因群体效应而得到加强，使一种观点或态度从原来的群体平均水平，加强到具有支配性地位的现象(章志光，1996：第399-340页)。在刑讯逼供中，群体极化的典型表现是群体的道德正当化。一个具有正常理性的人即使会打人，一般也能意识到这种行为是不正当的，但一旦身处一个群体之中，群体的效应就会赋予行为以道德的正当性，会倾向于认为被讯问人既然是罪犯，<sup>4</sup> 就该受到处罚，对其进行刑讯是合理的等等。最典型地莫过于“文革”中的“革命群众”在“革命专政”中所进行的刑讯。

4. 成本约束。刑讯逼供也同样有成本支出，它与刑讯给刑讯者带来的效用之比将直接决定讯问者是否选择刑讯。在当代中国，正是现实中刑讯的成本极低，才造成了刑讯逼供现象的泛滥。

我们可以发现，刑讯者除了可能因此而遭受的处罚外，几乎不需要承担任何成本。除非把在打人过程中的体力付出也视为一种成本支出。但事实上，在利用各种现代手段进行的刑讯中，讯问人是无须付出多少体力的，即使有，给讯问人带来的也是打人的满足感，而不只是一种纯体力的消耗。刑讯者所承担的成本一般就只是可能遭受的处罚。但这种处罚又是不确定的，只是一种可能支付的成本。设刑讯者预期可能受到的处罚为  $e$ ，受到的处罚可能性为  $p$ ，则其预期成本  $Ee = e \cdot p$ 。

在当代中国的现实生活中，无论是处罚可能性还是实际受到的处罚严厉程度，都是很低的。虽然刑法规定，对刑讯逼供犯罪一般处三年以下有期徒刑，或者拘役，致人伤残、死亡的，依照故意伤害罪或故意杀人罪定罪从重处罚。但实际上，由于可以想见的原因(如部门保护、取证困难等)，对于刑讯逼供犯罪，重罪轻判、有罪不判的现象十分突出。在刑讯逼供案件中，一般缓刑判决居多，实刑也多是二至三年有期徒刑，即使那些产生较大影响的案件中也往往如此。<sup>5</sup> 这与其致人伤残、死亡的严重后果是极不相称的。而且这还是做了有罪判决的案件，至于那些未作有罪判决，以种种名义撤案、不起诉甚至根本就未立案的刑讯逼供行为，更是沉在水下的冰山。

在实践中，一般只有发生致死致残的严重后果，刑讯行为才会受到关注，从而可能被查处。而几乎所有的刑讯人在进行刑讯时，都不会想要把对方致死致残，也认为自己不会把对方致死致残。刑讯者的想法是，只要不把你打死打残，没人会查这件事，因而在其预期中，可能支付的成本就几乎是零。对一项几乎零成本、但却能给自己带来一定效用的行为，只要存在对暴力的个人偏好，那么刑讯就会成为一个合乎“理性”的选择。

<sup>4</sup> 这是指在讯问人心理中认为的罪犯，而不是法律上的罪犯。法律上的罪犯只有在法院判决生效后才能认定。

<sup>5</sup> 这方面的案例可参见王钢平主编，《刑讯逼供罪》，中国检察出版社，1997年版，第253-299页。

### 三、“适度”刑讯?

刑讯逼供需要禁止吗?这似乎是个不言自明的问题。但身处侦查第一线的办案人员可能并不这样看。也许不仅是他们,还会有相当一部分人认为,在讯问时让嫌疑人吃点“适度”的皮肉之苦是必要的,不仅是以示惩戒,更重要的是如果不打,嫌疑人可能就会不招。实践中,确是有很多案件就是这样“打”出来的,特别是对一些惯犯或主观恶性较深的犯罪分子,政策攻心、说服教育往往收效甚微,结果打一顿就开口了。在不少基层干警的办案经验中,“适度”的刑讯是破案的有效手段。不可否认,多数受刑讯逼供的人确实或多或少犯有罪行。<sup>6</sup> 毕竟,一般来说,办案人员也不会在毫无证据的情况下盲目地进行刑讯(笔者并不否认例外,这只是就一般情况而言)。如果刑讯真地只会造成冤案,或者在办案中没有什么作用,也不会成为办案人员的长期选择。虽然它可能不够人道,但也是为了打击犯罪、维护社会利益。对此,很多刑讯逼供的强烈批评者是无法反驳的。

在现代各国刑事政策中,很少会有国家明文主张上述“适度”刑讯论。但现实中运行的政策与文本中的政策是两回事。常见的是在司法实践中,对刑讯予以一定程度的默许和纵容,这同样是对“适度”刑讯论的奉行。这在基层司法机关中表现尤为明显。对此,理论界未能给予有力关注,似乎认为严禁刑讯逼供是不言自明的、大家都认可的公理。但在基层政法干警中,情况可能恰相反,“适度”刑讯不仅有思想市场,而且已成为实际运作中的潜规则。

那么,“适度”刑讯是否真地是有利于社会利益呢?

从具体的个案来讲,“适度”的刑讯也许的确对侦破某起案件发挥了作用,但从整体、宏观的角度看,如果允许进行“适度”的刑讯逼供的话,下列问题将无法解决:

1. 对“适度”的控制成本问题——“坡面效应”导致在整体上“适度”不可能实现。在实际运行中,对刑讯的强度很难进行测算,难以确定“适度”的标准。即使像古代对刑讯规格进行明确规定,如唐律规定“拷囚不得过三度”、总数不得过二百、每次应相隔二十日等,但在实际操作中,却很难进行有效地监督。这样规定的意义并不大,一旦开了口子,都会失之滥刑、酷刑,这已为历史所证明。在现代法治社会,几乎不可能对刑讯进行明文规定,最多只是对刑讯默许或纵容,这样情况可能会更糟,因为刑讯可以更为随心所欲,连形式上的制约都会失去。而且刑讯如何保持“适度”也是一项“知识”,但

<sup>6</sup> 从被查处的刑讯逼供案件来看,给人的印象是,受害者一般都是无辜的。但实际上,正是受害者是无辜的刑讯逼供案件才容易被查处,因为无辜者会积极告发,而那些真正有罪行的人受到刑讯逼供后很少还会想到去告发司法机关,这也是为什么实际中刑讯逼供行为多发而被查处的却不多的一个重要原因。



形式上不合法的知识却很难进行公开传授、交流，因此只能由刑讯者根据自己并不可靠的经验来把握，往往以自以为“安全”、“适度”的手段酿成惨剧。<sup>7</sup> 一项好的制度安排应能达到一种均衡的状态，使行为稳定在制度的期望值内。而“适度”刑讯却是一种非稳态，它会自然发展成“过度”刑讯。这就如同在坡面上放的一个球，自身有着向下运动的倾向，这种“坡面效应”使“适度”刑讯的状态几乎不可能达到——因为很难使一个球稳定在坡面上。如果真要保持“适度”的均衡状态，将要付出很大的约束成本，即要进行精确的程度测算、有力的监督等等，而人类刑讯的历史证明，这种成本的付出巨大，而收效甚微。

2. 对被刑讯人的筛选成本问题——对多数人的威胁。从人道主义角度出发，任何人都不应受到刑讯。但如果真是罪大恶极的犯罪分子受到“皮肉之苦”，公众会表现出一定的容忍，如果是无辜的人受到刑讯，则会激起社会愤慨，司法的权威和公正性甚至能力都会受到质疑。在具体操作中确定应对哪些人进行刑讯将是一件十分困难的事。如果要进行筛选，这种筛选成本本身就会很高。在侦查阶段，谁是罪犯、谁是无辜者是不确定的，如果能够确定，也就不需要刑讯逼供了。刑讯的目的正是要确定谁是罪犯。这就形成了一个悖论。允许对罪犯刑讯，必然也就允许了对无辜者刑讯。毕竟，没有犯罪和不想犯罪的人是社会的主体，但他们也很可能因各种原因牵连到刑事调查中。这样刑讯虽是想针对罪犯，却会危害社会大多数人的利益，这是不以主张“适度”刑讯者的主观意志为转移的。

3. 混同均衡问题。即使是仅就打击犯罪而言，刑讯逼供也不是最优的选择。讯问是讯问者与被讯问者之间的一场不完全信息动态博弈，而刑讯造成的结果往往是一种混同均衡。在刑讯的情况下，被讯问人如果不承认犯罪，讯问人难以判断是被讯问人确为无辜，还是因为刑讯强度不够，这样的信息不具有甄别效力。如果讯问人继续加大刑讯强度，被讯问人招供了，也很难断定被讯问人确实有罪，还是因刑讯的肉体痛苦超过了可能无辜定罪的痛苦而违心承认。刑讯的结果必须还得由其它证据来验证。所谓刑讯在办案中的“有效”，一种情况是指通过刑讯逼被讯问人吐出新的犯罪事实，办案人员以此为突破口，去寻找相关证据来进行印证；另一种情况是在已掌握一定犯罪事实后，逼使嫌疑人承认，取得口供后就形成了证据锁链，使证据更为牢固。无论哪种情况，除口供之外的其他证据的取得同样是定案的关键。如果允许“适度”刑讯，由于逼取口供在各种办案手段中成本最小，刑讯逼供就会很快成为办案手段的首选，对其他证据的收集必然会受到影响和忽视。而口供具

<sup>7</sup> 几乎所有被查处的刑讯逼供案件都属这种情况。讯问人由于医学常识的缺乏，以自以为安全的手段进行刑讯，结果导致被刑讯人因广泛性皮下出血、创伤性休克、疼痛性休克等各种原因死亡。事后，刑讯人往往会追悔莫及。

有虚伪性和易变性, 虚假口供和经常翻供是常有的现象, 围着口供转反而会诱使更多的办案投入, 降低办案的效率, 特别是一旦被告人翻供, 如缺乏其他证据的有力证明, 将会使办案工作前功尽弃。

4. 负的外部性。即使在刑事诉讼内部, 刑讯会产生一定的效益, 但它对总体社会利益而言, 却具有负的外部性。刑讯是社会中一部分人对另一部分人进行肉体的摧残。刑讯过程中, 被刑讯人的人格尊严不复存在。它使掌握国家权力的一部分人能够凌驾于公民之上, 可以控制其肉体, 剥夺其尊严。这是社会等级制的典型反映。在奴隶和封建社会, 等级制是社会存在的政治、经济基础, 刑讯正是与这种等级制相适应的诉讼制度。而在现代社会, 平等观念根植人心, 平等是现代社会的信仰基础。一个维系不平等制度的社会体系的合法性和正当性将会受到质疑。刑讯的存在会使公民把国家权力视为一种可怕的异己力量, 国家权力的信仰基础被动摇, 这远不是通过刑讯查办了几件案件所带来的效用可以弥补的。正因为如此, 合法刑讯在人类社会存在了相当长时间, 只是到了近代, 当人性平等的旗帜举起时, 它才变得为人们所不能容忍——这并不是因为我们突然变得更仁慈、更人道, 而是因为社会更加平等(这其中有着社会的、政治的和经济的等各方面原因), 因而不再允许一部分人对另一部分人人权的侵犯。所谓人人享有基本人权, 本质上是人人平等理念的反映。1789年法国《人权宣言》开篇就宣称: “不知人权或轻视人权, 是造成公众不幸和政府腐败的惟一原因。”刑讯逼供最为人所诟病、被人们批判的最主要之处也正是在于这种对人权的侵犯——但更准确地说, 实是因为它是一部分人对另一部分人人权的侵犯, 从而与社会对平等的信仰相悖, 这才是最深层的原因。

#### 四、制度变迁: 防止刑讯逼供的构想

以前关于刑讯逼供的讨论都是把刑讯逼供仅仅作为一种违反人性的非理性行为看待, 由此得出彻底禁绝的种种主张。但从前面的分析可以看出, 刑讯逼供是讯问人在特定制度条件下的一种正常选择, 并且已成为刑事诉讼中的一项潜规则, 是实际运行的制度的一部分。要想尽量减少刑讯逼供, 我们面临着的是—场制度变迁, 而不是仅仅要消除一种“非理性”的行为。

制度变迁有诱致性制度变迁和强制性制度变迁。诱致性制度变迁是由个人或一群人, 在响应获利机会时自发倡导、组织和实行的。而强制性制度变迁由政府命令和法律引入和实行(R·科斯等, 1994: 第384页)。防止刑讯逼供的制度变迁只能是一种强制性制度变迁。在现行的刑事诉讼体制中, 讯问人自身是不具备制度变迁的动力, 因为刑讯逼供是其成本最小的办案选

择。只有通过国家的强力，改变刑讯逼供的供给函数，使刑讯逼供变得不合算，才能减少刑讯逼供的供给量。

前述分析刑讯逼供的供给函数是  $X = X(E_x, P_x, R_x, C_x)$ ，即刑讯逼供的数量取决于口供的需求弹性、个人偏好、路径依赖和成本约束四个变量。所以就要从上述四个方面入手来对刑讯逼供进行防范。

1. 增加对口供的需求弹性。只有使口供对定案来说并非不可或缺，在没有口供的情况下，以其他证据替代照样可以定案，才能从根本上防止刑讯逼供的发生。但我国法律确实也是这样规定的，为何并没有降低对口供的需求呢？原因是法律的承诺和实践的要求有时并不一致。无论是否依赖口供，最终目的都是为了定案。即使法律上规定没有口供照样可以定案，但如果没有能力去获得其他的充分证据，那么办案重点还是只有回到口供上来。破案是对案件事实真相的恢复，在案件发生之后，要想收集到能证明案件事实真相的书证、物证等，是有一定的能力和技术要求的，获取其他证据的能力含量要比口供更高。如果不具备这方面的能力和技术，那么对口供的需求就几乎不会减少。古代科学技术不发达，因此逼取口供就成了最常规的办案方法。在当前是否给予犯罪嫌疑人沉默权的讨论中，一个最重要的反对理由就是我国司法机关的装备技术现在还很落后，如果赋予犯罪嫌疑人以沉默权，将使办案工作受到很大影响，不利于社会稳定。但是沉默权制度在西方实行很早，难道我国现在的办案装备和技术要比上个世纪初的西方国家还要落后吗？这显然是个站不住脚的理由。提出上述理由的多是司法界人员，正如前述，司法界人员对减少刑讯逼供是缺乏制度变迁的动力，因为他们要为此付出更多的办案成本，比如要改进办案装备和技术，在破案时要有更多的智力和精力投入。这里存在一个互动的悖论，如果办案手段落后，确实要在很大程度上依赖口供破案，但是如果真地一味依赖口供来破案，办案手段可能就永远不会得到主动提高——因为缺乏提高的动力。因此必须要靠外力进行强制的变迁。首先改变的应该是对口供的依赖，而不是办案装备和技术——笔者当然不是反对改进办案装备和技术，只是认为只有首先改变对口供的依赖，才能最有效地促进办案装备和技术的改进，否则一方面办案装备和技术的改进将会缺乏动力，另一方面由于装备和技术的改进永远不可能达到完美地步，就使对口供的依赖也永远不会得到改变。

2. 增加约束成本。是否只要有了沉默权，就可以完全解决问题了呢？赋予犯罪嫌疑人以沉默权，是在法律上给了被讯问人不出让口供的权利，但由于事实上双方力量的不平等、地位的不平衡，如无其他约束条件，讯问人还是可能会以刑讯等手段迫使被讯问人出让口供。我国现行的刑诉制度实际上是赋予了被讯问人一定的对抗权，但刑讯逼供现象并未因此而有所改观，即是

明证。要想让被讯问人在法律上的权利得到实现,除了赋予沉默权之外,还必须设定外在的约束条件,即向讯问人强行获得口供的行为施加成本,使得讯问人出于自身利益考虑不趋向于使用刑讯强行获得口供。如本文第二部分所述,这种成本支出包括处罚的可能性与处罚的严厉程度。而在这二者中,最关键的是被查处的可能性,它对讯问方的成本影响更大。

如果被查处的可能性很大,即使形式上受到的处罚并不重,讯问者也不倾向于进行刑讯。因为如果不刑讯,他可能不会得到什么,但如果进行刑讯,却极有可能会失去很多——身为一个政法干警,受到处罚所失去的会远远大于因为办成某件案件而给他带来的效用。如果不是风险偏好者的话,理性的选择就是不刑讯。在政法干警中流传一句话,叫“不要为革命犯错误”,正是这种选择的形象反映。但客观上说,当前我国对刑讯逼供行为的查处率是极低的。一般只要不酿成重大冤案,被告发、查处的可能性相当小。能够被查处的案件也多限于造成重大冤案和致人重伤、死亡这类案件,而这毕竟只占刑讯逼供的极少数。在实践中大量发生的,可能并未酿成不可收拾的后果但同样残酷的刑讯逼供行为却很少有人关注。正是因为这种极低的风险,使讯问人以刑讯手段获取口供的成本也极低,在很多刑讯者眼中,这种成本近乎为零。

因此,要提高刑讯的成本,提高处罚的可能性远比加大处罚严厉程度更重要。增加处罚的可能性,就是要做到“有案必查、有案必究”。就现有制度而言,内部的查处力度不足与外部的监督弱化是当前对刑讯逼供查处不力的主要症结所在。刑讯逼供行为,无论是仅仅违纪还是构成犯罪,都是由司法系统自己查处的,<sup>8</sup>任何一个理性个人或群体,要查处自己的问题,总会动力不足,如果把希望完全寄托在司法机关的自我整治和教育整顿上,是不现实的。如果通过外在压力改变其效用函数,使之如不及时纠正,就要付出更大的成本,就会迫使其改变行为。正是在这个意义上,可能与很多人的推论相反,笔者认为加强外部的监督要更重要。在当前中国,最重要的是加强舆论监督。舆论监督被西方有些学者称为除立法、行政和司法之外的第四种权力。如果司法过程受到舆论的强有力监督,刑讯逼供行为及时得到曝光,其查处可能性就会大大增加,而不是只有出了人命案才受到上级重视。一些受到传媒关注的刑事案件,由于办案人员担心如果进行刑讯,被告人在庭上会“胡言乱语”说出来,因而会尽量做到“文明办案,严格执法”,不给犯罪分子以口实。现在在查办一些重大的犯罪案件时,司法部门会对讯问过程进行录

<sup>8</sup> 刑讯逼供犯罪案件由检察机关侦查。即使不是检察人员自身的案件,而是公安人员的刑讯逼供案件,由于检察机关与公安机关同属政法系统,有着业务上和人际关系中的复杂联系,查办的阻力和难度也会相当大。

像，主要目的就是防止犯罪分子称自己被刑讯逼供而当庭翻供。因此，充分发挥舆论监督的作用，是增加对刑讯逼供行为约束成本的一个重要措施。

一个存在的问题是，并非所有的案件都会受到新闻媒体的关注。关键还是要充分发挥社会的力量，对易于走向专横的司法权力形成有效的监督制约。这将是当代中国在推进依法治国进程中的一个长期课题。

3. 改变个人偏好和降低路径依赖系数。如果有效增加了口供的需求弹性，提高了刑讯的约束成本，那么刑讯的个人偏好和路径依赖系数无疑也会得到改变。但这也并不意味着它们完全是被动的。在这上面仍可以做大量的工作，以改变刑讯逼供的供给函数。

一些司法部门的领导之所以对查处刑讯逼供不积极，就是担心会影响干警的办案积极性。但如果降低干警对刑讯手段的偏好，对刑讯逼供的查处并不会影响干警的办案积极性，反而会提高那些不喜欢使用刑讯手段的干警的办案积极性，从而会逐步改变群体内的刑讯习气，减弱路径依赖。相反，如果对刑讯逼供查处不力，则是鼓励干警形成刑讯的偏好，使路径依赖进一步加强。

要降低干警对刑讯的偏好，必须加强干警的教育，提高其各方面素质。多年来，我们一致致力于加强对干警的思想政治教育、职业道德教育等等，但刑讯逼供行为却并未因此而有所收敛。教育不可或缺，但问题在于怎样教育和教育什么。也许和我们长期对资产阶级“人性”论的批判有关，“人性”教育一直为我们所缺失。在一个个人权利不被尊重、个人尊严被漠视的社会，以侵犯人权为特征的刑讯逼供如何能禁绝？要改变一些司法人员对暴力手段的偏好，就必须补上尊重人性这一课，否则只能是缘木求鱼，南辕北辙。因为在所谓崇高的理念号召下，为了破大案、抓要犯，维护社会稳定，为人民立新功，对个别犯罪分子进行刑讯又有何不可？

只有在一个真正尊重人权、彰显人性的社会，刑讯逼供才可能被杜绝。进行制度的变迁，制度“习气”的改变与制度结构的变化同样重要。

### 参考文献

- [1] 黑格尔，《法哲学原理》，范扬、张企泰译。北京：商务印书馆，1961年。
- [2] 科斯等，《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，上海：三联书店，1994年。
- [3] 王钢平主编，《刑讯逼供罪》，北京：中国检察出版社，1997年。
- [4] 章志光主编，《社会心理学》，北京：人民教育出版社，1996年。

## An Economic Analysis of Torture in Law Enforcement

JIE NING

(*Peking University*)

**Abstract** It is immoral, but not irrational, to extort confession from a criminal suspect by torture. Some institutional arrangements would impel an investigator to do it. From the perspective of economics, the extent of torture is related to the elasticity of demand of confession, the investigator's preference, the extent of path dependence and the cost of torture. To avoid torture, an institutional change based on the above-mentioned factors should be carried out. The idea of proper torture, which exists in juridical practice, is also proved to be wrong by economic analysis.

**JEL Classification** K42, K39