

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

马尔科姆·M. 菲利 著

Malcolm M. Feeley

程序即是惩罚

—— 基层刑事法院的案件处理

THE PROCESS IS THE PUNISHMENT
HANDLING CASES IN
A LOWER CRIMINAL COURT

魏晓娜 译



YZLI0890226592



中国政法大学出版社

美国法律文库
THE AMERICAN LAW LIBRARY



The Process is the Punishment
Handling Cases in a Lower Criminal Court

程序即是惩罚

——基层刑事法院的案件处理

马尔科姆·M. 菲利 著

Malcolm M. Feeley

魏晓娜 译



YZLI0890226592



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

程序即是惩罚：基层刑事法院的案件处理/（美）菲利著；魏晓娜译. —北京：中国政法大学出版社，2013. 12
ISBN 978-7-5620-5044-5

I. ①程… II. ①菲… ②魏… III. ①刑事诉讼—审判—研究—美国
IV. ①D971. 252

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第268626号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908583(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 10.5
字 数 255 千字
版 次 2014 年 2 月第 1 版
印 次 2014 年 2 月第 1 次印刷
定 价 29.00 元

出版说明



“美国法律文库”系根据时任中华人民共和国主席的江泽民同志在1997年10月访美期间与时任美国总统的克林顿先生达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative), 由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一个大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准, 计划书目约上百种, 既包括经典法学教科书, 也包括经典法学专著。他山之石, 可以攻玉, 相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流, 亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

致 谢

xi

我在耶鲁法学院的“法律与行为科学”项目担任罗素·塞奇基金会（Russell Sage Foundation）研究人员期间开始此项研究，完成时我已经是丹尼尔和弗罗伦斯·古根海姆基金会（Daniel and Florence Guggenheim）刑事司法项目的研究人员。我对这两个基金会和耶鲁法学院在此期间给予的慷慨资助表示深切的谢意。就个人而言，我最感谢的是耶鲁大学罗素·塞奇项目主任斯坦·惠勒（Stan Wheeler）和法学院古根海姆项目主任丹·弗里德（Dan Freed），他们对我的探索提供了建议、批评和不懈的鼓励，无论这本书取得什么样的荣誉，其中都有他们不可估量的功劳。

我在耶鲁从事研究工作期间，法学院院长亚伯·戈德斯坦（Abe Goldstein）和哈里·惠灵顿（Harry Wellington）营造了一种鼓励法社会学研究的大环境。在我工作的最后阶段，社会政策研究所所长艾德·林德布洛姆（Ed Lindblom）和他当时的主任助理道格拉斯·耶茨（Douglas Yates），为我争取到安静而舒适的写作环境，而且还有一批同事和学生可以检验我的想法。作为一个学者，没有比这更好的环境了。

还有其他以各种方式给我的工作提供帮助的人们。杰克·卡茨（Jack Katz）不会太清楚在我研究的关键阶段他对我思路的形成有多么巨大的影响。鲍勃·卡根（Bob Kagan）、奥斯汀·萨拉特（Austin Sarat）、华莱士·罗（Wallace Loh）、乔安妮·艾普斯（Joanne Epps）、安德鲁·卢瑟福（Andrew

Rutherford)、丹尼斯·柯蒂斯 (Dennis Curtis)、迈克尔·凯利 (Michael Kelly)、斯图亚特·沙因戈尔德 (Stuart Scheingold) 和保罗·纳耶尔斯基 (Paul Nejelski), 他们之中有的人阅读和评论了我的部分手稿, 有的人提供了特别有用的建议。

xii 我很幸运有一批出色的学生和研究助手, 他们工作的价值无可估量。他们是库尔特·哈洛克 (Kurt Hallock)、迪安·古德曼 (Dean Goodman)、戴安·派克 (Diane Pike)、约翰·麦克诺顿 (John McNaughton)、里奇·爱德华兹 (Rich Edwards) 和宫泽森野 (Setsuo Miyazawa)。

毫无疑问, 如果没有作为我研究对象的人们——刑事司法制度的参与者的合作和意见, 本书也不可能完成。这样的人太多, 我难以一一点名致谢, 只能提及少数对我特别有帮助的人。首先是我现在亲密的朋友乔恩·希尔伯特 (Jon Silbert), 他一开始是我的同事, 后来自己创业, 他花了大量的时间不厌其烦地带我参观法庭, 把我介绍给人们, 回答我关于刑事诉讼和法庭惯例没完没了的问题。保罗·福蒂 (Paul Foti) 和莫顿·刘易斯 (Morton Lewis), 分别是首席检察官和首席公设辩护人, 我在研究期间也总是随时可以与他们见面。他们和他们手下的工作人员对我从不吝惜时间, 直率地提出意见。许多法官也为我付出了时间, 我特别提及巴里·谢勒 (Barry Schaler), 但并不代表轻视许多其他法官。纽黑文法律帮助协会的汤米·克罗蒂诺 (Tommy Corodinno), 以及时任州司法部助理行政秘书的约瑟夫·肖特尔 (Joseph Shortall), 给我提供了非常有用的信息。我还必须感谢法院的全体工作人员和许多我观察过和在楼道里谈过话的被告人、被害人和证人。

还有几位阅读了我本以为已经定稿的手稿，并在这个过程中提出了大量详细的意见，使我后来又作了重要的修改和改进。他们是丹·弗里德 (Dan Freed)、斯坦·惠勒 (Stan Wheeler)、亚伯·戈德斯坦 (Abe Goldstein)、赫布·雅各比 (Herb Jacob) 和玛格丽特·菲利 (Margaret Feeley)，我深深地感谢他们富有思想性的详细的意见。艾德娜·斯考特 (Edna Scott) 和戴安·斯莱德 (Diane Slider) 誊写了一页又一页的会谈和观察笔记，后来又打字录入手稿的主要部分，所有这些都做得又快又好。我还要感谢大卫·费尔曼 (David Fellman) 为我找到贴补录入最后手稿费用的储备金。我必须还要感谢罗素·塞奇基金会的马琳·艾琳 (Marlene Ellin) 的娴熟的编辑工作。 xiii

最后，我必须对两个最重要的人表达我深深的谢意，我的妻子玛格丽特和儿子雅各布。在漫长的项目研究过程中，玛格丽特一直给我支持和鼓励，雅各布总是在适当的时候来到我的身边，缓解我的劳累，让我愉快地分一分神。

前言

平装版《程序即是惩罚》是一个令人鼓舞的信号——法律现实主义没有消亡也没有病入膏肓。马尔科姆·菲利 (Malcolm Feeley) 在 1979 年的研究已经成为对美国法律运作的重要研究之一。对弥漫着学院气息的法律规则的深入研究已经被认为是扭曲了法律机构如何运作的图景，甚至是应该如何运作的图景。在日常生活中，人类是在既遥远又直接的背景中展开行动的。规则是遥远的——书面的、解释的和被人误解的，它远离组织的复杂现实、社会反对和支持的压力，以及原告、被告人、检察官、律师和法官的无限能力和弱点。

在法律研究中，法社会学运动努力将法律视为比判例和成文法中阐明的法律规则更广泛且更深入的事物。1935 年，瑟曼·阿诺德 (Thurman Arnold)，法律推理最伟大的除魅人，指出了法律规则和法律机构日常现实之间的冲突。他写道，“人们设想用法律原则来控制社会，这种假设对于这个梦想的逻辑来说是必需的。然而研究者应该永远记住的是，法律的作用不在于引导社会，而在于适应社会。”（《政府的象征》，第 34 页）自此以后，许多研究证实了阿诺德关于法律规则象征功能的洞见和法庭、律师、警察和公民日常行为的现实。

阿诺德也认识到，多数公民不是通过法律体系的高层——上诉法院——同法律机构打交道的。基层法院几乎是所有司法服务提供者和被告人认识的唯一场合。审判也不是公民经历法律纠纷或法律实施的过程中的常见事件。《程序即

是惩罚》记录了日常刑事案件中审判的缺乏。法院的大多数工作都是在传讯中完成的。在这里，案件被撤销了，被告人作了有罪答辩，并处以罚金。在这里，公民遭受了金钱损失、不便、汽车没收和律师费损失。他或者她遭受着争讼和辩护的耻辱，以及其他组织参与的折磨。无论案件结果如何，这种经历都是应该尽量避免的。

自菲利的著作出版之后，关于基层法院的研究已经让我们更为现实地了解公民在与法律机构打交道时经历了什么。同样，对警察的研究也让我们意识到刑事案件的开启和拒绝中包含的协商和裁量。我们开始更清楚地意识到法律执行程序和法律惯例中法律规则的有限作用。同样，对业务实践和与索赔人的保险协商的研究告诉我们，到达法庭的民事案件只是纠纷冰山上一个小小的尖角。甚至在那些已经引起法庭关注的民事案件中，也很少能够走到审判阶段。

改变一下古老的谚语，法律太重要了，重要得都不能把它留给律师。据说美国是一个诉讼化程度相当高的社会，然而大多数纠纷并未通过法庭解决，甚至并不把法律机构当做解决的主要场所。多数犯罪甚至都没有向警察报案。马克·加兰特（Marc Galanter）所说的“贫困的法律”很大程度上是我们日常生活的纪实。关于法律机构的研究也必须关注谁、如何以及何时警察和法庭影响公民的生活。 xvii

《程序即是惩罚》对法律如何在社会学家所说的“情境行为”的背景下运作进行了令人信服和惊人的描述。他们用这一术语指出了区别于归纳和规则所关注的抽象概念的直接情形的复杂特点。被告人的具体行为、他或者她的个性和背景、法庭的组织局限和历史模式，以及律师的性质都促成了对当时背景作出深刻回应的行为和结果。法律规则是普遍的、

抽象的，几乎不承认日常活动发生其间的组织和情境要素。

虽然基层法院具有地方性和非正式的一面，但情境理解模式却反复出现于无数关于基层法院的研究中，许多是在菲利的研究之后出现的。正如作者在他新的前言中所说的，他对 11 年前的纽黑文法院的描述可能与现在的这家法庭的情况有所不同，当然也与其他司法区的法院不同，但是他的研究突出了我们理解法律如何运作时的一般视角，这对研究法律行为的学者而言仍是一个主要的范式。

法社会学运动通过这些方式不仅引导我们去审视法律规则，而且给我们提供了比法学院教给我们的广泛得多、更不系统的“法律制度”的概念。菲利的著作为这一运动作出了一个杰出的贡献。不仅如此，它提出了法律问题，而且也提出了法和正义关系的重要问题。

xviii 在《法律的概念》中，哈特将法律规则的“公开性”描述为自然语言的一般特征。只要我们想用普遍标准控制行为，规则就无法考虑事实经常难以预测的特性和相关特征的多样性，这些都是由具体情形和特定人带来的（哈特，第 121 ~ 124 页）。不仅语言对具体案件提供的指导是有限的，案件的具体情形在本质上也具有一般规则难以识别或者有时难以理解的特征。当时当地，人的个性、行为的结果、组织运转的迫切需要、个案的许多特征可能与通过正式规则实现正义的公正判决形成矛盾。

菲利对此的洞见是对正在进行的关于法院与非正式司法的讨论最重要的贡献。主张严格坚守正当程序和裁判理想（阿诺德所说的梦想）的人认为，审判的数量有限是一件令人丧气的事。菲利的“实体正义”概念表明问题要比这复杂得多。正义感没有被丢弃，而是贯穿于个案处理的整个过程中。程序没有

减少惩罚，它本身就是一个昂贵的东西。正式司法和实体正义不是一回事。

《程序即是惩罚》并没有解决它指出的所有问题。没有任何单一的研究可以指望做到这一点。那些对法院和警察行使裁量权提出批评的人，杯子里一半是空的。那些用具体调整一般的人，杯子一半是满的。赫尔伯特·帕克（Herbert Packer）的引注很好地表述了这一问题。这是一个法律无法触及的裁量权和实体正义问题。毕竟，正义是一个甚至苏格拉底都很难定义的情形。一个公民的正义可能是对另一个公民正义的扭曲。正义是一个政治或司法议题，因此是一个一般规则问题。然而，正如菲利所表明的，它也是个具体化的东西，是实质而非形式问题。一个社会，如何通过立法和司法标准来指导一个本性上具有裁量性的程序？菲利没有给出答案，但是他在现实地构想答案方面确实做了大量的工作。 xix

相关联的一个问题是正当程序和审判的裁判理想与检察官和被告人的行为之间的关系。虽然审判可能很少，它们仍可以用来给法律游戏的参与者以指导。它们可以用设想的情形为和解、警察行使裁量权和基层法院工作人员在达成避免审判的解决方案时提供指导。正如在保险案件中，想象的审判结果在可能的原告和被告之间的协商中发挥作用。同样，上诉的法律可能不是法院行为的直接指导，但它仍给法院提供了重要的指导，各个参与人都会把它考虑在内。

菲利的研究表明，正当程序和正式法律的裁判理想可能是一个无效的组织性灾难，经常是不公正和不公平的。正如社会科学家经常做的那样，他把看似非理性的东西变成了一个在法和司法的角度看来不如乍看起来那么严厉的程序。菲利用这种方式，成功地把法庭组织人性化了。

虽然没有走那么远，但在《程序即是惩罚》和 20 世纪早期波士顿的政治大佬的言论之间有很多共同之处。在被林肯·斯蒂芬斯（Lincoln Steffens）问及他是否会释放一名谋杀犯时，马丁·洛马斯尼（Martin Lomasny）认为他会。斯蒂芬斯问他第二次还会这么做吗，洛马斯尼说他会。“你把这称之为正义吗？”斯蒂芬斯问。洛马斯尼答道，“人们需要的不是正义。人们需要慈悲。”

约瑟夫·R. 古斯菲尔德

（Joseph R. Gusfield）

1992 年 3 月

序 言

xxi

对于在初次出版之后 11 年面世的这一版，我最初的冲动是修订和更新《程序即是惩罚》。但是，经过思考，我觉得此书自成一体。强调法院近年的变化可能会不智地损害对普遍的、潜在的程序和关系的关注，而这恰恰构成了本书的重点。因此我抵制住了这种诱惑。

我明白，在纽黑文时间并非静止的。确实，甚至普通诉讼法院都已不复存在。就在我结束研究之时，康涅狄格州将其双轨的审判法院系统合并为一个“统一”的法院。然而，这又产生了各个独特的“部分”，而且一个“部分”继续处理本研究所考察的案件类型。无论其正式结构如何，在这个国家，许多其他法院都能看到这种劳动分工，其存在本身就揭示了轻微案件的裁判机制。

虽然在纽黑文以及，更广泛地说，在刑事司法系统中发生了这样或那样的一些变化，但本书重点描述的幕后程序在本书最初出版后的这些年里并没有显著的变化。本书考察了法官、检察官、公设辩护人和相关法庭工作人员遴选过程中的政治赞助制度。虽然地方和州的各种政治赞助人的特点和相对重要性已经变化，但本书也表明这些本来就是变量因素，因而更重视赞助制和遴选的作用和程序，而不是某种赞助人和职位之间的相互关系。的确，它也注重决定过程，考察了审前羁押和释放、公设辩护人的任命、裁判、量刑和审前成本——这些决定是所有法院共有的。我没有发现这些制度在

xxii

这些年间发生过显著变化的证据。

犯罪性质以及这个城市的人口构成，自我完成最初研究后也发生了变化。特别是这个城市的少数民族人口，以及在法院成为被告人的少数民族人数，都已经增加。与毒品有关的犯罪现在更为普遍。但这些变化也没有显著改变本书所考察的核心问题。无疑，工作人员、被告人人口、程序或者指控类型方面的显著变化会对法院的运作方式产生重要影响。但社会生活一个悲哀的现实是，刑事法院到处都拥塞着穷人、弱势群体，而且促使他们与刑事法院打交道的问题也没有什么大的改变。法院确实是这个社会处理这些人和他们的持续存在的问题的主要制度之一。我并不是说，法院处理的被告人数和指控的性质在各司法区之间是一成不变的，或者比较分析不会产生有意义的结果，但该研究的目标在于阐释背后的机制和程序。

我断言本书将继续提供对于基层刑事法院的准确分析，但我并不是说它以与威利·罗曼（Willy Loman）在《推销员之死》中相同的方式描绘“每个法院”。相反，我认为它关注的核心是揭示普遍性的实践和程序。在本书对工作人员的愿望和一个致力于提供更多正当程序的制度中的程序成本的复杂特性进行考察时，这一点最为明显。这些人，虽然被赋予“适用”法律的职责，却面对着作出道德评价和实现实体正义的冲动。正如马克斯·韦伯和其他人教导我们的，这些紧张并非基层法院所独有。但是，在赋予决定者大量裁量权和透明度低的处理轻微和大量案件的制度中，它们更为突出。

虽然本书详细地描绘了法庭工作人员，但无意对这些人进行包罗万象的描述，而是呈现其作用和组织、考察一般程序。分析牢固地立足于组织理论和公开系统理论，并强调相

互依赖、调适、制度维护、对抗关系和组织伦理——这些是任何一个组织都会出现的问题，即便是一个像法庭一样“公开的系统”。自《程序》出版后，这一方法已经为不少其他研究裁判的学者采纳，我会认为这本书在推广本领域这种研究视角方面尽了一份绵薄之力。

我相信本书具有持续的意义，这一点也为初版之后我的经历所强化：首先，我与纽黑文法院的一些律师和法官保持着联系，偶尔也回去造访该法院。时间确实在流逝，但法院依然是旧时模样。

其次，我对组织机制和“程序即是惩罚”困境的关注已经为考察明尼波利斯、纽约、威斯康辛、加利福尼亚、马尔默、伦敦、神户、特拉维夫和其他地方的刑事诉讼的后来经历所强化。虽然有时候在司法区和程序，以及政治文化和人口学上有重要的区别，但是所有这些法院都有一些重要的相似性。这些相似性表现在组织机制、适应性、程序成本和协调正式的理性推理和直接道德评价的要求上。

再次，每个夏季，我都会给来自全国各地的法官讲授一个短期的课程，把我这本书的一些部分发给他们。而且我也收到阅读过本书的其他法官和律师的来信。他们中的许多人都告诉我，本书对于纽黑文基层法院的描述和他们自己的经历很符合。 xxiv

最后，近年来我对美国和英格兰的刑事诉讼和裁判进行历史研究，发现我在纽黑文实地调查中研究的机制，与通过对过去二百多年英格兰和美国几个地方的基层法院的法庭记录、法官日志和同时代的报道进行研究得到的印象相类似。我不是说没有任何改变，但是协商的冲动、对实体正义的追求、回避昂贵程序的愿望等都出现在不同的时期。抽象的法

和程序无时无处不通过相似的组织现实和冲动折射出来。

本书的主题之一是正当程序的局限，我希望本书已经对近年来对这一主题日益增加的关注作出了贡献。在我提出日益精致的程序所造成的问题时，很少有法学和社会学学者关注这些问题。正当程序革命仍在全盛时期，学术文献对之都是无可挑剔的赞誉，并把增加程序等同于增加正义。但是，自本书初版之后，对强调个体的正当程序的问题的关注已经变得更加明显，一些对于正当程序权利的批评性评价已经出现，特别是将它们适用于案件量大而情节轻微的问题时。

确实，自初版后，对于正当程序局限的关注在越来越多的社会保守派、法律批评研究和以经验为主的社会科学家的著作中已经成为主题。有些这样的工作，像本项研究一样，
XXV 牢固地扎根于组织理论，并探讨在面对组织需求时权利诉求造成的紧张。它们在社会保障、福利行政、教育权利、民事拘禁、业主—租户冲突、就业歧视等不同的主题上影响裁判时，也发展了这些主题。

《程序》以及其他这样的著作当然不会抨击正当程序。它们也无意于提供评估提升权利的程序的综合框架。相反，它们强调了在各种场合和条件下主张正当程序权利的昂贵选择。

一些更为晚近的著作扎根于宏观社会学理论，努力阐明组织实践的社会功能。不少学者以他们的研究为工具，对现代法律发展发起了全面的检讨，对古典法律自由主义中固有的个人主义发起了广泛的批评。有的已经得出结论：自由主义法学和个人权利的话语蒙蔽了法律冲突当事人之间的权利差异，没有承认强化持续的不平等的结构因素。

这种对自由主义法律制度的重新审视是受欢迎的。它反

映了在法和社会领域日益增加的对法和法律程序社会功能的关注。这些学者使用的方法有很大的区别，但他们的关注恰恰继承了马克思、杜克海姆、福柯等人的传统。无论从社会功能还是时间跨度上来看，他们的全面审视都比组织水平分析的范围更深刻和广泛。

我认可这些宏观社会学的关注和分析水平，但《程序即是惩罚》显然扎根于组织和公开系统理论，它多多少少将社会结构——环境——视为既定的。也就是说，它探讨环境如何反映于组织，以及组织如何适应环境。但它并不以任何系统的方式探讨法院的广泛社会功能。 xxvi

有人提出，没有阐述社会功能是组织水平分析的弱点，也是本书的弱点。我的回应是，我们不应该混淆分析的各种水平。组织理论，正如我在本书中所使用的这一术语，也注重重要性和持久性。它们也是广泛的。无论社会结构如何，法律制度的机制受到遴选、判决、超越异化的法律规则形式主义的冲动、标准常规和裁量判断之间的紧张、以重大而不确定的方式适应环境的压力等方面的影响。宏观社会学理论和组织水平分析之间显然有重要的重叠之处，但至少如我在本书中使用的这一术语，它们表达了某种不同的关注点。不管选择哪种水平分析方式，人们都应该提醒自己这一事实，也应该理解不同的分析水平之间应该是互补的，而不是竞争的。

马尔科姆·M. 菲利
伯克利，加利福尼亚
1992年2月