

IS EATING PEOPLE WRONG?

Great Legal Cases and How They Shaped the World

食人有錯？

——伟大法律案件及其塑造世界的方式

伟大案件是指，在普通法发展过程中，与其密切相关的一些司法判决。这本书探讨了八起来自英国、美国、加拿大和澳大利亚的典型案件，它们共同展示出，普通法是一种鲜活而富有生气的草根经验。本书介绍了案件发生的社会背景，以及一些普通人的故事，他们影响并塑造着普通法的发展历程，决定着这种严肃工作的品性与制度风格（律师、法官与法院）。

阿伦·C. 哈钦森◎著

Allan C. Hutchinson

刘欣◎译



中国政法大学出版社

CAMBRIDGE

食人有錯？

——伟大法律案件及其塑造世界的方式

IS EATING PEOPLE WRONG?

Great Legal Cases and How They Shaped the World

阿伦·C. 哈钦森◎著
Allan C. Hutchinson

刘欣◎译



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

食人有错? / (加)哈钦森著; 刘欣译. -- 北京: 中国政法大学出版社, 2012.9

ISBN 978-7-5620-4485-7

I. ①食… II. ①哈… ②刘… III. ①英美法系—通俗读物 IV. ①D90-49

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第217195号

书 名 食人有错? ——伟大法律案件及其塑造世界的方式
Shiren Youcuo Weida Fal ü Anjian ji Qi Suzao Shijie de Fangshi

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)

编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com

承 印 固安华明印刷厂

规 格 880mm×1230mm 32开本 6.875印张 160千字

版 本 2012年9月第1版 2012年9月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4485-7/D·4445

定 价 20.00元

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。

This is a Simplified Chinese Translation of the following title published by Cambridge University Press:

Is Eating People Wrong? Great Legal Cases and How they Shaped the World ISBN: 9780521188517

© Allan C. Hutchinson 2011

This publication is in copyright. Subject to statutory exception and to the provisions of relevant collective licensing agreements, no reproduction of any part may take place without the written permission of Cambridge University Press.

First published 2011

This Simplified Chinese Translation for the People's Republic of China (excluding Hong Kong, Macau and Taiwan) is published by arrangement with the Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom.

© Cambridge University Press and China University of Political Science and Law Press 2012

This Simplified Chinese Translation is authorized for sale in the People's Republic of China (excluding Hong Kong, Macau and Taiwan) only. Unauthorised export of this Simplified Chinese Translation is a violation of the Copyright Act. No part of this publication may be reproduced or distributed by any means, or stored in a database or retrieval system, without the prior written permission of Cambridge University Press and China University of Political Science and Law Press.

版权登记号：图字：01 - 2012 - 5373 号

前 言

从某些方面看，我早已开始酝酿本书的主旨。在课堂上，在写作中，我总是尽力尝试，特别指明这样一种观点，法律不是一门科学，甚至说，法律不是一套知识系统。我一直强调，法律的产生及其发生作用的历史背景，是不断搀和个性、环境与权术的环境。然而，为法律圈之外的人写作这本讨论普通法及其伟大案件的书，最直接的动因来自2008年。我受到荷美邮轮（Holland-American）的邀请，在其中一条航线上发表一系列演讲。我感到这是一次实现想法的绝佳机会。即便我只是对自己这样说过，结果却大获成功：人们似乎的确被这些故事所吸引，认为这是一种接近法律学术世界的巧妙方式，他们原认为那个世界会密不透风、并不友好。我非常感谢邀请我演讲的卡罗琳·克雷格（Carolyn Craig），感谢所有来聆听我演讲的听众们，他

们认为这次演讲值得他们放弃从阳光与海景中获得更明显的愉悦。

在研究写作本书时，我阅读了多年来研究这些伟大案件的各种作品，大量采信其中精巧的主体部分。在原始研究和基础研究方面，我的贡献甚微。为了表示感谢，我已在本书后面尽量列出所有这些资源。同样，尽管我并没有谨遵那条古老格言，“不要因纠结于事实而损害故事的精彩”，但是我冒昧选取的一切，都是对那些能够获得的但自身存在不确定性或令人怀疑的历史证据做出的最精彩或最可信的一些解释。

与往常一样，许多人在帮助我完成本书的过程中扮演着重要角色。我从一大批通常友好的批评者和同事那里获益匪浅，他们与我分享过他们的时间和洞识。我特别需要感谢布鲁斯·曼（Bruce Mann）、德里克·摩根（Derek Morgan）、贝弗利·迈哈尔（Beverly Myhal）、玛里琳·皮尔金顿（Marilyn Pilkington）、布鲁斯·赖德（Bruce Ryder）、乔·辛格（Joe Singer）、马克·图什内特（Mark Tushnet）和凯文·沃什伯恩（Kevin Washburn），他们阅读了书中章节的初稿，帮助我避免了许多不该出现的错误与忽略。然而，我欠债最多的，还是我的两位研究助理，辛西娅·希尔（Cynthia Hill）和蒂法尼·赫伯特-拉姆苏比克（Tiffany Herbert-Ramsubick），他们将所有资源和研究整合起来，工作卓异；他们促使本书的写作过程大大提前，并使其成为一件极为享受的事情。同时，非常感谢伊恩·朗格卢瓦（Ian Langlois），是他那富有个性的严格与真知灼见，才使得本书可以成为一本枕边读物。

阿伦·C. 哈钦森

2010年2月

目 录

前 言	1
第一章 赞美伟大案件 ——那些意义深远、影响恶劣而饶有趣味的案件 ...	1
第二章 食人有错？ ——海事法与海事传统	10
第三章 宽忍见证人 ——拥护法治	31
第四章 捕猎 ——权力、所有权与法律占有	51
第五章 布朗案的阴影 ——有关宪法的精神宣泄	68
第六章 瓶中的蜗牛 ——自然、社会与过失	89

第七章 原住民的权利	
——有关土地的假象与法律	109
第八章 磨坊里的摩擦	
——为协议设定限制	127
第九章 犯罪与告诫	
——讯问中的权利与仪式	148
第十章 休息，休息一下	
——2010年的普通法	166
参考文献	172
索引	183

第一章 赞美伟大案件

——那些意义深远、影响恶劣而饶有趣味的案件

在许多人眼中，法律像一张令人难以理解的票签，上面载满了各种规则与原则。人们觉得，法律的由来含混不清；需要怀着既猜疑又敬重的心情观察法律职业；即使从最乐观的角度看，也难以领悟法律在特殊情形下的运用。这其中的许多困惑都十分常见，不乏事实佐证。制定出的法律应尽量开放、便于使用，但法律人很少会在这个方面耗费精力。事实上，部分法律人似乎是刻意把法律制定得尽量晦涩、圆滑。因此，毫无疑问，在与法律相遇或者尝试着理解法律的复杂状况时，人们会产生与艾尔弗雷德·丁尼生爵士（Alfred Lord Tennyson）一样的挫败感，“我们的法律”看上去是“一门毫无章法（lawless）的科学——那里有无数散置的先例，那里有大片杂生的事件”。在好奇的公民

眼中，法律是一座毫无魅力的宏伟建筑。

- 2 没错，人们在理解法律时会感到吃力。然而，在其专业性和时常表现出的神秘性背后，法律与人类事业的其他领域一样，令人鼓舞和振奋。毕竟，在大多数情况下，法律只不过提供了一个场所，人们在其中尝试着与他人解决问题、化解冲突。尽管法律过程中使用的语言令人不快，而且法律程序发生在没有人情味的制度背景之下，但是它着实是社会生活中精彩纷呈的一个方面。作为社会运转的重要方式之一，法律奉上了一幅具有启发意义的图景。所有这些特点在普通法及其伟大案件中表现得淋漓尽致。

本书将注意力集中在普通法历史中出现的一些伟大案件上，与 O. J. 辛普森（O. J. Simpson）案、保罗·伯纳多（Paul Bernardo）案等案件不同，这些案件不是一些受到媒体追捧的大案。虽然普通法深刻影响着人们的生活，但是人们并不了解普通法如何形成、如何运作等方面的知识。本书重点介绍了一些真实案件，这是一些法律人经常查阅的、法学院学生必修的案件。从这个意义上看，本书罕见而粗略地为读者呈现了法律人与法科学生所处的貌似晦涩不明的世界。

- 3 通过对普通法中伟大案件的考察，我尽力避免把普通法描述得与现实格格不入——那个世界的人们，说着一套繁复的行话，参与各种神秘的仪式，他们彼此之间的所有通信都要附上小字印制的附属细则。相反，我要表明，普通法实际上是如此鲜活而富有生气的草根（down-the-street）经验。所有人都能去那个世界度假，回来时也能焕然一新、生机勃勃。我将要考察普罗大众的一些故事，与许多曾经做出重要贡献的人物与组织（律师、法官和法院）一样，他们的故事曾经影响了普通法的发展方向，曾经指引着普通法的发展进程。

尽管如此，在介绍这 8 起案件之前，我还是要向读者大致说明一下普通法的含义以及“伟大案件”的指涉。这样做能为读者提供背景知识，以便更好地理解案件本身及其重要意义。在明确了普通法的含义之后，读者便可更容易地领会这些伟大案件之所以意义深远的个中缘由。其中大部分案件发生在 19 世纪，还有一部分案件来自世界其他地方。但是在法律世界中，它们在实质上是法律思考的基石，仍然具有深刻的影响力。

普通法这个词，常常被用来指那些随着时间推移逐渐累积形成的大量法院判决；法官们援引先前判决，裁决眼下纠纷，并为未来的争端订立规则。自 11 世纪的英格兰开始，就有一些习惯规则被称为普通法，这是巡回法官为解决各地纠纷而精炼采用的一套“共有”法律。这段司法活动的历史并没有提供明晰的法律解释，也没有提出过多清晰的法律适用方式——习惯规则本身就是法律；法官给出的判决理由就被当成法律。正是从这种意义上看，虽然直到现在，那些法庭判决仍在被广泛地转述记录，但是普通法通常被看作不成文法，因为它从未被集录或含括在任何一部权威法典中。 4

除了从更为正式的法律渊源汲取能量外，法律也离不开惯例和社区行为规范。法律不只是一种自上而下进行的事业，更像是一种自下而上推动的实践。虽然像惯例等传统法律渊源已不如往昔那样重要，但是普通法中的大量蛛丝马迹都可追溯于商业惯例或管理习惯（例如，*caveat emptor*，即概不退款）。其效力与实效的形成都独立于法庭之外。直到晚些时候，在法官解决纠纷的过程中，它们才得到官方认可。只有那些持续存在、确定、合理、被遵守的习俗，才是被人们所接受的习俗，才具有法律权威。普通法方法正是上述过程和倾向的结晶体。

充分理解普通法的最好方式是将其与制定法进行比较。制定法是由议会、省级、州级立法机关或市政厅所制定的法律。无论是以成文制定法的形式表现出来，或是包含在委托立法（delegated regulations）之内，这些正式文本（instruments）明确规定，法院必须解释并遵循某些规则与原则。在立法至上原则的指引下，制定法优于普通法。当制定法与普通法发生冲突时，人们应当优先适用制定法。然而，普通法自身拥有的那套历史谱系说明，法官立法构成了实施与解释制定法的背景细节。

普通法是创制法律的一种实践，这种描述意义重大，就像根据普通法产生的法院判决主体部分一样。人们理解普通法的最好方式，就是把它看作一种创制法律的思维定势和一种技术性的习惯做法；利用先前做法指导未来行为，法律人已将这种自然倾向转换成一种制度上的责任。根据遵循先例原则（*Stare Decisis*），普通法方法坚持认为，在未来做出裁判的人不仅应尊重先前判决，而且必须盲目地承袭、引用这些判决。这种处理方式能够得到支持，是因为它授予公民一种必要的核验凭据（check），从而避免在裁判过程中出现乱用司法权的情况。

人们并未低估先例作为法律依据的传统优势（包括遵循先例产生明确结果，容许彼此信任，防止武断行为，实现法律平等，鼓励提升效率）。但是，诉诸法律既往的努力，不必仅仅依靠某些特定判决，或是机械地适用判决。法官们从过去的案件中精炼出原则性精神，然后以此为基础，制定出适应后来新需求的判决，推进法律发展，这样做出的裁判才是最佳裁判。正如20世纪末英国贵族大法官莱斯利·斯卡曼（Lord Leslie Scarman）所言，“不论法院怎样裁判，都要从既有规则的底线出发，找到一种与被认可的某项或几项原则相一致或相类似的解决方案。”

然而，与多数情形相同，事物总是内外有别；理论上讨论的理应如何或预计怎样，并不总与真情实况相称。法院在瞬息万变的世界里应对挑战，已经巧妙地控制了先例制度的发展方向，正因为这样，法院必须根据社会变化不断进行调整，满足那种对稳定性的需要：法院不必为了形式上的确定性去牺牲实质正义。法官们大权在握，可以创造性地改良法律、实施法律，不必成为兜售通俗迷思（popular myth）的自动售货机。他们握有避开或区分先例的大量技术手段。因此，虽然生活在制度保守主义的官方文化之中，但是所有法官和法学家都承认，法律的确应当根据新环境和新挑战做出回应、进行改变，然而与此同时，他们也称赞并力挺法律的应对能力。

要析解普通法的发展进程，最好是把现有的法院判决主体部分当作实践的产物，这种实践接连不断、无序扩延、持续更新。在具体办案时，法官的任务就是出具判决理由，因此他们有义务大量阅读此前写下的判决章节，也有责任贡献自己的章节，通过这样一种重要途径延续普通法的叙事。虽然这个过程对法官的行为设定了某些限制条件，但是同样也为他们留下了相当大的余地，容许他们与创作型作家一样，解释过去并补充一点属于自己的迂回转折。普通法在以自由裁量为始以遵循先例为终而渐次展开的艰难行进中浮出水面。

只有通过上述方式，人们才能像理解其他任何人类发展进程一样洞悉普通法的传统——从某种角度看，普通法传统离不开法律人的行动，它就是法律人行动的产物。普通法是一项富有活力而忙碌的工作。其中，法官处理规则的方式、规则的最终内涵与实际判决结果，这几个方面具有同样重要的意义。因此，大体上说，普通法的特征是由法官在工作中使用的职业技艺塑造而成的，法官们是最高级别的社会建筑师。这并不是

要把常见的执业活动或裁判活动降格为纯粹的熟练技艺，毕竟在践行行为准则时，那些将洞察力、想象力以及技巧与严密性融通其中的人才为首屈一指的工匠。法官所创造的东西与其创造方式同样重要。

因此，与其把普通法看作法律与规则中固定不变的核心部分，不如将其当成解决纠纷的传统手段，一种依然具有生命力的传统手段。法律是社会性实践，这就意味着，随着社会持续变动，法律永远是一种与实务紧密结合、组织有序的社会实践，而从来都不是完满或完稿的文翰；它只会在产生它的社会环境之内和人类社会范围之内活动，不会越雷池一步。简而言之，普通法是一部未完成的作品——转瞬即逝、持续变化、杂乱无章、产出丰富、引人入胜、由简入繁。普通法永远是动态的，从未到达终点；普通法始终在路上，从未处于任何特定地点；普通法的数量很少超出其组成部分的总和，且常常会比其组成部分的总和还要少。

伟大案件最能体现普通法发展过程中所遇到的困惑，没有其他象征能出其右。几乎所有法律人都将这些案件当作普通法传统中的指路明灯。虽然质疑其精确意义与影响的声音此起彼伏，但任何可信的普通法版本还是要从这些判决中捕获灵感，还是要依赖这些判决构思法庭意见。如果有关普通法的说明没有谈及这些伟大案件，那么这些说明一定是不完整的，缺乏说服力。通常认为，伟大案件展示着普通法中令人印象深刻的实用力量，因为它们可以用于应对新挑战和新环境。这些案件超出了许多人愿意承认的情况，证明普通法更接近于一个难以驾驭、开放自由的政治进程。

这些案件之所以被指定为伟大案件，仅仅是由于人们赞同

这样的做法。诚然，某些群体（如上诉法官）在裁判过程中具有异于其他群体的更大权力，但除非能够从一般意义上赢得大多数挑剔的法律人的支持，法院判决还是不能具备伟大属性。具体案件并不具备自明或内生的伟大特征，可以仅仅因为出自法律界名人之手便自动证明其内含伟大。在另外的时间和背景下，具有伟大属性的案件可能只是包含不应这样或本应那样（例如，种族隔离制度和虐待行为）等法律规定的平实轶闻，或者只是更为惯常、更具启发意义的典范而已。伟大案件之所以具有这样的地位，不仅因为案件贴合伟大的通用标准，还源自案件得到了公众的赞同。用另外一种方式表达，伟大品质是案件争辩的组成部分，而不是外在约束。

如前所述，在法律人中间，似乎确实存在这种共识，伟大案件是指那些随着岁月流逝已得到充分而广泛认可、展现法律准则核心意义的案件。法律在未来取得的任何进步，除了必须要与伟大案件的内在理念契合之外，这种内在理念也必须能够指引方向，能够指明未来发展必须遵循的轨迹。一些人将伟大案件比作“法律世界茫茫荒野中的地标”或“法学天穹中的恒星”，这些比喻表明，伟大案件是为迷茫旅行者备好的智慧罗盘，指引着漫游在法律世界中的他们该向何处转弯、应向何处去。然而，还有这样一种倾向，认为在对待伟大案件时，理应采取比现实更持久更确定的态度；但是，恒星亦会随着时间推移而爆裂消失，而且其固定性（fixity）总是相对的，与位置有关。伟大案件的地位并非天然生成，也非人为给定；识别其地位的过程不是创造，更像是发现。伟大案件既标示出法律人反复无常、迷失方向的特点，又提醒法律人群体要信仰普通法的传统与方法。

与那些将伟大案件看作是位置固定的恒星或地标等观点不

同，我认为更恰当的比喻是将它们看作临时搭建的灯塔。这种比喻表明，伟大案件是由法官们利用手边材料，在其有限的职业生涯内为实现心中特定目的而谋划出来的。随着社会的发展，如果人们不再需要这些谋划，或者人们的需求发生了其他变化，就可设计出更有用的策略取而代之。法律中包含的伟大属性与社会声望一样，要依赖于匆匆流过的社会趋势和变动不居的社会环境。一旦支撑案件的价值观念不再得到充分赞同，或者熟悉的环境已经发生实质性转变，伟大案件就将被弃置一旁，被看作是含有错误、误解和反常因素的垃圾建议。听众决定着今日恒星是昨日的向往还是明日的黄花。

尽管判决的文字风格或功底能够帮助案件成为伟大案件，但这种帮助并不是决定性的。成就伟大案件的是其恰切的修辞以及在政治上的可接受性。伟大案件之所以伟大在于其实质诉求，而不在于表现形式。只有判决结果和判决内容能在听众之间形成共鸣时，才能确定案件的命运及其未来所具有的意义。伟大案件的权威性必须从掺杂法律观念和大众观念的沙龙与聊天室中开掘。一旦那里的观念发生转变，案件的权威性便随之受到影响。伟大案件只具有与政治价值观和道德价值观相同的权威性，而且不会超出这些价值观所能容忍的适当范围。

只有将伟大案件置于普通法的核心位置，才使得对普通法的不同理解成为可能。与其将普通法看作枯燥乏味的官方行为准则，不如将它当成一场喧闹的听凭直觉的行动。当然，这并不会影响对法律的评价。与其他所有人类事业一样，普通法以其惯有品格与特性奉上一幅社会生活缩影。它略有瑕疵同样也十分有用，它引人入胜同样也惹人烦恼，它经过雕琢同样也有所欠缺，它存有偏见同样也几经平衡。如果说它并非如此，那才叫人诧异。

通过精选出的这8起伟大案件，我希望证明，普通法是种杂乱无章、结构松散的实验性努力，其目的在于回应并适应社会出现的各种意外需求。如果说存在一种能够约束普通法的方法，那么只能在法院顺应变动不居的环境、回应层出不穷的需求的尝试中找到，而这种尝试各式各样缺乏章法。正如自身属性所示，普通法（与为了解释和理解它而付出的所有努力一样）是在逆境中漫无目的地运用人类的判断力寻求希望；普通法包含着某种实验性、随意性、任何事都可能发生的含义。律师、法官和法学教授们做出的任何超出上述判断的描述都是在作茧自缚。普通法更具尝试性而非目的性，更具创造性而非完备性，更为虚构化而非公式化，更为实用而非完善。普通法是一件令人振奋、粗陋不堪的未完成之作，而伟大案件最贴切地证明了这种描述的真实性。 12