



法心如秤

法律人的基本立场

许身健 ● 著

用生动的故事，让我们悠然心会司法的要义

Legal Mind Like Balance: Lawyers' Basic Stand

上海三联书店

法心如秤

法律人的基本立场

许身健●著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

法心如秤——法律人的基本立场/许身健著. —上海:上海三联书店, 2009. 6

ISBN 978-7-5426-3086-5

I. 法… II. 许… III. 社会主义法制—中国—文集 IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 089074 号

法心如秤——法律人的基本立场

著 者 / 许身健

责任编辑 / 王笑红

装帧设计 / 鲁继德

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlianc.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2009 年 6 月第 1 版

印 次 / 2009 年 6 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 230 千字

印 张 / 18.75

ISBN 978-7-5426-3086-5/D·150

定价:32.00 元

序

人到中年，阅世既深，就失去了青春时期的幻想，不再寻求伯牙与子期式的古典知音。有几个可以信赖并随意小酌和闲谈的朋友，足矣。我的同事许身健，就是这样的朋友。

每次见到身健，他总是忙忙碌碌、风尘仆仆，比大臣还要忙的样子。偶尔闲谈三二句，他就满脸疲惫地倒苦水：“领导，我太累了……”虽然很累，但每每布置院里的事务，他叫苦不迭之后总是说：“好吧，就这样吧，放心……”

身健的“苦水计”，使我感觉自己像犯罪一样。有过几次经验之后，我问他：“你为什么活得这么累呢，有些事可以推出去啊”。他说：“你不知道，不行……”

总将责任往自己身上扛，这是身健给我的基本印象。

打开他给我发来的电子文稿，我算找到他的苦水的源头了。几年期间，他在完成超常的工作和科研任务之余，竟然写出了 90 多篇法学评论和随笔！

在互联网时代，法学家要想写好法学随笔和评论，不是一件容易的事。一起公众事件发生后，网络跟贴和评论瞬间潮涌。这些评论往往“一剑封喉”，使后来者只能“顶贴”，无由再议。法学家们如何独树一帜，从如潮的评论中，脱颖而出？自己的感悟有几点：其一是立意。文章的立场和

观点要鲜明。人云亦云、拾人牙慧的文章，于世无补。但万目睽睽之下，要想独具慧眼，是多难的事啊？其二是材料。材料可以佐证自己的观点，也可以开阅读者的视听。对于惯于论文写作的学者们来说，搜罗资料、妥贴布置、旁征博引，自非难事。但随笔和评论，由于篇幅所限，作者只能“在牢房里跳舞”。其三是文风。将思想和材料贯穿一体，当然还是文字。不同的文字组合，形成文风。每个人都希望文风独特，但这也很难。文字过于平乏，文章失于枯燥；文字过于夸张，文章失于激情；雕琢过细，文章没有气势；不事雕琢，文章失于空洞……

法学随笔和评论难弄，已如上所言。对于学者而言，还有别样的苦恼，这就是有人不断地提醒你写点“大东西”，比如论文或专著。在他们看来，学者写随笔和评论，总有点不务正业。说此话的人，往往是“真心为你好”。我们如何面对这些善意，并为自己寻找底气呢？我的做法是，从伟人的行迹中，为自己寻找底气，比如胡适的评论、鲁迅的杂文。我内心里还有一种抵抗的方法，只是很少说出来：“你写一篇试试！”

身健的这本文集，很有看头，现举偶一二：

在“司法职业化”盛行的时代，法袍的功效被神化，有如魔术师手中的那块布头。近来，河南高院院长要求法官“脱下法袍为人民”，法袍再一次进行人们的视角。我写了一篇名为“穿法袍，装神弄鬼的形式主义”评论，自以为独具慧眼。翻阅身健的文集，发现两年前，他就直言“演戏才需穿行头”！我无意中拾了他的牙慧了。他援引资料说：

2003年，英国最高法院批准进行主题为“法庭工作服”的调查，在接受访问的1571名法官和506名律师中，有60%的人赞成改革传统的法庭制服，至少应该首先将法官和律师佩戴的这种源于18世纪的假发套取消。最高法院大法官说：“这些年社会进步了，我相信对法庭着装有必要进行一次新的、适当的改革。让那些出庭的非专业人士感觉到舒适。很多英国人也认为

法官的假发、长袍不合时宜，这样的‘道具’早就应该寿终正寝了。”

身健采用的是“直抄老巢”式剿匪方法，抄了“法袍至上论”者们的老巢——英国。这样的解决手段，真是干脆利落、让人提神。

执行难是中国法院的痼疾，相关的论文汗牛充栋。身健在“看美国怎样解决‘执行难’”一文中，用不到两千字的篇幅，解决问题。美国法院没有执行难，是因为法院不仅是公正的，而且人们也相信法院是公正的。判决大都数被自动履行，无须法院执行，不会出现中国式的“判决不公，老子领着手下上山打游击去！”但是，假如个别人拒不执行法院判决，又当如何？身健给我们讲了个“古巴少年在美国”的故事：

前几年古巴少年艾联之母偕子越海偷渡美国，遇风浪后母亡子存。艾联到美国后住在其仇视古巴的舅舅家，舅舅十分疼爱外甥。艾联留在古巴的父亲想念儿子，要求美国政府送回孩子。舅舅觉得艾联留在美国有前途，爸爸死活让艾联回国，最后官司打到美国法院。法院依照对孩子最有利原则判决监护权归父亲。艾联的一大家美国亲戚，死活不把他交给父亲。孩子小、不懂事，政治觉悟不高，已经爱上了美国的锦衣玉食和米老鼠，对落后的古巴和穷爸爸也没什么感情了。众所周知，美国政府恨死了家门口的社会主义古巴，谁和古巴做生意，老美就用霍尔姆斯-伯顿法治死他。按说这次艾联亲戚抗法不遵，美国政府正好乐得做顺水人情，以有阻力为由，不执行这个判决，顺便羞臊羞臊卡斯特罗。可美国政府哪有对抗法院判决的胆子？理解的要“执行”，不理解也要“执行”。最后，政府派出特种兵，身穿对付恐怖分子的行头，潜入孩子舅舅家中。之后的故事大家都知道了：有张获国际摄影大奖的照片表露无遗，特种兵用枪对准

怀抱艾联的大人，孩子都快吓傻了！乱糟糟中艾联被抢走，最终返回了古巴。至今舅舅对美国政府一肚子意见。

看完这段，我感觉身健很会说故事。文笔风趣，文字简洁。说故事不容易，说有意义的故事，更不容易。但道理一筐，不如故事一桩。身健用生动的故事，让我们悠然心会司法的要义——判决要公，执行要狠！

做人很难，行文也很难。我以为，身健其文，一如其人，质朴憨厚而不乏机智。作为对读者和身健本人负责，我希望他能忍痛割爱，将文集中个别主旨相近的文章删除。孙犁说过：“彩云流散了，留在记忆里的，仍是彩云。莺歌远去了，留在耳边的还是莺歌。”

“莺歌”不在多，在于嘹亮。

何 兵

2009年6月11日

目 录

序	何兵 (1)
1. 变革从今天开始	(1)
2. 检察官妈妈	(5)
3. 法律不能只见法律不看人	(8)
4. 老外朋友为什么这样“轴”?	(11)
5. 斩断不安分的“咸猪手”	(14)
6. 守护法律的检察英雄	(17)
7. 对待残疾人,重要的是平等相待	(22)
8. 法治的时代魅力	(25)
9. 理性守护浪漫的法国公证人	(28)
10. 防止错案,单靠制度远远不够	(32)
11. 激浊扬清中警惕媒体审判	(35)
12. 司法改革不能只重表面功夫	(39)
13. 干嘛要和辩护律师过不去?!	(42)
14. 认真对待法律职业伦理	(45)
15. 《新闻周刊》为何只需道个歉	(48)
16. 借鉴西方法律制度要睁大眼睛	(51)

17. 正视精神疾患现象,制定统一的《精神卫生法》	(54)
18. “马背上的法庭”也能实现正义	(57)
19. 媒体的道德责任——防止“带偏见的真相”	(60)
20. 冲突中的平衡:媒体监督与独立审判	(63)
21. 惩恶扬善,也不必罚秦桧跪拜岳母	(66)
22. 请不要无视“沉默的大多数”	(69)
23. “怕热就别进厨房”	(72)
24. 如何防止毒鸭子摆上餐桌	(75)
25. 吓阻虚假广告,不妨引入惩罚性赔偿	(78)
26. 强化程序意识 科学严谨执法	(81)
27. 司法独立与司法公正之间并非正相关关系	(83)
28. 司法考试,何必难上加难	(86)
29. 头套的悖论	(89)
30. 鞋子再好别乱穿	(92)
31. 演戏才需穿行头	(95)
32. 不是犯罪,但绝不能放任	(98)
33. “白衣天使”何以成为“白衣恶魔”	(101)
34. 看美国怎样解决“执行难”	(105)
35. 司法独立的历程	(108)
36. 加入《公约》催生反腐新理念	(110)
37. 公众人物应成为遵纪守法的表率	(112)
38. 准确定罪才能实现精确打击	(114)
39. 温故知新世纪审判	(118)
40. 如何化解“危险的关系”?	(121)
41. 综合治理,遏制有组织犯罪升级	(124)
42. 非法贩卖安定注射液一案引发的思考	(127)
43. 嘉湖阁事件:司法公正是最大的正义	(131)

44. 牢头狱霸伤害了国家形象	(134)
45. 从刑法谦抑的角度宽容许霆	(137)
46. 许霆,请你真诚悔罪	(140)
47. 民意同情“滑铁卢”,许霆的错与律师的失	(143)
48. 到底应该听谁的?——进退维谷的许霆案改判	(147)
49. 除恶务尽是应有的执法理念	(150)
50. 精密司法的正反两面——一起陈年冤案的反思	(153)
51. 从反“核扩散”到实现“无核化”	(158)
52. 被害人一方有权零宽容	(162)
53. 防止错案,检察机关责无旁贷	(165)
54. 援用“污点证人”及“证人保护”制度 ——善待迷途知返的揭黑者	(168)
55. 刑事和解的理智与情感	(171)
56. 韩国最高法院强化犯罪嫌疑人的权利	(174)
57. 建立国家补偿制度让父亲杀女的悲剧不再重演	(176)
58. 搜身应当守规矩	(179)
59. 宽容可遇不可求	(182)
60. 律师职业价值的核心在于实现社会正义	(186)
61. 两个律师之战	(191)
62. 好律师若良医	(194)
63. 法律人的基本立场	(197)
64. 法律人一定要争气!	(203)
65. 法官为什么要“白玉无瑕”	(206)
66. 借助民众力量完善惩戒机制	(209)
67. 韩国律师反对外国律师蜂拥而入	(212)
68. 女律师的艰辛成长路	(216)
69. 律师回避是遵守利益冲突原则的正确选择	(219)

70. 为什么 206 个县竟然没有一个律师	(222)
71. 从法心如秤看职业精神	(225)
72. 像律师一样思考?	(228)
73. 认真对待职业精神	(231)
74. 你怎能给那些人辩护呢?	(239)
75. 良言苦口劝律师	(243)
76. 纯洁司法	(246)
77. 宠物律师,不仅是仅为了爱动物	(248)
78. 职业精神当中的自律	(251)
79. 师生之缘,OUR DESTINY!	(268)
80. 法大校园逸事	(272)
81. 处分学生应当进行听证	(275)
82. 参加澳大利亚 2007 年诊所会议印象 ——从会议形式谈起	(278)
83. 刑事被害人救助制度立法之思考	(280)
84. 法学教育要对法科生的未来负责	(283)
85. 法科生的美丽心灵	(286)
后记	(289)

1. 变革从今天开始

前不久，中国政法大学主办了以法学实践教学为主题的国际研讨会，来了我认识的几位美国教授。艾略特是美国法律诊所教育的奠基人之一，在茶歇的时候，克洛斯曼教授让艾略特欣赏相机里冬天颐和园的独特风景，艾略特边看边说：“太美了，太美了。”我说：“您老人家要想去，那还不容易，散了会，我们打个车去不就得了。”艾略特摆摆手：“许，下回吧，周一我就打道回府了，因为，周二奥巴马就要走马上任，我想回去见证历史。”我和他开玩笑：“您老人家也真是瞎操心，一个教授也关心上政治了，肮脏的政治是政客玩的把戏，何必浪费感情。”随后，我费了好大劲儿和他解释什么叫“肉食者谋之，又何间焉”。艾略特说：“许，你不了解奥巴马当选对我的意义。你想啊，1960年代，我投身法律诊所教育的初衷就是抱着社会变革理想，为消除种族歧视及社会不公正而战。你能想象吗，奥巴马的老爸是黑人穆斯林，老妈是离婚母亲，当初要是说美国会出现黑人总统，估计打死也不会有人相信。可现在世道变了，古巴卡斯特罗曾一口咬定奥巴马没戏，美国不会出现黑人总统，可现在不也哑了。许，奥巴马的今天也有我的一点功劳，你说，我能不高兴吗？”

无独有偶，星期一我和里奇教授告别，不知为什么他突然将话题转到奥巴马身上：“一想新总统上台，美国要改天换地，我就要掉眼泪。”说着眼圈就红了。他拿过一件T恤：“许，送你了，让你和我们一起高兴高兴。”T

恤是奥巴马就职仪式纪念品，上面写着：“变革从今天开始”。我说：“看来，你们这帮美国教授对奥巴马的期望犹如大旱之望甘霖，大家眼巴巴地盼着奥巴马走马上任，我真担心他会辜负美国人的期望。”里奇说：“许，没有什么救世主，他很可能做不好这份工。我为什么掉泪？你读过《迷失的律师》这本书吧，我们的学生这些年都掉钱眼里，我都以为没救了。公益律师出身的能做到总统，这对于提升法科生的职业精神是个福音，我希望奥巴马的当选让法学教育界关注职业价值方面，美国法学教育也是问题多多，需要变革，我希望变革从今天开始。”

里奇道出了实情，美国法学毕业生一般选择到挣钱多的私人律所执业，出路大体是这样的：2007年美国法学院毕业生的就业率高达92%，选择在读其他学位的不到3%，就业者中70%选择私人律所执业，30%在公共部门就职。就起薪而言，在公共部门就职者的起薪从3万美元至9万美元不等，一般在4.6万美元左右。私人律所的起薪，从5.5万美元至14万美元之间，一般在8万美元左右。为何法科生大多选择私人律所呢？因为，在美国，读法学院是要花大钱的，私立学校，一年学费可能超过4万美元，读公立学校，非本州居民（含留学生）一年学费在2万美元左右，还有其他费用：住宿、交通、保险、书费、杂费、衣食……所以，拿到学位得花一大笔钱，如果要读数理化还能拿奖学金，要读法科，拿奖学金的概率估计和被雷劈的几率相仿，其背后的逻辑是：您老人家毕业后大把赚钱，现在还好意思向学校伸手？法科生多数人依靠助学贷款，也有一些人先工作多年存钱上学，还有一些人会申请第三方资助，例如基金会和政府部门的各种补助金和奖学金，这笔钱不是白拿，毕业后要给人家扛活顶账。多数学生毕业后欠了一屁股债，巨额助学贷款迫使学生就业时“唯利是图”，先挣钱还债为妙，自然大家对到私人律师事务所执业趋之若鹜。

美国高校对这种现象感到忧心忡忡，如果法科生个个满脑子赚钱赎身的思想，浑身铜臭气，长此以往哪好意思再说自己是培养精英的摇篮，不就变成培养商人的作坊。要知道，法学院号称是以培养一身正气的青

年林肯式的律师政治家为荣，从来不敢说热衷于培训追名逐利的寻常律师。普通人是现实的，无法说服他们自我牺牲，投身公益，做赔本的买卖。但是，这个世界上总有一些先天下之忧而忧，后天下之乐而乐的理想主义者，他们信奉“君子喻于义，小人喻于利”。法学院乐得把这些“傻子”培养成模范、标杆式人物，说到底，这些楷模可以收到一石二鸟之效，其一可以挽法律职业形象之狂澜不倒，重拾社会信任；其二让蝇营狗苟的法科生自惭形秽，警醒自己作为法律人的社会责任，时刻见贤思齐。当然，有人站出来替整个法律职业挣面子，也不能太亏欠人家，这样的人比熊猫还少，那就不能让人家饿肚皮，否则长此以往，从事公益成了弱智的代称，有谁肯干？美国的高校，尤其是哈佛、耶鲁这样的长青藤学校，钱多到富甲一方的地步，人家不是靠学费支撑的，不是我们的高校，在吃饭经济、人头经济里惨淡经营，他们的经费是天文数字，钱是培养英才的，不是拿来给教授发奖金的。对于乐于从事公益的法科生，学校乐得推出去大做广告，出个奥巴马，学校得开心到地球爆炸为止。不能让如奥巴马者为五斗米折腰，因此，学校针对这些“雷锋式”的法学傻子量身定做了一些优惠政策，即如果毕业后从事公益，那么助学贷款由学校替你还上，你老人家就安心工作，将来能做到什么程度就要看你的造化了。奥巴马就是如此，他从哈佛法学院毕业后，走入贫穷社区，没有还债压力，他将全部精力投身到无限的为人民服务当中去。他从群众中来，到群众中去，了解人民的呼声。人民律师爱人民，人民律师人民爱，良好的群众基础让奥巴马在初选中击败了为富人服务的大律师希拉里。

相比之下，当下我国法科毕业生就业率之低已经超乎我们的想象，业内都知道“表面的统计数字下，存在着不少的临时就业、不就业、假就业现象，这样虽然学校的就业率保持住了，但事实上毕业生的未来根本还没有保证。”法科生挤破头考公务员，不是个好办法，让他们上山下乡做村官，发挥不了专长，纯属权益之计。在经济危机的大环境下，国家投资4万亿元拉动经济。我国还有206个县没有一名律师，基层急需合格的法律服

法心如秤——法律人的基本立场

务,假如国家拿出资金支持法科生到基层从事法律公益事业,这既有利于推动基层法治建设,利国利民,也让法科生学以致用之余培育法律人的社会责任。我深信国家对法律人的这笔投资会获得丰厚的回报,保不齐会培养出我们自己的“奥巴马”。法学教育需要变革了,时不可待,变革应当从今天开始!

原载《检察日报》2009年1月21日

2. 检察官妈妈

最近,我参加了由《方圆法治》杂志、无锡市检察院及江阴市检察院主办的涉罪外来未成年人权益保护研讨会。江阴市检察院会同公安局、法院、司法局、关心下一代工作委员会建立了专门的关爱教育基地,为涉罪外来未成年人平等适用法律创造现实条件,探讨涉罪外来未成年人取保候审面临的“无稳定经济收入、无成年亲友监护、无固定监管场所、无有效帮教条件”等难题的解决途径。

以北京市海淀区法院少年犯罪法庭法官尚秀云为原型的电影《法官妈妈》,刻画了千方百计挽救失足未成年人,慈母般的法官形象。法官妈妈说:“我挽救一个孩子,就是挽救一个家庭,无数个幸福的家庭,才构成一个稳定的社会。”江阴市检察院针对涉罪外来未成年人设立关爱基地显然也是出于上述考量,所以,在听取检察院经验介绍的时候,我心中浮现出“检察官妈妈”的形象。人们往往认为,检察官的典型形象应该是雷厉风行、精明强悍的打击犯罪斗士,与温情脉脉的母亲形象风马牛不相及。为了加强追诉犯罪的力度及效果,检察院将精兵强将放在起诉部门,挑选精英担当主诉检察官的大任。有趣的是,江阴这个地名和妈妈的形象还真有缘:“江”是指长江,长江是母亲河,它宽广,象征着宽容、胸怀宽广;而“阴”字,代表阴柔、怀柔,象征着母性的一面。当然,江阴检察院的经验给我“检察官妈妈”的印象并非在于此。

应当如何理解国家的拟人化问题？国家主义哲学将国家视为一种全知全能的终极之善，国家像慈爱的父亲一样无微不至地照顾它的人民，这被称为国家的父爱主义。当然，国家主义的这种理论假定并不正确，但是对国家这种政治实体作拟人化的想象也并非不切实际，正如电影《纽伦堡大审判》中法官海沃德在宣判时所说：“国家不是一块石头，它是人的延伸，其所代表的观念是公正、真理、人的价值。”那么，对于刑事司法中的国家形象应当如何做拟人化的构想？美国学者格里菲斯提出刑事程序的家庭模式，它是以爱的理念为前提的，处理犯罪就如同家庭处罚孩子，显然，家庭惩罚孩子不是出于仇视，而是出于爱。格里菲斯强调对犯罪人的尊重与关切，注重刑事程序的教育功能。学界认为家庭模式片面强调国家与犯罪人利益的调和，有些不切实际。然而，学界也认为家庭模式完全适用于青少年司法，因为它强调国家以父母式的方法处理青少年犯罪，以体现对青少年的特殊保护。可以说，家庭模式强调国家与犯罪人利益调和与青少年司法国家亲权的理念暗合。未成年人保护理论中，“国家亲权”或者“国家作为父母”理论影响了少年刑事司法程序的运作机制。国家亲权是以社会福利角度来处理家庭功能失调问题，认为未成年人不是家长的私人财产，而是国家的未来资产。其核心含义在于当未成年人的亲生父母或监护人不能保护未成年人利益时，政府有责任、有义务去保护其“财产”。国家亲权的精髓在于其以保护优于刑罚的立场来处理问题少年的犯罪行为，将涉罪少年视为家庭成员，在这一点上完全与格里菲斯的家庭模式相一致。国家援用公共权力将涉罪未成年人交给有关机构关照，此时国家扮演未成年人利益最终保护者的角色，未成年人与国家之间建立起类似父母与子女关系的拟制关系。国家亲权理论其意义在于以国家取代双亲从事教养未成年人的工作，以矫正其生活上的或人格上的缺失。江阴检察院对于外来涉罪未成年人的取保候审及帮教体现了国家亲权的理念。

家庭模式强调国家对犯罪人的宽容和爱，将国家视为仁爱宽厚的慈