

YANZHE FAZHI DE  
FANGXIANG

YIGE LVSHI DUI FAZHI SHIJIAN HE  
ZHIYE SHENGHUO DE SIKAO

# 沿着法治的 方向

一个律师对法治实践和  
职业生活的思考

高 树 · 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

YANZHE FAZHI DE  
FANGXIANG

YIGE LVSHI DUI FAZHI SHIJIAN HE  
ZHIYE SHENGHUO DE SIKAO

# 沿着法治的 方向

一个律师对法治实践和  
职业生活的思考

高树·著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

沿着法治的方向:一个律师对法治实践和职业生活的思考 / 高树著. —北京:法律出版社, 2013. 10  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5592 - 3

I. ①沿… II. ①高… III. ①社会主义法制—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 259592 号

沿着法治的方向

——一个律师对法治实践和职业生活的思考

高 树 著

编辑统筹 法律应用出版社

策划编辑 程 岳

责任编辑 程 岳

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 翟国磊

开本 A5

印张 9

字数 176 千

版本 2013 年 11 月第 1 版

印次 2013 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5592 - 3

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



谨以此书

纪念我国首批合伙制律师事务所成立20周年，并献给  
为行业发展和法治事业作出贡献的律师同行们！

## 前 言

中国历史上，还没有哪一个时代的人们像今天这样，关注（或不得不关注）一个关于国家与社会治理的现象或命题——法治，但广泛并深切关注的背后也表现出越来越多的疑问和困惑，甚至可以说关注越多，困惑也越多。一方面，法律正以更加频密的方式贯穿和渗透到人们的社会生活，社会生活已经离不开法律的规则导向和范式指引，这已日渐成为人们的普遍共识。我们总是希望法律能够保障我们的权利和自由，甚至给我们的生活带来和谐、安全与安宁，但现实的法律往往力不从心，从法律的制定到实施尤其是具体到个案，总还存在这样或那样的缺陷，这无疑使法律与人们的期待和现实生活之间自觉或不自觉地拉开了距离。另一方面，作为以法律为成立基础和主要构成要素的法治，它几乎是来自西方社会理论并经其历代检验的一种社会治理理念和模式，这种理念和模式作为一种政治和历史资源，曾经被证明有效但如今也面临着衰竭和挑战。问题在于，我们今天却不得不选择这样一种来自异域而自己却从来没有实践过的理念和模式，这样一来问题就自然



出现。这种移植过来的理念和模式在中国是否水土不服，它在中国管不管用？问题还在于，我们对于这种未经历史实践的理念和模式，就其真正的内涵、定位以及具体运作根本没有一整套普遍共识和整体方案。不夸张地说，我们或许正在努力尝试一种连我们自己都还说不清楚的东西。我们期望进入一种法治状态，但对于我们需要进入一种怎样的法治状态，以及最终能不能进入一种理想中的法治状态应该是心存疑惑的。并且，在现实生活中，与我们心目中关于法治基本理念相违的现象也大有其在，甚至就法治模式设立和运行的一些基本条件和要素，还有着许多需要破解的难题，这恐怕也就是疑问者或批判者经常谈到的问题。

但这些不能构成我们消极回避甚至放弃法治的理由，顶层设计关于法治之路的战略选择，无疑是大势所趋、情势所必。况且，法治的历史证明：你选择它有多艰难，它的魅力就有多大，它总是与人们的努力同生共长。

作为一个接受法学教育多年、执律师业二十多年、主办各类案件数百计的法律工作者，我关注法治的方向和方式或许略有不同。通常我们必须直接面对具体案件或法律事件的分析和处理过程，也要接受个案处理的直接结果，每一个案件不一定都如意，也时常备受可期而不可得、竭力而为却终不如愿的内心煎熬。我说的不一定是胜与败，而是我们认识和理解的法律能不能基本贯穿和运用于每个案件的过程和结果。每个案件，对应的既是法律关系，也是一段现实的社会生活，更是法律对于社会生活的一种观照和评判，反映的也就是法律治理的一个过程。像我们华商所从建

所到现在,承接并办理的案件和法律事务逾两万宗(现在每年大约2500宗),我们在办理这些案件的过程中,由此及彼,必将自觉或不自觉地反复思考一些法律与社会方面的问题,也自然通过个案触及法治这样一个宏观的层面,思考之余经常会做一些记录或整理。2012年《深圳特区报》邀我为其每周一期的理论周刊写点东西,我结合这些记录和整理在上面发表20多篇文论,内容大体为权利建构与法治转型、合法化进程、法治与现实生活等,不好在文中直接罗列案件现象,但其中确实贯穿了社会生活和办案实践的感悟和体会。例如,对于现实中也是办案过程中经常遇到的,合法的目的通过非法的途径实现,非法的目的通过合法途径实现等,这些不该正常的、我认为是“法治”须直面和解决的“顽症”,就用了两篇文字专门分析。我把这些文章稍作整理,作为我对法治实践的一些思考,同时看看以前发表过的一些文章,发现研究生时代的一篇《法制建设与法文化——从传统走向现实的法制之路》,在当时有一点影响,和现在的思考也有一种转承关系,就在这里一并选取了。

关于律师职业生活的思考,与我自己作为一个执业律师有直接关系,或者与我作为一个大型律师事务所主任以及担任过律师行政和律师行业管理与服务的工作经历也有一定关系。律师职业是我的安身立命之本,律师管理和服需要面对更多的同行如何安身立命,因此就自然会有一些思考或具体作为。除此之外,上一个层面,我认为律师作为一个法律人,要有一点担当,要有一点自我批判精神。我希望通过我们自身的努力,去建构一种作为法律



人的价值观和法治视野，进而成为一名沿着法治方向前行的法律人，并且有可能创建一种类似“专业法治”这样的微观法治体系，以作为一种实践体验式的“法治”模型而对社会法治构建有所参考。除此之外，我认为律师当然也是法治构建当中的重要成员之一，因此就会有这样一些思考的记录。

离开正规和系统地研习理论的大学生校园已很多年了，之后对于理论也较少系统地研究和梳理，这些思考文字顶多算作执业过程中的专业探讨，以及作为思想生活的轨迹或见证，不揣浅陋集录于此，乃求教于专家和同行，共同切磋，以有可能使我开阔思路，有所提高，期在此基础上能够提出一些更加切实可行的见解或建议，这是主要目的。

# 目 录

## 第一部分 法治的方向与法治实践

- 3 法治的方向选择  
——我们究竟需要什么样的法治
- 15 法律的趋势及现实期待
- 34 通过合法手段维护正当权利
- 37 对不当诉求被合法化的质疑与反思
- 41 合法化进程应是民主化进程
- 44 构建社会共同的法律信仰
- 48 “权利”能侵犯“权利”吗
- 52 保障公民的立法参与权
- 56 让法治增进公民幸福感殊为迫切
- 59 以权利制约并监督权力
- 62 法治对平等权相对性的要求
- 65 权利的道德承担
- 69 以看得见的方式实现正义



- 73 在发展中体现权利优先
- 76 维护权利是对法律应尽的义务
- 80 关注公共权利建设和依法运作
- 83 权利与义务的对抗性和相互依存性
- 87 “法治”是对“法制”的价值提升
- 91 法治的本质在于达致社会与国家平衡
- 94 法律应带着生活气息
- 98 作为守护尊严而生成的法治
- 102 以法治思维消除体制性障碍
- 106 围观的是案件，更是法治
- 110 深圳特区立法权在法治进程中的转型
- 114 政策调控不能逆向法治思维
- 118 对深圳市推行法治政府建设指标体系的几点建议
- 122 运用法治方式厘清真相，构建理性的话语体系和舆论氛围
- 128 法制建设与法文化
  - 从传统走向现实的法制之路
- 140 树立形象、关注民生、推进法治
  - 作为律师政协委员的履职实践与感言

## 第二部分 关于律师和律师职业生活

- 149 律师的社会公信问题与律师信用制度的建立
- 157 一个执业律师的起点  
——关于律师职业素养
- 172 律师与法官在办案过程中的关系处理
- 175 谁为律师正名
- 180 我们为什么要提倡律师文化
- 183 像真正的律师那样去工作和生活
- 191 律师文化的形成与传承：律所与联盟共同的战略话题
- 206 当律师成为江湖郎中
- 214 律师事务所专业定位及专业化管理
- 227 关于律师关联代理规则的认识与把握
- 242 律师异地执业的管理与监督  
——周立太诉深圳市龙岗区司法局行政诉讼一案的启示
- 254 律师事务所的知识管理与信息化建设
- 266 民主向前走  
——关于深圳律师民主实践的反思



**第一部分**



**法治的方向与法治实践**



# 法治的方向选择

——我们究竟需要什么样的法治

## 一、几个值得关注的现象或问题

围绕法治问题，有这样几个现象值得关注。第一，历代思想家关于法治的理论几乎都存在缺陷，即便一直为后世推崇的亚里士多德的经典论述——法治乃“良好的法律与普遍的服从”，用今天的眼光来审视，其所谓“良好的法律”也不是我们现在所说的“法律”，而是他那个时代的“习惯”而已，亚氏所处的时代不具备实施法治的条件和土壤。自然法学派关于法治的理论具有划时代的意义，然而也无法缓和个人权利扩张与国家意志的表达——法律之间的紧张关系，其从天赋人权到人为的政治聚合之间乃是一种迫不得已的逻辑假设关系。诸如此类的缺陷一直延续到今天的法治理论，以至于今天的法学理论家们呈现出不断变换逻辑视角——在定位、修正、转身、再定位之间不停地忙碌的景象。但是应该肯定的是，几乎每一位法治思想家在寻找法治方向的同时，都有着惊鸿照影般的光芒闪亮之处，他们的构思纷纷触及人类政

治生活的理想风景线。就像亚里士多德提出，“法治主张的方向，乃是人类应循理性生活”，在今天看来，是那樣的超凡脱俗而又不可或缺。自然法学派的法治主张是一种政治设计，在这幅政治设计图构中，每个人都能看到自己的真实存在，这样的思路追寻不仅仅是一种影响，甚至直接改变了西方近现代的政治格局和政治生态。

第二，关于法治的“悖论”，这一现象不仅仅在法治理论中存在，更显现于法治的现实生活中。这没有办法，就像红绿灯的设置，红灯亮时，即便马路上空无一人而你又得赶十万火急的事，那你也得等绿灯亮了才可以驶过，硬闯红灯就是违法。有没有一种办法，使得马路上没人时既可以驶过，又不算违法，然而这不但违背了设置红绿灯的初衷，而且与法治精神相悖，在理论和现实中都不可行。于是，红绿灯设置是如此之必需，而人们等待红灯的耐心也必不可少——我理解这大概就是现在西方一些理论声称“法治”行将枯竭和衰弱的潜台词，法律在限制公权力运行方面无更多作为，其与个人权利扩张之间的紧张关系却更加突出。“站着说话不腰疼”，当我们郑重其事地主张向法治方向迈进，他们却说这个东西其实已不怎么样，这是西方学者经常干的事。要是我们真的以为法治资源枯竭了、衰落了，从而在理论和实践上放弃这样一种尝试，那我们或许就真的错了。

第三，我国学界关于“法治”问题的争论由来已久。三十年来，对这样一个问题的讨论争纷就没有停止过，对于教法律与学法律的、理论界和实务界前沿的，这个问题就像空气、阳光一样紫

绕在侧。一个普遍的现象是，几乎没有人否定法治，但几乎也很少有人对法治完全充满信心。虽然大多数人对西方法治理论不惜穷经究典，也有不少人试图从历史和现实的角度进行演绎和图解，但直到顶层设计将法治作为战略方向的选定，至将其定位为“治国理政”的模式，我们对于路径选择的一整套思路和具体方案，仍然缺乏具有规划性和操作性的筹划。这就像我们准备建一幢房子，说要建得金碧辉煌、气势宏大，但没有人能够说出房子的样式，没有一张完整的方案设计图和施工图，这样问题就出来了，多少容积率、绿化率，用什么材料，请什么样的施工队，建筑期限多长，什么时候能完工等，大家心里都没有数。所以我讲，我们搞法治，这很好啊，可是我们都没有方向，我们正在努力尝试一种我们自己都还不太清楚的东西。

## 二、我所理解的法治样式

大约在20多年前，那时还是一个学生，和许多对法治充满憧憬而又有点不着边际、不得要领的法学青年一样，我也加入了关于“法治”和“人治”这个在当时学界颇为热烈的讨论，记得当时我还发表了几篇受启于导师观点的论文。直到现在，我仍然没有放弃对这个问题的观察和思悟，这恐怕是历史和现实赋予当代中国法律人的一个思维惯性，就像一般人出门看天气，法律人观照现象探讨问题时脑海中首先会闪出“法治”这样的词汇。尽管我们在大多数情形下，对法治的描述也语焉不详，我们谁也不敢声称掌握了法治的真义，并且无一例外地对能不能实现法治心存疑虑，



但这不要紧，对法治有着不离不弃的情愫和惯性思维，这或许也就是法治构建过程当中一种殊为难得且不可或缺的宝贵资源。

我估计也很难说出法治的理论定位和逻辑概念，因为首先这不是我的强项，其次我也不太喜欢穷经究典，以及从原因到原因这样的探讨方式。如果有可能把我心中关于法治的观念或者样式说出个大概，并且这个观念或样式基本上能够自圆其说，更重要的是，如果在现实生活和实践中已经发生或者有可能产生这样一些观念和样式，我就觉得非常不错了。

我说的法治样式，用文学语言来说就像一幅现实中的画，这幅画既要好看，又不能偏离现实，它要具体而质朴，起码要让人读得懂，看得明白，同时除了笔墨之意，还要有合理的留白，它要有一点郑重其事，但也不能过于紧张，它的排列组合可能很严谨，但也需要平心静气。

### 1. 法治要能够表现一个国家和社会的治理模式和相应的形态

国家的权力太大，社会权利就必然弱小，两者之间就会有一种严重的不平衡，这种不平衡就会导致国家危机和社会乱象。因此就要用一种来源于国家权力又在一定程度上能够超然而独立运行的规范来制约和平衡权力。这个规范就是法律，这应该是法治首要承担的职责，也就是我们通常说法治在完成国家治理结构的同时，也实现了民主的一个运作过程，这也是法治最难完成的任务，主要原因就在于法律来源于国家权力，同时它又要反转过来，规定、审视和监督国家权力的运行结构和运行模式。任何一种权力都有超然于制约的内在要求，尤其是国家权力下放到行政和其他