

本书由上海社会科学院黄逸峰学术著作出版基金资助

中国近代律师制度与律师

王 申 著

上海社会科学院出版社

(沪)新登字302号

责任编辑 查建国

封面设计 邹越非

中国近代律师制度与律师

王 申 著

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路622弄7号)

新华书店上海发行所发行 常熟中行印刷厂印刷

开本 787×1092 1/32 印张 6.125 字数 141300

1994年8月第1版 1994年8月第1次印刷

印数1—1000

ISBN 7—80515—903—3/D·117

定价：5.50元

前 言

《中国近代律师制度与律师》这个课题，顾名思义，时间上是以中国近代为限度的。中国近代，从1840年鸦片战争开始，到中华人民共和国的成立，一共只有一百十年，在中国五千年的历史中，只是一段很短的时期。但是，就其历史的内容来说，阶级矛盾、民族矛盾错综复杂，民主与专制的矛盾、斗争十分尖锐。正确阐述和理解这段历史中的每个环节，不仅可以起到“以史为鉴”的作用，而且是继承和发扬近代优良文化遗产的需要。社会科学界，对近代中国的历史研究，已有不少问世著作，就以法学领域说，也已有近代法制史、近代法律思想史、以及各种部门的法制历史等著作，但是对于近代律师制度和律师方面的研究，迄今尚未见到一本比较系统的著作，即便是专题文章也很少。人们也许认为，旧中国政治黑暗，法制败坏，律师制度不完善，几至“无史”可言。而旧社会中，一些以自由职业为生的律师，有些人的名声并不好，也不屑值得去研究。的确，我自己也曾经是带着这些疑问去探索的。但在接触史料的过程中，我感到近代中国律师界的状况并非如想象中的那样无史可言。近代律师的历史同样是中国近代史的一个有机的构成部分，其中的资料是大量的，内容也很丰富。这使我有信心，去尝试这个课题。

但是除了史料之外，接着遇到的是一些理论上的认识。

贯穿于全课题的一个根本性问题是：怎样看待旧中国的律师制度？法律是体现统治阶级意志的，是以国家意志出现，具有普遍约束力和调整人们行为的规范。在旧中国，律师制度就是这样一种用以调整和维护地主资产阶级统治秩序所需要的制度，而律师则是依据他们所制定的法律规章办事，充当其执行法律的帮手。那么，旧中国的律师职业又应当怎样看待呢？

本书力图以历史唯物主义的态度，通过史料的阐述，围绕这些问题作些探索。

毫无疑问，律师是接受当事人的委托，以代理人和辩护人的身份，作为诉讼参与人参加诉讼活动，从而维护当事人利益的职业者。在旧中国，不言而喻，只能以旧法为依据。但这并不是说，旧中国的律师只能做旧法的奴仆。实际上，旧中国的法律正如其社会本身一样，充满着矛盾。以国民党政政府编制的《六法全书》来说，它的实质是维护封建主义和官僚资本主义利益的，但它又是采取了西方资本主义的民主形式和法律程序，实质与形式是矛盾的。更重要的是，国民党政府并不愿意处处按照它所制定的法律办事，而是按照权力来进行统治的。法律规定并不准备实行，有法不依，权力可以肆意践踏法律。而这些，就有利于正直律师们去为保障一定程度的法律权利而斗争。

近代中国是个半殖民地半封建社会，资本主义发展不充分，资产阶级力量薄弱，始终没有达到成熟的程度。在帝国主义和封建主义的双重压迫下，要想获得起码的法律保障，首先需要的是民族独立和人民民主，开展反帝反封建的斗争。这就决定了一个正直的律师，他们的活动，很自然地要与人民大众所遭受的阶级苦难和民族民主权利联系在一起。

而在旧中国的律师界中，这样的正直律师是不少的。当无产阶级一登上近代历史舞台，就有如施洋那样为保障劳工权利而献身的律师；当日本帝国主义欲置中国于灭亡的时候，就有像“七君子”那样的铁骨铮铮的律师，他们承受着“爱国有罪”、“辩护有罪”等等莫须有罪名，以至入狱的苦难，但仍然奋斗不息，勇往直前。他们的行为可敬可佩，正如鲁迅先生在《中国人失掉了自信心吗？》一文中所说的那样：

“我们自古以来，就有埋头苦干的人，有拚命硬干的人，有为民请命的人，有舍身求法的人，……这就是中国的脊梁。”他们所表现出来的是近代反帝反封建斗争的时代精神，他们的记录，应该值得我们去整理，发扬。

近代中国律师制度和律师的资料是非常丰富的。上海是近代中国律师组织的发源地。随着辛亥革命后南京临时政府的成立，1912年元月，上海留日法科学生首先发起成立了中华民国律师总公会，并经上海都督府批准，律师可以出庭办案，这是有近代意义的律师组织的开端，从此，律师在审判中的重要地位也逐渐被人所重视。上海也是近代律师会集之处，人数最多；上海还是近代外籍律师最早出现在中国的地方，在当时，外籍律师的出现并不是因为中国资本主义发展的需要，纯粹是殖民主义侵犯中国司法主权的一个行动，因此斗争也最激烈。这些丰富的历史内容都需要我们去整理、研究。作者在上海社会科学院法学研究所领导的大力支持下，不揣浅陋，化了三年多的时间，以上海地区为主，搜集了近30万字的有关资料，作了一点探索研究，完成这一小册子。由于学浅才疏，法学理论水平有限，疏漏错误之处，尚请专家学者不吝指正。

目 录

前 言

第一章 律师与讼师

第一节 历史上的诉讼代理人和辩护人····· 2

一、西欧的诉讼代理、辩护人与律师····· 2

二、中国古代的“讼师”····· 4

第二节 清代讼师活动与惩戒····· 8

一、清代讼师活动片言析····· 8

二、清代法律对讼师的惩戒····· 11

第二章 清末修律与近代律师思想

第一节 传统法律制度与清末修律····· 15

第二节 清末司法改革意识与沈家本的律师思想····· 18

第三节 清末诉讼法对律师制度的规定····· 26

第三章 南京临时政府和北洋政府时期的律师制度

第一节 南京临时政府时期的律师制度····· 32

一、辛亥革命与湖北军政府法令····· 32

二、湖北军政府司法部第一号、第二号布告····· 34

三、南京临时政府的司法建设与律师活动····· 37

第二节 北洋政府时期的律师制度····· 40

一、《律师暂行章程》	41
二、北洋政府对律师辩护权的限制、剥夺 与干涉	46
第四章 南京国民政府时期的律师制度	
第一节 律师资格和执业要件	52
一、律师资格的取得与限制	52
二、律师执业要件、方式与范围	56
三、刑事诉讼中律师的介入期问题	58
第二节 律师之回避与惩戒	61
一、律师之回避	61
二、律师之惩戒	64
第三节 律师之公费与谢金	67
一、律师之公费	67
二、律师之谢金	73
第四节 律师之义务	74
第五节 国民党政府对律师活动的限制	77
一、司法行政部和国民党党部直接对司法 和律师职业的控制	78
二、特种刑事案件和军事法庭对律师活动 的限制	80
三、县长兼理司法制度对律师活动 的限制	81
第五章 近代律师公会	
第一节 律师公会的产生和发展	85
一、律师公会的组织沿革	85
二、律师公会的活动与发展	90
第二节 律师公会与国际律师组织的联系	94

第三节 律师公会与收回法权运动	97
一、收回上海公共租界会审公廨	98
二、收回上海法租界会审公廨	103
第四节 中华全国律师协会与冤狱赔偿运动	105
一、“冤狱赔偿”的理论和历史根据	106
二、中华全国律师协会对冤狱赔偿制的主张	108
第五节 全国律师协会与平民法律扶助活动	113
一、贫民法律扶助会	114
二、公设辩护人制度	118
三、出狱人保护会	121
第六章 近代中国的外籍律师	
第一节 外籍律师的出现与活动	123
第二节 租界法权收回以后的外籍律师	128
第七章 近代中国律师风采录	
第一节 为劳工案件和学生爱国行动而辩护的律师	138
一、为劳工辩护而献身的施洋律师	138
二、为学生爱国行动仗义执言的刘崇佑律师	142
第二节 “陈独秀案”的自辩状与章士钊律师的辩护	145
一、“陈独秀案”的提起和陈独秀的自辩状	145
二、章士钊律师的辩护词	150
三、“陈独秀案”的审结	154

第三节 “七君子案”中的律师风骨	155
一、“七君子案”始末	155
二、沈钧儒律师	161
三、史良律师	167
四、沙千里律师	174
结束语——旧律师制度的结束， 新律师制度的创建与发展	

第一章 律师与讼师

律师与讼师是两个不同的概念，两种不同的社会身份。

律师以及由律师工作而形成的律师制度，严格地说是资本主义社会的产物。律师制度是按照国家法律规定的有关律师资格、律师组织与律师活动的规范。律师是依法接受诉讼当事人的委托或受法院指定，协助当事人进行诉讼或处理法律事务，以维护诉讼当事人合法权益的专业人员。在这一意义上说，奴隶制和封建制社会里，还不存在律师制度和律师。但是，在奴隶制或封建制社会，由于社会关系的渐次复杂，法律形式的多种多样，为了协调各种社会关系，事实上也不得不允许有些人去从事于帮助人们的法律活动，以维护正常的法律秩序，这类人称为诉讼代理人或辩护人。一般地说，这类人的活动是合法的，他们应是近代律师的先驱。

历史上，除了出现较早的诉讼代理人和辩护人之外，还有一种被称为“讼师”的人。从名词上看，讼师是从事教人如何参加诉讼的人。但讼师从来是不被法律承认的人。中国古代，这类人也不乏有做过好事的，而大多数则是些挑唆人们兴讼以谋取利益的人，名声很坏，与“讼棍”并称，因此清人就有：“不愧讼师之名，讼棍安得以师字加之”的说法^①。他们的活动是不合法的，甚至常被法令所禁止，与后来律师职业毫无共同之处。

^①《牧令书》第18卷，王有孚《一得偶说》。

第一节 历史上的诉讼代理人和辩护人

一、西欧的诉讼代理、辩护人与律师

历史上的诉讼代理制度，一般认为起源于公元前三世纪以来的古代罗马奴隶制时期。当时的罗马国家，地跨欧、亚、非，手工业和商业已比较发达，交通方便，吸引着四方来人，市场贸易繁荣，签订产品交易契约的行为日益频繁。面对越来越复杂的社会关系，罗马政府不断颁布一些法令来调整人们的法律行为，出现了以《万民法》著称的“私法”，同时也出现了从事法律研究和解释法律的法学家。他们当中，有的担任着国家官员，地位颇赫，他们的理论、观点、法律解释和撰写的法律教材，都可为法院审理案件直接引用；另外一些人，按法律规定，被允许可以担当民事诉讼中的债务“保证人”，他们可以代理被告人在法庭上同原告人对诉。这可以说是历史上最早出现的一批“职业法律家”。但是，罗马是奴隶制国家，奴隶只是奴隶主的财产和使用工具，法律为了保护奴隶主私有制，只允许奴隶主才有诉讼权利，从而又出现了“当事人地位平等”的辩论或诉讼原则。奴隶主贵族常常选择有法律知识和辩论才能的人，充当他们的保护人，在法庭上担任法律代理人和辩护人。罗马帝国时期，辩护人已逐渐专业化，职业化，他们分属于各地区的法庭，收取报酬，并建立起辩护人团体，受执政官的监督。这种辩护人制度，后来对欧洲一些国家建立律师制度有很大影响。现在有的西方国家还把律师叫做“阿多克塔”（Advocate），即系源于古罗马的阿多克梯斯（Advocatus，刑事辩护人）这一名词。

正式制定了《律师法》，这是日本最早出现的律师和有法可依的《律师法》。但是，资产阶级虽然以“天赋人权”为口号，实际上他们的诉讼制度又很繁琐，聘请律师的费用很昂贵，贫困的被告人很难实现真正的辩护权。

二、中国古代的“讼师”

中国古代社会，夏、商、周时期实行的是以宗法制为基础的经济、政治制度。“普天之下莫非王土、率土之滨莫非王臣”，人际关系以等级制度为价值标准；战国以后，以小农经济与家庭手工业相结合的自给自足经济一直是封建社会的基础，商品经济不发达，交换关系以礼为准，因此，在中国古代的司法活动中，没有出现像古代罗马时期以法律为职业的辩护人和辩护制度。在那里出现的是一种类似有诉讼代理人和辩护人形象的、被通称为“讼师”的人。他们的活动，有的是出于维护正义，有的则是为了维护贵族特权而允许的，其中也有的是专为挑唆诉讼而谋私利的，这些人就是被贬称为“讼棍”的无赖。

《春秋左传·僖公二十八年》载有一则诉讼代理的案例：“卫侯与元咺（Xuān喧）讼，宁武子为辅，鍼莊子为坐，士荣为大士。”此案例说的是卫侯和元咺争讼于晋（晋是霸主）的事。卫侯是卫国国君，元咺是卫国大臣，二人是君臣关系。按礼，二人不能平等出庭对理，因此卫侯指派宁武子为辅，类似于后来的诉讼辅佐人；鍼莊子为坐，类似于后来的诉讼代理人；士荣为大夫，参与对簿公堂。此案审理的结果是卫侯败诉。因为卫侯是国君，不能杀，只杀任代理对簿之职的大夫士荣，鍼莊子被处刖足刑。这场诉讼，可算是我国古代诉讼中有代理人出庭进行辩护的最早记载。不过，那时的诉讼代理人并不是像今天的律师为维护法律的尊

严而出庭，而仅仅是因为从“凡命夫、命妇不躬坐狱讼”（《周礼》）的特权原则出发，即凡是大夫以上或其妻子都有特权不亲自出庭受审，可派遣其部属或家属代理诉讼。所以，如果败诉，代理人或辩护人也要代人受过。

春秋时期的诉讼，除了代主人出庭的诉讼代理人外，还出现过邓析助人诉讼的著名事例。邓析，春秋末叶曾任郑国大夫。他反对西周以来的“礼治”制度，主张“不法先王，不是礼义”，要“事断于法”。为此，他还私造刑法，书于竹简，称为“竹刑”。并且招收门徒，聚众讲授法律，助人诉讼，代打官司。《吕氏春秋·离谓》说他“与民之有讼者约，大狱一衣，小狱襦裤（短衣、裤）。民之献衣襦裤而学讼者，不可胜数”。邓析又以擅长辩论著称于当时，能“以非为是，以是为非，是非无度，而可与不可日变，所欲胜，因胜；所欲罪，因罪”。但是他并不是像封建社会里的那种讼棍。因为他代人打官司，收费只不过一衣一裤的价钱而已，而且所争辩的主旨是要以法为断，所以《荀子·非十二子》中称他的言词是：“持之有效，言之成理”，向他学讼的人多得不可胜数。看来，邓析的活动，颇具后来辩护人的形象。然而这种敢于代人诉讼，与官府“分庭抗礼”的争辩，在当时显然是行不通的。所以邓析终于以“郑国大乱，民口喧哗”的罪名，被郑国执政驷颀所杀。邓析的命运结局虽不好，可是他反对司法专横，乐于为民说理的精神，真可算是后世正直辩护人的先驱者。

春秋时期以维护贵族特权的诉讼代理与以邓析为代表的旨在维护“事断于法”的诉讼代理，是两种性质相反的事例。但是中国封建社会实行的是以严格的贵贱、尊卑等级为基础的封建君主专制制度。在这个制度下，法律上根本否认

贵族与平民在诉讼上的平等地位。贵族，无论其为原告或被告，按礼制均不能与平民对簿公庭，以防失其尊严，平民也不准当面控诉贵族，而贵族也无亲自在法官面前答辩的必要。因此，邓析一类的辩护人或诉讼代理人，在历史上只是罕见现象。历代属于禁止之列。而以维护封建贵族和官吏特权为目的的诉讼代理，则演变发展为法定的诉讼代理制度。

《周礼》对“命夫命妇不躬坐狱讼”条的注中说：“为治狱吏褒尊者也。躬，身也；不身坐者，必使其属若子弟也。”命夫命妇不亲自出庭受审，允许由其部属或子弟代理，这是当时的诉讼原则。随着封建法制的发展，这个原则被吸收到封建法律之中，成为诉讼上的特权制度。大夫不亲自出庭的制度，秦朝时仍实行。秦简《封诊式》、《黥妾》、《爰书》记载：某里公士甲捆送大女子丙，控告说：

“本人是某里五大夫乙的官吏。丙是乙的婢女。乙派甲来说：丙强悍，请求对丙施加黥刺。”审讯丙，供称：“是乙的婢女，没有其他过犯。”^①五大夫，是商鞅变法时定的二十等爵中的第九级，他可以派官吏（管家务事的私吏）把婢女送官府要求处以黥刺，而不必亲自出庭。《封诊式》中另载有《告臣》案例：某里士伍甲因其奴隶丙不听使唤，使捆送甲亲自到官府控告，请求对丙施加黥刺^②。《汉旧仪》：

“无爵为士伍。”这个案件中，由于士伍甲没有爵位，所以他必须亲自出庭诉讼。对比《黥妾》和《告臣》两例，可以清楚地看出，秦时有较高爵位的人享有由别人代理诉讼的特权。而《元律》却不但允许贵族和现任官吏有这种特权，而且适用于已退休的职官：“诸致仕（退休）代官不得已与齐

^①《睡虎地秦墓竹简》第260页。

^②《睡虎地秦墓竹简》第259页。

民讼，许其亲属家人代诉，所司毋得侵挠之。”（《元史·刑法志》）明、清法律甚至用公文行移也不可以。“凡官吏有争论婚姻、钱债、田土等事，听令家人告官对理，不许公文行移，违者笞四十”。反之，对于平民诉讼，除老、废、笃疾者外，一般是禁止代理的。《元律》规定：“诸老、废、笃疾，事须争讼，止令同居亲属深知本末者代之；若谋反、大逆，子孙不孝，为同居所侵侮，必须自陈者听。”明仿元制，也规定：“凡年老及笃疾之人，除告谋反、叛逆及子孙不孝，听自赴官陈告外，其余公事，许令同居亲属，通其所告事理的实之人代告。”但又规定：“诬告者，罪坐代告之人。”可见，平民的诉讼，除有条件的老废、笃疾者给以怜恤之外，是不准有诉讼代理人的。封建法律的诉讼代理制度，实际上只是贵族官吏特权制度的一种体现而已。

但是在封建愚昧政治的统治下，事实上平民根本没有起码的法律知识。封建司法是专横的，诉讼中指鹿为马、黑白颠倒、刑讯逼供、草菅人命的事是屡见不鲜的，但平民有冤曲总得寻求伸冤辩能，企望有人帮助解决困难，结果是导致了一种司法怪现状，出现了被称之为“讼师”的人。

讼师，是旧时专门替别人进行诉讼为业的人。讼师往往虚构事实，颠倒是非，教唆诉讼，或串通胥吏，从中谋利。因其笔如利刃能杀伤人，所以世称“刀笔吏”。由于他们经常从事挑唆讼事并从中渔利的活动，民间常贬称为“讼棍”。讼师起于何时，不详。唐律有“为人作辞牒（诉状）加状条”。《唐律·斗讼》规定：“诸为人作辞牒，加增其状（将罪情夸大），不如所告者（与事实不符），笞五十。若加增罪重，减诬告一等（按诬告罪减一等）。”又规定：“即受雇诬告人罪者，与自诬告同，赃重者，坐赃论加

二等，雇者，从教令法。若告得实，坐谋论，雇者不坐。”由此可以看出，讼师至少在唐代已是普遍存在。此后的明律和清律都有严禁“教唆词讼”的专条规定。《大明律集解附例·诉讼》规定：“凡教唆词讼及为人作词状，增减情罪诬告人者，与犯人同罪”；《大清律例·诉讼》承明制，并在法令中首次出现了“讼师”的名称。从这些规定中可以看出，请人写诉状或教唆别人打官司都是法律禁止的，而代人写状或教唆词讼的人就是那些讼师，讼师的行为在唐代已迫使法律作出明文禁止的规定，可见在唐代已有不少讼师，到了明、清更是泛滥为害了。

第二节 清代讼师活动与惩戒

一、清代讼师活动片言析

清代，随着商品经济的逐渐发展，人们之间的诉讼活动也日益频繁起来。与此相适应，讼师也较前代更活跃更普遍，特别是在江南地方，一些长期从事于官府幕僚、胥吏、刑名师爷或读过书但没有做出什么事业的人，就接踵摩肩地在社会上做起了包揽词讼的勾当。他们谙熟律例，精于笔墨，翻云覆雨，善辨风向，且不说老百姓，即便是官吏也要敬畏三分。这些人有的是退职闲居的官府幕僚，有的是文武生员、举人、缙绅，甚至差役书吏。虽然其中不失正直高洁之士，但大多是唯利是图、拨弄是非的讼棍。他们平时包揽词讼，兴风作浪，只要有利可图，可以不讲公理，不讲良心，这些人大多与官府、吏役关通。雍正五年，江西南昌查获一件赌案，牵涉多人。按法律条例，聚赌可罪拟满流（流刑的最高限），当事人找到南昌一个卸任闲居知县汪某翰