

一、外部影响与内在动因：

清末律师业的发展与律师制度的筹设

律师制度在近代中国的发展，经历了一个特殊的过程。一方面，中国社会的演进，法律自身的发展，已经在一定程度上对能够为民众提供法律服务的专门职业提出要求。另一方面，清朝末年，外国列强通过与清政府签订不平等条约而获取的领事裁判权，直接将在其本国实施的律师制度引入中国，促进了近代中国律师业的发展；而与领事裁判权相联系的律师业的发展，又进一步刺激了中国社会已然形成的对律师制度的需求。正是在这种内在需要的推动和外部因素影响的共同作用下，清末律师业得到较大的发展，律师制度的建立也正式列入立法议程，为民国律师制度的正式建立，从社会舆论和制度建设两方面创造了条件。

（一）领事裁判权与清末律师业

鸦片战争中，中国长期闭锁的国门，被英国的坚船利炮打开。此后，西方列强与日本等国逼迫清政府在中国沿海、沿江等 9 个城市开辟通商口岸，并在通商口岸建立了近 30 个“国中之国”——租界，以供外国人在中国土地上居住、贸易。租界的存在与发展，严重侵害了中国的国家主权，包括司法管辖

权。自 1853 年签订《中英五口通商附粘善后条款》开始，先后有英、法、美、俄、德、日等 19 个国家通过不平等条约在中国取得领事裁判权。领事裁判权的具体内容包括：享有领事裁判权国家在中国的侨民，无论居住在租界内、外，如果成为民事或刑事的被告，都不受中国司法机构的管辖，中国的司法机关无权对其进行审判，而由各所属国在租界内建立的领事法庭依据其本国法律，进行审判。由于列强的蓄谋攫取，领事裁判权在实施过程中恶性发展，超出初期仅限于对有领事裁判权国侨民作为被告的案件管辖，而延伸至对于其他类型案件的管辖权，甚至包括发生在租界内纯属中国人之间的案件。

领事裁判权是列强各国以军事侵略为要挟，通过强迫清政府签订不平等条约而获得的权力。领事裁判权的存在，使中国的司法主权受到严重侵害，它标志着晚清的司法体制走上半殖民地化的道路。与此同时，领事裁判权的存在，导致西方各国实施的律师制度进入中国，从而在客观上，对于中国社会认识律师制度并刺激对律师业的需求，产生了一定的推动作用。

租界在司法管辖方面，基本上实行属人主义原则，即；由被告的国籍来决定该案件应由哪一国家的法庭来受理，并适用哪一国家的法律。^{〔1〕}具体说来，以中国人、“无约国”外国人（即在中国不享有领事裁判权的国家的国民）、无国籍外国人为被告的案件，由中国的司法机构管辖，案件审理时，适用中国法律；以“有约国”外国人（即在中国享有领事裁判权的国家

〔1〕 在德国租界却实行与其他租界不尽相同的司法管辖制度，其原则更接近于属地主义。在德租界，所有外国侨民（除了原居住在该地的中国人），无论该侨民所属国在中国是否享有领事裁判权，均须接受德国司法机构的管辖；不论该侨民在案件中是原告还是被告，均按照德国法律进行审理。参见今井嘉幸：《中国国际法论》，第 171 页。

的国民)为被告的案件,其司法管辖权归该国设在租界内的领事法庭,案件审理时,适用该国法律。鸦片战争以后,英国率先在其租界内设立司法机构,对在中国境内的英国人作为被告的诉讼案件行使司法管辖权,依据英国法律对案件进行审理。同时,依据英国法律,允许当事人聘请律师作为诉讼代理或出庭辩护。其后相继设立的其他各国领事法庭也引进其本国的律师制度,允许律师出庭。至 19 世纪 60 年代末、70 年代初,在根据 1869 年 4 月生效的《洋泾浜设官会审章程》而确立的中外会审公廨中,对于会审案件的审理,也逐渐引进律师辩护制度。会审公廨所审理的案件多涉及外国国民,因此,尽管在诉讼活动中适用中国的法律,但外国的司法习惯仍在一定程度上被采纳,其重要内容之一便是律师参与辩护。至 19 世纪 70 年代,会审公廨在审理中外国国民混合案件时,已明确涉讼当事人,无论是原告还是被告,无论是外国国民还是中国国民,都可以聘请律师,出庭辩护,或作为诉讼代理。〔2〕

由于律师的出庭,使得当事人的权益在一定程度上得到较好的保护,尤其是对于那些不了解法律的当事人更是如此。因此,在属于会审公廨管辖的纯属中国国民之间的案件中,当事人也总是想方设法要求将案件当作中外国民混合案件来处理,以获得聘请律师的机会。为方便审理,同时也为案件当事人有同等的权利,经过中外双方交涉,同意在会审公廨审理纯属中国国民之间案件时,也可聘请律师参与辩护。王揖唐在记述 19 世纪 70 年代会审公廨审案情形时说:“从前华案概不能延用律师。故华人欲延律师者,往往托为此案与西人有若何关系,使成为会审案(会审案件则可聘请律师)。而廨员则常注

〔2〕 参见费成康:《中国租界史》,上海社会科学出版社,1991年 第 146 页。

意于此。如查系假托，律师即不能到堂。自领事团干预以后，华案亦许律师辩护。此事于公廨审判案件，殊有便利之处。盖律师于案中有关重要之节目自能提出，不必屡屡细陈，以费时间，且免使当事者商诸讼师，以增其虚伪”。〔3〕

律师从租界领事法庭走向会审公堂，从为单纯的有约国国民案件提供法律服务到为会审案件提供法律服务，扩大了律师与中国社会的接触面，为中国民众进一步了解律师的功能起到积极作用。会审公廨属于中国的司法机构，其管辖范围包括租界内的中国国民案件以及涉及中国国民与外国国民的混合案件。在会审公廨中，由清政府上海道委派“廨员”主持审判；如果案件涉及有约国国民，由该国领事参与会审；如果案件涉及无约国国民，由廨员自行审理，但须邀请一名外国官员“陪审”。在审判活动中，适用中国法律。因此，律师出现在会审公堂，参与会审公廨的司法审判活动，在中国司法制度史上具有重要意义。一方面，它改变了中国传统司法体制中单纯的质问式审判方式，在对事实认定与法律适用方面，给主审官在法庭上确立了一个潜在的对立面。因此在很大程度上约束了主审官的独断专横，也防止了主审官在对事实认定和法律适用方面的偏颇，使得当事人合法权益得到较好的保护。另一方面，它也在观念上给予当事人乃至社会一个新的法律形象，认识到律师存在的价值。在租界以外地区，对“讼棍”参与诉讼的禁令依然有效。而在租界内，同样是中国的司法机构，同样适用《大清律例》的法庭，以帮助他人诉讼为目的、在性质上类似于“讼师”的“律师”居然堂而皇之地在法庭上征引律例，侃侃而谈。当时在很多人心目中，西方国家的各项制度，包括在

〔3〕王揖唐：《上海租界问题》，中篇，商务印书馆，1924年，第7～8页。

租界实行的各项制度，都具有相当的先进性，代表着中国律师制度发展的方向。从这一意义上说，律师出现在会审公堂，也在观念上预示着中国律师制度的发展走向。

清末律师业的发展与列强在中国的领事裁判权相联系这一特定情形，使得 19 世纪末中国的律师业也表现出一些特殊性。第一，律师业的发展，具有明显的地区不平衡特征。依据列强与清政府签订的不平等条约，中国政府划定上海、广州、天津、武汉等 9 个沿海、沿江城市作为通商口岸城市，允许其在这些口岸城市内建立供本国人居住、贸易的租界，各国领事法庭也建立在其租界内。而建立中外会审公廨的城市也仅限于上海、厦门和汉口等城市。清朝末年，外国人来华多为掠夺中国丰富的矿产资源或利用中国廉价的劳动力，其活动范围多以经济较为发达、交通较为便利的沿海、沿江城市为主，即使某些业务深入到内地，也都以沿海、沿江城市为其基地。一旦涉讼，都在沿海、沿江城市的领事法庭或会审公廨处理。与其相联系，律师的活动，律师业的发展，多限于这些沿海、沿江城市。第二，清末律师业的实际运作，呈现出多种习惯并存的特点。在口岸城市建立的领事法庭分属不同国别并适用不同国家的法律。而不同国家，在律师制度上又常有区别，因而在租界司法机构的诉讼活动中，呈现出不同法律传统、不同法律制度共同有效、交叉适用的独特情形。在英国，有辩护律师（Barrister，又译作大律师、出庭律师）与事务律师（Solicitor，又译作小律师）之分。而在其他国家，则没有这种区别。与其他领事法庭相比，设在法租界的法国领事法庭对于律师资格的限制更为严格，参与诉讼并出庭辩护的律师必须具有法国国籍，在法庭上必须使用法语。第三，与领事法庭律师业多习惯并存的特点相联系，在各会审公廨中，律师业又处于无制度运

作状态。会审公廨作为中国的司法机构，在法庭审理中，适用中国法律。然而，律师在法庭上的活动，应如何遵从法律程序；在整个诉讼活动中，律师具有何种权利与义务，当时生效的《大清律例》并未作任何规定。不仅如此，稍有私人法律职业之嫌的“讼师”，在《大清律例》中实际上处于严禁之列。因此，在会审公廨实际从事辩护、代理业务的律师，其地位以及活动方式，并没有以中国制度为基础的法律依据。正是由于没有明确的律师活动规范，也使得在会审公廨诉讼活动中，律师活动有很大的随意性。1903年会审公廨审理《苏报》案，清政府作为原告，聘请英国律师出庭辩护，最初就是因律师在诉讼活动中的实际作用以及辩护方式没有可依据的法律规范而对其心存疑虑。由于无制度运作方式而导致的律师活动的随意性，又使律师业在发展过程中暴露出诸多弊病。王揖唐描述清末律师业的发展情况时说：“惟延用律师，事实上亦不能无弊。则以律师日多，国籍各异，人品不齐，无律师公会以统一之，使不为职权以外之事。而华人智识缺乏，且多畏讼。因此亦易受律师之欺”〔4〕

领事裁判权的恶性发展，严重干扰了口岸城市的司法秩序，损害了中国政府的行政管辖与司法管辖权。对此，清朝各级政府均深感不安，并采取了一系列措施，以图限制、乃至收回领事裁判权。但因国力对比悬殊，以及列强的坚持和清政府的措施失当，直到20世纪初，领事裁判权不仅未受到抑制，反而愈演愈烈。

各列强坚持领事裁判权的理由之一是中国法律制度落后，与西方各国先进的法律制度不相适应。列强承诺，如果中国进

〔4〕 王揖唐：《上海租界问题》，中篇，商务印书馆，1924年，第7~8页。

行法律制度变革，引进西方先进的法律制度，他们则可以放弃领事裁判权。光绪二十八年（1902），英国政府在修订《中英续订通商行船条约》时即提出：“中国深欲整顿本国律例，以期与各西国律例改同一律。英国允愿尽力帮助，以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审判办法及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权。”〔5〕基于各列强的承诺，同时也考虑对法律制度自身的完善，清政府开始了大规模的变法修律活动。1902年，清政府下诏，“现在通商、交涉事益繁多。著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。”〔6〕1903年，成立修订法律馆，专门研究西方国家各项法律制度，并开始编纂各项法典草案。在西方国家实行已达数百年的律师制度此时才正式进入中国立法者的视野。

（二）“代书制”与对律师制的新需求

传统中国社会，崇尚儒家学说。基于儒家强调的“和为贵”的人际关系准则以及“礼优于法”〔7〕、“讼终凶”的法律主张，以助人诉讼为业的法律职业为人们所不耻，在制度上也受到法律的禁止。然而，社会的发展，又不断提出以法律手段规范社会秩序、调整各种社会关系的需求。封建社会后期，统治者在崇尚儒家学说的同时，也适应维持政治统治和规范社会

〔5〕 《光绪朝东华录》，光绪二十八年八月辛卯，《中英续订通商行船条约》

〔6〕 《寄修文存》卷一，《删除律例内重法折》。

〔7〕 孔子说：“导之以政，齐之以刑，民免而无耻；导之以德，齐之以礼，有耻且格。”可见，在儒家看来，治理国家，礼的作用要胜于法律。

秩序的需要，加强法律的作用。法律作用得以加强的副产品之一是社会对于专门法律职业者的需求。历代封建法律都以严酷的刑罚禁止以助人诉讼为业的“讼师”，但实际上，从事“讼师”活动的人又屡禁不止，这正说明此种社会需要的客观存在。面对这一现实，清朝统治者采取了一种变通的策略：一方面，继续从法律上禁止“讼师”的存在，不允许以私人身份从事法律职业；另一方面，建立“代书”制度，由官府出面，设立代书，专门为欲告状而又需要法律帮助者提供一定的服务，主要是帮助撰写符合官府要求的诉状。就职业而言，清朝代书还不是专门的法律职业者，与近代律师不能等同。但在功能上，代书帮助诉讼当事人撰写诉状，已涉及近代律师的部分职能。清朝代书制度的确立，在一定程度上弥补了传统司法体制的不足；它也从一个侧面表明统治者认识到社会对于法律职业的需要。

19 世纪后半期，中国社会进入剧烈的动荡、变革时期。西方国家的入侵，在损害中国主权、掠夺中国财富的同时，也将资本主义生产方式展现在中国人面前。为富国强兵，民族资本主义在中国社会艰难、缓慢地发展着。商品经济的发展，社会交往的扩大，再加上通过领事裁判权而进入中国社会的西方国家律师制度，都进一步刺激了中国社会对于为民众提供法律帮助的专门法律职业——“律师”的需求。

马菊生在描述 1901 年以前的上海租界英、法领事法庭审判情形时说：“华洋互市以来，尤多交涉事件。余观英、法二公堂中西互控之案，层见迭出。无论西人控华人，须请泰西律师以为质证，即华人控西人，亦必请泰西律师。”〔8〕两广总督

〔8〕《皇朝经济文新编·西律》卷一，光绪二十七年。

袁树勋也称：“且近来通商各埠人民延请外国律师辩案，已成习惯”。〔9〕据 1901 年（光绪二十七年）编订的《皇朝经济文新编》记载，由于经济发展，贸易增加，各种相关纠纷案件陡增。在这些诉讼中，当事人多以重金聘请律师，以助诉讼，导致律师身价日高。而律师从业人员基本为外国人所把持，因此直接影响难以承担昂贵的聘请律师费用的中国当事人的诉讼利益。为解决这一问题，作者提出，当务之急是培养本国律师。“仆则以为：我中国不乏颖秀之才。现在通西文西语者既多，宜令往西国律例学堂用心研究，学之既久，尽可从西人考试，充作律师。他日航海回华，即可主持讼事。经人延致，其费较轻，而律意精通，案情熟悉，以之辩驳，不致受亏。岂不一举而两得耶。”〔10〕

基于实际存在的社会需要，当时社会各界对于在中国实行律师制度，在一定范围内达成共识。两广总督袁树勋甚至径自开设律师研究班，并称其目的“为求通民隐、补助法权起见”。袁树勋在开设律师研究班后给朝廷上《拟开律师研究班以资练习》奏折，要求朝廷“飭下法部，悉心核议，仿照日本《辩护士法》，订定律师专法颁行；一面通飭各省审判厅，准用律师参与审问”。〔11〕在该奏折中，袁树勋还分析了律师参与诉讼的益处：“律师则据法律以为辩护，不独保卫人民正当之利益，且足防法官之专横而剂其平，用能民无隐情，案成信谳，法至美也”。袁树勋作为清末封疆大吏，在国家政治生活中居于举足轻重的地位。他对于律师作用的评价以及对律师制度的态

〔9〕《政治官报·奏折类》，宣统二年三月，第八八一号。

〔10〕“华人宜习西律说”（《皇朝经济文新编·西律》），卷二。

〔11〕《政治官报·奏折类》，宣统二年三月，第八八一号。

度，在清末统治集团中，具有代表性。邮传部主事陈宗蕃对于清末司法改革过程中未能尽快实施律师制度也表示不满。他在1910年的“司法独立之始亟宜预防流弊以重宪政”奏折中说：“律师之用，所以宣达诉讼者之情，而与推事相对待，有推事而无律师，则推事之权横而恣。今推事设矣，而录用律师，必迟至一二年以后，则奚以故？或谓律师关系甚重，必待造就相当之人才，始可设立，否则弊与旧日之讼师等。固也。然推事关系尤重于律师，奚为不待诸人才造就以后。或谓考试法官与考试律师同年并举，事务太繁，故不可不分年筹办。然法部所司为何，岂并此一请考官预备试卷之劳，而亦靳之。此所未解者一也。”^{〔12〕}

律师通过为当事人辩护，参与诉讼活动，并影响司法审判，究竟是有利还是有弊，在清末社会，引起了司法界及理论界一些人的关注。受西方先进的法律思想及法律制度的影响，一些有识之士逐渐认识到中国传统诉讼制度的弊病。基于促进诉讼制度的合理化及满足收回领事裁判权前提条件的复杂心理，他们提出引进西方诉讼体制中的一些合理制度，包括实行律师辩护制度，并多从理论上论证实行律师辩护的理由。基于对传统审判制度的分析以及律师制度的作用，社会舆论主要从三个方面论证实行律师制度的必要性。

第一，律师制度的实行，有利于秉公执法，使审判官作出公正的判决。传统的审判活动系由地方官员主持审判。地方官员多由科举出身，并没有经过专门的法律训练，对法律条款也多一知半解；同时，地方官员均以行政主官的身份兼理司法审判，一府一县，行政事务繁忙，审判官不可能有足够的时间去

〔12〕 《清末筹备立宪档案史料》第二编，法律和司法，中华书局。

收集证据，了解案情，而上级机构又严令必须在规定的时间内结案上报，因此，各审判机构多草率调查而仓促结案。在这种体制下，冤案的产生不可避免。更有一些审判官主观擅断，草菅人命，使涉讼民众经常性地蒙受不白之冤。允许律师出庭辩护，一方面，能够帮助不了解法律、对于官府存有惧怕心理的当事人申辩自己的合法权利，又能够帮助审判官更详细地了解案情，以便作出公正的判决；另一方面，律师出现在法庭上，对于那些惯于主观擅断的审判官，则有一种牵制、约束的力量，从而防止冤案的发生。

秦元章在“论泰西听讼颇合公道”一文中，称赞西方律师辩护制度与陪审制度相互配合，能够有效地减少对于案件审理的偏颇和失误。“西人每逢一讼事，除由两造各请状师代办而后，又延陪讯者数人到堂听断。一案既定，必须陪讯人公同签字，然后为乃允治。设有偏颇，亦准陪讯人在堂审理。夫一案也，而状师办之，问官断之，陪讯之人又公听之，纵不能一无所失，要其所失者，亦仅矣。”律师以出庭辩护为业，熟悉法律，又经过国家严格考试，因此，能够公正地为当事人争取其合法权益。“身充律师者，幼在塾中学习，既长，经国家考录，给予文凭，始准列坐公堂，为人剖辩。其人必屏除私曲，至正至公。”^[13]“废除刑讯议”一文更通过比较中国与西方国家不同的审判方式，从有无律师参与诉讼活动的结果，强调应采用律师制度。“查泰西各国，承审案件，俱视人证为凭，并准律师代诉，无刑讯之例。……案无大小，胥由人证明其曲直，律师辩其是非，审官研鞫而公断之，故无黑白混淆之弊。乃中国地方官吏，无论钱债细故，人命重案，一经公庭对簿，先须下

[13] 《皇朝经济文新编·西律》，卷二。

跪，形格势禁，多有不能曲达之情。况又不延人证，则曲直不易明。严禁讼师，则是非无从辩。徒恃官法任意刑求。不特良民不克熬，刑案多不免屈服。”^[14]“华人宜习西律说”一文则从诉讼当事人可能对于法律不了解、而不知如何保护自己的权利、因而对于官府判决可能不会心服口服的角度，提出实行律师制度的必要性。“西例：两造涉讼，必延律师为之申辩情由。辩至彻底澄清，官始据理准情以断。亦谓讦讼者未必皆明律例，使官而遽然裁判，两造不肯降心相从，故必令其理屈词穷，然后爱书可定也。”^[15]

第二，律师制度的实行，可以有效地防止诉讼活动中的其他弊病。由于审判官对于法律条款不太熟悉，在实际的审判活动中，审判官常常依赖幕友、师爷帮助其拿定主意。“幕友对于那些只通制艺、不晓律例的官吏，在进行司法审判中起着重要的作用”。^[16]幕友、胥吏与社会基层有着广泛的联系。由于他们在基层司法审判中实际起到的作用，因此，很多涉讼当事人为了打赢官司，多通过幕友、胥吏进行说情、串通的交易，甚至贿赂、买通，弊病丛生。如果有律师以合法身份代表当事人出庭辩护，即能抑制串通幕友、贿赂官员的诉讼弊病。“中国宜参用泰西律法论”认为：“夫乡愚畏见官长，公庭对簿，大都噤嚅不出，委屈不能尽陈，而桀骜狡诈者，虽三尺堂前，犹能诡辩。以故问官半为所愚。而奸胥、劣幕又得以问官不甚熟谙律法，辄肆上下之手，以行其贿赂之谋。今宜延明于律法者，以为律师，代两造申诉，按律辩论。辩而得直，讼自理

[14] 《皇朝经世文新编续集》卷四，法律。

[15] 《皇朝经济文新编·西律》，卷二。

[16] 张晋藩：《中国法律史》，法律出版社，1995年，第463页。

长，律师不居功也；辩而不直，讼自理短，律师不任咎也。似此，则案情不揣摩于斗室之中，而显达于公堂之上。贿赂之弊既可以除，而挑唆之风亦不能肆，此足以昭公允也”。^[17]

第三，更有一些激进的知识分子，不限于对律师制度简单的赞同，而是超出法律之外，分析律师制度与中国传统政治的冲突。顾家相在“中国严禁讼师外国重用状师名实异同辨”一文中，首先比较了中国讼师与西方状师（律师）在功能上的异同，认为，讼师在传统中国之所以未受好评，其原因是多方面的。就民众而言，是因为大多数民众既未受到良好教育，在经济上又长期处于贫穷状态。“中国之民，愚而多贫。愚则不知粉饰，贫则不堪久讼。苟无讼师，真情易得，事可立解。惟有讼师拨弄其间。教唆焉，而愚者不愚矣；拖累焉，而贫者益贫矣。且两造不必皆有讼师。智者受讼师之指使，侃侃以谈；而愚者转囁嚅而不吐；富者赖讼师之包庇，头头是道；而贫者愈抑郁而不伸。其弊之所极能淆乱黑白，颠倒是非，使承审之官误刑枉断。而愚且贫者，负屈含冤，遂终于莫白矣。”而就政治体制言，则因为传统中国注重维护君权。顾家相在该文中比较中国与西方各国的政权体制，认为职责相似的讼师与状师在中国与西方遭受完全不同的对待，其根本原因在于中国与西方各国的政治中心不同。中国注重君主专制，严禁对君权的侵凌，故反对实施律师制度；而西方各国注重民权的伸张，保护个人自由，因而律师辩护制度甚为发达。“泰西则务伸民气。谓人人有自主之权。彼此互争，专借律师为枢纽。苟有一端之善，一节之长，务当代为争辩。必至理屈词穷，智尽能索而后已。在承审、陪审者，转若置身事外，作壁上观。直待胜负既

[17] 《皇朝新政文编》卷六，光绪壬寅。

分，坐受其成而已。其不能不重用律师者，势也。然则中国之严禁，恶其挠上之权也。西国之重用，欲其伸民之权也。明乎君权、民权之别，非唯可定讼师、律师之异同，而于一切西政亦思过半矣。”^{〔18〕}对君权的尊崇和保护，必然导致对律师制度的禁止。因此，为伸张民权，必须学习西方国家，实行律师辩护制度。

经济的发展增加了对于律师业的需要，社会各界对于实施律师制度的呼吁形成一种舆论声势。对于清朝统治者来说，除了上述因素之外，光绪二十九年（1903）对《苏报》案的审判，使他们对于律师制度有了一次切身的体验。

1902年5月，由位于上海租界内的《苏报》馆主办的《苏报》发表了邹容的“《革命军》自序”；6月，又发表了“读《革命军》”一文，并在《新书介绍》专栏内对《革命军》一书作专题介绍。尤其是转载了著名资产阶级民主革命家章太炎的“《革命军》序”，使《革命军》一书广为人知。《革命军》一书鼓吹革命，号召推翻清王朝，建立以民主为内容的资产阶级共和政体，因此在中国社会广泛流传，形成了一次反对清王朝、批判封建专制、倡导革命、建立资产阶级政权的舆论高潮。对此，清政府极为恼火。谕令两江总督魏光燾捉拿查办。魏光燾随即命令上海道执行。但主管租界事务的上海工部局以保护政治犯为由，不允许执行。万不得已，魏光燾接受英国律师、南洋法律顾问达鲁芒德（Drummond）的建议，履行法律程序，以清政府的名义，向会审公廨正式起诉章太炎、邹容等人，以达到对其加以惩罚的目的。达鲁芒德还提出，向会审公廨提起诉讼，应遵循西方各国习惯，聘请律师，以帮助清政府

〔18〕 《皇朝经世文新编续集》卷四，法律。

打赢官司。达鲁芒德表示，他与其助手、另一名英国律师库柏（White Cooper）愿意接受邀请，为原告方即清政府出庭辩护。^{〔19〕}

对于通过法律程序达到审判章太炎、邹容等人的目的建议，清政府很快加以采纳。经与各国领事协商，由租界巡捕房逮捕邹容、章太炎，查封《苏报》馆。但对于聘请律师一事，清政府颇有疑虑。因为捉拿、审判两名罪犯，还要朝廷出面，向会审公廨起诉、告状，而会审公廨在名义上属于中国的司法机构，也就是由中央政府向自己的下属机构告发几位臣民，请求下属机构对这几位臣民定罪量刑，这已经使大清朝廷丢了面子，现在再聘请律师，实在难以接受。第一，如果聘请律师，则表明，朝廷害怕打不赢官司，即告不倒几位臣民，而请外国人帮忙。第二，如果聘请外国律师辩护，能否保证该律师在法庭上切实为朝廷出力。第三，依照大清法律，“讼棍”属于严禁之列；而当时朝廷上下，对于加快司法改革、引进外国律师制度已有诸多呼吁，但政府尚未同意，如果在此案审理中，竟然由朝廷聘请律师辩护，今后如何在司法改革中掌握主动；尤其是聘请律师辩护，实际上是对有“讼棍”之嫌的律师加以肯定，这又是对《大清律例》的否定。尽管心存疑虑，但由于对案件审理事关重大，故清政府经过反复斟酌，最后决定接受建议，聘请达鲁芒德和库柏两位律师出庭，帮助朝廷控告邹容、章太炎等人。

在整个《苏报》案审理过程中，原告、被告双方所聘请的四名律师 [原告律师：达鲁芒德，库柏；被告律师：博易

〔19〕 参见蒋慎吾“《苏报》案始末”，载《上海研究资料续集·政治编》，上海通社编。

(Harald Browett), 琼司 (Jonce)] 唇枪舌剑, 就管辖、证据、适用法律、审理程序等问题, 代表各自委托人的利益, 展开了长时间的辩论。尽管最终判决并没有完全按照清政府的意愿, 但清廷所聘请的律师达鲁芒德与库柏在法庭辩论中的表现, 包括对中西法律条款的熟悉、对诉讼程序的利用技巧, 尤其是完全站在委托人的立场, 为实现委托人的目的而反复论战的态度和精神, 使清廷对律师的从业原则和实际作用有了更清楚的认识。

(三) 创建律师制度的前奏

律师业在租界内外的兴起、社会各界对律师制度的呼声以及西方列强对放弃领事裁判权的虚伪允诺, 都促进了晚清立法者对律师制度的关注。

在清末的司法改革中, 诉讼制度是重要内容之一。自 1905 年开始, 清廷先后多次委派大臣出使欧洲各国及日本, 考察政治及法律制度。出使各国的大臣们经过考察, 多赞同在中国实行立宪政治, 并主张引进西方法律制度, 包括司法审判制度。1910 年, 朝廷再次委派京师高等检察厅检察长徐谦、奉天高等审判厅厅丞许世英等出使欧洲各国, 专门考察司法制度。考察团回国后, 撰就《考察司法制度报告书》, 向朝廷陈述西方国家司法审判制度的优点以及中国目前可仿效的具体制度。《考察司法制度报告书》共分五类: 法部制度, 审判制度, 监狱制度, 感化院制度, 司法警察制度。在“法部制度”一章中, 重点提及律师制度。

“一律师制度也。欧美虽法派不同, 要使两造各有律师。无力用律师者, 法庭得助以国家之律师。盖世界法理日精, 诉

讼法之手续尤繁，断非常人所能周知。故以律师辩护，而后司法官不能以法律欺两造之无知。或谓我国讼师刁健，法律所禁。不知律师受教育与司法官同一毕业于法律。其伸辩时，凡业经证明事实，即不准妄为矫辩。是有律师，否则一切狡供及妇女、废疾之紊乱法庭秩序在我国视为难处者，彼皆无之。因律师之辩护而司法官非有学术及行公平之裁判，不足以资折服，是固有利无弊者也。”〔20〕

1906年（光绪三十二年）3月，由沈家本、伍廷芳等拟定的《刑事、民事诉讼法草案》完成。根据此诉讼法草案，不仅严格区分实体法与程序法，区分民事案件与刑事案件，而且还引进西方国家与日本法律，设置律师制度。该草案共五章，其中第四章“刑事、民事通用规则”内，第一节即为“律师”。草案第199条开宗明义，规定：“凡律师，俱准在各公堂为人辩案。”对于律师的职责，该草案也明确为：“尽分内之责务，代受托人辩护；然仍应恪守法律。”肯定律师在遵守法律的前提下，为受托人之利益而进行辩护。

律师具有何种身份，在草案中未明确规定。草案第200条规定了律师资格的获得程序。根据该条款，欲从事律师职业，在法庭为当事人进行辩护，必须符合以下条件：首先，必须为法律学堂毕业，并获取能作为律师的文凭；其次，已具备律师资格者，还必须到省高等公堂申请出庭辩护；第三，申请人向高等公堂申请时，必须有两名与该律师相识的殷实之人为其提供担保，保证该律师品行端正，文凭无假冒等；第四，律师本人再向高等公堂宣誓：不作伪，不故意唆讼，不因私利、私怨陷害他人，尽分内之责务代委托人辩护，恪守法律。完成上列

〔20〕 《两广官报·辛亥闰六月第八期》，宣统三年六月。