

中华民国律师制度史

● 徐家力 著

● 中国政法大学出版社



中华民国律师制度史

徐家力 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中华民国律师制度史/徐家力著. - 北京: 中国政法大学出版社, 1998

ISBN 7-5620-1681-X

I. 中… II. 徐… III. 律师制度-法制史-中国-民国时期 IV. D929.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 17068 号

责任编辑: 宋 军

出版发行: 中国政法大学出版社

经 销: 全国各地新华书店

承 印: 国家统计局印刷厂

开本 850×1168 1/32 印张 7.75 字数 188 千字

1998 年 6 月第 1 版 1998 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1681-X/D·1640

印数: 0, 001-3, 000 册 定价: 15.00 元

社 址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮 编: 100088 **电 话:** 62229803

声 明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

法律顾问: 北京地平线律师事务所律师 吴允

前 言

律师制度作为西方法律制度的重要组成部分，在中国法律近代化过程中被引进。在近代中国，经济的发展，门户的开放，以及西方文化的传入，刺激了对律师职业的需求。但同时，具有几千年历史的文化传统又在很大程度上与律师制度格格不入。这一传统作为一种文化背景以其深厚的社会基础，以及巨大的历史惯性，对近代中国社会产生着深远重大的影响。近代中国这一特定的国情决定了律师制度在中国社会建立、发展过程的复杂性。

民国时期（1912~1949）是中国律师制度建立、发展的重要时期。民国政权几经更迭，但国家统治者始终以“共和”、“法治”为旗号。这一前提决定了律师制度在整个民国时期的存在和发展。然而，无论是北洋政府时期的军阀、地主抑或大资产阶级，为了维护其既得利益，无不在统治方法上意图恢复和保持个人独裁的专制统治，因而从根本上排斥法治原则。这又使律师制度在民国时期建立、发展的过程，更具有艰难性和曲折性。

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

民国律师制度的创建，具有社会内在需求与外部因素影响的双重背景。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，西方列强通过与清政府签订不平等条约而获取的领事裁判权，直接将律师制度引入中国，促进了近代中国律

师业的发展。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。

二、律师制度与中国法律传统

中国几千年的文明史，形成了独特的政治法律制度以及与其相应的政治法律文化。但这一特定的制度、文化背景与律师职业格格不入。首先，律师业与中国传统的政治、法律观念大相径庭。其次，政治上的尊君、尊主的观念也造成法律上“官府为民作主”的诉讼意识。另外，中国传统法律中关于诉讼审判的规定也与律师制度格格不入。19世纪中叶以后，受西方国家技术、制度乃至思想观念的影响，中国社会在制度以及文化方面虽然都开始了缓慢的转变，但历史传统仍然以其深厚的文化积淀发挥着极为重要的作用。无论是清末律师业的发展，还是民国律师制度的建立和演变，都被深深打上这一历史的烙印。

三、《律师暂行章程》与民国律师制度的确立

以《律师暂行章程》的颁布、实施为标志，确立了具有大陆法系风格的民国律师制度。初步建立的民国律师制度，在几个方面体现了其重要特色。第一，明确规定了律师的自由职业者身份。第二，在资格限制方面的早期特征，主要包括：学历在律师资格的确定中具有重要作用；对于教育机构的界定含混不清；将“法律学”与“法政学”两学科相提并论；受中国传统文化中宗法因素的影响，限制女子从事律师职业等。第三，确立了司法监督与行业监督的双重管理体制。

四、民国前期（1912~1940）律师制度的曲折发展

自1912年至1926年，北洋政府通过一系列立法活动，初步建立了包括在资格、条件、考试、甄拔、职责、义务、惩戒等多方面内容的律师法律体系。在民国初年的司法实践中，律师制度

的具体实施，在不同审级上，表现出极为明显的不协调状态。自1912年公布《律师暂行章程》到1940年《律师章程》被废止，关于律师资格的限制，尤其是关于免试资格的限制，经历了一个渐趋严格的过程。这既体现了由于近代教育体制的普及使得律师后备队伍素质得以提高，也体现了律师法律制度自身的逐渐完善。在律师考试方面，民国律师制度则产生了一系列周折，既有考试权的行使问题，也表现在律师立法方面的欠缺。由于主管部门的冲突以及立法活动本身存在的不足，在涉及律师考试的立法方面，出现了民国立法史上的重大疏漏。另外，在有关律师考试的实际进行方面，也存在非同寻常的瑕疵。民国前期，由于国家制定法在社会覆盖面的不足，致使在法律适用方面，存在大量法律空白。而律师通过代理及辩护等职务活动，采用西方国家的法律原则和法律理论，同时，加强对当时社会普遍的习惯的运用，在推动中国法律从传统向近代的转型、探索建立符合中国国情的近代法律体系方面，起到积极作用。

五、《律师法》与中国律师制度的定型

1941年1月11日，国民政府公布实施《律师法》。民国律师制度由民国初年建立，经过近30年的发展演变，进入成熟、定型阶段。第一，进一步严格律师检核资格。改变在律师免试资格方面单纯重学历、轻经历的传统，突出在司法方面实际经历在免试律师资格方面的重要性。第二，全面强化律师在履行职责时应承担的义务。第三，进一步限制律师公会作为行业组织对律师实施的行业管理职能，在更大程度上限制律师自治制度的发展。第四，确立严格的律师惩戒制度。第五，增加关于外国人在中国从事律师职业的规定，完善外籍律师制度。

六、民国时期的著名律师

在民国时期的社会舞台上，律师制度从建立到发展，逐渐完备。与这一过程相适应，也产生了一批出色的律师。律师们在执

行职务过程中，以自己对法律的精辟理解和娴熟的职业技巧，再加上严肃、认真的敬业精神，伸张正义，要求公道，在保护民权、宣传法律知识等方面，起到重要作用。更有一些在政治上具有民主思想的律师，以法律为手段，与反动的政治统治及腐败的司法机构展开坚决的斗争，为从法律上保护代表进步力量的民主政治运动作出了不懈的努力。但是，大浪冲击，难免泥沙具下。在民国时期的律师队伍中，也出现个别在律师行业有出色表现的人，转而在社会、政治领域，颓废变节，成为民族的罪人。

七、民国律师制度得失论

民国律师制度从无到有，渐趋定型，经历了艰难的发展过程。民国时期的国家政权，从军阀专制到一党专政，在本质上与民主、法治冰炭不相容，这是导致律师制度在具体内容和在实际运作过程中出现诸多弊病的根本原因。与此同时，经济的发展，社会的进步，对法律也不断提出新的要求，这又使得民国律师制度在社会需求的推动下，总体上朝着逐步定型、渐趋完备的方向发展。在某些具体制度上也表现出一定的进步性。民国律师制度这一双重风格，集中体现在自由职业与资格限制、消极诉讼义务、行业自治与集团利益等方面。

目 录

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	(1)
(一)领事裁判权与清末律师业	(1)
(二)“代书制”与对律师制度的新需求	(7)
(三)创建律师制度的前奏	(16)
二、律师制度与中国法律传统	(23)
(一)传统法律观念与律师业	(23)
(二)传统法律制度与律师业	(26)
(三)讼师与律师	(32)
三、《律师暂行章程》与民国律师制度的确立	(37)
(一)自由职业者身份的奠定	(40)
(二)资格限制方面的早期特征	(42)
(三)司法监督与行业监督的双重管理体制	(47)
(四)《律师暂行章程》与民国律师制度的基本风格	(51)
四、民国前期(1912~1940)律师制度的曲折发展	(55)
(一)律师法律体系的形成	(55)
(二)审级上的不协调发展	(56)
(三)渐趋严格的资格限制	(61)
(四)律师义务与职责的变化	(65)
(五)律师活动的规范化	(72)

(六)一波三折的律师考试制度	(83)
(七)民国前期的律师与法律进步	(89)
五、《律师法》与民国律师制度的定型	(97)
(一)律师检核的严与宽	(97)
(二)律师义务的强化	(107)
(三)律师公会与律师自治	(118)
(四)律师惩戒	(122)
(五)外籍律师制度	(126)
六、民国时期的著名律师	(129)
(一)律师、汉奸——曹汝霖	(129)
(二)民主律师——沈钧儒	(135)
(三)律师辩护团与“七君子”案件	(143)
七、民国律师制度得失论	(151)
(一)自由职业与资格限制	(151)
(二)消极诉讼义务	(155)
(三)行业自治与集团利益	(159)
附录	(164)
参考书目	(236)

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诘问式审判方式，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”与对律师制度的新需求

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〕《寄簪文存》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。