

ZHONGGUO LUSHI de DANGDAI MINGYUN

自由职业的潇洒 · 在野法曹的尴尬

中国
中国律师

中
国
律
师

的

当
代
命
运

当代命运

杜钢建
李 轩

改革出版社

中国律师的当代命运

杜钢建 李 轩 主编

改革出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国律师的当代命运/杜钢建,李轩主编.-北京:改革出版社,1997.11

ISBN 7-80143-024-7

I. 中… II. ①杜…②李… III. 律师-中国 N. D. 926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 25238 号

中国律师的当代命运

杜钢建 李轩主编

改革出版社出版发行

地址:北京市东城区安德里北街 23 号

邮政编码:100011

北京龙华印刷厂印刷

新华书店经销

1997 年 11 月第 1 版 1997 年 11 月第 1 次印刷

850×1168 1/32 13.25 印张 330 千字

印数:10000 册

ISBN 7-80143-024-7/D·006

定价:20.00 元

序

考察现代法治社会，各国律师无不肩负着维护法律正义、舒缓社会矛盾、平衡司法体制和解悬无辜沉冤的重大使命。

设若没有律师，法治大厦势将倾倒；

设若没有律师，民主社会顿失灵魂；

设若没有律师，司法专权横行无忌；

设若没有律师，人间正义何以伸张！

中国几千年专制主义的历史昭明：法弊至极的表征莫过于律师业的匮乏。有罪无罪，罪轻罪重，全任国家官吏擅断。奸吏任意取舍，出入人罪，搬权弄法，弊端丛生。寻常百姓或因法藏官府而于法无知误陷法网；或因法繁刑密而于法未谙任凭官断。小民涉讼也许能得讼师之助，但讼师多出官府，真正能代民执言者恐怕十不及一。

古代讼师与现代律师之别远非名词之辩，实缘于官权本位与民权本位之异。讼师制度以官权为本，法庭内外朝廷上下不知民权为何物。律师制度则以民权为本，程序先后诉与非诉均以保障民权为重。以官权本位为原则的讼师制度乃专制政体之附属，轻蔑人权和程序，至多讲求于法有据，于律有凭。以民权为本位的律师制度乃宪政框架之精义，旨在维护人权，制约暴政。民权观念勃兴与律师事业发达互为支撑；而二者又以健全的自由经济和趋向民主的法治环境为前提。

6/12/02

中国律师的当代命运

深究律师与宪政民权的关系，可以断言：律师制度不立，则宪政无以成；律师地位不重，则民权无以保。

当代中国律师制度兴起于改革开放之际。无论是律师的风采，抑或是律师的艰辛，无不映射出时代的五光十色。依法治国，民主管理，由衰乱而治定，由贫弱而富强，其中律师的催化作用岂容低估。适逢斯世，律师走过的每一段路程都深深印下了改革者的足迹。

这是一代足以自豪的律师，因为他们勇敢地承负起法治大业的开拓重任；

这是一代需要警示的律师，因为他们的某些缺陷正在腐蚀着自身的职业道德和敬业精神；

这是一代难以潇洒的律师，因为他们只能在权与法的夹缝中求得生存；

这又是一代不容忽视的律师，因为他们正在以各自的方式改变国人的观念，影响国人的生活。

关注当代中国律师，也正是关注我们自己的命运。

杜钢建 李 轩

1997年6月

目 录

序	(1)
---------	-------

引 言 关于律师的神话	(1)
-------------------	-------

第一章 百年沧桑：近现代中国律师业的 兴与衰	(4)
---------------------------------	-------

1.1 从讼师到律师：上下两千年	(4)
1.2 晚清修律与沈家本的律师梦	(10)
1.3 伍廷芳：中国律师第一人	(14)
1.4 鱼龙混杂：北洋时期的中国律师	(17)
1.5 民国中兴与中国律师的发展时代	(20)
1.6 救亡与启蒙：国难中的律师英雄	(25)
1.7 政治压倒法律：新中国律师制度的复萌 与早夭	(32)
1.8 步履艰难：夹缝中求生存的近现代中国 律师	(35)

第二章 在权与法的天平上：崭露头角的 中国律师	(40)
----------------------------------	--------

2.1 新时期中国律师的崛起	(40)
2.2 火爆的律师从业热潮	(49)
2.3 国办所、合伙所、合作所：各得其所	(55)

- 2.4 走出国门，与“洋人”共舞……………（59）

第三章 披荆斩棘：当代中国律师的风

采……………（65）

- 3.1 法庭内外：律师办案实录……………（66）
3.2 笑傲江湖：当代中国律师中的名人……………（96）
3.3 古道热肠：中国律师的社会关怀……………（122）

第四章 远虑与近忧：中国律师的素质

问题……………（129）

- 4.1 不尽人意：律师群体的整体水平……………（130）
4.2 先天不足，后天失调：与西方同行的
比较……………（137）
4.3 令人堪忧的职业道德和敬业精神……………（146）
4.4 探本溯源：尴尬而可悲的社会地位……………（152）
4.5 自律？他律？正义之剑何时舞起……………（161）

第五章 制度缺损：自由职业的遗憾……………（169）

- 5.1 大背景与小气候……………（169）
5.2 身份·地位·制度偏见……………（174）
5.3 刑事辩护：律师的执业雷区……………（202）
5.4 律师法：让人欢喜让人忧……………（222）
5.5 行政管理与行业自治的纠葛……………（231）
5.6 不堪其重的税费负担……………（240）

5.7 悖离市场的收费标准	(247)
第六章 观念抵牾：在野法曹的尴尬	(252)
6.1 社会公众的误解	(252)
6.2 当事人的微妙心态	(257)
6.3 司法机关的歧视	(261)
6.4 有关部门的偏见	(264)
6.5 律师内心的隐忧	(269)
第七章 原罪与救赎：律师蒙难的反思	(281)
7.1 律师蒙难种种	(281)
7.2 难逃是非漩涡：律师的原罪	(282)
7.3 暴力嘲笑法律：人治社会的悲哀	(286)
7.4 制度缺损与法治进程的殉难者	(291)
7.5 良莠有别：几条臭鱼腥了一锅汤	(303)
7.6 拯救与逍遥：谁来保护中国律师？	(305)
第八章 仗义执言：谁为律师鼓与呼	(314)
8.1 来自高层的关怀	(314)
8.2 副委员长如是说	(316)
8.3 法治省长的壮举	(318)
8.4 前司法部长的苦心	(323)
8.5 一方有难，八方相助	(325)
8.6 家家有本难念的经	(328)

8.7 寄希望于社会各界	(332)
--------------------	-------

第九章 题外的话：司法公正及其制度

前提.....	(334)
---------	-------

9.1 社会公正的司法实现	(334)
---------------------	-------

9.2 司法原则的中介功能	(335)
---------------------	-------

9.3 当前司法不公种种	(337)
--------------------	-------

9.4 以司法公正为指向的制度改进	(356)
-------------------------	-------

9.5 以司法公正为指向的制度创新	(362)
-------------------------	-------

9.6 结语：法治·市场·现代化.....	(366)
-----------------------	-------

【附】 律师执业规范选录	(369)
--------------------	-------

中华人民共和国律师法	(369)
------------------	-------

律师资格全国统一考试办法	(379)
--------------------	-------

律师资格考核授予办法	(382)
------------------	-------

律师事务所登记管理办法.....	(385)
------------------	-------

国家出资设立的律师事务所管理办法	(390)
------------------------	-------

合伙律师事务所管理办法.....	(393)
------------------	-------

合作律师事务所管理办法.....	(398)
------------------	-------

律师执业证管理办法	(402)
-----------------	-------

兼职从事律师职业人员管理办法	(406)
----------------------	-------

中华全国律师协会章程	(408)
------------------	-------

跋	(413)
---------	-------

引言 关于律师的神话

资料表明：美国现有律师约 80 万人，占其人口总数的 0.3%，平均每 300 人就有 1 名律师。美国参议院 100 名议员中，曾有 65 名出身于律师；众议院 430 名议员中，曾有 205 名出身于律师。美国历届 42 任总统中有 21 任出身于律师。美国现任总统克林顿及其夫人希拉里，均曾担任阿肯色州某律师事务所的执业律师。

提到律师，寻常百姓在略感新鲜之余，往往会将其与高人一等的财富、身份和社会地位联系起来。在他们的想象中，律师们舌战法庭，仗义人间，生活潇洒，举止文明；或救人于危难之中，或挺身于正义将倾之时；总之，是倍受尊敬的人物。——显而易见，这种形象描绘主要代表着西方国家的律师。由于众所周知的原因，长期以来，中国社会并不存在律师这种角色，人们对于律师的理解仅限于来自西方传媒的零星认识。当代中国律师大规模的登台亮相，不过是最近几年的事。

那么，出道不久的中国律师和他们的外国同行相比，是否具有同样的秉性和神采呢？在制度理性相对欠缺的社会背景下，倚法律为生的中国律师能否成就应有的辉煌呢？破除关于律师的种种神话，暴露律师业内的众生百态，全面记载中国律师发展的艰

辛历程，深入透析律师执业现状的文化与制度根源，正是本书作者奋笔以求的主题。

改革开放之初，在规划未来宏伟蓝图之时，已故总设计师高瞻远瞩，掐指一算：中国需要 30 万律师！所谓一言九鼎，中国律师业自始迈出了恢复和重建的步伐。随着市场经济体制的逐步确立和民主法治观念的日益增强，律师现在俨然已经成为一种不可或缺的社会主体。事实证明，社会越是向前发展，律师的功能越是广泛和强大。正如著名学者费孝通先生所言：

讼师改称律师，更加大字在上；打官司改称诉讼，包揽是非改称法律顾问——这一套名词的改变，正代表了社会性质的改变，也就是礼治社会向法治社会的改变。

时至今日，我国律师数量已达十万余人，律师事务所随处可见，律师们已经全方位介入了国人的社会生活。他们或担当辩护人、代理人慷慨陈词于法庭之上，或作为法律顾问左右周旋于谈判桌旁；他们或巧解纠纷于事发之后，或未雨绸缪于事发之前。总体而言，律师已经融入社会，社会也在逐步认可和接受着律师以及律师提供的法律服务。

但是，可以想见，在社会整体法治水平尚不尽如人意的当前，律师执业的实际状况显然也不容过于乐观。事实上，由于根深蒂固的人治传统的影响，中国律师们每每遭遇到种种难于应付的障碍和困难。尤其是最近几年，伴随律师业迅速发展的同时，侵犯律师执业权利甚至人身权利的现象屡有所见。权利限制过多、税费负担太重、司法歧视仍然存在、执业环境不佳，凡此种种，律师们普遍感到自己的日子并不好过。非但如此，他们还面临着一些的现实威胁：有的威胁来自“官方”，譬如目前就有不少律师因

正当履行职务而相继被控犯有所谓“伪证罪”或者“包庇罪”；有的威胁来自民间，譬如见诸报端的任上飞律师被对方当事人非法拘禁案、马海旺律师被对方当事人殴打致残案。很难想象，在一个法治国家，执业律师居然会面临如此灾难性的危险局面！律师自己的基本权利如果尚且不能得到有效保障，我们如何指望他们去维护公民的合法权益呢？难道在中国，律师蒙难也是改革开放的一种必然代价吗？！考察最近几年某些中国律师的悲惨遭遇，我们不得不佩服莎士比亚惊人的预见能力。莎士比亚曾说：

如果我们必须解决一件迫在眉睫的事情，那就让我们首先干掉所有的律师吧！

中国律师是幸运的，同时也是不幸的。幸在他们生逢其时，不幸源于社会的沉痾积弊。幸与不幸同在，机遇与风险共生，中国律师多少有点闯荡江湖的意思。

然而，正如人们所期待的那样，一个健康理性的社会离不开律师——

律师是正义之剑。

律师是民主之犁。

律师是法治社会的催化剂。

律师是公民权利的保护神。

当然，就中国而言，这些论断暂时还是一些关于律师的神话。我们希望，这些神话有朝一日能够全部演绎成我们的现实生活。

有诗为证：

满纸荒唐言，一把辛酸泪。皆云作者痴，谁解其中味？

中国律师业究竟何去何从？我们且拭目以待。

第一章 百年沧桑：近现代中国 律师业的兴与衰

在漫长的奴隶、封建时代，轻讼、厌讼思想主导着中国社会，自然也就难以出现以代人诉讼为常业的职业群体。律师这一称谓，是源于古代讼师而在晚清修律之时始得流传于世的。

1.1 从讼师到律师：上下两千年

现行《中华人民共和国律师法》规定：“本法所称律师，是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。”对照上述概念，到中国的历史里去寻找，会发现在长达 2000 多年的中国奴隶社会和封建社会里没有律师。

但是自从人类形成社会，就有了纠纷，有了法律制度，有了司法活动，于是也就有了一种需要，需要有人代理当事者打“官司”或帮助他们打“官司”。有需求自然会有供给，这样的人当然应运而生。

中国历史上最早出现的代理人——“辅”与“坐”

中国古代的奴隶社会和封建社会都是等级社会，实行的是特权法。不同地位的贵族之间、贵族与平民之间、地主与农民之间、

官与民之间地位不同，“天有十日，人有十等”，法律规定这些地位不同的人，不能平等地一起到庭参加诉讼。如《周礼》记载：“凡命夫命妇不躬坐狱讼”，即凡是大夫以上官职的人和其妻子无论告人还是被人告都不必亲自到堂受审，可由其家人或下属代为参加。因此中国从春秋时代就有了类于（但不同于）现在的诉讼代理人的人——“辅”与“坐”。

《春秋左传》载有一则故事：

卫国的君主卫侯与臣子元咺发生纠纷，在晋国（当时晋国称霸诸侯）审理，因卫侯与元咺是君臣关系，按礼不能平等地对簿公堂，所以卫侯就派宁武子、鍼庄子、士荣代他参加诉讼，其中鍼庄子、士荣是代理人。结果卫侯败诉了，但卫侯是国君，不能杀，就杀了士荣，并对鍼庄子处以刖刑。鍼庄子、士荣是卫侯的代理人，但与现代意义上的代理人有一个重大的不同，即不仅代理参加诉讼还要承担诉讼后果。一个多么可怕的职务！

除了上述因地位不同不能共同参加诉讼，需要找人代理的情况之外，历代法律一般都规定，年老及患有“笃疾”的人，除告发或被告犯谋反、叛逆及不孝罪的，必须亲自到堂陈述或辩解外，其余的事，可以由同居亲属代告或代为辩解。可见中国的代理人制度，在整个奴隶制社会和封建社会都是普遍存在的。尽管当时的代理人不同于现代意义上的代理人，但代理人的一些作用，大体上是与现代代理人相类似的。

不被法律承认、不被人喜欢但为社会需要的人——讼师

春秋末期，除上述基于特权法产生的可以直接到庭参加诉讼的代理人外，还有一种帮人写状子、帮人打官司但不被法律承认的人——讼师。

奴隶主阶级和封建地主阶级为确保江山社稷，历来推行的都

是愚民统治。因此那时的普通百姓不仅不可能了解法律规定、熟悉司法程序，即使能读书会写字的人也是凤毛麟角。但是各种诉讼却时常发生，因此人们需要懂法的人或至少会写字的人来帮助他们，讼师便应运而生。从产生的背景看，可以肯定的一点是，无论讼师的品行如何，但他首先是懂法或至少是有一定文化的人。

讼师的“鼻祖”——邓析

邓析（？—公元前501年），与郑国著名的改革家子产生活在同一时代，比子产多活了20年。子产执政时，他是郑国大夫，政治上非常活跃。他坚决反对“礼治”，既反对旧贵族，也反对新贵族，所以荀子说他“不法先王，不是礼义”。他对子产推行的一些改革政策感到不满，曾“数难子产之治”，子产也感到难于应付。他提出“事断于法”，所以还自己制定了法律，写在“竹简”上，被称为“竹刑”。他经常聚众讲学，私家广招门徒，传播法律知识与诉讼技巧。据《吕氏春秋·离谓》记载，“邓析与民之有讼者约，大狱一衣，小狱襦裤。民之献衣裤而学法者，不可胜数。”邓析还直接帮助人们打官司。他非常擅长辩论，“操两可之说，设无穷之词”，并能“持之有故，言之成理”，“以非为是，以是为非”，堪称中国讼师第一人。但因其过于活跃，使得“郑国大乱，民口喧嘩”，被郑国当时的执政所杀。

在中国历史上，直至清末修律，从现有资料看来，除邓析外，再没有别的讼师能与官府“分庭抗礼”。讼师的职能主要是代书诉状，教授诉讼方法。从这个意义上说，邓析是幸运的，因为他是唯一真的在法庭上展示过自己才能的中国讼师，已故著名的法律思想史学家张国华先生曾说：“邓析的活动颇有点古代律师的味道”。

讼师的变种——“讼棍”

《辞源》对“讼师”和“讼棍”是这样解释的：讼师，协助人办理诉讼事务的人；讼棍，挑唆人兴讼从中谋利的人。可见这是两个不同的概念。但自从讼师一产生，就是褒少贬多，甚至一说讼师就让人想到狡猾、奸诈，“虚构事实，颠倒是非，教唆诉讼，或串通官吏，从中谋利”。在人们的观念中，讼师就等于讼棍。人们之所以这样认识讼师，大概有以下几个原因吧：

其一，讼师群体中的确有一些品行不良的人，他们挑词架讼，与官府勾结，从中渔利。这样的人就是真正的讼棍。但它不会是一个普遍现象。

其二，人们之所以对讼师存有上述偏见，在中国，最根本的原因是深植中国人心的厌讼心理。“至圣先师”孔老夫子就说：“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎！”这种无讼思想在中国人的观念中根深蒂固。这种思想之所以深入人心，源于中国社会是农业社会、是等级社会、是礼治社会。社会秩序是靠礼来维持的，人们的行为是靠礼来规范的。礼的原则就是君君、臣臣、父父、子子、亲亲、尊尊，仁、义、礼、智、信，所有的活动都限制在一个固定的模式里。打官司告状或归不仁或归不义，定有归属。反正如果谁去打官司，谁就不是好人，帮人打官司的人当然更不是好人。这就是人们对讼师从来没有好印象的最根本的原因。这种无讼思想，直到现在也还影响着一些中国人。不到万不得已是不去法院的，即使自己没有过错，一旦被他人起诉，也觉得自己不理直气壮了，心理会严重失衡。

勿庸讳言，在讼师队伍中确实混有一些讼棍。有这样一个案例，可以看到这类恶徒的形象。

某外甥与其舅争吵以至斗殴，不小心打掉了舅舅的牙齿，按当时的法律规定，晚辈伤害尊亲属属重罪。外甥

非常害怕，花重金找到讼师，请讼师为他出主意。讼师略一思忖，招手让外甥靠近自己，外甥把耳朵靠向讼师，准备聆听妙计，不料讼师把外甥的耳朵狠狠地咬了一口，直咬得他鲜血淋漓，疼痛难忍。然后讼师说，你可以回去了。说着就把他推出门外。外甥站在门外无比愤怒，仔细思量，就恍然大悟了，捂着耳朵高兴地回家了。第二天开庭的时候，舅舅以豁牙为证，控告外甥。外甥就法官看他的耳朵，说是舅舅咬他耳朵，他挣脱时带落了舅舅的牙齿，于是他就平安无事了。

这个故事经常被用来讥讽讼师。事实上，这个外甥逃脱法律制裁除了说明讼棍奸诈之外，其实更能说明法官的愚钝吧。

的确，在漫长的封建社会中，讼师队伍中类于上述故事里的讼棍可能不在少数，而之所以会有这种现象，主要原因是缺少管理。尽管在唐代法律中，对讼师的活动就有了限制，如《唐律·斗讼》中规定：“诸为人作辞牒（诉状），加增其状（夸大罪情），不如所告者，笞五十。若加增罪重，减诬告一等。”其后明律、清律也都有类似的规定。但是政府对讼师的管理也仅限于此。严格说来这并不是管理，而只是一种限制，如鲧治水，不得要领。

实际需要，感情上却又无论如何不喜欢，于是讼师就在一种不正常的环境中、不正常的心态下畸形发展了。如果说讼师不好，也绝非完全是讼师自己的原因。实际上，讼师里除了伟大的邓析，也还有很多品行高尚，正直仗义之士。就是一些小讼师，其作用也是不容忽视的，请看下面的这个小故事：

某人长期与其婢通奸，后反悔，不与其婢来往。一日，其婢称有事相商，把他叫至家中，将他抓获，以强奸罪送至官府。讼师让他庭审时向其婢说：“念我初犯，请求宽恕。”其婢当庭大怒：已有十余次，怎么说只有一次呢？于是法官将这个案子定为“和