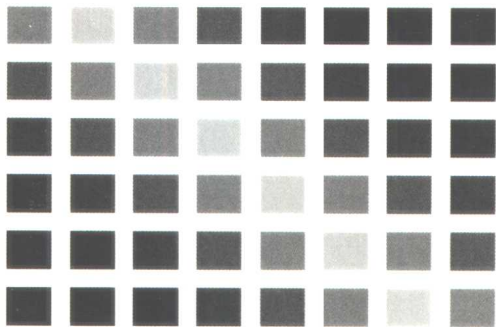


中国律师制度史

● 徐家力 吴运浩 编著

中国政法大学出版社



中国律师制度史

徐家力 吴运浩

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国律师制度史/吴运浩,徐家力著. —北京:中国政法大学出版社,2000.5

ISBN 7-5620-2000-0

I. 中… II. ①吴…②徐… III. 律师制度-概况-中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 08918 号

责任编辑 丁小宣

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 军事科学院印刷厂

开本:850×1168 1/32 12.25 印张 330 千字

2000 年 7 月第 1 版 2000 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2000-0/D·1960

印数:0001--3000 册 定价:20.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 电话:62229803 或 62228801

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。

作者简介

徐家力 1960年生于沈阳市，1979年由东北育才学校考入北京大学法律系，1983年获法学学士学位，同年考入中国政法大学研究生院。1986年获法学硕士学位，同年进入最高人民检察院工作。1992年参与创办隆安律师事务所并任主任。1995年被评为二级律师，1996年被评为北京首届“十佳”律师，2000年获法学博士学位。现任隆安律师事务所合伙人会议主任，一级律师。

徐家力是我国最早从事律师工作的法学硕士之一，也是最年轻的一级律师之一。具有证券从业资格，也是北京涉台业务律师。徐家力律师从业数年，积累了较为丰富的律师实务经验。对投资、股份制改造、证券、知识产权、金融、房地产、国际贸易等项业务均有不同程度的操作，尤其擅长期货方面的法律事务。徐家力律师已办理期货法律案件数十件。其中包括北京第一起涉外期货纠纷案件和目前国内法院受理的最大期货案。徐家力律师已是国内公认的期货法律专家之一。

徐家力律师不但在律师实务方面建树颇多，而且在理论研究方面也取得了重大成就。徐家力律师撰写了《隆安律师实务》，并编写、编译了《出国法规咨询大全》、《中华民国律师史》、《期货法律理论与实务》、《网络法律概念》、《牛津法律大辞典》、《中国行政法规大辞典》等数十件作品。徐家力律师还参加了《刑事诉讼法》、《刑法》、《律师法》、《经济合同法》、《合同法》、《期货交易法》等法律的起草修改工作，在立法方面积累了一定的经验。

徐家力律师先后访问了美国、加拿大、日本、澳大利亚、俄罗斯

斯、德国、法国、意大利、西班牙、葡萄牙、圣马力诺、荷兰、比利时、卢森堡、韩国、香港、澳门等国家和地区，同这些国家和地区的律师事务所建立了良好的合作关系，促进了中外律师界的交流和发展。

徐家力律师参与创办的隆安律师事务所现已是京城著名的律师事务所。

徐家力律师担任的主要社会职务有：全国律师协会经济法律委员会副主任；北京市律师协会副会长；《北京律师》杂志编委会主任；北京市律师协会期货专业委员会主任；北京仲裁委员会仲裁员；威海仲裁委员会仲裁员；北京民法研究会理事；北京民事诉讼法研究会理事；中国政法大学证券期货法律研究所副所长；中国管理科学研究院法律研究所研究员；金鹏期货法律事务中心副主任；中国地区开发促进会理事；中国音像协会法律部主任；北京斯缔尔商务调查服务中心理事长；北京市检察院咨询监督员。

徐家力律师担任过的主要法律顾问单位有：中共中央办公厅一局；中国华能集团公司；中国天诚集团公司；中国蓝通集团公司；中国石油天然气销售公司；中国电工设备总公司；中国人民建设银行北京信托投资公司；王府井大饭店有限公司；北京贵友大厦有限公司；北京双安商场；北京仟村百货；瀛海威信息通讯有限责任公司；东方网景有限责任公司；北京山山农业集团；诚成文化股份有限公司；金鹏国际期货经纪有限公司；法国皮尔·卡丹公司北京代表处；北京大学出版社；解放军文艺出版社；北京恩波智业研究所等。

吴运浩 1972年11月出生，河北省东光县人。1996年毕业于中国政法大学国际经济法系，获法学学士学位；现就读于对外经济贸易大学国际经济法研究生班。曾先后在北京市隆安律师事务所、北京市西城区人民法院工作，现供职于全国人大常委会办公厅联络局地方联络处，兼任《中国律师》杂志社“学者访谈”、“立法快

递”栏目特约记者，中国社会科学院政治学研究所“地方人大代表选举制度研究”课题组成员。曾在《经济日报》、《法制日报》、《中国律师》、《北京律师》等报刊上发表文章多篇，参与撰写《中华人民共和国合同法条文释解》、《证券法详解》、《新中国 50 年法律总目》、《中国的选举制度与操作程序》、《地方人大换届选举工作手册》等。

序 言

一个国家的律师制度，作为国家司法制度的一部分，其产生和发展是与该国家的政治、经济、文化发展到一定时期，逐渐从行政体制中分离出来，律师也成为相对独立、固定和正规的社会职业分不开的。

从现在通行的说法来看，律师制度起源于古罗马奴隶制国家。其形成不但和当时社会的政治制度、经济发展状况相适应，而且和诉讼结构形式大体吻合。古罗马奴隶制时期，商品经济已有了相当的发展，民商事贸易活动日益频繁，公民之间财产关系日益复杂，同时社会矛盾也日益加剧。为缓解社会矛盾，维护统治阶级的利益，罗马统治者需要借助律师力量来稳定社会秩序。另外，古罗马采取“辩论式”、“控辩式”的诉讼结构形式，双方当事人诉讼中地位平等，都有一定的权利义务，在法庭上可以充分阐述自己的意见和理由，反驳对方的诉讼主张，裁判官或司法官根据辩论的结果作出相应的评判。正是这种诉讼结构也为职业律师的产生创造了有利条件。

而我们中国，古代社会长期处于专制统治状态下，由于官方重农抑商，商业文明并不十分发达；在法律制度上又是重刑轻民，私法并不发达，甚至极为缺乏，而司法又是与行政合而为一的。虽然民间有商务往来，也有纠纷和争议，不过，在处理争端上也多因耻于争讼而更多通过宗族礼法裁决。另一方面，对于律师职业官方非但在立法上不予以认可或支持，反而多加禁止，“讼师”角色不受社会公众与当政者的欢迎。因此，中国古代虽有诉讼代理之情形，

却缺乏律师产生之土壤与存在之空间。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。就性质而言，这一特定的制度、文化背景与律师职业格格不入。只是到了近代清末，由于被迫门户开放，西风渐入，中西文化交融，19世纪中叶以后，受西方国家的技术、制度乃至思想观念的影响，中国社会在制度以及文化方面都开始缓慢转变。适应变法改制的历史需要，现代法律意义上的律师理念才渐渐根植于中国社会。随同其他法律制度的完备，尤其是诉讼程序法制的日臻完善，律师这一社会角色才得以真正产生，并很快发展起来。在这个层面上讲，严格说来，中国律师制度始于清末。

中国律师制度始创于清末，真正实行于民国时期，几经风雨，几经沧桑，艰难而行。新中国的律师制度的创建思路更多根植于革命根据地的司法辩护制度，建国后律师制度稍稍有所进展，却遭历次运动及“文革”重创，又一次受到非议和破坏，近乎消亡。改革开放后，律师制度得到及时恢复和重建，《律师暂行条例》的出台，为律师制度走向规范化、正规化奠定重要基础。党和政府一直很重视律师制度的改革和完善，律师体制改革不断取得大的进步。在总结经验教训，结合现实国情的基础上，律师法的立法工作提上工作日程。几经努力，几经修改，1996年5月15日，《中华人民共和国律师法》终获通过。这标志着中国民主法制建设又取得重要进步。

随着党的十五大精神的进一步贯彻落实，宪法确立的依法治国、建设社会主义法治国家的治国方略正在实施，面对新世纪的机遇和挑战，中国律师业正在走向繁荣和发达，中国律师制度也正健步前行。

徐家力 吴运浩

1999年12月30日

目 录

序 言	(1)
第一章 律师和律师制度的起源	(1)
一、中国律师制度的渊源	(1)
二、外国律师制度的渊源	(13)
三、结论	(18)
第二章 律师制度与中国法律传统	(21)
一、传统法律观念与律师业	(21)
二、传统法律制度与律师制度	(23)
三、讼师与律师	(28)
第三章 清末律师制度的创建与发展	(33)
一、领事裁判权与清末律师业	(33)
二、“代书制”与对律师制度的新需求	(38)
三、创建律师制度的前奏	(46)
第四章 民国律师制度	(52)
第一节 民国律师制度的确立	(52)
一、自由职业者身份的奠定	(54)
二、资格限制方面的早期特征	(56)
三、司法监督与行业监督的双重管理体制	(60)
四、《律师暂行章程》与民国律师制度的基本风格	(64)
第二节 民国前期(1912年至1940年)律师制度 的曲折发展	(66)
一、律师法律体系的形成	(66)
二、审级上的不协调发展	(67)

三、渐趋严格的资格限制	(72)
四、律师义务与职责的变化	(75)
五、律师活动的规范化	(81)
六、一波三折的律师考试制度	(91)
七、民国前期的律师与法律进步	(95)
第三节 民国律师制度的定型	(102)
一、律师检核的严与宽	(102)
二、律师义务的强化	(110)
三、律师公会与律师自治	(119)
四、律师惩戒	(123)
五、外籍律师制度	(125)
第四节 民国律师制度得失论	(128)
一、自由职业与资格限制	(128)
二、消极诉讼义务	(131)
三、行业自治与集团利益	(135)
第五节 民国时期的著名律师	(140)
一、伍廷芳——中国律师第一人	(140)
二、废除领事裁判权——律师功不可没	(142)
三、律师、汉奸——曹汝霖	(144)
四、民主律师——沈钧儒	(149)
五、律师辩护团与“七君子”案件	(156)
六、参加新政协会议的律师代表们	(162)
第五章 新民主主义革命时期革命根据地的律师制度	(172)
一、第二次国内革命时期	(172)
二、抗日战争时期	(173)
三、解放战争时期	(174)
第六章 新中国律师制度的建立、发展与被迫中断	(177)
一、人民律师制度的创建	(177)
二、人民律师制度的发展与被迫中断	(181)

第七章 社会主义律师制度的恢复与发展	(187)
一、恢复律师制度的历史背景	(187)
二、律师制度的重建与初步发展	(188)
三、律师制度和体制改革的积极探索	(197)
第八章 中国律师制度发展的新阶段：《律师法》的制定和颁布	(201)
第一节 《中华人民共和国律师法》的立法过程	(201)
一、1989 年至 1991 年的第一次起草阶段	(201)
二、1993 年至 1994 年的第二次重新起草阶段	(208)
三、全国人大常委会审议阶段	(216)
第二节 《律师法》的主要内容	(227)
第三节 《律师法》出台的历史意义	(231)
第四节 中国律师业的发展现状	(233)
第九章 港澳台地区的律师制度	(237)
一、香港地区的律师制度	(237)
二、澳门地区的律师制度	(241)
三、台湾地区的律师制度	(246)
第十章 国外律师制度	(254)
一、英国的律师制度	(254)
二、美国的律师制度	(258)
三、法国的律师制度	(262)
四、日本的律师制度	(263)
附录	(267)
后记	(379)

第一章 律师和律师制度的起源

从世界各国的律师制度来看，一般都认为律师是指受过法律专业训练，依法经过国家考试、考核，取得律师资格，并持有律师工作执照，为社会提供法律服务的专业人员。律师作为一种职业，历史源远流长。通说认为西方的律师及律师制度起源于奴隶制时期的古罗马，有的甚至认为类似于律师这种形式从事代理案件当事人诉讼或在诉讼中充当被告人辩护人的活动则可以追溯到古希腊的雅典。^{〔1〕}而中国律师及律师制度源自何时，学界多有争议，众说纷纭，莫衷一是。有的认为始于周朝，有的认为始自清末，有的认为始于民国，等等

律师制度是国家民主制度和法律制度中的重要组成部分，它是国家确立的有关律师的性质，律师的资格和执业，律师的业务范围及权利义务，律师的法制责任以及律师的管理等方面内容的一项国家司法制度。律师制度，就我国而言，狭义上仅指律师法，广义指国家制定的律师法和国家各级机关在权限内制定的各种规范性（包括宪法、法律、法令、条例、决议、命令、指示、通知、批示、批复等）文件中有关律师部分的规定的总称。这是我国法律制度的重要组成部分。本书论述的是广义上的律师制度。

一、中国律师制度的渊源

古今中外对律师的称谓，以及在概念的表述上，各有不同。在我国古代，“律师”一词原出自佛教用语，佛教把熟知戒律、并能

〔1〕 张耕主编：《中国律师制度研究》，法律出版社1998年版，第2页。

向人解说的人叫做“律师”，“能否佛法所作，善能解说，是名律师”；^{〔1〕}“道家修行有三号，其一曰法师，其二曰威仪师，其三曰律师”。^{〔2〕}需要指明的是，这里佛教和道家所讲的“律师”与真正法律意义上所讲的律师概念是完全不同的。在中国，“律师”一词，正式见诸于法律的，是清末制定的《大清刑事民事诉讼法》。

律师，顾名思义，律是指法令、法则或规范，或者统称为法律；师是指具有专门知识、专门技能的人。一般而言，律师就是指那些熟知法律、善于解说法律，并能作为诉讼当事人和社会提供法律帮助的专业人员。

从这个意义上来说，我国早在奴隶制社会就出现了专门为保护当事人利益而帮助当事人写诉状、打官司的人。过去这些人被称为“讼师”或“刀笔先生”等。因此，有人说讼师是中国律师的前身或雏形。^{〔3〕}春秋末期郑国的邓析（公元前545年至前501年）是我国古代著名的讼师。当时社会处于由奴隶制向封建制转变的时期，邓析是大夫，是统治集团内的重要成员，属于从奴隶主贵族中分化出来的新兴封建势力的代表人物。邓析主张“不法先王，不事礼义”，而好弄名之学。他根据当时郑国社会的政治、经济情况变化的需要，独立起草了一部刑法，刻在竹简上，史称“竹刑”。邓析开了私家法学著述的先例。邓析本人十分善于辩论，他能“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”。^{〔4〕}因此有人说他“七辩而乱法”。^{〔5〕}邓析经常运用自己的法律知识和技能，帮助新兴封建地主阶级以及平民百姓进行诉讼。由于他是开创私家法学著述的先哲，加之在诉讼中又擅长辩论，扩大了辩护的作用和影响，所以，邓析实际成了中国古代历史

〔1〕 张耕主编：《中国律师制度研究》，法律出版社1998年版，第1页。

〔2〕 《唐元典·祠部郎中》。

〔3〕 阎志明主编：《中外律师制度》，中国人民公安大学出版社1998年版，第4页。

〔4〕 《吕氏春秋·离谓》。

〔5〕 《淮南子》。

上第一位为私人充当法律顾问、提供法律帮助的讼师——或说是律师。^{〔1〕}

实际上，中国古代奴隶制社会基本上实行的是控诉式诉讼，允许当事人之间在法庭上展开辩论。《尚书·吕刑》上讲，“有邦有土，告尔实祥刑。……何敬非刑？何度非及？两造具备，师听有辞。”这里是说要慎刑，诉讼中要有原告控诉，而且要在原、被告双方当事人参加下，法官才能审理案件。在庭审中，法官还要根据“五听”审断狱讼。“五听”中第一个就是辞听，即所谓“观其出言，不直则烦。”这是古代审判官，在庭审中听取原、被告双方当事人陈述，观察当事人心理活动，并判断的一种方法。但是，无论《尚书·吕刑》，还是春秋战国时期的《刑书》、《法经》等，对于辩护或者诉讼代理并没有规定。有的法律文献虽然有对于贵族等社会上层人真正涉讼案件可以请人或者命令其家奴、家臣代理参加庭审活动的规定，例如《周礼》“命夫命妇不躬坐狱讼”等。但有的学者认为，这只是反映贵族在诉讼中享有特权，不能说明当时就出现了诉讼辩护、诉讼代理制度。^{〔2〕}中国古代的集权式专制统治制度，造成中国古代民间手工业、商业并不十分发达，因此产生职业律师的社会条件并不充分。尽管早在奴隶制社会就出现了法律家，但他们出身于贵族世家，属于社会上层。他们必然要主要服务于统治阶级上层，热衷于建立专制主义的中央集权，其活动范围也很小，因此在法律上未能像古代罗马那样，产生和形成较为完整的律师制度。^{〔3〕}严格说来，由于中国封建社会时期，政治上实行的是高度集权的专制统治，经济上自给自足的自然经济占统治地位，司法制度是行政的一部分，或者司法与行政合为一体。另外，在中国古代

〔1〕 阎志明主编：《中外律师制度》，中国人民公安大学出版社1998年版，第17页。

〔2〕 陶馨、宋英辉、肖胜喜：《律师制度比较研究》，中国政法大学出版社1998年版，第4页。

〔3〕 张耕主编：《中国律师制度研究》，法律出版社1998年版，第7页。

传统文化中耻于争讼、以礼为法的民众心态的影响下，在当时司法制度下，很难形成严格意义上的职业律师和律师制度。但是，这并不是说中国古代缺乏律师的职业或身份，有关辩护、代理、法律顾问等类似于律师的活动早有记载，这可以说是中国古代的律师制度的萌芽。事实上，不论在官方还是在民间，一直存在着一些带有西方国家律师制度色彩的现象。

谈到讼师或律师，就必然要谈诉讼代理，这是讼师或律师职业内容之一。通过目前掌握的一些史料，研究和探讨我国古代的诉讼代理，对于全面研究我国律师制度十分有益。

一般认为，我国古代的诉讼代理源于西周。《周礼》，原名《周官》，是记载古代设官分职的典章制度和礼仪规范。传说是周公所作，实际上是出于战国时期具有浓厚儒家味道的法家之手。《周礼》中就有关于诉讼代理人的记载，被代理人一般是有一定地位的统治阶级成员。《周礼·秋官·小司寇》中记载：“凡命夫命妇不躬坐狱讼”。意思就是说，作为原告或者被告的命夫、命妇者，无须亲自到法庭上进行诉讼。《周礼疏》对此解释说：“古者取囚要辞皆对坐，治狱之吏皆有威严；恐狱吏褻，故不使命夫命妇亲坐。若取辞之时，不是不坐，当使其属或子弟代坐也”。这体现了周朝在礼刑的制定和适用上的一条重要原则，即“礼不下庶人，刑不上大夫”。命夫者，其男子为大夫者；命妇者，其妇人之为大夫妻者。躬，是指亲身或亲自。恐狱吏褻，是指怕法官在审判时侮辱奴隶及贵族的人格尊严。由此可见，周朝的诉讼代理是为维护奴隶主贵族的特权而设立的，是奴隶主统治阶级意志在司法活动中的一种表现。

另外，在考古发现的地下文物中，也证实了西周存在诉讼代理的情形。例如，1975年陕西省岐山县出土的青铜器《猭匭铭》上记载了一起诉讼案件的判决书。其中就涉及到原告、被告、判官、诉讼代理人与证人等。据考证，该铭记于公元前808年。

《左传》中记载了两个诉讼代理案件：一个是僖公二十八年即公元前632年，卫侯与元喧争讼于晋。因为卫侯是国君，元喧是他的臣

子,君臣出庭争讼有损君主的威严,不合宗法等级,所以卫侯派鍼庄子代理自己出庭坐地对质,同时还派宁武子和士荣协助鍼庄子。结果卫侯输了官司,便杀了士荣,砍了鍼庄子的脚,宽免了宁武子。另一个案件是襄公十年即公元前 563 年,楚王叔陈生与伯舆争讼,王叔派其宰臣,伯舆派其大夫,分别代理二人坐狱于王庭而对质争辩。通过这两个案件也可以看出,因为诉讼当事人的地位非常高,所以为维护自己的人格尊严,故派其臣子代为参加诉讼。

大夫不躬坐狱讼,而由他人代理诉讼,在秦代文献《秦简·封诊式》中也有记载。从现有的历史资料来看,秦朝以后,至唐、宋,还未见有关诉讼代理的成文法规定。元朝《大元通制》是元英宗至治三年即公元 1323 年 2 月颁布的一部系统的成文法典。直到元代,“诉讼”首次以类目而独立成篇于法律之中,出现了民事诉讼与刑事诉讼、程序与实体相分离的趋势,有了较严格的诉讼制度。如诉讼中官吏的分工受理、诉状的格式要求、老残重病病人的诉讼代理、仕官的诉讼代理等等。^{〔1〕}《元史·刑法志》所载《大元通制》规定:“诸致仕官不得与民齐讼,许其亲属家人代诉,所司侵扰之”,另外还规定:“诸老废笃疾,事治争讼,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,必须亲陈者听。”由此可见,元朝规定两种代理:一是仕官的诉讼代理。这个体现了“大夫不躬坐狱讼,刑不上大夫”的诉讼原则,维护了封建特权。二是老、残、重病者,除涉及谋反叛逆、子孙不孝和被人侵犯侮辱等案件外,都可以令其家人亲属出庭代理诉讼。这一规定,表明元朝的诉讼代理比周、秦的诉讼代理有了很大程度上的进步,使诉讼代理由贵族阶层延伸到部分平民阶层,为后世的诉讼代理起到率先垂范的作用。^{〔2〕}

〔1〕 阎志明主编:《中外律师制度》,中国人民公安大学出版社 1998 年版,第 14~15 页。

〔2〕 前引书,第 15 页。

明朝法制，上承唐制、下启清制，但在代理制上，则是上承元制、下启清制；并在诉讼代理的对象上，无论明朝还是清朝，更趋向平民化，更进一步限制官吏。《明律》中规定：“凡年老及笃废残疾之人，除告官谋反、叛逆、子孙不孝，亲自赴官陈告外，其余公事，许令同恬亲属通知所告事理的实之人代告”。《明律》还规定：“凡官吏争讼婚姻钱债田土等事，听令家人告官理对，不许公文行移，违者笞四十”，“诬告者，罪坐代告之人”。由此可见，对于普通平民的诉讼代理，明朝虽然和元朝有些近似，但较明确，并扩大了诉讼代理的范围，例如“为同居所侵侮的纠纷”，没有将其列入禁止诉讼代理的范围，便意味着可以进行诉讼代理。而对官吏的诉讼代理，除年老、有病和涉及大案以外，仅限于婚姻、财产纠纷。从这些规定还可以看出，不论是平民还是官吏，对其诉讼代理人都有严格的法律责任，即如果是诬告，则要反坐。

清朝初、中期前有关诉讼代理的规定，和明朝类同。综上所述，我们可以得出这样一个结论：没有诉讼代理，就不会有诉讼代理制度；尽管中国古代诉讼代理制度十分粗糙，与律师职业意义上的诉讼代理相去较远，但这毕竟为中国律师制度的萌芽和发展提供了一个背景、一个前提。

春秋之后至隋朝，帮人写辞牒、打官司，多为民间人士的自发行为，在唐朝，除了民间人士所为外，大多被皇室的一些闲居官员所垄断，成为私下的专门职业，人们称这些人为“讼师”。从此，讼师职业经久不衰。在中国古代，打官司先要向官衙呈递诉状，陈述案情。由于当事人大多是普通平民，文盲较多，无法用文字来表述案情，于是社会上一些人做起专门为他人代写诉状及其他文书的职业。在秦汉之前，毛笔和纸张尚未发明，官府和民间的各种文书都用刀刻在竹简上，以刀代笔。因此人们习惯上把在官衙里面专门从事撰写各种文书的官员称为“刀笔吏”，把社会专门代人撰写诉状的讼师称为“刀笔先生”。《唐律疏议·斗讼》中记载：“诸为人作词牒，加增其状，不如所告者，笞五十；若加增罪重，减诬告一