

## 近代中国律师群体的出现及其新知识背景的影响

律师作为一种体现着民主精神的职业，与专制不相融合。在转型时代的中国，他们作为不同法律文化的产物，在其社会行为中深深地打上了新知识、新观念的印记。

### 一、中国本土律师的出现

19 世纪末至 20 世纪初，在日益兴起的维新改革思潮中，一些中国人已经开始比较理性地去认识律师制度了。1894 年，郑观应在《盛世危言》一书中就提出：“中国亦以状师办案，代为剖析，使狱囚之冤情得以上达”。<sup>1</sup> 在这里，郑氏所说的状师就是律师，其关注的问题在于律师可以帮助制止冤案的产生。尽管他没能作过多的阐发，没有从更为广义的层面上去看待律师制度对于个人权利的保护，但是这种说法已经是那个时代比较接近于律师制度本意的解读了。随着时间的推移，中国人对外界的了解有了进一步加深，因此有关律师制度的议论当然也就更具识见了。1902 年刊印的《皇朝经世文新编续集》在其法律篇中收入了顾家相的文章，从这篇文章的内容来看，作者对西方律师制度则有了更深入的理解，他说：

泰西则务伸民气，谓人人有自主之权，彼此互争专藉律师为枢纽，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，西国之重用，欲其伸民之权。荤菜

该文的作者已从体制上的差异来看待中西方在使用律师方面的不同，强调了君权与民权的区别所造成的不同结果。并且认为：

方今五洲信道交涉日繁，江海大埠华洋互讼必须延请律师，与其取材异地，曷若择中人之娴西律者使充是选，并令聪颖子弟入外国学堂讲习西律，一体考试，以储他日之用，亦讲交涉者之急务也。”<sup>2</sup>

应该说他与郑观应都认为中国需要有自己的律师，但他们的着眼点显然有所不同。清末宣传维新思想的巨擘严复在这方面也有论述，他于 1904 年开始翻译孟德斯鸠的《法意》，在给此书所加的一则注中指出：“夫泰西之所以能无刑讯而情得者，非徒司法折狱之有术，而无情者不得尽其辞也，有辩护律师，有公听之助理，抵瑕蹈隙，曲证旁搜，盖数听之余，其狱之情，靡不得者。而吾国治狱，无此具也，又况涛张之民，誓言无用，鹬突之宰，惟堪不明，则舍刑讯，几无术矣。”<sup>3</sup> 在这里，严复则是将中国与泰西的司法制度作比较，指出中国司法存在

<sup>1</sup> 夏东元编：《郑观应集》，第 501 页，上海人民出版社 1982 年。

<sup>2</sup> 顾家相：《中国严禁讼师外国重用状师名实异同辩》，《皇朝经世文新编续集》（甘韩 辑，杨凤藻 编校），第 344-345 页，台北，文海出版社 1972 年，据光緒壬寅(1902)商绛雪参书局刊本影印。

<sup>3</sup> 《孟德斯鸠法意》第 19 卷 22 章续申前说，第 419 页，北京，商务印书馆 1981 年

的不足，而其中缺少律师制度的实行也正是那些不足的一个方面。这些议论表现了当时那些具有革新思想的人们的基本认识，以及他们改变现状的要求。当 20 世纪初中国的法制改革摆上了议事日程时，设立律师制度也就很自然的成为其中的一项重要内容。

1902 年 3 月 11 日，清廷下诏，要求出使各国大臣查取各国通行律例，送回国内，以资参考。并责成袁世凯、刘坤一、张之洞等大臣，“慎选熟悉中西律例者，保送来京，听后简派，开馆编纂，请旨审定颁发。”<sup>4</sup> 5 月，清廷根据张之洞等人的奏保，命沈家本、伍廷芳参订现行法律，要求“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。”<sup>4</sup> 随之，沈家本和伍廷芳经过几年的准备后，便开始了一系列的修律工作。经他们编订的新律有《刑事民事诉讼法》、《大清新刑律草案》、《法院编制法》、《违警律草案》、《大清现行刑律》、《商律》、《国际条例》、《禁烟条例》、《刑事诉讼律草案》、《民事诉讼律草案》、《大清民律草案》等。其中沈家本、伍廷芳于 1906 年主持完成的《刑事、民事诉讼法》，就直接引进了西方的诉讼制度和原则，当然其中也包括实行律师制度。新法的制定者对当时所面临的形势深有认知，并在所上的奏折中说明了实行律师制度的必要性，他们认为，从诉讼当事人的角度说，“盖人因讼对簿公庭，惶悚之下，言词每多失措，故用律师代理一切质问、对诘、复问各事宜。”<sup>5</sup> 而从国家的利益出发，使用自己本国的律师就更有必要，“夫以华人讼案，借助外人辩护，已觉扞格不通，即使遇有交涉事件，请其申诉，亦断无助他人而抑其同类之理，且领事治外之权因之更形滋蔓，后患何堪设想。”<sup>5</sup> 这一法律文件分五章：总纲、刑事规则、民事规则，刑事民事通用规则、中外交涉案件，共 260 条。在刑事规则和民事规则，以及刑事民事通用规则中都有关于律师的条文。其中规定：“承审官应准被告或所延律师得向原告当堂对诘。”“被告或所延律师均准向原告各证人对诘。”“被告或所延律师对诘原告各证人后原告或所延律师亦可覆问原告各证人。”<sup>6</sup> 此外还对律师资格、注册、违纪处分等内容作了明确的规定。这是中国第一部诉讼法规，也是中国第一部确认律师辩护的法律文件。然而在这一新法递交之后却引来了各地督抚的强烈反对，其中的一条重要理由就是在中国实行律师制度只会带来祸患，会导致“良懦冤抑，强暴纵恣，盗已起而莫惩，案久悬而不结”<sup>7</sup>。这个法最终未能得以实行。此后，在沈家本等人编订的那些新法中有不少涉及了律师辩护的内容，例如《大清刑事诉讼草案》和《大清民事诉讼草案》，就规定非律师不得为辩护人，所有律师必须经过考试，才能就职，而且还要受审判衙门的必要监督。认为只有这样，才不至有包揽词讼、咆哮公堂之弊。若律师以外之人为辩护人，则以经过审判厅许可为限，未经许可者不得从中干预。尽管这些对律师办案有实质性内容规定的法案都未能予以实施，但是清政府于 1909 年和 1910 年先后颁布的《各级审判厅试办章程》和《法院编制法》，则以法律的形式确定了律师存在的合法性。其中由沈家本等人编订的《法院编制法》规定，从事律师的年限可以成为推事和检查官的重要条件。例如，“充京师及各省法政学堂教习或律师历三年以上者得免其考试，作为候补推事、候补检查官。”“充任京省法政学堂教习或律师五年以上而任推事及检察

<sup>4</sup> 《清实录·德宗朝》卷 495，498。

<sup>5</sup> 《伍廷芳集》上册，第 280 页。

<sup>6</sup> 《刑事民事诉讼法》，《大清新法律汇编》，第 266-267 页，上海，群益书社 1910 年。

<sup>7</sup> 《复议新编刑事民事诉讼法折》，光绪三十三年八月（1907 年 9 月），《光绪朝东华录》，总第 5733 页，北京，中华书局 1958 年。

官者。”“充京省法政学堂教习或律师十年以上而任推事及检察官者。”<sup>8</sup> 这种对律师的承认，毫无疑问为律师制度在中国最终确立起来创造了条件。

有了清末法律改革的预先铺垫，在新的历史条件下，律师制度的实施也就是水到渠成、顺理成章的事了。1912年3月，南京临时政府内务部警务局长孙润宇将其编成的《律师法草案》送呈临时大总统孙中山，他在呈文中说明了建立律师制度的重要性：“盖有律师，为诉讼人攻击辩护，事事依据法律，绅既无所容其缺望，官亦不能稍有徇违。而自起诉检查一切手续，皆有律师为之先导，不致仍前无所适从。民间恶感，非但可以消除，而律师之信用既彰，则于司法机关且可因以发展。其关系诚非浅鲜。……诚以司法独立，推检以外不可以不设置律师与之相辅相制，必使并行不悖，司法前途方可达圆满之域。”<sup>9</sup> 孙中山阅后，在其批文中这样写道：“律师制度与司法独立相辅为用；夙为文明各国所通行。现各处既纷纷设立律师公会，尤应亟定法律，俾资依据”<sup>10</sup> 并随即将此草案转至法制局审核，以便“咨送参议院议决”。值得指出的是，孙中山在批文最后加上了“切切！此念”数字，表明了他对此事的重视程度。由于南京临时政府存在的时间短暂，该政府没有来得及将其付诸实行。不过这一问题在迁都北京后仍然得到了同样的重视，并且很快地将律师章程付诸实施了。1912年6月，参议院通过《司法部官制》，其中就有关于律师的内容。同年9月16日，北洋政府正式公布施行《律师暂行章程》，这是中国历史上实行的第一个律师法规，标志着律师制度开始在中国确立起来。有研究者指出，这一律师章程是以日本的律师法为蓝本的。稍后，北洋政府还公布了《律师登录暂行章程》、《律师惩戒会暂行会则》、《律师应守义务》、《律师考试令》等法规，力图使新建的律师体制完善起来。于1915年颁发的《律师应守义务》就明确指出：“查现在情行，原章尚多漏义，所有律师对于法院及当事人应守义务，除遵照现行律师章程第五章之规定外，本部为补救流弊起见，兹将酌定五款，飭知该应转飭所属一体知照。”其中前四款进一步规定了律师与委任人之间的关系，例如第二款就为了杜绝律师可能不正当地从原被双方均获利益，明确规定，“律师因处理委任事务，不论用何种名义或基于何种行为，向委任人之相对人取得利益时，须移辖于委任人。”而第五款则明确提出，如果“发见律师有扛帮诉讼，教唆供述供述，虚构事实情事时，应即移付惩戒。”<sup>11</sup> 很显然，这些条款都是根据实际问题出现的，为了进一步保护委托人的利益，以及规范律师业而提出来的。

在中国，最早出现的本土律师是那些留洋学生，还在辛亥革命爆发之前他们就活动于沿海城市的租界，但为数很少，一般都依附于当时的外籍律师事务所。1912年1月初，江苏都督府提法司任命陈则民等32名法政学堂毕业生为公家律师，并指出：如有原被告聘请他们，他们便可上法庭为其辩护，<sup>12</sup> 这是最早由政府公布的本土律师名单。与此同时，江浙一带包括上海地区也已经出现自发组织的律师团体。在《律师暂行章程》正式公布之后，律师组织开始被纳入到一个相

<sup>8</sup> 《法院编制法》，《大清新法律汇编》，第191、193页，上海，群益书社宣统三年出版。

<sup>9</sup> 《临时政府公报》，第54号(1912年4月1日)，第14页。

<sup>10</sup> 《孙中山全集》，第2卷，第274页，北京，中华书局1982年。

<sup>11</sup> 《民国十三年订编法律大全》第950页，上海，商务印书馆1924年。

<sup>12</sup> 《金閭新纪事》，《申报》，1912年1月8日，上海书店1982年影印本，第116册，第100页。其名单：陈则民、钱谦、陈毓璇、徐用锡、孙巩圻、祝寿柏、丁榕、陆家鼐、周衡、范惠、孙展圻、巢堃、王凤瀛、李文玉、吴让礼、胡廷宪、朱祖壶、金石声、宋铭仁、宋肇琪、贺冠南、吴曾善、江维钧、俞高嵘、罗逢瀛、罗永清、蔡倪培、潘志冈、沈复、钱崇固、沈兆芝、沈兆九。

对有序的制度框架内，成了司法制度的重要一环。按规定，要成为一名正式的律师，必须要通过相关的审核，在司法部登录备案，并由司法部发放律师证书。截止到 1912 年年底，即《律师暂行章程》正式实施后的 3 个多月时间里，司法部向 297 人颁发了律师证书，到 1913 年 6 月，累计获得律师证书的人为 1492 名<sup>13</sup>。随着时间的推移，各地都纷纷组织律师公会，其会员的人数也在不断增加，至 20 世纪 30 年代中期，全国的律师人数达到了一万多人。据当时司法统计，1935 年各地律师公会员数总计为 10249 人。1936 年各省律师人数分别为：<sup>14</sup>

江苏	浙江	江西	湖北	湖南	四川	河南	山东	山西	陕西	甘肃	福建	广东	广西
2517 人	966 人	371 人	730 人	254 人	234 人	389 人	736 人	97 人	35 人	10 人	429 人	1132 人	108 人
贵州	察哈尔	绥远	合计										
8 人	15 人	18 人	8049 人										

由于发生战事，当时河北高级法院并未将该地的律师人数上报，因此 1936 年度司法统计少了河北的数据，与上年度相比也就少去 2200 人（这相当于当时河北律师的人数）。从这个统计数据我们可以看到，律师的分布是很不均匀的，城市化发展得较快的地区其律师人数明显较多。当时上海的律师人数为 1313 人，是国内城市中最多的。

## 二、一个新的知识群体

与传统时代没有地位的讼师全然不同，本土律师一出现就有着引以为荣的社会身份，一方面他们是正在筹建的新法律体系的一部分，是社会需要的产物；另一方面，他们的业务活动与维护人权相连，体现了当时社会发展的方向。

之所以说他们是新的知识群体，则是从两个方面来说的，其一，就律师这部分人所从事的职业而言，是一种在传统中国社会中所没有的职业，或者说是传统社会无法容纳和不愿接受的职业。从社会分工的角度说，律师无疑是一种新的社会职业，是传统社会中不曾有过的新的社会成员，他们所从事的律师工作是专业性很强，知识程度要求较高的工作。作为新社会知识群体的一部分，他们与传统知识分子明显不同，他们大都接受了新式教育，而且所从事的职业就是服务社会，为各类不同的当事人做法律代理，为他们出庭辩护，其所走的生活之路与传统士人的读书做官大异其趣，带有着商业社会的明显特征。

其二，他们所接受的法律教育，是近代以后才兴起的新的教学内容，这在以科举为中心的传统教育中是没有地位的。以我国最后一个王朝清朝为例，在其一般的教育系统中基本就没有法律教育的内容。官员的法律知识并非得自于正统教育，而是来自于行使职务的行政经历。作为从事法律事务的幕友则是从师受业，他们所采取的教育形式与后来的学校教育有很大不同，所学无非是如何

<sup>13</sup> 《司法公报》，第 5 号，

<sup>14</sup> 司法行政部统计室：《民国二十五年度司法统计》，第 455-458 页

熟知法律内容和司法程序，书写法律文书，以及如何断案等等。<sup>15</sup> 这些教学内容非常具体，尽管针对性及实践性很强，但缺乏现代学科意义上的理论化及系统化，这与西方的法律学校以及清末民初开始出现的新式学校中的法律教育有着很大的不同。1905年伍廷芳、沈家本奏请设立法律学堂，在其拟设的课程中虽然有大清律例、唐明律及现行法制等内容，1910年学部在设立京师法政学堂章程中也还设有大清新刑律和人伦道德，但除去这些传统内容之外，其他课程都是现代法律科目。至1912年10月，中华民国教育部公布的法政专门学校规程中已不见传统法律内容，课程完全依据西方法学体系来设置，其规程规定：法政专门学校修业年限，本科三年，预科一年，本科由预科升入。本科设法律科、政治科、经济科。法律科必修课程为：宪法、行政法、罗马法、刑法、民法、商法、破产法、刑事诉讼法、民事诉讼法、国际公法、国际私法、外国语。选修课设：刑事政策、法制史、比较法制史、财政史、法理学。<sup>16</sup> 这一规程中的课程是一个法制社会所必备的内容，是传统教育中前所未有的，其目的正在于培养适合新形势的法律专门人才。尽管民国之初建立起的法律学校还很不成熟，并没有完全达到上述那样的标准，但是随着发展，这种状况在不断改变。以法学教育开展得较好的上海地区为例，30年代持志学院的法科，4年学制，设置必修课程40门：第一学年9门，国学概论、英文文学、英文修词及作文、社会学、政治学、经济学、民法总论、党义、军事教育；第二年7门，宪法、债权概论、物权法、罗马法、行政法、刑法总论、刑法分则；第三年12门，债权各论、民事诉讼法、刑事诉讼法、国际公法、土地法、公司法、亲属法、法院组织法、军事教育、继承法、诉讼实习、选修；第四年11门，中国法制史、国际私法、民事诉讼法二、保险法、破产法、劳工法、海商法、监狱学、强制执行法、诉讼实习二。此外还设有7门选修课：刑事政策、法医学、犯罪学、公文程序、指纹学、中国法律思想史、欧美法律思想史。<sup>17</sup> 而30年代东吴大学法学院的课程设置更加完备，该校学生所修课程达到五六十门之多，其学习内容涵盖大陆法、英美法、中国法三种不同法律体系中的广泛课程。1934年东吴法学院公布的课程就有：中国法、近代大陆法（法国、德国、日本和苏俄民法）、英美法，以及罗马法和国际公法、国际私法。学生不但要学习罗马法和法律拉丁文，还要研究大陆民法（德国或法国）；比较法选修课有各国法制史和各国刑法比较。这突出地体现了东吴法学院比较法的学习与研究。<sup>18</sup> 以东吴大学1938年法律系毕业生为例，一个英文名为Peter Pau Koo的学生，在其5年的学习中所修的课程如下：第一年：国文、修学指导、英文、社会学初步、法院组织法、中国法制史、公文书式、世界史、政治学纲要、心理学；第二年：民法总则、刑法总则、宪法、罗马法、英美刑法、国际公法、法律伦理、刑法分则、行政法、劳工法；第三年：民法物权、民法债编、公司法、民事诉讼法、刑事诉讼法、英美侵权行为、票据法、证据法学；第四年：民法亲属、保险法、英美契约法、国际私法、法理学、诉讼实习、民法继承、土地法、海商法、强制执行法、法律哲学、立法原理、诉讼实习；第五年：经济学、监狱法、法律思想史、大陆民法、英美衡平法、英美亲属法、理论学、会计学、

<sup>15</sup> 参见张伟仁：“清代的法学教育”，贺卫方编：《中国法律教育之路》，第145-247页，北京，中国政法大学出版社1997年。

<sup>16</sup> 引自李贵连主编：《二十世纪的中国法学》，第51-52页，北京大学出版社1988年。

<sup>17</sup> 《持志学院一览》（1933年），第11-16页。

<sup>18</sup> 参见康雅信：《培养中国的近代法律家：东吴大学法学院》，贺卫方编：《中国法律教育之路》，第249页，中国政法大学出版社1997年。

社会伦理、审判实务、违警罚法、论文。此外，该学生在校期间还选修了俄文、德文、苏俄司法制度、海陆空军法、警察行政、军事训练等课程。<sup>19</sup>特别应该指出的是，在注重书本学习的过程中，这样的教育也并没有忽视实际操作，持志学院和东吴大学等学校的法律专业都设有诉讼实习的课程内容，让学生在模拟法庭上，通过自己的实践掌握法律知识技能。特别是东吴大学，在每次进行诉讼实习的时候，都请法院的法官来进行现场指导，从而使得这样的实习效果十分明显。在北京，朝阳大学也是一个法学教育的很好典范，尽管它与东吴大学的教育侧重点有所不同，但其法学教育的系统性与完整性同样十分突出，一名学生在这里经受四年的法学教育，他同样需要修四十多门必修课。上个世纪 20 年代朝阳大学公开刊印的法律科讲义就达三十种之多。作为对法律专门人才的培养，学生们经过这样的教育，应该说所具备的条件已相当全面了。且不说这样的知识结构是传统教育所无法给予的，更重要的是，这种教育所基于的思想理念与传统观念截然不同，它与当时的社会发展完全吻合，是基于社会的需要而出现的。总之，通过这样培养而造就的学生才是适合当时社会发展的新型人才。正是由于这种异于旧式教育的知识背景，使他们的思想理念也迥异于传统的士大夫。

概括地说，律师是随着近代社会变迁的新需要而产生的，无论从其职业功能还是工作性质来看都体现了新时代的要求，同时也体现了与旧时代十分不同的社会内涵。

### 三、新知识背景的影响

在认识了中国律师群体的产生及其接受教育的基本过程之后，我们要追问的一个重要问题是，他们从所接受的新式法律教育中究竟获取了什么样的养料，受到了什么样的影响？要回答这样问题，我们首先就应该深入到法律教育的内容中去，去探寻当时法律教育的核心内容及其知识体系。

自清末开展法律改革以后，新式法律学校层出不穷，尽管初期的学校良莠不齐，但是随着时间的推移，法律教育逐渐形成规模，教学水平也有了很大的提高。从以上我们所列举各校的课程来看，全新的课程设置，使法律学校的学生接受了与传统教育截然不同的教学内容和思想理念。从法律专业的角度说，在经过法律专科或本科的教育之后，学生至少对近代西方的法律体系，尤其是大陆法系有了较为全面的了解，对法律的作用有了明晰的认识。并且通过对诸如民法、刑法、行政法、民事诉讼法、刑事诉讼法等实体法和程序法的学习，为他们将来从事法律职业的工作打下了一定的基础。如前所述，不少学校在传授专门知识的同时还开设诉讼实习课，并设立摹拟法庭，在学员走上法官、律师等法律职业工作之前，就为他们提供将所学的知识如何运用到职业实践中去的机会，这对他们来说是极为有益的。民国时期的律师除了一部分从国外留学归来，其中大部分都是在本国法律院校中接受这样训练的。经过这种训练，使他们有了成为合格的法律人的可能。

然而从观念层面来看，近代以来中国的新式法律教育内容与中国传统的教育内容差异很大，它们来自于西方，与近代西方的商业社会以及民主政治紧密相连，从当时法律院校的法学通论、法理学、民法学、刑法学、宪法学、立法原则等基本课程中我们可以大致勾勒出新式法律教学的基本理念和基本思想。

---

<sup>19</sup> 《东吴大学法学院 1938 年毕业生学籍材料卷》，上海市档案馆藏，档案号：Q245-1-284（2），第 269 页。

其一，强调平等观念，法律面前人人平等，这是西方各国法律的一项基本原则，“今日之法律思想，法律上之人不分宗教、种族、职业、身份、男女及年龄，皆以平等为原则。”<sup>20</sup> 这在清末的京师法律学堂以及浙江法政学堂等学校的讲义中就一再强调。民国成立后，把类似这样的内容写入了临时约法。在此后创办的法律院校中，这样的思想更是贯穿于各种课程讲义中。

其二，强调权利观念，阐释人们在社会中所应享有的各种权利。因为“解释今日之法律，非以权利之观念为出发点不可也。”<sup>21</sup> 当时的法学通论等教材在论及权利相关内容时，依照当时的西方理论，一般将人们享有的权利按照公、私法之别将其区分为公权与私权，公权包含：行为请求权、自由权、参政权；私权则包括：人生权、财产权等。在这样的区分之下，还有更为细致的划分，譬如在人生权之下包括，人格权、身份权，而人格权有 7 种，身份权有 4 种。<sup>22</sup> 当人们的权利受到损害时，他们可以为保护自己的权利提出相应的诉求。当然在享有权利的同时也还要承担义务，但这与传统时代所强调的内容则有很大的不同。

其三，刑法方面，强调罪刑法定、罪刑相适应原则的同时，仍关注人权的保障，关注刑罚中的人道主义。

其四，民法方面，贯彻保护私人财产的原则，主张契约自由，过失责任，等价交换等观念。

其五，宪法方面，主要介绍西方各国的国家体制，以及民主共和观念，强调立法、行政、司法的三权分立原则，宣传国家主权观念以及保障公民权利等内容。

总之，这些基本原则和观念，构成的是一种全新的法律世界观。对于转型时代的中国人来说，其实它首先体现的是一种由臣民意识向公民意识的重要转变，在这个意义上，新式法律教育又可以说是一种强化公民意识的教育。专制时代的文化与意识形态给民众灌输的是臣民意识，即奴仆意识，在君权至上的价值准则下，人们信奉着“君要臣死，臣不得不死；父要子亡，子不得不亡”的信条，只知服从，尽义务，不知权利为何物，缺乏权利的自主意识。而公民意识则与此迥然相异。所谓公民指在一个国家里，具有该国国籍，并享有法定权利和义务的社会成员。公民意识则主要指公民对于自身享有法定权利和义务的自觉，其中享有权利和履行义务是互为前提或基础的。在这样的公民意识里，维护自己和他人的自由权利、尊严和价值是其重要的内容。新式法律教育内容完全契合于上述公民意识概念的表述。正是立于这样的基点，当我们两个不同时代的法律人古代讼师与现代律师作比较时，两者的区别显而易见。

首先，在司法过程中所起的作用就明显不同：其一，由于律师制度的确立，法律代理人通过法庭的辩论对于当事人的权益，特别是私人权益予以保护。而这在讼师那里却难以实现，由于在传统时代他们无法介入庭审过程，因此他们一般只能对涉案当事人提供相对有限的法律帮助。如果他们要提供较多的服务，那就会越过界线，有遭到处罚的危险。这里说的“越界”，实际上就是超越了权的界限，因为处理官司是属于官方的事务，属于公权的管辖范围，私人绝不能随便涉足。律师作为个体的代表据理力争，在传统的当权者看来只会威胁到官府的地位，当然是无法接受的。其二，律师作为职业的法律从业者，他们用自己的合法身份以及合法的话语权来为当事人申辩。通过这样正常的法律渠道，一方面，他

<sup>20</sup> 《民法总论·浙江法政学堂讲义录》第一学期第二册，第 35 页，光绪三十四年九月初版。

<sup>21</sup> 《民法总则》，上海法学院讲义，上，第 17 页，上海社会科学院图书馆藏。

<sup>22</sup> 见《法学通论》，朝阳大学法律科讲义，第 115 页，1917 年出版。

们可以为法官作出最后裁决提供重要的依据；另一方面，他们甚至还可以对法官的不公判决提出异议，起到一种不容忽视的制约作用，从而在相当程度上避免法官的偏听偏信，以及专断的现象发生。正因为讼师不可能像律师那样名正言顺地代表原被双方，直接在法庭上为自己的当事人申诉，他们所做的一切就只能在庭外进行。于是，当事人之间就无法根据各自的利益和不同的看法展开法律层面的对话，而只得被动地听凭法官的裁决。因此，传统中国的衙门就只能是州县官居于强势的机构，在这种条件下判案，不专断，不偏颇是不可能的。

即使有上述的不同，人们仍然常常把传统时代的讼师称之为“古代律师”，其原因就在于律师与讼师有着一个共同的前提，即他们都从事于法律事务的代理，是司法过程的一部分。两者参与司法过程的法律活动的确存在着一定程度上的相通之处，但两者之间的差异仍然很大。从整体来看，律师为当事人处理法律事务，为当事人辩护，相对来说是一种具有自觉意识的维权行为，同时由于他们所具有的全新知识背景使得他们的法律活动比起讼师来，所涉及的面要远为宽广和复杂，而且也更有深度，两者的法律活动不可同日而语。更重要的是，这里所体现的不同点最终还是要归结到不同的法律知识背景以及不同的思想理念上来。在主观上，两者之间可以说存在着公民意识与臣民意识的明显差异。因为，有没有律师的出庭辩护，其关键点就在于有没有维权的核心价值，这是律师之所以为律师而不同于讼师的关键所在。传统中国的法律并不是以保护人的基本权利为自己的价值目标的，这与律师职业以权利为依归的法律文化有所不同。

正是具有这种共同的知识背景，使得律师群体有着比较一致的价值观，再加上自由职业者所具有的特性，因此在民国历史上，律师的群体活动显得异常活跃。作为法律人，他们不仅在司法过程中为公平正义慷慨陈词，而且也为健全法律环境建言献策。他们追求民主，也为捍卫国家主权挺身而出。这在上海地区表现得尤为充分。

1923年10月，全部由上海律师公会成员组成的法治协进会通电全国各职业组织和公团，坚决反对议院任期届满而延期的违宪行为，他们在通电中从法制的角度尖锐地指出：

民国肇造，十有二年，变乱相寻，迄无宁岁，推源祸始，厥由攘权窃柄之人，暴戾恣睢，毁法乱纪，以便私图也。然暴徒毁法，其为祸犹可逆计，至若号称全国最高立法府之国会，国民代表之议员，而亦以毁法乱纪为能事，此其为祸，宁有穷期！现于近日参众两院通过延长期案，不禁疾首痛心，发指眦裂，虽欲为议员恕而不可得矣。……国有常刑，况众院议员既经任满，参院因连带关系，概不能行使职权，则其开会议决，毫无凭藉。故在众院未经改选之前，议员种种行为，法律上既无根据，当然不生何种效力。本会同入蒂目时艰，以促成法治为天职。而因事立言，屏绝对人感情作用，一以法律为依归。盖以法者，国之大本，民之所与立也。法之不存，国将不国。库诤知毁法乱律之行为，竟出于全国最高立法府之国会，代表国民之议员，是可忍，孰不可忍。本会同入对于此等违宪行为，誓不承认，我举国发团，各界领袖，同为民国主人翁，倘人心未死，清议犹存，其将何以教之。<sup>23</sup>

这样的法律诉求，体现出上海律师们极强的法制观念和很高的职业素质。为了促使法律的不断完善，上海律师或是以个体律师的身份，或是以律师公会的团体名

<sup>23</sup> 《法治会反对众院延期》，《时报》，1923年10月8日，第6页。



义提出了诸多建设性的建议,其中一些意见在一定程度上影响法律制度完善的实际进程。上个世纪30年代初期上海律师公会在国内较早地提出实施公设辩护人制度的建议,尽管国民政府迟至1945年才公布《公设辩护人服务规则》,但这一建议的作用最终还是得到了实际的体现。此外,在收回法权以及九一八事变后的抗日救亡过程中,上海律师群体更是起到了积极而重要的作用。尤其是在收回会审公廨的问题上,上海律师公会向政府部门多次呼吁,并提出了许多具体的建议。从最终收回会审公廨所实行的办法来看,他们的不少建议得到了当时政府的采用。这些都充分体现出上海律师群体维护国家主权和领土完整的迫切心理。

就全国范围来看,类似的情况还有不少,在20世纪30年代的冤狱赔偿运动中,各地的律师组织在全国律师协会的协调组织下积极地参与。中华民国律师协会冤狱运动委员会在开展全国性的宣传活动之际发表宣言指出:“本会凛于法弱国弱之训,深以法院府怨为忧,爰乘司法长官整饬纪之会,一致本救焚拯溺之精神,亟求实现冤狱赔偿制度,以保障我人民生存之权利,即以建全我国家之组织。盖国家系一种有机体,若其构成分子不能遂其合法之生存,则亦无异于人生之细胞,失其生理上之营养。细胞不得其养,而人身伤构成分子不保其生存,则国亦不国矣。”<sup>24</sup>这番话正道出了律师界面对这些法制缺陷而感到的忧虑,以及对建全法制所抱有的无限希望。虽然建立相关制度的呼吁并未能被当时政府采纳,但颇有声势的宣传活动给社会带来了积极的影响。在贫民法律援助问题上,全国律师界同样也作出了自己的努力,1934年,中华民国律师协会拟定《贫民法律扶助会暂行规则》,随后向各地律师公会征询意见,得到积极的响应。上海、金华等地律师公会纷纷附设贫民法律扶助会,为弱势群体提供法律援助。

以上这些活动与律师的职业有着密切的联系,同时也越出了具体的律师职业范畴,所有这些,都可以从他们的知识背景中得到恰当的解答,或者说,还可以从公民意识的诠释中得到印证。

总而言之,新知识造就了新职业,像律师这样体现民主观念的新职业的产生,又表明一个新时代的到来。

---

<sup>24</sup> 《上海律师公会第二届冤狱赔偿运动周宣言》,《上海律师公会报告书》第33期,第241页。