

纠葛,讼师与中国古代法律文化

方立新,许翰信

(浙江大学 法律系,浙江 杭州 310028)

[摘要] 讼师在古代法律生活中得以存在:一是诉讼活动的存在和诉讼制度的可利用性;二是诉讼程序中的书面主义;三是出于交涉的需要。但是传统司法体制从未也不可能给讼师类似于现代律师的正当性地位。政治上的大一统观念、政府结构的集权化模式、司法过程中的超职权主义倾向以及传统伦理的影响,使得讼师在中国古代社会中始终都处于在政治与道德上被双重拒绝的尴尬境地,绝无可能具备对抗公权力滥用的质素与功能。这种传统政治社会对讼师的排斥态度对中国近代以来的制度建构产生着深远的影响。

[关键词] 本土资源;讼师;律师;传统法律文化

[中国分类号] D929 [文献标志码] A [文章编号] 1008-942X(2003)06-0117-08

一、讼师作为本土资源或其他

在以大规模的法律移植为特色的制度创新过程中,人们倾向于从以下两个维度为自己的行动寻求支撑。首先,法律知识被认为是具有某种超越社会空间的独立秉性以及全人类共同的精神财富,那种接轨于世界先进法律制度或文化的具体做法被认为是对法律智慧的仰慕。其次,在中体西用观念的指引下,从所谓的本土资源中追寻现实制度的历史对应物,制度借鉴于是就转变为对传统法律文化的扬弃和异质文化的本土化过程^①。

对中国律师制度的批判性反思也显示出上述两种倾向。通常认为,现代意义上的中国律师制度是清末修律运动中效仿西方先进典章制度的产物,即所谓“参酌各国法律,悉心考订,妥为拟议,务期中外通行,有裨治理”^②。至1912年9月16日,中华民国政府公布实施《律师暂行章程》,标志着律师制度在中国正式建立^③。另一种观点则认为,律师在中国早有其事,清末建律制名为参照,

[收稿日期] 2003-03-26

[作者简介] 1.方立新(1958-),男,浙江海宁人,浙江大学法学院法律系教授,博士研究生,主要从事法律史及司法制度研究; 2.许翰信(1974-),男,浙江诸暨人,浙江大学法学院法律系硕士研究生,主要从事专业人员的管理与研究。

① 仰慕法律智慧和法律移植是不同国家之间法制相互学习和借鉴的主要手段,也是世界法律趋同的重要原因。在法律移植过程中作为本土资源的价值不在于它是现实制度的历史对应物,而在于这种存在痕迹有可能成为新制度实际运行的某种影响因素。“必须记住法律是特定民族的历史、文化、社会的价值与一般意识形态与观念的集中体现。任何两个国家的法律制度都不可能完全一样。法律是一种文化的表现形式,如果不经某种本土化的过程,它便不可能轻易地从一种文化移植到另一种文化。”参见格林顿、戈邓、奥萨魁《比较法律传统》,中国政法大学出版社,1993年版第3-7页;王晨光《不同国家法律间的相互借鉴与吸收——比较法研究中的一项重要课题》《中国法学》,1992年第四期,第42页。

② 参见《寄移文存》卷一《删除律例内重法析》。

③ 对律师制度在中国的确立也有不同的看法。相关内容请参见徐家力《中华民国律师制度史》,中国政法大学出版社1998年版,第37-51页。

实是对中国古代讼师的现代化改造并赋予其某种精神品格而已。前者求异,认为讼师职业只是和律师貌合而神离,并时刻警惕讼师传统对现代制度的历史性掣肘。后者重同,在肯定本土资源价值的同时,不时透露出泱泱大国灿烂文化的自得与历史优越感。

赞成任何一方无疑都将招致责难。断言中国律师制度是理性建构的人为产物或历史进化的自然结果似乎还为时过早,事实或许更可能是两者合力作用的结果。传统事物之所以被纳入人们关注的范畴,最主要的原因可能仅仅是因为它曾经存在过,而这种时代痕迹又常常成为人们思考当下时自觉或不自觉的材料和参照。黑格尔曾对文化传统做过精辟的阐述:“我们在现世界所具有的自觉的理性,并不是一下子得来的,也不只是从现在的基础上生长起来的,而是本质原来就具有的一种遗产,确切地说,乃是一种工作成果。……我们必须感谢过去的传统,这种传统有如赫尔德所说的,通过一切变化的因而过去的东西,结成一条神圣的链子,把前代的创获给我们保存下来,并传给我们。”〔1〕(p.8),古代的讼师作为中国传统法律文化之一部,需要理性之光宽容而冷静的凝视,惟有如此,我们才能从丰沛的历史沉淀中分离出合乎人类福祉的文明与方向。

二、中国古代法律生活中的讼师

在中国古代漫长的时期内,虽然没有出现现代意义上的律师制度,但却存在像讼师这样颇具律师属性的角色形态。按照日本学者宫崎市定的考证,讼师在中国宋代即已存在〔2〕(pp.389-430)。其实讼师的出现可远推至春秋时期,那时期的士荣,被认为是中国辩护士的代表,而典载“操两可之说,设无穷之词”;“持之有故,言之成理”;“以非为是,以是为非,是非无度,可与不可日变。所欲胜因胜,所欲罪因罪”的邓析即为春秋后期郑国的大夫^①。根据有关资料的记载,在充当讼师角色的人员构成上发生较大变化是在秦朝以后,即由早期的国家官僚为主逐渐转变为以社会普通士子为主。

讼师与现代律师的差异无疑是全方位的,用现代律师的标准来衡量中国古代讼师的做法是否合理值得考虑和商榷。律师作为法律家的典型,经法学教育和长期法务实践掌握系统的法律技能是获取职业资格最基本的条件,在这一点上,讼师与律师的差别尤为明显。关于古代讼师的出身,一种较为普遍的看法是讼师阶层与中国古代的科举制度有莫大关系。历代讼师基本上都以被关闭了晋升国家政治科层之路的落第生员为主。他们日常研读并非法律著作而是儒家的经典大义,以期有朝一日货与帝王家。其所接受的也不是法律技能的训练而更多的是注重文学、书法(艺术)的修养以及制艺的才能。讼师的业务也别具特色,主要包括代做呈词即代人书写告状和诉状、代替诉讼当事人与胥吏和差役就案件的处理进行交涉等等。“国家培养生员、通过科举从中选用官僚,在这个过程中还培养了无用武之地的贫穷的预备队、培养了只有在作文章方面有出色技能的大量讼师预备队。他们在限定字数的试卷中以儒家的语言作文,不仅应合逻辑、有说服力,还要以超群的文笔作出能令考官瞩目的文章,这种作业反过来就是,同样是在限定字数的状纸中以刀笔讼师的语言作文,而且不仅应是合逻辑、有说服力的,还要以超群的文笔作出能令法官瞩目的文章,这种作业的转换实际上是十分自然和容易的。”〔2〕(pp.389-430)

许多论著给我们塑造了中国社会这一独特阶层的形象,在历史上,讼师曾经时常被叫做讼棍,古代文学作品习惯用教唆词讼、包揽词讼、颠倒是非、惯弄刀笔、打点衙门、串通衙门、欺压乡民、恐

^① 对于中国古代法制中的“辩护士”、“讼师”是否可以像看待古罗马时期的辩护士一样,看作是古代中国法律生活中的律师这一问题上,历来意见不一,笔者比较赞同否定观点。有关“辩护士”、“讼师”与律师的差异及文章内容可参见谢佑平《社会秩序与律师职业》,法律出版社1998年版,第169页。

吓诈财等用词来描述他们的行为。然而,这一切都掩盖不了这样一个事实:讼师在中国古代法律生活中曾经是一个重要的存在。而且它身上相当程度地折射出中国司法传统的古典形态。正如有学者所指出的那样:“地方官对讼师视同蛇蝎般地厌恶、以及国家一贯视讼师为非法的态度,与讼师在民众的社会生活和诉讼制度所占据的重要地位是完全不同的问题。”〔2〕(pp.389-430)

讼师在中国古代法律社会之所以存在,并虽屡遭禁止却连绵不绝的原因,可从以下三方面得到解释。

一是诉讼活动的存在和诉讼制度的可利用性。虽然中国传统的“和为贵”、“讼则凶”的法律观念孕育培养了独特的“厌讼”法律文化。在冲突争端发生时,不采取直接诉诸官府而在村落、宗族或行会等小范围的团体或集团内部调解解决。家族成员之间的冲突,首先投告家长、族长,由他们调停,作出仲裁或裁决。家族以外的纠纷,通常由邻里、里老及地方绅士调停解决。但这只是一般情况,偏好民间调解并不意味着民众不打官司。为自身经济利益,为出口气或泄愤,在调解无法达到意见统一时,上衙门打官司求助父母官的明断也不失为一种明智的选择^①。更为重要的一点是,中国古代官府并非只作为镇制暴民、规范纲常和征缴赋税的统治机器而存在,它的职能还包括通过解决民里户婚、田宅与斗殴纠纷以维护社会稳定,这是一项向普通民众开放并可供利用的制度。

二是诉讼程序中的书面主义。古代戏曲中常见的所谓击鼓告状或拦轿喊冤等百姓告状形式其实是比较特殊的情况,通常,民间纠纷是以书面告状的形式(俗称状子)提交到官府,而被告也应书面作答(称为诉状)。由于一个案件通常以告状和诉状各提一次为原则,如果告状不被受理,案子就此完结,因此,告状的重要性是不言而喻的。另外,司法官对案件的审理也主要通过阅读双方状词来进行。虽然必要时要经过询问和两造听讼程序,但在这方面花费的时间和精力远比研读揣摩文本所花费的要少得多。从这一点看,状词又直接关乎官司的胜诉与否。因此,让精通制艺又富有经验的讼师来代作讼词无疑是十分必要的。如果由一般民众自书或依其口述加以记录,那么状词能否入有着同样制艺知识背景的官员的法眼就值得考虑了。

三是出于交涉的需要。在中国古代司法体制中,案件的主审法官无疑是兼为行政长官的州县官,但事实上,很少有州县官在主持庭审前浏览该案的全部材料,而大多数州县官全靠幕友准备的案情摘要以获得主持庭审所必须的报道〔3〕(p.456)。“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。”〔4〕(p.463)除此之外,幕友还有决定立案与确定开庭日期的权力。在这种体制下,“奸胥、劣幕有得以问官不甚熟谙律法,辄肆上下之手,以行其贿赂之谋”^②。的现象是极有可能出现的。为状子得到受理、被告为获得状词的内容或者最终赢得诉讼,在很多时候当事人都需要与幕友、胥吏和差役之类的办案人员交涉,在必要时还要进行贿赂。如果没有讼师的帮助,不谙衙门内情况的当事人要自己进行此类活动几乎是不可能的^③。

三、无法走上阳光之界的职业

从上面的分析可以看出,中国古代的科举取士制度在客观上为讼师阶层提供了人力资源,并直

① 有关法律在古代民众生活中的作用请参见瞿同祖《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1999年版,第407-411页。

② 参见《皇朝新政文编》卷六,光绪壬寅。

③ 中国古代百姓视公门为畏途,不愿涉讼的原因除官府的专横无理、官官相护等因素外,另一重要原因就在于害怕跟衙门里的幕友、胥吏和差役之流打交道。这些人以讼案为生财之道,在官司的整个阶段向当事人索取各种规费。以清代为例,原告需交纳挂号费、传呈费、买批费、送稿纸费、出票费、铺堂费(即开庭费)、踏勘费、结案费、和息费等等。如果是命案,并有命案检验费。除规费外,胥吏和差役还借端向原告敲诈、索贿,因此胥吏总是尽量将更多的人牵扯进诉讼中去,以便勒索。而讼师因业务关系熟悉此种门道,当普通百姓不得已涉讼时处于失胜诉的考虑让其代为交涉确是十分自然的事。参见《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第407页以下。

接决定了他们的知识构成,而传统的司法体制在客观上造成古代法律生活对讼师以及它的某一些“技术性”功能的市场需求。但是,需要指出,古典司法体制从未也不可能给讼师类似于现代律师的正当性地位。

国家法律明令禁止讼师包揽诉讼是各朝通行的做法。唐律规定:“诸为人作辞牒,加增其状,不如所告者,笞五十;若加增罪重,减诬告一等。”^①唐以后各朝法律均严格禁止以帮人打官司为职业的讼师,其中又以《大清条例》最为详细。^②虽然晚近中国的法律曾有过诉讼代理制度和“代书制”的规定,但事实上,大部分民间讼师在中国社会中始终都处于在政治与道德上被双重拒绝的尴尬境地。^③

在政治上的大一统观念和政府结构的集权化模式下,视为国家权力的一种危险存在的律师自始不可能获得合法性。中国古代的大一统观念可以凝练地表述为“普天之下,莫非王土。率土之滨,莫非王臣。”经过儒家经典的千年传诵与渲染,已成为王权至上和权力集中的政治体制与法律制度的基础理念。所谓“法自君出”、“权力,君之所创也”。意味着君主权力的包摄性取得了应然和实然上的正当性。君主作为金字塔式权力等级的顶点是国家立法、行政和司法等一切权力的源泉。中国古代的政权虽有职权的划分和机构的分立,但实质上并不蕴涵权力分立的基本原理,而纯粹是出于社会管理的方便与需要。^④在这种政治格局中,有可能破坏政治、法律一统于君主的讼师绝不可能走上阳光之界而具备对抗公权力滥用的质素与功能。

律师的主要业务为参与诉讼,律师制度的法理基础在于,律师通过参与诉讼并内化为程序之一部从而实现国家法制维护人权和实现社会正义之根本目的。“不论立法者或法院均应致力于充实相关制度以巩固当事人及利害关系人之程序主体地位,以维护其实体上利益及程序上利益。为充实此类相关制度,并不以设民、刑及行政等诉讼程序制度为足,律师制度亦属于其所备置者之一。”^[5] pp. 181 - 182)由于复杂而且具有高度专门化的现代诉讼程序以规格化的反复的方式处理大量的案件,为了保证这种程序得以顺利而效率化的进行,熟悉法律并有实务经验的专家进行参与就成为必要。律师正是出于这种需要而经过长期严格的训练培养出来的专门人才。在辩论原则得以普遍遵循的现代诉讼模式下,法官裁判所依据的仅仅是当事者提出的诉讼资料和证据资料。作为这种诉讼结构的前提,当事者必须有能力和按照法律的要件构成自己的问题,并据此提出恰当的资料来要

① 见《唐律疏议·斗讼》

② 《大清律例》中多处法律条款涉及讼师。如:“凡有控告事件者,其呈词俱责令自作,不能自作者,准其口诉,令书吏及官代书据其口诉之词,从质书写。如有增减情节者,将代书之人照例治罪。其唆讼棍徒,该管地方官实力查办,从重究办。又如:代人捏写本状,教唆或扛帮赴京,及赴督抚并按察司官处,各奏告强盗、人命重罪不实,并全诬十人以上者,俱问发近边充军。再如:凡审理诬控案件,不得率听本犯捏称,请过路不识姓名人书写呈词,务须严究代作词状、教唆之人,指名查办,依例治罪等等,不胜枚举。”

③ 古代中国的诉讼代理制度始于元、明、清时期。《大元通制》:“诸致仕代官不得已与齐民讼,许其亲属家人代诉,所司毋侵抗之。诸老废笃疾,事须争讼,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,必须自陈者听。明律规定:“凡官吏有争论婚姻钱债田土等事,听令家人告官理对,不许公文行移,违者笞四十。可见,此项制度的适用有严格的限制,被代理的对象今限于官吏和老废笃疾之人,而代理者则以家人亲属为主。清建立代书制的目的并非为赋予民间讼师以合法性,相反,它的真正用意在于通过官方设立的代书来达到抑制民间代诉行为并最终实现禁绝讼师的一贯目的。参见徐家力《中华民国律师制度史》,中国政法大学出版社1998年版,第7-15页;《元史·刑法志》所载《大元通制》《明律、刑律、诉讼》“官吏词讼家人诉”条。

④ 对此,梁启超曾有精辟论述:“吾中国本无立法之事而无之,则其无分权,更何待言。……所谓分权者,必彼此之权互相均平,行政者不能强立法者以从我,若宋之制置条例司,虽可谓之有立法部,未可谓之有立法权也。何也,其立法部不过政府之所设,为行政官之附庸。而分权对峙之态度,一无所存也。……若近世遇有大事,亦常设大学士六部九卿翰詹科道督抚将军会议,然各皆有权,合皆无权,既非立法,亦非行政,名实混淆,不可思议。”见梁启超《论立法权、论立法行政分权之理》,载范中信选编《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社2000年版,第14页。

求法院予以解决,而在这方面,律师比当事人有更强的能力^①。

但对于中国古典司法而言,其所表现出的对立面的缺乏和司法过程中的超职权主义倾向,使得作为司法官员的对立面而存在的律师(显然,讼师不具有这种对抗的资源和功能)不可能获得生存的空间。一方面,审判程序的目标只是取得罪行的自供状,只需抛出诸般证据反复诘问或者拷问直至逼出口供,因此不需要能将双方言辞对责上升为对立法律利益的律师的存在^②。另一方面,定罪量刑是衙堂官员的自由心证,法官权力的地位容不得别人说三道四。此外,司法官员在适用法律时的非严格守法性和情理化倾向也不可能在体制上产生对作为程序性保障因素的律师的需求^③。

中国传统的乡土伦理是造成古代讼师即使在普通民众中也遭到拒绝的主要原因。一是一贯的重义轻利观念。梁漱溟在解释中国古代关于财产权的法律制度极不发达时说:“中国法律早发达到极其精详地步。……但各国法典所详致之物权债权问题,中国几千年却一直是忽略的。盖正为社会组织从伦理情谊出发,人情为重,财物斯轻,此其一。伦理因情而有义,中国法律一切基于义务观念而立,不基于权利观念,此其二。明乎此,则对于物权债权之轻忽从略,自是当然的。”(61 p.8)二是厌讼观念,朱熹归纳为“和为贵,讼则凶”。孙笑侠教授指出:“讼师在古代受到蔑视之事实,并非完全是因为‘讼师与律师制度在制度有区别’,它固然与讼师的劣行、恶行有关,但主要还是因为法律家‘帮助道德上有错误的人’不符合中国传统的伦理。”^④的确,在以“无讼”为价值追求的法律文化和以“和为贵”、“重义轻利”为基本特色的乡土伦理社会中,为坏人辩护并可问心无愧地收取酬劳的律师不被民众和道德的承认实是情理之中的事。

四、阴影的复活——讼师传统对中国近代以来法制的影响

现代意义上的中国律师制度草创于清末修律运动中,清末创设律师制度根本目的在于重拾因领事裁判权而丧失的治外法权。因此,这种理性建构的动力与其说是自觉不如说是处于被逼无奈。但从客观上分析,律师制度之所以在清末得以建立是内外因素双重作用的结果,近代中国社会的演进和资本主义的萌芽,法律自身发展以及法律消费市场不断发育,对能够为民众提供法律服务的专门职业的要求已经积累到相当程度。清朝建立由官方代书助人撰写合格诉状的“代书”制度,一方面固然是出于禁绝民间讼师的目的,但另一方面也表明当时社会对法律服务和法律职业需求的紧要程度。各国律师制度随领事裁判权进入中国,律师参与辩护在1869年确立的中外会审公廨普遍实行,^⑤这在客观上刺激了中国律师业的产生,而他们所显示出来的先进性对即将诞生的中国律师无疑具有导向性的作用。

① 谷口安平对诉讼程序中律师的作用曾做过详实考证,十分精辟地论述了对律师与法、事实以及程序等诉讼结构要素之间的关系,他对律师作为程序性保障因素的分析对中国律师制度建设将极具现实意义。参见[日]谷口安平《程序的正义与诉讼》,王亚新刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第75页以下。

② 有关中国古代审理过程中口供作为证据的地位可参见[日]滋贺秀三《中国法文化的考察》,载其著《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社1998年版,第1-18页。

③ 中国法律的儒家化运动即所谓引礼入法、儒法合流直接对古代法律的适用产生了作用,其特出的表现就是影响中国整个帝制时期的经义决狱。官员在审判中并非严格依照法律条文,而常常根据情理、情势等方面的因素对案件进行出入。参见贺卫方《中国的司法传统及其近代化》,载苏力、贺卫方主编《20世纪的中国·学术与社会》(法学卷),山东人民出版社2001年版。

④ 参见孙笑侠《法律家的技能与伦理》,载《法学研究》2001年第4期。

⑤ 清末会审公廨制度是根据1869年4月生效的《洋泾浜设官会审章程》而确立的,其实质是领事裁判权的一种发展和延续。会审公廨属于中国的司法机构,在审判过程中适用中国法律,当事人可聘请律师代理辩护和诉讼。其管辖租界内的中国国民案件以及中国国民与外国国民的混合案件。依章程,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,该国领事参与会审,否则廨员自行审理。参见费成康《中国租界史》,上海社会科学出版社1991年版,第146页以下。王揖唐《上海租界问题》,商务印书馆1924年版,第7-8页。

无疑,清末修律运动属于中国法律史上少有的光辉篇章之一,它对推动中国律师业乃至整个中国法制的近代化进程都起着历史性的作用。但需要特别指出的是,清末法学家们所赋予早期律师制度更多的是形式方面的合理性,而较少关注实质精神的填充。^①其原因并非是倡导者们对这一制度的学识贫乏,而在于依然保持集权专制品质的统治秩序的现实阻隔,使得该制度对抗权力专横和保护民权的基础精神难以真正付诸实施。按照张志铭先生的观点,中国近代律师制度是有待于民主精神滋润的现代标识,这种现代标识因为与中国传统文化格格不入而有可能面临遭排拒的危险[7](pp.134-135)。事实的确如此,律师制度由于不时受到传统政治社会对古代讼师的惯性态度的影响而使其常常处于社会认同异常艰难的境地。

在清末修律过程中,对中国是否应该移植西方律师制度的问题上维新派与保守派存在着较大分歧。保守派代表人物张之洞认为:“法律本源,实与经术相表里,其最著者为亲亲之义,男女之别。……本法(指清末《刑事民事诉讼法》,其中对律师制度作了详细的规定,——笔者)所纂,……坏中国名教之防,启男女平等之风,悖圣贤修齐之教纲论法,隐患实深。”若实行律师制度则“讼师奸谋得其尝试”^②。保守派的反对意见虽没有能阻止律师制度在中国得以建立,但他们的疑虑却为统治者与修律大臣们提出了这样一个问题:新生的律师制度如何在一个有着特殊伦理与法文化传统的古老国度中获得正当性呢?“法律大臣沈家本、伍庭芳等奏《刑事、民事诉讼各法、拟请先行试办》一折,法律关系重要,该大臣所纂各条,究竟于现在民情风俗,能否通行,著该将军、督抚、都统等体察情形,悉心研究其中有无干格之处,即行缕析条分,据实具奏。”^③虽然近代以来中国的社会性质与社会结构发生了巨大变迁,但轻讼、贱讼的传统依然在政治、道德领域得以保持,再加上律师无论在形式还是在职能都极易被混同于中国传统社会所排斥的“讼师”“讼棍”之流,从这一点看,光绪皇帝的担心确非杞人忧天。

迫于重拾治外法权的严峻压力和出于以“共和”旗帜以维护政权的合法性的考虑,在清末以及民国时期的北洋政府、南京国民政府时期,律师制度虽屡遭责难却得以顽强保留并有所发展(突出表现在律师自由职业者身份的确立以及律师资格标准的严格化和专业化上)^④。但危险始终没有消除,担心讼师奸谋得其尝试而对其进行政治上排拒的传统做法在社会格局中以合法姿态复活了。

将律师纳入国家科层意味着对该职业抗衡公权力之禀性的消解,实是一种变相的政治排拒。在律师制度创建之初,公职化的构想就曾经存在过。1906年沈家本、伍庭芳在关于《刑事、民事诉讼法草案》的说明中提出:“如各学堂骤难造就,即遴选各该省刑幕之合格者,入学堂,专精斯业,俟考取后,酌量录用,并给予官价,以资鼓励。”^⑤后因辛亥革命爆发而清旋亡,这种将律师纳入国家政治科层的构想并未得到真正实行。而在1912年民国政府的《律师暂行章程》确立律师自由职业者的身份之后,传统司法体制中讼师的阴影,改头换面而以律师应守“消极诉讼”义务的方式再现了。1915年7月北洋政府颁布律师特别法《律师应守义务》,规定律师执行职务必须履行不得“帮扛诉讼、教唆供述”的义务。1934年南京国民政府司法部公布《整饬律师风纪通令》,将“强词夺理,

① 在清末修律中,下面这些论述表明近代中国已对律师角色所蕴涵的民主性意义以及对于民权的价值有较为充分的认识。袁树勋在《拟开律师研究班以资练习》的奏折中这样分析“律师则据法律以为辩护,不独保卫人民正当之利益,且足防法官之专横以剂其平,用能民无隐情,案成信讫,法至美也。”见《政治官报、奏折类》,宣统二年三月。顾家相在《中国严禁讼师外国重用状师名实异同辨》一文中指出:“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,务当为争辩。……其不能不重用律师者,势也。然则中国之恶禁,恶其挠上之权也。西国之重用,欲其伸民之权也。”见《皇朝新政文编》卷六,光绪壬寅。

② 参见《遵旨复议新编刑事民事诉讼法》,载《张文襄公全集》卷69。

③ 参见《大清光绪新法令》第十九册。

④ 参见徐家力《中华民国律师制度史》,中国政法大学出版社1998年版,第55页以下。

⑤ 参见《大清新编法令》《修律大臣伍庭芳等奏呈刑事民事诉讼法》。

为冗长陈述”、“挑唆诉讼”列为律师漠视职责与道义的行为,类似的规定还可见于1941的《律师法》中。^①对于这些规定,我们似乎都可在中国传统法律特别是《大清条例》关于讼师的禁令中发现其原形。“民国时期律师制度在各方面均有一定的发展。但在各个发展阶段关于律师的立法都程度不同地以传统社会中的讼师来定位律师,而关于律师消极诉讼义务的规定,正是以传统法律中对讼师的禁令为直接渊源的。【8】(p.159)

1949年随着新中国的成立,中国律师业走上了在探索中前进的发展道路。新政权的确立为中国律师传统在经历近代化的洗礼之后提供了蜕变的契机。从1954年9月新中国第一部宪法和人民法院组织法规定被告的辩护权和律师辩护制度标志着新律师制度的正式建立起,中国律师经过了建立、夭折、再重建的曲折历程。而在律师角身份的的定位上,则实现了从长期的国家法律工作者角色向社会法律工作者角色的痛苦分娩。^②伴随这一过程的还有国家权力对该职业在形式标识和实质精神之间的迂回彷徨和艰难取舍。事实上,直到现在,律师角色之现实定位依然是中国律师业未完成的任务。其关键就在于,在传统法律文化与社会结构模式依然固守其相当领地的大背景下,政权体制可以在多大程度上容许律师这个作为私的利益和权利维护者的存在。毫无疑问,不管我们是参照世界先进还是通过挖掘本土资源来获得行动的支撑和感情的慰藉,我们都将无可避免地触摸到传统文化的惯性作用,并时常陷于那种难以名状的纠葛当中。

[参 考 文 献]

- [1] 黑格尔. 哲学史讲演录·第一卷[M]. 北京: 商务印书馆, 1997.
- [2] 宫崎市定. 宋元时代的法制与审判机构[A]. [日] 滋贺秀三, 等. 明清时期的民事审判与民间契约[C]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [3] 瞿同祖. 瞿同祖法学论著集[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [4] 张晋藩. 中国法律史[M]. 北京: 法律出版社, 1995.
- [5] 邱联恭. 司法之现代化与程序法[M]. 台北: 三民书局, 1992.
- [6] 梁漱溟. 中国文化要义[M]. 上海: 上海学林出版社, 1996.
- [7] 张志铭. 当代中国的律师业[A]. 夏勇. 走向权利的时代[C]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [8] 徐家力. 中华民国律师制度史[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.

[责任编辑 曾建林]

Conflict : Songshi and the Legal Culture in Ancient China

FANG Li-xin , XU Han-xin

(Law Department , Zhejiang University , Hangzhou 310028 , China)

Abstract : The modern Chinese lawyer system was not brought into the country until the legal reform movement at the end of Qing Dynasty in an attempt to emulate the advanced western legal institution. Although ancient China had no lawyers in modern sense , there did exist Songshi (master of litigation)-a profession very much

① 如1915年《律师应守义务》第五条规定: 律师应以诚笃及信实行使职务。诉讼系属审判衙门发现律师有帮扛诉讼、教唆供述、虚构事实情事时, 应即移付惩戒。又如1914年《律师法》第4条规定: 律师不得挑唆诉讼。依不正当之方法招揽诉讼。

② 在政权建立之初将律师职业纳入国家公职范畴, 这并非是中国独有的一个现象。在独立战争时期的美国、大革命中的法国以及俄国革命时期, 革命的政权都曾经对律师职业抱有强烈的不信任之感。在这些国家, 也都进行过大众律师制或把律师改造为享受薪金的国家工作人员的实验。参见[日] 大木雅夫《比较法》, 范愉译, 法律出版社1999年版, 第263页以下。

similar in nature to the modern lawyer. Songshi had an important role in the country's ancient legal life, and to some extent reflected the classical form of ancient China's judicial tradition. The survival of the profession in spite of being banned repeatedly might be explained in the following three aspects: the existence of litigation activities and the usefulness of a compatible litigation system; second, the written form required by litigation system and third, the necessity of negotiation. The Ke-Ju Examination (the Ancient Chinese Civil Service Exam) objectively provided the needed human resources for Songshi stratum and straightly determined their knowledge structure. While the traditional judicial system also produced a market need in the ancient legal life for Songshis and some other "technical" functionaries. For all that, in the country's old legal system, Songshi was never accorded to and could not have been accorded to the due status similar to the modern lawyer.

The common practice for various dynasties was to explicitly prohibit Songshi to engage in all litigation. Although in ancient China different government organs and institutions were supposed to have different roles and responsibilities, they were not in essence granted with independent power. Under such a political system, Shongshi, who was likely to pose a threat to the rule of the monarch who had the entire political and legal system under his personal control, did not stand a lightest chance in confronting squarely any abuse of government power. The legal and institutional foundation of modern lawyer system lies in the fact that the lawyer has the right to participate in the litigation which combines the inside changes into one of the procedures to realize national legal system for the fundamental goal of protecting human rights and achieving social justice. Traditional agrarian ethics in China also constituted a major reason why in the old days, Songshi was unpopular among the ordinary people as well. In a society that constantly emphasized "righteousness over interests" and "traditional duty" and taking the doctrine of "settling without litigation", and "harmony bringing wealth" as its value for pursuit, it was only too natural that the lawyer, who chose to defend the accused and maintained a clear conscience in accepting his pay, to be rejected by the moral code and people at large. The introduction of the lawyer system in the end of Qing Dynasty was brought about by both internal and external factors. What the jurists of that period contributed to the early lawyer system was more of the rationality of its form than enrichment of its substance. Under the constant influence of traditional political society's inertial attitude towards the ancient Shongshi, the profession was frequently placed in a disadvantageous position of being denied of social recognition. It was nothing but a covert political rejection to assert that any attempt to bring the lawyer into the government apparatus would be tantamount to a challenge to the state authority. The constraining provisions on the lawyer in litigation during of Republic of China Period was obviously originated in the prohibiting order on Shongshi in traditional law. Up to date, to determine the proper social status of lawyer in China remains an unfinished mission for the country's law profession. The key question hinges upon such a fact: against the broad background of entrenched presence of the traditional legal culture and social structure, to what degree would political power allow the existence of the lawyer-a profession set to defend private rights and interests.

Key words : local resources ; Songshi ; lawyer ; traditional legal culture