



21世纪中国高校法学
系列教材

主编 王进喜

律师与公证制度

(第二版)

 中国人民大学出版社



21世纪中国高校法学
系列教材

律师与公证制度 (第二版)

主 编 王进喜

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

吴洪淇 王进喜 杜国栋 徐新跃

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

律师与公证制度/王进喜主编. —2 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2012. 11
21 世纪中国高校法学系列教材
ISBN 978-7-300-16560-8

I. ①律… II. ①王… III. ①律师制度-中国-高等学校-教材 ②公证制度-中国-高等学校-教材
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 247800 号

21 世纪中国高校法学系列教材
律师与公证制度 (第二版)
主 编 王进喜
Lüshi yu Gongzheng Zhidu

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511398 (质管部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京东方圣雅印刷有限公司	版 次	2009 年 11 月第 1 版
规 格	185 mm×260 mm 16 开本		2013 年 1 月第 2 版
印 张	21.25 插页 1	印 次	2013 年 1 月第 1 次印刷
字 数	477 000	定 价	38.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

主编简介

王进喜，男，1970年生，中国政法大学证据科学研究院副院长，律师学研究中心主任，教授，法学博士，博士研究生导师，《证据科学》杂志副主编。2008年度教育部新世纪人才支持计划入选者；2010年教育部长江学者和创新团队发展计划“证据科学研究与应用”创新团队负责人；澳大利亚新南威尔士大学2009—2012年度客座研究人员；2002—2003年度美国西北大学法学院富布莱特项目研修学者；2010年9月—2011年6月美国加州大学戴维斯分校法学院高级访问学者。主要著作有：《法律伦理的50堂课》（台湾五南图书出版股份有限公司2008年版）、《美国律师职业行为规则理论与实践》（中国人民公安大学出版社2005年版）、《美国〈联邦证据规则〉（2011年重塑版）条解》（中国法制出版社2012年版）、《刑事证人证言论》（中国人民公安大学出版社2002年版）等。主要译作有：《论律师的流动管理》（中国人民公安大学出版社2005年版）、《美国律师协会职业行为示范规则（2004）》（中国人民公安大学出版社2005年版）、《证据法：文本、问题和案例》（高等教育出版社2006年版）等。

修订说明

自本书第一版出版以来，在律师与公证制度方面，《中华人民共和国刑事诉讼法》等相关法律进行了相应修改，司法部、中华全国律师协会、中国公证协会等规制部门对先前的规章、行业性规范进行了部分修正，并颁行了一些新的规定，如司法部 2010 年《律师和律师事务所违法行为处罚办法》、中华全国律师协会 2011 年《律师执业行为规范》、中国公证协会 2010 年《公证员职业道德基本准则》等。这些规定对律师与公证职业活动提出了更高的要求。本次修订，旨在及时、全面地反映这些变化，准确、系统地阐述学科基础知识。

编者
2012 年 11 月

编写说明

随着我国政治、经济和社会的发展，律师、公证事业在服务于国家和社会的同时，其本身也得到了迅速发展。关于律师、公证工作的法律法规不断完善；律师、公证员队伍不断壮大，律师和公证事业在推动社会主义和谐社会建设中发挥着越来越重要的积极作用。因此，让人们更好地了解律师和公证制度，获得律师和公证员队伍的有效帮助，具有重要的意义。本书的编写从这一目的出发，在全面系统地介绍我国律师和公证制度的同时，力求反映律师和公证事业的最新发展动态，理论与实践相结合，在培养学生职业精神的同时，注重发展其基本职业技能。本书既可以作为普通高等院校本科生、法学硕士研究生、法律硕士研究生的教材，也可以作为执业律师和执业公证员的重要参考资料。

本书由中国政法大学王进喜教授主编。第二章至第八章由王进喜（中国政法大学教授，律师学研究中心主任，证据科学研究院副院长）撰写；第一章、第九章、第六章部分内容由吴洪淇（厦门大学法学院讲师，法学博士）撰写；第十章、第十一章由杜国栋（中国政法大学博士研究生）撰写。吴洪淇、杜国栋为编写工作提供了许多基础性资料。第十二章至第二十五章由徐新跃（西南政法大学副教授）撰写。全书最后由王进喜教授统稿。

在编写过程中，我们参考了众多作者的最新研究成果，在此表示衷心感谢。

编者

2009年9月

目 录

第一章 律师制度概述	1
第一节 律师制度的起源和发展	2
第二节 当代几个主要国家的律师制度	7
第三节 我国律师制度的历史发展	14
第二章 律师的性质和使命	20
第一节 律师的性质	21
第二节 律师的使命	28
第三章 律师执业许可	30
第一节 申请领取律师执业证书的条件	31
第二节 申请律师执业证书的程序与律师执业证书的管理	35
第三节 律师特许执业制度	37
第四节 兼职律师制度	39
第五节 律师宣誓制度	41
第六节 律师执业的几个限制	42
第七节 取得内地(大陆)法律职业资格的港澳台地区居民在内地(大陆)从事 律师职业的管理	44
第四章 律师执业机构	49
第一节 律师执业机构的发展历程	51
第二节 律师事务所的设立条件及其责任形式	53
第三节 律师事务所的设立许可程序	57
第四节 律师事务所的变更和终止	59
第五节 律师事务所执业和管理规则	60
第六节 港澳地区律师事务所与内地律师事务所联营	63
第七节 律师事务所管理评价体系	66
第五章 律师的管理体制	70
第一节 我国律师管理体制的演变	70
第二节 律师协会的性质与职责	75

第六章 律师的权利和义务	79
第一节 律师的权利	79
第二节 律师的义务	87
第七章 律师职业行为规范	93
第一节 我国律师职业行为规范的演变	94
第二节 律师职业行为规范的具体内容	96
第八章 律师收费制度	113
第一节 我国律师收费制度的历史发展	113
第二节 律师收费的标准和方式	114
第三节 律师服务收费的程序和监督检查	116
第九章 律师和律师事务所的职业责任	119
第一节 律师的民事责任	120
第二节 律师的行政责任	121
第三节 律师的纪律处分	123
第十章 律师诉讼业务	125
第一节 刑事诉讼中的律师辩护与代理	126
第二节 民事诉讼中的律师代理	134
第三节 行政诉讼中的律师代理	146
第十一章 律师的非诉讼业务	153
第一节 律师非诉讼业务概述	154
第二节 非诉讼业务的工作方式	155
第三节 非诉讼业务的工作领域	163
第四节 常年法律顾问服务	178
第十二章 公证制度概述	181
第一节 公证的概念及特征	182
第二节 公证制度的功能	185
第三节 公证制度的历史沿革	186
第十三章 公证的基本原则	190
第一节 概述	190
第二节 公证的基本原则	191
第十四章 公证机构的任务与业务范围	198
第一节 公证机构概述	198
第二节 公证机构的任务	201

第三节 公证机构的业务范围	202
第十五章 公证机构的管理体制	211
第一节 公证机构的设置	212
第二节 公证机构的管理体制	217
第十六章 公证员	221
第一节 公证员概述	222
第二节 公证员的条件和专业职务评聘制度	224
第三节 公证员的产生和免除	228
第四节 公证员的权利与义务	229
第五节 公证员的职业道德	234
第十七章 公证程序	237
第一节 公证当事人	238
第二节 公证执业区域	239
第三节 公证的普通程序	241
第四节 公证的特别程序	248
第五节 公证争议处理	251
第十八章 公证的效力	254
第一节 证明效力	255
第二节 强制执行的效力	257
第三节 使法律行为生效的效力	259
第十九章 公证机构及公证员的法律责任	263
第一节 行政法律责任	264
第二节 民事法律责任	267
第三节 刑事法律责任	271
第二十章 合同公证	273
第一节 合同公证概述	274
第二节 《合同法》规范之内合同类型的公证	275
第三节 《合同法》规范之外合同类型的公证	283
第二十一章 继承权、遗嘱和遗产分割协议公证	290
第一节 继承权公证	290
第二节 遗嘱公证	294
第三节 遗产分割协议公证	300

第二十二章 与婚姻关系有关的公证	302
第一节 婚姻状况公证	302
第二节 婚前财产协议和夫妻财产协议公证	305
第二十三章 收养关系公证	309
第一节 确认收养关系公证	309
第二节 解除收养关系公证	312
第三节 涉外收养关系公证	314
第二十四章 身份关系公证	315
第一节 出生、死亡、生存和定居公证	316
第二节 经历和学历公证	317
第三节 亲属关系公证	319
第四节 未受刑事处分公证	320
第二十五章 涉外公证	322
第一节 涉外公证概述	323
第二节 涉外民事公证的常见业务	325
第三节 涉外经济公证的常见业务	327
主要参考文献	329



第一章

律师制度概述

第一节 律师制度的起源和发展

- 一、西方律师制度的起源和发展
- 二、中国古代讼师制度的起源和发展

第二节 当代几个主要国家的律师制度

- 一、英国律师制度
- 二、美国律师制度
- 三、法国律师制度
- 四、德国律师制度
- 五、日本律师制度

第三节 我国律师制度的历史发展

- 一、清末改制
- 二、民国时期
- 三、新中国成立至“文化大革命”时期
- 四、改革开放时期

□ · 本章导读 · □

律师制度是由国家确立的关于律师性质、律师管理体制、律师执业准入、律师业务范围以及律师权利义务等内容的国家司法制度。律师制度是一个国家民主制度和法律制度的重要组成部分。从学理角度来说,律师制度是指与律师相关的各种规范。从我国现行立法体制来看,律师制度有广义和狭义之分。狭义的律师制度仅指专门用于规范我国律师制度的《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)所确立的律师制度。广义上的律师制度不仅包括《律师法》,还包括国家机关、法律授权组织所制定的规范性文件(包括宪法、法律、法规、条例、决议、命令、指示、通知、批示、批复等)中与律师相关的各种规范的总称。

律师制度的产生与发展经历了一个漫长的过程,在古今中外各个不同时期呈现出非常不同的发展状态。本章主要系统介绍中外律师制度的

起源和发展，通过了解律师制度的产生和发展，我们可以探究律师和律师制度的最初形态，律师制度得以产生的一系列客观条件和因素，以及这些条件和因素在律师制度的演变过程中所起的作用，研究律师制度发展的规律。学习律师制度产生和发展的历史，目的在于系统地总结历史上多种类型律师制度的有益经验，批判地加以借鉴、吸收和利用，以促进我国律师制度的建设。

□ □ □ □

第一节 律师制度的起源和发展

由于历史环境、法律制度、民族文化等多种因素的差异，中西律师制度在起源和历史发展进程中呈现出了截然不同的发展道路。在西方，古希腊、古罗马时期，辩护士和辩护制度便已非常发达。但在西欧中世纪封建时期，律师制度则遭遇了前所未有的挫折。近代西方资本主义时期之后，西方律师制度进入了全新的发展时期。我国也早在春秋战国时期便有了作为职业辩护者的讼师，但是由于我国长达两千多年封建社会的制度环境影响，讼师制度一直只能在一个非常狭小的空间中发展。讼师和律师尽管都是职业辩护者，但是由于制度环境和所发挥功能的不同，讼师和律师也存在相当大的差异。

一、西方律师制度的起源和发展

（一）萌芽雏形期：古希腊、罗马时期

人类的法律服务活动至少可以追溯到两千多年前的希腊。据史料记载，早在公元前5世纪至公元前4世纪，古希腊雅典已出现“雄辩家”的活动。当时古希腊雅典的诉讼主要实行由城邦普通公民组成陪审团的审判制度。在这种制度体系下，由于采用陪审团方式，裁决的结果往往取决于双方当事人的辩论结果，因此是否善辩对裁决结果的影响是显而易见的。当事人觉察到法官易受善辩的影响，于是不惜花钱雇用精通法律而又口齿伶俐的人来为自己在法庭上辩论。这种受委托在法庭上为他人辩论的人被称为“雄辩家”，作用上有点类似现在的诉讼代理人。由于他们的活动并没有形成一种职业，诉讼代理人也没有形成一个阶层，因此，只应看作是律师制度的萌芽。

罗马律师制度被认为是世界各国律师制度的初级形式。在古罗马初期，主要实行“保护人”制度。所谓保护人制度是指保护人（Patronus）代表被保护人进行诉讼行为，也就是由被告人的亲戚朋友陪同被告出席法庭，在法庭审理时为被告提供具体意见和帮助。能够作为保护人的只是少数地位显赫的公民，而且这种诉讼代理人的选任，必须在法庭上为之，选任时还得用一定的术语，相对人也须到场，被选任的人可以不到场，事后承认即可。代理人出庭应诉，都用自己的名义。公元前3世纪，僧侣、贵族对法律事项的垄断被取消。此后，凡罗马公民只要权利能力不受法律限制，都享有出席法庭为诉讼当事人利益进行辩护的资格，诉讼代理行为渐次扩大了适用范围，一些

善于辞令的人就经常代人出庭辩护和代人办案,被称为辩护士(Advocatus)。在著名的古罗马法律文献《十二铜表法》中也有关于辩护人活动的记载。到了共和国后半期,古罗马经济生活迅速发展,各种社会矛盾也日趋尖锐,古代的法律规范已难以适应新的形势,统治阶级为了维护其统治秩序,缓和社会矛盾,制定和颁布了大量法律、法规,但社会经济生活日益复杂化,法律又尚未完备,统治阶级不得不借助法学家的研究活动和他们的著述,以弥补法律上的某些不足。法学家的活动十分活跃,他们不仅从事法学研究、著书立说,而且解释、答复法律上的疑难问题,编撰合法证书,指导当事人诉讼。法学家作为法律顾问、律师和法学研究人员三位一体的崇高社会地位逐渐得以确立。罗马皇帝又进一步以诏令的形式承认了诉讼代理制度,律师可为平民咨询法律事项,法律也允许他人委托和聘请律师从事诉讼代理活动,而且国家还通过考试制度来遴选具有法律知识的善辩之人担任诉讼代理人,规定他们代理诉讼可以获得相当费用的报酬,职业律师阶层得以形成,律师制度得以确立。

(二) 停滞与复兴期:西欧中世纪时期

公元5世纪,随着西罗马帝国被日耳曼人所灭,相继出现了一批蛮族国家,相对发达的罗马法被相对封建落后的日耳曼法所取代。从诉讼形态上来看,这一时期的诉讼形态主要是神明裁判,在这种非理性的诉讼形态中,发挥重要作用的是作为神明裁判意志传达者的神职人员,而纠纷双方的辩护几乎没有什么作用。^①以诉讼代理为主要业务的律师自然也就失去了生存的空间。在法国,12世纪以前,有资格担任律师的是僧侣阶层,他们主要在宗教法院执行职务,世俗法院的诉讼中,虽然也允许请律师辩护,但只有僧侣阶层的人才能充当辩护人和代理人的角色。这些僧侣参加诉讼的目的,不是维护当事人的利益,而是向当事人灌输宗教思想,让刑事被告人认罪服刑。在英国,13世纪以前,任何公民只要在诉讼当事人申请到专门的“国王许可证”,并到法庭上证明其有代理权时,就可以作为代理人参加诉讼。在教会法逐渐渗入世俗法院后,诉讼代理权转到了僧侣手中,当时规定不是僧侣不得被委托为诉讼代理人。

但到了中世纪后期,随着罗马法的复兴以及一些城市商品经济交易活动的发展,律师活动又开始得以复兴。在英国,12世纪便出现了教会法庭律师。到了亨利三世时期(1216年~1272年),便出现了真正的律师职业群体。而在英国律师制度萌芽之初,便已经开始形成了两大律师职业并立的格局:“巴律师”(Barrister)和“沙律师”(Solicitor),其中“巴律师”主要职责是代表一方当事人出庭辩论,而“沙律师”的主要职责是代表当事人到庭、委托安排庭审辩论阶段的“巴律师”等。这两个律师职业在行业组织、教育形式、业务范围乃至行为方式等方面都存在很大的差异。^②15世纪时,英国创建了四所律师学院,即林肯律师学院、格雷律师学院、内殿律师学院和中殿律师学院。此外,还有一个资格比较低的具有同样功能的衡平法律师学院。在16世纪至17世纪期间,律师学院对英国律师制度的建立发挥了很重要的作用。而在法国,同样存在着和英国一样的双层职业结构。这个职业结构由代理人 and 出庭律师(advocates)组成,前者属于较低层次的法律职业者,其工作主要是与诉讼当事人打交道以

① 参见[英]罗伯特·巴特莱特著,徐昕等译:《中世纪审判》,119页,杭州,浙江人民出版社,2007。

② 参见陈绪刚:《法律职业与法治——以英格兰为例》,第三、四章,北京,清华大学出版社,2007。

及为辩护律师准备大量材料,而后者主要工作则是在法庭上为案件辩护,撰写书面辩护状以及为当事人提供法律咨询。当时的出庭律师已经自发地组成一些行业团体来表达自己的主张。^①

(三) 发展期:近代西方资本主义时期

随着近代资本主义革命的胜利和资本主义国家的建立,资本主义经济开始进入一个全新的发展时期,这一时期,资本主义律师制度开始逐渐走向成熟。这种成熟的标志在于以下几个方面:一是律师业的迅猛发展,律师业的规模日益庞大。在16、17世纪,英国由于资本主义革命的完成和资本主义经济的飞速发展,法律业务市场急剧扩大,这就带来了英国律师业急剧的膨胀。“巴律师”的影响力已经扩展至地方各郡,“巴律师”队伍出现稳步增长,到詹姆斯一世在位中期,“巴律师”总人数已经达到五百多人,比16世纪初期增长了十多倍。而“沙律师”也同样出现迅速增长的趋势,1560年,在民诉法庭与王座法庭执业的代理律师不过是一百五十名左右,到了1606年,人数增加六倍多,达到了一千名左右。^②在美国,19世纪是美国律师制度逐渐形成并走向成熟的时期,到了19世纪末,美国律师总人数已经突破十万。

二是律师自治组织的成立与律师自治制度的发展。在律师历史发展源远流长的英国,早在1590年起律师学院律师资格的获得便被司法界承认为获得法律学识的标志,在此后的数百年里,四大律师学院中获得律师资格的学生不断增加,业务范围也不断地扩大,提供不同法律服务的主体间也在不断分化。在14世纪末期,“巴律师”已经组成了同业公会,享有国王赋予的特权,形成了所有法官都必须从“巴律师”中任命的惯例。但“巴律师”的律师公会一开始就将“沙律师”排除在外,这些“沙律师”在1729年左右组成自己的同业行会,1831年,这个行会组成法人性质的律师协会,并于1845年获得皇家特许状。根据1903年的特许状,组成存在至今的律师协会(Law Society)。^③而在美国,早在19世纪早期,法律便是唯一限制人们从事的职业,对加入这个职业的人设立了相应的门槛。此时,律师业已经成立各种各样的律师行业组织。但是,随着律师职业民主化要求和杰克逊民主主义的影响,法律职业的职业化进程随后便遭受到较大的挫折。一方面,从立法和宪法上废除对律师的专业资格要求,许多州都通过立法给每一个公民或居民从事律师业务的权利,比如新罕布什尔州在1842年,缅因州在1843年,威斯康星州在1849年都通过此类法律;另一方面,各地的律师专业组织也陷入困顿状态,律师专业组织对成员的专业训练、对新成员的接纳或对渎职行为的审查等权力均被剥夺,律师协会成为有名无实的社交性组织。1878年,美国律师协会(ABA)宣告成立,这一事件对法律职业的发展产生了巨大的影响,它标志着律师职业活动新时代的开始。在美国律师协会诞生后的10年里,有25个州组成了律师协会。与此同时,律师内部职业规范的建设也开始起步,1887年,美国亚拉巴马州制定了第一个州律师行为守则——《亚拉巴马州道德守则》(Alabama Code of Ethics)。1908年,美国律师协会通过了《职业道德准则》(the Canons of Professional

^① 参见[英]威尔弗雷德·波雷斯特著,傅再明、张文彪译,陈端洪校:《欧美早期的律师界》,122页,北京,中国政法大学出版社,1992。

^② 参见陈绪刚:《法律职业与法治——以英格兰为例》,215~217页,北京,清华大学出版社,2007。

^③ 参见陈绪刚:《法律职业与法治——以英格兰为例》,215~217页,北京,清华大学出版社,2007。

Ethics), 来规范律师的行为。这一道德准则包括 32 条规定, 在很大程度上是《亚拉巴马州道德守则》的翻版, 这是美国律师协会将律师职业道德规范化的第一次尝试。该准则后为许多州以制定法、法院规则或者州律师协会的规则的形式所采纳。不仅如此, 在美国律师协会的倡议下, 美国法学院协会于 1900 年成立, 为律师职业的准入控制奠定了坚实的制度基础。

二、中国古代讼师制度的起源和发展

(一) 讼师制度的起源和发展

在我国古代同样存在着发达的诉讼代理活动, 而承担着这一活动的主体则是被称为讼师的法律职业群体。早在西周时期, 我国便出现了诉讼代理活动, 据《周礼·秋官·小司寇》记载: “凡命夫命妇, 不躬坐狱讼。”《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, 不得不坐, 当使其属子或子弟代坐也。”这充分说明当时已经出现了诉讼代理活动, 但是, 代理诉讼之人并非专业从事此一行业的从业者, 而是自己的下属或者子弟。史上可考第一个专业从事诉讼代理的人便是春秋时期郑国的邓析(公元前 545 年—前 501 年)。据史料记载, 邓析在当时主要从事两方面的工作: 一是欲改旧制, 私造“竹刑”。晋人杜预在对《左传》的评注中提到: 邓析“欲改郑所铸旧制, 不受君命, 而私造刑法, 书之于竹简, 故言‘竹刑’”, 换言之, 邓析是我国民间立法建议的先行者。二是传授法律知识, 承揽诉讼。《吕氏春秋》说: 邓析“与民之有讼者约, 大狱一衣, 小狱襦裤。民之献衣而学讼者不可胜数”。这反映了邓析以专业法律服务来换取报酬, 并且教授徒弟。因此, 邓析是中国古代有史可考的最早的完整意义上的诉讼代理人。邓析及其所代表的名家在春秋时期的兴起有其独特的历史社会环境, 春秋是历史上的大变革时期, “礼崩乐坏”, 各项制度都处于急剧的变革当中, 各种利益群体也纷纷通过各种学说活动来彰显自己的利益诉求, 而邓析所代表的名家实际上便是当时商品经济中商人阶层的利益代表。^①

秦始皇统一全国后, 法家思想占据了统治地位。商鞅认为, “为法, 必使之明白易知”, “万民知所避就”。换言之, 法家追求的是法律通俗易懂, 令民众可以直接遵守, 而不是追求民众去知法用法, 这样就大大压缩了讼师代理活动存在的空间。尽管如此, 在秦朝, 代书活动仍然相当普遍。但依照规定, 代书活动必须是由“乡”以上的人物操持。因此, 在春秋时期一度兴起的讼师活动, 到秦朝则相对归于沉寂。秦朝覆亡后, 汉朝吸取秦朝之教训, 汉初贯彻“黄老”思想, 废除苛法严刑。至汉武帝时期, 为统一封建集权, 确立封建正统思想, 在司法上采取春秋决狱。春秋决狱之于讼师而言有两个后果: 一是春秋决狱使法律进一步深入到基层, 非正式司法解释在官方和民间越来越多, 产生了许多类似现代的法律顾问; 二是春秋决狱的精神对后来法官的审判产生了巨大影响^②, 特别是西汉之后, 允许私家解释、注译现行律文, 经律之学由此而兴起。东汉时期, 律学进一步发展, 律学家人才辈出, 而且官府也承认诸家学

① 参见党江舟:《中国讼师文化——古代律师现象解读》, 26 页, 北京, 北京大学出版社, 2005。

② 参见党江舟:《中国讼师文化——古代律师现象解读》, 35 页, 北京, 北京大学出版社, 2005。

说，并用以断狱。律学的兴起为讼师这一行业奠定了坚实的基础。

唐朝作为中国封建盛世的顶峰为讼师的发展提供了很好的环境。一方面，农业、商业和手工业等行业空前兴旺。经济的繁荣带来了民间交往和贸易活动的大发展，这也使得民众的所有权、契约等法律观念不断深化；另一方面，唐朝建立起了完备的封建立法，具体、严密合理的礼法合一的规范使得整个司法过程更富有技术性和可预见性，这也为讼师行业发挥作用提供了重要的条件。比如说，唐朝对不动产土地的转让规定了严格的条件，如果不符合这些转让的条件，转让便归于无效，这就产生了对专业化法律服务群体的需求。到了宋朝，我国商品经济进入一个空前的繁荣期。经过汉唐时代的稳步发展，宋朝讼师也进入了一个空前的发展期。这主要体现在三点：一是民间好讼之风大兴。《宋史》卷五十八《地理志》称：“登、莱、高密负海之北，楚商兼凑，民性愎戾而好讼斗。”这主要是因为南宋偏安南方，长江流域的经济得到了空前的发展，民间土地、房屋等财产流转速度加快，商品经济的空前发展催生了民间的争讼之风。二是讼学的兴起。所谓讼学是指教人打官司的学问。^① 据《癸辛杂识》：“江西人好讼，是以簪笔之讥。往往有开讼学以教人者，如金科之法，出甲乙对答及诤语，盖专门于此，从之者常数百人。”^② 讼学的兴起直接反映了讼师行业的巨大发展。三是讼师制度空间的扩大。与前朝特别是秦朝相比，宋朝官方对于讼师行业的管制要相对宽松得多。对于代书行为人、“写状钞书铺户”等讼师行业中人，官方并不是完全禁止他们的活动，而是在对他们的活动加以规范的情况下，使其得以存在。

相比于唐宋时期的发展，讼师在元朝的活动则相对沉寂。一方面，在宋朝作为讼师之重要栖身之所的书铺到了元朝一律改为官办，通过这种改制，官方很大程度上控制了讼师行业。另一方面，元朝的诉讼制度得到了很大的发展，主要表现在“诉讼”开始独立成篇，诉讼范围也得以扩大。因此，尽管在官方态度上对讼师采取较为严厉的管制措施，但是从整体制度环境和社会需求来说，讼师的作用却处于扩大之中，因此，许多讼师的活动实际上处于半公开的状态。明清时期，我国封建专制发展到了顶峰，集权统治也日益完善。与此同时，商品经济的萌芽历经宋元时期的发展，在明清时期也达到了新的发展高峰。这种时代背景为讼师行业的生存发展带来两方面的影响：一方面，政府对讼师的打击和禁止越来越严厉。明清以八股考试来选拔人才，八股考试与法律毫不相关，这样就大大限制了法律人才的培养。学习法律的人一般只能从事三项职业：书吏、刑名幕友和讼师。而且讼师在当时的活动范围极为有限，甚至明、清律中有“教唆词讼”条，明文规定：“凡教唆词讼及为人作词增减情罪诬告人者，与犯人同罪。”^③ 清条例中对讼师更是从严治罪：“若系积贯讼棍串通胥吏，播弄乡愚恐吓诈财，一经审实，即依棍徒扰害例问发云、贵、两广极边、烟瘴充军。”^④ 但另一方面，

^① 参见党江舟：《中国讼师文化——古代律师现象解读》，48页，北京，北京大学出版社，2005。

^② 周密：《癸辛杂识》。转引自党江舟：《中国讼师文化——古代律师现象解读》，48页，北京，北京大学出版社，2005。

^③ 《明律例·刑律·诉讼》，“教唆词讼”；《清律例·刑律·诉讼》，“教唆词讼”。转引自瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，414页，北京，中国政法大学出版社，1998。

^④ 《清律例·刑律·诉讼》，“教唆词讼”，乾隆二十九例。转引自瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，414页，北京，中国政法大学出版社，1998。

讼师在民间的活动却一直相当活跃。明清时期,“好讼”、“健讼”之风相当兴盛,据滋贺秀三考证,清代嘉庆年间安徽省刘安州知州在任 10 个月间,曾处理 1 360 件案件。^①而且,“词讼必由讼师”,讼师不但在社会的法律生活中发挥着重要作用,而且在民众的非法律事务中也扮演着重要的角色。

(二) 讼师与律师之比较

讼师一般是指我国古代的法律服务工作者,而律师则是清末改制之后从西方国家引入我国所建立起来的新的行业。讼师与律师之间的关系如何一直是学界争论的焦点问题。学界当前的通说认为:传统讼师与近代律师之间存在质的差别,因为前者是中国封建专制法律制度下产生的,而后者是在近代西方资产阶级民主法制基础上产生的职业群体。这种判断主要依据以下三点:一是近现代意义上的律师与古代讼师所处的政治制度和诉讼制度环境是完全不同的。律师是商品经济和民主政治大环境下的必然产物,是在作为民主政治之重要组成部分的辩护制度下应运而生的,这一点从西方律师制度的起源和发展过程便可以看得很清楚。而讼师则一直是在我国封建集权统治之下艰难发展,无论是封建政治制度还是高度集中的诉讼制度给讼师留下的空间都非常有限。二是讼师和律师在行业制度的发展方面也存在很大的不同。在西方,律师行业的发展带有很大的独立性,律师行业早在 13 世纪便形成了相对独立的行业空间。以英国为例,早在亨利三世时期(1216 年~1272 年),便出现了真正的律师职业群体。律师行业的发展也相对独立于整个社会政治制度的变更,从而形成了相对稳定的律师职业,形成了相对较强的自治传统,律师的社会地位也相对高一些。而在我国古代,讼师一直是以一种较为松散的方式存在,始终未能形成相对组织化的讼师行业群体,而讼师行业的发展状况也与社会政治大环境休戚相关。因此,讼师在我国古代社会一直缺乏一种相对独立的发展空间,社会地位也相对低下。三是讼师与律师的业务范围差异甚远。古代讼师的业务范围一般局限于代书、诉讼、调解等业务领域,在诉讼中的活动也受到官方较大的限制,而近现代律师的业务范围则要广泛得多,包括代书、诉讼、调解、见证乃至其他诸多非诉讼业务。因此,尽管古代讼师与近现代律师同是社会法律工作者,其业务范围也有相当程度的类似,但是由于所处社会政治和诉讼制度环境的差异,律师与讼师呈现出完全不同的发展态势。

第二节 当代几个主要国家的律师制度

现代意义上的律师制度主要来源于西方,特别是以英国和美国为代表的英美法系和以法国和德国为代表的大陆法系国家。在这几个西方国家中,律师制度不仅有着悠久的历史 and 完善的建制,而且律师业本身也非常发达。这几个国家的律师制度都独具特色,彼此之间存在着很大的差异。

^① 转引自党江舟:《中国讼师文化——古代律师现象解读》,64 页,北京,北京大学出版社,2005。