



新阶梯法学规划课程系列教材

docsriver.com商家本本商家

docsriver.com
商家本本书店

法律文书学

Legal Papers

周萍·主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





法律文书学

Legal Papers

主 编 周 萍

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

周 萍 盛宏文 刘冀民 李 林

张 黎 韦 锋 袁 野



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律文书学/周萍主编. —北京:法律出版社,
2012

ISBN 978-7-5118-2963-4

I. ①法… II. ①周… III. ①法律文书—写作—中国
—高等学校—教材 IV. ①D926.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 270127 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京鑫丰华彩印有限公司

责任印制/张宇东

开本/720×960毫米 1/16

印张/20.25 字数/298千

版本/2012年1月第1版

印次/2012年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2963-4

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

教学质量是高等学校的生命线;重视教材建设,是提高教学质量的重要环节。2005年,教育部以1号文件下发了《关于进一步加强高等学校本科教学工作的若干意见》,要求“加强教材建设,确保高质量教材进课堂……对发展迅速和应用性强的课程,要不断更新教材内容,积极开发新教材,并使高质量的新版教材成为教材选用的主体”,而且特别强调教材应当“具有中国特色、中国风格和中国气派”。教材是课程及教学内容的载体,是在校大学生获得知识的重要途径。教材的编写过程本身,有利于教材及时反映变化了的社会状况和学术研究的最新成果,有利于教师改进教学方法、提高教学水平、增强科研能力。这都是对教学与科研的反思和总结。通过教材的编写,还可以促使教师总结教育教学规律,了解学生的知识需求,培养热爱教学和关爱学生的教育情怀,实现教师、教材与学生三者的有机联结与良性互动。

依法治国是党领导人民治理国家的基本方略,高等法学教育是国家法治发展的重要依托。我国高等法学教育大众化的快速推进,引发了人们对法学教育质量的疑虑,进而促使法学教育工作者深刻思索如何改革法学教学方式、如何完善法学课程体系等问题。法学教育必须适应法律职业对法律人在知识、能力等方面的实际需求,而法学教育的进一步改革和发展又必须以法学核心课程教材建设为基础。如果说法学核心课程的确立,是对我国法学教育历史经验深刻反思的成果,是对养成法学思维方式所需基本知识体系的科学总结;那么,编撰高质量的法学核心课程配套教材,就是目前高等法学教育工作者不可推卸的责任。

西南政法大学前身是1950年成立的以刘伯承元帅为校长的西南人民革命大学。1953年,以西南人民革命大学为基础,合并重庆大学、四川大学、贵州大学、云南大学、重庆财经学院的法律院(系)成立西南政法学院。

2 法律文学

1958年,中央公安学院重庆分院又并入我校。特殊的建校背景,使学校汇集了当时西南地区法学和法律界的主要资源,也因此被誉为“新中国政法类的西南联合大学”。在我校的发展历程中,先后经历了多次隶属关系变更。“文革”期间曾一度被迫停办。1977年,经中央批准恢复法学本科招生。1978年,经国务院批准为全国重点大学,是司法部部属政法院校中唯一的全国重点大学。1979年,开始招收法学硕士研究生,是改革开放以后全国首批硕士学位授权单位。1993年,被国务院学位委员会批准为博士学位授权单位。1995年,经原国家教委和司法部批准,更名为西南政法大学。2003年,被国务院学位委员会确定为全国首批法学一级学科博士学位授权点;同年,经人事部批准设立法学博士后科研流动站。经过近60年的建设,学校正在发展成为以法学为主,法学与政治学、经济学、管理学、文学等多学科协调发展的特色鲜明、优势突出的高水平大学。学校与美国、英国、德国、法国、俄罗斯、加拿大、意大利、日本和泰国等国家以及我国香港、澳门和台湾地区的一些大学,建立了校际友好关系,进行广泛而深入的学术交流与合作。

高水平大学应当有高水平的教材。作为国内规模最大的法学人才培养基地,西南政法大学历来高度重视本科教学质量及本科教材建设,不仅培养了一大批具有较强教学研究能力的中青年学者,而且逐步形成了自己独具特色的教学模式和教材风格。面对新世纪新阶段法学教育的变化,学校做出积极反应,在提高本科教学质量方面,做出了更大的努力。学校在总结已有教材编写经验的基础上,广泛吸取国内外其他法学教材的长处,与法律出版社合作,编写出版这套“高等学校法学核心课程教材系列”,以践行我校法学教育理论性与实践性充分结合的办学理念,并积极努力为我国高等法学教育事业做出自己新的更大的贡献。

本套教材以发展着的马克思主义为指导,坚持社会主义法治理念,贯彻和实践科学发展观,遵循理论联系实际的原则,力求适应国内依法治国与构建和谐社会的新要求,适应国际经济全球化发展的新态势,准确把握现代法治精神,在吸纳国内外法学研究最新成果的基础上,树立精品意识与创新观念,致力于打造品牌教材。为了确保编写质量,我校通过专家论证,由教材委员会遴选高水平教师主持本套教材的编写任务,并在教材建设经费上给

予了重点支持。我们对本套教材的特色要求是:通过对基本知识点的重点阐述,保证学生掌握基础理论;通过对学术前沿问题的介绍,拓展学生视野,启发学生思维;通过对基本技能训练的指导,提高学生处理法律事务和应对国家司法考试的能力;通过课后作业的问题设计,引导学生独立思考、深入研究。

本套教材主要作为高等学校法学专业本科教学用书,也可供报考法学各专业研究生复习备考使用。

西南政法大学教材委员会

2009年5月

作者简介

周萍 女,1965年出生,西南政法大学法学院讲师,从事法律文书教学和科研二十余年,参加《法律文书写作》、《法律文书格式新编》、《法律文书例新编》等法学教材的编写,在《现代法学》、《西南政法大学学报》、《西南农业大学学报》、《人大复印资料》等杂志发表论文多篇。

盛宏文 男,1971年出生,法学博士,重庆市人民检察院高级检察官,研究室副主任。研究领域为刑事法学、司法制度。在《人大复印资料》、《人民检察》、《西南政法大学学报》等刊物发表论文20余篇,《检察案例与业务指导》副主编。

刘冀民 女,1956年出生,毕业于四川大学,四川大学法学院副教授,从事法律文书教学工作近30年,著作有《法律文书教程》(主编),《保密法学》(副主编),在各类刊物发表论文数十篇。

李林 男,1982年出生,西南政法大学法学院教师,助教,法学博士。主要研究刑法学基础理论。在《海南大学学报》、《西南政法大学学报》等刊物发表学术论文10余篇。

张黎 女,1976年出生,民法学硕士,西南政法大学法学院讲师。曾发表《刍议国际私法上的法律规避》等文章。

韦锋 男,1963年出生,西南政法大学法学院副教授,大学学历,主要从事法律文书、刑法、房地产法研究。著作有:西南政法大学教材《法律文书写作学》(主编)、司法部高校教育法学教材《法律文书写作》(副主编)等多部。

袁野 男,1968年出生,研究生学历,重庆市公证处常务副主任,高级公证员,曾在《中国公证》、《东南司法评论》等杂志发表论文多篇。代表性论文:《公证介入电子商务战略构想》、《关于对重庆市公证行业进行大规模机构整合的可行性论证》等。

编写说明

《法律文书学》是西南政法大学为突出特色教学、增强核心竞争力,决定推陈出新编写的适宜本科生使用的立体化系列教材中的一本,由西南政法大学法学院司法制度教研室组织编写。除了具有丰富教学经验的本教研室老师外,本书主编还邀请了其他院校担任本科生《法律文书学》课程的主讲教师和较高理论水平的实务工作者,对法学本科生的教学、实习和就业状况有比较深刻的理解,并结合法律职业的实践要求,选择了本科生易接受的方式,深入浅出地来解读了法律文书学这门课程,首次在国内同类教材中,用法理学、法哲学、法史学和法社会学来分析法律文书的格式内容和写作现状以及真正提高法律文书写作水平的途径;首次确定了法律文书的地位是一门如何适用法律解决社会纠纷的技术和艺术,是一门培养本科生法律思维能力的专业课。

所以,本教材在总论部分增加了“法律文书的阅读和构思”一章,以突出司法的决断过程是制作法律文书时比格式和内容的选择更为重要的操作能力。

在分论部分,本教材避免了同类教材文书种类大而全的空泛重复,改变了按制作主体设计篇章体例的标准,按诉讼法学的基本原理划分章节体系,对法学原理相同,而写作内容不同的文书进行了梳理,突出了法律的思维方式,淡化了由大学语文等课程承担的基础写作内容。

如仲裁法律文书和民事诉讼法律文书的法律推理方式是相同的,只是具体写作内容不同,用掌握民事诉讼法律文书的写作原理和技巧,制作仲裁法律文书是没有问题的,所以本教材就不再重复编写“仲裁法律文书”一章;按照这个思路,我们对所有侦查机关制作的侦查文书归为“刑事诉讼法律文书”中的一节,选其中一份常用的法理相对复杂,难度比较大的文书如

2 法律文书学

起诉意见书讲解,学生需要写作逮捕证、提请批准逮捕书等侦查文书时,用这些原理和技巧,结合相应的法律规定,具备基础的写作能力就可以举一反三了。否则,花大量的篇幅一一介绍各种文书,学生只能简单模仿,不能真正运用,更不能顺应发展。本书写完之时,正是《刑事诉讼法》修改完成之际,刑事诉讼法律文书的种类和格式又将有许多变化,可无论增减多少种具体的文书,其本质的推理逻辑和思考原理以及写作技能要求是不会变的。

因此本教材就不再设“公安文书”、“检察院自侦案件法律文书”、“监狱文书”等章节,教材的这种划分方式不仅大大减少了教材内容,减少了学生的购书成本,而且思路清晰明确,易被学生理解。

在减少的同时,本教材为了顺应当前法学本科生的学习和就业特点,在教材的每章后面都编选了思考题,帮助学生了解这门课程的应试要求;增加了公证文书的介绍内容,因为公证文书虽是非诉讼法律文书,却与日常生活联系紧密,对本科生的生活就业都很相关。所以本教材介绍的文书,浅显易掌握,具有实用性。

此外,本教材为了突出对本科生法律职业思维方式的养成训练,范文的列举上避免了大多数教材的“肢解”习惯,力求全文引用,甚至选择同一个案件的各种文书,以体现法律逻辑的完整,缩短学生从法学理论学习到适应具体办案业务之间的不必要的转换过程,提升本科生就业发展的机会成本。

本书由主编拟订大纲,和全体作者讨论分工之后,作者各自撰写,主编统一修订定稿。由于水平有限,时间十分的仓促,尽管我们尽了最大的努力,肯定有许多缺陷和错误,希望老师和同学们在使用中不吝赐教,帮助我们今后改进。本书参考了一些专家的文献,无法一一致谢,在此表示感谢!

本书的作者和分工如下:(按章节先后顺序)

周 萍 第一、二、三、四章

盛宏文 第五章

刘冀民 第六章

李 林 第七章

张 黎 第八章

韦 锋 第九章

袁 野 第十章

目 录

第一编 总 论

第一章 法律文书学概述	(3)
第一节 法律文书写作学的概念和研究对象	(3)
第二节 法律文书写作学的研究方法和意义	(6)
第三节 法律文书写作学的学习目的和方法	(8)
第二章 法律文书概述	(17)
第一节 法律文书的概念、性质	(17)
第二节 法律文书的特点和分类	(22)
第三节 法律文书的历史沿革	(25)
第三章 法律文书的阅读和构思	(39)
第一节 法律文书的阅读	(39)
第二节 法律文书的构思	(50)
第四章 法律文书的基本结构和主要表达方法	(60)
第一节 法律文书的基本结构和内容	(60)
第二节 法律文书的表达方法	(70)

第二编 诉讼法律文书

第五章 刑事诉讼法律文书	(99)
第一节 刑事诉讼法律文书概述	(99)
第二节 刑事侦查文书	(105)
第三节 审查起诉文书	(123)

第四节	刑事辩护文书	(134)
第五节	刑事裁判文书	(140)
第六节	刑事执行文书	(154)
第七节	刑事监督文书	(158)
第六章	民事诉讼法律文书	(166)
第一节	概述	(166)
第二节	民事诉状类文书	(168)
第三节	民事答辩类文书	(171)
第四节	民事裁判类文书	(176)
第五节	第一审民事判决书(普通程序)	(178)
第六节	民事调解书	(192)
第七节	民事裁定书	(197)
第七章	行政诉讼法律文书	(208)
第一节	行政诉讼法律文书概述	(208)
第二节	行政诉状类文书	(209)
第三节	行政答辩类文书	(214)
第四节	行政裁判类文书	(216)
第五节	行政赔偿调解书	(227)
第八章	笔录	(232)
第一节	概述	(232)
第二节	讯问笔录	(236)
第三节	法庭审理笔录	(240)
第四节	现场勘查笔录	(248)

第三编 非诉讼法律文书

第九章	法律咨询文书	(255)
第一节	概述	(255)
第二节	法律意见书	(258)
第三节	法律风险评估报告	(266)

第十章 公证法律文书	(276)
第一节 公证法律文书概述	(276)
第二节 要素式公证法律文书	(281)
第三节 定式公证法律文书	(295)
主要参考书目	(304)

第一编 总 论

第一章 法律文书学概述

内容摘要

本章从法律文书写作学的概念及研究对象和意义等基础问题入手,用司法制度的宽广视角来明确法律文书写作这门学科在法治进程中的地位 and 作用,强调了它作为培养法律思维方式,传达和送达一般法律条文所蕴涵的公平和正义价值的技术和途径,对法学院学生养成法律职业素质的必要性和重要性。同时,本章还详细介绍了法律文书学的研究发展和演变完善过程,结合当前司法改革的时代背景和法学本科生教育特点的变化,论述了法律文书学研究的方法和学习法律文书学的目的,展望了法律文书学研究发展的趋势。最后,本章提供了学习法律文书写作学的具体可行的方法和途径。

第一节 法律文书写作学的概念和研究对象

一、引言

对法律文书写作的研究,已经有了悠久的历史,角度各有不同。司法权的产生,相伴随的是作为其凭证和载体的文书因传承了一个国家的法律文化和司法技艺而作为一种独特的研究对象。从成文法的产生起,法律文书开始出现,唐代的司法制度是我国封建法律制度中最典型的,这一时期法律文书写作研究开始规范和系统;清代司法制度是我国封建社会中技术最完善的,其法律文书的研究也是最繁荣的。新中国成立后,对法律文书的研究

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



也从未停止过。尤其是 20 世纪 80 年代以来,随着司法制度的不断完善,法律文书的专业性和技术化研究也进入了一个新的发展时期,机构研究和学术探讨以及实践操作互相促进,推动了法律文书写作学作为一门法学专业的专业课程,一门司法程序技术凸显了它在法治进程中日益重要的地位。但是这些研究和教学大都侧重于法律文书的写作方法和技巧的介绍与探索,以文书表象的写作格式为唯一出发点,讲述如何机械照搬格式,从形式上完成文书写作任务。无法从较高的法学、哲学、历史、逻辑学等理论层面,对法律文书的构思、阅读等全过程进行研究,分析一份法律文书所蕴涵的法律原理和具体法律规定如何操作,以及司法结论得出的法律推理和思维过程,使法律文书没有很好地体现法律职业家团体独立的话语体系,帮助法律人安身立命,建立一个根据法律解决问题的话语机制,形成法律人独有的一套思维方法,用法律文书写作这样的司法技术建立一个以说理为特征的解决社会纠纷的法治社会。

在总结各界对法律文书写作理论和实务不断的完善和探索成果的基础上,结合本教材各位编者在自己长期的教学、科研和实务操作中的思考与体会,本书对法律文书作为培养像法官和律师那样的法律家思维方式的制作方法和原理进行尝试性的探索。

二、法律文书写作学的概念

法律文书写作学是以法律文书写作为研究对象的一门学科。对法律文书写作学的研究,理论界和实务界是从多向度的视角来展开的,法哲学、法史学等从理论分析角度探讨其蕴涵的法律原理、经济和社会生活,民族文化等如何展现;民事诉讼法、刑事诉讼法、司法制度等部门法学者从程序制度的设计和完善等适用法律技艺角度进行探讨。法律文书写作学则从司法过程中每一份具体法律文书的结构、风格和功能如何体现和表达法律公平正义价值的角度对法律文书写作展开研究。它是以法律文书的基本理论、法律文书的实际操作和法律文书的教学方法等作为研究对象的一门法学专业技术性学科。

三、法律文书写作学的性质

司法权的本质就是一种判断权。法律文书写作作为体现制作者运用法律术语、法律方法推导出法律的判断结论过程的凭证和载体,成了一门重

要的司法技术。它与视野广阔、叙事宏大的批评性法律学术人思考方式不同,它是法官和律师为主要代表的法律家适用法律解决纠纷的一种独特思维方式。所以,用一句简单明了的话说,就是培养和训练像法官和律师那样去思考问题。

四、法律文书写作学研究的对象

法律文书写作学之所以能成为一门独立的学科,就在于有自己独特的研究对象,即法律文书写作技术,且研究内容自成体系。

司法的最高理想是实现一种对话和交流,在这一过程中,通过当事人和法官之间的沟通理性,使诉讼以和意和说理的方式解决。但迄今为止,这一理想对于司法而言仍然遥不可及。因为现代司法追求的超越性使它与日常理性保持着森严的距离。历史是活人重建死人的生活,历史科学是在对抗与过去的想象性的歪曲中开始的。司法作为一种判断过去事实的技艺,也不可能是对过去的东西的完全再现,实际上,没有任何科学能够真正再现这个世界,物理学也不能。司法只是从现有的材料出发,通过法官的活动,描绘出一个可以理解的、有意义的世界。

司法中的事实也只是司法过程中有意义的事实。即使法官能够知道一切事实,在司法中,他也只能压抑一些事实,突出一些事实,司法中的事实是人为的,是法官不断拣选的结果。虽然在司法中,法官看起来好像是一个中立者,但是无论他判断的事件距离他多么遥远,他还是不可避免地要卷进去。在任何时候,都不存在真正的旁观者,没有人能够以上帝的眼光观察事件。司法使过去的事实复活了,但是这种事实法官必须通过自己的心灵去经历这些事实,根据法律(如同历史学家根据学科的规则一样)以及自己的认知建构事实的秩序。在法官眼里,客观的真实是他孜孜以求,而又注定无法实现的目标,他只能在程序范围内操作,通过一份份文书写作为载体,再现这些思考。制作文书成了承受不确定性的折磨,但是我们又没办法摆脱这种折磨。但也许正是在这种不确定性中,世界的意义才呈现出来,法律文书承载的文化和历史的价值,法官通过书写判决书所运用的语言和思维方式才具有了独特性,现代法律人凭借这套话语分化为独立的职业群体。

法律这个独立的职业群体凭借一套独特的职业思维方法和技术建立了一个神秘的法律帝国,构成了法律人解决各种社会问题,包括把复杂的政治

经济问题转化为法律问题的基础。

思维是客观事物在人脑中间接的和概括的反映,是借助语言所表现的理性认识过程。对于法律人来讲,思维方式甚至比他们的专业知识更为重要。因为专业知识是有据可查的,而思维方式才是决定他们在解决社会冲突和纠纷时认识和判断的基本因素。这种思维方式不同于大众日常生活逻辑,是根据法律职业特点的一套专门逻辑,非经长期的专门训练无以养成;也不同于法律学术人的宏大宽阔以分析批判为主要方式的思维逻辑,而是以法官律师为代表的法律家通过解决个案纠纷的说理过程而建构的一种理性思维。

法律文书写作学就是以训练这种理性思维方式为主要的研究对象的。

从西方历史来看,法学沿着两条线索发展:法律家和专业法学家的法学。在我国,长期以来,法学研究、法学教育和法律实务三者较为背离。法学教育主要培养法学家思维方式,使得法学院学生在司法实践处理纠纷的过程中,少了一双“鹰一样的眼睛”,宏大有余而细微不足,无法通过对个案的裁决论证,通过法律文书的结构、功能和风格语言等技术提供一个历练法治的平台,传承司法理性的品格。法律文书写作的研究对象便顺应了这一法学发展的需要。唯此,方能把握法学发展的趋势和方向,完善和改革司法实践,再造法学的理论生命力。

第二节 法律文书写作学的研究方法和意义

一、法律文书写作学的研究方法

(一)历史的方法

中国古代社会在解决纠纷的过程中,从法官(像包拯这样的法官)们运用的语言、知识尽管与我们今天的法律知识和原理不同,主要以情理为导向,但推理的过程和作出司法判断这一目的是相同的。因此,以判词为代表的古代司法技术适应了中国传统社会的熟人社会生活方式。随着历史条件的变化,这种情理型判决推理逐渐衰微,但对于当下中国从传统到现代的社

会转型期,司法所处的复杂社会背景而言,情理型判决写作技术如何继承和扬弃,是当前法律文书写作实践领域的一个大问题。如实践中某些法官创设的判决书的“法官后语”部分和一些法院推出的判后释疑改革措施。本书通过对传统中国法律文书写作技术的介绍和分析,指出其在当代的司法中如何进行活的运用。

(二)比较的方法

众所周知,判决书的写作风格不同,法律文书中得出司法结论的推理方式的不同,是大陆法系和英美法系区别的特征之一。我国当前的法律文书中的司法结论推理过程是以大陆法系的演绎推理方式进行的,又独具中华法系以情理而不是仅以成文法规作为大前提的演绎推理。现代西方国家是陌生人社会的生活方式,追求的是凡事都具有可计算性和形式合理性,司法的推理主要采用类比这种形式。随着社会的开放和发展,尤其是1992年中国明确提出走市场经济道路以来,中国人的生活方式越来越和现代西方国家趋同,并日益成为中国人生活方式的主流。在这种情况下,现代西方利用法律对生活方式的调整对于中国也是同样适用的。类推这种司法技术在司法实践中的运用成为一种必然,判例指导制度的建立,量刑程序的规范,都需要通过法律文书写作技术去体现和完善。

(三)实证主义的方法

结合作者多年法律文书教学和司法实践中的经验、调查和思考,在分析现阶段中国法律文书写作的问题和不足后,找出造成这种状况的原因:制度性因素和人的因素,并找到解决的具体方法。从最高人民法院和最高人民检察院等部门规定的文书写作格式的制度和内容缺陷分析入手,通过对具体文书的结构安排、内容组成和语言表达以及构思风格的讲解,强调如何培养和训练法律家的思维方式。

二、法律文书写作学的研究意义

在现阶段,对法律文书写作学的研究,就是对其科学性、必要性和独立性重新定位的过程。长期以来,对法律文书写作学的研究几乎停留在公文写作学阶段,将法律文书写作等同于行政公文的写作学,研究如何照搬刻板机械的文书格式,重复讲解每一份法律文书的结构和内容以及写作要求。缺少对奠定这些法律文书万千种格式样本规定的背后所需要的法律规定和

法律原理,格式中反映的法律逻辑,具体写作时使用的法律术语、法律方法和法律结论形成的思维全过程,进行细致的分析判断,没有研究具体的法律的原理和每一个法律条文是如何结合个案事实操作运用的。法哲学、法史学、司法制度从法律文化和价值观角度对法律文书写作的内容进行研究,刑事诉讼法和民事诉讼法从完善司法程序角度对法律文书的功能和结构进行研究,司法制度则从司法职业的独立性、法律思维的独特性角度研究法律文书写作中的思维方式如何与大众思维方式相阻隔。

本书研究具体法律文书写作的结构、功能和表达方式,确立以诉讼法律关系为基础的法律规范为中心的案件事实叙述方式和原则,建构以法律术语、法律方法和逻辑进行司法判断处理个案纠纷的法律思维方式,用法律话语营造一个说理的法治新世界。

第三节 法律文书写作学的学习目的和方法

一、法律文书写作学的学习目的

(一)法律专业人才知识结构完整性的需要

因为社会分工进一步细密化、精致化,人们已经生活在“知识的集中营”里,每个人的生活世界出现了很大的差异,各人的心灵越来越不透明,生活世界以外的信息和知识变得越来越陌生与新鲜,与这种被吉登斯称为抽离化机制紧密联系的是,为了高效地处理案件,人们不得不把异彩纷呈的世界压缩到司法者容易理解和掌握的范围内,以把世界浓缩和简化,而法律知识正是这样一种知识。在人们心中的权威已经不是对个人的膜拜而是对知识尤其是专家知识和抽象系统的借助的时代,法律已经成为一种职业,司法者凭借自己掌握的法律知识建构了一套知识体系,以与其他人的知识区分开。于是,大量的法律术语出现了:预期违约、反致、监护人、近亲属。大量的法律原理出现了:一事不再理,上诉不加刑,无过错责任。大量的法律逻辑出现了:证据的高度盖然性,遵循前例的归纳推理,以成文法规定为前提的演绎推理。

这套以术语、原理、推理形式构成的法律知识以知识的神圣性、温柔的面目代替法律背后被国家垄断了的、赤裸裸的暴力,使人们用说理的语言代替了暴力的血腥。法学教授、法官和律师等从事法律职业的人就是凭借对这套知识的拥有成了专业化人才,这套知识体系是他们安身立命的根本。

因而法律文书的写作就不再是写作学的知识,就像法医鉴定结论,虽然涉及医学知识,但它在本质上是一种诉讼证据,对其作出的程序、效力,诉讼法作出了具体明确的规定,也是证据法学研究的内容。医学专家仅凭医学知识无法判断法医鉴定结论的合法性及法律效力。同理,写作学专家仅凭写作学知识是无法制作好规范的法律文书的。这里,写作知识已经整合成了法律文书写作的原理,成了法律借以表达的工具和载体,正如医学专家需要借助写作知识表达医学上的诊疗结果,但仅有写作知识的人是无力制作医学病历,更别说到医学院讲授病历书写课并对病历进行阅读和研究了。

所以,将法律文书写作作为一门法学学科加以研究和规范是法学发展的必然,也是法治的必需。

现行法学教育对法学院人才的培养方案中,法律文书写作作为一门必修专业课程,是向学生传授如何将所学的法律知识和原理整合起来转化为基本操作技能的工具课程,让学生掌握如何运用所学知识解决实际问题的方法和技巧。没有这种运用法学知识的技能,法学院学生再多的死的法律条文和原理的累积,都是零散的、教条的,无法解决现实中的实际问题。一个法学专业人才能通过一份起诉书的规范写作实现检察机关的公诉职能,就如一个医生不能通过病历书写完成和传达他的诊断一样,是不合格的。所以,法律文书写作学的学习完善了法学专业人员的知识结构。

(二)完善司法技艺的需要

法学专业人接受这套知识,法学教授用它进行批判性思考,用宽阔的研究视野使法律的规定与社会生活和谐一致;而法官和律师等法律家却将这套知识运用于实际生活中解决一个个具体的纠纷,在具体的纠纷解决过程中这套知识最直接或最重要的折射或复制就是各种法律文书,它详细记载了法律的整个运作程序中有法律价值的事项,这些事项都是与案件结果有密切联系的材料。可以说,法律文书就是体现运用法律的一般规定解决具体纠纷做出处理决定的全过程,这个过程就是我们通常所说的司法活动。

它是一种实践性的活动,依据亚里士多德关于知识的分类,属于实践理性。司法是一种特殊的实践理性,它是涉及他人命运的实践,处理的是已经被破坏了常规化的人际关系,小范围内的社会秩序出现了某种不整合的,甚至是紊乱的状态,无论司法最终结果如何,都会涉及当事人的利益分配,包括生命、财产、自由等人权,都是当事人重要的或者比较重要的利益。另外,与其他的实践技艺相比,司法的另外一个特点是,它必须通过调查证据认定事实作出判断,决定当事人在诉讼中的命运。所以,有学者指出,“司法权的本质是一种判断权”。

在司法过程中影响处理结果的一切事项,都必须制作相应的法律文书,记载在司法机关的案卷中,以实现司法权的判断。法律对案件程序、实体、证据的合法性要求,最终要落实为法律文书的写作要求,即合法律性要求,将书本上死的法律文字,变成活的可感受到的法律力量。国家法律就是在法律文书的制作、整理、装订等这样的琐事中完成了它的想象性统一。良好的立法就这样通过法官、检察官、律师制作的法律文书,体现在实际的社会生活之中和处理具体案件的每一个诉讼活动之中。所以,法律文书是一种具有经验理性的实践技艺,需要不断在实践中训练完善,法律文书写作水平的高低,体现的是司法技艺是否精湛,让人们通过文书的结构和语言,看见和传达了法律应有的正义。

(三)提供构建法治理性的平台

对社会公众的理性法治观念具有绝佳启迪作用的案件如“黑社会头目刘涌案”,到“崔英杰杀死城管队长案”再到“许霆案”,面对如此重大分歧的案件时,在舆论和公众的强劲风暴中,法官、检察官等司法职业者首先乱了阵脚,没有足够的自信坚守自己的判断。这些极具民意争议性特征的案件,通过起诉书、判决书中着重展示的用法律术语、法律逻辑阐述得出法律结论的推理论证过程,启迪民众对司法独立的尊重,并主动通过媒体将法律文书向社会公众公开,使判决书等法律文书所传达的全方位的导向意见,表达司法秉承理性的坚毅,在案件的处理过程中能始终恰当地向社会传达出司法的冷性品格,从而有效地回应公众和媒体对案件的合理质疑,完全可以提供一个历练法治的平台。法治需要公民的理性,而理性取决于法律人的自主性构建,而法律人的构建途径主要是通过个案法律文书的法律论证分析阐

述,教给关注该案件审理结果的民众一双明辨法理的法眼,逐渐培育他们的法意慧心,去探讨法之为法的真谛。如此,公众一时的不解或许正是启迪法治理性的开始,只有通过法律文书这个展示平台,才能提高司法机关通过个案助推法治的能力。

(四) 训练法律思维的最佳途径

具有理性的思维,是司法权威的内在要素之一。这种理性思维须经过长期专业的训练才能获得。法官和律师等法律家就是凭借这种专业化的思维方式从事着令人信赖的司法职业。法学家将这种思维方式概括为以下四个方面的规律:

1. 运用术语进行观察、思考和判断。如起诉状和起诉书是两个不同的法律术语,制作的主体和目的在法律规定中完全不同,所以其写作结构、内容完全不同。

2. 只在程序中思考。如民事上诉状只能针对一审法院对该案的判决和裁定中错误的事实和证据的认定以及法律的错误适用而导致的判决结果错误进行反驳,从而在上诉状中提出有利于上诉人的上诉请求,而不是针对对方当事人一审中的起诉或答辩进行的反驳来提出改判一审判决结果的要求。

3. 注重缜密的逻辑,谨慎地对待情感、情理等因素。

4. 只追求程序中的相对的“真”。所有法律文书中的“真实事实”,都是经过法定证据按一定规则推导出来的。

5. 判断结论总是非此即彼。司法权是为解决社会纷争而存在的,本质就是一种判断,这种判断结论必须是肯定明确的,不能有歧义。如罪与非罪、合法与违法、侵权与否等。

徒法不能自行。再完美的立法都必须通过以法官和律师为代表的法律家们通过这套思维方式将法律操作出来,他们在这种思维方式下的自由空间被叫做司法独立。法律的发展日益与道德和政治、宗教与文学因素相疏离,其独有的思维方式也与大众的日常生活逻辑之不同,它要对司法的结论用法律术语按法律的方法进行符合法律逻辑的说理和论证,使法律现有的知识传统和实践传承保持稳定和连续,使法律成为专门化的实践技艺。法律文书就是这种思维方式的反映,由一份份法律文书所整合出的一个个具

体案件中,是文书制作者运用法律的逻辑思维方法解决纠纷而建立的一个特殊的话语体系。法律家便借此营造的氛围表达自己对法律的忠诚而受人景仰。

(五)搭建了法律职业共同体的思考起点和交融平台,促进了法学研究的深入

面向社会的世俗生活,首先需要专业法学家为人们社会生活中的困惑、矛盾和冲突,寻找到切实的法律解决方案,确立基本的原则,也需要法律家在法学实践活动中,通过对具体的法律文书中所使用的法律语言、法律推理和法律方法以及法律结论的研究,让法律制度与社会现实相互对应,使理论和实践之间形成良性的共生系统。然而,在当下的中国,当实践真正需要法学理论和法律制度支持的时候,法学却并不在场。法律专家和普通民众一样似乎都在踊跃地借助媒体“表达意见”,而不是借助法律文书这一司法的工具展现法律的话语权威。有时,“民众的愤怒”甚至湮没了专家的声音。这是因为过去我们普遍轻视法官、检察官和律师等法律家对法学研究的努力和贡献而造成的。

随着法学研究在我国的繁荣和发展,专业法学家从对概念的抽象注释的法学研究转向对具体的实在的司法实践的关注,明白了要和法律家一样,不能像哲学家、文学家那样思考法律问题,二者通过对具体个案的法律文书写作研究,搭建了共同的思考起点和交融的平台。专业法学家可以表达自己在法律之上的个人之价值判断,甚至像抒情诗人那样呈展自己渴望无限接近天空的浪漫想象,但法律家却不能像诗人那样利用过度修辞的语言张扬自己的情感。他们必须通过法律文书制作技术,在程序范围内,用所谓理性的法律思维包裹起这种判断和想象,按照“法律共同体”之专业思维和逻辑的要求,来表达为法律共同体甚或被整个社会均予认可的问题解决办法。法律文书写作学有效地改变了法学家和法律家的这种相互隔绝和相互鄙视的状况,使他们相互切磋、相互促进,把法律从规则的机械适用转向法学原理的具体阐释。使法律文书中的每一个结论从现在的权威决断转变为理论的说服,真正体现法律的理性精神,逐步使法律文书不仅在现行法律条文和法律原理的推论中寻找和发现法律,而且在字里行间反映出文书制作者严密的法律思维和法律方法。司法实践中的许多案件,如美国的罗依、辛普森

案件,中国的吴留锁、杜培武、孙志刚案件和李庄案件曾经促使法学家直面法律实践中的难题,由此而引发一次又一次的法学论战。这不仅推进了法学研究走向深入,而且同时激活了法学家的内省意识、使命感和职业共同体观念。法学家们希望在法学之内而不是在法学之外解答这些难题,为此提供有效的论证,李庄漏罪案件的刑事裁定书是法学家用司法的理性通过对证据的法理分析,程序的严格适用,结论的严密推导发出的声音,在不安、紧张甚至对立的民意中彰显了司法的独特逻辑和方法,对这个举国关注的案件作出了令人信服的公正裁决,也为法学研究和教育提供了一个有价值的案例和实证。

二、法律文书写作学的学习方法

(一)转变对法律文书写作学的态度,明确法律文书写作学在法学学科中的地位

长期以来,由于中国司法特色,我国法治历程充满艰辛。导致将法律文书写作学等同于普通写作学的研究,重在对汉语词语、语法和修辞以及格式等要素的讲解,将一篇具有法律严密逻辑推理过程的法律文书“肢解”为孤立的格式、语言、修辞等的分析,只见一个个词语如何组成、句子如何表达和段落怎样分层次的写作学原理,却不见整体的文书构思的诉讼意义,传达的法律精神和司法对争议利益的平衡技艺,一些法律文书写作学教材,除了对格式样本进行重复的空洞的写作学原理注释外,忽略了帮助和引导学生在构思、阅读和写作法律文书过程中,通过讲解法律文书结构的布局到语言的运用,去展现法律严密的逻辑和法律话语的理性,欣赏到法律职业的美丽和智慧。这种无趣审美使很多人认为法律文书是一门枯燥的学科,法律文书是一门无师自通的技术,使法律专业的学生丧失了法律职业思维训练的大好时机,也使司法实践中司法独立和司法公正变得更加遥不可及。法律文书不讲法理,语法修辞用得再好有何诉讼意义?正如“足球要从娃娃抓起”一样,在法学本科阶段进行法律思维训练能起到事半功倍的效果。由于他们没有过多地与社会接触,没有受到太多其他思维方式的干扰,他们更容易接受一种新的思维方式,完成他们作为普通大众那套日常生活思维逻辑的转化,并经过法律文书写作课程的逐步强化训练,掌握基本的法律思维方法,以顺应未来职业的需要。大陆法系国家的大学法学院开设的“原理性

思维”的课程,英美法系创立的训练学生像法官和律师那样思考的案例教学法,日本的专门进行法律执业前训练的司法研修所,都无一例外把法律文书写作训练作为必修课。国内外很多法学院校还开设了事实认定方面和法律适用方面的课程。在我国,法学院学生是直接进入法律职业的,尽管有统一司法考试作为职业的准入门槛,但司法考试75%的知识是记忆性的,靠死记就能通过,与法律思维训练几无关联。所以在我国,法学专业的学生开设以训练法律思维方式为主的法律文书写作课程,就显得十分重要和更加必要。

(二)加强素质修炼和职业道德修养

常言说“文如其人”,法律文书作为一篇文章,一部文字作品,集中反映了制作者做人的综合素质。素质是一个人先天因素与后天因素相结合而产生的稳定潜在的长期起作用的基本品质、基本能力、基本观念。人才的素质包括许多方面,如合格的政治素质,全面的文化科学素质,良好的身体健康和道德素质,较强的工作能力素质,即与工作相关的能力素质。这包括:较好的口头表达能力即口才,文字表达能力,研究分析能力,社会交往能力和创新能力。法律文书制作者作为法律专业人才,当然应具备以上这些素质,而且由于法律职业对社会和他人的重要性决定了在这些素质中,更应强调的是制作者的职业道德素质和精湛的专业技能素质。一份法律文书中如果事实是虚假的,证据是违法取得的,法律是错误适用的,即我们通常说的冤假错案,因为得出的结论事关人命和财产,即使格式再正确,语言再规范,也是要被纠正和撤销的。如撤回起诉决定书,再审判决书等。一份判决书无论格式内容,结构语言多么完美,如果证明故意杀人罪的被告人“情节特别严重”的事实无充分证据,据此适用法律得出的死刑判决,当事人是一定不服的,检察机关和上一级法院也是会纠正的。再雄辩的言辞都不能代替利益的判断。相反,如果结论是公正并令人信服的,即使结构和语言表达有瑕疵,那是可以及时修正并在实践中逐步提高的。要写好一份法律文书,制作者的廉洁自律、严守中立,职业道德,法治信仰是先决条件。一个没有公平正直情怀的人,他拿什么法律正义通过法律文书的字里行间与社会交流和传达?

(三)加强法律专业知识的积累,提高法律思维的能力

法律是一种专门的技术知识,法律术语是这门专门知识中的最基本的

要素。所有的社会问题,无论它们来自民间还是官方,无论具体到抚养孩子的每月费用还是抽象到人格名誉,无论是春秋大义还是鸡毛蒜皮,都可以运用法律术语转化为法律问题进行分析思考并作出判断。任何一个国家都不具备调整一切社会事实的能力。立法者只将其中自认为重要的值得法律调整的部分,用法律术语命名,并确定起含义。比如“起诉”、“上诉”、“反诉”、“自诉”、“抗诉”等术语,就是将人们打官司的日常生活行为,纳入诉讼法律的话语体系中,用法律术语构建了一个新的人文世界,法律的每一个制度如“死刑”、“近亲属”都成为一个个术语,在法律世界里整齐地排列着,就像汉语词典里的汉字和词语,英语词典里的单词和词组,你掌握了多少量级决定着你的思考表达的能力和水平,用这套术语进行的法律叙事方式和重点已与用日常用语进行的基础写作叙事方式有很大不同。如叙述“被告人将被害人打伤”这样的日常生活事实,在法律文书中要用“轻微伤”、“轻伤”、“重伤”、“重伤致死”等表达伤害的法律后果。我们在司法实践中常见到,一位当事人向律师陈述案情,几个小时的叙述或许还会令人不得要领,但律师将此向法官陈述时只用几分钟就可完成。因为律师使用了法律术语进行交流和沟通,有效地阻隔了大众日常话语的介入,使法官和律师成为一种专门性的职业。对法律术语的积累和掌握便是用法律思维方式得出结论的基础,是制作法律文书的前提。法官和律师等法律家在法律文书中不用法律术语而是使用未经专业转换前的日常大众话语进行推理,就像英语写作中出现汉字及其语法表达习惯一样,莫名其妙,不伦不类的。

(四) 不断总结法律文书写作的经验教训,提高法律文书的写作水平

仅有法律术语的积累是不够的,必须在司法实践中进行活的运用。法律的生命在于经验而非逻辑。作为一门实践技艺,法律文书的写作能力只有循序渐进的坚持训练才能掌握。必须认真总结每份文书的得失之处,重视从标题到署名的每一个文字表达和标点符号的正确运用,耐心修改纠正每个错误,方能逐步提高。法律文书尽管许多都有格式样本,但如前所述,法律文书不是上传下达的命令式行政公文,格式样本只是法制建设特定历史阶段的产物,只是初学者的入门参考,不是法律职业的安身立命的职业技术。而这些格式样本是如何按照法律的逻辑和方法进行的结构设置和功能定位却不是模仿能解决的,它需要对成百上千种文书格式在运用中进行归

纳,总结出格式设计的内在规律,并在具体的写作实践中创造发挥,实现个案的公平正义。如云南省人民检察院对起诉书格式的创造性改变,使烟草大王褚时健贪污一案更符合法律的思维和逻辑,让社会直观感悟了法治的精神。

所以,持之以恒的训练和不断总结,是提高法律文书写作水平的重要途径。那种本着“临时抱佛脚”的态度,只在需要制作文书时照搬格式就能写出的法律文书大多是经不住推敲的,不合格的,损伤的不仅是司法的权威,也是制作者的职业道德和能力。

【思考题】

1. 法律文书学的概念和性质是什么?
2. 法律文书学常采用哪些研究方法?
3. 法学本科生怎样学习法律文书写作学?

第二章 法律文书概述

内容摘要

本章从法律文书的概念和特点入手,从法律规定及其司法制度的宽广视野探讨了法律文书的历史沿革和分类标准,改变了大多数同类教材,单纯从写作学原理和静态的文书格式定义和分析法律文书的局限,将法律文书的基本原理和社会法制的进程,司法体制的运作,法学的发展方向,诉讼方式和程序的改革联系在一起,明确了法律文书作为司法的技术和技艺的重要地位和作用。通过介绍法律文书的历史沿革,让学生了解中国古代的诉讼文化以及法律文书写作要求,对当代法律文书制作技术的影响,并指出如何根据当前的司法环境去逐步完善和改进。

第一节 法律文书的概念、性质

一、法律文书的概念

我国第一部《刑法》、《刑事诉讼法》颁布于1979年,于1980年1月1日正式施行。司法机关办理刑事案件将按法律规定的程序进行。根据刑事诉讼法的相关规定,司法机关办理刑事案件需要制作一系列具有法律效力的文件,如起诉书、逮捕证、出庭通知书、立案报告书、刑事判决书等,把这些文书从诉讼法中分离出来专门加以研究,就形成了我们今天法律文书写作这门学科的雏形,当时叫司法文书。是当时法学院校本科生的一门必修课。专门研究司法机关,主要指检察机关和人民法院(当然包括对刑事案

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



件享有侦查权的公安机关)在办理刑事案件过程中,为了完成刑事诉讼行为,而依法制作的具有法律效力的文件总和。囿于当时社会法制状况和司法的水平,立法不健全,司法人员文化素质低,当时,法律只被看做解决纠纷的工具,不重视法律解决纠纷的过程,制作法律文书需要法律知识还是写作知识,对此问题的模糊认识,使得司法文书在理论研究方面各行其是;在法律实践中,对法律文书的要求只是“通俗易懂,简洁明了”。司法文书主要侧重于写作知识原理普及的研究,号召法官应该懂语文,写出的文书不应有错别字。

进入20世纪90年代后,我国的《民事诉讼法》和《行政诉讼法》相继颁布,诉讼立法体系业已确立。根据《民事诉讼法》和《行政诉讼法》的规定,司法机关和非司法机关(如当事人及其代理人)在进行民事和行政诉讼过程中需要制作一系列具有法律效力的文件,如民事起诉状、行政答辩状、民事判决书和行政裁定书以及申请回避、强制执行、财产保全等的申请书。将这些文件也纳入司法文书的研究范围,主体就不再只是司法机关,还包括了非司法机关,即公民、法人和其他组织以及他们的以律师为主的代理人和辩护人,他们在诉讼过程中依法制作的具有法律效力的文件。这时,司法文书被称为诉讼文书,并随着当时法制建设中欣欣向荣的立法活动而日益凸显其重要性。法治的实践中,人们已越来越体会到司法公正需要凭证和载体来表达与传达,社会不仅只关心纠纷的解决结果,更关心纠纷的解决过程。于是各最高司法机关相继颁布详尽的诉讼文书格式样本,并以办公文件的方式下达各个具体的司法部门,严格要求按格式制作办案文书,规范诉讼文书的写作。

整个20世纪90年代是法学十分繁荣的时期,诉讼文书写作是当时全国律师考试的必考内容,更是教育部确定的法学专业的十四门主干课程之一。但当时对诉讼文书写作的研究只是对最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部规定的格式样本进行泛概念化的写作学注释。法学家几乎都成了“法律改革家”,无论是法学论文、讲稿和法官制作的判决书,都喜欢讨论“大词”、“关键词”和“新词”,都喜欢用“宏大的叙事方式”,代替立法者甚至政治家来思考制度的变革和司法大厦的设计,而很少有人关心奠定司法大厦的每块砖头即日常琐碎的司法事务及具体的司法技术的合理和完