

法律实务

Legal Practice

郭英杰 主编



经济科学出版社
Economic Science Press

赵肖筠 主审

法律实务

郭英杰 主编

经济科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律实务/郭英杰主编. —北京: 经济科学出版社,
2015. 6

ISBN 978 - 7 - 5141 - 5765 - 9

I. ①法… II. ①郭… III. ①法律 - 中国 - 高等
学校 - 教材 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 103320 号

责任编辑: 柳 敏 宋 涛

责任校对: 徐领弟

版式设计: 齐 杰

责任印制: 李 鹏

法 律 实 务

郭英杰 主编

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142

总编部电话: 010 - 88191217 发行部电话: 010 - 88191522

网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

天猫网店: 经济科学出版社旗舰店

网址: [http: //jjkxcbs. tmall. com](http://jjkxcbs.tmall.com)

北京汉德鼎印刷有限公司印刷

三河市华玉装订厂装订

710 × 1000 16 开 11.5 印张 180000 字

2015 年 7 月第 1 版 2015 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 5765 - 9 定价: 30.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换。电话: 010 - 88191502)

(版权所有 侵权必究 举报电话: 010 - 88191586)

电子邮箱: [dbts@ esp. com. cn](mailto:dbts@esp.com.cn)

编写说明

法学教学是一个集课堂教学建设、教学环境建设、实践教学建设于一体的系统工程。《法律实务》是山西大学商务学院 2013 年教改基金项目“法学专业一体化实践教学研究”的部分研究成果,经过多名教师的辛勤付出,终于成稿。

霍姆斯说:“法律的生命从来不是逻辑,而是经验”。应用型法律人才的培养必须注重学生实践能力的培养,在要求学生掌握法学基础理论的同时,需要具备一定的法学经验。《法律实务》是一门建立在法学专业学科及现行法律法规基础上的应用学科,是面向未来法律人才开设的创业型训练课程。本书在编写过程中,以实现知识型法律人才向应用型法律人才的转变为宗旨,以培养学生的法律执业技能为目标,避免学生沦为“法律的复印机、机械师”,培养学生具体应用法律处理各类法律案件的基本技能,从职业技巧、职业道德等方面提高学生的综合素质,以适应从事法律工作的实际需要。

本书的编写,有如下特点:

第一,结构编排新颖。即在每章的理论内容之后,都安排了相应的对法律实务技能的“评估”,用于学生的自测、自检;同时,还专门编写了“职业道德”,培养学生运用法治思维和法治方式独立开展工作的能力。以学生就业所需的法律素养和执业技巧为主要切入点,通过不同教学方法有针对性地、循序渐进地培养学生的法律应用能力。

第二,内容体系完整。本教材专注于锻炼和培养法学专业学生的法律职业技能与技巧,主要分为五大块:第一章是诉讼,在阐述有关诉讼基本理论的同时,介绍了编者在法学实践教学中对模拟法庭审判模式的最新探索,开拓学生的视野和增强学生的学习兴趣;第二章是仲裁,重在介绍有关仲裁的基本理论

与实务技能；第三章是调解，本章的编写动机在于紧扣“能动司法”、“节约司法资源”的理念和调解在司法实践中的重要作用，重点论述调解的一般程序及其技能；第四章是谈判，本章以介绍谈判的程序、技巧为重心，为非诉业务的发展提供宽广的执业舞台；第五章是咨询，法律咨询是开启法律服务的先行者，也是展示法律职业人职业魅力和吸引客户的首要环节，咨询的前期准备、过程的注意事项甚至后期的回访和建档是本章着重强调的内容。

第三，反映最新立法动态。在本书的编写过程中，行政诉讼法进行了实施24年来的首次修改；刑事诉讼法、民事诉讼法等都进行了一定的修改，本书的编写采用了最新的立法动态，力求把最新的知识传授给读者。

第四，注重实务技能培养。本书内容在引入基本理论的基础上，突出法律应用，培养学生的各项专业技能。包括民事、刑事、经济和行政等实体法方面的案件以及与之相对应的民事诉讼、刑事诉讼和行政诉讼等程序法方面的问题；本课程还创新性地采用大陆法系、英美法系和具有中国特色的马锡五审判方式三个特色鲜明的审判体系对经典案例进行模拟训练，将理论与实务紧密而生动地联系在一起。

编写人员及其分工如下：

第一章：李训伟（第一、四节）

潘淑岩（第二、三节）

刘恒科（第五、六节）

第二章：刘香玲（第一、二、三节）

张翼杰（第四、六节）

刘恒科（第五节）

刘慧兰（第一、二节）

第三章：田小芳（第三、四节）

第四章：白锐（第一、二节）

潘淑岩（第三节）

马启花（第四、五节）

第五章：郭英杰

全书由郭英杰统一修改定稿。我们衷心期待本书的问世能够综合提升学生的应用能力，给学习者带来实质性的帮助。由于编写老师水平有限，难免有疏

漏之处，敬请各位不吝赐教。

《法律实务》在编写过程中参阅了大量的有关资料，包括教材、文献和著作等，谨向原作者表示诚挚的谢意。本教材得以出版，感谢经济科学出版社吕萍总编的大力支持，感谢山西大学商务学院教务处的课题资助，感谢山西大学商务学院法律系主任赵肖筠教授的修改意见，还有默默无闻为本书出版的各位工作人员，在此一并致谢。

郭英杰

2014年12月18日

目 录

第一章 诉讼	1
第一节 诉讼概述	1
一、诉讼的概念和特征	1
二、不同审判模式的诉讼特征	4
第二节 诉讼解决纠纷机制实务流程	9
一、刑事诉讼的纠纷解决流程	9
二、民事诉讼的纠纷解决流程	17
三、法庭辩论	22
四、当事人最后陈述	23
五、法庭调解	23
六、休庭、评议和宣判	24
七、行政诉讼的纠纷解决流程	26
第三节 诉讼技巧的应用	27
一、询问	27
二、反对	29
三、言谈举止	30
第四节 诉讼中的职业道德	34
一、法官的职业道德	34
二、检察官的职业道德	35
三、辩护人、诉讼代理人的职业道德	36
第五节 诉讼文书的写作	37
一、诉讼文书写作概述	37

二、刑事诉讼法律文书	39
三、民事诉讼法律文书	50
四、行政诉讼法律文书	57
第六节 诉讼攻防策略及技巧	66
一、刑事诉讼攻防策略及技巧	66
二、民事诉讼攻防策略及技巧	76
三、行政诉讼攻防策略及技巧	87
第二章 仲裁	99
第一节 仲裁的性质与特征	99
一、仲裁的性质	99
二、仲裁的特征	100
第二节 仲裁解决纠纷实务流程	102
一、仲裁的申请和受理	102
二、仲裁庭的组成	104
三、开庭与裁决	105
第三节 仲裁的调解技巧	110
一、仲裁员的调解技巧	110
二、律师的调解技巧	113
第四节 仲裁中的职业道德	114
一、仲裁员的职业道德	114
二、仲裁中代理人的职业道德	119
第五节 仲裁文书的写作	121
一、概述	121
二、仲裁申请书的写作	122
三、仲裁答辩书的写作	123
四、仲裁调解书的写作	124
五、仲裁裁决书的写作	126
第六节 仲裁的评估	127
一、资料准备	127

二、角色定位	128
三、与当事人和仲裁机构的沟通	129
四、语言表达	130
五、仲裁评估的标准	131
第三章 调解	133
第一节 调解的前期准备	134
一、了解事实	134
二、人权保证原则	134
三、研究法律	135
四、调解程序准备	135
第二节 调解的步骤	135
一、开场白	135
二、调解过程	136
第三节 调解员的职业道德	139
一、保密	139
二、中立与公正	140
三、称职	140
第四节 调解的评估	141
一、资料准备	141
二、角色定位	142
三、与当事人沟通	142
四、语言表达	142
第四章 谈判	144
第一节 谈判的类型与模式	144
一、谈判渊源	144
二、谈判的类型	145
三、谈判的模式	147
第二节 谈判的步骤	149
一、谈判的提出	149

二、谈判的次序	152
三、信息交流	153
四、谋求合意	154
五、谈判需注意的问题	155
第三节 谈判的技巧	156
一、抛砖引玉	156
二、声东击西	157
三、协调风格	158
第四节 谈判的职业道德	159
第五节 谈判的评估	160
一、谈判计划	160
二、谈判进程	164
三、谈判协议	165
第五章 咨询	166
第一节 法律咨询概述	166
一、法律咨询的概念和种类	166
二、法律咨询的作用	167
第二节 法律咨询的过程	167
一、法律咨询的准备	168
二、登记咨询者的基本情况	168
三、听取咨询者陈述	169
四、查阅相关材料	170
五、针对性地提出问题并综合分析	170
六、解答	170
七、回访	170
八、建档	171
参考文献	172

第一章 诉 讼

第一节 诉讼概述

一、诉讼的概念和特征

（一）诉讼的概念

“诉讼”一词，在外国有多种词语表达方式，如拉丁文的 *Processus*、英文的 *Procedure*、德文的 *Prozess* 等，其本源的意蕴是指事物的发展和向前推进的意思。作为法律用语，其在法律上的含义在原来本义的基础上有所突破和改变，是指一个案件或纠纷解决的发展进程，又特指法院主持下按照法定程序审理案件的过程。^①

诉讼，指纠纷当事人通过向具有管辖权的法院起诉另一方当事人的纠纷解决方式，是一种法律活动。根据诉讼的内容和形式不同，诉讼可以分为刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼三大类，刑事诉讼（*Criminal Procedure*）是指审判机关（人民法院）、检察机关（人民检察院）和侦查机关（公安机关）在当事人以及诉讼参与人的参加下，依照法定程序解决被追诉者刑事责任问题的诉讼活动；民事诉讼（*Civil Procedure*）是指人民法院在当事人和全体诉讼参与人的

^① 当然，完整的诉讼程序还包括审前程序和审后的执行程序，不限于本书所谓的庭审程序部分。

参加下，依法审理和解决民事纠纷的活动；行政诉讼（Administrative Procedure）是指个人、法人或其他组织认为国家机关作出的行政行为侵犯其合法权益而向法院提起的诉讼活动。

我国的诉讼程序（包括刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼）一般实行两审终审制，分为一审和二审，当然，依照法律规定也存在部分案件实行一审终审。如新《民事诉讼法》第一百六十二条规定“基层人民法院和它派出的法庭审理符合本法第一百五十七条第一款规定的简单的民事案件，标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的，实行一审终审。”

诉讼在西方国家的公民观念中，是指法庭处理案件与纠纷的活动进程或程序；在中国人的观念中，“诉讼”一词是由“诉”和“讼”两字组成的，“诉”为叙说、告诉、控告之意，“讼”为争辩是非、曲直之意。两个字连用即为向法庭告诉或者在法庭上辩冤、争辩是非、曲直。如果就“诉讼”一词从法律角度下定义，可以简要地概括为：诉讼就是国家专门机关在诉讼参与人的参加下，依据法定的权限和程序，解决具体案件或纠纷的活动过程。

（二）诉讼的特征

无论是刑事诉讼、民事诉讼还是行政诉讼，在现代意义上，诉讼总是被认为是一种解决社会系统中利益冲突机制的一种专门的法律活动。因此，诉讼主要有以下四个特征：

1. 凸显救济的公力性色彩

公力性色彩具体表现为纠纷或矛盾的解决过程中国家公权力将发挥一定的作用。在社会生活中，不同社会主体，如具有平等地位的民事主体、具有不平等地位的行政主体和行政相对人、犯罪人和被害人，他们之间因利益冲突而引起的争议和纠纷可以通过多种方式解决。

（1）自行解决或和解。这是最常见的方式，通常被称为“私力救济”，这种解决纠纷与矛盾的方式往往依靠的是当事人自己的能力，而不会寻求国家公权力的帮助，就被损害权益的恢复和补偿而言，这是不动用公共权力的“私了”行为。正是因为该种方式主要凭借的是“个人”的力量来化解纠纷和矛盾，缺少国家公权力的介入和干涉，因此，这种解决纠纷和矛盾的方式不具有强制性、终局性的效果。

(2) 调解与仲裁^①。调解、仲裁与上述的所谓“私了”行为既有相似之处，又存在差别。调解（Mediation）是指双方或多方当事人就争议的实体权利、义务，在人民法院、人民调解委员会及有关组织的主持下，自愿进行协商，通过教育疏导，促成各方达成协议、解决纠纷的办法，根据调解主体的不同可以分为人民调解、仲裁调解和法院调解。不管是何种形式的调解，其解决纠纷和矛盾的核心特征在于第三人的参与，体现为第三人居中解决纠纷双方当事人之间的利益冲突。当然，调解应当自愿。^② 仲裁（Arbitration）一般是当事人根据他们之间订立的仲裁协议，自愿将其争议提交由非官方身份的仲裁员组成的仲裁庭进行裁判，并受该裁判约束的一种制度。仲裁活动和法院的审判活动一样，关乎当事人的实体权益，是解决民事争议的方式之一，该种解决纠纷的主体仅指仲裁委员会。它与调解的相同之处在于纠纷解决主体均是冲突利益无利害关系的第三方。

调解或仲裁是在“私力救济”方式所不能有效解决纠纷时可能采用的方式。其特点在于出现的参与解决利益冲突的第三方或新的一方劝导发生利益冲突的各方消除对抗，提出争议权益的处置和补偿办法，或对其做出裁决。

(3) 诉讼（Procedure）。显然，以诉讼这种强制性、权威性的手段实施“公力救济”，一方面是由于私力救济的力所不及，另一方面也是由于维护统治秩序的需要。因为社会冲突的适当解决不仅关系着个体权益，而且关系到统治秩序和社会系统的整体利益，因此必须由社会控制系统或国家介入，以社会控制系统或国家强制力进行处置。它意味着当事人必须对国家意志及法律权威的接受与服从。公共权力的使用以及对诉讼结果的确认，往往使诉讼成为一种合法的、最有效的、从而也是最终的冲突解决手段。

2. 程序的法定性

在这个意义上说，诉讼法即程序法。诉讼的一个基本特点是其规范性，这种规范性表现在：

(1) 诉讼请求必须符合法律规定。不仅提出诉讼请求的依据在法律上是必须存在的，而且诉讼请求本身的内容（如赔偿损失、没收财产、判处徒刑等）也是法律上所支持的。

^① 关于调解、仲裁的相关具体内容，参见本书第二章、第三章。

^② 马爱萍主编：《民事诉讼法》，法律出版社2006年版，第60页。

(2) 诉讼还必须按照法律预先确立的法律程序进行。不仅是当事人,即便是法官也不能随心所欲、随意更改。诉讼的这种严格程序性在英美法系、大陆法系的审判模式中均有严格的要求。

(3) 诉讼裁决的根据还必须是法律规定,任何与立法内容相抵触的情理或道德操守不能作为解决冲突的根据。这种法律的规范性特征,正是诉讼作为社会系统中利益冲突的重要解决方式所具有的独特魅力和能够被当事人及社会所接受和认可的基本根据之一。

3. 诉讼构造的三元化

诉讼法上通常所说的诉讼构造或庭审构造即“三方组合”或“三角庭审构造”,实际上就是三元化结构上典型的“三元结构”(Triad Structure)模式:原告(公诉方)、被告(人)在法律上处于平等的地位,而法官居中作为权威的裁决者解决原告(公诉方)、被告(人)之间的争议和冲突。然而,在实际运行过程中,这种诉讼结构为适应社会冲突和诉讼争议的实际状况可能会发生一些变形。如在中国的刑事公诉案件中,被害人也是诉讼当事人,他与检察机关各自站在不同的立场同时充当控诉者。而在民事案件中,各国大多将有独立利益的其他人列为诉讼的第三人,在这样的情况下,实际的争议者就不限于原告、被告两方。当然,不管怎样变化,三元化结构仍然是诉讼系统中的基本结构模式,在诉讼关系和诉讼系统的运行方式中起主导作用。

二、不同审判模式的诉讼特征^①

审判模式是指适用不同的法系对案件审理所采用的一种审判程序、范式。“‘模拟法庭实验’是法学专业实践教学的重要内容,它以其较强的真实性、直观性和实践性而深受学生欢迎。”^② 实践是检验真理的标准,在英美法系,学者和法官认为“法律不是规定,而是经验”。因此,西方国家历来重视对法学专业学生的实践教育,如案例教学法的广泛运用,当然,模拟法庭教学方式也是一种广泛且非常有效的实践性教育方式。但是,考察国内外法学院校关于

^① 李训伟、郭英杰:《独立学院法学专业特色实践教学体系研究》,载《教育现代化》,2012年第8期。

^② 陈学权编著:《模拟法庭实验教程》,高等教育出版社2009年版,前言。

模拟法庭教学的方式,不难发现在模拟法庭的教学活动中绝大多数院校采用的是“就一个案例选择一种审判模式”的教学方式。

大陆法系和英美法系是现存的比较重要的两大法系,因此,在模拟法庭教学活动中对同一案例分别采用大陆法系和英美法系的审判模式,有利于学生在感性上加强对大陆法系和英美法系的认识和理解,这种方法比单纯的理论比较要更有直观性、实效性和趣味性。

(一) 大陆法系诉讼模式的特征

1. 诉讼模式——职权主义

大陆法系以职权主义为自身的特色,这就要求参加模拟法庭审判的学生在活动中尽力体现职权主义的特征,即为了维护公共利益,司法官员可以依职权主动、积极的调查案件,例如,法官在必要时,可以亲自调查、搜集证据或者向当事人发问并要求其必须回答。

2. 法官对审判活动具有较强的主导性

在大陆法系国家,法官在整个庭审过程中表现得非常积极、主动,庭审程序的推进完全是由法官掌控。

3. 庭审结构——控辩对峙

我国是典型的大陆法系国家,我国法庭的庭审构造具有大陆法系的一般特征,如图1-1所示(以刑事案件的审判为例)。

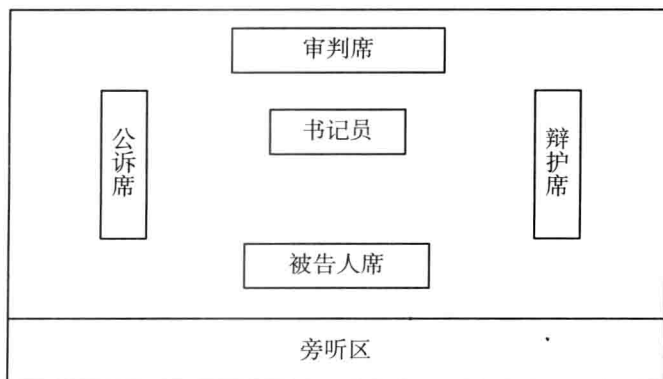


图1-1 我国法庭的庭审构造

4. 控辩人员的活动空间有限

在大陆法系的庭审进程中，无论是公诉方（国家公诉机关的工作人员）还是辩护方（一般为律师）的人员都不允许在法庭上随意走动，随意“接近”被控诉方或证人等。而且，公诉方、辩护方在进行法庭发言时，一般是坐着，即使在法庭辩论的高潮阶段也很少站起发言。

（二）英美法系诉讼模式的特征

1. 诉讼模式——当事人主义

英美法系以当事人主义为自身的特色，这就要求参加模拟法庭审判的学生在活动中尽力体现当事人主义的特征，即为了程序公正，司法官员不能主动、积极的调查案件事实，只能做消极的、被动的裁判者。

2. 法官对审判活动不具有较强的主导性

在英美法系国家，法官在庭审活动中扮演了一个被动、消极的裁判者，整个庭审活动的进行不是取决于法官而是双方当事人。因此，学生在模拟时要注意区分两者的不同。

3. 庭审结构——专设陪审席

英美法系国家的庭审构造与大陆法系有很大的区别，如图 1-2 所示。

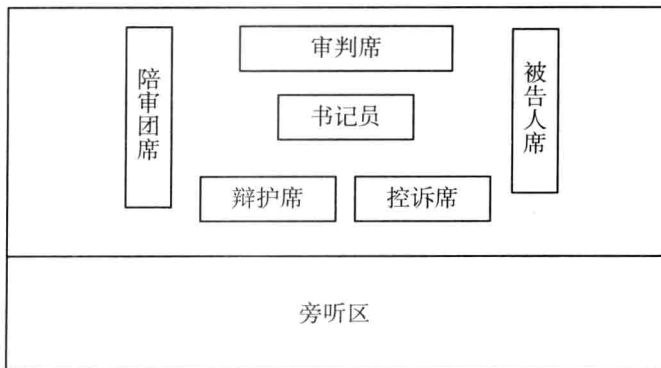


图 1-2 英美法系国家的庭审构造

4. 控辩双方的庭审活动空间较大

在英美法系的庭审进程中，无论是公诉方（一般为控诉律师，而不是国家

公诉人员)还是辩护方(一般为律师)的人员是可以允许在法庭上“随意”走动,并且可以“随意接近”被控诉方或证人等。而且,公诉方、辩护方在进行法庭发言时,一般是站着的(以示对法官的尊重),很少会坐着发言。

(三) 马锡五诉讼模式的特征

1. 马锡五诉讼模式的创立

马锡五审判方式是在抗日战争时期,马锡五同志任陕甘宁边区高等法院陇东分庭庭长时创造的群众路线的审判方式,是抗日民主政权创立的一种将群众路线的工作方针运用于司法审判工作的审判方式。1943年,马锡五同志从事司法工作后,亲自参加案件审判实践,经常下乡,深入调查研究,进行巡回审判,及时纠正一些错案,解决了一些缠讼多年的疑难案件,因而受到群众欢迎。人们把这种贯彻群众路线,实行审判与调解相结合的办案方法,亲切地称为“马锡五审判方式”。这一方式在边区政权所辖范围内得到普遍地推广。

2. 马锡五诉讼模式的内容和步骤

(1) 主要内容是简化诉讼手续,实行巡回审判、就地审判。在审判中依靠群众、调查研究,解决并纠正疑难与错案,使群众在审判活动中得到教育,明显地体现了能动司法的精神。

(2) 包括三个有机联系的步骤:查明案件事实;听取群众意见;形成解决方案,说服当事人接受。

3. 马锡五诉讼模式的特征

(1) 深入调查。马锡五同志对于受理的案件从不主观臆断,而是采取深入农村、广泛听取老百姓意见的方式,初步掌握案件的基本事实情况。在审判工作中真正坚持和贯彻了群众路线的工作作风。

(2) 巡回法庭、公开审判。马锡五同志出于进行广泛法制宣传教育的目的,对于审理的案件一般采用巡回法庭、公开审判的形式。这样做的好处是,不仅使得广大人民群众从审判案件中学习到法律知识,而且也保证了案件审理过程的公开、透明,努力做到了追求法律效果和社会效果的有机统一。

(3) 手续简便、便利诉讼。马锡五同志为了方便广大人民群众进行诉讼,在诉讼的手续或程序方面进行了大大的简化,例如,当事人提出的诉讼请求可以是口头形式的也可以是书面形式的;案件审理的具体形式可以采用公开审判