

76

2005.12
Y516

新世纪法学专业系列教材

法律文书

严孚良 编著

南海出版公司

图书在版编目(CIP)数据

法律文书/严孚良编著. - 海口:南海出版公司,
2001.3

新世纪法学专业系列教材

ISBN 7-5442-1816-3

I. 法… II. 严… III. 法律文书 - 高等学校 - 教材 IV. D926.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 09237 号

FALU WENSHU

法律文书

编 著 严孚良
责任编辑 张 辉
装帧设计 科 发
出版发行 南海出版公司 电话 (0898)5350227
社 址 海口市机场路友利园大厦 B 座 3 楼 邮编 570203
经 销 新华书店
印 刷 安徽省蚌埠市方达印刷厂
开 本 787 × 960 1/16
印 张 14.5
字 数 270 千
版 次 2001 年 3 月第 1 版 2001 年 3 月第 1 次印刷
印 数 1 - 5000 册
书 号 ISBN 7-5442-1816-3/D · 30
定 价 18.30 元

南海版图书 版权所有 盗版必究

新世纪法学专业系列教材

总 序

总主编 田庆国

总顾问 崔勤之

党的十五大报告第一次明确提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”的方略。一方面,它高度概括了我们党治理国家的基本方针,指明了改革和完善政治体制的基本方向;另一方面,它又具体阐释了依法治国这一方略的意义与内涵。实施依法治国方略,其重要环节之一就是大力普及法学知识,增强公民的法律意识,提高公民学法、守法和用法的自觉性。新世纪法学专业系列教材就是为适应这一需要应运而生的。

本套教材严格按照教育部颁布的《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》,结合我国改革开放以来法学研究最新成果和社会主义市场经济发展的实际需要编写而成。

从总体上看,本套教材具有以下特点:

一是系统性。全套教材注重法学基本概念、基本观点和基本原理的分析和阐述,释义准确,论点明确,重点突出,结构严谨,便于学生系统地学习和掌握法学知识。

二是实用性。全套教材包括《法理学》、《宪法学》、《刑法学》、《民法学》、《行政法与行政诉讼法学》、《经济法学》、《刑事诉讼法学》、《民事诉讼法学》、《婚姻家庭与继承法学》、《合同法学》、《国家赔偿法学》、《证据法学》、《法律文书》、《律师实务》、《中国法制史》、《外国法制史》等,基本上涵盖了社会生活的各个方面,具有较强的实用性和可操作性。

三是通俗性。教材作者力求将深奥的法学专业术语及原理作通俗准确的表述,简洁明了,深入浅出。因此,本套教材既可作为高等院校(含高等职业技术学院、高等专科学校、成人高等学校)法学专业教材,也可作为广大法律从业人员业务学习用书,还可供广大法学爱好者自学参考。

参加本套教材编写的作者,绝大部分都有博士学位,具有高级职称。尤为难能可贵的是,他们都参编或主编过不少教材,都长期工作在高等院校教学和科研第一线,不仅具有较为深厚的专业理论造诣,而且具有较为丰富的教学实践经验,因此,本套教材的编写比较成熟,具有鲜明的时代特色。

随着我国各项改革的深入发展以及对外开放的扩大,将会出现许多新型的社会关系,与之相适应,新的法律、法规也将不断地颁布和实施。因此,热忱欢迎广大师生及同行提出宝贵意见,以便不断总结经验,不断充实和完善本套教材,更好地为法学教育服务。

中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师 崔勤之

编审说明

建设社会主义法治国家,需要大力进行法制宣传,尽快培养和造就一大批献身社会主义法制建设的仁人志士。我们这本《法律文书》教材,正是基于这一目的,结合教育部有关课程教学基本要求编写而成的。

法律文书可以从文书学的角度宣传法律,这是因为其制作和使用都有法律依据。同时,作为实施法律的工具,法律文书又是记录法律实施结果的载体。因此,对法律文书的解读,也是对法律尤其是对程序法的学习和研究。因而,本书注重法律文书写作知识的系统性,在把全书内容定于“写作”的同时,还在每一章节开头简要概述一个程序中的相关文种,使读者对程序法与法律文书的联系有一轮廓性了解。这样,既学习了法律文书,同时又学习了法律;通过法律学习,又能促使学生更好地学习重要文种。

全书内容力求新颖,在所介绍的文书格式中,对于由公安部、最高人民检察院和最高人民法院等国家权威机关统一规范的,一律采用最新颁布的规范样式;对于没有这种统一规范的文种,则采用约定俗成而最普遍使用的格式。

本书写作宗旨在于实用,因而既有理论讲解,又有习作示例;对于一个示例难以说明多种写法的文种,便将其规范的格式附上;对于文种重要而写法简单的文种,则只附规范格式,不作示例。此外,本书将格式相对固定的项目归为首部和尾部,其写法偏重于模仿;将“大体则有,具体却无”的项目安排在主体部分,以强调文书写作中的创造性因素。

全书体例安排力求结合实施法律的程序,如把司法、行政执法、用法等实施法律的不同形式区分开来,把人民检察院自行侦查案件中的强制措施文书与对公安机关所办案件的逮捕审批区分开来,把人民检察院的刑事侦查职能与其法律监督的检察职能区分开来,把公安机关的刑事司法与其行政执法区分开来等等。

经审定,本书可以用作高等院校(含高职、高专、成人高校)法学专业教材,也可作为司法、行政执法和其他用法机关公务人员的培训教材。

本书在编写过程中,参考了同行专家的研究成果,不尽署名,在此深表感谢!

由于作者水平有限,书中难免存在不足和不妥之处,敬请有关专家和广大读者不吝批评指正,以便不断修订完善。

新世纪法学专业系列教材编委会

2001年3月

目 录

第一章 法律文书基础知识	(1)
第一节 概 述	(1)
第二节 法律文书的起源和发展	(4)
第三节 法律文书的作用	(5)
第四节 法律文书的特点	(7)
第五节 法律文书的要素	(9)
第六节 法律文书的表达方式	(15)
第二章 公安机关刑事法律文书	(23)
第一节 概 述	(23)
第二节 受案文书	(25)
第三节 刑事案件立案报告表	(30)
第四节 移案、不立案文书	(32)
第五节 勘查、搜查文书	(35)
第六节 讯问、询问文书	(40)
第七节 强制措施、羁押期限文书	(48)
第八节 破案、通缉、协查文书	(62)
第九节 结案、移送起诉文书	(69)
第三章 公安机关行政执法文书	(78)
第一节 概 述	(78)
第二节 治安管理当场处罚文书	(80)
第三节 治安管理立案处罚文书	(81)
第四节 治安案件调解协议书	(86)
第五节 公安行政复议文书	(89)
第四章 人民检察院法律文书	(95)
第一节 概 述	(95)
第二节 直接受理自行侦查文书	(96)

第三节	对公安机关法律监督文书	(106)
第四节	审批逮捕文书	(110)
第五节	审查起诉文书	(115)
第六节	出庭公诉文书	(125)
第七节	对人民法院法律监督文书	(129)
第八节	抗诉文书	(132)
第五章	人民法院法律文书	(136)
•第一节	概 述	(136)
第二节	刑事决定文书	(140)
第三节	刑事裁定文书	(146)
第四节	刑事判决文书	(155)
第五节	民事决定文书	(171)
第六节	民事裁定文书	(174)
第七节	民事调解书	(181)
第八节	民事判决文书	(185)
第九节	行政决定文书	(192)
第十节	行政裁定文书	(195)
第十一节	行政判决文书	(198)
第六章	公民、法人或其他组织常用法律文书	(202)
第一节	概 述	(202)
第二节	刑事诉讼法律文书	(203)
第三节	民事诉讼法律文书	(208)
第四节	行政诉讼法律文书	(211)
第五节	申请仲裁、公证法律文书	(216)
第六节	律师事务文书	(221)
主要参考文献		(224)

第一章

法律文书基础知识

第一节 概述

一、法律文书的概念

法律文书,是指司法、执法和用法的主体在解决法律问题的过程中依法制作和使用的具有法律效力或法律意义的文字材料。

具体说来,这一定义包含以下要点:

(一)法律文书的制作者

司法、执法和用法的主体,即法律文书的制作者,包括以下三个方面:

1. 司法机关

司法机关是指法律赋予其司法职能的专门机关。《中华人民共和国宪法》(简称《宪法》)规定,“人民法院是国家的审判机关”,“人民检察院是国家的法律监督机关”,即我国的司法机关包括人民法院和人民检察院。但公安机关肩负双重使命,一方面作为政府隶属的行政职能部门,公安机关专门负责社会治安管理的行政执法;另一方面根据《中华人民共和国刑事诉讼法》(简称《刑事诉讼法》)规定的司法职能,公安机关负责“对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审”,故人们常将公、检、法合称为“公安司法机关”。

2. 执法机关

执法是相对司法和用法而言的,执法机关包括以下两个部分:

(1)行政执法机关

行政执法机关是指具有执法职能的国家行政机关。如公安机关具有负责社会治安管理的行政执法职能,工商、税务、水利、林业等的行政执法各司其职。政府还设有专门管理或从事司法工作的行政机关和机构,如司法厅、司法局、劳教委员会等行政机关,以及监狱、劳教场(所)、看守所、收容教育所等从事执法工

作的机构。

(2) 法律、法规授权或委托的组织机构

与国家行政机关的执法职能不同,某些组织机构的执法职能是法律、法规特别授权或专门委托的,如《中华人民共和国食品卫生法》(简称《食品卫生法》)授权卫生防疫站、食品卫生监督站以检疫、卫生监督职能。又如具有办理法律事务职能的仲裁、公证、律师协会等机构,是由法律法规特别规定并在政府或政府部门管理之下进行工作的。

3. 自然人、法人和其他组织

自然人、法人和其他组织,在解决法律问题过程中是用法主体。自然人包括公民和外国人,国家机关、团体、企事业单位等以法人身份出现,个人合伙、个体户、律师机构等组织则不具有法人身份。

(二) 法律文书的制作过程

解决法律问题的过程,亦即法律文书的制作过程,其形成过程主要有以下三种:

1. 诉讼过程

按照诉讼案件的性质不同,可以分为刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼三种。在诉讼过程中制作的文书又叫诉讼文书,它是法律文书的主体。

2. 解决非诉讼纠纷的过程

解决非诉讼纠纷,主要途径是仲裁和调解。民事诉讼中的调解可以看做是诉讼程序;行政执法中的调解,如公安机关办理治安案件的调解,是通过非诉讼的途径解决民事纠纷,在其过程中制作的法律文书,也叫非诉讼类法律文书。

3. 办理非诉讼、非纠纷法律事务的过程

在日常法律事务中,公证、登记是最常用的处理法律事务的途径,如公证部门对财产、遗嘱、合同等进行公证,民政部门给予结婚登记等,在其过程中,要制作大量的法律文书。公证、登记不是诉讼程序,办理的也是非纠纷性质的法律事务,并非为诉讼而制作,不属于诉讼文书。

狭义的法律文书的概念认为,以上三种过程之外的其他活动形成的文书,不属于法律文书的范畴。但是,广义的法律文书概念,则把司法、执法机关的通用公文,如命令、通知等 13 个文种的行政公文和条例、规定等规章类公文,以及机关事务文书的计划、简报等若干个文种也包括进来。本书取狭义的概念。

(三) 法律文书的效力

法律文书的效力,是指文书在解决法律问题中的作用。可将其分为法律效力和法律意义两种。

1. 法律效力

法律文书的法律效力,是指该文书内容的实施具有强制性约束力,即有国家

强制力作保障,非经法律程序,不得变更其内容,任何人对它只能遵守执行,违者将会受到法律制裁。具有法律效力的法律文书,主要包括以下几种:

一是以国家强制力保障其实施的,如拘留证、逮捕证等。

二是经法律规定最终程序确定的,如驳回上诉的判决书、裁定书等。

三是不必经最终程序确定的,如行政执法的裁决书、决定书,仲裁机构制作的仲裁裁决书,经公证机关公证的债权、所有权等文书,它们在法律特别规定或无当事人申请复议、起诉的情况下,就不必经最终程序,同样具有法律效力。

2. 法律意义

法律文书的法律意义,是指该法律文书没有法律效力,而只具有对法律的实施起参考价值的作用。具有法律意义的法律文书,主要包括以下几种:

一是司法机关办案过程中制作的各种内部审批报告、方案等。

二是当事人制作的各种诉状、申请书等。

三是律师、辩护人等制作的辩护词、代理词等。

二、法律文书的分类

文书分类的目的,主要是看同类文书的共同特点,看同类文书之间、不同类别文书之间的联系和区别,以便从中发现写作规律。

文书有公务文书和私人文书之分,从我们今天的文书体系来看,私人文书包括遗嘱、自传、书信、家族的宗谱等;公务文书简称公文,包括通用公文和各行业内的专用公文。通用公文又内分为国家行政机关公文(13个文种)、规范性公文(条例、规定、公约等)和机关事务文书(计划、总结、简报等)。专用公文有法律文书、教育文书、军事文书等。其中各行业的专用公文又可有多层次的内分类。

法律文书的类别比较复杂,从不同的角度按照不同的标准,可以有不同的分类。

按文种的作用和文书内容不同划分,法律文书大体有报告呈批类、诉讼意见类、辩护类、笔录类、鉴定证明类、公证类、判决裁定类、通知函告类文书等。

按照制作者的性质不同,法律文书可以分为司法文书、执法文书和用法文书;将制作者的性质和制作机关部门结合起来进行分类,其分类主要有:

第一,司法文书,即国家司法机关制作的法律文书,也叫诉讼文书,包括公安机关的公安司法文书、人民检察院的法律文书和人民法院的法律文书。

第二,行政执法文书,即国家行政机关制作的法律文书,包括公安机关的治安法律文书,以及工商、税务等行政执法文书,也包括民政部门对结婚登记、国土房管机关核准颁发房产证等过程中制作和使用的具有法律效力或法律意义的文书。

第三,狱政、劳教管理文书,即监狱、劳教所制作的执法文书。

第四,仲裁文书,即仲裁机构制作的法律文书。

第五,公证书,即公证机构制作的法律文书。

第六,当事人用法文书,即自然人、法人和其他组织制作的控告、起诉、上诉、申诉、应诉等文书,其中以个人名义制作的诉讼文书,是为解决法律问题而制作,应归入广义的法律文书之中。

按诉讼与否不同,可分为诉讼文书和非诉讼文书。司法文书是诉讼文书,包括刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼三种;当事人为参与诉讼而制作的用法文书,也属于诉讼文书。而执法文书、仲裁文书、公证书、狱政文书、劳教管理文书等,则属于非诉讼文书。

本书按照文书制作者的性质、部门不同,结合解决法律问题的程序和诉讼与否安排全书章节结构。

三、法律文书的性质

文书区别于其他文字材料,就在于它的工具性。法律文书,是实施法律的工具。从具体对象看,法律文书是完成诉讼程序、处理诉讼事务的工具,是解决非诉讼纠纷和处理非诉讼、非纠纷法律事务的工具;从深层本质看,法律文书是使某种法律关系产生、变更或消失的工具。

法律关系,归根结底就是权利与义务的关系,它是由法律规范产生的。法律文书在法律规范和法律关系之间,居于中介角色,起着工具作用。

第二节 法律文书的起源和发展

探索文书、法律文书的起源和发展,主要目的是为了揭示其写作规律,探索其发展趋势,从而促进其体系的不断完善。

一、文书起源于治理社会的需要

《周易·系辞下》曰:“上古结绳而治,后世圣人易之以书契,百官以治,万民以察。”可见,在“书契”出现之前,已有以“结绳”为形态的原始文书存在了。“结绳”以记事,其作用是为了自己记忆,也需让别人明白,最终目的是“治”。这里的“结绳而治”可理解为治理社会,处理部落内外的实际事务。所以,上古的“结绳”也有法律文书的某种约束性,否则难以为“治”。“后世圣人”正是以其治理社会的功能,而将“结绳”“易之以书契”。

从史料考察可知,最早的文书是公务文书,私人文书出现较晚。私人文书的

出现是以个体权利意识的觉醒和实现,以及商业经济的个体交往、流通为前提的。在部落、部落联盟和高度专制的奴隶社会,私人文书是难以发展起来的。我国的私人文书兴起于战国时代,至汉代因经济繁荣才得到较大的发展。

二、文书随国家的出现而成熟

学术界有一种观点,认为法律是随着国家的出现而产生的,文书和法律文书也是随着国家的出现而产生的。这种观点引用斯大林《马克思主义与语言学问题》的话作论据:“生产向前发展,出现了文字,出现了国家的萌芽,国家进行管理工作需要比较有条理的文书,商业发展了,更需要有条理的来往书信……”

其实,斯大林这段话,也可理解为先有文字,后有国家。没有文字的上古时代尚有“结绳”之类的原始文书,有文字但还没有国家的部落联盟时代,自然有文书了,只是随着国家的出现,“国家进行管理工作需要”使“有条理的文书”应运而生,使文书走向成熟而已。至于法律文书,在国家出现之前已存在习惯法,自然就会有某种意义的文书,只是今已难以考证罢了。

我国迄今有文字可考的法律文书甲骨文,真实地记录了殷商时代的法制一斑,有的甲骨文片段,真实地反映了当时“神明裁判”的某些情况;最初的文书被称为“书契”,该词始见于《周易》;较之晚出的《尚书》可谓我国第一部文书总集,它把文书分为六种,故文书有“六辞”之称;《周礼》中出现的文种突破了六种,使“六辞”名不副实,这才在汉代的《史记》和《汉书》中出现了“文书”一词,但其含义仅指公务文书;汉代私人文书大发展以后,出现“公文”一词来专指公务文书,该词最早见于《后汉书·刘陶列传》;“文件”一词是清代出现的,较早见于《盛世危言》和宣统年间的《内阁属官官制》。

三、文书随社会历史的发展而发展

文书随着国家的出现而成熟,随着社会的发展而发展。沧海桑田,朝代更替,国家机构设置会调整变化,文书的文种名称、适用范围、格式样式等也会不断发展变化。当然,其发展是建立在继承的基础上,一部分旧的文种被淘汰,新的文种不断涌现,其一旦问世,又有一定的稳定性。

现代法律文书正朝着表格化、简明化的趋势发展,是为了适应信息社会办公和文书处理现代化的必然要求。

第三节 法律文书的作用

法律文书的作用,是法律文书根本属性的具体表现。概言之,其作用主要有以下几个方面:

一、记录和固定作用

俗话说,“口说无凭,立字为据”,文书正是适应人们的这种需要而产生的。法律文书的记录和固定作用,指的是法律文书忠实地记录并固定了解决法律问题的过程和结果。法律文书记录了司法机关适用法律的活动过程,以资监察其过程是否合法;法律文书记录和固定了解决法律问题的一个个程序的结果,推动着解决法律问题的程序向前发展,是法律问题得以解决的客观前提,无论是公安机关的立案、采取强制措施、破案、结案、提出起诉意见,还是人民检察院的各项决定、提起公诉、抗诉,或人民法院的裁决、判决,以及刑事案件的自诉、民事案件的起诉等,都必须形成相应的文书,其办案程序才能一步步推进,不形成相应的法律文书,其法律活动是无效的;法律文书还使客观事实法律化、合法化,如收养人与被收养人之间的拟制血亲关系,是靠经过法定程序制作的法律文书,而非以其事实关系,才得以固定并合法化。从另一角度看,法律文书又真实地记录了一定时期人们的法律意识和法制状况,具有一定的认识价值。

二、传达和推动作用

文书制作者的发文意图,靠文书去传达。法律文书的传达和推动作用,表现在法律文书体现其制作者的发文意图,推动着法律关系在法律规范的制约下产生、变更或消失。法律规范作用于法律关系,这种作用正是靠法律文书来实现的。在诉讼过程中,诉讼主体和其他参与者的意图,用相应的诉讼文书固定下来,推动着一个诉讼程序转向另一个诉讼程序,最终运行到对某种法律关系的改变和确定上。在这里,传达和推动是手段,它集中体现了法律文书对解决法律问题的工具作用。

三、依据和凭证作用

“立字为据”的“据”,即依据和凭证。法律文书的依据和凭证作用,指的是解决法律问题的主体,以法律文书为其活动的依据和凭证,如《搜查证》是进行搜查的凭证;从另一个角度看,主体的法律行为,必须以法律文书为依据或者凭证,不能随心所欲,如搜查必须在《搜查证》规定的范围内进行,否则便是违法;此外,一种法律文书,往往是制作另一种法律文书的依据或者凭证。如果说法律文书的记录和固定作用是手段,那么,依据和凭证作用便是其主要的目的。

四、宣传和教育作用

法律文书还有助于进行法制宣传教育,有的法律文书还要当众宣读或张贴。只不过有的法律文书的作用不是正面宣传教育,而是通过法律文书的内容,去揭

露、证实违法犯罪行为,分清是非,用具体案例来进行宣传教育,其警醒作用鲜明,使法律的可预见性得到具体体现。从这个意义上讲,法律文书又是进行法制宣传教育的好材料。

第四节 法律文书的特点

特点是通过多层次、多角度的比较而显现出来的事物的特殊性。与其他类型的文书比较,法律文书主要具有以下特点:

一、写作内容的法律性

法律文书内容的法律性,主要表现在以下三个方面:

首先,法律文书的写作目的是为了实施法律。

其次,法律文书的制作都有具体的法律法规条文作依据,有些法律法规的条文,还对文书的制作机关、呈送审批机关、送达的单位或个人等,做了具体规定。

再次,通用公文一般只有格式上的规范,不少法律文书不但在结构上有国家权威部门作出的格式规范,而且在内容上还有法律条文的规定,如《刑事诉讼法》第九十三条、九十五条对讯问的规定。

二、文本效力的法定性

法律文书一旦制作完成,便具有某种法定的效力或法律意义,具体情况不同,皆由法律规定。有的文书具有强制性,如拘传证、拘留证、逮捕证、判决书等,靠国家的强制力去保障其实施;有的文书只有法律意义,不能独立发挥法律效力,还要附加其他条件等,才能成为法律规定的依据。如《刑事诉讼法》第四十六条规定:“……只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚……”;《刑事诉讼法》第四十七条规定:“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证,听取各方证人的证言并且经过查实以后,才能作为定案的根据。”

三、文种运用的单一性

法律文书文种运用的单一性,指的是一种特定的文书,只能用于某一特定的程序。例如,《询问笔录》只能用于记录对证人、被害人的询问,不能用于记录报案的内容,一些公安司法人员接受报案时用《询问笔录》代替《报案笔录》去记录报案内容,是错用文书。相形之下,行政公文的文种则具有兼用性,如通知,国务院《国家行政机关公文处理办法》规定,它“适用于批转下级机关的公文;发布规

章;转发上级机关和不相隶属机关的公文,传达要求下级机关办理和有关单位需要周知或者共同执行的事项;任免和聘用干部。”

四、结构格式的规范化

结构一般指其内部的层次,格式一般指其外部形态。文书结构格式的规范化,又叫文书的格式化、程式化。文书的结构格式都有某种意义的规范,国务院对行政公文的13个文种作了规范;一些教科书对通用事务文书和应用文的格式作了规范;公安部、最高人民检察院和最高人民法院分别对公安刑事法律文书、检察文书和审判文书的外部格式作了规范;法律法规还对某些文书的内部结构作了规定,如《公安机关办理刑事案件程序规定》第一百六十七条就规定《结案报告》应包括四项内容。相形之下,非文书的文字材料,尤其是文学作品最忌讳结构格式的千篇一律。而文书结构格式的规范化,既有利于写作者规范思路,又有利于受文者循格阅读并准确理解,从而提高办事效率。

五、语言风格的简明平实

与其他文字材料相区别,文书语言简明平实,表现在法律文书方面,就是语句简练、明确、庄重、朴实。简练即用语简洁,不像文学作品那样可以带着感情色彩大肆铺陈渲染,也不像理论文章那样可以旁征博引;明确,就是直截了当,开门见山,语义单一,内容确切;庄重,就是严肃规范,不像文学作品那样可以使用方言、土语和幽默、诙谐等;朴实,就是朴实无华,通俗易懂,明白晓畅,特别是修饰语的使用,切不可随心所欲,而只能限于客观叙述、准确说明和逻辑推理的范围之内。

六、习作途径的模仿性

实践证明,同一个人在短时期内可以基本学会并写出符合格式的文书来,却不一定能够写出有可读性的文学、新闻作品和学术论文。因为学习文书写作,经历的是由“仿造”到“创造”的过程。“仿造”阶段即在掌握了文书写作的基础理论知识后,模仿例文习作,照搬固定格式,照抄固定用语;“创造”阶段则主要是通过阅读例文和反复实践练习来提高写作水平。优秀的例文可以帮助习作者掌握技法,开拓思路,有缺陷的例文可以让人吸取教训。只有反复练习才能逐步运用自如。“仿造”阶段结束,便可写出格式符合要求的文书来,但还需要经过“创造”阶段作进一步的提高,这是文书也是法律文书有别于其他文体写作的规律。

第五节 法律文书的要素

一、主旨

(一)主旨的概念

主旨指的是文书内容表现出来的基本观点。主旨与主题、中心思想等概念有关,一般说来,主题是指文学作品而言,中心思想是指一般文章而言,而主旨则专指文书而言。

任何文字材料都有内容和形式两个方面。主旨和材料属于内容要素,结构和语言属于形式要素,文种既有内容成分,又有形式成分。

法律文书的主旨主要体现在以下三个方面:

一是在标题中就有所体现,其标题即文种名称,相当于议论文的论点,如《起诉书》,其标题体现出来的基本观点就是向人民法院提出诉讼。

二是在文书主体的结论部分表现出来,绝大多数法律文书的主旨属于这种情况,即使标题对主旨有所体现,其主旨的具体内容也还要在主体的结论部分明确表现出来。

三是证据性笔录类的法律文书,其主旨则要通过全部内容才能体现出来,如《讯问笔录》的主要内容,是记录犯罪嫌疑人“陈述有罪的情节或无罪的辩解”,其主旨是有罪还是无罪,需要通过所记录的全部内容才能体现出来。

(二)主旨的形成、确立和具体化

在普通写作学中,一个最基本的常识就是作者必须亲自体验生活,文学作品的主题和新闻、论文的中心思想,都是在生活或搜集材料的过程中形成或产生雏形,然后再在具体的写作过程中完善并确立的。

但在文书写作中,主旨的形成和确立,往往是在动笔之前就一锤定音的。法律文书的拟稿者,有的是办案的司法人员或书记员,根据办案需要而写;有的则是按照领导人的意图或领导集体的会议决定的主旨而写。除某些证据性笔录类的法律文书外,绝大多数法律文书的主旨,早在动笔拟稿之前就应确立,否则,是立案还是不立案,是起诉还是不起诉,文种都未选定,何谈下笔成文。从这个角度讲,其写作可谓“主题先行”,也就是说,在写作之前的法律活动中,法律文书的主旨就确立了,只是由谁执笔成文而已。在法律文书的写作中,拟稿者的能动性主要是选用能准确表现主旨的材料,使主旨具体化。

(三)表现主旨的要求

“以事实为依据,以法律为准绳”是我国社会主义法制的基本原则,也是制作法律文书应遵循的原则。法律文书主旨的表现,集中体现了这一原则。

1. 以事实为依据

法律文书的主旨,亦即实施法律所要解决的问题,表现主旨的材料必须是客观的,“以事实为依据”,不为“圆满”主旨而扩大或缩小甚至歪曲事实。否则就会事与愿违,最终无益于对主旨所指归的法律问题的解决。

2. 以法律为准绳

主旨要“以法律为准绳”,除了在动笔之前的法律实践活动中就应确立符合法律规定的主旨外,在执笔写作中特别要注意对法律条文的引述,如一审判判决书只要引述刑法条文作为定案定性的依据即可,而二审判决除了要引述刑法条文作为定案定性的依据外,还要引述刑事诉讼法的条文作为改判的法律依据;又如对于有罪的案件,既要引述刑法分则的条款作为确定犯罪性质和刑罚幅度的依据,又要引述刑法总则的条款作为确定刑罚种类和轻重的依据。

二、材料

(一)材料的概念

材料的涵义有广义、狭义之分。广义的材料,包括素材和题材。素材,指的是写作者有意无意搜集积累的事实和观点;题材,指的是写作者为了表现主旨,对素材作选择提炼之后,写入文书之中的事实和观点。而狭义上的材料,仅指题材而言。

(二)材料的分类

按材料对文书主旨的作用不同,可以将材料分为素材和题材,素材是形成和确立主旨的基础,题材是表现主旨的支柱。

按照搜集素材的途径不同,可以将素材分为直接材料和间接材料。直接材料又叫第一手材料,是从社会现实、实践过程中获取的,法律文书中的书证、物证是直接材料;间接材料又叫第二手材料,或叫资料,即从书本、文件中摘录而来的,法律文书中引用的法律条文是间接材料。直接材料的获得,靠的是深入实际进行调查;间接材料的获得,可以通过大量的阅读来实现。

按照材料本身的特征,素材和题材都可内分为事实材料和观念材料。事实材料,指的是具体的数据、人物、事件、证据等,法律文书中的犯罪事实、纠纷情节便是事实材料;观念材料,指的是抽象概括的结论、观点、道理、引文等,法律文书中的法律条文,便是观念材料。

此外,按照矛盾关系的不同,可以将材料分为正面材料和反面材料;按照反映范围的不同,可以将材料分为点上的材料和面上的材料;等等。多角度地考察材料的类型,其意义主要在于充分认识材料的特性,以便更好地运用材料。

(三)材料的作用

材料的作用可以从以下两个方面来反映。

1. 素材是确立主旨的基础

任何文体作品的写作,其主旨或主题、中心思想,都是在大量素材的基础上确立的,文书写作也不例外。法律文书的主旨,是根据法律的规定和大量的事实证据而确立的。确立主旨的工作,可能是执笔的那个人来完成,也可能是由执笔者的领导或集体去完成。不论是哪一种情况,都应该广泛搜集素材。

2. 题材是表现主旨的支柱

确立主旨之后,就要精选材料把主旨表现出来。这些精选出来并写入文书中的材料叫做题材,它是表现文书主旨的支柱。如不少法律文书都有“处理理由和根据”这一部分,需要写上犯罪事实和法律依据,以便作为采取某项决定或措施的理由支柱,从写作角度讲,即精选题材表现主旨。

三、文种

(一)文种的概念

文种即文书种类的名称,也叫文书的标题,它规定了文书的适用范围和结构格式。既有内容要素的成分,又有形式要素的成分。

从概念上讲,文种与文体、体裁既有联系,又有区别。文书是一种文体,又叫应用文,与记叙文、说明文和议论文合称为“四大文体”。文种之所以是一个独立的要素,是由于它规定着文书的适用范围和格式,因而使文种在文书写作中具有与其他要素分庭抗礼的地位。

文书的实用性决定了文种的实用性,文种的实用性决定了文种随着历史的变迁而不断变化,旧的文种不断被淘汰,新的文种不断出现并接受实用效果的检验。当然,某一文种一旦面世,便有其自身的发展规律,尽管岁月推移、朝代更替,但新旧文种之间还是具有继承与发展的内在联系。

文种不同,文书外在形态各异。文种名称都醒目地出现在标题中,昭示文书的用处,揭示文书的主旨。文种的主要成分,是它的适用范围和格式。

(二)文种的适用范围

从概念指称的层面和范围、内涵看,文种类似体裁,文种是文书中的“体裁”种类。古罗马的贺拉斯在《诗艺》中指出:“每种体裁都应该遵守规定的用处。”同理,文种也应遵守规定的用处。文种的用处,即文种的适用范围,是人们在长期实践中总结出来并约定俗成或强制性规定的。国务院《国家行政机关公文处理办法》对行政公文 13 个文种的适用范围作了明确规定,《刑事诉讼法》的部分条文对某些司法文书的作用作了规定,最高人民法院、最高人民检察院和公安部颁布的法规及司法解释,分别对各自系统内法律文书的作用与适用范围也都作了具体规定。

写作者的文种意识,首先应是文种的适用范围,初学写文书的人,最感困惑