

法治工作方式

· 陈光中 主编 唐玲 副主编 ·



全面推进依法治国，必须大力提高法治工作队伍思想政治素质、业务工作能力、职业道德水准，着力建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的社会主义法治工作队伍。

——《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》

清华大学出版社



法治工作方式

· 陈光中 主编 唐玲 副主编 ·

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

“法律素养与依法治国”系列丛书旨在总结整理清华大学司法培训中心在过去十年主持的法律人培训教学的相关成果,并用作今后法律职业及相关公务员培训的教学参考资料,并进而作为全国法律工作者业务参考书。本书主要包括:行政执法裁量基准、法律语言、法律文书写作、法庭辩论、法律职业风险防范,监狱工作、服刑人员心理矫治、基层民警执法为民八个专题,以此展开并探讨依法治国背景下一线法律职业工作者的队伍建设及工作方式。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

法治工作方式/陈光中主编. --北京:清华大学出版社,2016

(法律素养与依法治国)

ISBN 978-7-302-43681-2

I. ①法… II. ①陈… III. ①法治—中国—继续教育—教学参考资料
IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 080119 号

责任编辑:刘 晶

封面设计:汉风唐韵

责任校对:王荣静

责任印制:沈 露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:17.5 字 数:237 千字

版 次:2016 年 5 月第 1 版 印 次:2016 年 5 月第 1 次印刷

定 价:39.00 元

产品编号:069934-01

专家委员会

(按姓氏笔画为序)

王 军	孙笑侠	吕家毅	张建伟	陈金钊
余凌云	林来梵	范忠信	胡建淼	黄太云

主 编

陈光中

副主编

唐 玲

编 委

(按姓氏笔画为序)

王少军	王方红	白 斌	刘 昂	刘志诚
刘忠兆	刘晓兵	刘援朝	李德泉	宋鱼水
张忠义	陈建民	杜 辉	张援越	杨 端
罗 旭	周尚君	尚洪涛	范德胜	荀 焱

序 言

PREFACE

自从党的十六大正式确定“依法治国，建设社会主义法治国家”的国策以来，经举国上下近二十年的艰辛努力，我国的法治建设事业已经有了相当显著的成就；党的十八届四中全会又将这一伟大事业推向了一个新的高度。作为新高度的标志，四中全会决议首次提出了“法治工作队伍”的概念，并将“法治工作队伍建设”提上了国家大事日程。决议强调：“全面推进依法治国，必须大力提高法治工作队伍思想政治素质、业务工作能力、职业道德水准，着力建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的社会主义法治工作队伍，为加快建设社会主义法治国家提供强有力的组织和人才保障。”在这一“队伍建设”工程中，决议特别强调要以“推进法治专门队伍正规化、专业化、职业化，提高职业素养和专业水平”为首要任务，这一指示为我们未来的法律职业教育培训事业指明了方向。清华大学司法培训中心组织编写《法律素养与依法治国》丛书，旨在贯彻落实四中全会决议提出的庄严任务，推进新形势下的法治工作队伍建设事业，有着相当重要的意义。

据我所知，清华大学司法培训中心成立于2006年，时任最高人民检察院检察长贾春旺同志曾题名鼓励。经十年努力建设，该中心现已成为全国普通高校中最重要的政法干部培训基地之一。十年来，该中心受中

央或地方各级政法机关委托,先后举办了各类法律职业教育培训班 450 余期,几乎涉及全国所有省份,培训人员达 25 000 余人次。该中心的培训对象范围,广及各级政法委、纪检委(含监察)、人大立法、公安、检察院、法院、司法行政(含监狱、劳教/戒毒)、政府法制、信访、城管、文化执法、律师、公证等十几个系统,几乎遍及广义政法系统的每一个部分。从中国特色的法制体系来讲,该中心十年努力探索的,正是中国特色的广义法律职业岗位培训;其培训对象,正是中国特色的广义“法律人”或“法律职业人员”。近一两年里,该中心进一步突出法律人的职业理念和素养的培训,为各省政法系统举办了一系列以强化法律人职业理念和职业素养为宗旨的培训班。十年培训实践中,该中心延请中央或各省政法系统的资深理论专家及知名法学学者、知名律师为主讲人或辅导人,采取讲授、讨论、观摩、调研、辩论、实验等多种多样的方式,紧扣法律实践中普遍存在的各类紧迫问题,坚持不懈,已经取得了相当突出的成绩,获得了各委托单位的普遍好评。现在结集出版的《法律素养与依法治国》系列丛书,正是这一系列教育培训项目的探索结晶。

法律职业的理念和素养问题,我虽没有进行过专门的研究,但一直是很关注的。我一直认为,法律职业是国家公共政治所不可或缺的一个非常有技术含量的职业,或者说是一个特殊的专门技术职业;法律人所掌握运用的知识技能体系,可以视为一种专门职业理论与技术体系。从“应然”的意义上讲,从事法律职业的人,必然要求或多或少是一个“技术专家”,而不仅仅是受国家委任办公事的人员。这类法律职业技术,当然不仅仅是传统中国百工赖以营生的那种“一技之长”式的技艺;这类专门技术人员,也不仅仅是“三百六十行,行行出状元”那种意义上的手艺人或匠人。与传统的百工及其技艺不同,法律职业有着“国家治理”或“社会管理”的属性,因而必然要求其具备较高程度的社会公平正义的价值理念、公共社会政治的文化知识、处理公共事务并解决相关纠纷的技能艺术。将这种超越或升华于一般意义上的专业技艺的“公平正义”理念、知识、技能体系作为从业基本要求,就是法律职业最本质的属性。

古语云“习成文武艺，货与帝王家”，又云“文武之道，一张一弛”，其实就是把治国理政或处理公共事务的本领当成一种“技艺”或“道术”。所谓“文武艺”，也就是“治平术”，其实就是将“王道”“德礼”“宽政”“柔术”等“文”的一手，与“霸道”“政刑”“猛政”“刚术”等“武”的一手综合运用以妥善处理公共事务的治理艺术，即宽严相济的策略；古代中国的官吏系统因此也可以视为宏观管理意义上的专门专业技术队伍。如今，虽然时代发生了巨变，但运用体现国民公意的法律进行治国理政，处理公共事务，解决各类纠纷，仍然需要有一个专门专业技术队伍，所以法律理念知识技能体系仍可以视为当今中国的“文武艺”。只不过，如今的法律职业人所学成或习得的这些“文武艺”，不再“货与帝王家”，而是通过现代任用途径（任命、选任或应聘）“货与”国家这个最大的“企业”以及其“东家”——全体人民了。

今天，作为法律人从业履职依据的那个本领（本事）体系，可能包含三个层次。最浅层次，肯定是技能层次，就是依据法律处理各种公共管理事务特别是解决各类纠纷的能力（技术、艺术、技巧）；中间层次，就是知识层次，也就是与公共事务管理特别是纠纷解决有关的全部知识理论体系，就是作为技能之资源的那些知识储备（没有这些资源就没有技能）；最高层次，就是志念层次，也就是关于公共事务的价值理念层次，简言之，就是关于公共社会生活的灵魂——包括对“民主法治”“公平正义”的认知程度和服膺强弱，这既是志向问题，又是德性问题。

我们的法律职业教育培训，广义上包括普通教育和继续教育两个层次。在各类普通法律学校（院），其教育培训一般突出上述第二个层次，兼顾第一个层次和第三个层次。在公安、检察、法院、司法行政、纪检监察等系统主办的各类职业培训学院里，教育培训一般突出第一个层次，兼顾第二和第三层次。在各普通高校为法律职业系统举办的法律人培训班里，教育培训一般突出第三层次，兼顾第一和第二层次。三类不同的法律教育培训，侧重点各不相同。“清华司法中心”举办的培训班，正属于第三类培训，重点突出法律职业理念和素养的培训。

为了突出法律职业理念和素养的培训，近年来，清华司法中心在自

已举办的一系列法律职业教育培训中特别关注如下重要问题：法律人的历史使命与现实责任，法律人的理性自觉与职业素养，法律人的法律理念及思维，法律人的人伦品德素养，法律人的传统文化素养，法律人的程序思维，法律人的行为模式，法律人的博弈思维，法律人的科学素养，法律人的职业心理素养，司法礼仪文化与司法正义追求，法律人的职业风险防范、法庭辩护技巧、法律谈判技巧，等等。对于这些重要问题，授课专家学者们长期进行了一系列理论探讨，也与受训学员间切磋互动、教学相长，取得了良好的成绩。作为这一系列探讨的阶段性成果，该中心结集编成《法律素养与依法治国》系列丛书，正式向全社会推介。丛书首批将推出三册，即《法治工作素养及养成》《法治思维与法治理念》《法治工作方式》，其余内容也将逐一整理成书，逐步出版。本书的编著，旨在总结整理过去十年该中心主持的法律人培训教学的相关成果，并用作今后法律职业及相关公务员培训的教学参考资料，进而作为全国法律工作者业务参考书。作为探索试验的结晶，难免有其局限和失误，故丛书出版实为向全国同行征求批评教益的形式之一。

我国《法官法》《检察官法》《警察法》都规定，担任法官、检察官、警察的重要条件之一是必须“有良好的政治、业务素质和良好的品行”。我国的《律师法》也规定执业律师有“维护社会公平和正义”“恪守律师职业道德和执业纪律”的义务。提高法律职业人员的职业素质，强化其法律职业素养和职业伦理的养成，升华其法律职业理念，是党和政府多年来一贯重视的法治基础工程之一。这一工程，是依法治国工程中最重要基础工程。如果没有这一系统工程对法律职业人员进行全面陶冶或塑造，那么法治就可能沦为无源之水无本之木。先秦思想家荀子关于“君子者，法之源也。源清则流清，源浊则流浊”的论断，对我们今天的法律职业队伍建设仍有特别的启示意义：法治时代的“君子”队伍，就是具有以法治的“公平正义”为灵魂的职业理念、素养、知识、技能的公职人员队伍，特别是法律职业队伍；这个队伍的清浊，就决定了法治这条河流的清浊。污浊的法律职业人，败坏法治的水源，远比单个罪犯败坏法治的水流更可怕。正因为认识到法律职业理念和素养这一至关重要的意义，

所以我们无论怎么重视法律职业教育培训都不为过。正因如此,清华的有关同人邀我加入这一丛书的编写工作,我欣然同意。谨匆忙整理自己关于法律职业培训的一些想法,求教于全国同人,并权充本丛书序言。

我希望中国的法律职业教育培训有更加长足的发展,特别希望“清华司法中心”在这一方面取得更加显著的成就!

陈光中

中国政法大学司法文明创新中心首席科学家 终身教授

2016年3月30日

目 录

CONTENTS

现代行政裁量基准与统一规范执法 余凌云 /1

- 一、裁量基准的内容 /2
- 二、裁量基准在我国的实践情况 /3
- 三、设立裁量基准的主体和程序 /4
- 四、裁量基准的公开 /8
- 五、裁量基准的效力 /11
- 六、裁量基准的价值与问题 /14
- 七、结束语 /16

法律文书写作艺术 陈建民 /17

- 一、法律文书写作 /18
- 二、法律文书的写作主旨和素材 /29
- 三、法律文书写作的语言特点及要求 /39
- 四、法律文书的表达方式 /54

法庭论辩技能 刘晓兵 /66

- 一、开庭陈述 /68
- 二、直接询问 /77
- 三、交叉询问 /86
- 四、结案陈词 /94
- 五、演练案例 /103

法律人的语言表达艺术 杨 端 /106

上篇 /107

- 一、法律口语表达的准确性 /109
- 二、法律口语表达的简明性 /115
- 三、法律口语表达的严谨性 /120
- 四、法律口语表达的庄重性 /125
- 五、法律口语表达的权威性 /127

下篇 /129

- 六、法律人口语叙述能力的培养 /131
- 七、法律人说明能力的培养 /132
- 八、法律人论证能力的培养 /135
- 九、法律人沟通能力的培养 /138
- 十、法律人发声表达能力的培养 /141

法律职业的风险防范 罗 旭 陈 冲 /155

- 一、法律职业的概述 /157
- 二、法律职业存在的风险 /162

三、法律职业风险存在的原因分析 /177

四、法律职业风险防范的措施 /184

五、总结 /191

为了1900名罪犯的生命——阿坝监狱震后

千里大转移纪实 四川省监狱管理局 /193

一、血肉筑城：最是可爱监狱人 /196

二、十万火急：阿坝监狱危在旦夕 /197

三、生死抉择：千里大转移 /200

四、危机四伏：凶险叵测转移路 /205

五、尾声：阿坝监狱罪犯零伤亡 /219

导引迷路的心灵回家 喻家卿 /221

一、被破译的服刑人员心锁密码 /223

二、81次心理疏导，自杀死亡线上的挽救 /226

三、就为了那零点零几秒的思考 /230

四、让服刑人员都能走进自己的内心 /234

五、个人的成功体现在团队的力量 /244

老百姓是他心中的天 /247

一、扎根在社区——勤劳下段，尽职尽责抓防范 /249

二、和谐在社区——创新方法，深入开展大调解 /251

三、爱心在社区——热情服务，做群众贴心人 /256

现代行政裁量基准与统一规范执法

余凌云

清华大学法学院教授，法学院副院长

近年来，在“以人为本”“执法为民”的要求下，我国推行了一系列规范行政执法、推行行政执法责任制的运动，对行政自由裁量权的控制，也由外部监督逐渐扩展到内部规范的层面。这些实践基本上都有一个统一的“标识”，这就是裁量基准的制定和实施。现在，我国的指南、手册和裁量基准，都在实践中发挥着类似“规则”的作用，行政机关也越来越依赖这些“不是法的法”。

一、裁量基准的内容

实践中所说的裁量基准，裁量的对象以行政处罚居多，大致上也可称为“对行政处罚的裁量基本标准”。具体来说，按照官方的观点，裁量基准是行政执法主体在法律规定的自由裁量空间内，根据过罚相当等原则，再结合本地区经济社会发展情况和执法范围等条件，细化行政处罚的规定，设置若干的裁量格次，分别在每个格次规定一定的量罚标准，依据违法行为的性质、情节、社会危害程度和悔过态度等设定量罚的种类、幅度，同时明确从轻或从重处罚的必要条件。这样一种执法制度就是裁量基准制度。

从更宽泛的意义上讲,裁量基准是以规范行政裁量权为目的的一种制度,可以说是为了贯彻执行法律而实施的“二次立法”,裁量基准一般以规范性文件为载体,相关规范性文件的名目有很多,比如“自由裁量权实施办法”“裁量指导意见”“自由裁量实施细则”等。相对于传统的执法人员直接行使裁量权,裁量基准的适用少了一些主观色彩,显得更为统一和规范,但它的效力范围可能仅限于一个微观的行政执行领域,或者在特定行政区域与特定行政部门内。

裁量基准有的是外在性的,直接规范相对人的活动,可以授予利益或者课加义务,或者增进双方自愿合作。但有的裁量基准只有内在性,仅规范行政机关的权力行使。在中国,指南、手册和裁量基准不仅形态各异,涵摄范围亦不同。裁量基准仅解决量罚问题,指南、手册却是对裁量运行的系统控制。它们具有看似内在性的相关规则,但其中的很多内容却敞亮出外在性。

二、裁量基准在我国的实践情况

现在全国很多地方都已经推行了裁量基准制度,背后的原因是有很多的。从裁量基准的定义可以看出,它是解释法律规定、规范行政权运行、控制自由裁量的有力工具。在中国要谈裁量基准的实践,就一定要提浙江省金华市。因为它最先觉悟,并且付出行动。金华实践不仅受到了媒体的关注,也因为上级的肯定,进一步影响了很多地方的公安机关,之后“星火燎原”一般在公安系统迅速推广。

金华市公安机关之所以会想到裁量基准制度,是因为他们发现执法中还存在很多问题,比如执法随意、裁量不公,还有更突出的,因利益驱动而滥施罚款等。他们还发现,个案监督、案件评比、执法检查等这些常用的监督方式都属于事后监督,不能从源头上防止滥用自由裁量权,所以,这些执法上的问题就像痼疾那样,“年年出现,年年整改,却得不到根本解决”。而和英国学者戴维斯一样,他们发现“执法不一致”通过裁量基准就能很容易解决。因此,金华市公安局从

2003 年就开始在全市公安机关开展行政处罚裁量基准的试点工作，在裁决前控制自由裁量权的行使。

从更深层次的角度看，当前我国社会公众对行政执法的要求不断攀升，行政改革也在逐步推进，在这两者的相互作用下，行政机关加强内部执法的规范化建设是势在必行的。域外也面临着这些问题，从总体上看，有一点我们与域外是共同的，即都是在民主宪政迅猛发展的背景下，催生出了一种类质的变化，这种变化就表现为，对行政自由的控制发生了由他律向自律、由外在到内在、由被动到主动的转变。

在我国，裁量基准只是近些年来才时兴的一种创新举措，它还没有普及所有的行政领域，行政法学界对它的关注也很不够。但它未来将成为行政法理论和实践的一个重要增长点。从实现法治主义的道路看，裁量基准实践无疑应当进一步扩大，适用到所有行政领域和所有行政事项，它应该成为今后我们政府法制建设的一个工作重点。

三、设立裁量基准的主体和程序

按照现在的发展趋势，裁量基准将涉及社会生活的方方面面，这样设立裁量基准的主体和程序又成了一个新问题。

1. 裁量基准的制定主体

从制定主体来看，在我国，从国务院到乡镇人民政府都有权制定规范性文件，这有着宪法和组织法的依据。这样看来，指南、手册和裁量基准的制定主体也应该一样广泛，但事实上争议还是很大的。

官方的声音似乎是要把制定权收归到各省级政府和国务院各部门，稍微宽容点的，也只能下放到设区的市。原因很显然，在目前的行政科层制下，限定机构的级别，能够保证裁量基准的权威性，也能够保证政策和执法的统一性，避免各自为政的情况出现。

但这种态度实际上是有问题的：首先，它忽视了法律空间内，一

个政策的形成必须先由基层试错开始，经过不断试错之后，才有可能形成较为稳定的政策取向，另外试错的风险也需要一个集体的载体来降低。其次，它也没注意到，裁量本身就允许地域、部门的差异，离开了地域性、部门性，也谈不上真正的统一。所以，一味地排斥基层制定指南、手册和裁量基准，既不务实，也缺乏灵活性，还与现行组织法的规定相抵触。

我的观点是，如果省、市已有指南，基层就不用再花费心思，画蛇添足。除非是省、市的规定过于笼统，那么基层可以根据实际再做一定细化。当然，我也反对基层一哄而上，方方面面都开展裁量基准的制定，只需要关注实践矛盾频发的部分就足够了。

2. 裁量基准的制定程序

在程序方面，指南、手册或裁量基准关注的重点不同于立法。它们追求灵活性和便捷，因势而变，制定成本较为低廉。这使得立法的繁文缛节，比如听证、专家参与、草案公布和征求意见等，对裁量基准来说是不适宜的。可以说程序规定的越多，就越背离了裁量基准的制定原意。

此外，关于公众参与的环节，周佑勇教授认为：“裁量基准的订立既是对法律认识理解的过程，也是行政机关与相对人沟通、协作、服务的过程，它最大的优势是规制对象广泛而直接的参与”，因此“必须引入公众协商机制，强化行政过程中的利益沟通”。但我看来，像行政处罚这样较为具体的行政活动中，裁量基准的设定更多要依靠行政知识和经验，而缺乏这方面知识的公众参与可能是盲目的、低效的。基准草案的事先公布和征求意见，不仅增加了行政成本，拖延了时间，而且收益并不大。媒体和公众对个案不公的关注，采取对裁量基准事后批判的方式，可能更有助于对基准有针对性的改进。但是专家参与起草和论证的制度应该是必不可少的，关注他们对基准的意见和批评，是提高裁量基准质量最有效、成本也最低的方法，能够实现由实践到理论的升华。