

律

师

业

务

必

备



法律意见书 的研究与制作

FALVYIJIANSHU DE YANJIU YU ZHIZUO

张庆 刘宁/著



法律出版社

法律出版社

法律意见书的研究 与制作

张庆 刘宁 / 著

律

师

业

务

必

备

图书在版编目(CIP)数据

法律意见书的研究与制作/张庆,刘宁著. —北京:法律出版社, 2004. 1

ISBN 7-5036-4692-6

I. 法… II. ①张… ②刘… III. ①法律文书—研究—中国
②法律文书—写作—中国 IV. D926.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 123713 号

法律出版社·中国

责任编辑/戴伟

装帧设计/胡欣

出版/法律出版社·法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司 经销/新华书店

印刷/外文印刷厂 责任印制/陶松

开本/A5

印张/12 字数/302千

版本/2004年1月第1版

印次/2004年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939642 传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼
(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.Chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com 中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4692-6/D·4410

定价:26.00 元

序

伴随我国依法治国方略的渐进前行,法学理论和实务研究领域也出现了百花齐放、百家争鸣的局面,综观当前司法实务文书写作与研究领域,各类著述也是互有千秋、各具所长;但当本书文稿置于案头之际,还是被其独特的视角、崭新的体例和务实的定位所打动,细读之后,深感本书的特色有四:

一曰知识性。本书的体例结构区别于普通的司法文书专著所追求的面面俱到,内容的选取也不同于公司上市、房地产按揭等程序类、格式类法律意见书,而是定位于搭建和完成一个法律分析支持系统和业务流程操作平台,力求引导读者在短时间内掌握司法实务操作的思维模式、法学知识的宏观驾驭方法、法规法条的甄别遴选能力和规范化文书撰写技巧,因而完全可作为法律院校的司法实务文书教材使用。

二曰示范性。本书所援引的各篇法律意见书均来源于真实案例,不仅取材多样、涉猎面广、覆盖面宽,而且每篇法律意见书结构严谨、内容完整、论证细致,堪称为主办律师呕心沥血之作,偶有不足之处,即有相关点评,可

以引以为戒,愈显珍贵,故本书完全可作为示范文本之用。

三曰学术性。各篇的论述并不拘泥于案例本身,而是围绕个案的争议焦点作相应的学术展开,不仅对重大法律问题的相关法学见解作撷英陈列,而且结合纷繁复杂的个案进行了品评互见,将当今法学学术前沿问题与司法实践热点、焦点进行细密糅合,力求法学理论与法律实践结合融会,从而相映生辉、相得益彰。

四曰开拓性。当前法学著述可谓浩如烟海,司法文书方面的论著也称得俯拾皆是,但将围绕分析与评述具体实务问题的法律意见书进行系统研究,进行理性归纳并探索其写作规律的著作仍付阙如。本书开创了司法文书研究的一个新领域,称得上是当今对“法律意见书”进行系统研究、理性归纳并揭示其写作规律的首创著作。

在《法律意见书的研究与制作》一书即将付梓之际,欣然受托,书之以为序。



2003年10月24日

* 中国政法大学教授、中国司法文书研究会会长。

前 言

法律意见书是律师执业中的重要文书,写作法律意见书则是律师执业的主要技能之一。一份形式严谨、结构缜密、分析准确、论证精当的法律意见书不仅是律师为客户提供专业法律服务的工作指南,同时也是律师对纷繁复杂的各种法律关系宏观驾驭能力和微观操作技巧的充分展示。

制作法律意见书不仅要求律师对相关事实做到由表及里、由此及彼、去粗取精、去伪存真的深入掌握,同时要对不同法律渊源、不同效力等级、不同适用范围的相关法律文件进行细致分析,从而为解决核心法律问题提供正确的分析意见、出具最优的操作方案。因此,一份优秀的法律意见书不仅是律师法学素养的具体实践延伸,更是一种律师实践操作技能的理性升华。律师只有通过大量实践经验的积累和细致的分析研究,才能保证其法律意见书真正做到以事实为依据、以法律为准绳,才能保证在法律意见书指引下展开的各项业务工作的顺畅与高效。

作为执业多年的律师,我们深深感到一份优秀法律

意见书对于律师业务操作的重要性,同时也为缺少一本系统分析与制作法律意见书的业务书籍而深感遗憾。总结自己执业过程中的经验教训,与广大同仁和各界方家一起探讨法律意见书制作中的规律性问题,从而为推动律师执业整体水平的提高献出自己的一份绵薄之力,是本书的写作初衷。制作高水平的法律意见书,更好地为委托人提供优质的法律服务,是包括我们在内的广大业界同仁共同的心愿和不懈追求的目标。

为完成这样一部以探究法律意见书制作规律的著述,由于没有任何先例可循,我们在写作中进行了如下尝试:

一、为了使一些不常制作或初学制作法律意见书的律师加深对法律意见书的理解,也为了给不曾见过法律意见书的读者对某一法律意见书留下一个完整的印象,本书不对法律意见书作局部性剖析和细节性阐述,总体原则是对法律意见书的制作作整体化或结构性评析。

二、法律意见书的事实部分与法律分析部分是密切相关的,但又各有其不同的制作要求。有鉴于此,我们在分别讲解评析时采用了写作学中所谓“互见”的方法,即对事实部分的评析中必要时提及法律分析中的内容,对法律分析部分的评析则不再重复相关事实而只是标出事实部分见本书对应页码,以使结构紧凑、内容严谨。

三、本书作为系统介绍法律意见书的探索性著述,对法律意见书各个部分的制作方法,特别是对法律分析部分制作上的技能技巧都做了尽可能详尽的讲解。考虑到所引例文中诸多值得称道之处及一些不足之处,我们也作了一些“附带评析”,及时指出例文在制作上特别是语言文字运用上的长短之处,以供律师同仁及广大读者参考与借鉴。

关于律师为公司上市、商品房按揭和国际银行贷款等方面所出具的法律意见书,由于其存在某些特有的形式和内容,故本书不作研究。

本书由中国政法大学教授、中国司法文书研究会会长宁致远先

生作序,在本书写作过程中,蒙恩师中国政法大学教授、司法文书专家陈天恩先生指导良多,谨此深表谢意。同时本书还采用了王晓卓、米良渝、李晓东、章雯俐、王江华、赵志刚、黄文强和乔栋等多位律师撰写的法律意见书,使本书增色颇多,对此也表示衷心的感谢。

作为一种尝试和探索,本书的不足之处在所难免,敬请律师界广大同仁及社会各界不吝赐教。

作者谨识

2003年10月2日

目 录

上编 法律意见书的定义及制作意义

一、法律意见书的定义	1
(一)介绍几种提法	1
(二)阅读几篇例文	3
(三)进行几点议论	26
(四)辨析几种文书	29
(五)归纳几个要素	30
(六)提出一个定义	31
二、法律意见书的制作意义	32
(一)对委托人的意义	32
(二)对律师事务所的意义	32

中编 法律意见书的制作

一、法律意见书的样式	33
(一)首部	34
1. 标题	34
2. 主送对象	34

3. 案由	34
4. 审查材料	34
5. 调查活动	35
(二)正文部分.....	36
1. 本案当事人	36
2. 基本事实	38
3. 法律分析	38
4. 解决方案	39
5. 结论	39
(三)尾部.....	39
1. 声明	39
2. 署名	40
3. 成文日期	40
二、法律意见书事实部分的制作.....	41
(一)内容完整.....	42
1. 运用背景材料	42
2. 显示因果关系	46
3. 注明真假虚实	46
4. 剔除多余事项	49
(二)表述完备.....	54
1. 不要漏掉必要情节	54
2. 写出争议焦点所在	56
3. 重点写清关键细节	60
4. 无可奈何的不完备	62
(三)时间为序.....	63
1. 按不同来源的材料分别表述	64
2. 按不同性质的材料分别表述	68
3. 按不同事实的材料分别表述	72
4. 按不同时段的材料分别表述	73

5. 以委托人现有意向起始表述	76
(四)特别交待	78
1. 某一事件纵向发展中的横向关系	78
2. 某一当事人纵向发展中的自身变化	82
3. 关键材料置于特殊位置加以提示	85
(五)详略得当	87
1. 把握表述重点	87
2. 注意重点变化	90
3. 注意选材、剪裁	93
4. 力求行文简约	97
(六)叙引结合	100
1. 运用“引用”叙述事实	100
2. “引用”须讲规范	103
三、法律意见书法律分析部分的制作	106
(一)严格依法	108
1. 不无原则地迎合委托人心理	109
2. 要为委托人着想	113
3. 注意宣传法律知识	117
(二)法律分析之前提	123
1. 明确重要概念	123
2. 明确法律适用	127
3. 明确分析范围	132
(三)分析方法	140
1. 抓准关键,重点分析	140
2. 分清主次,先后分析	146
(1)先实体问题后程序问题	146
(2)先程序问题后实体问题	152
3. 理顺关系,全面分析	155
(四)论证的方法与层次	159

1. 论证方法	159
(1) 演绎法	160
(2) 归纳法	164
(3) 因果论证法	164
(4) 类比论证法	164
(5) 对比论证法	164
2. 论证层次	164
(1) “总提分论”或“分论综合”	165
(2) 并列	170
3. 层层推进或以退为进	176
(五) 关于假设分析	181
1. 假设须有基础	182
2. 假设分析须有倾向	186
(六) 法律分析中的失误	191
1. 掉以轻心, 用语武断	191
2. “旁征博引”, 节外生枝	199
3. “此亦一是非, 彼亦一是非”	205

下编 法律意见书的分类制作

一、审查类法律意见书

——不同审查对象的法律意见书	207
1. 合同(协议)审查法律意见书	208
2. 方案审查法律意见书	212
3. 项目审查法律意见书	232

二、刑事案件法律意见书

——不同身份委托人的法律意见书	240
1. 受犯罪嫌疑人或其近亲属委托出具的法律意见书	240
2. 受刑事案件被害人、被害人家属和被害单位委托出具 的法律意见书	252

三、民事案件法律意见书

——不同诉讼程序的法律意见书	257
1. 诉讼程序启动前出具的法律意见书	258
2. 第一审程序中出具的法律意见书	267
3. 第一审程序后出具的法律意见书	271
4. 第二审程序中出具的法律意见书	282
5. 第二审程序后出具的法律意见书	289
6. 再审程序后出具的法律意见书	299
7. 执行程序中出具的法律意见书	307

四、行政案件法律意见书

——不同范畴案件的法律意见书	318
1. 行政处罚、行政复议、行政诉讼案件的法律意见书	318
2. 国家赔偿案件的法律意见书	323

五、复杂案件法律意见书

——不同性质交叉案件的法律意见书	340
1. 民事案件与行政案件交叉的法律意见书	341
2. 民事案件与刑事案件交叉的法律意见书	352

附带评析:

1. “重复”辞格,成功运用	45
2. 相互关系,有欠交待	45
3. 言多语失,节外生枝	58
4. 情况了解不够,行文事倍功半	59
5. 繁简得当,重点突出	71
6. 首“尾”呼应,以利分析	78
7. 运用“顶针”,风格明快	92
8. 紧扣案件事实,把握叙述起点	103
9. 既“在其位”,必“谋其政”	103
10. 对比论证,是非分明	145

11. 遣词要准,造句要通	152
12. 法理、事实,紧密结合	159
13. 既要言之有物,又要言之有序	169
14. 重点问题,一以贯之	175
15. 选好角度,增强气势	180
16. 首尾呼应,强化论点	181
17. 数字使用,需要规范	211
18. 认真审核,杜绝笔误	252
19. 措辞平和,稳定情绪	299
20. 有呼无应,留下遗憾	323
21. 说明有力,利于议论	339
22. 未作交待,文气大减	339

上编

法律意见书的定义及制作意义

一、法律意见书的定义

法律意见书,在法律文书的分类中应归类为非规范性法律文书中的一个文种,确切地说,是律师在执业过程中使用并形成的律师实务文书中的一种文体。

法律文书的制作和研究,多年来没有得到应有的重视。在实践中,一些从业人员出于各种原因和考虑,有意无意地忽略了法律意见书的制作;在理论上,人们对此研究得也很不够,许多有关法律文书制作的著述,甚至有关律师实务文书制作的著述对此没有涉及或虽有涉及但表述得过于简略,以致有关法律意见书的定义或曰概念至今也没有共识。

(一)介绍几种提法

为了了解目前对法律意见书研究的现状,下面举出几种有代表性的提法,足见其分歧之大:

1. 法律意见书是律师或者律师事务所受当事人的委托,对某一法律事实,运用法律规定进行分析、阐述和

认定,向司法机关或有关的行政机关或者当事人提出意见和建议的一种律师业务的法律文书。(《律师文书》,韩子健、郭新如主编,企业管理出版社出版,1997年版。)

2. 法律意见书,又称律师意见书,是指律师接受当事人的委托,对当事人进行的国际贷款、项目融资、发行债券、发行股票等金融证券业务和其他法律事务的有关法律问题,准确运用法律,进行阐述与分析,作出明确结论,出具给当事人的书面意见。(《中国律师文书样本大全》,房德权主编,海潮出版社出版,1997年版。)

3. 法律意见书是律师接受当事人的委托,就咨询者提出的有关专门性重大法律事务的询问,用书面形式予以解答的一种文件。(《现代法律文书制作》,宋健编著,西安出版社出版,1999年版。)

4. 法律意见书是律师就当事人进行的法律活动中的有关法律问题,向当事人提交的具有建设性意见并解答当事人咨询的法律文书,以为当事人确定法律行为的法律依据。(《律师文书范本大全》,宁致远主编,民主法制出版社出版,1999年版。)

综上,不难看出,以上四种说法,相同之处有以下两点:

- 一、法律意见书的制作主体是律师或律师事务所;
- 二、法律意见书的客体是当事人所提出的其在法律活动中遇到的实际问题,律师或律师事务所就此而提出的意见或建议。

以上四种说法,不同之处也是两点:

一、主送对象不同。第一种说法认为法律意见书的主送对象是司法机关或有关的行政机关或者当事人;而第二、三、四种说法认为法律意见书的主送对象仅为当事人;

二、所谓法律问题一词的适用范围不同。第二种说法认为国际贷款、项目融资、发行债券、发行股票等金融证券业务中的有关法律问题是特别值得提出的重点问题,第三种说法则把适用范围局限在咨询、询问上;而第一、四种说法则未对各种法律事实、事务、问题作出特别强调与限制,即可以理解为不仅包括第二种说法所列的各项事务,也包括其他类合同签订过程中的条文审核、重大法律活动中的

咨询、复杂法律关系上的分析,还包括一些案件(含刑、民、行)诉前的咨询、诉讼中的代理以及诉后诸如执行、申请再审以及申诉等事项中的法律分析。

(二)阅读几篇例文

本书既为研讨法律意见书的专门著述,给法律意见书下一个科学的定义应为本书首当其冲的任务。为了从法律意见书的制作实践中得出科学的概括,这里我们先赏析几篇优秀的法律意见书。例1:

法律意见书

兹受广×省××铝业科技股份有限公司之委托,对其与河×省×州市×山企业集团有限公司之间的货款纠纷一案,出具如下法律意见。本法律意见书仅限于委托人提供以下之书面材料:

1. 产品订货合同
2. TZLS—I 双推板隧道电阻炉技术协议书
3. 河×省×州市×山企业集团有限公司诉状
4. 河×省××市中级人民法院民事裁定书(2002)×经初字第601号
5. 河×省××市中级人民法院传票
6. 河×省××市中级人民法院举证通知书
7. 河×省××市中级人民法院应诉通知书
8. 管辖权异议书
9. 河×省××市中级人民法院民事裁定书(2002)×经初字第610—2号

一、本案主要当事人

1. 广×省××铝业科技股份有限公司(以下简称“铝业公司”)
2. 河×省×州市×山企业集团有限公司(以下简称“×山公司”)