



中央民族大学法学教材系列

刑事法律思维表达与 文书写作

李扬 王一超◎编著

法学
外借



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中央民族大学法学教材系列

刑事法律思维表达与 文书写作

李扬 王一超◎编著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事法律思维表达与文书写作 / 李扬, 王一超编著

— 北京: 法律出版社, 2018

中央民族大学法学系列教材

ISBN 978-7-5197-1939-5

I. ①刑… II. ①李… ②王… III. ①刑事诉讼—法律文书—写作—中国 IV. ①D926.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 013569 号

刑事法律思维表达与文书写作
XINGSHI FALÜ SIWEI BIAODA YU
WENSHU XIEZUO

李扬 王一超 编著

责任编辑 刘伟俊 周丽君
装帧设计 李瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 天津嘉恒印务有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 18.5
字数 340 千
版本 2018 年 1 月第 1 版
印次 2018 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1939-5

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

制作刑事法律文书,似乎是一件门槛极低的事情,按照既定的模板格式,填充相应内容即可“有模有样”。然而,想要制作出一份高质量的刑事法律文书,却又有着很高的门槛,是对制作者专业知识、法律思维、语言表达等能力的综合考验。“想清楚、说明白”是一篇刑事法律文书的基本要求,同时也是法律文书的核心要求,而“说明白”又以“想清楚”为前提。本书编者在教学及实践过程中发现,刑事法律文书写作中存在的种种问题大多可以归因于刑事法律思维方面的欠缺。要提升刑事法律文书的写作水平,除了需要针对各种不同类型的具体文书“头痛医头、脚痛医脚”之外,还应当追究病根——训练刑事法律思维能力。鉴于此,本书以《刑事法律思维表达与文书写作》为题,以期在帮助读者提升法律思维能力的基础上,能够对法律专业学生掌握刑事法律文书写作基本技能,以及法律实务工作者进一步提升文书制作水平有所裨益。

本书共有七章,分为总论和分论两个部分。第一章和第二章为总论,介绍了概述、历史发展,以及刑事法律思维表达与文书写作的两大原则:利他性原则和说理性原则;第三章至第七章为分论,分别阐释了公安机关、检察机关、辩护律师、法院及被害人各主体不同的刑事法律思维特点,并论述了各种主要刑事法律文书的写作要求。在关注刑事法学专业理论的同时,本书还特别关注法律文书学科在实践性、技术性方面的特殊需求。在编著过程中,尽可能还原司法实践的真实情况,结合附录中的案卷材料,有针对性地阐述阅卷技巧,再现不同法律主体的刑事法律思维过程,并设置相应的课程练习。

需要特别说明的有三点:其一,华商基业的王琳老师及其专著《结构性思维》给予作者在思考刑事法律思维问题以很大启发,在此深表感谢。其二,为了更好地贴近司法实践,本书附录中收录的案卷是作者根据实际办理的真实刑事案卷改编而成,在本书第三章至第七章的写作示例和课后参考作业中均涉及附录中的案例。其三,鉴于与刑事被害人相关的法律文书在司法实践中客观存在但使用频率较低,从本书结构完整性的视角出发,作者将刑事被害人的相关法律文书单列为第七章,以供读者参考。

本书由李扬、王一超合作编著完成,具体分工如下:

王一超 第一章至第四章

2 刑事法律思维表达与文书写作

李 扬 第五章至第七章

中央民族大学法学院硕士研究生张莹、任璐参与了本书案卷材料的整理工作。

囿于知识与经验的限制,本书在编著过程中难免会有疏漏之处,敬请广大读者批评指正。

编者

2017年3月

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 刑事法律文书概述	(1)
第二节 刑事法律思维的基本特征	(9)
第三节 我国法律文书的历史沿革	(19)
第二章 刑事法律思维表达与文书写作两大原则	(43)
第一节 利他性原则	(43)
第二节 说理性原则	(49)
第三章 公安人员法律思维表达与文书写作	(65)
第一节 公安人员执法思维的特点与要求	(65)
第二节 呈请报告书的写作模式	(69)
第三节 提请批准逮捕书的写作模式	(77)
第四节 起诉意见书的写作模式	(83)
第四章 检察人员法律思维表达与文书写作	(88)
第一节 检察人员办案思维的形成与呈现	(88)
第二节 起诉书的写作模式	(102)
第三节 公诉意见书的写作模式	(112)
第四节 不起诉决定书的写作模式	(122)
第五节 刑事抗诉书的写作模式	(134)
第五章 辩护人法律思维表达与文书写作	(139)
第一节 辩护人辩护思维的形成与呈现	(139)
第二节 审前程序中辩护意见的写作模式	(152)
第三节 审判程序中辩护词的写作模式	(166)
第六章 裁判者法律思维表达与文书写作	(179)
第一节 裁判者审判思维的特点	(179)
第二节 第一审刑事裁判文书的写作模式	(183)
第三节 第二审刑事裁判文书的写作模式	(214)
第四节 再审刑事裁判文书的写作模式	(228)

2 刑事法律思维表达与文书写作

第七章 被害人法律思维表达与文书写作	(244)
第一节 被害人法律思维特点	(244)
第二节 刑事附带民事诉状的写作模式	(245)
附录:案卷材料	(247)
一、刘某家挪用资金案案卷材料	(247)
二、孙某盗窃案案卷材料	(274)

第一章 绪 论

第一节 刑事法律文书概述

一、刑事法律文书的概念

对刑事法律文书概念的理解需要从内涵和外延两方面进行把握。从内涵方面来看,刑事法律文书是指在针对具体案件的刑事诉讼活动过程中,相关法律关系主体适用法律而制作并使用的,具有法律效力或法律意义的应用型文书。刑事法律文书不同于刑事法律法规文件,其适用范围不具有普遍性,只针对特定诉讼中的国家机关、公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项而言具有法律效力或法律意义。刑事法律文书也不同于刑事法学论文,其运用场合为刑事诉讼司法实践,具有很强的实践性和应用性。

刑事法律文书的外延十分广泛,为了表述及研究的方便,有必要对其进行一定的类型划分。根据刑事法律文书制作主体的不同,可以将其划分为公安机关(含国家安全机关、军队保卫部门、海关缉私机关)的刑事法律文书、检察机关制作的刑事检察文书、人民法院的刑事法律文书、监狱管理机关的刑事法律文书和刑事律师实务文书等。根据刑事法律文书制作格式要求的不同,可以将其划分为填空型法律文书、表格型法律文书、笔录型法律文书和文字叙述型法律文书,不同法律文书的制作难度依照前述顺序递增。根据刑事法律文书功能目的的不同,可以将其划分为记录类法律文书、报告类法律文书、决定或命令类法律文书、通知类法律文书、申请类法律文书、诉辩类法律文书及裁判类法律文书。

[思考]除了上述类型划分外,还可以从什么角度对刑事法律文书进行分类?这种分类的意义是什么?

刑事法律文书是一个开放的系统,随着法制的发展与进步,可能会不断涌现出新型刑事法律文书。例如,刑事辩护律师是近现代才出现的法律职业,因此相较于其他法律文书而言刑事辩护法律文书的研究历史相对较短。刑事辩护法律文书自身的外延也在不断拓展。根据1979年《刑事诉讼法》,只有被告人才有资格获得律师辩护,这就将律师的辩护工作及刑事辩护法律文书限制在审判阶段。1996年《刑事诉讼法》修改,赋予犯罪嫌疑人有获得律师辩护的权利,这意味着律师辩护工作及刑事辩

护法律文书的法定有效期间提前到了审前。但由于法律规定,“公诉案件自案件移送审查起诉之日起,犯罪嫌疑人有权委托辩护人”,因此,审查起诉阶段参与诉讼的律师才有辩护人身份,但是侦查阶段律师参与刑事诉讼活动所制作并使用的法律文书尚没有获得刑事辩护法律文书的法定身份。2012年《刑事诉讼法》再次修改,将犯罪嫌疑人在侦查阶段只能聘请律师提供法律帮助的规定修改为,犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,有权委托律师作为辩护人,并进一步完善了委托辩护律师的程序。自此,侦查阶段参与诉讼的律师也具有了辩护人的身份,依法有权制作并使用刑事辩护法律文书。可以说,刑事诉讼法的发展过程,同时也是刑事法律文书不断充实的过程。

在刑事法制不断改革进步的大背景下,传统刑事法律文书类型的研究很可能无法满足现代社会的要求,因此,刑事法律文书的类型研究需要与时俱进。例如,传统上认为法律文书均表现为书面文字形式。然而,随着“以审判为中心”司法改革的不断推进,庭审实质化程度不断增强,参与庭审的诉讼各方不能仅仅依赖庭前形成的法律文书,必须注重庭审现场的“剧场效应”。诉讼各方的当庭表现对裁判结果发挥着越发重要的作用,控辩之间的对抗性也越发明显。例如,检察机关的公诉意见书、出庭支持抗诉意见书、律师的辩护词等文书形成后,还必须诉诸人们的听觉以发挥其法律功效。此外,在法庭调查和法庭辩论过程中,控辩双方还需要根据庭审形势的变化,适时对事先形成的文书进行必要的调整与改动。因此,这些刑事法律文书能够更加及时地体现出刑事诉讼的对抗性,此类刑事法律文书的制作及使用需要考虑到特殊的传播渠道及场所提出的随机性、应变性要求,具有更加直接显著的论辩特征。因此,论辩型法律文书与非论辩型法律文书的类型划分应运而生。^{〔1〕}这种创新的类型研究有助于实现司法改革与法律文书发展之间的良性互动,也将有助于推动我国的刑事法律文书事业朝着适应诉讼规律的方向发展。

应当意识到,我国目前对刑事法律文书类型的研究仍然比较粗糙。单一的类型划分标准难以精确呈现特定法律文书的本质特征。例如,公安机关、检察机关、法院和辩护律师在刑事诉讼中承担不同的诉讼角色,基于不同诉讼角色的立场,其在制作和使用法律文书的时候必然有着不同的思维特点和写作要求。除此之外,即使同为人民法院制作的刑事法律文书,还有刑事判决书、刑事裁定书之分;刑事判决书又可区分为一审判决书、二审判决书和再审判决书,诉讼所处阶段不同,相应的法律文书在制作时也必然各有不同的侧重。单一层次的类型划分无法同时兼顾刑事法律文书多层次的差异性,在此基础上进行总论研究不仅难度较大,效果也必然十分有限,很有可能导致研究的空泛。刑事法律文书研究应不断走向精细化,有必要将各种不同的分类标准叠加适用,对刑事法律文书进行层层递进的“剥洋葱式”的类型研究,以

〔1〕 参见潘庆云主编:《法律文书》,中国政法大学出版社2012年版,第21页。

实现对刑事法律文书更为细致的观察。

法律文书本身是一个庞大的家族。各种法律文书之间的联系相对松散,相较于不同具体法律文书之间的共性,彼此之间的差异性更为突出。不同法律领域的思维方式有显著的不同,如果要在一本书中对刑事法、民事法、商事法和行政法领域的法律文书进行全部介绍,势必卷帙浩繁。考虑到刑事诉讼中的诉讼参与主体比较全面,诉讼阶段特征更为明显,在法律文书学习方面更具代表性,本书拟“大题小做”,仅讨论刑事诉讼领域的法律思维表达与文书写作问题,并选取刑事诉讼活动中比较具有代表性的几类刑事法律文书予以集中论述。

二、刑事法律文书的特点

刑事法律文书具有法定性、规范性和客观性的特点。只有具备上述特点的刑事法律文书才能视为合格,才能充分有效地实现其适用法律的效果。因此,刑事法律文书的特点同时也是制作刑事法律文书的基本要求,公安司法机关和律师在制作各种具体类型的刑事诉讼法律文书时,应当时刻据此三大特点进行自省自查,以确保法律文书制作的质量。

(一) 法定性

法定性是一切法律文书区别于其他公文文书的根本特征。刑事法律文书是依据刑事诉讼法及其他相关法律法规制作并使用的法律文书。法定性也是刑事法律文书的首要特点。甚至可以认为,刑事法律文书的规范性、客观性特点都可以通过其法定性推演出来。制作并运用刑事法律文书的法律依据主要是刑事诉讼法,但不仅如此,还包括:《中华人民共和国宪法》、全国人民代表大会及其常务委员会制定的有关刑事诉讼的法律规定(如《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国律师法》《中华人民共和国未成年人保护法》等)、与刑事诉讼相关的立法解释(如2014年4月24日,第十二届全国人大常委会第八次会议通过的《关于〈刑事诉讼法〉第七十九条第三款、第二百七十一条第二款、第二百五十四条第五款、第二百五十七条第二款的解释》)、与刑事诉讼相关的司法解释[如《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》(以下简称《实施规定》)]、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《最高院解释》)、最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称《检察规则》)、行政法规和规章[如公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称《公安机关规定》)]、地方性法规中关于刑事诉讼程序的规定和国际条约。刑事法律文书的法定性体现为,其制作主体、制作程序、制作内容及文书效力均具有法定性的特征。

刑事法律文书的适用范围很广,但有权制作刑事法律文书的主体必须是刑事法律许可的法定主体,而且不同的刑事法律文书都对应特定的法定制作主体。根据我国《宪法》和《刑事诉讼法》的规定,在刑事诉讼中,公安机关(含国家安全机关、军队

保卫部门、海关缉私机关)是法定的侦查机关,有权制作各类侦查文书;人民检察院对公诉案件行使起诉权,对立案、侦查、审判、执行活动依法实行法律监督,并就部分刑事案件行使侦查权,有权在其职权范围内制作并使用相应的刑事法律文书;人民法院是审判机关,是刑事裁判法律文书的法定制作主体;辩护律师是犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利的重要维护者,自犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,有权基于委托或接受指定开展辩护工作,并制作刑事辩护法律文书。

各刑事诉讼主体在其职权或权利范围内,依照刑事法律规定的程序和内容要求,制作相应的法律文书。例如,我国《刑事诉讼法》第18条规定了公检法三机关之间的立案管辖权分配。自诉案件,由人民法院直接受理。人民检察院有权立案侦查的案件范围包括贪污贿赂犯罪,国家工作人员的渎职犯罪,国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪;对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件,需要由人民检察院直接受理的时候,经省级以上人民检察院决定,可以由人民检察院立案侦查。上述案件范围之外的刑事案件,由公安机关进行侦查。当公安机关接到报案、控告、举报和自首的材料后,接收后应审查本案的立案管辖问题。对于不属于自己管辖的,应当移送主管机关处理,并且通知报案人、控告人、举报人;对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的,应当先采取紧急措施,然后移送主管机关;只有对于自己拥有立案管辖权的案件,公安机关才能够进一步审查案件是否符合立案条件。如果公安机关审查认为有犯罪事实需要追究刑事责任,应当立案,则应制作呈请立案报告书,报请领导批准;如果认为没有犯罪事实,或者犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任的时候,应当不予立案,则制作不予立案通知书。公安机关依法制作立案类法律文书,送达时立即发生法律效力。但如果公安机关在制作立案决定书、不予立案通知书时违背了法定性的要求,检察机关会依法履行立案监督的权力,公安机关已经作出的法律文书因为违法,其法律效力就可能发生改变。

(二) 规范性

刑事法律文书作为一种公文书体,需要满足一定的形式要求。刑事法律文书发展进步的一个重要表现,就是文书的程式化水平逐步提高,文书在形式上日益规范。尽管规范性只是刑事法律文书外在表现形式的特征,但是也会对法律文书的内容及适用产生积极的影响。依照科学的形式规范所制作的法律文书,有助于保证文书内容的完整性和准确性,降低法律文书制作和阅读的难度,提高诉讼效率。形式方面的规范性还有助于推动刑事法律文书在全国范围内适用的统一,有助于方便刑事法律文书的保存、整理和查阅。刑事法律文书的规范性特征体现为格式的规范性及语言文字表述的规范性。

刑事法律文书的制作需要遵循特定的文书格式要求。公安机关、检察机关、法院、监狱和律师在刑事诉讼中使用的各种刑事诉讼法律文书的格式要求,由相应的最

高司法机关或司法行政机关下发。例如,公安部印发有《公安机关刑事法律文书式样(2012年版)》(以下简称《公安文书式样》),最高人民检察院印发有《人民检察院刑事诉讼法律文书格式样本(2012年版)》,最高人民法院印发有《法院刑事诉讼文书样式》《人民法院诉讼文书格式标准》,司法部曾下发《律师刑事诉讼格式文书》标准样式;此外,针对具有显著特殊性案件的诉讼处理,还有专门的诉讼文书格式规范,如最高人民法院编有适用于死刑复核案件的特定文书样式要求,供内部使用。

从结构上看,刑事诉讼法律文书,特别是制作难度相对较大的文字叙述型文书,一般都是由首部、正文、尾部三部分组成,各部分当中的内容事项也有大致统一的要求。首部的内容包括标题(制作机关或单位、文书名称)、文书编号、相应国家机关、当事人、诉讼参与人的基本情况、案由、案件来源及诉讼处理经过。正文是每一篇刑事法律文书的主体部分,其内容一般包括案情事实及对证据的分析、诉讼处理的理由及诉讼处理意见,裁判类法律文书还需加入对控辩双方主张的表述。如果存在刑事诉讼法律规定的需要交代的有关事项,如上诉事项、申诉事项,于尾部部分写明,尾部内容还包括签署或署名、日期、用印及附注说明。需要注意的是,对于有副本制作要求的刑事法律文书而言,还应在文书最后加盖“本件与原本核对无异”的印章。

刑事法律文书的规范性特征还表现为文书语言的程式性表达,包括语句的规范性以及语词的规范性。填空型、表格型法律文书的语言程式化特征最强,大部分文字已经事先统一印制好,使用时根据案件实际情况进行填写即可。对于文字叙述型文书而言,相应文书样式也大多规定有固定的词句格式用于文书中各部分内容的过渡。例如,在人民检察院制作的起诉书中,以“经依法审查查明”的表述引出检察院对于案件事实认定的文书内容;以“认定上述事实的证据如下”引出检察院对于支持事实认定的证据的分析;以“本院认为”的表述引出检察院对于案件性质的认定、法律理由的阐述,以及决定起诉的意思表示。在语词方面,刑事法律文书中大量使用法律术语,这些词汇在刑事诉讼法领域具有不同于日常生活场合的特定含义。例如,根据《刑事诉讼法》第106条的规定,“当事人”是指被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被告人、附带民事诉讼的原告人和被告人;“法定代理人”是指被代理人的父母、养父母、监护人和负有保护责任的机关、团体的代表;“诉讼参与人”是指当事人、法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员;“诉讼代理人”是指公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属、自诉案件的自诉人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人和附带民事诉讼的当事人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人;“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹。不同的诉讼角色对应的诉讼权利和诉讼义务不同,合格的刑事法律文书在制作时应特别注意不同法律术语对应的含义及使用场合,且不可对其法定表述随意作出变动。

刑事法律文书中计量单位、数字、标点等的使用也具有规范性,需遵循一定的样

式标准,表述要统一。例如,我国刑罚中主刑的时间单位是月、年。刑事法律文书在制作时均应使用其所对应的时间单位标准,不按照日常生活经验进行转化。检察机关在提出量刑建议,法院作出判决之时,法律文书中对于刑罚的表述是“某个月拘役”“某个月管制”“管制某年”“某个月有期徒刑”或“有期徒刑某年”,而不采用“日”或“天”的表述。其他计量单位的表述应遵循《中华人民共和国法定计量单位》的要求,使用法定单位。例如,在毒品犯罪案件中,公安司法机关及律师制作的法律文书中采用的是“克”“千克”“吨”的质量计量单位,而不使用日常生活中“两”“(市)斤”“公斤”的表述。再如,中文写作中的数字有阿拉伯数字和汉字两种表示方式,两种表述方式一般可以通用。但是刑事诉讼法律文书有严格的数字表示方式使用规范,两种表示方式的适用场合不同。法律文书中引用的具体的法律条、款、项,描述以及判处的刑罚,适用汉字数字的表示方式;法律文书中的年、月、日,应视其在文书中的位置不同,表示方式不同:法律文书尾部的年、月、日采汉字数字的表示方式;法律文书尾部以外其他位置的年、月、日以阿拉伯数字表示。

公安司法机关制作的刑事法律文书与律师制作的刑事辩护法律文书,对于规范性程度的要求不同,前者要求更为严格,文书中对于案件相关信息的描述也更加全面。公安司法机关法律文书甚至对于字体、字号及印制标准等纯粹的形式问题也有统一要求。例如,《人民法院诉讼文书格式标准》中对字体字号的要求:法院名称用字,应当用2号宋体字;文书名称,应当用1号大标宋体字;案号、落款应当用3号仿宋体字;涉外文书应在法院名称前标注“中华人民共和国”,应当用2号小标宋体字,可视情与法院名称排列一行或两行。尽管制作公安司法机关法律文书的格式要求更加烦琐,但优秀的律师文书一般都在不影响辩护意见有效表达的前提下,尽量遵守公安司法机关文书的格式要求。按此要求制作的律师文书更符合公安司法机关工作人员的工作习惯,易于帮助建立公安司法机关工作人员对辩护意见良好的初始印象,从而有助于实现积极的辩护效果。

(三)客观性

“以事实为依据,以法律为准绳”是刑事诉讼法的一项基本原则。该原则要求刑事诉讼活动的开展必须以案件的客观事实作为基础,并严格按照法律的规定办事。无论是公安司法机关工作人员,还是辩护律师,在制作刑事法律文书时都不能仅从自己的情感立场出发,必须客观准确地分析证据、认定事实、适用法律,并将形成的诉讼处理意见或请求以客观平实的语言加以表达。《刑事诉讼法》第50条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”即使是以承担控诉职能为主的检察人员和侦查人员,也不能枉顾其客观公正性的职责要求,只片面呈现犯罪嫌疑人、被告人有罪、罪重的证据,忽略、隐瞒对犯罪嫌疑人、被告人有利的证据,更不能编造、伪造证据,刻意作出与事实不相符的对被追诉人不利的的事实认定。《刑事诉讼法》第51条规定:“公

安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书,必须忠实于事实真相。故意隐瞒事实真相的,应当追究责任。”

辩护律师是犯罪嫌疑人、被告人权利的专门维护者。与诉讼代理人不同,辩护律师不是犯罪嫌疑人、被告人的代言人,具有独立的诉讼地位。他们参与诉讼是履行法律规定的职责,而不是基于犯罪嫌疑人、被告人的授权。尽管在委托辩护的场合,辩护人需要首先获得犯罪嫌疑人、被告人的委托才能取得辩护资格,但是一旦接受了委托,辩护人就有了独立的诉讼地位,在诉讼过程中独立进行辩护,不受犯罪嫌疑人、被告人意思表达的约束。^{〔1〕} 辩护律师对于犯罪嫌疑人、被告人权益的维护,限于合法权益,而不是非法权益。辩护律师开展具体的辩护工作也必须在法律和职业道德的框架范围内进行。辩护律师撰写刑事法律文书须基于对案件证据的全面客观掌握;否则,文书中所呈现出来的辩护意见势必难以被公安司法机关采纳。

刑事法律文书的客观性特征具体表现为事实认定的客观性、法律适用的客观性和文字表述的客观性。法律适用的客观性在刑事诉讼法文书的法定性特征部分已经介绍,不再赘述。事实认定的客观性体现为刑事法律文书中对于事实部分的描述应真实、全面、重点突出。刑事法律文书制作不是文学创作,对于案件事实的认定和描述不得进行无根据的联想,不得掺杂虚假信息,甚至不得夸大或缩小。刑事诉讼中认定事实以证据为基础。公安司法机关和辩护律师在制作法律文书时都应有“证据裁判主义”的思维意识。证据是事实认定的唯一基础,主观臆想、民意等都不是认定案件的依据。如果某一事实没有证据支持,其在刑事诉讼中就应被视为不存在,不得出现于法律文书当中。刑事诉讼十分强调发现案件的实质真实,随着人权保障的不断加强,早先的积极实质真实发现主义逐渐向消极的实质真实发现主义转变。^{〔2〕} 刑事法律文书中事实认定的真实性需要兼顾其他法律价值。证据具有客观性、关联性、合法性三大属性,证据是否具有证据能力,需要综合上述三个属性进行判断。我国《刑事诉讼法》第54条规定了非法证据排除规则:“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。”欠缺合法性的证据不具有证据能力,依法予以排除,该证据应被视为不存在;公安、司法机关不得再以已经排除的证据为基础进行不利于犯罪嫌疑人、被告人事实认定。

案件相关证据材料的收集应当全面。刑事法律文书中的事实认定应尽可能全面

〔1〕 参见陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社2013年版,第147~148页。

〔2〕 参见张建伟:《刑事诉讼法通义》,北京大学出版社2016年版,第83~85页。

地还原案件本来的前因后果、人物关系、情节变化。全面不代表对所有事实信息巨细靡遗地全部记录。刑事法律文书中记载的是具有刑事诉讼法律意义的法律事实,需要对原始的自然事实进行加工提炼,去粗取精。刑事诉讼法律文书中混入不具有法律意义的事实,对于事实的正确认定不会产生积极作用,还可能因为偏见导致对事实认定的偏差。但在多人犯罪、一人数罪以及民刑事法律关系交叉的复杂事实认定问题上,要特别注意事实认定的全面性,避免案件信息的遗漏。全面的同时要突出重点,不能记录成流水账,应当对不同的法律关系、每一位犯罪嫌疑人、被告人的每一起犯罪事实,条分缕析,并在记载时按照重要性递减的标准安排顺序。

刑事法律文书的文字表述平实、朴素,追求客观。现代法律文书已经摒弃了对于华丽辞藻的追求,提倡朴实庄重的文风,不拽文,不掉书袋。刑事诉讼中各方诉讼参与人的文化水平参差不齐,使用浅显易懂的语言,更有助于实现各诉讼参与人对于刑事法律文书内容的理解,进而更好地保护自己的权利,履行自己的义务。此外,法律文书具有宣传法制的作用,只有使用通俗的语言,才能在更大范围内、更深层次上实现有效的法制教育。刑事法律文书的客观性特征,决定了其在语言表达方面必须谨慎使用修辞:如果确有必要,可以使用一般修辞手法,但是夸张之类的特殊修辞手法应避免使用。在法律文书历史上,文书写作曾经特别强调情感渲染和道德评价,一些讼师在写作诉状时,往往使用贬损性的词汇称呼对造当事人,以达到道德控诉的目的。例如,鲁迅先生曾在文章中写道:“最简单的打官司教科书《萧曹遗笔》里就有着不少惯用的恶谥,现在钞一点在这里,省得自己做文章——亲戚类:孽亲、泉亲、兽亲、鳄亲、虎亲、歪亲;尊长类:鳄伯、虎伯(叔同)、孽兄、毒兄、虎兄;卑幼类:悖男、恶侄、孽侄、悖孙、虎孙、泉甥、孽甥、悖妾、泼媳、泉弟、恶婿、凶奴”^[1]。上述表述在现代刑事法律文书中是不允许出现的,现代刑事法律文书中使用的主要是中性情感的语词。例如,不使用“某某某的爱人”的表述,而使用“某某某的妻子/丈夫”的中性表达。此外,在刑事诉讼推进的过程中,法律文书通常需要对前一阶段中其他法律主体的事实和法律意见予以记录和回应。例如,检察机关的起诉书和不起诉决定书中需要提及侦查机关在起诉意见书中的意见;一审辩护词中需要写明检察机关在起诉书上的意见;一审刑事判决书需要对控辩双方的诉讼意见均予以记录。为了避免在记录过程中,将不同主体的诉讼意见张冠李戴,刑事法律文书中在转述其他主体诉讼意见时会使用第三人称,并通过段落格式的综合作用,实现诉讼意见与特定主体的准确对应关系。

[思考] 除了上述特点,你认为刑事诉讼法律文书还有哪些其他特点,为什么?

[1] 鲁迅:《华盖集》,人民文学出版社1973年版,第82~83页。

第二节 刑事法律思维的基本特征

法律文书的制作和使用以法律思维为指导。这一思维层面的特殊性决定了法律文书具有区别于其他公文书体的显著特征。法律思维是一种有赖于法律专业理性的思维方式,其他专业领域的专门知识或自然理性无法弥补法律专业理性方面的不足。历史上著名的“星期日上午会议”堪称阐述此问题的一则范例。在17世纪的一个星期天上午,英国国王詹姆士一世召见英格兰的法官,表示意欲收回部分案件的审判权,由国王自己亲自对这些案件进行审理和判决。这一想法遭到了以爱德华·柯克大法官为代表的法官们的反对。詹姆士一世认为自己与其他法官一样拥有理性,完全可以胜任案件的审理工作。柯克大法官反驳道:“上帝赋予了陛下丰富的知识和非凡的天资,但陛下对英格兰王国的法律并不精通。涉及陛下臣民的生命、继承、动产或不动产的诉讼并不是依自然理性来决断的,而是依人为理性和法律的判断来决断的。法律乃一门艺术,一个人只有经过长期的学习和实践,才能获得对它的认知,鉴于此,陛下并不适合进行司法审判。”尽管星期日上午会议之后,柯克最终被免去了大法官的职务,但是他的上述这番话却再次说明了一个道理,即运用法律思维思考问题,是法律人特有的素质,只有经过专门的法学培养和训练,并经过长期法律职业活动的潜移默化的影响,方能够形成稳定的法律思维模式与方法并熟练运用。

运用法律思维进行常态化的职业思考,是法律职业群体区别于其他职业群体的本质特征。法律思维是联结法律职业共同体内部各成员关系的纽带。随着社会关系的日益复杂,对于不同社会工作的专业性要求不断提高,传统的社会分工朝着更加精细化的方向发展。在法律职业群体内部,刑事法律职业群体因其有不同于其他法律部门的知识及思维要求,从中独立出来。在刑事法律职业群体内部,法律人因为职业区分处于不同的诉讼立场,有些诉讼角色甚至彼此对立。不同诉讼立场间理性对话的前提便是刑事法律思维的统一性。刑事法律文书的制作也只有遵循刑事法律思维的特征要求,才能够获取其他诉讼角色的理解和支持,达到预期的法律效果。

一、对刑事法律规范的依附性

法律思维不同于道德思维和政治思维,它不是一种发散性思维,而是依附于法律规范的思维方式。具体到刑事法领域,刑事法律思维表现为对刑事法律规范的依附性,并以此为基础,往返于刑事法律规范与案件事实之间。脱离了刑事法律规范,刑事法律思维就成了无源之水,无本之木。不同职业的刑事诉讼主体之间进行对话之所以成为可能,正是因为在此问题上达成了共识。在刑事诉讼中,如果对于问题的分析和思考偏离了刑事法律规范,就会成为无效的思考,不具有刑事法上的意义。刑事

法律思维中对事实的分析,不是对自然事实的简单描述,而必须将自然事实中具有法律意义的事实要素提炼出来,使之转化为具有刑事法律意义的法律事实。然后才能将该法律事实涵摄^{〔1〕}于刑事法律规范,检验该事实是否能够满足刑事法律规范所要求的事实构成要件,并因此产生刑事法律规范所规定的法律后果。在刑事法律思维过程的早期,对于事实的掌握是碎片化的、不完整的,往往难以准确找到所对应的刑事法律规范。随着诉讼活动的推进,不断收集到新的证据,事实的全貌会逐渐呈现出来。能否迅速、准确地提炼出案件中有效的法律事实要素,并找到案件事实所对应的刑事法律规范,是公安司法人员和律师在进行刑事法律思维过程中的关键所在,也体现出其专业水平的程度差异。

在简单案件中,案件事实与特定刑事法律规范之间的联结是比较明显的。只要具备基本的刑事法律知识和经验,不同主体的刑事法律思维结果基本一致。然而,在一些复杂案件中,即使案件事实没有争议,在将案件事实涵摄于特定刑事法律规范的过程中,不同主体之间可能存在很大分歧。例如,在“许霆案”中,各方主体对于本案事实不存在任何争议:许霆在广州市商业银行的一家 ATM 上取钱时发现,当他输入“取款 100 元”指令的时候,ATM 会吐出 1000 元,但银行卡余额只显示减少 1 元,于是他用自己及他人的银行卡多次取款,共计取款 102 次,取款 17.5 万元。各方对于本案的处理意见存在很大的分歧:第一种观点认为许霆的行为不构成犯罪,只是民法上的不当得利;第二种观点认为许霆的行为构成侵占罪;第三种观点认为许霆的行为构成盗窃罪。对同一案件事实的不同看法说明,不同主体会对同一事实赋予不同的法律意义,并将其涵摄于不同的法律规范。要实现案件事实与刑事法律规范之间的有效联结,往往无法一蹴而就,而是需要在刑事法律规范与案件事实之间来回穿梭。在了解基本案情的前提下,初步寻找事实可能对应的法律规范,明确该法律规范的适用条件及法律后果,然后再将该法律规范的适用条件与本案事实进行比对,看二者是否符合。如果符合,则适用该法律规范得出处理意见;如果不符合,则继续寻找新的可能对应的法律规范,并重复以上思维过程。主张许霆无罪的观点认为,本案的主要原因在于银行方面的过错,许霆的行为应属于《刑法》第 13 条规定的“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。主张构成盗窃罪的观点是将许霆的行为解读为“秘密窃取”,进而认为其符合《刑法》第 264 条关于盗窃罪的构成要件。主张侵占罪的观点认为,本案很大程度上是由于银行方面的过错,故将这 17.5 万元认定为“遗忘物”,许霆的行为属于将他人的遗忘物非法占为己有,数额较大,且拒不交出,应认为其行为符合《刑法》第 270 条第 2 款关于侵占罪的构成要件。需要注意的是,本案中还存在一重要因素:ATM 是一种银行的终端服务形式,故许霆从 ATM 非法获得的财物属于银行,如果认定许霆的行为构成盗窃罪,他盗窃的对象就是金融机构,按照当

〔1〕 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社 2009 年版,第 140~144 页。