

“职业之道·法律职业技巧快速指南”丛书



中华全国律师协会审定·英国律师协会推荐律师必读书目

法律文件起草之道

Drafting

[英] 埃尔默·都南 查尔斯·福斯特 / 著

陈晓昀 / 译 于丽英 / 审校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中华全国律师协会审定·英国律师协会推荐律师必读书目

法律文件起草之道

Drafting

[英] 埃尔默·都南 查尔斯·福斯特 / 著

陈晓昀 / 译 于丽英 / 审校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



“法律职业技巧快速指南”丛书

图书在版编目(CIP)数据

法律文件起草之道/[英]都南,[英]福斯特著;陈晓昀译,于丽英
审校. —北京:法律出版社,2006.4
(职业之道——法律职业技巧快速指南)
ISBN 7-5036-6244-1

I. 法… II. ①都…②福…③陈…④于… III. 法律文件—起草
IV. D916.13

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第021169号

©Doonan, Elmer & Foster, Charles

This translation of *Drafting* is published by arrangement with
Cavendish Publishing Limited.

《法律文件起草之道》一书中译本的出版得到卡文笛什出版公司
的授权,翻印必究。

著作权合同登记号:

图字:01-2003-8389

©法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬	装帧设计/于 佳
出版/法律出版社	编辑统筹/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/北京中科印刷有限公司	责任印制/陶 松
开本/889×1194毫米 1/32	印张/8 字数/180千
版本/2006年5月第1版	印次/2006年5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)	
电子邮件/ yangyang@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939647
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、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
重庆公司/023-65382816/2928	
书号:ISBN 7-5036-6244-1/D·5961	定价:29.80元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

关于作者

埃尔默·都南 (Elmer Doonan)

法学学士, 法律硕士, 是伦敦 Wilde Sapte 的律师。曾经开办过有关法律文件起草的讲座, 该讲座是非法律从业者律师课程的组成部分。

查尔斯·福斯特 (Charles Foster)

文学硕士 (剑桥大学), 兽医医学学士 (VetMB)、MRCVS, 伦敦内殿律师公会 (Inner Temple) 律师、爱尔兰共和国都柏林国王律师公会 (Kings' Inns) 律师。主要执业领域是医学法律。



丛书编者序

我们律师的看家本领就在于技能……;在于实用、有效、有说服力、有创造力、能把事情办好的技能。

卡尔·卢埃林(Karl Llewellyn)

这一套法律技能著作的诞生反映出法律教育的重点已经从以传授法律知识为中心转移到与业务相关且能解决问题的技能的教与学上来。

英国的法律教育在过去 15 年间经历了显著的变化,因为人们日益关注法律教育是否能为学生进行法律实务提供充分的教育,并且这种关注在极大程度上来自法律行业。同时,许多法律教育者也表示,对学生的培训集中在实体法上的做法令人担心,因为这种培训既无益于提高思维的敏捷性也不能提高判断能力,而这些能力恰恰是深入学习的基础。

目前,提供诊所式的实践和指导的法律技能课程成为大学法律课程中越来越重要的部分。英格兰和威尔士的有关部门都对它们的资格课程的内容和形式做了根本性的修改,增加了对实务技能的直接指导。在苏格兰,从 1980/81 年起就有了强调学习实务技能的《法律实务证书》(Diploma in Legal Practice)。

但是,英国的法律技能教育还处于幼儿时期,还需要向其



他较早采用实用的、以经验为基础的教学方式的国家学习许多经验,这些经验的价值对英国的法律教育者来说是无法估量的。许多法律教育者现在面临着开设新的法律技能课的挑战。英国的技能教育者与国外的教育者之间早已进行了思想交流,这是发展进程中很重要的一部分。此外,专门为英国的大学和专业学校的法律技能教育而设计的“本土出产”的著作和材料也同样重要。

在法律教育课程中引进技能教育不仅关系到学生在法律学校中能学到什么,还关系到他们如何才能学到这些知识。同样的,这也关系到哪些书会真正有益于那些希望能学好这些课程的学生。

这套新书是满足这种需求的一种尝试和努力。每本书都会引导读者循序渐进地培养一种特定的法律技能;包括从设计到通过不同的方法实施,直到对结果的评价。每本书都包含着大量的实践操作和如何改进实践的指导。每本书都描绘出如何进行有效的法律实践的理论体系,并将理论与实践联系起来,这很有用并且意义重大。

这些书的作者都是在各个法律教育领域具有多年实践经验的技能教育者。他们勾绘出了整个普通法世界中相关的文化和实践。不过每本书都是专门为英国的法律学生和法律实践而写的,以英国法为应用范围并以法律协会规定的法律实践课程标准为背景。

每本书的设计目的都是作为大学或者专业学习的法律技能课程的辅助读物,或者作为对课程本身的结构和内容的示范。因此,我向各位学生和技能教育者推荐这些书,希望你们能喜欢。

朱莉·麦克法兰(Julie Macfarlane)

安大略省伦敦市(London, Ontario)

目录

丛书编者序

第1章 文件起草的一般事项	1
1.1 什么是文件起草	1
1.2 法律文件的目的	4
1.3 精确性与法律文件	5
1.4 学习起草技能	7
1.5 文件起草包括哪些内容	8
1.6 客户的指示	8
1.7 准备工作与计划	11
1.8 对问题的预见	12
1.9 语言的运用	13
1.10 推敲与整理	14
1.11 阐述与章节划分	15
1.12 对事实和法律的掌握	15
1.13 草稿的检查与修改	15
1.14 先例的使用	16
1.15 更改与更新	17



第2章 文件起草的过程	19
2.1 从开始到结束	19
2.2 时间	20
2.3 构思阶段	22
2.4 获取文件和文献	29
2.5 法律研究	31
2.6 起草阶段	34
第3章 外观与章节划分	48
3.1 外观的重要性	48
3.2 如何达到良好的外观	48
3.3 文件的章节划分	51
3.4 段落划分	54
3.5 章节的编号	60
3.6 附件	64
3.7 图表	66
3.8 列举	69
3.9 示意图、平面图与图解	75
第4章 定义	76
4.1 简介	76
4.2 使用定义的规则	77
4.3 定义词语和术语的方法	80
4.4 起草定义时的常见问题	84
第5章 起草语言	88
5.1 简介	88
5.2 文件起草作为交流方式	88



5.3 含糊	92
5.4 歧义	96
5.5 使用简短的词语	100
5.6 一致性	109
5.7 技术性法律用语	111
5.8 过时的语言	115
5.9 过时的引言	117
5.10 同义词	119
5.11 否定式	123
5.12 主动语态与被动语态	125
5.13 词性	127
5.14 日期与时间	135
5.15 明确说明谁有权利、权力或义务	140
第6章 条款的起草	142
6.1 起草条款的目标	142
6.2 条款的成分	143
6.3 时态	153
6.4 标点符号	156
6.5 词语与拼写	159
6.6 但书	163
6.7 同类解释规则	171
6.8 列举	176
6.9 一个句子中的两项规定	177
第7章 特定词语的使用	179
7.1 简介	179
7.2 “应当”(shall)的使用	179

7.3	“可以、可能”(may)的使用	187
7.4	“和”(and)与“或”(or)的使用	192
7.5	避免使用“和/或”(and/or)	198
7.6	“这样的”(such)的使用	201
7.7	“同样”(same)的使用	204
7.8	“前述”(said)的使用	205
7.9	“(两者)之间”(between)与“之间”(among) 的使用	207
7.10	“在……情况下”(where)与“在…… 时候”(when)的使用	209
7.11	“如果”(if)的使用	210
7.12	“任何”(any)、“各个”(each)与“每个” (every)	212
7.13	“鉴于”(whereas)	213
第8章	起草答辩状	215
8.1	简介	215
8.2	案情陈述	217
8.3	诉讼请求表	221
8.4	诉讼请求详细说明	222
8.5	诉讼请求详细说明:范例	226
8.6	答辩状	230
8.7	对反诉的回应和答辩	235
附录:	案例表	237

第1章 文件起草的一般事项

我的言语高高飞起,我的思想滞留地下;
没有思想的言语永远不会上升天界。

莎士比亚(Shakespeare)

《哈姆莱特》(Hamlet)

1.1 什么是文件起草

文件起草——或者更确切地说是法律文书起草——分为两个主要部分,即法律文件起草和诉状起草,前者包括合同、遗嘱、信托和产权转让证书等;后者包括申诉说明或者诉状等,在因违约、过失或某些其他原因而起诉的案例中要用到。

1. 法律文件

法律文件的起草涉及文件的构思和准备,这些文件给各种关系下定义并设定规范交易的程序。交易中将要或者可能会产生的权利、利益、责任和义务是用确定的方式陈述的,并对被授予或施加这些权利义务的人员进行界定。例如,信托契约将规定受益人获得的权利和利益以及托管人所承担的责任和义务。

法律文件中包含的权利、利益、责任和义务通常适用于协

议中双方或多方之间的关系,例如合同、信托契约或产权转让证书。这些合同的条款可能取决于双方当事人之间的合意,例如,在商业销售合同中,最初卖方与买方可能对交易的某些重要方面的内容有分歧,如果要继续进行交易,则可能最终必须在这些方面作出妥协。但是,有些法律文件是个人在与自身相关的事务中作出的单方行为,如遗嘱或代理人权利。无论在何种情况下,起草文件的主要目的是确保文件的规定“能起作用”,这样,当这些文件在相关的环境中适用的时候,它们能对“要做什么”和“由谁去做”提供明确的指导。本书将致力于解释如何达到这两个目的。

2. 案情陈述

在前文将此称为“诉状”,当然在后文也将继续采用这样的称呼。“案情陈述”这种说法是1998年《民事诉讼规则》(Civil Procedure Rules, CPR)的提法。案情陈述与法律文件的不同之处在于:案情陈述说明事实并指出法律要点,根据这些事实和要点可以提出法律上的申诉,并且可能附带任何赔偿要求或其他希望获得的救济;或者是提出对这种申诉的抗辩;案情陈述的目的是处理双方或多方当事人之间有异议的、看起来无法通过诉讼之外的方法解决的事项。各方当事人都在自己的案情陈述中说明自己的情况,一般是由提起诉讼的当事人(原告)提出申诉详情说明,而收到申诉详情说明的当事人则提出答辩作为回应。

自《民事诉讼规则》生效以来,案情陈述的重要性已经减少了。针对诉状的技术性要点进行的战争现在已经不常见了。这种战争过程冗长并且代价昂贵,曾经给年轻律师带来

他们的第一幢房子、给高级律师带来他们的第二艘游艇。^①上诉法院已经严厉制止这种娱乐和游戏,^②通常只有在法官还不知道上诉法院禁止时才会得到允许。

《民事诉讼规则》含有一系列有关案情陈述的起草的指导方针,大部分规定在第16部分的《诉讼程序指南》(Practice Direction)中,这些内容代替了原来的《最高法院规则》(Rules of the Supreme Court)。案情陈述的主要目的就是当事人之间的争议事项进行界定。例如,在要求对道路交通事故中产生的人身伤害和相关损失及损害给予赔偿的特定请求中,会说明事故的事实情况、法律请求的根据(通常是过失)以及要求给予损害赔偿(及相关利息)的所受到的伤害和损失。《民事诉讼规则》已经扫除了许多原有的限制起诉人的禁止——例如,对起诉证据的禁止性规定。

3. 本书的结构

起草法律文件和起草案情陈述所涉及的技巧在很多方面都有所不同,有鉴于此,本书对诉状的起草予以单独说明,与法律文件的起草分开。第1—7章阐述法律文件的起草。第8章阐述案件陈述的起草。

① 此处作者将律师针对技术性要点展开的争论比喻为战争,说明这种争论的激烈程度。律师因此获得很高的报酬,从而有能力购买房子和游艇。这是作者比较含蓄的诙谐手法。——译者注。

② 此处的“娱乐和游戏”指的是上文有关技术性要点的争论,这也是一种幽默的说法。——译者注。



1.2 法律文件的目的

1. 为交易提供书面证据

法律文件的主要功能是为交易的条款和条件提供书面证据。如果文件精确地记录了交易,并由交易双方签字,就应当会减少欺诈、遗忘或不准确的情况。

有些情况下,用书面方式记录交易并由交易的一方或多方当事人签字是法定要求。这种格式的必要性可追溯到1677年的《反欺诈法》(Statute of Frauds),并且现在仍然很重要。许多重要的交易是用书面形式记录并签字的。例如,1837年的《遗嘱法》(Wills Act)第9部分要求遗嘱应当是书面形式并由遗嘱人签字;1925年的《财产法》(Law of Property Act)要求销售土地的合同必须是书面形式(参见第40部分);土地的转让必须采用契约形式(参见第52部分);对衡平法上利益的处理必须采用书面形式(参见第53(1)(c)部分)。

2. 防止欺诈

有时候,法律规定在交易中要采用书面形式并签字,其主要目的是防止欺诈。例如,如果遗嘱人通过口头宣布来处置财产,就可能会产生风险,因为在遗嘱人死后那些听到口头宣布的人可能不会如实地传达遗嘱(无论是出于故意还是其他原因)。虽然防止欺诈可能是许多法律文件的主要起草目的,但这未必是惟一的目的。可能会出于其他原因而要求提供交易的证据,包括下文3—6中提出的那些原因。

3. 规定将来的权利和义务

如果交易是在未来某个日期生效的,那么采用书面形式就十分重要;这能确保该交易将按计划进行。例如,遗嘱只有

在遗嘱人去世之后才产生法律效力,因此,遗嘱必须是遗嘱人的意愿的完全、精确的表达。同样的,在建造建筑物的合同中,应当详细地规定将要进行的事项以及在建造过程中可能出现的某些问题将如何解决等内容。

4. 记录已经协商好的权利和义务

即使交易可能早就已经发生了,也可以用文件进行记录,因为这对一方或多方当事人十分重要。例如,一幅贵重图画的受赠人可能想要起草一份契约,以记录赠与人已经将该画赠给受赠人的事实。

5. 规定复杂交易的细节

交易可能很复杂以至于必须用书面形式记录以使交易完全生效,或避免在将来某个时候出现问题。例如,对大宗业务的交易而言,谨慎的做法是签订书面合同,以此记录出售和采购的条款,并规定任何相关的赔偿和担保或者当事人做出的其他承诺。在这种交易中,条款和条件的规定可能十分详细,以至于任何人都可能记住它们或者它们的确切含义。此外,如果当事人完全依赖口头讨论来作为协议的基础,有许多问题可能会考虑不到,但是如果将条款转化为书面形式,就会发现这些问题并予以规定。

1.3 精确性与法律文件

律师不可避免地要在其事业生涯中的某些阶段坐下来并起草文件。在起草过程中,不仅为所涉及的交易制作了永久性的记录,而且也记录了律师的法律起草技能。拙劣的起草技能可能会导致交易记录不精确并导致意料不到的,而且往



往是不利的后果。下文列出了导致记录不精确的某些常见原因。

1. 晦涩的语言

在交易发生许多年之后,文件中所使用的词语可能是交易的惟一证据,因此所用的词语应当尽可能地简单和明了。如果这些词语很长,所用的短语少见而复杂,或者已经废弃不用,就可能会导致对文件的解释产生困难。这些难以理解的文件可能需要其他律师来解开其中的秘密,并且可能需要法院的协助来确定其含义。^①

2. 含糊

如果文件的某些主要规定或全部主要规定都是含糊的,这比没有文件更糟。这会导致受文件影响的人之间产生争议,从而使文件本来要记录的交易可能无法按照当事人的本来意图实施,或者可能只有在诉诸法庭之后才能实施。

3. 遗漏

如果文件中遗漏了重要的条款,就可能需要制作更多的文件来纠正问题。这会产生费用,而这种费用本来是可以避免的。在有些情况下,可能无法通过修改来纠正遗漏的问题,原因可能是文件的一方当事人反对这么做,或者是由于没人有权力进行修改。例如,如果农场的书面销售合同没有规定对位于正在出售的土地上的一小块地予以保留,就可能必须通过法庭诉讼来修改合同。

^① 意思是:由其他律师或法院来解释和确定文件的含义。——译者注。

1.4 学习起草技能

学习起草技能的传统方式是阅读文章或参与类似的实习,或者是在工作中学习。大部分实习律师可能是通过这些方式学习文件起草技能。在过去,这些是仅有的、可能学到起草技能的途径,即使有这方面的课程——况且这几乎不被看做是一门课程——也很少组织,而且有关文件起草的书面指导也很少。因此,学习文件起草技能的惟一资源就是有经验的业者的指导,或者从有关先例的书及其注解中收集。但是前者往往太忙,无法腾出很多时间;而后者则不是以辅助教学为目的,只是提供在具体交易中可能用到的文件和条款的范例。在某种程度上,要采用先例首先要具备一定程度的起草文件的熟练技巧,因为可能需要对先例进行改编,以适应客户的特别要求。

文件起草同任何技能一样,只能通过实践来学习。虽然了解文件起草的原则很重要,但是只了解原则就能顺畅地起草文件的可能性很小,就像只了解音乐理论未必就能造就熟练的钢琴家。持续不断的练习是必要的。大部分律师认为自己是很好的文件起草人,但是法律文件的执行情况所反映的事实是:同大部分技能一样,不同的人起草文件的熟练程度各有不同。起草人总在不断地学习,如果他(或她)回顾多年前制作的文稿,很可能有些内容会用另一种方式来表达,有的时候可能还会觉得过去起草的文件令人汗颜。起草人可能还会发现他(或她)的起草风格发生了变化,过去觉得很难写的事情现在看起来挺简单。这并不意味着过去的文件是令人无法接受或不合格的,只是说明起草人在积累经验的过程中不断地学习。