

给我所热爱生活.....	4
高云.....	5
破局之路.....	8
为什么而选择.....	9
安身立命之本.....	11
分清虚幻和真实.....	12
感受法律文书之美.....	14
律师的思维和行动.....	18
律师如何笑傲江湖.....	21
每天必做的一件事.....	22
超越当事人满意度.....	23
沟通协调.....	25
别让前进变成倒退.....	25
误解是怎么产生的.....	26
证据采集.....	30
杀人仅是客观事实.....	30
思维规范.....	31
袭胸 10 秒，意在何为.....	31
许霆案的逻辑错误.....	32
析研究.....	33
买菜原来好复杂.....	34
文法规范.....	36
管束思想的条款.....	36
思维方法巡礼.....	39
金字塔原理.....	40
系统思维.....	41
水平思考.....	43
法律实务思维特点.....	44
证据思维.....	45
要素思维.....	48
创造思维.....	50
棱锥模型法律实务思维模型.....	52
写作和谐律.....	54
保守或创新.....	54
解构—重构法则.....	55
标题与目标.....	57
标题与内容.....	59
标题的写法.....	60
创造.....	69
角度.....	71
法律文句四要素.....	72
怎么写一个句子.....	74
你的还是我的.....	75
我同意，但.....除外.....	75

你同意下列之一.....	76
我说的包括但不限于.....	77
如果你这样我就那样.....	77
特定时空.....	77
一见钟情.....	78
法言法语.....	82
“根据”、“就”和“关于”.....	84
“和”与“或”.....	84
“必须”和“应当”.....	85
“可以”和“有权”.....	85
“前”、“时”和“后”.....	86
“向”、“将”和“予”.....	86
“假若”和“如果”.....	86
文书基本特点.....	86
咨询类文书.....	87
诉讼类文书.....	88
律师函.....	89
律师尽职调查报告.....	91
起诉状和仲裁申请书.....	96
管辖异议书.....	100
合同写作的九个步骤.....	101
定义条款.....	102
标的条款.....	106
先决条件条款.....	108
交付和验收条款.....	110
所有权保留条款.....	117
付款条款.....	117
发票条款.....	119
税费条款.....	120
责任分配和处理模块.....	122
不可抗力条款.....	123
违约认定条款.....	124
中止履行条款.....	126
要求提供履约担保条款.....	127
合同解释权条款.....	127
语言差异解释条款.....	128
格式条款解释条款.....	128
合同标题效力条款.....	128
权利申明条款.....	128
写与改的区别.....	129
常用技法.....	129
统一标题和引领内容（.....	131
主义务模块常见错误.....	131
担保义务模块的错误.....	133

学法网——与法律人共成长

附随义务模块的遗漏.....	134
终止或解除合同技巧.....	134
优劣双方的攻防技巧.....	135
合同用词打磨和抛光.....	139
容易遗漏的核心问题.....	142
方案与问题一一对应.....	143
正文修订的四个要点.....	144

传统教科书在纵横古今中外，宏大叙事之余，却对法律职业的实务操作、微观应用语焉不详。此书另辟蹊径，单刀直入，倾其 10 多年的真实律师工作经历，为我们全面总结了法律实务思维与写作的技能，是一本非常实用的法律职业实务操作指南。

作者简介

高云，成长于广州越秀山麓的青石板小巷深处，在珠江江畔的中山大学感受法学之精髓，求学于六朝金粉之地的南京大学，体味经济学的奥妙，终修成法律经济双学士。1993 年踏入律师行业，进出过各地各级的法院，服务过各等各色客户，登上过~~~~~

给我所热爱的生活

恍惚间，思维展开翅膀，掠过村里阳光斑驳的石板路，寂静的山林，重回 10 多年前的法学院，那个高大明亮的古老课室。耳中又传来爽朗的笑语，满眼是窗外新鲜的绿树和阳光，自由飞翔的小鸟，那段对知识充满渴望和虔诚的青葱岁月，一切多么地美好和值得回味。除了四年里面一直围绕脑海中不曾散去的，缠绕思维的部分——一段段枯燥乏味的法律文字，一份份面孔古板，充满发霉味道的法律文书“八股文”。

我一直疑惑不解，难道这就是法律思维与写作的本来面目？经过 10 多年的人生历练，转换过数个职业、圈子、环境乃至生活的国度，才逐渐明白真相并非如此。法律思维与写作不应是空洞、枯燥与乏味的代名词，它不仅与法学有关，还与艺术有关，与文学有关，乃至与真实世界融为一体。抽象思维与具体实务的融会贯通，竟然可以将平淡无奇的文字，时而变作侠客手中翩如惊鸿，矫若游龙的利剑；时而化成画家笔下雨斜谷幽、浓淡相宜的泼墨山水画。

多年以来，我一直像一个渴望寻找童话世界的天真孩子，不断地思考、阅读、行走和写作。读更多的书，让心灵向灵魂更深处溯源；走更多的地方，在路上发现更多美丽的风景；不停地写作，用笔记录下对生活的真实体验。

我是个不喜欢重复的人，因为前方总有充满未知惊喜的世界在等待，此书算是个例外。现在回想起来，应该是觉着无以回报读者的厚爱和编辑的热情鼓励。于是再次经历一轮花开花落之后，颠覆性地推倒重来，最后成就此书。

与原版相比，此书已经脱胎换骨，面目一新。唯一不变的是它的风格，不刻意引经据典，不空谈理想，不对现实作删减和敷衍。只是以一颗纯真的心，真实的人，从容的态度，浅显的文字，淡淡地诉说对工作和生活的感悟。

每天与文字为伴，固然是一种幸福，不过，生活给予我的、或者我所热爱的生活，难道仅仅就是如此吗？忽然一年秋又至，想起那些曾经坐听风，笑忘机的日子，邀月对饮的潇洒和豪情，已经逐渐陌生；窗台上，茶微凉，棋蒙尘，往昔热闹今不再。才发觉为了此书，我

已经错过了多少与好友品茶畅谈的约会，辜负了多少春花秋月的浪漫时光。

我想，将来我还会继续写下去的，不是因为名利，而是因为喜欢，因为需要在乏味枯燥的生活当中寻找诗意。不过现在，更重要的是我需要寻回那些已经尘封的美好感觉，与我的朋友和我所爱的人重新分享那些平凡而美丽的的时光。

让我无比热爱生活啊，我来了！

高云

高云归来（1）

2003年的圣诞节之夜，多伦多到处灯火辉煌，洋溢着浓郁的圣诞气氛。子夜时分，刚为小孩开完生日派对的我，坐上加拿大航空的红眼班机，在晴朗的夜空中腾空而起，离开这座载满了一年多欢声笑语的异国城市，开始踏上归国的路途。此刻，脑海中不断回播的，是阳光灿烂的田野、微微拂过面庞的清风、荡漾在圣劳伦斯河上的点点粼光和朋友们的朗朗笑声，那段像花儿一样盛开的快乐时光。

回国的心情有点忐忑而又带些兴奋，相信上帝在为你关上一扇门的同时，一定会为你打开一扇窗。也许这扇窗不能让我更接近阳光，但是我相信可以透过这扇窗，感受阳光和风雨，四季的变换。而我，将在这个过程中逐渐成熟。于是，我回国重新投入律师业当中。

大概从2004年开始，在大学极速扩招、法学院遍地开花的背景下，每年寒暑假，我所在的事务所都会迎来如潮水般地一批又一批的法学本专科实习生。等不及我记住他们的名字，他们又已经离开，旋即毕业、投入社会。看着那一张张尚带稚嫩又对律师行业充满崇高敬意的脸孔，知道律所实习对于他们而言，本应是检验自身专业技能、锻炼和提升综合素质的好机会，但现实却让他们倍感失望：实习期间，他们通常无法完整地学到案件的操作过程，甚至学不到如何写好一篇法律文书；而我作为律所的合伙人，也感到很头疼：一个经过4年法学本科教育甚至再加上2年硕士课程的实习生，竟然还写不好一份简单的诉状、授权委托书或异议书，统统要手把手重新教起；更遑论复杂一点合同乃至需要创造性思维的法律意见书了，不禁令人对法学教育的现状和缺陷叹息不已。

在过去数年中，我不断地总结和 Design 内容，在事务所内部开设了数次讲座，培训律师和助理的法律思维与写作技能，积累了一批讲稿、案例和素材。其后，在法律出版社吴剑虹编辑大力鼓励之下，开始有了写作此书的想法。

2007年，超女余波未散，快男的喧嚣电视声浪又起；楼市、股市疯涨不停，变形金刚又伴随着广州今夏录到的历史最高温度疯狂来袭。我以宁静的心情平息这种狂躁的氛围，自冬天的孕育到春天的萌动，进入夏天挥汗如雨的写作，延伸到金秋的成熟，终于收获此书。

高云归来（2）

这是一本讲求实践经验和理论充分结合的书。我非常赞同实用主义法学创始人霍姆斯的观点，“法律的生命不是逻辑，而是经验”。我相信，市面上已经有一大堆文书范本、模板、指南之类的书籍，读者不缺范本，缺的是范本背后的东西——法律思维和写作技能。与其给初学者提供一大堆不知就里的文书模板和理想化的写作标准，倒不如提供这样一本的经验之谈和真实案例，尽管可能不太成熟甚至有错误，但至少它来源于真实。

本书从追问法律职业的现实选择和法律职业新人如何获得安身立命之本的命题入手，以我 10 多年的真实律师生涯经历、社会热点案例和经验总结为材料，涵括了法律思维、文书文法（语法、句法和词法）、各类文书写作和修订技巧、真实案例、写作技能测试和实务写作进阶训练等内容，以一个法律职业人的眼光，总结了法律思维与写作在实务操作当中的经验、技巧和理论体系。

书中俯首可拾、启发思考的是智慧的光芒——法律思维。文字不过是思维的外化，唯有思维才是写作的基础和灵魂。长期以来，我国的法律文书写作研究过于注重外在文字表述形式而忽略内在思维规律，导致理论和实务严重脱节。本书摒弃纯理论研究，立足于实务操作技能，创新性地提出了法律思维模型——棱锥模型，总结了写作和谐律、写作法则、合同写作的七种武器、文书四段论、诉状七段高手等大量新鲜内容。无论在立意、选材还是写作方法上，本书都与市面上的同类书籍不相雷同，力图为读者奉献出一场实务技能的思维盛宴。

如果说到本书最有特色之处，应该就是有趣。正如王小波在他的小说《红拂夜奔〈序〉》里所言：“这本书里将要谈到的是有趣，其实每一本书都应该有趣。对于一些书来说，有趣是它存在的理由；对于另一些书来说，有趣是它应达到的标准。”在我看来，法律文书虽然讲究专业知识、逻辑和严谨，但仍然可以写得美丽动人，生动有趣。只不过，法律文书的美犹如夜空的烟花，偶尔绽放于文书表面，更多的是时候，默默地潜行于文书字里行间，思维深处，轻易难寻其芳踪。那些只懂得将法律文书写得晦涩难懂的律师，拥有的只是一颗“枯燥的灵魂”（狄更斯语）和无趣的工作，这正是法律人的通病。

高云归来（3）

本书使用简洁易懂的语言和轻松的笔调，将枯燥的法律文书分解成“命题作文”般熟悉、直接和简单。描述法律实务，可以在生动之余，仍然不失力透纸背，入木三分；即使在最枯燥的语法篇，你仍然可以读到各种生动的案例和在优劣双方之间的文书攻防策略，亲身体会一场没有硝烟的战争。如果你愿意耐心读下去，在下册当中，你更加可以读到八个真实的、生动的、有趣的真实故事，既有初学者的入门趣事，也有中外律师集体劳动的智慧结晶。最后，特意安排的“律师幽默故事”，可以让你放松一下阅读氛围和心情，感受律师生涯有趣和生动的若干瞬间。

不过，希望读者千万不要对包括本书在内的一切所谓文书写作技能、范本或指南类的书籍寄予过高期望。技巧用得再多，没有正确的思维指导，文字也只是花拳绣腿，功力难有质的飞跃；有正确的思维和写作技能，没有正确的人生观，文书只能成为你掠夺和占有财富的战争工具，而无法升华你的人生。假若不幸如是，你也许可以成为一位成功的律师，但永远无法成为一位真正的律师。

人生舞台已经铺开在每个人的脚下，我和你一样，都在尽力演绎着自己的角色。不是每个人都可以成功，因为在世俗的评判标准当中，成功一词带有太多的功利色彩，成功需要付出太多的妥协和牺牲个性。但只要你不断努力，你绝对可以做得很优秀，很出色，绝对可以在人生舞台上出演最动人和精彩的一幕。

破局之路（1）

高云：

你好！我是一位法学院的学生。老师在入学典礼时告诉我，选择法律意味着选择公平正义，也就是选择了更大的社会责任，这曾经让我激动不已。但已经毕业的一位学长，告诉了我另外一个让人吃惊的答案。

他说，法学院是一个与“最”和“前三名”分不开的地方：高考时，法学院高居“最难考专业”前三名；好不容易挤进去了，原来还位列“最辛苦专业”前三名，大学四年背书背到晕头转向；好不容易熬到毕业，结果就业率排在“最难就业专业”前三名。

过了这三关后，痛苦远未结束。踏入了律所的大门后才发现，四年的知识，可以帮助自己熟练地分清正义、平等、自由的价值排序，却不足以搞定一份简单的起诉状；打字、排版、跑腿送文件这些貌似简单的活，也有很多讲究；甚至于连穿着、打电话、开会甚至走路，都要从头学起。积累了整整四年的知识，竟然在这些现实问题面前如此软弱无力。

如果要成为一名真正的律师，还要面对号称“天下第一考”的司法资格考试。别以为通过考试就万事大吉，据说在北京，还有不少年轻律师挣扎在温饱线上，号称“穿西装的民工”。

我对过去的选择很疑惑，怀疑是否选错了职业。我对现在很无力，面对困局却不知如何突破。还有那未知的将来，我的出路又在哪里呢？

这是一封来自于某法学院学生的信，每当读及，都让我叹息不已。

客观地说，选择法律没有错，因为法律是一门高尚而神圣的学科。美国当代著名法学家E·博登海默说过：“法律是人类最伟大的发明，因为别的发明使人类学会了驾驭自然，而唯有法律让人类学会了如何驾驭自己。”早在古希腊，哲学家和智者以辩证法寻求人类真知、

组织国家政治生活，逐渐形成专门的技术和学问，进而演化成法律，并使其成为一门文明人必备修养的学问。

法律职业尤其是律师，在外人眼中，是一门身披金色外衣的高尚职业。退者，可独善其身，在个案中实现正义；进者，则兼顾天下，为天下求得公平正义。例如“新中国第一大律师”张思之，一身胆气，不畏权势，只向真理低头，赢得无数天下人的敬重；又如美国历届42任总统，多数为律师出身，凭借着律师职业给自己造就的丰富经验，治国安邦，尽济天下苍生。在当前的中国社会当中，时代快速发展，依法治国的理念深入人心，法律体系初步奠定，法律在经济、政治、文化领域乃至老百姓的日常生活当中的地位和作用也日益重要。这种种情形都在向年轻人昭示着法律职业远大和光明的前景。

破局之路（2）

于是，每年如潮水般的法学院毕业生，个个怀揣着名牌大学法学学士、硕士文凭和各种证书，还有满腔抱负和信心，投身于法律职业队伍当中。以为凭着自己四年甚至六年、七年学成的专业知识，可以在法律职业当中大展拳脚，打出一片新天地。

但是，现实和理想之间的差距竟然如此之大。有太多、太多的年轻人在法律职业大门外苦苦徘徊。即便是拿到了司法职业资格证书的新人，仍然不知道自己的职业生涯应当如何起步。我见过不少来律所应聘的新人，虽然手持司法资格证，但对于法律职业和实务技能仍然还是雾里看花，如何与当事人交流、如何思考和分析法律问题、如何设计成本和效益比最佳的法律方案、如何写出既漂亮又实用的法律文书乃至如何规划自己的职业生涯等，依然茫然不知所措。

其实，一纸证书仅仅意味着上天对你过去几个月乃至数年不懈努力给予了肯定和回报，而不是就此为你将来的职业之路铺上红地毯。你将来能不能在法律职业的大海中自由遨游，会不会被水呛着，需要的不仅仅是你脑袋当中的法学理论知识，而是可以指导你的日常言行的实实在在的实务技能。

所以美国的法学院教育，均以实务教育为重点，案例讲解为主，培养出来的人才可以直接进入法律职业。反观我国的法学教育，却是与实务严重脱节。教育目标的不明确，师资的学院化，教材空谈理论乃至教育模式的僵化，造成毕业生空有满腹理论，却缺乏实务操作技能；胸怀安邦定国的宏大理想，却没有识别真实社会和身边事物的能力。

身处困境，如何寻找出路？本章试图解开的，就是破局之路。

为什么而选择（1）

人往往身陷困局之后，才发现自己其实还没有做好准备。很多法学毕业生在踏出象牙塔之后发现，自己对很多现实问题的答案还很模糊，例如：在现实社会中生存和发展，需要准备什么知识和技能？如何在有偿工作和有意义的工作之间做选择？如何设计自己的职业生涯？等等。

站在法律职业的大门口，你会感觉到各种诱惑、冲击或疑惑不断。这样或那样的选择，都可以有很多种理由。也许你只会在其中做一到两年，也许就是一生。于是，很多学生不停地追问一些这类的问题，应该读研还是工作；出国抑或留校；我为什么要作出这样或者那样的选择等等。

其实，法律人的就业前景还是相当广阔的，可以从事的职业很多，例如公检法部门、企业法务、律师、教师、编辑和记者等。如果按照工作和生活方式来分，大致可以分为“法学家”或“法律家”两种。

“法学家”者，可以继续生活在大学校园那种浓浓书卷气的氛围当中，进而思考社会进路，鼓吹正义；退而教书育人，独善其身，以江平、梁慧星、王利明或贺卫方等人为典范。因其著作等身或者桃李满天下，受人敬重。可以在充满物质和金钱欲望的世界里，给自己留下一些清高的尊严。

当然，背后也自有苦处。正如贺卫方教授所言：“今天的学者体制内的生存环境基本上是在大学里，……这样的体制造成了一种特别可怕的人身依附，其实那是一种思想上的依附，你不能够随便说话。再就是学术制度方面，……你必须满足那些个很怪异的条件，这样就导致了急功近利，有些人著作等身，但实际上，再过 10 年可能是一堆垃圾”。一旦你的生存和发展都在体制之内，你就很难作出自我选择。

其次是争取成为“法律家”。即加入体制内从事法官、检察官或公安职业，或在体制外从事律师或企业法务工作，在整合法律资源、帮助当事人在个案中实现正义之余，为个人谋得安身之所，安居乐业直至颐养天年。当然，这类法律职业人通常被称之为“有知识，没文化”的“法律工匠”，故称“专家”。

为什么而选择（2）

“学者”也好，“专家”也罢，存在就是合理的。考究分类不重要，重要的是如何选择。在我看来，任何一个选择，都意味着失去了选择其他选项的机会。反过来看，任何一个放弃，都意味着获得选择其他选项的机会。所以，此类问题其实没有标准答案。

这如同不断地追求终极真理，最终可能将自己推入更为疑惑的境地。我的建议是，问问你自己的内心，什么才是自己真正喜欢的生活？

例如，当你从法学院毕业走进一家著名的大公司或律师事务所，过了一段时间后，工作繁忙，不过薪酬可观，而且逐年增长，然后可以考虑买车、买楼，在工作圈子当中有幸结识自己一生当中最重要的另一半，然后拍拖、结婚、生子。然后你每天忙着在修改法律顾问单位合同、出庭辩护、回家路上买儿子尿片和晚上回家继续读书以考取硕士学位的间隙，你可能会突然想：这是否就是自己喜欢的生活？

同样没有标准答案。工作和乐趣，世俗的生活和远大的理想，两者可以兼顾这是百年不遇的情形。真实的情形往往是因工作失去乐趣，因生活的平淡而放弃寻找理想。岁月会在两者之间逐渐形成张力，把人心射出去很远，找不回来。没有哪一种生活是正确，其他是错误。应该问清楚自己的，哪一种生活才是真正喜欢的。

人生在世，芳华弹指过。匆匆几十年里，每一天只有二十四小时；再细分给事业，只剩不到六到七小时。而且，你常常还不能纯粹为个人而活，你身边有父母需要照顾，将来还会有你的爱人和小孩，你要将时间分给很多你爱或者爱你的人。即使知道生活的方向，但是面对有限的时间，你不得不作出选择。问问自己的内心，在有限的人生里，你最希望得到什么？

金钱吗？金钱固然能够带给人成功感和名望，但不能让人真正地幸福。名声吗？在这茫茫的宇宙当中，没有任何事物可以不朽。无论今日如何名声雀起，终归有美人迟暮，英雄末路之日，最后同样难逃遗忘于长草之间的结局。

同样没有标准答案。其实，在我看来，无论看重什么，追求什么，最重要的还是行动。要趁年轻的时候，去尝试，去经历。如果你没有趁着年轻的美好时光，去追求自己认为最有意义的东西，我敢肯定，总有一天你会后悔的。

生活的路还很长，应该先到你想去的地方，然后再到你应该去的地方，未来其实一直在你自己的手中。

安身立命之本（1）

大学扩招之后，法学毕业生如同潮水般涌向社会。但是，法学院教育与法律实务严重脱节，致使学生们缺乏对法律的实际运用和分析能力，写起法律文书来只会单纯地生搬硬套法律条文，更遑论创新。以笔者亲眼所见，法科毕业生无论是本科抑或硕士，往往缺乏最基本的法律文书写作技能，连一份普通的民事起诉状都写不好，更别说其他需要想象力和创造力的文书写作和职业活动了。所以，尽管每年法学毕业生很多，法院、检察院、律师事务所等与法律职业相关的用人单位竟然还频频喊人才荒。

真实世界是残酷无情的，只相信实力，不相信眼泪。如果你没有在社会中生存的安身立命之本，就必然被淘汰。

什么是安身立命之本？知识吗？不是，它固然是个令人肃然起敬的词汇，是力量的源泉。人的一生要学习很多知识，但真正记住和掌握的并不多，大部分会被遗忘或者淘汰掉。尤其是现在的知识更新和淘汰的速度很快，据说全世界的知识每四年更新一代。所以，仅仅持有多少个证书、读过多少本专著或者写了多少篇论文，都只是证明你积累了多少知识，而不是你拥有了多少职业生存和发展的本领。想想卖油翁的钱孔灌油之技和庖丁的解牛之术，你就会明白，职业生存和发展，靠的是专业技能。它犹如空气，难以捉摸，却须臾不可无。经过逐步的学习、练习、领悟，它可以融入你的头脑当中，与专业知识结合，终生受用，永远不会过期。

专业技能以思维活动为内在核心和基础，外化为写作、沟通、谈判、辩论等多种法律职业活动的技巧和能力。其中，当以法律思维和写作为最。思维是所有职业活动的指导，这点无可质疑。与说话相比，写作更难。因为文字是法律职业人最重要的武器之一。无论是否说得清楚，你都必须写得明白。所以我只见过说不清楚但写得明白的情况，没有见过写得明白却说不清楚的法律职业人。

安身立命之本（2）

如果你没有什么人脉关系，没有多少金钱，又希望在远离家乡的大都市落地生根，寻求职业理想。你最应该做的，不是与法官勾肩搭背，学习怎么拉皮条；也不是积极地参加各种无聊的聚会，结识三教九流之辈；更不是以打麻将、看电视来打发那些空虚无聊的夜晚，而是甘于寂寞，将阅读、学习和思考填满你的空余时间。还有，在工作当中不断地留意观察和积累，不断地训练自己的法律思维，磨砺自己的笔锋，一点一滴地积累专业技能，提高自己的内在能量级数。

人脉变幻无常，财富浮沉易变，知识终会老化，唯有技能可以历久常新。让法律思维与写作技能扎根于你的思维深处，贯彻于你日常的一言一行当中。一旦幸运之神降临，你就会发觉自己如同一匹经过漫长匍匐潜行的骏马，在穿过幽长的峡谷之后，终于发现前面是豁然开朗的广阔天地，可以春风得意马蹄疾，一日看尽长安花了。

分清虚幻和真实（1）

世间的事物，重复的多，写下来，信的人自然也就多了，虚幻逐渐变成真实的影像，往往容易使人迷失其中。

1、教学中的虚幻和真实

象牙塔中的教学，往往因为特定的教育目标，基于政治的、道德的、法律的还有老师个人经验或者偏好等原因，繁杂的现实问题摆到课堂上，就会变得条理化、学术化和理想化。如果再加上灌输式的教学模式，种种因素混合之后的结果，学生们看到的，往往只是想象中的世

界，与真正的现实截然不同。

有学生向我描述过他们上“模拟法庭”课的情形：

先是老师选定一个案件，给大家发下案由、双方当事人情况、案情简介和基本事实等资料。然后，将我们分成若干小组，其中一组负责编辑案件剧本，其他小组分别选择扮演法官、检察官、律师、被告、原告、证人、法警等角色。大家按照剧本开展法庭辩论，然后由法官根据剧本当庭宣判。

我听完之后笑了：“这哪里是在搞模拟法庭，根本就是在演戏剧。这种预先设定结果的教学方法，是对真实职业活动的错误解读。”

案件事实预先准备和编辑好，恰好与实务当中需要依靠法律职业人不断地询问、梳理、查找甚至发现事实和证据的真实情况背道而驰；大家拿着事先编辑好的剧本，按部就班地演练开庭过程，这不是在演戏吗？想象一下，如果现实当中，法官在开庭时候，给大家下发一个这样的剧本，岂非等同于未审先判，这样的庭审还有什么意义？还有当庭宣判，就我个人做律师 10 多年、经办案件不下千件的实践，还从未遇过此种情形！

分清虚幻和真实（2）

这种教学方法从一开始就是错的。基于给定的事实和证据基础上开展教学，将实务当中非常关键的事实挖掘、证据组织和相互质证等最具创造性活动完全忽略，与法律职业活动强调的在诉讼活动当中，通过双方对抗固定证据和判断明是非的特点完全是南辕北辙。这种预设式的教学，只会使原来以培养实战经验为目标的“模拟法庭”沦为口舌之争的表演赛。

对于上述缺点，“诊所式教学”有所改进。据说它的特点是将课程内容扩充为谈判、调查取证、法律文书写作、质证、辩论、模拟法庭等，力图从职业语言、职业知识、职业思维、职业技术、职业信仰和职业道德六个方面综合全面地培养学生的法律职业技能。

不可否认，这种设计本意比“模拟法庭”要好，但能否落到实处还要看是否有足够真实和丰厚的教学内容。诊所课程以法律援助和公益服务为主要教学方式，接触的多是交通肇事、离婚、劳动纠纷等普通业务，那些法律实务当中的高层次业务，例如公司投资、并购、重组乃至一些重大的诉讼业务，学生们都很难有机会接触到，内容的先天不足注定了这类教学的效果有限。

2、法条中的虚幻和真实

在我国，立法的美好愿望往往与实践当中的现实效果天差地别。如果你不加留意，就容易被文字内容的海市蜃楼所迷惑。

例如 1999 年颁布的《合同法》，新增了第 286 条关于“建设工程优先受偿权”的规定。这一条款的立法本意是为了解决当时普遍拖欠工程款、保护从事建设工程活动的民工利益而设。因为立意好，所以在法学界赢得了一致赞扬，但因为脱离实践，在实务界却是嘘声四起。这一条款的问题在于立法时过于理想化，定义范围过宽，除了施工合同外，还涵盖了勘察和设计合同。结果造成实践当中，承包人或者建设单位往往滥用这一条款，在收取了大量的贷款和购房款后，利用这一条款对抗债权人以及花费了一生积蓄购买商品房的小业主的权利主张，衍生了许多新的社会问题。

为了及时解决上述问题，最高人民法院于 2002 年 6 月 11 日颁布《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》，对第 286 条作出了四点限制：一将缩小合同种类，明确享受优先受偿权的合同只有建筑工程施工合同一种，排除了勘察和设计合同。虽然这与立法定义相冲突，但却是迅速解决问题的有效方法。二是缩小主张范围，规定优先权只能主张工资、材料款等实际支出，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。三是明确主张期限，将行使优先权的期限限定为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。四是设定除外限制。即在消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。

分清虚幻和真实（3）

作为法律初入门者，如何拓宽视野，接触和体会真实世界呢？有如下几种方法：

1、善用网络资源

在信息如此发达的时代，即使身处象牙塔内，你的眼光仍然可以借助互联网的神奇力量，延伸到无穷的远方。充分利用网络资源，经常浏览那些实务界的热门网站，例如最高人民法院的“人民法院网”、中华全国律师协会的“中国律师网”，还有不少律师自己开设的特色网站等。上面有各种司法解释分析、典型案例剖析、办案心得和经验总结等丰富资料，这些都是无法从课堂上和书本中获取的智慧宝藏，可以帮助你身处法学院内，仍然可以将触角伸入法律职业，感受法律职业的酸甜苦辣和真实经历，初步积累入门经验。

2、广泛涉猎法学之外的其他知识

法律不是法学家在书斋当中冥想出来的条文，它是生活经验的总结。法律实务工作需要的不仅仅是法学知识，还需要广泛掌握投资、财税、管理、心理学乃至自然科学等方面的知识，例如，长期办理证券上市和并购业务的律师，必然对金融市场的发展趋势、创新金融工具以及会计、财务等行业知识非常熟悉；办理婚姻诉讼案件的民事律师，多数掌握一些心理学知识和善于与当事人沟通等等。这些知识固然可以来自于长期工作的无意识积累，但也可以在大学期间有意识地预先学习和积累。如此可以帮助你进入法律职业之前，比其他人对法律

职业有更清晰的认识，缩短从学生到律师的成长期。

3、主动争取体验真实的机会

充分利用寒暑假或者上课的空隙，鼓起勇气，走出象牙塔，主动联系各地的法院、检察院和律师事务所，申请实习机会，尤其是争取跟随有经验的律师工作和办案。通过近距离观察法律职业人的工作和生活，感受他们的苦与乐，为自己将来的职业生涯打下良好基础。

最重要的，是保持刻苦学习的精神，积极主动的态度，现在学得越多，你的将来就会飞得更高更远。

感受法律文书之美（1）

法律文书确实很枯燥，但其实很美。不过这种美犹如夜空的烟花，偶尔绽放于文书表面，更多的是时候，这种美默默地潜行于文书字里行间，思维深处，轻易难寻其芳踪。

试想一下，当你阅读一份饱含哲理和用词精准的法律文书，是否像一场与智者的对话？当你看到一份结构段落安排的井井有条的法律文书，是否犹如欣赏一幅美丽的图画？当你想到文稿背后曾经的无数次彻夜不眠和殚精竭虑，才最后化成一段段充满力量的文字，你是否可以感受到美的启迪？不同之处在于，“哲学家用三段论法，诗人则用形象和图画说话，然而他们说的都是同一件事。”（俄国作家别林斯基在《一八四七年俄国文学一瞥》中语）

正如自然有四季之美，法律文书也有规矩、实用、精确和简约四美。

1、规矩之美

没有规矩，难成方圆。这里的规则一词应当作广泛理解，即法律文书不仅符合法律法规，而且需要符合各种规范性文件乃至各种管理制度的要求。它是法律文书的成立前提，是核心要义。

例如我国企业海外上市业务，由于我国政府严格限制资本跨国流动，国内企业要到海外上市，就需要符合众多的法律规定。律师在办理此类业务当中，起草的所有法律文件，都围绕着如何适应、达到国家法律法规的要求而展开。

又例如四大国有银行——工行、农行、中行和建行都设有法律部门，但其中三家都称为法律部，唯独中国银行起名法律与合规部。为何如此？原来在 2002 年，美国财政部货币监理署宣布因中行纽约分行的违规经营行为重罚 2000 万美元的事件。从此之后，中国银行痛感合规的重要性，所以在内控制度当中明确把依法合规作为考核四大目标之一。而内控制度的一个重要的落脚点，就在于对法律文件质量的监控上。

一份法律文书，因其内容依法合规，作为明确的行动指南，维护着社会规矩，故而予人方圆之美。

感受法律文书之美（2）

2、实用之美

某次，我承接了一件外商投资企业的股权转让项目，安排手下一位初出茅庐的律师负责具体事务。

在转让文书起草过程当中，当事人的一位经理给律师打来电话，提出希望我们在文书当中增加关于股权转让所涉税费的内容陈述。

这位律师的工作态度很积极，上网、翻书、查资料，花了2天的时间，赶出了一份10多页纸的《外商投资企业税收规定的法律意见书》。

他走进我的办公室，当面交给我。同时不好意思地对我说，因为内容实在太多而时间紧迫，他只是收集了一部分，打算先让我和当事人看看，其余部分可能还要再花2天时间完成。

我前后翻了翻意见书，内容收集的相当详细。按照法律规定，将企业类型分为外商独资企业、外商合资企业和外商合作企业三大类，然后再按照在一般地区、经济技术开发区、开放城市的老城区分成若干小类，再按照投资额再细分成若干小小类；而且还分析了不同情况下，企业要缴纳多少税种、比例多少，有什么减免政策等等。

我不停地将这份文书前后翻来翻去，助理觉得奇怪，问道：

“有什么不对吗？”

“没什么，前面写得不错，我只是找不到答案。”

“啊，答案没法写啊，因为要区分不同的情况，会产生不同的结果。”

“但是，我们的当事人是不是具体的一个企业？这个交易是不是一个有具体内容的交易？”

助理遂恍然大悟。

这位助理的思维还停留在如何写作法学论文当中。法学论文的写作目的更多是给老师或法学同行们互相研判或自我欣赏，所以往往喜欢提炼法学原理或者评判现有立法，洋洋洒洒地旁征博引、罗列观点、评析对错，最后结论往往还是“曲径通幽处，禅房花木深”。这种风格可以使学生在模糊和怀疑当中学习到思维模式和法学方法，同行可以在观点碰撞当中获益。

但是，法律文书写作目标完全不同。虽然现实当中的事物复杂多样，千头万绪，但当事人寻求法律意见的目的不在于学习法律理论，或者研究立法的合理性，而是四个字：解决问题。所以，一切的枝节包括法学论文当中出现频率最高的词“另有一说”在法律文书写作当中都不应该出现。

感受法律文书之美（3）

3、精确之美

作为具有法律效力的法律文书，精确性简直就是它的生命。它与口头表达和非法律表达有很大区别。

口头表达比较随意，语义含糊不清。将这一特点发展到极致的当属美国经济之父美联储委员会前主席格林斯潘先生，他因位高权重，为防止自己一旦出言不慎，就会影响全球经济，所以他的发言通常是模棱两可，让人捉摸不透。他对此曾自嘲，“如果你们认为确切地理解了我讲话的含义，那么，你们肯定是对我的讲话产生了误解”。

非法律的书面表达，讲究的是约数之美。孔子在《论语》当中有云，“暮春者，暮春者，春服既成，冠者五六人，童子六七人，浴乎沂，风乎舞雩，咏而归。”这里不经意的五六七八之数，是有意模糊，是艺术之美的表现。

艺术表达和法律表达最明显的区别，在于“诗无达诂，法有正解”。诗歌强调的是意境，只可意会，不可言传，所以往往语义模糊，随意发挥想象力，故而“诗无达诂”。例如：

桃花满山灿烂盛开。

这个句子带给读者的，是自由想象的空间和和优美的意境。但是，如果放在法律文书当中，这个句子却是典型的病句，因为时空概念模糊，容易造成歧义。如果同一个规定却有不同的解释，法律的权威和秩序性就无从建立，这就是所谓的“法有正解”。

在法律文书当中，精确是通过勤下定义、多用推理等关乎内容的方法以及遣词造句、统一句式甚至恰当标点等关乎形式的手段实现的。如果从法律人的眼中看来，上述句子如果要做到精确表达，将会变成如下模样：

桃花满山盛开，上述桃花品种系指依据××（政府部门）于××××年××月××日颁布的《××评定标准》所指明的品种，上述山地位于中国××省××乡××县，其具体四至是×××。截止至××××年××月××日，上述桃花的占地面积为×××平方米，花朵的盛开程度为××××。

感受法律文书之美（4）

4、简约之美

唐宋八大家之一的曾巩在《南齐书目录序》中说：“号令之所布，法度之所设，其言至约，其体至备，以为治天下之具”。就是说，法律语言应该简约、凝练和完备。

一份优秀的法律文书，即使是一句看来平淡无奇的用语，背后其实往往是法律职业人智慧与实践经验的心血结晶，折射出对法律问题的敏锐洞察力以及创造力。

例如某一保险索赔案件的代理词当中，有如此陈述：

在货物运输保险合同的实践中，保险事故发生后，被保险人有权向保险公司行使索赔权。但是，并非所有的被保险人在合同约定的保险事故发生后均有索赔权。

上述写法前后转折，很绕口而且罗嗦，其实完全可以简约成如下表达：

投保人仅在××××情况下有权向保险公司索赔。

法律文书要求的简约，不是简单地平铺直叙，而是简约之中见叙事之精练，议论之英爽，笔锋之精锐，要求达到句无可删，字不得减，以简驭繁的境界。

与艺术之美相比，法律文书之美可能不够显而易见，但却同样地意味悠远。你往往需要从当事人满意的态度，从法官欣赏的眼神乃至对手对你的表扬中，才能感受到法律文书之美的存在。也许法律文书不够自由和随意，情感也不够浪漫、抒情，但是你无法否认，拥有规矩、实用、精确、简约之美的法律文书，给经济社会造就了强大推动力。也许，法律文书的特殊美学价值恰恰是因为法律与艺术的分离而得以更完整体现。

在这个意义上，法律职业人不应该仅仅是正义的代言人，更应该是“诗意的栖居者”。

律师的思维和行动（1）

有一句话被法律职业人经常挂在口边，就是“像律师一样思考（Think like a lawyer）”，这是因为法律职业人思考和判断问题的方式异于常人。不仅如此，即使同为法律职业人，律师与法学家、法官和检察官的思维方式也颇有不同。

1、普通人与律师思维的差异

普通人的思维有如“放烟花”，只看重“结婚”；而律师喜欢使用“围棋盘”，在“结婚”的时候还想着“离婚”。

普通人的思维模式通常是发散型的，没有固定的线索和严格的体例，经常受自己的主观意愿和案件发展重点左右。正如夜空中绽放的烟花，眩目而灿烂，但亮点屡不相同，也没有整齐的排列和规律，而且游移不定，难以捉摸。而律师的头脑当中已经按照法律关系框架摆设好一个“围棋盘”，无论星斗市民的私人官司还是跨国大公司的并购重组项目，那些纷繁杂乱的事实和材料，经过专业思维的梳理后，都可以按照法理和逻辑，分门别类地放入按照法律关系框架构建的“围棋盘”中。

在法律思维的“围棋盘”中，形式要素被简化到了极致，当中却能够包容不同的内容和变化。对于放入围棋盘中的事实和证据，攻与守、弃与取、先与后、得与失，何处补强，何种点断，何处截杀，最终解决的就是如何达到各种矛盾和风险的和谐统一。“围棋盘”一旦形成，会使得专业交流的成本迅速降低。同样是向法官陈述案情，一个不懂法律的老太太要花几个小时才能将事情原委讲清楚，而律师可能只需要十几分钟甚至更短。

当事人通常只看到商业交易的正面，最关心的是交易成功后所获得的利益；而对于交易风险以及交易失败后的后果等等往往认识不充分、不清晰甚至存有误解。一个非常典型的例子就是，当事人愿意花非常多的时间去讨论法律文书当中如何达成交易的部分，但对于违约或赔偿条款则习惯性地交给律师包揽处理，这就是所谓的“结婚思维”。

律师除了知道怎样“结婚”外，还要帮助当事人设计好将来如何“离婚”，要看到商业交易的背后隐藏着的大量负面信息，即可能导致交易失败的种种原因和后果处理方式，例如该种交易行为被法律禁止、交易主体没有合法资格、交易标的的产权状况存疑、交易失败后如何赔偿损失和返还财产等。所以你可能会在商业交易的谈判当中，经常看到这样一个很不合常理的环节：尽管双方律师都同意此次交易大概只有 1% 甚至更低的失败可能性，但仍然会在“交易一旦失败双方如何划分责任和赔偿损失”这一问题上耗费掉整个交易谈判 10% 甚至更多的时间。

律师的思维和行动（2）

2、法学家与律师思维的差异

法学家思维习惯从“抽象到具体”，律师思维喜欢“从具体到抽象”，两者路径刚好相反。

中国传统思维方式就具有“意会体悟”的知觉性，我国学者继承了这样的思维传统，在法

学法网——与法律人共成长

学家的眼中，任何的法律问题，都应当归类排队到某一部门法或研究领域当中。然后，从理论高地的制高点向下俯冲，以原则为起点，概念法学、宏大叙事加上价值判断，是一种“从抽象到具体”的思维。

而在法律实务当中，每当遇到法律问题时，法律职业人的习惯是首先是搜索自己大脑当中“经验库”，寻找自己了解的类似案例，或者有关的司法解释、规范性文件或观点总结，找出可供对比的连接点、参考依据和可供参考的历史解决方案；然后，尝试寻找相应的法律规定，套用相关法条，看看有无法律依据；如果找不到现成的法律依据，就会考虑是否仰攻理论高地，在某一制高点上寻找到与解决方案相符的法理解释。从个案归纳共性与特性，从“具体到抽象”，最终得出结论。

3、法官与律师思维的差异

法官的思维如“大象”而律师思维如“狼”。

法官思维注重的是公正和平衡，循规蹈矩，乃至被形容为因循守旧。这是因为法官断案是一种居中裁判，注重社会公义，兼顾效率，而且还要平衡双方的利益，依据的是现有的法律体系，事实和证据，而不应该成为法律、事实或证据的创造者。

而律师的思维更像狼，富有侵略性和不拘成规，不会把思维限制于现有框架之内，而是积极寻找一切可用的途径和方法。如果发现原有法律体系无法解决问题，则考虑创造事实、证据甚至法律条文（上书全国人大要求修法或者建议最高院出台司法解释等），目的就是解决问题，这些都是狼的形象生动体现。

所以法官和律师在逻辑推理顺序上恰好相反，法官通常是先寻找大前提（法条），然后再寻找小前提（事实和证据），最后得出结论。而律师通常是先确定小前提（锁定事实和证据），然后才逐步寻找合用的大前提（法条）。

律师的思维和行动（3）

4、检察官与律师思维的差异

检察官的思维模式标着“有罪”二字，而律师标的是“无罪”。

检察官作为国家法律工作者和国家公权的代言人，肩负着确保国家法律意志能够得到充分体现的义务，对于每一案件，为了对抗律师一方的抗辩，检察官往往会积极地挖掘当事人有罪或罪重等方面的事实。

而律师作为当事人的利益代言人，毫无选择地必须从有利于当事人胜诉的结论出发，积

极分析和重新建构本案的事实，寻找法律的适用，组织事实和证据，为当事人找出罪无或罪轻的证据。所以，在上海的“杨佳袭警”一案中的辩护律师，以被告辩护律师的身份，竟然轻言被告杨佳应当被判决极刑，导致了律师同行和社会各界的广泛质疑。

检察官偏重寻找有罪证据，而律师则偏重无罪。这种互相对抗的结果，有助于逐步还原事实真相，使案件审判结果达至双方满意的平衡。正如英国著名法官戴维林(Lord Devlin)指出的那样：“两个带有偏见的寻找者从田地的两端开始寻找，比一个公正无私的寻找者从田地中间开始寻找更不可能漏掉什么东西。”

需要注意的是，仅仅像“律师一样思考(Think like a lawyer)”是不足够的。律师职业是一个为当事人解决问题的职业，比思考更重要的是行动。

就好比医学院培养医生，谁听说过只要求学生“像医生一样思考”就可以万事大吉？成为一个好医生，不能只是学习医学知识，更重要的是去医院实习，不断地接触病人，在实践中不断培养自己的实践技能，实现“从知识到技能”的转变和提升。

而且，实践技能当中的高级阶段往往还不是人们表面看到的那样，不仅以解决问题为核心，而且善于将法律防线延伸至风险和问题的前世来生，或将风险扼杀于萌芽之中，或亡羊补牢，这才是实践技能的真正精华所在。

律师如何笑傲江湖（1）

2007年3月，上海律师协会做了一个“青年律师生存状况调查”调查项目，结果表明，青年律师在成长过程中遇到的主要问题包括：定位不清、缺乏案源、市场竞争失衡和收入过低等。分析这些问题，缺乏案源和收入过低只是问题的表象，市场竞争是外部原因。只有定位不清，是关乎青年律师生存和发展的关键性难题。

我曾经与不少青年律师交流过对职业生涯的看法。他们大多认为，律师职业生涯当中首要问题是生存，解决关键是案源。所以，白天要忙着到处见客户，跑案源；晚上要勤快地发起或者出席各种各样的应酬。至于专业技能的学习和研究，应该是实践当中边干边积累的结果，不能闭门造车。

当然，有另外一派观点认为，专业技能乃律师生存的根本，你连内功都没练好，当事人怎么会相信你？怎么敢将案件委托给你？所以，正确的做法是首先潜心学习和研究，最好能够面壁十年，然后方能在江湖上一鸣惊人，扬名立万。

两种说法各有道理，前者注重实战锻炼，后者强调理论研究，孰对孰错，难以一言断之。不过，这几派人物，倒让我想起金庸先生的《笑傲江湖》一书当中所写的令狐冲、岳不群和东方不败。

喜欢实战的律师正如令狐冲，率性而为，自命洒脱不羁，来者不拒，不管什么宗，有用就行。遇事也不去积极想法解决，只管天天开怀畅饮，结果天公自有安排，竟然把强敌（任我行）一朝解决掉，于是皆大欢喜，来个大团圆结局。只是仔细再推敲一下，你才发现，令狐冲有如此的运气，纯粹是金庸捣的鬼。

强调理论研究的律师大抵像岳不群，信奉对内功推崇备至的气宗，轻视只练招式，不打根基的剑宗。正如实际工作当中，语必究法理，言必称法条，过于追求理论的严谨性而忽视实践的灵活性。

其实，我倒是建议两派都学学东方不败，我认为他（她）其实才是《笑傲江湖》里面最伟大的人物。这完全没有贬低的意思，虽然他（她）不男不女，但实际上颇具兼容并储之风，而且不靠运气，只靠自宫，实在是刻苦耐劳的典型。只可惜他不符合金庸洒脱不羁的主题，最后被金庸借令狐冲之手予以杀害。呜呼，中国历史上的一大光辉形象由此埋没于野外长草之中，了无痕迹。

律师如何笑傲江湖（2）

喜欢实战也好，强调理论研究也罢，这一争论正如问左手有用还是右手有用，永远不可能找到准确答案，因为这是一个度的问题，并非质的问题。各人性格、爱好和机遇不一，度也不一样，所以成就各不相同。最重要的是如下两点：

第一，不要学岳不群的狭隘，将气宗和剑宗绝对对立起来；也不能学令狐冲的糊涂，终日混迹市井之间，成功全赖天意。

第二，不要迷信《葵花宝典》的存在，不要模仿东方不败的自宫，而是要学习他（她）的刻苦精神，白天练剑（认真办案），晚上练功（刻苦学习）。在寂寞中一边积累实务技能，一边默默等待机会的出现。

过去 10 多年的律师职业生涯告诉我，始终坚持理想、不断学习、不断尝试，还要有足够的耐心和韧性。将这几样事情都做好了，即使错过了这一次机会，仍然还不断会有新的机会出现。抓住其中的某一个或数个，你必定能够笑傲江湖。

每天必做的一件事

我对法律职业人有个别称，叫做“千手观音”。因为，法律职业人每日的工作都非常地匆忙和杂乱：白天，或穿梭于公检法各部门之间；或坐在办公桌前处理文件、分析案情；或不停地与来自不同地方、不同阶层的当事人见面，记录下他们的悲喜与难题。至于高大落地玻璃窗外漂亮的城市风景，根本无暇静心观赏。晚上，回到家中，吃过简单的晚餐，拖着疲惫的身

学法网——与法律人共成长

体洗漱上床睡觉的一刻，才想起：日子在不知不觉当中又翻过去一页。

繁忙的工作，沉重的压力和责任，让你的生活变得杂乱无章，没有头绪，一切都周而复始，单调枯燥，难道这就是一个法律职业人应该有的工作和生活？不是的。如果你每天早上给自己留一点点空白，在开始工作之前，稍微计划一下，相信你的烦恼会减少，你的生活将大为改观。

计划像一座桥，连结你现在所处的位置和未来想要去的地方。未来不是现实，当然无法一一能确定。就如同大海中的航行，无法预测前面是否会出现风暴。但是，计划可以使你对未来的不确定性以及各种情况的变化成竹在胸，思维清晰，从而带来事半功倍的效果。

每天清晨回到办公室，第一件事情，应该是对今天或者这周的工作进行一个大体的分类。拿出一张白纸，划出如下四个区，再将工作内容按照重要程度和紧急程度一一填入：

A（普通级）

状况：不重要且不紧急

决策：授权他人，稍后完成 B（次优先级）

状况：重要，但不紧急

决策：自己做，但稍后完成

C（次优先级）

状况：不重要，但紧急

决策：授权他人，优先完成 D（优先完成）

状况：重要且紧急

决策：自己做，马上完成

将工作进行分类后，你就可以有条不紊地完成各项工作了。我的习惯是将每天需要完成的事情，统统列在纸上。每做完一项，就在纸上把这个工作一笔勾销掉。你可以尝试一下，看看是否很有成功感？

还有，下班之前，记得把这张纸拿出来回顾一下，看看完成的情况和哪些地方需要调整，把那些还没做完的抄到下一张纸上去。然后，把这张工作记录放入抽屉锁起来，这代表着提醒自己，应该将今天忙碌的工作暂时搁下了。你应该带着轻松的心情回家，享受家人亲热的笑脸，热腾腾的饭菜。当然，还有饭后那悠闲的个人时光。

有计划的生活即使紧张，但却井然有序；有计划的工作即使繁忙，但也会变得充实而有效率；有计划的人生即使艰辛，但也能处之泰然。

超越当事人满意度（1）

当事人 A 公司拟将某广场的三层总共 20 多间商铺整体转让给 B 公司，为了防止众多小租户利用法律赋予的“优先购买权”借机捣乱，当事人要求我所律师起草一份商铺转让通知，将上述转让行为提前告知小租户。

律师起草了通知后交给了 A 公司。A 公司审阅后同意发出。我正在准备签发该文件的时候，一位律师助理提出了他的一个新观点：

“这份通知好像不能完全解除小租户的顾虑啊。通知仅仅告诉小租户说，我们要转让商铺了，要求他们声明放弃优先购买权，但对他们的权利丝毫不提。我建议最好是主动写明，我们的转让行为不会影响他们正常做生意，这样较为容易安抚好他们的情绪。”

“有道理，不过也不能过于强调他们的优先权，否则容易弄巧成拙。”我说道。

小助理继续进言，“我建议可以在租赁合同的角落处悄悄增加一条：本次转让行为以及租户放弃优先购买权的，不影响原有租赁合同的有效性”。

我们将增加的条款转告 A 公司，结果当事人非常赞赏，文件补充上述条款后发出。从后来的反馈情况来看，最后补充的条款对安抚小租户起到了较好作用。

对于法律职业初入门者，超越当事人满意度这个话题，似乎是“镜中花、水中月”，遥不可及。如果你是这样的想法，你就错了。律师当然需要依赖于自己的专业知识和经验，深入分析和仔细领会当事人的意图，才能设计出成本和效益比最佳的法律解决方案。但超越满意度并非都来自于精巧复杂的设计，更多时候，来自于你对细节的关注，对当事人的细微观察以及认真的工作态度。

以前面的案件为例，如果你仅仅为了完成任务，只会想到，法律对于“买卖不破租赁”已经有明确规定，毋庸多言，相信 A 公司也不会有任何不满，毕竟安抚小租户是他们分内之事；但如果你有超越当事人满意度的服务观念，考虑到当事人的难处，相应地在文书当中增

加一句看似“废话”，无伤本意，却能够更好地帮助当事人降低工作难度。显然，如此做法能够使你的律师服务更有价值。

超越当事人满意度（2）

当然，这一技巧在其他例子当中可能会完全相反。例如关联公司之间的交易，双方为了满足财务做账需要，委托律师起草相应的关联交易合同。这份合同与其他普通交易合同相比，内容就应当大幅删减，尤其是违约责任的认定，应当模糊和富有弹性；责任承担上力求简单。在这一例子当中，不写比写要好。

无论是何种情形，超越当事人满意度的唯一诀窍是你要比当事人更迟达到满意。主动思考和质疑解决方案，不断修正，力求完美。即使你没有经验，不是大牌，只要有正确的认识和态度，超越当事人满意度也并非难事。

沟通协调

法律是人与人之间的交往规则，所以法律职业人的工作实质，就是调和人与人之间的关系。这样的性质决定了所谓的法律专业分析和解释工作不足三成，剩余的大量时间都花在与人的沟通上。

沟通必须讲求技巧，例如你告诉农民他有辩护权，可能解释半天，他会不知所云。如果换一种说法告诉他，你可以吵架但不能骂人，他就立刻明白了。这就是沟通的价值和力量。

千万别小看这表面并不专业的工作。沟通是职业工作的起点，如果沟通失当，你的所有努力都会变得徒劳无功，毫无价值。甚至南辕北辙，背道而驰。

别让前进变成倒退

我在一次事务所的新员工培训课程中，对学员提出过这样一个问题：

“如果当事人将一大叠证据材料送到你面前，你要做的第一件事是什么？”

学员们众说纷纭，答案不一。思维比较直接的回答：“分析整理证据材料”。心思较为细密的答曰：“询问材料有无遗漏？”稍有经验的说道：“分析案件的法律关系，再根据法律关系分析证据材料”。

我点评道：“这些答案都没有抓住关键，最重要的应该是先问当事人，你希望实现的目标是什么？”

正确了解当事人目标，这是律师工作的起点。别以为直接询问当事人他们的目标是什么就行了，当事人的真实想法正如夏天的惊雷或大雨，往往闪现于无声处，或者神龙见首不见尾，深埋内心，需要律师仔细探求和挖掘。还有些当事人往往喜欢自作聪明，凭着自己对法律的一知半解就下判断，找出路；还有些当事人，已经被需要解决的难题折磨不堪，在与律师联系时，不耐烦说清楚问题的前因后果，只希望难题能够立刻得到解决。因此他们通常只会将自己设计好的解决方案当作问题或目标告诉律师，以为律师按照自己的方案执行即可。

但是，当事人不是专业人士，他们的“聪明建议”往往是错误的，当中往往存在各种的法律瑕疵和风险。实际上，当事人永远只会将问题、困境和疑惑统统如倒垃圾般抛给律师。有些当事人甚至连交易要点也说不出来，表述啰嗦、语义不全、思维混乱甚至故意躲闪，这些统统都会误导律师。

优秀律师的特质之一，就是善于沟通。他们可以不为当事人的态度所动，不受当事人的言词所欺骗，而是以专业思维为引导，通过耐心的询问，细心的寻觅，反复地假设和设计，与当事人保持深入和全面的沟通，从而深刻领会当事人的想法，确保解决方案能够真正符合当事人的目标。

如果沟通不足或失败，即使你写作的文书多么地语法正确、用语规范甚至体系完美，都将变得毫无意义。目标错了，方向就错了，前进也许就变成了倒退。所以，无论是法律文书的实用性和准确性，全系于沟通。

如何准确地分析和判断当事人的目标，请参见本书的相关内容。具体实例请参见本书下册的“诉讼实体案之高新企业的绝地反击”和“企业设立案之网络时代的法律服务”当中的相关介绍。

误解是怎么产生的（1）

法律职业是一个以沟通为主业的职业。以律师为例，每天大部分的工作都是在与当事人、法官、对手乃至形形色色的人在沟通。虽然大家都很努力让对方明白自己的真正意图，但不可避免地还是会产生误解。

有些误解是由于双方文化背景、语言差异等造成的。例如在波斯语里，英语“调解人”一词指的却是未经邀请，爱多管闲事的人，“妥协”则不包括双方都能接受的含义，而单指“有损于我们的原则”。20世纪80年代初，联合国秘书长瓦尔德海姆到伊朗，希望通过中间斡旋，争取美国人质的获释。抵达德黑兰后，他第一时间通过伊朗国家广播电台和电视台发表讲话，翻译成波斯语后意思却错误地变为：“我此行的目的，是以爱管闲事者的身份找到有损于你们原则的办法。”此番讲话播出不到一个小时，愤怒的伊朗人就用石头砸了瓦尔德海姆的车。结果导致他在伊朗的努力严重受挫。

有些误解则是由于沟通双方忽视了人类大脑的构造和特点。根据一些对人脑的研究结果表明，普通人的大脑只能逐字逐句地理解对方表达的思想。每一个人头脑当中都会一个假定，就是同一顺序或者时间出现的表达内容，必然在逻辑上存在某种联系。在对话过程当中，无论你事先有无说明，他或她大脑里的雷达都会自动开动，逐一扫描你的话语。或者关注开头和结尾（注意力容易涣散者）；或者捕捉关键词（律师较为常见）；或者根据音调高低和语气（女性尤为多见），然后从中寻找和总结共同点，对你的一大段话提炼出当中的逻辑关系。就像用在水里拉起一张大网，将网里的水分都漏掉，剩下的鱼，就是他认为重要或者关键的信息。

然后，他把打上来的鱼——你所要传达的信息，贴上自己事先已经设计好的逻辑标签，归入同一类当中去。例如当你面对过于感性的女性，就必须时刻留意自己的说话语气和态度。如果你在对话时无意中得罪于她而忘记补救，无论你后面再说什么，可能都会被她贴上“掩饰”或“不可信任”的标签而弃之如敝屣。

如果标签设计不对，或者可能是你得罪了女性。此时，你们之间就产生了误解。别以为这有什么不对，因为每个人的知识背景、理解力和信息系统千差万别，很少有人能够对你的表达作出完全正确的解读。正所谓，1000个人就有1000个哈姆雷特！

误解是怎么产生的（2）

作为法律职业人，最重要的一项工作，就是以理性、冷静的态度，过滤和筛选当事人的谈话内容，避免误解。请看下例：

坐在我对面的，是一位唠唠叨叨，却又心急如焚的香港老板。这种场景几乎天天司空见惯于律师的办公室内。

他唠唠叨叨地向我讲述了如下内容：

高律师，昨天我和朋友喝茶，和他聊起我前几天准备买的一间商铺。结果他说类似商铺多得很，不见得好。我上两个星期已经和中介过去看过现场，地点还不错，所有权证也齐全，不过好像还有租户在，不知道会不会有影响。我的这个朋友在国内做企业的，听说他最近也有些官司的事情要咨询律师，你下午有没有时间，我约他过来和你谈谈？喝茶的时候，他还给了我几份商铺买卖合同的范本参考，我拿出来和中介给我的那一份对比了下，好像有些条款看不懂。

我前几天已经将定金100万元港币划给了那个香港人李某，我和他是通过中介认识的。中介收了我的中介费，不过好像很贵，你知道他们有没有规定的收费标准吗？我很早就听说，李某是个大业主，手上好多商铺，我这次买了其中一间。还和他约了，下个月等我的款子回

笼了，再买另外一间。我和他说了，铺子我先付一半钱，等过户完毕后付清。还有什么问题需要注意吗？

这是一堆杂乱无章的信息，当事人当然不会意识到，坐在他对面的律师，大脑里面正在不断将这些信息按照逻辑顺序，进行归纳总结。也就是说，我将他的这番话看作是一组还未完成表达的思想的一部分，并据此假设某种可能的原因，及时调整思路，准备继续接应后来的话。此时，我的大脑当中已经形成了如下的法律关系的“围棋盘”（见本书“职业准备篇——律师的思维和行动”中的相关介绍）：

误解是怎么产生的（3）

一、当事人的目标

- 1、主要目标：咨询商铺转让过程需要注意的法律问题。
- 2、其他要求：咨询中介收费标准的合理性。

二、法律关系

1、主要法律关系：

获知信息

尚待了解

注意风险

主体 我方：香港人

对方：香港人 要求提供双方的身份证明文件 身份需要经过香港律师公证

客体 1、商铺一间

2、有产权证

- 3、有承租户 1、地址和基本登记情况
- 2、文件是否真实和完整
- 3、产权是否共有？
- 4、是否拖欠物业管理等费用？
- 5、承租户是否会主张优先购买权？
- 6、商铺是否设定抵押？
 - 1、产权共有的话，会造成交易无效。
 - 2、商铺欠费的话，会导致成本增加。
 - 3、没有取得承租户放弃优先购买权承诺的话，可能导致交易无效。

权利义务 1、定金 100 万元

- 2、付款方式为先付一半，过户后付清余款。
 - 1、总价款未明。
 - 2、付清余款的时间和条件待澄清。
 - 1、支付定金前应当落实交易细节。
 - 2、需要制定相应条款保证付款后商铺能够顺利过户。

2、次要法律关系：中介行为和合同；

三、参考文件

有合同模板可供参考

四、其他信息

- 1、当事人的朋友想找律师；
- 2、当事人不久之后将再次进行类似交易。

误解是怎么产生的（4）

我的大脑依据法律思维，逐步建立了一套秩序。在接下来的谈话当中，我将按照这套秩序，将接收的当事人的每一个有用信息自动放入“围棋盘”的相应格子中去。

此外，在写作当中，避免误解也是非常重要的。无论读者的智商有多高，他们的思维能力都有局限。一般而言，人在阅读时，思维能力会作如此分配：一部分用于识别和解读所读到的词语，一部分用于找出当中的逻辑关系，剩下的部分则用于理解当中的涵义。避免误解的写作方法具体包括了如下几点：

1、足够多的信息量。多用举例、说明、分析等手法，从不同侧面，不同角度，将抽象的思想细化为一幅幅具体的画面，让你脑中的电影完整地重现于读者的脑中。作为初入门者，比较容易掌握的方法就是先保证你的叙事篇幅足够长，内容传递的信息量足够多，然后才是逐步精选

2、注意保持说法的前后一致。这是法律文书的严谨性决定的。凡是比较复杂的、多次出现的词语，应当在它第一次出现的时候就给它下一个定义，然后一直保持不变。对于同一主体，必须坚持相同的称谓，否则容易使读者产生疑惑。

3、对同一事物从多角度描述。开始点明观点，段末重复；或者(从)正面和反面写；或者从不同侧面写，例如合同当中前面写甲方有权如何如何，中间写乙方不得拒绝甲方如何如何，最后再写如果乙方违反了承诺，甲方又有权如何如何等等。如此通过不断重复，反复陈述同一中心意思，可以有效避免误解。

总之，运用各种方法避免误解，可以有效减少读者大脑翻译词语的时间浪费，从而使读者集中脑力，领会你话语当中蕴藏的逻辑关系，从而充分理解你的思想。

如何有效地避免误解的操作实例请参见本书下册的“企业设立案之网络时代的法律服务”当中的相关介绍。

证据采集

在学校课堂上，需要讨论的案例事实和证据往往是事先已经编辑好，上课前已经整整齐齐地发给大家。其实这种状况与真实世界截然不同。在法律实务当中，法律职业人必须时刻面对和解决这些纷繁杂乱的场景：证据的杂乱无章、当事人的东拉西扯、不知所云、对方的躲闪腾挪、被调查单位的不配合甚至故意刁难等。初入门的律师或助理，往往最怕的，就是这些有理说不清的场面。

但是，证据采集在实务当中非常重要。有什么样的证据，才有什么样的说理；证据和说理的充分结合，才可能产生圆满的法律文书。所以，如何对事实和证据进行采集、整体、分析和阐述，对法律思维和写作活动非常关键。

杀人仅是客观事实

在日常生活当中，我们最先接触到的，都是大量零散的、孤立的、庞杂的生活性客观事实，通常包括时间、地点、人物、行为、动机等等。既可能是直接表现的事实，比如，书面文件、车祸现场等，也可能是间接的呈现，如检验报告、证人陈述等。

小时的教育告诉我们，凡事皆“以事实为依据”。在法律思维当中，还要多加一条：“以法律为准绳”。也就是说，任何客观事实，必须经过合法性过滤，成为法律事实后，方可被法律承认。否则即使客观存在，你也应该视而不见。这就会产生如下让普通人难以理解的场景：

1、某些客观事实被程序排除或否定。假若已查明的客观事实被法定的证据规则所排斥，例如带有合法性瑕疵，则这些客观事实可能被否定或判断为不存在，此时的结论可能恰好与客观事实相反。

2、某些事实需要被假设存在或不存在。假若有些客观事实在规定时间和程序内未能查明，我们就必须假定这些事实不存在（此类多见于诉讼案件当中的证据不足等情形）；或者假设某些事实存在（此类多见于撰写法律意见书当中对于某些不能查清的事情作适当假设），然后据此做出明确的法律结论。

震惊全美的辛普森杀人案，由于可以证明被告有罪的证据存在多处瑕疵，最终被裁定无效，被告得以脱罪。虽然美国人哀叹：“辛普森杀害妻子的鲜血连上帝都看见了，但法律没看见，所以辛普森无罪”，但是，如此背离客观真实的判决却未见动摇美国法制的基础，美国民众也并未由此动摇对法律的信心。缘何如此？因为美国人相信程序实现正义。如果没有严格的、可以信赖的程序来判断客观事实，就容易造成法律事实判断标准的模糊和混乱，该等危害性将远远大于个案当中得到的正义。

在过去很长一段时间，我国法院曾经过度强调客观真实，采用证据随时提出主义、“有错必纠”再审制度等，但这些制度为当事人恶意利用，出现了不打一审打二审、甚至只打再再的不正常现象，严重损害了司法公正与司法权威。因此，最高人民法院于2002年4月1日颁布施行《关于民事诉讼证据的若干规定》，承认对案件真相的发现受制于时间、空间及人的认知能力，以证据来证明法律事实，在充分审查当事人提交的证据之后，在证据基础上所形成的事实就被认为是诉讼的最终事实，这种做法更符合客观规律。

作为法律职业人，面对纷繁杂乱的客观事实，应该做的就是运用法律思维，对客观事实进行重新剪接和制作，从中找出关键事件，然后运用证据，将其转化成法律事实。

思维规范

法律思维在社会生活当中其实无处不在，浸透了我们工作和生活的每一层面。正如在医生的眼里，人体不是血肉之躯，而是由一根根骨头、血管和经脉组成的碳水化合物一般。法律人面对当事人的法律问题，看到的不是案件当中双方激愤的话语、冲动的行为或者让人血脉喷张的场面，而是一件件独立的事实和证据，以及从中抽取并重新组成而成的法律术语、权利义务和逻辑关系。

袭胸 10 秒，意在何为

据星岛环球网报道，2005 年，在台湾彰化举行的一场内衣特卖会上，一名妇女遭到男子袭胸十秒。后来当然被起诉至法院，三位女法官竟以“袭胸不足 10 秒”和“无法引起加害人性欲”为由，认定不构成强制猥亵罪，这个消息登上各大报头版。

于是类似事件在台湾各地一再重演。台中市 7 月初，一名女子在电梯间，遭到一男子袭臀，男子居然这样对她吼道：“我只是摸你一下而已，摸你也不到五秒啊！”2007 年 9 月，又发生男子舌吻前妻女儿五秒，同样被判无罪。

初闻此案，不由得拍案惊奇，皆因不知该将这条消息看法制报道还是娱乐新闻。“袭胸”在广东话当中亦称“咸猪手”，地球人都知道，这属于流氓行径，严重者构成犯罪。但是，台湾法院竟然以猥亵时间是否达到 10 秒钟作为标准，来衡量罪名是否成立。判定无罪的理由更加匪夷所思——竟然是时间太短，“无法引起加害人性欲”，不禁让人为法官考虑被告生理要件之周到叫绝。按此逻辑推论，如果某男意图强奸某女，却因某女长相一般而导致“无法引起加害人性欲”，某男因此可以推定无罪？

该等判决显然是法律思维缺失的结果。它的主要错误在于纠缠“10 秒”和“引发加害人性欲”的细枝末节上，却不细究该等行为的主观用意与客观后果，最终作出的判决自然与立法精神和社会伦理不符。

其实，如果我们运用法律思维稍加判断，结果就大不相同了。法律思维的考量重心在于法律关系，依据法理，任何行动应当根据它的主观行为和客观后果综合判定，中国刑法更有犯罪构成四要件理论可供对照。一一套用，不难认定该等行为是否属于犯罪。据说台湾“法律”发展比中国大陆更为成熟，但就此一案看来，亦不尽然。

许霆案的逻辑错误

2008 年，许霆——一个小保安，在柜员机上 171 次的恶意取款，竟然在网络上下掀起轩然大波。这种行径属于贪小便宜还是盗窃罪？一时众说纷纭。一审法院为了使许霆的行为符合盗窃罪的构成要件——“秘密窃取”，作出这样一个推理：

柜员机知道不等于银行知道

接着，为了使许霆不仅仅构成盗窃，而且构成“盗窃金融机构”，一审法院再作出第二个推理：

柜员机属于银行一部分

上述两个推理分割开来，似乎没有问题。但将之联系起来，就可以明显看出问题了——既然柜员机属于银行一部分，何来柜员机知道而银行不知道呢？

大家应该明白，法律上的“知道”与日常人们所理解的“知道”是不同的。我国《合同法》第16条规定：“要约到达受要约人时生效。采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。”有法律常识的人都知道，我国立法对于要约生效采取的是“到达主义”。上述规定换而言之，只要要约进入了收件人的“特定或任何系统”，收件人就应当“知道”。

本案当中，交易双方通过柜员机进行款项交割的行为，属于典型的“数据电文形式”合同。在这个交易当中，收件人“特定系统”显然就是指银行设置的包括柜员机在内的计算机信息管理系统。根据工作原理，柜员机只是一个系统终端，所有的操作动作包括吐钱，都是由放置在银行重重保险库当中的中央处理器负责控制的。柜员机接受取款请求后，通过银行内部计算机网络，将请求指令发送给中央处理器。中央处理经过解析和判断后，再通过银行内部计算机网络，将结果返还给柜员机，指令柜员机完成吐钱的动作。由此可见，许霆的取款请求在银行特定系统内部，已经走了整整一圈。换而言之，许霆的请求已经进入了银行的特定系统无疑。

当然，你可以说银行主机有故障、主机房的系统监控人员睡着了甚至离岗了，甚至说法律规定有漏洞。但是你不能否认的是，依据现行法律规定，银行对于许霆的请求已经构成“知道”。

还有，一审法院在坚持这一推断的同时，忽略了另外一个严重问题：如果“柜员机知道不等于银行知道”这一推断成立，后果将是可怕的。这可能导致这样一种荒谬的现象——你到柜员机取完钱，银行也给了钱，打了单，整个交易都完成了，银行还可以在事后有权撤销整个交易，理由就是：柜员机知道不等于我银行知道。很明显，这将导致社会当中的经济活动处于不可预测，非常不稳定的状态，直接违背了法律维护社会经济活动稳定的基本宗旨。

尽管许霆的行为确实存在社会危害性，确实需要受到惩罚。但是，法治社会的应有之义是以法服人，而且必须细致严密，否则司法就变成了武断、简单和粗暴的决策。上述逻辑推断自相矛盾，而且会衍生新的社会问题，确实不足以支持许霆的行为构成盗窃金融机构的结论。许霆案因其内容之新、受关注之广，原本有机会成为经典案例。可惜的是，其中的逻辑

论证之粗疏，注定了它只能成为典型案例而无法成为经典之作。

从上述案例当中，我们不难发现，无论是分析或者研究法律问题，立论或者驳论，其实都离不开逻辑。如果将事实和证据比作一颗颗的珍珠，逻辑就是将这些珍珠串联起来的丝线，不可或缺。无论是纯粹的概念思辨，还是现实普遍应用的思考，都是逻辑思维的应有之义。逻辑的基本知识，应当在法学院期间就基本掌握。至于具体的运用技巧，请参见本书“文书语法篇”及其他章节的相关介绍。

析研究

运用法律知识去分析和研究案件是律师工作的重心。每天都遇到新的事务，新的人，新的案情，千变万化，不会完全雷同，这或许就是律师工作的吸引力所在。你需要的不是背条文，而是把立法本意、立法原则、适用对象等理解通透，具体运用到不同的案件当中，分析研究当中的法律关系，找出症结和解决方法，这就是所谓的办案。

买菜原来好复杂（1）

某日突发奇想，要给只有小学程度的妈妈解释一下什么叫法律关系。难得妈妈给面子，不忍扫我兴致，坐下来当我的学生。

我决定举一个最简单的例子，“就拿你天天去菜市场买菜这件事来说，虽然你天天到胖大叔那里买菜，但法律关系实际不是建立在你和胖大叔之间。”

我妈妈一脸疑惑：“这怎么可能啊，明明是我和他一手交钱，一手给菜啊”。

“法律关系不是根据具体行为定的，是根据责任主体。因为胖大叔是菜市场雇的，他的行为代表菜市场，不代表他自己。他收钱只是代表菜市场收钱，菜有问题，他也不负责，因为法律关系建立在和你菜市场之间。”。

“啊，东西是他卖的，他还不负责？你这个法律关系怎么会这样。那以后碰到这些问题，我找菜市场就对了吧”，妈妈有点失望。

“对了，昨天在菜市场门口，有个女的卖给我几件衬衣。回来一洗就褪色，今天想换，结果找不到人，看来我可以找菜市场给我换”，妈妈想起这事，开始高兴起来了。

“啊，你需要先弄清楚她和菜市场的法律关系才行。如果她是菜市场雇的，当然可以；如果她是向菜市场承包摊位，那法律关系就建立在你、那个女的和菜市场之间；如果她仅仅租的摊位，或者只是在门口练摊，那法律关系是建立在你和她之间，与菜市场没关系”。

“你刚才不是说可以找菜市场吗？现在又不行了，好复杂啊，我总不成每次买东西之前，都问一下人家，你是菜市场雇的，承包的，租的，还是借的？”妈妈开始有点晕了。“对了，她还给我开了张收据，好像是个什么经营部的，这总能证明了吧”。

“那就好，收据可以证明法律关系实际建立在你和那个经营部之间，你可以找经营部负责”。

“不过收据里面好像写的是用具，没有写清楚衣服哦”。

“啊，那这个收据没有用啦，法律关系又回到你和那个女的之间了”。

“都是在菜市场买的东西，用你的法律关系一讲，变得好复杂了。下次再说吧，我要去买菜了”。

妈妈扫兴而去，我无言以对。

买菜原来好复杂（2）

这个例子告诉我们，即使是在日常生活当中，主体、客体和内容均为单一的法律关系其实并不多见，更多时候是主体、客体或者内容，都会因为事实和证据改变，产生交叉或复合。如果不细心考究，就难免陷入法律关系的迷雾当中。

如果按照法律关系来分，复合性的法律关系分别有主体复合、客体复合和内容复合三类。我们需要进行相应的拆分，才能准确描述其中的法律关系。分述如下：

1、主体复合类

我们以公司之间的货物销售为例，如果 A 公司联合 B 公司共同销售一批货物给 C 公司；或者 A 公司联合 B 公司共同销售给 C 公司和 D 公司等，此时就产生了主体复合，以及伴随而生的各个主体之间的权利义务复合，对于多个主体对单一主体的合同，设多个主体数量为 N，则合同当中需要界定的权利义务数量为 N+1；对于多个主体对多个主体的合同，设主体数量为 N 和 M，则需要界定的权利义务种类就变成了 N×M+1 了。

2、客体复合类

如果法律关系当中只有一个不可分割的客体，例如房屋买卖合同，交易标的的所有权状况、使用状况和交付条件都清晰，合同条款就可以相对比较简洁一些。但如果是复合类客体，例如双方交易的是资产债权包，里面既有不动产（房屋、厂房）、又有动产（机器设备）还有权利（股权或债权），这个合同就相当复杂了。

因为需要根据我国法律关于不动产、动产和权利交易的具体规定，分别界定不同的交易条件、程序以及部分客体交易成功、部分客体交易不成功时的处理方式，中间需要考虑非常多的法律问题和意外情况，本书下册的“债权转让案之冰棒效应”当中所收集的《资产债权包转让合同》就是这类合同的范本。

这类合同要特别留意当中涉及每一个客体的特征描述、权属、验收和违约责任判断等内容，因为客体性质不同，必然导致法律上的判断标准也有不同，老老实实在地将每一个当事人的特征、权属、验收标准和违约责任分别列出，这是最笨但最保险的方法。

3、内容复合类

有些法律关系是若干种不同性质的权利义务的复合，例如软件开发项目当中，当事人一般会要求软件开发公司除了负责开发软件外，还要负责软件的后续改进和升级服务；此外，在一些大型设备的采购当中，产品供应商除了提供产品外，还会负责维护、培训、升级等服务。这些都是内容复合类合同。

针对内容复合类的合同，同样是老老实实在地将相关内容分别列出，而且需要特别注意权利义务产生交叉或重叠情况时如何处理的内容。

法律关系主体如何分析判断的具体技巧，请参见本书“法律思维篇”的相关介绍。实例可参见本书下册的“债务重组案之大浪淘沙”的相关介绍。

文法规范

我们从小接受传统教育，学会了中文表达如何色彩斑斓和花样繁多。但是在法律文书写作当中，这些花款恰恰是忌讳；我们能够熟练地在陈述句、肯定句、否定句、感叹句或祈使句等各种句式自由变换，但却不知道在实务当中，法律文书使用何等句式更合适。

其实，法律文书应根据当事人目标、使用对象、使用场合或选用法律关系的不一，从形式到内容，从写法到结论，都与普通的书面文书乃至法学论文大相径庭。

管束思想的条款（1）

记得我审阅过一份企业并购合同，这份合同是由美国律师起草，某位中国律师翻译。合同当中关于出售方义务当中有一条：

股权出售方不得怂恿或者企图怂恿被并购企业的员工离职。

当时我和我的当事人一起看，我看完这一条款后笑了半天，故意不语。

当事人的反应倒是非常直接，冲口而出：

“哦，这个条款的意思是我们连想一下都不行？”

法律管束的只能是人的行为，而非思想，这是常识！学法之人，在如此重大的并购项目当中，把这种明显错误的合同条款摆上大雅之堂，难免让人笑话。

这个错误折射出我国法律文书文法规范亟待规范的问题。我国的法律文书文法是中文文法和外国文法的混合物。19世纪末期，清朝将日本法翻译过来变成本国法律的草本；在国民政府期间，欧洲大陆国家法律的中文译本主导了法律的创制；在建国至二十世纪八十年代期间，中华人民共和国的法学实际上都是苏联法学的中文版。在上一个世纪的最后20年里，大量英文法律、法学著作翻译成中文，中国法律吸收了许多来自英文的外来语。尤其是近年以来，中国企业纷纷走出国门，参与国际资本市场上的各种投资、融资、并购和重组等经济活动，大量的外国法律文书与中国法律文书相互融合。因此，外来语对中国法律文书写作风格和发展构成了巨大影响。

以英文为代表的外语可供使用的关联词很多，时态又多达16种，加之相应文法强调概念和细节，因此习惯于采用单一、清晰的概念堆砌来形成对事物的完整描述，更注重形式上的完整性，通过具体文字和细节的描述尽可能涵盖陈述范围。但是，这些特点都与中文文法当中混沌、模糊、感悟式等特点，以及强调文书整体结构的严密性和语义的简约性等特点相反。例如中文句子结构较松散，较多运用时间顺序和逻辑顺序来陈述事实，少用结构复杂的长句，讲求言简意赅和点到为止等。

管束思想的条款（2）

当然，随着中外经济和文化的交流和融合，中文和外国语言的互相借鉴和融合是必然的，但问题是目前中国法律文书写作存在着过分“崇洋媚外”的倾向。这种情形多见于一些以海归律师为主流的大所当中。他们满足于从外国“法律文书仓库”进口一份份的文书模板，采取“外国文书模板+中国法律规定+注释”的方法，炮制出一份份“唐装+牛仔裤”的中国法律文书。文书当中大量乱用舶来词语，不顾中国语言规范，不讲文章技法、句型结构和词语搭配，结果是结构混乱，词义错误乃至错漏百出。

下面是一份出自某律师翻译自外国的企业并购合同，当中关于甲方赔偿责任条款描述如下：

甲方应赔偿乙方由于甲方违反本协议的条款而使其遭受或承担的或与此有关的全部损失、责任、开支、索赔、诉讼、损害、费用或要求。

这段翻译的错误主要是由于直接将外文翻译成中文，不考虑中文词语之间的搭配和连接关系，导致句子成份参差不齐，句式不严谨，也不符合中国法律规定。

上述句型采用的是主谓宾补结构，即：

甲方 + 赔偿 + 乙方 + 损失、责任等

主语 谓语 宾语 补语

由于前面使用“赔偿”一词作谓语，根据中文语法，“赔偿”一词所相对应的词语应当是“损失”，如合同法第 107 条的写法：

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

而其他补语如“责任”、“诉讼”、“索赔”、“要求”等在外国语法当中运用尚可，但在中国语法当中显然与“赔偿”一词不匹配。

此外，在中国法律规定当中，“责任、诉讼”均有法定的专属主体，不能依照双方约定随意转移，因此，上述关于“赔偿——责任”、“赔偿——诉讼”的写法文法不通，而且违法。

管束思想的条款（3）

上述条款正确的写法是综合考虑前后词义搭配的一致性，前面加一个“支付”行为在前引导，后面改为“赔偿款项、费用和相关开支”。同时，将“责任、诉讼”等多余词语去掉。试改写如下：

甲方应赔偿乙方由于甲方违反本协议的条款而使乙方遭受的全部损失以及乙方因此应当或已经支出的全部赔偿款项、费用和相关开支等。

此外，还要注意港台文风的不良影响。虽然中国大陆文化与港澳台同出一脉，但各自发展，香港的风格更西化，而台湾倾向于保留不少中国古文的特点。在过去的 20 多年里，中国大陆和港澳台之间的经济交往日渐频繁，两岸三地的法律文书交流也日益增加，一些法律文书全盘照抄港台文风、错漏百出，这些都是必须要纠正的。

作者在网上随意搜索一下，就找到不少错误的法律文书范本。以下这份在网上流传甚广的买卖合同为例。

(文书标题) 《货样买卖合同》

(文书内容)

立货样买卖合同出卖人xx 商行负责人xxx称为甲方, 同承买人xx 商店主xxx称为乙方, 兹为x 货物买卖, 经双方同意议定条件如下:

第一条 乙方向甲方订购xx 货物, 如契约成立同日由甲方交付货样同品同种类同质的货物xxx 件, 甲方应于x 日内议付乙方。

第二条 甲方如不能照期交付或仅能为一部分的交付, 应于x 日前通知乙方延缓日期; 但乙方不同意时可解除契约。因此致乙方受有损害时, 乙方可请求赔偿, 甲方决无异议。

第三条 (略)

第四条 本件买卖货款议定每件人民币xx 仟x 佰元共人民币xx 万x 仟x 佰元于甲方, 交货同时应悉数付清。如乙方不为付清的, 甲方可将货停止交付, 并定相当期间催其付款, 逾期仍不交付时, 甲方可解除契约。因此所受之损害亦得请求赔偿。

第五条 乙方预知届期不能付款的, 可于x 日前通知甲方展延日期交货。倘甲方不同意时, 得为契的解除如有损害亦可请求赔偿。

(下略)

管束思想的条款(4)

这份合同以中文语法度之, 错误甚多。其中:

“契约”或“契”的概念在中国法律实务当中甚为少见。自从有了合同法, 双方的合意一般通称为“合同”或“协议”, “契约”一说更多见于法学论文, 在正式的法律文书当中越来越少见。

又如“议定”和“议付”, 这两个概念虽然可以理解, 但少见于中国法律实务当中, 内地法律文书对类似概念的官方用法是“协商”。

再如“得与”, 还是典型的港台用法, 在中国法律当中算是错误的用法。中国法律实务当中使用的是“应当”或“可以”。

思维方法巡礼

当你成为一名律师，坐在高级写字楼的落地玻璃墙后，眺望这个城市的风景，想到自己思维活动的结果，可能是决定了几千万财产的分配结果；或者一些人的命运；甚至是一个企业的兴衰，你是否能感到社会正在认同你的存在价值？当问题最后得以成功解决，在赢得当事人、法官甚至对方当事人称赞的一刻，你是否感受到一种创造的快乐和满足感？

灵感有如优雅美丽的蝴蝶，稍瞬即逝于蓝天之中。要成功地捕捉它，我们必须用专业思维结成的网。

法律职业人结成的思维之网与普通人大相径庭，所以看待事物的眼光也与常人不同。同样是看到一部机器停了，普通人可能说，这个机器坏了；但在法律职业人眼里看来，这部机器只是不走了，不能说是坏了。如果说坏了，必须拿出证明坏了的证据。

拥有了法律思维，将会使你的工作和生活都获益非浅。我经常对团队的律师说，一个法律人，肯定是一个很精明的社会人，因为你熟知以法律为代表的社会运行规则，同时又阅尽世间百态，通达世情。这些都足以帮助你挥洒自如，游刃有余地面对人生。

在我看来，对于实务有参考价值的思维方法应当至少符合两个条件：一是遇到具体问题时可以应用；二是有明确的步骤和标准可供参照。按照上述两个条件来判断，思维方法很多，例如法律职业人最为熟悉的逻辑思维。这是一种线性的，有序的思维方式，因为直观和符合左脑的记忆规律而被广泛采用。其实还有很多思维方法是非线性的，适合右脑的。如果你读一下中国古代的《易经》、《黄帝内经》等经典名著，再听听贝多芬、莫扎特的音乐，你就不难发现，原来可以有很多特色不同的思维方式，如同动物的种类，难以穷尽。

本书以实用为标准，为读者介绍金字塔原理、联想思维、系统思维、水平思考和博弈思维等五种思维方式。在法律实务当中，如果读者能够善于运用这五种思维模式，已经足以应付复杂多变的法律业务了。不过，思维方法的应用有技巧高低之分。包括应用范围、纯熟程度、灵活变化乃至选择方法的智慧（这个最难）等等。有人应用得慢，所以会觉得这些“花招”没有用；有人可能在工作上用得很聪明，但却不懂得活用在生活中；有人虽然空有思维基础而不知灵活应用，结果就如同金庸笔下《天龙八部》当中的段誉，身怀绝世神功而无法运用自如。

金字塔原理

“金字塔原理”系在 1973 年由著名的麦肯锡国际管理咨询公司的咨询顾问巴巴拉·明托（Barbara Minto）发明，旨在阐述写作过程的组织原理，提倡按照读者的阅读习惯改善写作效果。

巴巴拉说，“对读者来说，最容易理解的顺序是先了解主要的、抽象的思想，然后再了解次要的、为主要思想提供支持的思想。因为主要思想总是从次要思想中概括出来的，文章

中所有思想的理想组织结构也就必定是一个金字塔结构——由一个总的思想统领多组思想。在这种金字塔结构中，思想之间的联系方式可以是纵向的——即任何一个层次的思想都是对其下面一个层次上的思想的总结；也可以是横向的——即多个思想因共同组成一个逻辑推断式，而被并列组织在一起。”

文章结构中任一层次观点必须是其下一层次观点的概括；

- 每一组中的观点必须属于同一范畴；
- 每一组中的观点必须按照同一逻辑顺序排列。

巴巴拉认为，“写出条理清晰文章的关键，实际上是在开始写作之前，先将你的思想放入金字塔结构，并根据上述规则进行检验。”如果将该原理应用在法律文书写作当中来看，金字塔顶端的第一个思想，其实就是当事人的目标。金字塔顶端之下的各个层次方框，就是法律文书各个分论点。继续往下的各个方框就是段落内容。将这些方框内容连贯起来，一篇完整的法律文书由此诞生。

关于文书写作的具体技巧，读者可参见本书“文书语法篇”的相关介绍。

系统思维（1）

简单来说，系统思维就是在对事物进行考察和分析时，应当从整体出发，考察系统整体结构和各个要素之间的联系和差异，调整其功能以获得整体效益最佳的思想活动过程。

例如历史上著名的“隆中对”。在三国混战之际，诸葛亮，一个身居小山村里二十七岁的读书人，能正确地评估各派政治势力，审时度势地制定出一个顺应时代的系统战略——“天下三分”。进而建立一代蜀国，这是应用系统思维的经典范例。还有中国古代著名的《易经》、《尚书》等著作，阴阳、五行、八卦等学说；春秋时期著名军事家孙武的《孙子兵法》十三篇中，指出战争中的进攻与防御、速决和持久、分散和集中等之间的相互依存和相互制约的关系，都蕴含了典型的系统思维思想。

系统思维在法律实务当中随处可见，运用广泛。

例如诉讼案件，就是一个典型的系统结构，这个系统由双方当事人、律师和法官等多种角色组成，各个角色在目标、思维模式和行为特征上均有明显差异（详见本书“职业准备篇”

的相关介绍），但又相互作用、相互依存。对律师而言，运作诉讼系统的结果，无非是针对当事人目前遇到的问题，面向理想目标，经过一系列的调节与操作，输出与理想目标相同或接近的结果。但是，由于系统要素之间以及系统同外部环境都需要协调发展，因此诉讼系统的调节和输出结果不能一味迁就当事人主观意志，而是需要实现适度平衡，最理想的状态是达到当事人满意、对方满意和法官满意的多方共赢的结果。

非诉讼项目当中，律师思考和设计项目方案的过程就是运用系统思维的典型过程，可以按照如下步骤进行：

第一步，澄清当事人的目标。空洞或者过于复杂的目标都是无法操作的，所以需要与当事人充分沟通，将整体目标分解成若干个可以直观衡量的子目标。具体技巧可以参见本书“技能基础篇——沟通协调”的相关介绍。

第二步，设定工作流程和完成标准。整理出要达到各级子目标所涉及到的诸要素，将其按照时间序列，设计出具体工作环节，并拟定出完成每一个工作环节工作内容、资源调度和完成标准。例如企业并购项目，法律服务方案应当根据时间序列，分别列出尽职调查、并购谈判、企业移交、款项支付和变更登记等各个关键环节的相应工作。

第三步，设计风险控制方案。列出风险控制和危机应对方案，有效防止意外事件的发生。

经过上述步骤后，一个完整的法律解决方案就产生了。

判断一个法律解决方案是否已经考虑成熟，关键是看看自己是否已经找到了如下四个问题的详细答案：

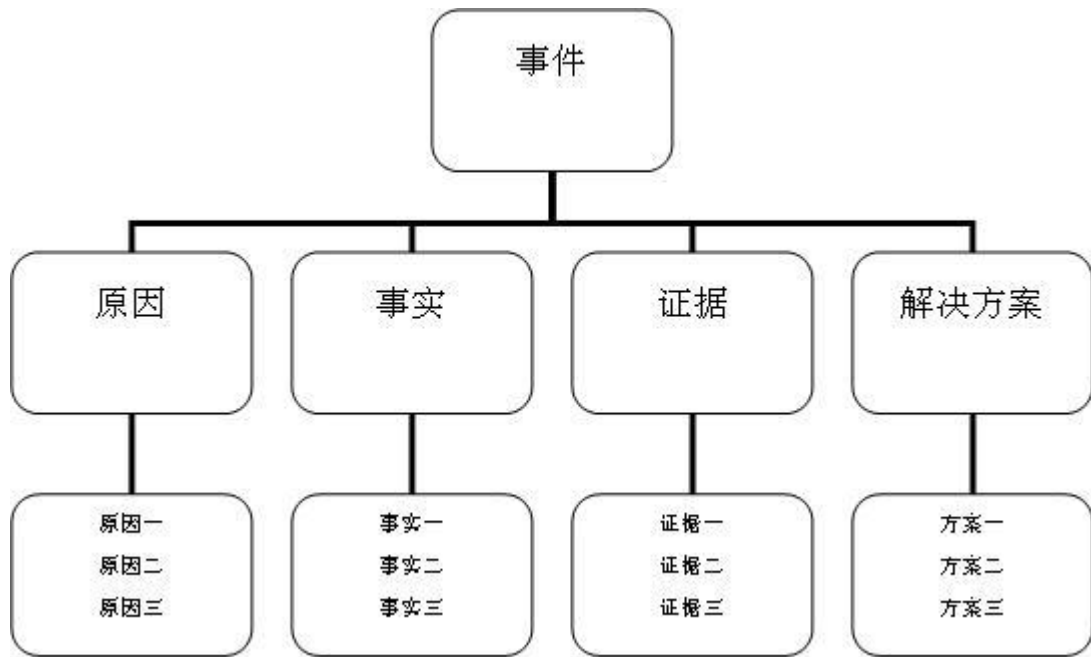
— 你要达到的目标是什么？它由哪些子目标构成？（干什么？）

为达到这些目标你要采取哪些措施？（怎么办？）—

— 在达标过程中可能会出现哪些问题？如何应对？（应变对策？）

万一达不到目标怎么办？（危机应对方案？）—

系统思维（2）



流程图的好处是将复杂和抽象的事物具体化和流程化，但缺点是容易造成思维的僵化和缺乏灵活性，尤其是当条件变得模糊和有弹性时，缺点就更加明显。

3、逆向思维法

逆向思维是对司空见惯和已成定论的事物或观点“反其道而思之”，可以看作是对流程图的逆转。例如有这样一道智力题：有四个相同的瓶子，怎样摆放才能使其中任意两个瓶口的距离都相等呢？很多人想了半天都没有回答上来。

其实，只要你尝试从结论往回推，倒过来思考，从求解回到已知条件，反过来思考，解决问题就变得轻而易举了。前面这道题如果运用逆向思维思考一下，答案就很容易找到：把三个瓶子放在正三角形的顶点，将第四个瓶子倒过来放在三角形的中心位置。因为人们习惯于沿着事物发展的正方向去思考问题并寻求解决办法，所以觉得这道题难。

这个例子告诉我们，很多时候，不是问题本身太难，而是突破我们自身的思维定式太难。

水平思考（1）

某次培训课程，我的要求是：请两组运用各种理由说服对方，你看到的数字是“6”还是“9”？

两组学员一时讨论热烈，分别从字体的大小、颜色，倾斜度乃至眼睛与纸张所形成的夹角来说明己方数字的正确性，但各自都难以说服对方。终于，有一学员在辩论中发现了问题

所在，给出了正确答案：

“请你过来，站在我的角度看。”

同一问题，不同角度，有不同的答案，无所谓对错，这就是“水平思考”。

这种思维方法由“创新思维之父”、英国人爱德华·德·波诺于七十年代首先提出。在他的《水平思考》一书当中，他提出，“常规的逻辑关注的是‘真相’和‘是什么’，而水平思考关注的是‘可能性’和‘可能会是什么’。”“在水平思考中，我们致力于不同的看法，所有看法都是正确和相容的。每个不同的看法不是互相推导出来的，而是各自独立产生的”。

在他的另外一本著作《六项思考帽》当中，他将“水平思考”的方式提炼为六个思考问题的角度，分别用六顶不同颜色的帽子代表，分别是：

┊ 蓝帽——理性之帽，象征思维中的控制与组织；

红帽——感性之帽，强调从感情、直觉出发感性地看问题；┊

┊ 黑帽——批评之帽，从事物的缺点、危险、隐患看待问题；

白帽——事实之帽，要求客观、全面地收集和反映信息；┊

┊ 黄帽——热情之帽，设想完成后的好处，寻找事物的优点和光明面；

┊ 绿帽——创造之帽，运用创新思维思考并且行动。

他认为，“思考最大的障碍在于混乱。我们总是试图同时做太多的事情。情感、信息、逻辑、希望和创造性都蜂拥而至，如同抛耍太多的球”。而“六项思考帽”可以帮助思考者尝试从不同角度去分析同一问题，从而得到完整的答案。

回看法律实务，那种期望单纯通过逻辑推理来解决问题的可能性是不存在的。因为你面对的是活生生的人，不是抽象的逻辑符号；你面对的问题既有法律困境，也有政治、经济、制度、情感乃至心理上的因素。所以，法律解决方案往往是对各方面因素反复、仔细考察和平衡后得出的综合体，而不仅仅是思维活动的结果。例如律师在为大型企业尤其是国有企业提供法律服务时，当事人首先看重往往不是经济利益，而是各种风险，例如决策是否符合法律法规乃至税局、财政局、国有资产管理委员会等政府部门的规范性文件要求，是否符合法律程序等等。最后得出的决策，可能经济利益不是最大化的，但风险肯定是最低的。但是，如果当事人换成是私营或者外资企业，当事人也会重视风险，但更注重经济利益。决策

的结果，往往是经济利益第一，风险第二。

将水平思考法应用于法律实务，可以帮助我们注重分析和判断事物的各种可能性，而非仅仅分清黑白。相关内容可以参见本书“职业准备篇”当中相关介绍。

把学员分成两组，面对而坐。中间的桌子上放一张白纸，

法律实务思维特点

法律初入门者遇到的第一个难题是：面对法律事务，思维往往混沌一片，不知从何入手，这其实是切入点的问题。从何种现象或事件切入分析法律事务，往往决定了解决方案的发展方向 and 路径。

不能相信当事人设置的切入点。当事人大多基于个人经验和情感的不同，对法律事务各个部分的关注程度差别很大，而且关注焦点还会随着各个时期的注意力转移，变换不定。所以当事人设置的切入点其实只是他的关注点。

律师开始了解案件，确实应该以当事人提出的问题为切入点，但不应该停留在原地。在你了解了当事人的关注重点和忧虑之后，应该围绕当事人目标，重新选择切入点。然后以法律为依据，以证据为基础，紧扣逻辑，逐步推进，如此才能真正找到完整的解决方案。

法律初入门者遇到的第二个难题，则是传统观念对思维过程的错误解读。传统观点认为，思维过程往往是单向的，沿着问题—证据—分析—理由—结论这个链条，逐步递进发展到结论。我国传统法学教育模式也是如此，老师在上面讲笔记，学生在下面记笔记，考试就是将笔记内容从老师的头脑中，黑板上搬迁到纸面上的过程。据说，每年司法考试之前，出题老师出版的书籍尤为热销，无非就是上面记载有出题老师的解题思路甚至参考答案。至于实务思维是否确实如此，那就另当别论了。

但是，现代心理学的一些研究已经表明，人的思维过程其实很少是从所谓的问题开始，相反地，它一般是从一个模糊的结论开始。每当遇到问题，思维经过一片混乱之后，脑海中会逐渐浮现出一个模糊的观点，然后思考如何证明，如果找到满意的论据，则思维继续从这一点深化下去；如果不能，则会停下来，继而另寻其他方向，从而开始新一轮的论证。

很明显，我们的思维不像一个机器人，只懂得直来直去般的机械式运动；更多时候，它更像一个调皮的小孩，在翘翘板两端跳来跳去，寻找着实现平衡的中间点。

归结起来，法律实务思维体现出如下几个特点：

证据思维（1）

无论在诉讼或非诉讼业务当中，法律职业人关注重点不在于客观事实本身，而在于关心如何运用证据证明它。唯有证据，才是对事实真相最有力的说明。尤其在诉讼当中，证据的作用更加明显，所以边沁曾经说过：“审判的艺术实际上就是运用证据的艺术”。

如何选择和确定证据？有如下方法：

首先，围绕争议焦点来选择和确定证据。例如在离婚诉讼当中，诉讼双方的争议焦点通常集中在财产分割和子女抚养权两大方面，可以罗列的证据包括：

在财产分配方面，基本原则是有过错者少分。为了证明一方对于婚姻破裂有过错，可以收集过错方用于通奸的避孕套、卫生纸（巾）、内衣上的口红、沾有精液的衣裤及有关作案工具或者过错方与情人在一起的录音、录像和照片等。所以连贵为美国总统的克林顿，在莱温斯基的精液裙子面前，都不得不承认错误。如果一方使用家庭暴力，则可以提交街坊邻居的证言、居委会的调解证明、公安局的报案记录，或者法医鉴定等。

在争取子女抚养权方面，以能够有利于子女成长为判决的考虑重点。所以，子女目前跟随哪一方生活这一点很重要，应当提交子女户口登记在自己居住地的证明；如果子女满 10 周岁或以上，应当尽量争取子女同意跟随自己生活；另外，提交自己的工资单或其它合法收入的证明，证明自己有稳定收入来源，可以给予子女良好的生活条件。

其次，遇到证据不足时，可以尝试创造证据。例如：在缺乏证据的时候，可以采取录音、录像等方式创造证据，从根本上扭转案件的不利局面。根据最高人民法院的规定，“偷录”手段取得的录音证据仍然具有证明效力。实践当中，录音证据一般应当符合两个要求：一是录音双方当事人谈话是真实意思表示，即谈话各方当时没有受到人身自由和权利等限制；二是该录音证据的谈话人身份明确，内容清晰，具有客观真实和连贯性，未被剪接或者伪造，内容无疑点；三是该录音证据能够和其他证据相互印证，这点尤其重要，不能仅凭录音证据下定论，应当有其他证据与录音证据互相印证。

本书下册的“诉讼实体案之高新企业的绝地反击”一章当中就收录了一个以录音证据作为关键证据而胜诉的典型案。当然，有些律师为了胜诉，铤而走险，不惜用非法手段创造证据——作伪证，那又是另当别论了。

第三，如果连证据都无法创造，仍然有路可走，那就是运用“举证责任倒置”规则。

证据思维（2）

在法律实务当中，这一技巧往往可以使案件柳暗花明，绝处逢生。如下例：

1984 年，原告河南省许昌市许继公司向德国西门子公司购买取得了“继电保护和载波技术”，

并作为商业秘密在公司内使用。被告郑学生系原告公司技术负责人，先是被原告派到西门子公司接受该技术的培训，之后又担任该技术国产化的科研组组长职务。期间，被告与原告签订有劳动合同并且还有相关的保密规定。

1995年，被告未经批准离开了原告公司。后经法院审理查明，被告郑学生以其掌握的“电力线载波机技术及远方保护信号音频传输机技术”作价20万元，与漯河卷烟厂等共同组建爱特公司，生产SSB-2000型电力线载波机。

原告经对比后发现，上述技术实际上是抄袭了原告购买自德国西门子公司技术，于是以被告侵犯其商业秘密为由，向河南省许昌市中级人民法院起诉，要求判令被告停止侵权行为和赔偿损失。后经一、二审法院判决，该案原告胜诉。

此案胜诉的诀窍就在于恰当地运用了“举证责任倒置”规则。此案当中，原告起诉被告侵犯商业秘密，但是缺乏直接证据证明被告抄袭了原告的商业秘密。最后，法院通过分配原告和被告的举证责任和进行法律推定，顺利解决了难题。

首先，法院同时援引了1995年11月23日国家工商行政管理局第41号令《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》当中的第五条规定，将原告和被告的举证责任分配如下：

原告的举证责任

被告的举证责任

- 1、 存在商业秘密；
- 2、 该商业秘密属于原告所有；
- 3、 被告的技术与原告的商业秘密有一致性或相同性；
- 4、 被告有获得原告商业秘密的条件。 1、 被告发明该技术的方法或获得技术的合法性

证据思维（3）

其次，法院依据双方举证情况，进行了如下逻辑推定，判决被告侵权成立：

大前提 我国法律规定，凡是符合如下特征的行为属于侵权行为：

- (1) 两个权利之间有一致性或相同性；
- (2) 侵权人有获取权利的客观条件；
- (3) 侵权人无法证明技术的合法性。

小前提 本案事实表明：

- (1) 两个权利相类似；
- (2) 被告具备获取权利的客观条件；
- (3) 被告无法证明获取技术的合法性。

结论 被告侵权行为成立

关于“举证责任倒置”的详细规定，读者还可以参见最高人民法院于 2002 年 4 月 1 日起颁布施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》。

要素思维（1）

真实世界是一个多元化的体系，很多生活关系由道德、风俗、习惯、宗教等社会规范调整，法律并不介入。正如四川大地震当中的放弃学生、夺门而逃的“范跑跑”，虽经社会舆论多方谴责，但最后还是不得不只以“做人可以不崇高，但不能无耻”作为他违反教师职业道德的结论，因为确实没有法律责任可以追究。

社会关系与法律关系的区别，关键在于构成要素不同。某次所内的培训课程，我让一名新入所的助理描述一下“买票搭乘巴士”这个过程当中的法律关系。助理答曰：你买票上车坐车下车这个过程就是法律关系啊，这种毫无要素观念的思维模式，让我哭笑不得。

俗话说“外行看热闹，内行看门道”，作为法律职业人，你应当了解，所谓的法律关系是指生活关系当中属于法律调整的那部分关系。这个关系从日常生活当中截取，按照主体、客体和内容三要素重新组合而成。

这好比将不同要素放入不同“盒子”。我们根据过去的经验和法律规定，先做好一个个空

“盒子”，例如红色盒子代表主体、绿色盒子代表客体、黄色盒子代表权利义务等，这些就代表实体问题；黑色盒子代表管辖，灰色盒子代表诉讼或仲裁等，这些属于程序问题。遇到具体案件，我们其实是分析和判断这些和那些具体事实到底应该属于哪一种颜色的盒子。将所有要素装进盒子后，再将两类盒子分别打包进实体或程序的布袋子，最后放入律师文件包当中，这就是一个诉讼案件的全部。

1、要素之一：主体

主体乃法律关系之首，找错了主体，有如儿子喊错老爸，关系大乱。有如下技巧：

一是“定”，即法定或约定。例如我要购买甲公司的股权，根据工商登记显示，乙是甲公司的股东，那么与我签订《股权转让合同》的相对方必然是乙某；如果乙某告诉我，他其实是代丙企业持股的，有乙某与丙企业的《代持股协议》为证。那么，股权交易文件就从一份合同变成两份，法律主体就从两方变成了三方。

二是“拆”。但凡内容较为复杂的法律事务几乎都会遇到复合主体的问题，详见本书“写作技巧（二）合同篇”当中的相关论述。

要素思维（2）

2、要素之二：客体

法律关系的客体定义很明确，就是权利义务所指向的对象，但落到实务当中，客体到底是什么？它的形态应该是实物抑或权利，抑或两者兼而有之？这个基本问题在理论界已经争论多年。法律实务以实用为先，为防止遗漏，客体通常是实物与权利两者合一的混合体，例如房屋转让法律关系当中，客体包括了具体的房屋本身和抽象的房屋所有权；又如审计服务合同当中的客体，包括了被审计主体的具体行为和审计范围所涉及的现金财物等。

为什么要考究客体的形态？因为形态不同，决定了法律关系的构成特征和效力不同。例如在不良资产处置和交易中，资产债权包同时包含了债权、房地产、股权、商标等各类客体，动辄数百件，上亿元的金额，每一个客体的权属、特征、品质、现状和移交方法各有不同。必须对客体当中的每一项内容逐一定义，否则必定出错。本书下册的“财产租赁案之简单任务”就提供了一个关于客体描述的真实案例，可供参考。

3、要素之三：权利义务

美国著名法学家韦斯利·霍菲尔德（Wesley New Comb Hohfeld）在《司法推理中应用的基本法律概念》一书中总结到，“所有法律关系都可归结为‘权利’和‘义务’；而且这些范畴足以用来分析即使是最复杂的法律利益问题”。

例如某次律师夫妇吵架，老婆哭诉：婚前我问过你，是否可以全包了洗衣做饭的家务活，我要约，你承诺，合同已经成立。我现在嫁给你了，你就撒手不管家务活，构成违约，你要承担责任。某律师轻松反驳：这句话的前提是错误的，因为法律关系当中，没有只承担义务或只享受权利的主体。

正如天下没有免费的午餐，在法律上，权利和义务从来就是一对孪生兄弟。而且，它们会跟随主体和客体的变化而变化。

首先，如果主体身份改变，需要承担的权利义务也随之改变。以“继子女”和“养子女”与生母和养母的权利义务内容变化为例：依据我国法律规定，假若后母对继子女（丈夫与前妻所生的小孩）有所抚养，那么继子女应当在成年之后对后母负有赡养义务。同时，由于继子女与生母的关系依然存在，继子女还需要对生母承担赡养义务。不过，如果后母收养继子女，办理了正式收养手续，继子女的身份就转变为养子女，这个小孩与生母之间的权利义务关系被强制解除。尽管血缘关系依旧，但在法律上，养子女就不再对生母负有赡养义务。

就算主体身份不变，但如果行动不同，需要承担的责任也不同。以公司法上股东对公司的责任为例：

如果股东对公司没有实际出资，需要承担的是虚假出资责任，属于无限责任，这是所有责任当中最严重的；

如果只出了一部分，承担瑕疵出资的责任，但仅以应当出资部分为限；

如果是出资之后又抽回，承担抽逃出资的责任；

如果是收购后抽逃资金的，承担与抽逃出资相同的责任；

如果在公司停止经营后未及时清算的，承担清算责任；

如果未经法定清算程序就将公司注销的，对债权人承担赔偿责任。

还有，客体性质不同，权利义务内容也有实质性区别。以法律当中最简单的物权和债权为例：如果我手上持有的是物权——例如房产，我就有拒绝任何人进入我的房子的特权，因为物权是绝对权，对世权，所以“风能进，雨能进，国王不能进”（英国法谚）。但是，如果我手上持有的仅仅是购买该房产的合同，没有办理产权登记也没有入住，根据我国法律，此时我持有的仅仅是对该物权的请求权——债权，我只能请求合同相对方履行合同，交付房屋以及办理产权登记，而无权阻止其他人进入这个房子。

创造思维（1）

工作之余，看电影是我的一大爱好。坐在宽大舒适的电影院里，想象却自由地穿越过去和未来，不断地变换各种空间和情节，纵观天下之余，又能穷纤入微，不禁让人惊叹电影的魅力。

有时候，观察一下法律思维的过程，就如同创造一部电影。以法律规定和各方具体要求为编剧规则，以当事人为主角、以参与各方为配角、以法律业务为题材、以谈判活动为主线，以主角和配角感情发展为副线，以大团圆为结局。电影的创造过程，就是激发我们无穷想象力和创造力的过程。在律师执业生涯当中，想象力和创造力同样不可或缺，它是法律思维的精华所在。

创造是一种构建一个念头或画面的能力，你运用你的想象力，在头脑当中建立起一个你希望实现的事物的清晰形象，接着，你持续不断地把注意力聚焦于这个思想或画面上，不断地想象和联想，细化它的模样，不断地向这个理想方向努力，直到最后它成为客观现实。

对于法律人来说，创造性的思考和想象尤为困难，因为它和我们已经形成的思维习惯相反。多年的法律专业训练，已经将我们培养成习惯于分析、判断和推理的“认证机器”，自然排斥一切不符合既定模式的事物。所以，大多数法律人都重视安全感，喜欢做“正确”的事情。创造力意味着激情、冒险和挖掘，意味着要突破现有的条条框框，大胆想象未知的事物，这和法律人的既定感受相冲突。

但是，创造力在法律实务当中的作用尤为关键。尤其是对于一些疑难案件，如果我们能够大胆运用创造力，不拘泥于现有证据和现有规则，往往可以使案件起死回生。如下例：

创造思维（2）

1999年，中国出现了一件被称为“最高人民法院知识产权庭自成立以来受理的最高金额的商标纠纷案”——标的上亿元的TMT商标纠纷案。

40年前，香港人王少明创立TMT公司，其后在香港注册相应商标。1979年，王少明开始向大陆投资，开展来料加工和定牌加工吊扇业务。基于当时的计划经济体制的限制，王少明的公司不能直接与国内工厂做生意，只能通过广东省轻工业品进出口（集团）公司（下称“广轻公司”）代理，因此在国内，TMT商标由广轻公司注册和持有。

1992年，我国外贸体制改革，国内工厂可以直接将定牌加工产品出口给港商。但是，广轻公司却要求TMT公司继续维持原有交易模式，以继续收取代理佣金，TMT公司拒绝了这一要求。于是，广轻公司以商标权人身份，通知海关封锁了所有“TMT”商标产品的出口，造成了TMT公司利益重创。双方于是诉诸法律。

按照我国《商标法》规定的“谁注册，谁所有”的基本原则，TMT 公司无疑处于劣势。然而，李静冰律师接办此案后，经过反复思考，创造性地提出了“解除名义所有权”的诉讼方案。李律师首先参考英美法的信托制度，提出了“TMT 商标由 TMT 公司信托广轻公司持有”的观点，并为此找到了《最高人民法院民事审判庭关于中国音乐著作权协会与音乐著作权人之间几个法律问题的复函》作为佐证。在这个司法解释当中，承认了音乐著作权协会可以作为名义上的著作权的所有人，代表著作权人行使著作权，但著作权仍然归著作权人所有。李律师据此推断，TMT 公司和广轻公司的关系就如同音乐著作权人和音乐著作权协会的关系一样，因此诉讼方向是解除名义上的所有权。

1998 年 10 月 29 日，广东省高级人民法院一审判决王少明胜诉。2005 年 5 月，最高人民法院终审判决 TMT 商标归王少明所有。

一个优秀的法律职业人，经常需要运用两种基本能力。一是“组织力”，就是如何在现有法律当中组织最有利的规则，为你的观点服务的能力；二是“创造力”，就是在没有规则的时候，如何适当地创建规则，并且还要在现有法律体系当中找出相应可供支撑的理据，以理服人。本书下册的“诉讼实体案之高新企业的绝地反击”就是一个通过创造证据而使案件起死回生的典型案例。

其实，即使是组织力，背后也是创造力在起作用。就如同一样的材料，不同的厨师去做，做出来的菜会天差地别，一样的道理。

棱锥模型（1）λ 法律实务思维模型

法律职业人每天面对的，往往都是纷繁杂乱的目标、问题、事实、证据和其他林林总总的事件。永远不要期望当事人能够按照律师的思维模式和顺序，将他们遭遇的状况、存在问题和法律障碍有条不紊地向律师解释清楚甚至总结明白。总结交易要点、描述交易过程和解决法律障碍，最终实现当事人心中的真正想法，在当事人心中，这应该是律师干的活！

律师如何背负当事人热切期望的目光潇洒转身，然后可以将杂乱无章的陈述和文件点石成金成一个成本与效益成最佳比的法律解决方案？

首先，我们需要建立起律师的思维模型。它应该有如下特点：

→ 以现状或问题为思维的出发点；

以当事人目标为思维的中心； →

现状与目标互相对照，互相影响； →

一个完整的思维解决方案包括了实践、法律、经济成本和资源等四个关键因素，方案是四个因素互相作用和平衡的结果。

这个思维模式有如下特点：

1、思维的起点是现状。法律实务思维的起点，是当事人提出的问题或者面临的困境而不是其他。理解这一点非常关键，因为在职业活动当中，有些律师往往自作主张地替当事人下判断，或者从所谓的法理出发来思考问题。这样思考的结果必然难以符合当事人的期望。

2、思维必须综合平衡实践、成本、法律和资源四个要素。实践，指的是现实当中，是否有类似的参考案例和习惯性处理方法；法律，指的是方案制定者需要运用自己的专业知识判断案件需要运用何等法律法规和规范性文件的规定；成本，既包括了中介费用、诉讼费、违约金、税费或其他经济利益等有形成本，也包括了时间、市场声誉甚至公司老总个人仕途等无形成本；资源，包括了实现解决方案所需要的相应人脉、社会关系、信息、媒体或沟通渠道等。

3、思维的归结点是目标。思维从现状出发，综合平衡四个要素，归结到当事人要求的目标——棱锥模型的底座中心。四个因素均有各自单独的解决方法，将之综合优化的结果，就是棱锥体本身，即法律解决方案。

我们可以通过如下两个例子来说明“棱锥模型”在法律实务当中的应用。

棱锥模型（2）

例如：TCL 并购汤姆逊案。

2004 年 1 月和同年 6 月，作为国际化的重要战略，TCL 透过委托国际著名的投资银行，与法国的汤姆逊和阿尔卡特公司分别成功组建合资企业 TTE（简称 TTE）与 TCL 阿尔卡特移动电话有限公司（简称 T&A）。但是，并购后不久，企业出现巨额亏损，TCL 因此元气大伤。

究其主要原因，主要是 TCL 在并购前没有仔细研究法国的《劳动法》，低估了法国的劳动力成本所致。显然，TCL 为并购行动所制定的法律解决方案当中考虑到了资源、法律和实践等因素，但忽略了成本因素，未能建立起一个完整的“棱锥模型”，结果被迫交出了昂贵的学费。

又例如创造了我国证券市场先河的“郑百文重组案”。

2002 年 6 月 25 日，中国证券登记结算公司办理了将郑百文股份过户给三联集团的手续，

同时，证监会豁免了三联集团因持有 30%以上郑百文股份而应履行的要约收购义务。这标志着历时两年多的郑百文重组案，在经历了种种困难和障碍后终于全部完成。回顾这一经典案例，当中最具争议之处就是重组各方对于“郑百文股东 50%股权无偿过户给三联集团”的重组方式，创造性地设定了“默认视为同意”的规则，这种规则已经突破了中国法律的现行规定。

三联集团之所以建立起这个突破性的“棱锥模型”，其动力主要来自于棱锥模型当中的成本和资源因素。因为根据当时的会计准则，重组的结果能够直接导致“郑百文”每股利润增加 7.32 元，这一结果将拉动“郑百文”的股价火箭式上升，三联集团等大股东将从股价当中获取巨大利益。

为了实现前述目标，大股东不惜千方百计地加强“棱锥模型”当中的资源因素，几个大股东故意内部制造官司，在郑州中级人民法院提起股权过户确认之诉，为中央证券登记结算公司直接将“郑百文”股份过户给三联集团提供法律依据，解决法律障碍。

“棱锥模型”为我们展示了制定法律解决方案的全过程：从“棱锥模型”顶端——现状出发，围绕“棱锥模型”的底座中心——目标，通过不断的尝试和平衡，将实践、法律、成本和资源四个要素有机结合而成成本和收益为最佳比的整体解决方案。

关于“棱锥模型”的具体应用，读者可以参见本书下册多个真实案例，你可以在律师对话、文书范本乃至办案感言当中，经常发现“棱锥模型”的身影。

写作和谐律

很多年以来，我一直有个习惯，就是在办案过程当中，从来不说对方律师“动机值得怀疑”或者“缺乏基本的法律知识”这类挑动对方神经的话，只是就事论事，只讲证据显示如何如何，法律规定如何如何。开庭完毕后，主动和对方律师交换名片。因为大家毕竟是同行，没有必要把对方当作阶级敌人，磨刀霍霍地相向，非得斗个你死我活不可。

这种做法其实反映了法律职业工作的特点：法律职业人的所有努力，是帮助冲突各方找到能够平衡各自利益的和谐点。法律职业活动的结果往往不是完美，而是和谐。

在法律文书写作当中，依据不同的情形，有不同的表达方式，或保守，或创新；或精确，或模糊；或简洁，或啰嗦。但是，有一点是相同的，就是为了解决双方矛盾，平衡各方利益，最终达到和谐。表达出来的内容，只要言之成理，态度虽然温和但依然充满力量。当然可以锐利，但应该是表达的角度而不是态度。

以下的写作和谐律就是对这类技巧的一些经验总结。

保守或创新（1）

在普通人的眼中，律师都是那些西装革履、思维严密、言辞谨慎的家伙。是的，因为这与法律职业固有特点——保守有关。如前文所述，律师每天面对的是不确定的风险，要实现的是确定的利益。律师自由穿梭其中的保命招数就是保守：事前进行详尽的尽职调查；对各方当事人身份和证明文件刨根问底；把对方想象成整天老是想钻合同空子的坏人，以此检验写作的严密性；严格乃至僵化地执行合同规定等。

但是，如果转换一个场景，你会发现律师变成了创新者和冒险者。例如 1993 年以来，在律师、投资银行与我国监管部门之间进行的一场“芝麻开门”的博弈游戏，就很好地印证了上述说法。

1993 年，我国监管部门对国内企业到国际资本市场上融资的相关规定还比较粗。一些国际律师行已经凭借其丰富的专业经验和敏锐的市场嗅觉，率先在国内推行“红筹股”概念，鼓动内地公司在香港注册成立中资窗口公司，将境内资产逐步注入窗口公司后在香港发行股票上市。经过数家国企试水后，市场反应奇佳。在 1997 年香港回归的前夕，红筹股被爆炒到 4000 点以上，出现国内企业一窝蜂发行红筹股的现象。

上述现象自然引发了我国监管部门对于可能因此造成的境内资产非法转移和国有资产流失的担忧。1997 年 6 月，国务院颁布了《国务院关于进一步加强对境外发行股票和上市管理的通知》，即俗称的“红筹指引”，规定了我国企业以特定形式（当时仅想到以企业为主体的上市形式）在境外上市都必须经国务院批准，堵死了绝大多数企业以红筹方式上市之路。

投资银行和律师们很聪明，经过多番试验，发明了“造壳”这一便利途径。具体方法是首先以上市企业老板的个人名义，在英属维尔京群岛等避税天堂设立壳公司，再将境内股权或资产注入壳公司，然后将壳公司在海外上市。蒙牛、盛大、百度等百余家中国企业，都是依据这种设计，一帆风顺地闯过了“红筹指引”，成功登陆国际资本市场。

保守或创新（2）

眼看后门洞开，我国监管部门当然不会坐视不理。2005 年 1 月 24 日，国家外管局发布标志性的文件——《关于完善外资并购外汇管理有关问题的通知》（“11 号文”），简短的三条通知几乎把红筹上市的每一环节都纳入了监管。本意虽好，但由于没有配套细则，此文因经颁布，几乎完全堵死了中国企业尤其是民营企业为代表的“小红筹”的海外上市投资便捷通道，资本市场一时哀鸿遍野。整整九个月，我国企业海外上市业务几乎完全停顿。

律师们当然不会就此坐以待毙，他们积极地联合投资银行、创投基金、民营企业等与红筹上市相关的各行各业，各种研讨会开了一个又一个，马不停蹄地奔走于政府各部委之间，建议、联名信递交了一份又一份。

最后，外管局颁布了 75 号文取代了 11 号文。将“小红筹”必须经过我国外汇管理部门

统一审批的严格规定放宽为只要地方政府批准和外管局登记即可。“红筹上市”重新踏上了坦途。

很明显，在这场“芝麻开门”的游戏里，律师之所有成功，是因为他们所采取的策略不是保守，而是创新。

究竟什么时候保守，什么时候创新，这个尺度需要法律职业人依靠自己的技能和经验在实务当中自行控制和把握。但是，上述例子生动地说明了，保守或创新的基点应该是法律，所有争取权利或者减轻责任的行为都应该在法律允许的范围内进行。

超越法律之外的所谓创新，其实不过是掩耳盗铃。只有保守地遵从法律，创新才有价值。

解构—重构法则（1）

当人们第一眼看到金字塔，都会为其美丽壮观的景象所震慑，敬畏之情油然而生。然而走近仔细再看，会很吃惊地发现如此宏伟的建筑皆由普通的石头砌成。金字塔的例子告诉我们，伟大的成功实际上就是各个普通小件有机集合的结果。

如何设计步骤繁复的商业交易或者写作内容复杂的法律文书？其中的奥秘就在于“解构—重构”。无论事物多么复杂，我们都可以不断将其“解构”，直至拆分成最简单的法律关系和陈述方式，如同一块块细小的积木。然后，按照法律关系，将其重新构建起来，即“重构”。

这一法则的好处是帮助你运用系统思维，在确定案件事实和证据的基础上，梳理和精简出案件要素，确定各方法律关系，然后将其重构成为有法律逻辑和标准的系统，为彻底解决问题奠定基础。

在本书当中，你已经或即将在很多方面读到与“解构”和“重构”有关的内容，例如将复合主体分拆成单独主体、将复杂合同分拆成简单合同等，这里给大家介绍一个律师工作当中的实例。

坐在我对面的是一个喋喋不休的当事人，他正在对我述说一件烦恼的事情：

当事人：我和李某是朋友，前几天我们一起喝茶，就在广州越秀区。他说起来他现在广州有一间商铺想卖。我咨询过其他律师，他们说要签合同。我回来问我朋友借了 30 万，打算付首期，还写了欠条。这个商铺我自己去看过，地头还不错，目前租给了一个河南人卖服装，生意很好。我和老板聊了一下，大家挺开心的，他还说愿意让我入股他的店。

我现在总共筹到现金人民币 100 万元，刚好够钱。不过李某是香港人，现在加拿大居住，他说让我先签了合同寄给他，他在加拿大签好了特快专递寄回来。我打算先付一半钱，

等房屋过户到我名下之后再付清。

很明显，当事人的陈述是杂乱无章的，当中穿插了各种虚虚实实、有用无用的信息和线索。此时，律师需要依靠“解构—重构”法则，对上述内容进行分解。

首先是进行解构：

解构—重构法则（2）

律师：请简要说明一下你的目的是什么？

当事人：我希望买到这个商铺，但又害怕有风险，所以希望咨询一下。

律师：我确认一下，你的要求是安全顺利地购买该商铺，询问购买过程当中需要注意什么法律问题和防范什么风险？

当事人：是的。

在解构完成后，根据梳理信息的结果，律师开始重构：

律师：我们来分析一下这个案件。

（主体）首先，你是国内人，对方是香港人，你们的交易属于涉外房产买卖，为了交易方便起见，对方需要在香港或加拿大办理委托手续的公证书。否则他本人需要亲自回国签署合同和办理过户手续，这会增加你们双方的交易成本（经济风险1）。

（客体）第二，房产有产权证，但是否有抵押，目前尚不清楚，需要去房管局查证（法律风险1）；还有，商铺现在出租当中，按照法律规定，租户在同等条件下有优先购买权，所以需要先行征询租户意见，在其放弃优先购买权情况下才能安全购买该商铺（法律风险2）；另外，该商铺是否有拖欠物业管理费等情况均不清楚，需要查证（经济风险2）。

（权利义务，总结性发言）依据我们的专业经验，要做到有效控制风险，需要注意这样几点：

首先，要求对方保证商铺产权的完整和没有瑕疵的；其次，在合同当中规定在对方办理过户完毕后我方才付清房款；第三，如果多少天内对方不能办理过户的，我方有权取消交易。

实务当中，“解构—重构”法则往往贯穿了整个法律服务过程当中。相关的应用实例读者可以参见本书下册的“债务重组案之大浪淘沙”当中的相关介绍

标题与目标（1）

法律文书的标题不需要讲究文采，最重要的是贴合和恰当表达当事人的目标，最好的方法是浓缩或萃取文书当中的法律关系。这样做的好处不仅可以为文书写作树立一个明确的方向，而且可以帮助读者在阅读正文前，清晰掌握文书的重点所在。

但是，我不止一次遇到这样的当事人或者律师，为了规避法律，故意将文书标题简化或模糊化，以为这样就能够瞒天过海，其实是自欺欺人。

记得曾经有个当事人持一份《借款合同》前来咨询，合同内容大致是A公司将自己的流动资金借给B公司，约定借款利息多少、借期多少、逾期不还罚息多少等等。当事人知道中国法律有一条关于“企业之间严禁互相借贷”的高压线，因此曾经咨询过另外一位律师的意见，这位律师给他的建议倒是很简洁：

将协议书标题从原来的《借款合同》改变为《协议书》。原因之一是由于去掉“借款”二字，故而可以避开高压线；之二是将“合同”改为“协议书”，给人的感觉这份文书不会太正式，因此也可规避上述规定。

我听完之后简直哭笑不得。法律关系确实会因为用词不同而有实质改变，但绝对不是将“合同”改为“协议”这种掩耳盗铃的愚蠢做法。究竟什么样的用词可以改变法律关系的性质，充分保障交易双方的权益？如下案件可作范例：

我们的一个法律顾问单位甲公司拟向乙公司出售包括压缩机、液化机械以及配件在内等一批设备，双方约定由甲公司帮助乙公司将上述设备装配成一条生产线。

乙公司律师拿出了一份当地工商局制定的《买卖合同》标准版本，甲乙双方对合同文本没有太大意见，但甲方担心乙方缺乏付款能力但又希望做成这笔生意，所以要求我所律师“修改一下合同字眼就行了”。

标题与目标（2）

我手下的主办律师按照当事人指示，将合同作了字眼改动后提交给我审查，我看完后觉得不能从根本上解决当事人的忧虑，于是指示律师回复当事人，建议仅改动合同标题，从原来的《买卖合同》改为《加工承揽合同》，这样能够很好地防止对方违约。

当事人听完我们的答案后半信半疑，但还是接受了。

结果合同签署后不久，果然出现了对方拖欠货款的情况。当事人打来电话问怎么办？

我答曰：“我们已经在合同当中帮你预埋了相应的对策，你直接停止发货就行啦。”

当事人还是将信将疑，“这样能行吗？合同当中可是规定了交货时间的！”

我坚定地回答：“肯定可以，因为你和对方之间不是买卖关系，而是加工承揽关系。”

我们的着眼点是这样的：要防范不能按时收到货款的风险，绝对安全的做法当然是“先付款、后交货”，但对方坚持不肯，当事人又急切希望做成这笔生意，修改合同字眼只能是治标不治本，所以此路不通。

我们考虑到本案的交易行为既有买卖性质也有加工承揽性质，而《合同法》为了保护承揽方的利益，设置有留置权这一特别规定。标题一改，法律关系就从购销改变为加工承揽，受到上述规定的保护。一旦对方无力或者故意不付款，我方当事人就可以依法留置设备，因此能够从根本上解决当事人的忧虑。

此案当中，对方后来发现我方使用留置权合法对抗交货义务，拖延付款再无意义，只好乖乖地如数付清货款。

关于标题写作的具体实例可以参见本书下册的“财产租赁案之简单任务”当中的相关介绍。

标题与内容（1）

在写作当中，要时刻留意标题与内容应当互相吻合，即文要对题。

例如在某份《软件开发合同》当中，有如下标题和条款：

七、产品责任

1、如在乙方提供的本协议约定的软件安装调试时，或在本软件安装调试正常使用后，因乙方的人员技术问题或乙方的开发软件本身的技术问题，而导致本软件或甲方的电脑信息系统不能正常使用，乙方应在接到通知时起8个工作日内对本软件进行重新修复至能正常使用的状态，并保证不发生数据的丢失和改变。如乙方不能如期完成修复工作的，甲方有权委托第三方进行，并有权解除本协议及要求退还已交付的研发费用，同时有权要求乙方方因此造成甲方的相关损失进行赔偿。

2、如乙方违反本协议第五条约定，没有提供相应售后维护服务的，甲方有权委托第三方进行，并有权解除本协议，同时有权要求乙方赔偿损失。

3、乙方保证在开发计息软件及接口过程中，不侵犯第三方的知识产权，否则，甲方有权解除本协议要求退还已交付的研发费用，并有权要求乙方应当承担甲方因此所造成的一切损失，同时要求乙方支付相当于研发费用 10 % 的违约金。

上述条款问题很多，与标题相关的问题有：

首先，定义不明。我国至今只有《产品质量法》而没有《产品责任法》，何谓“产品责任”并无明确定义。根据我国《产品质量法》规定，该法的立法重点是监管产品质量并非产品责任，所以两者有关系，但不完全等同。

其次，题不对文。将很多不属于产品质量的内容都塞到这里，例如：“甲方有权解除本合同”属于违约条款；“及时提供售后服务”属于售后服务条款；“不侵犯第三方的知识产权”属于版权保护条款等，这些内容应当分别归纳到不同模块条款当中去。

综上所述，上述条款的改写结果如下：

七、软件产品质量和责任保证

无论基于何种原因或出现何种情况，乙方均应当保证：

1、软件不存在可见或潜在的功能障碍、产品缺陷或者其他不符合本协议规定要求的情况；

2、软件所采用的计算公式和计算方法不会导致数据运算结果的重大错误或丢失；

3、软件本身具有数据的自动备份和恢复功能，无论何种情况导致数据被错误删除或丢失，软件可以即时全面恢复数据。

标题与内容（2）

八、软件售后服务

因软件或乙方人员的技术问题而导致软件或甲方的电脑信息系统不能正常使用的，乙方应在接到通知时起 8 个工作小时内对本软件进行重新修复至能正常使用的状态。

九、软件版权

1、乙方向甲方保证所开发的软件本身及其所采用的素材，包括但不限于公式、代码、界面和菜单等，均属于乙方独立开发，不会侵犯任何第三人的合法权益；

2、甲方永久拥有软件及其所采用素材的所有版权权利，甲方有权自行决定将该软件以免费或收费方式提供给第三方使用，但甲方不得因此侵犯乙方相关软件的版权权利。

十、违约责任

乙方发生如下违约事件的，甲方有权解除合同：

……

标题与内容除了实质对应外，形式上最好也要做到一一对应。例如文中某一部分的标题是：“关于本案的货物验收和付款问题”，接下来的段落最好分成两个自然段，第一个自然段讲述“货物验收”，第二则是“付款”。

标题的写法（1）

观点

λ 开门见山

法律文书是解决问题用的，不是用来研究学术问题或抒发感情的，所以不需要“曲径通幽”和“一波三折”等艺术手法。忙碌的法官或当事人不会喜欢耐心地将你的文书从头看到尾，直至最后才恍然大悟。他们阅读此类文书，都带着强烈的目标，需要的是明确无误的答案，如果能够在文书开头简单铺垫后就立即给出答案，能够更好地帮助他们理解你的观点。

所以在表述观点上，首先强调的是开门见山，开宗明义，在文章和段落开头放置内容鲜明的主题句。这是最有效，也是最简洁的方法。

其次，观点的写作应当做到六个字：明确、严谨和灵活。以某一劳动纠纷诉讼案当中的代理词为例，初稿当中有如下分论点：

1、被告根据原告自己填报的《加班费申请单》计发原告加班费。

2、原告计算加班费的基数错误。

3、被告与原告约定 7 元/小时加班费符合法规规定。

4、原告此项诉讼请求已过申诉时效。

撇开这四个分论点的实体问题，仅就上述四个分论点的写作形式而言，是非常混乱和不一致的。第1点讲的是仅仅事实，没有论点，让人不知所云；第2点讲的是事实问题，与第3点性质类似，但写法却不同；第4点讲的是程序，采用结论句式，与前面写法又有差异。四个论点之间的先后排列顺序混乱，尤其是没有依据普通人的阅读习惯，将标题按照重要性从高至低的顺序排列。

比较好的写法是将最重要或最容易解决问题的论点排前，先讲对方的错误，再讲自己的行为合法，依次排列。因此修改如下：

1、 原告的诉讼请求已过申诉时效。

（强调支持被告理由的最重要问题）

2、 原告计算加班费的方法错误。

（讲述原告自身有错误，打掉对方气势）

3、 被告计算加班费的方法符合法律规定和双方约定。

（讲述被告没有错误，与第2点形成强烈对比）

4、 原告已经根据自己确认的加班时间领取了足额加班费。

（讲述原告已经通过自己的行为宣告放弃请求，即使前面3点都不能成立，还有第4点作兜底，使自己立于不败之地）

标题的写法（2）

结构

λ 结构的结构

据说世界四大会计师事务所之一的普华永道会计事务所在英国大学里招聘时，给应聘者出了一道题目：搭积木。应聘者被要求用最少的玩具零件数量，搭建一座高大而又坚固的城堡。同地样，搜索引擎界巨头 google 公司在一次名为“goolge games”的招募活动之中，也是邀请应征者搭建积木，要求越坚固越好。

应征者后来讲述体会，感觉最重要是两个字：结构。

传统写作教育告诉我们，写作艺术的最高境界应该是浑然天成，所谓“羚羊挂角，无迹可求”。但在法律文书写作当中，这一比喻往往容易误导入门者，尤其是当思维还是一团浆糊的时候。

法律文书写作非常讲求清晰和准确，结构就是体现这一特征的重要方法。所以，从思维开始，你就需要小心考究，建立起一套清晰和完整的文书结构，无论对你思考问题还是读者阅读文书，这都是至关重要的。如果结构清晰，你的文书自然层次分明，带给读者庖丁解牛般的艺术美感。但是，如果结构混乱或复杂，你的文书就会变成语言的迷宫，使读者如堕迷雾当中，不知所云。

无论是合同类文书、咨询类文书还是诉讼类文书，都非常讲求结构的易读性。结构是文书框架、线索、叙事顺序和推理模式的有机结合，具体可表现为三种互相关联的关系——向上关联、向下关联和横向关联。它们之间的规则是：

- 1、上一组标题应该是下一组标题的总概括；
- 2、下一组标题则是上一组标题的分解和阐述；
- 3、同一组标题当中应该存在某种逻辑关系。

以上述“观点”一节当中所举例子，它将原来没有内在联系的结论，按照内在逻辑关系，重写成具有关联的两部分，分别是：

1、关于债权人身份和××酒店抵押财产分配方法

2、关于股东身份和××酒店剩余财产分配方法

关于文书结构安排的技巧，读者可以从本书下册的多个写作实例当中获得参考和启发。

标题的写法（3）

λ 章节

（略）

λ 线索

中文写作技法多变，既有天马行空式的跳跃，也有推理等层层递进的方式，何种技法为法律文书所常用？按照我的经验，叙述文或说明文的叙事方法较为多见。因为法律文书都是以陈

述事实或者说明问题为基本方式，多采用逻辑推理，文书体系表现出较为严密的逻辑结构。

法律文书的线索大多与逻辑分析和推理有关，常见线索有如下四种：

1、时间线索。即通常所说的“顺叙法”，也就是按照事件的时间发展过程来展开描述。在文书中，通常是以时间为线索，以行为过程为内容依次记叙发生的事件，例如起诉状、上诉状、法律意见书等。这是法律文书习惯采用的最基本的方法。

2、主次线索。这种方法是对论述法律事实而言的，重要的法律事实在前，次要的靠后，依次展开。例如法律服务方案当中，对于某法律问题的解决，通常是先论述最重要的问题，然后是次要问题；或者是先论述程序问题，再讨论实体问题，或者反之。

3、类别线索。即将同类性质事实综合归纳起来的方法，在刑事案件当中较为常见，例如起诉书、起诉状当中，围绕被告人的犯罪行为或者违约行为，根据总结的若干要点展开论述。

4、要件线索。以辩护词、代理词为代表，辩护词主要是围绕罪名的四大要件，即主体要件、客体要件、主观方面要件和客观方面要件等展开分析和逻辑推理，逐一分析四大要件当中哪个要件不成立、哪个要件成立，最后得出结论。再以律师代理词为例，律师主要是针对原被告双方之间的法律关系构成，即主体、客体和内容三大部分展开辩论，证实自己的观点或反驳对方观点。

上文结构当中，第一章至第七章，采用法律关系要件为线索。第一章定义，定义合同基本用语，搭建起整个法律关系的框架；第二章先决条件，讲述法律关系的主体，规定主体资格方面的条件；第三和第四章，讲述法律关系的客体，即债券本身和相应的发行工作；第五、六、七三章，讲述的是法律关系内容，即双方权利义务；第八至十三章，以商业交易的进程——顺利时候的履行顺序或者发生纠纷时候的纠纷发生先后为线索展开写作。

标题的写法（4）

叙述

λ 一一对应

以某份律师事务所接受张某的委托，就其与蔡某的欠款纠纷有关事宜出具的法律意见书为例：

（以下是该法律意见书关于事实陈述部分）

2001年7月至10月，张×与蔡×在超×公司从事礼品销售工作，当时蔡×为超×公司的项目经理，张×为蔡×手下的职员。2001年10月，张×离开超×公司。据张×提供说蔡×可能是2002年5月离开超×公司的。2002年5月8日，受蔡×之约，张×到×宾馆写字楼604室上班。（注：该地点成为2002年6月下旬成立的翰×公司的地址，蔡×为翰×公司的老板，该公司也从事礼品销售工作。）蔡×与张×口头约定，对于张×的销售利润，张×与蔡×按7:3比例分成。当时蔡×给张×的发票是超×公司的。6月初，张×销售七个名为“镇宅之宝”的礼品，销售收入为现金，全部交给蔡×个人。按约定张×应提成10,472.00元，有蔡×于6月18日所立欠条为证。后因双方发生口角纠纷，张×让蔡×返还欠款。而蔡×则要求张×在翰×公司干到年底，到年底才支付该欠款，否则不予支付。同时还表明该欠条未经公证，没有法律效力。2002年8月，张×又到超×公司上班。

上述内容可谓集中了事实和证据方面陈述错误之大成，表现在：

1、缺乏事实和证据一一对应的观念。文中提及的所有事实，例如张×与蔡×在同一公司工作、蔡×和张×的职位、张×和蔡×的离职时间等等，均没有列明相应的书面证据，导致本就混乱的事实描述更显凌乱。

2、线头众多繁杂却没有突出重点。这段是描述张×与蔡×就销售货物利润如何分配的问题，因此，张×收到货物证明、双方约定分成比例、何时何地及销售收入交给蔡×这些足以影响双方利益分配的关键事实，应当放到同一段落当中集中陈述。但是，这段陈述当中夹杂了张×先后到超×公司、后到翰×公司工作等其他无关内容，还另加注释，枝节过多，是明显的败笔。

3、遗漏了销售成本这一关键事实。销售利润由销售收入减去销售成本所得，但文中仅陈述了销售收入金额和双方约定分配比例，只字未提销售成本如何确定，是明显的漏洞。

综合上述几个问题，以讲述双方利益分配的为中心，以时间顺序为线索，改写如下：

（双方结识过程）据委托人的相关陈述和提供的《劳动合同》（见证据一），2001年7月至10月，委托人应聘到超×公司从事礼品销售工作，与当时职务为超×公司项目经理的蔡×认识，并在其领导下工作。委托人与蔡×后来先后因故离开超×公司。

（双方约定内容）2002年5月8日，委托人受蔡×个人名义聘请，为其开展礼品销售工作（见证据二）。双方并未就委托人的工作地点有约定。当时蔡×口头承诺，委托人为蔡×开展礼品销售工作，没有底薪，销售成本按照×方式计算，销售利润由委托人与蔡×按7:3比例分成，上述内容有委托人陈述和第三人证明（下称“上述约定”，见证据三）。

（法律主体的区分）为方便收款及与蔡×另行成立的翰×公司的销售工作区别开来，蔡×

交给委托人未收款的发票×张，总金额×元，开票单位是蔡×原来工作的超×公司（见证据四）。

（双方履行过程）2002年6月×日，委托人于蔡×处领取了七个名为“镇宅之宝”的礼品并成功销售出去，相关礼品已经交给了当事人并收取了相应的销售收入现金人民币×元（以下称“上述收入”，见证据五）。委托人于2002年6月日将上述收入交给蔡×（见证据六）。

（双方结算过程）按照委托人与蔡×的上述约定，上述收入当中销售利润为×元，委托人应当获得10,472.00元，蔡×同意上述收入的计算金额并于2002年6月18日向委托人出具了欠条（见证据七）。

（双方争议结果）但是，其后蔡×借口要求委托人在翰×公司继续工作到今年年底才能支付以及该欠条未经公证没有法律效力为由，拒绝支付上述欠款。

在法律职业人眼中，无论客观事实千变万化，都可以按照要素思维和系统思维，逐一放入围棋盘中，转换成法律事实，具体要素包括：事实名称、内容、时间和地点；证据的名称、内容、签发时间和来源提供者；对于证据的真实性、合法性和有效性的判断等。

如果一个案件的法律事实众多，我们应当如何正确陈述呢？可以采用“三性一中心”的方法。

就事实而言的“三性”，指的是它性质上的“三性”——客观性、全面性和完整性，即对于我们叙述的每一事实，是否没有夸大，没有主观臆断，严格做到了靠证据说话？将各个证据互相串联起来，是否已经足够全面和完整地反映事实全貌？

所谓证据的“三性”，指的是法理上的“三性”——真实性、合法性和关联性，即考察证据有没有被伪造，证据的来源是否合法，还有这个证据是否与待证明的？观事实之间是否存在关联关系等。

在陈述方法上，我们需要围绕“一个中心”，就是以文书观点为中心展开筛选和陈述。与中心密切相关的应该作为重点集中陈述，与中心无关的应该省略，如果是次要的作一简单总结即可。

标题的写法（5）

我们以某律师制作的起诉状为例，原文如下：

二零零三年初，原告与被告达成协议，将原告韩国双氧水货物一批交给被告保管，双方建立货物仓储法律关系。二零零三年五月二十三日、六月六日、六月十九日、六月二十日，被告未经原告同意，擅自在仓库里提取韩国双氧水共计1540桶，同年七月十日退回400桶，因

此尚有 1370 桶，即 41.100 吨存于被告仓库。原告于同年七月三十一日向被告发出请求验证后给予认证回签的书面函，但被告拒绝。

粗略数了一下，这段短短 171 个字的描述当中，有超过 10 个以上的错误：

最严重的错误是将多个事实和证据混作一团，客观事实竟然没有一份相对应的证据！

其次是将多个事实混合在一起，“二零零三年五月二十三日、六月六日、六月十九日、六月二十日，被告未经原告同意，擅自将在原告仓库里提取韩国双氧水共计 1540 桶”，这里讲述的是四个客观事实，应当独立描述每一次提货的具体内容，例如如何判断被告未经原告同意，被告每次提货的数量等。

还有就是遗漏了多个重要事实，例如：原告与被告之间的保管合同主要内容、原告在知悉被告擅自发出原告货物后有无提出异议等等，这对于区分双方权利义务都很重要。

改写方法是围绕文书中心，添加与中心有关的重要事实，同时分割每一个单独的客观事实和证据，逐一陈述它们之间的一一对应关系，改写结果如下：

2003 年×月×日，原告与被告签订《货物保管协议》（见证据一），约定由乙方负责为原告保管或发出货物，保管期限自 2003 年×月×日起至 2005 年×月×日止，保管地点为×，原告因此应当向被告支付保管费人民币×元。

2003 年×月×日，原告按照约定将货物韩国双氧水（下称“货物”）共×吨交给被告保管（见证据二），同时依约向被告支付保管费人民币×元（见证据三）。

2003 年×月×日至×月×日期间，被告未经原告同意，先后 4 次自行在仓库里提走原告的货物合共 1540 桶，具体时间和数量分别是：

2003 年 5 月 23 日，×桶（见证据四）；

2003 年 6 月 6 日，×桶（见证据五）；

2003 年 6 月 19 日，×桶（见证据六）；

2003 年 6 月 20 日，×桶（见证据七）。

2003 年 7 月 1 日，原告发现上述情况后，向被告提出了书面异议（见证据八）。被告其后于同年 7 月 10 日退回原告的货物合共 400 桶（见证据九）。

2003年7月31日，原告为验证货物数量，向被告发出请求验证货物函，但被告予以拒绝（见证据十）。

在描述多个事实时，常用的方法是逐一叙述各个事实和证据之间的一一对应关系，同时注意陈述的先后顺序，这种笨办法可以帮助你有效查清你手中的证据是否已经流畅地串成证据链，是否存在掉链等情形。

有时候，笨办法是最安全的办法，也是最好的办法。

标题的写法（6）

λ 补强

补强是指针对某些关键事实的缺失或模糊不清，你需要通过寻找和补充证据，予以澄清或强化。某一事实是否需要补强，一般需要首先验证如下几个问题：

→ 是否对方有确认过？

是否双方有交易惯例可供旁证？ →

是否有法律强制性规定予以明确支持？ →

→ 是否可以挖掘其他事实与之互相印证？

→ 是否这一事实属于法定无需举证或者举证倒置的情形？

以前述的蔡某欠款案文书为例，有两个事实很关键：一是双方在事前如何约定销售收入分配比例；二是双方在事中有无实际交接销售收入，这两个事实直接影响到案件的分析结果。

但上述文书当中，第一个事实只有口头约定，第二个只有欠条证明，显属不足，应当考虑如下补强工作：

→ 第一个事实，应当考察双方是否有类似合同、签收单据或第三人证明？双方以前是否有同样的提成惯例？蔡×是否与其他人员也有同样比例的约定作为旁证？

→ 第二个事实，除了原有的唯一证据——欠条外，还应考察双方是否还有银行转账证明、第三人证言等可作佐证等。

对于两个事实补强后的结果如下：

（第一个事实）

当时蔡×口头承诺，委托人为蔡×开展礼品销售工作，没有底薪，销售成本按照×方式计算，销售利润由委托人与蔡×按 7：3 比例分成，上述内容有委托人陈述和第三人证明（下称“上述约定”，见证据三）。

（第二个事实）

委托人于 2002 年 6 月日将上述收入交给蔡×（见证据六）。

按照委托人与蔡×的上述约定，上述收入当中销售利润为×元，委托人应当获得 10，472.00 元，蔡×同意上述收入的计算金额并于 2002 年 6 月 18 日向委托人出具了欠条（见证据七）。

标题的写法（8）

λ 自圆其说

如果是陈述事实与己方观点或者事实之间有矛盾的，就应该重点考虑如何能够自圆其说，以消除对己方观点的不利影响，切忌自说自话，不作解释，这给人掩耳盗铃之感，直接削弱文书的说服力。

仍以前述蔡某欠款案文书为例，关于委托人与蔡×之间的法律关系一段，原文是：

2002 年 5 月 8 日，受蔡×之约，张×到×宾馆写字楼 604 室上班。（注：该地点成为 2002 年 6 月下旬成立的翰×公司的地址，蔡×为翰×公司的老板，该公司也从事礼品销售工作。）

根据上文，张×上班地点与翰×公司的地点相同，工作性质相同，双方的老板同为蔡×一人，这容易令人混淆：到底张×受雇于蔡×个人还是蔡×所开设的翰×公司？情况不同，本案结果大不一样。

我国法律规定，自然人对债务负无限责任，公司负有限责任。如果此案法律主体被认定为公司，可能会引发蔡×个人签发欠条无效等连串问题，最终可能导致蔡×个人逃脱责任。因而在写作过程当中，应当有预见性地就可能混淆的事实进行相应的说明或反驳，不给对方留下反击的把柄。

上文的解决方法有多种，比较简单的是考虑到双方对于委托人的工作地点没有书面约

定，因此可以直接在文中否认，文书内容修改为：

2002年5月8日，委托人受蔡×个人名义聘请为其开展礼品销售工作（见证据二）。双方并未就委托人的工作地点和上班时有约定。

此外，可以利用开发票主体这一事实，从旁佐证委托人并非为翰×公司工作，写法如下：

为方便收款及与蔡×另行成立的翰×公司的销售工作区别开来，蔡×交给委托人未收款的发票×张，总金额×元，开票单位是蔡×原来工作的超×公司（见证据四）。

创造

某些事实很关键，却无法补强和自圆其说的，你仍然可以设法创造证据予以补救，具体方法有录音、录像或者拍照等。具体技巧可以参见本书“法律思维篇”当中的“创造思维”以及下册的“诉讼实体案之高新企业的绝对反击”当中的相应介绍。

引用

（略）

议论

所谓议论就是运用事实和法律规定，通过演绎、推理、归纳、归谬等方式，建立正确的法律分析意见，反驳对方的错误观点。

相信读者都已经在中文课程当中学过议论文的三要素。三要素也是法律文书议论的基本要素。所谓论点，就是“是什么”，即你的观点，在法律文书当中往往体现为法律文书的大小标题；论据，就是“用什么证明”，就是你运用什么素材——具体的事实、相应的证据和法条。论证过程，就是运用演绎、归纳、归谬等方法，将论据加以运用从而得出论点的过程。

本章关于论点和论据已经有所介绍，此处介绍论证过程方法如下：

（略）

风险

（略）

文风

根据目标和需要不同，法律文书的文风各不相同。法律意见书，文风多为沉静和理性，适合对法律事务展开理性分析和判断；代理词等，以说服法官为目标，所以说理为主，兼有煽情；律师函等，语带威胁的，适合给予对方压力和打击对方；招股说明书等格式化文书，一般采取无感情地逻辑叙事风格。

λ 态度

曾经有位当事人，给我一份律师函，说是请一位经验丰富的律师写的，准备发给违约方，让我帮忙改改。我接过来一看，有如下表述：

关于委托代理合同，我方严肃地向贵方提出如下要求：鉴于合同中并没有注明注册和验资费用等开支另计，故我方财务不会也不能执行该费用的报销。我司对此郑重声明，贵司必须保证工作的严谨性，否则将严重影响双方的合作。

我不仅哑然失笑，反问当事人一句：“对方已经拉开架势准备和你们开战啦？”

当事人很奇怪地看着我说：“不是啊，我就是想警告一下他，让他们感到问题的严重性。”

我回答：“你这份文件在法律内容方面没有问题，只是用词必须修改。”

当事人奇怪道：“既然法律方面没有问题，为什么要作修改？”

我答曰：“因为它的文风不妥。请留意一下当中的语气，短短的 100 字，当中居然有严肃、不会也不能、郑重、必须、严重等这么多非常严重和生硬的字眼，如果是换了你，会有什么感觉？”

当事人遂恍然大悟。

角度

当事人是一家多年的国有企业，退休职工多，历史债务重。经过与贷款银行的艰难谈判，终于争取到贷款银行同意减免贷款，双方拟签订《债务重组协议》。助理交给我初稿，在合同的“鉴于”部分有如下描述：

甲乙双方为防止国有资产继续流失，经过平等协商，同意签订本协议。

我看到这种写法后告诉助理：“你的这种写法在法律上没有问题，但在领导面前是犯忌的，肯定通不过！”

助理一头雾水，“为什么法律上没有问题却又通不过？”

“如果领导签了这份协议，岂不自认其过去的行为有错？”

助理遂恍然大悟，于是修改如下：

甲乙双方为保证国有资产增值保值，经过平等协商，同意签订本协议。

λ 修辞

在法律文书当中，要注意慎用修辞。中文当中的修辞手法是相当丰富的，但是，除了双音节词和对偶等体现严谨性的修辞手段被广泛应用外，其他诸如成语、回文、顶针、谐音双关等修辞方式，或者具有强烈主观色彩的用词均应当少用或不用。还有，司法文书目前还普遍采用一些具有强烈阶级斗争色彩的词语，例如：坏人到某个地方必定是“窜至”，而好人则是“到达”；两个坏人在一起叫“伙同”，两个好名叫“协同”；几个坏人组成的必然是“团伙”，好人的是“集体”或者“团队”等，这些其实都是不恰当的用法。

情感

在法律实务当中，尽管强调理性和逻辑，并不意味着只有冰冷和机械地说理。因为人在运用理性对事物做出判断时，总要有一定的情感相随。两者有如孪生姐妹，又似水乳相交融。只有将情感融入法律当中，灵活适用法律，根据个案具体情况展开分析、判断、权衡和辩论，才能真正体现出法律的生命力。

法律文书的风格确实应该理性缜密，但谁规定过它必须是毫无生气，完全没有笑容和人情味呢？环看我国的法律文书，可谓“乏善可陈”。据说在有些地区，判决书的封面都开始烫金了，可是内容呢？仍然如同一台缺乏情感的机器，文字的贫乏与粗劣，还是海棠依旧。

法律文书确实不需要感情泛滥，但需要真诚的表达。这种真诚，应该是发自内心的。例如北京市第一中级人民法院法官在晏教授诉朱玉琴民事赔偿案判决书中，就大胆抒发了主观感受：“目睹一个生命由生机盎然竟在短暂的时间内凋零，而这个生命竟是自己的独生爱女，这是一种何等的痛苦！……法院相信这种痛苦确实是到了无法想象的地步。”寥寥数语，体现了“对无辜横死的人的惋惜、对受害方极度精神痛苦的同情。让看惯了冷冰冰的法律文本的人们觉得耳目一新，让关注此案的善良的人们深感安慰。”美国联邦最高法院的判决书，甚至还不时出现莎士比亚以及其他诗人的诗句。艺术之美贯注于刻板的法律当中，多么地引人共鸣，发人深思。

一篇优秀的法律文书，本身就具有强大的逻辑力量，如果再加入撼人心脾的情感滋润，说服力和感染力兼备，必然成为经典之作。

法律文句四要素（1）

英国作家乔治·奥维尔说，一个细心的作者在写每一句话时，必须问他自己至少五个问题：

我在试图说什么？—

什么样的词语能表达它？—

— 什么样的形象或土语能表达得更清楚？

这个形象是否很新鲜，能足以产生某种效果？—

— 我能否再把这句话写得更短一些？

这个写作要求在以简洁严谨为要旨的法律文书写作当中尤为重要。在实践当中，有些法律文书很简洁，将各种具体情况一言蔽之；有些则很罗嗦，一一罗列各种细节。究竟当中的尺度如何适当把握呢？西方著名的法律作家乔治·库德（George Coode）曾于1843年发表论文《论立法的表达或书面法律的语言》（On legislative expression, or the language of the written law），首次提出了法律文句的“库德四要素”概念。他认为，每一文句应当包括如下四种要素：

— 对法律对象的描述；

对法律行为的阐述；—

描述限制该法律行为的情况；—

— 法律行为的运行情况的条件。

中外语言规范存在较大差异，“库德四要素”并不适用于我国的法律文书写作。我根据多年的法律实务工作经验，提炼出如下的“法律文句四要素”写作原则，可以适用于日常的法律文书写作当中。

这个原则的核心意思是，一个标准的法律文句应当包括如下四个要素：

主体 + 条件 + 行为 + 对象

法律文句四要素（2）

其中：

1、主体。包括了行为的实施主体和接受主体，例如合同当中的双方；

2、条件。指主体、行为或者对象的具体情况，包括了无条件、有条件、除外条件或者假设性条件总共四类条件，例如某些特定事实、特定行为、特定范围、期限、时间等；

3、行为。指发生在主体之间的、可以衡量和判断的具体行动，包括主动行动、被动行为和默示共三类，例如货物或文件移交、款项支付、声明陈述、通知签发、文件签收等；

4、对象。指行为所指向的对象，例如双方签订的合同、移交的货物、支付的货款、发出的通知等。

在行文当中，四个要素的排列位置和顺序会因陈述的需要，灵活地调换；亦可能因为简约的需要，而被省略部分。

下面就是几个典型的例子：

若乙方存在本合同 7.1 条所述情形之一者，甲方有权 宣布解除 本协议。

条件 主体 行为 对象

乙方 承担 本合同所述标的债权转让过程当中发生的 如下 费用。

主体 行为 条件 对象

甲方 仅在向甲方付清全部转让对价款后方有权向乙方 提出 协助 要求

主体 条件 主体 行为 对象

怎么写一个句子

1、描述权利义务

一个典型的法律文句，通常采用“主谓宾”的句式——以单一主语开头，连接一个或多个动词的复合形式。这种句式在合同当中尤为常见。

学法网——与法律人共成长

例如描述单一行为或义务的句式：

甲方有权单方宣布解除合同。

又如描述多个行为或义务的句式：

若乙方存在本合同 7.1 条所述情形之一者，甲方有权单方宣布解除本协议，收回已经向乙方交付的文件，同时没收乙方已经向甲方支付的保证金。

2、描述事实

当一方向对方或者第三方描述某种法律事实时，通常分为单方陈述（主动、被动和第三方陈述）或者双方陈述三种方式，在以说服为主要目标的法律文书当中，主动和被动两种方式通常交叉采用。

例如在代理词当中，律师为了向法官强调被侵权的事实，通常采用被动句式增强法官的主观印象。例如：

被告受原告的胁迫，被迫写下借条。

但是，被动句式在合同类的法律文书当中很少采用，理由很简单，合同类法律文书讲求的是双方权利义务的平衡性，而被动用法强调的是单方的权利义务，放在合同类文书当中当然不合适。例如“此物将被卖方卖给买方”就明显不如改成主动语态的句子——“卖方将此物转让给买方”来得直截了当。

在合同类当中陈述和确认某些基础事实，通常采用客观叙事的方法进行，例如：

甲乙双方一致确认，甲方已就债权资产包整体及当中单个项目的真实性、合法性、有效性、完整性、法律瑕疵和风险向乙方做了必要和充分的陈述并提供了相关资料。

你的还是我的

在描述各方行为的依存关系或者顺序时，我们可以使用“的”字句。分成如下三种情形：

1、一方行动以另外一方的行动为前提条件，例如《合同法》第 80 条：

债权人转让权利的，应当通知债务人。

2、双方互为行为主体的对等关系，例如《合同法》第 66 条：

当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。

3、描述三个主体或者更多主体之间的关系，例如《合同法》第 64 条：

当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。

我同意，但.....除外

当你需要有限度地同意对方观点的时候，可以使用“但...除外”句式。这个句式帮助你说明某种必须被剔除的条件或情形，多数出现在区分各方权利义务界限的时候。例如《合同法》第 367 条：

保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。

还有复杂一点的形式，如《合同法》第 79 条：

债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：

- （一）根据合同性质不得转让；
- （二）按照当事人约定不得转让；
- （三）依照法律规定不得转让。

你同意下列之一

“之一”句式在合同当中尤为常见。合同当中经常会讲述到一方行使权利的前提条件，这种条件可能是期限性的，例如特定期限或时点；也可能是行为性的，例如乙方完成报批、移交等某种行为；也可能是等待某种事实或行为出现，例如出现第三人提出异议；也可能是假设性的，例如出现某种导致合同无法继续执行的原因或情况等。

对于诸多条件，我们可以将其按顺序陈述或者并列陈述，陈述方法有如下几种：

1、顺序陈述法

乙方存在其他任何类似的实质性影响乙方及时和全面履行本合同项下义务的行为或事件之一或数种的，均视为乙方违约。

2、后置陈述法

当发生如下事件之一或数种者视为乙方违约：

1、无论何种原因，乙方未能按照本合同规定及时和全额支付转让对价、债权处置费用或其他费用的；

2、乙方违反其于本合同中所作的任何陈述、声明和保证的；

3、存在其他任何类似的实质性地影响乙方及时和全面履行本合同项下义务的乙方行为或事件的。

3、前置陈述法

甲方有确切证据证明乙方有下列情形之一的，可以停止继续提供贷款给乙方：

（一）经营状况严重恶化；

（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；

（三）丧失商业信誉；

（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

我说的包括但不限于

“包括但不限于”句式通常用于举例说明前述定义的内涵和外延，防止因双方理解有出入而产生争议，如下例：

第六十一条 甲方向乙方交割的文件不包括甲方及原债权方对于资产债权包进行管理的内部文件，包括但不限于请示、报告、批示、计划、会议纪要、股东会决议、董事会决议、法律意见书和法律分析报告等。

如果你这样我就那样

文书当中经常需要作出假设，尤其是合同，往往需要预先为合同双方设计如果发生不同的情况时，各方应当如何行动，权利义务应当如何分配等。描述这些假设性条件，我们可以采取“如”字句，还有“如果”、“假若”等多种相同意思的词语可供调换。如下例：

如乙方迟延接收、逾期不接收债权文件或不签署接收清单的，甲方可以将债权文件申请公证提存，自完成之日即视为甲方完成本合同规定的债权文件交割义务。

特定时空

1、时间和地点

这是叙事的基本因素。中文当中有很多模糊性的用词，例如早晨、傍晚、附近、一带等，这些词语所指的时间、地点都不够具体确切，需要将之具体到特定时空当中。

在法律文书写作当中，地点则需要定义到具体路名和门牌号码、四至范围等。时间需要具体定义到具体的时分，而且一般使用阿拉伯数字，如：公元前 8 世纪、20 世纪 80 年代、1994 年 10 月 1 日、4 时 15 分 40 秒。

但是，涉及合同签订日期、中国干支纪年等必须适用汉字，如：丙寅年、腊月二十三日和二零零七年八月八日。此外还要注意不同国家和地区陈述日期的方式不一样，中国和亚洲地区习惯使用“年月日”，美国人用“月日年”来表示日期，欧洲人使用“日月年”。

当然，遇到某些特殊情形，如为了避免歧义等，可以灵活变通，但全篇体例应相对统一。

2、期限

法律文书当中的期限和时点的界定，往往成为双方权利义务划分的一个重要标志，如下例：

— 规定前一时点 甲方交货日期不得早于××年×月×日。

规定后一时点 甲方交货日期最迟不得超过××年×月×日。—

— 规定特定期限 甲方应当在××年×月×日至××年×月×日的期间将货物交给乙方。

由于考虑不周或表述不清，有些情况下，应该规定时点的却被误作规定期限，如：

在本合同期满前六个月内，甲乙双方应当就续约与否做出决定。

这个条款乍一看来很清楚，说的是双方在合同期满前应该商谈续约事宜，似乎没有问题，但实际上是错的，因为不合理地规定了双方协商续约的起止期限。难道双方协商续约事宜，既不能早于六个月，也不能晚于六个月？相信撰写合同的也并非这个意思。

实际上，只规定前一时点足矣，改写如下：

甲乙双方同意自本合同期满前六个月开始就续约与否开始协商。

一见钟情（1）

法律用词本应严谨，但基于中文词语浩如烟海，意思多变的特点，同义词、近义词和同音词现象又非常多，这就难免产生歧义。中国法律有很不注重定义，很多常用词语都没有清楚解释，诸如原告、被告、保证金、罚款和罚金等，都缺乏明确的定义和解释，导致实务当中出现很多不必要的争议。

很多词语粗看差别不大，但仔细考究起来，含义各有不同，一般因为如下原因而产生歧义：

1、词语内涵和外延不同造成的歧义。例如 2008 年的“许霆盗窃案”，“秘密”一词在常识下应该是毫无争议的，它专指旁人或者其他不知晓的情况。但是，为了要符合许霆案的特殊情况，某著名刑法学家将“秘密”一词作了广义理解，他主张只要犯罪嫌疑人自己认为没有人知道就构成刑法上的“秘密”，至于旁人或者其他是否实际知晓则不在判断范围之内。

2、偏重结构引起的歧义。词语的重点不同，词义就有差异。例如：“新技术信息”可以理解为：“新的技术信息”，也可以理解为“新技术的信息”。

3、重复和省略导致的歧义。在某些场合下，省略某些句子成份会使得行文更加简洁和严谨，尽管不影响阅读，但也容易产生歧义。

4、词性变化出现的歧义。不仅同一词语在充当主语、谓语等不同句子成份时候会产生变化，而且即使同一词语担任同一句子成份但是由于陈述的背景不同，也会发生变化。这些变化包括了广义和狭义的变化、专用词和普通词的变化、词性的变化等等。

解决上述问题的主要方法就是“一见钟情”——下定义，即明确界定特定词语的内涵和外延。

在第一次见到陌生词（即没有法定含义的词）的时候，就要及时下定义。之后严格使用同样的称谓，一成不变。所以，一份较为复杂的法律文书，开头标志必定是长长的“定义和

用语”条款。如果定义不准或有所遗漏，在不同的语境中，内涵或外延会产生差异，从而造成歧义。如下例：

一见钟情（2）

SCC 公司系一跨国集团企业，总部设在美国。现拟对其中国区内下属企业在中国大陆采购产品的事务作统一规范。根据法律顾问的建议，SCC 拟采用总分合同的方式与供应商签署合同。具体做法是：先由 SCC 企业中国总公司与供应商签署一份总体性的框架协议。然后，SCC 下属企业向供应商发出具体的产品订单，双方按照订单内容执行。

该框架协议原文当中对 SCC 的描述如下：

第一条 xxx 亚太区集团中国下属企业（详列于附件 1，以下称 SCC）向供应商购买货物和/或服务，适用本协议，如同本协议是由供应商和 SCC 下属企业所签订的。SCC 就购买货物和/或服务发出的所有采购订单（“订单”）都应包含本协议的所有条款，即本协议构成该等订单的一部分。

……

第五条 订单只有得到 SCC 的书面确认才对 SCC 具约束力。

细数一下，上述条款总共出现了五个 SCC 概念，由于没有考虑到各个 SCC 之间可能产生互相涵盖的问题，从而造成一系列错误：

第一个 SCC 本身没有错，但由于将 SCC 定义成 SCC 所有中国下属企业的集合，因而导致下面四个 SCC 概念出现一连串的错误。

第二个 SCC 原意应当指 SCC 总部，但根据第一个定义，理解为 SCC 所有中国下属企业的延伸企业，指向错误；

第三、四、五个 SCC 原意是指 SCC 中国下属企业之一，但现在只能理解为 SCC 中国下属企业的全体，错误地扩大了指向范围。

改写结果如下：

1. 定义

.....

SCC 总部，系指依据美利坚合众国法律成立的企业，住所：××××。

SCC 中国总公司，系指 SCC 总部于××年×月×日于中国北京设立的外商独资企业。

SCC 中国下属企业，系指详列于附件 1 当中的，SCC 总部于中国独资、合资或合作设立的某一外商投资企业，该企业已经按照本协议规定要求，向本协议所列的某一供应商发出、确认和具体履行某一采购订单，该供应商已经确认接受并实际履行该采购订单。

.....

2. 本协议适用范围和约束力

2.1 本协议由 SCC 中国总公司代表 SCC 中国下属企业之全部与供应商签订，凡 SCC 中国下属企业向供应商购买货物和/或服务，均适用本协议，如同本协议是由供应商和 SCC 中国下属企业签订。

2.2 SCC 中国下属企业就购买货物和/或服务发出的所有采购订单（“订单”）均应视为默认包含本协议的所有条款，即本协议构成上述订单的一部分。

2.3 订单只有得到 SCC 中国下属企业的书面确认才对前述 SCC 中国下属企业具约束力。在任何情况下，订单均不对 SCC 总部本身或者 SCC 中国总公司产生任何的约束力或法律责任。

一见钟情（3）

修改的重点在于重新理清五个 SCC 的概念，从源头开始，分别是：

SCC 总部——SCC 中国总公司——SCC 中国下属企业（之一或全部）

定义的方法是依据资本纽带关系，从 SCC 最上层——SCC 美国总部开始定义。其次，考虑到文中只涉及 SCC 中国总公司和 SCC 下属企业两个概念，因此改写结果故意忽略 SCC 亚太区集团这一概念。

此外，SCC 原意是指 SCC 总部在中国投资的企业集合，考虑到上下文提及的下属企业多数是指该企业集合当中的某一企业，为行文简洁需要，将这一集体概念改为个体概念。

概括而言，下定义就是采用各种定语和状语，例如所有权人、数量、日期、形状、标准文号、第三方评定标准、举例子等方式，将定义对象的内涵和外延明确化，从而达到消除歧义和精确定义的目的。

在实务当中，如果判断什么样的词语应当被定义？有个很简单的原则：同样的陈述如果超过 2 次，就应该采用一个更为简短的词语将其定义。这些词语法律关系当中的主体、客体、标的物等基本词语外，还可以包括一些特定的事件、某一方采取的行为或者某些文件或者名词的组合等关键性词语，尤其是一些表述起来比较长的短语或词组也应作一简短和明确的定义。

下定义通常有扩大法、缩小法、指向法和举例法等方式，以下分述之：

1、扩大法

通常采用概括性或抽象性的语言，力求扩大定义的覆盖范围，常见于为自己争取利益最大化的场合。例如某一《资产并购合同》合同当中，为了尽量保护购买方的利益，起草人采取了尽量扩大出售方的违约范围和购买方损失范围的方法，如下例：

对由于出售方违反包含在或将包含在本协议和/或任何交易文件中的任何义务、承诺、约定、陈述或保证，直接或间接与之相关的导致购买方实际遭受的任何损失、费用或支出或因此所产生的第三人提出的任何权利主张、司法机关作出的生效判决、仲裁机关作出的仲裁裁决或政府部门作出的行政处罚决定，出售方均应当对购买方承担相应的赔偿责任，并使其免受任何损害。

2、缩小法

通常采用比较具体和含义狭窄的词句，尽量缩小范围，常见于控制风险时使用，例如：

（例 1）合作公司章程，指××公司和××集团于×年×月×日在中国广州市签订的《中外合作经营××公司合作公司章程》。

（例 2）天山路房屋，指甲方所有的×市×区×路×号房屋，房地产证编号：《×××××××》。

一见钟情（4）

3、指向法

即某一定义指向其他相关内容，常见于定义内容涉及面较广时使用，如下例：

履约奖励，应当具有本协议第 4.1 条规定的含义。

4、举例法

需要特别强调某些具体情形时，通常使用“包括但不限于”等词句进行定义，这种用法在合同等法律文书当中尤为常见，例如：

本合同所称之债权文件指甲方在签署本合同前已提供给乙方查阅的与标的债权相关的文件或资料，包括但不限于借款合同、借据、担保合同以及相应担保文件、借款人资料、催收文件、和解协议、重组协议和相关法律文书等。

关于定义的重要性和具体操作技巧可以参见本书下册的“债务重组案之大浪淘沙”当中的相关介绍。

法言法语（1）

使用法言法语是法律词法的基本要求，要注意如下四点：

1、特定性质

法律文书当中，有不少特定词语具有特定性质。例如：

违法——犯罪、不起诉——免予起诉、无罪释放——免除刑罚，三组词都是前者表示无罪，后者表示有罪，涉及到非罪与罪的界限问题；

抢劫——抢夺、盗窃——贪污、强奸——奸污，用词不同，构成的罪名和案由都不同；

自首——坦白，主动投案的叫自首，被抓住后老实交待的叫坦白。用词不同，直接涉及行为性质和量刑差异；

结果——后果，民事行为所致的称结果，犯罪行为造成的称后果，两者性质不同。

2、特定用法

某些词语有特定用法，不能够与其他相近的词语混用。例如：“账户——帐户”、“帐号——帐号”，这两对词就经常被混用。正确的词语应当是“账户”和“账号”，

凡是戴着毛巾的“帐户”或者“帐号”，其实都是错误的。这两个词甚至还在国家语委等部

门颁布的《图书编校质量差错认定细则》当中，荣获了“常见的较难界定的别字”的奖项。

3、特定程序

诉讼活动当中某些用词有法定要求，不能乱用，例如：一审诉讼当中，被告提出反诉的，称为反诉人，为了说明该诉讼参与方在原诉当中的法律地位，通常在后面加注括号，注明其身份，通常写为“反诉人（原诉被告）”；还有，提出上诉的一方称为“上诉人”，被上诉的一方称为“被上诉人”等等。而有些律师随意使用其他词语如我方、对方、××公司来代替这些特定主语名称，这是很不严肃的。

4、特定表述形式

某些定型的词、词组、成语或作为语素的数字等，也必须使用特定的表述形式，如星期五、四氧化三铁、十三届四中全会等。

又如原文为“两歹徒打伤我英勇的 110 干警后逃窜”这句话，中间的 110 就必须使用阿拉伯数字，不能使用中文，否则容易被误读成：“两歹徒打伤我英勇的一百一十（名）干警后逃窜”。

法言法语（2）

5、忌用主观语言

在过去很长一段时间里，我国的司法文书，描述犯罪嫌疑人用的必然是“狗急跳墙”、“丧心病狂”、“窜入”；讲述如何“依法”时必然是“严惩”而不仅仅是“判处”；结语部分，要求法院必定是“从严从快、严厉打击”。

其实，这类用词带有强烈阶级斗争意味的词语，在现代法治社会下已经不再适用。令人感到诧异的是，目前还有不少法律文书写作指导书籍仍然保留着这样错误的写法，实在是误人子弟。

6、杜绝使用口语

这是较为多见的错误。口语也就是“大白话”，优点在于通俗易懂，但缺点也很明显，就是语义不清。

例如“打欠条”，“打”这个具体动作直接转化为书面表达就显得很不严谨，应当改为“出具欠款凭证”更为贴切；还有，“干到底”虽然易懂，但终究不如“完成”这个书面用词来的严谨；再如“出面处理”，属于典型的方言入文，正确写法应该是“代为处理”等。

“根据”、“就”和“关于”

在写作当中，需要提及陈述依据的，可以在句首使用“根据”，或者使用近义词“就”、“关于”，例如：

根据贵公司的陈述和介绍的情况，敝所认为……

就上述股权，购买方向出售方支付股权转让款人民币××万元。

关于前述事实和证据，敝所认为……

“和”与“或”

“和”与“或”两个连接词广泛用于表示两个主体之间、两个客体之间或两个权利或义务内容之间的关系，“和”表示的是并列关系，“或”表示选择。

两者虽然一字之差，结果却是谬之千里。两个词在中文和英文当中，用法各有不同，尤其需要小心留意。

例如一份涉外合同当中，条款的翻译文本如下：

7.1 合同一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行和/或采取补救措施和/或者赔偿损失等违约责任。

这种翻译方法表面看来严格遵守了英文原意，似乎很严谨，但却忘记了中文语法，导致错误。在中文当中，和/或的用法与英文是不一样的，这个条款来自于《合同法》第 107 条，我们看看原文就清楚了：

第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

在中文当中，表示共同以及选择性的关系不仅仅是依靠和/或两个连接字，还依靠顿号和分号。表示两个词语之间并列关系的，一般使用顿号或分号连接。但是，在最后两个词语之间，使用“和”或“或”充当连结词，不使用顿号或分号，也不同同时使用“和/或”的方式。

“必须”和“应当”

学法网——与法律人共成长

在法律文书当中，“必须”和“应当”是同义的，均表示强制当事人一定要履行某种特定行为，例如：

甲方必须按期支付货款。

甲方应当按期支付货款。

两者的差别在于语气的强硬程度不同，“必须”的语气比较强硬，“应当”相对温和、因此，“必须”一词多见于敦促对方切实履行合同、支付货款义务的律师函等文书当中，而“应当”多见于讲求平衡双方权利义务的合同条款里。

“可以”和“有权”

如果是表示可以选择性的权利，我们可以选取“可以”或“有权”二者其中之一，这两个词在语法当中基本同义，都是陈述主语有自主选择采取或者不采取特定行为的权利。细微差别在于“有权”更加强调整陈述方的权利重要性。例如：

合同解除后，守约方可以根据合同的实际履行情况，要求违约方恢复原状或采取其他补救措施，并有权要求违约方赔偿损失。

“前”、“时”和“后”

在中文语法当中，表示先后顺序通常用“前、时、后”三个字来表达，这三个字界定了当事人各方履行权利义务的先后顺序，作用相当关键，例如：

在甲方交货前，有证据表明乙方不具备支付货款能力的，甲方有权中止履行本合同，但应当及时通知乙方。中止履行后十日内，乙方提供了付款能力的适当担保时，甲方应当恢复履行本合同。超过上述期限后，乙方未提供适当担保也未继续履行合同的，甲方可以解除合同。

“向”、“将”和“予”

这三个词可以帮助你解决陈述主体之间履行方向的问题，“向”和“将”表示顺向，“予”表示逆向，例如：

购买方向出售方购买股权。

出售方将股权转让予购买方。

“假若”和“如果”

商业交易是复杂多变的，法律文书必须事前作出若干假设性的条款，一旦将来发生相应情形，当事人即可“对号入座”，采取相应行动保护自身利益，这种情况较多见于违约责任条款当中。例如：

假若乙方在签订本合同前已经向甲方支付了保密保证金和履约保证金的，该等款项可以冲抵转让对价款当中的相应金额。

如果乙方拒不交还文件原件的，应当赔偿甲方因此受到的损失。

文书基本特点

我国法律传统向来是重实质，轻形式。例如 2000 年 12 月颁布的《企业会计制度》第 11 条的“企业应当按照交易或事项的经济实质进行会计核算，而不应当仅仅按照它们的法律形式作为会计核算的依据”的规定，就是著名的“实质重于形式”会计原则。

不过，法律文书的流行分类方法却与上述的传统相左。在大多数的法律文书论著当中，法律文书按照文书形式分成诉讼和非诉讼两类。其中，诉讼类文书又按照适用程序不同，分为仲裁、民事诉讼、刑事诉讼和行政程序；每一种程序当中，又按照审级高低，分为一审、二审和再审。非诉类文书更是按照文书的外在表现形式，分为律师函、法律意见书和合同等。

在我看来，上述分类方法即使不算是错的，也会容易误导学生。因为如此分类过于形式主义，不能准确揭示文书内在的本质特征。

以仲裁申请书和一审起诉状为例，表面来看确实名称不同，报送机构也不相同。但是，它们在一场当事人双方的攻防战当中，作用相同、担任角色相同甚至于行文风格也相同。因此，两类文书的本质特点和写作技巧应该都是相同的。

再以一个相反的例子来说，应用于非诉讼事务当中的法律意见书和诉讼案件当中的法律意见书，虽然都冠以相同的文书名称——法律意见书，但它们所需要解决的法律事务有着本质区别，写法当然有根本差异，不适宜合并一起论述。

所以，法律文书写作方法不要太拘泥于文书的分类，而是注重围绕文书所需要解决的目标，关注文书内容本身而非分类。本书为了方便读者理解和阅读，对文书分成了诉讼类文书、咨询类文书和合同类文书三大类，分别剖析各自的特点。同时，取消了三大类文书之下的细项划分，因为没有太大的必要。

作为法律文书之首的合同，因为重要而且内容太多，本书将其独立成篇。本章仅介绍除了合同类文书之外的咨询类文书和诉讼类文书的写作技巧。

咨询类文书

咨询类文书就像是“命题作文”，以调和双方矛盾，促使交易为目标。当事人给出题目，律师按照题目框定范围，找法条、剪裁事实、组织证据，适当假设，然后进行逻辑推理，最后得出结论或建议。

咨询类文书的写法是典型的四段论结构：

事实概要——当事人目标——分析和建议——结论

但是，依据当事人的要求不同，有“研究问题”和“设计方案”两种不同的写作顺序安排：

“研究问题”是指文书是按照当事人提出的问题进行调查、分析和研究。当事人提出，对某个交易项目是否合法不清楚，希望委托律师对交易项目的现状进行尽职调查和提交法律分析意见，当事人依据律师意见才最终决定是否受让该项目。

“设计方案”是指按照当事人提出的目标进行调查、分析、研究和设计解决方案。同样一个例子，如果当事人预设一个前提目标——希望最终合法受让这个项目，律师的工作内容除了“研究问题”外，还会增加了一项，就是对现状和存在问题提出改进建议，提出若干种转让方案供当事人选择。

就上述四段论顺序来讲，如果是“研究问题”，则多半是先事实概要，后当事人目标；如果是“设计方案”的命题作文，一般是当事人目标在前，事实概要在后。

咨询类文书的时效性通常存在当事人的心里。优秀的律师，通常会在当事人要求的时限届满前，自觉地完成任务。在当事人老总回到办公室前，主动将一份内容翔实、论证严谨和装订精美的法律文书放在他的桌面上，等待审阅；而普通的律师则往往忽视这种承诺和工作风格的重要性，不明白当事人对律师的信心，会在一次次催促当中逐渐流失。

诉讼类文书

诉讼类文书，以肯定自己的观点，否定对方意见，最终击败对手为目标。所以，诉讼类文书在文风上更凸显针锋相对，简洁有力。就像一个拳手出拳，务求在最短时间、以最便捷的方法，打倒对手。

同类之间的差异主要是因为阅读对象和用途不同而引起的。例如同一个案件中，写给当事人看的诉讼案件法律意见书与写给法官和对方当事人看的起诉状就有根本性差异。前者因为阅读对象是当事人，你必须将精心策划的诉讼方案在文中作出详细解读，甚至为当事人详细预测方案成功的可能性、风险和应对方案；后者则简练很多，甚至可能会故意有所隐瞒，

因为阅读对象是法官和对方当事人，你不可能将解决方案和盘托出，将自己的底牌全部暴露给对方。

所以，诉讼类文书一般分为如下三种类型：

- 1、当事人致法院类文书。即以当事人名义起草的起诉状、答辩状、反诉状、上诉状、异议书、申请书或说明书等文书。
- 2、律师致法院类文书。即以律师身份起草的代理词或法律意见书等文书。
- 3、律师致当事人类文书。即律师和当事人之间用作交流信息、设计方案和汇报工作进度用的诉讼案件法律意见书等文书。

上述三类文书，写作重点各有不同。当事人致法院类文书，重点在于陈述事实，语言运用应当通俗易懂，适当抒情，以恰当向法庭表达当事人真实情感，争取引起法官的理解和共鸣；律师致法院类文书应当严谨和专业，多用专业术语和法条，给予法官理据充分的印象；律师致当事人的文书，在行文注意通俗易懂的同时，应当充分解读方案，尤其是阐述各种可能发生的意外情况和应对方案。

诉讼类文书的时效性是法定的，轻易不能更改。法定期限一过，文字写得再漂亮都将失去全部意义。

假设你代理原告，脑海当中应该牢记的期限之一就是起诉状的递交时效，这中间不仅仅有普通人熟知的民事诉讼时效的2年，还有劳动仲裁时效的60日；行政诉讼时效的3个月、1年、2年或20年或其他时效等。如果你代理被告，在接到法院发过来的起诉状的一刻，应该知道从这一刻开始，你有15日的答辩期。在这个期间的工作很多，包括写作提交当事人决策用的《诉讼事务法律意见书》；与当事人建立委托关系用的《委托代理合同》；给法院的《管辖权异议书》、《调取证据申请书》、《证人出庭作证申请书》或《反诉状》一大堆文件。

如果你不幸遗漏某一份文件，对当事人而言，意味着诉讼权利的丧失；对律师，则是执业过错风险的增加和客户的减少了。

总括而言，两类文书的写作流程基本相同，所运用的思维方法和文法规范都一致。最重要一点，两类文书都非常强调实用性，要求围绕当事人目标来解决实际问题。这是学习法律文书写作所必须掌握的重要观念。

律师函（1）

律师函写作是律师基本功，多用于提醒对方及时履行合同、警告违约后果等用途，往往发生在诉讼的前夜。一份好的律师函应该言简意赅，一语中的，言辞强硬之余不失灵活，达到“不战而屈人之兵”之效。

但是，实务当中的律师函写作存在不少问题，有些词不达意，语气生硬；有些措辞激愤、极端，徒增双方的对立情绪，将商业纠纷激化成“意气之争”；更有甚者，有的律师函没有仔细推敲措词和内容，将自身的薄弱之处轻易暴露给对方，不仅没有起到警告的作用，反倒成为提醒对方及时作出补救措施的“建议书”。

我曾经收到过一份对方律师发过来的律师函，函中介绍了对方履行合同的关键时间点。后来对方起诉至法庭，我将该律师函提交法庭，作为证明对方先行违约的重要文件，对方因此后悔不已。

律师函一般有提醒、督促、宣示、警告、询问和答复等几种功能。典型的作用是通过主张权利达到中断诉讼时效的目的。此外，在知识产权诉讼之前，先行向侵权方发出律师函，可以起到很好的威慑作用。因为根据相关法律规定，收到律师函的一方如果没有合理理由，拒不停止侵权行为的，其行为性质就可能从过失侵权演变为共同故意侵权，因此可能需要负上巨额的赔偿责任。

律师函在写法上需要着重注意两点：

一是简练。律师函以提醒、宣示和警告为主，并非与对方辩论，所以不需要拐弯抹角和意犹未尽，应该开门见山，直截了当即可。

二是语气适当。对比给侵权者的停止侵权行为警告函和给政府部门的律师征询函以及给法院的说明函，基于收件对象不同，行文风格和用词应该大不相同。前者应当严厉而不失风度，后两者应当不卑不亢，不必故作谦卑和酸涩。

律师函通常分为抬头、首部、主体、尾部和脚部五部分。其中，抬头和脚部主要是使用律师事务所统一格式，在此不赘述。首部写法有如下两种：

一是“仿外文式写法”，适用于外资企业等涉外当事人，将送达对象提前到第一行的左侧顶格位置，写上：“致：××××（送达对象全称）”。第二行留空，第三行写律师函件标题，第四行写发函号，第五行留空，第六行左侧顶格写“敬启者：”，第七行开始写正文。

另外一种“中国式写法”，适用于国有、集体或私营企业，即第一行留空，第二行写律师函件标题，第三行写发函号，第四行留空，第五行写送达对象全称，最后一个送达对象名称后标全角冒号，第六行开始写正文。

无论何种写法，都必须写上送达对象的全称，使用简称是对送达对象的不尊重。发函号一般由发函律所代字、年份和序号组成。此外，律师函标题一般不要简单写成“律师函”三个字，最好将两三个关键词镶嵌到标题当中，例如“关于某银行向某公司催收贷款的律师函”等，如此能够让读者直截了当地领会文件要旨。

律师函（2）

正文一般分为四个部分，分别是：

1、委托来源

这部分主要讲述的是委托人、受委托律师事务所、受指派的律师及委托事项。基本陈述方式如下：

就××××事宜（以下简称“题述事宜”），××律师事务所（以下简称“本所”）依法接受××（以下简称“××”）的委托，指派×××律师（以下简称“本律师”）出具本律师函。

这部分常见的错误是律师往往以自己的名义向送达对象发函，不符合我国律师执业规范中关于由律师事务所名义统一接受委托要求和办理业务的要求。

2、事实概要

这部分的写法需要的是简练。律师函最主要的作用是“宣示”而非“分析”，只需要根据委托人的陈述和提交材料，扼要地将事实和争议焦点总结出来，点到为止即可，不需要像法律意见书一般详加分析。

3、法律评述

这一部分的写法与事实概要相反，虽然律师函篇幅往往很短，但在这一部分，往往需要将法条全文引用。因为律师函除了“宣示”外，还有“说服”的作用，说服读者最简洁也是最有力的方法就是“以法服人”。将法条全文完整引用出来，然后将事实概要和法条结合起来，以专业语言进行评析，最后得出的结论自然无可辩驳。

4、威胁性的要求或意见

最后一部分是律师以专业语气告知对方，要求其在规定期限完成规定事宜。然后，在提出要求的基础上进一步“威胁”，若对方不按照要求办理，将面临何等不利状况和后果，例如承担相关费用或损失等。

要注意这部分威胁性内容必须留有余地，用语应当是在法律允许范围内的坚定不移而不是将没有分寸地发泄情绪，否则容易把对方逼迫到对立面上去而失掉了双方和平解决的机会；更不能把内容过分夸大，变成非法的威胁恐吓。此外，行文风格还要考虑对方的特点，如果对方是普通人，应当通俗易懂；如果对方是法人和社团组织，可以行文正规一些；如果对方是专业人士，则应该使用法言法语。

按照上述划分标准归结而言，律师函正文通常可以划分为四个自然段。每段以一个中心句来开始，结尾再和这个中心句呼应，全文使用主动语态，用肯定语气陈述。四个自然段构成了完整的正文部分。

律师函的尾部主要由律所盖章、律师签名、签署日期和联系方式共四部分组成。前三部分一律右侧顶格书写，其中律师签名应该手签，下面用印刷体标注上律师姓名。签署日期为避免书写潦草，应该尽量打印事务所和签发律师的全名。最后一行注明律师的联系方式，方便对方与律师及时联系。

律师尽职调查报告（1）

据报道，著名的摩托罗拉公司在决定进入中国投资之前，花费在聘请律师进行尽职调查的费用就高达1亿美元。尽职调查这一法律服务在最近十年逐渐传入中国，现在已经被广泛地运用在公司并购、股权或项目转让、资产或债务重组、证券上市、不良资产买卖以及其他的重大经济活动当中。

律师尽职调查报告通俗一点来讲，就是律师提供给当事人进行决策参考的分析报告和意见。其实质是通过律师的专业工作，努力将交易信息从不对称恢复到对称的过程（当然，也存在制造新的信息不对称的可能）。例如买方聘请律师进行尽职调查，就是要通过律师的专业眼光，尽可能地从中挑刺，帮助当事人尽量多地获悉交易标的存在的法律瑕疵和风险。

在尽职调查过程当中，需要卖方提供相应的配合。但是，卖方往往不得不在尽量提供足够多的信息和尽量少提供负面信息之间进行权衡。若信息提供过于全面，则可能导致买方将来主张交易无效和提出法律索赔诉讼；若过份夸大负面信息，则可能导致买方临阵退却，交易失败。所以，律师在进行尽职调查时，应当充分考虑到买卖双方的心理不同、期望差异和顾虑，对于卖方关键材料所暴露的不足或弱点，例如权属存在法律瑕疵或风险等，应当穷追猛打，锲而不舍，如此才真正显示出律师帮助当事人控制交易风险的重要作用；对于枝节问题，例如各份文件表述的不一致等，则应当尽到提醒的作用，请当事人自行考虑是否可以控制该等风险，避免成为交易杀手。

尽职调查报告一般由封面、前言、正文和附件四部分组成。其中：

1、封面和附件

报告一般需要制作独立的封面，以表示庄重。封面具体形式可以参照各家律所的自定格式，没有统一要求。附件制作方法见本章相关部分介绍，这里不赘述。

2、前言

前言主要包括：委托来源、委托事项和具体要求；调查手段和调查工作概要；出具报告的前提；报告使用方法和用途和导入语等。

律师尽职调查报告（2）

如下是一份关于银行委托某律师事务所进行贷款债权及其附属权益进行调查分析的《法律尽职调查报告》前言部分的样本：

（注：以下说明委托来源、委托事项和具体要求）

根据××银行××支行（下称“××银行”）与××律师事务所（下称“本所”）签订的《项目尽职调查委托合同》，以及《中华人民共和国律师法》以及相关法律法规的规定，本所接受××银行的委托，作为整体处置××公司（下称“主债务人”）项目（下称“本项目”）的专项法律顾问，就本项目的债权及担保债权权益有关事宜（下称“本项债权”），出具本尽职调查报告。

（注：以下说明调查手段和调查工作概要）

为出具本法律意见书，本所律师审阅了××银行提供的与本项债权相关的法律文件的复印件，走访了相关的政府部门，并就有关事实向××银行有关人员进行询问、听取了有关人员的陈述和说明。

（注：以下说明出具报告的前提）

本法律意见书基于以下前提作出：有关文件副本或复印件与原件一致，其原件及其上的签字和印章均属真实；有关文件及陈述和说明是完整和有效的，并无任何重大遗漏或误导性陈述；且无任何应披露而未向本所披露，但对本项债权的合法成立、存续、数额等有重大影响的事实。

在本法律意见书中，本所仅根据本法律意见书出具日前已经发生或存在的事实及本所对该等事实的了解和本所对我国现行法律、法规和规范性文件的理解发表法律意见。对于没有完整书面文件支持的事实，本所依据政府部门提供的文件、专业经验和常识进行了一定的假设并基于该等假设进行法律分析和作出结论，而该等假设可能与事实存在差异或不符。

律师尽职调查报告（3）

本法律意见书的任何使用人应当清楚：尽管本所律师已尽力对所掌握的事实和文件进行专业分析并作出结论，但鉴于各个法律从业者对特定事实的认定和对法律的理解不可避免地存在差异，且法律理论与实践也不可避免地存在差异，因此司法实践结果可能与本法律意见的判断存在差异。本法律意见书所认定的事实以及得出的法律结论仅为本律师作出的客观陈述及独立法律判断，不构成对相关事实、法律关系、法律效力或其他法律属性的最终确认、保证或承诺。使用人针对本项债权的任何决定均只能被理解为是基于自己的独立判断而非本法律意见作出。

本所在此同意，××银行可以将本法律意见书作为本项目的附属文件，供有关各方参考使用，除此之外，不得被任何人用于其他任何目的和用途。

（注：以下为正文导入语）

本所律师按照中国律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神，出具尽职调查报告如下：

3、正文

正文根据尽职调查的目标和项目内容不同，各有差异。以一份某企业并购项目当中的律师尽职调查报告正文为例，由如下部分组成：

并购主体。说明并购主体设立的资格、条件、方式和程序等是否符合法律法规和规范性文件的规定，包括但不限于并购主体设立过程中有关资产评估、验资等是否履行了法定的程序和步骤，涉及国有资产时是否取得有关批准，涉及外资的是否已经取得原审批机关批准。此外，还要说明并购主体的现状，包括是否合法存续、其经营范围和方式是否合法；是否持续经营；其未来的存续是否存在限制等。

组织结构。主要说明经查明的并购主体组织体系、规章制度、历次董事会、股东会、监事会的决议、会议记录等结果。对需要在有关部门备案的文件，应当说明相关的核查结果。

关联方。主要说明与并购主体存在法律上的关联关系的各方以及其他利益相关者的具体情况，包括但不限于控股股东、分公司、子公司、实际控制人、债权人、债务人、监管部门等。同时视乎当事人的委托要求，考虑将管理层和核心成员的道德信用也纳入说明范围。因为道德风险可能会引发其他诸如经营、法律、财务等风险。当然，由于中国目前的信用体系并不完备，调查手段有限，因此实际当中，这方面的说明多数流于形式。

律师尽职调查报告（4）

主要财产。需要说明如下问题：首先是权属查证结果，对于有形财产如土地使用权、房产、设备等；无形财产如商标、专利、著作权或特许经营权等的审查结果，需要附上完备的权属证书。若未取得，还需说明取得这些权属证书是否存在法律障碍；其次是上述财产存在的各种权利限制情况。是否存在抵押、质押、出租等情况，说明财产是否存在产权纠纷或潜在纠纷；第三是现场核实的结果，需要配发相应的照片，说明财产现状。

经营状况。分成四部分，一是宏观面，主要说明包括行业发展状况、主要产业政策、企业总体经营状况等；二是产品状况，供货商的情况；产品生产状况、存货状况、产品质量保证文件等；三是销售状况，包括市场状况、产品销售模式及其配套文件；渠道状况（特许经营、委托代理、以及独立销售商的名单）；主要消费者清单；主要竞争者名单；广告和公共关系协议等；四是主要合同，包括合作协议、管理咨询协议、研究和开发协议；主要购货合同和供货合同以及价格确定、相关条件及特许权规定等。

债权债务。并购主体的债权债务直接关系到并购价格，但又难以仅从表面文件发现，所以往往是审查重点所在。因此，对于应收应付款项应当重点说明其合法性和有效性；将合同分为要履行、正在履行以及虽已履行完毕但可能存在潜在纠纷三类，分别描述它们合法性、有效性和诉讼时效，同时指出当中可能存在的风险；在审查或有负债时，应着重对抵押、质押、保证以及其他保证和承诺的风险进行核查。此外，对于企业经营当中常见的知识产权、产品质量、劳动安全等问题，也应当逐一予以核实和说明。

环境保护。应当重点审查并购主体的生产经营活动是否符合国家监管部门的有关环境保护要求，是否具有相关的环境评测报告和证书等。

产品质量。应当说明并购主体的产品是否符合有关产品质量和技术监督标准，是否具有相关的产品质量证书等。

财务调查。并购主体的财务状况是决定并购价格的另外一个重要考虑因素，在并购项目当中，财务调查一般是委托会计师事务所进行的。说明内容主要包括：销售收入；产品销售成本；市场开拓情况；研发的投入与收益；原始财务报表和经过审计的财务报表对比；新旧会计准则的比较以及会计政策变化对企业财务状况所产生的影响等。

律师尽职调查报告（5）

人力资源。应说明的内容如下：主要员工的个人档案、薪酬福利待遇和工作条件；员工是否已经签订了保密协议、知识产权协议、竞业禁止协议和其他相关文件；管理层和高级管理人员的收入情况；绩效评估体系和方法；员工离职和辞退的具体情况。

保险。主要审查保险合同、保险证明和保险单，说明并购主体是否已经购买了一般责任保险、产品责任保险、火险或其他灾害险、董事或经营管理者的责任险，以及各类强制社会

保险等。

诉讼或处罚。说明并购主体、管理层和高级管理人员是否存在尚未了结的或可预见的重大诉讼、仲裁及行政处罚案件等。

优惠政策。由于我国存在名目繁多且行政级别不同的税收优惠、财政补贴，如果并购主体存在享受税收优惠、财政补贴的情形，则要对相应的政策是否合法、合规、真实、有效予以特别关注和说明。在某些情形下，这些政策是企业生存和赢利的关键。

地方政策。鉴于我国地域情况差别很大，我国法律的规定仅仅是原则性的，各地区的行政规章在理解和执行上往往有很大差异，例如报批时间上的不同和报批文件制作要求的差异等，这些差异将对交易双方的成本核算构成直接影响，有时甚至直接影响交易结构。因此，在尽职调查报告当中加入此部分说明非常有必要。主要包括两类内容，一是地方政府、部门针对本行政区域内所有企业的普遍规定，如行业投资政策、税收优惠政策、财政补贴政策、反不正当竞争、环境保护、安全卫生等；一类是针对特定行业或范围企业的特殊政策，如：审批程序、审批条件和各类许可证等。

起诉状和仲裁申请书（1）

为叙述方便，本节将起诉状和仲裁申请书统称为“诉状”，合起来研究。诉状的风格比较别具一格，其他法律文书的特点单一而鲜明，唯有诉状是精确和模糊、简练和罗嗦不同风格的矛盾混合体。在诉讼攻防战当中，诉状充当的是挑战书的角色。

诉状写作常见的错误包括：

- 在以集团公司、子公司和分公司为主体的诉讼案件当中，诉讼主体往往会因混淆或遗漏而出错；
- 在以银行为主体的贷款、信用卡和不良资产追收等诉讼案件当中，因为利息的计算方法和公式相当复杂，往往容易出错；
- 在多个诉讼请求方式可以竞合的情况下，诉讼请求事项之间容易出现矛盾或混淆；
- 上诉状当中，对于在何等情况下应该请求二审法院驳回对方起诉；何等情况下应当请求撤销一审判决；何等情况下应当请求直接改判等等，需要根据一审具体错误所在，确定不同的上诉请求；
- 在同一案由、不同主体的集体诉讼案件如银行起诉一批信用卡当事人欠款、电信公司起诉多个用户欠费的集体诉讼案当中，由于需要分别单独立案和诉讼，各个案件的主体情

况、事实和证据容易混淆而出错。

诉状写作需要注意分好主体、定好案由、选好请求、写好正文和签好名字五点，具体内容如下：

1、分好主体

自然人作为诉讼主体的，标准写法可以参考法院判决书，此略。这里主要提醒一些容易忽略或出错的情况：

— 外国公民或港澳台居民的身份证明 如果外国公民或港澳台居民亲自参与诉讼的，仅凭护照即可；但如果需要委托代理人参与诉讼，手续就比较麻烦了，根据实务惯例，外国公民的应当在该国的中国使领馆办理授权委托书证明；港澳台居民的，可以由经过中国司法部认可的香港和澳门律师签署对其的身份和授权委托书的公证书，代理人凭公证书即可代表参与诉讼。上述两种身份的人，都可以在我国大陆的公证处办理授权委托书公证书，代理人凭上述公证书也可代表参与诉讼。

起诉状和仲裁申请书（2）

— 联系电话 这项内容在法院判决书当中没有，但在实践当中几乎已经成为诉状的必备条款，因为法院立案庭通常习惯在诉状上寻找相应当事人的联系方式，通知领取诉讼文件等事宜。

— 经常居住地 有些时候，为了方便查清案件事实或方便将来执行，需要证明受诉法院所在地就是被告的经常居住地。这需要律师事前调查被告的居住情况，最好是找到被告在此地已经购买房产的产权证明或者是到其居住地的派出所或居委会申请开具其在此地已经居住满一年的证明。

法人情况就比较复杂了，因为我国法人的类型多样，注册和监管往往涉及多个政府部门和机构。其中，管理金融机构是人民银行，管理经营性法人的是工商局，管理非经营性法人和社会组织的是民政局，管理政府机构和事业单位的是编制委员会。还有不同政府部门管理不同中介机构的情况，例如律师事务所的主管机构是各级司法局。

概括而言，一个组织或者机构是否可以作为诉讼主体起诉或应诉，主要是审查其是否有独立的注册登记和独立的财产，尤其需要注意以下差异：

— 政府机构 要区分是政府的内部机构还是独立厅局，例如某市政府办公厅，因为没有独立编制，所以不能作为单独的诉讼主体。但是，政府下属的独立机构如国资委或国土局，因为有独立编制，可以单独起诉或应诉。

— 银行和资产管理公司 基于中国现实情况的特殊性，最高人民法院特别颁布了相应的司法解释，规定金融机构的各级分行和支行以及东方、长城、华融、信达四家资产管理公司的各个地区办事处均可以作为独立诉讼主体参与诉讼。但是，由此延伸出去的各类合资合作资产公司则不享有同等待遇。

— 子公司和分公司 子公司具有独立法人资格，可以作为独立的诉讼主体起诉或应诉。分公司不具备独立法人资格，根据司法实践的做法，可以独立做原告，但不能独立做被告，作为被告应诉时必须增列总公司为共同被告。

— 个体户和个人 根据最高院的司法解释，当个体户业主和实际经营者不一致的，要将业主和实际经营者全部列为诉讼主体。

公司和公司股东— 在某些起诉公司债权的案件当中，为了便于将来在某些公司小股东状告公司大股东不作为或者侵害小股东权益的公司股东代表诉讼当中，应当将公司增列为第三人。

起诉状和仲裁申请书（3）

2、定好案由

通俗一点讲，案由就是双方当事人争什么？在专业的角度下定义，案由是讼争的法律关系和争议事项的高度概括。案由选的不对，就意味着法律关系选择或者争议事项总结发生错误，例如：借款合同纠纷，案由只须写成“借款合同纠纷”即可，如果写为“无效借款合同纠纷”则可能导致方向性的错误；又如劳动关系的区别错误，将导致有理的诉讼也败诉。

最高人民法院颁布的《民事案件案由规定》只列举出当事人讼争的法律关系部分，当事人的争议部分则由法官根据当事人的具体争议具体确定。对出现上述规定未列举的情形的，法官可根据具体案件情况另行确定。实践当中，第一审法院立案时是根据原告起诉状所载明的法律关系和争议事项来确定案由，而判决书所确认的案由是以经过庭审最终认定的法律关系和争议焦点来确定。

3、选好请求

诉讼请求在法理上也称为请求权，王泽鉴先生说的好，即“请求权的寻找，是处理实例核心工作……请求权基础是每一个学习法律的人必须彻底了解，确实掌握的基本概念及思考方法。”

请求权具体包括有哪几项，中外学说不一，我无意在这里为大家分类各家学说，就我看

来，实务当中的请求权大致可以分为三类。第一类是涉及确认法律效力的，如判令合同或具体行为无效；第二类是涉及判令作出行为的，如判令停止侵权、返还财产或赔礼道歉等；第三类是涉及判令给付金钱的，如判决支付违约金、赔偿损失或补偿费用等。

实务当中，选取诉讼请求或者请求权应当注意以下几点：

第一，选准请求依据。

典型的如以侵权为由还是违约为由提出请求，即通常所称的“侵权之诉”抑或“违约之诉”，这当中涉及到适用不同的法律规定，直接影响判决结果和赔偿金额。在很多情形下，案件都会存在违约和侵权竞合的情形。一般而言，如果纠纷在合同双方之间产生而且规定明确的，适宜采用“违约之诉”；反之可以考虑采用“侵权之诉”。其次，依据不同，写法不同，例如请求赔偿损失的，请求支付的就应该是“赔偿金”而非“违约金”；还有，选择诉因不同，还将影响法院管辖。例如可以利用侵权结果发生地选择原告住所地的法院立案。

第二，为当事人追求利益最大化。

同一案件事实和证据，诉讼请求设计不同，当事人可获得的利益完全不同。本书下册的“诉讼实体案之高新企业的绝地反击”就提供了一个典型案例：

原告 A 公司原定的诉讼目标有多个：保护自己的知识产权、追究泄密工程师张某的个人责任、伙同该工程师共同侵权的竞争对手 B 公司的经济赔偿以及保护自己的市场份额等等。但同时又“投鼠忌器”，不能涉及到最终使用侵权产品的 C 集团，否则将影响原告 A 公司继续与 C 集团做生意的“钱途”。而 C 集团又与 A 公司和 B 公司同时有商业交易关系。

再三权衡之后，我们为当事人选择了最简单、最容易、也是最深入核心的诉讼请求：起诉张某，请求归还职务作品，同时暂时放弃起诉 B 公司和 C 集团。在法院确认职务作品的权属之后，再持该判决书与 B 公司和 C 集团谈判，从而收到不战而屈人之兵的效果。

起诉状和仲裁申请书（4）

第三，考虑执行的可行性。

如果原物已经灭失，诉讼请求自然必须请求判令赔偿损失，而非返还原物或恢复原状；当然，有反其道行之的，例如：如果你预计到拆卸原物对被告的损害更大，而你手头又有充足依据（例如合同当中有约定所有权保留条款）的，作为诉讼策略，诉讼请求应该提出返还原物，如此能够给对方更大的压力，在兵不血刃的情况下逼迫对方签订城下之盟。

4、写好正文

正文写作要注意如下几点：

一 七段高手 诉状一般都会具备七段内容结构，恰如描述爱人之间的悲欢离合的经历，双方从一见钟情（交易背景）—海誓山盟（合同内容）—天作之合（签订合同）—柴米油盐（履行过程）—反目成仇（争议焦点）—不欢而散（协商未果）—声泪哭诉（提起诉讼）。各段之间会有变化，但万变不离其宗。

二 故事线索 诉状写作与讲故事无异，区别在于诉状会按照一定的线索，一般是按照时间为线索，将事实和证据列出，是有证据地讲故事。

三 紧扣请求 诉状正文的每一句话，都是为了证明诉讼请求的合法性和合理性，或者证明对方行为的违法性和违约性质，所以必须紧扣请求。

四 正文总结 诉状总结部分应该是一段短小精悍、用语精辟的句群，如此可以给法官留下深刻印象。实践当中的不少诉状总结部分往往略显单薄，只有一句“恳请法庭支持我方请求，维护我方合法权益”就匆匆收尾，或者只有空洞的煽情词句，以致整份诉状显得头重脚轻，不够完整和严谨。

起诉状和仲裁申请书（5）

诉状当中需要模糊的是事实和证据与理由之间的那条“红线”。翻开很多文书指南类的书籍，大多告诉你应当在诉状详细写明事实和理由。但从司法实践的结果来看，这种方法即使不算错，至少是不恰当的。道理很简单，诉状的作用不是用作说服人的，承担案件主体攻防的任务有律师代理意见、法律意见书、异议书等大量的法律文件。

诉状的作用更多是程序上的，负责在法定时间（诉讼时效）内，向特定机构（法院或仲裁机构）申请启动程序。在诉状当中详细列出事实和证据与理由之间的关联关系，除了给予诉讼对方有更充分的准备机会外，毫无意义。

这个道理就犹如古代战争，诉状好比先锋部队，主要作用应该是遇水搭桥，逢山开路，只宜奇兵突袭，而不应展开阵地战。等到开庭之后，后续的代理词、意见书等各种法律文书作为中军部队，才陆续展开，如此做法才较为稳妥。

所以，诉状只需要简练，点到为止。

5、签好名字

诉状尾部要签名，这是常识，但是自然人和法人有不同。

原告是自然人的，要求其本人签名均可。实践当中有些初入门的律师为了方便起见，随意代表当事人签名，这是非常危险的行为，一旦将来诉讼出现任何问题，律师就有可能自行承担所有的法律责任。

如果原告是公司企业的，要求加盖公司印章即可，法律并无明文要求公司企业的法定代表人签字。在实践当中，公司企业的法定代表人一般比较忙碌，如果要将诉讼文件送交其签字，一般可能要等待一段时间，这就可能拖延了起诉时间，错失诉讼时机，这一细节需要注意。

诉状的范本可参考本书下册的“诉讼实体案之高新企业的绝对反击”一章当中的民事起诉状。

管辖异议书

诉讼管辖异议书是指当事人在人民法院受理案件后，对案件管辖权提出异议而依法制作的文书。由于文书写作内容简单，格式相对固定化，所以一直不被法律文书写作书籍所重视。但在我看来，这种文书在实务当中所起作用非常重要，所以有必要单列出来进行专门研究。

在实务当中，管辖异议书的作用已经大大超越了程序的层面，巧妙地运用这种文书，往往能够为当事人争取到如下有利条件：

首先是可以为当事人争取更多的取证时间。有些案件案情复杂，需要花较长时间进行调查取证，但法院为节约审判成本和时间，往往不愿意给予被告较长的准备时间，有些法院甚至规定答辩期满第2天就开庭审理案件。相比在起诉前已经有足够时间准备的原告而言，被告的准备时间往往只有短短的15日，显然存在不公因素。此时，被告往往会选择提出管辖异议的方式来达到拖延时间的目的。

其次是可以为当事人争取更有利的裁决地。基于不同法域和裁判机构的规定不一，相同的案件可能会有不同的结果，就如本书下册的“诉讼程序案之四地律师的时空连线”当中的管辖权异议实例一般，考虑到更好地还原案件事实和适用法律的因素，面对当地法院的重重阻挠，律师和当事人仍然努力坚持提出管辖异议，最后获得成功而逼迫对方主动和解，就是明证。

管辖异议书本身并不复杂，有如下两点：

- 1、写作内容必须紧扣法律规定。这里所说的法律规定系指民事诉讼法的有关管辖的规定和最高人民法院有关法律条文的解释，不同性质的案件，所适用的管辖条文都不一致，可能还存在互相引用的问题。所以在引用时最好将法条原文列出，逐一分析比较，不要主观臆

断，自说自话。

2、注意在答辩期间及时提出。依据《民事诉讼法》第38条规定：“人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。”由于民事诉讼法规定有普通程序和简易程序两种，其中普通程序答辩期15日，这很明确，不容易混淆，但简易程序的答辩期不受前述期限限制，因此答辩期可能会大大缩短，换言之，在简易程序之下的管辖权异议提出时间可能会大大缩短，这是律师应当留意和提醒当事人的。

管辖异议书范本请参见本书下册的“诉讼程序案之四地律师的时空连线”一章当中的相应文书。

合同写作的九个步骤

合同乃法律文书之首。在西方，已经绵延了数百年的历史。在现代社会当中，它已经成为促进经济要素流转和保障交易安全的基本工具。

我国统一的合同法制度建立于1999年10月1日，以《合同法》的颁布为主要标志。其后的《公司法》澄清了合同关系当中的主要角色——企业身份的众多疑难问题；《物权法》进而解决了合同关系当中的物权规范。三部大法加上《民法通则》和众多法规、规章和司法解释，建构起我国经济要素流转的完整法律体系。以我外出讲课为例，通常不会只讲《合同法》，而是将《合同法》、《公司法》和《物权法》三者结合起来讲，如此才能让听众真正全面掌握合同的精髓。

合同写作常常被初学者视为畏途。因为它通常繁琐和复杂，如同庞然大物。内里的关系有错综复杂，正如法哲学家施塔姆勒（Stammeler）所言：“一旦有人适用一部法典的一个条文，他就是在适用整个法典。”但是，无论法学界还是实务界，长期以来都缺乏对合同结构和具体内容的深入研究，没有较为规范的写作规范，缺乏实务性的合同写作指南。

这也导致了外来文风乘虚而入。从建国初期苏联的阶级斗争为纲，到改革后的软绵绵软港台之风直至近年来英美法系的不中不西、似通不通的文风，竟然还通行于我国一些大型律师事务所，甚至登上全国律协培训之大堂，实在令人为之惊讶和叹息。

我依据多年的工作经验，总结出了如下的合同写作九个步骤和七大模块。

定义条款（1）

这个条款通常出现在合同的第一条：“定义和用语”，或称“用语和含义”。

该条款的主要作用是对合同当中多次出现的重要或复杂名词，例如主体、标的物、重要

法律文件、法律事实等词语进行定义，其目的在于统一称谓，避免歧义，简化合同。

如何下好定义，在本书上册“文书语法篇”当中有相应介绍。在实务当中，要写好定义条款，必须注意如下要点：

首先，每一个定义自身应该明确、简洁，不能使用约数或其他模糊用语；

其次，注意各个定义之间的陈述顺序。多个定义之间有嵌套关系的，先定义最小范围的、最基本的定义，然后依次进行；各个定义之间一般按照法律关系为排列顺序，采取主体（合同各方和关联方）—客体（标的或标的物）—权利义务内容的方式，同时参考按照定义在合同正文中出现的先后顺序进行排列。

还有，各个定义之间尽量不要互相引用，否则容易产生互相嵌套的问题。如确需引用的，被引用的定义应该放在前面。

实务当中，定义条款的常见问题如下：

1、泛指和特指混淆

合同当中基于陈述需要，对于同一定义有时候会产生总概念和分概念之间互相交叉或转换、泛指和特指混淆的情况，需要多加小心。

例如在一笔金融资产交易当中，甲方拟将受让自某银行系统内资产包转卖给乙方，该资产包当中包含有多笔资产，分属于某银行下属的各个分行或支行。为了强调某银行下属的各个分行和支行均已同意该次交易并采取一致行动，合同定义对“××银行”进行了定义：

“××银行”，系指中国××银行股份有限公司总行，或××省分行，或中国××银行股份有限公司属下的各地方分行或支行。

在接下来的定义当中，起草者接着定义了“《资产转让合同》”：

“《资产转让合同》”，系指甲方与××银行于2006年×月×日签订的《资产转让合同》。

定义条款（2）

很明显，两个定义之中的“××银行”，前一个为泛指，后一个为特指。由于外延不一导致定义错误，其后果是极其严重的。

2、定义过于复杂

定义当中如果限制条件太多，条件之间的与或关系必然发生交叉、并列或互相排斥等问题，很难一一区分清楚，这种定义方法必然是失败的。

例如某份《企业加盟协议书》当中有一定义：

“加盟企业”，系指 2005 年 1 月 1 日前按照中国法律注册成立、注册资金在 50 万元以上，并经过甲方根据本协议规定通过了审查认可并颁发认证证书的企业。

这个定义的限制条件过多，难以囊括所有意外情况。例如某加盟企业经过甲方颁发了认证证书后，注册资金减少到 50 万元以下，那是否意味着不属于本协议所称的“加盟企业”？很明显，当事人原意并非如此，只是由于定义技术的欠缺，才导致错误的产生。

解决方法很简单，就是简化。一是将原来规定加盟企业的定义当中的两个因素：“2005 年 1 月 1 日前按照中国法律注册成立”和“注册资金在 50 万元以上”，移到合同正文当中，变成加盟企业的申请条件即可。然后“加盟企业”的定义就可以大大简化，又不失甲方的控制权：

“加盟企业”，系指经甲方审查认可并颁发认证证书的中国企业。

3、定义的前后顺序错误

合同当中的某些定义可能是以其他定义为基础，所以定义的前后顺序不能随意调换，否则就显得合同不够严谨。

例如：某份《贷款债权转让合同》当中，关于“贷款债权”的定义描述，本金容易理解，但利息部分由“表内利息”、“表外利息”和“孳息”等三个部分构成，因此定义条款当中应当分别对三个子定义分别定义，最后才定义“贷款债权”这个大定义。

定义条款（3）

4、定义之间的互相嵌套

无论多复杂的法律文书，它的定义都应该是简单、明了、直截了当，而非模糊不清、互相嵌套，否则到了最后恐怕连自己也不知所云了。

我曾经处理过一个企业并购项目，某家外国上市公司收购中国某公司的股权，我担任中方公司的代表律师。并购合同由外方律师提供，采用的是“先转让股权、后付款”的模式，合同一开头，为保护购买方的利益，明确定义了一个判断股权转让是否成功的“转让日”的概念：

转让日，应当具有本合同 5.1 条规定的含义。

为了搞清何谓“转让日”这个概念，我根据指向转到正文的 5.1 条款。根据该条款规定，“转让日”的成立条件总共有 5 条，其他 4 条虽然写的比较复杂，但花了半天功夫总算弄明白，但是当中的 5.1.3 条款出现了第二层的指向路径：

5.1.3 本合同的先决条件已经完全成就。

也就是说，5.1 条款还不足够，还要继续整明白是“先决条件”才能读懂“转让日”的含义。我只得返回合同开头的定义部分寻找什么是“先决条件”。定义倒是有写清楚：

先决条件，应当具有本协议第 3 条的含义。

合同出现第三次指向，将我指回正文部分的第 3 条，我开始有点头晕了，因为合同正文还没有开始阅读，就在定义部分的一个概念上前后折腾 3 次，内容和嵌套实在多了一点。但为了解决问题，我还是耐心地翻回去继续寻找，结果发现合同正文第 3 条总共有 8 个条款，内容分别是：

定义条款（4）

3. 先决条件

...

3.2 本合同规定的过渡期重组已经完成

...

3.5 乙方的声明、承诺、保证持续有效

...

3.8 乙方的进一步承诺和保证

(a)

(b)

(c)

(d)

我头晕感觉在不断加重中，这个看似简单的定义已经让我在条款之间前后折腾数次了还没有告诉我最终的答案。无奈之下，只能硬着头皮看下去。

结果发现“过渡期重组”在第 6 条，总共有 2 页的内容；“乙方的承诺和保证”又分为“交易前的保证和承诺”、“乙方的保证和承诺”以及附件当中的“乙方进一步的承诺和保证”三段，分别出现在正文的第 4 条、第 9 条和附件 B，总共 5 页的内容。

一个简单的概念，让我穿梭于合同的定义、正文和附件之间超过 10 次，直接涵盖超过 10 页的内容，还不算其他关联部分。定义的嵌套层数何其之多、跳跃幅度何其之大、范围何其之阔！不知道这位合同起草者自己是否也能够准确地将这个定义写出来。

我在无比佩服之余，当场晕倒！

标的条款（1）

标的条款是合同核心条款之一，至少应当具备如下六个关键性内容：标的物名称、所有权人、价格、品质、数量和权利证书。

实务当中，比较保险的方法是将标的物的样品或权利证书列为合同附件，既是标的物清单，也是双方交割的依据，尤其是复合型的标的物，尤其应当如此，才能从根本上避免遗漏。

该条款经常容易发生混淆的是“标的”和“标的物”两个相近的概念。在实务当中，标的通常指的是法律上的权利，标的物指的是法律关系当中双方权利义务所指向的对象。在一份合同当中，一定会有标的，但不一定会有标的物。例如涉及人身关系的劳动合同，合同标的就是劳务关系，但没有任何标的物。

对于标的物，应该写清楚它的单价、数量、质量、可以直观判断的标准、可以测量的标准或者样本，例如托运货物的单价、数量和质量；房屋的四至；专利证书主要内容等。最重要的是写明它的权属，有无权利限制等情况。

以下是几种标的物的写法：

1、标的物为不动产的写法

以房屋、土地为代表，要写明权属证书以及权属人，其上有无设置权利限制等，这些内容都应该与权属证明记载内容相吻合，做到丝毫不差，见下例：

第一条 甲方向乙方转让自有的房屋及该房屋占用范围内的土地使用权（以下简称房屋），具体状况如下：

（一）房屋的房地产权证号为：_____；

（二）房屋产权人为甲方；

（三）房屋坐落在××市××区××路××号××室；

（四）房屋的占地面积、公摊面积、建筑面积和套内面积、房屋平面图和房地产四至均以本合同附件一记载为准。

（五）随房屋同时转让的房屋附属设备及装饰情况以本合同附件二记载为准。

（六）随房屋同时转让的相关关系（包括抵押、相邻、租赁等其他关系）以本合同附件三记载为准。

标的条款（2）

2、标的物为动产的写法

如货物或机器设备等，一定要写明货物的名称、品牌、计量单位和价格，切忌只写“购买产品一批”等样文字。网上流传广泛的合同范本一般是采取表格式写法，要点都比较齐全，直接使用并无不可，在此不再赘述，不过表格式的写法在正式合同尤其是复杂合同当中比较少见。

3、标的物为权利的写法

权利主要有投资权利（如股权、债权）、经营管理权（如企业承包经营权）和知识产权（如专利、商标、版权或商业秘密）等数种，需要注意的有如下两点：

一是这些权利多数以登记为准，例如股权、专利权、商标权、版权等，在写作的时候，需要将相应的权利登记证书列为附件；

二是权利名称是法定的，不能随意混用，例如同为公司股东，但按照我国公司企业的组织形式不同，就存在“股份”、“股权”和“出资”三者的区别：只有股份有限公司才存在“股份”，有限责任公司股东持有的是“股权”，而中外合资企业则应该称为“出资”。而实践当中，这三个概念经常被混用，尤其是“股权”经常被误作“股份”。

以下是三种不同的范例：

（范例一：标的物为公司股权）

购买方依据本合同规定向出售方购买出售方合法拥有的××公司的××%股权（下称“标的股权”）。

（范例二：标的物为企业经营权）

甲方根据本合同约定，将甲方企业的经营权提供给乙方独立经营，前述的企业经营权不可分割地包括了本合同甲方的企业管理权、经营场地使用权、资产、经营牌照和企业印鉴等。

上款所称的经营场地使用权是指甲方合法租赁的位于××路××号的使用当中的房屋及其附属通道和车位的合法使用权。

上款所称的资产包括了甲方合法所有的有形和无形资产，以甲乙双方签署的资产移交确认清单为准（详见附件×）。

上款所称的经营牌照是指甲方合法申领的工商营业执照和特种行业经营执照五本，以甲乙双方签订的牌照移交确认清单为准（详见附件×）。

上款所称的企业印鉴包括了甲方合法持有的公章、财务专用章和其他印章，以甲乙双方签署移交确认清单为准（详见附件×）。

标的条款（3）

4、标的物为组合形式的写法

保险的方法是将标的物的权属证明文件用附件形式逐一列出；其次，按照上述三种方式，分别规定三种不同性质财产的交付方法和判断标准。见下例：

甲方向乙方转让的债权资产包系指截至封包基准日，甲方合法拥有的本合同附件 1 所列的贷款债权和附件 2 所列的抵债资产总和，贷款债权的本金余额和抵债资产评估价总和折合人民币约 1.3 亿元。

先决条件条款（1）

先决条件是指要求合同一方履行义务或行使权利的条件，概括而言，先决条件条款内容应当覆盖如下几个方面内容：

1、主体。写明哪一方当事人负责履行义务促使该条件的成就，哪一方当事人行使相应权利。

2、内容。即一方完成相应义务的内容，按照三个标准来设计和判断，即真实（合法性）、及时（时间性）和完整（无第三方权利约束）。

3、判断标准。例如：特定的文件是否已经签署或取得，特定的具体期限是否届满，特定的政府批文是否取得，等等。

4、后果。对于中止、暂缓或放弃先决条件的情形如何处理，是削减股权转让价还是解除合同？

先决条件普遍采用于英文合同版本当中，我国合同当中采用的不多。这可能是源于我国合同法并无明确规定先决条件条款，而是采取同时履行抗辩权、不安抗辩权和先履行抗辩权“三权鼎立”的立法模式，因此实务当中对于先决条件条款并不重视。

其实，先决条件的法律性质含义较广、较灵活，根据它设计的内容不同，既可以单指同时履行抗辩权、不安抗辩权和先履行抗辩权三种权利其中之一，也可能包括了二者或全部。

它的作用有二：一是标准，约定明确的判断标准，作为一方承担义务和另一方行使权利的依据；二是保护，即保护一方当事人尤其是优势方当事人的合同利益，免受另一方拒不履行或迟延履行而带来的损害。

由于先决条件是指仅当特定的条件成就后，合同一方才履行特定行为如交割、付款等，双方权利义务区别标准明确，通常被优势方所喜用。

先决条件条款（2）

以下是一份中外合资企业的股权转让合同的先决条件条款。处于优势方的购买方为了尽量保护自己的利益，避免在购买公司股权的同时背上潜在的负债，因此制定了如下较为苛刻的支付股权转让价款的先决条件：

1、出售方合法和独立拥有转让股权，在该等股权之上不附有任何抵押、质押、担保权以及其他可能影响购买方利益的任何第三者权利；

2、出售方或其关联方(如适用)已签署本协议及每一份交易文件；

3、本协议已经取得合资企业董事会的一致批准且合资企业向出售方提供了合资企业全体董事签署的一致批准此次交易的董事会决议原件；

4、本协议已经取得合资企业其他股东的一致同意并且合资企业的现有股东对转让股权放弃优先购买权的声明书原件；

5、本协议和关联协议已经取得合资企业原审批机关的批准和同意；

6、出售方在本协议及交易文件中的陈述和保证在原审批机关批准本次交易之日在所有实质性方面均保持真实、准确、完整并且不存在误导，如同在本协议签署之日作出一般具有同等效力；

7、出售方完全遵守本协议规定的交易完成前的承诺和义务；

8、在本协议签订后，合资企业的财务状况、前景、负债、资产或业务未曾发生任何重大不利变化，并且未曾发生对合资企业的财务状况、前景、负债、资产或业务具有或可能具有重大不利影响的事件；

9、合资企业的注册资本已经全部缴清，并且中国法律认可的会计师事务所已经出具相应的验资报告；

10、合资企业已经全部付清其购买并拥有的土地使用权和房屋的转让价款并且已经取得相关的土地使用证和房地产权证；

11、合资企业已经全部付清以其名义借入的未偿还贷款并且已完全解除股权或任何资产上存在的抵押、质押或第三方权利主张；

12、合资企业已经向债权人、当事人和其他第三方发送本协议要求的有关交易的适当的通知；

13、合资企业已经付清了全部在转让日前到期应付的税收、职工报酬、职工社会保险费及其他政府收费；

14、合资企业不存在任何正在进行或潜在的诉讼、索偿或争议事项。

交付和验收条款（1）

在实践当中，交付条款主要考虑有实物、权利、证书文件、收益和义务移交等五个写作要点，

总结如下表：

【要点：交付条款写作要点】

大类 小类 项目 实物 权利 证照和文件 收益 义务

实物主体

移交 附属物移交 主权利移交 从权利移交 权利文件移交 收益移交 义务分配

有

形

财

产 不

动

产 在建工程 分别验收中间工程、附属工程和主体工程，以建筑工程质量监督站的检验报告为准。约定明确未拆除的设施如何处理。签署工程竣工验收确认书，不需要办理过户。对于建筑工程受偿优先权如何处理；

对于抵押权如何处理；

对于租赁人优先受让权如何处理。

施工图纸、报批文件等。 无 对建筑工程优先受偿人的通知义务；

对抵押权人的通知义务；

对小业主的通知义务；

对供应商等第三人欠款如何处理。

土地 一般不需要进行现场勘查，约定土地开发应当达到什么标准和等级。约定对地上房产的处理或补偿。 办理过户。 对于建筑工程受偿优先权如何处理；

对于抵押权如何处理；

对于承租人优先受让权如何处理。土地证办理过户手续。对租赁或类似收益如何分配。对拖欠政府的出让金、管理费用、拖欠水电费、拖欠村民征地款等如何分摊；

对抵押权人的通知义务。

房屋 对房屋外观和房屋进行现场勘察和清点。对装修如何处理。办理过户。对于建筑工程受偿优先权如何处理；

对于抵押权如何处理；

对于承租人优先受让权如何处理。申领房屋所有权证。移交房屋租金等。对房屋物业管理费或类似费用如何分摊；

对抵押权人的通知义务。

大类 小类 项目 实物 权利 证照和文件 收益 义务

实物主体

移交 附属物移交 主权利移交 从权利移交 权利文件移交 收益移交 义务分配

有

形

财

产 动

产 设备 设备现场清点和查收；约定运转后发生问题的处理办法；约定保质期。约定设备的范围。以购货合同、进口合同、发票等证明设备所有权。对于所有权保留如何处理；

对于抵押权如何解决；

对于质押权如何处理。移交购货合同、发票、使用手册等。设备租赁使用收益等。对

融资租赁人的通知义务；

对抵押权人的通知义务；

设备尚欠供应商款项的如何处理。

货物 签署收货证明、以样品为准或以书面标准为准。 约定外包装规格、数量等。 移交货物、背书提单或移交发票。 对于所有权保留如何处理；

对于抵押权如何解决；

对于质押权如何处理。 移交购货合同、关单、提单、发票。 对于出租收益如何分配。 对质押权人的通知义务；

对于拖欠加工费、运输费、仓储费的如何处理。

无

形

财

产 股份或股权 无 无 签署《转让合同》、申请审批机关批准（外资企业适用）、申请国资委批准（国有企业适用）和工商局办理变更登记； 签发《出资证明书》和《股东名册》； 更《企业合同》和《合作章程》 对于质押权利如何解决？ 如属于全资收购的，应当办理企业财务、行政、人事等移交清点手续 对于企业债权债务的承担和处理。 对于企业债权债务的承担和处理。

大类 小类 项目 实物 权利 证照和文件 收益 义务

实物主体

移交 附属物移交 主权利移交 从权利移交 权利文件移交 收益移交 义务分配

无

形

财

产 债权 无 无 签署《债权转让合同》、向债务人发出《债权转让通知》。与债权相对应的抵押权一并移交，但原合同另有约定的除外。 贷款合同、债权确认函、催款函、判决书。 利息、抵押资产的出租收益等如何处理？ 对债务人的债权转让通知义务；对抵押物业承租人的优先购买权义务等。

知识产权 无 无 权利登记证书 对质押权如何处理。 权利登记证书、权利转让合同或使用许可合同。 使用许可费符合处理？ 对被许可人的通知义务。

有形和无形财产混合体 债权资产包 按照有形财产处置方式。同左 按照无形财产处置方式。 同左 按照有形和无形财产的方式综合处置。 同左 同左

企业承包经营权 按照有形财产处置方式 同左 按照无形财产处置方式 同左 按照有形和无形财产的方式综合处置。 同左 同左

大类 小类 项目 实物 权利 证照和文件 收益 义务

实物主体

移交 附属物移交 主权利移交 从权利移交 权利文件移交 收益移交 义务分配

人身权 劳务 劳动 无 无 一方为另一方提供劳动。 无 无 工?薪酬 无

限制性义务 保密、竞业限制或非竞争 无 无 遵守双方约定的承诺。 无 无 无 对第三方违约和造成侵权如何处理？

交付和验收条款（2）

这个条款需要规定的内容比较多，原因是标的物不仅仅发生了空间位置上的变化，更重要的是，标的发生了法律权利和风险的转移，而且很多时候两者的法律权利义务和风险的转移点并不一致，这是存在最多法律风险之处。

实务当中，有如下问题需要引起重视：

1、关于不动产交付的问题

不动产如建筑工程和商品房等好比“期货”，需要通过施工建设等一系列复杂过程才能取得，因此要约定一系列的施工建设和验收规则，而且还要考虑验收之后的质量保修等问题。在这方面，政府已经制定了大量的标准合同文本可供参考，在签订合同当中可以直接引用，但需要慎防开发商在面积计算、税费承担、逾期交楼、质量保修和物业管理等五方面玩猫腻。实践中可以制订如下条款予以解决：

— 面积条款 应分别写明实用面积，套内面积，公共分摊面积（公摊率），各房间、厨房、厕所、阳台的套内面积；应规定 1% 以内的暂测面积与实际面积之差，按合同规定的每平方米的价格结算；应规定正负误差超过 1% 以上的，购房者有权选择解除合同或要求继续履行合同。要求解除合同的，开发商应当办理退房手续，并退回购房款，并且按购房款的一定比例支付违约金；继续履行合同的，开发商应按购房款的一定比例支付违约金。

— 税费条款 应注明水、电、煤气、电话等的初装费或增容费的金额及其承担主体，以及上述项目的服务收费标准；应删去使用“其他与办证有关的费用”等开放性条款；特别注明一条：凡本合同未注明的其他一切税费由开发商承担，开发商应如期交纳，并保证不因其迟延或拒绝交纳而损害购房者的合法权益，同时规定开发商违反该义务的法律后果。

违约责任条款— 应注明交楼的具体日期和交楼方式；规定不可抗力的认定部门和认定标准，尤其需要注明罢工、政府部门审批延迟不属于不可抗力；规定凡归因于开发商或既不属于不可抗力又不归因于购房者的因素造成延迟交楼的均由开发商承担违约责任；可以在合同中明确规定，无论何种原因造成延迟交楼的，超过多长期限，购房者有权解除合同，同时开发商应退回房款及支付违约金。

— 质量和保修条款 条款应写明外墙、内墙、地面、天花、门、窗、厨房、卫生间、阳台、照明设备、停车场等质量标准和要求；如需更换须经购房者同意；违反质量条款的赔偿方法；应规定留下部分购房款的验收合格后及保修期满无任何质量问题才予以支付；应注明保修项目、单位、保修期内的责任，注明维修期间和等候期间不计入保修期间，以及开发商违反保修义务的法律后果。

— 物业管理条款 合同条款写明开发商代为指定的物业公司的服务合同的期限不应超过一年，期限届满后由业主委员会选择物业管理公司；注明物业管理公司的各项收费项目、标准、金额及服务内容；不允许物业管理公司预收费用；注明收取合同以外的费用须经业主同意，如由政府规定的税费，亦应由物业管理公司或开发商承担。

交付和验收条款（3）

不动产如果已经建成的，好比“现货”，可以进行即时移交。在这方面，主要关注的问题是交付标准——“不交吉”和“交吉”问题。这两个词是房地产领域当中的通俗用语，指的是交接时不动产的状态。如果“不交吉”，即意味着不动产上可能有附属物和租户、实际使用人、抵押

人等。如果是“不交吉”交付，就是说按照现状移交，不清理不动产上的附属物和相关权利关系，留给接收人自行处理。如果是“交吉”方式，则是由原产权人负责清理附属物和权利。此时，作为接收人，应当注意在如下两个方面细化交接规定：

— 实物移交 原产权人必须拆除不动产上的非法附属物或建筑物；与现有租户解除租约；清缴可能拖欠的房屋管理费、水电费等；

权利移交— 证明不动产的权属证书远不止一本《国有土地使用证》或《房地产权证》简单，如果是建筑工程则包括了红线图、规划证和施工许可证等；已经建成预售的房屋有预售证；已经抵押的不动产还有抵押权证等等证明不动产形成过程的系列文件。

2、关于动产交付的问题

动产如设备或其他实物等，在移交方面主要考虑验收标准、验收地点和权利文件三个方面。首先，合同当中对于验收标准应当有明确的规定或指向，例如：以样品为准还是以国家标准为准；如果没有约定清晰标准的，也可以约定以签收收货证明为准，防止验收后对方才以各种理由提出异议。

其次，应当规定具体的验收地点，这主要是考虑双方一旦有纠纷，可以藉此选择对己方有利的管辖法院。

第三，权利文件移交务求全面。权利文件主要包括可以证明货物所有权和来源的文件，例如进口合同、提单、仓单、保险单和运输单据等。要留意的是，我国目前对于证明动产权属文件的法律规定并不清晰，仅靠合同、提单、仓单或发票，都不足以证明动产权属。因此，要求卖方提交系列文件而非单独的一份是比较保险的做法。

3、关于交付地点和时间变更的问题

在实践当中，有时候合同一方会通过电话或传真等方式通知交货方变更合同指定的交付地点或时间，从而对交付人造成法律风险。针对此类风险，应当在合同当中有相应的描述。例如：在合同当中规定，如果合同指定方通过电话或传真方式变更交付地点或时间的，无论在何地或何时交付，只要合同指定方签收确认函，就视为合同相对方已经全部收到货物，对交付地点和时间均无异议。

交付和验收条款（4）

4、关于交付对象变更的问题

在不动产买卖中，有时候合同一方因炒卖不动产等其他原因，为了节省过户税费，会提出双方约定不动产先不过户，等买家找到下一买家后，指定卖方将房产过户到下一买家。这

种做法实际上违反了我国关于房地产权属流转的税收规定，属于典型的偷逃税收行为，应当尽量避免。

在动产买卖中，尤其是一般货物，由于流转速度较快，实践当中通常会有合同一方使用电话或传真，指定交货方将货物交给指定的第三人的方式。上述方式对于交货方存在一定的法律风险。一般而言，如果合同一方未付款，交货方会谨慎许多，要求收货方出具相应的指示凭证。但如果合同一方先行付款，交货方一般就会容易麻痹大意，随意地将货物交给第三人。这样做其实一样容易引发纠纷。如果将来合同一方以已经付款但未收到货物为由向交货方主张权利，交货方同样会陷入被动。在实务当中，如果你没有确切证据，法官很难相信你是基于付款方的指令将货物交给第三人。

因此，应当在合同当中明确规定向第三人履行义务的指示标准和操作方式，例如由合同一方签署《指示函》等。

5、关于标的物的权利和风险转移分界点的问题

根据我国《合同法》的规定，标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。其中，“法律另有规定”主要指的是在途标的物的买卖，除当事人另有约定的以外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

因此，合同优势方一般倾向选择在合同成立时，就将标的物毁损、灭失的风险转移给对方；而合同劣势方则注重要求在交付后才承担相关风险。

本条款相关范例请参见本书下册的“财产租赁案之简单任务”当中的文书范本和相关介绍。

所有权保留条款（1）

这是一个与交付和验收条款密切相连的条款，它的作用是充分保护出售方的利益，类似于西方的让与担保制度。

它的法律依据最早见于《最高人民法院关于贯彻实施<中华人民共和国民事诉讼法通则>若干问题的意见》（试行）第 84 条：“财产已经交付，但当事人约定财产所有权移转附条件的，在所附条件成就时，财产所有权方为转移。”我国《合同法》第 134 条进一步明确：“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或其他义务的，标的物所有权属于出卖人。”

在实践当中，“所有权保留”条款较之于《担保法》规定的担保方式，具有简单易行、成本低廉的优点，是一种更加行之有效的违约风险控制手段。如果运用得当，即使标的物已经交割完毕，仍然可以很好地维护交付方的财产权益。

但是，随着我国《物权法》的出台和“善意取得”制度的建立，“所有权保留”制度受到了一定的限制，在实务当中所起到的作用正逐渐缩小。

付款条款（1）

付款条款规定的是在满足什么条件的时候一方付款。对于承担付款责任的一方而言，会力求弹性或简约，以降低被追究未付款、未完全付款或逾期付款的违约责任风险；对于收款一方而言，则会力求详尽，在其后的违约条款当中，应当设计相应的未付款、未完全付款或逾期付款的违约责任和收款方对支付方的处罚权和追究责任权以及对合同的解除权等，以力求保护己方的合同利益。

付款条款的主要内容是：

1、付款条件。通常是付款一方应当承担的义务、承诺和保证，这部分内容有时候会在先决条件条款当中出现。

2、支付主体。合同款项由谁向谁支付，这是最基本的问题，但容易被忽略。实务当中，明确规定由签约方亲自付款当然是最保险的，因为能够确保合同权利和义务的一致；由签订方指定第三方付款的做法，可能会因没有收款方和第三人之间不存在对价而被存在付款无效的风险，或者存在逃税嫌疑而被税局追查，甚至可能触发银行的反洗黑钱审查等风险。

如果确实需要委托第三人付款，需要留意的是合同相对方（即委托方）是否已经与第三人（即受托方）签署了授权委托书，该授权委托书当中应当注明该等授权委托并无付款金额、付款条件、付款权限以及委托期限等限制，而且由此引起的债权债务关系由委托方和受托方自行解决，与合同方（即收款方）无关。

3、金额、币种和单位。容易混淆之处是写法，例如：究竟是“人民币××元”还是“××元人民币”呢？依写作惯例，以人民币计价的，采用“人民币××元”的方式书写；以美元或其他外币计价的，以“××美元”的方式书写较好。其他内容请参见本书上册的“文书语法篇”当中的相关介绍。

4、支付期限。即在某一特定日期或期限内一方需要付款。特定日期应该以自然年（即公历年）为准；特定期限的起算点应该是特定的事实或行为开始或完结之日，如“一方提交文件之日起×日内”、“甲方向乙方交货完毕之日起×日内”等。

5、支付方式。这一部分通常需要考虑的问题包括：现金还是转账，境内还是境外支付总共两个问题。基于我国对于现金管理的法律制度比较严格，所以除非小额交易，一般应当

在合同当中注明要求采取转账和境内付款形式。以避免产生逃税嫌疑或者触发银行监管机构的洗黑钱审查。

付款条款（2）

即使是转账方式，仍然有如下三类常见问题需要引起注意：

— 银行划账 对收款人而言，这是最安全的支付方式，由付款人自行通知自己的开户银行将款项划到收款人指定的账号，收款人的配合仅为提供银行账号。

— 开具支票 这种形式较为常见，具体操作步骤是：支付人开出抬头为收款人的支票——支付人将支票交给收款人——收款人在支票背后盖上本公司的印章（俗称“背书”）——收款人将支票递交给自己的开户银行兑现。由于收票后兑现需要一定时间，有些不法分子就利用“空头支票”诈骗货物，所以这类方式的风险最高。

— 开具汇票 汇票分为银行汇票和商业汇票两种，银行汇票是指支付人先将钱交给银行，银行根据收款金额再开出承兑人为银行的银行汇票，这种汇票依赖的是银行信用，因而有确切的付款保障；商业汇票是指支付人无需交钱给银行，自行开出承兑人为支付人自己的汇票，这种汇票依赖的是企业信用，在目前信用环境下较少见。

以下是某份《债权资产包转让合同》当中的付款条款范例：

3. 转让对价款

3.1 金额和付款时间

就本合同约定的债权资产包，乙方同意在本合同签署之日，无条件向甲方支付转让对价款人民币 元(大写：人民币 元整)，甲方同意按照本合同规定接受转让对价款。

3.2 支付方式

甲方仅接受乙方将转让对价款直接从乙方的中国境内账号汇入甲方指定的如下账号：

开户银行：××银行××支行

户名：××××

账号：××××

3.3 无条件付款

乙方签署本合同的行为本身即意味着同意无条件向甲方支付转让对价款，乙方同意不得以任何原因延迟、拒绝支付或请求返还部分或全部转让对价款。

3.4 保证金冲抵

甲乙双方同意，如乙方在签订本合同前已经向甲方支付保密保证金及履约保证金（以下统称“保证金”）的，则甲方在收到乙方支付相关款项等于转让对价款减去上述保证金的差额部分时，有权将上述保证金转为乙方支付的相应金额的转让对价款。如乙方没有按照上述规定足额支付相关款项和/或在本合同第 3.1 条款约定的期限内足额支付转让对价款的，则甲方有权没收乙方所缴纳的上述保证金。

发票条款

发票是指在购销商品、提供或者接受服务以及从事其他经营活动中，开具、收取的收付款凭证。销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应向付款方开具发票。

尤其是在国际贸易活动中，商业发票是出口单据中的核心单据，所有其他单据都要参照商业发票的有关内容缮制，如各种单据中的货名、唛头、包装、数量、毛净重等都要与商业发票相一致。如果商业发票缮制有误，其他单据也就跟着发生差错。

有些合同当中约定，“乙方应当在甲方付款同时开具发票”，这是一种想当然的做法。想象一下就明白，无论是银行划账或现金交割方式，实际当中都不可能做到收款和开票的时间完全一致，这种写法暴露出思维不严谨的一面。正确的写法应当写明：乙方在甲方付款×日内开具发票。

另外，在实践当中普遍存在有一种合理不合法的操作惯例——先开票后付款，即收款方往往被要求先开具发票交给付款方，等待付款方完成内部审批程序后方才付款，这种方式存在着法律风险，应当尽量避免。因为根据《发票管理条例》规定，发票是已经收款的证明凭证。一旦付款方拿到发票后，以发票为凭拒绝付款，收款方就容易陷入被动。

为了防止上述问题，可以在合同当中预先作出如下明确约定：

收款方先行开具载明本合同规定金额的发票给付款方，付款方在收到上述发票之日起××日内将相应款项划至收款方指定的账号。

这样写法简单明确，可以有效防止上述问题。此外，也可以在履行过程当中，在发票背后加

注一行语气温和但指示明确的说明：

请付款方在收到本发票××日内将本发票记载金额之款项划至××账号。

这种写法能够很好地证明：这张发票的款项实际未付，这就打消了付款方利用发票做文章的可能性。

税费条款（1）

这个条款可以很简单，也可以很复杂。简单的写法是因为只考虑税收问题，在合同当中写明“双方按照法律规定各自承担”即可；复杂是因为在税收之外，通常还要考虑双方实际需要各自承担多少税费比例以及如何与法律规定相衔接等问题。

实践当中，容易引起争议的通常有两个问题：

1、不含税

在某些情况下，交易双方为了节约交易成本，会约定以不开发票的价格进行交易，即所谓的“不含税价格”。依据我国税法规定，凡是发生货物流转的交易，均应缴纳相应的营业税和增值税等税项，这种以不含税价格进行交易的方式实质上是故意逃税，属于违法行为。因此，即使合同当中作出了相应约定也属无效条款。为了解决上述问题，可以在合同当中作如下约定：

甲乙双方一致同意本次交易的不含税价格为××元，本次交易的税款为××元，两部分合计，本次交易总价为××元。乙方先向甲方支付不含税价格部分的价款，甲方向乙方开出暂收款证明；待乙方向甲方付清税款后，甲方向乙方开具正式发票。

2、净收入

除了税收之外，其他费用也是影响交易价格的重要因素。优势方一般习惯采用“净收入”的方式进行交易，即约定所有的费用全部由对方承担。但是，何谓“净收入”容易引起争议，应当在合同当中予以明确。

以下就是关于“净收入”的典型写法：

乙方保证甲方收取的上述转让对价为甲方的净收入，即甲方就本次交易除了需要自行交纳营业税和企业所得税两项费用外，不需要承担任何费用，包括但不限于凡因履行本合同所产生的或与标的资产转让有关的一切费用，即使根据中国法律的相关规定或中国政府部门的要求

应当由甲方承担，但乙方均同意自行交纳、承担或以甲方名义交纳。如甲方被要求交纳或实际承担前述费用的，乙方同意在发生该等事件三日内将相关款项赔偿给甲方。

税费条款（2）

如下是一个关于不良资产转让的《债权资产包转让合同》税费和其他费用条款的完整例子：

1. 定义

...

“税费”系指中国及任何其他有关管辖区域征收的所有税款、关税和其他税费，包括但不限于企业所得税、任何性质的预提税、营业税、增值税、消费税、印花税、房地产税、关税、社会保险费、住房公积金、职工报酬和董事应纳税及有关的代扣代缴税款以及罚款、罚金、收费、费用及有关的利息。

“其他费用”因乙方申明、登记、持有、处置或再转移本合同附件所列的债权、资产所产生的保证金、评估、测量、诉讼、审计或拍卖等费用；债权资产包当中已存在的、欠缴或发生的物业管理费、水电费、煤气费、电话费和滞纳金等费用；甲方依据本合同以及乙方要求，向乙方提供的任何配合工作或服务所产生的费用和税费，包括但不限于律师、会计、审计、评估、拍卖等中介机构收取的费用；政府部门、人民法院等部门收取费用等。

...

5. 税费和其他费用

5.1 因本次债权资产包交易过程中产生的或与其相关的一切税费，由合同双方按法律规定各自承担，本合同另有规定的除外。

5.2 鉴于甲方已经在本次转让对价当中给予了乙方相应价格优惠，因此甲乙双方一致同意本次债权资产包转让过程中产生的或与其相关的其他费用，均由乙方承担。

责任分配和处理模块

这个模块在很多的合同写作著作当中往往被忽视，有不少人认为，判定是否存在违约责任是法院或仲裁机构的事情，这其实是错的。法律规定的是框架，你的合同才是双方约定的具体标准。如果你的合同没有约定标准，就等于允许法院或仲裁机构自由解释，等于将解决纠纷

的所有希望寄托在别人身上。这种结果肯定不是合同各方尤其是优势方所希望见到的局面。

合同起草常见错误之一，也是合同起草的业余和专业水平明显区别的地方，就是起草者究竟用的是“结婚思维”抑或“离婚思维”。“结婚思维”者，往往只看到双方交易的过程和主要内容，却忽略了规定双方各自应尽的责任和义务，要么一概缺失，要么笼统含糊，以致发生纠纷的时候却找不到相应的解决条款。“离婚思维”者，不仅注重安排好交易双方的交易过程——好比婚礼，还在同时规定好合同一旦发生纠纷时双方如何区分权利义务——好比将来双方一旦离婚如何分家产。

如同没有处罚条款的法律等于没有法律，没有违约责任合同也等于没有合同。合同不仅需要考虑到可能会出现的各种问题——“即将会这样”，更重要的是考虑在出现问题之后怎么解决——“如果不这样会有什么后果”。所以，在“离婚思维”之下的合同，一般会罗列各种可以行使合同解除、终止和违约认定等方面的具体情形。

概括而言，这一模块的写作需要达到如下三个标准：

1、浅白的标准。制定一些简单的、客观的违约行为认定标准供合同各方使用。

2、充分的补偿。例如通过约定违约金的明确金额或计算标准，使守约方获得足够的经济损失补偿。

3、高额的惩罚。例如通过高额违约金等方式加大对方违约成本，从而有效地防止和惩罚违约行为，保证合同能够最大限度地得到履行。

不可抗力条款

不可抗力条款内容已经有比较明确的法律规定，这里不赘述，在合同当中一般毋须写得过于详细，内容一般包括不可抗力事件范围、不可抗力事件的认定方式、发生不可抗力事件后双方的通知义务以及发生不可抗力事件后双方责任的免除等。

合同一方为了防止合同相对方滥用不可抗力条款免除违约责任，则倾向于将不可抗力范围尽量缩小，通常将战争、罢工等包含社会因素的情形排除在外，因此条款内容非常简洁，以下是一例：

本合同所称的不可抗力指地震、水灾、火灾、暴风雪等自然灾害和法律法规调整。由于发生不可抗力而导致无法履行合同或者解除合同的，可以免除相应的经济责任。

反之，如果合同一方为了给自己预留违约行为的抗辩理由，多数会在不可抗力条款处下手，对不可抗力作尽量扩大化解释从而为逃脱违约责任埋下伏笔。

例如购房者在购买商品房时经常会遇到这样的情形，开发商在签订《商品房买卖合同》，往往会使用《补充协议》等形式作出例外约定：

如遇下列特殊原因，除双方协商同意解除合同或变更合同外，出卖人可据实予以延期：

- 1、人力不可预见、不可避免和不可抗拒的自然灾害和事件；
- 2、为遵守、配合政府的法规、政策的变化或因政府部门有关机构的行为而引致的延误；
- 3、非甲方（开发商）原因，而供水、供电、供气部门未能按时接通室内外的水、电、气等设施；
- 4、其他非甲方（开发商）所能控制或当事人的因素等。

这几句乍一看来没有问题，但仔细推敲一下则大有疑问，主要是最后一条，什么叫“非甲方所能控制的因素”？甲方资金短缺、工程队拖工或怠工甚至是因为开发商拖欠员工工资而导致员工罢工，这些事件都可以纳入“非甲方所能控制的因素”范围之内。开发商就是通过对这类模糊字眼的扩大化解释，从而轻易逃脱违约责任。

因此在签署合同时，尤其需要细心界定不可抗力的适用范围，以免造成将来的纠纷。

违约认定条款（1）

这个条款内容往往和先决条件、抗辩权、中止履行权、解除合同权和索赔等违约条款放在一起，但为了叙述的方便，本书将该条款内容单列出来研究。

在合同履行过程当中，有如下常见的违约认定标准：

1、主义务迟延履行。即合同一方违反合同规定期限延迟履行，当中包括了交付延迟和受领延迟。例如买卖合同当中一方延迟交货，另外一方延迟付款和验收；房地产买卖合同当中的一方延迟移交房屋实物或办理房屋产权转移登记，另一方延迟付款或延迟办理房屋产权转移登记。

2、主义务部分履行或不当履行。即合同一方违反合同规定履行，例如实际交付货物的数量与约定不符；交付的合同标的或标的物有法律或实际状态上的瑕疵，影响合同标的权利的合法性或实际使用等。

3、附随义务不履行、部分履行、不当或迟延履行。例如：不配合办理过户手续、交货

不给提单、收款不开正式发票、不遵守保密义务、不履行及时通知等常见的附随义务，这些义务往往可能因为合同当中没有明确规定，而容易被违约方钻空子。因此在合同当中，应当详细规定对于这些不恰当履行合同的方式的判断方法和惩罚措施。

所谓先后履行顺序是依合同约定或法律规定，或者根据交易习惯而确定的先后顺序。在合同条款当中，判断履行的先后顺序标志一般是以一方完成履行特定义务的截止时间为另一方开始履行特定义务的起算点。例如，某购销合同当中约定：

在乙方交货完毕之日起七日后，甲方始向乙方支付本合同约定的货款。

上文的约定很明确：先由乙方履行交货义务，并且是交货完毕之后七日，才轮到甲方支付货款，该等约定能够很好地防止乙方延迟交货、货不对版或数量不符等问题。

归结起来，违约认定条款的写作方法可以归纳为如下的“1-3-4 规则”：

违约认定条款（2）

“1”——代表一种事实，即违约事实

即条款当中应当明确规定什么情形属于违约事实，它覆盖的具体情形很多，大致包括有如下三类：

首先是单方或双方履行合同主要义务不符，包括有：

— 标的的不符 主要包括标的不一致、质量、品种、数量、规格等不符；

— 交货方式不符— 主要包括运输方式、交货方式、移交实物方式、验收方式、履行地点、履行时间不符；

— 权利移交方式不符— 主要包括产权登记、出租权、担保权益、抵押权、知识产权等不符；

— 配件和说明资料不符— 主要包括附件、备品、专用工具、专用软件、清单、文件、说明资料不符；

— 售后服务不符— 主要包括服务内容、服务标准、服务期限和收费标准不符；

— 付款方式不符— 如未按约定的金额、时间、方式付款等。

或者是单方或双方履行合同辅助义务不符，包括有：

担保不符— 合同担保的种类、范围、期限等内容不符；

通知不符 通知、送达、异议、签收方式不符；—

发票不符— 开具的发票或收据不符；

其他义务不符— 一方违反保证和承诺、保密、知识产权和其他约定义务等。

还可能是单方或双方对于违反合同之后的补救措施不符，包括有：

— 发生不可抗力时如何处理；

发生市场急剧变化等情势变更情形时如何处理；—

— 如合同被中止、解除或终止时的条件、方式和处理方式；

合同无效时的损失计算范围和公式。—

违约认定条款（3）

“3”——指三种侵权行为

具体包括了单方行为侵权、双方混合侵权或第三人侵权行为。合同当中应当对这三种行为造成违约结果规定不同的处理方式。

根据主体地位不同，有“客观结果”和“主观过错”两种认定方法。

如果你是合同优势方，可以采取“客观结果”的判断方法，即无论基于何种原因，只要行为方的行为产生了约定结果，则无条件地承担违约责任。例如本书下册的“债权转让案之冰棒效应”当中的《债权包转让合同》即采取了这种做法。

如果你是合同劣势方，则应当极力主张以“主观过错”为判断标准，即要求在行为方有主观过错的前提下才承担违约责任。

“4”——指四种违约原因

其中包括了单方过错、双方过错（混合过错）、第三方过错或不可抗力。一份完整的合同，应当分别规定上述四种情形出现时，合同各方如何判断责任、分摊损失等内容。

中止履行条款

中止履行合同是合同履行当中较为严重的措施之一，涉及到合同双方的责任分配和认定，需要谨慎对待。

当事人可以在合同当中约定，发现对方出现《合同法》第68条规定的四种情形之一的，可以中止履行合同，直至对方提供相应和足够的担保为止。这四种法定情形分别是：经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金，以逃避债务；丧失商业信誉；以及有丧失或可能丧失履行债务能力的其他情形。

需要注意的是，对于上述四种情形，我国《合同法》要求的举证责任相当严格。《合同法》第68条第2款规定：“当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任”，也就是说，中止履行合同一方必须拿出证明对方违约的确切证据，否则就要承担违约责任。实务当中，即使在信用程度较高、市场规则比较完善的国家，要取得“确切证据”也决非易事，更何况我国目前处于信用缺失、法制环境相对落后的状态。

因此，上述规定虽然可以避免当事人滥用不安抗辩权，但却大大增加了当事人行使不安抗辩权的成本，甚至有违设立不安抗辩权的初衷。解决的方法是通过在合同当中对认定标准进行细化，赋予可以评判的客观标准。

例如在某一收购项目当中，为防止被收购目标公司在重组期间的经营状况严重恶化，往往会使用“经营状况严重恶化”、“丧失商业信誉”或者“有丧失或可能丧失履行债务能力的情形”等模糊性词语，这是当事人行使不安抗辩权的前提和判断标准。如果只是简单地将上述条款抄到合同当中，对其不加注释和具体化，只会将合同变成空话和套话，无法实现期待的法律效力。

改进的方法是将抽象的标准具体化，例如“严重恶化”可以规定为：“签约日的资产负债比率与评估日的资产负债比率相对比，后者比率恶化超过5%”；再如：“丧失商业信誉”可以定义为：借款方未能偿还到期款项超过多少万元等或者逾期多长时间等；再有，对于上市公司而言，由于有定期的财务报告和公开的股价，这两点也可以成为判断公司“经营状况严重恶化”的标准，例如上市公司股价一路跌停、公司因商业贿赂被判令罚金等情形，均可以成为明确的判断标准。

此外，还要注意的，中止方对合同相对方负有通知义务。所以，合同当中还应当列出相应的中止履行通知期限、通知方式、通知对象、通知地址、通知时间、通知的签收等条款，这些内容一般设计在通知条款当中。

要求提供履约担保条款

合同一方为了控制合同履行风险，防止对方违约，可以在签订合同前后，要求对方提供履约担保。我国《合同法》第 69 条规定：“当事人依照本法第 68 条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。”根据上述规定，被通知方提供适当担保时，通知方应当恢复履行。但何谓“适当担保”没有明确界定，留给合同双方自行约定。

实践当中，中止方要求对方提供的适当担保条件通常包括：要求对方提前交付部分合同款项、提供保证书、更换质物或抵押物等。

合同解释权条款

《合同法》第 125 条第 1 款规定：“当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。”这一规定实际上同时采用了意思解释（文义解释）、整体解释、目的解释、习惯解释以及诚实信用解释等多种解释原则，但没有规定各种合同解释方法如何具体运用，因此实践当中的争议颇多。极端者如电信等垄断部门皆在自己的合同文本上加注：“本合同解释权归甲方（电信）所有”。这种规定实际上是对《合同法》的误读，正确做法应当是通过严格定义合同定义和相关条款，尤其是合同目的条款，来确定合同条款的真正意思。

语言差异解释条款

《合同法》第 125 条第 2 款规定：“合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。”因此，该条款的写法如下：

本协议以中文和英文写就，两种语言文本同等有效，如果两种文本之间有任何不一致或冲突之处，以中文为准。

格式条款解释条款

该条款也叫不利解释规则，是指格式合同的语句有歧义或者模糊时，应采取对拟定合同条款一方或是使用格式合同一方不利的解释，如《合同法》第 41 条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”为避免上述规则造成的不利影响，合同双方有时候会采用如下条款来规避：

本合同由各方在平等的基础上，经友好协商共同起草和写作而成。对本合同的解释不应考虑任何要求起草或促使起草本协议的一方作出不利解释或诠释的假设或规则。

合同标题效力条款

此外，合同各个部分的标题一般也会起到帮助当事人寻找相关内容和理解内容的作用。但是，由于合同标题往往过于简洁，如果用作解释合同，往往容易引起争议。为避免误解，英美法系下的合同条款当中一般有约定，合同标题仅作为帮助查阅之用，不构成协议内容和解释。

上述约定已经被逐步引进到我国的合同写作当中，具体条文如下：

本协议的不同条款和分条款的标题，仅供查阅方便之用，不构成本协议的一部分，也不影响本协议任何条款的含义和解释。

权利申明条款

为了防止合同相对方以合同一方延迟或放弃行使某些合同赋予的权利为借口而推论合同一方放弃其他合同权利，有些合同当中会加入如下权利申明条款：

除非另有规定，任何一方未能行使或迟延履行其在本合同项下的任何权利，不得被视为其放弃行使该等权利，且任何权利的任何单独或部分行使亦不得妨碍该等权利的进一步行使或其他任何权利的行使。一方在任何时候放弃追究其他各方违反本合同任何条款或规定的违约行为，不得被视为该方放弃追究其他各方今后的违约行为，且不得被视为该方放弃其在该等规定项下的权利或其在在本合同项下的其他任何权利。

写与改的区别

在学会了写文书之后，作为法律职业人，你还需要掌握另外一项基本功：改文书。理论与实务的巨大差异，导致你即使会写法学论文不等于你会写法律文书。而由于技巧不同，你即使会写法律文书，也不等于你会改。

举个例子说，写法律文书的时候，你注重的是表达些什么，你需要赶在灵感稍纵即逝前，赶快将它们一一记录下来。所以，讲求保持写作速度，一气呵成，流水行云。但是，修订则不同，注重的不再是表达些什么而是如何准确表达。所以，你的速度必须慢下来，挑剔地审查框架、谨慎地选择句式、考究地挑选用词，确保每一细节足够细致和严谨。

从另外一方面来说，无论写或改，其实都是“戴着镣铐跳舞”。但是，后者不仅要戴着脚镣，还不得不戴着手铐甚至头套。因为需要修订的文书，框架多数已经固定下来了，除非你有充分的理据，否则很难推倒重来。如果不得不推倒重来，必须考虑原有种种条件的约束。所以花费时间更长，难度更大。

而且，当事人大多有后天焦虑症。即使已经谈妥了交易条件，只要合同一天不签，当事人都有害怕夜长梦多的心态。所以，经常催促律师通宵加班修改合同。作为当事人的领航员、

参谋和风险控制师，律师又不能因为上述的种种原因而降低修订文书的工作质量。所以，改比写更难。

常用技法（1）

在修订过程当中，有一些常用的技法可以帮助你提高工作效率：

1、简单处理法

“写作就如同穿迷你裙，越短越好”，这是我在外国学习期间，老师讲述英文写作时提及的一个很有意思的说法。现代人生活繁忙、紧张，讲求快速，时间就是金钱，所以近年来，许多外国大学都在推行写作尽量贴近日常生活的“白话英语”，即不用难字，不写长句，不含偏见。如此不但可节省思考的时间，也可避免误解。

这个观点和法律文书写作的道理暗合。法律文书的读者除了法官等法律职业人外，还有当事人等普通人。文书通俗易懂，应该是拉近读者距离，帮助读者尽快领悟文书要旨的好方法。如果文书涩诘难懂，结构繁复，说服力难免大打折扣。

2、关键词跳读法

这个技法的要旨是，修订文书的时候不能采取正常阅读的方法，逐行细看，细嚼慢咽。因为如此容易使你的识别错误能力慢慢变得迟钝，有如温水里面的青蛙。正确做法是跳读。首先选择若干个关键词，例如主体名称、标的物、价格、标题、引用的条款编号等。然后快速地全文跳读，每一次阅读只挑选与关键词相关的部分阅读。

这种做法有点像 WORD 当中的“查找”功能，你需要找出来与关键词意思一致但表达不同的句子或词组，然后修正它。如此反复多次，直至你确信全部关键词已经修订完毕。

一般而言，通过跳读，你会在如下几个地方发现错误：

— 定义 例如：主体名称、客体名称、标的名称、地点、证书名称等特定用词，将之统一将有助于消除歧义；

期限— 例如关于期间一说，可以有多种用法，如：“在前述合同履行期间”、“在 120 号合同期内”或者是“在购销合同有效期间”，将写法统一可以有效防止混淆或疏漏；

— 序号 尤其是经过多次修改的文书，各个标题的序号，或者条款当中引用的其他条款编号，都容易出现错误或遗漏，需要重点复核；

数字— 例如：证书编号、金额、门牌号码、日期等，这是非常容易出错的地方，尤其要留意。

常用技法（2）

3、词组输入法

每年总会收到很多法学毕业生的求职简历，每过一段时间，总会发现其中有求职者将“律师事务所”一词打成了“律师事物所”，显然，他们没有注意选择适当的输入法。

使用具有自动生成词组功能的中文输入法，自动存储和显示你常用的词组，可以尽可能减少你犯低级错误的几率。这不算一个大理论，只是一个小技巧。但是你必须明白，在非常讲求严谨的法律职业当中，错别字代表的往往不是水平或经验不够，而是你的工作态度有问题。

如果你是一个比较粗心的人，这个方法可以大大减少你因为错别字被师傅臭骂的次数。

4、文书晒晾法

即使是很紧急的文书，在写好之后也别忙着立刻发出。把它搁在一旁晾上一会，哪怕十分钟或者半小时都好。自己先干点别的活，将注意力从这份文件当中转移开去。就像一杯刚倒好的水，等它慢慢平静下来，水就会变得清澈起来。

等到注意力转移、思维重新变得清晰之后，再捡起这份文书，从头审阅一遍，你肯定能够从中或多或少发现一些新的错误或小问题。这些 BUG 就是你最后需要消灭的小臭虫。

5、交叉审阅法

很多人写文书都有这样的痛苦经历，因为是自己写的东西，无论看多少遍，总是挑不出毛病。相反，看别人的东西的时候却是目光如电，一眼关七，可以随手挑出不少谬误。其实，不是你的水平有问题，而是不同的人阅读相同的文字，有不同的角度和方式。所以，可能的话，将写好的文书交给你的同事和其他人交叉审阅一遍，在防止出错之余还能有所启发。

其实，技法不是最重要的，重要的是目标。修订工作应该根据写作目标不同，因人而异，因事而变。切记在修订过程当中，经常问问自己，我现在所有的努力，是否有助于最后达致当事人要求的目标。如果不行，就应当及时更换门庭，另起炉灶，否则就是失于僵化了。

统一标题和引领内容（1）

标题的作用是总结文书内容，所以修订标准就是审查标题是否能够起到适当引领内容的作用。在实务当中，太多的合同标题存在“文不对题”的情形，通常表现在标题写法不当、不统一和不对应等。

例如在一个债务重组项目当中，债务人意欲以其持有的股权和房产抵偿其拖欠甲方的相应债务，律师起草了如下图左半部的《债务重组协议》初稿。我经过审查，将初稿重新调整和梳理，改写成右半部的《债务重组协议》定稿。

左边初稿的标题写法有很多错误。例如：第一个标题“债权债务”写法过于空洞，模糊不清，有哪一份合同不是讲述债权债务关系呢？第二个标题“债务重组方案”实质上包含了第三条和第四条的内容；第三个标题“股权转让”采用的是提前宾语方式。而第四个标题“拍卖抵债房产”则是将谓语“拍卖”和宾语“房产”按顺序排列，前后两个标题写法不一致；第六、八条标题换成了使用“的”字连接宾语与谓语的并列结构；第七条标题不断寻求变化，将连接词“的”换成“与”，与第六、八标题不一致；第九条干脆忘记了要写标题，将正文加上去了。

右边定稿采取了如下三种方法进行改进：

1、细化标题内容。主要是对标题作适当扩充，更准确涵盖相对应的内容。例如：初稿的“第一条 债权债务”指向不明，于是定稿扩充为“第一条 甲方债权和乙方债务”；初稿的“第八条 争议的解决”遗漏了部分内容，因此增加为“第八条 争议的解决和法律适用”。

2、统一标题的写法。例如将初稿的第三条和第四条统一改为“（一）股权转让”和“（二）房产拍卖”。

3、统一标题之间的关系。初稿当中“第二条 债务重组方案”显然涵盖了“第三条 股权转让”和“第四条 拍卖抵债房产”，不宜并列为同一层次的标志。所以定稿将第三条和第四条都纳入了第二条下面作为二级标题。

统一标题和引领内容（2）

总而言之，标题修订应当注意如下要点：

1、标题所表达的内容应该简明扼要、观点鲜明。不能太长，一般不超过一行。不能写的过于笼统，失之泛泛，例如：“原告的主张不能成立”，这是一句没有任何意义的废话。一般不要用问句形式，这容易让人迷惑而不知道你的真正意图；也不用列举事实的方式，例如：“原告在 2003 年 1 月没有付款”，这会让人感到莫名其妙。

2、标题应该与段落内容严格保持一致，起到画龙点睛之效。尤其是多层结构的时候，

上一层的标题含义应该是下一层所有小标题的集合，这是很多初学者容易忽略的地方。

3、各个标题所采用的句式和表述方式也应该严格保持一致，如上例。

主义务模块常见错误（1）

在修订主义务模块时，需要注意如下四个常见错误：

1、遗漏先决条件条款

先决条件条款规定的是合同一方履行义务的前提条件，这个条款对于有效规避违约风险非常重要，但国内目前对这一条款的作用还没有充分认识，合同当中往往没有规定专门条款，仅散落在合同的各个部分当中。充分重视先决条件条款的作用，将有助于强化尤其是合同优势方的风险控制能力。

2、标的交付内容和交付标准经常缺失或不清

例如合同标的附属关系如何转移这一问题经常会被遗漏或模糊不清。例如不动产交付，有些合同只规定了实物交接和产权过户登记两项交付内容，对于附属在不动产之上的权利义务关系例如租赁关系等，却没有相应规定。租赁关系是否可以结束或必须延续，已经收取的租赁押金是否需要移交买方，预收的房屋租金是否需要退还承租人或者买方，不动产如果有拖欠物业管理费、水电费的应当由哪一方承担等内容，如果不作出清晰规定，则会成为双方将来纠纷的隐患。

又如某些需要经过试用期才能检验质量的生产线、设备或其他货物等，合同当中不仅要规定初次规定验收标准，还要规定试用期间发生故障如何处理以及试用期满如何最终验收合格等详细内容。

3、付款方式的描述经常发生错误

例如某合同当中关于付款方法有如下表述：

在甲方将货物交付乙方之日起三日内，乙方将全部货款划至甲方账号。

主义务模块常见错误（2）

这个条款乍看没有问题，其实是错的，或者说，只对甲方有利而对乙方不利。具有有两个问题：

首先，规定乙方只能采用特定付款方式——划账付款，等同于禁止乙方可以交现金、委托第三人代付款等其他形式付款。在如此苛刻的条款约束下，乙方行事稍有不慎就会给对方送上违约的理由。

其次，关于“交付”的标准对乙方不利。这个条款规定，只要甲方向乙方交付了货物，乙方就应当付款。但是，如果甲方货物不合格，乙方虽然收取了货物，是否仍然有权拒绝付款？从这个条款内容来看，乙方有无这样的权利，但这一结果显然是不合理的。所以，修改的方法是对“交付”程序作适当扩充，增加乙方的控制能力，因此修正为：

在甲方将全部货物交付乙方验收合格之日起三日内，乙方向甲方支付全部货款。

4、遗漏规定收付条款的关键内容

在实务当中，当事人往往出于某种需要，例如流动资金不够、同一集团内部资金调剂或者是其他客观情况，提出合同收付款需要委托第三人代为履行。对于这类行为所引起的法律风险，需要予以充分重视。虽然我国法律有委托代理制度，允许第三人代为履行，但鉴于收付款是合同的主要义务，一般应当由合同双方亲自履行更为稳妥。

如果因为客观原因，不得不委托第三人代为收付款，则应当在合同中写明，合同双方一致同意由第三人代为收付款，由此引起的债权债务关系由委托第三人的合同一方与该第三人自行解决。此外，同时要求受委托人签署声明和承诺，确认遵守上述条款。

如果采取外币付款方式，需要考虑到我国法律明确规定，国内贸易应当采取人民币结算，所以一般只能接受以人民币作为结算货币。如果因为客观原因，确实需要采取外币付款，则需要向外管局申请批准。遇到这种情形时，应当将合同生效条件增加“合同经政府部门批准后生效”的相关内容。

如果采取远期外币付款的方式，则需要考虑从现在至到期日，合同金额会因外币汇率变动而产生价值变化，合同当中应当对这种汇率风险作相应规定。

此外，如果双方约定实际付款地点在国外，则审查合同贸易是否具有涉外因素例如货物交付在国外等，如果没有的话，上述约定则可能违反我国的外汇监管制度，需要小心留意。

担保义务模块的错误

在一个股权收购项目当中，购买方为了防止出售方在合同签订后至企业移交前，随意取消企业的牌照而影响企业的商业运作秩序，因而要求出售方在《企业并购合同》当中作出如下保证：

“出售方保证已取得并保持其拥有、租赁、经营其资产及从事其业务所需的完全有效的所有证照、许可、批准和其他文书文件。前述证照、许可、批准和其他文书文件均不会因为本次交易进行或完成而被撤销、中止、注销、变更、终止或不得续展。”

看到上述内容后，出售方的律师坚决反对。原因是这一规定过于注重防范出售方的违约风险而陷入了逻辑错误的陷阱之中。企业并购意味着企业所有权的转移，股权和股东身份必然发生变动，《合资合同》和《合资章程》以及相关的证照如营业执照、外商投资企业登记证书等其他政府文件也必然会变更，否则并购就无法完成。为了完成交易，出售方只能违反上述规定。

修改方法有好几种，比较直接的一种是将本次交易所需要发生变动的文书和证照一一列出，这个法子虽然有点笨，但比较直观；还有一种方法是在后面加一个除外条款，将相应的特殊情况排除之外：

但为了进行或完成本次交易为目的而需要撤销、注销、变更或终止的证照、许可、批准和其他文书文件除外。

归结而言，审查和修订担保义务模块，重点关注如下三点：

1、担保是否有明确的限制范围。要注意防止对方要求己方作出超出自己能力范围的陈述和保证，否则容易掉入被追究赔偿和违约责任的陷阱。

2、担保是否有明确的截止日期。对于陈述和担保的事实，是截至签约日还是生效日或者其他特定日期，需要在合同当中明确。一般而言，只能截至签约日。因为超过了这个日期，交易已经开始，签订合同时的一些基本法律事实已经发生变动，将导致陈述和保证内容的改变，交易双方自然无法保证。

3、担保是否已经办理相应的批准和登记手续。根据《担保法》的规定，各种担保手段必须办理相应批准和登记手续，例如：抵押必须办理抵押登记；股权质押必须制作股东名册和股东会决议；股权质押必须在工商局办妥质押登记；抵押或质押的是国有资产的，还需获得国有资产管理部门的批准等等。

附随义务模块的遗漏

不少合同当中，对于附随义务的规定通常会遗漏两个条款：

1、知识产权条款。现代交易当中，随着产品责任的日渐严格和产品高科技含量的不断增加，产品因知识产权问题引起的纠纷和第三人诉讼等问题日益增加，所以对于知识产权的归属、开发当中采用他人知识产权造成侵权的责任分担等等，应当在合同当中增加相应

的条款予以明确。

2、通知条款。这个条款的作用是防止合同双方在交易过程当中因为地址变更等问题出现信息沟通障碍等问题，对区分各方责任有重要作用，但很多合同对于这一条款经常遗漏。

终止或解除合同技巧

终止合同和解除合同是两个并不完全等同的法律概念，应当根据《合同法》第六章关于合同的权利义务终止的相关规定对合同进行审查，尤其注意如下问题：

1、解除合同的标准是否明确。《合同法》第93条规定了当事人双方可以在合同中约定解除合同的条件，这些条件的设置往往与一方违约行为相联系，在审查合同时，应当注意上述两者的联系是否明确。其中需要特别留意的是，实务当中，合同一方发生迟延履行事件时，合同一方应当给予对违约方进行催告，只有经过催告而违约方拒不履行合同，迟延已经达到根本违约程度时，另一方才享有单方解除权。

2、解除合同时如何通知对方。解除合同需要通知对方，且在通知到达对方时才发生解除合同的效力。这也是审查合同时需要注意的问题之一。

3、行使解除权的期限是否需要约定。根据《合同法》第95条的规定，双方可以约定行使解除权的期限，没有约定的适用法律规定，法律也没有规定的，则在对方催告后的合理期限内必须行使，否则会导致该权利的丧失。合同法分则许多条款都有关于法定解除的特别规定，如赠与合同、不定期租赁合同、承揽合同、委托合同、货运合同、保险合同等。因此，在审查解除权条款时，应当重点掌握合同法分则对各类合同解除权的具体规定。

优劣双方的攻防技巧（1）

在合同修订过程当中，优势方地位占优，自然想办法尽量争取更多合同利益，因此一般会有如下举动：

1、对于自己的违约行为，在合同中会有意或无意地当中少提甚至不提。同时，会在合同当中注意增设各种违约责任通知、追究违约行为前的补救期限、对违约行为的抗辩权以及设定赔偿限额等内容，以减低违约成本。

2、对于劣势方的违约行为，则倾向于作出对己方较为有利的规定。以认定违约事件为例，优势方一般乐于“唯结果论”，即依据我国《合同法》的严格责任原则，在合同当中规定，只要发生约定的事件，无论承诺方是否有过错，均认定承诺方应该对另一方承担违约责任。具体条款写法如下：

如果发生下列一种或更多种事件或该违约事件持续发生的，无论该事件起因系基于违约一方的过错还是第三人原因；或者基于违约一方自愿或非自愿原因；或者受法律实施的影响；或者根据任何生效法律文书认定，均构成本合同所称的违约事件，违约一方均应当向另一方承担本合同所述的违约责任。

3、优势方倾向于在合同当中规定较为宽泛的单方解除合同权条款，以确保己方对合同风险的控制能力。

合同起草和谈判的过程，有如合同双方的攻防战。在这场战役当中，劣势方并非就是毫无还手之力。劣势方可以根据法律的强制性规定或立法原则，主张优势方起草的某些条款不合法；也可以根据行业内或双方以往的交易惯例，主张优势方起草的某些条款不符合交易惯例；此外，还可以“以子之矛攻子之盾”，主张同样的条款应当同时适用于双方，从而逼迫优势方退让。

优劣双方的攻防技巧（1）

在合同修订过程当中，优势方地位占优，自然想办法尽量争取更多合同利益，因此一般会有如下举动：

1、对于自己的违约行为，在合同中会有意或无意地当中少提甚至不提。同时，会在合同当中注意增设各种违约责任通知、追究违约行为前的补救期限、对违约行为的抗辩权以及设定赔偿限额等内容，以减低违约成本。

2、对于劣势方的违约行为，则倾向于作出对己方较为有利的规定。以认定违约事件为例，优势方一般乐于“唯结果论”，即依据我国《合同法》的严格责任原则，在合同当中规定，只要发生约定的事件，无论承诺方是否有过错，均认定承诺方应该对另一方承担违约责任。具体条款写法如下：

如果发生下列一种或更多种事件或该违约事件持续发生的，无论该事件起因系基于违约一方的过错还是第三人原因；或者基于违约一方自愿或非自愿原因；或者受法律实施的影响；或者根据任何生效法律文书认定，均构成本合同所称的违约事件，违约一方均应当向另一方承担本合同所述的违约责任。

3、优势方倾向于在合同当中规定较为宽泛的单方解除合同权条款，以确保己方对合同风险的控制能力。

合同起草和谈判的过程，有如合同双方的攻防战。在这场战役当中，劣势方并非就是毫无还手之力。劣势方可以根据法律的强制性规定或立法原则，主张优势方起草的某些条款不合法；也可以根据行业内或双方以往的交易惯例，主张优势方起草的某些条款不符合交易惯

例；此外，还可以“以子之矛攻子之盾”，主张同样的条款应当同时适用于双方，从而逼迫优势方退让。

优劣双方的攻防技巧（2）

吕立山律师在《合同与法律咨询文书制作技能》一书当中，为读者展示了劣势方如何运用合理理由对优势方进行抗辩的例子：

中国长城公司向美国硅谷公司购买高端路由器设备，硅谷公司为了保护自己的利益和控制风险，坚持在合同当中加入免责条款，鉴于长城公司购买设备的意愿较为强烈，市场上并无其他更多选择，所以在这一点上长城公司处于劣势，如何应对这一问题呢？

吕律师提供了如下几种条款的修改理由和建议供当事人参考：

首先，以交易条件应当对双方公平为由，主张免责条款对双方同时适用，即“我们可以坚持该免责条款对双方均有效力，即它既保护硅谷又保护长城免于承担利润损失的责任”；

其次，以我国《合同法》53条规定为由，收窄免责条款的适用范围，即“应当规定任何故意的违法行为或重大过失给财产带来的损失以及人身伤害不能设定责任上限或者予以排除”；

其三，以国际惯例为由，规定免责条款的例外情况，即“可以主张他们在知识产权赔偿条款下的义务也是不能以任方式设定上限或加以限制。这是因为这些责任产生于硅谷对第三方知识产权的侵犯，只有硅谷为其不当行为承担完全责任才是公平的。这在国外是普遍的做法。”

优劣双方的攻防技巧（3）

在合同攻防战当中，劣势方可以运用如下技巧合理对抗优势方：

1、以合同条款内容违法为由，要求删除或更改

例如在起草货物运输合同纠纷，承运人主张在托运单上加印“托运人必须参加保价（保险）运输，未保价一切后果自负”的内容。我方提出，根据《合同法》第311条规定，“承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，...”，上述内容显然违反了法律强制性规定而无效。因而令承运人哑口无言。

又例如开发商在某份《房屋预售合同》当中加入了有这样一条规定，“甲方（购房者）未经验收擅自使用，视为甲方验收合格”。律师代表购房者提出，这一条款是违法条款，因

为根据我国《合同法》、《建筑法》、《城市房地产管理法》和《消防法》规定，建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。开发商最后被迫取消该条款。

再例如某保险公司制定的《保险合同》规定，“保险车辆发生保险事故后，被保险人应及时采取措施止损，在48小时内通知保险人，10天内向保险人提交能证明事故性质和损失确定等必要单证。不履行上述义务的，保险人有权部分或全部不予赔偿或解除保险合同且不退还未到期保险费。”

上述条款规定显然对保险人不利，因为只要被保险人未尽上述多项义务其中之一，保险人就有权扣减赔款、拒绝赔偿或者解除合同，双方的权利义务明显不对等。我们律师提出，这一条款属于《消费者权益保护法》当中规定的免除其自身责任、加重对方责任、排除对方主要权利的格式条款，因侵犯了合同相对方的法定权利而当然无效。

2、以合同内容过于原则或宽泛为由，要求明确定义和细化

例如某股权转让合同当中，出售方极其希望将手中的股权转让出去，因此购买方占据了合同谈判的优势地位，并在合同当中写上了这样一条非常苛刻的条件：购买股权的前提条件是出售方以购买方满意的方式完成公司重组。但是，合同当中对于何谓“以购买方满意的方式”并无定义，导致合同双方对何谓“以购买方满意的方式”争执不下，合同谈判陷入僵局。

后来，我们提出，所谓的“令购买方满意”应当是符合法律规定和双方约定，因此建议在后面加上一个注释，将原文改为：“以购买方满意的方式系指根据中国法律和本合同规定履行相应权利义务的方式”。

上述做法实际上是将这一原本赋予优势方生杀大权的条款废掉，消除了对劣势方的一大威胁。

优劣双方的攻防技巧（4）

3、以合同一方权利过大为由，要求修正或平衡

例如，律师审查某人寿保险公司起草的《×重大疾病保险条款》时发现其中有这样一条规定：“本公司保留提高或降低保险费率之权利。进行保险费率调整后，投保人须按调整后的保险费率交纳保险费。”这个条款的实质是保险公司保留对费率调整的单方决定权。在保险合同当中，费率属于合同主要内容之一，根据《合同法》相关规定，合同一经生效，对双方都产生约束力，对于费率调整前已签订的保险合同，如果要作任何调整或改变，保险公司都应与原投保人协商一致，而无权强制原投保人接受变更后的保险费率。

所以律师向该公司提出，上述条款实际上属于强制交易，剥夺了消费者的自主选择权和公平交易权，应当删除。

又例如在某份《货物购销合同》当中，买方因处于优势，于是作出强硬规定，规定只要卖方的货物于约定日期前不能交付完毕的，无论出于何等理由，均视为卖方违约并需要承担违约责任。卖方多次向买方要求修改而被拒绝后，于是采取“以子之矛攻子之盾”的战略，改为要求在合同当中加入对买方付款义务类似规定，即只要买方没有在约定日期前付款完毕的，无论出于何等理由，均视为买方违约并需要承担违约责任。

经过多次交锋后，双方终于达成了折衷方案，就是给原本非常苛刻的条款拴上一条短短的尾巴，具体条款写法如下：

……，均构成本合同所称的违约事件，行为方均应当向另一方承担本合同所述的违约责任，但非行为方过错造成的除外。

总括而言，在攻防战当中，优势方总会比劣势方掌握更多的筹码，占据更主动的位置。作为优势方的律师，应当勤快一些，深入考虑合同的方方面面，尤其着重在合同目的、合同履行抗辩权、合同解除权和违约责任条款等几个重要方面巩固优势，才能最终将优势化为胜势。作为劣势方的律师，则应当懒惰一些，放弃为当事人争取绝对平等的幼稚想法，将决策基点从公平转到经济利益上。每遇冲突多作衡量，看看放弃权利和获得利益两者之间孰轻孰重。凡事抓大放小，如此才能做好风险控制师的角色，而不是交易杀手。

合同用词打磨和抛光（1）

可以有如下技巧：

1、榨干多余的水分

以某份翻译自英文版的《企业并购协议》当中赔偿责任条款为例：

对由于出售方单独或与其他人共同违反包含在或将包含在本协议和/或任何交易文件中的任何义务、承诺、约定、陈述或保证而直接或间接导致的或与之相关的购买方及其关联方、继承方和受让方（合称“购买方被赔偿方”）实际遭受或产生的（包括但不限于由任何购买方被赔偿方提起的或以其他方式发起的任何诉讼）任何及所有责任、损失、损害、权利主张、费用和支出、判决和处罚（包括但不限于合理的律师费用和顾问费用）；或标的企业在转让日前承担或遭受的或由标的企业不当操作（包括但不限于未缴纳税收、职工社会保险和住房公积金、产品责任或环境责任）引起的、无论是否在转让日之后出现或在签署本协议之日是否已知或未知的任何及所有债务、义务、权利主张和其他责任（无论是合同的、税收的或其他性质的）；和/或) 购买方因任何第三方就本次交易之前的或与本次交易有关的股权的所有、

占有、控制或变动或因交易的任何方面向购买方和/或收购后的标的企业提起的权利主张（包括但不限于任何政府机关的权利主张）而遭受或承担的任何及所有债务、义务、权利主张和其他责任（无论是合同的、税收的或其他性质的）；和/或由于转让日之前的标的企业资产负债在转让日之前或之后的引起的或与之相关的任何及所有债务、义务、权利主张和其他责任（无论是合同的、税收的或其他性质的）；和/或由于标的企业在转让日前签署的已履行或尚未履行的、被终止或转让的合同或当事人订单引起的或与之相关的任何及所有债务、义务、权利主张和其他责任（无论是合同的、税收的或其他性质的），出售方及其关联方、继承方和受让方（合称“出售方赔偿方”）应承担为购买方被赔偿方进行辩护、对其进行赔偿并使其不受损害的责任。

合同用词打磨和抛光（2）

我们对上述条款的改写结果如下：

定义条款

“出售方”，包括出售方本身及其关联方、继承方和受让方。

“购买方”，包括购买方本身及其关联方、继承方和受让方。

“标的企业”，系指的×××公司。

赔偿事件条款

发生如下情形之一的，出售方应负责或协助购买方和标的企业进行抗辩、对其进行赔偿并使保证使其不受损失：

1、购买方发生如下事件任一或全部的：

（1）无论何种原因，出售方违反本协议及其他交易文件中的任何规定，导致购买方被任何第三方索赔、需要支出本合同规定以外的任何费用或被政府部门作出追缴、罚款或其他处罚决定而导致损失的；

（2）由于出售方的其他过错，导致购买方被任何第三方主张权利、索赔以及政府机关提出行政管理或税收等其他决定而导致损失的。

2、标的企业发生如下事件任一或全部的：

（1）标的企业需要承担签署本协议之日前所发生的任何负债、义务和其他责任的；

(2) 因标的企业在转让日前不当操作引起的转让日后的标的企业需要承担的任何责任或费用，包括但不限于未缴纳税收、职工社会保险和住房公积金、产品责任或环境责任等；标的企业被任何第三方提起的权利和索赔主张；或政府机关提出的行政管理或税收等其他决定而导致损失的。

抗辩权条款

一旦发生可能导致上述结果的事件，出售方应当及时通知购买方，将相关文件资料提供给购买方，负责或协助购买方向相关方提出抗辩主张，确保购买方不受损失。

合同用词打磨和抛光(3)

赔偿范围条款

出售方对购买方的赔偿范围包括直接和间接损失，包括但不限于购买方或标的企业因行使抗辩权而合理支出的律师费、顾问费、评估费和其他合理费用以及购买方预期利润。前述预期利润按照_____（标准）计算。

保证不受损失条款

出售方保证购买方不因前述事件受到任何损失系指出售方保证购买方除支付本合同规定费用外，无须向出售方、任何第三方和政府部门支付任何费用，但该费用系因购买方过错造成的除外。

英文用词讲求外延的准确性和广泛性，为避免歧义而大量使用列举式写法，写法繁复，而中文表达则注重定义准确性和内涵，用词讲求言简意赅。如果仅仅是原文直译，不作相应的语法、词法和句法的调整，不仅让人费解和产生歧义，而且往往容易出错。前述例子当中，“因……引起的、与之相关的”之后又有类似的表达“任何及所有”，后者属于多余的重复，可以直接删除。

2、将抽象的情形具体化

同一词语，可能会有多种含义。在多数情况下，当事人的意思是简单的、粗略的或者模糊的，需要起草者使用文字将当事人的意思准确、全面和周密地表达出来，较好的方法是将抽象用词具体行动化。

例如在某项商业交易当中，双方当事人商定以外币在远期支付对价。由于签约日到实际支付日，每日的汇率会有上下浮动变化，双方当事人经过协商，同意共同承担汇率风险。

在合同起草过程中，对方律师就上述约定，直接表述为：“双方平均承担汇率风险”。我审阅后提出，这种表述在实际履行当中无法操作，应当将“共同承担风险”这种抽象说法具体化到三种假设情形当中，即分别规定汇率上升、不变和下降时候，双方如何分配汇率收益或损失，如此方可真正解决问题。

合同用词打磨和抛光（4）

3、变换陈述人的身份

例如表述甲方如何向乙方付款，在合同当中可以有两种截然不同的表述方法，一是以收款人（乙方）为主：

在乙方收齐甲方支付的所有款项之日起，……

二是以付款人（甲方）为主：

在甲方向乙方付清所有款项之日起，……

两者其实没有差别，但效果不同。如果合同优势方是乙方，你作为乙方的律师，却采用了第二种写法，那只能代表你缺乏经验，不善于使用优势地位。

4、改换更为得体的表达方式

有些初学者在写作合同时，为强调重要性，喜欢使用“必须、不得、严禁”等语气强硬的词语。实际上，这种写法唯一好处是讨好当事人，却同时容易招致相对方反感，其实得不偿失，应当改用“应当、有权、如果、不应”等语气更为温和的词语，效果更佳。

此外，还有写初学者为了表示迫切性，喜欢使用“第一时间通知乙方”这些模糊用语或者随手就用“毫不犹豫（no hesitate）地通知乙方”这些英文常见用法。前者属于口语特有表达，后者属于英文的特有表达，在中文的书面表达当中都是不恰当的，应该改用“立即、及时”等词语更为规范和得体。

容易遗漏的核心问题（1）

法律文书应当开门见山而不应该曲径通幽。我翻阅过市面上不少的文书写作范本或指南类的书籍，发现在这一点上都有所欠缺。例如，某文书写作指南书籍当中有一针对诉讼案件所出具的法律意见书样式，结构如下：

学法网——与法律人共成长

- 一、 本案当事人
- 二、 基本事实
- 三、 法律分析
- 四、 解决方案
- 五、 结论

这个结构表面很严谨，但恰恰缺失了最重要的一点：当事人的目标。在实践当中，法律意见书都是为了完成当事人遇到的难题而出具的，开头不写这一内容，后面的部分就有如无根之树，无源之水。改写如下：

- 一、 当事人目标
- 二、 本案法律关系
 - 1、 主体
 - 2、 客体
 - 3、 内容
- 三、 本案事实和证据概要
- 四、 本案法律分析
 - 1、 实体方面的法律问题
 - 2、 程序方面的法律问题
- 五、 诉讼方案分析
 - 1、 方案一
 - 2、 方案二

3、方案三

六、结论和建议

方案与问题一一对应

在审查文书整体框架时，注重的是方案与问题是否存在严格的一一对应关系。

例如：在一份关于股权转让的法律意见书当中，当事人要求律师对股权转让过程当中存在的风险进行分析，律师为当事人拟定的法律意见书第一部分的内容如下：

一、贵方咨询的问题

- 1、 贵方是否已经完全持有的 A 公司股权？
- 2、 本次股权转让是否需要征得 A 公司债权人的同意？
- 3、 本次股权转让是否影响贵方已经取得的抵押权？
- 4、 本次股权转让需要办理何等批准手续？

根据上述四个问题，法律意见书接下来的第二部分基本事实以及第三部分法律分析，均应该按照上述四个问题逐一展开。最后的结论，应该就是这四个问题的答案组合而成的结果。

正文修订的四个要点（1）

1、修订法律关系

法律关系的判断和选取，将影响我们对事实和证据的选取、剪裁乃至创造，具体技巧可以参见本书上册的“技能基础篇”和“法律思维篇”的相关介绍。这里不再重复。

2、修订结构

如何将乱麻一团的内容，有条不紊地重新进行编排和有序陈述。你可以尝试运用如下技巧：

选定叙事线索。例如以时间或逻辑为顺序展开论述。

以结构带内容。即通过修订各段落标题、重新划分各章节段落的方法，使文书的脉络结构逐渐清晰浮现于话语的水面之上。

同质归类。即将相同性质的内容集中在一起，例如关于主体的问题、客体的问题或权利义务方面的问题、违约责任的认定等。

3、修订说话立场

虽然客观叙事是基本要求，但是分清你站以何人身份，站在何等立场上说话，有助于更恰如其分地表达内容。

如果使用“我方”等第一人称，你就是站在当事人的角度分析和判断问题，好处是容易拉近律师和当事人距离，适合为当事人写作法律意见书或法律分析报告等使用，但不适宜提供给政府部门等第三方阅读。

如果是使用第三人称如“××公司”等称谓，你就是站在一个独立第三人的角度进行客观叙事，这种方式可以突出律师的独立地位，一般用作提供给对方或第三人使用，例如证券上市法律意见书等。

正文修订的四个要点（2）

4、修订事实和证据引用

法条引用部分，考察法条引用的前后顺序是否正确，引用内容是否仅仅是原则性规定而未能找到更具有实务指导意义的司法解释或规范性文件；或者引用过于繁琐，需要适当删减。

事实和证据引用部分，是否能够从各个方面充分支撑和证明文书观点，建立起完整的证据链条。

5、修订分析和结论

审查分析和推理过程是否足够严密，是否存在漏洞。

审查结论部分是否已经涵盖各个方面当事人目标和法律问题的各个方面，尤其是审查结论已经在实体和程序两方面对法律问题给出了清晰的答案。

其他技巧可以参见本书的“技能基础篇”和“文书语法篇”当中的相关介绍，在此不再重复。

学法网会员 liuyaonan123 奉献