

《反败为胜》前言 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E3_80_8A_E5_8F_8D_E8_B4_A5_E4_c122_483535.htm 一写一本自己经办的反败为胜的典型案件著作，是笔者多年的夙愿，近年来，利用办案的闲暇，点滴的积累，到现在终于可以使自己的夙愿得以实现。笔者精挑细拣了自己从事律师职业后经办的部分民商事诉讼案例，并对这些案例进行了深入细致的分析归纳，与其他类型的案例著作的不同之处在于本书着眼于诉讼策略技巧的研究，以期自己的办案心得能够为同行及相关领域的同仁带来启迪。本书写作运用的是案例分析法，依托于案例阐发了相关法律问题，但笔者着墨更多的是如何从案件中挖掘反败为胜的诉讼策略技巧，因而选取的案例都是一审或二审败诉而二审、再审胜诉的典型。通过详尽阐发如何寻求焦点问题，遇到此类案件如何应对，哪些是经常会遭遇的焦点法律问题，要取得反败为胜的效果应做好那些工作等内容，寓诉讼策略于具体的案例，力求形象生动。这种先验的模式易于为人们接受，这是本人尝试的一种写作模式，也是本书的写作方法不同于其他类型案例分析著作的独特之处。我国的民事审判实行的两审终审制，一审判决不公正、不正确之处可以在二审过程中得以纠正，在一审过程中败诉的当事人期待能在二审中反败为胜，维护自己的合法权益，当事人委托的律师也正要起到维护委托人合法权益的作用，研究反败为胜的诉讼策略技巧也正是为了最大限度地发挥这种作用，帮助纠正一审判决中的事实认定错误或适用法律错误，更加有效地维护委托人的合法权益。众所周知，律师的作用

却不仅仅限于此，作为法律职业的一个重要组成部分，律师在我国的法治化进程中无疑是一个重要的推进器。在辅助当事人参加诉讼的过程中首先要注意法院的审判程序是否违法（如法院是否有管辖权等问题），因为程序公正是实体问题得以正确处理的前提，程序的不合法必然导致人们对结果公正的质疑，因此在办案过程中，律师首先要树立对当事人诉讼权益的保护意识，这样会为案件的审理创造公平的环境，防止地方利益保护或其他司法不公的行为发生，为我国的法治建设创造出一个真正的“绿色环境”，这也正是我们研究反败为胜诉讼策略的终极意义。关于本书“反败为胜”中的“胜”应作广义的理解，不可仅仅片面的理解为绝对的形式上获得法院的胜诉判决，虽然这也是其中的一种。有些情况下通过努力，减轻了当事人在原判决中应承担的法律责任，也是一种“胜”的表现。当事人诉讼追求的目标是争取自己的利益最大可能的获得保护，律师帮助当事人实现这一目标需要灵活变化诉讼策略，必要时还要与对方当事人进行协商和妥协。这样支持引导当事人进行调解和一定程度的让步，以此达到对当事人利益尽可能的保护。律师工作的核心是让当事人获得在法律许可范围内利益的最大化，有时到法院起诉只是起到敲山震虎的作用，为实现利益最大化进行的铺垫，变通地将案件做“活”。例如本书收入的“重庆建设、重庆开发与重庆工行股权转让纠纷案”，笔者作为重庆建设和重庆开发的委托代理律师，认为：（1）案件的久拖不决将增加诉讼成本，不利于一直在经营新华信托的我方。（2）我方当事人的真实目的是想对新华信托进行保牌经营，而非确认股权转让无效。（3）即使胜诉，在法院执行阶段，我方仍然面

临较大的困难。因此，笔者最终确定的诉讼策略是向对方当事人施加压力，在最短时间内以调解结案，实现了本方当事人保牌经营、剥离不良债务的愿望。二 在一审败诉的情况下，要想扭转败局，反败为胜，律师在处理此类案件中需要有冷静的头脑、敏锐的眼光，进行深入分析，确定诉讼策略。当然我们确定诉讼策略，必须注意与案件相结合，与法律的规定相符合，做到依法立论、依法论辩，而不能违反法律，更不能曲解法律以达到个人之目的.更不是那种违反法治原则，置事实于不顾，为当事人想鬼点子、出歪主意，违规操作的做法，因此，在为当事人制定反败为胜的诉讼策略时，首先不能违背法律的规定。（一）根据笔者的经验在确定诉讼策略时要把握以下几个原则:1.系统性原则 要求律师在制定诉讼策略时，对案件有一个通盘的考虑，即从案件的全局出发出谋划策。古人云：“善谋者，谋势.不善谋者，谋子。”这个“势”，就是全局和整体.而“子”，就是局部和部分。律师制定诉讼策略的原则之一就是系统性原则。要通观全局，即注重于研究整个案件的发展趋势，局部服从全局，以全局带动局部。有时虽然局部蒙受了损失，但从全局着眼，局部的舍弃换来全局的胜利。系统性原则的着眼点不是当前，而是未来。有些事情尽管从眼前来看是有利的，但从长远看却是有害的。例如，对有的案件，不能只考虑当前胜诉的可能性，还要考虑到以后在执行阶段的困难，必要的时候，以调解结案更能保障当事人的利益。具有远见的律师，绝不会只考虑眼前而不顾及长远。同时，律师制定诉讼策略应注意层次性，每个案件都有其特殊性，尤其一审败诉的案件，案情更为复杂。相应的，律师的诉讼策略也要具有层次性。

首先，在谋略对象上，要分出焦点问题和一般性问题、主要法律关系和次要法律关系，抓住重点。其次，在程序上，先考虑程序问题，后考虑实体问题，注意程序与实体的衔接性。第三，针对问题的焦点，制定出主要应对方案和次要应对方案，并考虑主要方案与次要方案的协调性。

2. 诉讼目标要明确

接受案件时，律师就必须确定一个案件处理的目标。这个目标必须可行、明确而且固定。

首先，目标必须可行。诉讼目标必须建立在现实案情的基础上，不能凭空设想，凭主观愿望行事。对于败诉案件在一审中被驳回的诉讼请求，律师必须先加以审查，不合理、不可行的要舍弃，同时根据当事人的利益和诉讼策略所选择切入的角度，做出适当调整，使诉讼目标切实可行。

其次，目标要明确。律师不仅要明确目标方向，而且要明确工作重点，针对败诉案件的疑点和要害，有的放矢，集中精力和时间加以解决。另外，目标应是具体的，即具有衡量目标是否实现的具体的操作内容，能够量化的目标尽可能明确数量。例如，对于涉及金钱的诉讼请求，不能笼统地说要求对方承担相关费用，而要明确具体数额，否则法院可能因未明确具体数额而不支持该诉讼请求。此外，具体的目标还必须有实现的确切期限。

第三，诉讼目标要固定，所有工作都要围绕这个目标进行，一旦确定下来就执行到底。目标方向的反复多变，容易造成劳而无功，白白浪费许多宝贵的时间和精力。在确定的诉讼目标时首先要与当事人进行有效的沟通，一方面，律师要知悉对方当事人的真实诉讼目的，根据当事人的诉讼要求制定诉讼的目标。另一方面，与对方当事人或委托人沟通，这样既可以摸清对方的底细，掌握对己方有利的证据，又可以在双方求同存异

的前提下，消除误解与隔阂，握手言和，化解矛盾，达到“不战而屈人之兵”的代理目的。其次，律师应该清楚案件败诉的原因，针对一审中本方出现的问题和一审法院事实或法律适用的错误，制定胜诉的目标。这要求律师具有敏锐的眼光，能一下子锁定问题的焦点、抓住案件的主要法律关系。

3. 寻求焦点法律问题 律师对案件争议的焦点要选准。在一个案件中，当事人双方存在争议的问题往往很多，但最主要，最关键，决定案件判决结果的焦点问题只有一两个。如何选定焦点，哪些法律问题常常会成为争议的焦点，我们将在下文中详细加以论述。

（二）反败为胜的策略方法是多种多样的，笔者在此也无法穷尽，在本书中我们所主要阐发的有以下几种：

1. 剖析法律概念 法律概念、法律原则和规则是构成法律规范的三大要素，法律规则、原则的适用取决于法律概念的明确，法律概念在法律系统中有着重要法律意义即都与权利义务相关联，它对法律事实进行定性的分析既确定事件、行为和物品等的自然性质和社会性质，又确定事件、行为和物品等的法律性质，因而为人们认识和评价法律事实提供了必要的结构。没有这个结构就无法对事件、行为和物品做出法律评价和法律处理。所以，正确掌握法律概念是每个法律工作者必不可少的知识背景。在一审败诉的案件很多是因为法律概念的理解有错误而造成的，这就需要律师首先要对与案件相关的法律概念加以分析，寻求正确的解释，然后在法庭上据理力争，明确相关法律概念后，问题就会迎刃而解。

在我们承办的“声雷、商圣与长春有线电视台合同纠纷案”中针对该案中法院有违法管辖的情形，我们首先就管辖的概念、种类做了详尽的阐发，特别针对法律对级别管辖、指定

管辖的规定，通过这一剖析使得违法情形跃然于纸上，再在法庭上据理力争从而获得了理想的结果。再如在“信托公司与叠山支行委托贷款合同纠纷案”中，我们结合法理和担保法的规定对“保证”详加论证，并结合到本案中清晰了三界公司（本案中另外一当事人）保证行为的效力、保证期间、所应当承担的连带责任，肯定了一审法院的认定，因此省略了对此问题的考虑，避免了在此方面的纠缠。

2. 寻求法律争议的焦点 有争议才会有诉讼，当事人争执较多的部分一般便是诉讼案件争议的焦点，经过一审诉讼后有关案件的事实问题基本明确，当事人对案件的意见不能达成一致的地方值得律师在代理上诉案件时特别关注，同时也要善于捕捉被忽略的一些法律细节问题，这些也可能成为案件的突破口。本书写作体例也把每个案件的焦点法律问题单列出来着重强调以求对法律争议的焦点作以生动形象的注解。有关法律争议焦点的寻求路径，我们将在下面一部分中详述，在此仅作概论。

3. 建构强有力的证据体系 证据是诉讼的核心，举证往往是最最终决定双方责任的关键，通俗的讲“打官司即是打证据”。要想在二审中翻案必须要有一个强有力的证据体系来支持己方当事人的诉讼请求。笔者结合多年的办案经验认为作为律师要想建立一个完备的证据体系必须要做到：（1）积极主动全面客观的收集证据材料。证据是查明案件事实必不可少的工具，收集的证据包括实体法上的证据和程序法上的证据。律师应当多方积极搜集证据，建立一个充分合理的证据体系，证明案件事实和己方的立论。律师参与诉讼或非诉活动，需要运用的证据，并非都为法院案卷和当事人提供的材料所充分反映，律师必须积极主动的在案外去收集有关的证据

材料。律师想取得与自己的主张相印证的证据材料，使其具有说服力，只做表面文章是不行的，必须深入实际，到社会中去，到案发的第一线去，认真听取知情人和社会各方面的意见，挖掘与律师活动有关的一切证据材料。律师在查阅卷宗和审查案件材料时，要认真仔细，不放过一切与代理主张有关的证据。当然，律师在收集证据时，必须尊重客观事实，采取实事求是的态度，按照证据的本来面目如实的加以收集，保证所获取的一切证据材料具有不可动摇的真实性。同时，在没有直接证据的情况下不可忽视间接证据同样具有很强的证明力。（2）组织证据形成体系。要围绕争议焦点组织有力证据形成支持己方诉讼请求的强力后盾，这便需要一个“去粗取精”的过程，这是关键的工作。在组织的过程中要注意证据的一致性、关联性和系统性，同时要合理的法律分析和论证，能够根据证据形成完备的法律论证结构和诉讼策略，做到程序法和实体问题上的有理有据，切不可断章取义地利用证据或抛弃证据不顾事实，不注意证据与本案的联系。

4.程序实体双管齐下一审审理案件的过程中，法院可能存在程序违法的现象，二审过程中代理律师既要注重程序上的策略，同时也不可忽视实体上的诉讼策略，因为程序上的策略能否达到扭转败局的目的仍然要等待法院的采信和确认。这同时也是系统性原则的具体体现。在笔者代理的“长城信托与山东国际委托贷款合同纠纷上诉案”中，我们将诉讼策略定格在两个角度：其一，原告中国山东国际虽然以存单为依托提起了诉讼，我们假定本案为存单纠纷，但是存单记载存款人为山东国际，如果我方利用存单票面的文字记载与原告中国山东国际不符得出原告不具备提出存款诉讼的主体资

格，法院就可以驳回中国山东国际的诉讼请求。其二，如果在程序方面我方的主张得不到支持，实体方面则是另一胜诉的突破口。我方重点要对山东国际与中国长城的委托代款关系做出清楚的法律分析，通过证据以及相关的法律依据说明本案性质绝非是一审法院认定的存款纠纷，中国长城就不应承担兑付存单的责任。按照这两方面的规划，程序和实体的步骤一前一后，互动结合，确保胜诉。

5.注重论辩技巧的多样性

诉讼过程中在法庭上唇枪舌战也是不可或缺的一环，法庭上强有力的论辩也是全面正确的表达己方的观点，说服法官支持本方诉讼请求的手段。论辩中对遣词造句要讲究，注意逻辑层次，知识储备要丰富以便随时应变。根据分析，拟定充分有理的代理意见。代理意见应系统地阐明诉讼代理人，即律师本人对案件的看法和意见，并就本案如何处理，向法庭提出要求和建议。代理词对案情的分析，有助于人民法院全面了解情况，对案件做出客观公正的处理，维护败诉案件当事人的合法权益。一份好的代理意见应充分、有理，要对纠纷的主要情节、形成纠纷的原因以及双方当事人争执的焦点进行分析，以分清是非、明确责任、辨明性质。在拟定代理意见同时，律师要善用言辞，或阐明违法与合法的界限、权利和义务的关系.或论证纠纷形成的原因，澄清事实真相.或剖析法律关系，指明双方当事人应当承担的法律责任。但不论如何论述，代理律师都要抓住问题的核心，给法官留下简明深刻的印象。总之，代理意见要从具体案情出发，抓住案件的要点、特点，有针对性的阐明几个问题，为解决纠纷提出切实可行的主张、办法和要求，使案件得到正确、合法、及时的处理。在“江西信托与昆明国投股票所有权纠纷申

诉案”中，笔者作为江西信托的代理人对实体问题和程序问题进行了多个层面的论述，使用的是全面论辩的技巧，同时在论述实体问题时，利用归谬反驳的方法引入善意取得制度，结合我国法律精神阐述了昆明国投的行为性质。三 笔者曾经总结过寻求案件反败为胜的焦点法律问题的切入点或路径，其中以下几点在本书中有所体现，是重中之重：1.法律概念如前文所述，法律概念不清是许多案件失败的原因，另一方面通过正确的解析法律概念，以此作为切入口也成为案件反败为胜的法宝。收入本书的不少典型案例是首先从明晰法律概念入手的，除了前文所述的“声雷、商圣与长春有线电视台合同纠纷案”和“信托公司与叠山支行委托贷款合同纠纷案”外，在“长发仓储公司诉深圳五矿公司案”也是从界定根本违约、同时履行抗辩权、定金等法律概念打开突破口的。2.理清法律关系从法律关系入手对案件进行评判是对审判工作的最基本的要求，一审法院疏于对法律关系的认定，造成法律关系的混淆，有时是造成一审判决与法律规定或当事人约定不符的原因。法律关系是指根据法律规范产生的以主体间的权利义务关系的形式表现出来的特殊的社会关系。包括主体、内容和客体三个方面。法律关系因法律规范、权利主体和法律事实的存在而产生、变更和消灭，因而，不同的主体、内容或客体，法律关系即为不同，即使主体重合，内容和客体指向不同则法律关系不同。正确地区分开法律关系需要我们从这三个方面来分析，在“江西信托与昆明国投股票所有权纠纷申诉案”中，我们通过对双方合作协议的分析，明确了田菱公司（本案中另外一方当事人）与昆明国投之间是借款的债权债务关系，而不是昆明国投出资自己购买股

票的物权关系。有些案件案情复杂，其中可能包括多个法律关系，在这种情形下，我们不能将几个法律关系简单的分割开来，只注意某一环节，而应该围绕主线对案件进行整体分析。在“贾汪信用社与恒基公司、汉口办事处存单兑付纠纷案”中，作为代理律师，我们发现在案件的委托存款、异地存款和质押担保等多个法律关系中都是在恒基公司员工王某为帮助金山集团贷款而同时为自己获取不法利益而欺诈贾汪信用社的主线下发生的，在此之后，王某等人违规接受委托存款并在存款阶段对存单做手脚，最后又进行了违法的质押担保，通过整体分析，通盘考虑，理顺了法律关系，化繁为简。

3. 诉讼程序的合法性 律师在诉讼过程中的首要任务是要防止己方当事人的诉讼权利受到侵害，程序不公正可能会带来不利于当事人的后果，充分注意一审判决中的程序问题是非常必要的。在“五矿公司与天津轧三公司货款纠纷上诉案件”中，一审法院将中国五矿作为第三人进行了判决，而根据第三人的相关诉讼法律规定，这一判决中存在明显的程序问题。中国五矿作为第三人的诉讼主体资格是不正确的，因为五矿公司不符合第三人的法定条件。在程序方面常常在管辖问题，诉讼时效、诉讼主体资格等问题上出现问题，应在办案中多加注意，有关这方面的案例在此不一一列举了。

4. 具体法律行为的构成以及效力甄别 一项法律行为的成立与否关系到法律责任的承担等问题。法律行为有效须符合主体合格，意思表示真实、内容合法，达到约定或法定的条件等要件，法律行为的效力甄别也就需要从这几个方面来把握。在“贾汪信用社与恒基公司、汉口办事处存单兑付纠纷案”中，我们采取的诉讼策略的第三步便是对一系列法律行为的效力

进行甄别以达到保护贾江信用社的目的。5.一审判决认定事实是否清楚和适用法律是否妥当。正确地认定事实是处理案件的基础，我们要充分注意判决中认定事实的证据体系是否完备，据此推论出的事实是否符合逻辑等。在“长发仓储公司诉深圳五矿公司案”中，一审判决认定了三个违约事实，我们认为判决认定的事实违反法律逻辑，并依据《合同法》第67条规定推翻了这一认定。适用法律不当也是我们应该充分关注的问题，这个问题往往是显而易见的，在此我们不作赘述。笔者以上列举的仅仅是几个重点寻求并能在本书中找到相应注解的焦点问题，当然仁者见仁，智者见智，每个人对这种问题的论述与表达是不一样的，我们期冀这些论述能达到抛砖引玉的效果。最后要达到熟练地运用反败为胜的诉讼策略技巧并达到预期目的，需要律师有一个基本的前提即是要有较强的法学知识素养，较强法理析案的功底。律师首先应当具备基本的法律专业基础知识，如对宪法、刑法、民法、经济法、合同法、诉讼法等专业知识理解和运用，以及与此有关的立法、司法解释。对法学知识的掌握要全面、完整。律师在具备基本的法学知识的基础上，要根据各种诉讼活动的专业特点，重点精通有关的法律。惟有深刻、准确、熟练地了解和运用这些法律知识，才能从复杂、纷乱的案件事实中，迅速、有效地剥离出相关的法律关系，准确定位争议焦点，找到案件的突破口，高质量地完成执业任务。律师应是专才与通才相结合的人才。律师不仅要由专业的法律知识，还要由广博的自然科学和社会科学知识。律师事务的综合性，客观上要求律师必须具有广博的知识，这样才能在观察和思考问题时有开阔的视野、宽广的思路和深刻的见解

。同时，也要善于从败诉案件中吸取教训。律师办案难免会有以败诉告终的案件，对这类案件，我们要善于吸取教训，从中找到败诉的规律。首先，律师要对败诉案件分类，如果败诉的多是同一类案件，就说明律师在这方面的法学修养还不够，应该加强学习，精通相关法律法规及基本的法理知识。其次，律师应该仔细研究败诉规律，弄清楚败诉的原因是对案件的事实掌握不够，还是收集的证据不足，或证据不够有力.是对案件的法律关系分析得不够透彻，还是争议的焦点选的不准，或是诉讼策略的制定与实际情况有所偏差。通过对败诉规律的总结，律师可以找到自己办案的缺陷，如果是对案件事实掌握不够，调查取证不足，以后就应该更积极主动、深入实际、认真细致地工作.如果是诉讼策略上的问题，就应该仔细地清理思路。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com