

善待败诉 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\\_\\_E5\\_96\\_84\\_E5\\_BE\\_85\\_E8\\_B4\\_A5\\_E8\\_c122\\_483761.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_96_84_E5_BE_85_E8_B4_A5_E8_c122_483761.htm) 善待败诉品读钱卫清

《败诉论》的随想 打钱卫清的主意已经很久很久，却迟迟下不了手。他有在我国的四级法院工作过的幸运；有从书记员到审判员，从审判员到审判庭庭长，从审判庭庭长到副院长，从副院长到著名律师的传奇；有从无到有，从少到多，从外行到内行，成为法学专家的回报。他本人太像一部大部头，短时间内实在难以读透规矩方圆行处有，法情辩彩各翩然一位才华横溢的学者型律师。半年多来，我身边一直放着这几本书：《法苑新论》、《反败为胜诉讼成功策略》、《国有企业改制法律方法从传统形态向现代机制转变》、《败诉论》，工作之余得了空我就反复读，越读越纳闷：一个实务部门的法律人怎么可以把他的学问做得那样精致。做法官，他对办案工作的认真细致和对法律精神的精确把握乃至学术研究的不懈追求，不仅折服了省高院的同行，而且也开始引起了最高法院有关领导的注意。他成了一个小有名气的专家，不断地有论文发表，不断地受邀参加学术会议；加盟律师队伍之后，他从头做起，从自己的一言一行做起，从自己的一案一讼做起，在不长的时间内完成角色转换之后，也成了令人艳羡让人心服叫人钦佩的律师，接办了涉及金融、证券、房地产、公司等百余起境内外一审、二审大案，具有丰富的诉讼经验，而更难能可贵的是其对学术的热爱，《国有企业改制法律方法研究》和《反败为胜》都在法学界和法律实务界产生了重大的影响。今年，我又有幸在2002年第9期《中国律师》杂志上，拜读了总编刘明桂先生对钱卫清的访谈，

这评价是围绕着钱卫清从法官到律师现象的追访与追问。看着看着我似乎悟出了门道：钱卫清，无论为人、为文，或是为官，为律师，为法官，他是以极其认真的态度处之的。身为律师和法官的两种经历，广纳百识的执着和谦虚，追求公正的勤勉尽责，加上饱经历练的法律思维，使其学问见解既渗透了思辩的色彩，又渗透了实践的色彩。结果，功夫不负有心人，他展示给我们的，是精致的人生、丰硕的成果。四本著作，是钱卫清二十多年法律生涯的记录，有实践感悟，有法理品评，有缘事求理。每本书里，都贯穿着一条清晰的脉络和轨迹：即实践、思考、求理；也贯穿着钱卫清的一条比较独特的路：先是做法官，是清醒的裁判员；而后做律师自己身入其中，是运动员，尔后是立于实践之上作抽象的思考，探求其中的理。这条实践的轨迹恰好是成就法学论著的最佳道路，也是钱卫清给我们的一个示范。这在众多的法学论著中，可谓独具风格和特色，对于其价值与意义，我不敢妄加估量和评说，尤其是《反败为胜诉讼成功策略》与《国有企业改制法律方法从传统形态向现代机制转变》两书，最高人民法院副院长沈德咏和著名民法专家王利明有精彩点评，无须赘述。对于江平先生亲自拨冗作序的《败诉论》这部新著，我们倒想就其中对法律工作者和学习者所提供的些启示，记下些许读后的片段的感想。20世纪80年代开始的中国法制现代化进程，使中国法学界的部分人士对诉讼的研究给予了较多的关切。对诉讼问题的诠释时常成为热点。有关诉讼方面的著述，或讨论开展诉讼学研究的理论的和实践的重大意义，或站在积极正面的立场构建诉讼学应有的学科体系，又或继承厚黑学之遗产，简单肤浅地列举胜诉的谋略，文章论著，蔚为

大观。而最新的令人关注且给人清新之感的一部著作,无疑,就是《败诉论》。该书以缜密的论述、新颖的视角、独到的见解和洋洋32万字的篇幅将败诉的真实面貌展现于人们的面前。《败诉论》于2003年1月与世见面后,钱卫清律师还特别邀约刘桂明先生进行了一次有效而有益的“三人谈”。他的同事史庆华还有感而发,特别为此写了一个书评,向业界同仁全面阐明了该书的思想。在几个月的时间里,除了个别人凭感觉对之提出一些异议外,在整个法律界,笔者还陆陆续续听到些较为深入的讨论。这里,我们再次提出一篇迟到的书评,也是为了引起法律工作者对该书的关注继续下去。《败诉论》一书在内容上分为引言篇、理论篇和实例篇三部分。全书以总结、提炼法律实践中败诉的原因及预防策略为主线,对败诉自身的一般理论、独立价值和逻辑基础等问题,从诉讼认识论、诉讼主体论、诉讼程序论等视角,进行了富于哲理又颇多创意的探讨,可以说是我国诉讼学领域的一部力作。尤其是该书对败诉的理论体系的构建及其论证,表现了作者设计和构想当代中国败诉研究的理论模式的良苦用心。综观全书,这种建构主要是从三个方面来展开的。一、律师实务的应用视角 败诉,败诉,败诉……程序权利运用不当,于是你败诉了;法律解释无力,于是你败诉了;证据之战落败,于是你败诉了;语言论辩与沟通的失败,于是你又败诉了;现行法律架构的缺陷而导致未能给当事人的正当诉求提供应有的支持,你无能为力,于是你还是败诉了,在接踵而来的败诉面前,你无能为力,很自然的,无论是律师,还是当事人,都会想到:我为什么败诉?哪些因素导致了我的败诉?在法律的世界里,我该如何走出败诉的阴影?是的,你现在所看到的、碰上

的、听见的，其中最多的就是它败诉。纷纭复杂的法律世界里，诉讼是一项对抗性的活动，这种对抗性典型的表现为在一般民事纠纷中，双方为自己的主张寻找正当化的说明和争辩。理性的辩论由此成为诉讼中最为核心的部分，也给每位律师提供了无数次成功的机会。但同时，这种激烈的争辩又让每一天里都有无数的律师败诉了。从成功的含义上来说，法律是公平的，但从失败的含义上来说，法律又是不公平的。然而，不管法律是否公平，我们都必须面对这样一个现实：谁，不经历败诉？如果说在法律的世界里没有常胜将军，那么一个律师的成功并不在于他从不败诉，而在于他善于吸取教训，不会招致愚蠢的败诉和重复同样的败诉。如果我们不想再次成为败诉的牺牲品，如果我们在胜诉之后再仔细斟酌能否做到更好，愿意对自己和当事人负责，也愿意为社会、为法律负责，我们就没有理由讳言败诉，更没有理由不读一读《败诉论》。本书是钱卫清脱下法袍，走进律师队伍之后的第三本著述。本书从“败诉决定论之批判”入手，强调败诉因素的复杂性从而提倡律师对待败诉应有的科学态度，并进而强调当事人、社会都应具有适度的败诉意识。这种态度就是一个科学、理性的态度。如果说当事人把生活的世界混同于法律的世界诉讼，欠缺对败诉判决应有的科学态度还可以接受，而实践中很多律师也这样则是令人费解和担忧的。其中的可能是，将自己代理不力的后果，不负责任地归咎于司法腐败，从而对处理案件的司法官员乃至对司法、法制产生一个错误的负面印象，从而掩盖自身的失误和无能。这种错误做法，都应得到澄清和避免。所谓适度的败诉意识，是指对这些败诉的案件通常会引起人们对相关问题的重视并进

而对法律自身不足进行反思，随后，一些正当的社会诉求终被法律承认而获得了合法的名分、权利的配套制度建设使权利具有了操作性而获得了法律保护，缺憾因此而得到弥补。因此无须就一时之败诉而完全否定其意义。由此可见，具备良好的败诉意识有助于律师最大程度的降低执业风险。律师也应具备相应的败诉意识而应尽诚信之责，明确告诉当事人实际存在的败诉风险，不能出于利益驱动盲目揽讼。此外，律师和当事人都不应以胜诉为最高目标而不择手段。而如果一个社会不具备健康的诉讼文化，涉案的当事人、律师难保不落入这个旋涡之中。如果对败诉的分析实际上只有各种成因的归纳和总结，那么这种分析很难不限于简单的罗列。在对败诉的问题上，人们不应是完全消极无为的。要看到，对败诉成因的展示是一方面，更重要的一方面还在于，在此基础上对败诉成因的避免和把握以及对败诉后果的尽可能的挽回。基于这个考虑，书中站在律师的角度还对败诉的预防和挽回策略做了较为详细的分析。这么做的主要目的就在力图为处于法律世界中的律师、当事人提供真实、有效的指引。为此目的，本书还以实例研讨的形式对一些真实的败诉案例作了详尽的分析和展示，以期使人们在获得了对败诉全面和深刻的理性认识之后，从中更可能发现由败向胜的转化机制。当然，律师在事实方面的可为空间还离不开举证。在分析败诉的证据法原因时，既借鉴了国外的理论知识又结合我国《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》，并以该规定为基础对败诉的证据法成因：举证责任、证据收集、举证时限、证据保全、证据交换、质证、认证等作了全面的分析，而《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》刚颁布

不久，人们还不太了解，而以其为根据进行论说不仅显示了作者深厚的法学根底，对人们理解这一最新的法律规定也有很大的帮助作用。我们都知道，当事人的诉求是否能得到法官支持最终要落到实体法的层面。在诉讼中，理清事实“讲”出法律之后，就要找准、解释好法律。解释不好，有理也无法走遍天下。为此，书中还对法律适用的形式推理、实质推理以及在推理过程中，法律解释、法律补充中的易犯病，一一作了透视。在案例与法理的分析过程中，作者坚持以事实为依据、以法律为准绳的原则的同时，将自己面对不同案例所涉及的败诉原因进行了清楚的介绍而没有浪费过多的笔墨于法理问题，对于如何避免重蹈覆辙进行了鞭辟入里的分析，使得读者能够对该问题以及对待同类案件的一般处理方法获得相当的启示。诉讼的过程实为一个实体法和程序法共同作用的过程。程序权利的选择和运用也直接决定了当事人诉讼行为的有效性因而成为诉讼成败的重要因素。对此，本书对于如何发现审判程序中存在的问题也提出了许多颇有价值的建议。总之，作为一本针对诉讼实务的论著，《败诉论》既是一种理论的服务，一种信息的服务，又是一种操作的服务，一种查询的服务。

## 二、法律世界的思维方式

许多法律学习者具备了相当深厚的法律功底，但是在实际问题的解决上仍然存在较大偏差。原因就在于没有形成合理的法律思辨逻辑，同时也缺乏灵活变通和缜密的分析方法。这是法律工作者和学习人员值得注意的问题。我们必须承认，法律实务工作者首先要具备的是扎实的法学理论功底。如果没有充足的理论背景，没有对法律概念的透彻理解，解决法律问题就无从谈起，甚至走上歧途。其次，一个法律实务工作者应该

具备对实体法的学习能力，能在理论上寻求实体法的帮助，进而解决实际问题。当然，最为重要的，就是运用实体法和法律理论去解决问题的能力。能力从哪里来？-----法律思维方式。所谓的“法律思维方式”是指，“按照法律的逻辑来观察问题、分析问题和解决问题的思维方式”，也即“依循法律逻辑，以价值取向的思考，合理地论证、解释、适用法律。”不难看出，“法律思维方式”的前提是有“法律”的存在，在既有的法律上的价值评判标准作为思维的取向，是依“法”而思；其思维的对象是非“法”自身的问题。

《败诉论》，就是法律实务工作者和学习人员培养法律思维的极好的范本。在诉讼中，法律实际问题的解决，首先要依赖的，是对法律关系的梳理和对具体案情的具体分析。在一定意义上说，理清法律关系，诉讼就成功了一半。没有理清法律关系、没有正确分析法律关系的性质、没有全面把握法律事实、没有抓住关键的法律关系、没有找到适合的请求权基础等都是常见的导致败诉的原因。书中举了大量的类例，最典型的，是江西甲公司与青岛乙公司销售合同欺诈案。研究此案例，会使我们充分认识到，正确分析法律关系对于诉讼的胜负起多么重要作用，而这一点，又是法律学习者最常犯的毛病和败诉的常见原因。在败诉的实体法原因、律师的应对策略、实例篇中，作者进行了反复而详尽的论述和强调。不局限于泛泛而谈，作者提出了列图表以掌握案例事实的最佳方法以及用“逆向寻找法”来寻找突破口，根据法律关系的类型化来总结积累把握案件焦点的经验。像这样生动的简洁的，然而又是深刻的透彻的表述，这些从实践中“拧”出来的，湿漉漉带着露珠的理论，在书中比比皆是，远比那

些教条式的理论更具贴近性和说服力。这些灼见，无不闪耀着作者多年的独特的办案思路。《败诉论》又似乎是一种案例教学，实证分析，对案例的评析并没有着眼于理论的概括而着重于展现真实的诉讼过程，可以说真正是诉讼过程“原生态”式的体现，是活着的司法智慧，由事入理，贯穿着作者的思考和研究。从自己亲身经办的案例中作一点经过思考的“独白”，从对同行经办案件的品评中梳理出一些败诉的“脉络”，从法官的立场讨论裁判者分清应予裁断败诉、不应裁断败诉或可以裁断败诉等不同情况及各自的不同要件，从当事人的角度总结一些胜诉的规律用放大镜来剖析，这实在是对自己的一种总结，对同行的一种启迪，对当事人的一种指导，并且可操作性强，有的甚至还可起到类于指路牌一样的作用。由于它既不同于中国法学研究者以案释法型的案例分析，也不同于法院编著的展现法院审理裁判思路的案例汇编，还不同于一些律师写的办案体会型的案例选编，因此就带着鲜明的个性思考的印记。从这里我们可以看到，理论不一定都要是枯燥的，而深刻也并不等于艰涩。深刻严肃的理论问题仍然可以用生动通俗的言语透辟地表达出来。

三、学者的理论淬炼与拓展“法律思维方式”的培养是重要的，但仅仅是解决法律问题的初级水准。作为法律人，对法律问题的可持续探索，更离不开“研究法律问题的思维方式”的塑造。必须明确的是，“研究法律问题的思维方式”是反思“法律”本身时应该遵循的思维模式，这个模式是非固定的，但是要在浩瀚的法律领域去发现值得我们研究和关注的问题，同时又应当以怎样的思维去分析问题、以怎样的方法去解决问题。钱卫清在《败诉论》中，为我们提供了一些极



具启发性的思维方式，我们在这里仅略谈一二。提出问题的思维勇气。败诉是每个律师都可能遇到的尴尬的事情，正因其尴尬，多数律师都讳而不言，自然对败诉的原因、预防、克服等等知识也就“秘而不宣”，而这毫不利于诉讼的成功和法制的进步。我想，钱卫清之所以有勇气为自己提出这样一个对法律实务研究有奠基性作用的基础问题，除了他的高度责任感之外，更有赖于他二十余年来所积累的理论“资本”。问题青睐于有准备的头脑，真正有价值的问题不是“想”出来的，而是在广泛涉猎、学习、吸收、思考的过程中自然而然的“流淌”出来的。这本论著援引了大量的文献资料，充满着对基础理论的理性思考。勤于积累、乐于思考，这是研究法律问题的思维起点，却正是在我们这一代青年人中所普遍缺少的精神。该书直面这一令律师尴尬的败诉现象，综合运用法哲学、法社会学、法制史和法解释学等知识对败诉的哲学基础、现实成因和预防策略等作了细致的分析，很多内容都是新鲜的、独创的。这从一位从事实务的律师看来，可能没有什么实际意义，比如书中所提到的诉讼主体论、诉讼程序论、诉讼认识论，确实与实际的活动关联不大，甚至被认为是画蛇添足而吃力不讨好。对此，笔者同意书中作者的观点，诉讼是高技能的活动，对法律基本理论的透彻理解和掌握往往成为诉讼成败的关键。也许，这正是作者在理论深度上着力而未着重从策略方面分析败诉的原因。确实，实际的法律世界里导致败诉的原因太复杂了，面对一个复杂的法律现象采取一个简单肤浅的做法，显然是远远不够的。所以，第二个值得我们称道的，就是钱卫清在阐释和理解败诉问题时，极其重视“联系”的思维方式和研究方法。

“败诉”是一种复合的社会现象，它不是孤立的，而是与其他各种社会现象存在着密切的联系。目前，在法律人中，甚至在法学家当中，存在的一个趋势就是“专业有余，而广博不足”，缺少联系的、综合的思维方式去研究法学问题。《败诉论》所力图构建的理论模式，在表明其独特性的同时，也表明败诉研究的艰难及其所蕴含的重要意义。如果我们忽视了败诉的成因，我们也就无法懂得诉讼的真正规律。不关心诉讼的法学不会有任何理论科学。同样，不关心败诉的法律实务，也就不会有任何真正的理论法学。我建议法学工作者们，不论属于理论还是实务部门，都不妨抱着追求真理的精神，认真读一读这一著述，并采取实事求是的态度，共同参与研讨，定会促进我国法学的发展的，我想，这正是作者所期盼的。该书体系完备、结构严谨，涉及问题很多，新观点很多，难以一一评价。在严密的论述之后，提出了超越败诉以及培养适度的败诉意识作为本书的落脚点。超越即指超脱于个案的成败得失之外，而站在诉讼对推动法治进步的角度看待败诉。关于这个问题，书中举了河北律师乔占祥不服铁道部铁路票价上浮上诉案。还列举了对于精神损害赔偿的承认、证券民事诉讼的解禁再到近期闹的沸沸扬扬的“宪法诉讼第一案”等等以败诉来推动法律进步的著例。而败诉意识的培养，则是任何法治社会所需求的。败诉意识的培养主要是针对当事人及社会大众而言，其实质在于倡导对法院判决和法律的理解与尊重，合理的区分法律与道德。在欧美国家，较之我国，对败诉持较宽容的态度。这是一种健康的法律意识的表现。该书的不足之处在于，有些很有见地的观点，如关于败诉的预防和挽回等，未能充分展开，章与章之间篇幅比例也有不够协调的地方等

。或许，作者在追求清晰的逻辑结构的同时，又尽可能保持内容上的开放性，以便以后进一步深入的研究。诚如作者所言，“我们只好留待后来诸君的努力”，但也如江平先生对此书的评价：“相信它不仅对法律专业人士有着较高的参考价值，对于法律专业之外的人士，也具有较大的实用意义。”

解读《败诉论》，也就是解读钱卫清在20多年来的法律人生中，办案的认真而独具匠心的思考分析模式，解读他为了追求公正锲而不舍的敬业精神。唯此，钱卫清给人的感觉是理性与感性相依，学识与笔力呼应，胆识与胸襟互通，为法官的规矩与为律师的洒脱、为学者的严谨共存。目前，他仍在进行着这种实践与思考和理论探求并举的“双栖式”的工作。作为律师，钱卫清难能可贵的是还兼有着三支笔：法官的，学者的，和律师的，因而他的论著中也就兼有了法官的平实，学者的严谨，律师的深刻。因此，我们也有理由期待着他在繁忙的工作之余勤奋笔耕，使我们能够读到更多出色的作品，也为法学界留下更多的有价值的精品。《败诉论》，只是一滴水。我以一个普通读者的名义，和其他读者一起，期待看到一片浩瀚的海洋。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](http://www.100test.com)