

解开败诉之迷评《败诉论》一书 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_A7_A3_E5_BC_80_E8_B4_A5_E8_c122_485343.htm 解开败诉之迷评《败诉论》一书北京德恒律师事务所 史庆华 诉讼是司法活动中的重要内容，也是律师执业的最主要业务，诉讼的输赢成败是律师执业中的兵家常事，败诉几乎是每个律师都会碰到的事情，对于败诉人们无需讳言，但败诉毕竟是令人尴尬的事情，因此探讨败诉的成因规律，总结避免、预防和克服败诉的经验，是每个执业律师都在思考的问题，而即将由中国公安大学出版社出版的《败诉论理论探究与实例解析》作为诉讼实践个中人律师的真实体验及其理论概括，为人们的疑问提供了一个初步的答案。全书在内容上分为引言篇、理论篇和实例篇三部分。引言篇主要从诉讼产生发展的历史和哲学认识论的角度以及法社会学的角度分析了败诉现象，诉讼的结果并非绝对客观决定的，而在很大程度上与诉讼主体的能动选择有关，败诉也非完全客观决定，有些完全可以避免、克服和挽回。败诉原因也是多种多样的，败诉并非只有消极意义，如同胜诉一样对法制进步同样具有推动意义。理论篇则运用法理学、法解释学和诉讼法学的知识对败诉这一法律实践现象作了全面、深刻的分析。作者首先界定了败诉的概念，然后从证据法、实体法和程序法三方面分析了败诉的成因，并从律师的角度对败诉的预防、克服和挽回作了较细致的总结、提炼。实例篇则精心选取了十四个真实的败诉案例，运用前面的败诉理论，以案说理，揭示了实践中败诉的原因及预防策略。通读全书，我认为该书具有以下几个特色：

第一，立意新颖，见解独到。诉讼活动是重要的司法活动，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。该书直面这一令律师尴尬的败诉现象，综合运用法理学、法社会学、法解释学及法律推理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，填补了我们在这方面知识的空白。

第二，理论联系实际，现实性强。法学本质上是实践之学，法学理论来源于实践又服务于实践，该书理论篇和实践篇紧密结合，理论篇既有哲学的思辨又有实践经验的归纳，实践篇既是对理论篇知识的运用又为我们提供了有用的案例指导。例如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》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。

第三，案例真实，意义重大。不同于中国法学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，也不同于一些律师写的办案体会型的案例选编，该书对案例的选取和分析都特色鲜明。案例都是经过一审、二审乃至再审的真实案例，这就保持了案例的原汁原味；而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，而这些都是无法在一般的法律书籍或法学课堂中得到的，而只能是在法律实践总结出的经验。而这些案例对于律师诉讼活动无疑起着极有价值的指导意义，但它的价值绝非仅仅对于律师。它对中国的法律教育改革也具有帮助作用。人们对法学的实践品格逐渐达成了共识，而在法学教学中增强实务色彩是法学界的共识，但实践中的案例教学苦于没有合适的案例通常式“巧妇难为无米之炊”，案例教学变异为“举例教学”，完全起不到预期的效果。这召唤着实践中的案例资源。而本书的案例恰恰可以起到提供案例资源的作用，当然仅仅十四个案例远远不能满足法学教学的要求，但却为更多的律师将所办案例写出来提供了榜样和范本。本书作者之一钱卫清曾经在法院工作二十余年，具有丰富的审判实践经验，从事律师工作后接办了涉及金融、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永远追求和热爱，最近出版的《国有企业改制法律方法研究》和《反败为胜》就在法学界和法律实务界都产生了重大的影响。作者身为律师和法官的两种背景，使其学问见解都渗透了经验的色彩、实践的色彩、也更本土的色彩，而这也是本书值得推荐的重要一点，因为她是对我国法学研究、法制建设的独特贡献。建设法治国家是我国的目标，在没有法治传统的我国建设法治国面临很多的困难，而很重要的一个问题就是我们法律知识的积累不足。虽然因司法改革的推动，人们对司法的认识逐渐深入，关于司法的知识在中国逐渐多了起来，但更多的司法知识是关于法官活动的知识，而同为司法活动一极的律师活动的知识则少得可怜，

而且还多是译介品，“本土”的知识更是少之又少。在法学界自从苏力《法治的本土资源》出版后，在法学界刮起了一种寻求“法治的本土资源”的旋风，而真正掌握“法治本土资源”的人应该是法治的实践者们法官、律师、检察官等。因此该书以中国律师真实的司法经历为背景，从司法活动的经验出发总结、提炼律师司法活动的知识，揭示律师司法活动的规律，增加了我们法律知识的存量，为我国法治建设提供了有用的“本土资源”，而非仅仅对律师们避免败诉提供一些策略和技巧。而这些从实践中得来的知识又不同于书斋里的玄想得出的知识，它是法治实践的主体律师们的亲身体会并加以理论淬炼后形成的，它是活生生的司法智慧，它是归纳的而非建构出来的，它是经验主义的而非唯理主义的，它是实用主义的而非空谈主义的，它合乎法学的实践性品格，对法律实践有着真正的指导作用。如果说苏力《送法下乡》总结了我国基层法院的司法知识、技术，是一种真正的本土的知识，那么该书也可以看作是对律师司法知识、技术的一个总结，虽然它仅仅是律师活动中诉讼知识的总结，远非律师活动的全部，但法律的知识正是点点滴滴积累而成的，法治的大厦也正是由一砖一瓦累积而成的。本书的理论也许还有些稚嫩，对司法经验的总结提炼也许还不够抽象，但它是法律人中一个重要群体律师对自身司法经验的总结，是活生生的司法智慧，它构成了我们法治的“本土资源”，而这正是律师界对我国法制建设、法学研究的一个贡献。当然，希望这样的贡献越来越多。（《败诉论》一书由钱卫清、张诗伟主编，已于2002年10月由中国公安大学出版社出版）

100Test
下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

