

败诉三人谈 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\\_B4\\_A5\\_E8\\_AF\\_89\\_E4\\_B8\\_89\\_E4\\_c122\\_485466.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_B4_A5_E8_AF_89_E4_B8_89_E4_c122_485466.htm)

编者：可以说，世界上没有一个永远胜诉的律师，也不可能有一个永远败诉的律师；还可以说，世界上只有遍尝败诉之苦与胜诉之甜的律师。钱卫清律师不仅做到了，而且还特别邀约本社总编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。

一、败诉之苦与胜诉之甜：写作的缘起?? 刘桂明：本书从书名上看似乎很有新意，但就其题材而言从题目本身看讲的无非是胜诉谋略之类的东西，应该说此类书在市场还是较多的，那么你们是出于一个怎样的想法而写作本书的呢?? 钱卫清：常言道，循名责实，虽然说的也都是官司的胜败输赢，但本书在写作立场、选取的角度上如其名显示确实有新异之处。寻常所见的多为站在积极正面的立场去分析，而我们直接站在了其背面去分析，力图揭示事物不为人知的另一面，从而提出败诉分析的独立价值和逻辑基础，在此基调之上，还提出了败诉分析的基本框架，进而对败诉原因做了较为全面细致的梳理。?? 张诗伟：确实，在实际生活当中，人们总乐于看到律师求得胜诉之后的潇洒而较少注意到败诉律师的尴尬与辛酸，结果对败诉的认识总是停留在较为初级的水准上。事实上，败诉现象的分析正如本书一开始就强调的，还是有着独特的价值的。?? 刘桂明：如果你们所说的独特性能够成立的话，那么，你们写作本书必然也追求一个与众不同的效果，不然在立意上难免落入窠臼。能谈一下你们的写作目的吗?? 钱卫清：本书的写作目的主要有以下几点。第一，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；第二，揭示败诉的种种原因，使人们尤其是律师朋友获得对败诉全面和深刻的理性认识，以期使人们从中更可能发现由败向胜的转化机制；第三，侧重法学理论分析，希望对律师界理论水准的提高有所帮助。

?? 刘桂明：我也注意到，不同于其他相同题材的书，本书没有从实用谋略、技巧的角度而主要运用了基本法律理论去分析败诉。反观现实，我们不得不承认，在当下律师界对理论的重视程度还是不够的。但有些不明白的是所谓对败诉应有的态度指的是什么呢？?? 张诗伟：这种态度就是一个科学、理性的态度。在实际生活中，很多当事人不学法、知法更别谈理解法律世界的特性了，常常的，他们把生活的世界混同于法律的世界诉讼，就是典型的法律的世界，从而以生活世界的要求诉讼及其结果判决。在这种情况下，对败诉当然常常是觉得难以理解和接受。有些甚至更是简单地将其败诉的原因归咎于司法腐败，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。而这本都应得到纠正和避免。因此这么写并非空穴来风。

?? 钱卫清：如果说当事人由于法律知识的欠缺而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推向所谓的司法腐败，从而掩盖自身的失误和无能。如果说胜不骄、败不馁是律师对待败诉起码的态度，那么诉讼中为当事人尽心尽力、败诉后认真自查自纠不仅是对自己和当事人负责的态度，也是为社会、为法律负责的态度了。

?? 刘桂明：如果对败诉的分析实际上只有各种成因的归纳和总结，而难以

上升到机制的高度而进行有机的分析通常也只有胜诉机制的说法而没有所谓败诉机制的说法那么这种分析很难不限于简单的罗列。你们是怎样考虑这个问题的呢??张诗伟：机制一词本意指有机体的构造和功能的关系。该词先是用于自然科学之中，指的是自然事物（现象）如机器的作用过程和发生机理，而后被移用到人文世界和社会科学方面，用于指称某种人们可以认识和把握并能主动利用的制度和规律。而对败诉而言，它是作为一种不成功的法律（结果）现象，其形成并非当事人主动追求，对败诉的分析多也只能局限于其成因的分析上。严格的说来，对败诉的分析而言，也只有败诉病理学而谈不上什么败诉机制的分析。??钱卫清：但完全将败诉分析的视野局限在败诉成因的分析上又过于狭窄了。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。??二、不为之痛与不能之憾：法律世界里败诉的种种玄机??刘桂明：我还注意到，本书不仅运用法律的基本理论去分析败诉，还运用了法哲学、法社会学、法制史等多学科的方法。这从一位从事实务的律师看来，可能没有什么实际意义，比如你们书中所提到的诉讼主体论、诉讼程序论、诉讼认识论，确实与实际的诉讼活动关联不大。对这，你们的理解是怎样的??钱卫清：纯粹从实用主义

的角度衡量，这么写确实好象有点狗尾续貂。但对于这点，我一开始就强调了，要获得对败诉深刻全面的认识而不仅仅局限于个案的成败。而且，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，这正是我们在理论深度上着力而未从策略方面分析败诉的原因。??

张诗伟：其实即使是完全从实用的角度来衡量，这么写仍然有着它的实用的意义和功能。比如我们对主体之外因素导致的败诉超越性的分析恰恰有助于律师的困惑和烦恼的解脱。而这一点恰恰是主张纯粹实用、反对理论的人所没有看到的。??

钱卫清：确实，实际的法律世界里导致败诉的原因太复杂了，而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。在我们看来，真实的法律世界里确实存在着败诉的种种玄机。??

刘桂明：愿闻其详。??

钱卫清：在诉讼的视野里，在给定的法律条件下撇开其他无关的因素，我们发现，败诉确实与诉讼主体的活动息息相关。如书中所言，也只有诉讼主体的理性选择成为了把握、影响诉讼结果的重要因素，败诉在逻辑上才能真正成立。然而为分析的全面起见，还是应将诉讼主体之内和之外的因素一并纳入进来而进行考量。

张诗伟：正如孟子的一段名言说道，“挟泰山以超北海，非不为也诚不能也。为长者折枝，非不能也，而不为也，”在诉讼的世界里，也存在一个主体为与不为、能与不能的问题。对于前者，指的就是由于诉讼主体自身原因而导致的败诉而这本应可以避免，因为这而导致的败诉当然是很让人心痛的。这可以说是不为之痛吧。而对于后者则指的是由于诉讼主体之外的原因如由于现行法律架构的缺陷而导致的败诉。这当然可以说是一种不能之憾了。??

钱卫清：在

诉讼法哲学看来，冲突主体的诉讼的实践制约和障碍主要产生于三个方面：主体的行为意志、主体的行为能力、行为实施的社会条件。这所谓不为之痛，按诉讼理论的基本分类，当然有证据方面、事实方面、法律适用方面以及程序方面的原因，而这所谓不能之憾当然主要指法律的不完善而未能给当事人正当诉求提供应有的支持而导致的败诉。宽泛的说，法官以法无明文规定为由而驳回起诉拒绝在当事人的角度看也可以说是一种败诉。当然，这还也可以把司法腐败的分析包含进来。??张诗伟：诉讼，从法院的角度看，是对具体个别的纠纷通过适用该纠纷发生以前已经存在的实体规范予以理性解决的过程。而从当事人的角度看，是各有利害关系人的当事人围绕审判权在诉讼制度架构下的空间竞争的过程。在这个过程中，所有的诉讼参与者都按照一套高度专门化的程序规范进行秩序化的活动从而使纠纷得到解决。从中我们可以看到，诉讼的世界虽然是由程序法构建而成，然而诉讼的过程实为一个实体法和程序法共同作用的过程。??刘桂明：确实，诉讼是一项对抗性的活动，这种对抗性典型的表现于在一般民事纠纷中，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，而在这个过程中，不管是案件的法律部分还是实体部分，是案件的实体部分还是程序部分，好像没有什么不可以成为争辩、质疑的对象。??钱卫清：对辩论的主题进行大的方面的分类首要的就可以分为程序之辩和实体之辩。就前者而言，具体有诉讼资格、案由、诉讼管辖等方面的；就后者而言，有主体过错、动机、诉讼请求、行为与损害后果的关系、诉讼时效等方面的。在进一步而言，就案件的受理条件上如对判决

不准离婚的案件，法律规定了在一定期限内不得再次起诉。当当事人再提起诉讼时，争辩的焦点会集中在有无新情况新理由支持该项诉权上。而在当事人没有足够强的理由支持自己的主张而反驳对方的主张时，败诉也是自然而然的了。??

张诗伟：获得正当性最有力的途径是寻找相关法律的支持。经常的这个法律支持就是实体法的支持。这种找个说法的做法在民法里叫请求权基础。??

钱卫清：但有时候，法律之间可能存在着冲突，如何论证法律之间的关系为自己的请求寻找正当化的根据就成为诉讼成败的关键。找法的过程很重要的是一个法律解释的过程。??

刘桂明：比如安徽某县发生过这样一个案子。一邮局由于其工作人员的极端不负责，造成邮件延误，而使考生错过考期的事件。双方对原告请求赔偿额发生争议是否依照《邮政法》，那么原告陈健得到的赔偿最多为几十元；而如果适用《民法通则》，原告的诉讼请求则可能得到支持。对此，陈健的代理律师强调，本案应适用《民法通则》，因为《民法通则》是国家的基本法，它是由全国人民代表大会通过的，所以其效力高于全国人大常委会通过的《邮政法》。而被告邮政局认为，邮政局的过错应适用《邮政法》及邮电部门的有关规定。因为《民法通则》是普通法，《邮政法》是特别法，在普通法与特别法不一致的时候，依照特别法优于普通法的原则，应适用特别法。??

钱卫清：但法院最终适用了一般法进行裁判，其规则是特别法虽然优先于普通法但在特别法无特别规定的情况下仍应适用一般法。该县法院审理后认为，因《邮政法》及其《实施细则》均规定了“邮政企业对于邮政丢失、损毁、内件短少”3种情形的赔偿标准及补救措施，而未对收发人员不及时传递

造成的后果予以明确，因此，本案仍适用《中华人民共和国民法通则》有关条款予以解决。依照《中华人民共和国民法通则》第111条、121条之规定作出了判决而对原告进行了赔偿。??张诗伟：但有时，所谓一般法和特别法的关系并不是那么明朗。这方面还是有着较大的争议。如在2000年著名的以“奇女子挑战全国白酒”而引发的“白酒标签案”也是一个涉及法律解释的过程。法院认为，厂商对饮料酒产品标签内容设定有直接的法律规定，即《饮料酒标签标准》，而该法律并未规定厂商有标识警示内容的义务，因而判定被告人富平春酒厂的行为未违反法律的规定故对王英丈夫之死不承担赔偿责任。国内某位著名学者认为该判决是正确的，认为，在现行体制下，一刻不停地与之斗争，促进法律的修改。??钱卫清：在作者看来，恐怕现实的国情等因素才是王英败诉的真正决定因素。??张诗伟：确实，本案涉及不到所谓特别法与普通法冲突的问题，二者的相关规定不是同种性质的规范：一个是私法上的民事义务而另一个是公法上的行政义务。因为该办法只是一个行政管理法规从其立法目的和内容上看，只在于为企业设定标识为饮料酒的行政法定义务，而追究厂商对消费者承担损害赔偿责任是属于另一种法律关系即民事法律关系。??钱卫清：对，此种义务当然只是行政管理部门出于行政管理的需要当然只能适用于行政法律关系之中，限于行政机关和管理相对人之间。因此该规定构成行政机关追究厂商行政法律责任的依据（如给予行政处罚）而并不构成法院判定厂商民事义务以及向厂商追究所谓民事赔偿责任的依据。另外，行政机关不应也无权为企业设定这项民事义务。《饮料酒标签标准》该条规定和《消法》第18条

、《产品责任法》第15条不构成所谓的特别法和普通法的关系。而且即使构成的话，特别法也不是当然优于普通法，一个不言自明的前提是特别法不得与普通法相抵触，起码在二者又存在下位法和上位法的关系时。二者发生冲突时应当是特别法服从普通法而不是相反，否则就无从体现上位法的更高的效力，也破坏了法制的统一性。因此在这里很难说存在一个一般法与特别法的关系。刘桂明：愿你们与所有的律师一样，多一些胜诉，少一些败诉！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)