

ON THE FAILURE IN A SUIT

败诉论

理论探究与实例解析

THEORY AND CASES

钱卫清 张诗伟

中国公安大学出版社

败 诉 论

理论探究与实例解析

ON THE FAILURE IN A SUIT
THEORY AND CASES

钱卫清 张诗伟 主编

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

败诉论/钱卫清,张诗伟主编. —北京:中国人民公安大学出版社,2002.11

(中国律师实战丛书)

ISBN 7-81087-144-7

I. 败... II. ①钱...②张... III. 律师—辩护—研究—中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 091685 号

中国律师实战丛书

败诉论

理论探究与实例解析

BAISULUN

LIJUN TANJIE YU SHILI JIEXI

钱卫清 张诗伟 主编

出版发行:中国人民公安大学出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

邮政编码:100038

经 销:新华书店

印 刷:北京鑫正大印刷有限公司

版 次:2003 年 1 月第 1 版

印 次:2003 年 1 月第 1 次

印 张:13.25

开 本:850 毫米×1168 毫米 1/32

字 数:332 千字

印 数:0001-5000 册

ISBN 7-81087-144-7/D·134

定 价:28.00 元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83905728

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

《败诉论》各部分撰写人名单

第一部分：张诗伟

第二部分

第一章：金殿军

第二章：王 铮

第三章：于成刚

第四章：赵盛和

第五章：钱卫清

第三部分：钱卫清、金殿军、王 铮、尹海峰

张爱国、于成刚、赵盛和、张诗伟

序 言

江 平*

俗话说胜败乃兵家常事，对于律师来说，胜诉败诉更是常有的事。古语有云：前事不忘，后事之师；并进一步告诉我们：吃一堑，长一智。这些说的都是要我们正视失败并努力从失败中汲取教训，对待败诉也应该这样。只有这样，才能发现败诉的原因之所在，也才能把握由败向胜转化的机制。我们通常见到的都是胜诉分析，而纯从败诉角度立论分析，这还是第一次。因此，在立意上本书无疑具有一定的创新意义。

从该立意出发，书中进一步对败诉的具体成因做了较为详尽深入的分析，最后还站在律师（当事人）的立场对如何防止、克服和挽回败诉做了针对性的分析，从而突出了该书的指导意义。难能可贵的是，作者并没有局限在法律的角度去分析败诉，而是综合运用哲学、法社会学等方法，站在法治进步的立场去分析败诉，从而使本书具有一定的理论深度和思想意义。

法学本质上是一门实践之学，法律来源于社会生活，最终又服务于社会生活实践。法学的理论品格保证法律的

* 中国政法大学原校长、博士生导师、著名法学家

败 诉 论

实践因有正确的理论指导而不致出现大的偏差和失败。该书对于败诉这个法律实践现象，既有较为深入的理论分析又有较为详细的实例研讨，较好地体现了理论和实践二者的结合。这些都使得本书具有较高的学术价值和实践价值。相信它不仅对于法律专业人士有着较高的参考价值，而且对于法律专业之外的人士也具有较大的实用意义。诚如是，则本书作者的一番辛勤探索也就达到目的了。

是为序。

 2002年
8月10日
书于

目 录

序 言	(1)
-----	-------

第一部分 引 论

走进法律的世界：败诉的初步解析

一、解题	(2)
二、纠纷解决的历史——败诉决定论之批判	(4)
三、败诉的综合性视角	(9)
四、超越败诉——通过诉讼实现法律进步	(31)

第二部分 理 论 篇

第一章 败诉概论	(61)
第一节 败诉的界定	(61)
第二节 败诉的基本分类	(79)
第三节 研究败诉的意义	(84)
第二章 败诉与证据制度	(88)
第一节 败诉与举证责任	(89)
第二节 败诉与当事人收集证据	(102)
第三节 败诉与人民法院调查收集证据	(107)
第四节 败诉与举证时限	(111)
第五节 败诉与证据保全	(115)

第六节 败诉与证据交换·····	(117)
第七节 败诉与质证·····	(121)
第八节 败诉与认证·····	(124)
第九节 结 论·····	(129)
第三章 败诉的实体法原因 ·····	(133)
第一节 案件事实把握之欠缺·····	(134)
第二节 法律适用上的原因之一：形式推理 方面·····	(148)
第三节 法律适用上的原因之二：实质推理 方面·····	(161)
第四节 败诉与法律发现理论·····	(172)
第四章 败诉的程序法原因 ·····	(191)
第一节 程序的价值·····	(192)
第二节 诉讼模式对诉讼结果的影响·····	(198)
第三节 程序中的败诉因素之一：诉讼主体 因素·····	(203)
第四节 程序中的败诉因素之二：诉讼行为 的无效·····	(212)
第五节 程序中的败诉因素之三：程序选择 的不恰当·····	(217)
第六节 程序中的败诉因素之四：民事审判 制度未被依法遵守·····	(223)
第五章 败诉的预防和挽回——律师的应对策略 ·····	(227)
第一节 确定诉讼策略的基本原则·····	(228)
第二节 败诉预防策略的基本内容·····	(234)

第三节 败诉挽回策略的基本内容…………… (240)

第三部分 实 例 篇

败诉案例分析之一 中国某信托公司诉中国某金

融租赁公司贷款纠纷案…………… (255)

一项借款合同，由于体制变革的原因时隔8年之后，贷款方才向法院提出诉讼，要求借款方偿还借款。法院的判决结果是原告的诉讼请求没有超过诉讼时效，被告应该依合同偿还欠款。其中的原由是什么？被告是否应该败诉？在该案中是否有值得商榷的地方？

败诉案例分析之二 中国建设银行某支行诉交通

银行某支行国库券回购合同纠纷案…………… (269)

一份国库券回购合同因涉嫌诈骗致使原告由一审中的胜诉急剧转为二审中的败诉，其中主要的问题是怎样处理涉嫌犯罪的经济纠纷案件。民事交往的安全性在这里受到了强烈的冲击，原告在二审中的败诉是否正确、应该怎样理解和适用“刑事优于民事”的原则成了本案的重中之重。

败诉案例分析之三 广西某证券有限公司诉广西

某实业公司债券纠纷案…………… (281)

某证券公司和某实业公司签订了三期住宅建设债券的承销合同，操作上的不规范和双方当事人的不谨慎致使在合同的履行过程中矛盾重重，并最终不得已诉至法院，请求司法的解决。经过一审和二审，双方互有胜负。胜在何处，败在何

处，分析起来必有裨益。

败诉案例分析之四 何某诉中山市建筑装修公司

股权转让案…………… (294)

股权转让合同是否生效以及办理工商登记是被告方的义务还是合同成立的条件。被告没有在合同是否生效这一问题上提出有力的支持意见和法院在登记行为的性质方面认识上的偏差最终导致败诉。

败诉案例分析之五 江西甲公司与青岛乙公司销

售合同欺诈案…………… (302)

购销合同法律关系中，一方当事人向另一方当事人出具的“确保函”的性质应如何理解？其是对合同外第三人的承诺，抑或仅是对原购销合同的补充？正是基于以上不同理解，一审法院和二审法院对同一案件做出了不同的判决结论。研究此案例，会使您充分认识到正确分析法律关系对于诉讼的胜负起到多么重要的作用。

败诉案例分析之六 四蓝公司与新兴公司房地产

合作开发纠纷案…………… (313)

四蓝公司与新兴公司之间明为房地产合作开发关系而实为土地使用权转让关系。新兴公司没有依约履行义务而是违约将土地使用权抵押给建设银行，三方当事人因此发生争议。研习本案，您会明晰物权变动与作为物权变动原因的债权合同的联系与区别，并会为法学理论的独特魅力所折服。

败诉案例分析之七 证券公司与东部公司、某市 财政局等借贷纠纷案…………… (324)

本案涉及的法律问题很多,但最能引起人们兴趣的,应当是会计师事务所为企业出具不实或者虚假验资报告应如何承担民事责任这一问题。根据相关司法解释的规定,会计师事务所为企业出具不实或者虚假验资报告对第三人造成损害的,应当承担补充责任。应当如何理解这一责任的性质?相信读罢本案,读者会对此问题得出正确的答案。

败诉案例分析之八 矿业公司与长发公司、物资 公司代理出口货款纠纷案…………… (338)

矿业公司作为债权人因与债务人长发公司以及保证人物资公司发生纠纷而向法院提起诉讼。在诉讼过程中,当事人之间就保证人物资公司承担保证责任的方式等问题持有不同的观点。从担保法的立法宗旨来看,似更倾向于债权的实现,通过本案,读者将会对这一点有更清楚的认识。

败诉案例分析之九 某信托公司诉某经济技术开 发公司贷款纠纷案…………… (351)

本案为贷款合同纠纷案。双方订立了一份还款协议,然而还款协议中的意思表示有些含糊,导致双方对还款期限各执一词。同时,双方对另一法律关系的履行产生了争议。本案的焦点在于对双方签订的数份合同中相互矛盾之处如何解释,合同的解释问题成为本案胜败的直接原因。

原告的最终败诉也源自于此。

败诉案例分析之十 某信托公司诉某银行支行资

金拆借合同纠纷案····· (362)

本案似为单位之间的资金拆借合同纠纷，而事实上却是被告单位的工作人员利用职务之便，以银行名义拆借资金非法放贷给关系人。最终因关系人不能还款导致诉讼。因此，原告在订立和履行资金拆借合同过程中是否有过错就成了本案的焦点。此外，诉讼时效问题也是案件的要点。因此，对该两个事实与法律交错的问题进行透彻的把握是决定本案胜负的关键。

败诉案例分析之十一 中建某建筑公司诉福建某

地产有限公司案····· (369)

一项建筑承包合同，由于履行过程中的变更，使得实际的履行与起初合同的约定有所差异，也正是这种差异引发了权利和义务上的争执，并将双方当事人带上了法庭。通过考察庭审中当事人提供证据的情况和法院的判决，我们可以看出证据在裁断案件中的重要作用。

败诉案例分析之十二 某市光大银行诉某市城市

信用社合同纠纷案····· (382)

债务人无力偿还借款时就担保人是否应当承担担保责任与担保合同当事人发生纠纷。但是，担保人以单位关系发生变动，自己不是担保人而且担保形式不完整为由拒绝承担担保责任。因此本案中质押担保合同是否成立、有效成为案件的

焦点。从本案中我们可以看出抓住案件主要问题在诉讼中的重要作用。

败诉案例分析之十三 江虹公司诉建设银行合同纠纷案..... (389)

在一份购销合同的履行中,卖方按约交付货物而买方先交付承兑汇票后又要回票据,在诉讼中卖方反而败诉。而后卖方想尽办法使案件在原告所在地诉讼,最终胜诉。此案件非常复杂,在简单的法律关系的背后有复杂的各种关系,导致一个案件进行了四次诉讼。逆向思路在本案的诉讼中显得尤为重要。

败诉案例分析之十四 张朋诉某地商业银行存款纠纷案..... (398)

有两个姓名相同的人,一个在银行存入了35万余元,而另一个几乎在同时取走了存款。面对这个看起来非常蹊跷的案件,法律诉讼是形式的诉讼这一特点体现得十分明显。只有抛离案件的实质内容而从诉讼请求的法律构成要件的形式出发,才能使这个令人犯难的案件迎刃而解。

后 记..... (405)

第一部分 引 论

走进法律的世界：败诉的初步解析

明智的人决不坐下来为失败哀号，他们一定会乐观地寻找办法加以补救。

——莎士比亚：《亨利六世 下篇》

我们预见未来，我们更在创造中把握未来。

——题记

法律，一向被认为是人类对其自身世俗生活最合理的制度安排。因此，法律的世界，说到底是一个人工建造的世界。法治，不仅意味着人们建造出这样一个世界，而且意味着人们愿意把生活世界里发生的冲突放到这个世界里解决，并且接受其结果（梁治平语）。而在我们看来，在法律的世界中解决纠纷的过程主要就是诉讼的过程。在这个世界里，所有的参与者进行的都可以说是一场胜负未卜的冒险，是输是赢充满了变数，或成或败难尽得其中奥妙。^①一旦败诉的结果降临^②，痛苦之余，很自然的，我们会想到：

我为什么会败诉？我为何没能讲出一个使法官信服的法律的故事？哪些因素导致了我的败诉？

还可能会进一步思考：

败诉是可控制的吗？如果可以，又该如何预防败诉，在多大程度上又可以将其挽回呢？在法律的世界里我该如何走出败诉的阴影，而不再让权利哭泣？

是的，谁的人生都曾有过败走麦城的惨痛经历，也没有一个律师敢保证将来会永远与胜诉相伴。如果说人生的竞技场上没有永恒的强者，那么我们也可以说在法律的世界里也没有常胜将军。一个律师的成功并不在于他从不失败，而在于他善于从失败中学习，不会招致愚蠢的失败和重复同样的失败。如果我们不想再次成为失败的牺牲品，愿意对自己负责，我们决没有理由不重视败诉，更没有理由讳言败诉。

一、解题

粗略看来，追求胜诉和避免败诉似乎说的是一回事。从逻辑上讲，二者的关系正如成功与失败的关系一样，如一币之两面。就此而言，本书似乎仅仅是对胜诉机制的反面解读而已。其实不然，二者的分析角度实各有异并各有侧重。简略而言，胜诉和败诉分析的都是诉讼输赢现象的成因，前者是从积极方面，后者则是从消极方面；前者重在揭示成功之道，成功既达，分析也随之告终，而后者重在展示失败之因，即失败已至，尚要研究挽回之策。而且，更重要的在于，从认识论的角度讲，诉讼的活动是一项认识活动，凡认识活动都会有两种结果：成功的和失败的。分析成功与分析失败完整地构成了认识任务的两部分。研究失败与研究成功相比，其意义即使不是更大，至

少也是同等重要。因为失败里孕育着成功的因子，成功乃自失败始。只有认真地分析失败，才能发现问题、吸取教训、寻找新角度和抓住新线索，也才能求得反败为胜的途径。败诉究竟是通向胜诉的障碍，还是走向胜诉的阶梯，全在于对待它的态度。可见，败诉的分析和研究有着胜诉分析不可替代的独特价值。

在诉讼的场景中，败诉，当指努力追求一个本可以实现的诉讼目标而未果的局面，主要指的是提出的诉讼主张（如起诉或诉讼请求）得不到法院的支持的情况。我们的分析因此也集中在由诉讼过程中出现的原因导致的败诉。但在有些时候，败诉的结果其实在诉讼开始之前就已注定（典型的如在签订合同时未能仔细审查好对方权限或合同条款而落入合同陷阱），这种败诉当然也应构成败诉分析的重要方面，但由于这方面的论述已经很充分了，我们也不拟详论了。

颇有疑问的是，败诉似乎只是个个案的问题，很难有所谓的规律可循，而且在当下司法质量偏低的大环境下更是显得如此。然而我们忽略了，当下人们对司法不公和腐败的认识多少有些情绪化的成分，在某种程度上它们被扩大了，以至于人们对败诉是如此的不宽容，对个案出现的任何一个败诉判决的几乎都不假思索地归因于它们。^③显然，这是一种将问题简单化，因而也是不负责任的做法。^④司法腐败就成了他们逃避败诉甚至掩盖无能和推卸责任的借口。平心而论，有多少败诉是由于我们自身知识水平和诉讼技能的低下而铸成？又有多少败诉是由于法律自身缺陷以及法律之外的因素的影响而产生？要知道，用

简单化对待复杂事物的同时往往也关闭了通向真理的大门，从而也失去了探寻奥妙求知求真的思维活力。因此，认真严肃地对待败诉这个法律现象是我们应有的科学态度，然而，由于种种原因我们在这个问题上还缺乏认真而系统的反思和总结。本书正是力图弥补这方面的缺憾。通过这方面的工作，我们希望能勾勒出一幅比较完整和清晰的败诉机理图，从而为人们有效地降低败诉可能性、增加胜诉的把握提供帮助，^⑤也希望能引起人们的相关思考。

二、纠纷解决的历史——败诉决定论之批判

败诉作为诉讼主体理性的诉讼活动的不成功结果，当然与诉讼主体的自我选择密不可分。我们的败诉分析正是建立在诉讼主体的自主选择的前提之上，自然也是与任何诉讼结果决定论格格不入的。如果诉讼结果都是客观决定的，与诉讼主体在诉讼中的选择无关，那么，我们当然无由让其对败诉的后果承担责任，也更无由让其反省所谓的失误，吸取所谓的教训。分析人类纠纷解决的历史，我们可以清楚地看到，人们怎样由诉讼的客体成为诉讼的主体，诉讼主体的理性选择最终是怎样成为影响诉讼结果重要的因素。正是在这个意义上，所谓的败诉在逻辑上才真正成立。

在人类所谓的前法律（prelegal）阶段，人类是由原始习惯和复仇的风俗支配的。这种风俗最突出的特征是：受害人既是审判者又是执行者，^⑥冲突由冲突主体自身而不是冲突主体之外的第三方来解决。对于那些双方自己就能