

我们怎样防范法律风险(2)---诉讼三阶段的法律风险与防范

PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E6\\_88\\_91\\_E4\\_BB\\_AC\\_E6\\_80\\_8E\\_E6\\_c122\\_484362.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_88_91_E4_BB_AC_E6_80_8E_E6_c122_484362.htm) 一、“银广厦”股票

盗买案股民败诉凸显诉讼风险 持续了近一年的股民贾铁英诉银河证券北京安外营业部证券交易代理合同纠纷一案，9月4日在北京市第二中级人民法院民四庭终于有了终审结果：驳回原告贾铁英的上诉请求，维持北京东城区人民法院作出的一审判决。在去年9月银广厦连续跌停中，贾铁英所持的2.3万股爱建股份和华东医药两只股票莫名其妙地变成了1.7万股银广厦而遭受了严重损失，加上此类事件在股市上曾时有发生而现在诉诸了法庭，使该案备受媒体和市场的关注。贾坚持认为，因安外营业部作为证券公司管理混乱，不仅未履行保证投资者账户内资金、股票安全，提供投资者一个安全防范严密、管理措施完善的金融交易场所的义务，未按中国证监会要求配备管理人员，对内部局域网信息点无安全防护措施，给内部或外部人员进行恶意交易提供条件，且在深圳证券交易所发现银广厦股票交易异常进行询问时，亦未尽到谨慎、合理注意的通知义务，对其股票发生盗卖盗买不但负有责任，对不能及时采取有效措施减少损失亦负有不可推卸的责任。但在贾铁英没有证据证明其股票被盗卖盗买、未及时减少损失与安外营业部有直接关系，且双方均表示目前国内尚没有可以鉴定的机构的情况下，法院认为，在这种状态下，仅凭客户的怀疑，没有科学的结论为基础支持就推定计算机网络系统不安全是不当的。股民只有无奈地接受败诉的苦果。从总体上看，诉讼大概分为三个阶段，即起诉阶段、审

理阶段和执行阶段。诉讼三阶段都不同程度地存在各种类型的诉讼风险，处理不当的话，每一个风险都可能引发诉讼的失败。

二、起诉阶段的风险与防范

民事诉讼中的起诉，是指公民、法人及其他民事主体在认为自己的民事权益受到侵害或者与其他民事主体发生争议时，向法院提出诉讼请求，要求获得法院的司法救济，依法作出裁判的行为。《民事诉讼法》第108条规定，起诉必须符合以下条件：1、原告是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织；2、有明确的被告；3、有具体的诉讼请求和事实、理由；4、属于人民法院主管范围和受诉人民法院管辖。起诉是完全由原告方掌握主动权的活动，上述四个法定条件也完全是针对原告而设置，因起诉而引发的诉讼风险，也就集中体现在原告身上。这些风险虽然是因起诉活动而起，但究其影响，并非是全部体现于起诉阶段之内，更多的可能延续到受理之后的庭审准备和正式庭审阶段。所谓影响于起诉阶段内部的风险，是指因当事人起诉行为引起的、在法院审查受诉时即可能对当事人造成不利影响的风险，例如原告或被告身份形式上的不合格，争议内容不属于法院主管范围或非受诉法院管辖等等。这部分风险在整个诉讼过程中所占比例相对较小，而这一阶段不当行为的后果往往其实是在庭审的相关步骤中体现出的，并且可能直接导致于己不利的后果。起诉阶段是整个诉讼活动的起始阶段，它决定了后续诉讼进程的所有基本要素：原告、被告、诉讼请求、管辖法院。按诉讼程序法规定，这一阶段法院的活动主要是对上述要素作形式审查，决定是否受理并启动后续步骤。关于诉讼的大部分实体问题都留在举证、庭审等阶段解决。而正是由于这一阶段只审形式、不审实体

的特殊要求，使得其中存在的许多问题，都要在后续的各个步骤中才能产生影响；这种影响的非即时性，也更容易使当事人??主要是提起诉讼的原告方??对自己的行为放松警惕，以为只要一纸诉状递上去，便将所有问题推给了对方，殊不知缺乏及时的风险审查和应对意识，起诉中的不合理行为会在日后的诉讼活动中构成胜诉的重大障碍。事实上，诉讼决不是只有举证、庭审那些正面交锋的部分，原告在启动诉讼中的主导地位，对其防范和减轻诉讼风险是相当有利的。一旦决定起诉，原告就必须全面审视每一个步骤，力争抢占诉讼先机，通过合理起诉，正确选择被告和诉讼请求，将诉讼引向一个于自己最为有利的方向。

### 三、审理阶段的风险与防范

**（一）举证中的风险与防范**

1、**举证风险** 就行为举证责任而言，当事人在诉讼中可能面临以下举证风险：（1）提供证据不充分的举证风险：当事人应当提供可以充分证明所主张事实的证据。除法律另有规定外，原告起诉或被告反诉，对自己提出的诉讼请求所依据的事实或反驳对方的诉讼请求所依据的事实，有责任提供证据加以证明，没有证据或证据不足的，负有举证责任的当事人应承担不利甚至败诉的后果。

（2）提供证据虚假的风险：当事人提供的证据必须真实。虚假的证据不具有证明力，伪造证据、提供虚假证据触犯我国《民事诉讼法》第102条，严重者还可能触犯刑法，被追究刑事责任。

（3）不能提供原始证据的风险：当事人提供的证据应当是原始证据。除出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许外，向法院提供证据应当提供原件或原物，非原件或原物的证明力将有可能不被采信并导致败诉；若证据在境外形成的，还应履行相应的证据效力证明手续，否则会导致

证据无效的后果。（4）提供取得方式不合法证据的风险：当事人取得证据的方法必须合法。以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据，当事人须承受证据无效的风险。（5）证据证明力不强的风险：当事人应当尽量提供证明力较强的证据。证明力弱的证据将在认定与质证中被证明力大的对方证据吞噬，给己方带来不利后果。（6）证人不出庭的风险：提供证人证言的，证人须亲自出庭作证(除证人确有困难不能出庭的五种情形外)，否则会导致证言效力降低甚至不被法院采信的后果。此外，举证责任分配往往考虑到一些特殊因素，而对举证责任承担（或分配）一般原则予以补充、修正。这些特殊规则有时也可能会给案件的举证带来一定风险，主要有：

（1）举证责任倒置 举证责任倒置，是指原告对于支持己方诉讼请求的实体要件事实，并不负担举证责任，而由被告负担举证的责任，若被告负担不了的则法院认可该事实的真实性，被告因此将承担不利后果（败诉）。举证责任倒置可能会带来的举证风险主要是当事人不知或忽略了举证责任倒置情形，从而盲目乐观地准备证据，致使己方无法充分达到证明要求而承担败诉后果。（2）对于司法认知、推定、自认的事实等，主张者无需承担举证责任 法律规定，对于司法认知、推定、自认的事实等，由于其真实性已经得到了确认或者是当事人双方无争议的事实，则无需该事实主张者承担行为举证责任，除非对方当事人提出充分反证、发现新的事实、自认人依法撤销其自认等。

## 2、防范措施与方案概述

概括说来，一个案件举证风险的防范总体上应遵循“分析?预警?方案?评估?防范”的步骤和合理合法、敏感高效的原则。

举证风险的防范主要可从以下几方面入手：（1）证据的收集

A．确立收集的目标 当事人应当在专业律师的指导下有计划有目的地收集证据，针对具体案件所应采取的诉讼策略确立收集证据的目标，列出证据清单，防止证据滥、杂、没有重点，给举证带来不便。比如一个案子，做成侵权还是做成违约，所需要的证据是完全不同的，主张侵权一方需要证明侵权成立四要件，即侵权事实、损害结果、因果关系和主观过错；而主张违约则只需要证明合同合法有效与对方违约事实，至于对方违约行为是否属于免责事由则并非主张违约一方举证责任范围。当然，虽然违约的举证相对简单，也并不等于所有既可主张侵权又可主张违约的案件都应当主张违约，毕竟个案情况不同，此乃另论。

B．规范收集的方法 前述提及，当事人在举证阶段面临着提交证据取得手段不合法的风险，因此当事人在制定了明确的证据清单与收集目标后，应当依法收集证据，避免因手段的非法否定了珍贵的证据，若遇到确实难以通过自身能力取得的证据，可以申请法院调取，切不可采取非常手段。此外，有的证据收集必须及时，必要情况下要采取证据保全措施，否则可能会给当事人带来举证不能的风险。

C．审查收集的证据 将前列证据收集齐全后，为防止出现无效证据，应当会同律师对所有证据进行审查，包括证据的形式与实质，发现纰漏要及时补正，避免当庭失措。这里的补正并非指修改证据，而是在证据审查过程中发现的瑕疵要通过合法手段加以完善，比如调查笔录缺少当事人签名、单位证明缺少公章等形式瑕疵，物证对象错误等实质瑕疵，避免出现证据瑕疵风险。

2、证据的分析整理 经过审查的证据只能确定证据基本有效，而适当的安排则可

加强证据的证明力。为此对于审查后的证据应当按照诉讼目的和诉讼请求进行分类比较，横向上分别各证据的不同效力等级，纵向上分别各证据所证明的问题，并根据上述分类进行排列组合，选出可以支持诉讼请求的最佳证据组合模式，形成一个因果明确、方向性强的证据体系，防止证据之间相互重叠、关系混乱，无法发挥每项证据最大的效用，避免出现论证不充分的举证风险。

3、证据的提交 整理好全部的证据后，并不意味着举证风险已经最小化，在最后一步也是最关键一步证据的提交上，还是大有文章可做的。从专业的法律职业角度审视，证据的提交的先后与主次是有技巧的，当事人应当与律师在证据提交上沟通一致，相互配合，根据事先制定好的诉讼策略有步骤有计划地提交证据，避免出现证据提交疏漏与重复，防止举证不力的风险。

4、质证的准备 质证是举证过程最关键的一步，成功与否关系着证据是否能被法院采信，进一步影响到当事人的诉求是否能得到法院支持，因此在质证方面当事人主要面临证据被否定的风险。在质证的准备上，不仅要准备好己方证据可能会被对方提以何种问题质疑效力，己方应当以何种方式应对，还要对对方可能取得的证据进行大致的推断与模拟，并根据法律规定事先拟定对对方证据的质证方式。尽量充分的准备可以尽可能地减少在质证过程中的突发事件，降低当事人举证的风险，但质证过程中一定的变通还是必要的。

5、证据的补充 在开庭前、开庭中和判决前，都有可能发生证据不足或发现新的证据的情况，此时应当立即着手收集新的证据并将新证据补充进前述证据体系中。当事人不能认为举证仅限于开庭前，这样的看法会导致大量有效证据的流失。

6、举证策略的制定

与调整 将证据系列构建完成后，就基本上形成了相应的举证策略，以诉讼目的和诉讼策略为基准对举证策略进行调整，如果能够形成两个以上的举证策略，可以在评估后择优筛选出一个，筛选标准自然也是诉讼目的与诉讼策略，使最后确定的举证策略能够符合诉讼目的的要求，最大限度地实现当事人的利益，减少在举证过程中可能出现的各种风险。（二）

）庭审中的风险防范 庭审中的风险主要是指在案件庭审阶段当事人可能遭遇的诉讼风险，具体包括以下几个方面：1、出庭义务（1）当事人及其代理人的出庭义务 无正当理由不按时出庭或者中途退出法庭的风险：法律并未要求当事人及其代理人必须出庭，但如果一方不出庭，将承担相应的诉讼风险。法院在确定了开庭时间后都会以传票方式通知当事人或其代理人，如果当事人及其代理人确有特殊情况而无法按时参加法庭审理活动应当提前通知法院，否则若原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退出法庭，须承担起诉被视为撤诉的后果；若被告反诉的，人民法院将对反诉的内容缺席审判。同样，若被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退出法庭的，被告须承担缺席审理、缺席判决的后果。这种不按时参加庭审的风险，对原告而言，法院的撤诉处理，意味着其所交的诉讼费用分文不退，使其尚未同被告进行第一回合的交锋，便败下阵来；对被告来讲，因为他自动放弃了庭审中抗辩说理的机会，缺席判决，凶多吉少。（2）证人、鉴定人的出庭义务 证人、鉴定人不出庭的诉讼风险：除了法律规定的特殊情况外，证人都应出庭作证。我国《民事诉讼法》第70条规定，凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。

《民事证据规定》第53条至60条也对证人和鉴定人接受当事人质询作出了规定，在《民事诉讼法》规定的基础上进一步重申了原则上证人与鉴定人应当出庭接受当事人质询，同时对“证人确有困难不能出庭”的情形给予了明确限定。前文亦已提及，证人不出庭将可能导致证言效力受损，当事人需要承担证据不充分或不确实而不被采信的风险。但在审判实践中，很多证人、鉴定人不愿意出庭接受质询，特别是证人、鉴定人为机关、机构的，他们往往只愿意出具书面证言、书面鉴定结论。

## 2、庭审纪律

关于庭审纪律的风险主要是指违反法庭纪律和审理规则，妨害民事诉讼的风险。根据《民事诉讼法》第十章的有关规定，对必须到庭参加诉讼的被告，经两次传票传唤拒不到庭的可依法拘传。对违反法庭规则的诉讼参与人和其他人可以予以训诫、责令退出法庭或者予以罚款、拘留；对哄闹、冲击法庭、侮辱、诽谤、威胁、殴打审判人员，严重扰乱法庭秩序的人，依法追究刑事责任。情节较轻的，予以罚款、拘留。对伪造、销毁重要证据，妨碍法院审理案件的，以暴力威胁贿买方法阻止证人作证或指使、贿买胁迫他人作伪证的；隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结财产的；对司法人员、诉讼参与人、证人、鉴定人、协助执行的人等进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复；以暴力威胁或者其它方法阻碍司法工作人员执行公务的；拒不履行法院已经发生法律效力判决、裁定的。诉讼参与人或者其他人有上述行为之一的，法院可根据情节轻重予以罚款、拘留，构成犯罪的依法追究刑事责任。因此作为诉讼参与人，必须认真遵守法庭规则，忠于事实、恪守法律

、实事求是地参与诉讼活动，否则不但不能赢得诉讼，而且还要承担案件以外的上述妨碍民事诉讼的风险。

3、诉讼期限在庭审过程中有些诉讼行为存在时间上的限制，如果超过了这个期限就无权做出该诉讼行为或该行为归于无效，专业律师应在庭审过程中随时提醒当事人注意及时行使自己的权利。关于诉讼期限的风险主要有：1、未能及时申请回避的风险；2、逾期改变诉讼请求的风险；当事人增加、变更诉讼请求或者提出反诉，应当符合法律规定的期限，超过人民法院许可或者指定期限的，当事人可能面临法院不予审理的风险。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第34条第3款规定，当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。

3、权利请求超过诉讼时效的风险。当事人请求人民法院保护民事权利的期间一般为二年（特殊的为一年）。原告向人民法院起诉后，被告提出原告的起诉已超过法律保护期间的，如果原告没有对超过法律保护期间的事实提供证据证明，当事人将面临其诉讼请求得不到人民法院支持的风险。

（三）二审中的风险防范 二审中的风险主要涉及上诉、时效、举证等方面。

1、上诉（1）上诉不当的风险：当事人上诉请求不当，可能面临被驳回上诉的风险。没有经过充分评估的上诉不仅不能带来希望的结果，也会使当事人承受再次讼累的纠缠与经济上的损失。相比之下，适时的协商与调解更能快捷并高效地解决问题。（2）当事人撤回上诉，可能面临不被法院准许的风险。在二审中当事人可以撤回上诉，但是存在例外，即若人民法院经审查认为一审判决确有错误，或者双方当事人串通损害国家和集体利益、社会公共利益及他人合法权益的，则人民法院不准当事人

撤回上诉。2、时效风险 对一审判决、裁定不服，可在法定期间内向上一级法院提起上诉，逾期不上诉的，则一审判决、裁定发生法律效力，将承担丧失上诉权的风险。3、举证风险 二审法院只接纳新证据，在一审中已经提交过的证据在二审中无须再次提交。二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。对于新证据的提交，当事人应当遵循相应规则，即当事人在二审程序中提供新的证据的，应当在二审开庭前或者开庭审理时提出；二审不需要开庭审理的，应当在人民法院指定的期限内提出。如果当事人未能按规定提交新证据，则须承担证据不被法院采信的风险。此外，由于当事人的原因未能在指定期限内举证，致使案件在二审或者再审期间因提出新的证据被人民法院发回重审或者改判的，提出新的证据的当事人可能面临负担其他当事人由此增加的差旅、误工、证人出庭作证、诉讼等合理费用以及由此扩大的直接损失的风险。第二审程序是终审程序，因此当事人更应谨慎对待。虽然理论上讲还有再审程序作为最后的救济手段，但以笔者的经验，能够走到再审程序的毕竟是少数，民事再审就更难了。因此诉讼一旦进入二审，就意味着进入了终局性决定的程序，在这一程序中当事人的每个诉讼行为都应三思而行，考虑其可能导致的风险并进行合理地评估和防范，避免产生不必要的损失。针对前述所论及的风险点，当事人应当注意从以下几个方面进行二审风险的防范。

1、诉求的确认。首先确认己方的诉求在一审中获得了多大程度的支持，又有多少证据可以佐证，在诉求难以得到支

持的情况下，应当考虑提起上诉的必要性和可能性。2、证据的收集与提交。在一审判决生效后发现或获得的证据可以作为二审中的新证据，因此在上诉期间内当事人应当注意收集可能的证据，用以进一步支持自己的主张，加强其诉求在二审中被法院认可的可能。3、关注各类时效。二审的时效从上诉时效开始，包括答辩期间、举证期间、申请法院调取证据的期限、申请保全和执行的期限等等，读者可以参考一审中的各种时效风险。

#### 四、执行阶段的风险与防范（一）执行阶段的风险提示

执行关系着当事人是否能够通过该措施的实施真正实现判决书所支持的权利，执行的程度和效果也影响着该权利实现的程度和效果。一般来说，执行阶段的主要风险包括以下几方面：

- 1、申请执行人不在法定期限内申请执行的风险 向人民法院申请强制执行的期限，双方或者一方当事人是公民的为一年，双方是法人或者其他组织的为六个月。期限自生效法律文书确定的履行义务期限届满之日起算。法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起算。申请执行人必须在法定期限内提出强制执行申请。无法定理由逾期申请的，将承担视为放弃申请执行，人民法院不予受理，当事人须承担丧失申请执行权的风险。
- 2、不按时交纳申请执行费的风险。 申请人无法定理由不按规定的时间和数额交纳申请执行费的，将承担按自动撤回申请处理的风险。
- 3、被执行人下落不明的风险 《中华人民共和国民事诉讼法》及最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》规定，申请人有义务向人民法院提供被执行人的财产状况和线索，因此申请人应当提供被执行人的下落和财产状况，如不能提供，法院又无法查实被执行人可

供执行财产的，申请人将承担暂缓执行甚至无法执行的风险。

4、继承人或权利承受人申请执行的风险 申请人不能提交继承或承受权利的证明文件，将承担因申请人不明确暂缓执行或中止、终结执行的风险。

5、无足够财产可供执行的风险（执行部分不能的风险）被执行人虽有财产，但不足以抵偿全部欠款，会导致剩余欠款得不到清偿或对于剩余欠款的执行时间过长，造成执行拖延的风险。也就是说，被执行人没有足够财产履行生效法律文书确定义务的，人民法院可能对未履行的部分裁定中止执行，申请执行人的财产权益将可能暂时无法实现或者不能完全实现。

6、执行申请不当的风险 执行请求漏项，会导致未请求部分视为放弃的风险。执行请求的增加、变更应在执行期限内提出，逾期则不予执行，也会导致按放弃权利处理的风险。

7、被执行人为破产企业的执行风险 当作为被执行人的企业法人进入破产程序时，该案将依法中止执行。被执行人被宣告破产，其财产不足以清偿全部债务的，对各债权人的债权按比例清偿，申请人将承担不能得到全额清偿甚至得不到清偿而终结执行的风险。

8、案外人对执行标的异议的风险 案外人对执行标的提出异议时，执行申请人将面临该执行被中止、解除或撤销的风险。因为根据最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第71条至73条的规定，案外人异议成立的，其所提异议的执行标的物是法律文书指定交付的特定物的，中止执行；所提异议的执行标的物不属生效法律文书指定交付的特定物的，停止执行，已经执行的立即解除或撤销，并将该标的物交还案外人。

（二）执行风险防范 为了能够正确并及时地获得判决的执行，在申请执行中应注意以下程序和

方法：一、应了解案件执行的管辖法院。我国民事诉讼法规定：发生法律效力民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院执行。二、法院受理执行的条件：1、申请或移送执行的法律文书已经生效；2、申请执行人是生效法律文书确定的权利人或其继承人、权利承受人；3、申请执行人在法定期限内提出申请；4、申请执行的法律文书有给付内容，且执行标的和被执行人明确；5、义务人在生效法律文书确定的期限内未履行义务；6、属于受申请执行的人民法院管辖。三、向法院申请执行所需提交的主要文件：1、申请执行书；2、作为执行根据的生效法律文书；3、申请执行人的身份证明；4、继承人或者权利承受人申请执行的，应当交继承或者承受权利的证明文件。四、先予执行。有些性质特殊的案件可以不经当事人申请，直接将案件的生效判决移送执行庭执行。由于有些案件涉及国家利益、社会利益和妇女、儿童、老人的生活急需，因此判决一经做出，就应立即执行。这类案件包括：1、人民法院制作的具有给付赡养费、抚养费、抚育费内容的民事判决书、调解书。2、人民法院制作的具有财产内容的刑事判决书、裁定书。3、人民法院制作的罚款决定书。4、人民法院制作的财产保全和先予执行的裁定书。此外，从被申请执行人角度，当申请人向法院递交申请执行书并被受理后，三日内会收到法院发出的执行通知，指定履行期间，若在此期间被申请执行人仍不履行，则法院会采取强制执行措施，包括：冻结、划拨存款，扣留、提取收入；查封、扣押、拍卖、变卖财产；搜查隐匿财产；强制迁出房屋，强制退出土地等。总之，在申请执行期间作为申请人应具备两个意识，第一，继续举证意识。应

应当向人民法院提交必要的文件和证件，包括向人民法院提供其了解的被执行人的财产状况或线索。这是民事诉讼中，谁主张谁举证责任制度原则的延伸。申请执行人应承担的举证责任主要包括提供被执行人住所地、工作单位、收入情况、银行账号及财产状况，包括动产、不动产、知识产权或其他可供执行的权益；如果被执行人为法人，还应注明该法人的出资人是否投资到位，是否抽逃、转移注册资金。申请人若没有履行这些责任则可能带来执行中止或终结的后果。第二，市场风险意识。在实践中，并不是所有的裁判文书都能得到执行，司法文书只是对双方的权利义务做出的判断和确定，能否实现还取决于很多因素。如被执行人是公民的，他生活困难无力偿还欠款，无财产，亦无收入来源；被执行人是企业的，该企业可能停产甚至破产。那么，此类案件只能中止执行，待他有执行能力时再恢复执行。像这样的案件执行不了，应该说不是法院的原因，而是当事人应该承担的市场风险。任何人搞经营做买卖，都应有市场风险意识，不可能保证只赚不赔，更不能保证对方永远都能有偿付能力。

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)