

我们怎样认识诉讼风险(一)----打官司为什么会有风险? 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_484385.htm 一、诉讼风险：法治时代的话题

诉讼，俗称打官司，是专指国家司法机关依法处理案件的活动。这一行为具有以下几个特征：一是必须有国家司法机关的参与，通过国家公权力控制诉讼进程，以避免私力救济的野蛮、残酷。二是依法进行，司法机关必须按照法定的规则和程序处理纠纷，使得当事各方对救济结果有充分的预期，保护其信赖利益，符合法制时代的要求。在市场经济体制下，风险与每个市场主体的切身利益紧密相关。法治是市场经济制度的一个本质特征，市场主体的一切行为及由此产生的纠纷都可能需要诉诸法律解决。因此，诉讼是每个市场主体都可能卷入的活动，而由此带来的风险也就成为市场经济下的普遍问题。诉讼风险是指，一方当事人（通常是以企业、个人等形式表现的市场主体）在生活和经营活动中因各种法律问题而与他方当事人发生诉讼，从而在诉讼结果以及诉讼外部影响方面所面对的与自身利益相关的不确定性。狭义的诉讼风险，仅是指在诉讼过程中因不适时或不恰当履行法定程序而导致诉讼结果的不确定性，进而影响实体权益的一种风险。诉讼风险具有以下特征：一是风险发生的时间，是在能够引起诉讼的行为的发生、发展过程中。二是承担诉讼风险的主体，是由双方当事人及法院三方力量构成。三是从诉讼风险转化为现实诉讼活动的界点具有突发性，发动诉讼的主动权一般掌握在原告方手中，另一方当事人往往难以预料。四是风险对诉讼结果的影响，往往会给企业造

成难以预料的损失。二、诉讼风险类别：以诉讼活动为基础的分类诉讼风险，按照不同的标准可以划分为不同类别。而其与诉讼活动紧密相关的不确定性，是各种分类都必须依据的基础。第一种，分为诉讼实体风险和诉讼程序风险。诉讼实体风险，顾名思义，是指形成法律上规定的某种行为或现象的构成要件的不确定性。例如诉讼一方因不可抗力导致法律责任免除，另一方不得再追究，就是一种诉讼实体风险。而诉讼程序风险，则是指因为不当或者未履行法律上规定的追查、确认、确信某种行为和现象是否发生、性质如何的环节和过程而导致诉讼结果的不确定性。第二种是依据诉讼过程的阶段性，分为诉前风险、诉中风险和诉后风险。诉前风险，是指在立案之前可能引发诉讼的不确定因素，而诉中风险则是指在诉讼过程中的不确定因素，包括从立案到执行完毕的整个过程。诉后风险，则是指该诉讼终结后引发的不确定因素。应当说明的是，这种诉前、诉中、诉后的分类，其立足点在于诉讼行为在时间上的延续性，以便于对诉讼风险的全面认识。第三种，分为主观诉讼风险和客观诉讼风险，这是主观风险和客观风险在诉讼活动这一特定领域的具体表现。总的来说，诉讼风险的三种基本分类形式是互相交融、不能截然分开的。要全面、正确的认识诉讼风险，必须将三种形式综合理解，灵活运用，才能在具体个案上深入分析，完整的总结出潜在的风险点，有的放矢的制定最优方案。三、诉讼风险产生的法理分析（一）司法救济的局限性和不确定性 诉讼是一种按照法律既定规则，从现存证据出发，试图还原已发生的事实，从而解决争议的活动。作为司法救济手段，本身就存在一定的局限性和不确定性。首先，诉讼活动

所依据的法律自身客观存在着局限性。法律是针对既有的或可预见的社会活动中存在的纠纷而制定的规则，但难以对包罗万象并不断发展的社会现实进行同步立法，在“与时俱进”上有一定的滞后性，并且法律条文的制定需要一个草拟、定稿到立法机关审议的程序，这一过程也在客观上加大了滞后的时间差。立法的空白导致救济的困难，这种诉讼风险一般是当事人难以驾驭的，只有通过合法正当的表达渠道引起立法部门的重视和实施立法，才能化解将来可能出现的类似问题。另外，法律为了确保其主要价值目标的实现，在公正和效率等对立统一的价值目标上必须做出权衡，因而在具体条文和制度的设计上，总是存在客观局限性的。在这个问题上对诉讼风险而言，主要是指法律在证据和时效等问题的设计上，真正能够证明案件事实的证据必须具有法定时效和合法的证据采集方式等要件。二是指诉讼危机参与对象对不确定性预期的局限性是客观存在的。其次，诉讼活动包括实体和程序两个部分。就实体而言，诉讼探究的是当事人所争议的已发生的事实，具有独立于人的意志之外的客观实在性。而从程序上讲，诉讼对已发生事实的认定、裁决和执行，必须按照法定的规则和步骤，而这一系列规则和步骤会直接影响司法机关对当事人实体权益的承认和保护。可见，诉讼程序的重要地位，决定了诉讼是一种受制于客观条件的主观认识过程，是在事后发挥多方主体（包括法院和当事人）的主观能动性参与诉讼博弈、尽量逼近客观真实的过程。它相对于涉诉事实的滞后性，决定了其解决纠纷的局限性。诉讼是各参与主体对涉诉纠纷事实的主观认识过程，受限于客观条件，这一认识很可能无法完全符合客观真实；经诉讼正当程

序调查出的结果，更多的是一种对客观真实在法律框架内的现实折衷。换言之，在诉讼中存在着“双重真实”，即法律真实和客观真实。如果法律真实能够与客观真实完全吻合，从而得出一个绝对符合实情的解决结果，将是诉讼价值的最大化体现。但同时，这也是一种排除了一切消极因素的“理想诉讼模型”；现实中由于诉讼活动要受正当程序的限制，更由于现存证据与已发生事实之间不可避免的差距，要百分之百还原客观真实几乎是不可能的。另外，由法官作居中裁判者的制度设置也增添了判决结果的不确定性。由于判决是法官基于对案件事实的审理形成内心确认而做出的，这种结果很大程度上取决于法官的个人素质和思维模式等因素的高低。因此就个案而言，判决结果在不同的法官手里可能会不同，具有不确定性。由于这种不确定性是直接对实体利益做出的裁决，其影响因而具有决定性意义，所以对这个原因引起的诉讼风险必须具备足够的心理预期。

（二）诉讼过程的复杂性和变异性 司法程序在诉讼中的地位，决定了这一过程必然具有复杂性和变异性。诉讼作为最后的救济手段，为了确保通过不断逼近案件客观真实的调查来彻底解决当事人之间的权益之争，必须设计一套严格公正的程序以实现判决结果的公正性和可靠性，从而实现诉讼的终极价值。为了达到这一目的，程序的复杂性是必需的，但同时也可能导致当事人双方诉讼风险的增加，尤其可能导致更多的资源浪费。诉讼过程的每一个阶段都有法律严格规定的运作规则和步骤，而正是这一系列规则和步骤组成的程序，引导着与讼双方的活动方向、并限制着其可以具体采取的行动。程序合法性直接关系到行动在实体上的效力，“循规蹈矩”的要求决定了

诉讼过程的复杂多变，对缺乏专业法律知识和经验素养的一般当事人而言是一项很难把握的工作。诉讼程序的复杂性和变异性增大了当事人程序违规的风险。由于严格的程序性规定贯穿于诉讼过程始终，当事人在每一阶段都必须注意“照章办事”，一旦违规，就要承担实体上的不利后果。但是，基于诉讼专业技术而提出的程序性要求，往往与社会生活中的一般是非标准有一定距离。缺乏专业法律素养的当事人在处理这些问题时如果径直以一般标准去判断，很容易因一些貌似“理所当然”的做法而违反法定程序，造成不利后果。如时效问题，就是诉讼中非常典型的程序规定，超过诉讼时效的诉求，当事人将丧失胜诉权。这一规定的目的在于节省司法资源，同时敦促当事人及时行使自己的权利。某些当事人对此没有引起重视，在超期起诉之后，虽然有理有据，但被裁定不予受理或驳回起诉，在“情理”上很难接受，也丧失了通过法律维护自己正当权利的机会。这种情况下，一位具备专业素质和丰富应诉经验的律师的意见，就显得尤为重要了。另外，诉讼程序的复杂性和变异性还体现在前后步骤的关联性上。在诉讼某一阶段当事人采取了何种行动往往决定着下一步将启动怎样的程序，这也增大了诉讼活动的难预见性。例如，在庭审前双方当事人有证据交换的程序，根据最高人民法院的《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规则》），当事人的证据提交有一定的期限，超期未提交的，视为举证不能；在证据交换中未能出示的，庭审中不得作为证据使用。如果当事人按规定行动，则顺利进入庭审举证、质证阶段；如果违反规定，在期限之外提交证据，或者在庭审中想当然的搞“证据突袭”，则法庭将启动下一步

程序，确认此类证据无效，不纳入对争讼事实的认定中。可见，诉讼程序之间相互关联，每一步行为的合法与否都直接影响到下一步的效力；这使得当事人在诉讼中需要考量的风险因素更加复杂多变。

（三）诉讼过程中的信息不对称性 诉讼是两边当事人和法官三方力量的博弈过程，非其中单独一方所能左右。其中法官居中裁断，双方当事人平等对抗进行陈述，三方中任何一方的行为都会影响诉讼结果。因此，诉讼活动在很大程度上取决于参与三方各自的主观能动性发挥和诉讼行动的理性程度。这意味着，诉讼结果的好坏，往往并不完全与当事人自己所作出的努力和采取的行动相符，而是受到更多对抗性的因素的制约，其中之一就是三方的信息不对称。

首先，与讼三方在诉讼中的立场是截然不同的。以民事诉讼为例，原告方是希望通过诉讼获得法律支持，实现或恢复自己的某项权利；而被告处于被动应诉的地位，其诉讼目的更多的是反击原告的主张，保持现有的权利状态。与上述双方不同的是，法官作为中立裁判者介入诉讼，是代表着国家公权力建立的纠纷解决机制，目的在于按照正当程序、调查争讼事实、平息双方争议。三方的出发点不同，直接影响到在诉讼中选择和获取信息的角度差异。原、被告双方各自从己方的诉讼利益出发，选取对自己有利的信息在庭审中加以披露，而法官则要双方提供的信息的充分程度和证明力大小，对其中有冲突性和对抗性的部分进行比较、筛选，最终确定可以采用的信息、并据此作出裁判。

其次，诉讼的双方当事人处于相互对抗的位置，对对方总是采取信息封锁的态度，也造成了信息不对称情况的产生。由于双方当事人在诉讼发生着正面的利益冲突，对与涉讼事实有关的信息的

搜集也就具有对抗性，于己方有利之信息，往往严防向对方透露。在以往的民事诉讼中，便经常出现一方搞“证据突袭”的情况。第三，与讼双方的信息获取能力因各种因素而有高下之分，诉讼中的对抗实际是不平衡的，这也加剧了信息不对称的局面。例如在侵权索赔之诉中，原告没有妥善保管相关费用的票据，就无法证明其因侵权遭受的损失，法庭很难支持其诉讼请求。另外，双方在诉讼中的地位不同也会影响到信息的不对称。一般而言，发动诉讼的原告方对于争讼事实都是“有备而来”，在起诉前即做了大量的材料搜集、研究的工作，应对诉讼的准备工作是比较充分的。而被告的地位则较为被动，往往是在原告起诉之后、法院送达传票时才得知自己卷入了诉讼，甚至从此刻起才着手准备应诉的材料和对策，不免在整场诉讼交锋中落后一步。

（四）诉讼行为和策略选择的不当性 诉讼作为一种有多方主体参与的思维实践活动，当事人必须对诉讼风险进行理性分析，通过正确的选择诉讼策略，合法合理的规避风险，达到对自己最理想的判决结果。在诉讼实践中，当事人对法律或案情认识不足，缺乏理性的通盘考虑，对诉讼策略的设计、选择可能会有不当，增大了诉讼风险。因诉讼行为、策略的不当性引发的风险，大致可分为如下两种：一是诉讼中的违法行为导致的风险。这是指当事人在应对诉讼时，为达到胜诉的目的，采取违反法律强制性规定的行为，导致对己方不利的后果，并可能因该行为额外承担争讼事实之外的责任。如非法取得的证据即丧失证据能力，不可在庭审中使用的原则，即是针对诉讼违法行为的一种责任。另外，一些消极违反诉讼法律规定的行为，也会增加诉讼风险，引发不利后果。二是针对具

体案件采取的策略不够理性，导致合法权利没有正确主张，增大了诉讼风险。这是诉讼中较为常见的一种策略不当性，且往往贯穿于诉讼始终，影响更大。从起诉阶段看，目前实务中多有当事人“滥诉”发生，原告对法律略有了解，但又认识不到位，片面的认为法律万能，将生活中一些相当微小的矛盾、或者根据法律规定自己并不占多大优势的纠纷也一概诉诸法律，且动辄提出几十万上百万元的诉讼标的，这在侵权之诉的精神损害赔偿中表现得尤为突出。在这种情况下，当事人有的是要堵一口气，靠打官司来“教训对方”、有的则想通过打官司“捞一把”，并且受到极少数素质不高、缺乏职业道德的律师撺掇，缺乏对相关法律和案情本身的理性认识，盲目起诉，不但诉讼请求得不到满足，本身还要承担由于天文数字的标的而产生的诉讼费和律师费负担。在庭审阶段，比较多出现的是诉讼请求不合理，即当事人的诉讼请求不符合实际案情、或就其所举证据来看不能有力支持，很难被法院采纳。如在接受服务时遭受损害，一般而言，既可以提侵权之诉，也可以提违约之诉，但两者的构成要件是不同的，侵权一般对侵权者需满足主观过错的要件，违约则只需未履行合同约定即可，因此两者对于原告的举证程度要求不同。原告在诉讼中应当结合案件事实和自己实际掌握的证据内容理智分析，提出最符合自己利益且最有可能获得法院支持的主张。而一旦诉讼请求不合理，法院予以驳回，则根据“一事不再理”的民事审判原则，除非有新的事实和证据出现，原告的权利很难再次通过诉讼实现。而在法庭质证和辩论阶段，当事人对己方证据的解读、论证，对对方主张的分析、驳斥，更直接关系到法官的裁判，双方的诉讼技巧和

战略扮演着相当重要的角色。在庭审结束后、法庭宣判前，当事人还有机会决定是否接受调解，这也是需要双方理性面对和抉择的时候。尤其在商业诉讼中，调解往往是双方进行沟通、协商，以求达成一个彼此都能接受的解决办法，避免法院判决可能造成己方更大损失的机会；从经营角度来讲，这也可以为对方留一步余地，以利于维持日后的良好合作关系。在己方并不占优势或双方势均力敌的诉讼中，调解可以说是更圆满解决问题的最优选择。这个时候，当事人需要的是对诉讼局势的清醒认识和明智决策，避免因一时之气而遭受不必要的损失。 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