

企业家
法律书柜
丛书

丛书主编 / 钱卫清

企业 诉讼



的法律风险 及防范

法律风险防范、危机应对技巧
深入剖析与企业有关的法律规定和案例

本书主编 / 唐晓春

企业管理者、法务工作者不可或缺
的实用法律策略丛书

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国法制出版社

企业家
法律书柜
丛书

中国法制出版社

丛书主编 / 钱卫清

D920.5/73

:4

2007

企业 诉讼的法律风险 及防范

本书主编 / 唐晓春

副主编 / 毛 鹏

撰稿人 / 宁静波 毛 鹏 陈 巍 鲁 敏
伦海波 马 前 唐晓春 钱卫清

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑:张 岩

图书在版编目(CIP)数据

企业诉讼的法律风险及防范/唐晓春主编. —北京:中国法制出版社,2007.7

(企业家法律书柜丛书/钱卫清主编)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0012 - 1

I. 企… II. 唐… III. 诉讼法 - 研究 - 中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 084330 号

企业诉讼的法律风险及防范

QIYE SUSONG DE FALU FENGXIAN JI FANGFAN

主编/唐晓春

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2007 年 7 月第 1 版

印张/18.5 字数/205 千

2007 年 7 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0012 - 1

定价:35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfs.com>

编辑部电话:66010406

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

钱卫清，现为大成律师事务所律师、高级合伙人。1988年考取律师资格，先后毕业于华东政法大学法律专业、厦门大学在职研究生国际经济法专业和国家法官学院经济法专业。

1977年至1992年先后任江西省婺源县人民法院法官，上饶市中级人民法院审判员、庭长、副院长；1992年至1998年曾任江西省高级人民法院民庭及经济庭正处级审判员、副庭长、高级法官，其中1995年至1998年期间在最高人民法院经济庭工作交流。1999年1月从事专职律师，曾任德恒律师事务所全球合伙人、诉讼部主任、国企改革部主任。现为中华全国律师协会民事业务委员会委员、中国社科院法学所硕士生导师、中央财经大学法学院兼职教授、中国人民大学企业改制研究所所长。2005年被授予“北京市优秀律师”荣誉称号。2006年被提名为“2006年度中国法制新闻人物”。

先后发表学术论文90余篇，并著有《反败为胜》、《败诉论》、《国有企业改制法律方法》、《成功改制》、《公司诉讼》、《法官决策与律师策略》等法学专著13部。

电子邮箱：qianweiqing@126.com

手机：13801215669 电话：010—58137696

网站：<http://www.gzygs.com/>



目 录

◆ 民事诉讼风险概述	1
一、风险的含义	1
二、诉讼风险的含义	2
三、民事诉讼风险的类型	3
四、民事诉讼风险产生的原因	4
五、如何控制和防范民事诉讼风险	5
六、企业诉讼风险防范的机制	6
◆ 第一章 起诉被法院驳回的风险	16
风险提示	16
一、起诉的基本条件	17
二、法院裁定不予受理后的处理方法	23
关联案例分析	25
本章避险方案	28
◆ 第二章 级别管辖不当的风险	29

风险提示	29
一、我国法院的级别设置	30
二、法院受理一审民事案件的级别管 辖规定	30
三、选择级别管辖的技巧	32
关联案例分析	34
本章避险方案	38
◆ 第三章 地域管辖不当的风险	39
风险提示	39
一、我国地域管辖的一般规定	40
二、地域管辖中常见的规避法律的行为	46
关联案例分析（一）	48
关联案例分析（二）	50
本章避险方案	53
◆ 第四章 被告方行使管辖权异议不当的风险	54
风险提示	54
一、被告提起管辖权异议的必要性	55
二、提出管辖权异议的情形	57
三、提起管辖权异议的程序	59
关联案例分析（一）	59
关联案例分析（二）	64
本章避险方案	67
◆ 第五章 诉讼请求不适当的风险	68
风险提示	68
一、诉讼请求的类型	69

二、准确确定案由	71
关联案例分析	71
本章避险方案	73
◆ 第六章 申请回避不当的风险	74
风险提示	74
一、回避制度的概念	75
二、回避的原因	75
三、回避的适用对象	75
四、回避的方式与程序	76
五、申请回避的技巧	77
关联案例分析	77
本章避险方案	80
◆ 第七章 超过诉讼时效的风险	81
风险提示	81
一、诉讼时效的含义和效果	82
二、诉讼时效的种类和期间	83
三、诉讼时效期间的起算、中止和中断	85
关联案例分析	88
本章避险方案	92
◆ 第八章 代理人授权不明的风险	93
风险提示	93
一、选择律师的注意事项	94
二、代理人和企业的一般关系	95
三、委托诉讼代理人	98
四、委托诉讼代理人的权限	103

.....	企业诉讼的法律风险及防范	
-------	--------------------	--

五、委托诉讼代理人权的变更和消灭	105
关联案例分析	106
本章避险方案	109
◆ 第九章 申请财产保全不当的风险	110
风险提示	110
一、财产保全的概念和种类	111
二、财产保全的范围和措施	114
三、不服财产保全的复议	116
四、财产保全的解除	116
五、当事人申请错误的处理	117
关联案例分析（一）	117
关联案例分析（二）	119
本章避险方案	124
◆ 第十章 一方不出庭或无故退庭的风险	125
风险提示	125
一、原告不出庭的处理	126
二、缺席判决	126
三、一方当事人死亡等情形的处理	128
关联案例分析	129
本章避险方案	131
◆ 第十一章 诉讼文书无法送达的风险	132
风险提示	132
一、送达的概念、特点和意义	133
二、送达的方式	134
三、送达回证	137

关联案例分析	138
本章避险方案	140
◆ 第十二章 不能提供或者不能充分提供证据的风险	141
风险提示	141
一、证据的基本含义和形式	142
二、如何确定案件需要的证据	142
三、当事人如何收集证据	143
四、申请法院收集证据	145
五、申请法院保全证据	148
六、利用对方证据为我所用的技巧	151
七、如何在法庭上举证	153
关联案例分析	154
本章避险方案	156
◆ 第十三章 超过举证时限的风险	157
风险提示	157
关联案例分析（一）	159
关联案例分析（二）	161
本章避险方案	165
◆ 第十四章 证人不出庭作证的风险	166
风险提示	166
一、我国现行的证人出庭作证制度	167
二、证人不愿出庭作证的应对方法	170
关联案例分析	172
本章避险方案	173
◆ 第十五章 申请鉴定不当的风险	174

..... 企业诉讼的法律风险及防范	
风险提示	174
一、鉴定制度概说	175
二、鉴定人的法律地位	177
三、鉴定机构和鉴定人的确定	178
四、鉴定方式	178
关联案例分析	179
本章避险方案	181
◆ 第十六章 承担举证责任的风险	182
风险提示	182
一、证明责任概说	183
二、我国关于证明责任的立法规定	185
关联案例分析（一）	192
关联案例分析（二）	194
本章避险方案	202
◆ 第十七章 证据被伪造的风险	203
风险提示	203
一、法官对证据的审核判断	204
二、法官审核证据和当事人质疑对方证据的基本方法	205
关联案例分析	215
本章避险方案	218
◆ 第十八章 被执行人拒不执行或无法执行的风险	219
风险提示	219
一、民事执行的概念及民事执行与民事审判的关系	220
二、民事执行的分类	221
三、执行开始	223

四、执行案件的受理与调查	224
五、执行终结	225
六、妨害执行的强制措施	226
关联案例分析	228
本章避险方案	230
◆ 第十九章 赢了官司输了钱的风险	231
风险提示	231
一、诉讼的弊端	232
二、诉讼的替代性方案	233
三、调解解决纠纷的优势	235
四、法院调解案件的范围	240
五、法院调解的潜在危险	240
关联案例分析	242
本章避险方案	246
◆ 第二十章 诉讼费用分担的风险	247
风险提示	247
一、诉讼费用概述	248
二、诉讼费用的交纳标准	250
三、诉讼费用的预交和退还	253
四、诉讼费用的负担	255
关联案例分析	257
本章避险方案	259
◆ 第二十一章 因仲裁而丧失诉讼资格的风险	260
风险提示	260
一、仲裁的概念	261

..... 企业诉讼的法律风险及防范	
二、仲裁与民事诉讼的异同	261
三、仲裁的特点	263
关联案例分析	265
本章避险方案	269
◆ 第二十二章 仲裁裁决被法院撤销的风险	270
风险提示	270
一、法院对仲裁裁决的撤销	271
二、法院对涉外仲裁裁决的撤销和不予执行	277
关联案例分析	281
本章避险方案	286

民事诉讼风险

概述

一、风险的含义

对于风险，目前国内外有多种解释和规定，概括起来主要是：（1）风险是指可测定的不确定性；（2）风险是指损失的可能；（3）风险指对发生某一经济损失的不确定性；（4）风险是对特定情况下未来结果的客观疑虑；（5）风险是一种无法预料的、实际后果可能与预测后果存在差异的倾向；（6）风险是损失出现的机会或概率；（7）风险是指潜在损失的变化范围与变动幅度等等。但是其基本涵义却是万变不离其宗：即认为风险是指在一定条件下和一定时期内可能发生的各种结果变动程度的不确定性。这种不确定性既是主观对客观事物运行规律认识的不完全确定，一时尚无法操纵和控制其运作过程；另一方面也包括了对事物结果的不确定性，人们不能完全得到所设计和希望的结局。而且常常会出现不必要或预想不到的损失。于是危险、不可确定、损失等就经常成为风险的代名词。

严格来说，首先，风险和不确定性是有区别的，风险是指事前可以知道所有可能的后果，以及每种后果的概率；不确定性是指事前不知道所有可能后果，或者虽然知道可能后果但不知道出现的概率。例如，在一个新区找矿，事前知道只有找到和找不到两种后果，但不知道两种后果的可能性各占多少，属于“不确定”问题而非风险问题。但是，在面对实际问题

时,两者很难区分,风险问题的概率往往不能准确知道,不确定性问题也可以估计一个概率,因此在实务领域对风险与不确定性不作区分,都视为“风险”问题对待,为了便于区分,我们把不确定性决策称为动态风险,把风险性决策称为静态风险,把风险理解为可测定概率的不确定性。概率的测定有两种:一种是客观概率,是指根据大量历史的实际数据推算出来的概率;另一种是主观概率,是在没有大量实际资料的情况下,人们根据有限资料和经验合理估计的。其次,风险和损失也并不是等价的,风险可能给投资人带来超出预期的收益,也可能带来超出预期的损失。一般说来,投资人对意外损失的关切,比对意外收益关切强烈得多。因此人们研究风险时侧重减少损失,主要从不利方面来考察风险,经常把风险看成是不利事件发生的可能性,从企业的角度来说,风险主要指无法达到预期报酬的可能性。

二、诉讼风险的含义

所谓诉讼风险,就是指企业因诉讼过程中对于各种事先无法预料的不确定因素带来的影响,使企业在诉讼的实际收益与对诉讼的预期收益发生一定的偏差,从而有蒙受各种实际损失,或者丧失获得额外收益机会的可能性。诉讼风险与风险的含义相近,所不同的是它强调风险的领域是在民事诉讼中;其损失是违反诉讼规律或由于自身失误所遭受的不利后果,主要指经济利益的减少或损失,典型的如败诉、权利没有得到维护、支出了不必要的诉讼费用、浪费时间,甚至于被法院施加了民事制裁。

随着我国民事立法的发展和民事诉讼制度的完善,民事诉讼无论是在实体还是程序上都日趋复杂化。对当事人及诉讼代理人而言,诉讼的复杂程度和风险是成正比的,诉讼越复杂,风险就越大。最高人民法院《人民法院民事诉讼风险提示书》的发布,使社会更加关注诉讼风险这一问题。如何避免诉讼风险,减少不必要的损失,以最小的诉讼成本最大限度地实

现权益，需要法律人士深入地总结、研究和探讨，提出有针对性的措施。

三、民事诉讼风险的类型

民事诉讼风险是指当事人及其诉讼代理人在民事诉讼活动中可能遭遇的影响诉讼结果，致使合法权益无法实现的风险因素。司法实践中，究竟有哪些诉讼风险呢？最高人民法院《人民法院民事诉讼风险提示书》将诉讼风险归纳为 17 类。包括：（1）起诉不符合条件；（2）诉讼请求不适当；（3）逾期改变诉讼请求；（4）超过诉讼时效；（5）授权不明；（6）不按时交纳诉讼费用；（7）申请财产保全不符合规定；（8）不提供或者不充分提供证据；（9）超过举证时限提供证据；（10）不提供原始证据；（11）证人不出庭作证；（12）不按规定申请审计、评估、鉴定；（13）不按时出庭或者中途退出法庭；（14）不准确提供送达地址；（15）超过期限申请强制执行；（16）无财产或者无足够财产可供执行；（17）不履行生效法律文书确定的义务。上诉对风险的归纳更多是从程序法的角度来提出，实际上，除上述风险类型外，司法实践中还存在着很多其他的风险种类，比如应当申请财产保全而未申请或应当申请财产继续保全而未申请等都会给当事人带来现实的诉讼风险。严格意义上说，诉讼所涉及的每一个法律点都可能会对诉讼产生或大或小的影响，都可能成为一个风险因素，所以，以列举的方式是很难穷尽所有的诉讼风险的。为对诉讼风险有一个概然性的了解，我们可以从不同的角度，将民事诉讼风险大致分为以下几类：

（一）实体风险和程序风险。所谓实体风险是指因实体法律的原因致使合法权益无法实现的风险；所谓程序风险是指因程序法的原因致使合法权益无法实现的风险。

（二）可控风险和不可控风险。可控风险是指事前可以控制和防范的风险因素；不可控风险是指由于法律规定模糊等原因，事前难以控制和防范的风险因素。

(三) 审理风险和执行风险。审理风险是指在审理阶段遭遇的影响诉讼结果,致使合法权益无法实现的风险因素;所谓的执行风险是指执行阶段遭遇的影响诉讼结果,致使合法权益无法实现的风险因素。

四、民事诉讼风险产生的原因

诉讼风险的存在,不仅会给当事人造成不必要的损失,而且还会使诉讼结果与诉讼所追求的“公平、正义”的目标发生冲突,并进而影响民众对司法的信心。为此,我们有必要探究民事诉讼风险的成因,以寻找有效的防范对策。民事诉讼风险产生的原因是多方面的。但以下原因值得我们予以重视。

(一) 当事人对诉讼缺乏正确认识,这是风险产生的一个重要原因。比较典型的有以下几种:(1) 诉讼观念陈旧。现行的诉讼体制与过去的诉讼体制相比已经有了很大的改变,就证据制度而言,“谁主张谁举证”是民事诉讼通行的举证规则,当事人在法定的期限内不能向法院举证或举证不完整,就应当承担举证不能的责任。这与过去的诉讼体制下,当事人只要将诉讼状提交给法院,包括调查取证在内的其余事务均由法院“作主”已经有了很大的不同。如果当事人不能认识到这种区别,诉讼活动就难免会有风险。(2) 以常识判断代替专业判断。民事诉讼活动是一项法律工作,涉及到各种各样的法律关系,有的案件看起来很简单,但实际上其中的法律关系却十分复杂。如果以常识判断来代替专业判断,无疑是十分危险的。(3) 缺乏足够的风险意识,不了解诉讼中有哪些风险,不懂得如何防范风险。(4) 在诉讼之前没有充分准备,对诉讼的结果抱有侥幸心理。

(二) 诉讼活动本身的复杂性、专业性也使诉讼难以操控。首先是民事诉讼活动的复杂性。民事诉讼既涉及到民事实体法,也涉及到民事程序法。所以,事实是否清楚,证据是否充分,适用法律是否恰当会影响诉讼的胜负;而程序是否符合法律规定也会影响诉讼的结果。其次是民事诉讼

活动的专业性。随着民事诉讼法律制度的逐步发展和完善,民事诉讼活动专业化的特征越来越明显,过去普通老百姓自己打官司也没有什么特别的困难,发展到今天,不但普通老百姓已经很难去适应民事诉讼纷繁复杂的要求,就算是律师,如果不是自己较为熟悉的专业,也会感到勉为其难。

(三) 防范风险的机制仍不够完善。为方便人民群众诉讼,帮助当事人避免常见的诉讼风险,减少不必要的损失,2003年12月,最高人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国民事诉讼法》以及最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》等法律和司法解释的规定,制订并发布了《人民法院民事诉讼风险提示书》,提示了17类诉讼风险。全国律协及各地律师协会也向律师事务所提出了诉讼风险提示的要求。这些做法对于防范风险有着十分积极的意义,但因诉讼活动的复杂性与专业性,仅有风险提示显然是远远不够的。

五、如何控制和防范民事诉讼风险

民事诉讼活动虽然复杂,但却有其内在的规律性,只要牢牢把握民事诉讼活动内在的规律,相当一部分民事诉讼风险还是可以控制和防范的。具体应采取如下措施:

(一) 加强法制宣传和教育,以树立正确的诉讼观念、强化风险意识。在倡导“对簿公堂”式现代诉讼理念的同时,也应提示人们正确、理性、认真地对待诉讼风险。应该让人们认识到,诉讼是解决纠纷的有效途径,但并不是一条坦途,诉讼有风险;但同时也应认识到,诉讼虽然有风险,但只要认真对待,采取有效措施,一定能够最大限度地防范和控制诉讼风险,并实现诉讼目的。在宣传中,尤其要注重让人们了解诉讼的各种具体风险形式以及防范控制的方法。

(二) 当事人和诉讼代理人正确应对诉讼是控制与防范诉讼风险的根本。首先是做足诉讼准备。著名律师丹诺说过“很少有案子是靠耍手腕来