

打赢官司

钱卫清·著

- 打官司为什么会有风险
- 打官司的风险在哪里
- 如何防范诉讼风险
- 如何发挥律师
- 在防范诉讼风险中的作用
- 如何理解和适用
- 最高人民法院诉讼风险提示书

一名
从事审判工作
20年
历经4级法院的法官
告诉你 ——

如何防范诉讼风险



人民法院出版社

D A Y I N G

G U A N S I

打赢官司

——如何防范诉讼风险

钱卫清 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

打赢官司: 如何防范诉讼风险/钱卫清著. —北京:
人民法院出版社, 2005. 1
ISBN 7-80161-934-X

I. 打… II. 钱… III. 诉讼-研究-中国 IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 142266 号

打 赢 官 司

——如何防范诉讼风险

钱卫清 著

责任编辑 郭继良 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010)85250581 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5
字 数 287 千字
印 张 14.375
版 次 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-934-X/D·934
定 价 29.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

诉讼风险控制的有益启示（代序）

沈德咏^{*}

随着我国社会法治化程度的不断提高，人们的诉讼意识空前高涨，诉讼逐渐成为人们解决纠纷，特别是经济纠纷的主要方式。但是诉讼是一个高度专门化的活动，而且诉讼本身，以及从受理到执行的各个环节，都存在各种不同类型的诉讼风险，实践中，当事人由于法律知识的匮乏，加之对待诉讼不够理性，当事人往往由于忽视对诉讼风险的认识、控制和处理而导致本应胜诉的案件败诉，从而对诉讼程序、法官的公正性、法律的权威性等等产生一些不恰当的认识。

针对这种现象，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23日最高人民法院发布了《民事诉讼风险提示书》，开始正式实施民事诉讼风险提示制度，对起诉不符合条件、诉讼请求不当、逾期改变诉讼请求、超过诉讼时效、授权不明、不按时交纳诉讼费用、申请财产保全不

^{*} 最高人民法院副院长、国家二级大法官。

符合规定、不提供证据、超过举证时限提供证据、不提供原始证据、证人不出庭作证、不按规定申请审计、评估、鉴定、不按时出庭或者中途退出法庭、不准确提供送达地址、超过期限申请强制执行、无财产或者无足够财产可供执行、不履行生效法律文书确定义务等诉讼中常见的十七种风险予以明确提示。公民、法人及其他组织间因财产、人身关系发生纠纷，向人民法院提起民事诉讼时，如果行使诉讼权利不当，将会导致相应的法律后果，产生一定的诉讼风险。向当事人提示民事诉讼风险，旨在帮助当事人避免一些常见的诉讼风险，减少不必要的损失，以最小的诉讼成本最大限度实现权益。

但是，诉讼风险提示书制度仅限于提示当事人最为基本的诉讼风险类型，还远远不能达到使当事人科学、合理规避诉讼风险的目的。因为诉讼，特别是复杂的民商事诉讼，是一项专业性很强的活动，我们不能期望一个不具备丰富法律知识的人，能够完全驾驭充满“激流险滩”的诉讼过程，而且从专业分工的角度，让每一个进行诉讼的当事人都仔细研习实体、程序法律也是不经济、不现实的。因此，诉讼风险的控制、处理工作就天然地和主要地落在了当事人所聘请的律师身上。

帮助当事人依法科学合理地对诉讼风险是律师的主要职责，一个好的律师往往能够利用自己的专业知识和诉讼经验灵活地控制诉讼中可能出现的各种风险，最大限度地实现当事人的利益。从这个意义上讲，如何应对诉讼风险是律师所应当掌握的首要技能；应对诉讼风险的能力也是判断律师水平的一个最佳尺度。但诉讼风

险的应对不仅需要丰富的专业知识，更依赖于诉讼经验的积累，而我国的有些律师恰恰在这两方面有所缺乏。从这个意义上看，钱卫清先生最近出版的这本书可以说是许多律师及其他法律工作者的一个福音，该书不仅详细阐释了各个诉讼阶段所必备的实体与程序法律知识，而且难能可贵的是，作者娓娓道出了自己从业多年所积累的宝贵的诉讼风险应对的经验，并通过实例演练了如何成功地应对诉讼中各个环节所可能存在或出现的风险点和应对策略。

不仅如此，该书还拓展了诉讼风险控制的内涵和范围，引入了诉讼风险预警等前沿思想和作法，讲诉讼风险的事先控制和事后控制结合起来，可谓是对诉讼风险应对实践的一个非常有价值的深化和创新。由于我国法治化市场化的进程启动较晚，人们的法律意识，特别是法律风险防范意识极为淡薄，疏于防范经营活动中的基本法律风险，从而导致近年来诉讼的大量发生。因此，我们应当极力倡导诉讼风险的预防意识，将风险控制在萌发阶段，避免诉讼的频繁发生。律师的职责也应当从事后应对的传统法律服务模式中跳出来，积极创新，主动协助当事人事先预防、化解诉讼风险。该书在这方面有所创见，值得企业界和律师界人士参酌效法。

卫清从事审判工作 20 多年，历经四级法院，积累了丰富的诉讼经验，现在已经成为一名优秀的律师。从法官到律师，他可谓从未脱离过诉讼一线，而且他丰富的工作经历使其得以从不同角度窥探诉讼风险的特点，提升诉讼风险应对的经验。近年来，他也一直笔耕不

辍，致力于有关诉讼风险的一般规律的总结和研究，出版了一些列有影响的著作，为我们更好地把握诉讼、运用诉讼解决社会纠纷提供了有益的参考，该书是他的又一部研究诉讼规律的佳作，相信定能带来许多新思路、新观念。是为序。

2004 年 12 月 28 日

目 录

第一编 打官司为什么会有风险

第一章 什么是诉讼风险·····	(3)
第一节 风险概述·····	(3)
第二节 诉讼风险概述·····	(8)
第三节 研究诉讼风险的意义·····	(14)
第二章 诉讼风险产生的法理分析·····	(20)
第一节 司法救济的局限性和不确定性·····	(20)
第二节 诉讼过程的复杂性和变异性·····	(23)
第三节 诉讼过程中的信息不对称性·····	(26)
第四节 诉讼行为和策略选择的不当性·····	(30)
第三章 诉讼风险分类·····	(34)
第一节 概述·····	(34)
第二节 诉讼类型与诉讼风险分类·····	(37)
第三节 诉讼阶段与诉讼风险分类·····	(43)
第四章 诉讼风险与司法制度的关系·····	(52)
第一节 诉讼风险提示制度评述·····	(52)

第二节	诉讼风险与审判制度的关系·····	(58)
第三节	诉讼风险与检察制度的关系·····	(62)
第四节	诉讼风险与诉讼制度的关系·····	(72)
第五节	诉讼费用制度与诉讼风险的关系·····	(84)

第二编 打官司的风险在哪里

第五章	民事诉讼中的风险·····	(95)
第一节	物权诉讼中的风险·····	(95)
第二节	债权诉讼中的风险·····	(98)
第三节	人身权诉讼中的风险 ——以名誉权诉讼为例·····	(111)
第四节	知识产权诉讼中的风险·····	(113)
第五节	婚姻继承诉讼中的风险·····	(116)
第六章	商事诉讼中的风险·····	(119)
第一节	商事诉讼风险透视 ——以 IPO 诉讼为例 ·····	(119)
第二节	商事诉讼的特性 ——与其他类型诉讼的综合比较·····	(123)
第三节	商事诉讼风险的动因揭示·····	(126)
第四节	商事诉讼风险的应对·····	(128)
第七章	行政诉讼中的风险防范·····	(133)
第一节	概述·····	(133)
第二节	行政诉讼风险全揭示·····	(136)
第八章	刑事诉讼中的风险防范·····	(144)
第一节	概述·····	(144)
第二节	刑事诉讼风险提示·····	(152)

第三编 如何防范诉讼风险

第九章 诉讼风险应对一般策略	(167)
第一节 概述	(167)
第二节 诉讼风险应对的方法和途径	(176)
第十章 诉讼风险的预警机制	(184)
第一节 诉讼风险的分析与评估	(184)
第二节 诉讼风险预警机制的建立	(195)
第三节 诉讼风险分析评估和预警的操作 环节	(210)
第十一章 起诉阶段的风险防范	(216)
第一节 概述	(216)
第二节 起诉阶段诉讼风险防范 ——以北京红狮公司诉汉骐集团 一案为例	(217)
第十二章 审理阶段的风险防范	(233)
第一节 举证中的风险防范	(233)
第二节 庭审中的风险防范	(252)
第三节 保全中的风险防范	(266)
第四节 二审中的风险防范	(271)
第十三章 执行阶段的风险防范	(277)
第一节 概述	(277)
第二节 执行阶段的风险	(278)
第三节 风险防范	(282)

第四编 如何发挥律师在诉讼风险控制中的作用

第十四章 诉讼风险控制中律师的作用…………… (289)

第一节 为什么要请律师

——律师在诉讼风险控制中的

独特优势…………… (290)

第二节 律师在诉讼风险控制中的局限性…… (301)

第三节 如何请律师?

——怎样选择最适合的律师…………… (305)

第十五章 企业风险预警机制构建实例

——中国××控股创业投资有限

公司风险制度清单…………… (313)

第十六章 民事诉讼中风险防范实例

——关于某果业与某果汁合资纠纷

一案的初步法律意见…………… (321)

第十七章 新型商事诉讼中的风险防范实例

——关于某证券公司产权归属纠纷

案的法律意见书…………… (350)

第五编 如何理解和适用最高人民法院 风险提示书的规定

第十八章 风险提示制度的原则与方法…………… (367)

第十九章 最高人民法院风险提示书条文

释义…………… (370)

第二十章 风险提示书操作指南续篇…………… (432)

后 记…………… (448)

第一编

打官司为什么会有风险

第一章 什么是诉讼风险

第一节 风险概述

一、风险：具有时代性的主体转换

我们现今所处的时代，是一个由计划经济走向市场经济的时代，市场经济在社会生活中占有日益重要的位置。随着这种制度变革而来的，是国家、社会、个人等主体在角色定位上的深刻变化。风险，实质是一种不确定性，它在国家、社会和个人的活动中都时刻存在；在这个变化的时代里，这些相互联系的不同主体所承担的风险权重比例也在发生着质的变化，企业、个人等市场经济的微观主体日益成为风险的主要承担者。风险，尤其是诉讼风险的研究需要立足于这一特定的、具有时代意义的背景。对于市场经济的每个微观单位而言，这是其正确防范风险的必要前提；对于律师、咨询师等风险

防范的参与者，以及对风险进行理论研究的学者而言，这更是一个根本的出发点。

在计划经济时代，我们处于一个“超稳定”的社会，在强大的国家机器之下，个人的一切都能被包办妥当；超强的国家权力从某种程度上说甚至完全能替代法制，对人们的行为进行规范和调整。国家是风险的主要承担者，甚至以确保每个个人的“零风险”为己任；个人则享受着以“铁饭碗”的低度风险为对价的低度满足。国家作为整个制度的组织者，一方面，自然而然地采取各种事前措施，试图将个人的风险降到最低；另一方面，也担任了个人风险的形式意义上的事后化解者。这种模式从表面上看具有极大的优越性，但从现代耗散结构理论来讲，最稳定的封闭性结构也是最不稳定的，结构间的矛盾极易囤积，直至将其完全瓦解。同时，这种极度稳定的结构建立在普遍的低收入、个人欲望得不到充分满足的基础上，以窒息个人活力甚至创造性为前提，是一种缺乏效率的低度公平，长此以往，会制约生产力的发展。从经济学角度来看，这种由国家出面消除风险的机会成本极其高昂，尤其是在商品生产社会化和交易市场化的背景下，对于国家和个人双方追求利益最大化都是不利的。

在进行市场经济体制改革的进程中，这种计划体制下的风险分担方式随着时代主题的变迁发生了深刻变化。一方面，国家和政府在不断实现角色转型，由原来经济活动的直接参与者转化为宏观调控者，最终实现国家只在宏观层面上承担由自己的法定职责带来的风险；

另一方面，个人从事经济活动的积极性和创造性也在不断得到激发，作为独立市场主体的地位和相应的权利义务也随着市场经济立法的完善，不断得到确认和提升，个人在市场中承担的风险亦越来越大，从而强化其风险责任意识，最终使之成为理性的决策者和实施者。通过两方面正确的角色定位，市场经济的功能可以得到最大限度的发挥，从而促进生产力的发展。

在市场经济的背景下，市场主体形形色色，走势千变万化，风险层出不穷。这一现状极大地促成了从事市场风险的防范、控制、应对等活动的市场中介职业的发展壮大。比如，作为法律专业人士的律师，就会从法律的角度去审视这种市场经济体制下的风险，帮助当事人正确的认识，并加以防范、控制和应对。

二、风险：本源性的分析

风险，不仅是现实生活中个人理财、项目可行性研究等问题需要充分关注的话题，更是经济学、保险学、管理学、法学等社会学科需要论述和研究的一个关键问题。

笔者认为，风险这个概念界定并不难，即使不同学科的不同学者，甚至不同寻常百姓之间，对这个词都可以达成一种普遍的概念认同，即其本质上就是一种不确定性。正是基于这种不确定性，不同的人会产生不同的判断，并由此做出不同的路径选择，导致其机会成本的高低差异，并产生不同的后果。风险的产生，就是源于日常生活中主体在面临不同选择时的这种不确定性。下

面两个例子可以说明：

例子之一：一个富翁对一个小孩说：“你扔硬币，如果落下是正面，我给你 20 元钱；如果是反面，你一分钱也得不到；当然，你还可以选择不扔，我将给你 5 元钱。”小孩陷入了两难境地：不扔，5 元钱似乎太少；但如果扔，有可能分文不得，虽然 20 元的诱惑是很大的。风险就在他的不同选择之间产生。

例子之二：中国第一家实现在境外上市的上海华晨股份有限公司，从原董事长仰融的这段人生故事来讲，其实就是另一类扔硬币游戏。当初想要上市时，由于制度的原因，如果不引进一个“国”字头的机构，无法实现上市，则将分文不得。仰融依据当时的处境，做出了引进一个“国”字头机构的选择，从而实现上市，使得华晨集团获得了难得的历史机遇，实现了企业的跨越式发展。到了 2001 年，《福布斯》中国富豪排行榜上，仰融以 70 亿元的资产名列第三。可以看出，仰融开始了他新一轮的扔硬币游戏，试图将从法律角度而言应归国有的资产转化为私人财产。如果转化成功，自己将获得巨额财富，如果不成功，那么只能获得这些年经营企业的已得回报。巨额财富的诱惑毕竟是很大的，他的行动还是开始了，也就使得一个始终充满神秘色彩的中国富豪榜上的显赫人物，猝然迷失在自己一手打造的“华晨迷宫”里。尽管不同的人以不同方式来解读他的故事，可以得出截然相反的答案，但就笔者看来，仰融的困境正与玩扔硬币游戏的小孩一样；而面临着不同选择的不同风险，仰融还是做出了小孩般的选择。