

律师之道 系列丛书

抢占诉讼先机

举证责任的
法律分工

应诉模式的
设计与运筹

当庭质证的
方法与技巧

诉讼运作的
有效调控

法庭辩论的
方法与技巧

调解谈判的
制胜策略

刑事辩护的
策略与技巧

最后陈述的
计谋

胜诉谋略



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

胜诉谋略

律师的诉讼策略与技巧

朱德锺 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

胜诉谋略:律师的诉讼策略与技巧 / 朱德锺著. —

北京:法律出版社,2012.1

ISBN 978-7-5118-2477-6

I. ①胜… II. ①朱… III. ①诉讼—基本知识—中国
IV. ①D925.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第177353号

胜诉谋略

——律师的诉讼策略与技巧

朱德锺 著

编辑统筹 法律应用出版分社

策划编辑 薛 晗

责任编辑 薛 晗

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 保定市市中画美凯印刷有限公司

责任印制 陶 松

开本 787毫米×960毫米 1/16

印张 24.25

字数 486千

版本 2012年1月第1版

印次 2012年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2477-6

定价:49.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

修订版序

我与朱德锴律师并不相识,甚至至今未曾谋过面,但是他写的书我在十年前就看到了。

记得那还是在2000年年底前后,朱德锴律师把这本书的初稿送来,请我给予指点、作序云云。当时我正在国外参加人权对话,回国后看到书稿,深感作者之不易。朱德锴律师从1994年开始执业,他边办案、边探索,致力于律师执业“方法论”的学习研究,用六年多时间撰写了七十多万字的专著,将自己执业中探索积累的诉讼策略与技巧进行系统的汇总、归纳和诠释。在人心浮躁、时常为功利所困的社会转型期,我感动于这名青年律师对律师职业的专注与执着而感动,遂欣然为其书作了序。

转眼间,十年过去了。这期间,各种关于律师业务的探索和研究逐步得到了更多人的关注,相关的各类书籍陆续出版面世,从不同角度对中国律师的业务发展进行了有益的思考。朱德锴律师的《胜诉谋略:律师诉讼的策略与技巧》一书也迎来了修订再版。在该书修订版中,作者更多地将自己置身于原告、被告、第三人乃至法官的位置进行换位思考和逆向思维,从不同诉讼参与人的角度提出合理解决争讼的途径,摸索把握争讼“先机”的诉讼策略与技巧。可以说,本书在律师诉讼实务意义上具有较强的实战性和可操作性,是一部在律师诉讼策略与技巧方面具有一定参考价值作品。

本书作者朱德锴律师多年来对律师业务一贯的专研精神,促使我再次为其书作序。十多年来,我国的法治建设总体上虽然有了较大的进步,但在具体进程上可谓步履蹒跚,中国律师更是饱受争议而游离于“正统”之外,正如朱德锴律师在本书再版后记中所说,与世界法治发达国家相比,律师在我国还不能完全被视为一种事业,更多地被认为是一种谋生的工具,律师的地位及声音十分微弱,律师作为一支独立的力量存在还有很长的一段路要走。所以,在这种背景下,对律师业务的研究和探讨将具有非常的意义,朱德锴律师就是其中一位,他作为中国二十万律

师中的一员,为此尽到了自己的一份力量。

希望更多的人来研究律师业务,希望有更多关于律师业务的书籍出版,共同促进律师业的发展和法治的进步!

是为序。

田文昌

2011年10月10日

序

诉讼,俗称打官司,是发生争讼的当事人解决争议的专门活动。自从人类社会有了法律,诉讼活动便随之产生,打官司也就与社会生活息息相关。但在中国几千年的历史进程中,受传统观念和价值取向等因素的影响,人们往往抱着息事宁人的态度,耻于争讼。新中国成立后,尤其是“文革”后恢复法制建设20年以来,人们的思想发生了很大的转变,依法治国的观念深入人心。打官司已不再被认为是丢面子的事。相反,积极运用法律武器维护自身权益,遇到事情讨个“说法”,已逐渐成为一种常见的事情。随着经济的发展和法制的健全,诉讼活动将更加深入人们生活的方方面面。

诉讼活动与老百姓的切身利益相关。同时,诉讼又是一种专业性很强的活动,除了要有深厚的法律功底外,还需要制订策略,讲究技巧,以谋求最大的诉讼利益。所以,注意研究诉讼活动的规律,从大量的诉讼实务中总结经验,寻找和发现诉讼技巧,就显得非常重要。朱德锴律师集多年心血写成的《胜诉谋略:打官司的策略与技巧》一书,为我们学习和研究诉讼技巧提供了一个方便的途径。该书作者具有较丰富的法律实务工作经验,本书的内容几乎涵盖了诉讼活动的方方面面,并从各诉讼参与人的角度剖析讼争,提出了各种解决问题的办法,并汇集了大量的案例,是一本实用性很强的好书。本书既可供法律研究人员参阅,又可供广大律师和法律服务人员参考,同时也可作为自学法律者的教材,还可作为普通公民的普法读本。

衷心希望有更多的人来研究诉讼活动,共同促进我国诉讼制度的完善与发展,为中国的法制建设尽一份心,出一份力。

中华全国律师协会刑事辩护委员会主任

田文昌

2000年12月20日

内容提要

人作为社会的主体,在经济、文化、生活等领域中,难免会发生各式各样的纷争,那么,如何避免纠纷、化解争讼,维护自身合法权益?孙子说,不战而屈人之兵,乃为上策。思路决定出路——正确的思路可使行将就木的案件起死回生,而迷乱的思路则常常适得其反,甚至将诉讼引入歧途。面对突如其来的诉讼,有的镇定自若,“兵来将挡”;有的怒火中烧,不知所措……诉讼犹如上战场,一个好的谋略胜过千军万马——选择合适的路径,就可顺利叩开通往法律大厦顶端的大门,自由享受司法裁判的“阳光”。

曾经从事新闻工作的作者,在结合律师执业对诉讼进行客观分析的基础上,以新闻记者的敏捷,专职执业律师的思辨和普通百姓的视角,用知识与智慧的眼光,集理性思维的“精华”,尤其将无数个案缺憾的检讨与反思浓缩于一体,按照“构建严谨科学的诉讼战略”、“原告如何抢占诉讼的先机”、“被告应诉模式的设计与运筹”、“争讼双方举证责任的法律分工”、“当庭质证的方法与技巧”、“庭审发问的选择和应变”以及“法庭辩论的方法与技巧”等诉讼秩序,详尽阐述应对各种争讼的方法、步骤及计策,摸索出了一套独特的诉讼思维风格。

为了使本书更具有理论性、实战性和可操作性,作者在总结自身执业经验的同时,注重汲取理论界、实务界的最新成果,分别站在原告、被告、第三人的角度,深刻剖析诉讼的成因,悉心钻研争讼的合理解决途径和方法,并从不同侧面研究制订诉讼的策略与技巧。该书融理论、实践、应用于一体,既根植于权威的法理,又立足于诉讼实践,内容厚重翔实,观点前瞻新颖,逻辑严谨缜密,文笔清新流畅,既可作为“原告”制定诉讼计策的借鉴,又适用于“被告”布阵设防,尤其适合法律工作者和律师研究制订诉讼策略时参考,具有较强的理论研究和实用推广价值。

第一章 构建严谨科学的诉讼战略	1
第一节 争讼案件的对比分析与评价	1
第二节 正确预测诉讼的利弊得失	5
第三节 律师诉讼战略的确立与选择	10
第四节 构建严谨科学的诉讼战略	19
第二章 制订缜密细致的诉讼方案	23
第一节 理性审视争讼案件的主体资格	23
第二节 科学判断争讼案件法律关系的性质	29
第三节 如何梳理与重构争讼案件的事实	36
第四节 客观预测诉讼相对人的诉讼思路	41
第三章 原告如何抢占诉讼的先机	46
第一节 选择最佳的受诉法院	46
第二节 怎样制订周密的起诉方案	54
第三节 如何抢占诉讼的先机	58
第四节 原告制订诉讼策略的误区	66
第四章 被告应诉模式的设计与运筹	69
第一节 科学应对原告、控方的起诉	69
第二节 被告诉讼战术的选择与确立	74
第三节 如何对管辖权异议进行有效调控	78
第四节 被告应诉模式的设计与运筹	82
第五章 怎样对诉讼进行有效调控	87
第一节 诉讼运作的基本程序	87

第二节	选择恰当的法律适用冲突规范	95
第三节	当受诉法院违反诉讼程序时的计策	99
第四节	如何应对诉讼情势的变化	103
第六章	争讼双方举证责任的法律分工	109
第一节	围绕争讼案件事实确立诉讼证据	109
第二节	制订正确的诉讼证据战略思维	120
第三节	庭审举证的机理与选择	128
第四节	组织确立最佳的自我证据方阵	134
第七章	当庭质证的方法与技巧	141
第一节	如何对庭审秩序进行有效调控	141
第二节	理性审视诉讼相对人的举证	149
第三节	当庭质证的方法与技巧	157
第四节	综合分析评判争讼案件的证据	165
第八章	庭审查问的选择与应变	175
第一节	如何构建严密科学的发问战略	175
第二节	庭审查问的运筹与调控	183
第三节	选择恰当的发问方式	198
第四节	庭审查问的应变与突破	212
第九章	法庭辩论的方法与技巧	226
第一节	辩论的立论设计与逻辑分析	226
第二节	构建科学的辩驳攻防战略	231
第三节	制订缜密周详的辩驳计谋	236
第四节	法庭辩论的方法与技巧	244
第十章	最后陈述的计谋	272
第一节	激起法官的感情共鸣	272
第二节	描绘一幅快捷的庭审航线图	275
第三节	最后陈述的组织与运筹	278
第四节	最后陈述的技巧	280
第十一章	调解谈判的制胜策略	285
第一节	调解谈判的利弊分析	285

第二节 客观分析评价调解的因素	290
第三节 选择最佳的调解制胜策略	298
第四节 生效调解的事后救济	310
第十二章 二审如何反败为胜	316
第一节 怎样快速启动上诉程序	316
第二节 上诉预期价值的综合分析评价	320
第三节 上诉人二审如何反败为胜	332
第四节 被上诉人二审怎样反客为主	339
第十三章 刑事辩护的策略与技巧	344
第一节 犯罪嫌疑人应对刑事侦查的计谋	344
第二节 犯罪嫌疑人、被告人如何把握审查起诉	349
第三节 刑事辩护的策略与技巧	358
第四节 被害人参与刑事诉讼的计策	366
主要参考书目	373
再版后记	374

第一章 构建严谨科学的诉讼战略

1950年年初,朝鲜战争爆发的前8天,世界著名的“智库”组织兰德公司拟将“美国如果出兵韩国,中国的态度将是如何”的研究成果转让给五角大楼,美国军界却将这笔索价500万美元的“交易”当做无稽之谈。几年后,面对朝鲜战场的一再惨败,美国国会开始辩论“究竟出兵韩国是否真有必要”的问题,在野党为了使辩论言之凿凿,仍以280万美元买下这一过时的研究成果。成果的结论只有一句话:“中国将出兵朝鲜”,但附有280页的背景分析材料,详尽分析了中国的国情,并断言一旦中国出兵,美国必将以不光彩的角色“收场”。

思路决定出路——正确的诉讼思路可使行将就木的案件“反败为胜”、“起死回生”,迷乱的思路则常会使人“弄巧成拙”、“知途迷返”。策略自古有之,老子说:“不争而善胜,不言而善立,不召而自来,倓然而善谋。”大禹治水把舜的“堵塞”创造为“疏导”,则是人类改造自然的又一绝妙的策略……面对纷繁复杂的诉讼情势,只有“知己知彼”,对争讼案件的事实、证据、法律适用乃至诉讼程序等进行详尽的研究,并制定严密科学的诉讼战略,才能运筹帷幄,牢牢掌控诉讼的主动权。

■第一节 争讼案件的对比分析与评价

任何争讼都不会无缘无故地发生,都是基于这样那样的原因或背景。在纠纷尚未转化成诉讼之前,无论采用协商、调解抑或行政干预手段,当事人及其律师都应沉着冷静,分析纠纷的起因、性质,找出问题的症结和关键所在。只有将解决争讼的手段同争讼的起因、性质、疑难复杂程度乃至社会后果等相联结,进行战略性的分析与评估——针对争讼双方的立场、心理差异、诉讼优劣势,充分预测并制定能够应付各种诉讼态势的方案,才能在诉讼中做到得心应手,应对有方。

一、诉讼的理性审视与评判

兵以计为本,故多算胜少算。争讼的解决在很大程度上取决于事前是否进行详尽

周密的运筹——诉前准备得越充分,所担当的不利的法律风险就越小,就越有可能获得良好的诉讼成果。不同性质的争讼,其法律关系、疑难复杂程度和社会影响不同,解决的途径和方式也不同。一般情况下,任何争讼从性质上都可划分为刑事、民事和行政三类。依照法律规定,法院直接受理侮辱诽谤、暴力干涉婚姻自由、虐待和其他不需要侦查的轻微刑事等“自诉”案件,民事案件,行政案件等;检察院受理国家工作人员贪污、侵犯公民民主权利、渎职等犯罪案件;公安机关受理除法院、检察院受理的刑事案件以外的其他刑事案件和违反治安管理处罚的案件。如果双方的争议属合同纠纷或民事侵权,可以选择协商、调解、仲裁、诉讼等手段解决。如果一方的行为已涉嫌犯罪,且属于不需要侦查的轻微伤害案件,被害人可以向法院提起刑事自诉。若属重伤或非国家工作人员或其他人员经济犯罪,被害人或其他利害关系人则可直接向公安机关控告、举报。

选择解决争讼的手段并不难,难的是选择一种既符合个案客观实际情况又行之有效的解决问题的方式。为了让争讼的解决尽善尽美,“万无一失”,争讼的双方都必须胸怀全局,进行理性的审视与评判,必要时甚至可以开列一份详尽的提纲挈领式的“清单”。实践证明,这份“清单”对拓展解决争讼思维的视野极为有效。

(1)判断争讼是何性质?性质不同,解决争讼的途径和手段迥异。比如,争讼一方当事人将另一方当事人致伤,此时则应以“伤”的轻重程度判断争讼的性质:若经法定鉴定机构鉴定构成“重伤”,则属刑事公诉案件,被害人应依法向司法机关提出控告;若构成“轻伤”,则属于刑事自诉案件,被害人除了可以同致害人协商和解外,还可以直接向法院提起刑事自诉;若构成“轻微伤”,则属普通民事侵权纠纷,受害人既可以采用协商、调解的方式解决,也可以通过提起民事诉讼的手段解决。

(2)分析引起争讼的真实原因是什么?一把钥匙开一把锁,只有找到问题的关键所在,才能有的放矢,“对症下药”。

(3)争讼相对一方当事人的背景如何?包括相对一方当事人的姓名住所、品质资信、人际关系乃至社会影响力等。

(4)争讼的不当解决会带来哪些负面影响?是否在政治、经济以及人际关系等方面产生不利的影响,是否会危及自身眼前抑或长远利益?

(5)争讼双方当事人的是非责任如何界定?当事人自身对争讼的发生有无过错、应承担多少责任等,对选择解决的方式尤为重要。如果当事人没有责任,则可以直接选择仲裁、诉讼等较为强硬的解决方式;如果自身应负主要责任甚至全部责任,则最好选择协商、调解的方式“化干戈为玉帛”,以避免牵扯、浪费不必要的时间、精力和财力。

(6)争讼双方当事人的立场及力量对比如何?双方当事人的立场是相对对立抑或绝对对立?己方的弱点和劣势是什么?对方的长处和优势在哪里……通过对双方实力的对比分析,尽可能将解决争讼的不利风险降到最低。

(7)现行政策法规对争讼的解决是否有特殊要求?比如,法律对一些争讼解决作

出了明确规定,诸如重伤害等刑事公诉案件,不允许当事人对是否构成犯罪以及应受何种刑罚进行协商解决;劳动争议纠纷须以劳动仲裁机关的仲裁为诉讼前置,并且诉讼的提起必须在法定时效之内,等等。

(8)解决争讼的方式是否穷尽所有的可能,并建立在案件对比分析的基础之上……当然,有关“清单”的事项和内容,争讼双方当事人可以根据个案的实际或增或减,但无论如何,均应以争讼的圆满解决为根本原则。有的当事人由于对争讼的起因、性质、因果关系等缺乏基本的预测和判断,甚至以偏概全,是非不明,使争讼的解决更为复杂。面对突如其来的纷争,正确的做法是进行换位“思考”,即站在对方当事人的立场,以对方当事人的“思维”剖析自身在争讼中的主张、要求、过错责任以及可能带来的消极后果,并针对双方争执的焦点进行综合分析评价,依此选择一条最佳的争讼解决办法。

二、诉讼的自我心理调适

人是有感情的高级动物。面对突如其来的纷争,有的人怒火中烧,不知所措;有的则镇定自若,泰然处之……而人的不同情感反应时常给当事人带来不同的诉讼后果,甚至对诉讼产生十分重大的消极影响。在诉讼的天平上,情感和理性相互制约、相互影响。比如,情绪处于亢奋状态的当事人,很难承担和适应严谨细致的诉讼活动;与此相反,一个人完全沉醉于诉讼之中,也不可能产生强烈的情感体验。按照现代诉讼理论和法律框架,尽管同为诉讼的主角,争讼双方在程序上、实体上诉讼地位平等,但由于诉讼由原告、控方“发动”,而且法庭审理以其诉讼请求为“蓝线”,被告在诉讼程序上处于“天然”被动的劣势,因而在诉讼情感上往往较原告更为敏感,更易于“感时花溅泪,恨别鸟惊心”。

心理学研究表明,情感推动当事人积极参与诉讼活动,而理性则阻止当事人消极的、不理智的行为。这就是为什么有的人有理官司却不一定赢一样,有的人在法庭上控制不住自己的情绪,一味地发泄对对方的不满、愤怒甚至仇恨,将摆事实、讲道理、以理服人的理性诉讼活动忘得一干二净,完全淡化、遗忘了自己诉讼的终极目标。在诉讼司法实践中,绝大多数被告基于拒绝、消极履行法律抑或合同义务而成诉,但也不乏原告囿于事实认识的偏差、不当理解法律而滥用诉权乃至恶意诉讼。尽管原告抢先诉讼似乎占尽了“天时、地利、人和”的优势,但倘若被告及时调整并准确确立自己的心理定位,通过积极有效的抗辩、反诉、诉讼战略转移等一系列的运筹谋划,仍然可能反客为主,变被动为主动。

情绪是一种原始的情感,人的情绪主要受个人文化素养和社会生活方式的影响与制约,并且随着条件的变化而改变。争讼双方在诉讼活动中应控制自己的情绪,尽量避免感情用事,尤其应注意诉讼相对人的情绪变化,并通过干扰、破坏其诉讼情感体验而扰乱其诉讼思路,从而实现调控整个诉讼的目的。一般情况下,通过了解诉讼相对

人的文化素养以及对意识形态、伦理观念、金钱名利等的态度,可以熟知其自我个性品质和社会面貌,首先从心理上予以“征服”,使之在诉讼中始终处于一种不安、焦虑、痛苦甚至恐惧的消极情绪状态,继而丧失诉讼的信心。如一个比较注重自己名利的原告遇到诉讼,一般不愿大动干戈,即便诉诸法律也是如此。此时,对于争讼当事人来说,可以以“静”制“动”,摸清诉讼相对人的情绪变化,并针对其诉讼中的情感反应,及时改变诉讼策略,或提出反诉,或以退为进,主动接受案外和解等,往往较容易实现自己的诉讼目的。

争讼双方能否培植坚定的自信心,直接影响诉讼的成败。如普通民事案件的审理期限为6个月,即从立案之日起6个月内审结。而有的人总想立竿见影,恨不得立马有个是非明了。一旦审理时间稍长,便怀疑法官在刁难自己或者故意偏袒对方,“不找法官找人大”,四处“明冤”信访,结果弄巧成拙,将本来对己方有利的诉讼优势也丢掉了。争讼当事人参与诉讼的良好心理,就是对己方的“诉讼目标”保持坚定的自信心,坚信己方的论点正确、论据可靠、论证合理,不因庭审诉讼情势变化和外界干扰而轻易改变。如果经常怀疑己方的诉讼目标,缺乏稳定的立场,对论点及论据就会心里没“谱”,在诉讼中便会偏离“重心”,论证就会自相矛盾,不仅让法官理不清头绪,而且还容易被对方当事人等诉讼相对人抓住“破绽”。不过,相信自己的诉讼目标,并不是说诉讼目标一旦确定就不能修正和完善,而是强调在诉讼中自信不盲从,灵活不机械,果断不武断,始终保持饱满的诉讼热情和健康的诉讼心理。

三、激起法官的感情共鸣

在诉讼中,诉诸感性比诉诸理性往往更能产生强烈的情感体验。尽管法庭审理、法律适用不允许掺杂个人感情,但诉讼不受个人情绪影响几乎不可能。无论是原告、被告,还是处于居间消极仲裁者的法官,在诉讼中都面临着两种抉择:感性抑或理性。对于文化素养相对较高的当事人、法官来说,在诉讼中采用以理服人的诉诸理性的方式,比煽动情绪的诉诸感性的方式更为奏效。对于文化素养较低的当事人、法官来说,在诉讼中采用侃侃而谈、热情洋溢的诉诸感性的方式则可能更易于产生良好的效果。

由于诉诸感性具有强烈的情绪煽动色彩,因而诉诸感性与诉诸理性所带来的效应迥然不同。鉴此,争讼双方在应诉之初就应熟悉了解诉讼相对人和法官的文化素养、性格嗜好等“个性”,以此作为是聘请学者型还是实务型律师的判断标准,尤其应据此制订不同的应诉计策。比如,在庭审质证中,争讼一方对诉讼相对人的举证提出异议,而法官一时又无法作出准确的判断,法官事实上也不可能事无巨细地逐一对争讼双方所有的异议进行查证落实——法官采信证据、评议事实乃至裁判时完全可能凭自己的主观判断决定证据的采信、案件的是非评判。在这种情况下,倘若法庭在庭审后将当庭宣布裁判结果,争讼双方要想使己方的举证、质证受到法官的注意和重视,并产生一定的影响,在诉讼中采用诸如声泪俱下、绘声绘色等诉诸感性的方式,比诉诸理性等其

他方式往往更容易获得有利的裁判效果。与此相反,倘若裁判结果尚需合议庭评议后定期宣判,就给法官、陪审员施以稳定的影响,使他们通过理性的思考对抗辩反驳以及反证形成稳定持久的心理定式,让其在闭庭一段时间后仍能产生与己相同的情感体验——此时,唯一的选择就是采用诉诸理性的诉讼方式。

如同不能控制诉讼一样,争讼双方及其律师不可能控制法官的思想。为了让法庭肯定、认同自己的诉讼主张与观点,除了解法官的司法素养、价值观念以及气质禀性等个性因素外,在诉讼中还应将感性和理性有机地结合起来,充分调动法官的情绪——针对法官的情绪变化,或“火中浇油”,或“悲痛欲绝”,或“以理服人”,法官就会自觉或者完全不自觉地进入己方预先设计的诉讼“轨道”之中。具体地说,从立案到法院作出最后的裁判,在当庭陈述、举证、质证、辩论的每一细小环节,何时诉诸感性、何时诉诸理性,事先都应精心设计,周详安排。人们普遍认为,争讼双方陈述某一事实或阐明某个观点时,首先应动之以情,用真情打动法官和陪审员,使之引起对所陈述事实或阐明观点的兴趣,继而让他们的心理活跃起来,然后再对已被引起兴趣、进入兴奋状态的法官和陪审员晓之以理,这样就可以自由、充分地阐明自己的主张,而且也较容易在法官、陪审员意识中形成比较稳定持久的观点。

■第二节 正确预测诉讼的利弊得失

如同世界上的事物有利必有弊一样,诉讼也不例外。争讼双方只有了解诉讼的利弊得失,才能权衡诉讼的价值和意义,继而作出正确的抉择。

一、诉讼有哪些特点

每一件争讼案件都有各自不同的特点,因而解决办法的方法也迥异。当通过其他非诉讼途径无法解决纷争,或者一方当事人寄希望于“讼断”时,那么,当事人最终就只能选择诉诸法律裁判。与解决纷争的其他非诉讼途径相比,诉讼具有诉讼时间的法定性、诉讼过程的严肃性和裁判结果的强制性等特点。

(一) 诉讼时间的法定性

为了提高诉讼效率,及时审结案件、化解纷争,避免和防止给争讼双方当事人造成诉累,诉讼法律对受诉法院受理案件的诉讼时间作出严格的界定。根据民事诉讼法规定,我们可以列出民事诉讼的诉讼“时刻表”:

- (1) 纷争的一方当事人向法院起诉,诉讼开始;
- (2) 受诉法院收到起诉状或接受口头起诉后,7日内决定是否立案——不符合起诉

条件的,裁定不予受理;

(3) 受诉法院决定立案的,应在立案后5日内将起诉状副本发送被告;

(4) 被告在收到原告起诉状副本之日起15日内提交答辩状;

(5) 受诉法院收到被告答辩状之日起5日内将答辩状副本发送原告;

(6) 争讼双方当事人应当在收到案件受理通知书和应诉通知书30日内,或在受诉法院指定的期限内完成举证(当事人协商一致并经法院认可的除外);

(7) 合议庭组成人员确定后,应当在3日内告知诉讼双方当事人;

(8) 合议庭决定开庭审理的,应在3日前以书面形式将开庭的时间、地点通知当事人和其他诉讼参与人;

(9) 当事人对审判人员、书记员、鉴定人等提出回避请求的,法院应在3日内以口头或书面形式作出决定;

(10) 法院审理第一审普通民事案件的期限为6个月(有特殊情况的,经一审法院院长批准可延长6个月,期满还需延长的需报请上一级法院批准);

(11) 当事人不服一审判决的,须在收到判决书第2日起15日内向上一级法院提起上诉(不服一审裁定的,须在收到裁定书第2日起10日内向上一级法院提起上诉);

(12) 二审案件的审理期限为3个月,有特殊情况需延长的,须经院长批准;

(13) 受诉法院对案件当庭宣判的,应在10日内送达裁判文书。定期宣判的,宣判后立即发送裁判文书。

我国行政诉讼法以民事诉讼法为蓝本制定,诉讼时间与民事诉讼基本相同。所不同的主要有三点:一是行政诉讼对原告起诉时间的要求更严,一旦超过法定诉讼时效期限,就丧失了诉权。如公民对公安机关行政处罚的复议决定不服的,起诉期限为5日。二是被告应在接到起诉状副本、应诉通知书之日起10日内提交答辩状,并提供作出具体行政行为时的证据、依据。三是行政诉讼在审结时间上与民事诉讼不同,行政诉讼案件的第一审审理期限为3个月,第二审审理期限为2个月。

(二) 诉讼过程的严肃性

从受诉法院受理原告起诉之日起,便进入了严格的诉讼程序轨道,原告抑或被告等所有的诉讼参与人均应严格遵守诉讼的“游戏规则”。即使原告与被告对纷争的解决达成一致意见,原告仍需向法院申请撤诉,但是否准许,必须经法院审查决定,符合条件的裁定准许撤诉,不符合条件的裁定不准撤诉。原告申请撤诉而裁定不准许的,经传票传唤无正当理由拒不到庭,法院可以缺席判决;被告反诉的,也可缺席判决。被告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,受诉法院可以缺席判决。

开庭审理前,法庭首先查明原告、被告及其他诉讼参与人是否到庭,宣布法庭纪律、案由以及告知当事人诉讼权利和义务等,然后由审判长或主审法官按法定程序主

持法庭调查、法庭辩论、最后陈述、法庭评议和宣告判决。在诉讼过程中,争讼双方不按诉讼程序参与诉讼抑或妨碍诉讼,受诉法院除依法可以判决其败诉外,还可以给予训诫、责令退出法庭或者予以罚款、拘留,直至依法追究刑事责任。在对案件事实的认定上,除刑事、行政案件以及举证责任倒置的民事诉讼外,实行“谁主张,谁举证”原则,争讼双方举证不能或无证可举,将直接承受“败诉”的法律风险。

(三) 裁判结果的强制性

判决和裁定由受诉法院代表国家依法作出,非经法定程序,即使裁判确有错误,任何单位和个人均无权变更或撤销。裁判生效后,当事人不得拒绝履行。裁判发生法律效力后,一方当事人不履行义务,相对一方当事人可申请法院强制执行。申请强制执行的期限为裁判生效后履行期满之日起2年内。

二、诉讼有哪些弊端

尽管诉讼手段解决纷争具有权威性、终局性和国家强制性等诸多优势,但与解决纷争的其他非诉讼途径相比,也有不少弊端。

(一) 耗费时间

受诉法院正式受理案件后,争讼双方当事人就要严格遵循诉讼的“游戏规则”,全力以赴参与诉讼。依照诉讼法律规定和诉讼司法实践,受诉法院受案后在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时,向原告、被告送达举证通知书,且由法院指定的举证期限不得少于30日。按照普通程序审理的一审民事案件,从立案到作出一审裁判的法定审理期限为6个月(若有特殊情况经院长批准可延长6个月,还需延长的需经上级法院批准)。如果一方当事人对一审裁判不服提起上诉,二审法院的法定审理期限为3个月(若有特殊情况经院长批准可延长)。与协商、调解、申诉等解决纷争的其他非诉讼途径相比,诉讼所需的时间长、程序繁杂,争讼双方必须遵守、服从法官的诉讼时间安排,否则将承担不利的裁判风险。而其他非诉讼途径几乎不受时间、地点及人员的影响,纷争双方当事人可以自行协商,也可以在第三人主持下进行谈判,主动权完全掌握在自己手里,因而可以节省大量的时间。

(二) 牵扯精力

一旦纷争被诉诸法律,争讼双方将随时可能被法庭传唤或询问,并面临一系列抉择:原告是否申请财产保全、证据保全和先予执行,是否增加、放弃自己的诉讼请求,如何防御被告的反诉和抗辩反驳主张?被告在答辩期内是否提出管辖权异议,是否在举证期限届满前提出反诉,是按期抑或延期举证,如何交换或展示证据,怎样抗辩反驳控诉方的主张、诉讼请求……所有这些,争讼双方不仅需要了解相关的诉讼法律知识,还