

律师费转付制度的可行性研究 PDF转换可能丢失图片或格式
， 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_BE_8B_

[E5_B8_88_E8_B4_B9_E8_c122_479573.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E8_B4_B9_E8_c122_479573.htm) 律师费转付制度，是指从法律上确立由有关责任方承担无辜方或无过错方因采取法律救济措施（如提起诉讼、仲裁）而产生的律师费（如由败诉方承担胜诉方的律师费、刑事案件中的被告人确认有罪后承担受害人的律师费等）的制度。目前，我国对此还没有做出明确的法律规定，学界和律师界不断有人在呼吁出台相关的司法解释，然而在司法实践中，大多法院以没有相关规定为由对律师费转付的诉讼请求不做判定，可喜的是已经有一些法院在进行这方面的尝试。例如，2003年6月新疆奇林电子有限公司状告乌鲁木齐市乾丰信息有限公司一案在乌市沙依巴克区人民法院一审尘埃落定，法院判决结果不仅要求被告给付原告货款和偿付利息，并且要求被告赔偿原告律师费损失。2003年9月17日北京市第二中级人民法院对作家刘元举诉电视剧《走向共和》编剧之一、中国青年报编委张建伟涉嫌剽窃案做出一审判决，判定张建伟赔偿经济损失和为本案诉讼支出的费用及律师费11581元，北京市高级人民法院终审维持了这一判决。2003年12月何庆魁、高秀敏诉辽宁电视台、辽宁广播电视音像出版社等四单位侵犯著作权纠纷，北京市第二中级人民法院判定辽宁电视台和辽宁广播电视音像出版社还应承担原告为本案诉讼支出的合理费用及律师费。……张元欣律师较详尽的阐述了这一制度的重要性,他说：“除了符合立法本意，体现公平与正义外，还有以下重要意义：一、为经济建设保驾护航，为依法行政创造更多的条件。

在以前的司法实践中实行‘谁请律师谁花钱’的做法，使许多合法权益受到损害的当事人因经济原因不能聘请律师提起诉讼，阻碍了经济流转的正常运行，也不利于行政处罚的当事人通过诉讼对行政机关的监督。

二、维护国家民族利益，在涉外民商事案件中，由于外方当事人的违约或侵权行为给我国当事人造成了损失，由其承担我方实现债权的律师费用是符合国际惯例的，有利于维护我国的国家民族利益。

三、有利于人民法院更好地解决公平与效率的问题。

四、当事人在诉讼过程中聘请律师的积极性会得到很大提高，从而促进我国律师业的发展。

五、有利于减少经济领域的不诚信和故意违约行为。

六、有利于有效遏制日益泛滥的恶意诉讼或缠讼。近几年，一些诉讼的原告方并非出于权利受到侵害的原因而启动诉讼程序，其真实目的往往在于通过媒体对案件审判的关注来提高自己的‘知名度’或‘身价’，也有的将恶意诉讼当作报复他人的一种手段行使。这样，对方当事人因此遭受的经济损失和名誉损害等损失在实践中通常难以得到补偿，损害了其合法权益，也在很大程度上浪费了本来就有限的司法资源。让败诉方承担胜诉方律师费，可以为恶意诉讼设置一道障碍。”曾祥一在《中国律师》上撰文说这一制度是“中国司法改革的最佳切入点”。学界、律师界都在力图推动这一制度的最终出台。但以上论述均没有对这一制度中亟待解决的理论问题和操作障碍进行深入的思考，本文试从目下存在较多争议的几个方面来进行可行性论证，并提出具体的操作性建议。

一、“律师费转付”的法律依据有人从委托代理关系的角度提出律师费由败诉方承担不符合委托合同的基本原理，原因是：律师为当事人提供法律服务而签定

的委托合同一般属于有偿委托合同，受托人是为了委托人的利益而服务，那么委托费用自然也就由委托人来负担，委托人不支付委托费用而由第三人支付，是不符合该法学基本原理的。从这个角度来讲，律师费用应该由委托方承担，而不是败诉方。持上述观点的人混淆了委托法律关系和损害赔偿两种不同性质的法律关系，没有理顺律师费转付的法律依据。胜诉方的律师费确实应该由胜诉当事人支付，因为律师是为委托人的利益提供了相应的服务，但我们这里讨论律师费转付并不是要求败诉方直接为胜诉方律师费买单，而是把律师费视作胜诉方因此项行为所造成的损失和合理开支，而列入诉讼请求的追偿范围，符合我国的相关法律规定，《民法通则》一百一十二条：“当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失。”《合同法》第一百一十三条：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，……”特别值得一提的是，在民法通则以后出台的许多法律中，都明确规定了败诉方应承担胜诉方的律师费，2001年修改后的《中华人民共和国著作权法》第四十八条规定：“……赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为，而支出的合理开支。”同年修改的《中华人民共和国商标法》第五十六条规定：“侵犯商标专用权的赔偿数额……包括被侵权人，为制止侵权行为所支出的合理开支。”这里所说的“合理开支”当然包括律师费在内。《中华人民共和国专利法》也有相同的规定。由此可见，败诉方承担胜诉方律师费符合我国的立法趋势。而且在司法实践中已有典型判例，例如：1997年第三期最高法院公报刊登了

“二十世纪福克斯公司诉北京市文化艺术出版社音像大世界侵犯著作权纠纷案”。在该案的判决中明确写道：“原告为保护自己的合法权益而寻求司法救济时，支出的合理费用7514.56元（其中包括4662.41元的律师费）也应当由被告承担。”但是，仅仅在这些特别法对“律师费转付”做出明确规定，对其他案件当事人是不公平的，既然为制止著作权、商标权、专利权侵权所支付的律师费属于“合理开支”，那么制止其他侵权行为的律师费就不属于“合理开支”？1999年10月20日，最高人民法院发布的《人民法院五年改革纲要》指出：“2000年起，经最高人民法院审判委员会讨论、决定有适用法律问题的典型案件予以公布，供下级法院审判类似案件时参考。”《纲要》的出台，无疑标示着我国酝酿已久的判例制度的悄然生成。2003年3月31日最高人民法院发布的典型案例：陆红诉美国联合航空公司国际航空旅客运输损害赔偿纠纷案经上海市静安区法院一审已经生效，被告美联航赔偿原告陆红聘请律师支出的代理费人民币16595.10元、律师差旅费人民币11802.50元。最高人民法院2003年4月17日发布的典型案例：台福食品有限公司与泰山企业股份有限公司不正当竞争纠纷案经福建省高院一审判决台福公司赔偿律师代理费2万元，这一判决被最高人民法院维持。以上两个案例都是最高法院审判委员会严格审定精选出来的判例，遗憾的是在司法实践中并没有得到应有的尊重，但都进一步暗合了我国的立法趋势。

二、律师收费风险的担忧。

建立律师费转付制度，就是要通过建立这种转嫁机制，将胜诉当事人的损失降到最低，同时对违约行为予以惩戒，达到维护公平和正义的目的。有人担心律师费如果交由败诉

方承担是否增加了律师执业风险，因为在现实中大量存在的赢了官司却是空头支票的尴尬现实。通过以上分析不难发现，这种风险其实根本不存在，因为律师费仍然是由委托人支付，律师与败诉方并不发生直接的法律关系，律师费转付是指当委托人支付了相应的律师费后，将之作为对方违约赔偿的合理开支或损失，追加为诉讼请求向对方追讨。在这里可以发现，既然当事人要把律师费列为诉讼请求的一项内容，就必须在起诉时举出相应的证据，并且有具体的数额。这样一来，律师费的收费证据就必须庭前提交，这样律师费转付制度对律师而言就不存在任何新增收费风险，因为律师费的收付主体没有发生任何改变，至于败诉方不能执行判决的风险仍在胜诉方当事人。

三、“天价”律师费的规范。有人认为，如果承认律师费用可以由败诉方承担，那么委托方可以尽情放心地委托律师尤其是花费高额费用委托知名律师。因为到头来一旦胜诉，律师费还得由对方承担。上述担心是可以通过相应的规范来加以制约的。当事人只有对胜诉充满必胜的信心时才有可能花费高额律师费委托知名律师，而委托方在聘请律师之初并不能保证官司的胜诉，给付律师天价律师费的可能性不大，因为一旦败诉，给付高额律师费只能使自己吃亏，况且在起诉时就要提交律师收费证据，这样就能比较有效的遏制这一可能性。再说法官在判案时还要审查其收费的真实性、合理合法性，如果收费明显超出合理范畴，可以行使自由裁量权予以裁减，以减少此种串通违法的可能性。《民法通则》第一百一十四条：“当事人一方因另一方违反合同受到损失的，应当及时采取措施防止损失的扩大；没有及时采取措施致使损失扩大的，无权就扩大的损失要求

赔偿。”《合同法》第一百一十九条：“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。”根据上述规定，如果用规定的律师费用可以请到律师为你服务，你花高价的不合理律师费用肯定不能得到支持。但是现实中存在的风险代理收费，由于其收费的特殊性质，使得有必要在这一制度的设计中加以特别的考虑。从我国的法律规定来看，风险代理属于协商收费的范畴，从基本的法律原则上讲，只要风险代理协议能够体现协议双方真实的意思表现并且不违反法律、法规禁止性的强制规范，我们并不能找出使其无效的法律依据；并且这种做法对于当事人与代理人双方而言都的确具有相当的实际价值，出于自身利益的考虑，他们之间的这种合意以及相关民事权利义务的约定当属法律应予保护的“处分自由”。当事人选择风险代理的方式进行诉讼，一般都是因为经济的窘迫或者对胜诉的信心不足，而律师之所以愿意选择风险代理方式，是因为对胜诉充满信心，并且以极小的风险代价，来谋求高额的对价。如果真的实行了律师费转付制度，当事人只要有了充分的胜诉信心，就不会担心胜诉必须承担的高额风险代理费，因为这一风险代理费已经转嫁给了对方当事人，从这一角度看，律师费转付制度会在客观上鼓励当事人选择风险代理方式；但在败诉时，虽然不必担心承担本方的律师费却又有了承担对方律师的高额风险代理费的担心，因此在通过诉讼进行维权时会更加谨慎，使得这一制度在一定程度上阻碍了当事人寻求法律救济的积极性。疑难案件的风险，也许会使当事人放弃诉讼的选择。

由于双方当事人都有这一利一弊的风险，在一般情况下不大会出现当事人和律师串通谋求对方当事人不当利益的行为出现，但为了防止这种可能性的出现，可在出台律师费转付制度的同时借鉴美国的做法，即当当事人选择风险代理的收费方式时要经法庭核准，执业律师也须提出证据证明风险代理收费是合理的，涉及风险收费的合同都须得到法庭的认可。同时，法院亦保留否决权，违反公共政策的风险代理合同，均不予批准。使得这种违规能在诉讼中加以限制。

四、败诉方、过错方的辨析。

败诉方并不一定就是过错方，当败诉方并不是真正意义上的过错方时由该如何做到公平与正义？实行律师费转付制度的初衷就是为了维护权利，维护公平正义，如果当事人为了维护自己的合法权益，被迫诉讼而请律师的合理费用不能由对方承担，即使全部胜诉了，因为付出了一部分本不该付出的费用，从这个意义上说，权益也没有得到全部维护，是不公平不合理的。而实行律师费转付制度的前提建立在法院的判决一定是公正的这样一个假设的基础上，事实上，由于各种主客观因素的限制，一定的错案率是不可避免的，在律师费转付的情形下，将会对非过错方的败诉方更加不公，这不就与维护公平正义的设计理念南辕北辙了吗？对于这样一种质疑的声音，我们应该采取辩证的态度来正确地看待。著名法学家贺卫方说得很好：“我们试图寻找一种非常的、没有错误的司法体系，而我们人是有缺陷的一种动物，我们没有办法建立一种制度真正能够达到有错必究、完美无缺的程度。美国联邦最高法院的一位大法官说的话非常富有哲理性，体现了司法内在的要求，他说：‘我的判决之所以是不可推翻的，不是因为我的判决是正确的，恰恰

相反，我的判决之所以是正确的，是因为我的判决不可推翻。’说得多好啊!司法决策过程中，的确有许多东西我们都知道它可能是有问题的，我们也可以说一定比例的错案率是一个良好的司法制度存在的前提条件，我们必须要保证这一点。否则的话，我们要为纠正少量的错误而导致整个社会资源巨大的浪费，司法是用纳税人的钱支撑的一个机构，它的运作也必须遵循节约的原则。”实行律师费转付制度的理论前提是败诉方与过错方重合，在实际的司法实践中，出现非过错方的败诉方的错案一定是有的，但只要其所占的比例控制在一定的比例范围之内，我们就能使绝大多数的受害方的权益得到充分的维护，而司法改革的目标就是尽可能的实现公平正义的最大化，实行这一制度的意义就已经达到了。败诉方只是一个通俗的称呼，其含义并不明晰准确，很多官司的判决事实上没有绝对的“胜负”之分。有的诉讼请求几项满足了一项，有的索赔数额很高只判了一点等，这样的判决说不上哪方输哪方赢。当没有完全意义上的败诉方时该如何处理？这是把律师费转付作为一项制度加以明文规定所面临的最现实、最棘手的操作性问题。

五、具体操作方案的建议。

鉴于司法实践中败诉方的标准比较含混，笔者以为，根据双方当事人的责任份额来分担律师费用是一种比较切实可行的操作方法，因为法官对任何一个案件的判定，首先必须作出责任认定，不管采取过错归责、无过错归责还是公平归责原则，总得对损失总额作出认定，并在此基础上划分各自承担的责任份额，笔者以为，以此作为分担律师费用的标准不仅与双方当事人的责任分担成正比，而且能比较彻底地解决双方当事人的律师费纠纷。当然这里还存在如下两种不同的

计算方法，1、以原告的律师费为基准，乘以双方当事人的责任份额，2、以双方当事人律师费的总和为基准，乘以双方当事人的责任份额。以第一种方式计算对原告有利，但对被告不利，因为在混合责任的情况下，原告同样需要对因自己的过错给对方造成的损失承担相应的责任，既然原告的律师费损失可以列入追偿范围，被告的律师费也就应该列入分摊范畴，这样对双方才公平，而且这样能够在一次诉讼中就兼顾原告和被告双方的合法利益，以免这一问题复杂化。上诉律师费又如何分摊才公平合理呢？由于我国实行两审终审制，在一审中作出的律师费分担，如果当事人不上诉就比较好计算。如果当事人提出上诉，情形就会变得复杂起来，存在三种不同的情形：1、维持原判。可以实行一、二审分段计算的原则，一审律师费分担按原来的数额分担，二审双方当事人的律师费全由上诉方承担，因为二审维持原判完全否定了上诉人的诉讼请求，上诉人作为败诉人承担二审全部的律师费合情合理，而一审的责任划分得到了二审的支持。2、二审直接改判。这时不能采取一审、二审分段计算的原则，因为二审已经否定了一审对责任划分的标准。这是律师费的计算基准就必须把一审和二审的律师费加以总和，律师费的分担比例相应必须以二审的责任划分作为标准。3、二审查回重审。如果重审服判（依据法律规定，重审必须改判），就要把一审、二审、重审的律师费总和，再乘以重审判决的责任分担比例；如果重审又上诉，当上诉维持重审判决时，计算方法也要采取分段计算原则，一审、二审、重审律师费总和乘以重审判决的责任比例，再次上诉的律师费全由上诉人承担，原因和第一种情形相同。当上诉改判时，律师费基准就应

把所有律师费总和，乘以终审判决的责任比例，原因和第二种情形相同。 申诉律师费如何分摊呢？如果判决生效后申诉引起再审，有两种结果：1、维持原判。再审新发生的律师费全由申诉人承担，因为申诉人是败诉方。2、申诉改判。由于再审否定了二审判决的效力，二审已经支付的律师费应该回转，应该把从一审到再审的律师费总和乘以再审判决确定的责任比例来调整律师费承担的数额。

六、完善律师过失赔偿责任保险机制。 律师因执业中的过失给委托方造成了不应该的损失时，委托方可以对之提起赔偿之诉，如果实行律师费转付制度，也就在无形当中加大了律师执业的风险，因为律师不仅要赔偿当事人的败诉损失，还得承担双方当事人的律师费，并且还面临本诉的律师费（因为对律师的赔偿之诉也应遵循律师费转付制度的约束），这一方面是一件好事，可以督促律师接受当事人的委托后，更加尽职尽责的为当事人提供优质的服务，提高律师素质的整体提高，另一方面又使得律师承担的责任过大，与收费的低廉产生冲突，解决这一矛盾的较好方式就是律师协会为律师统一购买责任保险，转嫁这一过高的执业风险。这就要求相应的保险机制进一步完善，保险公司设计更好满足这一市场需求的保险品种，解除律师风险的后顾之忧。

七、过渡阶段的建议。 由于我国还没有在法律、司法解释中对这一制度做出明确的规定，为了更好地维护自己合法权益，可以事先在合同中约定：将来发生纠纷，由败诉方承担对方律师费。由于这样的约定不违反我国法律，法院一般会尊重当事人意思自治原则，判律师费由败诉方出。

编辑：汤昊 haot@acla.org.cn 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