

律师费由败诉方承担规则的相对性与适用条件 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_B8\\_88\\_E8\\_B4\\_B9\\_E7\\_c122\\_483340.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E8_B4_B9_E7_c122_483340.htm) 律师费是否应由败诉方承担?应当!既然“诉讼费由败诉方承担”已成为包括我国诉讼法律在内的国际诉讼规则的应有之义，那同为受害人救济权利支付成本的律师费就没有理由不这样处理。这似乎已成为我国司法体制改革进程中来自社会各方(当然除了败诉方)支持率日升的一种观点。在其看来，律师费由败诉方承担可以造成多赢的博弈效果；就民众(受害人)言，排除他们担心律师费(成本)超过胜诉赔偿额(收益)而纷纷息诉的可能；就律师界言，可增加社会对律师的需求，改变法律服务市场狭小，律师业恶性竞争的局面；就社会言，受害人乐于谋求律师专业帮助，形成积极、健康的诉讼良性环境，降低了因息讼而制造大量民事、行政与刑事违法犯罪行为“暗数”的可能，又降低了受害人滥用私力救济的可能，保证社会稳定，重要的是，既然法治发达国家都贯彻律师费败诉方承担的规则，我们又有什么理由说不呢?但笔者以为，这种对律师费由败诉方承担规则的理解似乎已经走向了一个极端，实际上任何适用这一规则的国家都将其视为一个利弊两存，需要具体分析的对象。

一、律师费由败诉方承担规则的相对性（一）

两大法系该规则的适用概况 人们往往会泛泛的说：在英国、美国或香港，是律师费与诉讼费一道由败诉方承担培养了英美法国家人民健讼的性格，这种认识有相当的模糊性。确实存在大量判例将律师费作败诉方承担的处理，但笔者要说，在英美法系至今没有一个国家或地区用典型的判例将“律师

费由败诉方承担”明确为一个原则，推及到一切能够分出胜败的诉讼中，而与之相反的判例也许和我们爱关注的那部分判例一样多，也就是说，虽然“律师费由败诉方承担”代表了某种规律与价值，但不是或至少现在还不是“普遍真理”。以英国为例，这一规则的适用多发生在法律规定胜诉方必须请律师协助(律师诉讼主义)、败诉方过错严重，或法官认为这样更符合公平原则的场合。“律师费由败诉方承担”并未达到“诉讼费由败诉方承担”那样真正的普遍指导判例的规则的高度。它本身是实体法与程序法中某些原则、制度在法官那里的适用，而将由此形成的结果，即一个个判例中的“律师费由败诉方承担”又反推为一种原则并掩盖了背后的机理，则多少有些本末倒置了。在大陆法系国家与地区，“律师费由败诉方承担”规则处于更为严格的审视之中：几乎没有国家通过立法将这一负担方式上升为普遍的诉讼规则，哪怕对一个具体法律部门的诉讼也没有这么做。只是在确有此必要的案例中；才作这这一方式的尝试。而这一尝试多是比照明文的“诉讼费由败诉方承担”规则展开的，比加我国台湾司法法院第205号判决有谓“吾国民事诉讼非采用律师诉讼主义。当事人所支出之律师费用，自不在诉讼费用之内。系当事人之旅费及当事人确有不能自为诉讼行为，必须委任人代理之情形所支出之代理人费用，如何认为伸张权利或防御上所必要者，应属诉讼费用之一种，于必要限度内，得令败诉人赔偿。所谓必要限度，依讼争或代理人之事件及当事人、代理人之身份定义。当事人如有争执，由法院断定。”不仅实体上理由必须充足，在程序上还应先交由当事人自行协商，不成才由法官裁定，更说明这一规则不是一项普遍适

用的法定强行规则。(二)是“可不可以”而不是“应不应当”既然在律师收费制度相对健全的英美法系与大陆法系诸国,律师费由败诉方承担尚且无法一概比照“诉讼费由败诉方承担”成为一项原则,那在有关制度尚欠健全的我国,它就更难以形成所谓法律规则上的“应不应当”,而充其量成为具体案例中由胜诉方提出请求,与败诉方协商不成时由法官裁量的“可不可以”,也即它是更深层次法理的适用问题。这不是一个程序法理本身可以解决的,须借助的研究工具是实体法中损害赔偿范围的确定方法。虽然律师费可以广泛发生于各类案件中,但这一确定方法最为成熟的研究领域是民法中的责任理论,这又具体以侵权与违约赔偿范围理论为代表(近年来,由于一些研究工具如相当因果关系、预见、信赖利益、期待利益等的通用,侵权赔偿与违约赔偿正日益分离出通用的关于损害赔偿的“公用”理论。)因此笔者也认为律师费可不可以由败诉方承担,应当更多的纳入到民法中关于损害赔偿的范围的讨论中;看它是不是一种损害,进而是不是一种可以赔偿的损害。

## 二、补偿性赔偿体制下的律师费负担问题

(一)补偿性赔偿体制中“损害”的认定 补偿性赔偿体制最早成形于侵权法领域,它认为加害人对被害人损害的填补是侵权法的基本机能。但实际上,虽然违约责任中承认当事人的契约自由、约定责任,但一般也有个限度,排除少数惩罚性赔偿金的案例,大多数违约责任的赔偿范围仍是“全部损失”,因此,对判断为损失的利益缺口的“填平”而不是再让它“鼓出来一块”是侵权与违约责任制度的传统通例,我国的民法通则特设“民事责任”一章将侵权与违约责任合并,也有这方面的考虑(而这一趋势的另一佐证是侵权

损害的直接损失与间接损失与违约损害的期待利益损失与信赖利益损失在内函上日益接近，甚至在语源上也发生了混用)。“填平”原则体现了民法主体平等、等价有偿的理念。是否具备与加害行为间的相当因果关系，是在补偿性赔偿体制背景下判断律师费是否可由败诉方承担的基本标准。(二) 律师费由败诉方承担的条件 在分出胜负的诉讼案件中，律师费多是受害人因侵害行为的发生，寻求律师协助而发生，与加害行为之间确实存在“无加害行为，即无律师费”的一般因果关系(也即远因)，但这是否符合“如有加害行为，通常就会产生律师费”则须具体分析。无论站在一个“理性人”还是法治社会的角度，诉讼费是当事人为通过公力救济挽回加害造成损失而必然遭受，别无选择的开支(除非符合法律援助的条件)，拒绝开支则无法寻求国家救济，因此它成为主要损失的延伸，成为“全部损失”的组件部分。与之同理的现象是保险法中“施救费用”也是包括在可赔偿的损失中的。相对而言，已形成的诉讼以事实为依据、法律为准绳而不是律师为准绳。法律对有没有律师的当事人一视同仁，认为其诉讼中抽象地位一律平等。有没有律师，一般与诉讼的胜负没有必然关系。律师的介入，更多的是在平等基础上增强“技术实力”的“可选项”。由此社会通常认为在产生加害行为时，并不必然发生非律师介入不足挽回损失的局面；对胜诉言律师费只是或然因素，缺乏与加害行为的概然相当因果关系，从而不是一种可赔偿的损害。法律对当事人的平等预设只是“抽象人格平等”的推定，并不能抹杀实践中当事人诉讼行为能力的不平等(有时甚至是极不平等)的事实反驳。在这一不平等足以威胁一方通过诉讼挽回损失的可能性，或

一方的劣势明显为强势方利用，专业法律工作者的介入对扶正已倾斜的实力对比，保证司法公正，保证受害人能够依法胜诉形成了决定因素。在通常认识中，法律帮助成为弱势方的“唯一”选择时，就可以认为相当因果关系发生了。笔者试列举几种情况：(1)知识能力等身体原因的显著不平等，如一方是文盲、法盲、白痴弱智等又缺乏法定代理人的；(2)政治地位的不平等，一方是在押犯，劳教人员(如法轮功练习者)等；(3)社会综合实力不平等，这种情况大量存在，如作为私人的行政相对人与行政机关，作为个人的消费者与生产者，一般用户、经营者与垄断行业之间等等。总之，笔者以为凡符合必然性要求，律师费就是一种“损失”；相反，诉讼中无所谓强弱，或本处强势方而发生律师费，或律师费的开支虚高，完全超过弱势补强的必须，或者律师明显希望利用这一规则加重赔偿额度以营利的，都不应支持向败诉方转嫁。因此重要的是法官基于公平原则的自由裁量中度的把握。

2、是否存在过失相抵、损益同消的情况 胜诉。败诉常是相对而言，完全支持原告诉讼请求的判例十分罕见(除非他不要求赔偿)，这意味着多数情况下，多少存在双边过错，由此对败诉方实际承担的损失额在胜诉方请求基础上的克减的比例，同适用于确有必要由败诉方承担的律师费的调整上。应区别一种情况：“过失相抵”的存在必须基于案件事实本身，而不是对胜诉方请求赔偿额的克减处理，请求赔偿额过高，即便是报出天价，也是当事人的诉权内容，本身并无过失可言。损益同消是指加害行为对被害人造成损失的同时，亦造成了直接的收益，无加害则即无损失也无收益，为防止赔偿使受害人不当得利，将现状恢复到损害前既无害也无利的原

状，赔偿额应当减去收益。这在律师费の場合几乎不可能发生。但也不绝对，如有极少数律师事务所为了争夺案源而给予委托人回扣、回扣就应作为为利益自转嫁的律师费中扣除。

3、是否存在胜诉、败诉的形式化 源于一般侵权法的补偿性赔偿范围确定方法的一大局限就是它使人们易将胜诉败诉、将赔偿与存在过错条件下的法律责任的“可谴责责任”联系在一起，而忽略其他一些情况：胜败诉并不包含这样的价值评价，而纯为某种事实处理或社会风险的分担与补偿，如无法证明有过错的违约、因承担公平责任而赔偿、败诉方为承担保险责任的保险机构、双方无过错的离婚等，此时胜诉、败诉已形式化。由于这里一般没有真正意义上的加害行为(即有过错的行为)，律师费一概由败诉方承担就有欠公允。笔者认为，此时如果能够证明律师费为胜诉之必须，律师费在胜、败诉方之间依公平责任原则分担为宜。应区别的情形是“零星诉讼”(又称“微利诉讼”)，即为了象征性的经济赔偿(如5角钱)或非经济利益(如为了名誉而要求道歉)的诉讼，不是胜诉败诉形式化。因民法中的损害可是财产的，也可是人身的，要求如何救济是当事人自己的权利。实践中的“零星诉讼”多是涉及价值评价，确实存在过错与“可谴责”性的诉讼，所形成结果是一般的实质上的胜诉与败诉。

(三)一点遗憾 一项发生的律师费，经过相当因果关系的检验被认定为是一项必须的损失，尔后经过失相抵，损益同消的克减，又因为可能的胜诉败诉的形式化而再次打折，那它由败诉方承担的机率与比率在实践中已“微乎其微”，那笔者的推导是不是逆时代潮流的“保守主义”?笔者认为，一项改革措施的推行必须兼顾合理性与合法性，律师费可不可以由败诉方承

担，在补偿性赔偿体制中就只能作是不是相当因果关系中的损失的判断，对此，律师费与其它损失费用相较没有任何例外的理由，若仅仅是泛泛的言及律师费由败诉方承担的好处，甚至是出于狭隘的拓展律师业务的本职需求入手，则已失公允，其可能的弊端也许与利好一样多。也就是说推广律师费败诉方承担的适用范围不能脱离民法制度思考而仅言及那些显而易见，易被当成漂亮话说的“好处”，笔者认为，力图在补偿性赔偿体制下尽量扩展这一规则适用范围的理论依据，只能由补偿性赔偿向惩罚性赔偿体制的转变中寻找。

### 三、惩罚性赔偿体制与律师费的负担问题

(一) 惩罚性赔偿与法律责任的预防功能

预防功能原为刑事责任所特有，它分为一般预防，即通过处罚的威慑抑制新的犯罪；个别预防，即对犯罪人的直接人身、财产限制而剥夺其现实犯罪能力。现在人们日益认为，预防，特别是一般预防是包括刑事、行政与民事责任的一切法律责任的共有功能。而在责任体现为损害赔偿时，仅仅对损失的“填平”能否完成这一使命就殊值怀疑了。因为填平原则对加害、受害双方均恢复原状的作法(这主要体现在补偿为功能的民事责任中)将守法者与违法者等同视之，违法行为并没有付出真正代价，履禁不止，“前仆后继”也就可以理解了。近来我国商标、专利侵权屡禁不止，违约比率居高不下，行政侵权屡屡发生，多少是因为过于强调民事责任补偿原则，无视法律责任的预防功能所致。也就是说，不能坐等违法行为发展为犯罪才强调惩罚性与预防功能，预防应是贯穿于一切违法领域的一般原则。在损害赔偿领域，就是要使加害人付出比它预料高得多的代价，世界各国惩罚性赔偿计算方式多种多样，但一个通用的量化标准

就是让受害人得到比损失更多的赔偿，不仅要“填平”，还要：“鼓出来一块”。这无疑为律师费由败诉方承担拓展了适用范围，放宽了适用条件，事实上，英美法国家更为发达的律师费由败诉方承担的规则，正是由于它们较大陆法更为广泛的惩罚性赔偿规则的适用。（二）律师费由败诉方承担规则的扩张与限度 笔者认为，在执行惩罚性赔偿的场合，胜诉方便不必再去证明加害行为与律师费之间的相当因果关系，只要是本案发生的合理的律师费，法官就可以径行酌判全部或部分由败诉方承担，以为对败诉方惩罚，但这也必须有一个限度。

- 1、只能适用于存在过错的案件。有过错才有处罚，虽然在民法领域也存在无过错的赔偿案件，但正如前文提到的，这其实是一种风险分担机能，不涉及惩罚问题，因此形式化的胜败诉中，律师费不能援引惩罚性赔偿的原理要求败诉方承担(只能依据补偿性赔偿体制下的相当因果关系的证明来实现)。
- 2、只能适用于合理幅度范围内的律师费。惩罚性赔偿不应成为律师主观上引为营利的手段，对利用法律一般预防而与胜诉方虚高约定律师费的部分，不应支持向败诉方转移。但什么是“虚高”，在我国现行律师收费标准严重落后并被事实废弃的条件下判断起来有一定难度。笔者认为还是应委于法官对律师具体项目与诉讼的必要联系的判断。这也说明当前我国出台新的律师收费办法以为标尺的迫切性。
- 3、只能适用于法律明确规定适用惩罚性赔偿的场合。惩罚性赔偿在现有体制中仍是对补偿性赔偿的例外，因此必须法律明确规定，在我国仅限于消费者权益保护法49条以及经修改的知识产权诸法中。只有这些领域的赔偿案件才允许以惩罚为由将律师费向败诉方转移。但从立法的角度讲，当



前中国惩罚性赔偿的范围太窄，力度太轻，法律责任在刑法以外严重缺位。笔者认为，对引起巨大社会危害的那些产品责任、环境侵权、合同欺诈、垄断行业违法行、政府侵权以及刑事附带民事案件，都应有条件的引入惩罚性赔偿机制，也由此为契机，律师费败诉方承担的规则将得到进一步发展。 张力 方毅祖 | 重庆志和智律师事务所 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](http://www.100test.com)