

风险代理的利弊分析 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\\_\\_E9\\_A3\\_8E\\_E9\\_99\\_A9\\_E4\\_BB\\_A3\\_E7\\_c122\\_483436.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E9_A3_8E_E9_99_A9_E4_BB_A3_E7_c122_483436.htm) 商人们谋求数倍之利就会被视为“暴利”，无论从社会公众的普遍反感，还是到法律规范的明确禁止，我们对“暴利”的态度无疑是彻底否定的。而最近刚刚兴起的“风险投资”又使我们产生了新的认识：在某些高风险的投资领域，数十倍以至上百倍的资本回报率却是合理合法的。这两者主要的区别就在于“风险”二字，高风险高收益的投资策略实际上已经成为某些行业不可或缺经营手段，而其中某个项目惊人收益的背后其实是更多项目并且同样惊人的失败与损失，因此“风险”的存在使这些行业整体的收益状况仍然保持在一个比较合理的水平，这也是我们为什么可以将其排除出“暴利”的范畴并且予以容忍甚至加以鼓励的根本原因。风险代理存在的基础也在于此，它的经济价值应从代理人与当事人两个不同的角度加以分析。诉讼中的风险总是客观存在的，通常情况下（非风险代理模式），代理人无须直接承担这种风险，因为他的代理费不会与诉讼结果发生必然的联系，但是潜在与间接的利益损失却是必然存在的，因为当事人极有可能因此而放弃诉讼，这一块的诉讼代理市场也会由此而消失；对于当事人而言，诉讼风险却可以直接影响到他们对诉讼成本与收益的对比判断，主要由诉讼费用与代理费用构成的诉讼成本可能因为败诉而打了水漂，只有当当事人对诉讼可能获得的收益有了必要的信心之后，他才会选择诉讼，进而去选择代理人。无论当事人还是其代理人，他们追求胜诉欲望与意志尽管在

程度上有所差异，但总体方向上却是一致的；而诉讼风险对他们的影响，尽管有着直接与间接的不同，但总的损益方向也是一致的。这两个方面的共同利益使他们有可能更为直接地共同分担诉讼风险从而获得更大的诉讼利益，而这种分担的具体形式便是风险代理。风险代理人与当事人的关系类似于风险投资中的投资人与创业者，前者拥有专业的风险分析与资金投入的能力，但缺少实现这些能力价值的直接渠道与压力；而后者却恰恰相反，他们缺少规避或承受风险的能力与资本，却拥有可以获得收益的部分条件与项目。这两者的结合便可以在整体上实现风险的最小化与收益的最大化。从整个司法实践的角度看，风险代理制度的建立与完善将会引导大量难以通过非诉方式解决的民事纠纷进入司法诉讼程序，这对于促进社会法制建设以及增强人民的法律意识无疑都具有一定的积极作用。风险代理人将直接面对诉讼风险，根据具体的协议，他不但可能得不到任何代理费用，更会损失一笔不菲的前期投入（这笔费用也可能由被代理人负担），这样的风险无疑要大大超过普通的诉讼代理，而由此产生的压力也会转化为更为有效与努力的代理活动；而当事人由于有人分担了其部分或全部的诉讼成本，诉讼风险对于他的影响无疑会大大减少，特别是避免了由于风险的影响而不敢或不愿起诉的无奈窘况。这种风险的增减也将体现为最终所得利益的分配比例，当事人会在胜诉后依约拿出部分收益作为风险代理人的回报，我们也可以因此而理解这种回报可以适当高于普通的代理收费。风险代理必然涉及到对最终诉讼成果的具体分配，风险代理人与当事人在这里也必然会产生利益的冲突与协调，这是风险代理协议的核心内容，也是目前

最为敏感的话题。实践中也已经出现了律师因为被代理人不履行风险代理协议愤而起诉的案件，那位作为被告的被代理人争辩的主要理由就是：“代理人存在欺诈行为。”（央视《今日说法》2002年7月11日、12日播出，《风险代理惹纷争（上、下）》）风险代理的基础是一纸协议，从形式看这份协议一般都无可争议，但当风险代理人按约主张高额的代理费时，却仍有很多人认为代理人拿的这笔钱不太公平合理，至少是“不太地道”，其理由包括：收费超过标准、侵犯被代理人权利、有欺诈嫌疑等等。这种担心尽管不能完全否定风险代理人可以收取较高的代理费用，但也确有一定的道理。风险代理人与当事人对于诉讼及其风险的认识能力有着相当悬殊的差别，前者通过专业的法律知识与丰富的执业经验可以对此作出比较准确的分析与判断，而后者却往往只有一点感性认识。这种信息掌握的不对称极有可能导致协议过程中的欺诈行为，其主要表现为代理人故意夸大甚至谎称各种风险因素，并诱使甚至威逼当事人与其签订显失公平的风险代理协议。这种没有多少的风险的风险代理其实更象是奸商们谋取“暴利”的手段，毫无诚信与公平可言，因此将其从风险代理的范畴中剔除出去应是我们设计这一具体制度的重点内容。由于风险代理在我国司法实践中还处于萌芽状态，法律对此更无任何具体的规范，甚至在理论与实践界还存在着不少的争议，针对风险代理的特点与实际作用以及可能存在的漏洞，笔者提出以下两点不太成熟的初步建议：一、明确认可风险代理的合法性。笔者认为，这种形式的代理将不可避免地成为我国代理收费制度的重要组成部分。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

意思表示并且不违反法律、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”。二、风险代理制度应有严密的法律规范以及具体的监督机制。规范以及监督的重点应在于防止代理人滥用风险代理侵害当事人的合法权益；同时也在于保护风险代理人合法、正当的收益。具体的规范监督措施可以考虑这些做法：1、风险代理协议强制公证或登记生效制度，由公证部门或司法行政机关对具体的代理协议根据法定标准实施必要的审查确认，以此平衡双方的权利义务；2、限制或禁止代理人就某类诉讼请求范围的分配权利，如法定的伤残或死亡补助金、未成年的抚育费用等等；3、就具体的分配比例或代理费用根据适当的标准确定最高限率或限额，这个最高限可以参照的标准可以确定为具体案件法定诉讼费用的3倍至5倍或者当事人胜诉后实际所得的40%。综合对风险代理的利弊分析，这种代理收费形式由于其本身的价值与作用将会越来越多地出现，我们对此应尽早制定相关的规范与制度，正确引导，革弊兴利。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)