

律师风险代理的实质 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\\_E9\\_A3\\_8E\\_E9\\_c122\\_483687.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E9_A3_8E_E9_c122_483687.htm) ??一、世界各国风险代理状况及对我国风险代理的评价 风险代理又称胜诉收费，是律师收费方式的一种。其基本内容是：律师与当事人签订委托合同，约定案件胜诉后按照涉案金额的一定比例收取代理费，如果败诉则不收费，由律师承担必要费用和报酬都不能收回的风险。 风险代理起源于美国并迅速流行起来。在日本，按照《报酬等标准规程》的规定，民事诉讼，非诉案件，行政案件，仲裁案件等应按争议金额收取一定比例的“手续费”，如胜诉加收同样比例的“成功报酬”。但在欧洲一些国家，胜诉收费是被禁止的。比如，英国皇家法律服务委员会就坚决反对胜诉酬金制，理由是这种制度“会导致严重不满”，“只会对有限的诉讼当事人有利，会使部分律师不和比例地获益”，会鼓励当事人纠缠诉讼，使律师成为利益方，影响律师的独立性。我国1997年颁布的《律师服务收费管理暂行办法》未对胜诉费做出规定，只规定了记件收费和按标的比例收费两种收费方式，并严格规定“律师事务所有下列违法行为之一的由价格部门的价格监督检查机构查处：（一）擅自提高收费标准的；（二）扩大收费范围的；（三）自立名目乱收费的；……”。从制定该办法的精神来看，对胜诉收费是持否定态度的。然而，在律师实务中，“风险代理”却大量存在着。尤其在金额较大的人身损害赔偿，名誉权，肖像权，拖欠多年的债务追收案件中，胜诉收费成了当事人和律师的共同选择。而部分地市的律师主管部门对这种方式也

采取了默许的态度，不禁止，不宣扬，静观其发展。这就为这种方式的存在和发展提供了“需要”和“许可”两个重要条件，使之在近年来呈上升趋势，成为律师收费中的一种重要方式。对于风险代理，目前有两种截然不同的观点。肯定者认为：(一)风险代理有利于法律援助事业的发展。在我国现阶段，被侵犯人身权，追索抚养费、拖欠工资、医药费因无力支付律师代理费而放弃诉讼的人大量存在。目前的法律援助体制远远不能满足需要，仅仅依靠“援助”而不是经济手段不能从根本解决问题。如果允许胜诉收费，可以使大量的无力支付律师费的公民得到救助，因为风险代理的一个重要特征就是事先不拿律师费。这对于实现社会正义，维护广大民众，尤其是弱势群体的合法权益具有十分重要的意义。(二)可以形成一种激励机制，促进律师更好地为当事人服务。提高律师队伍素质，加快优胜劣汰速度，尽快和国际接轨。否定者认为：(一)胜诉收费会导致律师挑词架讼，当事人无理缠讼。无端增加了许多诉讼，加大了法院的工作量，不符合法律的“效率”原则；(二)一方面使当事人应当得到的利益受损，另一方面又让律师获得较多的、不适当的利益。实际上侵犯了当事人的合法权益；(三)使律师成为一方当事人，其独立的诉讼地位(如辩护人地位)将失去实际意义，背离了律师“维护社会正义，促进法制完善”职责。笔者认为，无论肯定说还是否定说，都只是从实用的角度对其进行评价，并未触及实质，所以不能对风险代理有一个清晰的认识。

## 二、风险代理的实质? 1、风险代理的合法性? 按“风险代理”究其实质，不过是一种附条件的民事法律行为。律师提供法律服务，当事人支付报酬，并在支付报酬时附了一个条件

胜诉。因为“胜诉”本身是不确定的，但无论胜诉与否，将来一定会发生。(有诉讼一定会有裁判，这是法治社会的必然要求)。这符合“附条件的民事行为”之法律特征。以“胜诉”为条件支付费用和报酬，又存在以下两种情况：(一)所附条件合法。即案件应当胜诉，胜诉符合法律的基本精神，的确维护了当事人的合法权益。如追回拖欠款，医药费，欠发工资等。因所附条件合法，民事法律行为有效，这种风险代理合同当受法律保护。(二)所附条件为不法条件，即案件本身就应当败诉但却约定胜诉。如拖欠贷款不愿偿还，不履行抚养义务，逃避刑事制裁。应当败诉而胜诉从理论上似乎不存在，但在实践中却大量存在。这不仅取决于程序法和证据规则的科学性，法官对“程序正义”还是“实体公正”的崇尚，司法体制，法官个人的素质，品质。而且取决于案件本身证据是否充分确实，法官对证据和事实的认识，律师的办案技巧，经验等诸多因素。(这种应当败诉而胜诉现象的存在也许正是“风险代理”富于魅力的重要原因。)如果约定“胜诉”这一条件本身就是不合法的，是违反法律的基本原则的，则其民事法律行为无效。风险代理合同无效，则双方当事人已经取得的财产应当返还对方。律师返还代理费给委托人似乎没有什么问题，问题是委托人已经取得的侵权赔偿所得是否也应当返还。如果应当返还，当还给谁?如果是返还给对方当事人，则对方当事人并不是“委托合同”的主体，不是合同的“对方”。而且已经法院确认的“赔偿”未经法定撤销程序而返还对方当事人也没有法律依据；如果是返还给代理律师，其所取得的赔偿又不是从律师哪儿得到的；如果是返还给法院，其法律依据又何在??ア?2、费用及报酬与代理结

果的联系 风险代理合同属于我国《合同法》规定的“委托合同”的一种，委托合同可分为商务委托合同和公民间的民事委托合同，民事委托合同一般是无偿的，而商务委托合同一般是有偿的。作为商务委托合同受托人的律师，按照现行《合同法》规定，应当承担的义务包括：?? (一)全权处理委托的诉讼事务。在风险代理情况下，委托人一般都将案件的实体及程序权利全部委托给律师，极少有对代理权限加以限制的情况。律师应当以一个具有相当知识经验人为标准，谨慎地处理好从立案到执行终结每一个环节的事务。这是委托合同的有偿性决定的。?? 二)报告义务。律师应当将案件进展情况以及有关重要实体权利处理情况及时向委托人报告，诉讼终止时，律师应当报告诉讼的结果。?? (三)将诉讼结果转移给委托人。无论胜诉、败诉，均应由委托人承担。委托人的义务也有三个，负担必要的费用；支付报酬；接受诉讼结果。只有律师违反注意义务(一个具有相当专业知识经验善良管理人之义务)；超越代理权限(在风险代理情况下一般是特别代理，越权行为极少发生)；违反亲自代理义务并给委托人造成损失时，才应当承担赔偿责任。换言之，如果律师正确履行了自己的义务，即使案件败诉，律师一样不应承担赔偿责任，委托人仍然应当支付必要费用和报酬。支付费用、报酬与代理结果没有必然联系。 3、律师代理是“给付行为

”(Leistungsverhalten) 还是“给付效果”(Leistungserfolg) 律师接受案件当事人委托后，双方即形成一种债的关系，债的双方当事人之间便产生了义务。债的义务群包括“给付义务”“附随义务”“不真正义务”，其中给付义务为主要义务。在风险代理合同中，双方当事人到底应当互为给付什么呢?作

为案件当事人的委托人，应当给付律师“必要费用”和“报酬”，这没有什么疑义。问题是作为诉讼代理人的律师应当对委托人给付什么，是给付行为还是给效果以及律师能否给案件当事人(委托人)给付效果? 案件的处理结果首先取决于一个国家的法制状况，法律是否健全，司法体制是否合理；取决于案件事实本身以及记录案件事实的证据；取决于一定的诉讼模式、证据规则以及司法人员对证据和事实的认识；取决于法官的品质及个人素质。律师在诉讼中所能做的是：尽最大可能收集证据，帮助法官认识案件事实，正确适用法律，以维护当事人的合法权益。显然，在包括我国在内的“职权主义”国家，律师并不是案件处理结果(胜败与否)的决定性因素。当然，我们并不否认律师在诉讼中的作用，一个好的律师可以帮助当事人最大限度行使权利，获得其所期待的利益。但这并不能说律师在接受委托时就能给当事人一个结果，因为裁判权并不在律师手里，而在那些熟悉法律的法官手里。与说服那些没有法律专业知识的陪审团比，律师想说服法官是十分困难的。在我国现行审判方式中，裁判权并不完全在主审法官那里，标的金额较大的和较复杂的案件均要上审判委员会讨论。一般情况下，审判委员会成员并不参加庭审，不可能聆听律师精彩的庭审发言，极少翻阅律师呕心沥血撰写的代理词，甚至不看案卷和证据，往往是依据主审法官的汇报和大多数审委会成员的意见做出判断。在这种方式下，律师能否对案件的判决造成影响都很难说，又凭什么给当事人一个确定的结果?除非律师和主审法官及审判委员会成员有特殊关系；除非在庭下达成共识或做成某种交易。如果真是这样，那将是中国律师发展史上最可悲的一幕。?ア?

其次，从深层次上说，法官也不能给当事人一个确定的结果。因为在理论上审判权归属于国家，法官只是代表国家行使审判权。法官必须依据国家的授权和法律的规定正确行使审判权，绝不允许凭个人好恶行事。因此，任何一个法官都无权凭自己的意志处分其手中的审判权。况且，程序法的完善制约着审判权的任意行使，如两审终审，合议制，审判监督制度等。这些制度设立完善后，即使某个法官想处分其手中的审判权都不可能。法官尚且如此，又怎么能把属于国家审判权才能左右的诉讼结果让律师承担呢??? 律师代理诉讼，其实质不过是为当事人提供一种劳务，(即“给付行为”)。既然是一种劳务，律师所能做的就是，按照法律规定和律师职业道德、执业纪律的要求以及一个法律人应有的良知，履行好每一个环节的代理义务。至于当事人是否能够获胜与此无关。??三、风险代理不符合我国国情?シ 漫沾?理起源于美国，是与其诉讼结构模式及律师对当事人所负的责任相联系的。现代美国诉讼程序的基本特征是对抗制，在民事诉讼中，主要是律师为当事人出庭辩护。理论上，当事人和代理律师承担提出法律和事实的全部责任，而法官仅有确认或拒绝当事人主张的义务；在实践中，律师对于诉讼的推进负主要责任，原告的律师决定控诉所依据的法律理论、所要进行的证据开示程序、审理时所要提供的证据，以及案件的主导概念。辩方律师也有相应的责任。??正是律师对于诉讼的责任和重要作用，美国在制定一系列法律对律师进行严格管理的同时，对于胜诉收费是允许的。??我国法律体系所采取的是“法官中心制”诉讼模式。法官依职权审判案件，掌握着启动诉讼、推动诉讼、终止诉讼的主动权，并承担收集、审查、判

断证据以及证明、确认案件事实的“证明责任”。而律师只是在法官的指挥下参与诉讼，负有向法官举出自己的证据、阐述自己的主张和观点从而影响法官对案件的判断的责任。因此，无论是诉讼结构模式还是律师对案件所负的责任来看，律师都不能主导案件的处理。显然。在这种诉讼模式和律师责任下，将诉讼结果和诉讼收费联系起来是没有道理的。??其次，中国几千年的封建专制社会中，司法腐败从来都是和金钱相联系的。所谓“自古衙门朝南开，有理没钱莫进来”便是其真实写照。因此，将案件处理结果和金钱挂起钩来，是中国一般老百姓所不能接受的。我国的律师制度才刚刚起步，无论是律师协会的行业管理还是司法行政机关的政府管理，都未形成一套完整的体系，存在许多漏洞。律师的整体素质还不高，律师收费中的违法违规现象大量存在。在这种情况下，如果允许胜诉收费，不仅会导致律师队伍中拜金主义倾向的形成，而且还影响律师的“正义的使者”形象，以至最终辱没了“维护社会正义，促进法制完善”的神圣使命。??综上所述，律师代理诉讼的实质是提供一种劳务，是对当事人给付行为而不是给付效果。因此，将案件处理结果与律师收费联系起来的“风险代理”制度，在理论上不成立，在实践上与我国的诉讼模式和法制状况也不相适应。所以，现阶段在中国不适合实行风险代理制度。 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)