

律师的专家责任 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E5\\_BE\\_8B\\_E5\\_B8\\_88\\_E7\\_9A\\_84\\_E4\\_c122\\_484066.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E7_9A_84_E4_c122_484066.htm)

律师的专家责任应当是律师法体系中的一个重要组成部分。我国律师制度起步较晚，1996年1月1日生效的《中华人民共和国律师法》是以我国律师制度大变革以前的国营为主的计划经济体制为背景制定的，对律师的专家责任有所疏忽。但是，律师制度变革后律师和律师事务所完全走上了市场经济的轨道，特别是2002年我国将法律服务作为服务贸易准入项目已在WTO作出正式承诺。在这样的形势下，律师专家责任的立法迫切性已现实地摆在我们面前。期望此文能起到抛砖引玉之作用。

编者 律师专家责任的涵义 律师的专家责任属于专家责任形式的一种。所谓专家责任是“具有特殊知识和技能的专业人员，在履行专业职能过程中，给他人造成损害所应当承担的责任。”专家责任目前在民法学界备受关注。民法典草案建议案的“侵权行为法”一章中曾经对专家责任作了专门规定，但草案统稿过程中被删除，显然大陆法系的立法模式占了上风，认为专家责任应当由特别法规定。该草案建议案第40条和第41条曾提出的“专家责任”为：具备专业知识或者专门技能，依法取得国家认可的专业资格和执业证书，向公众提供专业服务的专业人士在执业过程中，因故意或过失造成委托人或第三人损害时，依法应当承担的责任。比照专家责任的定义，笔者相应地将“律师专家责任”定义为：具有法律专业知识，并且依法取得律师资格的执业律师，在向社会公众提供法律服务过程中，因过错给委托人造成损害时，依法

应当承担的民事责任。 律师专家责任的性质 长期以来，专家责任的定性一直存在争议，律师专家责任也不例外。主要有契约责任论、侵权责任及混合责任论三种不同观点。笔者认为，专家责任的定性确实存在着契约责任与侵权责任的竞合问题。就律师专家责任而言，根据律师法律服务的专业特点，笔者认为界定为以契约为基础的混合责任比较恰当。理由如下：1. 律师专家责任必须以委托合同为基础，委托合同是双方的权利义务的基础。律师作为熟练掌握法律政策的专家，自其执业之日便同时肩负社会和市场双重使命。律师在履行社会责任时，例如进行法律援助外的免费法律咨询等服务时，没有有偿服务委托合同的约束，即便律师的免费服务行为对服务对象产生一定损害，因双方没有委托服务的权利义务关系，因此，不能对律师追究任何专家责任。只有建立了有偿服务委托关系的当事人才能依法要求律师承担相应的专家责任。因而契约责任是律师专家责任的前提和基础，无偿的法律服务不能加以专家责任。2. 如同其他专家服务一样，当事人与律师表面上平等的委托合同无法掩盖当事人的弱势地位，当事人与律师的合同关系不可能处于真正的平等地位。为此，必须在合同外寻求合理的法律补充。这就是以律师职业道德执业纪律为基础的侵权责任。3. 契约责任与侵权责任根本区别在于契约责任侵犯的是一种相对权利，是一种以对价为基础的相对权（即违反约定义务）。而侵权责任侵犯的是一种绝对权（即违反法定义务，如律师为私利出具虚假法律意见、律师泄露在法律服务过程中获得的当事人的隐私或商业秘密）。显然在法律服务领域，律师主要的责任是围绕契约进行的，侵权责任的介入主要是为保护处

于弱势地位的消费者而增加的部分责任，即所谓“将侵权行为责任纳入合同责任的适用范围”。这种责任的认定，必须比作为普通民事责任的契约责任要严格的多。毕竟侵权责任是契约责任基础上的附加责任。在认定律师专家责任时，不能喧宾夺主，离开主流的契约责任去谈侵权责任。4. 从责任范围来看。契约责任是一种以对价为基础的有限责任，而侵权责任是一种以“损害”为基础的无限责任。律师的法律服务业务与会计师、审计师、税务师都有所不同，律师主流业务无论是诉讼仲裁还是非诉讼的谈判，总是存在一个利益相对的反对方，证据和事实的查明都要受到对方的制约。而且，都存在法定的较短时效，如15天期上诉、30天的举证期、15天的答辩期等，在如此的约束下，律师出差错的概率显然比其他行业的专家会高。以侵权责任取代契约责任，或者偏重侵权责任而忽视契约责任，对律师也施加过重的无限责任，这对以低收费为特色的中国律师业将无疑是不情之责。

**律师专家责任的范畴** 律师既是法律服务的专家，同时也是普通的民事法律主体；法律服务既是专家服务，也是普通民事行为。律师法律服务过程中涉及的民事责任很多，专家责任只是其中的一部分。笔者将律师法律服务过程中的相关民事责任归纳如下：（一）契约型民事责任：律师违反法律服务委托合同所订明的义务行为。这类专家责任行为包括：1. 未全面履行合同义务。这类行为既包括全部未履行，例如未能按照要求进行调查取证、起草法律文书、立案、出庭等；未能完成合同规定的全部法律服务项目，例如法律顾问合同中规定应当提供集体法律知识培训没有履行、包含几个法律阶段的法律服务合同（例如刑事辩护委托合同中包含刑事侦

查、审查起诉、一审、二审等几个阶段，而仅提供部分阶段的法律服务）、无正当理由拒绝出庭等。2. 不适当履行合同义务。这种不适当包括时间的不适当（未按照规定的时间完成法律意见书、拖延提起诉讼的时间等）、主体的不适当（合同指定由高级律师完成的法律服务，律师事务所指定刚执业的新律师完成）、形式的适当（要求以书面进行的法律论证最后仅以口头回答进行，要求追究故意伤害者刑事责任和民事赔偿责任的，律师没有提起附带民事诉讼。能够以合法方式取得的证据，律师为图方便以非法形式取得，导致有关证据的有效性受到质疑等）。（二）侵权型民事责任。律师在执业过程中，因故意或过失损害了委托人被法律赋予的由律师职业道德、法律服务行为规范所保护的權利。包括如下几例：1. 遗失、损坏重要证据。律师作为法律服务专家，应该知道证据对案件的重要性。在许多诉讼、仲裁案件中，关键证据的遗失如果诉讼对方对该证据证明的事实不予以承认，则该委托方将承担举证不能的责任。2. 泄露委托人的秘密或隐私。委托人基于对律师的信任，在委托业务过程中可能披露一定商业秘密或者隐私。律师依据职业道德应当予以保密，不当泄露将侵犯当事人的商业秘密或者隐私权。3. 越权代理。最常见形式是一般代理权的律师，在处理案件时实施特别授权的行为。如一般诉讼代理律师未经委托人同意擅作调解承诺。4. 利用职务之便牟取当事人争议的利益。（三）专业迟延、专业失职的民事责任。当事人基于对律师专业知识的高度信任，将自己有关法律事务托付给律师。但是，如同注册会计师、注册税务师等专业服务一样，律师在服务过程中的举措失当给当事人合法利益造成损失。

这类行为包括但不限于如下几个方面：1．律师在时效期内接受委托，由于没有及时采取法律措施，导致时效过期，当事人丧失胜诉权。2．未对责任主体进行调查，起诉错误主体，导致败诉；3．特别授权的律师错误判断，因诉讼请求定位错误，致使当事人诉讼请求被驳回；例如应该提起确权之诉的，却提起搬迁之诉；4．在法定举证期限内不履行举证责任，导致有关证据不能进行质证；5．应当申请保全措施（包括证据和财产保全）而没有申请，导致有关证据和财产被毁损或转移，从而遭致不利法律后果；6．律师接受强制执行申请委托，未在法律规定的强制执行期限内提出强制执行申请，从而使生效判决流入不受法律保护的自然债务；7．律师提供非诉讼服务，为当事人决策出具严重错误的法律意见，致使当事人采纳后造成重大损失。当然，不断发生的实践可能还会提出更多的事例。上述所列民事责任均与律师的法律服务有关。但是，在上述与法律服务相关的三项民事责任中，我们发现，纯契约责任与纯侵权责任虽然与法律服务有关，但是并不涉及到律师作为法律专家的专业知识的运用。真正涉及专业知识的运用只有第三类民事责任即专业迟延、专业失职的民事责任。而专家责任之“专”当首先在于“专业”之“专”。因此，只有涉及律师专业知识运用的民事责任才属于律师的专家责任。因此，本人认为，只有律师专业迟延、专业失职的责任才属于律师的“专家责任”，才属于本文讨论范畴，而纯契约责任与纯侵权责任则归于合同法和侵权法的调整范畴。 律师专家责任的归责（Imputality）原则 过错责任原则与公平责任原则作为专家责任的普通归责原则能否适用于律师的专家责任需要对照律师业实际情况作

深入分析研究。按照民法原理对“过错”一词的解释，过错包括故意和过失两层含义。而故意是正式契约责任中最常见的违约形式。如前所述，律师专家法律服务过程中所涉及三类民事责任中，只有第三类即迟延和过失责任属于律师专家责任。过错责任中的“故意”属于明显的契约责任和侵权责任范畴，可以适用于纯契约责任范畴的法律服务行为，不能适用于律师专家责任，因此，适用律师专家责任的归责原则，只有过错责任中的过失责任原则。公平责任原则作为调剂民事关系各方权利、义务、风险的原则，同样适用于律师的专家责任。其理由与公平原则适用于普通专家责任一样：其一，权利义务的对等是法律关系的基本原则；但“权利义务的对等”本身是一个相对的概念，要根据定约方各自的订约能力、履约能力等具体情况来确定。律师作为法律服务的专家，一般来说其订约能力、履约能力优于委托方。这是我们研究律师专家责任的出发点。其二，考虑责任者的经济能力，考虑判决的执行可行性，维护法律的权威是司法实践的审判原则；其三，公平原则作为主要归责原则的附加原则对补正主要原则的不足可以起必要的辅助作用。律师业的民事法律关系、律师专家责任的责任平衡同样需要公平责任原则的补充，因此，笔者认为，公平责任原则同样可以作为律师专家责任的补充原则。综上所述，律师专家责任的归责原则是以过失责任原则为主，以公平原则为补充。笔者认为，当事人所以将自己的法律事务托付给律师，是基于对法律专家的充分信任，普通人应当遵守的注意义务，律师作为法律专家不仅更应该遵守（否则将会辜负当事人的重托），而且对其注意的要求更严格，谨慎注意的要求无论多么严格对律师业

来说都不为过，无论是律师还是其他专家都不应在“注意义务”上寻求任何特权或豁免。然而，律师的“注意义务”与普通侵权的注意义务还是有所不同。律师专家责任是针对特定职业的群体责任或者说是职业责任，而普通侵权责任针对的是不特定主体的个体责任。就普通侵权责任而言，虽然对普通责任主体的“注意义务”不如专家责任要求那么严格，但是，普通侵权法更强调侵权的结果。只要有受损害结果，就应该寻求行为人在该结果中的过错，甚至必要时引进“无过错的责任”加以补充。但是，在律师专家责任中不能过分强调行为结果。其理由之一是律师的法律服务中（尤其是诉讼法律服务）存在着一个竞争的对立面，利益矛盾各方同时存在着法律服务的市场需求，但除调解方式结案外，法律服务的结果不可能令双方同时满意。如果强调从结果中寻找律师的过错之因，那么将有一半以上的律师面临令人不安的责任追究。其理由之二是专家责任的主体是个水平参差的群体，而且“专家”之“专”的程度形式上在委托合同里不可能表达出来，但在服务素质上的差别却无可置疑地客观存在着。专家“注意”之能力的差别使得法律无法划一。因此，欧洲一些国家针对专家责任采用了“合理谨慎”的注意标准。该标准认为专家群体中的成员只须尽其所属群体的合理谨慎，他们不负有侵权行为法意义上严格的结果义务，也无须“显示最高超的专业技巧；一个公认的法则是，拥有从事某一特殊职业的胜任之人的通常技巧就足够了。”因为我国《律师法》与律师的职业道德同样对律师专家责任的结果不作要求。而我国律师业起步晚、起点低，律师个体之间水平差异更大更不可能就整个律师业作出划一标准。因此，“合理谨

慎”的注意标准同样可以作为评判律师专家责任的过失标准。

**律师专家责任的内容** （一）律师承担民事责任的法律形式 民事责任的法律形式概括起来主要有十种：（1）停止侵害；（2）排除妨害；（3）消除危险；（4）返还财产；（5）恢复原状；（6）修理、重作、更换；（7）赔偿损失；（8）支付违约金；（9）消除影响；（10）赔礼道歉。普通的民事责任形式不一定适合律师专家责任。笔者认为律师专家责任主要责任形式应该是赔偿损失。因为认定律师专家责任的立法目的在于通过律师承担专家责任，弥补因此给当事人造成的经济损失。而弥补经济损失的法律形式有违约金和赔偿损失两种形式。在专家责任的定性分析时我们知道，专家责任的确定是为了弥补当事人法律专业知识的弱势地位，而在契约之外为保护当事人的合法权益确定的一种法定责任。律师专家责任行为往往无法在委托契约中明文规定，因此，无法适用违约责任加以约束。律师专家责任既然属于法定责任，能够弥补经济损失的法律责任形式就只能是“赔偿损失”这种形式了。我国《律师法》第49条采用的正是赔偿损失的法律形式。

（二）律师专家责任的转移 执业保险 由于我国法律法规政策数量越来越多、越来越细；低取费制度使得我国律师专业化的道路遥远；且法律政策越来越关注当事人的消费者权利；当事人权利意识有了较大的提高。这些种种因素导致律师专家责任风险越来越大。面对日渐严峻的专家责任形势，为降低执业风险，我国律师业近年来开始按照国际惯例推行律师执业保险。参加执业保险的律师一旦依法应当承担专家责任时，可以依照执业保险合同，由保险公司赔付，实际上是将律师个人承担的专家责任转移给保险公司。



笔者是怀着欣喜的心情关注我国律师业这一新举措，希望这一新生事务能够真正造福我国律师业。（三）律师专家责任的限制限制赔偿责任论 1．律师专家责任限制的必要性 律师的执业保险虽然有一定进步意义，却也迷惑了许多律师，使得真正的律师专家责任风险不被重视。实际上，律师的执业风险并不能从根本上解决律师的专家责任风险，不仅因为执业保险只能解决个案责任，不能解决行业风险；也不仅因为保险制度本质决定了保险公司并非风险真正的承担者，无论投哪一种险种，最终的风险还是由律师业自身承担；其不仅因为律师的执业保险一般只能适用于“过失”，不能适用故意。而是因为律师行业的特殊情况，律师执业实践中面临着许多服务行业所不具有的风险。因为：（1）律师业无法像会计师、审计师、建筑师、工程师那样将专业工作精确化、程序化。由于会计师、审计师、建筑师、工程师所从事的专业工作技术性较强，更为重要的是这些专业使用的为自然科学知识。自然科学的一个基本特点是可以精确化、程序化，而且只要严格按照行业技术规程办事，其答案往往是唯一的。即便是选择性答案，以从业人员的专业知识往往也很容易作出无误的专业判断。而律师所适用的法律知识是社会科学，社会科学往往存在较多的观点分歧，同样的事实不同的法律专家即便没有利益偏见也会得出不同的结论。所以，法律服务行业不可能制订出一个精确的程序，律师的服务方式也不可能有一成不变的工作方式。律师的法律服务方式完全由律师根据自己对法律的认知和工作经验，属于一种随机工作方式。会计师、审计师、建筑师、工程师按照规范化的程序一般不容易出错。如果对律师专家责任不作限制，律师的随

机工作方式，往往容易沦为不诚信的当事人作为转嫁责任的对象。（2）律师业务是社会生活的宿影，社会生活日新月异，律师业务也随着千变万化。但是，律师办案依据国家的立法却具有相对的稳定性，因此，相对于社会生活而言，法律永远滞后。但是，律师的法律服务不能遥遥无期地等待对应的立法出现，律师必须对承接的法律业务立即作出处理。在没有法律依据的情况下，律师的举措更容易产生失误。（3）律师业的执业保障尚未完善，直接加大了律师的执业风险。根据《律师法》的精神，律师有权进行调查取证，而律师法律服务的一项措施就是针对案情进行调查取证。但是，现实生活中，《律师法》规定的律师调查权经常遇到障碍，不仅律师对有关公民、企事业单位的调查时需要调查对象的同意，而且即便是调查政府资料，许多政府部门也不予配合。而律师处理的法律事务经常是已经处在激烈矛盾斗争中，无法事先准备证据，只能在法定举证时间内即时完成证据取证和交换证据工作。但现实的执业环境，让律师难以有效开展工作，难免加大律师执业风险，而这种风险是律师个人甚至整个律师业所无可回避的。（4）律师的工作存在着利益对立面的干预。与会计师、审计师、建筑师、工程师等专家服务不同，律师的法律服务都存在着利益对立的相对方，律师的服务措施都会遭遇相对的反措施，这些反措施甚至来自律师自己的专业同行的专业反措施。因此，律师不能像会计师、审计师、建筑师、工程师那样完全冷静无障碍地提供自己的专业服务。在利益对立、专业竞争过程中，律师的服务措施受时间、反措施限制，难免发生处置失当之处。如果法律处罚过重，将会逼得律师谨小慎微，更无法发挥自己的专家

优势。在律师业面临巨大风险情况下，如果对律师的赔偿责任与其他专家服务甚至与其他形式的普通民事赔偿责任相同，则会造成形式上平等而实质上不公平的局面。而且由于上述特别行业风险的存在，这种形式上的平等反而会断送整个行业的发展前途，随着公民法制意识的不断增强，这种行业风险会越来越明显。因此。必须寻求对律师业的特别保护措施。

## 2. 律师专家责任限制的法理依据混合责任属性与公平责任原则。

解决律师业风险过大的根本途径是立法限制律师的赔偿责任，其法理依据来自律师专家责任的混合属性和公平责任原则。按照民法之债法原理，契约之债为有限责任，即违约方的赔偿责任不应当超过合约正常履行后可以预期的利益；而侵权责任的赔偿责任则属无限责任，只要是侵权造成的损失，侵权人均应该承担无限制的赔偿责任。律师专家责任系以契约为基础的混合责任，其民事责任当然应该体现双重特色。契约性特征决定了律师对当事人承担法律责任必须考虑委托合同的对价；侵权性特征决定了律师对当事人承担的法律责任必须以实际损失为依据，不能限于合同的对价。

在律师收入的保障体制方面，我国律师费采取的是聘请方承担原则，而非败诉方负担的国际惯例。律师业这种高风险、低收入的取费体制客观上限制了律师的责任能力。因此，在决定律师的赔偿责任时，应当根据公平责任原则的第二层含义，考虑律师的责任能力。而且，律师的法律服务与其他专家服务不同，其他专家提供服务时，委托人一般只能被动地接受专家运用知识的成果，而律师在法律服务过程中提供的法律意见仅供委托人参考，因为只有委托人才能最后决定法律意见采纳与否。一旦发生律师专家责任事件，表面上直

接归责于责任律师，但是，律师制度的本质上看，当事人自身往往也应该承担间接的选择责任。因此，从公平责任原则第一层含义来讲，对律师的专家赔偿责任也应当进行合理的限制。基于上述法理依据，笔者推论出适合我国律师专家责任制度的责任理论：律师专家责任限制理论。即律师承担专家责任，既不受委托合同酬金的限制，也并非无限赔偿责任，而是以律师酬金为基础的一定范围内。

### 3. 律师专家责任限制范围的讨论

《海牙规则》《维斯比规则》《汉堡规则》的启示。律师专家责任的限制在律师业发达国家都曾有过讨论，但是在笔者撰写本文收集证据过程中，发现真正形成正式有约束力的文件的依据并不多见。1987年7月14日，德国联邦律师协会做成的规则约定律师专家责任最高限度额为每件50万马克。该规则后来虽然被裁定违宪，但其律师专家责任限制的精神却被德国1994年通过的关于修改律师、专利商标代理人职务法所吸收。在国内的立法中，目前尚未发现限制专家责任的立法。如果延伸到服务业，笔者发现1999年8月通过的《广东省保护消费者合法权益条例》第21条规定：“从事照相冲印业的经营者的经营者，造成消费者胶卷、底片损坏或者丢失的，应当按损坏或者丢失胶卷、底片价格的10倍给予赔偿。”上述有限的立法案例虽然有一定的借鉴作用，但是，恐怕难以完全照搬适用于我国律师专家责任制度。笔者在研究本文论题时，发现非专家责任领域的国际运输服务业的三个国际公约倒有一定的参考和借鉴价值：1924年8月布鲁塞尔会议通过的《统一提单的若干法律规定的国际公约》

( International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating To Bill of Lading ) , 又称《海牙规则》(Hague

Rules)规定, 承运人对货物的灭失或损坏, 每件或每单位的赔偿限额为100英镑。1968年布鲁塞尔外交会议通过的《关于修改统一提单的若干法律规定的国际公约的议定书》( Protocol to Amend International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating To Bill of Lading ), 又称《维斯比规则》( Visby Rules ), 规定承运人最高赔偿限额为每件或每单位10000金法郎, 或按货物毛重每公斤金30法郎, 两者中以较高数额为准。1978年3月《联合国1978年海上货物运输公约》( United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea ), 又称《汉堡规则》( Hamberg Rules ), 规定: 承运人的赔偿责任以灭失或损坏的货物每件或其他货运单位相当于835记账单位( 记账单位指国际货币基金组织所规定的特别提款权SDR ) ( 或毛重每公斤2.5记账单位的数额为限; 对迟延交付的赔偿责任, 以相当于该迟延交付货物应支付运费的2.5倍的数额为限, 但不得超过合同应付运费总额。当然, 上述三规则均有例外, 受篇幅限制, 本文不作详细考察。20世纪, 上述三大公约对国际运输业名正言顺的保护促进了国际运输业的迅速发展。律师业尽管与国际货物运输业有较大的差异, 但在一些本质特征上有类似之处: (1) 行业风险大, 但又是整个市场链条中一个不可或缺的环节; (2) 属于服务业, 所收酬金属服务酬金; (3) 经营者存在着契约与侵权责任竞合问题。上述对比说明, 国际货物运输业赔偿责任限制原则对我国律师业具有可借鉴价值。中国律师网编辑:蔡利艳 《海牙规则》、《维斯比规则》因过分偏袒承运人而遭《汉堡规则》淘汰。因此, 我国律师的专家责任借鉴《汉堡规则》更为可取。《汉堡规则》的赔偿限制标准主要有两种。其一是

货物损毁，限制为每货运单位835个特别提款权（SDR）；其二是迟延交货，限制为违约所涉及货物运费的2.5倍，但不得超过合同运费总额。两者区别在于前者是“定额”，后者是“定倍”。中国律师网编辑:蔡利艳 我国律师专家责任的限制标准究竟是“定额标准”还是“定倍标准”呢？笔者认为，应该“定倍”，因为定额是针对具体计费单位，而法律服务是一个整体，无计量单位。因此，律师专家责任限制“定倍标准”比较可行。中国律师网编辑:蔡利艳 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)