

解读我国律师风险代理收费制度 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E8\\_A7\\_A3\\_E8\\_AF\\_BB\\_E6\\_88\\_91\\_E5\\_c122\\_485031.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_A7_A3_E8_AF_BB_E6_88_91_E5_c122_485031.htm) 我国从1993年开始了律师事务所脱钩改制，合伙所逐步成为律师事务所的主体，在全国11000多家律师执业机构中，有7770家为合伙所，占全国律师执业机构总数的70%以上。从享受财政拨款的国家法律工作者到自负盈亏、自谋出路的法律服务执业人员，市场化的驱动使实践中出现律师与委托人协商风险代理方式，即事先不收取律师费用，代理事项完成后，当事人按照协议向律师支付事先约定的费用。有学者研究国外律师附条件收费制度可以分为两种类型：第一种是通常在美国的侵权案件中使用的“contingent fee”制度。按照这种制度，按照协议，律师的报酬是当事人将来可能取得的损害赔偿费用的一部分，这通常表现为所取得的损害赔偿费用的一定百分比。这种报酬的取得，是以协定的条件得以实现为前提的，否则，律师得不到律师费。附条件收费的第二种类型是欧洲的一些国家使用的“conditional fee”按照该制度，律师在案件取得有利结果后，律师会得到一定数量的额外奖赏，但是该奖赏与判决确定的数额没有直接的关系。我国律师界通常所称的风险代理费就是指前者。2000年国家计委、司法部授权各地制定律师服务收费临时标准，一些省、市、自治区的律师服务收费办法中出现了风险代理的收费方式，但规定一般比较模糊。2004年3月20日，全国律协发布了《律师执业行为规范（试行）》在第九十六条和第九十七条规定了风险代理的有关内容，但仍然很不具体。由于规范的缺失，实践中发生多起律

师完成了委托代理事项却收不到代理费而将委托人告上法庭的案例，法院的审判结果极不统一。理论界对此也褒贬不一，有人认为风险代理使律师如果代理事项不能完成不但收不到律师费还要支付交通费等有关费用，会促使律师尽心尽力完成代理事项，律师承担风险越大，理应得到较高的回报，符合社会主义市场经济等价交换原则，风险代理可以使当事人合法权益没有得到保障前尽量减少支出，因而风险代理收费是律师制度文明、进步、合理的表现；也有人提出质疑，认为风险代理只看结果不看服务过程的做法只会将人们对律师工作的理解引向歧途，风险代理会助长律师间的压价拉业务恶习，会破坏规范律师收费秩序，风险代理很容易导致律师不注重业务的培养，而注重拉关系在法官身上下工夫。在国家发展改革委、司法部颁发的《律师服务收费管理办法》（以下简称《办法》）生效之际（2006年12月1日），本文试图将视线聚焦在该《办法》关于风险代理收费制度的规定上，从分析我国法律服务行为的特有属性和矛盾入手，借鉴国外的有益做法，来探讨对律师风险代理为什么要规范、如何规范的问题。

一、法律服务的服务业属性决定了风险代理存在的合理性。毋庸置疑，法律服务具有“服务业”和“法律职业”的双重属性。一方面法律服务和其他商业服务一样具有有偿性、契约性和竞争性；另一方面，由于法律服务通常是由受过专门的法律教育、具备法律规定的任职条件的主体，专门从事法律工作，维护法律的正确实施，维护公共利益和社会正义的一种职业，又具有公益性、专业性和服务领域的特殊性。法律服务双重属性决定了法律服务活动客观上会产生如下矛盾和问题：第一，实现社会公平、正义与追求经

济效益之间的矛盾；第二，法律服务市场需求扩大与法律服务主体供给不足之间的矛盾。从1981年司法部、财政部公布了《律师收费试行办法》到1990年司法部、财政部、国家物价局联合下发的《律师业务收费管理办法》及《律师业务收费标准》再到1997年国家计划委员会、司法部发布的《律师服务收费管理暂行办法》，我们不难看出由于律师被定位于“国家法律工作者”的特性，长期以来律师收费被视为一种行政事业型收费，律师的收费自主权仍然受到严格限制，未授予律师与当事人协议附条件收费即风险代理的权利。96年律师法修改后，明确律师是“为社会提供法律服务的执业人员”，财政部、国家计委二00一年十二月二十八日发布的（财综〔2001〕94号）《关于将部分行政事业性收费转为经营服务性收费(价格)的通知》已明确公证费、律师服务费、乡镇法律服务所法律服务费为经营服务性收费，这些都意味着对律师收费的管理办法不能象以前那样只考虑到律师职业的特殊属性而忽视了它的服务业即商业属性。律师接受当事人的委托为其提供专业的法律服务，势必要投入一定的知识、精力和时间等劳务成本，那么他就有权要求当事人对其享受的服务行为支付相应的报酬。《律师执业行为规范（试行）》第九十二条规定律师收费应当考虑律师从事法律服务所需工作时间、难度、包含的新意和需要的技巧，接受这一聘请会明显妨碍律师开展其他工作的风险，同一区域相似法律服务通常的收费数额、费用标准及支付方式是否固定、是否附有条件等合理因素，在不违反上述原则和法律禁止性规定的前提下应当允许律师和当事人在自愿、平等、等价有偿的基础上就计件收费、按标的额比例收费和计时收费、风险代理

收费等方式进行协商，一旦达成协议对双方都具有约束力。风险代理将委托人和律师的利益高度结合在一起，有学者从经济学的角度分析了风险代理产生的合理性：风险代理改变了利益主体的成本--收益结构：律师的预期收益虽变得不确定但其折现值倍增，当事人的预期诉讼净收益降低却大幅减少了先期成本。前者会提高律师代理的主观能动性，形成律师有制度保障的责任意识，而后者则降低了当事人的风险指数，使当事人对诉讼收益产生必要的信心，从而促使其选择代理人，进入诉讼，以维护自己的合法权益。律师事务所脱钩改制的过程，实际上也是律师职业商业性逐步增强的过程，实践中律师和当事人协议进行风险代理收费由来已久，走在了司法行政部门和律师协会相应的规范出台之前。而这种规范的缺失和模糊，又恰恰反映出对法律服务的商业性属性的认识模糊和漠视。从这个意义上说，风险代理更象是从市场经济的土壤里自发生长出来的一株幼苗--因为律师职业的商业属性在任何一个市场经济的国家都是相通的。因而，我国风险代理制度的确立不存在所谓的“移植”，我们所要做的只是从更好地解决上述两个矛盾为出发点去对这株幼苗修剪枝条罢了。

## 二、风险代理有助于完善国家法律服务体系

从国外发展历史来看，大部分国家和地区包括美国的许多州也曾明令禁止律师风险代理收费，这一禁止来自于普通法上对助诉图利行为的禁止。法院认为收取附条件律师费也是一种帮诉行为，会引发不必要的诉讼，使律师成为道德败坏的诉讼掮客。但是人们逐渐认识到，与风险代理费相关联的一些不良现象是可以通过其他途径来加以解决的。1908年美国律师协会开始允许律师收取风险代理费。除了将委托人和律师

的利益高度结合从而使律师更加维护当事人的利益的优点之外，与固定收费和按小时收费制度相比，缺少资源的人可以利用可能获得的经济利益来雇佣律师，从而明显增加了委托人诉诸司法制度的机会，风险代理费是“穷人进入法院大门的钥匙”。有人认为胜诉酬金在美国存在的合理性和必要性在于其法律援助一直以来极为薄弱，而我们国家一贯重视法律援助工作，法律援助范围比较广泛，加上法院在民事诉讼、行政诉讼中对经济上确有困难的当事人在诉讼费上缓、减、免的救助措施。法律援助保证经济困难的人聘得起律师，而司法救助保证其打得起官司，两者结合，构成了比较完善的救助体系。在这种背景下，再通过律师收费上的风险代理去对贫穷当事人提供救济，没有多少必要。对此观点笔者有不同的看法。律师法规定律师必须按照国家规定承担法律援助义务，2003年9月1日实施的《法律援助条例》首次规定了“法律援助是政府的责任，县级以上人民政府应当采取积极措施推动法律援助工作，为法律援助提供财政支持，保障法律援助事业与经济、社会协调发展。”但是目前的法律援助体系有以下三个困境：第一，由于各地经济发展的不平衡，援助经费严重不足是十分普遍的现象。以湖南省为例，按照《湖南省法律援助专项经费管理办法》的规定，本省刑事援助案件补贴不少于300元，民行援助案件补贴不少于500元，再加上应由财政负担的差旅费、交通费、材料复印费、通讯费等必要的开支，每件刑案的援助成本在400元以上，民行援助案成本在600元以上。但是一些地区按诉讼法援案件计算，每件可供使用的经费不足100元，非诉讼法援案件完全无经费。律师除了无偿提供法律服务之外，很可能还要自己倒贴差

旅费、打印费等，很难调动应有的积极性。第二，法律援助有较为严格的审批程序。《法律援助条例》对援助受理机构有明确规定，排除异地受理，公民申请法律援助的要提交有关证件、证明材料。第三，《法律援助条例》所规定的民事、行政案件援助对象，必须是符合法律援助范围但“因经济困难没有委托代理人的”公民，如《湖南省法律援助条例》规定经济困难的标准由法律援助机构所在地设区的市、自治州人民政府根据当地经济发展水平，参照当地最低生活保障标准规定。在实践中，法律援助机构一般都认为城市低保户、农村五保户符合援助条件，或者要凭当地基层组织或政府职能部门出具的经济困难的证明。以笔者居住的湖南省郴州市为例，2005年末全市总人口460.88万人，全市城镇居民人均可支配收入为9595元，农民人平纯收入为3506元。2005年度全市注册律师267名，共办理刑事指定法律援助案件387件，公民申请的民事法律援助案件367件，公民申请的行政诉讼援助案件3件。可见目前法律援助的门槛还是比较高的，真正能够享受这一途径得到法律服务的人为数不多。在我国还有相当一部分群众处于勉强维持生活的状态，或者即使达到了当地人平基本生活水平，也不是任何一个家庭都负担得起解决法律纠纷的开支，如果是原告的话这部分开支首先就包含了必须向法院预缴的诉讼费。从这个意义上说风险代理制度确实有助于那些经济不那么富裕的人们通过支付预期的收益的方式获得律师提供的专业法律服务。三、法律服务的公益性属性要求对风险代理进行必要的规范和限制。律师实行风险代理收费在实践中一直比较混乱，有的律师在刑事诉讼的案件中也适用风险代理，保命收多少，减一年刑收多少等

等；还有的律师和委托人甚至协议按照判决结果的50%收费等等，这些也是导致对风险代理负面评价的重要原因之一，即律师会为了达到胜诉的目的不择手段，可能会引发司法腐败，还可能会引发不必要的诉讼，浪费司法资源等等。其实这种弊端完全可以通过相应的措施控制在合理的范围之内。

1、限制风险代理的案件适用类型。《美国律师协会职业行为示范规则》（2004）1.5规定律师不得协商收取下列律师费，也不得索取、收取下列律师费：1、在家庭事务关系中，其支付或者数量以离婚之促成或者获取的生活费、抚养费之数额为条件，或者以财产清算为条件的律师费；2、在刑事案件中代理被告人时的附条件律师费。前一规定的原因主要基于公共政策并不鼓励离婚，而且制定法已经授权法官可以要求富裕一些的配偶支付对方的律师费等。对于后一类案件美国法院曾作出判决，认为在刑事案件中禁止风险代理是因为存在使司法发生腐败的风险，但也有学者持不同意见。比照《美国律师协会职业行为示范规则》我们不难看出，《办法》对于风险代理的适用案件类型有较为广泛的限制。那么这种限制是基于什么样的理论支撑、是否能较好地解决目前法律服务市场供求关系不均衡的矛盾呢？这是一个非常值得探讨的问题。笔者把《办法》中禁止风险代理收费的情形和《法律援助条例》规定的援助范围做了比较，发现两者有很大一部分是重合的，由此推断《办法》的制订者显然认为法律援助制度已经能够很好地解决穷人请不起律师的问题，然而通过前面的分析我们已经知道实践中能够通过法律援助享受律师免费提供的法律服务的公民只占据较少的比重，法律援助体系无法照顾到相当一部分人在这类案件上对律师的法律服务

需求，可能产生的结果无非当事人会选择法律工作者或公民代理；或者律师和委托人达成协议明显低于当地计件收费、按标的额比例收费或计时收费最低收费标准，而这又很可能触犯《办法》第26条“以明显低于成本的收费进行不正当竞争的”的规定。另一方面，法律援助制度没有覆盖而《办法》中同样禁止风险代理收费的情形有民事案件中的婚姻、继承案件和工伤赔偿案件，行政诉讼案件、群体性诉讼案件。刑事诉讼案件禁止律师风险代理，可以说具有和《美国律师协会职业行为示范规则》相通的理论基础，婚姻、继承案件尽管因缺乏“在家庭事务关系中”的限制，实际上禁止适用的情形较美国要宽，但考虑到中国的国情和通常的道德价值标准也不无合理之处，但是对工伤赔偿案件，行政诉讼案件、群体性诉讼案件一律禁止适用风险代理笔者无法解释此规范背后的合理依据，例如媒体报道的湖南清源律师事务所律师代理众多投资者起诉三九医药股份有限公司民事赔偿案就是采取风险代理收费的方式，即能维护投资者的合法权益又开拓了法律服务市场，也符合国外通行的做法。

## 2、限制风险代理约定的最高收费额，严格规范风险代理收费协议程序。

《办法》规定办理涉及财产关系的民事案件时，委托人被告知政府指导价后仍要求实行风险代理的，律师事务所可以实行风险代理收费，明确了实行风险代理收费，最高收费金额不得高于收费合同约定标的额的30%。同时又规定律师事务所接受委托，应当与委托人签订律师服务收费合同或者在委托代理合同中载明收费条款。收费合同或收费条款应当包括：收费项目、收费标准、收费方式、收费数额、付款和结算方式、争议解决方式等内容。比例的限制较好地把握了



律师服务追求经济利益和保障社会公正之间的平衡。但是《办法》没有照顾到风险代理收费协议的特殊性，为防止律师利用专业优势误导委托人签定违反其真实意图的风险代理收费协议，有必要设计比固定或按比例收费更为复杂的律师事务所案件审批和协议程序。《美国律师协会职业行为示范规则》（2004）1.5规定“附条件收费协议应当采取由委托人签名的书面形式，应当注明确定律师费的方法，包括律师参加调解、初审或者上诉应当增加给律师的百分比，应从挽回的损失中扣除的诉讼费用和其他费用以及扣除上述费用是在计算附条件费用附条件费用之前还是之后。该协议必须清楚地就委托人是否为胜诉方都要承担的所有费用，告知委托人。在附条件收费事务结束时，律师应当向委托人提交一份书面说明。如果有挽回的损失，应当说明委托人的款项及其确定方法。”比较之下《办法》对风险代理收费协议程序上缺乏细致的规范，为实践中委托人和律师事后发生争议埋下了隐患。

3、规范风险代理律师对委托人的其他经济帮助。律师的服务业属性决定了律师必然会理性地慎重考虑与委托人如何协议风险代理收费，包括除事后收取律师费之外是否为委托人提供其他的经济帮助比如垫付法院诉讼费用等等；另一方面，如果律师提供了其他的经济帮助就可能会要求较高的收费比例，在完成了前述限制风险代理约定的最高收费额，严格规范风险代理收费协议程序的条件下，委托人作为理性的消费者也会慎重地判断是否接受来自律师的其他的经济帮助。因而那种认为如果允许律师为委托人提供其他的经济帮助必然会引发律师借此滥诉、缠诉的想法其实大可不必。《美国律师协会职业行为示范规则》（2004）1.8在利益冲突部

分规定对于系属的案件（指法院已经立案但尚未审结的案件）和准备提起诉讼的案件，律师不得为委托人提供经济帮助，但是律师可以预付法院费用和诉讼费用，对这些费用的偿还可以根据有关事务的结果附条件进行。在注释中进一步明确不禁止律师借给委托人法院费用和诉讼费用，包括医学检验费用和获得提示证据的费用，是因为这些预付费用实际上与附条件律师费难以区别，并且还有助于保证委托人诉诸法院。

四、规范律师收费制度离不开我国司法制度的整体构建。司法行政部门以及律师协会通过制定规范性文件的方式来规范法律服务收费制度很有必要，但是仅仅依靠这一种途径企图应对透过律师收费制度折射出的解决实现社会公平、正义与追求经济效益之间以及法律服务市场需求扩大与法律服务主体供给不足之间的矛盾，显然会力不从心。律师收费制度不仅体现了律师和委托人的关系，还体现了律师同司法制度和司法利益的关系。就前者而言，不同的律师收费决定了委托人和律师的利益的结合程度以及案件损失风险的分配模式，就后者而言，不同的律师收费决定了委托人诉诸司法制度的可能性，并对司法效率以及社会关于司法制度公平性的观念有所影响。在解析了上述律师收费制度与司法制度之间不可割裂的关系之后，有必要在我国的实体法和司法实践中引入“败诉方付费制度”和“诉讼费保险制度”。

1、败诉方支付律师费制度。2002媒体报道了山东省首例民事诉讼败诉方支付胜诉方因诉讼而支出的律师费用的案例，山东省长途电信传输局赢了一场官司，除获得68万元经济赔偿外，其要求被告承担因诉讼而支出的律师费用1、5万元的请求得到了法庭支持。但是由于缺乏明确的法律规定，实践中绝大多数

数的律师费是由委托人承担的。笔者建议在我国民事诉讼中可以引进英国的败诉方付费原则（loser-pays），即由败诉方承担对方的律师费。支持英国规则的主要观点有：公平性。胜诉的当事人不应当为了辩白自己而承担诉讼费用，包括律师费；惩罚性。败诉的当事人积极进行诉讼，而不是就案件进行调解或者放弃其案件，导致对方当事人耗费了律师费，因此应当要求其承担双方的律师费以示惩罚。阻却效果。在面临承担双方律师费的情况下，无甚价值的诉讼行为和骚扰性的诉讼行为将会受到阻却，诉讼中的拖延战术也会减少。因此败诉方付费制度可以起到制裁当事人（包括风险代理律师）滥诉的作用。通过对德国、法国、英国、美国和日本等几个主要国家的立法、司法和学说中关于律师费用负担制度的考察，都不同程度认可了律师费用由败诉当事人承担的制度，而且各国都有严格的律师费用评定制度和法官的自由裁量制度。2002年10月15日起施行的《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十六条规定：著作权法第四十八条第一款规定的制止侵权行为所支付的合理开支，包括权利人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用；人民法院根据当事人的诉讼请求和具体案情，可以将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内。2002年10月16日起施行的《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十七条对制止商标侵权行为所支付的合理开支也做了相同的规定，以上可以看作是首个明确败诉方支付律师费的司法解释，对这一制度在诉讼领域内的引进进行了有益的尝试。当然，为避免一些特殊案件中的当事人或者社会弱势群体因惧

怕面临承担对方律师费的风险而不敢诉诸法院，从而无法获得公平正义的法律救济的不利后果，对败诉方付费原则的适用范围也必须加以限制。

## 2、诉讼费保险制度。

诉讼费保险制度是指投保人通过购买确定险种（诉讼险），在自己与他人发生民事诉讼时，由保险公司通过理赔方式向投保人支付诉讼费用的保险制度。具体而言，即公民预料到自己将来有介入到诉讼纠纷中的可能，在尚未发生诉讼纠纷之前，每月或者每年预先支付一定数额的诉讼保险费用，一旦将来发生诉讼事项，由保险公司为其支付包括聘请律师费用在内的一切诉讼费用。该制度具有一定的优越性：它没有割裂当事人自身利益与诉讼选择的关系，维持了诉讼费用的功效。首先，诉讼费用属于风险共摊、自我消化机制，不会加重财政负担。其次，保险公司在支付保险金时要进行审查，对当事人的无理取闹或滥用诉权行为不预支付保险金，因此诉讼费用的制裁功能和禁止滥诉功效仍然存在。《人民法院诉讼收费办法》规定追索赡养费、抚养费、扶育费、抚恤金和劳动报酬的案件，原告可不预交案件受理费；案件审结时，由败诉方负担。当事人交纳诉讼费用确有困难的，可向人民法院申请缓交、减交或者免交，是否缓、减、免，由人民法院审查决定。实践中法院出于自身利益的考虑对此规定适用率较低，即便适用也只是针对经济相当困难的符合法律援助条件的当事人。诉讼费保险制度是在司法制度中引入市场化的运作，使人们（多为社会的中产阶级）通过购买保险的方式降低和减少预计可能发生的诉讼所带来的诉讼风险，并最终和法律援助制度一起构成一个国家司法救助体系的组成部分。美国斯坦福大学Deborah L. Rhode教授曾指出：“律师的目标是

其收益的最大化；委托人的目标是价值的最大化和成本的最小化”。实际上采取任何一种收费方式都会附着相应的利与弊的因素，如计件或按比例收费，无论法律服务的过程和结果如何，律师事先都已按照有关规定收取了相关费用，容易导致一些律师怠于积极履行职责，实践中群众对于律师的投诉也多集中在“收费不办事”或“收费不认真办事”上。计时收费从理论上更好的体现了法律服务按劳取酬的原则，但在实践中适用的比例较低，重要原因在于委托人担心律师会容易利用当事人对法律事项的无知而任意夸大所谓的投入。风险代理收费同样也有其存在的合理性，同时也需要进行必要的规范，而规范的目的应该是保护委托人和律师双方的利益，从而达到对法律服务市场合理规制的目的。对照《美国律师协会职业行为示范规则》（2004）1.16规定委托人只有在承担了支付律师服务费用的责任的情况下，才能无论有无理由都有权在任何时候解雇律师；1.8规定为保证律师费或者有关费用得以偿还，律师还可以行使法律允许的留置权；1.15规定了律师行使上述留置权的程序。而我国《律师法》只原则性地规定了委托人可以拒绝律师为其继续辩护或者代理，也可以另行委托律师担任辩护人或者代理人，实践中出现的利益即将实现的委托人单方终止委托从而使风险代理律师的辛苦付之东流的现象也时有发生，很遗憾《办法》在应对这一问题上的缺位。（作者：张玲，中国政法大学律师制度方向硕士研究生）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)