

律师责任若干问题初探 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__E5_BE_8B_

[E5_B8_88_E8_B4_A3_E4_c122_485619.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E8_B4_A3_E4_c122_485619.htm) 【关键词】专家责任 合同责任 侵权责任 违约责任 赔偿损失 由于目前律师业务领域的不断拓展，法律事务的专业化程度日益加深，同时律师事务所在业务管理上也存在一些问题及律师在执业过程中的不规范，律师赔偿等责任问题日益突出。但是笔者经过考查目前出现的律师赔偿等责任的审判实践，尚存在较多问题亟待澄清，现本文就此作出相应的探讨，以引起相关部门的注意与重视。尽管律师承担责任首先是由其所在的律师事务所承担的，但为了论述的方便，本文将不区分这两者，而是统称为律师责任。

一、 律师责任概述 律师责任，法学理论界一致认为其本质上属于一种专家责任。所谓专家责任，目前法学理论界也没有一致的概念，邹海林先生认为：专家责任（professional liability），是指提供专门技能或知识服务的人员，因其疏忽或过失而提供的服务存在缺陷致人损失而应当承担的民事赔偿责任。¹而张新宝先生则认为：专家责任（professional responsibility）是指具有特别知识和技能的专业人员在履行专业职能的过程（执业）中给他人造成损失所应承担的民事责任。²尽管其定义表述不尽一致，但是都包含以下几个内容：1、责任的主体必须是专家。这主要包括律师、会计师、医师、公证员，等等。至于专家的构成条件，受篇幅所限，本文在此不作详述；2、是在执行职务中发生；3、必须要有损失，否则无法得到赔偿。笔者在本文中也基本上持上述观点，但略有不同的是，笔者认为律师责任应当分为

违约责任与侵权赔偿责任两大类型，而在违约责任中又分为违约损失赔偿与其他的具体责任承担形式，下面本文就针对这两种责任类型与承担责任的形式进行较为具体的探讨。

二、 律师责任的原因与性质

律师在执业过程中产生的责任，可能存在两种情形：一是律师对其委托人而应承担的责任，二是律师对其委托人之外的第三人所应承担的责任。下面就对这两种情形下应承担的责任进行具体分析。

1、 律师对委托人所应承担的违约责任。

由于律师与委托人之间存在合法的委托合同关系，因此律师承担责任的依据就主要是违反了合同约定的义务而应承担的责任，这种责任性质应当是违约责任。我们知道，根据民事责任产生的依据不同，民事责任可分为法定责任与约定责任这两大类，而且这两类责任的归责原则、举证责任、构成要件、免责事由、赔偿范围与标准等方面都存在一定的差异。按照我国合同法第107条的规定，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的”就应承担违约责任，这一规定被法学理论界普遍认为是一种无过错责任（或者被称为严格责任）。而依据我国律师法第49条规定“律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的，由其所在的律师事务所承担赔偿责任。”很显然，律师法规定律师在承担赔偿责任时是采用的过错责任原则的。那么是不是这两部法律规定存在一定的冲突呢？笔者认为：从表面上来看，的确是存在着冲突，但从实质上来看，并不是这样。因为虽然我国现行的合同法采用的是无过错责任原则，但并不是全部都采用这个原则来处理所有的合同纠纷。合同法第406条就明确规定：有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托

合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失，就规定的是一种过错责任。也就是说，我国现行的合同法采用的是以无过错责任为主、以过错责任为补充的归责原则体系。合同法的这一规定也符合法学理论界对律师赔偿责任的基本观点。对于律师因违法执业给当事人造成损失应当予以赔偿，已无争议。如果律师违反了委托合同的约定但未给委托人造成损失时是否应当承担相应责任呢？笔者认为，根据合同法的第107条规定，如果律师在订立委托合同时对委托人作出了特殊的约定时，如果律师未能按照约定履行合同义务，就算是没有给委托人造成损失，也应承担相应的违约责任，只不过可能会是支付违约金等责任而可能不会产生违约损失赔偿责任而已。至于此类案件中举证责任的负担，笔者认为由于律师对掌握法律知识的优势地位，普通当事人并不一定都会有这个能力来证明律师在执业的过程中存在过错。因此，司法实践中最好采用举证责任倒置方式处理，由律师自己来证明其在执业过程中不存在故意与过错。但是应当由委托人先举出证明律师在执业过程中具有过错的表面证据。由此看来，不如把律师赔偿责任定性为过错推定更为准确。因此，律师在具体承担违约责任时就会可能出现支付违约金或承担赔偿损失等责任形式，而且其构成要件也会有所不同，下文将有所涉及。有些学者并没有认识到律师责任应当包括有违约责任类型，而认为其全部只能属于侵权的民事责任，笔者认为这是不完全的。

2、律师对委托人之外的其他第三人所承担的侵权责任。

由于律师在执业的过程中不仅为委托人提供仅对其适用的法律服务内容，而且也可能会对社会中特定群体的第三人产生相应的作

用，如律师为股票发行人所出具的有关法律意见书，对于投资该股票的人来说就具有一定的影响。由于律师与投资者之间并无直接的关系，而且依据合同的相对性原则也无法从他与发行人之间的委托合同中找到相应的承担赔偿责任的依据。因此，对于律师错误的出具法律意见书而给信赖投资人所造成损失，应当承担相应的赔偿责任。这一责任是基于法律的直接规定而产生，应属于一种侵权的民事责任。我国证券法第161条、第202条等就有相关规定。最高人民法院《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第24条也做出了相应的规定。

三、 律师承担责任的构成要件

在律师的业务活动中，有些律师事务所可能会给其委托人承诺更加严格的要求或者愿意承担更大的责任，以招揽业务或取得当事人的充分信赖。当律师在提供法律服务的过程中违反了合同所约定的义务时，即使是没有给委托人造成损失，委托人也可依据委托合同的具体约定要求律师事务所承担相应的违约责任，比如支付违约金的责任或支付定金的责任（并不是违约损失赔偿责任）。笔者认为，只要是不违反法律法规的强制性规定，应当予以支持，在这种情形下律师承担违约责任的要件就只有一个，即违约行为。但在要求律师承担违约损失赔偿责任的情况下，由于采取的过错责任原则，因此构成要件为过错、损失事实及因果关系。下面笔者就对其进行较为详细的分析。

（一）过错

所谓过错，王利明先生对其在违约责任中适用时的定义为“过错是一个主观和客观要素相结合的概念，它是指支配行为人从事在法律上和道德上应受非难的行为的故意或过失状态，即指行为人通过违背法律和道德的行为表现出来的主观状态。”³很显然，这是一

个主客观因素相结合的概念。那么我们如何来确定律师的执业行为具有过错呢？笔者认为可以从以下几方面进行判断：

- （1）律师的执业行为违反了法律法规的相关规定，或者；
- （2）律师的执业行为违反执业准则的相关规定，或者；
- （3）律师执业行为违反了他和当事人之间的具体约定，或者
- （4）律师的执业行为违反了同类职业人员处理同类法律事务时一般具有的行为要求。如果律师具有以上其中之一行为的，可以认定具有过错。否则，尽管律师的执业未能达到某些要求，也不宜认为律师在执业中具有过错。

（二）损失事实在承担违约赔偿责任中，损失事实是指委托人在财产上所受到的不利益的状态，其既可表现为现有财产的减损，也可表现为将要取得财产或利益的丧失。法学理论界把损失分为直接损失与间接损失，或者是积极损失与消极损失，但主要都是指财产方面的损失，并不包括精神损失。笔者在此不详细讨论其分类是否正确合理，从现行的法律规定来看，这四种类型的损失都是有所包括的，本文后面将会较详细的论述。

（三）因果关系 因果关系是指律师的过失行为与委托人所受到的损失之间存在一定的联系。是否具有因果关系将会影响到律师承担赔偿责任的范围及数额，因此具有相当重要的地位与作用。如果没有因果关系，那么律师的服务尽管具有过错或者是委托人受到了损失，也无须承担违约损害赔偿责任（但可能会承担其他违约责任）。而直接的因果关系与间接的因果关系也对赔偿的范围与数额产生重大的影响，也需要引起我们足够的注意与重视。同时，也应当适用可预见理论及规定，来加强对损失范围的控制与把握。在律师承担侵权赔偿损失责任的情况下，其构成要件也为过错、损失事实与因

果关系，因与一般的侵权损害赔偿的条件与含义基本相同，笔者在此不再赘述。

四、 律师承担赔偿责任的范围及数额

按照合同法的违约责任理论，如果律师承担的是违约责任，那么就算是律师未给委托人造成任何损失也可能会承担支付违约金等责任。当律师承担的是违约损失赔偿责任时，如果委托合同中约定有违约金的，首先只能以违约金作为对损失的赔偿。当违约金过分高于或低于造成的损失时，任何一方当事人都可依据合同法第114条的规定请求对违约金的数额进行适当的调整。在确定律师赔偿的数额时，按照合同法理论及合同法第113条的规定，应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，而赔偿的最高限额是不超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。合同法的这一规定对于以提供法律服务为标的的律师来说，如何正确理解与确定应当引起我们的足够注意。首先，根据合同相对性原则，律师与委托人所签订的聘用合同并不包括除委托人之外的第三人，那么律师在承担过错赔偿责任时的赔偿范围是否应当包括委托人按照律师的法律意见进行的某一经营行为而给他人造成的损失呢？同时，对于“预见或应当预见”的损失，我们是否可以简单地等同于每一份法律意见书或修改合同时所涉及的该项目总的标的额呢？如果真是这样，律师可能承担的责任将会是很大，甚至可能会让律师无法承受，同时也会显失公平。而对于律师所承担赔偿数额的确定，也存在一些尚未明确的地方。比如在律师业内著名的上海市恒积大厦诉上海市建纬律师事务所违约损害赔偿一案中，二审法院最终只是判决由上海市建纬律师事务所退还所收取的律师费及奖励金共240万元，而

对原告恒积大厦主张赔偿违约金2000万元的诉讼请求并未予以支持。而根据另一报道，北京市启明律师事务所在办理一起见证及代为保存票据法律事务时由于过失而使其一个委托人北京新路经济技术开发公司直接损失420万元。一审北京市第一中级法院判决“启明所以对亚美集团未能返回给新路公司420万元承担赔偿责任”，而二审北京市高级法院改判为北京市启明律师所以对“不能清偿部分的百分之十承担责任”⁴。还有其他一些案例中却要求律师对委托人所受到的全部损失承担赔偿责任。由此可以看出，司法实践中也未能对律师承担赔偿责任的范围与数额有一个较为统一的认识。由于法律并没有对律师在承担违约损害赔偿时的赔偿数额的确定作出更加详细的规定，不仅在司法实践中带来混乱，而且也使得律师赔偿责任的数额确定相对处于一种不确定状态，对律师的执业带来一定的消极影响。对于律师承担侵权赔偿责任来说，尽管现行法律没有作出较为详细的规定，但是最高人民法院的部份司法解释也涉及到这方面的内容。在最高法院发布施行的《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第24条就规定了应律师所应“就其负有责任的部分承担赔偿责任”，赔偿数额似乎应为全部损失，只不过是“有证据证明无过错的，应予免责。”同时在第27条中规定“证券承销商、证券上市推荐人或者专业中介服务机构（包括律师事务所，笔者注），知道或者应当知道发行人或者上市公司虚假陈述，而不予纠正或者不出具保留意见的，构成共同侵权，对投资人的损失承担连带责任。”而在第31条中明确规定：虚假陈述行为人在证券交易市场承担民事赔偿责任的范围，以投资人因虚假陈述而实际发生的损失为限。同

时也规定投资人实际损失包括：（1）投资差额损失；（2）投资差额损失部分的佣金和印花税。此外还包括前面两项损失所涉资金的利息。基本上相当于投资者受到的直接损失。从同属专家责任类型的会计责任来看，此前最高法院也在《关于会计师事务所为企业出具虚假验资证明应如何承担责任问题的批复》中规定“会计师事务所与案件的合同当事人虽然没有直接的法律关系，但鉴于其出具虚假验资证明的行为，损害了当事人的合法权益，因此，在民事责任的承担上，应当先由债务人负责清偿，不足部分，再由会计师事务所在其证明金额的范围内承担赔偿责任。”很显然这是一种补充赔偿责任。与前面所讲的连带赔偿责任又不相同，甚至是相互抵触。这两种性质的责任究竟哪种更为合理以及损失如何确定，值得进一步研究与探讨。在一些人的观点中，不论是对于律师承担违约损害赔偿还是承担侵权损害赔偿，一般都认为是应当赔偿全部损失，笔者认为这个观点是并不全部正确。首先，对于委托人所受到的某些损失来说，并不一定都是律师的过错行为直接造成的，只不过是委托人出于对律师的信赖而促使他进一步作出某些行为，律师的过错并不是某损失的必然原因，也就是说委托人所受到的损失与律师的过错只有间接的因果关系，如果由律师来承担全部损失显失公平。其次，律师赔偿责任的范围也应进行适当的限制，不能由律师承担不合理的损失，过于加重律师的赔偿责任，只能是损害律师业的健康发展。尽管现在很多律师协会都为律师买了责任保险，但如果赔偿的实际数额超过了保险金额时，超过部份的损失还得律师自己予以承担。所以这个责任应该说还是比较大的。对于因律师故意给委托人造成损

害的，属于一般的民事侵权责任，应当按照一般侵权责任来处理，笔者在此就不再赘述了。

五、 律师违约责任的免除与免责条款

律师承担违约损害赔偿，我国合同法第406条规定作出了明确的规定：“有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失”。律师法第49条也规定“律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的，由其所在的律师事务所承担赔偿责任。”增加了一种情形为“违法执业”。（很显然，“违法执业”行为本身就足以表明其具有过错，所以律师法的这一规定显得累赘，也许是立法者特意强调吧）。既然法律已经对律师在什么样的情况下需要承担赔偿责任作出了具体的规定，那么是否可以让律师与委托人签订相关的免责条款呢？笔者认为是可以的，比如说当委托人未能如实陈述案情时，未能提供相关的完整的资料时，或者所涉及的法律关系现在没有明确的法律规范来进行调整而律师仅仅发表倾向性意见时，等等。在些情形下，可以约定委托人因接受此意见或建议所采取的行为而受到损失时，律师可以免除责任。只要是双方真实意思的表示，就应当依法确认这些免责条款的效力。但如果律师与委托人之间签订的是一种格式合同，那么按照合同法第40条的规定，提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款应当无效。此外还有不可抗力等因素也应成为免责的条件。而对于律师承担侵权赔偿责任时，由于此责任属于法定之债，当事人不能自行约定，因此应当按照法律的直接规定处理。

六、 对律师承担赔偿责任的评价与建议

1、 律师收费的低廉与责任承担过大问题的思考

以广州市为例，笔者经过不完全了解，目前广州市的律师收费中一

般企业支付的常年法律顾问费用大多数在1万元至2万元之间，很多大企业甚至是大型集团公司也就支付2万到3万元的律师费用，律师费超过3万元以上的情况并不是太多，但是律师在为其提供的法律服务时所涉及的总标的额可能会达到几千万甚至是上亿元人民币。当然，也许这些服务的内容并不都是很复杂，而且也不能简单地以所涉及的总标的额来作为承担责任的依据，但是作为律师可能承担赔偿责任的最大限额应该是具有一定道理的。特别是有些服务内容已经超出了常年法律顾问服务工作范畴而应为专项法律服务时，这些企业很多都不愿意再另外支付专项法律服务费用，而律师也不可能都去拒绝，那么律师如果没有足够的时间与精力来研究和论证，没有仔细地对案情进行详细了解，没有掌握更加完整全面的案件资料，很可能会出现失误。再加上律师专业知识越来越深，专业分工越来越细，律师在服务过程中出现失误的可能也就越来越大。如果都以涉及的标的来确定律师的赔偿限额，这个数额将会是很大。当然，律师也许会从责任承担方面考虑，慎重提出法律意见，或者干脆出具最为保守的法律意见，以避免自己承担相应的赔偿责任。但是，这样的服务又将失去创造性、建设性及前瞻性，看来这些问题的确是很难处理。如果律师很负责地进行研究与处理，可能会减少甚至是避免失误，但肯定会付出更多的时间与精力却无法得到相应的报酬。也许我们也可以采用其他较为灵活一些的方式来进行适当的处理（也就是有些律师所说的处理技巧），但是这样又将会对律师行业及律师业务带来一定的负面影响。因此，这也是律师业亟待解决的一个很现实的问题。我们能不能把律师收费的数额与承担赔偿责任的限额建立起某

种联系呢，或者是按照律师办理法律事务的标的额来计收律师费用呢，笔者认为可以进行研究与探讨。在我国现在有些律师事务所收费中，对于出具法律意见书，办理律师见证，起草、审查、修改合同，代办公司设立登记手续等非诉讼法律事务都按照标的额来计算收费数额，笔者认为这种办法是可行的：因为收取较高的费用可以促进服务的质量，收取更高的费用才能承担更大的责任，这也是权利与义务相一致原则的具体体现。否则，也将显失公平。而且，按照广东省物价局、广东省司法厅2003年7月10日印发的《广东省律师服务收费管理实施办法（暂行）》来看，也规定对于非诉讼法律事务可以协商收费，因此也应当是有收费依据的。但问题的关键是委托人是否愿意支付这些费用呢？在我国目前律师业竞相降低收费标准与数额来争揽业务的情况下，确实还存在很多问题，应当引起相关部门的足够重视，并采取必要的措施来解决这个问题。而对于律师承担赔偿责任的最高限额，建议法律法规或司法解释能够予以合理确定，以保护律师的合法权益，促进律师业的健康发展。

2、法律漏洞、司法机关不同意见与律师过错的认定问题

我们知道，对于司法实践中出现的一些案件，特别是一些新型的案件，由于法律规定并不明确，甚至可能在法学理论界也存在着较大争议，如果在诉讼过程中发生了认识上的不一致，并最终导致案件结果并没有达到与委托人预期的要求，此时应当如何来认定和处理？由于每个律师的理论知识、对法律的理解与掌握或者是诉讼策略存在不同，可能在案件的处理中会采取不同的诉讼方式来进行处理，那么当其采用的诉讼方式没有达到委托人的要求或者没有得到法律的支持时，他是否应当承担任

及应当承担什么样的责任呢？更何况居于裁决地位的法官或仲裁员的理论水平或实践经验也许会存在一些问题，也可能存在错误的裁判。那么按照现行的证据法规定，只要是生效的判决即可作为承担赔偿责任的依据，那么律师是否也应承担因错误裁判而产生的责任风险呢？笔者认为，正确确定律师责任的性质，对于律师承担责任具有根本性的作用，将决定归则原则、举证责任、赔偿范围与数额、免责事由等各个方面，应当根据案件的实际情况来正确确定性与处理。而正确认定律师过错与损失之间的因果关系，合理确定律师赔偿范围与数额，在保护其他当事人各方合法权益的同时也要保护到律师的合法权益，在通过司法裁判活动促使律师提高服务水平与服务质量的同時也促进律师业的健康发展。【注释】1、邹海林《专家责任的构造机理与适用》，载于中国法学网。2、张新宝《专家责任(一)》，载于中国民商法律网。3、王利明著《违约责任论》，中国政法大学出版社1996年版第104页。4、有关案件报道请详见北京律师网《前车之鉴引以为戒三起律师执业责任保险索赔案件引发的思考》一文。文章出处：北大法律网 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