

律师风险代理制度的发展及解读

作者：胡刚 张杨林

司法部、国家发展和改革委员会、国家市场监督管理总局于 2021 年 12 月 30 日联合印发的《关于进一步规范律师服务收费的意见》(“司发通[2021]87 号《意见》”)在律师界引起不小的关注。其中,关于风险代理收费的相关规定是否意味着律师风险代理收费模式遭遇寒冬引发热议。本文尝试在厘清政府指导价、市场调节价与风险代理三者关系的基础上,结合防止干预司法的大背景,对律师风险代理制度做一解读。

一、 风险代理的优缺点

律师服务收费方式基本可分三种:计件收费、计时收费和按标的额比例收费。风险代理收费应归入按标的额比例收费,通常指委托人先不预付律师费或仅支付部分必要诉讼费用,待案件判决或执行后,再按照判决或执行到位债权的一定比例支付给律师作为胜诉报酬,具体可细分为全风险代理和半风险代理。

风险代理将委托人和代理律师的利益一体化,一定程度上促使和激励代理律师在办理委托事项时能够尽心尽责,提高积极性。此外对于低收入的委托人而言,风险代理能够保证其无需预付律师费便能享受代理律师积极投入的优质法律服务,从而获得更好的司法救济。相应地,相较于其他的律师服务收费方式,律师提供风险代理服务往往能够获得可观胜诉酬金,以对冲先期承担的较大风险。

风险代理这种“高风险、高收益”模式亦可能产生弊端。为了取得案件的利益分成,个别律师不惜铤而走险,违背职业伦理和道德法律,向司法人员输送利益、影响司法活动的公平公正;部分律师滥用自身专业优势地位,通过与委托人约定相关合同条款限制委托人接受调解、和解;甚至在刑事诉讼中可能会采取帮助犯罪分子规避刑事制裁、开脱罪责等来谋取胜诉判决。

正因为风险代理具备上述优缺点,国家在肯定其制度作用的同时,也对其适用范围、收费金额等做出了一定的限制。

二、 政府指导价为主,市场调节价为辅,风险代理明确禁区

2006 年 4 月 13 日,国家发展和改革委员会、司法部联合印发了《律师服务收费管理办法》(发改价格[2006]611 号,简称“2006 年《办法》”),确立了律师服务收费以政府指导价为主,市场调节价为辅的定价原则。实行政府指导价的法律服务涵盖了绝大多数的案件类型,除此之外的其他法律服务的收费则实行市场调节价。2006 年《办法》第 11 条、第 12 条还特别规定了禁止律师从事风险代理的案件类型。下表为实行政府指导价案件与禁止风险代理案件的类型对比。

实行政府指导价案件	禁止风险代理案件
-----------	----------

(一) 民事诉讼案件； (二) 行政诉讼案件； (三) 国家赔偿案件； (四) 为刑事案件犯罪嫌疑人提供法律咨 询、代理申诉和控告、申请取保候审，担 任被告人的辩护人或自诉人、被害人的诉 讼代理人； (五) 代理各类诉讼案件的申诉。	(一) 刑事诉讼案件； (二) 行政诉讼案件； (三) 国家赔偿案件； (四) 群体性诉讼案件； (五) 婚姻、继承案件；请求给予社会保 险待遇或者最低生活保障待遇的；请求给 付赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救 济金、工伤赔偿的；请求支付劳动报酬的。
---	---

对比可知，实行政府指导价案件与禁止风险代理案件在类型上存在较大重合，确易使人产生所指相同的错觉。这也是业内人士误将放开政府指导价等同于解禁风险代理案件的一个重要原因。

三、政府指导价限缩，市场调节价扩张

2013年11月9日召开的十八届三中全会将市场在资源配置中“基础性作用”修改为“决定性作用”。在此背景下，2014年12月17日，国家发展和改革委员会发布了《关于放开部分服务价格意见的通知》(发改价格[2014]2755号，简称“2014年《通知》”)，对实行政府指导价的案件进行了大幅度限缩。下表为实行2006年和2014年政府指导价案件类型的对比。

2006年政府指导价案件	2014年政府指导价案件
(一) 民事诉讼案件； (二) 行政诉讼案件； (三) 国家赔偿案件； (四) 为刑事案件犯罪嫌疑人提 供法律咨询、代理申诉和控告、 申请取保候审，担任被告人的辩 护人或自诉人、被害人的诉讼代	(一) 担任 刑事案件 犯罪嫌疑人、被告人的辩护人 以及刑事案件自诉人、被害人的代理人； (二) 担任公民请求支付劳动报酬、工伤赔偿，请 求给付赡养费、抚养费、扶养费，请求发给抚恤金、 救济金，请求给予社会保险待遇或最低生活保障待 遇的 民事诉讼、行政诉讼 的代理人； (三) 担任涉及安全事故、环境污染、征地拆迁赔

2006 年政府指导价案件	2014 年政府指导价案件
理人； (五) 代理各类诉讼案件的申 诉。	偿(补偿)等 公共利益的群体性诉讼 案件代理人； (四) 担任公民请求 国家赔偿案件 的代理人。

需要注意的是，2014 年《通知》并没有提及解禁风险代理的案件范围，但由于其将实行政府指导价的民事诉讼和行政诉讼限定在“9 小类案件”，这与 2006 年《办法》中禁止风险代理的“11 小类案件”基本相同；而且 2014 年《通知》还增加了 2006 年《办法》中政府指导价格案件没有列明的“群体诉讼案件”，导致实行政府指导价案件与禁止风险代理案件在范围上更为趋同（请见下表），在理解上也更易产生误导。

2014 年政府指导价案件	禁止风险代理案件
(一)担任 刑事案件 犯罪嫌疑人、被告人的辩护 人以及刑事案件自诉人、被害人的代理人； (二)担任公民请求支付劳动报酬、工伤赔偿， 请求给付赡养费、抚养费、扶养费，请求发给抚 恤金、救济金，请求给予社会保险待遇或最低生 活保障待遇的 民事诉讼、行政诉讼 的代理人； (“9 小类案件”) (三)担任涉及安全事故、环境污染、征地拆迁 赔偿(补偿)等 公共利益的群体性诉讼 案件代理 人； (四)担任公民请求 国家赔偿案件 的代理人。	(一) 刑事讼案件； (二) 行政诉讼案件； (三) 婚姻、继承案件；请求给予社 会保险待遇或者最低生活保障待遇 的；请求给付赡养费、抚养费、扶养 费、抚恤金、救济金、工伤赔偿的； 请求支付劳动报酬的。(“11 小类案 件”) (四) 群体性诉讼案件； (五) 国家赔偿案件。

“9 小类案件”与“11 小类案件”相比，被删除的是“婚姻、继承案件”。根据 2014 年《通知》，婚姻、继承案件被剔除出实行政府指导价案件，归入实行市场调节价案件，但依然属于禁止风险代理的案件。但在司法实践中，由于对实行政府指导价案件与禁止风险代理案件的性质及范畴认识不清，有地方法院认为 2014 年《通知》施行之后，婚姻、继承案件便可以实行风险代理，如重庆高级人民法院便曾认定 2014 年《通知》对

实行政府指导价的范围进行限缩，婚姻、继承案件不再实行政府指导价，可实行市场调节价，对离婚纠纷的风险代理行为不再禁止¹。

四、取消政府指导价，全面实行市场调节价

在全面深化“放管服”改革的背景之下，2019年5月5日，国家发展和改革委员会印发了《关于进一步清理规范政府定价经营服务性收费的通知》（发改价格〔2019〕798号，简称“2019年《通知》”），严格按照“凡是市场能自主调节的就让市场来调节”的原则，对地方政府定价的经营服务性收费范围进行了调整，取消了律师服务收费的政府指导价，对市场竞争不充分、仍具有垄断性的经营服务性收费实行政府定价管理，如公证服务收费、司法鉴定服务收费仍实行政府指导价。值得注意的是，2019年《通知》对风险代理案件的范围是否变动只字未提。这意味着，禁止实行风险代理案件的范围仍然需要依据2006年《办法》来确定。

2006年《办法》第12条明白无误地规定“禁止刑事诉讼案件、行政诉讼案件、国家赔偿案件以及群体性诉讼案件实行风险代理收费”，但第11条在将“11小类案件”列为风险代理除外情形时，在表述上又绕上了政府指导价，导致在理解适用上使得政府指导价与风险代理难以被恰当厘清关系；加之2014年《通知》发布之后，实行政府指导价的案件与禁止风险代理的案件在范围上更趋一致，以至于出现一些越界的法律实践与相左的司法判决。

实际上，最高人民法院在其审理案件中已经清楚释明：市场调节价与风险代理收费并非同一概念，风险代理收费只是实行市场调节价时的一种收费方式。2014年《通知》第1条第（4）项规定是针对2006年《办法》第5条规定，对律师服务收费实行市场调节价的范围进一步放开，而不是对允许风险代理的范围作了进一步放开²。基于此，最高人民法院认定案涉的群体性纠纷不能实行风险代理收费。

五、风险代理禁区从未变化

2021年12月30日司法部、国家发展改革委原会、国家市场监督管理总局联合印发的《关于进一步规范律师服务收费的意见》（司发通〔2021〕87号《意见》），重申要严格限制风险代理的适用范围，这与2006年《办法》中规定的案件类型完全一致，说明国家对所涉类型案件禁止风险代理的态度从未变化。

2006年《办法》 禁止风险代理案件	2021年《意见》 禁止风险代理案件
(一) 刑事诉讼案件；	(一) 刑事诉讼案件；

¹ 参见重庆市高级人民法院（2019）渝民再60号民事判决书。

² 参见最高人民法院（2019）最高法民申2630号民事裁定书。

2006年《办法》 禁止风险代理案件	2021年《意见》 禁止风险代理案件
(二) 行政诉讼案件； (三) 婚姻、继承案件；请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的；请求给付赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救济金、工伤赔偿的；请求支付劳动报酬的。 (四) 群体性诉讼案件； (五) 国家赔偿案件。	(二) 行政诉讼案件； (三) 婚姻继承案件； (四) 请求给予社会保险待遇、最低生活保障待遇、赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救济金、工伤赔偿、劳动报酬的案件； (五) 群体性诉讼案件； (六) 国家赔偿案件。

2006年《办法》的发文机关是国家发展和改革委员会、司法部，2014年和2019年两份《通知》的发布主体均是国家发展改革委原会。国家发展和改革委员会通过两份《通知》先是限缩、而后取消了2006年《办法》中律师服务费的政府指导价，这是其在职权范围之内依法行政，但对律师从事风险代理案件范围做出变动则不符合其职权设定。此次《意见》虽是司法部、国家发展和改革委员会、国家市场监督管理总局联合印发，但可以看出是由司法部主导（文号为司发通[2021]87号），抄送至国家发展和改革委员会、国家市场监督管理总局等政府机关。《意见》规范的内容也限于律师服务收费，且并未改变甚至提及已被两份《通知》调整明确的市场调节价。这说明所涉行政机关仅在其权限范围内发布规范性文件。由此也可知，在此《意见》之前，国家发展和改革委员会的两份《通知》并不调整属于司法部职权范围内的风险代理案件范围的设定与变更，也即2006年《办法》中禁止风险代理案件的范围一直未有变化。

此次司发通[2021]87号《意见》将禁止风险代理的所有类型案件置于一个条款中统一规定，避免了2006年《办法》中分开规定造成的理解偏差。同时，《意见》还强调禁止对这些案件变相实行风险代理，足以表明对风险代理适用范围的严格限制。在与前述《办法》、《通知》的关系上，《意见》最后一条也表明“本《意见》印发前国家发展改革委、司法部制定的律师服务收费规范性文件的规定与本《意见》规定相抵触的，以本《意见》为准”，这说明此前存在的全面实行市场调节价等同于全面放开风险代理的观点与做法，至此也应自行对照，予以纠正。

六、《意见》的深层次意义及其挑战

司发通[2021]87号《意见》严格规范律师风险代理行为，其意义绝不仅仅在于确认风险代理案件的禁区从未变动，更深层次意义在于为堵住司法腐败的缺口扣上必要的一环。理解这一点，需结合一系列党内法规制度、司法文件，从全面推进依法治国的宏观背景整体解读。

（一）法官、检察官和律师共同维护司法廉洁和司法公正

公正是法治的生命线。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》鲜明指出，要“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。法官、检察官与律师都是社会主义法治工作队伍的重要组成部分，是全面依法治国的重要力量。为加强对司法活动的监督，自内向外切断一切可能导致司法不公的源流，有必要对由法官、检察官与律师为主体而组成的法律职业共同体进行系统协同下的联合治理。

就健全内部监督制约机制而言，早在2015年，多部门便联合发布了防止干预司法“三个规定”，即：

发文机关	发文日期	规范性文件
中共中央办公厅、 国务院办公厅	2015-3- 18	《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》
中央政法委	2015-3- 29	《司法机关内部人员过问案件的记录和责任追究规定》
最高人民法院、最高人 民检察院、公安部、国 家安全部、司法部	2015-9-6	《关于进一步规范司法人员与当事人、律师、特殊关系人、中介组织接触交往行为的若干规定》

“三个规定”为人民法院防止内外部人员干预司法、以案谋私、利益输送架设了全程留痕、依法追责的“隔离墙”和“高压线”，为人民法院工作人员依法履行职责、公正廉洁司法提供了制度保障。

但是，法官、检察官与律师存在的不正当交往问题依然存在，这不仅严重损害了法官、检察官和律师队伍形象，更严重影响了司法公正和司法权威。2021年，全国政法队伍教育整顿全面展开。党中央将“法院、检察院离任人员违规从事律师职业、充当司法掮客”作为政法系统“六大顽瘴痼疾”之一，开展重点整治。为此，最高法、最高检和司法部于2021年9月30日联合印发了《关于建立健全禁止法官、检察官与律师不正当接触交往制度机制的意见》（《禁止不当交往意见》）《关于进一步规范法院、检察院离任人员从事律师职业的意见》，进一步细化了法官、检察官与律师接触交往负面清

单，健全了禁止不正当接触交往的工作机制，完善了法院、检察院离任人员在律师事务所从业制度机制。

至此，法检公职人员迎来了史上最严监管。律师作为社会主义法治工作队伍的重要一员，其规范、诚信执业与司法公正、依法治国也息息相关。完善律师收费管理制度，规范律师风险代理行为，限制风险代理适用范围，避免风险代理诱发司法腐败，也是《禁止不当交往意见》中提及的重点内容。在全国政法队伍教育整顿工作中，司法部将“律师违法违规收费”作为重点问题进行整治。而司发通[2021]87号《意见》的出台，正是司法部对律师行业突出问题专项治理的重要制度成果。

虽然风险代理与司法腐败之间并不存在必然关联，但风险代理的高风险、高收益模式天然地容易诱发关系案、人情案、金钱案。近年来高标的额案件越来越多（如惩罚性赔偿在侵权索赔案件中的适用），易促使极个别律师为了获取高额风险代理费向司法人员进行利益输送。2006年《办法》规定的30%的风险代理收费上限，已经不利于从律师端杜绝因利益输送而引发的司法腐败。为此，司发通[2021]87号《意见》采用分段累进的方式对风险代理收费设定了上限，最高收费比例不得超过18%，以期能够从源头有效遏制司法腐败的诱因之一。

人民法官、人民检察官和人民律师是我国社会主义法治工作队伍的主要成员。国家对法律共同体三管齐下，协同治理，是当下不可逆转的趋势。作为人民律师，理应认识到与人民法官、人民检察官共同维护司法廉洁和司法公正的时代责任，更好地肩负起推进全面依法治国的职责使命。

（二）挑战与建议

司发通[2021]87号《意见》消除了风险代理认知上的分歧，担当了预防司法腐败的使命。但在司法实践中有效阻遏律师迈入风险代理的禁区还需有进一步配套的规范和措施。

代理律师勇于签下风险代理合同的法理支撑在于《民法典》赋予的鼓励交易与合同自由。《民法典》第153条规定的导致民事法律行为无效的情形仅限于“违反法律、行政法规的强制性规定”和“违背公序良俗”，这与《民法典》施行前《合同法》及其司法解释的相关规定也是保持一致的。司发通[2021]87号《意见》的印发机关为司法部办公厅，在效力级别上属于部门规范性文件，即使肯定其为部门规章，对其违反是否必然导致风险代理合同无效仍待明确。当然该一问题，早在2006年《办法》发布之后便已经存在，司发通[2021]87号《意见》的印发，并未对此改观。

司法实践中，律师超出案件适用范围从事风险代理也曾被法院予以支持，主要理由即禁止风险代理的2006年《办法》效力层级过低，而《合同法司法解释一》（法释[1999]19号，现已失效）第4条明确规定“合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据”，更是直接限制了2006年《办法》的适用。例如，北京市第一中级人民法院在（2020）京01民终8055号案件中认定，代理律师在劳动报酬纠纷案中签订

的风险代理《委托代理协议》系双方真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，应属合法有效；重庆市高级人民法院在（2019）渝民再60号案中则认定离婚纠纷案件实行风险代理合法，理由之一是《律师服务收费管理办法》属部门规章，对其违反不导致代理合同无效。

但是，律师超出案件适用范围从事风险代理可能违背公序良俗，进而导致代理合同无效。如有人民法院在判决书中认为“家庭是社会的重要组成部分，婚姻家庭和睦才能有利于社会和谐稳定，离婚诉讼案件除涉及个人利益外，更涉及到社会公共利益、社会秩序和社会风尚，即公序良俗。离婚案件实行风险代理，不能排除利益驱动因素，不利于维护家庭和睦、社会和谐。因此，离婚诉讼案件实行风险代理不符合公序良俗”³。最高人民法院也认为刑事案件风险代理干扰了正常的司法秩序，损害了司法公正和社会公共利益⁴。

与风险代理的适用范围相比，收费金额的限制对代理律师的约束作用则相对较小。主要原因是律师服务收费已经全面实行市场调节价，对允许风险代理的案件超出18%的最高比例收费，实际与违背公序良俗无涉，风险代理与司法腐败之间不存在必然联系。律师的职责定位、人民属性与充分的市场竞争其本身也并不冲突。

毋庸置疑，禁止律师对特定案件实行风险代理有其内在的法律价值和社会价值。人民法院可通过认定违背公序良俗来确认逾越禁区的风险代理合同无效。但如律师对允许风险代理的案件超出18%的最高比例收费，似不宜断言高比例的风险代理收费可能影响司法，故公序良俗原则在此处适用空间应较有限。一种可行的方案是，可以将禁止实行风险代理的案件类型范围纳入今后待修订《中华人民共和国律师法》中予以规定。进而，对于分段累进的风险代理收费方式及比例，在进一步论证其科学合理性之后，也可考虑一并纳入。唯此，将更有助于正确厘清律师风险代理的边界和具体要求，才能在坚持法治轨道上持续推动律师治理体系和治理能力的整体性优化，从而为建设法治国家、法治社会、法治政府的建设做出应有贡献。

³ 参见山东省高级人民法院（2020）鲁民再156号民事判决书；新疆维吾尔自治区克拉玛依市中级人民法院（2021）新02民终326号民事判决书。

⁴ 参见最高人民法院（2012）民再申字第318号民事裁定书、（2018）最高法民申1649号民事裁定书。