

损害赔偿理论与司法实践丛书

丛书编委会主任 祝铭山

编著 严军兴

律师执业

损害赔偿

人民法院出版社

损害赔偿理论与司法实践丛书

律师执业损害赔偿

严军兴 编著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

律师执业损害赔偿/严军兴编著. - 北京: 人民法院出版社, 2001.

(损害赔偿理论与司法实践丛书)

ISBN 7-80161-171-3

I. 律… II. 严… III. ①律师业务-研究-中国 ②诉讼-赔偿-研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 020847 号

律师执业损害赔偿

严军兴 编著

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 9.75 印张 232 千字

2001 年 6 月第 1 版 2001 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1-3000 册

ISBN 7-80161-171-3/D·171

定价: 16.00 元

损害赔偿理论与司法实践丛书

编 委 会

主 任 祝铭山 最高人民法院副院长
执行主编 杨立新 最高人民检察院民事行政检察厅
厅长

编委会委员 (以姓氏笔划为序)

丁年保 上海市公安局长宁分局局长
丁寿兴 上海市长宁区人民法院院长
于新年 人民法院出版社副总编
王卫星 吉林省人民检察院检察干部学校
副校长、教授
王世勋 天津市高级人民法院副院长
王韶华 河南省高级人民法院经一庭庭长
毛玉光 中国投资银行
白尊三 湖南省岳阳市人民检察院政治部
主任
孙际中 湖北省人民检察院培训中心副主任
孙绍有 人民法院出版社副社长
刘景一 中央民族大学法律系副教授
回沪明 原人民法院出版社社长、总编
陈 旭 上海市第一中级人民法院院长

李玉臻	山西省高级人民法院院长
李玉成	河北省高级人民法院院长
肖 声	辽宁省高级人民法院副院长
吴合振	河南省高级人民法院副院长
何通胜	北京市高级人民法院经济庭督导组 组组长
李炳余	广东省高级人民法院副院长
闵治奎	原人民法院出版社副社长
张时贵	福建省人民检察院检察长办公室 副主任
杨亚平	人民法院出版社副社长
范春雪	人民法院出版社编辑
张步洪	最高人民检察院民事行政检察厅 干部
杨临萍	最高人民法院行政庭
定庆云	中共中央党校研究生
房绍坤	烟台大学法律系教授
郑 刚	北京市高级人民法院副院长
索维东	吉林省人民检察院检察长
姜丹明	国家知识产权局
赵学良	中共中央党校研究生
韩云萍	安徽省高级人民法院院长
靳 军	湖北省人民检察院检察长
鲍绍坤	福建省人民检察院检察长
范春雪	

组织策划

■ 编 者 的 话 ■

随着我国社会主义法律体系的不断调整 and 不断完善，公民法律意识不断增强，有关损害赔偿的案件呈上升趋势，新类型案件不断涌现。在我国的法律体系中，损害赔偿尚未成为一个独立的法律部门，但有关损害赔偿方面的法律规定却贯穿于民事、经济、行政、刑事等多方面的法律之中，每一部法律都离不开损害赔偿的调整功能，国务院及其各行政主管部门发布的行政法规和部门规章、最高人民法院发布的司法解释等，都涉及到损害赔偿的具体适用和具体规定。可见，损害赔偿是我国法律体系中的一个重要的组成部分。

法律的不断制定和完善，普法宣传的深入和扩大，使广大公民的法律意识也在不断增强，公民个人在日常生活中遇到问题或引起纷争，不再是私自了断，而是拿起法律武器保护自己的合法权益，其中涉及最多的就是损害赔偿问题。但是公民不是专门研究法律的，对有关损害赔偿的法律规定了解、掌握的不完整、不全面，这就需要将对散见于各个法律部门中有关损害赔偿的规定加以归纳和整理。通过损害赔偿诉讼，制裁侵权行为，保护合法权益，同时可以向公民进行法制宣传教育。

为了便于广大公民、人民法院工作人员、律师等查阅和诉讼的进行，人民法院出版社出版了“损害赔偿理论与司法实践丛

书”。目的是将散见于各个法律、法规和司法解释中有关损害赔偿方面的规定加以归纳、整理。从理论方面阐释损害赔偿法律规定，并例举说明在司法实践中经常遇到的、应该引起注意的问题，力争形成一整套有关损害赔偿的完整体系。

本丛书力求体现以下特点：1. 全面。根据我国现行法律、法规、司法解释的规定，对所有有关损害赔偿方面的法律规定加以整理和概括，反映我国有关损害赔偿法律规定的全貌。2. 突出实用性。对损害赔偿方面的法律规定进行分门别类，针对每一个类别予以详细阐述，结合案件说明理论，做到说理透彻、明了；研究司法实践中的难点和热点话题，研究司法实践中遇到或可能遇到的问题，按图索骥，寻找到满意的答案。3. 细致深入。根据损害赔偿的类别进行论述，对每类别的理论叙述和探讨都要深入、细致，一方面细致地研究该类别中的理论问题，另一方面又要有一定的深度，不能泛泛而谈。

我们殷切地希望广大读者能同我们一样对这套丛书予以关注，并能提出宝贵的意见。我们期待着这套丛书将在法律上给予您一定的帮助。

编 者

1999 年 5 月

目 录

导 言	(1)
第一章 建立律师执业损害赔偿责任的必然性和必要性 ..	(4)
一、公平、正义是法治社会的根本原则和终极追求 ..	(4)
二、建立律师执业损害赔偿责任，是完善我国社会主义律师制度，实现依法治国，建设社会主义法治国家的客观需要 ..	(11)
三、我国律师执业损害赔偿责任的孕育、雏形及其作用 ..	(15)
第二章 律师执业损害赔偿与一般民事损害赔偿的关系 ..	(25)
一、民事损害赔偿的一般概念及其主要特征 ..	(25)
二、侵权损害赔偿与违约损害赔偿 ..	(30)
三、损害赔偿的作用及其功能 ..	(35)
四、律师执业损害赔偿同一般损害赔偿的关系 ..	(38)
第三章 律师执业损害赔偿责任的概念及其法律特性 ..	(42)
一、律师执业损害赔偿责任的概念 ..	(42)
二、律师执业损害赔偿责任的性质 ..	(45)
三、律师执业损害赔偿责任的法律特征 ..	(51)
第四章 律师执业损害赔偿责任的构成要件 ..	(56)

一、必须有致当事人以损害的行为发生·····	(56)
二、必须有对当事人造成损害的客观事实存在·····	(57)
三、必须要有执业律师主观上的过错·····	(61)
四、损害行为与损害事实之间必须存在着因果关系 ···	(63)
第五章 律师执业损害赔偿责任产生的基础·····	(66)
一、律师的法定义务及其不履行的后果·····	(67)
二、律师事务所在接受委托时，与委托当事人签订的委托协议，是构成律师执业损害赔偿责任的第二个基础关系·····	(75)
第六章 律师承担执业损害赔偿责任的行为种类及其样态 ···	(115)
一、超越委托代理权限·····	(116)
二、遗失、损坏重要证据·····	(118)
三、应当收集证据而没有收集·····	(121)
四、因主观过错超过诉讼时效·····	(123)
五、不能正确主张权利·····	(124)
六、无故拖延或不依法履行职责·····	(128)
七、泄露委托人的秘密或者隐私·····	(132)
第七章 律师执业损害赔偿责任的主体·····	(136)
一、律师执业损害赔偿责任的行为主体·····	(136)
二、律师执业损害赔偿责任的责任承担主体·····	(143)
三、律师事务所对致害行为律师的追偿权·····	(146)
第八章 律师执业损害赔偿责任的归责原则·····	(149)
一、律师执业损害赔偿责任归责原则概述·····	(149)
二、归责与归责原则·····	(150)
三、律师执业损害赔偿责任归责原则与体系之辨析·····	(154)
四、律师执业过错的认定标准·····	(164)
五、过错责任原则在解决律师执业赔偿责任时的适用 ···	(169)

第九章 律师执业损害赔偿案件中的举证责任 ·····	(172)
一、我国民事诉讼中举证责任分担的原则·····	(173)
二、在律师执业损害赔偿案件诉讼中举证责任分担 的基本原则·····	(175)
三、举证责任倒置的方法在律师执业损害赔偿诉讼 案件中的适用·····	(180)
第十章 执业律师的免责条件与抗辩事由 ·····	(183)
一、律师执业损害赔偿案件中抗辩事由的概述	(183)
二、律师执业损害赔偿案件中的抗辩事由	(187)
第十一章 律师执业损害赔偿纠纷的裁决程序 ·····	(200)
一、律师执业损害赔偿纠纷受理机构概述	(200)
二、律师执业损害赔偿纠纷裁决委员会	(201)
三、开庭裁决的具体实施	(213)
第十二章 律师执业损害赔偿的复议程序 ·····	(221)
一、律师执业损害赔偿复议程序的概述	(222)
二、建立律师执业损害赔偿复议程序的必要性	(229)
三、律师执业损害赔偿复议的程序	(235)
四、建立复议监督程序的设想	(251)
第十三章 律师执业损害赔偿案件的诉讼程序 ·····	(257)
一、起诉	(259)
二、受理	(260)
三、反诉	(262)
四、审理前准备	(264)
五、开庭审理	(266)
第十四章 律师执业损害赔偿的范围及其数额 ·····	(271)
一、律师执业损害赔偿的范围	(271)
二、律师执业损害赔偿的数额确定	(279)

第十五章 律师执业损害赔偿的实现及其资金来源	(286)
一、律师执业损害赔偿责任的二重性.....	(286)
二、律师执业损害赔偿责任的实际履行.....	(288)
三、提高律师赔偿能力的途径.....	(289)
结语	(296)
主要参考书目	(299)

■ 另 · 言 ■

西方先哲狄骥在他的《宪法论》中有过这样一段著名论述：“法律规则一方面强迫全体人尊重每个人的个人权利，另一方面又对每个人的个人权利加以限制，以便确保个人的权利受到全体人的保护。”法律象要求所有社会成员一样，严格规范着律师，它既赋予了律师职业以种种独享的权利，又规定了律师职业以种种独有的义务，使这种权利与义务达到高度的对等与统一，由此也奠定了律师执业损害赔偿责任的基本原理。

律师执业损害赔偿责任的是一国律师制度中不可缺少的组成部分，它是现代律师制度区别于旧律师制度的一个重要标志。在国际上，有许多国家，特别是那些法治比较健全的国家，几乎都有完备的律师执业损害赔偿责任的。一旦律师在执业中因其过错而给委托人造成损失，律师或律师事务所必须承担赔偿责任，尤其是在民商事案件中还可能承担较大的赔偿责任。由此，也有效地增强了社会公众对律师职业的依赖程度，巩固了律师与当事人之间的法律关系。

我国的律师制度自 70 年代末恢复至今，已走过了 20 多个春秋。1996 年 5 月 15 日我国《律师法》的颁布，是我国律师制度

发展史上的里程碑，尽管法中有诸多不尽如人意的地方，但是，它毫不犹豫地确立律师执业损害赔偿责任，将人们追求公平的价值变为法律准则，不能不是一大进步。诚然，当事人要求公平，必然导致执业律师对自己造成的损害及行为负责；律师承担赔偿责任实际上是在偿还自己在执业时，由于违法执业或者过错所欠下的“公平之债”，这是公平正义之法律原则的要旨必然。但是，当律师所负的赔偿责任越过了“合理”的界点，对执业律师来讲，也是不公平的。因此，如何使执业律师赔偿责任制度建立在正确的理论指导之下，确实是法学界、法律界和司法界共同面对的一道迫于眉睫的理论与实务课题。在这期间，虽然近些年来，伴随着我国律师制度的建立和逐步完善，以及我国律师队伍的不断壮大，有关律师制度的理论研究也日益开展起来。涉及律师制度的研究成果经常见诸于报端，特别是一批律师制度研究方面的专著的出版，填补了该领域的许多空白，为繁荣律师制度的理论园地作出了令人叹服的重要贡献。

但是，与法学的其他分支学科相比，似乎很难对目前律师执业损害赔偿责任的研究现状持乐观态度，由于这一研究领域的相对滞后，就必然使我国的律师制度同世界发达国家的律师制度相比，存在着令人痛疾的差距。

在我们看来，目前我国的律师执业损害赔偿责任的理论与实务研究在总体上呈现出如下三种状态：一是零碎的、非专题的、涉猎性的研究成果较多，而专题性整体性的研究成果较少。从《律师法》颁布之后出版的有关律师制度与律师实务的著作、教材中，几乎无不涉及到律师执业损害赔偿责任问题，但是，由于只是书中的一章或者一节，因而难免高度概括，使人总有“雾里看花”之感；缺乏对律师执业赔偿责任全貌性、整体性和专题性的了解和把握；二是介绍式、释义式的研究成果较多；而从比较

借鉴入手，从法学基础理论角度阐释原理和实务论证结合上的研究成果较少。因此，未能为立法和制度建设提供强有力的方向性指导；三是学者们各抒己见，“百花齐放、百家争鸣”的研究成果较多，而联系实际，认真分析、兼容并蓄的研究成果较少。由此带来的是忽视了对实践中律师执业损害赔偿责任的优劣缺少准确而深入的分析与把握，使系统性的对策研究缺乏说服力和针对性。

有鉴于此，我们还是站在以前这些“拓荒者”肩膀上，在吸吮其研究成果的“乳汁”的基础上，开始本课题的研究。并设置了以下两个目标：一是力图从理论上入手，讲清是什么、为什么，拓展就事论事的研究模式，并尽可能做到体系的完善与论述的协调；二是在充分摆明学界的不同观点、国外相关制度的不同特点的基础上，表明自己的观点，并在认真研究我国具体国情和律师执业损害赔偿责任的问题和难点的同时，提出尽量周全、可行的解决方案，以便能够符合实践，并指导和服务实践。

第一章

建立律师执业损害赔偿责任的必然性和必要性

我国《律师法》第49条明确规定：“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。律师事务所赔偿后，可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。律师和律师事务所不得免除或者限制因违法执业或者因过错给当事人造成损失所应当承担的民事责任。”此条法律规定，以立法的形式，确立了律师执业损害赔偿责任。依据法律进一步建立和完善律师执业损害赔偿责任制度也已成为法学界、律师界和广大当事人所热切关注的问题。因此，本章想就建立律师执业损害赔偿责任的必然性和必要性作一些理论上的研究和探讨。

一、公平、正义是法治社会的根本原则和终极追求

(一) 法律是为公平和正义而产生与存在

纵观人类社会漫长的发展历史，

我们不难看出这样一个真理：人类社会的发展史是一部黑暗

与光明、落后与进步、野蛮与文明、专横与平等的斗争史。因为社会要进步，人类要发展，这是历史发展的必然规律，任何人、任何力量都不可能使之倒转。然而，细心的人还可以发现，人类社会的这种发展和进步，还伴随着另外一种社会现象，这就是法律的从无到有，从不健全到健全。法律作为人类社会一种独有的社会现象，它的产生和发展，伴随于自阶级产生以来的人类社会。在人类社会的进步和发展中，发挥着举足轻重的作用。那么，人类社会何以呼唤和造就“法律”这一社会上层建筑的重要组成部分，并且厮守法律寸步不离呢？道理很简单：那就是追求公平和正义，是每一个善良人们的渴望和希冀，倘若一个社会没有了公平和正义，那么，人们就会对这个社会失去希望，这个社会也会因人们的失望而逐渐走上衰落和灭亡。而要维护社会的公平和正义，保证人人享有公平、公正和自由，最有效、最可靠的武器莫过于法律。因此，我们说，维护公平、正义是法治国家的根本原则和终极追求。

我们国家是一个人民当家作主的社会主义国家。每位公民依照中华人民共和国宪法和法律享有广泛的民主和自由权利，任何损害公民民主和自由及法定权利的非法行为都应当承担相应的法定责任。

江泽民同志在党的十五大报告中明确指出：我国经济体制改革的深入和社会主义现代化建设跨越世纪的发展，要求我们在坚持四项基本原则的前提下，继续推进政治体制改革，进一步扩大社会主义民主，健全社会主义法制，依法治国，建设社会主义法治国家，发展社会主义民主政治，是我们党始终不渝的奋斗目标。没有民主就没有社会主义，就没有社会主义现代化。社会主义的本质是人民当家作主。国家的一切权利属于人民。我国实行的人民民主专政的国体和人民代表大会制度的政体是人民奋斗的

成果和历史的選擇，必須堅持和完善的這個根本政治制度，不照搬西方政治制度的模式，這對於堅持黨的領導和社會主義制度，實現人民民主具有決定意義。發展民主必須同健全法制緊密結合，實行依法治國。所謂依法治國，就是廣大的人民群眾，在黨的領導下，依照憲法和法律規定，通過各種途徑和形式管理國家事務，管理經濟文化事業，管理社會事務，保證國家各項工作都依法進行，逐步實現社會主義民主的制度化、法制化，使這種制度和法律不因領導人的改變而改變，不因領導人看法和注意力的改變而改變。依法治國，是黨領導人民治理國家的基本方略，是發展社會主義市場經濟的客觀需要，是社會文明進步的重要標志，是國家長治久安的重要保障。這是我們黨和國家的最高決策層，在建立和建設社會主義市場經濟的條件下，第一次把依法治國，建設社會主義法治國家作為建設有中國特色的社會主義的治國方略，它充分表明我們國家把建設社會主義法治國家和發展社會主義市場經濟一樣都作為建立有中國特色社會主義的根本任務。依法治國、依法行政、依法維護公民的權益，是黨和政府的不懈追求，是確保社會主義事業發展和鞏固的根本之所在。可見，追求社會的公平和正義，更是社會主義法治題中的應有之義，它的實現需要黨、國家和包括律師業在內的各行各業在實施自己的本職工作中恪盡職守，一一加以努力和實施。

綜上所述，我們可以看出，法律是正義的化身，法律是公平的使者，在現實中一旦出現了違背正義、有失公平的事情，法律就應當以自己手中的“天平”和“利劍”來查明失衡的原因，區分責任，匡正驅邪、恢復公平。

（二）律師是為法而生，為公平、正義而戰

律師這一職業是神聖的、崇高的。無論是資本主義社會的律