

克林顿的律师执照还有用吗? PDF转换可能丢失图片或格式，  
建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E5\\_85\\_8B\\_E6\\_9E\\_97\\_E9\\_A1\\_BF\\_E7\\_c122\\_483549.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_85_8B_E6_9E_97_E9_A1_BF_E7_c122_483549.htm) 克林顿的律师执照还有用吗???关于曾担任过审判人员的执业律师是否回避问题的思考近年来，对曾在法院工作、担任过审判人员，后取得律师执业证书、作为执业律师在曾任职过的法院担任辩护人或代理人，一些法院根据《法官法》第17条规定，一律决定予以回避，从而禁止、限制这部分律师执业。笔者认为现行的这种规定、做法过于武断和草率，在理论上存在漏洞，实践中也较多负面效应。??作为诉讼代理人或辩护人的律师，能否参与法院的诉讼活动而拥有诉讼参与人的主体资格，这应当是现行三大诉讼法要解决的问题。根据我国民事诉讼法第四章“回避”以及第五章“诉讼参加人”；刑事诉讼法第三章“回避”以及第四章“辩护与代理”；行政诉讼法第四章“诉讼参加人”的规定来看，回避的审查决定权主体是人民法院、人民检察院和公安机关(内有层次各异而具体的决定组织)，回避的对象是审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人员、勘验人员、检察人员、侦查人员，律师并不在需回避的对象范畴。由此看出，在诉讼过程中，要从三大诉讼法里寻找法院决定作为辩护人或代理人的律师回避的依据是缺失的。最高人民法院法发〔2000〕5号、法〔2002〕94号、法〔2000〕95号三个司法解释中先后详尽明确规定了审判人员及法院其他工作人员离任后担任诉讼代理人或辩护人应回避的情形，2001年6月30日修订的《法官法》将3个司法解释的主要精神加以吸收后纳入《法官法》条文。尽管如此，笔者仍然认

为该种规定欠妥，首先在三大诉讼法均未作此规定的情况下，最高人民法院的三个司法解释的出台有较严重的司法解释代行立法倾向，在《法官法》吸收后，仍然存在不尽公平合理和有失偏颇的一面，理由如下：??

一、回避制度作为一种预期防范制度，从其确立之初，其初衷和目的即是为确保司法的公平、公正，最终保护当事人合法权益，高扬社会正义，树立司法权威，若非如此，则不在回避制度所囊括和适用的范围之内。最高人民法院的三个司法解释和《法官法》中均规定法官从人民法院离任后，担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或辩护人时应一律回避，这种规定忽视了重要的一点，即该禁止性规定在当事人委托代理人或辩护人的情形下完全忽略甚至不顾当事人的意愿而一律尽行决定回避，当事人意思自治原则荡然无存，而众所周知，是否委托诉讼代理人或辩护人完全取决于当事人自己的意志，其最终目的也在于维护自己的合法权益，那么以前述情形不分青红皂白就剥夺和否定当事人合法行使的决定权，这是否存在不讲理和粗暴简单的色彩呢?更何况，在依职权指定代理人或辩护人的情形下，当事人尚有拒绝的权利，那么在当事人委托的情形下，为何在决定其被委托人的回避去留上却可招呼不打一声就将被委托人扫地出门呢?如前所述，回避制度是为保障司法公正，但回避制度的运用决不应损及当事人正当合法的权利，更不能以可能的情形(而不是结果)来侵犯现实的权利，在有侵犯当事人权利的可能时应给予当事人以及及时的申辩权利，更何况主要是在由当事人自行决定的事项上呢。否则，何以体现公平、公正制度构架初衷?在控辩式诉讼模式的积极追求背景下，法院和法官在诉讼中尽量消极中立已成潮流，职

权主义的干预则应尽量减少和避免。至此，又引出另一个话题：法官的回避由法院决定(因法官在代表法院具体行使审判权)，检察官的回避由检察院决定(因检察官在代表检察院具体行使检察权)，那么在当事人委托情形下的律师的回避是否当然地由法院来决定呢(因此时律师的代理人或辩护人身份是由当事人授权而来)?答案并不是绝对肯定的，从法理上分析，律师与当事人之间的关系此时是一种委托合同的关系，既然是合同关系，双方则是平等的，当出现一定的情形时任何一方均可解除、终止这种合同，作为主持审判的法院仅以律师过去的身份就决定解除这种合同(法官离任两年的禁止时限情况不含在此命题内)合理吗?很显然，当事人的委托是基于代理人或辩护人其现在的身份而不是他过去的身份而成立的。

二、从《法官法》第17条和《律师法》第36条的规定来看，二者均是对曾担任过审判人员后担任诉讼代理人或辩护人的限制规定。《法官法》第17条规定：曾担任法官的律师，离任后两年后，不得以律师身份担任诉讼代理人或辩护人(第1款)。法官从人民法院离任后，不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或辩护人(第2款)。离任后的法官到原任职法院担任诉讼代理人或辩护人，不外乎两种身份：一是律师身份，一是非律师身份。《律师法》第36条规定：法官从人民法院离任后两年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或辩护人。这一规定说明：法官离任两年内，不得在任何法院(包含在原任职法院)以律师身份担任诉讼代理人或辩护人。但两年之后，自由执业，在原任职法院以律师身份担任诉讼代理或辩护人不受限制。因此，从两部法律的具体条文对比分析可以看出： 两部法律均有一个共同点即曾担任法官的律师

，离任后两年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或辩护人，这是两部法律共同的切合点，严格执行毫无异议； 两部法律同时也存在明显的区别，具体表现在对担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或辩护人的限制上：《法官法》规定法官从人民法院离任后，不管是以律师还是非律师身份担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或辩护人的均应回避，而且不受离任的年限限制；《律师法》则没有这方面的禁止性规定，所以曾担任过法官的律师，在原任职法院以律师身份担任诉讼代理人或辩护人，仅有两年的执业身份的限制。两年期满，由于律师的特殊身份，在原任职法院不受执业限制。《法官法》与《律师法》均属于特别法，在法律位阶上属同一位阶，故在效力上无等级序差之分。从制定及修改的时间来看，《法官法》制定施行时间为1995年7月1日，2001年6月30日修正；《律师法》施行时间1997年5月1日，2001年12月29日修正，迟于《法官法》，而且更为重要的是两法相比较后施行、后修正的《律师法》并未将《法官法》中关涉律师的法律条文精神吸收进去，面对同一问题，根据“后法优于前法”的立法原理，《律师法》对曾担任过法官的律师，从人民法院离任两年后，允许以律师身份担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或辩护人的规定在效力上应优于《法官法》的同类规定，这与《律师法》关于律师执业不受地域限制的规定也是相一致的。?? 三、从两部法律各自调整的范围来看：《法官法》是调整法官的法律规范，《律师法》是调整律师执业的法律规范。不同的身份所受约束的法律规范则不同。律师的身份及其执业行为只能由《律师法》调整。《法官法》并不能当然直接地成为调整律师的规范。更何况，笔

者认为离任后的法官严格意义上讲已不是法官，譬如辞职后而从事律师的法官其身份已发生了质的变化，此时《法官法》依然对其从事的职业加以限制、禁止，冠冕堂皇的理由就是为了保障司法公正，何等牵强，所谓一朝拥有一种身份，一旦改变了这种身份仍然摆脱不了终生受限的局面，如不是法律的偏见和横蛮的话，那么很难不让人想起“文革”时有名的“血统论”的一些论断和做法的可怕。在法官逐步精英化、职业化的今天，法官队伍将不可避免地走精简、高效之路，全国的司法考试也已统一，一部分人将充实到法官队伍中来而一部分法官将脱离法官队伍而走自谋发展之路，这也包括一部分法官将选择从事律师事业，职业的正常置换和选择是宪法所保护的正当权利，最高人民法院的司法解释和《法官法》的限制、禁止能完全摆脱管得过宽、过广之嫌??? 因此，综合以上看法，笔者认为：法官离任后两年的，不能以律师身份担任诉讼代理人或辩护人；两年后，如取得律师身份，其执业行为受《律师法》调整，在原任职法院担任代理人或辩护人不应该回避；如未取得律师身份，那么，法院可依《法官法》第36条规定，决定其回避。法院应区分代理人或辩护人是否具有律师身份，并适用相应的法律主体身份行使审查权，而不能一概而论。?? 最后，《法官法》第17条第1款、第2款、第3款的规定，目的在于防止司法不公正，该条款位于《法官法》第六章“任职回避”。笔者认为司法是否公正主要取决于法院、法官，正因为如此，诉讼法才规定法官回避，而不是辩护人和诉讼代理人回避。任职法官因为亲情的缘故要求回避，以防止影响司法公正，在法理上是站得住脚的。但对于没有任职的法官(离任的法官，实际上已不是

法官)，因为与承办法官同过事的缘故，也许承办案中的法官并没有和离任法官共过事，甚至因曾经工作过的法院有同志关系、友情关系，就要离任的法官现在的诉讼代理人或辩护人回避，于法、于情、于理不通，且有本末倒置之嫌。因为决定司法公正与否，主要取决于法官和法院。作为律师如果影响司法公正，触犯《律师法》的规定，自然应受到相应的制裁。将《法官法》第17条第2款理解为作为法官在承办案中，因为一方的代理人或辩护人曾经是自己法院的同事就偏袒一方，从而导致司法不公，这样的法官当然应当免除其职务，而不能简单地关起门来以可能性为由归咎于代理人或辩护人。说句笑话，依现行规定推理，美国前总统克林顿是律师，在他提起任命的法官所在的法院，他都不能进行代理或辩护参与诉讼，否则会影响司法公正，如此，克林顿的律师执照则永久可睡大觉，原因很简单因它实际存在已毫无价值。一句话，律师回避不是解决司法公正的良方，而恰是与社会进步的诉讼理念相冲突，在一定程度上亦是对法院和法官的不信任。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)