

陈有西：《法官法》第十七条批判 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E9_99_88_E6_9C_89_E8_A5_BF_EF_c122_486048.htm 全国人大常委会和最高法院正在着手修订《法官法》。全国人大代表在关于修改该法的议案中，建议删除法官法第十七条第二款关于“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和辩护人”的规定。而见诸报端的最高法院的一种意见是：在当前司法状况下，《法官法》作出如此规定，对于加强职业纪律约束，维护司法公正具有十分重要的现实意义。称对代表们提出的意见，将在修改过程中研究论证。可见，最高法院仍然倾向于保留这一条款，并没有真正理解这一法条立法上的严重歧视性缺陷和立法技术上的缺陷。《法官法》是1995年2月八届全国人大常委会第十二次会议通过，7月1日起施行的。2001年6月进行了一次修正。修正时增加的该法的第十七条第二款中规定：“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者辩护人。”而第一款已经规定了离任法官在两年内不得以律师身份在任何法院出庭。与此相类，《检察官法》也规定：“检察官从人民检察院离任后，不得担任原任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。”从法官、检察官管理角度出发、用工整的法言法语表达出来的这两个“第二款”，说白了就是：对从事过法院、检察院神圣岗位，转而从事合法执业的部分律师，不管有没有过错，有没有违法，是不是符合三大《诉讼法》规定的回避条件，从此打入另册，对本院案件“终身禁入”。这一立法出台后，严重损害了《律师法》规定的律师平

等竞争的执业环境，损害了一批优秀执业律师（全国法官检察官转岗的出现了一批非常优秀的律师）的合法权益（由于这个立法而成了“非法”权益）。全国好多曾在法院、检察院工作过的律师没有任何过错，而被纷纷要求回避，其社会声望和客户声誉受到严重影响，好象天生是搞关系的低人一等的。有的曾在高级法院、中级法院工作的人只好退出当地法律服务市场，有的基层法院转岗律师不得不离家别子转到外地执业，因为当地只有一个法院，“禁入”意味着失业。应当承认，这个法条当时的立法本意是好的，是有针对性的。其时，中国律师业刚刚复兴，律师人才严重短缺，司法部还实施“特邀律师”制度，个别退休法官和在法院表现不好的调离人员，利用原有人脉进行不正当揽案，利用关系网赚钱，违规办案，腐蚀法官队伍，造成了律师界、当事人、法院的一致批评。律师界有意见是因为这些人不正当地抢了饭碗；当事人有意见是因为这些人影响了司法公正；法院有意见则是因为两条：一是担心法官分赃和人情影响；二是“下海法官当律师暴富”严重影响法官队伍稳定。因此，当时最高法院起草的《法官法》中的这一条款，在全国人大非常一致地得到通过。因为一片负面的声音，当时有法官经历的正式律师极少，立法时几乎听不到不同声音，在人大中没有人注意到这有什么不公平。但想不到，这个法条出台后不久，立即引起了律师界包括法官队伍的严重的批判声浪，《中国律师》杂志曾经连续发表大量文章批评这一歧视性条款，最典型的批评是二条：一是《法官法》种了别人的田，管了《律师法》应该管的律师事务；二是“法官感冒，律师吃药”，有权的人要无权的人回避，违背基本的回避制度法理。其

实，这一本来动机良好的法条，由于思维的片面性和情绪化立法，用人治手段治理法律制度性问题，隐含的问题和不公，远不止这一些。详列如次。

第一、违背基本的回避制度法理。回避是指有司法权和行政执法权、裁决权的主体因为某种可能影响公正的人际关系影响，而退出裁决权力圈。其基本特征是有权者回避，无权者申请回避。法官法十七条则完全颠倒了这一基本法理，为了保证有权的法官不被干扰，要无权的律师进行回避。“法官感冒，律师吃药，州官放火，百姓担责”，为了法官的公正要一部分合法律师付出代价，这是找错了责任主体。

第二、侵犯律师的平等执业权利，是严重侵犯平等劳动权利的歧视行为。律师是一种社会职业，没有工资保障，其谋生的基本方式是到法院出庭和处理各种法律事务。其执业的主要活动场所，或者称作谋生环境，是法院。《律师法》规定了律师的平等执业和平等竞争权利。对某一类人用法律的名义对某一市场终生禁入，是完全破坏公平竞争的市场经济规则的。现在“证券律师”等专业准入已经取消，就是为了实现律师业的平等竞争。原先立法针对的退休法官进行公民代理，只是极少的一部分，取消特邀律师后已经基本绝迹，对已经调出法院同法院毫无隶属关系的专业律师，采取这种劳动歧视立法，严格地说是违宪的。

第三、违背专门法律调整范围特定的立法原则。《法官法》调整了应当由《律师法》调整的社会现象。事后立法的《律师法》并没有采纳法官法中的这些极端规定。《法官法》的一些立法人士称，我们没有去管律师，我们是对离任法官进行“延伸管理”，退休法官我们就是可以管的。这种观点是错误的。司法部已经取消“特邀律师”制度，退休法官公民代

理已经极少，正常调动的法官转岗后，同原法院已经没有任何隶属关系，也没有任何福利待遇，已经同法院无关。在中国，律师的行为规则有《律师法》和律师协会《执业规范》管理，不是法院管理范围。“不让进门”是一种人治特征的霸气、延伸管理无关人群则是越权行为。第四、“性恶论”思维损害法院队伍形象。《法官法》十七条这样立法的基本判断是：1、所有法院出去的律师，都是人格低下专靠拉关系打官司的；所以不要理由、不要过错就立法规定这类律师全部回避，采取的是全部否定式；2、所有的在职法官都是能被买通的，都是会搞人情关系案的。因此必须采取立法隔离才有可能防止他们做徇情枉法的事。这两个前提，两种判断，都是法院在运用立法的形式，进行自我否定，自毁形象。说明对自己队伍的基本素质是信不过的。因为不管在任的，还是曾经干过离任的，都是不可靠的。这让一些在法院检察院工作过的律师大惑不解：我在司法部门工作过，受国家培养多年，受政法机关的多年训练教育，是光荣的历史；现在仅是因为调出两院重新选择了一个职业，怎么成了黑五类一样的人物？事实情况是，两院出去做律师的确有一些专靠关系混饭的，但更多的是业务素质和政治素质都相当好的优秀律师，更有职业操守，更认同法院的司法公正的价值观。第五、立法技术上外延模糊不具备可操作性。这一立法在各类人际关系上，只限制了“同事”关系。其实，在法官和律师关系中，更紧密的往往是金钱关系、权力关系、裙带关系、同学关系、师生关系、战友关系、亲友关系。立法隔离人际关系是无法穷尽的。实践证明，在一起工作过并不一定有用。我国现在机关病严重，造成矛盾最深的往往是同一单位的同

事，加上对律师业的红眼病，律师的案件在原同事法官手中办，不但不会帮助，有的还会起反作用。有的是原有芥蒂报复，有的是为了避嫌故意让你输官司。法院出去的人能把所有本院法官搞定根本就不可能。另外，不让上法庭代理，并不能真正禁止同事间的私下交易。真正的勾结是不用上法庭的。你不让其出庭反而使勾结更隐蔽，更直截了当。因为公开审判能使所有行为被社会知晓，被社会监督，反而可以减少勾结，制约勾结。能够真正扎实在法庭上摆证据讲道理、拿出扎实的代理词和辩护词的，一般都是好律师。一个专门靠搞关系吃饭的律师，你不让他出庭他更好活动。表面上不是代理人辩护人，叫个助手照样可以出庭，背后的工作照样可以做。因此《法官法》十七条想达到的立法目的实际上是不可能实现的。终身回避，回避掉的恰是靠真功夫出庭的那些好律师。第六、与国家司法考试“法律共同体”观念相违背。我国已经开始了法官、检察官、律师的同一资格准入制度。将来，从律师中选法官是必然趋势。法官、检察官出来当律师，也非常正常。三个职业和法学院教授自由流动，是必然趋势。有人说西方只有律师向法官流的，没有法官向律师流的。这是不了解国情的乱对比。西方走的是法官精英化和法官终身制道路，法官并不多。而我国有20多万法官和助理法官，律师只有12万，法官向律师业流动没有什么不正常，而且可以腾出位子选拔有经验的优秀律师去当法官。我们现在阻碍流动的，主要是观念问题。对律师当法官的直接阻碍，一是一种酸葡萄心理：你赚够钱了再来当法官，没门。二是对律师总体评价的不信任，认为当过律师的人就会有这样那样的问题。职业分工和尽职为当事人服务被一些人视为

为牟利丧失正义。这种人才融合的阻隔、门户之见，导致我们的一些法官轻视律师的劳动，不会为当事人和被告换位思考，职权主义审判的色彩非常浓厚。

第七、违背新中国司法制度的发展背景。新中国司法制度中，司法部系统在文革后恢复时，是从法院分流一部分干部出去成立的。后来在司法行政机关内部成立了法律顾问处，这就是中国律师事务所的雏形。再后来这批分流干部彻底改制，脱离公职成了律师。这些人在全国不在少数，年纪在五六十岁左右的老一辈国有改制律师好多是这种经历。虽然有的年纪大了已经退出律师行业，但仍有一批老律师在第一线执业。这些人离开法院都已经二十多年了，按十七条二款，他们也得回避。有的从县法院到司法局再到律师所，一辈子就在一个县里工作，不准在本地法院办案就等于叫他失业。《法官法》起草该条时，对这种情况明显缺乏必要的调查研究。

第八、靠阻断道路来挽留人才的基本思路是落后保守的。无庸讳言，《法官法》十七条出台的一个重要原因是阻止法院人才流失。你出去了在你生存的最主要的地方的法院不能当律师，确实吓住了原先想下海的一些法官。现在随着公务员的连续加薪和机关福利，除了特别成功的律师，按平均收入计，法院的待遇只是略低于律师业，但成本开支律师则大大超过法官。因此实际平均生活质量中国法官并不比律师差，而社会名望和社会地位，法官远高于律师。近四五年来，沿海发达地区法官已经没有流失现象。再用这种立法来实现法官管理的目的，已经没有必要。在保持法官和律师的正常关系上，司法部、全国律协、最高法院历年相继出台了一系列限制措施，防止律师和法官勾结损害司法公正的现象发生。1996年5月通过的《律

师法》第36条，规定曾任法官检察官的律师，两年内不得担任代理人和辩护人。10月全国律协通过《律师职业道德和执业纪律规范》，其18条规定，律师不得同法官进行私下交易；第19条规定，律师不得向当事人宣传自己同司法人员的关系，也不得利用这种关系。1997年，时任司法部长的肖扬发出50号部令，颁布《律师违法行为处罚办法》，规定法官检察官离任后两年内，以律师身份担任代理人辩护人的，要受警告停业处罚。这些，都限于“两年内”回避，即十七条第一款的规定。防止“余权型”内外勾结的权钱交易。这是比较合理的规定。1998年，有的地方发出《关于加强法官廉政执法和律师规范执业的若干规定》，将回避扩大到“在任何期间都不得担任其在法院任职时参与审理过的案件的诉讼代理人或辩护人。”这应该是正确的。但2001年，《法官法》和《检察官法》进行修改，最高法院将不得代理原“自己办理的案件”扩大为不得代理“原任职法院办理的案件”，把回避条款极端化地扩大为“本单位终身禁入”，这完全是一种矫枉过正，以致出现了严重的立法失误。因此，全国人大代表总结近年的律师界的意见和研究成果，提议废止《法官法》第十七条第二款，是必要而得当的。该款废止后，对第一款回避两年的规定，应当予以保留。对“余权型”的律师法官关系进行一定的制约，仍然是十分必要的。我们期望这次《法官法》修改能够让法律回归理性，解决这个问题。陈有西：中华全国律师协会宪法与人权委员会副主任、京衡律师事务所主任、高级律师；中央财经大学法学院法律硕士导师

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