

## 摘要

法律职业研究一直以来就是法学界，特别是理论法学界研究的重要主题之一。早在我国 90 年代后期法律实务界和学术界的有识之士深入认识到法律职业建设和法治国家建设的内在联系，在全面依法治国的时代背景下，国家和社会对于优秀法律人才的需求越来越大，法律职业之间的关联更加密切，人员交流也更加频繁，法官职业群体不可避免地产生了更强的流动性。针对数量越来越多也越来越活跃的离任法官群体，旨在维护司法廉洁和司法公正的法官离任后的从业限制，已然上升到社会热点讨论和司法改革中的一项重要议题。该问题围绕着法律是否应当允许前法官在离开法官岗位后从事其他法律职业。如果允许，那么在何种程度上允许和何种条件下工作的问题。离任法官从业限制制度的立法初衷是为了确保离任法官不会被认为有潜在的利益冲突或不正当地利用此前的法官地位服务于他们未来的工作机构或客户，导致影响司法机关的公信力、司法职业的声誉以及司法裁判的权威性。然而这种限制也引起了人们对离任法官的经济福利和职业前景的担忧，特别是在政法队伍教育整顿背景以及具体的从业限制的制定和实施愈加严厉的状况下浮现出诸多问题。因此，在保护司法公正、廉洁性和保障离任法官的劳动权利等之间取得平衡，对规范制定者、执行者和法律职业共同体都是一个关键的挑战。

文章分为五个部分。第一部分介绍了研究的背景和目的，提出了研究的问题，并对离任法官从业限制相关的基本理论进行了概述；第二部分探讨离任法官从业限制制度的正当性和边界问题；第三部分主要介绍我国离任法官从业限制制度的发展历程、运行现状和现实症结；第四部分从英美加澳俄等国家的法官在任保障、离任从业限制和法官道德建设等方面进行制度考察；第五部分对我国离任法官从业限制制度的完善以问题为导向提出了五点建议。

本研究对离任法官从业限制制度的正当性、合理性和可行性进行了全面的论证和分析，从多个角度深入探讨了离任法官从业限制从立法到实施各环节相关问题，为完善我国离任法官从业限制制度、促进我国法官职业发展和司法体制进入和退出机制的完善提供了有益的参考和借鉴。

**关键词：法官制度；离任法官；从业限制；司法改革**

# Abstract

The study of the legal profession has always been one of the important themes of research in the legal profession, especially in the theoretical legal profession. As early as the late 1990s, insightful scholars in the legal practice and academic circles in China gained a deeper understanding of the intrinsic link between the construction of the legal profession and the construction of a state based on the rule of law. In the context of a comprehensive rule of law, the demand of the state and society for excellent legal talents has grown, the legal profession has become more closely related to each other and personnel exchanges have become more frequent, and the professional group of judges has inevitably become more mobile. In response to the increasing number of former judges, the restriction on the post-judicial practice of judges, which aims to maintain judicial integrity and judicial impartiality, has risen to the top of the social debate and an important issue in judicial reform. The issue revolves around whether the law should allow former judges to practise other legal professions after leaving the bench. If so, the question of to what extent and under what conditions they should be allowed to work. The original legislative intent of the system of restrictions on the practice of law by former judges was to ensure that former judges would not be perceived as having a potential conflict of interest or as improperly using their previous position as judges to serve their future work institutions or clients, leading to an impact on the credibility of the judiciary, the reputation of the judicial profession and the authority of judicial decisions. However, such restrictions have also raised concerns about the financial well-being and career prospects of former judges, particularly in the context of the educational overhaul of the political and legal workforce and the increasingly stringent formulation and implementation of specific restrictions on the practice of law. Striking a balance between protecting judicial impartiality and integrity and safeguarding the labour

rights of former judges is therefore a key challenge for norm makers, practitioners and the legal profession community alike.

The article is divided into five parts. The first part introduces the background and purpose of the study, raises the research questions and provides an overview of the basic theories related to the practice restriction of former judges; the second part explores the legitimacy and boundary issues of the practice restriction system of former judges; the third part focuses on the development history, the current operation and the practical crux of the practice restriction system of former judges in China; the fourth part looks at the practice restriction system of former judges in the United Kingdom, the United States, Germany, Canada, Australia and Russia. The fourth part examines the systems of judges in the UK, the US, Germany, Canada, Australia and Russia in terms of security of tenure, departure, restrictions on practice and ethical construction; the fifth part puts forward five problem-oriented recommendations for the improvement of the system of restrictions on practice for former judges in China.

This study provides a comprehensive justification and analysis of the legitimacy, rationality and feasibility of the system of restrictions on the employment of former judges, and discusses in depth the issues related to the restrictions on the employment of former judges from the legislation to the implementation of the system from various perspectives, providing useful references and references for improving the system of restrictions on the employment of former judges in China, promoting the professional development of judges in China and improving the entry and exit mechanism of the judicial system.

**Keywords: former judges; judges' system; judicial reform; restricting return to practice**

# 目录

<b>0.绪论</b> .....	<b>1</b>
0.1 问题的提出 .....	1
0.1.1 研究背景 .....	1
0.1.2 研究意义 .....	2
0.2 文献综述 .....	3
0.2.1 国外研究综述 .....	4
0.2.2 国内研究综述 .....	6
0.3 论文研究方法 .....	8
<b>1.离任法官从业限制相关概述</b> .....	<b>10</b>
1.1 离任法官从业限制相关概念 .....	10
1.1.1 法官 .....	10
1.1.2 法官流动 .....	11
1.1.3 离任 .....	13
1.2 从业限制的含义与相近概念厘清 .....	15
1.2.1 从业限制的含义 .....	15
1.2.2 与从业禁止的关系 .....	17
1.2.3 与回避制度的关系 .....	17
<b>2.离任法官从业限制正当性及边界</b> .....	<b>19</b>
2.1 离任法官从业限制正当性证成 .....	19
2.1.1 目的正当性 .....	19
2.1.2 手段有效性 .....	21
2.2 离任法官从业限制边界 .....	22
2.2.1 保护离任法官劳动权利 .....	22
2.2.2 限制应当符合比例原则 .....	23

2.2.3 保障法律职业共同体流动 .....	24
<b>3.我国离任法官从业限制的历史、现状与问题.....</b>	<b>26</b>
3.1 我国离任法官从业限制制度发展历程.....	26
3.2 我国离任法官从业限制运行现状.....	29
3.2.1 我国法官离任现状.....	30
3.2.2 离任法官从业限制制度运行现状.....	32
3.3 我国离任法官从业限制的现实症结.....	36
3.3.1 制度建设尚不完善、不协调.....	36
3.3.2 缺乏有效识别和监管机制.....	40
3.3.3 法律后果存疑、处罚依据缺失.....	42
3.3.4 影响法官整体职业声誉.....	43
3.3.5 法官队伍系统性问题.....	45
<b>4.域外离任法官从业限制相关制度考察与启示.....</b>	<b>50</b>
4.1 域外法官在任保障、离任从业限制与法官道德建设.....	50
4.1.1 英国法官保障和恢复律师执业禁止.....	50
4.1.2 美国离任法官多元从业和行为限制.....	51
4.1.3 加拿大离任法官从业限制.....	53
4.1.4 澳洲离任法官从业限制.....	54
4.1.5 俄罗斯离任法官从业限制.....	54
4.2 对我国的启示.....	55
<b>5.我国离任法官从业限制之完善.....</b>	<b>57</b>
5.1 离任法官从业限制制度梳理.....	57
5.2 强化离任法官从业限制监督.....	59
5.3 加强职业化建设和道德建设.....	61
5.4 适当延长法官离退休年龄.....	63
5.5 引导和支撑离任法官再就业.....	65
<b>结语.....</b>	<b>67</b>
<b>参考文献.....</b>	<b>68</b>
<b>致谢.....</b>	<b>75</b>

# 0.绪论

## 0.1 问题的提出

### 0.1.1 研究背景

由于法官的作用是维护整个司法环境和制度的正义和公平，他们的诚信和公正是至关重要的。法官在任时期，司法机关可以通过正式的法官管理制度以及非正式的职业道德规范约束在职法官。但在法官离退休后，这些限制大部分失效了。在离任后，法官可以选择从事与他们的法律专业知识相关的各个领域工作，这出于个人经济原因或者是其谋求的更多样更丰富的专业实践和挑战，但无论如何也正因此存在一种担忧：如果离任法官从事某些类型的工作特别是涉及参与诉讼等活动，可能会产生潜在的利益冲突。在司法实践当中的确存在法官在离任后，从事与原职务有经常性关联的业务活动、利用曾在法院工作的资历以及便利条件与在任法院人员进行利益输送以及借助自身影响力扰乱正当的法律服务竞争环境等一系列问题，损害了司法公正和司法公信。罗伯斯庇尔在其论著中指出：“无论法官怎么样，他们总是人。一个明智的立法者决不能把法官当作抽象的或铁面无私的人物，因为法官作为私人的存在是与他们的社会存在完全混合在一起的，再没有人比法官更需要立法者进行仔细的监督了<sup>1</sup>。”在2021年2月27日，浩浩荡荡的政法整风运动掀起<sup>2</sup>，该运动对在此前的扫黑除恶专项斗争中政法机关暴露出的问题的回应，得到上级机关部门对政法队伍工作者空前的重视。政法队伍教育整顿以来对十八大以来十四余万名离任法官检察官重点筛查发现违规从事律师职

1 罗伯斯庇尔.《革命法制和审判》.赵涵舆译.商务印书馆,1965:30,31.

2 在2018年实施为期三年的扫黑除恶专项斗争中,引出了孙小果案、新晃一中操场埋尸案等震惊全国的大案;并且政法干部充当黑恶势力保护伞,违规减刑假释,“提钱出狱”等司法腐败案件普遍发生。政法系统暴露出来了巨大问题,故在扫黑除恶专项斗争运动结束之后紧急发起全国政法队伍教育整顿运动。

业近三成，“两高一部”21年9月颁布的《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》<sup>3</sup>在此前实施的《法官法》《律师法》中的法官离任后从业限制原则基础上还制定了更严更实的规定，并且在各省市地区在具体规范落地和实施过程当中出现了层层加码和一刀切的情况，其后果可能是造成离任法官污名化和职业歧视严重影响法官职业整体发展。

### 0.1.2 研究意义

#### （1）理论意义

第一，有利于丰富法官职业建设相关基础理论的研究。本文建立在法官制度之上，通过梳理从业限制这一核心概念和整合从业限制、回避以及法律职业道德之规制方法和法律效果，本文紧紧围绕司法廉洁和司法公正作为法官制度建设核心，创新地提出对于离任法官涉及的司法治理的问题不仅要采取严格的从业限制措施做到立竿见影，还需要采取远端对策和源头思维以保障减离任，减离任则轻限制的逻辑进路解决制度实施中的轻法甚至不法问题，促进长效机制的建立。

第二，有利于聚焦离任法官这一研究对象，为今后丰富相关类型化研究打下基础。离任法官这一职业群体以其独特智识经验不同于多数普通离退休公务员，在当今老龄化时代到来结合全面依法治国的大背景下，离任法官群体凸显了其在提高退休年龄、促进银发经济和建设老龄事业的政策环境下所具有的独特潜力。本文通过对比国外离任法官从业限制制度以及国外离任法官多种从业形式，创新地提出了部分退休法官应当作为高素质老年劳动力进行挖潜，继续助力公共事业和社会经济发展。

#### （2）实践意义

本研究是改善当前法官队伍综合性问题在法官职业退出环节上的一步探索，同时回答了离任法官从业限制正当性和边界问题，本文所提到的问题的有效解决办法助力了离任法官从事律师行业的规范性建设，有利于及时发现现行离任法官从业制度立法和实施上的问题，提出有针对性的对策和建议。

---

3 《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》司发通（2021）61号，后文简称为《意见》。

为促进司法公正、司法廉洁与离任人员的劳动权利保障之间的有效平衡和冲突解决提供具体可参考可操作的方案。同时有利于预防利益输送和利益勾连，切实维护司法廉洁和司法公正同时促进离任法官群体发挥其智识力量，更好地促进法律职业共同体间的流动和良性互动，共同助力法治国家的建设。

## 0.2 文献综述

针对本文提出的离任法官从业限制这一学术议题，当前学界的研究主要聚焦在法官流动机制研究、公务员从业限制研究、法官离任离职流失现象研究等，多数是间接涉及对离任法官从业限制的一些讨论，存在一定程度上的理论空白。同时，法官流出以及带来的问题自上世纪末便是司法实务界的热门话题，尤其是在政法队伍教育整顿中对离任法官以及法院人员加大从业限制以及离任后行为准则等作出严厉规定之后，对于数量可观的离任法官群体再就业是“限或不限”“该如何限”，受到法律实务部门和司法从业人员乃至整个社会话题和舆论的空前关注。截至行文结束时间2023年2月，在中国知网、北大法宝等专业数据库使用“离任法官”“从业限制”相关主题进行检索，搜索到相关的硕博士论文十余篇，相关学术期刊报纸五十余篇，其中多数研究聚焦于“法官职业伦理”“法官回避制度”“从业限制”等话题，相关学科包括理论法史、行政法学、诉讼与司法制度学，作者包括利益相关的研究者：在任的、离任的法院工作人员以及律师，也包括高校教师和硕博研究生等。这些著作其旨在对其主题相关制度和实践进行梳理和提出建议。然而从学术视角看来，目前学界除了在其他领域对公务员离任从业限制研究和司法职业道德研究存在一定深度的研究以外，对于离任法官这一研究客体没有提到足够重视，离任法官从业限制的研究尚不足，即便是对离任法官群体的生态研究，也侧重于一些基于实证资料的数据分析，尚缺少制度理论层面的静态剖析。

### 0.2.1 国外研究综述

离任法官作为一类特殊的法律人才，一直受到学术界的广泛关注和研究。在国外的学术研究中离任法官的相关议题主要涉及到该群体的薪资退休福利、离任后的再就业、知识产权保护、司法行政管理、法官职业道德建设等方面。

对于法官离任后的再就业的现象并不罕见，例如英国诺森伯郡县法院法官 George Mackenzie Clark 辞去法官职务后先后从事女王法律顾问、太平洋铁路公司律师、郡选区的审裁官等且同时获得了养老金；曾任布鲁斯县法院法官的 John Juchereau Kingsmill 从法院辞职后依法取得了养老金并加入了律师事务所<sup>4</sup>。Barrow 和 Zuk<sup>5</sup>通过列举大量法院文件和国会文献从选举、薪资水平、退休福利和案件量等角度解释了各类法官离任现象，对离任的影响因素作了具体详细的分析。在此基础之上，学术界对于离任法官再就业状况和机会进行了研究，特别是针对离任法官群体带来的司法独立和法律职业道德等相关问题作出了评论。一些学者指出，离任法官具有丰富的经验和专业技能，在司法领域或相关产业中有较高的就业机会，但同时也存在法律、职业道德等方面的限制。在一些实行法官终身任职制度的国家，譬如加拿大、英国、美国等，以及法定的法官退休年龄较高的国家，譬如英国上议院高级法官 70 岁退休，大法官退休年龄甚至超过了 75 岁，其从业限制往往也是终身的行为限制的一部分。

对于离任法官再次从业带来的问题。一个值得关注的领域是，法官有可能利用其地位和影响力，在私营部门或政府机构获得有利可图的就业机会。这引起了人们对司法机构公正性和司法裁决的合法性的质疑。塔斯马尼亚州首席大法官 Alan Blow 解释一旦离任法官代表的一方在诉讼或者裁决中获得胜利，败诉方心中都会产生法院和法官偏袒自己人的疑虑。法官更替率越大，离任从事律师职业情况越多，此问题会越加严重<sup>6</sup>。在较早的研究中 John

---

4 参见国外司法报道 <https://www.archeion.ca/george-mackenzie-clark-fonds>、<https://www.wikitree.com/wiki/Kingsmill-404>。

5 Barrow D J, Zuk G. *An institutional analysis of turnover in the lower federal courts*. *The Journal of Politics*, 457-476(1990).

6 Alan Blow, *Judicial Pensions and Superannuation* Judicial Conference of Australia Colloquium, (2004).

Hoskin 在退休法官<sup>7</sup>一文谈到，一旦律师被提升为法官，对于其离任后就不应再允许该离任法官再从事法律实践工作。因为离任法官再度从事律师会损害和降低曾担任的“高级职务”尊严和对法官群体声誉产生影响。此外司法委员会也认为离任法官恢复职业对该行业的其他人员特别是年轻的职业群体是不公正的。当离任的法官出现不当行为时，美国加州司法委员会有权谴责管辖区内的前法官，对其进行告诫和禁止其在本州政府的任命与工作<sup>8</sup>。

针对所带来的问题。意大利通过立法来规范法官离任后的行为和活动限制<sup>9</sup>。一些学者从比较法的角度研究了这个问题，分析了不同国家和地区的政策和做法<sup>10</sup>。还有一些学者进行了实证研究，收集关于前法官的就业模式和退休后活动的数据<sup>11</sup>。一些学者建议将严格的退休后从业限制作为解决这些问题的手段<sup>12</sup>，Charles P. Nemeth 提到“离任法官再度从事法律事业应当接受与健康状况有关的体格检查，以及心理检查。法官必须提交财务报告，提交密集的调查，如果需要的话，还应该提供与性格等的相关信息”从而对离任法官整体素质进行评估，而其他学者则认为披露要求和其他透明措施可能更有效。这一领域的重要学者是 James F Spriggs II 和 Paul J. Wahlbeck，她就法官离任和政治性工作这一话题作了文章<sup>13</sup>：他们认为应该允许法官在退休后继续工作，前提是要求他们履行严格的保密责任和履行参与政治活动不与司法经历挂钩的承诺。也就是说当离任法官是由于政治活动的考量而放弃法官职位，那么必须限制其参与政治活动例如游说、竞选等的司法经历相关性。

另一个研究领域集中在法官退出法院后再就业的财务影响。虽然在加拿大和英国的法律传统中存在一个这样的表述<sup>14</sup>：“有了任期的保障，有了固定和足够的报酬和养老金，其他法律职业的实践就会被任命为法官的人永远放弃了<sup>15</sup>。”一些研究发现，允许退休后继续从事法律实务的法官的收入明显高

7 John Hoskin, *Retired Judges*, 5 CAN. L. REV, 18(1906).

8 Californian Constitution art VI section 18(d).

9 the Bologna Milano Global Code, Clause 9.

10 Tamás Gyulavári, Nikolett Hős, Retirement of Hungarian Judges, Age Discrimination and Judicial Independence: A Tale of Two Courts, *Industrial Law Journal*, 289-297(2013).

11 Danelski, David J, *A Supreme Court justice steps down*. Yale Law Review 54, 411-425(1965).

12 Charles P. Nemeth, The Retired Judges Service Act in the District of Columbia: Can It withstand Constitutional Challenge, 73 *Judicature*, 253(1990).

13 Spriggs, J. F., & Wahlbeck, P. J. *Calling It Quits: Strategic Retirement on the Federal Courts of Appeals*, *Political Research Quarterly*, 573-597(1995).

14 Re Solicitors Act and O'Connor I.R. 623, 631(1930).

15 Roger Philip Kerans, *Retired and Working*, *Journal of Appellate Practice and Process*, 271(2006).

于不允许的法官，这可能会激励法官延长其在法官席上的任期，或因预期未来的就业机会而做出有利于某些当事人的裁决：例如曾有司法报道新泽西州法官在离任前收到所办案件的原告律师邀请加入其律师事务所，后续该离任法官也确实加入了案件中的律所，因此该法官之前所判决的 *DeNike v. Cupo* 一案尽管没有发现实际的偏见，但法院下令全面重审以补救不当行为的出现。<sup>16</sup>行为虽然发生在法官在职期间，但是产生这些不当行为的缘由或者催化剂是他们离开法官席后可能发生的行为。

同样，Alschuler 也研究了法官退休后就业的伦理问题。Alschuler 在其 2017 年的文章中认为，目前对法官退休后就业的限制过于严格，应该允许退休法官担任仲裁员或调解员。他还建议，退休法官可以在学术界或非营利组织工作。总的来说，关于法官退休后就业的学术研究表明，这是一个复杂的、多层面的问题，需要仔细考虑和分析。这些研究结果对法官退休后就业政策的设计和实施，以及关于司法机关在现代社会中的作用和功能的更广泛展开讨论都有重要意义。

总之，虽然法官离任后的从业及其限制的问题较为复杂，并引发了各种伦理和法律问题，但显然离任法官是可以对法律界有很大的贡献的。上述的学者对这一问题提出了重要的见解，他们的工作对政策制定者和其他利益相关者在保护司法机构的完整性和允许法官继续为法律界做出贡献之间取得适当的平衡很有价值，本文将在对比研究基础上继续深入。

## 0.2.2 国内研究综述

国内的学者对于离任法官从业限制相关问题同样进行了广泛的研究，主要集中在法律、社会学、政治学等领域。离任法官从业限制的必要性：离任法官从业限制是保障司法公正和维护法官形象的必要措施，对于政法队伍整顿活动中对于法院离任人员的从严限制，我国的学者吕芳（2011）认为在司法廉洁的价值追求下，在当下的某个时段以严格限制为导向的预防和惩治具

---

<sup>16</sup> Sean T. Carnathan, *New Rules for Retiring Judges and Firms That Hire Them*, *Litig News*, 34(2009).

有一定的现实意义，但是长远来看还是要落实到建设性和保障性措施<sup>17</sup>。特别是法院离任人员中离任法官群体因其身份应当受到更高的职业道德约束，在此基础上王晨光（2007）认识到法官职业道德贯穿了法官职业生涯的各个阶段，他在文中谈到法官作为公权力机关的工作人员，应该具有中立、公正、廉洁等基本品质，其退出司法工作后的从业行为也应当服从社会公共利益和职业道德规范<sup>18</sup>。与王晨光所持有的法官职业道德的非正式约束作用应当贯穿至法官的职后阶段不同，对于法官职业道德带来的自我约束，刘治斌（2007）却不看好职业道德相伴生的自律性，他提到：离开职业约束之后，即使是受到过良好法学教育且具备多年法院工作经验的离任法官也不能仅以其具备的法律思维始终恪守对法律的忠诚<sup>19</sup>。对离任法官从业行为进行限制是有必要的，但是也应当保护离任法官群体依法享有的正当劳动权利，王德志（2014）提出根据职业自由“三阶理论”，对于离任法官的执业执行自由的限制应当接受合宪性标准的审查以防止公权力恣意侵害法官从事劳动的基本权利<sup>20</sup>。这些学者在离任法官应当采取正式或非正式约束上基本取得了一致，但他们同时也强调了尊重离任法官劳动自决权利。

离任法官从业限制的现状与问题。对于离任法官从业限制制度，刘斌（2015）提出应当从制度设立的目的和相关配套实施的措施进行思考：“该制度的逻辑目标能否实现，不仅取决于其自身运作有无偏离预定目标，而且还取决于包括策略、路径及配套制度变革在内的逻辑进路是否顺畅<sup>21</sup>。”也从制度制定和运行以及制度是否能够达致立法目的这一有效性层面说明了中国现行的离任法官从业限制制度还存在着一些问题，例如现行制度规范体系对离任法官的从业范围和期限限制不够明确，容易产生层层加码现象和执行实施困难等问题。此外，也有学者发现实践当中离任法官对限制性规定的直接违反或者规避。譬如离任法官存在通过亲友隐名代理等关系规避从业限制制度的情况，钱锋（2012）在其文中所提到的离任法官或者与法官有千丝万缕

17 吕芳：《论中国当代法官的职业品格》，载《华东政法大学学报》2011年第3期，第151-156页。

18 王晨光：《法官职业化和法官职业道德建设》，载《江苏社会科学》2007年第1期，第102-111页。

19 刘治斌：《法律思维：一种职业主义的视角》，载《法律科学(西北政法学院学报)》2007年第5期，第52-61页。

20 王德志：《论我国宪法劳动权的理论建构》，载《中国法学》2014年第3期，第72-90页。

21 刘斌：《从法官“离职”现象看法官员额制改革的制度逻辑》，载《法学》2015年第10期，第47-56页。

关系的人违反离任限制制度转请他人实行“暗中代理”和“幕后操控”使得三方因诉讼利益结成利益共同体按照约定规则或潜规则获取利益<sup>22</sup>。与离任法官从业限制相伴生的司法不廉的问题易造成司法机构公信力下降和司法办案受到质疑，亟待改善和解决。

离任法官从业限制的对策和建议。针对离任法官从业限制存在的问题，我国学者提出了一些对策和建议。刘忠（2019）认为不仅仅是因为法院内部福利待遇的问题导致法官向律师职业流动，与离任法官相关的司法廉洁问题要依靠法院的内部治理来解决<sup>23</sup>。如应当加强从业限制的制度建设和监管力度，明确离任法官从业的范围和期限，并加强对其从业行为的监督和管理。同时，也应该进一步完善离任法官的经济补偿和安置制度，为其提供良好的职业发展环境和发展机会，避免其因经济压力而被迫从事不当的从业行为。此外对于该制度所指向的——法院离任人员司法治理中的利益输送和利益勾连等问题，吴元元（2018）认为“司法治理是以包括、但不限于法官在内的法律职业群体为轴心而展开制度实践的系统性工程，任何用心良苦、用意良好的司法制度设计，如果没有与之相匹配的职业群体使之有效运转，其不但会导致良法成为一纸空文<sup>24</sup>。”法官职业系统性建设对于司法治理具备高度重要性。张晓冉（2016）认为离任法官从业限制属于法官退出机制中的一环，对于此制度的完善还要辅之以法官准入制度、法官保障制度等<sup>25</sup>。这些问题都需要通过进一步的研究和完善来解决。

离任法官从业限制的前景与展望。随着我国法治建设的不断深化和法律制度的不断完善，离任法官从业限制相关问题将会得到更好的解决。未来，我们需要通过加强研究和完善制度，更好地保障司法公正和法官形象，促进法治社会的建设和发展。

### 0.3 论文研究方法

---

22 钱锋：《司法廉洁制度的创新完善与路径选择》，载《法律适用》2012年第2期，第3-8页。

23 刘忠：《中国法院改革的内部治理转向——基于法官辞职原因的再评析》，载《法商研究》2019年第6期，第76-88页。

24 吴元元：《基于声誉机制的法官激励制度构造》，载《法学》2018年第12期，第76-90页。

25 张晓冉：《中国法官退出机制研究》，载《广东社会科学》2016年第3期，第252-256页。

本文采用文献研究方法、比较研究方法、理论与实际相结合等各种研究方法针对法官离任从业限制这一制度进行分析和研究。具体来说：通过文献归纳的方法：查阅国内外离任法官相关的研究文献、报道以及规范性文件，进行整合分类和归纳总结以作为各项推论之印证，为行文和研究找到基础的理论研究方法和内容上的素材。其次通过历史研究和比较研究的方法：他山之石，可以攻玉，对比世界英美德加澳俄等不同法系国家对于离任法官从业限制的相关做法利弊得失之点，寻求制度和实践上的有益经验进行萃取，与我国目前法官离任后从业限制制度的制定和实践相互印证借鉴，取长补短。最后通过理论与实际相结合，透过参与观察和深度访谈的方法：在理论分析的基础之上结合笔者在某市中院数月实习的经历和与从事法官职业的家人朋友进行访谈得到的第一手素材，结合我国当前离任法官从业限制制度规定和具体法律实施中出现的问题与挑战，尝试提出更符合我国民情社情与国情的对策和建议，使得本研究兼具理论与实务性。

# 1. 离任法官从业限制相关概述

本文重心在于探讨中国制度语境下的法官群体、流动现象以及从业限制，有必要重申与研究相关的各种概念和具体内涵。虽然不论是否施行法官终身制的国家，都存在着法官离任的现象，但是由于我国现行的法官任期制度并非终身制，同时参照其他政权机构实行的层级制组织形式运作，法官之间级别和职位等级显著，依照《法官法》规定将法官等级划分为法官、高级法官、大法官、首席大法官共十二个等级<sup>26</sup>，并使得每一级法官等级都有对应参照的公务员级别，法官等级制度在加强了法官之间等级秩序观的同时，也提高了法院系统与其他行政部门的同质化程度，因此在便于法官从法院流动向其他政权机构的同时也使得各种伴生问题成为了影响中国法官离任的原因。并且伴随司法责任制改革、员额制改革、政法队伍整顿工作等一系列司法改革和整风运动，相当多的因素导致法官流出法院。在下文首先对本文的研究对象以及相关制度的基本含义予以释明。

## 1.1 离任法官从业限制相关概念

### 1.1.1 法官

出于明确本文的研究对象之目的，须在当代我国特有的制度语境下透过规范性文件的定义来准确界定何谓“法官”。根据现行《法官法》第二条<sup>27</sup>规定

---

26 《中华人民共和国法官法》2019年,第26条规定法官实行单独职务序列管理。法官等级分为十二级,依次为首席大法官、一级大法官、二级大法官、一级高级法官、二级高级法官、三级高级法官、四级高级法官、一级法官、二级法官、三级法官、四级法官、五级法官。

27 《中华人民共和国法官法》2019年,第2条规定:“法官是依法行使国家审判权的审判人员,包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员。”

可以认为,员额制司法改革后,员额法官才是严格意义上,或者说是 2019 年修订后的《法官法》所指的狭义的法官。员额法官是现行的审判权力运行体系的基础单元,而此前存在的同样行使部分审判权的助理审判员(也称为助理法官)<sup>28</sup>退出历史舞台<sup>29</sup>,取而代之的是法官助理制度<sup>30</sup>。随着第一个五年纲要提出伊始进行的体制机制改革,司法改革特别是司法体制改革建立了员额法官专门序列,推进了司法人员分类管理,取消助理法官制度,并根据不同情形法院工作人员划分为了员额法官队伍、司法辅助人员队伍和司法行政人员队伍,而将此前的助理法官转化为了法官、法官助理、书记员或行政人员等,从而实现审判权和司法责任的统一,让法官名副其实<sup>31</sup>。

此外,除了规范性文件中形式概念的法官,还存在法官的预备役——法官助理这一职位。虽然现在实行的法官助理制度代替了原来的助理审判员。但很大程度上,法官助理的职责<sup>32</sup>与此前的助理法官有很大重合。员额制的推进削减了法官数量,为应对不断增长的案件量带来的结案压力,一些法院选择了资深法官助理办案、带教法官把关署名的做法,这无疑是助理法官挂名办案的翻版。司法改革的过渡期仍然带有思维惯性,将助理法官的制度运行方式同样套用在了法官助理身上,同时法院人员结构仅在形式上满足了人员分类管理的要求,人员专门序列的身份塑造暂时尚未完成。因此,即使法官助理队伍并非严格意义上的法官。对于本文所研究的离任法官从业限制主题,特别是公职人员伦理和法官伦理的范畴依然有具体的意义和研究价值。

## 1.1.2 法官流动

### (1) 法官流动的现象

---

28 1954 年《人民法院组织法》第 34 条确立了助理法官制度,助理法官协助审判员工作,经上一级司法行政机关任免,经其所在院审委会同意可以临时代行审判员职务。

29 2018 年 10 月《人民法院组织法》修订,将助理法官排除于法官序列之外,并明确了法官助理为司法辅助人员的人员分类管理制度。

30 1999 年《人民法院五年改革纲要》提出,“对各级人民法院法官的定编工作进行研究,在保证审判质量和效率的前提下,有计划有步骤地确定法官编制”,“结合人民法院组织法的修改、高级人民法院或以对法官配备法官助理和取消助理审判员工作进行试点,摸索经验”。

31 黄文艺:《中国司法改革基本理路解析》,载《法制与社会发展》2017 年第 2 期,第 5-25 页。

32 《中华人民共和国法官法》2019 年,第 48 条规定人民法院的法官助理在法官指导下负责审查案件材料、草拟法律文书等审判辅助事务。

纵览职业流动的现象，自从有了法院、法官职业以来法官流动便产生了。在我国的司法实践中，法官流动较为独特，表现在法院与其他机关单位人员人事交流频繁，其原因部分是由于我国法官等级制度的行政化对照、法官实行公务员管理、法院部门与政治机关同质化程度高<sup>33</sup>……基本的法官流动包括流入与流出。法官流入一般存在为各级别公务员考试公开选拔、复转军人转干部考试等方式。其次法官在法院内部也存在着流动，不仅包括法官所在法院内部流动譬如从业务庭调动至非业务庭、法院内部非审判业务岗位的公务员通过法律职业资格考试（原司法考试）后转任到业务岗位、体制内其他机关公务员调任法院担任法官等各种情形；也包括上下级法院之间流动譬如下级法院法官通过法官遴选考试进入上级法院，上级法院法官到下级法院担任职务。依照流动后是否仍在法院系统可以区分流入与流出，法官流出法院属于法官职业流动的情形之一，此种情形与下文所述的法官离任有相当程度上的重合。从事物发展的角度来讲，职业流动的需求是产生法官选任、卸任以及从业的原因。而法官流出后的从业限制即是本文所研究的主题，后文将对法官流出作具体讨论。

法官流动伴随法院制度发展在中外各国乃至不同法系国家都曾出现。不仅有年轻资历较浅的法官，高级法官同样会产生流动。早在 2003 年时任最高法院大法官的一级大法官祝铭山、二级大法官张军、江必新就曾流出最高法院。美国第一任首席大法官杰伊也是在任期内辞去最高法院大法官的职务进入政界。美国法学家波斯纳的数据是 2000 至 2005 年这 6 年间总数 1200 位现职和资深联邦法官中有 12 位辞职；1969 年至 1974 年，总数 720 位法官中有 10 位辞职；1981 至 2007 年，联邦上诉法院法官也有 8 位法官辞职<sup>34</sup>。从基本的劳动法角度以及公民自主择业权利这一角度来讲，法官也是社会众多职业的一支，是否选择从事法官职业应是由人的自由意志做决定，职业之间自由流动既是对劳动价值的尊重，也促进了社会多元化和整体发展。

## （2）法官流动一般路径

33 侯猛：《最高人民法院大法官的流动分析》，载《法律科学《西北政法学院学报》2006 年第 2 期，第 95-100 页。

34 波斯纳：《法官如何思考》。苏力译。北京大学出版社，2009：152。

我国法官流出法院后的去向主要是党政机关、检察机关、律师事务所、高校法学院、公司企业等。工作内容、工作环境和薪酬待遇上相较原就职法院都存在较大区别。从较为普遍的认识上来讲例如：去往党政机关后工作会相对轻松，没有了办理案件和调解等专业工作的压力，原法官不再需要加班加点并且行政职级的提升空间显著地高于法院系统；去往检察机关则办案压力相对降低，多数检察官岗位工作的职业风险相较于法官职业更小换言之即工作强度得到降低；离任后在律师事务所二次就业的法官数量相对较多，其专业能力和人脉关系受到律所的青睐，即使在从业限制规定的前提下，“法官进入律所后依然能发挥重要的作用。”其次法官愿意到律所面临新的挑战也缘于工作的自由度和报酬的提升；去往高校法学院的离任法官从绝对数量来讲相较前者更少，对离任法官的门槛也更高。原因是两套系统的考评方式和晋升条件上的差异性。法官虽然具备专业知识和丰富审判实务经验，但工作时一般不会撰写发表科研著作，即使发表在法院内部刊物其与高校认可的学术研究刊物也有较大差别，因此离任法官去往高校容易导致职业竞争力降低；最后是去往公司企业，特别是银行以及资产管理公司、上市公司和大型国企担任部门负责人等中高层管理职务。一方面由于离任法官在法院工作期间业务原因与这些主体交流较多，存在相互了解的基础。而像是银行与其他金融机构因为行业原因常因为债权债务等各种法律关系向法院起诉，在诉讼参与过程对接触的法官之品格素质、专业能力等有所了解，所以这些机构也会主动到法院挖人<sup>35</sup>。

### 1.1.3 离任

#### （1）通常的离任情形

离任一词，根据现代汉语词典的解释，是离开职务之义，通过法定的情形、权限和法定的程序，从而解除与原任职单位的任用关系。离任一词在各种规范性文件中较为常用<sup>36</sup>，其内涵和外延也因为各种规范性文件的立法初衷、

35 李浩：《法官离职问题研究》，载《法治现代化研究》2018年第3期，第1-13页。

36 《中华人民共和国监察官法》2021年，第49条、《中华人民共和国审计法》2021年，第58条等法律文件都对离任的含义作出了解释。

立法目的和规制对象而各有不同<sup>37</sup>。具体到本文所研究的法官队伍中,即中央政法编制内的成员<sup>38</sup>:员额法官队伍和中央政法专项编制的法官助理(一般是通过公务员考录进入法院)。既包括“自然”离任的情形,也包括了“非自然”的离任情形。因此我们需要对离任的各种情形进行分类区分,明晰本文研究的方向。“非自然流失”的几类情形包括被清退<sup>39</sup>、被精简<sup>40</sup>、受到违纪处分、开除党籍公职,因犯罪被判刑<sup>41</sup>。而“自然离任”流出法院的人员情形包括:机关交流任职;从法院退休;<sup>42</sup>在任期间丧失工作能力、病故,这些情形都属于自然且非主动的人员减少。最后则是主动离职的法官群体,主动离职的离任法官可能离任原因各有不同,但2014年中央全面深化改革实行法官员额制改革,法院仅保留30%到40%员额且将未入额的原审判人员转为法官助理、司法行政部门或者交流到其他部门,仍保有中央政法编制的公务员身份只是不再担任法官行使审判职能。由于未入额基数较大也会有相当一部分未入额法官因失落而离任。

## (2) 司法文件列举的离任情形

在21年9月在最高人民法院、最高人民检察院联合司法部所发的《意见》中对离任作出的进一步阐释,离任是包括退休、辞去公职、开除、辞退、调离等<sup>43</sup>。这其实是对离任进行了缩小解释,辞职,是指法官向原任职法院提出解除劳动合同的行为,根据《法官法》的相关规定,法官辞职具有相应的法定程序。辞退,是指机关在法定的权限范围内,依据法律规定的条件和程序,解除与法官任用关系的法律行为。开除,是因严重违法违纪以及涉嫌犯罪等

37 《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》;《国家税务局系统领导干部任期经济责任审计办法》;证监会、保监会的部门规范性文件当中离任的含义就各不相同。

38 《人民法院五年改革纲要(1999-2003)》:法院的书记员被要求单独序列管理,实行合同聘任制。2004年后试点法官助理的法院,部分法官助理也采用聘任制。

39 最高人民法院规定:在年度考核中,连续两年确定为不称职的等情形应予清退。

40 2000年中央机构编制委员会要求法院在政法编制控制数的基础上,按10%的比例精简,部分法官“提退”。

41 2003年全国法院处理违法违纪案件1297人(其中法官794人)。2008年至2011年,法院分别查处的各类违纪违法人员曲线下降,分别是712人、795人、783人、519人。参见法官腐败报告·中国人权双周刊 <http://biweeklyarchive.hrichina.org/article/7605.html>, 2023年1月2日访问。

42 《中华人民共和国公务员法》2018年,第92条、93条。

43 这与《最高人民法院关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》第八条所规定的离任,包括退休、调离、解聘、辞职、辞退、开除等离开法院工作岗位的情形较为相似。

而遭到开除公职的处罚。辞退适用的对象主要是一些不能胜任或者不合适担任法官职务的人，或者由于其违反纪律，不听劝说，又不宜给予开除处分的。

综合以上的各种情形和本文的研究目的，后文将对《意见》中提到的离任情形，特别是主动离职的法官群体作更细致的研究。

## 1.2 从业限制的含义与相近概念厘清

### 1.2.1 从业限制的含义

#### (1) 从业限制的内涵

从业限制，顾名思义从业限制即是通过法律规定特定人群不得从事某种职业或者行业。从业限制是一种对劳动者劳动权利的限制，由于劳动权利属于基本人权，其限制存在必要且法定的前提条件。“立法者在什么前提下以及在什么程度内可以限制公民选择和从事职业的权利，是一个具有重大意义的问题<sup>44</sup>。”1948年，《世界人权宣言》首次在国际法层面宣告了对劳动权利的保障。在大约20世纪90年代中后期，我国劳动法学界对劳动权利及相关的问题开始关注<sup>45</sup>。我国宪法第四十二条规定了中国公民具有劳动权利，劳动权利作为一种“母权利”，其派生较广，一般通过“劳动机会保障权”来定义劳动权，涵盖一系列权利如择业权利、职业保障权利、失业救济权利等。在实践当中从业限制的情形实属常见，例如通过终身禁止参与资格考试、终身注销注册、不得申领执照和证书对特定人群实施从业限制<sup>46</sup>。可以说，从业限制确实具有制裁的效果<sup>47</sup>。2021年修订生效的《行政处罚法》<sup>48</sup>把从业限制制度纳入其中，行政处罚法中的从业限制是以通过资格罚制度和前科制度来搭建的，是指对于某些人在其可以参加的职业上作出限制规定的一种惩罚性

44 罗尔夫·施托贝尔.《经济宪法与经济行政法》.谢立斌译.商务印书馆,2008:170.

45 上世纪八十年代至九十年代前期国内高等院校影响最大教材的《劳动法学》没有找到“劳动权”内容。

46 相似规定在《行政许可法》《破产法》《公司法》《药品管理法》《安全生产法》《广告法》《特种设备安全法》《旅游法》《保险法》《道路交通安全法》《民用航空法》《证券法》《资产评估法》《中医药法》《食品法》《职业病防治法》与《律师法》《公证法》《检察官法》《法官法》《教师法》《公务员法》等法律中都有出现，不详细枚举。

47 例如最为大众熟知的涉性侵害违法犯罪人员与未成年人密切接触行业的从业限制就是一种法律责任。

48 《行政处罚法》2021年，第9条第4款。

行为，属于行政处罚。但是，针对法官、检察官乃至公务员群体的从业限制规定笔者认为其并非是一种法律责任，至少说不是行政惩罚下的制裁性的结果。而是一种对于任职资格的要求——即为了更好地提高法官检察官公务员等群体的公信力，而将资格限制措施施加在了那些可能对该公职有负面影响的群体，提高公职的声誉，同时避免这些群体有利用公职机会进行违法犯罪活动。也就是说，保护职业选择权这一重要的劳动权利和维护社会公共利益两种价值维度都是不可偏废的<sup>49</sup>。

## （2）从业限制的目的与形式

在我国，对法官的离任从业限制也属于公务员离任从业限制的一环。法官是行使国家审判权的公职人员，作为公职人员，法官承担的责任与公务员的责任多有重叠。这些重叠部分的责任，不能把法官责任与其他公职责任区别开来，故可以称为一般责任<sup>50</sup>。法官职业同时具有公务员属性和法律职业的特殊性，从而可以参照对公务员离职后的从业限制——对于掌握公共权力和公共信息资源的公务人员，对其离职后的再就业在时间上和就业种类上做出一定限制，以避免离职后腐败的产生以及公共资源的流失。

公务员离任后从业限制的类型主要有时间上限制和在就业种类上限制两种。从业限制在我国最早是从公司法和商业秘密向劳动法规范发展，其实质从保护财产权与自由择业权利向同等保护劳动权利和财产权利以及利益平衡发展。在世界各国都存在从业限制的情形，比如在美国部分州法院实行的是采用时间上的限制，针对在职时不同的职位特点以及所掌握的资源多少规定离任后限制在再就业时间为五年、两年、一年不等。加拿大、英国和日本所采用的离任前许可制度是对就业种类上的限制。公务员在离任前政府进行审查，制定出离任后不可从事的职业种类，如果要从事此职业必须得到有关部门的批准。这样既避免了利益输送，又保障了公职人员离职后再就业的工作权利。

49 叶姗：《劳动权利能力的三重限制》，载《环球法律评论》2013年第4期，第98-111页。

50 黄伟文：《从道德责任到职业伦理——法官责任的道德性》，载《广东社会科学》2017年第5期，第224-234页。

### 1.2.2 与从业禁止的关系

在当前从业罚的应用领域，存在从业限制和从业禁止这两种提法。从劳动权利限制的角度来看，从业禁止的规制内容与从业限制的规制内容有相似性；从作出从业限制处罚的主体来讲，从业限制是由行政机关作出，而从业禁止则由人民法院作出。相较于行政性从业限制规定在《行政处罚法》中，从业禁止措施被规定在了《刑法》当中，其处罚对象针对特定自然人，是一种预防职业犯罪的措施，且从业禁止制度所禁止从事的职业与再次犯罪有高度关联性才能够对其适用。以上是通常语义和其他部门法研究领域中的从业限制和从业禁止，从另一个法律解释的角度来讲，从业限制和从业禁止都能够在《法官法》、《律师法》中得到体现：从业禁止在《法官法》中体现为法官的任职条件<sup>51</sup>当中，违反前述四项条款的终身禁止从事法官职业也就是任职资格的永久性剥夺、其次是离任法官终身不得在原任职法院从事诉讼代理和辩护工作<sup>52</sup>，这同样是一种从业禁止，需要与期限性的离任法官从业限制有所区别。区分从业限制和从业禁止的意义在于从严厉程度上达到举重以明轻的效果，我国离任法官从业限制是期限限制、范围限制和业务种类限制，而不是从业禁止。对于法官离职后的从业限制不能“以限制之名，行禁止之实。”换言之，依据法律的规定，从业限制的期限经过后，从业限制部分的义务负担即宣告失效，离任法官当即恢复全部的劳动权利。离职法官是因其就任职而负有的法定义务，对于其限制从业行为应当符合法理，也要符合情理。

### 1.2.3 与回避制度的关系

从业限制的法律效果，与回避制度的部分法律效果亦有相同之处。因此有必要对该组概念进行厘清。回避，字词原意是因为避嫌而躲开，不参与其事。我国大陆地区目前没有专门的《回避法》<sup>53</sup>，而是散见于《法官法》、《公

---

51 《法官法》2019，第13条：下列人员不得担任法官：（一）因犯罪受过刑事处罚的；（二）被开除公职的；（三）被吊销律师、公证员执业证书或者被仲裁委员会除名的；（四）有法律规定的其他情形的。

52 《法官法》2019，第36条。

53 参见台湾地区《公职人员利益冲突回避法》，内容规定了回避人员、回避范围及法律惩罚，属于针对大多数公务员的回避办法。

务员法》以及其他规范性文件当中。法官回避制度属于公务员回避制度的一支，立法同样部分参照适用公务员回避的管理，并且在公务员回避制度的基础上针对法官职业的特点和行使司法审判权力不同于其他行政权力的特点基础上也有更严更实的规定。公务员回避制度政府为使公务人员永葆公正廉洁，防止因特殊关系和利益考量致使其不能公正客观地履行职务，甚至出现违法乱纪现象，故而采取的对公务人员的必要限制措施，是追求社会公平正义的手段之一。基本的回避类型区分就职回避、职务变动回避、公务回避、离职回避等。

与从业限制效果最为相似的是离职回避。离职回避是防止公职人员在离开原职务之后继续利用剩余权力、人际关系和影响力干扰正常的公务活动或者从事损害国家公共利益的活动，而对该公职人员离任后再就业和日常行为所加以一定限制的回避制度。法官回避其最早始于罗马法，自古罗马以来便有一句经典的法律格言——一人不能裁判有关自己的诉讼。根据前述法律法规等规范性文件规定，法官在某些案件中需要回避，包括其在职期间，亦包括法官离职之后，而法官离任后的回避也可以看作是从业限制的一环。法官回避制度相较于公务员回避制度也具有其职业特殊性。法官回避在法律术语的范畴中，基本含义是侦察、检察、审判人员以及其他有关人员依照法律法规不参与处理与本人具有利害关系的案件。虽然在此定义当中，似乎将离任法官“择”了出来——离任法官当然不算审判人员，按理也无须回避。我们也可以想象，倘若一方当事人的对面坐着该审判法院的前法官，即便审理法官依法审判，恐怕也难以令一方当事人信服。时至今日，《法官法》对于法官的离职回避作出了明确的规定。离任法官在原法院的从业限制本质上是法官离职回避的一种情形。此外法官离职回避还规定在《律师法》第41条<sup>54</sup>此外，《公务员法》《律师法》和中组部《关于进一步规范党政领导干部在企业兼职（任职）问题的意见》等，后文将逐一分析。

---

54 《律师法》第41条：“曾经担任法官，检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后二年内不得担任诉讼代理人或者辩护人。”

## 2.离任法官从业限制正当性及边界

离任法官从业限制在 1996 年第一次在《律师法》得到制度上的直观体现，2001 年《法官法》修订后也将从业限制条款囊括其中。该制度深刻地回应了公众对于法官队伍和司法廉洁的关注。法官具有公务员和法官两重属性，离任法官从业限制是“法官职业伦理”的向后延申，也是我国公务员离职回避的组成部分之一<sup>55</sup>，与党政干部离职后不得到原职务相关联单位从事营利性经济活动具有法律上的同质性。但另一方面，法官离任的原因囊括诸多正当因素，法律职业之间存在深刻联系和转换规律，对离任法官从业限制应当合理进行界定从而平衡并保障离任法官的生存权、就业权与社会公共利益。

### 2.1 离任法官从业限制正当性证成

“一套精巧、复杂的技术性架构，如果没有深刻的思想支撑着，就是一堆毫无价值的精神性垃圾<sup>56</sup>。”

#### 2.1.1 目的正当性

##### （1）司法廉洁制度设计需要

法官群体，执掌了国家所赋予的神圣的审判权力，十分容易滋生腐败，也容易成为腐蚀的对象，司法不廉对于司法的公信力有着巨大的破坏。因此司法反腐也需要从体制机制设计的角度，从法官制度、案件管理制度以及审判权力运行制度也就是诉讼制度三个方面着手进行反腐败机制设置<sup>57</sup>。中国传

55 《中华人民共和国公务员法》第 3 条规定“公务员的义务、权利和管理,适用本法。法律对……监察官、法官、检察官等的义务、权利和管理另有规定的,从其规定。”

56 陈波：《逻辑哲学导论》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 123 页。

57 钱锋：《司法廉洁制度设置研究》，载《中国法学》2013 年第 3 期，第 26-33 页。

统上是一个农业乡土社会，人们在一个狭小的封闭的范围内生活，“生活上被土地所宥住的乡民，他们平素所熟悉的而是生而具有的人物，正像我们的父母兄弟一般，并不是由于我们选择得来的关系，而是无须选择，甚至先我而在一个生活环境<sup>58</sup>。”法官长期的在一个司法管辖区域内工作和生活，其安身立命、成家立业以及人际交往都发生在这个乡土社会之中，法官群体，特别是数量最多的基层法院法官群体要真正有效解决纠纷，做到案结、事了、人和，除正式法律的知识 and 技能外，还需要了解民情、社情，也积累和运用了大量的非正式的和地方性知识，甚至有的时候必须超越诉讼法的规定等办案。<sup>59</sup>并且从以往的司法不廉、司法腐败的案件办理中我们看到，法院是腐败的高发地带，法官极容易成为律师收买、行贿的对象，例如原海南省高级人民法院副院长张家惠案就牵扯出了几十个行贿律师，又比如黄松有、欧绍轩、马彦生等前法院领导。难以想象在任期间就有过贪贿行为的法官在离任后其执业、就业行为能够合法合规合理。因此通过现代型的法律制度对传统型的法律文化进行制度抑制<sup>60</sup>，能够一定程度上起到防止离任法官利用曾担任法官职务的影响干扰正常诉讼活动，影响司法活动的公信力，也从离任法官本人的角度避免“人情”与其正常执业的需求发生碰撞和冲突。以“物理隔离”的方式截断了利益输送，从而更好地实现程序公正。法官管理制度和法官职业道德的一致目标都是保持社会大众对于司法机构廉正的信心，太多强而有力的证据证明了离任法官的各种行为都会影响此种信心。

## （2）防止利益冲突机制

离任法官从业限制是防止利益冲突机制之一。利益冲突的情形常常来源于政治学现象中的旋转门。所谓的“旋转门”是西方公共行政管理学概念。此种现象是指离任公务员从原所在的机关单位等公职角色转换为了私营部门中的角色，从而面临着利益的方向性冲突。换言之，在我国离任法官从公务员身份转换为企业内的职员身份或律师事务所律师身份等即属于旋转门，虽然在我国律所并非严格意义上的营利企业，但律师为委托人提供法律服务的有偿性和劳务性质依然可能导致利益冲突、腐败和不公平竞争等问题。

58 费孝通：《乡土中国》，上海人民出版社 2006 年版，第 162 页。

59 苏力：《中国法官的形象塑造——关于“陈燕萍工作法”的思考》，载《清华法学》2010 年第 3 期，第 75-83 页。

60 贺卫方：《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 66 页。

早在二十世纪英国出台的《政府道德法》中就扩大了“利益冲突”中离职禁止的范围，建立了从政府部门到营利的私人利益方流动的“旋转门”规则，确立了原公职人员的一系列申报义务，而且还通过四项规定将违反利益冲突的行为犯罪化，其中一项便是对公职人员任职结束后代表私营部门的期限限制。后在我国 2005 年《公务员法》102 条将此限制首次得到确立，同时在《法官法》、《检察官法》等重申。旋转门条款的立法原意是预防期权腐败、防止公权力剩余资源的私有化等。离任法官从事律师职业，是从公共部门到私人部门的直接转换。历史上曾出现过法官、检察官的大规模下海从事律师业务，其有可能影响司法队伍的健康发展，而且相互勾结的“人情案”、“关系案”严重损害司法公正。这也正是离任法官从业限制制度设计的考量所在。离任法官旋转门条款立法，应当符合妥当性，即对离任法官职业自由的规制措施必须确实地达到维护司法公正廉洁的目的。其次应符合必要性，即在所有维护司法公正廉洁的方式中，对法官离职后从业应采取最少侵害的规制措施。最后应符合均衡性，法官离职后从业的规制应与维护司法公正廉洁的公益目标之间取得均衡，不得杀鸡取卵，因噎废食。

### 2.1.2 手段有效性

离任法官从业限制通过设置较长的冷却期限和禁止从业范围，从制度特点上有利于打击“期权腐败”和利用原在职关系行使“司法掮客”的行为。“期权腐败”是一种类似于期货投资的获取远期不法利益的腐败行为。相比在任时候的直接腐败行为更具遮蔽性和欺骗性，其危害性也更强烈。我国现行法律制度对于期权腐败行为严厉打击<sup>61</sup>。期权腐败区别于其他腐败的一个最显著标志就在于其权钱交易是现权与期利之间的一种交易。职务犯罪人不是像有些贪官的即时贪腐行为那样一手办事、一手要钱，而是着眼长远，先投入，后得回报。而是在事隔相当长时间甚至多年待其离职后，才以各种貌似

61 最高人民法院 2000 年《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物行为如何处理问题的批复》提到：“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，并与请托人事先约定，在其退休后收受请托人财物，构成犯罪的，以受贿罪定罪处罚。”；最高人民法院在最高人民法院、最高人民检察院 2007 年《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第十条规定：“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益之前或者之后，约定在其离职后收受请托人财物，并在离职后收受的，以受贿论处。”

合法的方式加以兑现是其本质特征。现实中的确有部分法官在离开法院前违规过问案情甚至作出不公正判决在离任后得到利益兑现；而“司法掮客”一词第一次在官方文件提出是中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》当中。最高人民法院、最高人民检察院、司法部印发《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》规制目的同样是“司法掮客”的行为。“司法掮客”是将黑手伸向政法机关，为他人办事、从中捞取钱财或谋取利益的特定人群，而离任法官依靠在任时期的人情关系网络实施司法掮客的行为具有一定的便利性，也是司法掮客的易发易感人群。

通过构建离任法官从业限制制度，进而预防“司法掮客”行为和“期权腐败”的发生。从制度构建的逻辑上讲，通过规范性文件在制度限制离任法官在原单位从事法律业务的行为限制和限制离任法官一定期限内从事部分律师职业业务的期限限制。通过给离任法官的“剩余权力”降温，离任法官与原单位的同事和领导的人际关系“降温”，尽力使离任法官“人走茶凉”，对违反从业限制的离任法官施加处罚，具备了制度设计上的手段有效性。

## 2.2 离任法官从业限制边界

一旦法官不再服务于法院，是否可以摆脱司法纪律程序和法官职业道德监管的束缚？这个问题唯一看似公平的答案似乎是肯定的。任何人不应该终身受到职业行为守则或者潜在纪律处分的约束。

### 2.2.1 保护离任法官劳动权利

“劳动权利其不仅仅是公民取得财富的最基础的方式，而且也关系着公民的自我价值之实现和自我完善<sup>62</sup>。”劳动权利是生存权也是发展权，生存权和人格发展权(自我选择人生)的权利作为基本权利规定在宪法当中神圣不可侵犯，同时《中华人民共和国宪法》也鼓励全体中国人民通过辛勤的劳动获

---

62 谢彭程：《公民的基本权利》，中国社会科学出版社 1997 年版。

得物质财富<sup>63</sup>。从从业限制的劳动权利限制内容来看，受到从业限制的群体，在法律法规的规定下可能受到行政处罚以及遭到解除劳动合同，其在特定期限内直接失去了从事该限制职业的选择权，影响其通过该项职业获得报酬和实现专业能力价值的劳动权利。在基本权利限制理论中，基本权利既是个人对抗国家的“主观防御权”，同时又是国家公权力必须遵守的“客观价值秩序”<sup>64</sup>。国家对基本权利的义务就不仅仅是不予侵犯的“消极义务”，国家公权力还应当尽一切可能为基本权利的实现创造条件、排除妨害。换言之，出于他人自由与利益的限制是必须的，但限制也必须受到约束。此外，限制不能超过一定的边界，不能对基本权利的核心和实质造成损害，不然就会过度侵害基本权利。人的自由发展与社会秩序追求都是人类社会必不可少的发展目标，但个人的自由与社会生活的秩序价值即对立又统一。因此，离任法官从业限制制度作为一项限制和剥夺部分国民宪法权利的极为严厉的措施，理应审慎施加并且受到特别的关注和监督，换言之只能是在具备必要性和正当性的前提下才能对相对人施以从业限制。也因此从程序上来讲，必须将有权施加从业限制的机关例如行政执法单位、法院置于监督之下，也应当同时设立权利救济途径，从而有效实现从业限制制度所确保的社会公益优位和宪法上对个人人权中自由的劳动选择权两者之间的利益平衡。

### 2.2.2 限制应当符合比例原则

比例原则是指国家机关限制基本权利的目的与采取的限制手段之间是否存在适当的关系，比例原则是对公共权力的限制，其根本宗旨是保护公民的基本权利，包括了妥适性、必要性。从现代法治的发展来看，比例原则已经超越了以往多用于的行政法领域，其对于公权力的谦抑行使具有原则和纲领式的意义。

当国家机关对离任法官的再次就业进行权利限制，对违反从业限制性规定的群体苛以法律责任的同时，限制性规定本身就应当接受比例原则的审视。对于离任法官从业限制制度必须以追求公共利益作为立法的出发点，同时采

63 《中华人民共和国宪法》2018，第42条。

64 张翔：《基本权利的双重性质》，载《法学研究》2005年第3期，第21-36页。

取对离任法官权利限制最小的手段。并且将从业限制的范围，不论是限制群体、限制权利内容和期限均应限定在较小的范围之内，采用最小限度的限制从业限制的范畴，却最大限度发挥预防该群体利用前法官地位实施不法行为的效用。除了从法的制定层面外，比例原则也可以在离任法官从业限制制度的法律实施和监督环节发挥作用。通过比例原则对涉及离任法官从业限制制度进行判断是否超过了必要限度，离任限制措施对法官个人利益所造成的侵犯与维护所追求的社会公共利益之间是否相称。进而对超越了比例原则的规范性文件进行清理和整治，维护离任法官群体合法权益，实有必要。

### 2.2.3 保障法律职业共同体流动

水，只有流动起来才能孕育生命力。法律职业的内部流动对于一个国家的法治建设具有重要的意义。我们了解到在普通法法系国家的法律共同体内部流动，几乎法官都拥有律师身份且主要是从律师职业流向法官职业。其一般是通过在符合法定的执业期限的“富有经验”的高级、资深律师中选任法官。比如，美国联邦法院法官<sup>65</sup>的初次选任一般是取得律师协会会员的资格和具备不短的律师从业期限，由总统任命，实行终身任期；在英国的法官选任也相当注重律师经历，所有的非治安法官都是从伦敦的四大律师学院<sup>66</sup>选任的。在普通法法系国家被选任为法官的律师都会将此视为法律职业的最高荣誉和辉煌成就。“大陆法系的法官与文职机构有密切关系，并且是其中的一部分<sup>67</sup>”对于法官的来源，与普通法系法官来源于律师不同，法科学生如果想从事司法工作，必须通过国家司法考试，并进行一定时间的法律实习，实习训练结束后，法官便有资格终身任职。法官、检察官和律师等因此在学理上构成法律职业共同体这一虚拟的想象共同体概念。在我国，法律职业共同体具有共同的法律信仰价值、共同的法律专业知识技能、共同的法律职业利益、共同的职业伦理理念的法律从业人员所组成的社群<sup>68</sup>。该职业共同体的一大特征是

65 由美国宪法第三条规定任命的终身制法官，与助理法官、税务法官等任期制法官的初任条件需作区分。

66 只有从伦敦四大律师学院：内殿律师学院、中殿律师学院、格雷律师学院和林肯律师学院毕业的成员方能取得高级律师资格。

67 《牛津法律大辞典》，光明日报出版社 1988 年第 482 页。

68 张文显，卢学英：《法律职业共同体引论》，载《法制与社会发展》2002 年第 6 期，第 13-23 页。

在共同信仰和共通的技术基础上具备了频繁的互动关系。此种互动关系具体体现为不同法律职业之间的相互流动性，即法官、检察官、律师乃至法学教师之间可以实现良性的职业流动，形成你中有我我中有你的局面。现代法治国家对于法律职业的教学培养模式存在一元化或者一体化的特征，例如英美法国家存在的律师资格考试制度和我国现行的统一法律职业资格考试制度，此种制度源于法律职业共同体工作和业务内容上的高度重合和沟通需求，通过相近的教育、培训过程使得彼此相互理解和配合，共同追求公平、正义等职业伦理，也因此强化了相互认同和使命感。我国从制度上建立了法律职业共同体之间的流动机制，例如《五五纲要》就强调了要“进一步完善从律师、专家学者和其他法律工作者中公开选拔法官的工作机制”、《法官法》<sup>69</sup>也对从律师、法学教研人员中选拔法官提供了制度遵循，法院与检察院人员之间的交流互换更是常见。但是如果仅仅鼓励从律师中选拔法官实现单向流动，而从制度层面“堵住”法官检察官到律师的道路，法律职业共同体的等边三角形扭曲，势必会造成法官角色与律师角色的永久性割裂，两者关系异化。长远看来，司法效率和整个法律职业的利益遭受减损，人民对司法公信和司法职业的信任也会降低和动摇。堵不如疏，规范律师与法官职业关系、尊重个人意愿的基础上实现良性职业流动，是化解彼此职业矛盾和整合职业利益的基本途径，也是依法治国的重要保障。

---

69 《中华人民共和国法官法》第十九条规定“人民法院可以根据审判工作需要,从律师或者法学教学、研究人员等从事法律职业的人员中公开选拔法官。”

## 3. 我国离任法官从业限制的历史、现状与问题

### 3.1 我国离任法官从业限制制度发展历程

一种相对长期存在并发展的法律制度在实践中获得了其历史正当性和合理性<sup>70</sup>，追溯历任法官从业限制的历史，中国古代选官任官的制度产生的法官并非现代意义上专门的职业法官，而是由县、州、府等行政长官兼掌司法权。直至清朝末年进行的司法改革，西方的法制和法律文化全方位多层次地向传统的礼法制度进行渗透，司法与行政逐渐开始分立，近现代意义上的职业法官制度也随之出现<sup>71</sup>。早在北洋政府时期司法部就注意到了离任法官从事律师业务所伴生的各种负面现象：“辞职、退职法官改充律师后，其中尤难保无恃有僚友关系，既可广通声气，亦即藉以招徕，而诉讼当事人不明真象，或竟妄有希冀托其关白贿赂，种种弊害，防不胜防。”遂伊始对离任法官从事律师加以时间和期限的限制<sup>72</sup>，实行“嗣后审检长官暨推检候补实习各员，经退职后三年内不得在原任各厅管辖区域内执行律师职务”的三年期和原管辖区的从律限制。

此从业限制后又被取缔，在南京政府始建时并没有对法官离任后从事律师职业进行年龄或区域的管制。1929年2月28日，彼时的政府司法行政单位向各省高等法院院长、首席检察官颁发部令称：“查各法院退职人员即在原任区执行律师职务，恐有声息相通发生流弊之虞，本部体察情形，亟应酌予

---

70 苏力：《也许正在发生—转型中国的法学》法律出版社2004年版，第235页。

71 张柏峰：《中国的司法制度》，法律出版社2002年版，第11页。

72 毕连芳：《中国近代的法官回避制度》，载《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2015年第1期第52-57页。

限制，以期防微杜渐，整饬法纪。”<sup>73</sup>“嗣后各法院院长首席检察官内推检学习候补各员，经退職后一年不得在原任法院管辖区域执行律师职务。”但此部令受到当时社论和民情的批评，因为从业限制的区域狭小、期限较短，根本无法起到部令所欲规制的离任法官不法情形。鉴于此，南京政府司法当局随后修法将时间限制由之前的一年期增至三年，将此前的原任职法院区域扩大为相同律师公会所在区域。此举在当时看来不失为一项通过设置物理隔离降低或者消除人员关系对当时司法活动的影响，促进司法机构公信力提升的一大措施。

至建国后，我国对于离任法官从业限制制度的产生和发展基本遵循了从立法上的一般立法到专门立法的原则。即一开始将法官与其他公务员离职后的从业限制混同规定，随着法治建设的进程将法官离职后的从业限制规定在特别法中。根据我国现行法律法规，对于离任法官的从业限制有具体的规定。

最早的离职后公务员限制从业的规范性文件可以追溯至1985年7月由中共中央办公厅、国务院办公厅发布的党内法规——关于《党政机关干部不兼任经济实体职务的补充通知》<sup>74</sup>该文件直接回应了79年中央纪委在北京召开的全国纪检工作会议加强党的建设、强调各级纪委搞好党风、严肃党纪的会议精神。

1996年全国人大常委会在《律师暂行条例》的基础上结合律师制度的改革<sup>75</sup>，律师“不再使用生产资料所有制模式和行政管理模式界定律师机构的性质”“不占国家编制和经费”“自愿组合、自收自支、自我发展、自我约束”。首次通过并正式实施的《律师法》第36条规定，曾担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后两年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人，并且经历2001年、2007年、2017年《律师法》三次修正，该条始终保留。而在相距不久的1995年第一部《法官法》出台，其中并没有从业限制规定。

73 司法部：《审检各员退職后不得执行律师职务令》载《司法公报》1918年第94卷。

74 《党政机关干部不兼任经济实体职务的补充通知》第二条规定不论在职、退居二线或离休、退休的党政机关干部，一律不准受聘担任集体或个体所有制各类公司、企业等经济实体的职务。如果已受聘担任的，应辞去该职务。

75 1994年1月18日《司法部关于印发国务院批复通知和〈司法部关于深化律师工作改革的方案〉的通知》[司发(1994)003号]

2000年伴随着公务员离职腐败问题的跃然纸上，公务员离职后从业限制条款开始成为党风廉政建设和反腐败工作的重要内容<sup>76</sup>。

2001年《法官法》修订，第一次增加了法官从业限制的内容并一直存续，在第十七条<sup>77</sup>中规定离任法官两年的从业限制期以及原任职法院的从业限制范围。

2004年中央政治局会议审议通过的《关于党政领导干部辞职从事经营活动有关问题的意见》文件<sup>78</sup>对辞职程序和离任领导干部从业限制作出了规定。

2006年1月1日起实施的《公务员法》<sup>79</sup>对领导干部和其他公务员在从业限制时间上分别区分为三年与两年。

2009年《刑法修正案（七）》<sup>80</sup>将受贿罪主体延伸至离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人。

2011年6月13日起施行的《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》<sup>81</sup>将从业限制实施范围划定为法院审判人员和其他工作人员。

2013年10月中共中央组织部印发的《关于进一步规范党政领导干部在企业兼职（任职）问题的意见》<sup>82</sup>要求从严掌握离任领导干部去往企业。

2017年4月28日中央组织部、人社保部、工商总局、公务员局印发《关于规范公务员辞去公职后从业行为的意见》延续和重申了中组部规定<sup>83</sup>。

---

76 中纪委五次全会提出“三年二不准”规定：即县（处）级以上领导干部离职和退休三年内，不准接受原任职务管辖的地区和业务范围内私营企业、外商投资企业和中介机构的聘任，不准个人从事或代理私营企业、外商投资企业从事与原任职务管辖业务相关的经商办企业活动。

77 2019年修订后的《法官法》中为第三十六条

78 《关于党政领导干部辞职从事经营活动有关问题的意见》针对党政领导干部辞职“下海”现象规定领导干部辞去公职应当符合辞职条件、履行辞职程序，辞去公职或提前退休后的三年内不得到原任职务管辖的地区和业务范围内的企业、经营性事业单位和社会中介组织任职，不得从事或者代理与原工作业务直接相关的经商、办企业活动。

79 《公务员法》2006年，第102条第1款的规定：“公务员辞去公职或者退休的，原系领导成员的公务员在离职三年内，其他公务员在离职两年内，不得到与原工作业务直接相关的企业或者其他营利性组织任职，不得从事与原工作业务直接相关的营利性活动。”

80 《刑法修正案（七）》第388条第2款规定：“离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人，利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件实施前款行为的，依照前款的规定定罪处罚。”

81 《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》第八条规定：审判人员及法院其他工作人员从人民法院离任后二年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。

82 《关于进一步规范党政领导干部在企业兼职（任职）问题的意见》规定：对辞去公职或者退（离）休的党政领导干部到企业兼职（任职）必须从严掌握，辞去公职或者退（离）休后三年内，不得到本人原任职务管辖的地区和业务范围内的企业兼职（任职），也不得从事与原任职务管辖业务相关的营利性活动等。

83 《关于规范公务员辞去公职后从业行为的意见》规定：各级机关中原系领导班子成员公务员以及其他担任县处级以上职务的公务员，辞去公职后3年内，不得接受原任职务管辖地区和业务范围内的企业

2017年9月中共最高人民法院党组关于印发《最高人民法院关于贯彻执行〈关于规范公务员辞去公职后从业行为的意见〉的实施意见》的通知,从适用范围、从业限制范围认定、从业限制的审核、从业限制的管理等方面对本院工作人员辞去公职后从业行为作出了限制。

2018年新修订的《公务员法》<sup>84</sup>延续了此前的公务员从业限制期限和原任职务相关的从业范围限制。

与离任法官有关的从业限制包括但不限于以上法律法规、党内法规和行政规章、规范性文件等,且由于自上至下各层级相关文件繁多且重复性较高,在此亦不能一一枚举。通过梳理以上有关离任法官从业限制的规范性文件可知,我国当前司法实践当中对离任法官最主要的从业限制是从业限制期内担任诉讼代理人或者辩护人、终身限制在原任职法院辖区内担任诉讼代理人或者辩护人。从业限制措施从期限、区域方面进行设置,既存在原单位律师业务的永久性从业禁止,又在期限上打开了从事律师业务的口子。立法机构尽可能地在保障离任法官的劳动权利和防止其利用在职权力、社会关系从事律师牟利,预防腐败行为发生之间作出了利益平衡。同时趋势是我国开始愈加重视法官离职后再就职所可能产生的腐败行为并对其作出了限制。目的在于防止离任法官利用原来的职务关系从事不正当的竞争对司法系统造成各种不利影响,但是以上从业限制条款虽然基于良好的规制目的所进行设置,但其本身是否存在某些问题,限制又是否起到了所预期的作用,此将在后文进一步探讨、分析。

### 3.2 我国离任法官从业限制运行现状

从1996年《律师法》中首次确立离任法官从业限制发展到现在,离任法官从业限制制度已经在我国运行和发展了26年有余,运行机制已经得到建立

---

、中介机构或其他营利性组织的聘任,个人不得从事与原职务管辖业务直接相关的营利性活动;其他公务员辞去公职后2年内,不得接受与原工作业务直接相关的企业、中介机构或其他营利性组织的聘任,个人不得从事与原工作业务直接相关的营利性活动。

84 《公务员法》107条第1款规定:“公务员辞去公职或者退休的,原系领导成员、县处级以上领导职务的公务员在离职三年内,其他公务员在离职两年内,不得到与原工作业务直接相关的企业或者其他营利性组织任职,不得从事与原工作业务直接相关的营利性活动。”

和进一步完善。从整体上看，法律实施是一个复杂系统，其要素包括规则、主体、资源和条件等几个部分。这些要素的质量直接影响着法律规范是否能够得以实施以及能够在怎样的程度得到实施。因此要考察我国历任法官从业限制制度运行和运行效果，我们不仅要关注规则本身、也要重视法律实施对人、对资源的依赖作用。我们不能预设国家在立法上设立这一制度仅仅只是考虑离任与在任人员的关系问题，而政治高度的考量，法院、检察院的人员现状、队伍稳定、律师数量等诸多问题也与这项制度息息相关，应当深入探究这一制度的现实意义。因此我们需要从法官离任现象在当前的状况、离任法官从业限制制度本身在当下的发展以及制度运行现状等三个层面进行考察。

### 3.2.1 我国法官离任现状

法官离任，一直以来便是法官队伍建设老生常谈的问题。由于我国法院系统一直存在案多人少的问题，我们不能单纯的把法官离任单纯的看作人员流出法院的现象，而是要重视法官离任带来的法院的人员构成失衡、法院审判水平下降、降低司法效率等一系列影响。我国法治建设进程当中的种种复杂因素综合作用之下，在法学研究、司法实践和报道当中，法官离任常常与法官流失现象划上等号。法官流失现象被注意早至 1993 年可见于法院媒体司法报道<sup>85</sup>。2014 年 01 月 19 日北京市人代会上人大代表提出需要重视和解决法官流失问题<sup>86</sup>，从 2008 年至 2012 年，北京市法院同期招录 2053 人，其中流失人员总数达到 348 人，占同期招录数的 16.9%。北京市法院情况并非个例，江苏省 2008 年至 2012 年法院系统共流失 2402 人，广东省超过 1600 人。河南省伊川县基层人民法院<sup>87</sup>从 2003 年开始公开招录到 2011 年 4 月，流失比例达到 23%，法官数量是负增长，个别审判部门都不能组成合议庭。河南省襄城县基层人民法院<sup>88</sup>自 2013 年至 2020 年 10 月共招录政法和事业编制人员

85 矫阳：《人民司法》1993 年；张智全：《基层法官流失的原因与应对》人民法院报，2014 年 8 月 16 日；王俏：《合力保障 走出法官流失之困》人民法院报，2015 年 2 月 28 日；严蓓佳：《法官流失的动因与防范》人民法院报，2015 年 4 月 13 日；王烨捷、周凯：《别人开出 100 万元年薪挖一个法官，法院拿什么留住人》中国青年报，2015 年 4 月 20 日。

86 周洁：《北京法院法官离职之数据解读》，载《中国审判》2015 年第 20 期第 49-51 页。

87 参见河南省高级人民法院官网刊发的该基层法院调研文章。

88 参见河南省襄城县人民法院官网法院内部调研文章。

48人，离任49人，总体流失人数大于了招录人数。仅在人民法院网以“法官流失”作为关键词进行检索，截至本文撰写时，有130篇关于法官流失现象的报道、会议记录、调研文章……除了仅仅从数字层面管中窥豹之外，我们也可以从出台的规范性文件中、最高人民法院答复全国政协委员提案的答复<sup>89</sup>侧面了解到法官流失的问题。

当我们把目光从群体转向个体，法官离开法院对于个体存在着不同的动因和缘由。法官队伍人才流失最为显著和集中的现象是我国法官队伍中不少优秀的法官“逆行”转行做律师，导致法院系统人才流失的情况特别是基层法院时常发生。在我国之所以将优秀法官流向律师队伍称为“逆流动”是因为恰恰与英美国家普遍的从优秀资深律师中选拔法官的制度相反。“逆流动”不仅仅发生在刚入职或者入职几年的年轻法官中，甚至是一些法院的中坚力量，包括副庭长、庭长等中层领导干部乃至院长级领导都出现了从法院离职改行的情况。出现“逆流动”的现象的原因包括过往人事管理制度不健全，“法院的院长们都有一本难念的经：想要的人调不进来，不适合做法院工作的干部又调不出去”；基层法院待遇差，人才留不住，一方面提高了法官准入门槛（学历、年龄、法律职业资格考试等）另一方面法官待遇却并未提高到与要求相适应的层次，高要求与低保障不协调，既对高素质法律人才吸引力下降，又造成业务骨干流失；司法改革背景下造成的法官职业不确定性；法院案多人少导致的办案压力导致法官压力过大，对身心状态都是巨大考验……根据全国政法队伍教育整顿第二次新闻发布会发布的数据，自2012年9月至2021年8月，近九年的时间里已有14.9万名法官检察官先后离任<sup>90</sup>，综合全国员额法官、检察官的数量和比例来看，离任法官是一个数量相当大的群体。

89 参见最高人民法院对政协十二届全国委员会第四次会议第2361号(政治法律类171号)提案的答复;最高人民法院对政协十二届全国委员会第三次会议第1259号(政治法律类175号)提案的答复;最高人民法院对政协十二届全国委员会第二次会议第4198号提案的答复。

90 参见《陈一新:全国第一批政法队伍教育整顿取得“四个阶段性成效”》,http://news.jcrb.com/jsxw/2021/202106/t20210611\_2288191.html, 2022年11月10日访问。

### 3.2.2 离任法官从业限制制度运行现状

在前文对我国离任法官从业限制的一般性规定的基础上，结合司法改革以及政法队伍整顿专项活动，最高法、最高检、组织部等机关以及具体的司法实践当中各地司法局、各地律协等机构对离任法官的从业限制又有了更严、更实的新规定，防止离任法官违规制度设计上有了进一步的发展。在此前相关法律法规、规范性文件的一般性限制规定的基础上，《意见》更具体地明确规定了各级人民法检机关的各类离任人员在离任后二至三年期限以及在原任职单位从律代理或辩护禁止。《意见》作为全国政法队伍教育整顿行动的规范性文件，对离任法官从事律师职业作出了更加严格和明确的限制性规定，也正是据此，各省级、地市级乃至区县级司法机关也纷纷作出了文件作为上级精神的贯彻。例如，深圳市律师协会关于印发《关于执行离任法官、检察官从事律师执业的若干规定》的通知提到离任的法官、检察官申请律师执业人员实习时有如实交代义务、提供原单位就其实习行为不违规的书面意见以及离任公职人员申请律师执业实习的承诺书<sup>91</sup>。又例如，重庆市出台的《关于进一步加强律师执业权利保障维护司法公正的意见》，文件要求重庆市高院以年度的频率向市司法局、市律协互相通报离任法官情形和通报近亲属从事律师工作和以其他律师名义进行隐形代理的情况。

通过梳理我国今年出台离任法官从业限制相关规范性文件可以看出，当前制度层面对离任法官的从业限制以及因从业限制而被赋予的义务有：一是区分行政级别的限制从业时间：即四高以下法官（也包括了法院具有公务员身份的从事审判辅助工作的人员）离职两年内，四高法官以上等级的法官和相对应职级的其他法院公务员是从律代理或辩护的时间限制是三年，原任职单位永久限制。二是从律以外的律所工作，包括法律顾问和行政人员等一切工作人员，不得以律师身份从事与原任职人民法院相关的有偿法律服务活动；三是离任法官打算在离任后从事律师职业或进入律所工作的，应当在离任时履行报告义务、签署承诺书，承诺内容包括自愿主动遵守从业限制、从业限制期内主动报告从业意向和变动情况；四是从业限制期结束后，离任法官仍

91 参见深圳市律师协会关于印发《关于执行离任法官、检察官从事律师执业的若干规定》的通知(深律字〔2021〕76号)第三条、第四条、第五条。

然志愿从事律师职业或者在律所担任任何工作的，则应当及时将行政、工资等关系转出人民法院、人民检察院，不再保留机关的各种待遇。该意见作为实施方案和操作指南，对于离任法官从业限制采取了广撒网和大包围，扩大了限制主体范围和客体业务种类，增设了从律条件和义务。

在法律制度得到良好构建的前提下，法律实施的效果决定着法自身具备的功能和生命力，博登海默对法律的应然与实然所作的描述是：“如果包含在法律规定部分中的‘应当是这样’的内容仍停留在纸上，而不影响人的行为，那么法律只是一种神话，而非现实<sup>92</sup>。”从法律实施的一般性原理来讲，从业限制的实施环节包括了离任法官遵守从业限制、违反离任限制规定遭到有权处罚以及从业限制制度运行的监督等几个方面，可以据此进行考察。离任法官受到从业限制，基本属于以下几种情况：其一是离任法官在限制期限内从律代理或辩护。其二是离任法官从律且在原单位代理或辩护。其三是离任法官违反了公务员离职后的统一性规定，前往与司法审判管辖区域内企业或者从事了与司法审判业务相关营利活动，该条与第二条其实在具体制度实施上是包含关系，因为法律实施中往往把与原任职业务相关的营利性活动解释为了担任律所律师。而前往企业的离任法官往往只有因腐败问题才能得到发现和查处，缺少监督和管理。因此对于上述的三种情况，由于担任诉讼代理人和辩护人的情况可以在法院判决书中直接识别、违规从事律师执业受到清理的可以见于当地司法行政部门作出的行政处罚决定，因此可以通过司法案例和判决等的角度从侧面对离任法官受到的从业限制对从业限制制度运行情况进行研究。

#### （1）离任法官从业限制制度运行

虽然在近几年，特别是近两年随着政法队伍教育整顿活动和《意见》出台之后，各地法院、检察院、司法局以及律协等相关单位通过建立信息共享平台、离任人员信息库等技术化手段对违规从业的离任人员进行了清理，对违规代理的前法官律师采取了在进入立案环节之前就予以识别并不予立案的措施。但在此之前，由于各地信息并未互通，也由于并非处于“严打”阶段，一些法官、检察官离任后违反《法官法》《检察官法》等法律法规的明文规

92 博登海默.《法理学》邓正来译.中国政法大学出版社,2017:101.

定，在从业禁止期内从事律师职业，或者在原工作单位办理的案件中担任代理人、辩护人，不少违规从业的离任法官是以通过异地执业、法律顾问协议等各种手段对从业限制条款进行规避，比如法官在任期间即与其离职后的意向公司签署法律顾问的聘用协议<sup>93</sup>。甚至充当司法掮客，滋生司法腐败，影响司法公正，受到社会广泛关注。在北大法宝、裁判文书网以“离任法官”以及《律师法》第41条、《法官法》第36条等进行检索<sup>94</sup>，得到相关的一审判决、裁定17篇、二审147篇、再审59篇，对于从业限制条款的引用常见于管辖权异议<sup>95</sup>、一审中原告或被告方申请委托诉讼代理人或辩护人回避事由<sup>96</sup>、原被告辩称<sup>97</sup>当中。分析可得，离任法官从业限制极少部分发现于庭审前，这需要诉讼对抗一方相当的信息渠道才能知晓并且在回避申请阶段提出和援引该从业限制理由。而在审判程序当中，许多援引从业限制条款是不分青红皂白，只要有信息了解到对方律师曾在法院存在工作经历，从离任法官、离任法院书记员乃至离任法院会计，都以程序违法为由向审判法院提出，实质上相当一部分离任法官从律人员已经过了限制期合法执业，程序违法实为极少数。这也从侧面突出和强调了离任法官信息公开的必要性。

通过案例和报道我们可以看到，从业限制制度确实在一方面通过限制离任法官的违规行为，一定程度上遏制了也识别出了一些违规从事律师职业和违规在原任职单位从事代理业务的离任法官<sup>98</sup>。同时也带来了一些问题，这些问题将在后文详细展开和分类探讨。

## （2）近年来，特别是在政法队伍教育整顿后的现状

从2020年7月至2021年12月，我国的司法改革伴随着全国政法队伍教育整顿<sup>99</sup>继续推进，力度空前。次年月中旬，“司法工作人员职务犯罪侦查百日

93 参见邵海巍与琿春隆晟建筑安装有限公司离退休人员返聘合同纠纷一审民事判决书(2019)吉 2404民初 983号。

94 使用北大法宝以“离任”“法官”在同句中检索，以及对应《法官法》《律师法》对应的从业限制法条的相关案例功能进行检索。

95 参见(2016)沪 0107 民初 15025 号宁波盛业志成贸易有限公司与龙棣商贸(上海)有限公司特许经营合同纠纷一审民事裁定书。

96 参见陶秀明与陶秀林、陶秀全共有纠纷一案一审民事判决书(2020)桂 0924 民初 1201 号。

97 参见广西齐川律师事务所、罗朋贵服务合同纠纷一审民事判决书(2019)桂 1002 民初 2726 号。

98 参见沈阳金法石油化工制品有限公司和平分公司与于世波确认合同无效纠纷一案一审民事判决书(2017)辽 0104 民初 12980 号。

99 2020年7月，全国开启政法队伍教育整顿试点。2021年2月底至6月底，全国第一批政法队伍教育整顿在市县两级集中开展。2021年8月至11月，全国第二批政法队伍教育整顿启动，针对中央政法委、中央政法单位和省级党委政法委、政法单位开展教育整顿。

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/538105045102006030>