

论健全我国刑事回避制度

卞建林 刘 玫

回避是刑事诉讼中的一项重要制度，指法律规定司法人员和某些诉讼参与人在与案件或案件当事人有利害关系或存在其他可能影响公正处理案件的情况时，不得参加该案有关诉讼活动。旨在防止他们徇私枉法或持有偏见，以保证诉讼活动顺利进行并使案件得到正确处理。我国刑事诉讼法施行以来，虽然体现了回避制度的重要作用，但也反映出现行规定尚不够完善。现对其中若干问题谈些粗浅的认识。

一、回避的对象

回避的对象即适用回避的人员。我国刑事诉讼法规定，回避主要适用于侦查、检察和审判人员，同时也适用于书记员、鉴定人和翻译人员。回避对象的范围广泛，是我国刑事回避制度的特点之一，主要体现在以下方面：

(一) 适用回避不只限于审判阶段，回避对象也不只适用于审判人员，而是贯穿于侦查、起诉、审判各个诉讼程序，适用于侦查、检察和审判人员。这与西方许多国家将适用回避的人员限于法官和陪审官相比，有很大不同。

(二) 回避不仅适用于在刑事诉讼中起主导作用的司法人员，而且也适用于鉴定人，翻译人员等与案件结果并无利害关系，但有一定影响的独立的诉讼参与人。

(三) 侦查、检察和审判人员不仅指具体从事或参加侦查、批捕、起诉和审判工作的办案人员，而且包括领导、指挥各个诉讼阶段工作、对案件处理实际拥有一定实权或重要影响的公安、检察和审判机关的负责人。

(四) 在我国，检察、审判人员还应包括检察委员会、审判委员会的成员。我国人民法院组织法规定，审判委员会是法院内部对审判工作实行集体领导的机构，是位于合议庭和独任审判员之上的一级审判组织，具有讨论和决定重大、疑难案件的任务和职权。显然，在处理某重大、疑难案件中，当该案提交审判委员会讨论、决定时，如果审判委员会某一成员符
有明确规定检察机关相应的制裁权以前，可以写出情况报告，向党委、人民代表大会、政法委和侦查机关（或部门）的上级领导书面反映，争取各方面领导支持检察机关侦查监督的开展，督促和帮助侦查机关（或部门）纠正违法。

（作者单位：中国人民大学法律系）

责任编辑：苏尚智

合法律规定应当回避的情形，该成员无疑应当回避。检察委员会与审判委员会性质相近，其成员对提交检察委员会讨论、决定的案件具备法定回避理由时，同样也应回避。这是我国人民法院、人民检察院实行集体领导、贯彻民主集中制的原则所决定的。

适用回避的人员范围如此广泛，体现了我国刑事回避制度的社会主义特色。从防患于未然出发，最大限度地排除一切可能影响诉讼活动正常进行的因素，以确保案件得到公正处理。

二、回避的类型、方式

在诉讼理论上，回避主要分为无因回避和有因回避两种。无因回避指申请人无需申诉回避理由。一般适用于申请陪审员回避，旨在确定陪审团组成人员时，尽量选择可能有益于己方的陪审员人选。如法国刑事诉讼规定，同一案件里被告方可要求五名陪审员无因回避。有因回避要求申请回避者必须陈述理由，而且法律对出现何种情况应当回避有明确规定。有因回避主要适用于法官。从我国法律规定来看，应当属于有因回避类型。刑诉法第23条明确列举了适用回避的若干情形。遇有法定回避理由时，才能要求和同意回避。

在我国，现行回避的方式有两种。一是自行回避，即属于回避对象的人员发现自己具有应当回避的情形，主动提出不参加该案的诉讼活动。二是申请回避，即当事人及其法定代理人认为某司法人员或鉴定人等诉讼参与人应当回避，有权提出申请要求他们不参加本案的诉讼活动。两种方式，实质上都是申请或要求回避，只是提出要求的主体不同而已。从司法实践来看，这两种方式是否全面，尚需进一步研究。例如，某司法人员符合法律规定应当回避的情形，本人未自行回避；当事人因不了解情况也未提出申请。对此种情况应当如何处理，根据现行法律规定，尚缺乏有效的手段或适当的途径。从国外有关立法来看，某些国家和地区还规定有指定回避的方式。指定回避，又称命令回避、职权裁定回避。指对申请回避有权作出决定的机关或人员，如发现所属人员具有法定应予回避的情形时，依职权主动作出让其回避的决定。此种方式可以考虑为我国采用。司法机关负责人一旦发现或因他人告诉而得知其属员存在应当回避的情形时，依据职权决定该员回避。

在我国，审判、检察、侦查人员的回避由谁决定，刑事诉讼法第24条对此已有明确规定。问题在于，审判委员会、检察委员会的成员以及书记员、鉴定人等的回避，应当由谁决定？对此看法不一。有人主张，书记员、鉴定人等的回避，应参照民事诉讼法的有关规定，由审判长决定。此种观点值得商榷。笔者认为：第一，不符合刑事诉讼的特点。刑事诉讼与民事诉讼的重要区别之一就是在审判程序发生之前，尚有侦查、提起公诉等程序的存在。因此，书记员、鉴定人等因诉讼需要不仅存在于审判阶段，在此之前可能早已参加诉讼，显而易见，不能把侦查、起诉阶段书记员、鉴定人等人的回避，留待以后由审判阶段的审判长来决定。第二，与刑事诉讼法第25条规定相违。该条规定书记员、鉴定人和翻译人员的回避，适用对审判、检察和侦查人员回避决定的程序。据此规定并结合刑事诉讼的特点，我们认为，书记员、鉴定人和翻译人员的回避，应当在不同诉讼阶段分别由所属或所聘请、所委派的主管司法机关负责人决定。

关于审判委员会、检察委员会成员的回避应当由谁决定的问题，法学界目前对此尚缺乏研究。笔者认为，根据刑诉法第23、24条的规定，审判、检察人员在概念上有广义、狭义之分。对第23条所指的审判、检察人员应作广义的理解，即审判人员包括审判员、陪审员、法院院长和审判委员会成员；检察人员包括检察员、检察长和检察委员会成员。而第24条所规

定的审判、检察人员是狭义的，通常仅指进行审判、检察活动的具体办案人员。据此，对审判委员会、检察委员会成员回避的决定，可以有两途径：一是将其视同具体办案的审判、检察人员，分别由法院院长、检察长决定；二是与法院院长、检察长同等看待，分别由该院审判委员会、检察委员会决定。在采用第二种方式时，审判委员会、检察委员会应当在被申请回避的成员退席后，由其他成员对此作出决定。

三、回避的理由

回避理由又称适用回避的条件，即法律规定应当回避的情形。我国刑事诉讼法对回避理由作了如下规定：（一）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；（二）本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；（三）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人或者附带民事诉讼当事人的代理人的；（四）与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。上述四种情形，可以归为两类。前三种情形为一类，属于硬性规定，即法律规定明确而具体。一旦具备这三种情形之一，有证据说明回避理由成立，就应当作出同意回避的决定，不能驳回要求回避的申请。第四种情形为另一类，属于柔性或弹性规定，所谓“与本案当事人有其他关系”，含义广泛而不确定，但不管属于何种关系，均以可能影响公正处理案件为条件。因此，即使申请回避人能够举证说明被要求回避的人员与本案当事人之间具有某种特殊关系，但判断这种关系是否可能影响公正处理案件，由有权决定的机关或人员裁量确定。

上述分类在外国刑诉立法上都有类似规定。一般称前者为审判员依法不能执行职务，或者叫审判员丧失审判资格；称后者为执行审判职务有可能发生偏袒，或者叫审判员有偏袒嫌疑。前者是绝对的、明确的，后者是相对的、有条件的。因法律不可能详尽列举所有可能产生偏袒嫌疑的情况，只能授权有关执行机关或人员自由裁量，以确定申请回避者所举理由是否成立。所谓“有偏袒嫌疑”与我国法律规定中的“可能影响公正处理案件”含义大致相近。

此外，我国刑事诉讼法第150条规定：“人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行”。据此规定，原审合议庭组成人员在再审程序中应当回避，可以看作现行法律明确规定应当适用回避的第五种情形。

对于刑诉法第23条第4项规定的可能影响公正处理案件的其他关系，应当如何理解？除上述五种情形外，是否还有其他情形应当适用回避？法学界意见不尽一致。对于“其他关系”一般法学教材中均解释为与当事人有某种亲疏、恩怨的特殊关系，如同事、友好，或恋爱未成，相邻不睦等等。也有同志指出，此种解释失之于过狭。“其他关系”，具体应当包括四种情况：

- （一）与当事人之间曾有过某种特殊关系。总之，无非好坏、亲疏、恩怨两大类。
- （二）在决定再审的案件中曾为原审法庭组成人员的，即刑诉法第150条所规定的情况。
- （三）在二审法院发回原审法院重新审理的案件中曾为原审法庭组成人员的。
- （四）凡在本案某诉讼阶段曾与当事人有过诉讼关系的。

笔者认为，此种观点突破了传统理论上对“其他关系”所作解释的框框，对其他应当适用回避的情形，提出了一些颇有见地的意见。但将上述四种情形一概列入“其他关系”之列，却未必妥当。主要基于以下考虑：

首先，上述第二种情况，即原审法院审理再审案件应当另行组成合议庭进行的问题，刑事诉讼法在回避一章中对此并未涉及，而于第150条另作专门规定。显然，立法时并未考虑将

其归入“可能影响公正处理案件的其他关系”之中。

其次，如前分析，所谓“其他关系”属于灵活性规定，以可能影响公正处理案件为条件，而判断其是否符合这种条件则由有权决定的机关或人员裁量确定。而再审和二审法院发回重审的案件应当另行组成合议庭进行的问题，以及凡在诉讼某一阶段已与当事人有过诉讼关系的人应予回避的问题，性质截然不同。如认为这种情况应当作为回避理由，同时鉴于现行法律对此未作明确规定，便将其纳入“其他关系”加以解释，未免差强原意，难以圆满。关键在于，原审法院审理二审法院发回重审的案件是否需要另行组成合议庭进行，曾在本案某一诉讼阶段已与当事人有过诉讼关系的办案人员应否回避。

关于原审法院审理二审法院发回重审的案件，原合议庭组成人员是否应当回避的问题，笔者认为，回答应该是肯定的。理由如下：

(一) 刑事诉讼法关于人民法院按照审判监督程序重新审判的案件应当另行组成合议庭进行有明确的规定。此规定，应同样适用于原审法院审理二审法院发回重审的案件。否则，同一法律，类似程序，却采取截然不同的两种作法，令人难以理解。

(二) 尽管我国刑诉法对此未作明确规定，但民事诉讼法弥补了这一不足。民事诉讼法第36条规定：“第二审人民法院发回重审的案件，原审人民法院按照第一审程序另行组成合议庭。”同一国家，同为程序法，刑事诉讼与民事诉讼在此问题上作法应当是协调一致，并行不悖的。

(三) 从设立回避制度的意义、作用来看，也应当如此。以避免原审人员先入为主，持有偏见，或因考虑个人得失从而妨碍对案件的公正处理。

(四) 从其他国家有关立法来看，一般均对此有明确限制。如苏俄刑诉法典第60条规定，曾在第一审法院参加审理刑事案件的审判员，遇自己参与作出的刑事判决或关于终止诉讼的裁定被撤销时，不许在第一审法院参加该案的重新审理。

关于曾在本案某一诉讼阶段与当事人有过诉讼关系的司法人员，在该案其他诉讼阶段是否应当回避的问题，由于涉及的面很广，不能一概而论。应当区分不同情况，分别对待。

应当明确，审判人员如果已在本案某一诉讼阶段与当事人有过诉讼关系，在此后进行的各诉讼阶段应当回避。此种情况大致是指：在本案中曾担任过侦查、检察工作的审判人员，在一审案件中担任过审判工作的二审人员，在普通程序中担任过审判工作的再审人员，等等。此种情况应当适用回避，和再审案件原合议庭组成人员必须回避理由相同。此类情况，许多国家（如苏联、法国、联邦德国、日本等）一般在立法上均明令禁止，将此列为审判员丧失审判资格的范围。从我国司法实践情况来看，审判员重复参加审理案件的现象屡有发生，应当引起足够的重视。例如，某审判员调入中级法院，承办他在基层法院参加一审的上诉案件。此种作法违背两审终审制度，同时也大大削弱了设立刑事回避制度的作用，显然不妥。但此类现象的存在，和我国刑诉法对此未作明确规定不能说没有很大关系。因此我们建议，对禁止审判人员重复参加审理案件的问题，在修改刑诉立法时应予明确。同时在立法体例上，可以考虑将审理再审案件以及二审法院发回重审的案件应当另行组成合议庭进行等问题，一并归入此类在回避一章中统一加以规定。

检察人员与审判人员不同，如果在本案某一诉讼阶段与当事人有过诉讼关系的，一般不适用回避。这是由检察机关的性质和地位所决定的。我国人民检察院是国家法律监督机关，在刑事诉讼中承担控诉职能，代表国家诉追犯罪。具体行使批捕、检察（包括侦查）、提起公

诉，支持公诉等职权，同时对侦查和审判活动是否合法进行监督。检察机关自始至终参加刑事诉讼，在各诉讼阶段都有相应的任务、职权并发挥重要作用。因此，不能以检察人员曾在本案某一诉讼阶段与当事人有过诉讼关系为由要求回避。关于这一点，苏俄刑法在规定检察长的回避时就明确指出：“检察长曾经参加侦查或调查，以及曾在法庭支持控诉，不能成为他继续参加诉讼的阻碍。”至于侦查人员，由于其在刑事诉讼中的职权和任务所决定，一般不存在在诉讼各阶段与当事人重复发生诉讼关系的问题。个别人员因工作调动恰好与案件在各诉讼阶段上的进程巧合，以致可能发生与当事人再打交道的现象。对此为贯彻司法机关分工负责、相互制约的原则，从设立回避制度的目的、作用出发，以不再承办该案为宜。

四、有权申请回避的人员

刑事诉讼法第23条规定，当审判、检察和侦查人员具有法律规定应当回避的情形时，有权要求他们回避的为当事人及其法定代理人。从司法实践情况看来，这一规定尚有不足，主要表现在有条件帮助当事人行使申请回避权的辩护人（特别是辩护律师）无权提出要求。一般说来，由于辩护人在刑事诉讼中承担辩护职能，其责任是依据事实和法律，反驳控诉，维护被告人合法权益。因此，被告人在诉讼中所享有的诉讼权利，除具有人身性质的外，基本上都能由辩护人代为行使。申请回避的权利，同样也应如此。世界上大多数国家立法上对此均予确认。如苏联、联邦德国、法国以及英美法系国家都明确规定，公诉人和辩护人均享申请回避的权利。在我国，由于人民检察院兼有对侦查和审判活动是否合法进行监督的有权，一旦发现存在应当回避而未回避的情形，有权通知侦查和审判机关予以纠正。因此，无须另外赋予检察机关以申请回避的权利。但是，辩护人（尤其是辩护律师）应当享有申请回避的权利。理由如下：

（一）辩护律师是国家法律工作者，为保障法律的正确实施，对司法机关违反法律规定的行为，有权提出并要求纠正。

其次，辩护律师在刑事诉讼中的责任是依据事实和法律，维护被告人的合法权益。发现有法定应当回避的情形，应当履行自己的职责。

（二）辩护律师有权查阅案卷材料并进行必要的调查。与当事人（特别是被告人）相比，更有条件和可能了解是否存在应当回避的情况。

（三）刑事诉讼法第27条第2款规定：“被告人是聋哑人或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当为他指定辩护人。”其立法意图，就是鉴于聋哑人、未成年人因生理、心理缺陷使行为能力受到一定限制，因此指定律师参加诉讼以帮助他们行使法律赋予的诉讼权利，维护他们的合法权益。在此类案件中，辩护人应享有申请回避权的问题，显得更为突出和重要。

五、申请回避的期间

申请回避的期间，指在刑事诉讼中当事人申请回避始于何时，止于何时。根据我国法律规定，着重探讨两个问题。（一）在侦查阶段如何保障被告人行使申请回避权。从法律规定回避对象的范围可以看出，被告人自侦查阶段便有权要求侦查人员回避。但实际上被告人这一权利的行使却很难保障。主要原因为：侦查秘密进行，被告人可能被羁押，使之对侦查人员个人情况以及是否具备应当回避的情形难以了解或知之甚微；法律对如何保障被告人在侦查阶

段行使申请回避权亦缺乏相应的规定。比较国外有关立法，回避对象限于审判人员的，当然不存在这一问题。适用回避的人员包括侦查人员的，一般对如何保障被告人行使申请回避权均有相应规定。如苏俄刑法第149条规定：侦查人员在提出控诉时，必须向被告人说明他在诉讼中享有的权利（包括申请回避权）。而且应在确定刑事被告人的决定中加以记载，并由被告人签名认证。我国刑法对侦查人员在讯问被告人时应否首先向被告说明他所享有的诉讼权利未作规定。这不仅关系到被告人申请回避的问题，而且涉及到如何保障被告人行使辩护权等一系列诉讼权利。由于我国未规定专门确定刑事被告人的程序，因此当侦查人员首次讯问被告人时，应当向被告人说明他所享有的诉讼权利和应承担的诉讼义务。将来修改刑诉立法时对此应当有所考虑，加以明确。

（二）审判阶段当事人申请回避的起止。刑法第113条规定：开庭时，审判长应告知当事人有权对合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员申请回避。此时，审判长应向当事人讲清回避的内容和意义，并询问他们是否申请回避，若申请回避，理由是什么。如果当事人提出申请，法庭可宣告暂时休庭，以便按照法律规定，作出应否批准回避申请的决定。法律这一规定，同样适用于第二审程序。问题在于，开始法庭调查后，当事人还能否提出申请，刑法对此未作规定。相比之下，随后颁布的民事诉讼法规定比较明确。民事诉讼法第41条规定：“当事人申请回避，应当说明理由，在案件开始审理时提出；回避事由得知或者发生在审理开始以后的，也可以在法庭辩论终结前提出。”这一规定比较全面、合理。既不搞一刀切，不加区别地一概不许；也不能不作限制，任凭当事人拖延诉讼。其他国家多数采取这一作法。如联邦德国，规定截至被告人最后陈述止。刑事诉讼中如出现这一情况，目前可暂参照民事诉讼法的有关规定处理。这样既有利于诉讼的顺利进行，又不妨碍当事人申请回避权利的行使。

关于回避制度，还有一个问题十分重要，就是违反回避规定所产生的法律后果。一般说来，应当回避而没有回避，或者当事人申请回避有理而被驳回的，都属于严重违反程序法的行为。人民检察院发现公安机关的侦查活动存在这一情况时，应当通知公安机关纠正。人民法院对于人民检察院起诉的案件，认为有这种违法情况时，可以退回补充侦查。上级法院在审理上诉案件时，可以将此作为可能影响正确判决的诉讼程序上的违法行为，撤销原判，发回重审。人民检察院也可就此行使审判监督权。这样，才能真正发挥回避制度的作用，维护法律的尊严。

（作者单位：中国政法大学）

责任编辑：苏尚智