

对最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第五条的质疑 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_AF_B9_E6_9C_80_E9_AB_98_E4_c122_479696.htm 2000年1月31日，最高人民法院以法发（2000）5号作出了《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》。该《若干规定》的第五条“审判人员及法院其他工作人员的配偶、子女或者父母，担任其所在法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人的，人民法院不予准许”的规定，是一条关于诉讼代理人和辩护人的回避规定而不是对审判人员的回避规定。本人认为这一规定存在着严重问题，主要表现在以下几个方面：一、这一规定扩大了回避对象的范围，有悖回避制度的本义 回避的本意是“避忌、躲避”。法官在诉讼活动中居于主导地位，是诉讼程序的主持人。如果法官与案件的审理结果有利害关系，即使这一结果是客观上是公正的，人们也难免会对结果持怀疑心态。即使审案法官自身能够秉公办事，也确实作到了客观公正，但是，只要他们参与了诉讼活动，当事人就会心存顾虑，这样势必会造成不必要的累讼。因此为了保证案件处理的客观公正，增强当事人对有关办案人员的信用感，提高审判效率，对与案件公正审理会造成影响的有关人员回避是必要的因此，因此确立回避对实现程序公正具有非常重要的作用。也正因为如此，国家在设立法律制度时才会对回避制度十分重视。我国的人民法院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法和其他相关法律的都对审判回避制度作出了明确规定。最高人民法院于2000年1月公布的《关于审判人员严格执

行回避制度的若干规定》，其目的也是为确保司法公正。我国诉讼程序中的回避制度的本义是指审判人员和其他有关人员，出现可能影响案件公正审理的事由时，依法退出案件审理活动的诉讼制度。谁是回避制度的主体？哪些人员遇有法律规定的情形应当依法退出案件审理活动？我国几大诉讼法都对回避对象作出了明确的规定。《刑事诉讼法》第28条和第31条的规定的刑事诉讼中的回避的主体是审判人员、检察人员、侦查人员以及书记员、翻译人员和鉴定人；《民事诉讼法》第四十五条规定的民事诉讼中的回避主体也是审判人员以及书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人；《行政诉讼法》第四十七条规定的行政诉讼的回避主体还是审判人员以及书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。由上述规定可以看出：这几大诉讼法中明确规定的回避的适用对象都是在诉讼活动中居于主导地位，能够左右审判活动的进行或者能够影响案件公正审理的司法人员而不是诉讼代理人或辩护人。因为诉讼代理人或辩护人在诉讼中的地位仅仅相当于诉讼当事人，在诉讼中，他们只能提出意见供司法人员参考，他们的意见最终是否被采纳，并不是取决于诉讼代理人或辩护人本身而是取决于他意见的合理性和合法性，他们不可能左右审判活动的进行或者能够影响案件公正审理。正是由于他们的地位和作用不过如此，我国的刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等才在对回避主体作出规定时都没有涉及到作为诉讼代理人或辩护人的律师。《最高人民法院关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》既然是“根据人民法院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法和其他法律的有关规定”而“就审判人员执行回避制度及有关问题规定”，那么

，首先就应当严格遵照人民法院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法和其他法律的有关规定而不应当超越这一规定；其次，既然是对“审判人员执行回避制度”，就应当是与审判活动有直接关系的人员执行回避制度而不是诉讼代理人或辩护人执行回避制度《最高人民法院关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第五条其实质是指律师回避而非审判人员回避，而要求律师在诉讼中回避却是无论从哪部诉讼法法条中都是找不到依据的。由于几大诉讼法中均只明确规定回避制度的适用对象都是审判人员等法院工作人员而不是作为代理人或辩护人的律师。故《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》的第五条规定，它扩大了回避的对象，改变了回避的主体，有悖回避制度的本义。二、这一规定是越权的司法解释，其合法性受到质疑 最高法院公布的《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》，它的性质不过是一个司法解释。根据我国《宪法》、《法院组织法》以及1981年6月全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》的相关规定，最高人民法院和最高人民检察院只能对属于审判工作或检察工作中具体应用法律、法令的问题进行解释。最高人民法院为规范司法解释工作，也制定过《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》法发〔1997〕15号。在这一规定的第二条中也已经明确了“人民法院在审判工作中具体应用法律的问题，由最高人民法院作出司法解释。

”这说明：司法解释必须是以法律规定为依据，它只是针对审判工作中的应用法律问题作出的解释，它只能对现行法律规范的含义和内容作出理解和说明，其目的是为了准确把握立法原意，保证法律规范的得到正确的施行。司法解释的作

用是填补漏洞而不是重新立法。解释只能限于该法律规定已知的范围，而对法律没有明确禁止的事项和不能从现有法律得出明确禁止性结论的事项，则不应当作出禁止性司法解释。但是，最高人民法院的《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》的第五条，其性质就已不再属于对法律条款的文字含义和文字表达的技术性阐释，而演变成了脱离原有的法律文本所指向的法律调整框架和调整范围的“准立法行为”，这一行为本身就不具备合法性。三、这一规定既是违反宪法的歧视性规定，也是违反《律师法》的违法性规定。宪法第三十三条第二款明文规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”这平等同样包括平等地享受作为诉讼代理人或辩护人的资格。最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》关于“审判人员及法院其他工作人员的配偶、子女或者父母，担任其所在法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人的，人民法院不予准许。”是对诉讼代理人或辩护人资格的非非法剥夺，是对与审判人员及法院其他工作人员有配偶、子女或者父母关系的诉讼代理人或辩护人的歧视。《律师法》第二十五条第（二）、（三）项明文规定了律师可以接受民事案件、行政案件当事人的委托，担任代理人，参加诉讼；可以接受刑事案件犯罪嫌疑人的聘请，为其提供法律咨询，代理申诉、控告，申请取保候审，接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定，担任辩护人，接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托，担任代理人，参加诉讼；同时《律师法》第三条还规定：“律师依法执业受法律保护”。而最高人民法院的《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》的第五条，使一

些律师由于其与法院的工作人员有着亲属关系而不能从事辩护和诉讼代理业务，这不仅仅只是使法律所赋予的律师依法从业的权利被限制的问题而是一件严重的违法问题。四、这一规定不可能根治司法不公，也不可能杜绝司法腐败。哪种认为与审判人员及法院其他工作人员有的配偶、子女或者父母关系的诉讼代理人或辩护人会影响司法公正的观念是以偏概全的观念，要求凡是具有上述情况人律师回避则是杯弓蛇影，小题大做。不可否认，作为诉讼代理人或辩护人主力军的律师队伍，与其他行业一样，也存在着一些不容忽视的问题。尤其是近年来，发生了一些地方律师行贿法官的违法违纪案件，这些案件严重损害了律师队伍的形象和声誉，也的确影响到了司法公正。但本人认为，这不能作为要求诉讼代理人或辩护人回避的理由。因为与审判人员及法院其他工作人员有的配偶、子女或者父母关系的诉讼代理人或辩护人的律师在律师队伍中毕竟只是少数。而大量事实也充分证明，在法官腐败案中，与案件有牵连的律师并不是这些与法官或法院工作人员有配偶、子女或者父母关系的律师而是这些人员以外的其他律师。他们与审判人员或法院其他工作人员有着的是诸如同学、老乡、朋友、情人等亲密关系，他们虽然不在回避之列，但仍有可能造成“人情案”、“关系案”。还有的法官腐败案中，与律师没有任何感情上的关系，这些法官与律师之间是纯粹的金钱关系，这些法官办的就是“金钱案”。这些人不在回避之列，但同样会造成司法腐败！更何况，在现实生活中已经出现了为规避律师回避的情形而夫妻假离婚的事实。也出现了属于回避之列的律师与不属于回避之列的律师联手办案的情形，这些情形同样可以避开回避规

定。故本人认为，要求与审判人员及法院其他工作人员有的配偶、子女或者父母关系的诉讼代理人或辩护人回避是不可能根治司法不公，不可能有效防止司法腐败的。更何况，要求审判人员以外的其他人员，如司机、打字员等这些工作人员的亲属回避，则更是杯弓蛇影，是小题大做了。要杜绝司法腐败，作到司法公正，主角不是律师而是法官。

五、这一规定不利于当事人的合法权益的保护。“被告人有权获得辩护”是国家根本大法确定的一项诉讼原则；是法律所赋予被告人、犯罪嫌疑人的辩护权；是诉讼民主的表现；也是查明案件客观事实及正确适用法律的必要条件，在任何情况下，任何人都不得对被告人、犯罪嫌疑人以任何形式或理由加以限制和剥夺。被告人、犯罪嫌疑人有权委托自己信任的律师担任辩护人为自己进行辩护。在民事诉讼的行政诉讼中，律师代理也是诉讼代理的重要形式，法律赋予了当事人有委托律师代理诉讼的权利，而《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》的第五条则限制了法律所赋予被告人、犯罪嫌疑人的委托律师辩护的权利。这一规定不利于当事人的合法权益的保护。

六、这一规定会导致法学理论上的混乱 回避制度是现代法治社会的一项重要制度。考察各国的理论与实践，回避制度主要是为诉讼公正服务的。从法学理论上讲，回避制度是为了保证案件的公正审理，故回避的对象也只应当是在诉讼中居于主导地位，能够影响案件公正审理的有关人员。而诉讼代理人或辩护人，在诉讼中的地位只是相当于当事人，他们不可能影响到案件的公正审理。正因为如此，几大诉讼法中均没有将诉讼代理人或辩护人作这回避的主体。而《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》的第五

条规定，不但是明显没有法律依据的扩大解释，而且，这一解释它将会混淆了法学理论，使今后无法对回避制度作出一个确切的定义。综上所述：笔者认为：最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第五条的规定，不仅是违反法律规定的的违法的司法解释，而且起不到根治司法不公，有效防止司法腐败的作用，同时还会在司法理论上制造混乱，对这一害无益的规定，本人认为应当予以删除。

编辑：汤昊 haot@acla.org.cn 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