

律师回避议 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\\_BE\\_8B\\_E5\\_B8\\_88\\_E5\\_9B\\_9E\\_E9\\_c122\\_483262.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E5_9B_9E_E9_c122_483262.htm) 一、回避之含义及历史探源 回避从字面的含义看即避开之意。从回避一词的运用，一般包含两方面含义：一是任职的回避；一是执行职务的回避。回避制度存在于人事行政制度和司法制度之中。作为人事行政制度的回避制度，是防止国家公务人员利用职权徇私而对其任职和执行公务有所限制的人事行政制度。回避的形式有： 亲属回避，凡有夫妻关系、夫妻双方的近亲关系、儿女姻亲关系的公务人员，不得担任有直接隶属关系或监督关系的职务。 地区回避，公务人员不得在本籍或原籍担任职务。 执行公务回避，公务人员不得参与处理涉及与己有夫妻关系、夫妻双方近亲关系、儿女姻亲关系、本族亲属关系的问题。中国历史上有过比较完善的回避制度。东汉后期提出过官员任用的回避问题，如《三互法》中规定，婚姻之家与两州之人不得相互为官。隋朝把易地作官立为定制，连曹掾小吏也尽量任用外郡人。清朝规定官员须五百里隔省为官，回避原籍或寄籍，州县佐僚不得在本州县及距本籍三百里内为官。对官员的荐举有时也须回避，如康熙四十一年(1702)谕：“九卿荐举、毋得保举同乡及现任本省官吏”。现代许多国家都有公务人员回避的规定。如奥地利《官员法》规定，凡有夫妻关系、姻亲关系或承嗣关系的官员，不得在有直接隶属关系、监督关系以及管理钱财帐目的同一机关工作。日本《国家公务员法》规定，任命人事官，其中不得两人同属一个政党或为同一大学学部毕业。我国为促进国家行政机关的廉政建设，健全干部人事管理制度，人事部

于1991年颁发了《国家行政机关工作人员回避暂行规定》。明确规定，国家行政机关公务人员应回避的亲属关系为：夫妻关系；直系血亲（包括拟制血亲）关系；三代以内旁系血亲及其配偶关系；近姻亲关系（即配偶的父母、兄弟姐妹、儿女的配偶及儿女配偶的父母）。国家行政机关公务人员之间凡有上述亲属关系的，不得担任双方直接隶属于同一行政首长的职务或有上下级领导关系的职务；不得在其中一方从事人事、监察、审计、财务工作的单位中任职。规定指出国家行政机关公务人员在职务回避时，职务级别不同的，一般由职务较低的一方回避。职务级别相同的，根据工作需要和当事人的情况决定其中一方回避。作为司法制度的回避

（withdrawal），通常指司法人员对与本人有特定关系的案件避不承担办理该案的任务，目的是防止徇私舞弊或发生偏见，以利于诉讼的正常进行和对案件的公平、正确处理，也有利于司法人员避开嫌疑。我国唐代就开始实行审判官回避制度，规定审判官吏与被审问人之间素有仇嫌或有亲属关系的，应该回避，换其他人审判（《唐六典刑部》）。唐以后历代因袭此制。《宋刑统断狱律》：“诸鞫狱官与被鞫人有五服内亲及大功以上婚姻之家，并受业师经为本部都督、刺史、县令及有仇嫌者，皆须听换推，经为府佐国官于府主亦同。”元代法律规定则首次使用了“回避”一词，规定“应回避而不回避者，各以其所犯坐之”（《大元通制职制上》）。明律规定：“凡官吏与诉讼人内有关服亲及婚姻之家，若得授业师及旧有仇嫌之人，并听任移文回避，违者笞四十。若罪有增减者，以故出入人罪论”。清朝的法律《法律刑律诉讼》则专门有“听讼回避”的规定。二、回避制度的意义 回避制

度既是一项古老的制度，也是当今世界各国所普遍适用的一项制度，无论是行政人事制度中的回避还是司法制度中的回避其基本的出发点都保障执法程序的公正性。规定和实施回避制度的意义在于：（一）有利于防止有关人员因同案件具有利害关系而贪赃枉法、徇私舞弊或是先入为主，从而保障客观公正的处理案件；（二）增强当事人及其法定代理人对有关办案人员和某些参与人的信任感，消除疑虑，进而防止或减少不必要的上诉或申诉，提高办案效率，维护执法机关工作的权威。（三）回避制度是执法程序公正、民主的体现。

三、律师回避的提出 对于律师的回避，同样我们可以将其分为任职回避和执行职务的回避。关于任职的回避，也即对律师从业准入的限制，早在1957年《司法部关于辩护人的几个问题的批复》中就曾指出：人民法院不能指定公安、检察、司法机关的工作人员充当辩护人（但是如果他们是刑事被告人的近亲属或者监护人时除外）。1981年《司法部关于人民陪审员可否担任辩护人的答复》中指出：为了避免在群众中引起误解，人民陪审员一般不宜担任辩护人。《律师暂行条例》则明确规定：人民法院、人民检察院、人民公安机关的现职人员不得兼做律师工作。此后，又陆续规定了工矿企业保卫干部、劳改劳教部门的现职人员、政法委员会的工作人员、现职纪律检查干部、各级人大常委会办事机构的工作人员、各级人大常委会组成人员不宜从事律师执业。1996年《律师法》第十三条明确规定：国家机关的现职工作人员不得兼任执业律师。律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员期间不得执业。对律师从业准入以上方面的限制，其出发点是考虑到这些人的工作职责与律师作为向社会提供法

律服务的执业人员的身份不相符合。对于执行职务的回避，早在八十年代末九十年代初，就有学者提出律师回避的问题，当时主要有两种观点，一种意见认为，律师回避是指与案件或案件当事人有利害关系的律师，不得参加该案件的审判活动的一项诉讼制度，另一种意见认为，律师回避的理由在于律师与案件的审判人员、公诉人、对方当事人及其委托的律师之间存在的某些密切关系。坚持设立律师回避制度的理由是：第一，律师参与诉讼的目的，是帮助法院客观公正地作出判决，共同维护当事人的合法权益，维护国家法律的正确实施，而设立律师回避制度则能从根本上保障律师清正廉洁，不因各种利害关系的干扰而违背公共利益、徇私枉法。第二，设立律师回避制度有利于人民法院查明事实真相，保证案件公正处理。因为律师在诉讼中提出的材料和意见有时会对法庭判决有重要的甚至有决定性的影响，如果律师与办案保同存在某种关系，就可能利用这种关系，这无疑是有碍法律的正确实施。第三，设立律师回避制度有利于提高审判机关的威信，因为实践中有的律师在办理诉讼案件中，凭借自己与审判人员的密切关系，为委托人与审判人员拉关系，给少数思想不健康的审判人员创造条件，同时少数审判人员在审理案件时，照顾律师的关系，办人情案。这些情况直接影响审判人员公正执法，损害法院的威信；一些地方性的规章也规定了律师的回避，如1995年北京市高级人民法院、北京市司法局《关于加强法院廉政建设和律师廉洁从业若干问题的规定》（试行）第三条规定：本市各级法院的离退休人员从事特邀律师职业的以及调出、辞职从事律师职业的人员，从办理退休手续或调出、辞职之日起，三年内不得担任原

所在法院管辖范围内的案件的辩护人或诉讼代理人。上述人员不得担任在法院任职期间参与审理过的案件的诉讼代理人和辩护人。第五条规定：审判人员的近亲属是律师的，该律师不得担任其任职审判庭所受理的案件的诉讼代理人或辩护人；正副院长、审判委员会委员的近亲属的，该律师不得担任其任职法院所受理案件的诉讼代理人或辩护人。近亲属是指配偶、父母、子女、兄弟姐妹等。第九条规定，法院离退休人员和调出、辞职人员以非律师身份担任诉讼代理人或辩护人的，亦适用本规定。1996年通过的《中华人民共和国律师法》第三十六条规定：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。司法部1997年颁布的《律师违法行为处罚办法》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，违反规定担任诉讼代理人或者辩护人的，由往所地的省、自治区、直辖市司法厅（局）或设区的市司法局给予警告；情节严重的，给予停止执业三个月以上一年以下的处罚；有违法所得的，没收违法所得；中华全国律师协会制定的《律师职业道德和执业纪律规范》第十九条规定，律师在代理案件之前及其代理过程中，不得向当事人宣传自己与有管辖权的执法机关及有关执法人员有亲朋关系，也不能利用这种关系。2000年《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》在规定审判人员回避的同时，规定了律师的回避。第四条规定：“审判人员及法院其他工作人员离任二年内，担任诉讼代理人或者辩护人的，人民法院不予准许；审判人员及法院其他工作人员离任二年后，担任原任职法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人，对方当事人认为

可能影响公正审判而提出异议的，人民法院应当支持，不予准许本院离任人员担任诉讼代理人或者辩护人。但是作为当事人的近亲属或者监护人代理诉讼或者进行辩护的除外。”

第五条规定：“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。”第八条第二款还规定：“审判人员明知诉讼代理人、辩护人具有本规定第四条、第五条规定情形之一，故意不作出正确决定的，参照《人民法院审判纪律处分办法（试行）》第二十四条的规定予以处分。”

2000年底，中纪委第四次全会提出“省（部）、地（厅）级领导干部的配偶、子女，不准在该领导干部管辖的业务范围个人从事可能与公共利益发生冲突的经商办企业活动的”规定。为此，最高人民法院作出规定，严格禁止本院庭（局）级以上领导干部的配偶、子女从事有偿法律服务活动和商务活动。规定的主要内容包括：领导干部的配偶、子女不准在其所辖地区开办律师事务所。院长、副院长以及立案庭、刑事审判庭、民事审判庭、行政审判庭（赔偿办）、审判监督庭、执行办等业务部门领导干部的配偶、子女，不准在律师事务所从事诉讼代理活动；其他领导干部的配偶、子女不准在本院审理的案件中从事诉讼代理等有偿法律服务活动。规定强调，对违反上述规定的，必须如实报告并限期纠正。领导干部的配偶、子女应当停止可能与公共利益发生冲突的有偿法律服务活动和商务活动，或者领导干部本人辞去现任职务。拒不纠正的，依照有关规定，对领导干部本人追究其党纪、政纪责任。最高人民法院的规定出台后，不少地方也出台了类似的规定，其中关于律师回避的规定，较之最高人民法院

的规定往往有过之而无不及。如广东省高级人民法院将律师回避的范围扩大到律师的同胞兄弟姐妹。深圳南山区法院规定“严格禁止本院工作人员的亲属在本院代理案件。凡我院工作人员的配偶、直系血亲、三代以内旁系血亲姻亲，均不得担任本院审理、执行案件的代理人”。还有的法院的作法更具随意性，因为某一律师被法院宣布禁止在该院代理案件，该法院同时通知该律师所在的律师事务所所有律师均暂停在该院的一切案件代理业务。最高人民检察院也结合检察机关实际，对检察机关厅（局）级以上领导干部（含厅局级，以下简称领导干部）配偶、子女个人从事经商办企业活动，作出严格规定。其中也包括了：领导干部的配偶、子女，不准在该领导干部所在检察机关管辖的地区开办律师事务所；领导干部的配偶、子女，不准在律师事务所担任检察机关受理案件的诉讼代理人、辩护人；从以上有关律师执行职务的回避规定，我们不难看出有关规定确定回避的标准是身份关系曾在法院、检察院工作过；是现任法院、检察院领导干部之配偶、子女；法院工作人员之配偶、子女、父母乃至同胞兄弟姐妹，更有甚者因为某一律师被法院宣布禁止在该院代理案件，该法院同时通知该律师所在的律师事务所所有律师均暂停在该院的一切案件代理业务。

#### 四、律师执业回避之利弊

笔者认为，律师从业准入的限制是必要的而且是符合法律规定，因为某些人的工作职责不适作为律师执业。而关于律师执行职务回避的规定虽然有着其积极的一面，但从法律的角度看却是不妥当的。其积极的意义在于，这一举措对于时下存在的一些律师为打赢关系，不惜动用浑身解数与法官拉关系，以左右法官判案的结果，严重影响司法公正的不正之

风，能起到一定的抑制作用。因此，尽管有关律师回避的规定的出台在律师界引起了轩然大波，但仍然有不少律师对此举措表示欢迎。但从更深层次来看，这一举措存在的弊端也是不可忽视的。（一）律师回避的规定首先从立法上看是违反宪法规定的。最高人民法院和最高人民检察院关于律师回避的规定，应属于司法解释，司法解释只能是对在适用法律过程中对具体应用法律问题所做的解释，司法解释不能与宪法和法律相抵触，也不能对宪法和法律的有关规定作限制或扩展性的解释。根据《中华人民共和国立法法》之规定：“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。”在法律的规定需要进一步明确具体含义或法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据时，由全国人民代表大会常务委员会解释，全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。而最高人民法院、最高人民检察院只可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。而最高人民法院、最高人民检察院关于律师回避的规定，则是对《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》有关回避规定作了扩大性的解释。（二）律师回避的规定有悖回避制度的原义古今中外的回避制度，其确立的目的都在于保证执行职务的公正、客观。回避的主体都是执行公务的人员，因为他们对案件的处理有着决定权，如果他们与案件或案件当事人有利害关系或其特殊关系，可能影响案件的客观公正处理，即使他们自身能秉公办事，却难以消除当事人的顾虑，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，维护办案决定的权威，回避制度得以确立。而要求律师回避则不符合情理，律师只是为社会提供法律服务的执



业人员，他在诉讼中提出的意见只供司法人员参考，并不对案件的处理起决定作用。如果由于律师与办案人员的关系可能影响案件的公正处理，回避的主体也应该是办案人员而非律师。（三）律师回避的规定限制了律师依法从业的权利。

《律师法》规定，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；接受刑事案件犯罪嫌疑人聘请，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；代理各类诉讼案件的申诉；”同时《律师法》还规定：“律师依法执业受法律保护”而有关律师回避的规定则使一些律师由于其与法院、检察院工作人员有着亲属关系而不能从事辩护和诉讼代理业务，法律所赋予的律师依法从业的权利被限制。（四）律师回避的规定侵害了委托人的合法权益。我国宪法第125条规定“被告人有权获得辩护”。刑事诉讼法第十一条规定：“被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。”“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，而刑事诉讼法的规定则明确了辩护制度由“被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护”两方面的内容组成，两者相辅相成，缺一不可，构成完整的辩护制度。被告人有权获得辩护是指被告人、犯罪嫌疑人有权依法自行辩护，也有权得到他人帮助进行辩护。人民法院有义务保证被告人获得辩护则要求人民法院应当为被告人提供进行辩护的条件，告知被告人可以委托辩护人辩护，或者在必要时为其指定辩护律师，并认真听取和研究被告人和辩护人

的辩护意见。而律师接受委托或指定担任辩护人为被告人、犯罪嫌疑人辩护，根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。同时，律师辩护还有助于人民法院正确适用法律，维护法律的正确实施。律师辩护有着被告人、犯罪嫌疑人自行辩护和委托其他人辩护不可比拟的优越性。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，对任何被告人、犯罪嫌疑人都不得以任何形式加以限制和剥夺。被告人、犯罪嫌疑人有权委托符合刑事诉讼法规定的律师担任自己的辩护人为自己的辩护，而最高人民法院的规定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。我国三大诉讼法还规定了诉讼代理制度，律师代理是诉讼代理的重要形式，法律赋予当事人委托律师代理诉讼的权利，当事人有权依照自己的意愿委托符合法律规定的律师代理诉讼，而最高人民法院的规定则限制了法律赋予当事人委托律师诉讼代理的权利。

（五）律师回避的规定不可能根治司法不公，也不利于律师队伍的健康发展 律师回避的规定目的在于，促进公正司法，有效防止“人情案”、“关系案”、“金钱案”，确保公正司法，维护当事人合法权益，维护法律的尊严。但如此的规定，并不能真正防止“人情案”、“关系案”、“金钱案”，根据最高人民法院的规定，“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。”领导干部的配偶、子女不准在其所辖地区开办律师事务所。院长、副院长

以及立案庭、刑事审判庭、民事审判庭、行政审判庭(赔偿办)、审判监督庭、执行办等业务部门领导干部的配偶、子女，不准在律师事务所从事诉讼代理活动；其他领导干部的配偶、子女不准在本院审理的案件中从事诉讼代理等有偿法律服务活动。那么上述规定以外的人如果与审判人员、检察人员及法院、检察院的其他工作人员有着诸如同学、老乡、朋友、情人等亲密关系，虽然不在回避之列，但仍有可能造成“人情案”、“关系案”、“金钱案”。同时在实际也会出现规避律师回避规定的情形，比如夫妻假离婚以及属于回避之列的律师与非属于回避之列的律师联手办理诉讼案件，然后律师费用分成等等，这些情形照样可以避回避之形式，行“人情案”、“关系案”、“金钱案”之实。最高人民法院有关律师回避的规定，虽然说在律师界引起了轩然大波，但各地的反应不尽相同。在经济比较发达的大中城市，由于律师业的发展较快，律师的业务范围比较广泛，非诉讼业务占的比例越来越大，诉讼业务的比重呈下降趋势，律师对回避的反应也比较平淡。而经济欠发达的中小城市，律师的业务主要是诉讼业务，实行律师回避制度，让一些属于回避之列的律师叫苦不迭，有的县（市）级律师大多数无法在本县（市）开展诉讼业务，执业权益受到侵害。如：湖北惠山律师事务所一共才6名执业律师，包括两名二级律在内的4名律师不能在本县（市）开展诉讼业务；3有的律师因舍不得丢掉自己热爱的律师事业，在本地执业又要受到《若干规定》的限制，只好要求调到外地律师事务所执业。山东同杰律师事务所一律师因其要在本地法院工作，按《若干规定》必须回避，故不能在本地执业。但本人又不愿放弃自己热爱的律师工

作，迫不得已与其妻办理了离婚手续。"律师回避"在一定程度上影响了律师队伍的稳定，不利于律师队伍的健康发展。

五、律师回避与司法公正 从有关律师回避的规定，我们不难看出，律师回避依据的是律师与法院、检察院工作人员之间的血缘关系以及曾经的身份关系，而隐藏在这些关系背后的是：这些关系可能导致司法不公正。在现代诉讼中，律师的作用是不可或缺的，在刑事诉讼中，律师在侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助，在审查起诉阶段、审判阶段律师担任被告人、犯罪嫌疑人的辩护人，根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。在维护被告人、犯罪嫌疑人合法权益的同时，使人民法院能够听取公诉人和辩护律师两方面的意见，全面了解案件情况，作出正确的判决，使无罪的人不受刑事追究，有罪的人罚当其罪，从而维护法律的正确实施。在民事诉讼中，律师代理诉讼能够帮助当事人正确地行使诉讼权利，履行诉讼义务，保护他们的合法权益。代理律师参加诉讼从不同角度提出事实材料和意见，可以使审判人员及时听到关于事实的不同评介和关于定案的不同判断，从而及时纠正不正确的认识，作出公平合理的裁判。同时代理律师还能在具体案件的诉讼中及时教育当事人"守法讲理"，不至于提出不合法、无道理的主张和要求，使诉讼活动顺利进行，案件得以公正解决。在行政诉讼中，律师受行政诉讼当事人、法定代理人的委托担任诉讼代理人，参与行政诉讼活动，能够保护公民、法人或者其他组织的合法权益，协助人民法院正确合法地审理行政案件，还有助于维护行政机关依法行政，促进行政机关改进工

作。律师一旦担任辩护人、诉讼代理人，参与诉讼，其与承担着审判职能和审查起诉职能的法官、检察官也就不可避免的要发生联系，那么律师与法官、检察官应建立一种什么样的关系呢？应该说法官、检察官、律师在诉讼中承担着不同的职责，他们之间的关系应是各司其职、各负其责，互相配合、互相制约的一种关系，共同来构建司法公正的大厦。由于法官掌握着判断是非曲直，予夺生杀以国家强制力作为后盾的审判权，被看着是国家司法权的象征，因此世界各国都强调维护法官的权威与尊严，许多国家的律师职业道德规范都要求律师应尊重法院、尊重法官，同时不得利用与法官的私人关系，影响法院的公正判决。法国还要求律师宣誓不背离对法院的尊重。法国法令规定，律师在处理与法官关系中，要对法官表现出尊重而不卑屈，保持自己的尊严和独立。

《日本律师道德规范》规定：“律师不得为了有利于案件，而与审判官、检察官等进行私人方面的接触与交涉活动等。律师不得宣传其在职务方面与审判官、检察官之间的关系，或者利用这种关系。然而，在现实生活中，一些有些律师和法官的关系则走上两个极端，有的法官轻视律师、排斥律师，对律师的意见置若罔闻，律师的发言经常被打断或制止，甚至还有当庭呵斥、辱骂、哄赶、殴打律师，或间接、变相报复律师的；有的法官与律师相互指责，有人说：“律师是司法腐败的润滑剂”、“法官被律师带坏了”，也有人说；“法官逼良为娼”。还有些法官和律师则关系密切，诉讼期间实行“三同”、“三陪”，平时称兄道弟，亲密无间，在实践中造成“人情案”、“关系案”，在群众中影响很坏。最高人民法院院长肖扬曾经提出，要在审判人员与律师之间建

立起一条维护司法公正的“隔离带”。内容就是，要求审判人员除法律规定的情形外，禁止为当事人推荐、介绍、指定律师、代理人，禁止私下会见当事人及其律师。应该说，这样的举措对于规范法官、律师在诉讼中的行为，对保证审判的公开、公正，维护法官与律师良好的社会形象有着积极的意义，但还应该看到律师与法官的接触并不是必然产生司法腐败，实现司法公正的现实关键在于司法体制的改革，法官队伍素质的提高，同时律师队伍也必须严格自律，加强职业道德建设，加大对律师违纪的处罚力度。如果仅以律师与法院、检察院工作人员之间的血缘关系以及曾经的工作关系，就规定律师不得担任辩护人和诉讼代理人，实则是舍本逐末之举。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)