

“她”该不该回避？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__E2_80_9C_E5_A5_B9_E2_80_9D_E8_c122_483278.htm 2000年笔者在广州市曾代理过一宗房地产案件，在审理过程中，当事人在法院认为没有法定回避的条件下，仍然振振有词地提出了回避申请，这是一个公民对现行回避制度的撞击，笔者特整理成稿，以与大家共同探讨。1995年，原告何某与被告广州天河某装饰装修工程公司合伙开发广州××花园，双方约定对等投资对半分成，当原告注入资金后，被告开始拒绝原告参与管理。原告于2000年8月13日向法院提起诉讼，要求返还投资款。在案件审理过程中，原告发现一审主审法官有许多偏袒被告的违法行为：1、8月12日立案后，原告多次找主审法官索要应该得到的被告的答辩状，主审法官一直推说没有，但到开庭时，主审法官却又从档案中拿出了多份被告的答辩状。2、原告递交了证据后，一直等待庭前证据交换，且多次向法官催问，均无果，不料开庭当日，对方才突然提出早已准备好的证据，玩弄起诉讼中的证据“埋伏战”，原告要求先行审查，而主审法官又不同意。这是主审法官没有按照《广东省法院民事、经济纠纷案件庭前交换证据暂行规则》执行的结果，是有法不依的表现。3、在开庭当中，主审法官对原告起诉被告的主张置之不理，而去追究原告欠案外人的债务，本末倒置，在原告律师一再反对下，依然我行我素。反认为是原告及代理人干涉了其审判权。程序公正是处理案件公正的前提，一个在处理程序上就开始向一方当事人倾斜的案件，最终难免会出现这样、那样的偏颇，我的当事人认为，

在该案中他一开始就没有得到公平的待遇，因此，尽管案件已开庭审理完毕，仍十分坚决地申请该主审法官回避。该案的对主审法官的回避申请最终还是被法院驳回了，他们认为《民事诉讼法》规定的回避情形只有三种：一是本案的当事人或当事人、诉讼代理人的近亲属；二是与本案有利害关系；三是与本案当事人有其它关系。而该案主审法官三项都无法查明，没有法定的回避理由。至此，实践中已经出现了一个冲突，如果一方当事人发现审判人员明显违反法律规定，已经不能公正审理案件的，能否成为“回避”的理由。笔者认为：这种情况，法院不应驳回当事人的回避申请，该案主审法官应当回避，理由是：第一：我国《民事诉讼法》设立的回避制度，是为了充分保障司法公平公正而设立的，因为案件要获得公正审理，必须要由公正廉明的审判人员审理，如果审理案件的审判人员与当事人之间存在利害关系，有可能影响其客观公正性，法律就赋予当事人行使申请回避的权利来实施监督，当事人的这种权利行使，实质上是一种要求司法保护的请求权，而形式上则是法律赋予当事人对审判人员公正审判的监督权。从立法要求来看，为了保障司法公正，回避制度对法官审查要求特别严格，凡是有可能出现不公正审理情况的，都要回避，要把不公正现象从源头上堵死。那么，在案件审理中，已经出现了这样或那样违法问题，已经出现了偏袒现象，已经不能公正审理案件的法官，则更应当回避。第二：认为只有法律条文所列举的几个情况出现时才适用回避，是一种对法律的错误理解。实际上回避制度的要求是不能公正审理案件的审判人员应当回避。具体分析如下：民事诉讼法条文对回避规定有两个条件：一、形式要件。《

《民事诉讼法》第45条规定的有3个列举情况： 是本案的当事人或当事人、诉讼代理人的近亲属； 与本案有利害关系； 与本案当事人有其它关系。2000年1月31日《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》补充规定有5种情况： 未经批准，私下会见本案一方当事人及其代理人、辩护人的； 为本案当事人推荐、介绍代理人、辩护人或者为律师、其它人员介绍办理该案件的； 接受本案当事人及其委托的人的财物、其它利益，或者要求当事人及其委托的人报销费用的； 接受本案当事人及其委托的人的宴请或者参加由其支付费用的各项活动的； 向本案当事人及其委托的人借款、借用交通工具、通讯工具或者其它物品，或者接受当事人及其委托的人在购买商品、装修住房以及其它方面给予好处的。二、实质要件，即《民事诉讼法》规定的“可能影响对案件公正审理的”，这是对前面列举的形式要件的补充。如果确已不能公正审理案件的法官，尽管他没有前面规定的数个列举情况，他也应该回避。对修改完善回避制度的两点建议： 1、笔者认为现行回避制度制定是起点高、操作难、实用性差。《民事诉讼法》第四十六条规定：当事人提出回避申请，应当说明理由，在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。在案件尚未开始审理之前，双方当事人往往都是初次与法官接触，基本上无法了解法官与对方当事人的关系如何，无法了解有没有利害冲突，因此，在庭审前过早要求当事人行使回避权，实际上是变相剥夺了当事人的回避权。建议今后修改为：“当事人提出回避申请，应当说明理由，在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以

在在判决书下达之前提出。这样，当事人在判决之前，随时可提出回避请求。（在判决之后提出的回避理由是作上诉程序的上诉理由。）2、对于回避的概念陈述要密切体现立法意图。建议修改为：“与当事人有亲属关系或其它利害关系，有可能影响案件的公正审理或在审理过程中已有违反法定职责和法定程序，有违公平公正行为的，应予回避。”唐红炬 | 北京岳成律师事务所广州分所 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