

7 回避--7.3 回避的程序--7.3.2 回避的审查和决定

侦查、检察、审判人员等自行回避和当事人及其法定代理人申请回避的要求提出后，都需要按法律的有关规定，由有关组织或个人审查，作出是否回避的决定，即依法作出批准回避的决定或者依法作出驳回申请回避的决定，然后方能予以执行。并非办案人员主动要求退出诉讼就可以退出诉讼，也不是当事人及其法定代理人一旦提出回避申请就一概同意更换办案人员。有关组织或个人要对办案人员提出的“要求”和当事人提出的“申请”进行审查。审查的内容主要是看其是否具有[《刑事诉讼法》第 28 条、第 29 条](#)规定的回避理由。

根据中国[《刑事诉讼法》第 30 条、第 31 条](#)及其他有关规定，审判人员、检察人员、侦查人员的回避，应当分别由院长、检察长、公安机关负责人决定；院长的回避，由本院审判委员会决定；检察长和公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定。分别在侦查、起诉、审判活动中担任记录、翻译、鉴定、勘验工作的书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人的回避，应当分别由公安机关负责人、检察长、法院院长审查决定。人民检察院办理自侦案件的人员的回避由检察长审查决定。其中的院长、检察长不应包括副职，因为根据人民法院组织法和人民检察院组织法的有关规定，正职与副职的产生方式及职权明显不同。但在正职缺额或不在岗位，由副职代行正职职权时，得适用正职的回避审查决定程序。根据[公安部《规定》（2012）](#)，公安机关负责人是指县级以上公安机关负责人。公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定，这主要是因为：公安机关内部没有类似人民法院审判委员会或人民检察院检察委员会的集体性组织，考虑到人民检察院是国家的法律监督机关，对公安机关的侦查是否合法，包括应当回避的是否回避，有权进行法律监督，因此由同级人民检察院检察委员会决定公安机关负责人是否回避，具有合理性。在司法实践中，需要引起注意的是，在审判阶段，书记员、翻译人员、鉴定人的回避，应当由法院院长决定，而不能由审判长决定。（图 7-1）

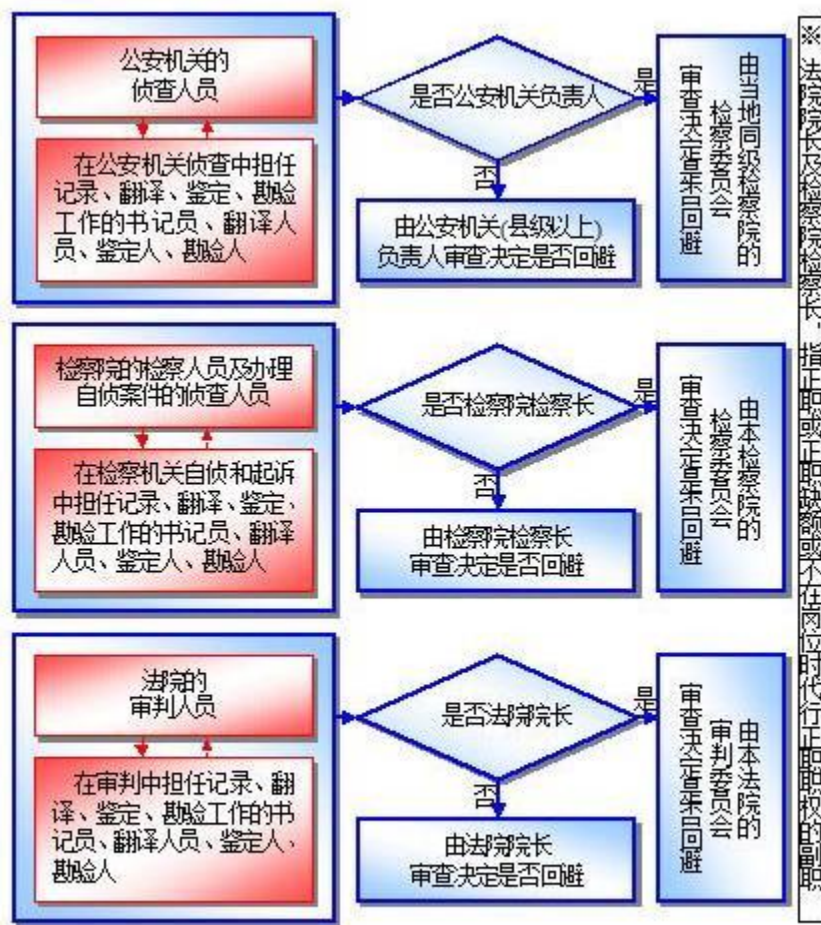


图 7-1 中国刑事诉讼系统中的回避审查决定权 [常远, 2002]

有决定回避权的组织或者个人, 对属于回避范围的人员是否应当回避的问题, 在办案人员未主动提出申请、当事人及其法定代理人也没有提出申请的情况下, 仍应当主动进行审查, 一旦发现具有法定应予回避的情形而未回避的, 应立即作出决定, 指令相关人员回避, 相关人员应当服从并执行该决定。公安部《规定》(2012) [第 33 条](#) 规定: 公安机关负责人、侦查人员具有应当回避的情形之一, 本人没有自行回避, 当事人及其法定代理人也没有申请他们回避的, 应当由同级人民检察院检察委员会或者县级以上公安机关负责人决定他们回避。最高检《规则》(2012) [第 26 条](#)、 最高院《解释》(2012) [第 29 条](#) 也有类似的规定。

《刑事诉讼法》[第 30 条第 2 款](#) 规定: “对侦查人员的回避作出决定前, 侦查人员不能停止对案件的侦查。” 在侦查阶段, 无论是侦查人员自行回避、还是当事人及其法定代理人申请侦查人员回避, 在对侦查人员是否回避作出决定之前, 侦查人员不能停止对案件的侦查。这是由侦查活动的特殊性决定的。侦查活动必须保持它的及时性和连续性, 任何拖延都可能给侦查工作带来无法弥补的损失。如果要求侦查人员停止侦查活动, 等候对回避要求的处理决定, 犯罪现场就可能因为没有及时勘验检查而被破坏, 犯罪痕迹可能被毁灭, 证据将难以收集, 犯罪分子也可能趁机逃跑, 从而贻误破案时机, 严重影响侦查工作的顺利进行, 不利于同犯罪作斗争。上述回避的特定程序同样适用于在侦查中履行职务的书记员、翻译人员、鉴定人等。除此之外, 回避一经提出, 在有关组织或者个人作出是否回避的决定之前, 均应暂时停止诉讼程序的进行。公安部《规定》(2012) [第 37 条](#) 规定: 被决定回避的公安机关负责人、侦查人员在回避决定作出以前所进行的诉讼活动是否有效, 由作出决定的机关根据案件情况决定。最高检《规则》(2012) [第 31 条](#) 有类似规定。