

7 回避—7.2 回避的适用条件和范围—7.2.2 回避的适用范围

刑事案件从侦查、审查起诉、审判到执行，各个阶段对诉讼活动的发生、发展和结局可能产生实质性影响的办案人员，具有法定的回避情形或理由的，都应当回避。根据中国《[刑事诉讼法》第29条、第32条](#)的规定，适用回避的人员为六种人，即侦查人员、检察人员、审判人员、书记员、翻译人员和鉴定人。最高人民法院《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》增加了两种人，即勘验人员和执行员。[最高检《规则》（2012）](#)增加了司法警察的回避。

（1）侦查人员

根据中国刑事诉讼法的规定，侦查权由公安机关、国家安全机关、人民检察院以及军队保卫机关和监狱侦查部门行使。因此，上述机关承担侦查工作的人员都属于回避的适用人员范围。此外，在侦查阶段，有权参与对案件进行讨论和作出处理决定的侦查机关或部门负责人以及有关成员，也属于适用回避的人员之列。

（2）检察人员

检察人员包括负责案件批准逮捕、审查起诉和出庭支持公诉的检察人员以及有权参加案件讨论和作出处理决定的检察长和检察委员会成员。人民检察院实行承办人员阅卷、调查、集体讨论，检察长决定，重大问题提交检察委员会决定的办案制度。如果仅对承办人员回避，将检察长、检察委员会成员排除在适用回避范围之外，显然与回避制度的立法宗旨相悖，也会影响案件的公正处理。此外，参加过本案侦查的侦查人员，如果调至检察院工作，不得担任本案的检察人员。

（3）审判人员

这里所指的审判人员，既包括直接承办案件的审判员、助理审判员、人民陪审员，也包括有权参与案件讨论和作出处理决定的法院院长、庭长以及审判委员会成员。因为，刑事案件的审判，除由合议庭开庭审理、评论、作出判决裁定外，对于疑难、复杂、重大的案件，合议庭难以作出决定时，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定，合议庭必须执行。如果院长、庭长以及审判委员会成员具有法定回避理由而不回避，势必影响案件的公正处理。因此，他们应当是适用回避的对象。

[《刑事诉讼法》第239条](#)规定：“原审人民法院对于发回重新审判的案件，应当另行组成合议庭，依照第一审程序进行审判。”[第256条](#)规定：“人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，由原审人民法院审理的，应当另行组成合议庭进行。”[《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》第3条](#)规定：“凡在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员，不得再参与该案其他程序的审判”。根据上述规定，担任过刑事案件某一次审判工作的人员不能再担任该案的审判工作，他们应当回避。如一审法院对二审法院发回重审的案件，法院按审判监督程序重审的案件，一审或二审合议庭成员应当回避；原承担某一案件一审审理工作的法官，因工作原因调至上级法院，他不能成为该案二审合议庭组成人员。同理，曾参加过本案侦查、起诉的侦查、检察人员，如果调至法院工作，不得担任本案的审判人员。因为他们在前一诉讼阶段所形成的对案件的认识，可能带入后一诉讼阶段，造成先入为主，主观片面，妨碍后一阶段诉讼工作的公正进行。但是，根据《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》的规定，二审法院发回重审的案件，一审法院重新作出判决，当事人再次上诉，原二审合议庭成员不必回避。

（4）书记员

书记员，是在侦查、起诉和审判阶段担任记录工作的人员。记录工作，也是一项关系案件质量的重要工作。记录内容应当尽可能真实、全面地反映案件诉讼活动的本来面目，因此，书记员应当实事求是、认真负责地从事记录工作，尽量避免错漏，更不允许有意篡改、歪曲、伪造记录内容。因此，为了保证记录工作的顺利进行，具有法定回避理由的书记员也必须回避，以防止不正常的记录工作对案件公正处理可能造成的不良影响。

（5）翻译人员

翻译人员在案件中承担语言、文字或手势的翻译工作，是侦查、检察和审判人员与当事人和有关诉讼参与人进行意识交流的中介或桥梁。客观、准确的翻译，对于促进案件的公正处理，具有十分重要的作用。

不允许翻译人员在诉讼中故意改变、增加或减少所译内容，影响司法公正。因此，翻译人员不能与案件有利害关系，否则，无论其在侦查、起诉和审判的哪一阶段，都应当回避。

（6）鉴定人

在某些刑事案件中，鉴定结论具有十分重要的作用。它是司法人员判断犯罪嫌疑人或被告人是否有罪或罪责大小的关键证据。司法实践表明，鉴定人在诉讼中能否客观公正地进行鉴定，对所形成的鉴定结果的质量有直接影响。鉴定人不能与案件或当事人有利害关系，否则，其所作的鉴定结论可能缺乏或丧失真实性和科学性。错误的结论必将导致错误的案件处理。因此，鉴定人具有应当回避的理由时，应当回避。对于鉴定人，不得仅以在诉讼的某一阶段“担任过本案的鉴定人”为由，而在以后的诉讼阶段中申请或指令其回避。

（7）勘验人

在刑事诉讼中，勘验笔录是勘验人依照法定程序并运用一定的设备和技术手段对勘验对象情况的记载，它的主要作用是固定证据及其所表现的各种特征，供进一步研究分析使用。勘验笔录是否客观记载，对于分析案情、确定侦查方向以及认定案件事实，具有重要意义。勘验人不能与案件或者案件的当事人有利害关系，否则，可能影响其全面、准确、客观地记载勘验情况，因此，勘验人如果具有应当回避的理由，也应当回避。

（8）执行员

刑事案件判决后的执行是刑事诉讼中的最后一个阶段，也是一个重要的诉讼阶段。因为，只有及时、合法地执行已经生效的判决、裁定，才能有效地发挥刑事裁判惩罚犯罪分子，保护无辜公民，警戒社会上的不稳定分子的作用，从而实现刑事诉讼的任务。如果执行人员与案件或者当事人有利害关系，可能会给正确、及时地执行生效裁判带来某些不利的影响，因此，执行人员如果存在应当回避的情形时，也应当适用回避的规定。

关于律师回避问题，刑事诉讼法未予规定。[《律师法》第41条](#)规定：“曾经担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后二年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人。”[《关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》第8条](#)进一步明确：审判人员及占法院行政编制的其他工作人员离任2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2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。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。设立律师回避制度，有助于杜绝司法实践中的不正之风，保障刑事诉讼公正进行。