

憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決部分不同意見書

呂太郎大法官提出

壹、摘要

本判決認為再審或非常上訴程序的審理法官，如果也是曾參與確定裁判的法官，無異是容許同一法官於非常救濟程序中審查自己所作成的裁判，並期待該法官發現、糾正自己的錯誤，這不僅是當事人或第三人所難以信賴，甚已明顯穿透公正審判的外觀，足以對法官顯有偏頗之虞產生合理懷疑，從而損及刑事被告的非常救濟利益，因此必須迴避。

本席認為，上開推論的背後可能隱含了憲法法庭對整體法官能否拋開執念偏見，唯事實、證據及法律是從（再審迴避部分），及有無自我糾錯（非常上訴）的素養，所為否定的觀察或想定。

本席認為，禁止包含法院在內的國家機關自我糾錯，尤其有助於人民權利保護的糾錯，不會是憲法的原則，就我國法官整體而言，當然具有前開素養。美、日等以信任法官為出發點的國家，也不以自行迴避方式，全面排除曾參與該案確定裁判的法官，如果個案當事人對法官的公正性確有偏頗疑慮，透過聲請迴避，就足以解決。相對而言，我國既採德國制度，允許對被告不利益的再審，又採日本制度，設有非常上訴制度，對確定判決不服管道之多，已為他國所不及。本判決復進一步加料，要求參與確定判決的法官，於再審程序及非常上訴程序，應全面迴避，對於法官的信賴性及法安定性，幾乎作了根本的否定，本席深不贊同。爰就主文第 2 項及第 7 項提出不同意見書。

貳、「禁止法官審查自己所作裁判」，真的是憲法的要求？

一、本判決的推論及核心疑問

本判決由審級利益的觀點，認為參與下級審判決的法官不得再參與上級審的程序，因而導出「禁止法官審查自己裁判」為憲法原則，從而推論參與原確定判決的法官，關於對該確定判決的再審程序，應自行迴避。

本席首要指出者，在審級制度下，是以上級審審查下級審就事實認定或法律適用有無錯誤為目的的救濟程序。但再審是基於新事實、新訴訟資料而發動的新程序，與原確定判決間，並無上、下級審關係。其次，「審查自己的裁判」的結果，不外乎維持原有判斷或變更原有判斷。本判決主要論點，是基於「期待法官審查自己裁判後會糾正自己的錯誤，是當事人或第三人難以信賴」的推測，因此必須禁止法官「審查自己的裁判」。然而，法律允許法官變更自我裁判，已普遍存在各訴訟法，法律怎會建立在這樣一個難以期待的基礎之上？本判決所為推論，究竟是基於如何的實證經驗，未據說明，難以窺知。但依本判決的推論，顯然已經完全排除法官會依證據、事實及法律的變動，變更其原有裁判的可能。一概要求法官就同一案件，於再審及非常上訴程序自行迴避，沒有立法者可以考慮事件的性質、訴訟當事人，尤其被告人權保障等因素，以法律為設計，並隨時調整的空間。真的是憲法上的要求嗎？實有討論餘地。

二、法官變更自己所作裁判，若有助於提昇人民的信賴及被告人權保障，為何違憲？

人民對裁判的信賴，是司法存在的依據，其理至明，無庸多論。維持裁判的固定性，避免任意變更，當然是取

得人民對司法信賴的重要因素。然而，訴訟雖以發現個案的真實並妥當適用法律為核心事項，但如何發現真實、妥當適用法律，却隨著當事人的聲明、陳述、舉證、辯論及其他攻擊或防禦方法的提出，而呈動態的發展。法官經常必須「因應」此等新的訴訟狀態出現，適時作出妥當的處理，甚至改變已生效的裁定（法院的意思表示，除以判決為之者外，均為裁定），不能對於新的訴訟狀態視若無睹，依然故我，或抱殘守缺，刻舟求劍。這也是訴訟法所要求於法官的職務。關於此點，除最高法院 80 年台上字第 2007 號刑事判例，在論述刑事裁判可否更正的問題上，已說得相當透澈，可供參考外，現行法不但不完全禁止法官變更自己的裁判，甚且規定法官必須因應新的訴訟狀態，隨時審查已為的裁判是否妥當，如與新的訴訟狀態不符，即必須自我變更原裁判，其例不勝枚舉。例如裁判有誤寫、誤算等明顯錯誤時更正裁判、原裁定經抗告後，原法院認為抗告有理由時，應自為變更原裁定、被告經裁定羈押後，羈押原因消滅者，應撤銷羈押、已無羈押必要者，得停止羈押、停止羈押後發生法定事由時，得命再執行羈押，指定期日、宣示言詞辯論終結的裁定，於有法定原因時，得變更之……皆是。

至於實質變更判決的內容，現行法並未允許原法院得自為變更，但此僅就法律現況而論，從憲法保障被告人權的觀點而言，允許法官變更自己判決的法律並非絕不可能。如果法律規定：「判決後發現或發生明顯且為當事人所不爭執的證據或事實，足以變更原判決不利於被告的內容，法院得依被告的聲請變更原判決而為有利於被告的判決。」為何也一定違憲？假使有這樣的法律規定，那末就某

一件屬於告訴乃論的犯罪，原法院為被告有罪判決後，發現是未經告訴或已逾告訴期間，就可以依被告聲請改判不受理（刑事訴訟法第 303 條第 5 款規定參照），或發現被告是被他人冒名受審，就可以依被告聲請判決被告無罪，不必如現行制度般僵化，必須等檢察官或冤受有罪判決的被告提起上訴，才能由上級審法院撤銷原判決而另為判決。如此不但曠日廢時，且徒增被告訟累。這樣授權法官得自我審查已作成的判決，並變更原判決而另為判決的法律，既能使變更後的判決更符合客觀真實，對於被告人權的保護，更迅速有效，對被害人等也無不利，不僅無損於人民對司法的信賴，可能更有助益，為何必然違憲？

三、允許原判決法官變更自己判決的立法例

這樣的立法，在先進國家，早有此例，並非純屬書齋內空想。以最重視程序正義的美國法為例，美國聯邦刑事訴訟規則第 33 條（a）規定：「根據被告的聲請，如果出於公平正義的必要，法院可以撤銷任何判決並重新進行審判。如果案件在沒有陪審團的情況下進行審判，法院可以採取額外的證詞並做出新的判決。」在民事事件，聯邦民事訴訟規則第 59 條也有類似規定。此外，日本民事訴訟法原來也只規定裁判的自縛性，判決後就不能自己變更。但僅有這樣僵化的規定，若判決後發現判決有錯誤情形，仍然不能變更，只能依上訴救濟，就當事人權利保護或裁判信用的保持而言，都不是好事。因此於昭和 25 年（西元 1950 年）參考前開美國法，於其民事訴訟法規定，法院發現判決違反法令時，得於宣示後 1 週內，變更其判決。但如判決已確定或為了變更必須更為辯論者，不在此限（現行日本民事訴訟法第 256 條規定參照）。

四、依證據、事實及法律現況裁判的法官，才是憲法所要求，作為訴訟制度設立前提的法官

現行訴訟制度建立的前提，是法官唯證據、事實及法律是從，不同的證據、事實或法律，就會為不同的裁判；裁判後如證據、事實或法律有變更，也會依循新的證據、事實或法律，變更先前作成的裁判。如果不是以此為前提，而是設想法官一旦裁判後，就會產生執念或偏見，即使證據、事實或法律已有變更，也不會變更自己的裁判，我們就很難想像，這樣的訴訟制度將如何設計？

五、避免少數有執念偏見，無視證據、事實或法律變更的法官，應依其他機制，不是訴訟制度設計的前提

當然，如何使法官都會依證據、事實及法律而為裁判，也不可忽視。除了在學習法律過程的訓練外，還必須有層層的規範，包含法官的任用、養成、職務保障及監督，並於訴訟法上明文規範法官應如何進行訴訟指揮及裁判。對於極少數未依前述規範執行職務的法官，則透過法官迴避制度、審級救濟或職務監督等機制，以防免法官無視證據、事實或法律的情形。不論從理論或實際案例，這樣的法官僅為非常態存在的極少個案，作為解決每年數十萬件至數百萬件巨量案件的訴訟程序，自然不可能以此非常態下應有的法官，作為制度設想的前提。何況法官與被告若無仇怨，為何要放置明擺的證據、事實不顧，一定要置被告於不利方休？

參、再審程序的法官迴避問題，未達到憲法層次

一、憲法關於審判法院的組成，原則上授權法律規定

法官的迴避，從審判庭的觀點，也是法院組織的一環

。憲法第 80 條規定，法官「應」依據法律，獨立審判；第 82 條規定，司法院及各級法院之組織，以法律定之。因此，依據法律審判，乃憲法第 80 條規定課以法官的義務，法官是否承辦某個案，承辦後應如何審判，都必須依據法律規定。所謂「各級法院之組織」，除了最廣義的法院（包含院長、庭長、法官及其他行政人員的組織體），授權法律規定外，即最狹義的法院（僅指行使審判權的獨任法官或合議庭），如何組成，也授權法律規定。換言之，所謂法定法官原則，已為憲法第 82 條所明定，而非本判決所認憲法未明文。從另一觀點，憲法規定法院的組織必須以法律定之，其目的也在禁止國家基於特定目的，於無法律授權下成立特別法庭（或法院），避免以司法為名，遂行政治目的。

基於憲法前述規範，法官於所承辦的案件，固然應依據法律的規定為審判，不是依據自己好惡、成見或價值觀為審判。即使決定法官是否承辦某一個案，也必須以法律規定。「依據法律應承辦某一個案，法官不能推卻；依據法律不是由其承辦的個案，法官也不能搶辦。」如何決定法官應否承辦某一個案，至關重要。因此，法律乃有層層規範，除透過審判權的規定，劃定哪些事務應由法院處理，或由其他機關處理；再透過管轄權的規定，劃定應由法院處理的事務中，應由哪一法院處理；又透過各法院事務分配規定（法院組織法第 79 條規定及法官法第 4 章參照），預定未來一年度內該法院所收的具體案件，如何依預定的抽象規則，分配給院內各個法官；最後，就各個法官依事務分配而收受的案件，訴訟法復規定法官迴避制度，排除該法官承辦該案件。總之，法官能否及應否承辦某一個案，憲法並無明文，而是授權法律為規定。再審程序的法官迴

避，是法律迴避制度的一環，也是法院組織的一環，憲法也授權法律為規定。因此，除非明顯違反憲法保障人民應受公平審判的訴訟權（例如本判決所舉法官為事件的利害關係人，却參與裁判），否則法律原則上得斟酌事件性質、當事人利益、國家司法資源，規定法官迴避的相關制度。

二、刑事再審是基於新證據、事實或訴訟資料，所開啟的新程序，與原確定判決的關係，非上、下級審的關係

刑事程序的再審，是在原確定判決所憑的證據是虛偽、被告是被誣告、確定判決所依據的其他判決已變更、參與審判的法官、檢察官、司法警察等人員因該案件而犯罪或失職等事實，已經證明的條件下，或發現足以變更原確定判決的新事實、新證據或被告的自白、自述，足以認定原確定判決據為判斷基礎的事實或證據，或訴訟程序嚴重瑕疵，確定判決明顯違背正義，因而開啟重新審判的程序（刑事訴訟法第 420 條至第 422 條規定參照）。形式上是以變更原確定判決為目的所發動的新訴訟。實質上，則是為回復原訴訟程序繼續審判，等同原訴訟程序的再開言詞辯論。因此再審與原確定判決的關係，與審級制度下，上級審與下級審關係，是由上級審審查下級審關於事實認定或法律適用是否正確者，並不相同。反而更接近前述貳、一，法院因應新訴訟狀態而變更自己裁判之情形。本判決援引上、下級審間應否迴避的法理，據以解釋再審與原確定判決的關係，尚難贊同。

三、再審程序的法官迴避，立法者有一定形成空間

（一）公平審判，沒有討價還價的餘地

公平審判乃憲法要求審判制度最核心的價值，沒有公平，就沒有審判。公平審判並不區別案件大小，謂大案必

須公平審判，小案則不必，或大案必須有更多公平的審判，小案則只須看起來差不多公平就可以。公平審判也不區別案件的性質或種類，謂刑事案件，或重大刑事案件的審判，必須更公平，其他案件，則只須較弱或看起來差不多公平就可以。公平審判也沒有次數的限制，謂第1次審判要公平，第2次以後則不必，或可以比較不公平。

以本判決所援引之釋字第256號解釋而言，姑且不論該解釋係參考本質與民事訴訟不同的行政訴訟法規定，為民事訴訟法作憲法解釋，在論證方法上已難妥當。何況即使依該號解釋，考量法院的員額，因此以迴避一次為限。然而，公平審判乃司法制度建制的前提，沒有討價還價的餘地，該號解釋既將法官應否迴避，定位為審判是否公平的憲法價值問題，却將其強調公平審判的核心憲法價值，讓位於法律已有規定及司法人事行政下所派任法官員額的實況，承認只須第1次的公平，豈能贊同？

就此而言，本判決也有類似疑問。如果本判決所論，參與確定判決的法官，復參與再審裁判，「不僅是當事人或第三人所難以信賴，甚已明顯穿透公正審判的外觀，足以對法官顯有偏頗之虞產生合理懷疑」為正確，本判決又謂僅參與該被聲請再審的確定判決，而不包含參與「歷審」尤其下級審判決的法官，豈非自相矛盾？

（二）參與刑事確定判決的法官，又參與再審裁判，非必然不公平

公平與否，既是一個客觀制度的問題，也是當事人或理性第三人主觀感受的問題。

如前述，刑事再審是以判決確定後發現或發生明確而重大的新訴訟資料為基礎，所開啟的新訴訟程序。再審程

序大致可分為二階段，第一，對於再審聲請准否為裁定（即是否開始再審）的程序；第二，開始再審後本案判決的程序。就第一階段而言，法院係依據當事人的聲請而發動，審查有無新的事實、證據或訴訟資料等法律所定的再審理由，是消極的居於中立第三人地位處理聲請案，聲請再審得委任律師，律師並得檢閱相關卷證，除顯無必要外，法院應通知聲請人及其代理人到場，並聽取檢察官及受判決人的意見，聲請人並得聲請法院調查釋明的證據，法院也可依職權調查（刑事訴訟法第 429 條至第 429 條之 3 規定參照），已充分考慮聲請人的程序保障。此等規定，並不區別是否由原確定判決的法官承辦再審聲請案，而有不同。換言之，在制度上已提供即使由原確定判決的法官，承辦再審聲請案，仍可中立執行職務。至於開始再審後，訴訟程序進入本案審理程序，如同本案再開言詞辯論程序，更無因其是否為原確定判決法官，於訴訟制度上有不同規定，而影響審判的公平性。

就當事人或理性第三人的感受而言，依我國目前的法官審判實況，絕大多數法官會依據客觀證據、事實及法律為公平裁判，應該是實際狀況，也是理性的第三人可以接受對於法官的一般觀感。又再審程序是因為發現或發生新事實、新證據或新訴訟資料，足認原確定判決的基礎或程序有明顯且重大的瑕疵，而發動的新程序。因此，參與原確定判決的法官，即使又參與再審裁判，也會依據新的客觀證據、事實或訴訟資料為公平審判，不會無視該新證據、事實或訴訟資料，仍堅持己見，不動如山，應該也是理性的第三人可以期待的觀感。至於極少數個案審判法官，若有從理性第三人觀感，也會感到可能不公平，且當事人

主觀上也感受由原確定判決的法官參與再審程序，可能會有不公平的情形，則透過由當事人聲請法官迴避，針對該個案為解決即可，殊不必預定所有或絕大多數參與原確定判決的法官，必然會於再審程序為不公平審判，而要求應一律自行迴避。

申言之，從個案被告的角度而言，即使受法官有罪判決確定，仍信賴法官是公正審判的，大有人在。如果該法官向來有極佳的風評，在原確定判決案件的審判，客觀上也無任何偏袒、疏漏之處，而於判決確定後，發現新事實、新證據或得據以聲請再審的新訴訟資料，該被告仍基於原有的信賴，同意由原法官繼續就再審案件為審判，原法官也因新資料的出現，可迅速作出變更原判決的判決，憲法為何要一律禁止？一定要由其他（甚至被告不太信賴）的法官承辦，重新審理，周折一番，甚至仍維持原判決結論？這樣的周折，對被告的保護、司法資源及人民信賴，真有必然的助益？

本判決一方面指出：「法官曾參與同一案件先前裁判之事實，並不足以成為認定法官有偏頗之虞，因而一律應迴避的唯一證據」（本判決第 117 段參照）「同一法官再次參與更審裁判，由於其對案情、相關事證、法律適用及解釋等，相對較為熟悉，不僅有利於裁判品質及結果之正確妥當，亦有助於提升裁判效率，促進有效及迅速審判，從而維護被告速審權。」（本判決第 118 段參照），因而認為法官參與同一案件發回更審前的裁判，無須自行迴避。對於這樣的理由，本來也可以運用於基於新訴訟資料而發動的再審程序，但本判決於再審程序並未以此為基礎，反而認為應予迴避，前後理論也欠一貫，難予贊同。

（三）原確定判決法官參與再審程序，不影響被告的審級利益

就法官駁回再審聲請的裁定，當事人得依法提出抗告（刑事訴訟法第 343 條第 2 項規定參照），開始再審後該確定判決的形式確定力即消滅，回復本案再開言詞辯論狀態，故依該案件的種類，適用該本案原應適用的審級救濟，不因是再審的本案判決而受影響。換言之，例如屬於得上訴第三審的案件，原訴訟程序第一審為被告有罪判決後，未經上訴而確定，若對第一審確定判決聲請再審，並由原確定判決法官裁定開始再審，對於該再審判決，仍得上訴至第二審、第三審法院，該案件仍可經三級三審，對被告而言，其審級利益完全不受影響。本判決雖肯認「縱同一審級之前、後次裁判法官有重複，各該審級在程序上仍係完整的一個審級，刑事被告並未因此喪失該審級之救濟利益。」（本判決第 69 段參照），却認為參與確定判決的法官，再參與同一審級的再審判決，則會影響被告的審級利益，所持見解前後矛盾，亦難贊同。

從另一角度言，如原確定判決法官應自行迴避，無異承認於當事人可透過聲請再審手段排除特定法官或選擇特定法官，或造成由同法院的某一法庭審查另一法庭裁判當否，成為其上級審而增加一審級的不合理結果。

（四）美國法例及實務見解

1、各州關於法官迴避之制度設計各有不同，大致可區分為強制迴避（Mandatory recusal）及裁量迴避（Discretionary grounds for disqualification）。強制迴避之事由包括：該案件涉及法官個人利益、該案件涉及法官配偶或子女之利益、法官於該案件中具有經濟上的利益

、法官與案件當事人具有親屬關係、法官曾經擔任該案件之律師、法官曾參與調解或和解而知悉當事人之秘密、法官曾擔任該案件之法官助理及法官為該案件證人等。裁量法官迴避之事由，會依個案情形、程度及對案件的影響而分成三大類型：(1)法官對當事人或律師存有偏見；(2)法官對爭執的證據事實的個人所知，可能合理的影響法官的公正性；(3)法官的公正性可能被合理的質疑的情形。

法官參與同一事件前次裁判，不在應強制迴避之列，屬於裁量迴避的事由。當事人有一次不附理由主張法官應迴避之權利者，共 19 州。其餘州及聯邦均無不附理由主張法官應迴避之規定¹。

2、在 State v. Dechaine²一案中，被告經法院判決犯綁架、性侵害及謀殺等罪，均有罪確定後，依定罪後 DNA 分析條例(the post-conviction DNA analysis statute)聲請重新審判(a new trial)。上訴審法院駁回被告對法官迴避之聲請及再審之聲請後，被告上訴至緬因州最高法院，並主張承審法官應迴避本件再審之聲請案，因為在過去 27 年審理本案的過程中，法官已經做出各種裁決，相當於有不利於其的傾向。因此，基於漫長且驚人的承審過程，及被告一再表示其為無辜的陳述，…根據 DNA 而聲請再審，應由另一位客觀、無偏見疑慮或未曾參與本案的法官承審等語。緬因州最高法院於 2015 年 7 月 21 日的判決中，就聲請法官迴避部分，駁回被告的請求，並指出：「(判決第 44 段)如被告 Dechaine 所述，定罪後 DNA 分析條例要求『除非該

¹ 參考 Disqualification of Trial Judge for Cause, American Jurisprudence Proof of Facts 3d, July 2023 Update, Hon. D. Duff McKee 著，第 16 頁至第 49 頁及第 131 頁。本意見書所引用美國法文獻，係由研究法官林尚諭整理提供。

² State v. Dechaine, 121 A.3d 76 (Me., 2015)

法官無法承辦，否則再審之聲請應分由曾經判刑的承審法官辦理』該法官認為自己不需迴避之決定，應受到是否濫用裁量權的審查。本院曾說明：『一般而言，因為參與先前程序而對案件有所知悉，並不足以作為該法官於後續程序中即應迴避的充分理由。』且一個法官於其應迴避時，即有迴避之義務，當一個法官不應迴避時，亦有不予迴避之義務。」明確指出法官參與前次審判，不是當然應迴避的理由。

3、在 U.S. v. Bowen³一案，被告為警察人員，在颶風卡崔娜過後開槍射擊，犯警察人員錯誤陳報及錯誤陳述罪，經判決有罪確定。被告聲請重新審理。美國聯邦路易西安納東區地方法院 Engelhardt 法官准予開啟重新審理，政府提起上訴。美國聯邦第 5 巡迴上訴法院，於 2015 年 8 月 18 日的判決中，對於聲請撤換 Engelhardt 法官部分，駁回上訴人主張之請求。並指出：「政府最後的上訴主張為聲請本院撤換 Engelhardt 法官，無論本案未來如何發展，換法官是一項罕見且不利的裁定。上訴人應說服本院該法官的行為會合理的使客觀觀察者質疑法官的公正性。判斷時應考慮三項因素：參與原判決的法官在本案發回、重新審理案件時，對於摒除已被認定為錯誤之過去觀點或調查事證的結果，有無實質困難；重新分案是否係維持公正外觀的合理方法；重新分案的效率成本是否勝過維持公正外觀的利益。」是以務實而深入的觀點，為法官應否迴避參與重審程序，指出明確判斷標準，甚有參考價值。

（五）日本法例及實務見解

日本刑事訴訟法第 20 條第 7 款規定，法官參與前審的

³ U.S. v. Bowen, 799 F.3d 336 (C.A.5 (La.), 2015)

裁判者，應排除其職務（自行迴避）。但所謂參與前審裁判，是否包含參與再審對象的原確定判決，日本最高裁判所第1小法庭於昭和34年（西元1959年）2月19日作成一致判決，認為所謂前審裁判，指該事件得依上訴聲明不服的裁判，並不包含再審。實務上有關再審聲請案件，各法院的事務分配，也多分配予原判決的審判庭。學說也多認同這樣的結論，其原因是因為，再審請求是基於判決確定後發現新的事實或資料，為再審當否的判斷，是與原確定判決程序完全斷絕的程序，即使原確定判決的法官再參與再審聲請的裁判，也不會抱持先入為主的觀念而為錯誤判斷⁴。簡言之，再審聲請程序與原審判程序，是個別不同的程序，由原確定判決的法官審理再審聲請，不發生不公平的問題⁵。

肆、對被告不利的再審，為何參與有利被告的確定判決法官應迴避才合憲？

應值一提者，關於刑事確定判決的再審問題，立法例上有不同類型，有僅得為被告利益而再審者，例如法國法及日本法，有得為被告利益而再審外，另允許為被告不利益而再審者，例如我國、德國。就我國而言，法律規定得為被告的不利益而再審，是希望透過再審程序，獲得比原確定判決更不利於被告的判決。這樣的制度，不能認為是為保障人民（被告）的權利而設，而是為了貫徹國家對被告的刑罰權。但國家並沒有受憲法保障的基本權，因此，

⁴ 松尾浩也監修・松本時夫・土本武司・池田修・酒卷 匡編集代表，條解刑事訴訟法，第1139頁，2016年第4版增補版第1刷，弘文堂。

⁵ 井上正仁監修・河村博・酒卷匡・原田國男・廣瀨健二編集代表，裁判例コンメンタール刑事訴訟法，第4卷，第467頁，平成30年（2018年）第1刷，立花書房。

為被告不利益的再審，自然也不能認為是受憲法保障的基本權。換句話說，即使刑事訴訟法不規定不利益被告的再審，也沒有因對國家保障不足而違反憲法的問題。反而法律規定國家得對被告為不利益的再審，可能使人民受到二重不利審判的危險，是否違憲，成為問題。既然不規定得為被告不利益的再審制度，都沒有因對國家保障不足而違反憲法的問題，那末法律為了多一點保障國家對被告的刑罰權，因而規定檢察官得為被告不利益而聲請再審，但由原判決的法官審理再審案件，比起未規定對被告不利益的再審，對貫徹國家刑罰權之保障而言，仍較為有利一些（聊勝於無？）自然也沒有因對國家保障不足而違反憲法的問題。要言之，就對被告不利益的再審程序，由原確定判決（對被告有利）的法官參與審判，不但沒有違反憲法保障人民（被告）權利的問題，反而若原確定判決法官必須迴避，等同對有利被告的法官，必須被排除，尚且可能構成二重危險，而違反憲法。

伍、非常上訴程序之迴避問題，未必達到憲法層次

非常上訴是為統一法律解釋為主軸，抽象的糾正法令適用錯誤為目的所設的制度，是基於法律的利益而設，非以保障人民權利為主要目的，亦非在賦予人民審級救濟的機會。因此，僅有代表國家利益的檢察總長得提起。即使被告請求檢察總長提起，亦無拘束檢察總長的效力，被告亦無請求檢察總長迴避或對檢察總長的決定不服的餘地。最高法院就檢察總長提起的非常上訴所為判決，原則上效力不及於被告，僅於原判決不利於被告時，應另行判決或發回，受發回法院不得諭知較重於原確定判決之刑而已（刑事訴訟法第 447 條及第 448 條規定參照）。要言之，被告

於非常上訴程序僅居於從屬的地位，可反射取得受更有利判決機會的利益而已。此種以維持國家法律見解統一為目的的制度，並非以保障人民的基本權為目的所設，即使法律未設有非常上訴制度，也不能說是違反憲法。如同前述為被告不利益的再審制度一般，法律設有非常上訴制度，僅提供法律見解統一的機會而已，因此，即使為確定判決的法官再參與非常上訴的審判，也不發生損及人民基本權的問題，自無應自行迴避的憲法要求。

本判決一方面在發回更審的問題上，指出：「最高法院法官皆為具長年審判經驗之資深法官，其等對各該重要法律問題多已形成穩定的法律見解，且係其等足以擔任終審法院法官的正面資歷及條件所在。縱認此等法律見解確為法官之定見，亦多為個人經驗及學養所致，而非單純源自先前曾審理同一案件之影響」（本判決第106段參照）「最高法院既為終審法院，其就各該重要法律問題本即應有穩定、一致的法律見解，始能透過裁判統一所屬下級審法院之裁判見解。如果期待最高法院就同一案件所涉之法律爭點或問題，會因審理法官之不同，而出現不同的法律見解，並以此為迴避之實益及理由，反會損及最高法院身為終審法院所應發揮之統一裁判見解之重要功能。」（本判決第108段參照）明確肯定最高法院法官的見解並不會因先前曾審理同一案件而受影響，却於非常上訴程序，認應自行迴避，前後理論不無矛盾，自難贊同。