

刑事辯護制度實踐及因應之研究（上）*

曹 金 生**

壹、緒 論

司法院大法官會議釋字第 436 號解釋，提示軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，運作必須符合正當法律之最低要求，本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利之意旨，自本解釋公布之日起，有關機關應於二年期限內，就涉及之關係法律，本此原則作必要修正。為因應此一解釋，國防部乃於民國 88 年完成軍事審判法之全面修正，不僅軍事院檢改採獨立建制，訴訟程序也與刑事訴訟大致相同，而軍法案件之終審也已回歸司法一元化，以維被告權益¹，對於軍人訴訟權益之確保，固已經跨出一大步。

然近年刑事訴訟制度於軍事審判法修正後，續迭有變革，諸如採用改良式當事人進行主義等，與軍事審判法原與其同採職權主義有關規定互有扞格，國防部即認為有再檢討修正之必要，猶有進者，除配合目前交互詰問程序修正軍事審判法相關配套規定外，嘗試研擬規範全面擴大強制辯護可能性²，雖法務部對此草案規定有不同見解，惟因此激起本文對被告訴訟權，尤其有關受有效律師協助的權利³—辯護制度的研究興趣。

另據報載：南投縣埔里鎮一單親母親劉姓婦人，因詐欺案被南投地方法院判處徒刑 4 月，得易科罰金約新台幣 12 萬元，近日判決確定後，劉婦無力繳納罰金，遂於今（97）年農曆小年夜為警拘提到案入監服刑，無法與就讀國三及小六的兒子圍爐，其長子並因代母作粿還債而無法到校上課，根據記者所載，本案源起係劉婦因家境負債，96 年 2 月間遇詐騙集團謊稱可代處理債務，被騙交出存摺、印章後，為該詐騙集團挪作人頭帳戶詐騙其他被害人，遭警循線查獲劉婦到案，雖劉婦否認涉案，惟法官不信，仍認其為詐欺幫助犯而判刑，而劉婦本身目不識丁，收到法院判決書及檢方執行通知書，不知嚴重性，自認只是借帳戶沒騙錢，法院會查清楚就沒事，以致未提上訴及向檢方報到，其後才會遭拘提於年節期間到案身陷囹圄，

* 本文感謝二位匿名審查人提供寶貴意見。

** 曹金生，最高軍事法院檢察署檢察長，國防大學法學碩士。

¹ 此次修正原則，參閱謝添富、趙晞華著合著，《修正軍事審判法論釋》，瑞興圖書股份有限公司，2004 年 9 月，初版，頁 43-50。

² 參閱國防部於 95、9、26 制創 095000884 號函報行政院軍事審判暨其施行法部分條文修正草案，頁 16：「第 74 條第 1 項現行條文為：被告所犯最輕本刑為三年以上有期徒刑，或被告因智能障礙無法為完全之陳述，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人為其辯護，其他案件認為有必要者，亦同。擬修正為：被告於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護。」。

³ 王兆鵬，《辯護權與詰問權》，元照出版公司，2007 年 1 月，初版第 1 刷，頁 1。

因其家有幼子乏人照料，上情才會為外界所揭露，典型的當事人不諳法律，而其所犯最輕本刑又非 3 年以上之強制辯護案件，故無法獲得公設辯護人或義務律師為其辯護，以致無法保障其被告之合法權益⁴。

經上網蒐尋南投地方法院在劉婦同時期即 96 年有關人頭帳戶被依幫助詐欺罪相類似案件判決書，經統計後赫然發現，整年 195 件案件中，有 68 件是如同劉婦案情雷同，否認有意將帳戶提供詐騙集團行使詐欺技倆之用，仍被判有罪（僅有 1 案判決無罪），而其中大部分（57 件）是以簡易判決即引用檢察官證據，逕行判處 3 月至 8 月（1 件為拘役 50 日），相同案件已非少數，而殊不知其中有多少像劉婦案情，金融帳戶被挪用已是被害人，答辯又被法官不採信而成為有罪之刑事被告，甚至要鋃鐺入獄，而這整個一百多件案件當中，僅 1 件被告有選任辯護人，該案件仍是以前式審判程序審結，因而辯護人如何為被告主張權利，惜於判決書內未能參閱⁵，遂油然而生對刑事被告應享有訴訟權所衍生之此一基本權⁶——辯護制度研究興趣，本文將由一軍事審判實務工作者角度與眼界，對此研析提供淺見，如有未盡之處，尚祈不吝指教，以廣見聞。

貳、刑事辯護制度理論與我國規定修正沿革

一、刑事辯護制度理論基礎

維繫國家與人民運作之秩序有許多方法，其中包括，法律、教育、宗教、輿論及道德等等，尤其是法律又是最直接的方法，眾多法律當中就屬刑法是最強而有力的方式，不過，單靠刑事實體法，尚不足以對觸犯者加以處罰，仍需一定的正當法律（憲法第 8 條）程序，始得為之，而規定此一刑事程序之主要法律，刑事訴訟法及軍事審判法，兩者即為廣義的刑事訴訟制度，而該刑事訴訟制度係以對於特定人之特定事實，確定具體的刑罰權為其任務。

然而為求刑事訴訟制度能夠確認事實真實，適用法律正確，本應有其辯護之職責與權能在，故「辯護」一語，從實質言，並非專屬於被告之權利，即使法院、檢察官亦負有保護被告正當利益之職責（此為刑事訴訟法第 2 條及軍事審判法第 9 條規定立法意旨所在），因之所以有此辯護制度，乃是因為在法律上，雖承認被告具有種種保護自己的權利，但通常其不太可能會善用法律所賦予保護自己這些權利，所以有其必要使熟知法律的第三人來保護被告，那是因為前述的法官與檢察官，固應保護被告之利益，畢竟係居於消極、被動地位，尤其在當事人進行主義，檢察官在訴訟上與被告之立場相反，所以想要期待法官或檢察官來保護被告，似乎並不切合實際⁷。

因此在刑事訴訟程序當中，則需要有積極保護被告利益之辯護人制度，特別是在強烈要求實現當事人平等原則下，辯護人制度殊為不可或缺，那是因為當某人被指控犯罪時，常因

⁴ 參閱《自由時報》，2008 年 2 月 15 日，B1 版；《聯合報》，97 年 2 月 15 日，A1 版。

⁵ 參閱南投地方法院 96 年度易字第 305 號刑事判決。

⁶ 前揭（註 3）書，頁 2。

⁷ 東熊，《刑事訴訟法論》，三民書局股份有限公司，1987 年 11 月，3 版，頁 112。

欠缺法律知識而陷入徬徨無依不知所措，相較國家所任用的檢察官，熟悉相關法律規定，又有強大的政府財力人力資源作後盾，兩者地位相差懸殊，此時被控犯罪的人，自當仰賴具有專業素養的律師，擔任被告的辯護人，教導當事人如何應對，如何調查或保存證據，藉此平衡與檢察官間的差距，避免被告受到錯誤的裁判，對被告而言是相當重要的。其實擔任辯護人的律師，就其功能而言，其在刑事訴訟制度中，能協助法院發現真實，能幫助無辜的人平反，能保護有罪之人應有的權利等，在程序上是有其一定功能的。

為何辯護制度在刑事訴訟法上必須存在並居重要地位呢？本文特就其理由說明如下：

1. 為保障人權及維持訴訟經濟而設。

基於憲法對於人性尊嚴的尊重及法治國原則的要求下，在刑事訴訟程序中，犯罪嫌疑人或被告之個人的尊嚴及自由本應受到保障與重視，亦即彼等需受到諸如不得以疲勞訊問、刑求逼供、詐欺利誘等方法，侵害其自由意志與意思活動待遇之保障，確保被告作為程序主體之地位，此等需求由精研法學之辯護人，自較犯罪嫌疑人或被告之個人為之得體，由辯護人協助更進而可避免訴訟遷延時日。

2. 為充實被告防禦能力，確保當事人地位對等而設。

依據刑事訴訟法第3條規定：「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告。」，可見在刑事訴訟程序中，檢察官與被告同是訴訟當事人而其地位對等，蓋因檢察官代表國家追訴犯罪，居於攻擊地位；而被告對於檢察官之攻擊，處於防禦辯護角色，雖職權互有差異，但二者在審判程序上地位是對等，原無尊卑高下之分。無奈事實上，代表國家之檢察官係飽學之士，彼等對於法律深具鑽研，其法律方面之造詣，非每一被告所能企及，故而進行訴訟時，被告難免不能隨心所欲，辯其所欲辯，言其所欲言，故此時宜有辯護人挺身而出，為被告辯護，助其所不能，唯有如此方可確認當事人地位實質對等。

3. 因刑事訴訟立法趨向當事人主義，辯護制度推廣益見重要而設。

刑事訴訟立法原有職權主義與當事人主義之分，前者在於依職權調查證據，不僅檢察官，法院亦可依職權為之，其利在於有益實質真實發現，而弊在乎無辜者不免受違法羈押，刑求逼供之災；後者為法院不能積極介入證據之調查，其優點是被告權益受到保護，缺失卻可能時有頑劣被告藉此倖逃法網。近觀現行刑事訴訟進步立法，兩者已兼而採之，於其立法思潮下，推廣辯護制度，期能保護被告權益，時值今日尤見其重要。

4. 係因法院為期認定事實及適用法律正確而設。

法官判決最高主旨，在於求得正義伸張及公平正確，並且於法律之解釋適用無所違誤，俾使人心悅誠服。然而實際上權力集中於法官身上後，被告若無人替他辯護，其利益往往會被忽視，就是不被忽視，也不會看得清楚，可見即使法官匠心獨運，亦難免百密一疏而有差錯，而辯護制度是防止審判草率的方法之一，唯有利用相反雙方各就不同觀點盡量發揮，不放過任何環節，才能使裁判者面面俱到，申言之，期待事實之真實發現，正義之闡揚與引用法律適得其宜等乃辯護制度之作用。⁸

⁸ 邱政強，〈刑事訴訟程序辯護制度與辯護人之研究〉，《中國文化大學法律研究所74年碩士論文》，

然而，在往昔糾問制度下，裁判機關與訴追機關並無分別，被告僅是裁判的對象，並不認為被告係處於當事人地位，而可享有程序上當事人應享有的權益。但是現今已改為訴訟制度，將訴追機關與裁判機關予以分離，檢察官與被告立於對等地位，則為強化被告的防禦能力，乃有辯護制度產生，不過其訴訟程序既有偵查及審判之分，辯護制度於各該階段任務自有所不同，理論基礎亦有所不同⁹。

偵查程序係檢察官與司法警察為證明犯罪嫌疑人犯罪，所進行之作為，而其傳統的辦理方式就是先抓人，問口供，再透過所獲得自白搜索、扣押證物，也許省時、省力，但也極易產生非法取供，有違犯罪嫌疑人權益之弊端，因此偵查中為被告設辯護制度主要目的，係為保護被告，與審判中基於平衡被告與檢察官當事人間不對等，應賦予律師權。目的係為避免程序只有控訴被告的檢察官、身兼多職的法官，卻無保護被告利益之專職人員存在而產生不公平現象；及因為審判結果攸關被告之生命、自由、財產、名譽關係重大，有實質保護被告利益之必要等三者理論基礎而有所不同¹⁰。本文將針對此二程序，從軍事審判法與刑事訴訟法角度研究相關問題，試從理論介紹與事實檢討觀點，相互配合，期待能對平等與實質辯護制度，提出改革之芻議。

二、我國軍事審判辯護制度規定修正沿革

辯護制度之源起，應溯自古羅馬時代，斯時雖法律制度尚不健全，屬於私人訴追型態，卻已有刑事辯護人之設，稱 *Patrones* 或 *Advocatus* 是為辯護制度之濫觴¹¹。然而討論辯護制度的歷史，有云「刑事訴訟的歷史，正是辯護權擴大的歷史」¹²，亦有謂法諺「刑事程序的歷史，就是辯護權擴大的歷史」¹³，不論如何說明，在在均強調刑事程序的推演，正可搜尋出辯護制度改善的歷程，即始是屬刑事特別訴訟程序的軍事審判亦復如此，不過截至目前為止，這樣的進步是否已足夠，正是本文所欲探究的，現先就軍事審判的辯護制度的修正沿革研析如下：

按辯護制度乃為保護被告之利益，針對刑事原告之攻擊，實施防禦行為而設之制度，亦即被告本應於訴訟法上享有之權利（我國最高法院則明白承認「刑事被告在訴訟上有依賴辯護人為其辯護……之權，此為人民依憲法第十六條享有之訴訟權所衍生之基本權」）¹⁴，既為刑事被告應享有之憲法基本權，則似不應因其為普通人民抑或軍人軍屬、審判機關為司法機關或軍事審判機關而有所差別，此觀諸美國戰律第 11 條、第 17 條，日本前陸軍軍法會議（日本大正 10 年 4 月 26 日法律第 85 號公布）第 87 條、海軍軍法會議第（日本大正 10 年 4 月 26

1996 年 1 月 1 日，頁 12。

⁹ 顏基典，〈刑事辯護制度之研究〉，《國立中正大學法律研究所論文》，2002 年 6 月，頁 8。

¹⁰ 王兆鵬著，《美國刑事訴訟法》，元照出版公司，2007 年 9 月，2 版第 1 刷，頁 425。

¹¹ 前揭（註 8）文，頁 9。

¹² 林妍汝，〈刑事被告受律師協助的憲法權利〉，《國立臺灣大學法律學研究所 95 碩士論文》，2006 年 5 月 11 日，頁 6。

¹³ 蘇有辰，〈強勢檢調審判，萎弱的辯護〉，《全國律師》，創刊號，1997 年 1 月 15 日出版，頁 16。

¹⁴ 前揭（註 10）書，頁 476。

日法律第 91 號公布) 87 條, 及我國戰爭罪犯審判條例 (35 年 10 月 24 日公布制定全文, 依該條例第 2 條規定: 本條例適用對象為外國軍人或外國非軍人之戰爭罪犯, 並不適用我國軍人) 第 27 條, 美國統一軍法典第 32 等, 均設有受軍事審判之被告, 許為其設置辯護人之規定, 似本應為軍法審判之通例。惟實際上在早期我國規定軍人所受之軍事審判規定, 則並非如此, 現將其分階段說明如下:

(一) 無辯護制度時期

依據我國最早陸軍審判條例 (7 年 4 月 16 日大總統教令第 15 號公布、10 年 8 月 17 日教令第 30 號修正) 及海軍審判條例 (7 年 5 月 21 日大總統教令第 23 號公布)¹⁵, 前者共 7 章計 57 條條文, 後者亦 7 章計 59 條條文, 均係對軍人犯陸軍刑事條例, 海軍刑事條例及非軍人犯各該刑事條例第 2 條之罪者, 有關軍法會審組織、權限, 檢察, 判決及再審等規定。對被告被控犯罪之辯護權, 則並無任何明文規定, 從本審判條例第 2 條規定軍法會審不准旁聽及其軍法會審組織成員係以審判長、審判官、軍法官及錄事組成, 並未納入辯護人等, 反面推論, 此時期軍法審判應無辯護制度可言。

其後的國民革命軍陸軍審判條例¹⁶ (17 年 2 月 17 日公布) 規範內容與前述二條例大致相同, 僅將原再審章節之章名修正為復審, 而此時刑事訴訟法尚未公布施行 (舊刑事訴訟法最早於 17 年 7 月 28 日公布, 同年 9 月 1 日施行), 且本條例施行後亦無律定本條例未規定者, 可適用其他刑事訴訟法令之明文, 以致其後最早刑事訴訟法公布施行後, 雖該法已有辯護人相關規定, 卻因無準用條文, 而無從援用其相關規定, 來維護被告訴訟權益, 因之, 此時期我國軍人被告所適用之軍事審判程序, 應為無辯護制度時期。

經蒐得本時期台灣省警備總司令部 38 總治字第 023 號林某軍人逃亡等案, 係依陸海空軍刑法第 95 條第 2 款攜帶重要物品逃亡等罪 (法定刑為 10 年以上有期徒刑) 未經指定辯護即判處徒刑 10 年 3 月。國防部 39 年度則判字第 196 號王某民人叛亂案, 被告經依懲治叛亂條例第 7 條 (法定刑為 7 年以上有期徒刑), 未經指定辯護即判處徒刑 7 年。國防部 39 年度則創字第 347 號徐某軍人貪污案, 被告經依懲治貪污條例第 2 條第 3 款侵占軍用品罪 (法定刑為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑), 未經指定辯護即判處徒刑 10 年等, 足證本時期軍法案件未採用任何辯護制度為, 應屬可信。

(二) 僅有公設辯護制度, 排除選任辯護人規定適用

嗣刑事訴訟法公布施行後, 國民政府則修正上開各審判條例¹⁷, 並更名為陸海空軍審判法¹⁸ (19 年 3 月 24 日國民政府公布), 全文共 8 章計 56 條條文, 仍沿用前述各審判條例內容, 並未注意到被告應有的辯護權益, 且其亦無可以準用刑事訴訟法有關辯護人章節明文規定, 因之其關於許選任或指定辯護人等規定, 於本法自亦無從援用之。

¹⁵ 參閱黃榮昌等編輯, 《大理院法令判解分類彙要》, 中華圖書館發行所, 1923 年 1 月 10 號, 4 版, 頁 383-409, 頁 430-443。

¹⁶ 參閱《國民政府現行法規》, 國民政府法制局印, 1928 年 3 月版, 頁 178-186。

¹⁷ 前揭 (註 1) 書, 頁 28。

¹⁸ 參閱司法行政部發行, 《中華民國司法法令彙編》, 1955 年 12 月版, 頁 2446-2455。

其後因應當時國家戰時需要所公布之戰時陸海空軍審判簡易規程¹⁹（32年3月8日國民政府公布具法律性質未完成立法程序之法規），或許是注意到這個問題，雖然於該簡易規程第8條規定：「本規程未規定者，適用陸海空軍審判法及刑事訴訟法。」。但是當時論者有謂，軍事審判係國家基於軍事統帥權之作用，為保持軍令之威信，維護軍紀之整飭而行使其刑罰權，自與一般刑事訴訟不可相提並論，而且陸海空軍審判法第2條亦明文規定軍法會審不准旁聽。顯然其審判之形式係採不公開之密行主義，自無許其設置辯護人之可言²⁰。

然實質上，本文認為軍事審判係同以行使國家刑罰權為目的，與司法審判自應無異，因此被告在刑事訴訟法上應享之權利，自不宜因審判機關形式不同，而異其待遇。更何況軍人犯罪除犯軍法，應受軍事裁判者外，其他犯罪仍應依刑事訴訟法之規定追訴處罰（此項規定雖當時基於權宜規定，依國民政府35年2月12日處字第100號訓令「軍人軍屬犯軍法以外之罪將暫照陸海空軍審判法辦理」規定而停止適用）。再加上當時一般人民，依現已廢止懲治叛亂條例第10條規定或戒嚴法第8條規定，亦有由軍事審判機關審判者，彼等因接受軍事審判而不適用刑事訴訟法之規定，遂喪失目的係為保護被告利益而設之辯護制度協助機會，以致軍、司法審判兩套標準，對被告訴訟權益而言，顯有失公平。

正因陸海空軍審判法條文簡單，有感於對被告如何行使防禦權，如何主張調查證據，均未有詳盡規定，對於被告本身基本權益似有欠缺，加上上述本法並無設置辯護制度以維權益等理由，本應著手修法。當時為補足此被告權益保障不足部分之缺失，抗戰勝利後，總統指示軍人保國衛民或有被控犯罪亦應設置辯護人為其辯護，軍法部門才注意到並研議處理有關辯護人制度問題。

按此指示初辦之時，則僅在國防部軍法局第三處添設辯護科，遇有法定刑5年以上有期徒刑之案件，僅由軍事法庭檢具卷證，以公文會辦方式，送請該科提供意見，該辯護科如對本案有不同法律意見時，亦僅於會辦公文簽注意見而已，並未專設辯護人為被告出庭執行辯護職務，因其未能為被告詳研案情，搜集有利證據，僅憑書面會稿，自難收辯護之效²¹。

其後為使辯護制度能有法規依據，並督促軍法機關正視軍事審判被告辯護權問題，行政院遂於40年1月29日公布「軍事機關審判刑事案件補充辦法」，於本辦法第2條規定軍事審判機關應專置公設辯護人，及律定軍事審判之案件其最輕本刑為5年以上有期徒刑案件應指定公設辯護人為被告辯護，其他案件認為有必要者亦同，此行政法規為軍事審判機關設置辯護人之創舉²²。

迨40年3月1日以後，逐漸在各軍法機關普設公設辯護人，凡刑事訴訟法關於公設辯護人及公設辯護人條例等規定，與陸海空軍審判法不相抵觸者皆適用之，至此軍法公設辯護制度，始大致成形²³。

¹⁹ 前揭（註18）書，頁2471-2472。

²⁰ 陳樸生，〈軍事審判之辯護制度〉，《法律評論》，第17卷第3期，1951年8月1日，頁11。

²¹ 詹逸常，〈論軍法公設辯護制度及辯護人之素養〉，《軍法專刊》，第1卷第4期，1952年8月1日，頁48。

²² 同前註20。

而當時軍法公設辯護人之身分來源，則按照上述辦法第 4 條規定與軍事檢察官同，限於以具有軍法及監獄人員任用暫行條例第 4 條至第 6 條所列各款資格之一者，始得充任之。

然此時被告所能獲得協助，則只限於公設辯護，與同時期之刑事訴訟法辯護制度範圍並不盡相同。刑事訴訟法規定除同樣的強制辯護規定的：最輕本刑 5 年以上有期徒刑及高等法院管轄第一審案件應依職權指定公設辯護人為被告辯護案件外。尚有選任辯護人的規定，也就是被告、被告法定代理人、配偶、血親或家長家屬等利害關係人，得為被告選任辯護人。至於為避免被告同時享有指定辯護及選任辯護的雙重利益，刑事訴訟法也規定，如經被告或其利害關係人選任律師為辯護人者，亦得將指定辯護人撤銷等。

其規定之緣由係因為辯護制度，原為保護被告利益而設，自應尊重被告有所選擇之意思，而選任與指定辯護在規定上是有所不同，軍法案件在此期卻只有公設辯護制度而已，似與訴訟法上設置辯護制度係為保護被告利益，自應尊重被告有選擇之自由意思不合，不無缺憾。

其次上述辦法第 3 條還明文規定指定公設辯護人時，刑事訴訟法關於辯護人文書送達檢閱卷宗證物及接見羈押之被告等規定準用之，似乎只規定公設辯護人才準用各該規定，亦即有意排除選任辯護人制度之適用，更足資證明此時期之辯護制度，只有公設辯護制度而已，選任辯護則不與焉。

本時期計有台灣省保安司令部 41 年安潔字第 2569 號鄭某、林某民人叛亂案，鄭某經依懲治叛亂條例第 4 條（法定刑為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑）、林某依戡亂時期檢肅匪諜條例第 9 條（法定刑為 1 年以上 7 年以下有期徒刑），受指定公設辯護人蕭某辯護，鄭某判處徒刑 12 年、林某判處徒刑 3 年。國防部 42 年度廉度字第 22 號邢某軍人貪污案，國防部軍法合議庭審理結果變更起訴法條懲治貪污治罪條例第 3 條第 6 款直接圖利罪（法定刑為死刑、無期徒刑或 7 年以上有期徒刑）為刑法第 131 條之圖利罪，受指定辯護人林某辯護，判處徒刑 1 年 6 月。

上述兩判決固已有指定辯護人為被告辯護，不再是被告受控訴後，單獨面對法官自我辯護，雖已有所進步，不過諸如前述匪諜、貪污等罪，如能讓被告有選任辯護人的機會，多一選擇將會更好。

（三）行政法規補充選任辯護制度時期

其後為彌補被告不得選任辯護的缺點，國防部乃擬訂「軍事機關審判刑事案件選任辯護人辦法」²⁴，報由行政院於 42 年 9 月 21 日核准，同年 10 月 25 日經國防部公布，同年 10 月 11 日施行。上述辦法第 1 條規定除有關國防機密或軍警案件外，軍事審判刑事被告於起訴後，得選任辯護人，被告利害關係人亦得獨立選任辯護人。第 2 條則規定選任辯護人，得就向國防部登錄之律師、曾任軍法官、軍事檢察官或軍事公設辯護人、陸海空軍將校級軍官或同等級軍人等三者擇一選任之。第 3 條則規定未選任辯護人案件，審判機關應指定公設辯護人為被告辯護，似乎規定未經被告選任辯護人之案件，均規定為指定辯護之案件。

本時期計有國防部 43 年度實曉字第 043 號包某等 8 人軍人瀆職等案，其中包某軍人受指

²³ 同前註 21。

²⁴ 前揭（註 18）書，頁 2482-2483。

定辯護人林某辯護依侵占公款、收受賄賂等判處死刑，楊某軍人、徐某軍人、顏某民人，受指定辯護人楊某辯護，楊某依幫助侵占公款被判徒刑 8 年 6 月，徐某無罪，顏某不受理，王某、曹某受指定辯護人姚某辯護，王某依幫助侵占公款被判徒刑 7 年 6 月，曹某依收受賄賂被判徒刑 4 年 6 月，劉某軍人、陳某外役受刑人受指定辯護人張某辯護，劉某無罪，陳某不受理。國防部 44 年鑑措字第 2 號判決張某軍人，被告選任辯護人姚律師，依連續收受賄賂等罪，被判應執行有期徒刑四年。

此時的軍事審判案件，不只是強制辯護的案件，有指定辯護人為其辯護，也已經有被告可以選任律師為其辯護案件，從尊重被告的意思，維護其訴訟權益而言，當係莫大的助益。

（四）法律明定得選任辯護人時期

雖經由行政命令的補充，暫時解決關於軍事審判被告公設辯護及選任辯護權的問題，但是其後仍歷經數年的研究，綜合立法院韓同委員提出的陸海空軍刑事訴訟法草案，行政院（國防部）提出的之軍事審判法草案，兩案合併而成的軍事審判法整理案，及國防部再對該整理案的提出的修正研擬案等，都是針對適用已久之陸海空軍審判法，不符合需要部分進行研擬修正。至於其中辯護制度部分，其缺憾已如前述，同樣的在草案中加以檢討修正，現就此時期軍事審判法草案，關於辯護制度修正問題討論過程說明如後：

原來陸海空軍審判法係採糾問主義為基礎之審判方式，集檢察與審判權於同一機關，且並無辯護人之設置，審判縱始如何公平，仍不免為人所詬病²⁵，因此本草案為補救此問題，遂擬訂比照刑事訴訟法之規定「被告於起訴後，得隨時選任辯護人」。不過國防部研議之草案則加上但書規定，即被告如所犯之罪係有關「國防機密」或「軍譽」案件時，則規定不得選任經核准登錄的律師為辯護人，而由審判長指定公設辯護人或將校級軍官等人員為其辯護，亦即在軍事審判案件選任辯護人是有條件限制，縱使係經中央最高軍事機關核准登記之律師，亦不得充任此二類案件之辯護人，似乎仍與刑事訴訟辯護制度有所差異，經探究其目的或有為採納日本選任軍官辯護之模式²⁶而設此規定。或認為軍人既有公設辯護人以資辯護，則軍人被告得選任辯護人與否，無甚重要等，遂因此對於經核准登記之律師，在有關「國防機密」或「軍譽」此二類案件拒而不用。

因此草案在送交立法院民刑商法、國防兩委員會初審時，在國防部擬訂的「修訂軍法法規基準原則」修法意見，其中對於軍人被告涉及國防機密、軍人信譽及妨害公序良俗案件，認應設有選任辯護之限制，至非軍人被告部分，則未有限制。不料卻將軍事審判法草案在修正原則第 7 項，建議更改為「本草案之辯護制度，准許非軍人之被告，選任辯護人」，對軍人被告，則擬全部未納入選任辯護制度規範之列，國防部此修正意見，因與原草案主張辯護制度，係為保護被告利益而設之意旨相去太遠而未獲採納。嗣經上開兩委員會審查結果，則主張被告應該得自由選任辯護人，無軍人與非軍人之分，亦無任何案件類別限制。於是將原則擬訂為「本草案之辯護制度，准許被告選任辯護人」。

²⁵ 鄧激濤，〈軍事審判法幾個重要問題決定的經過（下）〉，《軍法專刊》，第 6 卷第 3 期，1957 年 3 月 20 日出版，頁 24。

²⁶ 參閱第 1 屆第 17 會期第 27 次會議紀錄仲委員肇湘發言，《立法院公報》，45 卷 17 期，頁 71。

惟國防部對此有意見，仍堅持「本草案之辯護制度，准許被告選任辯護人，但涉及國防機密，軍人信譽案件，應予限制」，復經兩委員會多次審議。最後草案提案說明則確定為「查刑事訴訟法，本有糾問主義，與訴訟主義之別，我國刑事訴訟法，採訴訟主義，使當事人地位趨於平等，由辯護人代被告辯護，使其法益獲得保障，誠為進步之立法例。但現行之陸海空軍審判法，仍採糾問主義，審判尚不公開，往往使被告陷於不利之地位，實已不合時代需要。」其後據此提案說明所擬軍事審判法草案原則為，軍事審判審、檢既已分立，審判制度自應改採訴訟主義，且為提高被告之訴訟地位，理應由辯護人協助被告為有利之辯護，因此對選任辯護實不應予以限制²⁷。

依照前開進步見解，遂修正擬訂草案條文，不論韓同委員等提議擬訂之陸海空軍刑事訴訟法草案或是行政院函請審議之軍事審判法草案，對於被告均研議得自由選任辯護人，絕無軍人與非軍人身分之區別，更無涉及國防機密，軍人信譽，公序良俗等案件類別之限制。僅於被告之配偶、直系或三親等內旁系血親或家長家屬或法定代理人等，聲請為被告之輔佐人時，加上有關國防機密案件之限制（韓委員版草案第74條、行政院版草案第64條），至此軍事審判案件被告，得於起訴後自由選任辯護人，並無身分、案件類別之限制即告確定。另外草案還訂定辯護人於出庭辯護時，須在事實及法律上盡量為被告作有利之主張，並促請對被告量刑減輕之注意（韓委員版草案第76條、行政院版草案第60條）等。

學者將此期的修法，認為是軍事審判法辯護制度之當時期進步主張，終於能獲得一致之通過²⁸。而本（舊軍事審判法）法於45年7月7日經總統公布同年10月1日施行。

綜觀本次軍事審判法制定，攸關被告權益部分，其特色如下：落實辯護制度，有助於改善一般民眾對軍法機關認為森嚴難犯、望而卻步之傳統負面印象。另外本法尚確定覆判制度，軍事審判之第二審定名為覆判，採三級二審，改進舊法一審一核，案無輕重，判決一經核定，被告無審級救濟機會之缺失，及明定非常救濟程序，採行再審、非常審判制度，較之刑事訴訟法救濟程序規定應並無遜色²⁹。

不過此階段軍事審判法，則係以刑事訴訟法為藍本，除為因應軍事需要予以特別規定外，關於刑事訴訟法已有之規定，基於立法經濟原則，多加以援用，關於被告辯護制度在此時期之規定，亦大致如此。

其後司法院大法官於86年10月3日公布釋字第436號解釋，固然對軍事審判體制於憲法上之依據予以肯認，然亦提示為符合正當法律程序，對於軍人訴訟審級救濟，軍事審判之審檢分立等規定應行檢討改進，期能符合社會大眾期待，並確保軍事要求。

因此國防部再度對此一又已施行達40餘年之舊軍事審判法規定進行研修，在考量軍事特殊目的下，新修正之軍事審判法保留了最小必要程度軍事色彩，其中關於被告辯護權部分，修正原則均係參照刑事訴訟法同時期之規定，即有關偵查中得選任辯護人及被告或犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全陳述者，審判中未選任辯護人審判長應指定公設辯護人為其辯護規

²⁷ 同註25。

²⁸ 前揭（註25）文，頁25。

²⁹ 前揭（註1）書，頁40-41。

定等，律定於現行軍事審判法第 69 條及 74 條，其內容均與刑事訴訟法第 27 條及第 31 條之規定相同，可以肯認的是，現行之軍事審判法關於被告辯護制度之規範，亦大多參酌刑事訴訟法之規定，只是於該法第 82 條規定，除刑事訴訟法之外，與本法不相抵觸者，準用公設辯護人條例規定。

（五）未來應比照刑事訴訟法修正時期

然整個刑事訴訟法，就制度面設計而言，除對被告人身自由維護外，強化被告訴訟防禦權，亦為法制發展的重心，而被告防禦權的發展重心，則在於辯護制度的實踐³⁰，其實踐過程中，如何兼顧真實發現與程序正義之調和，應是最終思考的重點。

現行軍事審判法修正公布後，司法院針對刑事訴訟法第 31 條有關司法案件之強制辯護規定，又再度先後作了二次修正，首先是因應現行刑事訴訟制度由「職權主義」調整為「改良式當事人進行主義」，由於被告無論在法律知識層面，或在接受調查、被追訴的心理層面，相較於具有法律專業知識、熟悉訴訟程序之檢察官均處於較為弱勢的地位。因此，訴訟程序之進行，非僅僅強調當事人形式上的對等，尚須有真正強而有力的辯護人協助被告，以確實保護其法律上利益，監督並促成刑事訴訟正當程序之實現。

其次刑事訴訟法亦對於符合社會救助法之低收入戶被告，因無資力而無法自行選任辯護人者，為避免因貧富的差距而導致司法差別待遇，自應為其謀求適當之救濟措施等。

基於上開二者考量因素，並參考日本刑事訴訟法第 36 條、第 37 條國選辯護人制度之精神及我國現行公設辯護人條例第 2 條、律師法第 20 條第 1 項、第 22 條等之相關規定，乃修正刑事訴訟法條 31 第 1 項，於 96 年 2 月 6 日經總統公布施行規定，強制辯護案件得指定公設辯護人或律師為被告辯護，即採行雙軌制。另外於該條項並增訂低收入被告，亦得向法院聲請指定公設辯護人或律師為其辯護之規定等。

嗣後再針對被告因智能障礙未經選任辯護人者，固然已明定在審判中屬於強制辯護案件，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護，然其在檢察官偵查中，如無辯護人予以協助，顯不足以保障權利，遂於 95 年 5 月 24 日公布，同（31）條增列第 5 項將關於智能障礙犯罪者應受強制辯護之規定，擴及於檢察官偵查階段，使因智能障礙無法為完全之陳述之被告，於檢察官偵查時，亦有指定辯護規定之適用。

關於上開刑事訴訟法新增之辯護規定，基於公平審判及維護被告權益考量，勢必未來在軍事審判法研修時，應納入辦理。

惟尚需討論的是，其實除了前述新的刑事訴訟法規定外，關於非強制辯護案件低收入戶是否需待聲請，始由審判長指定辯護人為其辯護，抑由審判長主動指定（配合權利告知時若其闡明為低收入戶時）；另偵查中除智能障礙者外，低收入戶及重罪是否考慮亦需予以指定辯護等，在未來比照前述刑事訴訟新修正辯護規定，研修軍事審判法時，對此前瞻相關理論，在討論軍法案件是否全面擴大強制辯護同時，似應一併納入研修議題之一共同研議，以期待更完善的軍事審判辯護制度能因應而生。（待續）

³⁰ 林文村，〈關於軍法案件偵查中辯護制度的幾點意見〉，《軍法專刊》，第 48 卷第 3 期，2004 年 3 月 1 日出版，頁 31。