

從美萊村事件論國際刑法中之上級命令抗辯議題

Legal Analysis on The Defense of Superior Orders: The Cases of My Lai

陳晏叡 (Yen-Jui Chen)

國防大學管理學院法律學系中尉碩士生

摘 要

軍隊社會中講求服從的紀律建構了「上命下從」的關係，上級長官會以軍事命令下達各種要求，以順遂軍事任務，特別是在作戰時，服從命令尤為重要。然而，在下屬執行上級違法的命令時，他是否該負刑事責任？這個議題在國際法學者間討論了許久，實踐上，戰後受審的被告時常以「上級命令」作為抗辯，即使第二次世界大戰後確立了上級命令不免除責任原則，國際間相關判決還是有不同的見解。本文以國際法之規範檢視美萊村事件三個案例，歸納軍人服從違法命令不免責之原則與例外之免責標準。

關鍵詞：美萊村事件、上級命令抗辯、上級責任、服從命令

Abstract

The discipline required by the military constitutes an hierarchical relationship. By this, it is meant that orders and commands from the top to ensure military operations are executed smoothly and successfully, and this is of crucial important especially during war time. Nevertheless, when executing an illegal superior order should the subordinate take for responsibility? The issue of accountability has been long discussed by international law scholars, and in practice many accused claim themselves to be following superior orders. Even though the main view holds that a defendant act pursuant to superior orders shall not constitute a defense *per se* after World War II, there are still verdicts upheld otherwise. This article discusses the subject of 'defense of superior orders' with special emphasis on My Lai cases.

Keywords: My Lai cases, defense of superior orders, respondeat superior, obedience to orders

壹、前 言

「我只是服從命令而已！」這句話在許多情況下常常聽到，源自於人類於戰爭中的

行為，涉及法律、道德及個人等因素。這對無辜的下級士兵和戰場殺戮者是一種辯解，這種抗辯在法律上是否有理由？換言之，下級實行戰爭犯罪的行為是否可主張上級命令

作為合法的抗辯？

綜觀軍事史上，絕對的服從造就戰爭的勝利，然而，服從、執行軍事命令的結果，可能造成違反國際法之情形，美萊村屠殺事件即為一例。1967年12月，美軍第23步兵師第11步兵旅第20志願步兵團第一營的C連(Company C of the 1st Battalion, 20th Infantry Regiment, 11th Brigade of the 23rd (Americal) Infantry Division.)抵達南越。1968年3月15日晚上，連長麥迪納上尉(Captain Medina)於作戰指示會議上告訴各排及其所屬，北越第48營就駐紮在被他們稱為「平克維爾」(Pinkville)的美萊村(My Lai)，¹所有在村子裡的人都將視為民族解放陣線人員或他們的支持者，對於此一命令眾說紛紜，但至少可確定的是排長凱利中尉(Lieutenant Calley)同意連長之命令，²不留一切活口、牲畜，燒毀所有房屋並污染村莊用水。翌(16)日，C連在直升機的掩護下來到了美萊村。一路上美軍並未發現任何敵人，幾小時後他們遇到當地居民，由威廉·凱利中尉率領的士兵，開始朝著未武裝的居民開槍，甚至凌虐、強暴。隔

天美國陸軍部的官方報紙《星條旗報》(Stars and Stripes)頭條新聞報導：「美軍經過一整天的浴血奮戰，消滅了128名越共分子。」³

1969年3月，C連的退伍士兵Ronald Ridenhour寫信給尼克森總統、參聯會、國務院、五角大樓和數名國會成員揭發此事。同年9月，皮爾斯將軍(General William R. Peers)被任命對事件和掩蓋行為進行全面調查，最終報告(即Peers Report)於1970年完成，對C連人員和參與掩蓋的高官提出了嚴厲批評。報告中說道：「第一排的人殺害了175至200名越南男人、女人和兒童，其中只有三、四名確認為越共。儘管還有無武裝的越共混雜在平民中，且平民有許多對越共包庇的同情者和支持者，但是該次攻擊行動唯一受傷的士兵是由於自己的武器走火。」⁴1970年11月17日，美國陸軍起訴了14名軍官，包括第23步兵師最高將領塞穆爾·考斯特(Samuel W. Koster)，原因為掩蓋美萊村事件的真相，然而大部分起訴都中途撤銷，最後只有步兵旅指揮官亨德森因掩蓋事實而受軍事審判，但他在1971年12月17日被宣布無罪釋放。⁵凱

1 美萊村為桑美村(Son My Village)的小村莊之一，位於越南廣義省，由於美萊村並非捲入此次案件的唯一村莊，尚有桑美村其他村莊，故越南媒體有稱此事件為桑美大屠殺(Son Mỹ massacre)，但多數人所知曉者，極為本件之美萊村大屠殺(My Lai Massacre)，美軍將該村編號為My Lai(4)。

參閱：“Commemorating Victims of Son My Massacre”，*The Voice of Vietnam*, Mar 16, 2012, <<http://english.vov.vn/Society/Commemorating-victims-of-Son-My-massacre/230728.vov>> (檢索日期：2015年11月11日)

2 Samuel Brenner, “I Am a Bit Sickened: Examining Archetypes of Congressional War Crimes Oversight After My Lai and Abu Ghraib”, *Military Law Review*, Vol.205, Fall 2010, pp. 13-16.

3 Seth Robson, “Clemency is Last Hope for a More Normal Life”, *Stars and Stripes*, May 12, 2009, <<http://www.stripes.com/news/clemency-is-last-hope-for-a-more-normal-life-1.91416>> (檢索日期：2015年11月11日)

4 Douglas O. Linder, “Summary Report”, *Famous Trials* (established by University of Missouri-Kansas City (UMKC) School of Law), <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/mylai/summary_rpt.html> (檢索日期：2015年11月11日)

5 Douglas O. Linder, “Oran Henderson”, *Famous Trials* (established by University of Missouri-Kansas City (UMKC) School of Law), <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/mylai/myl_bhender.html> (檢索日期：2015年11月11日)

利主張他是執行連長麥迪那上尉的命令，但仍被判處無期徒刑和服勞役，尼克森總統之後下令將他保釋釋放，後來被改判軟禁三年半。麥迪那上尉承認隱瞞證物和謊報被殺人數，但否認指揮責任(command responsibility)的指控，他被判無罪。⁶

對於美萊村事件有許多討論，有以國際人道法討論人權議題，有以國際法或軍事法討論犯罪責任歸屬，甚至討論犯罪之調查、追訴及管轄問題，多數相關文獻對於美萊村事件所討論之議題，著重於可否主張上級命令抗辯(defense of superior orders)的問題。國際實踐方面，在許多戰後的審判中，被告時常以上級命令作為抗辯希望因此免除刑事責任，現今國際法之趨勢，對於上級命令抗辯採取原則上不能免除責任，在例外情況才能免除責任，因此衍生出上級命令不免除責任原則，本原則在國際刑事法院羅馬規約第33條有明文，然而，此規範並非固有的原理原則，而係國際間軍事互動中發展出之見解，欲了解上級命令不免除責任之內涵，須了解其歷史演進。本文概述上級命令抗辯在國際間之發展脈絡，分析上級命令不免除責任之核心問題與理論基礎，並以此原則解析美萊村事件中的上級命令抗辯問題。

貳、上級命令不免除責任之核心概念

一、軍人服從命令之困境

上級命令不免除責任原則之問題源起，乃存在於軍人服從義務之衝突，進而產生上

級命令抗辯之問題，「上級命令抗辯」係下級部屬服從上級長官下達的違法命令，去執行犯罪行為，主張可以免除責任，其核心問題在於下級是否應服從上級命令，這個問題困擾著司法體系，甚至對於服從義務的討論提升至法哲學的層次，這個問題對軍事體系也具有重大影響，該問題產生困境有二：其一，係理論層面的困境，解決此問題必須處理內國法兩套不同制度：軍事倫理與司法系統；其二，係實踐層面的困境，對軍人而言，面對國際軍事審判與內國軍事審判的選擇。

在理論層面，若承認上級命令抗辯，下級得依上級命令執行犯罪行為而免除責任，如此將產生對違法者的庇護，彷彿形成盾牌，使違法者免於司法的制裁。然而，若否認上級命令抗辯，下級依上級命令實行犯罪無法免除其責任，則產生下級因為將受到懲罰而拒絕服從命令的問題，由此可發現在上級命令抗辯問題中，分別屬於軍事法與司法的兩個核心價值：軍事紀律(military discipline)與優位法律秩序(supremacy of law)。為了維持軍隊有效率性，紀律成為軍隊運作的基礎，紀律意味著任何下級必須服從上級命令，論及軍隊，一般拘束人民的規範是不足的，軍隊紀律之設立最終係為了指揮軍人從事戰鬥、領導他們在戰火下取得勝利，甚至在必要情況下強迫他們為國家犧牲自己的生命。在此方面，軍隊紀律重新塑造軍人的靈魂：他必須克服自保的本能。因而，軍事紀律在戰時和緊急狀況強制軍人完全、毫

6 Douglas O. Linder, "An Introduction to the My Lai Courts-Martial", *Famous Trials (established by University of Missouri-Kansas City (UMKC) School of Law)*, <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/mylai/Myl_intro.html> (檢索日期：2015年11月11日)

無猶豫地服從命令，平時則是訓練與規範軍人知道他們的生命是為了軍事目標的成功、戰爭的勝利，更重要的是維護國家安全。而法律係為維持國內秩序，藉由司法系統實現正義，尤其在刑事法方面，法律保護人類生活中重要的利益，無論係何人，不分民族、性別、職業等皆受到國內法律的規範，軍人係穿著制服的公民，亦受到國內法律的拘束，必須遵守法律。

在實踐層面，軍人在面對違法的上級命令時，若軍人拒絕執行該命令，依據國內軍事法，他可能接受軍事法庭審判，論以抗命罪。為了維持軍隊紀律，藉由軍事法令賦予軍人遵守命令的義務並以及嚴苛的制裁措施，防止其違抗上級，尤其是在戰時和敵前的情況更顯重要，假如軍人因為拒絕命令而不受懲罰，如此可能鼓勵違抗行為且削弱軍事紀律，有害於軍隊紀律。反之，若軍人克盡服從義務執行該命令，他可能接受國際軍事審判，更甚者，受到敵軍的處罰。英國著名法學教授戴西(A.V Dicey)在《憲法精義》一書中以一段著名的話闡述這種罪惡的選擇：「理論或實踐上，軍人的處境是困難之一，如同之前所述，假如他不服從命令就必須負責並被軍事法庭槍決，亦或服從命令接受法官及陪審團審判。」在許多著作中，作者引經據典去描述軍人的這種困境，諸如：軍人可能陷入「魔鬼與深海間」的難堪窘境、使軍人在「兩個惡魔」間做選擇，有作者甚至稱之為「悲劇的困境」(tragic dilemma)。⁷

二、上級命令抗辯之內涵

上級命令不免除責任原則係確立個人國際罪行刑事責任有關的原則之一，其意義指個人在執行上級命令時，而該命令內容涉及國際法之違反構成國際犯罪，個人不得以服從上級命令而免除刑事責任。此原則之發展通常以軍人做為討論對象，由於軍隊存在上命下從的關係，下級部屬被要求對於上級長官的命令必須絕對服從，否則將論以抗命罪，但下級部屬（可能是軍官，也可能是士官或士兵）依照上級長官的命令，執行違犯戰爭法或慣例，在其受到審判時，常以服從上級命令作為抗辯，希望能因此免除個人刑事責任；然而，此原則不應誤解為只有軍隊體系才適用，國際上之立法及實踐中，有可能是軍人奉政府的命令行事，也可能文職奉上級命令行事而違反國際法。⁸

上級命令抗辯係被告對於其服從上級命令而執行的犯罪行為主張免除責任，在國際法的學說討論及國家實踐中，通常用「defense of superior orders」指被告因為執行上級命令而主張免除責任。上級命令不免除責任原則係於第二次世界大戰後所確立，其內容明文於《國際刑事法院羅馬規約》，惟需注意者，文獻探討對此議題之用語，仍以「上級命令抗辯」(defense of superior orders)為主，因我國於翻譯規約時，多以「上級命令不免除責任」為該條文之標題，僅為使人易於理解其內容，故並無專有名詞，而是對上級命令抗辯解決途徑之敘述。

然而，此原則並非國際社會一剛開始就

7 Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (New York: Oxford University Press, 2012) pp. 5-9.

8 魏靜芬，《戰爭法學》（臺北：臺灣海洋事務策進會出版，2005年），頁212。

演繹出的法則，相反地，它歷經一連串的演進過程，上級命令不免除責任原則係從「上級命令抗辯」是否能排除責任而發展出的議題。若回溯人類歷史，上級命令抗辯常伴隨著戰後審判發生，對於戰爭中犯罪行為的責任歸屬，往往難以釐清，蓋在軍令如山的體制下，犯罪行為係透過上級以命令發布，而犯罪行為是由下級所實行，下級接受審判時的陳述千篇一律，堅持自己只是奉命行事，不知道命令內容違法，即下級受審時會以上級命令作為免除責任的主張，國際法學者對於上級命令抗辯有許多討論，世界各國在簽署條約也會討論到相關的問題。

上級命令不免除責任原則係在國際刑法範疇內所討論之議題，而國際刑法歷來對於成立犯罪之要件採取英美法系之概念，英美法系將犯罪的要件區分「成立刑法責任的情況」(offences)與「排除責任事由」(defences)，首先會審查包含外在犯罪層面與內在犯罪層面的成立刑法責任的情況，之後以排除責任事由概念檢視是否成立犯罪，形成兩階層結構。「承認抗辯」(recognize defense)意指被告無罪，反之，「否認抗辯」(refuse defense)意指被告有罪。拒絕採納上級命令抗辯意味著被告有罪，即使有可慮減輕刑罰的情況，被告仍須負個人刑事責任，若上級命令抗辯為法庭所承認，結果則相反，在國際實踐下，控方須舉證成立刑法責任情況的存在，包含外在犯罪層面與內在犯罪層面，辯方則提出抗辯，若成立刑法責任情況存在，抗辯不被採納的情況下成立犯罪。⁹

參、上級命令責任不免除原則之探討

一、國際間上級責任不免除責任原則之發展

上級命令不免除責任原則係確立個人國際刑事責任有關的責任之一，其係指個人不得以執行上級違反國際法的命令，而免除其刑事責任。軍隊有嚴格的階級制度，為維持軍隊紀律，貫徹上級命令為軍人的基本要求，此乃軍人服從長官之義務。傳統上，對於長官違反國際法的命令，下級得以此為合法抗辯事由，¹⁰ 然而，如此可能產生逸脫刑事責任問題，最終只有元首或最高級首長負相關罪責，因此逐漸發展出執行上級命令不免除責任之原則。

上級命令不免除責任原則之核心問題在於：是否承認上級命令抗辯，即被告主張依據上級命令而執行違反戰爭法的行為是否能夠免除責任？以下整理國際間的相關見解及案例：

(一)第一次世界大戰前

1. 神聖羅馬帝國審判哈根巴赫

彼得·哈根巴赫(Peter von Hagenbach)是來自阿爾薩斯的騎士，同時也是日耳曼軍事兼民事指揮官，其因參與叛亂並在占領布萊薩恩（萊茵河上游城鎮）期間犯下殺害、強暴市民等犯行，於1474年受神聖羅馬帝國特設法庭(ad hoc tribunal)審判，雖其抗辯其係依據勃根地公爵的命令行事，但法庭認為哈根巴赫身為騎士有義務防止該犯罪發生，最後被判戰爭罪行而被判處死刑，此事

9 Satzger Helmut著、王士帆譯，《國際刑法與歐洲刑法》(International and European Criminal Law)（臺北：元照出版社，2014年），頁358-359。

10 魏靜芬，《戰爭法學》，頁212。

件被認為是第一個犯下暴行最而受國際審判的案例。¹¹

2. 格勞休斯論點

1625年時，國際法之父格勞休斯(Grotius)在《戰爭與和平法》(*De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*)中提及：「如當權者發布的命令違反自然法或神的戒律，該命令不得執行。」¹² 這是維護法律的優位性，其認為下級應該為執行上級命令的犯罪行為負責，即使犯罪極度輕微、甚至看似合法。

3. 奧本海國際法

1906年，拉薩·奧本海教授(Lassa Oppenheim)對於上級命令不免除原則提出完整、絕對的抗辯。奧本海國際法在其前五版中寫道：「只有在沒有政府命令的狀況下實施的違反戰爭法規的行為，方可構成犯罪罪行，如果武裝部隊成員違反戰爭法規的行為係遵照政府命令實施的，他們就不是戰爭犯罪，也不能由其敵人予以懲罰，不過，後者可以訴諸報復。」¹³ 假如武裝成員係執行政府下達之違法命令，他們並非戰犯且不受敵人處罰。…武裝成員執行指揮官違法命令，該員不得處罰之，而應由其指揮官負責。不同於先前的見解，奧本海教授認為軍人有絕對的服從義務，在此前提下，下屬若因執行

上級命令違反戰爭法，其責任應歸屬指揮官。¹⁴ 奧本海教授重新詮釋傳統的國際法，他將服從命令與上級責任(respondeat superior)結合，並將之置於國家行為規範。

(二)第一次世界大戰

第一次世界大戰結束後，協約國認為任何違反戰爭法的德國人，上至皇帝，下至士兵都應接受懲罰，巴黎和會認為軍事當局並不得僅因更高級當局違法已定罪的事實，而免除其責任，且主張上級命令抗辯是否充分構成免責事由將由法院決定之。¹⁵

最後，對於戰犯的審判未能建立國際法庭審理，而係由德國內國法院處理，但審理的被告仍有提出上級命令抗辯，法院也做出相關見解，萊比錫審判為戰後唯一的審判。萊比錫審判歷經4年，最初認定有896名戰犯應接受審判，但德國拒絕將審判交由外國法院建立的國際法庭，經過協商，允許由德國帝國法院自行追訴審判，且人數限縮為45人，然而最後接受審判的人數僅12人，其中僅6人被判有罪，而德皇威廉一世逃往荷蘭，荷蘭基於政治犯不引渡原則拒絕將其交付德國審理。儘管如此，萊比錫審判有兩個關於上級命令抗辯之案件值得注意：

1. 多佛城堡號案

11 Luther N. Norene, "Obedience to Orders as a Defense to a Criminal Act" (Thesis, The Judge Advocate General's School, 1971), pp. 13-14.

12 Insko, James B, "Defense of Superior Orders Before Military Commissions," *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.13, 2003, pp. 390-391.

13 Gary D. Solis, "Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forum," p. 494.

14 Oppenheim, "International Law: A Treatise: Vol. II War and Neutrality," (New York: Longmans, Greens, and co., 1906), pp. 264-265.

15 Military authorities cannot be relieved from responsibility by the mere fact that a higher authority might have been convicted of the same offense. In "Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminar Peace Conference," (1920) *American Journal of International Law*, Vol.14, p. 117.

海軍潛水艇指揮官卡爾·諾伊曼上尉(Lieutenant Karl Neumann)，承認下令向英國醫護船多佛城堡號(Dover Castle)發射魚雷並擊沉之，但抗辯係執行艦隊司令的命令，事實上德國政府亦曾主張該醫療船被英國做軍事目的使用，違反國際習慣法，帝國法院援引德國軍事懲罰法典(German Military Penal Code)第47條第2項：下級執行上級命令僅須於其認知該命令構成重罪或輕罪時處罰之，法院認為該命令明確、合法，故判決卡爾無罪。¹⁶

2. 蘭多維里號

潛艇U-86成員魯道維希·迪斯馬上尉及強恩·博德特上尉(Ludwig Dithmar and Johann Boldt)擊沉醫療船蘭多維里號(Llandovery Castle)，證據顯示艦長黑爾穆斯·帕齊格(Helmuth Patzig)隱瞞擊沉醫療船，且命令兩名該下屬幫助殺害倖存者，迪斯馬和博德特同樣抗辯執行上級命令，帝國法院判決擊沉醫療船部分無罪，理由為執行上級命令免責，但射殺倖存者部分，判決殺人幫助犯，理由為若知悉上級命令違法卻執行，仍須負責受罰。¹⁷

(三)第二次世界大戰

1. 國際軍事法庭憲章與遠東軍事法庭憲章

在1940年，勞特派特教授(Hersch Lauterpacht)修正了奧本海國際法，該著作第六版做了重大的修正，關於戰場上軍人服從而執行上級命令的責任，勞特派特教授建

議回復1906年前的標準：「依據交戰指揮官個人命令而違反戰爭法規的事實，不剝奪該行為戰爭犯罪之特徵；同樣地，原則上授與受害一方免去違法者懲罰之權力。作者偶然採用此不同觀點，但這難以認為是合理的法律原則。」也就是下級服從上級命令而執行違法行為的事實，仍然評價為不法的犯罪行為。然而，這樣的見解是因為英國戰勝國的立場？抑或意識到對於之前標準的批判而做的修改？有認為應屬後者，蓋勞特派特教授提及下屬免責僅為「針對英國刑事法及憲法原則的變異」，並非正當的法律原則。其立場僅是反應變動中的、趨於成熟的國際法。¹⁸

在1941年的倫敦國際會議創設了國際刑事重建暨發展委員會(International Commission for Penal Reconstruction and Development)，處理最終戰爭犯罪追訴之規則及程序，勞特派特教授提交一份有關其修訂國際法的備忘錄給委員會，他推動服從上級命令抗辯只有在被脅迫的情況下才有效，明顯違法的命令則完全排除，不得據以為抗辯。1944年1月，委員會處理服從上級命令抗辯的議題，美國立場明顯改變，其建議上級命令應不構成抗辯，蓋因命令若明顯違反戰爭法而依個人常識得以知悉或應知悉，該命令則屬非法。然而因各國實踐情形不同無法達成共識，因此委員會最後建議抗辯的有效性有待各國法院認定。然而，在此可發現國際對於上級命令抗辯的態度漸漸趨於否定，

16 A subordinate acting in conformity with superior orders is liable to punishment only when he knows his orders constitute a felony or misdemeanor. See Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, p. 12-13.

17 Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, pp. 14-17.

18 Gary D. Solis, "Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forum," p. 507.

也就是下級不得依上級命令主張免除刑事責任，進而奠定日後國際軍事法庭憲章中關於上級命令不免除責任的基礎。

紐倫堡國際軍事法庭憲章(Nuremberg International Military Tribunal Charter)是1942年聖詹姆士宣言、1943年莫斯科宣言及1945年倫敦協定的產物，其內容係根據聯合國戰爭犯罪委員會(United Nations War Crimes Commission)的報告與建議制定。在上級命令抗辯的議題上，各國有不同意見對立，主要係以美國與蘇聯為首，其中美國認為：「國際軍事法庭的任何審判中，被告依據上級命令或政府授權執行的事實，不構成本身抗辯，但假如法庭認為維護司法正義需要，得考慮為一種抗辯或減輕刑罰。」但蘇聯卻提出：「被告執行上級或政府命令的執行行為，不應考慮為法條中排除其刑事責任的理由…在特定情況，當下級不假思索地執行其上級之命令，法庭有權減輕報告之刑罰。」最後，美國與蘇聯彼此退讓，紐倫堡憲章第8條規定為：「被告依據上級或政府之命令執行的事實不免除其責任，但若法庭認為有維護司法正義需要，得考慮減輕刑罰。」，對於被告依據政府或上級命令之行為不得免除其責任，但得考慮減輕其刑。¹⁹

在世界另一端的日本，戰勝國組成了遠東國際軍事法庭，該憲章與紐倫堡國際軍事法庭憲章採取同樣的立場，遠東國際軍

事法庭憲章第6條規定：「被告在任何時期所擔任之官職，以及被告係遵從其政府或上級長官之命令而行動之事實，均不能免除其被控所犯之任何罪行之責任。但如法庭認為符合公正審判之需要時，此種情況於刑罰之減輕上得予以考慮。」²⁰

2. 紐倫堡審判與紐倫堡原則

紐倫堡審判主要係針對主要納粹戰犯的審判，該審判被批評為戰勝國的審判，不外乎是該憲章明顯地使納粹為其行為負戰爭犯罪的責任，執行上級命令之抗辯不再為免責事由。此外，紐倫堡審判加入憲章未提及的要件：「道德選擇」(moral choice)，判決敘明：「憲章規定與各國法律一致，軍人接受命令去殺人或凌虐而違反國際戰爭法，雖然該殘暴行為不得承認為抗辯，但憲章規定可考慮減輕刑罰。大多數國家刑法不同程度採用的真實試驗標準，並非調查明顯違法命令是否存在，而係事實上是否有道德選擇可能。」²¹而在國際法委員會辯論後，紐倫堡原則最後納入此標準，規範於紐倫堡第4原則：「國際法下，一個人依據其政府或上級命令而行為的事實不免除其責任，在事實上給予其道德選擇可能性情況。」²²

接著為了進行紐倫堡繼續審判程序(Nuremberg Subsequent Proceedings)與建立追訴德國的統一法律基礎，遂制定管制理事會第10號法案(Control Council Law Number 10)

19 "The fact that the defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment..." See Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, pp. 113-119.

20 International Military Tribunal for the Far East Charter, University of Oslo, <<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>> (檢索日期：2015年11月11日)

21 Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, Vol.16, p. 466.

22 Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, pp. 228-241.

，在該法案第2條第4項第2款中，有與憲章第8條類似之規定：「任何人之犯罪行為係依據上級或政府當局命令，不得免除其責任，但得考慮減輕其刑。」首席檢察官泰爾福·泰勒准將(Brigadier General Telford Taylor)提出：管制理事會第10號法案的主要法律意義，在審理國際犯罪的個人責任部分，法庭必須決定脅迫或上級命令的抗辯是否真誠，若是，則在一定範圍內免責或減輕其刑。

藉由紐倫堡審判及紐倫堡原則，確立了上級命令不免除責任原則，國際間對於上級命令抗辯趨於否定的態度，甚至嚴格限縮其適用範圍，此後，國際間對於上級命令抗辯的討論，均以不免除責任為原則，其餘不同者，為是否有例外，及例外的判斷標準。

(四)國際刑事羅馬法院規約

雖然紐倫堡及遠東國際軍事法庭對戰犯審判有法律上之缺陷，但其具有引導國際法革新之重要地位，除了戰爭犯罪外，二次世界大戰後將違反和平罪、違反人道罪納入審判範圍。²³而在1998年，於羅馬舉行的「聯合國設立國際刑事法院全權大使外交會議」，通過國際法委員會所擬定「國際刑事羅馬法院規約」(Rome Statute of International Criminal Court，簡稱羅馬規約)，該規約將滅絕種族罪、危害人類罪、戰爭罪及侵略罪四類型列為管轄對象。

羅馬規約第33條第1項明文：「I 某人奉政府命令或軍職或文職上級命令行事而實施本法院管轄權內的犯罪的事實，並不免除該人的刑事責任，但下列情況除外：一、該人有服從有關政府或上級命令的法律義務；二、該人不知道命令為不法的；三、命令的不法性不明顯。II 為了本條的目的，實施滅絕種族罪或危害人類罪的命令是明顯不法的。」²⁴依據該條規定，下級執行上級命令原則上不得免除其責任，但若同時有法條列舉三項情況，始得免除其責任。然而，在滅絕種族罪及危害人類罪，羅馬規約逕行排除但書第三款適用，亦即下級依上級命令犯下滅絕種族罪或危害人類罪，即使下級有服從命令之義務且不知該命令不法，仍無法免責，因規約將滅絕種族罪或危害人類罪直接推定為明顯不法。

二、上級命令責任不免除原則之分析

由上述發展可知上級命令抗辯在國際間之發展出現三種解決途徑：一為絕對抗辯原則(absolute defense)；二為條件責任原則(conditional liability)，此為一般國內法所採用；三為所謂的絕對責任原則(absolute liability)，為羅馬規約通過前之國際法持續採用。²⁵

(一)絕對抗辯原則

絕對抗辯原則係下級執行上級違法命令，必然成為免除責任之事由，此原則建

23 魏靜芬，〈戰爭法學〉，頁195。

24 The fact that any person acted pursuant to the order of his Government or of a superior does not free him from responsibility for a crime, but may be considered in mitigation. See The Rome Statute, International Criminal Court, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/Pages/legal%20tools.aspx (檢索日期：2015年11月11日)

25 Paola Gaeta, "The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law," *European Journal of International Law*, Vol.10, 1999, pp. 174-175.

立在兩項基礎上：軍人服從與上級責任理論 (respondeat superior)。

1. 軍人服從

軍人有服從命令之義務，士兵服從軍官的命令，下級軍官服從上級軍官的指示，被認為是不容質疑的鐵律。軍人從事戰鬥行為，必然面對戰場瞬息萬變和生死關頭，為了有效運用戰術，進而取得最後勝利，軍人必須服從上級命令、貫徹命令執行。軍事領域有其專業性及特殊性，與公務機關不同，更強調上下級之間嚴格服從的隸屬關係。軍隊的順遂運行有賴紀律與服從，不論在訓練、生活及種種軍事行動中，服從扮演重要的角色。

史丹利(Stanley)如此描寫服從軍事命令：「軍事命令必須被絕對、無條件地接受是公認的原則。為了維護紀律及確保軍隊有效運行，無質疑的奉獻被視為必要…軍隊的責任是服從他的上級，不論軍職或文職，且不加諸己意。」²⁶

2. 上級責任理論

此原則又稱為指揮官責任理論 (Command responsibility)，也稱山下標準 (Yamashita standard) 或麥迪納標準 (Medina standard)。有鑑於軍人有責任服從指揮官或上級命令的處境，聖奧古斯丁 (St. Augustine) 認知到領導者可能發動戰爭而無合法原因，

士兵在這種情況是無辜的，事實上，當時有此理論是以懲罰甚至死刑，強迫軍人絕對服從。在19世紀，以服從為責任基礎的觀念被高壓政權普遍濫用。由於不服從將導致可怕的後果，遂有士兵基於官方命令而從事犯罪不令其負個人責任的絕對抗辯。

軍事紀律只有在下級對上級無條件服從才得以貫徹。²⁷ 即便無條件服從最後趨於合法命令條件服從，上級責任理論仍發揮維護軍事紀律的功能。絕對抗辯原則已預設指揮官為士兵的行為及其罪責負必要之責任，從功利主義的角度觀察，在迷茫的戰場時，士兵遵守指揮官命令將達成對所有人最有利的結果，如此特殊情況下，免除士兵罪責，由指揮官承擔是合法的。²⁸

然而，隨著國際法領域擴張規範個人，即個人應為其行為負刑事責任，絕對抗辯原則明顯牴觸此一趨勢，為了減輕士兵因此受到的懲罰，遂放寬絕對服從的義務。又在近代國際違法行為成文法化，上級責任理論不再足以支撐絕對抗辯原則。²⁹

(二) 絕對責任原則

絕對責任原則係指服從上級命令不得作為免除責任之抗辯，令下級全部責任提升為至高無上的法則，且凌駕軍事需要性的考量，服從命令的行為非抗辯而僅係審判判決中考慮減刑的因素。絕對責任原則並非近代

26 "It was an accepted principle that military orders should demand and receive absolute and unqualified obedience. Unquestioned dedication was deemed necessary in order to preserve discipline and assure efficiency ... It was soldier's duty to obey his superiors, military and political, and not to impose his views on them." See: Edgar Denton, *Limits to Loyalty* (Waterloo, Ontario: Wilfred Laurier University Press, 1980), pp. 5-6.

27 Hans Kelsen, "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals," *California Law Review*, Vol. 31, No. 5, 1943, p. 530, 556.

28 Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context," *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, 2010, p. 879.

29 Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context," p. 880.

才形成，早在17世紀時，國際法之父格勞休斯提及：如當權者發布的命令違反自然法或神的戒律，該命令不得執行。³⁰

根據紐倫堡憲章第8條所建立有關上級命令不免除責任原則，稱為絕對責任原則。絕對責任原則係指服從上級命令不得作為免除責任之抗辯，僅得作為減輕其刑的考量。³¹ 其後，在聯合國安理會所設立的前南國際法庭和盧旺達國際法庭的規約中，在執行上級命令是否免責的問題上承繼了紐倫堡憲章所確立的絕對責任原則，其皆規定「被告人按照政府或者上級命令行事而實施的犯罪行為不構成免除刑事責任的理由，但是國際法庭認為合乎正義的要求時可以作為減刑情節加以考慮。」³²

(三)條件責任原則

條件責任原則係執行上級違法命令，在一定條件下方能免除責任。在國際法案例中，此原則首先於1915年的奧匈帝國軍事法庭(Austro-Hungarian Military Court)提出，其援引萊比錫審判之多佛城堡號案及蘭多維里號案，法庭認為下級執行上級違法命令僅於該命令明顯違法時負責，所謂違法包含刑事

法及文明人類所接受之戰爭習慣。萊比錫法院與奧匈帝國軍事法庭不同者，萊比錫法院在命令明顯違法之條件下，另外增加下級知道命令違法條件。在此時期起，許多國家採用條件責任原則，例如：丹麥軍事紀律法、德國軍事刑法典、以色列軍事手冊等，而此原則亦為各國國內法院所採認。³³

條件責任原則係在軍事效能之需要及合法之理想中妥協下所建構。³⁴ 隨著文明社會的進步以及人們對戰爭受難者和受損財產的關注逐漸提高，如果將執行上級命令作為完全的辯護理由排除責任的承擔，勢必造成對於下級實施的違法行為，透過指揮系統追溯，僅發布命令的最高統帥或國家元首須負責。因此，國家立法和司法的實踐逐漸確立了兩項限制，即下級在知道或者應當知道命令是違法的，或者命令明顯違法的情況下，不能以執行上級命令為由而主張免責。羅馬刑事法院規約第33條關於上級命令抗辯，即採條件責任原則：「I 某人奉政府命令或軍職或文職上級命令行事而實施本法院管轄權內的犯罪的事實，並不免除該人的刑事責任，但下列情況除外：一、該人有服從

30 Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context," p. 880-881.

31 Paola Gaeta, "The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law," pp. 178-179.

32 在安理會就設立前南國際法庭的決議進行協商時，時任美國國務卿的美國表奧爾布賴特根據其國內立法，認為只有當命令明顯違法時，才應當排除執行上級命令這種辯護理由。她指出：如果被告人根據命令行事，而其不知道命令的違法性，而且按照通常人的觀念和理解不能得知命令是違法的，那麼這當然可以成為一種辯護理由。但是美國的這一觀點並沒有被接受，前南國際刑事法庭規約第7條第4款以及盧旺達國際刑事法庭規約第6條第4款完全繼承了紐倫堡憲章所確立的原則。參閱：譚正義，〈執行上級命令不免責原則—條件責任與絕對責任的分野與融合〉，《西安政治學院學報》，第21卷第5期，2008年，頁64。

33 Paola Gaeta, "The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law," pp. 175-177.

34 James B. Insco, "Defense of Superior Orders Before Military Commissions," *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.13, 2003, pp. 389-393.

有關政府或上級命令之法律義務；二、該人不知道命令為不法；三、命令之不法性不明顯。II 為了本條的目的，實施滅絕種族罪或危害人類罪的命令是明顯不法的。」

1. 有服從有關政府或上級命令的法律義務

受命者與下命者之間的關係為服從義務存在的先決條件，而此種服從關係之有無，取決於受命者與下命者之間的身分關係，亦即下命者是否為依法令對受命者有指揮或行政監督的關係。

2. 不知道命令違法

下級對於其執行命令行為的違法性有明確的認知，即具備了犯罪的主觀故意要件，然其與發布命令的上級是否構成了共犯的關係，有待商榷。³⁵ 本款與我國刑法第21條第2項「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」規定相當，然而在立法形式上不同，羅馬規約認為依上級長官命令之行為原則上不能免除刑事責任，只有在例外不知命令違法情形下始得免除刑責；我國刑法規定則相反，依上級長官命令之行為原則上阻卻行為人違法，只有在行為人明知命令違法例外情況下，不得阻卻違法，惟須注意羅馬規約係在規範國際法之犯罪，而我國刑法係規範內國犯罪，兩者不可混淆。

另外，有學者認為本款係多餘的，

因為下級即使知道命令違法，其仍缺乏犯罪意圖(mens rea)，而在此情形下應適用羅馬規約第32條第2款：「關於某一類行為是否屬於本法院管轄權內的犯罪的法律錯誤，不得作為排除刑事責任的理由。法律錯誤如果否定構成犯罪所需的心理要件，或根據第33條的規定，可以作為排除刑事責任的理由。」對於這樣的質疑，另有學者提出關於第32條關於法律錯誤的條文應予限縮且不應包含第33條第1項2款之情形。³⁶ 再者，不知命令違法必須與構成犯罪意圖的心理狀態區別，因為第33條之上級命令抗辯預設士兵在作戰危急的情況下不知命令違法，由於怠忽而不得以之為理由而承擔罪責。³⁷

3. 非明顯違法

明顯違法之標準係用來解決軍人執行上級命令之困境，及緩和絕對抗辯原則與絕對責任原則，此標準於羅馬規約明文化，但此標準並非現代建構，早期於羅馬法即有犯罪係「可憎的暴行」不得成為上級命令抗辯。學界反對明顯違法此一要件，因為明顯違法會與規約法條些許內容相衝突，例如第8條第2項第2款第4目規範過度的攻擊，³⁸ 在許多情況下，在前線的士兵無法得知他的行為產生多大的軍事利益，如此，若該命令等同戰爭犯罪就不能被視為明顯非法的情況。³⁹

明顯違法標準帶來普世道德的固有認知，之所以將犯罪責任連結道德誡命，是

35 有學者認為若明知命令違法而執行，下級與上級構成共犯關係。參閱：同註49，頁64。

36 K. J. Heller, "Mistake of Legal Element, the Common Law, and Article 32 of the Rome Statute: A Critical Analysis," *Journal of International Criminal Justice*, Vol.6, No.3, 2008, p. 419.

37 Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context", p. 883.

38 為了本規約的目的，「戰爭罪」是指：2.嚴重違反國際法既定範圍內適用於國際武裝衝突的法規和慣例的其他行為，即下列任何一種行為：(4)故意發動攻擊，明知這種攻擊將附帶造成平民傷亡或破壞民用物體或致使自然環境遭受廣泛、長期和嚴重的破壞，其程度與預期得到的具體和直接的整體軍事利益相比顯然是過分的。

39 Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context," p. 882.

限制案例中容易辨識違法性的命令有其必要性，在以色列審判艾希曼(Eichmann)的案子中，哈樂維(Halevy)法官對於明顯違法做以下論述：「『明顯違法命令』的區別標準應如黑旗飛揚，如警告標誌著『禁止！』而非形式上不法隱藏或隱晦不明，亦非僅法學專家能辨別的不法，而應是極度罪惡且一目瞭然地違反法律。明確且必然的不法出現在命令外觀本身，被命令執行明確犯罪特徵的行為，其不法性刺眼且使人嫌惡。…」⁴⁰ 艾希曼承認他的共犯，並以上級責任為抗辯，但法院駁回他的絕對抗辯，因為犯罪一望即知明顯違法。在美國訴金德(Kinder)案中，法官對於明顯違法亦有類似論述：「一個具通常常識和理解力的人肉眼可從外觀易察覺違法。」格林教授(L. C. Green)增加許多有關影響決定服從的情況要件判斷，包括接收命令的條件和急迫性、執行開展的時期、交戰的本質及士兵面對的敵方身分，被告階級越高，上級命令越無法構成免責事由。

綜上所述，對於上級命令抗辯的見解，從國際實踐中，包含國際條約、國際習慣、學說見解及相關司法判決中，可以發現除了少數學者採取極端的絕對抗辯原則外，方向大部分係朝著原則不免除責任方向發展，而在第二次大戰期間，國際間卻採取了嚴格的絕對責任原則，更確立了上級命令不免除責任的思維，可見人類社會對於戰爭犯罪的深惡痛絕。其後，形成具體規範的國際

刑事羅馬法院規約又採取條件責任理論，仍然維持原則上不免除責任，但在符合例外情況下，予以免除刑事責任。

肆、美萊村事件分析及檢討

一、美萊村事件之分析

執行上級命令在美萊村屠殺事件亦被主張，抗辯為免責事由。雖然本案是由美國軍事法庭審判，而最後的結果僅有凱利中尉一人有罪，美國民眾對於本案的判決不甚滿意，因而接受短暫的服刑後，凱利中尉被尼克森總統赦免，但是有學者主張本案涉及戰爭犯罪，應該接受國際的調查。⁴¹ 然而，美國並未批准羅馬規約，該規約對美國不生效力，這也是國際法難以突破的國家主權至上原則所致。然而，如前所述，上級命令抗辯在羅馬規約第33條第1項的規範下，下級主張上級命令，在同時符合三種情形下可以免除責任，否則下級仍須負刑事責任：

(一)被告所執行之命令必須為上級或有授權之人所發布。

(二)被告不知該命令係違法。

(三)該命令並非明顯違法。

本文將以美萊村事件的三個主要事實作為討論核心，一為連長麥迪納上尉於軍事行動前所發布之命令，二為凱利中尉命令射殺村民，三為凱利中尉於灌溉壕溝命令射殺村民。以上三個事實將以上開所列標準檢視，是否構成免責之事由。⁴²

40 Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (New York: Oxford University Press, 2012), p. 9.

41 Kent A. Russell, "My Lai Massacre: The Need for an International Investigation," *California Law Review*, Vol.58, 1970, pp. 728-729.

42 Aziz Mohammed, "Military Culture, War Crimes and the Defence of Superior Orders," (Diss, Legal Science, Bond University), pp. 181-194.

1. 麥迪納上尉之命令

麥迪納上尉對其所屬下達搜索及破壞之任務，其命令中提及：越共第48營現於美萊村，兵力約250至280人，C連兵力為其2倍，明日任務將有砲兵火力及直升機機關槍支援，考慮本次行動殘酷，將於居民離開村莊至市集後，再與留下的越共作戰。下屬為了避免在村莊遇到平民，遂向麥迪納上尉提出疑問：「我們要殺女人和小孩嗎？」在審判時麥迪納作證他的回答為：「不，你不可殺女人和小孩，你必須用你的常識判斷。假如他們持有武器並試圖攻擊你，你就可以開槍回擊，但你必須用你的常識判斷。」

個人作證對於命令陳述的印象皆不同：士官Hodges陳述在他離開會議的印象，麥迪納的命令是殺所有人；資深士官L.A. Bacon陳述他的印象是殺光所有越共及村裡同情越共的人；士官Charles West陳述該命令為搜索及破壞之任務，就是殺光所有人；資深士官Martin Fagen相信他接收的命令是殺光所有人；士官Isaiah陳述命令是殺死所有活物。雖然麥迪納陳述不可殺平民，但其所領導的排級幹部對其命令卻有不同的記憶，該記憶一般為摧毀所有村莊事物，包括屠殺豬隻、污染水源、砍倒香蕉樹、燒毀農作物及房屋，基本上就是滅村，而該殺戮命令之對象為所有人，暗示包含了男人、女人及小孩。

而凱利中尉的陳述如下：我們向美萊村突進，不讓任何人在我們身後，持續到平克維爾地區。這很基本，我們沒有時間失去攻擊的動力，因為其他2個連已經發起攻

擊，讓敵人到處流竄（可能穿越他的部隊或在其後方），這將會打亂、分散部隊，使我的部隊失去攻擊動力，進而使部隊敗陣，所以這是我們的職責，弭平村莊、破壞一切，不讓任何事物在我們身後。…有人問所有人是否包含女人及小孩，而麥迪納上尉回答包含所有事物。⁴³在此情況下，下屬是否得主張執行麥迪納上尉之命令而免責？

(1)要件一之檢視

該命令無疑是麥迪納上尉所下達，麥迪納上尉不僅是上級且擁有對該下屬的直接指揮權限，而該命令及其內容係關於美萊村行動，係從指揮部指揮官考斯特少將、步兵旅旅長韓德森上校、營指揮官貝克中校逐級下達，該命令源自上級且為有權發布之人，要件一構成。

(2)要件二之檢視

下屬是否知悉麥迪納上尉所下達之命令違法？從命令的內容觀之，該命令似乎適當。該任務為搜索行動及摧毀行動，就軍事利益角度而言，是截斷越共的補給線，摧毀植物、作物及動物，是為了剝奪越共穩定的食物及資源供應，至於平民，情報顯示平民將會離開村莊前往市集，在這種情況下，下屬將認為麥迪納所下達的命令並未涉及非法情事。

(3)要件三之檢視

在最後要件，檢視命令是否明顯違法？分析麥迪納所下達命令，可分為剿滅越共、其同情者及一切事物，在武裝衝突中，武裝人員具有戰鬥員身分，可為攻擊之

43 Tony Raimondo, "The My Lai Massacre: A Case Study" (Extracts from United States v. First Lieutenant William L. Calley, Jr, Vol 46, Court-Martial Reports, USAWC, 21 May 1974. UB856C3A3.), <<http://academics.wellesley.edu/Polisci/wj/Vietnam/mylai.htm>>, pp. 1-26.

對象，越共與美軍敵對，其持有武器攻擊美軍，故具有戰鬥員身分，剿滅越共係屬合法。然而，在越共同情者及村莊一切事物方面，當被問到是否要殺女人及小孩時，麥迪納回答殺了一切會動的，在此部分，下屬應更进一步質疑、確認軍事行動的內容，以一般常識應該知道殺女人、小孩或並未參與戰鬥的人是錯誤的。再者，「殺了一切會動的」這個空白命令，對普通士兵而言應提出質疑，特別是非戰鬥員部分，因為未參與戰鬥之人受到保護乃是國際法上被接受的原則。茲舉一例：若今天對象換成一群手無寸鐵的美國公民，包括男人、女人、小孩及老人等，男人可能是軍人的爸爸、兄弟或叔叔，女人成為攻擊目標因為生下軍人並且養育他，小孩也有關係因為他會支持他的父親，而農人及工人成為攻擊目標是因為他們提供資源給武裝衝突中的軍人，照此推論，任何人可能都成為組織上參與武裝衝突的一員，可以認定他們都是戰鬥員，因為他們和作戰行動都有關係，這是極為荒唐之事。是以，該命令明顯違法而不應被執行。

綜上所述，執行麥迪納上尉之命令不得主張免除責任，因該命令明顯違法，下屬不得據以為抗辯無罪。

2. 凱利中尉之命令

本文第二個要檢視的命令為凱利中尉在美萊村所下的命令，凱利中尉在行動當日接近兩名士兵，這兩名士兵正守護一群平民，他告訴士兵：「『照顧好』他們。」士兵回答：「好的！」幾分鐘之後凱利中尉返回原地，他告訴士兵：「我想我是叫你們照顧他們」其中一名士兵回答：「有啊！我們正看著他們。」凱利中尉說那不是他的意思，他要平民死掉：「我們排成一線向他們

開火！當我下令開火時你們就開火！」

(1)要件一之檢視

士兵是否應服從凱利中尉的命令？凱利中尉係兩名士兵之排長，不但是其上級且對其有直接指揮權，故凱利中尉對排之成員所下達的命令，應該遵守，構成要件一。

(2)要件二之檢視

士兵是否知悉或應知悉凱利中尉下達的命令違法？凱利中尉所下達的命令可能基於某些考量，針對老人、女人及小孩，他們看似未參與軍事敵對行動，如前所述，這些人並未攻擊美軍也未持有武器，並無法證明他們和越共有關聯，凱利中尉的命令已然超越界限，命令範圍不再限於村莊，尚包含無辜的平民。再者，在命令與前述情報相反的情況下，士兵應該對平民是否參與行動與是否射殺他們提出質疑，對於凱利中尉的命令，有明顯的證據可證明士兵應該知道命令是非法的。

然而，在此案例中發生一個爭議，其中一名士兵配備榴彈槍，他不想開槍是不想浪費彈藥，這樣的情況難以判斷此種拒絕是否係基於道德上認知開槍係違法行為，又這議題更複雜的情況是經過調查，該士兵拒絕開槍係因之前以威脅孩子性命要求其中一名婦女為其口交，這樣的情況雖士兵的主觀不得而知，但只能推論士兵拒絕遵守射殺的命令。

(3)要件三之檢視

凱利中尉下達的命令是否明顯違法？士兵應該注意命令的執行係對於老人、女人及小孩，這些平民並未採取任何敵對行動，無法將他們與越共連結，如前所述士兵應該質疑命令的執行對象是否包含這些平

民。再者，依一般常理，射殺平民不具正當性且為重大違法行為，故並不符合要件三之標準。

綜上所述，士兵之行為雖服從排長之指示，但其應該知道命令違法且命令係明顯違法，故不得主張免除責任。

3.第二次屠殺命令

第三個要檢視命令是凱利中尉在灌溉溝下令屠殺村民，根據Raumondo的作證，其陳述：10名第一排的成員在灌溉溝守護45名越南人，凱利中尉正透過翻譯質疑一位佛教僧侶，一名約2歲的孩童設法趁士兵不注意時爬過溝渠，凱利中尉走過去將他抓起來並推進溝渠，然後向他開火。之後審問僧侶厭煩了，就揪著他，將他扔到稻田，並用M-16步槍掃射；同時，士兵們持續戒護並強迫越南村民走向灌溉溝，在推擠中有些村民被推下去，有些自己跳下去，有些則坐在溝渠邊緣，他們哭嚎，因為這很明顯一旦進入溝渠，就大難臨頭了。凱利中尉將一個女人推入溝渠，並轉向一名士兵對他說：「子彈上膛！射殺這些人！」這名士兵回答：「我不幹此事！」凱利中尉拿槍對著士兵威脅他。在一些士兵干預後，在凱利中尉退開時有片刻寂靜，接著凱利中尉和其他士兵（其中一些還是之前在參與第一次屠殺後失控哭泣的士兵）向溝裡開火，越南村民瘋狂互相閃躲，母親再一次用身體守護著孩童及嬰兒，當一個個空彈匣掉在溝裡，同時碎肉和碎骨的殘骸飄散在空中，第二次屠殺結束。

(1)要件一之檢視

執行射殺的士兵係第一排的成員，而凱利中尉為第一排排長，階級在士兵之上且對士兵有直接指揮權，是以，士兵必須服從凱利中尉的命令，要件一構成。

(2)要件二之檢視

士兵對於凱利中尉所下達的命令是否知悉或應知悉為違法？根據陳述，有明顯的證據顯示士兵知道凱利中尉所下達的命令是違法的，因為在下達後，有士兵拒絕執行。該命令是射殺平民，這些平民並非戰鬥員亦與越共無關聯，士兵對於命令的執行提出異議表示他們知道命令是違法的，因此射殺的士兵不符合要件二。

(3)要件三之檢視

最後的檢驗為凱利的命令是否明顯違法？答案是肯定的，因為凱利中尉的命令要求射殺手無寸鐵的男人、女人與孩童，射殺對象為平民，明顯非戰鬥員，在武裝衝突中應受到保護，士兵執行的上級命令很明顯違反武裝衝突法之規範，故不得已此主張免除責任。

然而，在此有另一問題值得討論，拒絕開火的士兵和凱利中尉間的僵局被服從命令士兵的介入中斷產生另一層次的問題，也就是說，假如士兵不服從命令射殺村民，他會被威脅去殺另一個士兵，而服從上級的士兵執行違法行為解除了同胞自相殘殺的困境。軍官與士兵（或上級與下級）的界線如何劃分？對軍官而言，他有多大的權限命令士兵執行？對於士兵，他有多大的義務服從非法的命令？但在本案中，士兵避免同胞相殘而執行凱利中尉的命令，若該群士兵拒絕執行命令結果是否會有所不同？凱利中尉是否會取消命令抑或是同胞被犧牲？此種軍事倫理與法律交錯問題殊值日後討論。

總之，在美萊村事件三個實際案例中，凱利中尉及士兵不得主張執行上級命令而免除責任，因為命令明顯非法，執行之人應負刑事責任，不得阻卻罪責。

二、美萊村事件之檢討

美萊村事件之上級命令免責抗辯分析如上，其結果均不得免除責任，美萊村屠殺是不可否認的事實，然而，美萊村事件證明了戰爭法的重要性與必要性，在皮爾斯的報告及之後學者相關文獻討論，均有論述如何防止未來有類似情況發生，以下就法律層面探討：

(一)命令必須清楚、明確且合法

美萊村事件顯示，一個任務可以荒腔走板，衍生出不同的命令版本，其原因在於未有明確、清楚的命令使士兵知道執行什麼或應該執行什麼，此事件命令以口頭下達「搜索及破壞」任務，這樣的命令是含糊的，因為誰是要對抗的敵人？敵情現況如何？敵人組成和作戰能力如何？有雖然知道有村民涉及越共行動，但命令並未包含對平民的處置。由於命令內容不清楚，士兵僅能根據其印象和理解執行，「殺了一切會動的！」對士兵來說可能僅有家禽家畜必須摧毀，也有可能是把人也殺光，命令內容不明確，再加上逐級下達的過程可能增加自己的理解，是造成這場悲劇原因之一。⁴⁴

「服從是軍人的天職」，為了遂行作戰任務，確保取得勝利，軍人講求絕對的服從義務，我國陸海空軍軍人讀訓第二條及第四條即謂：「擁護中央政府，服從長官，不容有虛偽背離之行為。」「盡忠職守，奉行命令，不容有延誤怯懦之行為。」此乃精神層面對於軍人之宣誓，關於法律層面，國防法第15條明文：「現役軍人應接受嚴格訓練，恪遵軍中法令，嚴守紀律，服從命令，確保

軍事機密，達成任務。」是以，服從長官命令為軍人之義務，亦為軍事倫理重要之一環，對於服從義務之違反，多課以刑事法上之罪責，如：陸海空軍刑法第27條之敵前抗命罪、第47條之抗命罪、第48條之聚眾抗命罪。然而，在服從命令的義務下，明確的命令使下級得以清楚地知道作戰目標及方向。

(二)軍人必須遵守法

命令並非恣意下達，上級下達軍事命令應該要合法，所謂合法，不但指國內法，亦包含國際法的規範。國內法鮮少對於軍人執行作戰任務有所規範，同樣係合法擁有武力，警察執法明顯受到許多法規限制，軍人作戰的規範來自國際法，包含武裝衝突法、國際人道法等戰爭法規。軍人除了戰場上的訓練，對於交戰規則的訓練是必要的，就本案而言，日內瓦公約已明文對於平民應有之保護及作為，但美萊村事件的軍隊明顯未遵守該規範，顯見軍人此方面的訓練不足。

軍人於交戰時遵守國際法不僅係執行者的義務，軍事長官亦須下達合法軍事命令，既然要求軍人有服從長官命令的義務，長官應有下達合法命令的義務使下級遵守。在美萊村一案中，凱利中尉兩次下達的命令明顯違反戰爭法規，士兵也許知道這是違法的，但他們執行了。如前所述，上級命令原則上不得成為免責的事由，僅在例外情況得以免除，為了避免下級陷入兩難的困境，軍事長官發布的命令必須合法。

伍、結 論

「命令就是命令！」(Befehl ist befehl!)

44 Aziz Mohammed, Military Culture, "War Crimes and the Defence of Superior Orders," (Diss, Legal Science, Bond University), pp. 194-196.

這樣的上級命令抗辯自古就有，而未來必會再有，士兵必然會遵守上級的命令，因為軍人有服從的義務。從上級命令不免除原則演進的歷史中，看到了政治角力和法學論述的折衝，從絕對免除到絕對責任，最後發展出國際羅馬法院規約的條件責任免除規範，然而，這樣的標準是否經得起檢驗？有待日後觀察，因為法律的判斷標準可能隨著時間及環境調整、變遷。美萊村事件並非距今唯一與上級命令抗辯相關之案例，其後仍有類似案例發生，從前發生過，未來勢必再有，日光之下豈有新鮮事？

然而，對於上級命令抗辯的看法，從國際實踐中，包含國際條約、國際習慣、學說見解及相關司法判決中，可以發現除了少數學者採取極端的絕對抗辯原則外，多數係依循條件責任原則，有些係以免除責任為原則、不免除為例外，有些卻相反，但方向大部分係朝著原則不免除責任方向發展，而在第二次大戰期間，國際間卻採取了嚴格的絕對責任原則，更確立了上級命令不免除責任

的思維，可見人類社會對於戰爭犯罪的深惡痛絕。其後，形成具體規範的國際刑事羅馬法院規約又採取條件責任理論，仍然維持原則上不免除責任，但在符合例外情況下，予以免除刑事責任。

最後，關於上級命令抗辯之問題，伴隨戰場瞬息萬變與國際情勢，見解可能會有所不同，我們只能說國際上目前是採取條件責任原則的解決途徑，這也是從事軍事法學和國際法學者致力研究、論述所在。軍隊紀律與法律孰輕孰重？無法以單一標準去衡量，因此必須去審酌具體個案，而在複雜的戰場，無條件執行命令固然可能維護國家安全，取得最後勝利，但事後的接受審判的代價是否值得？在此援引美國陸軍指揮官 Patrick Finnegan 上校的一段話：「我知道假如我重返戰場，我第一個人要帶的就是我的律師。」⁴⁵ 這表示軍事長官在作成軍事判斷時，需要軍法人員的諮詢更甚從前。

（收件：104年7月24日，接受：104年10月20日）

國際間關於上級命令抗辯相關事件一覽表

年份	事 件	類 型	解 決 途 徑
1474年	神聖羅馬帝國審判哈根巴赫	司法見解	絕對責任原則
1625年	格勞休斯《戰爭與和平法》	學說見解	絕對責任原則
1906年	奧本海《國際法》	學說見解	絕對抗辯原則
1921年	萊比錫審判（第一次世界大戰）	司法見解	條件責任原則
1940年	奧本海《國際法》第六版（勞特派特修正）	學說見解	絕對責任原則
1945年	《國際軍事法庭憲章》	國際條約	絕對責任原則
1945-1946年	紐倫堡審判、東京審判（第二次世界大戰）	司法見解	絕對責任原則
1946-1949年	《管制理事會第10號法案》	國際條約	絕對責任原則
1998年	《國際刑事羅馬法院規約》	國際條約	條件責任原則

45 Gary D. Solis, "Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forum," p. 526.

參考文獻

中文部分

專門著作

- 吳嘉生，1999。《國際法學原理—本質與功能之研究》。臺北：五南出版社。
- 魏靜芬，2005。《戰爭法學》。臺北：臺灣海洋事務策進會出版。
- Satzger Helmut著，王士帆譯，2014。《國際刑法與歐洲刑法》(*International and European Criminal Law*)。臺北：元照出版社。

期刊論文

- 魏靜芬，2003/5。〈戰爭犯罪〉，《全國律師月刊》，5月號，頁。
- 譚正義，2008/10。〈執行上級命令不免責原則—條件責任與絕對責任的分野與融合〉，《西安政治學院學報》，第21卷第5期，頁62-67。

外文部分

專書

- Bassiouni, M. Cherif 2012. *Introduction to International Criminal Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers).
- Denton, Edgar 1980. *Limits to Loyalty* (Canada: Wilfred Laurier University Press).
- Dinstein, Yoram 2012. *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (New York: Oxford University Press).
- Gaston, E. L. 2012. *The Laws of War and 21st Century Conflict* (New York: International

Debate Education Association Press).

- Heller, Kevin Jon, 2011. *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press).
- Helmut, Satzger 2012. *International and European Criminal Law* (Oxford: Hart Publishing).
- Solis, Gary D. 2011. *The Law of Armed Conflict: international humanitarian law in War* (New York: Cambridge University Press).

期刊論文

- Brenner, Samuel 2010. "I Am a Bit Sick: Examining Archetypes of Congressional War Crimes Oversight After My Lai and Abu Ghraib", *Military Law Review*, Vol.205, pp. 1-93.
- Finch, George A. 1921, Superior Orders and War Crimes, *American Journal of International Law*, Vol.15, pp. 440-445.
- Gaeta, Paola 1999. "The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law," *European Journal of International Law*, Vol.10, pp. 172-191.
- Heller, K. J. 2008. "Mistake of Legal Element, the Common Law, and Article 32 of the Rome Statute: A Critical Analysis," *Journal of International Criminal Justice*, Vol.6, No.3, pp. 419-445.
- Insko, James B. 2003. "Defense of Superior Orders Before Military Commissions,"

Duke Journal of Comparative & International Law, Vol.13, pp. 389-418.

Kelsen, Hans 1943. "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals," *California Law Review*, Vol.31, No.5, pp. 530-571.

Liang, Jessica 2010. "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context," *Goettingen Journal of International Law*, Vol.2, No.3, pp. 871-892.

Osiel, Mark J. 1998. "Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War," *California Law Review*, Vol.86, No.5, pp. 939-1129.

Russell, Kent A. "My Lai Massacre: The Need for an International Investigation," *California Law Review*, Vol.58, 1970, pp. 703-729.

Solis, Gary D. 1999. "Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forums," *American University International Law Review*, Vol.15, No.2, pp. 481-526.

Wilner, Alan M. "Superior Orders as a Defense to Violations of International Criminal Law," *Maryland Law Review*, Vol.26, 1966, pp. 127-142.

學位論文

Mohammed, Aziz, Military Culture, 2008. *War Crimes and the Defence of Superior Orders*. Diss., Legal Science, Bond University, AUS.

Norene, Luther N., 1971. *Obedience to Orders*

as a Defense to a Criminal Act. Thesis, The Judge Advocate General's School, USA.

網站

"Commemorating victims of Son My massacre", *The Voice of Vietnam*, Mar 16, 2012, <<http://english.vov.vn/Society/Commemorating-victims-of-Son-My-massacre/230728.vov>>

"International Military Tribunal for the Far East Charter," University of Oslo, <<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>>

Linder, Douglas O. "An Introduction to the My Lai Courts-Martial", *Famous Trials* (established by *University of Missouri-Kansas City (UMKC) School of Law*), <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/mylai/Myl_intro.html>

Linder, Douglas O. "Oran Henderson", *Famous Trials* (established by *University of Missouri-Kansas City (UMKC) School of Law*), <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/mylai/myl_bhender.html>

Linder, Douglas O. "Summary Report", *Famous Trials* (established by *University of Missouri-Kansas City (UMKC) School of Law*), <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/mylai/summary_rpt.html>

Raimondo, Tony "The My Lai Massacre: A Case Study" (Extracts from *United States v. First Lieutenant William L. Calley, Jr*, Vol 46, *Court-Martial Reports*, USAWC, 21 May 1974. UB856C3A3.), <<http://academics.wellesley.edu/Polisci/wj/Vietnam/mylai>

htm>

Robson, Seth “Clemency is last hope for a more normal life”, *Stars and Stripes*, May 12, 2009, <<http://www.stripes.com/news/clemency-is-last-hope-for-a-more-normal-life-1.91416>>

“The Rome Statute,” International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/Pages/legal%20tools.aspx>

