

國軍執行非軍事任務的法律面探討

作者簡介



范聖孟備役中校，國防管理學院企管科81年班，法律系88年班，法研所94年班，國防語文中心(德文組)97年班，輔仁大學法學博士；曾任排長、副連長、聯勤及海軍司令部法制官，德國慕尼黑國防大學公法暨國際法中心訪問研究員。

提要》》》

- 一、國家設置國防武力的目的決定了軍隊任務的種類與範圍，在憲法的政策方針及架構下，行政部門依據國會所通過的法律遂行各項任務，通常在國土防衛外，尚包含了警察力性質的反恐行動、反海盜任務及維護國內秩序等，以及其他輔助公權力行使之事項。
- 二、我國憲法第137條明白揭示設置軍隊係以「保衛國家安全」及「維護世界和平」為目的，立法機關復依據此憲法目的性規範的基本方向及原則制定國防法及國防部組織法，確定我國國防任務及建構軍事組織架構與指揮體系，此乃法治國家原則下行政機關於執行國家任務時必須「依法而治」的基本要求。
- 三、本文從法律保留原則、德國與日本兩國之比較及國家權力等面向出發，檢證、構築國家非武力權行使的問題與合憲性基礎，軍隊無論遂行防衛作戰任務或從事其他非武力行為，除應落實軍隊國家化、文人領軍、政治中立



等原則外，並必須恪遵民主憲政之要求，依法行政，而非徒憑當權者之個人喜好治軍。

關鍵詞：軍事憲法、軍隊任務、非武力權行使任務、專守防衛、輔助公權力行使

前言

國家設置國防武力的目的決定了軍隊任務的種類與範圍，在憲法的政策方針及架構下，行政部門依據國會所通過的法律遂行各項任務，通常在國土防衛外，尚包含了警察力性質的反恐行動、反海盜任務及維護國內秩序等，以及其他輔助公權力行使之事項，此包括災害防救、救難派遣、疫病防治與消除、重大污染事件支援處理、緊急交通疏運、海外僑民撤離、清除地雷(水雷)、受託土木工事、道路搶修、維持或管制交通以及參與國際上的維和、人道行動或救災等任務。

日本因受憲法第9條放棄戰爭及不保持陸海空軍及其他戰爭力量之規定，¹對於自衛隊的派遣予以嚴格限制，武裝力量的規定除了該條文外，其餘幾乎付之闕如，相關自衛隊組織、任務、權限及監督機制悉由防衛省設置法及自衛隊法統一規定。而德國方面卻正好相反，基本法自1949年公布後多次針對國防事項增修，除了防衛的武裝力量行使外，對於非武力行使亦

鉅細靡遺規範，²使得國防軍遂行各項任務均可直接援引基本法條文而杜絕許多爭議，由於海外軍事派遣及執行反恐等任務性質上雖屬非戰爭行為，但畢竟仍屬國家實力展現的一種，使用上較諸於其他輔助公權力行使行為如救災等，更應謹慎，且受法律拘束及國會監督更加嚴格。我國方面，依據憲法第137條「中華民國之國防，以保衛國家安全，維護世界和平為目的。國防之組織，以法律定之」之規定，明白揭示設置軍隊係以「保衛國家安全」及「維護世界和平」為目的，立法機關復依據此憲法目的性規範的基本方向及原則制定國防法及國防部組織法，確定我國國防任務及建構軍事組織架構與指揮體系，此乃法治國家原則下行政機關於執行國家任務時必須「依法而治」的基本要求。

本文乃從法治國家原則、德國與日本兩國之比較及國家權力等面向出發，檢證、構築國家非武力權行使的問題與合憲性基礎，軍隊無論遂行防衛作戰任務或從事其他非武力行為，除應落實軍隊國家化、文人領軍、政治中立等原則外，並必須恪

1 日本憲法第9條全文為「日本國民衷心謀求基於正義與秩序的國際和平，永遠放棄以國權發動的戰爭、武力威脅或武力行使作為解決國際爭端的手段。為達到前項目的，不保持陸海空軍及其他戰爭力量，不承認國家的交戰權」。

2 例如德國基本法第35條第1項及第2項規定「一、聯邦及各邦之機關應相互提供法律上及職務上之協助。二、為維護或恢復公共安全或秩序，遇有重大事件，如一邦之警察無協助即不能或甚難完成其任務時，得請求聯邦邊境防衛隊人員或設備之協助」。

遵民主憲政之要求，依法行政，而非徒憑當權者之個人喜好治軍。其次，參酌德國及日本相關制度，梳理其發展脈絡，內容包括國防目的、軍隊任務、軍隊編制、統帥權行使、兵役義務、與國會間之關係乃至基本權利保障等，以釐清軍隊執行非武力權行使任務行為的界限。未就國家權力面向，探討非武力範疇的軍隊事務在我國五權憲法下的定位與角色扮演，依據權力分立原則，除受立法權監督、司法權審查外，如有違法或失職並應受監察權糾彈。藉由借鏡德、日兩國之法制經驗，檢證我國現行制度缺漏，展望未來希能建構更臻完善並且合於現代民主法治國家所要求的軍隊非武力權行使任務。

現行非武力權行使的問題與檢視

一、軍隊非核心任務的檢討

國防法依據憲法所要求軍隊本於保衛國家安全及維護世界和平之目的，發揮整體國力，建立國防武力及協助災害防救，執行層面包括國防軍事、全民防衛、執行災害防救及與國防有關之政治、社會、經

濟、心理、科技等直接、間接有助於達成國防目的之事務，具體指揮事項則區分為軍隊人事管理與勤務、軍事情報之蒐集及研判、作戰序列、作戰計畫之策定及執行、軍隊之部署運用及訓練、軍隊動員整備及執行、軍事準則之制頒及作戰研究發展、獲得人員、裝備與補給品之分配及運用、通信資訊與電子戰之策劃及執行、政治作戰之執行、戰術及技術督察、災害防救之執行以及其他有關軍隊指揮事項，³其中所謂的「國防目的之事務」乃凡藉由與國防有關的「政治、社會、經濟、心理、科技等」而直接、間接可以達到「保衛國家安全」及「維護世界和平」而屬「國防軍事、全民防衛、執行災害防救」之事項，⁴此3種任務類型再藉由軍隊指揮程序加以執行，以落實憲法的抽象要求。

由以上可知軍隊任務的3大區塊國防軍事、全民防衛及執行災害防救應屬軍隊之本務，然查目前我國軍隊除此之外尚包括農作採收、⁵環境清潔、⁶防疫消除、⁷河川疏濬及水庫除淤、⁸修路鋪橋、協助執行疏運等，本應由業管之中央部會或地方

3 參見國防法第14條。

4 參見國防法第3條。

5 根據聯合電子報所載，屏東三軍聯訓基地在恆春半島行之有年的洋蔥助收睦鄰工作，因年底實施募兵制，國軍今年助收兵力減到歷年最少的210人，明年將走入歷史；有蔥農憂心成本提高，危及洋蔥產業，揚言大家走著瞧；地方農會已向立委請願爭取莫取消。聯合電子報，〈大兵幫忙採收洋蔥明年將成歷史〉，<http://udn.com/news/story/7314/705801>，2015.4.12。

6 國防部史政編譯室，《中華民國102年國防報告書》（臺北：國防部史政編譯室，2013年10月），頁149。

7 同上註，頁168。

8 據now news今日新聞網所載，桃園市即將自4月1日起開始實施第三階段限水，桃園市長鄭文燦23日向中央求援，希望國軍支援水車，並動用工兵加速石門水庫清淤，讓國軍支援救災工作，展現演訓力量。今日新聞網，〈鄭文燦求援：國軍水車供水、工兵水庫清淤〉，<http://www.nownews.com/n/2015/03/23/1647282>，2015.4.12。



政府辦理，基本上除非為因應緊急事件及急迫公益所需外(例如天災、事變的救援，為運送病患或海難搜救而動用軍隊直升機等)，⁹否則應讓軍隊任務單純化與職業化，如同台北市政府要求刪除過去長久以來造成治安工作以外沉重負擔的27項警察「冗事」。¹⁰在「事有分工，各有授權」原則下，使軍隊免因雜務疲於奔命，並澈底檢討冗務，回歸戰訓本務，對於急迫與必要性支援協助，以合理的任務編組，重新定位軍隊在非軍事性派遣中的角色扮演。依任務性質訂定派遣標準及授權層級，建立與其他中央部會及地方政府協助制度模式。

二、任務執行的分際與界限

在執行非軍事任務的分際與界限方面，從我國國防法將軍隊任務區分為國防軍事、全民防衛、執行災害防救3大區塊，而當中對非武力權行使似僅限於執行災害防救，然而實際任務並非僅止於此，參

考德國軍隊救災規定直接明定於基本法中，¹¹首先將軍隊災害時的地位定位為「機關或各邦間的職務協助」，但對於維護或恢復公共安全或秩序，或者遇有重大事件，原則上軍隊仍非直接為警察請求協助的機關，在發生上述事件時，警察於無法或甚難完成其任務時，應優先向聯邦邊境防衛請求協助，僅於遇有天然災害或重大不幸事件時始得請求國防軍協助。此外，天然災害或重大不幸事件如危及一邦以上之地區時，為有效處理所必要，聯邦政府得指示邦政府利用他邦之警力，或指揮聯邦邊境防衛隊或軍隊單位支持警力(第35條第3項)。

由德國基本法規定可知，災害必須達到「一定程度」以上或「情況危急」，立於「職務協助」之地位，支援原屬警察、邊境防衛隊或各邦消防、救難機關的不足。我國與德國近年相同面臨兵役制度的轉變，兩國現有員額相當，¹²由徵兵制改為

9 同註6，頁167。

10 依東森電子新聞報導，台北市警察局日前指出，警力目前協助、參與其他局處行政工作多達62項，已造成警力沉重負擔；市長柯文哲31日則在市政會議中，審議通過35項工作繼續協助執行，另有27項不再協助執行，其中包含載送考生赴考場、協助校園舞會與校慶活動秩序維護、查緝禁菸場所等。ETtoday東森新聞雲，〈警察不再載送考生！柯文哲拍板刪27項「冗事」〉，<http://www.ettoday.net/news/20150331/486452.htm>，2015.4.12。另依聯合新聞網報導，內政部警政署亦表示，已決議簡化警察協辦業務20項，包括協助查緝禁菸場所、爆竹煙火等非職權內之工作。聯合新聞網，〈柯P效應！警政署砍警察20項雜務〉，<http://udn.com/news/story/1/848543>，2015.4.21。

11 德國基本法第35條第2項及第3項規定「二、為維護或恢復公共安全或秩序，遇有重大事件，如一邦之警察無協助即不能或甚難完成其任務時，得請求聯邦邊境防衛隊人員或設備之協助。遇有天然災害或重大不幸事件，一邦得請求他邦警力、其他行政機關、聯邦邊境防衛隊或軍隊人員或設備之協助。三、天然災害或重大不幸事件如危及一邦以上之地區時，如為有效處理所必要，聯邦政府得指示邦政府利用他邦之警力，或指揮聯邦邊境防衛隊或軍隊單位支持警力。聯邦政府依本項前段所採之措施應隨依聯邦參議院之要求或於危險排除後迅即取消」。

12 於下頁。

募兵制以及員額精簡下，我國雖保留一定的軍事訓練兵役，但是否仍有餘裕從事第一線救災，而作為各縣市政府所得以隨時派遣運用的「救災部隊」？¹³由國防法、災害防救法及國軍協助災害防救辦法雖可看出國軍實施救災係立於「受申請」與「協助」之地位，以及「不影響戰備」、「不破壞指揮體系」以及「不逾越支援能力範圍」，但在政府消防及民間救災團體未達一定能量之際，就近年我國軍隊派遣救災情形似已「化被動為主動」、¹⁴「由協助轉換專職」、¹⁵「由防災預防至善後清理」¹⁶以及「費用請求無門而自行吸收」，¹⁷如此情形為常態，則顯與現行法令所未符，然經常久實務運作，咸認救災屬國軍之責任，則將使國防部成為「救災義務機關」而負有公務員「作為」之義務，如

有怠於職務上之行使，恐難免於國家賠償之責任，何況在國軍員額大幅度精簡下，在從事建軍備戰的同時是否仍應擔負此等不設限的救災任務？在此除了強化地方政府所得運用的消防能量與民間救災、救難團體結合現役部隊參與支援外，在國防法全民防衛要求的理念下，將災害防救、民防、緊急醫療、傳染病防治及反恐怖攻擊等應變體系與全民防衛動員體系相互結合，動員後備軍人納入災害防救並強化能量應有其必要性。

三、堅守輔助性地位的立場

就軍隊執行非軍事任務所扮演的角色與所堅守的原則方面，以民主國家軍隊專業化的要求而言，國軍的主要任務是作戰，至於救災、防洪抗旱乃至公共秩序維護則屬於地方政府或其他部會權責，如內政

- 12 我國與德國現有員額相當，德國概略為19萬3千人。Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Bundeshaushaltsplan 2014: Bundesministerium der Bundeswehr, 2014, S.25；我國則為21萬5千人。同註6，頁65。
- 13 參照國防法99年11月24日第2條之立法理由，認為救災如作戰，救災更不能只依賴民防組織和消防警力，尤其，台灣每年飽受颱風、土石流肆虐，或是不定期強震的威脅，更須認真思考應儘速建立一個專業的救災部隊，故將協助災害防救納入國防法。
- 14 當重大災害發生時，在不影響戰備之原則下，採「超前部署、預置兵力、隨時防救」等積極作為，全力投入救災工作。同註6，頁93。
- 15 依據災害防救法及國軍協助災害防救辦法規範，執行災害防救任務，並將災害防救納為中心任務之一。同上註，頁93。
- 16 自民國101年至102年8月，計執行「610水災」等7件重大災害救援及一般救援等129件次，其中街道清理1,333.8公里、垃圾清運2,820.5噸、消毒防疫113平方公里、菇寮整理3,089平方公尺、水溝清淤15公里。同上註，頁168。
- 17 例如2009年發生莫拉克風災後，國軍大規模投入民間災害預防與搶救，國防部暫墊救災預算累積達13餘億元，惟各地方政府亦因財政困窘問題，請求國防部支援救災任務，事後竟為支出預算「埋單」問題發生爭議，實有未當；基此，為澈底解決國軍執行災害防救任務及國防部與地方政府如何編列災害防救相關預算等問題，並提昇救災效率，爰提案要求行政院應立即責成相關單位儘速協調救災預算歸墊問題，並重新檢討災害防救支援任務及建立制度化之救災機制，以減少人民生命財產損失。參見立法院公報第101卷第43期院會紀錄，頁80。



部或類似德國聯邦邊境防衛隊¹⁸等，軍隊只有在這些機關能力與裝備不足時，始介入救災。國軍的救災行為，是屬於公法理論所謂輔助性原則(Subsidiaritätsprinzip)或次要性原則(Sekundaritätsprinzip)，¹⁹國防法已賦予國軍愛護及保衛人民的義務，因此，國軍必須依國家最高行政機關行政院指揮協助救災外，也必須在急迫危機發生時，主動擔負起救災的任務，就此而言，公法上亦有所謂「裁量萎縮至零」(Ermessensreduzierung auf Null)²⁰的理論，要求有執行義務的機關在危急時，不能採取等待其他機關的作為裁量措施。

儘管國防部平時在一般災難，可以等有關機關依災害防救法規定申請救援，但空難等緊急事件，國防部當然必須立即給予救援，²¹雖屬當然，但仍應立於「輔助」、「支援」或「備位」的角色，由中央災害應變中心統籌運用，而非萬事包辦或所謂災害防救急先鋒。因此，軍隊在遂行建軍備戰及固守防衛任務的同時，更應堅

守其作為公權力輔助地位之立場。

四、費用法制化與代墊求償

救災費用支付法制化方面，國軍協助災害防救辦法第16條規定，國軍協助災害防救所需人員、裝備、機具、設施、油料與衍生災民收容安置、災後復原及重建等相關費用，國防部得視需要移緩濟急，先行調整年度預算墊支，應由受支援機關依據災害防救法第43條²²及預算相關法令籌措歸墊，必要時得報請中央災害防救委員會協調，而災害防救法第43條規定災害防救之經費，由各級政府按本法所定應辦事項，依法編列預算，如有不敷支應災害發生時之應變措施及災後之復原重建所需，應視需要情形調整當年度收支移緩濟急支應，如無法支應重大天然災害之災後復原重建等經費時，依據同法第43條之1²³得報請中央政府補助，此預算之分配乃基於地方制度法第18條²⁴及第19條²⁵所規定災害防救之規劃及執行屬直轄市及縣市之自治事項，預算當以該地方政府編列支應，

18 德國聯邦邊境防衛隊並非一軍事單位，其成立目的係執行國家邊防安全維護，性質上屬警察力行使之一種，類似我國海巡部隊，與德國國防軍僅有橫向業務往來而上下無隸屬關係。

19 該原則為德國公法所發展出之理論，指當人民無法憑己力生存或原主管機關無法達成其行政任務時，國家或其他行政機關始有介入或提供協助之必要。

20 此一原則係要求有執行義務的機關在危急時，不能採取等待其他機關的作為裁量措施，而為主動擔負該項行政任務。

21 陳新民，〈河既過矣，橋安存哉——國軍救災應否付費的平議〉《中央日報》(臺北)，91年11月7日，版3。

22 災害防救法第43條規定：實施本法災害防救之經費，由各級政府按本法所定應辦事項，依法編列預算。各級政府編列之災害防救經費，如有不敷支應災害發生時之應變措施及災後之復原重建所需，應視需要情形調整當年度收支移緩濟急支應，不受預算法第六十二條及第六十三條規定之限制。

23 災害防救法第43條之1規定：直轄市、縣(市)政府無法支應重大天然災害之災後復原重建等經費時，得報請中央政府補助。前項所定補助之時機、要件、基準、請求程序及其他相關事項之辦法，由行政院定之。

24、25 於下頁。

僅於無法支應，得報請中央政府補助，不應遽認國軍有此任務即應由協助救災部隊自行支應，況行政程序法第19條既已規定「被請求機關得向請求協助機關要求負擔行政協助所需費用，負擔金額及支付方式，由請求協助機關及被請求機關以協議定之；協議不成時，由其共同上級機關定之」，尚不得以國軍有此協助救災之任務而概由國防部全數支應，否則恐將排擠執行防衛任務所需預算，且於法不合。

除了一般救災的費用支出外，對於可歸責於遭難者自身事由的緊急搜救及運送，法制上目前災害防救法雖訂有對於違反「劃定警戒區域，限制或禁止人民進入或命其離去」或「指定道路區間、水域、空域高度，限制或禁止車輛、船舶或航空器之通行」規定，而致遭遇危難，由各級災害應變中心進行搜救而獲救者，執行機關得就搜救所生費用要求獲救者或可歸責之業者繳納。由於國軍所執行海陸空的搜救任務似已成慣例，獨有完善求償機制，若未能有效落實，此「救難部隊」恐淪為自招危險境地之違法者呼之即來的最佳護身符，而使該求償機制束之高閣。

本文以為，首先在預算方面，律定將非屬國軍法定職權而為協助性質之派遣，宜單獨編列「行政協助」或「其他代墊」專項，不得挪用非相關預算科目支用，以明確年度執行非屬國防事務支出之總額，俾作為日後沖銷或求償之依據。次以若行政部門消極怠惰不行使此求償權，作為職

司查察不法或違失的監察院，除了監督預算執行、審核財務收支等審計職權外，對於消極怠惰之情事，亦應本於監督國家施政效能之立場行使監察權。再者，所支出之費用除了國軍等所屬人員固定薪俸外，所增加之費用尚包括差旅、保險及膳雜費、救災機具、車輛、船舶或航空器等裝備、油料、耗材及水電等費用，均遠高於一般交通或其他傷亡事故的緊急救護勤務派遣。因此，除了權責釐清外，對於非屬組織法上職掌範圍事項的行政協助，其所支出費用本應由權責機關或可歸責之人負擔。

軍隊的非武力權行使 展望與建議

一、落實程序正義與人民基本權利保障

在法制面方面，法治國原則下的軍隊，首先要求依法行政，依據憲法及基於民主程序所制定的法律及依據法律所授權訂定的規章執行任務或辦理事務，在此雖與一般行政機關無異，但由於軍隊掌管保護國家安全所必須的武器裝備與戰鬥部隊並具備戰場技能，再加上為了遂行任務別於一般行政機關的軍隊指揮體系與命令服從要求，所以國軍人員處理公務更應加以遵守。依法行政乃是法治國家公務人員行政行為首要遵循原則，是指行政行為應受法律及一般法律原則之拘束，其具體內容包含法律優位原則，即法律與憲法牴觸者無效、命令與憲法或法律牴觸者無效、下級

24 地方制度法第18條第11款第2目規定：下列各款為直轄市自治事項：十一、關於公共安全事項如下：(二)直轄市災害防救之規劃及執行。

25 地方制度法第18條第11款第2目規定：下列各款為縣(市)自治事項：十一、關於公共安全事項如下：(二)縣(市)災害防救之規劃及執行。



機關訂定之命令不得牴觸上級機關之命令，而地方自治團體之自治規章則位於位階之最下層，行政行為或其他一切行政活動，均不得與法律相牴觸；法律保留原則方面，無法律依據或法律具體明確授權，行政機關即不能合法的做成行政處分。行政程序法第3條雖將軍事行為排除適用，但解釋上仍應限制在高度武力權行使色彩的特定軍事作為與管制事項，例如作戰、實施戒嚴、發布緊急命令、於宣戰或戒嚴期間內實施飛航管制、為實施軍事演習而劃定飛彈試射管制區，至於性質屬非武力權行使任務派遣所實施相關措施，仍應適用行政程序法之規定辦理。²⁶

次就法律保留原則的本質性理論而言，國軍派遣執行救災等非武力權行使任務，雖未必造成人民基本權利重大侵害，然而必要時卻可能實行附帶管制措施(例如災區實施交通管制)或採取強制物理手段(例如清除阻礙排水設施的民有財產)等，性質上通常不失為對公益有重要影響。此外，軍隊是國家武力的象徵，無論是否從事武力權或非武力權行使任務，仍應分別依其不同程度受國會監督。²⁷即便是與國家立於特別權力服從關係的軍人本身，只要作為基本權利主體，基於有權利即有救濟之法理，若遭受侵害，仍同一般人民受到應有之保障。

二、法律明確性要求與軍隊任務派遣專法

除了法律保留原則的遵守外，執行非武力權行使任務無論在侵害人民權利或武器使用上，雖不若傳統武力權行使的強烈

，然相關規範應符合法律明確性要求，我國憲法明確中華民國之國防，以保衛國家安全，維護世界和平為目的，全國陸海空軍，須超出個人、地域及黨派關係以外，效忠國家，愛護人民，國防法亦未將軍事任務如同日本自衛隊法詳細加以規範，僅餘各別法律中如災害防救法、海岸巡防法及憲兵勤務令等窺探出我國軍隊的主要任務除了保衛國家安全、維護世界和平外，另包括以災害救助、公益服務、輔助公權力行使與國際人道救援，但由於我國對於軍隊任務並未建立一部完整法律，導致動用軍隊執行任務時同時適用多項法規，例如協助災害救助時國防法僅宣示性賦予軍隊「中華民國之國防，以發揮整體國力……協助災害防救」(第2條)、「執行災害防救及……助於達成國防目的之事務」(第3條)、「軍隊指揮事項如下：十一、災害防救之執行」(第14條)，而有關申請或協助支援程序及方式另有災害防救法及國軍協助災害防救辦法加以規範；另如派遣軍隊護漁反海盜任務，國防法甚至查無規定，僅於漁業法、海岸巡防機關海域執法作業規範、行政院海岸巡防署與國防部協調聯繫辦法或支援協定；又如派遣軍用機艦赴國外運補救災物資，國防法亦未明文，僅於國際合作發展法規定「遭受天然災難或戰亂之國家及人民提供人道援助」(第7條第2項)，並未言明派遣軍隊前往。

參照日本自衛隊法，除了將屬於武力行使的防衛出動、海上警備行動、領空侵犯、彈道飛彈破壞措施之外，尚包括警察

26 湯德宗，〈行政程序法的適用〉《月旦法學》(臺北)，第59期，2003年10月，頁144。

27 德國基本法第35條規定，國防軍即便執行協助救災之非武力權行使任務，仍受聯邦參議院之要求於危險排除後迅即撤收停止派遣。

力行使的海盜對處行動、治安出動、警護出動，乃至輔助公權力行使的災害派遣(包括一般災害派遣、地震防災派遣、原子力災害派遣)、地雷清除、旅外國民運送、國賓運送，以及民事服務支援的受託土木工事、受託教育訓練、體育活動支援、南極考察觀測等。此外，對於國外軍事派遣方面包括，國際緊急援助隊、國際和平協助活動等，將自衛隊任務一一明定於自衛隊法當中，除了派遣要件、行動內容、命令下達程序、任務權限、武器使用及撤收等規定外，並將國會監督亦一併納入規範當中，值得我國立法參考。

三、國會對軍隊的監督密度與審查基準

有關服從民主國家軍隊監督機制方面，在統帥權下，軍隊除了受行政監督之外，並應受國會監督及司法審查，其中國會監督方面，我國有關軍隊派遣的國會同意或承認規定付之闕如，不若德國基本法特別針對性質上非屬軍事性任務的天然災害或重大不幸事件以及防止對聯邦或一邦存在或自由民主基本秩序之緊急危險發生時，對於聯邦政府所派遣軍隊支援警力或聯邦邊境防衛隊之行動，隨時依聯邦參議院之要求迅速取消或終止(第35條)；而日本甚至在自衛隊法更明確將防衛出動、海上警備行動、領空侵犯、彈道飛彈破壞措施、海盜對處行動、治安出動等軍事行動當中，明定參眾兩院之同意或承認權(第76條以下)。

我國憲法第63條雖規定立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權，如發生國內武裝暴動、顛覆政府或破壞國體等叛亂情況，總統得經行政院會議之議決及立法院之通過宣告戒嚴，但對於軍隊的派遣與使用仍無明確規範立法院有何職權，立法院僅有決議移請總統解嚴

之權，而無任何置喙餘地。對於具高度武力行使色彩的軍隊行動既未明定國會同意或承認機制，更遑論對於執行非武力權行使任務事前(同意)或事後(承認、撤回)的行動審查，甚至類似日本國會對於自衛隊法各主要任務依其性質、人民權利侵害程度、是否動用武力或武器使用、緊急性、派遣命令下達權責人等因素綜合判斷，設立不同審查密度與通過門檻，由高至低例如防衛出動的事前承認、命令治安出動的事後20日內承認、彈道飛彈破壞措施的事後向國會報告、以及海盜對處行動的任務結束後向國會報告，殊值得作為我國未來修法之參考方向。

四、非法定職權行為的命令服從與衝突

軍隊執行救災與命令服從方面之觀察，有謂「養兵千日，用於一時」，當國家發生重大災害或災難時，軍隊自不得置身於事外，但就國軍救災能力是否足以處理須經專業判斷或技能之事故，如明顯具有生命、身體或健康上的高度風險，是否應視同作戰奉行命令奮勇前往救援？²⁸如有違抗則視同抗命論處？2011年日本311地震後，自衛隊奉命前往福島核電廠救災遭受氫氣爆炸事故致4名自衛隊員受傷，其中1人遭輻射污染，其後自衛隊以欠缺專業技術將致使隊員受到嚴重輻射污染的危險而拒絕服從首相菅直人下達隊員赴核電廠實施反應爐注入海水降溫作業的命令，²⁹而自衛隊平日所受核生化訓練僅在遭受核生化攻擊時，在現場量測放射線量以及從事去除污染作業，所配備的防護

28 國防部史政編譯室，《中華民國98年國防報告書》(臺北：國防部史政編譯室，2009年10月)，頁180。

29 於下頁。



衣雖能隔離有毒氣體和輻射塵，而並無預先考量用於因應核電廠外洩事件。我國核子事故緊急應變法亦規定，國防部接獲核子事故中央災害應變中心通知後，應即成立核子事故支援中心，協助救災事宜，其所稱「協助」之範圍與內容，其詳細如何，並無明確規定，如認事涉專業國軍僅協助與輻射範圍外或與輻射無關之救災，一定危險範圍內另由專業人員處理，此僅以現行災害防救法規即已足，如認國軍有進入核災區，甚至進入核電廠內進行後續救災處理之義務者，則除了應以法律明白規定外，並將核災應變作業納入平時訓練，同時配賦裝備定期赴核電廠演練及納入軍隊指揮事項，以免萬一發生事故時，即可能重演日本福島核災自衛隊不受指揮之情況發生，而貽誤救災先機。

然而重回原點，對於違抗長官所下達執行核災應變處置或其他非武力權行使任務命令之行為觀之，若認為係違抗軍事命令，則所侵害之法益應屬軍事法益，應僅限於陸海空軍刑法違反職役職責罪章所列之敵前抗命罪，然所探討者既非作戰任務，故排除該當之可能。然若認係保護「長官之領導威信」或「部隊紀律與倫理」法益，³⁰而為同法違反部屬職責罪章的一般抗命罪，則似有適用可能之餘地，然而本文認為，何謂「長官之領導威信」？「部隊紀律與倫理」之範圍為何？本身即為一抽象概念，若朝向個人法益方向作連結，則恐又陷入探究何種權利遭受侵害之問題。此部分在軍法實務上曾就對於官兵拒絕長官下達執行災害防救任務命令時，是否

該當抗命罪？依國防部最高軍事法院見解認為，仍須視該救災任務是否與軍事有關及該單位任務特性而定，作為構成抗命罪之判斷依據。然而本案復經國防部軍法司審查，卻以「有法定救災職責之上級機關或長官依國軍救災相關法令下達或發布救災命令，倘官兵有抗命不從者，即得論以抗命罪」，此審查意見未以是否以「與軍事有關」為判斷，而改以「長官或上級機關職權範圍內」為要件，顯擴大抗命罪的適用範圍。由國防法、國防部組織法以至各軍種組織規程、辦事細則等均著有「協助災害防救」業務或任務，再加上災害防救法明文國軍於重大災害時應主動派遣之規定，若依上開見解，尚難發生無法定職責之長官下達災害派遣命令之情況。

再者，將性質上非屬軍隊本務之輔助或支援性救災工作視同一般軍事任務，對於違反之法律效果，殊途同歸，概依抗命論處，恐失衡平，況且經查所有國防或其他災防法規，有關國軍在救災的角色均以「協助」災害防救，既為協助，又何必越俎代庖，再以嚴峻刑章相繩。若情況為前所提及之核災事故，在平日未具完整訓練的情況下，徒憑一紙命令，持以「救災視同作戰」口號，將責任加諸於己身，執行非法定職務的核能災害應變處理，實有未妥。參照大法官釋字第430號解釋，「軍人負有作戰任務，對軍令服從之義務，固不能與文官等同視之。惟軍人既屬廣義之公務員，與國家之間具有公法上之職務關係，倘非關軍事指揮權之正當行使，軍人依法應享有之權益，自不應與其他公務員

29 產經新聞，〈菅首相が冷却水投下を指示——自衛隊は困難視〉，《ヤフーブログ》，2011年3月15日，http://blogs.yahoo.co.jp/tankou_2008/34368262.html，2015年8月10日。

30 謝添富、趙晞華，《陸海空軍刑法釋論》（臺北：自版，2010年7月），頁184。

，有所差異」。其中所謂「軍事指揮權之正當行使」，國防法雖已將「災害防救之執行」納入軍隊指揮事項內(第14條第11款)，似得做為加重軍人較諸一般公務員所無之限制，然而解釋上仍應限縮在與軍隊作戰任務直接相關的建軍備戰事項，否則若將國防法關於軍隊指揮事項作為判斷基準，條文末款「其他有關軍隊指揮事項」(第12款)則又可作為概括限制軍人權益之事由，形同全面限制，而毫無意義。³¹至於法定職務面，職務命令須由有監督權之長官所發布，且命令的內容必須屬於長官職務或職權範圍內始得為之。因此，若命令並不存在於長官的下命權限範圍內，而該命令內容亦非屬下級屬官應獨立執行職務之事項，此不屬於軍人職務範圍又未合於軍事目的的命令，下屬自得拒絕服從。是以，本文認為有關軍人服從命令之界限，除了執行憲法「保衛國家安全」或國防法「直接有助於達成國防目的」之事務外，對於執行非武力權行使任務有關的命令服從，在軍人法完成立法前，應類推適用公務員服務法，再依陸海空軍懲罰法相關規定辦理，避免使軍人動輒陷入抗命罪與行為違法之義務衝突。

代結語 —— 建立量少質精現代化勁旅所應有的思維

所謂軍人特別權力關係，乃國家基於

特別的法律原因，使軍人負有服不定量勤務之特別義務，而國家擁有概括的下命權，二者處於不平等之地位，而不受法律保留原則之拘束，我國自大法官作成釋字第187號解釋之後，開始逐漸擺脫特別力關係理論之束縛。其後接連的解釋出現後，特別權力關係理論在我國已日趨式微。就前所述之「不定量勤務」方面而言，由於軍隊肩負國土防衛職責，當應做好隨時備戰之準備，防衛任務本身即難以定量，但此應僅限於前揭執行憲法保衛國家安全或國防法規範直接有助於達成國防目的之事務之軍隊核心任務上，對於非武力權行使任務不宜毫無限制的過度涉入。亦即，除了在「量」的方面不影響現行戰備以及不逾越支援能力範圍的限制下，提供一定程度的必要協助外，在「種類」的方面亦應依國軍現況或能力加以劃分及限制，例如國軍兵力逐年精簡，實施募兵後，聚焦於打造更具專業的部隊，對於協助農民作物採收、治安維持、清運病死家禽或家畜、海洋污染清除、河川疏濬、水庫除淤等事項在人力運用的能量上，實與過去精實案實施前所號稱的60萬大軍不復比擬，上述種類之工作宜予刪除，由本應負有防洪抗旱、災害預防及維護治安職責的地方政府或其他政府部門辦理，對於不屬於法定種類任務即應儘量避免，俾減少軍隊在本務外的不定量工作，使軍人回歸專業。

31 況且依據國防部89年曾將軍事行為界定為11種類型，包括戰爭行為、演習行為、作戰序列與作戰計畫策定及執行、軍隊部署運用及訓練之行為、軍事準則製頒及作戰研究發展行為、戰術及戰技督察行為、軍事情報蒐集及研判行為、國防科技研發行為、軍隊動員整備及執行行為、通信戰、資訊戰與電子戰策劃及執行行為以及其他有關維護國家安全緊急或必要之軍事行為，並未將災害防救行為包含在內。見國防部，〈89年12月30日(89)鐸鎮第890017674號函〉，《國防部公報》(臺北)，90年1月，第1卷第1期，頁1。