

國際法上指揮官責任之初探

空軍上尉 陳晏叡

提 要

指揮官責任是所屬下級人員實行違反滅絕種族罪、危害人類罪、戰爭罪等國際法犯罪之情況下，對高階軍事指揮官追究之刑事責任，而《國際刑事法院規約》第28條所明文軍事指揮官及其他上級之責任即是國際法上個人刑事原則之一。本文首先闡明指揮官責任之相關概念，藉由名詞解釋與國際理論建構基本觀念，進而介紹指揮官責任之國際立法歷程，最終針對《國際刑事法院規約》第28條淺析法律構成要件。現今我國固然處於承平時期的，對武裝衝突法所知有限，然軍事法學對國軍有其重要性，希冀透過本文，使讀者對指揮官責任有初步認識。

關鍵詞：指揮官責任、上級責任、《國際刑事法院規約》第28條

前 言

國際法主要係規範國家之間的法律，在傳統國際法理論中，原則上只有「國家」才是國際法所規範的對象，但第二次世界大戰結束後，為了避免個人躲在國家下進行殘暴的違反人權行為，而有國際刑事法(International criminal law)的出現，對個人規範及課予義務，甚至將個人刑事原則明文化，《國際刑事法院規約》第25條第1項及第2項提及：國際刑事法院「對自然人」行使管轄權；實施法院管轄權內犯罪(指滅絕種族罪、危害人類罪、戰爭罪、侵略罪)的行為人應當自己承擔責任，並受到懲罰。而《國際刑事法院規約》第28條所明文軍事指揮官及

其他上級之責任，亦屬個人刑事原則之一。

目前國內學術較少針對國際軍事法學進行研究，以本議題為例，國際期刊及著作均熱烈討論指揮官或上級應負之責任，甚至延伸軍隊指揮議題。

指揮官責任之相關概念

指揮官責任(Command responsibility)是所屬下級人員實行違反滅絕種族罪、危害人類罪、戰爭罪等國際法犯罪之情況下，對高階軍事指揮官追究之刑事責任，指揮官責任之概念透過前南斯拉夫國際刑事法庭、盧安達國際刑事法庭及獅子山特別法庭皆已作成相關判決，更是在《國際刑事法院規約》訂有明文¹。透過國際刑事法庭的實踐，國際上大

1 Centre for International Law Research and Policy, International Criminal Law Guidelines: Command Responsibility (2016) pp.5.



規模暴力犯罪得以追訴，而對於武裝團體中立於上級或是領導地位之人，課以指揮官責任亦得以使其盡責、充分地監督其所屬，確保在國際法層次落實刑事正義。

指揮官責任係間接責任的概念，當上級並未參與犯罪行為，包含計畫、下令或幫助，但卻與下級所為之犯罪行為具有關聯性。儘管如此，不可認為上級僅是在為下級犯罪行為負責，上級之責任固在於防止犯罪發生、未適當監督與控管與放任不處罰下級行為，然因上級通常未直接參與下級所實行犯罪行為，卻間接促成該犯罪或創造合適的犯罪情況，該上級促成或締造的行為在國際犯罪的實行中扮演決定的角色，且在各種階級組織架構下的武裝力量團體，諸如正規軍、叛亂分子等，均可能發生上述情況，因此，為了避免大規模的暴行，並確保下級受到適當的監督與控管，有必要使上級負刑事責任²。上級責任包含兩個刑事責任概念：其一，係直接的責任，指上級指揮官應為其下達的違法命令行為負責；其二，係歸屬的責任，亦稱為間接的責任，指上級指揮官為下級實行違法行為負責³。

國際法上，承認個人得為其違反國際犯罪的負刑事責任，個人直接從事相關犯罪之行為，如教唆、幫助、實行等，該責任通常係直接由違法者承擔。然而，在武裝衝突期間，國際犯罪時常成為大規模暴行的一部分，涉及許多違法者與不同層級的人，因為個人對國際犯罪的參與程度與行為難以具體特定，故決定個人的刑事責任有一定的困難。雖然國際刑事法本質上以處罰個人為導向，但基於通常涉及集體犯罪的現象，國際刑事法發展出另一種承擔責任的形式，如共同犯罪理論與上級責任理論等⁴。

在相關文獻探討中，有以「superior responsibility」或「command responsibility」為用語，其均是在軍事法學範圍內討論上級指揮官的責任，而國際刑事法學說與司法判決實務常混雜使用，因而有認為兩者在意義上並無區別⁵。但有認為「指揮責任」的用語係基於軍事指揮官的關聯性，因而精確的用語應以「上級責任」為佳，才能涵蓋軍職與文職長官⁶。本文認為，上級責任理論所討論之內容涵括了軍事與民事的上級概念，而國際刑事法中通常係討論軍事指揮官，故

2 René Vark, Superior responsibility, ENDC Proceedings Vol.15 (2012), pp.143-144.

3 Koji Kudo, Command Responsibility And The Defence of Superior Orders (2007) pp.105-106 (unpublished Ph.D. Thesis, University of Leicester) (on file with the University of Leicester Library)

4 林雍昇，〈論國際刑法上「上級責任」(Superior Responsibility)與「共同犯罪組織」(Joint Criminal Enterprise)理論之比較〉，收錄於《國防大學管理學院法律學系102年度國際軍事法學研討會論文集》，2013年，頁26。

5 林雍昇，〈論國際刑法上「上級責任」(Superior Responsibility)與「共同犯罪組織」(Joint Criminal Enterprise)理論之比較〉，收錄於《國防大學管理學院法律學系102年度國際軍事法學研討會論文集》，2013年，頁25。

6 René Värk, Superior responsibility, ENDC Proceedings Vol. 15 (2012), pp.144.

有「指揮責任」之用語，同時，在《國際刑事法院規約》第28條對於上級責任的規範，其用語為「military commander」，而在《國際刑事法院規約》第33條的命令抗辯卻是使用「orders of government or superior」，顯示「指揮責任」不必然等同於「上級責任」，然近期文獻中仍有以「上級責任」討論軍事指揮官的刑事責任⁷。因此，本文認為「指揮責任」為「上級責任」的下位概念，其意義有所不同，但現在所稱之上級責任，多以軍事指揮官責任為主，以下將交互使用指揮官責任與上級責任。

此外，國際法上有所謂之上級責任理論(doctrine of respondeat superior)最初係指雇主須為雇員在雇用期間所為之行為負責，原拉丁文「respondeat superior」之意思為「讓主人回答」(master-servant rule)，此理論根源羅馬法，用於處理民間與軍事社會的服從義務問題⁸。在英美法系下，這個理論經常用於民事侵權責任的問題，即所謂的「主從法則」(master-servant rule)，實踐上，政府或官員應該第一個承擔金錢的賠償或回復損害的填

補。而在刑事意義上，係指上級指揮官須為其武裝力量之下級成員或屈服於其控制之人員的違法行為負責任，上級命令應構成合法化的事由，也有稱為指揮責任理論(doctrine of command responsibility)，當指揮官下達違法命令，他必須為該命令負責，此責任於該命令實際被執行時產生⁹。而根據此原則，曾衍生出服從上級命令必然、本質上構成絕對的抗辯，故承擔責任者應為上級，而非下級，上級責任理論亦稱為「消極服從說」(doctrine of passive obedience)，而德國以「命令就是命令」(Befehl ist Befehl)稱之¹⁰，有異曲同工之處。

上級責任理論與上級命令抗辯雖然均將刑事責任歸屬於個人，上級責任理論與上級命令抗辯概念上有所不同：上級責任理論係在處理上級指揮官下達違法命令、未採取適當措施防止下級犯罪、或對於下級犯罪不知情的情況，其將責任歸屬於軍事指揮官；上級命令抗辯則是在處理下級服從違法命令時免責可能性的問題，也就是下級是否可主張服從上級命令而免除責任，產生責任移轉至

7 使用「上級責任」(Superior Responsibility)用語之相關文獻諸如：G.J. Alexander Knoops, Superior Responsibilities under International Criminal Law: Concurrence with military Ethics (2011), 7 INT. STUD. J. 及 The Transposition of Superior Responsibility onto Guerrilla Warfare under the Laws of the International Criminal Tribunals (2007), 7 INT. CRIM. LAW REV.、Lias Bantekas, The Contemporary Law of Superior Responsibility(1999), 93 AM. J. INT. LAW、Ren? V?rk, Superior responsibility, 15 ENDC PROCEEDINGS (2012)等文章。

8 Hitomi Takemura, International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders (2009), pp.155.

9 Max Markham, The Evolution of Command Responsibility in International Humanitarian Law, Penn State J. Int. Aff. (2011), pp.50.

10 Hitomi Takemura, op. cit., pp.155.



上級的效果¹¹。然而在許多案例中，兩者卻是相伴相隨地做討論，有時下達違法命令的指揮官自身可能也會產生上級命令抗辯，造成另一個關於上級責任理論的個人責任歸屬問題。準此，指揮官責任(或稱上級責任)是課予軍事指揮官及其他上級管理其所屬之義務，為國際法上個人刑事原則之一，而上級命令抗辯所提出之上級責任理論，是在探討下級將服從上級命令作為合法化事由進而免除責任的議題，兩者概念不盡相同，不可混淆。然本文旨在探討上級即指揮官責任，至於下級服從上級命令是否免除責任之問題，有於篇幅無法詳盡於本文探討¹²。

指揮官責任之演進歷程

指揮官責任與上級管理控制其部隊義務相當，在第二次世界大戰前，其並非固有的法則，而係循著兩條路徑發展，分別為處理一般指揮責任的問題與處理指揮官對特定犯罪責任的問題，有進一步提出前者的發展必然導致後者的結果，兩者發展互相連動，且國際間將會發展出上級責任的標準，因為初始沒有國內法去規範指揮官責任，當兩國發生戰爭，會促使被侵略的一方考慮採取適當的標準去處理侵略國指揮官的責任，當戰後的國際法庭建立某些標準後，各國內國法亦會遵循這些標準立法¹³。

在此，關於指揮官責任理論最早的論著，公認是西元500年前的《孫子兵法》，在該著作〈地形第十〉中提及：「故兵有走者、有弛者、有陷者、有崩者、有亂者、有北者。凡此六者，非天之災，將之過也。夫勢均，以一擊十，曰走。卒強吏弱，曰馳。吏強卒弱，曰陷。大吏怒而不服，遇敵懟而自戰，將不知其能，曰崩。將弱不嚴，教道不明，吏卒無常，陳兵縱橫，曰亂。將不能料敵，以少合眾，以弱擊強，兵無選鋒，曰北。凡此六者，敗之道也，將之至任，不可不察也。」本篇孫武說到敗兵的特性，將領除須了解地理特性，更須對兵性有深切的了解，軍隊有六種可以致敗的因素，即走兵、弛兵、陷兵、崩兵、亂兵、北兵，這六種敗軍的形成，並非天時和地形作祟，完全是將領不知用兵的過失；其中的「崩兵」，指高級軍官驕橫，遇敵妄動，將帥又無法控制之，不可進攻，而「亂兵」，指將領約束不嚴，教導無方，官兵沒有紀律，作戰部署混亂。另外，在《史記·孫子吳起列傳》中，孫武說：「約束不明，申令不熟，將之罪也。」其所表達者，為命令不明確、號令不熟悉，是將領的過錯。孫武在當中即闡述軍事指揮官管束下級的責任。在西方社會，聖奧古斯丁雖然提到當軍人服從合法當權者命令而殺人，不受到國家法律的追訴，但其認

11 Koji Kudo, *Command Responsibility And The Defence of Superior Orders* (2007) pp.200-201 (unpublished Ph.D. Thesis, University of Leicester) (on file with the University of Leicester Library)

12 關於上級命令是否免除下級責任之問題，請參閱：陳晏歡，上級命令不免除責任原則之國際法制與實踐，國防大學管理學院法律學系碩士班碩士論文，105年6月。

13 William H. Parks, *Command Responsibility for War Crimes*, *Mil. Law Rev.* Vol.62 (1973), pp.2-3.

知到領導者可能發動非正義戰爭而無合法原因，士兵在這種情況是無辜的。而湯瑪斯·霍布斯從政治哲學的觀點論述，在其著作提及：在合法君主指揮下所下達的命令是合法的，而在其規範所禁止的事項係違法的，相反地，當公民僭越去判斷是非，他們就會與君王平起平坐，如此違反國家的興榮…當我受指揮依君王的命令去做一個違法行為，這不是我的錯誤行為，因為指揮官是我合法的主人¹⁴。1474年被公認為第一個國際刑事法庭的布萊薩恩審判案例中，法院除了因為被告違反神的戒律而否認哈根巴赫所主張的上級命令抗辯外，認為哈根巴赫身為一位指揮官，負有防止謀殺等暴行的責任，故判處死刑，這也是上級責任理論之展現。1625年，格勞休斯在《戰爭與和平法》中提及：若一個社會，或其統治者知道某一犯罪卻在其應防止或可以防止時未採取防止行為，應認其得為之負責¹⁵。

歷史上，中古時期強盛的羅馬帝國軍隊強調服從於國家，當時是以嚴厲的懲罰、甚至死刑，強迫軍人絕對服從，軍事服從的義務是無條件的，甚至違法的命令也應該執行；日耳曼法中也有類似的規定：下級免除

責任是因為他不能拒絕執行命令，上級因此負責甚至應該保護他的下級¹⁶。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¹⁷。

關於建立上級責任的國際性標準仍然留有疑義而被忽略去解決，在此有必要提到1863年的《第100號統帥令》(General Order No. 100)美國政府軍戰場指令(Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field)，美國當時正值南北戰爭，該法則主要規範俘虜與非戰鬥員的道德與人道對待，該指令係由法蘭西斯·利伯(Frances Lieber)所草擬、林肯總統所發布的法案，此套法則被視為是美國第一部戰爭手冊，又稱為《利伯法典》(Lieber Code)，又該法則對於戰時上級允許虐待俘虜與敵人的行為科以刑事責任，因此有將之視為先於海牙公約的軍事策略與習慣法的關鍵性發展¹⁸。然而，利伯法典並未處理違反該規範可否以執行上級命令為正當化事由，因為利伯認為軍人必然會遵守上級命令，而這個議題應由法院認定，同時，美國內戰後出現軍事法庭來處理此議

14 Jessica Liang, *Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context*, Göttingen J. Int. Law Vol.2 (2010), pp.878.

15 Weston D. Burnett, *Command Responsibility and a Case Study of the Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders for the Pogrom at Shatila and Sabra*, Mil. Law Rev. Vol.107 (1985), pp.71.

16 Ben Vermeulen, *Grotius on Conscience and Military Orders*, Grotiana Vol.6 (1985) pp.3-4.

17 Jessica Liang, *Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context*, Göttingen J. Int. Law Vol.2 (2010), pp.878-879.

18 Max Markham, *The Evolution of Command Responsibility in International Humanitarian Law*, Penn State J. Int. Aff. (2011), pp.51.



題¹⁹。

1899年5月18日至7月29日，第一次海牙和平會議於荷蘭的海牙舉行，目的是為了限制軍備和保障和平，但最後未能就此達成任何協議，只在和平解決國際爭端和戰爭法規編纂方面簽訂了3項公約和3項宣言；其中，《陸戰法規和慣例公約》(又稱為1899年海牙第2公約)之附件《陸戰法規和慣例章程》第一條明文：「戰爭的法律、權利和義務不僅適用於軍隊，也適用於具備下列條件的民兵和志願軍：一、由一個對下級負責的人指揮；…。」第二次海牙和平會議於1907年6月15日至10月18日在海牙召開，包括第一次海牙會議全體參加國在內的44個國家的代表參加了會議，這次會議是第一次海牙會議的繼續，各國迫切希望補充和發展海戰和陸戰法規。會議對1899年的3項公約和1項宣言進行了修訂，並新訂了10項公約，總計13項公約和1項宣言；其中，《陸戰法規和慣例公約》(1907年海牙第4公約)之附件《陸戰法規和慣例章程》第一條以相同之用語建立「關於下級行為的指揮責任」，這是國際間第一個試圖成文化指揮責任的文獻，也成為現代上級

責任理論的根源基礎²⁰。

然而，海牙會議並未進一步規範執行的方法，最後導致在第一次世界大戰後，對於德國指揮官及高階戰犯只能以內國審判作結²¹。而在第一次世界大戰後，興戰者責任暨懲罰執行委員會建議設立一個國際性法庭，以審判那些違反戰爭法或戰爭習慣，包含下達該命令，或知道且有權介入、能夠避免或採取措施避免、終止或積極抑制的個人²²，因為該建議主張指揮責任是基於怠忽，如同直接命令一般，明確承認在指揮官知悉下級特定違法行為，其可以為該怠忽行為負責，有認為此建議是國際法學的革命性進展²³。然而，第一次大戰並未有國際性法庭審判避免犯罪疏失的指揮責任，1920年萊比錫最高法院審判中，法官援引了德國軍事刑法典，認為：在通常的責任情況下，若執行違法的命令應受處罰，下達該命令的軍官應自行負責²⁴。

在第二次世界大戰時，國際軍事法庭發覺有必要採取上級為下級犯罪行為負責的見解，因而發展了上級責任理論，戰後的判決論述均以指揮責任的相關認知要件，但是創造出「犯罪意圖標準」模糊的標準。第一個

19 Gary D Solis, Obedience of orders and the law of war: judicial application in American forums, *Am. Univ. Int. Law Rev.* Vol.15 (1999), pp.491-492.

20 Eugenia Levine, Command Responsibility: The Mens Rea Requirement, *Glob. Policy Forum* (2005), pp.2-3.

21 Allison Marston Danner & Jenny S. Martinez, Guilty associations: Joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of international criminal law, *Calif. Law Rev.* Vol.93 (2005), pp.123.

22 Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, *Am. J. Int'l L.* Vol.14 (1920) pp.95.

23 Weston D. Burnett, Command Responsibility and a Case Study of the Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders for the Pogrom at Shatila and Sabra, *Mil. Law Rev.* Vol.107 (1985), pp.81.

24 William H. Parks, Command Responsibility for War Crimes, *Mil. Law Rev.* Vol.62 (1973), pp.13.

被控訴怠忽指揮職責的而使用此標準的是日本的山下奉文將軍(Yamashita Tomoyuki)，故指揮官責任所建立的標準亦稱為山下標準。該案事實為山下奉文將軍被任命為第14方面軍司令派遣至菲律賓作戰，他的部隊對馬里拉數以百計的居民實行虐殺，戰後美國軍事委員會追究山下將軍「藉由縱容戰爭犯罪，違法地忽視及未能履行身為指揮官控管其所屬部隊成員的義務。」軍事委員會支持新的標準，認為在報復行為是大規模犯罪，而指揮官沒有實際試圖去發現及控制該犯罪行為的情況下，該指揮官應負責，即使是刑事責任²⁵。對於此判決，有主張軍事委員會科以山下將軍嚴格的責任，也有認為軍事委員會相信山下將軍對於其部隊犯行不是已知悉，就是他必須知悉，該委員會所指出未能發覺犯罪行為的標準也稱為「應該知悉標準」但這個標準屬於犯罪意圖的判斷，難以去審查，也造成長時間對於認知要件去建構指揮責任的討論。在紐倫堡審判及東京審判中，幾乎一致認為應該科以上級管控其下級行為的責任，並考慮採用「犯罪意圖標準」標準，判決擴大軍官指揮官認知的程度至其實實際上不知道的範圍。

在第二次世界大戰後，有段期間並沒有進一步進展，學者班特卡斯(Bantekas)指出：「1949年的日內瓦公約並沒有關於上級責任的明顯規範…這導致超過30年上級責任理論

運用的衰敗。」²⁶在1977年，對於1949年日內瓦公約第一附加議定書終於納入戰後審判所採的上級認知而未能避免的標準，第一附加議定書第86條第2項即處理此議題：「若在當時情況下，他們知道或有資訊可使其能夠判斷他正在實行或將要實施該違法行為，且假如他們在其權責內未採取適當措施避免或抑制該行為。」第87條司令官的職責敘明：「一、締約各方和衝突各方應要求軍事司令官，防止在其統率下的武裝部隊人員和在其控制下的其它人破壞各公約和本議定書的行為，於必要時制止這種行為並向主管當局報告。二、為了防止和制止破約行為，締約各方和衝突各方應要求司令官，按照其負責地位，保證在其統率下的武裝部隊人員瞭解其依據各公約和本議定書所應負的義務。三、締約各方和衝突各方應要求任何司令官，在瞭解其部下或在其控制下的其它人將從事或已經從事破壞各公約或本議定書的行為時，採取防止違反各公約或本議定書的必要步驟，並於適當時對各公約或本議定書的違犯者採取紀律或刑事行動。」這是第一份表達上級責任理論中認知爭議的國際文件，其規範上級為可查證的下級行為負責，但與二戰判決不同的是，議定書並未將上級怠忽納入或是嚴格採取「應該知道」的標準。

在戰後，《前南斯拉夫刑事法庭規約》及《盧安達刑事法庭規約》皆有明文上級責

25 Jeremy Dunnaback, Command Responsibility: A Small-Unit Leader's Perspective, Northwestern University Law Review Vol.108 (2014), pp.1392.

26 Lias Bantekas, The Contemporary Law of Superior Responsibility, Am. J. Int. Law Vol.93 (1999), pp.574.



任理論相關規範，最終在《國際刑事法院規約》第28條，規範指揮官和其他上級的責任²⁷。

指揮官責任之構成要件

個人是否令其負指揮官責任並非無限上綱，如同犯罪之認定必須符合刑事法所明文之法律構成要件，在《國際刑事法院規約》之架構下，「國際犯行之核心法律構成要件」(The Legal Requirements Framework for Core International Crimes and Modes of Liability，簡稱Legal Requirements Framework or LRF)是分析及解釋國際犯罪及行為責任之方法。近代國際刑事法理論對於犯罪行為之認定，可以說是大致遵循英美法系的犯罪行為概念，區分為外在犯罪層面與內在犯罪層面(或客觀要件與主觀要件)，國際司法實踐也使用「外在犯罪層面」(actus reus)與「內在犯罪層面」(mens rea)這兩個法律專有名詞²⁸，兩者分別為客觀及主觀層面。依據《國際刑事法院規約》第28條：

「除根據本規約規定須對本法院管轄權內的犯罪負刑事責任的其他理由以外：

I 軍事指揮官或以軍事指揮官身分有效行事的人，如果未對在其有效指揮和控制下的部隊，或在其有效管轄和控制下的部隊適

當行使控制，在下列情況下，應對這些部隊實施的本法院管轄權內的犯罪負刑事責任：

一、該軍事指揮官或該人知道，或由於當時的情況理應知道，部隊正在實施或即將實施這些犯罪。

二、該軍事指揮官或該人未採取在其權力範圍內的一切必要而合理的措施，防止或制止這些犯罪的實施，或報請主管當局就此事進行調查和起訴。

II 對於第1項未述及的上下級關係，上級人員如果未對在其有效管轄或控制下的下級人員適當行使控制，在下列情況下，應對這些下級人員實施的本法院管轄權內的犯罪負刑事責任：

一、該上級人員知道下級人員正在實施或即將實施這些犯罪，或故意不理會明確反映這一情況的情報；

二、犯罪涉及該上級人員有效負責和控制的活動；

三、該上級人員未採取在其權力範圍內的一切必要而合理的措施，防止或制止這些犯罪的實施，或報請主管當局就此事進行調查和起訴。」

是以，從該條內文可導出構成指揮官責任必須符合有六大要件：①《國際刑事法院規約》所管轄之犯罪②上下級從屬關係③上

27 《前南斯拉夫刑事法庭規約》第7條第3項：「若下級人員犯本規約第2條至第5條所列之犯罪，其上級知道或應該知道下級人員即將實施該等犯罪，或已經知道而未採取必要而合理的措施制止這些犯罪的實施，則不免除上級之責任。」《盧安達刑事法庭規約》第6條第3項：「若下級人員犯本規約第2條至第4條所列之犯罪，其上級知道或應該知道下級人員即將實施該等犯罪，或已經知道而未採取必要而合理的措施制止這些犯罪的實施，則不免除上級之責任。」

28 Helmut Satzger著，王士帆譯，《國際刑法與歐洲刑法》，臺北：元照出版社，2014年，頁431-432。

下級控制關係④因果關係⑤疏失行為⑥犯罪意圖，以下簡述要件內涵²⁹：

(一)《國際刑事法院規約》所管轄之犯罪

國際法上之指揮官責任並非為所有下屬之行為負責，而是限縮於《國際刑事法院規約》所管轄之犯罪，亦即在下屬的犯行是《國際刑事法院規約》第5條明文之滅絕種族罪、危害人類罪、戰爭罪、侵略罪等4項國際法犯罪之情況下，才有適用，進而繼續審查後續的要件，其中第6條至第8條分別明文滅絕種族罪、危害人類罪、戰爭罪之各種態樣。

(二)上下級從屬關係與控制關係

其次，在《國際刑事法院規約》第28條第1項明文適用的主體－軍事指揮官(military commander)或有效行使職權居於軍事指揮官地位之人(effectively acting as a military commander)，在階級分明、分工劃責的軍隊組織中，領導者(通常是高階軍官)往往具有指揮部隊之權力，換言之，不論法律上或事實上的軍事指揮官均有符合本項構成要件。再者，接續從屬要件延伸明文控制關係的要件，法條本文既然區分軍事指揮官與居於軍事指揮官地位之人，復審查的是下屬或所屬部隊是否在該軍事指揮官的有效、實質控制之下，呼應前揭所述，主體若是軍事指揮官，其必須有效指揮和控制下部隊(effective command and control)，若是居於軍事指揮

官地位之人，則須有效管轄和控制下的部隊(effective authority and control)。

(三)因果關係與疏失行為

上述二者是針對主體(軍事指揮官或居於軍事指揮官地位之人)與客體(規約管轄之國際法犯罪)進行規範，繼而審查下一組法律要件：因果關係(Causation)與疏失行為(Acts of Omission)。在疏失行為部分，可以當作「外在犯罪層面」理解，也就是客觀上的構成要件，《國際刑事法院規約》所稱之疏失行為係指「未能適當行使控制」(failure to exercise control properly over forces)，而「因果關係」則指因未能適當行使控制「導致」發生其所屬部隊或武裝團隊實行規約所管轄的犯罪。此外，該條還訂定了一種特殊的疏失行為：未採取在其權力範圍內的一切必要而合理的措施，防止、制止、或報請主管當局進行調查和起訴這些犯罪的實施。

(四)犯罪意圖

犯罪意圖為個人的犯罪意識，是主觀上的法律構成件，是行為人對其行為本身或行為結果所具有的故意、過失、或明知的內心狀態。雖然《國際刑事法院規約》第30條已經明文犯罪的「心理要件」，但是《國際刑事法院規約》第28條創造出該條的例外情形，第30條敘明在「故意」和「明知」的情況下實施犯罪行為，才對負刑事責任及受到處罰，第28條則是「知道」(knew)，或由於當時的情況「理應知道」(should have

29 Centre for International Law Research and Policy, International Criminal Law Guidelines: Command Responsibility (2016) pp.9-11



known)，部隊正在實施或即將實施這些犯罪。

以上六個要件是《國際刑事法院規約》第28條第1項的規範，至於第2項，係將適用主體擴及「第1項未述及的上下級關係」，由於有些軍事長官可能不具軍事指揮官的身分，但在某些情況下也有相當的決定權限，所以第2項明訂該等上級人員知道下級人員正在實施或即將實施這些犯罪，或故意不理會明確反映這一情況的情報，或是犯罪涉及該上級人員有效負責和控制的活動，亦或是該上級人員未採取在其權力範圍內的一切必要而合理的措施，防止或制止犯罪實施或報請主管當局就犯罪進行調查和起訴，仍須負相當之責任。

結 論

國際刑事法將指揮官責任納入體系進行規範，這也是基於國際人道的考量，違法之下級固然應該負責任受到制裁，為了避免上級逸脫責任，而科以軍事指揮官約束、管理部隊行為的責任，刑事法原則上指對於實行犯罪行為之個人追訴，透過訂定指揮官責任的條文，例外使刑事責任向上溯源，凡事符合指揮官責任要件之上級，均會負刑事責任。然而，在某些中間階層的幹部的情況下，舉例而言一位中校營長，相對於少校連長是上級軍事指揮官，如果該少校連長實行國際刑事法所列之犯罪，中校營長可能將負指揮官責任，而中校營長相對於上校旅長是下級，其可否以此主張上級命令抗辯而免除責任，此問題饒富趣味，本文旨在初步介紹

國際法上之指揮官責任概念及近代國際法規範，上級責任與上級命令抗辯之關聯性，殊值再深入探討。

參考文獻

專書

- 一、Helmut Satzger著，王士帆譯，《國際刑法與歐洲刑法》，臺北：元照出版社，2014年。
- 二、Centre for International Law Research and Policy, International Criminal Law Guidelines: Command Responsibility (2016)
- 三、Hitomi Takemura, International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders (2009)
- 四、林雍昇，〈論國際刑法上「上級責任」(Superior Responsibility)與「共同犯罪組織」(Joint Criminal Enterprise)理論之比較〉，收錄於《國防大學管理學院法律學系102年度國際軍事法學研討會論文集》，2013年，頁26。

期刊

- 一、1. René Värk, Superior responsibility, ENDC Proceedings Vol.15 (2012)
- 二、Max Markham, The Evolution of Command Responsibility in International Humanitarian Law, Penn State J. Int. Aff. (2011)
- 三、William H. Parks, Command Responsibility for War Crimes, Mil. Law Rev. Vol.62

(1973)

- 四、Jessica Liang, Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context, Göttingen J. Int. Law Vol.2 (2010)
- 五、Weston D. Burnett, Command Responsibility and a Case Study of the Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders for the Pogrom at Shatila and Sabra, Mil. Law Rev. Vol.107 (1985)
- 六、Ben Vermeulen, Grotius on Conscience and Military Orders, Grotiana Vol.6 (1985)
- 七、Gary D Solis, Obedience of orders and the law of war: judicial application in American forums, Am. Univ. Int. Law Rev. Vol.15 (1999)
- 八、Eugenia Levine, Command Responsibility: The Mens Rea Requirement, Glob. Policy Forum (2005)
- 九、Allison Marston Danner & Jenny S. Martinez, Guilty associations:

Joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of international criminal law, Calif. Law Rev. Vol.93 (2005)

- 十、Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Am. J. Int'l L. Vol.14 (1920)
- 十一、Jeremy Dunnaback, Command Responsibility: A Small-Unit Leader's Perspective, Northwestern University Law Review Vol.108 (2014)

學位論文

- 一、Koji Kudo, Command Responsibility And The Defence of Superior Orders (2007) pp.105-106 (unpublished Ph.D. Thesis, University of Leicester) (on file with the University of Leicester Library)

作者簡介

陳晏叡上尉，國防大學管理學院法律學系碩士。曾任國防部空軍司令部法制官。現任職於臺灣高雄地方檢察署檢察事務官。



經國號戰鬥機群(照片提供：張家維)