

以命令審查能力調整軍人執行違法命令 之司法審查密度

—兼評最高法院 102 年度台上字第 4092 號 刑事判決

曾麒諺 *

目 次

壹、前言

貳、軍人因義務衝突須建構高密度審查標準見解之濫觴

一、最高法院 102 年度台上字第 4092 號刑事判決案情摘要

二、法院歷次判決

三、軍人特殊性之審查標準待建立

參、軍隊職務階級制度集體法益之確立

一、法益概念出現典範移轉

二、軍事法益內含集體法益之保護

三、職務階級制度為具普遍有效性之集體法益

肆、軍人特殊審查標準概念的確立

一、特殊審查標準的必要性

(一)軍人與文職公務員之服從義務存在落差

(二)軍隊任務與職務階級密切結合

(三)弱化個人價值理性追求軍事目的

二、特殊審查標準的可能性

(一)憲法保障軍隊文化致力調和衝突

(二)美國法院認同特殊審查標準應用

(三)透過司法續造機制解決法律漏洞

三、細緻化之審查標準

* 海軍教育訓練暨準則發展指揮部法制官，國立中山大學中國與亞太區域研究所博士生，律師高考及格。感謝匿名審稿委員細心斧正，給予寶貴建議，使本文更臻完善。本文之發想及寫作源自軍法軍官班受訓期間，國防大學李瑞典老師不斷策勉，在此表達萬分感謝；並藉此文之獲刊，鼓勵在校學員論文寫作，雖有艱難，如能把握時間，努力以赴，終究有成。

投稿日期：2022 年 9 月 16 日；接受刊登日期：2023 年 4 月 6 日。

(一)階級影響命令審查能力

伍、結論

(二)環境影響命令審查能力

關鍵詞：服從義務、義務衝突、集體法益、職務階級制度、命令審查能力

Keywords：Obey Duty, Duty Conflict, Collective Interest, Position Class System, Order Review Ability

摘 要

軍人之服從義務相較文職公務員更高，當面臨上級下達違法命令時，對於服從與否將陷入更強烈之義務衝突困境，因此對於軍人依違法命令為職務行為，是否符合刑法第 21 條第 2 項之阻卻違法事由，應建立與文職公務員不同之審查標準，方能允當評價軍人之行為。

為實現上開目標，歸結本文三項研究重點如下：首先，建構軍隊職務階級制度為具普遍有效性之集體法益，作為調和法益衝突之論述基礎。第二，進一步認知軍隊任務與職務階級制度密切結合，且為了追求軍事目的，軍隊將透過其全控性之組織架構弱化個人價值理性。第三，從階級及環境等不同面向出發，探討影響軍人「命令審查能力」之基礎原因。以突破過去實務對於軍人依違法命令為職務行為特殊審查標準之空白，並藉由命令審查能力之動態調整，對軍人依違法命令為職務行為之合理規制。本文期望藉由上述研究，使實務對於軍人「依違法命令行為」之義務衝突困境審查，有更清楚與確切之依循參考，俾使概念發展更臻妥適完備。