

論軍事抗命罪－從命令服從界限及抗命罪構成要件與刑罰之法例比較談起

李台東*、李瑞典**

目	次
壹、前言	三、中共刑法
貳、軍人奉令執行職務而遭判刑之案例	四、義大利軍事刑法典
一、柏林圍牆射殺案	五、芬蘭刑法典
二、前南斯拉夫境內屠殺案	六、奧地利聯邦共和國軍事刑法
（一）切勒比奇營案	七、瑞典刑法典
（二）埃迪莫維奇案	八、蒙古刑法典
（三）布拉斯基奇案	九、日本自衛隊法
三、萊比錫審判	肆、檢討與建議
（一）蘭德福瑞城堡船案	一、抗命罪之構成要件
（二）處死法國戰俘案	（一）傳統對命令的絕對服從到現代的相對服從
四、紐倫堡、東京大審及附屬審判	（二）抗命罪之刑罰當有個人法益受侵害為本
五、小結	（三）挹注人道原則與國際刑法接軌
參、抗命罪之法例	二、抗命罪之刑度
一、德國防衛刑法	伍、結論
二、韓國軍刑法	

關鍵字：抗命、陸海空軍刑法、國際法庭、違法命令

Keywords:disobedience、Criminal Code of the Armed Forces、international court、illegal order

* 李台東，北部地方軍事法院檢察署檢察長。

** 李瑞典，國防大學法學碩士，高等軍事法院檢察署主任檢察官。

摘要

本文介紹國際法庭對軍人奉令執行職務行為仍遭判刑之案例，及德國、義大利、中共等國家有關軍事抗命罪之法例，並予研析比較，除作為國內軍事命令服從界限之釐清及借鏡外，並提出陸海空軍刑法有關抗命罪構成要件及刑罰之修法建議。

The Study of Disobedience in the Army— Comparison of the requirements of the crime of disobedience in the army, the limits of obedience to military orders, with legal examples

Li, Tai-Dong

Li, Ruei-Dian

Abstract

This article discusses, analyzes and compares real cases of subordinates following the orders of their superior officers only to be sentenced by the International Criminal Court, and legal examples of disobedience in the armies of German, Italy and China, in order to clarify the limits of military order obedience, and bring up suggestions for amendment to Article 47, 48 in Criminal Code of the Armed Forces of R.O.C.

壹、前言

「軍以戰為主，戰以勝為先」，傳統以來，軍人被教育、要求無批判、無條件地服從命令與遵守紀律，以追求無可取代的勝利，如此信念，立法者推波助瀾者，表現在兵役規範有凡入營服役者，無論官兵，首要之務，都必須宣誓服從長官命令¹；有國防法規定，現役軍人應恪遵軍中法令，嚴守紀律，服從命令，達成任務²；有修正前陸海空軍刑法規定，違抗長官命令或不聽指揮者，軍中處無期徒刑或十年以上有期徒刑³，及修正後陸海空軍刑法規定，敵前違抗作戰命令者，處死刑，而非戰時或敵前，有違抗上級機關或長官職權範圍內所下達或發布與軍事有關之命令者，亦應處五年以下有期徒刑⁴；而九十六年罪犯減刑條例更以服從命令為軍人天職，「為期貫徹軍令，以求勝果」，將抗命罪排除於減刑罪名之列⁵。然命令本質是國家（上級）權威至高無上的表現，制定法上所呈現的，是否可以推認立法者相信國家（上級）不會故意或重大過失違背法律、道德，而要求軍人不加思索地服從每一道命令，對於「服從是軍人的天職」、「誓死達成任務」耳熟能詳的軍人教條，當面對國際法庭一再對服從且貫徹上級命令之軍人判決有罪時，是否顛覆長久以來軍人所根深柢固的服從意涵，容有討論空間。

另就法位階性言，法律被遵守的程度應高於命令，而長官通常在命令宣達上一再重申法律的規定，所以軍人侵害軍事法益的犯行，或多或少存有未能服從長官命令的本質，例如衛哨兵的辱職罪或逃亡罪等，本文為避免無限制的擴張命令服從之界限，以下討論將限縮在制

¹兵役法施行法第四十九條規定「依兵役法第四十五條第一款規定宣誓之誓詞如下：余敬謹宣誓，效忠中華民國，保衛國家人民，恪遵軍中法令，服從長官命令，盡忠職責，嚴守祕密，如違誓言，願受嚴厲之處分。此誓。」而陸海空軍軍官士官服役條例施行細則第三十八條規定「服軍官、士官役者應行效忠宣誓，其誓詞如左：余敬謹宣誓效忠中華民國，實行三民主義，遵守國家法令，捍衛國家，保護人民，服從長官命令，終身保守機密，克盡軍人天職，如違誓言，願受最嚴厲之處分，謹誓。」。

²國防法第十五條規定「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」。

³民國九十年修正前之陸海空軍刑法第六十四條規定「抗長官命令或不聽指揮者，敵前死刑、軍中或戒嚴地域無期徒刑或十年以上有期徒刑、其餘五年以下有期徒刑。」。

⁴民國九十年修正後陸海空軍刑法第二十七條規定「敵前違抗作戰命令者，處死刑。」；同法第四十七條規定「違抗上級機關或長官職權範圍內所下達或發布與軍事有關之命令者，處五年以下有期徒刑。戰時犯之者，處死刑或無期徒刑。戰時因過失未執行第一項之命令，致生軍事上之不利者，處五年以上十二年以下有期徒刑。犯第一項之罪，而命令不須立即執行，行為人適時且自願履行者，減輕或免除其刑。」。

⁵中華民國九十六年罪犯減刑條例第三條立法理由說明「軍人身負保國衛民任務，是以特重紀律，服從命令不僅為軍人天職，亦為法令所明定。為期貫徹軍令，以求勝果，犯陸海空軍刑法第四十七條第一項、第四十八條第一項之抗命罪，自不宜減刑。」。

定法上的抗命罪。再本文以軍事抗命罪為題，然因有關我國陸海空軍刑法抗命罪之修法經過始末、學者見解、法例介紹（韓國、德國、美國、中華人民共和國【下稱中共】）、實務作法等研究，國內已有學者謝添富、趙晞華君兩位合著「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（二）、（九）」⁶，可謂詳盡，且筆者對於兩位論述之見解，亦表同意，將不再贅述。另邇來國際法（戰爭法、武裝衝突法、國際人道法）教育為國軍教育之重點，在國防部大力推行政策下，雖有相當成果⁷，惟對於「指揮官刑事責任原則」、「執行違法命令不免責原則」、違反人道罪無時效追訴限制且無法律不溯及既往原則適用等國際法上對於命令服從界限之論述，未見充足，是本文將著重在近來歐洲人權法院、國際刑事法庭對於軍人奉令執行職務而遭判刑之案例，及第一、二次世界大戰後，萊比錫、紐倫堡、東京審判相關內容；並介紹或補充陸海空軍刑法修法時未及參考之義大利、芬蘭、奧地利、瑞典、日本、蒙古、韓國、德國、中共等國有關軍人抗命罪之法例；最後檢討與建議中提出調和軍事刑法、憲法及國際法間之衝突的抗命罪修法意見。

貳、軍人奉令執行職務而遭判刑之案例

古羅馬學者西塞羅曾說「法律在戰爭中緘默不語」，然隨著人權觀念的普及，近代的戰爭法、武裝衝突法與現代的國際人道法，開始了新規範以調整戰爭行為，而是類規範聚攏，通常與戰爭罪審判過程中形成各項理論相互依賴。本文蒐集國際法及國際法庭對於軍人奉令執行職務而予判刑之若干有名案例如下：

⁶謝添富、趙晞華，陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（二），軍法專刊（臺北），第47卷第10期，2001年10月，頁27、28；「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（九）」（臺北），第48卷第10期，2002年10月，頁1至11。

⁷國防部為反制中共法律戰，使官兵熟知戰爭行為的法律規範，近年來積極推動「武裝衝突法」教育，筆者有幸於2006年5月18日國際紅十字會講師費雷帝中校獲邀至國防部講授武裝衝突法相關課程時參與。另紅十字國際委員會（ICRC）多次來臺拜會之東亞地區代表處處長及國防部官員均表示，我國雖非締約國，但基於道德與義務，仍會遵守國際間共同的規範，例如2008年1月紅十字會國際委員會新任駐東亞武裝部隊聯絡代表安德列斯·克呂西（Andres C. Kruesi）拜會國防部軍法司長吳泰然中將，吳司長表示「武裝衝突法」及「國際人道法」推廣乃國軍持續性工作……。2007年7月該會東亞地區代表處新任處長蒂埃理·梅拉拜會國防部政戰局長陳國祥上將，對國軍致力武裝衝突法的推展作法表示肯定，陳局長表示，我國囿於特殊的國情，雖然不是締約國，但基於道德與義務，仍會遵守國際間共同的規範……。2006年2月該會東亞區代表辦事處處長傅天羽（Allistone）及費雷帝中校拜會國防部政戰局局長，雙方針對「武裝衝突法」教育文宣工作交換意見，並就國際紅十字會派遣講師協助各軍司令部軍官團巡迴教育，進行細部研商。2003年11月國防部總政治作戰局局長陳邦治上將，接見紅十字國際委員會東亞地區代表原任處長波內、新任處長亞歷史東、武裝與安全部隊聯絡代表費睿庭，陳局長表示紅十字國際委員會致力推廣的「戰爭法」教育，成效非常卓著，國防部湯部長亦指示由國防大學培訓「戰爭法」種子教官，將「戰爭法」課程納入國軍指參、戰略深造教育計畫內實施，而我國基於遵守國際間共同規範的道德與義務……。以上詳參國防部軍事新聞網站<http://news.gpww.mnd.mil.tw/search.asp>。

一、柏林圍牆射殺案⁸

1972 年東德邊境河岸崗哨士兵守衛，發現東柏林一名男子偷渡游至西柏林，喝令制止游回無效，開槍射擊，男子因而頭部中彈溺斃死亡，衛兵翌日獲頒獎狀及獎金。然 1990 年兩德統一，衛兵被以殺人罪提起公訴，被告主張其行為係依照站崗前受領之國防部「值勤指令」之命令，其中載有「守衛隊……其任務為阻止非法越界，暫時拘禁或殲斃越界者，並毫無條件地確保國境安全」為辯，1993 年柏林邦法院以殺人罪，判處衛兵一年十月有期徒刑，並宣告緩刑。同年柏林邦法院對於 1971 至 1989 年所發生（含前揭案件）的七宗射殺邊境逃亡者或佈雷案件，對於前東德國防部副部長等三位政府高級官員以教唆或幫助殺人分別判處七年六月、五年六月及四年六月。上揭二案，嗣後上訴聯邦普通法院、德國聯邦憲法法院，甚至歐洲人權法院，除其中一名原刑期判處四年六月提高改判五月一月，及判決理由未均一致外，餘均維持有罪判決。茲就判決理由簡述如下：

（一）德國法院判決

柏林邦法院認為非法越界只是輕罪，並非重罪，且依東德憲法第三十條規定，生命權及身體權受憲法保障。若依照法治國原則暨比例原則之解釋，生命權係最高法益，非得以保護國境安全及國家理由而犧牲，故不得阻卻違法。另對於三位政府高級官員之判決理由大致相同。案經上訴，聯邦普通法院認非法越界罪雖係重罪，被告並非不得以形式意義之法律（軍事命令），援引警察職權法為阻卻違法，惟此制定法「明顯、嚴重（無可忍受地）牴觸正義之要求及國際法上保護之人權」，應屬無效，不得為阻卻違法事由，並援引 1948 年 12 月 10 日之世界人權宣言第二十九條規定，指出：尊重人的價值及尊嚴是人類共通的法確信；另對於三位政府高級官員之判決理由大致相同。嗣被告向德國聯邦憲法法院提出違憲訴願，經裁定駁回，理由大致認為，殺人為嚴重的犯罪行為，如透過合法化事由，將部分領域排除於刑事制裁之外，將嚴重蔑視國際法上普遍承認的人權；邦法院已證實，守衛射擊時，明知逃亡者可能遭擊斃，仍在所不惜。所有可資考量之阻卻違法事由，在系爭判決中，均已被審究，並被否定，是以，刑法上罪責的確認，於憲法上並無疑義。

（二）歐洲人權法院

被告不服德國法院裁判向歐洲人權法院提起訴訟，2001 年歐洲

⁸以下案情及判決理由簡摘自李建良，「初論德國法院與歐洲人權法院『柏林圍牆射殺案』相關裁判」，月旦法學（台北），第 148 期，2007 年 9 月，頁 5 至 32。

人權法院駁回原告之訴，理由為依照東德法律，系爭行為並無阻卻違法事由，就高級官員部分，佈雷及自動機槍及「不惜任何代價地格殺越境者，以確保邊境」的射殺令，明顯抵觸東德憲法第十九條及三十條保障之基本權利。追究其責任在於渠等援引作為阻卻違法事由之格殺令，係由其自己下達予邊境士兵者，渠等透過密令及指令架空法律的規定，直接肇致東德法律與實務之間產生乖離現象。渠等不得主張對於憲法、法律、國際法上義務，乃至於國際譴責，一概不知。另守衛部分，大抵如前，不同者為個人責任部分，主要理由之一有雖系爭事實發生於 1972 年，即歐洲人權條例簽訂之前，但他理應知道，如同任何一個普通公民，對於一個只是試著離開自己的國家而手無寸鐵的人開槍，侵害基本的人權。

二、前南斯拉夫境內屠殺案

1993 年聯合國安理會通過了第 827 號決議，決定設置國際刑事法庭審判 1991 年後發生在前南斯拉夫境內克羅地亞和波斯尼亞戰爭中犯下戰爭罪行的人。然遭審判的被告，身為指揮領導階層者，通常以軍事必要或不知道下屬犯行為辯，而下屬則通常以其犯行係被迫為辯。然該國際刑事法庭，分別引用《關於前南斯拉夫問題國際法庭規約》第七條「策劃、唆使、命令、或以其他方式幫助策劃、準備或執行該規約規定罪行，應負個人刑事責任。被告官職地位，不論國家元首、政府首腦或負責官員，既不能免除刑事責任，也不能減輕刑罰。…如果上級知道或有理由知道其下屬將要實施或已實施犯罪，而沒有採取合理、必要的措施來阻止或處罰犯罪者，則不能免除該上級的刑事責任。被告根據政府或上級的命令行事也不能免除刑責，但國際法庭認為正義需要，可以考慮減輕刑罰。」⁹為由，對被告為有罪判決。例如¹⁰：

（一）切勒比奇營案：1992 年波斯尼亞穆斯林和克羅地亞以武力控制波斯尼亞塞族人占絕大多數的科尼茨市，然後在切勒比奇村莊的集中營對塞族人施以強暴、殺害等非人道的殘酷待遇，前南斯拉夫國際法庭起訴逐集中營指揮官等 4 人。本案法官判決指出，上級有能力阻止和懲罰實施違反國際人道法罪的下屬時，指揮官並不須要有表明犯罪的故意，只要有義務發現和獲得此類信息，而漠視所顯示正在發生或已發生的信息即可。

⁹林欣主編，國際刑法問題研究（北京，中國人民大學出版社，2000 年 4 月），頁 255。

¹⁰下述三則案例詳參盧有學，戰爭罪刑事責任研究（北京，法律出版社，2007 年 4 月），頁 194、170、176。

- (二) 埃迪莫維奇案：1995 年波斯尼亞塞族軍隊及警察在皮利察農場屠殺數百位波斯尼亞穆斯林，埃迪莫維奇的軍隊參與此次屠殺行動，因而被控反人道罪。本案法官對於參與殺害穆斯林人的軍人埃迪莫維奇判處五年有期徒刑，判決中雖認可被告提出身為克羅地亞族人在波斯尼亞的塞族軍隊中服役，身分使其本來就極易受到打壓，也曾因不同意指揮官意見而被降級，且需要養活生病妻小，及曾試圖拒絕參與屠殺行動等辯護理由，然法官認為被迫行為只得作為量刑情節而已。
- (三) 布拉斯基奇案：1993 年克羅地亞國防軍布拉斯基奇上校與其他軍官一起策劃、鼓動、命令，恣意攻擊穆斯林所在的許多地區，隔年布拉斯基奇上校晉升國防軍指揮官，1995 年被任命為共和國陸軍總監。本案法官對於恣意攻擊和毀壞穆斯林許多地區的布拉斯基奇將軍判決違反戰爭罪成立，雖被告以攻擊存在軍事必要性，而所有損害都是合法軍事行動的間接結果為辯，但由於軍事必要性中損害行為只能適用財產，而不能適用人身，且所造成的結果不能明顯超過軍事行動追求的目的，而且手段是必要的，即方法與目的存在相當性的嚴格條件，所以法官對於被告所辯，並不採信。

另前揭規約中所謂的“合理、必要的措施”，通常指當下屬將要實施犯罪時，指揮官不僅應該發布不能犯罪的命令，還要確保該命令得到遵守，同時要採取例如解除下級職務等紀律性的措施等；如果該犯罪正在發生，則指揮官應該發布停止犯罪的命令並確保該命令得到遵守；如果下屬犯罪已經實施完畢，指揮官應向其上級報告，或移送軍事法庭訴追¹¹。此規約賦予指揮官有防止部屬犯罪和對犯罪之部屬施以刑事懲罰的責任。

三、萊比錫審判

(一) 蘭德福瑞城堡船案¹²

第一次世界大戰期間，蘭德福瑞城堡船（Llandovery Castle）被英國徵用為海軍醫用船，用於運送傷病人員，返英途中遭德國第 86 號潛艇誤為該船運送軍人和武器，潛艇指揮官以魚雷擊沈，更下令對該船使用救生艇逃生之人開火，德國戰敗後，潛艇指揮官不知去向，而當時幫助指揮官確定救生船方位和發射魚雷攻擊之兩位下屬，

¹¹同前註，盧有學，戰爭罪刑事責任研究，頁 202。

¹² 詳參第一次世界大戰資料網站：<http://www.gwpda.org/naval/lcast12.htm>（2008 年 4 月 20 日）。

受到萊比錫法庭的有罪判決，該法庭拒絕被告以執行上級命令之理由為辯護，並強調如果在履行涉及可受懲罰之違法命令之行為時，發布此命令之上級指揮官將承擔責任……，遵守該命令的下級，如果知道該命令違反了普通法律或軍事法律，也將受到懲罰。

（二）處死法國戰俘案¹³

本諾·克魯修斯（Benno Crusius）上校根據上級命令處死法國戰俘，其接受審判時並以此為辯，但德國最高法院仍宣告有罪，理由為「被告可以依賴上級命令為辯護理由，即可以合理相信一個非法命令的合法性。如果某個命令違反了一項“普通的”和“眾所皆知的”國際法規則，這樣的辯護將不被接受，且可以推定執行這種命令者有犯罪的意思。…軍人在執行非法命令時主觀的、錯誤的信任也不是免責理由。」

四、紐倫堡、東京大審及附屬審判¹⁴

第二次世界大戰德國戰敗，由美、法、英、蘇代表根據國際軍事法庭憲章（Charter of the International Military Tribunal【簡稱紐倫堡憲章】）在德國紐倫堡組成法庭，接受對德國戰犯的審判，最後有十九名分別以共同策劃破壞和平罪、戰爭罪、違反人道罪等罪，判處絞刑及無期徒刑至十年以上有期徒刑不等。另美、英、法及其他歐洲國家根據《同盟國管制德國委員會第 10 號法案》分別在其本國或德國境內對數萬名納粹戰犯進行不同規模的「附屬審判（Subsequent Proceedings）」並予判刑，例如「珀琉斯號案」¹⁵。

另一戰敗國日本，由麥克阿瑟宣布成立遠東國際軍事法庭，並依該法庭憲章（Charter of the International Military Tribunal for the Far East）任命各盟國政府提名的十一名法官，在日本東京成立軍事法庭，接受對日本戰犯的審判，最後對二十五名被告宣判，分別以戰爭罪中命令、授權、允許對戰俘或其他人員進行非人道待遇，及

¹³同註 10，盧有學，戰爭罪刑事責任研究，頁 240、241。

¹⁴紐倫堡、東京大審及附屬審判詳參梅汝璈，遠東國際軍事法庭（北京，法律出版社，2005 年 7 月），及新華網網址http://news.xinhuanet.com/ziliao/2003-09/12/content_107843.htm（2008 年 4 月 20 日）。

¹⁵1994 年希臘商船珀琉斯號被英國租借前往南非，途中被德國潛艇擊沈，船員在水面或救生艇上求救，德軍竟開槍掃射，德國敗後，潛艇指揮官及三名軍官和一名士兵受英國和希臘法官組成的軍事法庭審判，分別判處死刑、無期徒刑和十五年徒刑，其中被判無期徒刑的倫茨上尉以指揮官命令開槍射擊，而其當時曾表示不同意，惟指揮官執意為之為辯護理由，但判決指出，如果執行命令違反了沒有爭議的戰爭法規，也違反人類的基本情感，執行者就不能卸責…；事實上執行指揮官命令將殺死無助的倖存者，對於絕大多數具有基本智力的人而言，這不是一個合法的命令，這些開槍者不應當以上級命令為由而被免責。詳參註 10，盧有學，戰爭罪刑事責任研究，頁 252、253。

故意不履行、怠忽履行採取措施阻止暴行的義務等罪，判處絞刑及無期徒刑至七年以上有期徒刑不等之刑責。另各盟國根據前揭第 10 號法案，在各自占領地對日本各類戰犯進行附屬審判，據統計有罪判決者達 4226 人，例如「山下將軍案」¹⁶。

上述審判中，當被告提出發動侵略戰爭是國家行為，個人並不具備犯罪的意思條件，而不應承擔罪責為辯時，法庭駁回被告理由，指出侵略戰爭早已在國際法上被認為是犯罪行為，且是「最大的國際性罪行」，人人應有知曉和遵守的義務，被告在破壞條約與協定攻占他國時，不可能沒有犯罪意思。當被告主張其犯行係服從命令為辯，法庭引用紐倫堡憲章第七條「被告的官方職務，不論其作為國家領導或政府部門的負責官員，均不會被考慮為免刑或減輕刑責之理由。」¹⁷、第八條「被告遵守其政府或上級官員之命令行為的事實，不能作為免刑的理由，但如按法庭的觀點該行為具有充分根據者，可考慮作為減輕刑的理由。」¹⁸或遠東國際軍事法庭憲章第六條規定「被告在任何時期所曾任之官職，以及被告係遵從政府或上級命令而行動之事實，均不足以免除其被控所犯任何罪行之責任。但如法庭認為符合公正審判之需要時，此種情況於刑罰減輕上得加以考慮。」。當被告主張犯罪時效問題時，法庭引用了《同盟國管制德國委員會第 10 號法案》的規定，於軍事法庭的追訴審判時不受任何時效規定的保護¹⁹。

另外值得一提的是，對於猶太人的殺戮行動，當被告以執行德國法律（保護血統法等²⁰）為職責辯護時，法官判決則明白宣示，除了國家的制定法外，人類尚有對人類生命尊重和不同文化兼容的道德底線存在，那就是自然法。當法律成為一種施虐幫兇時，每一個人應該服從內心良知的召喚，而不是以法律規定、職責所在，服從命令是軍人的

¹⁶ 山下奉文將軍是日軍在菲律賓的最高司令，被稱為馬來之虎，其所率軍隊強姦馬尼拉 500 多名平民和殺害巴達彥省 25,000 多平民，日軍投降後，山下將軍辯稱不知道部屬實施大規模屠殺行為，馬尼拉軍事法庭以其未能有效發現並控制下屬殘酷的暴行，有違一位軍事指揮官所被賦予重大的權利和責任，判處絞刑，山下將軍上訴美國最高法院，該院認為基於國際人道法具有保護平民和戰俘不受殘酷對待的性質，駁回上訴。

¹⁷ Article 7: The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.。

¹⁸ Article 8: 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 if the Tribunal determines that justice so requires.。

¹⁹ 同註 10，盧有學，戰爭罪刑事責任研究，頁 22、23。

²⁰ 德國種族保護的相關法律及對於猶太人從刑罰到集中營的案例，詳參【德】英弋·穆勒著，王勇譯，恐怖的法官－納粹時期的法官（北京，中國政法大學出版社，2000 年 9 月）頁 78 以下。

天職，為自己的罪行辯護。²¹

五、小結

上揭國際規約及審判顛覆「法律在戰爭中緘默不語」的傳統思維，嚴格限制了「被迫行為」、「軍事必要」等戰爭罪刑事責任排除的適用，並陸續創設了「破壞和平罪」與「違反人道罪」等自然法的新罪名，也確立了戰爭罪不適用時效及「指揮官刑事責任原則」、「官方身分無關聯性原則」、「執行違法命令不免責原則」等若干國際刑法的原則，對於國際法的發展有深遠的貢獻。

參、抗命罪之法例

「一切認識、知識均可溯源於比較」²²，本文除整理國內學者已有論述之德國、韓國、中共有關抗命罪之介紹外，更進一步蒐集對本罪定有規範且大陸學者已譯有中文之義大利、芬蘭、奧地利、瑞典及蒙古，再加諸日本，共九國之法例，臚列如下：

一、德國防衛刑法

德國防衛刑法第十九條規定「(一)不服從命令，且至少由於過失致生嚴重後果者，處三年以下有期徒刑。(二)未遂犯罰之。(三)情節重大者，處六月以上五年以下有期徒刑。以下情形為情節重……。」第二十條規定「(一)下列情形處三年以下有期徒刑：(1)以言語或舉動抗拒命令之執行者，或(2)於命令重複下達後，仍堅持不履行。(二)前項第一款之情形，如命令非須立即執行，嗣行為人適時且自願遵從者，法院得免除其刑。」第二十一條規定「凡輕率不執行命令，且至少由於過失致生嚴重後果者，處二年以下有期徒刑。」第二十二條規定「(一)於第十九條至二十一條之情形，如果命令不具拘束力，尤其是當該命令非為職務上所發布，或違反人性尊嚴，或履行該命令將構成犯罪者，其命令不具拘束力，下屬不履行命令之行為不具違法性。下屬誤認命令具拘束力之情形，亦同。(二)下屬誤以為……。」²³。另該法第二條概念規定，本法所說之：1. 軍事犯罪：是指本法第二章規定的應科處刑罰的犯罪行為；2. 命令：是指軍事長官（士兵法第1條第4款）對下級發布並要求下級遵守的書面的、口頭的或其他形式的指示；3. 嚴重後果：是指危害德意志聯邦

²¹ 李瑞典，軍事審判組織之介紹－兼評司法院大法官會議第436號解釋，律師雜誌（臺北），第334期，2007年7月，頁75。

²² 諾瓦里斯，十八世紀德國早期浪漫詩人，引語出自「諾瓦里斯集」，詳參【德】K·茨威格特 H·克茨著，潘漢典、米健、高鴻鈞、賀衛方等譯，比較法總論（北京，法律出版社，2003年1月），序。

²³ 同註6，引自謝添富、趙唏華合著陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（九），頁1、2。

共和國安全，削弱軍隊戰鬥力，危害他人身體或生命或他人之貴重物品。第五條依命令之行為（1）下級為實現了刑法之構成要件的行為，如該行為是依命令而實施的，只有當行為人認識到其行為的違法性或依據當時的情況他應當明白其行為的違法性，始有責。（2）考慮到行為人執行命令的實際情況，如行為人的責任輕微，在犯重罪情況下，法院可依據刑法典第 49 條第 1 款的規定減輕處罰；在犯輕罪情況下，免予處罰。²⁴

二、韓國軍刑法

韓國軍刑法第四十四條規定「對上級之合法命令反抗或不服從（一）敵前，處死刑、無期徒刑或十年以上懲役。（二）戰時、事變或戒嚴地域，處一年以上七年以下懲役。（三）其餘，處三年以下有期徒刑。」第四十五條規定「組織團體而犯前條之罪者，（一）敵前，首魁處死刑，從犯處死刑或無期懲役。（二）戰時、事變或戒嚴地域，首魁處無期懲役或七年以上懲役，其他處一年以上懲役。（三）其餘，首魁處三年以上懲役，其他處七年以下懲役。」第四十七條規定「有遵守合法命令或規則之義務，而違反之或不遵守者，處二年以下懲役或禁錮。」²⁵

三、中共刑法

中共刑法第四百二十一條規定「戰時違抗命令，對作戰造成危害的，處三年以上十年以下有期徒刑；致使戰鬥、戰役遭受重大損失的，處十年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑。」，第四百二十八條規定「指揮人員違抗命令，臨陣畏縮，作戰消極，造成嚴重後果的，處五年以下有期徒刑；致使戰鬥、戰役遭受重大損失或者有其他特別嚴重情節的，處五年以上有期徒刑。」第四百四十條規定「違抗命令，遺棄武器裝備的，處五年以下有期徒刑或者拘役；遺棄重要或者大量武器裝備的，或者有其他嚴重情節的，處五年以上有期徒刑。」

四、義大利軍事刑法典²⁶

義大利平時軍事刑法典第一百四十條（違抗命令）規定「軍人以任何方式違抗命令，處以六個月至二年軍事有期徒刑。如果行為是在第一一八條第二款的某一情況下實施，刑罰為二年至七年軍事有期徒刑。如果使用了武器或三人以上結夥實施上述行為，或行為造成嚴重

²⁴引自徐久生、莊敬華譯，德國刑法典（北京，中國方正出版社，2004 年 1 月），頁 237、238。

²⁵引自謝添富、趙唏華合著「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（九）」，軍法專刊（臺北），第 48 卷第 10 期，2002 年 10 月，頁 1。

²⁶黃鳳譯，義大利軍事刑法典（北京，中國政法大學出版社，1998 年 5 月），頁 50。

損害，則加重處罰。」，第一百四十一條（對哨兵實施抗拒、威嚇或侵害行為）規定「軍人不遵守哨兵在執行所接受的軍令時發出的命令，處以一年以下軍事有期徒刑。」

另義大利戰時軍事刑法典²⁷第一百三十八條（違抗命令）規定「軍人以任何方式違抗命令，處以二年至七年軍事有期徒刑。如果實施行為時使用了武器或三人以上結夥實施行為，或行為造成嚴重損害，加重處罰。如果在戰鬥中或臨敵情況下實施行為，處以五年至十五年軍事有期徒刑。如果軍令的內容涉及陸軍、海軍或空軍某一部隊、被圍困的要塞或某一軍事崗位的安全，並且違抗軍令的行為危害了此安全或妨礙了軍事行動，適用通過胸前槍決方式執行的死刑。」，第一百三十九條（抗拒、威嚇或侵辱值勤人員或哨兵）規定「軍人不遵守值勤人員或哨兵在執行軍令時發出的命令，處以一年至三年軍事有期徒刑。」

五、芬蘭刑法典²⁸

芬蘭刑法典第四十五章第十四條（不服從命令）規定「（一）正在執班的軍職人員拒絕服從上級軍官、當班的哨兵、執勤軍人、巡邏軍人或履行內部勤務職責的軍人所作出的命令，或故意使上述命令未執行或拖延上述命令，應當因為不服從命令被判處懲罰性刑罰或最高一年有期徒刑。（二）如果遵守上述命令將會導致明顯違反職責或服役，或明顯違反法律的行為，不得對不服從命令的行為加以處罰。」，第十五條（共同不服從命令）規定「軍職人員基於共同協議實施第十四條所指的犯罪，每一罪犯都應當因為共同不服從命令被判處懲罰性刑罰或最高二年有期徒刑。」，第二十條（戰時軍事犯罪）規定「（二）戰時實施……第十四條、第十五條所指犯罪，對罪犯應當被判處最高四年有期徒刑。」，第二十六條b（上級的命令）規定「（一）只有在下列情形下，軍職人員根據上級軍官的命令實施的行為，才應當受到處罰：1. 他（她）知曉如果他（她）遵守該項命令，他（她）就違反了法律或違背了職責或服役，或 2. 考慮到命令執行的行為的明顯不合法性，他（她）本應當已經理解該命令及該命令所要求的行為的不合法性。（二）但是，如果行為發生在本不可能合理期待下級違抗命令的情形下罪犯應當被免除其處罰。」

六、奧地利聯邦共和國軍事刑法²⁹

²⁷同前註，頁 191。

²⁸于志剛譯，芬蘭刑法典（北京，中國方正出版社，北京，2005 年 4 月），頁 171 頁以下。

²⁹徐久生譯，奧地利聯邦共和國刑法典（北京，中國方正出版社，2004 年 1 月），頁 151 頁以下。

奧地利聯邦共和國軍事刑法第二條（概念規定）規定「本聯邦法律所說之……4. 重大不利，是指降低聯邦軍隊的戰鬥力，危及戰鬥目的的人員或物資缺乏，或 40000 歐元以上的財產損失。5. 命令，是指軍事長官對下屬發布的對個別情況有效的為特定行為的規定。」，第三條（服從違法的命令）規定「（一）士兵依命令而實施的應受刑罰的行為，應負刑事責任。（二）士兵根據長官的命令實施應受刑罰處罰的行為，如果行為未造成嚴重後果，且無須處罰即可防止行為人繼續實施應受刑罰處罰的行為，檢察官可以免以對該士兵的追訴或中止追訴。在具備此等前提條件時，法院同樣可隨時以決定形式終止訴訟程序。」，第十二條（不服從命令）規定「（一）以下列方式不服從命令：以暴力或侮辱性語言或侮辱性手勢抗拒命令，或雖經勸阻，但仍不服命令者，處二年以下有期徒刑。（二）不服從命令，因此而危及他人生命、健康或身體安全或危及重大不利…。」，第十三條（過失不服從命令）規定「過失不服從命令，因此而危及他人生命、健康或身體安全或危及重大不利，如果行為根據其他規定不被科處更為嚴厲刑罰者，處一年以下有期徒刑。」，第十四條（嚴重的不服命令）規定「與其他數名士兵一起，共同不服從第十二條意義上的命令，或在戰鬥中不服從命令，處六個月以上五年以下有期徒刑。」，第十五條（共同規定）規定「遲延或有缺陷地執行命令因而嚴重影響命令目的，視同不服從或不執行命令。」，第十六條（約定共同不服從命令）規定「（一）與多名士兵約定共同為本法第十四條規定行為，處二年以下有期徒刑。（二）主動放棄實施本條第一款所述行為，或告知長官，或以其他方式阻止計畫中的不服從命令者，不依本條第一款處罰。非因行為人的努力不服從命令而被阻止者，只要行為人在不知情的情況下主動且真誠努力阻止該不服從行為者，不罰。」，第十七條（不服從命令的不處罰性）規定「如果命令具備下列情形之一者，行為不依本法第十二條至第十六條的規定處罰：1. 侵犯人權，2. 由非主管之人或機關作出，3. 因其他命令而作廢，4. 因情況的變化而過時，執行該命令將會造成重大不利的危險（第二條第四項）4. 命令與軍事勤務無關，或 5. 規定實施應受刑罰處罰的行為。」

七、瑞典刑法典³⁰

瑞典刑法典第二十一章武裝部隊成員實施犯罪第一條規定「當王國處於戰爭狀態時，應當適用本章的規定。」，第五條規定「武裝部

³⁰陳琴譯，瑞典刑法典（北京，北京大學出版社，2005 年 3 月），頁 39 以下。

隊成員拒絕或沒有服從上級的命令，或過度遲延執行該命令，以違抗上級命令罪處罰金或二年以下有期徒刑；命令顯然與行為人的職責沒有任何關係，不處罰。」，第六條規定「犯前條之罪嚴重者，以嚴重違抗上級命令罪處十年以下有期徒刑或終身監禁。判斷犯罪是否嚴重，應當特別注意是否在戰鬥期間或違反軍事紀律會造成特別危險的時期犯罪。」

八、蒙古刑法典³¹

蒙古刑法典第二百八十八條規定「違反警衛職責法規定，以及違抗指揮官發出的命令或指示，造成危害結果重大的，處三月以上六月以下有期徒刑。在戰時或戰鬥境態下犯前款之罪的，處三年以下有期徒刑。」

九、日本自衛隊法

日本自衛隊法第五十七條規定「隊員於遂行職務時，對上級長官職務上之命令須忠實服從。」，第一百二十條第一項第三款規定「第七十八條第一項（依據命令之治安出動）或第八十一條第二項（依請求之治安出動）之規定受治安出動命令者，對上級長官職務上之命令，多數共同反抗者，處五年以下之懲役或監禁。」，第一百二十三條第一項第三款規定「第七十六條第一項（外來武力攻擊之際之防衛出動）之規定受治安出動命令者，反抗上級長官之職務上命令或不服從者，處七年以下之懲役或監禁。」³²

肆、檢討與建議

分析前述國際法庭對於軍人奉令執行職務而遭判刑之若干案例及各國抗命罪之法例，再比較我國陸海空軍刑法有關抗命罪之規定，及國軍對於服從命令界限之意識，本文對於抗命罪之成立要件及是否符合罪刑均衡原則的刑度，提出檢討與建議如下：

一、抗命罪之構成要件

（一）傳統對命令的絕對服從到現代的相對服從

我國文、武職公務員體制，在傳統的特別權力關係理論束縛下，為形成強大的管理拘束力，通常要求屬官對於長官要絕對服從，使受

³¹ 徐留成譯，蒙古國刑法典（北京，北京大學出版社，2006年12月），頁71。

³² 第五十七條「隊員は、その職務の遂行に當つては、上官の職務上の命令に忠実に従わなければならない。」、第一百二十條「第七十八條第一項又は第八十一條第二項に規定する治安出動命令を受けた者で、次の各号の一に該当するものは、五年以下の懲役又は禁こに処する。…三、上官の職務上の命令に対し多数共同して反抗した者。」、第一百二十三條「第七十六條第一項の規定による防衛出動命令を受けた者で、次の各号の一に該当するものは、七年以下の懲役又は禁こに処する。…三、上官の職務上の命令に反抗し、又はこれに服従しない者。」2008/2/24 網址<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S29/S29HO165.html>。

管理者無法任意表達自己正確的意見，爾來特別權力關係的藩籬逐步鬆解，為糾正官僚傳統上唯命是從，規範文職公務員權益的公務人員保障法於 2003 年修法時，增列對於屬官服從、報告義務，及對於長官違法命令無服從義務，並得請求以書面為之等相關規定³³，既採行所謂「相對服從說」，使道德管理條款法律化，這不但攸關全體公務員的權益，更落實法治社會及法律保障的要求。然對於軍人（武職公務員）而言，從本文前言有關我國軍事法規對於服從命令之揭示，及平時軍事教育對於無條件服從義務的強調，無論平、戰，顯係採行所謂「絕對服從說」，而未與時俱進。本文認為，對於我國軍事刑法有關抗命罪之調整，可參考前揭韓國、芬蘭與奧地利等國，於軍事刑法中明確強調反抗不合法的命令不構成犯罪之立法，即平時原則採行相對服從說，而戰時採行絕對服從說，以符刑罰均衡原則。

（二）抗命罪之刑罰當有個人法益受侵害為本

從歷史發展的角度來看，憲法的原始目的在於對基本人權的保障，縱使現今各國將國家機關的組織規定放入憲法，其目的亦是為具體限制國家權力，避免直接或間接的對人民基本權造成傷害；再就刑法的保護客體縱有國家法益、社會法益、個人法益之別³⁴，然其實質意涵終究是在保護個人法益³⁵，所以不論憲法或刑法，其根本目的均無法脫離以「人」之保護為其核心價值，而以保護軍事法益不受侵害或威脅立法的軍事刑法，當無可例外。換言之，旨在保護軍事法益不受侵害或威脅而立法，用以剝奪人民自由權利之抗命罪，必須存在個人法益的保護價值，並通過符合比例原則的公益考量，否則將被質疑欠缺正當性，而有違憲之虞。另軍隊是人的組織，是行政團隊，由於推動效益及效率是現代行政管理的主要考量，所以，新時代的領導關鍵不在階級，而在專業與經驗，如果只在強調軍人平時服從長官命令，軍中才合乎職業倫理，才有秩序可言，顯然淺化了服從的目的及功能，如果服從只為軍中平時秩序及倫理的維護，從刑法謙抑主義角

³³公務人員保障法第 17 條規定「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。前項情形，該管長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回其命令。」。

³⁴對於法益之分類，三分法為傳統上之分類，亦有四分法，如蘇俊雄教授分「國家法益」、「社會法益」、「個人法益」（生命、自由、名譽），另加上非專屬於個人之「財產法益」（氏著刑法總論，台灣大學法學院圖書部，臺北，1998 年 3 月修正再版，第 65 頁）；又如日本公法學名家美濃部達吉分為「國家自身的利益」、「社會公共的利益」、「法人的利益」及「個人的利益」（林紀東譯，法之本質【臺北，臺灣商務印書館，1998 年 3 月】，頁 44 至 47）。

³⁵參閱黃榮堅，刑罰的極限，元照出版公司（臺北，1999 年 4 月初版），頁 241。

度觀，採行政罰即足，實無須科以刑罰，所以，吾人深信，當未能服從命令而科以刑罰時，不能以破壞軍中秩序及倫理為主要理由，應有刑罰核心價值的保護目的。

再進一步觀察前揭各國抗命罪之法例發現，均以具體危險為限，如規定須致生命嚴重後果（德國、中共），或造成危害（中共），或危及他人生命、健康或身體安全或危及重大不利（奧地利），或以暴力或侮辱性語言或侮辱性手勢抗拒命令（奧地利），或危害結果重大（蒙古），而日本則規定有違反治安出動或防衛出動之命令始構成犯罪，是抗命罪應非只在保護所謂軍中秩序及倫理的軍事法益。

反觀我國軍事刑法之抗命罪規定，並未指明以人的生命、身體危害為構成要件，且只有第四十七條第三項過失未執行命令「致生軍事上之不利益」之規定³⁶，可能因造成人的生命、身體危害，被認為致生軍事上之不利益而構成犯罪，其它抗命罪之規定只要有「與軍事有關」的抗命行為，依該法皆構成犯罪，且至少論以五年以下有期徒刑；另「與軍事有關」、「軍事上之不利益」等抗命罪之構成要件，我國實務看法林林總總，尚難明確，例如有「早晨集合隊伍點名與軍事有關」、「週會或集合食勤人員屬事務性質，與軍事無關」；或「輪機長奉令在艦照顧加油試車，及移靠碼頭等事項，雖不在作戰訓練期間，要難認與軍事無關」、「文書對晉升人員檢討名冊，不受指揮，拒絕加班裝訂，僅屬行政範圍」等判解³⁷，甚至曾有拒上莒光日或違反騎乘機車禁令者，以抗命罪論處之禁令；是從上揭與軍事有關為科刑罰之判解，實難見有何「人」直接或間接受到危險或實害。本文以為，當抗命結果，產生人的生命、身體危害時，始視為違法的犯罪行為，而賦予刑罰的妥當性³⁸，如果只是秩序和倫理的維護，是否應予深思，

³⁶我國陸海空軍刑法對於抗命罪規定有第二十七條「敵前違抗作戰命令者，處死刑或無期徒刑。前項之未遂犯罰之。」、第四十七條「違抗上級機關或長官職權範圍內所下達或發布與軍事有關之命令者，處五年以下有期徒刑。戰時犯前項之罪者，處死刑或無期徒刑。戰時因過失未執行第一項之命令，致生軍事上之不利益者，處五年以上十二年以下有期徒刑。犯第一項之罪，而命令不須立即執行，行為人適時且自願履行者，減輕或免除其刑。」、第四十八條「聚眾犯前條第一項之罪，首謀者，處三年以上十年以下有期徒刑；在場助勢之人，處一年以上七年以下有期徒刑。戰時犯前項之罪，首謀者，處死刑或無期徒刑；在場助勢之人，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」

³⁷有關抗命罪之相關判解，詳參趙公蝦編，中華民國軍法法令判解彙編（臺北，軍法專刊社，1983年1月）頁453至460。

³⁸憲法第二十三條規定人民基本權利限制之比例原則，按三分法中「妥當性」原則係「必要性」原則的前置，指一個法律（或公權力措施）的「手段」可達到「目的」之謂也。因此，就以侵犯人民權利的法律而言，若是立法者所規定的「限制條款」根本無法達到立法「目的」則即屬該手段的「不妥當」。陳新民，憲法基本權利之基本理論上冊（臺北，元照出版社，1999年6月）頁240。

行政罰足矣。

（三）挹注人道原則與國際刑法接軌

德國防衛刑法對於命令之意義、各類抗命罪之刑罰、誤解命令及對不具時效性之命令等免責條款之規定，呼應了其軍人法中命令的職務目的及遵守人性尊嚴、國際法等要求³⁹，大致上亦與芬蘭、奧地利不服從命令的不處罰性規定異曲同工。我國雖於 2001 年陸海空軍刑法修法時，為與國際刑法規範接軌，增列戰時長官無故遺棄傷病部屬罪、戰時攻擊醫院設施人員等罪及戰地攫取財物罪⁴⁰等部分國際人道原則之規範，但就國際刑法中，有關命令服從界限之指揮官刑事責任原則、執行命令不免責原則，甚至虐待俘虜等違反人道罪等內涵類規，並未明確，甚至未有規定；本文認為在國際刑法潮流趨勢下，參考國際法庭相關判決，將上述內容具體、明確國內法化，使官兵可以清楚瞭解命令服從之界限，不失為修法方向。

二、抗命罪之刑度

「軍紀是軍隊的命脈」係軍人耳熟能詳的箴言，本文並未否定，然刑罰的嚴峻通常是犯罪控制中給人印象較深的手段，並非可以和軍紀維護劃上等號，甚至難以成為軍事法益的內涵⁴¹，誠如現代刑法學之父一貝卡里爾在「犯罪與刑罰」中指出，歷史上最慘無人道的罪行往往發生在刑罰最嚴厲的國家，所以他主張的是適度、及時的刑罰，而非重罰⁴²。從本文列舉各國之法例，就抗命罪之刑度言，非戰時或敵前，原則上最重為六個月者有蒙古，一年者有芬蘭，二年者有義大利、奧地利，三年者有德國、韓國，五年者為我國，而中共原則上只有指揮官違抗命令才有處罰規定，而瑞典則無刑罰規定。另戰時（或戰鬥中、敵前）原則上最重三年者有蒙古，四年者有芬蘭，五年者有

³⁹德國軍人法第十條規定「長官只能為了職務目的，並且必須遵守國際法、法律及職權命令之規定來下命令」，第十一條規定服從義務，明示「軍人應服從長官」，惟又相對明示「對長官違反人性尊嚴及非為達成勤務目的所頒發之命令，不予遵守者，不屬於不服從命令之行爲」及「命令若構成犯罪之要件時，不得予以遵從，若下屬仍遵從該命令，在明知其命令乃犯罪，或該犯罪情況對下屬而言已極為明顯時，下屬即必須擔負刑責。」，引自陳新民，軍事憲法論（臺北，揚智出版社，2000 年 4 月）附錄二德國軍人法，頁 130。

⁴⁰陸海空軍刑法第四十三條規定「戰時長官無故遺棄傷病部屬者，處一年以上七年以下有期徒刑。因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。」、第五十五條規定「戰時無故攻擊醫院、醫療設施、醫療運輸工具或醫療救護人員者，處一年以上七年以下有期徒刑。攻擊談判代表或戰地新聞記者者，亦同。」第五十六條規定「在戰地無故攫取傷病或死亡國軍、友軍或敵軍之財物者，處一年以上七年以下有期徒刑。前項之未遂犯，罰之。」。

⁴¹楊萬郁，論軍事法益在刑法保護法益上之地位（臺北，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，2001 年 6 月），頁 35。

⁴²義大利的貝卡里爾（Cesare Beccaria）著，黃鳳譯，論犯罪與刑罰（北京，中國法制出版社，2002 年 9 月），頁 50、51。

奧地利，七年者有日本，無期徒刑者有瑞典，死刑者有韓國、義大利及我國。由此可見，無論平、戰，我國立法將軍法加諸於戰時未能服從命令之軍人最重死刑，或平時最重五年之刑度，就比較法觀，刑度上是趨重的，而此立法是否符合刑法上的罪刑均衡原則⁴³，容有進一步討論必要。本文以為，立法如何使抗命罪的刑罰與其所侵害的法益均衡，當本憲法第二十三條「比例原則」之「必要性原則」規定，在不違反或減弱抗命罪所追求之目的前提下，選擇對抗命者最輕的處罰，而絕非率以「命令服從是軍人的核心價值」為由，對於抗命者科以五年有期徒刑，甚或死刑。參考各國法例，奉行罪刑均衡原則，適度的調降抗命罪最重本刑之刑度，是值得修法深思方向。

伍、結論

科技日新月異，未來戰爭形態更為複雜，影響層面更為寬廣，殘酷程度更甚於傳統戰爭，我國雖非聯合國會員國，亦非諸多國際法之簽約國，然基於道德與義務，對於國際間共同的規範，政府一再表示將會遵守⁴⁴，軍人應該認真面對上述的案例及判決的理由，既要有所為，更要知道有所不為。邇來，國防部一再利用各項時機教育官兵有關戰爭法、武裝衝突法及國際人道法等國際法規範，然與國際刑法接軌係全面性，尤其國內制定法的配合，乃屬要務；而檢視我國軍事刑法抗命罪之規定，雖有長官職務權限範圍內且與軍事有關、過失犯處罰、不須立即執行之命令自願履行之減輕或免除等規定，且實務上對於命令必須合法⁴⁵、內容須明確，亦無爭議⁴⁶，然本罪有關成立之特定時機、實害性及其程度、犯罪形態及其刑罰的多樣性、阻卻事由、刑度等調整，尤其人道原則、指揮官刑事責任原則、執行違法命令不免責原則、違反人道罪無時效追訴限制且無法律不溯及既往原則適用等內涵類規不備情形，均應檢討改進，以符民主法治國家之實。

本文從比較觀點出發，囿於國內有限之著述，筆者學值尚淺，所提檢討與建議，是否共識，尚難定論，然拋磚引玉，目的一也；又軍旅生涯二十餘年，從事軍法教育宣導國際法庭判決時，與課袍澤，無論長官部屬，常有抱怨「如果現在上戰場，要帶的是武器和律師」，或許本文介紹，有減疑慮，目的二也；軍人違反命令而以法律科以刑

⁴³罪刑均衡原則有二部分，立法上的均衡與司法上的均衡，二者均屬重要，惟立法上的均衡是司法實現均衡的前提，本文係討論立法上的罪刑均衡。

⁴⁴詳註7，[國防部軍事新聞網站](#)。

⁴⁵刑法第二十一條第一項規定「依法令之行爲，不罰。」及第二項前段規定「依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰。」惟第二項後段亦規定「但明知命令違法者，不在此限。」。

⁴⁶同註6，謝添富、趙唏華合著陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（九），頁3、4。

罰，似天經地義，但是，當閱讀德國著名法學家古斯塔夫·拉德布魯赫「納粹主義只知道用兩條原則使其順從者，其一是軍人，其二是法律職業人，來束縛自己，即“命令就是命令”、“法律就是法律”。」⁴⁷，是面對軍人犯下與命令服從有關之罪行時，我輩軍法人更應戒慎恐懼，乃本文最後目的。

⁴⁷【德】古斯塔夫·拉德布魯赫著「法律的不法與超越法律的法」中所寫，引自舒國滢譯，法律智慧警句集，（北京，中國法制出版社，2001年10月）頁161。