

國立臺灣大學法律學院法律研究所碩士論文

Graduate Institute of Law, College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

從刑法期待可能性概念論軍職人員依上級違法命令之行為

-以〈德國邊境圍牆守衛案〉為核心探討素材-

Investigating the Issue of the Execution of Illegal Orders by

Military Personnel under the Concept of Zumutbarkeit

-Taking the “Mauerschützen” Case in Germany as Core Material-



研究生：楊皓潔

Yang, Hao-Chieh

指導教授：黃榮堅博士

Advisor : Dr. Huang, Jung-Chien

中華民國 97 年 6 月

June, 2008

# 謝辭

在寫著這篇謝辭的時候，也似乎預告著自己的求學生涯要接近尾聲了，即將要踏入社會，進入人生的另一個階段，在這二十年不算短的求學過程中，總覺得得到師長同學及朋友太多的關愛，遇到許多生命中的貴人，因為這些人的支持鼓勵，及感受到他們對自己的期許，才督促著我一直努力到現在，能有機會在這寫著這篇謝辭，藉此表達我的感謝之意。

求學過程一路走來要感謝的人實在太多，高中時的班導師白繼尚老師是影響我很深的一位人師，從他身上我看到一個作為老師的典範，他對學生的用心及對教育的熱誠，對於我的人生觀有很深刻的指引作用，另一位要感謝的高中老師是謝麗雪老師，從高中大學到研究所一路走來，老師對我總是正面地肯定鼓勵，也總是對我有很高的期許，這些都是督促我不斷努力向上的動力。上大學進入法律領域後，在許玉秀老師的啟蒙下，開啟了自己對刑事法律的興趣，也許是因為自己對於有關人性的事物較感興趣，所以與人性息息相關的刑法就深深的吸引了我這個剛入門的法律初學者，甚至在大一的時候，就立定志向未來要專攻刑事法律這個領域，之後在刑法的學習上，受到黃源盛教授、林俊益法官、何賴傑教授、林鈺雄教授等老師的教導，更堅定了自己以刑法作為自己未來專研領域的目標。研究所考試幸運地考上台大法研所，在法研所中，李茂生老師讓我對法律有了不同的思維，指導教授黃榮堅老師對於刑法嚴謹的治學態度及對人生不佞不求的風範，都引領我往習法的另一個層次提升，尤其要感謝指導教授黃榮堅老師，從研一開始選修老師的課，在課堂上老師總是會以生活中的一件小事來告訴我們人生的一些根本道理，在做學問上，老師也總是鼓勵我們勇於去思考，提出自己的見解，投入老師門下後，跟著老師做研究計畫及寫論文時跟老師討論的過程中，在思考上得到老師很多的引導及啟發，而每次討論結束後，老師對我的支持及鼓

勵，總是讓我有一種很深刻的感動，所以說若自己未來在刑法的領域有些什麼貢獻的話，最要感謝的兩個人，一個是自己的刑法啟蒙師許玉秀老師，另一位就是我的指導教授黃榮堅老師。

在人生的道路上，除了師長的引導外，對我而言很重要的就是來自於同學朋友一起奮鬥彼此支持的力量，首先是高中時的好友嘉倫及俊劭，雖然上大學之後，彼此聯絡及見面的機會不多，但一旦見面總是能夠天南地北的談人生、談未來，對我而言你們是我我人生中很重要的一股支持的力量；大學時的好友柏良、仁杰及信翰，因為大一參加法辯隊而與你們結緣，至今仍然懷念的是當時我們為了準備辯論比賽而在政大的綜合大樓研討室中徹夜討論攻防論點，及討論完一起去吃宵夜的那段並肩奮戰的美好時光，之後的大學生活也因為有你們，讓我從不後悔當初選填大學志願時做了一個與一般人不同的決定；進入台大法研所後，才發現真得是人外有人、天外有天，研究所的育傑、柏翔、伯洋、長成、凱平等，從你們身上發現有太多值得我學習的地方，也知道自己有許多應該努力的不足之處，另外要謝謝同門的學妹若蘋及瑛琦，謝謝你們對於我論文發表會的協助及在我寫論文的過程中對我的支持及鼓勵；還有要感謝大學時研究所讀書會的夥伴、研究所時國考讀書會的夥伴及雅琳，因為有你們，讓我在準備考試的歲月中，知道自己是不孤單的，是有人與我並肩奮戰的；另外要感謝政大 24 家的家人、律訓的朋友（特別要謝謝詠惠，在司訓百忙之中，還答應幫我處理論文摘要英文翻譯部分的工作）及河山學舍的室友，因為有你們，讓我的大學及研究所生活更多采多姿，且充滿了美好的回憶。

對於這本論文的完成，有幾位是我想要提出來特別感謝的人，首先是口試委員李建良老師及李聖傑老師，李建良老師提供我許多與我論文主題相關的參考資料，且在繁忙的研究及教學生活中，仍願意抽空來解答我閱讀德文文獻資料上的疑惑，讓我銘感在心，而李聖傑老師則是因為研二時擔任老師夜間部的課輔助理

而與老師結緣，在當時就常有機會與老師針對一些刑法上的問題做深入討論，在論文口試時有幸邀請老師擔任口試委員，口試時發現老師很用心的看過我的論文，且在口試時給了我很多論文方面的建議，讓我覺得獲益良多；第二位想要特別感謝的是侑廷，雖然我們這輩子同校十年，也當了將近七年的同學，但是在你當兵回來再住進河山後，才跟你有比較多的互動，尤其是研究所這最後的一年，一聲謝謝都不足以表達我對你的感謝之意，從你身上我學到如何生活得更有樂趣，以及在人際上該如何拿捏及釋懷，另外最要感謝你的是在我研究所這最後一年面對感情上挫折而深感痛苦及折磨時，你總是以一個傾聽的角色默默陪伴支持我，讓我能夠慢慢走出來，而我的人生也因而有了不同的可能性；第三位要特別感謝的是鈞翔，雖然與你在很多事上的見解及立場不同，但在法律的學習及研究路上，因為有你一起學習討論，讓我得到很多的啟發及成長，尤其在研究所這最後一年撰寫論文的時光中，因為有你一起為彼此的論文努力奮戰，讓我能夠更有動力，也期望在將來的司法官訓練中，能繼續與你彼此激勵扶持；最後要特別感謝的就是我的父親及母親，謝謝你們從小提供我一個充滿愛的成長環境，讓我能夠幸福快樂的成長，你們在我人生道路上的支持及鼓勵是我能夠充滿自信前行的最重要一股力量，如果我的人生未來有任何成就的話，一切榮耀都要歸於你們，因為沒有你們就沒有今天的我，也僅以此本微薄的學術研究成果獻給你們，謝謝你們對我的包容與支持。

# 摘要

本文認為行為人行為是否具有期待可能性最核心的判斷標準應為：「是否行為人當時之處境，幾乎所有與行為人同類型之人立於行為人之處境皆無可能為法所期待之行為，若肯定的話，就可認為行為人為適法行為無期待可能性，即於行為人處境之下，行為人對於該違法行為之反對動機遠小於行為動機時，則可認定行為人為適法行為不具有期待可能性」。在德國邊境圍牆守衛案中，邊境守衛是處於一個完全異於現代民主社會價值觀之極權社會中，基於當時東德整個政治生活環境氛圍，政府對人民強力為政治意識型態灌輸及形塑對於西德資本主義社會的敵對態度，再加上邊境守衛從小所接受的社會主義教育，一再強調對國家政府忠誠的重要性，而灌輸其叛逃的人民是國家及全體人民公敵的概念，另外考量到極權政府下軍隊中之個人所具有的反抗可能性，應認為東德邊境守衛當時所為的射殺行為，雖然依據理性的行為標準，應被評價為不法行為，但在評價行為人責任時，考慮到行為人當時所處之時代環境係極端異於現今價值觀之環境，且行為人在軍事組織中係處於最底層無任何決斷權力之執行國家指令的角色，應認為行為人在當時不為射殺行為之行為反對動機應遠低於為射殺行為以阻止人民逃亡之行為動機，因而應認定行為人在當時脈絡下欠缺為合法行為之期待可能性，其射殺行為若無行為人本身特殊可期待情形的話，應認為行為人之行為欠缺期待可能性而得阻卻刑事責任。

關鍵字：期待可能性、邊境圍牆守衛案、柏林圍牆射殺案、軍職人員、依上級命令行為。

# Abstract

The conclusion of this thesis will be as follows. The standard to estimate the “Possibility of Expectation (Zumutbarkeit)” under the Criminal Law should be “when people at the point of the time to act, the incentive not to offend the Criminal Law is much smaller than the incentive to take that action, and we can’t expect people to take that legal action. We can affirm that to expect people taking a legal action at that point is impossible.” According to the “Mauerschützen” Case in Germany”, under the milieu of East Germany totalitarian despotism where the nation strongly implanted ideology concept to their people, the frontier guard received socialism education which accentuated the importance of loyalty to their nation. In addition, the frontier guard in the military was at the lowest position and had no right or power to make any decision. Therefore, when we think about the milieu at that time and the frontier guard’s position in the military, the action to shoot the escaped citizens should be considered that the action didn’t offend the Criminal Law because there was no “Possibility of Expectation (Zumutbarkeit)” to ask the frontier guard to take a legal action not to shoot the citizens.

Key words : Possibility of Expectation (Zumutbarkeit) , Mauerschützen , Military Personnel , the Execution of Orders.

# 目 錄

第一章 緒論 .....	1
第一節 研究動機與問題意識.....	1
第一項 研究動機.....	1
第二項 問題意識.....	2
第二節 研究範圍與論文架構.....	2
第一項 研究範圍.....	2
第二項 論文架構.....	3
第二章 德國邊境圍牆守衛案(Mauerschützen) .....	5
第一節 基礎事實背景.....	5
第一項 東德邊境設施情況.....	5
第二項 射擊武器使用的法律基礎.....	5
第三項 邊境守衛所受之政治灌輸.....	6
第四項 執行邊境崗哨前之值勤指令.....	7
第五項 致逃亡者於死或讓其逃亡成功對邊境守衛之影響.....	7
第六項 東德居民及邊境守衛對於邊境制度的看法.....	8
第二節 第一則邊境圍牆守衛案判決 (BGHSt 39,1) .....	8
第一項、案件事實.....	8
第二項、關於守衛刑事責任之法院判決見解.....	9
第三節 第二則邊境圍牆守衛案判決 (BGHSt 39,168) .....	10
第一項、案件事實.....	10
第二項、關於守衛刑事責任之法院判決見解.....	12
第四節 第三則邊境圍牆守衛案判決 (BGHSt 40, 241) .....	13
第一項、案件事實.....	13
第二項、關於守衛刑事責任之法院判決見解.....	14
第五節 聯邦憲法法院邊境圍牆守衛案判決見解 (BVerfGE 95, 96) .....	15
第六節 法院判決見解之學說評析.....	16
第一項 依上級命令之行爲.....	16
第二項 禁止錯誤.....	18
第七節 小結.....	20
第三章 從行政學、組織社會學與社會心理學之角度分析服從行爲 .....	23

第一節 從行政學與組織社會學的觀點探討科層組織中之個人.....	23
第二節 服從權威之社會心理學實驗.....	26
第一項 實驗基本設計與進階變化實驗.....	26
第一款 實驗基本設計.....	27
第一目 招募實驗參與者.....	27
第二目 實驗地點與參與人員.....	28
第三目 實驗進程序.....	28
第四目 實驗後的面談與詢問聽取.....	32
第二款 進一步變化與控制之實驗與實驗結果.....	32
第一目 遙遠無聲回應實驗.....	33
第二目 聲音回應實驗、靠近實驗、肢體碰觸實驗.....	33
第三目 實驗環境與學習者身體狀況變化實驗.....	37
第四目 實驗者與學習者個人特質變化實驗.....	37
第五目 實驗者遠離實驗.....	38
第六目 女性作為實驗對象實驗.....	38
第七目 學習者附加參與條件實驗.....	39
第八目 實驗地點改變實驗.....	40
第九目 實驗對象自由選擇電擊強度實驗.....	41
第三款 權威者身份地位改變之實驗.....	41
第一目 實驗者與學習者要求逆轉實驗.....	43
第二目 普通人扮演實驗者給予命令實驗.....	44
第三目 實驗者與學習者角色互換實驗.....	44
第四目 雙重權威實驗.....	45
第四款 團體影響之實驗.....	47
第一目 實驗對象同儕反抗權威實驗.....	47
第二目 實驗對象不親自施加電擊實驗.....	49
第二項 服從權威原因之分析.....	49
第一款 服從權威之內外在因素.....	50
第一目 階級制度的存在.....	50
第二目 神經機械學（Cybernetic）的觀點.....	51
第三目 可變性（Variability）因素.....	52
第四目 家庭.....	53
第五目 制度組織環境.....	54
第六目 獎賞制度.....	54
第二款 服從權威者心理機制之分析.....	55
第一目 服從之在前條件.....	55
第二目 代理人狀態.....	57
第三目 黏合要素.....	59



第三節 服從權威實驗之學說評析.....	61
第四節 小結.....	66
<b>第四章 軍職人員服從義務之探討 .....</b>	<b>69</b>
第一節 公務員服從義務之界限.....	69
第一項 公務員概念之界定.....	70
第一款 學理上之公務員概念.....	70
第二款 我國現行行政法規上之公務員概念.....	70
第三款 我國現行刑法上公務員概念.....	71
第二項 命令概念之界定.....	73
第三項 公務員服從義務之界限.....	75
第四項 公務員服從義務規範之外國立法例.....	77
第一款 德國公務員服從義務規範.....	77
第二款 奧地利公務員服從義務規範.....	78
第三款 日本公務員服從義務規範.....	79
第五項 我國現行法公務員服從義務規範之評析.....	80
第二節 軍職人員服從上級命令之界限.....	81
第一項 軍隊組織之特性.....	81
第二項 軍人之角色功能.....	82
第三項 軍人服從義務之法律規範.....	83
第一款 德國法之規範.....	83
第二款 我國法之規範.....	86
第四項 軍人服從上級命令之界限.....	87
第三節 小結.....	89
<b>第五章 軍職人員服從上級違法命令行為之期待可能性評價 .....</b>	<b>93</b>
第一節 違法性階層之評價.....	93
第一項 依上級命令之行為.....	93
第二項 義務衝突.....	99
第三項 強制性緊急避難.....	101
第二節 期待可能性之評價.....	103
第一項 罪責原則與罪責內涵.....	103
第二項 期待可能性.....	108
第一款 期待可能性概念之發展歷史.....	108
第二款 期待可能性之體系定位.....	112
第三款 期待可能性之適用範圍.....	114

第四款 期待可能性之判斷標準.....	118
第三項 東德邊境守衛依上級命令行爲之期待可能性評價.....	122
第三節 小結.....	126
第六章 結論 .....	127
附記 本論文後續相關待研究之議題.....	131
參考文獻.....	132



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與問題意識

### 第一項 研究動機

在現代國家中，公務員擔任執行國家任務之重要角色，而為了有效率地達成公務，公務體系通常被設計成上命下從之科層體制，除了少數具有憲法保障得獨立執行職務之公務員（例如法官）外，從命令的層面而言，下級公務員對於上級公務員之命令必須加以服從；從法律的層面而言，不論上下級公務員，基於依法行政原則，對於立法機關所制訂之法律必須加以執行，在法律或命令未違背基本人權或未有任何實質違法性的情形下，公務員所為的職務行為，即使屬於該當刑法構成要件之行為，基於法秩序一體性原則，該等職務行為最後並不會被評價為刑法上之犯罪行為，但若上級公務員之命令具有實質違法性，或者甚且公務員執行之法律本身即屬於違反基本人權或違憲之法律，為該等職務行為之公務員究應如何在刑法上被評價即為一值得探討之命題。

在公務體系中，又屬軍隊體系為最嚴格要求上命下從之科層組織，在一般公務體系中，下級公務員若不服從上級公務員之命令，可能頂多受到行政上之懲處，但在軍隊中，下級軍職人員若不服從上級之命令，尚可能構成軍刑法中的「抗命罪」，而會被科處刑罰，其背後考量之原由為軍隊之任務為保衛國家安全，抵禦外來侵犯，若要能順利達成此任務，則必須透過一個有效的指揮體系，及配合對軍職人員之服從教育，始能完全發揮軍隊之機能，因此在軍隊這樣一個如此強調絕對服從之科層組織中，若上級軍職人員之命令違反法令，或甚至違反基本人權與國際法之規範時，下級軍職人員究竟應何所適從，即為一值得探究之問題。

在一次研討會中偶然地聽聞到德國過去一個著名的案件-**邊境圍牆守衛案 (Mauerschützen)**，該案件涉及東德時期的邊境守衛因服從上級之命令射殺企圖

從東德逃往西德之人民，而於兩德統一後，皆因其當時服從上級命令之行爲而被判刑，在聽聞這樣一個案件的當時，立刻讓我思考到的問題是，若當時自己是那些被命令射殺逃亡人民之邊境守衛，我是否有能力、機會或勇氣去拒絕服從這樣的一個上級命令，尤其還必須將當時的政治氛圍與該時代的意識型態灌輸考量進來的話，我很難肯定自己有足夠的道德勇氣去反抗這樣一個命令，但在該案件中，那些邊境守衛最後皆被認定應負刑事上之責任，對其當時行爲如此評價的結論，讓我不禁反思到這樣的結論是否有考量到期待可能性的問題？以及是否真正符合罪責原則的要求？這些疑惑讓我興起探討這樣一個問題的動機。

## 第二項 問題意識

在軍隊體系中的下級軍職人員，即使明知其依上級命令之行爲違反基本人權或人性尊嚴，但在軍隊如此嚴格要求上命下從之科層體系中，該等下級軍職人員不過爲軍隊體系下的一個執行者，其並無足夠的力量去拒絕執行該等實質違法之命令，甚且拒絕執行該命令尚可能造成下級軍職人員本身身家性命財產之危難時，我們該如何去合理評價該等下級軍職人員依上級命令之行爲？

本論文對於下級軍職人員依上級命令之違法行爲所產生之問題意識，主要係聚焦於期待可能性問題之探討，即針對在刑法犯罪階層評價體系中具有違法性之依上級命令行爲，來探究其是否有依期待可能性概念阻卻罪責之可能性。

## 第二節 研究範圍與論文架構

### 第一項 研究範圍

若將不法評價之重點標準置於「理性行爲標準之判斷」的話，在德國邊境圍牆守衛案之案例事實中，當時東德邊境圍牆守衛射殺逃亡人民之行爲，無論如何都難以認定其符合理性行爲之標準，因此本論文針對德國邊境圍牆守衛案案例事實不法評價部分的探討，僅將數個與本案案例事實有相關性之阻卻違法事由提出

做初步之探討，全論文之探討焦點則主要集中於刑法有責性評價的部分。

針對德國邊境圍牆守衛案案例事實之有責性評價，本論文研究範圍限於從刑法期待可能性的角度來探究下級軍職人員依上級命令之違法行為的刑法評價問題，在論證過程中，將引用探討社會學及社會心理學相關文獻資料，來充實在本論文主題下期待可能性之內涵。

在參考文獻方面，因限於研究時間及語文能力之限制，僅參考中文、英文及德文相關之文獻資料。

## 第二項 論文架構

在第一章緒論中，將提出本論文之研究動機、問題意識、研究範圍及論文架構。

在第二章中則介紹德國邊境圍牆守衛案基礎事實背景，並採擇三則德國邊境圍牆守衛案普通法院判決及一則德國聯邦憲法法院判決，加以介紹其中之案例事實與法院關於刑事責任部分的判決見解，以及介紹德國學說上對於德國邊境圍牆守衛案法院判決見解之評析。

在第三章中將分別從行政學、組織社會學與社會心理學之角度，來探討科層組織之運作，組織中之個人及組織中個人行為內在之心理運作機制，其中將著重於介紹社會心理學者 Stanley Milgram 的服從權威實驗 (Obedience to Authority)。

在第四章中將進入對於下級軍職人員依上級命令行為法律層面上的探討，首先說明關於公務員服從義務方面的問題，之後再將焦點聚焦於下級軍職人員服從上級命令之界限。

在第五章中將首先就刑法犯罪階層判斷體系違法性階層內，關於軍職人員服從上級命令之構成要件該當行為，所可能構成之阻卻違法事由作一簡單之探討。然後接著以刑法罪責原則概念為基礎，從刑法犯罪判斷階層體系有責性階層中期待可能性的角度，來探究下級軍職人員依上級命令之違法行為的期待可能性評價問題。

在第六章中則綜合摘述本論文前五章探討之重點，然後提出本論文之結論觀點。



## 第二章 德國邊境圍牆守衛案(Mauerschützen)

### 第一節 基礎事實背景

於東西德統一之前，在東德的兩德邊境處有為數眾多的人們因射擊武器、地雷及自動射擊設備的使用而受傷或喪命，根據官方統計數據，至少有 264 件死亡案件。在兩德統一之後，不僅當時直接為射擊行為之邊境守衛因這些事件而被起訴，東德國家及軍隊領導階層的成員也因策動這些行為及建構與維持邊境制度而被追究，且邊境守衛的上級長官亦因傳達命令而須負責<sup>1</sup>。

### 第一項 東德邊境設施情況

東德的邊境設施情況如下：在東柏林距離東西柏林邊境五公里之處設有一道圍牆，在該圍牆與東西柏林邊境圍牆間約五公里的範圍為封鎖區域，在此區域內廣設有信號柵欄、觀察塔、監視巡邏隊、機動車封鎖溝渠等，另外在此範圍內的許多區段佈有地雷及自動射擊設備<sup>2</sup>。

### 第二項 射擊武器使用的法律基礎

自從東德將兩德分界線封鎖後，東德邊境的法律狀態即透過法律條文加以規定，東德人民出境的權利自此受到限制。從 1954 年開始，依照東德出入境法（**Paßgesetz**）第八條規定<sup>3</sup>，未經許可之出境行為具有可刑罰性。在 1968 年，這條規定由於新東德刑法之生效而被東德刑法第 213 條非法逾越邊境罪<sup>4</sup>所取代<sup>5</sup>。

<sup>1</sup> Rummler, in : Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht Eine Bilanz, 1999, S. 8.

<sup>2</sup> Rummler, in : Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht Eine Bilanz, 1999, S. 9.

<sup>3</sup> 東德出入境法第八條：「未經允許離開德意志民主共和國領域前往他國，得處以三年以下有期徒刑」。

<sup>4</sup> (1)1968 年東德刑法第 213 條第 1 項：「非法侵入德意志民主共和國，或非法滯留其中...，或未經國家允許而離開德意志民主共和國領域者，...得處以二年以下有期徒刑或緩刑、罰金或公開譴責」；第 2 項規定加重非法逾越邊境罪得處以五年以下有期徒刑；第 3 項規定本罪之預備及未遂罰之。

(2)1979 年東德刑法第 213 條第 1 項：「非法逾越德意志民主共和國邊境，或基於暫時停留於德意志民主共和國境內之目的及過境之目的，而侵犯德意志民主共和國邊境者，得處以二年以

東德在憲法規定方面，1949 年的東德憲法分別在第八條及第十條第三項，保障人民之居住自由權及遷徙自由權，1968 年東德憲法則係在第 32 條賦予人民遷徙自由權，但從 1974 年 10 月 7 日開始，憲法條文僅明文賦予人民在東德境內之遷徙自由權。東德人民出境自由是極端受限的，總是無任何理由即被禁止出境<sup>6</sup>。

出境的限制在東德邊境透過武力之使用而被貫徹。在邊境使用射擊武器之具體規定在 1982 年邊境法制訂前，都是不透明而諱莫如深的。1982 年公布的邊境法在第 27 條<sup>7</sup>特別針對東德的逃亡者規定射擊武器使用的規範。除了邊境法之外，其實關於射擊武器的使用，在當時東德尚存在有許多非正式的指令<sup>8</sup>。

### 第三項 邊境守衛所受之政治灌輸

東德邊境守衛係在社會主義思想及與此相應對於西德及其人民的敵對意識中成長，且於接受教育訓練時，被強烈施予意識型態之灌輸，其在政治課程中被灌輸：「一般的東德人民出境之可行途徑為提出出境申請，未經允許而欲離開東德者，必是罪犯或國家之叛徒，如此的逾越邊境行為必須被阻止；還有，西方資本主義的煽惑者部分會與源自東德的邊境侵犯者，協力合作對東德的邊境崗哨及

---

下有期徒刑或緩刑、拘役或罰金」；第 3 項：「犯本條之罪而具有下列情形之一者，得處以一年以上八年以下有期徒刑：1.危及他人生命或健康；2.攜帶武器或使用具有危險性之手段或方法為之；3.主觀具有強烈實行之意圖；4.透過偽造證件(§ 240)、假造證明(§ 242)或濫用證件為之；5.與他人共同為之；6.行為人已曾因非法逾越邊境而被處以刑罰」；第 4 項：「預備及未遂罰之」。

<sup>5</sup> Rummler, in: Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht Eine Bilanz, 1999, S. 8.

<sup>6</sup> Rummler, in: Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht Eine Bilanz, 1999, S. 8.

<sup>7</sup> 東德邊境法第 27 條第 2 項：「為了阻止重罪之犯行的即將實行或繼續實行，射擊武器之使用係被允許」。

<sup>8</sup> Rummler, in: Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht Eine Bilanz, 1999, S. 8.



邊境設施進行武裝攻擊」<sup>9</sup>。

#### 第四項 執行邊境崗哨前之值勤指令

「值勤指令」(Vergatterung)係指在守衛出勤之前，由上級長官所下達關於值勤應遵守事項，包括值勤地點、範圍、權限、口令等，Vergatterung 一詞係源於早期軍隊制度，在值勤之前將士兵關在(vergatterert)一定處所，使其收心，以便冷靜執行任務<sup>10</sup>。在東德邊境守衛每次值勤前對其所為之「值勤指令」的核心陳述為：「逾越邊境的行為無論任何情況下皆不被允許，邊境侵犯者應被逮捕或殲斃」，因而產生一個簡單的口號為：「寧可致逃亡者於死，也不應讓其逃亡成功」。雖然在兩德統一前的最後幾年，守衛不再被要求去殲斃逃亡者，只應射擊逃亡者之腳部使其無力逃亡即可，但另一方面在值勤指令中仍一般性地促使守衛產生無論如何都應該阻止逃亡者逾越邊境的想法，同時守衛由其上級長官處隱約獲得致逃亡者於死是被容許的想法，在守衛士兵的概念中，一個已死的逃亡者，總是比一個成功的逃亡者為佳<sup>11</sup>。

東德邊境守衛士兵在面對有人逾越邊境逃亡的情況時，通常為下列處置行為：呼喊逃亡者要求其停止逃亡行為→企圖追上逃亡者腳步→為警告性射擊→單發瞄準射擊逃亡者腿部(若有必要時多次)→進一步射擊，於萬不得已時擊斃逃亡者，直到阻止逃亡為止<sup>12</sup>。

#### 第五項 致逃亡者於死或讓其逃亡成功對邊境守衛之影響

東德邊境守衛為阻止逃亡者逃亡而擊斃逃亡者時，並不會因其射擊行為而有

<sup>9</sup> Rummler, in: Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht Eine Bilanz, 1999, S. 10.

<sup>10</sup> 李建良，「轉型不正義？-初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判」，載於月旦法學雜誌第 148 期，2007 年 9 月，第 8 頁註 13。

<sup>11</sup> Rummler, in: Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht Eine Bilanz, 1999, S. 9.

<sup>12</sup> Rummler, in: Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht Eine Bilanz, 1999, S. 10.

任何不利之後果，不會因而進行對於該邊境守衛的處理與調查程序，射擊武器的使用最終總是被認為是合法的。一個邊境守衛於成功阻止逃亡者逃亡之後，總是會被表揚及獎賞，並獲得勳章及獎金，並且隨之得到晉升；反之，邊境守衛若拒絕執行命令或不完全執行命令，例如引人注目的未擊中目標，將會遭受懲戒或刑罰之處罰，邊境守衛普遍都擔心若不執行軍事命令會被處以高度自由刑及被送入惡名遭彰的軍事監獄中<sup>13</sup>。

## 第六項 東德居民及邊境守衛對於邊境制度的看法

大部分的東德人民並不贊成於邊境使用射擊武器，即使是邊境守衛也力求於值勤時，以「白色的手套」(weißen Handschuhen)完成勤務，也就是希望未遭遇任何逾越邊境之逃亡事件而對人民為射擊行為<sup>14</sup>。

### 第二節 第一則邊境圍牆守衛案判決 (BGHSt 39,1)

#### 第一項、案件事實

被告 W 與 H 是東德時期柏林圍牆邊境守衛隊的成員，W 是一位下級軍官及由兩個人所組成崗哨的哨長，H 則是一位被派任駐守柏林圍牆的士兵。S 是一位二十歲的東德人民，當其在 1984 年 12 月 1 日凌晨 3 點 15 分正要攀越 Pankow 區的圍牆往 Wedding 區的方向逃亡時，在柏林圍牆旁被 W 及 H 射擊。

在對 S 射擊前，W 呼喊要求 S 站住並發射警告性射擊，之後從距離 S 一百五十公尺處的崗哨塔對 S 射擊，在 S 浮出水面時，H 基於 W 的命令而離開崗哨塔，在距離 S 約一百一十公尺處射擊 S，當 S 正要登上倚靠在圍牆上之梯子時，被被告自動步槍之射擊擊中，當 S 一隻手已攀置於圍牆頂端時，W 射擊 S 之背

<sup>13</sup> Rummler, in : Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht Eine Bilanz, 1999, S. 11.

<sup>14</sup> Rummler, in : Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht Eine Bilanz, 1999, S. 12.

部，該射擊係 S 死亡之原因，S 雖亦遭 H 射中膝蓋，但該傷口對於 S 的死亡不具有重要性。

依據東德邊境法第 27 條第 2 項第 1 句規定，當邊境守衛爲了阻止屬於重罪的繼續性犯罪行爲，使用射擊武器是合宜適當的。直接接觸柏林圍牆違反當時東德刑法第 213 條非法逾越邊境罪，在大部分該類案件中，根據同法第 213 條第 2 項被評價爲重罪而處以 2 年以上有期徒刑。

在邊境守衛每次執行其守衛任務前，都會進行集合以使其瞭解其職責之訓話，透過此過程來使邊境守衛再一次認知其被賦予之任務，而執行守衛任務前的值勤命令（Vergatterung）表達一個核心原則是：絕不容忍違法逾越邊境的行爲。值勤命令要求邊境守衛在發現逾越邊境之行爲時進行下列行爲模式：呼喊要求逃亡者停止逾越邊境行爲→警告性射擊→假如有必要的话多次性地瞄準逃亡者腿部射擊→進一步射擊，在不得已時槍斃逃亡者以阻止其逃亡。簡而言之，依照命令所指示的核心原則是：寧可致逃亡者於死也不能使其逃亡成功<sup>15</sup>。

## 第二項、關於守衛刑事責任之法院判決見解

本案的聯邦普通法院法官於判決中認爲被告基於命令所爲的殺人行爲，缺乏顯著的阻卻違法事由，而確認了該殺人行爲的違法性，接者在被告刑事責任的判斷上，雖然東德當時的註釋書有見解認爲若被告並未積極地認識到其執行的命令係違反刑法規定，即可阻卻刑事責任，但法院認爲這樣的見解與東德當時的法律文義是不相符合的，依照東德刑法第 258 條第 1 項規定<sup>16</sup>，守衛士兵所執行的命令若是明顯地（*offensichtlich*）違反公認的國際法規範或者是違反刑法規定，守衛士兵仍須對其執行命令的行爲負擔刑事責任。在本案中，法院認爲依據被告已

<sup>15</sup> BGHSt 39,1= NJW 1993 , 141.

<sup>16</sup> 東德刑法第 258 條第 1 項：「軍人執行上級命令的行爲不須負擔刑事責任，除非該命令的執行明顯違反公認的國際法規範或刑法」。

知的情況，其基於命令而為的射擊行為係觸犯刑法上之殺人罪是明顯可知的（*offensichtlich*）<sup>17</sup>。

另外，在本案中法院認為對於一個手無寸鐵的逃亡者施以連續的射擊造成其死亡，無論如何都是一種恐怖且沒有任何理由足以合法化的行為，對於任何一個受過教育的人，無須進一步思考即知該行為係違反最基本的禁止殺人的誡命，所以其是明顯可知的（*offensichtlich*）<sup>18</sup>。

### 第三節 第二則邊境圍牆守衛案判決（BGHSt 39,168）

#### 第一項、案件事實

被告是柏林圍牆值崗哨的士兵，其被追究從 1989 年 2 月 5 日至 6 日間故意射殺一位東德的逃亡者既遂及故意射殺另一位逃亡者未遂。被告於 1989 年 2 月行為時係履行其在東德軍隊中的防衛職責，其被委派駐守柏林邊境的 Treptow 區及 Neukölln 區。在行為當時有兩組由兩位士兵組成的邊境崗哨，分別是被告 K 與崗哨長 E 及被告 H 與崗哨長 I。巡邏隊崗哨的組成係於執行勤務前不久始公布，崗哨組的組長有命令權。當被告 K 被其上級詢問其於邊境值勤時若遇到有逾越邊境的緊急情況是否會射擊逾越邊境者，被告 K 給予肯定的答覆。在政治教育中，邊境守衛被灌輸人民未得東德政府同意而離境的話即是犯罪及叛逃，這樣的邊境逾越行為必須被阻止。

邊境守衛士兵於入伍宣誓中被教導對命令應絕對服從，若是拒絕命令或執行命令有缺陷的話，將會遭受到懲戒或刑罰的後果，唯一的例外是當命令違反刑法或公認的國際法規範，士兵不須服從該命令（參考東德刑法第 258 條）。在每次值勤前所進行的值勤指令中，士兵被命令：「確保國家邊境不受侵犯，及在法律

<sup>17</sup> BGHSt 39,1= NJW 1993 ,141(148f).

<sup>18</sup> BGHSt 39,1= NJW 1993 ,141(149).

規定與軍事法令的基礎上，以政治上盡責、負積極性、警惕與堅決果敢的態度執行守衛任務」。另外總是一再被強調的是：逃亡者穿越邊境行為是不被允許的，無論如何邊境逾越行為應被阻止。

依據射擊規範，射擊武器的使用被稱為”最後手段”，在進行猛烈射擊之前，首先應為警告性的呼喊及發射警告性射擊，而當個別逃亡者放棄其逃亡企圖時，即不得再對其射擊。在本案中被告士兵並未具體言及在射擊時是單發射擊或連續射擊，以及射擊在身體何一部位，其僅言及在射擊逃亡者以阻止其逃亡時，依照士兵關於武器使用的討論，應射擊腳及下半身大腿的部分。一方面守衛士兵被告知阻止逃亡者逃亡只能對其腳部射擊，但卻同時一再地於值勤指令中使士兵產生逃亡越境是不被允許且無論如何越境行為必須被阻止的想法，在此情形下，許多士兵必然或可能產生的印象是致逃亡者於死總是比讓其逃亡成功為佳，因而輕視阻止逃亡之界限，使用機關槍對手無寸鐵的人射擊。事實審法官評價此事實為「陰險的雙手策略」，枱面下的命令是寧可射殺逃亡者也不願讓逃亡者逃亡成功，因此守衛士兵產生沒有任何逃亡者的逾越邊境行為是被允許的想法。

在 1989 年 2 月 5 日至 6 日的夜間，兩位 20 歲的東柏林人 G 及 A 基於個人因素共同地逃離位於 Treptow 與 Neukölln 間的東德邊境區域而被射殺。在 G 及 A 逃亡的過程中，被告 E 與 K 向其呼喊兩次：「停止！站住！」，當 G 及 A 仍繼續跑向邊境柵欄時，被告 E 即於距離 G 及 A 超過 100 公尺遠之處瞄準其腿部對其為六次的單發射擊，當被告 K 的崗哨長 E 開始射擊時，K 將此行為理解為亦命令他射擊，K 最初是單發射擊，但其不經意地將機關槍控制桿轉換為連續射擊，其發射了 3 至 4 次的連續射擊，總共射擊了 12 發子彈。當逃亡者停住欲爬過金屬圍籬卻徒勞無功，所以其繼續奔跑並企圖組成一個”強盜梯(Räuberleiter)”由 G 背對圍籬站在下面背負起 A，A 則抓住圍籬上緣企圖攀越過去，在此時點，被告 I 及 H 跑至約距離 G 及 A 39 公尺處，手上無機關槍的崗哨長 I 呼喊要求 H：

「射擊（Schieß doch）！」。被告 H 總共單發射擊三次逃亡者的膝蓋，H 的前兩次射擊射中 G 的腳，因 G 被射中後仍然站立著，H 即在近距離之下對 G 為第三次射擊，在第三次射擊時，H 透過瞄準凹槽及準心瞄準 G 的上半身，這樣的情況下 H 應有考慮到其射擊有致 G 於死的可能，而其容認此種可能性，H 的第三次射擊射中 G 之心臟，在短時間內即造成 G 之死亡。在凌晨零點十五分，醫生出現並確認其死亡，在 G 的死亡證明書上對於 G 的死亡原因的說明係以”心肌破裂（Herzmuskelzerreißung）”替代”穿心射擊（Herzdurchschuß）”。在此事件上，被告因其成功阻止逃亡者逃離邊境而得到勳章及獎金，對於被告使用射擊武器是否依據法律並未進行行政或刑事上之調查<sup>19</sup>。

## 第二項、關於守衛刑事責任之法院判決見解

本文中事實審法官認為被告 H 第三次射擊行為，於該行為前並未得到正式的上級命令，但聯邦普通法院法官認為無論如何被告 H 的第三次射擊行為，符合被事實審法官稱作”檯面下的（*unterschwelligen*）”、”促使產生想法的（*suggestierenden*）”的上級期望與表示，即為了阻止未經許可的逾越邊境行為，可對越境者為可能致命的射擊作為作為”最後手段（*letztes Mittel*）”。命令是一種特定態度的表示，由上級對下級施加服從的要求（§ 2 Nr.2 WStG），命令的前提要件是下級將特定的軍事上服從反應視為對自己的要求（Schölz-Lingens, WStG, 3.Aufl.(1988), § 5 Rdnr.9）。在這種意義下，邊境守衛士兵認知到在任何情況下都必須阻止越境者之未受允許的越境行為，這樣的印象透過對於施加射擊的士兵不進行懲戒與刑事調查，反而對之嘉獎，給予報酬，甚至部分士兵因而獲得拔升而加強，因此被告的第三次射擊行為應是基於明確的命令要求而為<sup>20</sup>。

關於被告 H 是否陷於禁止錯誤的問題，事實審法官認為被告有機會思考及

<sup>19</sup> BGHSt 39,168=NJW 1993, 1932(1932f).

<sup>20</sup> BGHSt 39,168=NJW 1993, 1932(1936).

瞭解死亡射擊在法律上的容許性問題，該行為違反刑法這個事實是一清二楚的，一般士兵立於被告的資訊基礎上，皆不須進一步思考即可輕易瞭解該行為違反刑法。另外，從被告的出身及教育背景來看，雖然其受到政治上意識型態的灌輸，但同樣地其也有充分地獲得關於正義及人道的概念，其中禁止殺人即屬於倫理學的核心價值。因此事實審法官認為雖然被告 H 對命令違反刑法可能未有積極的認識而陷於禁止錯誤，但該行為違反刑法是明顯可知的，因此被告並無法依德國陸海空軍刑法第 5 條第 1 項<sup>21</sup>阻卻罪責，即被告的禁止錯誤依德國刑法第 17 條是可避免的<sup>22</sup>。聯邦普通法院法官亦認同事實審法院法官的見解<sup>23</sup>。

事實審法官考慮到被告的法意識在學校、群眾團體及政治課程中已被扭曲，而認為其行為非犯罪行為可以不用被追究責任，因此減輕被告的刑罰，其認為被告完全處於軍事階層組織的最下級，某種程度上也是邊境制度的犧牲者。

#### 第四節 第三則邊境圍牆守衛案判決 (BGHSt 40, 241)

##### 第一項、案件事實

被告 W 是東德邊境守衛隊的成員及 35 軍團海軍連隊的成員，該連隊負責守衛鄰近 Schilling 橋的柏林邊境管制區，該處屬於東柏林的 Spree 水域，對岸則是屬於西柏林的 Kreuzberg 區。被告在 1972 年 2 月 14 日至 2 月 15 日間的夜晚，與士兵 K 及其崗哨長共同組成邊境守衛連。29 歲的 E 在當天晚上約 10 點 30 分時悄悄地往 Kreuzberg 岸的方向游去，當被告發現時，E 已經游到河中間，在兩位守衛士兵呼喊要求其停止其行為而其仍未停止的情況下，被告在距離 E 約 40 公尺處對 E 射擊，在第一次警告性射擊仍無法阻止越境者時，其立刻接著為進


<sup>21</sup> 德國陸海空軍刑法第 5 條第 1 項：「依上級命令而實行該當刑法構成要件且違法行為之下級軍官，只有在其認識到其行為係違法或依其已知的情況該違法行為係明顯可知時，始須負擔刑事責任」。

<sup>22</sup> 德國刑法第 17 條：「行為人於行為時未認識其行為之違法性，如該錯誤係不可避免，則可阻卻罪責。如該錯誤係可避免，則得對其依刑法第 49 條第 1 項減輕刑罰」。

<sup>23</sup> BGHSt 39,168=NJW 1993, 1932(1936f).

一步射擊，而兩位守衛皆有認知到其行為可能致越境者死亡並容認其發生。最後，越境者被射擊中頭部而溺斃水中，究竟是哪位守衛發出那發致命性射擊並不清楚。在隔天下午 3 點左右，潛水夫在 Schilling 橋邊發現 E 的屍體，為了避免事件經過被西柏林政府察覺，其將水面下的屍體運送至在 Schilling 橋下等待的小艇中，死者遺孀在一週後接到失蹤報告，四週後其接到警方的通知，告知其丈夫的屍體在 Sinsel 博物館旁被找到，經指紋確認是其丈夫且已經將屍體或火化，而死亡原因係自殺。在該事件發生後隔天，被告及士兵 K 獲得功勳獎章及 150 馬克的獎金。

在邊境守衛每次值勤前，皆會對其為值勤指令的宣示，值勤指令的內容係與國防部命令編號 DV-30/10 中第 89 號令相一致，其內容為：「邊境守衛隊...保護國家邊境...其任務為阻止非法越境，暫時拘捕或殲斃越境者，並毫無條件地確保國境安全」<sup>24</sup>。



## 第二項、關於守衛刑事責任之法院判決見解

本文中事實審法官認為要求殲斃非法越境者之命令係違反刑法規定，雖未認定被告有認知到命令違反刑法，但事實審法官認為這種情況違反刑法係明顯可知的 (offensichtlich)，且認為被告並不符合阻卻罪責緊急避難之要件，亦不存有不可避免的禁止錯誤之情形，因此被告 W 的行為是有責的。

本案的聯邦普通法院法官提到雖然被告行為當時東德既未加入公民政治權利國際公約 (IPBPR)，守衛士兵亦未有機會接受有關人權題材的課程，但對於手無寸鐵的非法越境者施以連續射擊，無論如何，都是一種可怕而沒有任何理由可以加以合理化的行為，對於任何一個受過教育的人來說，可以立即認知到此乃違反最基本的殺人誡命，亦即，其為明顯可知的 (offensichtlich)。另外聯邦普通

<sup>24</sup> BGHSt 40,241=NJW 1994, 2708.



法院法官認為事實審法官關於被告罪責的判決論述經得起客觀上的法律檢驗，而關於禁止錯誤及其可避免性的論述則與 BGHSt 39,168 判決中所表達的見解相一致<sup>25</sup>。

### 第五節 聯邦憲法法院邊境圍牆守衛案判決見解（BVerfGE 95, 96）

德國聯邦憲法法院針對一名邊境守衛及三名政府高級官員，以聯邦普通法院的二則判決是否違憲為憲法訴願標的所提起之憲法訴願，聯邦憲法法院的八位法官全體一致作成裁定，駁回憲法訴願<sup>26</sup>。

關於邊境守衛罪責部分的判決見解，聯邦憲法法院首先一般性的論述「無責任無刑罰」（*nulla poena sine culpa*；*Keine Strafe ohne Schuld*）之罪責原則具有憲法位階，其基礎在於法治國原則及尊重人性尊嚴之要求，然後接著提到行為人若為另一不復存在之法律暨社會秩序所陶鑄，且在不同層面上施行被譴責的行為時，受到命令及服從系統的拘束，例如本案，則在確認罪責時，應格外謹慎，另外東德國家實務透過國家的權威擴大了合法化事由，並且讓守衛士兵如此認知，從而士兵是否毫無懷疑地可認知到系爭行為的違法性，非無疑問，單單以嚴重侵害人權之客觀存在，即認定士兵明顯可以認知到系爭行為之違法性，從罪責原則的觀點而言，殊不足採，於此應考量到個別軍人受教育、被灌輸思想的過程及其他情況，其如何可以毫無懷疑地認知到系爭行為違反刑法，就此觀點而言，刑事法院於原審程序中，並未討論此一問題。論及於此，似乎隱約可認為聯邦憲法法院結論上會裁定普通法院針對邊境守衛所為之罪責判斷結論違憲，但聯邦憲法法院在判決中認為刑法上罪責的確認及系爭規定之解釋，首要是刑事法院的任務，聯邦憲法法院僅審查罪責原則是否被考量，以及在解釋及適用刑法時，罪責原則的內涵是否被根本地忽略，至於具決定性之觀點是否從各種角度被適切地權衡，

<sup>25</sup> BGHSt 40,241=NJW 1994, 2708(2711).

<sup>26</sup> 李建良，「轉型不正義？-初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判」，載於月旦法學雜誌第 148 期，2007 年 9 月，第 12 頁。

或者是否應作出另一決定，則不在審查之列，刑事法院指出對於手無寸鐵的逃亡者施以密集致命射擊，都是一種可怖、沒有任何理由足以合理化的行爲，任何一個受過教育的人都可以立即認知到其抵觸比例原則及最基本的禁止殺人誡命，就此而言，滿足罪責原則的要求。綜上所述，聯邦憲法法院與聯邦普通法院的見解雖有不同，但聯邦憲法法院仍以聯邦普通法院所持見解與基本法規範意指相符爲由，而維持系爭判決<sup>27</sup>。

## 第六節 法院判決見解之學說評析

針對柏林圍牆射殺案邊境守衛有責性問題的探討，主要集中在兩個焦點上，即邊境守衛可否主張其行爲係依上級命令而阻卻其責任，若此點無法成立的話，接下來探討的重點則爲邊境守衛對於其依上級命令的違法行爲主觀上是否具備有不法意識，以及若認爲其不具有不法意識而該當禁止錯誤之情形時，該禁止錯誤是否可避免的問題。



### 第一項 依上級命令之行爲

首先針對第一個問題，即邊境守衛可否主張其行爲係依上級命令而阻卻其責任？不論是依據德意志聯邦共和國（前西德）的陸海空軍刑法第 5 條第 1 項，或是德意志民主共和國（前東德）邊境法第 258 條第 2 項皆適用一個共通的原則，即依命令的行爲僅在執行命令者認知到命令違反刑法或該命令違反刑法係明顯可知時，始爲有責的<sup>28</sup>，也就是說邊境守衛是否能夠基於依上級命令之行爲來阻卻刑事責任，關鍵在於是否邊境守衛有認識到其行爲之違法性或行爲之違法性本身是明顯可知的。聯邦普通法院定義「明顯可知」（*Offensichtlichkeit*）爲當行爲「無庸置疑」（*jenseits aller Zweifel*）係違法的。聯邦普通法院在本案中是從行爲

<sup>27</sup> 李建良，「轉型不正義？-初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判」，載於月旦法學雜誌第 148 期，2007 年 9 月，第 15~17 頁。

<sup>28</sup> *Dannecker*, Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, JURA 1994, 585(593f).

違法性明顯可知出發，認為：「對於手無寸鐵的逃亡者透過連續射擊致其死亡，無論如何都是一個恐怖的，不具有任何合理的阻卻違法事由之行爲，因對於一個受過教育的人而言，這違反最基本的殺人禁止之誡命是明顯可知的」。在大多數東德人民皆不同意在邊境使用武器的情形下更應如此解釋<sup>29</sup>。因此法院見解認為邊境守衛之行爲無法以依上級命令之行爲作為理由來阻卻刑事責任。

但學說上有認為從東德對邊境守衛所爲的政治灌輸及其從小成長過程中所接受的社會主義教育，再加上東德政治宣傳上對於射擊武器使用的支持來看，對於邊境守衛而言，根本不可能存在有所謂的違法性明顯可知的情形<sup>30</sup>；亦有學說提出”道德盲目（*moralischen Blindheit*）”的觀點而懷疑邊境守衛的行爲是否存在有罪責，認為在當時的東德環境中，邊境圍牆的射擊行爲既未在政治上、亦未在軍隊領導階層、司法或知識界受到明顯的批判，所以邊境守衛在那樣的環境中缺乏相當地道德判斷教育，因此應該肯定其依命令的行爲可以阻卻罪責<sup>31</sup>；另有學說認為對於邊境逃亡者使用射擊武器係可溯源於國防部長的年度命令（*Jahresbefehle*）及最近的國家防衛委員會決議（*Beschlüsse des Nationalen Verteidigungsrats*）。該命令狀況係針對邊境逃亡者，無論任何情況及使用任何手段，都必須阻止其逃亡，當其他手段都無法阻止其逃亡時，致逃亡者於死將是可能被容忍的，透過這樣一個命令，讓邊境守衛士兵產生一個明確的印象，即相較於人之生命，確保邊境不受侵犯係處於優先地位，另外，根據 1982 年生效的邊境法亦進一步命令守衛士兵在這樣的情況下可使用武器<sup>32</sup>，因此應該肯定其依命令的行爲可以阻卻罪責。

<sup>29</sup> Dannecker, Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, JURA 1994, 585(594).

<sup>30</sup> Rummler, in: Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht Eine Bilanz, 1999, S. 21.

<sup>31</sup> Dannecker, Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, JURA 1994, 585(594).

<sup>32</sup> Eser, Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihrer Befehlsgebern, Zu einem unbewältigten Problem bei der Bewältigung von DDR-Altaten, in: Reinhard Böttcher u.a. (Hrsg), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, 1996, S. 340.

在東德及西德共同適用的一個基本原則是：士兵依命令的行為，只有在當士兵有認識到（*erkennen*）或明顯可知（*offensichtlich*）該依命令的行為違反刑法規定時，士兵的行為才可被歸責（§ 258 I StGB/DDR, 5 I WStG, 11 SoldG）。在此所謂「明顯可知」，其定義上係指「對一般人而言都是可以認識到」（*Erkennbarkeit für jedermann*），或者更確切地說是指「對一般人而言不需進一步思索即可認識到」（*Erkennbarkeit für jedermann ohne weiteres Nachdenken*）。聯邦普通法院特別強調所謂「明顯可知」（*Offensichtlichkeit*），只有在依命令的行為「毫無任何懷疑」（*jenseits aller Zweifel liegt*）是違反刑法時，才是所謂「明顯可知的」（*offensichtlich*）。不然基本上士兵對於命令是不存有審查義務的<sup>33</sup>。在一般情況下要確認什麼是所謂士兵知悉或更確切地說什麼是明顯可知的，無疑是不容易的一件事。但到目前為止聯邦普通法院所提出來的評價標準並不恰當。當德國最高的刑事法庭都需要在官方的判例集中使用超過 20 頁的文書來消除對於該行為時使用武器之違法性的懷疑時，士兵在邊境為致死射擊係違反刑法可以說幾乎不是所謂的明顯可知（*offensichtlich*），至少對於位於命令鍊最後一部分之執行命令的士兵不是如此<sup>34</sup>。

## 第二項 禁止錯誤

至於第二個問題，邊境守衛對於其依上級命令的違法行為主觀上是否具備有不法意識？以及若認為其不具有不法意識而該當禁止錯誤之情形時，該禁止錯誤是否可避免的問題？迄今法院已判決的所有案件，邊境守衛都主張其行為存在有禁止錯誤，聯邦普通法院亦認為邊境守衛存在有禁止錯誤之情形，而適用刑法第

<sup>33</sup> *Eser*, Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihrer Befehlsgebern, Zu einem unbewältigten Problem bei der Bewältigung von DDR-Altaten, in: Reinhard Böttcher u.a. (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, 1996, S. 340f.

<sup>34</sup> *Eser*, Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihrer Befehlsgebern, Zu einem unbewältigten Problem bei der Bewältigung von DDR-Altaten, in: Reinhard Böttcher u.a. (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, 1996, S. 341.

17 條規定，接下來對於這樣一個禁止錯誤是否可避免的問題，需要確認的是射擊者在其應有的良心緊張之下，是否可以認識到其行為的不法性，聯邦普通法院基於生命是最高度法益的理由，而肯定這樣一個先決條件<sup>35</sup>。

學說上認為根據共通的基本原則，當士兵認識到其不法行為會引起良心上的緊張時，該錯誤即為可避免的<sup>36</sup>，但若僅僅將禁止錯誤的可避免性之理由奠基於生命是最高法益上是理由不充分的。因為這樣的理由並未充分考慮到在階級制度中不同參與者的認識可能性（Erkenntnisvermögen）之不同<sup>37</sup>。在上述三個柏林圍牆射殺案中，針對東德邊境守衛的刑事責任的判決見解，都提到邊境守衛對於其依命令之行為違反刑法應屬明顯可知的（*offensichtlich*），而認為即使存在有禁止錯誤之情形，應該是屬於可避免的禁止錯誤。對於這樣的判決見解，學說上認為根據案例事實所涉及的問題是行為的違法性對於邊境守衛而言是否屬於德國陸海空軍刑法（WStG）第 5 條第 1 項中所謂「明顯可知」（*offensichtlich*）情況，聯邦普通法院解釋所謂「明顯可知」（*offensichtlich*）係指當刑法之違反是「毫無懷疑的」（*jenseits aller Zweifel*）存在之情況。這樣的解釋符合聯邦基本法的規定而無違罪責原則，有問題的僅是在本案的適用上，即聯邦普通法院認為案例事實情況對於年輕的邊境守衛是「明顯可知」（*offensichtlich*）的結論理由係提到其顯而易見的極端不法特性。這樣一個結論原則上是被認可的，但也並非總是如此，因僅以客觀存在嚴重違反人權作為理由，認為對於邊境守衛而言該違反刑法之情況係明顯可知的，可能與罪責原則相違背，在這裡還必須補充解釋為何個別的士兵面對這樣的教育、意識型態灌輸等，其可以毫無懷疑地認知到其行違反刑法，刑事法院對於案例事實並未在這樣的觀點下討論，在這一點上我們可以發覺罪責

<sup>35</sup> Dannecker, Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, JURA 1994, 585(594).

<sup>36</sup> BGHSt 2, 194 (201f).

<sup>37</sup> Eser, Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihrer Befehlsgebern, Zu einem unbewältigten Problem bei der Bewältigung von DDR-Altaten, in: Reinhard Böttcher u.a. (Hrsg), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, 1996, S. 344f.

原則並未被充分地考慮<sup>38</sup>。另有學說認為有些今日站在法庭前的士兵是在柏林圍牆興建後始出生，其可能完全地確信逃亡涉及犯罪，對於使社會主義受到威脅、違反對於東德民主共和國之忠誠責任或者是與西方資本主義煽惑同在者，邊境守衛應對之採取武裝戰鬥。此外，對於邊境意外事件此種特殊情況守衛係處於強大的行動與決定之壓力下，以及擔心若拒絕命令或者是不完全執行命令將面對嚴重的懲戒或刑罰效果。面對這種會引起矛盾情感的混亂情況，對於任何士兵而言幾乎已經不存在進一步理智來堅持不服從這樣一個具有可罰性的行為，對於士兵射擊武器使用之違法性明顯可知此種普遍性地加重其負擔的要求是不正義的<sup>39</sup>。

## 第七節 小結

在上述三個柏林圍牆射殺案對於邊境守衛刑事責任之判決見解的整理中可以發現，法院判決邊境守衛依上級命令之違法行為是否應負刑事責任，不論是從依上級命令之行為的角度或是從不法意識是否具備及不法意識欠缺是否可避免的角度，都將探討的焦點集中在該行為違反刑法的情形是否屬於明顯可知（*offensichtlich*）的情況，在依上級命令之行為的探討上會將焦點聚焦於此，不外乎是因東德刑法第 258 條第 1 項規定：「軍人執行上級命令的行為不須負擔刑事責任，除非該命令的執行明顯違反公認的國際法規範或刑法」；另外德國陸海空軍刑法第 5 條第 1 項亦規定：「依上級命令而實行該當刑法構成要件且違法行為之下級軍官，只有在其認識到其行為係違法或依其已知的情況該違法行為係明顯可知時，始須負擔刑事責任」，而法院判決結論認為在柏林圍牆射殺案中，邊境守衛依上級命令射殺越境之東德人民以阻止其逃亡行為，該射殺行為違反刑法殺人禁止之誡命甚為明顯，應屬上述法律規定中所謂「明顯可知」的情形，故邊境守衛對於其依上級命令之違法行為應負刑事責任。在第一個柏林圍牆射殺案判

<sup>38</sup> Alexy, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, S. 36.

<sup>39</sup> Eser, Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihrer Befehlsgebern, Zu einem unbewältigten Problem bei der Bewältigung von DDR-Altaten, in: Reinhard Böttcher u.a. (Hrsg), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, 1996, S. 343.

決後，之後的數個法院的相類似事件的判決中，皆套用第一個柏林圍牆射殺案判決之公式化用語，即「對於一個手無寸鐵的逃亡者施以連續的射擊造成其死亡，無論如何都是一種恐怖且沒有任何理由足以合法化的行為，對於任何一個受過教育的人，無須進一步思考即知該行為係違反最基本的禁止殺人的誡命，所以其是明顯可知的（*offensichtlich*）」<sup>40</sup>。但就如學說所提到的，在當時的東德環境中，邊境圍牆的射擊行為既未在政治上、亦未在軍隊領導階層、司法或知識界受到明顯的批判，所以邊境守衛在那樣的環境中缺乏相當地道德判斷教育，因此應該肯定其依上級命令的行為可以阻卻罪責<sup>41</sup>，至於其因何種罪責要素不具備而得以阻卻罪責，在該學說論述中並未詳述，但可以思考的方向是認為邊境守衛欠缺不法意識或期待可能性，而得以阻卻罪責，關於此部分的探討容留在本論文之後的章節中加以探討。



另外一個探討邊境守衛對其行為應否負擔刑事責任的焦點為不法意識的問題，在這個問題上法院的探討重點亦在於違法行為是否「明顯可知」的問題上，法院在判決中認為被告有機會思考及瞭解死亡射擊在法律上的容許性問題，該行為違反刑法這個事實是一清二楚的，一般士兵立於被告的資訊基礎上，皆不須進一步思考即可輕易瞭解該行為違反刑法，另外，從被告的出身及教育背景來看，雖然其受到政治上意識型態的灌輸，但同樣地其也有充分地獲得關於正義及人道的概念，其中禁止殺人即屬於倫理學的核心價值，所以被告對命令違反刑法可能未有積極的認識而陷於禁止錯誤，但該行為違反刑法是明顯可知的，因此被告並無法依德國陸海空軍刑法第 5 條第 1 項阻卻罪責，即被告的禁止錯誤依德國刑法第 17 條是可避免的。聯邦普通法院法官亦認同事實審法院法官的見解<sup>42</sup>。法院的思考模式可以簡化如下：被告所受的教育中仍有被教導禁止殺人→被告主觀上

<sup>40</sup> BGHSt 39,1=NJW 1993 ,141(149).

<sup>41</sup> *Dannecker*, Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, JURA 1994, 585(594).

<sup>42</sup> BGHSt 39,168=NJW 1993, 1932(1936f).

知道殺人是為刑法所禁止的→被告應該知道即使依上級命令而為殺人行為亦是違反刑法而不被允許→退一步言即使被告未積極地認識到「依上級命令而為殺人行為亦是違反刑法而不被允許」而陷於禁止錯誤→因殺人行為違反刑法係明顯可知故該禁止錯誤應可避免→結論是被告仍應負擔刑事責任！就如學說所批判的，在這樣的法院見解中似乎僅將禁止錯誤的可避免性之理由奠基於生命是最高法益，而認為一個受過教育的人都應可避免陷於認為殺人係被允許這樣的錯誤中，但法院不應僅以客觀存在嚴重違反人權作為理由，認為對於邊境守衛而言該違反刑法之情況係明顯可知的，在這裡還必須補充解釋為何個別的士兵面對這樣的教育、意識型態灌輸等，其可以毫無懷疑地認知到其行違反刑法，刑事法院對於案例事實並未在這樣的觀點下討論，在這一點上可以發現罪責原則並未被充分地考慮<sup>43</sup>。



---

<sup>43</sup> Alexy, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, S. 36.



### 第三章 從行政學、組織社會學與社會心理學之角度分析服從行爲

#### 第一節 從行政學與組織社會學的觀點探討科層組織中之個人

在現代社會中，凡是可被稱做組織的團體，多採用科層組織的形式，尤其是國家機關更是如此。科層組織主要有下列五種特徵：（一）樹立規則制度的權威性：組織的日常運作，是受到事先設計的制度、辦法、規章守則所節制，各個職位之間的關係、責任、義務及應有的權力和權利，皆明確清晰的訂定。強調理性，避免人爲的因素影響組織的效率與效能，這種公私分明的觀念，是正式科層組織中最強調的「非人性」(impersonality)。（二）權威層級體制的設立：上司僚屬間的權力分配，是個有秩序的體系，權力的大小及責任的輕重，依職位層級的高低，而有所不同，在這層級體制中，上司有權指導、監督與管理僚屬的工作表現，在必要時，僚屬亦可通過既定管道向上級單位申訴，經由這種權威層級體制，分工得以有系統的展開，並因而得以有效率地控制組織裡的日常活動。（三）用人唯才原則：人事的任用、升遷和考核是根據被任用者的知識、技術、訓練及經驗而定，係因科層組織中的工作因分工而趨於專門，唯有經過適當訓練及有足夠的專業知識者，才有資格被考慮任用。（四）專職觀念的建立：科層組織內的大部分職位與工作，都應視之爲專職，組織必須提供其成員以合理的升遷進修機會，並付給特定的酬勞和退休金。（五）文件檔案制度化：文件檔案的建立是現代組織管理的基本要件，因爲文件檔案的建立，可使組織的日常作業運作，不必受制於在職者，即不會因成員離職，而使組織運作受到影響，換言之，組織的基本元素是職位，而非人<sup>44</sup>。科層組織有許多正向的功能，但也會產生嚴重的反功能，恪守規則會變成僵化和「做官樣文章」，非人格性會造成科層的冷漠和遲鈍，層階制會壓制個人的責任心和首創精神<sup>45</sup>。

科層權威是人們因爲佔據了層階結構內的某一位置或職位而獲得的權威，它

<sup>44</sup> 張荳雲，組織社會學，三民，75年12月初版，第108~110頁。

<sup>45</sup> David Beetham 著，鄭樂平 譯，科層制 (Bureaucracy)，桂冠，1992年4月初版，第15頁。

是得自於與職位相聯繫的權威<sup>46</sup>。也就是說上司有權命令僚屬進行工作，而僚屬有義務服從上司的命令。此類權力關係之所以產生而被共同接受遵守，並非因為「上司」和「僚屬」二者在個人特徵上有何顯著的不同，而是因為此二人恰好處於不同的職位上，而在不同的職位上，各有其專司的工作責任和遵從的規範，並由於職位上的從屬關係，在職者必須遵從職位所賦予的權利、義務和工作準則而行事<sup>47</sup>。上級對下級所發出的命令通常被認為是具有「權威」，但是 Barnard 認為權威不在發命令者，而是在被命令者，即視被命令人接受或同意的程度大小而定，這種接受程度的大小又依下列四個條件而有所不同，亦即完全接受命令必須：（一）受命者確已了解；（二）合於組織的目標；（三）不違背受命者的利益；（四）受命者有能力加以執行<sup>48</sup>。



從組織社會學的觀點來看，被組織涵化的個人，不再是自然人，而是組織人。他有既定的職責和權限，他的行事方法是受到組織所監督和管理的。當然，這並不表示在此職位上的組織成員完全沒有自由決定權，亦不需要判斷能力，而是說無論在決策選擇，或判斷優劣中，他所遵循的標準應不是個人的喜好，他必須從組織整體利益的觀點出發。個人的利益和組織的利益並非不可能合併為一，但卻不一定會一致。這種差異的情形在組織體制上層的人，距離會比較小，自由裁量權比較大；而在位置低的成員，自由裁量權較小，多依上級規定和命令，照章行事。其個人的利益和組織的利益可能完全是兩回事，從事這份工作可能僅是為了生活，不一定需要認同組織的目標，但需要為組織的利益而「奮鬥」<sup>49</sup>。組織成員可以視「進入組織或為其中的一員」為其達成個人目標的手段，不必在情感、價值觀或態度上認同組織的目標，而只需在行為上符合組織的要求，不違反組織

<sup>46</sup> David Beetham 著，鄭樂平 譯，科層制（Bureaucracy），桂冠，1992 年 4 月初版，第 17 頁。

<sup>47</sup> 張荳雲，組織社會學，三民，75 年 12 月初版，第 108 頁。

<sup>48</sup> 張潤書，行政學概要，五南，74 年 4 月十四版，第 56 頁。

<sup>49</sup> 張荳雲，組織社會學，三民，75 年 12 月初版，第 30 頁。

的規章即可<sup>50</sup>。另外，人，在科層組織中，是可以替換的，他的行為是被制約的，依據組織的設計而行事<sup>51</sup>。

人是非理性的，而僅有合乎理性的意向（intended rationality），人願意合乎理性，但是受制於個人或組織的限制，使其無法完全理性，因為，首先，人無法完成預測，或了解每一決定或每一行動，所確切帶來的結果，人亦無法完全掌握所有的資訊，無法知道其到底有多少選擇，一般而言，人並沒有足夠的時間，精力和財力，分析問題和收集資料，何況，即使人知道他有幾種選擇，亦可能無法決定哪一個選擇是最有利的，每種選擇各有利弊，而利與弊是很難讓人做理性比較的。更進一步地說，當人需要做決定時，人會先確定其所處的情境為何，然後，人會根據過去的經驗和情境的特殊性，開始尋求答案，然而，人並不是尋求最佳方案，而是在所處的情境下，尋求最令其滿意的方案，即最適方案<sup>52</sup>。由於人只是有理性的意向，所以，加入組織而成爲一員，並不能使人變爲理性，因爲人在組織裡僅爲「行政人」（administrative man），所做的決定是受到組織所影響的，經由分工、權威層級體制、溝通途徑、職前或在職訓練的過程，人被「社會化」，接受（非認同）組織的目標，接受組織所提供的資料，而正確地做出合乎組織所需的決定，然而，這個決定本質是「組織的」而非「個人的」。因而是組織的理性加強，而非個人變爲更理性，在這樣的模型之下，情境已被組織界定，組織是情境的釋義者，人在決策過程中，只不過是組織的工具，也因爲如此，組織的變數，如分工、溝通等，對人在組織裡的行為，有了絕對的控制，以致在研究組織時，很容易就忽略了個人及個人行為的存在<sup>53</sup>。

任何團體都有其行為規範，或以明文規定，或存在於每一個人心中，因此具

<sup>50</sup> 張荳雲，組織社會學，三民，75年12月初版，第41頁。

<sup>51</sup> 張荳雲，組織社會學，三民，75年12月初版，第61頁。

<sup>52</sup> 張荳雲，組織社會學，三民，75年12月初版，第112頁。

<sup>53</sup> 張荳雲，組織社會學，三民，75年12月初版，第112~113頁。

有領導地位的人，就當然具備了合法的領導權。合法權力的本質，正如人們在遊戲時所遵守的「遊戲規則」一樣。同時，合法權力又以人們的文化價值觀念、社會結構、及授權的程度大小為基礎。就文化價值觀念而言，合法權力乃出自於個人的內在價值，即人們認為組織中有合法的權力來影響它，所以他有義務去接受這種影響；次就社會結構而言，個人之所以接受領導是因為組織具有層級節制的特性，機關人員認為應該按照上層主管的意見而行為；最後就授權的觀念而言，機關主管可以依法授權予其部下，被授權的人便是合法權力的所在，在其下屬的人員便應接受其領導。總之合法權力是一種複雜的影響力，多產生於團體之行為規範（正式及非正式的），或團體之組織型態，在團體中之人員自然產生一種價值標準，他們認為遵守行為規範及接受某些人的影響是理所當然的事，例如子女接受父母的影響，部屬接受長官的影響<sup>54</sup>。

綜上所述，科層組織是現代社會組織之常態形式，尤其在國家行政體系中更是如此，在科層體系中的個人會因其所居之職位高低而獲得相對應的權限，其對於下級有指揮命令之權限，相對於此，其對於上級則有服從其指示之義務，所以個人一旦進入組織之後，即被涵化為組織的一員，其在組織中的所應為的行為係與其在組織中的職位具有密不可分的關係，個人雖得依其職位高低而獲得一定程度的自由決定權限，但其一旦進入組織之後，其在組織中的應為行為的判斷標準，不再能夠完全依個人喜惡來決定，而必須依從組織整體利益來決定，當然最重要的行為依循標準即為組織的規範，服從組織的上級指示及明文（甚至是非明文）規範，是個人從小被教育應遵從社會規範所延伸而來的結果，而成為理所當然之事。

## 第二節 服從權威之社會心理學實驗

### 第一項 實驗基本設計與進階變化實驗

<sup>54</sup> 張潤書，行政學概要，五南，74年4月十四版，第166~167頁。

服從的要求在我們的社會中無所不在，從最初在家庭中遵從父母的要求為行為，到出社會後在公司中依上司的要求而去執行特定行為，我們可以發現服從的行為是我們在社會化的過程中很重要的一個行為現象。在美國社會心理學家 Stanley Milgram 的服從權威實驗中，將從社會心理學的觀點來分析服從行為存在的原因。在這個實驗中一個最基本的實驗設計重心為將一個普遍被接受的道德原則：「一個人不應該施加痛苦於另一個對自己並不具有傷害性或威脅性之人」，設計於實驗中作為服從的相反作用力要素<sup>55</sup>，來觀察此要素對於服從現象之影響。

### 第一款 實驗基本設計

#### 第一目 招募實驗參與者

實驗的對象是由紐哈芬（New Haven）三十萬具有不同背景的居民中招募而來，招募的方法為在當地的地方報紙上刊登招募廣告，實驗名義為「記憶與學習的研究」，其提供每個參與者一小時 4 美金的報酬及 50 分美金的車馬費<sup>56</sup>。透過報紙廣告共招募到 296 個參與者，其他另外透過紐哈芬的電話簿取樣寄邀請函來獲取更多的參與者，代表性的參與者包括郵政人員、高中老師、業務員、工程師及勞工，教育程度從高中畢業到取得專業學位者皆有<sup>57</sup>。

圖一：地方報紙的招募廣告：

## 公 告

我們將付你 1 小時 4 美金的報酬

記憶研究招募參與者

<sup>55</sup> S.MILGRAM , OBEDIENCE TO AUTHORITY 13(1975).

<sup>56</sup> *Id.* at 14.

<sup>57</sup> *Id.* at 16.

\*我們將付給 500 個協助我們完成記憶與學習的科學實驗之紐哈芬的參與者。該實驗將在耶魯大學進行。

\*每個參與者將可獲得 1 小時 4 美金的報酬（另加 50 分美金的車馬費）。這個實驗只需要花你一小時的時間而沒有進一步的義務。你可以選擇你想要參與的時間（晚上，平日，週末）。

\*不需特別的訓練、教育或經驗。我們需要：

工廠工作者	商業人士	營造工作者
受雇者	辦公室職員	業務員
勞工	專業人士	白領工作者
理髮師	電話工作者	其他

參與者的年齡必須在 20 歲至 50 歲之間。高中生及大學生不在招募範圍。



## 第二目 實驗地點與參與人員

一開始實驗是在耶魯大學的實驗室中進行，但之後的部分進階變化實驗將脫離大學實驗室來進行。實驗者（*Experimenter*）的角色係由一位 31 歲的高中生物老師來扮演，整個實驗中，其將表現出一副無情冷酷的態度，且穿著技術人員灰色大衣。受害者（*Victim*）則由一位 47 歲的會計師扮演，其具有溫和且討人喜愛的特質<sup>58</sup>。

## 第三目 實驗進程序

每個實驗由一個毫不知情的實驗對象（*Subject*）、受害者（*Victim*）與實驗者（*Experimenter*）組成，為了使實驗對象電擊的執行具有正當化理由，實驗者在進行實驗前會對實驗對象為以下的指示：

心理學家發展出許多理論來解釋人如何學習不同種類的資料。

其中一個理論提到在犯錯時給予處罰可以使人正確地學會。

---

<sup>58</sup> *Id.* at 16.

這個理論最普遍的應用係父母在小孩做錯事時給予處罰。

這樣的處罰被期待將使小孩記得更牢及學習得更有效率。

但是事實上，我們對於處罰在學習上的效用所知甚少，因為幾乎尚未有真正地科學實驗來證明該處罰對於學習的效用。

舉例而言，我們不知道怎樣程度的處罰是對於學習最有效用的，我們也不知道若由不同的人給予處罰效用上是否會有差異。

所以在這個研究中，我們將不同職業背景及年紀的成人聚集在一起，並將要求一些人扮演老師的角色，另一些人扮演學習者的角色。

我們想要探詢不同年紀背景的人分別扮演老師及學習者的角色會產生怎樣的效用，以及處罰在學習上是否會產生怎樣的效用。

因此，我們將要求你們其中一人扮演老師的角色，一人扮演學習者的角色。

你們是否有特殊的偏好想要扮演老師或學習者的角色呢？

我想最公平的方法是我在一張紙條上寫上「老師」，另一張紙條上寫上「學習者」，然後讓你們抽籤來決定誰扮演什麼角色（事實上兩張紙條上實驗者都寫「老師」，然後由實驗對象先抽，故實驗對象永遠會被派與老師的角色）。

在抽籤後，老師（實驗對象）及學習者（實驗的協助人員）都會被帶往學習者將被電擊的房間，然後實驗者會用皮帶固定住學習者，然後將電極黏附於學習者手腕上，實驗對象被告知該電極係連接到隔壁房間的電擊機器（事實上於實驗中學習者並不會真正接受到電擊）。

最後實驗者會告知實驗對象：「雖然電擊會造成學習者劇烈的疼痛，但並不會造成學習者身體組織永久性的傷害」<sup>59</sup>。

接下來實驗係由實驗對象進行一系列配對字的學習任務，實驗對象對學習者讀一系列的字組，之後測驗時只讀字組的第一個字，後面附上四個選項，由學習者選出一個正確配對的選項，舉例而言實驗對象對學習者讀下列的四個字組：

---

<sup>59</sup> *Id.* at 17~19.

blue box      nice day      wild duck      etc

在測驗時實驗對象對學習者讀：

blue: sky   ink   box   lamp

學習者必須正確的選出該配對字，學習者傳送答案給實驗對象的方式係為按其前方機器按鈕<sup>60</sup>。

在電擊機器上共有 30 個不同電擊強度的按鈕位於同一水平線上，每一個按鈕都被明確標示上電擊強度，電擊強度範圍從 15 瓦到 450 瓦之間。從左到右每個按鈕之間的電擊強度相差 15 瓦。另外，從左至右每四個按鈕一組上面分別標示下列語句：輕微電擊（Slight Shock）、中度電擊（Moderate Shock）、強度電擊（Strong Shock）、極強度電擊（Very Strong）、劇烈電擊（Intense Shock）、極劇烈電擊（Extreme Insensity Shock）、危險：嚴重電擊（Danger：Severe Shock）、最後兩個最高強度的電擊按鈕上僅標示 XXX<sup>61</sup>。每個實驗對象在開始扮演老師角色前都從電擊器接受一個 45 瓦的電擊體驗，該電擊被施加在實驗對象的手腕上，增強實驗對象對於電擊器的真實體驗<sup>62</sup>。在實驗中當學習者回答錯時，實驗對象被要求施加電擊於學習者身上，再者，每當學習者多答錯一個答案時，實驗對象被要求給予學習者高一強度的電擊，且其被要求在每次施加電擊前唸出電擊強度，這樣的目的係為提醒實驗對象其施加愈趨增強的電擊予學習者<sup>63</sup>。

在實驗過程中的許多時點上，實驗對象往往會轉向實驗者尋求建議是否應該繼續施加電擊予學習者，實驗者於這種情況下通常對實驗對象回應下列連續之激勵用語：

激勵一：請繼續（"Please continue" or "Please go no"）

---

<sup>60</sup> *Id.* at 19~20.

<sup>61</sup> *Id.* at 20.

<sup>62</sup> *Id.* at 20.

<sup>63</sup> *Id.* at 20~21.



激勵二：這個實驗需要你的繼續（This experiment requires that you continue）

激勵三：你的繼續是絕對重要的（It is absolutely essential that you continue）

激勵四：你沒有其他選擇，你必須繼續（You have no other choice,you must go on）

當第一個激勵無法發生作用時，則接者使用第二個激勵，當在第四個激勵使用完後實驗對象仍然拒絕服從實驗者的命令時，實驗即為中止。實驗者在為上述激勵用語時語氣都是非常堅定的，在實驗中每當實驗對象躊躇不前或不願服從指示時，這樣的激勵不斷地被使用<sup>64</sup>。若實驗對象問及學習者是否會因電擊而遭到永久性的身體傷害時，實驗者會說：「雖然電擊也許很痛，但這不會造成永久性的身體組織傷害，所以請繼續」（Although the shocks may be painful,there is no permanent tissue damage,so please go on）。若實驗對象說學習者並不想繼續，實驗者將回應：「不管學習者喜歡或不喜歡，你必須繼續至學習者正確地學會所有配對字為止」（Whether the learner likes it or not,you must go on until he has learned all the word pairs correctly.So please go on）<sup>65</sup>。


在實驗中，學習者會給予事先決定之配對字測驗的回應循環，大約是每三個錯誤的答案後回答一個正確答案。在第一系列的實驗中，被害者在電擊中並未做任何回應，其設想是電擊機器上的文字及電壓說明即可以造成實驗對象足夠的壓力來減少其服從的現象，然而實驗結果發現，在被害者沒有任何回應的情況下，實驗對象一旦被命令給予學習者電擊，其即施加電擊於學習者，毫不在意電擊機器上的文字說明。所以之後在第二系列的實驗中，被害者一開始被電擊時，會發出輕微的抗議聲，雖後隨著電擊強度的增強，被害者回給予較激烈的回應，令人驚訝的是，即使被害者發出最強烈的抗議，仍然無法阻止許多實驗對象基於實驗者的命令去施加無情的電擊處罰，但被害者抗議的回應的確降低最高度電壓電擊的施加比率<sup>66</sup>。在被害者給予回應的實驗中，當實驗對象施加 75 瓦電擊時，被

<sup>64</sup> *Id.* at 21.

<sup>65</sup> *Id.* at 21~22.

<sup>66</sup> *Id.* at 22.

害者會給予輕微的抱怨，類似的回應會出現在實驗對象施加 90 瓦及 105 瓦電擊時，而在實驗對象施加 120 瓦電擊時，會大喊很痛，在實驗對象施加 135 瓦電擊時亦同此回應，之後，當實驗對象施加 150 瓦電擊時，被害者會哭喊：「讓我離開這兒！我不想再繼續實驗了！我拒絕繼續！」(Experimenter, get me out of here! I won't be in the experiment any more! I refuse to go on!)，當實驗對象施加 180 瓦電擊時，被害者會哭喊：「我無法再忍受該疼痛了！」(I can't stand the pain)，當實驗對象施加 270 瓦電擊時，被害者會發出一個明確地掙扎尖叫，當實驗對象施加 300 瓦電擊時，被害者會沮喪地大喊其將不再回答記憶測驗的問題了，實驗中發現在這種情況下，實驗對象通常會轉向實驗者尋求指示，實驗者這時會指示實驗對象將學習者的回應視為錯誤的回答，然後給予其電擊。當實驗對象施加 315 瓦電擊時，被害者會發出一聲慘叫，然後再度言明其不再是實驗參與者，將不會回答任何問題了，在實驗對象施加 330 瓦以上電擊時，將無法從學習者處聽到任何回應了<sup>67</sup>。



#### 第四目 實驗後的面談與詢問聽取

在實驗結束後，所有的實驗對象都被告知被害者並未真正受到電擊，在實驗中公然反抗實驗者之實驗對象，於實驗結束後受到實驗團隊給予其不服從實驗者行為決定之支持；在實驗中服從的實驗對象則被告知其服從行為及實驗中內心衝突與緊張的感覺是非常正常且普遍的現象，所有實驗對象被告知其將在此一系列的實驗結束後收到關於此實驗全面性的報告，包括實驗的程序及結果等細節，另外亦附上一份關於參與此實驗的問卷調查表，使其能再次表達對於其實驗中行為的想法與感受<sup>68</sup>。

#### 第二款 進一步變化與控制之實驗與實驗結果

---

<sup>67</sup> *Id.* at 23.

<sup>68</sup> *Id.* at 24.

## 第一目 遙遠無聲回應實驗

學習者被安排至與實驗對象不同的房間，實驗對象無法看到學習者，也無法聽到學習者的聲音，學習者的回答安靜地顯示在訊號盒上，然而在 300 瓦電擊時，可聽到學習者敲擊實驗室牆壁的抗議聲，在 315 瓦電擊後，則不再有回答或敲擊牆壁的抗議聲出現<sup>69</sup>。

參與這個實驗的 40 個實驗對象中，有 26 位一直服從實驗者的指令到最後，即達到電擊器上最大電擊強度為止。在實驗過程中，實驗對象時常地處於不安地狀態，在最大電擊強度被施予且實驗者停止程序後，許多服從的實驗對象表現出大大地鬆了一口氣的感覺，擦拭其額頭，用手指揉眼睛，或緊張地摸尋香菸，有些人搖頭嘆息明顯地表現出後悔的樣子，但也有些人在整個實驗過程中始終保持冷靜的態度，僅表現出些微的緊張狀態<sup>70</sup>。

在本實驗中，學習者係位於實驗對象視線之外且無法讓實驗對象聽到其聲音反應，處罰的接受者距離實驗對象遙遠（remote），而無法清楚表達其希望讓實驗對象知道，雖然實驗對象可以聽到學習者敲擊牆壁的聲音，但敲擊牆壁所代表的意義是模稜兩可的，也許實驗對象並未將其所聽到學習者敲擊牆壁的聲音解讀為學習者遭受痛苦的證據，服從的實驗結果有可能係源於此，也許當學習者的痛苦更清楚地表達讓實驗對象知悉的話，就不會有如此的服從現象<sup>71</sup>。若學習者所遭受的痛苦清楚地讓實驗對象看到的話，服從的現象是否會減少呢？以下一系列三個實驗即是要回答這個問題。

## 第二目 聲音回應實驗、靠近實驗、肢體碰觸實驗

在聲音回應實驗中，雖然學習者位於與實驗對象不同的房間中，但學習者的

---

<sup>69</sup> *Id.* at 32.

<sup>70</sup> *Id.* at 33.

<sup>71</sup> *Id.* at 33.

抱怨可以清楚地透過牆壁讓位於實驗室中的實驗對象聽到；在靠近實驗中，學習者與實驗對象皆位於實驗室中，學習者僅距離實驗對象幾步的距離，因此實驗對象可以聽到看到學習者的反應；在肢體碰觸實驗中，學習者與實驗對象皆位於實驗室中，學習者僅距離實驗對象幾步的距離，當實驗對象對學習者施加 150 瓦電擊時，學習者要求讓其離開實驗且拒絕再將手置於電擊板上，實驗者命令實驗對象強將學習者的手置於電擊板上，因此在這個實驗中為了讓處罰能夠繼續執行，需要實驗對象與學習者有身體上的接觸<sup>72</sup>。

40 位成人參與上述四個實驗，實驗結果顯示當實驗對象與學習者有較近距離的溝通接觸時，服從的比率有顯著降低。在遙遠無聲回應實驗中，35%的實驗對象反抗實驗者的命令；在聲音回應實驗中為 37.5%，在靠近實驗中為 60%，在肢體碰觸實驗中則為 70%<sup>73</sup>。

我們如何解釋當學習者與實驗對象有較近距離的溝通接觸時，服從的比率有顯著降低呢？也許有下述諸多因素的共同作用影響：

1. 移情作用：在實驗一或二中，實驗對象對於其行為將造成另一個人之痛苦僅擁有一種概念上的感覺（conceptual sense），學習者所遭受的痛苦對於實驗對象而言僅具有一種抽象且遙遠的特性，這樣的現象在生活中是非常普遍的，轟炸機飛行員可以合理的推測炸彈將造成痛苦及死亡，但對於其所造成的痛苦並未能引起其情感上的反應。而在實驗三或四中，也許是實驗對象接收到學習者遭受痛苦的視覺上信號，而引起其移情反應，使其對於學習者的經驗感受能有完全地領會，這可以解釋為何實驗對象服從的比率有所減少<sup>74</sup>。

---

<sup>72</sup> *Id.* at 34.

<sup>73</sup> *Id.* at 36.

<sup>74</sup> *Id.* at 37-38.

2. 否認及縮小認知範圍：實驗對象若與學習者間距離遙遠，將使實驗對象得以縮小其認知範圍，將學習者拋諸腦外，但若學習者距離實驗對象很近，則實驗對象很難將之排除在自己心思範圍之外，因學習者持續地被實驗對象所看到，實驗對象必然地會察覺到其反應。在實驗一與實驗二中，學習者的存在與反應僅在電擊執行之後始被實驗對象察覺，該聽覺上的回應是偶發且不持續的。但在實驗三與實驗四中，在實驗對象的視覺領域中，學習者的存在與反應，對其而言是顯著的要素，否認的機制無法在實驗對象心中發生作用<sup>75</sup>。

3. 相互對應領域：在實驗三與實驗四中，實驗對象係處於一個較佳的觀察位置可以觀察到學習者的反應，但同樣地，實驗對象的行為亦能輕易地被學習者所觀察，也許，相較於當我們所傷害的對象可以觀察我們的行為，當我們所傷害的對象無法觀察我們的行為時，對我們而言是能較輕易地傷害該人。學習者的直接觀察行為，直接地造成實驗對象對其行為的羞愧與罪惡感，也許是這個原因中止實驗對象的行為。俗話說：「在背後批評一個人比直接面對面批評該人容易」，如果我們對某人說謊，一般而言，看著某人的眼睛說謊是很困難的，我們會因羞愧而轉移視線，這樣的舉動可以減少我們因說謊而生的不舒服感。簡而言之，在近距離的情境中，實驗對象會感覺到其行為被學習者密切注意著，因此感到害羞、尷尬的，而抑制其處罰的行為。

4. 行為的經驗上一體性：在實驗對象與學習者遠距離的情形之下，實驗對象很難

---

<sup>75</sup> *Id.* at 38.

看到其行為與行為結果之間的連結，在此行為與其效果間有一個物理上的分離。實驗對象在實驗室壓下電擊器的控制桿，在另一個房間傳來抗議及哭聲，雖然這兩個事件是相關連的，但其缺乏一個令人注目的一體性。而在實驗對象與學習者近距離的情形之下，這樣的一體性較完全地被實現。

5. 最初的團體結構：將學習者置於另一個房間，不只拉遠了實驗對象與學習者間的距離，也相對地拉近了實驗對象與實驗者的距離，在這個實驗者與實驗對象所組成的最初團體結構，將學習者排除在外，介於學習者與其他兩者間的牆，使學習者喪失了實驗對象與實驗者間所能感受到的親近性，在實驗對象與學習者遠距離的情形之下，學習者完全是個局外人，處於物理上及心理上的孤立狀態。當學習者被置於較接近於實驗對象的位置時，學習者較易與實驗對象建立結盟以對抗實驗者。實驗對象不再是單獨面對實驗者，因此，空間關係組合的改變造成潛在結盟組合的變動。

6. 習得的行為傾向：在實驗室中很容易觀察到老鼠幾乎不會與其同窩的老鼠打鬥，這涉及消極地抑制（passive inhibition），我們在日常生活中習得不傷害他人的原則，但是這樣的學習發生在親近關係的脈絡之下，但不一定能因此推斷至與我們具有遙遠距離關係之他人的情況亦如此，或者是也許在過去，對物理上親近之他人的侵略行為將導致報復性的懲罰後果，使得這種最初的反應形式滅絕，但對於遠方之他人的侵略行為卻幾乎不會導致報復。

在這些實驗中，當學習者與被命令給予電擊之實驗對象的距離拉近後，越來越多的實驗對象中止實驗拒絕服從，具體可見且近距離的學習者反應的呈現，抵銷了實驗者的權力及造成不服從<sup>76</sup>。

### 第三目 實驗環境與學習者身體狀況變化實驗

在這個實驗中，實驗陣地將從第一流的耶魯大學實驗室轉往一個較普通的地下室，這個新的實驗場地雖然功能齊備，但具有較樸素的氣氛，外露於天花板的蒸汽管，混凝土的地面取代了先前實驗室中覆蓋於地上漂亮的地毯，目的是想看看這樣一個較不令人感到敬畏的場地，是否會減低服從的程度<sup>77</sup>。

另外，在這個實驗中，學習者不僅在電擊時表現出因劇痛而哭喊，尚且在言辭中提到其有心臟方面的問題。在實驗中，實驗者與實驗對象將學習者固定在電擊板上後，實驗者例行性地問：「有沒有問題？」，學習者這時的答案相較於前幾次實驗稍有不同，其言：「前幾年我在醫院中檢查時，他們檢查出我有輕微的心臟方面的問題，這個電擊會有危險嗎？」，實驗者很有信心地回應說：「電擊雖然會痛，但不會造成永久地身體組織的傷害」。在實驗中，學習者分別在遭受 150 瓦、195 瓦及 330 瓦電擊時表達其心臟快承受不住之感受<sup>78</sup>。

實驗結果顯示，相較於之前的實驗，在這個實驗中，較不令人敬畏的實驗室及學習者對於心臟方面問題的暗示，皆未造成顯著地不服從之結果<sup>79</sup>。

### 第四目 實驗者與學習者個人特質變化實驗

---

<sup>76</sup> *Id.* at 36~40.

<sup>77</sup> *Id.* at 55.

<sup>78</sup> *Id.* at 56.

<sup>79</sup> *Id.* at 57.

爲了檢驗實驗者與學習者的個人特質是否會影響實驗對象的服從程度，在這次實驗中分爲兩組團隊，其中一組的實驗者面容看起來不帶感情且嚴厲的，另一組的實驗者則是看起來既溫柔且慈祥，且該組的學習者由一個面容消瘦而嚴厲且看起來似乎對打架很在行的人來扮演<sup>80</sup>。

由實驗結果來看，實驗者與學習者的個人特質似乎對於服從的程度沒有顯著的影響<sup>81</sup>。

### 第五目 實驗者遠離實驗

在接近被害者的實驗中，我們發現實驗對象與被害者的空間關係會影響實驗對象的服從程度，是否實驗對象與實驗者之間的空間關係亦對服從程度扮演了某種角色呢？在本實驗中，實驗者在給予實驗對象關於實驗的初步指示後，即離開實驗室，然後透過電話給予實驗對象接下來的指令<sup>82</sup>。

在本實驗中，實驗結果顯示服從的程度急遽下降，相較於在實驗五 40 人中有 26 個人服從實驗者命令給予學習者至 450 瓦最高的電擊，在本實驗中，40 人中只有 9 個人服從實驗者命令給予學習者至 450 瓦最高的電擊，實驗結果顯示當實驗對象不須直接面對實驗者時，其較能反抗實驗者的命令。甚至在本實驗中發現數個實驗對象有個有趣的行爲現象，即其雖繼續執行實驗者所給予的命令，但其卻未施加學習者被指示的電擊強度。本實驗結果顯示，權威者與執行命令者在物理上空間的密接程度對於服從或不服從的結果有強大的影響力<sup>83</sup>。

### 第六目 女性作為實驗對象實驗

---

<sup>80</sup> *Id.* at 58.

<sup>81</sup> *Id.* at 59.

<sup>82</sup> *Id.* at 59.

<sup>83</sup> *Id.* at 62.



在社會心理學的研究中發現，女性相較於男性更具有服從的性格，另一方面女性較不具有攻擊性且相較於男性易有移情作用。前者的性格似乎可期待其在服從權威的實驗中，具有較高度的服從性；後者的性格則似乎可期待有較高比例的實驗對象會在實驗中反抗實驗者要求電擊學習者的命令。但實驗結果顯示女性的服從程度幾乎與男性所表現出來的程度相同，不過在實驗後面談中女性相較於男性的實驗對象，表達了其在實驗過程中面對較多的內心衝突<sup>84</sup>。

### 第七目 學習者附加參與條件實驗

許多的實驗對象以默示的社會契約（implicit social contract）來解釋其服從行為，即其已與實驗者約定加入實驗放棄其一些自由來達成促進知識進展的目標，另一方面，學習者也已基於自由意願而與實驗者約定加入實驗，其亦不能單方面地逃脫其參與實驗的義務，雖然實驗造成其一些不愉快的經驗，但契約的義務必須被優先尊重，這是建構社會的前提要件<sup>85</sup>。

在這個實驗設計中，學習者在參與實驗前聲明因其有心臟方面的問題，所以其同意參與實驗的條件是當其在實驗中表達其想退出實驗時，應尊重其意願。實驗者及實驗對象在實驗前皆有聽到此前提聲明，即學習者在實驗前事先劃定了其合作的限度範圍<sup>86</sup>。

在本實驗中，不服從的實驗對象中四分之一提到學習者參與實驗的附加限制條件作為其不服從實驗者命令的論據，但大部分的不服從者並未提到“契約”（contract）的問題，其較在意的是實驗“合法性”（legalities）的問題<sup>87</sup>。

---

<sup>84</sup> *Id.* at 63.

<sup>85</sup> *Id.* at 63-64.

<sup>86</sup> *Id.* at 64.

<sup>87</sup> *Id.* at 65.

實驗結果顯示 40 人中有 16 個人無視於學習者的事先聲明而持續服從實驗者的命令施加至最高程度的電擊，可見社會契約的原則對於行為決定的影響性是微弱的<sup>88</sup>。

## 第八目 實驗地點改變實驗

前面幾個實驗都是在耶魯大學的實驗室中進行，我們有理由懷疑實驗者命令對於實驗對象的效力也許是奠基於耶魯大學這個組織的權威，許多實驗對象在實驗後的面談中即表達實驗的地點給予其信心去執行實驗者的命令，其指出若實驗是在其他地方進行，其也許就不會依照實驗者的命令去電擊學習者<sup>89</sup>。

試想在我們生活中許多時候我們去順從他人的指示係奠基於特定的情境之下，譬如說我們在理髮廳中放心的將我們的喉嚨暴露於剃刀的利刃之下，但在其他場所則不會願意如此，因此實驗對象的服從也許是因該實驗係在大學的實驗室中進行，若是在其他地方進行實驗也許就不會有相同的服從現象<sup>90</sup>。

在本實驗中，我們將實驗室移往一棟位於商業區中的廢棄辦公大樓，從實驗室中完全感受不出其與大學之間的關連性。本實驗的名義上舉辦單位為一個名不見經傳的「橋港研究協會」（這個協會名義係捏造的），實驗對象被告知本實驗只是一個基於工業研究目的的私人實驗<sup>91</sup>。

實驗結果顯示雖然服從的程度的些許的降低，但並未顯著地低於在耶魯大學實驗中所呈現的結果（在本實驗中有 48% 的實驗對象施加至最高程度的電擊；在耶魯大學的實驗室中則有 65%）<sup>92</sup>。

---

<sup>88</sup> *Id.* at 66.

<sup>89</sup> *Id.* at 67.

<sup>90</sup> *Id.* at 68.

<sup>91</sup> *Id.* at 68.

<sup>92</sup> *Id.* at 69.

本實驗結果可以詮釋為當一個命令屬於有潛在的傷害性或破壞性時，只有在該命令與特定的組織結構具有相關連性時，始會被接受命令者認為具有合法性，但該組織並不需具有特別的聲譽或特別的傑出，就像在本實驗中只要該實驗室被實驗對象覺察出其是“科學實驗室（scientific laboratory）”就夠了<sup>93</sup>。

### 第九目 實驗對象自由選擇電擊強度實驗

一個理論上對行為詮釋的假設是人具有攻擊性的本能，本實驗只是提供其一個合法的宣洩其攻擊本能的管道，命令只是一個多餘的形式。若根據這個假設觀點，則當人們被置於一個其有權力任意處置他人的地位時，其會無人性地虐待他人<sup>94</sup>。

在本實驗中，實驗者讓實驗對象可以自由選擇電擊的強度，實驗結果顯示大部分的實驗對象都選擇了施加與學習者很低的電擊強度，由此實驗可知我們不能將實驗對象對於學習者施加最高程度的電擊詮釋為是其攻擊本能的顯現，而應詮釋為因服從命令而產生的行為轉變<sup>95</sup>。

### 第三款 權威者身份地位改變之實驗

在上面一系列的實驗環境中，有三個組成要素：處境（position）、身份（status）、行為（action）。處境表明由誰要求（prescribe）、執行（administer）、接受（receive）電擊；身份指示誰扮演權威者（authority）或一般人（ordinary man）；行為指出誰主張（advocate）或反對（oppose）電擊。到目前為止的實驗中，這三個要素彼此之間的關係始終維持不變，舉例而言，特定的行為始終與特定的身份相連結，像是接受電擊者總是一般人，而其行為總是為反對電擊。因此在接下

<sup>93</sup> *Id.* at 70.

<sup>94</sup> *Id.* at 70.

<sup>95</sup> *Id.* at 72.

來的實驗中，我們將改變這些要素彼此之間關係<sup>96</sup>。

\*角色排列示意表：

	Person I	Person II	Person III
Position	Person who orders the shock	Person at the control board	Person who receives the shock
Status	Authority	Ordinary man	Ordinary man
Action	Advocates administration of shock	Indeterminate	Opposes shock
Specific name	Experimenter	Teacher	Learner
Conceptual referent	Authority	Subject	Victim

---<sup>97</sup>

<sup>96</sup> *Id.* at 89.

<sup>97</sup> *Id.* at.90.

## 第一目 實驗者與學習者要求逆轉實驗

在這個實驗中讓我們來逆轉實驗者與學習者應履行的責任。在這個實驗之前，都是由實驗者要求實驗對象對學習者施加電擊，而學習者提出抗議。但在這個實驗中，將由學習者要求電擊，實驗者則禁止實驗對象施加電擊<sup>98</sup>。

整個實驗流程如下：當學習者被電擊時，其發出痛苦的哭喊，雖然看起來如此不舒服，但學習者表現出希望繼續進行實驗的意願，在施加 150 瓦強度的電擊之後，實驗者要求實驗對象停止實驗，其表示學習者的反應有些不尋常的嚴重性，以及考慮到學習者心臟方面的問題，不應該再對學習者施加進一步的電擊。這時學習者大聲呼喊要求繼續進行實驗，其表示其有個朋友最近剛完成這個實驗，若其在此就中止實驗的話，是對其男子氣概的侮辱。但實驗者仍重申雖然實驗的繼續進行有其重要的研究價值，但考慮到學習者痛苦的反應，不應該再施加進一步的電擊。此時學習者仍不斷要求繼續進行實驗<sup>99</sup>。

實驗結果顯示沒有一個實驗對象聽從學習者的要求繼續施加電擊，而是全部在實驗者的命令下停止對學習者的電擊。實驗對象願意在實驗者的命令下對學習者電擊但不願意在學習者的命令下為之，在這個意義上顯示其認為學習者相較於實驗者較不具有權力對其施加命令。學習者不過是整個被權威所控制的系統中的一部份，畢竟實驗目的為權威者所定義，整個情況亦為權威者的實驗目的所主導，學習者個人的意願對於整個實驗是毫無關係的，實驗對象在實驗中自然而然會採納權威者的觀點<sup>100</sup>。

實驗對象在決定是否電擊學習者時並非基於學習者個人的意願，亦非基於實

---

<sup>98</sup> *Id.* at 90.

<sup>99</sup> *Id.* at 91.

<sup>100</sup> *Id.* at 92.

驗對象的仁慈或不友善的念頭，而是基於實驗對象被權威系統所束縛結合的程度<sup>101</sup>。

## 第二目 普通人扮演實驗者給予命令實驗

實驗者說服實驗對象電擊學習者的權力基礎，究竟是源於命令內容本身，還是源於權威性來源的力量？在這個實驗中我們將排除實驗者代表權威者這個身份要素，但不改變其要求實驗對象施加電擊與學習者的行為，一個最簡單的方式即是由一個普通人來扮演實驗者的角色<sup>102</sup>。

這個實驗的進行流程如下：三個實驗對象來到實驗室（其中兩個是實驗者的同謀），實驗者要求其抽籤來決定誰扮演何角色，同謀的兩人透過事先的安排抽到分別扮演學習者及在實驗者位子上記錄時間的角色，實驗對象則是扮演念字組及施加電擊與學習者的角色，實驗者僅在離開實驗室前要求實驗對象應進行至讓學習者能夠完美地記住所有字組為止，在實驗者離開實驗室後，在實驗者位子上那位實驗同謀建議當學習者每犯一次錯誤即提高電擊強度來促進學習者的學習效能，這時實驗對象面對實驗者所給予的指令與該實驗同謀（一般人）所建議的指令的衝突。這個實驗結果顯示 20 個實驗對象中有高達 16 個拒絕服從該實驗同謀的指令<sup>103</sup>。

## 第三目 實驗者與學習者角色互換實驗

在這個實驗中兩個人走進實驗室（其中一個為實驗者的同謀），然後他們抽籤決定誰扮演老師誰扮演學習者（因籤有做過手腳所以實驗者同謀必會抽中扮演學習者角色），之後學習者說其害怕被電擊而不願開始實驗，但其又言若實驗者願意先示範被電擊，則他之後願意進行實驗，於是實驗者即坐上學習者的位置將

---

<sup>101</sup> *Id.* at 92.


<sup>102</sup> *Id.* at 93.

<sup>103</sup> *Id.* at 93.

手綁在電擊板上，實驗進行至施加 150 瓦電擊時，實驗者要求停止電擊讓其離開，但實驗者的同謀要求實驗對象繼續對實驗者在其答錯時施加電擊，在這種情況下，實驗對象又再度面對衝突的指令<sup>104</sup>。

實驗結果顯示沒有任何一個實驗對象在實驗者要求停止之後仍繼續聽從該實驗者同謀的指示，繼續施加實驗者電擊。甚至許多實驗對象還跑至隔壁房間將實驗者從電擊板上鬆綁，對實驗者表達同情，而對實驗者的同謀疏遠，彷彿其是瘋子般<sup>105</sup>。

上述這三個實驗結果顯示一個重要的事實：權威是決定性的因素，命令本身若與權威分離，則將失其強制力<sup>106</sup>。



#### 第四目 雙重權威實驗

在現實生活中我們可能會陷入一種接收到雙重權威者指令的情形，而且該雙重權威者所指示的行動正好相矛盾，在這種情形下接收指令者將面對高度的內心衝突，其不但必須決定是否行爲，且必須決定服從哪個權威者的指令，以下實驗即是來研究在這種情形下會發生的結果爲何<sup>107</sup>。

#### 壹、雙重權威給予相反的命令要求實驗

在這個實驗中，當實驗對象走進實驗室後，其面對兩位幾乎一樣年紀及身高的實驗者，其中一位看起來較另一位溫和，他們兩人輪流對實驗對象說明實驗流程。之後實驗開始進行，在實驗進行至對學習者施加 150 瓦電擊時，其中一個實驗者要求實驗對象繼續進行實驗，另一個實驗者則要求停止，在這種情形下，實

---

<sup>104</sup> *Id.* at 99~100.

<sup>105</sup> *Id.* at 103.

<sup>106</sup> *Id.* at 104.

<sup>107</sup> *Id.* at 104~105.

驗對象面對兩個互不相容的指示，而兩個指示皆來自權威者<sup>108</sup>。

實驗結果顯示，幾乎所有的實驗對象皆在兩個實驗者發出互不相容的指示時停止其行為，此很清楚地顯示當兩個權威者無法達成共識時，將使行為動彈不得。在這個實驗中有一個很有趣的現象，及有些實驗對象試圖去確認哪一個實驗者具有較高的權威<sup>109</sup>。很顯然地，當出現兩個互相矛盾的命令時，實驗對象將會試圖去確認哪個命令具有較高權威然後服從之，但若無法確認時，則結果即是使實驗對象暫停其行為<sup>110</sup>。

## 貳、雙重權威之一擔任學習者角色實驗

在現實生活中我們可以想像一個國王在位居其位時有無比的權威，但當其成為階下囚時則喪失其權威，因此在這個實驗中，我們即要來檢視這樣一個議題。在實驗對象到達實驗室後，兩個實驗者與實驗對象共同等待尚未出現的第四位實驗參與者，但之後接到一通電話說該實驗參與者最後決定不參加實驗，因此兩個實驗者決定用丟銅板來決定由誰下場擔任老師或學習者的角色，輸的那位實驗者再與實驗對象抽籤決定誰扮演老師誰扮演學習者（因籤有做過手腳所以實驗者必會抽中扮演學習者角色），然後開始實驗，在實驗對象施加 150 瓦電擊時，扮演學習者的實驗者要求停止電擊，但另一位實驗者則要求實驗對象繼續實驗<sup>111</sup>。

實驗結果顯示，幾乎所有的實驗對象皆聽從實驗者的指令繼續實驗，而無視於扮演學習者的另一位實驗者要求停止的指令，顯然地，扮演學習者該位實驗者已喪失其居於權威者地位時所擁有的權威。這樣的實驗結果也許可以解讀為實驗對象係服從具有較高權威地位者<sup>112</sup>。

---

<sup>108</sup> *Id.* at 105.

<sup>109</sup> *Id.* at 107.

<sup>110</sup> *Id.* at 111.

<sup>111</sup> *Id.* at 108~109.

<sup>112</sup> *Id.* at 110.



#### 第四款 團體影響之實驗

個人單獨的反抗權威力量是微弱的，但若是團體的話力量則強大的多，一個典型的情況是受壓迫的兒子團結起來反抗其獨裁的父親，其他的實例還有：甘地成功地以非暴力的手段使民眾與英國殖民政府抗爭；阿提喀監獄中的人犯組織挑戰監獄的管理者等，個人與其同輩的關係常可對抗甚至有時取代權威者<sup>113</sup>。對於一個惡的權威的反抗，集體的行動會比單獨的行動來得有效。我們在先前的實驗中已觀察到實驗對象本身的道德原則與其在實驗室中的實際行為表現有所不同，即雖然他們反對電擊受害者與在電擊時面對明顯的內心衝突，但其仍然無法去反抗實驗者的權威，而仍然照實驗者的指示去做，在接下來的實驗中，我們將要來看一下團體的力量是否能幫助實驗對象從權威的控制中解放出來，而遵循其本身的價值觀及個人標準而行為<sup>114</sup>。

##### 第一目 實驗對象同儕反抗權威實驗

在本實驗中實驗對象於實驗中其左右兩旁分別有一位同伴，這兩位同伴將會表現出反抗實驗者及拒絕違反學習者意願而電擊的態度，我們想觀察這樣的安排會對實驗對象產生如何的影響<sup>115</sup>。

整個實驗流程為一開始有四個實驗對象來到實驗室，一個為真正的實驗對象，另外三個為實驗者的同謀，實驗名義為「集體的教學與懲罰在記憶與學習上的影響」，四個人抽籤來決定誰當老師誰當學習者，經過一個作弊的抽籤後，實驗者的同謀分別扮演學習者及老師一與老師二，真正的實驗對象則扮演老師三，老師一的工作是負責念字組，老師二的工作則為告知老師三學習者的答案是否正確，老師三的工作則為施加電擊。在實驗中，老師一率先表達其因為學習者的抗

<sup>113</sup> *Id.* at 113.

<sup>114</sup> *Id.* at 116.

<sup>115</sup> *Id.* at 116.

議而不願繼續違反學習者的意願來進行實驗，雖然實驗者要求其繼續，但其仍然選擇離開電擊器前而坐到實驗室的另一個角落，於是實驗者要求老師三除了其本身的任務外，也兼負責念字組的工作，之後在施加 210 瓦電擊時，老師二也拒絕繼續參與實驗而坐到實驗室的一角，其言：「我願意回答你的任何問題，但我不願意在違反該人的意願下電擊該人」。在此時，實驗者要求真正的實驗對象繼續進行實驗<sup>116</sup>。

實驗結果顯示，40 個參與實驗的實驗對象，有高達 36 個人反抗實驗者的權威，由此可見集體反抗權威的效果是非常顯著的。集體的效果可以從下列幾個因素來分析<sup>117</sup>：

1. 實驗中的同伴逐漸灌輸實驗對象反抗實驗者的想法。
2. 在之前的實驗中，孤獨的實驗對象並無法知道若其反抗實驗者，其行為究竟是普遍發生在實驗室中的現象或是一種奇怪的行為。但在這個實驗中，其直接看到其身旁兩個反抗的例子，因而認為這樣的行為是在該情況下很自然的反應。
3. 不服從之實驗者同謀的反應定義了違反學習者意志的電擊是不適當的，他們的行為提供實驗對象對於違反一個人的意志而電擊該人是否錯誤的懷疑之社會的認可。
4. 反抗的實驗者同謀在退出實驗後仍然留在實驗室（因其同意回答實驗後的問題），這樣的情況之下，實驗對象所進行的電擊行為將受到來自於兩位實驗者同謀的社會非難眼光。
5. 只要實驗者同謀繼續參與實驗，電擊學習者的責任將平均分散到每個參與實驗的人身上，但當實驗者同謀退出實驗後，真正的實驗對象將獨自一人承擔所有的責任。
6. 真正的實驗對象目擊了兩個不服從的事件，並且觀察到反抗實驗者的後果非常

---

<sup>116</sup> *Id.* at 116~118.

<sup>117</sup> *Id.* at 120~121.

輕微。

7.當實驗者無法成功地讓該兩位實驗者的同謀繼續進行實驗時，其權威即被削弱。

## 第二目 實驗對象不親自施加電擊實驗

在現代典型的官僚機構中，即使該機構是被設計來從事破壞性的事務，該機構中的大部分人員並未直接地執行破壞性的行動，推諉搪塞的報告或是裝載砲彈等，雖然其行為對於最後的破壞性行動有貢獻，但此結果係在該官員視線範圍及心理之外。在本實驗中我們將來驗證這樣的現象<sup>118</sup>。

在本實驗中，實驗對象將不直接負責電擊的工作，而是擔任實驗過程中的次要工作，實驗結果顯示，40 個參與實驗的實驗對象，只有 3 個人拒絕參與實驗到最後<sup>119</sup>。

任何一個稱職的破壞性官僚系統的主管，都可以安排該機構中最冷酷無情及愚鈍的人員去直接執行破壞性的行動，至於該系統中的其他大部分人則遠離面對該直接性的破壞行動，而只從事間接的支援，這些人員將獲得雙重的責任免除，首先，該合法性的權威對於其行為給予保證；再者，其並未直接地參與殘忍的破壞性行動<sup>120</sup>。

## 第二項 服從權威原因之分析

在數以百計參與本實驗的實驗對象中，我們目擊了平常是一個有責任感與寬大親切特質之人的實驗對象，在實驗中，卻被權威的外表引誘做出殘忍與嚴厲的行為。在這裡我們必須去瞭解這些現象在理論方面的意義，以及需要找出服從之

---

<sup>118</sup> *Id.* at 121.

<sup>119</sup> *Id.* at 122.

<sup>120</sup> *Id.* at 122.

深層原因，究竟為何服從權威是如此的有力以及對於被要求服從之人處於主導地位呢？<sup>121</sup>

## 第一款 服從權威之內外在因素

### 第一目 階級制度的存在

讓我們分析從注意到人並非是單獨的而是處於階級架構的運作中開始，人類社會的權威架構係由象徵（symbols）所傳達，階級組織團體的構造本身，提供眾多的利益來讓該團體面對自然環境的危險、競爭物種的威脅及團體內部潛在的分裂與混亂。一個進化的傾向被暗示在下列觀點中：行為，就如同其他人類所具有的特質，在接續的世代中被生存的需求所塑造，特定行為若不能增加生存的機會，則該特定行為將不會被有機體所生成，因為這樣的行為將造成該團體最終的滅絕。我們環顧人類曾經建立的文明，我們可以發現只有經過指揮及協調的行動，才造就了金字塔及希臘城邦等<sup>122</sup>。

社會組織的優點不僅是可以達成外部的目標，而且同樣地，在組織內部則可以達成組織成員間的安定與和諧，清楚地定義每個成員的身份將可以減少成員間摩擦的可能性至最小。就以狼群為例，當捕獲獵物時，具優勢地位的狼將可以優先享用其所應得的部分，其他的狼則依其地位分得部分獵物，每隻狼都認知到其在狼群中的地位而使整個狼群組織處於穩定平衡的狀態。在人類社會中也是如此，當人類社會的成員接受其所被賦予的地位時，人類社會的內部平衡才得以確保。另一方面，對於階級制度的挑戰，通常引發暴力。因此，一個穩定的社會組織，同時可以增強其面對外在環境威脅的能力及減少內部成員間的暴力衝突<sup>123</sup>。

在這裡我們並非要提出服從是人類基本的本能這樣的概念，應該說是我們生

---

<sup>121</sup> *Id.* at 123.

<sup>122</sup> *Id.* at 123~124.

<sup>123</sup> *Id.* at 124.

來即具有服從的潛能，但是是社會的互動過程造就了服從之人。在解釋服從的原因時，我們必須同時注意到人類天生的構造及之後的社會所帶來的影響<sup>124</sup>。

一般而言，當特定一群具有自治能力之人被納入階級系統中後，該群人自我內部結構的改變成為必要，該改變為構成系統的必要條件，而毫無例外地，他們為了系統一致性的利益，本身必須有所壓抑，當系統的每一部份都能和諧運作且無目標上的歧異時，系統的凝聚始能達成<sup>125</sup>。

從演化的觀點，各別具有自治能力的一群人，其未受抑制以各別最大利益為目的之慾望追求必須被控制，超我、良心等類似的機制組成了道德的典範來抑制未受控制的衝動表現，以符合群體利益。但在組織的模式中，對於整個系統運作最重要的是個人內在的抑制機制不會明顯地與組織最高階層之目標相衝突，因此，當個人是獨立行動時，良心會發揮其功能，但當其被納入組織模式中時，組織最高階層的目標並不會被個人內在的道德標準所評價<sup>126</sup>。

## 第二目 神經機械學（Cybernetic）的觀點

神經機械學是一門涉及到調整與控制的科學，其所探討的問題是在當有機體從處於具自治功能的情況，轉換至受組織功能支配的情況時，進化中的有機體身上，將會發生什麼樣的改變？而在服從的科學理論中相關於此的主要問題是當具有自治權限的個人被納入社會結構中而成為系統功能的組成部分時，什麼樣的改變將會發生？神經機械學理論提供我們一個模型，使我們注意到當一個獨立的個體被納入階級制度的運作功能中時，邏輯上所必然發生的改變。就此而言，當人被納入系統中時，其即必須遵守此系統的法則<sup>127</sup>。

---

<sup>124</sup> *Id.* at 125.

<sup>125</sup> *Id.* at 129.

<sup>126</sup> *Id.* at 129~130.

<sup>127</sup> *Id.* at 125~126.

想像有一群機器人，a,b,c 等，其被設計為個別獨立運作，每個機器人皆被設計成一個開放的系統，其需要從環境中獲得輸入以維持其內部狀態，對於環境輸入的需求（例如食物），其本身需要某個裝置來搜尋、攝取及轉換成有用的營養形式，這樣一個行動最初係由有機體本身的受動器（Effectors）所觸發，即當有機體感受其內部發出匱乏的信號，而該匱乏可能威脅有機體的生命狀態時，該受動器就會被觸發。有機體內部這樣一個信號的發出，係為了啓動養分的搜索程序以修復系統狀態以使其能繼續運作。這個由 Cannon 所提出來的自我平衡模型（homeostatic model），指出這個狀態修復系統在有機體身上係普遍存在的<sup>128</sup>。

若我們將這些個別獨立運作的機器人聚集在一起，則某種抑制機制必須被置入其中以抑制個別慾望無紀律的表達，若非如此，則將導致其彼此間的互相破壞。同樣地，這樣一個抑制機制在人類本身也存在，像人類本身所具有的破壞衝動即被稱為良心或超我的抑制機制所控制<sup>129</sup>。

人類的本能驅策源於自我（Id），但這樣一個本能驅策並不會直接導致行動，而會受超我（Superego）此一抑制機制的檢驗，就如同我們所注意到的，大部分人在生活中的一般情況下，並不會去傷害或殺害別人<sup>130</sup>。

### 第三目 可變性（Variability）因素

若個體不各自讓渡其各別的控制權於整個系統，整個系統將無法有效率的運作。就像一列五個車廂相連接的電車，若每節車廂都一致地保持每小時 50 公里的時速，則整列電車可以順暢地以每小時 50 公里的時速往前行進，但若五節車廂分別以每小時 10 公里、20 公里、30 公里、40 公里、50 公里的時速行進，則

---

<sup>128</sup> *Id.* at 126.

<sup>129</sup> *Id.* at 127.

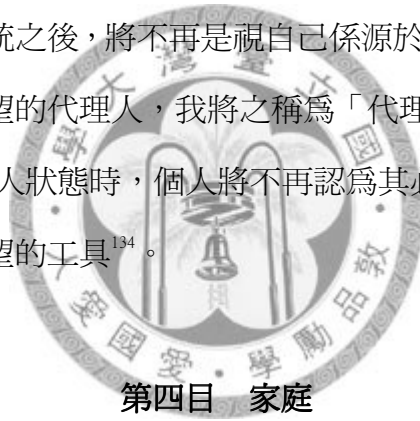
<sup>130</sup> *Id.* at 128.

整列電車的移動速度將無法快於最慢的那個單位<sup>131</sup>。

階級結構只有當其本身達到一致性時才能順利運作，而該一致性只有在各別組成部分的成員本身受到抑制控制時始能達成<sup>132</sup>。

在實驗中為何一個平常溫和且親切的實驗對象會對他人做出殘忍的行為？這可以解釋為當其進入階級結構中後，其本身抑制攻擊衝動的抑制機制-良心所發揮的影響力顯著減少，到此我們可以做出的結論是：個體本身內在的改變是其納入階級結構中運作所必需<sup>133</sup>。

當個人進入權威系統之後，將不再是視自己係源於本身的目標而為行為，而是視自己為實現他人願望的代理人，我將之稱為「代理人狀態」(the agentic state)。當個人處於代理人狀態時，個人將不再認為其必須為其行為負責，其定義自己僅是實現他人願望的工具<sup>134</sup>。



#### 第四目 家庭

我們每個人皆是在權威的架構中長大成人，在最初我們被要求遵從父母的規定，藉此灌輸我們尊重成人權威的觀念。父母的指令也是道德規則的源頭。然而，當父母要求小孩去遵從道德命令的時候，事實上是在做兩件事，第一，父母提出特定的道德內容要求小孩遵守；第二，就其本身而言，是在訓練小孩去順從權威的指令。因此，當父母說：「不可以打較小的小孩」，其所提出的命令是兩個而非一個，第一是有關於對待較小的小孩（此即為無助與無辜之人的原型）舉止的命令；第二且是內含的指令為「服從我！」。我們最初的道德典範是與服從態度的

<sup>131</sup> *Id.* at 130.

<sup>132</sup> *Id.* at 131.

<sup>133</sup> *Id.* at 132.

<sup>134</sup> *Id.* at 133~134.

灌輸分不開的。再者，服從的要求是各種不同的具體命令之共通要素，也因此易於在任何特定的道德內容中獲得佔上風的力量<sup>135</sup>。

## 第五目 制度組織環境

當小孩脫離家庭的防護膜後，其即納入權威的制度組織系統-學校。在學校中，孩童不僅在特定的課程中學習，同時，其也在學習其在組織框架中的職責。孩童的行動很大程度上是被老師所規範，但其也覺察到老師亦是在遵從校長的要求與規範。學生觀察到傲慢自大並不為權威所接受且會受到責難，只有遵從是唯一適當之對權威的反應方式。在最初的二十年青春歲月中，年輕人是在權威系統中從屬的一群人，一旦離開學校，男性通常不是進入職場就是進入軍隊，在職場上，雖然謹慎地表達異議被允許，但根本上服從的態度才是與上級和諧相處所必要的。<sup>136</sup>



既然權威結構在任何社會中都是必要的存在，進一步的在現代社會中則再加入教導個人去服從不具人格的權威，其服從的對象是被階級印記、制服或頭銜所指攝的抽象階級<sup>137</sup>。

## 第六目 獎賞制度

在所有方面對於權威的經驗，皆涉及一個獎賞結構，即服從者獲得獎賞，不服從者則得到處罰。雖然對於服從者可以給予許多不同形式的獎賞，但最精巧的獎賞是讓服從之個體在階級制度中獲得晉升，晉升帶給個人一種深刻的情緒上滿足，但其最大的功能在於確保階級制度繼續的存在<sup>138</sup>。

<sup>135</sup> *Id.* at 135~136.

<sup>136</sup> *Id.* at 137.

<sup>137</sup> *Id.* at 137.

<sup>138</sup> *Id.* at 137~138.



## 第二款 服從權威者心理機制之分析

現在代理人狀態 (agentic state) 將成為我們分析的重心，引發了特定的關鍵性問題。首先，第一個問題是在怎樣的情況下，一個人會從具自治權的狀態轉換至代理人狀態？（在前的條件）。接下來的問題是當這樣的轉換發生後，人的行為與心理特性將會發生怎樣的改變？（結果）。最後，是什麼原因使人維持在代理人狀態？（黏合的要素）<sup>139</sup>。

### 第一目 服從之在前條件

#### 壹、覺察權威

轉換成代理人狀態第一個必須的條件是對於合法性權威的覺察。從心理學的觀點，權威意指一個人在特定情況下處於社會控制的地位。權威並不總是需要處於一個較高威望之地位，例如說電影院中的引座員也是一個社會控制的源頭，而我們通常皆自願地遵從其指示。權威的力量並非源於個人的特質而是源於其在社會結構中所被感知的意識到的地位<sup>140</sup>。

針對權威如何被覺察的問題，我們即以我們的實驗作為分析的對象。首先，實驗對象係帶著某人將負責指引實驗的期待進入實驗室，因此當實驗對象見到實驗者後，實驗者並不需主張其權威，只須確認之，即實驗者透過一些介紹的聲明及自我定義的儀式恰巧完美地符合了實驗對象認為某人將指引實驗的期待。其中支持著實驗者權威的要素為實驗者所表現出的信心及權威的氣氛。再者，外在的裝備通常也被用來象徵特定情況下的權威。像在實驗中的實驗者穿著灰色的實驗外套，使其與實驗室相連結。警察、軍人之類的制服在一般經驗中是最顯著的權威象徵<sup>141</sup>。

<sup>139</sup> *Id.* at 135.

<sup>140</sup> *Id.* at 138~139.

<sup>141</sup> *Id.* at 139.

## 貳、進入權威系統

第二個觸發轉換為代理人狀態的條件為將個人定義為權威系統的一部份。光讓人覺察到權威是不夠的，還必須使權威與其發生關連。因此當我們在閱兵時聽到陸軍上校高喊：「向左看」，我們並不會因此向左看，因為我們並未被定義為其部屬。權威系統通常被限制於特定的物理上領域，當人進入該領域時即受到權威之影響而受其主導。就如本實驗在實驗室中進行，使人感覺實驗者擁有該領域，實驗對象必須適切地為實驗者要求的行為，若實驗係在實驗室以外之地方進行，則服從的比例將會急速下降<sup>142</sup>。

更重要的是，在本實驗中，實驗對象進入實驗者的權威領域係出於自願，自願參與所引發的心理上結果為產生承諾及義務之感覺，此讓實驗對象在之後被束縛於其所被指定的角色上。社會試圖創造人們進入各種機構組織係出於自願的感覺，而在自願服從合法性權威的情況，不服從的制裁並非來自於外在的強制力，而係源於自願者本身內在對其擔任該角色之承諾的違反之感覺<sup>143</sup>。

## 參、命令對等於權威之職能

權威係存在於特定脈絡之下，該脈絡定義適當的命令範圍。例如，在軍隊中，隊長也許會命令部屬直行一個非常危險的任務，但不會命令部屬擁抱其女友。在我們的實驗中，實驗對象係在學習實驗的脈絡中為行為，其觀察到實驗者的命令恰如其份，在實驗室的脈絡下，如此的命令一般而言被認為是適當的<sup>144</sup>。

## 肆、支配一切的意識型態

在被定義的社會情境中覺察到社會控制的合法性源頭是轉換至代理人狀態的先決條件。但合法性本身必須與一個正當化的意識型態相連結。在本實驗中，

---

<sup>142</sup> *Id.* at 140.

<sup>143</sup> *Id.* at 140~141.

<sup>144</sup> *Id.* at 141.

科學的名義即作為支配一切之正當化的意識型態。像教堂、政府、學校等組織，其行為係被社會的價值與需求所正當化。意識型態的正當化事由是獲取自願性服從的關鍵<sup>145</sup>。

## 第二目 代理人狀態

行為主體一旦進入代理人狀態，主體將變得與之前的自己有所不同<sup>146</sup>，而代理人狀態具有以下特性。

### 壹、與權威協調一致

在階級制度的架構之下我們通常會去留心及回應比我們較高層級之人發出的訊息，但忽略較我們低層級之人所提出的請求，這是因為處於權威之人通常是授與利益與施加剝奪之人，例如老闆可以升遷或解雇一名員工；軍隊長官可以給予其部屬輕鬆的工作或指派其從事危險的任務；部落長老可以同意一樁婚事或下令執行死刑。因為如此，個人通常視權威為一種非人化的力量，其命令超越個人的希企與慾望。在本實驗中，實驗對象的感覺與認知係被實驗者所主導，對於許多實驗對象而言，學習者成爲一個讓人討厭的客體，因其阻礙實驗對象與實驗者達成一種令人滿意的關係<sup>147</sup>。

### 貳、重新定義情境意義

控制人詮釋世界的方式也就控制了其行為，這也就是為何企圖詮釋客觀情況的意識型態總是成爲革命、戰爭及其他號召人們從事特別行為之情形的顯著特色。政府總是投資眾多的宣傳活動來建立詮釋事件的官方影響力。所有情境皆具有一種意識型態，我們稱之爲「情境定義」(definition of the situation)，其詮釋特定社會場合之意義。一個行為從一個特定觀點來看也許是可憎的，但若從另一

---

<sup>145</sup> *Id.* at 142.

<sup>146</sup> *Id.* at 143.

<sup>147</sup> *Id.* at 144.

個觀點觀之也許是完全具有正當理由的。人有接受合法性權威所提供之行爲定義的傾向，因此雖然是行爲主體在爲行爲，但其讓權威來定義其行爲之意義。因此，權威與行爲主體之間的關係，並不能視之爲一個具有強制力之人強制一個非自願之下屬爲行爲，因爲，行爲主體接受了權威對於情境之定義而自願地爲行爲<sup>148</sup>。

### 參、責任感的降低

代理人狀態轉換所造成最深遠的效果爲行爲主體認爲其應對其發佈命令之權威負責，而不須爲其所被命令的行爲負責。在此情況下，道德感並非消失不見，只是行爲主體關注的焦點完全置於其是否充分地執行權威所要求的行爲，若是則感到光榮，若否則感到羞恥，在我們的語言中提供了許多詞目來指出這樣的道德規範形式：忠誠（loyalty）、職責（duty）、紀律（discipline），這些詞目皆充滿了道德意涵來指攝一個人對於權威履行其義務之程度，就其本身而言並未指攝一個人的「好」（goodness），而只是指攝一個人是否適當地履行其在社會中所被賦予的角色。對於在權威要求下而爲可憎行爲最常被提出的辯解爲其僅僅是在盡其職責，當人提出這樣的辯解並非是捏造藉口，而是成實地表達出服從權威所產生的心理學上的態度<sup>149</sup>。

在代理人狀態中，超我的功能從評價行爲之好壞轉換至判斷是否充分地盡到在權威系統中之職責，此時抑制個人爲傷害他人之行爲的力量發生短路，行爲不再受良心所限制。試想一個和藹仁慈之人，即使是在生氣的時刻都不會攻擊使其生氣之人，當其必須要打一個調皮的小孩時，他發現這件事使其不愉快，且手臂的肌肉組織感到無力，因而放棄該行爲。但當其在軍隊中服役而被要求對人群投擲炸彈時，他服從命令而爲之，因爲這個行爲並非源於其內在的動機系統，因此未被其內在心理系統中的抑制力量所檢驗<sup>150</sup>。

<sup>148</sup> *Id.* at 145.

<sup>149</sup> *Id.* at 146.

<sup>150</sup> *Id.* at 146~147.

一個人的自我形象是個人內在抑制規範的重要源頭，但當人進入代理人狀態時，這樣一個評價機制即不存在，因為其行為並非源於其內在的動機，也因此不再反應出其自我形象，因而服從命令之行為，從行為主體的觀點，即使行為多麼地不人道，其認為其本身是完全無罪的<sup>151</sup>。

### 第三目 黏合要素

不論任何時候，當一群人與階級制度產生關連後，即必須使其維持在該關係中，若不如此，則一個最輕微的擾亂都將引起結構的瓦解。因此，一旦人們被納入社會階級制度中，必定存有一些鞏固機制賦予結構至少擁有最低層度的穩定性<sup>152</sup>。一旦人進入代理人狀態，是什麼因素使其保持在該狀態呢？接下來就讓我們來檢驗是什麼強大的力量使實驗對象被束縛在其角色上，以及為何實驗對象心中想要停止電擊學習者但仍不得不繼續依指示為電擊行為？

#### 壹、行動的連續性本質

本實驗是一個展開的程序，每一個行為皆會影響下一個行為，而服從的行為則是持續重複行為的自然重現。在最初的指示之後，實驗者並未命令實驗對象開始實施新的行為而只是讓其繼續其所為之行為。這樣行為的定期重複本質，要求實驗對象自己創造黏合要素。當實驗對象施加越來越多電擊之後，他必須去尋求正當化其所為的事由，其中一個正當化的理由為完成程序，因為若其中止實驗的話，他就必須告訴自己：「實驗中到目前為止我所做的都是不好的，而現在我以中止實驗來承認之」，但若其繼續實驗的話，即可以消除其本身對之前所為行為的疑慮，前面行為所引起的不舒服感會被在後的行為所抵銷，實驗對象會漸漸地被牽涉入破壞性的行為中<sup>153</sup>。


<sup>151</sup> *Id.* at 147.

<sup>152</sup> *Id.* at 148.

<sup>153</sup> *Id.* at 149.

## 貳、情境義務

在所有社會情境之下係禮節規矩在對我們的行為起規範作用。爲了中止實驗，實驗對象必須去破壞社會情境中固有的協議，即在最初實驗對象對實驗者承諾其要幫助其完成實驗，但現在卻要違背其承諾。雖然從旁觀者的角度會認爲實驗對象拒絕繼續電擊係源於道德上的考量，但對於實驗對象本身的經驗而言，其卻認爲中止實驗係聲明拋棄其對於實驗者的義務，這樣的拒絕是不容易做到的。所有社會情境的建構皆立於所有參與者的協議共識之上，一旦情境定義已被參與者所同意，即不應挑戰之。一個參與者去瓦解已被接受的情境定義具有道德上罪過的特性<sup>154</sup>。



在實驗的情境中，實驗對象沒有辦法在不違反實驗者自我定義的情況下來停止電擊學習者，即實驗對象無法在中止實驗的同時還能確保實驗者的定義權限不受到破壞，因此，實驗對象害怕中止實驗的話，會顯得自己自大無禮。實驗對象這樣的情緒相較於其對於學習者所施加的暴力顯得微不足道，但其卻對於實驗對象的服從現象發生助力。所有反對權威的情形皆伴隨著對於已被定義之社會情境的破壞，這樣一個困窘的情境是許多人所無法面對的，爲了避免這樣一個尷尬的情況，實驗對象發現服從是一個較不痛苦的選擇<sup>155</sup>。

爲了不傷害實驗者的感情，也是抑制不服從的束縛力量，試想一個你所尊敬的人，可能是一個受人尊敬的教授、受人喜愛的神父或在某些情況下是父母，這些人通常也與特定的頭銜相關連，例如某某教授、某某神父或某某博士，這些人必定對你而言代表一定的距離感及莊重感，是名符其實的權威，如果要感受何謂破壞與權威者關係的規矩，只要試者想像直接稱呼該人的名字甚至是綽號來代替

---

<sup>154</sup> *Id.* at 149~150.

<sup>155</sup> *Id.* at 150~151.

稱呼其頭銜即可<sup>156</sup>。

當一個社會情境已經被一個階級制度所定義，任何企圖去反對這個結構定義之行爲，都將經驗到道德罪過的感覺，且將引起焦慮、羞愧、尷尬及自我價值的降低<sup>157</sup>。

### 參、焦慮

實驗對象對於未知的不安，如此擴散的憂慮稱之爲「焦慮」(anxiety)。這樣焦慮係源於個人長期社會化的結果。每個人從出生後到成爲社會之人的過程中，都內化了基本社會生活的規則，其中一個最基本得規則即爲尊重權威。當實驗對象考慮中止實驗時，焦慮因而產生，促使其繼續爲行爲<sup>158</sup>。

### 第三節 服從權威實驗之學說評析

服從實驗呈現出人類行爲令人不安的一面，單憑權威的力量就能迫使一個人去傷害另一個無辜的人，儘管他的命令裡並不帶有任何強制性<sup>159</sup>。其實不需要 Milgram，我們就知道自己對於服從權威有一種根深蒂固的傾向，他的發現則揭露了這種傾向的驚人程度，強到足以凌越我們從小所被教導的道德原則-違背一個人的意志去傷害他是錯誤的<sup>160</sup>。Milgram 談到服從是一種心理機制，是一種行爲意向的接著劑，將人們和權威系統黏接在一起，從近代的歷史事實和每天的日常生活觀察中可以看出，對很多人而言，服從可能是一種根深蒂固的行爲傾向，而且確實是超越了倫理養成、同理心學習和道德行爲訓練的一種優勢動力<sup>161</sup>。

<sup>156</sup> *Id.* at 151.

<sup>157</sup> *Id.* at 152.

<sup>158</sup> *Id.* at 152.

<sup>159</sup> Thomas Blass 著，黃澤洋 譯，電醒世界的人，遠流，2006 年初版，第 149 頁。

<sup>160</sup> Thomas Blass 著，黃澤洋 譯，電醒世界的人，遠流，2006 年初版，第 151 頁。

<sup>161</sup> Thomas Blass 著，黃澤洋 譯，電醒世界的人，遠流，2006 年初版，第 189~190 頁。

Milgram 實驗中的受試者之所以服從具有破壞性的命令，並不是由於人格缺陷，也不是罔顧受害者的鐵石心腸，或懷疑實驗是假的，相反地，許多受試者是迫於社會規範的壓力而服從實驗者<sup>162</sup>。Milgram 的實驗已在幾個不同的國家進行複驗，擔任受試者角色的有男性也有女性，有成年人也有未成年人，大部分受試者對要求他們做的事流露出相當痛苦的表情，但大部分受試者仍繼續服從命令<sup>163</sup>。荷蘭研究者 Wim Meeus 和 Quinten Raaijmakers 在 1995 年建構了一個類似 Milgram 研究的道德上困境實驗，要求受試者對他人造成心理上的傷害，實驗結果顯示，在控制組中，缺少實驗者督促的情況下，沒有一個人會繼續實驗，但當有實驗者要求他們繼續時，仍有 92% 的人呈現完全的服從。這顯示即使在今日，服從仍是人類天性中一個深具影響力的部分，當人們面臨權威人物時就會以馴服的方式表現出來<sup>164</sup>。

在 Milgram 實驗裡被激發的規範正是服從權威的規範，其內涵是人們應當服從來自合法權威人物的命令。「合法」和「權威」是這個定義的重要部分，合法性源自於團體，團體賦予權威人物發號施令的權力和權利，團體課以其成員服從的責任，權威性係來自於身份地位，而不是來自某個特定的人。服從權威有時是被迫的，然而，大多數時間，服從是受到內部義務感激發。Milgram 實驗即為一例，實驗者代表合法權威，他的存在激發了服從規範，也就是說，受試者相信實驗者擁有告訴他們做什麼的合法權力，並且他們也同樣有責任服從他<sup>165</sup>。當人們接受服從為合法時，人們較不可能去反對權威，更有可能且更讓人心寒的後果是怪罪受害者。責怪受害者的傾向是根源於受到廣泛支持的「相信世界是公正的」

<sup>162</sup> Eliot R.Smith/Diane M.Mackie 著，莊耀嘉/王重鳴 合譯，社會心理學，桂冠，2001 年 10 月初版，第 426 頁。

<sup>163</sup> Eliot R.Smith/Diane M.Mackie 著，莊耀嘉/王重鳴 合譯，社會心理學，桂冠，2001 年 10 月初版，第 427 頁。

<sup>164</sup> Brehm/Kassin/Fein 著，王慶福等譯，社會心理學(Social Psychology)，雙葉書廊，2006 年 4 月初版，第 327 頁。

<sup>165</sup> Eliot R.Smith/Diane M.Mackie 著，莊耀嘉/王重鳴 合譯，社會心理學，桂冠，2001 年 10 月初版，第 429 頁。



信念，認為世界是公正、有序的，人們會在這個世界上「得到應有的報償」，如果有什麼壞的事情發生，那一定是受害者「自找的」、挑起的，或是以某種方式引來的。當我們自己是促成他人痛苦的工具時，怪罪受害者的傾向似乎最為強烈<sup>166</sup>。實驗者面對受試者的猶豫不決和學習者明顯的痛苦而表現出來的冷靜和自信，更進一步強化了這樣一種思想，即認為服從是典型的、正常的和被期望的行為。透過堅持對情境做出唯一詮釋，實驗者把受試者的注意力排除其他一切地貫注在服從規範上，由於沒有人對事件的其他詮釋提供社會支持，大部分受試者不久就屈服了，遵從實驗者的指示，可見社會支持在對抗服從的規範性壓力上甚具作用<sup>167</sup>。另外，當所有責任都轉讓到權威者手中時，人們就進入了 Milgram 所謂的代理人狀態 (the agentic state)，也就是說，他們把自己僅僅看作是權威人物的代理人，是無思維的服從機器的一部份<sup>168</sup>。

Leon Festinger 觀察人們許多不合理的行為而提出「認知失調理論」(cognitive dissonance theory)，即在某些特殊情境之下，當我們的認知與行為存有不一致或存有衝突矛盾時，這類衝突矛盾會造成不愉快的緊張狀態，這就是所謂的「認知失調」，例如一個人說自己正在減肥，但卻吃了很多巧克力奶油甜點的情況<sup>169</sup>。當人們做出明顯不同於自己態度的行為時，他們會感到不一致引起的緊張，並改變自己的態度來合理化自己的行為<sup>170</sup>。社會心理學家 Modigliami 及 Rochat 認為，以認知失調理論來看，受試者持續著一個非常不愉快的合作實驗，進行時間越久且沒有反抗，他們就更要說服自己，相信「官方」所說的偽裝故事，事實上應該

---

<sup>166</sup> Eliot R.Smith/Diane M.Mackie 著，莊耀嘉/王重鳴 合譯，社會心理學，桂冠，2001 年 10 月初版，第 434 頁。

<sup>167</sup> Eliot R.Smith/Diane M.Mackie 著，莊耀嘉/王重鳴 合譯，社會心理學，桂冠，2001 年 10 月初版，第 431 頁。

<sup>168</sup> Eliot R.Smith/Diane M.Mackie 著，莊耀嘉/王重鳴 合譯，社會心理學，桂冠，2001 年 10 月初版，第 430 頁。

<sup>169</sup> Brehm/Kassin/Fein 著，王慶福等譯，社會心理學(Social Psychology)，雙葉書廊，2006 年 4 月初版，第 273 頁。

<sup>170</sup> Brehm/Kassin/Fein 著，王慶福等譯，社會心理學(Social Psychology)，雙葉書廊，2006 年 4 月初版，第 281 頁。

是合理而正確的，例如實驗者知道他在做什麼，這些電擊真得不會有危險，學習者真得沒事，實驗程序必須繼續...等<sup>171</sup>。此外，Mischel 在《人格與評鑑》

(Personality and Assessment) 一書中，認為傳統上的觀念把人格特質當作行為的主要基石，這是錯誤的看法，他認為一個人的行動受當時的情境影響比較多，而非個性特質使然。Milgram 也認同情境主義論者的觀點，他寫道：「本世紀的社會心理學，揭露了一個主要的課題：決定一個人將如何行動的因素，經常不是這個人是怎樣的人，而是他認為他處在什麼情境之下」<sup>172</sup>。大屠殺、暴行、嚴刑拷打和種族滅絕經常發生在暴力仇恨和團體間懷有敵意的背景下，這種仇恨使得道德被排除在外，在這種情境下，外團體的受害者被非人性化了，使得社會互惠規範、社會責任規範和社會承諾規範似乎不再適用<sup>173</sup>。

Solomon Asch 也曾設計了一個從眾<sup>174</sup>實驗來測試人們的信念如何影響其他人。在該實驗中，在場的除實驗者外，尚有七個人，但該七人中只有一人是真正的實驗對象，其他六人皆為實驗者同謀者，該七人圍著一個圓桌坐下，實驗者宣稱本實驗的目的在於瞭解人的視覺區辨能力，他將問大家右邊圖上的 A、B、C 三個不同長度的線段，哪一個和左邊圖上的標準線段長度一樣，真正的實驗對象被安排倒數第二個回答，與標準線段同樣長度的正確答案應是 B 線段，但前五個實驗同謀者皆似不約而同地選擇了錯誤的答案，這時真正的實驗對象面臨的困境是，要滿足正確作答的需求，還是被人喜歡的欲望，根據實驗結果，參與者大約有 1/3 會跟從大家錯誤的答案。該實驗的受試者於實驗後的會談中表示，後來即使他們確定大家的答案是錯的，他們還是會跟著大家一起錯，而那些一直堅持選自己認為對的答案的人，則在會談中表示感覺「引人注目」、「瘋狂的」，就像

<sup>171</sup> Thomas Blass 著，黃澤洋 譯，電醒世界的人，遠流，2006 年初版，第 165 頁。


<sup>172</sup> Thomas Blass 著，黃澤洋 譯，電醒世界的人，遠流，2006 年初版，第 159 頁。

<sup>173</sup> Eliot R.Smith/Diane M.Mackie 著，莊耀嘉/王重鳴 合譯，社會心理學，桂冠，2001 年 10 月初版，第 435 頁。

<sup>174</sup> 所謂「從眾」(conformity)，係指人們會傾向於依照團體規範來改變自己的知覺、意見和行為。

一個和大家格格不入的人<sup>175</sup>。在這個實驗中發現的一件事，就是即使你明明知道別人錯而不是自己錯，你仍不敢和別人差太多，你明明知道當你自己一個人時，你一定會堅持自己的意見，但是你依然會點頭同意大家說的話<sup>176</sup>。

人為什麼會從眾？有兩個主要原因，一是訊息性因素，另一則是規範性因素，訊息性影響（**informational influence**），是因為人們希望自己的判斷正確，而他們相信只要和大多數人做一樣的決定就會是正確的。而規範性影響（**normative influence**）則是因為人們害怕表現異於常人，於是展現出從眾行爲，研究者發現，團體中較不遵守規範的人往往會比較不受歡迎、被拒絕、或被嘲笑，這些負面的社會反應是令人難以忍受的<sup>177</sup>。



關於人的服從或從眾程度，除了人之天性及後天教育會有所影響外，社會的文化環境亦具有關鍵性因素。在個人主義的社會環境下，個人的目標會比對團體的忠誠來得重要，而在集體主義社會中，對家庭、團隊、公司、教會、國家團體忠誠則是第一優先且最重要的。Harry Triandis 認為有三個決定因素決定一個文化會成爲個人主義或集體主義：第一、社會的複雜性（**complexity**）。當人們住在較複雜的工業化社會中，因為有較多的次團體可以認同，於是便對任一團體都較不忠誠，而花更多心思在自己身上而非團體的共同目標。第二、社會的富裕性（**affluence**）。當人們開始繁榮昌盛，互相可以經濟獨立，並提高社會獨立與社會流動性時，便將重心開始放在自己身上，而非集體目標上。第三、異質性因素（**heterogeneity**）。同質性或較緊密的社會（成員多使用相同的語言、有相同的宗教和社會習俗），顯得較死板且對偏離規範者容忍度較低，而在多樣化或較寬鬆

---

<sup>175</sup> Brehm/Kassin/Fein 著，王慶福等譯，社會心理學(Social Psychology)，雙葉書廊，2006年4月初版，第295~297頁。

<sup>176</sup> Brehm/Kassin/Fein 著，王慶福等譯，社會心理學(Social Psychology)，雙葉書廊，2006年4月初版，第300頁。

<sup>177</sup> Brehm/Kassin/Fein 著，王慶福等譯，社會心理學(Social Psychology)，雙葉書廊，2006年4月初版，第298頁。

的社會（兩個或更多文化可共存），比較能容忍異議，較能接受每個人有不同的表達。集體主義社會中的從眾行爲，一般來說會比個人主義社會要高<sup>178</sup>。

從我們出生開始，就一直被教導尊重領導者的合法形式是很重要的。人們在反抗父母、老師、同事、教練或政府前，都得再三考慮，且光是一些權力象徵（比如說頭銜、制服、胸章獲得體的打扮），而不用有真正的證明文件，都能夠使正常人變爲一個溫馴的僕人<sup>179</sup>。服從在大多數時間相當起作用，正因爲如此，反抗權威是很困難的<sup>180</sup>。但 Milgram 不僅讓我們了解到權威者的命令超乎想像的強大力量，也探討了一些可以幫助抗拒權威的因素，只要有兩個共同違抗命令的同儕，就可以幫助受試者脫離權威者的掌握，Asch 也發現，如果有一個在場者同意受試者的看法時，則其從眾的比例會減少幾乎 80%，也就是說任何異議，都能打破無異議多數的堅強陣容，而降低從眾行爲的規範性壓力<sup>181</sup>。因此可以做出一個重要的結論：「當一個人希望能夠站在和權威者相反立場的時候，如果他所處的團體中有其他人支持他的立場時，他可以做得最好。這種人與人之間互相提供的支持，是我們對抗濫權、極端權威者最堅固的防禦堡壘」<sup>182</sup>。

#### 第四節 小結

從行政學與組織社會學的角度來觀察分析服從行爲，可以發現人一旦進入科層組織中，立於特定職位上，該人即成爲被組織所涵化的個人，不再是完全具有自主權限之個人，在組織中其所爲的決策選擇，所應遵循的標準不再是個人喜好，而是必須從組織整體利益的觀點來作判斷。再者，人並非是完全理性的，而

<sup>178</sup> Brehm/Kassin/Fein 著，王慶福等譯，社會心理學(Social Psychology)，雙葉書廊，2006 年 4 月初版，第 304~305 頁。

<sup>179</sup> Brehm/Kassin/Fein 著，王慶福等譯，社會心理學(Social Psychology)，雙葉書廊，2006 年 4 月初版，第 319 頁。

<sup>180</sup> Eliot R.Smith/Diane M.Mackie 著，莊耀嘉/王重鳴 合譯，社會心理學，桂冠，2001 年 10 月初版，第 435 頁。

<sup>181</sup> Brehm/Kassin/Fein 著，王慶福等譯，社會心理學(Social Psychology)，雙葉書廊，2006 年 4 月初版，第 303 頁。

<sup>182</sup> Thomas Blass 著，黃澤洋 譯，電醒世界的人，遠流，2006 年初版，第 170~171 頁。

僅是有合乎理性的意向，當人需要做決定時，人會先確定其所處的情境為何，然後根據過去的經驗和情境的特殊性，開始尋求答案，然而，人並不是尋求最佳方案，而是在所處的情境下，尋求最令其滿意的方案，即最適方案<sup>183</sup>。而人在進入組織之後，人所做的決定更是必受組織的影響，經由分工、權威層級體制、溝通途徑、職前或在職訓練的過程，人被「社會化」，接受（非認同）組織的目標，接受組織所提供的資料，而正確地做出合乎組織所需的決定，然而，這個決定本質是「組織的」而非「個人的」，組織是情境的釋義者，人在決策過程中，只不過是組織的工具罷了<sup>184</sup>。最後，在組織中具有領導地位之人，即具有合法的權威，在其下屬之人員便應接受其指揮監督，服從其指示而為行為，這樣一個上下級的關係是任何科層組織的常態運作模式。



從社會心理學的角度來觀察分析服從行為，尤其是在 Milgram 服從權威的實驗中，我們可以發現能增減人之服從現象的幾個重要因素分別為：與受害者的接近程度，權威人士所處位置及地位及同儕的影響。實驗結果顯示當實驗對象與學習者有較近距離的溝通接觸時，服從的比率有顯著降低，分析其中原因包括有：移情作用、否認機制未能順利運作、相互對應關係的拉近、行為經驗上產生一體性等，簡而言之即為具體可見且近距離的學習者反應之呈現，抵銷了實驗者的權力及因而造成不服從；實驗結果顯示當實驗對象不須直接面對實驗者時，其較能反抗實驗者的命令，也就是說權威者與執行命令者在物理上空間的密接程度對於服從或不服從的結果有強大的影響力，另外，權威是決定性的因素，命令本身若與權威分離，則將失其強制力；實驗結果顯示在有同儕反抗權威或發出異議時，40 個參與實驗的實驗對象，有高達 36 個人反抗實驗者的權威，由此可見集體反抗權威的效果是非常顯著的。Milgram 基於其實驗結果來分析人服從權威之原因，可分為外在結構性因素及服從者內在心理因素，人服從權威行為的外在結構

<sup>183</sup> 張荳雲，組織社會學，三民，75 年 12 月初版，第 112 頁。

<sup>184</sup> 張荳雲，組織社會學，三民，75 年 12 月初版，第 112~113 頁。

性因素，包括：家庭、階級制度、組織環境、獎賞制度等；人服從權威之內在心理因素則為：處於權威系統及覺察權威、意識型態的影響及進入代理人狀態，而人一旦進入代理人狀態，即會重新定義情境意義及感到責任感的降低。

從近代的歷史事實和每天的日常生活觀察中可以看出，服從可能是一種根深蒂固的行為傾向，而且確實是超越了倫理養成、同理心學習和道德行為訓練的一種優勢動力<sup>185</sup>。Milgram 實驗中的受試者之所以服從具有破壞性的命令，並不是由於人格缺陷，也不是罔顧受害者的鐵石心腸，或懷疑實驗是假的，相反地，許多受試者是迫於社會規範的壓力而服從實驗者<sup>186</sup>，在 Milgram 實驗裡被激發的規範正是服從權威的規範，其內涵是人們應當服從來自合法權威人物的命令。「合法」和「權威」是使人服從最重要的兩項前提要件，一旦人認可合法性權威所發出之命令，人就進入了 Milgram 所謂的代理人狀態 (the agentic state)，也就是說，他們把自己僅僅看作是權威人物的代理人，而非應自我負責之人。

從我們出生開始，就一直被教導尊重合法權威的重要性，人們在反抗父母、老師、同事、教練或政府前，都會再三考慮，再者，我們是如此需要與在乎社會互動和關係，我們所處的社會脈絡背景便對我們產生深遠的影響，情境的影響力是微妙有強而有力的，像是別人對你的期待，雖沒有明白說出來，卻可以讓你變成完全不同的一個人<sup>187</sup>，也就是說服從在大多數時間相當具有作用力的，正因為如此，反抗權威是很困難的，但從 Milgram 及其他有關於服從及從眾的實驗中，我們也發現當一個人希望能夠站在和權威者相反立場的時候，如果他所處的團體中有其他人支持他的立場時，他可以做得最好。這種人與人之間互相提供的支持，是我們對抗濫權、極端權威者最堅固的防禦堡壘。

<sup>185</sup> Thomas Blass 著，黃澤洋 譯，電醒世界的人，遠流，2006 年初版，第 189~190 頁。

<sup>186</sup> Eliot R.Smith/Diane M.Mackie 著，莊耀嘉/王重鳴 合譯，社會心理學，桂冠，2001 年 10 月初版，第 426 頁。

<sup>187</sup> Brehm/Kassin/Fein 著，王慶福等譯，社會心理學(Social Psychology)，雙葉書廊，2006 年 4 月初版，第 4 頁。

## 第四章 軍職人員服從義務之探討

### 第一節 公務員服從義務之界限

國家作為一個無生命之存在實體，其機能之發揮係有賴於數量龐大之公務員來作為其手足之延伸，實際去執行國家所擔負之任務，而現代國家在公務體系的制度設計上，幾乎毫無例外的係採取階層分工的科層組織制度，由層級嚴明的上下級公務員，共同來完成國家人民所賦予之任務，上級公務員通常係由基層公務員逐步升遷而擔任該職位，其已累積相當的公務執行之經驗，因此通常由其擔任公務之決策者，而下級基層公務員則負責執行上級公務員所交付之任務，透過兩者的合作共同完成公共任務，整體國家社會也因而能擁有一定的運作效率，這即為現代國家在公務體系採取科層制度的主要原因。



負責決策之上級公務員與負責執行之下級基層公務員間係透過「命令」這樣一個媒介彼此產生連結，也就是說一個公務行為的確實完成，係由上級公務員透過命令的手段要求下級基層公務員去執行該公務，然後下級基層公務員在接收到該命令之後，確實的去執行該命令所交付的任務，在過去君主時代或獨裁集權之國家中，君主或是上級交付之命令，官吏或下級有絕對依令執行之義務，也就是君主或上級之命令具有絕對的權威，官吏或下級若未依令執行的話甚至可能惹來殺身之禍，但在現代民主法治國家中，命令本身不再具有絕對的權威性，基於現代民主法治國家行政的基本原則-依法行政原則，法律才是命令發生效力的來源，也就是說只有合法的命令才具有絕對應加以執行之效力，至於違法之命令應該是不具有任何效力的，但此為應然面之區分，在實際的情況下，科層體系的良好有效運作實有賴下級對於上級命令之確實服從及執行，因此公務員的重要義務之一即為服從義務，下級公務員有服從上級公務員命令並加以執行之義務，違反該義務不但可能受到行政上之懲處，軍職人員甚至有抗命罪構成之可能，因此在命令違法的情況下，公務員本身將面對依法行政義務與服從義務之間的衝突，因

此有必要在行政效率的維持與行政行為合法性的基本控管間界定出一條明確的標準，以使下級公務員對於命令之執行能有所依準。

## 第一項 公務員概念之界定

### 第一款 學理上之公務員概念

學理上所稱之「公務員」，係指經國家或地方自治團體任用，並與國家或地方自治團體發生公法上職務及忠實關係之人員。細部加以分析其概念內涵有三：

(一) 經任用程序之人員：無論中央或地方公務員均須經由任命並送銓敘機關審定資格，始與國家發生公務員關係。(二) 與國家或地方自治團體發生公法上職務關係之人員：公務員與其他僱傭關係不同之處在於公務員係與國家發生公法上職務關係，即公務員所執行的為職務 (Dienst)，而非經濟性質之工作 (Arbeit in Wirtschaftlichen)，且其任職之目的非為換取酬勞，而係取得與身份相當之生活照顧。(三) 須負忠實義務之人員：所謂忠實義務，係指公務員於履行國家或地方自治團體所賦予之職責時，應盡其所能，採取一切有利於國家之行為，而避免一切於國家不利之行為<sup>188</sup>。

### 第二款 我國現行行政法規上之公務員概念

我國現行行政法規涉及公務員概念之法律有數十部之多，但迄今尚無一個統一之公務員法典將公務員之定義作統一之界定，而是依據法律之不同，對於公務員概念有廣狹之不同之界定，一般教科書多將之整理成如下四種不同之定義：

#### (一) 最廣義之公務員：

指國家賠償法第二條第一項所稱「依法令從事公務之人員」，其範圍至為廣泛，舉凡被授權行使公權力或充任行政助手之私人均包括在內。

#### (二) 廣義之公務員：

指公務員服務法第二十四條所稱「受有俸給之文武職公務員」，但在教師的

<sup>188</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，增訂七版，三民，2001，第 201~202 頁。



部分，依據司法院大法官第 308 號解釋之意旨，公立學校聘任之教師不屬於公務員服務法第二十四條所稱之公務員，僅兼任學校行政職務之教師，就其兼任之行政職務，有公務員服務法之適用。

### （三）狹義之公務員

指公務員懲戒法所定的公務員概念，即自廣義的公務員概念中，扣除聘任人員後所餘之文、武職人員，包括政務官與事務官在內。

### （四）最狹義之公務員：

指公務人員任用法第五條所規定「定有官職等的文職事務官」，即自狹義公務員中扣除武職人員、政務官及民選人員後所餘之簡、薦、委任人員。公務人員退休法之公務員概念亦同此<sup>189</sup>。

法令用語上有區別「公務人員」與「公務員」二者概念，前者專指事務官，後者則兼含政務官與事務官概念在內<sup>190</sup>。

## 第三款 我國現行刑法上公務員概念

在 95 年新刑法修正施行前，我國刑法第十條第二項對公務員之立法定義為：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員」，針對這樣的立法定義，學說上將之與國家賠償法第二條第一項對公務員之定義，並列稱為「最廣義之公務員」<sup>191</sup>，對於這樣的立法定義，學說上普遍認為過於抽象、模糊與簡略，且於具體適用上，經常造成不合理之現象<sup>192</sup>，因此於 95 年刑法修正時即將該立法定義修改為三種公務員類型，第二項第一款前段為：「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限者」，學說上稱之為「身分公務員」；第二項第一款

<sup>189</sup> 翁岳生編，行政法，翰蘆，2000 年 7 月二版，第 351~352 頁。

<sup>190</sup> 翁岳生編，行政法，翰蘆，2000 年 7 月二版，第 352 頁。

<sup>191</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，增訂七版，三民，2001，第 203 頁。

<sup>192</sup> 甘添貴，「刑法新修正之公務員概念」，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，初版，元照，2006，第 134 頁；林山田，刑法通論上冊，增訂九版，2005，第 157 頁；刑法第十條第二項修法理由之參照。

後段為：「其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者」，學說上稱之為「授權公務員」；第二項第二款則為：「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」，學說上稱之為「委託公務員」<sup>193</sup>。以下即就此三種公務員類型，依據學說及修法理由，作一簡要之說明。

（一）身分公務員：

依修法理由之說明，第十條第二項第一款前段所謂「身分公務員」，係指國家或地方自治團體所屬機關依法任用之成員，因其依法代表、代理國家或地方自治團體處理公共事務，而應負有特別保護義務及服從義務。學說上認為此處之「國家或地方自治團體所屬機關」，係指「執行國家或地方自治團體公權力之行政機關或其他公務機關」；而該等人員在任用方式上，只須有法令之任用依據即可，至於係經考試、聘用、雇用、特任或選舉，在所不論；另外所謂的「法定職務權限」，係指「所從事之事務須有法令規定之權限」，法令包括法律、授權命令、職權命令及行政規章，「職務權限」則指「公務員在其職權範圍內所應為或得為之事務」<sup>194</sup>。基於上述之理解，學說上認為公立學校、公立醫院雖為國家或地方自治團體所屬機關，但非依法行使公權力之機關，故在該機關服務之人員並非刑法上之公務員；另外公營事業機構所從事者大多屬於行政營利行為，亦非屬依法行使公權力之機關，在該機關服務之人員亦非刑法上之公務員<sup>195</sup>。

（二）授權公務員：

依修法理由之說明，第十條第二項第一款後段所謂「授權公務員」，因其從事法定之公共事項，故應視為刑法上之公務員，此類公務員例如像是依水利法及農田水利會組織通則相關規定而設置之農田水利會會長及其專任職員，又例如像是依政府採購法規定之各公立學校、公營事業之承辦、監辦採購之人員。學說上認為此處之公共事務，以涉及有關公權力行使之事項為限，此等人員雖非服務於

<sup>193</sup> 甘添貴，「刑法新修正之公務員概念」，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，初版，元照，2006，第138頁。

<sup>194</sup> 同前註，第138頁~第141頁。

<sup>195</sup> 同前註，第140頁。

國家或地方自治團體所屬機關，惟法令特別規定將公共事務處理之權限，直接交由特定團體之成員為之，而使其享有法定之職務權限，既依法令負有一定公共事務之處理權限，自應負有特別服從之義務，而應認其為刑法上之公務員<sup>196</sup>。

### （三）委託公務員：

依修法理由之說明，第十條第二項第二款所謂「委託公務員」，因受託人得於其受任範圍內行使委託機關公務上之權力，故其承辦人員應屬刑法上公務員。實務上則認為於此所委任者須為該機關權利範圍內之事務，受任人因而享有公務上之職權及權利主體之身分，得於其受任範圍內行使公務主體之權力。

上述後二者可被歸納為學理上所謂的「職務公務員」（有文獻稱之為「功能意義的公務員」<sup>197</sup>），「身分公務員」（有文獻稱之為「組織意義的公務員」）著重於形式標準，以個人與國家間的內部任用關係為認定公務員身分之依據；「職務公務員」則著重於實質標準，以是否執行國家任務、擔當國家功能為認定公務員身分之依據<sup>198</sup>。



## 第二項 命令概念之界定

公務員服務法第二條規定：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述」，此規定為我國公務員服從義務之主要依據條文，在條文中所稱之「命令」究為何指？在行政法上關於命令有不同之種類及內涵，有行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所做抽象之對外發生法律效果之規定的「法規命令」（參照行政程序法第一百五十條規定）；有上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非對外發生法規範效力之一般、抽象的「行政

<sup>196</sup> 同前註，第 142 頁~第 143 頁。

<sup>197</sup> 吳耀宗，「評析刑法新修正之公務員概念」，載於警大法學論集第 11 期，第 247 頁。

<sup>198</sup> 林雍昇，「實質的刑法公務員概念兼論職務犯罪之保護法益及不法內涵」，載於律師雜誌第 316 期，第 70 頁。

規則」(參照行政程序法第一百五十九條規定);另有行政法未明文規定,但為實務行之有年且為大法官解釋有條件承認之「職權命令」,即為執行某一法律所必要且內容限於細節性及技術性事項之命令(參照釋字第四四三號解釋)。上述這三種行政命令皆為行政機關基於法律授權,或基於職權,就一般性事項,所訂定發佈的抽象性規範,其規範對象原則上為行政機關及人民<sup>199</sup>。相對於上述三種行政命令者為上級機關對下級機關或長官對於屬官基於法定指揮監督權限,就具體事件應如何處理所為個別指示之「職務命令」,或稱為「指令」(Weisung)<sup>200</sup>,不論法規命令、行政規則或職權命令,皆屬廣義之「法規」,職務命令始為針對具體事件所為之指示,其係在行政一體之原則下,長官對於屬官執行任務,所行使之指揮監督權,因此公務員服從義務中所稱服從上級「命令」,應是指針對具體事件所為指示的「職務命令」<sup>201</sup>。

合法職務命令之要件有五:(一)該命令係由有監督權之長官所發:只有具備合法職務身份的上級才能行使相應的領導權、指揮權和監督權,我國公務員法第二條所謂「監督範圍」即指本要件而言。(二)命令內容須屬於公務員的職務範圍內之事項:公務員之服從義務乃因「職務」或「工作」而產生,所以服從義務之範圍應只限於工作之範圍內,而不包括工作範圍外之事項。(三)命令之內容非屬下級公務員應獨立執行職務之事項:某些特定公務之處理,例如法官獨立審判、審計人員獨立行使審計職權,即非為職務命令所能下達之範圍。(四)命令之內容須屬於法律上可能或事實上可能之事項:所謂法律上不能,例如命令下級為非法逮捕行為;所謂事實上不能,例如命令下級逮捕不存在之人。(五)命令發佈之程序及程式須合法:命令須依法定之程式及程序加以發佈<sup>202</sup>。

<sup>199</sup> 蘇昱憲,我國公務人員服從義務之研究,台北大學碩士論文,民國94年6月,第55頁。

<sup>200</sup> 蘇昱憲,我國公務人員服從義務之研究,台北大學碩士論文,民國94年6月,第55頁;吳庚,行政法之理論與實用,增訂七版,三民,2001,第242頁。

<sup>201</sup> 蘇昱憲,我國公務人員服從義務之研究,台北大學碩士論文,民國94年6月,第57頁。

<sup>202</sup> 蘇昱憲,我國公務人員服從義務之研究,台北大學碩士論文,民國94年6月,第58~63頁;李震山,行政法導論,2007年10月修訂七版,第193~195頁。

### 第三項 公務員服從義務之界限

行政機關為層級性組織，為確保組織整體性、有效率地運作，並且維持機關內部之紀律與秩序，必須要求公務員服從上級長官之命令，此即為公務員之命令服從義務<sup>203</sup>。

對於形式及實質皆合法的職務命令，公務員對之有服從義務，此並無疑義，有問題的是職務命令本身若不合形式或程序，內容實質違法，或甚至有違憲的情形時，公務員對之是否仍有服從之義務？對於這樣一個問題，學說有從「公務員審查義務」角度著眼來探討公務員服從義務之界限，亦有從「命令的拘束力」角度著眼來探討公務員服從義務之界限。

從「公務員審查義務」角度著眼，學說對於違法職務命令應否服從的問題，主要有下列五種學說見解：（一）絕對服從說：下級公務員對於上級之職務命令負有絕對服從之義務，無論命令形式上不備或實質上違法，下級公務員均負有服從義務而應執行命令。（二）形式違法審查說：下級公務員對於長官所下達之命令僅能審查命令是否具備抽象之權限與合法之形式要件，只要行政組織權限與形式要件完備，屬官就應該服從遵行，至於命令之實質內容是否正當合法，則非所問。（三）實質違法審查說：下級公務員除了審查命令之形式是否合法外，尚須審查命令的實質合法性（例如命令是否符合行政目的、有無超越具體權限、有無濫用權限以及是否符合比例原則等）<sup>204</sup>。（四）陳述意見說：屬官對於長官之命令，如認為違法者，得隨時向長官陳述意見，此說僅允許屬官陳述不同意見，至於是否接納仍取決於長官，如長官拒絕接受則仍須服從，因此此說實偏向絕對服

<sup>203</sup> 周志宏，「職務命令與服從義務」，載於行政法爭議問題研究（下），五南，2000年12月初版，第1277頁。

<sup>204</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第37卷第1期，第171~172頁。

從說<sup>205</sup>。(五)絕對不服從說：在法治國家，依法行政是公務員執行公務的基本原則，如果上級命令違反法律，依照憲法規定，任何命令與法律相抵觸者無效，而上級命令如果違背法律則已超越指揮監督的許可權，命令自屬無效，下級當然不應服從<sup>206</sup>，此說從內容觀之應等同於實質違法審查說的意義。

從「命令的拘束力」角度著眼，對於違法職務命令應否服從的問題，重點不在於命令是否合法，而是在於命令對於下級公務員而言是否具有拘束力，合法的命令對於下級公務員具有拘束力，但是具拘束力的命令不限於合法命令，命令違法時，原則上仍有公務員法（內部法）上的拘束力，下級公務員仍有服從義務，即依照德國通說的想法，只要一個命令在形式上合法，亦即具備了所有的形式要件（如管轄權、書面的形式等），並且命令所要求的內容沒有明顯地（*offensichtlich*）抵觸法律時，那麼該命令對於下級公務員就有拘束力，換句話說，只要命令形式上合法，即便它的實質內容違法，只要沒有達到明顯違法的程度，就還是具有拘束力，而所謂的「明顯違法」，依通說的想法是指命令的施行會致使下屬違犯刑事犯罪、命令侵害了人性尊嚴或是命令內容抵觸一般公認的國際法原則的情形

<sup>207</sup>。

在法治國家中，公務員行事最高的指導原則應是法律，而非長官之意志，若為了行政效率及指揮監督權的有效行使，而要求下級公務員對於職務命令不論合法與否應絕對服從，將喪失對於行政行為最基本的合法性控管，有違法治國家原則，因此絕對服從說應不可採。實質違法審查說或絕對不服從說，雖然可以確保行政行為之合法性，而能緊守法治國家依法行政原則，但廣泛賦予公務員可獨立審查上級命令之合法性的權利，一方面會延擱命令之執行，破壞行政階級制度及

<sup>205</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，增訂七版，三民，2001，第 242 頁。

<sup>206</sup> 蘇昱憲，我國公務人員服從義務之研究，台北大學碩士論文，民國 94 年 6 月，第 69 頁。

<sup>207</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 174~175 頁。

喪失行政效率，二則可能因公務員個人的識見才能，不足以透見其合法性問題<sup>208</sup>，因此這樣賦予下級公務員高度審查要求之學說亦不可採。我國現行公務員服務法第二條規定：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述」，顯係採所謂的「陳述意見說」，但如前所述，此說無異於絕對服從說，應非適當之規範，尤其與現行刑法第二十一條第二項公務員依命令行為之規定對照觀之，更可發現公務員服務法第二條規定與刑法第二十一條第二項規定衝突之處，此將造成公務員面對違法職務命令時的無所適從。結論上，形式違法審查說應是較能兼顧行政效率及對於行政行為合法性基本控管之服從義務界限的標準，但當職務命令內容明顯違法時，基於法治國家原則，該命令應對公務員無拘束力，公務員對之無服從義務。

#### 第四項 公務員服從義務規範之外國立法例

##### 第一款 德國公務員服從義務規範

對於公務員有無服從違法命令之義務的問題，德國法上設計有所謂的「命令異議制度」(Remonstrations)，即公務員對於上級長官之職務命令，認為有違法之嫌時，得提起申訴。蓋公務員一方面有服從上級長官命令之義務，另一方面其又須為其所有職務上之行為，負個人完全責任，因此，必須賦予公務員對違法命令之異議或申訴制度，以便其得以保障自身之權利，免受強制性命令之困擾，此種異議制度係規定於德國聯邦公務員法第五十六條及德國公務員基準法第三十八條中<sup>209</sup>。

依照上述條文規定，公務員若認上級長官之職務命令有違法之疑時，應立即向其上級長官申告，若其上級長官肯認其命令之合法性，並令其續為執行時，該公務員必須向其再上級長官為命令違法之異議，若再上級長官亦肯認該命令之合法性時，再上級長官應交付該公務員書面，證實該命令合法之文書，該公務員除

<sup>208</sup> 陳新民，行政法學總論，七版，三民，民國91年9月，第228頁。

<sup>209</sup> 林明鏞，公務員法研究（一），2005年2月二版，第201頁。

應執行其上級長官之命令外，並得要求給予書面證明，而免除其責任，但是，若職務命令有下列三種情形之一時，公務員縱有書面合法證明文件，亦難避免其責：

（一）職務行為屬刑法上之可罰行為；（二）該職務行為屬秩序罰法上之可罰行為；（三）該職務行為侵害人性尊嚴時<sup>210</sup>。

德國此種命令異議制度之設計，雖然提供公務員面對違法職務命令時，有明確的依循程序，也同時對公務員權益提供較佳之保障，但學說上認為此制度仍可能產生下述問題：（一）命令是否有構成刑罰或秩序罰或損害人性尊嚴之違法情形，公務員仍須自行判斷，並承受判斷錯誤之結果（違反服從義務之責任）；（二）兩級確認程序可能影響行政上指揮監督與效率<sup>211</sup>。

## 第二款 奧地利公務員服從義務規範

奧地利聯邦公務員法第四十四條第一項規定：「公務員應支持其長官並服從長官之指令，但憲法另有規定者，從其規定。稱長官者，指對公務員具有職務上或事物上監督權之各級主管」；第二項規定：「公務員對於非來自有權限者之指令，或服從指令即構成違反刑法時，得予拒絕服從」；第三項規定：「公務員對於長官之指令因其他理由認為違法者，應於服從指令行事之前，告知該長官。但涉及非立即採取措施將造成危害者，不在此限。受告知之長官如未以書面下達其指令，視為撤回」<sup>212</sup>。

上述規定可分析如下：（一）公務員應服從職位上或事務上有監督權之長官命令；（二）出自無權限者之命令或服從之結果構成違反刑罰法律者，無服從義務；（三）對其他違法之命令，應向長官陳述意見，如長官堅持己見，則應以書

<sup>210</sup> 林明鏘，公務員法研究（一），2005年2月二版，第201~202頁。

<sup>211</sup> 周志宏，「職務命令與服從義務」，載於行政法爭議問題研究（下），五南，2000年12月初版，第1294頁。

<sup>212</sup> 吳庚等著，公務員基準法之研究，行政院研考會，民國79年4月，第519頁。



面下達命令，否則公務員無服從義務<sup>213</sup>。

### 第三款 日本公務員服從義務規範

日本關於公務員服從義務之規範，主要規定於日本國家公務員法第九十八條：「公務員應依法令執行職務，並忠實服從上司在職務上之命令」。本規定可分為前段遵從法令之義務，及後段服從上司職務上命令之義務<sup>214</sup>。

關於違法之職務命令應否服從的問題，日本學說上主要有下列四種看法：

(一) 形式要件說：職務命令之受命者僅對形式要件之存否有審查權，對於實質要件則無審查權。(二) 重大明白瑕疵說：職務命令存有明顯而重大瑕疵時，受命者得自行判斷其無效，不僅不必服從且也不得服從該職務命令，除此情形外，受命者有服從義務，此為日本通說見解。(三) 明白瑕疵說：與前說大致相同，僅在其無效瑕疵之認定上，以瑕疵具有「明白性」為已足，不須符合「重大」之要件。(四) 違法性說：受命者對於違法之職務命令無服從義務<sup>215</sup>。

在日本法制方面，原則上遵守法令之義務優先於服從職務命令之義務，對於職務命令不採絕對服從原則，當職務命令具有重大明顯之瑕疵時，公務員無服從義務，但當職務命令之違法性並不明顯時，公務員仍有服從義務，若不服從則會遭受懲戒處分。雖然職務命令具有重大明顯之瑕疵時，公務員無服從義務，但公務員對於長官命令是否達於有「重大明白瑕疵」之情形，屬官必須先自行判斷，並承擔其後果，且在一般情形只能在遭到以違反服從義務為由之懲戒處分之救濟

<sup>213</sup> 吳庚，「奧國公務員法制概述」，載於公務員基準法之研究，行政院研考會，民國 79 年 4 月，第 343~344 頁。

<sup>214</sup> 許志雄，「日本公務員法制概述」，載於公務員基準法之研究，行政院研考會，民國 79 年 4 月，第 275 頁；蘇昱憲，我國公務人員服從義務之研究，台北大學碩士論文，民國 94 年 6 月，第 77 頁。

<sup>215</sup> 周志宏，「職務命令與服從義務」，載於行政法爭議問題研究（下），五南，2000 年 12 月初版，第 1291~1292 頁。

程序中，抗辯長官之命令為違法，以求撤銷該懲戒處分<sup>216</sup>。

### 第五項 我國現行法公務員服從義務規範之評析

我國現行法關於公務員服從義務之規範，主要規定於公務員服務法及公務人員保障法，公務員服務法第二條規定：「長官就其監督範圍以內，所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述」；同法第三條規定：「公務員對於兩級長官同時所發命令，以上級長官之命令為準，主管長官與兼管長官同時所發命令，以主管長官之命令為準」；公務人員保障法第十七條第一項規定：「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，由該管長官負之。但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從義務」；同條第二項規定：「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」。

如前所分析，從公務員服務法第二條的規定觀之，公務員對於上級長官之命令如認為有違法之疑慮時，從法條規定「得」隨時陳述來看，下級公務員僅有陳述意見之權利，並非負有陳述意見之義務，且陳述意見後若上級長官仍堅持要求執行該命令的話，從法條本身來看，公務員並無拒絕執行之權利，再者，公務員陳述意見的行為，往往可能會被認定其為刑法第二十一條第二項但書中「明知」命令違法之情形，而在執行長官違法命令之後本身尚須擔負刑事責任，這樣的規定可說陷公務員於兩難之中，極不妥當。

新修正的公務人員保障法則明訂對於違法命令，下級公務員有報告義務，而

<sup>216</sup> 周志宏，「職務命令與服從義務」，載於行政法爭議問題研究（下），五南，2000年12月初版，第1295頁；蘇昱憲，我國公務人員服從義務之研究，台北大學碩士論文，民國94年6月，第85~86頁。

經過法律規定的程序報告後，上級仍以書面方式要求執行的話，則執行命令的下級公務員不須對該執行命令的行為負責，而係由下命之長官負責，但例外的情形是在該命令有違反刑事法律者，公務人員即無服從義務，也就是若公務員即使經過法律規定的程序報告後，上級以書面方式要求執行，公務員若據以執行的話，仍須擔負責任，這樣的規定較能與刑法第二十一條第二項規定相契合，也讓公務員在面對違法命令的情形，有較明確的處理程序可依循，不致陷入兩難中。

## 第二節 軍職人員服從上級命令之界限

### 第一項 軍隊組織之特性

軍事組織具有下列特性：(1)嚴密的節制體系：軍事組織是把構成員或戰鬥員各賦以確定的責任，合若干戰鬥員成爲一個戰鬥體，各戰鬥員與戰鬥體在職責分配上成爲一個由上而下，由內而外的層級節制體系。(2)統一貫徹的指揮：軍隊是依賴著統一貫徹的一元指揮，才能行動迅速，統一事權，共赴事功，達成殺敵致果的任務，而要去實現統一貫徹的軍事指揮，就要靠著森嚴的紀律與絕對的服從<sup>217</sup>。軍隊可以說是科層化的極致表現<sup>218</sup>。

軍隊在組織與運作上特別講求指揮、控制與準則效率，因此各國軍隊組織的共通架構、均呈現明確、嚴格及具有權威性質的層級形式，一般通稱「軍事科層制度」，其特徵可歸類如下：

- 一、專門化的分工：軍隊中軍士官階層是一個由涵蓋自然科學與社會科學領域具有專業知識及技能的人，就其專門領域中各司其職，並發揮軍備、作戰、動員等專業技能。
- 二、威權層級制度：因必須講求部門職能的最重發揮效率，該組織設定了層級間嚴格上下從屬關係，要求從屬服從命令履行職責。

<sup>217</sup> 張潤書，行政學概要，五南，74年4月十四版，第90~91頁。

<sup>218</sup> Robert D.Miewald, Weberian Bureaucracy and the Military Model, 錢淑芬譯，收錄於洪陸訓、陳膺宇主編，軍事社會學論文譯介，政治作戰學校，93年12月，第59頁。

三、法令規章系統：專業體系的協調統合，除了必要的層級監督外，尚須成員遵守工作上的行為準則與紀律規範，因此軍隊需要有一套明確的法令規章系統，用來促進組織中每項功能的運作。

四、非個人性的氛圍：科層制的階層等級制度與法令規章體系，其目的在形成「外部規範控制嚴密，內部完全自動自發的理想工作環境」，因此個人情緒與態度，在其制度下是不能影響工作進度，所以，遂行任務是高度標準化與非個人性氛圍，是故軍隊體制的運作深受集體意識影響，講求團隊精神，對於過度的個人行為，則採鄙視甚至譴責態度<sup>219</sup>。

軍事專業的職責就是強化國家安全，要能擔當這個重責大任就需要合作、組織與紀律，因而使得軍人強調團體的重要性而犧牲個人，任何行動要想成功，就必須使個人的意志從屬於團體的意志中，遵循傳統、精誠團結、整齊劃一以及同舟共濟，這些價值在軍事價值體系中，享有很高的地位<sup>220</sup>。總而言之，軍隊是一個具有運用致命性暴力專門知識和技術能力，且具有自我認同之團體意識及對更大團體（國家）的最終責任感之組織<sup>221</sup>。

## 第二項 軍人之角色功能

承前所述，軍隊是一個具有運用致命性暴力專門知識和技術能力的組織，因而軍隊中的軍官具有一種獨特的軍事才能，這種才能也是軍官與其他文職人員最大的差別，這種才能就是「暴力的管理」(the management of violence)<sup>222</sup>。

軍官的職責包括：1.兵力的組織、裝備與訓練；2.計畫作為；3.作戰前後的指導，

<sup>219</sup> 安豐雄、邱伯浩、張彥枝、羅慶生合著，軍事學導論，揚智，2002年10月初版，第436-451頁。

<sup>220</sup> Samuel P.Huntington 著，洪陸訓等合譯，軍人與國家（The Soldier and the State），時英，2006年7月，第99頁。


<sup>221</sup> Samuel P.Huntington 著，洪陸訓等合譯，軍人與國家（The Soldier and the State），時英，2006年7月，第2頁。

<sup>222</sup> Samuel P.Huntington 著，洪陸訓等合譯，軍人與國家（The Soldier and the State），時英，2006年7月，第33頁。

指導、運作與管制主要功能為運用暴力的軍事組織，就是軍官的特殊技能，所謂軍事專業人員，即是在明確受命的情況下，有能力指導與運用軍事暴力的專家<sup>223</sup>。

相對於軍官為具有能力指導與運用軍事暴力的專家，士兵則是從屬於軍官團，是組織官僚中的一部份，但卻不是專業官僚的一份子，士兵既沒有軍官的知識能力，也沒有軍官的專業責任，士兵的角色功能在於運用暴力，而非管理暴力的專家<sup>224</sup>。

軍人基於其角色功能係在於從事戰鬥之特性，軍人倫理基本上是反對個人主義的<sup>225</sup>，當軍人的第一天，每個軍人就會被教導：「服從為軍人的天職」，自此以後，在日常生活、操課中亦會不斷被要求服從，並對一切積極、消極反抗命令之行為，加以輕重不等之處罰，其目的即在於經由培養軍人服從之習性，從而在戰鬥時能齊一各個戰鬥員、戰鬥體之行動，以發揮戰力，爭取勝利，因而如此對於軍人服從之要求基本上可說是具有目的的正當性<sup>226</sup>。



### 第三項 軍人服從義務之法律規範

#### 第一款 德國法之規範

德國軍人服從義務之法律規範主要規定於德國軍人法（Soldatengesetz）<sup>227</sup>及德國軍刑法（Wehrstrafgesetz, WStG）中，前法第十一條規範軍人之服從義務，後法分別於第五條規範軍人依命令行為、第十九條規範軍人不聽從命令行為、第二十條規範軍人抗命行為、第二十一條規範軍人怠忽命令行為、第二十二條規範

<sup>223</sup> Samuel P.Huntington 著，洪陸訓等合譯，軍人與國家（The Soldier and the State），時英，2006年7月，第34頁。

<sup>224</sup> Samuel P.Huntington 著，洪陸訓等合譯，軍人與國家（The Soldier and the State），時英，2006年7月，第40~41頁。

<sup>225</sup> Samuel P.Huntington 著，洪陸訓等合譯，軍人與國家（The Soldier and the State），時英，2006年7月，第100頁。

<sup>226</sup> 李紹威，「軍人抗命行為與規範之研究（上）」，載於軍法專刊第46卷第1期，第22頁。

<sup>227</sup> 此為簡稱，全稱為德國軍人法律地位法（Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten）。

命令之拘束力問題。

德國軍人法第十一條第一項規定：「軍人應服從長官，對長官之命令，應以最大之能力完全的、清晰的及迅速的達成之。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。對長官命令誤認爲有上述情況而不予遵從者，唯有在該誤認係不可避免及由下屬所認知之情況，無法獲得法定程序來澄清該命令時，方可免除其抗命之責任。」；同條第二項規定：「一個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爲明顯時，下屬即必須擔負刑責。」<sup>228</sup>。

德國軍刑法第五條規定：「下屬依命令而觸犯刑法之規定者，以其知悉此涉及一違法行爲或依其所知悉之狀況，顯然違法者，始負刑責。下屬因處於執行命令之特殊情況，其刑責輕時，法院得依刑法第四十九條第一項減輕其刑：若係輕罪得免除其刑。」；同法第十九條第一項規定：「不聽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」；同法第二十條第一項規定：「下列情況處三年以下有期徒刑：以言詞或舉動拒絕命令之執行者或命令再三下達，仍拒絕服從者。」，第二項規定：「行爲人拒絕服從第一項第一款不必立刻執行之命令者，但其及時且自願爲之，則法院得免除其刑。」；第二十一條規定：「怠忽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。」；第二十二條第一項規定：「若命令之下達非基於職務上之目的或侵害人性尊嚴或命令之執行將構成犯罪，此命令即不具拘束力，下屬於此若爲第十九條至第二十一條之抗命行爲，則非違法，若下屬誤認該命令具有拘束力，亦同。」，第二項規定：「下屬誤認命令之執行，將構成犯罪，而拒絕服從命令者，若該錯誤係不能避免者，不以第十九條至第二十一條罰之。」，第三項規定：「下屬基於其他理由誤認命令不具拘束力而未爲服

<sup>228</sup> 條文翻譯參見陳新民，軍事憲法論，揚智，89年4月初版，第130頁。

從者，若該錯誤係不可避免且依其所認識之狀況，法無期待下屬對該誤認之拘束力命令提請法律救濟時，不以第十九條至第二十一條罰之；若可期待下屬為之，則法院得依第十九條至第二十一條免除其刑」<sup>229</sup>。

德國軍人法已不認為軍人具有「絕對服從」的義務，而應該是「有條件服從」（bedingter Gehorsam）或是「有良知服從」（gewissenhafter Gehorsam），明定對於違反人性尊嚴、超出職務範圍及違法之命令，可以不必服從遵守，即下級軍人對於上級之命令內容應自為一定程度的審查<sup>230</sup>。德國軍人法除在第十一條明定軍人服從義務之界限外，尚於同法第十條第四項<sup>231</sup>規定長官有發佈合法命令之義務，即長官之命令應受到勤務「目的性」（Zweckmäßigkeit）及「合法性」（Rechtmäßigkeit）之雙重拘束，且依同條第五項<sup>232</sup>規定，長官必須為其命令負責<sup>233</sup>。由此可見，德國軍人法雙方面完善地規範上下級軍職人員之義務，確立明確的軍人服從義務之界限。

綜合德國軍人法第十一條第一項及軍刑法第二十二條第一項規定觀之，下列三種情況之命令「不具有拘束力」，下級軍職人員不負有遵守服從之義務：

- 一、違反人性尊嚴之命令：因其已觸犯德國基本法第一條對於人性尊嚴之保障。
- 二、違反職務範圍之命令：對於不屬於長官下命權限範圍內之命令部屬本無服從義務。
- 三、涉及犯罪行為之命令。

對於涉及犯罪行為之命令，依照德國軍人法第十一條第二項及軍刑法第五條規

<sup>229</sup> 條文翻譯參見陳新民、范聖孟，「以德國最新行政法院判決論軍人服從命令之義務與界限」，載於開南法學第 1 期，2006 年 7 月，第 58-61 頁。

<sup>230</sup> 參見陳新民，軍事憲法論，揚智，89 年 4 月初版，第 108 頁；李瑞典，「論軍人法」，載於台灣本土法學雜誌第 39 期，2002 年 10 月，第 5 頁。

<sup>231</sup> 德國軍人法第 10 條第 4 項：「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。」條文翻譯參見陳新民，軍事憲法論，揚智，89 年 4 月初版，第 130 頁。

<sup>232</sup> 德國軍人法第 10 條第 5 項：「長官應為自己之命令而負責。長官對其命令應衡諸情況，以適宜方式貫徹之。」條文翻譯參見陳新民，軍事憲法論，揚智，89 年 4 月初版，第 130 頁。

<sup>233</sup> 陳新民，軍事憲法論，揚智，89 年 4 月初版，第 109 頁。

定，唯有軍人在(1)明知其為犯罪；(2)依當時情況，命令構成犯罪行為十分「明顯」時，軍人執行該命令，才須負擔刑事責任<sup>234</sup>。

## 第二款 我國法之規範

我國軍人服從義務規範涉及宣示性質者，主要有國防法第 15 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」；以及兵役法施行法第 49 條規定：「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，嚴守秘密，如違誓言，願受嚴厲之處分，此誓。」，這兩則規定皆強調軍人應服從長官命令，來達成軍事任務。

我國軍人服從義務規範涉及刑罰效果者，主要規定於我國陸海空軍刑法中，依照中華民國陸海空軍刑法第 27 條規定：「Ⅰ 敵前違抗作戰命令者，處死刑。Ⅱ 前項之未遂犯，罰之。」；同法第 47 條規定：「Ⅰ 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。Ⅱ 戰時犯前項之罪者，處死刑或無期徒刑。Ⅲ 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。Ⅳ 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。」，前者屬「敵前抗命罪」，後者則屬「一般抗命罪」。


過去我國舊陸海空軍刑法第六十四條規定：「反抗長官命令或不聽指揮者，依左列各款處斷。一、敵前、死刑。二、軍中或戒嚴地域、無期徒刑或十年以上有期徒刑。三、其餘、五年以下有期徒刑。」<sup>235</sup>，從當時的陸海空軍刑法規定來看，對於長官下達之命令，並未規定任何部屬得拒絕執行之情況，而當時刑法第

<sup>234</sup> 陳新民，軍事憲法論，揚智，89 年 4 月初版，第 113 頁。

<sup>235</sup> 李麒，軍事勤務關係之研究，輔仁大學法律學系博士論文，民國 87 年 6 月，第 11 頁。



二十一條第二項即已規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」<sup>236</sup>，兩相對照之下，將使得軍人執行違法命令將受到刑法之處罰，若違抗長官違法之命令，也將該當舊陸海空軍刑法第六十四條抗命罪之規定，使受命之軍人將陷於兩難的狀況中，而現行陸海空軍刑法第 47 條規定限於違抗「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，始該當抗命罪，反面解釋即爲當上級機關或長官所發佈之命令不屬其職權範圍或與軍事無關時，下級軍職人員即使不服從該命令，也不會該當抗命罪，可說相較於舊陸海空軍刑法而言，對於軍人服從義務之範圍有所限縮，但相較於德國軍人法明確規範軍人服從義務之界限，軍刑法明列不具拘束力不須服從之命令的情形，我國軍事法上關於軍人服從義務之規範尚不夠完善，一方面並未明白規定上級所命令之行爲若涉及犯罪而不服從是否能免於該當抗命罪之規定，另一方面單從國防法及兵役法施行法對於軍人服從義務之宣示規定來看，我國軍人仍負有絕對服從義務。



#### 第四項 軍人服從上級命令之界限

在確認軍人服從上級命令之界限前，必須先對「命令」在軍事上之內涵有所定義。美國國防部所編之《軍語辭典》對於命令（order）之定義爲：「使用書面、口述或信號等手段，將上級指示傳達至下級之溝通方式。」<sup>237</sup>；德國軍刑法第二條第二項則定義命令（Befehl）爲：「命令係軍事長官以書面、口頭或其他方法，爲遂行某一特定行爲，所下達要求下屬奉行之一般或個別的指示」；我國軍隊之命令則可概分爲兩類，即「日日命令」與「陣中命令」，前者包括函令、公告、通令、任官令及人事命令；後者則係有關戰場上作戰行動與支援作戰所需之政戰及勤務方面之指示<sup>238</sup>。從上述可知命令之傳達方式包括口頭、書面及其他方式，而軍事命令之主要內涵則爲上級對下級爲特定指示要求其爲特定行爲。

<sup>236</sup> 依照大法官釋字第 430 號解釋，軍人爲廣義之公務員，與國家具有公法上職務關係。

<sup>237</sup> 美國國防部軍語詞典，三軍大學編譯，1989 年 12 月，第 140 頁。

<sup>238</sup> 李紹威，「軍人抗命行爲與規範之研究（下）」，載於軍法專刊第 46 卷第 2 期，第 36 頁。

軍隊存在之目的是為國家服務，因而為了使軍隊成為執行國家政策的有效工具，軍隊必須成為一個服從的層級組織，為了讓軍隊能夠執行其功能，每一個階層都必須要能獲得其下屬階層立即且忠誠的服從，忠貞與服從成為最高的軍事道德<sup>239</sup>，但在軍隊的領導訓練方式上多以壓抑個人情感意志、權利意識，作為養成訓練之中心基礎，此種機械、權威之領導模式，有助於迅速樹立軍隊嚴格遵守紀律，服從領導之軍事秩序，但無法培養軍人基於職業所應負之責任自覺，及發自內心之道德觀、倫理觀和紀律觀，因而易造成軍人產生盲從及不知勤務最終之宗旨何在的情形<sup>240</sup>。

再者基於軍隊任務與軍隊行動的特殊性，與一般的國家行為不同，無法要求其一切都要符合「依法律行為」，在軍事行動中，要求對於每個個別的上級命令的合法性，應有迅速審查的可能性，亦是不可能的事<sup>241</sup>。另外，基於軍事勤務的多樣性，戰場情況的瞬息萬變，或是基於作戰保密的要求，或是情況複雜、時間匆促，都可能使一個命令的頒佈，並不能充分提供下屬有關命令的背景資料，使得所有下級軍人接到上級的軍事命令，都只是簡短、明確的文句，下級都只知其然而不知其所以然，下級軍人以此有限的資訊，難以全盤的、整體性的評估該命令的所具備的意義<sup>242</sup>。因而要求軍人判斷其所受的命令是否合法已經是一種負擔，如要求其尚須從倫理或道德上來判斷命令之正當性，則誠屬強人所難，故在執行軍事命令之行為方面，應給予下級軍職人員一定之道德上容許空間<sup>243</sup>。當軍事服從與道德之間產生衝突時，身為軍人，其必須服從，作為一個人，其就不能服從，但軍人幾乎不可能可以依據個人良知的指導，而反對軍事服從與國家利益

<sup>239</sup> Samuel P.Huntington 著，洪陸訓等合譯，軍人與國家（The Soldier and the State），時英，2006年7月，第112頁。

<sup>240</sup> 李瑞典，「論軍人法」，載於台灣本土法學雜誌第39期，2002年10月，第9頁。

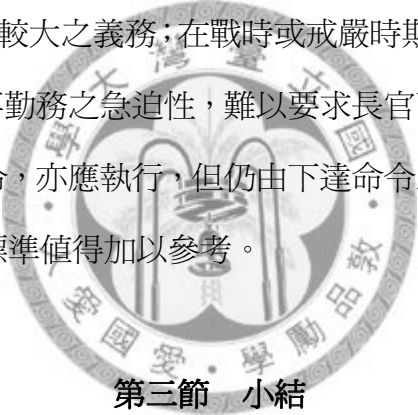
<sup>241</sup> 陳新民，軍事憲法論，揚智，89年4月初版，第162頁。

<sup>242</sup> 陳新民，軍事憲法論，揚智，89年4月初版，第112頁。

<sup>243</sup> 參見洪陸訓，「民主政體中的文人統制-軍人服從義務與軍隊政治教育的詮釋」，載於復興崗學報第68期，88年12月，第7頁。

的雙重要求<sup>244</sup>。

關於軍人服從上級命令之界限標準，學說上有建議對軍人服從義務應區分平時與戰時加以規範，即平時部屬對於長官所下達之命認為有違法疑慮或超出其能力極限時，有向下命令之長官提出此項疑慮報告之義務，如長官仍維持原決定，部屬得向上一級之長官報告，該長官仍維持原決定時，上一級長官應給予部屬書面命令，部屬於取得書面命令後，應執行該項命令，如產生違法之後果，由下達書面命令之長官負責，不適用刑法第二十一條第二項但書規定，如此部屬對於長官所下達之命令，僅能形式審查，不能拒絕執行，以維軍紀，若有違法之情事，由下達命令之長官負最後責任，此乃基於權利義務之相對性，階級越高，享有越大之決策權，相對也應負較大之義務；在戰時或戒嚴時期，因國家處於非常狀態，生死存亡之際，基於軍事勤務之急迫性，難以要求長官下達書面命令，因而此時軍人對於長官之口頭命令，亦應執行，但仍由下達命令之長官負最終責任<sup>245</sup>。這樣的軍人服從義務界限標準值得加以參考。



### 第三節 小結

軍職人員，無論是採取學理上廣義或狹義公務員概念，都被定義為具有公務員身份之人，此應屬無疑，而依現行公務員相關法規之規定，軍職人員也是法律上所規定之公務員的一種類型，因此軍職人員服從義務應是以公務員服從義務界限作為基本界限，然後再依軍事組織相對於其他國家公務機關所具有之特性，來擴大或限縮軍職人員服從義務之範圍。

在法治國家中，公務員行事最高的指導原則應是法律，而非長官之意志，若為了行政效率及指揮監督權的有效行使，而要求下級公務員對於職務命令不論合

<sup>244</sup> Samuel P.Huntington 著，洪陸訓等合譯，軍人與國家（The Soldier and the State），時英，2006年7月，第117~118頁。

<sup>245</sup> 李麒，軍事法理論與實務，新學林，2005年10月一版，第20~21頁。

法與否應絕對服從，將喪失對於行政行為最基本的合法性控管，有違法治國家原則，因此絕對服從說應不可採。實質違法審查說或絕對不服從說，雖然可以確保行政行為之合法性，而能緊守法治國家依法行政原則，但廣泛賦予公務員可獨立審查上級命令之合法性的權利，一方面會延擱命令之執行，破壞行政階級制度及喪失行政效率，二則可能因公務員個人的識見才能，不足以透見其合法性問題<sup>246</sup>，因此這樣賦予下級公務員高度審查要求之學說亦不可採。結論上，形式違法審查說應是較能兼顧行政效率及對於行政行為合法性基本控管之服從義務界限的標準，但當職務命令內容明顯違法時，基於法治國家原則，該命令應對公務員無拘束力，公務員對之無服從義務。

基於軍隊在組織與運作上特別講求指揮、控制與準則效率，因此各國軍隊組織的共通架構、均呈現明確、嚴格及具有權威性質的層級形式，且軍人基於其角色功能係在於從事戰鬥之特性，軍人倫理基本上是反對個人主義的<sup>247</sup>，當軍人的第一天，每個軍人就會被教導：「服從為軍人的天職」，自此以後，在日常生活、操課中亦會不斷被要求服從，並對一切積極、消極反抗命令之行為，加以輕重不等之處罰，其目的即在於經由培養軍人服從之習性，從而在戰鬥時能齊一各個戰鬥員、戰鬥體之行動，以發揮戰力，爭取勝利，因而如此對於軍人服從之要求基本上可說是具有目的的正當性<sup>248</sup>。但如此亦不代表軍人對於上級的命令應該絕對且盲目的服從，德國軍人法已不認為軍人具有「絕對服從」的義務，而應該是「有條件服從」(bedingter Gehorsam)或是「有良知服從」(gewissenhafter Gehorsam)，明定對於違反人性尊嚴、超出職務範圍及違法之命令，可以不必服從遵守，即下級軍人對於上級之命令內容應自為一定程度的審查<sup>249</sup>。

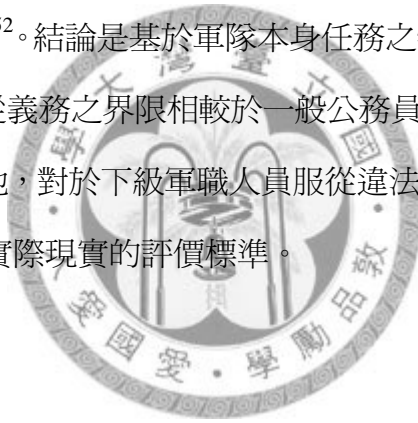
<sup>246</sup> 陳新民，行政法學總論，七版，三民，民國 91 年 9 月，第 228 頁。

<sup>247</sup> Samuel P.Huntington 著，洪陸訓等合譯，軍人與國家 (The Soldier and the State)，時英，2006 年 7 月，第 100 頁。

<sup>248</sup> 李紹威，「軍人抗命行為與規範之研究 (上)」，載於軍法專刊第 46 卷第 1 期，第 22 頁。

<sup>249</sup> 參見陳新民，軍事憲法論，揚智，89 年 4 月初版，第 108 頁；李瑞典，「論軍人法」，載於台灣本土法學雜誌第 39 期，2002 年 10 月，第 5 頁。

軍隊的任務與行動具有特殊性，與一般的國家行為不同，無法要求其一切都要符合「依法律行為」，在軍事行動中，要求對於每個個別的上級命令的合法性，應有迅速審查的可能性，亦是不可能的事<sup>250</sup>。另外，基於軍事勤務的多樣性，戰場情況的瞬息萬變，或是基於作戰保密的要求，或是情況複雜、時間匆促，都可能使一個命令的頒佈，並不能充分提供下屬有關命令的背景資料，使得所有下級軍人接到上級的軍事命令，都只是簡短、明確的文句，下級都只知其然而不知其所以然，下級軍人以此有限的資訊，難以全盤的、整體性的評估該命令的所具備的意義<sup>251</sup>，因此德國學者 Labands 認為軍人絕無可能去檢驗上級長官根據其在軍中之地位所下達的命令是否具有權限，也同樣少有可能去檢驗其被命令之行為是否屬於通常的職務工作<sup>252</sup>。結論是基於軍隊本身任務之特性及戰場上具有瞬息萬變之本質，對於軍人服從義務之界限相較於一般公務員服從義務之界限，應使其有較寬鬆的界限，相對地，對於下級軍職人員服從違法命令之行為的責任評價，也應採取較為合乎軍隊實際現實的評價標準。



---

<sup>250</sup> 陳新民，軍事憲法論，揚智，89年4月初版，第162頁。

<sup>251</sup> 陳新民，軍事憲法論，揚智，89年4月初版，第112頁。

<sup>252</sup> Stratenwerth, Verantwortung und Gehorsam, 1958, S.155.



## 第五章 軍職人員服從上級違法命令行爲之期待可能性評價

### 第一節 違法性階層之評價

#### 第一項 依上級命令之行爲

公務員作為國家機關之手足，其執行職務之行爲，尤其是強制執行職務之行爲，依刑法構成要件加以檢驗的話，往往可能該當刑法分則特定條文之構成要件，例如工務單位之員工依法拆除違建之行爲，即該當刑法分則毀損罪之構成要件；警察依法強制逮捕人犯之行爲，即該當刑法分則妨害自由罪之構成要件，但這樣依照法定程序執行職務之行爲依照刑法以外之法律，像是都市計畫法或刑事訴訟法規定，係為合法之行爲。基於「法秩序一體性原則」，即在同一個法秩序中，對於同一行爲違法與否之判斷，並不會隨著法領域的不同而有差異，只可能存在著單一的違法性概念，同一個行爲在所有的法領域都應該一致地被評價為合法或違法<sup>253</sup>，故刑法第二十一條第一項規定：「依法令之行爲，不罰」，以避免發生法秩序評價上之矛盾現象。而公務體系如前所述，其建構形式通常係一種科層式的體系，一個公務行爲的完成，往往係由上級下達執行命令，而由下級加以執行，因此對於下級公務員依上級命令之職務行爲，即使該當刑法分則構成要件，但同樣地基於法秩序一體性原則，此種間接依法令之行爲，也應可使下級公務員豁免於刑事制裁，故於刑法第二十一條第二項規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰。但明知命令違法者，不在此限」。

如果上級公務員所發布的命令於形式上及實質上均屬合法，且下級公務員亦合乎注意義務地執行該命令，那麼即便這一個職務行爲該當刑法上的犯罪構成要件，也還是可以在違法性層次透過刑法第二十一條第二項阻卻違法，只有在命令違法的情形，才需要特別討論<sup>254</sup>。也就是說命令本身若不合形式或程序，內容實

<sup>253</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所爲之職務行爲」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 194 頁。

<sup>254</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所爲之職務行爲」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 168 頁。

質違法，或甚至有違憲的情形時，公務員對之是否仍有服從之義務？對於這樣一個問題，如前在公務員服從義務之界限章節中所述，學說有從「公務員審查義務」角度著眼來探討公務員服從義務之界限，亦有從「命令的拘束力」角度著眼來探討公務員服從義務之界限。

如本文第四章中所述，國內學說多從「公務員審查義務」角度著眼來探討公務員服從義務之界限，且通說認為形式審查說較為合理<sup>255</sup>（本文亦同此見解），故對於刑法第二十一條第二項依上級命令之行爲的規定，學說上認為必須符合下列客觀要件，始能適用該條規定，使下級公務員依上級命令之行爲得阻卻違法：

- （一）執行命令者必須具備有公務員身份。
- （二）發布命令者必須爲上級公務員。
- （三）命令的內容必須屬於上下級公務員職權範圍內事項。
- （四）命令必須符合法定程式。
- （五）公務員執行職務不得逾越命令範圍<sup>256</sup>。

如本文第四章中所述，德國通說對於這樣一個問題的看法則是從命令拘束力之角度著眼，德國學界認為命令的「合法性」（*Rechtmäßigkeit*）與「拘束性」（*Verbindlichkeit*）是兩個可分的獨立概念，合法的命令當然會對下級公務員形成拘束力，但是具拘束力的命令不限於合法的命令<sup>257</sup>。只要一個命令在形式上合法，亦即具備了所有的形式要件（如管轄權、書面的形式等），並且命令所要求的內容沒有明顯地（*offensichtlich*）抵觸法律時，那麼該命令對於下級公務員就有拘束力，換句話說，只要命令形式上合法，即便它的實質內容違法，只要沒有

<sup>255</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所爲之職務行爲」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 172 頁。

<sup>256</sup> 林山田，刑法通論（上冊），自版，2005 年 9 月增訂九版，第 349~350 頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年初版，第 264 頁。

<sup>257</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所爲之職務行爲」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 174 頁。



達到明顯違法的程度，就還是具有拘束力，而所謂的「明顯違法」，依通說的看法是指命令的施行會致使下屬違犯刑事犯罪、命令侵害了人性尊嚴或是命令內容抵觸一般公認的國際法原則的情形<sup>258</sup>。在命令不具拘束力時，下級公務員對該命令即無服從之義務，若公務員仍服從該命令而為刑法構成要件該當之行為時，即無法阻卻違法，而僅可能在罪責層次有所減免<sup>259</sup>。

我國及德國學界對於違法命令這個問題上，雖然係從不同的觀察角度來探討此問題，但通說的共通點在於皆認為「形式上違法之命令」及「形式上合法但實質內容違法且下級公務員對此實質違法有所認知之命令」為不具有拘束力之命令，但德國通說相對於我國通說，尚多認為「形式上合法但實質內容明顯違法之命令」也屬於不具有拘束力之命令，在這種情況下，即使下級公務員對於命令實質內容明顯違法並未有所認知的，仍然無法阻卻其行為之違法性，僅有可能在罪責層次作為減免罪責之考量點，我國通說對於此種情形，則認為只要下級公務員非出於明知命令明顯違法，仍有可能阻卻其行為之違法性，學說上認為對於此種明顯違法但卻被評價為合法的職務行為，他人不得主張正當防衛來抗拒，否則將構成妨害公務罪，在職務行為明顯違法的情形，尚要受該職務行為影響之人民承擔忍受義務，是極不公平的風險分配<sup>260</sup>。

德國通說認為在命令「明顯違法」時不具拘束力，而對於明顯違法之其中一種例示的情況為「命令將違犯刑事犯罪」，學說上認為若將「命令是否抵觸刑事法律」來當作命令是否具拘束力之認定標準時，將會導致一個不合理的推論結果，因為我們就是在公務員執行命令的行為實現某一犯罪構成要件時，來討論命

---

<sup>258</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 35. Aufl., 2005, Rn.450; 蔡聖偉,「論公務員依違法命令所為之職務行為」,載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期,第 175 頁。

<sup>259</sup> 蔡聖偉,「論公務員依違法命令所為之職務行為」,載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期,第 175 頁。

<sup>260</sup> 蔡聖偉,「論公務員依違法命令所為之職務行為」,載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期,第 179 頁。

令能否阻卻此一構成要件該當行為之違法性或罪責，但這時若貫徹上述判斷標準的話，將會使所有命令都不具拘束力<sup>261</sup>，因為上級命令的內容正是要下級公務員去從事一個犯罪構成要件該當的行為，我們才會討論其是否可能阻卻違法，但此時討論其是否阻卻違法時卻以「命令是否要求下級公務員為抵觸刑事法律之行為」來作為標準，將導出荒謬之結論。另一種解釋可能是將之理解為「下級公務員若是執行此一命令，將要負擔刑法上的責任」，但這種說法仍是一種循環論證，因為這裡要處理的問題正是執行命令的公務員是否構成犯罪，此時就不能再拿「服從命令是否會構成犯罪」來當作標準。總而言之，用「命令抵觸刑事法律」作為標準，應該只是要強調「命令明顯違法」而已<sup>262</sup>。

命令之形式合法性為下級公務員信賴之基礎，因此當命令連最基本的形式要件都不具備時，即無值得下級公務員信賴之基礎，對於下級公務員而言即無任何服從義務可言<sup>263</sup>，此時即便下級公務員沒有認識到命令形式上違法，仍無法阻卻行為之違法性，而僅可能在罪責層次為考量。

我國刑法第二十一條第二項但書規定：「明知命令違法者，不在此限」，此被稱之為「明知條款」<sup>264</sup>。我國通說對於第二十一條第二項本文之主觀要素，通常認為係「出於依命令執行職務之意思」或「基於行使職務之意思」，所謂的行使職務之意思，即是指下級公務員認識上級公務員所下達之命令具有拘束力，而且係在命令範圍內執行其職務<sup>265</sup>。而對於但書規定之解讀，有認為刑法第二十一條

<sup>261</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 181 頁。

<sup>262</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 182 頁。

<sup>263</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 184 頁。

<sup>264</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 207 頁。

<sup>265</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 205 頁。

第二項的主觀要件原本即為「非明知命令違法」，但書只不過將之明文化，以杜絕疑義<sup>266</sup>；有認為本條但書規定所謂明知命令違法，實證上應係以其違法明顯與否為判斷<sup>267</sup>，即但書規定雖似主觀要件之規定，但實則解釋上應解釋為當客觀上命令明顯違法時，即屬於但書規定之情形；有認為本項但書係為對於行為人有利的特別規定，因為其使原本因為欠缺主觀阻卻違法要素而無法阻卻違法的情形（亦即行為人認為命令可能違法），也能夠阻卻違法<sup>268</sup>。對於我國刑法第二十一條第二項但書的解讀，本文認為最後一種見解較可採，即從刑法阻卻違法檢驗之基本理論來說，行為人構成要件該當之行為要能夠阻卻違法（不法），必須是客觀上存在有阻卻違法事由，且主觀上行行為人有認識到該阻卻違法事由之存在，應用在依上級命令之行為這類型的阻卻違法事由檢驗上即為，客觀上須存在有一個具有拘束力之命令（可能是合法或違法之命令）存在，行為人主觀上確信客觀之命令為一合法之命令，行為人而為之構成要件該當行為始能阻卻違法（不法），當行為人主觀上並非確定該命令係一個合法之命令而懷疑可能是一個違法之命令時，依照阻卻違法檢驗之基本理論，行為人之行為無法阻卻違法（不法），但在依上級命令之行為此種阻卻違法事由的類型上，可能係考量到公務效率及上下階層公務員間所具有之從屬服從關係的特性，而特別寬待下級公務員在主觀上非確信命令係違法而僅是懷疑可能是這種情形時，仍能使其行為獲得阻卻違法之評價，以利公務行為之順暢運作。但採最後一種見解之學者另論及在下級公務員明知命令違法的情形，除了不得阻卻違法外，其亦同時具備了不法意識，亦即已經認知到自己的行為是與法秩序相抵觸，因此排除其主張禁止錯誤減免罪責的可能性<sup>269</sup>，本文則異於此見解認為即便下級公務員明知命令違法而不得阻卻違法，仍有可能不具備有不法意識，即在下級公務員「明知命令違法但不知其無拘束力不

<sup>266</sup> 林山田，刑法通論（上冊），自版，2005年9月增訂九版，第351頁。


<sup>267</sup> 黃榮堅，「圖利罪共犯與身份」，載於台灣本土法學雜誌第3期，1999年8月，第185頁。

<sup>268</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第37卷第1期，第210頁。

<sup>269</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第37卷第1期，第211頁。

須服從」的情形下，下級公務員仍有可能欠缺不法意識，而有成立禁止錯誤之可能性。

總結歸納以上對於依上級命令之行爲此種阻卻違法事由類型之探討，可用下列兩個簡易的圖示來加以詮釋此種阻卻違法事由類型之應用：

- 
1. 命令形式不合法→命令不具拘束力→不符合依上級命令行爲之客觀要件→下級公務員之行爲無法阻卻違法。
  2. 命令形式合法但實質違法→明顯違法的情形→命令不具拘束力→不符合依上級命令行爲之客觀要件→下級公務員之行爲無法阻卻違法。
  3. 命令形式合法但實質違法→非明顯違法的情形→下級公務員明知命令違法→不符合依上級命令行爲之主觀要件→下級公務員之行爲無法阻卻違法。
  4. 命令形式合法但實質違法→非明顯違法的情形→下級公務員非明知命令違法→下級公務員之行爲得阻卻違法。

1. 不具備阻卻違法之主觀要素：明知命令違法。
2. 具備阻卻違法之主觀要素：非明知命令違法（僅懷疑命令可能違法包括在內）。
3. 不具備不法意識：明知命令違法但不知其無拘束力不須服從。
4. 具備不法意識：明知命令違法且知其無拘束力不須服從。

在本文所探討之德國邊境圍牆守衛案之守衛士兵，其依上級命令射殺欲逃往西德人民之行爲，因該命令客觀上即屬於「明顯違法」之情形，即使守衛士兵並未認識到該命令屬於「明顯違法」，但如上所討論，即使下級對於命令實質內容明顯違法並未有所認知的，仍然無法阻卻其行爲之違法性，僅有可能在罪責層次作爲減免罪責之考量。

## 第二項 義務衝突

「義務衝突」係指在某些情況下，行為人同時存在有兩個以上之法律義務，行為人如履行其中一個義務，必然會違背另外一個義務，也就是說，行為人有不能相容之複數法律上義務存在，而行為人無法同時履行全部義務<sup>270</sup>。義務衝突之所以得作為超法規阻卻違法事由<sup>271</sup>之主要理由有二：一為若法律讓受規範者陷入一個兩難的衝突情狀中，使他無論做出哪一種行為選擇都將會被評價成不法時，那麼便會抵觸法治國原則，蓋在法治國家中，法規範必須要能夠引導並控制受規範者的行為，倘若同一個行為分別被不同的規範同時被禁止及要求，法規範引導控制行為之目的便不能達成<sup>272</sup>；二為刑罰意義的考量，亦即行為人事實上不可能因為刑罰的存在，因此就有辦法同時盡到另外一個義務以迴避侵害<sup>273</sup>。

在義務衝突的情形下，若行為人履行了其中位階較高的法義務，法律就沒有理由非難行為人所做的選擇，亦即應將該行為評價為合法<sup>274</sup>。在判斷義務衝突下不相容之義務何者具有較高位階時，即須為義務優位性之衡量。在進行義務優位性衡量前，必須先檢視法律本身是否已經針對義務衝突之情形設有解套之行為指示，這時候若行為人已依循此指示而行為時，基於法秩序評價一致性原則，行為人之行為即可阻卻違法，例如依照德國聯邦公務員法規定，公務員若是對於命令的合法性有所懷疑時，設計有「異議程序」之制度，下級屬官於完成此等法定異議程序之後，便可以信賴上級公務員的判斷去執行命令，且因執行命令而該當構

<sup>270</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年9月三版，第360頁；謝瑞智，刑法總論，自版，2002年3月增訂二版，第212頁。

<sup>271</sup> 學說上有不同見解認為義務衝突應純屬責任層面的問題，理由為違背法律義務即屬違法，行為人不克履行此項法律義務，是屬可否歸責於行為人之問題，如黃常仁，刑法總論-邏輯分析與體系論證，自版，2001年8月增訂一版，第76~77頁。

<sup>272</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第37卷第1期，第198頁。

<sup>273</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年9月三版，第360頁。

<sup>274</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第37卷第1期，第198頁。

成要件之行爲，即可依照刑法依上級命令行爲之阻卻違法事由規定來阻卻違法<sup>275</sup>。若法律並無針對義務衝突的情況有爲行爲指示之規定時，此時即必須依照個案情況來衡量相衝突的義務間，何者屬具有較高位階之義務，只有在行爲人履行高位階義務而放棄低位階義務時，始有可能阻卻違法，否則，若行爲人僅履行低位階義務而未履行高位階義務時，僅可能在不能期待行爲人履行高位階義務之情況下，依無期待可能性之法理來阻卻其責任。

德國有部分學者在處理公務員職務行爲之適法性的問題上，採取清楚區分「內部法」(Innenrecht)與外部法(Außenrecht)兩者之方式，這兩種法律規範不同的法律關係，內部法僅涉及國家與其職員之關係，外部法相對於此則是涉及國家機關與人民之關係<sup>276</sup>。在命令違反法律的情況下，受命者即陷於內部法服從義務與外部法所要求國民不得爲不法義務之衝突，但必須注意的是在此真正的義務衝突僅存在於當命令本身雖具有違法性，但命令對於受命者仍具有拘束力之情形。若認爲服從義務在普遍禁令前具有優先地位，則下級即可因履行服從義務而阻卻違法，當這樣的論述可以成立時，就此而言即不須再討論「阻卻罪責」的問題，但反之，當我們認爲在外部關係上，共同的法義務對於特別服從義務具有優越性時，阻卻罪責就必須考慮在內，也就是說在內部關係上存在之命令拘束力，得作爲獨立的阻卻罪責事由。依照德國軍事法及公務員法之規定，當一個命令的執行將違反刑法或人性尊嚴時，該命令不具有拘束力，則下級對於該命令即不具有服從義務<sup>277</sup>。透過這樣一個法律明定對於服從義務範圍之界定，可以作爲服從義務與避免不法義務衝突之情形下一個重要的解決依據規定。若法律並未明定服從義務與避免不法義務衝突時之行爲指示規定，則在進行義務衡量比較時，應首先考慮公務員的職務種類，因爲服從義務的強弱會隨著公務種類不同而有分別

<sup>275</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所爲之職務行爲」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 200 頁。

<sup>276</sup> Amelung, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, Jus 1986, 329(337).

<sup>277</sup> Küper, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, Jus 1987, 81(91).

<sup>278</sup>，例如在軍事命令之情況，服從義務之強度即相對於其他命令而言來得強大，也就是說對於士兵而言，原則上根本沒有審查的義務及權利，而必須盡全力迅速確實地履行任務<sup>279</sup>。

在本文所探討之德國邊境圍牆守衛案中士兵之情況，雖然其所服從之命令屬於具有高度服從要求之軍事命令，但當時東德刑法第 258 條第 1 項已經明定：軍人執行上級命令的行為不須負擔刑事責任，除非該命令的執行明顯違反公認的國際法規範或刑法，故當軍事命令明顯違反公認的國際法規範或刑法時，服從義務與避免不法義務衝突下，服從義務即退居次要地位，當時邊境圍牆守衛之士兵服從上級命令而射殺逃亡人民之行為，其雖履行了服從義務，但其所未履行之避免不法（殺人）之義務屬於法律所明定之高位階義務，因此其行為並無法依義務衝突之法理來阻卻行為之違法性，只有可能在罪責層次，依當時情況認為要求其為避免不法義務不為服從義務無期待可能性，來阻卻其罪責。

### 第三項 強制性緊急避難

我們都知道「軍令如山」這句話，也就是說在軍隊此種高度要求服從之體制下，下級軍職人員對於上級軍官之命令，具有高度服從義務，尤其在戰時，對於敵前抗命之行為，依照法律規定往往是唯一死刑，如我國陸海空軍刑法第 27 條即規定：「Ⅰ 敵前違抗作戰命令者，處死刑。Ⅱ 前項之未遂犯，罰之」。因此下級軍官在面對上級長官違法命令時，可以想像其在思考是否服從時是處於極高度的心理壓力狀態中，甚至在極權專制的國家中，軍隊中之士兵若不符從上級之命令，該士兵甚至必須有性命將不保的心理準備，在本文所探討的德國邊境圍牆守衛案的情況，即屬於在極權專制的東德體制下，守衛士兵面臨上級軍官下達命令

<sup>278</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 202 頁。

<sup>279</sup> 蔡聖偉，「論公務員依違法命令所為之職務行為」，載於台大法學論叢第 37 卷第 1 期，第 204 頁註 148。

要求射殺欲逃往西德之人民的情況，雖然該命令明顯違反人性尊嚴及刑法之禁令，但守衛士兵在當時的體制氛圍下，若不遵從上級軍官之命令以射殺的方式來阻止人民逃亡成功，可以想見其可能將面對喪失自己性命之懲處，故在這樣的情況下即有探討所謂「強制性緊急避難」行為之實益。

「強制性緊急避難」係指行為人同時也是強制罪(或恐嚇危安罪)的受害者，行為人現處強暴或脅迫，在沒有其他方法可以排除危難下，為了自己、親屬或其他密切關係者的生命、身體、健康或自由而被迫做出違法行為。危難是否存在，只要依行為時已存在的各種跡象判斷有可能發生即可，但危難不僅目前存在且須緊急，不過危難可以係長時間持續進行的危害或災難，只要此危難隨時可能轉變成法益的損害，若不立即採取有效的避難措施，將來難以避免危難發生或可能升高風險即屬之<sup>280</sup>。



「強制性緊急避難」亦屬於緊急避難之一種，因此在行為人受強制而不得不犧牲他人法益以避難時，只有當避難行為符合保護優越利益原則時，行為人才能主張阻卻違法的緊急避難，因此行為人若為了避免自己的身體、健康、自由或財產而犧牲第三者生命時，顯然違背保護優越利益原則，避難行為違法，但若行為人要保障之法益與避難而侵害之法益為同屬最高位階的生命法益時，是否也能主張阻卻違法的緊急避難？少數學說認為生命法益對抗生命法亦不排除有阻卻行為違法性的可能，理由在於當面臨生命法益對抗生命法益的抉擇，而不能兩全其美下犧牲他人生命時，至少拯救了生命；但通說認為陷於危難中而積極殺害他人生命不能主張阻卻違法的緊急避難，因為生命受到絕對保護，且依價值理性的、倫理的基本思想，禁止將人的生命置於衡量的天秤上而反對少數說所隱含之目的理性思維，再者，法律也沒有規定，對於他人陷於生命危難時，基於互助原則有

<sup>280</sup> 黃惠婷，「強制性的緊急避難-評最高法院九十四年台上字第二三四號判決」，載於月旦法學雜誌第 133 期，2006 年 6 月，第 214 頁。



義務犧牲自己的生命而成全他人的生命，因此在這種生命法益對抗生命法益之情況，只能在罪責層次依「無期待可能性」的原理解決<sup>281</sup>。

本文亦讚同通說否定強制性緊急避難若係以犧牲他人生命之方式來保全自己生命的情形得以阻卻違法之見解，因為「強制性緊急避難」亦屬於緊急避難之一種，在這樣架構思維下，「強制性緊急避難」仍應符合符合保護優越利益原則，而犧牲他人生命來保全自己生命的情形，並不符合保護優越利益原則，再者，若認為犧牲他人生命來保全自己生命的情形得以阻卻違法的話，對於相對被犧牲之人的權益保障即有所不周，因為在概念上當我們承認行為人之行為得以阻卻違法的話，相對人即不得對之為正當防衛行為，這樣對於相對人對於自己性命保護之權益保障在概念上即有所不足，因此在生命法益對抗生命法益的情況下，只有可能在罪責層次基於人求生之本能，依無期待可能性之法理，來阻卻行為人之罪責。所以在本文所探討之德國邊境守衛案中為射殺行為之士兵，即使在當時時代氛圍及現場環境壓力下，認定其無可能不依上級命令以射殺逃亡之人民來保全自己的身家性命，也無法認為其行為得成立阻卻違法之緊急避難，只有可能依無期待可能性之法理來阻卻守衛士兵之罪責。

## 第二節 期待可能性之評價

### 第一項 罪責原則與罪責內涵

現今刑法理論清楚地區分不法與罪責，兩者在實際犯罪的判斷上擔負著不同的任務功能。德國學者 Wessels 及 Beulke 教授認為在不法領域中係透過刑罰的威嚇來使個人行為與法秩序應然規範相一致，而在罪責領域中則是判斷行為人具有不法的行為是否具有個人的可非難性<sup>282</sup>；另一德國學者 Roxin 教授認為在不法領域中的構成要件功能在於罪刑法定原則，阻卻違法事由的功能在於社會衝突的解

<sup>281</sup> 黃惠婷，「強制性的緊急避難-評最高法院九十四年台上字第二三二四號判決」，載於月旦法學雜誌第 133 期，2006 年 6 月，第 215~217 頁。

<sup>282</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 35.Aufl., 2005, Rn.394.

決，而罪責的功能則在於刑罰目的的考量<sup>283</sup>；我國學者黃榮堅教授則從實質思考的角度認為不法的概念係在於確立理性行為的標準，即對於有預見其利益侵害可能性之行為，人就不應該著手去做，責任概念考量的則是刑罰必要性的問題，其核心概念為期待可能性，也就是說對於無法期待行為人在行為選擇上迴避不法行為的情況，不應該適用刑罰<sup>284</sup>；我國學者許玉秀教授另分別從行為人角度及規範角度來看不法與罪責的區分，從行為人角度來看，不法要問的是我做錯了什麼？罪責要問的是我是否該對錯誤的行為付出什麼代價？從規範的角度來看，不法要問的是我所設定的行為界限是否遭到逾越？罪責要問的是我應該對逾越界限的行為採取什麼反應？<sup>285</sup>綜上所述，在不法層次所考量的是社會損害性的問題，即行為人特定行為是否損及刑法所保護之法益而無正當化事由，若肯定的話，行為即具有不法，但若將所有不法的行為皆加以刑罰制裁，並不符合目的理性，因此罪責層次即進一步衡量行為人具有社會損害性的行為是否有施加刑罰之必要性，衡量的標準則為刑罰目的之考量。

「罪責」(Schuld)並非原始的刑法概念，此概念在其他很多學科中扮演重要的角色，尤其是神學與哲學，而在刑法學上，罪責係作為刑事制裁合法化的基礎，也是建構刑罰的決定性基礎，在另一方面罪責原則也發揮刑罰限制的效果，也就是說，罪責原則強調反對單純地歸咎客觀事實之結果責任，且罪責原則在量刑上也具有同等重要性<sup>286</sup>。罪責原則的基本內涵係指「無罪責無刑罰」(nulla poena sine culpa；Keine Strafe ohne Schuld)，即刑罰以罪責為基礎<sup>287</sup>，至於為什麼需要罪責原則？理由應是如此才能避免在處罰時個人被工具化及替刑罰痛苦加諸人身肉體合理化，而罪責原則所賴以合理化刑罰的兩個依據，是行為人的避

<sup>283</sup> 許玉秀、陳志輝合編，不移不惑獻身法與正義-許迺曼教授刑事法論文選輯，春風煦日論壇刑事法叢書系列 9-2，第 433 頁。

<sup>284</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006 年 9 月三版，第 188~197 頁。

<sup>285</sup> 許玉秀，「當代刑法理論之發展」，載於王兆鵬主編，當代刑事法學之理論與發展，學林，2002 年 9 月一版，第 49 頁。

<sup>286</sup> Hirsch, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 1994, 746(746f).

<sup>287</sup> 林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年初版，第 276 頁。

免可能性和避免的期待可能性<sup>288</sup>，而在德國，該國聯邦憲法法院不僅從法治國原則，更特別從尊重人性尊嚴的義務中，引申出罪責原則<sup>289</sup>。罪責原則在現代刑法上主要有下列三點重要性：

- (1)作為犯罪成立要件但又同時限定刑罰之功能，亦即罪責乃構成要件該當性及違法性以外的第三個犯罪成立要件，同時又是限定刑罰範圍的反面要件。
- (2)不法與罪責相應，亦即行為人僅須就其不法行為受罪責非難。
- (3)從罪責原則衍生出罪刑相當原則，亦即，在個案中所有施加的刑罰必須與行為人的罪責相當，尤其是刑罰不得超過罪責之範圍<sup>290</sup>。

罪責概念在其歷史發展的過程中已經經歷轉變，即從一開始主流的心理罪責概念，將罪責概念視為行為人主觀內心與其行為之關係，而將故意過失視為罪責之類型，到之後於 1907 年，德國學者 Frank 率先提出規範罪責的概念，認為罪責的本質在於意志形成與意志活動的可非難性，即將行為人的心理事實情況為規範評價，也就是將罪責理解為個人的非難可能性<sup>291</sup>。現今刑法通說對於罪責的概念採取「規範罪責概念」，在一個行為具有構成要件該當性及違法性之後（也就是說屬於不法行為），在罪責階層中，刑法最後若決定對該行為加以非難，其非難的內在根據在於行為人具有自我決定能力，能避免法所禁止之行為，且在無內心缺陷或外在不尋常之動機壓力下，卻仍決定為不法行為，因此具有可非難性，但只有在具體情況下，個人有可能為他行為時，即具有主觀的損害法義務之避免可能性時，才能對行為人加以罪責非難<sup>292</sup>。簡而言之，要評價行為人行為為「可非難」之必要前提條件為行為之個人避免可能性，只有當行為人具備認識其行為

<sup>288</sup> 許玉秀，「當代刑法理論之發展」，載於王兆鵬主編，當代刑事法學之理論與發展，學林，2002 年 9 月一版，第 19 頁。

<sup>289</sup> Jakobs 著，許玉秀 譯，罪責原則（Das Schuldprinzip），刑事法雜誌第 40 卷第 2 期，第 47 頁。

<sup>290</sup> 林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年初版，第 277 頁。

<sup>291</sup> Wessels/Beulke，Strafrecht AT，35.Aufl.，2005，Rn.406、407；Hirsch，Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht，ZStW 1994，746(746)。

<sup>292</sup> Wessels/Beulke，Strafrecht AT，35.Aufl.，2005，Rn.400、401。

之反規範性，並具有依此認識而為行為之能力時，始能將不法歸咎於行為人<sup>293</sup>，行為人具有他行為可能（Anders-handeln-können）為將行為人之行為歸責於行為人具有正當性之前提要件<sup>294</sup>。

前述規範罪責概念中一個最核心的概念在於「他行為能力」，也就是認為行為人具有為合法行為之他行為能力，卻選擇為違法行為，所以我們才對行為人加以非難，在這樣一個概念下所無法迴避的問題即為人之意志自由的問題，也就是說必須在肯定人具有意志自由的前提下，我們才能夠說行為人具有他行為之可能，也才能期待其為合法行為。對於意志自由這樣一個問題，自然科學界至今還是尚未能提供一個具有實證意義的證明，來證明人是有意志自由或是沒有意志自由，所以刑法學本身若要使罪責概念的存在具有正當性基礎，就不得不面對這樣一個重要但卻未能被證明的問題，因此學說上有許多不同面向對於意志自由這個問題的論證。有認為意志自由是一個不可懷疑的真實，即意志自由的不可驗證性，並不意味著必須放棄罪責概念，因為對於自由和責任的想法，是我們社會道德意識中所不可懷疑的真實，或者說當我們確信人只有在自由及負責的意識中才可能存在時，我們就把自由的肯定當成是一種規範的抉擇，而足以使罪責概念具有正當性<sup>295</sup>；有認為人感覺自己是自由的，法就要當人是自由的，即不管經驗科學對意志自由的證明問題，在社會現實中，人類是以「非決定論」的態度來生活、理解、行動的，即是以認為自己是自由的態度，來處理他和環境之間的關係，對法秩序而言，有決定性意義的問題不是意志自由實際上是否存在？而是在社會中是由怎樣的價值觀所統治？人們是依照怎樣的世界觀而生活？<sup>296</sup>不論是決定論或非決定論皆是無法證明的，但刑法體系至少透過對人意志自由經驗上的確證

<sup>293</sup> Hirsch, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 1994, 746(749).

<sup>294</sup> Hirsch, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 1994, 746(751).

<sup>295</sup> 李文健，罪責概念之研究-非難的實質基礎，春風煦日論壇刑事法叢書系列2，1998年7月初版，第103頁。

<sup>296</sup> 李文健，罪責概念之研究-非難的實質基礎，春風煦日論壇刑事法叢書系列2，1998年7月初版，第104~105頁。

(empirische Feststellung der Willensfreiheit des Menschen) 而被賦予正當性<sup>297</sup>；有認為他行為能力中的行為自由，並不需要一個經驗上的證明，因為其在刑法中的角色不是一個事實，而是一個規範的假設 (normative Setzung)<sup>298</sup>，除了上述這三種論證意志自由之說法外，尚還有許多其他不同的論證說法<sup>299</sup>。對於意志自由這個問題，本文認為人所有的決定皆是奠基於人生經驗上，對於一件事的決定，可以說人是自由的，也可以說人是不自由的，例如說當我們眼前有甲、乙、丙三個選擇方案時，若我們因其過去經驗對丙方案之內容懷有厭惡感，因此我們完全不將丙方案納入考慮中，從觀察我們不選擇丙方案這個行為的部分，可以說我們因過去經驗而在選擇上是不自由的，但對於另外兩個方案我們若無特別之喜惡，或者說過去經驗讓我們對於甲乙兩方案喜惡皆各半，這時我們也可能透過擲銅板等來決定選擇何種方案，因此就這部分加以觀察時，我們具有某種程度的自由，總而言之，我們不敢說我們意志是絕對自由的，但至少我們在經驗上是可以覺察到自己係具有「相對自由」的。

基於意志自由證明上的困難性，近幾年來在罪責理論的發展上，有所謂「罪責概念功能化」的發展趨勢，即將罪責此刑法體系階層分化為一方面被理解為狹義可非難性 (Vorwerfbarkeit im engeren Sinne) 的個人他行為可能性，另一方面則是根據預防之考量所具體化之廣義的期待可能性 (Zumutbarkeit im weiteren Sinne)<sup>300</sup>。其認為一般預防是成立罪責的理由，責任概念及確定罪責的各個前提要件，即必須從一般預防的必要性當中引申出來<sup>301</sup>。

<sup>297</sup> Hirsch, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 1994, 746(764).

<sup>298</sup> 李文健，罪責概念之研究-非難的實質基礎，春風煦日論壇刑事法叢書系列 2，1998 年 7 月初版，第 109 頁。

<sup>299</sup> 對意志自由各種論證說法之詳細說明可參閱 李文健，罪責概念之研究-非難的實質基礎，春風煦日論壇刑事法叢書系列 2，1998 年 7 月初版，第 102~113 頁。

<sup>300</sup> 許玉秀、陳志輝合編，不移不惑獻身法與正義-許迺曼教授刑事法論文選輯，春風煦日論壇刑事法叢書系列 9-2，第 55 頁。

<sup>301</sup> 許玉秀、陳志輝合編，不移不惑獻身法與正義-許迺曼教授刑事法論文選輯，春風煦日論壇刑事法叢書系列 9-2，第 289 頁。

在探討完區分不法及罪責之意義及罪責本身具有如何的內涵之後，接著就要來探討在什麼樣的情況下，一個不法的行為，卻不須要施加罪責非難，這種情況就是一般學說上所稱的「阻卻罪責事由」(Schuldausschlussgründe)和「減免罪責事由」(Entschuldigungsgründe)，前者的情形包括欠缺責任能力及不可避免的禁止錯誤之情形；後者主要為過當防衛或過當避難之情形。這兩類事由排除罪責之原因都是因為欠缺預防的必要性，處罰有這種情況的行為人，並不能發生預防的效果，不能達到刑罰的目的<sup>302</sup>。尤其在阻卻罪責的情況，其阻卻罪責之基礎並不在有無其他行為選擇的機會，反而是基於純粹刑事政策的考量，即當犯罪行為人之目的壓力(Motivationsdruck)過大，使合法行為之期待可能性不存在，且當一般人在同樣的情況下亦不可能期待其實現合法行為，則依一般預防及特別預防等觀點都不應科處刑罰<sup>303</sup>。

綜合上述對於罪責概念之探討，我們可以說只有在能期待行為人為合法行為而避免不法行為時，才可以適用刑罰對行為人加以非難，其背後的實質理由在於刑罰正當性及預防必要性的考量，因為當行為人不為不法行為不具有避免可能性或避免可能性甚低時，對行為人施加刑罰制裁，不但對行為人係屬於一個不正義的處置，另一方面該刑罰的施加並無法達到預防的效果，也就是說一般人或行為人即使再出現同樣的情境，仍然無法因刑罰之施加而產生合法行為之誘導作用時，該刑罰之施加即無任何實質意義，且亦無助於刑罰目的之實現。

## 第二項 期待可能性

### 第一款 期待可能性概念之發展歷史

期待可能性思想之發軔一般認為係源於德意志帝國法院在一八九七年之「癖

<sup>302</sup> 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，春風煦日論壇刑事法叢書系列 6，2000 年 9 月初版，第 47 頁。

<sup>303</sup> 許玉秀、陳志輝合編，不移不惑獻身法與正義-許迺曼教授刑事法論文選輯，春風煦日論壇刑事法叢書系列 9-2，第 606 頁。

馬繞繩案」(Leinenfängersfall)的判例，該案之案例事實為：「被告受雇於以馬車為營業之雇主擔任馬車夫一職，被告所駕馭者為一雙轡之馬車，雙馬之一即為俗稱之「繞繩癖馬」，該馬時常有以馬尾繞繩，並用力以尾壓低繩之習慣，此一惡癖為被告及其雇主所深知。某日被告駕車於街頭，該馬癖性發作，被告雖極力壓繩制御，但反驚動馬匹疾馳狂奔，終將行走於街道上之路人撞倒，致其生骨折之傷害結果」，檢察官對於上述案例事實對被告以過失傷害罪提起公訴，原審法院予以宣告無罪，檢察官不服提起上訴，德意志帝國法院維持原審判決結果駁回上訴，其駁回之理由為：「被告雖知該馬之癖性，而對於駕馭該馬上路有傷害他人身體危險這件事具有預見可能性，但事實上無法期待被告不顧自己職位之得失，而能基於此認識去違反雇主之命令拒絕駕馭該馬上路，因此被告不應負過失之責任」<sup>304</sup>。本判例在心理責任論主導之刑事思潮時代中，直接而明快地以欠缺合法行為之可期待性為由，認定被告不成立過失之罪責，開啓爾後將期待可能性視為責任要素之規範責任論發展的契機<sup>305</sup>。

在「癖馬繞繩案」判例出現後，於1907年德國學者Frank發表「責任概念之構成」(Über den Aufbau des Schuldbegriffs)之論文，該篇論文中提到刑法之責任應屬於複合之概念，除故意過失之心理要素外，尚有「責任能力」及「附隨情狀」此兩責任之構成要素，此等要素得以「非難可能性」(Vorwerfbarkeit)此一概念名之<sup>306</sup>。Frank特別強調「附隨情狀之正常性」(normale Beschaffenheit der begleitenden Umstände)要素，即若存有緊急狀態或受強制之異常附隨情狀，要求行為人實施適法行為即不合理，亦即，無適法行為之可期待性，從而，不得對

<sup>304</sup> 洪福增，「期待可能性之理論與實踐」，載於刑法之理論與實踐，民國77年6月修正增訂再版，第73頁；陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國82年5月，第202~203頁。

<sup>305</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國82年5月，第203頁。

<sup>306</sup> 洪福增，「期待可能性之理論與實踐」，載於刑法之理論與實踐，民國77年6月修正增訂再版，第74頁；陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國82年5月，第39頁。

之加以非難<sup>307</sup>。其舉例有相當收入之獨身銀行員，為供揮霍之用而侵佔銀行之款，與因欲養活病妻及子女眾多之郵差，為生活困苦不得以而侵佔匯款，兩者雖同為犯侵占之罪，但在刑法上之責任程度應不相同，即所附隨之各種情況如何，將影響具體刑事責任之輕重程度<sup>308</sup>。對於 Frank 附隨情狀之概念，德國學者 Kriegsmann 批判認為左右責任輕重者，不可能係單純客觀存在之外在情狀，必該附隨情狀卻曾對行為人之精神產生影響且以該影響程度反應於行為人心理時，始可能影響責任輕重之判斷<sup>309</sup>。Frank 因受此批判，其後即以「正常之動機狀態」(normale Motivierung) 代替「附隨情狀之正常性」作為第三責任要素<sup>310</sup>。

繼 Frank 之後，德國學者 Goldschmidt 於 1913 年發表「緊急避難，一個責任問題」(Notstand, ein Schuldproblem) 一文，其主張刑事責任並非單純之心理活動自體，而是特定心理活動透過「義務規範」(Pflichtnorm) 評價之否定結果，義務規範之作用對象在於行為人之內部意思形成，當法律禁止某結果出現時，其用以要求行為人停止決意，反之當法律命令某結果發生時，則要求行為人發動決意。因此，責任要素除故意過失及責任能力外，尚有「義務違反性」

(Pflichtwidrigkeit) 此第三責任要素存在，倘因異常之行為情事致行為人形成合乎義務之動機無法期待者，應視之為「免除責任事由」(Entschuldigungsgründe)<sup>311</sup>。其舉緊急避難為例，避難行為人並非無責任能力之人，且其行為亦具有故意或過失，故若認為該避難行為得免除責任之理由即在於該行為無義務違反性。

Goldschmidt 義務規範之概念為德國學者 E.Schmidt 批判認為義務規範不過為法

<sup>307</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 39 頁。

<sup>308</sup> 洪福增，「期待可能性之理論與實踐」，載於刑法之理論與實踐，民國 77 年 6 月修正增訂再版，第 74 頁。

<sup>309</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 40 頁。

<sup>310</sup> 洪福增，「期待可能性之理論與實踐」，載於刑法之理論與實踐，民國 77 年 6 月修正增訂再版，第 75 頁；陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 42 頁。

<sup>311</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 42~46 頁。



律規範之其中一作用罷，因法律規範本即有二作用：一為判定外部行為是否適法之評價作用；二為命令行為人採取適法態度而停止違法態度決意之命令作用，故義務規範並非異於法律規範之獨立規範<sup>312</sup>。

在 Frank 及 Goldschmidt 之後，德國學者 Freudenthal 於 1922 年的「責任與非難」(Schuld und Vorwurf) 一文中，認為不論將刑法上之責任解之為非難可能性或義務違反性，均無不可，但所謂義務 (Sollen) 必以行為人之能力 (Können) 為前提，不可能之事並非義務<sup>313</sup>。其進一步將無期待可能性發展成超法規、一般性的阻卻罪責事由，其認為當一般情況下，沒有人能避免犯罪時 (缺乏不為犯罪的抵抗力)，則缺乏被非難的能力及罪責的非難<sup>314</sup>。其與 Frank 及 Goldschmidt 不同之處在於其主張期待可能性，應包含於故意及過失概念之中，不但在過失情形欠缺期待可能性時可阻卻責任，在故意之情形，如有欠缺期待可能性，亦得阻卻刑事責任<sup>315</sup>。Freudenthal 將期待可能性適用之範圍擴張及於故意犯罪之情形，招致「此殆為否認刑事司法之開端，而為無政府主義者之論調」、「其顯然偏重於個人主觀立場而忘卻國家全體利益」、「此超越解釋論之範圍而淪為刑法之自由法運動」、「此係表明社會對於確信犯之屈服」等批判<sup>316</sup>。

經歷從 Frank、Goldschmidt 到 Freudenthal 此一發展過程，最終集期待可能性理論之大成者為德國學者 E.Schmidt，其認為法規應有下述兩作用：一為判

<sup>312</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 48 頁。

<sup>313</sup> 洪福增，「期待可能性之理論與實踐」，載於刑法之理論與實踐，民國 77 年 6 月修正增訂再版，第 76 頁；陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 50 頁。

<sup>314</sup> 李文健，罪責概念之研究-非難的實質基礎，春風煦日論壇刑事法叢書系列 2，1998 年 7 月初版，第 69 頁。

<sup>315</sup> 洪福增，「期待可能性之理論與實踐」，載於刑法之理論與實踐，民國 77 年 6 月修正增訂再版，第 76 頁。

<sup>316</sup> 洪福增，「期待可能性之理論與實踐」，載於刑法之理論與實踐，民國 77 年 6 月修正增訂再版，第 76 頁；陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 54 頁。

斷行為適法與否之「評價規範」(Bewertungsnorm)作用；二為命令行為人須決意採取適法行為不得為違法行為之「命令規範」(Bestimmungsnorm)作用，前者為單純就事實是否與法秩序之要求呈現矛盾之客觀價值判斷，即使對於無責任能力人亦得適用；後者則係判斷有關責任之規範，故僅對於有能力依照該命令而為意思決定之人始生作用。故責任者，既非單純之心理事實，亦非純粹之價值判斷，而係結合兩者之複合概念，心理要素取決於「對於社會侵害性之可能認識之強弱」，依其程度之強弱而區分為故意與過失兩態樣；規範要素則取決於「適法行為之期待可能性」上，至於如何判斷期待可能性之有無則採「平均人標準說」<sup>317</sup>。

## 第二款 期待可能性之體系定位

期待可能性在犯罪判斷階層體系中，一般被定位於有責性(罪責)階層內，但對於期待可能性在有責性階層內究屬於何種角色功能，學說上則有歧異之見解，主要有三種見解：第一種見解認為期待可能性為責任構成之獨立積極要素；第二種見解認為期待可能性為故意過失之構成要素之一；第三種見解認為期待可能性之不存在為阻卻責任事由<sup>318</sup>。

不論是 Frank 所稱的「附隨情狀之正常性」或「正常之動機狀態」，亦或是 Goldschmidt 所謂的「義務違反性」，皆是將期待可能性這樣一個要素視為獨立之責任要素。Freudenthal 及 E.Schmidt 則主張期待可能性應包含於故意過失概念之中，而屬於故意、過失之構成要素<sup>319</sup>。現今多數學說則認為倘行為人具備責任能力及不法意識即得推定行為人之責任，但在適法行為之無期待可能性的情形下，

<sup>317</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 58~60 頁。

<sup>318</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 91 頁。

<sup>319</sup> 洪福增，「期待可能性之理論與實踐」，載於刑法之理論與實踐，民國 77 年 6 月修正增訂再版，第 95 頁。

則得阻卻責任<sup>320</sup>。

除將期待可能性置於責任階層來討論外，另有認為期待可能性理論既然是建立在「法律不強人所難」及「不可能無義務」(ultra posse nemo obligatur)之觀點上，則當一般人皆無可能為適法行為之實施時，此純為責任判斷之問題？抑得為違法判斷之問題？因倘對於一般人處於行為人之情狀下，要求適法行為皆屬無理且不可能之要求時，其尚得認為義務存在嗎？似乎應解為係被容認之行為才是。故有稱阻卻責任者為「真正的期待可能性」，阻卻違法者為「客觀的期待可能性」<sup>321</sup>。

自從目的行為理論將故意過失的概念提昇至構成要件階層視之為主觀構成要件要素後，在責任階層中一般普遍被承認之責任要素，像是責任能力及不法意識，這些要素概念背後其實皆寓有期待可能性之思想在內，對於無責任能力人一般經驗上我們無法「期待」其能夠認識其行為於刑法上之意義，因此對於其所為的違法行為我們不認為其具有刑事責任，同樣地對於無可避免欠缺不法意識之人，我們同樣無法「期待」其理解其行為於刑法上之意義，而不對之課以刑事責任，所以我們也可以用「法定期待可能性要素」的角度來看待這兩個責任要素，當行為人具有責任能力及不法意識時，我們可以「推定」其必須為其所為的違法行為擔負刑事責任，但我們經驗上仍然可以想像到的是即使行為人具有責任能力及不法意識，但行為人於行為當時的處境仍有可能是極端異常的情形，而無法期待其為適法行為，此時若能承認一超法規阻卻責任事由的存在，則可以避免不正當或不正義之刑罰的情形，而超法規的期待可能性概念正好可以擔負這樣一個任務，就如同我們普遍承認超法規阻卻違法事由一般，即是考量到法律規定不可能

<sup>320</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國82年5月，第99頁。

<sup>321</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國82年5月，第110~112頁。

鉅細靡遺毫無缺漏，即使已有法定之各別期待可能性的事由規定，但仍有必要承認期待可能性作為超法規阻卻責任事由<sup>322</sup>。

### 第三款 期待可能性之適用範圍

期待可能性某種程度上屬於「不確定之法律概念」，因為其並無一個確定可供作犯罪檢驗之內涵要件，因此對於期待可能性這樣一個概念要素在刑法犯罪構成之檢驗上，部分學說及實務即有所疑慮而認為應限定其適用範圍，以免影響法之安定性。

在期待可能性概念的發源國德國，不論學者通說或實務見解皆限定期待可能性概念要素之適用範圍應限於過失犯罪及不作為犯罪，在故意犯罪部分，除非是法有明文（例如阻卻罪責之緊急避難規定），否則並不承認期待可能性概念得普遍適用於故意犯罪。主要理由在於認為對於這樣一個模糊的且無法確定其範圍之免責事由的承認，將大開法律安定性之大門<sup>323</sup>，且在無任何法律基礎的情況下，授予法官依憑無期待可能性此一空泛之公式來決定行為之可罰性，將違反憲法所確定之權力分立的基本原則<sup>324</sup>，使法律的適用者（Rechtsanwender）成為法律的創造者（Rechtsschöpfer）<sup>325</sup>，故期待可能性這樣一個免責事由在今日於過失犯罪及不作為犯罪方面很大程度上獲得承認，但在故意犯罪上由於法安定性之緣故，終未獲得承認<sup>326</sup>。但德國學者中亦有人承認期待可能性得作為一般的阻卻罪責事由，但須存在有三個前提條件：(1)存在有迫不得已的情況；(2)在客觀環境影響下顯示該行為是適當的行為；(3)迫不得已的情況並非屬於行為人職權範圍

<sup>322</sup> 同此見解 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006年9月三版，第669頁；洪福增，「期待可能性之理論與實踐」，載於刑法之理論與實踐，民國77年6月修正增訂再版，第95頁；陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國82年5月，第124頁。

<sup>323</sup> Wessels/Beulke，Strafrecht AT，35.Aufl.，2005，Rn.451.

<sup>324</sup> Roxin，Strafrecht AT/1，4. Aufl.，2006，§ 22 Rn.144,145.

<sup>325</sup> Kühl，Strafrecht AT，5.Aufl.，2005，§ 12 Rn.12.

<sup>326</sup> Roxin，Strafrecht AT/1，4. Aufl.，2006，§ 19 Rn.13.

內之職責<sup>327</sup>。而在德國實務上，從德國帝國法院時期開始，即清楚表明無期待可能性概念之應用不能超出法定情況而被承認為一般的減免罪責事由<sup>328</sup>。雖然德國通說及實務不承認期待可能性概念得作為一般超法規減免罪責事由而適用於故意犯罪，但又認為在極端不尋常之例外情形，即使是故意犯罪的情況，亦得適用無期待可能性概念來免除行為人罪責，實例為在德國納粹時代，希特勒以種族優生的理由欲執行消滅精神病患的計畫，而委由精神療養院之醫生執行該計畫，此時精神療養院的醫生面臨一個無法逃避的選擇，要不是透過選擇少數的精神病人在特定範圍內參與希特勒所下令執行之安樂死計畫以解救其他大多數精神病人，不然就是拒絕參與執行該計畫而使自己的職位為其他忠於納粹之醫生取代並讓安樂死計畫完全實現，這些醫生在當時面臨真正的良心危機而選擇前者之方式，此時學說上認為在不尋常及無法解決之義務衝突的情況下，當行為人基於良心決定及在該情況下為拯救目的之特定行為是僅有的可選擇方式，還有係為防止對更高價值法益之侵害時，可免除行為人罪責<sup>329</sup>。

雖然德國通說及實務見解否定無期待可能性得作為一般超法規阻卻罪責事由，但德國有少數學者從憲法的觀點角度肯認無期待可能性得作為一超法規阻卻罪責事由。德國學者 Wittig 認為聯邦憲法法院曾於判決中明確表示：根據法治國原則中「無罪責無刑罰」（*nulla poena sine culpa*）的基本原則，可推斷出刑罰以行為人罪責為前提，而罪責非難的內在理由係著眼於一個能夠自由且負責地為合於道德之自我決定之人，其因而有能力決定為合法不為不法，其行為可符合法律之應然規範並避免抵觸法律之禁令，在此意義上，「罪責即指非難可能性」。故當特定不尋常之情況無法符合法定減免罪責之要件時，無期待可能性此一超法規阻卻罪責事由將成為最後之媒介以實現規範罪責之概念，也就是說即使無法符合法

<sup>327</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 2.Aufl., 1991, § 20 Rn.45.

<sup>328</sup> RGSt 66,397.

<sup>329</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 35.Aufl., 2005, Rn.452；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年初版，第290頁。

定阻卻罪責事由之情況，一個具有違法性之行為，仍有可能不成立罪責非難，由此顯示承認無期待可能性此一一般超法規阻卻罪責事由，得在非典型情況來實現憲法無罪責無刑罰此基本原則<sup>330</sup>。另外其認為一般批評無期待可能性作為一般超法規阻卻罪責事由將因其不確定性而違反法治國原則，或是認為將不合理地提高法官判斷權限，都非有力的批評理由，因提高法官判斷權限是一般主流憲法解釋之趨勢，且在其他許多不確定法律概念的情況，亦需要賦予其評價性解釋，而此最終亦取決於法官對於規範之確信，再者，承認無期待可能性作為一般超法規阻卻罪責事由，並非涉及給予法官可依其個人公正之概念來判決，而是只有在極端例外的情況下始適用無期待可能性此一一般超法規阻卻罪責事由，也就是說在該特殊案例情形下，即使是輕微的刑罰也無法被認為是正當的，由於欠缺罪責只有免除刑罰始為正當<sup>331</sup>。另一德國學者 Lücke 亦肯認 Wittig 從憲法角度來證立無期待可能性作為一般超法規阻卻罪責事由之見解，其認為刑法對於無期待可能性之規範並不具有完整性，即產生相應之法律漏洞，而承認無期待可能性此一超法規阻卻罪責事由，正好使抽象的法律依個案當時情況為正義的調整成為可能，且既然正義為法治國概念之要素，認為無期待可能性之應用將違反法治國原則是無法使人信服的<sup>332</sup>。

在繼受德國刑事體系概念之日本，學者通說及實務見解基本上皆承認無期待可能性得作為超法規阻卻罪責事由，且無論於故意犯或過失犯領域，均得適用期待可能性要素以評價罪責<sup>333</sup>。在我國學說方面，多數學者皆肯定期待可能性概念得作為超法規阻卻罪責事由，且無論於故意及過失犯罪皆得適用無期待可能性概

<sup>330</sup> Wittig, Der übergesetzliche Schuldtausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1969, 546(546f).

<sup>331</sup> Wittig, Der übergesetzliche Schuldtausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1969, 546(548).

<sup>332</sup> Lücke, Der allgemeine Schuldtausschließungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem, JR 1975, 55(56f).

<sup>333</sup> 洪福增，「期待可能性之理論與實踐」，載於刑法之理論與實踐，民國 77 年 6 月修正增訂再版，第 97 頁；陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 136 頁。

念來阻卻罪責<sup>334</sup>，理由為規範要求或禁止國民為一定的行為，必須是國民力之所及，始能給予譴責或非難，行為人在實施某違法行為時，在當時具體情況下，縱有故意或過失，倘依其周圍的環境情況或附隨的情事，無法期待其避開違法行為，而為適法行為時，仍不能予以責任的非難，所以，不論是故意犯或過失犯，應認為均有期待可能性理論之適用<sup>335</sup>；少數學者僅在論著中引介德國通說限定期待可能性概念適用範圍之見解，而未表明本身意見<sup>336</sup>；蘇俊雄教授不同於我國其他學者之見解認為凡屬常人，若認識犯罪構成事實，且依其客觀情形一般而言，皆可期待其不為此行為者，即具有有責性，有責性的判斷，並非就個別行為人的主觀特殊狀態而為判斷，蓋若不如此，則犯罪行為人皆可以其個別的特殊情況，主張欠缺期待可能性而免於刑責，法律之普遍性將無以維持，且由於期待可能性，恆為責任非難的基礎，而已蘊含於各項責任相關規定的概念之中，如再將之視為是一項獨立的超法規阻卻責任事由，而其本身又缺乏一致性的判斷標準，則勢必會減弱刑法的一般預防功能，且導致寬縱不一致的結果，因此無期待可能性理論，不能視為一項超法規阻卻責任事由，僅得在個案判斷場合中作為一項「調整原則」<sup>337</sup>。

否定期待可能性概念在法無明文之情況下適用於故意犯罪，學說上之理由多認為期待可能性概念要件標準不明確，若能全面適用於故意犯罪將影響法安定性及刑法一般預防之功能，但卻又在極端例外之情況，肯認即使是屬於故意犯罪之情形，亦得適用無期待可能性概念來寬恕行為人之罪責（前述之納粹時代精神醫生案），在論理上並不具有一貫性，即一方面否定期待可能性作為超法規阻卻罪責事由於故意犯罪適用之可能性，但在極端例外之情況下又覺得科以行為人罪責

<sup>334</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006年9月三版，第669頁；陳子平，刑法總論（上），元照，2005年初版，第337頁；張麗卿，刑法總則理論與運用，民國93年二版，第226頁；蔡墩銘，「刑事責任與期待可能性」，載於法令月刊第41卷10期，第138頁。

<sup>335</sup> 甘添貴、謝庭晃合著，捷徑刑法總論，自版，民國95年6月修訂二版，第225頁。

<sup>336</sup> 林東茂，刑法綜覽，學林，2003年二版，第132頁；林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年初版，第290頁。

<sup>337</sup> 蘇俊雄，刑法總論II，自版，民國86年初版，第317頁。

並不正義，而又不得不援引無期待可能性概念來寬恕行為人之罪責，與其如此，不如即全面承認期待可能性概念於故意過失犯罪皆能作為超法規阻卻罪責事由一體適用，如此才能避免論理上的不一貫，至於學說上所擔心的期待可能性概念要件標準之不明確可能影響刑法之安定性及削弱刑法之功能，亦屬多慮，畢竟在經過整個犯罪階層判斷體系之檢驗後的案例事實尚得適用無期待可能性之概念來阻卻責任之情形可說少之又少，僅有在極其例外之情境下才有可能適用此概念來寬恕行為人之罪責，故為了論理之一貫性及避免在極端例外情況下科以行為人罪責之不正義，應該肯認期待可能性之概念得作為一般超法規阻卻罪責事由且於故意過失犯罪之情形皆可適用。

#### 第四款 期待可能性之判斷標準

期待可能性概念最為人所質疑之處即在於其難有一明確之判斷標準，這也是期待可能性理論應用本身最大的難題，一般學說對於期待可能性判斷標準主要有四種見解，分別是「行為人標準說」、「平均人標準說」、「國家標準說」、「類型人標準說」，以下即分別論述檢討這四種判斷標準，以求得一較妥適之判斷標準。

「行為人標準說」認為決定期待可能性之標準，應以行為人行為當時，就其所處之具體情狀，是否有實行其他合法行為以代替違法行為之可能性為準，倘行為當時之附隨情事導致行為人之行為動機過於強烈，程度上足以抑制反對動機（甚至反對動機無從發生），則就行為人本身而言，應認其為適法行為無期待可能性<sup>338</sup>，簡言之，即是依照行為人於行為當時所處之具體情況，來判斷行為人除實施該行為外，是否可期待其實施合法行為為準<sup>339</sup>。採本說之主要理由在於認為期待可能性理論本來即企圖對行為人之人性弱點給予法律救濟，且刑法之責任本係對行為人實行該當構成要件之違法行為，所加諸之人格非難，因此期待可能性

<sup>338</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 170 頁。

<sup>339</sup> 蔡墩銘，「刑事責任與期待可能性」，載於法令月刊第 41 卷 10 期，第 138 頁。



判斷標準應求諸於行為人本身之立場<sup>340</sup>。對於行為人標準說之批評主要有三：一為倘貫徹行為人標準說，將造成「理解愈多寬恕愈多，理解全部即寬容全部」<sup>341</sup>，因為當行為人的具體情形被考慮到百分之一百的時候，對任何行為人為合法行為的期待可能性都是零，結果將是刑事責任的完全落空<sup>342</sup>；二為適用行為人標準說，將使刑事責任之判斷趨向於極端之個別化，此與法之畫一性要求顯然背離；三為行為人標準說將使確信犯之處罰成為問題，因確信犯人就其本身而言，常可認定對其期待困難或根本無期待之可能<sup>343</sup>。對於上述批評，主張行為人標準說之學者一一加以辯駁，所謂考慮行為人本身之具體情狀，並非意味著只偏重行為人之主觀，無條件地將其肯定之感傷主義，而是將行為人之能力，在能力之上限上作客觀地評價判斷，所以不會發生理解一切即是允許一切之結果<sup>344</sup>；另外責任原則所強調的是行為人個別責任，因此主張個別化的判斷，並無不妥<sup>345</sup>，且責任判斷本即屬於具體的、個別的、實質的、非類型的判斷，因此在責任判斷上本應以個別化為必要<sup>346</sup>；最後，確信犯係基於自己特殊的確信，進而犯罪，與行為當時所附隨的具體情事，並無多大關聯，所以確信犯並非無適法行為的期待可能性<sup>347</sup>。

「平均人標準說」認為期待可能性之有無，應以平均人（通常人）為衡量標準，即以平均人代替行為人之立場，倘平均人立於行為人之具體情狀下，可實施其他合法行為，就該行為而言，即有期待可能性，反之，若平均人於相同情狀下

<sup>340</sup> 川端 博著，甘添貴監譯，余振華譯，刑法總論二十五講，元照，1999 年 11 月初版，第 221 頁。

<sup>341</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 171 頁。

<sup>342</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006 年 9 月三版，第 663 頁。

<sup>343</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 171 頁。

<sup>344</sup> 川端 博著，甘添貴監譯，余振華譯，刑法總論二十五講，元照，1999 年 11 月初版，第 222 頁。

<sup>345</sup> 甘添貴、謝庭晃合著，捷徑刑法總論，自版，民國 95 年 6 月修訂二版，第 223 頁。

<sup>346</sup> 陳子平，刑法總論（上），元照，2005 年初版，第 340 頁。

<sup>347</sup> 甘添貴、謝庭晃合著，捷徑刑法總論，自版，民國 95 年 6 月修訂二版，第 223 頁。

亦不可能實施其他合法行為以代替該違法行為，則無期待可能性<sup>348</sup>。採本說之主要理由在於責任的判斷如果以各個行為人為基準，則可能發生認事用法不一，有減弱刑事司法功能的危險，所以責任評價之對象，應該是行為人主觀的、個人的事情，但責任評價的標準，仍必須求之於一般人<sup>349</sup>。對於平均人標準說之批評主要有三：一為責任非難應以行為人之可能為其界限，縱平均人可能而行為人本身不可能，亦應考慮行為人之特殊情形，否則，顯然與承認期待可能性之旨趣背道而馳；二為平均人之觀念缺乏客觀明確性；三為「平均」一詞，乃以數據為基礎而建立之觀念，以此數據觀念表示人類之意志、感情或思想，顯有失當之處<sup>350</sup>。

「國家標準說」認為期待可能性，乃就期待者（國家）與被期待者（行為人）間之對立緊張關係而由期待主體所作之判斷，故期待可能性之標準，不應於行為人或通常人等被期待者一方求之，而應求諸國家之法秩序，以現實之國家法秩序所期待行為人採取適法行為之具體要求為標準<sup>351</sup>。採本說之主要理由在於刑法上對行為賦予評價規範之作用，係來自國家理念，判斷有無責任，亦應以國家理念為標準<sup>352</sup>，且期待可能性正是反應期待的國家與被期待的個人間的緊張關係，故期待之標準，應以期待主體之立場為斷<sup>353</sup>。對於國家標準說之批評主要有三：一為期待可能性理論之旨趣，乃在於因行為人自身之能力或具體附隨情事之特殊，致行為人對該國家之要求無從感應或符合該要求顯有困難之際，提供法之救濟，而國家標準說，不僅明顯違反此理論之本意，且置行為人於考慮之外，將導致強人所難之結果；二為期待可能性乃「法律上於何情況下有期待可能」之問題，對

<sup>348</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 173 頁。

<sup>349</sup> 甘添貴、謝庭晃合著，捷徑刑法總論，自版，民國 95 年 6 月修訂二版，第 224 頁。

<sup>350</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 174~175 頁。

<sup>351</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國 82 年 5 月，第 176 頁。

<sup>352</sup> 洪福增，「期待可能性之理論與實踐」，載於刑法之理論與實踐，民國 77 年 6 月修正增訂再版，第 81 頁。

<sup>353</sup> 甘添貴、謝庭晃合著，捷徑刑法總論，自版，民國 95 年 6 月修訂二版，第 224 頁。

此國家標準說卻答以「法秩序認有期待可能時，即有期待可能性」，此種回答無異以問答問，陷入循環論證；三為國家標準說帶有濃厚之國家主義色彩，有將不當之國家期待予以正當化之危險<sup>354</sup>。對於這些批評，主張國家標準說者以下述理由加以辯駁，即國家標準說從形式上來看固然是以國家之法律秩序所期待於行為人的標準來判斷期待可能性之有無或多少，但是重點是在強調，期待可能性並不是從行為人一方的情形就可以做判斷的，而是必須考量國家與個人之間的緊張關係，國家標準說的重點不是要脫離對於行為人個人情形的考量，而是要顧及社會安全需求與個人困境之間的衡平關係，也就是說期待可能性的概念雖來自於對於人格權之尊重，但此一人格權的尊重在具體落實的過程中無法不兼顧其他人（國家或社會）的利益<sup>355</sup>。

「類型人標準說」認為在判斷期待可能性之標準上，應以與被判斷之行為人具有相同之性別、年齡、教育程度、職業及生活環境等特徵之「同類型族羣之人」，立於行為人行為時之相同處境下，是否能期待其為適法行為來作為判斷行為人是否具有為適法行為之期待可能性的標準<sup>356</sup>。

不法評價的重點在於行為人行為本身，而評價的中心思想可以概括為利益衝突之衡量的問題，也可以說是理性行為標準界定之問題，至於責任關注的焦點則為行為人本身，包括其是否具備責任能力、不法意識等，重視的是對行為人之行為非難是否具有正當性的問題，在期待可能性判斷之標準抉擇的問題上，若從這樣一個基本思考出發，國家標準說雖然清楚地點明行為人與國家社會間所存在之緊張關係這樣一個事實，而認為在對於行為人人格權尊重的同時也應考量到國家社會之重要利益，但此種理解似仍為一種「社會利益衡量」的觀點，這樣一個衡

<sup>354</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國82年5月，第178-179頁。

<sup>355</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2006年9月三版，第663、665頁。

<sup>356</sup> 陳友鋒，期待可能性-刑法上地位之回顧及展望，輔仁大學碩士論文，民國82年5月，第191-192頁。

量應為不法判斷之標準，若在對於行為人個人責任衡量上仍必須考量到國家社會利益保障的話，對於行為人不法與責任判斷之界限將趨模糊，且評價之結果往往會為大多數人之利益及情緒上對於整體社會正義之需求，而使行為人成為被犧牲之客體；而平均人標準說也是違反責任係針對行為人來為評價之基本思考，且根本違反期待可能性之背後在於救濟人性弱點之思想，憑什麼說平均人可以，行為人為適法行為就是可期待的，在此說之觀點下，可說根本否定期待可能性概念存在之意義；至於行為人標準說最被批評的一點「理解愈多寬恕愈多，理解全部即寬容全部」，這樣一個說法可說高估了人對於他人完全理解之可能性，若基於人與人間完全溝通理解的不可能性，則沒有真正所謂的行為人標準，評價者在評價行為人是否具有期待可能性時，思考路徑上必係將自己立於行為人之處境來想像自己能否為法所期待之行為，然後來判斷行為人是否具有為適法行為之期待可能性，因此若赤裸一點地說，期待可能性實質運作之標準應是「評價者主觀評價標準」，但這樣一個事實上在運作之標準，並非讓評價者得恣意為評價，畢竟無期待可能性之情況應是屬於極少數例外之情況，當評價者要將行為人行為評價為無期待可能性時，必須提出充分之佐證證明行為人當時之處境，幾乎所有與行為人同類型之人立於行為人之處境皆無可能為法所期待之行為時，才可說行為人無期待可能性，明確地說，就是於行為人處境之下，人對於該違法行為之反對動機遠小於行為動機時，則可認定行為人為適法行為不具有期待可能性。

### 第三項 東德邊境守衛依上級命令行為之期待可能性評價

當我們在評價一個人的行為時，不能脫離其所處的環境及所存在的脈絡來獨立地評價，因為當我們僅單獨看一個人的行為，而不考慮其當時行為的客觀處境時，我們所為的評價結論不會是一個合乎情理的正確評價，就像當客觀上有兩個人皆觸犯不得竊盜的法律禁令，但若其中一人係因飢寒交迫而竊取一塊麵包，另一人則係為滿足自己的物慾而竊取他人昂貴的物品，這兩個人所為的竊盜行為若不考量其行為背後不同的原因而獨立評價其行為時，我們會對兩個人的行為得出

同樣負面的評價，但一旦考量到其所處的境況時，則會認為前者情有可原，後者則是罪無可赦，後面這種一併考量行為背後原因處境所為的評價，才是一個相對較合乎情理的評價，期待可能性概念正是源於這樣一個根本的思考而來，當我們要評價一個人是否應對於其所為有害社會利益之違法行為負起完全責任時，我們必須具體考量其行為時之客觀處境，才能做出一個合乎情理且具有法律上正當性之評價，這也是本文贊同期待可能性應作為一般超法規阻卻罪責事由的主要原因。

在德國邊境圍牆守衛案中，我們都同意邊境守衛所為的殺人行為，在沒有任何正當化事由的情況下，是一個不對的行為，是一個違反法律最根本禁令的行為，但我們在評價邊境守衛這樣一個行為時，必須將邊境守衛行為當時所處的環境及客觀脈絡一併觀察，我們可以發現邊境守衛當時所處的東德是一個極權的政治體制，整個政治生活環境氛圍完全異於我們現今所處的民主自由之政治體制，資訊的極度封閉、政府強力的政治意識型態灌輸及形塑對於西德資本主義社會的敵對態度，再加上邊境守衛從小所接受的社會主義教育，一再強調對國家政府忠誠的重要性，而灌輸其叛逃的人民是國家及全體人民公敵的概念，在其內心世界所被形塑的價值觀是完全異於自由民主社會的人民，我們可以想像其當時為阻止人民逃往西德而為射殺行為時，身為一個有良知的人心中必會浮現對於殺人的罪惡感（這也是為什麼文獻中會提到邊境守衛力求於值勤時以「白色的手套」

（weißen Handschuhen）完成勤務，希望未遭遇任何逾越邊境之逃亡事件而對人民為射擊行為），但我們也可以想像在其內心世界的價值觀中，更重要會促成其為射擊行為來阻止人民逃亡的動機為其對於國家政府的忠誠觀，在當時整個時空背景下，那樣的行為是被定義為合法正確且應被讚許表揚的行為，反之，若對於眼前被國家定義為叛徒之人讓其順利逃往西德的話，則是一個怠忽邊境守衛職守的行為，會受到嚴厲的懲罰。

再者，從組織社會學來觀察邊境守衛的行為，如前所分析說明的，被組織涵化的個人，不再是自然人，而是組織人，他有既定的職責和權限，他的行事方法是受到組織所監督和管理，人，在科層組織中，是可以替換的，他的行為是被制約的，依據組織的設計而行事，在組織中的個人所做的決定是受到組織所影響的，經由分工、權威層級體制、溝通途徑、職前或在職訓練的過程，人被「社會化」，接受（非認同）組織的目標，接受組織所提供的資料，而正確地做出合乎組織所需的決定，而在軍事組織中，更是強調團體的重要性，軍隊中個人的意志應從屬於團體的意志，軍人倫理基本上是反對個人主義的，當軍人的第一天，每個軍人就會被教導：「服從為軍人的天職」，自此以後，在日常生活、操課中亦會不斷被要求服從，並對一切積極、消極反抗命令之行為，加以輕重不等之處罰。本文所探討的邊境守衛正是屬於層級體制嚴密及要求高度服從之軍事組織的一份子，即使是自由民主體制下的軍隊，對於軍人服從的要求都高過於一般的公務員，更何況在極權體制下，下級軍職人員對於上級長官的命令，更難想像其有能力及勇氣去質疑其合法正當性，更何況在強烈的政治教育及意識型態灌輸下，其亦不會認為其當時所為的射擊行為是為法律所不允許而會去懷疑上級命令之合法正當性，反而應是認為其行為是當時應為之正確的行為。

最後，從社會心理學服從權威實驗所呈現的實驗結果，我們可以發現人從小就被教育應服從合法的權威，服從的傾向是我們在社會化的過程中被形塑而成，在家中服從父母的生活要求，在學校服從老師的指導，進入社會後則是必須服從上司或長官的指示而為行為，服從的傾向成為人本性中根深蒂固的一部份，當然，我們同樣從小被教育不應該傷害對我們並不具有傷害性或威脅性之人，因此當我們傷害別人時內心會有罪惡感，所以我們也可以說人基本上也有為善不為惡之本性，但當兩種內心的傾向力量相衝突時，人會面臨一種極端的壓力，此時若人發現其所為傷害他人的行為係基於一個合法權威之指示而為時，其可以為其行為找到正當化的理由，也就是為何在服從權威實驗中有如此高比率服從的原因之

一。在本文所探討的邊境守衛之情況，雖然許多德國文獻稱呼當時的東德政府為「不法政權」(Unrechtsstaat)，但這是一個立基於現今價值觀下所為的稱呼，對於當時處於東德時代環境中的邊境守衛，不可能認為其政府為所謂的「不法政權」，而是認為其政府是一個完全合法的政府，反而西方資本主義社會中的政府才是一個不具有正當性的政府，所以在當時其所認知的合法政府所下達應盡一切可能阻止人民逃亡西德的指示，其會認為其係服從一個合法權威之指示，而不會認為其必須對於其射殺行為應負任何個人的責任，在這樣的認知下，其自然會毫不考慮地服從上級要求射殺逃亡人民之指示。

罪責原則強調只有在能期待行為人為合法行為而避免不法行為時，才可以適用刑罰對行為人加以非難，其背後的實質理由在於刑罰正當性及預防必要性的考量，因為當行為人不為不法行為不具有避免可能性或避免可能性甚低時，對行為人施加刑罰制裁，不但對行為人係屬於一個不正義的處置，另一方面該刑罰的施加並無法達到預防的效果，也就是說一般人或行為人即使再出現同樣的情境，仍然無法因刑罰之施加而產生合法行為之誘導作用時，該刑罰之施加即無任何實質意義，且亦無助於刑罰目的之實現，期待可能性概念正是罪責原則最重要的實踐，當特定不尋常之情況無法符合法定減免罪責之要件時，無期待可能性此一超法規阻卻罪責事由將成為最後之媒介以實現規範罪責之概念，也就是說即使無法符合法定阻卻罪責事由之情況，一個具有違法性之行為，仍有可能不成立罪責非難，由此顯示承認無期待可能性此一超法規阻卻罪責事由，得在非典型情況來實現憲法無罪責無刑罰此基本原則。在德國邊境守衛案中，我們在評價邊境守衛之射殺行為時，必須立基於當時的基本事實情況的時空背景及時代脈絡來為評價，如上所述，邊境守衛是處於一個完全異於現代民主社會價值觀之極權社會中，我們在評價其行為時若係以今日的標準來加以評價的話，即不會一個合乎情理的正確評價，也就是以今日之是來評昨日之非，本文認為基於當時東德整個政治生活環境氛圍，政府對人民強力為政治意識型態灌輸及形塑對於西德資本主義

社會的敵對態度，再加上邊境守衛從小所接受的社會主義教育，一再強調對國家政府忠誠的重要性，而灌輸其叛逃的人民是國家及全體人民公敵的概念，另外考量到極權政府下軍隊中之個人所具有之反抗可能性，應認為東德邊境守衛當時所為的射殺行為，雖然依據理性的行為標準，應被評價為不法的行為，但在評價行為人責任時，考慮到行為人當時所處之時代環境係極端異於現今價值觀之環境，且行為人在軍事組織中係處於最底層之無任何決斷權力之執行國家指令的角色，應認為行為人在當時不為射殺行為之行為反對動機應遠低於為射殺行為以阻止人民逃亡之行為動機，因而應認定行為人在當時脈絡下欠缺為合法行為之期待可能性，其射殺行為若無行為人本身特殊可期待情形的話，應認為行為人之行為欠缺期待可能性而得阻卻刑事責任。



### 第三節 小結

在德國邊境守衛案中，邊境守衛的射殺逃亡人民之行為，雖然無法依阻卻違法事由中依上級命令之行為、義務衝突或強制性緊急避難來阻卻行為之不法，但本文認為在評價邊境守衛之射殺行為時，必須立基於當時的時代脈絡來為評價，邊境守衛係處於一個完全異於現代民主社會價值觀之極權社會中，基於當時東德整個政治生活環境氛圍，政府對人民強力為政治意識型態灌輸及形塑對於西德資本主義社會的敵對態度，再加上邊境守衛從小所接受的社會主義教育，一再強調對國家政府忠誠的重要性，而灌輸其叛逃的人民是國家及全體人民公敵的概念，另外考量到極權政府下軍隊中之個人所具有之反抗可能性，再加上行為人在軍事組織中係處於最底層之無任何決斷權力之執行國家指令的角色，應認為東德邊境守衛在當時不為射殺行為之行為反對動機應遠低於為射殺行為以阻止人民逃亡之行為動機，因而應認定行為人在當時脈絡下欠缺為合法行為之期待可能性，其射殺行為若無行為人本身特殊可期待情形的話，應認為行為人之行為欠缺期待可能性而得阻卻刑事責任。



## 第六章 結論

民國九十六年十二月三日中國時報的頭條新聞標題為「228 究責 涵蓋三親等」，該則報導內容為立法院司法委員會在審查《二二八事件及戒嚴時期政府違法責任追究特別條例草案》時，將針對當時統治者侵害人權的違法行為，透過立法追究責任，並排除追訴期間限制，即使「被告」已死亡，其配偶、直系與旁系三親等內血親也應代為行使訴訟權利。另一則某日的報紙方欄報導標題為「美飛行員去世 從不後悔」，報導內容為二次世界大戰時駕駛 B-29 轟炸機在日本廣島投下原子彈的美軍飛行員保羅·提比特曾表示：「我們當然有感情，知道這趟任務會造成重大傷亡，但是必須將個人情緒拋在腦後」，他回憶當時迫不及待要出那趟任務，他要盡一切力量打贏日本，殺掉那些混蛋，這是當年戰時美國人的基本心態，其言：「我當時相信，我們救的人比殺的人更多，要是我們有那種武器卻不用，眼看數以百萬計的人們因為進攻日本而死亡，那才是道德的謬誤」。前面的那則報導標題會讓人誤以為二二八究責條例是一個株連九族的法案，其實從報導內容來看，基於刑法自己責任原則，罪只及於一身，在現代不可能有株連九族的法律，否則必為違憲的法律，故該則報導的標題有點過度危言聳聽，不符合真實情形，但我們要探討的不是報導的正確與否，而是這樣一個立法行為所涉及之轉型正義的問題，對於在極權時代下政府所為之迫害人權的不法行為，當時政府最高的決策者應對這些不法行為負起最終責任，這是毫無疑義的，但本文所關注的重點在於位居該集權政體最底層之執行上命的人員，究竟其是否應該對其行為負刑事上責任？從東德邊境守衛案中，我們可以發現德國法院判決的見解一致認為當時的東德邊境守衛必須為其侵害人權的行為負起刑事上責任，理由在於認為「對於一個手無寸鐵的逃亡者施以連續的射擊造成其死亡，無論如何都是一種恐怖且沒有任何理由足以合法化的行為，對於任何一個受過教育的人，無須進一步思考即知該行為係違反最基本的禁止殺人的誡命，所以該行為之違法性是明顯可知的」，但我們不禁要問這樣一個論述究竟是在何種時代價值標準下之論述？

是否有以今日之是來評昨日之非的嫌疑？

本文最核心的思想在於認為我們評價一個人的行為時，不能脫離其所處的環境及所存在的脈絡來獨立地評價，因為當我們僅單獨看一個人的行為，而不考慮其當時行為的客觀處境時，我們所為的評價結論不會是一個合乎情理的正確評價。在德國邊境圍牆守衛案中，我們都同意邊境守衛所為的殺人行為，在沒有任何正當化事由的情況下，是一個不對的行為，是一個違反法律最根本禁令的行為，但我們在評價邊境守衛這樣一個行為時，必須將邊境守衛行為當時所處的環境及客觀脈絡一併觀察，我們可以發現邊境守衛當時所處的東德是一個極權的政治體制，整個政治生活環境氛圍完全異於我們現今所處的民主自由之政治體制，資訊的極度封閉、政府強力的政治意識型態灌輸及形塑對於西德資本主義社會的敵對態度，再加上邊境守衛從小所接受的社會主義教育，一再強調對國家政府忠誠的重要性，而灌輸其叛逃的人民是國家及全體人民公敵的概念，在其內心世界所被形塑的價值觀是完全異於自由民主社會的人民，我們可以想像其當時為阻止人民逃往西德而為射殺行為時，身為一個有良知的人心中必會浮現對於殺人的罪惡感，但我們也可以想像在其內心世界的價值觀中，更重要會促成其為射擊行為來阻止人民逃亡的動機為其對於國家政府的忠誠觀，在當時整個時空背景下，那樣的行為是被定義為合法正確且應被讚許表揚的行為，反之，若對於眼前被國家定義為叛徒之人讓其順利逃往西德的話，則是一個怠忽邊境守衛職守的行為，會受到嚴厲的懲罰。

無論從組織社會學或社會心理學的觀點來觀察東德邊境守衛的行為，我們都可以認為在當時的客觀環境下，東德政府代表一種「合法的權威」，完全符合服從權威實驗中分析人之所以會有服從行為的一個最重要先決條件，且在在軍事組織中，每個軍人都被教導：「服從為軍人的天職」，自此以後，在日常生活、操課中亦會不斷被要求服從，並對一切積極、消極反抗命令之行為，加以輕重不等之

處罰。本文所探討的東德邊境守衛認知到其行為係基於一個合法權威之指示所為的行為，且因其屬於層級體制嚴密及要求高度服從之軍事組織的一份子，在極權體制下，下級軍職人員對於上級長官的命令，殊難想像其有能力及勇氣去質疑該命令之合法正當性，更何況在強烈的政治教育及意識型態灌輸下，其亦不會認為其當時所為的射擊行為是為法律所不允許而會去懷疑上級命令之合法正當性，反而應是認為其行為是當時應為之正確的行為，故依據本文所提出行為人行為是否具有期待可能性最核心的判斷標準為：「是否行為人當時之處境，幾乎所有與行為人同類型之人立於行為人之處境皆無可能為法所期待之行為時，若肯定的話，就可認為行為人為適法行為無期待可能性，即於行為人處境之下，行為人對於該違法行為之反對動機遠小於行為動機時，則可認定行為人為適法行為不具有期待可能性」來看，在德國邊境守衛案中，邊境守衛是處於一個完全異於現代民主社會價值觀之極權社會中，基於當時東德整個政治生活環境氛圍，政府對人民強力為政治意識型態灌輸及形塑對於西德資本主義社會的敵對態度，再加上邊境守衛從小所接受的社會主義教育，一再強調對國家政府忠誠的重要性，而灌輸其叛逃的人民是國家及全體人民公敵的概念，另外考量到極權政府下軍隊中之個人所具有之反抗可能性，應認為東德邊境守衛當時所為的射殺行為，雖然依據理性的行為標準，應被評價為不法的行為，但在評價行為人責任時，考慮到行為人當時所處之時代環境係極端異於現今價值觀之環境，且行為人在軍事組織中係處於最底層之無任何決斷權力之執行國家指令的角色，應認為行為人在當時不為射殺行為之行為反對動機應遠低於為射殺行為以阻止人民逃亡之行為動機，因而應認定行為人在當時脈絡下欠缺為合法行為之期待可能性，其射殺行為若無行為人本身特殊可期待情形的話，應認為行為人之行為欠缺期待可能性而得阻卻刑事責任。

在命令明顯違犯刑法規範、侵害了人性尊嚴或是命令內容抵觸一般公認的國際法原則的情形下，雖然應然面命令對下級無拘束力，且法律明訂下級對於該命令無服從義務，但在階層組織制度的實然運作中，是否能期待下級去拒絕服從命

令則是另外一個應考量到人性中對於權威反抗可能性的問題。理性上我們總是希望期待人在面對道德困境時，能夠發揮道德勇氣，選擇做對的事，但這樣的期待不能不考慮人本質上所具有的軟弱性，否則在這樣如此高的期待標準下，人是無法為自己找到一條出路，我們似乎應以更寬容的態度來對待人類天性中所具有之軟弱的本質。

John Rawls 在其鉅著《正義論》中曾經提到：每個人都有基於正義的不可侵犯性，即使為了全社會的福祉也不能被超越，因此，正義否認為了使某些人享有更大的利益而使另一些人喪失自由的正當性，它不承認眾人所享有的較大利益比強加於少數人的犧牲更重要，正義所保障的權利，並不受制於政治上的妥協或社會利益的權衡<sup>357</sup>。所以當整個社會在追求轉型正義的同時，必須特別注意是否係以犧牲少數在該時代背景下無力反抗之小人物的權益此種不正義的方式，來達成大多數人對於正義感的情緒上需求。與其在追求轉型正義時尋找代罪羔羊，以不正義之懲罰加諸其身，不如深入了解人性之後，尋求避免歷史悲劇再度發生之道。人都有軟弱的時候，給人多一些自由，多一些寬恕吧！

---

<sup>357</sup> John Rawls 著，李少軍 等譯，正義論 (A Theory of Justice)，桂冠，2003 年 11 月初版，第 3~4 頁。

## 附記 本論文後續相關待研究之議題

本論文限於研究時間及研究者能力之限制，對於德國邊境圍牆守衛案之研究，僅將研究對象限於位居軍事科層組織最下層之邊境守衛，且探討之角度僅限於從刑法有責性階層中期待可能性的角度來對此案例事實加以探討，但對於本案，後續尚值得繼續探討的議題仍多，包括在軍事科層組織中負責傳達上級命令之中階軍職人員，究竟應該對於最後執行違法命令之結果負擔怎樣的刑事責任？以及其與上下級軍職人員間究竟在共犯議題上應該如何被評價的問題？另外在探討角度方面，除了期待可能性之外，從德國法院判決及學說文獻中，我們可以發現一個很關鍵的探討角度為不法意識的問題，也就是軍職人員在特定政治、法律及意識型態灌輸下，究竟其是否對其依上級違法命令之行爲存有不法意識，其實是具有探討實益的，不應如德國法院判決單以行爲嚴重侵害基本人權作爲理由，即認定邊境守衛主觀上必對其行爲具有不法意識，就如本文所主張的一個重要觀念，對於行爲人任何行爲的評價，必須置於行爲人當時所處的脈絡下來爲評價，始能得出合乎情理法的正確評價，不應以評價者評價當時的主流標準，來評價過去被認爲是合法正確的行爲，因此對於邊境守衛，甚至其上級中階軍職人員是否具有不法意識？以及若認定其欠缺不法意識，該不法意識欠缺在行爲人當時所處的環境脈絡下，是否真如德國法院判決所言是可避免？這些都有再加以探究之實益。最後，雖然本論文在緒論即交代爲何不從不法的層次來探討這樣一個案例事實是否有阻卻不法之可能性，主要是基於不法評價之重點標準爲「理性行爲標準之判斷」這樣一個理由，當時東德邊境圍牆守衛射殺逃亡人民之行爲，很難認定其符合理性行爲之標準，但這只是本論文的初步思考，並不斷言必無可能在不法層次來阻卻邊境守衛依上級違法命令之行爲，但相較在有責性層次來討論邊境守衛依上級違法命令之行爲阻卻刑事責任可能性的問題，若要在不法層次來認定邊境守衛依上級違法命令之行爲得阻卻不法的話，必須提出非常堅實的論證，這是極具有挑戰性的研究議題，非著者能力所及，尚待後續研究者之努力。

# 參考文獻

(依姓氏筆畫排列)

## 壹、中文文獻

### 一、中文書籍

甘添貴，〈刑法新修正之公務員概念〉，《刑法總則修正重點之理論與實務》，初版，元照，2006。

甘添貴、謝庭晃合著，《捷徑刑法總論》，修訂二版，自版，2006。

安豐雄等合著，《軍事學導論》，初版，揚智，2002。

李麒，《軍事法理論與實務》，一版，新學林，2005。

李震山，《行政法導論》，修訂七版，三民，2007。

李文健，《罪責概念之研究-非難的實質基礎》，初版，春風煦日論壇刑事法叢書系列 2，1998。

吳庚，《行政法之理論與實用》，增訂七版，三民，2001。

吳庚主持，《公務員基準法之研究》，行政院研究發展考核委員會編印，1990。

林山田，《刑法通論上冊》，增訂九版，自版，2005。

林山田，《刑法通論下冊》，增訂九版，自版，2005。

林東茂，《刑法綜覽》，二版，學林，2003。

林鈺雄，《新刑法總則》，初版，元照，2006。

林明鏘，《公務員法研究（一）》，修訂二版，自版，2005。

周志宏，〈職務命令與服從義務〉，《行政法爭議問題研究（下）》，初版，五南，2000。

洪福增，《刑法之理論與實踐》，修正增訂再版，1988。

洪陸訓、陳膺宇主編，《軍事社會學論文譯介》，政治作戰學校，2004。

黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版，元照，2006。

- 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版，元照，2006。
- 黃常仁，《刑法總論-邏輯分析與體系論證-》，增訂一版，自版，2001。
- 翁岳生編，《行政法》，二版，翰蘆，2000。
- 許玉秀，《犯罪階層體系及其方法論》，初版，春風煦日論壇刑事法叢書系列 6，2000。
- 許玉秀、陳志輝合編，《不移不惑獻身法與正義-許迺曼教授刑事法論文選輯》，春風煦日論壇刑事法叢書系列 9-2，2006。
- 許玉秀，〈當代刑法理論之發展〉，載於王兆鵬主編，《當代刑事法學之理論與發展》，一版，學林，2002。
- 陳子平，《刑法總論（上）》，初版，元照，2005。
- 陳新民，《行政法學總論》，七版，三民，2002。
- 陳新民，《軍事憲法論》，初版，揚智，2000。
- 張麗卿，《刑法總則理論與運用》，二版，2004。
- 張荳雲，《組織社會學》，初版，三民，1986。
- 張潤書，《行政學概要》，十四版，五南，1985。
- 謝瑞智，《刑法總論》，增訂二版，自版，2002。
- 蘇俊雄，《刑法總論 II》，初版，自版，1997。

## 二、翻譯書籍

- Brehm/Kassin/Fein 著，王慶福等譯，《社會心理學》，初版，雙葉書廊，2006。
- David Beetham 著，鄭樂平譯，《科層制》，初版，桂冠，1992。
- Samuel P. Huntington 著，洪陸訓等合譯，《軍人與國家》，時英，2006。
- Smith, Eliot/Mackie, Diane 著，莊耀嘉/王重鳴合譯，《社會心理學》，初版，桂冠，2001。
- Thomas Blass 著，黃澤洋譯，《電醒世界的人》，初版，遠流，2006。
- 川端 博著，甘添貴監譯，余振華譯，《刑法總論二十五講》，初版，元照，1999。

### 三、期刊論文

Jakobs 著，許玉秀譯，〈罪責原則 (Das Schuldprinzip)〉，《刑事法雜誌》，第 40 卷第 2 期，頁 45-84，1996 年 4 月。

李建良，〈轉型不正義？-初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判〉，《月旦法學雜誌》，第 148 期，頁 5-32，2007 年 9 月。

李紹威，〈軍人抗命行為與規範之研究 (上)〉，《軍法專刊》，第 46 卷第 1 期，頁 22-39，2000 年 1 月。

李瑞典，〈論軍人法〉，《台灣本土法學雜誌》，第 39 期，頁 1-10，2002 年 10 月。

吳耀宗，〈評析刑法新修正之公務員概念〉，《警大法學論集》，第 11 期，頁 107-280，2006 年 3 月。

林雍昇，〈實質的刑法公務員概念兼論職務犯罪之保護法益及不法內涵〉，《律師雜誌》，第 316 期，頁 69-85，2006 年 1 月。

洪陸訓，〈民主政體中的文人統制-軍人服從義務與軍隊政治教育的詮釋〉，《復興崗學報》，第 68 期，頁 1-19，1999 年 12 月。

黃榮堅，〈圖利罪共犯與身份〉，《台灣本土法學雜誌》，第 3 期，頁 184-191，1999 年 8 月。

黃惠婷，〈強制性的緊急避難-評最高法院九十四年台上字第二三二四號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 133 期，頁 210-220，2006 年 6 月。

陳新民、范聖孟，〈以德國最新行政法院判決論軍人服從命令之義務與界限〉，《開南法學》，第 1 期，頁 1-71，2006 年 7 月。

蔡墩銘，〈刑事責任與期待可能性〉，《法令月刊》，第 41 卷 10 期，頁 137-139，1990 年 10 月。

蔡聖偉，〈論公務員依違法命令所為之職務行為〉，《台大法學論叢》，第 37 卷第 1 期，頁 165-223，2008 年 3 月。



#### 四、學位論文

李麒，《軍事勤務關係之研究》，輔仁大學博士論文，民國 87 年 6 月。

林士毓，《軍隊懲罰法制之研究-兼論我國陸海空軍懲罰法修法方向》，輔仁大學  
博士論文，民國 95 年 5 月。

陳友鋒，《期待可能性-刑法上地位之回顧及展望》，輔仁大學碩士論文，民國 82  
年 5 月。

蘇昱憲，《我國公務人員服從義務之研究》，台北大學碩士論文，民國 94 年 6 月。

#### 貳、德文文獻

##### 一、德文書籍

Alexy, Robert, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der  
innerdeutschen Grenze vom 24.Oktober 1996, in: Berichte aus den Sitzungen der  
Joachim-Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften e.V,Hamburg, Göttingen 1997.

Eser, Albin, Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihrer Befehlsgebern  
-Zu einem unbewältigten Problem bei der Bewältigung von DDR-Altaten, in:  
Reinhard Böttcher u.a. (Hrsg) , Festschrift für Walter Odersky zum 65.  
Geburtstag , 1996.

Jakobs, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Berlin/New York 1991.

Kühl, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil , 5.Aufl., München 2005.

Marxen, Klaus/Werle, Gerhard: Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht  
Eine Bilanz, Berlin 1999.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4.Aufl. ,München, 2006.

Siekman, Hanno: Das Unrechtbewusstsein der DDR-, Mauerschützen “, Berlin 2005.

Stratenwerth, Günter: Verantwortung und Gehorsam-zur strafrechtlichen Wertung

hoheitlich gebotenen Handelns, Tübingen 1958

Wessels, Johannes/Beulke, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil , 35.Aufl. , Heidelberg  
2005.

## 二、期刊論文

Amelung, Knut: Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten , in: Jus 1986.

Dannecker, Gerhard: Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der  
höchstrichterlichen Rechtsprechung , in: JURA 1994.

Hirsch, Hans Joachim , Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht , in:  
ZStW 1994.

Küper, Wilfried: Grundsatzfragen der “Differenzierung” zwischen Rechtfertigung und  
Entschuldigung , in: Jus 1987.

Lücke, Jörg: Der allgemeine Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit als  
methodisches und verfassungsrechtliches Problem , in: JR 1975.

Wittig, Peter: Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in  
verfassungsrechtlicher Sicht , in: JZ 1969.

## 三、法院裁判

BGHSt 39,1

BGHSt 39,168

BGHSt 40, 241

## 參、英文文獻

Milgram, Stanley: Obedience to Authority, New York 1975.