

# 「不法」法律及命令服從的困境

——由譯、讀賴特布魯赫的經典之作《法律上的不法與超法律的法》  
檢視「賴特布魯赫定律」的適用問題\*

陳新民\*

## 目次

- 壹、楔子
- 貳、賴特布魯赫的「法律上的不法」與「超法律的法」
- 參、「賴特布魯赫定律」之適用問題
  - 一、賴特布魯赫「法律不法」的概念檢視
  - 二、純學術價值的賴特布魯赫定律
  - 三、賴特布魯赫定律的復興？——「東柏林圍牆士兵開槍」案
  - 四、軍人抗命與賴特布魯赫原則的適用——三個德、美案例的省思
    - (一)發富少校案
    - (二)羅斯中校案
    - (三)美國和多田中尉案
- 肆、結論

**關鍵字：**公務員、賴特布魯赫、不法法律及命令、抵抗權、法律實證主義

**Keywords :** public servant, Radbruchsche Formel, Radbruch's Formula, lawless law, right of resistant, legal positivism

---

\* 陳新民，德國慕尼黑大學法學博士，司法院大法官。

## 摘 要

公務員與軍人應否遵守上級所下達違法的命令，在法治國家的實證法制採行「相對服從」理論，並不能夠解決來自「違反憲法或人性尊嚴、自然法的法律」的命令。基於這種「不法法律」所頒佈的命令，德國在 1945 年由賴特布魯赫所發表的經典論文，並被學界稱為的「賴特布魯赫定律」，採取嚴格的否認效力說。

本文藉著翻譯這篇論文的機會，將德國最近出現的類似案件—東柏林圍牆士兵開槍案，以及因波灣戰爭所產生德國與美國軍方三個相關案例，來檢視並批評此定律的立論妥善性，以及其適用的界限。

### **To obey or not obey the unlawful order- translation and rechecking of the "Radbruch's Formula"**

**Chen, Shin-Min**

#### **Abstract**

Should soldiers or public servants obey a order form their superiors? This question was denied by a famous German Jurist professor Gustav Radbruch. According to the so called "Radbruch's Formula" of a superior's order is given based on a "Unlawful law", which contents are obviously unconstitutional and against human dignity as well as against nature law, should loot its nature as a order.

In this article, the author discuss the rightness this theory and possibility of using this Formula by translating `Radbruch's thesis and rechecking some relevant cases which happened in Germany and United States of America in recent years.

## 壹、楔子

軍人及公務員必須服從上級的命令。但現今法治國家對於這種部屬的服從義務，已經認為不是絕對的服從，而是相對服從。部屬對於長官明顯違法的命令，自然有不服從的義務。這種違法的命令，其範圍為何？我國不論是刑法（第21條）、行政罰法（第11條第2項）、公務人員保障法（第17條），都以概括的方式，稱為「違法」以及「違反刑法」，因此，部屬審查命令的基準，就侷限在實證法令的層次。

而德國，不論是公務員法或是軍人法，都將服從命令的合法性，做了更多的規定，例如違反職務範圍、違反法令（包括法律、命令、國際法原則）、違反人性尊嚴、違反目的性原則及構成犯罪、懲戒及其他行政處罰的命令<sup>1</sup>。

按德國法制之將人性尊嚴、違反國際法以及不合乎目的性，也就是不能達到軍事任務或公行政任務的實際判斷，都交付給部屬，從而可以作為「抗命」的依據，來對抗「違法」的命令及法律。特別是利用這些沒有形諸於實證法規的，來作為拒絕出自實證法規的命令，在公法的角度上，部屬這種審查命令增加了許多困難。

這種部屬可以抗命的場合，可以分為嚴重的「不法法律及命令」，以及「違法」的

法律與命令。在德國與台灣的法制，似乎都只在後者的層次，而沒有提升到前者的地步。是否在公務員與軍人法制方面也存在所謂「不法」法令的空間？

這令人想起了三年前，台灣所發生的「行使抵抗權」的事件。

台灣在2004年3月19日的總統大選前夕，發生了著名的槍擊案件，導致了總統大選結果的逆轉。立法院因而通過了一個「319槍擊案真相調查委員會組織條例」。這個條例公布之後，行政院隨即以此條例違憲為由，提出了釋憲的聲請。在大法官尚未對此做出解釋之前，內政部長蘇嘉全公開提出了「抵抗權」的理論，指示各政府機關不應配合立法院「真相調查委員會」要求提供相關資訊及證據，是對上級違憲及違法指示所行使的「抵抗權」<sup>2</sup>。

這種由政府號令機關及公務員來對抗一個合法程序通過的法律，是否符合憲法學界所謂的「抵抗權」內涵，以及抵抗權的概念是否能夠存在於一個民主憲政體制，而許可行政權力對尚未被釋憲機關確認為違憲的法律進行這種抵制，是不無疑問的<sup>3</sup>，但其是否適合在公務員及軍人的權利——抗命權（拒絕服從違憲與違法的命令）？如以闡揚這種理念較透徹的德國公法學界而論，其答案是為否定。質言之：

第一，適用對象的差異：德國基本法將

<sup>1</sup> 邱華君，公務人員服從命令義務之探討，人事行政月刊，第132期，頁69，2000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10以下，2006年7月；陳新民，法治國家的軍隊——兼論德國軍人法，軍事憲法論，頁108以下，揚智文化事業股份有限公司，2000年4月。

<sup>2</sup> 請參見2004年10月7日各大報新聞；或查閱自由時報電子新聞網「蘇嘉全：公務員有抵抗權」，網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2004/new/oct/7/today-fo9.htm>，2008年6月25日。

<sup>3</sup> 關於「抵抗權」的概念，可參見：陳新民，國民「抵抗權」的制度與概念，憲法基本權利之基本理論（下），頁1以下，元照出版有限公司，2002年7月五版二刷。

抵抗權視為「基本人權」的一種（德國基本法第 20 條第 4 項），所以適用的對象為一般人民，當然可以包括公務員及軍人在內。但是抗命權的主體，則為軍人與公務員，屬於軍人法、公務員法及刑法的規範範疇。

第二、違憲程度的差異：抵抗權產生的時刻，是國家已經陷入到「憲法崩壞」的時刻，最明顯的例子莫過於政變，此時才是抵抗權行使的時刻<sup>4</sup>。而公務員與軍人的抗命權，則是發生在國家實施憲政的時刻，因此，憲政秩序仍在運作，只是偶發性，且屬於常態性的法制問題。

第三、行使方法的範圍大小問題：抵抗權行使的方法，無法以法律來限制。既可以採用不作為式的抗命，也可以採取積極的反抗措施，包括：「弑暴君」在內；但，抗命只限於消極的不執行命令與法律，所以行使的方式截然不同<sup>5</sup>。

所以內政部長號召公務員行使的抵抗權，乃是「抗命權」之誤，不可不察。本案件雖然經大法官作出司法院釋字第 585 號解釋，認為該法律為違憲，同時監察院也在 2005 年 1 月 12 日決議就法務部及內政部這種主張及行使抵抗權的行為，通過糾正案而落幕。但是本案也涉及到了軍人與公務員如何正確的行使抗命權的問題，也涉及到下級軍人與公

務員（以下簡稱「部屬」）對違憲法律與違法命令的服從界限<sup>6</sup>。

許可部屬可以拒絕違憲與違法的命令，前提便是一個法律及命令必須實質上符合憲法的規定，這便涉及到所謂的「實質意義的法治國家」理論。

所謂「實質意義法治國概念」的產生，與摒斥法律實證主義的權威性有密切不可分的關係。挑戰這種「法律實證主義」的最重要學者，當是德國的賴特布魯赫教授。賴特布魯赫於二次大戰前在德國學術界及政界即享有盛名。1933 年希特勒掌權後，賴特布魯赫便受納粹的迫害，離開海德堡教職。他在冷靜地忍耐、觀察納粹政權 12 年的倒行逆施後，於納粹政權崩潰後的次年——1945 年 9 月恢復教職。不到一年，次年（1946 年）8 月——便在《南德法學報》（*Suddeutsche Juristen-Zeitung*）發表一篇極為著名的論文〈法律上的不法與超法律的法〉（*gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*），對於納粹時代法律實證主義的濫用，提出嚴厲的批評<sup>7</sup>。

賴特布魯赫認為一個法律，例如納粹法已經達到「不可容忍」的不法程度，就形同「非法」，而沒有法的拘束力。所以這種「不法」的法律及命令自始便無拘束力可言，從

4 德國在 1968 年增訂基本法第 20 條第 4 項的抵抗權條款，便是設想到 1920 年 3 月「卡普政變」時，整個公務員體系與社會行使政治性罷工的前例。參見陳新民，同註 3，頁 16。

5 參見陳新民，同前註 3，頁 50。

6 因為就在 2005 年 3 月 19 日，陳水扁總統在 319 槍擊案週年表示，支持成立合憲真調會，「只要在合憲基礎上，就會支持，閣員也不會行使抵抗權。」同樣的論調：行政院長謝長廷在同年 3 月 20 日在立法院回答記者詢問時，也認為：只要立法院依司法院釋字第 585 號解釋，成立合法、合憲的真調會，行政院就會配合接受調查，不會行使抵抗權。易言之，陳總統與謝院長支持抵抗權的態度，並沒有絲毫的改變。請參見今日新聞網「謝揆：只要真調會合憲 閣員可接受調查 不會行使抵抗權」，<http://www.nownews.com/2005/03/20/301-1767140.htm>，2008 年 6 月 25 日。

7 關於賴特布魯赫此篇論文，林文雄教授曾加以簡要地簡介。參閱林文雄，賴特布魯赫的自然法論，法實證主義（國立台灣大學法學叢書 7），頁 57 以下，自版，1976 年 4 月。

而公務員（特別是法官與軍人）及人民都沒有服從的義務，公法學上，稱之為「賴特布魯赫定律」（*Die Radbruchsche Formel*，或可稱為「賴特布魯赫原則」）。

這個「定律」在德國起初只是學理上的見解，德國聯邦憲法法院也在過去若干案件提及，但在1990年兩德統一之後，又被重新提出來討論，儼然似乎已經跳脫了純學理的見解，而產生具有實證力，如同「毒樹惡果」是一種具有實證力的法律理論。

賴特布魯赫的理論，很早就被介紹到我國國內，學界並不陌生。不過，對於這篇堪稱為賴特布魯赫經典之作，同時也是其「天鵝之歌」<sup>8</sup>——賴特布魯赫在發表這篇論文之後，沒有多久便已辭世——，台灣法學界只有吉光片羽的引述，尚未有全譯本<sup>9</sup>，這篇小文，誠如德國著名的學者Dreier所說的，賴特布魯赫著作甚豐，但給後世留下回響最大的，並不是那些犖犖大著的法哲學書籍，反而是這四頁不到的短文<sup>10</sup>。為了解賴特布魯赫的本意，有必要先將賴特布魯赫這篇經典之作全文譯出，以知道其提出此「定律」的前因後果。而後再略述這個「原則」是否有形成實證力的可行性後，所面臨的若干法律問題。

## 貳、賴特布魯赫的「法律上的不法」與「超法律的法」

### 一、

在國家社會主義的追隨者中，一邊是軍人，另一邊是法律人，是受到兩個原則所束縛：「命令就是命令」以及「法律就是法律」。這個「命令就是命令」的原則，當絕不是毫無限制的被貫徹下來。依據過去德國軍刑法第47條的規定，一個命令如果是為了犯罪的目的而發時，下屬即喪失了服從的義務。但「法律就是法律」的原則，相反的，在過去卻從未有任何的限制。這是法律實證主義下的產物，且歷經數十年幾乎毫無疑問的被德國法律人所遵循。「法律上的不法」過去正如同「超法律上的法」，在本質上就形成了矛盾與衝突。現在在法院實務上都一再產生了這兩類的問題，就像本雜誌〔作者按：此指南德法學報〕今年第一期（第36頁）所刊載的一則威斯巴登（Wiesbaden）地方法院做出的判決所宣稱的：「一個宣告猶太人財產應充公的法律，已經抵觸了自然法，故應自該法律頒布時起即失效。」

### 二、

在刑法的領域，同樣的問題，也主要透過蘇聯佔領區的法院判決及論述中，來加以討論

#### (一)

在圖林根邦位於諾德豪森（Nordhausen）的上訴法院的判決，一位在法務機關服務的

<sup>8</sup> 賴特布魯赫1948年7月13日退休，1949年11月23日去世。在本論文發表之後，除了一篇不太常受到關注的論文〈作為國際法主體的天主教會〉外，他幾乎沒有再發表過其他的重要論文。所以本論文可以幾乎可以被稱為是賴特布魯赫學術生涯的告別之作。關於賴特布魯赫的生平，可以參閱陳愛娥（譯註），Custav Radbruch 的生平及其著作，政大法學評論，第51期，頁87以下（特別是在頁124以下），1994年6月。

<sup>9</sup> 本文在完稿之前，才知曉中國大陸已有學者譯出此稿。拉德布魯赫著，王樸譯，法律的不公正和超越法律的公正，法哲學，頁227以下（附錄三），法律出版社，2005年7月。內容與術語和本文有甚多地方仁智互見，讀者有興趣不妨參照之。

<sup>10</sup> H. Dreier, Radbruch und die Mauerschützen, JZ, 1997, S.423.

被告普特發肯（Puttfarken）先生，因為舉發了一位商人歌提斯，而被判處終身監禁。歌提斯被舉發在其廁所內牆書寫了「希特勒是一個集體的謀殺犯且必須為戰爭而負責」的文字。同時又因為違法收聽外國的廣播，因此被判處死刑，並且已經執行完畢。在本案進行訴訟時，圖林根邦檢察長庫斯尼斯基的起訴意旨，已經詳細的刊載在報章（1946年5月10日的圖林根人民報）之上。檢察長首先討論的問題是：「被告的行為（舉發）是否是違法的行為？」法院的判決，則認為：「當被告宣稱：『其舉發行為是基於其對國家社會主義的信念而為之』。這種說法，可以看出沒有法律的問題。現在，人民沒有『告密的法律義務』，同時，也沒有因為政治理念，而有產生此種法律義務。即使在希特勒時代，也沒有存在此義務。重要的是，被告是否在『為維護司法』而為此行為。但這必須有若干前提存在：司法是否在為『法』而服務？也就是：司法的要求是在於法律的合致性、追求正義以及維護法律的安定性。但是在希特勒時代的刑事司法的政治案件，都欠缺了上述三個要件。」

法院也同樣的指出：「誰要在這個年代舉發他人時，應當要估算到——在本案被告也已經估算了——他的舉發行為是否會讓被告能夠受到合法的保障來進行訴訟程序及事實調查，並且受到公正的判決。這是告密者必須負責的部份，否則便是恣意妄為。」

耶那大學法學院院長郎恩教授（Prof. Dr. Lange），曾經為本案提出了一鑑定報告，本人完全贊同其見解。法院也指出：「早在第三帝國時，人們就早已知道這種關連性——只要任何人書寫：『希特勒是一個集體謀殺者，要為這連續三年的戰爭負責。』的字眼——那個人絕對沒有活命的機會可言。當時的

法院如此的曲解了法律，難道如同像被告者不會預料得到被舉發者的後果嗎？被告卻故意漠視被舉發者的命運，而讓後果發生。」

法院接著指出：「依過去德國第 139 條的規定，被告也沒有『檢舉的法律義務』存在。誠然，根據本條文的規定，在某些情形之下：例如任何人得知，有叛國的行為卻沒有向有關機關來檢舉時，是得以處以刑罰。然而，可以確認的是，歌提斯先生雖然被卡塞爾（Kassel）高等法院因涉嫌準備叛變，而被判處死刑，但就法律意義而言，根本也不構成準備叛變的要件。歌提斯勇敢書寫的標語：希特勒是集體謀殺者及應該為戰爭負責，充其量只是一個赤裸裸的事實。將這個標與散佈或公開的人，既沒有危害帝國也沒有危害其安全。行為人只是在嘗試避免帝國的淪亡，這是與叛亂剛好相反的拯救國家之行為，任何將此明確的構成要件透過形式司法來加以曲解者，都應當拒絕之。同時，到底所謂『領袖』及『帝國總理』的希特勒，當時能否仍然視為合法的國家領袖，從而可以透過刑法懲治叛亂的條款來保護之？被告在他的檢舉時，絕對不僅是『檢舉』，而未考慮其行為在法律上會造成如何的後果。被告也從未宣稱：『其所以舉發歌提斯先生是因為其事實上已經目睹歌提斯先生正從事叛亂的行為，且才認為，自己有舉報的義務。』」

接著，檢察長朝向下一個問題，是否這個犯行是符合有責性的？

法院的看法為：「被告普特發肯經由許多證據顯示他有意將歌提斯送上絞架。」這是一個德國刑法第 211 條所謂的故意謀殺罪。被告的犯行，乃是知道第三帝國的法院一定會將歌提斯先生判處死刑，與被告之意並不牴觸。被告是一個「間接正犯」（Mittelbarer

Tater)，誠然，在此可再復一言。在帝國法院的審判實務中，所發展出來關於間接正犯的理論，通常所指的是另外的構成要件，間接正犯主要是指利用無意識或沒有預測能力者，當作其犯罪的工具而言。但在「把德國法院視為犯罪者的工具」而論，過去是沒有人可以對此加以想像的。但今天，我們卻面臨到這個問題。本案（普特發肯案），絕非只是個單純的案件。假如在過去的法院，只是形式上合法的運作，但卻做出非法的判決，就不能排除構成間接正犯的情形。因此，1946年2月8日圖林根邦新修正的刑法增訂條文便提供了若干值得思考的依據來解決問題。根據該修正法第2條的規定，德國刑法第47條第1項已經做出了下述可以解決爭議的條文：任何人有意使其可罰行為為自行或透過他人來執行，皆屬可罰之行為。在後者依合法的行為為之時，亦同。由於涉及到德國自1871年開始，所確定的刑法權威解釋，不可利用新制定的、具有溯及效果的實體法來解決此問題<sup>11</sup>。

檢察長又說：「在經過仔細的評估，對於能否將謀殺罪納入間接正犯的正、反面理由後，我個人認為沒有反對的理由，但是我們必須想像一下，同時我們也必須評估一下，一旦法院可能有不同的見解時，那會造成什麼樣的後果？」一旦吾人將間接正犯的結構拋棄，那麼吾人就眼睜睜的看著那些將歌提

斯以違背法及法律而判處死刑的法官們，且無法視為謀殺犯來懲治。因為必須要被告曾經有幫助謀殺的行為，才能夠課以這種刑責，另外我們也不要忘了，這是否也涉及了牴觸另一個重要的理由，這就是盟軍在1946年12月30號所公布的第10號法律，根據該法第2條c的規定，被告也觸犯了侵犯人道罪行。在本法不再是規範到是否侵害到國家的法律，而是針對出於政治、種族及宗教的原因，而做出非人道的行為，或迫害者，將處以刑罰。根據本法第2條與第3條的規定，犯罪人得處以的刑罰，且包括死刑在內，這也是法院所認可的行為<sup>12</sup>。」

檢察長又說：「作為一個法律人，我已經習慣把自己侷限在純法律的判斷。人們是應當對事情保持中立，並經常是以健康的人性觀念來看待之，這是一件好的事情。法律技巧永遠只是一個有責任心的法律人，用來做出妥適且合法的判決工具而已。」

結果，上訴法院並非以間接正犯為由，而是以幫助謀殺為由，做出了判決，根據此判決，將歌提斯以非法及違反法律而判處死刑的法官，涉嫌謀殺且有責確定<sup>13</sup>。

## (二)

在1946年3月14日一則「每日回顧報」（*Tägl. Rundschau*）確實出現了薩克森邦檢察長史洛德博士（J. U. Schroeder）的見解，應當將不人道的法院判決，課以刑責，即使

<sup>11</sup> 原註：朗恩教授在其《圖林根邦刑法論》一書，頁13（1946年威瑪出版）。朗恩認為，在若干所謂構成間接正犯概念案件，例如行為人濫用法律訴訟來遂行犯罪目的，例如訴訟程序的欺罔或是政治的舉發等等，是有甚多疑慮的。故1946年2月8日公布的圖林根刑法增訂第2條，便是為此而明確的規定：任何人利用他人行使職務的義務，或合法的行使職務來作為遂行犯罪的手段，也屬於間接正犯。

<sup>12</sup> 原註：本法第10條的規定（可處死刑），在此不擬詳述，因為這些主要不屬於德國法院的審判權。

<sup>13</sup> 原註：而在另外關於著名的舉報慕尼黑秀勒兄妹（*Geschwister Scholler*）案件中，卻為無罪之宣告。在慕尼黑法院的「去納粹化」只是要消除納粹在政治與道德方面所樹立的劣質理念，而無須論究其行為是否該當法律構成要件、違法性或有責性。因此也涉及到了刑事訴訟的權限及其界限的問題。可參考解放法第22條的規定。

這些判決是依據國家社會主義的法律所為者亦然。

他的見解以為：「在國家社會主義黨專政的所為的立法，以及依據這些法律，如前所述的所作出判處死刑的判決，沒有具備任何一個法律的有效性。這些法律是基於所謂的『授權法』而來，唯該『法』並沒有符合憲法所規定的三分之二絕對多數決條件而產生。希特勒使用暴力手段阻止了共產黨籍的國會議員參與表決，不顧其所擁有的豁免權而逮捕之。其他仍留於會場的議員，則在納粹黨衝鋒隊的恐嚇下，行使了支持授權法的表決票<sup>14</sup>。」

「如果一個法律不僅僅只是不正義，而是犯罪的法律，則任何法官都不能夠據之作出判決。我們是根據立於所有實證法規之上的人權，也是根據不可剝奪的、歷史淵遠流長的法，而來拒絕沒有人性的暴君所公布之犯罪的命令。」

「由這種判斷來出發，本人確信：法官如果做出了與這種人道要求相違背的判決，以及宣判了不具效力的死刑判決，就必須加以起訴<sup>15</sup>。」

(三)

在哈勒地區 (Halle) 也有一個案例發生：在刑事執行法院擔任行刑人 (Scharfrichter-gehilfe) 的克萊恩 (Kleine) 及羅斯 (Rose) 兩人，因為積極地執行許多非法的死刑判決，而被法院判處死刑。克萊恩光在 1944 年 4 月至 1945 年 3 月就參與執行了 931 件死刑判決，而他從中取得了 26,433 馬克的

報酬。這個判決是根據盟軍管制委員會所頒布的「第 10 號法律」(違反人道罪) 而為。依法院的見解：

「因為每一個刑庭的法官都可以隨時依據健康或其他理由可以去職不幹，所以被告兩人是出於自己的自願來行使如此恐怖的職務。」(參見哈勒 1946 年 6 月 12 日的自由民主報)

(四)

薩克森邦還有另外一個案子也值得重視 (依據薩克森邦檢察長史洛德博士在 1946 年 5 月 9 日的文章)：一位在 1943 年被派到蘇俄東戰線服役的薩克森軍人，負責看管蘇聯戰俘的他逃亡了，理由據說是：「看到德軍對蘇聯戰俘虐待感到厭惡，同時也可能對在希特勒軍隊內的勤務感到厭煩。他忍不住地逃回他太太的家裡，結果被發現而被捕。當警察押解他離去時，他利用機會搶奪警察的手槍，並在其背後開了一槍，警察倒地後，他逃逸而去。1945 年戰爭結束後，他由逃亡處的瑞士返回薩克森，隨即以『謀殺公務員』罪名遭到逮捕並解送檢察處。最後，檢察長宣布調查程序終結、嫌疑人無罪開釋。檢察長認定嫌疑人的行為：「符合德國刑法第 54 條『緊急避難』的情形。因為緊急避難的『無責性』條件，必須是沒有排除更優勢的公益。而該優勢公益現在已經不存在了，因為嫌疑人自希特勒的軍隊裡逃亡，依我們的法律見解，並不足以構成『非難』逃亡者，以及給予判決的依據，也因此不能課予其有責性。」

上面所提到的四個案例，都是可以基於

<sup>14</sup> 原註：這裡或許也有必要討論一個問題，究竟一個透過革命而形成的秩序可否透過「實際的規範力」而形成有效的法律？還有是否存在這種可能性——「授權法」所需要的三分之二多數決，只有透過將共產黨籍議員席位的排除後，才有可能獲得的問題？我親愛的同事耶律內克先生的見解，是不正確的。

<sup>15</sup> 原註：對於法官作出這種不合法的判決，所應當負擔的刑責問題，可以參見 Buchwald 在 1946 年威瑪出版著名的〈正確的法〉(Gerechtes Recht) 一文。



「法律上的不法」或為「超法律的法」，來作為對抗法律實證主義的依據。

### 三、

在事實上，實證主義以及其確信的「法律就是法律」，使得德國司法界毫無抵抗力來面對法律內採納了恣意與犯罪的內容。然而，實證主義並不能只是法律本身的力量，便可使法律獲得適用。法實證主義認為，因為法律擁有實力來貫徹，法律也就有了適用力。但是就「實力」而言只是「必須」，絕不是因此創造出一個「當為」及「適用」。毋寧是必須基於法律所蘊含的「價值」，方可創造出適用力。

當然每一個實證的法律，不論其內容如何，都有一個「價值」。因為「有法律」無論如何都比「沒有法律」來得好，「有法律」至少可以產生「法律安定性」的原則。但是法律安定性並不是一個唯一、也不是一個具有決定性的價值來實踐「法」。除了法律安定性原則外，還有兩個價值——「合目的性」及「正義」。在這些價值的優先次序上，我們將法為公共福祉的目的性，放到最後的位置。「法」絕對不是一切都為國家所用，反而是「法」創設法律安定性、及追求正義，最後才來國家所用。每一個實證的法律，都因為其內容的實證化，而合適地產生法律安定性，而此法律安定性原則便可以扮演一個明顯的中間橋樑，來結合目的性及正義：一方面是符合公共利益所要求，另一方面則是正義的要求。法必須要安定性，不能夠今天或此地是作如此解釋，而明天或彼地又作另一種解釋或改變。這也是同時符合正義的要求。主要產生法律安定性或正義的矛盾，或

是產生了法律內的規定與法律規定以外符合正義的法衝突時，則實質上，這是一個正義的「內在衝突」，也就是表現在外與真實正義的衝突。這種衝突性，在基督教的領域內，曾經有個很了不起的說法：「作下屬的人民，你們要服從國家權威的統治。」但另一方面又說：「要服從上帝多於服從凡人。」正義與法律安定性的衝突，能夠因此而得到解決，那就是：如果由實證的、透過行政命令或是實力所構建的法，儘管在內容上有不正義或不合乎目的性時，仍具有優先性。但是，如果實證法律與正義的矛盾，達到「如此的不可忍受的程度」時，使得法律面對正義，已經成為一個不正確的法時，則不再具有此優先性。當然，要將一個不法的法律，以及仍然可以適用、但是有若干不正確內容的法律，中間畫出一個明顯界限，是不可能的事。但是，另外一條界限，卻是可以從多方的判斷畫出。那就是，假如一個實證法律在制定時，就很明顯地忽視了正義所要追求的平等權原則，則這個法律並不能只是一個不正確的法而已，而是根本地欠缺了法的本質。

因為對於法、也對實證的法的定義，就是靠著規範與規則所蘊含來追求正義來予認定。整個國家社會主義「法」的本質性，都源自於希特勒個人最突出的人格特性。這種「法」，完全欠缺「事實認知」（Wahrheitssinn）及法律認知（Rechtssinn）。因為——說他欠缺「事實認知」是指他可以對任何事實的重點毫無羞愧、且毫不猶豫地用雄辯的方式來曲解之；說他欠缺「法律認知」是指他能夠肆無忌憚地用最粗魯的方式來濫用法律。從其掌政開始，對「普騰帕案的凶手」所發出同情的電報<sup>16</sup>，到最後對 1944 年 7 月

<sup>16</sup> 所謂的「普騰帕案的凶手」一案，是指在 1932 年 8 月 9 日晚上發生在德國東普魯士一個名叫「普騰

20 日「謀刺案」犧牲者殘忍的凌辱<sup>17</sup>，都是明證。

在「普騰帕案」的判決公布後，納粹的首席理論家羅森堡（A. Rosenberg）便在納粹的機關報「民族觀察報」表達了下述的理論：

「正如同一個人和另外一個人是不同的，所以一個謀殺與另外一個謀殺也是不同的；在法國也是一樣——在法國謀殺一位和平主義者 Jaures，和意圖謀殺國家主義者的克李蒙梭（總理），是不可相提並論的。如果一個兇手是基於愛祖國的動機而行兇時，是不可以和其他一樣的兇手來課與相同的刑責，因其行為的動機是依照國家社會主義的理念，為整個民族而行兇的。」

從上面的例證可以說明，所謂國家社會主義的「法」，自始至終在本質上就悖離了正義——也就是對「同樣行為必須同樣對待」——的要求。同樣地，在完全欠缺所謂「法律本質」的部分，不僅僅只是「不正確的法」，簡直是「無『法』」。這特別是指，納粹黨能夠排除其他黨派的參與、而獨攬國政，造成集權的規定而言。欠缺法律本質的另一個案例，也可以由那些把某些人民視為

「次等人民」，以及剝奪其權利的法律。其他的案例，也見諸於那些刑事的規定——這些法規完全不顧到犯行輕重，只是靠著一時威嚇需要而將不同輕重的犯行一律處以同樣的刑罰，且通常是死刑。

上述這些欠缺法律本質的法律，都是屬於「法律上不法」（Gesetzliches Unrecht）的事例。

在剛剛經過了 12 年的歲月，我們不應該忽視到法律上不法、以及實證法律所欠缺的法律本質，給法律安定性帶來哪些可怕的危險？我們必須期盼類似的非法，僅是德國民族一時的迷失與昏聩而已；我們必須要武裝起來，在所有的可能情形發生時，都能澈底地克服實證主義，俾有充分的防衛力來消除國家社會主義法律的濫用，而且防止類似「非法治國」情形的重演。

#### 四、

這是為了將來所設想。經歷了過去 12 年法律上的不法，我們必須要尋求以造成法律安定性最小損失為代價而實現正義。不是每一個法官都可以靠自己的力量來拒絕適用法

帕」（Potempa）村的命案。5 名穿制服的納粹黨衝鋒隊人員，衝進了一個政治死對頭左派勞工的家裡，在被害人母親的面前，把被害人活活打死。德國總理巴本（v. Papen）剛好在同一天發布一個「懲治政治謀殺」的緊急命令。凡是基於政治理由而殺人者，可處死刑。5 位兇手在 8 月 22 日便被判處死刑確定。聽到此消息，希特勒馬上給這 5 位兇手寄送一封電報，這便是著名的「普騰帕案的電報」。希特勒的這封電報內容為：「親愛的同志，這一個不可思議的血腥判決，讓我覺得能以無盡的忠誠，和你們聯繫在一起。在我們的眼光裡，你們的自由如同我們的榮譽問題。把造成這種結果的政府鬥爭到底，是我們的義務。」希特勒這封電報表達了，他對血腥政治謀殺的肯定，也被認為希特勒在掌政前最明目張膽反對法治國理念的言論。5 位兇手後來透過司法部長的解釋，因為案發在晚上，而上午才公布的緊急命令，尚未公告周知，所以不可要求 5 位兇手應知此行為後果，故呈請總統，結果特赦為終身監禁。希特勒上台兩個月不到（1933 年 3 月 23 日），便釋放 5 位兇手出獄。而賴特布魯赫在本文中提到，這個電報是在希特勒掌政開始拍發，與事實似乎不符。

<sup>17</sup> 這是指著名的「舒道芬堡上校謀刺案」。1944 年 7 月 20 日，德軍後備司令部參謀長舒道芬堡上校（v. Stauffenburg）結合德軍一批高級將校意圖進行政變來終止戰爭。舒道芬堡上校親自將炸藥放在希特勒的會議桌下，但未能成功炸死希特勒。希特勒下令逮捕起義者，株連甚廣。最後約有 5,000 人遇難，且許多是以鋼絲所吊死，死狀甚慘。

律，此毋寧是保留給更高階層之法院或立法者的任務（同見 *Kleine* 在本雜誌第 36 頁）。在美國佔領區，一個類似的法律已經獲得邦諮議會的同意而頒布——這就是「糾正國家社會主義不法之刑事法」（*Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege*）。根據這個法律，凡是出於政治性理由，來採取抵抗國家社會主義及軍國主義的行為者，其行為不罰。如此一來，在前述第 4 例「逃亡案」的困境，即可迎刃而解。

而另一個其姊妹法——國家社會主義犯罪處罰法，則相反的在上述所討論的幾個案例中，只有在行為時，根據當時有效法律有可罰性時為限，才能適用。其他 3 個案件是否符合當時德國的刑法規定，我們可以自由地判斷，而可以不受本法的拘束。

在「告密案」，我們可以認定檢舉人，如果他有行為的故意來將刑事法院以及刑事訴訟程序的自動反應，當作被檢舉人獲判死刑的工具及手段時，可以構成間接正犯的要件。這個故意，特別是在這些案件中是存在的，也就是（如郎恩教授在耶那所提出來的上述鑑定報告<sup>18</sup>）：「行為人可能藉著除去嫌疑人，而從中獲得利益，例如可能是可以娶其老婆、或者可霸佔其房屋、又或是繼任其職位，也可能是出於報復或其他類似的心態，如同其他的間接正犯一樣，任何人利用服從命令的義務，來下令以遂行犯罪的目的時，便構成間接正犯；同樣地，利用檢舉的方式讓司法機器運作，來遂行犯罪目的時，一樣構成間接正犯。不論是基於政治的狂熱主義，或是受脅於當時權力者的淫威，而將

法院視為純粹的工具，使刑事法庭作出許多富政治性的判決，也都是應該且公平地構成間接正犯的要件。如果告密者並沒有此故意，而只是把資料交給法院，而不管日後的審判程序、結果如何，那他只能被視為是判決的啟動者，而法院自己在死刑判決與執行中，他如果被證明有間接幫助法院執行此死刑的責任時，才能夠被課以刑責。事實上，在上述諾德豪森的法院訴訟，便是採取這個模式來進行。」

對於那些作出死刑判決的法官加以處罰，也確定已符合德國刑法（第 336 條及第 344 條）的可罰性規定。因為法官既然要獨立審判，就必須要獨立地判斷。法官惟有對違反法律者，才能課以刑責。

如果我們由這種原則來認知，那些法律既然已經形成非法，則所產生的刑罰——例如這些自由恣意裁量所作出的死刑判決——都是有意對正義的嘲辱，也都是構成客觀的法律侵害。然而有另外一個問題：那些在法律實證主義盛行之下，所薰陶、培養出的法官，只瞭解由實證法律所創設的「法」。他們在適用這種實證法律時，當然也是一個難堪的處境——是否同時也構成了違法的故意？假如答案是肯定的，對他們還有一個最後謀求補救的機會——也就是援引「人身安全」法益維護，也是德國刑法第 54 條的「緊急避難」來謀求救濟，但難堪的是，生命的危險卻正是來自法官把形同「法律上不法」的國家社會主義的法律，引來作為判決的依據。惟，難堪也在於，就法官的倫理而言，法官應當以任何代價、即使拚上性命，也要把正義實現出來。

<sup>18</sup> 原註：這當然是「正犯學」（*Teilnahmelehre*）中「主觀主義」的高峰，使得一個故意的犯意——屬於主觀不法——可給間接正犯帶來了違法性，而此違法正是間接犯行者所欠缺的。

至於，在那個「兩位刑事執行法院行刑人的可罰性問題」的案件，則是最容易解決的。我們無法贊同一個人是靠著殺害另一個人，來做為職業的想法；也不贊同過去這個職業曾經鼎盛一時，而且獲利頗豐。過去擔任行刑的職業，被視為是一種可以繼承的技藝。但是，這種職業人士也經常地一再表示愧疚，因為：他們僅僅擔任執行工作，至於決定死刑與否，則是法官大人的職責所在。「法官主宰此大禍的決定，我只是執行此最終的判決」，這是在 1698 年出現的格言，一再以類似的字句，出現在法官配劍的劍刃之上。這如同一個作出死刑決定的法官，唯有明白觸犯了法律，才可被課以謀殺的刑責一樣；一個告密者，也必須在符合德國刑法第 345 條的構成要件，故意執行一個不該執行的刑罰，才能夠為一個死刑執行擔負起刑責。卡爾·賓丁（Karl Binding）曾經指出（1905 年出版的《刑法各論（第二冊）》，頁 569）這種構成要件：「把法官與法律的關係，類推到執行死刑官員與執行判決之上，執行官員全部與唯一的義務，便在於精確地執行。判決已經確定執行官員全部的行為。如果執行官員遵守此原則，那麼他就正確站得住腳；如果他有悖離的話，那他就錯了。在個別地執行判決時，有沒有悖離這種權威的原則，便構成了其是否『有責』的主要因素。刑法第 345 條的規定『違法執行刑罰』的犯罪，便可以被稱為是『違背判決之犯罪』（Urteilsbeugung）。

負責執行刑罰的執行法院，是沒有權力

來審核判決。但對於他們構成違法性的判斷，也未必冤枉他們。究竟，他們即使不為賺取外快，而汲汲於行刑，也不會被課與違法不作為的責任。」

## 五、

我們不贊同諾德豪森法院在判決中所表達的意見：「對形式司法的疑慮便是其適足以曲解一個明確的構成要件。」毋寧是，經過了 12 年來對「法律安定性」侵犯的否定，益顯得現在有必要透過形式司法的判斷，來對抗那些每一個歷經 12 年危險及壓迫者可理解的、十分容易的誘惑<sup>19</sup>。

我們要追求正義，同時也要尊重法律安定性，因為後者構成了前者的一部份，並且要把法治國家重新建立起來，讓這兩種原則能有充分的機會聯繫在一起。

民主誠然是一個極為可貴的東西，但法治國家正如同每日的食糧，也像飲用之水與呼吸之空氣般；民主的可貴乃在於，只有其方有能力來確保一個法治國家。

## 參、「賴特布魯赫定律」之適用問題

### 一、賴特布魯赫「法律不法」的概念檢視

賴特布魯赫認為實證法律主義所創設的法律安定性，必須屈服於實質的正義，並且是形成實質正義的一部份。而實證存在的法律何時才抵觸實質正義，構成「法律上之不法」的程度，賴特布魯赫只提到了「不可容忍」的極限，這個似乎過於簡單的推論，在作

<sup>19</sup> 賴特布魯赫這一段文字似乎頗費思量：他提到了過去 12 年來，納粹統治是造成「對法律安定性的否認」。故最後一句所提到的：「歷經 12 年的危險與壓迫，在概念上容易獲得的誘惑，而應予以對抗。」這是否指：那些歷劫餘生者，會容易採取概括否認過去法秩序、以及形式司法的制度，從而一概援引實質正義及自然髮概念來取代的「誘惑」？如果採取此種解釋，就更容易了解賴特布魯赫此時依然高度維繫法實證主義的意旨。

者僅有 4 頁不到的文章中，自然無法詳論<sup>20</sup>。1945 年賴特布魯赫在「5 分鐘法哲學」中，把這篇文章的立論重新敘述了一遍<sup>21</sup>。

本人撰寫這篇論文的目的，不在於探究此定律的概念問題——這方面的討論實已達到汗牛充棟的程度——，只是透過翻譯這篇經典之作的過程，不由得不能人由公法學的角度來反思一下這個主要基於法律哲學，及刑法學所產生的定律，能否在公法上，尤其是軍事憲法上，能否適用無虞，是否本定律有觀察的盲點及適用上的困難。

故綜觀本文，賴特布魯赫所提出來的「法律上不法」的認定，本文覺得值得注意的有下面幾點：

(一)賴特布魯赫是透過四個刑事案件，來將其論究一個法律是否已經達到喪失「法本質」，從而沒有拘束力的依據。由於是以刑法這種會常以剝奪人民生命法益來作審查對象，可以加重人民對所評判為惡法法律的厭惡感，從而獲得肯定賴特布魯赫理論的回應。但是，這種「觀察取樣」是否過於侷限？可否及於民事法等私法及行政法等？易言之，可否單以私法或行政法來斷定法律的構成「法

律上不法」？

如果以本文一開頭是以「宣布沒收猶太人的納粹法律」，因牴觸自然法而無效，作為導引討論下文刑事案件的引子來看，賴特布魯赫顯然是贊成這種沒收猶太人之法律為無效。乍看之下，當然會獲得肯定的答案。但是，對於這種「沒收財產」法律的「不正性」，或是「可以達到不可容認程度」，卻沒有來討論，反而是藉助於刑事案件及刑法來說明。當然有疑問的是，此沒收法律仍是否屬於刑事法、而非親屬法等？因為在納粹時代的「排猶」法，幾乎涵括到所有法的領域，由親屬法到刑法與公務員法，都包括在內。即使在文中也提到，氏對違反公平、人權，對同等人給予平等權利，易言之，平等權也變成要判斷法律是否為「不法」的依據。此在其「5 分鐘法律哲學」中的「第 3 分鐘」的敘述：「真實正義是平等權的實現」，即可得知，對不同等人給予「殘酷刑罰」的法律是為違反正義的法，但顯然仍是以使用刑罰的刑法為對象。

即如以違反平等權為例，如果光以政治理由、或種族理由等，沒收某些人民的財產——

<sup>20</sup> 參見林文雄，同註 7，頁 64 以下，有極詳盡的分析。

<sup>21</sup> 本文整理其有關意旨如下：

「第 1 分鐘」：一意奉行實證主義的話，將使法律職業人與整個民族都面對殘暴與邪惡的法律而無自衛能力，強權等於法律；

「第 2 分鐘」：每一個法都必須對人民有利，因此凡是將虛幻、杜撰的公益作為法律的目的，都是會把法治國形成非法治國；

「第 3 分鐘」：真實的正義是平等權的實現，違反此正義的法律便欠缺有效性，人民有拒絕服從的義務，法律人也應起而拒絕之；

「第 4 分鐘」：法律的公正性欠缺，達到對公共福祉的巨大程度時，如果不否認其有效性，會給整個民族或法學家的意識留下深遠的惡感烙印，則構成不法的法律；

「第 5 分鐘」：自然法與理性法的原則，以及融入到人權與公民宣言的原則，是有優先於各種法律所訂下規則的效力。這也要援引聖經的格言：「順從神，而不順從人」來實踐上述之原則，這也是有人類的良心中俯聽到上帝的聲音。

至於全譯文，可參見：劉幸義，五分鐘法律哲學，中興法學，第 35 期，頁 79 以下，1993 年。

如同納粹法律沒收猶太人財產——是否當然就應視同不法法律，從而不得以法律安定性原則為由，拒絕正義實現？如果，以兩德統一後，對原來東德地區在蘇聯佔領區實施土地改革，遭共黨政權沒收的財產，似乎即可援引此原則而發還乎？但德國聯邦憲法法院採取否定的看法<sup>22</sup>。一言以蔽之，賴特布魯赫所舉的例子仍以「人命關天」為著眼點。

(二)審查法律的「不法」，賴特布魯赫當時的想法，對其他實證法是否完全採取否認的態度？尤其關鍵在他是否用「整個納粹國家的屬性」，來做綜合判斷，而後作出在這種國家領導下所制定的法，都達到了「不法」的狀態？他有無做此整體的評判？

由文中若干的敘述，似乎有做此整體的評價，例如：他抨擊整個國家社會主義領導下，法官都會恣意作出死刑判決。但，他也沒有整體否認過去 12 年所有公布的納粹法之效力。最簡單的例子是在上述第 4 個案例「逃亡案」，以及其他 3 個案例都是以當時納粹的實證法（主要是刑法），來做正義或不正義的判決依據。另外，對於納粹時，其他因公法或私法所創設的權利義務，例如：服兵役、繳稅、依法判決及執行公務，賴特布魯赫也沒有質疑其不公正性。特別是在「逃亡案」，逃兵且是在納粹政權崩潰，返國後才被逮捕，並追究其在納粹時代觸犯納粹法律而被捕。賴特布魯赫並沒有質疑這種追訴「前

納粹時代」犯罪行為的不法性，便是具體的例子。

所以，對於納粹的國家社會主義法秩序，賴特布魯赫是採取「有針對性」的抗命，而非「全部抗命」(Totalverweigerung)。也是只針對刑法的秩序，甚至只針對到刑法秩序中的最重要、但數量也不是最多的死刑案件，也就是政策性的死刑案件。遺憾的是，賴特布魯赫沒有明白的表明這種態度。

(三)判斷這種有選擇性的取樣法律，賴特布魯赫選擇了在蘇聯佔領區的刑事法院之判決作為討論依據，這些由極權主義佔領區所主導的法院判決，是否妥適？尤其是，在同一個時間，蘇聯佔領區進行的土改，對大地主財產的剝奪就如同納粹政府時代剝奪猶太人一般，是否適合只援用其刑事裁判、而忽視其財產政策的法律正義觀<sup>23</sup>？賴特布魯赫並沒有做任何的解釋。

另外，隨著納粹政權崩潰，過去鮮少國民得知的納粹集中營的慘狀，透過盟軍的宣傳，已廣為人民所熟知，然而時經一年，賴特布魯赫在文中所舉證的納粹不法，也沒有提到「慘絕人寰」的納粹種族滅絕，來作為否認整個納粹法的公正性，這頗令人不解！如果以後者的依據來看，則應該導致整個納粹法都是以這個殘暴的非法治國為服務對象，從而都是非法統治。

如果依此思維，也會導致以下的結論：

<sup>22</sup> 在德東本是大地主獨佔土地，依據 1939 的統計資料，人數僅佔 1% 的地主，擁有近三分之一的農地。二次大戰結束後，蘇聯佔領區進行土地改革，將土地全部發放給農民。被剝奪土地的地主們，只獲得了象徵性的——甚至毫無補償。兩德統一之後，不論是兩德協約（第 41 條及附件三），以及後來德國政府所制定的「補償及衡平給付法」，只給這些地主及其繼承人只有市價 5% 的補償費。聯邦憲法法院兩次的判決（BVerfGE 84,90; BVerfGE 92, 12/18）都認為這種立法及不廢棄當年土地改革的政策，並無違反憲法。參見：吳志光，司法與歷史的轉型正義糾葛——兼論歐洲人權法院關於 1945 年至 1949 年德東蘇聯佔領區土地改革之裁判，月旦法學雜誌，第 151 期，頁 47 以下，2007 年 12 月。

<sup>23</sup> 同前註 22。

既然全部否認過去的法秩序，今後唯有透過後來的立法，追溯許可以往 12 年若干法秩序的合法性，以維護法律安定性原則，是為「以非法為原則，合法追溯為例外」。如此一來便不必再爭論到底哪一個納粹法已經達到「不可容忍」程度，而達到不必遵守的必要性。

但是，賴特布魯赫似沒有「全盤否認」納粹政權的不法性，賴特布魯赫恐怕仍然緊抱著法律人所不敢忽視的法律實證主義的必要性<sup>24</sup>。

當然，我們也明瞭，一股腦把前政權視為「偽政權」，從而不承認該政權所樹立的一切法律秩序，例如 1949 年以後，中國共產黨政府對國民政府時代法秩序的態度。<sup>25</sup> 這些都是以政治性的作用來取代法律及法治的思考。自然這是無法運用在以法治國家，而非另外一個強權、專制國家，作為承繼前不法政權並重建公平法律秩序國家的案例之上。

(四) 利用納粹時代的理論來驗證不法律律的不法性

賴特布魯赫定律，可以分成兩個「次定律」，一個是「不可忍受定律」（Unertra-

glichkeitsformel），另一個為「否認定律」（Verleugnungsformel），這是指構成一個法律上不法的法律，必須滿足此兩個次定律。依據前一個次定律，是指法律的不法程度（侵犯人權）達到不可忍受的程度；而第二個定律指，該不法法律本質上便是「否認」了追求實質正義。這兩個次定律的性質，前者為客觀的、而後者則為主觀的<sup>26</sup>。

這兩個次定律其實是一體兩面，後者的重要性可以為前者所取代<sup>27</sup>。如同賴特布魯赫所強調的「價值相對主義」，每一個法律都有一定的目的，以及所謂的公共利益為外衣。但重要的是在其實施真正是否在追求實質正義，也因此可以排斥每一個法律都會創造的法律安定性原則。這點應當特別重要：賴特布魯赫在文中至少有兩次明白提到了納粹 12 年的統治，是「對法律安定性的可怕危害」，說明了「惡法」，正是對法律安定性的漠視與侵犯！所以在判斷立法者的主觀意圖，不如觀其實施的結果，且用實質正義來檢驗。說明第 2 個次定律可為第一個所吸收。

賴特布魯赫檢驗這種不法性，使用的辦

<sup>24</sup> 賴特布魯赫的關門弟子，在 1945 年至 1949 年，追隨賴特布魯赫，也是著名的法哲學家，考夫曼（Kaufmann），便曾撰文特別強調，目前德國學界不少人誤解賴特布魯赫的見解，以為賴特布魯赫否認法律實證主義。反而是賴特布魯赫把法律安定性當作極高的原則，考夫曼特別引用賴特布魯赫的話來引證之：「即使將來，由法律及不管其內容為何的法律實證主義，仍是法治國家的最重要的原則。正義僅能在最狹小的範圍來否認之。」A. Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom ubergesetzlichen Recht in der Diskussion um das Namen der DDR begangene Unrecht, NJW, 1995, S. 82.

<sup>25</sup> 中國大陸在 1949 年 2 月公布了〈中共中央關於廢除國民黨的六法全書與確定解放區的司法原則的指示〉，規定除了廢止國民黨時代所有的法律外，「司法機關必須經常以蔑視和批判六法全書及國民黨其他反動的法律、法令的精神，以蔑視和批判歐美日本資本主義國家一切反人民的法律、法令的精神，以學習掌握馬列主義——毛澤東國家觀、法律觀及新民族主義來教育、改造司法幹部」。參見陳新民，雨過天青麗日來——談中國大陸行政法發展與台灣行政法學的影響，陳長文六秩誕辰祝壽論文集，頁 409 以下，陳長文教授六秩華誕祝壽論文編輯委員會，2004 年 9 月；及陳新民，法治國家原則之檢驗，頁 430 以下，元照出版有限公司，2007 年 7 月。

<sup>26</sup> H. Dreier, a. a. O., S. 423.

<sup>27</sup> 也有學者認為第二個的「否認公式」，乃是否認平等權。但後者次原則同樣構成前個次原則之侵害。H. Adachi, Die Radbruchsche Formel, S. 97 (2006)。

法之一便是探討不法法律的「指導理論」。在本文中提到的普騰帕案，希特勒所表現的蔑視司法的行為，以及引述納粹時代首席理論家，也是在日後紐倫堡大審處以死刑的羅森堡的刑事正義理論，作為肯定納粹法律的不法性。

這種佐證方式，特別是對於羅森堡這種哲學家的荒誕理論來作依據，卻沒有援引當時（1934 年 6 月 30 日）希特勒血腥屠殺衝鋒隊總隊長羅姆上尉（計 83 人），且被認為是希特勒當政後親自參與第一次大規模血腥鎮壓行動，所引起刑法及公法學者的肯定的理論<sup>28</sup>，以及以後整個納粹時代刑法學理一窩蜂倒的邪說來論證，似乎也是相當個別式與選擇式的論證。這種缺點沒有辦法讓後世知道當時部屬及司法人之所以會臣服於不法的實證法，是可以由當時壓倒性的學說理論來樹立法律相對人、及受命者接受不法法律及不法命令的義務性，甚至毫不質疑其不法性。所以不是光只是法律實證主義，解除了德國部屬及司法人的精神武裝，而是主導了實證法律實施的那種法學思潮，此思潮不是光光由一個受寵的理論家在黨報上的一篇文章或是元首對其黨徒行使的一種特赦或聲援電報即可判斷之<sup>29</sup>。

(五)所以綜觀賴特布魯赫的理論，特別是由蘇聯佔領區法院的四個判決，來作為整個理論架構的例子，都不得不令人有選擇案例不妥適的感覺。援用的四個案例，都發生在戰爭時期。按每個國家在戰爭時期都會作出矯枉過正的司法判決，也因為戰爭時期讓民眾對死亡、身體法益的侵害、甚至對是非正義觀念，都有極大的扭傷，所以此時要求人民對於法律不法性的判斷，很難以承平時期的態度來斷定。以一位軍人而言，在平時面對一個有違法之虞的命令，以及戰時面對同樣的命令，相信在前者時的顧慮，一定要比後者來的多。所以賴特布魯赫的取樣時刻，挑在戰時刑案，很難想像在平日會有同樣的結果<sup>30</sup>。

其次，賴特布魯赫的不法法律，也選擇了不太具有震撼性的不法法律代表作。按所提的以告密者構成謀殺罪的間接正犯，佔了本文最多的篇幅。但是對於實證法律造成德國法律人最大危害的法律實證主義，危險來源，不在於民間的告密，而是希特勒將不法命令披上法律外衣的實證化，從而使廣大軍人及法官依法執行命令。例如惡名昭彰的紐倫堡種族法，以及觸犯戰爭罪嫌最嚴重的「政工槍斃令」（Kommissarbefehl）<sup>31</sup>。尤其是賴

<sup>28</sup> 特別是公法學者 Carl Schmitt 寫了一篇〈元首保護了法〉（Der Führer schützt das Recht）明白肯定希特勒可以下達「死亡命令」，因為元首是唯一的法官來維繫法，從而可自行判斷其界限。因此德國學界紛紛認為自從這篇文章（DJZ, 1934, S.945）刊出後，無異宣布了 Carl Schmitt 的學術生命的死刑。B. Ruthers, Carl Schmitt im Dritten Reich, S. 76（1990）。

<sup>29</sup> 關於納粹德國司法的墮落，可參見：Bernd Ruethers 的大作，《墮落的法律—第三帝國的法律學與御用司法學者》一書。（Entartetes Recht - Rechtlehren und Kronjuristen im Dritten Reich）（1989 2 Aufl.）

<sup>30</sup> 例如，最民主國家行列中的英國，在第一次世界大戰之中，判處 3,008 名士兵死刑；法國判處了 2,000 名軍人死刑。至於德國，則只判處了 150 件死刑。可見得，在戰爭時期的「民主國家」也會利用重刑來維持秩序，造成日後遭受抨擊的現象。參見：陳新民，軍中正義的最後防線，軍事憲法論，頁 338，揚智文化事業股份有限公司，2000 年 4 月。

<sup>31</sup> 希特勒在 1941 年 3 月 13 日年公布了這個命令（並公布在帝國法律公報上，從而取得法律之地位），規定德軍俘獲蘇聯軍隊的政工人員，可以無庸視為戰俘，而逕行槍斃。戰後在東歐各國對德軍進行戰



特布魯赫撰寫本文時，紐倫堡大審正如火如荼進行，大審且在本文發表後的第二個月，即審理終結（1946年9月30日），大審時所有被告幾乎沒有不援引依法或依命令的依據，但本文完全沒有一字提及此大審及所爭議的重要不法之法律，這種沒有結合當時最重要、且相關議題的司法時事，也令人覺得文中所舉案例及法條，相形之下都失之細瑣，似不無可惜。

## 二、純學術價值的賴特布魯赫定律

賴特布魯赫定律公布後，受到廣大的迴響。由本文公布時，德國各地，特別是蘇聯佔領區的法院最為積極的，依據盟軍公布的法律，對納粹黨羽及幫兇進行追究審判。面對所有被告幾乎都會援引作為抗辯的理由，德國法院也頗多明白援引賴特布魯赫的理論，作為依據。

但在過了戰後的追究納粹風潮後，東德與西德分別成立政權，西德公布基本法後主要是作為刑法訴訟之用的賴特布魯赫原則，便失去了光環，而變成了法律哲學的一種原則，很少再為法院審判實務所重視<sup>32</sup>。

而德國聯邦憲法法院，卻在一些案例中，有提到賴特布魯赫的理論，作為論證的理由之一，但沒有將之作為判斷一個法律是否違憲的主要依據。同時，此定律，也超越了刑事訴訟及刑法的界限，而及於公務員法等領

域。例如最早在1953年11月聯邦憲法法院在審理涉及男女平等與遷徙自由的修憲法律時，憲法法院認為一個修憲的法律，如果違反了基本的追求正義目的，而達到不可容忍的程度時，修憲的法律也可以構成違憲。法院明白的援引了賴特布魯赫這篇文章，作為立論的依據<sup>33</sup>，但憲法法院也承認這種「違憲的修憲」，在理論上是存在的，但既然立法者必須來斟酌現實政治與公共利益的平衡，所以要構成這種違憲的修憲案，事實上是並不容易存在的，如果在修憲的過程中能夠很明顯地得知修憲委員們有平衡法律安定性與正義的考量，即不能認為是違憲。

另一個比較受注目的案例，是1957年2月的「蓋世太保回任公職案」。依據德國基本法第131條規定，戰爭結束後擔任公職者，可以回任公職。一位前擔任國家秘密警察（蓋世太保）申請回復公職後，歷經訴訟雖然一再指稱他只是基層的治安人員且依法行事，擔任蓋世太保也是糊口的方式，全盤封殺前蓋世太保的公職之門，無異是「集體處刑」……云云。憲法法院大量援引了蓋世太保的任務、信念以及過去執行諸多不法的事蹟與法院的裁判，驗證這個組織的非法性，及其成員對不法法令與獨裁政權密切的依從性，從而不能合乎新德國所要求的職業公務員應當具有的品質。賴特布魯赫的理論也在此被一語（兩行字）提及<sup>34</sup>，不過法院幾乎把德

---

犯審理，被處刑的德軍戰犯，幾乎都無不援引此命令來抗辯，但都被定罪。參見：Woerterbuch zur Deutschen Militaer-Geschichte, Militaerverlag der DDR, S.390 (1985)；中文資料可參見：凱泰爾（Keitel, Field Marshal Wilhelm）著，伊爾文（Irving, David）英譯，劉方矩譯，凱泰爾元帥回憶錄，頁173，黎明文化事業公司，1972年。

<sup>32</sup> H. Dreier, a. a. O., S. 423.

<sup>33</sup> BVerfGE, 3, 225/232.

<sup>34</sup> 法院只簡單的提到賴特布魯赫的「法哲學」第4版，認為法律達到不可容忍程度的不法，便不是「法」的見解，但也沒援用本文。BVerfGE, 6, 132 / 198.

國學者相關的論述都納入，賴特布魯赫的理論，但也沒有扮演太強烈的角色。特別是，在緊接著引述賴特布魯赫的理論後，憲法法院長篇大論的引述了德國聯邦憲法法院長年來的見解，認為儘管納粹法許多都有符合賴特布魯赫指摘的情形，同時納粹許多的法令是依據 1933 年授權法而產生，而該「授權法」以當年的法律要件來看，是違法的。但也不能夠因此否定整個納粹法的時效性。所以必須視個別的內容而定。聯邦憲法法院肯認納粹法已經形成了有效的法秩序，避免了「無法狀態」的混亂，依據「社會學上的適用力」（*Soziologische Geltungskraft*），仍必須肯定其具有拘束力<sup>35</sup>。

同樣地，把賴特布魯赫的概念簡單的帶過，甚至沒有直指其名，可舉 1980 年的「回復國籍案」為例，聯邦憲法法院認為納粹當年恣意剝奪猶太人及不同政見國民的國籍，是符合「非法」的條件。但德國基本法已有回復國籍的相關規定，所以對於當年被剝奪國籍者，已有救濟之途徑，這是立憲者平衡法律安定性與實質正義的表現。如果當事人沒有依該條款來回復國籍，反而在該時間入籍他國，就不能夠再援引當年受迫害的歷史來要求恢復國籍<sup>36</sup>。

由上述所舉的若干聯邦憲法法院援引賴特布魯赫的原則，鮮少有決定性的作用，多半用來佐證：有這麼一種嚴重的不法性指控，但終究不敵政治的現實——在德國戰敗以後，盟軍政府也在除掉有納粹意識形態的法律以及刑法若干條文後，依舊頒布維持舊有納粹時代所有法律的效力——以及聯邦憲法

法院長年來對此政治現實所採取的一貫支持的見解。所以賴特布魯赫的定律變成有名但功效不彰的學術原理。

### 三、賴特布魯赫定律的復興？——「東柏林圍牆士兵開槍」案

由賴特布魯赫定律產生的時刻是一個專制政權甫崩潰，新政權追溯前政府官員所行使的刑法公權力，或是造成生命法益侵犯的嚴重案例來看，兩德統一之後，正提供了另一個類似的時空環境，讓「冬眠」近半世紀的賴特布魯赫定律，有重新萌芽的機會。這便是受重視的「柏林士兵開槍案」。

這在 1996 年 10 月 24 日所作出的裁定，國內已有翻譯<sup>37</sup>。其案情簡單：三位訴願人皆是前東德政府最高級官員，被控在其領導時期，所屬柏林圍牆的衛兵，開槍擊斃數位意圖攀越圍牆逃往西柏林的人民。三位儘管舉證歷歷，所屬士兵開槍皆符合當時國家法令的規定，開槍的士兵且在當時受到表揚。而兩德統一協約且規定，對前東德的犯罪，應以前東德法律為訴追之依據。故不應該受到事後的追究。但西德法院仍處訴願人四至七年不等的刑期。

賴特布魯赫的原則，在第一審的訴訟攻防時就被援引。不過在聯邦普通法院訴訟時，聯邦普通法院已經明白指出，賴特布魯赫定律雖然是針對納粹暴力犯罪而生，但亦可適用在東德圍牆的槍擊案件上。但是鑒於本定律標準的「難以界定」，普通法院特別將國際法的人權公約，特別是 1966 年 12 月 19 日制定的「國際公民與政治權利公約」所保障

<sup>35</sup> BVerfGE, 2, 307; 3, 58; 4, 74/86; 6 / 132 / 199, 200.

<sup>36</sup> BVerfGE54, 53 / 67.

<sup>37</sup> BVerfGE95. 96; 吳志光譯，「邊界圍牆守衛」案裁定，德國聯邦憲法法院裁判選輯（九），頁 1 以下，司法院祕書處，2000 年 12 月。

人民具有自由出入國境及生命權，作為補強的依據。該公約，兩德政府皆於 1976 年簽訂。至於東德雖沒依憲法第 51 條之規定（人民議會議決條約，確定其生效之日。其修改亦同。），轉為國內法，但法院亦認為這是習慣國際法，因此不能夠依此加以抗辯<sup>38</sup>。

聯邦憲法法院採行了聯邦普通法院的論述見解。易言之，誠然東德士兵開槍射擊逃亡人民，乃是依法有據，但是並不是依據賴特布魯赫定律所下的判斷：立即開槍授權規定已經構成實質的不正義，故，東德的相關法律是不法而無效的。同時，也非依據超實證法的自然法來賦予指摘系爭法令的不法性。反而，憲法法院是以東德也應該接受國際人道法的拘束，且該人道法也已經成為東德現行有效的法律，此其一；而東德哨兵開槍所涉及到的使用武器法律依據（如邊界法、武器使用法），以及涉及的刑法條文（包括殺人罪、及阻卻違法事由），都和西德的法令相差無幾，因此，足以作為判斷哨兵的行為有無構成殺人罪行，以及作為長官的訴願人有無構成教唆殺人的罪責。所以，是以東德的實證法律、以「事後」做出的解釋，來論究訴願人以往的刑責。故此實為以子之矛，攻子之盾也<sup>39</sup>。

由上述賴特布魯赫定律在訴訟中的討論，讓此主要在學術界內討論的原則，再度進入司法殿堂的實際攻防，學界也稱本案造成賴特布魯赫定律的「復興」（Renaissance<sup>40</sup>）。

但是，細觀整個訴訟過程，只有在柏林的地方法院，是完全援引賴特布魯赫定律，

法官認為：依據東德軍刑法的規定，對於犯罪的命令不必遵守。而且人命關天，東德政府，三申五令要求士兵光以翻越圍牆為由，就肯定該人民為犯罪份子，而毫無節制的開槍射殺，這種掩飾犯罪的命令，依據賴特布魯赫模式，根本是無效的，所以，可以科以刑責。

但在普通行政法院以及聯邦憲法法院的訴訟中，賴特布魯赫的定律，並沒有受到採納。其定律只作為對於系爭法令不法性的批判依據。但真正能給違反正義的犯罪人科以刑責的依據，仍是被譴責政權的法律，以及國際人道法。因此，還是實證法，且是暴虐政權的實證法，取代了賴特布魯赫的定律，發揮了法律的制裁效力<sup>41</sup>。這正如同考夫曼（A. Kaufmann）所稱的賴特布魯赫定律，並沒有提供「超實證法」來作為解決這種案件的依據。唯有透過立法者積極的作為，包括將溯及既往追訴過去不法政權所犯下惡行的許可性與界限，將以明定出來，一則以履行實質正義且兼顧法律安定性，才是解決問題的正道，光憑賴特布魯赫定律是於事無補的<sup>42</sup>。

東柏林士兵開槍案，是否是對賴特布魯赫定律的適用性，做了明確的「否定宣告」？而本案件只追訴了負責擬定政策的高級官員，而對於執行命令的基層軍人，並沒有予以追究。這也和賴特布魯赫當年公布這篇大作的對象，不是寫給納粹頭子，而是寫給廣大的「不法命令」及「不法法律」的執行者——試看，本文開頭的第一句，就知道是對於執

<sup>38</sup> 參見吳志光，同前註 37，頁 20、21、25、38、46。

<sup>39</sup> 參見吳志光，同前註 37，頁 46、47。

<sup>40</sup> 如 H. Dreier, a. a. O. S. 424。

<sup>41</sup> H. Dreier, a. a. O. S. 424.

<sup>42</sup> A. Kaufmann, a. a. O. S. 86.

行法令層次的軍人及法律人而寫的。所以，將這個屬於「政治清算」的案件，稱為「賴特布魯赫定律的復興」，似乎也不免言過其實<sup>43</sup>。

唯一要將賴特布魯赫定律與東柏林圍牆士兵開槍案連結在一起的可能性，是要論究此定律是否本來便是「以子之矛，攻子之盾」，用納粹法律的事後解釋，來論究當初濫用法律條文的犯罪行為？由本文所引述的四個案例而言，似乎都有留下這種跡象：例如第一個告密案，賴特布魯赫贊同法官的看法，完全在德國刑法第 211 條的謀殺罪構成要件，及事後的解釋推演認定，被告利用了法院作為其謀殺行為的工具，也援用了納粹時期的「間接正犯」理論；但最明顯的仍是第四個的「逃亡案」，賴特布魯赫也贊同檢察長的處置，完全的以德國刑法中的「緊急避難」條款來替被告開脫其有觸犯德國刑法中有關於「謀殺公務員」的犯行之虞。

所以，值得注意的是，賴特布魯赫實際上並沒有援引國際法的原理，以及超實證法的自然法規定，來論述上述不論是追溯納粹時期的不法官員，或者是開脫觸犯納粹法的被告，都是用新的觀點來詮釋已有的實證法

律規範內涵。所以，賴特布魯赫的這個「檢驗基準」的「隱晦不明」，加上本文的標題是「法律上的不法與超法律的法」，使得後者「超法律的法」應該和前者「法律上的不法」，相提並論，從而使讀者誤認為賴特布魯赫乃將「超法律的法」作為糾正納粹時代「法律上的不法」之依據<sup>44</sup>。

#### 四、軍人抗命與賴特布魯赫原則的適用——三個德、美案例的省思

如前所述，賴特布魯赫原則對於軍人執行命令的影響力，比起國際人道法的規範，來得小得許多。同時，後者也可以作為軍人審查上級命令並作為抗命的依據。茲以最近德國與美國發生的 3 個案例，來予說明：

##### (一)發富少校案

今年（2008 年）3 月，位於美國舊金山的「世界公民協會」（AWC, Association of World Citizens），把象徵人道精神及勇氣的最高榮譽獎「2008 年度世界公民獎」，頒給德軍現役的發富少校（Florian D. Pfaff），表彰發富少校勇於拒絕執行違反國際法及人道精神之軍事任務的勇氣。讓這一個本來只在德國出名的案件，一下子變得舉世皆知。

<sup>43</sup> 本案三位訴願人地位最高的一位，是埃貢·克倫茲。他是東德共黨最後一位黨主席，被判應服六年六個月徒刑。連蘇聯前主席戈巴契夫，也致函柏林地方法院，替他作證（兩德統一時，西德承諾將不進行政治清算），也對西德這種出爾反爾的行徑，大加抨擊。見：埃貢·克倫茲著，孫勁松譯，89 年的秋天，頁 330、332，中共中央黨校出版社，2005 年 1 月；另一本敘述東德政權崩潰前，其軍事狀況的書籍，亦可參考。特奧多爾·霍夫曼著，王建政等譯，最後一道命令，海南出版社，2001 年 7 月。

<sup>44</sup> 這也是考夫曼教授在他的著作之中，特別要加以澄清之處的。考夫曼認為，這是一個學術界普遍犯下的誤解，認為賴特布魯赫歷經了 12 年的納粹暴政統治，讓不法律律盛行，戰後才「毅然醒悟」翻轉了其原先的學說見解，由法實證主義者，轉向為自然法主義者。這個錯誤，恐怕也和賴特布魯赫的本文，一再援用納粹的實證法體系，但卻隱晦不明的指出其方法論，有極強烈的因果關係。見前註 24 處。值得重視的，當年最早將賴特布魯赫思想引入台灣的林文雄教授，在討論此問題時，也認為賴特布魯赫並沒有倒向支持自然法的趨勢，見林文雄，同註 7，頁 26、27；同樣的見解，請參見陳愛城，同註 8，頁 125，註 107。德國學界關於此「轉變論」（Umbruchthese）或「繼續論」（Kontinuitätsthese）的爭論，可參見：H.Adachi, a.a.O.S.73.

「發富少校」的案件，在國內已有學界介紹<sup>45</sup>，在此簡單再予敘述：發富少校 2003 年在德國空軍負責電腦的職務。當年 4 月，其長官命令其參與某個電腦提升計畫。發富少校認為這個計畫的目的是要支援美軍對伊拉克的戰爭為目的，來管制空中警戒與飛行安全並確保美軍在德國的軍事基地。發富少校認為依其所得知國際法及法律知識，確認美軍並未獲得聯合國安理會的授權來進攻伊拉克。同時依據德國基本法第 26 條第 1 項也有明白禁止侵略戰爭的明文規定，所以德國軍人也不應當以任何方式支援美國的侵略戰爭。因此他本於「良知」，且援引德國軍人法第 11 條第 1 項的規定<sup>46</sup>，拒絕接受上級的命令。在此之前的 3 月 29 日，發富已經致函給當時的聯邦眾議院國防監察員 Penner 表達他對德國參與協助英美對伊拉克的作戰是違反國際法與德國憲法的決定，他要求國防監察員儘速挽回這種錯誤，以避免更多軍人同胞執行或不執行此種違反國際法及人道命令的法律責任。

德國國防部立刻做出反應，先將發富少校調到衛勤單位，後將發富少校調去做精神檢查長達一週。檢查結果健康無慮。國防部先脅迫其退伍，發富拒絕後，軍事法院做出降級為上尉的判決。發富隨即向聯邦行政法院提起上訴。兩年後（2005 年 6 月）法院作

出平反的判決，發富少校回復原任職務。法院肯定發富少校的主張，認為的確依國際法，英美政府並無獲得聯合國安理會決議的授權，來進攻伊拉克，同時德國依北大西洋公約組織等，都無義務去支援盟國違反聯合國憲章的戰爭行為。所以上訴人基於良心判斷以及援引軍人服從義務的界限，是可以合法地行使抗命權<sup>47</sup>。

發富少校雖然贏得了訴訟，但個人的軍人生涯也一同蒙上了陰影。事件發生時，這位 48 歲的少校，軍職生涯已滿 30 年之久。官司獲勝後，德國國防部立刻發布長達 22 頁的說帖至各級部隊，來避免類似的事件發生。尤其令德國國防部難堪的是，發富少校自從抗命後，一夕成名，先後在 2006 年及 2007 年獲得德國兩個著名的人權團體的獎章。2008 年 3 月且將抗爭過程出版了一本《職務殺人》（Totschlag im Amt），並同時獲得當年的「世界公民獎」。所以國防部決定封殺發富少校的升遷機會，將發富少校調到無足輕重的後勤單位，為此發富也提出行政訴訟。發富少校成功的案例，在德國卻引起正反不同的批評。媒體及人權團體當然極力支持，但不論是現役軍人協會、甚至以保護軍人人權為職責的國防監察員，都持著不同意見，但低調的態度<sup>48</sup>。但影響力是頗大的，且產生發酵作用。接著 2007 年 3 月發生了「羅斯中

<sup>45</sup> 陳新民、范聖孟，同註 1，頁 10 以下。

<sup>46</sup> 德國軍人法第 11 條第 1 項規定：軍人應服從其長官。對於長官之命令，應以最大之能力完全的、自覺的及迅速的達成之。對於長官違反人性尊嚴及非為達成勤務目的所頒發的命令不予遵守者，不屬於不服從命令之行為。對長官命令誤認為有上述情況而不予遵從者，唯有在該誤認係不可避免即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。參見：陳新民，同註 1，頁 108 以下。

<sup>47</sup> 參見陳新民，同註 1，頁 13 以下。

<sup>48</sup> 如德國現役軍人協會會長 Gertz 所說的：「如果每個軍人都可以援用良知來拒絕命令的話，那麼德國國軍就報銷了」。Der Fall Florian Pfaff: Wie viel Gewissen darf ein Major haben?, [www.worldcitizens.de/pdf/bibliothek/2008-03-08\\_\\_Nuernberger\\_\\_Nachrichten\\_Florian\\_Pfaff.pdf](http://www.worldcitizens.de/pdf/bibliothek/2008-03-08__Nuernberger__Nachrichten_Florian_Pfaff.pdf), 2008 年 6 月 18 日。

校案」。

### (二) 羅斯中校案

一位在德國巴伐利亞軍區司令部負責海外派遣軍事任務的羅斯中校（Jürgen Rose），得知聯邦眾議院已經在同年 3 月 9 日同意聯邦政府派遣先進的「颶風」戰鬥偵察機（Tornado）支援美國阿富汗戰爭的決定。而派遣該批戰機的作業正是屬於羅斯中校所負責的業務。因此羅斯中校在 3 月 15 日向上級機關書面表明：由於德國並未受到阿富汗或其盟邦的攻擊，因此德軍不得進行屬於侵略的戰爭。同時德軍將負責協助美軍管制南阿富汗的空域，而此正非聯合國安理會所授權的行動。也構成了協助美國布希總統對阿富汗發動所謂的「十字軍」行動。所以本於其良知，羅斯中校將拒絕執行任何與派遣德軍助戰的任何勤務。

羅斯中校是德軍中最著名的學者與評論家。曾在國內外各大學講學，所研究的國際戰略、軍事法、國際法等專長，使他總共發表了 270 篇的文章。他的公然抗命的理由自然洋洋灑灑，給國防部的壓力更大。雖然此次德軍派出（6 架至 8 架）「颶風」戰鬥機參戰，也是獲得國會明白的授權<sup>49</sup>，屬於「師出有名」，羅斯中校的抗命，其合法性爭議當然就更困難。再加上有了發富少校的前例，德國國防部此次不敢孟浪行事，迅速批准了其申請並將羅斯中校調為地勤，羅斯中校案也就沒有引起太大的風波。

在德國接連產生兩個案例後，似乎抗命者都得到了德國法律的肯定。但美國軍隊所

發生的「和多田中尉案」似乎就沒有那麼幸運。

### (三) 美國和多田中尉案

美國在 2005 年曾經發生一位士兵本德曼（Kevin Benderman）拒絕調赴伊拉克作戰，以抗命罪判處監禁十三個月，並開除軍籍退伍。2006 年 6 月，一位日華混血的中尉和多田（Ehren Watada）在部隊開拔赴伊拉克作戰前，也拒絕出征。和多田自認為並非和平主義者，但他認為他寧可赴阿富汗，也不願意參加伊拉克戰爭。在出征前，他閱讀了若干伊拉克歷史、地理的書籍以及反覆閱讀有關美國為何要出兵伊拉克的論述資訊，並獲得了確信：美國沒有任何出兵伊拉克的理由，包括指控海珊政權與 911 恐怖活動有關、伊拉克擁有大規模邪惡的毀滅性武器……。而他所率領的部屬隨時都可能犯下戰爭罪行，所以他先要求退伍。但軍方以未滿服役八年為由否決後，便公開抗命。可能由於年輕氣盛，他且將矛頭針對布希總統，說了許多例如「總統公然欺騙軍人」、「總統行為無異鼓勵軍人效尤反叛」……等言論。

因此美國軍方指控他至少犯下三項罪行<sup>50</sup>，極可能最高可處六年有期徒刑，在 2007 年 2 月 5 日，軍事法庭開庭，不僅被告所要求傳喚的證人，大多被拒絕出席外，主審法官還很清楚地拒絕考慮被告所提出來的「伊拉克戰爭是違反國際法與憲法的戰爭」以及「美國參加伊拉克戰爭是錯誤的」理由。易言之，和多田中尉援引的良知理由所繫的「抗命標的及原因的品質」問題，將不會成為論定和

<sup>49</sup> 德國國會在授權後，並在 2005 年 3 月 18 日制定了一個「國會參決法」（Parlamentsbeteiligungsgesetz），將德軍在海外作戰的決策納入國會參決的範圍之內。關於本法的合憲性問題可參見：T.Schaefer, 《Verfassungsrechtliche Grenzen des Parlamentsbeteiligungsgesetzes》S.187（2005）。

<sup>50</sup> 這是德國兩個抗命案所沒有「針對長官個人言行」的現象，也因此美國軍方指控的理由之一，便是中尉言語的粗魯不當，不是一位紳士所應有的行為。

多田中尉抗辯是否合法的依據。也似乎預告了和多田中尉多舛的命運<sup>51</sup>。

上述三個德國與美國軍人行使抗命權，成功的例子是以德國為顯著。這是因為德國軍人法明白規定軍人必須依良知來服從命令；同時任何有違反人性尊嚴、違反法令及國際法的命令，視為違法之命令，部署從而沒有服從的義務。

既然軍人可以利用法令、國際法以及個人的良知，來審核長官的命令，一方面可以給軍人帶來切身的利益，避免構成犯罪的要件；另一方面則可能給軍人帶來切身的危害：軍人可能因抗命罪而遭到軍法制裁。尤其是軍隊領導階層大都不樂見、甚至痛恨（如美國軍方對和多田案件的看待）軍人行使這種權利。

如果以賴特布魯赫定律來檢驗上述兩個德國軍人成功抗命的案例，可否推論出此定律賦予了德國軍人合法抗命的理論依據？答案顯然令人洩氣：德國軍人成功抗命的理由是：依據實證法律所做的「適法解釋」，而且也非在政權遞嬗以後所做出的解釋。而其關鍵之處，乃在於承認國際人道法，以及國際法的一般原則對軍人命令合法性判斷的拘束力。

另外一個抵觸賴特布魯赫定律的是，在第二個德國軍人抗命案中，涉嫌抗命的軍人尚且質疑了國會已經通過法律，國防部據以執行而發布參戰的命令<sup>52</sup>。對於一個尚未被提出釋憲的法律所衍生的命令，一個軍人甚至可以質疑其違反國際法為由而不服從，其情形和前述「壹、楔子」處所提及的我國行政院所發動的319真調會抵抗權，頗為類似。在此情形，沒有適用賴特布魯赫所質疑的該

相關實證法是否已經達到了「不可容忍」的「不法程度」；同樣也沒有抨擊現在德國政府本質上已達到違反人權的「不法」政府的程度！

所以，賴特布魯赫定律沒有能提供解決此兩件德軍抗命爭議的合法性依據。反而是柏林圍牆圍牆士兵槍擊案，法院強調國際法的優越性，才能提供上述案件明確的依據。

## 肆、結 論

這篇小文章，藉著翻譯賴特布魯赫這篇經典之作，讓作者有機會細讀全文，並細索賴特布魯赫在在鑽研法學一生達到最後階段時，所表達對不法法令所遵守的界限與判斷問題。賴特布魯赫的微言大義，糾正了吾人以往不少對其理論的見解。其中，最重要的是，賴特布魯赫自始自終都強調了實證法律的重要，以及利用實證法律，以及所產生的形式司法，來追求法律安定性與實質正義。而法律安定性不能夠落入傳統僵硬的實證主義，認為惡法亦法。毋寧應該認為：惡法乃褻瀆了、傷害了及濫用了法律安定性的原則。唯有肯定法律安定性有「質」上的判斷，才會導致出：「法律安定性應當列入實質正義的一環」的結論。

所以，賴特布魯赫不會盲目追求超實證的自然法，而放棄實證主義。如同不要追求空中的彩霞一般。

這種論證，也可以連結「壹、楔子」所提到的2004年10月所發生的內政部長下令所屬公務員行使抵抗權的問題。行使抵抗權的合法時機，儘管德國基本法採納本制度，至今剛好滿40年，但德國從來沒有成功實施

<sup>51</sup> 至於和多田中尉的訴訟結果，目前尚不得知。[http://en.wikipedia.org/wiki/Ehren\\_Watada](http://en.wikipedia.org/wiki/Ehren_Watada)，2008年6月18日。

<sup>52</sup> 見前註48處。

此一行為的事例。抵抗權實施的合憲場合，如依德國基本法的當初設想，應當是國家已經淪為不法統治之時。而此種設想，納粹第三帝國時代無疑是最好的例證。賴特布魯赫面對納粹這種國政，似乎也應當提倡使用抵抗權，方能突顯對此不法政權的鄙視。但賴特布魯赫沒有採納這個主要是源於自然法制度。從而，也可以規避行使抵抗權仍不可不討論的其他困難議題——如同在「壹、楔子」處註 5 處本文——，例如可否採行殺人的手段？有無比例原則的適用？對行使抵抗權時機的政府「不法」行為的界定？對不法政權頒布的法令秩序應否認認？……所以抵抗權的行使，雖然也是源於自然法，也是針對不法政權，而其手段甚且超越了只是屬於不作為的抗命，而可以有積極行為——抗暴、甚至殺害官員或暴君——，但是卻獲不到賴特布魯赫的青睞。所以對於極度不法的政權，賴特布魯赫也只使用了有針對性不法律、命令及事項的抗命，而非抵抗權的行使。

由上文所提到的德國聯邦憲法法院對柏林圍牆士兵槍擊案的判決依據，以及兩個德國校級軍官成功地拒絕執行不法命令案件，抗拒不法命令的法令依據，仍必須要有清楚地成文規範不可。易言之，我國關於公務員法律只是概括將此種不法命令，使用了「違法」的字樣，而沒有將違反人性尊嚴及國際法的原則包括在內，而依我國憲法（以及東德憲法一樣），任何國際法的規定仍然必須經過一種「轉化（transformation）」的程序。例如我國憲法雖然在第 141 條宣示我國的外

交應尊重條約及聯合國憲章，但依憲法第 58 條第 2 項及第 73 條規定，以及司法院釋字第 329 號解釋，都必須透過行政院會議及立法院議決或審議，才能夠使我國與外國或國際組織所締結的條約與公約，產生國內法的拘束力。我國特殊的國情，在退出聯合國之前，本已批准若干聯合國人權公約，但退出聯合國後，這些國際公約，已即退出聯合國之後，許多新通過的國際公約，有無我國實證法的效力？頗值得討論。但學界似乎採取否定論者為多<sup>53</sup>。大法官在司法院釋字第 549 號解釋雖然也有提到「國際勞工公約」，但卻只是作為指示立法者參酌修法的依據。因此我國因為退出聯合國，也喪失了透過簽署與批准諸多國際協約的機會，例如消除對婦女一切歧視公約、難民地位公約、禁止酷刑以其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇及處罰公約等<sup>54</sup>。

所以，國際法上這些重要的構成人性尊嚴、不法規範的成文規定，便很難深入到我國軍人及公務人員的執法意識之中。

在此也可以舉一個我國軍人判斷命令是否不法的例子來說明我國軍人在面對命令是否不法，從而因否執行所謂遭遇到的困境：

按我國國防建設的防衛對象，乃是與中國大陸所產生的武力衝突。一旦產生此武裝衝突時，我國國軍所採取的武力行動，便面臨了應否遵循習慣國際人道法的規範問題。馬英九總統在就職前的 2007 年 9 月 29 日的國際法研討會上，認為海峽兩岸雙方都應當適用這種規範<sup>55</sup>。

<sup>53</sup> 參見：廖福特，引進人權準則——比較分析與台灣借鏡，國際人權法——議題分析與國內實踐，頁 45 以下，元照出版有限公司，2005 年 4 月。

<sup>54</sup> 參見廖福特，同前註 53，頁 84。

<sup>55</sup> 參閱：<http://news.yam.com/can/politics/200709/20070929795893.html>，2008 年 6 月 25 日。



按 1995 年 12 月國際紅十字會國際委員會受第 26 屆與紅新月國際大會委託編寫一份「習慣國際人道法規則」，來規範國際性與非國際性武裝衝突。2005 年正式出版。這份「規則」不以「相互性」為原則（第 140 條），易言之，不得以「互惠」方式做為遵守的前提，所以屬於「普世法」<sup>56</sup>。這也是前文提及柏林圍牆士兵槍擊案，東德政府未將相關國際公約轉換成內國法，但並不妨礙德國聯邦憲法法院對此規範效力的認定。

而此「規則」也明定每個戰鬥員都有不服從「明顯不法」的命令（第 154 條），以及服從這種不法的刑事責任（第 155 條）。在課予義務方面，有許多嚴格的規定，例如不能使用一定的武器（包括子彈、地雷）；對於平民與喪失戰鬥力者，也有許多禁止的條款，例如不能夠施以酷刑、殘忍或不人道、侵犯人身尊嚴與侮辱、降低身分的待遇；禁止體型；禁止無償或強迫勞動……等，由這些原則都會導出對戰爭手段許多以往軍人所不熟悉的禁令。例如戰役慘烈時，常會有「不留俘虜」的命令（第 46 條）；採用焦土作戰方式（第 54 條）；採取飢餓圍城戰略（第 53 條）；利用詐術來殺害、傷害或俘虜敵人（第 65 條）；禁止濫用敵方旗幟或軍服等行為（第 62 條）；不能假裝豎白旗（第 58 條）

……，都是適例。而違反上述規則者，對於戰爭罪的處罰，並沒有時效的限制（第 160 條），可知都是會給予違法軍人帶來相當的不利。

這些將人性尊嚴概念帶入規範戰爭行為的實證規範，無疑是對法律安定性的一大貢獻。也是達到實質正義最具體的步驟。然而，此些規範，就我國目前的法制而言，則存在了兩個嚴重的致命缺憾：第一，我國國家機關，尚未承認這個具有 161 條條文規則的拘束力。因此要將這個具有國際良知及宣揚普世人權價值的國際人道法付諸實踐，便須立即進行成文化的程序不可。第二，我國目前也沒有將這個規則譯成官方語言的譯本<sup>57</sup>，所以無由為我國軍人所知悉。這兩大缺陷都讓我國的軍人喪失「知悉」其命令為合法或不法的判斷力<sup>58</sup>。

賴特布魯赫的經典之作，留給我們思考軍人及公務員如何抗拒不法法令的問題時，也同時讓人了解部屬們不可避免地會遭逢到如何「判斷」不法性的困境。而唯一能夠妥善消除及預防此困境者，唯有將先進的理念透過納入明確的實證法體系來確認之，就像將內容不免抽象的「人性尊嚴」理念，透過國際人道法的立法方式，來貫徹之。<sup>59</sup>

<sup>56</sup> 廖文盟，初探兩岸武裝衝突與國際人道法爭點，律師雜誌，第 399 期，頁 41，2007 年 12 月。

<sup>57</sup> 中國大陸則已在 2007 年 10 月 12 日在北京發行第一卷的簡體字版。參見廖文盟，同前註 56，頁 28。

<sup>58</sup> 在此可隨便舉一個例子：如果我國哪大海軍某艦隻與鄰國，例如菲律賓海軍發生衝突，對方軍艦為我方擊沉後，艦長下令返航，而不對對方落水船員施以救援。請問該軍艦的官兵能否拒絕返航的命令（1958 年公海公約第 12 條及 1982 年海洋法公約第 12 條，都有此救助義務之規定。）？如果艦長宣稱，如不返航將會遭致更大的危險（例如對方大軍將至），部屬能否判斷該說詞？（按前述兩個公約條文都有附「但書」：在不嚴重影響船舶、船員或乘客之情形下，才有救助義務。）

<sup>59</sup> 德國名學者 Karl Larenz 也指出：德國基本法第 20 條第 3 項著名的條款：法律及法有直接拘束國家行政、立法及司法的效力。這表明了實證法與法是部分重疊，另一部份並不重疊。一個法治國家就是要建立一個「正確的法治國」。也就是要創造、發展及貫徹一個朝向正確意義的法的國家。同時，確保了法律的和平性。將「法」入憲，無疑也是利用實證法的體系，將此抽象的概念來確認其效力。Karl Larenz, *Richtiges Recht*, S. 142 (1979) .

## 參考文獻

### 一、中文資料

1. 吳志光，司法與歷史的轉型正義糾葛——兼論歐洲人權法院關於 1945 年至 1949 年德東蘇聯佔領區土地改革之裁判，月旦法學雜誌，第 151 期，2007 年 12 月。
2. 吳志光譯，「邊界圍牆守衛」案裁定，德國聯邦憲法法院裁判選輯（九），司法院祕書處，2000 年 12 月。
3. 拉德布魯赫著，王樸譯，法律的不公正和超越法律的公正，法哲學，法律出版社，2005 年 7 月。
4. 林文雄，賴特布魯赫的自然法論，法實證主義（國立台灣大學法學叢書 7），自版，1976 年 4 月。
5. 邱華君，公務人員服從命令義務之探討，人事行政月刊，第 132 期，2000 年 6 月。
6. 埃貢·克倫茲著，孫勁松譯，89 年的秋天，中共中央黨校出版社，2005 年 1 月。
7. 特奧多爾·霍夫曼著，王建政等譯，最後一道命令，海南出版社，2001 年 7 月。
8. 陳愛娥（譯註），Custav Radbruch 的生平及其著作，政大法學評論，第 51 期，1994 年 6 月。
9. 陳新民，法治國家的軍隊——兼論德國軍人法，軍事憲法論，揚智文化事業股份有限公司，2000 年 4 月。
10. 陳新民，法治國家原則之檢驗，元照出版有限公司，2007 年 7 月。
11. 陳新民，雨過天青麗日來——談中國大陸行政法發展與台灣行政法學的影響，陳長文六秩誕辰祝壽論文集，陳長文教授六秩華誕祝壽論文編輯委員會，2004 年 9 月。
12. 陳新民，軍中正義的最後防線，軍事憲法論，揚智文化事業股份有限公司，2000 年

4 月。

13. 陳新民，國民「抵抗權」的制度與概念，憲法基本權利之基本理論（下），元照出版有限公司，2002 年 7 月五版二刷。
14. 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，2006 年 7 月。
15. 凱泰爾（Keitel, Field Marshal Wilhelm）著，伊爾文（Irving, David）英譯，劉方矩譯，凱泰爾元帥回憶錄，黎明文化事業公司，1972 年。
16. 廖文盟，初探兩岸武裝衝突與國際人道法爭點，律師雜誌，第 399 期，2007 年 12 月。
17. 廖福特，引進人權準則——比較分析與台灣借鏡，國際人權法——議題分析與國內實踐，元照出版有限公司，2005 年 4 月。
18. 劉幸義，五分鐘法律哲學，中興法學，第 35 期，1993 年。

### 二、外文資料

1. A. Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das Namen der DDR begangene Unrecht, NJW, 1995, S. 82.
2. Bernd Rüethers, Carl Schmitt im Dritten Reich, S. 76 (1990).
3. Bernd Ruethers, Entartetes Recht - Rechtlehren und Kronjuristen im Dritten Reich (1989 2 Aufl).
4. H. Adachi, Die Radbruchsche Formel, S. 97 (2006).
5. H. Dreier, Radbruch und die Mauerschützen, JZ, 1997, S. 423.
6. Karl Larenz, Richtiges Recht, S. 142 (1979).

7. T. Schaefer, Verfassungsrechtliche Grenzen des Parlamentsbeteiligungsgesetzes, S.187 (2005).
8. Woerterbuch zur Deutschen Militaer-Geschichte, Militaerverlag der DDR, S.390 (1985).

### 三、網站資料

1. Der Fall Florian Pfaff: Wie viel Gewissen darf ein Major haben?, [www.worldcitizens.de/pdf/bibliothek/2008-03-08\\_\\_Nuernberger\\_Nachrichten\\_Florian\\_Pfaff.pdf](http://www.worldcitizens.de/pdf/bibliothek/2008-03-08__Nuernberger_Nachrichten_Florian_Pfaff.pdf), 2008年6月18日。
2. <http://news.yam.com/can/politics/200709/20070929795893.html>, 2008年6月25日。
3. 今日新聞網「謝揆：只要真調會合憲 閣員可接受調查 不會行使抵抗權」, <http://www.nownews.com/2005/03/20/301-1767140.htm>, 2008年6月25日。
4. 自由時報電子新聞網「蘇嘉全：公務員有抵抗權」, 網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2004/new/oct/7/today-fo9.htm>, 2008年6月25日。
5. 和多田中尉個人網站, [http://en.wikipedia.org/wiki/Ehren\\_Watada](http://en.wikipedia.org/wiki/Ehren_Watada), 2008年6月18日。