

摘 要

當職務命令違法時，下級公務員一方面必須面對上級的命令，另一方面又必須依法行事，因此陷入了兩難的困境。有鑑於犯罪成立要件中「違法性」這個要素的任務之一，是在於消弭不同法領域間的衝突，所以在思考如何解決上述的問題時，也必須一併斟酌公法上的設計（關於命令拘束力的認定標準以及異議程序）。

首先，只有具拘束力的命令才會形成服從義務。當一個命令違法時，並不必然會失去公法上的拘束力，而只有明顯違法的命令才不具拘束力。在命令不具拘束力的情形，既然下級公務員在公法上並沒有執行這種命令的義務，那麼執行此種命令的行為在刑法上自然也就不能夠阻卻違法。至於那些違法但仍具拘束力的命令，則還是會對於下級公務員形成服從義務。此時下級公務員便是處於法律義務相衝突的情況。於此，應適用義務衝突的處理規則，衡量服從義務與依法行為的義務在具體個案中孰輕孰重。

而在利益衡量之前，必須先檢視公務員法上的行為規範。倘若下級公務員對於命令的適法性有所懷疑，並且也依照公務員法上的相關規定提出了異議，但其上級長官仍維持原命令時，下級公務員便還是負有執行該命令的義務，其執行命令的職務行為便得依刑法第 21 條第 2 項阻卻違法。這是基於刑法補充性或是法秩序評價一致性的考量所導出之必然結果。相反的，若行為人並未提出異議，那麼就只有當服從義務在具體個案中優於合法行為之義務時，其行為始得阻卻違法。最後，該項但書的「明知條款」應屬對於此一阻卻違法事由之主觀要件之特別規定，亦即只要行為人「非明知」命令違法，即屬具備本項的主觀阻卻違法意思。