



最高檢察署

Supreme Prosecutors' Office

2023
10月月刊

E-paper



1. 「從國際刑事法院 (ICC) 對普丁發布逮捕令談戰爭等罪之適用及管轄問題」
法學論壇 / 新聞稿 P1
2. 113 年二合一選舉查察座談會 P3
3. 「從國際刑事法院 (ICC) 對普丁發布逮捕令談戰爭等罪之適用及管轄問題」
法學論壇 / 研討會紀錄 P4
4. 快樂讀法律 P37

20220921 創刊 (歡迎公益推廣)

ISSN : 2958-0315
EISSN : 2958-0323
GPN : 2011100016

No. 14
2023 年 10 月第 14 期

最高檢察署全球資訊網
<https://www.tps.moj.gov.tw/>
發行 最高檢察署 / 編輯 蘇偉玉、柳瑞宗、許祥珍

► 112.10.13 「從國際刑事法院 (ICC) 對普丁發布逮捕令談戰爭等罪之適用及管轄問題」法學論壇

一、最高檢察署與臺灣法學會、新時代法律學社及民間國安智庫等於 13 日共同舉辦「從國際刑事法院 (ICC) 對普丁發布逮捕令談戰爭等罪之適用及管轄問題」法學論壇，各界反應熱烈

我國面對當前台海局勢的嚴峻挑戰與威脅，除軍事備戰不可一日鬆懈外，對國際刑事法律有關制裁戰爭等罪之適用及管轄，也應有所探究，故最高檢察署特邀請此領域之專家學者深入探討，希能喚起各界對此議題之重視。

會議邀請臺灣大學林鈺雄教授、中央研究院廖福特教授、清華大學黃居正教授、成功大學陳怡凱副教授及最高檢察署蔡秋明檢察官、張安箴檢察官進行報告，深入剖析 ICC 管轄之四種犯罪類型與羅馬規約之重要內涵，並將重點置於臺灣要如何與國際刑事法院的管轄接軌，俾將國際刑法引入作為我國的無形防禦屏障。現場與會及線上參加合計超過百人，國防部、法務部也派員參加，國內少見相關議題研討會，各界相當關注。

二、目前我國國家安全受到各種不同形式的威脅，需與國際刑法接軌，爭取國際的支持，對於發動戰爭者形成各種形式的制約

檢察總長邢泰釗致詞表示：「如果臺灣發生事故，我們如何從心理、法律等等各方面，爭取國際各界



最高檢察署法學論壇合影



邢檢察總長致贈與會報告人感謝紀念品

支持，對戰爭的發動者形成各種形式的制約？也有民衆質疑：加入國際刑事法院，對好戰者有警惕作用嗎？我們從 ICC 對普丁以違反羅馬規約第 8 條，核發逮捕令之後，可以看出對普丁形成很大的國際壓力，所以我們要『抱最壞的打算，做最好的準備』，這是一個藉由對接國際法、讓臺灣走入國際社會，進一步形成『無形防衛屏障』的契機」。

最高檢察署張安箴檢察官報告研討議題背景表示：「2022 年 2 月俄羅斯舉兵入侵烏克蘭，除在布查大量殺害非武裝平民外，並將數千名烏克蘭兒童強制移到俄羅斯境內，為此，ICC 首席檢察官認俄羅斯總統普丁涉及戰爭罪等罪嫌而向 ICC 法庭聲請核發逮捕令，所有規約會員國都有義務於普丁入境時將其逮捕送交國際刑事法院。烏克蘭總統澤倫斯基訪問 ICC 時表示：『只有讓侵略者負責時，永久的和平才是可能的』」。

成功大學陳怡凱副教授指出：「ICC 發出對普丁的逮捕令具有一定作用，普丁為避免被羅馬規約的 123 個會員國逮捕，已幾乎不敢離開俄羅斯。」；「據南斯拉夫法庭法官 Schomburg 表示：國際刑事法院首席檢察官 Karim Khan 所發出的逮捕令在現在就已經起作用了。光是普丁幾乎不敢離開自己的國家，只是用視訊的方式出現，就已經顯示出效果。即使普丁也發出聲明表示：國際刑事法院的逮捕令沒有意義，甚至俄羅斯也發佈逮捕令，通緝國際刑事法院之首席檢察官與法官。但現在根據國際共同體之獨立性法官所下達的逮捕令，每一個人都可以說：普丁先生是一個被國際通緝的戰犯」。

清華大學黃居正教授指出：「臺灣爭取成為國際刑事法院之締約國，有助嚇阻潛在危害，更應竭力將國際刑事法院規約內國法化，促使國內的法律環境與國際接軌，有效實踐國際條約」。

三、學者專家認為臺灣應依羅馬規約，聲明加入國際刑事法院，並將國際刑法內國法化

臺灣大學林鈺雄教授指出：「臺灣可以依『國際刑事法院羅馬規約』第 12 條第 3 項，聲明接受國際刑事法院 (ICC) 管轄權；國際刑法有內國法化的必要」「例如可仿效德國進行『內國法化』的立法，否則無法實際反應出國際不法內涵，同時，也可藉此確保我國自身具有追訴規約犯罪的權限」。

中央研究院廖福特教授指出：「臺灣面對可能的戰爭威脅，或各種其他的侵略威脅，依羅馬規約參與國際刑事法院，在某個層面上能克制中國之行動，對臺灣之安全保障有一定之幫助。」至於參與

方式，廖教授指出：「2022 年 5 月兩公約審查時，國際審查委員會的結論性建議第 17 點：建議中華民國 (臺灣) 根據國際刑事法院羅馬規約第 12 條第 3 項發表聲明，承認國際刑事法院的管轄權。」

「發表聲明只要提給國際刑事法院秘書處書記長即可，或許有成功的可能性」。

最高檢察署蔡秋明檢察官建議：「要先設法確立中華民國臺灣在國際上的國家地位；請求加入羅馬規約成為會員國；於成為羅馬規約會員國之前，在適當時機向 ICC 書記處正式聲明接受管轄意願」。

四、俄國在烏克蘭所犯刑法犯罪，經烏克蘭特別戰爭罪行檢察官辦公室調查之案件數高達 8 萬件

政治大學副教授張佳康指出：「我國應進行批准羅馬規約加入 ICC 的程序，並同時聲明自願接受 ICC 管轄。另外國際刑法內國法化有其必要性。國際刑事法院制裁的效力，涵攝不止限普丁或國家元首，包括其軍事和執政指揮鏈人員都有管轄權。」

「目前烏克蘭特別戰爭罪行檢察官辦公室進行調查俄國在烏克蘭所犯的刑法犯罪，已經有多達 8 萬件」。

五、對於戰爭等罪之適用與管轄，與國際法接軌及內國法化問題，我國有其急迫性及必要性

與會學者專家均認同，現代戰爭是全面性的，除了有形武裝的防衛戰力整備，在經濟面、國際政治乃至國際法等面向，更無一不是戰場，因此，藉由加入羅馬規約與國際法秩序接軌，同時進行內國法化，形成「無形防衛屏障」，確有其急迫性及必要性，此有賴相關單位齊心努力。



最高檢察署法學論壇現場

➤ 113 年二合一選舉查察座談會



宜蘭地檢署查賄團隊緊密結合，盯緊偵查進度、掌握偵辦契機



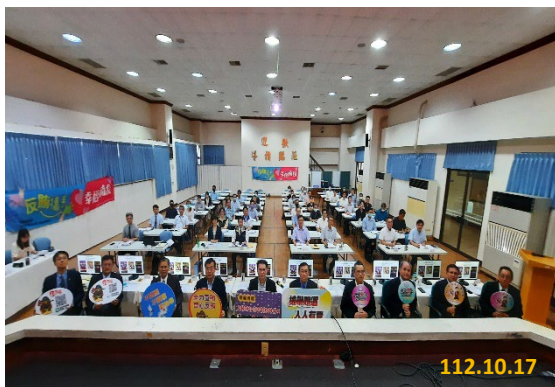
金門地檢署加強現職軍人法治教育，以強化國安意識



花東發揮團隊查賄精神，採取「跨轄區域聯合查賄」



花蓮高分檢指派專責檢察官進駐南花蓮、北臺東及蘭嶼、綠島協助查察



南投地檢署幅員遼闊，查賄團隊一步一腳印，深入熱區掌握選情



士林地檢署將集中火力、重兵部署嚴查選舉賭盤及境外勢力介入選舉



臺北地檢署就選情假訊息、境外勢力資金介選、選舉賭盤及暴力介入及群眾事件等，均成立專組



連江地檢署 4 鄉 5 島鋪天蓋地分眾進行反賄選宣導，整合五大平台「情資共享、分進合擊」

➤ 「從國際刑事法院 (ICC) 對普丁發布逮捕令 談戰爭等罪之適用及管轄問題」法學論壇

聯合國於 1998 年在羅馬召開會議，通過「國際刑事法院規約」(或稱「羅馬規約」，Rome Statute of the International Criminal Court)，規約於 2002 年 7 月 1 日生效，自此，常設性的國際刑事法院 (International Criminal Court，簡稱 ICC) 在海牙正式成立，管轄四種犯罪類型，即：侵略罪、戰爭罪、反人類罪及種族屠殺罪。2022 年 2 月俄羅斯入侵烏克蘭，並將數千名兒童強制移到俄羅斯境內，為此，ICC 首席檢察官認俄羅斯總統普丁可能涉及戰爭罪等罪嫌，向 ICC 預審法庭聲請核發逮捕令，目前仍繼續調查中。



國際刑事法院 ICC 對俄羅斯總統普丁發布逮捕令之簡要事實 最高檢察署 / 張安箴檢察官

首先，俄羅斯自從 2013 年起就開始對烏克蘭採取軍事行動，當時俄羅斯總統普丁向烏克蘭親俄領導人亞努科維奇表示，希望烏克蘭不要與歐盟簽訂自由貿易協定，由於簽訂協定是亞努科維奇的競選承諾，烏克蘭民眾認為亞努科維奇違背當初的承諾，於是爆發了大規模抗議，也就是廣場起義。民眾訴求總統與歐盟洽談並簽訂自由貿易協定，但總統因受俄國影響深化而不願意，並逃亡莫斯科，烏克蘭頓時成為無領導人狀態。後來烏克蘭國會決議革職總統，並進行選舉，選出親西方的總統上台。這引發俄羅斯很大的危機感，因為俄羅斯跟烏克蘭的歷史有很多恩怨，分分合合，俄羅斯曾經擁有烏克蘭，曾經擁有就想永久擁有，因此烏克蘭雖然獨立，但俄羅斯始終覺得芒刺在背。



為什麼烏克蘭對俄羅斯那麼重要？因為失去烏克蘭這塊領土，俄羅斯就無法自稱為橫跨歐亞大陸的大國，所以一直想找理由收回烏克蘭。在亞努科維奇逃到莫斯科，烏克蘭的新總統上任後，俄羅斯就在 2014 年 2 月出兵併吞克里米亞。克里米亞是位於烏克蘭領土下方的小半島，具有戰略地位，戰艦、部隊都需要從克里米亞經過。所以俄羅斯有計畫的併吞克里米亞，並且佔領當地的國會，讓國會決議通過加入俄羅斯。烏克蘭認為俄羅斯怎麼可以在軍事佔領下要求國會表決加入俄羅斯，該決議不合法。但俄羅斯很快通過法律承認，並修憲將克里米亞劃入俄國領土。聯合國後來也做出決議，對俄羅斯在佔領克里米亞期間使克里米亞國會通過加入俄羅斯的決議違法。但俄羅斯沒有理會聯合國的決議，並得寸進尺地繼續煽動烏克蘭東部的頓巴斯地區反抗烏克蘭。所謂頓巴斯地區就是包括頓涅茨克跟盧甘斯克的地區，俄羅斯派遣一些沒有

軍隊標示的軍人進入頓巴斯，與當地親俄民兵結合製造動亂，準備造反。頓巴斯的人民很多來自俄國，主要語言是俄語而不是烏克蘭語，文化、經濟也跟俄羅斯比較有連結，很容易受到俄羅斯的煽動。



另外，這個戰爭也跟北約的擴張有關，放上一張北約地圖讓大家參考，可以看到本來俄羅斯的領土很大，跟德國、奧地利、土耳其接壤，地圖上標的 123456 地區，以前都屬於俄羅斯，就是愛沙尼亞、拉脫維亞、立陶宛、波蘭，也包含羅馬尼亞、白俄羅斯、烏克蘭、克里米亞這些地方，以前也都是俄羅斯的。因為第一次世界大戰後，俄羅斯跟德國簽訂和平條約，所以放棄 123456 地區，還有白俄羅斯、烏克蘭、克里米亞的主權，領土大幅縮小。問題是這些國家，包括愛沙尼亞、拉脫維亞、立陶宛、羅馬尼亞等，近年紛紛加入北約軍事同盟，可以看出北約勢力慢慢靠近俄羅斯。北約是軍事同盟，可以隨時出兵，還擁有核武，對俄羅斯來說是芒刺在背。加上烏克蘭 2020 年又修憲將加入北約跟歐盟訂為國家基本方針，讓俄羅斯實在坐不住。假設將來北約批准烏克蘭加入，等同北約勢力直接跟俄羅斯接壤，普丁無法接受，他認為北約就是要摧毀俄羅斯，所以用這個理由出兵克里米亞，北約覺得很冤枉，他們也還沒批准，而且烏克蘭自己修憲要加入北約，並不關北約的事，不能把出兵克里米亞的帳算在他們頭上。



俄羅斯併吞克里米亞後，進而鼓動烏克蘭東部的頓巴斯地區叛亂，於是德國跟法國就出手採取所謂的諾曼底模式，把烏克蘭總統跟普丁約到白俄羅斯的首都明斯克會面，之後並簽訂明斯克協議；要求大家停火、撤軍，烏克蘭承認頓涅茨克、盧甘斯克成立自治政府，賦予自治權，但不能脫離烏克蘭。不過協議後雙方還是繼續有衝突，所以後來又簽署新的明斯克協議，有新的和平措施；新明斯克協議裡包括歐洲安全與合作組織撤出頓巴斯地區，前線不能有重武器，釋放戰俘，烏克蘭進行憲法改革等。但後來新的協議也無法執行，因為他們對撤軍跟選舉兩項協議的執行順序有歧見；俄羅斯跟叛軍認為雖然有協議，但是上面沒有寫順序，所以烏克蘭要讓頓巴斯地區先進行選舉賦予自治權，俄羅斯才要撤軍，但烏克蘭堅持先撤軍再選舉，雙方僵持不下。直到 2022 年 2 月 23 日，俄羅斯認為烏克蘭簽署明斯克協議又不遵守，並單方面宣

布協議不存在，於是進一步承認頓涅茨克跟盧甘斯克兩個共和國獨立。另外，俄羅斯認為烏克蘭從 2013 年到 2022 年間，在頓巴斯地區有進行種族滅絕行為，為了保護頓巴斯人民，就出兵烏克蘭，開啟俄烏戰爭。

俄羅斯對烏克蘭的軍事行動

- 112年10月10日(周一)早晨，俄軍對烏克蘭發動大規模導彈攻擊
- 84枚巡弋飛彈和24架無人機參與了襲擊
- 德國大使館、三星電子大樓、民宅、兒童遊樂場、橋樑均遭破壞
- 大量平民死亡



俄羅斯對烏克蘭的軍事行動

- 俄羅斯入侵烏克蘭期間，自111年3月起，大量烏克蘭兒童被綁架、驅逐，並被強行收養到俄羅斯
- 美聯社的調查證實，俄羅斯軍隊在未經烏克蘭兒童同意下強行安置他們，並欺騙他們說其父母遺棄他們，且利用他們宣傳。俄羅斯更給予他們俄羅斯公民身份和養父母以及推行「愛國主義教育」將他們俄化，抹除他們的烏克蘭身份
- 驅逐到俄羅斯的烏克蘭兒童人數推估從1萬3000到30萬7000不等，烏克蘭總檢察長辦公室更宣稱，近800名兒童在驅逐過程中死亡或失蹤
- 111年間，在俄羅斯總統辦公室兒童權利專員利沃娃·別洛娃的監督下，267名孤兒從馬里烏波爾被帶到羅斯托夫州，並讓他們成為俄羅斯公民
- 111年5月30日，普丁簽署法令簡化對烏克蘭孤兒發放俄羅斯公民身份之手續



跟戰爭罪有關的顯著事實如下，包括 2022 年 3 月「布查大屠殺」。這是俄軍出兵佔領布查地區，一個月後烏克蘭收復布查，發現大量平民被屠殺，屍體上有砲彈碎片，還有凌虐、行刑式槍決、性侵等痕跡。後來聯合國安理會召開緊急會議，暫停俄羅斯在聯合國人權理事會的成員資格，俄羅斯隨後就主動退出人權理事會。另外，2023 年 10 月，俄國對烏克蘭發動大規模導彈攻擊，無差別攻擊德國大使館、三星電子大樓、民宅，還有兒童遊樂場等等，造成大量平民死亡。接下來可能是今天要重點討論的部分，就是俄羅斯入侵烏克蘭期間，將烏克蘭兒童綁架到俄國。其中有很多兒童並不是孤兒，卻被要求改姓成俄羅斯的姓，幫他們找好養父母，直接歸化為俄國人，這就有違反戰爭罪的問題。還有烏克蘭的水壩潰堤造成洪水氾濫，許多平民因此死亡，烏克蘭稱是因為俄羅斯軍隊在水壩引擎室引發爆炸，造成水壩潰決。

國際刑事法院ICC對普丁的刑事作為

- 104年2月4日，烏克蘭國會(最高拉達)曾向ICC提出請求，要求ICC調查自103年2月20日以來，俄羅斯軍隊在烏克蘭領土內所犯「危害人類罪」之犯行
- 111年4月，參與ICC的42個向法院提出請求，要求調查發生在烏克蘭的戰爭罪行
- 112年2月22日，ICC首席檢察官卡里姆就經調查得知關於俄羅斯入侵烏克蘭之犯罪行為，向ICC第二預審分庭(Pre-Trial Chamber II)申請逮捕俄羅斯總統普丁與利沃娃
- 112年3月17日，該分庭對普丁與利沃娃核發逮捕令(Warrant of Arrest)，理由為兩人非法驅逐與轉移烏克蘭兒童之行為，違反羅馬規約第8條第2項a款第7目、第8條第2項b款第8目之規定
- 卡里姆檢察官仍繼續調查俄羅斯入侵烏克蘭之相關違反羅馬規約之犯罪行為

ICC對普丁發布逮捕令的影響

- ICC目前有123個會員國，但俄羅斯與烏克蘭均非會員國
- ICC會員國在普丁與利沃娃進入該國領土時，有義務逮捕被核發逮捕令者，將被捕者移交到位於海牙的ICC法庭
- 普丁原本預定參加112年8月22至24日在南非約翰尼斯堡舉行之第15屆金磚國家峰會，因南非為ICC會員國，普丁保留出席
- 南非政府雖未表態是否逮捕普丁，但後來南非政府宣布，普丁將以遠距視訊會議方式參與，俄羅斯外長代替普丁出席實體會議



發生這麼多事情後，ICC(國際刑事法庭)做了什麼？首先，早在 2015 年 2 月 4 日，烏克蘭國會(又稱最高拉達)，就曾經向 ICC 請求調查自 2014 年以來俄羅斯軍隊在烏克蘭犯下的危害人類罪。2022 年 2 月發生俄烏戰爭後，參與 ICC 的 42 個國家也向法院請求調查在烏克蘭的戰爭罪。今年 2 月 22 日，ICC 的首席檢察官已經調查得知一些犯罪行為，就向法院聲請逮捕普丁跟利沃娃。利沃娃就是綁架兒童、要求兒童改姓的總統府特殊專員。今年 3 月 17 日，ICC 對普丁跟利沃娃核發逮捕令。核發逮捕令的影響是什麼？現在 ICC 有 123 個會員國，雖然俄國跟烏克蘭都不是會員國，但是 ICC 的會員國有義務在普丁跟利沃娃進入自己的領土時逮捕，並將人移交到在海牙的 ICC 法庭。普丁原預定參加今年 8 月 22 到 24 日在南非約翰尼斯堡舉辦的金磚五國峰會，由於南非是 ICC 的會員國，南非就與普丁協商出席與入境逮捕的問題，最後普丁決定以視訊方式參與，而由俄國外長代表普丁出席會議。以上是俄烏戰爭簡單的事實經過。



羅馬規約的歷史發展、國際法地位與優缺點 - 兼論侵略罪 成功大學法律學系 / 陳怡凱副教授

- 一、前言
- 二、國際法之發展
- 三、羅馬規約之生效與國際刑事法院設立
- 四、羅馬規約侵略罪制度之總評

國際刑事法院以侵略罪起訴審判普丁之困難

- 國際刑事法院在侵略罪上，其管轄權的權限受到非常強烈的限制，只有兩種路徑：
 - (一) 只有當侵略國有批准羅馬規約時，國際刑事法院才可能去追訴與審判侵略罪。但俄羅斯並未批准羅馬規約。
 - (二) 聯合國安理會移送案件給國際刑事法院來審理侵略罪。不過，俄羅斯作為安理會的常任理事國運用否決權來封殺安理會的決議是幾乎100%可以確定的。

● 羅馬規約侵略罪之問題

今天很高興能來談論當前的重大議題，羅馬規約的發展以及侵略罪。澤倫斯基雖然說普丁被通緝是因為戰爭罪，但是侵略罪是萬惡之源，沒有侵略怎麼會有戰爭？如果沒辦法以侵略罪通緝，則國際刑法之效果就比較差。在 1998 年羅馬規約起草時，大家對侵略罪無法達成共識，等到 2010 年才有坎帕拉修正案明確定義何謂侵略，而在坎帕拉締約國大會討論時，由於受到美國、英國、法國的影響，管轄權又被進一步限縮，也就是本來條約修改會拘束全體當事國，現在卻是條約修改只拘束批准國，而若沒有批准坎帕拉修正案，就不會有拘束力。比如你是羅馬規約的締約國，但沒有額外批准坎帕拉修正案，則國際法院對侵略罪之管轄權只剩下三條路：第一種是例如假設俄羅斯自己是締約國，又是坎帕拉的批准國，自己把普丁逮捕，送去國際刑事法院，此時法院才有管轄權；第二種是聯合國安理會決議，將案件移交國際刑事法院管轄，這時候法院就有管轄權。第三種是烏克蘭自己必須是羅馬規約的締約國，又是坎帕拉的批准國，國際刑事法院才有可能取得管轄權。除此之外都沒有。

二、國際法之發展

A. 傳統國際法：戰爭是國家之權利

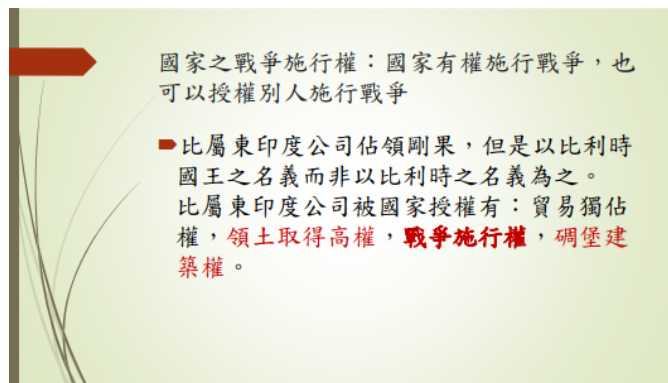
- 在武力禁止原則產生之前，傳統國際法將戰爭歸屬於國家之「戰爭施行權」，在性質上是國家之「權利」而且是國家專屬之權利，並沒有私人之戰爭。戰爭包括武士都是貴族(統治階級)的事務。

國與國之間之戰爭並未被禁止，而是類似兩人之間的決鬥(Duell)一樣，並沒有誰對誰錯的問題，無須對於戰爭之發動賦予正當化之理由。

● 國際法之發展：從國家之戰爭施行權到禁止使用武力之義務

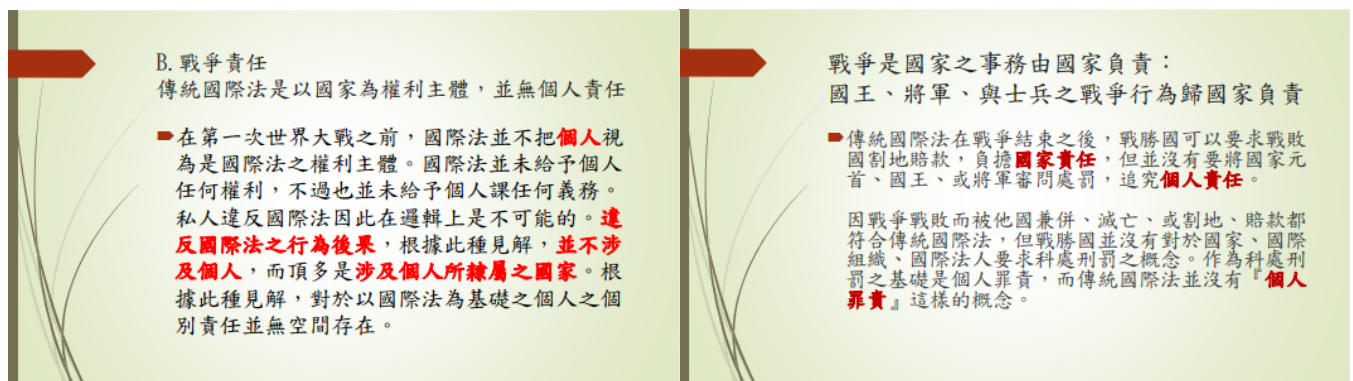
為什麼這麼嚴格？因為最初的侵略罪與國家之戰爭施行權有關係，你是主權國家，就擁有發動戰爭的「權利」，而不具非戰的「義務」。最重要的是，在過去發動戰爭者都是國王、元首，他們怎麼可能會被審判？戰爭的概念以前是開疆拓土、民族英雄，怎麼會是罪犯？這裡顯然有一些轉變。從二戰以後，武力禁止原則才確立，在這之前，一戰後之國際聯盟雖然也有反戰，但沒有規定很澈底，只限於「締約國」要遵守，

結果軸心國後來都退出國際聯盟，包括德國、日本、義大利，他們認為退出後，國聯條約就對他們沒拘束力，可以發動戰爭，因此使用武力之限制有其困難性。



● 傳統國際法：戰爭之施行是國家之權利

根據以前之國際法，國與國之間的戰爭被當作是兩人之間之決鬥，沒有誰對誰錯之問題，國家要生存就要自求多福，戰爭之發動不需要找任何理由。國家之戰爭施行權還可以授權給別人行使，比如，無論是比屬、荷屬、英屬東印度公司，都被其祖國授權可以發動戰爭，因為戰爭施行是「權利」，而且是國家專屬的權利。



● 傳統國際法：戰爭之後果是國家責任而沒有個人責任

第二個障礙是，當初國際公法是以國家為主體，不會去追究個人責任，戰敗是國家要割地賠款，國王或將軍不須被審判，他們受到豁免的保障。但是後來觀念改變，本來戰爭是貴族的事情，包括騎士、武士都是貴族，法國大革命後變成共和國，才引進一般兵役的義務，戰爭轉變成是全體人民、民族的戰爭。以前割地賠款，人民是你的財寶，你可以把它割讓，現在變成是民族國家，為防止國家分裂因此有種族屠殺問題。

直到國際紅十字會創辦人 Henri Dunant 親身看到戰場上的慘狀，才把人權觀念引進到戰爭，紅十字會起草眾多戰爭法，也影響觀念轉變(反戰變成為主流)，認為戰爭是慘無人道對人權的侵害，而不再去強調開疆拓土之英雄事業。但我們歷史課本有改嗎？我們有把皇帝當罪犯嗎？這裡有史觀的問題。一戰後也漸漸把武力禁止原則法典化，因為時間關係，這部分先跳過。

E 聯合國憲章之發展

(1) 武力禁止原則(聯合國憲章第2條第4項)

各會員國在其國際關係上不得**使用武力或威脅使用武力**，或以與聯合國宗旨不符之**任何其他方法**，侵害**任何會員國或國家之領土完整或政治獨立**。

● 聯合國憲章之武力禁止原則發展成為國際習慣法

國際聯盟規定的主詞都是「聯盟成員」，非聯盟成員就不用受拘束，到了聯合國憲章才真正規定武力禁止原則，「會員國不得使用武力或威脅使用武力，或以任何其他方法，侵害任何會員國或國家之領土完整或政治獨立。」雖然主詞還是會員國，但是憲章第2條第4項後面所謂「侵害任何會員國或國家」導引出：包括非會員國在內，也受到武力禁止的保障。條文是這樣定的，學者也是這麼解釋，所以一直到尼加拉瓜案，國際法院的判決認為這是國際習慣法，無論是不是聯合國的會員國都受到保障。

(2) 武力禁止原則如何落實？

1. 侵略戰爭如何定義？
2. 誰是侵略者由誰認定？
3. 對於違反者如何制裁？

(3) 侵略者之認定：安理會 國際法院？聯合國大會？

憲章第39條 安理會

安全理事會應斷定任何**和平之威脅、和平之破壞、或侵略行為**之是否存在，並應作成建議或抉擇依第41條及第42條規定之辦法，以維持或恢復國際和平及安全。

國際實務：國際法院在尼加拉瓜控告美國案之判決：國際法院有管轄權。

● 誰是侵略者，由誰認定？安理會？國際法院？聯合國大會？

如何防止侵略戰爭？需先釐清三件事。第一個是「侵略的定義」；第二個是「誰是侵略者？由誰認定？」，比如在俄羅斯明顯侵略烏克蘭之戰爭中，普丁還一直說他是自衛，要把烏克蘭去納粹化，認為北約擴張會影響到俄羅斯的國家安全，因此他並不是侵略，所以侵略者由誰認定很重要；第三個是「對於違反者如何制裁？」，能不能派出國際武力？有沒有聯合國部隊來執行這件事？基於國際聯盟失敗的經驗，聯合國憲章做出改革，第39條規定：由安理會來斷定和平的威脅、和平的破壞、侵略行為是否存在。因為根據國際聯盟的經驗，有可能出兵的都是大國，所以要給大國一些特權，大國才可能願意出兵，聯合國也才有兵來執行制裁，因此憲章給予安理會常任理事國特權：第一個是否決權，第二個是他可以認定誰是侵略國。確定侵略國之後，接下來規定法律效果，就是第41條武力以外的制裁，與第42條之武力制裁。雖然憲章直接規定由安理會來認定侵略者，但安理會是不是唯一之認定機關？國際法院在尼加拉瓜控告美國侵略與干涉內政之案件中認為它自己也有管轄權，美國雖然一直抗議國際法院沒有管轄權，但國際法院駁斥這個見解，他認為他也有管轄權，而且做了實體判決，美國就憤而退出國際法院。這裡產生一個後果，安理會跟國際法院誰有權做決定？誰可以認定侵略國？後來國際刑事法院為什麼會做比較弱的設計？也跟這有關。

(a)聯合國憲章第24條第1項

- 一、為保證聯合國行動迅速有效起見，各會員國將維持國際和平及安全之**主要責任**，授予安全理事會，並同意安全理事會於履行此項責任下之職務時，即係代表各會員國。
- 引發爭議：安理會是負擔國際和平與安全之維持之**主要責任**，但是否不排除其他機關？比如聯合國大會？

(b)聯合國大會之職權(聯合國憲章第12條第1項)

- 一、當安全理事會對於任何爭端或情勢，正在執行本憲章所授予該會之職務時，大會非經安全理事會請求，對於該項爭端或情勢，不得提出任何建議。
- 反面解釋：如果安理會不執行職務，則聯合國大會似乎就可以做出建議。

聯合國憲章第 24 條第 1 項規定「各會員國將維持國際和平及安全的主要責任授予安理會」。所以安理會是「主要責任」，而不是「唯一責任」，是不是除了安理會外，聯合國有其他機關也可以負擔此責任？尤其聯合國大會可以嗎？第 12 條說「大會未經安理會請求，對於爭端事實不得提出任何建議」，反面解釋就是：「安理會如果不執行職務，尤其是被否決權封鎖的話，則大會可以跳出來取代安理會」。1950 年韓戰為了防止常任理事國封鎖，因此就有「團結為和平 (Uniting for Peace)」這個聯合國大會的決議：安理會如果不作為，則聯合國大會就要來為作為。但通說認為大會還是只能做沒有拘束力的建議，不能做成有強制拘束力的措施。這裡又產生一個問題：非強制措施是不是大會就可以做？非強制措施譬如說設立國際法院，這留下學說上的爭議。我們把可能認定侵略者之機關分成三個：安理會是憲章規定可以認定，國際法院以判決認為他自己也有認定權，聯合國大會也以決議說它自己是補充性認定機關。

(4)安理會之制裁措施

憲章第41條：**安理會**得決定所應採武力以外之辦法，以實施其決議，並得促請聯合國會員國執行此項辦法。此項辦法得包括經濟關係，鐵路，海運，航空，電，無線電以及其他交通工具之局部或全部停止，以及外交關係之斷絕。

憲章第42條：**安理會**如認為第41條所規定之辦法不足，或已證明為不足時，得採取必要之陸海空軍行動，以維持或恢復國際和平與安全。此項行動得包括聯合國會員國之陸海空軍示威，封鎖，及其他軍事舉動。

(a)安理會也可以根據憲章第41條透過決議設立國際刑事法庭

- 聯合國憲章第41條也被安理會充當為後衝突之措施之法基礎。例如安理會於所謂的後衝突和平建立 (post-conflict peace-building) 之框架中，創設了**特別的國際刑事法庭**。該特別的國際刑事法庭的任務在於去調查在該武裝衝突期間所犯下的戰爭罪並且令行為人負責。比如**南斯拉夫法庭與盧安達法庭**。

● 非常設之國際刑事法庭之法基礎以及與常設國際刑事法院之比較

安理會的制裁措施規定在憲章第 41 條及第 42 條，後來安理會果然根據憲章第 41 條設置南斯拉夫法庭，跟盧安達法庭。問題是：安理會有權限來設法院嗎？憲章沒有明白講，但是由於這對於國際安全與和平會有幫助，所以大家都承認安理會可以設法院。以「安理會決議」為法基礎的「非常設國際刑事法庭」，如南斯拉夫法庭，跟盧安達法庭，還有後來以「條約」為法基礎來設置之常設國際刑事法院，誰的效力比較強？以安理會決議為基礎的特別法庭的效力比較強，因為依憲章第 25 條安理會之決議可以號令全球，各國都要聽它的话。

(5)侵略之定義：聯大3314號決議第3條(1974年)

1. 一國軍隊侵入或攻擊他國之領土、軍事佔領、武力兼併他國之領土。
2. 一國軍隊對於他國領土射擊、轟炸或使用武器。
3. 一國軍隊封鎖他國之港口或海岸。
4. 一國軍隊攻擊他國之陸海空軍或其軍艦與戰機。
5. 一國軍隊駐紮他國領土，違反許可條件。
6. 一國提供領土供他國使用，他國卻攻擊第三國。
7. 一國派遣武裝團體、雇傭兵、對他國以武力為相當於上述之嚴重行為。

● 侵略罪之定義

侵略要怎麼定義？如果都由安理會隨意認定，那豈不是漫無標準，任由安理會宰制？所以聯合國大會就作成第 3314 號決議，列舉只要有該決議第 3 條這幾款事由就構成侵略。該 3314 號決議有沒有法拘束力？倒是有爭議，但後來在坎帕拉修正案直接把這個決議之內容搬到羅馬規約之條文裡面，所以現在就有拘束力了。

● 國家元首之處罰與豁免被國際法庭突破

過去唯一受處罰的國王是拿破崙，當初拿破崙戰敗之後並未受到審判，而是被當作戰俘關起來。真正要被審判的是，第一次世界大戰戰敗的德皇跟將軍，凡爾賽條約第 228 條規定要審判他們，但是德國拒絕引渡，只有透過自己的內國法院自己審自己判，而且判很輕。凡爾賽條約第 227 條規定要引渡德皇審判，罪名是嚴重違反國際倫理法則與條約之神聖性，結果荷蘭庇護已下台的德皇，荷蘭認為：「違反國際倫理法則以及條約神聖性，並非正當化引渡的犯罪」。這是因為當初實在找不到什麼名義可以把德皇抓去審判，當初還沒有武力禁止原則，戰爭是國家權利，德皇行使國家權利為什麼要被審判？最後不了了之。

(2)第二次世界大戰結束之後，紐倫堡與東京的國際軍事法庭之法基礎

在第二次世界大戰結束之後，透過1945年8月8日**倫敦四強公約**，後來還有19個國家加入該公約，而在紐倫堡設置國際軍事法庭。另一個是由盟軍在太平洋的最高指揮官(麥克阿瑟)於東京設置遠東國際軍事法庭。這兩個法庭之國際性之處在於：法官是隸屬於各種不同的國家，不過根據其地位，是**戰勝國之佔領區法院**以及最後是從**佔領法**而導引出其設置的合法性。

a)紐倫堡法庭管轄之犯罪與受到質疑之問題

- 紐倫堡法庭所管轄的是：歐洲軸心國主要戰犯因其違犯三個在章程中所羅列之犯罪清單，而為審判：破壞和平罪、戰爭罪、以及違反人類之犯罪。
- 紐倫堡法庭受到質疑的問題在於：破壞和平罪、戰爭罪、以及違反人類之犯罪之處罰是否違反罪刑法定主義？
- 法院組織之問題也受到質疑：這是國際法院？還是戰勝國之內國法院？

但二戰就不同，有紐倫堡大審判跟東京戰犯審判，前者的法基礎是倫敦公約，但是東京國際軍事法庭沒有特別的公約，是麥克阿瑟自己下令的，最後就被認為是適用佔領法為法基礎，當然這是有疑問的。紐倫堡大審判跟東京審判在侵略罪（當初叫破壞和平罪）特別有問題，是否違反罪刑法定原則？就算是引用1928年非戰公約，但該公約也沒有說要用刑罰來處罰，所以一直為人詬病。但戰勝國就還是作處罰了。另外，法院組織也是被提出質疑，因為這裡沒有戰敗國代表之法官，都是戰勝國的法官，所以被質疑這到底是不是國際法院？至於國家元首受到豁免之保護之問題，由於這不是一國審判另一國之國家元首，而是國際性法院審問處罰國家元首，所以豁免就被突破了。

(3)南斯拉夫國際刑事法庭

- 前南斯拉夫國際刑事法庭是透過聯合國安理會1993年5月25日以827號決議而設置的。聯合國安理會設置南斯拉夫法庭之權限是來自於聯合國憲章第七章。南斯拉夫法庭是由三個刑事法庭（一個上訴庭）、檢察官、以及秘書處所組成的。法官是由聯合國大會所選任的。法庭的地點是在海牙。

(5)非常設性法庭之缺失

- 為了審問處罰特定之人事物，在事過境遷之後設置「非常設國際法庭」，然後才在章程中制定實體刑法，還是難以避免再度遭受到違反罪刑法定原則之批評。

以安理會決議為法基礎導致：擁有否決權之常任理事國永不可能會被此種非常設之國際性法庭所處罰。

後來還有南斯拉夫法庭、盧安達法庭、獅子山共和國法庭，前兩個是安理會決議設置。南斯拉夫法庭因為是安理會設置，是其附屬機關，所以效力很強，可以把內國法院之管轄權切斷並拿來給自己，跟現在國際刑事法院是備位管轄權(只有當內國不能審或不願審，國際刑事法院才有管轄權)，並不一樣。非常設性法庭的缺失是存在公平性的問題，因為其設立之法基礎是安理會決議，而安理會之常任理事國有否決權，所以常任理事國絕對不會被審判。後來各國才以條約設置常設性的國際刑事法院(1998 年羅馬規約)。

G. 內國法院刑罰權擴張與限制 與國際法院行使刑罰權之雙軌制

- 內國法院根據內國刑法可以對於**涉外案件**行使刑罰權，只要該**涉外案件與法庭地國**具有國際法上所承認的**連繫因素**，則國家在合乎國際法管轄權分配原則底下，可以擴張刑罰權到涉外案件。
- 如果內國刑法的內容是將國際法處罰之行為加以內國法化，則就會產生內國法院也有權來行使刑罰權而產生出國際刑事法院與內國法院對於同一案件均具有管轄權。

(1)國際法上國家之刑事管轄權分配原則

- 領土原則：
- 屬人性原則：主動屬人原則與被動屬人原則
- 世界法原則：
- 保護原則：

● 內國之司法管轄權與連繫因素

除了國際刑事法院之管轄權之外，內國也有司法管轄權可以自己審，但要有下面的連繫因素：需要發生在自己的國土(領土連繫之領土原則)，或者行為人或被害人是本國國民(主動屬人性原則與被動屬人性原則)，或是有萬國公罪(世界法原則的連繫)，或有國家安全的連繫(保護原則)，這時才可以發動一國之司法管轄權。國家發動比國際法院發動還方便，問題是：國家不能審判他國的元首，而侵略罪都是元首在發動，這裡有國家元首豁免的問題。但如果是國際性法院，則可以把元首的豁免取消。至於獅子山共和國法院，雖然安理會有決議，但它的設立是由聯合國跟獅子山共和國締結國際法條約所成立混合法庭。烏克蘭可否依循此辦法來管轄普丁之侵略罪？但這裡還是需要有安理會決議，但安理會會被俄國否決權封殺，此時聯合國大會可否跳出來以備位決議設立非常設之國際刑事法庭(學說有爭議)？

● 國際刑事法院之逮捕令對普丁仍有威嚇力

關於坎帕拉修正案，比如德國是羅馬規約的締約國，又是坎帕拉修正案的批准國，如果是俄羅斯侵略德國，德國可以依據他是被侵略國(領土連繫)，或是德國自己是侵略國時也可以移送德國國家元首到國際刑事法院受審(主動屬人性連繫)。但俄羅斯不是羅馬規約的締約國，假設它是，它還要批准坎帕拉修正案，才能夠自己把國家元首普丁逮捕，移送到國際刑事法院。

(5)羅馬規約締約國中只有少數國家批准坎帕拉修正案

- 國際刑事法院規約130個會員國中，就只有差不多45個會員國批准了坎帕拉修正案，同意第8條增補之侵略罪的犯罪構成要件，也就是只有1/3締約當事國批准。

在30個北約國家當中，只有16國批准坎帕拉修正案，也就是只有一半批准(其中包括德國、波蘭)。那些對於烏克蘭為主要軍事支助的國家，沒有一國有批准，也就是美國、英國、法國，也包括加拿大、丹麥、和挪威)。

(7)國際刑事法院對普丁的逮捕令毫無用處嗎？

- 南斯拉夫法庭法官Schomburg相信：國際刑事法院首席檢察官Karim Khan所發出的逮捕令在現在就已經起作用了。先是普丁首度幾乎無不離開自己的國家，以及只是用視訊的方式出現，就已經顯示出這一點了。即使普丁也發出聲明表示：國際刑事法院的逮捕令一點意義都沒有，以及俄羅斯現在甚至於也發佈逮捕令要求通緝國際刑事法院之首席檢察官與法官。但現在根據國際共同體之獨立性法官所下達的逮捕令，每一個人都可以說：普丁先生是一個被國際通緝的戰犯。
- Schomburg相信：即使是普丁或者是俄羅斯的外交部長Sergej Lawrow也終將會被送到海牙的國際刑事法院審判。

最後，根據前南斯拉夫國際刑事法庭法官 Wolfgang Schomburg 之見解：「從普丁不敢去南非出席金磚五國峰會的例子，就可以看出國際刑事法院之逮捕令不是完全沒有影響力」。即便俄羅斯跟烏克蘭都不是羅馬規約的締約國，更不是坎帕拉修正案的批准國，普丁應該不會怕，而且俄羅斯有安理會的否決權，但他還是會怕。他怕的不是侵略罪被引渡，而是戰爭罪，戰爭罪的管轄權限制沒有侵略罪這麼嚴格，所以他可能就會被締約國引渡。

● 德國之實務與我國之反省

我們要不要仿效德國，將國際刑事法院規約內國法化，德國是把檢察官在這方面的管轄權，歸屬在聯邦總檢察署，其可以自行展開結構性調查(也就是沒有任何具體被告情況下就開始蒐證)，事實上德國聯邦檢察總長現在已經開始進行，如果抓到嫌犯，德國可以向國際刑事法院詢問有沒有管轄權，如果沒有，德國也可以自己審自己判，當然這裏是指除侵略罪以外，一般的種族屠殺罪、反人類罪與戰爭罪。去年德國實務已有案例自行審判一位阿塞德的戰士之罪嫌，引起國際關注，德國對該案件之管轄權的連繫就是世界法原則。在我國如果恐怖份子來臺灣度假，我們是否應該要將國際刑法內國法化，修改訴訟法來行使管轄權。



國際刑事法院的管轄與追訴原則 臺灣大學法律學院 / 林鈺雄教授

這是個很有挑戰的議題，時間有限，我就單刀直入。我最主要是談國際刑事法院 (ICC) 的管轄原則是什麼？連結因素是什麼？追訴原則是什麼？怎麼來啟動它？最後來反思臺灣可以做什麼？前面兩個部分，只能算讀書心得，國內文獻極其有限，比較完整的文獻是我手上這本翻譯著作，作者是 Satzger，由學者王士帆翻譯了很多年才完成(按：Satzger 著 / 王士帆譯，《國際刑法與歐洲刑法》，增訂 2 版，2019 年，元照出版)。就國際刑法體系及羅馬規約規定，本書是中文文獻中比較完整的書籍。

● 前言

為什麼今天要討論這個議題呢？2022 年 5 月第三次的兩公約國際專家審查，建議我國依照羅馬規約第 12 條第 3 項聲明接受 ICC 管轄，且同時聲明管轄時間追溯到 2002 年 7 月 1 日 (羅馬規約正式生效日)。這固然是個推力，但兩公約國際專家審查在國內早已行之有年，而且審查建議累積下來大大小小早就超過幾百點，不足以解釋為何最近大家突然重視 ICC 的現象。最主要原因，或許是 2022 年 2 月底爆發的俄烏戰爭，大家看到烏克蘭正在發生的事情，聯想到臺灣可能的作為。簡單說，烏克蘭在 2014、2015

前言



2022年2月24日，俄羅斯入侵烏克蘭，隨後發生慘絕人寰的布查鎮屠殺事件。烏克蘭當局迄今已提出超過16,000件戰爭罪的指控。什麼是戰爭罪？海牙國際刑事法院對於戰爭罪的定義，包含刻意殺害平民、虐待、強姦、非法將平民驅逐出境、射殺已經投降的敵對武裝人員。2022年5月23日，烏克蘭首次戰爭罪開審。21歲的俄羅斯士兵坦承槍殺平民被判處無期徒刑，這是正義伸張的第一步。

PS ICC一旦開始介入，調查範圍就是雙向的，不會限於侵略國的罪行，即使是被侵略國的軍隊，也可能犯下戰爭罪等罪行，同樣再調查範圍，ICC也同樣調查烏克蘭軍隊是否有觸犯戰爭罪行。

年兩度依羅馬規約第12條第3項聲明，2023年3月17日ICC以涉嫌戰爭罪為由對普丁發佈逮捕令，簽署羅馬規約的國家皆有協助執行此逮捕令的義務；2023年8月在南非舉辦的金磚高峰會議，國際輿論呼籲南非逮捕普丁，最終普丁未親自出席峰會。目前，ICC檢察官在烏克蘭仍在進行羅馬規約相關犯罪的調查，這部是MOD上面現在還可以找得到的紀錄片（烏俄之戰：戰爭罪大搜查），應該是少數第一手關於烏俄戰爭ICC調查報告的影片，紀錄俄羅斯入侵烏克蘭境內的戰爭罪行及其調查過程；附帶一提，從這部紀錄片也可以看出來，一旦ICC介入調查後，它的調查是雙向的，大家都知道俄羅斯軍隊人員在烏克蘭犯下的戰爭等暴行要被調查，事實上，ICC也會調查烏克蘭軍隊人員在烏克蘭土地對俄羅斯軍隊或平民犯下的相關暴行。

管轄權：屬地原則

土地管轄與聯繫因素

- 即使依締約國的共識，國際刑事法院應起訴具有國際意義的罪行，然基於主權尊重，《羅馬規約》第12條第2項採取**屬地原則**以及**積極屬人原則**，前者即國際刑事法院僅對發生於**締約國領域內**之犯罪有管轄權；後者係對**締約國國民**所犯之罪有管轄權。
- 規約第12條第3項「**選擇性加入條款**」（Opt-in-Klausel），指的是非締約國可以於個案上承認國際刑事法院的管轄權，將個案提交到國際刑事法院審理。
- 個案承認機制對於曾受蔑視人權的獨裁統治者的國家特別重要，該國脫離獨裁統治後，欲將該獨裁者送交國際刑事法庭審判時，只要作出簡單的聲明即可。

管轄權：積極屬人原則

行為人管轄

1. 對締約國國民所犯之罪有管轄權

2. 《羅馬規約》第25條第1項「個人刑事責任」只規定**自然人的**可罰性；第26條規定，國際刑事法院管轄權限於滿18歲的人，然此一規定並不排除未成年人的刑事責任；第27條規定內國法的刑事豁免權，然並不妨礙國際刑事法院審判權的行使。

● ICC 的管轄原則

談到ICC主要是談管轄原則，今天研討會的問題意識，簡單說，如果未來有人在臺灣犯下戰爭暴行，ICC管得到嗎？事實上要讓它管到，也沒那麼簡單，因為大家想到戰爭罪、種族屠殺就認為一定是採世界法原則吧？並不是！ICC不適用世界法原則，因為它的管轄受到條約等各方面限制。你如果從臺灣內國刑法來看，不要講劫機海盜那些是世界法原則，臺灣連詐騙集團都規定成世界法原則，大家直覺會認為既然連詐騙也是，怎麼可能種族屠殺不是呢？的確不是，ICC的連結因素很多，首先是要連結到締約國，臺灣跟中國都不是締約國，但兩國的成因不一樣。ICC不適用世界法原則，那它用什麼原則？第一個是「屬地原則」，就是締約國的領域（含國旗原則），譬如說德國批准，犯罪地在德國領域就有適用。第二個是「積極屬人原則」，就是締約國的國民是行為人，ICC就管得到；請注意不是消極屬人原則，不是說只要締約國人民遭受戰爭暴行（被害人），不論身處何處ICC都介入，而是以行為人為連結的積極屬人原則，像德國加入的話，德國人犯下戰爭暴行就有適用。主要就是這兩個原則。

我們用以巴的例子來說，巴勒斯坦是 2015 年批准規約後，成為締約國，但以色列向來都不是。如果用積極屬人原則，巴勒斯坦國民對以色列平民發動無差別攻擊，有可能構成很多種羅馬規約罪名，巴勒斯坦因為自己加入了規約，可能導致其國民對以色列的平民攻擊，成為 ICC 調查對象。另一方面，因為巴勒斯坦加入規約了，以軍要去打加薩走廊，以色列雖然沒有加入規約，以色列軍隊若在巴勒斯坦土地上犯下戰爭犯行，還是可能被 ICC 調查、追訴。很多國內新聞說巴勒斯坦要被夷為平地，但大家看看以軍實際上怎麼轟炸，它是挑哈瑪斯部屬的特定地方，不會整個城市都無差別轟炸，除了有國際觀瞻的問題，還有將來 ICC 追究責任的問題，這就是兩個管轄連結因素的結果。再來是烏克蘭的事例，烏克蘭並未正式批准規約，一直都不是規約締約國，但是在克里米亞戰爭後，烏克蘭聲明依羅馬規約第 12 條第 3 項，也就是選擇性加入條款，請求 ICC 調查在烏克蘭境內的戰爭等犯行。由於烏克蘭這個先前聲明動作的緣故，ICC 在 2023 年 3 月對普丁發佈逮捕令，導致 2023 年 8 月普丁連在南非舉辦的金磚高峰會議都不敢親自去。從這個例子可以得知，雖然俄羅斯不是締約國（俄羅斯曾簽署但後來撤回），卻因為烏克蘭依選擇性加入條款的聲明，導致普丁及俄軍在烏克蘭犯下的戰爭等犯行，變成 ICC 可以調查、管轄的對象。這是整個問題的脈絡，也是臺灣值得思考之處。

管轄權：ICC事物管轄範圍

限於依規約第5條第1項四種與整體國際社會有關的特別嚴重之「核心犯罪」，包括**種族滅絕罪、危害人類罪、戰爭罪和侵略罪（？）**。

- 種族滅絕罪：意圖全部或部分消滅某一民族、種族或宗教團體，而為下列行為之一：（一）殺害該團體成員；（二）對該團體成員造成嚴重的身體或精神傷害；（三）故意破壞該團體成員是何其身體生活條件之全部或一部；（四）採取旨在防止生育之措施；（五）強行將兒童帶離原本之群體。
- 危害人類罪：廣泛或系統性的攻擊人民，且明知該攻擊情況而施以下行為之一：故意殺人、滅絕、違反國際法基本規則的奴役、驅逐或強制帶離人口、剝奪自由或嚴重剝奪人身自由、酷刑、強姦、性奴役、強迫賣淫、強迫懷孕、強迫絕育或任何其他形式的性暴力。其他類似性的不人道行為，包括造成巨大痛苦或嚴重損害人身完整性、精神或身體健康也納入考慮。

管轄權：ICC事物管轄範圍

限於依規約第5條第1項四種與整體國際社會有關的特別嚴重之「核心犯罪」，包括種族滅絕罪、危害人類罪、**戰爭罪**和侵略罪（？）。

- **戰爭罪**：以ICC對普丁的逮捕令為例：非法從烏克蘭佔領區強制轉移烏克蘭兒童至俄羅斯，涉嫌違反《羅馬規約》第8(2)(a)(vii)條和第8(2)(b)(viii)條
- 8(2)為了本規約的目的，「戰爭罪」是指：
 - (a)嚴重破壞1949年8月12日《日內瓦公約》的行為，即對有關的《日內瓦公約》規定保護的人或財產實施下列任何一種行為：...**(vii)非法驅逐出境或遷移或非法禁閉**；
 - (b)嚴重違反國際法既定範圍內適用於國際武裝衝突的法規和慣例的其他行為，即下列任何一種行為：...**(viii)佔領國將部分本國平民人口間接或直接遷移到其佔領的領土，或將被佔領領土的全部或部分人口驅逐或遷移到被佔領領土內或外的地方**；

事物管轄部分，基本上現在規約下有四種核心罪名，種族滅絕罪、危害人類罪、戰爭罪，以上三者等一下黃居正老師會說明；侵略罪比較複雜，有國際政治的背景因素，剛才陳怡凱老師已經說明。在此我不是要一一分析這些構成要件，我要說明的重點是，大家都知道普丁犯下戰爭罪，但是他現在被發逮捕令的戰爭罪其實是戰爭罪下的兩個條款（規約§ 8 II (1) (vii), (2) (viii)），是因為非法驅逐、迫遷，他涉嫌將佔領區內的烏克蘭兒童強制遷移俄羅斯，所以其實並不是因為屠殺平民的緣故。

管轄權：時之效力

• 時間管轄

規約第11條規定，規約只適用於規約生效後才發生的犯罪，因此規約生效後才締約的國家，國際刑事法院只能對內國批准後才發生的犯罪行使審判權。

例外：國家得自己向國際刑事法院書記官提交申明書，將國際刑事法院的管轄權擴大到內國批准前的犯罪行為。（但仍不得回溯至2002年7月1日之前的犯罪）。

附論：追訴權時效問題

規約第29條規定，本法院管轄權內的犯罪不適用任何時效。→內國法時效規定無封鎖ICC追訴之效力

時的效力部分，在羅馬規約生效之後才加入的國家，會從羅馬規約對該國生效那天開始適用，羅馬規約是 2002 年 7 月 1 日生效，譬如說某國是 2015 年 1 月 1 日才批准規約，則規約自 2015 年 1 月 1 日起才正式對該國生效，也自該日起適用規約犯罪規定。但是，這有例外，國家可以選擇追溯適用到 2002 年 7 月 1 日羅馬規約原始生效日，但這也是界線，最多只能回溯到這天為止。最近國內有人在轉型正義脈絡，希望藉由我國聲明加入 ICC，來回溯追究我國威權統治時期的嚴重犯行，但這依照規約時的效力，是沒辦法的事。但應注意，戰爭等犯罪依照規約規定，是沒有追訴權時效的限制的，這是另一回事。

開啟法院運作「啟動機制」 - 國際刑事法院不會單純因為在其管轄權範圍內而自動執行職務，而是必須符合《羅馬規約》第13條「啟動機制」三種所列舉情形之一時，才會開啟法院運作。 - 國際刑事法院倘受理開始偵查，便會對一個國家發生的所有法律與事實事件之整體（情勢）從地域、時間和個人廣泛調查，而得出一個或多個各自獨立起訴或成為審判客體的具體案件。 第十三條 行使管轄權 在下列情況下，本法院可以依照本規約的規定，就第五條所述犯罪行使管轄權： 1. 締約國依照第十四條規定，向檢察官提交顯示一項或多項犯罪已經發生的情勢； 2. 安全理事會根據《聯合國憲章》第七章行事，向檢察官提交顯示一項或多項犯罪已經發生的情勢；或 3. 檢察官依照第十五條開始調查一項犯罪。	開啟法院運作「啟動機制」 一. 國家提交（締約國提交情勢）第14條 - 指締約國向國際刑事法院檢察官提交特定「情勢」，請求調查特定之人是否犯有受國際刑事法院管轄的犯罪。→2023.03.11已有41締約國向ICC提交烏克蘭情勢 - 締約國提交本國情勢（即自我提交self referral）而請求國際刑事法院檢察官調查，是啟動國際刑事法院運作之核心機制。然國家提交不會自動開啟正式偵查，依規約第53條第1項，當國際刑事法院檢察官嚴格審查後，認為無開啟偵查的充分基礎時，更不會開啟偵查。 自我提交：早期有質疑提交國利用此一制度來規避內國自己審理；然此一制度符合規約第17條補充性條款，即當內國對自行追訴案件欠缺意願或可能性時，由國際刑事法院行使管轄權具備合法性。
開啟法院運作「啟動機制」 二. 檢察官職權主動調查 規約第15條第4項規定，預審分庭會先審查是否有進行偵查的充分依據，以及偵查之案情是否屬國際刑事法院審判權的案件，核可後，國際刑事法院檢察官得依職權主動偵查。 →wiki：2022年2月25日，在俄羅斯入侵烏克蘭開始的第二天，國際刑事法院檢察官卡里姆汗（Karim Khan）表示，國際刑事法院可以「行使其管轄權，調查在烏克蘭境內發生的任何種族滅絕、反人類罪或戰爭罪行。」汗在2022年2月28日表示，他打算啟動全面的國際刑事法院調查，並請求他的團隊「探索所有的證據保存機會」。他表示，如果國際刑事法院的成員國轉介調查案件，根據《羅馬規約》第13條(a)條款，比自行調查根據第13條(c)條款更快建立管轄權。	開啟法院運作「啟動機制」 三. 聯合國安全理事會決議 聯合國安全理事會得依《聯合國憲章》以決議方式，向國際刑事法院檢察官提交特定之情勢（該國是否為規約的締約國在所不問）請求檢察官偵查，然安理會的提交並不會自動開啟正式調查，仍須由檢察官依規約第53條第1項嚴格審查有無正式偵查的充分基礎。

● ICC 的追訴原則與啟動機制

關於開啟機制是規定在羅馬規約 13 條，ICC 行使管轄就是三種開啟方法。第一種是國家提交，像俄烏戰爭就有 43 個締約國向 ICC 提交烏克蘭情勢，要求 ICC 調查，這個程序會進行比較快，不然就要檢察官職權調查，這是第二種啟動方式，現在 ICC 在烏克蘭是兩種都有，一方面檢察官有職權調查，另一方面也有國家提交。第三個就是聯合國安理會決議，但在烏克蘭案例，俄羅斯必然否決，所以只有前面兩個真正有用。剛才提到 ICC 適用補充性原則，它跟紐倫堡大審這種國際特別法庭優先管轄不同，原則是內國沒辦法去追訴這些犯罪的時候，ICC 才介入。現在烏克蘭境內像烏東、烏南雖然在打仗，但基輔及烏中、烏西的法院與檢察署都有在運作，ICC 也有在調查，但是調查戰爭罪的主力，其實還是烏克蘭檢方，甚至有些已經起訴及判刑，也有俄羅斯士兵以戰爭罪被判處無期徒刑。

● 接軌 ICC，臺灣可以及應該做什麼？

以上可以瞭解，如果我們要對接到 ICC，從實體法罪名到程序法部分，要做的事很多。很多人都主張臺灣要加入 ICC，這確實是很好的倡議，臺灣可以先依照羅馬規約 12 條第 3 項聲明加入，ICC 可能是目前臺灣最值得認真討論加入的國際組織，不排除 ICC 可能成為臺灣重返國際社會的第一個重要里程碑。這是有希望的，就算被拒絕，臺灣也沒有損失；萬一被接受就打開一扇大門，見到隧道裡的曙光。而且接受臺

灣加入也完全符合 ICC 的目的，因為不管在哪個地方發生種族屠殺，它都想盡辦法要介入。我們加入也是對國軍的約束，我剛才說這是雙向的，烏克蘭聲明加入後，烏克蘭軍隊也要接受 ICC 管轄，也不可以屠殺俄國平民。戰爭很殘酷，但是戰爭也是有規則的！ICC 的目的就是讓戰爭進到國際規則。

其次，我們有很多自身要做的工作，先講政策問題，可能有人說法律學者真天真，怎麼可能加入 ICC 就阻止戰爭，當然不可能，但是有哪件事是做了就能阻止戰爭？我們要增加的是我們這一方的天秤砝碼，備戰才能止戰。普丁連南非都不敢去了，加減還是有用。臺灣發生戰爭，ICC 管得了或管不了，如果沒差別，那為什麼以色列不加入 ICC？當然有差別它才不要加入，這是第一點，增加臺灣的籌碼。

我們除了聲明加入，做一個政治動作，後續其實沒那麼簡單，要對接 ICC 的話，實體法上，那四種規約罪名對應到我國內國法的罪名是什麼？程序法上，在補充性原則下，如果內國可以行使追訴進行審判，應該是內國優先，那我國由誰來管轄這些犯罪，地檢署還是臺高檢署，還是最高檢察署？我們有想過或規劃這個問題嗎？這是程序法的部分。你可以想像，烏克蘭現在一邊打仗，一邊在調查，我們有沒有可能在戰時還維持這個追訴能量，如果有，到時候我們檢察官跟國防部軍法官或軍事檢察官的關係是什麼？彼此如何合作調查？因為我們都沒有想過戰時的問題，所以這些以前也不是問題。先前很多人以為烏俄戰爭七天內就會結束，打到現在快兩年。現在國安法及軍事審判法裡只有一個原則，就是平時沒有軍事審判，因為假設上是戰時才用軍事審判，那請問戰時怎麼進行軍事審判？現在沒有在運作這些法制規範，因為認為不會有戰時，但如果有戰時呢？如果戰爭打兩年，那兩年的時間，這些軍法的刑事案件誰來處理？我們可以期待普通法院及地檢署持續運作嗎？確實要思考這些程序法部分。

最後思考刑事實體法部分，戰爭罪對接到國內刑法是哪一條？普丁對佔領區的烏克蘭兒童做的事情，對接到我國刑法是哪一條？大家不要覺得屠殺平民就單純用殺人罪，沒那麼簡單，還有管轄跟所有原則的部分。德國為了把 ICC 羅馬規約內國法化，為了不讓罪名的對接產生空缺，他們制定一整部《國際刑法典》，這就是我們現在應該跟可以做好準備。



臺灣與國際刑事法院羅馬規約之互動 中央研究院法律學研究所 / 廖福特教授

剛才林教授從刑法學者角度討論，而我則是從國際法學者的角度來看同樣的議題，所以我會接續林教授最後面的部份來討論。我談的是臺灣與國際刑事法院羅馬規約的互動，我會談兩個問題，第一個是剛才林教授所提，如果臺灣要加入或參與 ICC，到底有沒有意義？第二個是如果我們想要參與，有哪幾種方式可以選擇，可不可以思考優先順序。

第一個問題可以從三個角度思考，第一個是人權角度，我會把國際刑事法院羅馬規約定義成廣義的人權條約，剛才張檢察官有提到，俄羅斯攻打烏克蘭，而羅馬規約所規範的犯罪，都是最嚴重侵犯人權的行為，譬如俄羅斯攻打烏克蘭時，整個聯合國人權系統都出動，包括聯合國人權高級專員(High Commissioner for Human Rights)持續統計、搜尋，並發布訊息，說明對人權有多大傷害，張檢察官也提到人權理事會認為俄羅斯有非常嚴重的情況，所以暫停俄羅斯在人權理事會的職權，後來俄羅斯就退出人權理事會。另

外一個是歐洲人權公約，烏克蘭也動用整個訴訟團隊到歐洲人權法院去告俄羅斯，俄羅斯就使出殺手鐮，你告我，我就退出。可以看出這對人權傷害其實非常嚴重。

第二個我覺得有意義的地方在於主權，林教授也提到，要加入 ICC 須以國家為單位加入，不像 WTO 可以用獨立關稅領域這個相對模糊的概念參與。要加入 ICC 基本上沒有其他選擇性，只能以國家身分參與。不過羅馬規約開放給所有國家加入，這是有點可能性。因為我認為臺灣的問題，不只是非聯合國會員國而已，最嚴重的問題是臺灣的國家主權地位，這跟巴勒斯坦不一樣，我們一直在想像巴勒斯坦的情況，當然可以參照，但不一樣。巴勒斯坦的國家地位，絕大部分的人認為沒有問題，而臺灣面臨的是國家主權地位的問題，不只是非聯合國會員國的問題。因而或許可以透過加入羅馬規約這個方法與管道，讓我們的主權地位相對得到確認。

第三個是從刑法的角度，既然是非常嚴重的刑事犯罪，就應該面對國際的刑法網絡，也就是普遍管轄的概念。等一下會講到，有點像海盜罪再延伸的現代普世管轄情況。現在臺灣面對中國可能的威脅，或許透過參與 ICC，可以產生某種制衡的力量。像普丁現在要離開俄羅斯也要想一下，他現在只敢去吉爾吉斯，還不敢跑太遠。我們可以想一個問題，萬一普丁跑到臺灣來，我們有沒有管轄權，這是我們要面對的。或許我們認為索馬利亞海盜跑到臺灣來，我們有管轄權，但如果是普丁呢？這是我們在面對國際刑事法時，可能要面臨的問題。我認為從以上三個面向來看，參與或加入羅馬規約，對於臺灣都非常有意義。

第二個問題是我們想要參與或加入羅馬規約，有哪些可能的方法。我個人粗淺的瞭解，大概有四種方法，第一種林教授有提到，就是直接加入，依羅馬規約第 125 條第 3 項規定，規約開放給「所有國家」加入，不限於聯合國會員國，比較寬鬆一點。最好的方法是跟其他國家一樣簽署再批准，但是現在已經不行了，這是臺灣必須面對的國際法宿命，公約生效之後只能用加入的方法。但是要注意是，加入書要存放給聯合國秘書長，這是重大的障礙。以加入人權條約來說，消除婦女歧視公約及兒童權利公約同樣是開放給所有國家加入的，我們曾經嘗試將消除婦女歧視公約的加入書存放給聯合國秘書長，當時就面臨很大的障礙，聯合國秘書長不但退回，還發表簡短的演說，所以我要強調的是不是沒有成本。最嚴重的成本是，如果聯合國秘書長用白紙黑字，不管他找了什麼理由，用聯合國大會 2758 號決議或其他理由，直接挑明說臺灣是中華人民共和國的一部份，這才是最大的成本，本來沒事，現在直接講白，會有後續效應。其實在存放消除婦女歧視公約加入書的時候有碰到過，但是聯合國秘書長沒有那麼清楚的用白紙黑字，而是口頭稍微描述，我們隨後透過外交管道，請美國發表一些說法，消弭造成的影響。後來在兒童權利公約的時候，聯合國秘書長就當作沒看到，沒有負面效果產生。同樣如果要加入羅馬規約，會有類似的障礙必須面對，因為要將加入書存放到聯合國秘書長。

第二個方法是與國際刑事法院簽署合作協定，最主要是第 87 條第 5 項，它文字是說，國際刑事法院可以邀請(invite)任何非締約國提供協助，在特別安排下建立合作關係，如果簽署協議，後續沒有合作會有後果，會送到聯合國大會，甚至安理會，檢討怎麼有簽約而違約不合作，可能會有這些問題。因此推測國際刑事法院應該不會輕易邀請臺灣簽署合作協議，可能存在高度障礙，也不是我們單方面可以提出要求就可以簽署。

第三個方法是臺灣提出單方聲明，2022 年 5 月兩公約審查的結論性意見第 17 點提到，委員會建議中華民國臺灣依據國際刑事法院羅馬規約第 12 條第 3 項發表聲明，以承認國際刑事法院的管轄權，該聲明可追溯至 2002 年 7 月 1 日，而且對未來沒有時效限制。就是實際上沒有時間限制，從生效後到未來長

久，我認為會有這段話是因為，審查委員裡有一位 William Schabas 教授，他除了是國際人權法專家以外，還寫了一本很重要的國際刑事法院著作，他非常熟悉現況，所以他把這句話帶進去，如果我的理解沒有錯誤，應該是這個原因。我個人猜測第二個原因可能是，現在全民國防下，要怎麼去面對對岸可能發動接近戰爭的行為，不論是軍事整備或法律準備都有必要。可能是基於以上兩個原因，提出單方聲明承認國際刑事法院的管轄權成為討論的重點。

最主要是我們要怎麼發表聲明，向誰發表聲明？直接加入是將加入書存放於聯合國秘書長，但是單方聲明承認國際刑事法院的管轄權只要將聲明提給國際刑事法院的秘書處書記長，因而或許有點空間，至少不用透過聯合國傳統管道。同時國際情勢也有一點轉變，大家覺得應該防範可能發生的戰爭罪、侵略罪、違反人道罪等。舉例而言，烏克蘭曾經有發過兩次聲明，第一次是有時間限制，第二次就延長時間變成無期限，就是 2014 年之後無期限的完整接受，除非後來再發表聲明停止。巴勒斯坦也一樣單方聲明承認國際刑事法院的管轄權，其目標可能是針對以色列，這是巴勒斯坦的法律戰。而對於臺灣而言，我們至少也要做法律戰的準備，這是我們可以考慮嘗試的。

最後一個是將羅馬規約國內法化，不論我們採用前面三個方法中的哪一個策略，相對應的將羅馬規約國內法化是非做不可，因為沒有這個基礎，不可能加入或合作。我覺得就是延續之前將人權公約國內法化的狀況。

將羅馬規約國內法化至少應該深思四個議題。第一個是罪刑法定要怎麼定？我們可能要建立一個概念，將羅馬規約國內法化時可能要用國際標準作為罪刑法定之基準，不然無法處罰羅馬規約所規範的四個重大犯罪，否則難道我們要自行定義四個重大犯罪的構成要件嗎？其實國際上罪刑法定已經包括兩個層面，第一是個別國家的國內法；第二是國際刑法。我們可能必須直接以國際刑法的罪刑法定構成要件，作為國內法的構成要件，以羅馬規約的規定來做為構成要件，才能夠接軌，四個罪名都需要這麼做。除了構成要件外，還有刑罰。羅馬規約所規定之刑罰一般來說是 30 年以下，特別嚴重會到無期徒刑，這跟國際上廢除死刑的發展有關。然而我們國內法有很多死刑規定，如果羅馬規約只允許最多處無期徒刑，國內相對應之立法在國內會不會引起什麼討論？臺灣社會可能會面臨的情況是質疑這麼嚴重的犯罪卻最多處無期徒刑。不過羅馬規約的規定是符合國際發展趨勢，這是我們將羅馬規約國內法化時必需面對的。

第二個問題是要有普遍管轄的概念，剛才林教授是從刑法角度詮釋，而從國際法的詮釋羅馬規約想要建構的是普遍管轄，就是不問犯罪人或被害人是誰，也不問犯罪地在哪裡。回到剛才的問題，普丁到臺灣，我們可不可以管轄，如果不能建構普遍管轄，可能的犯罪嫌疑人很輕易就逃脫。我們要建立比海盜罪更進一步的普遍管轄，納入國內刑法的概念，不然不可能跟國際刑事法院接軌。

第三個是追訴權時效問題，羅馬規約規定的犯罪基本上沒有追訴權時效，我們要把這個概念導進國內，在刑法規範內建構嚴重犯罪沒有追訴權時效的概念，這或許會跟既有的刑法概念不同，但是既然要跟國際接軌，就要思考是否有衝突的地方並做調整。

第四個議題是同時要建構在國際刑罰上的國際合作，必須要有這個概念，才能與國際互動，建構國際的司法互助。



戰爭罪、違反人類罪與危害種族罪之國際司法實踐 清華大學科技法律研究所 / 黃居正教授

我主要是針對今日議題的實體規範內容進行討論，這幾個犯罪在國內學界有各種不同翻譯，但我建議採取我的翻譯方式，譬如說 crimes against humanity 翻成「違反人類罪」而不是「危害人類罪」，crime of genocide 要翻成「危害種族罪」，我的翻譯方式有它的道理，主要是因為這些罪名都各有其形成的歷史背景，所以我們連動使用這些翻譯方式比較好。

為什麼要針對「危害種族罪」跟「違反人類罪」來討論，而不太說明戰爭罪跟侵略罪？第一是因為犯罪之間的包含關係，戰爭罪跟侵略罪就如同陳副教授所說，我們最初對它的定義並不需要太明確，甚至有人會質疑欠缺罪刑法定主義的限制或要求，當然這些罪的惡害需要被呈現出來。以臺灣來說，如果中國發動戰爭，我們也有可能一開戰就投降，就沒有戰爭罪可言，更不用說侵略。所以戰爭或侵略罪的真正惡害實現，是來自其中的「危害種族」跟「違反人類」行為，訴追的重點，會集中在這兩個罪。第二，戰爭罪跟侵略罪上存在著對臺灣很不利的要件，戰爭的定義是要國家對國家，如果臺灣不被認為是國家，像中國一向不認為我們是國家，聯合國 193 個會員國，大約 180 個默認臺灣是中國的一部份，所以可能不被認為有戰爭行為，而是內部政治紛爭問題，相對也不會有侵略行為。戰爭跟侵略罪繫於這樣的政治定義，包括巴勒斯坦在加薩走廊飛地產生的不法行為，到底是不是戰爭罪跟侵略罪，也就成為爭論問題。對俄羅斯普丁的追緝，反而是針對其所犯下的「奴役行為」，而不是連動戰爭罪中最嚴重的謀殺、滅絕，為什麼不追訴這些看似比較嚴重的犯罪？因為包括克里米亞半島，還有他所其行動的範圍，很顯然會引發對於是否構成戰爭或侵略罪的疑義。如果用戰爭罪中的謀殺行為來追訴，很可能不成罪。這是為什麼我把今天的重點，擺在這兩個實體罪名。

那為什麼在順序上，先討論違反人類罪，而不去討論另外一個臺灣應該比較熟悉，而且最近行政院在不斷檢討兩公約施行過程中的修法問題時，我也提出應該由法務部來擔任之「殘害人群治罪條例」的主責機關的理由。大家應該很熟悉「殘害人群治罪條例」，當時它移植過來的母法原型，就是危害種族罪，因為我的堅持，後來羅秉成政委也接受應由法務部主責。為什麼不先討論的理由在於，違反人類罪在歷史發展上，就是危害種族罪的原型。違反人類罪的罪刑被創立出來後，才有危害種族罪這樣的罪名出現，有歷史發展的先後關係，也有包含關係。違反人類罪講完後，危害種族罪就容易講，所以今天的重點，會集中在違反人類罪。

違反人類罪在戰爭或侵略過程中，幾乎一定會發生的罪刑，今天除了針對俄羅斯普丁的犯罪事實外，最近的以巴衝突，所呈現出來的各種事實，都說明危害種族罪裡面，有許多連結戰爭與侵略行為中必然發生的犯罪態樣與要件，以及其犯罪行為之特徵的解釋與示例，雖然很不幸，但對我們的理解與驗證，很有幫助。違反人類罪在戰爭過程中勢必會發生，因為子彈不長眼，攻擊的目標不可能排除平民的存在，一個攻擊行為勢必導致平民受到身體損傷、財產損害，甚至死亡。戰事中交戰人員受到精神壓力的結果，往往會產生仇恨心，試圖使用某些激烈手段來震懾敵人，這時候他的對象很可能就是平民，採用各種殘酷手段、精神施壓，甚至性侵害等方式去迫使對方投降。這些犯罪行為不必然發生在戰爭中，雖然在過去的實例，

幾乎都跟戰爭連結在一起，我們需要介紹的理由在於，如果要將它內國法化，必須理解這些罪行不是只在戰爭中發生。

違反人類罪 概說

- 違反人類罪（crimes against humanity）是一種對**平民群體**（civilian population）之**大規模犯罪**。其最嚴重的態樣就是殺害整個平民群體。
- 違反人類罪不要求犯罪人在主觀上針對特定民族或種族群體為犯罪。只要犯罪對象是平民或非軍事人員即可。因此不須判斷受侵害之平民群體是否為特定之民族或種族群體，或證明犯罪人有危害特定民族或種族之意圖。
- 除了謀殺、滅絕外，違反人類罪的犯罪態樣還包括迫遷、奴役、酷刑、監禁、性侵害、使失蹤、迫害、種族隔離等不法行為。
- 違反人類罪目前是國際刑事院所管轄之最重要國際犯罪之一。

違反人類罪之發展歷程

- 違反人類罪一詞之起源，可追溯至1899年與1907年之海牙規則（海牙法），該法要求對於敵方戰鬥人員應遵守「**人類（道）律法**」。雖然在馬爾頓條款裡並未明文將違反人類律法之行為犯罪化。
- 直至1915年土耳其大規模迫遷亞美尼亞人並加以屠殺，同盟國組成之調查團首度使用了「違反人類」之字眼並提議加以追訴後，該暴行之規範意義才算被確立。但事實上並未加以究責。
- 二次戰後的「審判主要戰爭犯罪者國際軍事法條章（紐倫堡憲章）」在第6條c款，首次規定了違反人類罪。**東京憲章**也有相同的規定。惟從紐倫堡審判後，一直到1990年代，國際裁判機構都沒有就違反人類罪進行審判。其間固然有本國法院適用違反人類罪之代表性案件，如以色列法院審判Adolf Eichmann案，法國審判Klaus Barbie案，以及荷蘭、東德與加拿大法院之零星裁判，但受限於本國法院之審判能量與犯罪年代久遠舉證不易，追訴成功率不高。一直到**前南斯拉夫國際刑事法庭（ICTY）**與**盧安達國際刑事法庭（ICTR）**依據其規約，開始大量適用違反人類罪後，情況才有所改變。

它的發展歷程就如陳副教授所提到，是從紐倫堡憲章跟東京憲章所生，也不是說二戰結束後對戰犯的審判都沒有法源依據，事實上有兩個憲章做為訴追戰爭犯罪的法源依據，憲章中就有違反人類罪的罪刑出現，接下來就出現很巨大的空白，國際間沒有任何組織可以去操作這個罪，幾乎都由內國法實現。所以說，並不是沒辦法加入 ICC，就對這個罪完全沒有操作的可能性，包括 Adolf Eichmann 案及 Klaus Barbie 案，兩個具有重要象徵性的案子，都說明透過內國法化，其實可以對這種罪刑進行審判，我們應該從這個觀點進行操作。但我跟廖老師的意見不一樣，我認為我們加入 ICC 是沒有損失、沒有成本的，因為如果全世界有約 180 個國家都默認臺灣是中國的一部份，那還怕聯合國秘書長講什麼，值得一試，而且現今國際情勢也出現相當大的變化，我相信對臺灣是有利的狀態。

這個罪的實現，除內國法院以外，設立前南斯拉夫特別法庭及盧安達特別法庭以後，這個罪的內容就慢慢被呈現出來，也沒有所謂罪刑法定的問題。它在這兩個法庭規約裡面，都有犯罪要件、態樣和處罰效果，所以它早就存在了，後來 ICC 才納入其規約裡面。歷史過程是這樣發展出來的。如果從比較相對學術或普遍觀點的角度來說，我甚至認為它是習慣國際法，不管今天是否有 ICC，是否有特別的國際刑事法庭規約，都不重要，它就是一個國際犯罪，大家都可以加以追訴處罰。剛說到過去幾乎所這些犯行，都是因為戰爭行為而發生，但它必須跟戰爭做有效區隔的理由在於，它的犯罪態樣是針對平民群體，這個群體不一定要有可識別性，可能是一個地區的平民群體，可能是好幾個不同種族的，這個群體也不盡然是非軍事人員，軍事人員一旦被剝奪抵抗能力，一樣可被視為平民群體，所以它會跟戰爭犯罪之間出現比較大的差異。

違反人類罪之定義與所保護之法益

- 國際刑事法院規約第7條第1項規定，個人對於**平民群體進行大規模或系統性的攻擊行為**，且符合規約第7條第1項所列舉的行為態樣者，構成違反人類罪。當然，既然是犯罪，就與規約所規定之其他國際犯罪相同，加害人必須有主觀之不法犯意，亦即對於該犯罪之要件有主觀之認識（規約第30條）。
- 違反人類罪所保護之法益就是被國際強行法所承認之基本人權，包括生命、健康、自由與尊嚴。大規模或系統性不法侵害基本人權，就是違反了最低限度之人類共存法則，也構成了對於和平、世界安全與人類福祉之威脅。

受攻擊之平民群體

- 違反人類罪之**犯罪對象具有集體性格**，因此其犯罪對象僅限於為政府或特定組織為實現其政策所針對之平民群體。所謂平民群體，必須是一群而非僅為單一個人。實務解釋認為應指具有某種同質性、共同特徵之人群，但也可以藉由客觀條件加以判斷，例如現居於戰時佔領區內的平民，雖然彼此間沒有主觀上的同質性，仍可被認定為平民群體。
- 平民群體也沒有數量上或全體（完整）性上的限制。雖僅為部分位於戰時佔領區內的平民，也構成平民群體。
- 所謂「平民」之定義是具有相對性的。實務解釋認為平民就是相對於政府或軍隊等**侵害者**，在受攻擊時**無能力自我防衛之人類群體**。所以只要不是參與加害政府或組織之成員，就應被認定為平民。與犯罪時其民族或族群身分、級職、所屬集團無關。
- 因此，即使是加害政府或組織所屬之民族成員或公民，也可能因在受攻擊時無能力自我防衛，而被認定為平民群體。相對的，即使不具公務軍職但被加害人賦與攻擊之權力的平民群體或個人，也可能被認定為加害人。

它所保護的法益也是，因為這會連動到後面危害種族罪，過去臺灣的司法實務，常常對自訴主張殘害人
群治罪條例的犯罪，認為不涉及個人法益，只涉及國家法益，而認為沒有自訴的資格。這個說法跟國際學
術與實務看法並不一致，因為一般認為違反人類罪跟危害種族罪所保護的法益事實上是個人法益，不是單
純的國家法益，所以應該是可以有效自訴。

大規模或系統性之攻擊行為	犯罪行為人
• 所謂大規模，是指從攻擊行為之量的觀點認為其屬於大規模。性亦可由攻擊之嚴重性等質的觀點加以認定。例如：「屠殺受難者之人數」、「攻擊所涵蓋之地理範圍」，或「其行為違反人性之程度」。 • 所謂系統性，則須由質的觀點加以認定。例如加害者是否具有組織性，攻擊是否為計畫性，攻擊是否採用相同的模式。 • 系統化攻擊平民群體的政策或是指導原則無需成文化，也不需要具備特定之形式。政策不必絕對明確甚或是明示。也不需要由最高權威機構發佈。任何政治書寫，演說或是聲明，都能作為是否有政策或指導原則之佐證。甚至可由行為本身客觀加以推知。	• 違反人類罪之犯罪行為人不須具有政府或組織成員之身分，雖非直接行為之人，但若可認定其有積極介入犯罪之事實，也會被認定為犯罪人。 • 犯罪人必須對於違反人類罪行（大規模或系統性攻擊平民群體之行為）有主觀之認識，但不須詳盡認識該罪責之要件與效果。對於受攻擊之平民群體之特徵或特性，也不須有主觀之認識或完整之信念。甚至也不須認同由政府或特定團體支持之系統化攻擊平民群體政策或是指導原則。 • 為了有效證明犯罪人之主觀犯意，1996年國際刑事法院規約草案建議以政府或特定團體所支持之攻擊平民群體的政策或指導原則，作為判斷是否為系統化攻擊之基準。目的就是避免犯罪人以遵守上級合法命令或指揮為由，免除責任。 • 犯罪人不須為主權國家或政府或其公務軍職人員，判斷是否為犯罪人之重點，在於其是否有從事大規模或系統化攻擊之能力。高度發展或有相當規模之非政府組織（如蓋達組織等）及其成員，也會被認定為違反人類之犯罪人。受屬於主權國家或政府或其公務軍職人員或受其指揮之私人或團體，例如僱傭兵或私人武力公司，也足當犯罪人。

至於被攻擊的平民群體，並不需要被識別成為一個共同種族，或是特定民族，或是特定身分團體，基本上是相對的，只要是沒有能力防衛自己的人類群體就可以。它也不需要很大的同質性或客觀性，也沒有數量上特別要求，在過去實務上，17 個人也可以構成違反人類罪的罪刑，當然過去也有例子認為人數少到 8 個人，就很可能不會用這個罪刑追訴處罰。它很重要的犯罪構成要件是，對平民群體的攻擊，必須是大規模或系統性的攻擊，這個判斷不是來自被攻擊者的規模數量或身分上具有同質性。而是從加害者的觀點判斷，加害者是否有組織性，攻擊是否有計畫性，攻擊行為是否採取相同模式來判斷。很可能今天只是一個宗教或意識形態的教主，例如歐姆真理教的教主，給了一個不是很清楚的指示，可是大家很有信念去做這件事情，它也不一定要書面，只要是一個觀念，透過這個觀念形成某個加害者組織，這個組織也未必是要國家，如果是傭兵集團或武力公司，甚至是有武裝形式的宗教團體，一樣可以構成違反人類罪。它的犯罪行為人，最大問題是必須對違反人類罪的行為有犯意，這個犯意並不難判斷，一般都是用後見之明的方式判斷。另外一個問題是，如果是像軍隊系統裡的指揮關係，受命令的人是否因此可以排除其主觀犯意，在國際刑事法院規約的實務上認為說，不能以遵守上級合法命令或指揮為由來免除責任，只要對這個犯罪行為有一般性的認識就好。

犯罪行為之態樣	滅絕（extermination）
• 違反人類罪的犯罪行為態樣，包括謀殺、滅絕、奴役、迫遷、監禁、酷刑、性侵害、迫害、使失蹤、種族隔離等不法行為。 • 個別行為態樣間，互相有包含與競合關係，端視個案事實之認定結果。 • 部分態樣必須結合其他態樣，才能構成違反人類犯罪。	• 國際刑事法院規約第7條第1項（b）款規定何謂「滅絕」。該規定是承襲自紐倫堡憲章、東京憲章。也被前南斯拉夫國際刑事法庭（ICTY）規約所採用。 • 滅絕與謀殺最大的不同，在於犯罪人有大規模集體屠殺平民群體之犯意，典型的滅絕事例就是第三帝國對於猶太人所進行的系統化處理方案。 • 即使被滅絕之平民群體不符合特定種族或民族團體之要件，例如僅為政治上或宗教上之異議團體，仍可構成違反人類罪。 • 滅絕行為可以是直接行為（與謀殺同），也可以是間接行為，後者包括破壞平民群體之生存條件，任令其死亡。包括使其生存環境劣化、設立集中營剝奪其生存資料、使其集體感染疾病但故意阻絕醫療資源之提供，都構成滅絕之行為。 • 滅絕固然寓意對平民團體進行大規模之屠殺，但不代表必須事實上必須滿足一定之規模。因此實際遭滅絕之數量不應作為判斷是否構成滅絕之依據。在前南斯拉夫國際刑事法庭（ICTY）實務中，塞族士兵屠殺17名穆斯林與克羅埃西亞平民，仍被認定為屬於滅絕行為。

接下來介紹犯罪態樣，我省略殺人就是謀殺的部分，因為這應該不用再跟大家解釋了。比較需要注意的是「滅絕」，這是來自二戰德國對猶太人大規模屠殺的行為。為什麼滅絕跟謀殺要分開？因為滅絕不一定要直接的行為，可以用間接的方式，譬如設立集中營、剝奪醫療資源、炸掉水壩、發電廠等，讓你沒水沒電餓死凍死，這些都構成滅絕。滅絕不一定要有巨大規模，也可能是小規模形式，因為他很可能想滅絕很多人，但手段上做不到。再來是「奴役」，這是普丁被追訴的重要犯罪形式，基本上就是剝奪人的自由，販賣奴隸是比較古典的形式，綁架兒童、迫使強迫勞動，或是送進再教育營，都是一種奴役行為。

奴役 (enslavement)

- 國際刑事法院規約第7條第1項 (c) 款規定何謂「奴役」。該規定是承襲自紐倫堡憲章、東京憲章。也被前南斯拉夫國際刑事法庭 (ICTY) 規約與盧安達國際刑事法庭 (ICTR) 所採用。
- 奴役之定義自18世紀就出現，19世紀盛行之奴隸交易與其廢止充實了習慣國際法對於奴役之規範。禁止奴役行為是國際強行法。禁止奴隸交易後，古典之奴役制度已經不多見。但是奴役有許多現代的變形，包括強制勞動、人口販運、婚姻、性奴役等，仍構成違反人類之奴役行為。
- 所謂奴役，是指以任何形式對於人類施加所有權與控制權力之行為。其手段包括人口販運，特別是婦女與兒童。另外限制人身自由、行動自由，使其處於相對弱勢、違反其自由意志、剝奪其經濟能力，都可能構成奴役行為。
- 奴役行為不須持續一定的時間長度。也不需檢證被害人是否有能力或機會反抗奴役行為。
- 強制勞動是奴役行為之現代形式的代表。其源自紐倫堡憲章對納粹集中營管理者之追訴。強制勞動是指被害人在違反其自由意志下被迫勞動，不論其是否受有報酬，或勞動活動是否損害其身心健康，或是否勞動過程中是否受有違反勞動條件之不當待遇。重工、未成年或弱勢勞動者，都是實務上認定為受強制勞動違反人類犯罪之被害人。

迫遷 (強制出境與強制遷徙) (deportation or forcible transfer of population)

- 國際刑事法院規約第7條第1項 (d) 款規定何謂「迫遷」。該規定是承襲自紐倫堡憲章、東京憲章。也被前南斯拉夫國際刑事法庭 (ICTY) 規約與盧安達國際刑事法庭 (ICTR) 所採用。
- 所謂迫遷，指在欠缺任何國際法之合法理由下，藉由驅逐或其他強制手段，將人群遷移離開其原合法居住地。迫遷的人口數量，並非判斷是否構成迫遷之基準。即使僅有一人被迫遷，仍構成犯罪。雖然多數迫遷都是集體性的。
- 強制出境與迫遷的差異在於是否被迫離開國境，但所謂國境，則繫於個案中迫遷犯罪人之主體地位而定。
- 迫遷的手段允許寬鬆解釋，除非平民群體自願遷離或逃難、逃避兵役，不然都可能構成迫遷。
- 因戰事需求強制疏散交戰區之平民群體，必須在交戰行為停止後立即允許其返回合法居住地，不然仍會構成迫遷。

接著是「迫遷」，一個是強制出境，一個是強制遷徙，在平時也有可能發生這種狀況。過去甚至也有人主張南鐵東移是一種迫遷，所以迫遷的定義非常廣泛。在境內也有迫遷，被迫違法離開原居地或要求離境，當然在跟戰爭很重要的連結關係中，為實現某個戰爭目標，強迫交戰區的平民去疏散，像現在加薩走廊北部就有出現這樣的情形，這算不算迫遷。一般來說，疏散後一旦交戰情況終止後，就必須立刻讓其返回原居地，才不會構成迫遷。

監禁 (imprisonment)

- 國際刑事法院規約第7條第1項 (e) 款規定何謂「監禁」。該規定也被前南斯拉夫國際刑事法庭 (ICTY) 規約與盧安達國際刑事法庭 (ICTR) 所採用。
- 監禁是指將人拘束於封閉場所使其無法自由移動。但即使非封閉場所但嚴格限制其活動自由，使其無法離開，例如過去第三帝國在波蘭為猶太人設立之「隔都 (ghetto)」，也構成監禁。
- 違反人類之監禁行為必須是一種恣意專斷、未經合法正當程序進行之監禁行為。

酷刑 (torture) 與性侵害

- 國際刑事法院規約第7條第1項 (f) (g) (k) 款規定何謂「酷刑」與「性侵害」。該規定也被前南斯拉夫國際刑事法庭 (ICTY) 規約與盧安達國際刑事法庭 (ICTR) 所採用。
- 所謂酷刑，是指對於受羈押或受其控制之人，故意對其身體或精神施加嚴重痛苦或使其受折磨。至於因合法處罰所致或期間意外所生之痛苦或折磨，則不構成酷刑。
- 酷刑之施加，不須有特定目的，且亦無需由公權力或公務員、軍職人員實施，非政府性之組織亦可能實施酷刑。
- 酷刑對受拘束之人之身體或精神造成痛苦或折磨，是一種違反人性尊嚴的行為，實務上所承認之身體酷刑，包括拔牙、拔牙、電擊、傷害其敏感部位、打斷骨頭、燒灼皮膚、使用化學藥劑迫令吐真、倒吊、灌水、坐冰塊、挨餓、不准睡眠、性侵害、精神上的酷刑包括死亡威脅、迫令觀看處決、迫令其埋葬自己親人等。
- 性侵害則包括強姦、使其為性奴役、強迫懷孕或終止懷孕。

接下來是「監禁」，應該不用特別解釋，這跟一般刑法符合正當程序的審判產生的監禁是有所區別的，後者不會構成違反人類罪。另外一個是臺灣目前一直無法改善的「酷刑」，一般認為酷刑是拔指甲、電擊、坐冰塊、灌水等等，其實酷刑還有很多其它形式，還有精神上迫害。而且酷刑很可能連動到「強迫勞動」或使人為奴役的罪刑，這也是為什麼我們對酷刑公約到目前為止，還沒有強大的心理建設認同它的犯罪意識，不過我想這是不應該的，因為這是很古典的國際犯罪，應該要正視這樣的酷刑，我想透過 ICC 的內國法化，可以認真面對批准它。「性侵害」就不在這邊解釋。

迫害 (persecution)

- 國際刑事法院規約第7條第1項(h)款規定何謂「迫害」。該規定是承襲自紐倫堡憲章、東京憲章。也被前南斯拉夫國際刑事法庭(ICTY)規約與盧安達國際刑事法庭(ICTR)所採用。但是各憲章或規約之文本都沒有明確定義何謂「迫害」。
- 依據國際司法實務，迫害是指犯罪人針對可識別之群體或社群所採取的攻擊行為，目的在故意且嚴重剝奪該可識別群體或社群受國際法保障之基本權，包括生命、身體或精神、人身自由等不可侵犯之人權。迫害也可僅針對代表該可識別群體之特定個人為之。例如任意逮捕或拘禁該平民團體之領袖。
- 與危害種族罪不同，迫害之對象是由犯罪人所針對或鎖定，不是在客觀上具有同質性之人群。
- 迫害行為通常都寓有基於歧視或差別而剝奪其權利之意味。具體例子如強制徵收特定平民群體之土地或財產，使其生活無著，或是拆除特定平民群體之精神象徵如其古蹟或紀念物，施加恐嚇。
- 由於迫害與其他違反人類罪之行為態樣間，具有高度的融合性質，國際刑事法院規約規定其應結合該條所規定之其他犯罪態樣，並非一種獨立的犯罪態樣。

危害種族罪 概說

- 危害種族罪 (crime of genocide) 是意圖消滅特定種族或民族團體之犯罪。其最嚴重的態樣就是殺害、滅絕整個種族或民族團體。
- 危害種族罪與違反人類罪在犯罪要件上具有共通性，也有差異性。
- 二者固皆以大規模或系統性殺害或殘虐行為作為犯罪態樣，不過，違反人類罪並沒有攻擊特定人群團體之主觀犯意，且其犯罪之對象僅限於平民而不包括戰鬥人員。危害種族罪則是意圖消滅特定之人群團體，以所欲消滅之人群團體全體成員為對象，因此在平時與戰時、對於平民與戰鬥人員之殘虐行為，都能適用。
- 危害種族罪與違反人類罪之犯罪態樣也不盡相同，雖然都應該被廣泛解釋。例如滅絕行為，在違反人類罪中，是以大規模殺害或嚴重傷害平民群體之生命身體為手段。但危害種族罪之手段會更為廣泛。
- 危害種族罪目前也是國際刑事法院所管轄之最重要國際犯罪之一。

「迫害」是另一個很有意思的犯罪型態，迫害是鎖定某個特定人群，讓其精神生活上受到壓迫，以致跟其他人群有所區隔的行為，很可能是剝奪其權利、徵收財產，或是刻意去破壞其群體祖傳的古蹟或是象徵紀念物，讓他感到害怕。像當初納粹黨在「水晶之夜」迫害猶太人的手段，譬如把他的商店砸毀，或是抓到隔都裡面去過較低水準的生活。迫害是比較特別的犯罪型態，目前在 ICC 或過去的實踐，都希望迫害能跟其他犯罪態樣結合，不希望它是單獨的犯罪態樣。

理解這些違反人類罪的犯罪態樣以後，我們連結到危害種族罪就比較簡單，因為危害種族罪跟違反人類罪最大的差別是針對特定的種族團體，種族團體必須要在身分上可以被區別，身分上、民族上、種族上有共通性的。當然我們對民族、種族的解釋相對比較寬鬆，最大的差別在這邊。

結論：過去我們都談應該參與 ICC，雖然剛剛廖老師提出很多問題，但是目前臺灣加入國際組織可能會遭受阻礙的主體，都不是 ICC 的會員國，像中國、巴基斯坦、以色列，對臺灣不是很友善的國家不是會員國，甚至美國也不是，所以臺灣加入 ICC 的障礙，絕對不會大於其他過去想加入的公約組織，例如世界衛生組織、國際民航組織，都比 ICC 要困難多了。就算不行，也應該透過內國法化建構對這些犯罪的認識，與違法性的認知，過去有很多很好的例子，在尚未加入 ICC 前就已經透過內國法化推動轉型正義的國家，羅馬尼亞、西班牙都是。我們有很多可供模擬示範對象，就等待大家把這方面的知識內容與法意識更加充實，應該就可以邁出積極的一步。

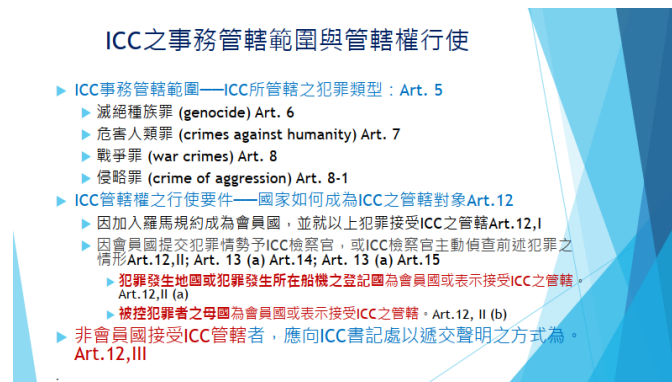


臺灣接受國際刑事法院管轄問題初探 最高檢察署 / 蔡秋明檢察官

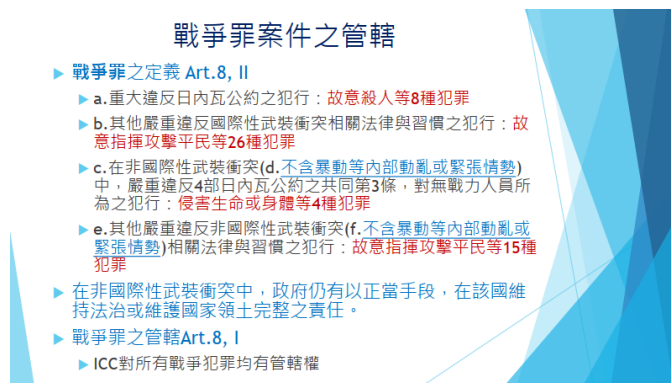
國際刑事法院設立的法律依據羅馬規約，不但是一部成文的國際實體法，也兼具組織法與程序法的性質，是一部很特殊的法律。

我想談談臺灣到底有沒有可能加入羅馬規約成為會員國，有關臺灣的國家地位問題，就我搜集到的資料，至少曾經有三個外國法院曾經處理過這個問題，其中有兩個案件是直球對決，被告提出臺灣不是一個國家的主張，法院必須直接處理這個問題。我們在國內都說中華民國臺灣是一個主權獨立的國家，我想探討在國外人家怎麼看這個問題。

首先，我個人認為，中華民國與臺灣是一體的，臺灣的正式國號是中華民國，臺灣在國際上雖然普遍被視為主權國家，並與多數民主國家維持一定程度的邦誼，但臺灣並不是正式的國名，所以我們不應該輕易放棄「中華民國」這個名稱。在某些情況下，「中華民國」的名稱可能很有用。



我的簡報內容的前半部，大概都是羅馬規約有關戰爭罪、侵略罪規定的介紹，以及有關管轄條文的整理，並沒有太深入的分析，但是有幾個地方我想特別提一下。第一個是非會員國怎麼接受 ICC 管轄的問題，有關這一點，規約第 12 條第 3 項規定得很清楚，萬一臺灣一時無法或來不及加入羅馬規約成為一個會員國，仍然可以依照這個規定，向 ICC 的書記處遞交聲明，表示要接受 ICC 管轄的意思。要成為羅馬規約的國家會員，即會員國 (State Party)，其前提就是加入者必須是一個 state，也就是必須是一個「國家」。規約第 12 條接受 ICC 管轄的前提，也是聲明加入者必須是一個國家。所以今天的重點是：臺灣到底是不是一個國家。因此，如何主張或確認臺灣的國家地位 (statehood)，才是加入羅馬規約或接受 ICC 管轄的前提要件之一。



有關戰爭的規範，規約第 8 條第 2 項 c 款與 e 款所定，在「非國際性武裝衝突」中指揮攻擊平民及侵害無戰力人員之生命或身體的各種戰爭罪中，有一點必須注意，就是在規約第 8 條第 2 項的 d 款跟 f 款都將所謂的「暴動等內部動亂或緊張情勢」排除於「非國際性武裝衝突」之外。如果 ICC 因為任何原因，將中國侵台的行為解釋成「暴動等內部動亂或緊張情勢」，就會因為此等行為不構成戰爭罪而對之無管轄權，這一點特別值得我們注意。中國可能會主張這是內國動亂或緊張情勢來排除 ICC 的管轄，所以這一點要特別小心防範。我必須主張侵台戰爭是一項「國際性武裝衝突」(international armed conflict)。即使武力侵台行為被解釋成「非國際性武裝衝突」(armed conflict not of an international character)，也不能讓它變成所謂的「內部動亂或緊張情勢」(internal disturbances and tensions)。

另外，規約第 8 條第 3 項「在非國際性武装衝突中，政府仍有以正當手段，在該國維持法治或維護國家領土完整之責任。」之規定，在中國藉機侵臺的情況下，亦有可能遭受中國的曲解，而成為侵略藉口，也是日後必須留意的一點。

侵略罪定義與案件態樣1

- ▶ **侵略罪**係指得以有效控制一國政治或軍事指揮權之人所為，計劃、準備、發動或實施侵略之行為，而其性質、重大程度與規模明顯違反聯合國憲章之規定者。Art. 8-1, I
- ▶ (“crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.)

侵略罪定義與案件態樣2

- ▶ **侵略行為**係指一國使用武力侵犯他國主權、領土完整或政治自主之行為，或任何違反聯合國憲章之作為。任何以下行為，不論是否宣戰，均應依照聯合國大會1974年12月7日第29次大會第3314號決議案定位為侵略行為。
- ▶ “act of aggression” means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression)

戰爭罪的管轄權很簡單，第 8 條第 1 項規定很清楚，ICC 對所有戰爭犯罪均有管轄權，不像侵略罪的定義與管轄規定都是在規約問世之後多次協商之後才增訂進去的。這就是為什麼規約在 11 條至 14 條之外，在 15 條之 1 及 15 條之 2 又另外定了侵略罪管轄規定的原因。這些新增規定讓整個管轄規定弄得十分複雜的，限制也變多。規約所定的侵略罪是使用三層式的定義方式，首先定義什麼是「侵略罪」：意指得以有效控制一國政治或軍事指揮權之人所為，計畫、準備、發動或實施侵略之行為。再講什麼是「侵略行為」：意指一國使用武力侵犯他國主權、領土完整或政治自主之行為。第三步則列舉各種侵略行為的具體態樣。這是很奇特的犯罪定義方式，在其他法典可能看不到。這裏的中文是我自己翻譯的，未必與聯合國的簡體字版本完全相符，請大家諒解。

侵略罪定義與案件類型3

- ▶ **侵略行為態樣Art. 8-1,**
 - ▶ (1) 一國以武裝部隊入侵或攻擊他國領土
 - ▶ (2) 一國以武裝部隊轟炸他國領土或對之使用武器
 - ▶ (3) 一國以武裝部隊封鎖他國港口或海岸
 - ▶ (4) 一國以武裝部隊攻擊他國之陸、海、空軍或船隊、機隊
 - ▶ (5) 一國在協議下經他國同意收容其武裝部隊，而違反協議在他國使用武力，或在協議終止後，其部隊仍繼續滯留他國。
 - ▶ (6) 一國允許他國使用其領土，俾該他國得以準備對第三國實施侵略行為。
 - ▶ (7) 一國派出或以其名義派出武裝群體、武裝集團、非正規軍或傭兵，對他國實施武力行為，而其嚴重程度達到前述侵略行為之程度，或以之對他國進行大規模之介入行為。

ICC就侵略罪案件之管轄權取得與啟動

- ▶ **2. ICC就侵略罪案件之取得管轄**
 - ▶ ICC因會員國移送而取得管轄Art. 15-1; Art.13 (a)
 - ▶ ICC因其檢察官主動偵查而取得管轄Art. 15-2; Art.13 (c)
- ▶ **3. ICC就侵略罪案件之管轄啟動機制**
 - ▶ 締約國向ICC檢察官移送相關情勢Art.13 (a); Art. 14
 - ▶ 聯合國安理會向ICC檢察官移送相關情勢Art.13 (b)
 - ▶ ICC檢察官主動偵查Art.13 (c); Art.14

臺灣遭受侵略時如何接受國際刑事法院之管轄

- ▶ **國家就ICC管轄案件之接受管轄資格問題**
 - ▶ 泛稱意義下而非訴訟程序中的當事人 (a party in general sense; not a party to the proceedings)
 - ▶ 遭受侵略等情況下，以被害人身分接受ICC管轄之準當事人資格 (an injured party/victim in case of aggression or war)
 - ▶ 羅馬規約會員國 (State Party to the Roman Statute)
- ▶ **臺灣如何接受ICC之管轄**
 - ▶ 加入羅馬規約成為會員國 (becoming a State Party to the Statute) Art.12,I
 - ▶ 主動向國際刑事法院書記處表示聲請接受管轄？Art.12,III
 - ▶ 由具有會員國地位之友邦/第三國向ICC提交臺灣遭受侵略之犯罪情勢Art.13 (a)
 - ▶ 逕向ICC檢察官告發遭受侵略犯罪情勢並提供資訊Art. 13 (c); Art.15-1,I

接下來是我報告的重點，剛剛提過，所謂的當事人適格，就是一般的 party qualification 或 party competency。如果一個國家加入羅馬規約成為會員國，它的地位就是 a State Party。一個國家在成為羅馬規約會員國之前，如果被其他國家侵略或成為他國發動戰爭的對象，仍然有機會以被害人身分接受管轄，從這個意義而言，被侵略國是一個受害國，即被侵害的當事人 (an injured party)。雖然一個國家不會是 ICC 訴訟程序的當事人 (a party to the proceedings)，但國家在相關個案上仍有一般意義的當事人 party 性格。因為，依照羅馬規約的規定，國家既不是訴訟程序中的原告，也不會是被告。原告是 ICC 的檢察官，被告則是發動侵略、戰爭等行為的個人，而不是國家。但是，如果要接受 ICC 的管轄，第一個途徑是以國家身分加入羅馬規約當成會員國或國家成員；第二個途徑是受害國主動向書記處表明願意接受管轄，另外一個途徑則是由具有會員國地位的友邦或第三國，向 ICC 提交臺灣遭受侵略的情勢。最後一個是直接向 ICC 檢察官告發遭受侵略的事實，並與 ICC 合作，提供證據資料或準備出庭說明，在這些途徑中，國家都有一定的當事人角色。

臺灣接受ICC管轄之前提
——臺灣國家地位之主張與論述1

- ▶ 加入羅馬公約或接受管轄之前提：具有國家地位 (statehood)
- ▶ 臺灣符合蒙特維多國家權利義務公約第1條所定義之國際法人要件：常住人口、領土、政府、與外國交往之能力 (a permanent population, a defined territory, government, capacity to enter into relations with the other states)
- ▶ 國際上承認臺灣國家地位之司法判決
 - ▶ 瑞士聯邦法院判決 (A.3/2001/svc)
 - ▶ 加拿大魁北克法院判決 (2003 IIJ Can 7285 (QC CS))
 - ▶ 蘇格蘭地方法院、上訴法院 ([2015] HCJAC 52, HCA2014/3518/XM & HCA2014/3519/XM)、英國最高法院判決 (Trinity Term, [2017] UKSC 44, On appeals from: [2016] HCJAC 83 and 117)

在成立可受 ICC 管轄的情勢或狀態之前，我們必須要確認自己的國家地位，即 statehood。有關國家成立的要件，大家耳熟能詳的蒙特維多公約講得很清楚，一個國家必須有常住人口(permanent population)、固定的領土(defined territory)、政府(government)、與外國交往的能力(capacity to enter into relations with the other states)。這些要件，中華民國臺灣都完全具足。其中比較可能引發爭議的，可能是領土問題，因為中華民國與中華人民共和國的憲法都主張就對方所實際統治的領土擁有主權。所以 defined territory 這個要件，在某些場合也許必須作一些澄清。但是，臺灣的治權所及領域其實非常清楚，個人認為臺灣是符合擁有固定領土這個要件的。

現在介紹三個外國判決，看看外國法院如何看待臺灣的國家地位。其中兩個判決的裁判過程，我個人或全程或部分參與過。第一個判決是瑞士聯邦法院就拉法葉的判決(1A.3/2004)。本案源於臺灣於 2001 年向瑞士請求司法互助，被告汪傳浦等人辯稱臺灣不是國家，所以瑞士不該對臺灣提供司法互助。瑞士聯邦法院因此必須處理臺灣是否具有國家地位，能否與其他國家進行司法互助這個問題。這個判決首先表示，在國際法上所定義的國家，必須有領土、人口、有效而獨立的政府(但未提及與第三國交往的能力)(L 'Etat se définit en droit international selon trois critères: un territoire; une population; un gouvernement effectif et indépendant.)，在判決中也寫出中華民國的全名。這個判決花很多時間講中華民國從成立肇建到現在的狀況。它認為：「就其對臺灣的統治而言，則中華民國符合一個國家之所有特徵。」(Pour ce qui concerne l'île de Taïwan en revanche, la République de Chine présente tous les traits d'un Etat.) 因此，臺灣的獨立性 (包含對中華人民共和國而言) 無可否認的。(son indépendance (y compris à

l'égard de la République populaire de Chine) indéniable)。這個判決認為，國際承認並不是國家成立的要件。我們想一想，中華民國曾經是聯合國的創始會員國，曾有幾十個國家承認中華民國這個國家，雖然現在只有 14 個國家正式承認中華民國，但是，中華民國跟幾十年前比，不論民主、自由、法治、人權、經濟發展程度，都只有比幾十年前更好，沒有更壞。如果認為中華民國以前是國家，現在不是，不是很奇怪嗎？所以國家的成立與存在，與外交承認沒有任何關係。它也提到歷史，在 1971 年我們從聯合國被排除前，曾經是中國的唯一代表，被排除後只是不代表中國，但國家地位不因此改變。所以它後來做一個結論，中華民國雖然受到的國際承認很有限，但還不至於被國際社會排除在外的程度。(Sa reconnaissance internationale est limitée, mais pas au point d'être réduite à une entité mise à l'écart de la communauté internationale.)，所以臺灣的地位可以跟其他國家相提並論，比如說現在的以色列。這是瑞士聯邦法院的看法，所以它的結論就是臺灣與瑞士當局互相可以請求司法互助，因為臺灣是一個國家。

第二個判決是魁北克法院的 2003 IIJ Can 7285 (QC CS 這個判決，我覺得這個判決也很有意思。這是 2000 年所發生的新加坡航空公司 (SAL) 空難事件，新航班機由新加坡飛經台北，轉往洛杉磯與多倫多，最後目的地為蒙特婁，途經中正機場停留，在颱風中起飛時偏離方向撞到放在其他跑道的工程機具所引起的事故，事後造成多人死傷，其中有受傷的被害人在魁北克法院起訴新航，請求賠償。新航辯稱該事故是因為臺灣交通部民航局(CAA)對中正國際機場管理及使用不當所致，主張臺灣民航局才應該負責，故要求民航局參加訴訟。臺灣民航局主張彼為外國政府機關，依照加拿大國家豁免法規定，外國政府機關可以豁免加拿大的司法管轄，以此為由拒絕參加訴訟。新航主張臺灣不是一個國家，並提出加拿大外交部函件為憑，當時加拿大基於一中原則，與中華民國並無正式外交關係，所以加拿大外交部回復新航詢問時，拒絕答稱臺灣是一個國家，新航據加拿大外交部不承認臺灣為國家，所以主張民航局並無司法豁免權。受理該案的蒙特婁法院因此必須處理臺灣是不是一個國家這個訴訟先決問題，該法院也是援引蒙特維多公約，說臺灣島面積 36,000 平方公里，有範圍特定的固定領土，常住人口在 2001 年有 2,300 萬人，有一個有效的民主議會制政府，臺灣也跟其他國家有所往來，其中有些是邦交國(當時中華民國有 27 個邦交國)，有些是直接或間接的往來關係，這些事實都無可爭辯 (Bref, ...les faits suivants sont incontestables : 20.1. l'île de Taiwan constitue un territoire défini:une surface de 36,006 Km²; 20.2. l'île de Taiwan est occupée par une population permanente : une population de 22.5 million en 2001; 20.3. un gouvernement effectif existe à Taiwan : il s'agit d'une démocratie parlementaire ; 20.4. le gouvernement de Taiwan entre en relation avec d'autres états : 27 pays entretiennent des relations diplomatiques avec Taiwan et plusieurs autres pays entretiennent avec Taiwan, directement ou indirectement, des relations diverses.)，結論是臺灣當然是一個國家，故其政府機關有加拿大豁免法的適用。雖然這並不是本案判決，但它確實對臺灣的國家地位問題表示明確的見解。這是一個說理清楚的好判決，值得一讀。

第三件是英國法院關於林克穎案的三份判決。這些判決，雖然並未直接處理臺灣國家地位這個問題，但是在地方法院、上訴法院，都直接使用中華民國臺灣 Republic of China on Taiwan。這個案子罕見地打到英國最高法院 (UKSC)，最高法院也毫不避諱地使用「臺灣最高法院」、「臺灣法務部」等名稱，間接肯定臺灣的國家地位。

臺灣接受ICC管轄之前提 ——臺灣國家地位之主張與論述3

- ▶ 「2019年台灣友邦國際保護及加強倡議法」/第2條第3項(Sec.2 (3), Taiwan Allies International Protection and Enhancement Initiative (TAIPEI) Act of 2019 : 臺灣是一個自由、民主、繁榮，擁有兩千三百萬人口的國家，而且是對世界和平與穩定有重要貢獻的國家。(Taiwan is a free, democratic, and prosperous nation of 23,000,000 people and an important contributor to peace and stability around the world.)

另外就是美國「臺灣友邦國際保護及加強倡議法」的規定。請注意，這是一部法律，而不是什麼議案或提案。該法第 2 條直接規定「臺灣是一個自由、民主、繁榮的國家，對世界和平與穩定有重要貢獻。」(Taiwan is a free, democratic, and prosperous nation of 23,000,000 people and an important contributor to peace and stability around the world.) 。

臺灣接受ICC管轄之前提 ——臺灣國家地位之主張與論述3

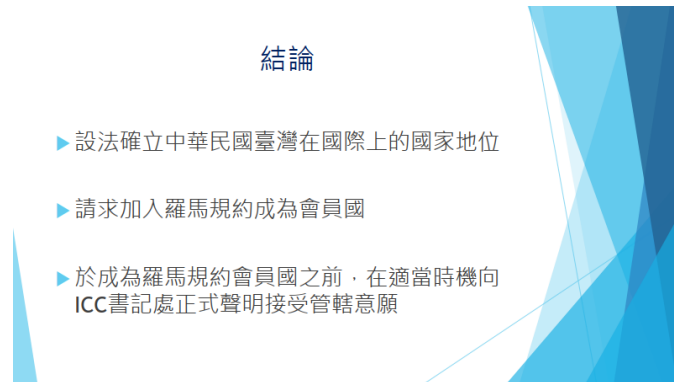
- ▶ 「臺灣國際團結法」(Sec. 2, The Taiwan International Solidarity Act)法案第2條：「聯合國大會第2758號決議案並未處理臺灣及其人民在聯合國或任何相關組織之代表權問題」(“UNGA Resolution 2758 did not address the issue of representation of Taiwan and its people in the United Nations or any related organizations.”)

就臺灣國際地位問題而言，現在比較頭痛的是聯合國大會的第 2758 號決議。如果這個問題處理不好，臺灣絕對不可能加入聯合國。所以臺灣入聯合國的問題，一定要從這個決議的正確解讀下手。到底這個決議跟臺灣的代表權與國家地位有沒有關係，在美國的「臺灣國際團結法案」中講的很清楚：「聯合國大會第 2758 號決議並未處理臺灣及其人民在聯合國或任何相關組織的代表權問題」(UNGA Resolution 2758 did not address the issue of representation of Taiwan and its people in the United Nations or any related organizations) 我個人注意到，設在德國的馬歇爾基金會幾年前就一直在處理這個問題，最近外交部對美國的前述法案也很積極的回應。我覺得這個問題也是臺灣以後可以努力的方向。

臺灣接受ICC管轄之前提 ——臺灣國家地位之主張與論述4

- ▶ 英國國會下議院外交委員會報告 (Tilting horizons: the Integrated Review and the Indo-Pacific, 7/2023)
- ▶ 「臺灣已是一個獨立國家，這個國家的名字叫中華民國。臺灣擁有所有國家地位所應具備的要件，包括常住人口、範圍確定的領土、政府，以及與其他國家交往的能力——只是欠缺更多的國際承認。」(Taiwan is already an independent country, under the name Republic of China (ROC). Taiwan possesses all the qualifications for statehood, including a permanent population, a defined territory, government, and the capacity to enter into relations with other states—it is only lacking greater international recognition.)

最後是英國下議院外交事務委員會在今年 7 月提出一份名為「傾斜的地平線」的報告。這份報告同樣也引用蒙特維多公約的規定，認為臺灣已經滿足一個國家必須具備的所有要件，因而總結稱：「臺灣已是一個獨立國家，這個國家的名字叫做中華民國」(Taiwan is already an independent country, under the name Republic of China (ROC).)。



結論：第一步要確立臺灣在國際公法上的國家地位；第二步，建議臺灣直接請求加入羅馬規約成為會員國。至於內國法化我比較沒有研究，鑑於羅馬規約的特殊結構，真正能內國法化的部分，應該只有實體法部分。在加入羅馬規約會員國之前，內國法化的象徵性意義應該大於實質意義，對於羅馬規約內國法化，我固然樂見其成，但我覺得正本清源，應該要加入羅馬規約成為會員國，萬一一時沒能加入成為會員國，也應當在適當時機向 ICC 書記處正式聲明我國接受該院管轄的意願。



綜合交流
政治大學創新國際學院 / 張佳康副教授

不管臺灣用哪種方式加入 ICC 的管轄權，內國法化都是非常重要的事情，第一是因為這四個主要罪刑，目前在臺灣都不是本土罪刑；第二是我們要準備好如何跟 ICC 互動，或執行 ICC 的任務，或接受 ICC 的管轄權；第三則是增加政治上的籌碼，這在政治上是威懾，我們已經看到對普丁的影響，而且不只普丁，因為在國際刑法上有指揮鏈的概念，從最高到最低可能有幾百人、幾千人，從普丁到在戰場上開槍的軍人，這些人都會受到管轄權的影響，所以內國法化，是臺灣國內必須要做的一件事情。

另外回覆兩點，第一點是戰爭在羅馬規約下，並沒有區分是國際武裝衝突或是國內武裝衝突，這些都同樣經過日內瓦條約引用，所以兩岸到底是內戰還是國際戰爭，對於執行 ICC 的法條，並沒有關聯，而且世界上過去五、六十年，大部分的戰爭都是國內的戰爭，所以沒有區別。另外一點是內部戰亂，這是被羅馬規約第 8 條排除，排除是例如在有抗議、有暴力的情況下，假如臺灣與中國被定義為國內戰爭，這並不是在排除的定義內。最後，廖老師剛剛講得很有道理，因為臺灣沒有普遍管轄 (Universal jurisdiction) 的習慣，國際基本上只有瑞士跟比利時來執行這個普遍管轄，臺灣未必要直接引用這個新的法理，但是可以在內國法化的時候，依靠 ICC 的軌道來執行 ICC 的任務，未必要新發明一個普遍管轄的法理。

目前烏克蘭設有特別檢察官，建立特殊計畫來追訴戰爭罪，於特別戰爭罪行檢察官辦公室 (special war crimes prosecutors office) 進行調查俄國在烏克蘭所犯的刑法犯罪，目前烏克蘭檢方偵辦的案量已經多達 8 萬件，偵辦的罪名是以烏克蘭國內的刑法，基本上是羅馬規約第 8 條戰爭罪。所以假設臺灣發生戰爭，不管 ICC 如何處理這些罪，要注意如何跟臺灣國內法律來對接。

另外，我們是選擇加入締約國，還是要單方面聲明？我認為兩者都需要進行，就看如何安排順序。單方面聲明是我們單方面動作，只要放在 ICC 的書記處，ICC 也不會回覆是否接受，這樣的動作在國際上就已經有某種效果。如果有人要入侵臺灣，就會顧慮 ICC 有沒有接受這個管轄權，在模糊的情況下，已經得到政治上的效果。

如果要加入締約國，的確要以國家的資格加入，國家的定義我們都很熟悉，但我們也要瞭解這個國家的定義並不以聯合國會員國為條件，並且 ICC 是法庭，它是依照國際公法決定國家的定義，而不是依照國際政治或其他。一個法庭如何決定羅馬規約的規則，如何解釋它？我們都知道任何法庭可以自我檢視是否有管轄權，是依照國際法規，完全獨立於聯合國，對臺灣是有利的。

最後還要投放在聯合國秘書長，這是很大的障礙，但這是最後一步，臺灣要進行這件事，需預期有很大的障礙，而且聯合國的法律辦公室有一套如何應對 international treaty 的措施，不幸的是中國已經滲入到裡面，很多的程序都是用 2758 號決議說明為什麼聯合國秘書長不能接受。可是在這之前，我們可以得到一些外交上、政治上的支持，這跟介入任何國際機構不一樣，ICC 的締約國大部分都是對台灣友善的，中國的阻礙力量都在非締約國，或是沒什麼影響力的，所以對臺灣有利。

➤ 快樂讀法律

最高檢察署
林錦鴻檢察官

【現役軍人犯罪之審判及論罪】

臺灣高等法院高雄分院 112 年度軍上訴字第 1 號刑事判決 (112 年 9 月 21 日)

一、本件簡要犯罪事實及判決結果：

向○恩歷任陸軍金門防衛指揮部金門守備大隊上校大隊長、陸軍步兵 206 旅上校副旅長、陸軍裝甲 564 旅上校副旅長、陸軍第八軍團指揮部作戰處上校副處長及陸軍步兵訓練指揮部作戰研究發展室上校研究教官等軍職，竟於擔任軍職期間，透過退役軍人邵○強 (另案審理) 之引介，接受中華人民共和國人民解放軍東部戰區所轄中國共產黨廈門市人民政府第四辦公室官員之吸收，宣示效忠中華人民共和國，允諾將於戰時為中華人民共和國為違背職務之行為，並自 108 年 10 月 31 日起至 111 年 1 月 20 日止，按月收受現金 4 萬元之賄款 (共計收賄 56 萬元)，且為表達效忠之決心，於 108 年 10 月 2 日及 109 年 1 月 12 日先後親筆簽署載有：「本人向○恩，在此宣誓，本人支持兩岸和平統一，未來也會在自己的工作崗位上盡力為祖國為組織效力，早日完成和平統一神聖光榮的使命。立誓人向○恩」及「本人向○恩，在此宣誓支持兩岸和平統一，效忠祖國，一旦兩岸發生戰爭，本人會在自己的工作崗位上，盡自己能力為祖國效力，完成和平統一的光榮使命。立誓人向○恩」等誓言之誓約書各乙份，託邵○強攜回上繳與前開辦公室之官員審核並表忠。本件由臺灣高雄地方檢察署提起公訴，經臺灣高雄地方法院 111 年度訴字第 779 號刑事

判決諭知向○恩犯貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之公務員對於違背職務之行為收受賄賂罪，雖檢察官及被告均提起上訴，惟均經本判決諭知駁回。向○恩亦因涉犯本案，於 112 年 2 月 1 日遭免職。

二、本案法律爭點：

現役軍人非戰時犯罪，有無陸海空軍刑法之適用？

三、本案論罪法條：

向○恩於行為時為現役軍官，具有刑法公務員身分，惟起訴書之所犯法條及歷審判決書之論罪理由均僅論以貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之公務員對於違背職務之行為收受賄賂罪，而未見論以陸海空軍刑法之相關罪名。

四、評析：

（一）現役軍人犯罪之審判權歸屬：

102 年 7 月發生之洪仲丘事件促成軍事審判制度的重大變革，軍事審判法於同年 8 月 13 日即修正公布，此後關於現役軍人非戰時犯罪，均由普通法院依刑事訴訟法追訴、處罰。以下即以洪仲丘事件之發生前、後作為分野，歸納軍事審判制度之演變如下：

1. 事件發生前

依 102 年 8 月 13 日修正前之軍事審判法第 1 條第 1 項規定：「現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之，其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪者，亦同。」及 102 年 8 月 21 日修正前之國家安全法第 8 條第 2 項規定：「現役軍人犯罪，由軍法機關追訴審判。但所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，而屬刑法第六十一條所列各罪者，不在此限。」，可知此時期之現役軍人犯罪，若為戰時，不論其所犯罪名為何，一律依軍事審判法追訴、處罰；若非戰時，僅限於犯陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，且又屬刑法第 61 條所列各罪者，始由普通法院依刑事訴訟法追訴、處罰，其餘均依軍事審判法追訴、處罰。

2. 事件發生後

依 102 年 8 月 13 日修正後之軍事審判法第 1 條第 1 項規定：「現役軍人戰時犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法追訴、處罰。」、同條第 2 項規定：「現役軍人非戰時犯下列之罪者，依刑事訴訟法追訴、處罰：一、陸海空軍刑法第四十四條至第四十六條及第七十六條第一項。二、前款以外陸海空軍刑法或其特別法之罪。」及搭配國家安全法第 8 條第 2 項之刪除，可知目前現役軍人犯罪，限於戰時犯陸海空軍刑法及其特別法之罪，始依軍事審判法追訴、處罰，其餘均由普通法院依刑事訴訟法追訴、處罰。易言之，現役軍人於戰時犯陸海空軍刑法及其特別法以外之罪、或於非戰時犯任何之罪，均由普通法院依刑事訴訟法追訴、處罰。

又依軍事審判法第 5 條第 2 項：「犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後者，由法院審判。」之規定，可知無論洪仲丘事件發生之前或之後，現役軍人犯罪而應依軍事審判法追訴、處罰者，尚須以其犯罪在任職服役中即遭發覺為限，若在離職離役後始遭發覺者，縱原應依軍事審判法追訴、處罰之案件，亦應改由普通法院依刑事訴訟法追訴、處罰。至同條第 1 項：「犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依本法追訴審判。但案件在追訴審判中而離職離役者，初審案件應移送該管第

一審之法院，上訴案件應移送該管第二審之法院審判。」之規定，係針對犯罪時尚未具有軍人身分之情形，解釋上並非嚴格意義之「現役軍人犯罪」。

(二) 現役軍人犯罪之法律適用：

本案向○恩於行為時為現役軍官，既屬現役軍人犯罪自應優先適用陸海空軍刑法，何以起訴書及歷審判決書之所犯法條均未見論以陸海空軍刑法之相關罪名？究係有意排除適用、抑或漏未引用？就此，應先釐清陸海空軍刑法及其特別法之規範內容：

1. 陸海空軍刑法

按陸海空軍刑法之立法體例，兼採「軍人犯主義」及「軍事犯主義」，除以違背軍事義務之軍事犯罪行為為主要規範內容外，並因軍人亦負有一般國民及社會責任，為維護軍事安全、軍紀管理及社會治安，對於觸犯刑法或其他法律之部分犯罪行為，按其犯罪性質，有納入陸海空軍刑法，依軍事審判程序追訴處罰之必要。故陸海空軍刑法於第二篇分則中明定「純粹軍事犯」之處罰，另設第三篇附則，就「非純粹軍事犯」亦加以處罰；其中第 76 條規定「現役軍人犯刑法下列各罪者，除本法另有規定外，依各該規定處罰」即係將刑法之處罰規定，引置為陸海空軍刑法之處罰，並以「現役軍人」為界定審判權之範圍。亦即現役軍人犯陸海空軍刑法第 76 條所列之刑法各罪者，祇要發覺在任職服役中，即應依軍事審判法第 1 條第 1 項前段、第 5 條之規定，由軍事法院審判（最高法院 93 年度台非字第 241 號刑事判決參照）。可知陸海空軍刑法第 76 條在法律架構上雖設在本法第三篇之附則，且條文內容亦屬觸犯刑法之犯罪行為，惟實係為彰顯「軍人犯主義」所刻意引置刑法之獨立構成要件，為整部陸海空軍刑法之一部。

2. 陸海空軍刑法之特別法

承前所述，陸海空軍刑法包括第二篇分則之「純粹軍事犯」及第三篇附則之「非純粹軍事犯」。就「純粹軍事犯」而言，若以同法第 20 條第 1 項：「洩漏或交付關於中華民國軍事上應秘密之文書、圖畫、消息、電磁紀錄或物品者，處三年以上十年以下有期徒刑。戰時犯之者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。」及第 2 項：「洩漏或交付前項之軍事機密於敵人者，處死刑或無期徒刑。」之洩漏軍事機密罪為例，對照同以洩漏或交付為構成要件行為而刑度更重之國家情報工作法第 30 條第 1 項：「違法洩漏或交付第八條第一項之資訊者，處七年以上有期徒刑。」及同法第 30 條之 1 第 1 項：「從事間諜行為而洩漏或交付第八條第一項之資訊於外國勢力、境外敵對勢力或其工作人員者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；所洩漏或交付為第八條第一項以外應秘密之資訊者，處七年以上十年以下有期徒刑。」之洩漏國家情報罪等相關規定，後者應堪謂前者之特別法。

另就「非純粹軍事犯」而言，延續陸海空軍刑法第 76 條第 1 項之各款引置刑法規定，同條第 2 項規定：「前項各罪，特別法另有規定者，從其規定。」之意旨，將使得作為被引置之法律即刑法之特別法均成為本條之特別法。惟範圍並非漫無限制，實務見解曾認：兒童及少年性交易防制條例第 22 條第 2 項並非刑法妨害性自主罪章之特別法，故無陸海空軍刑法第 76 條第 2 項、第 1 項第 7 款之適用（最高法院 100 年度台非字第 79 號刑事判決參照）、性騷擾防治法第 25 條第 1 項之性騷擾罪並非刑法妨害性自主罪章所定加重猥褻罪之特別法，故無陸海空軍刑法第 76 條第 2 項、第 1 項第 7 款之適用（最高法院 102 年度台上字第 3457 號刑事判決參照）。

(三) 簡評本案之論罪：

本案起訴之犯罪事實，是以向○恩於現役軍職任內宣示效忠中華人民共和國，允諾將來於戰時為中華人民共和國為違背職務之行為，並按月收受現金 4 萬元之賄款，且簽署誓約書以表達效忠之決心作為主要之行為事實，顯見本案依既有事證並未認定向○恩有進一步做出洩漏或交付軍機、情報等行為，故此部分未納入起訴事實；另縱簽署誓約書承諾效忠，亦認非屬投敵行為，故起訴書之所犯法條僅列載貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之公務員對於違背職務之行為收受賄賂罪，而未見同時論以陸海空軍刑法第 24 條之投敵、降敵罪。應係認本條為最輕本刑 10 年以上之重罪，故將之限縮於戰時始有本罪適用，是本案當亦無同條第 4 項之預備犯或陰謀犯規定之適用。是以，承前開（二）所述，本案向○恩所為係「非純粹軍事犯」，與「純粹軍事犯」無涉。

承此，現役軍官向○恩於非戰時犯對於違背職務之行為收受賄賂罪，並在任職服役中被發覺，依軍事審判法第 1 條之規定，應依刑事訴訟法追訴、處罰。而對於違背職務收受賄賂之行為，乃犯刑法瀆職罪章之罪，屬「非純粹軍事犯」，應適用陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 2 款之規定，依各該規定處罰之，又因行為同時該當貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之公務員對於違背職務之行為收受賄賂之構成要件，故應再依陸海空軍刑法第 76 條第 2 項之規定，從其特別法之規定。從而，本案之完整論罪法條理當應為「陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 2 款、第 2 項、貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款」，本案起訴書及歷審判決書卻均僅引用貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之罪名，而未見同時引用陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 2 款、第 2 項規定，似乎認為現役軍人只要非於戰時犯罪，即無陸海空軍刑法之適用。然實務見解曾就與本案類似之行為事實謂：「公訴意旨就被告犯利用職務機會詐取財物及行使登載不實公文書部分，漏未引用陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 2 款、第 4 款、第 2 項規定；...」（臺灣高等法院 110 年度軍上訴字第 7 號刑事判決參照）。又此漏未引用陸海空軍刑法第 76 條規定之情事，亦經最高法院認屬判決適用法條不當之情形（最高法院 107 年度台上字第 1642 號刑事判決參照）。是以，非戰時軍事審判於現階段雖均由普通法院取代，惟現役軍人於非戰時犯罪者，仍應先適用陸海空軍刑法之相關規定，其程序面審判權之歸屬與實體面法律之適用應屬二事。

(四) 結語

軍事審判權之認定為早年研讀刑事訴訟法之傳統議題，涉及犯罪時是否具有現役軍人身分、犯罪時是戰時或非戰時、所犯是否為陸海空軍刑法或其特別法之罪、乃至於犯罪後遭發覺時是否仍在任職服役中等諸多要件之考量，然隨著洪仲丘事件發生後，非戰時軍事審判一律回歸普通法院之運作結果，前開諸多要件內涵亦逐漸為人所忽略。在軍事審判回歸普通法院 10 年後的今日，國際情勢已悄然轉變，烏俄戰火綿延的同時又爆發以哈衝突，位處美中對抗夾縫的臺灣為因應時局，已決定明年開始將義務兵役延長為 1 年役期，日後現役軍人犯罪之案件數量恐漸增多，司法如何在個案偵審中體現軍事法律之規範特性，成為整體國防戰力提升之法律後盾，實為職司偵審實務工作者所不容輕忽之課題。

