

airiti

September/2009

《專題論文》國際刑事法 5

**《專題論文》
國際刑事法**

國家失敗與國際性刑事司法之興起 Failed State and the Emergence of International Criminal Law

葛 祥 林*

摘要

國際性刑事司法之興起，首先是國際社會對於個別國家之失敗的直接反應。因為國家失敗而行使宏觀犯罪，所以有必要經由國際社會之干涉——尤其經由聯合國及其安理會之干涉——而重建一定程度之正義與責任。然而，國家失敗不僅表現於犯罪行為，國家失敗之所以導致國家犯罪，其重要條件之一在於司法失敗或獨立司法根本不存在。

因此，國際刑法要解決的問題有三：首先當然要審理過去國家犯罪以及類似於國家犯罪之其他宏觀犯罪事件，為此也必須不斷發展與調整自己所適用的罪名，同時要協助當地國建構一個名副其實的獨立司法，使當地社會日後可以自行辦理若干案件，並且藉著如此的辦案能力達到預防行使主權之統治者來犯罪的效果。

國際性刑事法庭在進行此多方面目標之際，一方面強調裁判規範始終一致，但另一方面經由判例法而發展此規範。如此理論矛盾的現象，可以經由人權保護以及現代國家之治理性概念予以緩衝。

Abstract

The rise of international criminal justice is foremost a reaction of the international community upon the calamities of state failure.

* 葛祥林(Georg Gesk)，玄奘大學法律學系副教授兼系主任

雖然作者當然要為自己文章之不足自行負責，但在此特別感謝審稿之寶貴意見。

Often, the committing of macro crimes due to state failure can only be solved through intervention by the international community, i.e. the United Nations and its security council. The primary aim of such an intervention is a restoration of justice and responsibility. However, the failure of sovereignty does not only show in the committing of atrocities, one of the most important conditions for such crimes to occur is the failure or the complete lack of an independent judiciary.

Because of that, international criminal law has to solve three main problems: it has to judge upon past instances of state crime and other forms of macro crime; in order to do so, it has to relentlessly develop and adopt its own norms; at the same time, it has to aid states on the ground to built their own independent judiciary and thus empower these states to gain the ability of solving such instances on their own. One important aspect of this autonomous handling of state crime by respective societies is prevention of future crimes.

By pursuing these different aims, internationalized criminal courts on one hand insist upon the fact, that norms governing state crimes are long standing and independent of state legislature, but on the other hand, they even use case law to further develop and adapt legal norms in order to sentence concrete criminal behavior. This paradox can be solved, when we utilize the notions of human rights protection and governmentality in the context of a modern state.

關鍵詞：國家失敗、國家犯罪、宏觀犯罪、治理性、國際刑法、國際刑事法庭、國際化刑事法院、權力分立、司法援助、人權保護

Keywords: State failure, state crimes, macro crimes, governmentality, international criminal law, international criminal tribunal, internationalized criminal courts, division of powers, judicial aid, human rights protection

壹、前言

自國際刑事法院(International Criminal Court, ICC)設置以來，全球之刑法學者逐漸將國際刑法理解為一特殊領域，並且在理論探討經常將眼光集中於羅馬規約，其所包含的國際刑法(Völkerstrafrecht)(即該規約所包含的實體法規範)、其所規範之程序以及依其為規範依據所設之法院¹。除此之外，有不少作者另指出與前述國際刑法不同之歐洲刑法問題，並且經由題材之選擇而影射國際刑法及歐洲刑法原本應該具有相似性。然而，適用羅馬規約之國際刑法以及不具備任何國際法性質之內國刑法間早已出現十分豐富的過渡現象：部分審判機構是特設的、暫時性的法院(即缺乏國際刑事法院在管轄等多方面之全面性)，本文稱之國際刑事法庭(International Criminal Tribunal)；部分審判機構係聯合國與當地國家權力機構共同所設，部分審判機構一開始是聯合國所設，但後來陸續轉變為內國法院，即在外觀上失去其國際刑法的基本性質，但在人力資源以及裁判依據等指標上仍然保留國際刑法的本質，本文皆稱此類刑事法庭為國際化刑事法院(Internationalized Criminal Courts)。

本文由相關現象之多元性出發，並思考這些現象只不過是歷史性之偶然產物，抑或合乎一定實質理性？換言之，本文不想如部分教科書僅介紹國際刑事法的歷史脈絡及規範意涵²，而是要去思考，除了國際政治之權力運作外，國際刑法之誕生是否依循實質理性，所以另顯現其內在邏輯與政治不易左右之規

¹ 參看例如 Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2005.

² 參看例如 Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 2006.

範目的？其次，本文觀察國際刑法與內國刑法之互動，並且指出國際刑法如何反應國家失敗(state failure, Staatsversagen)³之各種樣態。當國家失敗，刑法就呈現朝向國際刑法之發展動力。然而，由於國際社會不易長期地、直接地干預特定國家之內政，所以儘可能投入或協助當地基本制度之重建，國家之統治機制一旦回復，國際刑法不再具備實務上之適用必要，所以被內國刑法取代。依此，國際刑法之目的不純然在於刑事追訴，其同時協助當地國(重)建獨立司法，即促使該當地國朝向法治國的發展。

因此，國際刑法在其誕生之際，已為自己之退讓而準備，所以逐漸與內國刑法結合，直到表面上消失為止。依此，國際刑法的後設理論，不應該僅以世界統治(world governance)為其解釋模式，同時應利用由 M. Foucault 提出而置於人權保障架構下的治理性(governmentality)概念⁴，即指出現代社會對於國家行使主權以及對於主權本身之倫理要求。其實，前述兩種概念異

³ 部分論及國際刑法之文獻明文指出「失敗國家(failed state)」之概念，並且主張，國際刑法必然存在，其原因在相當部分可歸屬於國家失敗，例如 Werle 認為，使用國際刑法之原由在於國家違背國際社會基本利益，即和平、安全與福祉。雖然該著作未直接使用國家失敗之用語，但其仍然在所有國際刑法之犯罪類型指出其對於人民福祉之重大違害；參看例如 Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 84, para 83；另有關國家失敗概念及其有關問題，參看例如 Harvey Starr (ed.), *Dealing with Failed States: Crossing Analytic Boundaries*, London: Routledge, 2009; Darren Lim, United Nations Governance of Failed States: proposing the foundations of a comprehensive framework, *Monash University Law Review* Vol. 32 (2006), 2, p. 296-334.

⁴ 參看 Michel Foucault, Governmentality, in: Graham Burchell, Colin Gordon, Peter Miller (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality: with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 87-104.

曲同工：雖然「國家治好(good governance)」及國家失敗等概念之認定標準是一些具體的、似乎具高度可操作性指標⁵，但若干指標之目的與治理性概念相同：兩者以增進人民福祉為目標⁶，並且要求統治者應予實現該目標，否則遭到倫理上之指責。

下文首先經由現象觀察而說明國際刑法制度建構的歷史脈絡及其中之制度特色；其次，本文依此檢視不同組織形態之國際刑法的審判機構如何反應國家失敗之結構性因素，同時指出國際刑法之涉入如何改變當地之權力結構，使之後國際性司法得以退出其所涉入之局面。接著，本文具體指出國際刑法之審判機構要克服的三個主要問題，即(一)在原本缺乏獨立司法之特定環境提供具體個案之刑事審判；(二)為該審判具備和發展實體法規範；以及(三)確保參與該審判之訴訟程序的當事人具有必要之訴訟資源。藉此相關分析，本文指出國際刑法不僅係一個司法審判機構，反而係一個建構當地司法、建構當地社會的權力。基於此點，本文進而簡短地反省國際刑法如何反應上述國家失敗的現實，並且藉此對於國際刑法之後設理論提出自己的觀點。

⁵ 參看 The Fund for Peace, *Failed State Index*, http://www.fundforpeace.org/web/index.php?option=com_content&task=view&id=229&Itemid=366, 瀏覽於 2009-09-19.

⁶ 參看 Michel Foucault, Governmentality, in: Graham Burchell, Colin Gordon, Peter Miller (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality: with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 94f., 102.

貳、國際刑法之誕生

刑法學於二十世紀最重要的發展之一，無疑是國際刑法之形成以及國際刑事法院之設置。在思考若干制度是如何出現的時候，我們當然可以一一列舉相關的歷史事件以及藉此來說明，國際刑法及國際刑事法院之所以出現的歷史動因何在？其規範基礎為何？其具體制度設置如何等？許多教科書⁷採取此方式，並且指出以下幾個發展重點。

由歷史觀之，國際刑法之起源出現於一次大戰之後。西方戰勝國原先以為，可以經由一個政治性審判庭而起訴德國皇帝，並且可以經由一個司法性審判庭起訴大約 900 名戰爭犯之嫌疑人，所以於 1919 年 6 月 28 日所締結之凡爾賽條約 (Versailles Treaty) 中提出若干要求。可是，德國皇帝逃到荷蘭而荷蘭不予以引渡，德國政府與司法同時不予引渡一般戰犯之嫌疑人，使任何名副其實之國際審判變成不可能。當時，德國與戰勝國試著協調，德國議會於 1919 年 12 月 18 日所立的法案規定，位於萊比錫 (Leipzig) 之 (德國) 帝國法院 (Reichsgericht) 被指定為審理戰爭犯之管轄法院，若干程序採取一級一審原則。依此，帝國檢察署 (Reichsanwaltschaft) 即於 1921 年首先偵查 45 個案件。

由於初步之結果超過戰勝國之期待，且由於國際性審判已似乎不可能，所以西方戰勝國後來另提供一個包括 896 個犯罪嫌疑人的名單，帝國檢察署主動再偵查 837 個戰犯嫌疑人。雖

⁷ 參看例如 Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2005; Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 2006.

然如此，但僅 13 個案件正式被起訴，在此 13 個案件中，只出現 9 個實體判決，6 個被告被判刑，6 個被告獲無罪判決。帝國法院在此案件所適用的裁判依據，不是戰勝國於凡爾賽條約中所預期的第二(1899)及第四(1907)海牙公約(Hague Convention)，反而為德國軍事刑法典(Militärstrafgesetzbuch)。換言之，德國法院依德國法之法源來審判德國人對於他國之犯行。如此看來，國際刑法似乎胎死腹中。雖然當年之審判在大部分回顧中皆獲得負面評價，但我們仍然可以看出刑法朝向國際化之發展：除了原案之行爲及結果發生等地、行爲被害人之國籍等內國刑法所具備之涉外因素外，凡爾賽條約肯定，國際公法應為若干刑事案件的裁判依據；其次，許多戰勝國之檢察署和德國之帝國檢察署間的合作事實⁸表示，刑法之實體法規範以及司法實務等兩者已明顯形成一種超越單一國家刑事司法的局面。

二次大戰末期以及緊接德日戰敗後之時期，重新出現戰勝國想處理戰敗國戰爭犯的問題。1945 年，歐洲戰場之戰勝國設置所謂紐倫堡審判(Nuremberg trials)的國際軍事法庭(International Military Tribunal)，亞太戰勝國設置所謂東京審判(Tokyo trials)的國際軍事法庭。當年的戰勝國在歐洲及亞洲面臨截然不同的局面：德國戰敗後似乎處於一種全毀的情況，所以不可能憑藉自己的司法或法院來進行審判；其次，納粹德國法制中的惡法成份太多，使戰勝國不可能依德國法為裁判依據。盟軍因而實現一次大戰後已提出的要求，即直接以國際公法之

⁸ 雖然萊比錫審判之「盟軍代表」並不具備原告之正式地位，但其身分經常為各該國之檢察官，例如法國指派之 Paul Matter 當年為法國最高法院檢察署檢察長(avocat général près le cours de cassation)；各該國代表團在若干案件提供重要證據。參看 James F. Willis, *Prologue to Nuremberg*, Westport/Con.: Greenwood Press, 1982, p. 132ff.

若干罪名：侵略罪(crimes against peace)、戰爭罪(war crimes)、危害人類罪(crimes against humanity)為裁判依據⁹。日本在投降之前並沒有經歷內國制度大規模解體，也沒有如納粹而進行大規模的、系統的、工業化的種族滅絕。雖然如此，美國當年仍然想遵照審判納粹之先例，所以同樣審判日本戰犯。為此，美國與其他東亞戰場之戰勝國(包括許多恰好戰後宣布獨立的、曾參與戰爭的國家(如印度、菲律賓))共同組織一個適用與歐洲相同罪名的法院¹⁰。

雖然此兩種早期國際刑事審判事件適用過似乎相同的罪名¹¹及審判組織，但訴訟程序進行之際，已出現盟軍分裂為東西兩陣營之冷戰局面¹²。因此，二次大戰罪行之審判並未順時地形成一個聯合國手下的司法機構。雖然戰爭剛結束不久，很多國家原本期待於聯合國的架構之下設置一個司法機構，所以在聯合國追認紐倫堡審判之組織與判決(1946-12-11)，經由聯合國而制定反滅絕種族公約(1948-12-09)，且委託聯合國國際法委員

⁹ 其詳，參看葛祥林，〈德國納粹屠殺事件之處理與借鏡〉，《國家發展研究》，第五卷第二期(2006-07)，137-192。

¹⁰ 其詳，參看葛祥林，〈由東京審判看二二八〉，收錄於楊振隆編，《大國霸權 or 小國人權》，台北：二二八事件紀念基金會，2009年，頁441-476。

¹¹ 紐倫堡審判尚未獨立列出「滅絕種族」(genocide)的罪名，東京審判也未獨立審判軍隊對於平民之大規模性侵(sexual assault)的罪名。此現象顯示，盟軍在準備相關所以事後都顯示法院設置及控訴機關等多面之不足。

¹² 因美蘇爭霸在二次大戰後不久已明顯妨礙盟軍之合作關係，所以例如德國法規之除納粹化工程僅完成了刑事法典部分，但其餘法規在意見分歧已成原則的氣氛之下，反而於1946年底就變成一個不可能的任務，相關委員會也因而被解除；參看 Matthias Etzel, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat 1945-1948*, Tübingen: Mohr, 1992。故此，雙方在更具影響未來情勢發展之法典擬草或法院設置等議題上，不可能形成共視。

會擬草國際刑事法典，後者也將自己所擬定的草案呈送聯合國大會，該草案後續也經過聯合國相關委員會之修正(1954-03-07)¹³，但美蘇之政治上競爭以及反殖民運動所形成的新興國家等四分五裂的國際政治趨勢不允許國際刑法被簽署、國際刑事法院被組成等發展。

部分問題之所在於紐倫堡審判已顯現：蘇聯如同德國而以軍隊侵略波蘭，但戰後蘇聯仍然以侵略波蘭之罪名單向控訴納粹——假如紐倫堡審判變成一個常設的國際刑事法庭，下一個被告是否為當年蘇聯的領導人史達林(Stalin)？反殖民運動造成更多的現實困境：例如法國原先用軍事上之高壓政策，想防止阿爾吉利亞獨立；雙方在獨立戰爭中犯戰爭罪、危害人類罪等¹⁴，但雙方並不想為此面臨國際刑事審判。(法國迄今不承認當年之衝突屬於戰爭，即認為不得適用戰爭法，所以例如當年之法國軍警凌虐敵對者不可能構成國際刑法上之罪名)。因此，紐倫堡及東京等審判德日兩國二次大戰之重要戰犯後，盟軍以及新設之聯合國缺乏後續發展之政治意願，即拒絕將原來的特設國際刑法審判機構轉變成一個常設的司法機關。

依此政治上零合遊戲的邏輯，國際刑法自 1940 年代末期之冷戰開始，直至蘇聯改革及鐵幕倒下來的 1990 年代為止，並沒有發生重要變化。然而，從二次大戰以來，全球化效應帶來不僅經貿、文化等社會現象之變遷，也引起組織犯罪之全球化與企業化，使中小型開發中國家無法單獨抵抗若干犯罪現象。在

¹³ 參看 Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, 1954-03-07, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_3_1954.pdf

¹⁴ 關於該獨立戰爭之簡史，參看例如 http://fr.wikipedia.org/wiki/Guerre_d'Algérie, 瀏覽於 2009-05-08.

此背景之下，千里達與多貝哥(Trinidad and Tobago)之總理 Robinson 於 1989 年在聯合國大會上要求聯合國協助打擊毒品犯罪¹⁵。面對此要求時，大會重新提起國際刑事法典等議題，並且要求國際法委員會(International Law Commission, ILC)進行擬草¹⁶。該委員會依此重新進行若干籌備，並且以重擬為由而合併二次大戰後之版本以及新增反毒及反恐等若干罪名¹⁷，且將委員會所通過之版本於 1994 年交給聯合國大會。經由多層次之準備過程，聯合國在羅馬特別召開的設置大會於 1998 年 7 月 17 日通過國際刑事法院羅馬規約(Rome Statute of the International Criminal Court)¹⁸；該規約於 2002 年 07 月 1 日生效。國際刑事法院由此以來常設於荷蘭之海牙(The Hague)。

參、以常設國際刑事法院為例外

近 20 年，聯合國及其安理會或直接或間接所設的、全部由國際社會所承擔的或部分具備國際參與的國際刑事司法的案例，具體包括 10 個審判機構。如表一所示，其中有常設的國際刑事法院(International Criminal Court)，有特設的國際刑事法庭(International Criminal Tribunal)，也有與個別國家共同所設置的國際化刑事法院(Internationalized Criminal Court)。三種審判機

¹⁵ 當年之詳細歷史背景、事件經過及參與人員，詳看 Benjamin N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 37ff.

¹⁶ 參看 *ILC Yearbook 1992*, Vol. II, document A/47/10, annex.

¹⁷ 當年 ICC 草案(Draft for an International Criminal Court)之罪名(Art. 20 (e))仍包括反恐(Annex 6-13)以及反毒(Annex 14)，參看 *ILC Yearbook 1994*, Vol. II, document A/CN.4/458.

¹⁸ 該規約之正式文號係 A/CONF.183/9 of 17 July 1998.

構的共同點在於其事務管轄皆限於國際刑法有關案件。在此也值得注意，特設或共同設置的審判機構未必都出現在正式的、常設的國際刑事法院之前，部分聯合國特設或多主體共同創設的國際刑事法庭及國際化刑事法院出現在國際刑事法院之設置後：

表一 國際刑事司法之建制

設置日期	名稱	性質	設置地點	法源
1993-05-25	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)	特設	The Hague (荷蘭)	聯合國安理會第 827 號決議
1994-11-08	International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)	特設	Arusha (坦桑尼亞)	聯合國安理會第 955 號決議
1999-06-10	United Nations interim Mission in Kosovo (UNMIK)	內國/國際性設置司法之授權	Pristina (科索沃)	聯合國安理會第 1244 號決議
2000-03-06	Special Panels of the Dili District Court	內國/國際性之特設法庭	Dili (東帝汶)	UN Transitional Administration of East Timor (UNTAET) 所設
	UNTAET Serious Crimes Unit	偵查/追訴機構		
2002-01-16	Special Court for Sierra Leone	特設	Freetown (獅子山)	聯合國安理會第 1315 號決議 聯合國安理會與獅子山簽署之公約
2002-07-01	International Criminal Court	常設	The Hague (荷蘭)	Rome Treaty (羅馬規約)
2003-06-06 2004-10-04	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia	特設	Phnom Penh (柬埔寨)	柬埔寨與聯合國簽署之公約 柬埔寨議會三讀通過之法律

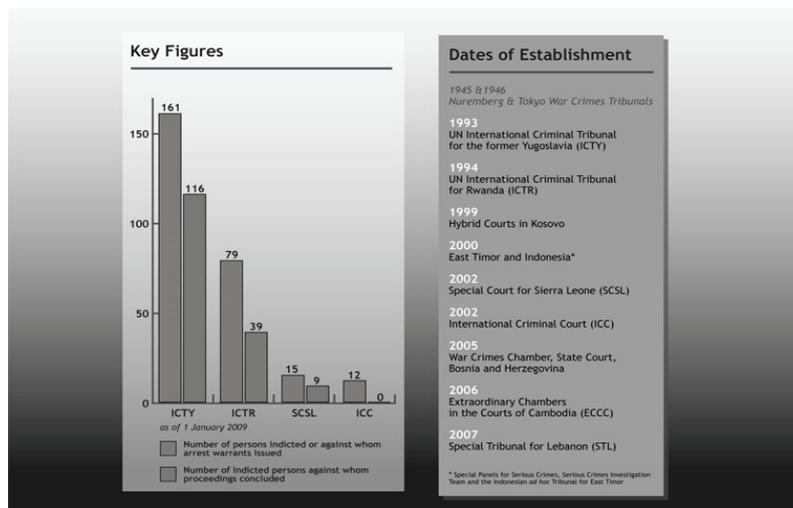
2005-03-09	War Crimes Chamber in the Court of Bosnia and Herzegovina	常設	Sarajewo (波斯尼亞黑塞哥維那)	波斯尼亞黑塞哥維那議會三讀通過之法律
2007-05-30	Special Tribunal for Lebanon	特設	The Hague (荷蘭)	聯合國安理會第1757號決議 聯合國與黎巴嫩簽署之公約

資料來源：自製

雖然國際刑事法院在具相似設置背景之審判機構中享有最高的地位，但從辦案的數量來看，國際刑事法院所處理的案件數明顯偏底。如表二所示，較國際刑事法院稍早設置的前南斯拉夫、盧旺達及獅子山等三個審判機構所處理的案件，都多於國際刑事法院。其實，比國際刑事法院晚些設置的柬埔寨特別法庭，現在已提出 5 個逮捕令，並且已起訴 1 位被告；國際社會預期，最後經偵查的、經審判的對象大概有約 50 個¹⁹。可見，該法院在可預期的未來也應該超越國際刑事法院的案件數。

¹⁹ 參看 <http://de.wikipedia.org/wiki/Rote-Khmer-Tribunal>，瀏覽於 2009-09-19；該特設審判庭本身表示，被告之人群盡可能限縮到負主要責任之人，但此方面未提起具體數字，參看 http://www.eccc.gov.kh/english/faq.view.aspx?doc_id=41，瀏覽於 2009-09-19。

表二：國際性刑事審判機構所處理之案件數



資料來源：前南斯拉夫國際刑事法庭 <http://www.icty.org/sid/10058>
瀏覽於 2009-09-19。

依此，我們不得不懷疑，國際刑事法院是否僅適合辦理少數個案，但若國家權力機構違背其根本任務而大量犯罪，則國際社會另行設置若干審判機構，使該機構與犯罪地點之相對距離減少，人力充足，規範得調整等。如此一觀，國際刑事法院在國際刑法實務上僅構成例外的審判機構。

肆、國際刑法所解決之困境

以上所有國際性刑事司法的審判機構都具有兩方面的共同點：(一)其所牽涉的罪行之行為主體不僅單純犯罪，該行為主體之罪行同時構成行使公權力之行為；國際刑法稱之宏觀犯罪

(Makroverbrechen)²⁰。(二)由於犯罪行為與行使公權力之行為合而為一；雖然具有如此結構之小型犯罪現象，可以經由權力制衡機制而當然追究，但在超過一定規模時，導致國家精英階層必須相當程度偵辦自己，所以似乎不易經由內國刑法來處理²¹。因此，國際刑法必須提供一個補充系統。

誠如 M. Foucault 在其有關治理性(gouvernementalité)之論述所言，自啓蒙以來，統治者的任務在於養育人民(population)²²，此比喻背後的圖形是園丁養花，養得好，則人民多、國家旺，養不好，則人民減少、國家衰退。問題是，啓蒙思想以為，統治者是理性的，所以爲了自身之利益而願意追求此理想；一旦追求此理想，人民自然經歷個人福祉之增加。換言之，啓蒙時代並沒有想過，當 Adam Smith 倡導統治者應該經由哪些技術而增加民族福祉時，我們並不能由統治者所支配的福祉來認定，該統治者的技術是否正當(即合乎理性)，因爲眼前所看到的福

²⁰ 所謂宏觀犯罪首次由 Jäger 於 1988 所創(Herbert Jäger, Versuch über Makrokriminalität, in: *Strafverteidiger* 1988, p. 172-179)；宏觀犯罪之概念係指，犯罪以體系內在、出現於特定情況、以國家直接參與罪行為特徵之犯罪現象；有關此概念的深入探討，參看 Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Vol. 3 Makrodelinquenz*, Baden-Baden: Nomos 1998，尤其參看 Jäger 之若干解釋，ibid. p. 121-138ff.；有關此概念於國際刑法之重要性，參看 Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 145f.

²¹ 參照 Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, 2003, p. 84, para 83；另參看 Klaus Lüderssen, Einleitung, in: Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Vol. 3 Makrodelinquenz*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 12ff.

²² 參看 Michel Foucault, Governmentality, in: Graham Burchell, Colin Gordon, Peter Miller (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality: With two Lectures by and an Interview with Michel Foucault*, Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 87ff.

祉或許只不過是個暴君壓榨老百姓所造成的假象。

在此，我們可以發現現代社會將治理者與人民間的關係顛倒，人民不再是絕對君權之治理者爲了呈現自己的偉大而能任意支配的「財產」之一，治理者反而應該爲人民服務，即於統治之際而尊重人權，使人民之福祉增加。絕對君權之治理者可以任意處治其財產，所以也可以任意毀滅之，即壓榨與殘害老百姓，現代國家之統治者必須爲了其治理結果向人民負責，所以被納入一個具雙向統治機能的法律體系²³。依此，不僅是國家依法而治理人民，人民也可以依法而約束國家。換言之，現代國家之主權與統治不如從前，現代國家形成之前，行使主權者僅要單向思考法制，即依法所預先規範之制度而管理人民。由美國及法國等革命以來，不僅是人民受到法律之拘束，國家同樣受其自己所訂定之規範的約束，否則該國家因無法兌現人權之保障而失去其正當性。

若行使主權之根本意義在於增進人民福祉，而該目標之基礎在於人權保障，則法治的概念就要維護此最基本的利益。權力分立之機制也就因此而不是一個可任意實現任何經過選舉的目標，反而要確保公權力之行使實現此核心價值；當國家之任何權力機關於行使公權力之際違背該利益，行使該職權之機構及行爲人也就失去其合法性。在此前提之下，以維護人民福祉，即維護人民基本權利的司法權，可以宣告立法者所訂定之

²³ 在此當然也不能忘記，此後設理論不考慮人民(population)的文化因素等，所以不需要如政治學而區分不同人民(people)概念。參看 Peter Radan, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, London: Routledge, 2002, p. 246。因此，僅在國家—人民對立關係存在之 population 的概念，當然具有與傳統人權概念之共同結構性特質：兩者僅相對於國家而存在。

行為規則(即法律)違憲，也可以宣告行政所行使之公權力行為違法(或甚至違憲)。

此基本模式具有許多不完備與危機。首先可以看到，一國之治理者不必對於他國之人民負責。國際刑法最初要解決的困境也就在此，所以規範戰爭行為而訂立海牙公約。該公約後續成為早期之現代國際刑法的重要裁判依據。一次大戰後之凡爾賽公約提出以海牙公約而審判戰爭犯之要求，二次大戰後之紐倫堡審判及東京審判實現此要求。

然而，如表一所示，國際刑法所出現的樣式很多。我們在此可以假設，無論係何種國際刑法的審判機構，其該解決的問題是一致的：首先要處理國家失敗所造成的犯罪問題，其次是藉此處理結果而發揮積極預防(positive prevention)及消極預防(negative prevention)等效果。無論審判機構採取何種形式，前述任務皆是一樣。既然國際刑法在組織型態出現多元性，但在任務上都顯現其統一性，造成組織上之多元性的主要因素在於審判機構的設置條件。在這麼短的時間內出現截然不同形式的國際刑法之審判機構，其原故在於個案的政治、社會、法律等特徵，即國家失敗之不同類型以及由此所形成的外界接管必要程度之不同。

無論從歷史回顧觀之，抑或從近幾年之國際刑法實務觀之，國際刑法所期待加以解決的困境，主要有三：(一)若想以內國刑法解決國家犯罪的問題，則必須具備若干制度要件，尤其必須具備一個獨立的、獲得其他權力機構尊重的司法權。相反的話，當司法不具備獨立性，且不獲得其他權力機構之尊重，或當司法在社會之實質運轉中根本缺席，則以行使公權力為犯罪模式的罪行，是不可能被追訴的。換言之，不管主權歸

誰²⁴，司法應該為行使該主權之重要權力結構成分，但該成分無法發揮功能。當該功能之喪失大到嚴重損害到國家之根本任務，則國家失敗。(二)除了獨立的司法權外，內國刑法必須提供一個合於追訴若干罪行的實體法規範。然而，以公權力之行使為犯罪行為者，往往可能赦免自己的行為或採取一些內國刑法根本未加以規範的行為模式。同樣，若行使主權者之目的在於增進人民福祉，如此的惡性立法或不予立法，顯然違背該行使主權之目的；若此情況嚴重，則國家在一定範圍失敗。(三)假如司法獨立、應有的實體法規範也存在，追訴國家犯罪的問題仍然可能因司法不具備偵查及訴訟等資源而變成不可能。依此，司法形同虛設而行使主權者不可能達到其目的，表示國家在特定問題失敗。換言之，前述三種困境都足以行使國家主權者在維護人民福祉之根本利益和任務上失敗，所以可能足以引起國際刑事司法涉入之必要。以下簡論國際刑事司法如何具體因應前述困境。

一、司法獨立與國際刑法

國家犯罪首先形成一個結構性的困難，即除非國家內部具備功能上之劃分，否則立即變成球員兼裁判。因此，假如權力分立未形成，或雖然已形成，但形式上已分立之權力機構實質上無法有效制衡，在此情況之下，以行使公權力為罪行要素之

²⁴ 在一個同時有傳統君權、民主政權、多層主權、所分享的主權(歐盟)等不同主權模式之今日，我們難以運用傳統民主國家理論而主張主權歸民而具備特定要素，反而應面對現實而肯定，主權具備統治之訴求與事實，因此應承擔合理行使主權的責任。

行爲，似乎不可能被內國刑法予以追訴與懲罰。近幾年之部分國際刑法案件就是如此：軍警或其他武裝團體或行使公權力之其他領導者依法(*de jure*)或依實際情況(*de facto*)行使(國家)權力，而該權力之行使不可能被其他權力機構加以制衡。例如盧旺達國際刑事法庭(ICTR)在審理案件時明文討論此問題，並且認定，「他(被告)在此地依實際情況所行使之權限明顯超越其依法所享有之權限(His *de facto* authority in the area is significantly greater than that which is conferred upon him *de jure*)」；公權力之行使不依循權力分立之模式，反而包括「執行法律與命令以及貫徹正義(the execution of laws and regulations and the administration of justice)」，其實質權力「僅次於縣長之權限(subject only to the prefect's authority)」²⁵。換言之，該地方官行使權力時，實際上可以制衡該權力行使之國家機構僅限於上級行政長官，但不包括司法。

由此得知，被告不僅是當地行政長官(市長)，他所行使的實質(*de facto*)權力，也包括當地司法權。雖然此司法權的性質與現代權力分立架構中之司法權不相同，且依當地憲政架構也僅屬於非正式權力，但仍然被多數當地人接受為「主持公道」。因此，該官員在相當程度不需要考慮立法權或法律。簡而言之：該被告缺乏其他機構的制衡。此情況本身不足為怪，很多開發中國家必須面對如此的統治事實²⁶，但由於人治與法治在

²⁵ 參看 ICTR Judgment (1999-09-02), Case No. ICTR-96-4-T (Prosecutor vs. Akayesu), § 77, <http://69.94.11.53/default.htm>, 瀏覽於 2009-09-19.

²⁶ 此現象恐怕在不少開發中國家都存在：表面上已採取現代民主國家之權力分立及法治等制度，但實質上仍行使具高度人治色彩之傳統統治模式。就非洲而言，Erdmann 主張，大約四分之三的國家具有如此之結構性缺失或或根本缺乏國家之統治結構；參看 Gero Erdmann, Apokalyptische Trias: Staatsversagen, Staatsverfall und Staatszerfall –

統治上所追求之目標一致，即以增進人民福祉為核心價值，所以沒有人注意此表裡不一的現象，也不會進而質疑，當地社會是否缺乏依權力分立原則來行使國家主權。

由國際刑法之角度觀之，此表裡不一，但符合統治核心價值的社會，因沒有大量進行宏觀犯罪，所以不可能被列為失敗國家，該社會之統治者也不大可能變成國際刑法中之被告。可是，因為當年盧旺達個案中之統治者利用公權力之行使而大量屠殺無辜，且因為該大量屠殺無辜的行為不可能被內國刑事司法處理(畢竟犯罪人在其所在地實際上負責貫徹一個名不符其實的司法權，即未受任何法院之實質拘束)，所以最後不得利用聯合國依國際刑法之若干原則和規定來設置特別法庭。

當司法權似乎不存在，內國司法與國際刑法間之衝突也似乎不存在。同理，當國際社會干涉一個無法行使理性治理的地方，國際社會也似乎不必考慮一事不再理、國際刑法與內國刑法競合等問題。可是，使用國際刑法的部分事件並不如此單純。例如戰勝國組織東京審判時，日本司法照舊在運作不停。前南斯拉夫的情況也一樣，雖然國際界以及波斯尼亞黑塞哥維那、科索沃等地之受害者都認為，很多當地塞爾維亞族群以及臨近塞爾維亞所組成之武裝團體、其政治及軍事領袖等等具有滅絕種族等犯罪嫌疑²⁷，但表面上獨立運作的、遵守法治國原

strukturelle Probleme der Demokratie in Afrika, in: Petra Bendel, Aurel Croissant, Friedbert Rüb (eds.), *Demokratie und Staatlichkeit, Systemwechsel zwischen Staatlichkeit und Staatskollaps*, Opladen: Leske+Budrich 2003, p. 267f.

²⁷ 除了當地被害人以外，國際法院(International Court of Justice, ICJ)於1993年也二度認定，前南斯拉夫(即塞爾維亞)政府應組織其所統治的軍警和個人等直接參與種族滅絕的政策和行為；協同意見之法官不僅指出塞爾維亞之若干義務，反而直接指控塞爾維亞之領導階層及軍警等參與

則的塞爾維亞(即前南斯拉夫)司法並不願意偵查和審理若干案件。在此，行使國家主權者在其根本任務上之失敗不再是一種全面性的、缺乏最根本制度建設的失敗，反而是一種局部的、來自高度選擇性執法的失敗。

一次大戰後的德國就是如此對於自身罪刑而盲目；二次大戰後的日本就是因此而未被允許自行審理若干罪行；聯合國在科索沃戰爭與波斯尼亞黑塞哥維那內戰後也認定，前南斯拉夫以及其臨近之新興國家很可能無法自行處理若干罪行，所以專門設置「前南斯拉夫國際刑事法庭」(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY)²⁸。此無能的原因部分在於國家組織之不存在(科索沃)、國家組織之毀滅(波士尼亞黑塞哥維那)及國家組織(包括司法)在意識型態(民族主義)上缺乏獨立與公平審理若干犯罪嫌疑之條件(塞爾維亞、克羅埃西亞)。

然而，國際刑法面對內國司法重建或內國司法改革的發展前景時，當然必須考慮規範競合、管轄競合、一事不再理以及判決確定等問題²⁹。為了解決此問題，前南斯拉夫國際法庭規

臨近波斯尼亞黑塞哥維那境內所發生的種族滅絕事件；參看 ICJ Report 1992-1993, p. 25; ICJ Report 1993-1994, p. 27；關於學術對此二判決之評價，參看 John Quigley, *The Genocide Convention*, Aldershot: Ashgate, 2006, p. 269.

²⁸ 雖然該機構之設置規約的正式明稱為「前南斯拉夫國際法庭規約」(International Tribunal for the Former Yugoslavia)，依該規約所設之法院的正式名稱為「前南斯拉夫國際刑事法庭」(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)；比較 http://www.icls.de/dokumente/icty_statut.pdf，瀏覽於 2009-09-19 以及 <http://www.icty.org/>，瀏覽於 2009-09-19。

²⁹ 國際刑事法院與各國家(主權)之關係並不限於國際性法院與內國司法，也包括司法互助、經費上之支源等等；有關後者，參看 Alexander Zahar, Göran Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University

約(Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia)第九條規範該法院與其他(內國)法院之競合管轄、第十條規範一事不再理等情形。依規約第九條第二項之規定，國際法庭(ICTY)具有「優先」(primacy)管轄權，所以可以在任何程序階段命令內國法院移轉管轄。依規約第十條第一項，內國法院不得再度審理國際法庭(ICTY)所審過之案件；但依同條第二項，當內國法院在牽涉到若干罪名之案件下定判決時，該案仍有可能於國際法庭(ICTY)再行被起訴與審判。該規定所列舉之國際性再審理由為：

- (a) 若干判決以普通罪名審判國際刑法之罪行。
- (b) 內國法院之程序不公平或缺乏獨立性，程序之用意在於防止國際刑法審判該案，追訴機關不盡力行使職權。

為了避免如此之國際性再審造成受判決人之過度負面影響，同條第三項規定，國際法庭所科之刑罰應折抵內國司法已執行之刑罰。

國際刑事法院不是針對特定案件而設，所以沒有具體考慮，當地司法是否不予合作或缺乏獨立審判之政治條件，所以採取一個截然不同的態度。依照羅馬規約第十七條，國際刑事法院僅例外追訴若干案件，首要的審判任務在於締約國。具體言之，該條第一項第一款規定，「……本法院應斷定案件不可受理：1.對案件具有管轄權的國家正在對該案件進行調查或起訴，除非該國不願意或不能夠切實進行調查或起訴」。該條第二項提出「不願意」(unwillingness)偵查或懲罰之認定標準，同條第三項指出「不能夠」(inability)調查或起訴之認定標準。前者有如「訴訟程式發生不當延誤，而根據實際情況，這種延誤

不符合將有關的人繩之以法的目的」(第二項第二款)³⁰；後者有如「本國司法系統完全瓦解，或實際上瓦解或者並不存在」(第三項)。

可見，特設國際刑事法庭以「原則自審，例外他審」，而常設國際刑事法院以「原則他審，例外自審」的方式，規範管轄競合之問題。無論國際刑法與內國刑法在管轄競合採取什麼原則例外結構，前述兩種規範方式都同樣顯現，國際刑法直接因應司法失敗的局面，在司法為主權之重要表現的前提下，國際刑法藉此當然同時因應國家全面或局部失敗所造成的問題。

二、國家犯罪與內國實體法

國際刑法與內國刑法在具體個案中可能呈現一個深層的、主要表現於實體法上的衝突：依照納粹統治者之觀點，國家於集中營屠殺猶太人是合法的³¹，依照紐倫堡審判的觀點，此行為該當違害人類罪之罪名。鑒於此，國際刑法自 20 世紀中不斷強調，國際刑法之實體法規範不同於內國刑法之規範，尤其強調國際刑法之法源不受內國法之罪刑法定原則的拘束³²。此首

³⁰ 台灣司法長期以來以程序障礙等等理由而拒絕審理二二八或白色恐怖時期破壞人權之案件，由國際刑法之若干規定來看，卻耐人尋味；有關此點，比較陳志龍，亞洲霸權的司法歸順性與對抗性——探討司法怠惰與司法人權，收錄於楊振隆編，《大國霸權 or 小國人權》，台北：二二八事件紀念基金會，2009 年，頁 551-519。

³¹ 有關納粹合法廢除法治國一事，參看 Gerard Quinn, *Dangerous Constitutional Moments*, in: John Morison, Kieran McEnvoy, Gordon Anthony (eds.), *Judges, Transition, and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 225ff.

³² 其實，國際刑法同時具有刑法及國際公法等雙重特徵，所以一方面

先未必表示，國際刑法完全不適用罪刑法定原則，但國際刑法所規範之罪名，已足以審判若干罪名。假如內國刑法沒有相對的罪名，且行為人主張，若干行為於內國法不罰，則國際刑法之判決仍未違背罪刑法定原則。除此法源在國際及內國等規範所呈現之二元結構以及由此所產生的適法性疑問外，國際刑法之法源不僅適用羅馬規約第二十二條(罪刑法定原則)，同時在羅馬規約之適用範圍以外另行適用國際法院規約(Statute of the International Court of Justice)第三十八條第一項所列舉之法源³³，即(1)國際協約、(2)國際習慣、(3)一般法律原則、(4)司法判例及……學說。

當我們參看國際刑法各個法院之審判實務，則可以確實看到以上不同性質之法源都被當作裁判依據。舉例言之，盧旺達國際刑事法庭(International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR)經由判決而確認一定規模之性侵害屬於滅絕種族之犯罪行為；該法庭以後述用詞明文指出：「法庭定義強姦為……」(The Tribunal defines rape as.....)³⁴。同一段落另外釐清，所謂「性暴力」未必以直接物質力量為要件，缺乏直接物質力量之性暴力行為同樣構成國際刑法之罪名，即構成既有罪名之特別類型。依該判決之主張，「性暴力屬於本法院規章第三(i)條之『其他不

有限度適用刑法中之罪刑法定原則，另一方面適用國際公法之法源，所以當然也以國際習慣法為法源；關於第二點，參看例如 Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 128 ff; Alexander Zahar, Göran Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 89ff.

³³ 持此觀點者，參看例如 Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2004, p. 146.

³⁴ 參看 ICTR Judgment (1999-09-02), Case No. ICTR-96-4-T (Prosecutor vs. Akayesu), § 688, <http://69.94.11.53/default.htm>，瀏覽於 2009-09-19.

人道行爲』、第四(e)條『嚴重侵犯人格尊嚴』、第 2 (2) (b)條之『嚴重生理或心理傷害』(Sexual violence falls within the scope of "other inhumane acts", set forth Article 3(i) of the Tribunal's Statute, "outrages upon personal dignity," set forth in Article 4(e) of the Statute, and "serious bodily or mental harm," set forth in Article 2(2)(b) of the Statute)³⁵。

法院如此之「定義」形成解釋上之困境：此用詞單純屬於法院有關構成要件內容之釐清(即遵守罪刑法定原則及溯及既往禁止)，還是已屬於超越罪刑法定原則的法官造法(即放棄罪刑法定原則及溯及既往禁止)？ICTR 在其論點上由該法院規章第三(g)條「強姦」之構成要件出發，但同時將若干行爲歸類於第三(i)條之『其他不人道行爲』、第四(e)條『嚴重侵犯人格尊嚴』、第二(2) (b)條之『嚴重生理或心理傷害』。可見，(一)若干行爲事實是否可以包攝於既有規範之構成要件內，是有爭議的；(二)面對此爭議，ICTR 之法官同時運用四個條款，其中第三(i)條是直接開放的，即允許法院以法官之評價而認定任何「不人道行爲」予以處罰。因此，當然可以主張，該判決符合傳統刑法義理學之要求而僅適用法律、解釋既有規範等，所以當然遵守罪刑法定原則³⁶。

假如採取此立場，則國際刑法之規範體系可以單一。唯羅馬規約本身就允許一個二元的發展方向：依該規約第 22 I 條之規定，國際刑事法院應遵守罪刑法定原則。其次規約第 22 II 條明定，規約之解釋，應依有利被告之方式而行之，尤其應遵守

³⁵參看 ICTR Judgment (1999-09-02), Case No. ICTR-96-4-T (Prosecutor vs. Akayesu), § 688, <http://69.94.11.53/default.htm>，瀏覽於 2009-09-19。

³⁶有關國際刑法與內國刑法在基本原則上之差異性，另參看註 10，頁 458, 467。

禁止類推適用。然而，依第 22 III 條之規定，羅馬規約並不限制其他國際刑法之審判機構另有所主張或另有所定義。因此，第 22 III 條預設國際刑法規範體系二元發展的可能：雖然國際刑事法院應遵守罪刑法定原則及溯及既往禁止等，但其他國際刑事法院的態度未必如此明確，即部分經由實際審判而發展出新罪名或既有罪名之新型態。

此主張直接反應例如上述 ICTR 判決等事實。依該判決之本文，盧旺達國際刑事法庭之法官定義一個於既有規範缺乏明晰規定之罪名。可是，由於罪刑法定原則以法規範之明晰性為前提，所以該判決應該算得上是罪刑法定原則之突破。部分學者不僅如此解釋此判決，其同時也正面肯定此法官造法的具體案例³⁷。若不考慮具體個案，至少部分國際刑法文獻也一般性主張，國際刑法應該採取此基本立場³⁸，否則難以預防以國家公權力之行使為犯罪特徵之宏觀犯罪³⁹。假如採取後者的立場，國際刑法僅部分適用一般內國刑法之原理原則，不適用該原理原則之部分，反而符合國際法院規約有關國際公法法源所明文指出之類別。

³⁷ 學者有關 ICTR-96-4-T 判決之評價，尤其有關法官造法之正面肯定，參看例如 Leonie von Braun, *Internationalisierte Strafgerichte*, Berlin: BWV, 2008, p. 25f.

³⁸ 參看例如 Wanjia Andreas Welke, Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität? *Kritische Justiz* 1995, p. 377, 381

³⁹ 基於刑事政策之預防利益考量而贊同 Welke 之觀點，參看例如 Hans Vest, *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 100f.

表三：比較國際刑法、國際性刑法及國際化刑法若干法庭之實體罪名

羅馬規約	ICTY	SCSL
a 滅絕種族罪	α 嚴重違背1949年日內瓦公約罪	b 危害人類罪
b 危害人類罪	c 戰爭罪	β 違背日內瓦公約第三條及其附錄二
c 戰爭罪	a 滅絕種族罪	γ 其他國際人道法之嚴重侵害
d 侵略罪 (尚無完整定義)	b 危害人類罪	X 獅子山(內國)法所規範之犯罪

然而，爲了避免與罪名有關之理念衝突造成法院不必要之困撓，所以每當聯合國(安理會)來組織某特定法院(庭)或每當特定國家與聯合國共同組織特定法院時，相關規約或法案盡可能考慮到應審之具體歷史情景，然後編寫實體罪名之細目。雖然每一個法庭在表面上都相同，以羅馬規約所規範之四個罪名(「滅絕種族罪」(genocide)、「危害人類罪」(crimes against humanity)、「戰爭罪」(war crimes)、「侵略罪」(crimes of aggression)⁴⁰)爲主，但依據個案之特殊性很可能改變其構成要件之目錄或甚至增列罪名。如表三所示，例如前南斯拉夫國際刑事法庭規約所列舉之罪名同樣有四個，其中第一個是該規約第二條「嚴重違背1949年日內瓦公約」(grave breaches of the Geneva Conventions of 1949)；此罪名缺乏於羅馬規約中。例如設在羅馬規約已定稿之後的獅子山特別法庭在其規約中所列舉的罪名，有羅馬規約之「危害人類罪」，另有羅馬規約未直接包含之「違背日內瓦公約第三條及其附錄二」(violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol

⁴⁰ 雖然羅馬規約於第5(1)條列舉此罪名，但第5(2)條立刻指出，該罪名尚未定義，所以尚不在國際刑事法院可行使管轄之範圍內。

II)、「其他國際人道法之嚴重侵害」(other serious violations of international humanitarian law)以及「獅子山法所規範之犯罪」(crimes under Sierra Leonean law)，但遺漏羅馬規約所實質規範之「滅絕種族罪」及「戰爭罪」。

顯而易見，不同法院所列舉的罪名有共同之處，但也有相當大的差異。至於國際刑法的審判機構要否明文引用當地法律所名定之罪名，還是僅經由管轄競合之規定允許當地法院依當地法律來辦理若干案件，主要應該看聯合國對於當地法律制度的評估；尤其要考慮，當地之法律制度是否健全？還是經過統治者之扭曲？甚至是否成爲行使公權力者之犯罪工具？

不僅學者面對如此相似卻多元的規範，都可能質疑。如此不明確的實體法規範是否成爲國際刑法之公信力的障礙。國際刑法於1990年代重新興起時，第一個國際性的刑事審判機構——即前南斯拉夫國際刑事法庭——原本也有如此的疑慮，所以一開始盡可能限縮由此所產生的衝突；該法庭初期僅適用設置規約以及該庭法官自行訂定的「程序與證據規則(Rules of Procedure and Evidence)」⁴¹。唯因被告合理訴訟保障所需，該法院後來也放棄自己對於法源之限縮態度而廣泛的交叉運用國際刑法之有關規範⁴²。

到了現今，前南斯拉夫國際刑事法庭在省思，自身的貢獻究竟何在？該法庭首要指出其對於國際人道法(International Humanitarian Law)發展之重要性，其次列舉如追訴刑事犯罪、

⁴¹ 參看 http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_Rev43_en.pdf，瀏覽於 2009-09-19。

⁴² 關於此點，更詳細看 Alexander Zahar, Göran Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 16.

扶助被害人等事宜⁴³。除了法庭之貢獻外，該法庭庭長Robinson指出，法庭之目的包括未來犯罪之預防(detering future crimes)⁴⁴。由於國際刑法之罪名可經由法庭之實際審判而發展⁴⁵，所以在犯罪行為快速變換形態時，要達到預防效果之訴求較具有可信度。

三、證據保全與訴訟程序

當一個社會經過大量的、嚴重的國家(或行使權力者)犯罪之後，該社會未必能夠順利自行審判如此的犯罪現象。其中司法機關存在與否的問題以及實體法罪名存在與否的問題，前文已詳細討論。可是，在司法機關存在，並且獲得其他國家之權力機構尊重的前提之下，該社會仍然有可能無法有效追訴若干罪刑，因而必須利用國際刑法之援助。司法之所以無法有效追訴國家犯罪的原因有二：

(一)從事司法工作之人員本身過去直接參與相關犯罪或間接容許相關犯罪之發生。例如納粹司法有不少法官直接配合或間接容許納粹之不人道統治。在此條件之下，司法在未經過時

⁴³ 參看 <http://www.icty.org/sid/324#developing>，瀏覽於 2009-09-19。

⁴⁴ 參看 Patrick L. Robinson, *Message from the President*, Dec. 2008, <http://www.icty.org/sid/142>，瀏覽於 2009-09-19。

⁴⁵ 雖然部分偏重刑法義理學之著作強調，國際刑法如同內國刑法，適用罪刑法定原則，故此適用溯及既往禁止，但部分學者依國際刑法之預防目的而主張，刑法之溯及既往禁止不適用於統治者之罪刑，參看 Wanjia Andreas Welke, *Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität?* *Kritische Justiz* 1995, p. 377, 381；贊同此觀點者有如 Hans Vest, *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 100f.

代交替之前，對於有效追訴的問題根本沒有興趣，即經由無效追訴而杯葛相關訴訟案。上文在討論例如 ICTY 競合管轄時，已提起此問題。上文同樣已指出，國際刑法有可能經由競合管轄而十分有意地引導內國司法人來配合偵查與審判。若當地國想脫離國際刑法審判機構於該地之干涉，則必須消除辦案中之局部盲點。

(二)當內國司法存在，司法人員也願意辦理先前統治者所留下來的國家犯罪的案件時，該司法仍然可能缺乏實質的辦案能力。例如：柬埔寨之紅色高棉(Khmer Rouge)大量屠殺柬國之城市居民及知識階層，主要是 1970 年代後半，但柬國終於設置法院要審理相關罪行是 2003/2004 年，到第一個犯罪嫌疑人於 2009 年被起訴時，其犯罪行為與訴訟行為間已相隔 30 餘年。

因此，任何證據之鑑定已十分不易。當司法單位發現無任何記名之大眾墓坑時，要怎麼證明所埋著為何人？死因是什麼？等等。所得到的鑑定報告的證明力究竟有多大？除非一國的司法有豐富資源，有一定水平之研究團隊、技術和科技等，否則相關辨識是不可能的。

基於此，國際刑法不僅要協助法院建設，並且補充實體法規範，國際刑法還要考慮偵查機構之建設和技術資源。若看 1993 年以來之具體發展，如罪刑法定原則之重新評價⁴⁶、被告訴訟權利之強化⁴⁷、法院對於被告自我辯護之限制⁴⁸等，則發現

⁴⁶ 參看上文有關 ICTR 法官造法及羅馬規約第二十二條之關聯。

⁴⁷ 例如 ICTY 規約第 21 4 (g)條及 ICTR 規約第 20 4 (g)條僅賦予被告不自證己罪之權利，羅馬規約第 67 1 (g)條不僅肯定被告不自證己罪之權利，該規約另行肯定被告之緘默權。

⁴⁸ ICTY 原先相當尊重 Milosevic 親自辯護之意願，但由於該自我辯護使得訴訟程序之公平性被質疑，所以國際刑事審判機構後續對於被告之若干權利採取不同態度。

所謂國際刑事法庭不僅是審判機構，其同時設置依羅馬規約第四十二條設置專門的檢察署(The office of the prosecutor)；很多國際性的特設刑事法庭亦同：前南斯拉夫之刑事法庭依其設置規約第十一條而具備(1)刑事庭(chambers)、(2)檢察官(prosecutor)及(3)書記處(registry)；上述柬埔寨特別法庭不僅具備內國及外國等多種背景之法官、偵查法官及檢察官，甚至辯護人之一依該法庭之設置辦法為外國律師⁴⁹。可見，當原告所提出來的證據與鑑定需要高科技之技術，才可能被理解，被告同樣必須享有相等訴訟資源，才可能進行有效辯護。換言之，為了維護法院之公信力，就必須在訴訟資源方面注意到，是否維護攻防上之平衡點，且藉此保障整個法院之審判過程事後獲得「公平審判」的評價⁵⁰。

在此另值得指出的是，國際性之刑事法院不僅注重上述原告與被告間之武器平等，並且建構為此所必要的機構、提供為此所必要的資源，國際性之刑事法院也經常投入當地司法建設之政策。例如前南斯拉夫有不少地區，在停戰協定之際，根本沒有當地法院。因此，例如聯合國駐科索沃暫時代表團(United Nations interim Mission in Kosovo, UNMIK)從一開始的任務不僅在於建構國家之行政機關，同時要建構司法機關。若干司法機關初期以外國專家為主，但當地專家之比例逐年增高。波斯尼亞黑塞哥維那法院之戰爭罪法庭更是如此。其一開始獲得前南

⁴⁹ 參看 http://www.eccc.gov.kh/english/defence_office.aspx，瀏覽於 2009-09-19。

⁵⁰ 因為前南斯拉夫國際刑事法庭未在審理前考慮此問題，所以在 Milosevic 自行辯護的情況下必須考慮，如此之自行辯護是否使被告無法獲得有效辯護，使整個審判程序在外界遭到不公平之評價；關於此點，參看 Gideon Boas, *The Milosevic Trial*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 205ff.

斯拉夫特設刑事法庭各方面之援助，所以成為當地司法中之具有內國及外國法官等混合組織之專業法庭，但此混合比例同樣逐年改變，以期該國司法來日可自行地、自主地審判若干案件。

以類似的方式多面協助當地國，使該國獲得偵查若干罪行之能力，還有東帝汶、獅子山和黎巴嫩等國際性刑事法庭。可見，國際刑法與內國刑法之間的關係，確實是一種補充。為了避免該「補充」變成「常態」，使當地國之統治者長期無法振作起來，即長期無法實現其行使主權之根本任務。在此之際，國際性刑事法庭不可能僅將犯罪行為予以追訴，同時也必須保障當地司法日後具有獨立辦案的能力。

伍、法治國原則與國際刑法

國際性刑事法庭之興起代表多方面的發展。首先當然可以看到，國際性刑事司法已成為一個事實。任何國家若無法經由獨立審判之司法而保障，其人民可以免於國家(或持有權力者)大量行使宏觀犯罪，即保障人民享有一定安全。該國家在任務上失敗了，所以變成國際社會所關心的對象，進而可能變成國際性刑事司法之處理對象。然而，此國際社會的趨勢並不表示，國家主權之地位已必然退讓給一個世界政府，國家主權依然存在，唯其行使暫時由國際社會予以協助。具體言之，羅馬規約認定，國際刑事法院僅構成各國司法之例外補充，國際性刑事法庭之設置以及其對於當地國司法之援助同樣表示，國際界對於當地司法之干涉，雖然一時居於強勢地位，但在此之際，就不可能僅辦理過去所發生之國家犯罪、宏觀犯罪，還同

時追求當地國之司法獲得自行辦理相關案件之能力。易言之，國際刑法之任務不僅在於刑事司法之裁判，同時在於建構一個合乎法治國原則的獨立司法權。

由台灣來觀之，就可以看到一個有趣的現象：支援此發展趨勢的後設價值體系從未主張自己屬於轉型正義的現象，反而持續不斷地強調，相關案件之審判依據源自於海牙公約、甚至源自於更早期的文明國家的良好習慣等等，即始終強調，國際刑法之法規範屬於長期穩定的、行為人可知的國際公法的規範。因為如此，所以前南斯拉夫國際刑事法庭才可能辦理前國家元首以及前行政首長等。也因為如此，所以該法庭庭長才可能明文指出，該法庭如此的辦案事實可以達到預防效果。依此，台灣在反省過去戒嚴時期對於人民之破壞時，似乎不應該以「轉型正義」的觀點看若干現象，即不應該依後人的制度和價值選擇而批判先人的行為以及該行為所表現之行為選擇，反而應該思考，中華民國直接參與東京審判，並且以反人道罪之罪名⁵¹而審判他人，但幾乎同時可以在台灣由官兵而殺人，並且當時已承認錯殺良民，但始終沒有人負刑事責任⁵²。

就國際刑法之預防功能觀之，除非行為人在行為之前已知，該行為具有刑法上之非價意涵，否則負面預防是不可能的，除非國際社會具有相關規範之認知，否則正面預防是不可能的。同時，紐倫堡之國際軍事法庭(以及由此以來其他國際化

⁵¹ IMTFE Charter 第五(c)條規定：……殺害……或以其他不人道之行為而害公民(……murder, ……., and other inhumane acts committed against any civilian population)。

⁵² 有關此點，參看例如湯得章案，關於該案之細節，參看李筱峰，《二二八消失的台灣菁英》，台北：自立晚報社文化出版部，1990，頁 254-259。

刑事法院一樣)也確認，國家及其負責人不能以內國法不罰相關宏觀犯罪現象為藉口而逃避司法審判。換言之，該法庭堅持，國際刑法之實體法規範不需要經過個別元首或國家予以承認，才可能變成刑事審判之裁判依據。國際刑事司法的主張恰好與此犯罪辯護之理由是相反的：因為國際刑法所適用的罪名長期存在，並且長期成為國際社會共認的價值，所以當然也可以將若干罪名適用於任何一個宏觀犯罪的事件，即不受個別國家承認與否的影響。因此，國際刑法明顯不採取轉型正義的概念，正義本身並沒有轉型，正義的標準反而先後一致，即不可能且不應該被任何國家或社會基於其所持有的意識型態或基於其他理由而左右⁵³。

此原則性的理論主張在個案裁判形成一個表面上矛盾的現象：如上文所述，盧旺達國際刑事法庭經由個案裁判而進行法官造法。然而，當法官造法，該規範是否在犯罪行為後才形成、是否違背罪刑法定原則等等？在此，我們可以看到國際刑法與內國刑法具有一個重要的理念差別：內國刑法想避免國家濫用刑罰權，所以採取罪刑法定原則；國際刑法同樣想避免國家濫用權力，所以不適用罪刑法定原則，反而承認國際公法之一切法源，包括習慣法與判例法⁵⁴。如此經由例如判例法而獲

⁵³ 若由此觀點看首先出現「轉型正義」概念的東歐國家，則不難發現：大部分東歐國家之前領導並沒有因為價值體系之轉變而變成刑事被告。此現象表示，其實是東歐國家，也一樣將轉型正義的概念不適用於刑法。因同理，當例如 Futamura 討論戰犯法庭與轉型正義時，他所指的轉型係指整體社會由戰爭往和平之轉變(transition from war to peace)；依該作者之論點，此轉型主要依賴國際刑法所主持的正義以及由此所推動的制度建設，但並不牽涉到正義概念本身之轉變。參看 Madoka Futamura, *War Crimes Tribunals and Transitional Justice*, London: Routledge, 2008, p.144.

⁵⁴ 雖然羅馬規約似乎嚴格限制國際刑事法院之事務管轄，但第 9 (1)

得罪名上之建構與釐清等發展的國際刑法規範，如何要避免任意裁判的控訴，如何要經由預先規範而達到預防效果？我們恐怕必須運用罪名以外的後設價值。本人在此建議，以人權保護為基礎以及以 Foucault 之治理性概念的正面運用為國際刑法之後設法益。依此，我們可以肯定，國家行使主權，並且經由該主權之行使而在一定程度強制人民。這是可以理解的，否則有效統治將變成不可能的，統治者難以增進人民之福祉。然而，此強制行為具有界限，而該界限不在統治者可任意自我支配的範圍內。其主要的認定標準在於國家是否經由人權保護與人權保障而給予人民其所必要的生存條件。

條主張罪名之構成要件僅「協助」(assist)法官來認定被告犯罪與否，換言之，法官仍然可以超越既有成文法規範而於具體案件中採取不同解釋或甚至自創構成要件要素等。其次，第十條明文承認，本規約以外之國際法規範不因羅馬約而受限。依此，法官是否到最後引用「廣予承認」，但該規約外所出現之國際刑法若干判決，並且依此而擴充該規約之罪名，目前因缺乏相關案例，所以不得而知。唯如此發展之前例明顯存在。

參考文獻

- 李筱峰，〈《二二八消失的台灣菁英》〉，台北：自立晚報社文化出版部，1990。
- 陳志龍，〈亞洲霸權的司法歸順性與對抗性——探討司法怠惰與司法人權〉，收錄於楊振隆編，〈《大國霸權 or 小國人權》〉，台北：二二八事件紀念基金會，2009-02，頁 551-591。
- 葛祥林，〈德國納粹屠殺事件之處理與借鏡〉，《國家發展研究》，第五卷第二期(2006-07)，頁 137-192。
- 葛祥林，〈由東京審判看二二八〉，收錄於楊振隆編，〈《大國霸權 or 小國人權》〉，台北：二二八事件紀念基金會，2009-02，頁 441-476。
- Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 2006.
- Gideon Boas, *The Milosevic Trial*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Leonie von Braun, *Internationalisierte Strafgerichte*, Berlin: BWV, 2008.
- Gero Erdmann, Apokalyptische Trias: Staatsversagen, Staatsverfall und Staatszerfall – strukturelle Probleme der Demokratie in Afrika, in: Petra Bendel, Aurel Croissant, Friedbert Rüb (eds.), *Demokratie und Staatlichkeit, Systemwechsel zwischen Staatlichkeit und Staatskollaps*, Opladen: Leske+Budrich 2003, p. 267-294.
- Matthias Etzel, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat 1945-1948*, Tübingen: Mohr, 1992.
- Michel Foucault, Governmentality, in: Graham Burchell, Colin Gordon, Peter Miller (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality: With two Lectures by and an Interview with Michel Foucault*, Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- Madoka Futamura, *War Crimes Tribunals and Transitional Justice*, London: Routledge, 2008.
- Herbert Jäger, Versuch über Makrokriminalität, in: *Strafverteidiger* 1988, p. 172-179.
- Darren Lim, United Nations Governance of Failed States: proposing the

- foundations of a comprehensive framework, *Monash University Law Review* Vol. 32 (2006), 2, p. 296-334.
- Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Vol. 3 Makrodelinquenz*, Baden-Baden: Nomos 1998.
- John Quigley, *The Genocide Convention*, Aldershot: Ashgate, 2006, p. 269.
- Gerard Quinn, Dangerous Constitutional Moments, in: John Morison, Kieran McEnvoy, Gordon Anthony (eds.), *Judges, Transition, and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 223-250.
- Peter Radan, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, London: Routledge, 2002.
- Patrick L. Robinson, *Message from the President*, Dec. 2008, <http://www.icty.org/sid/142>
- Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2005.
- Benjamin N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Harvey Starr (ed.), *Dealing with Failed States: Crossing Analytic Boundaries*, London: Routledge, 2009.
- Hans Vest, *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- Wanja Andreas Welke, Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität? *Kritische Justiz* 1995, p. 368-382.
- Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- James F. Willis, *Prologue to Nuremberg*, Westport/Con.: Greenwood Press, 1982.
- Alexander Zahar, Göran Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, 1954-03-07, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_3_1954.pdf
- ICJ Report 1992-1993
- ICJ Report 1993-1994
- ICTR Judgment (1999-09-02), Case No. ICTR-96-4-T (Prosecutor vs. Akayesu), <http://69.94.11.53/default.htm>.

ILC Yearbook 1992, Vol. II.

ILC Yearbook 1994, Vol. II, document A/CN.4/458.

IMTFE Charter

<http://de.wikipedia.org/wiki/Rote-Khmer-Tribunal>

http://fr.wikipedia.org/wiki/Guerre_d'Algérie

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_3_1954.pdf

http://www.eccc.gov.kh/english/defence_office.aspx

http://www.eccc.gov.kh/english/faq.view.aspx?doc_id=41

http://www.fundforpeace.org/web/index.php?option=com_content&task=view&id=229&Itemid=366

http://www.icls.de/dokumente/icty_statut.pdf

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_Rev42_en.pdf

<http://www.icty.org/sid/324#developing>