

國際刑法國內法化之規範取向分析－以德國模式為借鏡

陳顯武* 蔡浩志**

目次

壹、前言

貳、國際刑法體系與國際犯罪類型

- 一、國際刑法與國際犯罪定義
- 二、國際刑法法典化
- 三、國際犯罪之類型區分模式
 - (一) 類型化標準
 - (二) 本文分類模式

參、國際法國內法化之規範途徑

- 一、國際法與國內法之關係
- 二、國際刑法國內法化實踐之途徑
 - (一) 二元論途徑
 - (二) 絕對一元論途徑
 - (三) 相對一元論途徑

三、國際法國內法化之我國現有途徑

肆、國際刑法國內法化之德國模式分析：2002 年「德國國際刑法典 German Code of Crimes Against International Law」

- 一、立法背景及主要內容
- 二、理念特徵
- 三、模式分析
 - (一) 區域國際法及國際法一般原則（國際習慣法）取向
 - (二) 聯邦（各邦）條約及國際行政協定取向

四、德國實踐國際刑法國內法化之規範取向

伍、結論－國際刑法國內法化之我國未來實踐模式

* 陳顯武，德國慕尼黑大學法學博士，國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所教授。

** 蔡浩志，國立海洋大學法律研究所碩士，國防部中部地方軍事法院軍事審判官。

關鍵字：國際刑法；國際犯罪；國際法國內法化；國際人權法；德國國際刑法典；國際刑事法院；國際刑事法院規約；國際刑法典草案；國際人道法。

Key words : International Criminal Law ; International crimes ; Domestic Legislation(Execution) of International Law ; International Human Rights Law ; German Code of Crimes Against International Law ; International Criminal Court (ICC) ; Rome Statute of the International Criminal Court ; A Draft of International Criminal Code ; International Humanitarian Law 。

摘要

「國際人權法典」(International Bill of Human Rights)與各國國內法規範間之調和與落實，已是當前重要的國際人權議題，亦為西元(以下同)1992年「巴黎原則」(Paris Principles)所揭示各國「國家人權委員會(National Human Rights Commission)」之主要職責，同時表現在1993年「維也納維也納宣言和行動綱領(Vienna Declaration and Program of Action)」的實質內容，亦係國際社會持續關注並為現階段聯合國實踐人權普世價值的重點工作。

為突破我國自1971年退出聯合國後與國際人權體系間之疏離，並重新與國際人權公約接軌，法務部早在2001年3月13日即已完成「人權保障基本法草案」，採取「訂定人權法案」的途徑，試圖將國際人權標準與理念置入國內法規範的框架內。行政院研考會亦於2003年6月撰擬「國際人權公約國內法化之方法與策略」研究報告，明確提出「國際人權法入憲」、「憲法增修條文」、「憲法解釋」等國內法化(Domestic Execution / Legislation)途徑。

此外，我國亦遵循前述「巴黎原則」持續推動成立「國家人權委員會」，亦係以「依據憲法及國際人權標準，審查研究國內既有法規及立法草案，提出修正、改進及立法、入憲的建議」為創設宗旨之一，加上「台灣人權促進會」(Taiwan Association of Human Right)與「國際特赦組織」(Amnesty National)等民間團體的推動，國內對於國際人權議題的重視早已雙軌反應於官方政策與民間參與，並實已開始關注於國際刑法此新興領域的開展。

國際刑事法院(International Criminal Court, ICC)於2002年7月1日經60個國家批准後正式成立，作為一個常設化的獨立國際司法機構，導引國際刑法此嶄新而尚待整合的國際法部門蛻變發展，透過禁止規定與刑罰制裁，呈現其與國際人權法制的交錯關係，並作為體現國際人權保障的重要規範實踐。ICC據以成立國際刑事法院的國際刑事法院規約(Rome Statute of the International Criminal Court, The ICC statute, 1998)經由揭示「管轄實體罪名」及相關訴訟程序與組織設置等規定，更針對國際犯罪具體明文化，將「滅絕種族罪(Genocide)」、「違反

人類罪（Crimes against humanity）、「戰爭罪」（War Crimes）及「侵略罪」（Crime of aggression）列舉為國際刑事法院具有「普遍管轄權（universal jurisdiction）」、「強制管轄權（compulsory jurisdiction）」及「固有管轄權（inherent jurisdiction）」罪行。

然而，國際刑法體系的整體發展，並非僅侷限在將前述四種罪刑法定於規約內而已，「國際刑法協會」（The International Association of Penal Law）於 1979 提出並持續討論至今的「國際刑法典草案」（A Draft of International Criminal Code），彙整 100 多年來 32 個國家的 1800 多種國際法文件與著作，參照各類國際公約內所明文確認之國際犯罪，將國際刑法實體罪名類型增加至 25 種以上，堪稱最值得重視的國際刑事法典。從而，「國際犯罪之明文化」與「國際刑法的法典化」，除國際刑事法院的相關法制進展為主要核心外，自以將其他蘊含有刑法性質的國際公約視為重要淵源為宜。

本文首先關注於將國際犯罪區分為「危害人類和平與安全而違反國際人道法與國際刑事法院規約之犯罪」、「除違反國際人道法與國際刑事法院規約之外，侵害基本人權與破壞國際秩序之恐怖活動犯罪」及「前述兩種國際犯罪之外，危害國際社會利益之犯罪」等三大類別之具體類型化標準，並用以作為區別各種國際犯罪國內法化密度及規範取向差異之判準，亦係理解國際犯罪實體罪質之依歸。

進而，本文並將研究目的設定於國際人權公約國內法化的思維指引下，歸納當前國際刑法之體系規範現狀，並分析國際刑法在我國國內法架構內實踐模式，同時參酌研考會前揭研究報告內建議之各種國內法化模式，鑑於「國內立法」已成為我國實踐國際公約之重要途徑之一，進一步援引德國於 2002 年訂定之「德國國際刑法典（German Code of Crimes Against International Law）」作為借鏡，期待就國際刑法國內法化的理念思維與取徑刻度提供建議方向。

Abstract

How to adjust domestic laws and regulations to International law such as International Bill of Human Rights is currently momentous subject of debate worldwide. The responsibility for National Human Rights Commission is practicing universal value of human rights. Both “Paris Principles (1992)” and “Vienna Declaration and Program of Action (1993)” paid close attention to “Domestic Execution/ Legislation” of international Human Law.

In order to break through isolation since 1971 between Taiwan and International Human Rights System and connect with various International conventions afresh, our Government proceeded with research which selected way to attempted legislating for Fundamental Human Rights In 2003. Moreover, another feasibility study tended towards proposed revising or interpreting Constitution.

Furthermore, Taiwan kept on giving an impetus to establish National Human

Rights Commission according to Paris Principles ° Many organizations devoted to inspect domestic legislation or draft of law , and then conformed domestic enactments to international standards ° Not only official policies promoted , but civil society participated in assignments of Domestic Execution/ Legislation of international Law ° Including both “Taiwan Association of Human Right” and “Amnesty National” took notice of the developments of a burgeoning field — International Criminal Law °

International criminal court (ICC) which set up in 2002 was a permanent and independent international judiciary institution ° ICC integrated International Criminal Law into International Human Rights System by means of punishment for international crimes ° ICC enabled category of international crimes proclaimed in writing , moreover confirmed that “Genocide” ,”Crimes against humanity “,”War Crimes” and ”Crime of aggression” were accusation which ICC was provided with universal, compulsory and inherent jurisdiction °

Nevertheless, the evolution of International Criminal Law was not restricted within foregoing four crimes ° ”The International Association of Penal Law” offered to draw up “A Draft of International Criminal Code” , and suggested that there were more than 25 types of international crimes must be augmented °

We drew a conclusion that international crimes could be divided into three categories thereafter :

- (1) Crimes Against the Peace and Security of Mankind (Crimes Against International Humanitarian Law and Rome Statute of the International Criminal Court) ;
- (2) Crimes Against Fundamental Human Rights (Terroristic means Against International Order) (Except International Humanitarian Law and Rome Statute of the International Criminal Court) ;
- (3) Crimes Against International Social Interests (Except International Humanitarian Law、Rome Statute of the International Criminal Court、 Crimes Against Fundamental Human Rights and Terroristic means Against International Order) °

Neither “*Vergangenheitsbewältigung* (overcome past) ” or “Transitional Justice” , they appeal to achieve international society’s common consensus that concept of Justice need to be finally realized ° This article undertook a intention to comprehend what is present situations of International Human Rights / Criminal Law , and analyzed practicable models for Domestic Execution of International norms ° We are deliberating whether or not to adopt “Domestic Legislation model” refer to “German Code of Crimes Against International Law in 2002 ” , so that supplying opinions about “Domestic Execution/ Legislation Principle” in Taiwan °

壹、前言

世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights，1948）、公民與政治權利公約（International Covenant on Civil and Political Rights，1966）、經濟社會與文化權利公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights，1966）及相關任擇議定書（Optional Protocol）建構而成之「國際人權法典」（International Bill of Human Rights）如何與各國國內法規相互調和落實，係當前重要國際人權議題，並為西元（以下同）1992 年「巴黎原則」（Paris Principles）所揭示各國「國家人權委員會（National Human Rights Commission）」主要職責，同時表現於 1993 年「維也納維也納宣言和行動綱領（Vienna Declaration and Programme of Action）」，為國際社會持續關注及現階段聯合國實踐人權普世價值的工作重點¹。

為突破我國自 1971 年退出聯合國後與國際人權體系間之疏離，並重新與國際人權公約接軌，法務部早在 2001 年 3 月 13 日即已完成「人權保障基本法草案」，採取「訂定人權法案」的途徑，試圖將國際人權標準與理念置入國內法規範的框架內。行政院研考會亦於 2003 年 6 月委託撰著「國際人權公約國內法化之方法與策略」研究報告²，明確提出「國際人權法入憲」、「憲法增修條文」、「憲法解釋」等國內法化（Domestic Legislation）途徑。

此外，我國遵循前述「巴黎原則」持續推動成立之「國家人權委員會」亦係以「依據憲法及國際人權標準，審查研究國內既有法規及立法草案，提出修正、改進及立法、入憲的建議」為創設宗旨之一，復以「台灣人權促進會」（Taiwan Association of Human Right）與「國際特赦組織」（Amnesty National）等民間團體的推動，國內對於國際人權議題的重視早已雙軌反應於官方政策與民間參與，並實已開始關注於國際刑法此新興領域的開展。

為阻絕「體系不法」（Systemunrecht）所引發的犯罪，並為因應追訴國家（政府）犯罪之克服難題³，國際刑事法院（International criminal court，ICC）於 2002

¹Rhona K.M Smith，Text & Materials on International Human Rights，Routledge Cavendish，2007，p235-238，1993 年 UN 48/134 號決議「關於促進和保護人權的國家機構的地位的原則」（即巴黎原則）宗旨揭示：「國家機構應審查現行國內立法、行政規定及法律（立法）案，並提出其認為合適的建議，以確保這些規定符合人權的基本原則；必要時，它應建議通過新的立法，修正現行的立法以及通過或修正行政措施」；1990 年 UN 45/155 號決議召開之 1993 年世界人權會議通過「維也納宣言和行動綱領」強調：「世界人權會議促請各國政府將國際人權文書中的標準納入國家立法，強化相關國家機構與社會組織以促進和保障人權」。

²陳隆志（研究主持人）；廖福特（協同主持人）；研究助理：蘇逸泓、蘇芳誼、李尚遠，「國內人權公約國內法化之方法與策略」，行政院研究考核委員會委託台灣新世紀文教基金會研究報告（REDC-RES-091-003），2003 年，就國際人權公約國內法化策略，前瞻且具體提出「繼承 1971 年我國前已批准之人權條約」、「批准或加入國際人權條約」、等 2 個國際法面向，及「國際人權入憲」、「實踐習慣國際法」、「訂定人權法案」、「憲法解釋」等 4 個國際面向。

³Roggemann Herwig，Systemunrecht und Strafrecht：am Beispiel der Mauerschützen in der ehemaligen DDR，Berlin:Berlin Verlag，1993，S.7。Roggemann 認為「政府犯罪（Regierungskriminalität）」易引起

年 7 月 1 日經 60 個國家批准後正式成立，作為一個常設化獨立國際司法機構，導引國際刑法此嶄新而尚待整合的國際法部門蛻變發展，其據以成立國際刑事法院的國際刑事法院規約（Rome Statute of the International Criminal Court, The ICC statute）（以下稱規約）經由揭示「管轄實體罪名」、訴訟程序與組織設置等規定，進而擴張人權保障的實質內容，涵蓋生命權、人身自由權與安全、禁止奴役酷刑、正當法律程序、罪刑法定、無罪推定、禁止溯及既往及排除時效規定等層次⁴。進而透過禁止規定與刑罰制裁，呈現與國際人權法的交錯關係，作為體現國際人權保障及引領國際刑法國內法化之重要規範實踐，並促成國際犯罪構成要件明確化⁵，將「滅絕種族罪（Genocide）」、「違反人類罪（Crimes against humanity）」、「戰爭罪」（War Crimes）及「侵略罪」（Crime of aggression）列舉為國際刑事法院具有「普遍管轄權（universal jurisdiction）」、「強制管轄權（compulsory jurisdiction）」及「固有管轄權（inherent jurisdiction）」罪行⁶。

然而，國際刑法體系的整體發展，並非僅侷限於將前述四種罪刑法定於規約內而已，「國際刑法協會」（The International Association of Penal Law）於 1979 提出並持續討論至今的「國際刑法典草案」（A Draft of International Criminal Code），彙整百餘年來 32 個國家 1800 多種國際法文件與著作，參照各類國際公約內所明文確認之國際犯罪，將國際刑法實體罪名類型增加至 25 種以上，堪稱最值得重視的國際刑事法典。從而，「國際犯罪之明文化」與「國際刑法的法典化」，除以國際刑事法院的相關法制進展為主要核心外，自以將其他蘊含有刑法性質的國際公約視為重要淵源為宜。

犯罪主體「持續/不持續性」之誤解，必須採取相異於傳統方法論中主客體二元對立的觀點，放棄主體與歷史現象持續性等基本假設。另參見 葛祥林、陳顯武，〈法安定性與社政變遷的調和——德國刑事法規百餘年的立法政策〉。行政院國科會計畫結案報告，編號：NSC 90-2414-H-002-00，2002 年，4 頁。

⁴Kriangsak kittichaisaree, International Criminal Law, Oxford University Press, 2001, p29、31-33。Ad Hoc International Tribunals and The International Criminal Court (2.3) The International Criminal Court: The ICC Statute, Art 23、24、29、66、67、77。

⁵陳顯武，〈東德柏林圍牆士兵射殺事件之處理與借鏡〉，《二二八事件六十週年國際學術研討會學術論文集》，二二八事件紀念基金會，2007 年，191 頁，指出最近興起之國際刑法（Volkerstragrecht），對於種族屠殺罪、違反人道罪、戰爭罪及侵略罪皆加以構成要件化，且德國對於上述四種犯罪之國內刑法典支配運用，在規則層面詳細規範，對於人權維護透過刑法保障之具體落實，與其自身克服過去之經驗有密不可分的關連性。

⁶Antonio Cassese, International Criminal law, Oxford University Press, 2003, p277-285。「15.2 The Principle of Territoriality」「15.3 The Principle of Active Nationality」「15.4 The Principle of Passive Nationality」「15.5 The Universality Principle」，規約前言雖揭示「補充管轄」，惟其係指「程序上優先由國內法院對於國際犯罪加以訴追，當國內法院未進行調查或起訴時，再由ICC依規約加以追訴，體現該等國際犯罪之管轄權」，本規約締約國仍應接受ICC對規約第 5 條所述犯罪之管轄權，且締約國對於本規約之任何條款不得做出保留。故締約國於加入規約時即已同意ICC對於該等罪行具有（固有）管轄之基礎，而無庸針對個案表示同意接受管轄。因此對於觸犯規約所列罪名之國際犯罪行為，ICC對其均有不可排除（強制）、且無庸締約國同意即有之（普遍）管轄權，亦即所謂「普遍、強制及固有管轄權」。

本文研究目的即在國際人權公約國內法化的思維指引下，歸納當前國際刑法之體系規範現狀，並分析國際刑法在我國國內法架構內實踐模式，同時參酌研考會前揭研究報告內建議之各種國內法化模式，鑑於「國內立法」已成為我國實踐國際公約之重要途徑之一，進一步參照德國於 2002 年 6 月 26 日正式以「國內立法」通過「德國國際刑法典（German Code of Crimes Against International Law）」作為借鏡⁷，期待就國際刑法國內法化的思維與取徑提供建議方向。

貳、國際刑法體系與國際犯罪類型

一、國際刑法與國際犯罪定義

國際刑法（International criminal law）係國際條約、習慣法和一般法律原則中各種刑法規範之總稱，明文規定何種行為類型構成「國際犯罪」，且對於該犯罪應如何「制裁、防止、懲治（科處刑罰）」之國際法規範，旨在制裁國際犯罪，避免其對於人類和平與安全、基本人權、國際秩序與國際社會利益之侵害⁸，並因國際社會係由各主權國家或國際組織所構成，如何建構具有實際執行效力的組織架構與程序規定，以及國際司法互助的配套融合，更為國際刑法體系發展的關鍵，亦為轉型時期如何克服「體系不法」之過去所匯集而成的國際共識展現⁹。

國際刑法的內延定義，一般認為包括國際公約中各種懲罰與制裁國際犯罪之實體規範，同時指涉國際刑事合作之程序機制。「狹義的國際刑法」僅將國際刑法視為「具有涉外因素（International Element：the offence containing external factors）的國內刑法」，或將「跨國犯罪」與「國內刑法的域外適用」齊視為國際刑法之範疇¹⁰，而採用國際法廣義觀點的國際

⁷周成瑜，海上犯罪與國際刑法，2007 年，附錄二「德國國際刑法典（中譯本）」即有相同引介；陳隆志、廖福特，同註 2，155 至 157 頁，闡明我國憲法第 141 條明文規定：「中華民國……尊重條約及聯合國憲章」，大法官釋字第 329 號解釋亦認為依憲法規定所締結的條約，其位階等同於法律。故解釋上我國應採「國際法與國內法一元論」，經簽署並由立法院審議批准的國際公約具有國內法律的效力。然因國際現實，我國並無法順利簽署各項公約，更難說明國內立法機構之批准意義何在，從而透過「國內立法」「主動實踐」國際人權標準及國際刑法規範，遂成為國際公約國內法化的重要途徑選項，使得我國國內對於國際法實踐與「二元論國家」相當。

⁸Werle.G, Principles of International Criminal Law, T.M.C. Asser Press, 2005, p.25-28; Werle.G, Völkerstrafrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.S.1ff。

⁹Winfried Hassemer, Das Strafrecht nach einem politischen Systemwechsel .Am Beispiel der Bundesrepublik (政治體系更替後的刑法—以聯邦德國為例)，鄭文中譯，發表於臺灣解嚴 20 週年國際學術研討會—人權與政治事件探討，2007 年，4、22 頁，說明轉型期之體系更替，仍係以嚴格形式的刑法規範作為實踐刑事正義的工具，透過刑罰作為對於過去不法行為之回應，並著重於以真相的發掘作為和解的前提。然而，刑事審判在多數法律文化中仍是最容易被察覺與感受的克服（轉型）方式。

¹⁰Werle.G, 同註 8, p29; 張智輝，國際刑法通論（增補本），中國政法大學出版社，1999 年，1 至 2 頁，以「狹義之國際刑法」指稱「跨國犯罪」、「含有涉外因素之國內刑法」或「國內刑法之域外適用」，並將各國按照國內刑法規定處理涉外刑事犯罪之過程，即視為（狹義的）國際刑

刑法論者，則係立足於國際犯罪之防治觀點，強調國際刑法具有下列特徵：(1) 國際刑法是國際社會「以國際公約方式」共同制定的刑事法規範；(2) 國際刑法是以「國際犯罪」為制裁對象的法律法規範；(3) 國際刑法是以國際合作為基礎的實體、程序與組織法律法規範。

從而，國際犯罪 (International crime) 之意涵，應表彰該等犯罪係「國際社會透過國際公約之形式予以明文禁止，並確認其實施者應當受到刑事制裁」之行爲。縱然「國際犯罪」之定義歷程，在聯合國制定「關於危害人類和平與安全罪法典草案 (Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind)」、討論「關於國家責任的條文草案 (Draft of Articles on State Responsibility)」以及界定國際刑事法院管轄範圍內之國際犯罪等議題上，均曾面臨極大爭論¹¹，各國學者對於國際犯罪之定義掌握亦有廣狹差異，然基於國際法之定義角度，國際犯罪存在兩個共同條件，即「法定行爲」與「國際因素」，前者表彰國際犯罪必須是「國際公約中所確認的罪名」，後者意指「國際犯罪所涉及的行爲已達到危害國際社會的程度」及「國際犯罪行爲所侵犯者不僅是單一國家的利益¹²」。從而，國際犯罪之界定與特徵解釋上應包括：(1) 國際犯罪是「國際公約明文禁止」之行爲；(2) 國際犯罪是在國際公約中「明文規定刑事制裁措施」之行爲；(3) 國際犯罪具有國際因素，僅「具有涉外或跨國因素之國內犯罪訴追」、「國內刑法的域外適用」或「尚未透過國際刑法法規範禁止並賦予國際制裁效果之跨國犯罪」，尚非國際犯罪所界定的範疇。

又國際犯罪之制裁，透過普遍及強制管轄原則，輔以國際司法互助作為手段，以「個人刑事責任原則 (Individual Criminal Responsibility) ¹³」

法之實踐，並同時主張廣義的國際刑法應明確定義於「以國際公約形式明文化之國際法規範」，惟另有持更廣義解者，認為國際刑法的淵源應完整包括「國際條約、國際習慣、一般法律原則及國際組織決議」，參見 馬呈元，國際刑法論，中國政法大學出版社，2007 年，28-33 頁。

¹¹M.Charif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, Transnational Publishers, 2003, p85-90; 王秀梅譯, M.Charif Bassiouni 著, 國際刑法的淵源與內涵—理論體系, 法律出版社, 2006 年, 45 至 47 頁。指出聯合國國際法委員會制訂 1991 年和 1996 年「危害人類和平與安全治罪法草案」, 該兩草案與「國家責任原則草案」第 19 條形成「國際禁止行爲」的三個指標, 但三者間對於「個人不法行爲 (責任)」及「國家不法行爲 (責任)」間缺乏足夠明確的區分定義, 亦迭生聯合國會員國及國際學界間之爭論。

¹²Yitiha Simbeye, Immunity and International Criminal Law, Ashgate Publishing Limited, 2005, p36-37; 王秀梅, 國際刑事法院研究, 中國人民大學出版社, 2002 年, 181 至 182 頁; 論及國際因素產生的國際犯罪行爲, 該因素包含「行爲構成對世界和平與安全的直接威脅」、「行爲震撼國際社會的良知」或「犯罪行爲的嚴重性對國際社會的和平與安全構成間接威脅」等法益觀點, 且當犯罪行爲不止影響一國利益, 侵害對象不止一國公民, 或犯罪行爲的手段與方法跨越多數國家主權範圍, 即形成具有國際因素之犯罪行爲。

¹³魏靜芬, 戰爭法學, 社團法人臺灣海洋事務策進會, 2005 年, 185 至 187 頁, 201 至 211 頁, 析述戰爭之國際責任與國際犯罪侵害法益觀念之演進, 個人的刑事責任已是國際刑事法院適用之一般法律原則; 林雍昇, 從國際刑法的發軔到國際刑事法院的成立—兼述羅馬規約的主要內

為基礎，具有刑事制裁的可行性。各國對於國際犯罪均有制裁義務，亦必須協助具有管轄權的國家對於國際犯罪進行訴追¹⁴。從而，本文即以「個人責任原則」定義下之「國際犯罪」，界定為國內法化的對象前提，也正因為國際刑法與國內刑法具有競合關係，為落實國際刑法對於國際社會及普世人權的危害性所企盼的制裁與預防目的，首先應確定國際犯罪定義範圍與分類後，並以之為基礎，此作為國際刑法國內法化的規範攫取範圍。

二、國際刑法法典化

1924 年創立於巴黎的國際刑法協會（The International Association of Penal Law），成立宗旨係為「促進國際刑法理論與實踐之發展，以便制定全球性國際刑法與協調國際刑事訴訟規則」。該協會重要成就包括：（一）致力於國際刑法典之編纂；（二）推動國際刑事法院（International Criminal Court）設立；（三）促成多項重要國際刑事公約之擬訂，並研究國際刑法領域之各項專題¹⁵。

1976 年起，國際刑法學協會秘書長巴西奧尼（M. Cherif Bassiouni）著手於篩選關於國際刑事規範性質的資料，於 1979 年正式起草「國際刑法典草案（A Draft of International Criminal Code）」，並提交聯合國，該草案對於國際刑法之發展具有里程意義，並受到國際社會高度重視。

「國際刑法典草案」「分則」所歸納國際犯罪類型有三：（一）現存國際公約中已被確認為國際犯罪並賦予刑事制裁效果之行爲；（二）已提交聯合國但尚未通過決議或尚未生效之國際公約（草案）中，被認為屬於國際犯罪之行爲；（三）屬於特定國際公約之禁止行爲，但尚未確認為國際犯罪之行爲。該草案研擬過程考量兩種適用模式，包括「成立國際刑事法院後適用國際刑法用以制裁國際犯罪」之「直接適用模式」，及「經由國際公約規定實體國際法規範，透過締約國的國內刑法和刑事司法系統實現對國際犯罪制裁」之「間接適用模式」¹⁶。

容，臺灣國際法季刊，第 2 卷第 2 期，2005 年 6 月，286 頁，強調國際刑法的規範對象係個人在戰爭或武裝衝突期間所實施的嚴重違反戰爭法規行為，儘管部份個人行為係以國家名義並以國家力量所為，但仍應以個人行為作為懲罰對象，並對實施者進行審判。The Icc Statute, Art25 明示該法院根據規約對於自然人具有管轄權，係確認「個人國際法責任」的重要規定。

¹⁴Robert Cryer, Prosecution International Crimes, Cambridge University Press, 2005, p117-118；張智輝，同註 10，111 至 113 頁。由行為特徵爭、危害性質、禁止規範及制裁規範四個層面論述國際犯罪特性，在禁止與制裁效果上，強調普遍管轄權對於國際犯罪之規制作用。

¹⁵邵沙平，國際刑法學－經濟全球化與國際犯罪的法律控制，武漢大學出版社，2005 年，56 至 67 頁；現代國際刑法教程，武漢大學出版社，1993 年，70 至 72 頁，詳盡闡述國際刑法協會在促進國際刑法理論和實踐之發展，制定全球性之國際刑法，以及協調國際刑法之訴訟規則之貢獻，及自 1926 年布魯塞爾召開第一屆國際刑法大會開始，國際刑法之編纂始終是國際關注焦點。

¹⁶Ward N. Ferdinandusse, Direct Application of International Criminal Law in National Courts, T.M.CASSER PRESS, 2006, p221-224；張智輝，同註 10，252 至 254 頁，指出「直接適用模式」即是透過超越各國主權以外之獨立司法系統，建構統一的國際刑事司法（刑罰）體系與執行制

直接適用模式必須以國際刑事法院之存在為前提，且需要於規約內明確訂定「總則」規定，惟間接適用則以締約國國內刑事司法制度為先決條件，並不需要國際刑法典之「總則」規定。故前述「國際刑法典草案」首先針對國際刑法之「分則」部份予以規範，再規範「間接適用之執行程序」、「一般公約原則」，最後再將「總則」部份置於草案附錄內¹⁷，可在直接適用模式中由國際刑事法院予以適用，亦可在間接適用模式中，訂定入國際刑法典公約內，或直接供各國國內法援引。

此外，國際刑法典草案所臚列之國際犯罪，概略區分為「危害人類和平與安全之犯罪」、「武裝衝突與戰爭犯罪」、「侵犯基本人權之犯罪」、「恐怖主義暴力犯罪」及「侵害社會利益之犯罪」等態樣，雖有待進一步與其他國際刑法規範整合，惟仍得作為類型化之分類基礎。

三、國際犯罪之類型區分模式

（一）類型化標準¹⁸

國際犯罪既屬國家間透過公約形式共同禁止並訂定制裁效果的行為，類型化標準概略有下列三種：1、依國際犯罪行為主體區分為「國家政府之政策與行為」、「特定組織或團體行為」及「個人行為」；2、侵害法益或危害嚴重程度區分為「侵害人類和平與安全法益」、「侵害基本人權與國際秩序」及「侵害國際社會（國家）利益」；或區分為「違反國際人道法之戰爭罪行」、「有系統與大規模的侵害人權」、「侵害國際社會秩序」及「影響各國國家利益」等類型；3、依違反國際公約之層次區分為「聯合國及各周邊組織」、「區域組織與多國多邊」與「兩國雙邊條約」層次。

因「國家是否得以承擔國際法上刑事責任」之爭議仍懸而未決，國

度，間接適用則是透過各國內刑法及國內刑事司法系統，將國際刑法之制裁性規範，適用於國際犯罪者之追訴。

¹⁷邵沙平，同註 15，現代國際刑法教程，72 至 74 頁，說明 1979 年提交聯合國國際刑法典草案（A Draft of International Criminal Code），區別為「分則」、「執行」、「條約通則」及「附錄（總則）」四部分，分則部分明定 22 種國際犯罪，加上「執行」部份之「國際合作」、「引渡或起訴」、「執行管轄」、「司法互助」、「外國刑事判決之承認」、「受刑人移送與外國判決之執行」等規定，均可在直接適用模式中由國際刑事法院予以適用，亦可在間接適用模式中，訂定入國際刑法典公約內，或直接供各國國內法援引。

¹⁸張智輝，同註 10，140 至 147 頁，另參見 邵沙平，同註 15，現代國際刑法教程，124 至 125 頁，引述 1949 年起草至 1993 年提交聯合國大會之「危害人類和平及安全罪法典草案」（12 種國際犯罪類型）、聯合國國際法委員會於 1994 年提交聯合國大會之「國際刑事法院法規草案」（13 種國際犯罪類型）、國際刑法學協會秘書長巴西奧尼（M. Cherif Bassiouni）1979 年草擬之「國際刑法典草案」（25 種犯罪類型）分為「危害人類和平與安全之犯罪」、「武裝衝突與戰爭犯罪」、「侵犯基本人權之犯罪」、「恐怖主義暴力犯罪」及「侵害社會利益之犯罪」，其間對於國際犯罪之罪名、定義與範圍莫衷一是，作者透過「行為主體」、「行為特徵」、「法律淵源」及「侵害法益」等分類途徑，則認為應區劃為「危害人類和平與安全之犯罪」、「侵犯基本人權之犯罪」、「破壞國際公共秩序之犯罪」、「危害公眾利益之犯罪」及「危害國家利益之犯罪」等類型。

際共識與理論爭議仍鉅，且各類國際犯罪態樣，係由國家所為，或係個人進行，兩者均有可能，互為因果，難以釐清；又若以公約層次區分，則可能因公約數量龐雜而難收整合歸納之效，因此，第 1、3 種分類模式均有難圓之缺點。另若依「侵害之法益」或「危害嚴重程度」作為區分標準，在「人類和平與安全」、「基本人權」、「國際秩序」與「國家利益」等法益區別上，因法益性質之從屬與競合，存有不確定模糊空間，解釋上即難謂違反其一即非影響其他，又無法明確各類法益間的徑渭，故第 2 種分類模式仍囿於「難以解決其法益相對性與競合化」的疑義。故本文擬在區分模式上明確引入「國際人道法（International Humanitarian Law）」、「恐怖主義（terrorism）」及「特定被害人（specific victim）」等三項判別基準，使國際犯罪之型化具有較為精緻的輪廓。

按狹義之戰爭法（Law of War）或武裝衝突法（Law of armed conflict）係指國際法中，以條約或慣例形式，規範戰爭與武裝衝突的開始、進行和終止行為，並規定交戰國間及其與中立國、非中立國間關係之原則、法律規則和規章制度總稱。隨著海牙與日內瓦公約體系的發展，對於戰爭與武裝衝突時期戰俘、溺難者保護，以及限制戰爭與武裝衝突手段並降低其造成之害，且對平民、文化、醫療、救援保護與有限制之合法戰爭手段等價值確立，逐漸轉化為國際人道法之發展趨勢¹⁹。

因此，國際犯罪侵害之法益區別標準，宜將已明確收納至國際人道法體系的國際犯罪禁止類型歸納為第 1 類，大致相當於The ICC statute 在刑事管轄權界定時所明訂的實體罪名，屬於「受到國際關注的最嚴重犯罪²⁰」。再於國際人道法體系之外，選取侵害基本人權與嚴重影響國際秩序而，且與恐怖主義（terrorism）活動有關之犯罪手段（terroristic means）類型作為第 2 類國際犯罪，最後，於前 2 類之外，將其他國際公約已明文禁止，且有刑事懲罰規定之國際犯罪行為，則歸納為第 3

¹⁹魏靜芬，同註 13，52 至 64 頁，闡釋戰爭法與國際人道法概念之源起及一般原則之建立；林雍昇，同註 13，286 頁。另參見 盧有學，戰爭罪刑事責任研究，法律出版社，2007 年，54 頁，亦敘明戰爭法之概念分為兩個面向，其一係規範具體戰爭行為之開始、進行、方法及手段之禁止，另則由日內瓦公約之國際人道法途徑，對戰爭與武裝衝突中傷病及溺難者提供保護的法律體系，相關戰爭法與國際人道法條約規定，包括「日內瓦公約體系」、「戰爭法規」、「武器禁止與限制使用之公約」、「中立」及「文化財產保護」等國際規範，請參見魏靜芬、徐克銘、魏銘俊、簡朝興合編，戰爭法條約集，社團法人臺灣海洋事務策進會，2005 年。

²⁰Werle.G，同註 8，p24-26；李世光、劉大群、凌岩主編，國際刑事法院羅馬規約評釋，北京大學出版社，2006 年，19、20、32 頁。The ICC Statute，前言略以：「本規約締約國注意到本（20）世紀內難以想像的暴行殘害了無數生命，撼動人類良知，嚴重的犯罪危及世界和平、安全與福祉。各締約國申明對於整個國際最關注的嚴重犯罪，絕不能聽任不予處罰，為有效懲治犯罪，必須透過國際合作共同採取措施」；規約第 1 條亦就國際刑事法院的管轄權，採用「核心犯罪」（core crimes）理念，概括性界定於「國際社會關注的最嚴重罪行」。

類國際犯罪。惟第 2、3 類國際犯罪均尚非屬於國際人道法體系範圍，若僅以侵害之法益係「基本人權與國際秩序」或「國際社會利益」作為判準，仍有混淆之惑。

為明確界定第 2、3 類國際犯罪，本文認為應以「恐怖主義活動」及「特定被害人」為準，將「與恐怖主義有關，且必然存有特定而明確之實質被害人」之國際犯罪定位為第 2 類各罪，而將多屬於危險犯或行為犯，且並無特定被害人之國際犯罪列為第 3 類，該類犯罪所侵害者雖亦屬「國際社會秩序與共同利益」，尚非涉及國際恐怖主義活動之犯罪手段，亦非為國際人道法體系內所規範，尚無明確特定之被害人，惟仍為國際公約所明文禁止，且具有具體刑事制裁效果之各類犯罪行為。

（二）本文分類模式

本文即採用「國際刑法典草案」已明確指出之「國際犯罪」，進而以國際人道法體系及 The ICC statute 所訂管轄實體罪名列為第 1 類犯罪，再以第 1 類以外，與恐怖主義活動之犯罪手段有關，且具有特定被害人，並侵害基本人權並破壞國際秩序之犯罪歸於第 2 類，此外，再將非屬於國際人道法範圍、無涉於恐怖主義活動手段且無特定被害人之國際犯罪，置於第 3 類「侵害國際社會利益」階層，表列與各罪列舉如下：

表 1：國際犯罪類型化模式

◎本文製作

類別	侵害法益性質	區別基準	各罪數
第 1 類	危害人類和平與安全而違反「國際人道法」與「國際刑事法院規約」之犯罪。	屬於國際人道法（海牙、日內瓦體系）(International Humanitarian Law) 及國際刑事法院規約（Rome Statute of the International Criminal Court）所明訂之國際犯罪。	5
第 2 類	除違反國際人道法與國際刑事法院規約之外，侵害基本人權與破壞國際秩序之恐怖活動犯罪手段。	非第 1 類，而與恐怖主義（terrorism）活動之犯罪手段（terroristic means）有關，且「有特定被害人（specific victim）」之國際犯罪。	9
第 3 類	前述兩種國際犯罪之外，危害國際社會利益之犯罪。	非第 1、2 類，雖危害國際社會利益，惟「無特定被害人（specific victim）」，仍為國際公約所明文禁止，規範刑事制裁效果之國際犯罪。	11

1. 危害人類和平與安全而違反國際人道法與國際刑事法院規約之犯罪
（Crimes Against the Peace and Security of Mankind；Crimes Against International Humanitarian Law and Rome Statute of the International

Criminal Court)：

- (1) 滅絕種族罪 (Genocide)；
 - (2) 違反人類罪 (Crimes against humanity)；
 - (3) 戰爭罪 (War Crimes)；
 - (4) 侵略罪 (Crime of aggression)；
 - (5) 非法使用、生產和儲存禁用武器罪 (Unlawful use, Production and Stockpiling of Certain Prohibited Weapons)；
2. 除違反國際人道法與國際刑事法院規約之外，侵害基本人權與破壞國際秩序之恐怖活動犯罪手段 (Crimes Against Fundamental Human Rights；Terroristic means Against International Order) (Except International Humanitarian Law and Rome Statute of the International Criminal Court)
- (1) 種族隔離罪 (Apartheid)；
 - (2) 海盜罪 (Piracy)；
 - (3) 奴隸與有關奴隸之實施罪 (Slavery and Slave-related Practice)；
 - (4) 酷刑及其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰罪 (Torture and Other Forms of Cruel , Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)；
 - (5) 非法人體試驗罪 (Unlawful Human Experimentation)；
 - (6) 劫持航空器與危害國際航空安全罪 (Aircraft Hijacking and Unlawful Acts Against International Air Safety)；
 - (7) 危害海洋航行安全罪 (Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation)；
 - (8) 危害國際保護人員罪 (Unlawful Acts Against Internationally Protected Persons)；
 - (9) 協持人質罪 (Taking of Civilian Hostages)。
3. 前述兩種國際犯罪之外，但仍危害國際社會利益之犯罪 (Crimes Against International Social Interests)(Except International Humanitarian Law、Rome Statute of the International Criminal Court、Crimes Against Fundamental Human Rights and Terroristic means Against International Order)
- (1) 非法交易毒品及與毒品有關之犯罪 (Unlawful Traffic in Drugs and Related Drug Offence)；
 - (2) 違法取得、使用核物質罪 (Unlawful Obtain and/or use Nuclear Materials)
 - (3) 危害國際環境保護罪 (Unlawful Acts Against Certain Internationally Protected Elements of the Environment)；
 - (4) 毀壞、竊盜國家珍貴文物和文化遺產罪 (Destructions and/or Theft of

National Treasures and Cultural Heritage)；

- (5) 非法使用郵件罪 (Unlawful Use of Mail)；
- (6) 破壞、非法阻礙海底電纜罪 (Destructions or/and Unlawful Interference Submarine Cables)；
- (7) 危害大陸架固定平台安全罪 (Unlawful Act Against the Safety of Platforms on the Continental Shelf)；
- (8) 國際販運淫穢物品罪 (International Traffic in Obscene Materials)；
- (9) 偽造、變造貨幣罪 (Falsification and Counterfeiting)；
- (10) 賄賂外國官員罪 (Bribery of Foreign Public Officials)。
- (11) 傭兵罪 (Mercenary)

參、國際法國內法化之規範途徑

一、國際法與國內法之關係

國際法領域就「國際法及國內法關係一元與二元論」之傳統辯證，亦存在於國際刑法與國內刑法間牽連變動之脈絡裡，「二元觀點」以規制對象、法源基礎及形成過程等觀點透析，將國際與國內法看待以獨立區隔之兩種法律體系，認為國際法之本質僅係國家間以「承諾必須遵守」為基礎之合意內涵，當規範差異產生時，積極面向在於「兩者間如何調和」，仍取決於各國是否「主動願意」配合已明文化的國際條約或參採國際習慣法所植基的一般法律原則，由國內立法機構經由國內法程序，修訂、廢止或變更相關國內法令；消極面向則表現在兩者間分明的界線，對於存在歧異內容之國際及國內法間，尚不生何者無效之問題。形式上縱有參採國際法規範訂定之國內法令，惟仍無「國際法國內法化 (Domestic Legislation)²¹」之實質意義，國內司法及行政部門並無援引國際法作為裁判、決定、作為及命令內容之需要與可行。

相對的，「一元觀點」則植基於自然法²²，認為國際條約與習慣法之法源，應溯源於具有普遍性之「一般法律原則」，當各國向內建立法秩序而制訂法律時，所普遍採用之「基礎規範」，並為各國間共同遵守與實踐時，基於「承諾，即應遵守」等一般法律原則之共通性，國際法與國內法實應置於同一法規範體系下加以理解。因此，國際法約束力並

²¹Francisco Forrest Martin and Richard J.Wilson, *The Rights International Companion to Criminal Law & Procedure*, Kluwer Law International, 1999, p15-17, 即提出國際法國內法化 (Domestic Legislation) 是實踐國際法的主要途徑之一，並是各國合作模式展現國際法實效的理念形成。

²²陳顯武，連雋偉，從「歐盟憲法」至「里斯本條約」的歐盟人權保障初探，台灣國際研究季刊，第4卷第1期，2008年，37頁，指出歐盟權利憲章之前言，即可窺見自然法思想端倪，擺脫傳統立法絕對主義與法律實證主義的束縛，強調人類不可侵犯與剝奪的權利。

非僅止於「各國國內法的延伸」，亦非僅視為各國間所形成的共同意思合致，而應溯源於存在國際法之外，透過多數國內法「共同實踐與法律確信」而匯集而成的「基礎規範（自然法）」或「形成規定²³」，並體現在多數的國際法規範內，條約如是，習慣法亦然，皆宜將國際與國內法定性為完整單一的法秩序體系。

然而，一元論在面對國際與國內法實質規範差異調和之作法，則因層次立場之相左，亦呈現不同面貌。首先，「國際法優位的（絕對）一元論」主張國際法具有適用及解釋上的優先性，既以同一法秩序認知國際法與國內法間競合時之決定基準，從而，當兩者發生差異時，最終仍應以國際法所作為國內法配合修正之基本框架，各國國內法亦不可對於國際法在領域內之適用及規範位階作出任何違背於國際法的限制，且容許行政或司法機關在立法者完成國際法之國內法化前，「直接援引」國際法規範作為行政依據或解決國內爭端的法律適用基礎，並在修訂各該國內法令時，均以國際公約或習慣法作為修法意旨之依據，甚且對於與國際法不相符合之國內法規範效果，或國內法修訂之方式與指引，均應以國際法對於規範差異如何調和之特別明示為基準。

再者，另有擇以「國內法優位之一元論」，改以相對折衷觀點，為緩和前述「絕對一元論」下國際法規範對於各國國內法所可能造成的過度衝擊，主張國際法的規範法源與約束性，係基於各國國內法的共同延伸，並顧及各國國內法對於「國際法如何於國內適用」乃至於「國際法在國內法規範之法位階層次為何」，多以國內憲法或法律加以明訂，從而，即使承認國際法係同源於「一般法律原則」所建構之基礎規範，並與各國國內法同在「單一的法秩序體系」內，然而在國際及國內法一元的理解同時，卻仍強調兩者間的調和應以國內實定法為基礎，在國內立法程序配合國際法修訂前，仍應以國內法作為實效依據，國內司法及行政部門並不得在國內法令變動前，即援引國際法作為裁判、決定、作為及命令之內容，國際法於國內法之效力，亦取決於各國國內憲法（法律）將國際法規範以何種程序置於國內法架構，且對於其法階層有何定位。

表 2：國際法與國內法關係理論

◎本文製作

理論	本質	國際法與國內法規範差異立論	
		積極面	消極面

²³黃異，國際法在國內法領域中的效力，元照出版有限公司，2006年，3至6頁，指出：從法位階角度觀察，所有的實證規定，均溯源於一個基本規範，該基本規範並非實證法，而係自然法，基本規範之內容即為：「凡合意，應予遵循」，依據基本規範，任何兩個或兩個以上主體，皆得創設規定，規制其間之關係，或創設一些「形成規定」（包括條約及習慣法）。

二元論	解釋二元論 適用二元論 調和二元論	應以國內法規定為適用基準，兩相調和取決於各國國內立法機關是否願意主動配合已明文化的國際條約或參採國際習慣法所植基的一般法律原則，由國內立法機構經由國內法程序，修訂、廢止或變更相關國內法令訂，修訂後法令即已變質為國內法性質。	不生國內法抵觸國際法而有無效力的問題，形式上縱有參採國際法規範訂定之國內法令，僅係單純的「國際法之國內立法」，國內司法及行政部門尚無任何援引國際法作為裁判、決定、作為及命令內容之需要與可行。
國際法優位的（絕對）一元論	解釋一元論 適用一元論 調和一元論	各國國內法應採取與國際法相同之解釋標準與適用內容，並容許國內司法及行政部門直接援引國際法作為裁判、決定、解釋、作為及命令之內容。	與國際法相異之國內法效力，應取決於國際法對於規範差異之特別規定，國內法亦必須遵循國際法對於國內法修訂之指向。
國內法優位的（相對）一元論	解釋一元論 適用二元論 調和二元論	各國國內法應採取與國際法相同之解釋標準與適用內容。國際法具有引導國內法變遷的性質，然而在適用及調和上，仍應架構於國內法程序上，逐步採用趨同於國際標準的國內法修訂前景。	在國內法配合國際法修訂前，仍應以國內法作為實效依據，國內司法及行政部門並不得在國內法令變動前，即援引國際法作為裁判、決定、解釋、作為及命令之內容。

二、國際刑法國內法化實踐之途徑

（一）二元論國內法化途徑

二元論架構下，國際刑事法規範僅是各國國內立法者用以參考增（修）訂國內刑法之選取對象而已，彼此存在之規範差異，不生何者無效或優先適用效力之問題，所謂「國內法化」課題亦非政策或法制面「應然」之立法作為，大抵僅是國內法規「實然」變遷而已，故「國際刑法之國內法化」在二元論之理解下，應視為「參酌國際刑法之國內立法」較為允當。國內法是否併同國際法之規範進展加以主動配合修訂，完全取決於國內立法者是否「自願援引」國際法普遍性之規範意旨，另對於國內行政、立法及司法部門而言，是否援引國際法作為行政行為、命令、裁判及解釋之依據，尚無實質意義。

從而，依「國內立法」方式主動遵循國際刑法走向隨同修訂國內刑法，應係二元論者理解上較可接受之「國內法化途徑」或「法規範

變遷模式」，透過修訂國內法「還原」國際刑法與國內刑法間就文義分析解釋與規範適用之差異調合上等「二元本質」，在國內法修訂後引入之國際法形貌，實已「變質」為國內法性質，其法位階層次亦由國內法本身所決定，即若採用修（入）憲、憲法解釋或違憲審查等方式²⁴，則該等參採國際法所為之國內規範則具有憲法位階，反之，若以部門立（修）法方式，則「國際刑法之國內立法」則基本上具有法律位階，或有以行政命令將國際刑法規範內容補強於國內法架構內，則應視其內容與法規授權之密度，認定為法規命令或行政規則之性質。

（二）絕對一元論國內法化途徑

絕對一元論採取國際法優先之一元觀點，允許國際法直接規範「國際法國內法化後之國內法律位階」，對於國際法適用於國內法之程序，或係國際法對於國內法修訂之範圍、方式及標準，亦留有由國際法內容直接明訂之空間。再者，國內法通常以憲法之「宣示規範」直接適用國際法，且允許國內行政及司法機關直接援引國際法作為裁判、決定、作為及命令之內容。因此，絕對一元觀點所可採用之國內法途徑，係以國內法「直接適用」國際法規範，除在立（修）法時直接引入國際法規範作為規則內容，或在國內法中以憲法或法律明定「國際法應予遵循」或「國際法優先適用」等意旨，以概括引（併）入之方式，由國內法明定國際法得優先（直接）適用。

（三）相對一元論國內法化途徑

為緩和絕對一元觀點落實於國內法規範時之窒礙，相對一元論雖仍採取「解釋上的一元觀點」，但在適用與調合國際與國內法差異時，則採取「特別引入（Specific adoption）說」，取代二元論之「變質（形）理論（Transformation Theory）」與絕對一元論的「直接適用（Direct adoption）說」或「概括引入說」。將國際法引入國內法規範時，係由國內法決定引入之程序，至於國際法引入後，其在國內法架構內位階，亦委由國內法訂定。雖然在解釋上，仍認為國際與國內法係「單一整體之法規範秩序」，以解釋一元論觀點，將國際法視為各國國內法之共同延伸，惟在適用上仍以國內法為優先，反映在規範差異之調合部份，雖以國際法規範標準作為國內法修訂目標，然在完成國內立（修）法程序前，國際法規範實質內容並未引入國內法領域，國內行政及司法部門，尚不得將引用國際法作為裁判、決定、解釋、作為及命令內容。

²⁴陳隆志、廖福特，同註 2，147 至 155 頁，以「憲法前言宣示遵守包括國際法規範在內之國際人權公約」或「憲法本文規定包括國際法在內之國際條約之法律地位」，均為國際刑法入憲途徑。

特別引入說主張以國內法明定之程序，將國際法規範引入國內法中，依實際操作面而言，採用「個別引入」方式，有別於係在國內法內明定國際法引入國內法的特別程序，任何條約必須經此國內法化之「特別引（併）入程序」，方得具有國內法之優先效力。

表 3：國際法國內法化之理論途徑

◎本文製作

理論	國內法化途徑	國內法化程序	國內法化後之法規範性質	國內法化後之法律位階
二元論	變質（形）說	透過各國國內「主動立法」，參採國際法規範之國內立法，方具備國內法化之實質意義。	已「變質」為國內法性質，二元觀點下與國際法為迥異之秩序體系。	本質上已係國內法規範，法律位階取決於國內法規定。
國際法優先的（絕對）一元論	直接適用說 概括引（併）入說	於國內法規範明訂國際法優先（直接）適用並訂定概括引（併）入之規定，或明定國際法應予遵循等意旨。	一元觀點下仍為國際法性質，並具有解釋、適用及調和之優先性。	取決於國際法規定，並依循國際法對於規範差異調和方式之指示，或視國內法之概括引入之規範有無明確規定。
國內法優先的（相對）一元論	特別引（併）入說	由國內法訂定將國際法引入國內法之特別併（引）入程序（法規）。	已屬於符合國際法規範標準之國內法規範。	取決於國內法之特別引（併）入規定。

三、國際法國內法化之我國現有途徑

我國憲法第 38 條、第 58 條第 2 項及第 63 條明文將「條約締結程序」配置於各憲法部門，即由行政機關研擬、議訂與草簽條約案，再由立法機關審議後同意條約內容，授權總統對外締結條約²⁵。是以國際條約實質內容中涉及中央法規標準法第 5 條所臚列「憲法或法律有明文規定應以法律定之」、「關於人民之權利義務」、「關於國家各機關之組織」及「其他國家重要事項應以法律明定」等條約實質內容引入國內法領域時，至少應建構在法律保留原則之基礎上，即取得與中央法規標準法第 4 條明定「經立法院同意並經總統公布之法律」相當位階，具有國內法律效力，並與大法官

²⁵黃異，同註 23，71 至 77 頁。主張憲法第 38 條、第 58 條第 2 項及第 63 條所謂「條約」應採較為寬廣之定義，基本上應指我國與各國國際法主體所締結的書面或非書面合意，並直接涉及國家重要事項或人民權利義務，至少並應具備國內法律之位階。

會議第 329 號解釋意旨相符²⁶。

觀諸大法官會議第 329 號解釋將「國際協議」區別為「條約」與「協定」，從而區別前者係指「具有國際條約名稱外觀，且實質內容涉及國家重要事項或人民權利義務，而具有法律效力之國際協議」，後者定義為「行政機關對外形成合意，且無須經由立法機關同意之國際協議」。從而，依據外交部頒訂之「條約及協定處理原則」第 8 條及第 10 條規定，國際行政協定係委由行政（主辦）機關研擬，報請行政院核可簽訂，並於簽署後 30 日內送行政院核備，無須立法部門同意，僅需於生效後送立法院查照。又國際條約及協定以外，關於「國際習慣法（慣例）」之國內法化基礎，則可委由憲法第 141 條就「外交基本國策應尊重條約及聯合國憲章」之規定加以演繹，或可朝向憲法解釋及司法裁判面向發展。

我國現行法制框架內國際法國內法化之直接途徑原應為「依循條約及協定處理準則，經由研擬、簽署、審議及批准等程序，賦予各該國際條約國內法效力」，然囿於國際現實，我國目前現有已簽署或批准，而能直接國內法化之國際法規範尚屬少數，實益與規模有限。因而，國際法國內法化之重點，允宜置於多數我國並非締約國之國際（公）條約、未簽署之國際行政協定，甚或形成中國際習慣法（慣例）之國內法化問題，實已含有「透過國內修憲或憲法解釋方式適用國際規範」、「以國內立法或簽署行政協定予以落實國際規範」及「藉由國內司法機關於裁判或決議時加以援引」，均為國際法國內法化思維取向。從而，我國現行法制解釋上應可歸納出「修憲引入國際法規範」、「訂定國內法案配合國際法規範」、「憲法解釋」、「行政機關簽訂國際行政協定」、「行政解釋」及「司法裁判或決議採納」等國內法化可行途徑²⁷。

理論上憲法第 22 條「基本人權概括條款」、第 38 條、第 58 條第 2 項及第 63 條「條約締結權」、第 141 條「外交基本國策尊重條約及聯合國憲章」意旨及大法官釋字第 329 號解釋對於條約與協定之區分與簽訂方式，並參酌包括釋字第 372、392、514、547 及 549 號在內之大法官會議解釋²⁸，並參見各級法院及行政法院引用國際法規作為認事用法基礎之裁

²⁶陳隆志、廖福特，同註 2，155 至 156 頁說明，大法官釋字第 329 號重點在於「對憲法所稱之條約進行定義」、「條約之法律地位」、「立法院對於國際條約之審議權」及「條約內容涉及國家重要事項時之決定程序」等事項。

²⁷陳隆志、廖福特，同註 2，就國際人權公約國內法化之策略，提出「繼承 1971 年之前已批准之人權條約」、「批准或加入國際人權條約」、等 2 個國際法面向，以及「國際人權入憲」、「實踐習慣國際法」、「訂定人權法案」、「憲法解釋」等 4 個國際面向。

²⁸陳隆志、廖福特，同註 2，155 至 167 頁，更明確的指出釋字第 549 號援引「國際勞動公約（社會安全制度）」作為解釋依據，不僅係以國際法作為解釋國內法之基礎，而進一步要求國內行政及立法機關，必需修改國內法律以實踐國際人權標準，亦即表示大法官認為某項權利內容為憲

判等現況，似有傾向於「國際法優越之一元論」之趨勢。然經條約及協定處理準則簽訂之國際公約，應至少具備國內法律效力，亦可表彰我國係屬「成文憲法之一元論國家」，即認為批准或加入之國際公約，實具有國內法效力。然而，實際上因為我國現今所面臨國際參與之外交困境，並無法順利簽署各項國際公約或協定，故國內法化實踐結果卻與「二元論」相當，即國際公約、協定及習慣法無法直接適用、概括引（併）入或特別引（併）入於國內適用時，即衍生「國際法之國內立法」之國內法化模式²⁹。

鑑於晚近國內法律修訂時，例如刑事訴訟法內關於正當法律程序、證據法則及集中審理制度之變革，亦開始引用國際公約作為修法依據及理由，例如刑事訴訟法第 154 條於民國 92 年修正時，即於修正理由提及世界人權宣言第 11 條「凡受刑事控告者，在未經獲得辯護人所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪」，此乃揭示國際公認之刑事訴訟無罪推定基本原則，即為避免「二元觀點」實難以解釋國際法規範之發展現狀，又為防杜「國際法優位之一元論」對於國內法制之過度衝擊及實踐困難，自以採用「國內法優越之一元論」之「觀點」與「二元論」之「作法」為宜，觀諸我國條約締結法草案第 8 條，設定「涉及人民權利義務」、「涉及國防、外交、財政及經濟上利益等國家重大事項」及「涉及國內法律之變更」等事項之條約，仍應交由立法院審議（即相當於國際條約之批准程序），即採用國內法優位之一元觀點，適用「特別引（併）入」之途徑。

表 4：國際法國內法化之我國現有途徑分析

◎本文製作

我國現有途徑	模式區別	規範依據	規範位階	途徑對象	特定觀點及途徑理論
我國先前已簽署、審議	1.繼受先前已簽署、審議及批准之條約（案）。	憲法第 38 條、第 58 條	與國內「法律案」相當	條（公）約	相對一元論：特別引

法所保障，而且有相關國際人權條約規範，如果國內法律與國際人權條約規定不同時，不論此國際人權條約是否已經成為國際習慣法，或是我國是否已批准或加入此國際人權條約，大法官均可要求國際機關必需依據此國際人權條約而修改國內法律。本文引申以為，大法官解釋應係以一元論之觀點，而仍以二元論之途徑（作為），要求國內法律配合國際法修訂，已非傳統「概括引（併）入」或「直接適用」之國際法優位一元論類型。

²⁹陳隆志、廖福特，同註 2，157 頁，認為我國係採用「成文憲法之一元論國家」，即國際人權條約經批准後，不需經由特別立法之國內法化歷程，即生國內法效力。因而，人權條約應係釋字第 329 號所指「直接涉及人民權利義務且具有法律上效力」者，前述經立法院審議之國際條約，透過簽署及批准，即『與國內法居於相等之法律位階』，本文亦引申以為解釋上我國實務似採「直接（優先）適用」之國際法優位之一元論觀點，無庸透過「特別引（併）入」之程序，然相異於前（28）註所述我國憲法解釋（釋字 549 號）採用「一元論觀點、二元論途徑」不同（廖福特，前揭註提要第 2、3 頁則呼籲我國應朝一元論解釋發展，然而我國現今面臨極大困難，其結果與二元論國家相當，同理亦可考量採用「國內立法」方式引進國際人權規範）。

同意、批准之國際條約（案）	2.由立法機關審議先前已簽署、尚未審議同意之條約（案）。 3.由總統批准（簽署）先前已由行政機關草簽、經立法院審議同意之條約（案）。	條第 2 項及第 63 條；中央法規標準法第 4、5 條；條約及協定處理準則	之「條約案」		（併）入說
國際法規範入憲（憲法增修）	1.憲法前言內明定國際法規範國內法化之宗旨。 2.憲法本文或增修條文，在基本人權條款就國際人權法規範適用位階予以明示。 3.憲法本文或增修條文，在政府組織規範內增訂國際法國內法化之權限、程序、位階與限制，或於基本國策內補述對於國際法國內法化之國家政策立場。	憲法第 174 條、憲法增修條文第 1 條	憲法層次，並落實於法律、命令位階	條（公）約、國際習慣法（慣例）、國際協定	絕對一元論：直接適用說； 概括引（併）入說 相對一元論：特別引（併）入說
憲法解釋	由司法院大法官會議解釋、理由書逐步推展國際法之國內法化	憲法第 78 條、大法官審理案件法第 4、5 及 7 條	憲法層次，並落實於法律、命令位階	條（公）約、國際習慣法（慣例）、國際協定	絕對一元論：直接適用說；概括引（併）入說 相對一元論：特別引（併）入說
國際法規範之國內立法（法律案），或授權訂定法規命令（立法機關授權訂定之行政協定）	由國內立法（法律案）之方式，以「憲法委託」、「條約指示」或「主動立法」為基礎，主動直接由立法機關進行國內法律之制（修）訂，或授權訂定法規命令並經立法機關審查同意，實踐國際法規範內容。	憲法第 58 條第 2 項及第 63 條、中央法規標準法第 4、5 條、行政程序法第 159 條、立法院職權行使法第	法律位階	條（公）約、國際習慣法（慣例）	二元論：變質說 相對一元論：特別引（併）入說

		60 至 63 條。			
訂定「條約（協定）締結法」相關法律	由國內立法程序，制定關於「條約（協定）締結」之法律，明訂國際法規範引（併）入國內法律或命令之概括（特別）程序。	憲法第 58 條第 2 項及第 63 條、中央法規標準法第 4、5、6、7 條	法律位階	條（公）約、國際習慣法（慣例）、國際協定	絕對一元論：概括引（併）入說 相對一元論：特別引（併）入說
司法裁判、決議	由司法機關進行裁判或決議時，直接引用國際法規範，或形成判決先例而具有拘束力	憲法第 77、78、80、82 條、法院組織法第 57 條、行政法院組織法第 16 條	個案司法裁判效力或判決先例層次	條（公）約、國際習慣法（慣例）、國際協定	二元論：變質說 絕對一元論：直接適用說
總統對外締結之書面或非書面協議	總統基於行政權之行使，於外交場域與外國締結尚未經過立法機關同意之書面或非書面協議	憲法第 38 條	單純係總統行政權之行使，仍必須回歸國內法化之程序而定其位階。	條（公）約、國際習慣法（慣例）、國際協定	二元論：變質說 絕對一元論：直接適用說 相對一元論：特別引（併）入說
非總統（由行政「主辦」機關）對外簽訂之國際行政協定	1.行政機關對外簽訂之單純國際行政協定，僅具有行政規則效力。 2.具法規命令性質之國際行政協定，或具有間接對外效力之行政規則	行政程序法第 159 條	行政規則性質，不得與國內法律相抵觸	國際協定	二元論：變質說 絕對一元論：直接適用說
行政解釋	行政機關對於主管事務，依國際法規範統一解釋法令、認定事實及行使裁量權所為之解釋性規定及裁量基準。	行政程序法第 159 條	行政規則性質，不得與國內法律或法規命令相抵觸	國際協定	二元論：變質說 絕對一元論：直接適用說

肆、國際法國內法化之德國模式分析：2002 年「德國國際刑法典 German Code of Crimes Against International Law」

一、立法背景及主要內容³⁰

對於國際犯罪之追訴邇來即有國內追訴（間接執行）及國際追訴（直接執行）兩種模式之爭³¹，1993 及 1994 年設立之前南斯拉夫及盧安達國際刑事法庭即是聯合國安理會對國際犯罪實踐「國際追訴模式」的理念作為。至於 ICC（規約）則是在對於實體罪名之普遍、固有及強制管轄權外，再明文揭示「補充管轄原則」，仍賦予各締約國國內法院優先管轄權，試圖將國內及國際訴追之途徑加以結合。實則，當 ICC 和國內法院對個案均有管轄權時，應當先由國內法院審理，若國內法院並未進行調查或起訴時，即由 ICC 行使對於明訂國際犯罪類型之固有（普遍）（強制）管轄權³²。

因此，國際刑事司法框架若以規約為主導，「國際犯罪之國內追訴具體實踐」，仍將是國際刑事司法體制的重要框架。德國即在落實「規約」之背景契機下，透過國內立法頒佈「德國國際刑法典」（簡稱法典）及相關立法，開啓國際社會對國際犯罪實施國內追訴的嶄新進程。

為貫徹規約於各國國內立法之配套實踐，法典規定懲治國際犯罪的基本原則及滅絕種族罪、危害人類罪和戰爭罪等具體罪行要件，且將透過日內瓦公約及國際人道法規範充實戰爭罪行之實質內涵，將德國刑法基於普遍管轄原則的管轄權，擴大到「滅絕種族罪」、「危害人類罪」和「戰爭罪」，即使這些行為在德國以外實施並且與德國沒有任何特殊聯繫因素，亦得依據法典對該等犯行進行國內訴追。同時，並明確界定法典相對於德國刑法典係屬「特別法」，對於法典內所規定的行為，原則上仍適用一般刑法，該法之內容對於德國國內刑法規範內之阻卻違法事由、注意義務、共犯及過失責任等概念，均產生重要實質的補充、變遷與延伸效果。

二、理念特徵³³

³⁰ 周成瑜，同註 7，附錄 2；Werle.G，同註 8，p81-89；范紅旗，以德國國際刑法典看國際犯罪的國內訴追，法學雜誌，2006 年第 1 期，引自 http://www.lunwenwang.com/FreePaper/LegalPaper/criminalawpaper/200608/FreePaper_12703.html，最後瀏覽日期：2008 年 7 月 14 日。

³¹ 張智輝，同註 10，252 至 254 頁。關於國際刑法之直接與間接執行，請參照本文註 16、17。

³² Antonio Cassese，同註 6。The Icc Statute，Art4（2）、12（1）、120。

³³ Werle.G，同註 8，p81-89；范紅旗，同註 30。另基於追訴權之實效性，主張為避免刑事司法體系的過重負荷，相應的刑事訴訟法明定犯罪的調查和追訴義務同時之一些例外情況，考慮到起訴移審之必要性及現實可能性。例如法典明定之犯罪，係由「非本國人」針對「非本國人」在「本國境外」實施時，若犯嫌既未在德國境內又無進入德國境內之預期時，檢察官具有充分的自由裁量權以決定是否對該犯罪進行追訴。然本文以為，既然國際刑法對於國際犯罪之追訴已取消追訴時效之限制，且國際刑法典創設與彰顯「適用於非國際性之武裝衝突」、「量刑幅度明確化」、「個人責任原則」等特殊重要價值觀，若僅為達追訴之實效，則賦予檢察官不予追訴之裁量權，可能會減損國際刑法之規範意義。

法典透過國內立法途徑，架構國際犯罪的國內追訴之「德國模式」，提供各國實踐國際法規範時的攫取選項。首先，鑑於國際刑法的國內法化思維，係作為正在進行之國際法原則發展脈絡之一，法典為具體採納國際習慣法之一般原理原則及標準，明確採用與規約實體罪刑相一致之取向，將規約規定加以移植，再鑑於若干實體犯罪的具體定義缺乏明確標準，直接採納習慣國際法標準，最顯著者尤其是將「戰爭罪行」擴大適用於「非國際性武裝衝突」，以呼應由前南國際刑庭和盧安達國際刑庭所確定的習慣國際法。此外，為改善規約第 8 條對於戰爭罪規範所欠缺的條理，該法典採用戰爭行為攻擊對象及目標的性質加以區分，並將戰爭罪具體析分為「對於國際人道法所保護之人員、行動、標誌與設施所為之戰爭罪行」及「針對財產與其他權利之戰爭罪行」等類型，不再以「武裝衝突的性質」作為戰爭罪的定義標準。

為堅持德國現行的刑事司法體系和理論框架，並可兼顧規約的特殊要求，並在國際刑法的內容和德國刑事司法體制的要求之間尋求精致巧妙的平衡，該法典只是將規約中有關國際犯罪的定義和特殊原則加以移植，而對於「國際犯罪的一般原則」並未作出特殊規定，德國刑法典內蘊的刑法原則仍然適用。該法典與德國刑法典間已構成典型的「特別法與一般法的關係」，足以與現行「德國軍事刑法典」取得等量齊觀的國內法地位³⁴。

三、模式分析

（一）區域國際法及國際法一般原則（國際習慣法）取向

現行德國聯邦基本法（以下稱基本法）第 23 條規定：「德意志共和國為實現歐洲之聯合，參與歐洲之發展，而歐洲聯盟係以民主、法治國、社會與聯邦原則以及補充性原則為其義務，且提供與本基本法相當之基本權利保障。聯邦對此得依據須經聯邦參議院同意之法律，託付主權。歐洲聯盟之成立以及其條約準據與相當規定之修改，本基本法依該規定之內容應予修改或補充，或可能修改或補充者，本基本法第 79 條第 2、3 款規定（基本法修訂程序）準用之」。從而，基本法將歐盟成立之相關條約準據，作為修訂基本法之引導，惟在修憲程序部份，採用特別（表決）決議，需聯邦議會議員三分之二及聯邦參議院投票權三分之二同意，且基本法修正案不得影響聯邦體制與各邦共同參與立法之基本法原則，亦不得抵觸基本法第 1

³⁴Werle.G，同註 8，p81-89；范紅旗，同註 30。說明該法典將國際刑法國內法化係以規約為貫徹對象，必然適度的修改調整規約內容，以適應國內法律體系的要求和標準，亦代表當各國間一方面普遍接受規約所匯集的國際刑事司法原則，同時亦必須面對難題於「如何折衷於國際法的實質規範和國內法的原則要求」。從而，德國立法者認為，在通常情況下，適用一般刑法懲罰國際犯罪，能產生與適用規約相一致的結果，本文引申以為，德國在國際刑法典的國內立法上，仍透過立法程序，且將國際刑法架構於國內普通刑法基礎上，宜以「國內法優位之一元論」觀點視之，而採用「特別引（併）入」之國內法途徑。

條人性尊嚴及第 20 條「國體、國民主權、權力分立制衡及抵抗權」等核心領域³⁵，故雖採一元論建構觀點，但仍不減損國內法優位之立場，採用國內法優位之一元論觀點。其以基本法直接明示參照國際法進而修訂（補充）國內基本法（憲法）作為調合模式，再以基本法核心領域界線，以及基本法修訂程序予以制約，解釋上係採用概括引（併）入之國內法化途徑。惟同法第 16 條之 1 第 5 項規定：「歐洲共同體成員相互間或與第三國所締結之國際條約，係尊重於締約國內應予適用之有關難民法律之協約與歐洲人權公約，而所締結之國際條約中規定審查庇護申請之管轄與庇護決定等相互承認者，第 1 項至第 4 項（關於政治迫害者或難民之庇護權）規定不得與之抵觸」，故在受政治迫害者及難民之庇護部份，視歐盟相關條約準據、歐洲人權公約及國際條約優先於國內法，明定基本法第 16 條之 1 第 1 至 4 項庇護權規定不得與國際條約發生抵觸，係採國際法優位之一元論觀點，特別相異於基本法前揭對於歐盟成立之相關條約準據所採擇之調合模式。

又基本法第 25 條規定：「國際法之一般原則構成聯邦法律之一部分。此等規定之效力在法律之上，並對聯邦領土內居民直接發生權利義務」；同法第 100 條第 2 項規定：「訴訟進行中，若關於國際法規範是否構成聯邦法律之一部分，或是否對個人產生直接權利義務（基本法第 25 條）發生疑義時，法院應請聯邦憲法法院審判之」；同法第 123 條第 2 項規定：「前德意志國家（das Deutsche Reich）締結之條約，其規定事項依本基本法屬於聯邦立法職權者，如仍有效並不違背一般法律原則，在新條約由本基本法認定有權締約之機關締結前，或在該條約由本基本法所定理由另行廢止前，仍繼續有效」。因此，基本法認定「國際法一般原則」屬於聯邦法律之構成部份，無論在何種狀況下締結之條約，其內容只要符合國際法一般法律原則，即構成國內法律之一部份，並具有優先效力³⁶。循此，關於「國際法一般原則」之國內法化途徑，理論上除係採取相當於定位基本法第 16 條之 1 第 5 項「關於政治迫害者或難民之庇護權」之「國際法優位一元論」外，亦屬直接適用模式（對於國內個人直接產生權利義務關係），並賦予直接適用國際法一般原則之空間，並在「是否得直接適用國際法一般原則」（該國際法一般原則是否已當然構成國內法之一部分）產生疑義時，將「條約法

³⁵ 陳顯武，連雋偉，同註 22，35 頁。說明 Alexy 的權利基本地位理論，透過主觀權利與客觀規範的德國基本權利雙重性質的架構，使得德國憲法實踐相當強調「以人性尊嚴為核心」的基本權利保障體系，也建構出德國基本法對於國際法（即如歐盟條約）的「國內法優位」的一元觀點。

³⁶ 黃異，同註 23，45 至 46 頁、67 至 69 頁，德國基本法第 25 條規定「國際法之一般性規定，為聯邦法之一部份」，即係將習慣法引入國內法之機制，且引入後之位階效力優先於法律而低於憲法。然其認為德國法制之基本態度為：「習慣法與條約不得直接在國內法領域中生效，而必須經過特定的引入機制才可能在國內法領域中生效」，係採用「國內法優位一元論觀點」（特別引（併）入說）。

解釋權」賦予聯邦憲法法院。另基本法第 26 條第 1 項殊值注意，該條意旨即直接以基本法宣告「危害國際和平共同生活或發動侵略戰爭之國際公約」違憲，並明定該等締約行為或執行公約內容應處以刑罰，係在基本法位階予以概括引（併）入，採用國際法優位之一元觀點。

（二）聯邦（各邦）條約及國際行政協定取向

基本法第 59 條第 1 項規定：「聯邦總統在聯邦國際關係上代表聯邦。聯邦總統代表聯邦與外國締結條約」，同條第 2 項規定：「凡規範聯邦政治關係或涉及聯邦立法事項之條約，應以聯邦法律形式，經聯邦立法機關同意或參與。行政協定適用有關聯邦行政之規定」；同法第 115 條之 11 第 3 項規定：「和平條約之締結，由聯邦法律定之」；同法第 32 條規定：「對外關係之維持為聯邦事務。涉及某邦特殊情況之條約，應於締結前儘早諮詢該邦。各邦在其立法權限內，經聯邦政府之核可，得與外國締結條約」；同法第 79 條第 1 項規定：「本基本法之修正應以法律為之，此項法律應明文表示修正或增補本基本法之文句。國際條約其宗旨係為和平解決、準備和平解決、取消佔領體制或增強聯邦共和國防務者，為闡明基本法規定不與該等條約相抵觸，僅居對本基本法原文就該項闡明解釋作一補充規定已足」。是以，德國基本法對於條約締結權之配置，在形式上雖將聯邦締約權賦予總統，惟涉及聯邦政治關係與立法事項者，締約權賦予及決定締約內容，仍必須經過立法機關同意，另關於各邦與聯邦締約權之劃分，亦以是否為「各邦立法事項」作為分權標準，顯見德國基本法對於締約權之實質決定，係以「法律保留」作為核心與界線。另在國際條約宗旨與基本法內涵不相抵觸之部份，亦是將憲法之修訂委由法律定之，亦即「符合基本法規範之國際條約國內法化」途徑選擇，係以制定法律補充基本法，在不抵觸基本法內容之前提下，直接以國內立法作為該條約規範國內法化之模式，故基本法對於國際條約國內法化之立場，除採用法律保留原則外，並在特定事項（即和平解決、準備和平解決、取消佔領體制或增強聯邦共和國防務）之國際條約部份，以符合基本法（合憲）作為另一項要求，並仍以國內立法作為特別引（併）入之方式。

表 5：德國基本法與國際法之調合途徑

◎本文製作

調合對象	條文規定	途徑觀點	位階、界線	調合
歐盟成立之相關條約準據	第 16 條之 1 第 5 項；第 23 條；第 79 條第 2、3	傾向國內法（基本法核心領域、修憲程序）優位之一元論	依據特別決議之基本法修訂程序，在不抵觸基本法核心領域之前提下，以修改或補充基本法之方式為之，故歐盟成立之	特別（引）併入說

	款		相關條約準據位階相當於基本法。直接以基本法明示，將區際國際法作為修訂基本法之準據。惟在修改基本法之程序部份，採用特別（表決）決議，但仍不減損國內法優位立場。	
關於受政治迫害及難民之庇護權之國際條約及歐洲人權公約	第 16 條之 1 第 5 項	國際法優位之一元論	基本法明文規定涉及庇護權之國際條約與歐洲人權公約內容，位階高於基本法。亦即基本法第 16 條之 1 第 1 至 4 項關於「政治迫害者或難民之庇護權」規定不得與德國所締結之國際條約及歐洲人權公約中「審查庇護申請之管轄與庇護決定等相互承認」規定抵觸。	直接適用說
國際法一般原則（國際習慣法）	第 25 條；第 100 條第 2 項；第 123 條第 2 項	傾向國際法優位之一元論	位階優先於國內法律，構成聯邦法律之一部分，解釋適用國際條約產生爭議時，基本法明定應交由聯邦憲法法院解釋。繼受前東德之聯邦條約若不違背國際法一般原則，且為聯邦立法事項時，仍繼續有效。	直接適用說 概括引入說（併）
聯邦（國際）條約	第 59 條第 1、2 項；第 115 條之 11 第 3 項；第 79 條第 1 項	國內法（基本法、聯邦立法事項）優位之一元論	締約權雖賦予聯邦總統，但以「聯邦政治關係及聯邦立法事項」作為是否需經由立法機關審查（相當於條約批准）之界線，即以法律保留作為「國內法優先之核心範圍」，並在國際條約宗旨涉及和平解決、準備和平解決、取消佔領體制或增強聯邦共和國防務等特定事項時，以「符合基本法規範」作為「國內立法」之條件，該等聯邦條約層次應高於法律，低於基本法。	特別（引）併入說

各邦（國際）條約	第 32 條	國內法（基本法、各邦立法事項）優位之一元論	涉及各邦特殊情況之聯邦條約，應於締結前儘早諮詢各邦。各邦在其立法權限內，經聯邦政府之核可（可視為概括授權），得與外國，就各邦立法事項締結條約。	特 別（引）併入說
國際行政協定 ³⁷	第 59 條第 2 項後段、第 80 條	國內法優位之一元論	立法機關得以「條約法案」授權行政機關對於「具有涉外因素之事項」，得依據聯邦條約，訂定國際行政協定。然而，行政協定僅得作為「已由聯邦立法機關同意締結之條約」之國內法化特別程序，並經由立法機關實質審查（同意）後，為明確之授權。	特 別（引）併入說
危害國際和平共同生活之行爲，尤其是發動侵略戰爭之準備行爲之相關國際公約	第 26 條第 1 項	傾向於國內法優位之一元論	直接以基本法宣告「危害國際和平共同生活或發動侵略戰爭之國際公約」違憲，並明定進行該等締約行爲或執行公約內容應處以刑罰。	概 括（引）併入說

四、德國實踐國際刑法國內法化之規範取向

綜合檢視德國基本法對於國際法與國內法關係之理論取向，基本係採取一元論立場，鑑於基本法第 16 條之 1 第 5 項及第 25 條規定，在關於受政治迫害及難民之庇護權之國際條約及歐洲人權公約、國際法一般原則及國際習慣法等部分，傾向於採用國際法優位觀點，另在與歐盟成立相關之條約準據，則以基本法核心領域作為界線，並透過修改或補充基本法之過程，賦予其相當於基本法等同位階，係傾向於國內法優位之一元觀點。此外，在聯邦條約、各邦條約及行政協定部份，均以「法律保留」（聯邦政治關係、聯邦或各邦立法事項）以及特別採（併）入程序，作為國際法國內適用之基準模式。

是以，在一元論架構底，就國際刑法國內法途徑取向，採用「特別立法」

³⁷黃異，同註 23，52 至 54 頁，說明基於基本法第 80 條規定，立法機關得授權行政機關以「法規命令」引入國際條約內容，無論「條約本身明定得以國際行政協定落實條約內容」，或「立法機關以『條約法案』授權行政機關訂定」，在德國實踐顯現僅限於「具有涉外因素之條約或協定」，且因立法機關批准條約時已進行實質審查，應符合授權明確性之要求，且僅限於以「條約法案」予以授權，並不認為得以單純之「法律案」為授權。

之特別引（併）入規範方式，原理上係相應於德國聯邦基本法對於國際法採用一元論觀點之一貫立場，惟在立法形成過程裡，係選擇以國內立法方式實踐國際刑法之各該實體規定與理念，其原因應深受德國聯邦基本法第 26 條第 1 項規定之影響，主張基本法已明示「危害國際和平共同生活之行爲，尤其是發動侵略戰爭之準備行爲，係屬違憲，必須處以刑罰」，故以國內立法落實「國際刑法規範關於戰爭罪等國際犯罪制裁」之規定，實已具有「基本法位階」之明文與授權。

又德國聯邦基本法第 74 條原即將「外交、國防及平民保護」、「保護自由民主之基本秩序、聯邦及各邦之持續與安全」、「防止在聯邦境內使用暴力或準備使用暴力而危及聯邦共和國存續之外在意義」及「國際犯罪之防制」等事項，均歸納為「聯邦專屬立法權」及「聯邦與各邦合作事項」之範疇，又德國聯邦基本法第 96 條第 5 項規定，滅絕種族（殘害人群）、違反人道之國際犯罪、戰爭罪及前述基本法第 26 條第 1 項之犯罪行爲，得經由聯邦法律將「管轄權」委由各邦法院行使。故以國內法化層面而言，在聯邦法律之層次即將國際刑法規範直接以「國內立法」予以特別引（併）入，不僅符合基本法各該規定，並符合國內法化理論之一致立場，並依據基本法第 26 條第 1 項之明確授權，直接以國內立法之特別引入國際犯罪實體罪名，另在國際法一般原則部分，則藉由基本法第 25 條回歸普通刑法規定，將國際刑法規範之一般原則直接視為國內法律之一部分，另透過國內立法更可作為將國際犯罪管轄權授權各邦行使之基礎，均係允當可行，並可作為同採「國際法優位之一元論觀點」或「實踐上之二元論」國家引入國際刑法規範時之借鏡。

伍、 結論－國際刑法國內法化之我國未來實踐模式

德國以國內立法方式，將國際刑法中已完成法典化之國際犯罪制裁規範國內法化，基本上採用國內特別立法予以規制相當於本文定義之第 1 類「危害人類和平與安全而違反國際人道法與國際刑事法院規約」之犯罪，此亦為我國進行國際刑法國內法化之重要核心內容，並可同時適度彌補國內克服過去與轉型正義議題缺乏的刑事法規範欠缺，以回應政權體系不法所衍生除補償正義之外的刑事正義訴求³⁸。本文主張我國對於國際法國內法化的基本觀點，仍應植基於「國內法優位之一元論」，採用「特別引（併）入」之國際法國內法化程序。然而實踐上為

³⁸Bernhard Haffke, *Strafgewalt und Staatennachfolge im Lichte der Menschenrechte-Rechtspraxis und Rechts-theorie in der Bundesrepublik Deutschland*(人權觀點下之刑法暴力與國家承續－聯邦德國的法律實務與法學理論)，鄭文中譯，發表於臺灣解嚴 20 週年國際學術研討會－人權與政治事件探討，2007 年 11 月 24 日，15、31 頁，引述(Gustav Radbruch)(賴特布魯)為世所孚望的自然法論證：「一個在行為當時被接受的正當或合法性理由，將因違反更高位階的法規範而遭到否認，尤其否認之理由係因該行為嚴重抵觸正義與人性尊嚴」；「與正義嚴重抵觸，必須重大侵害國際社會對於人類價值及人性尊嚴有關之法律確信，而與該等價值或確信相衝突的實證法律，該衝突必需是無法為人類良知所忍受，以致於作為『不正之法』的實證法律，偏離了正義」

因應我國當前所面臨之國際現實環境，落實國際法規範實應具備「二元論」的政策思維與彈性作法，採取合憲性基礎上之「國內特別立法、修訂憲法或憲法解釋」等方式，開啓國際刑法規範「立即而明確的國內法化歷程」。從而，德國國際刑法之「國內特別立法」模式，極負參考價值，且不限於國際刑法範疇，其他國際法規範標準引入國內時，均可在國內立（修）法時，以趨同於國際法標準為之。

德國基本法第 25 條雖明文規定國際一般原則之位階優先於國內法律，構成聯邦法律之一部分，解釋適用產生爭議時，基本法明定應交由聯邦憲法法院解釋。繼受之聯邦條約若不違背國際法一般原則，仍繼續有效。然而，卻以直接訂定「德國國際刑法典」此種「傾向於二元論」之模式，進行國際刑法之國內法化（法典化），可見以憲法位階「概括引（併）入」或法律位階「特別引（併）入」國際法規範的同時，以「國內立法」實現國際刑事法標準，並不受限於憲法位階對於國際法之定位，即使如同德國此種「成文法一元論」國家，亦非不得以二元論國家慣用之「國內特別立法」模式，作為國內法化之途徑。

目前我國「條約締結法草案」仍未經立法院審議通過，而若將現有僅具備行政規則之「條約及協定處理準則」作為國際刑法國內法化的基礎規範，仍係以外交部為主辦機關之「國際途徑」，面對憲法締約權分置於行政機關、立法機關及總統等權力部門，囿於我國之國際外交空間，尚無法解決國內法實踐面對適用、調和及解釋時的「二元論困境」，尚必須以「一元論之觀點，二元論之作法」作為處理基調。是以，為滿足國際刑法趨勢下的國內法化需求，並可望以國際刑事法規範作為我國宣示踐行並相隨於普世人權價值的途徑之一，透過國內特別立法方式，將國際刑事法院規約及國際人道法體系之法規範直接引入我國國內法架構，形同將國際法「質變」為國內法之二元論效果，允為極有實效之規範取向。

「國內特別立法途徑」的國際法國內法方式，兼可臻成國際刑法國內法化之形式象徵及實質意義，而國內立法之規範位階，實可考量「增修憲法條文，使第 1 類國際犯罪之國際刑法規範入憲」、「透過憲法解釋，使第 1 類國際犯罪之國際刑法規範取得國內法律位階，並達成合憲性的要求」及「直接單獨由行政院提出國際刑法之法律案，送交立法院審議」等 3 種模式併行，將國際刑事法院規約所規範之實體罪名，佐以日內瓦體系之國際人道法內涵，在憲法層次賦予該等國際刑法規範相當於德國基本法第 16 條之 1 第 5 項、第 25 條、第 100 條第 2 項、第 123 條第 2 項之「國際法優位之一元論」觀點，或仿照德國於法律階層制訂「國內法位階之國際刑法典」，將基本原則（總則）建構在普通刑法的基礎上，實體罪名（分則）部分則以「刑事特別立法」方式，取得與中華民國陸海空軍刑法相當之刑事特別法地位，與普通刑法及其他特別刑法間，相互援引補充。而國際刑法對於罪刑法定之不溯及既往原則、普遍管轄權、追訴權（行刑權）時效制度、

個人責任原則及阻卻違法事由均有其特別規範，均必須嚴格落實於國內特別立法中，此乃國際刑法國內法化過程欲發揮規範實效所責無旁貸的目標³⁹。

至於第 2 類國際犯罪，係非第 1 類，而與恐怖主義（terrorism）活動之犯罪手段（terroristic means）有關，且「有特定被害人（specific victim）」，形成對於基本人權與國際秩序之侵害，以及第 3 類並無特定被害人，然對於國際社會法益有所侵害之國際犯罪行為類型，大部分均已既有既存之國內法規範，例如海盜罪、挾持航空器罪、使人為奴隸罪、強制罪、毀損罪、公共危險罪章及違反毒品危害防治條例等，建議採用修訂國內刑事（特別）法、訂定法規命令或司法判解等途徑予以援引之方式，並透過「具有涉外因素之國內刑法適用」取得規範效果。然在第 2、3 類國際犯罪部分，部分罪名尚待國際實踐之累積，或仍暫以行政協定（解釋）方式訂定者，並涉及國際罪犯引渡之國際協定執行問題，暫時應排除於國際刑法國內立法之主要範圍，藉由既有法規之修訂，在「國內法優位之一元論」前提下，在各法規單獨修訂的過程裡，達到國際刑法中第 2、3 類犯罪之國際刑法規範與國內刑事（特別）法調和變遷之目的。尤其在第 3 類國際犯罪部分，係對於國際社會法益之整體侵害，其法益概念仍待實質整合，以及各項雙邊條約或多邊公約的實踐，並檢視國際習慣法當前的法之確信與反覆實踐強度，故在第 3 類國際犯罪之國際刑法規範國內法化時，應由雙邊、多邊或區域公約或協定之簽署作為起步，加深國際間條約及習慣法實踐的能量。

此外，國際刑法國內法化的過程，亦可作為其他國際法領域之規範國內法化的指標，鑑於國際犯罪制裁與防制的高道德訴求及規範迫切性，國際刑法所維護的重大國際人道（權）秩序及特定被害者（群體）法益，實為國際普遍接受的法規範通念，亦為國際刑事法院得以經長久醞釀後終至實現的背景因素。是以，在國際刑法國內法過程採用「國內立法」之「質變」論點同時，亦應同步考量以「修改憲法」之方式，於憲法層次處理國際法與國內法之適用關係，並同時採用二元論的國內特別立法，將國際刑法規範「質變」為國內法規範，利用普遍（補充）管轄權條款，以及以「間接執行模式」配合「直接執行模式」之融合國際與國內實踐方法，建構國內刑法擴張普遍管轄原則於第 1 類國際犯罪。期使第 1 類國際犯罪行為縱然在本國以外實施，並且與本國沒有任何特殊聯繫因素時，亦得該等犯行進行國內訴追。再者，國際刑法之國內法化對象亦需納入「非國際性之武裝衝突」，至於國內立法程序並涉及其他刑事法律之配套修訂，亦需在特別刑法規

³⁹Bernhard Haffke，同前（38）註，鄭文中譯，17、18、32、33 頁指出，國際刑法本身即具備對抗不正之國際犯罪行為之正當性，無庸透過個別國家法律形成，然而該正當性卻涉及「國內法律秩序（國內之國際刑法典）對於國際法規範的實現」，國內法院在此意義上，係「代表國際組織進行國際刑事司法的審判工作」，國內法院藉由追訴國際犯罪之方式，指出國家（體系）或個人的不法行為，且追究其責，並藉此切斷與不正過往的連續性，此即為「不得適用不溯及既往原則」及「超越實證法之國際刑法原則」在國際刑法國內法化過程中必需實現的重要理由。

範時考量與普通刑法間之適用關係。

鑑於國際刑法規範與武裝衝突（戰爭）法及國際人道法高度相關，亦與國際戰略事務及外交政策互為依歸，宜由行政院組成跨部會機制，由國防、外交及法務部共同進行法制作業，將國際刑法之國內法化工作列為立法院將來會期之重點立法，以「國際刑法之國內立法」作為「國際人權標準國內法化」之指標議題，並以國際刑法之落實作為實踐普世人權，同時作為發展「法律戰」之關鍵力量。

不管是「克服過去(Vergangenheitsbewältigung)」也好，「轉型正義(transitional justice)」也好，都是正義理念的訴求與實踐，正義沒有轉變，轉變的是人類對於正義的濫用，所以國際刑法的興起作為普世價值的實踐，可能因永恆不變的正義在 20 世紀末及 21 世紀初的落實而有共識⁴⁰，從而合乎康德、羅爾斯及哈伯瑪斯對於正義的訴求及具體落實，願大家為此共同奮鬥，和平及正義不會從天上掉下來，需要每一個人不分國界共同努力來促成之！

表 6：國際刑法國內法化之我國實踐策略分析

◎本文製作

國際犯罪類型	國內法化策略建議	國際法國內法化之觀點與途徑取向	德國基本法與德國國際刑法之借鏡
第 1 類 危害人類和平與安全而違反「國際人道法」與「國際刑事法院規約」之犯罪。	1.增修憲法條文，使第 1 類國際犯罪之國際刑法規範入憲。 2.透過憲法解釋，使第 1 類國際犯罪之國際刑法規範取得國內法律位階，並達成合憲性的要求。	國際法優位之一元論觀點，採用直接適用或概括引（併）入之一元論取向。	德國基本法第 16 條之 1 第 5 項、第 25 條、第 100 條第 2 項、第 123 條第 2 項。
	3.直接單獨由行政院提出國	採用二元論之「國內立	

⁴⁰Winfried Hassemer，同註 9，鄭文中譯，15、16、27、28 頁，即提出擴展刑法學的科際整合外，仍應加強國際化（全球化）時代之刑法學變遷，溯源於自然法，藉由保護人權的國際條約，補充國際法益之保護，刑法必需朝向國際化的規範體系發展，以回應對於體系不法之克服，折衷於轉型期刑事正義與諸多仍被承認而堅持之刑法原則，尤其在不溯及既往、時效制度及罪刑法定主義之間，國內法透過轉型期實現刑事正義的同時，必需確實回應國際刑法的正義訴求。

	際刑法之法律案，送交立法院審議。	法」途徑，將國際刑法「質變」為國內法規範。	
第2類 除違反國際人道法與國際刑事法院規約之外，侵害基本人權與破壞國際秩序之恐怖活動犯罪手段	多有既存之相關國內法規範，宜配合修訂國內刑事（特別）法、訂定法規命令及司法判解，透過「國內刑法的域外適用」，取得規範效果。 部分罪名尚待國際實踐之累積，或仍暫以行政協定（解釋）方式訂定者，並涉及國際罪犯引渡之國際協定執行問題，暫時應排除於國際刑法國內立法之主要範圍。	國內法優位之一元論觀點，顧及各國國內法對於「國際法如何於國內適用」乃至於「國際法在國內法規範之法位階層次為何」，多以國內憲法或法律加以明訂，強調兩者間的調和應以國內實定法為基礎，在國內立法程序配合國際法修訂前，仍應以國內法作為實效依據，國內司法及行政部門並不得在國內法令變動前，即援引國際法作為裁判、決定、作為及命令之內容，國際法於國內法之效力，亦取決於各國國內憲法（法律）將國際法規範以何種程序置於國內法架構，且對於其法階層有何定位。	德國基本法第25條；第32條、第59條第1、2項；第79條第1項；第80條；第100條第2項；第115條之11第3項；第123條第2項
第3類 前述兩種國際犯罪之外，危害國際社會利益之犯罪。	對於國際社會法益之整體侵害，其法益概念仍待實質整合，應由雙邊、多邊或區域條約或協定之簽署作為起步，加深國際間條約及習慣法實踐的能量。		